ב״ח על טור חושן משפט

בית חדש (ב״ח)

geulaquiz.com

סימן א

א רבן שמעון בן גמליאל אומר וכו׳ כתב ב״י וא״ת בשלשה שנברא העולם יספיק לקיימו שמי שהוא סבה להיות הדבר כ״ש שיקיימנו וי״ל ששמעון הצדיק דבר כפי זמנו שהיה בית המקדש קיים ורשב״ג שהיה בזמן החורבן בא לומר באף ע״פ שאין בית המקדש קיים ואין לנו עבודה וגם אין אנו יכולים לעסוק בתורה ובג״ח כראוי מפני עול הגלות מ״מ מתקיים העולם בג׳ אחרי׳ שדומי׳ להם וכו׳ עכ״ל מבואר מדבריו שהבין דמ״ש רשב״ג העולם קיים רצונו לומר דלאחר שנברא לא היה לעולם קיום שהיה חוזר לתוהו ובוהו כיון שאין לנו עבודה ולא תורה וג״ח כראוי אם לא מפני ג׳ דברים אלו שהם דין ואמת ושלום וכו׳ ותימא הלא מפורש מדברי הר״ר יונה דס״ל דפשיטא דבג׳ דברים שהם סבה להיות הדבר כל שכן שיקיימנו באינו חוזר לתהו ובהו אלא פירוש מ״ש רשב״ג העולם קיים הוא לומר שישובו של עולם מתקיים כי הרשעים שגוזלין וחומסין מחריבין העולם כלומר מחריבים היישוב כי מפני הגזלה המשא ומתן בעל לגמרי ומתוך כך בטל היישוב והדייני׳ המשברים מתלעות הגזלנים ומוציאין טרף מידם מקיימים הקבוץ והיישוב שלא יהא חרב ופשוט הוא: פי׳ הר״ר יונה אין פירושו כו׳ נראה דר״ל שאילו היה כירושו דבשביל ג׳ דברים אלו נברא העולם היה קשה מה נפשך דאי פליג אשמעון הצדיק שאומר על ג׳ דברים העולם עומד על התורה ועל העבודה ועל ג״ח א״כ היה לו לתנא לשנותם בחדא מתני׳ ובלישנא דפליגי אלא בע״כ דלא פליגי ורשב״ג קאמר דבשביל ג׳ דברי׳ אלו נברא העולם ושמעון הצדיק קאמר דלאחר שנברא מתקיים על התורה וכו׳ ולפי זה לא היה הכרח שיהא דין בכל המקומות ובכל הזמנים שכבר קיים על התורה וכו׳ אלא דא״כ קשה דלמה שנה בתחלת הפרק הג׳ דברים שעליהם העולם עומד לאחר שנברא ובסוף הפרק שנה השלשה דברים דבשבילם נברא העולם מתחלה איפכא מיבעי ליה למיתני אלא ודאי דבתחלת הפרק שנה השלשה דברים דבשבילם נברא העולם מתחלה ובסוף הפרק שנה השלשה דברים דלאחר שנברא מתקיים דהשתא ניחא טפי דלא קשיא הלא בשלשה שנברא העולם יספיק לקיימו שלא יהא חוזר לתוהו ובוהו דהלא מ״ש העולם קיים אין פירושו אלא לומר דאף על פי שאינו חוזר לתוהו ובוהו מ״מ ישוב העולם וקבוצו אין לו קיום מפני הרשעים הגוזלים והחומסים וכל דאלים גבר אבל על ידי הדין והאמת והשלום הקבוץ מתקיים כדפירש ולפי שרבינו בא להורות דמצוה רבה היא להעמיד שופטים ושוטרים בכל מקום ובכל זמן שעל ידי כך מתקיים העולם על כן הביא דברי רשב״ג ומה שפירש בה הר״ר יונה ושכתב בסוף דבריו שעל ידי הדיינים שדנין בין איש לחבירו העולם קיים כי אלמלא הדין כל דאלים גבר וכו׳ ואמר שזהו כוונת רז״ל כל הדן דין אמת לאמיתו וכו׳ והוא לפי שמשלים רצון הבורא יתברך שבראו להיות קיים ושלא יהיה נחרב ע״י גזל הרשעים והאריך בזה ומסיק דמטעם זה חייבים למנות דיינים בארץ בכל פלך ופלך ובכל עיר וכו׳ וכל זה כדי שיתקיים ישוב העולם וקבוצו להשלים רצון בוראינו ית׳ שמו: ומ״ש הר״ר יונה תורה דכתיב ה׳ קנני ראשית דרכו אמרה תורה אני נבראתי וכו׳ כלומר אע״ג דפשוטו הוא אני נבראתי לפני כל הנבראים מ״מ כיון דקשה דהול״ל ה׳ קנני בראשונה בע״כ דהמקרא בא ג״כ לומר שבעבורה נבראו ולכן אמר ראשית דרכו פי׳ בתחלת בריאת הנמצאים שנקראים דרכו הייתי מצויירת לפניו במחשבתו יתברך ובעבורי נבראו כי הוא התכלית וסוף כל המעשים וראשית המחשבה היא סוף המעשה: ומ״ש וכן בשביל העבודה וכו׳ הרב ז״ל לא האריך להביא ראיה מן המקראות ומאמרי רז״ל שהעולם נברא בשביל העבודה בב״ה ובשביל ג״ח שזה פשוט אלא דלפי שהיה עולה על הדעת דפירוש דברי רשב״ג הם שבשביל דין ואמת ושלום נברא העולם ופירוש דברי שמעון הצדיק הוא דלאחר שנברא מתקיים על התורה וכו׳ לכך הביא ראיה ממקרא ה׳ קנני ראשית דרכו שפירושו שבעבורה נברא העולם דהשתא בע״כ דומיא דהכי קאמר על העבודה ועל ג״ח נברא העולם אבל אם היינו מפרשים דעל דין ואמת ושלום נברא העולם היה קשה מנ״ל לרשב״ג הלא אין לנו מקרא דמגיד לנו שבשבילם נברא העולם כי היכי דאיכא קרא בתורה וכו׳ ותו דלא היה מתיישב מפני מה נעשה הדיין שותף להקב״ה במעשה בראשית הלא לאחר שנברא בשביל שלשה דברים דרשב״ג מתקיים ע״י התורה והעבודה והגמילות חסדים וע״י התורה וכו׳ שנעשה שותף אבל למאי שפירש הר״ר יונה ניחא כדפרישית:

ב כל הדן דין אמת לאמתו וכו׳ בפ״ק דשבת (דף י׳) ולשם פירשו התוס׳ לאפוקי דין מרומה עכ״ל ור״ל כדתניא בר״פ שבועת העדות מניין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה שלא יאמר אחתכנו ויהא קולר תלוי בצואר העדים ת״ל מדבר שקר תרחק ופירש״י מרומה שלמד מתוך דברי העדים שאין עדותן אמת עכ״ל. ועיין בסי׳ ט״ו נתבאר זה בס״ד והתוספו׳ בפ״ק דבתר׳ (דף ח׳) כתבו וז״ל אמת לאפוקי דין מרומה. לאמתו שלא יטו את הדין עכ״ל ולכאורה קשה הא פשיטא היא מדכתיב לא תטה משפט. אבל מדברי התוס׳ בפ״ק דמגילה (דף טו) מבואר דס״ל דלדיוקא איצטריך לאורויי דאינו יוצא י״ח במה שידון לאמתו בלחוד דהיינו שלא יטה את הדין ולא יטריח עצמו מקודם לחקור את העדים אלא יאמר אחתכנו ויהא קולר תלוי בצואר העדים אלא חייב לדון דין אמת והוא שיחקור תחלה וידרוש בעדים אם רואה שדין מרומה עד שיתברר האמת ומדבר שקר ירחק ואז יוצא י״ח כשידון דין אמת לאמתו דהיינו שלא יטה את הדין משא״כ כשידון אותו לאמתו בלבד דאע״פ שלא יטה את הדין מ״מ אינו דן דין אמת אלא דין שקר ודו״ק. ובב״י סי׳ ט״ו במחודשים אות ד׳ כתב ע״ש הרשב״א בתשובה דלאמתו אתא לאפוקי דין מרומה וכן נראה במרדכי פ״ק דב״ב ור״פ א׳ ד״מ ע״ש. ועיין במ״ש ב״י

כאן: ולא חרבה ירושלים ולא גלו ישראל אלא על שבטלו המשפט וכו׳ בפרק תולין (שבת דף קלט) אבל לא מקרא דמלאתי משפט אלא משמעו נא זאת ראשי בית יעקב המתעבים משפט וגו׳ לכן בגללכם ציון שדה תחרש וגו׳ והא דאיתא בפרק אלו מציאות א״ר יוחנן לא חרבה ירושלים אלא מפני שהעמידו דיניהם על דין תורה ולא עשו לפנים משורת הדין ור״ל שהבעלי דינים לא עשו לפנים משורת הדין אלא שיעשו הדיינים דין דוקא ולא שם פשרה התם בחורבן שני קאמר ולכן הקשו התוס׳ לשם וז״ל וא״ת דביומא אמרינן מפני שנאת חנם וי״ל דהא והא גרמא עכ״ל וההיא דיומא מפורש אמרו דבית שני נחרב על שנאת חנם אבל בבית ראשון היו מבטלים המשפט מכל וכל כדמוכחי קראי: בעלי מקל וזרוע ס״א ורצועה וה״א ברמב״ם רפ״א דה״ס. ונראה מלשון הרי״ף והרא״ש ורבינו שכך היתה גרסתם אלו כלי הדיינין מקל ורצועה וכו׳ אבל בספרים שלנו לא כתוב אלא אלו כלי הדיינים ונראה דכך היה גורס רבינו האי ולהכי כתב דצריך שיהא לו מזומן במושב ב״ד מקל וכו׳ ולא הזכיר נמי סנדל לחליצה וס״ל דאינו בחיוב שהרי לכתחלה צריך שיהא הסנדל משלו כדכתיב נעלו כדאיתא בפרק מ״ח וקצת ראיה מדאמר ליה רב יוסף לאביי הב ליה סנדלך דפשטא משמע דלא הו״ל לרב יוסף במזומן במושב ב״ד סנדל לחליצה דאם הוה ליה סנדל אלא שלא היה מכוון למדת רגלו של יבם לא הוי שתקי בתלמודא מלפרש הכי וס״ל לרבינו האי דאשר תשים דדרשינן מיניה אלו כלי הדיינים היינו מקל ורצועה ושופר בלבד ורב הונא דקאמר נמי סנדלא לרווחא דמלתא היה מזומן אצלו גם הסנדל אף ע״ג דאינו בחיוב וכן נראה מפ״ק דסנהדרין ואצוה את שופטיכם בעת ההיא א״ר יוחנן כנגד מקל ורצועה תהא זריז ופרש״י אין צו אלא זירוז ועל מה זרזו על המקל ורצוע׳ שיהיו מטילין אימה על הצבור לשם שמים עכ״ל ופשיטא דבכלל זה גם השופר אף ע״ג דלא הזכירו דע״י הנדוי בשופר איכא הטלת אימה טפי מבמקל ורצועה דשמתא חמירא מנגיד׳ אבל הסנדל אינו בכלל זירוז ואיננו בחיוב כנ״ל דעת רבינו האי ועיקר:

ג וס״ת נמי צריך וכו׳ תקנת עזרא היא עיין ס״פ מרובה (בבא קמא ד׳ פב) אכן בספרים שלנו לא נמצא האי ואיבעית אימא גם ברי״ף ואשר״י ליתיה וכתב מהרש״ל אולי בספרי הגאונים מצאה רבינו האי ולפי שדין זה אינו נוהג עכשיו על כן לא הזכירוהו הרי״ף והרא״ש עד כאן לשונו: ודווקא בזמן שיש סמיכות כו׳ בפ״ק דסנהדרין (דף י״ד) מבואר דאין סמיכה בח״ל אפי׳ היו הנסמכים גבייהו וההיא דמכות דתנן סנהדרין נוהג בין בארץ בין בח״ל היינו דוקא דהסומכין הם בארץ והנסמכים גבייהו אז יש להן דין סנהדרין לדון ד״ק אפילו בח״ל ומ״ש כדכתיב לפניהם לפני אלהים הכתובים בפרשה דהיינו סמוכים וכו׳ כן פירשו התוס׳ בשם ר״י סוף גיטין ורפ״ק דסנהדרין וכדמשמע בפרק החובל דמאלהים נפקא לן מומחין דהיינו סמוכין והא דאיצטריך לפניהם י״ל דאי מאלהים גרידא לא הוה ממעטינה אלא ממה שכתב בפרשה כגון עבד עברי וד׳ שומרים וגזילות וחבלות אבל לא הודאות והלואות השתא דכתיב לפניהם דקאי אאלהים שמעינן דבכלל המשפטים בעינן סמוכין ומיהו כתבו התוס׳ לשם דבמילי דכפייה דווקא בעינן סמוכין אפי׳ בשאר כל המשפטים וכדמשמע מדדרשינן אשר תשים לפניהם אלו כלי הדיינים דשייך בהם שימה אבל בדין בעלמא דלאו מילי דכפייה לא בעינן סמוכין בשאר כל המשפטים אלא במה שכתוב בפרשה ע״ש בתוס׳ מיהו לפרש״י דלפניהם קאי אע׳ זקנים שעלו עמו להר ככתוב בסוף פ׳ משפטים ואל משה אמר עלה וכו׳ אין חילוק כלל דבכל עניין בעינן סמוכין. ונראה מדהביא רבינו ההיא דמכות אלמא דאתא לאורויי דלדידן נמי דליכא סמוכין אלא דשליחותייהו דקמאי עבדינן לא עדיף מינייהו ואין חיוב להושיב ב״ד בח״ל אלא בכל פלך ופלך בלבד ולא בכל עיר ועיר כי היכי דמושיבין בזמן דהוו סמוכין:

ד ומסקינן דלא עבדינן שליחותייהו אלא במידי דשכיחא ואית ביה חסרון כיס בפרק החובל: ומ״ש כגון הודאות והלואות כו׳ כן פירש רש״י לשם וטעמו משום דבהני איכא נעילת דלת שיהא אדם נמנע מלהלוות לחבירו מפחדו שלא ימצא מומחין להגבות חובו וכדאיתא בריש סנהדרין: וכתב הרמב״ם אבל ריפוי ושבת דנין אותו וכן הורו הגאונים וכו׳ טעמם מדאיתא התם אמר רבא כל הנישום כעבד אין גובין אותן בבבל ומפרשים דהיינו נזק לחוד כדתנן ריש פ׳ החובל דנישום כעבד וכיון דצריך אומדנא רבה הו״ל קנסא דאין גובין בבבל ולא משום דלא שכיח והלכך רפוי ושבת דאין נישום כעבד ואית ביה חסרון כיס אע״פ דלא שכיח עבדינן שליחותייהו אבל צער ובשת דליכא חסרון כיס אין גובין ולפי זה הא דאיתא התם אדם באדם לא עבדינן שליחותייהו היינו נזקי אדם באדם בלחוד כדאמר רבא נזקי אדם באדם וכו׳ ותלמודא דקאמר אדם באדם נקטה בלשון קצרה משום דקאי אדברי רבא ותו האי אדם באדם הוי דומיא דשור בשור דאינו אלא בנזק בלבד ועיין בדברי הרמב״ם פ״ה דחובל וספ״א דטוען ועיין עוד לקמן סוף סימן צ׳ ונראה עיקר כדברי הרמב״ם והגאונים וכן פסק הסמ״ג וכן פסק ב״י: ומ״ש רבינו בין שהזיקה לבהמה כגון שנתחככה בה כלומר זהו תולדה דשן ומיירי בנתחככה להנאתה דאילו נתחככה להזיק הוי תולדה דקרן כדלקמן בסי׳ שצ״א וע״ש. ומ״ש או שאכלה פירות שדרכה לאכול פירוש האי מילתא הוי נמי תולדה דשן לאפוקי אם אכלה כסות וכיוצא בו דבר שאין דרכה לאכול הוי תולדה דקרן. ומ״ש בין שהזיקה אוכלין כלומר זהו תולדה דרגל והיינו בהזיקה ברגל דרך הלוכה ומ״ש שחייבת עליה נזק שלם קאי אתרווייהו אשן וארגל דכיון דמועדין הן מתחלתן ולכך משלמין נזק שלם לעולם הוה ליה ממון ולא קנס דהכי אסיקנא בר״פ החובל ופ״ק דקמא ופרק אלו נערות דכל המשלם נזק שלם גובין אותו בבבל ואיכא למידק דלמאי שכתב רבינו מתחלה ושור שהזיק שור מצוי הוא ודוקא שהזיקה בשן ורגל וכו׳ הו״ל לבאר בתולדה דרגל שהזיק שור את חבירו בגופו דרך הלוכו שדחפו ולא כיון

דהו״ל תולדה דרגל וכפרש״י בר״פ החובל אשור שהזיק שור וצ״ל דרבינו נקט בלשונו תולדה דרגל בשור שהזיק אוכלין וה״ה בשור שהזיק שור ומה שלא פי׳ זה להדיא הוא לפי שנמשך אחר לשון הרמב״ם בפ״ה שכתב לשון זה ממש ולא דק רבינו דאילו הרמב״ם ביאר לשונו שאמר וכן בהמה שהזיקה בשן ורגל בין שהזיקה בהמה אחרת וכו׳ אבל רבינו שאמר ושור שהזיק שור וכו׳ לא שייך האי לשון כלל: כתובת אשה וכו׳ כ״כ התוספות והרא״ש ר״פ קמא דסנהדרין: ומ״ש וכן גזילות דנין אותו שם כתב הרא״ש אבל גזילות וחבלות בעינן מומחין ובפרק החובל מסיק דכל מידי דשכיח עבדינן שליחותייהו וגובין אותו בבבל מידי דהוי אהודאות והלואות וקאמר התם דחבלות לא שכיחא משמע דכל שאר מילי שכיחי אפילו גזילות הילכך כל מידי בר מחבלות עבדינן שליחותייהו ולא בעי מומחין וכו׳ עכ״ל ואיכא למידק דתחלה כתב המסקנא דפ״ק דסנהדרין דגזילות וחבלות בעי מומחין ואח״כ כתב ובפ׳ החובל מסיק דגזילות לא בעי מומחין ואם דעתו דהמסקנא דפרק החובל עיקר הו״ל לפרש ולהביא ראיה לדבריו ועוד דאידי ואידי אסיקנא אליבא דרבא וליכא למימר דדברי רבא סתרי אהדדי דאי הכי לא הוו שתקי מיניה בגמרא והוה מקשה מדרבא אדרבא. ונראה דס״ל להרא״ש דמסקנא דרבא אינה אלא לפרושי מתניתין דלא קשיא ובזמן שהיתה סמיכה נשנית משנה זו ולפיכך אף גזילות בעי מומחין אבל מסקנא דרבא בפרק החובל אינה אלא לדידן דליכא סמיכה אלא דשליחותא דקמאי קא עבדינן הילכך בגזילות דשכיח נמי עבדינן שליחותייהו ולפי זה לעולם עבדינן שליחותייהו והכי משמע מדברי הרא״ש דאין חילוק ובכל גזילות עבדינן שליחותייהו וכן נראה מדברי רבינו שלא חילק בין גזילה לגזילה. אלא דקשיא הלא בסוף גיטין איתא להדיא דאף לדידן לא עבדינן שליחותייהו בגזילות והתוספות לשם ובפרק החובל הקשו גם כן מכמה מעשים בתלמודא שהיו דנים דיני גזילות ותירצו לחד תירוצא דדוקא גזילות ע״י חבלות שמכהו עד שמניח לו את שלו גזילה כי האי לא שכיחא לא דיינינן להו אבל גזילות אחרות שכיחי עבדינן שליחותייהו וכ״כ הר״י נ״א ח״ב משם הרא״ש וכ״כ בתשובת מיימוני לס׳ שופטים סימן ג׳ שיש רוצים לומר כן. עוד כתב לשם בשם ר״ת דדוקא גזל השדה ואכל הפירות לא דיינינן ליה דלשום הפירות בעינן מומחין אבל שאר גזילות שכיחי עבדינן שליחותייהו ודיינינן ליה ונימוקי יוסף בפרק החובל כתב משם הרא״ה לחלק דגזילה גמורה כעין ויגזול החנית הוא דלא שכיחא אבל הפקיד אצלו ושלח יד בפקדון או שומר שגזל מה שנתן לו לשמור הא ודאי שכיחא וגובין בבבל ואפילו כעין ויגזול דוקא שאין הגזילה קיימת אבל אם הוא קיימת מחייבים אותו להחזיר ואין מניחין אותו לעבור על ד״ת וכל זה דלא כיש אומרים דהני מעשים בתלמודא שהיו דנין דיני גזילות היינו דוקא בתפס התובע או אקבעיה לדינא בארץ ישראל ונדחקו ע״י כן כמ״ש הסמ״ג בשם רבותינו הצרפתים והוא מדברי התוס׳ פ״ק דקמא (דף ט״ו) ור״פ החובל וסוף גיטין לחד תירוצא דלפי זה בכל גזילות לא עבדינן שליחותייהו אי לא תפס וכבר נהגו לפסוק בכל בתי דינין כהרמב״ם ובכל גזילות עבדינן שליחותייהו בקרן וכהרא״ש פ״ק דסנהדרין והיא דעת רבינו ולפי זה ההיא דסוף גיטין דלא עבדינן שליחותייהו בגזילות היינו מה שהוא יותר על הקרן כגון השבח ולפני ייאוש שגובין מן הגזלן: ומ״ש אבל כל קנס אין דנין בר״פ המניח שלח ליה רב חסדא לר״נ לפנדא דמרא מאי שלח ליה חסדא חסדא קנסא קא מגבית בבבל. ונראה מלשון רבינו דאדם שחבל בחבירו לאו קנס הוא ואינו פטור מה׳ דברים אלא משום דאיכא בהו דלא שכיחא ואיכא משום דלית ביה משום חסרון כיס כדלעיל ומאי דקאמר ר״נ קנסא קא מגבית בבבל לאו דוקא קנסא ממש אלא דין קנסא והכי קאמר כיון שאין גובין ה׳ דברים אלא בדוכתא שגובין קנס א״כ אם אתה גובה בבבל ה׳ דברים כמדומה שאתה גובה שם גם קנס וכן פי׳ התוספות ונ״י לשם וכ״כ ה׳ המגיד סוף פ״ה דחובל דלא כדעת הרמב״ם: ומ״ש וכ״כ הרמב״ם כל הקנסות וכו׳ בפ״ה מה׳ סנהדרין ופי׳ תוקע לחבירו נתבאר לקמן בסימן ת״כ סוף סעיף י״ז בדברי ב״י: ומ״ש וכל המשלם חצי נזק או יותר ממה שהזיק אין גובין אותו האי לישנא ממש אינו כתוב ברמב״ם דהוא ז״ל כתב בפירוש כל ד״ק תשלומי כפל ד׳ וה׳ ואונס ומפתה וכיוצא בהן אלא כדי לקצר תפס רבינו במקצת בלשון הסמ״ג שכתב או יותר ממה שהזיק והוא לישנא דברייתא פ״ק דקמא וסוף פרק אלו נערות גבי מודה בקנס זה הכלל כל המשלם יותר על מה שהזיק אינו משלם ע״פ עצמו. ופשוט הוא דדוקא בתוספת היותר על הקרן הוא דאין גובין אבל הקרן גובין כדכתב בסמוך מי שגנב וכו׳ מפורש בסמ״ג (דף קמ״ד ע״ד): ומ״ש חוץ מחצי נזק צרורות וכו׳ ספ״ק דקמא וס״פ אלו נערות אמרינן דפלגא ניזקא קנסא בר מחצי נזק צרורות דהלכתא גמירי לה דממונא הוא ופירושא דחצי נזק צרורות וכל דיניו יתבאר לקמן תחלת סימן ש״צ בס״ד: ומ״ש ולא כל המשלם על פי עצמו פירוש אף ע״פ דממונא הוא כיון דמשלם על פי עצמו וטעמו משום דפגם דאונס ומפתה הוי במקום נזק דאומדין כמה אדם רוצה ליתן בין שפחה בעולה לבתולה להשיאה לעבדו שיש לו קורת רוח ממנו אלמא דממונא הוא דאפחתא מכספה ובושת נמי אינו קצוב אלא לפי המבייש והמתבייש וכן בהמית שורי את פלוני דמשלם כופר אינו קצוב וסבירא ליה כמאן דאמר כופרא ממונא הוא וכיון דמהני טעמא ממונא הוי ומשלם על פי עצמו ואם כן נימא דממילא לא בעי מומחים ונעביד שליחותייהו וקאמר דאפי׳ הכי אין גובין אותו בדייני חוץ לארץ וטעמו משום דבריש פרק החובל אסיקנא דבשת דלית ביה חסרון כיס אף על גב דשכיחא לא עבדינן שליחותייהו ואדם באדם ופגם ונזקי אדם שבאו לו ע״י השור לא שכיחי ולא עבדינן שליחותייהו והכי משמע בריש סנהדרין דתנן האונס והמפת׳ המוציא שם רע בג׳ וכו׳ וג׳ מומחין קאמר כמבואר בסוגיא וכופר כתבו התוס׳ לשם בדבור

ראשון כיון דשור מיתתו בכ״ג ובזמן שהשור בסקילה בעלים משלמים כופר א״כ עכשיו שאין ב״ד של כ״ג אין להגבות כופר ור״ת פי׳ דכופר הוי בכלל חבלות א״כ בעינן מומחין כמו בחבלות:

ה וכן דין המסור וכו׳ פי׳ אם הגיע הפסד לחברו ע״י מסירתו לא תימא מאחר שלא עשה מעשה בידים דעקימת שפתיו לא הוי מעשה אפילו למ״ד עקימת שפתיו הוי מעשה מ״מ לא דמי למנהיג בקול שהוא מעשה גדול כדכתבו התוס׳ בפרק מ״ח ואם כן קנסא הוא כמו עדים זוממין לקמן בסימן ל״ח לא היא אלא מגבין אותו בח״ל כדאשכחן בכמה עובדי סוף פ״ק דקמא דהוו דייני דיני דמסורות בבבל וטעמא דמילתא דכיון דקיימא לן כר״מ דדאין דיני דגרמי דממונא הוא ולא קנסא אם כן מסור נמי הוי בכלל דינא דגרמי והכי משמע ברפ״ק דקמא (דף ה׳) דפריך אלא מסור מ״ט לא תני ופריק שאני מסור דדבורא ובדבורא לא קמיירי ופי׳ התוס׳ דאף למאן דאמר דלא דאין דינא דגרמי מיחייב משום קנס בהגוזל בתרא עכ״ל אלמא דלמאן דדאין דינא דגרמי וקיימא לן כוותיה ממונא הוא וה״א להדיא סוף פ׳ הכונס דלמאן דדאין דינא דגרמי דייניגן דינא דמסור:

ו וכל אלו שאין דנין אותו אם תפס הניזק וכו׳ ה״א ספ״ק דקמא וס״פ אלו נערות ומשמע מלשון רבינו דתפיסה מהני אף ליותר ממה שהזיק ולכפל ד׳ וה׳ ודלא כהרמ״ה שהביא הרא״ש ספ״ק דקמא גם הרא״ש דחה סברתו ואע״ג דנ״י לשם כתב כדברי הרמב״ם בסתם מ״מ שיטת רוב הגאונים כהרא״ש וכ״כ רבינו להדיא סוף סימן שמ״ט ע״ש וכתב הרמב״ן בריש פרק הגוזל עצים בספר המלחמות דבגנב עצמו דוקא דחייב כפל אפילו לא נשבע אמר דאי תפס לא מפקינן מיניה אבל בשומר שטען טענת גנב דאינו חייב בכפל אלא לאחר שנשבע בב״ד וכיון דאין דייניגן דח״ל דייניגן וכנשבע חוץ לב״ד דמי דכתיב ונקרב בעה״ב אל האלהים וכו׳ לשבועה דהיינו סמוכין אינו מתחייב לעולם בתשלומי כפל והילכך אפילו תפס מפקינן מיניה עכ״ד: ומ״ש בשם ר״ת שם בתוספות. וקשה לפי פר״ת למה לא תועיל תפיסה בדבר המזיק אף לאחר שבא ליד הבעלים הלא לא יבא מזה תקלה לתפוס הרבה משלו. ואפשר לומר דכיון דמצינו בפרק הכותב דתפיסה דלאחר מיתה לא מהני אלא אם כן בצבורין ומונחין בר״ה אף כאן עשו דינו כמו התם שלא לחלק והלכך כיון דלא תועיל תפיסה במידי אחריני משום שמא יבא מזה תקלה לתפוס הרבה משלו לכן גם בדבר המזיק עצמו לאחר שבא ליד הבעלים עשו אותו כמידי אחריני כן כתוב בהגהות מיימוני בשם ר״ב לדעת ר״ת גם במרדכי ספ״ק דקמא כתב דדוקא קודם שבא ליד בעלים דאל״כ אם היה אלם היה תוקפו מידו כ״כ הר״ר יחוקיה ע״כ ובתשובת מהרי״ק שורש קס״א פי׳ טעם אחר למה חילקו שלא תועיל תפיסה לאחר שבא ליד בעלים ע״ש: מיהו בסמ״ג כתוב וז״ל ואם היה הניזק תופס משל המזיק קודם ההיזק אין מוציאין אותו מידו או אפילו בשעת ההיזק אם תפס המזיק בעצמו אבל בדברים אחרים לא הקילו לתפוס שאם יתפוס אין מוציאין מידו מפני שאין דנין ד״ק וזה יפסיד יתר על מה שהזיקו עכ״ל יראה מדבריו דלר״ת במזיק עצמו יכול לתפוס לכתחלה בין בשעת ההיזק בין לאח״כ מאחר שלא יבא תקלה מזה כדפי׳ ולא קאמר ר״ת אלא דבדברים אחרים לא מהני תפיסה אפילו תפס בשעת ההיזק אא״כ בתופס משלו בשכבר קודם ההיזק ואף לשון ר״ת שכתב רבינו אפשר לפרש כך דמה שכתב דוקא שתפס דבר המזיק עצמו וכשתפסו בשעת הנזק אינו אלא לומר דבמזיק עצמו אפילו לא תפסו קודם אלא בשעת הנזק תפסו נמי הוי תפיסה אבל מידי אחרינא לא הוי תפיסה בשעת הנזק אלא א״כ בתופסו קודם ההיזק שאם תועיל וכו׳ אבל ודאי דבדבר המזיק עצמו תועיל תפיסה אף לאח״כ שבא ליד הבעלים דלא כר״ב בשם ר״ת נ״ל:

ז וא״א ז״ל כתב אף אם תפס ד״א לא מפקינן מיניה וכו׳ בספ״ק דקמא ונראה מבואר שהבין מדברי ר״ת דדעתו הוא דמה שנשאיר לתופס כפי נזקו בזה אנו דנין דיני קנסות ולפיכך השיג עליו ואמר שאין אנו דנין אלא להחזיר המותר. גם מדברי התוס׳ ס״פ אלו נערות נראה שהבינו מדברי ר״ת כהבנת הרא״ש מדבריו. אכן מלשון המרדכי סוף פ״ק דקמא מבואר איפכא דדעת ר״ת היא דמה שאנו דנין להחזיר המותר בזה אנו דנין על הגזל דהמותר הבא ליד הניזק כשתפס דבר אחר גזל הוא ובגזלות לא עבדינן שליחותייהו ולפי זה ס״ל דאף על גב דכשבא ממון חבירו לידי ע״י הלואה או פקדון ותופס אותו בשביל הנזק אף אם נדון על המותר אין אנו דנין דיני גזלות כיון דלא בא ליד התופס בגזל מכל מקום אנו חוששין מתוך שתועיל תפיסה במידי אחריני שוב לא ימתין הניזק עד עת יגיע לידו משל המזיק מהלואה ופקדון אלא תיכף ומיד היום או למחר יגזול בכח הרבה משלו ואז אם נדון על המותר הוי ליה דיני גזילות וכן מבואר מלשון ר״ת שהעתיק הרא״ש שאמר דהיום או למחר יגזול וכו׳ ובמרדכי כתב עוד להדיא ולא מפקינן מיניה דאין דנין דיני גזילות בבבל ואף לשון ר״ת שהעתיק הרא״ש שכתב ואין מוציאין מידו שאין דנין דיני קנסות לאו דוקא קנסות אלא כל מילי דצריך מומחין דרך לכוללו עם דיני קנסות וכן כתב הרא״ש להדיא בריש סנהדרין ע״ש ותדע דכך הוא דעת ר״ת דאם לא כן אלא דמה שנשאיר ביד הניזק כדי נזקו בזה אנו דנין דיני קנסות א״כ כשתפס דבר המזיק עצמו נמי אמאי תועיל תפיסה אם תפס יותר והיאך דנין עליו שישאיר לו כדי נזקו בלבד הלא אין דנין דיני קנסות אלא ודאי גם ר״ת מודה שאין כאן ד״ק שכבר נפרע מנזקו בתקנת רז״ל אלא דמה שאנו דנין להחזיר המותר דין זה הוי בכלל דיני קנסות כיון שבא לידו בתורת גזל והלכך בתפס המזיק עצמו אפילו הוא שוה יותר אין זה גזל כיון דדבר זה הזיקו הוא תופסו ומהרי״ק בשורש קס״א כתב וז״ל כיון דקנס הוא אם תפס המזיק עצמו אז אין נראה כגבוי שהרי דינו על המזיק עצמו כמ״ש תורה וחצו את כספו ומתוך כך אינו משתלם אלא מגופו וכו׳

עכ״ל והשתא לפי זה אין מקום להשגת הרא״ש על ר״ת אלא הו״ל להשיג מסברתו שתופס הרא״ש עיקר דבגזלות עבדינן שליחותייהו ואף ר״ת מודה בזה דדוקא בגזל שדה לא עבדינן שליחותייהו אבל שאר גזלות עבדינן שליחותייהו כדכתב הר״י בס׳ מישרים ותשובת מיימוני כדלעיל אלא דיש לי ליישב דאע״פ דר״ת מפרש הך דגזילות לא עבדינן שליחותייהו בגזל שדה וכו׳ מודה הוא למה שפי׳ התוספות דבגזלות ע״י חבלות כיון דלא שכיח נמי לא עבדינן שליחותייהו דלענין דינא כל דלא שכיח הוי כמו גזל שדה וכו׳ דמאי שנא ואין ר״ת חולק אלא בפירושא דשמעתתא אבל על הדין לא נחלק והשתא גזלה זו שאינה אלא ע״י שהזיקו המזיק ותפס הרבה משלו נמי לא שכיחא ודמיא לגזלות ע״י חבלות ולא דיינינן ליה השתא וזה ודאי כדאי ליישב דברי רבינו תם לפי סברתו אבל הרא״ש דלא חילק בגזלות ופסק דבכל גזלות עבדינן שליחותייהו כמבואר בפסקיו הבין דדעת ר״ת היא לומר שכשאנו דנין שיחזיק הניזק בידו כדי נזקו בזה אנו דנין ד״ק והשיג נמי וכתב ולא יכולתי לעמוד על דבריו וכו׳ גם בתוס׳ סוף פרק אלו נערות לאשר הבינו מדברי ר״ת כהבנת הרא״ש ז״ל כתבו ודוחק אבל למאי שכתבנו אין כאן דוחק לא גדול ולא קטן אלא דברים ברורים הם. ומ״מ לענין הלכה כבר התבאר דבכל גזלות עבדינן שליחותייהו בקרן וא״כ אין כאן ד״ק לא במה שנשאיר אצל הניזק כדי נזקו ולא במה שמוציאין ממנו המותר:

ח ואם לא הביא עדים שראוי לזכות בהם אומר לו להחזיר מה שתפס. כתב מהר״ם לוריא נראה דהיינו דוקא שתפס בעדים אבל תפס שלא בעדים מהימן במגו דלא תפסתי עכ״ל ופשוט הוא והכי איתא במרדכי ס״פ המניח ע״ש ריב״א:

ט וכתב הראב״ד וכו׳ והרמב״ן הקשה לדבריו וכו׳ כל זה כתב הרא״ש ספ״ק דקמא ובי״ד סימן רס״ז כתב שמסקנת הרא״ש כהרמב״ן ולשם נתבאר בס״ד: ומ״ש ואי תפס קמי הודאה ואח״כ הודה וכו׳ ולא אמרינן דתפיסה מקמי הודאה כעדים דמיא שם הביא ראיה מדא״ל ר״ג לרבי יהושע בפרק מרובה סוף (בבא קמא דף ע״ד) אי אתה יודע שטבי עבדי יצא לחירות וכו׳ וע״ש ונראה דהא דקאמר ולא אמרינן וכו׳ ה״ק לא אמרינן הודאה מחמת עצמו בעינן והודאה זו מחמת ביעותא דתפיסה הוא ולאו הודאה היא וכדאמר ר״א ב״ר שמעון הכי בפרק מרובה (בבא קמא דף ע״ה) גבי ראה עדים ממשמשין ובאים והודה דהא ליתא דהא ודאי דלא דמי תפיסה לעדים וליכא ביעותא. ולכאורה משמע דהראב״ד לא קאמר אלא במחייב עצמו בקרן בהודאתו כדאיתא במרובה וכתבו רבינו בסימן שמ״ח דאי איתא דמיירי בפוטר עצמו מכלום לאו הודאה היא ולא מיפטר אבל בנ״י פ׳ מרובה כתב להדיא ע״ש הראב״ד דאפילו פטר עצמו מכלום מפטר ומפקינן מיניה בזמן הזה דכיון דאין מקבלין עדות בזמן הזה ה״ז כמי שאין שם עדים וא״כ שפיר הוי הודאתו הודאה אף בזמן הזה כיון דחייב לשלם הקרן עכ״פ ומפטר בהודאתו מן הקנס אבל להרמב״ן אין כאן הודאה כלל בבית דין אף לגבי קרן ואף ע״ג דחייב לשלם הקרן אפילו הכי כיון דהודאתו כמודה חוץ לבית דין הוא אינו נפטר מהקנס ואי לא תפס לא מפקינן מיניה ודו״ק:

י ומ״ש הלכך אי תפס לא מפקינן מיניה וכו׳ פי׳ אבל אי לא תפס אין מוציאין ממנו ואע״ג דהודה והודאתו כמודה חוץ לב״ד שאין נפטר מהקנס וג״כ אינו יכול לחזור מהודאתו אפילו לא באו עדים דלענין זה הו״ל הודאה בב״ד דלא יוכל לחזור כדלקמן בסימן ג׳ מ״מ כיון שאין זה ממון אלא קנס אין גובין אותו בבבל ואפילו באו עדים אח״כ והא דכתב הרמב״ם פ״ה דחובל אם לא ראו עדים שנכנס הנחבל שלם וכו׳ אף ע״פ שהודה החובל פטור מן הנזק והצער דאלמא דאי איכא עדים חייב ולהרמב״ם נזק וצער קנסא הוא ואין גובין בבבל נראה דלשם לא בא הרמב״ם להורות דין גבייה בבבל אלא שכתב דין התורה להיכא דאיכא ב״ד סמוכין אבל דין הגבייה בח״ל כתבו הרב בפ״ה מה״ס דלשם מבואר דאפילו איכא עדים אין גובין הנזק דהוי קנס לדעת הרמב״ם: וכ״כ קצת מהגאונים זו היא דברי רבינו שראה למקצת גאונים שכתבו כן ואינו מדברי הראב״ד עיין בהרא״ש סוף פרק קמא דקמא: ומ״ש ול״נ לא״א הרא״ש וכו׳ כ״כ ספ״ק דקמא ובפרק החובל וכ״כ הסמ״ג בעשה (דף קמ״ז ע״ב) על שם ר״י ובהגהת מיימונית פ״ה דה״ס בשם ר״ת וטעם השגה זו היא מהסוגיא דפרק הדיינים דקס״ד התם דלרבנן דרבי יוסי דבשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסיה מ״מ משמתינן ליה לעולם עד דליתיב ליה ופרכינן עלה האי דלינקטיה בכובסיה וכו׳ כלומר לית לך מיחת לנכסיה עדיף מהאי ומתוך כך חוזר בתלמוד ואומר אלא משמתינן ליה עד זמן וכו׳ ואם כן לרב אלפס והראב״ד נמי איכא לאקשויי הכי דאין לך גובינא גדולה מזו וכו׳:

יא ומ״ש ורב שרירא גאון כתב לא מצינו בתלמוד וכו׳ פי׳ לא מצינו בתלמוד שהיו מנדין כדי לשלם ההיזק אלא זאת מצאנו באותה סוגיא דמדברת באין גובין קנס בבבל ספ״ק דקמ׳ וס״פ אלו נערות ובין כך ובין כך משמתינן ליה עד דמסלק היזיקא מדרבי נתן וכו׳ ומדלא קאמר התם דמשמתינן ליה עד דמשלם היזיקא אלמא דלאו דינא הכי אלא דמ״מ סמכו לנדות החובל וכו׳ אע״פ שאינו מן הדין אלא כדי לעשות גדר ותקנה ונראה דהאלפס והראב״ד נמי לאו מדינא קאמרי דמנדין אלא תקנתא וכמ״ש רב שרירא ועיין בהרא״ש פרק החובל. כתב המרדכי פ׳ הזהב המאנה את חבירו בדברים מלקין אותו שעבר על לאו דלא תונו עכ״ל ופשוט הוא דמכת מרדות מדרבנן קאמר ואף בתלמודא פרק נערה שנתפתתה ופרק שני נזירים קאמר מאי לוקה נמי דקאמר מכות מרדות מדרבנן וכן בפ׳ ר״ג ביבמות ובדוכתי טובא ובפרק הנחנקין הכובש את נבואתו לוקה פי׳ התוס׳ לוקה מכת מרדות קאמר ע״ש ואף ראבי״ה היה מלקה לבני אדם שקנו פת בשבת ואין ספק דלאו מלקות ממש קאמר ואפשר נמי דההיא דמאנה את חבירו ודקנו פת בשבת כוונתו לומר

שמלקים אותם במספר ארבעים זכר למלקות דאורייתא כמו שאנו עושין בעיה״כ וזה נראה יותר לפי הלשון גם לפי מה שנהגו בעובר על לאו מן התורה:

סימן ב

א אע״פ שאין דנין בח״ל וכו׳ ברייתא פרק האשה רבה ופרק נגמר הדין אר״א שמעתי שבית דין מכין ועונשין וכולי ואמרו עוד לשם אליו תשמעון אפילו אומר לך עבור על אחת מכל מצות האמורות בתורה כגון אליהו בהר הכרמל הכל לפי שעה שמע לו ופריך התם וליגמר מינה דב״ד מתנין לעקור דבר מן התורה משום תקנתא דרבנן ומשני מיגדר מילתא שאני אלמא דבמיגדר מילתא שפיר גמרינן מיניה דליכא למימר דשאני אליהו דע״פ הדיבור מתנבא לעבור דהא אין הנביא רשאי לחדש דבר מעתה כדנפקא לן מאלה המצות ברפ״ק דמגילה אלא ודאי משום צורך שעה וא״כ ה״ה שלא ע״פ הדיבור וכן פי׳ התוס׳ לשם: ומ״ש ואם הוא אלם וכו׳ כ״כ הרא״ש בתשובה כלל ו׳ דין ל״ב וע״ל בסי׳ כ״ו: וכתב רב אלפס וכו׳ הביא דבריו ללמוד ממנו ג׳ דברים האחד דלאו דוקא בא״י מכין וכו׳ דר״נ בבבל הוי וקא קניס. ב׳ דלא תימא הא דתניא ב״ד מכין וכו׳ אינו אלא בב״ד של כ״ג דומיא דהנך עובדי דהתם דהא חזינן דאף ר״נ קא קניס. ג׳ דבעינן דוקא דומיא דר״נ דהוה גדול הדור וממונה וכו׳ והכי נמי בעינן שיהא גדול הדור וממונה על הצבור ואז אפי׳ הוא יחיד א״נ אפילו אין שם גדול הדור כ״א ז׳ טובי העיר שהמחום רבים עליהם אבל דייני דעלמא שלא המחום רבים עליהם לא ומשמע דאף אם הוא גדול הדור אם לא המחוהו רבים עליהם אין בידו לקנוס לצורך שעה אבל בר׳ ירוחם מבואר דגדול הדור אפילו אינו ממונה ולפי זה מ״ש האלפסי וממונה לדון ע״פ הנשיא לאו דוקא דבעינן ממונה אלא כל זה להודיע גדולתו של ר״נ שהיה גדול וחשוב בדורו לפי שהיה חתנא דר״ג וממונה לדון וא״כ לדידן כל גדול בדורו אפילו אינו ממונה וכן עיקר ועיין בסמוך: ונראה שאפילו אין בדבר עדות גמורה וכו׳ כ״כ הר״ר ירוחם בשם הרא״ש וכן כתב בתשובת הרא״ש כלל י״א באשה שנתעברה מעכו״ם שלא היה שם עדות ברורה והסכים לחתוך חוטמה וכ״כ בתשובה להרמב״ן כמ״ש ב״י ונראה לי ראיה ברורה לזה מעובדא דשמעון בן שטח שתלה פ׳ נשים באשקלון ביום א׳ כדתנן פרק נגמר הדין ולא היה שם עדות ברורה ודרישה וחקירה והתראה אלא הוראת שעה היתה כפי מה שראה וכ״כ הרמב״ם פרק כ״ד מה״ס וסמ״ג לאוין ר״ח ע״ש:

ב ומ״ש רבינו וכן יראה מדברי הרמב״ם דאלמא דלא כתב כך בפירוש חוזר אמ״ש בתחלה דאף בח״ל דנין מיתה וכו׳ ושכ״כ האלפסי ע״ז אמר וכן יראה מדברי הרמב״ם דאע״פ שכתב בסתם יש לבית דין להלקות וכו׳ כלשון הברייתא מכל מקום מדאמר אחריו וכן יש לב״ד בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם ששמועתו וכו׳ אלמא דרישא דמילתא נמי בכל מקום ובכל זמן קאמר כדמשמע מלישנא דוכן יש לבית דין שכתב וגם על מה שכתב ונראה שאפילו אין בדבר עדות גמורה וכו׳ אמר וכן יראה מדברי הרמב״ם וכו׳ שהרי כתב וכן יש להם בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם ששמועתו רעה והעם מרננים אחריו וכו׳ משמע מלשון וכן דגם דין מיתה יש לדון היכא דאיכא רגלים לדבר וקלא דלא פסיק וכו׳: ומ״ש וכיון שרואין בית דין שפרצו העם בדבר וכו׳ היינו דרב הונא דקץ ידא וכו׳ בפ״ב דנדה ואי קטל נפשא לכיוהא לעיניהוכו׳ בפרק זה בורר ובענין ר״א ב״ר שמעון פ׳ השוכר את הפועלים: וכן יש להם להלקות וכו׳ בסוף קידושין וע׳ בא״ע סי׳ כ״ב: ומ״ש שהרי דוחה ל״ת של דבריהם פי׳ לאו דלא תסור ועיין בי״ד סי׳ ש״ג גבי כלאים דרבנן וכדאיתא פרק מי שמתו: ומ״ש כל אלו הדברים וכו׳ פי׳ שזה העובר צריך לעונשו בכך לפי שהוא רשע גמור כהא דר״נ דקנסי׳ להההוא גברא משום דגזלן עתיקא הוי אף ע״פ שאין השעה צריכה לכך אי נמי שהשעה צריכה לכך שהעם פרוצים בעבירות ומצות בזויות בעיניהם כעובדא דההוא גברא שרכב על סוס בשבת בימי יונים אף ע״פ שזה אינו צריך לכך שלא היה רגיל בכך אלא עכשיו הוא שעבר עבירה זו אפילו הכי קנסינן ליה ומשמע אבל אין כאן לא זה ולא זה לא ניתן לנו רשות לקנסו שלא כדין תורה אפילו במילי דשמיא ואפי׳ טובי העיר שהמחום רבים עליהם אין להם כח לזה ואצ״ל היכא דליכא מילי דשמיא אלא לתקנת הקהל ולפ״ז כ״ש דאין כח לטובי העיר שהמחום רבים עליהם לשנות דבר לפי דעתם וכן כתב המרדכי פ״ק דבתרא ע״ש ר״ת דאף רוב הקהל אין להם כח להכריח למיעוט לשנות דבר במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי או להפקיע ממון שלא מדעת כולם אא״כ להכריח הציבור במה שהיה מנהג מקדם או למיגדר מילתא במילי דשמיא דאז יש כח לרוב הקהל או טובי עיר שהמחום עליהם מדעת כולן לכל דבר וראבי״ה לשם חולק וס״ל דאם קבלו עליהם ראשים לכל דבר כנהוג מה שעשו בתקנת הקהל דוקא ואע״פ שלא היה כן מנהג מקדם וגם אינו מגדר מילתא. וכתב עוד אפילו יחיד שביררו מה שעשה עשוי בתקנת הקהל ויפתח בדורו וכו׳ ואפילו מיחו עליו הרוב אינו כלום. וכתב עוד שאפילו טובי העיר שלא המחום עליהם אם עשו דבר במעמד אנשי העיר בפרהסיא ואין מוחה בידם מה שעשו עשוי ואם רוצים לעשות דבר והרוב מיחו אין הגזירה חלה עליהם מאחר שלא המחום רבי׳ עליהם אבל אם הרוב הסכימו והמיעוט מיחו חלה הגזירה עליהם בע״כ ודלא כר״ת שכתב דרוב הקהל אין להם כח להכריח המיעוט וכו׳ ואפי׳ לר״ת אם הוא גדול שאין בדורו כמוהו אפילו לא קבלוהו אלים כחו טפי מטובי העיר שהמחום עליהם ויכול לתקן מחדש ולהפקיע ממון דהפקר ב״ד הפקר אבל אם אינו אלא גדול בעירו או בגבולו בלבד אפילו לראבי״ה לא אלים כחו להתנות ולתקן

מחדש שלא ע״פ רוב העיר אם לא בקבלוהו מתחלה להנהיג הקהל בכל דבר שאותו יש לו כח בכל דבר שהוא תקנת הקהל אפילו יש גדולים ממנו בעירו לדעת ראבי״ה כן נראה מכתבים דמהרא״י בסימן רנ״ג אבל מהרי״ק בשורש א׳ כתב דלדעת ר״ת אפילו גדול שאין בדורו כמוהו ואפילו הם גדולים רבים אין להם כח לתקן במילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי ולא עדיפי כל עיקר משאר טובי העיר שהמחום רבים עליהם ע״ש. ומ״מ נ״ל ברור לפע״ד דלמגדר מילתא אין חילוק דכל גדול בעירו או בגבולו הוי ב״ד יפה ויש לו כח לתקן אפילו לא קבלוהו ולא גרע מטובי העיר שהמחום רבים עליהם ואינן גדולים בעירן ודוקא בשלא קבלו עליהם אנשי העיר גדול אחר להנהיג קהלם בכל דבר גם לא המחום עליהם טובי העיר הא לאו הכי אין לו כח לתקן בלא דעתם והסכמתם אפילו הוא גדול מהם אם לא שהוא גדול שאין בדורו כמוהו שזה הוא כמו ב״ד הגדול אותו ודאי יש לו כח לתקן במיגדר מילתא אף כנגד שאר גדולים שאינם גדולים כמותו ולא בעינן דעתם והסכמתם וצריכים לקיים גזירתו ותקנתו במיגדר מילתא אם הוא בענין שרוב הציבור יכולין לעמוד בה נראה לי: ולענין הלכה נהגו ברוב מקומות שטובי העיר בעירן כב״ד הגדול ומה שעשו עשוי בתקנת הקהל דוקא וכראבי״ה ואף לפי זה נראה דאם עשו מקצת הטובים איזה תקנה מחדש ומקצתם לא היו שם וכשבאו מיחו אפילו הם המיעוט ואפילו רק יחיד יכול למחות דכיון שלא היה במעמד כשתקנו התקנה לא חשיב רוב כלל ואין בתקנתם כלום ועיין במהרי״ק שורש ק״פ ודוקא בדברים דלאו מילי דשמיא אלא צורך הקהל אבל במילי דשמיא אינו יפול למחות אף ע״פ שלא היה במעמד:

סימן ג

א אין בית דין פחות מג׳ וכו׳ לשון הרמב״ם בפ״א מה׳ סנהדרין אין ב״ד פחות מג׳ כדי שיהא בהן רוב ומיעוט אם היתה ביניהם מחלוקת בדין מן הדינים וזה לשון המשנה בריש סנהדרין ד״מ בג׳ גזילות וחבלות בג׳ ופריך אטו גזילות וחבלות לאו ד״מ נינהו ואסיקנא דה״ק ד״מ בג׳ הדיוטות גזילות וחבלות בג׳ מומחין ורבינו ה״ק הכל מודים דלכתחלה אין ב״ד פחות מג׳ אפילו לשמואל דשנים שדנו דיניהם דין וה״ה יחיד דינו דין אפ״ה לכתחלה ג׳ בעינן אבל אנן קי״ל כרבי אבהו דשנים שדנו אין דיניהם דין ואפילו לא טעו וכו׳ מיהו נראה דוקא לענין ממונא אבל לענין איסורא כההיא דפרק הנחנקין (סנהדרין דף פ״ז) דאמרינן התם דלרבי אבהו אי אפיקו הני בי תרי ממונא מהאי ויהבו להאי בדינא דידהו והלך זה וקידש אשה באותו ממון אינה מקודשת דהו״ל קידשה בגזל ואי אתא איניש אחרינא לבתר הכי וקידשה מקודשת לשני ולשמואל מקודשת לראשון ולא לשני ולפ״ז בפלוגתא דרבוואתא צריכה גט משניהם: וכתב הרמ״ה דוקא דגמירי וכו׳ טעמו דפסק כרבא דקאמר התם ד״ת אפילו בד״מ בעינן ג׳ מומחין אלא דחכמים תקנו דסגי בג׳ הדיוטות משום נעילת דלת שימנעו מלהלוות מפני שלא ימצא ג׳ מומחין לכופו לדין וא״כ בעינן דליהוו תלתא גמירי דמאן דלא גמיר פסול לדינא וכמאן דליתיה דמי ואנן בעינן תלתא ד״ת אבל הרא״ש פסק כרב אחא בריה דרב איקא דהתם דד״ת אפילו יחיד הדיוט כשר שנאמר בצדק תשפוט עמיתך אלא משום דחששו ליושבי קרנות דלא גמירי תקנו דבעינן ג׳ הדיוטות דבג׳ א״א דלית בהו חד דגמיר אלמא דאי לית בהו אפילו חד דגמיר פסולים לדינא אפילו לרב אחא ויש להקשות הא דקאמר התם מאי איכא בין רבא לרב אחא איכא בינייהו דאמר שמואל שנים שדנו דיניהם דין אלא שנקראו ב״ד חצוף לרבא לית ליה דשמואל לרב אחא אית ליה דשמואל אמאי לא קאמר דאף לבתר תקנת חכמים איכא בינייהו דלרבא בעינן תלתא גמירי ולרב אחא סגי בחד דגמיר מדלא קאמר הכי אלמא אפילו לרבא סגי בחד דגמיר דאע״ג דד״ת בעינן ג׳ ומאן דלא גמיר פסול לדינא מ״מ משום נעילת דלת דימנעו מלהלוות מפני שלא ימצא כולהו תלתא גמירי לכופו לדון תקנו חכמים דאפילו לית בהו אלא חד דגמיר כשרים לדון אפי׳ לכתחלה אפי׳ לרבא והכי משמע ודאי מדעת הרא״ש מדפסק כרבי אבהו דשנים שדנו אין דיניהם דין דלא כשמואל אלמא דלא ס״ל כרבי אחא דאית ליה דשמואל אלא דמ״מ ס״ל להרא״ש דאפילו אי לית בהו אלא חד דגמיר כשרים לדון דבהא אפילו רבא מודה משום נעילת דלת כדפרי׳ והשתא ניחא הא דהביא הרא״ש בפסקיו הך דרבא ודרב אחא ולא כתב הלכה כדברי מי משום דס״ל דרבא נמי ס״ל לדרב אחא לבתר תקנת חכמים משום נעילת דלת דאפי׳ לית בהו אלא חד דגמיר כשרים לדון אנא דבמאי דס״ל לרב אחא כשמואל בהא לית הילכתא הכי אלא כר׳ אבהו דשנים שדנו אין דיניהם דין. מיהו הרמ״ה מפרש כפשוטה של שמועה דהא בהא תליא דלרב אחא דד״ת אפילו יחיד כשר אלא דבעי ג׳ משום דחששו ליושבי קרנות סגי בחד דגמיר אבל לרבא דג׳ מומחין בעינן ד״ת אלא דתקנת חכמים היא דסגי בג׳ הדיוטות משום נעילת דלת מ״מ בעינן דליהוו כולהו תלתא גמירי דמאן דלא גמיר פסול לדינא וכמאן דליתא דמי ואין כאן משום נעילת דלת אפילו אם אתה מצריך אותו דליהוו תלתא גמירי והא דלא קאמר דאיכא בין רבא לרב אחא דלרבא בעינן תלתא גמירי ולרב אחא סגי בחד דגמיר ס״ל להרמ״ה דהא לאו קושיא הוא דאה״נ דהומ״ל דהא נמי איכא בינייהו ועי״ל דהא פשיטא הוא דאיכא בינייהו הך מילתא אלא דאתא לאשמועי׳ חידושא דהא דשמואל נמי איכא בינייהו והכי משמע באלפסי דבפרק אד״מ פסק כרבי אבהו ובפ״ק לא הביא אלא דברי רבא ולא הביא הא דרב אחא אלמא דס״ל דליתא לדרב אחא דקאמר דסגי בחד דגמיר אלא בעינן כולהו תלתא גמירי אף לבתר תקנת חכמים וכרבא וכבר היה אפשר לפרש גם דעת הרא״ש דלמאי דפסק כרבי אבהו דלית ליה דשמואל בעינן נמי כולהו תלתא גמירי כרבא ולא הביא

הרא״ש הא דרב אחא אלא לפי שאח״כ כתב דבה״ג פוסק כשמואל והאלפסי פסק כרבי אבהו ואתא לארויי לן דלבה״ג דפוסק כשמואל אית ליה לדרב אחא דלבתר תקנת חכמים אפילו לית בהו אלא חד דגמיר כשרים אבל למאי דמסיק האשר״י גופיה כרבי אבהו מסתמא ס״ל נמי כרבא דבעינן כולהו תלתא גמירי ואל״כ פסולין אלא דרבינו משמע ליה מדברי הרא״ש מדלא כתב כך בפי׳ דלבה״ג דפוסק כשמואל פוסק נמי כרב אחא אלא הביא בפסקיו דברי רב אחא בסתם דאלמא דפסק כרב אחא וס״ל דרבא נמי מודה לרב אחא דלבתר תקנת חכמים סגי בחד דגמיר וכך כתב הר״ר ירוחם ע״ש הרא״ש וכך פסק הרמב״ם בפ״ב מה״ס כרב אחא וכרבי אבהו וכן פסק הסמ״ג ולענין הלכה נראה לפע״ד דלכתחלה בעינן דליהוו תלתא גמירי כדכתב האלפסי והרמ״ה להדיא והכי משמע הפשט באשר״י מיהו ודאי כדאי הן הרמב״ם והסמ״ג לסמוך עליהן דיעבד ואי לית בהו אלא חד דגמיר דיניהם דין וכמו שהבינו רבינו והר״ר ירוחם מדברי הרא״ש. מיהו צ״ע בהא דכתב הרמ״ה אע״ג דלא סמיכי דמשמע דגמירי ממש בעינן כפרש״י על כגון אנא דגמירנא וסבירנא וכו׳ ותימה דא״כ הו״ל מומחין ולא הדיוטות ונראה ודאי דגמירנא וסבירנא דתלמודא היינו בענין שפי׳ רב שרירא גאון האי הוי מומחה לרבים אבל סתם לומדים דבזמנינו אע״ג דגמירי וסבירי אין להן דין מומחה וכמ״ש מהרי״ו בתשובתו והרמ״ה נמי דכתב דוקא דגמירי ודאי ר״ל גמירי וסבירי אלא דאינו ר״ל כדקאמר תלמודא כגון אנא דגמירנא וסבירנא וכו׳ דזה לא היה נמצא גם בזמנו ולא כתב לן הלכתא למשיחא אלא ר״ל גמירי וסבירי כסתם לומדים וכדפי׳ הרא״ש על אי אפשר דלית בהו חד דגמיר ששמע או קרא בספרים וכו׳ וכך הוא גם דעת הרמ״ה דליהוו כולהו תלתא גמירי לא גמירי וסבירי ממש והכי משמע ודאי מלישנא דא״א דלית בהו חד דגמיר דאמאי אי אפשר הלא בהדיוטות וביושבי קרנות קיימינן השתא ולא בתלמידים אלא בע״כ דאינו ר״ל מתיר וסביר ממש אלא כלומר ששמע או קרא בספרים ועל ידי כך הוא יודע סברות בדינין והרי הוא סביר אע״ג דלא גמיר ממש כרב נחמן וזהו שאמר רש״י אי אפשר דלית בהו חד דגמיר ששמע מחכמים ומדיינים הלכות מלוה עכ״ל ומדלא פי׳ כאן כמו שפירש על כגון אנא דגמירנא אלמא דס״ל דהאי א״א דלית בהו חד דגמיר לאו גמיר ממש קאמר וכדפי׳ ודלא כהר״ם מפדואה בתשובה סימן מ״ג דפירש דעת רש״י במאי דכתב א״א דלית בהו חד דגמיר ששמע וכו׳ היינו דגמיר ממש ר״ל שקבל מאחרים אלא דאינו סביר וכו׳ דליתא אלא איפכא הוא כדפי׳ דאנן השתא ביושבי קרנות קיימינן ודברי הרמ״ה נמי בכה״ג קאמר דגמירי ששמעו או קראו בספרים ועל ידי כך סבירי וכשרין אף על גב דלא גמירי ממש ומה שכתב אע״ג דלא סמיכי היינו לומר אע״ג דאינן חכמים דכל שהן חכמים אע״ג דלא סמיך הו״ל כסמוך וכדכתב הרא״ש ולכן כתב הרמ״ה לישנא דסמיכי ממש וזה ברור ופשוט ועוד הארכתי בתשובה בס״ד:

ב ואלו הג׳ דנין לאדם בע״כ וכו׳ כך הוכיחו התוס׳ והרא״ש ריש סנהדרין ואע״ג דמדבריהם מבואר דביחיד מומחה נמי אינו יכול לכופו אם רוצה לדון עמו בעירו וכן כתב הסמ״ג רבינו נמשך לסברתו דלקמן בסימן י״ד דמומחה יכול לכוף לעולם אפילו כשרוצה לדון בזה בורר ולשם יתבאר בס״ד:

ג ומ״ש ואפילו לא טעו וכו׳ כן כתב הרא״ש שם וכן בפרק אחד ד״מ ולשם הביא ראיה מההיא אודיתא בפרק זה בורר דלא הוה כתיב בה במותב ג׳ הוינא דאע״ג דהני תרי הוו דנו דין תורה לא הוי הודאה:

ה ומ״ש בד״א כשאינם מומחין וכו׳ כ״כ האלפסי בפ״ק וכך מתבאר בדברי הרא״ש לשם ודקדק רבינו בסוף לשונו שאמר ויכול לכוף האדם לדון לפניו בעל כרחו לומר שזה מוסכם הוא דלא כהרמב״ם דס״ל ביחיד מומחה אינו יכול לכוף לדון כלל אלא יכול לכוף כדעת התוספות ריש סנהדרין וכן כתבו המחברים ודעת הרמב״ם בטילה ברוב בדין זה בלבד ולפיכך כתב רבינו בסתם דיכול לכוף ולא חשש להזכיר דעת הרמב״ם החולק אבל לגבי הודאה שמודים בפניהם ולהחליף בטענותיהם כתב מחלוקת הרמב״ם והרא״ש בזה לומר שבזה אפשר לתת מקום לדעת הרמב״ם לפי שאינו מבואר הפך דבריו כי אם ממה שיראה מדברי הרא״ש שאין חילוק:

ז ואי נקיט רשותא מר״ג וכו׳ כ״כ הרא״ש פרק אד״מ לענין אם טעה דליפטר ומשמע ליה לרבינו דה״ה שיכול לכוף האדם לדון לפניו ופשוט הוא דאי לא גמיר ולא סביר אפילו הם ג׳ לא מהני להו רשותא וכך מבואר מהראיה שהביא הרא״ש מפ׳ זה בורר דאין חילוק בין אחד לג׳ והא דכתב ואי נקיט רשותא מר״נ וכו׳ ע״ג דרשות ב״ד שבא״י נמי מועיל נראה דכיון דאסיקנא דמהתם להכא לא א״כ כי היכי דלא מהני ליה למומחה רשותן למיפטריה בח״ל אם דן בכפייה ה״נ לא מהני ליה רשותן לשאינו מומחה למידן בכפייה בח״ל ודינו אינו דין אפי׳ לא טעה:

ח כתב הרמב״ם אע״פ וכו׳ בפ״ה מה״ס. ומ״ש אבל ג׳ הדיוטות ההודאה וכו׳ נראה דלאו בכל הודאות קאמר דהא בסימן א׳ כתב ע״ש הרמב״ן דלגבי קנס לא הויא הודאה דליפטר וה״ט דבקנס דלא עבדינן שליחותייהו הניחו אותו חכמים על דין תורה דבעינן סמוכין ולא הויא הודאה בב״ד אבל במידי דלאו קנס כיון דעבדינן שליחותייהו גם ההודאה חשובה הודאה בבית דין ואפשר דבמידי דקנס נמי דוקא לא הויא הודאה דליפטר אבל שלא יוכל לחזור מהודאתו הויא הודאה ואפילו לא באו עדים כלל אם תפס האחר לא מפקינן מיניה להרמב״ן וצ״ע דאפשר גבי קנס דהניחו על ד״ת לגמרי ולא תקנו חכמים כלום והודאתו אינה הודאה ויוכל לחזור: וכתב מהרש״ל הא דכתב הרמב״ם מ״מ אינו חשוב ב״ד וכו׳ פי׳ ויכול לחזור ולטעון אבל מ״מ

אינו נראה שיכול לדון בפני ב״ד אחר מן הסתם עכ״ל וטעמו דכיון דהתחיל לטעון לפניו אינו יכול לומר אני רוצה לדון בב״ד אחר אלא צריך לדון לפני המומחה דאף על פי דאינו חשוב ב״ד לענין הודאתו ויכול לחזור ולטעון לשאר עניינים הוי ב״ד ביחיד מומחה כמו ב״ד של ג׳ וע״ל בסימן י״ג: ומ״ש ומדברי א״א הרא״ש יראה שאין חילוק וכו׳ פי׳ וס״ל להרא״ש דיחיד מומחה ולא סמוך ולא נטל רשות דינו כסמוך דתקנת חכמים היא ולא פלוג עיין עליו בפ״ק דסנהדרין וע״ל בסימן פ״א סעיף כ״ז בתשובה לגאון:

ט וכתב עוד הרמב״ם אע״פ שיחיד שנטל רשות שמותר לו לדון וכו׳ וז״ל הרמב״ם בפ״ב אחד שהיה מומחה לרבים או שנטל רשות מב״ד ה״ז מותר לו לדון יחידי אבל אינו חשוב ב״ד ואע״פ שהוא מותר מצות חכמים היא וכו׳ ויש להקשות דכיון דס״ל להרמב״ם דאף במומחה לרבים אינו חשוב ב״ד וגם עליו מוטל מצות חכמים שלא יהא דן יחידי למה השמיט רבינו מדבריו מומחה לרבים דלגבי אינו חשוב ב״ד לא כתב בשמו אלא יחיד מומחה ולגבי מצות חכמים לא הזכיר אלא יחיד שנטל רשות ותו דבלשון רבינו שכתב ע״ש הרמב״ם אע״פ שיחיד מומחה או מי שנטל רשות מב״ד הגדול מותר לו לדון יחידי משמע לכאורה דה״ק או שאינו מומחה אלא שנטל רשות מב״ד הגדול יהא ליתא דבאינו מומחה דהיינו דגמיר ולא סביר אפילו נטל רשות הוי בכלל בעלי זרוע להרמב״ם כמו שכתב רבינו בסוף סימן זה בשמו אבל בלשון הרמב״ם גופיה שכתב מומחה לרבים או מי שנטל רשות וכו׳ ניחא דה״פ מומחה לרבים היינו מנוסה לרבים וכדכתב רב שרירא או אינו מומחה לרבים אלא גמיר וסביר דהוי נמי מומחה ונטל רשות ה״ז מותר לדון יחידי ואף עדיף ממומחה לרבים דלא נטל רשותא דאינו דן בכפייה ומומחה דנטל רשות אע״פ דאינו מומחה לרבים דן בכפייה וכ״כ הרמב״ם בפי׳ המשניות דמומחה לרבים אינו דן בכפייה וכ״כ בסוף פ״ד בסתם דאינו יכול לכוף לדון לפניו ורצונו לומר אפילו מומחה לרבים מדכתב בסתם אבל מומחה דגמיר וסביר ונקט רשותא אפילו אינו מומחה לרבים דן אפילו בכפייה בארץ ישראל כמבואר בספ״ד ולא קשיא לפי זה דמומחה לרבים דאינו דן בכפייה א״כ מיירי בדקבילו עלייהו ומאי איריא מומחה אפילו שאינו מומחה נמי דאיכא למימר דמיירי בדלא קבילו עלייהו ובלא כפייה ולא אתא אלא לאורויי דהוא עצמו לא יעמיד לדון יחידי אם אינו מומחה לרבים אפילו מינה אותו מלך או שלטון או קצת זקני הקהל דכיון דאינו מומחה לרבים ולא קבלו אותו בעלי דינין עליהם אין דינו דין אפילו לא טעה וכן כתב הרמב״ם להדיא בפי׳ המשניות ע״ש אבל על דברי רבינו קשיא טובא דהשמיט מדברי הרמב״ם מ״ש מומחה לרבים וכתב בסתם מומחה ולכאורה דשלא במשפט השמיטו אולי לא היתה נוסחתו ברמב״ם כי אם בסתם מומחה. ולפעד״נ דרבינו מפ׳ דמ״ש הרמב״ם אחד שהיה מומחה לרבים או שנטל רשותא מב״ד אינו ר״ל או שאינו מומחה אלא שנטל רשות וכו׳ אלא ה״ק או שנטל רשות מב״ד ג״כ כלומר לא לבד שהוא מומחה לרבים אלא ג״כ נטל רשות ה״ז מותר לו לדון יחידי אבל אינו חשוב ב״ד להיות ההודאה שבפניו כמודה בב״ד אפילו הוא סמוך ג״כ דהשתא איכא תלתא למעליותא מומחה ונטל רשותא מב״ד וגם הוא סמוך ומסתמא ודאי הוי מומחה לרבים לכן לא דק רבינו וכתב בסתם מומחה דפשיטא הוא דגברא כי הא דאית ביה תלתא למעליותא מומחה לרבים הוא והא דלא כתב רבינו הא דמצות חכמים אלא ביחיד שנטל רשות ולא כתבו גם במומחה לרבים כדכתב הרמב״ם נראה דטעמא דלשיטת הרמב״ם דמומחה לרבים דלא נטל רשות אינו דן בכפייה אלא בלא כפייה הוא דן וודאי דס״ל דמצות חכמים היא אף למאן דדן בלא כפייה ודעת רבינו היא דאין מצות חכמים אלא למאן דדן בכפייה וה״א במרדכי הארוך וז״ל גרסינן בירושלמי רבי אבהו הוה יתיב ודאין בבי כנישתא דקסרא לגרמיה א״ל תלמידיו לא כן אלפן אל תהי דן יחידי א״ל כיון דאינון חמיין לי דאין לגרמי ואינון אתיין לגבאי כמו שקבלוני עליהון ותנינן בד״א שלא קבלו עליהם אבל קבלו עליהם דן אפילו ביחיד מספר החכמה עכ״ל לפ״ז הא דכתבו התוס׳ והסמ״ג דההיא דאל תהי דן יחידי עצה טובה מד״ס אפילו למומחה לרבים אינו אלא היכא דדן בכפייה דס״ל לתוספות וסמ״ג דמומחה יחיד אפילו לא נקיט רשותא דן בכפייה כמבואר בדבריהם אבל הרמב״ם דס״ל דמומחה לרבים נמי אינו דן בכפייה ואפ״ה כתב דמצות חכמים רמיא עליה משמע להדיא דלא חילק במצות חכמים ולכן השמיט רבינו מדבריו מומחה לרבים ולא כתב אלא יחיד שנטל רשותא דמותר לו לדון מצות חכמים היא וכו׳ לאורויי דדוקא בכה״ג דמומחה דנטל רשותא דדן בכפייה רמיא עליה מצות חכמים אבל היכא דקבלו עלייהו יכול לדון יחידי ולא הוטל עליו מצות חכמים ולפי זה לשיטת התוספות והרא״ש ורוב המחברים דחולקים על הרמב״ם וס״ל דיחיד מומחה לרבים דן בכפייה הוטל עליו ג״כ מצות חכמים אבל בדן בלא כפייה אע״פ דלא קבלוהו נמי עלייהו אלא כהך דרבי אבהו דיתיב בבי כנישתא לגרמיה ובאו לפניו לדון כקבלוהו עלייהו דמי ולא הוטל עליו מצות חכמים כ״ש כשקבלוהו עליו בפירוש והכי חזינא לרבנן קשישי דקא עבדי הכי ודלא כמהרש״ל בתשובה סימן ל״ה דמצות חכמים היא אפילו בדקבלוהו דליתא וכבר דחה הרב מהר״ר יוסף כהן מקראקא כל ראיותיו עיין בתשובתו והכי נקטינן:

י ומוטב שיחתך הדין בי״א וכו׳ לאו דוקא י״א אלא דנמשך אחר לישנא דתלמודא בפ״ק דסנהדרין רב הונא כי הוה אתא דינא לקמיה מכניף ואייתי עשרה רבנן מבי רב וכו׳ ועמיה הוו י״א ותדע דלאו דוקא קאמר דאם כן קשיא מאי מוטב הא פשיטא דאין עושין י׳ ב״ד לכתחלה דאין ב״ד שקול: ומ״ש וצריך שיהו כל היושבים ת״ח וכו׳ פי׳ דאע״פ שאינן דיינין אלא יושבים לשם בב״ד ולפעמים נושאין ונותנין עם הדיינים שאם אינן ת״ח וראויין יהיו מטעים את הדיינים וכדתניא פרק שבועת העדות מניין לדיין שלא ישב תלמוד בור לפניו וכו׳ דאי בדיינים קשה הלא קודם זה כתב הרמב״ם

בתחלת הפרק דב״ד של שלשה צריך שיהא בהן חכמה וענוה וכו׳ וכדכתב גם רבינו בסימן ז׳ וא״כ הא תו למה לי אלא ביושבים שאינם דיינין אלא תלמידים קאמרי׳ הכא:

יא ואסור לאדם חכם כו׳ מה שקשה ע״ז כתבתי בסימן ז׳ סי״ד:

יב והאידנא וכו׳ אדלעיל קאי דכתב ואי נקט רשותא מר״ג וכו׳ וקאמר דרשות שנותן המלך למאן דגמיר ולא סביר לא מהני ולא דמי לרשות שנתן מלך פרס לר״ג בבבל דהוי מהני שגם הר״ג היה נותן רשות לאחרים ועומד במקום מלך פרס ונאמר דכ״ש כשהמלך עצמו נותן רשות דמועיל לא היא דהתם התורה זכתה להם וגזירת הכתוב הוא מדכתיב לא יסור שבט מיהודה לפיכך איננו אלא לזרע דוד אבל רשות שנותן המלך לנו שאין ידיעה אצלנו דמזרע דוד אנו באים אינו מועיל אפילו לגמיר ולא סביר והא דקאמר וגדולה מזאת וכו׳ ה״פ דלהרמב״ם אפילו רשות מר״ג דעדיף טפי מרשות ב״ד כדאיתא פ״ק דסנהדרין אפ״ה לא מהני לאינו מומחה דגמיר ולא סביר ואע״ג דלדידיה מהני רשותא מריש גלותא לגמיר ולא סביר כדלעיל מכל מקום רשות המלך ודאי לא מהני כלל: ונראה דלדעת רבינו ה״ה במומחה דגמיר וסביר לא מהני רשות המלך דאע״ג דיכול לדון בכפייה אפילו בלא נטל רשות לדעת רבינו מ״מ כיון דאם טעה משלם כדכתב בסימן כ״ה א״כ אין רשות המלך מועיל לו לפטרו מתשלומים ואפילו היכא דהוי מומחה לרבים דהיינו מנוסה כמה שנין ולא חזינן ביה טעות וכדכתב רב שרירא גאון לא מהני ביה רשות המלך לפטרו מתשלומים ודלא כמ״ש הריב״ש בתשובה סימן רע״א דלדעת רבינו רשות המלך מהני לגמיר וסביר דליתא גם לא כנמצא בכתבים דמהרש״ל דלמומחה לרבים מהני רשות המלך לפוטרו אם טעה דליתא אלא נראה ברור דאינו פטור וכ״כ הרמב״ם בפי׳ המשניות וז״ל אם מינה אותם מלך וכו׳ אם היו מומחים דיניהם דין ומקובל כיון שלא טעו ופו׳ אלמא דבטעו משלמי׳ אע״פ שהם מומחין ומינה אותם המלך ומ״ש בחבורו בפ״ג כל סנהדרין או מלך וכו׳ אינו אלא לומר דיכול לדון אם הוא מומחה לרבים אבל פשיטא דצריך לשלם אם מינהו המלך וטעה וכן אינו דן בכפייה לדעתו אלא א״כ נקיט רשותא וכו׳ ואין ספק דאין חילוק בין מלך ישראל למלך עכו״ם נ״ל:

יג ומ״ש ומיהו אף ע״פ שאין מועיל וכו׳ איכא למידק הא פשיטא הוא דבקבלוהו יכול לדון אפילו לא היה לו כתב מהמלך וי״ל דרבותא אשמועינן דלא מיבעיא בקבלוהו מרצונם אלא אפילו היכא דלא קבלוהו אלא ע״פ כתב המלך נמי יכול לדון ומ״מ נראה דבגמיר ולא סביר וטעה דינו כשאר דיין שאינו מומחה וקבלוהו עלייהו ואין כתב המלך מהני לפוטרו מתשלומים שהרי אינו יכול לדון ע״פ כתב המלך אלא על פי קבלתם וז״ש רבינו יכול לדון דמשמע אבל אינן פטורים מתשלומים אם טעו מיהו אי גמיר וסביר מהני קבלתם ע״פ המלך לפטרו מתשלומין לדעת רבינו ודלא כנראה מהרמב״ם דכתב המלך אינו מועיל כלום היכא דטעו אפי׳ בדקבילו עלייהו ודו״ק:

סימן ד

א אע״פ שיחיד אינו יכול לדון עושין דין לעצמו וכו׳ בפרק המניח איתמר רב יודא אמר לא עביד איניש דינא לנפשיה רב נחמן אמר עביד איניש דינא לנפשיה היכא דאיכא פסידא כ״ע ל״פ דעביד איניש דינא לנפשיה כי פליגי היכא דליכא פסידא ופסקו הפוסקים כר״נ פי׳ דלא קעביד איסורא במאי דקא עביד דינא לנפשיה והכה אותו ופטור מלשלם דמי חבלה היכא דיוכל לברר. אבל אין יוכל לברר אפילו לא יכה אותו קעביד איסורא אי תפסו ודוקא בתפסו בפני עדים אבל אם אין עדים מצי לתפסו ואפילו להכותו ונאמן במגו וכ״כ המרדכי להדיא בפרק הגוזל בתרא בסוף הפסק דר״א מטילא ע״ש ובכה״ג אייריי עובדא דרב הונא בברכות דידע רב הונא דאריסיה גנב לו והוה מצי עביד דינא לנפשיה אי הוה לקח מידו אותן זמורות עצמן שגנב לו אף ע״ג דלא היה יכול לברר דהו״ל מגו והכי מוכח מתשובת מור״ם במרדכי פ׳ המניח: ומ״ש ואם בעל דינו מתרעם עליו וכו׳ כ״כ הרמב״ם בפ״ב מה״ס ויש להקשות מאי קמ״ל הא פשיטא הוא דכיון דמצי עביד דינא לנפשיה למה יהיו סותרים את דינו ונראה דאתא לאורויי דלא תימא דדוקא כשהוא מפורסם דשלו הוא מציל כהא דכתיב וקצותה את כפה דאיירי כשיכולה להציל ע״י ד״א אבל באינה יכולה להציל ע״י ד״א בדין קא עבדה דהצילה בעלה א״נ שור שעלה ע״ג חבירו להרגו דנודע לכל שהשור הוא שלו או שהיתה דרך הרבים עוברת על שדהו דמצי למינקט פיזרא וליתיב אבל אם אינו נודע לכל דשלו מציל לא להכי קאמר ואם בעל דינו מתרעם עליו בדבר שאינו נודע לכל דעשה כדין אלא דב״ד חקרו ודרשו ומצאו שעשה כהלכה נמי אין סותרים את דינו: ומ״ש אבל אם אינו יכול לברר שבדין עשה יכול להוציא ממנו דלאו כל כמיניה וכו׳ נראה דלאו דוקא להוציא ממנו אלא חייב גם על ההכאה או על שהזיק ממונו ולא מצי טען כדין עשיתי כיון דאינו יכול לברר ועובדא דר״א מטילא במרדכי פרק הגוזל בתרא דלא היו יכולין לברר ותקף בידי עכו״ם והפסיד ממונו דאין על התוקף דין מסור וכו׳ אינו ר״ל דפטור מלשלם דפשיטא דחייב מדינא דגרמי כיון שאין יכול לברר דשלו הוא אלא דאין לו דין מסור להענישו לקנסו כיון שלא נתכוין להזיק אלא להציל את שלו והמעשה דקלוני׳ בהגהת אשיר״י פ׳ המניח באחד ששבר דלת

הנפקד על ידי עכו״ם ולקח פקדונו דפטור התם מיירי שהמפקיד היה מברר דשלו הוא וכ״כ בנ״י להדיא דהיכא דלא יוכל לברר אי עביד דינא לנפשיה על ידי הכאה וכיוצא בה חייב לשלומי לניזק דמי חבלה והכי משמע מדברי הרא״ש שכתב בסתם לאו כל כמיניה דאלמא דחייב נמי על ההכאה ועל מה שהזיק ממונו וכ״כ במרדכי שם בדפוס גדול שכך פסק רבינו מאיר: ומ״ש אבל אין לו רשות למשכנו בשביל תובו כאשר יתבאר בע״ה לקמן בסימן ע״ז ולשם הביא ב״י ע״ש הר״ר ירוחם דאם עבר ומשכנו בחוזק והזיקו בין בגופו בין בממונו חייב לשלם ויש חולקים ע״ש סעיף א׳ במחודשין מיהו בספר יראים סימן רע״ג כתב דדוקא כשהחוב בשביל הלואה אבל כשהחוב שכר גמל שכר חמר ופונדקי ודיוקנאות עביד דינא לנפשיה וכן כתב הריב״ש בסימן שצ״ו דף ש״כ והוסיף עוד וז״ל יוכל אדם לעכב פקדון בידו ולטעון עליו אם הוא חייב לו מצד אחר מטעם עביד דינא לנפשיה וכו׳ ומיירי היכא דלית ליה מגו ואפ״ה מצי עביד דינא לנפשיה היכא דיכול לברר דחייב לו מצד אחר. כתב מהרי״ק בשורש קס״א דהיכא דיש לו תביעה על אותו ממון וגם טוען טענת ברי ואין חבירו נפסד על ידו כלום בתפיסה ואינו נפסד מצד אחר אלא אותו חפץ עצמו אשר עליו הם דנין בהא מודו כ״ע דלא שייך למימר בזה עביד דינא לנפשיה או לא עביד וכו׳ מבואר מדבריו שהבין מתוך דברי הר״מ שכתב המרדכי פרק המניח דמצי לתפוס חפץ היכא דיש לו תביעה על גוף הממון עצמו ואע״ג דליכא מגו וליתא דברור הוא דאין תפיסתו תפיסה אלא כשבא בהיתר לידו ע״י פקדון או הלואה או תפס שלא בעדים דאיכא מגו אבל בנכנס לבית חבירו או לקח מידו חפץ בעדים ואומר דשלו הוא אם אינו יכול לברר לא הוי תפיסתו תפיסה ובית דין סותרים את דינו דאע״פ דאינו מכהו ולא אפסדיה מידי מכל מקום הוי ליה בכלל עביד דינא לנפשיה ולא מצי עביד ואפשר דאף מהרי״ק לא אמר כך אלא על מעשה שנשאל עליו שנתן ראובן כלי כסף לב״ה והיה מפורסם שהוא של ראובן והקהל החזיקו בהם וטענו עליהם דכיון שבא בהיתר ליד הקהל דומה לפקדון דיכול להחזיק בו ולטעון עליו ואין בזה משום עביד דינא לנפשיה כיון שאינו עושה מעשה ואינו נפסד מצד אחר אלא אותו חפץ עצמו אשר עליו הם דנין אבל לילך לביתו ולתפוס חפץ בעדים ואינו יכול לברר דשלו הוא זה לא עלה ע״ד מהרי״ק להתיר דפשיטא דאסור:

סימן ה

א מעשר תקנות וכו׳ בסוף פרק מרובה וטעמא משום דשכיחי בהו רבים ע״ל בסימן א׳ סעיף ג׳: ומ״ש והאידנא קביעות כל הימים שוין. נראה דלפי דבימיהם היה עם רב מישראל בערים ובכפרים ובאין בני הכפרים בב׳ וה׳ למקרי בספרא לפיכך תיקן עזרא שיהא קבועים בב׳ וה׳ ודבר זה לא שייך האידנא הלכך קביעות כל הימים שוין והיינו דקאמר בפ״ק דכתובות אי איכא ב״ד דקביעי האידנא כקודם תקנת עזרא שב״ד קבועים בכל יום אשה נשאת בכל יום כלומר כיון דקביעות כל הימים שוין ויכול להושיב ב״ד בכל יום לפיכך אשה נשאת בכל יום אלמא דאין זה כנגד תקנת עזרא שלא תיקן עזרא אלא בעיירות שלא היו ב״ד קבועין בכל יום ותיקן דבכל עיר ועיר יהיו קבועים בב׳ וה׳ אבל לא בא עזרא לבטל שלא יהיו קבועים בכל יום אלא בב׳ וה׳ וכדכתבו התוספות בס״פ מרובה והלכך אי איכא צורך מושיבי׳ ב״ד בכל יום הכל לפי צורך השעה ועל זה מביא רבינו שכך כתב הרי״ב אע״פ שעיקר קביעות וכו׳:

ג וכן בע״ש ועי״ט אין דנין שטרודין להכין לצורך שבת וי״ט ואם הזמינו וכו׳ יש להקשות מאי אם הזמינוהו הא ודאי כיון דאין דנין לא יזמינוהו ואפשר דה״ק אין דנין שטרודין להכין והדין צריך מתון ועיון ואם יהיו דנין אתי לאמנועי מצרכי שבת וי״ט הילכך אין דנין דלא ליתי לאמנועי מצרכי שבת וי״ט ואם אינן טרודין דכבר יש להם בני בית שמכינים צרכי שבת וי״ט דהשתא אין כאן איסור מצד הדיינים אפ״ה אם הזמינו וכו׳ א״צ לבא כיון דהבעל דין יש לו התנצלות דטרוד בצרכי שבת וי״ט ולפ״ז אם שני בע״ד אתו מנפשייהו לפני הדיינים והדיינים אינם טרודים מותר לדון להם והא דכתב הר״ן בריש כתובות ומביאו ב״י דלקבל טענותיהם שרי אי אתו מנפשייהו אינו אלא כשהדיינים טרודים דלית להו בני בית דמכינים לצרכי שבת אי נמי דעבדי כהנהו רבנן דפרק כ״כ דשייפי נורא ומצלחי ציבי ועבדי כל צרכי שבת בנפשייהו ואפ״ה לקבל טענותיהם בלבד שרי דא״צ מתון ועיון ואי לא אתי מנפשייהו אין יכול להזמינם אפילו לקבל הטענות ולפ״ז ניחא הא דתנן ר״פ אד״מ דאין דנין ד״נ לא בע״ש ולא בעי״ט דר״ל אפילו אתו מנפשייהו נמי לא דבד״מ אי אתו מנפשייהו שרי אבל בד״נ אסור ובירושלמי תירץ בע״א ומביאו ב״י ע״ש: כתב בהגהות אלפסי פ׳ הגוזל בתרא דקביעות זמן בין שקבעו זמן לבא לדין בזמן כך וכך ימים או שיפרע לזמן כך וכך יום השבת וי״ט בכלל מנין הימים שקבעו לו אף ע״פ שהדבר ההוא אינו יכול לעשותו בשבת וראיה מהכרזת ד׳ שבתות דמורדת דגם ימי נדותה עולין אף על גב דנדה אינה בת תשמיש וע״ש: כתב במרדכי פרק הגוזל בתרא ובהג״ה פכ״ה מה״ס ומביאו ב״י בני הכפרים שבאין למנין בימים הנוראים קובעים להם זמן לאחר הרגל לדון ואם יש בו חשש דחייה ורמאות דנין לאלתר ע״כ. ויש לתמוה דהא בגמרא איתא להדיא דלא יהבינן זימנא לא לבני כלה בכלה ולא לבני ריגלא בריגלא משום דמימנעי ולא אתי וי״ל דכיון דמסיק התם והאידנא דאיכא רמאי חוששין א״כ השתא דנפישי רמאין נמי חיישינן לרמאי מן הסתם והא דקאמר אם יש חשש דחייה וכו׳ היינו לומר היכא דאיכא אומדנא דמוכח ורגלים דמוכיחין דיש לחוש לדחייה ורמאות דנין לאלתר: אין דנין בלילה וכו׳ הסמ״ג בעשה צ״ו הביא הירושלמי

דאם טעו ודנו בלילה דיניהם דין וכ״כ הרא״ש ע״ש רשב״ם פי״נ (דף ר״ז ע״ד) אבל התוס׳ פמ״ח (דף ק״ד) כתבו דט״ס הוא בירושלמי וצריך להפך הגי׳ וכ״כ הרא״ש לשם ובפרק י״נ כתב עוד דכך פסק הרמב״ם ונראה דאע״ג דלגבי דין חליצה יש לתפוס לחומרא דאפילו דיעבד החליצה פסולה מ״מ בממונא כדאי הוא הסמ״ג ורשב״ם לסמוך עליהם בדיעבד דדינו דין מטעמא דהפקר ב״ד הוא הפקר וכן לענין עדות כדכתב הב״י ס״ס כ״ח דאם קבלו עדות בלילה דנין ע״פ אותה הקבלה כרשב״ם דלא כהרשב״א מיהו אם קבלו עליהם הבעלי דינין שיהיו דנין אפילו תחלת דין או שיקבלו עדות בלילה מהני דלא גרע מנאמן עלי אבא וכו׳ וכדלקמן בב״י בס״ס כ״ח ע״ש הרשב״א בתשובה ואפילו לא קבלו עליהם בפירוש אלא אתו מנפשייהו הוי קבלה כדמוכח בירושלמי שהבאתי לעיל בסי׳ ג׳ סעיף ט׳ מיהו כשמזמינים אותם לבא בלילה לא מקרי כלל קבלה כיון דמכריחין אותם לבא לדון אלא שהראשים וטובי העיר נהגו לכוף לדון בלילה ואיכא למימר דע״ד מנהגם נתמנו להנהיג קהלם בכל הדברים כפי מנהגם מקדם ומאחר שתקפה עליהם צרכי ציבור ביום הכרח הוא שידונו בלילה ובזה וכיוצא בזה הפקר ב״ד הפקר:

ז זמן ישיבת הדיינים מהבקר עד חצי היום וז״ל הרמב״ם עד סוף ו׳ שעות הב״י תמה עליהם דלא הו״ל לומר אלא עד תחלת שעה ששית כדי שיסעדו בששית וע״פ דעתו פסק בש״ע עד סוף שעה ה׳ ויש לתמוה דלפי הבנתו עדיפא מינה קשיא להרמב״ם דבפ״ו מהל׳ תפלה פסק דסעודה קטנה נמי אסור סמוך למנחה גדולה דהיינו בתחלת שעה שביעית וא״כ היאך יושבין בדין עד סוף שעה ו׳ דא״כ סעודתם בתחלת שעה שביעית היא וזה אסור לדעתו ואין לפרש דלא יסעדו אלא לאחר שיתפלל תפלת מנחה דא״כ לא יתפללו הדיינים לעולם תפלת מנחה בצבור דאין הצבור מתאספים אז להתפלל ואין הדעת מקבל שחז״ל יתקנו תקנה שיהיו יושבין בדין בענין שלא יתפללו עם הצבור דכבר היה אפשר לתקן שיפסיקו בתחלת שעה ו׳ אלא האמת יורה דרכו דהרמב״ם עד סוף ו׳ קאמר ולא סוף שש בכלל דפשיטא דצריכי׳ לסעוד בתוך שעה ששית כדאמרי׳ ששית מאכל ת״ח מכאן ואילך כזורק אבן לחמת וס״ל דאפילו אינה רק בסופה לאו כזורק אבן לחמת הוא ולפיכך יש להחמיר שישבו עד סוף שש וכ״כ סמ״ג ולזה נתכוין גם רבינו עד חצי היום ואף האלפסי והרא״ש לא נחלקו בהא ודלא כמה שפסק הרב ב״י עד סוף שעה ה׳ דליתא: מכאן ואילך אין צריכים לישב נראה דה״ק לא תימא דאסור לישב יותר משום ביטול תורה וכדפרש״י בפ״ק דשבת אההיא דחליש ליבייהו לפי פי׳ השני וכדמסיק התם דהדן דין אמת לאמתו מעלה עליו הכתוב כאילו עסק בתורה כל היום:

ח אבל אם התחילו סמוך למנחה קטנה וכו׳ פי׳ אף אם התחילו בגמר דין מפסיקין וכ״כ להדיא בטוא״ח סי׳ רל״ב לדעת ר״ת ע״ש וכ״כ ב״י כאן דכך משמע לו ולא הו״ל לומר דמשמע לו כיון דכך מפורש בדברי רבינו בא״ח:

סימן ו

א אין הדיינים כו׳ גומרים אותו אפילו בפחות מש״פ הכי אסיקנא ס״פ הזהב אליבא דרב קטינא ופרש״י גומרים אפי׳ בפחות אם חזר השני ותבעו בפחות מש״פ קודם שעמדו ב״ד משם נזקקים לו עכ״ל משמע דאם התובע חזר ותבעו בפחות מש״פ אין נזקקין לו דהדין הראשון כבר נגמר וזה הוי תחלת דין אבל אם חזר השני ותבעו זה הוי גמר דין הראשון דהלא אם יצא השני זכאי לא יתחייב לו פרוטה. ונראה דאע״ג דהרא״ש פסק דלית הילכתא כרב קטינא מ״מ כיון דהתוספות והסמ״ג בעשה ק״ו פסקו כהרמב״ם הכי נקטינן וכן כתב הרא״ש גופיה ע״ש הרמ״ה הבאתיו לקמן בסימן ש״ם ע״ש וכ״נ מדעת האלפסי דלא הביא רק המשנה כצורתה ולא הביא לא ההיא דתני לוי ולא ההיא דרב קטינא משום דסתם משנה משמע מדלא תני ישיבת הדיינים אלמא דגומרים אותם אפילו בפחות מש״פ ותלמודא הו״מ לשנויי דמתניתין דלא תני ישיבת הדיינים אית ליה דרב קטינא אלא דבלאו הכי משני שפיר וכ״כ ב״י בש״ע:

סימן ז

א כל ישראל כשרים לדון כו׳. וגר פסול לדון וכו׳ בפ׳ מ״ח אמר רבא גר דן את חבירו ד״ת שנא׳ שום תשים עליך מלך וגו׳ עליך הוא דבעינן מקרב אחיך אבל גר דן את חבירו גר ואם היתה אמו מישראל דן אפילו ישראל וכו׳ ופרש״י גר דן את חבירו ד״נ דאילו ד״מ אפילו לכל ישראל דתנא הכל כשרים לדון ואמר הכל לאתויי מאי לאתויי גר עכ״ל ומדברי ה״ר ירוחם נ״א ח״א נראה שתופס כרש״י דמסיק בשם התוס׳ דאפילו אין אמו מישראל דן ד״מ אלא דלמנותו לשררת העיר צריך אמו מישראל עכ״ל וכ״נ מדאיתא פ׳ החולץ דרבא אכשריה לרב מרי בר רחל ומנייה בפורסי בבבל דכיון דאמו מישראל מקרב אחיך קרינן ביה דאלמא דדוקא לשררות העיר בעינן אמו מישראל אבל לדין בעלמא כשר אפי׳ אין אמו מישראל אבל בתוס׳ שלנו הקשו מהך דפרק החולץ אהא דפ׳ אד״מ דמשמע דאפילו אין אמו מישראל כשר לדון אף על גב דבא מטפה פסולה ולא חילקו בין מינוהו לשררות העיר לדין

בעלמא אלא תירצו דלדון חבירו כשר אפילו אין אמו מישראל כ״כ בפמ״ח ופ׳ החולץ ופ׳ אד״מ ופרק בא סי׳ וכך היא דעת הרי״ף והרא״ש וכך פסק הרמב״ם והסמ״ג וכ״פ בהגהת אשר״י ע״ש ר״י וכן היא בהגהות מיימונית בפ״ב דה״ס וכ״ה דעת רבינו והכי נקטינן כרוב רבותינו דלא כפי׳ רש״י וה״ר ירוחם. וז״ל הגהות מרדכי פ׳ מ״ח גר פסול אפי׳ לחליצת גרים ובממון כשר בלא כפייה עכ״ל ורצונו לומר דבממון כשר לדון אפי׳ לישראל בלא כפייה דהא דפסול לדון לישראל למדנו משום תשים עליך מלך וגו׳ דלא שייכא שימה ודבר של שררה אלא בכפייה כמ״ש התוס׳ לשם סוף (דף ק״א) בד״ה ואנא גר אנא. וא״כ גר דן את חבירו אף בכפייה דלא כדמשמע לכאורה מל׳ הגהות מרדכי דלגר חבירו אינו דן אלא בלא כפייה דליתא אלא ר״ל כמפורש בתוספות:

ב עד שתהא אמו מישראל פי׳ עד שתהא לפחות אמן מישראל דאז כשר אפילו אין אביו מישראל אבל כשאביו מישראל כ״ש דכשר אף ע״ג דאין אמו מישראל וכן כתבו התוספות בפרק מ״ח דאביו מישראל עדיף טפי מאמו מישראל:

ג קטן פטול לדון תימה דבגמ׳ לא אשכחן דקאמר דפסול לדון גם הרמב״ם לא כתב לגבי דין קטן כלום ואיכא למישמע מתוך מה שכתב פרק י׳ מה׳ דעות דקטנים פסולים לעדות מן התורה שנאמר בעדים ועמדו שני האנשים דדוקא בעדות דגלי קרא אבל לדון כשר וי״ל דס״ל לרבינו מדכתבו התוס׳ דאשה פסולה לדון מדתנן כל הכשר לדון כשר להעיד ואשה פסולה להעיד משם נמי מוכח בקטן מדפסול להעיד פסול לדון ולהכי אפילו הוא בן כ׳ אם לא הביא ב׳ שערות עדיין קטן הוא אם לא נולדו בו סימני סריס כדלקמן בסי׳ ל״ה וסי׳ רל״ה. וסברת י״א דאינו ראוי לדון עד שיהא בן י״ח וכו׳ מדשמואל בפרק במה בהמה דאמר כל דין שדן יאשיהו וכו׳ טעמו דבי״ח שנה כבר הגיע לרביע שניו ושכלו שלם לירד לעמקו של דין לזכות ולחובה ומטעם זה אחז״ל בן י״ח לחופה אבל לגבי עדות דאינו מעיד אלא מה שראה ושמע סגי בי״ג שנה והביא ב׳ שערות. והירושלמי סובר דד״ת קטן כשר לדון ומתני׳ דכל הכשר לדון וכו׳ ה״ק כל איש הכשר לדון וכה״ג פירשו התוס׳ בספ״ק דב״ק ופ׳ בא סימן ע״ש ולפיכך אם הוא בן י״ג ולא הביא ב׳ שערות דקטן הוא ואינו ראוי לעונש אף בב״ד של מטה כדאיתא פרק הערל בברייתא דאכל חלב וכו׳ אפ״ה לעניין לדון דתלוי בחכמה ובידיעה אף הקטן אם הוא מפולפל ובקי בחדרי התורה כשר לדון אפי׳ ביחיד מומחה אלא שצריך שיהא בן י״ג מדרבנן כדי שיהא נראה כגדול דסבורים שכבר הביא ב׳ שערות ומסתפי מעונש אם יעות הדין ולענין הלכה כבר כתב ה״ר ירוחם שכדברי הירושלמי עיקר וכ״כ הסמ״ג בעשה ל״ח דבירושלמי איתא דפחות מבן כ׳ כשר לד״מ וכ״כ גם הסמ״ק בסימן רכ״ה ומשמע מדבריהם אפילו פחות מבן י״ח מדלא פי׳ דצריך שיהא מבן י״ג והכי משמע מדברי הרמב״ם דכל קטן כשר לדון אלא דמ״מ נראה דבעינן שיהא בן י״ג ומעלה ואז אפי׳ לא הביא ב׳ שערות וכדכתב רבי׳ ע״ש הירושל׳:

ד סומא בא׳ מעיניו כשר לדון בפרק אד״מ ההוא סומא בא׳ מעיניו דהוה בשיבבותיה דר׳ יוחנן דהוה דאין דינא ולא א״ל ר״י ולא מידי כך היא גיר׳ הרי״ף והרא״ש וכ״פ הרמב״ם בפ״ב מה״ס וכך היא דעת רבינו וה״ר ירוחם הביא דבריהם ומסיק ולפי גירסת שאר פוסקים אפילו סומא בב׳ עיניו כשר לדון ד״מ וכן דעת התוס׳ ור״ל דגרסי ההוא סומא דהוה בשבבותיה וכו׳ ומפרשי׳ דסומא בב׳ עיניו הוה ואפ״ה כשר משום דלא קי״ל כר״מ דמקיש ריבות לנגעים וכי היכי דריבות נגמרים בלילה אע״פ דבנגעים בעינן לעולם יום דכתיב וביום הראות ה״נ אע״פ דסומא אינו כשר בנגעים דכתיב לכל מראה עיני הכהן מ״מ לדון כשר הוא וכ״כ התוס׳ להדיא בפ׳ בא סימן (נדה דף נ׳) וז״ל לרבנן סומא בב׳ עיניו כשר לדון דהא לא מקשי׳ ריבות לנגעים וכו׳ וכן פסק בסמ״ג עשה צ״ז גם המרדכי ס״פ אד״מ פסק כך אלא דלסוף כתב דהרמב״ם חולק דדוקא באחד מעיניו כשר גם בעל המאור והרמב״ן פ׳ אד״מ פסקו כך דדוקא בא׳ מעיניו כרב אלפס ושכ״כ רב שרירא גאון והכי נקטינן מיהו נראה דבדיעבד דינו דין דכדאי הם הני גאונים דמכשירים לסמוך עליהם בדיעבד:

ה אשה פסולה לדון כ״כ התוס׳ ספ״ק דקמא ובכמה מקומות וכן פסק הרא״ש ר״פ שבועת העדות וכתבו עוד התוס׳ בפרק החולץ דבהדיא איתא בירושלמי דיומא דאשה שאינה מעידה אינה דנה ואף על גב דבקטן מכשיר הירושלמי לדון אע״ג דפסול להעיד מ״מ אינו מכשיר אלא כשהוא מבן י״ג ומעלה כיון דמחזיא כגדול שרי ואף ע״פ שלא הביא ב׳ שערות ולא דמי לאשה:

ו אין עד נעשה דיין בפ׳ י״נ ופ״ב דכתובות ופ״ק דגיטין דבדאוריית׳ אין עד נעש׳ דיין אבל בדרבנן כגון קיום שטרות לקמן בסימן מ״ו ובשליחות גט בא״ע סי׳ קמ״א עד נעשה דיין וכ״כ הרמב״ם ספ״ה מה״ע וכ״כ ה״ר ירוחם: ודוקא עד שמעיד וכו׳ כ״כ התוס׳ פ״ק דסנהדרין ופ״ב דכתובות ופי״נ ופ״ק דמכות וכן הסכים הרא״ש פי״נ והטעם דהא דאין עד נעשה דיין אינו אלא לפי דהוי עדות שאי אתה יכול להזימ׳ שלא יקבלו הזמה על עצמן כדאיתא בירושל׳ או לפי דבעינן ועמדו ב׳ האנשים אלו עדים לפני ה׳ אלו הדיינים ולא שיהו בעצמן דיינים ואין זה אלא במעיד בפיו אבל אם אחרים מעידים בפניהם פשיטא דאיכא כאן ועמדו וגו׳ והוי נמי עדות שאתה יכול להזימה וכיון שיכולים לדון כשמעידים אחרים לפניהם יכולים נמי לדון ע״פ ראייתם אם ראו בשעה שראויים לדון כגון שראוהו ביום דכל היכא דמהני העדאת העדים מהני נמי הראייה דלא תהא שמיעה גדולה מראייה כדאיתא

פרק ראוהו ב״ד ואיכא להקשות אמאי לא כתב רבינו הא דאחרים מעידים בפניהם וי״ל דכיון דכתב דאם שלשתן ראו המעשה וכו׳ נעשים דיינים כ״ש אם אחרים מעידים בפניהם דאיכא ועמדו וגו׳ גם יכולים לקבל הזמה כדפיר׳ משא״כ בשלשתם ראו המעשה וכו׳ דליכא לא הא ולא הא ואינו מועיל אלא לפי שלא תהא שמיעה גדולה מראייה: ומ״ש אפילו אם כיונו לראותו בתורת עדות וכו׳ כ״כ התוס׳ והרא״ש לשם ודלא כפרשב״ם וזקנו רש״י בתשובתו דבנתכוונו להעיד כמי שהעידו ממש דמי ואין עד המעיד נעשה דיין ואפילו העידו אחרים בפניהם דליתא אלא אע״ג דמשעת ראייה נעשה עד ואם נמצא א׳ מהם קרוב או פסול עדותן בטלה כדאמר פ״ק דמכות דמצטרפים משעת ראייה דאמר להו למיחזי אתיתו וכו׳ כדאיתא התם אין זה אלא היכא דאיכא תרתי דנתכוונו להעיד ואח״כ הולכים ומעידים כולן בב״ד אבל משום ראייה לחוד דנתכוונו להעיד לא נעשו עדים לא לענין נמצא א׳ מהם קרוב או פסול ולא לענין עד נעשה דיין והיקישא דע״פ ב׳ עדים או ג׳ עדים יקום דבר דמה ב׳ נמצא א׳ מהם קרוב או פסול עדותן בטלה אף ג׳ לא מיירי אלא במקיימי דבר דהיינו בשעה שמעידים עליו שהם מקיימים הדבר כדכתיב יקום דבר ותו דלמיחזי אתיתו וכו׳ אפשר דלאו אשעת ראיית העדות קאמר אלא שכשבאו להעיד אמרינן להו אם באו כולן כאחת כדי להעיד ולהצטרף יחד עדותן בטלה ואם באו לראות אין מצטרפים וכשר ואף על גב דמתחלה כיונו לראות בתורת עדות וה״ה נמי שאין הכוונה להעיד פוסל שלא יהא דיין ועוד אפשר דדוקא בנמצא א׳ מהם קרוב וכו׳ דגזירת הכתוב הוא דמקיש ג׳ לב׳ אבל כאן דבעי׳ ועמדו וגו׳ א״נ דיכולין לקבל הזמה לפי זה אפילו אם כוונו להעיד אין לפוסלן כדפי׳ ויש להקשות דכיון דמפורש בתוס׳ והרא״ש דלא מיבעיא בסתמא דכשר אלא אפילו זימנום בפי׳ להעיד נעשה דיין א״כ למה לא כתב כך רבינו ונראה דרבינו דקדק בל׳ הרא״ש פ׳ י״נ דמשמע מדבריו דזימנום להעיד אינו פסול לרשב״ם ורש״י אלא משום דכיון דזימנום ודאי נתכוונו לראותו בתורת עדות והלכך כל שנתכוונו לראותו בתורת עדות פסול לדעתו בין זימנום בין לא זימנום ולהרא״ש כשר אפילו כיוונו לראותו בתורת עדות בין זימנום בין לא זימנום ולכך כתב רבינו בסתם אפילו אם כיוונו לראותו בתורת עדות ולא הזכיר זימנום מיהו הרמב״ן החמיר בזימנום להעיד כדכתב בתשובת הריב״ש בסי׳ קס״ח וכ״כ ב״י בשם הר״ן שכך ראוי להורות הלכה למעשה כהרמב״ן בזה ודהכי נקטינן להחמיר דזימנום ותו יש להקשות בל׳ רבינו שאמר אם ראוהו בשעה שראויים לדון וכו׳ דלמה לא כתב בפירוש אף ראוהו ביום כמ״ש התוס׳ ושאר פוסקי׳ ונראה דאתא לאורויי דאפי׳ אם ראוהו ביום אם הוא שבת או י״ט כיון שהיה שעה שאינה ראויה לדון אינן נעשים דיינים ואף על גב דאינו אסור לדון אלא מדבריהם כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון והוי כאילו ראוהו בלילה נ״ל: כתב הרא״ש פי״נ וז״ל דיכולין לדון ע״פ ראייתם דלא תהא שמיעה גדולה מראייה וכיון שיכולין לדון כשמעידין בפניהם יכולים נמי לדון ע״פ ראייתם כששמעו צוואת ש״מ דכל היכא דמהניא העדאת עדים חשובה ראייה כמותה משמע דבהעדאת עדים בפניהם נמי אין נעשה דיין אא״כ ראו ביום וזה הפך דעת כל המחברים דאפילו ראוהו בלילה נעשה דיין כשאחרים מעידים בפניהם וצריך ליישב דברי הרא״ש דה״ק דכיון שיכולין לדון כשמעידים בפניהם ביום אף על מה שראו בלילה יכולין נמי לדון ע״פ ראייתם ביום דכל היכא דמהני העדאת עדים דהיינו במעידין ביום חשוב ראיית יום דדיינים כמו העדאת עדים ביום אבל לעולם אף על מה שראה בלילה נעשה דיין כשמעידים אחרים בפניהם ביום: כתבו התוס׳ והרא״ש בפי״נ דהא דקאמר ר״ע בפרק החובל דאפילו עד הרואה אינו נעשה דיין היינו דוקא בד״נ וטעמא דאמר קרא ושפטו העדה והצילו העדה וכיון דחזו דקטל תו לא חזי ליה זכותא ואע״ג דד״נ לא נהוג האידנא מ״מ נ״מ היכא דמעידים על מי שהרג נפש לקנסו ולכיוהא לעיניה כעובדא דבר חמא בפרק ז״ב דצריך לדקדק בעדים ודיינים דליהוו כשרים לדון ד״נ והכי מוכח מעובדא דבר חמא גופיה ע״ש ונ״מ נמי לעידי קידושין וגירושין דדיינים בהו כד״נ לגבי עדות ומשמע דאפילו העידו עדים אחרים בפניהם נמי אין דנין משום דלא חזי ליה זכותא וכ״כ ה״ר ירוחם להדיא:

ז מי שתובעים אותו לפני דיין שקטן ממנו וכו׳ נראה דהגאון למד כך מעובדא דרב יודא בר יחזקאל בפרק י׳ יוחסין דאזמניה ר״נ לדינא קמיה אזל רב יודא לקמיה דרב הונא אמר איזל או לא איזל א״ל מיזל לא מיבעי לך למיזל משום דגברא רבה את אלא משום יקרא דבי נשיאה קום זיל דאלמא דצריך להתיעץ בחכמים מה יעשה וזה שאמר רבינו האי דמכנפין וכו׳ כלומר מתקבצים ומעיינים ביניהם אם לפי הענין ראוי הוא שילך אף לפני מי שהוא קטן ממנו כדי שלא יגיע מזה תקלה אם לא ילך וכדיעץ רב הונא לרב יודא שילך משום יקרא דבי נשיאה שלא יהא נראה כמזלזל בכבוד הנשיא שהיה חותנו והעמידו לדיין והיה חושש פן תצא איזה חורבה ותקלה אם לא יבא לפניו על פי פיתקא דאזמנתא ששלח אחריו ואף עכשיו יעיינו ואם יהיה נראה לחכמים שאין שום חשש לשום תקלה וחורבה ומחלוקת א״צ לילך לפני דיין שקטן ממנו כנ״ל לפרש וע״ל בסימן קכ״ד דין ת״ח עם ע״ה שא״צ לבא לדין אלא ב״ד שולחין לו סופרי הדיינים וכו׳ ע״ש:

ח אין הדיין יכול לדון את אוהבו וכו׳ בפרק ז״ב תנן דלר׳ יודא האוהב והשונא פסולים לעדות אוהב זה שושבינו שונא שלא דיבר עמו ג׳ ימים באיבה אמרו לו לא נחשדו ישראל על כך ופרש״י לא נחשדו להעיד שקר משום איבה ואהבה ודוקא בעדות פליגי אבל בדין מודו ליה רבנן דפסול לו לדון דכיון דסני ליה לא מצי להפוכי בזכותיה עכ״ל. ובגמרא ת״ר והוא לא אויב לו יעידנו ולא מבקש רעתו ידוננו אשכחן שונא אוהב מנ״ל סברא הוא אויב מ״ט משום דמרחקא דעתיה אוהב נמי מיקרבא דעתיה. ורבנן דמכשרי שונא לעדות האי לא אויב לו מאי דרשי ביה חד לדיין אידך לב׳ ת״ח ששונאין

זא״ז שאין יושבים בדין כאחד וכתב הרא״ש הא דדיין פסול לדון את שונאו לרבנן דהלכתא כותייהו היינו שלא דיבר עמו ג׳ ימים משום איבה דומיא דעדות לר׳ יודא וכן נמי אוהב שושבינו ומיהו אפילו אין שונאו כ״כ או אין אוהבו כ״כ לכתחילה לא לדייניה כדאמר פ״ב דכתובות לא לידון איניש למאן דרחים ליה וכו׳ עכ״ל וכ״כ הרי״ף חדא לדיין דפסול וכו׳ אלמא דבשונא שלא דיבר עמו ג׳ ימים באיבה פסול ואפילו דיעבד אין דינו דין ככל שאר פסולים מדאורייתא דאין לחלק בין לכתחילה לדיעבד והא דדרשי׳ מקרא דלא אויב לו וגו׳ ילפותא גמורה היא ולא אסמכתא ומיהו אפילו אינו שונא ואוהב גמור אע״ג דפסולים לא הוי מכל מקום לכתחילה לא לידייניה וכ״כ התוס׳ בכתובות לשם דפסולים לא הוי ומשמע אבל אסור מדרבנן וכ״כ ה״ר ירוחם אסור לדונו אף ע״פ שאינו פסול וכו׳ וכך היא דעת רבינו ונראה לפ״ז בב׳ ת״ח אם הם שונאים גמורים אין דיניהם דין דדאורייתא אסור מדרשא דקרא ולא מבקש רעתו ואם אינו שונא גמור דיניהם דין מיהו אפשר דאפילו לכתחילה שרי דע״כ לא קאמר לא לידון וכו׳ אלא לדון את אוהבו או ששונאו אבל בב׳ ת״ח לא אמר דדעת כל א׳ מהם לסתור דברי חבירו אלא בשונא גמור ודלא כדמשמע ממ״ש נ״י פ׳ ז״ב בלדון את שונאו פסול ואין דינו דין אם הוא שונא גמור ובב׳ ת״ת דיעבד דינו דין ומשמע דאפי׳ בשונאים גמורים והא ליתא דאם הוא תופס שיטת הרא״ש אף בב׳ ת״ח אין דינו דין בשונאים גמורים ואם הוא תופס שיטת הרמב״ם אף לדון אף שונאו דינו דין אפילו בשונא גמור כמו שיתבאר בסמוך בס״ד׃

יא לשון הרמב״ם וכו׳ פרק כ״ג מה״ס וכ״כ הסמ״ג בלאוין ר״ח ונראה מדבריהם דהשוו מדותיהם דכל אוהב בעולם דינו כשושבינו בז׳ ימי החופה וכל שונא דינו כמבקש רעתו וכן בב׳ ת״ח אין חילוק בין מבקש רעתו לסתם שונא שאינו שונא גמור ומשמע דבכל גוונא דיניהם דין אלא דלכתחלה אסור אפילו אינו שונא ואוהב גמור והא דקדריש קראי חד לדיין וחד לשני תלמידי חכמים וכו׳ אסמכתא בעלמא היא ולהכי לא הביאו הרמב״ם והסמ״ג דרשא זו בדבריהם גם לא כתב לישנא דפסול אלא אסור וכן פי׳ ב״י ואף על גב דאפשר לפרש איפכא בדעת הרמב״ם והסמ״ג והוא דס״ל דאין חילוק בין שונא לשונא וכן בין אוהב לאוהב אלא כולם פסולים אפילו דיעבד וכן בב׳ ת״ח אפילו אין שונאים גמורים אין דיניהם דין אפילו דיעבד ראשון עיקר ועוד נ״ל ראיה ברורה מדאמר פ״ק דסנהדרין לא תכירו פנים במשפט ר׳ יודא אומר לא תכירהו ר״א אומר לא תנכרהו ופרש״י לא תכירהו אם הוא אוהבך. לא תנכרהו אם הוא שונאך לא תעשה לו כנכרי לחייבו אלמא דכשר לדון אוהב ושונא ולפחות מדבר בסתם שאינו אוהב ושונא גמור ואם כן בע״כ צריך לפרש להרמב״ם דהשוה מדותיו דאף באוהב ושונא גמור דיעבד דינו דין דאי איתא דבשונא ואוהב גמור פסול אפילו דיעבד א״כ צ״ל דאף באינו אוהב ושונא גמור נמי פסול אפילו דיעבד והא ליתא כדמוכח הדרשא לא תכירו. ולענין הלכה נקטינן כדעת ר״ת בתוס׳ והרא״ש ורבינו וכ״כ במרדכי. ואיכא למידק על מה שכתב רבינו ואוהב שהוא חבירו ורעהו דהא פ׳ ז״ב קאמר בגמרא אוהב זה שושבינו וכמה א״ר ירמיה אמר רב כל ז׳ ימי המשתה ורבנן משמיה דרב אמרי אפילו מיום ראשון ואילך בטלה שושבינות ומשמע דדוקא שושבינו של ז׳ ימי החופה אבל שאר חבירו ורעהו לא ונראה דרבינו דקדק מדלא כתבו הרי״ף והרא״ש אלא המשנה כצורתה אוהב זה שושבינו משמע דכל שהוא שושבינו ורעהו ואפילו בלא ז׳ ימי החופה כיון שידוע שהוא חבירו ורעהו בכל השנה פסול לו לדונו והיינו כרבי ירמיה אמר רב והא דקאמר כל ז׳ ימי המשתה לא להוציא חבירו ורעהו דכל השנה אלא לאפוקי מרבנן משמיה דרב דאפילו מיום ראשון בטלה שושבינות דליתא אלא כל ז׳ ימי משתה וה״ה חבירו ורעהו דכל השנה ודלא כהר״ר ירוחם דפסק כרבנן׃

יב כל הפסולים להעיד מחמת קורבה וכו׳ פי׳ לאפוקי הפסול מחמת ריעות׳ שבגופ׳ כגון קטן או נשתתק וכיוצא דאינם פסולים לדון כדלעיל׃

יג וצריך שלא יהיו הדיינים קרובים זה לזה ה״א בירושלמי כתבוהו הרי״ף והרא״ש פ׳ ז״ב וע״ל סוף סימן ל״ג׃ מהרי״ק בשורש כ״א פסק דמדינא אבי חתן ואבי כלה כשרים לדון זה את זה ואין למנוע אלא ממדת חסידות וע״ש מיהו לפעד״נ דאסור דמן הסתם דיינינן להו שהוא אוהבו ורעו אשר כנפשו ואפילו בדיעבד אין דינו דין וס״א בהגהות מרדכי דסנהדרין בשם גאון דאין כשרים לדון ואפילו הוא דיין קבוע יכול בעל דינו לומר אינו מקובל לי וכן פסק בתשובה מהר״י אדרבי בספר דברי ריבות סימן קצ״ג וכן נראה עיקר דאפילו דיעבד אין דינו דין מיהו יכולין לישב יחד לדון בין איש ובין רעהו אפילו לכתחלה וזה דבר פשוט דיינים שהם אוהבים כשרים ולא אמרו אלא ב׳ ת״ח ששונאים זא״ז שאין יושבים בדין כאחד׃

יד דיין שיודע בחבירו שהוא גזלן וכו׳ ברייתא פ׳ שבועת העדות ונפקא ליה מדכתיב מדבר שקר תרחק ור״ל אע״ג שידון דין אמת מ״מ גורם לפסוק הדין ע״פ ג׳ ואין שם אלא א׳ או ב׳ ואיכא לתמוה דמדברי רבי׳ כאן משמע דביודע שהוא גזלן איכא איסורא אבל מן הסתם אין כאן איסורא אלא מדת חסידות מדא״ר יודא אמר רב ר״פ ז״ב דנקיי הדעת לא היו יושבין בדין אלא א״כ היו יודעים מי ישב עמהם דומיא דלא היו נכנסין לסעודה אא״כ היו יודעין מי מיסב עמהם דאתמר בהדיה ומשום דגנאי לת״ח לישב עם ע״ה ולעיל בסימן ג׳ הביא רבינו לשון הרמב״ם דמן הסתם נמי אסור לישב בדין עד שידע מי ישב עמו ודוחק לומר דרבינו לא ס״ל כהרמב״ם בזה ואפשר ליישב דבאדם גדול דחשוב כנקיי הדעת שבירושלים איכא איסורא אף במן הסתם

לפיכך כתב הרמב״ם וז״ל ואסור לאדם חכם שישב בדין עד שידע וכולי אבל כאן לא מיירי אלא בסתם דיין דלא הורגל בפרישות ולפיכך אין איסור במן הסתם אא״כ ביודע שהוא גזלן:

טו כתב הרמב״ם אף ע״פ כו׳ נראה דה״ק דאף על פי שעכ״פ צריך שיהא חכם בחכמת התורה ומומחה לרבים החכם מחבירו הוא הוא הקודם להתמנות דאל״כ אין ממנים אותו עוד צריך שיהיה בהם חכמה אנושית ובעל דיעה מרובה ודעת רחבה וכדכתיב חכמים ונבונים דחשיב ליה הרמב״ם בחד. וענוה נפקא לן ממשה רבינו דעניו היה מכל האדם אשר ע״פ האדמה אף דיין צריך להיות עניו. ויראה מדכתיב גבי יתרו ויראי אלהים. ושנאת ממון וכו׳ כדכתיב ושונאי בצע. ואהבת האמת וכו׳ כדכתיב אנשי אמת. ואהבת הבריות וכו׳ כדכתיב וידועים לשבטיכם אלו שרוח הבריות נוחה מהם וכו׳. ובעלי ש״ט וכו׳ כדכתיב אנשי חיל אלו שהם גבורים במצות וכו׳ אבל בברייתא דספרי שלנו לא קחשיב עניו וחשיב חכמים ונבונים בתרתי וצ״ל דלהרמב״ם היתה לו נוסחא אחרת בספרי שלו:

יז והאומר תנו מנה לעניי העיר וכו׳ ברייתא פרק חזקת ופרכינן התם וליתבו בי תרי מינייהו מאי דקיץ להו ולידיינו ופרקינן כיון דרווח רווח ופרשב״ם שאם ינתן המנה לעניים לא יתנו הדיינים כלום כיון שאין צריכים עכ״ל משמע מפירושו דדוקא סילוק זה אינו מועיל דאף על פי שיאמרו אנחנו ניתן הדבר הקצוב עלינו ונדון אין שומעים להם דלסוף לא יתנו כלום ואם כבר נתנו יחזירוהו להם כיון שאין העניים צריכים אבל אם יאמרו יתנו אחרים קצבתם ואנו לא ניתן כלום אף אם יפסידו העניים אותו מנה שדנין עליו סילוק כזה ודאי מועיל לפרשב״ם והא דלא פריך בגמרא וליסתלקו דליתבו אחרים קצבתן וכו׳ ה״ט דכיון דבהך סילוק תו לא רמי עניים עלייהו הדבר פשוט דאין נוגעים בעדותן ובברייתא לא מוקמינן לה אלא בעניים דרמו עלייהו ולא פריך אלא אפילו רמו עלייהו נמי ליתבו בי תרי וכו׳ דלא שכיחא מילתא שיהיו האחרים נותנים לעניים כל הקצבה ויפסידו בכדי אבל שיתנו הם קצבתן אין בזה הפסד לשום א׳ מבני העיר והדיינים ג״כ אין להם הפסד כלל בשביל שידונו דין זה יותר משאם לא היו דנין אותו ולהכי לא פריך אלא שיתנו הדבר הקצוב עליהם ולדיינם דהא מילתא שכיחא היא טובא כך הוא לפרשב״ם אבל הרמב״ם מפרש ההיא דכיון רווח רווח דה״ק שהנאה להם שירויחו עניים הואיל והן סמוכים עליהם דלפי פי׳ זה ודאי דהדיינים נותנים קצבתן ולא יחזירו להם מה שנתנו אף על פי שינתן המנה לעניים ואינן צריכין לאותו מנה דלא נחשדו ישראל ובייחוד הדיינים שימצא ביניהם ערמה ותרמית כזו אלא דאפ״ה כיון שהנאה להם שירויחו עניים הסמוכים עליהם לא מהני סילוק זה וא״כ בהך שינויא נמי מתיישב דלא קשה דליסתלקו לומר יתנו אחרים קצבתן דסוף סוף הנאה להם שירויחו העניים הסמוכים עליהם וזאת היא דעת הטור דתופס בההיא דכיון דרווח רווח כפי׳ הרמב״ם שהוא העיקר דהנאה להם שירויחו וכולי ולכן כתב גם כן אין מועיל סילוק לומר יתנו להם אחרים קצבתן וכו׳ דבא לפרש ולבאר דליתיה לפרשב״ם דמשמע מפירושו דסילוק זה דיתנו להם אחרים קצבתן דמועיל דליתא אלא אפילו סילוק זה נמי אינו מועיל משום דהנאה להם שירויחו העניים הסמוכים עליהם וכדפי׳ הרמב״ם וכדכתב רבינו בסוף סימן ל״ז וכאן לא בא רבינו אלא להכריח דפי׳ זה שפירש הרמב״ם עיקר דהשתא לא צריכינן למידחק ולמימר דסילוק דאחרים יתנו קצבתן וכו׳ דמועיל כמו שהוא לפרשב״ם דליתא אלא אף סילוק זה אינו מועיל והכי נקטינן ואין חילוק כלל בין דיינים לעדים ודו״ק: ומ״ש לפיכך כל עסקי המס וכו׳ אלא יסתלקו הם וקרוביהם וכו׳ אינו אלא במס פרטי של אותה שנה ומ״ש רבינו בסמוך בשם הרא״ש איני רואה שיועיל שום סילוק מדבר בדין אחד שטוען אינני מפורעי המס עם אנשי העיר שזה נוהג לעולם וכך הוא להדיא בכלל ו׳ סימן י״ח וכך פירש ב״י ליישב תשובת הרא״ש דקא סתרי אהדדי וכן פירש מהרש״ל ופשוט הוא:

סימן ח

א אין למנות דיין שאינו הגון וכו׳ האי שאינו הגון אין פירושו שאין בו יראת שמים שהרי זה הלשון לקחו רבינו מדברי הרמב״ם בפ״ג מה״ס והוא ז״ל כתב בסוף דבריו לא מפני שהוא רשע וכו׳ ועוד דכבר כתב זה בפ״א מהלכות מלכים וכל מי שאין בו יראת שמים אף על פי שחכמתו מרובה אין ממנין אותו למינוי מן המינויין שבישראל כ״ש שאין למנותו דיין אלא הכא פירושא קא מפרש שאינו הגון דהיינו שאינו חכם בחכמת התורה ומש״ה אינו ראוי להיות דיין מפני שמזכה את החייב ומחייב את הזכאי והכי מוכח להדיא מלשון רבינו והא בספרי הביאו הסמ״ג בלאוין קצ״ד וז״ל לא תכירו פנים במשפט אזהרה זו לממונה להושיב דיינים שלא יאמר איש פלוני נאה או גבור איש פלוני קרובי אושיבנו דיין בעיר והוא אינו בקי בדינין נמצא מחייב את הזכאי ומזכה את החייב מעלה הכתוב על מי שמינהו כאילו הכיר פנים בדין ומשמע לי מלשון זה דכל שהוא בקי בדינים אינו עובר בל״ת ואע״פ שיש גדול ממנו בעיר ומינהו לזה בשביל שהוא קרובו וכן נוהגים בכל המקומות אע״פ שאינו משנת חסידים וגם על הרוב ממנים אע״פ שאינן בקיאים בדיני׳ ודא עקא מביאה צעקה א״נ הרמב״ם הטיל ג׳ תנאים במינוי הדיין דאף על פי שיש בו יראת שמים עוד צריך אחד שיהא הגון והוא שיהיו בו כל הו׳ מדות הנשארי׳ דקחשיב בסימן הקודם חכמה אנושית ועניו וכו׳ דאם אין בו מדות האלו אינו הגון לדיין. ב׳ חכם בחכמת התורה. ג׳ ראוי לדיין שלא יהא עבד או גר סומא וקטן: ואמרו חכמים כל הממנה דיין שאינו הגון כאילו מקים מצבה כו׳ כ״כ הרמב״ם לשם ור״ל דכשם שהמצבה אסורה בכל

מקום כך הוא דיין שאינו הגון דאסור למנותו בכ״מ אפילו בעיר שאין נמצאים לשם חכמים בקיאים בדינים ועוברים בל״ת כאילו הקים מצבה ובמקום ת״ח נוסף עוד עונש כאילו נוטע אשרה אצל מזבח דהת״ח מכפרים ומגינין על הדור כשם שהמזבח מכפר ומגין על ישראל ואשרה אינה אסורה אלא אצל המזבח כמ״ש הרמב״ם בפ״ו מהל׳ ע״ז והסמ״ג לאוין מ״א מ״ד ורבינו קיצר בלשונו שכתב בסתם כאילו נוטע אשרה דהי״ל לומר כאילו נוטע אשרה אצל מזבח אלא שנמשך אחר לשון הרמב״ם שכך כתב ונסמך על שסיים בלשונו שנאמר לא תטע לך אשרה כל עץ אצל מזבח ה׳ אלהיך דפי׳ כל עץ הוא הדיין דכתיב כי האדם עץ השדה וארז״ל זהו התלמיד ואצל מזבח היינו הת״ח דמכפרים ומגינין כמזבח ויש לתמוה דבגמרא פ״ק דסנהדרין ובע״ז פר״י גרסינן ארשב״ל כל דיין שאינו הגון כאילו נוטע אשרה בישראל שנאמר שופטים ושוטרים וגו׳ וסמיך ליה לא תטע לך אשרה א״ר אשי ובמקום ת״ח כאילו נטעה אצל המזבח שנאמר אצל מזבח וכ״כ הרי״ף והרא״ש פ״ק דסנהדרין ואפשר דהרמב״ם היתה לו גירסא אחרת בגמ׳ או מצא כך בספרי ורבינו נ״ל כך עיקר משום דלגירסתינו קשיא היאך קאמר דבמקום שאינו ת״ח כאילו נוטע אשרה והלא אשרה אינה אסורה אלא במקום מזבח אבל אי גרסי׳ כאילו הקים מצבה ניחא ועי׳ במהרי״ק שורש קי״ז: ועוד דרשו חכמים וכו׳ בפ״ק דסנהדרין הביאו הרמב״ם בפרק הנזכר וז״ל זה דיין שמינוהו מפני עשרו לבד עד כאן לשונו ונראה דר״ל דאינו חכם בחכמת התורה ולא מינוהו אלא מפני עשרו לבד אבל אם הוא חכם בחכמת התורה אף על פי שיש גדולים ממנו בעיר ומינוהו לזה מפני שגם הוא עשיר אין שם איסור וכדפירשתי בסמוך במי שמינהו מפני שהוא קרובו מיהו נראה דוקא שלא נתן ממון כדי שיתמנה אלא שהם מינוהו לפי שהוא ג״כ עשיר אבל אם נתן ממון כדי שיתמנה אפילו הוא גדול טפי משאר גדולים בחכמה ובמנין אסור לעמוד מפניו וז״ש הרמב״ם לשם כל דיין שנתן ממון כדי שיתמנה אסור לעמוד מפניו וכו׳ וכתב בהג״מ דה״א בירושלמי דבכורים ומביאו ב״י ולפע״ד ראיה ברורה מדתנן בפ׳ הבע״י ומעשה ביהושע בן גמלא שקידש מרתא בת בייתוס ומינוהו המלך להיות כ״ג וכנסה ובגמרא מינהו אין נתמנה לא א״ר יוסף קטיר קא חזינא הכא דא״ר אסי תרקבא דדינרי עיילה ליה מרתא בת בייתוס לינאי מלכא עד דמוקי ליה ליהושע בן גמלא בכהני רברבי ואין ספק דהיה ראוי להיות כ״ג מצד הידיעה בעבודה והיה ירא שמים ואפשר שג״כ היה ראוי לחשיבות וגדולה כ״כ למנותו כ״ג במקום גדולים כמוהו ואפ״ה קאמר רב יוסף קשר של רשעים אני רואה כאן לפי שנתן ממון כדי להתמנות אבל אם הוא לא נתן ממון אלא שמינוהו לפי שהוא ג״כ עשיר כיון דחכם הוא בחכמת התורה ראוי לנהוג בו כבוד ולא קאמרי׳ שהממנים עוברים על לא תעשון אתי אלהי כסף אלא היכא שאינו חכם בחכמת התורה כנ״ל מדברי הרמב״ם אבל רבינו כתב בסתם כלשון הגמרא ומשמע דלא קאמר זה הבא בשביל כסף וזהב אלא כשהעמידוהו ע״י שנתן ממון וכן פרש״י ע״י שנתן ממון למלך על כך עכ״ל ולאו דוקא למלך אלא ה״ה לכל מי שממונה להושיב דיין אבל במי שאינו נותן ממון להתמנות אלא שמינוהו מפני שהוא ג״כ עשיר אין אני קורא עליו אלהי כסף אלא הממונה בלבד עובר על לא תכיר פנים שלא יאמר איש פלוני עשיר גבור נאה קרובי אושיבנו דיין וכו׳ כדלעיל ודו״ק:

ה ויראה הדיין כאילו חרב מונחת לו על צוארו בפרק קמא דסנהדרין וביבמות פ׳ ב״ש אלא דהגירסא בספרי׳ כאילו חרב מונחת לו בין ירכותיו וכן הוא בסמ״ג ובאשר״י והכי עיקר מדמייתי עלה הנה מטתו שלשלמה וגו׳ איש חרבו על יריכו מפחד בלילות מפחדו של גיהנם הדומה ללילה אבל ברי״ף פ״ק דסנהדרין גורס על צוארו וכ״כ הרמב״ם בפכ״ג מה״ס ואחריהם נמשך רבינו:

ז וכל דיין שדן דין אמת לאמתו אפי׳ שעה אחת כאילו תקן כל העולם כולו בפ״ק דשבת כל דיין שדן דין אמת לאמתו אפילו שעה אחת כאילו נעשה שותף להקב״ה במעשה בראשית והוא מפני שע״י הדין שמוציא הטרף מבין שיני הרשעים מתקיים יישוב העולם דאיכא משא ומתן כדלעיל בסימן א׳: ת״ל ועמכם בדבר המשפט כו׳ בפ״ק דסנהדרין ופרש״י עמכם לפי מה שעם לבבכם שלבבכם נוטה בדבר כלומר בטענותיהם. המשפט לפי אותן דברים תשפטו ולא תיענשו דאין לו לדיין לירא ולמנוע עצמו מן הדין אלא לפי מה שעיניו רואות ידון ויתכין עצמו להוציא לצדקו ולאמתו ושוב לא יענש עכ״ל:

ח כתב הרמב״ם כך היה דרך החכמים הראשונים בורחים מלהתמנות וכו׳ בפרק בתרא דהוריות במעשה דר״ג ורבי שלח להם ולא באו וקרא כתיב והוא נחבא אל הכלים ובפ״ק דסנהדרין ר׳ זירא הוה מיטמר מלמיסמכיה דאר״א לעולם הוי קבל וקיים כיון דשמעה להא דאר״א אין אדם עולה לגדולה אא״כ מוחלין לו על כל עונותיו אמצי ליה אנפשיה: ומ״ש עד שידעו שאין שם ראוי כמותן הוא מדאמר ספ״ק דע״ז ועצומים כל הרוגיה זה תלמיד שהגיע להוראה ואינו מורה פי׳ והוא שהדור צריך לו כדכתב הרמב״ם בפ״ב והביאו רבינו בסימן י׳ וכאן לא אתא אלא לאורויי דיתרחק האדם מלישב בדין ומלהתמנות להיות דיין ולקמן אתא לאורויי עונש מי שהגיע להוראה ואינו מורה:

י ולא יפסיע על ראשי עם קדש בפ״ק דסנהדרין והא דאיתא בפרק מ״ח דקאמר ליה ר׳ ישמעאל לאבדן מי שצריך לו עם קדש יפסע על ראשי עם קדש תירצו התוס׳ לשם היינו שיצא לצורך עם קדש אי נמי אפילו יצא לצרכו יש לו לקצר דרכו כל מה שיכול כדאמר אזהרה לזקן שלא יטריח מוראת והא

דתניא בהוריות בני חכמים ות״ח בזמן שהציבור צריכים להם מפסיעים על ראשי העם וכו׳ יצא לצורך נכנס ויושב במקומו פירושו שיצא לצורך העם ובתוספתא גרסי׳ בהדיא יצא לצורך העם עכ״ל התוס׳ ונראה דאין לחלק בין זמן התלמוד שהיו ישבין על הארץ ובין זמנינו שיושבין על הספסלין לעולם כשהולך ופוסע בין היושבים מקרי פוסע על ראשי עם קדש ואסור אם אינו לצורך עם קדש:

טו ק״ו לאכול לשתות ולהשתכר בפני רבים פי׳ אף בסעודת מצוה ואפילו כולם ת״ח איכא איסור כשישתכר בפני רבים כי יתבזה בעיניהם וה״ה כשאינו משתכר אלא. שהוא מיסב עם ע״ה אפי׳ בסעודת מצוה א״נ אפי׳ אינן ע״ה וגם אינו משתכר אלא שאינו סעודת מצוה נמי אסור דתלתא בעינן סעודת מצוה וכניסת ת״ח ואינו משתכר: ומ״ש וכניסת ע״ה וסעודת מריעות פי׳ או כניסת ע״ה אפילו בסעודת מצוה או בסעודת מריעות ואינן ע״ה:

טז והמצערו יש להם רשות לבית דין להכותו וכו׳ פרק קמא דקידושין ופ׳ ר״ג רב מנגיד אמאן דציער שלוחא דרבנן וכתב בית יוסף וזה לשונו ויש לתמוה דכיון דבאומר השליח פלוני הקלני משמתין אותו על פיו מאי רבותיה דרב דמנגיד הא שמתא דחמירא מנגידא מיחייב והאריך על זה ול״נ דאין דין הצער כדין הביזוי דבצערא בעלמא ואין שם ביזוי לא לדיין ולא לשליח אינו חייב אלא נגידא אבל באומר פלוני הקלני או הקלה לדיין או לא רצה לבא לדין דהוי בזיון שאומר שאינו חושש על ציווי בית דין לבא לדין חמיר טפי וקא מיחייב שמתא וכן מבואר מלשון הרמב״ם פרק כ״ה מה׳ סנהדרין ובסמ״ג לאוין ר״ח וכדמשמע נמי מדברי רבינו אך קשה דבפרק י׳ יוחסין בעובדא דרב יהודה בר יחזקאל קאמר מאי טעמא שמתיה מר להההוא גברא ציער שלוחא דרבנן ונגדיה מר ניגודא דרב מנגיד מאן דמציער שלוחא דרבנן דעדיף מיניה עבדי ליה והתם היה מבזה את רב יודא בר יחזקאל לפני השליח ואפילו הכי קאמר דעדיפא מיניה עבדי ליה דהיינו לומר חומרא לקונסו אבל לא מדינא וכדמשמע לשם מפירוש רש״י ואפשר דהרמב״ם והספר מצות גדול ורבינו היו גורסים דעדיפא מיניה קעביד פי׳ דההוא גברא פשע יותר כנגדו דלא לבד ציער שליחא דרבנן אלא אף ביזה את שולחו לפניו ונתחייב שמתא על הביזוי דר״י עצמו וכן פי׳ התוס׳ להדיא בפ׳ ר״ג (יבמות דף נ״ב) וז״ל דאף ע״ג דשמתא חמירא מנגידא החמיר עליו משום דביזה את ר״י עצמו עכ״ל וכ״פ ר״ן פ״ק דקידושין דף תרכ״ו ע״ב וע״ג: והשליח נאמן כשנים להעיד על מי שביזהו כדי לנדותו נראה דבציער שליח דרבנן נמי נאמן כשנים להכותו וכ״ש הוא דהא שמתא חמירא מנגידא וכיון דלענין שמתא נאמן כ״ש לנגידא והכי משמע מדקא״ל ר״נ ונגדיה מר ניגודא וכו׳ ומאי קושיא ודילמא ע״פ השליח עצמו שמתיה דלא היו עדים בדבר אלא בע״כ דאף לניגודא לא בעינן עדים דע״פ השליח עצמו נמי מכין אותו והא דלא כתב רבינו דנאמן כשנים להלקותו היינו משום דבפרק הגוזל בתרא איתמר הך דינא לגבי נדוי וה״א התם אמר רבא שליחא דבי דינא מהימן כבי תרי וה״מ לשמתא וכו׳ ואה״נ דלניגודא נמי נאמן כבי תרי והא דנקיט לשמתא אינו אלא כדי לפלוגי בין שמתא לבין פתיחא דהוא שטר שמתא אבל בניגודא ליכא לאפלוגי כיון דלא כתבינן שטרא וע״ל בסימן י״א סעיף ג׳:

סימן ט

א מאד מאד וכו׳ נראה דלפי דבדבר קל יגיע ליכשל באיסור זה ע״י דפרח וכו׳ ושאר שוחד דברים וכ״כ רבינו גבי איסור ריבית בי״ד סימן ק״ס מאוד מאוד וכו׳ משום דבקל יגיע לידי איסור ע״י קצת הנאה או משום מלאכה אי ריבית דברים וכ״כ רבינו בא״ע בסימן כ״א מאוד מאוד וכו׳ לפי שבקל יגיע לידי איסור ע״י שחוק וקלות ראש ותו דבהני תלתא היצר תוקפו לעבור לכך הזהיר עליו במאוד מאוד ומ״ש רבינו בי״ד סימן של״ו גבי רופא והוא שיזהר מאוד מאוד וכו׳ התם איכא טעמא אחרינא שראוי ליזהר בחומר האיסור פן ימית נפש אחד מישראל כמבואר בדבריו לשם:

ב ואם לקח צריך להחזירו כשיתבענו הנותן כן כתב הרמב״ם בפרק כ״ג מה״ס וקאי אכל שוחד אף בלקחו לזכות את הזכאי ומשמע דאם אינו תובעו א״צ להחזירו אפילו לקחו לעוות את הדין דכיון שהנותן אינו תובעו א״כ מוחל לו ויכול למחול כדרך שמוחל הגזל וכ״כ הרמב״ם. בדין ריבית שיוצאה נמי בדיינים אם רצה למחול מוחל ודין ריבית ושוחד שוין דיוצאים בדיינים אבל אם אינו תובעו הויא מחילה ואיכא להקשות דמנ״ל להרמב״ם דשוחד יוצא בדיינים דמריבית לא מצי למילף דהתם גלי לן קרא דוחי אחיך עמך אהדר ליה כי היכי דניחי כדאיתא בפרק א״נ וי״ל דס״ל להרמב״ם דבריבית נמי לא איצטריך קרא להכי דפשיטא הוא כיון דקאמר רחמנא את כספך לא תתן לו בנשך וכו׳ אי עבר ונתן גזל הוא ובעי למיהדר דכיון דקאמר רחמנא לא תעביד אי עבד לא מהני אלא כיון דכתיב בריבית חיה לא תחיה דאיכא למידרש למיתה ניתן ולא להשבון א״נ ויראת מאלהיך למורא ניתן ולא להשבון וכדדריש ליה התם אליבא דרבי יוחנן דאמר אפילו ריבית קצוצה אינה יוצאה בדיינים להכי איצטריך וחי אחיך עמך ומינה דבשוחד לא איצטריך קרא דפשיטא הוא כיון דאמר רחמנא לא תקח אי עבר ולקח בעי למיהדר דגזל הוא:

ד ולא שוחד ממון בלבד וכו׳ כ״כ הרמב״ם לשם והוא ברייתא בפרק בתרא דכתובות ודייק מדלא כתיב בצע לא תקח ומשמע מפשטא דברייתא דשוחד דברים נמי מדינא פסול והכי משמע מדברי הרמב״ם לשם. וכן כתב מהרי״ק ע״ש ריב״א ע״ש בשורש י״ו אבל מדברי התוס׳ לשם משמע דכל שוחד

דברים אינו אלא חומרא בעלמא אבל פסולים לא היו וכ״כ המרדכי פ״ק דסנהדרין ע״ש ר״ת וכ״כ מהרי״ק בשורש כ״א ע״ש המרדכי דכל פסילנא לך שבתלמוד כן הוא דאינו אלא חומרא ומדברי התוס׳ פ״ק דסנהדרין יראה סברא שלישית דדוקא כי ההיא דאושפזיכניה דהתם בסוף (דף ז׳) דלא עשה לו כלל טובת הנאה בשעה שבא לדון לפניו אלא הזכיר לו החסד שעשה עמו לשעבר וכן בר׳ ישמעאל בר׳ יוסי דפ׳ בתרא דכתובות שהביא לו אריסיה צנא דפירי דשלו נטל אלא שהביא לו שלא בזמנו הני לא פסילי מדינא כיון דלא קיבל ממנו כלום ואינן בכלל לא תקח שוחד אבל הך דפרח גדפא וכסייה רוקא דעשה לו מלאכה ושירות ומוכח שעשה לו טובה מפני שצריך לדון לפניו וכן הך דר״י בר אלישע דהביא לו ראשית הגז והיה יכול ליתנו לכהן אחר הא ודאי הוי בכלל שוחד לא תקח כיון דלקח ממנו דבר שנעשה על ידו לב אחד שזהו פי׳ שוחד שהוא חד כדאיתא התם וכן נראה דעת הסמ״ג שהביא תחלה הני ג׳ עובדי דפרח גדפא וכסייה רוקא ודראשית הגז ואח״כ כתב ההיא דאושפזיכניה וכתב עלה אמנם אומר שם ר״י שמרחיק היה את עצמו אבל מן הדין אינו נפסל ע״כ משמע להדיא דלשם דוקא אמר ר״י כך וכך מבואר בתוס׳ לשם שדימה הך דאושפזיכניה להך דצנא דפירי וכך הוא בהגהת מיימוני פרק כ״ג מה״ס ודלא כהרמב״ם דסובר דכל הני פסילנא מן הדין הם פסולים. ומדברי רבינו נראה שתופס סברא רביעית דהך דראשית הגז נמי אינו פוסל מן הדין ולכך לא הזכיר בפירושא דשוחד דברים כי אם הני תרתי דפרח גדפי וכסיי רוקא וכך נראה ממ״ש בהך דראשית הגז ואם נטלתי שלי נטלתי כמו שאומר בצנא דפירי משמע דשוין בדין:

ה לכן כל דיין שצריך לשאול כלים משכנים פסול להם לדון וכו׳ מלשון רבינו משמע דלא שרי אלא כשהשכנים שאלו ממנו תחלה אבל כשהדיין שואל מהם תחלה פסול. אבל מלישנא דגמרא בפרק בתרא דכתובות דקאמר ולא אמרן אלא דלית ליה לאושולי אבל אית ליה לאושולי לית לן בה משמע דאף על פי שהשכנים לא שאלו ממנו מעולם מ״מ כיון שיש בידו להשאיל להם א״כ מעיקרא כששאל הדיין מהם לא היתה אלא על דעת שגם הם ישאלו ממנו כשיצטרכו ונמצא שלא היתה השאלה בתורת שוחד והכי משמע לישנא דהרמב״ם שכתב בד״א כשלא היה לו לדיין להשאיל אבל היה לו לדיין להשאיל כשר שהרי גם זה שואל ממנו אלמא דבהיה לו להשאיל כשר כיון דאפשר שגם זה שואל ממנו. ונכון לומר דגם רבינו לא אתא אלא לפרש דאף על פי דהדיין שואל מהם תחלה אינו בתורת שוחד לפי שאינו אלא פרעון על מה שישאילום אח״כ:

ו תשובה לגאון וכו׳ ואיכא למידק למאן דס״ל דכל הני פסילנא לך לדינא מדינא פסול וכן כשצריך לשאול משכניו דלכ״ע פסול מדינא וא״כ כ״ש כשקיבל מתנה מידו דפסול ומ״ש מתנה זו דפסק גאון דאינו פסול מדינא אלא ממדת חסידות וי״ל דכל הני פסילנא מוכיח שעשה לו טובה בשעה שבא לדון לפניו א״נ הזכיר לו החסד שעשה עמו עתה כשבא לדון לפניו אבל הך דגאון דלא עשה לו הטובה בשעה שבא לדון לפניו וגם לא הזכיר לו עתה החסד שעשה עמו אינו מוכיח כלל שעשה לו הטובה לשעבר מפני שצריך לו לדון לפניו עכשיו דהא מקמי דאזמניה ליה לדינא שדר ליה מנחה ולא הרגיש הדיין אז דשלח לו מנחה זו בשביל שיש לו דין לפניו הלכך אינו אלא ממדת חסידות ולא דמי נמי להיכא שהדיין צריך לשאול משכניו דפסול דהתם ודאי כיון שצריך אליו תמיד לשאול ממנו כלים חשבינן ליה שוחד כיון דלא נמנעו בני ביתו מלשאול מהם אף בשעה שבאו לדון לפניו. ולפי זה ודאי נראה אם הדיין יודע שראובן יבא לדין עם שמעון לפניו אף על גב דשלח ליה מנחה מקמי דאזמניה לדינא מ״מ כיון דהדיין מרגיש דלא שלח ליה מנחה אלא לפי שיבא לפניו לדין בין שהתובע שלח או הנתבע שלח אפילו מקמי ימים טובא פסול מדינא: ומ״ש ואי דמי לרבה וכולי פירוש שגם הדורון שהיה מקבל ממנו לא להנאתו אלא לאחשובינהו אזי אפילו ממדת חסידות ליכא כמו שמצינו גבי שאלה וק״ל מהרש״ל ופשוט הוא אלא מיהו נראה דהיכא דהדיין מרגיש דשלח לו מתנה זו לפי שיבא לפניו לדין אף על פי דלא קא מקבל אלא לאחשובינהו לא מיבעי ליה לקבולי ואי מקבל לא ידון אותו נ״ל:

ז וכתב הרי״ב נהגו וכו׳ כי חובה הוא על ישראל לפרנס דייניהם וכו׳ גם בתוס׳ ר״פ בתרא דכתובות ובפ׳ עד כמה כתבו כך וכ״כ הסמ״ג לאוין ר״ח בשם ר״י ועוד כתבו התוס׳ תירוץ אחר בשם ר״ת דאפילו אם יש לב״ד פרנסה וגם אין יושבים בדין כל שעה אלא עושין מלאכה אפ״ה אין איסור נטילת שכר לדון אלא כשנוטל מבעלי דינים אבל כשנוטל משל צבור שרי ונראה דעל תירוץ זה סמכו האידנא במלכותינו שנוטלין משל צבור אע״פ שנוטלין אותו בתורת שכר ושם אין יושבים כל שעה בדין ואפי׳ הן עשירים:

ח כתב הרמב״ם כל דיין שיושב ומגדל שכר וכולי אע״ג תלמוד ערוך הוא בפ׳ במה בהמה מ״מ כיון דאיתא התם דרבי יודא הוא דס״ל הכי אבל ר״ע ור״מ ור׳ יוסי דורשין כ״א פסוק ויטו אחרי הבצע לדרשא אחריתא ואינו מדבר בהטיית משפט ומשמע דהלכה כר״ע ור׳ יוסי לגבי ר׳ יודא וכ״ש דאיכא נמי ר״מ דקאי כוותייהו על כן הביא רבינו דברי הרמב״ם דהכריע כרבי יודא וטעמו כיון דאיתא התם דר״ש בר נחמני אמר ר׳ יונתן ס״ל כר׳ יודא הכי נקטינן וז״ל הרמב״ם כל דיין שיושב ומגדל מעלתו כדי להרבות שכר לחזניו וכו׳ ונראה דר״ל אף על פי שאינו קוצב שכר מרובה לחזניו אלא דבמה שמגדל מעלתו נמשך שמרבה שכר ה״ז בכלל הנוטים אחרי הבצע ואפשר דלשון שהעתיק רבינו כל דיין שיושב ומגדל וכו׳ נמי ה״ק דיושב בביתו ואינו

מחזר במקומות ישראל לדון אותם בעריהם דבזה הוא מגדל שכר לחזניהם שהם השלוחים המזמינים לדין והשתא ניחא דלא קאמר כל דיין שיושב ומגדל וכו׳ והכי מוכח בגמרא דקאמר שלא עשו כמעשה אביהם שהיה שמואל הצדיק מחזר בכל המקומות וכו׳ ע״ש והיינו דקאמר נמי הרמב״ם כל דיין שיושב ומגדל מעלתו כלומר שאינו מחזר בערי ישראל אלא יושב בביתו ומגדל מעלתו שיבואו הבעלי דין לפניו ולדון בביתו כדי להרבות שכר חזניו וכו׳ מיהו האידנא אין חיוב לחזור בעיירות כיון שישראל מועטים בכל העיירות ואיכא נמי סכנת דרכים בין העכו״ם:

ט הנוטל שכר לדון וכו׳ משנה פרק עד כמה ור״ל שכל דיניו בטלים מן הסתם אף ע״פ שאינו ידוע שנטל שכר אא״כ ידוע שלא נטל בהם שכר כך פירש הר״ן ס״פ האיש מקדש. ונראה מסוגיא דפרק בתרא דכתובות דבדין זה איכא ארבעה חילוקים. הא׳ אית ביה איסור שוחד והוא באומר לדיין לא תחייבני אם זכאי אני דכיון שמזכיר בדבריו לדונו יפה אין דעתו מתקרב לצד החובה ולכך נקרא שוחד שנעשו לב אחד ואפילו נוטל משניהם בשוה ומזכה את הזכאי ומחייב את החייב אית ביה תורת שוחד. הב׳ אם אינו אומר לא תחייבני אם זכאי אני אע״פ שאומר לזכות את הזכאי ולחייב את החייב אין זה תורת שוחד אלא תורת אגרא דדיניו בטלין מן הסתם ואיסורם מהא דאמר רב בפרק עד כמה ראה למדתי אתכם וכו׳ מה אני בחנם אף אתם בחנם ואע״ג דמקרא לא משמע דאם עבר ודן בשכר דדיניו בטילין מ״מ רבנן קנסוהו בכך שעבר על ד״ת וכדכתבו התוס׳ ס״פ האיש מקדש ומש״ה דוקא אותן דינים שנטל בהן שכר א״נ מן הסתם ודאי נטל שכר ובטלין אבל אותן שנודע שלא נטל בהן שכר אינן בטלין דלא קנסוהו אלא באותן שעבר על ראה למדתי וכו׳ ונראה דכ״ש היכא דמקבל בתורת שוחדא דדיניו בטלין אלא דאיכא לחלוק דאם לקחו בתורת שכר א״צ להחזירו בדין דדוקא בלקחו בתורת שוחד דאמרה תורה לא תקח אם לקח הוי גזל בידו אבל במה שעבר על מה אני בחנם וכו׳ א״צ להחזיר ותדע מדתניא בפרק עד כמה מניין שאם לא מצא בחנם שילמוד בשכר ת״ל אמת קנה ואי חייב להחזיר אף בשכר לא ימצא ומאי אמת קנה: השלישי אם אינו נוטל אלא שכר בטילה אף על גב דלא מוכח על זה תניא מכוער הדיין שנוטל שכר אלא שדיניו דין דדוקא אגר דינא שאומר לא אומר לכם הדין כ״א בשכר כך וכך דכיון דמכריח אותם שלא לומר להם הדין דיניו בטלין דהו״ל אגר דינא אבל כשאומר להם הדין ומבקש מהם שכר בטילה אי נמי הם מעצמם נותנים לו שכר בטילה אף על פי שנותנים קודם שא״ל הדין ליכא אגר דינא ודיניו דין אלא שמכוער הדיין כיון דהוי בטלה דלא מוכח: הרביעי בטילה דמוכח כעובדא דקרנא דתהי באמברא וכו׳ שרי אפילו לכתחלה וכגון שיקבל משניהם בשוה וכתב הרמב״ם שיטול משניהם בשוה זה בפני זה כגון זה מותר:

י ומ״ש כגון שיש לו מלאכה ידוע וכו׳ תנו לי מי שיעשה מלאכתי במקומי או תנו לי וכולי כצ״ל. ומ״ש אבל אם אינו ניכר כו׳ אסור פי׳ אסור משום דמכוער הדיין וכו׳ אבל דיניו דין מאחר שאינו מכריח אותם שלא לומר להם הדין עד שיתנו לו כך וכך כדפי׳ והכי מוכח בסוגיא אבל מל׳ הרא״ש בתשובה הביאה ב״י משמע דהדבר תלוי במה שנוטל יותר ממה שיתבטל ממלאכתו התם הוא דמיקרי אגר דינא ודיניו בטלין והיכא שאינו ניכר וכו׳ נמי אם נוטל שכר על זה הדין בטל ומשמע דאינו מחלק כלל בין שאומר לא אומר לכם הדין וכו׳ ללא אומר אלא בין שהוא יותר ממה שיתבטל מלאכתו לאינו יותר וכו׳ והיכא שאינו ניכר דינו כיותר וכו׳ ולא נהירא דא״כ ההיא דמכוער הדיין אלא שדיניו דין מוקמית לה בבטילה דלא מוכח במאי מוקמית לה הלא כיון דלא מוכח דינו כיותר וכו׳ ודיניו בטלין אלא נראה דאין חילוק בין יותר לאינו יותר אלא כל היכא שאומר לא אומר לכם הדין עד שתתנו לי שכר כך וכך הוי אגר דינא דדיניו בטלין אבל אם אומר להם הדין אלא שמבקש אח״כ שכר בטילה ואינו ניכר דיניו דין אלא שמכוער הדיין ואפילו נותנים לו יותר מכדי בטילתו נמי דיניו דין דמתנה בעלמא הוא דקא יהבו ליה מדעתם דהלא אינו מכריח אותם שלא לומר להם הדין נ״ל: כתוב בסמ״ג וז״ל גרס בירושלמי דסנהדרין רב הונא הוה רעי תורין והוה ידע סהדותא לבר נש א״ל מסהיד עילאי א״ל הב לי אגרי ותני כך נותנים לדיין שכר בטלונו וע״ל בסי׳ ל״ד י״ח: ונראה דדיינים שעושין פשרה מותר ליטול אגר כשרה ולומר לא אומר לכם הפשרה כ״א בשכר כך וכך דדוקא אגר דינא הוא דאסור מדכתיב ראה למדתי וכו׳ ומ״מ צריך שיטול משניהם בשוה וזה בפני זה דכשם שמוזהר שלא להטות הדין כך מוזהר בפשרה וכדלקמן בסי׳ י״א:

יא אין לדיין להניח תלמיד בור וכו׳ ברייתא פרק שבועת העדות ואף על גב דלעיל בסימן ג׳ העתיק רבינו דברי הרמב״ם בזה מ״מ כיון דמלשון הרמב״ם לא משמע אלא דלכתחלה שיהיו כל היושבים שם ת״ח וראוים אבל אם כבר ישב שם תלמיד בור לא שמענו שלא יניחנו לכך חזר רבינו וכתב כאן אין לדיין להניח וכו׳ לאורויי דאיסורא קא עביד אם מניחו לישב שם והכי מוכח מברייתא דיליף לה מקרא מדבר שקר תרחק דמשמע דצריך להרחיקו שלא יניחנו לישב שם ואם מניחו קא עביד איסורא:

יב ותלמיד היושב לפני רבו ורואה זכות לעני וכו׳ פי׳ מהרש״ל וז״ל דרבותא אשמועינן דאע״פ דיש עליו ב׳ אימות אימת רבו ואימת עשיר אפ״ה צריך ללמד עליו זכות ותדע דבפ״ק דסנהדרין מביא עליו קרא דלא תגורו מפני איש עכ״ל ואין דברים אלו ברורים דהא בסוגיא לשם מבואר דאההיא דאחד רך ואחד קשה מביא עליו קרא דלא תגורו גרידא דמשמעו אימה ויראה לדעת התוס׳ אבל אההיא דעני ועשיר מביא קרא דלא תגורו ומאי דאמר רב חנן

עלה לא תכניס דבריך מפני איש וה״ט דלגבי רבו ועשיר אין כאן אימה ויראה דאינו ירא מפניהם כיון דצדיקים נינהו ושפיר יכול ללמוד זכות לעני ע״ד האמת וא״צ להזהיר אלא לפי שיש בזה מיעוט כבוד רבו והיינו דנקט א׳ עני ואחד עשיר דאע״ג דעכשיו איכא מיעוט כבוד רבו ביתר שאת דנראה דלא היה רבו חושש לחפש זכותו של עני שהרי נעלם ממנו זכותו עד שבא תלמידו ולמד עליו זכות ואפ״ה לא ישתוק ולא יחוש למיעוט כבוד רבו ולהכי מייתי ליה הא דרב חנן כלומר אל תכניס דבריך לחוש לכבוד רבך וכדפי׳ רש״י והתוספות להדיא ועיין במ״ש בזה בתחלת סימן י״ב בס״ד:

סימן י

א צריך הדיין להיות מתון וכו׳ בפ״ק דסנהדרין יליף לה מדכתיב לא תעלה במעלות וסמיך ליה ואלה המשפטים ופרש״י במעלות בחזקה ומרוצה ואמרו עוד ושפטתם צדק צדק את הדין ואח״כ חתכהו ואמרו עוד דינו לבקר וכי בבקר דנין וכל היום אין דנין אלא אם ברור לך כבקר אמרהו ומה שאמרו בפ׳ אד״מ אשרי חמוץ אשרי דיין שמחמץ את דינו אינו אלא בד״נ ולמימרא דבעי הלנה וכן פרש״י ע״ש והכי מוכחא סוגיא דהתם ומש״ה לא הביא רבינו קרא דאשרו חמוץ אלא קרא דכי יתחמץ לבבי לאורויי דאף בד״מ בעינן חמוץ אף על גב דלא בעינן הלנה ונפקא ליה מכי יתחמץ:

ב והגס לבו בהוראה וכו׳ ה״ז שוטה רשע וגס רוח וכל מי שבא לידו דין וכו׳ ה״ז שוטה וגס רוח נראה שרבינו ס״ל דאין נקרא רשע אלא בקופץ ופוסק הדין קודם שיחקרנו היטב וכו׳ דעבר על לא תעלה במעלות וכו׳ התם הוא דנקרא רשע אבל אם חוקרו היטב אלא שסומך על עצמו אינו רשע אלא שוטה על שלא ידע הדין בבירור וגס רוח על שלא נמלך ברבו ומחשיב עצמו לגדול אבל הרמב״ם ז״ל בפ״ב כתב גם בזה ה״ז בכלל הרשעים שגס לבם בהוראה ואפשר שגם הרמב״ם ז״ל לא היה דעתו לקרותו בשם רשע אלא לומר שהוא נכלל בכלל הרשעים לענין העונש דרעה על רעה תבא לו והכי משמע מדבריו לשם ע״ש:

ג וכל מי שבא לידו דין ומדמהו לדין אחר שבא לידו כבר ופסקו וכו׳ בפרק ב״ש תוקע עצמו לדבר הלכה בדיינא דאתא דינא קמיה וכו׳ ומפרש רבינו הא דאתא דינא קמיה הוא הדין הראשון ונמלך ברבו עליו וגמר הילכתא ואת״כ בא דין אחר לפניו ומדמהו לאותו דין וכו׳ ה״ז שוטה וכו׳ כי חייב הוא להימלך ברבו בכל דין ודין ולא כן פירשו שאר מפרשים אלא איירי בדין אחד שכבר ידעו בבירור ואילו היה בא לפניו אותו הדין לא היה צריך להמלך ברבו והא דקאמר דאתא דינא קמיה היינו הדין השני דאתא קמיה השתא וכבר גמר הילכתא בדין אחר ומדמה דין זה שאינו יודעו בבירור לאותו דין שלמדו כבר והיינו תוקע וכו׳ שסומך ונשען על ההלכה שהוא יודע שגמרה מרבו כבר:

ו וכל המונע עצמו מן הדין וכו׳ נראה דקאי אהיכא דיש שם אחר ראוי להוראה דה״ז משובח וקאמר עוד דמונע ממנו איבה וכולי וכן נראה מדברי ב״י שפי׳ כן ועוד נראה מלישנא וכן המונע וכו׳ דקאי נמי אהיכא שהדור צריך לו דאפ״ה לא יקפוץ להורות עד שיהיו מכבידים עליו העם והזקנים ומפצירים בו וכמ״ש הרמב״ם והביאו רבינו בסימן ח׳ סעיף ג׳ וז״ש וכל המונע לרבות אף היכא שהדור צריך לו דיש לו למנוע את עצמו דהשתא דאינו מורה עד שהעם מכבידים עליו וכו׳ אין מקום לאיבה וכו׳ מה שאין כן דממהר וקופץ מעצמו דאיכא איבה וכו׳:

ז ואל ישים חילוק בין דין קטן פי׳ אין לדיין לטעות שלא הוזהר לעיין בדין אלא היכא שיש בו הוצאת ממון הרבה מזה ונתינתו לזה אלא לעולם יהא דין של פרוטה כדין של ק׳ מנה וכ״כ הרמב״ם לשון זה בספ״ק ואיכא למידק דבפ״ק דסנהדרין דאמר ר״ל כקטן כגדול תשמעון שיהא חביב עליך דין של פרוטה כדין של ק׳ מנה פריך למאי הילכתא אילימא לעיוני ביה ומיפסקיה פשיטא אלא לאקדומיה וכדלקמן בסימן ט״ו השתא כיון דפשיטא הוא לאיזה צורך כתב כך הרמב״ם ורבינו ונראה דס״ל דלא פריך פשיטא אלא אדרשא דקרא דאיירי במומחין דד״ת בעינן מומחין כדלעיל בסימן ג׳ ולהכי פריך פשיטא דמומחין וודאי ידעי דאין לחלק בין קטן לגדול לעיוני ביה אבל לבתר תקנת חכמים דד״מ בג׳ הדיוטות כדי שלא תנעול דלת בפני לוין ואיכא הדיוטות דטועין לחלק בין דין של פרוטה לדין של ק׳ מנה ע״כ הוצרכו לבאר ולהזהיר לכל דיין שאל ישים חילוק וכו׳:

סימן יא

א וכיצד מזמנים וכו׳ בפרק ואלו מגלחין דקבעינן זימנא מנ״ל דכתיב אתה והם מחר ולכל אדם קובעין זמן בין יוצא ונכנס בין מצוי בעיר אלא דליוצא ונכנס קבעינן ליה בה״ב ומזמינין אותו ביום א׳ שיבא לדין ביום ב׳ ואם לא בא (פי׳ שלא אמר כלום אלא שלא בא אבל אם אמר שלא רצה לבא הוי ביזוי לבית דין ומנדין אותו מיד כדכתב בסמוך) חוזרין ומזמינין אותו ביום ג׳ וד׳ שיבא ליום ה׳ לא בא חוזרין ומזמינין אותו ביום א׳ שיבא ליום ב׳ לא בא בפעם ג׳ ממתינין לו כל יום וכו׳ וטעמא דכיון דיוצא ונכנס וטרוד בעבידתיה לא הוי מורד אלא כאנוס. ובמצוי בעיר קובעים לו זמן ושולחין לו היום שיבא למחר ביום ב׳ לא בא ביום ב׳ זהו מורד ומנדין אותו לערב מיד ולא מהני הכא טעמא דטריד והיינו דא״ר חסדא בפרק הגוזל בתרא קובעין

זמן בה״ב זימנא וזימנא בתר זימנא ולמחר כתבינן כלומר קובעין לו זמן עכשיו שיבא למחר לדין וכו׳ וכל זה היכא דהתובע שואל מב״ד שיזמינוהו היום שיבא למתר כי חושש שילך מן העיר וישמיט עצמו מן הדין וקאמר דשומעים לו וכדילפינן מאתה והם מחר אבל היכא שהדיינים יושבים והתובע ביקש לשלוח אחריו ושלחו אחריו ולא בא כותבים עליו נדוי מיד לערב ובהכי מיירי הא דכתב רבינו בסמוך ואם הזמינו השליח ולא הזמינוהו ע״ש שלשתן וכו׳ דכיון דהזמינו ביום הידוע שהדיינים יושבים בו לדון כותבין עליו נדוי ומשמע דלערב מיד כותבין וכן ההיא דמזמינים ע״פ אשה וע״פ שכנים דכיון דהב״ד יושבין ולא בא כותבים עליו נדוי לערב מיד (ובסמוך כתבתי דלדעת רבינו אין מנדין אותו עד למחר). ואיכא למידק למה כתב רבינו שיבא ליום המזומן לדון ולא כתב כלשון התלמוד ליום ב׳ וליום ה׳ וי״ל דנמשך אחר מ״ש לעיל בסימן ה׳ דהאידנא קביעות כל הימים שוין: כתב הרמב״ם שגם לאיש המצוי בעיר וכו׳ שהזמינוהו היום שיבא למחר ליום המזומן לדין דכיון שהוא מצוי בעיר ולא בא מורד הוא וה״ה בגמר׳ לגבי אשה ולמד משם הרמב״ם דה״ה באיש שהוא מצוי בעיר. ואיכא למידק דברמב״ם כתוב באיש שמצוי בעיר ומורד כותבין עליו נדוי לערב וה״א בגמרא ובאלפסי ובסמ״ג גבי אשה דכתבינן עלה פתיחא לאורתא דדוקא ביוצא ונכנס דחשבינן ליה כאנוס ולהכי יהבינן ליה זמן בה״ב מקילינן נמי לגביה דלא כתבינן ליה פתיחא עד למחר אבל היכא דהוה מורד כתיבנא עליה פתיחא לאורתא ורבינו ז״ל גבי אשה כתב מנדין אותה בפעם הראשון מדלא פי׳ לערב משמע דחוזר אמ״ש תחלה דמנדין אותו למחרתו וע״ז כתב באשה דמנדין אותה בפעם הראשון והינו נמי למחרתו וכן כל מנדין אותו שכתב רבינו בסימן זה בסתם היינו למחרתו כמ״ש תחלה וצ״ל דסבירא ליה לרבי׳ דתלמודא ה״ק דהכתיבה לחודא היא באורתא אבל היה כתוב בפתיחא שינדו אותה למחר כי אז מכריזין עליה שנידו אותה ב״ד והכי משמע בפסקי הרא״ש שלא הביא הך עובדא דלגביה איתתא בפסקיו דכתבינן עלה פתיחא לאורתא כדי שלא נבין דמנדין אותה לאורתא אלא דלמחרת מנדין אותה כמו גבי איש כשלא בא בפעם שלישית דכתב בתחלה דמנדין אותו למחרתו והא דקאמר בגמ׳ ועד למחר לא כתבינן פתיחא ה״ק דהא דכתבינן פתיחא באורתא שינדו אותו אין כותבין בו לנדותו מיד אלא כותבין דלמחר ינדוהו ואצל מורד נקט התלמוד האמת דכתבינן לאורתא כדרך כל פתיחא דכתבינן באורתא והיינו דכותבי׳ בו שינדוהו למחר ולפי דלא נ״מ בכתיבה אלא בהכרזה על כן לא כתב הרא״ש ורבינו לגבי יוצא ונכנס לשון הגמ׳ אלא בסתמא למחר מנדין אותו ולפי זה בנדוי עצמו אין חלוק דאף במורד אין מנדין אותו עד למחר ולכן שינה רבינו בהעתיקו לשון הרמב״ם וכתב שגם לאיש המצוי בעיר מנדין לו בפעם הראשון והיינו לומר למחרתו כמ״ש קודם זה ודלא כרמב״ם שכתב דמנדין אותו לערב דס״ל להרב דכתיבת הפתיחא שהוזכר בגמ׳ הוא הנדוי עצמו דמחלק בין מורד ליוצא ונכנס כדפיר׳ וכפשטא דסוגיא ואין כן דעת הרא״ש ורבינו:

ג ומ״ש בד״א שלא הזמינו ליום וכו׳ אבל הזמינוהו ליום וכו׳ ט״ס הוא אלא צ״ל ביום בבי״ת וכך הוא הגירסא בגמרא והאלפסי ואשר״י וכ״כ הרמב״ם והסמ״ג ורבי׳ ירוחם וכן הוא במקצת ספרי רבו׳ וכ״כ ב״י ע״ש:

ד ומ״ש וכ״ש ע״פ שליח ב״ד וכו׳ כ״כ הרא״ש ובא ליישב דלא תקשה למה קאמר רבינא אפומא דאיתתא וכו׳ ולא קאמר אפומא דשליח ב״ד ומתרץ דרבותא קאמר וכ״ש ע״פ שליח ב״ד ומהרש״ל פי׳ דאתא לאורויי דלא תימא מאחר שהוא שליח בדבר ולא חזר מגרע גרע קמ״ל דכ״ש הוא דאדרבה חזקה הוא דשליח גמור עשה שליחותו:

ה והוא נותן שכר הסופר בפ׳ הגוזל בתרא כתב רש״י וז״ל דכי שרי ליה לשמתא לא שרו ליה עד דיהיב זוזא דפתיחא לספרא ע״כ לשונו והתוס׳ כתבו וז״ל דכשקורעים אותו משלם הוא שכר הסופר עכ״ל. וכ״כ סמ״ג בלאוין ר״ח ונראה שדעתם דכיון דקאמרינן בגמרא על דלא אתא לדינא לא מקרעינן ליה עד דאתא לדינא אלמא דהיתר הנידוי תלוי בקריעת הפתיחא וצ״ל דהיכא דנידוהו בפה מתירין לו בפה והיכא דנידוהו בכתב אין לו היתר אלא בקריעת אותו הכתב ונראה דכך היא דעת רבינו דלאחר שכתב קורעין הנידוי כתב והוא נותן שכר הסופר כלומר בשעת הקריעה נותן הוא שכר הסופר וכן מבואר באשר״י פרק ז״ב בדין פריעת ההוצאה משעה שנעשה סרבן ע״ש ומשמע דאם לא קרעו הכתב לא הותר השמתא אע״פ שבא לב״ד או אמר צייתינא והרב בשלטי הגבורים בספ״ק דסנהדרין הסכים על זה וע״ש. וכתב עוד שם דאין למנדין ליקח שכר היתר החרם והביא ראיה לדבר וכתב עוד שם דשליח ב״ד אינו נאמן לומר שכך וכך הוציא התובע כדי לכוף לנתבע לדון עד שיהיו שנים ואפשר דאפילו התנו ב״ד שיהא נאמן כבי תרי אינו מועיל ולי נראה באין ספק דאם תקנו כך רוב אנשי העיר או שבעה טובי העיר בדרך שנתבאר לעיל סימן ב׳ ודאי דמועיל הפקר ב״ד הפקר: כתב ה״ר ירוחם ע״ש הרשב״א כי ביד הדיין הוא שלא לנדותו ולכופו בענין אחר וכן נראה מעובדא דירושלמי ע״כ עוד שם דראובן תובע לשמעון שהזמינו לדין ולא בא ושמעון כופר שלא הזמינו וראובן אומר אני אביא עדים וחזר שמעון והודה שהזמינו ושיביא עדים שבא ה״ז כאומר לא לויתי וחזר ואמר פרעתי דאינו נאמן שבא אפילו יביא עדים תשובת הרא״ש ע״כ ומביאו ב״י וקשיא לי דהא אף להרמ״ה בסימן פ׳ דכי אתו סהדי בתר הכי לא משגחינן בטענה בתרייתא עד דמייתי ראיה מ״מ כי מייתי ראיה מהימן ואין צ״ל להרמב״ם דיכול לחזור ולטעון מפיטור לפיטור ואפילו אמר לא לויתי יכול לומר

פרעתי קודם שבאו עדים והכחישוהו בטענה קמייתא ואע״פ דמה שחזר מטענה הראשונה היה לפי שראה עדים שבאו מ״מ הואיל והודה קודם שבאו העדים לא הוחזק כפרן וע״ל בסימן ע״ט ובסי׳ פ׳ לשם יתבאר בס״ד׃

סימן יב

א דיין שבאו לפניו ב׳ בע״ד אחד רך וכו׳ מימרא דר״ל פ״ק דסנהדרין וה״ג שמא יתחייב חזק ונמצא חזק רודפו ופי׳ רש״י קשה בעל מריבה ומטריח דיינים. רודפו רודף את הדיין להפך את הדין עכ״ל כלומר ואיכא זילותא לדיין ומשמע אבל בשניהם חזקים אפילו קודם שישמע את דבריהם חייב לטפל בדינם דמ״ע היא מדכתיב בצדק תשפוט עמיתך וליכא הכא חששא דזילותא דאותו שיצא חייב יהא רודף להפך את הדין דכיון דבעל דין שכנגדו נמי חזק לא יניחנו להפך את הדין וכן פסק בהגהות אשיר״י משם הא״ז ע״פ ריב״א והרשב״א והוא ע״ד פרש״י אבל בתוס׳ כתבו ונמצא חזק רודפו פי׳ לדיין כדמוכח בתר הכי והא דנקט אחד רך שאם היו שניהם חזקים השני היה מסייעו עכ״ל ונראה דמ״ש כדמוכח בתר הכי דרצונם לומר מדלא הביא תלמודא אהך דר״ל אלא פסוק לא תגורו מפני איש ובתר הכי גבי תלמיד שראה זכות לעני וחובה לעשיר מייתי עליה קרא דלא תגורו ודאמר רב חנן עלה לא תכניס דבריך מפני איש מוכח מילתא דר״ל ה״ק ונמצא חזק רודפו לדיין להורגו או להזיקו שעל זה נופל לא תגורו כדמשמע לא תירא מפניו שמא יזיקך ופי׳ קשה אדם רע ורשע אבל אצל עני ועשיר דצדיקים נינהו ואינו ירא מפניהם אלא דישתוק ולא ילמוד זכות לעני לפי שחושש פן יתמעט כבוד רבו שיהא נעלם ממנו זכות של עני וחובה של עשיר וצריך לפרש לא תגורו לא תכניס דבריך מפני כבוד רבך וכמ״ש התוספות להדיא בד״ה לא תכניס ע״ש אבל לפרש״י דלר״ל נמי אין חשש אלא לזילותא דדיין שיבא להפך הדין ופי׳ לא תגורו הוא נמי כדרב חנן לא תכניס דבריך ודאי קשה טובא דהו״ל לתלמודא לאתויי הך דרב חנן אהך דר״ל ולפי דקשיא לפי׳ התוספות מאי איריא רך וקשה אפילו שניהם חזקים מ״מ החייב יהא רודף לדיין להזיקו ולהורגו תירצו דהשני היה מסייעו ורבינו כתב וירדפנו והיינו כמו שפי׳ התוס׳ וכ״כ בסמ״ג לאוין ר״ז וכ״כ הרמב״ם מיהו משמע מדבריו שכתב שלא יאמר איש פלוני רשע הוא שמא יהרוג את בני שמח ידליק את גדישי שמא יקצץ נטיעותי דדוקא במוחזק שהוא רשע ואע״ג דהכי איתא בספרי לדבר אחר ע״ש (דף ל״א) מ״מ לשם כתב בסתם מתיירא אני מפני איש פלוני שמא יהרוג וכו׳ והרמב״ם ביאר דמדבר במוחזק שהוא רשע וטעמו דמשמע הכי מדקאמר ר״ל אחד רך ואחד קשה שפירוש קשה רשע אבל בסתם אדם לא יוכל לומר מתיירא אני וכו׳ ואפילו אינו יודע להיכן הדין נוטה אין רשאי להסתלק ומשמע דלפרש״י דלא מיירי באדם רשע פשיטא דבבעל דין רשע יכול להסתלק אף לאחר שיודע היאך הדין נוטה דאין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש וספק סכנה או היזק ממון והך דספרי לית הלכתא כדבר אחר אלא כלשון ראשון דדרש בסתם שאם באים שנים לדין לפניך עד שלא תשמע וכו׳ והכריח רש״י דפליגי הני לישני מדקאמר תלמודא אחד רך ואחד קשה דאי איתא דקשה פי׳ רשע ואיכא ספק סכנת נפש או היזק ממון מאי אחד רך וכי כל מי שאינו רשע אתה קורא אותו רך בע״כ דקשה פי׳ בעל מריבה ומטריח דיינים ואחד רך אינו מטריח דיינים ור״ל לפרושי ברייתא דסיפרי קא אתא לאורויי דמדבר באחד רך ואחד קשה ולא מיירי ברשע כמו שהוא לדבר אחר דלית הילכתא הכי גם הקושיא שהקשו התוס׳ לפרש״י נ״ל ליישב דההיא דרב חנן דקמייתי תלמודא לבסוף אדריש לקיש נמי קאי הארכתי בזה כי נ״ל פירש״י עיקר והיכא דאיכא סכנה יכול להסתלק אף לאחר שיודע להיכן הדין נוטה וזריז ואינו נענש דלאו דלא תגורו אינו אלא שלא להכניס דבריך מפני בעל מריבה אבל בחשש סכנת נפשות והיזק ממון לא איירי קרא. והיכא דאינו יודע להיכן הדין נוטה אף התוס׳ מודים דיכול להסתלק אפילו שניהם חזקים והא דנקט אחד רך ואחד קשה לרבותא דאינו יכול להסתלק כשיודע להיכן הדין נוטה דאפילו באחד רך ואחד קשה אינו יכול להסתלק ומכל שכן בשניהם חזקים דהשני היה מסייעו והגהת אשר״י דפסק בשניהם חזקים דצריך ליזקק להם אפילו אינו יודע להיכן הדין נוטה אינו אלא לפרש״י דליכא חששא דסכנה כלל אלא משום זילותא דדיינא בלחוד. אבל לפי׳ התוס׳ דמיירי בחשש סכנה א״צ ליזדקק להם אם אינו יודע להיכן הדין נוטה אפילו בשניהם חזקים וכדתניא בספרי סתמא ב׳ שבאו לפניך לדין וכו׳ וכן הוא בספר יראים סימן רל״ו וסמ״ק סימן רל״ב שכתב בסתם ובע״כ שהם מפרשים דברי התוספות כדפי׳ דלא כתבו בשניהם חזקים דהשני היה מסייעו אלא אהיכא שיודע להיכן הדין נוטה ועוד נלפע״ד דאין צורך במ״ש התוס׳ דהשני היה מסייעו דפשיטא הוא דהא דנקט אחד רך ואחד קשה לאו לדיוקא נקט הכי אלא לרבותא דלא מיבעיא בשניהם חזקים דפשיטא הוא דבאינו יודע להיכן הדין נוטה דיכול להסתלק דמה נפשך איכא סכנה מחד מינייהו כשיצא חייב והך סברא דהשני היה מסייע לית בה ממש דפשיטא דמידי ספק סכנה לא יצא דשמא לא יספיק לסייעו עד שזה יהרגנו או ידליק גדישו אלא אפי׳ בא׳ רך וא׳ קשה דהוי כמו ס״ס חדא שמא לא יתחייב הקשה אלא הרך לבדו ואת״ל יתחייב הקשה שמא לא ירדפנו לדיין ואפ״ה יכול להסתלק בעוד שאינו יודע להיכן הדין נוטה והגהת אשר״י אינו אלא לפרש״י כדפי׳ וכך מפורש בהגה״ת מיימוני ודלא כמה שהבין הרב בהגהת ש״ע דאף לדוכתא דאיכא סכנת נפשות חייב ליזדקק להם בשניהם חזקים אפי׳ אינו יודע להיכן הדין נוטה דליתא׃ כתב ב״י מדברי הגהות אשר״י בפ״ק דסנהדרין נראה דג׳ שישבו לדון ואחד מהם רוצה להסתלק אינו רשאי אלא קודם שידע להיכן הדין נוטה עכ״ל ותימה שהרי לא כתבו

ההגהות לשם אלא שאם סילק את עצמו קודם שידע להיכן הדין נוטה אין השנים יכולים לגמור הדין הואיל דמעיקרא אדעתא דג׳ יתבי הו״ל כאילו א׳ אומר איני יודע דיוסיפו הדיינים ומשמע אבל אם ידעו להיכן הדין נוטה מותר לגמרי בב׳ וכדאיתא בסוף ע״ז כדשיימא תלתא אפי׳ תרי מגו תלתא אבל לענין סילוק אפשר דיכול להסתלק אפילו יודע להיכן הדין נוטה ויגמרו אותו השנים כיון שאין מסתלק מחששא דשמא החזק יהא רודפו וכן תפס עליו מהר״ם איסרלס ז״ל וע״ל סימן י״ח: כתב מהרי״ו בסימן קנ״ז דנוהגים עכשיו שלא למחות בעוברי עבירה משום שיש סכנה בדבר שלא ימסרנו לעכו״ם ואיכא לתמוה דבספרי מפורש דאפילו איכא חשש הריגה והפסד כל ממונא חייב ליזדקק להם וברמב״ם מפורש אפילו מוחזק לרשע וליכא למימר דס״ל כפרש״י דהא בתשובתו לא הזכיר פרש״י אלא הביא ראיה מדאמר בפ״י יוחסין ובדקו עד לסכנה ופירשו וכו׳ ואפשר דמהרי״ו מחלק דהך דספרי אינו אלא בדין שבין אדם לחבירו התם הוא דחייב לשפוט בצדק ואפי׳ איכא חששא דספק נפשות ואהא קאי לא תגורו אבל בעוברי עבירה שבין אדם למקום דחייבים אנחנו להוכיח ממצות הוכח תוכיח יש להקל כיון דאיכא סכנה דגלוי לפנינו שלא יהיו מקבלים אלא אדרבה היו עומדים על גופינו ומאודינו ואפילו הם מזידין יש לשתוק וכדכתב הסמ״ג בעשה י״א ומשמע דאפילו ממונה לרבים כמו מהרי״ו דהיה ודאי ממונה לרבים ואפ״ה אין למחות בעבירות שבין אדם למקום א״נ אין חילוק בין אדם לחבירו לבין אדם למקום אלא בין דורות הראשונים לבני הגלות דקרא דלא תגורו אינו מדבר אלא בדאיכא חשש סכנה מבר ישראל גופיה אפילו הוא רשע אבל כשיש חשש סכנה מעכו״ם ע״י מסירות דברי היזיקא כתוא מכמר כבר למדנו וחי בהם ולא שימות בהם: כתב הרמב״ם ואם היה ממונה לרבים חייב להזקק להם ונראה דטעמא דכיון דמ״ע למנות שופטים בין בארץ בין בח״ל אם היה רשאי הממונה להיות שופט לרבים להסתלק מן הדין היכא דהאחד קשה או שניהם קשים א״כ לא יהיה נמצא מי שיזדקק להם ויהיה כל דאלים גבר והיה העולם חרב כיון שאין כאן דין והלכך הממונה לרבים חייב להזדקק להם דאם אינו ממונה לרבים יכול להסתלק כיון דאפשר שהדין יהיה לפני הממונה לרבים ומשמע דאף לפירוש רש״י בממונה לרבים מודה דחייב להזדקק להם אפילו היכא דאיכא חששא דספק נפשות אם לא היכא דאיכא חששא דמסירות כדכתב מהרי״ו והא דכתב ב״י ע״ש הרשב״א דאף ע״פ שהאחד איים לב״ד חייב להזדקק להם איירי בממונה לרבים צריך לפרש דלא היה לשם חששא דמלכות ולא פליג אמהרי״ו:

ב ומצוה לדיין להתחיל להם וכו׳ לשון הגמרא פ״ק דסנהדרין במסקנא מצוה למימרא להו אי דינא בעיתו אי פשרה בעיתו וכן הוא באלפסי והרמב״ם ואשר״י והסמ״ג וה״ר ירוחם ואפשר דאף רבינו לאו דוקא נקט הזכרת פשרה תחלה: ומ״ש אפילו אם שמע דבריהם וכו׳ ברייתא שם נגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע ופרש״י נגמר הדין שאמרו איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב עכ״ל ובגמרא ה״ד גמר דין א״ר יודא אמר רב איש פלוני אתה חייב איש פלוני אתה זכאי אבל התוספות כתבו וז״ל נגמר הדין א״א רשאי לבצוע כגון שכבר דקדקו בדין היטב וכמו גמרו את הדין דלא מיחסר אלא איש פ׳ אתה חייב דכיון דנתברר כ״כ אין להטעותו לעשות פשרה שאלמלא היה יודע שנתברר דינו לזכות לא היה מתרצה לפשרה בשום ענין ופירש בקונטרס שכבר אמרו איש פלוני אתה זכאי ואיש פלוני אתה חייב ולשון התלמוד מוכח כן בוודאי אבל קשה מאי ביצוע שייך השתא אחר שנפסק הדין לגמרי ובדוחק י״ל שלא יטעו אותו לומר לו יראים אנו שמא טעינו בדין ומיהו כשמתחייבים שבועה זה או זה שרי למימר להו לעשות הביצוע כדי ליפטר מעונש שבועה עכ״ל וצל״ע היאך מפרשים התוספות הא דקאמר ה״ד גמר דין איש פלוני אתה חייב איש פלוני אתה זכאי דלא משמע כלל כפירושם דלא מיחסר אלא איש פלוני אתה חייב וכו׳ ונראה ליישב דתלמודא קא מדקדק מדלא תני גמרו את הדין א״א רשאי לבצוע דהוי משמע דאין לאחר גמר דין כלום אלא נגמר הדין קתני דמשמע דעדיין ליכא גמר דין אלא דנגמר הדין במושב הדיינים וע״כ שאל ה״ד גמר דין גופיה וקאמר איש פלוני אתה חייב איש פלוני אתה זכאי וממילא נשמע דכל שלא אמרו איש פלוני אתה חייב וכו׳ ליכא גמר דין אלא נגמר הדין קרינן ליה ואע״פ שכבר דקדקו בדין היטב ולא מיתסר אלא לומר לב״ד איש פלוני אתה חייב וכו׳ ואפ״ה אי אתה רשאי לבצוע וכ״כ בהגה״ת מיימונית ובהג״ה אשר״י מא״ז אבל דעת הרמב״ם וה״ר ירוחם כפרש״י ורבינו ולפרש״י ה״ק ה״ד ג״ד מי נימא היכא דלא מיחסר אלא לומר איש פלוני אתה חייב וכו׳ הוי נמי ג״ד או לא ומהדרינן דבעינן שיאמרו איש פלוני אתה חייב והא דקשיא מפ״ק דמציעא (דף י״ז) דאפילו פסקו לו דינו וא״ל חייב אתה ליתן לו לא הוי גמר דין אא״כ אמרו צא תן לו כבר פי׳ התוס׳ לשם דלענין שאסור לבצוע מיקרי גמר דין כל היכא שיודע להיכא הדין נוטה דכיון שקרוב הדין לגמור אסור להטע ת את הזכאי וכ״כ התוס׳ פרק מרובה תחלת (דף פ״ט) מיהו בסמ״ג עשה סימן ק״ו משמע דפוסק דאף לענין שאסור לבצוע אינו גמר דין עד שיאמר צא תן לו ונראה דס״ל כפרש״י וכרוב פוסקים דלא מקרי גמר דין עד שיאמרו פלוני זכאי ופלוני חייב ודוקא עד שיאמרו צא תן לו וע״ל בסי׳ כ׳ וסי׳ כ״ב ומיהו נכון להחמיר לענין ביצוע כדעת התוס׳:

ג ומ״ש ומיהו אם יש שבועה ביניהם וכו׳ כן כתבו התוס׳ ורבינו הבינו דאף לפרש״י קאמרי התוס׳ דלאחר שאמרו איש פלוני חייב שבועה רשאי לעשות פשרה אבל בהגהת אשיר״י מבואר דלא כתבו התוס׳ כך אלא לפירושם דאף על גב דדקדקו כל הצורך דלא מיחסרא אלא איש פלוני אתה חייב שבועה

שרי למימר להו לעשות פשרה כי היכי דליפטרו מעונש שבועה אבל כשכבר גמרו הדין לומר לו איש פלוני אתה חייב שבועה אינו רשאי לעשות פשרה דכיון דכבר גמרו הדין לפסוק שבועה אם חוזרים הדיינים ועושים פשרה נראה כאילו לא דנו דין אמת וגם בזה נכון להחמיר:

ד וכל דיין העושה פשרה תמיד הרי זה משובח וכולי כ״כ הרמב״ם בפרק כ״ב והכי תניא בפ״ק דסנהדרין ריב״ק אומר מצוה לבצוע שנאמר אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם ואיכא למידק דהא אסיקנא התם מאי מצוה דקאמר ריב״ק מצוה למימרא להו אי דינא בעיתו וכולי ואם רצו בפשרה עושים פשרה אבל לא שמצוה הוא על הדיין שיטריח עצמו לעשות פשרה ויש לומר מאחר דריב״ק דרש הכי מקרא דאמת ומשפט שלום שפטו ומקרא דויהי דוד עושה משפט וצדקה דמשמע דעשה פשרה ממש אלמא דמצוה שיטריח הדיין לעשות פשרה קאמר ריב״ק אלא דלמאי דקס״ד דמקשה דמצוה לעשות פשרה שלא מדעת הבעלי דינים קאמר ריב״ק הוה קשיא ליה מדרב הונא דקאמר להו אי דינא בעיתו וכו׳ קא משני ליה מאי מצוה נמי דקאמר ריב״ק מצוה למימר להו ברישא אי דינא בעיתו וכו׳ אבל ודאי דלאחר שא״ל אי דינא בעיתו וכו׳ ומתרצים בפשרה מטריחים עצמם בפיוסים ופתויים עד שישמעו לעצתם ויקיימו הפשרה שמוציאין ביניהם והיינו דקאמר וכל בית דין שעושה פשרה תמיד כלומר שמטריחין עצמם לאחר שאמרו להו אי דינא בעיתו וכו׳ ומפתים אותם שישמעו לעצתם לקבל הפשרה הרי זה משובח וכו׳ וכל זה דוקא קודם גמר דין וזהו שאמר הרמב״ם אחר זה בד״א קודם גמר דין וכו׳ דלאחר גמר דין אפי׳ ע״י פתויים ופיוסים אסור לדיינים לעשות פשרה וכל זה שלא כדברי בעל שלטי הגבורים ריש סנהדרין שכתב דע״י פתויים ופיוסים יכולין לעשות פשרה אף לאחר גמר דין דליתא ועיין שם מיהו אחרים שלא היו דיינים להם שרי להו לעשות פשרה אפילו לאחר גמר דין וכך היה ענייני של אהרן וכן כתבו התוספות לשם וז״ל אבל אהרן פירוש כיון שלא היה דיין ולא היה הדין בא לפניו אלא לפני משה ודאי לדידיה שרי עכ״ל וכך הוא דעת רבינו האי גאון כמו שכתב הרשב״א בתשובה אלף קי״ג ודוקא שלא במושב דין הקבוע למשפט והביאו בית יוסף: איתא בסוף האומנים בעובדא דרבה בר בר חנא דתברו ליה הני שקולאי חביתא דחמרא שקל לגלימייהו אתא א״ל לרב א״ל הב להו גלימייהו א״ל דינא הכי א״ל למען תלך בדרך טובים ומייתי לה רבינו לקמן בסימן ש״ד ופירש רש״י בדרך טובים לפנים משורת הדין עכ״ל משמע דרב הוה כייף ליה לרבה בר בר חנא דאם לא כן מאי קאמר ליה דינא הכי אם לא בא לכופו ואף על גב דהתוספות פרק הגוזל קמא ופרק אלו מציאות פירשו דמשום לפנים משורת הדין לא הוה ליה להפסיד אלא מקרא דלמען תלך בדרך טובים מכל מקום בעל כרחך שמעינן דכופין על דבר שאינו חייב בו מן הדין וכן במצא ארנקי בשוק בפרק אלו מציאות דקאמר חייב להחזיר משום לפנים משורת הדין לפחות משמע חייב להחזיר בבא לצאת ידי שמים כדאמר פרק הגוזל בתרא אמתני׳ דהאומר לחבירו גזלתיך וכו׳ דחייב בבא לצאת ידי שמים דאם לא כן מאי חייב ולכן פסק המרדכי דכייפינן ליה למיעבד לפנים משורת הדין אם יכולת בידו לעשות שהוא עשיר ושכן פסק ראב״ן ואבי העזר״י וכן כתב באגודה פרק אלו מציאות וז״ל תייב להחזיר משום לפנים משורת הדין וכן אנו נוהגים להחזיר וכן פסק ראב״ן ורא״ה דכייפינן להחזיר היכא דהמוצא עשיר עכ״ל מיהו ב״י הביא דברי הר״ר ירוחם בשם הרא״ש דאין כופין על לפנים משורת הדין וכתב וז״ל ופשוט הוא בעיני ותמהני על מה שכתב המרדכי דכייפינן למיעבד לפנים משורת הדין דהנך עובדי דמייתי ראיה מינייהו לא נזכר בהם כפייה עכ״ל וליתא אלא הנהו עובדי מירי בכפייה כדפי׳ וכן נוהגים בכל ב״ד בישראל לכוף לעשיר בדבר ראוי ונכון ואף על פי שאין הדין כך ואפשר דהר״ר ירוחם בשם הרא״ש נמי לא קאמר אלא באינו עשיר והיכא דאין לזה הפסד ממון אפילו באינו עשיר הוה ליה מדת סדום דזה נהנה וזה לא חסר והכל מודים דכופין כך איתא סוף פרק קמא דבתרא סוף (דף י״ב) ובפרק גט פשוט (בבא בתרא דף קס״ח) ואפשר דמכאן דקדק הר״ר ירוחם דדוקא על מדת סדום כופין אבל בדאיכא הפסד ממון אין כופין מיהו יש לומר דאין זה אלא באינו עשיר ופוק חזי מאי עמא דבר ומהרי״ק בשורש תשיעי האריך בדין כפייה על מדת סדום:

ה וכשם שמוזהר וכו׳ ברייתא פרק אחד דיני ממונות צדק צדק תרדוף אחד לדין וא׳ לפשרה כיצד ב׳ ספינות עוברות וכו׳ ועיין לקמן סימן רע״ב:

ו כתב בספר המצות וכו׳ ספר מצות גדול עשה סימן קע״ז וגריס בריך רחמנא דליכא חכים מידון ופירושו שהיה מברך להש״י על שבטלו דיני ממונות מלדון דין תורה דכיון דאינם חכמים ובקיאין לא יקבלו עליהם לדון ד״ת וינצלו מעונש אם יהיו טועין ולפי מה שהעתיק רבינו לית דחכים בדין פירושו דרשב״י טעמא קאמר למה בטלו דיני ממונות בזמנו ואמר שהוא לפי כי אין שוב חכם גמור שיכול לדון דין תורה:

ז אע״פ שנתרצו וכו׳ מסקנא דגמרא פ״ק דסנהדרין והלכתא פשרה צריכה קנין ופירש רש״י ואפילו נעשית בג׳ וכך היא דעת התוס׳ והרא״ש לשם וכן כתב הרמב״ם וזה לשונו אף על פי שרצו בע״ד בפשרה בבית דין יש להם לחזור ולתבוע את הדין עד שיקנו מיד שניהם אלמא דאפילו בבית דין שהם שלשה בעי קנין וכן כתב בתשובת מיימוני לספר שופטים סי׳ ט׳ דכן משמע מבה״ג ודלא כר״י ט״ע דג׳ אלימי לאפקועי ממונא בלא קנין וכל שכן היכא דהוה במעמד טובי העיר וכן הוא במרדכי פרק קמא דסנהדרין בשם ר״י ט״ע דליתא גם לא כמו שכתב המרדכי פרק קמא דסנהדרין ות״מ לשם דאם כבר שמעו הפשרה ושתקו ושוב בא לתבוע המותר לא מצי תבע דליתא אלא אע״פ ששתקו יכולין לחזור ולתבוע את הדין עד שיקנו מיד שניהם גם לא

כמ״ש לשם בשם ראב״ן דלא בעי קנין בג׳ אלא כשהוזקקו מתחלה לפשרה משום דקאמר ליה לפשרנים משטה הייתי בכם מפני שהייתם הפצירים בי אבל כשהוזקקו מתחלה לדין אין אדם משטה בב״ד ופשרתם אינה צריכים קנין דליתא דהא בדברי הרמב״ם מבואר דאפילו הוזקקו תחלה לדין יש להם לחזור ולתבוע את הדין וכן נראה מלשון רבינו ושאר מחברים שלא חילקו בכך. מיהו היכא דהוי במעמד טובי העיר לא בעי קנין ולאו מדינא אלא מנהג הוא דכל מה שאדם מקבל עליו בפני ראשי הקהל שנבררו מדעת הקהל שאין יכול לחזור בו וכמו שכתב מהר״מ כדאיתא בת״מ לספר שופטים סי׳ י׳ וע״ל בסימן כ״ב. וראיתי למהרש״ל בתשובה דפסק היכא דבאו שנים לדין לפני שלשה לקיים כל אשר ימצאו ביניהם לפי ראות עיניהם בפני ג׳ בעלי בתים דלא בקיאי בדינא דנמצא דתחלת הורדתן לדין לפניהם הוא לפשרה ואע״פ שלא פירשו להדיא ולפיכך אינן יכולים לחזור בהן אפילו לא קני מידו וכתב עוד דאף הרמב״ם מודה בזה דלא אמר אלא היכא דבאו לדין מתחלה אז יכולין לחזור ולתבוע הדין כמו שבאו בתחלה מה שאין כן כשתחלת הורדתן לדין הוא לדעת פשרה והאריך בזה ולא ידעתי לחלוק זה שורש בהלכה דהא להרמב״ם ודעימיה אפילו קבל עליו פשרה בב״ד דלא מצי למימר משטה הייתי בב״ד אפילו הכי יכול לחזור ולתבוע הדין ה״ה נמי כשתחלת הורדתן לפשרה ג״כ יכול לחזור בו דמאי שנא ואדרבה איכא טעמא וסברא להיפך דמאחר דהיכא דתחלת הורדתן הוה לדין ואחר כך רצו בפשרה א״כ הסכימו להסתלק מן הדין אפ״ה יכולין לחזור ולתבוע את הדין כ״ש כשתחלת הורדתן הוה לפשרה דהיו סבורים דהפשרה תהיה נכונה לפי דעתם דאם אינה נכונה בעיניהם יכולים לתבוע את הדין הלכך נראה דאין לחלק אלא לעולם בעינן קנין זולתי כשקבלו עליהם הפשרה בפני טובי העיר:

ח ומ״ש אבל קנו מידם אינם יכולים לחזור בהם אפילו ביחיד הכי אסיקנא התם דאפילו לרשב״ג דאמר פשרה בשנים לאו דוקא ב׳ דאפילו בחד והא דקאמר ב׳ כי היכי דליהוו עליה סהדי וכן פסק הרא״ש והסמ״ג סוף סימן ק״ו ונראה דגם האלפסי שכתב בסתם דברי רשב״ג וכן הרמב״ם שכתב ששני הדיוטות וכו׳ לאו דוקא שנים דאפילו בחד וכו׳ כדאסיקנא בגמרא וכן פירש בנ״י על דברי הרמב״ם ודלא כב״י דהרמב״ם דוקא ב׳ קאמר לפי שראה דבגמרא דייקינן מדקאמר רשב״ג ב׳ דשנים ולא אחד קאמר ה״ה בדברי הרמב״ם איכא לדייק בכך ולא נהירא דבדרשב״ג ודאי יש לדייק מדשינה דבדרשב״ג נקט ב׳ ובפלוגתא דר״מ וחכמים נקטו חכמים א׳ אבל ברמב״ם דלא קשיא הא פשיטא דאיכא למימר דלאו דוקא שנים דה״ה א׳ אלא נקט ב׳ משום דאורחא דמילתא הכי הוה כי היכי דליהוו עליה סהדי והכי נקטינן דאלימא מילתא דקנין דאפילו ביחיד אינן יכולין לחזור בהן:

ט ומ״ש אבל מחילה אינה צריכה קנין פי׳ אע״ג דפשרה היא נמי מחילה דהתובע מוחל לו תביעתו וצריכה קנין אפילו לא תפיש שטרא שאני פשרה דדמיא למחילה בטעות דהפשרנים הטעוהו בדבריהם אי נמי מצי טעין לא ידעתי שהדין נוטה אחרי ובקנו מיניה בין שהקנין היה לאחר פשרה בין שהיה קודם פשרה לא הוי קנין בטעות אבל בלא קנין אפילו התובע יכול לחזור בו אבל מחילה שאדם מוחל מעצמו בלא פשרנים לא מצי הדר ביה דאין כאן מי שהטעה אותו: כתב הר״ר ישעיה וכו׳ פי׳ במחול לך ותפיס שטרא ס״ל להר״ר ישעיה דהלכה כבית שמאי דשטר העומד לגבות כגבוי דמי כדעת רוב פוסקים וחשיב התובע מוחזק ודינו כאתן לך אבל במחול לך ולא תפיס שטרא אינה צריכה קנין דדין מחילה על ידי הפשרנים כדין מחילה שאדם מוחל מעצמו בלא פשרנים: וא״א ז״ל לא חילק אלא ס״ל דבפשרה לעולם צריך קנין כ״מ מדבריו פ׳ ז״ב ופ׳ המקבל: כתבו התוס׳ פ״ק דסנהדרין אהא דקאמר רשב״ג יפה כח פשרה מכח הדין דשנים שעשו פשרה אין בית דין יכולין לחזור ושנים שדנו אין דיניהם דין דמאי יפה כח פשרה דין נמי יפה כחו בדקבילו עלייהו ופירשו דמיירי כגון דאתא לב״ד ואמרו להו דונו אותנו כמו שרגילים לעשות דין או עשו לנו פשרה כמו שרגילים לעשותו דבכה״ג יפה כח פשרה וכולי ועיין בב״י שהביא תשובת הרשב״א על זה בסעיף ט׳: כתב המרדכי פרק קמא דסנהדרין וכן בתשובת מיימוני סי׳ ט׳ והחפץ צריך לקנות כדי שלא יהא קנין דברים בעלמא פי׳ מה שחפץ בו התובע עכשיו שהוא סך המעות שתובע ממנו דבר זה יקנה לו הנתבע בקנין שיאמר לו אני מקנה לך בק״ס ליתן מה שיאמרו הפשרנים אבל לא יהיה הקניין לומר אני מקנה בק״ס להתחייב לך מה שיאמרו הפשרנים כי זה קנין דברים אלא צ״ל שיתן לו מה שיאמרו הפשרנים וכיוצא בזה כתב בהגהת אשיר״י פ׳ ז״ב אהודה לו בפני שנים וקנו מידו כותבים וז״ל פירש ריב״ן שקנו מידו שיתן לו חובו עד זמן פלוני אבל אם אמר כך בסתם הילך סודר הנני מודה לך בקנין בפני עדים שאני חייב לך לא ידענא על מה יחול הקנין הואיל ואין מקנה לו עתה שום דבר ואין מתחייב בזה הקנין יותר ממה שהיה חייב לו בראשונה ואינו אלא קנין דברים בעלמא וכו׳ והיינו כדפרישית. וליתא למ״ש מהר״ר פאלק כהן ז״ל בסמ״ע ע״ש ועיין לקמן בסי׳ ל״ט סעיף ד׳ מ״ש עוד בביאור להג״ה זו. מיהו בתובע סגי כשיקנה סודר לוותר מן החוב על פי פשרנים והיכא דתפיס שטרא צריך להקנות שיחזור השטר על פי פשרנים אבל אם אמר שיעשה לו שטר מחילה הוה ליה קנין דברים ועיין לקמן בסי׳ ר״ג: כתב הרשב״א בתשובה שנים שחלוקין בבנין שבקרקע ופשרו ביניהם בלא קנין שיעשה כל אחד בנין כך וכך ובנה כל אחד קצתו דשוב אינן יכולין לחזור דכיון שקבלו עליהם והלך זה והחזיק והלך זה והחזיק אין אחר חזקה כלום והביאו בית יוסף ופסק כן בש״ע ואע״ג דבריש סימן קנ״ז כתב ב״י לגבי חלוקת החצר דלהרא״ש בהחזיק אחד מהם כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפין הכא שאני דכיון שע״י פשרה הוא זוכה בעינן שכל אחד יבנה קצת דאם לא כן יוכל לחזור כיון שלא קנו מידו על הפשרה אי נמי אפשר דלהרשב״א אף לשם בעינן ששניהם יחזיקו כל אחד בחלוק וכדמשמע מדברי

הרמב״ם ודלא כהרא״ש עיין שם ויש לתמוה דבשלטי הגיבורים פר׳ אחד דיני ממונות הועתקה תשובת הרשב״א זו וכתוב בה דאם לא היה בה קנין אינו מועיל מה שבנה זה קצת וזה קצת וצ״ע: כתבו התוס׳ פרק קמא דסנהדרין דבפשרה לא אזלינן בתר רובא עד שיסכימו שלשתן לדעת אחת וכן כתב במרדכי לשם בשם ר״י וכן כתב נימוקי יוסף לשם והיינו בסתם אבל אם התנו שילכו אחר הרוב הולכין ועיין לקמן סוף סי׳ י״ג:

סימן יג

א לא נתרצו בפשרה וכו׳ ריש פ״ג דסנהדרין ד״מ בג׳ זה בורר לו אחד וזה בורר לו א׳ ושניהם בוררים לו עוד אחד דברי ר״מ וחכמים אומרים שני דיינים בוררים להן עוד אחד ואסיקנא בגמרא דעת הדיינים כולי עלמא לא פליגי דבעינן כי פליגי דעת בע״ד רבי מאיר סבר דעת בע״ד נמי בעינן ורבנן סברי דעת הדיינים בעינן דעת בעלי דינים לא בעינן וידוע דהלכה כחכמים ולכן כתב רבינו:

ב והדיינים בוררים להן עוד שלישי וא״צ שיהא השלישי ברצון הבעלי דינים והאריך רבינו לכתוב לא נתרצו בפשרה וכו׳ לאורויי דדין זה אינו אלא כשלא נתרצו בפשרה אבל נתרצו בפשרה וזה בורר לו אחד וזה בורר לו א׳ אין הדיינים רשאים לברור להם עוד שלישי בלא דעת בעלי דינים והכי משמע לישנא דמתניתין דקאמר ד״מ בשלשה זבל״א וכו׳ דלא היה צריך לשנות ד״מ בג׳ דכבר שנה בתחלת המסכת ד״מ בשלשה אלא אתא לאורויי דבדין דוקא דד״מ בג׳ התם הוא דזבל״א וכו׳ אבל בפשרה דלא בעינן ג׳ אלא בשנים או אפילו ביחיד התם אף בזבל״א וזבל״א אין ביד הדיינים לברור להן עוד שלישי בלא דעת בעלי דינים כדפי׳ דלא נתרצו לפשרה אלא ע״ד אלו השני בוררים בלבד:

ג וכותבין פלוני בירר וכו׳ בפ׳ ג״פ תנן אין כותבין שטרי בירורין אלא מדעת שניהם ושניהם נותנין שכר הסופר רשב״ג אומר כותבים שנים לזה לעצמו ולזה לעצמו ובגמרא מאי שטרי בירורין הכא תרגימו שטרי טענתא רבי ירמיה אמר זבל״א וזבל״א פי׳ רבי ירמיה מוסיף דאיירי נמי בזבל״א אבל ודאי דאיירי בשטרי טענתא מדפליג רשב״ג אשטרי טענתא מכלל דת״ק איירי בשטרי טענות. כתב הרא״ש ספ״ק דמציעא דלכך כותבים פ׳ בירר לפ׳ וכו׳ משום דבעוד שלא נכתב יכול כל אחד מהן לחזור בעוד שלא התחילו לטעון ולומר אני רוצה לברר אחר וכו׳ משמע דאם התחילו לטעון בפניהם לא יוכל לחזור אפילו אם לא נכתב ותמהני למה לא כתב כן רבינו ואפשר דמש״ה האריך רבינו בלשונו וכתב:

ד וטוענין לפניהם דלא אצטריך אלא לאורויי דמקמי הכי בעוד שלא טענו התם הוא דיכולין לחזור בהן אם לא כתבו פלוני בירר לפלוני ומשכתבו אין יכולין לחזור בהן וטוענים לפניהם אבל אם טענו אין יכולין לחזור בהן אפי׳ לא כתבו והכי נקטינן כדכ׳ הרא״ש ורבינו וכ״כ נ״י ספ״ק דמציעא ע״ש הרשב״א והר״ן ז״ל ע״פ הירושלמי ודלא כדכתב נ״י לשם ע״ש הרי״ף בתשובה דיכולין לחזור בהן כשלא נכתב עד שיגמר הדין דליתא:

ה ומ״ש ושניהם נותנים שכר הסופר פירוש דבשטר אחד כותבים טענות שניהם וכרבנן אבל לא כרשב״ג דאמר דכותבים ב׳ שטרות לזה לעצמו ולזה לעצמו וכל אחד נותן שכר בפני עצמו דלית הלכתא כרשב״ג וכן פסק הרשב״א בתשובה סימן תתפ״ט והרמב״ם בפ׳ כ״ד ממלוה ובפירוש המשניות ס״פ ג״פ ודלא כנ״י לשם שפסק כרשב״ג דקי״ל כרשב״ג במשנתינו ותימה דבפ״ק דב״ב אמתניתין דכופין אותו לבנות בית שער כתב בנימוקי יוסף גופיה דלא קיימא לן כההוא כללא דאמוראי נינהו ואליבא דרבי יוחנן. ויש להקשות ומאי טעמא דרבנן אם זה רוצה שיהיו זכיותיו בידו ותירץ המ״מ לשם בשם המפרשים דמיירי הכא כגון שחבירו א״ל נכתוב שנינו ביחד ויעמוד השטר בידך ולכשאצטרך תראהו לי עכ״ל. אבל בתשובת הרשב״א הנזכרת משמע דאפילו אם חבירו אומר יעמוד השטר בידי כמו בידך בשוה אפילו הכי כופין אותו לכתוב שטר אחד שלא להרבות בשכר דזהו ממדת סדום ועוד דאין כאן כ״כ הפסד בדבר בטענות שטוענים בפני ב״ד בלבד ונראה עיקר כמ״ש המ״מ דודאי אף בטענות איכא הפסד באדם פקח ובעל תחבולות דמתוך שטענות חבירו מצויין אצלו מחפש תחבולות לשנות את הידוע ולבטל דברי אמת של חבירו והלכך מסתבר טעמיה דרבן שמעון בן גמליאל ולא נחלקו רבנן אלא היכא שחבירו אומר לו יעמוד השטר בידך וכו׳: הב״י הביא תשובת הריב״ש דלא מיבעיא דאם התובע מסדר טענותיו בכתב ושואל שגם הנתבע יתן טענותיו בכתב דאין כופין אותו שיתן טענותיו בכתב לבעל דינו דדמי עליה כאריא ארבא אלא אפילו שיתן טענותיו כתובים לב״ד נמי אין כופין ולא מיבעיא הא אלא אפילו אם הנתבע אינו רוצה שיטעון התובע בכתב נמי שומעין לו דאין לדיין לקבל שום טענה בכתב שלא מדעת שכנגדו פן יטעים בכתבו טענות שקר ביפוי הלשון ולפי זה אם שניהם רוצים בכך הרשות בידם וכן כתב בנמוקי יוסף פ׳ גט פשוט. ובספר בדק הבית הביא כאן מ״ש הריטב״א דאפילו למה שנוהגים שנותנים כתבי טענותיהם לבית דין ואומרים שהם טוענים כמו שכתב שם ואין בכך כלום דמפיהם קרינן ביה אבל לשלוח כתבי טענותיהם לבית דין לא שרי דבעינן ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה׳ אשר להם הריב אלו בע״ד לפני ה׳ אלו הדיינים ע״כ וע״ש: כתב הרמב״ן בסדר דברים בפסוק טרחכם שאם א׳ מבעלי דינים אומר שכל אחד יברור לו ב׳ והם יבררו להם חמישי הרשות

בידם דכל זמן שהם רבים יוצא הדין לאמיתו ע״כ. ונראה דלא מיבעיא התובע אלא אפילו הנתבע אומר כך לא אמרינן דמערים הוא להסתלק מן הדין ולהשמט ממנו כי קשה שיתועדו כל החמשה ויהא הדין נדחה מיום ליום ואפילו הכי שומעין לו ואין צריך לומר דשומעין לתובע:

ו וכתב הרמב״ם אפילו היה האחד שבירר וכו׳ בפרק ז׳ מהלכות סנהדרין וטעמו דאמרינן בפרק זה בורר רב פפא אמר אפילו תימא מומחין נמי מצי לוה לעכב כגון בית דין דרב הונא ורב חסדא דקאמר ליה מי קא מטרחנא לך נלך ונדון בפני רב חסדא אף על פי שלא היה גדול כרב הונא ואף על פי שזאת הסוגיא אינה במסקנא דע״כ המשנה אינה מדברת בכך מכל מקום הדין הנשמע מאוקימתא דרב פפא הוא אמת דעל הדין לא הקשה כלום רק מלשון המשנה וכך פסק ספר מצות גדול בעשה צ״ז הביאו רבינו בסימן י״ד סעיף ג׳ וכן נראה מהגהות מיימוני לשם שהעתיק לשון הספר מצות גדול לבאר בו דברי הרמב״ם. ומה שהקשה רבי׳ ואמר ואני כתבתי למעלה שהמומחה דן את האדם בעל כרחו הוא תימה דדוקא באומר לא אדון בפני שום אדם התם הוא דהמומחה דן בכפייה אבל בזה אומר פלוני ידון לי וזה אומר פלוני ידון לי אין לכופו וכן כתבו התוספות ריש סנהדרין וכן כתב הספר מצות גדול ואשיר״י ומרדכי והר״ר ירוחם והאגודה ומבואר מדבריהם דכך הוא הדין בג׳ הדיוטות וכן כתב בהגהת אשיר״י פ׳ ז״ב להדיא גם מדברי רבינו עצמו סימן ג׳ משמע להדיא דאין לחלק ביניהם כלל ודהכי משמע מלשון הרא״ש ועוד תימא דרבינו הביא דברי הרמב״ם והשיג עליהם מטעם דהמומחה דן את האדם בע״כ ובסימן י״ד הביא דברי הסמ״ג והשיג עליו מטעם אחר וכיון דדברי שניהם לקוחים מאוקימתא דרב פפא דאמר אפילו תימא מומחים וכו׳ הוה ליה לרבינו להביא דברי שניהם סמוכים ולהשיג על שניהם מטעם אחד או משני טעמים כאחת ונראה דרבינו מפרש דברי הסמ״ג בשני ת״ח בעיר אחת וכ״א וא׳ מבעלי דינין אומר לא אדון בפני זה אלא בפני זה כמפורש בדבריו והתם ודאי לא שייך כפייה כיון שרוצה להיות ציית דינא בפני מומחה ולפיכך לא השיג עליו אלא מטעם שאינו יכול להשמט אלא מהקטן לגדול ולכן כתב דברי הסמ״ג בסימן י״ד דלשם מדבר בדיני השמטה מב״ד לב״ד אבל דברי הרמב״ם משמען דמדבר בשזה בירר לו ת״ח והשני בירר לו הדיוט שהוא דיין הגון כדמשמע מלשונו שאמר אלא גם הוא בורר מי שירצה דמשמע כל מי שהוא רוצה אפילו הדיוט והלה אינו רוצה בהדיוט אלא במומחה ועל כן השיג עליו רבינו מטעם דהמומחה דן בכפייה דכיון שזה אינו רוצה בהדיוט הו״ל כמאן דליתיה והחכם בין שהוא מרוצה לשני בין שאינו מרוצה לו יכול לכופו בעל כרחו והשגה זו לכאורה אין ליישבה. איברא דלהרמב״ם גופיה ל״ק שהרי בסימן פרק ד׳ כתב דאפילו המומחה הסמוך שנוטל רשות מב״ד לא מהני נטילת רשות שלו לכוף את האדם בע״כ בח״ל ואפילו במומחה לרבים כמבואר בפי׳ המשניות שלו פ׳ ז״ב אם לא שנטל רשותא מר״ג ומ״ש הרמב״ם כאן אינו יכול לכוף וכו׳ אלא גם הוא בורר מי שירצה דמשמע דוקא כשרוצה לברור אחר אבל כשאינו רוצה לדון לפני שום אדם יכול לכופו וכמ״ש בהגהות מיימוני לשם אפשר דהך דיוקא הוא חוזר אסמוך שנטל רשותא מר״ג אי נמי אף בנטל רשותא מב״ד ובא״י דוקא אבל היכא דאינו סמוך כל עיקר אינו דן בכפייה לדעת הרב ומ״ש בפ״ו היה הטועה מומחה ולא נטל רשות ולא קבלו אותו בע״ד וכו׳ דאלמא דהיה דן אע״פ דלא נטל רשות התם ה״ק אם היה מאנס לבעל דין ודן בכפייה באלמות וכה״ג כתב הרי״ף בהדיא פרק אד״מ אבל מדינא אין המומחה דן בכפייה בח״ל להרמב״ם והלכך להרמב״ם גופיה ל״ק אבל רבינו שפסק בסימן ג׳ המומחה דן בכפייה השיג עליו בסברתו וכך הוא דעת כל המפרשים וכאן יש מקום עיון בש״ע דבסימן ג׳ פסק דהמומחה דן את האדם בע״כ וכאן כתב כלשון הרמב״ם דמשמע מיניה כפי מה שהבין רבינו דאין המומחה דן בכפייה וכדפיר׳. ואפשר ליישב ולומר דגם כשנפרש דברי הרמב״ם שאמר אלא גם הא בורר למי שירצה אפילו הדיוט לא היתה דעתו שהדיוט ידון ביניהם ולא החכם אלא ה״ק דהחכם שבירר האחד ישב בדין אלא שהדיוט שבירר ישב אצל זה החכם והלה אינו רוצה אלא שידון החכם בלבדו ובזו לא שייך כפייה כיון שגם הוא רוצה לדון לפני החכם שבירר האחד אלא שגם הוא בורר לו עוד אחד שישב אצלו ולפיכך אינו יכול לכוף לבעל דינו שידון לפני זה החכם בלבדו. ומה שנמצא במקצת ספרי רבינו ואפשר לומר שדעת הרמב״ם אינו אלא כשבירר כבר האחד וכו׳ אין לחילוק זה שורש בהלכה גם אי אפשר לפרש כך דעת הרמב״ם שהרי לדעתו לעולם אין המומחה דן בכפייה אלא ע״כ דנטל רשותא מר״ג אי נמי בא״י כדפרישית. וקבלתי דהאי ואיפשר וכו׳ הגה״ה הוא מאיזה תלמיד ואינו מדברי רבינו. מיהו יש ליישב דהאי ואפשר לומר וכו׳ לא בא לתרץ מה שהקשה ארמב״ם גופיה דהא ארמב״ם גופיה לא קשיא כלל מדברי רבינו אלא רבינו בא ליישב דברי עצמו שלא יהא קשה מדברי הרמב״ם על דבריו כיון דאפשר לקיים דברי הרמב״ם היכא שבירר כבר האחד וכו׳ דבזה גם אני מודה דאז אינו יכול לכוף חבירו דאם לא כן היה הדין שוה וכו׳ אבל כל זמן שלא נברר המומחה יכול לכוף שניהם לדון לפניו:

ז ואם אחד בא לפסול דיין וכו׳ משנה ואוקימתא דגמרא פרק זה בורר לגבי עדות והוא הדין לענין דיינים פירוש דלא תימא הני אמשפחה קא מסהדי דממשפחת עבד שלא נשתחרר באו ופסולים הם לדין ולעדות ואיהו ממילא איפסל וכרבי וכרבי מאיר דסבר הכי אלא כרבנן דסברי סוף סוף נוגע בעדותו הוא דכי היכי דלא נסהיד עליה או דלא ליהוי דיין עליה קאמר שהוא פסול משפחה ולפיכך אינו נאמן. וכתב בהגהות אשירי מאור זרוע דאפילו לשאר עדות לא איפסול ולא אתברר היכא דהוי רגיל לומר האי בעל דין דהוי גזלן קודם זה המעשה אי מהימן אי לא עד כאן לשונו וכתב כן מהא דאיתא בפרק הערל קודם מעשה שומעין לו:

ח איתמר בגמרא מתוך שזה בורר לו אחד וכו׳ הכי איתא ריש פרק זה בורר ומה שפי׳ רש״י דצייתי בעלי דינים וכו׳ נראה דפירש כך משום דקשיא ליה הלא כל דיין חייב לדון דין אמת לאמתו ומאי אולמיה דזה בורר לו אחד וכו׳ ועוד אמאי קאמר יצא הדין לאמתו הוה ליה למימר ידונו דין אמת לאמתו ולכן פירש רש״י דהכי קאמר דצייתי בע״ד וכו׳ דבשאר דיינים אע״ג דידונו דין אמת לאמתו מכל מקום החייב לא יהא ציית לקבל הדין דיאמר דנעלם מעיני הדיינים זכיותיו שלא השגיחו כל כך לדקדק בהם אבל מתוך שזה בורר לו אחד וכו׳ יצא הדין לאמתו פירוש דיציאתו מפי הדיינים לבעלי דינים יתקיים לאמתו שלא יריבו עליו אלא גם החייב הוא ציית ואומר דודאי דנו דין אמת לאמתו דסברי הרי אני ביררתי וכו׳: יראה מלשונו וכו׳ וכ״כ הרמ״ה וכו׳ וא״א הרא״ש ז״ל כתב לפי שיש חסרי דעת לפיכך הם טועין וכו׳ ויש לתמוה מאי דוחקיה דהרא״ש לפרש דברי רש״י שסובר כך שיהפך בזכותו יותר מבזכות האחר אף על פי שאינו כך לפי הדין הוה ליה לפרש דסברי שאם יש לו צד זכות בעולם לפי הדין הוא מציעו ונושא ונותן עם חבירו וכו׳ וכמו שפירש על והדיינים עצמן וכו׳ ויש לומר דאם כן מאי והדיינים עצמן וכו׳ דמשמע דמילתא אחריתא קאמר אלא ודאי דתרתי קאמר רש״י חדא דסברי הרי ביררתי לי האחד ואם היה יכול להפך בזכותי מאי דאפשר בעולם אף על פי שאינו לפי הדין היה מהפך אידך קאמר דהדיינים עצמן ג״כ נוח להם להפך בזכות שניהם על פי הדין מפני שהם בירורם ולא יהא נעלם שום צד זכות מעיני הדיינים. ולפי שחסרי דעת טועים בדברי רש״י ולא היו מפרשים דתרתי קאמר אלא חדא קאמר דסברי הרי אני ביררתי לי האחד ואם היה יכול להפך בזכותי היה מהפך כל מאי דאפשר כי אין זה כנגד כבוד הדיין שמהפך בזכותי יותר כנראה שנעשה לי סניגור ומליץ שזה אסור כדלקמן סימן י״ז סעיף י״ב כי הלא גם לדיין ראוי שיהפוך בזכות מי שבררו כל זה סברי ויאמרו בעלי הדיינים ולהכי צייתי וקאמר הרא״ש דמפירוש טעות זה יבינו שהדיין יש לו להפך בזכות מי שבררו אע״פ שאיננו לפי הדין ובוררים להם דיין בעל תחבולות וכו׳ וח״ו שלא דקדקו וכו׳ ה״ז בכלל מטה משפט ואמר עוד הרא״ש אבל דעת הרב ז״ל וכו׳ כלומר הא דפי׳ רש״י והדיינים עצמן נוח להן וכו׳ איננו כמו שעלה על דעת חסרי דעת אלא דעת הרב היא מתוך שוה ביררו וכו׳ עד ויצא הדין לאמתו והוא לומר דתרתי קאמר רש״י כדפי׳ ולא חדא כפי׳ חסרי דעת. כנ״ל הצעת דברי רבי׳ בשם הרא״ש אבל באשי״ר שלנו לא נמצא לשון זה אבל דעת הרב אלא כ״כ אבל מתוך שבררו וכו׳ לפי זה אפשר לפרש שדעת הרא״ש הוא לאחר שפירש דברי רש״י חזר ובא לחלוק על פרש״י דמפרש דיוצא הדין לאמתו משום דצייתי דסברי דאותו שבירר היה מהפך בזכותו אף על פי שאינו לפי הדין ומתוך כך צייתי דליתא להך פירושא דהא ודאי כיון שזה אסור הוא ודאי לא סברי הכי אלא ה״פ שהדין מצד עצמו יוצא לאמתו עכשיו יותר ויותר מאילו לא היו מבוררים משני הצדדים והוא לפי דכל אחד מן הבוררים מציע הזכיות של אותו שבירר בכל מה שנראה לו זכות ונושא ונותן עם חבירו וכן עושה השני לאותו שבירר ואם לא יהיו מבוררים אפשר שלא היה אחד מהדיינים משתדל כ״כ לחפש כל צד זכות של כ״א ואחד מהבעלי דינים ומתוך כך יבואו לידי העלמה אינה זכות מאחד מבע״ד משא״כ עתה שאין עליו אלא משא בעל דין אחד שמבין דבריו לאשורו ומעלה לפני חבירו כל צד זכות של אותו שבירר שזה נוח לו לחפוש בזכיות של בעל דין אחד בלבדו וכן עושה הדיין השני למי שבירר ושוב נושאין ונותנים ביחד בכל צד זכות של כ״א ואחד באופן שלא ישאר שום צד זכות נעלם מעיני שניהם וה״א בירושלמי ר״פ ז״ב א״ר זירא מתוך שבירר מרדף זכותו וכו׳ וזאת היא דעת הרמ״ה שכתב שיהא זה מהפך בזכותו של בעל דין שבירר וכו׳ פירוש שחייב להפך בזכות מי שבירר מה שהוא זכות לפי הדין וא״צ לדחוק ולפרש דסברי הבעלי דינים שיהא מהפך בזכותו אף על פי שאינו לפי הדין ודו״ק: כתב נ״י בפרק אד״מ אהא דקאמר אם הוצרך לשאול דבר מב״ד הגדול כותבים ושולחים אותו וב״ד מודיעים דעתם לאלו והם דנים אותם דליכא למימר שיפסקו אותו ב״ד עליהם את הדין דהא בעינן שיהו הבעלי דינים עומדים לפני הדיינים עכ״ל ומביאו ב״י וכן פסק בש״ע כאן והוא סותר למ״ש הרשב״א בתשובה סימן אלף קי״ח דבד״מ פוסקים אף שלא בפני בעל דין ומביאו ב״י באורך לקמן בסימן י״ו וסימן כ׳ גם בסימן י״ט מביאו בקוצר וכ״פ בש״ע סימן י״ח סעיף ו׳ והפסקי׳ נראה כסותרים זה את זה ואין לחלק ולומר דהיכא דלא טענו כלל לפני אותו ב״ד מודה הרשב״א למ״ש נ״י דאין פוסקים חדא דתשובת הרשב״א סובבת על שהנתבע נתן זכותו לאחר דאותו אחר לא טען לפני ב״ד כלל ואפילו הכי פסק דפוסקים דינו שלא בפניו ועוד דהלא לפי הטעם דדוקא בד״נ דגלי לן קרא וגם בעליו יומת בעינן בפניו אבל לא בד״מ א״כ אין לחלק ואפשר ליישב על פי מ״ש הרשב״א גופיה לשם אם הוא במקום קרוב שולחים אליו וכו׳ הרי דלכתחלה בעינן שיהו בעלי דינים עומדים לפני הדיינים. אלא דבמקום רחוק חשבינן ליה כדיעבד וחותכים את דינו דבדיני נפשות דוקא אפילו בדיעבד לא הוי דין אלא בפניו אבל לא בד״מ והשתא ההיא דנ״י איירי בלכתחלה דאפילו בד״מ בעינן שיהו בע״ד עומדים לפניהם אבל בדיעבד חותכים את דינו וכ״כ בהג״מ פרק כ״א מהל׳ סנהדרין דהא דבעינן שיעמדו בע״ד לפני הדיינים בשעת גמר דין אינו אלא בלכתחלה ומסיק וכן פוסק מ״ר בשם ריב״א וה״ה אם דן בכתבו ששלח להם דכל הני ליתנהו אלא למצוה עכ״ל ובריש סימן י״ז נתבאר בארוכה בס״ד ע״ש. והכי מוכחא נמי מסקנא דתלמודא סוף פרק החובל דאברייתא דתני שור המועד שהמית והזיק דנין אותו ד״מ ודנין אותו ד״נ קדמוהו ודנוהו דיני נפשות אין חוזרין ודנין אותו דיני ממונות וקאמר תלמודא הכא במאי עסקינן דקבול סהדי על נגיחות וברחו בעליו הלכך כי לא דנוהו דיני נפשות דיינינא ליה דיני ממונות בלא בעלים ומשתלם מרידיא דמשהין את השור לחרישה לשכירות ומשלם לניזק ואחר כך ידונוהו דיני

נפשות אבל קדמו ודנוהו ליסקל לא מענינן בדיניה לשהויי לרידיא אלמא היכא דקבול סהדי בפניו וברח פוסקין את הדין בדיני ממונות שלא בפניו דדוקא לכתחלה בעינן שיעמוד הבעל דינים לפני הדיינים אבל דיעבד לית לן בה: כתב בהגהת אשיר״י ריש פרק זה בורר דיש ללמוד ממה שאמרו דלא בעינן דעת בעלי דינים דהיכא דבררו דיינים וטענו לפניהם שאין בעלי דינים יכולין לומר לדיינים אל תשאלו דיני לפני פלוני תלמיד חכם אלא בפני פלוני דהא הלכה כחכמים דלא בעינן דעת בעלי דינים עד כאן לשונו ונראה דלאו דוקא כשטענו לפניהם דהא לפי הטעם דהלכה כחכמים אין לחלק והא דנקט וטעלו משום דלאו אורח ארעא למימר מקודם שטענו אל תשאלו וכו׳ דשמא יחזרו בדיינים שביררו אי נמי שמא לא יהיו צריכים לישאל אבל לאחר שטענו דלא מצו הדרי בהו וגם רואין מתוך הטענות דהדבר קשה וצריכים למישאל רגילות הוא דקאמרי אל תשאלו דיני לפני פלוני וכולי. כתב הרשב״א בתשובה אם ביררו להם עשרה אנשים ונסתלק אחד מהם אפילו הסכימו התשעה כולם לדעת אחת אינו כלום ומביאו ב״י ופסק כך בשלחן ערוך ובסוף סי׳ י״ח פסק בהפך ולשם יתבאר:

סימן יד

א לא נתרצו לדון בעירם אלא בבית הועד וכו׳ הכי אסיקנא סוף פרק זה בורר וכמ״ש הרא״ש לשם לחד שינויא בשם ר״ת דבית דין הגדול ומקום הועד תרי מילי נינהו וכו׳: ומ״ש ל״ש תובע על עסקי מלוה וכו׳ גם זה מדברי הרא״ש לשם וס״ל דאף על פי דבתביעה שאינה מלוה ליכא למימר עבד לוה לאיש מלוה מ״מ טעמא דקאמר ר׳ אלעזר שלא יוציא מנה על מנה שייך בכל תובע ודלא כנ״י לשם דדוקא בעסקי מלוה דליתא: ומ״ש בד״א כשידוע שיש לו תביעה וכו׳ כ״כ הרא״ש לשם לחד שינויא וס״ל לרבינו דלענין פסק דין תרתי שינויי הלכתא נינהו ומסתברא הכי דבכופר הכל ליכא למימר עבד לוה וכו׳: ומ״ש ואם מסתלקים וכו׳ פי׳ ב״ד הגדול דדאורייתא הוא מצדק צדק תרדוף הלך אחר ב״ד יפה אחר ר״א ללוד אחר ר׳ מתיא בן חרש לרומי דאלמא דאפילו רומי דח״ל הוא נקרא ב״ד הגדול כשאין למעלה ממנו הלכך שומעין לנתבע כמו לתובע ולתובע שומעין אפילו אם הנתבע כופר הכל וע״ז אמר רבינו די״א דאין שומעין אלא לנתבע אבל לא לתובע אם הנתבע כופר הכל דאל״כ יתנו העניים עיניהם בעשירים וכו׳ אבל במודה מקצת או טוען פרעתי פשיטא דאף י״א מודים דשומעים לתובע דאפילו לבית הועד שומעין כ״ש לב״ד הגדול: ומ״ש אבל ר״ת דקדק מלשון ה״ג וכו׳ פי׳ האי לישנא לאשתמוטי לא היה צריך לכותבו אלא דאתא לאורויי דאפילו גבי לוה דאיכא למיחש דלא טעין הכי אלא לאשתמוטי שומעין לו ואין צריך לומר דשומעין למלוה דלפי זה כיון דלנתבע שומעין אף בכופר הכל לדברי הכל א״כ לתובע נמי דשומעין לו במכל שכן נמי בכל ענין קאמר אע״ג דהנתבע כופר הכל דלא כי״א: ואם יצטרכו לשאול וכו׳ הלשון משמע שיודעים לדון דין זה אלא שנתחדש להם דבר שהוצרכו לישאל בעבורו אבל אם לאחר ששמעו הטענות אינן יודעים כלל לדון דין זה אין ספק שכ״א יכול לכוף לחבירו שילך עמו לב״ד הגדול או לבית הועד ואין שולחין בעבורם לב״ד הגדול והכי משמע מדברי נ״י ספ״ק דב״ק אצל כלבא דאכל אימרי העתיקו ב״י ואיכא לתמוה על מ״ש ב״י ע״ש הר״ש בר צמח שכתב שאינו דין להוציאו למקום אחר אלא יסדרו טענותם במקומם וישלחו לב״ד דהלא אין לכוף לאדם שיתן טענותיו בכתב אלא הדיינים ישמעו מפיהם כדלעיל בסימן י״ג וכיון שאין הדיינים יודעים לדון דין זה חשבינן להו כמאן דליתנהו וצריכין לילך לב״ד הגדול וישמעו הטענות מפיהם וכן הוא במרדכי להדיא ס״פ ז״ב ע״ש וכן עיקר:

ב ומ״ש וא״א הרא״ש כתב אם עני וכו׳ פי׳ הרא״ש נמי ס״ל דשומעין לתובע ג״כ אפילו כשהנתבע כופר הכל אלא דתחלה יסדר טענותיו וכו׳ ומיהו לבית הועד אפילו יסדר טענותיו ויראו שיש ממש בדבריו אינו כופה לנתבע לילך עמו כשכופר הכל וכל זה מבואר באשר״י ס״פ זה בורר ובתוס׳ ואשר״י פרק הגוזל בתרא: ומ״ש ועל זה הדרך כתב הרמב״ם וכו׳ בספ״ו מה״ס כ״כ וה״פ שעל זה הדרך של הרא״ש כתב גם הרמב״ם והוא דמ״ש בזמן שאין ב״ד הגדול וכו׳ עד כופין הנתבע להלוך עמו אינו אלא כשרואין שיש ממש בדבריו דלא כי״א או ר״ת דאינן מחלקין בסברא זו וע״ש שכ׳ הרמב״ם להדיא דבטענה ריקנית אין מחייבים את הנתבע לצאת כלל וזה כדרך הרא״ש אלא דלהרמב״ם אין חילוק בין בית הועד לב״ד הגדול דלעולם כופין לנתבע ולא לתובע ע״ש ורבינו קיצר בזה ואני אאריך כתב הרמב״ם שנים שנתעצמו בדין וכו׳ פי׳ דבריו תחלה כתב הדין שהיה נוהג בזמן שהיה ב״ד הגדול בירושלים דלנתבע כופין אותו ודן בעירו ולתובע שומעין לילך לב״ד הגדול וס״ל דבכלל בית הוועד שהוזכר ס״פ ז״ב דמחלק לשם בין נתבע לתובע הוי נמי ב״ד הגדול שהוזכר בפרק הגוזל בתרא ואף על פי דלשם מוכח דאף לנתבע שומעים ס״ל להרמב״ם דלית הלכתא הכי וכמו שיתבאר בסימן כ״ח בס״ד גם באלפסי ס״פ ז״ב מוכח דס״ל הכי דבית הועד היינו ב״ד הגדול ומ״ש הרמב״ם אח״כ וכן הדין בזמן הזה וכו׳ בספרים ישנים כך היא הנוסחא אם אמר המלוה נלך למקום פ׳ שבארצנו לפ׳ ופ׳ הגדול וכו׳ וכך העתיק מהרי״ק שורש צ׳ ונ״י ס״פ ז״ב ולפי נוסחא זו אין דין שבזמן הזה שוה ממש לדין שהיה בזמן ב״ד הגדול בירושלים דלשם שומעים לתובע שילך הנתבע אחריו לב״ד הגדול אף שילך דרך כמה ארצות משא״כ בזמן הזה אין כופין לנתבע אלא כשבית הועד הוא בארצם אבל לארץ אחרת ולמלכות אחרת אין לכוף אפילו לנתבע וכן פי׳ מהרי״ק לשם אבל

לפי נוסחא שלנו שכתב בה נלך למקום פלוני שבארץ פ׳ לפ׳ ופ׳ הגדול משמע דכופין שילך דרך ארצות רבות ולמלכות אחרת מיהו אפשר דאף לפי נוסחא זו אין דעת הרמב״ם אלא לבית הועד שבארצם לא למלכות אחרת ומ״ש למקום פ׳ שבארץ פ׳ הוי כאילו אמר למקום פ׳ שבארצנו מיהו לסברת התוס׳ והרא״ש דב״ד חשוב שבכל דור ודור לפי מה שהוא מקרי ב״ד הגדול א״כ על פי שיטת הרמב״ם כופין את הנתבע לילך לאותו ב״ד החשוב אפילו דרך ארצות רבות אבל למקום שיש בו חכמים גדולים ומומחים לרבים א״צ לילך אלא למקום שבארצם דכיון דאינו ב״ד חשוב שבדורו אין לו דין ב״ד הגדול וכתב הרמב״ם עוד בד״א בשאר הדינים וכו׳ כלומר שהטענות שקולין כמו ב׳ אוחזין בטלית וכו׳ א״נ ב׳ שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים זה אומר מאתים שלי וכו׳ וכיוצא בזה אבל מלוה ולוה ומזיק וניזק וגזלן ונגזל שאין הטענות שקולין לנתבע כופין לעלות עמו אבל לא לתובע והוא שיש שם עדים או ראיה למלוה וכו׳: כתב בית יוסף על שם הרשב״א בתשובה דאם נזדמן למלוה דרך למקום בית דין היפה יכול הלוה לעכב וכו׳ פירוש כשהלוה רוצה לילך לב״ד היפה והתובע רוצה לדון בעירו יכול הלוה לעכב עליו ולומר הרי אתה הולך למקום בית דין יפה ואינך צריך על דיני לא הוצאה ולא טורח שומעין לו וצריך התובע לדון עמו לפני בית דין היפה ודלא כמהרי״ק בשורש צ׳ דהבין בהפך דמדבר שהתובע רוצה שילך הנתבע אחריו לב״ד היפה והנתבע מעכב ורוצה לדון בעירו אז אם נזדמן לתובע דרך לבית דין היפה יכול הנתבע לעכב שלא לילך אחריו מאחר שאין הדרך שוה לשניהם דנזדמן לו דרך למלוה ולא ללוה וכו׳ ולפעד״נ דדבר זה לאו הילכתא הוא דמה לו לנתבע אם נזדמן לו דרך לתובע אם לאו סוף סוף עבד לוה לאיש מלוה וצריך לילך אחר התובע וכי יעלה על דעת דלא סגי אלא שילך התובע לשם משום האי דינא דברים אלו שאין להם שיעור: אבל יש מקומות שיש בהם חכמים גדולים וכו׳ ומקומות שיש בהם תלמידים שאינם כמותם פי׳ שאינם גדולים כמו אותם חכמים שהם במקום רחוק והתובע אומר נלך למקום פלוני לפני פליני הגדול אף שהוא רחוק יותר ונדון לפניו ולא נדון לפני אותם שאינן גדולים כמותם שהם במקום קרוב כופים את הנתבע להלוך עמו. מיהו המרדכי סוף פ׳ ז״ב כתב ע״ש מהר״ם דראה בתקנת הקהלות דאע״פ שאותו חכם רחוק חכם יותר מן החכם שבסמוך דאין שומעין לו לילך למרחקי׳ ונראה דהיכא דהתובע שואל שילך עמו לחכם שהוא רחוק שהוא יותר חכם התם הוא דכתב הרמב״ם דכופין לנתבע דכוונתו שיהא בוש ממנו וכל שכן למקום ועד וקבוץ חכמים רבים וגדולים שיהא בוש מהם וכדפי׳ רש״י להדיא סוף פרק זה בורר אבל היכא דשואלין על ידי שליח דלא שייך לומר בוש מהם אין לשלוח למרחקים ובכהאי גוונא קאמר מהר״ם דלאו כל כמינייהו לגרום הפסד לב״ד להרבות בשליחות וכן ר״א דאמר התם מי שנושה בחבירו מנה יוציא מנה על מנה והיינו דקאמר כיון דהדברים ניכרים שהוא מתכווין לדחייה ולהפסידו אין שומעין לו ואין חילוק בין תובע לנתבע אלא היכא דא״ל אחד לחבירו שהוא בעצמו ילך עמו כדי שיהא בוש ממנו דלמלוה שומעין וללוה אין שומעין: כתב עוד המרדכי דאף על פי דאין יכול לדחותו למלוה לילך עמו מ״מ יכול לדחותו שלא לטעון עד יום ג׳ וכו׳ ומשמע לשם דמדינא היה צריך להשיב מיד אלא שכך הוא תקנת הקהלות לקבוע זמן קצוב ומיהו אם נראה לב״ד שיש עניינים שצריך לעיין בחשבנותיו נותנין לו יותר מג׳ ימים הכל לפי הענין וכ״כ הרשב״א בתשובה הביאו ב״י בסימן י״ג אלא דג׳ ימים זמן קצוב לכל אדם מן הסתם ע״פ התקנה והמנהג: כתב במרדכי הארוך וז״ל נשאלתי על א׳ שהזמינו לדין גדולי העיר ופרנסיה והנדון אומר לא אדון בעיר הזאת והלא אימתכם על הדיינים וגם יסתתמו טענותי בפניכם אמרתי כי טוב על הדיינים ועל הנידונים לילך למקום הגון וכיוצא בזה ראיתי את ר״י זקני שהתיר לה״ר אלעזר שלא לבא לב״ד לטרווי״ש עם הנ״ר אברהם מפני שהיה ראש העיר וכולם נשמעים לו ורשב״א התיר לחתנו ה״ר שמעון הדר בטרוי״ש שלא לבא בעיר אחת וכיוצא בזה וכן הורה הר״י מפרי״ז ואמרתי מזקנים אתבונן ומהם אלמוד וק״ו אני דן כי בכל יום ויום הדורות מתקלקלים והדיינים לפי הדור ומאחר שרבותינו למדנו כך יש ללמוד שלא לכוף הנידון וילכו דרך ישרה למקום הגון לנידונים כדי שיוציאו דין אמת לאמיתו שמואל בר יוחנן עכ״ל ומהרי״ק בשורש א׳ הביא תשובה זו בקוצר ועיין עוד בתשובת בנימין זאב סי׳ תי״ח:

ג כתוב בספר המצות אם יש שני ת״ח בעיר א׳ וכו׳ ה״א ר״פ ז״ב אמר רב פפא אפילו תימא מומחין כגון ב״ד דרב הונא ורב חסדא דקא״ל מי קא מטרחנא לך ומפרש הסמ״ג דסתמא משמע נמי דמצי א״ל לא אלך בפני רב הונא אע״פ שהוא גדול מרב חסדא ואפילו לוה מצי מעכב ורבינו השיג על זה ואמר דרב פפא ה״ר דאפילו גבי מומחין מצי לוה לעכובי ולהשמיט מב״ד לב״ד ומיהו דוקא מב״ד זוטא לרבה כגון מרב חסדא לרב הונא אבל בשוין למלוה שומעין ולא ללוה דעבד לוה ואצ״ל דאין שומעין להשמיט מהגדול לקטן דאפילו לתובע אין שומעים וכן פי׳ בנימוקי יוסף מיהו המרדכי ע״ש מהר״ם ס״פ ז״ב פי׳ להדיא כמו ספר המצות ונראין דבריהם דכיון דשניהם בעיר אחת ומכירין לשני הבעלי דינים ליכא טעמא דבוש ממנו ומאי קא מטרחנא לך גם זה החכם ראוי לדון כמו האחר הגדול ממנו ותו דלילך למרחקים לחכם גדול ותשוב שפיר יכול לכופו לילך שם מדכתיב צדק צדק תרדוף הלך אחר ב״ד יפה וכו׳ אבל כשהם בעיר אחת אין ספק שאם יהיה איזה ספק לחכם הקטן ממנו שישאל לגדול ואין כאן הוצאה וטורח ואפילו למה שפי׳ התוס׳ דרב חסדא היה סמוך לרב הונא חוץ לג׳ פרסאות וכן פי׳ רשב״א בתשובה הביא ב״י מצי א״ל מאי קא מטרחנא לך דג׳ פרסאות לא חשיב טורח והכי נקטינן שלא לכוף לדון לפני הגדול דוקא:

ד ואף במקום שאין שומעים לנתבע וכו׳ בס״פ ז״ב א״ר ספרא א״ר יוחנן ב׳ שנתעצמו לדין א׳ אומר נדון כאן ואחד אומר נלך למקום הועד כופין אותו ודן בעירו ואם הוצרכו דבר לשאול כותבים ושולחין ואם אמר כתבו ותנו לי מאיזה טעם דנתוני כותבים ונותנים לו וכתבו התוספות לשם דוקא היכא דנתעצמו לדון וכו׳ וכפו אותו לדון כאן אבל בעלמא לא וכן משמע בא״נ גבי תרי כותאי דעבוד עיסקא דא״ל חזינא דכל בתר דידי קאזיל מר וקאמר כי הא ודאי צריך לאודועי ומיהו יש לדחותה דה״ק כי הא ודאי צריך לאודועי אף ע״פ שאין שואל מאיזה טעם נתחייב צריך לאודועי אבל בעלמא אי שואל אין אי לא לא עכ״ל וכ״כ התוס׳ והרא״ש בפ׳ א״נ ע״ש ר״ת דוקא היכא דנתעצמו וכו׳ אבל הדחייה אינה כתובה בתוספות לשם אלא באשר״י ומרדכי והגהת מיימוני ונראה בעיני דלר״ת הך עובדא דתרי כותאי הוה נמי בדשאל אי נמי הא דקאמר בתר דידי קאזיל מר הוה כאילו שאל דאל״כ אלא ר״ת מפרש דהך עובדא בלא שאל א״כ אין ממנו שום ראיה דא״צ לאודועיה אלא היכא דאיכא פתחון פה לחשדא א״נ דנוהו בכפייה כיון דאיכא לפרושי כי הא צריך לאודועיה אף ע״פ דלא שאל וכמו שדחו החולקים עליו אלא ודאי דר״ת תפס בפשיטות דהך עובדא בדשאל דאי לא שאל אין סברא דצריך לאודועיה דאי איתא דחושדו בלב גמור היה שואל ממנו שיודיענו בכתבו מאיזה טעם דנהו כדי לסתור הדין וה״א להדיא בהג״ה אשיר״י פז״ב כשכתב לסברת ר״ת דהיכא דאיכא פתחון פה ורגלים לדבר לטעותו של בעל דין שמחמת זה הוא סבור שדנוהו שלא כדין ואמר כתבו לי מאיזה טעם דנוהו כותבים ונותנים לו אפילו דנהו מעצמו אין כותבים אפילו שאל אבל התוס׳ והרא״ש חלוקים עליו דבשאל אפילו בעלמא כותבים והיכא דאיכא פתחון פה לחשדא כותבים אפילו בלא שאל וכך היא דעת רבינו אלא דקשה הלשון שכתב ואף במקום שאין שומעים לנתבע ונראה דס״ל לרבינו הפך סברת ר״ת וה״ק ל״מ היכא שדנהו מדעתו דפשיטא דשומעים לו שהרי הוא חושש שמא טעה הדיין ומבקש לסתור הדין אלא אפי׳ בדנוהו בכפייה דאיכא למימר דלפי שסירב מתחלה עד שכפוהו א״כ מה ששאל שיכתבו לו אינו אלא להתריס כנגד כבוד ב״ד לפי שכפוהו ואין שומעין לו וקאמר דאפ״ה שומעים לו וכתב רבינו כך לאורויי דלפי זה התיישב נמי הא דקתני הך דינא דכותבי׳ ונותנין לו בהך דשנים שנתעצמו וכו׳ דמזה מביא ר״ת נמי ראייתו דוקא בדנוהו בכפייה כמ״ש במרדכי והגהת מיימונית ולפי דעת רבינו הא דתלי לה כאן לאורויי רבותא דאפילו בנתעצמו וכו׳ דדנוהו בכפייה אפ״ה כותבין ונותנים לו מכל שכן היכא דדנוהו מדעתו דפשיטא דכותבים ונותנים לו כששאל והיכא דאיכא פ״פ לחשדא כותבים ונותנים אפילו בדלא שאל וה״א באשר״י פ׳ א״נ ומיהו לענין הלכה תפסינן דברי ר״ת עיקר דהסכימו עמו האחרונים זולתי רבינו וה״ר ירוחם ואין כותבים אלא כשדנוהו בכפייה ומ״מ היכא דאיכא פ״פ לחשדא צריך להודיעו בכתבו אפילו בדלא שאל דלא כר״א דמוכח מדבריו דאפילו בחשדא אין כותבים אא״כ בדשאל כדפירש״י דליתא. וכתב בנ״י דא״צ לכתוב הראיות אלא הטענות והדין שפסקו עליהם בלבד וקאי אכולהו אהיכא שהב״ד חושדו א״נ שדנוהו בכפייה א״נ חושש שמא טעה מיהו בעל פה צריך להודיעו הטעם והראייה אולי יחזור בו וכדעביד רב פפא דהודיעו טעמו של דין לההוא כותאי דחשדו וקבל דבריו ואין חילוק בין חושדו שנוטה הדין כנגדו בין חושדו שטעה ואם לאחר הודעה לא קבל דבריו צריך להודיעו בכתב הטענות ופסק דין. וכתב ב״י דמב״ד הגדול א״צ שיכתוב לו דלא חיישינן לטעותא דא״כ אין לדבר סוף מיהו היכא דאיכא חשדא דנוטה הדין כנגדו ודאי דאפילו מב״ד הגדול כותבים לו כדי להראות לפני החכמים כדי שיהא נקי מה׳ ומישראל ויש לדבר זה סוף. ומשמע מלשון הרמב״ם שכתב כותבין לו ואח״כ מוציאין ממנו דמיד מוציאין ואין ממתינים עד שיבא מב״ד הגדול דאמר ליה לכי תיתי ואין חילוק בין אם חושדו שמטה הדין כנגדו או שמא טעה וה״א במרדכי פ׳ חזקת מיהו אם הב״ד בעצמם חוששין שמא טעו מעכבים בידם מה שהוציאו ואין נותנים ליד הבע״ד שמא יוציא ולא יהיה לו להחזיר אי נמי איש קשה שאי אפשר לחזור ולהוציא מתחת ידו:

ה אע״פ שהאחד מבע״ד נסתלק וכו׳ כ״כ הרא״ש ס״פ ז״ב ופי׳ עוד בתשובה דדוקא כל ההוצאות שהוציא משעה שנעשה סרבן חייב לשלם אבל שאר הוצאות שהוציא לגבות חובו בעוד שלא היה מסרב לבא לדין א״צ לשלם ואפילו נכתב בש״ח בסתמא לפרוע כל ההוצאות אם לא שהקנה אותם בב״ד חשוב כדלקמן בסימן ס״א וע״א ולקמן בסימן ק״ו משמע עוד אם לא ימצא את הלוה בביתו ויש לו נכסים וב״ד שולחין אחריו צריך לשלם אותן הוצאות ע״ש:

סימן טו

א צריך הדיין שיקדים וכו׳ בפ״ק דסנהדרין אסיקנא דהאי קרא לא איצטריך לעיוניה דהא פשיטא אלא לאקדומיה ופרש״י הקוד׳ לפניך הקדם לחתוך: ומ״ש אבל צריך להקדים דין של ת״ח וכו׳ ה״א ר״פ שבועת העדות למשרי בתגריה ופרש״י אם בא דין א׳ לפני אפסוק את זה תחלה והתוספות והרא״ש פירשו היינו כשבאים שניהם כאחד דאם בא א׳ תחלה צריך להקדימו אי נמי עשה דכבוד התורה עדיף ורבינו כתב כתירוצא בתרא ובפ״ב דכתובות בעובדא דרב ענן דשלח לקריביה לקמי׳ דר״נ דלדייניה סלקיה ר״נ לדינא דיתמי ואחתיה לדיניה אסתם טענתיה דאידך אלמא דלאו שפיר עביד ומש״ה נענש רב ענן דאיסתלק אליהו מקמיה וכתב הריטב״א דהך דר״פ שבועת העדות דלא חש ר״נ לאסתתומי לטענתיה דאידך ושרי ליה תגריה ברישא התם

חבר עצמו בא לדין אבל קרובו של חבר סבר דמחניף ליה ואסתם טענתיה ודעת מורינו ז״ל דהכא בקרובו של חבר עדיין לא פתחו בדינא דיתמי אבל בחבר עצמו שרינן ליה תגריה ואפילו פתחו בדינא אחרינא כדי שלא יתבטל מלמודו וכו׳ והאריך הביאו ב״י ע״ש נקטינן מדבריו חדר דבחבר עצמו אפילו פתחו בדינא דאידך פי׳ שכבר טענו לפני הדיינים שרינן תגריה ברישא והכריח כך מורו דאי איתא דבחבר עצמו דוקא בלא פתחו בדינא דאידך קשיא היאך טעה ר״נ להשוות דין קרובו של ת״ח לת״ח אלא בע״כ דקס״ד דקרא דכקטן כגדול תשמעון אינו מדבר אלא בפתחו בדינא דאידך וקאתי קרא לאקדומיה הדין דפתח בו אפילו הוא קטן ולא לדחותו מפני דין של מאה מנה דאי לא פתחו בו שניהם שוין וא״כ בת״ח עצמו צריך להקדימו אפילו פתחו בדינא דאידך וא״כ בקרובו של ת״ח כיון דעדיין לא פתחו בדינא דאידך נמי שרינן ליה תגרא ברישא ואף בזה טעה מדאסתם טענתיה דאידך ונענש רב ענן על כך הלכך משום קרובו של ת״ח אין לסלק את הקודם אפילו לא פתחו בדינא דאידך דכקטן כגדול תשמעון מדבר אפילו היכא דלא פתחו בדינא דאידך ואין לדחות עשה דאורייתא מקמי קרובו דת״ח דלא הוי אלא עשה דרבנן נקטינן מהא דאין להקדים קרובו של ת״ח לדינא דאידך אפילו לא פתחו ליה בדינא אלא שבא הדין לפניו תחלה דהיינו שבאו לפניו. שני בעלי דינין ושאל התובע ממנו שישמע טענתו זהו אני קורא בא לפניו תחלה לדין ולא נפקא לן מידי במי שבא תחלה בשער הדיינים אלא במי שבא לפני הדיין תחלה לשאול ממנו שישמע טענתו כדפי׳ ומשמע שאם באו שניהם כאחד הרשות ביד הדיין להקדים את מי שירצה ואפילו לאותן שדנין בדבר קטן וראיתי להרב בהגהת ש״ע דבלא פתחו בדינא דאידך יש להקדים דין קרובו של ת״ח ושרי ליה מאריה דלא כתב כך הריטב״א להלכה אלא לפרש סוגיא דשמעתא אבל להלכה אין להקדים קרובו של ת״ח אם הקדים דינא דאידך לבא לפניו כדפי׳ אך קשה היאך טעה ר״נ לסלק דין יתום מקמי דין קרובו של ת״ח הלא יתום קודם לאלמנה ואלמנה לת״ח כ״ש דיתום קודם לת״ח עצמו ואצ״ל לקרובו של ת״ח ובסמוך יתבאר בס״ד: אבל צריך להקדים דין של ת״ח וכו׳ נראה דאפילו אין הת״ח בעצמו בא לדין אלא שלוחו צריך להקדים לכבוד תורתו אפילו בא לבסוף דאי בת״ח עצמו בא לדין תיפוק ליה כדי שלא יתבטל מלמודו וכדכתב הריטב״א משם מורו אלא מיירי בשלוחו ואפילו הכי כיון שהדין נוגע לת״ח צריך להקדימו משום כבוד תורתו:

ב וכן מצוה עליו להפך בזכותו בכל מה ש כול כתב ב״י דלקח זה מהא דאיתא בפרק כל כתבי (דף י״ט) אמר רבא תיתי לי דכי אתא צורבא מרבנן לדינא לקמאי לא מזיגנא רישא אבי סדיא עד דמהפכינא בזכותיה וקשיא לי דא״כ ליכא אלא מדת חסידות ככל תיתי לי דהתם אבל מצוה לא שמענו ותו דמתי׳ רש״י לשם לא משמע אלא שאינו דוחהו מלראות בדבריו ולעיין בהם אם יש דבר לזכותו אם לאו אלא מיד רואה ומעיין אבל לא שיהפך בזכותו יותר מלאיש אחר ולפעד״נ דרבינו הוציא דין זה מדתני רב יוסף ר״פ שבועת העדות בצדק תשפוט עמיתך עם שאתך בתורה ובמצות השתדל לדונו יפה יפה וכך היא גירסת הסמ״ג יפה יפה וחד יפה למשרי תגרי׳ ברישא וכדפרש״י אידך יפה להפך בזכותו מה שיכול והא דאר״נ למאי שלח לי רב יוסף עולא חברינו עמית בתורה ובמצות לחנופי ליה בתמיה הדר אמר למשרי תגריה ברישא ולא קאמר להפוכי בזכותיה כבר פי׳ התוס׳ לשם דהומ״ל להפוכי בזכותיה וכ״כ נ״י והשתא ניחא דכתב רבינו מצוה עליו להפך בזכותיה מדכתיב בצדק תשפוט עמיתך אלמא דמצוה היא: ומ״ש להפך בזכותו מה שיכול והוא שלא יעלה על לב להפוך בזכותו שלא כדין אלא דוקא מה שיכול הוא ע״פ הדין אלא שיתן לבו שלא יהא נעלם מעיניו זכותו וכמ״ש הרא״ש בדין זבל״א לעיל בסימן י״ג ודין זה ודאי נוהג אף בזמנינו דאין נוהגים בנו דין ת״ח מ״מ חבת התורה והמצות הוא על כל דיין להשתדל בכל צורבא מרבנן לדונו יפה ולעיין בדבריו שלא יהא נעלם מעיניו זכותו מה שהוא ע״פ הדין דלא יהא נגרע מאילו היה בוררו לדיין שצריך להפך בזכותו יותר: ודין האלמנה קודם לדין ת״ח כ״כ הרמב״ם והסמ״ג ולא ידעתי מאין למדו להורות כך ואפשר דמדאיתא בפרק נושאין למאי דקא הדר ביה רבא דשרינן תיגריה דאיתתא ברישא אף על גב דגברא חייב במצות אפ״ה משום זילותא דאיתתא שרינן לדאיתתא ברישא והביאו הרי״ף בפרק שבועת העדות בספרים הישנים והשתא בע״כ הא דכתיב ריבו אלמנה לגופיה אצטריך לאקדומי לאלמנה דאי לא אתא קרא אלא לאקדומי יתום לאלמנה לכתוב שפטו יתום ואלמנה מדכתב קרא ריבו אלמנה אלמא דכי היכי דשפטו יתום לאקדומי יתום לאלמנה ה״נ ריבו אלמנה לאקדומיה לת״ח דאי לאקדומי לעם הארץ אפילו אינה אלמנה קודמת לאיש משום זילותא וליכא לאקשויי ומנ״ל דבאינה אלמנה ת״ח קודם ודילמא שניהם שוין ויכול הדיין להקדים את מי שירצה י״ל דריבו אלמנה הו״ל דומיא דשפטו יתום דכי היכי דשפטו יתום מקמי אלמנה ואי ליכא יתום אלמנה קודמת לכולהו אף לת״ח ה״נ ריבו אלמנה מקמי ת״ח ואי ליכא אלמנה ת״ח קודם לכולהו אפילו לאשה והכי נמי מסתברא דעשה דכבוד תורה עדיף מזילותא דאיתתא והשתא ניתא מאי דהוה קשה היאך טעה ר״פ לסלק דין יתום מקמי קרובו של ת״ת והוא דהוה ס״ל לר״נ דריבו אלמנה לא אתא אלא לומר דאלמנה קודמת לאיש ואשה שאינה אלמנה אינה קודמת לאיש אלא אדרבה איש קודם לאשה דאיש חייב במצות וכדקס״ד דרבא מעיקרא בפ׳ נושאין ולפי זה ת״ח וקריביה קודמים לכולהו אפילו ליתום אלא דאנן מדקא חזינן לרבא דקהדר ביה כדאיתא התם דאשה קודמת לאיש משום זילותא דאיתתא א״כ בע״כ ריבו אלמנה אתא לאורויי דאלמנה קודמת אפילו לת״ח וכ״ש דיתום קודם לת״ח ואצ״ל לקריביה ומש״ה אסתם טענתיה דאידך ונענש רב ענן ויש להקשות דמלשון הרמב״ם שכתב היו לפניו דינין הרבה וכו׳ משמע שהיו לפניו בשוה אלמא דאם היה בא אחד תחלה לפניו צריך להקדימו מדכתיב כקטן כגדול

תשמעון ואפילו ע״ה לת״ח וכתירוצא קמא דתוס׳ ובתחלת הסימן כתב דאפילו בא ת״ח לבסוף צריך להקדימו וכתירוצא בתרא דתוספות ואם כן דברי רבינו סותרים זו את זו תוך כדי דבור ותו איכא להקשות למה לא הביאו הרי״ף והרא״ש והסמ״ג הא דאסיקנא דקרא דכקטן כגדול לאקדומיה אתא גם הרמב״ם לא כתב להקדים הדין שבא לפניו תחלה ונ״ל דס״ל דהאי לאקדומיה ה״פ האי קרא לא איצטריך אלא היכא דבעינן לאקדומיה חד דינא מקמי אידך כגון יתום ואלמנה א״נ אלמנה ות״ח וכו׳ התם הוא דאזהר קרא שיהא חביב עליך דין של פרוטה של יתום להקדים לאלמנה שהוא דנה על ק׳ מנה אבל בשניהם שוין דשניהם יתומים ושניהם אלמנה וכו׳ אין שם דין קדימה אעפ״י שבא האחד תחלה לפני הדיין הרשות בידו להקדים ולדון את מי שירצה ולפי זה הא דכתב הרמב״ם היו לפני הדיינים דינים הרבה מיירי בין שבאו בבת אחת בין שבא האחד תחלה לעולם דין היתום קודם לאלמנה ואלמנה לת״ח ות״ח לע״ה וכו׳ והיינו כדכתב רבינו תחלה דהת״ח קודם אפילו בא לבסוף אלא מיהו רבינו תופס ג״כ פרש״י דבשוין יש להקדים הדין שבא לפניו תחלה שאין זה סותר לדברי הרמב״ם. כתב ב״י ע״ש הרשב״א בתשובה קטן שנשכר מוציאין שכירותו מיד המשכיר בדיינים דכיון דדעת אחרת מקנה לו יש לו יד ע״ש ולפעד״נ דאפילו את״ל דאין לו זכייה מדאורייתא אפילו בדעת אחרת מקנה לו אפ״ה שכר טרחו שלו היא מדאורייתא כמ״ש התוס׳ ר״פ בן סורר ומורה ולפ״ז אם הוא יתום צריך להקדים דינו ד״ת ועי׳ בדין שבועת שכיר כשהוא קטן או כשהשוכר קטן לקמן סי׳ פ״ט ס״ד וסי׳ צ״א ס״י וסי׳ צ״ו:

ג הדיין שבא לפניו וכו׳ כל זה מדברי הרמב״ם פכ״ד מה״ס ונראה מדבריו שבא ליישב מה שהקשו התוס׳ בפ״א ד״מ לשם קאמר דבדין מרומה בעינן דרישה וחקירה ובפרק שבועת העדות קאמר דאין לדונו כלל שנאמר מדבר שקר תרחק ומתרץ דה״פ אסור לחתוך אותו הדין אא״כ דורשו וחוקרו תחלה הרבה וכו׳ אבל אם אחר כל החקירות יהא לבו נוקפו אז יסלק עצמו מן הדין ואין לחתכו וכו׳ אבל התוס׳ חילקו בין ספק לודאי וכן פי׳ באגודה בשם ר״י וכן פי׳ בנימוקי יוסף דבודאי שהוא דין מרומה אין לדונו כלל אבל אם אינו ודאי אלא שמבינים טענות רמאות בדבריו אי נמי מכירין בתובע זה שהוא רמאי אבל אינם יודעים בדין זה שהוא בודאי מרומה ידון אותו אלא שידרוש ויחקור ולהוציא מפי׳ זה כתב הרמב״ם הדיין שבא לפניו דין שיודע בו שהוא מרומה וכו׳ אלמא דאפילו בודאי דין מרומה חייב ליזקק לו ולדרוש ולחקור מיהו אפשר דמ״ש הרמב״ם בסוף דבריו דאם אחר כל החקירות יהיה לבו נוקפו וכו׳ אינו מדבר אלא כשהתובע הוא טוען ברמאות אבל בנתבע מודה הרמב״ם לחלוקו של מהר״ם והרא״ש דצריך הדיין לחקור ולדרוש ולחתוך הדין ע״פ אומדנא דמוכח ולפי זה ניחא דרבינו כתב כלשון הרמב״ם בסתם ופירשה ואמר בד״א כשהתובע רמאי וכו׳ דשמעת מינה דהרמב״ם אינו מדבר אלא בתובע שהוא רמאי: ומ״ש וידון אותו מי שלבו שלם בדבר והדברים מסורים ללב והכתוב אמר כי המשפט לאלהים הוא כלומר אין לפגוע בכבוד אחד מהדיינים לא בראשון שנסתלק מן הדין ולא בשני שרוצה לדונו כי דברים אלו מסורים ללב כי יש מי שלבו נוקפו ויש מי שלבו שלם בדבר והדיין יודע מה הוא עושה כי לא לאדם הוא שופט כי אם לאלהים ויודע את מי הא דן ולפני מי הוא דן וכו׳ כדלעיל בסימן ח׳ ולכן אין להרהר אחר הדיין בדבר זה כלל אבל רבינו שינה בכמה דברים הא׳ שכתב הדיין שבא לפניו דין מרומה וכו׳ ולא כתב שבא לפניו דין שיודע שהוא מרומה וכו׳ הב׳ שכתב וידון אותו מלכו של עולם נראה שדעתו כיון שלבו נוקפו שיש בו רמאות לא ידון אותו שום דיין לא הוא ולא דיין אחר אלא ידון אותו מלכו של עולם וכדכתב הרא״ש בתשובה אם אני רואה באומדנא דמוכח דהדין מרומה ושקר אני אומר שאין לשום דיין מישראל להשתדל בדין זה אני כותב וחותם ונותן ביד הנתבע ומביאו ב״י וכבר אפשר לחלק ולומר דלא קאמר הרמב״ם שידון אותו מי שלבו שלם בדבר אלא היכא דלב דיין זה נוקפו אבל ליכא אומדנא דמוכח אבל בדאיכא אומדנא דמוכח שהדין מרומה ושקר מודה הרמב״ם שלא ידון אותו שום דיין מישראל ולפי זה אין כאן מחלוקת בין הרמב״ם להרא״ש ורבי׳:

ד ומ״ש וכן מי שטוען יש לי פקדון וכו׳ עד ונותנו לזה האמוד שנותן בו סימן וכו׳ משמע דס״ל דכולהו בעינן שאין המת אמוד ושהטוען אמוד ואין הטוען רגיל ליכנס בבית זה שמת ושיתן בו סימן מובהק ולשון זה הם דברי הרמב״ם פכ״ד מה״ס ותימא דבדברי רבינו בסימן רצ״ז גבי פקדון וכן בהרמב״ם פ״ו מה׳ שאלה לא כתב כלל דבעינן שיהא הטוען אמוד והכי משמע להדיא בפרק הכותב דבמה דיהיב סימנין סגי ולא בעינן שיהא אמוד דדוקא להוציא מיד המזיק כגון ההוא דבטש בכספתא דחבריה וכו׳ בפרק הכונס (בבא קמא דף ס״ב) בעינן דהניזק יהא אמוד אבל להחזיק הממון ביד המפקיד לא בעינן אמוד כדמוכח בירושלמי בעובדא דבר זיזא וכמ״ש האשר״י להדיא בפרק הכונס (דף קנ״ו סוף ע״ג) ונראה ודאי דלא הזכיר הרמב״ם ורבינו כאן גבי דיינים דהטוען אמוד חלא לרבותא דסיפא דהאידנא משרבו ב״ד שאינם הגונים במעשיהם וכו׳ אכילו איכא כולהו מילי דזהו שמת אינו אמוד והטוען אמוד ואינו רגיל ליכנס בבית זה שמת ונותן בו סימן מובהק אפי׳ הכי אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה ואצ״ל אם הטוען גם הוא איננו אמוד דפשיטא דאין מוציאין ולכאורה יש להקשות מה ענין דין זה להלכות דיינים יותר משאר דינין שהדיין פוסק כך וכך הדין ותו דבדין זה כתבו הרי״ף והרא״ש דהלכה רווחת היא ולית בה פלוגתא ולא אמר הרי״ף בשם גאון דהאידנא אין לדיין לומר קים לי בגויה אלא לארועי שטרא א״נ לאפוכי שבועה כמבואר בדבריו אבל לא שאר דינין וכך הקשה בית יוסף ולפעד״נ דהרי״ף והרא״ש ס״ל דלא בעינן דוקא ידיעת הדיין שאין זה המת

אמוד אלא ה״ה כשעדים מעידים על כך ולפי זה ודאי דאף האידנא חותכין דין זה על פי עדות של עדים אבל הרמב״ם חולק על זה וס״ל דאומדן דעת העדים אינו אומד הדעת אלא דוקא אומד דעת הדיין בעינן כמ״ש בפ״ו דשאלה ומביאו רבינו בסוף סימן רצ״ז א״כ לפי זה האידנא אין לדיין לסמוך על אומד דעתו להוציא מן היתומים ועל כן כתב דין זה בהלכות סנהדרין ורבינו נמשך אחריו:

סימן טז

א אמר אחד מבעלי הדינין יש לי עדים וכו׳ משמע בין תובע בין נתבע ואיירי שכבר טענו שניהם ומקמי פסק דין אמר אחד לא יפסקו כלל כי יש לי עדים והשני אומר יפסקו הדין דל״מ דשומעים לנתבע אלא אף לתובע שומעים ונותנים לו זמן ל׳ יום ולאחר ל׳ פוסקים הדין וראיה לזה מדתנן ס״פ ז״ב א״ל כל ראיות שיש לך להביא הבא מכאן עד ל׳ יום וכו׳ דמדתנן סתמא אלמא דאמרינן כך אפילו לתובע וכיון דאם טען תחלה יש לי ראיה ואינה בידו אין צורך לתת לו זמן דלכשיביא ישיב לו הנתבע א״כ בע״כ צ״ל דמיירי לאחר שטענו וכו׳ כדפי׳ ומשמע מדכתב בסתם דאין חילוק דאפי׳ היכא דזיילי נכסי דנתבע מחמת קול שיצא מתביעה זו אפ״ה נותנין לתובע זמן ל׳ יום דלא יהא כחו של תובע גרוע משל נתבע ואפילו היכא דלא זיילי נכסיה דנתבע נמי איך נותנים לתובע זמי יותר מל׳ יום ואח״כ פוסקים הדין דלא ניחא ליה לנתבע למיהוי דינא עלויה ואע״ג דלפי׳ הראב״ד לקמן בסימן כ״ד היכא דלא זיילי נכסיה דנתבע שומעין לתובע שלא לפסוק הדין עד זמן שיתרצה התובע ואפילו יותר מל׳ יום כאן כתב בסתם ככל שאר הגאונים דלא ס״ל לפי׳ הראב״ד בהך דנזקקים לתובע תחלה וכו׳ אלא כפשטא דמתני׳ פ׳ ז״ב דאפילו לתובע נותנין זמן ל׳ יום ולא יותר ואין חילוק בין זיילי ללא זיילי. ועוד נראה עיקר דכאן לא היתה דעת רבינו לומר דלאחר ל׳ יום נזקקים לנתבע לקבל שבועתו אפילו לא זיילי נכסיה דלא איירי בהך דינא הכא אלא בחיובא דבי דינא קא עסיק הכא היכא דטעין תובע יש לי ראיה ואינה מצויה עתה בידי על הב״ד מוטל ליתן זמן ל׳ יום לבקש ראייתו לעניין זה שבתוך ל׳ יום לא מצי טעין הנתבע מידי דכל ל׳ יום הוי מילתא דפסיקא בין זיילי בין לא זיילי אבל ודאי דאחר ל׳ יום אין כופין את התובע לקבל שבועתו היכא דלא זיילי נכסיה דנתבע כמ״ש בסימן כ״ד להראב״ד אלא דלא איירי הכא בהך דינא. וא״ת תינח היכא דהנתבע שואל זמן מקמי פסק דין פן יתחייב לשלם אלא התובע למה לו לשאול זמן יפסקו לו הדין ואם יביא ראייה אחר כך יסתור הדין כדתנן ס״פ ז״ב כל זמן שמביא סותר את הדין וי״ל דהתובע חושש שכשיפסקו הדין לזכותו של נתבע ולא ימצא ראויתו או ימותו יפסיד אבל כל זמן שלא נפסק הדין לזכותו של נתבע אפשר שיודה לו או יתפשר עמו בתוך הזמן הלכך נותנים זמן לתובע כמו לנתבע ולאחר ל׳ פוסקין ואם מביאין אחר כך יסתור הדין: כתב הר״ר ישעיה הא דיהבינן זמן שלשים יום וכו׳ לכאורה נראה דרבינו מביא דברי הר״י דחולק הוא אסברא קמייתא וס״ל דא״צ ליתן זמן לתובע אלא לאחר שפסקו הדין דישבע הנתבע וזה אינו רוצה לקבל שבועתו אז נותנים לו זמן אבל מקמי שיפסקו לו הדין א״צ ליתן לו זמן אלא ממתינין לו עד שיביא ראיה וכפי׳ הראב״ד על הנזקקים לתובע תחלה היכא דלא זיילי נכסיה דנתבע ולכך פירש משנתינו דפרק ז״ב דתנן סתמא דנותנין זמן ל׳ יום ומשמע דאפילו לתובע נותנים זמן ל׳ ולא יותר היינו לאחר שנפסק הדין שישבע הנתבע וכו׳ ומשום דהתובע חושש פן נאבדה ראייתו או ימותו עדיו וכשישבע יפסיד לכך שואל זמן אולי יודה תוך הזמן או יתפשר עמו כדפירש׳ לעיל אלא דקשה לפ״ז דבש״ע כתב לשני הסברו׳ אלמא דס״ל דאין כאן מחלוקת ולפיכך נראה עיקר דמ״ש הר״י אבל אם טען תחלה יש לי ראיה וכו׳ היינו לומר דתחלה מקמי שהשיב הנתבע על טענת התובע הציע התובע ואמר כך וכך חייב לי ויש לי ראיה וכו׳ התם הוא דלא ישיב לו הנתבע וכו׳ אבל כשטענו שניהם וקודם שיפסקו הדין שואל התובע זמן כי יש לי ראיה אף הר״י מודה דנותנים לו זמן כמ״ש רבינו והא דכתב הר״י וחייבוהו ב״ד שישבע לאו דוקא אלא אורחא דמלתא נקט דרגילות הוא דלאחר שפסקו דישבע הנתבע הוא שהתובע שואל זמן ואינו רוצה לקבל השבועה שפסקו הדיינים שמא ישוב אל לבו ויודה או ימצא ראייתו תוך הזמן אבל מקמי פסק דין אין רגילין שישאל זמן דאם כן מתחלה מאי קסבר שתבעו בלא ראיה אבל ודאי דאם היה שואל זמן לאחר שטענו מקמי פסק דין אה״נ דנותנים לו זמן כמו לאחר שחייבוהו שבועה והכי משמע מלישנא דרבי׳ מדלא אמר והר״ר ישעיה כתב אלא כתב ה״ר ישעיה אלמא דאינו חולק כלל. ועוד נראה לפרש דרבינו הביא דברי הר״י דמחלק וס״ל דדוקא בשאר טענה שאין בהם עסק שבועה כגון בדיני צואה וירושה וכיוצא בזה התם הוא דנותנים זמן לתובע מקמי פסק דין כמו לנתבע אבל היכא דאיכא עסק שבועה דוקא היכא דיצא פסק דין דישבע הנתבע התם הוא דנותנים זמן לתובע אבל אם טען תחלה מקמי פסק דין יש לו ראיה אין צריך ליתן לו זמן דלכשיביא ראיה ישיב לו הנתבע ואף על פי שכבר טענו שניהם והנתבע שואל שיפסקו לו הדין אפ״ה אין נותנים לתובע זמן וזה נ״ל עיקר. כתב ב״י דמ״ש ה״ר ישעיה ואם חזר ואמר אין לי ראיה וכו׳ דמשמע דמדמה דין זה להא דתנן ואם אמר אין לי ראיה ולאחר זמן הביא ראיה ה״ז אינו כלום יש לדחות דשאני הכא דמתחלה טען יש לי ראיה וכו׳ ע״ש ומתוך לשונו יראה שהיתה נוסחתו ואם חזר ואמר אין לי ראיה ישיב לי בלא ראיה וכו׳ אבל בכל ספרי רבינו כתוב ישיב לו בלא ראיה מלשון זה מבואר דהתובע חזר ואמר בדרך הודאה גמורה אין לי ראיה וכתב הר״י דדינא הכי דישיב לו בלא ראיה ונשבע ונפטר ול״ק מידי וק״ל: ומ״ש ואם גלוי וידוע וכו׳ כ״כ הרא״ש בתשובה כלל פ׳ סי׳ ב׳ ואיכא למידק דבסימן כ״ד פסק רבינו ע״פ פירש״י

וכ״כ התוספות והרא״ש דאין נותנים לנתבע זמן יותר מל׳ יום אא״כ דזיילי נכסיה וכאן פסק בסתם דנותנים יותר ולא חילק ותירץ מהרש״ל דהתם ב׳ תביעות הן אבל הכא חד תביעה וחד דינא והנתבע פוטר עצמו בעדים שהם רחוקים ולא יוכלו לבא עד לאחר ל׳ יום הלכך כיון שהב״ד יודע שפלוני ופלוני יודעים בדבר נותנים לו יותר מל׳ יום אף דלא זיילי נכסיה לקמן בסימן פ״ח סעיף כ״ד כתב רבינו לחלק בין חד תביעה לב׳ תביעות ואף על גב דכתב לשם דבהתוס׳ חולק ע״ז התם איכא טעמא אחרינא אבל הכא הכל מודים דאיכא לחלק בין חד תביעה לב׳ תביעות עכ״ד אבל לפע״ד נראה נכון יותר דבסימן כ״ד איירי בזה תבעו בשטר כדפירש להדיא והנתבע דוחהו בדברים בעלמא ולפיכך אין נותנים לו יותר מל׳ יום היכא דלא זיילי נכסיה דנתבע אבל הכא איירי בתבעו בע״פ וזה משיב לו בע״פ דאידי ואידי דברים בעלמא נינהו הלכך כיון שאנו יודעין שיש לו עדים בדבר נותנים לו זמן עד שיוכל להביא ואין משביעין אותו עכשיו כלל אפילו לא זיילי נכסיה דנתבע ואע״פ שהן ב׳ תביעות ותירוץ זה הוא האמת ועיין במ״ש בסימן כ״ד ע״ש המרדכי דהיכא שניכרים דברי הנתבע שהן אמת אפי׳ תובעו בשטר נותנים לנתבע זמן עד שיוכל להביא אפי׳ לא זיילי נכסיה:

ב כתב א״א הרא״ש ז״ל בתשובה טען אחד מבעלי הדינין יש לי זכות בעדים וכו׳ פי׳ שיש לי זכות בשטר שחתמו בו עדים או ראיה כתובה מחשבון והודאה מחתימת יד שכנגדו מטילין חרם שיוציא השטר או הכתב מתחת ידו ויראה אותו לדיין דכיון דלא תליא מילתא בהגדה וא״א לשנות הכתב ממה שהוא בעין חל החרם אף על בעל הדבר בעצמו משא״כ כשנותנין חרם שכל מי שיודע עדות לראובן יבא ויגיד דאינו חל לא על הבעל דבר ולא על קרוביו כדלקמן בתחילת סימן כ״ח:

ג עוד שאלה לו וכו׳ בכלל ס״ח סימן כ״ה והוסיף לשם וז״ל ואפשר דגם הוראת הגאונים כך היתה וכו׳ והוראה זו היא כתובה ברמב״ם פ״ה מטוען וכתבה רבינו לקמן סוף סימן ס׳ וכתב לשם דאם אינו מודה נשבע היסת וכל זה בטוען ברי אבל באינו יודע ביד מי הוא אין כאן שבועה אלא הטלת חרם כמ״ש קודם זה. אבל הרשב״א כתב דאפילו טוען ברי אם אין חבירו מודה אין מחייבים אותו להוציא שטרותיו אבל אם רצה מחרים סתם אלמא דס״ל דאין כאן דין שבועה ולא ידעתי למה ואפשר דהרשב״א מיירי בטוען שאין בידו שטר שיהיה בו זכות לראובן דאותו שהיה לו נאבד דבזו מודה גם הרמב״ם דאין כאן טענת ברי שיהא נשבע הלה על טענתו אם לא שטוען שיודע בודאי שאותו השטר הוא אצלו ואינו נאבד דגם הרשב״א מודה בזו דנשבע הלה היסת ומ״ש רבינו דברי הרמב״ן בסימן ס׳ ולא כתבם כאן סמוכים לתשובת הרא״ש נראה דכאן כתב מה דשייך להלכות דיינים והוא שצריך שיאמר תחלה בב״ד דברים שיש בהם אמתלא וכו׳ ולקמן בהל׳ שטרות כתב מה דשייך להלכות שטרות ואין כאן מחלוקת: שטר שבידך זכות יש לי בו וכו׳ משמע כל איזה שטר שבידו אבל ברמב״ם כתוב שטר שיש לי בידך וכו׳ משמע אותו שטר שלויתי בו ממך והתם הוא דכופין להוציאו כיון דהשטר שלו הוא דהלוה נותן שכר הסופר כדתנן ס״פ ג״פ אבל בשטרות אחרים אין כופין מיהו רבינו כשהעתיק לשון הרמב״ם ס״ס ס׳ לא כתב אלא סתם שטר שבידך יש לי זכות בו וכולי וכנ״ל עיקר לפי הסוגיא דפרק ג״פ גבי שטרי טענתא דאסיקנא דכ״ע כופין על מדת סדום והכא ה״ט דרשב״ג וכו׳ וכיון דליכא הכא טעמא דמית עלי כאריא ארבא בשטרות אחרים שאינן נוגעין אליו דבר פשוט הוא דאף לרשב״ג כופין עמ״ס והכי משמע להדיא מדברי רבינו ע״ש הרמב״ן בסי׳ ס״ו סעיף י״ט דב״ד כופין למלוה להוציא לו שטר ודנין לו על פיו שראיה של הזוכה היא אצל המלוה ואין כובשין לו עדותו וראייתו וכו׳ אלמא דאע״פ דגוף של השטר אינו של הזוכה כופין למלוה להראותו מיהו ודאי דוקא היכא דזה נהנה וזה אינו חסר ומטעם דכופין עמ״ס אבל היכא דאיכא צד שהענין נוגע אליו ומצי טעין דמית עלי כאריא ארבא לחפש תחבולות ולבטל דברי אמת של שטרי אין כופין אותו להראותו ואפילו לרבנן דרשב״ג דהלכתא כותייהו דע״כ לא קמיפלגי רבנן אדרשב״ג אלא כגון שחבירו א״ל נכתוב שנינו יחד ויעמוד השטר בידך ולכשאצטרך תראהו לי אבל אם אינו רוצה שיעמוד השטר בידו אף רבנן מודו דכופין מטעם דמית עלי כאריא ארבא וע״ל בסימן י״ג סעיף ג׳: כתב הרא״ש בכלל ס״ח סימן כ״ד דאם הנתבע שואל שיתנו לו הטפסת השטר דנותנים לו וכ״כ הרמב״ם בתשובה ודלא כהרשב״א בתשובה סימן תתפ״ט הביאו ב״י לעיל סימן י״ג ולקמן סוף סימן ס׳ האריך ב״י בזה ומשמע להדיא דדוקא כשטוען שיש בו זיוף התם הוא דנותנים לו הטפסה אע״פ שכתב בו בלא טפיסת טופס דהלא כשיתברר שהוא זיוף כל מה שכתוב בו הוא זיוף אבל אם לא טען שיש בו זיוף מועיל התנאי שהתנה בו שלא יתן לו הטפסה אלא מראה לו בפני ב״ד לקרותו ואם לא כתוב בו בלא טפיסת טופס אפילו אינו טוען מזוייף נמי נותנים לו טופס מיהו אפשר דבאינו טוען מזוייף אין נותנים לו כלל לפי שאינו נוטל טופס אלא להתחכם לבטל דברי אמת הכתובים בשטר וכך הכריע ב״י וכן נראה עיקר. ותו דלא יהא אלא ספיקא דדינא דהלא הרשב״א פוסק שלא יתנו הטפסה ודברי הרא״ש והרמב״ם אפילו את״ל דהלכתא כוותייהו איכא לפרש דוקא בטוען מזוייף הלכך מספיקא אין לכופו ליתן לו הטפסה היכא דלא טען מזוייף ולא כתב בו תנאי שלא יתן לו טופס נ״ל:

סימן יז

א צריכין הדיינים ולא יאמרו לאחד דבר כל דבריך ולאחד קצר דבריך בר״פ שבועת העדות איזהו אסור שלא יהא א׳ עומד ואחד יושב אחד מדבר כל צרכו וא׳ א״ל קצר דבריך אלמא דאפילו דלא אמר אלא לאחד קצר דבריך ולשני לא אמר כלום איכא איסורא וא״כ צריך לפרש דברי רבי׳ דאו או קאמר דס״ל דתלמודא לאו דוקא קאמר דאומר לאחד קצר דבריך אלא ה״ה אפילו לומר לאחד דבר כל דבריך ולשני לא אמר כלום נמי אסור כיון שאין שני הבעלי דינין שוים בעיניו לומר לכ״א משניהם דבר כל דבריך ונראה דכשאומר לכ״א משניהם קצר דבריך אין בזה איסור. ומש״ה דקדק רבינו וכתב ולא יסבירו פנים לאחד יותר מלחבירו דאלמא דכשמדבר לאחד רכות ומסביר לו פנים ולא׳ אינו מדבר לו לא רכות ולא קשות א״נ לאחד מדבר קשות וירע לו פניו ולאחר לא ידבר לו לא קשות ולא רכות ולא יראה לו פנים לא יפות ולא רעות נמי אסור וכן מוכח בתוספתא פ״ו דסנהדרין דתני בה ולא יהא מאריך פניו כנגד אחד ולא תני בה טפי ומ״ש הרמב״ם וז״ל ולא יסביר פנים לאחד וידבר לו רכות וירע פניו לאחד וידבר לו קשות עכ״ל נמי או או קאמר כדפרישית בדברי רבינו אצל ולא יאמר לאחד דבר כל דבריך וכו׳: ואם האחד לבוש בגדים נאים וכו׳ ברייתא שם מניין לשנים שבאו אחד לבוש סמרטוטין ואחד לבוש אצטלית בת ק׳ מנה שא״ל לבוש כמותו או הלבישהו כמותך ת״ל מדבר שקר תרחק כי אתו לקמיה דרבא בר רב הונא א״ל שלופו פזמקייכו וחותו לדינא שמעינן דאפילו בלבוש קטן כמו אנפלאות חשובים שהיו לאחד יותר מלחבירו הקפיד עליו שיהיו שניהם שוין והלכך צריך לומר שאין הפירוש דאחד לבוש יקרים והשני לבוש בזויים אלא או קאמר דבין שהאחד לבוש יקרים אף על פי שאין השני לבוש בזויים או אחד לבוש בזויים אף על פי שאין השני לבוש יקרים א״ל הלבישהו כמותך דבעינן שיהיו שוים וכן מוכח בתוספתא דלעיל דלא תני בה סמרטוטין ואצטלית בת ק׳ מנה אלא סתמא תני בה משום רבי ישמעאל אמרו א״ל לבוש כדרך שהוא לבוש או הלבישהו כדרך שאתה לבוש וכן הוא בירושלמי פ׳ ז״ב ומשמע דאין שומעין הטענות עד שילביש את חבירו וכו׳ וכדאמר רבא שלופו פזמקייכו וחותו לדינא וכ״כ הרמב״ם להדיא או לבוש כמותו עד שתהיו שוין ואחר כך תעמדו בדין אבל אין לפרש דסגי במה שיאמרו לו כך הדיינים דמעתה לא יסתתמו טענותיו שהרי העני רואה שלא ניכר שוע לפני דל בעיני הדיינים הא ליתא דא״כ לאיזה צורך יאמרו לו הלבישהו כמותך וכו׳ לא יאמרו לו רק אל תירא בהתהלכך בבגדים פחותים כי הדין יקוב ההר וכדומה לזה דברים המתיישבים על הלב אלא בע״כ לא סגי בלאו הכי אלא צריך שילבישהו כמותו וכו׳ וכן מוכח בסמ״ג דא״ל לבוש כמותו וכו׳ או יעשה שליח עכ״ל מיהו בזמן הזה אין לנו כח להעמיד משפטי הדת על תלם כי יד העשירים תקפה עלינו ודי כשיאמר לעני אל תירא וכו׳ וכ״כ מהר״ש לוריא ז״ל וכן אנו נוהגין:

ב ולא יהא האחד עומד וכו׳ פי׳ שאסור להעמיד את האחד לומר לו עמוד ולשני מניחו לישב או לומר לאחד תשב ולשני מניחו לעמוד וכן הוא בתוספתא להדיא וז״ל ולא יהא מעמיד אחד ולא מושיב אחד עכ״ל אבל פשיטא אם באו לפנינו והאחד ישב מעצמו והשני עומד מעצמו אין להזקק להם: ומ״ש אלא שניהם עומדים פי׳ אם עומדים מעצמם יניח להם לעמוד ולפי דהוה משמע דאסור להושיבם ע״כ אמר ואם רצו להושיב שניהם מושיבים דאע״ג דשניהם עומדים יכול להושיבן וכשמושיבן לא יושיב את האחד למעלה והשני למטה וכו׳ אבל כשישבו מעצמם אין להקפיד עליהם דאין לנו להזקק להם וה״א במרדכי הארוך ר״פ שבועת העדות וז״ל ונראה הא דאמר מצוה בב״ד שיעמדו פי׳ כשעומדים אין רשאים לישב אבל ישבו קודם א״צ לעמוד דלא כתיב ויעמדו וכן יבם אם ישב א״צ לעמוד משא״כ בקריעה דאפילו ישב צריך לעמוד וההיא דינאי המלך בפרק כ״ג מוכח כך דא״ל שב״ש עמוד על רגליך פי׳ אל תשב הואיל ואתה עומד והיינו דקאמר על רגליך ולא קאמר עמוד סתמא עכ״ל ומביאו ב״י בסימן כ״ח סעיף ז׳ ולפי זה הא דבגמר דין דלכתחילה בעמידה אינו אלא לומר דכשעומדים כבר אין מושיבים אותם וגם אינהו גופייהו אין להם לישב אבל אם כבר ישבו א״צ לעמוד ואין מעמידין אותם והא דכתב הרמב״ם וכבר נהגו וכו׳ היינו לומר דאף בג״ד מושיבים אותם אע״פ שכבר עומדים אפ״ה מושיבים אותם כדי להסיר המחלוקת וכולי: בד״א בשעת משא ומתן וכו׳ נראה דס״ל לרבי׳ דאין חיוב עמידה לבע״ד אלא בשעת ג״ד וזולת ג״ד א״צ לעמוד אפילו בשעת קבלת עדות וכך היא דעת התוס׳ ר״פ שבועת העדות וכך משמע מדברי הרמב״ם וההיא דשב״ש דא״ל לינאי המלך עמוד עד רגליך ויעידו בך י״ל דדיני נפשות שאני כמ״ש התוס׳ בפרק כ״ג בשינויא קמייתא אי נמי בשעת גמר דין הוה ולא בשעת קבלת עדות שהוא תחלת דין ולא הוה המעשה דא״ל ויעידו בך אלא הכי קאמר ליה וידונו בך והא דקאמר בפ׳ כ״ג ויעידו בך אתא כת״ק דפליג אר׳ יודא וס״ל דאפי׳ בשעת משא ומתן אסור להושיבן אבל לר״י דהלכתא כותיה ומותר להושיבן ההוא דשב״ש בשעת ג״ד הוא וידונו בך קא״ל כצ״ל לדעת התוס׳ ר״פ שבועת העדות מיהו הר״ן לשם כתב דבירושלמי פ׳ ז״ב משמע דבעלי הדין בעמידה בשעת עדות וכדמשמע פשטא דעובדא דשב״ש דאמר ויעידו בך וכך פי׳ התוס׳ פרק כ״ג בשינויא בתרא דקבלת עדות כג״ד אף לבעלי הדין ולכן יש ליזהר כשב״ד מושיבים שני הבע״ד שלא ישבו בשעת קבלת העדות ולא בשעת ג״ד דשעת קבלת העדות כמו ג״ד חשוב עכ״ל התוס׳ והכי נקטינן: גרסינן בר״פ שבועת העדות דיתיב כמאן דשרי מסאניה ופי׳ רש״י כלומר לא עומד ולא יושב וכו׳ שמעינן דשחייה חשובה באדם אחד עמידה וישיבה דלגבי קימה שיעמוד הדיין מקמי תלמיד חכם חשובה עמידה לגבי דיין עצמו שצריך שיהא דן בישיבה

חשובה ישיבה ויוצא בה ידי שניהם וכן כתב הריב״ש בתשובה סימן רס״ז דעמידה ע״י סמיכה שפיר קרויה ישיבה וה״ה דקרויה עמידה לענין זה ובפרק הקורא את המגלה עומד או יושב רמו קראי אהדדי כתיב ואשב בהר וכתיב ואנכי עמדתי בהר ומשני התם ר׳ חנינא לא עומד ולא יושב אלא שוחה כלומר וקרינא ביה עמידה כיון שאינו יושב ממש ובפ״ק דשבת (דף ה׳) והא עומד קתני בשוחה וה״ה בעמידה ע״י סמיכה מכאן יש ללמוד וכו׳ ושפיר דמי והא דקי״ל בפ״ב דזבחים (דף י״ט) גבי קידוש ידים ורגלים דעמידה ע״י סמיכה לא הוי עמידה התם לעמוד ולשרת כתיב ודאורייתא בעינן שתהא עמידה ממש בלא סמיכה אבל הכא דלא בעינן עמידה אלא מדרבנן אף ע״י סמיכה קרויה עמידה וה״ה דקרויה נמי ישיבה דומיא דשחייה כך נ״ל ודלא כמ״ש מהרי״ך כנ״ל:

ד ות״ח וע״ה וכו׳ פי׳ חייבים להושיב אותו דאילו בשניהם ע״ה ברצון תלי׳ מילתא שאם רצו להושיב את שניהם מושיבים אבל בת״ח חייבים להושיבו לת״ח וה״ה כששניהם ת״ח חייבים להושיב את שניהם אלא דאתא לאשמועינן דבת״ח וע״ה אומר גם לע״ה שב וכו׳:

ה וכתב הרמב״ם וכבר נהגו וכו׳ וז״ל הסמ״ג כי מפני עומק הגלות אין בנו כח להעמיד משפטי הדת על תלם ופי׳ מהר״א שטיין דר״ל הואיל ואנו שרויין בין עכו״ם צריכים אנו להסיר מחלוקת מבינינו כדי שנוכל להיות קיימים בשלוה ביניהם ולפעמים באים מחלוקות והקפדות כשאומרים לעדות או לבעלי הדין שיעמדו עכ״ל ונראה בעיני דאף על פי׳ דהקדמונים חששו לסלק המחלוקת מ״מ העדים והב״ד עצמם כל מי שנגע יראת אלהים בלבבו ועמדו אבותיו על הר סיני יחוש לכבוד התורה והמצוה לקיים מצות ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה׳ ואף על פי שיאמרו להם הדיינים מדרך המוסר שישבו אינהו גופייהו יעמדו וראוי להם להשיב לדיינים אנחנו נעמוד לפני ה׳ ולפניכם כי המשפט לאלהים הוא. ואיכא למידק דמאחר דהתירו להושיבן מפני המחלוקת בע״כ צ״ל דא״צ לעמוד אלא לכתחלה וקשה דמנ״ל דקרא לא קמזהר לעמוד אלא לכתחלה וז״ל דקרא אפילו דיעבד קאמר דוקא בעמידה אלא מיהו קרא לא קאמר אלא במומחים והאידנא דליכא מומחין לא בעי עמידה אלא מדרבנן והלכך בדיעבד אינו מעכב וכן לכתחלה מושיבין אותן מפני המחלוקת דכל היכא דאיכא חשש תקלה לא תקנו רבנן וכן כתב במרדכי ריש פרק שבועת העדות ע״ש הר״א ב״ר שמשון ונראה דלא בא לחלוק אמ״ש המרדכי תחלה אלא דכתב ליישב דלא תיקשי היאך נחלק בין לכתחלה לדיעבד במ״ע מן התורה וכדפי׳ ונראה דדעת כל הפוסקים כפי׳ הראב״ש ודלא כמ״ש מהר״ו הכהן: כתב המרדכי בפרק שבועת העדות אם התובעים רבים והנתבע אומר גם אנכי אושיב קרובי עמי והתובעים אינם מרוצים שישבו אוהביו של נתבע אצלו אזי מחוייבים גם השותפים לברר להם אחד מהם לטעון בשביל כולם וכו׳ אבל אם מתרצים שישבו אוהביו אצלו אין לב״ד להזקק למחות על ידם וזה דבר פשוט:

ו אסור לדיין לשמוע וכו׳ פי׳ דוקא כשיודע הדיין שקבלוהו שניהם עליהם לקבל דינו אז אסור לו לשמוע וכו׳ דמשעת שמיעה קעבר על לא תשא וגם האחר יכול לחזור מקבלתו ולומר אדעתא דהכי שישמע דברי בע״ד האחד שלא בפני חבירו ויכנסו דבריו באזניו לא קבלתיו עלי לדיין אבל אם שמע טענות האחד בדרך קבולם שאינו יודע שיקבלוהו שניהם לדיין לא קעבד איסורא מותר לו להיות דיין אם נתרצה השני אחר כך לדון לפניו והוא הדין היכא שיודע הדיין שיהיה דיין בדבר מותר לו להיות דיין אם נתרצה השני אחר כך אלא דמ״מ עבר אלאו משעת שמיעה כיון שהיה יודע שיהיה דיין בדבר כן כתב מהרי״ל בתשובה סימן קצ״ה וכתב עוד שם דראה ממקצת רבותיו שכששמעו דברי בע״ד האחד ואחר כך נתרצה גם השני שיהיה דיין בדבר לא רצו לפסוק ביניהם אלא על ידי שמקבלין קניין לקיים דבריהם והוה ליה כמו נאמנים עלי רועי בקר:

ח לפיכך תלמיד שיש לו דין לפני רבו וכו׳ כן כתב הרמב״ם בפרק כ״א מהלכות סנהדרין וכ״כ הסמ״ג וכך היא גירסת הרי״ף ריש פרק שבועת העדות לא ליקדום צורבא מרבנן וליתיב קמיה רביה אבל באשיר״י איתא וליתיב קמיה דיינא ובספרים שלנו ליתא לא זה ולא זה אלא כתוב סתם וליתיב משום דמיחזי כמאן דמסדר לדיניה וכו׳ והב״י מפרש דלפני רבו דוקא שיש לו קירוב דעת עמו הוא דלא יקדים אבל באינו רבו שרי ולפעד״נ דנקט קמיה רביה לרבותא דאע״ג דרגיל ללמוד לפניו אסור אם לא דקביע ליה עידניה ואצ״ל באינו רבו דפשיטא דאסור ועוד דלגירסת האשיר״י וגירסת ספרינו משמע דלעולם אסור בין רבו בין שאינו רבו הלכך אין להקל:

ט לשון הרמב״ם לא יהיה הדיין שומע מפי המתורגמן וכו׳ משנה ספ״ק דמכות על פי ב׳ עדים שלא תהא סנהדרין שומעת מפי המתורגמן הנהו לעוזי דאתי לקמיה דרבא אוקי רבא תורגמן בינייהו והיכי עביד הכי והתנן שלא תהא סנהדרין וכו׳ רבא מידע הוה ידע מה דהוו אמרי ואהדורי הוא דלא הוה ידע ונראה דדוקא בד״נ גלי לן קרא שלא תהא סנהדרין וכו׳ ואפילו היכא דלא אפשר בדיין אחר שיודע לשונם וכ״ש דדיעבד אינה שמיעה ואין דיניהם דין אבל בד״מ אינו אסור אלא מדרבנן ולכתחלה דוקא ועובדא דרבא דפריך עליה ממתני׳ הוי נמי בכה״ג שהיה אפשר בדיין אחר שהיה מכיר בלשונם להשיב להם ופרכינן עליה היכי עביד הכי לכתחלה ופריק רבא מידע הוה ידע וכו׳ אבל היכא דלא אפשר כגון בני איטליא״ה ובני תורגמא הבאים במלכותינו ואין כאן מי שיכיר לשונם כל עיקר שומע הדיין על פי תורגמן אף לכתחלה דבכי הא לא תקנו רבנן וע״ל בסי׳ קכ״ד דמשמע דוקא בבאו

הבעל דין בעצמם לב״ד איכא איסורא להעמיד מליץ בינותם אבל בלא באו אלא שולחין שלוחם לב״ד איכא למ״ד דליכא איסורא וע״ש המסקנא ואיכא לתמוה דמדברי הרמב״ם מבואר דמפרש עובדא דהנהו לעוזאי דבע״ד היו וא״כ מאי פריך עלה דרבא ממתניתין דלא איירי אלא בעדים דדרש ע״פ שנים עדים שלא תהא סנהדרין שומעת מפי המתורגמן וכדפרש״י שיהיו מכירין בלשון העדים ולא שיעמדו מליץ בינותם וצ״ל דקים ליה לתלמודא דאין חילוק בזה בין עדים לדיינים אבל בספר בדק הבית הביא הרב מ״ש הריטב״א דיש מרבותינו מפרשים דהנהו לעוזאי עדים הוו עיין שם ולעיל בסימן י״ג:

י וצריך הדיין לשמוע דברי בעל הדינים ולשנות אותם וכו׳ זהו לשון הרמב״ם ופירוש לשמוע להבינם ולקבלם בלבו על בוריין ואחר כך לחזור אותם בינו לבין עצמו כמ״ש שלמה זאת אומרת בני החי וכו׳ והחזרה תהיה בפניהם אם הוא דיין אחד כמו שלמה ואם הם ג׳ או יותר יחזור אחד מהם הטענות בפני חביריו שלא בפני הבע״ד והם חוזרים גם כן הטענות עמו בנחת ואח״כ מצדיקים את הדין בלבם וחותכין אותו:

יא ומניין לדיין שלא יעשה מליץ וכו׳ כ״כ הרמב״ם והוא פי׳ מאי דתניא בפרק שבועת העדות מניין לדיין שלא יעשה סניגרון לדבריו ת״ל מדבר שקר תרחק אבל רש״י פי׳ לא יעשה סניגרון אם דן דין ולבו נוקפו לומר שהוא טועה לא יחזיק דבריו וכו׳ והר״ב בש״ע פסק כדברי שניהם שזה וזה בכלל שלא יעשה סניגרון ותרווייהו אסורים:

יב ולא ילמד אחד וכו׳ ג״ז לשון הרמב״ם והוא ירושלמי פ׳ זה בורר רב הונא מיקל לדיינא דאמר מקבלין עליכון חד סהיד אלא יימרון אינון רב הונא כד הוה ידע זכו לבר נש בדינא ולא הוה ידע ליה הוה פתח ליה ע״ש פתח פיך לאלם שמעינן דרב הונא גופיה דאסר לומר ע״א אינו כלום היה פותח זכות לאלם וצריך לחלק דהיכא דבע״ד מבקש לאומרו ואינו יודע לחבר הדברים כו׳ מותר לסעדו ולהבינו תחלת הדבר ואפי׳ בטענת ע״א אינו נאמן נמי מותר דמאי שנא דפשיטא דלא מיירי בזכות דלא ידע ליה כלל דא״כ לא מהני ליה פתיחת הדיין כיון שאין לבע״ד ידיעה באותו זכות אלא צריך לומר דיודע אלא שאינו יכול לחבר הדברים וכו׳ דמהני ליה פתיחה וכן כשנשתבש מפני הסכלות וכדאיתא פרק אלו נערות (כתובות דף ל״ו) דקאמר התם דלר״ג טענינן לחרשת ושוטה דמשארסתיה נאנסה דכיון דאי הוה פקחת לטעון היתה טוענת משארסתני נאנסתי ומהימנא אנן נמי טענינן לה מטעמא דפתח פיך לאלם וה״ה בטענת עד אחד טענינן ליה היכא דנשתבש מפני הסכלות דלא גרע מטענת משארסתני נאנסתי ואין ספק דאין חולק ע״ז אלא דעל מ״ש הרמב״ם וצריך להתיישב וכו׳ כתב רבינו ואינו משמע כן בירושלמי וכו׳ דמדקאמר בסתמא כי הוה חזו זכו משמע דמעשה בכל יום הוה ואינו נראה כלל כעורכי הדיינים כיון דאינו אלא פתיחה בעלמא ואין צורך להתיישבות בדבר זה לחוש לעורכי הדיינים. והבית יוסף פי׳ דדעת רבינו היא אפילו לא הוה ידע הבעל דין להוא זכו כלל פתח. ליה ותימה חדא דלשון פתיחה לא משמע הכי כלל כדפרישית. ותו דאם כן מאי רבותיה דזה בורר לו אחד כיון דאפילו דנהו בעל כרחו צריך הוא להפוך בזכותו אף על גב דאיהו לא ידע ליה כלל ואף על פי שיש ליישב העיקר הוא כדפרישית. מיהו היכא דנשתבש מפני הסכלות משמע בההיא דאלו נערות דאפילו לא הוה ידע בההוא זכות כלל אנן טענינן ליה ולאו פתיחה גרידא אלא כולה מילתא דזכו נמי טענינן ליה אלא דמדברי הרמב״ם משמע דדוקא לסעדו מעט וכו׳ ואפילו להיכא דנשתבש מפני הסכלות ואפשר דסבירא ליה לחלק בין חרש ושוטה גמור דטענינן ליה כולה מילתא לנשתבש מפני הסכלות ואינו לא חרש ולא שוטה דלא שרי אלא לסעדו מעט ועיין במ״ש לקמן בסימן מ״ב סעיף ה׳ בס״ד ובסימן פ״א סכ״ד בס״ד: גרסינן בפרק הכותב אר״נ עשינו עצמינו כעורכי הדיינים מעיקרא מאי סבור ולבסוף מאי סבור מעיקרא סבור ומבשרך אל תתעלם ולבסוף סבר אדם חשוב שאני ופי׳ רש״י עשינו עצמינו כקרוב של בעל דין או אוהבו הבא אצל דיינים ועורכו בראיות אחר זכות אוהבו או קרובו כך למדתי זו להפסיד לשכנגדה אדם חשוב שאני לפי שמלמדין הימנו ויש שיעשו כן אף שלא לקרובים עד כאן לשונו והכי איתא בפרק נערה שנתפתתה שמעינן דבאינו אדם חשוב אין איסור לערוך לפני הדיינים ראיות אחר זכות קרובו אי נמי ללמוד לקרובו טענת אמת ואיכא למידק בהא דכתב הרמב״ם וצריך להתיישב בדבר זה הרבה שלא יהיה כעורכי הדיינים דמאי ענין עורכי הדיינים לכאן אלא הו״ל למימר שלא יהא כמו שנעשה מליץ וסניגרון לבעל דין ונראה דהרמב״ם מפרש עורכי הדיינים הם המעריכי׳ ומסדרים ומלמדין לבעלי הדין טענות כך וכך שיטענו לפני הדיינים וכך פי׳ רש״י בפ״א דמסכת אבות אמשנת אל תעש עצמך כעורכי הדיינים ע״ש: כתב הריב״ש בסימן רכ״ז דאין לדיין לפסוק יותר ממה שתבע התובע ומביאו בית יוסף בסוף סימן כ״ה והרב בעל הגהות ש״ע הביא ראיה מעובדא דרוניא פ׳ קמא דב״ב (דף ה׳) ואנכי אפרש ראייתו איתא התם רוניא אקפיה רבינא מד׳ רוחותיו א״ל הב לי כמה דגדרי דהכי הוי סבירא ליה לרבינא כרב הונא אליבא דר׳ יוסי כדפרש״י דאם לא כן היאך סלקא דעתך דרבינא ליקח יותר ממה שמגיע לו מדינא לא יהיב ליה וקס״ד דרבינא דטעמיה משום דשמא כחייא בר רב דאמר הכל לפי דמי קנים בזול הדר א״ל רבינא הב לי לפי דמי קנים בזול לא יהיב ליה וקס״ד דרבינא דטעמיה משום דקאמר לדידי סגי לי בנטירותא בר זוזא דאי הוה קאמר הכי לא יהיב ליה אלא אגר נטירא כדכתב הרא״ש הדר קא״ל רבינא הב לי אגר נטירא לא יהיב ליה וקס״ד דרבינא דטעמיה משום דאותן דקלים שהיו לו בשדה לא ניחא ליה בשמירתן דאפקורי מפקר להו יומא חד הוה רוניא גודר תמרים מדקל שבשדהו א״ל רבינא לאריסיה זיל שקול מיניה אשכול תמרים אזל לאתויי

רמא ביה רוניא קלא א״ל רבינא גלית אדעתך דמינח ניחא לך בשמירתן אתא לקמיה דרבא א״ל רבא לרוניא זיל פייסיה במאי דאיפייס באגר נטירא הואיל ונתרצה ואי לא בכך דאיננא לך דינא כרב הונא אליבא דרבי יוסי והשתא בע״כ צ״ל דרבינא כשהיה תובע לרוניא קמיה דרבא לא שאל ממנו אלא בסתם שיתן לו אגר נטירא שאל״כ אלא היה טוען לפני רבא דמגיע לו כמה דגדר וכרב הונא דהילכתא כוותיה אלא דמוותר כנגדו ואינו שואל אלא אגר נטירא א״כ מאי קאמר רבא ואי לא דאיננא לך דינא כרב הונא דמה בכך שידון כרב הונא מכל מקום רבינא לא יקח יותר מאגר נטירא כמו שטען רבינא בפירוש בע״כ לומר דהיה תובעו בסתם שיתן לו אגר נטירא וקס״ד דרבא שלא היה יודע רבינא דהלכתא כרב הונא וע״כ היה אומר רבא ואי לא דאיננא לך דינא כרב הונא וכו׳ כלומר דלאחר שאפסוק הדין שוב לא יתפייס רבינא בפחות והשתא קשה דלפי מחשבתו של רבא דטעה רבינא בדין אמאי קאמר ליה זיל פייסיה במאי דאיפייס הוה ליה לפסוק לו שיתן לו כפי מה שגדר דהכי הוה דינא כרב הונא אלא בע״כ דאין לו לדיין לפסוק יותר ממה שתבע אלא שאם היה מסרב שלא לפייס את רבינא במאי דמיפייס היה קונסו לשלם לו כל מה שמגיע לו מדינא. אי נמי והוא העיקר דלהפחידו היה אומר כך לשלם לו הכל אם לא יפייס אותו באגר נטירא כמו שתבעו ומה שפי׳ התוספות דשלא להפחידו היה אומר כך היינו לומר שאין לפרש דלהפחידו היה אומר כך ואין כך הלכה אפילו היה תובעו לשלם לו את הכל כפי מה שגדר דהא ודאי ליתא דפשיטא דחייב לשלם לו את הכל אם היה תובעו בכך אבל ודאי דעכשיו שלא היה תובעו אלא אגר נטירא להפחידו אמר כך לדון אותו שישלם לו את הכל אם לא יפייס אותו באגר נטירא זה נ״ל ראיה ברורה ואין לפקפק עליה:

סימן יח

א הביא אחד. ולאחר שמקבלין עדותן יוציאו כל אדם לחוץ וכו׳ תימא דבמשנה סוף פרק זה בורר לא תנן דמוציאין כל אדם לחוץ אלא בשעה שבודקין את העדים כל אחד בלבד דבתחלה מאיימין עליהם בפני הכל ואחר כך מוציאין כל אדם לחוץ ואחר כך בודקין כל אחד בלבד וכמו שכתב להדיא גם הרמב״ם בתחילת פרק י״ז מהלכות עדות וזה לא כתבו רבינו במקומו בסימן כ״ח וכאן לאחר קבלת העדות כתב שמוציאין כל אדם לחוץ וישאו ויתנו בדבר משמע דסבירא ליה דקפדינן שלא יהא שום אדם אצל המשא ומתן וזו מניין לו וכך יש להקשות אדברי רמב״ם סוף פרק כ״ב מהלכות סנהדרין ונראה דלא קאמר הרמב״ם ורבינו כאן דמוציאין כל אדם לחוץ אלא לומר דגם את בע״ד מוציאין לחוץ כמו שמוציאין את העדים ולפי דממתני׳ לא משמע דמוציאין אלא לעדים אבל לבע״ד אין מוציאין אותן אלא אף לאחר ששמעו דבריהם התם קיימי לכך פירש דבריו ואמר דיוציאו כל אדם לחוץ אף בע״ד כדתני רבי נחמיה וכדאיתא בגמרא להדיא (דף ל׳) ע״ש אבל שאר כל אדם שאינן בע״ד ואינן עדים אין צריך להוציאן לחוץ אלא אדרבא ראוי להניח מי שהוא תלמיד ותיק דדוקא תלמיד בור אין להניח לישב לפניו כדלעיל סוף סימן ט׳: שנינו ריש אד״מ ד״מ מתחילין מן הגדול ד״נ מתחילין מן הצד ופי׳ רש״י מן הקטנים שמא יחייבנו הגדול ולא ירצו לחלוק על דבריו משום לא תענה על רב ותוספות לשם כתבו וז״ל ד״נ מתחילין מן הצד משום לא תענה על רב אבל בד״מ לא חיישינן ומכל מקום דרך שאילה יכולין לעשות ואפשר לא תענה על רב בדיני נפשות כתיב ולא בדיני ממונות אף על גב דלנטות קאי נמי אד״מ למאן דמוקי לה בריש מכילתין בב״ד נוטה עכ״ל. ובהרמב״ם פ״י מהל׳ סנהדרין מבואר דלא תענה על רב בד״נ כתיב ולא בד״מ כתירוץ השני של תוספות דהוא עיקר וכ״כ הסמ״ג בל״ת סימן קצ״ה והלכך יכולין התלמידין לנטות מדברי הרב בפירוש ואינו חייב לומר דרך שאילה מיהו לשם איתא בגמרא כל מניינא דבי רבי מן הצד הוו מתחלי וכתב נימוקי יוסף לשם דכך ראוי לעשות והטעם דשמא התלמידים ימנעו מלומר דעתם הפך הגדול: ומ״ש אם יסכימו לדעת אחת מוטב נראה דאתא לאשמועינן דאע״פ דראו כולן לחובה חייב ולא דמי לדיני נפשות דקאמר רב כהנא ספ״ק דסנהדרין (דף י״ז) דבראו כולן לחובה פוטרין אותו דשאני ד״מ דמה שהוא חובה לזה הוי זכות לזה כדאמרינן התם: אמר אחד זכאי ואחד אמר חייב ואחד אמר איני יודע וכו׳ יוסיפו שני דיינים ונמצאו שהם ה׳ משנה סוף פרק זה בורר אחד אומר זכאי ואחד אומר חייב אפילו ב׳ מזכין או ב׳ מחייבין ואחד אומר איני יודע יוסיפו הדיינים ופי׳ רש״י ואף על גב דאי הוה פליג עלייהו הוא בטל. במיעוטו כי אמר איני יודע הוי כמי שלא ישב בדין ונמצא הדין בשנים ואנן תלתא בעינן עכ״ל וכך פרש״י ריש פ׳ היו בודקין גבי דיני נפשות ומשמע מפירושו דלאחר שמוסיפים שנים אם היה נגמר הדין בג׳ כגון שג׳ אומרים זכאי או חייב וב׳ אומרים איני יודע או אפילו ב׳ אומרים זכאי וא׳ אומר חייב וב׳ אומרים איני יודע שפיר נגמר הדין בג׳ וכן כשישבו ה׳ מתחלה נגמר הדין בג׳ אף על פי שב׳ אומרים איני יודע אבל אין כך דעת הרמב״ם ורבינו יתבאר בסמוך: ומ״ש יוסיפו שני דיינים הכי משמע מלשון המשנה דתנן סתמא יוסיפו הדיינים דמשמע שנים ובית יוסף כתב דלמד כך מדתנן בפרק היו בודקים גבי דיני נפשות דהיכא דאחד אומר איני יודע יוסיפו שנים ובסמ״ג עשה צ״ח כתב דכך מוכח בירושלמי פ׳ היו בודקין ובסמוך אביא לשון הירושלמי גם בתוספתא דסנהדרין פ״ו תני להדיא דבדיני ממונות מוסיפין שנים: ומ״ש נושאים ונותנין בדבר אם ג׳ מזכין וב׳ מחייבים זכאי וכו׳ כ״כ הרמב״ם פ״ח מהלכות סנהדרין והראב״ד בהשגות הקשה מהא דא״ר אבהו סוף פ״ק דסנהדרין גבי דיני נפשות במוסיפין עושין ב״ד שקול לכתחלה ופריך פשיטא ומשני מה״ד האי דקאמר איני יודע כמאן

דאיתיה דמי ואי אמר מילתא שמעינן ליה קמ״ל דהאי דקאמר איני יודע כמאן דליתיה דמי ואי אמר טעמא לא שמעינן ליה ע״ש (דף י״ז) אלמא דאין נושאין ונותנים עם אותו שאמר איני יודע דכליתיה דמי וכך הוא דעת הרשב״א בתשובה אבל ב״י הליץ בעד הרמב״ם דר׳ אבהו לא אמר הכי אלא בד״נ אבל בד״מ כמאן דאיתיה דמי ואי אמר טעמא שמעינן ליה והסמ״ג כתב דסבירא ליה להרמב״ם דדוקא בד״נ לא שמעינן ליה היכא דקאמר טעמא לחובה אבל היכא דקאמר טעמא לזכות פשיטא דשמעינן ליה דלא יהא אלא אחד מן התלמידים והלכך בדיני ממונות פשיטא דשמעינן ליה דמאי דאיכא חובה להאי הוה זכות להאי עכ״ל ודברים אלו הם דברי התוס׳ בפרק אחד דיני ממונות בד״ה אחד מן התלמידים בסוף (דף ל״ג) ועוד נלפע״ד דאי כהראב״ד והרשב״א דבדיני ממונות נמי אי אמר טעמא אין שומעין לו ואין חילוק ג״כ בין זכות לחובה בדיני נפשות א״כ מאי מתרץ התלמוד מהו דתימא האי דקאמר איני יודע כמאן דאיתיה דמי וכו׳ והיכי הוה סלקא דעתך דבדיני נפשות כמאן דאיתיה דמי הלא אף בדיני ממונות קי״ל דכמאן דליתיה דמי וכו׳ ואין עליך לתרץ דה״ק דאי לאו דר׳ אבהו הוה אמינא דאפי׳ בדיני נפשות כמאן דאיתיה דמי ואצ״ל בד״מ אבל השתא מדרבי אבהו שמעינן דכמאן דליתיה דמי בין בד״נ בין בד״מ הא ודאי ליתא דא״כ הו״ל לר׳ אבהו לאשמועי׳ רבותא דאפילו בדיני ממונות כמאן דליתא דמי דהא אי לאו דר״א הו״א דאידי ואידי כמאן דאיתיה דמי וא״כ הו״ל לאשמועינן חידושא טפי אפילו בדיני ממונות נמי כמאן דליתיה דמי אלא ודאי בע״כ דר״ח מודה דבדיני ממונות כמאן דאיתיה דמי ואי אמר טעמא שמעינן ליה והלכך אם אחד אומר איני יודע יוסיפו ב׳ ונושאין ונותנין בדבר וכו׳ גם רבינו כתב בסתם דברי הרמב״ם בזה דסבירא ליה דסברת הראב״ד והרשב״א דחויה היא: כתב הרמב״ם אבל ד׳ אומרים זכאי וכו׳ כתב בית יוסף הכי משמע ממתניתין דלא קתני יוסיפו הדיינים אלא היכא שהמזכים כמנין המחייבים ואחד אומר איני יודע אבל אם המזכים רבו על המחייבים או המחייבים רבו על המזכים הולכין אחר הרוב עכ״ל וליתא דא״כ הו״ל להרמב״ם לאשמועינן רבותא דאפילו ג׳ מזכין או מחייבים וב׳ אומרים איני יודע אי נמי ב׳ מזכים ואחד מחייב או ב׳ מחייבים ואחד מזכה וב׳ אומרים איני יודע דאפילו בכה״ג הולכין אחר ג׳ שדנין בדבר וגומרין את דינו דהולכין אחר הרוב ותו שהרי שנינו אפילו כ״ב מזכים ואחד אומר איני יודע יוסיפו דיינים ואצ״ל כשרבו המזכין על המחייבים או איפכא דפשיטא דאין גומרין בפחות מכ״ג בדיני נפשות והוא הדין בב״ד של ג׳ אלא הדבר ברור דלא אמר הרמב״ם דהולכין אחר הרוב אלא לגבי הוספה דהיכא דאחד אומר זכאי ואחד אומר חייב ואחד אומר איני יודע והוסיפו ב׳ אם כן בשעת הוספה נחתי אדעתא דליהוו גמר דין בארבעה כיון דהחמישי אומר איני יודע ושוב אין גומרין אותו בג׳ אלא בעינן דד׳ אומרים זכאי או חייב ואחד אומר איני יודע או ג׳ זכאי ואחד חייב ואחד איני יודע אבל בג׳ מזכים או מחייבים וב׳ אומר איני יודע אי נמי ב׳ מזכין ואחד מחייב או איפכא וב׳ אומרים איני יודע אף על גב דאיכא ג׳ שדנין בדבר אין גומרין את דינו וכן לעולם כשמוסיפין עוד ב׳ עד ע״א דכאשר היתה הכוונה בשעת ההוספה שהדין יהיה נגמר בששה או בשמנה או בעשרה וכו׳ אין גומרין אותו בפחות ומזה הטעם ג״כ בתחלת הדין שהם ג׳ ואחד אומר איני יודע דמוסיפין ב׳ הוא לפי שצריך שיהיה נגמר הדין בג׳ כמו שהיתה הכוונה מתחלה כשישבו שלשתן והוא הדין כשישבו מתחלה עשרה או עשרים וכו׳ ודלא כפי׳ רש״י דלעיל והכי מוכח בירושלמי סוף פרק היו בודקין דהכי איתא התם תני למה מוסיפין דיינים שאם היו ב׳ מן הראשונים מזכים ואחד מן האחרונים ליגמר הדין בג׳ אמר רבי אילא מכיון שנראה דינו ליגמר בד׳ אין גומרין אותו בג׳ פירוש קשיא ליה למה תנן דמוסיפין דיינים דמשמע ב׳ דמיעוט דיינים ב׳ לא יוסיפו רק אחד ותירץ שאם לא היו מוסיפין כ״א אחד יש לחוש שמא יאמר איני יודע אבל כשמוסיפין ב׳ אם היו ב׳ מן הראשונים מזכים ואחד מן האחרונים בין אומר זכאי בין אומר חייב אף על פי שהשני מן האחרונים יאמר איני יודע נגמר הדין בג׳ ואתא רבי אילא ופליג ואמר מכיון שנראה דינו וכו׳ פירוש מאחר דבשעה שהוסיפו ב׳ היתה הכוונה שיהא נגמר דינו בד׳ אין גומרין אותו בג׳ כלומר ואינו נדחה מה שנראה בתחלה וזהו פירוש נראה מלשון נראה ונדחה דפרק כסוי הדם ולפיכך בעינן דכולהו ד׳ יהיו מזכין וא׳ אומר איני יודע או ג׳ מזכין ואחד מחייב או איפכא ואחד אומר איני יודע דנגמר הדין בד׳ אבל ב׳ אומרים איני יודע אין גומרין את הדין בג׳ ופסק כרבי אילא כן נראה לי ודלא כמהרש״ל שכתב אדברי הרמב״ם וזה לשונו הוא הדין ג׳ מחייבים או מזכין וב׳ אומרים איני יודע דגומרין הדין עד כאן לשונו הלך בשיטת בית יוסף והבנתו ושרי להו מארייהו דלא ירדו לדקדק בדברי הרמב״ם ורבינו: כתב הרב בעל הגהות ש״ע דמה שפסק בית יוסף כאן כהרמב״ם דאם ד׳ אומרים זכאי או חייב ואחד אומר איני יודע וכו׳ הולכים אחר הרוב הוא חולק אמה שפסק לעיל בסוף סימן י״ג דאם ביררו להם עשרה אנשים ואחד אומר איני יודע אפילו הסכימו הט׳ כולם לדעת אחת אינו כלום והפסקים סותרים זו את זו. אכן למאי דפי׳ בסמוך ניחא דודאי גם הרמב״ם מודה דכשנתבררו עשרה לדון ביניהם ואחד אומר איני יודע דאין גומרין הדין באחרים דמאחר שהיה נראה דינו ליגמר בעשרה שוב אינו נדחה ואינו נגמר בט׳ אלא דוקא בעשרה וכן לעולם ולא קאמר הרמב״ם דאין משגיחין באותו שאומר איני יודע אלא היכא שישבו ג׳ ואחד אמר איני יודע והוסיפו ב׳ דנראה דינו ליגמר בד׳ הלכך גומרין אותו בד׳ ואין משגיחין באותו שאומר איני יודע כיון דבשעת ההוספה לא היתה הכוונה אלא שיגמר בד׳ וכדפי׳ ואין חילוק בענין זה בין סברת הרמב״ם לסברת הרשב״א אם נושאין ונותנין עם אותו שאומר איני יודע אם לאו דאף להרשב״א דאין נושאין ונותנין כי אם ד׳ מ״מ באותן ד׳ בעינן שיהיו כולם דנין בדבר ואם אחד מהן אומר איני יודע אין הדין נגמר בג׳ וכרבי אילא דירושלמי ומה שהיה צריך הרשב״א

לפרש בתשובתו שהטעם הוא לפי שאין הולכין אחר הרוב אלא כשרבו מתוך משא ומתן וכו׳ הוא ליישב דלא יהא קשה כיון דלא בעינן אלא ב״ד של ג׳ אמאי משגחינן באותו שאומר איני יודע ותירץ דמאחר שישבו עשרה מתחלה ע״ד שכולם ידונו אין גומרין הדין בפחות מאחר שאינו נושא ונותן עם הט׳ אלא דאכתי קשה לי הא דקאמר בגמרא קמ״ל דהאי דקאמר איני יודע כמאן דליתיה דמי ואי אמר טעמא לא שמעינן ליה דכיון דצ״ל דמאן דאמר איני יודע הוי נמי היכא דמראה פנים לחובה ומראה פנים לזכות דמש״ה מספקא ליה דאל״כ מאי האי דקאמרינן ואי אמר טעמא הלא לא קאמר מידי אלא איני יודע וכן פי׳ רש״י וכיון שכן א״כ גם הוא נושא ונותן בטעמו של דין ולמה כתב הרשב״א שאין הולכין אחר הרוב אלא כשרבו מתוך משא ומתן של כולם וכו׳ הלא באחד אומר איני יודע איכא נמי משא ומתן של כולם ונראה באין ספק דלא כתב הרשב״א דבר זה אלא אהיכא שנסתלק אחד מהם כמבואר בדבריו אבל היכא שאומר איני יודע אף על פי שגם הוא מראה פנים לזכות ולחובה ונושא ונותן עמהם אלא שאינו יודע להכריע אין גומרין את דינו באחרים ואין הולכים אחר הרוב מאחר שאין הדין נגמר בכל אותן שישבו מתחלה לדון ביניהם וכדפי׳ לדעת הרמב״ם מיהו למאי שהובא תשובת הרשב״א בספר כסף משנה וז״ל ב״ד של ג׳ שאמר אחד מהם איני יודע והוסיפו ב׳ ואחר כך אמר אחד מהד׳ איני יודע הדין נגמר על פי הג׳ הנשארים כאילו היתה תחלת ישיבתן בג׳ ואם ב׳ מהם אומרים זכאי או חייב ואחד אומר היפוכן הולכק אחר הב׳ שהם הרוב עכ״ל לפ״ז צריך לפרש דהרשב״א פסק כת״ק דרבי אילא דאף ע״פ שנראה דינו לגמור בד׳ גומרין אותו בג׳ ומחלק בין ישבו עשרה מתחלה לדון דהיתה הכוונה שכולם ידונו דדין אלו עשרה כדין ג׳ שישבו מתחלה דבאחד מהם שאומר איני יודע אין גומרין את הדין באחרים ובין כשמוסיפין ב׳ שלא היה צריך להוסיף כי אם אחד אלא דחוששין שמא יאמר איני יודע הלכך נגמר הדין בג׳ דאף על פי דישבו ד׳ לא היתה הכוונה שיהיה נגמר הדין דוקא בד׳ אלא הכוונה דאפילו בג׳ נמי יהא נגמר הדין כששנים יאמרו איני יודע וכת״ק דרבי אילא וחולק אדברי הרמב״ם מיהו בין כך ובין כך אין פסקיו של הרב בש״ע סותרין דאיך שיהיה דכשנתבררו מתחלה עשרה לדון דאם אחד אמר איני יודע אין גומרין את דינו בט׳ הנשארים דאף ע״פ דאין הרשב״א מודה לדינו של הרמב״ם לגבי הוספה דס״ל להרמב״ם דאין גומרין את הדין בפחות מד׳ וכדפי׳ אבל מכל מקום הרמב״ם מודה לדינו של הרשב״א להיכא שנתבררו מתחלה עשרה וכו׳ ומאי דמשמע מדברי הרב בהגהתו דלהרמב״ם היכא שנתבררו מתחלה עשרה לדון ואמר אחד מהן איני יודע דגומרין הדין בט׳ הנשארים הוא ודאי תימא גדולה ואולי לפי דמפי׳ רש״י משמע כך כדפי׳ לעיל חשב הרב דכך היא דעת הרמב״ם וליתא: ואיכא למידק דאמאי פסק הרשב״א בסתם דאינן יכולין לגמור את הדין ולא כתב דיוסיפו הדיינים ויש לומר דעיקר תשובתו סובבת על אחד שנסתלק אלא דאגב כתב דה״ה נמי היכא דאחד אומר איני יודע ואה״נ דבאומר איני יודע יוסיפו דיינים ועוד נראה עיקר דלשם מדבר דעשרה דיינים הוברוו משני הצדדים ואין להוסיף דיינים אלא בהסכמתם שלא אמרו שהבית דין מוסיפין אלא בב״ד של כ״ג ושל ג׳ דדנין בע״כ ולא בעינן דעת שני הצדדים וזה לא היה צריך לפרש דאם יסכימו על ההוספה דמוסיפין דדבר פשוט הוא שכאשר יסכימו שניהם כן יקום ולא היה צריך להשיב אלא דאותם ט׳ אינן יכולין לגמור הדין בע״כ של בעלי דינים: כתב בהגהות אשיר״י פרק קמא דסנהדרין ג׳ שישבו לדין וסילק האחד את עצמו אין הב׳ יכולין לגמור הדין כיון דמעיקרא אדעתא דתלתא יתבי עכ״ל אלא דמחלק דדוקא מקמי דידעי להיכן הדין נוטה אבל לבתר דידעי להיכן הדין נוטה הו״ל גמר דין ויכול להסתלק והשנים יפסקו הדין דסבירא ליה כסברת התוס׳ לעיל בסימן י״ב דכיון דהסכימו יחד שכך הדין כבר נגמר הדין בג׳ אף על גב דלא אמרו איש פלוני אתה חייב ועיין במ״ש לשם בס״ד. ובתשובת הרשב״א שהביא בית יוסף סוף סימן י״ג מבואר דהוא הדין בהוברוו מתחלה עשרה אנשים ונסתלק האחד דאין הט׳ יכולין לגמור ובזו ודאי הכל מודים אלא דמה שכתב עוד הרשב״א באותה תשובה דבאחד אומר איני יודע נמי אין יכולין הט׳ לגמור את הדין סבירא ליה להרב בהגהת ש״ע דחולק הרמב״ם וסבירא ליה דלא משגחינן בההיא דאמר איני יודע והעיקר כדברי הרמב״ם ולפע״ד אינו כן אלא ליכא מאן דפליג אהרשב״א דאף באומר איני יודע מודה הרמב״ם דאין גומרין הדין על פי האחרים כיון שנבררו מתחלה כל העשרה וליכא מאן דפליג אהא אלא לגבי הוספה הוא דפליגי הרמב״ם והרשב״א בתשובה שכתובה בכ״מ ובזו העיקר כדעת הרמב״ם דהלכה כרבי אילא בירושלמי וגם רבינו הביא דבריו והכי נקטינן דבהוספה הראשונה אין גומרין את הדין אלא בד׳ וכן לעולם וכו׳ וכדפרישית בסמוך באריכות: כתב הרשב״א בתשובה ומביאה ב״י סוף סימן י״ג דכשהוברוו אנשים למצוא דרך פשר בין יחידים שעברו על תקנת הקהל ובין הקהל אין הולכים בזו אחר הרוב אם לא פירשו שילכו אחר הרוב דאין רוב אלא בב״ד כלומר היכא שישבו לדון בתורת בית דין לדין גמור:

סימן יט

א אחר שנשאו ונתנו בדבר מכניסין בעלי הדינין ה״א סוף פרק זה בורר דמכניסין אותם לבעלי דינין אבל א״צ להכניס את העדים כדי שיעידו שניהם כאחד דהלכה כרבי נתן דשומעין דבריו של זה היום וכשיבא חבירו למחר שומעין את דבריו וגומרין את הדין על פיהם אף על פי שלא העידו כאחד והלכך אע״פ שהדיינים היו בודקין כל אחד מהעדים בלבדו ולא העידו כאחד א״צ להכניסם כדי שיעידו כאחד: ומ״ש והגדול שבדיינים וכו׳ פי׳ לעולם

הגדול אומר איש פלוני אתה חייב וכו׳ ואף על פי דלפעמים חבריו נמנו ורבו עליו ונמצא כשהוא אומר פלוני אתה חייב וכו׳ הפך דעתו מיחזי כשיקרא והיה ראוי שהדיין שהועמד הדין על פי דעתו הוא יפסוק הדין ואף על פי שאינו גדול ואפילו הכי צריך דלעולם הגדול שבדיינים הוא אומר פלוני אתה חייב ואף על פי שהוא הפך דעתו והטעם כדי שלא ידע אחד מבעלי דינים איזה דיין חייב ואיזה זיכה שאם ידע יהיה כאן משום לא תלך רכיל בעמך ולא חיישינן למיחזי כשיקרא אף לריש לקיש דחייש להכי בכתיבת הפסק בסמוך כתיבה שאני דמה שכותבין פלוני בא לב״ד פלוני ויצא זכאי משמעו דמכולו ב״ד יצא זכאי ומיחזי כשיקרא אבל אמירת פסק איש פלוני אתה זכאי משמעו זכאי או חייב על פי הרוב והכי מוכח מלשון רבינו דכדי שלא ידע וכו׳ צריך שהגדול יאמר פלוני אתה זכאי וכו׳ ולא כפי׳ ב״י דכדי שלא ידע וכו׳ הוא נתינת טעם על מה שמוציא בע״ד לחוץ דא״כ לעיל בסימן י״ח אצל ומוציאין כל אדם לחוץ הו״ל לפרושי האי טעמא אלא ודאי הא פשיטא היא שלא יהיו בע״ד אצל משא ומתן כדי שלא ידעו ולא היה צריך לפרש אלא כאן צריך לפרש טעם שהגדול אומר כדפי׳. מיהו ברמב״ם סוף פרק כ״ב מה״ס משמע שפיר שהוא ג״כ נתינת טעם על מה שמוציאין לבעלי דינים לחוץ וכן כתב בביאור בפירוש המשניות סוף פרק זה בורר׃

ב ואסור לדיין לומר וכו׳ כתב מהר״א שטיין בלאוין סימן ט׳ גם בכלל לאו זה דלא תלך רכיל שלא יאמר אחד לנדון הדיין עשה לך שלא כדין במה שחייב אותך כדאמרינן בהגוזל קמא בההיא מגרומתא דאתא לקמיה רב׃

ג שאל אחד מבעלי דינין שיכתבו לו פסק דין בסוף פרק זה בורר מכתב היכי כתבינן וכו׳ ופי׳ רש״י היכי כתבינן פסק דין במקום שיש מחלוקת ונטו אחרי הרבים עכ״ל. ואיכא לתמוה למה כתב רבינו והרמב״ם סוף פרק כ״ב מהלכות סנהדרין שאל וכו׳ הוה ליה לומר באו לכתוב פסק דין כלשון הגמרא ולהרמב״ם יש לתרץ דלפי דבפ״ו לא כתב דכותבין ונותנין לו כששאל מאיזה טעם דנוהו אלא היכא שלא רצה לדון לפני אלו הדיינים שמא יטעו ויוציאו ממון שלא כדין וכפו אותו לדון לפניהם התם הוא דכותבין ונותנין כששאל מהם דשמא טעו ומשמע אבל בעלמא אין כותבין ונותנין אפי׳ שאל לכך הוצרך להורות כאן דבעלמא נמי כותבין ונותנין אם שאל אבל רבינו שכתב דין זה למעלה בסימן י״ד לא היה צריך לכתוב כאן שאל וכולי ויש לומר דהאמת נקט רבינו וכיון דאין צריך לכתוב ליצא חייב בדלא שאל אלא א״כ דהדיין רואה שהבעל דין חושדו שנוטה הדין כנגדו כדכתב לעיל בסימן י״ד וכאן לא מיירי בחשדו אלא במן הסתם לכך כתב שאל אחד מבעלי דינים דבין אותו שיצא זכאי ובין שיצא חייב א״צ לכתוב לו אלא אם כן שאל׃ ואחר שקבלו הדין וכו׳ כן כתב הרמב״ם ס״פ כ״ה מהלכות סנהדרין אלא שכתב דמתרין בו בה״ב ורבינו לא כתב מתרים אלא ממתיני׳ לו בה״ב ונראה דקיצר במובן דמסתמא ודאי מתרים בו בה״ב דאם לא כן למה לא אמר ממתינין לו שמנה ימים אלא נקט בה״ב דמתרין בהם וה״א בגמרא פרק אלו מגלחין מתרין בו בה״ב וב״י הביאו והקשה ב״י דבגמרא לשם אמרו מנדין ושונין לאחר ל׳ ומחרימין לאחר ששים וא״כ למה כתב הרמב״ם ורבינו דמחרימין לאחר ל׳ ונדחק ביישוב זה ולי נראה פשוט דהם מפרשין הך סוגיא במסרב שיוצא מב״ד ואומר בפי׳ שאינו רוצה לשלם דכותבין תחלה אדרכתא ואם אין מוצאין לו נכסים מתרין בו בה״ב ואחר כך מנדין ושונין לאחר ל׳ ומחרימין לאחר ס׳ וכדכתב רבינו לקמן בסימן ק׳ אבל כאן מיירי שלא היה מסרב בפירוש אלא קבל הדין והלך ולא שילם דינו כמו שכתב כאן וד׳ חילוקין איכא בדין זה כמו שאכתוב בסימן ק׳ ובסימן צ״ח בס״ד׃ כתב ב״י דאם לא קבל עליו את הדין היינו אפיקרותא ומנדין אותו לאלתר ופשוט הוא דאין זה אלא באומר איני מקבל עלי מה שפסקו הדיינים וכיוצא בזה שהפקיר בב״ד דגרע ממי שאומר שאינו חושש על גזירת ב״ד כדלעיל בסימן י״א ולא דמי למסרב שאינו עושה ציווי ב״ד שאינו אומר אלא שאינו רוצה לשלם שאינו מדבר כנגד פסק הדיינים אלא ששונא למלוה ולא ישלם לו דיש לו דין אחר כדלקמן בסימן ק׳ וכדפי׳׃

סימן כ

א מי שנתחייב בדין וכו׳ משנה סוף פרק זה בורר כל זמן שמביא ראיה סותר את הדין וכתב במרדכי שם נשאל לרבי׳ מאיר עד כמה יכול לסתור את הדין והשיב נראה לי דלא קבעו חכמים שום זמן לדבר כדתנן כל זמן שמביא ראיה סתר את הדין עכ״ל וזהו שאמר רבינו אפילו אחר כמה ימים דמדברי הר״ם למד כך אך מה שכתב אפילו אם פרע לא ידענו מניין לו דמאי דקאמר בגמרא דאפילו דיעבד מהדרינן עובדא היינו היכא דעבדו כחכמים בקבעו לו זמן ל׳ יום וחייבוהו לשלם כשלא הביא עדיו תוך שלשים יום וכתבו לו פסק דין על זה אבל היכא דכבר פרע מנא לן דמהדרינן עובדא ובירושלמי נמי מייתי תרתי עובדא דאתיין לקמיה דרבי אליעזר ופסק דאף לאחר גמר דין סותר ופריך ולמה תרין עובדין ומשני בקמייתא לא איתעביד ליה גזר דין ובבתרייתא איתעביד ליה גזר דין וכתב המרדכי איתעביד ליה גזר דין פירוש נתנו לו פסק דין עכ״ל וברמב״ם פרק ז׳ נמי לא כתב אלא סותר את הדין וחוזר הדין אף על פי שכבר נגמר הדין מכל מקום היכא דפרע לא שמענו ואפשר דרבינו משמע ליה סתמא דתלמודא דידן ודירושלמי דבכל ענין קאמר ואפילו כבר פרע ואפשר לדקדק כך מדברי הרמב״ם דמדכתב בתחלת הפרק וזה לשונו נגמר הדין והוציא ממון בדין זה וכו׳ אם כן מה שכתב בסוף הפרק סותר הדין וחוזר הדין אף על פי שכבר נגמר הדין וכו׳ סתמו בסוף הפרק כפירושו בתחלת הפרק דנגמר הדין והוציא ממון קאמר שוב מצאתי כך

להדיא בדברי בעל המאור לשם אהא דקאמר תלמודא הא קמ״ל בההיא אין הלכה כרשב״ג וכו׳ דאפילו כבר פרע נמי סותר והרמב״ן לא השיג עליו בזה והכי נקטינן: אבל אם א״ל להביא עדים או ראיה ואמר אין לי אף ע״פ שמצא אח״כ לאו כלום הוא ואצ״ל וכו׳ משנה שם ובזו הלכה כחכמים ופי׳ רש״י הטעם שהרי אמר אין לי וחיישינן שמא זייף או שכר עדים ומשמע דאפילו מצא אותם קודם גמר דין אינו כלום דחיישינן שמא זייף וכו׳ וכ״כ במרדכי שקבל כך מרבינו יקר והשתא ניחא הא דקאמר ואצ״ל וכו׳ פי׳ דאפילו היכא דלא חייבוהו ב״ד וגם לא מצא בתוך אפונדתו אלא שמצא אחר כך אינו כלום ואצ״ל היכא דחייבוהו ב״ד וגם הוציאה מאפונדתו דפשיטא דאינו כלום ואיכא למידק למה כתב הדין בדרך ואצ״ל וכו׳ ולא כתב בדרך לא זו אף זו כמ״ש בתחלת הסימן וגם על הרמב״ם שלקח רבינו לשון זה מדבריו קשיא ונ״ל דבהוציאה מתוך אפונדתו אפילו נותן אמתלא מקובלת למה אמר תחלה אין לי עדים ואין לי ראיה נמי אין שומעין לו וז״ש הרמב״ם ואין משגיחין על עדיו ועל ראייתו כלומר דאין מקבלין ממנו שום אמתלא אפילו קרובה ומקובלת משא״כ באומר אין לי עדים ואין לי ראיה ומצא אחר כך דאם נותן אמתלא מקובלת ה״ז סותר את הדין וז״ש הרמב״ם בסוף דין זה וכל זמן שיכול לטעון ולומר מפני כך וכך אמרתי אין לי עדים וראיה והיה ממש בדבריו ה״ז לא סתם טענותיו וסותר ולא קאי אלא אמצא אח״כ ראיה ועדים דאילו בהוציא מאפונדתו וקרבו איש פלוני ופלוני והעידוני אין משגיחין עליו כלל ואין מקבלין ממנו שום אמתלא אפילו היה ממש בדבריו כדפרישית: כתב הרא״ש בתשובה כלל ו׳ סימן ט״ו וכלל י״ג סימן י״ט דתרתי בעינן ששאלוהו אם יש לו ראיה והשיב ואמר אין לי ראיה אבל אם לא שאלוהו אפי׳ אמר אין לי ראיה א״נ שאלוהו ושתק ה״ז סותר ולא אמרינן שתיקה כהודאה דמיא ומשמע ודאי דכך הדין במוציא ראיה מתוך אפונדתו ע״ש: בד״א שהיה הראיה אצלו וכו׳ פי׳ שהיתה הראיה אצלו בביתו אבל אם היתה אצל הנפקד אף ע״פ שהיה הנפקד בעיר אלא שבא אצל זה וגילה לו שראייתו היא אצלו והכי מוכח מל׳ הסמ״ג ס״ס צ״ד בעשה שכתב כלשון הרמב״ם והשמיט מלת ובא אבל ודאי דלשון ובא שכתב הרמב״ם נמי פי׳ כך דאין ר״ל שהנפקד לא היה בעיר אלא דעכשיו בא אלא כלומר שבא אצל זה וגילה לו שראייתו היא אצלו כדפי׳ ואיכא לתמוה על מ״ש רבינו או שהיו שטרותיו מופקדים ביד אחרים דמשמע אפילו בשטרות שלו ותלמודא לא קאמר אלא בשטרות של אביו המופקדים וכך הוא ברי״ף ורמב״ם וסמ״ג והרא״ש וכ״כ בתשובה כלל י״ג סימן י״ט וז״ל ומה שטענו הקהל ורצו לדמותן להההיא דסקיא של אביו לא דמי דהתם איירי ביורש וכו׳ והביאו ב״י ונ״ל דרבינו דקדק בלשון הרמב״ם שכתב ומפני מה סותר שיכול לטעון ולומר זה שאמרתי אין לי עדים אין לי ראיה מפני שלא היו מצויים אצלי וכו׳ והשתא אי איתא דדוקא ביורש שאינו יודע במילי דאבוה וכו׳ כדכתב הרא״ש בתשובה הו״ל להרמב״ם לכתוב הטעם מפני שלא היה יודע אלא ודאי דאף בשטרות שלו נמי יכול לומר זה שאמרתי אין לי הוא מפני שלא היו מצויין אצלי ודיסקיא של אביו דנקטו בגמרא ובפוסקים לאו דוקא אלא אורחא דמילתא נקטו והכי נקטינן וכ״כ המרדכי וז״ל או שהיתה דיסקיא שלו מופקדת וכו׳ ודלא כהרא״ש בתשובה: כתב במרדכי ובלבד שיעידו עדים שמצא זה בדסקיא עכ״ל ולאו דוקא בדסקיא אלא אפילו כשהיה זה השטר מופקד בלבדו ביד אחרים יכול לטעון זה שאמרתי אין לי ראיה מפני שלא היה מצוי אצלי שהרי אף בשטרות שלו שהיה יודע בהן יכול לטעון כך לדעת המרדכי כדפי׳ ואם כן מה לי דסקיא מה לי אותו שטר בלבדו ולא כמה שפי׳ מהר״ר ולק כהן: ומ״ש רבינו שמ״ש אין לי עדים וראיה ר״ל אין לי עדים וראיה מצויין בידי וכו׳ הוא ל׳ הרמב״ם אלא דלשם כתב ה״ז לא סתם טענותיו וכו׳ והוא לשון הגמרא לעולם מביא ראיה וסותר עד שיסתתם טענותיו וכן הוא באלפסי ואין ספק דאנן לא טענינן ליה הכי דהא בעינן שיהא ממש בדבריו שיתן אמתלא מקובלת כדפי׳ לעיל ורבינו קיצר בזה: וכתב הרמ״ה אפילו הוא גדול בשעת העמדתו בדין וכו׳ וכ״כ הרמב״ם נראה דהם ז״ל מפרשים הך עובדא דס״פ ז״ב בההוא ינוקא דתבעוהו לדינא קמיה דר״נ וכו׳ דא״א לפרש קטן ממש דהא אין נזקקין לקטן ותו דאין מקבלין עדות שלא בפני בע״ד וקטן כמאן דליתא דמי וכך הקשו בתוס׳ והגהות אשיר״י ולא ניחא להו פי׳ ר״ת דר״נ לטעמיה דנזקקין להן גם לא כפי׳ הריב״ן דבהגי״א דמיירי בקטן בן דעת ויודע בטיב משא ומתן דפשטא דשמעתא משמע דאין נזקקין לקטן כל עיקר ואין חילוק בין קטן לקטן והלכך פירשוה דפי׳ ההוא ינוקא כלומר שהיה קטן כשמת אביו אבל בשעה שהיה דן לפני ר״נ היה גדול והיה דן על הנכסים שהניח לו אביו כשהיה קטן ולפ״ז אין מקום להשגת הרא״ש בפסקיו על פי׳ זה דהבין מלשון ההוא ינוקא דמיירי דבשעה שהיה דן היה קטן וכפר״ת וריב״ן וליתא לפי דעת הרמ״ה והרמב״ם וכן הוא דעת מהר״ם בת״מ לס׳ משפטים סימן חמשים לחלק בין גדול שהיה קטן כשמת אביו לבין שהיה גדול כשמת אביו והמרדכי מביאו קצת פז״ב והכי נקטינן וא״ת למה נשתנה דין קטן מדין גדול כשסתם טענותיו ואמר אין לי עדים כלל לא הנה ולא במדינת הים וכו׳ דבקטן סותר ובגדול אינו סותר וי״ל דקטן אינו יודע כל ראיות מורישו והלכך אפילו יסתתם טענותיו סותר משא״כ בגדול דאינו סותר אלא היכא שיכול לטעון זה שאמרתי אין לי מפני שלא היה מצוי אצלי דאע״פ שהיה יודע בהן סותר כיון שלא סתם טענותיו אבל היכא דסתם טענותיו שוב אינו סותר דלא מצי למימר לא ידעתי כיון שגדול היה כשמת אביו וק״ל ודלא כמהר״ו כהן: כתב במרדכי ס״פ ז״ב קטן שבאו עדים ואומרים ששטרות של אביו היו בידו וידע בהן כשירד לדין איכא לאסתפוקי אם יש לו דין קטן וע״ש אבל בהגהות ש״ע פסק דדין גדול יש לו:

סימן כא

א כתב הרמב״ם מי שקנו מידו וכו׳ ונראה דה״פ ל״מ היכא דהנתבע פסקו לו שבועה שיהא פטור והתובע שואל ממנו השבועה וקנו מידו וכו׳ דהתם ודאי כיון דאין הדבר תלוי בו לבדו שהרי קנו מיניה שאם לא יבא לז״פ וישבע שיהא חבירו נאמן בטענותיו הרי חל הקנין אדעת חבירו אלא אפילו בתובע נשבע ונוטל דתלוי בדעתו לבדו כל אימת שישבע יטול ואפ״ה אם קנו מידו תו לא מצי למימר אשבע ואטול לאח״כ אלא אבד זכותו מיד ואין נותנין לו זמן יותר כדכתב הרשב״א בתשובה הביאה ב״י בסימן י״ט ובסימן כ׳ ודלא כפירוש מהר״ו כהן: ואם הביא ראיה שהיה אנוס וכו׳ כתב בסמ״ג ומביאו ב״י וז״ל כן הורו הגאונים וכן ראיתי בירושלמי דקידושין בענין אדם המתנה אם לא אעשה לך כך וכך ביום כו׳ יהא כך אירע לו אונס רבי יוחנן אומר אונסא כמאן דלא עבד וריש לקיש אמר אונסא כמאן דעבד והלכה כר״י לגבי ר״ל וכ״כ בהגהת מיימוני ספ״ז דה״ס וראייה זו תמוה דהא משמע דר״י סבר דאין חוששין לאונסו וכיון דלא נתקיים התנאי אף המעשה בטל כאילו לא היה מקיים ברצון דדין האונס כדין הרצון ואם כן איפכא שמעינן ליה מהתם ותו יש לתמוה דבירושלמי לשם מדבר במקדש ע״ת ונאנס וס״ל לר״י דלא דמו קידושין לגירושין דאע״ג דבגירושין אם נאנס ולא נתקיים התנאי לא הוה גט מדינא שאני התם דאין הדבר תלוי אלא בו אינו גומר לגרש אלא א״כ שיעבור ע״ת ברצון אבל לא באונס אבל בקידושין דבעינן נמי דעת האשה הרי אינה מסכמת בקידושיו אא״כ יתקיים התנאים וכל שלא נתקיים אינה מתרצה בקידושיו ואע״פ שנאנס וכן פי׳ הר״ן פרק האומר וב״י רמזו בא״ע תחלת סימן ל״ח ולפי זה ליכא ראיה מקידושין לד״מ מיהו למאי דפי׳ דכשהתובע שואל השבועה מהנתבע וקנו מידו וכו׳ דהקנין הוא נמי ע״ד חבירו דמיא להיא דקידושין ומ״מ הקושיא הראשונה בתקפה היא. ונלפע״ד דטעות סופר הוא בסמ״ג וצריך להיות במקום מלת וכן מלת אכן וטעמו להשיג על הוראות הגאונים דבירושלמי משמע בהפך דאין חוששין לאונסו מאחר דאין הדבר תלוי בו בלבדו אלא תולה גם בדעת חבירו וכדפי׳ מיהו היכא שהתובע נשבע ונוטל חוששין לאונסו אף לפי הירושלמי דלא דמי לקידושין אלא לגירושין ועכ״ז אפשר ליישב דלא קשיא אדעת הגאונים והרמב״ם דשאני קידושין דאנן סהדי דאין האשה מסכמת בקידושיו אא״כ יתקיים התנאי וכל שלא נתקיים אע״פ שנאנס אינה מתרצה בקידושיו דאל״כ תהיה עגונה שתהא חוששת שמא נאנס אבל הכא לגבי שבועה הדעת מכרעת שגם התובע ששואל השבועה מהנתבע מסכים הוא בדבר שאם יהא אונס שיהיה פטור מקנין זה וכו׳ ואין כאן השגה מהירושלמי ונתקיימו דברי הגאונים והרמב״ם ז״ל: ומ״ש ה״ז פטור מקנין זה וישבע כשיתבענו חבירו וכו׳ נראה דרבותא קאמר דאע״פ דהקנין היה ע״ד חבירו שהיה שואל ממנו השבועה אפ״ה פטור מקנין זה וישבע כשיתבענו חבירו שהרי היה אנוס ואצ״ל היכא שהתובע נשבע ונוטל וקנו מידו וכולי דאין הדבר תלוי אלא בו דפשיטא דאם היה אנוס פטור מקנין זה וכדפי׳ בסמוך ודלא כמ״ש מהר״ו כהן: ואיכא למידק דמשמע דוקא בקנו מידו אבל בלא קנו מידו לא דהוה אסמכתא וכ״פ המרדכי רפ״ק דסנהדרין ע״ש מהר״ם על מי שקבעו לו זמן להזמין הדיינים לדין וכו׳ ותימא הלא לדברי הכל אין הקנין מבטל האסמכתא אא״כ קנו מיניה בב״ד חשיב וכאן פסקו הגאונים בסתם דבקנו מידו סגי ונ״ל דדוקא במי שמחייב עצמו בממון אם לא יעשה כך וכך הדבר ידוע שאינו חייב כלל באותו ממון לא גמר ומקנה אם לא בקנין בב״ד חשוב אבל כאן אין הדבר ידוע שאינו חייב לו שהרי צריך לישבע תחלה וכן בנשבע ונוטל אין הדבר נודע שיש לו זכות באותו ממון אא״כ נשבע תחלה הלכך אפילו בקנין גרידא מסתלק מאותו זכות ולא בעי ב״ד חשוב ולא מעכשיו אלא בקנו מידו סגי ודמי לנאמן עלי אבא וכו׳ דבסמוך דסגי בקנו מידו גרידא וה״ט דמהר״ם שבמרדכי באותו שרצה להזמין לדיינים וכו׳ דכיון שלא היה הדבר ברור שחייבים לו כלום בקנין גרידא סגי והשתא ניחא דמביא ראיה לשם מההיא דנאמן עלי אבא וכו׳ וב״י מביאו ג״כ בסימן שאחר זה אצל נאמן עלי אבא וכו׳ ומיהו בקיבל עליו בדברים בעלמא בלא קנין פשיטא דיכול לחזור בו כיון שלא קיבל עליו כך בפני ב״ד לא גמר ומקנה ואינו אלא אסמכתא והא דכתב הרשב״א בתשובה סימן תתצ״ט ומביאו ב״י בסימן י״ו וז״ל אין לב״ד כח לקבוע זמן שלא יוכל לחזור ולטעון שאפילו מתפיס זכיותיו בב״ד אמרו דלא מהני אא״כ קנו מיניה בב״ד חשוב עכ״ל אלמא דבקנו מיניה דלא יועיל שוב טענתו לאחר זמן שקבעו אינו כלום עד דקנו מיניה בב״ד חשוב וזה סותר דברי הרמב״ם ומהר״ם דלעיל דבכל כיוצא בזה סגי בקנין גרידא ולא בעינן ב״ד חשוב יש ליישב ולומר דהרשב״א מדבר באותו שמברר טענותיו והדבר ידוע שהלה חייב לו ע״פ זכיותיו וטענותיו בהא ודאי בעינן קנין בב״ד חשוב שלא יוכל לחזור ולטעון וכל זה דלא כמהר״ו כהן:

סימן כב

א מי שקבל עליו קרוב או פסול וכו׳ משנה ר״פ ז״ב נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך נאמנים עלי ג׳ רועי בקר ר״מ אומר יכול לחזור בו וחכ״א אינו יכול לחזור בו ומסקנא דגמרא דבקנו מידו לר״מ נמי אינו יכול לחזור בו דאין לאחר קנין כלום ובלא קנו ולפני ג״ד יכול לחזור בו אפילו במחול לך ואפילו לרבנן ולא פליגי אלא בלאחר ג״ד ובאתן לך והלכה כחכמים דאינו יכול לחזור בו וכן הוא דעת הרמב״ם בפ״ז מה״ס ומוכחת הסוגיא לשם בהא דמשני תני עדו ופריך עלה מאי קמ״ל דמצי הדר ביה תנינא א״ל נאמן עלי אבא וכו׳ דאין חילוק בין עדות לדין ע״ש (בדף כ״ג) והכי מוכחת הסוגיא בסוף (דף

כ״ה) וכן נראה לשם באלפסי ואשירי וכ״כ הריב״ש בתשובה סימן ת״צ בשם המפרשים ומביאו ב״י בתחלת סימן ל״ג: לשון הרמב״ם נגמר הדין והוציא ממון וכו׳ ונראה שאפי׳ לא הוציא ממון וכו׳ הרב ב״י הסכים לדברי רבינו ונסמך על מ״ש נ״י בר״פ מרובה דלאו דוקא נקט הוציא ועוד כתב דנראה לפרש דה״ק דכיון שנגמר הדין הו״ל כאילו הוציא וכו׳ ולכן בש״ע השמיט הרב מלשון הרמב״ם ולא כתב רק נגמר הדין יכול לחזור כו׳ ולפעד״נ דדברי הרמב״ם ברורים וישרים דלא אמרינן פ׳ אתה זכאי וכו׳ הוי ג״ד אלא לענין דאסור לבצוע כדלעיל סימן י״ב וכן לענין עמידה כדלעיל סי׳ י״ז אבל לענין חזרה לא הוה ג״ד אלא א״כ א״ל צא תן לו כדאיתא פ״ק דמציעא תחלת (דף י״ו) ולכן כתב הרב ונגמר הדין והוציא וכו׳ לאוריי דלא סגי בא״ל פ׳ אתה חייב אלא בעינן דהוציא ממון וכו׳ דאה״נ דבאמר צא תן לו סגי כאילו הוציא ממון וכן אם נתנו לו פסק דין בידו אלא לרבותא אשמועינן דאפילו בא״ל פלוני אתה חייב והתובע בעצמו הוציא ממון עפ״ז בדין הפסול הזה נמי אינו יכול לחזור דבזו נמי הו״ל ג״ד ואצ״ל בא״ל צא תן לו או נתנו לו פסק דין בידו אבל היכא דליכא לא זה ולא זה וגם לא הוציא מידו אלא שאמר ליה פלוני חייב ליתן לו לא הוי ג״ד ויכול לחזור וכך הוא דעת התוס׳ בפ״ק דמציעא ובפרק מרובה תחלת (דף ס״ט) לחלק בין לבצוע דאסור להטעות את הזכאי הואיל וזכותו ידוע במקצת שהרי אמרו פ׳ זכאי ופ׳ חייב לבעלמא דלא הוה ג״ד עד שא״ל צא תן לו וכ״כ נ״י בפרק מרובה בשם מפרשים וכך נראה עיקר לענין דין. אבל לענין עדות צ״ע דבר״פ שבועת העדות קאמר בגמרא לחד לישנא דקבלת עדות כג״ד דמי וכ״פ הריב״ש בתשובה סימן ת״צ וכ״כ המרדכי פרק זה בורר וה״ר ירוחם ע״ש מהר״מ וכן הוא בתשובת הרשב״א סימן תתס״ח ולפי הנראה לשם תשובת הר״ם הוא וגם היא נדפסת בתוך תשובת מהר״ם סימן תש״ח בדפוס פראג מחדש. מיהו ההיא דשבועת העדות יש לדחות דהתם לענין עמידה קאמר דקבלת העדות הוי ג״ד ובעי׳ ועמדו שני האנשים אבל לענין חזרה לא מיקרי ג״ד עד שיתבררו לדיין כל צדדי חיוב כגון שא״ל צא תן לו או נתנו בידו פסק דין או הוציא ממון בעדות זו הפסול וכ״כ המרדכי גופיה אחר זה בשם מהר״ם באחד שאמר נאמנת עלי אשתך ואם היא תאמר שלא פרעתיך אפרע לך וכו׳ וההיא תשובה דמהר״ם סותרת הראשונים ולכאורה יש לנו לתפוס דעת הרמב״ם דכ״כ הסמ״ג וכ״כ נ״י בר״פ מרובה ור״פ ז״ב ודלא כתשובת הריב״ש עוד אפשר ליישב הני תרתי תשובות דמהר״ם דסתרי אהדדי והוא דמהר״מ מספקא ליה אי קבלת עדות הוי כג״ד לענין חזרה אם לאו ולפיכך בההוא נתבע דאמר נאמנת עלי אשתך וכו׳ דהו״ל אתן לך פסק דיכול לחזור בו אף לאחר קבלת עדות כיון שלא נגמר דינו לומר צא תן לו ומה שפסק תחלה דכיון שהעידו העדים הוי כג״ד ואינו יכול לחזור בו איירי שהתובע קבל עליו קרוב או פסול לעדות ואמר שאם יעיד כדבריו מחול לך התם מיד שהעיד הוי כג״ד ואינו יכול לחזור ואע״ג דהר״ם הביא ראיה מתוספתא דתני בה נאמן עלי אבא וכו׳ יכיל לחזור בו עד שישמע מפי הדיינים דר״מ וחכ״א אינו יכול לחזור משהועד עדות וכבר איפסיקא הילכתא דקי״ל דבין במחול לך בין באתן לך מחלוקת והלכה כחכמים. נלפע״ד דליתא להההיא תוספתא דהא תני בדר״מ עד שישמע מפי הדיינים ולמסקנא דתלמודא דידן אף לאחר שישמע מפי הדיינים יכול לחזור בו אליבא דר״מ. וצריך לומר דמהר״ם לא הביא תוספתא זו אלא לסעד בעלמא מדתני בדחכמים משהועד העדות ולא אשכחן בתלמודא דידן בהפך אבל ודאי דליכא ראיה גמורה מהך תוספתא דאיכא למדחי ולמימר בדותא היא ותו דבתוספתא שבידינו לא תני בה משהועד העדות אלא סתמא תני בה וכ״א אינו יכול לחזור בו הלכך ליכא ראיה מתוספתא זו והלכך במחול לך דוקא פסק מהר״ם דקבלת עדות הוי ג״ד אבל באתן לך לא הוי ג״ד עד שישמעו מפי הדיינין פסק דין גמור צא תן לו. שוב מצאתי בתשובת מהר״ם הנדפסים מחדש שזאת התשובה בההוא דאמר נאמנת עלי אשתך היא מיוחסת לראב״ן והשתא פליג מהר״ם אראב״ן ואעפ״כ נלפע״ד דכיון דפלוגתא דרבוותא היא דכך ראוי להורות גבי קבלת עדות כדפי׳ ובקבלת דין נמי במחול לך הוי ג״ד באומר איש פלוני אתה חייב אבל באתן לך לעולם חוזר עד שישמעו מפי הדיינים צא תן לו או נתנו לו פסק דין או שא״ל חייב אתה ליתן לו והוציא ממון על פי זה וכן נראה דעת ר״ת כמ״ש המרדכי לשם וז״ל וג״ד היינו איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב וכן אם פסקו לישבע י״מ דוקא כשנשבע או כבר נתן על פיהם וכן פירש רבינו תם ורואיה מפ״נ גבי עבדי גנבת וכו׳ לפי גירסת ספרים דגרסינן ונשבע אינו יכול לחזור משמע דקודם השבועה יכול לחזור בו כל זמן שלא נשבע ה״נ באתן לך יכול לחזור בו וכו׳ הרי דמדמה אתן לך לחיוב שבועה דכי היכי דלגבי שבועה יכול לחזור בו כ״ז שלא נשבע ה״נ באתן לך יכול לחזור כ״ז שלא נתן הממון והיינו באומר איש פלוני אתה חייב כמ״ש בתחלת דבריו אבל באומר צא תן לו או נתנו בידו פסק דין לא בעי נתינת ממון וכדפי׳ ואע״ג דכתב הרא״ש בפרק קמא דמציעא דאין המון עם מפרישין ומבדילין בין צא תן לו ובין חייב אתה ליתן לו הכל נראה להם פסק דין היינו דוקא לענין שיוכל הלה לטעון פרעתי דמצי אמר אני הבנתי שחייב אתה ליתן לו הוי נמי פסק דין גמור ופרעתיו אבל לענין חזרה הדבר תלוי בלשון הדיין דכיון דלא נתבררו לו כל צדדי החיוב ולא א״ל כי אם חייב אתה ליתן לו כלומר רואה אני שהחיוב יהא עליך מצי לחזור וכדפי׳ וזה פשוט דאין חילוק בין איש פלוני אתה חייב ובין חייב אתה ליתן לו דאל״כ לא היה מקום לקושיית התוס׳ פ״ק דמציעא ור״פ מרובה והוא מה שהקשה נ״י בשם המפרשים ע״ש:

ג והא דמהני קבלת פסול דוקא שקבלו במקום אחד וכו׳ כך פי׳ התוס׳ והרא״ש ריש פרק זה בורר דהא דא״ר דימי כגון דקבליה עליה בחד אמילתיה דחכמים קאי דאמרי דאינו יכול לחזור ואשמועינן דדוקא דקבלי׳ עליה בחד דליכא אלא חדא לריעותא וכו׳ וכ״כ האלפסי והמרדכי שם ודלא כפי׳ רש״י

דרב דימי אדר״מ קאי דאמר יכול לחזור דלרבנן אפילו קבלו בתרי אינו יכול לחזור וסד״א דר״מ נמי דוקא בקבלו בתרי קאמר דיכול לחזור אשמועינן רב דימי דאפילו קבלו בחד נמי יכול לחזור לר״מ אבל לרבנן דהלכתא כוותייהו אפילו קבלו בתרי אינו יכול לחזור וכן פסק הרמב״ם דליתא:

ד ומ״ש וא״א הרא״ש כתב דלא בעי קנין וכו׳ כ״כ הרא״ש לשם אדברי האלפסי וז״ל וההיא דשבועות מהימנת עלי כבי תרי כל אימת דאמרת לא פרענא וכו׳ אפילו קנין לא בעי דכיון דקבל עליו הלוה וכו׳ עד אלא קבלה ואיכא לתמוה טובא אדברי רבי׳ דמשמע דמפרש לדברי הרא״ש דבא״ל מהימנת לי כבי תרי כל אימת דאמרת לא פרענא אפילו א״ל שלא בשעת הלואה ובלא קנין סגי ודלא כהרמ״ה ולא ידעתי אנה מצא כך בדברי הרא״ש שהרי הרא״ש לא בא אלא להשיב על האלפסי שאמר דבקבל עליו קרוב או פסול כבי תרי וקנו מיניה לא מצי הדר ביה כי היכי דאמרינן בא״ל מהימנת עלי כבי תרי כו׳ דאלמא דמפרש להההיא דא״ל מהימנת עלי וכו׳ בקנו מיניה והשיב הרא״ש על זה דליתא דהתם לא בעי קנין דכיון דקבל הלוה וכו׳ ומטעם דכל תנאי שבממון קיים אבל לעולם אפשר לומר דגם הרא״ש ס״ל כהרמ״ה דדוקא בדא״ל הכי בשעת הלואה אבל שלא בשעת הלואה לא מהני אלא בקנין גם המרדכי הבין כך דההיא דשבועות איירי בלא קנין ובשעת הלואה אלא דאעפ״כ כתב ליישב האלפסי דהכי מייתי ראיה כי היכי דהתם בשבועות היכא דאתני מעיקרא בשעת הלואה מהני תנאי להימניה כבי תרי ואפילו בלא קנין ה״נ מהני ע״י קנין ואפילו בלאחר זמן כדאשכחן גבי ערב דבשעת מתן מעות משתעבד בלא קנין ולאחר מתן מעות לא ישתעבד אלא בקנין עכ״ל ותו קשה טובא דמשמע מדברי רבינו דהרא״ש חולק אהרמ״ה ומסקנתו כהרא״ש ולקמן בריש סימן ע״א הביא דברי הרמ״ה בלבדו לפסק הלכה ולא הביא כלל דעת הרא״ש החולק ותו קשה דלאיזה צורך הביא רבינו כאן מה שפי׳ הרא״ש דלא כהרמ״ה בההיא דא״ל מהימנת לי כל אימת דאמרת לא פרענא וכו׳ כיון דבדין קרוב או פסול שכתב כאן ס״ל להרא״ש דלא מהני קבלת פסול בלא קנין אלא בקבליה עליה בחד כמ״ש התוספות וכדפי׳ לעיל ותו איכא להקשות על דברי הרא״ש שאמר כאדם האומר אל תפרעני אלא בפני פ׳ ופלו׳ דלא צריך קנין אלא קבלה דהיאך מדמה זה לזה דהתם ודאי אפי׳ שלא בשעת הלואה הוי קבלה אם קבל עליו בפי׳ כמו אילו שתק בשעת הלואה כדכת׳ הרא״ש גופיה בפרק ג״פ וכן כתב רבינו בסימן ע׳ ופשיטא דאפילו בלא קנין קאמר כי היכי דבשעת הלואה ובשתיקה לא בעי קנין ה״נ שלא בשעת הלואה וקבל עליו בפירוש לא בעי קנין ולאו משום דהלוה נשתעבד בלא קנין דהא פשיטא דשלא בשעת הלואה לא נשתעבד בלא קנין אלא טעמא משום דאין הדבר תלוי כלל בקבלת הלוה אלא כל שהתרה בו המלוה וא״ל אל תפרעני אלא בפני פ׳ ופ׳ אם טען אח״כ ואמר פרעתי אנן סהדי דשקורי קמשקר וכמ״ש הר״ן בפרק הדיינים הביא בית יוסף בסימן ע״ו אבל לגבי נאמנות שהאמין הלוה למלוה עליו עיקר הטעם משום שיעבודא ופשיטא דלא נשתעבד בלא קנין שלא בשעת הלואה כהרמ״ה וכמ״ש הרי״ף פרק ז״ב וכמה שפי׳ המרדכי את דברי האלפסי וכדפירשתי בסמוך. ונראה לפע״ד ליישב כל זה ולפרש דודאי ס״ל לרבינו דהרא״ש לא נחלק כלל אדינו של הרמ״ה ולא כתב הרא״ש דלא בעי קנין וכו׳ אלא היכא דקבל עליו בשעת הלואה ומ״ש הרא״ש כאדם האומר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני לא היתה דעתו דדמי ליה לגמרי אלא לומר דכי היכי דהתם מהני קבלה בלא קנין ה״נ הכא מהני בלא קנין אבל כל אחד לפי דינו התם מהני אפילו שלא בשעת הלואה והכא לא מהני אלא בשעת הלואה ורבינו לא הביא דברי הרא״ש לחלוק אעיקר הדין שכתב הרמ״ה אלא דעל מאי דמשמע מתוך דברי הרמ״ה נחלק הרא״ש והוא דלמאי דכתב הרמ״ה דבלא קנו מיניה ולאחר הלואה לא מהני קבלת הלוה למלוה עליו משום דאדם קרוב אצל עצמו וקבל עליו הפסול כבי תרי לפי טעם זה משמע דהיכא דקבל עליו קרוב או פסול בשעת הלואה כבי תרי לדון ביניהם על הלואה זו או להעיד עליה מהניא אף בלא קנין וכתב רבינו דעל זה נחלק הרא״ש שהרי כתב דלא בעי קנין כיון דקבל עליו הלוה וכו׳ ופסל כל העדים וכו׳ מדתלי הטעם בפסלות העדים וכל תנאי שבממון קיים אלמא דבקבלת קרוב או פסול לדון כבי תרי ותלתא דלא שייך האי טעמא דלא מהני כלל אף בשעת הלואה אא״כ בדקנו מיניה אבל בשהאמין הלוה למלוה עליו ודאי מודה הרא״ש דמהני בשעת הלואה אפילו בלא קנין כהרמ״ה וכמ״ש רבינו בסימן ע״א אלא דכאן גבי קבלת קרוב או פסול לדין ולעדות ס״ל לרבינו דנחלק הרא״ש אהרמ״ה ודו״ק: כתב הרא״ש כלל נ״ו סימן י׳ מי שקבל עליו דיין א׳ ונגמר הדין אין יכולין לחזור בהם אע״פ ששניהם מתרצים בכך עכ״ל ונראה דר״ל אע״פ ששני הבע״ד מתרצים שלא לקיים הפסק ולילך לדון בפני ב״ד אחר אין רשאין לעשות כך דחוששין לכבוד הדיין הראשון וכן פי׳ ב״י וה״א להדיא ריש סנהדרין (דף ח׳) דחוששין לכבודם של ראשונים ואין דנין בפני ב״ד אחר ותו אשמועינן הרא״ש דאפילו עברו הבע״ד והלכו לפני ב״ד אחר אין שום ב״ד רשאי ליזקק להם וכמ״ש הרא״ש גופיה כלל פ״ה סימן ה׳ למה שאלתם לפסוק פעם אחרת דין שנפסק כבר ב״ד בתר ב״ד לא דייקי ולעיל בסימן י״ב הביא ב״י ג״כ תשובה מספר חזה התנופה בכיוצא בזה ואע״ג דבפרק חזקת (בבא בתרא דף ל״ב) אסיקנא דלכ״ע לא חיישינן לזילותא דב״ד דהיינו דוקא כשאותו ב״ד עצמו סותר את דינו שפסק תחלה אבל ב״ד אחר לא דאיכא זילותא טפי וכדאסקינן בפרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קל״ח) ע״ש: כתב בת״מ לה״ס דכל מה שאדם מקבל לפני ראשי הקהל לא יוכל לחזור בו וכו׳ ומ״ש התם דמיירי אפי׳ טעו או עשו פשרה לא יוכל לחזור בו ואפילו היה שם קרוב אבל בלא קבלם עליו ויש שם קרוב אפילו לא טעו אין דיניהם דין וכן פסק הריב״ש סימן שי״א דאין קבלת הקהל לענין שיכול לדון לקרוביו בכפייה וכן כתב הרב בהגהת ש״ע סוף סי׳ ל״ג וכשיש שם קרוב וקבלם עליו דלא יוכל לחזור בו דוקא כשיודע שהוא קרוב אבל אם טען לא

ידעתי שהוא קרוב נשבע היסת וחוזר: כתב המרדכי בשם מהר״ם בא׳ שאמר נאמן עלי אותו עכו״ם וקנו מיניה דלא מצי הדר ביה והיינו בקבלו עליו לעדות אבל אם קבלו לדיין אסור כדלקמן בסימן כ״ו ועיין בתשובות הריב״ש והרשב״א בב״י ריש סימן ל״ג:

ה וכן מי שנתחייב לחבירו שבועה וכו׳ עד סוף הסימן אריש דמילתא קאי דאמר אם קנו מידו אינו יכול לחזור בו וכו׳ וה״א בפרק ז״ב משנה ומסקנא דגמרא שם מיהו מאי דמשמע מדברי רבינו מדכתב וכן מי שנתחייב לחבירו שבועה בב״ד וכו׳ וכן מי שנתחייב שבועה בב״ד ואמר איני רוצה לישבע וכו׳ וכן הדין בשבועת היסת וכו׳ וכן מי שלא חייב שבועה וכו׳ דחד דינא לכולהו ארבעה ולסברא הראשונה בכולהו יכול לחזור בו אע״פ שיצא מב״ד בלא חזרה ולרש״י והרא״ש בכולהו אינו יכול לחזור בו לאחר שיצא מב״ד בלא חזרה אין הכל מודים לזה דאע״ג דכך מפורש בפיסקי הרא״ש בפרק המפקיד דלמאי דס״ל דמסתבר כפרש״י דבאומר איני נשבע כלומר אלא רצוני לשלם ונפטר מלפני ב״ד בלא חזרה אינו יכול לחזור הה״נ בהך דדור לי בחיי ראשך וכו׳ ודכותיה דינא הכי הוא דכשנפטר מלפני ב״ד בלא חזרה אינו יכול לחזור דחד דינא לכולהו וכך הוא דעת התוס׳ בפרק הדיינים ופ׳ המפקיד ופרק ז״ב ולפי זה צריך נמי לפרש דברי הרא״ש בפרק ז״ב דכשכתב בסוף אפי׳ רש״י דמסתבר הכי היתה דעת הרא״ש דממילא ג״כ בהך דדור לי בחיי ראשך וכו׳ שכתב לשם תחלה ודכותיה נמי אינו יכול לחזור לאחר שיצא מלפני ב״ד בלא חזרה מ״מ דעת הרמב״ם אינו כן אלא דוקא בהני תלתא חדא דדור לי בחיי ראשך אידך היפך השבועה אידך מי שלא חייב שבועה התם הוא דיכול לחזור בו אבל היה חייב שבועה ואמר איני רוצה לישבע כלומר אלא אשלם הוה גמר דין ושוב אינו יכול לחזור בו ולישבע וכ״כ הרמב״ם להדיא בפי״א מהל׳ שבועות וז״ל אמר איני נשבע פוטרין אותו ונותן מה שטענו חבירו עכ״ל דאלמא דמיד שאמר איני נשבע פוטרין אותו וצריך לשלם ואינו יכול לחזור בו והרב ב״י הבין שכך הוא דעת הרא״ש מדכתב בפרק ז״ב בתחלה בהך דדור לי בחיי ראשך דקודם שנשבע יכול לחזור בו והא דאמר בשבועות אמר איני נשבע פוטרין אותו מיד פי׳ ממהרין אותו לפרוע דאף ע״ג דאמר איני נשבע יכול לחזור בו בעוד שלא פרע ואח״כ כתב ומתוך פרש״י דהתם משמ׳ דאחר שיצא מלפני ב״ד אינו יכול לחזור בו ומה שקבל עליו בפני ב״ד ונפטר מלפניהם בלא חזרה הוי כגמר דין עכ״ל וס״ל לב״י דלא כתב הרא״ש דמסתבר הכי אלא אהך דאיני נשבע כלומר אלא אשלם אבל בהך דדור לי בחיי ראשך ודכוותיה דתלה הפיטור והחיוב בשבועה דא״ל השבע לי וכו׳ יכול לחזור בו כל זמן שלא נשבע ומש״ה כתב ב״י דדברי הרמב״ם בהא דאמר השבע לי וכו׳ עיקר דהרא״ש נמי הכי ס״ל ולפעד״נ דדברי רבינו בהבנת דברי הרא״ש הם עיקר דהכי מוכח מדבריו בפרק המפקיד כדפי׳ דחד דינא לכולהו ארבעה. ולענין הלכה נקטינן בהני תלתא דיכול לחזור אפילו יצא מב״ד בלא חזרה עד שיגמר הדין וישבע אבל באומר איני נשבע ויצא מב״ד בלא חזרה שוב אינו יכול לחזור בו אלא צריך לשלם וכדפסק בש״ע בסימן פ״ז סעיף כ׳ וכן בסימן צ״ד סעיף ה׳ והוא דעת הרמב״ם וכך הוא דעת הסמ״ג בעשה צ״ז קכ״ג: וכן מי שנתחייב שבועה בב״ד ואמר איני רוצה לישבע אלא לשלם וכו׳ בגמרא פ׳ הדיינין משמע דהיכא דאמר איני נשבע אע״פ שלא פירש להדיא לומר אלא אשלם הו״ל כאילו אמר בהדיא ולא מצי אמר דדעתו היה לומר איני נשבע אלא אהפך על חבירי דא״כ היה לו לפרש מדלא פי׳ ודאי דה״ק איני נשבע אלא אשלם כדמשמע פשט הלשון וכך הוא משמעות כל הפוסקים ודלא כמהרו״ך: אפילו לפי זה נראה מי שנתחייב בב״ד שבועה דרבנן ושתק וכו׳ נראה דס״ל לרבינו דוקא שתק אבל אם אמר שרוצה לישבע ואח״כ יצא מלפני ב״ד בלא חזרה שוב אינו יכול להפכה מיהו אין זה אלא לשיטת הרא״ש דמסתברא ליה כפרש״י בכל הני ארבעה אבל למאי שקבענו הלכה בסמוך בהני תלתא כהרמב״ם אף בזו שאמר אשבע יכול לחזור כל זמן שלא נשבע דכל שתולה פיטורו בשבועה יכול לחזור בו כל זמן שלא נשבע:

ו וכן מי שלא חייב שבועה וכו׳ ואם לאו יכול לחזור בו אף ע״פ שקבל עליו כ״ז שלא נשבע ויש להקשות מאי כ״ז שלא נשבע דמשמע אבל אם נשבע אינו יכול לחזור וממאי יכול לחזור הלא כל עיקר השבועה היא אינו מן הדין מאחר שלא חייב שבועה ותירץ מהרש״ל דקאי אירישא שהפכה לשבועה דיכול לחזור כל זמן שלא נשבע זה שכנגדו אבל נשבע זה שכנגדו לא יכול לחזור ולומר אני אשבע אע״פ שלא קנו מידו וכן משמע הלשון ברמב״ם שכתב אף ע״פ שקבל עליו בב״ד חוזר עד שיגמר הדין וישבע ובע״כ איירי בהיפוך שבועה דקרוי ג״ד שמהפכין השבועה עליו ונשבע אבל מה שרצה לוותר ולישבע לא קרי ג״ד עכ״ל ולא נהירא דפשוט הוא דאע״פ דאינו חייב שבועה מ״מ כיון שקבל עליו שבועה בב״ד ונשבע זה קרוי ג״ד ואדסמיך ליה קאי ולא אירישא ואעפ״כ ליכא הכא קושיא כל עיקר דהדבר ברור דתחלה מדבר במי שנתחייב שבועה דהיינו שב״ד פסקו לזה שישבע ויפטור א״נ ישבע ויטול והפכה וכו׳ ואח״כ אמר וכן מי שלא חייב שבועה פי׳ שטענו לפני ב״ד ועדיין לא יצא פסק דין שפ׳ ישבע כך וכך התובע או הנתבע אלא שהבעלי דינין מעצמם אמר אחד לחבירו בפני ב״ד אני אשבע שבועה חמורה ואטול או אפטור וקנו מידו של חבירו לשלם אם ישבע שכנגדו או לפטרו כשישבע אינו יכול לחזור בו וכן אפילו אם לא קנו מידו אם נשבע הלה אינו יכול לחזור בו זה שכנגדו אלא צריך לשלם כאשר קבל על עצמו לשלם אם נשבע אי נמי לפטרו מתביעתו כיון שכבר נשבע וז״ש שבועה חמורה לאו דוקא חמורה קאמר וק״ל:

סימן כג

א כל זמן כו׳ אינו נאמן אם אין בידו פסק דין כלומר שאם יש בידו פסק דין א״צ לנאמנותו שהרי בפסק דין מפורש מי יצא זכאי מי יצא חייב וה״א בפרק י׳ יוחסין דפריך ונחזי זכותא מאן נקיט ל״צ דקריע זכותייהו. ואפשר נמי לפרש דאיירי היכא דכת׳ בפסק דין בסתם קרקע פלוני היא שלך והפסק ביד אחד מהן והאחר טוען אני הוא שזכיתי בדין וממני נפל ואתה מצאתו או אתה לקחתו מידי וכיוצא בזה התם הוא דנאמן הדיין לומר זה שהפסק בידו זכיתי וא״צ אפילו היסת וז״ש אינו נאמן אם אין בידו פסק דין כלומר אבל אם יש בידו פסק דין נאמן לומר לזה שהפסק דין בידו זכיתי אע״פ שכתוב בפסק בסתם והיינו דמסיק ודוקא בשודא דדייני וכו׳ כהא דפ׳ הכותב דקאמר נכסי לטוביה ואתו ב׳ טוביה וכו׳ ובפסק דין כתוב בסתם נכסים של פ׳ של טוביה הם הלכך אם יש בידו פסק דין נאמן הדיין לומר לזה שהפסק דין בידו זכיתי אבל אם אין הפסק דין בידו אינו נאמן והא דלא משני תלמודא דכתוב בפסק דין בסתם היינו משום דמשמע דבכל גוונא קאמר דנאמן הדיין כו׳ אפילו אומר לזה שאין הפסק דין בידו זכיתי ולזה שהפסק דין בידו חייבתי והא ודאי ליתא דאינו נאמן אלא כשמסייע לאותו שהפסק בידו לפוטרו משבועה והלכך צריך לתרץ דקריע זכותייהו אבל ל׳ רבינו שפיר יש לפרש כדפי׳ והדין דין אמת ועיין בתשובת מהר״מ הנדפסים מחדש סי׳ תקנ״א תקנ״ח: כתב בשלטי הגבורים פרק י׳ יוחסין דלאו דוקא שודא דדיינא אלא הה״נ כשקבלוהו עליהם לדון אותם כפי אומד דעתו אינו יכול לחזור ולדון אותם פעם שנייה שמא יהפוך לבבו באומד דעתו והרי כבר זכה הזוכה בדינו וכך מבואר מתשובת הריב״ש בסימן ש׳ ובסימן ת״ד דלאו דוקא בשודא דדייני אלא ה״ה בשאר דינים דכותיה:

ב וכל זה דוקא בדיין אחד וכו׳ כ״כ הרא״ש בתשובה כלל ו׳ סי׳ י״ד וכלל הדיינים סימן ו׳ וכ״כ המרדכי פרק י׳ יוחסין וכן פסק הריב״ש סימן ש׳ וסימן ת״ד ע״ש וכן הוא בת״מ הנדפסים מחדש ע״ש ראבי״ה ע״ש סימן תקנ״ח וע״ל בסימן ל״ט סי״ב ובמ״ש לשם ומשמע מדברי הרא״ש לשם דדוקא בדיינים אמר דהם נאמנים יותר מהעדים משום דרמו אנפשייהו ומדכרי טפי מן העדים ששמעו מפיהם אבל בעדים שמכחישין זא״ז אע״פ שהקנין היה כמו שהורגלו לעשות בק״ס של עדים וכת אחרת של עדים שהיו אצל הקנין מכחישין את אלו דינם כב׳ כתי עדים המכחישין זה את זה דהא כל כת וכת שמעו הקנין מפי המקנה ואין אלו נאמנים יותר מאלו:

סימן כד

א אין נזקקין אלא לתובע תחלה וכו׳ מימרא דרב נחמן בפרק הפרה (דף מ״ו) ופרק אד״מ (דף ל״ה) הביאוהו הפוסקים זולת הרמב״ם שלא הביאו וכן דין נאמן הדיין וכו׳ שבסימן הקודם לא הביאו הרמב״ם וצ״ע למה לא הביאו: פירש״י כגון ראובן תובע וכו׳ כלומר שתובעו בשטר מקויים דאין שמעון כאמן לומר פרעתי אבל אם היה תבעו בע״פ או אפילו בשטר ואין יכול לקיים החתימות דנאמן לומר פרעתי במגו דמזוייף כדלקמן בריש סימן מ״ז היה ג״כ נאמן בכל מה שטוען במגו דמזוייף ופרעתי דהמלוה את חבירו בעדים א״צ לפרעו בעדים וכך פירשו התוס׳ והרא״ש לפי פרש״י: ומ״ש ושמעון משיב תפשת משלי וכו׳ כך פרש״י בפרק הפרה ופי׳ תפשת משלי היינו נמי תפישת חפץ ולא זו אף זו קאמר דלא מיבעיא באומר תפשת משלי חפץ ולא היה ממושכן על מעותיך אלא אפילו א״ל משכון הו״ל בידך על מעותיך אלו שאתה תובעני והפסדתי מדמיו שנשתמשת בו וסד״א דהו״ל כאילו השיבו ששטרו פרוע במקצת אפ״ה דינו כאילו טענו טענה אחרת לומר תפשת חפץ משלי ונזקקין תחלה לטענת ראובן ולהוציא המנה ואח״כ נזקקין לטענת שמעון אבל אם היה שמעון משיבו יש לי בידך מעות כך וכך ה״ז כאילו טען ששטרו פרוע והכל תביעה אחת ואם ראובן מודה לו הרי שטרו פרוע כפי אותו הסך ואם אינו מודה לא יפרע עד שישבע תחלה וכך מפורש במרדכי הארוך פ״ק דמציעא וחסר במרדכי שלנו ומקצתו תמצאנו בהג״ה לשם דלפרש״י בפרק הפרה גבי נזקקין לתובע תחלה יש חילוק בין בא לידו בפקדון או במשכון להיכא דלא בא לידו במשכון אלא בפרעון מעות כנגד מעות דהכל תביעה אחת ויבא זה תחת זה וכן פי׳ רש״י בפרק אד״מ וז״ל וזה טוענו משכון היה לי בידך ונתקלקלה או אבד וכו׳ וכך העתיקה הסמ״ג עשה ק״ו ע״ש: ואי זיילי נכסי שמעון אם היה צריך למכור נכסיו מפרש״י פרק הפרה משמע דדוקא היכא שקרקעותיו זלות ע״י תביעה זו שרואין אותו דחוק למעות ואם יוציאו לו תפיסתו או משכונו ימכרם וישלם לו מהן אבל אם אין קרקעותיו זלות ע״י תביעה זו אע״פ שצריך למכור קרקעותיו נזקקין לתובע תחלה ומוציאין לו המנה מיד וכ״כ ה״ר ירוחם להדיא ואי זיילי נכסיה כלומר שצריך למכור נכסיו בזול בשביל חוב המנה וכו׳ והכי משמע בנ״י אבל מדברי רבינו נראה דאע״פ שלא יהיה צריך למכור בזול מ״מ כיון שצריך למכור נכסיו ע״י תביעה זו אין לך הפסד והיזק גדול מזה ונזקקין לנתבע תחלה ופי׳ זיילי נכסי לפי זה מלשון אזיל ליה כלומר הלכו להם הנכסים שצריך למכרם שלא מרצונו ומסתברא כדברי רבינו וסוגיא דעלמא הכי אזלא. ומיירי כגון ששמעון וכו׳ פי׳ דאל״כ אלא יש לשמעון עדים מוכנים למה יגבה ראובן תחלה ישאלו תחלה לעדי שמעון דשמא יעידו שלא יהא חייב לראובן כלום ואפי׳ טוען שמעון שיביא עדים תוך ל׳ למה יגבו לראובן תחלה והלא אם שואל זמן להביא ראיה נותנין לו ל׳ יום כדלעיל בסי׳ י״ו ואם שמעון

אומר שיביא עדים אחר ל׳ יום פשיטא דאין שומעין לו אפי׳ אם זיילי נכסיה דאטו אם אומר שלאחר שנה ושנתים יביא עדים מי שומעין לו כלל ולפיכך צריך לומר דמיירי וכו׳ וכך פי׳ התוס׳ והרא״ש לפי פרש״י. וזה שפרש״י דבדלא זיילי נכסיה דמוציאין לו המנה מיד צריך ביאור דאם יש לו מעות אין נותנין לו שום זמן אלא ישלם מיד שהרי טען שאין יכול להביא ראייתו עד אחר ל׳ יום ואם אין לו מעות אלא צריך למכור או למשכן אע״ג שטען שראייתו אינו יכול להביא עד אחר ל׳ יום אפ״ה נותנין לו זמן ב״ד ל׳ יום לפרוע חובו או להשכין ואח״כ ישלם מיד ואין ממתינין לו יותר מל׳ יום וכדלקמן בסי׳ ק׳ וכ״כ הר״י בנ״ג ח״א ואיכא למידק במה שפרש״י או שיש לו קונין לחפץ וכולי דא״כ אפי׳ אין אנו יודעים שיש לו עדים וכו׳ אלא ששמעון טוען שיש לו עדים פלוני ופ׳ ואינו יכול להביאן עד אחר ל׳ יום נמי נדון תחלה על החפץ כדי שלא יפסיד הנתבע במנה ואם ראובן לא יודה לתביעתו ישבע תחלה ואח״כ יוציאו המנה מיד שמעון שהרי לכאורה משמע דכך צריכין לדון ביניהם כשאנו יודעים שיש לו עדים וא״כ גם כשאין אנו יודעים נדון כך דמאי שנא מיהו במרדכי הארוך כתב ע״ש רבינו יואל דלפרש״י מיירי דשניהם מודים זה לזה תביעותיהם ואי לא זיילי נכסיה מוציאין לו המנה תחלה שהודה הנתבע מגזירת הכתוב מי בעל דברים יגש אליהם ואח״כ יעיינו לכמה עולה קלקולו של תובע וישלם לנתבע ואי זיילי נכסיה כיון שהודה לו ראובן בתפיסתו או במשכנתו יוציאו לו מה שתפס וימכרם וישלם לו מהם לפי זה ניחא דל״ק מידי אבל לפי מ״ש התוס׳ והרא״ש לפי פרש״י מיירי וכו׳ וא״כ צריך לומר לפי זה דהתובע אינו מודה לתביעת הנתבע קשיא ודאי כדאמרן ותו קשיא דאף כשאנו יודעים שיש לו עדים היאך דנין על החפץ תחלה בדזיילי נכסיה וכשיכפור יזקיקוהו לישבע הלא יש לחוש שיבואו העדים ויכחישוהו ויפסלוהו לעדות ולשבועה וכדפי׳ רש״י על מי נשבע וכו׳ בפרק המפקיד א״נ דנמצא שם שמים מתחלל כדפי׳ האלפסי לשם ומביאו ב״י בסימן ע״ב סעיף כ״ו. ולכן נראה דבכל ענין אין משביעין אותו על החפץ וה״פ דבדלא זיילי נכסיה ואין יכול להביא עדים עד לאחר ל׳ יום אין נזקקין לטענת הנתבע ואין התובע צריך להשיב עליה אלא יוציאו ל המנה מיד וכו׳ והיכא דזיילי נכסיה דנתבע נזקקין לנתבע תחלה וצריך התובע להשיב עליה ואם יודה מוציאין ממנו החפץ תחלה וימכור וישלם לו ממנו ואם לא יודה אזי אין מוציאין ממנו המנה ג״כ אלא ממתינין עד שיבואו עדים פלוני ופלוני ואז ידונו על החפץ וישלם לו אז המנה והכי נקטינן: כתב במרדכי לפי פי׳ רש״י הך דבלא זיילי נכסיה דמוציאין המנה תחלה אע״פ שיודעין ב״ד שיש לו עדים שיודעים בדבר אין זה אלא כשאין הדברי׳ ניכרים שהן אמת אבל אם יהיו הדברים ניכרים בעיני ב״ד שהן אמת אין מוציאין ממנו וכו׳ ונראה לי דהטעם הוא דבכה״ג דאין כאן דברים בעלמא אמרינן אפוכי מטרתא למה לי ובזה התיישב מה שהקשה ריב״א במרדכי ותשובת מיימוני דספר משפטים סימן נ״ז דאמאי יוציאו המנה תחלה אע״פ שיש לו שטר לתובע ולא זיילי נכסים דנתבע הלא בפרק המקבל (בבא מציעא דף קי״א) אמר אפוכי מטרתא למה לי במילתא דעבידא לאיגלויי והכא נמי עבידא לאיגלויי כשיבא פלוני ופלוני ויעידו והכי נמי מסיק תלמודא פרק בתרא דכתובות (דף ק״י) גבי ב׳ שהוציאו ב׳ שטרות זה על זה ויש לתרץ קושיא זו דדוקא בב׳ שטרות דכתובות וכן בהך דהמקבל הוי כב׳ שטרות דהלוה בא מצד שהקרקע בחזקת בעליה עומדת והמלוה גם הוא בא מכח שטרו והוא ג״כ מוחזק מה שאין כן הכא דאין לנתבע ראיה ומשום דברים בעלמא דקאמר לאישתמוטי לא שבקינן מלהוציא מידו וכמו שכתבו התוספות בפרק אחד דיני ממונות והיינו כדפי׳ דבדברים בעלמא כשאין ניכרים שהן אמת לא שבקינן מלהוציא מידו אבל כשהדברי׳ יהיו ניכרין אמת אמרינן שפיר אפוכי מטרתא למה לי: ועוד כתב א״א הרא״ש שנפקא מינה וכו׳ וריב״א כתב וכו׳ כל זה כתב הרא״ש בפסקיו בפרק הפרה ובתחלה הביא פירוש ריב״א וכתב עליו ולישנא דשמעתתא דקזיילי נכסיה לא שייך לפרושי על קבלת עדות ואח״כ כתב ולי נראה דנפקא מינה אף אם שמעון אומר שיביא עדים בתוך שלשי׳ יום נזקקין לתובע לפסוק דינו לאלתר וכו׳ וקשיא לי טובא חדא דהרא״ש דחה לפירוש ריב״א מטעם דזיילי נכסיה לא שייך לפרושי על קבלת עדות וא״כ למה הביאו רבינו כיון דהאי פירושא ליתא. ותו דלמאי שכתב הרא״ש ולי נראה דנפקא מינה וכו׳ קשה דזיילי נכסיה לא שייך נמי לפרושי על זה הפירוש ונראה לי לפרש דהרא״ש אתא לחלוק על פי׳ רש״י דפי׳ דנזקקין לתובע תחלה היינו להוציא המנה מיד שמעון שעל ידי כך צריך לדחוק ולפרש דתלמודא לא מיירי אלא כגון ששמעון הנתבע אמר שיש לו עדים פלוני ופלוני שיודעים שהוא כדבריו וכו׳ כמו שפירשו התוספות והרא״ש אליבא דפי׳ רש״י דזה ודאי דוחק דהא סתמא קאמר נזקקין לתובע תחלה ומשמע דמיירי בכל גווני ולכן פי׳ הרא״ש דנפקא מינה נמי אף באומר שיביא עדים תוך ל׳ יום דהשתא ניחא דקאמר נזקקין לתובע תחלה בסתמא דבין שהנתבע אומר שיביא עדים תוך ל׳ יום ובין שאומר שיביא אחר ל׳ ואנן ידעינן שאומר אמת שפלוני ופלוני יודעים בדבר וכו׳ לעולם נזקקין לתובע תחלה דהשתא הא דקאמר רבינא פעמים שנזקקין לנתבע תחלה והיכי דמי דקא זיילי נכסיה לא קאמר אלא היכא דאומר שיביא עדי׳ לאחר ל׳ יום ואומר פלוני ופלוני היו בשעת מעשה ואנן ידעינן שאומר אמת וכו׳ וכמו שפי׳ תחלה אליבא דרש״י דלישנא דפעמים שפיר איכא לפרש דלא מיירי אלא בחד צד כגון דאמר להביא עדים אחר ל׳ יום ולא כתב הרא״ש דדוחק הוא לפרש בחד צד אלא אלישנא דתלמודא דאמר בסתמא נזקקין לתובע תחלה ולכן פירש הרא״ש דהאי לישנא מיירי בכל צד וזהו שדקדק רבינו ואמר ועוד כתב א״א הרא״ש וכו׳ כלומר שהרא״ש סבירא ליה שעוד זה בכלל נזקקין לתובע תחלה דהשתא ניחא טפי מה שאין כן לפי׳ רש״י דלא מיירי אלא בחד צד שאמר שמעון להביא עדים אחר ל׳ דזהו ודאי דוחק והא דכתב הרא״ש להקשות על פי׳ ריב״א דלישנא דקזיילי נכסיה לא שייך

לפרושי על קבלת עדות היינו משום דלפי׳ ריב״א בפרק אחד דיני ממונות לא מיירי נזקקין לתובע תחלה אלא בחד צד דהיינו לשמוע דבריו ולקבל עדותו תחלה דבהך מילתא בלחוד קאמר נזקקין לתובע תחלה דלא סבירא ליה כפי׳ רש״י דמוציאין המנה תחלה וכדכתב במרדכי ובתשובת מיימוני דלעיל להדיא הילכך שפיר קאמר הרא״ש דלישנא דקזיילי נכסיה לא יתיישב להך פירושא אבל ודאי אם באנו לומר דבכלל נזקקין לתובע תחלה הוי פי׳ רש״י ופי׳ ריב״א לא קשיא כלל דפשיטא דהך דקזיילי נכסי מתפרש בחד צד כמו שהוא לפי׳ רש״י. ולפי זה ניחא דלאחר שכתב רבינו ועוד כתב הרב רבינו אשר לומר שעוד הוסיף הרב רבינו אשר על פי׳ רש״י שגם בזה נ״מ וכו׳ דהשתא קאמר נזקקין לתובע תחלה בכל גווני ואע״ג דצריך לפרש דפעמים שנזקקין לנתבע תחלה לא מיירי אלא בחד צד כמו שהוא אליבא דרש״י הנה על פי זה גם כן חזר רבינו וכתב מ״ש ריב״א לומר שעוד יש לפרש נפקותא בהך דנזקקין לתובע תחלה לקבל עדותו תחלה אפילו ימותו עדיו של נתבע וכו׳ אבל הך דזיילי נכסיה לא מיירי אלא בחד צד כמו שהוא אליבא דפירוש רש״י ולא הקשה הרא״ש על פירוש ריב״א ודחה פירושו אלא לפי דלא הוה סבירא ליה לריב״א כפירש״י כלל אלא כפירושו בלחוד דנזקקין לתובע תחלה לא מיירי אלא לענין קבלות עדות אבל רבינו סובר דהכל בכלל נזקקין לתובע תחלה פי׳ רש״י והרא״ש ופריב״א ודו״ק: כתבו התוס׳ פרק אחד ד״מ על מה שפי׳ ריב״א דנפקא מינה אם ימותו עדיו של נתבע או ילכו למד״ה ותימה דלא גרע מהיכא דזיילי נכסי עכ״ל ונראה דמשום קושיא זו איתא במרדכי ובת״מ ע״ש ריב״א דנזקקין לשמוע דבריו תחלה דמאוד יכול למתק דבריו בכך וכן משמע לשון זקוק ולא קאמר שפוסקין דינו וכן משמע בפסוק שמביא ממי בעל דברים יגש אליהם דהיינו טענותיו וכן משמע בתוספתא וכו׳ עכ״ל ונראה דס״ל דליכא נפקותא משום קבלת עדות דהא פשיטא היא דאם ימותו עדיו של נתבע או ילכו למד״ה אין לך היזק גדול מזה לנתבע ונזקקין לו תחלה וראוי לתת לב דהרא״ש ורבינו כתבו האי נפקותא דאם ימותו עדיו וכו׳ ולא חששו להך תימה שתמהו התוס׳ על זה וא״א לומר דלהאי נפקותא איירי בכה״ג שגם עידי התובע הם חולים או הולכים למד״ה ולפיכך נזקקין לתובע תחלה דאם כן אפילו היכא דזיילי נכסי דנתבע נמי לא היו נזקקין לנתבע תחלה כדי שלא יגיע היזק לנתבע כיון דעל ידי כך יגיע היזק לתובע ולפיכך נראה לפי עניות דעתי דלא מיירי שעדיו של הנתבע הם חולים או הולכים למד״ה אלא ה״פ נזקקין לקבל עדות של התובע תחלה ואף על פי שאפשר דבתוך כך ימותו עדיו של הנתבע במיתה חטופה או ילכו בפתע פתאום למדינת הים והכי משמע מדקדוק לשון הרא״ש ורבינו שכתבו וז״ל ונפקא מינה אפילו אם ימותו עדיו וכו׳ אבל בלשון התוספות כתוב ונ״מ אם ימותו כו׳ דהאי לישנא משמע שהם חולים ונוטים למות ולכן תמהו על זה אבל לשון אפילו אם ימותו וכו׳ משמע לשון גוזמא דאינן חולים אלא דאפילו אם ימותו וכו׳ והשתא שפיר קאמר דהיכא דזיילי נכסי נזקקין לנתבע תחלה ופירוש זיילי נכסי לפי׳ ריב״א לא התיישב להרא״ש כדפי׳ בסמוך אכן במרדכי כתב ליישב וז״ל ונראה לפרש דאם יש לו קרקע למכור והעולם יראו שראובן התובע יטעון תחלה יסברו שלכך הוא דחוק למכור וזיילי נכסיה אבל כששומעין דבריו תחלה יסברו שהוא תובע ולא זיילי נכסיה עכ״ל. ולפע״ד נראה ליישב ברווחא טפי והוא דאיירי שהנתבע שואל זמן יום ויומים ומבקש שלא ישמעו עכשיו לטענת התובע ולא יקבלו עדותו כי אין לו פנאי וכיוצא בזה וקאמר דאין שומעין לנתבע אלא נזקקין לתובע לשמוע דבריו ולקבל עדותו אם לא דידוע דיגיע איזה היזק לנתבע בנכסיו אם יתעכב לפני ב״ד לשמוע דבריו ולקבל עדותו אז ודאי נזקקין לנתבע ופוטרין אותו עכשיו ולשון זיילי נכסיה נופל על כל היזק שבעולם מלשון אזיל ליה כדפי׳ למעלה ועיין עוד במ״ש בסמוך להרא״ש ורבינו דאע״ג דזיילי נכסיה לא מתפרש אלא בחד צד כיון דנזקקין לתובע תחלה מתפרש בכל צד ניחא לן ולא קשיא מידי: והראב״ד פי׳ נזקקין לתובע תחלה כגון ראובן שתבע לשמעון לדין וכו׳ גם פי׳ זה הביאו הרא״ש בפ׳ הפרה וכתב נמ״י לשם דה״ה אם כבר פסקו הדין לחייב שבועה לשמעון וראובן טוען איני רוצה עכשיו בשבועתו שומעין לראובן ואי זיילי נכסי נזקקין לשמעון וכתב שכ״כ הרשב״א והרא״ה וא״ת הלא לעיל בסימן ט״ז כתב רבינו בסתם דנותנים לו שלשים יום ומשמע דלאחר כך צריך התובע לקבל שבועה מהנתבע דלא ניחא ליה למיהוי ליה דינא עילויה ולא חילק בין זיילי נכסיה ללא זיילי נכסיה וכאן מחלק בין זיילי ללא זיילי ואינו מחלק בין שלשים יום לאחר שלשים יום ונראה דכאן ודאי צריך לומר דאפילו בדזיילי אין נזקקין לנתבע אלא לאחר שלשים יום ולא היה צריך לפרש זה כאן דכבר כתב דין זה בסימן ט״ז דבין לתובע בין לנתבע נותנים זמן שלשים יום לבקש ראייתו ולעיל בסימן ט״ז נמי לא היתה דעת רבינו לומר דלאחר ל׳ חייב התובע לקבל שבועתו אפילו לא זיילי נכסי דנתבע דהא ודאי ליתא להראב״ד כדכתב כאן אלא דלשם לא עסיק בהאי דינא אלא בחיובא דבי דינא קא עסיק התם וכבר כתבתי מזה בסימן ט״ז ועוד הארכתי בזה ע״ש: כתב הרא״ש דיש מפרשים דנזקקין לתובע תחלה כגון שתובע שחבל בו ושמעון משיב שיש לו תביעות אחרות עליו מגבין לראובן דמי חבלתו אפילו שמעון אומר שיביא עדים היום או למחר אין ממתינין לו כלל דקיימא לן בפרק החובל דאין נותנים זמן לחבלות עכ״ל ונראה פשוט דוקא כששמעון אומר שיביא עדים היום או למחר וכו׳ אבל אם עדיו מוכנים מיד שומעין לנתבע מיהו לפירוש זה לא מתיישב זיילי נכסיה דהא דקאמר דאין נותנים זמן לחבלות משמע בכל גווני אף על גב דזיילי נכסיה דחובל ואע״ג דבנמוקי יוסף כתב דלפירוש זה משמע דבזיילי נכסיה ממתינין לו אף בחבלות לא משמע הכי ואפשר דלפי דקשיא הך דזיילי נכסיה לפירוש זה לא הביאו רבינו ואע״ג שהביא רבינו פירוש הרא״ש וריב״א ולפירושם נמי לא יתיישב הך דזיילי נכסיה וצריך לומר דלא בעינן דמתיישב לישנא דזיילי נכסיה בכל צד

אלא אפילו לא איתפרש אלא בחד צד נמי ניחא כדפירשתי לעיל מכל מקום בהך פירושא דהך דנזקקין לתובע תחלה נמי לא איירי אלא בתובעו שחבל בו וכו׳ דהא משמע להדיא דאין נזקקין לתובע תחלה אלא לגבי חבלה משום דאין נותנין זמן לחבלות אבל בשאר תביעות כל שאין תובעו משום חבלה אין נזקקין לתובע תחלה ואם כן לא אתפרש נמי נזקקין לתובע תחלה אלא בחד צד וזה ודאי דוחק לפיכך לא הביא רבינו פירוש זה שהוא חולק על כל הפירושי׳ ודו״ק: כתב בתשובות מיימוני ספר משפטים סימן צ״ז יש גאונים שפירשו נזקקין לתובע תחלה אם ראובן טוען על שמעון ושמעון טוען על ראובן ושניהם כופרים זה לזה משביעין את הנתבע תחלה עכ״ל ואע״ג דלפי זה לא שייך זיילי נכסיה אלא בחד צד מכל מקום כיון דנזקקין לתובע תחלה אתפרש בכל צד ניחא לן ולא קשיא מידי כדלעיל: כתב ב״י על שם הר״ש בר צמח האומר שיש לו תביעות הרבה על חבירו אלא שאינו רוצה לתבעם עתה והאחר אומר טעון מה שיש לך לטעון כי מפני דבריך אלה יש לי הפסד גדול אם הוא כך כמו שהוא טוען כופין את התובע לסדר טענותיו עכ״ל וקשה מהא דאיתא בתשובות מיימוני ספר משפטים סימן ל״ד דכשהנתבע אמר לו שיטעון עליו הכל ביחד כי אינו חייב לו כלום והתובע אינו רוצה דנשבע הנתבע ונפטר ממנו מכל תביעות שהיו עליו עד היום ואפי׳ לא הו״ל הפסד ויש לומר דהתם מיירי שהוזקק לשבועה על תביעתו ומן השאר טוענו אלא שאין תובעו עכשיו כעובדא דהתם דטען לחבירו הטלנו לכיס אחד והרוחנו הרבה ולא נתת לי חלקי והריני תובעך קצת מן הריוח ולאחר זמן דעתי לתובעך מן השאר והנתבע משיב נפרעת לגמרי דהתם ודאי כיון שהתובע הזכיר טענתו ושדעתו לתבעו לאחר זמן ישבע עכשיו כיון שטוענו בכך אי נמי כשהדיין מחייבו שבועה על תביעה אחת ורואה שרוצה לתובעו עוד הרבה תביעות או שאומר בפירוש בטענתו שישבע לו הרבה שבועות לשם אומרים לנתבע שימתין מלישבע עד לבסוף ואם התובע רוצה שישבע לו מיד על תביעתו הראשונה אמרינן ליה טעון עליו בפעם אחת כל מה שיש לך לטעון עליו וישבע לך אחת על כולן דלמה יזכיר השם לחנם בכל פעם ואם אינו שומע להתראה זו אמרינן ליה כל מה שתטעון אחר כך על מה שנתחייב לך קודם ירידתך לדין עמו לא ישיב לך כלום וכמו שכתב ב״י בסוף סי׳ פ״ז שכך פסק רש״י בתשובה ע״פ הירושלמי וכך הוא בתשובת מיימוני דלעיל אבל תשובת הר״ש בר צמח לא מיירי כשטוענו בפירוש באותן דברים אלא שאומר בסתם שיש לו הרבה טענות גם לא מיירי שהנתבע חייב לו שבועה הילכך דוקא בדיש לו הפסד דזיילי נכסיה וכו׳:

סימן כה

א (ב) (ג) דיין שדן דין וטעה וכו׳ בפרק אחד דיני ממונות מקשינן אהא דתנן ד״מ מחזירין מהא דתנן דן את הדין זיכה את החייב וחייב את הזכאי מה שעשה עשוי וישלם מביתו ופליגי אמוראי באוקימתא דידהו ודברי רבינו הם כדברי הרא״ש לשם וכמו שהעתיק ב״י: וסוגיא דעלמא אזלא כאידך כגון דסתמא דתלמודא פריך ממילתיה כך פירש האלפסי בפרק הדיינים וגם הרא״ש לשם הביא דבריו. וקשה דהלא התוס׳ בפ״ב דכתובות (בדף כ״א) בד״ה הא״ר פפי כתבו ע״ש ר״ת דדרך התלמוד להקשות אפי׳ מדבר דלא הוי הילכתא הכי וכך צריך לפרש לדעת האלפסי לשם למעיין בו. ונראה דלא אמר ר״ת אלא להיכא דמוכחא בתלמודא דלא קי״ל הכי התם קאמר דליכא קושיא מהא דפריך תלמודא למ״ד דלא ס״ל הכי אבל היכא דלא מוכחא בתלמודא מידי וסתמא דתלמודא פריך ממילתא דחד ודאי דהילכתא הכי ועד״ז הם כל הכללים בכולא תלמודא דקאמר כל היכא דפליגי פלוני ופלוני הלכה כפלוני היינו דוקא דליכא הוכחה בתלמודא דהילכתא כחד מינייהו אבל היכא דמוכחא דהילכתא כפלוני לא אזלינן בתר כללא שוב מצאתי בתשובת הרשב״א סימן אלף ר״ל שכתב כך להדיא ע״ש: ומ״ש ורש״י פי׳ וכו׳ כך פי׳ בפרק אד״מ אבל הרמב״ם ברפ״ו דה״ס כתב וז״ל ועשה כאחד מהן ולא ידע שכבר פשט בכל העולם המעשה כדברי האחר עכ״ל והילכתא ככולהו פירושים דבכל גווני מקרי טועה בשיקול הדעת וכ״פ ב״י: ומ״ש אם זה הדיין הוא יחיד שאינו מומחה וכו׳ פי׳ דגמיר אע״ג דלא סביר דאי לא גמיר ולא סביר אפילו הם ג׳ אין נקראים ב״ד כדלעיל בסימן ג׳ ומדכתב כאן יחיד וכו׳ מכלל דאם הם ג׳ מהני קבלתם למיפטרינהו אלמא דאיירי בדגמיר ולא סביר וקשה דהו״ל לרבינו להזכיר כאן התנאי דלא נקיט רשותא מר״ג דהא פשיטא דאי הוה נקיט רשותא מר״ג פטור מלשלם אע״פ שאינו אלא יחיד כיון דגמיר אע״ג דלא סביר כדמוכח מדברי רבינו בסמוך וי״ל דודאי כך הוא אלא דרבינו קיצר לפי שנמשך בהעתקתו אחר לשון הרא״ש שלא הזכיר כאן בחלוקה זו בפירוש ולא נקיט רשותא מר״ג והרא״ש גופיה ודאי לא היה צריך להזכירו בפירוש לפי שקודם זה כתב כללא דמילתא טעה בדבר משנה לעולם חוזר וכו׳ ואפילו קבלום עליהם ואפילו נקיטי רשותא מר״ג וכו׳ ואח״כ כתב ואם טעו בשיקול הדעת יחיד שאינו מומחה או שנים שאינם מומחין וקבלום עליהם מה שעשה עשוי וכו׳ דמוכח מלשון זה להדיא מדלא כתב כאן ג״כ ואפי׳ נקיטי רשותא מר״ג כמ״ש קודם זה אצל טועה בדבר משנה אלמא דאיירי בדלא נקיטי רשותא מר״ג דוקא: אבל אם קבלוהו בפירוש בין לדין בין לטעות פטור מלשלם כתב המרדכי ע״ש הר״מ ריש סנהדרין דאע״פ דבזמן הזה מכריחין את הדיינים לישב לדון ע״פ חרם הקהלות וע״כ אם טעו לא ישלמו דמה להם לעשות מ״מ יש להם לחזור כשדנו שלא כדין ואם אינם רוצים דין הוא שישלמו עכ״ל. ונראה דטעמו משום דאדעתא דהכי שיחזרו בהם אם טעו מינו אותם לדיינים אבל כאן דקבלוהו בפירוש בין לדין בין לטעות אפילו אם יחזור בו הדיין הבעל דין צריך

להחזיר מה שקבל מבעל דין שכנגדו. דמה שעשה הדיין עשוי כיון ששניהם קבלוהו עליהם אפילו לטעות כל שכן שאין הדיין חייב לחזור מהדין שפסק ביניהם דאית ביה זילותא דדיינא נ״ל: וכן הדין בג׳ הדיוטות ולא קבלו עליהם וכו׳. וצריך לומר דאיירי בדגמירי ולא סבירי כדלעיל בסימן ג׳ וכן מ״ש בסמוך או אפילו ג׳ הדיוטות וקבלו עליהם דאהני קבלתם דפטירי כיון דאי לא קבילו עלייהו נמי דינייהו דינא וכו׳ כמו שכתב הרא״ש היינו נמי בהדיוטות דגמירי ולא סבירי וכדפירשתי בסמוך אצל מ״ש רבינו אם זה הדיין הוא יחיד שאינו מומחה וכו׳: ומ״ש רבינו לקמן אצל ומאן דנקיט רשותא מר״ג אפילו יחיד הדיוט וכו׳ ודוקא דגמיר וכו׳ ולא כתב כך מקודם נראה דהיינו לפי שהיה עולה על הדעת דכיון דנקיט רשותא מר״ג מהני אפילו בדלא גמיר ולא סביר לפיכך היה צריך לפ׳ דאינו כן ומינה נשמע במכל שכן להיכא דלא נקיט רשותא מר״ג דבעינן דוקא דגמיר אפילו לא סביר: ואי גמיר דינא בתרי מינייהו משלמי הנך תרי ב׳ חלקים והג׳ פטור ובעל דין מפסיד השליש הכי אסיקנא ס״פ ז״ב (דף ל׳): ומ״ש ואם היו ד׳ או ה׳ וכו׳ פי׳ הני ג׳ דגמיר דינא מינייהו לא מצי למימר נשלם ג׳ חלקים והבעל דין יפסיד ב׳ חלקים מחמשה חלקים כיון דגמיר דינא בה׳ הא ליתא דהא ג׳ יכולין לדון את האדם בעל כרחו והלכך משלמין הני שלשה הכל: ומ״ש א״נ הוו ג׳ וגמיר דינא בב׳ וחד מהנך תרי מומחה וכו׳ ואיכא למידק מאחר שהאחד מומחה יפטרו כולם דכיון דהמומחה לבדו היה יכול לדון בע״כ אהני להו דהוו ג׳ לפטרם כמו בג׳ הדיוטות וקבלום וג׳ מומחין ולא קבלום. וי״ל דהיתרון על יחיד מומחה דהיינו שהוסיף וצירף ב׳ הדיוטות ולא קבלום עליהם אין להם לבדם שום יתרון שהרי יחיד או ב׳ הדיוטות שלא קבלו עליהם אין דיניהם דין אפילו לא טעו משא״כ בג׳ הדיוטות וקבלום דהקבלה הוא יתרון דאפילו יחיד הדיוט שקבלוהו דינו דין אי לא טעה וכן ג׳ מומחים ולא קבלום היתרון הוא המומחה שדן אפילו בעל כרחם: ומ״ש או אפילו ג׳ הדיוטות וקבלום עליהם וכו׳ הו״ל לרבינו לבאר התנאי דלא נקיטי רשותא מריש גלותא אלא דנמשך גם בזה אחר לשון הרא״ש שכתב כך בסתם ולא פירש. והרא״ש גופיה לא היה צריך לבארו בפירוש לפי שקודם זה כתב וג׳ הדיוטות דלא נקיטי רשותא ולא קבלו עלייהו וטעו וכולי. ואחר כך כתב חלוקה זו ושלשה הדיוטות דקבלינהו עלייהו וטעו בשיקול הדעת וכו׳ דהשתא לא הוצרך להזכיר ולא נקטי רשותא דהא פשיטא מדשינה בחלוקה זו וכתב ושלשה הדיוטות דקבלינהו דלא כחלוקה שכתב תחלה דשלשה הדיוטות דלא קבלוהו עלייהו ולא הזכיר גם כן בחלוקה שניה ונקיטי רשותא מריש גלותא דלא כחלוקה הראשונה דאיירי בדלא נקיטי רשותא מכלל דגם החלוקה השנייה איירי בדלא נקיטי רשותא כמו בחלוקה הראשונה אבל רבינו שלא כתב הדינין בסדר שכתב הרא״ש ראוי היה לבאר כאן בפירוש ולא נקיטי רשותא מר״ג אלא דהעתיק לשון הרא״ש כהווייתן: ומ״ש פטורין מלשלם אפילו נשאו ונתנו ביד אפי׳ אם יש גדול מהם אין מחזירין אלא קם דינא ופטורים תימה רבה היאך כתב רבינו אפילו יש גדול מהם וכו׳ ושזו היא מסקנת הרא״ש והלא הרא״ש כתב להדיא דהלכתא כרב יוסף וכרב נחמן ובמומחה ויש גדול להחזירו הדין חוזר והאריך לבאר בטעמו של דבר ולא כתב אלא דאם א״א בחזרה פטור מלשלם אפילו יש גדול ממנו להחזירו ואין ספק שרבינו הבין דמ״ש הרא״ש בסוף אחר שהביא דעת הראב״ד דאפילו אם יש גדול ממנו אין מחזירין אלא קם דינא ולא משלם דהא רב יוסף גדול ממר זוטרא הוה ולא החזיר וכן נראה עכצ״ל דהאי וכן נראה הוא מדברי הרא״ש שהסכים עם הראב״ד ותימה דאם כן למה סתם הרא״ש בתחילת דבריו לפסוק כרב יוסף וכרב נחמן והאריך בפסק אותו דין ומה לו כל הטורח הזה כיון דאין זה מסקנתו אלא האי וכן נראה מדברי הראב״ד הוא דלאחר שהביא ראיה מהך דמר זוטרא דפ״ק כתב וכן נראה כלומר שכן נראה לפי דעתו דכיון דמומחה הוא וקבלוהו שאין להחזיר הדין ואפשר דסובר רבינו מאחר שהביא דעת הראב״ד באחרונה אלמא דכך היא מסקנתו שוב מצאתי ברבינו ירוחם שכתב להדיא שהתוס׳ והרא״ש חלוקים על הראב״ד בדין זה: ומ״ש אבל אם לא גמיר ולא סביר פסול לדינא כדפי׳ לעיל בסימן ג׳. ולשם מבואר דאפילו הם ג׳ כיון דלא קבלום עלייהו אין דיניהם דין אפי׳ לא טעו ואע״פ דנקיטי רשותא מר״ג דלאו כל כמיניה דר״ג לאכשורי פסולי: ומ״ש ויחיד או ב׳ הדיוטות וכו׳. פי׳ אע״פ דגמירי ולא סבירי נמי אין דיניהם דין אפילו לא טעו כיון דלא נקיטי רשותא מר״ג וגם לא קבלו עלייהו שדין אלו ב׳ כדין ג׳ דלא גמירי ולא סבירי ולא קבלו עלייהו אע״ג דנקטי רשותא מר״ג כדפי׳ בסמוך: ואם קבלו עלייהו אע״פ דלא גמירי ולא סבירי ואפילו לא נקיטי רשותא מר״ג ואפילו ב׳ הדיוטות או אפי׳ יחיד נמי מה שעשה עשוי וישלם מביתו: והרמב״ם כתב מומחה שנטל רשות וכולי. עד ואם אי אפשר לחזור ישלם מביתו ע״כ הקשה ב״י דמשמע דהרמב״ם ס״ל כדעת הגאון שהביא הרי״ף והא ליתא שהרי הרי״ף דחה דברי הגאון משום דמומחה שטעה אע״פ שגרם להזיק לא נתכוין להזיק. א״כ בע״כ דלא ס״ל להגאון הך סברא ולפיכך ישלם מביתו. וא״כ הרמב״ם שכתב בריש פ״ו שאף על פי שגרם להזיק לא נתכוין להזיק ס״ל כהרי״ף בדין זה ולפ״ז ודאי קשה דהיאך תופס דעת הגאון דישלם מביתו והאריך ב״י ביישוב קושיא זו ולא ידענא מאי קא קשיא ליה לב״י הלא מפורש ברמב״ם רפ״ו דלא כתב הך סברא דאע״פ שגרם להזיק לא נתכוין להזיק אלא במומחה ובטעה בדבר משנה דהוה אמינא דמזיק הוא כיון דפסק שלא כדין בדברים המפורשים במשנה ע״כ כתב דכיון דלא נתכוין להזיק לאו כמזיק בידים הוא וכתב כך כדי להורות ההבדל שבין דיין שטעה בכך ובין מי שאיננו דיין כלל והיינו לאפוקי אם אינו מומחה ולא קבלוהו דאפילו טעה בדבר משנה חייב לשלם אם א״א בחזרה שזה המתכוין להזיק הוא שמ״ש הרמב״ם גופיה באותו פרק דלא הו״ל לדון בכפייה כיון שאינו מומחה. והא דכתב הרמב״ם בתחלת הפרק כל דיין שדן ד״מ וטעה אם טעה בדברים הגלויים וכו׳ לא היתה

דעתו לומר כל דיין אפי׳ אינו מומחה ולא קבלוהו דהאי ודאי לאו מקרי דיין אלא בכלל ב״ז הוא כדכתב אחר כך הרב גופיה באותו פרק אלא ר״ל כל דיין אפילו לא נקיטי רשותא מר״ג אבל עכ״פ מומחה הוא אפילו לא קבלודו או אפילו אינו מומחה אלא דקבלוהו דהני דיינים נינהו ולאו מזיקין בידים נינהו ועלייהו קאמר הרמב״ם דאע״פ שגרם להזיק לא נתכווין להזיק ואין ספק שאין זה עיקר הטעם לפטרו מתשלומים דפשיטא דאע״פ דלא נתכווין להזיק חייב דהו״ל ליזהר אלא עיקר הטעם דכיון דטעה בדבר משנה לאו כלום עבד שהרי הדין חוזר לגמרי והכי משמע בסמ״ג דכתב כל׳ הרמב״ם בדין טועה בדבר משנה וז״ל כל דיין שטעה וכו׳ וסוף דבריו ואם א״א להחזיר פטור מלשלם שמצינו בר״ט וכו׳ ואומר שם דאילו איתא בעיניה הוה הדרא לכשרותא וכו׳. אבל בטועה בשיקול הדעת דקם דינא ומה שעשה עשוי כשנשא ונתן ביד והלכך גם כשלא נשא ונתן ביד וא״א בחזרה חשוב מעשה גמור כיון דאהנו מעשיו וליכא למימר הכא לאו כלום עבד שהרי הדין קיים ע״פ דבורו אע״פ דלא נשא ונתן ביד הלכך חייב לשלם מדינא דגרמי אפילו לא נתכוין להזיק זאת היא דעת הרמב״ם שפסק כדעת הגאונים גם בעל המאור דבזה נראו דברי רבינו האי גאון וברורים הם דהשתא דקי״ל כר״מ דדאין דינא דגרמי אפילו נשא ונתן ביד דחוזר הדין אם א״א לחזור ישלם מביתו וצל״ע במ״ש ב״י דהרי״ף דחה דברי גאון דאפילו לר״מ פטור דאע״פ שגרם להזיק לא נתכוין להזיק וע״כ לא חייב רבי מאיר אלא בגורם המתכוין אבל לא בגורם שאינו מכוין כי האי עכ״ל לא הבנתי תוכן דבריו דדברי הרי״ף מבוארין דה״ק דכי אית ליה לר״מ דינא דגרמי בדינא דנזיקים הוא דאית ליה הכי והיינו לפי שהניזק לא קיבל על עצמו להיות ניזוק ממנו אבל גבי דיינא שקבלו לדיין לדונו לית ליה האי סברא דפשיטא דאחר דקבלו עליו פטור דאם היה חייב א״כ אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם כלומר דאפילו אם יקבלוהו עליהם לא ידון ואיכא נעילת דלת שירא המלוה שלא ימצא מומחים לדונו וכו׳ ומבואר עוד מדברי הרי״ף מכמה אנפי שדבריו אלה הם בדיין שאינו מומחה וקבלוהו עלייהו ולא עלה על דעתו לחלק פה בין גורם למתכווין ועוד יתבאר דבר זה בסמוך בס״ד: ואם הטעות בדבר פשוט וכו׳. עד כתב הרמב״ם שהוא פטור אע״פ שגרם להזיק לא נתכוין להזיק כבר כתבתי בסמוך שאין זה עיקר הטעם לפוטרו מתשלומין שהרי בניזקין עשה הכתוב שוגג כמזיד ואונס כרצון כדאיתא פ״ק דב״ק מפצע תחת פצע אלא לפי שהרמב״ם כתב כל דיין וכו׳ ור״ל למומחה דלא קבלוהו אי נמי אינו מומחה וקבלוהו אבל אינו מומחה ולא קבלוהו לאו בכלל דיין הוא אלא בכלל בעלי זרוע הוא ואפי׳ טיעה בדבר משנה צריך לשלם שזה כמזיק בידים הוא ומתכוון להזיק הוא ולכן כתב כאן משום בלא נתכוין להזיק לומר שאין זה בכלל בעלי זרוע אבל עיקר הטעם דטועה בדבר משנה פטור אינו אלא משום דלאו מידי קעביד ולאו הוא דין כלל דאפילו נשא ונתן ביד לא קם דינא וחוזר אפילו היו ג׳ מומחין וגם קבלום עליהם הלכך כשאי אפשר להחזיר כגון שהלך זה למ״ה וכו׳ נמי פטור אפילו נשא ונתן ביד ולאו מזיק בידים הוה כיון שלא נתכווין להזיק לאו גורם להזיק קרינן ליה: ומ״ש רבי׳ או האכילוהו על פיו לכלבים לאו דוקא דה״ה אפילו האכילה בידים לכלבים וכן הוא הלשון ברמב״ם או שהאכיל דבר המותר לכלבים אלא דרבינו נקט בלשונו דבר ההוה זו היא דעת רבינו בהבנת דברי הרמב״ם ולפיכך דקדק הרמב״ם שלא הזכיר כאן מומחה דלא קבלוהו ונטל רשות מר״ג דזה אין צריך להשמיעני דפשיטא דפטור אפי׳ נשא ונתן ביד מטעם דיש כח לר״ג להפקיר ממון וכשנתנו רשות למומחה לדון ע״ד כך נתנו לו רשות שכל מה שיעשה יהא קיים אפי׳ טעה ונתן ביד אלא היכא דלא נטל רשותא הוצרך להשמיענו דאפ״ה פטור מלשלם ודלא כמ״ש רש״י והתוס׳ בפרק אד״מ (דף ל״ג) עיין בתוס׳ בד״ה השתא נמי לאו כלום עבדת שכתבו דדוקא בדלא נשא ונתן ביד דאי נשא ונתן ביד א״כ טובא עבד אבל ב״י השיג על רבינו בהבנת דברי הרמב״ם ואמר שדעת הרמב״ם כדעת התוס׳ דלא פטר בטועה בדבר משנה אלא בלא נשא ונתן ביד וליתא דא״כ הו״ל להרמב״ם לפרושי ומדכתב בסתם ודאי דאף בנשא ונתן ביד קאמר דפטור וכמו שהבין רבינו מדבריו ולכן כתב רבינו וכ״כ הרמ״ה אלא שחלק כו׳ ודעת הרמ״ה היא דכיון דאשכחן בר״ט דמומחה דגמיר וסביר הוי וגם קבלוהו עלייהו שהרי לא כפה ר״ט להשואל שיבא לפניו לשאול על פרתו וא״ל ר״ע כיון דטועה בדבר משנה הוא פטור מלשלם וסתמא קאמר הלכך אפילו נשא ונתן ביד נמי פטור ודוקא דומיא דר״ט אבל הדיוט חייב אע״פ דקבלוהו עלייהו: ומ״ש ע״ש הרא״ש דבכל ענין חייב אפילו מומחים ואפי׳ לא נשא ונתן ביד נראה דאמומחים שהזכיר לפני זה קאי דהיינו אפילו קבלום עליהם וכ״כ ה״ר ירוחם בפי׳ והכי משמע מלשון הרא״ש שכתב תחילה בטועה בדבר משנה לעולם חוזר ואפילו בג׳ מומחים ואפי׳ בקבלוהו עליהם ואפי׳ נקיטי רשותא מר״ג וכו׳. ואח״כ כתב והיכא דטעה בדבר משנה דאמרינן חוזר וליתיה לבע״ד א״נ איתיה ולית ליה לשלומי משלם הדיין מביתו אע״פ שלא נשא ונתן ביד דקי״ל כר״מ דדאין דינא דגרמי וכו׳ ומשמע להדיא דאמאי דכתב בטועה בד״מ לעולם חוזר ואפילו בג׳ מומחים ואפי׳ קבלום עליהם וכו׳ קאמר השתא דמשלם מביתו בכל גוונא אם א״א בחזרה דאל״כ הו״ל לפרש על איזה דיין קאמר דצריך לשלם אלא ודאי מדקא מסתם ליה סתומי אלמא דבגוונא דלעיל מיניה קאמר. אבל תימה דהא ר״ט טועה בדבר משנה היה ואפ״ה פטרו ר״ע משום דמומחה לב״ד פטור ולהרא״ש בטועה בדבר משנה בכל ענין חייב ונראה דס״ל להרא״ש דר״ט ודאי הוה נקיט רשותא מר״ג והפקר ב״ד הפקר הלכך אפילו טעה בדבר משנה פטור ולא דמי למומחה דלא נקיט רשותא מר״ג וקבלוהו עלייהו דחייב דמצי א״ל כי קבלוך אדעתא דתדון ד״ת וכו׳. וכי היכי דמחלק הרא״ש בין קבלוהו לנקיט רשותא גבי יחיד שאינו מומחה וכמ״ש רבינו לעיל ה״נ הכא וא״כ מ״ש הרא״ש כאן דבכל ענין חייב לא קאמר אלא בגוונא דלעיל במומחים ולא נקיטי רשותא דאילו נקיטי רשותא

פשיטא דפטור ולא היה צריך הרא״ש לבאר דפשוט הוא וכך היא דעת רבינו. וז״ל הרמב״ם בפ״ו במי שאינו מומחה ולא קבלוהו אפי׳ נטל רשות ה״ז בכלל בעלי זרוע ואם טעה ונשא ונתן ביד חייב לשלם מביתו וחוזר ולוקח מבע״ד שנתן לו שלא כהלכה ואם אין לו להחזיר או שטימא או שהאכיל דבר המותר לכלבים ישלם כדין כל גורם להזיק שזה מתכוין להזיק הוא עכ״ל והלשון מגומגם במ״ש שנית ישלם באם אין לו להחזיר דהלא כתב מתחלה חייב לשלם אפילו יש לו להחזיר וכבר האריך בזה הרב בספר כ״מ ודעתו להגיה ע״ש. ולפעד״נ דה״ק תחלה כתב דאם טעה ונשא ונתן ביד חייב לשלם מביתו דאפילו יש לו לבע״ד להחזיר אין לו לבע״ד לחזור על חבירו אלא חוזר על הדיין וחוזר הדיין ולוקח מבע״ד ומדיוקא נשמע דאם לא נשא ונתן ביד אין חוזר על הדיין אלא חוזר על בע״ד חבירו. וכל זה בשיש לו להחזיר. אח״כ כתב ואם אין לו להחזיר או שטימא וכו׳ השתא אפילו לא נשא ונתן ביד ישלם הדיין כדין כל גורם להזיק וכו׳ ואין צורך להגיה ופשוט הוא שכך הוא דעת הרמב״ם שהרי קודם זה פסק דבאינו מומחה אפילו קבלוהו אם לא נשא ונתן ביד חוזר הדין ואם אי אפשר לחזור ישלם מביתו אם כי כל שכן באינו מומחה ולא קבלוהו שהדין חוזר ואם אי אפשר לחזור ישלם מביתו כן נראה לי: כתב האלפסי בבא חמישאה באינו מומחה ולא קבלוהו דאין דינו דין ואפילו לא טעה ואם טעה ונשא ונתן ביד חייב לשלם לבע״ד ואח״כ חוזר הדיין ומוציא מבע״ד שנתן לו ואם לא נשא ונתן ביד אין הבע״ד חוזר על הדיין אלא חוזר על בע״ד חבירו ואם אין לו להחזיר חייב הדיין לשלם מדינא דגרמי והיינו כדפסק הרמב״ם וכדפרישית בסמוך. אבל בבא תליתאה ובבא רביעאה דהיינו מומחה דלא קבלוהו א״נ אינו מומחה וקבלוהו פסק דאם לא נשא ונתן ביד דהדין חוזר ואם א״א לחזור פטור מלשלם דלא כהרמב״ם דפסק בזו דחייב לשלם. והביא האלפסי דעת הגאון דפסק ג״כ באינו מומחה וקבלוהו בדלא נשא ונתן ביד דהדין חוזר אם אי אפשר לחזור ישלם מדינא דגרמי והקשה עליו דא״כ אין לך אדם שאין מומחה שנעשה דיין לעולם ותמיה לי דלכאורה לא קשיא ולא מידי דפשיטא דליכא כאן משום נעילת דלת דלא ימצא מומחין לדונו דהלא הגאון לא אמר דחייב לשלם אלא אמתני׳ דדן את הדין דמיירי בדן יחידי או אפילו שנים אבל ג׳ שאינן מומחין דינן כיחיד מומחה ואם קבלום פטורים מלשלם וא״כ ליכא נעילת דלת שהרי ימצא ג׳ שאין מומחין שידונו אותו. עוד הקשה דאי משום דינא דגרמי מחייבת ליה אפי׳ טעה בדבר משנה אם אין לו להחזיר יהא חייב מדינא דגרמי וכי מפני שטעה בדבר משנה יהא נשכר. ולפעד״נ דזו ג״כ אינו קושיא דשאני טועה בד״מ דלאו כלום עביד דדינא לאו דינא ואיהו הוא דאפסיד אנפשיה כדאמר בפרה של בית מנחם שהשליכוה לכלבים ע״פ ר״ט אבל יחיד שאינו מומחה דקבלוהו וטעה בשיקול הדעת דקם דינא אלא דהיכא דאפשר בחזרה ולא נשא ונתן ביד אמרו רבנן דהדין חוזר כדי שלא יפסיד הדיין כיון שלא נשא ונתן ביד מיהו אם אי אפשר לחזור ישלם הדיין דהוא גרם לאבד ממונו של זה דליכא למימר הכא לאו מידי עביד דטובא עביד כיון דטעה בשיקול הדעת ובזה התיישבו פסק הגאון והרמב״ם. ולענין הלכה נראה לפסוק בזו דהדין חוזר כיון שגם האלפסי ס״ל הכי וכך הוא דעת בעל המאור ובעל העיטור ע״ש רב האי גאון. דלא כהרא״ש והטור דס״ל בזו דאפילו לא נשא ונתן ביד אין הדין חוזר ואף על פי דאפשר בחזרה ואפילו לא הוציא מיד המתחייב מיד כשפסק הדין קם דינא ואינו חוזר אלא לגדולי הגאונים הראשונים והרבים יש לשמוע. אבל היכא דאם אי אפשר בחזרה חייב הדיין לשלם כדעת הגאון והרמב״ם ובעל המאור והעיטור ע״ש רב האי והרא״ש והטור ודעת האלפסי יחיד הוא כנגד כל הני רבוותא. ובמומחה וקבלוהו אי נמי לא קבלוהו אלא דנקיט רשותא מר״ג כ״ש דהדין חוזר היכא דאפשר בחזרה כדי שלא להפסיד לבע״ד שהרי הדיין פטור מלשלם לכ״ע ל״ש נשא ונתן ביד ל״ש לא נשא ונתן ביד דלא כהרא״ש והטור דס״ל דאף בזו שפטור מלשלם נמי קם דינא אע״ג דאפשר בחזרה דליתא אלא ככל הגדולים הראשונים דרבים נינהו: ויש כאן מקום עיון במרדכי דכתב ע״ש האלפסי באינו מומחה ולא קבלוהו וטעה ולא נשא ונתן ביד די״א דחייב לשלם מדינא דגרמי וליתא דא״כ אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם ועוד דא״כ אפי׳ טעה בד״מ וכו׳ מבואר מדבריו שהבין דפסק הגאון באינו מומחה דלא קבלוהו קאמר דאם לא נשא ונתן ביד חייב הדיין לשלם ושעל זה השיג האלפסי וקאמר דאינו חייב לשלם והא ודאי ליתא דא״כ יהיו דברי הרי״ף סותרים תוך כדי דיבורו דתתלה כתב בבבא חמישאה דחייב לשלם ואח״כ בהשגתו על הגאון כתב דפטור מלשלם אלא וודאי דהגאון לא קאמר אלא היכא דקבלוהו ואפ״ה חייבו לשלם כיון דאינו מומחה וכדפסק הרמב״ם ובעל המאור והעיטור ע״ש רבינו האי גאון וע״ז השיג הרי״ף וקאמר דאינו חייב לשלם כיון שקבלוהו דא״כ אין לך אדם וכו׳ ודו״ק. ואין ספק דאיכא ט״ס במרדכי דהשמיט מלכתוב החילוק בין קבלוהו ללא קבלוהו נ״ל: כתב הרשב״א בתשובה סי׳ רל״ג דאם היה מנהג בעיר להקל מפני שחכם אחד הורה להם כך אם אחר מותו בא לשם חכם אחר לאסור מה שהם מתירין נהוג בו איסור ע״ש. ונ״ל דה״ה אם הראשון היה אוסר יכול השני להתיר אחר מותו כדאיתא בפרק כיצד משתתפים גבי מחיצה תלויה בשבת דקאמר תלמודא דרבי יוסי אוסר וא״ת הואיל ור׳ יוסי לגבי שבת לית ליה מחיצה תלויה אותו מעשה שנעשה בציפורי להתיר מחיצה תלויה על פי מי נעשה הלא רבי יוסי ראש של ציפורי הוה וע״פ היו עושין כולן כדאמר בסנהדרין אחר רבי יוסי לציפורי לא על פי ר״י נעשה אלא ע״פ ר׳ ישמעאל ב״ר יוסי נעשה שכבר נפטר ר׳ יוסי אלמא דאע״פ שהיו נוהגים להחמיר כר׳ יוסי מ״מ לאחר מיתתו נהגו להקל כבנו: אמרינן בפרק א״ט (דף מ״ד) חכם שאסר דבר אין חבירו רשאי להתיר ודוקא בדבר התלוי בסברא ושיקול הדעת אבל אם הראשון טעה בדבר משנה אי נמי השני יש לו קבלה אמיתית ואגמריה סמיך יכול להתיר מה שאסר הראשון. וכשאסר הראשון מכח סברא וכששמע

סברת השני מסכים עמו להתיר כתב הר״ן ע״ש הראב״ד והרשב״א ריש פ״ק דע״ז (דף ש״ן) דאין רשאי להתיר ואם התיר אינו מותר דשויה חתיכה דאיסורא אבל הר״ן עצמו כתב הא דאין רשאי השני להתיר אינו אלא מפני כבודו של ראשון וכיון דחוזר בו ומסכים לסברת השני רשאי דאין כאן לומר דשויה חתיכה דאיסורא עיין שם באורך: ולפי דעת הר״ן משמע דאם הראשון התיר אין חבירו רשאי לאסור מפני כבודו של ראשון אבל לדעת הראב״ד והרשב״א דטעמא משום דשויה חתיכה דאיסורא אם כן יכול השני לאסור מה שהתיר הראשון ועוד האריך בשלטי הגיבורים בעניינים אלו ע״ש:

ו כתב הרמ״ה דיינא דטעה וכו׳. מאן מסיק בי אלא פלניא ופלניא וכו׳. בספרים שבידינו הגירסא היא כי קא שכיב אמר פלניא ופלניא מסקי בי זוזי וכו׳. ואפשר דלפי גירסא זו היכא דקאמר מאן מסיק בי אלא פלניא ופלניא משמע דוקא קאמר ולא להשביע את בניו והך עובדא דהוה קרו ליה קב רשו דאמר מאן מסיק בי אלא פלניא ופלניא וכו׳ דאמר ר״נ אדם עשוי שלא להשביע את עצמו איכא למימר הני מילי מחיים אבל לאחר מיתה לא אכן לגירסת הרמ״ה משמע דאין חילוק והאלפסי גורס כי הוה שכיב אמר אי הוה לי לאו פרעתיהו לפלוני ולפלוני ופלוני. ולעניין הלכה משמע דאין חילוק דבכל איזה לשון שאומר דרך שיחה אמר אדם עשוי שלא להשביע את בניו: א״ל ניזל וניהדר בו מאידך פלגא דפרעינן בספרים שבידינו הגירסא היא אמר ליה ניזל וניהדר א״ל כבר הורה זקן ופי׳ רש״י ניזל וניהדר לשלם החצי שקיבלו כבר הורה זקן רבי ישמעאל שקיבלתם על פיו ולא אחלוק על מה שעשה עכ״ל ונראה דלגירסת הרמ״ה ופירושו דחשיב ליה לרבי ישמעאל טועה בשיקול הדעת אפשר לחלק ולומר דהיכא שהתובעים אינם רוצים להחזיר החצי שקיבלו התם דוקא קאמר רבי חייא כבר הורה זקן אבל אם הם מעצמם רוצים להחזיר החצי שקיבלו חייב הוא שיאמר לו שחוזר הדין ואע״ג דר״י מומחה וקבלוהו הוה מ״מ כיון שטעה טעות גמור והיה כח לר׳ חייא להוכיח שטעה בשיקול הדעת והיינו לפי שרוב החכמים נראה להם כך כדר׳ חייא כדפי׳ רש״י אי נמי שפשט המעשה בכל העולם כמ״ש רבי חייא וכדפירש הרמב״ם הלכך כיון שהתובעים רוצים להחזיר החצי שקיבלו היה לו לרבי חייא לומר להם שיחזירו מה שקיבלו מהיתומים שלא כדין וה״א בפרק ג״פ ש״מ שאמר מנה לפלוני בידי אמר תנו נותנים לא אמר תנו אין נותנים משום דאדם עשוי שלא להשביע את בניו ומביאו הרא״ש בפרק זה בורר אלמא דדינא הכי הוא לכ״ע ורבי ישמעאל בלבד הוא שטעה ודו״ק:

ז כתב הרמב״ם דיין שטעה וחייב שבועה וכו׳ משמע דוקא היכא דאיכא לברורי טעותא דטעה בדבר משנה או בשיקול הדעת ולא אמרינן בשטעה בשיקול הדעת מה שעשה עשוי אלא א״כ דאיכא דררא דממונא לחייבו ממון או לפוטרו אבל לגבי שבועה להזכיר שם שמים לבטלה לא אמרינן מה שעשה עשוי אבל היכא דליכא לברורי טעותא כעובדא דר׳ ישמעאל ורבי חייא לפי פי׳ האלפסי והאשיר״י ולא היה כח לר׳ חייא לברורי שטעה רבי ישמעאל. אם חייב שבועה ועשה פשרה ואח״כ נודע שטעה ואינו בר שבועה אינו יכול לחזור מהפשרה ומה שגבה גבה וכן כתב בית יוסף ע״ש:

סימן כו

א אסור לדון בפני דייני עכו״ם וכו׳ פי׳ אפי׳ נתרצו שני הבעלי דינים לדון בפניהם. וה״א בסוף גיטין תניא ר׳ טרפון אומר כל מקום שאתה מוצא אנגריות של עכו״ם אע״פ שדיניהם כדין ישראל אי אתה רשאי להזקק שנאמר ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם. לפניהם ולא לפני עכו״ם: ומ״ש וכל הדן בדיניהם ה״ז רשע וכו׳ כ״כ הרמב״ם סוף ה״ס:

ב ומ״ש ואם שעל דינו אלם וכו׳ ג״ז שם:

ג כתב בעל התרומות ליה שחייב עצמו בקנין וכו׳. ומכאן אני אומר וכו׳ אבל אין ב״ד מחייבים אותו ע״כ. אבל א״א הרא״ש כתב וכו׳ מפורש בדברי רבינו שכל זה הוא מדברי בה״ת ולפי שתחלת דבריו לוה שחייב עצמו בקנין וכו׳ הוא ממה שהשיב הרי״ף כדא תא בספר התרומות שער ס״ב ומביאו ב״י. לכך כתב בה״ת עצמו דמכאן שהשיב הרי״ף אני אומר וכו׳. ואף על פי שלא נמצא כך בספרי בה״ת שבידינו היום אין זה מן התימא שחסר מן הספר ודלא כמ״ש ב״י דמכאן אני אומר הם דברי רבינו שלמד כך מדברי בעל התרומות שהרי ממה שסיים רבינו עד כאן אלמא דכל זה הוא מדברי בה״ת ושהרא״ש חולק עליו. ותו דאם מכאן אני אומר הם דברי רבינו קשה מנ״ל לרבינו לפרש כך לדעת בה״ת ודילמא גבי שטר מודה בה״ת דמפרשים אותו לענין אלם דלא ציית דינא ולא לעניין שמטה וכמ״ש הרא״ש כך הוא דעת בה״ת אלא בע״כ דהא ומכאן אני אומר הן דברי בה״ת עצמן וע״כ כתב רבינו דהרא״ש חולק עליו ופשוט הוא:

ד ומ״ש אם יש זכות למלוה בכך וכו׳ וה״ז כמקבל עליו עדות עכו״ם וכו׳. פי׳ אם יש זכות למלוה בדיניהם שלא היה זוכה באותו זכות אם היה דן בדיני ישראל וקנו מיניה הו״ל קנין גמור כאילו היה משעבד נכסיו לפרוע אותו זכות שזוכה בדיניהם ואין הלוה יכול לחזור בו וה״ז כמקבל עליו עדות עכו״ם להאמינו דבדיני ישראל העכו״ם פסול לעדות והלוה מתחייב בקניין לשלם כל מה שיעיד העכו״ם דזה לא הוי קנין דברים וה״נ דכוותיה וכן כל כיוצא בזה ובזה וודאי אף הקנס שקיבל עליו בשביל הקניין חייב ליתן ומוציאין ממנו בב״ד אלא דכל היכא שאין לו זכות בדיניהם יותר מבדיני ישראל וקנו

מיניה לילך עם המלוה בדיני עכו״ם התם הוא דהקנין אינו בא רק שיהא מחוייב לילך לפני הערכאות והו״ל קנין דברים וכמו שהקנין אינו כלום גם הקנס שהתנה על עצמו בשביל הקנין אינו כלום ואין מוציאין ממנו בב״ד דהו״ל כאילו התנה בלא קנין דאינו חייב בקנס כלל:

ו אלא דאם התנה להתחייב לענייי׳ וכו׳ התם וודאי אע״פ דחשבינן ליה כאילו התנה בלא קניין מ״מ לא גרם מנדר דעלמא שנדר כך וכך לעניים דא״ל לקיים נדרו שנדר לשמים אבל לא שמוציאין ממנו בב׳׳ד בכפייה כדי לקיים התנאי שהתנה עם המלוה כיון דליכא קנין גמור אלא קנין דברים וחשיב כאילו התנה בלא קנין ואף על גב דאפילו את״ל דחשיב ליה נדר חייב לקיים נדרו שנדר מ״מ אין שייך בזה כפיית ב״ד דמצי למימר אתן לעניים דעיר אחרת ומתי שארצה אתן. והרב ב״י לאחר שהביא לשון בה״ת כתב ונראה שרבינו מפרש מ״ש אבל אי מקבל עליו סהדותא דעכו״ם וקנו מיניה וכו׳. דהיינו לומר שמקבל עליו דייני עכו״ם הוי כמקבל סהדותא דעכו״ם וכו׳ עכ״ל ולא ידעתי למה לא פירש כפשוטו ביש לו עדות אצל עכו״ם והלוה מקבל עליו לדון בדיני עכו״ם דהשתא המלוה זוכה בדיניהם על ידי עדות העכו״ם שיעידו בדיניהם ואם לא הו״ל עדות עכו״ם לא היה זוכה ולאו דוקא בכה״ג אלא ה״ה דאין לו עדות עכו״ם וזוכה בדיניהם בדרכי נימוסיהם מה שלא היה זוכה בדייני ישראל:

ז וכתב עוד בתשובה ואם עבר ומסרו לעכו״ם צריך לקבל עליו כל אונסא דמתייליד ליה וכו׳ נראה מבואר דדוקא ההיזק שבא לו מפני שתבעו העכו״ם בדיניהם והוצרך ליקח מליץ וכו׳ או שעבר עליו העכו״ם הדרך והוציא ממנו יותר וכו׳ והישראל לא היה פושע בכלום כנגד דייני האומות והעכו״ם שתבעו אבל אם הגיע לו היזק ע״י דברו בפניהם שלא כדת ונפל ברשתם בקנס או בתפיסה א״נ קבעו לו זמן לשלם בקנס כך וכך ועבר הזמן איהו הוא דאפסיד אנפשיה ואין חבירו חייב לשלם היזק זה דגרם לעצמו וכך הוא מבואר בספר התרומות שער ס״ב ע״ש. כתב בש״ע המקבל עליו בקנין וכו׳ עד וחייב ליתן מה שקיבל לעניים ויש מי שאומר שאין ב״ד מוציאין ממנו אלא מודיעים אותו שחל הנדר עליו עכ״ל. לכאורה משמע דלסברא קמא מוציאין ממנו בב״ד. ולא ידעתי מנין לו דפליגי בה ואולי לפי שהמרדכי בפרק בני העיר כתב על שם מהר״ם בתשובה באחד שאמר בתוך קהל ועדה אם אשחוק עוד בקוביא אתן ה׳ זקוקים לצדקה והוא אומר שיתן למקום שהוא חפץ והשיב שכופין אותו שיתנם בעירו ע״ש משמע ליה להרב ב״י דחולק הוא אבעל התרומות שפסק כאן שאין ב״ד מוציאין ממנו. ועוד אפשר לומר דבעל התרומות מודה למהר״ם דבאומר בתוך הקהל אם אשחוק עוד אתן לצדקה כך וכך דמסתמא היתה דעתו לצדקה דקהל שהוא נודר בפניהם ולא מצי אמר שיתן חוץ לעיר מקום שהוא חפץ אבל במקבל עליו סתם כנגד חבירו אם לא אעשה לך כך וכך אתן לעניים כך וכך אין מוציאין ממנו בב״ד דמצי אמר אתן לעניים שאני חפץ חוץ לעירי ומהר״ם נמי מודה בכך כיון שלא היה הנדר בתוך הקהל: ומ״ש הרב כאן ויש מי שאומר וכו׳ אינו בא לומר דאיכא כאן ב׳ סברות אלא דלפי דמ״ש תחלה המקבל עליו בקנין וכו׳ עד חייב ליתן מה שקיבל עליו לעניים הוא דבר פשוט לא יעלה על הדעת שיחלוק אדם על זה כתבו בסתם אבל מ״ש אח״כ שאין ב״ד מוציאין ממנו וכו׳ הוא חידוש בדין אפשר שיש מי שחולק על זה כתבו בלשון ויש מי שאומר להודיע שדברי יחיד הם ודרך הרב בזה בש״ע הוא ידוע בהרבה מקומות בספרו:

סימן כז

א אסור לקלל הדיין וכו׳ בפ״ד מיתות (דף ס״ו) אסיקנא דאפילו לר״ע דהאי אלהים קודש הוא והוא אזהרה למברך את השם יליף נמי דיין מדלא כתיב לא תקל אלא כתיב לא תקלל שתי קללות במשמע ואלהים נמי שתי לשונות יש בו הלכך לא תקלל דרשינן אתרוייהו: ומ״ש כל המקלל אחד מישראל עובר בלאו שנא׳ לא תקלל חרש ה״א סוף פרק שבועת העדות אלא דהתוס׳ לשם כתבו דמחרש ומאביו אתא אלא שלא חש כאן להאריך עכ״ל. ורצונם לומר דמחרש לחודיה לא אתי בבנין אב דאיכא למיפרך שכן חרישתו גרמה לו ומאביו לחודיה לא אתי שכן הוקש כבודו לכבוד המקום אבל במה הצד אתי שפיר דליכא למיפרך מה להצד השוה שכן משונים כדפריך בפרק ד׳ מיתות על דיין וחרש ונשיא דאביו אינו משונה עכ״ל. ואיכא למידק אמ״ש רבי׳ דנפקא לן מחרש ופרט לן בחרש להשמיענו שאע״פ שאינו שומע וכו׳ שזה הפך הגמרא דקאמר שכן חרישתו גרמה לו וכך יש להקשות אדברי הרמב״ם שממנו לקח רבינו לשון זה שכתב כאן וי״ל דהרמב״ם ורבינו קשיא להו דלפי האמת דנפקא לן מחרש ואביו דמקלל חבירו בלאו אם כן למה פרט לן חרש לכתוב קרא סתם לא תקלל רעך ולא נצטרך ללמוד מאביו ותירצו דא״כ הוה אמינא דהמקלל חרש אינו בלאו משום שאין לו צער כיון שאינו שומע לכך כתב חרש ללמד דאפילו חרש וכל שכן שאינו חרש אלא דהשתא דכתיב חרש ואיכא למימר איפכא דמה לחרש דחרישתו גרמה לו איצטריך נמי אביו דאתיא ליה חבירו במה הצד. כתב הרמב״ם שהמקלל אחד מישראל לוקה אחת ואם דיין לוקה שתים ואם קלל נשיא לוקה שלש ובן נשיא שקלל אביו חייב משום ד׳ שמות ג׳ של כל אדם ואחד משום האב עכ״ל. ורבינו לא כתבו דאין דנין מלקות בזמן הזה ולא בא רבינו כי אם להורות דאסור לקלל ושעובר בלאו אלא דמ״מ קשה לאיזה צורך כתב רבינו דבכל אלו אין חייב מלקות עד שיתרו בו בפני עדים וכו׳ דמנ״מ בזמן הזה דאפילו התרו בו לא מלקינן ליה. וי״ל דעיקרו לא אתא אלא לאורויי דאיסורא מיהא איכא אע״פ שאינו לוקה דלא תימא דאפילו איסורא ליכא דליתא ותו אתא

לאשמעינן דאם היה ת״ח אע״פ שאינו לוקה מ״מ בקללה זו איכא ביזוי וחרפה לת״ח ומנדין אותו ואם רצו ב״ד וכו׳. וז״ש רבינו אע״פ שאינו לוקה אם חירף וכו׳ וכ״כ הרמב״ם: ומ״ש ואם היה עם הארץ וכו׳ פי׳ אם היה זה שנתקלל עם הארץ וקלל אותו בענין שאין המקלל חייב מלקות וגם אינו חייב לא נידוי ולא מכות מרדות שאין זה אלא כשביזה את החכם וה״ז שנתבזה עם הארץ אפ״ה אינו פטור לגמרי אלא עונשים אותו כפי שהשעה צריכה וכו׳ ונראה דכל זה לאו דוקא כשהמתחרף בקללה זו שאין בו מלקות מבקש דין על המחרף אלא אף כשמחל לו על קללתו נמי עונשין אותו וכמ״ש רבינו אח״כ אעפ״י שמחל החכם וכו׳ דלא מיבעיא כשנתחייב מלקות מן התורה כגון שהתרו בו דזה אין בידו למחול שכבר נתחייב מלקות כשעבר אלאו שבתורה ומכין אותו מלקות ארבעים אלא אפילו דלא התרו בו או שהקללה היתה בלא שם ובלא כינוי או היתה נשמע מכלל אל יהי ברוך וכו׳ דאעפ״י דאינו חייב מלקות מ״מ איסורא איכא מן התורה חייב עונש נדוי ומכת מרדות אם היה ת״ח או שאר עונשים אם היה ע״ה הלכך אעפ״י דמחל לו המתחרף יש עליו עונש דאין בידו למחול וז״ש הרב בהגהת ש״ע וז״ל אפילו מחל המתחרף עונשין אותו שכבר חטא ונתחייב עכ״ל דרצונו לומר בין שהיה מתחייב מלקות מן התורה כגון שהתרו בו וקלל בשם או בכינוי בפירוש וקראו מתחרף לפי שאין מלקין בזמן הזה ואין עליו אלא שם מתחרף ובין שלא התרו בו או שקללו בלא שם וכינוי או שא״ל אל יהא ברוך דאיכא איסורא דאורייתא בלחוד כיון דמ״מ חטא וכבר נתחייב עונש מן התורה אין בידו למחול ועונשים אותו כפי מה שיראו ודלא כמ״ש מהר״ו כהן:

סימן כח

א כל מי שיודע וכו׳ עד ונמצא מרויח זה בעדותו ר״פ הכונס תניא היודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ופריך במאי עסקינן אילימא בבי תרי פשיטא דחייב בד״ש דאורייתא הוא אם ליו״ע אלא בחד מה״ד מי יימר דכי הוה אתינא ומסהדינא ליה הוה מודה דילמא הוה משתבע לשיקרא ובד״ש נמי לא לחייב קמ״ל דחייב בד״ש דדילמא לא הוי משתבע לשיקרא ומשלם ונראה דלמאי דמסיק נמי אלא בחד לאו דוקא בחד דהא ברייתא סתמא תניא ובתרי נמי פטור מדיני אדם אלא דאיצטריך למיתני חייב בד״ש לאורויי דאפילו בחד חייב בד״ח וכ״כ האלפסי והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו ואפילו בחד סהדי וכו׳ עכ״ל מדלא כתב כגון בחד סהדא אלמא דבתרי נמי תניא אלא דאפי׳ בחד הדא נמי תניא ובשניהם פטור מד״א וחייב בד״ש ותו מדלא פריך תלמודא אילימא בבי תרי אמאי פטור מדיני אדם אלמא משמע דניחא ליה דפטור מד״א אלא דקשיא ליה פשיטא דחייב בד״ש ומשני דאתא לאשמועינן דאפילו בחד חייב בד״ש ולא קשה למאי דקי״ל כר״מ דדאין דינא דגרמי בבי תרי אמאי פטורין מד״א דהא ודאי אפילו העידו ואמרו אח״כ עדות שקר העדנו אין משלמין ע״פ עצמן וכדכתב רבינו בסי׳ ל״ח ע״ש ר״ח סעיף ה׳ ולא דמי עדות בע״פ לעדות בשטר כשהעידו על עצמן שחתמו שקר דכתב הרא״ש דחייב לשלם מדינא דגרמי כדלקמן בסי׳ מ״ו סעיף ל״ד וכמו שיתבאר לשם בס״ד כ״ש כשכבש עדותו ואחר כך הודה דפטור מד״א והכי משמע מדברי רבינו שכתב תחלה כל מי שיודע עדות וכו׳ בין אם הוא לבדו יודע בעדותו בין אם יש אחר עמו וכו׳. וכתב אחר כך בסתם ואם כבש עדותו ולא העיד פטור מד״א וחייב בד״ש ומשמע דקאי נמי להיכא דיש אחר עמו. ומדכתב נמי הך לישנא בין אם הוא לבדו בין וכו׳ דלא הו״ל לומר אלא אפילו הוא לבדו וכו׳ מאי בין ובין אלא בע״כ דבהוא לבדו אתא לאשמעינן דאפילו חייב בד״ש וביש אחר עמו אתא לאשמעינן דאפ״ה פטור מד״א וכך מבואר בתשובת הרא״ש שהביא ב״י במחודשים סעיף ד׳ וכ״כ נמוקי יוסף להדיא ומביאו ב״י ודלא כמ״ש בשלטי הגיבורים ריש הכונס ע״ש ר׳ ישעיה אחרון ז״ל היודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו הואיל ובכלל הגרמות הוא יכול חבירו להשביעו שבועת היסת שלא כפר עדותו שהרי אם כפר חייב לשלם לו וכו׳ עכ״ל. וצריך לפרש דהיינו כשהיה אחר עמו שהעיד לו כדבריו ותובע את השני שכפר לו וחייב אותו מדינא דגרמי ולפי דבריו צ״ל הא דלא פריך אילימא בבי תרי אמאי פטורים מד״א ליחייב מדינא דגרמי היינו משום דידע לתרץ דברייתא אתיא כרבנן דפטרי אף בדינא דגרמי וכן פירש״י וז״ל פטור מד״א קסבר גרמא בניזקין פטור עכ״ל דליתא להך דרבי ישעיה מקמי כל הני רבוותא דפטרי בבי תרי מד״א אף למאי דקי״ל כר״מ דדאין דינא דגרמי וז״ל נ״י ע״ש הרא״ה ומיהו הא דמחייבינן הכא בכובש עדותו היינו בד״ש אבל בד״א לא ואפי׳ למאן דדאין דינא דגרמי לפי שאין אדם חייב להעיד לחבירו אלא ממדת ג״ח עכ״ל ולפי זה ודאי אפילו בבי תרי פטור מד״א לפי שאינו אלא ממדת ג״ח אבל תימה כיון דתלמודא פריך פשיטא דחייב בד״ש מדאורייתא דעבר על אם לא יגיד ונשא עונו א״כ אינו ממדת ג״ח אלא איכא נשיאת עון כדמוכח במשנה דאחד ד״מ (דף ל״ז ע״ב) וכדכתבו התוס׳ והרא״ש והביאו הנ״י עצמו ותו דהלא הרמב״ם בריש ה׳ עדות והסמ״ג עשה ק״ח מנו אותו למ״ע להעיד לחבירו. הב״י הביא דברי נ״י דבכובש עדותו פטור מד״א אפילו למאן דדאין דינא דגרמי וכו׳ משמע דאפילו בתרי סהדי וכן משמע ממ״ש רבינו וכו׳ וכתב אח״כ ויש לדקדק בדבריו אם זה כובש עדותו היאך היה אפשר לדונו בידי אדם וכו׳ עכ״ל וקשה טובא למה לא הקשה ב״י קושיא זו על פשט התלמוד ויש ליישב דבתלמודא איכא למימר דאה״נ דה״ק פטור מד״א משום דלא ידעינן דכבש עדותו וכעין זה כתבו התוספות לשם בד״ה ממונא בעי לשלומי אבל לנ״י שנתן טעם למה הוא פטור לפי שאינו אלא ממדת ג״ח קשיא ודאי היאך היה אפשר לדונו בידי אדם ומה שתירץ ב״י כגון שחזר ואמר

כבשתי עדותי ונאמן על עצמו כבר דחיתי זה ממאי דכתב ר״ח דאפילו באומר עדות שקר העדתי אינו משלם בעדות כדלקמן בסימן ל״ח כ״ש בכבש עדותו אלא דנראה דנ״י ה״ק דלא תימא לחייבן בד״א מדינא דגרמי אלא אם היינו יודעים שכבשו עדותן וא״כ עכשיו נמי שאין אנו יודעים אלא שחבירו תבעו שכבש עדותו נחייבו שבועת היסת וקאמר נ״י דליתא דאפילו היינו יודעים שכבש עדותו פטור מד״א כיון דאינו אלא ג״ח הלכך עכשיו נמי דאין יודעים אין כאן עסק שבועה כל עיקר: כתב ב״י כל מי שיודע עדות לחבירו לאפוקי יודע עדות לעכו״ם וכמ״ש בסמוך וראוי להעידו לאפוקי אם הוא קרוב או פסול דכיון דאפילו יגיד אינו מחייב ממון אינו בכלל נשיאות עון עכ״ל. ולפ״ז ס״ל לרבינו כהרא״ש בתשובה כלל ו׳ סימן כ׳ הביאו ב״י דאין הקרובים בכלל התרם וכך הוא דעת הרשב״א בתשובה הביאו ב״י ודלא כהמרדכי ע״ש ראב״ן ריש שבועת העדות דכתב על בעלי סברא זו דטועים הם בדין דהחרם ודאי חל על הקרובים ועוברים על אלי״ע ועל החרם דלב ב״ד מתנה עליהם לחקור האמת ואע״ג דלא מפקינן ממון מחמיצין עלייהו את הדין ומיהו נראה כשנותנים חרם על מי שיש תחת ידו זכיות וראיות כתובים בשטר מכך וכך שיביאם לב״ד התם ודאי החרם חל אף על הקרובים ועל בעלי דבר בעצמם שאין מאכילין לאדם דבר האסור לו ועל כן אף הבעל דבר מחוייב להראות השטרות והכתבים בב״ד ולא דמי להגדת עדות דשנינו ר״פ שבועת העדות נוהגת ברחוקים ולא בקרובים ואין החרם חל לא על הבעל דבר ולא על הקרובים ואין עוברים על לאו דאליו״ע ולא על החרם אם לא יגידו וע״ל בסימן י״ו סימן ב׳ ואע״ג דבר״פ שבועת העדות אמרינן דהא דתנן שבועת העדות אינה נוהגת אלא בראויין להעיד אתא למעוטי מלך דאינו מעיד אי נמי משחק בקוביא דאינו ראוי להעיד דפסול מדרבנן הוא וא״כ נפרש דברי רבינו ג״כ דלא אתא אלא למעוטי פסול כגון משחק בקוביא אבל קרובים חייבים להעיד וכדעת ראב״ן שבמרדכי נראה דבפרק שבועת העדות ודאי כיון דתנן בהדיא נוהגת ברחוקים ולא בקרובים א״כ בע״כ הא דקתני ראויים להעיד לא אתא אלא לאפוקי מלך או משחק בקוביא אבל רבינו שכתב בסתם וראוי להעידו משמע ודאי שבא למעט כל מי שאינו ראוי בין קרוב בין פסול וכדעת הרא״ש אביו: ומ״ש ויש לחבירו תועלת בעדותו פי׳ לאפוקי אם יודע לו עדות מאומד הדעת ומשמועה עד מפי עד ומפי אדם נאמן דאין לו תועלת בעדותו כדתנן ס״פ ז״ב וס״פ אחד דיני ממונות דאפילו בד״מ לא אמרינן ליה וכיוצא בזה פי׳ ב״י: ומ״ש בין אם הוא לבדו וכו׳ אע״ג דמזכיר הפשוט באחרונה ליכא קושיא דהכי כתבו התוס׳ בפ״ק דסוכה (דף כ׳) בד״ה אחת קטנה ע״ש. מיהו ודאי הלשון משמע דרבינו נתכוין לומר בין אם הוא לבדו יודע בעדותו בין אם יש אחר עמו יודע בעדותו אלא שאיננו כאן לפנינו א״נ אינו רוצה להעיד ואין צריך לומר אם שניהם לפנינו ומעידין שניהם וכך פי׳ מהרש״ל ז״ל:

ב בד״א בדין שבין ישראל לחבירו וכו׳. שהעכו״ם מוציאין ממון ע״פ ע״א וכו׳ בפרק הגוזל בתרא מחלק בין היכא דמוציאין ממון ע״פ ע״א כגון בני כפר שאין יודעים לדון במשפט אי נמי אנסין ודנין בחזקה שלא במשפט ובין בי דואר שהוא שלטון ואינו אנס דדנין במשפט ואין מוציאין ממון על פי עד אחד אלא מחייבים שבועה על הנתבע דהתם מותר להעיד ומיבעיא ליה התם באדם חשוב דסמכי עליה כבי תרי ולא איבעי ליה לאסהודי או דילמא כיון דאדם חשוב לא מצי לאשמוטי להו ומצי לאסהודי תיקו ופסק הרא״ש דאזיל ומסהיד ורבינו קיצר בכל זה ונסמך על מ״ש שאסור לישראל להעיד על חבירו ישראל שחייב לעכו״ם מפני שמפסיד לישראל שלא כדין שהעכו״ם מוציאין ממון על פי עד אחד דמכללא נשמע דאם דנין במשפט ואין מחייבים ממון אלא שבועה יכול להעיד ואין חילוק בין אדם חשוב לשאינו חשוב דבכל ענין יכול להעיד וכן לפי׳ ב״י: ומ״ש וכל זה בשלא יחדו וכו׳. פירוש דמתחלה בשעה שהלוהו יחדו העכו״ם לישראל לומר לו אתה תהיה לי עד שהלוויתי כך וכך לפ׳ חבירך דלא מצי לאשתמוטי דלא רמי אנפשיה למידכר אבל לא העמידו מתחלה לעד אלא עכשיו ביקש ממנו שיעיד לו כי היה אצל ההלואה מצי לאשתמוטי ולמימר דלא מידכר כיון שלא יחדו בשעת הלואה אבל אין לפרש דלא אסרינן ליה בחד סהדא אלא במעיד מעצמו בלי שאלת העכו״ם ממנו להעיד אבל אם שואל ממנו עכשיו שיעיד לו מותר להעיד לו דא״כ מאי קמיבעיא ליה באדם חשוב הא פשיטא דאדם חשוב נמי מצי לאשתמוטי שלא להעיד מעצמו אלא אחר שאלת העכו״ם ממנו להעיד לו אלא ע״כ כדפי׳: ומ״מ בדאיכא לעכו״ם ב׳ עדים אע״ג דהעידו מעצמם בלתי שאלת העכו״ם לא משמתינן להו מאחר שאין הישראל מפסיד על ידם מכיסו שהרי אפילו בשאלת העכו״ם מהם שיעידו לו נמי הקשו התוספות והרא״ש אמאי שרי להו להעיד לעכו״ם הלא היה יכול לכפור דהפקעת הלואתו שרי ותירצו דמ״מ אין משלם על ידם אלא מה שחייב לו השתא לפ״ז אפילו העידו מעצמם בלי שאלת העכו״ם נמי אין משמתין להו כיון דלא הפסידו אותו משלו כלום: ומ״ש הרא״ש כ״ש בזמן הזה וכו׳ איכא למידק דלאיזה צורך כתב האי כ״ש תיפוק ליה דכיון דאיכא חילול השם חייב להעיד לו ונראה דה״ק כ״ש בזמן הזה דאפילו לא יחדו נמי צריך להעיד לו אם ישאל ממנו העכו״ם שיעיד לו ואין לו להשתמט ממנו דאם יכחד עדותו להשתמט ממנו כיון שלא יחדו יבטלו זה החוק וכו׳. וראיה לזה מן הרמזים שחיבר רבינו שכתב וז״ל בזמן הזה ישראל שיודע עדות לעכו״ם על ישראל צריך להעיד לו לפני שופטים עכו״ם אם יתבענו העכו״ם עכ״ל הרי שהתיר בכל ענין כשיתבענו העכו״ם ומשמע דאף ע״פ שלא יחדו יעיד לו ולא ישתמט ממנו ואפשר דזהו טעמו של רבינו שקיצר בתחלה כשכתב לדינא דגמרא דקשה קצת שהיה לו לפרש החילוק דבין דיינא דמגיסתא לבי דואר ודין אדם חשוב אלא לפי דעכשיו בזמן הזה בכל ענין צריך להעיד ולא יכחד עדותו כלל אפילו בדיינא דמגיסתא ואפילו לא יחדו מתחלה להיות

עד ואפילו אינו אדם חשוב כדמסיק כאן דקאמר כל שכן לכך קיצר כמ״ש תחלה כנ״ל מדברי הרא״ש ורבינו. ומ״מ נהגו ברוב החהלות שאין לשום בר ישראל להעיד לעכו״ם על ישראל חברו אלא א״כ ישאל תחלה לב״ד ועל פיהם יעשה לא יטה ימין ושמאל ואם העיד בלא שאלת ב״ד עונשים אותו אע״פ שלא עבר על דין תורה. והא דכתב רבינו בי״ד סימן של״ד המעיד על ישראל בערכאות של עכו״ם והוציא ממון ממנו בעדות שלא כדין מנדין אותו עד שישלם עכ״ל צריך לפרש דאע״פ דמיירי התם נמי בזמן הזה מ״מ התם מיירי כשמעיד לעכו״ם מעצמו בלתי שישאל ממנו העכו״ם אי נמי שהעיד שקר אבל בששואל ממנו העכו״ם והעיד אמת יכול להעיד לו בזמן הזה לדעת רבינו כדפי׳: כתוב בהגהות מרדכי פ״ט דקמא וז״ל חזרתי בכל צדדין דכל אותה סוגיא דהאי בר ישראל דאזיל ומסהיד עליה לא מיירי לחייבו ממון לקנוס אותו לשלם כי אם לשמותי בשביל דחציף עכ״ל ומביאו ב״י ונראה דטעמו דכל אותה סוגיא מיירי בשהעיד האמת דאי בהעיד שקר מאי איריא חד אפי׳ תרי נמי משמתינן להו אלא ודאי דמיירי בשהעיד אמת ואפ״ה בחד כיון דמפסיד ממון חבירו שלא כדין דמצי לאשתמוטי ולמיפטר בלא שבועה ואפילו יפסקו לו שבועה מ״מ יכול להתפשר בדבר מועט ולפיכך משמתינן ליה אבל אין קונסין אותו לשלם כיון שהעיד אמת וכ״כ במרדכי בפנים ובהגהות שם ע״ש ר״ת דהסוגיא מיירי במעיד אמת. ואיכא לתמוה טובא במאי דכתב הרמב״ם בפ״ו מה׳ ת״ת ובי״ד סי׳ של״ד דמנדין אותו עד שישלם ודוחק לומר דמיירי בשהעיד שקר דא״כ מאי איריא חד אפילו תרי נמי ולמאי דפי׳ דמיירי שהעיד ולא שאל ממנו העכו״ם דיעיד לו ניחא קצת אי נמי ודאי איירי דהעכו״ם שאל ממנו שיעיד לו והעיד האמת אלא שהיה העסק דבדיננו היה פטור הישראל אף על פי שהיה מודה לדברי העד ובדיניהם יצא חייב בכה״ג ודאי חייב לשלם מדינא דגרמי והכי משמע מלשון הרמב״ם והי״ד שכתבו המעידים על ישראל בערכאות של עכו״ם והוציא ממנו בעדותו ממון שלא כדין ישראל מנדין אותו עד שישלם עכ״ל דלא כתב חד סהדא אלא סתם כתב דמשמע דאפילו בתרי סהדי כל שהוציא ממון שלא כדין ישראל אף על פי שהעיד אמת חייב לשלם מדינא דגרמי שהרי לא היה חייב לעכו״ם כלום בדין ישראל כנ״ל. ובשלטי הגיבורים האריך כזה פרק הגוזל בתרא ע״ש:

ה ואם העד ת״ח וכו׳ עד צד אפרושי מאיסורא חייב לילך כו׳ ה״א ר״פ שבועת העדות ופירש״י כגון אשה הבאה לפני חכם להתירה לינשא ותלמיד זה יודע שבעלה חי ופי׳ ב״י אבל איפכא שהב״ד רוצים לאסרה והוא יודע שמותרת אינו חייב לילך דאין כאן חילול השם אם יאסרוה שלא כדין ומהר״ו כהן כתב דאפשר שיגיע גם בזה לידי חילול השם אם יבא אחר ויקדשה ויאמרו שאין קידושין תופסין בה וישא אחר כך אחת מקרובותיה דאסורה לו ובכל ענין דאיכא צד אפרושי מאיסורא חייב לילך ע״כ ונכון הוא:

ו ואם הבע״ד אלם וכו׳ עד דאל״כ כל מי שיש לו דין עם אלם יאמר כן כדי שנחייב האלם להביא העדים פי׳ דאם לא נפרש כך סוגיית התלמוד היתה תימה גדולה לומר דכל אלם יצטרך להביא עדים ואה״נ דבלאו הך תימה נמי קשה דאין זה סברא שיהא צריך האלם להביא עדים מן הסתם אלא כדי להגדיל התימה אמר כך והוא מדברי התוס׳ פרק המפקיד ופרק שני דכתובות:

ז וצריך שיעידו העדים מעומד ר״פ שבועת העדות אמר עולא עדים ד״ה בעמידה שנא׳ ועמדו שני האנשים ולשם כתב הרא״ש סברת י״א וסברתו וע״ל בסימן י״ד סעיף ב׳ וג׳ וה׳ וע״ש עוד דין המתורגמן סעיף ט׳:

ח ומאיימין על העדים שלא יעידו שקר משנה וגמרא ס״פ זה בורר ואף על גב דלכאורה משמע התם דמעיקרא קס״ד דמודיעים להם עונש מעיד עדות שקר שמביא רעב לעולם ובתר הכי קאמר דמודיעים להם שמביא דבר לעולם ואח״כ מסיק דמודיעים להם שהוא בזוי בעיני השוכרו ס״ל לרבינו דלמסקנא נמי מודיעים להם שמביא רעב ודבר לעולם אלא דצריך להודיעם עכ״פ הבושת שיגיע להם בפרט והוא שבזוי בעיני השוכרו וז״ש רבינו ומודיעים להם עונשו של מעיד עדות שקר והוא דמביא רעב ודבר לעולם ועוד מודיעים שהוא בזוי בעיני השוכרו שזה האיום יכנס בלבם יותר כיון שאין לזה תשובה משא״כ מעונש רעב ודבר שיש להם להשיב עליה כדאיתא התם ולא יכנס האיום בלבם כל כך:

יא (יב) ובודקין כ״א לבד וכו׳ משנה שם ובפרק אד״מ (ל״ז) משמע דה״ה מאומד נמי לא יעיד בד״מ כההיא דגמל האוחר בין הגמלים וימצא גמל הרוג בצידו לא אמרינן בידוע שזה הרגו דלית הלכתא כר׳ אחא וע״ל ר״ס י״ח משמע דלאחר שקבלו את העדות מוציאין כל אדם לחוץ ועיין במ״ש לשם דר״ל ל״מ עדים אלא אף הבע״ד מוציאין לחוץ בשעת משא ומתן אבל ת״ח נשארים לשם וזה לא כתבו רבינו כאן דכבר כתבו בה׳ הדיינים שהוא מקומו. אבל קשה למה לא כתב רבינו כאן דמאיימין על העדים בפני הכל ואח״כ מוציאין כל האדם לחוץ ואחר כך בודקין את העדים כדמשמע פשט המשנה וכדכתב הרמב״ם בפי״ד מהלכות עדות ואפשר דרבינו מפרש המשנה דאין ר״ל דחייבים להוציא כל אדם לחוץ קודם שבודקים את העדים אלא רשות קאמר דלאחר האיום יכולין להוציא כל אדם לחוץ מה שא״כ קודם האיום דאין להם להוציא שום אדם אלא מי יתן שיהיו כל העולם אצל האיום ויכנס בלבם שלא ישיא לב איש להעיד שקר וכיון שאין חיוב להוציא כל אדם לחוץ לאחר האיום לפיכך כתב רבינו בסתם דמאיימין על העדים ובודקים

אותם ונסמך על מ״ש למעלה דלאחר קבלת העדות מוציאין כל אדם לחוץ דמכללא נשמע דבשעת האיום וקבלת העדות היו שם כל העולם דלמה יצאו כיון שאין מוציאין אותם כנ״ל ליישב דעת רבינו:

יג ומ״ש ואפילו תלמיד שא״ל רבו אין מקומו כאן אלא שבא רבינו להורות שהדיין ישים אל לבו בשעה שבודק את העדים אולי העדים או אחד מהם הוא תלמיד לאחד מהבע״ד ומעידין שקר לפי שהרב נאמן להם שלא ישקר ולכך יחקור ויבדוק לעדים אז ביותר:

טו כתב רש״י וכו׳ והמנהג כרש״י והרמב״ם אלא דבת״ח כדי שלא יתבטל מלמודו מקילין לשלוח עדותו בכתב לבית דין דכדאי היא ר״ת לסמוך עליו במקום ביטול תורה: ומ״ש הרמב״ם דין תורה שאין מקבלין עדות אלא מפי העדים וכו׳. הקשה ב״י על זה מדאמרינן בכמה דוכתין כיון דקיום שטרות דרבנן הימניה רבנן בדרבנן אלמא דמדאורייתא עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב״ד ולא בעי קיום וצ״ע וכ״כ בספר כסף משנה ולי נראה דהרמב״ם מפרש דהכי קאמר דאע״ג דד״ת עדות שבשטר אינו כלום אא״כ נחקרה עדותן מפיהם מ״מ מפני נעילת דלת תקנו לקיים השטר על ידי עדים אחרים שמעידין על חתימתם שמכירין אותו בטביעות עין או שבפניהם חתמו והא דקאמר כמי שנחקרה עדותן בב״ד דמי כלומר כאילו נחקרה עדותן מפיהם בב״ד דמי וזה שאמר דהקילו בקיום שטרות מדרבנן היינו לסמוך על עדים אחרים וכבר הארכתי בס״ד בסוף סי׳ מ״ו לבאר דעת הרמב״ם בזה ע״ש:

טז כל זמן שזוכר האדם העדות וכו׳ כ״כ הרא״ש בפ״ב דכתובות וה״פ אם האדם זוכר העדות שנעשה לפניו בין שהעמידוהו ויחדוהו לעדות בזה בתחלה בין שלא יחדוהו אלא שהיה אצל המעשה ואיכא למימר דלמא לא רמי אנפשיה ומדכר שפיר אפ״ה אין לו לחוש אולי נתיישן הדבר וכו׳ ואפילו הוא יותר ממשים שנה כל כמה דרמי אנפשיה ומידכר יכול להעיד וכל זה מיירי שלא כתב עדותו לא בשטר ולא בפנקס אלא זוכרו כך מעצמו. אתר כך כתב רבינו ואפילו אינו נזכר לעדות וכו׳. ומיירי כאן שכתב עדותן לזכרון בפנקסו מה שנעשה לפניו ביום פלוני מכך וכך וקאמר דלא מיבעיא היכא שנזכר קצת מאיליו בלא כתב ובשראה בכתב נזכר בכולו אלא אפילו נשתכח ממנו כולו וכשראה בכתב נזכר בכולו יכול להעיד מאחר שנזכר הדברים מתוך הכתב והיינו כרבי יוחנן פרק ב׳ דכתובות:

יז וכן אם נזכר לדבר ע״י אחר וכו׳. שם אמר רבא ש״מ מדרבי יוחנן הני בי תרי דידעי סהדותא ואנשי חד מינייהו מידכר חד לחבריה פי׳ דמה לי נזכר מתוך הכתב ומה לי נזכר ע״י אחר וס״ל לרבינו דרבא אורחא דמילתא נקט דרגילות הוא דתרי סהדי מידכר חד לחבריה ולאו דוקא דה״ה אחר ולכן כתב רבינו בסתם ע״י אחר אבל הרמב״ם כתב או שהזכירוהו אחרים ונזכר אפי׳ הזכירו העד השני וכו׳ נראה דס״ל דאיכא למימר בזו דילמא הוא סומך אעד השני שמעיד כך אף ע״פ שאינו נזכר מעצמו: ואם העד ת״ח וכו׳ שם והלכתא עצמו לא ואי צורבא מרבנן הוא אפילו עצמו כי הא דרב אשי הוה ידיעא ליה בסהדותא לרב כהנא א״ל מי דכיר מר האי סהדותא א״ל לא ולאו הכי והכי הוה א״ל לא ידענא לסוף אידכר רב אשי אסהיד ליה חזייה דהוה מחסם א״ל מי סברת עלך קא סמיכנא אנא הוא דרמאי אנפשאי ופירש״י ואי צורבא מרבנן הוא העד וז״ל הרמב״ם בפ״ח אבל אם הזכיר אותן התובע בעצמו אף ע״פ שנזכר אינו מעיד מפני שזה דומה בעיני בע״ד כאילו העיד שקר בדבר שלא ידע לפיכך אם היה התובע ת״ח והזכיר התובע הזה את העד ונזכר ה״ז יעיד לו שת״ח יודע שאילו לא זכר הדבר לא היה מעיד עכ״ל ותימה דאם העד אינו ת״ח היאך יודע התובע או הנתבע שלא יהא מעיד אם לא שזוכרו מעצמו ודילמא סומך על הבעל הדין אע״פ שאינו זוכרו וכך הקשה ב״י ולא תירץ כלום ולפע״ד נראה שדעת הרב דכשהבע״ד ת״ח הוא חושש שמא העד סומך עליו אע״פ שאינו נזכר וא״כ יוציא ממון שלא כדין ולכן לא ינוח ולא ישקוט ויחקור וידרוש את העד עד שיוציא מפיו אם הוא סומך עליו אף ע״פ שאינו נזכר מעצמו או אם הוא נזכר מעצמו וכדחזינן בהך עובדא דרב כהנא הוה מחסם פי׳ מגמגם ותמה על רב אשי שהעיד בדבר הראה לו כי הוא חושש אולי אינו נזכר מעצמו אלא שסומך עליו ואין רצונו בעדותו אם לא נזכר מעצמו והשיב לו רב אשי מי סברת עלך קא סמיכנא וכו׳. ולפי זה כיון דרב אשי שהעיד בדבר היה ת״ח ואפ״ה היה חושש רב כהנא שמא הוא סומך עליו אע״פ שאינו נזכר מעצמו א״כ כל שכן כשהעד אינו ת״ח שהבע״ד כשהוא ת״ח חושש דילמא העד סומך עליו ולא ישקוט עד יהא נודע לו מפי העד שהוא נזכר בעצמו והשתא אם בע״ד הוא ת״ח ש״ד להזכיר את העד בין שהוא ת״ח ובין שאינו ת״ח ומשמע דאם אין הבע״ד ת״ח אין לו להעיד ע״י שהזכירו הבע״ד אפילו אם העד ת״ח דכיון דאין הבע״ד ת״ח א״כ לא יחקור לעד לשמוע מפיו אם הוא נזכר מעצמו אם לאו והנה הוא דומה בעיני בע״ד כאילו העיד שקר בדבר שלא ידע וכדמוכח להדיא בדברי הרמב״ם והסוגיא נוחה טפי לפרש כמ״ש הרמב״ם דלפרש״י קשה טובא דלמה ליה לרב כהנא למיהוי מחסם הלא כיון שההיתר תלוי בעד כשהוא ת״ח א״כ אין ספק דרב אשי לא יעיד אם לא שזוכרו מעצמו אבל להרמב״ם דההיתר תלוי בבע״ד השתא ודאי עליה דרב כהנא היה מוטל למיהוי מחסם ולחקור ולדרוש ולברר האמת מפי רב אשי אם זוכרו מעצמו אם לאו דדילמא עליה קא סמיך ועל פי זה נראה ליישב מ״ש ההגהות שהביא ב״י וז״ל דלהרמב״ם יש לפרש שהיה רב כהנא מגמגם אם כך היה המעשה כלומר שלא יסמוך על שהזכירו וכך השיב לו שלא סמך על הזכרתו

אבל אם לא היה מגמגם בדבר מאחר שהיה רב כהנא ת״ח היה רב אשי יכול להעיד אע״פ שלא נזכר מעצמו ומסיק מי סברת דעלך קא סמכינא וכו׳. וכתב ב״י ואיני יכול ליישב דבריהם דכיון דרב כהנא היה ת״ח למה היה מגמגם שלא יסמוך על שהזכירו הא להרמב״ם צורבא מרבנן יודע שאילו לא זכר את הדבר לא היה מעיד והיאך היה חושד לרב אשי עכ״ל ושרי ליה מאריה כי הדבר ברור דה״ק ההגהות דלהרמב״ם יש לפרש שהיה רב כהנא מגמגם כדי לבררו ולהוציא מפי רב אשי אם נזכר למעשה ולכך הראה לפניו כאילו היה מסופק אם כך היה המעשה כאשר העיד רב אשי כלומר שלא יסמוך על שהזכירו אם אינו זוכרו מעצמו כי רב כהנא בעצמו מסופק ומה שכתב אבל אם לא היה מגמגם בדבר וכו׳ רצונו לומר שלכך היה מגמגם שאם לא היה מגמגם היה אפשר לבעל הלעז לומר דאף על פי שלא היה רב אשי נזכר מעצמו היה מעיד לפי שנסמך על רב כהנא שהיה ת״ח שהזכירו ולכן היה מגמגם כדי לפרסם בפני הכל שלא יסמוך עליו כי מסופק הוא אם כך היה המעשה ומסיק מי סבר דעלך קא סמיכנא. ובזה נתיישבו דברי הרמב״ם וההגהות בלי דוחק. גם נתבאר דלהרמב״ם אם הבע״ד שהזכירו אינו ת״ח לא יעיד אע״פ שהעד הוא ת״ח דלא כמ״ש ב״י. עוד כתב ב״י וז״ל ולי נראה דע״כ לא שקלינן וטרינן לעצמו מאי אלא בליתיה קמן דנישייליה א״נ איתיה ולא ידע אי אידכר או סמיך אמאי דאדכריה תובע. אבל אי איתיה קמן ואמר אנא רמאי לנפשאי ואידכריה מהימן דכיון דכשר לעדות הוא בהא נמי מהימנינן ליה עכ״ל. ולפעד״נ דאינו כן דלהרמב״ם שכתב מפני שזה דומה בעיני בע״ד כאילו העיד שקר וכו׳ א״כ ודאי אפי׳ אי איתיה קמן ואמר אנא רמאי לנפשאי מכל מקום דומה בעיני התובע כאילו העיד שקר ואף ע״ג דכשר הוא לעדות אפ״ה כיון דאיכא פתחון פה לחשדא חיישינן שהרי אפילו אם העד ת״ח חיישינן לחשדא כשהבע״ד אינו ת״ח כ״ש בכה״ג דנישייליה דפשיטא דאיכא חשדא כשהבע״ד אינו ת״ח ולפי׳ רש״י נמי אם העד אינו ת״ח אף ע״ג דאיתיה קמן ושיילינן ליה וקאמר אנא רמאי לנפשאי לא יעיד דמידי חשדא לא נפיק כיון שאינו ת״ח כנ״ל:

יח אין מקבלין את העדות אלא בפני בע״ד וכו׳ בר״פ הגוזל בתרא בר חמוה דרבי ירמיה טרק גלא באפיה דר׳ ירמיה וכו׳ ומשמע מפירש״י שר׳ ירמיה לא היה דר באותו בית אלא שהיה רוצה להחזיק בו ובא הקטן וסגר הדלת ולא הניחו להחזיק בה הלכך אף ע״פ שהיה לו לר׳ ירמיה ראיה שהחזיק בבית זה ג׳ שנים בחיי חמוה לא קבלו עדותו משום דקטן אפילו בפניו כשלא בפניו דמי וזהו שכתב רבינו ובא אחד להחזיק בהם והוציאו הקטן משם כלומר הוציאו ע״י שסגר הדלת ולא הניחו לירד לתוכו והעיקר נ״ל מלשון רבינו דאפילו כבר ירד האחד לתוכו ובא הקטן ותקף בעבדיו והוציאו מן הבית והחזיק בו נמי מהני מאחר דקרקע זו היתה בחזקת קטנים אלא שזה טעה שלקחה ממורישן ויש לו עידי חזקה בחיי אביהן אין מוציאין אותה מידו והכי מוכחא הסוגיא דמוקמינן להא דרבי אושעיא דתינוק שתקף בעבדיו וירד לתוך שדה חבירו ואמר שלו הוא דמוציאין אותה מידו מיד איירי בדלית ליה חזקה דאבוה אלמא דאי הוה ליה חזקה דאבוה אף על פי שהוציא את האחד בכח כגון שתקף בעבדיו והוציאו והאחד מבקש שיקבלו לו עדות שקנה ממורישן אין מקבלין עדות מיהו ודאי אם לא היה כח לקטן להוציאו משם א״נ לא רצה הקטן להוציא בכח אלא שבא לב״ד וטען שהיא של מורישן והאחר טוען שיקבלו עדותן שקנה ממורישן מקבלין עדותן להחזיקה בידו לדעת ר״ת דבהגהת אשיר״י לשם אבל לריב״א דבהגהת מרדכי לשם א״צ לאחר להביא עדים מיד אלא ממתין עד שיגדיל ויביא עדים. ונראה ודאי דהיכא דהי״ל לקטן חזקה דאבהת׳ ותקף בעבדיו והוציא בכח את האחר מביתו וירד הקטן לתוכו שוב אין מוציאין מיד הקטן ואין מקבלין עדות האחר עד שיגדיל אפילו לר״ת ואפי׳ בא האחר אחר כך ותקף בעבדיו והו״ל כח להוציא את הקטן אפ״ה לא מהני ליה מאחר שכבר מוחזק הקטן בנכסי אביו שוב אין מניחין לאחר להוציא מיד הקטן ולקבל עדותו וכל זה לפי פי׳ רש״י אבל דעת התוס׳ הוא דאפילו היה האחר מוחזק רבית ולא היה כח לקטן להוציא מידו אפ״ה ב״ד מוציאין מיד האחר ומורידין קטן לתוכו כיון דארעא קיימא בחזקת אבוה ואין מקבלין עדות האחר עד שיגדיל ודעת רוב רבותינו כפרש״י והכי משמע ברמב״ם פי״ב ממלוה וע״ל סימן קמ״ט סעיף כ׳ כ״ה כ״ו כ״ז:

כ ואם קבלו העדות שלא בפני בע״ד אין דנין על פיו כ״כ הרא״ש על שם ריב״א פרק הגוזל בתרא ולא כתב דעת החולק על זה ודלא כראבי״ה במרדכי פ״ב דכתובות וראב״ן במרדכי פרק הגוזל בתרא דבדיעבד הוי עדות דלא קי״ל הכי וכ״כ ב״י שכך הוא דעת כל האחרונים מיהו באלם גובין שלא בפניו דאין לך אונס גדול מזה ודנין אותו על פיו וכן כתב מהרא״י בכתביו סימן קע״ה והיינו בשאין יראין להעיד שלא בפניו אבל אם יראים להעיד אף שלא בפניו אז יש לכוף את האלם שהוא יביא את העדים ויעשה שיעידו כדלעיל בסעיף ו׳:

כא היו העדים חולים שם א״ר אסי א״ר שבתאי מקבלין עדים שלא בפני בע״ד ומסיק כגון שהיה הוא חולה או עדיו חולים או שהיו עדיו מבקשים לילך למד״ה ושלחו ליה ולא בא וכתבו התוס׳ והרא״ש מדלא אמר או שלחו אלמא דתרווייהו בעינן חולה ושלחו א״נ למדינת הים ושלחו עוד כתב הרא״ש די״מ הא דקאמר ושלחו דוקא אבקשו לילך למדינת הים שיש שהות לשלוח ולהודיעו אבל בחולה אין שהות להודיעו והסכים הרא״ש דבחולה נמי צריך לשלות לו תחלה וכך הם דברי רבינו: כתב ריב״א אם היה הנתבע חולה וכו׳ כ״כ הרא״ש לשם בשמו: כתב במשרים נ״ב ח״א כתב הרמב״ם פ״ג דה״ע אם היה הבע״ד חולה או עדיו רוצים לילך למ״ה ושלחו לבע״ד ולא בא נראה מלשונו שחלה תובע וגם נראה שצריך בכולן ושלחו לו ע״כ לשונו

וכתב בית יוסף ולא ידענא מהיכא דייק שהרי הרמב״ם תפס ל׳ הגמרא דקתני ושלחו ואין בדבריו הכרע גם בעל דין הוא משותף לתובע ונתבע וא״כ אין להכריע שחלה תובע טפי מנתבע עכ״ל ב״י. ולפע״ד נראה דהקושיא שנייה אינו קושיא דלשון או עדיו קאי אבע״ד חולה שהזכיר תחלה וקאמר שאם היו עדיו רוצים לילך למ״ה א״כ בע״כ דבתובע שהוא חולה קמיירי דאי בנתבע חולה מאי קאמר או עדיו של נתבע רוצין לילך למ״ה ושלחו לו דהא ודאי כשהנתבע רוצה לגבות עדות לפטור את עצמו א״צ בפני התובע כדכתב הר״ן פ׳ אלמנה ניזונית ומביאו ב״י בסמוך וכ״כ במשרים גופיה נ״א חב ע״ש הרשב״א בתשובה והיא כתובה בסימן אלף וכ״א:

כב וכתב הראב״ד אפילו אומר התובע לדיינים וכו׳. כ״כ הרא״ש לשם ותימא מ״ש מהא דכתב רבינו בסימן ע״ג דאם רואים שהלוה מכלה מעותיו דצריך שיתן מעותיו אע״פ שהוא קודם זמנו ובשלטי הגבורים הניח קושיא זו בצ״ע ומהרש״ל תירץ דהתם ידעינן שהוא חייב לו בוודאי כגון שהוציא המלוה שטר עליו בב״ד ומצוה להציל העשוק מיד עושקו אבל כאן אין לו שטר אלא שרוצה לגבות עדות ושמא לא יתחייבו לו כלל הלכך אין יורדים לנכסיו על הספק ע״כ. וקשיא לי שהרי כתב הרא״ש בפ״ק דב״ק דאפילו אינו מוציא שטר אלא מבקש שיעכבו ב״ד הנכסים עד שיתברר תביעתו שומעין לו כשאין הבע״ד לפנינו א״כ קטן נמי דכמו שאינו לפנינו דמי ופשיטא שאין לחלק בין עיכוב זה דשל קטן דהוי זמן רב עד שיגדל לשאר עיכוב דהא לטעם שכתב הגאון משום השבת אבדה או לטעם שכתב הרא״ש להציל העשוק מיד עישקו אין לחלק ולפעד״נ דדוקא כשהנכסים כאן והבע״ד אינו לפנינו התם הוא דמעכבים הנכסים משום השבת אבדה וכו׳ אבל בקטן דהנכסים והממון הוא בידו ואנו דנין להוציא הממון מידו שלא יכלהו פשיטא דאין מוציאין דאף על פי דהקטן כמאן דליתיה בפנינו דמי הרי ודאי חשבינן ליה כאילו ליתיה עם הממון שבידו ואין כאן משום השבת אבדה וכו׳ כיון דהקטן אינו מעכב מלירד לדין אלא עיכובא דדינא הוא דרביע עלויה שאי אפשר לו לירד לדין ואפילו אם ממון הקטנים הוא ביד אחרים כגון ביד ב״ד או אפוטרופסים חשוב הוא כאילו הוא ביד הקטנים ואין מוציאין הממון מידם ולא דמי לאחר דעיכוב הפרעון הוא מחמתו שאינו לפנינו מעכבים נכסיו שהן לפנינו משום השבת אבדה א״נ משום להציל העשוק וכו׳: וכן אם פתחו וכו׳ שם א״ר יודא אמר שמואל מקבלין עדים שלא בפני בע״ד אמר מר עוקבא לדידי מיפרשא לי מיניה דשמואל כגון דפתחו ליה בדינא ושלחו ליה ולא אתא אבל לא פתחו ליה בדינא מצי א״ל אנא לב״ד הגדול אזילנא א״ה כי פתחו ליה נמי מצי א״ל לב״ד הגדול אזילנא אמר רבינא כיון דנקט דסקא מב״ד הגדול ופירש״י דנקט בע״ד חבירו דסקא אגרת מב״ד הגדול ששלחו לב״ד של כאן לכופו. פשט התלמוד משמע דבדלא נקט דסקא בין פתחו בין לא פתחו אין מקבלין דמצי א״ל לב״ד הגדול אזילנא אבל בדנקט דסקא אי פתחו מקבלין ואי לא פתחו אין מקבלין דכיון דלא פתחו בדיניה מצי אמר לא אדון כאן אפילו נקט חבירו דסקא ואם כן תימא על רבינו דמחלק בין פתחו ללא פתחו ולא הזכיר דסקא הפך מסקנת התלמוד ונראה דרבינו נמשך אחר דברי הרא״ש שהביא דברי רב יודא אמר שמואל ודאמר מר עוקבא עליה ודמקשינן א״ה כי פתחו ליה נמי מצי אמר לב״ד הגדול אזלינא ולא הביא הך דרבינא משמע להדיא דהך דרבינא ליתא ומ״מ תימא גדולה היאך הוא תופס להלכה דברי שמואל ודמר עוקבא לחלק בין פתחו ללא פתחו ואח״כ הביא דברי המקשה דס״ל דאין לחלק ביניהם ולא הביא שום תירוץ על זה ותו דלמה הוא דוחה תירוץ רבינא בלא טעם ונראה דהרא״ש מפרש דתלמודא ודאי תופס כדמפרשינן ליה למר עוקבא משמיה דשמואל לחלק בין פתחו ללא פתחו אלא דהטעם דקאמרי בני הישיבה בלא פתחו דאין מקבלין משום דמצי א״ל לב״ד הגדול אזילנא דחה תלמודא דליתא להאי טעמא דאי הכי קשיא כי פתחו ליה נמי מצי א״ל לב״ד הגדול אזילנא אלא ודאי כי אמר לב״ד הגדול אזילנא אין מקבלין בין פתחו בין לא פתחו והכא בדלא אמר לב״ד הגדול אזילנא אלא שאינו רוצה לבא התם הוא דאיכא לחלק בין פתחו ללא פתחו ורבינא לא אתא לתרץ הקושיא דמקשינן א״ה כי פתחו ליה נמי וכו׳ אלא אוקימתא אחריתא קאמר דהא דקאמר שמואל מקבלין עדים שלא בפני בע״ד אין זה אלא כגון דנקט דיסקא מב״ד הגדול דהשתא לא יכול לאשתמוטי שלא לבא לב״ד של כאן הלכך מקבלין אבל בלא נקט דסקא אין מקבלין דמצי אמר לב״ד הגדול אזילנא ואין חילוק בין פתחו ללא פתחו אלא בין דנקט דסקא ללא נקט דסקא וקרוב לומר לפ״ז דהיה גורס רבינא אמר לא אמר רבינא והשתא ס״ל להרא״ש דליתא לדרבינא אלא כמר עוקבא דהוה בשני דשמואל דאמר לדידי מיפרשא ליה מיניה דשמואל וכו׳ דאיהו הוה פקיע טפי בדשמואל מרבינא דלא הוה בשני דשמואל והלכך החילוק בין פתחו ללא פתחו הלכה היא והיינו בדלא אמר לב״ד הגדול אזילנא אלא שאינו רוצה לבא כלל אבל אי אמר לב״ד הגדול אזלינא אפילו פתחו ליה בדינא אין מקבלין וה״א להדיא במישרים נ״ב ח״א שפסק לחלק בין פתחו ללא פתחו בשאינו רוצה לבא כלל אבל אם אמר אני אבא לדין ולא תקבלו עדותי עד שאבא לדין אין מקבלין אלא בפניו אפילו פתחו אלא שפסק ג״כ כרבינא דאם ב״ד זה נקט דסקא תו לא מצי למימר לב״ד הגדול קא אזילנא ומקבלין שלא בפניו ואפילו לא פתחו ליה בדינא מאחר ששלחו לו ולא בא נראה דס״ל דרבינא לא אתא לאפלוגי אדמר עוקבא אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא ודהך דמר עוקבא בדלא נקט דסקא ומחלק בין פתחו ללא פתחו כשאינו רוצה לבא אבל באומר לב״ד הגדול אזילנא אין מקבלין אפילו פתחו כדפי׳ לדעת הרא״ש. והך דרבינא בדנקט דסקא ומקבלין אפילו בדלא פתחו ולא מצי אמר לב״ד הגדול אזילנא וק״ל. אבל הרא״ש דחה דרבינא מהלכתא כדפרישית ואחריו נמשך רבינו שלא כתב אלא החילוק דבין פתחו ללא פתחו כשאינו רוצה לבא ומשמע אבל אם אמר

לב״ד הגדול אזילנא מצי אמר ואין מקבלין אפילו פתחו ולא כתבו כאן בפ׳ לפי שכבר כתב דין ב״ד הגדול בסתם בסימן י״ד דבין לתובע בין לנתבע שומעים כשרוצה לילך לב״ד הגדול ומשמע דבין פתחו בין לא פתחו שומעים להם אבל אין חילוק בין נקט דסקא ללא נקט דסקא: כתב ב״י בסוף סימן זה ע״ש הרשב״א בתשובה דאפילו עדיו רדופים לילך למ״ה אין מקבלים עדות בלילה ואם קבלו אין דנין ע״פ אותה קבלה ודלא כרשב״ם שכתב שדנין על פיו עכ״ל. ולי נראה כרשב״ם שהרי בתחלת דין דאין דנין בלילה נהגינן כירושלמי דאם טעו ודנו דיניהם דין כמ״ש הסמ״ג בעשה סימן צ״ז והרא״ש פ׳ יש נוחלין (דף ר״ז ע״ד) א״כ ה״ה קבלת עדות דהוי נמי תחילת דין לבעל הדין אע״ג דלעדים עצמן הוי קבלת עדות ג״ד כשמעידין מיד נגמר העדות אפילו הכי לגבי בע״ד הוי תחלת דין כדמוכח בתוס׳ ריש פרק שבועת העדות (שבועות דף ל׳) בד״ה שאם רצו וכ״כ הר״ב בהגהות ש״ע סימן ה׳ סעיף ב׳ ולא כמ״ש הרב בכאן בש״ע סעיף כ״ד דאפילו בדיעבד אין דנין ע״פ אותה קבלה דפסק כהרשב״א ולא כרשב״ם. אלא כרשב״ם נקטינן בין בתחלת דין בין בקבלת עדות וכבר כתבתי זה לעיל בסימן ה׳ סעיף ו׳ ע״ש: עמידה ע״י סמיכה קרוי עמידה וקרוי ישיבה הלכך אפילו לכתחילה יכולין הדיינים והעדים לסמוך על העמוד ולגבי הדיין הוי ישיבה ולגבי העדים הוי עמידה וה״א ר״פ שבועת העדות בעובדא דדביתהו דרב הונא דאתיא לדינא קמיה דר״נ דאסיקנא דבשעת גמר דין הוה יתיב ר״נ כמאן דשרי מסאניה ואמר איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב כלומר לא עומד ולא יושב אלא כאדם שיתיר רצועה מן הסנדל ולגבי דביתהו דרב הונא שהיתה עומדת בשעת ב״ד לפני ר״נ היתה שחייתו דר״נ חשובה ג״כ עמידה ולגבי דיינין בישיבה היתה שחיותו חשובה ישיבה וכבר נתבאר לעיל בסי׳ י״ז סעיף ג׳ ע״ש:

סימן כט

א אחר שנחקר עדותן בב״ד וכו׳ ירושלמי פ״ב דכתובות ותוספתא דסנהדרין משנחקרה עדותן בב״ד אמרו מבודין היינו אינן..... נאמנין ואע״ג דד״מ לא בעינן דרישה וחקירה מ״מ הברייתא תני לישנא דנחקרה עדותן משום דד״ת אחד ד״נ וא׳ ד״מ בדרישה וחקירה ומפני מה אמרו ד״מ לא בעי דרישה וחקירה כדי שלא תנעול דלת בפני לווין כדאיתא ר״פ אד״מ אבל ודאי עכשיו דד״מ לא בעינן דרישה וחקירה הגדתן בפני ב״ד הוי כחקירה בד״נ וכיון שנגמרה עדותן ואין אנו צריכין עוד לדבריו הרי הגיד ושוב אינו חוזר ומגיד לאתר שהפסיק כדי דיבור וא״כ מ״ש רבינו אחר שנחקר עדותן לישנא דברייתא נקט ולאו דוקא הוא לדידן אחר התקנה אלא כלומר אחר גמר הגדתן וכ״כ הר״ן בתשובה סימן מ׳ ומביאו ב״י ופשוט הוא. ועיין בתחלת סימן ל׳ התבאר דאף בד״מ איכא דוכתא דבעינן חקירה כגון בדין מרומה וחבלות. ואם יאמר טעיתי וכו׳ פי׳ כיון דאינו מביא ראיה לדבריו לאו מפיו אנו חיין ואין נאמן לומר טעיתי וכו׳ דכיון שהגיד שוב אינו חוזר וסותר דבריו אם לא בדבר שמוכח שטעה וכו׳ דהוכחה כזו חשיב כאילו העידו עדים דטעה דאנן סהדי דוודאי טעה:

ב וכתב הרמב״ם וכו׳ דעת הרב דתנאי נמי הו״ל חוזרים ומגידים לאחר כ״ד והא דאמר בפ״ד דכתובות דשומעים לעדים שאומרים תנאי היה היינו דוקא במעידין שם על שטרם שנכתב בסתם ובאין כתב ידם יוצא ממקום אחר ותוך כדי דיבור דעדיין לא השלימו עדותן אבל היכא דכתב ידם יוצא ממקום אחר הרי כבר נחקרה עדותן וה״ה בעדות על פה אחר כדי דיבור כשנחקרה עדותן דלא מהימני לומר תנאי היה דברינו והא בפירוש רש״י לשם. אבל הרא״ש מפרש ההיא דכתובות דאפילו כתב ידן יוצא ממקום אחר נמי שומעין לעדים שאומרים תנאי לפי שאין זה סותר מה שהגידו ראשונה אלא מבררים עיקר העדים הן: ורב מתתיה גאון וכו׳ כלומר דלהרא״ש בתנאי שומעין לו ומדכתב בסתם משמע דשומעין לו ואע״ג דבע״ד חבירו טוען לא היה שם תנאי נאמן הלה ופטור אפילו משבועת היסת כיון דע״א מסייעו וכדכתב רבינו לקמן בסימן פ״ד דע״א המסייעו פוטרו לגמרי אפילו משבועת היסת אבל רב מתתיה גאון פסק דחייב לישבע היסת מיהא בעד א׳ אומר תנאי וע״א אומר לא היה תנאי דכיון דעדים מכחישין זה את זה משתבע היסת דתנאה הוה ואפשר דאף הרא״ש מודה בזו דמשתבע היסת ורבינו בעצמו כתב כך בסימן פ״ב סעיף כ״ח אלא דלפי דהרא״ש לא הזכיר דנשבע היסת כתב רבינו על זה הרב מתתיה גאון כתב דנשבע היסת ויש להקשות מפני מה הביא רבינו כאן דברי הרב ר׳ מתתיה בלי שום חולק ובסוף סימן מ״ו הביא גם דברי הרמ״ה החולק עליו וס״ל דחייב לישבע שבועת התורה משום דאין ע״א המסייע פוטרו משבועה וי״ל דמש״ה לא הזכיר רבינו כאן אלא דעת רב מתתיה גאון לפי דכל כוונתו אינו אלא לדחות דעת הרמב״ם דס״ל דתוס׳ תנאי הו״ל חוזר ומגיד דליתיה כהרא״ש ורב מתתיה דהאומר תנאי נאמן אפילו כתב ידן יוצא ממקום אחר ואין זה חוזר ומגיד אלא מברר עיקר העדות הוא אלא דרב מתתיה הוסיף לישבע היסת מתקנתא דר״נ אבל אין העד הוי חוזר ומגיד: כתב ב״י כל זה כשהעדים החתומים בשטר חוזרים ומעידים דתנאי הוה א״נ עד א׳ אומר תנאי היה אבל כשעדים אחרים מעידים דתנאי היה פשיטא דנאמנים דאינן מכחישים לעדי השטר אלא מבררים עיקר עדותן ושכ״כ הרשב״א בתשובה: עוד כתב ב״י דדוקא כשהגיד תחלה אינו חוזר ומגיד אבל אם שאלוהו ואמר איני יודע לא מקרי מגיד וכשנותן טעם לדבריו למה אמר בתחלה כששאלוהו איני יודע או למה לא הגיד מעצמו כשנתנו

חרם בב״ה כיון שנותן טעם לדבריו הראשונים חוזר ומגיד וע״ש באורך וכ״כ בכסף משנה והכי משמע מלשון הרמב״ם דדוקא בהגיד עדות בתחלה שוב אינו חוזר ומגיד אבל לא הגיד יכול לחזור ולהגיד:

סימן ל

א אין צריך לדרוש עדי ממונות וכו׳ הכי איתא מסקנא ר״פ אד״מ ומ״ש בין עידי הודאות והלואות כו׳ כלומר דלא מיבעיא בהודאות והלואות דאיכא משום נעילת דלת בפני לווין כדאיתא התם בגמרא אלא ה״ה עידי ירושות וכו׳ דאית ביה נמי משום נעילת דלת בפני עושי עולה וכ״כ תוס׳ ריש סנהדרין (דף ג׳) בד״ה שלא תנעול וכ״כ הרא״ש ריש סנהדרין: ומ״ש כיצד אמרו בפנינו הלוה פלוני מנה לפלוני בשנה פלוני אע״פ שלא כיונו החודש וכו׳ פירוש שלא ידעו אבל אם מכחישין זה את זה כתב בסמוך דעדותן בטלה: ומ״ש ולא המנה אם היה ממטבע פלוני וכו׳ איכא למידק דבריש פרק היו בודקין קחשיב ז׳ חקירות באיזה שמיטה באיזה שנה באיזה חודש בכמה בחודש באיזה יום באיזה שעה באיזה מקום ורבינו לא הזכיר כאן כל הז׳. ותו דמשמע מדברי רבינו דשאלת איזה מטבע הוא מכלל החקירות וזו מניין לו. ונראה דרבינו סובר דהא דחשבינן ז׳ חקירות במשנה היינו משום דאלו ז׳ הן שוות בכל העדיות דבכולן צריך לחקור באלו הז׳ אבל מלבד זה היו חוקרין בגוף המעשה לפי הענין כגון בהלואה אם היה מטבע פלוני וכו׳. ואם חילל שבת איזה מלאכה עשה והיאך עשה אכל ביום הכפורים איזה מאכל אכל וכמה אכל וכל כיוצא בזה לפי הענין הנעשה וגם זה בכלל החקירות שהם עיקר העדות ובהם יתחייב או יפטר וזה נקרא פוונת המעשה. וכ״כ הרמב״ם בפ״א מהלכות עדות ולא קחשיב רבינו כל הז׳ חקירות כי אם הכללים שהם כוונת הזמן וכוונת המקום וכוונת המעשה וכ״כ הרמב״ם בפ״ג מה״ע כלשון רבינו כאן ובפרק א׳ נקט הרמב״ם בלשונו אלו ג׳ הכללים בפירוש עיין שם. ונראה דאף רש״י ז״ל שכתב בריש היו בודקין וז״ל מכירין אתם אותו את ההרוג שמא נכרי היה וזו אינה מן החקירות של הזמה אלא ככל שאר בדיקות שאינן אלא להכחיש וכו׳ ס״ל נמי דהכחשה בגוף המעשה הו״ל הכחשה בחקירות אלא דאינו מן החקירות של הזמה דאי אתה מוצא חקירות של הזמה יותר מז׳ כדמוכח בגמרא. אבל מן החקירות הוי נמי גוף המעשה כדתנן להדיא היו בודקין אותן בז׳ חקירות וכו׳ מכירין אתם אותו התרתם בו. העובד ע״א את מי עבד ובמה עבד ואח״כ תנן כל המרבה בבדיקות הרי זה משובח וכו׳ אלמא דמכירין אתם אותו וכו׳ מכלל החקירות הן דאם לא כן הכי הוה ליה למתני בדיקות מכירין אתם אותו וכו׳ וכן כתב הספר מצות גדול בעשה סימן ק״ט לפי הנוסחאות המדוייקות עיין שם: כתב ב״י משמע הכא דדיני גיטין וקידושין ודיני זנות אשה לאסרה על בעלה צריך דרישה וחקירה דהא לא שייך בהו טעמא דשלא תנעול דלת וכו׳ וכ״כ הגהות מיימוני פרק כ״ד דאישות והסמ״ג מ״ע מ״ח ותוס׳ ומרדכי דסנהדרין ע״ש. ומהרש״ל בתשובה סימן ל״ג כתב ג״כ כך ע״ש האגודה בפרק הבע״י אבל בעדות אשה דמקילינן טובא להתיר אפילו עד מפי עד או ע״י נכרי מל״ת מקילינן נמי דלא בעינן דרישה וחקירה כרבי טרפון סוף יבמות והכי נקטינן: ומ״ש דבדין תרומה צריך דרישה וחקירה כך הוא ריש פרק אד״מ ופירש הריב״ש בסימן רס״ו דהיינו דצריך הדיין לחקור בו כל מאי דאפשר לא שאם אמר באחד מן החקירות איני יודע שיתבטל העדות כמו בד״נ ונראה דה״ה בחבלות וגיטין וקידושין ודיני זנות האשה לאסרה על בעלה נמי צריך לפרש כך:

ב ואע״פ שא״צ דרישה וחקירה אם הכחישו זא״ז בדרישות וחקירות עדותן בטלה וכו׳ בפרק ז״ב א״ר יודא עדות המכחשת זא״ז בבדיקות כשירה בד״מ ומשמע דדוקא בדיקות אבל הוכחשו בחקירות פסולה וכ״כ הרמב״ם בפ״ג ודלא כסברת י״מ בבעה״ת שער נ״ט דאפילו בהוכחשו בחקירות כשר והאי דנקט בדיקות משום דקי״ל דהודאות והלואות אין דנין אותן בדרישה חקירה עכ״ל ומביאו ב״י דליתא וחכמי לוני״ל הכריעו כהרמב״ם עיין שם בבעל התרומות:

ג ומ״ש כיצד אחד אמר בניסן לוה הימנו והשני אמר לא כי אלא באייר וכו׳ הוא לשון הרמב״ם אלא שרבינו מפרש דמיירי בתבעו שניהם ונראה דמ״ש דמיירי בלא כי משום דאם א׳ אומר בניסן והשני אומר באייר הו״ל הלואה אחר הלואה ואין עדותן בטלה אלא דאם תבעו שניהם משלם חד מנה ואם לא תבעו אלא חד מנה אשתבע ליה ש״ד ומיפטר כמ״ש רבינו בסמוך ע״ש הרמ״ה אלא ודאי האי דעדותן בטילה דוקא בהלואה אחת ודאמר השני לא כי אלא באייר דאיכא הכחשה בזמן וכן בדאמר לא כי אלא במקום פלוני אף על גב דלא הכחישו בזמן מ״מ הכחישו במקום ועדותן בטלה לגמרי והנתבע פטור ואפילו שבועה א״צ אח״כ אמר וכן אחד אמר חבית של יין וכו׳ פירוש אע״ג דלא הכחישו זא״ז לא בזמן ולא במקום אלא שניהם אומרים בשעה פ׳ ובמקום פ׳ דהו״ל עדות שאתה יכול להזימה אלא דהכחישו זא״ז בגוף המעשה שהשני אומר חבית זו שאתה אומר בשעה פ׳ במקום פ׳ היתה של יין לא כי אלא של שמן נמי עדותן בטלה דזה הוי נמי מכלל החקירות אע״ג שאינו מכלל החקירות של הזמה והזכיר כאן כל הג׳ כללים אבל בבדיקות אמר אבל אם אמר מנה שחור וכו׳ והוא הכחשה בגוף המעשה או א׳ אומר בבית וכו׳ והוא הכחשה במקום ולא כתב הכחשה בזמן בבדיקות משום דלא אפשר שאם אחד אומר ביום א׳ והב׳ אומר ביום ב׳ הו״ל הכחשה בחקירות ואם א׳ אומר בג׳ בחודש והב׳ אומר בד׳ בחודש לא הוי כלל הכחשה אפילו בבדיקות דאפילו בד״נ עדותן קיימת דטעו בעיבורא דירחא. והכי נמי מוכח מפי׳ רש״י דאהא דפריך בגמ׳ אהך דאחד אומר חבית של יין

וכו׳ דמשלם הפחות אימור דאמר רשב״א דמשלם הפחות דוקא באחד אומר ק׳ ואחד אומר ר׳ דיש בכלל מאתים מנה כה״ג מי אמר ומשני אלא לדמי דכתב רש״י וז״ל כה״ג דתרי מיני נינהו וכולי האי מכחשי אהדדי מי אמר עכ״ל אלמא דמיירי דמכחשי אהדדי בחד חבית בשעה פלוני ובמקום פלוני שזה אומר של יין היתה וזה אומר לא כי אלא של שמן היתה אבל אי לא מכחשי אהדדי בחד חבית בשעה פלונית במקום פלוני אלא שזה אומר של יין ביום פלוני וזה אומר של שמן ביום אחר מצטרפין ומשלם הפחות ומשום הכי דקדקו הרמב״ם ורבינו דאצל ההכחשה בזמן ובמקום כתבו לא כי ובהכחשה דחבית של יין ושמן לא כתבו לא כי משום דכשאחד אמר בניסן לוה והשני אמר באייר מן הסתם אין כאן הכחשה דשניהם מודים שזה לא ראה בשל זה וכן באחד אומר במקום פלוני והשני אומר במקום אחר הלכך צריך לפרש דאמר לא כי אבל כששניהם אומרים בשעה פלוני לוה ממנו במקום פלוני אלא שזה מעיד חבית של יין היה מה שלוה ממנו והשני אומר חבית של שמן היה היינו כאילו אמר בפירוש לא כי ומכחישין זה את זה בחקירות דהיינו גוף המעשה ועדותן בטלה דאפילו שבועה אין צריך ודלא כמו שכתב ב״י לפרש דברי רש״י דחבית יין ושמן לאו מן החקירות הוא כלל ועדותן בטלה מלחייבו לשלם אבל עדותן קיימת לעניין זה דחייב לישבע שבועה דאורייתא כנגד עד אחד ומשמע מדברי ב״י דסבירא ליה לפרש דדעת רבינו כדעת רש״י והא ודאי ליתא דממה שכתב רבינו אע״פ שלא כיונו החודש והמקום והמטבע וכולי אלמא דמטבע מכלל חקירות היא ואם כן הוא הדין חבית יין ושמן דהוי נמי גוף המעשה כמו מטבע וכדעת הרמב״ם כך הוא דעת רבינו ורש״י ז״ל כדפרישית:

ד ומ״ש וכן אחד אמר חבית של יין הלוה וכו׳. עד אפילו אם תבע שניהם הלשון משמע דקאי נמי אחבית יין וחבית שמן דאפי׳ אם תבע שניהם מ״מ כיון שהעדים מכחישין זא״ז בחקירות עדותן בטלה לגמרי דאפילו שבועה א״צ אבל בהכחישו זא״ז בזמן ובמקום אין צורך לפרש דפשיטא היא דאפילו אם תבעו בשני מנים עדותן בטלה כיון דנפקא לן מקראי דהזמר תלויה בהן אבל גוף המעשה דאע״ג דהו״ל חקירות אין ההזמה תלוי בו וסד״א דהיכא דתבעו שניהם ואין אחד מהם מעיד שקר לפי דברי התובע משלם הפחות קמ״ל דעדותן בטלה לגמרי ואפילו שבועה אין צריך. א״נ גבי הכחישו זא״ז בזמן או במקום איכא למימר דבגוף ההלואה אין העדים יודעים כמה הלוה לו אלא שהנתבע מחייב עצמו בכל מה שיאמר התובע אם יעידו שני העדים על הזמן ועל המקום שלא יכחישו זא״ז דהשתא לא מצי למימר אפילו אם תבעו ב׳ מנים אבל בהכחישו זא״ז ביין ושמן א״נ דמי יין ושמן וק׳ ור׳ או מנה שחור ומנה לבן בזו ודאי צריך לפרש אפילו תבעו שניהם דע״י תביעתו יתברר אם אחד מהם אומר שקר לפי דברי התובע וצ״ע בדברי ב״י דממה שכתב בסמוך אדברי הרמ״ה מבואר דס״ל דמ״ש רבינו במנה שחור ומנה לבן והוא תבעו שניהם דהיינו לומר דדוקא בתבעו שניהם אבל אם אינו תובעו אלא אחת עדותן בטלה טעמו של דבר דמיירי בהלואה אחר הלואה כגון שאחד אומר ביום א׳ הלוהו מנה שחור והשני אומר ביום ב׳ הלוהו מנה לבן דהשתא כשתבעו שניהם דלפי דברי התובע אין אחד מהם אומר שקר מצטרפין ומשלם חד מנה אבל באינו תובעו אלא אחת כיון שאחד מהם אומר שקר לפי דברי התובע עדותן בטלה מלשלם אבל חייב שבועה דאורייתא כנגד העד שאומר אמת וכן בדמי חבית והוא תבעו שניהם נמי בהלואה אחר הלואה בב׳ ימים נותן לו הפחות וכן באחד אומר ק׳ והשני אומר ר׳ ובהלואה אחר הלואה בב׳ ימים והוא תבעו שניהם נותן לו ק׳ דכיון דלא הוכחשו אלא בבדיקות עדותן קיימת ומשלם הפחות אבל אחד אומר בבית וא׳ אומר בעלייה זה אי אפשר לפרשו בהלואה אחר הלואה דא״כ היאך אתה אומר שמצטרפין המקומות כיון שהם קרובים שיכולין לראות מזה לזה הלא לא היו שם העדים בזמן אחד ולפי זה בחבית יין ושמן דעדותן בטלה אפילו אם תבעו שניהם הוי נמי כהלואה אחר הלואה בב׳ ימים וכיון דתרי מיני נינהו ולא מצטרפי עדותן בטלה לשלם אבל מחוייב ש״ד כנגד כל עד ועד. ואם לא העידו אלא מהלואה אחת בשעה פלוני במקום פלוני אם אחד אומר מנה שחור והשני אומר מנה לבן אפילו אינו תובעו אלא אחת עדותן קיימת לשלם דבין שחור ללבן עבידי דטעי. ולפי דברי ב״י הך דחבית יין ושמן ומנה שחור וכו׳ לא איירי בלא כי אלא בהלואה אחר הלואה זו ביום פלוני וזו ביום אחר. וקשה טובא דא״כ צ״ל הך דלא כי אלא באייר ולא כי אלא במקום פלוני עדותן בטלה לגמרי קאמר דאפי׳ שבועה אין צריך והך דחבית יין ושמן עדותן בטלה מלשלם קאמר אבל צריך שבועה. ותו דהך מנה שחור וכו׳ מיירי בב׳ הלואות והך דבית ועלייה בהלואה אחת והך דק׳ ור׳ ודמי יין ושמן בב׳ הלואות וכל זה דוחק גדול. לכן העיקר דכל דברי רבינו הם בהלואה אחת ובלא כי ובחבית יין ושמן עדותן בטלה לגמרי קאמר דהו״ל עדות מוכחשת ואפילו שבועה אין צריך ובמנה שחור ולבן וק׳ ור׳ ודמי חבית יין ושמן אפילו בהלואה אחת ובלא כי ואפ״ה עדותן קיימת דעבידי למיטעי בין שחור ללבן ובין דמי יין לדמי שמן ובין ק׳ לר׳ ומ״ש רבינו בזו והוא תבעו שניהם אין לפרש לפי זה דלאו דוקא תבעו שניהם אלא אפילו לא תבעו אלא אחד מהם נמי עדותן קיימת משום דעבידי למיטעי בין זו לזו ולא נקט תבעו שניהם אלא דלא תימא דבתבעו שניהם לא נצרף עדותן לשלם הפחות אלא אדרבה נימא דלא טעי כלל וכל אחד מן העדים מעיד על מנה ונחייב את הנתבע ש״ד כנגד כל אחד מן העדים שהרי מביא עד אחד על מנה זו ועד אחד על מנה השני והוא תבעו שניהם ע״כ אמר דאפילו הכי נצרף עדותן וישלם הפחות דאמרינן אחד מנה קא מסהדי ובין שחור ללבן אין דרך לדקדק ומטעי קא טעי וכן באחד בבית וכו׳ דכיון שהמקומות קרובים עבידי דטעו ואין זו הכחשה וכן בק׳ ור׳ ודמי חבית יין ושמן האי פירושא ודאי ליתא דאם כן הו״ל למימר אפילו תבעו שניהם מדקאמר והוא תבעו שניהם משמע דוקא תבעו שניהם קאמר אבל אם לא תבעו אלא אחד מהם כיון דמכחישין

זה את זה בלא כי בגוף המעשה אע״ג דאיכא למימר דבין שחור ללבן עבידי דמיטעי אפ״ה מדקאמר לא כי ומלוה אומר לא אוזיפתיה מנה שחור מעולם א״נ לא אוזיפתיה מנה לבן מעולם דהא בע״כ דאמר מלוה כחד מינייהו הלכך אין כאן חיוב תשלומין אלא שבועה כנגד אותו העד שאומר אמת לפי דברי התובע עי׳ לקמן כן נ״ל מדברי רבינו:

ה שאלה ראובן תבע משמעון אלף ות״ק זהובים וכו׳ נראה דלדרך הראשון דלא נשאר אלא ק׳ של הש׳ או ק׳ של הת״ק שלא צירפו אותו ק׳ אין להשביעו על אותו ק׳ ולגלגל עליו הת״ש שנשארו שהרי אם הוא נשבע להכחיש עדות העד המעיד על ש׳ או על ת״ק אם כן נאמן הוא בשבועה זו להכחיש כל העדות שהעיד אותו העד בהלואה זו דאין להאמינו בשבועה זו לחצאין וכיון שכבר צירפנו עדות אלו לשלם ר׳ מתוך ש׳ ות׳ מתוך ת״ק שוב אין מוסרין לו שבועה להכחישן אבל לדרך אחרת שהשבועה היא להכחיש העד המעיד על ק׳ שלא הוה ליה צירוף נאמן בשבועתו להכחיש עדות עד זה ויגלגלו עליו ת״ש הנשאר. ולפי עניית דעתי נראה דכך מבואר בסוגיא דפרק הכותב (כתובות דף פח) אמתני׳ דעד אחד מעיד שכתובתה פרועה לא תפרע אלא בשבועה דקאמר רבא שבועה זו מדרבנן כדי להפיס דעתו של בעל. א״ר פפא אי פקח הוא מייתי לה לידי ש״ד יהיב לה כתובתה באפי חד סהדא פעם שנייה וסמיך סהדא קמא אסהדא בתרא ופירש רש״י יביא את שניהם יחד לב״ד שאם תכפור יעידו שניהם שנתקבלה כתובתה ומוקי להו להנך קמאי בהלואה יתבענה פרעון הראשון ויאמר מלוה הן אצלך שהרי התקבלת כתובתיך שנית וכשתכפור ותאמר לא קבלתי אלא הפעם הזאת ועד אחד מעיד על הראשונות איכא ש״ד נשבעת ולא משלמת ואין כאן שיעבוד קרקעות שלא מכח כתובתה תובעה עכ״ל מתקיף לה רב שישא בריה דרב אידי היאך סמיך סהדא קמא אסהדא בתרא ופירש רש״י מה שראה זה לא ראה זה ואם תכפור על שתיהן אין כאן אלא עד אחד ותשבע ותטול שלישית ונמצא מפסיד עד כאן לשונו כלומר ואם אתה בא לצרף אותם ביחד אם כן שוב אי אתה יכול להשביע האשה כנגד עד אחד ובזה נתיישב מה שהקשו התוס׳ וז״ל תימא מאי קשיא ליה הא פלוגתא היא בפרק זה בורר הלואה אחר הלואה אי מצטרפי דאיכא מאן דאמר לא בעינן ראייה כאחד עד כאן לשונו. דלא קשיא ולא מידי דפשיטא דקיימא לן כריב״ק דלא בעינן ראיה כאחד והלואה אחר הלואה מצטרפי כדאיפסקא הלכתא בפ׳ זה בורר ואתקפתא דרב שישא אינה אלא היאך אתה בא לחייבה ש״ד כנגד עד הראשון לאחר שתצרף אותו עם עד השני דכיון דאתה מצרפו א״כ שוב אין אתה יכול למכור שבועה לאשה שתכחיש עדותו ואם אתה מוסר שבועה לאשה להכחישו מעתה אין אתה יכול לצרפו עם העד השני. אבל מ״מ קצת קשה למה לו דרך אחרת הלא בדרך הראשון ג״כ יכול לומר דנצרף ק׳ של ש׳ עם ק׳ הנשאר מת״ק ותשאר הק׳ הראשון לבדה בלא צירוף וזוקק לשבועת התורה ואפשר דס״ל דלא יתכן לצרף הק׳ הנשאר מצירוף של עד אחד עם הק׳ אחרת שגם הוא נשאר מן הצירוף של עד אחר כיון דכבר צרפת כל עד ועד ועם עד אחר אלא דוקא כשלא היה לעד אחר שום צירוף אז נצרף הק׳ הנשאר עם אותו עד שלא נצטרף ולכן לא יתכן לפי דרך הראשון שנצרף ק׳ הנשאר משל ש׳ עם הק׳ הנשאר משל ת״ק מאחר שכבר צרפת שניהם ויש קצת הוכחה לזה מדכתב בדרך האחרת לצרף ק׳ של ת״ק עם ק׳ של ש׳ קודם שנצרף ר׳ של ש׳ עם הר׳ ובדרך הראשון עשה להיפך אלמא דלא יתכן לצרף אא״כ דעדיין לא צרפת אותן שני העדים כי אם האחד מהן כנ״ל מדברי רבינו אבל בנ״י פ׳ זה בורר כתב להדיא דמצטרפין הק׳ הנשאר משל ש׳ עם הק׳ הנשאר משל ת״ק ע״ש. אך קשה אפילו לדרך הראשון נמי אע״ג דאי אפשר לזוקקו לשבועה מטעם עדות העד שמעיד על ק׳ שנשאר משל ש׳ או משל ת״ק כיון שכבר צירפנו עדותו כדפי׳ מכל מקום תיפוק ליה דחייב שבועה מדתני רבי חייא רפ״ק דמציעא מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום ועדים מעידין שיש לו חמישים דישבע על השאר שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מק״ו וכדכתב רבינו בסי׳ ע״ה סעיף ב׳ וכ״כ הרא״ש בתשובה סוף כלל צ״ב גבי צירוף עדים דנשבע על השאר מדתני רבי חייא ומביאו ב״י כאן ובסי׳ ע״ה וצ״ע. ואפשר ליישב דלא דמי לדרבי חייא דהתם טענה אחת ועדות העדים דכת אחת במקצת כהודאה דמי ובתשובת הרא״ש נמי דמדמה ליה לדרבי חייא היינו משום דלא היה שם אלא צירוף כת אחת שני עדים בלבד אבל הכא דבאנו לצרף תחלה כת אחת של ת׳ ושל ת״ק ואח״כ עוד צירוף כת אחרת של ר׳ ושל ש׳ דבב׳ כיתי עדים שמעידין במקצת לא דמי לדרבי חייא וסעד לזה מצאתי בהשגת הראב״ד דפרק כ״ב מה״ע ע״ש והבאתיו בסימן ל״א סעיף ב׳: ומ״ש אבל אם העידו על כולם ביום א׳ בהכחשה וכולי פי׳ דכולם העידו על הלואה אחת ביום פ׳ בשעה פלונית במקום פ׳ והעדים מכחישין זא״ז דכ״א אומר לא כי אפ״ה משלם הפחות דהיינו ר׳ זהובים שהרי יש כאן ב׳ עדים דאין הלואה זו יותר מר׳ ויש כאן ב׳ עדים דאין הלואה זו פחות מר׳ וכאן ודאי אפילו לא תבעו אלא ת״ר זהובים ומביא ג׳ עדים אחד מעיד על ק׳ ואחד מעיד על ר׳ ואחד על ש׳ וכולם העידו על יום אחד בהכחשה משלם ר׳ לא פחות ולא יותר:

ז אין צריך בד״מ שיראו המעשה כאחד כיצד וכו׳. צ״ל דהודאה זו היא בענין דלא מצי טען משטה אני בך אי נמי שלא להשביע את עצמי הודתי כגון דאמר אתם עדי כדלקמן בסימן ל״ב וכן תשובת הרא״ש סוף כלל צ״ד שהביא ב״י כאן בא׳ שהודה לפני אחד שהיו חמשים ולפני שני הודה שהיו ק״נ דחייבו לשלם צריך לפרש ג״כ שהיתה הודאה גמורה דלא הוה מצי טעין שלא להשביע את עצמי הודתי וכו׳. וכ״כ ב״י בסימן ע״ה על תשובה זו ע״ש במחודשין סעיף ה׳: וכתב הרמ״ה דוקא היכא דלא מכחיש וכו׳ כלומר אין פירושו דמעידין על הלואה אחת ומכחישין זא״ז בזמן שזה אומר בשלשה

בחודש והשני אומר לא כי אלא בחמשה בחודש דהתם ודאי אפילו תבעו שניהם עדותן בטלה ואפילו שבועה אין צריך וכ״ש בתבעו מנה אחת אלא הכא בשתי הלואות קאמר שהאחד מעיד ביום פלוני והשני אומר ביום אחר ולא אמרי לא כי הילכך בתבעו שניהם מצטרפין לחייבו מנה אבל בתבעו מנה אחת אף על גב דלפי דברי המלוה חד מינייהו מסהיד שיקרא אפ״ה מאחר שמעידין על שני דברים ואין מכחישין זא״ז אלא דלפי דברי המלוה אחד מהן שקרן מ״מ האחד אומר אמת ומחייבו שבועה וכ״כ באשיר״י פרק ז״ב ומביאו ב״י: כתב בנ״י הך דמנה שחור ולבן לא הוי עדות מוכחשת דעבידי דטעו כיון שאין הדבר תלוי בהן ול״מ בב׳ כיתי עדים אלא אפי׳ כת אחת אמרו ב״ה דכשרים ואפי׳ בשאין המלוה תובע אלא מנה תליא בטעותא ואין הכחשה בין התובע והעדים עכ״ל ורוצה לומר שהעדים שניהם מעידין על הלואה אחת ביום פלוני ובמקום פלוני אלא שא׳ אומר מנה שחור והשני אומר מנה לבן ותלינן ההכחשה בטעותא וכשרים אבל בהלואה אחר הלואה אין העדים כשרים אא״כ שהתובע תובעו בשני מנים כמ״ש נ״י לעיל בסמוך והב״י לא ירד לדקדק לזה וכ׳ דט״ס יש כאן ושרי ליה מאריה כי הדבר פשוט כדפירש׳ מיהו דעת רבינו אינו כך אלא אפי׳ במנה שחור ולבן דעבידי דטעי אינן מצטרפין אא״כ בדתבעו שניהם בין בהלואה אחר הלואה בין בהלואה אחר הודאה כדפי׳ בסמוך ודעת ה״ר ירוחם כדעת הנמוקי יוסף: כתב ב״י דבשני כתי עדים אחת אומרת ק׳ ואחת אומרת ק״ק מצטרפין לק׳ ודוקא באינו תובע אלא ק׳ אי נמי בב׳ כתי עדים המכחישות זו את זו בבדיקות הלכך אינו משלם אלא ק׳ אבל אם הוא תובע ק״ק ואין הכחשה בין העדים אלא שאלו אומרי׳ ק״ק הודה לו ביום פלוני ואלו אומרי׳ ק׳ הודה לו ביום פלוני משלם ק״ק ע״פ שני העדים ואם תבעו ש׳ נראה דאפ״ה אינו משלם אלא ק״ק שהרי אפשר שהק׳ מכלל הק״ק שמעידין האלו הם עכ״ל ונראה ודאי דדוקא בהודאה אחר הודאה אבל בהלואה אחר הלואה ותבעו ש׳ משלם ש׳ כיון שאין הכחשה בין העדים: כתב בית יוסף במסקנתו דהרמ״ה לא אחר דוקא בתבעי שני מנים אלא בהלואה אחר הלואה אבל בהודאה אחר הודאה או הודאה אחר הלואה או הלואה אחר הודאה אפילו אינו תובעו אלא מנה אחת מצטרפין ומשלם מנה אחת ושכך היא דעת רבינו וה״ר ירוחם ונימוקי יוסף ונכון הוא: כתב ב״י ע״ש ה״ר ירוחם דאחד מן החכמים כתב בתשובה דאם ע״א אומר בפני ובפני ע״א שמת נתן פלוני לפלוני בניסן וע״א העיד בפני ובפני ע״א שמת נתן פלוני לפלוני בתשרי אין מצטרפין דלח דמי להלואה אחר הלואה אלא לשני שטרי מתנות על ענין אחד דביטל שני לראשון (כדלקמן בסימן ר״מ) ומשני ליכא אלא ע״א ואינו כלום והפסיד מקבל מתנה עכ״ל. וכתב על זה הב״י וז״ל ודברים תמוהים הם עכ״ל והרב בס׳ דרכי משה כתב וז״ל ואיני יודע למה כי לפי הנראה דינא הכי דהא המקבל מתנה מודה דע״א שקר דאי אפשר להיות ב׳ העדיות אמת וא״כ אין במתנה האחרונה רק ע״א וגם הוא מוכחש מן העד הראשון ודמיא להא דכתב הרמ״ה דאם אין המלוה תובע רק מנה אחד וכו׳ עכ״ל ולפעד״נ פשוט דהב״י הבין דשני העדיות מעידין שנתן המתנה לראובן והיינו הלואה אחר הלואה דמצטרפין 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 בס׳ ד״מ ולענין הלכה זה וזה אמת: כתב הרב בש״ע סעיף ה׳ מי שתבע את חבירו שיש לו בידו ק״ק זהובים והוא בפקדון להשביחם לו והלה כופר בכל וע״א מעיד ששמע מפיו דנפקד שהיו נ׳ וע״א מעיד ששמע שהיו ק״ן הוחזק כפרן לאותו ממון ומשלם ק״ק עכ״ל והיא תשובת הרא״ש סוף כלל צ״ב. ומביאו ב״י כאן ובסימן ע״ה וכבר הזכרתיה לעיל בסמוך ולא קשה בלא הוחזק כפרן נמי איך קס״ד לחייבו שבועה במקום שכבר צרפנו עדותן דהא לא משבעינן ליה להכחיש עדות העד אלא השבועה היא באה מדתני רבי חייא דלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים וכו׳ ודוקא כשהשבועה היא להכחיש את העד התם הוא דאמרינן ממה נפשך אם נאמין עדותו לצרפו עם עד אחר שוב אי אפשר שנשבע כנגדו להכחישו ואם אתה מוסר שבועה להכחישו תו לא אפשר לצרף עדותו אך קשה דלעיל בדרך הראשון נמי נחייב אותו שבועה מדתני ר׳ חייא וצ״ע כדפרישית ומהר״ו כהן לא דק בכאן עיין עליו: כתב ב״י דב׳ עדים שראו אשת איש שנסתרה אחד ראה שחרית ואחד ראה בין הערבים מצטרפין. וכן לעניין קנוי מצטרפין וה״ה לגבי עדי כיעור אף ע״פ שלא ראו בבת אחת וכיעור דחזא האי לא חזא האי מצטרפין וה״ה לענין גט אם צוה לחתום אע״פ שלא צוה לשניהם כאחד מצטרפין והוא הדין לשאר דברים דנפקא מינה לענין דיני נפשות מצטרפין אבל לגבי בעל ואשה שנתייחדו בפני שנים אחר שנתן לה גט דצריכה ממנו גט שני אם ראה אחד שחרית ואחד בין הערבים אין זה ייחוד וא״צ גט שני ממנו וע״ש באורך ותימה דבסוף סימן זה כתב בסתם דבגיטין וקידושין בד״נ שייכי ואין דנין ע״פ עדות המיוחדת וזה הפך מסקנתו בכאן:

ח וכתב בעה״ת דה״ה לענין פרעון וכו׳ נראה דאתי לאשמועינן דאע״ג דאית ליה טענה הכא דהעדים אומרים אמת שפרעו אבל לא פרעו על זה השטר אלא סטראי נינהו ולא חששתי לפרש בפני העדים דפרעון זה היה על חוב אחר לפי שלא היה אלא ע״א בכל פרעון ופרעון וקאמר דאפ״ה איתרע שטרא דמצטרפין ודין זה דאיתרע שטרא פליגי בה הגאונים בפירושו ומבואר לקמן בסימן נ״ח ע״ש והכא נמי צריך לומר דהלוה טוען פרעתיך כל השני מנים דאי לא אמר אלא פרעתיך ק׳ א״כ לפי דבריו אחד מהעדים מעיד שקר ואין כאן אלא ע״א ובעל השטר נשבע כנגד העד האחד שאומר אמת לפי דברי הלוה ופשוט הוא: ומ״ש או אחד מעיד שפרעו מנה והשני מעיד לפני הודה שפרעו מנה נראה שדקדק בלשונו שכתב בסתם לאורויי דאין חילוק בין שאותו שמעיד שפרעו מנה היה בניסן והשני מעיד לפני הודה שפרעו מנה בתשרי שלאחר ניסן ובין שאותו שמעיד שפרעו מנה היה בתשרי והשני מעיד

לפני הודה שפרעו מנה בניסן שלפניו אבל בחלוקות הראשונות ששניהם בפירעון או שניהם בהודאת פירעון הזכיר תחלה ניסן ואח״כ תשרי וכאן לא הזכיר כלום לאורויי דבין כך ובין כך מצטרפין ולא כמהר״ו כהן שכתב מלבו סברא לחלק בין פרעון תחלה והודאת פרעון אחריה ובין הודאת פרעון תחלה ואח״כ פרעון דליתא:

ט וכן א״צ שיעידו שניהם כאחד בב״ד וכו׳ אדלעיל קאי דכתב בסעיף ז׳ א״צ בד״מ שיראו המעשה כאחד וכו׳ דפסק כריב״ק לגבי רבנן ואמר כאן דהכי נמי א״צ שיעידו שניהם כאחד בב״ד דהלכה כרבי נתן לגבי רבנן ואיכא למידק דלשון וכן משמע דלא זו אף זו קאמר כדאיתא בפרק חזקת (נ״ב) ויתבאר לקמן בסימן ס״ב בס״ד וכאן הו״ל זו ואצ״ל זו דהא בפ׳ ז״ב איתא דקאמר רבי יוחנן מי איכא דידע דהלכה כריב״ק וקא״ל רבי יוסי בר חנינא כך שמעתי שמודה ריב״ק לרבי נתן ואמר ליה רבי יוחנן לזה הוצרכתי השתא ומה עיקר ראייה בהדי הדדי אמר ריב״ק לא בעינן הגדה מיבעיא. ונראה ליישב דדעת רבינו היא דבע״כ צריך לתרץ ור״י בר חנינא היאך נעלם ממנו קושיא זו דרבי יוחנן אלא ודאי דה״ק שמעתי שמודה ריב״ק לרבי נתן דאע״פ דאיכא תרתי לריעותא דלא ראו המעשה כאחד וגם לא העידו כאחד אלא זה היום וחבירו למחר דהשתא לא נצטרפו לא בשעת ראייה ולא בשעת הגדה ואפ״ה עדותן כשרה ולפי זה ניחא דכתב רבינו וכן לאורויי דלא מיבעיא כשלא ראו המעשה כאחד דמצטרפין בשעת הגדה בהדי הדדי אלא אפילו לא העידו ג״כ בהדי הדדי נמי עדותן כשרה:

י וכן אם העיד אחד בכתב וכו׳ בפרק ג״פ (דף קס״ה) שלחו מתם חבריא לרבי ירמיה ע״א בכתב וע״א בע״פ מה שיצטרפו אליבא דריב״ק ב׳ בכתב וב׳ בע״פ הוא דמצטרפי אבל ע״א בכתב ואחד בע״פ לא מצרפינן א״ד ל״ש שלח להו אני איני כדאי ששלחתם לי אלא כך דעת תלמידיכם נוטה שיצטרפו והשתא ניחא דכתב רבינו וכן כלומר דל״מ בשנים בכתב או בשנים בע״פ דמצטרפין אע״פ שלא ראו שניהם כאחד ולא הגידו כאחד אלא אפילו ג״כ אחד בכתב ואחד בע״פ נמי מצטרפין אע״פ שלא ראו כאחד:

יא העיד אחד בב״ד זה וכו׳ בפרק ג״פ (דף קס״ה) ופי׳ השני בתי דינים מצרפין עדותן ששמעו וישפטו לפי העדות:

יב ומ״ש וכן אם העידו בב״ד זה וכו׳ ג״ז שם ופי׳ שנים העידו בכל ב״ד וב״ד ולשון וכן ה״פ ל״מ היכא שהב״ד הראשון והשני כולן מתועדין ביחד כל הששה דיינין דפשיטא דמצרפין עדותן אלא אפילו כאן דליכא אלא אחד מכל ב״ד נמי מצרפין עדותן מאחר שהעידו שני העדים לפני כל ב״ד וב״ד משא״כ בחלוקה הראשונה דלא העיד אלא ע״א לפני ב״ד אחד הלכך בעינן כל הששה ביחד לצרף עדותן דאל״כ הו״ל עד מפי עד וכ״כ בהגהת אשרי פ׳ ג״פ ע״ש הא״ז דכשלא העיד אלא אחד בב״ד זה ואחד בב״ד זה אין אחד מב״ד זה ואחד מב״ד זה מצטרפין:

יג ומ״ש אבל דיין שהעידו שנים לפניו אינו יכול לצרף עם אחד מן העדים לדון הכי אסיקנא בפ״ב דכתובות (דף כ״א) אליבא דרבא ולשם מוכחת כל הסוגיא דמדבר לענין עדות וז״ל רש״י ובא אחד מעידי השטר והעיד על כתב ידו ואחד מן דייני הקיום מעיד על כתב ידו אין מצטרפין להכשירו דמאי קא מסהיד סהדא לא קא מסהיד דיינא ומאי דקא מסהיד דיינא לא קא מסהיד סהדא וע״ש באשר״י. ומ״ש רבינו אינו יכול לצרף עם אחד מן העדים לדון ר״ל לדון בפני ב״ד אחר על מה שהעידו הדיין והעד זה משום דמאי דקא מסהיד סהדא וכו׳ וא״כ אין מצטרפין ביחד לדון על עדותן אבל אין פירושו שאין דיין ועד מצטרפין ביחד לישב על דין זה דהא פשיטא הוא דאפילו אין עמו דיין שהעידו לפניו ודקא מסהיד סהדא וכו׳ תיפוק ליה דאין העד המעיד נעשה דיין משום דאינו מקבל הזמה על עצמו אי נמי משום דכתיב ועמדו שני האנשים כדאיתא התם בפ״ב דכתובות ואפי׳ שלשתן עדים אינן נעשים דיינים ועוד דכבר כתב כן רבינו לעיל בה׳ דיינות בסימן ז׳ דאין עד נעשה דיין אלא ודאי דהכא בהלכות עדות אתא לאורויי דאין הדיין מצטרף עם העד להעיד בפני ב״ד אחר שידונו ע״פ עדותן מטעם דמאי דקא מסהיד סהדא וכו׳ כדפי׳ ופשוט הוא והלשון שכתב רבינו אבל דיין שהעידו שנים לפניו וכו׳ הוא לשון הרמב״ם בפ״ד מה״ע ואין רצונו לומר בדוקא שהדיין בא להצטרף עם אותו העד שהעיד לפניו אלא אפילו עד דעלמא שיודע בהלואה זו ודיין זה היה יושב בב״ד של ג׳ שהעידו שני עדים לפניהם שזה חייב לזה מנה נמי אין לצרף עדותן מטעם דמאי דקא מסהיד סהדא וכו׳ אבל אי לאו הך טעמא היה ראוי לצרף עדותן כיון דדיין זה הוא אחד מב״ד של ג׳ שהעידו שני עדים לפניהם כדפי׳ בסמוך ועיין בכסף משנה לשם הביא תשובת הר״ש בר צמח בענין זה:

יד צריך שיעיד כ״א ואחד על דבר שלם וכו׳ בפרק ז״ב (דף ל׳) ופ׳ מרובה (בבא קמא דף ע׳) ופרק חזקת (בבא בתרא דף נ״ו) דל״מ אחד אומר אחד בגבה ואחד אומר אחד בכריסה דהוי חצי דבר שער אחד וחצי עדות על כל שער ע״א אלא אפילו שנים אומרים אחד בגבה ושנים אומרים אחד בכריסה דאע״פ דלא הוי חצי עדות שהרי שנים מעידין על כל שער ושער אפ״ה אימעוט מגזירת הכתוב ע״פ שנים עדים יקום דבר דבר ולא חצי דבר והרי״ף בפרק חזקת הקשה דאם כן למה מצרפין גבי חזקה בשהעידו ב׳ על שנה ראשונה וב׳ על שנה שנייה וב׳ על שנה ג׳ כדתנן בפרק חזקת ותירץ דמיגו דמהני סהדותייהו לגבי פירות לשלם למערער אם לא ימצא עדים יותר מהני נמי היכא דמצא עדים יותר והוי חזקה וכ״כ התוס׳ בפ׳ חזקת ע״ש רשב״א

אבל בפרק מרובה כתבו ע״ש ר״י דנראה לו עיקר דבחזקה שאני שראו כל מה שהיו יכולין לראות באותה שנה והיא דעת רשב״ם בפירושו בפ׳ חזקת: ומ״ש רבינו והעיד א׳ שראה לו שער א׳ בימינו והשני בשמאלו כ״כ הרמב״ם לשם והוא פירוש לגבה וכריסה ורצונו לומר אאותו מקום מימין ומשמאל ורש״י פי׳ בגבה בין קשרי אצבעותיה וכריסה באותו מקום: ומ״ש אבל העיד אחד שראה ב׳ שערות בימינו וכו׳ כ״כ הרמב״ם לשם וב״י פירש דאין מצטרפין אלא בד״מ אבל לא בדיני נפשות דהו״ל עדות מיוחדת וגיטין וקידושין בד״נ שייכי מיהו ב״י גופיה כתב לעיל בסימן זה דכל שאינו ד״נ ממש אע״ג דנ״מ לענין דיני נפשות מצטרפין ודהכי נקיטינן:

סימן לא

א שתי כיתי עדים וכו׳ ס״פ כל הנשבעין פלוגתא דרב הונא ורב חסדא ופסקו הפוסקים כרב הונא דזו באה בפני עצמה ומעידה וכו׳: ומ״ש רבינו כגון א׳ אומרת פלוני לוה וכו׳ כך פרשב״ם בפרק חזקת (בבא בתרא דף ל״א) דאחת אומרת לוה ביום פ׳ וא׳ אומרת לא לוה דלא זזה ידו מתוך ידינו כל אותו היום ולא לוה ממנו כלום ובעדות כזה לא האמינה תורה האחרונים יותר מן הראשונים אלא בעדות הזמה שמעידים על העדים עצמם עמנו הייתם במקום פלוני ולא ראיתם שלוה. אבל לעדות אחרת כ״א באה בפני עצמה ומעידה דאוקי גברא אחזקתיה ולא תפסלינהו מספק אבל אחד מכת זו ואחד מכת זו אין מצטרפין לעדות אחרת דהא אחד מהם פסול בודאי ואין כאן אלא חצי עדות ואע״ג דאיכא עד אחד כשר דמחייבו ש״ד אפ״ה פטור אפילו משבועה דאורייתא כיון דהעדים נצטרפו ביחד הוה להו נמצא אחד מהן קרוב או פסול דאפילו שבועה אין צריך כדלקמן בסי׳ ל״ו בתשובת הרשב״א הביאו ב״י וז״ש רבינו אינו כלום שאחד מהם ודאי שקרן דאינו כלום משמע דאינו זוקקו אף לש״ד מיהו לא גרע מתובעו בעל פה דישבע היסת: והקשו בתוס׳ בפרק חזקת ניהמנינהו לבתראי במגו דאי בעו פסלינהו לקמאי בגזלנותא ומיהו במגו דאי בעו הוו מזמי להו ליכא להימנינהו דיראים להזימן פן יזומו גם הם ונראה דמגו במקום עדים לא אמרינן ועוד אר״י דלא שייך מגו אלא באדם אחד אבל בשנים לא שייך מגו דאין דעת שניהם שוה ומה שירצה זה לטעון לא יטעון זה עכ״ל ומ״מ קשה אמאי מוציאין של ר׳ מידו ושורפין אותו נימא שמא יבואו עדים ויהיו פוסלים כת של ק׳ בגזלנותא ונמצא שאותו של ר׳ כשר הוא וי״ל דאף ע״פ שיעידו על כת אחד בגזלנותא לא אמרי׳ הוברר הדבר למפרע שזו הכת היא הפסולה דדילמא באותו עדות שהכחישו זא״ז היתה כת זו כשרה והשנייה פסולה ועכשיו נעשית גם כת זו פסולה:

ב וכתב הרמב״ם שצריך לישבע בנ״ח כדין מודה במקצת וכו׳ הראב״ד בפכ״ב מה״ס השיג דהלא שטר שיעבוד קרקעות הוא ואין נשבעין על שיעבוד קרקעות ועוד השיג ממ״ש הרמב״ם עצמו בפ״ד דטוען שאם טוען את חבירו חמשים בשטר וחמשים בלא שטר והודה בשטר וכפר בשאר פטור עכ״ל ולפעד״נ דלא אמר הרמב״ם דפטור אלא בתבעו בשטר שגובה בו ממשועבדים אבל בתבעו בכתב ידו בנאמנות חייב שבועה וכמ״ש ה׳ המגיד לשם בשם הרמב״ן ושכך נראה מדהזכיר שטר בדוקא דהו״ל שיעבוד קרקעות שגובה בו מן הלקוחות וא״כ במלוה ולוה ושני שטרות דפשיטא דאינו גובה בו מן הלקוחות דכיון שאחד מהם פסול אין להם דין שטר אלא דגובה הפחות מבני חרי כדין כתב ידו וכ״כ בעה״ת שער כ״ט דין ג׳ ע״ש הר״י אב״ן מגא״ש דאפי׳ מודים אין הודאתן מועלת אלא לגבות מבני חרי אבל ממשועבדים אינו גובה בשטרות כאלו וכו׳ ע״ש ולפיכך פסק גם הרמב״ם בשיטת רבו הר״י מיגא״ש ואמר דנשבע על השאר בנ״ח דהשני עדים כשרים החתומים בשטר זה אינן חשובים יותר משאר עדי׳ המעידין בעל פה דזוקקין אותו לש״ד. ומה שהשיג עוד ואמר דלא דמי לדרבי חייא דהתם טענה אחת וכו׳. ג״כ אינה השגה דלפי מ״ש אין לשני שטרות אלו דין שטר אלא ככתב ידו הן וחשובים הן כטענה אחת ותו איפשר דהרמב״ם אינה מודה לו לחלק בין טענה אחת לב׳ טענות כיון דלא אשכחן בתלמודא דמחלק בהכי: וכתב א״א הרא״ש ואם הוא פקח וכו׳ איכא למידק מה הועיל פקחותו כיון דיכול להשביעו כמ״ש אח״כ ומיהו כשבא לגבות הגדול ישביענו וכולי. ותו דהרא״ש כתב דאיכא לאיסתפוקי אם יוכל להשביעו וכו׳ ורבינו כתב ישביענו וכו׳ ותו דלא כתב הרא״ש האי לישנא ואם הוא פקח וכו׳ ונראה דרבינו למד מדברי הרא״ש שכתב אבל לרב הונא יכול הוא להוציא השטר הגדול ולומר אין לי שטר אחר ובפני ב״ד אחר יוציא השטר אחר ויגבה בו דלמה לו ב״ד אחר הלא אף בב״ד הראשון יכול להוציאו כמ״ש הרמב״ם דגובה בשטר אחד ואם הוציא אח״כ בין הוא בין אחר שטר השני ה״ז גובה בו בין מלוה הראשון בין מאחר שהרי כל כת משתיהן באה בפני עצמה ומעידה עכ״ל הרמב״ם וז״ש רבינו ג״כ בסמוך ל״ש על לוה אחד ול״ש על ב׳ לווין ופשיטא דאין חילוק בין ב״ד ראשון לב״ד אחר אלא דעת הרא״ש ודאי היא דכשבא לגבות שטר הראשון והלוה יהא טוען יש לו עוד שטר אחר שעדיו הכת השניה צריך הוא לומר דאין לו שטר אחר דאם יודה שיש לו א״כ צריך להראותו ויקרעו ב״ד את הגדול אלא ודאי יאמר אין לו שטר אחר והשתא היאך הוא בא אחר כך לגבות בשני ויעיד על עצמו ששקר ענה בפיו לומר בפני ב״ד שאין לו שטר אחר ולכך אמר דבפני ב״ד אחר יוציא השטר האחר דהשתא לא יהיה נתפס בדבריו וז״ש רבינו בשמו ואם הוא פקח וכו׳ דזהו פקחותו שלא יהא נתפס בדבריו שאמר תחלה אין לי שטר אחר וא״כ ס״ל להרא״ש דאין כח ביד הלוה להשביעו בב״ד שאין לו שטר כיון דמסתפקא מילתא וז״ש הרא״ש אחר זה ובהאי איכא לאסתפוקי וכו׳ כלומר ומספיקא

ודאי דאין להשביעו אבל רבינו לא נראה לו שום ספק בדבר זה אלא ס״ל דמצי להשביעו דהמע״ה לכך כתב ומיהו כשבא לגבות הגדול ישביענו וכו׳ כלומר אנא ס״ל דמצי להשביעו בדין ולית ביה ספיקא והלכך לדידי לא יועיל לו פקחותו כמ״ש א״א הרא״ש ולכך טוב לו שישרוף הקטן אבל הרא״ש לא כתב טוב לו שישרוף אלא אם רוצה לשרוף וכו׳ והוא לפי שחושש פן יבא לפני ב״ד טועין שישביעו אותו שלא כדין אבל לרבינו דמשביעו בדין טוב לו שישרוף ולא קשה השתא נמי ישביענו שלא שרף את הקטן דהא כיון שאפילו כבר גבה בו יוכל לחזור ולגבות בשטר השני כדפרישית וכדכתב הרמב״ם להדיא כ״ש היכא דנשרף דחשבינן ליה כאילו לא הו״ל אלא שטר אחד מעולם וזו באה בפני עצמה ומעידה ובזה אין מקום לקושיית ב״י שאמר ותימה למה לא יחרים חרם סתם אם שרף שטר אחר שחתומים עליו אחת מב׳ הכיתות עכ״ל דפשוט הוא דאף להרא״ש דנסתפק אם יכול להשביעו שלא גבה כבר וכו׳ מ״מ בנשרף ודאי דאין יכול להשביעו ולא להחרים חרם סתם: כתב הרא״ש ובהאי איכא לאסתפוקי אם יכול להשביעו שאין בידו שטר אחר וכו׳ דשמא לא חשיב הכא כלל דררא דממונא וכו׳ עכ״ל. וכתב ב״י ומ״ש שמא לא חשיב הכא כלל דררא דממונא הוא משום דהו״ל כאומר זכות יש לי בשטר והלה אומר אין בידי שום שטר שאינו יכול להשביעו וקשה שהרי ב״ד כופין אותו להראות לב״ד שטר שיש לחבירו זכות בו כמבואר בסי׳ י״ו עכ״ל. ושרי ליה מאריה דרבינו בסי׳ י״ו מדבר כשזה מודה שיש לו שטר כך וכך ואינו רוצה להראותו לב״ד הילכך כופין אותו אבל אם אומר אין לי בידי שטר לא כתב דמשביעין אותו דבכה״ג אפשר דלא הוי דררא דממונא כמו שנסתפק הרא״ש ואף על גב דחרם סתם ודאי ראוי הוא על כל מי שיש בידו שטר כך וכך שיראה אותו לב״ד כדמשמע מתשובת הרא״ש שהביא רבינו בסי׳ י״ז וכ״כ הרשב״א בתשובה הביאה ב״י לשם מ״מ אין כאן שבועה אלא חרם סתם והרא״ש לא נסתפק אלא אם יוכל להשביעו: שני מלוים וכו׳ כ״א נשבע ונוטל וכו׳ שם אחרים היינו מתניתין ופי׳ רש״י וכל הפוסקים דהכי קאמר דדינא דהני כדין חנוני על פנקסו דשניהם נשבעין ונוטלין וכתב בעה״ת בשער כ״ט דלפי פירוש הרי״ף אפילו דלא אמר אישתבע לי ואפילו אם יש בשטר נאמנות אינו גובה אלא בשבועה אבל לפרש״י משמע דוקא בדאמר אשתבע לי כשאר שטרות ואחריו נמשך הר״ן שכתב כך ג״כ ולא ידעתי מאין למדו לפרש כך בדברי הרי״ף ובדברי רש״י וצריך עיון ואיך שיהיה מ״מ רבינו נמשך אחר בעה״ת וכפי פירושו בדברי הרי״ף דאינן נוטלין אלא בשבועה ואפילו בכתוב בשטרות נאמנות: ומ״ש בשם הרמ״ה ל״מ אם באו לגבות כאחד וכו׳. נראה דלפי דפועלין וחנוני צריכין לישבע זה בפני זה כי היכי דליכספו חד מחבריה לישבע בשקר אבל כאן שני מלוין אלו לא מיכספו חד מחבריה דלא ידע חד בשיקרא דחבריה וא״כ אינן צריכין לישבע זה בפני זה אלא כ״א נשבע כשגובה בשטרו ולהכי קאמר ל״מ אם באו לגבות כאחד דדמי לחנוני ופועלים אלא אפילו באו כ״א לגבות לבדו צריכין שבועה: מלוה אחד שהוציאן על ב׳ לוין וכו׳ ואי מודי חד מינייהו יגבה ממנו מבני חרי ולא ממשעבדי וכו׳. פי׳ ל״מ אם הלווין כופרים דפשיטא שאינו יכול לגבות אפילו מבני חרי אלא אפילו מודים נמי אין הודאתן כלום אלא לגבות מבני חרי אבל לא ממשועבדים וכ״כ בעה״ת ע״ש הר״י אבן מגא״ש ז״ל אלא דאיכא למידק דכיון דבעה״ת כתב בשמו דכך הדין במלוה אחד וב׳ לווין דאינו גובה מאחד מהן כלום דאם היה מודה אינו גובה אלא מב״ח ולא ממשועבדים וכן במלוה אחד ולוה אחד דיד בעל השטר על התחתונה ואינו גובה בשטר שסכומו גדול אם היה הלוה מודה בשטר שסכומו גדול נמי אינו גובה ממשועבדים ולמה לא כתב כן רבינו אצל מלוה אחד ולוה אחד ואפשר דרבינו דקדק בלשון התשובה דהר״י אב״ן מגא״ש דכתב ל״מ אם הלווין כופרים וכו׳ דלא פסק כך אלא במלוה אחד ושני לווין לא במלוה אחד ולוה אחד. מיהו בשני מלווין ושני לווין ליכא ספיקא דלרב הונא כשרות הן ומשועבדים נמי גובה וכן כתב בעה״ת להדיא עיין שם. ואפשר שרבינו נתכוין לזה במה שחזר וכתב לפיכך ב׳ מלוין וב׳ לווין וכו׳ שניהם כשרים דלכאורה אין צורך בו שכבר כתב אבל לעדות אחרת כ״א באה בפני עצמה ומעידה אלא דאתא לאשמועינן דשניהם כשרים כשאר שטרות כשרים וממשועבדים נמי גובה: ומ״ש שכ״א ואחת מעידה בפני עצמה ל״ש על לוה אחד ול״ש שני לווין כ״כ הרמב״ם לשם ולמעלה העתקתי לשונו ונראה דס״ל להרמב״ם דכשגובה הראשון אין הלוה יכול להשביעו שאין בידו שטר אחר שחתומים בו עדים של כת האחרת דאם היה יכול להשביעו לא היו הב״ד מגבים בשטר הראשון. ויש לתמוה דלדעת רבינו דס״ל דיכול הלוה להשביעו א״כ היאך כתב כאן ל״ש על לוה אחד וכו׳. וצריך לומר שלא היה הלוה יודע בראשונה מהשטר השני דנשכח ממנו וכיון דלא טען אשתבע לי גבו לו בשטר הראשון אי נמי דלא היה מתחייב לו בשטר השני עד לאחר שגבה בראשון והא לא קשיא היאך גובה בשני כיון שכבר גבה בראשון הלא אחד משני שטרות אלו פסול הוא דכבר כתבנו דכיון דעכשיו אין השטר הראשון ביד המלוה אע״פ שגבה בו בראשונה לית לן בה דגם זה בכלל זו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה אי נמי דמה שגבה כבר חשבינן ליה כאילו נשרף כיון שעכשיו איננו בעולם:

ג מי שהביא עדים והוכחשו וכו׳ פ״ק דמכות (דף ה׳) ההיא אתתא דאתאי סהדי. ואשתקור אייתי סהדי ואשתקור אזלא אייתי סהדי אחרינא דלא אשתקור אמר ריש לקיש הוחזקה זו א״ל ר״א אם היא הוחזקה כלישראל מי הוחזקו וקאמר התם דמפי רבי יוחנן שמעה ר״א ור״י ור״ל הלכה כר״י ופירש״י אשתקור הכחישו זא״ז הדרישות בית דין כשבדקום ולכן כתב גם רבינו מי שהביא עדים והוכחשו אבל הרמב״ם כתב דין זה על הזמה שכך כתב סוף ה׳ עדות מי שהביא עדים ונחקרה עדותן והוזמו וחזר והביא עדים אחרים באותה טענה עצמה והוזמו וכו׳ משום דהתם תנן דאפילו גבי הזמה

דאיכא למימר כת זו שמזימין את כל הבא להעיד על דבר זה נטלי עצה זו ביניהם להזים את הכל נמי קאמרי רבנן דרבי יודא דאותן שהוזמו נהרגים והאחרונים שלא הוזמו עדים כשרים הם וקי״ל כרבנן דלא כרבי יודא אבל רבינו נקט כההיא עובדא שהבאתי דקאמר התם דרבי יוחנן אמר לך אנא דאמרי אפילו לרבי יודא וכו׳ ע״ש:

סימן לב

א ראובן שתבע מנה משמעון וכו׳ משנה סוף פרק ז״ב אם אמר הוא אמר לי שאני חייב לו איש פלוני א״ל שהוא חייב לו לא אמר כלום עד שיאמר בפנינו הודה לו שהוא חייב לו ר׳ זוז ופירש״י לא אמר כלום דעביד איניש דאמר פ׳ נושה בי כדי שלא יחזיקוהו עשיר. הודה לו שהיה שניהם בפנינו ולהודות נתכוין להיות לו עדים בדבר עכ״ל מבואר מדפי׳ דהטעם הוא כדי שלא יחזיקוהו עשיר ולא פירש מטעם משטה אני בך דכל שאינו תבעו אלא הודה מעצמו לא מצי טעין משטה אני בך אלא טענת שלא להשביע כמו שיתבאר בסמוך בס״ד ובגמרא מסייע ליה לרב יודא דאר״י אמר רב צריך שיאמר אתם עדי ופירש״י מדתנן בפנינו משמע שעשאונו עדים מדלא קתני שמענו שהודה לו עכ״ל כך הוא הגירסא הנכונה בפי׳ רש״י וכ״כ הרא״ש:

ב ומ״ש ואפי׳ טען להד״ם פטור וכו׳. שם ברייתא אם לא טען אין טוענין לו ופירש״י אם לא טען משטה הייתי בך כשהודיתי אלא אמר לא אתן לך הבא עדים שהלוית לי אין טוענין בשבילו אלא א״ל אחרי שהודית לך שלם עכ״ל. ובתר הכי קאמרינן משמיה דרבא דאפילו לא אמר משטה אני בך אלא אמר להד״מ שהודיתי לך והרי עדים שמעו שהודה לא הוחזק כפרן ופטור דכל מילי דכדי לא דכירי אינשי והשתא קשה למה שפירש״י אם לא טען משטה הייתי בך כשהודיתי אלא אמר לא אתן לך הבא עדים שהלוית לי כו׳ דהיינו דאומר איני חייב לך כלום ואפ״ה אומרים לו אחרי שהודית לך שלם ומ״ש טענה זו מאם היה טוען להד״מ שהודיתי לך כי איני חייב לך דפטור וצריך לומר דרש״י ס״ל דדוקא כשזה תובעו בפני ב״ד מנה שהודה לו בפני עדים והוא משיב מיד להד״ם התם הוא דפטור מטעם דכל מילי דכדי לא דכירי אינשי אבל אם לא טען מיד משטה אני בך ולא להד״מ אלא אומר לא אתן לך הבא עדים שהלויתני דאלמא דיודע הנתבע שהודה לו בפני עדים אין טוענים בשבילו לומר משטה היה בו א״נ שכח אותה הודאה של השטאה כיון דדברי רוח היו אלא א״ל אחרי שהודית לך שלם ושוב לא מצי טען בתר הכי משטה הייתי בך א״נ שכחתי אותה הודאה שהיתה דברי רוח כיון שלא טען כך מיד בתחלת התביעה. אבל מדברי הרי״ף משמע וגם בדברי הרמב״ם ספ״ו דטוען נמי מפורש דאפי׳ תבעו בפני ב״ד אותו מנה שהודה לו בפני עדים וא״ל ב״ד לנתבע למה לא תתן מה שיש לו אצלך והוא משיב לא אתן לו כי אינני חייב לו ואין לו אצלי כלום וחוזרים וא״ל והלא אתה אמר בפני אלו כך וכך אם טען ואמר משטה הייתי בו או להד״ם פטור אלמא דס״ל דלא כפרש״י אלא אפילו היכא דאמר תחלה לא אתן לך כי אין לך אצלי כלום הבא עדים שהלויתני אין א״ל לך שלם כי לא יועיל לך שוב שום טענה אלא חוזרין ושואלין אותו והלא אמרת בפני אלו כך וכך ואם אח״כ טען ואמר משטה אני בך או להד״מ מקבלין טענתו ופטור דלא כרש״י וכך הבין נ״י דבהא פליגי רש״י ור״ח על הרי״ף והרמב״ם. והב״י הקשה על הנ״י ול״ק מידי: ומ״ש ואפילו טען להד״מ פטור וכו׳ נראה ודאי דכי היכי דכשטוען משטה הייתי בך דצריך לישבע היסת כדרב סעדיה ה״נ בטוען להד״ם צריך לישבע היסת דאינו חייב לו כלום דלכל טענה שהוא טוען לפטור את עצמו חייב לישבע היסת כדכתב הרא״ש וכשזוכר ההודאה ופוטר עצמו בטענת השטאה נשבע שלא נתכוין אלא להשטות בו וכשאינו זוכר ההודאה ואומר להד״ם א״כ פוטר עצמו בטענה שאין חייב לו נשבע היסת שאינו חייב לו כלום וכ״כ הרמב״ם דנשבע שאין בידו כלום. כתב ב״י וז״ל וכתב המרדכי פסק ר״י דאי לא טען טענינן ליה. עכ״ל כלומר דאי לא טען שישבע לו שנתכוין להשטות טענינן ליה עכ״ל ב״י. ותימה דבכל ספרי המרדכי כתוב דאם לא טען לא טענינן ליה ואפשר דלפי שהיה קשה לב״י מאי דכתב פסק ר״י הלא תלמוד ערוך הוא והגיה דאי לא טען טענינן ליה ופירש בו דאי לא טען שישבע וכו׳. אבל פי׳ זה רחוק ואין לו טעם דהא כיון שזה תובעו שחייב לו והודה כך בפני עדים וזה משיב שאינו חייב לו ומה שהודה לו אינו אלא השטאה מה צורך שיטעון התובע שישבע שנתכוין להשטות ומהו לשון טענינן ליה הב״ד לאחר ששמעו טענותיהם פוסקים הדין שהנתבע ישבע שלא כיון בהודאתו אלא להשטות בו דלא דמי לתובע בשטר שאין בו נאמנות והלוה טוען פרעתיך דצריך שיאמר הלוה אישתבע לי דשאני התם דאיכא שטר ביד התובע אבל נסחא מוטעת היתה לפני הרב ב״י בספר המרדכי כי בספרים ישנים כתוב כך פסק ר״י דאי לא טען לא טענינן ליה אבל אדם עשוי שלא להשביע את עצמו אפילו לא טעין טענינן ליה ע״כ והוא מדברי התוס׳ לשם דפסק ר״י לחלק דאע״ג דבטענת השטאה לא טענינן ליה בטענה שלא להשביע טענינן ליה דלא כי״א דטענת שלא להשביע נמי לא טענינן ליה דליתא כמו שיתבאר בסמוך:

ו והא דנאמן לומר משטה הייתי בך דוקא שלא תבעו בשעת מיתה וכו׳. ה״א בסוף בבא בתרא. וכתב במרדכי פרק ז״ב ע״ש ראבי״ה אין אדם משטה בשעת מיתה לא שנא אם תבעוהו והודה ל״ש אם תבע הוא לאחר והודה וכיון שהודאתו הודאה הוי כמו אתם עדי והכל אחד וכו׳ עכ״ל:

ח ובהודה לו מעצמו נמי לא יעידו וכו׳ אפי׳ הודה בפני האחד שא״ל מנה לך בידי וכו׳. ובס״א אפי׳ הודה לו בפניו כגון שא״ל מנה לך בידי וכו׳. וכך הוא באשיר״י פרק ז״ב וכך מבואר בפירש״י במשנה דדייק מלשון בפנינו הודה לו דמשמע שהיו שניהם בפנינו ולהודות נתכוין להיות לו עדים בדבר אלמא דאם לא נתכוין שיהיו עדים בדבר שלא א״ל אתם עדי אע״פ שהודה לו בפניו וא״ל מנה לך בידי אינו כלום וכך הוא גירסתינו במשנה בפנינו הודה לו וכו׳ וכך הוא באשיר״י וכך הוא דעת רוב הפוסקים דלא כהרמב״ם דא״א שלא להשביע הודה אלא בהודה שלא בפניו אבל בפני התובע לא כדכתב ברפ״ד דטוען והביאו רבינו בסימן פ״א סעיף י״ח וכתב דהרא״ש חלק עליו וכאן כתב בסתם דהעדי׳ לא יעידו דכיון דאיכא מ״ד דאפילו בפניו אין הודאתו כלום פשיטא דלא יעידו שחייב לו: וכתב ב״י וז״ל וכתב המרדכי בשם ר״י דהודה מעצמו אפילו אמר אתם עדי יכול לחזור בו וה״מ שלא בפני המלוה א״נ בפניו ושותק אבל אמר מלוה אתם עדי ולוה שתק היינו טענו וכ״כ רבינו סימן פ״א בשם הראב״ד ורבינו חלק עליו עכ״ל גם בסימן פ״א כתב ב״י ובסימן ל״ב כתבתי בשם המרדכי כדברי הראב״ד ולא הבנתי דבריו דהלא מדכתב המרדכי דבהודה שלא בפני המלוה א״נ בפניו ושתק המלוה והלוה אמר אתם עדי יכול לחזור בו. ואח״כ אמר אבל אמר מלוה אתם עדי ולוה שתק היינו טענו דלשון היינו טענו אי אפשר לפרשו אלא דלוה חייב ולא מצי טעין שוב שלא להשביע עצמי הודיתי דכיון שאמר מלוה אתם עדי חשיב כאילו היה תובעו מתחלה מנה והלוה השיב הן דלא מצי טעין שלא להשביע. וכן הוא בספרי המרדכי הישנים אבל אמר מלוה אתם עדי ולוה שתק חייב היינו תובעו ואף לנוסחת ב״י אי אפשר לפרשו בע״א. וא״כ מבואר דהמרדכי בשם ר״י פסק דלא כהראב״ד אלא כרבינו והב״י גופיה כתב בסמוך במ״ש רבינו ודוקא בפני המלוה וכו׳ כ״כ המרדכי בשם ר״י עכ״ל הנה דתפס ב״י דרבינו והמרדכי שוין בזה דלא כהראב״ד והא ודאי דאין לפרש דברי הראב״ד אלא בהודה תחלה מעצמו בפני המלוה ואמר המלוה אתם עדי ושתק לוה ואפ״ה יכול לחזור ולטעון שלא להשביע הודיתי ועל כן השיג עליו רבינו ואמר ולא נהירא וכו׳ שאם אתה אומר דהראב״ד לא קאמר אלא היכא דהודה מעצמו שלא בפני המלוה ואחר כך בא המלוה ואמר אתם עדי ושתק הלוה ובזו קאמר ב״י דאף המרדכי בשם ר״י פוסק שיכול לחזור ולטעון שלא להשביע הודיתי הא ודאי ליתא דא״כ למה כתב רבינו ולא נהירא הרי רבינו נמי סובר הכי כדכתב בסמוך ודוקא בפני המלוה וכו׳ ועוד הלשון שאמר הראב״ד לא משמע כלל הכי אלא ודאי הראב״ד קאמר אפילו הודה בפני המלוה מעצמו ואמר מלוה אתם עדי ושתק לוה דאפ״ה יכול לחזור ולטעון שלא להשביע הודיתי והשיג עליו רבינו ודעת המרדכי בשם ר״י כדברי רבינו:

י ומ״ש אפילו לא טען אנן טענינן ליה כ״כ הרא״ש והמרדכי ושאר פוסקים ובסימן פ״א הביא רבינו דעת הרמב״ם דחולק וס״ל דלא טענינן ליה אבל כאן סתם דבריו כהראב״ד וכהרא״ש דהעדים לא יעידו דחייב לו כיון דאיכא מ״ד דאנן טענינן ליה דלא להשביע הודה וכדפי׳ בסמוך ותו דאע״ג דהראב״ד כתב ח״ו שנפתח לו אנחנו וכו׳ וכן הוא דעת הרא״ש מ״מ הסברא נותנת שאין אדם מודה מעצמו אם לא התכוין שלא להשביע את עצמו ומש״ה אם חוזר ותבעו תן לי מנה שאמרת בפני פ׳ ופ׳ שאתה חייב לי והוא משיב איני חייב לך פטור משבועה דכיון דאנן טענינן ליה הו״ל כאילו אנן סהדי דשלא להשביע אמר כן ואין כאן ספק אבל בתבעו והודה דאי לא טעין משטה אני בך לא טענינן ליה דטענה זו כנגד הסברא הלכך אי טען בעצמו חייב שבועה וע״ל בסימן פ״א סעיף כ״ד ובמ״ש לשם בס״ד:

יא ומ״ש ואפילו הודה בשעת מיתה וכו׳ וטענינן להו אפילו אם לא טענו אינהו הכי כלומר דלא תימא אע״ג דמקבלין טענת שלא להשביע אפילו הודה בשעת מיתה כרבי חייא ולא כרבי ישמעאל ברבי יוסי והביאו רבינו לעיל סוף סימן כ״ה מכל מקום אין זה אלא כשטענו היתומים מעצמם דאביהם נתכוין שלא להשביע את בניו אבל להקל כולי האי לומר דבשעת מיתה נתכוין שלא להשביע את בניו ואפילו לא טענו היתומים אנן מיהא טענינן להו לא מקילינן קמ״ל דלא:

יד ואינם יכולין להעיד וכו׳ אדלעיל קאי דקאמר בתחלת הסימן וראובן שתבע מנה משמעון והודה לו דאינן יכולין להעיד בשביל זה שחייב לו ל״ש אם תבעו והודה לו ל״ש הודה לו מעצמו וקאמר עכשיו ואינם יכולין להעיד שחייב בשביל הודאתו אא״כ וכו׳:

טו ודוקא בפני המלוה וכו׳ פי׳ דבפני המלוה לא מצי טעין טענת השטאה בתבעו והודה לו ולא טענת שלא להשביע במודה מעצמו כיון דאמר אתם עדי אבל שלא בפני המלוה אע״ג דלא מצי טעין טענת השטאה כיון דלא היה תובעו מ״מ שלא להשביע מצי טעין ואפילו אמר אתם עדי ואפילו לא טעין אנן טענינן ליה וז״ש רבינו אינו כלום. ועל זה הביא מחלוקת הרמב״ם דהמודה בפני עדים דרך הודאה ולא דרך שיחה זה יש לו אצלי כך וכך חייב ואע״פ שלא היה בפני המלוה והיינו דוקא לענין זה שאם תבעו ואמר להד״מ משלם אבל אם טען שלא להשביע הודיתי נאמן ונשבע היסת כ״כ להדיא ברפ״ז מטוען ומ״מ חולק הוא דשלא בפני המלוה אפילו לא אמר אתם עדי אלא אמר כך דרך הודאה ולא דרך שיחה נמי חייב דלא כסברא הראשונה דאפי׳ אמר אתם עדי אינו כלום וטענינן ליה דשלא להשביע הודה כך:ומ״ש וכ״כ הרמ״ה וכו׳ אע״ג דהרמ״ה איירי בתבעו והודה דלא מצי טעין שלא להשביע אלא טענת השטאה וכדמוכח ממ״ש דתו לא מצי לומר משטה הייתי בך ורבינו בסברא הראשונה ומחלוקת הרמב״ם לא איירי אלא בהודה

מעצמו מ״מ הא קא חזינן דהרמ״ה תופס דרכו של הרמב״ם דא״צ לומר אתם עדי בדוקא דאפילו לא אמר אתם עדי אלא דרך הודאה הו״ל כאילו אמר אתם עדי ואין לחלק בזו בין תבעו והודה להודה מעצמו דבין בזו ובין בזו לא מצי טעין לא טענת השטאה ולא טענת שלא להשביע ולאפוקי מסברא הראשונה דבעינן דוקא דאמר אתם עדי אבל דרך הודאה או דרך שיחה אינו כלום אפילו בפני התובע ושלא בפני התובע אפילו אמר אתם עדי אינו כלום ויש להקשות מהא דכתב הרמב״ם בפ״י מה׳ זכייה ש״מ שאמר מנה לפלוני בידי אם אמר זה דרך הודאה ולא היה שם חשש הערמה נותנין אע״פ שלא אמר תנו וכאן רפ״ז דטוען כתב דאף במודה דרך הודאה ולא דרך שיחה מצי טעין דלא להשביע הודתי וא״כ בש״מ נמי אנן טענינן ליתמי כדלעיל וי״ל דלא כתב הרמב״ם בפ״י מה׳ זכייה אלא דוקא כעין הודאה דאיסור גיורא בפרק מי שמת (קמ״ט) דקיים לן דלזכותו נתכוין ולכן הוסיף הרב בלשונו שאמר אם אמר זה דרך הודאה ולא היה שם חשש הערמה וכו׳ כלומר דליכא חששא דהערים לומר כך שלא להשביע את בניו דקים לן דלזכותו נתכוין אבל בעלמא לא קנה כלום בהודאה היכא דאיכא למימר דשלא להשביע הודה כך ובדרך זה יש לפרש גם דברי הרי״ף בס״פ גט פשוט ע״ש ודלא כמה שפירשם הרא״ש ז״ל לשם ולקמן בסימן ר״נ וסימן רנ״ה יתבאר באריכות בס״ד׃

יט כתב בעל המאור שאם הודה בפני ע״א וכו׳ אף ע״ג דרבינו לקמן בסי׳ פ״א כתב דהרמב״ם והאלפסי והרא״ש חלוקים עליו אפ״ה לא חשש רבינו כאן בהלכות עדות וכתב דברי בעל המאור בלבד משום דס״ל דלגבי הגדת העדות אינו עובר בנשיאות עון מאחר דבעל המאור ס״ל דמילי דכדי נינהו אבל לקמן בה׳ טוען ונטען לענין פסק דין כתב המחלוקת על זה ודמשביעים אותו ע״פ העד כי כן עיקר דלא כבעל המאור׃

כג ולא עוד אלא אפילו המטמין עדים וכו׳ אדלעיל קאי דלא מיבעיא בתבעו והודה דיכול לומר משטה אני הייתי בך ולא יעידו עד שיאמרו בפנינו הודה לו שהיו שניהם בפנינו ולהודות נתכוין להיות לו עדים בדבר אלא אפילו הטמין וכו׳ דהוי אמינא כיון דאמר לו הייתי מודה לך אלא שירא אנכי שתכפני לפרוע ודאי חייב לו אפילו הכי לא יעידו לו דאף בזו יכול לומר משטה אני בך והכי איתא בברייתא פרק זה בורר׃

כד ואם לאחר שאמר לו רצונך שתודה לי בפני עדים א״ל הן כתב הרמ״ה דהוי הודאה וא״א הרא״ש ז״ל כתב שאינו הודאה נראה דעת הרמ״ה מדקאמר בההיא ברייתא מתיירא אני שמא תכפיני לדין אלמא דאי א״ל הן הוי הודאה דאי לא הוי הודאה ליתני רבותא דאפילו א״ל הן מצי טעין משטה הייתי בך כיון שלא היו שם עדים כל שכן בדאמר מתיירא אני כו׳ אבל דעת הרא״ש לדייק מהך עובדא דעירי ושכבי דקאמר רב כהנא הא אמר לא מכלל דאי לא א״ל לא אלא אפילו שתק הוי הודאה ומכ״ש בדאמר הן הוי הודאה משום דהו״ל לאסוקי אדעתיה שיש שם עדים אבל היכא דלא קאמר עירי ושכבי אלא סתם קאמר רצונך שתודה לי בפני עדים וא״ל הן לא הוי הודאה ובברייתא דתני בה מתיירא אני שמא תכפני וכו׳ משום רבותא דסיפא קתני הכי דאפילו באומר מתיירא אני שמא תכפני וכו׳ אם לא טען לא טענינן ליה ומכל שכן בדא״ל הן דלא טענינן ליה אלא דצ״ע מניין לו לרבינו דכתב כך הרא״ש דבפסקיו ליכא שום גילוי דסובר כך ואולי בתשובה כתב כך׃

כה ומ״ש ודוקא כה״ג וכו׳ עד הרי מיחה בהדיא שלא יהיו עדים ה״א בהך עובדא דעירי ושכבי אמר רב כהנא הא אמר לא ואף ע״ג דפשיטא היא דבדאמר לא אין כאן הודאה מ״מ אתי רב כהנא לאורויי דיוקא דוקא בדאמר לא אבל שתק ואין צ״ל בדאמר הן דהוי הודאה אבל על רבינו איכא למידק דכתב תחלה בדשתק הוי הודאה א״כ לאיזה צורך כתב אחר כך דבאמר לא לא הוי הודאה הא פשיטא היא ואפשר דרבינו העתיק לשון הגמרא לגלויי מאין יוצא לו הא דפסק דבשתק הוי הודאה והוא דכיון דקאמרינן בגמרא דבדאמר לא לא הוי הודאה מטעמא דהרי מיחה בעדים בהדיא שלא יהיו עדים מכלל דבדלא מיחה בהדיא אלא שתק הוי הודאה. ובשם מהרש״ל מצאתי די״ל דאתא לאורויי דלא תימא מאחר שהרגיש שיש שם עדים ולא מיחה אלא שלא יהיו עליו עדים אבל לא אמר להדיא לא היו דברים מעולם דאיני חייב לך כלום אלמא דבודאי חייב לו אלא שמתיירא מפני עדים קמ״ל דאפילו הכי כיון דאמר לא הוי מחאה ופטור׃ הא דכתב רבינו דין השטאה ושלא להשביע גבי הלואה לאו דוקא דה״ה אף בחפצים ומטלטלין שהן בעין ואומר של פלוני הן בתורת פקדון אצלי נמי כך דנין כמו בהלואה אלא לפי דבפ׳ ז״ב במשנה וגמרא נקטי הלואה נמשך גם רבינו אחריהם אבל אין חילוק בדין וכבר התבאר זה באריכות לקמן בסימן רנ״ה סעיף ד׳׃

כו השוכר עדי שקר פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ברייתא ריש פ׳ הכונס ומוקי לה דשוכרו להעיד לחבירו אבל לעצמו כיון שהוא יודע שהם עדי שקר ממונא בעי לשלומי וכ״כ הרא״ש ובתוס׳ כתבו דאע״ג דחבריה לית ליה לשלם או הלך למ״ה אפילו הכי אין חייב אלא בד״ש ודוקא שוכר אבל אומר פטור מד״ש דסבור שלא ישמעו לקולו דאל״כ למה נקט שוכר ורבינו קיצר וכתב בסתם לאורויי דהשוכר עכ״פ חייב בד״ש אפילו במקום דפטור מדיני אדם ואע״ג דאיכא גוונא דשוכר פטור נמי מד״ש כגון שזה חייב לי אלא דאלו העדים הם שקרים כמ״ש נ״י ע״ש הרא״ש מ״מ כיון דעבר על מדבר שקר תרחק ודאי נמי נענש בד״ש כדכתב נ״י גופיה ודינא רבא ודינא זוטא איכא בינייהו׃

סימן לג

א כל הפסולין לדון פסולין להעיד משנה פרק בא סימן כל הכשר לדון כשר להעיד ויש שהוא כשר להעיד ואינו כשר לדון וכתב ב״י ומשמע בהדיא דכל שפסול לדון פסול להעיד עכ״ל ולא אבין דבריו הלא כיון דיש שהוא כשר להעיד ואינו כשר לדון א״כ נשמע דיש פסול לדון ואינו פסול להעיד אלא צריך לפרש דלית הלכתא כהך תנא דר״מ הוא דאמר סומא באחת מעיניו פסול לדון וכשר להעיד אלא כשר נמי לדון ובסומא בב׳ עיניו פסול נמי להעיד ואשה פסולה לדון כי היכי דפסולה להעיד כמה שנתבאר בסימן ז׳ סעיף ד׳ וה׳ והשתא על פי ההלכה כתב רבינו כל הפסולין לדון פסולין להעיד דלא כתנא דמתני׳:

ג האב פסול לבנו וכו׳ כך הוא הסכמת הפוסקים דאב ובנו חשוב ראשון בראשון ולבן בנו חשוב ראשון בשני ולבן בן בנו חשוב ראשון בשלישי ופליגי בה דרב אלפס מכשיר ולר״ת פסול אבל לבן בן בן בנו חשוב ראשון ברביעי וכשר לדברי הכל דלא כפי׳ רשב״ם פרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ״ח) דבני בנים עד אלף דורות לא יעידו לאבותיהם דבן ירך אביו הוא דלית הלכתא הכי:

ד לפיכך שנים נשואים זה האם וזה הבת וכו׳ פרק ז״ב (דף כ״ח) בעו מיניה מהו שיעיד אדם באשת חורגו בנ״מ שלה עם אדם מן השוק שאין בעלה נהנה מנכסי׳ אלו ואסיקנא אשה כבעלה ובעל כאשתו ואשת חורגו הו״ל ראשון בראשון ותרי בעל כאשתו שהרי זה נשא האם וזו נשא בנה ופסולין:

ה ולבן בנו הוא חשוב ראשון בשני לפיכך שנים נשואין זה האם וזה בת בנה או בת בתה מותרין זה לזה לדעת א״א הרא״ש ז״ל. תימה גדולה הלא כשר הוא אפילו לבת בנה או בת בתה גופא כמ״ש בסמוך דבעל אם אמו כשר לו והיינו דהוא כשר לבן בת אשתו וזהו דשנינו חורגו לבדו דרצונו לומר אבל לא בן חורגו וחתנו וכן פסק הרמב״ם פי״ג דפסול כחורגו ולאשת חורגו ומדלא כתב דפסול גם לבן חורגו ולחתן חורגו כדכתב גבי גיסו דפסול לבן גיסו וחתן גיסו אלמא דכשר הוא לבן חורגו וחתנו וכ״כ רבינו לקמן להדיא סעיף כ״ו. ונראה ליישב דלא אמר רבינו הכי אלא למידק מיניה דלרב אלפס אפילו בכה״ג פסול וס״ל לרבינו דלהאלפסי דס״ל לפרש גיסו לבדו להוציא בנו וחתנו שיש לו מאשה האחרת א״כ הא דקאמר רבי יוסי גיסו לבדו וכ״ש חורגו דקשה מאי כ״ש אדרבה חורגו דליכא אלא חד בעל כאשתו אית לן למיפסל טפי אלא בעל כרחנו דה״ק דאע״פ דקי״ל אשה כבעלה וא״כ פסול גם לאשת חורגו מ״מ אינו פסול לבן אשת חורגו שיש לה מאיש אחר וכן לחתנה שיש לה מאיש אחר דהא ודאי אתא ליה שפיר במכ״ש מגיסו דאף ע״פ דבגיסו אין כאן כי אם הפלגת ב׳ דורות ואפ״ה כשר הוא לבן גיסו וחתנו שיש לגיסו מאשה אחרת כ״ש בבן אשת חורגו דאתפלג עד ג׳ דורות דאינו פסול לה אלמא להדיא דבן חורגו וחתנו ממש דפסול להאלפסי ולכן כתב רבינו דכשר הוא לדעת הרא״ש כלומר אבל לדעת רב אלפס פסול הוא אפילו בכה״ג ואע״פ דלהרמב״ם כשר הוא כדפי׳ מ״מ היה נראה לו לרבינו מדברי האלפסי דפסול הוא ולכן כתב אח״כ אבל לבן בן בנו מכשיר רב אלפס כלומר אע״פ דבבן בנו פוסל רב אלפס אפילו בתרי בעל כאשתו מ״מ בבן בנו מכשיר לגמרי אפילו לו לעצמו. ומ״ש רבינו אחר זה דבעל אם אמו כשר לו הוא ע״פ שיטת הרא״ש דהיא עיקר ודהסכים עמו הרמב״ם בזה כדפרישית:

ו אבל לר״ת דפוסל לקמן ראשון בשלישי פסול. איכא למידק הלא הסמ״ג בלאווין בסימן רט״ו כתב תחלה דאבא דאבא דאבא כיון דאיתפליג דרא כשר לדברי הכל ואח״כ כתב דפוסק ר״ת דג׳ בא׳ כגון משה לפנחס פסול ושאין להקל בדבר אלמא משמע דלא ס״ל להחמיר אלא היכא דליכא אלא ג׳ דורות כגון משה לפנחס אבל באבא דאבא דאבא דאיכא הפלגה בד׳ דורות כשר וכ״כ הר״י בנ״ב ח״ג וכן הוא בסמ״ק בסימן רל״ד וא״כ מנ״ל לרבינו לומר דר״ת פוסל בשניהם. ונראה לומר דרבינו נמשך אחר מ״ש הרא״ש בפ׳ ז״ב דמבואר מדבריו להדיא דלר״ת דפוסל בג׳ בראשון כגון משה לפנחס ה״ה דפוסל באבא דאבא דאבא וחולק על האלפסי דמכשיר באבא דאבא דאבא גם הוא חולק אמ״ש התוס׳ והאגודה פרק יש נוחלין והגהת מיימונית פרק י״ג בשם ר״י להתיר באבא דאבא דאבא ולא ס״ל להרא״ש חילוקו של סמ״ג בין ג׳ דורות לד׳ דורות דאדרבא נראית איפכא דבאבא דאבא דאבא יש לפסול טפי מטעמא דבני בנים ה״ה כבנים וכדפי׳ רשב״ם בפי״נ אלא לא חילקו חכמים כלל דכל ראשון בג׳ פסול לר״ת ודלא כהאלפסי ור״י וכך כתב בהגהת סמ״ק וז״ל ומורי ה״ר יצחק לא קיבל כן אלא ודאי פסול משום דקשיא ליה אמאי לא תני במתניתין האב ובנו ומתרץ דלמאן דמכשיר באבא דאבא לא מצי למיתני ולמאן דפוסל לא בעי למיתני דהני דתני במתניתין יש להם הפסק ובנו אין להם הפסק עכ״ל ר״ל דבמתניתין תני הם ובניהם וחתניהם ומשמע אבל לא בני בניהם אבל בבנו אין להם הפסק זה אלא אף בני בניהם פסולין לו דהיינו דפסולין לאבא דאבא דאבא וכן נראה עיקר ודלא כהרב מהר״ש לורי״א ז״ל בתשובתו סימן פ׳ ע״ש: כתב ב״י ולר״ת דפוסל ג׳ בא׳ ה״ה נמי דפסול לאבי אבי אמו או לאם אם אמו ולא ידעתי למה לא כתב כן רבינו עכ״ל ונראה פשוט דלא היה צריך לכתבו בפירוש דכיון שכתב כשם שקרובי אב פסולין כך קרובי אם פסולין מדאורייתא א״כ ממילא ידעינן דלר״ת דפוסל ג׳ בראשון בקרובי האב ה״ה בקרובי האם:

ז וכשם שקרובי האב פסולין וכו׳ בפרק ז״ב (דף כ״ח) דרשינן לה בברייתא מיתורא דקראי וכתב רבינו וכשם שקרובי האב פסולין וכו׳ לאורויי דקרובי האם נמי פסולין דאורייתא כשם שקרובי האב דאורייתא להוציא מדעת הרמב״ם בפרק י״ג דקרובי האם אינן פסולין אלא מדבריהם. מיהו בג׳ בא׳ כתב במרדכי פרק זה בורר דהוא מדרבנן וכ״כ בה״ג אבל הסמ״ג כתב דמ״ש בה״ג דהוא מדרבנן טעות סופר הוא ע״ש בלאוין סימן רט״ו ומשמע דסבירא ליה דג׳ בא׳ נמי פסול מדאורייתא: ואבי אמו פסול לו הא דלא קאמר ואם אמו פסול לו דקאי בה משום דבלאו אם אמו כל אשה פסולה לעדות ועל דרך זה דקדק רבינו בלשונו בכל החלקים:

טז ורב אלפס פוסל אפי׳ נשואין שתי בנות אחין הכל תפסו ארבינו בדבר זה דאף על פי דלרב אלפסי אמרינן תרי בעל כאשתו בראשון ושני אבל שני ושני מנ״ל ושמא סבירא ליה כדעת הרמב״ם דמחלק בין זה לזה. ונראה ליישב דמדכתב האלפסי דהא דקאמר גיסו לבדו אינו אלא להוציא בין גיסו וחתנו מאשה אחרת אבל מאחות אשתו פסול ומייתי ראיה מהירושלמי דקאמר אית תנא תני יש לו בנים וחתנים וכו׳ מ״ד יש לו בנים וחתנים מאחות אשתו אלמא להדיא דכל שהוא מאחות אשתו פסול אף החתנים להדדי דלהכי נקט חתנים בלשון רבים לאורויי דאפילו חתנים דתרי גיסי להדדי נמי פסולין דחתנים דומיא דבנים. שוב מצאתי במרדכי הארוך בפרק ז״ב כתב דברי ראב״ן דמדינא כשרין ומיהו אין מורין לכתחילה להכשירם ולחתום ביחד דחיישינן לבית דין טועין דילמא יאמרו פסולין הן עכ״ל. ומביאו בתרומת הדשן סימן רכ״ו ונראה דדוקא להחתים בשטר אין מורין כן אבל לקבל עדותם בב״ד מפיהם מורין כן דהא קמן דהרמב״ן כתב דהאלפסי גופיה חזר בו בתשובה ופסק דגיסו לבדו ולא חתנו אפילו מאחות אשתו עי׳ בספר מלחמות פרק זה בורר הלכך אין להחמיר כלל אלא בחותמין בשטר א״נ לגבי הלכות דיינין דחליצה:

יז שלישי בראשון כגון ראובן לבן בן שמעון רב אלפס הכשיר וכו׳ טעמו דפסק כרבא פרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ״ח) ור״ת פוסל דפסק כרבי אבא המכשיר לשם:

יח כל אשה וכו׳ ולבעל אמו ולחתנו ואפילו לחתן בנו ובתו נראה מלשונו דלחתנו של עצמו קאמר דהיינו בעל בתו והיינו דקאמר ואפילו לחתן בנו ובתו של עצמו דראשון בשני הוא וחד בעל כאשתו ופסול לד״ה וכן הא דכתב רבינו בתר הכי כל איש וכו׳ ולא אשת אביו ולכלתו ואפילו לכלת בנו ובתו לכלתו של עצמו דהיינו אשת בנו ואפילו לכלת בנו ובתו פי׳ לכלת בנו של עצמו ובתו של עצמו קאמר אלא דלפי זה איכא לתמוה טובא דכיון דחתן בנו ובתו לו הוה ליה הוא לו אבי חמיו וחמותו וכן כלת בנו ובתו לו הוה ליה הוא לה אבי חמיה וחמותה א״כ כשר לפי דעת רבינו בסמוך וצריך לדחוק ולפרש דמ״ש תחלה ולבעל אמו ולחתנו היינו חתנו של בעל אמו דהיינו בעל אחותו מן האם וכן לחתן בנו ובתו היינו בעל בת אחיו ובת אחותו מן האם ומ״ש בתר הכי ולאשת אביו ולכלתו וכו׳ היינו נמי ולכלתו דאביו שלא מאמו דהיינו אשת אחיו מן האב וכלת בנו ובתו היינו אשת בן אחיו ואשת בן אחותו מאביו והכי איתא במקצת ספרי רבינו דגרסי ולאשת אביו ולכלתה ואפילו לכלת בנה ובתה אלא דלפי פי׳ זה קשה אמאי לא כתב רבינו בכללים אלו אשת בנו ובעל בתו ואפשר ליישב ולומר דזהו משום דלא הוה מצי למיתני נמי אשת בן בנו ובעל בת בתו דפסול כיון דס״ל דאבי חמיו כשר לו אלא דאיכא לתמוה טובא אדברי ב״י שס״ל דמ״ש רבינו אבי חמיו כשר לו טעות סופר הוא א״כ מאי דוחקיה לפרש ולחתנו דבעל אמו וכן לכלתו דאביו ולמה לא פירש כפשוטו דלחתנו של עצמו קאמר ולכלתו של עצמו קאמר וכן לחתן בנו ובתו וכן לכלת בנו ובתו הכל של עצמו קאמר. ותו יש לדקדק בדבריו דהקשה קושיא זו לפי פי׳ זה אמאי לא כתב רבינו בכללים אלו אשת בנו ובעל בתו ותירץ משום דיש חילוק בין הפוסקים לר״ת פסול ולאינך כשר עכ״ד וצריך לפרש דבריו דהוה קשיא ליה דהו״ל לכתוב בכללים אלו כל אשה שפסול לה כגון בתו פסול לבעלה ולבנו ולחתנו שיש לו ממנה ואפילו לחתן בנו ובתו וקאמר דזה הוה דוקא לר״ת דפוסל שלישי בראשון. ויש לתמוה דהא אף לר״ת אין ג׳ בראשון פסול כשבאו לעשות בעל כאשתו כגון משה באשת פנחס דמכשיר בירושלמי. וצריך לומר דס״ל לב״י דבכגון זה דאיכא אב ובנו ובני בניו מחמיר ר״ת אפי׳ לעשות בעל כאשתו בא׳ וג׳. וכן מבואר מדברי ב״י גבי כל איש שפסול להעיד בפירושו הראשון ולא ידענא מניין לו כל זה ואדרבה מדברי הסמ״ג מבואר להדיא דהיכא דאיתפליג דרא יש להקל טפי וצ״ע. ותו שאל ממני החכם מוהר״ר שמואל ז״ל אשכנזי מלוקבא דאיך יתכן להכשיר אבי חמיו לדעת הרא״ש והלא למאי דס״ל כר״ת לפסול שלישי בראשון וראייתו מהירושלמי מדקא מיבעיא ליה משה מהו שיעיד לאשת פינחס דאלמא דמשה לפינחס עצמו פסול משם מוכח נמי דאהרן נמי פסול לאשת פינחס דהיינו אבי חמיה ואף על גב דבעל אם אמו כשר לו צריך לומר דשאני בן חורגו דלא מיקרבא דעתייהו לגביה מה שאין כן באבי חמיו כיון דבני בנים ה״ה כבנים מיקרבא דעתיה לגבייהו טפי ואמרינן נמי בעל כאשתו. ולכאורה הכי משמע מלשון הרא״ש שכתב דחד זימנא בעל כאשתו אמרינן בכל הפסולים לה מג׳ בא׳ לפי הירושלמי וכו׳ וכתב ג״כ דלגבי בן חורגו לא אמרינן בעל כאשתו אע״ג דבכל השאר אמרינן. ולפעד״נ ליישב דלמאי שכתב הרמב״ם בפרק י״ג וז״ל האיש עם אשתו ראשון בראשון לפיכך אינו מעיד לא לבנה וכו׳ משמע דבא לתת טעם למאי דקי״ל חורגו לבדו וקאמר דעם חורגו הוא ראשון בשני אבל עם בן חורגו הוא ראשון בשלישי. וכיון דהאי ראשון בשלישי אינו אלא ע״י חתונים כשר הוא הלכך כשר הוא אפילו לר״ת דפוסל שלישי בא׳ כגון אבא דאבא דאבא לו או משה לפינחס דשאני התם דהוא קרובי עצמו

ולא ע״י חיתונים. והשתא לפי טעם זה אבי חמיו נמי הוא לו שלישי בראשון דאיש עם אשתו הוא ראשון בראשון וחמיו שני ואבי חמיו שלישי וכיון דהוו ע״י חיתונים כשר דע״כ לא פסל ר״ת שלישי בראשון אלא בקרובי עצמו אבל לא על ידי חיתונים ולכן אמר הרמב״ם ולא לאביה ולא לאמה ולא אמר ולא לאבי אביה ולא לאם אמה משום דאבי חמיו כשר לו והו״ל שלישי בראשון. והכי משמע קצת דקס״ד דמר בר רב אשי להכשיר באבא דאבא משום דשלישי בראשון הוא ומש״ה קא מכשיר ביה ולית הלכתא כוותיה דאב ובנו ראשון בראשון הוא כמו אח ואחיו דראשון בראשון הוא והו״ל אבא דאבא שני בראשון כדכתב האלפסי אלמא להדיא דאבי חמיו הו״ל שלישי בראשון דאיש עם אשתו חשבינן ליה ראשון בראשון וכיון שאינן קרובי עצמו אלא ע״י חיתונים כשר. והא דקשיא מדקא מיבעיא ליה משה מהו שיעיד לאשת פינחס לא מכרעא כל עיקר דאיכא למדחי ולמימר דאין הכי נמי דאהרן לאשת פינחס נמי קא מיבעיא ליה ולא נקט משה לאשת פינחס אלא לאורויי דמשה לפינחס פשיטא ליה דפסול ואי הוה קא מיבעיא ליה אהרן מהו לאשת פינחס הוה אפשר לומר דמשה לפינחס פשיטא ליה דכשר אבל למאי דפשיט דמשה לאשת פינחס כשר לכתחילה אין הכי נמי דאהרן לאשת פינחס נמי כשר לכתחילה דאידי ואידי הוה שלישי בראשון ועל ידי חיתונים והכי נקטונן:

כ כל איש שפסול להעיד לו וכו׳ איכא למידק מפני מה לא כתב בכללים אלו אשת חורגו ובעל חורגתו. וי״ל דלא הוה מצי למתני גבייהו ולבנו ולחתנו כיון דחורגו לבדו:

כח חורגו פסול לו אבל לא בנו וחתנו אף על פי שהן פסולין לאשתו. יש להקשות היאך קאמר דחתן חורגו פסול לאשתו והלא אשתו היא אם חמיו וכבר פסק דאבי חמיו כשר לו ופשיטא דה״ה כשר לאם חמיו. ונראה ליישב דמה שכתב אע״פ שהן פסולין לאשתו לא קאי אחתנו אלא קאי אבנו ובתו של חורגו שהן פסולין לאשתו והכי קאמר דבנו וחתנו של חורגו כשרין לו אע״פ שבנו ובתו פסולין לאשתו מכל מקום בנו ובתו וחותנו כשרין לו ולא נקט חתנו אלא משום בתו ואף ע״פ דבלאו הכי נמי כל אשה פסולה לעדות מ״מ נפקא מינה לבנו ולבתו וחתנו של חרגתה דכשרין לאשה אע״פ שהבעל פסול להן ויש להקשות דמשמע דוקא בנו ובתו כשרין לו אבל לאשת חורגו פסול הוא לה וכדכת׳ הרמב״ם להדיא ומביאו רבי׳ בסמוך סעי׳ ל״ב והלא כיון דאיש עם אשתו ראשון בראשון אם כן עם חורגו הוי ראשון בשני וכשבאנו לפוסלו עם אשת חורגו הוה ליה תרי בעל כאשתו דלהרא״ש לא אמרינן תרי בעל כאשתו אפילו בראשון ושני. ויש לומר דהשתא דאמרינן דאיש עם אשתו ראשון בראשון לא אצטריך לן למימר דבעל כאשתו וליכא אלא חד בעל כאשתו היא אשת חורגו ואם נאמר דבעל כאשתו אם כן הוה ליה כמו אשתו גופא והוה ליה עם חורגו ראשון בראשון ושפיר אמרינן תרי בעל כאשתו בראשון בראשון והלכך ממה נפשך פסול הוא לאשת חורגו והרב ב״י לא הרגיש בזה ע״ש במה שכתבתי בסמוך סעיף ל״ב:

לא הארוס וכו׳ ולבעל אחותו כשר עד שישאנה. תימה אפי׳ לאחותה נמי לכתחלה כשר. ואפשר דסירכיה דלישנא דהרמב״ם נקט והרמב״ם לרבותא דאיסורא בלכתחלה נקט הכי דאפי׳ לבעל אחותה לכתחילה לא ואפילו לבנה ובתה כשר דיעבד אבל להרא״ש אה״נ דאפילו לכתחלה כשר אף לאחותה:

לד הגרים שנתגיירו וכו׳ כתב ב״י ויש להסתפק אי מיירי דוקא בגרים שהיתה לידתן שלא בקדושה והכי דייק לישנא דנתגיירו או מיירי אפילו שהיתה לידתן בקדושה מ״מ מאחר שהורתן שלא בקדושה כשרים הם וצ״ע עכ״ד. וכתב מהר״ם איסרלש ז״ל דבפי׳ הר״ש סוף מסכתא שביעית מוכח בהדיא דלשון נתגיירו לא משמע אלא בגר שהיתה לידתו שלא בקדושה: כתב המרדכי בשם ריב״א דהקרוב לבעל פסול לאשה כשר לבעל וכו׳ וכתב ב״י ואין דעת הפוסקים כן עכ״ל. ואפשר לפרש דלא כתב ריב״א כך אלא לגבי ראשון בשני ותרי בעל כאשתו או ראשון בשלישי אפילו חד בעל כאשתו התם הוא דאיכא לחלק בין כאשתו לאשה כבעלה. והא דאמר בגמרא בסורא אמרי וכו׳ לא פליגי לישני אהדדי דבגמרא אייתינהו הני לישני אהא דבעי מהו שיעיד אדם לאשת חורגו בסורא אמרי וכו׳ וכיון דלענין ראשון בראשון איירי הכא א״כ אין לחלק אפילו בתרי בעל כאשתו. ותדע שהרי ריב״א גופיה בסוף דבריו כתב וז״ל ובעל חמותו פסול לו מידי דהוה אאשת חורגו וכו׳ והשתא קשה היאך מדמהו לאשת חורגו התם אשה כבעלה אמרינן אבל בבעל חמותו אימא לך דלא אמרינן בעל כאשתו אלא בע״כ דלא כתב ריב״א לחלק בין זה לזה אלא בפסול ראשון בשני או ראשון בשלישי כדפי׳ אבל לא בפסול ראשון בראשון והשתא לפי זה אע״ג דמשה לאשת פינחס כשר להעיד מ״מ אם דנין על ממון שיש לבעלה הנאה ממנה פסול להעיד דמה שקנתה אשה קנה בעלה וכאילו מעיד לבעלה וה״ה לאשת בן אחות אשתו דכשר הוא לה דתרי בעל כאשתו אף ראשון בשני לא אמרינן מ״מ בדבר שבממון שיש לבעלה בה הנאה ממנה פסול להעיד והכי נקטינן וכן פסק מהרמ״א בש״ע: הב״י הביא תשובת הר״ם במרדכי פ׳ ז״ב דשטר שהעד נעשה עכשיו קרוב או פסול דחיישינן שמא לאחר שנעשה קרובו כתב וזייף והקדים הזמן והשיג על זה והוכיח בראיות דהשטר כשר ולא חיישי׳ שמא זייף ע״ש ואפשר דמהר״ם לא קאמר אלא היכא שהשטר יוצא מתחת ידי העדים דלא הו״ל כנחקרה עדותן בב״ד כדמשמע מדברי האלפסי בפ״ד אחין וכדכתב ב״י גופיה לקמן בסוף סימן מ״ו ופסק כך בשלחן הערוך לשם סעיף ל״ה ע״ש וכן עיקר: הב״י הביא מ״ש הרי״ף והאשר״י בפרק ז״ב ע״ש הירוש׳

שהעדים לא יהיו קרובים לדיינים ושהרשב״א בתשובה כתב דאפילו בדיעבד לא עשה כלום שאין כאן קבלת העדות וכן פסק בש״ע בסעיף י״ז וז״ל שהעדים שקרובים זה לזה או שקרובים לדיינים פסולים עכ״ל משמע דלגמרי קאמר דפסולים אפילו דיעבד אכן התוס׳ בפרק החובל (צ׳) בד״ה כגון שראו תפסו בפשיטות על שם הר״י מאורליינ״ש דעדים הקרובים לדיינים כשרים דבני הזמה נינהו בב״ד אחר וכ״כ סתם התוס׳ בפ״ב דכתובות סוף (דף כ״א) ואפשר דלכתחלה מודו תוספות דאסור אבל דיעבד אין לפסול העדות. וכ״כ הר״ר ירוחם נ״ב ח״ג ע״ש הרא״ש דדוקא לכתחלה קאמר הירושלמי דאסור אבל דיעבד אין לפסול שטר שדנו בו הדיינים הקרובים לעדים וכך העתיק מהרש״ל תשובת מהר״מ מינץ עדים הקרובים לדיינים שפיר יכולין להעיד דאמר בפ״ב דכתובות הנח לעדות החודש דאורייתא וקיום שטרות דרבנן ורצונו לומר דלא בעינן הגדה מעליותא אלא בקידוש החודש אבל בדיני ממונות סגי במה שיעידו אמתת העניין עכ״ל אלא דבנימוקי יוסף פרק ז״ב כתב דמן המקרא דלא יומתו אבות נפקא בירושלמי שלא יהו העדים קרובים לדיינים דגזירת הכתוב הוא שלא להוציא ממון על פי קרובים וכו׳ לפי זה יראה דאפי׳ דיעבד פסול דכל שהוא מגזירת הכתוב אין לחלק בין לכתחלה לדיעבד ולענין מעשה צ״ע: מיהו דייני קיום הקרובים לעידי השטר אין לחוש כדלקמן סי׳ מ״ו סעיף י״ז:

מא עדים הקרובים לערב וכו׳ סוף פ״ק דמכות אילעא וטוביה קריביה דערבא הוו סבר רב פפא למימר גבי לוה ומלוה רחיקי נינהו א״ל רב הונא בריה דרב יהושע לרב פפא אי לית ליה ללוה לאו בתר ערבא אזיל מלוה ופרש״י אילעא וטוביה. עידי הלואה היו קרובים אל הערב והרא״ש לאחר שהביא פירוש רש״י כתב שהראב״ד כתב שטענותיהם על עסקי פרעון כגון שא״ל לוה למלוה פרעתיך ובטענה זו נפטר הערב והביא עדים שלא פרעו ונמצא הערב מתחייב. וא״ת ניהמניה לגבי לוה שלא פרע ולא ניהמניה לגבי ערב דפלגי׳ דיבורא וכו׳ והאריך בנתינת טעמים למה לא אמרינן הכא פלגינן דיבורא ע״ש. ונראה דקשיא ליה להראב״ד אפרש״י דמאי קסלקא דעתיה דרב פפא למימר גבי לוה ומלוה רחיקי נינהו הא פשיטא היא דאי לית ליה ללוה בתר ערבא אזיל לפיכך פירש שטענותיהם על עסקי פרעון וכו׳ דהשתא קס״ד דרב פפא דפלגינן דיבורא ורב הונא בריה דרב יהושע קאמר ליה דלא אמרינן הכא פלגינן דיבורא: ומ״ש רבינו לא שנא אם הלוה בא לפטור וכו׳ הכי פי׳ לא מיבעיא היכא דאיכא עדים שראובן נעשה ערב בעד שמעון בסך כך וכך כשילוה מלוי א״נ כגון שנכתב השטר על הלוה ועל הערב אלא דשמעון טוען לא לויתי ממנו כלום אלא כתבתי ללות ולא לויתי ואין עדים מצויים לקיים השטר ועדים הקרובים לערב מעידין דשמעון לוה ממנו התם ודאי פסולים הן ללוה שהרי בדיבור זה מתחייב גם הערב וכיון שפסולים לערב בין לזכות בין לחובה פסולים גם ללוה אלא אפי׳ היכא דאיכא עדים כשרים שלוה ממנו וראובן נעשה ערב אלא דטוען פרעתי ועדים הקרובים לערב מעידין שהודה לו היום בפניהם שלא פרעו דהו״א פלגינן דיבוריה ויהיו נאמנין לגבי לוה שלא פרעו ולא לגבי ערב דמצי טעין ערב הביא ראייה שלא פרעך לוה שהרי הלוה טוען פרעתיך והעדים פסולים לגבי דידיה אלא אפילו לגבי לוה נמי פסולין דלא פלגינן דיבורא הכא:

סימן לד

א רשע פסול להעיד וכו׳ בפרק זה בורר (סנהדרין דף כ״ה וכ״ז):

ב ומ״ש רבינו ואפילו עד כשר וכו׳ כתב ב״י ותמהני על רבינו אמאי לא מפיק לה ממדבר שקר תרחק כדמפיק לה תלמודא בפרק שבועת העדות (סוף שבועות דף ל׳) עכ״ל. ונראה ליישב דדעת רבינו כדעת הסמ״ג דבלאוין סימן רי״ד כתב דהרשעים פסולין לעדות מדכתיב אל תשת ידך וגומר. ודרשו רבותינו בפרק ז״ב ובמרובה אל תשת רשע עד ובפשוטו אפילו עד כשר שיודע בחבירו שהוא רשע ואין הדיינין מכירין רשעו אסור להעיד עמו אף ע״פ שהוא עדות אמת וכו׳ ובעשה סימן ק״ז כתב מדרש רבותינו דפרק שבועת העדות דמפיק לה ממדבר שקר תרחק וצ״ל דס״ל דממדבר שקר לא שמעינן אלא שלא יצטרף עמו לכתחילה דיתרחק מחברתו בענין העדות אבל דיעבד אם כבר נצטרף עמו הו״א דאסור לכבוש עדותו ולהפסיד לחבירו אבל מפשוטו של מקרא דאל תשת רשע עד למדנו דאף זה אסור והרמב״ם לא כתב מדרש רז״ל ממדבר שקר תרחק כלל וטעמו כיון דמפשוטו דאל תשת למדנו דאפילו בדיעבד אסור להצטרף כ״ש לכתחלה ואחריו נמשך רבינו ולא קשיא ולא מידי. ועי״ל דס״ל להרמב״ם והסמ״ג ורבינו דמקרא דממדבר שקר תרחק לא נפקא לן אלא שלא יצטרף עם עד שקר דאינו יודע כלל מעדות זו דאע״פ דהוא יודע שהעדות אמת מ״מ כיון שהאחר לא היה אצל המעשה ומעיד שקר אין כאן אלא ע״א אבל קרא דאל תשת רשע עד פשוטו הוא דאפילו אם האחר היה אצל המעשה ומעיד אמת אפ״ה אל יצטרף עמו לעדות זו וזהו שהרמב״ם והסמ״ג כתבו ואצ״ל עד כשר שהוא יודע בעדות חבירו ויודע שעד השני עד שקר שאסור לו להעיד שנאמר אל תשת ידך עם רשע סבירא להו דכיון דממדבר שקר תרחק שמעינן שלא יצטרף עם עד שקר א״כ מסתמא ודאי גם הלאו דאל תשת ידך עם רשע היא אזהרה גם על עד השקר שלא יצטרף עמו והוא (נשבע) במכ״ש וז״ש ואין צריך לומר עד כשר וכו׳ והשתא לפי זה גדולה מזו כתב הרמב״ם דאפילו לאו איכא מאל תשת ידך עם רשע ולכן לא היה צריך להביאו מקרא דממדבר שקר תרחק דאינו אלא עשה ואחריו נמשך רבינו אבל הסמ״ג הביא בעשה הך דפרק שבועת העדות ודנפקא לן מקרא דעבר גם אעשה דמדבר שקר תרחק וכדפרישית ומכל מקום הא דכתב רבינו אף ע״פ שהוא יודע שהוא עדות אמת היינו אפילו

היה עמו זה האחד בשעת מעשה ועדותו אמת מ״מ כיון דרשע הוא כמאן דליתא הוא והכשר גורם שמוציאין ממון ע״ש עד אחד וכדכתב הרמב״ם ואין צריך לומר כשהעד השני שקר שלא היה בשעת מעשה:

ג ומ״ש איזהו רשע וכו׳ פי׳ דאשכחן גבי מלקות והיה אם בן הכות הרשע ובמיתת בית דין אשר הוא רשע למות וחייבי כריתות בכלל חייבי מלקות הן: ומ״ש לא שנא וכו׳ פי׳ דאוכל נבילות לתיאבון משום ממון קעביד דשכיחי בזול טפי מדהיתירא והוי רשע דחמס אבל להכעיס דלאו משום ממון קעביד דאע״פ דהיתירא שכיח בזול כאיסורא אפילו הכי אוכל נבילות להכעיס לפניו ית׳ רשע דלאו חמס הוא ומשמע מדברי רבינו דאם עבר עבירה דאין בה חיוב מלקות אינו פסול מיהו בספר מישרים בשם הגאוני׳ כתב דפסול מדרבנן ומביאו בית יוסף וע״ש:

ה קוברי מת ביום טוב ראשון פסולים לרב אלפס נראה דפסולי מדרבנן קאמר וכ״כ הר״י בנ״ח ח״ד ומה שתמה בית יוסף על זה וכתב דמדאורייתא הוא דפסולים לדידן דבקיאינן בקביעותא דירחא אינו כלום דהא פשיטא כיון דטועין הם דקסברי מצוה קא עבדי אף ע״ג דקושטא לאו הכי הוא לא מיפסלי מדאורייתא כדכתבו התוספות להדיא בפרק זה בורר במתניתין ואלו הן הפסולין ויתבאר באריכות בסמוך אצל ור״י נסתפק בערב וכו׳:

ז ומ״ש ואפילו עבר חרם שהחרימו הקהל כ״כ התוס׳ לדעת ר״ת בפרק הנשבעין והא דקאמר ואפילו היינו משום דלא חמיר כ״כ חרם כמו שבועה שיצא מפיו בפירוש וכמ״ש הריב״ש בסימן ק״ח ע״ש ומביאו ב״י וכ״פ בש״ע. מיהו אין המנהג כך וכך מצאתי במרדכי הארוך וז״ל בספר אבי״ה משמע בתשובת רבותינו ממגנצ״א דאין לפסול מועלין בחרמות ובתקנות הקהלות דאם כן לא מכשרו אפילו אחד מעשרים עכ״ל וכ״כ האגודה משמו בפרק ז״ב. עוד כתב שם אההיא איתתא דמפקא שם שמים לבטלה חשידא אשבועתא ולפי זה יש לפסול לעדות העוברים על שבועת מסים בזמן הזה ובספר המרדכי המקבלין חרם לתת מס ושוב נודע שעברו כשרים לעדות ולשבועה כיון דבשעת השבועה אינו אפשר שלא היה דעתם לעבור אע״פ שאחר מכאן עברו וכן מוכח בפרק הנשבעין וכן פסק ריב״א וכן כל החרמות שמקבל על העתיד עכ״ל:

ח הבא על הערוה וכו׳ מיהו במרדכי כתב וז״ל חשוד על העריות כשר לעדות דוקא חשוד אבל בא על ערוה בודאי פסול לעדות לכ״ע אפילו לרבא דבעינן רשע דחמס הכא מודה דפסול כיון דעבר על מצות בוראו משום הנאת הגוף מידי דהוה אפלוני רבעו לאנסו דרשע הוא ופסול אלא ודאי דר״נ לא הכשיר אלא בחשוד בלבד ואפילו הכי פליג עליה רב ששת וקאמר עני מרי מ׳ בכתפיה וכשר והלכתא כרב ששת כדפסק רבינו האי גאון. ע״כ שיטת המרדכי ונלפע״ד דלכתחילה יש להחמיר שלא להוציא ממון בעדות החשוד על העריות וכדעת המרדכי ודלא כהרמ״א בהגהותיו בש״ע בסימן זה סעיף כ״ה דמיקל עיין שם:

י טבח שנמצא אחריו נבילה וכו׳. בפרק זה בורר ההוא טבחא דאישתכח דנפקא טריפתא מתותי ידיה פסליה רב נחמן ועבריה וכו׳ וסתם טבח בכל התלמוד הוא ששוחט ובודק ומנקר לעצמו ומוכר לאחרים כדמוכח בפ״ק דחולין ופג״ה ולכן אמר רבינו בסתם טבח שנמצא אחריו נבילה ה״ה כאוכל נבילות לתיאבון דכיון דמשום הנאת ממון קעביד הו״ל כאוכל נבילות לתיאבון ונמשך מזה דאם שוחט ובודק ומנקר לאחר ונמצא אחריו נבילה הרי הוא כאוכל נבילות להכעיס אע״פ שאין עובר משום הנאת ממון אלא שאיננו חושש לאיסור נבילה להאכילה לאחרים ומסתמא גם הוא אוכל ופסול הוא דלא בעינן רשע דחמס כדלעיל והא דכתב רבינו נבילה ולא כתב טריפה כהך עובדא דטבח דנפקא טריפתא מתותי ידיה זהו לפי שרצה לומר הרי הוא כאוכל נבילות לתיאבון כדאיתא בגמרא ואה״נ בנמצא אחריו טריפה או חלב וגיד הנשה הרי הוא כאוכל טריפה וחלב וגיד הנשה ומכל מקום דקדק רבינו בלשון הרמב״ם מדהוצרך לפרש ולבאר טבח שבודק לעצמו ומוכר לאחרים אף על פי דסתם טבח ודאי אינו אלא כך אלמא:

יא יראה מלשונו דאתא לאשמעינן דיוקא דלאחר אינו נפסל דכיון דאין לו בה הנאת ממון לא דיינינן ליה כאוכל נבילות וטריפות להכעיס מן הסתם אלא דיינינן ליה בשוגג ומוטעה ומכל מקום כבר אפשר לפרש דעת הרמב״ם אפילו בבודק לאחר נמי פסול דהרי הוא כאוכל טריפות להכעיס דלא דיינינן ליה בשוגג ולא בא הרמב״ם אלא להוציא אותו טבח שאחרים שוחטים ובודקים ומנקרין לו והטבח אינו אלא מוכר לאחרים שאותו טבת לא נפסל אם נמצא אחריו נבילה או טריפה או חלב וגיד הנשה אלא שדעת רבינו דהא פשיטא היא ולא איצטריך ליה להרמב״ם לאשמועינן דכיון דהטבח לא קא עביד מידי למה יפסל אלא ודאי דאתא לאשמועינן דבבודק לאחר אינו נפסל והכי נקטינן ומיהו נראה דדוקא בפעם ראשונה התם הוא דבבודק לעצמו דאית ליה הנאה דיינינן ליה במזיד בפעם אחת וכדמשמע לישנא דקאמר ההוא טבחא דאישתכח דנפקא טריפתא מתותי ידיה דאפילו פעם אחת משמע מדלא קאמר בלשון רבים דנפקו טריפותא מתותי ידיה. וכן כתב הרשב״א בתשובה בסימן תקצ״ד דהך דפרק קמא דחולין טבח דלא סר סכינא קמי חכם ואפילו בפעם ראשונה משמע ע״ש אבל בבודק לאחר לא דיינינן ליה אלא בשוגג בפעם ראשונה כיון דלית ליה בה הנאת ממון אבל בשתי פעמים אפילו בודק לאחר דיינינן ליה במזיד ורשע הוא להאכיל נבילות וטריפות דקיימא לן כרבי דבתרי זימני הוי חזקה ומוחזק טבח זה להאכיל נבילות וטריפות לישראל ובתשובה הארכתי בזה בס״ד: הקשה ב״י מאחר שרבינו מפרש כך בדברי הרמב״ם לא ידעתי למה לא כתב כן בשם הרב רבינו אשר

וכו׳ ולא קשה כל עיקר דאף ע״פ דאין ספק דהרא״ש נמי מפרש דהך עובדא דטבח הוי בטבח הבודק לעצמו ככל סתם טבח בכל התלמוד. מכל מקום לא בא הרא״ש לאורויי דיוקא דבבודק לאחר אינו נפסל ואם כן איכא לפרש דסבירא ליה להרא״ש דאפילו בבודק לאחר נמי נפסל דהרי הוא כאוכל נבילות להכעיס אלא דלא איירי תלמודא בהכי אבל מדברי הרמב״ם דבא לפרש ולבאר דין זה בטבח שבודק לעצמו איכא למשמע מלשונו דיוקא וכדפרישית. ותו איכא למימר אפילו אם תמצא לומר דהרא״ש סבירא ליה דהך עובדא מיירי נמי בטבח שבודק לאחר מכל מקום שפיר דייק הרא״ש כיון דקא חזינן גבי חשוד על הטריפה דאין מקבלין תשובתו עד שיתברר ששב בתשובה שלימה על ידי ממון אחר ואע״ג דלא הוה ליה בה שום הנאת ממון כל שכן היכא דעבר על ידי חימוד ממון כמו גזלן וחמסן דפשיטא דלא הוי תשובתו תשובה אלא אם כן שיוציא מתחת ידו הממון שנהנה בו מן האיסור:

יב גנב וגזלן וכו׳ כ״כ הרמב״ם בפ״י אלא שהוסיף ואמר אף ע״פ שהחזיר פסול לעדות מעת שגנב וגזל. אבל רבינו השמיט זה מפני שסובר דבחזרת ממון מתכשר דלא כהרמב״ם ויתבאר בסמוך סט״ו: וראיתי במרדכי הארוך בשם ה״ר יקר דהמזיק לחבירו במזיד אע״פ שדעתו בשעה שמזיק לשלם לו ההיזק נקרא רשע דחמס כדאשכחן בס״פ הכונס במעשה דדוד שרצה להדליק גדישים של שעורים כדי לשלם גדישים של עדשים קרי ליה חבול רשע גזילה ישלם אלמא דרשע גמור הוא וראוי לפוסלו לעדות ולשבועה וה״ה חובל בחבירו במזיד ולפ״ז אפילו היה טוען המזיד בברי שלא הזיק אלא כך וכך אין מוסרים לו שבועה להיות נשבע ונפטר אלא דינו כדין מי שכנגדו חשוד על השבועה ע״כ ונראה דחובל בחבירו במזיד פסול מדאורייתא הוא אבל מדרבנן אפילו לא הכה אותו כלל אלא הגביה ידו על חבירו להכותו ולא הכהו פסול וכ״כ המרדכי פרק זה בורר ופרק החובל אפילו לא תבעו זה אלא אחר:

יג עד זומם וכתב הר״ן ספ״ב דכתובות ע״ש הרז״ה דבעדות ע״פ הוא דאיכא הזמה אבל לא בעדות בשטר לעולם משמע דס״ל ז״ל אפילו כתוב בשטר שבזמנו כתבוהו משום דהזמה חידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו דסתם עדות בעל פה הוא וזה שלא כדברי הרי״ף שכתב בפרק מרובה גבי עד זומם דבשטר נמי איכא הזמה כל שכתוב בו שנכתב בזמנו וכן נראה עיקר עכ״ל הר״ן ולפע״ד נראה דאף הרז״ה לא קאמר אלא לעניין עונש העדים זוממים שאינו נוהג אלא בעדות בעל פה אבל לגבי דין פסלות העדים מודה הרז״ה שהעדים פסולים דלא עדיף מהזמה שלא בפניהם דנהי דהזמה לא הויא הכחשה מיהא הויא דהמוזמת היא המוכחשת בודאי ועדותן בטלה ופסולין לכל עדות שבתורה כדלקמן בסימן ל״ח וה״נ בעדות שבשטר הכחשה מיהא הויא והעדים פסולים אף לדעת הרז״ה נ״ל:

טו כתב הרמב״ם וכו׳ פ״י דעדות: ומ״ש ואפשר שר״ל אע״פ ששלמו כיון דבכפיית ב״ד שלמו פסולין וכו׳ הרב ב״י השיג על זה וכתב נ״ל דאפילו החזיר ברצונו עסקינן ואפ״ה לא מתכשרי כיון דחטאו במילתא דממון עד שיעשו תשובה וכדאמרינן מאימתי חזרת מלוי בריבית וכו׳ עכ״ל ורצונו לומר בתשוב׳ שיהא נודע שחזרו בה מדרכם הרעה וכדכתב רבי׳ בסוף סימן זה ולפע״ד נראה כדברי רבינו דכל היכא דמשלם מרצונו הטוב מסתמא חזר בו מדרכו הרעה ולא יעשה יותר ומיד מתכשר ולא דמי למפריחי יונים ואינך דשכיחי למיהדר לקלקולייהו ולא מתכשרי עד שיקבלו בפני ב״ד שלא יעשו אפילו בחנם וכו׳ וכן מלוי בריבית כמו שיתבאר בס״ד: אבל גנב וגזלן ועד זומם כשהחזירו מרצונם הטוב מתכשרין מיד ולא אמר הרמב״ם אלא היכא דלא שלמו אלא בכפיית בית דין. מיהו נלפע״ד דאף זה אינו אלא במוחזק לגנב וגזלן אבל מי שלא גנב או גזל אלא פעם אחת אף ע״פ שלא היתה ההשבה אלא ע״י כפיית ב״ד מיד כשהחזיר הגניבה או הגזילה הרי הוא כשר לעדות ולשבועה ועיין במ״ש בסמוך סכ״ד:

טז המלוה בריבית פסול לעדות וכו׳ משנה ומימרא דרבא פרק ז״ב (דף כ״ה):

יז ומ״ש ור״י נסתפק בערב ועדים וכו׳ פי׳ דברפ״ק דמציעא סוף (דף ה׳) קאמר תלמודא הא דאמר רב הונא משביעין אותו שבועה שאינו ברשותו ולא אמרינן מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא היינו משום דהתם לא חשיד אממונא דמורי היתרא וקאמר דמי קא יהבינא ליה ולית בה משום לא תחמוד וא״כ גבי ריבית נמי משמע להו דלא קא עבר אלאו דלא תשימון עליו נשך או שמא כולי עלמא משמע להו לאו דלא תשימון דקאי נמי אערב ועדים מדכתיב בל׳ רבים לא תשימון ואף ע״פ דאפילו את״ל דלא משמע להו אלא במלוה ולוה מ״מ לא דמי ללא תחמוד דלא איתעביד איסורא כל עיקר אבל הכא המלוה ולוה עבדי איסורא דאורייתא והערב והעדים מצטרפין עמהם אפ״ה כיון דליכא אלא איסורא דלפני עור לא תתן מכשול דלא לקי עליה לא מיפסל אלא בעבירה שחייבין עליה מלקות אך קשה הלא בפרק ז״ב כתבו התוס׳ לחד שינוייא דלא תחמוד דמשמע להו לאינשי בלא דמי דקאמר ר״ל נמי דכן הוא האמת והשתא אפילו את״ל דלא תשימון משמע להו לאינשי במלוה ולוה מ״מ כיון דהאמת אינו כן פסולים הן מדרבנן וכדכתבו התוס׳ בפרק ז״ב במתניתין ואלו הם הפסולים וז״ל דלא חשיב במתניתין רק פסולי דרבנן וכו׳ ומלוה בריבית מיירי בריבית שאינה קצוצה ואפילו מיירי בריבית קצוצה לא משמע ליה איסור כיון דמדעתיה יהיב ואינו פסול לעדות אלא מדרבנן עכ״ל אלמא להדיא דכל היכא דהאמת אינו כן אע״פ דמטעא

קא טעי פסול לכל הפחות מדרבנן וליכא לפרושי דלא היה ספק לר״י אלא אי פסולים דאורייתא או דרבנן ואינו מביא ראייה מלא תחמוד אלא דאיכא למימר דמשמע להו לאינשי. חדא דמפורש בתוספות ובאשיר״י דהיה ספק לר״י אי כשרים לגמרי ועוד דא״כ ג״כ במלוה ולוה איכא לאיסתפוקי דלמא לא מפסלי אלא מדרבנן כדכתבו התוספות להדיא ונראה ליישב דנסתפק ר״י דילמא אידך שינוייא דהתוספות עיקר דלא תחמוד משמע להו לאינשי בלא דמי אבל הם טועים דלא תחמוד הוי אפילו בדיהיב דמי ואפילו הכי לא הוי פסול לשבועה ולעדות כל עיקר כיון דטועין הן עיין בפרק זה בורר (סנהדרין בדף כ״ה) בד״ה מעיקרא סבר. ועוד נראה עיקר דאף להך שינוייא דלא תחמוד בלא דמי משמע להו וכן הוא האמת והכא בלא תשימון אין האמת כך מ״מ נסתפק ר״י דשמא דוקא המלוה והלוה דאית להו הנאה ובני מלקות נינהו הילכך אפילו את״ל דמטעו קא טעו דלא משמע להו איסור כיון דמדעתיה קא יהיב פסולין מדרבנן משא״כ ערב ועדים דלית להו הנאה ולאו בני מלקות נינהו אף ע״ג דקא עבדי איסורא אינם פסולים והא דכתבו התוס׳ להך שינוייא דחמסנין מעיקרא לא היו נפסלין משום דלא תחמוד משמע בלא דמי וכן היא האמת אלמא דאילו לא היה האמת כן היו נפסלין היינו נמי משום דאית להו הנאה ואינו מביא ראיה מהך דלא תחמוד אלא דנימא דלא תשימון משמע להו לאינשי במלוה ולוה כי היכי דקא אמרינן בלא תחמוד ואע״פ דלא דמי ליה ממש ולא קשה מהא דכתב הרמב״ם בקושר ומתיר בשבת דלא נפסלו אא״כ מודיעים אותו תחילה דשאני התם דרוב העולם אינן יודעין דבר זה אבל איסור ריבית דרוב העולם יודעין דאיכא איסורא אף לערב ועדים אלא דמיעוטא אינן יודעים מש״ה נסתפק ר״י כיון דטועין דלא תשימון במלוה ולוה הוא דמשמע: ומ״ש וא״א כתב מ״כ בשם הגאונים וכו׳ קצת קשה דהו״ל לקצר ולומר שמנו כל פסולי עדות ולא מנו עדים וערב עמהם לאיזה צורך כתב דמנו המלוה והלוה הלא ממילא מובן שמנו גם הלוה והמלוה מדמנו כל פסולי עדות ויש ליישב דה״ק דאי לא מנו אלא מלוה בריבית ולא מנו לוה בריבית בפני עצמו אלא הוי בכלל מלוה בריבית כדאסיקנא בגמרא מלוה הבאה בריבית אפשר היה לפרש דגם ערב ועדים בכלל מלוה הבאה בריבית כדכתב הרא״ש לשם להדיא דכל המשתדלין בה כולן בכלל מלוה הבאה בריבית אבל מדמנה גם הלוה בפני עצמו אלמא דמלוה בריבית נמי מלוה ממש קאמר לא מלוה הבאה בריבית והשתא מדלא מנו עדים וערב עמהם אלמא דלאו פסולים נינהו:

יח העובר על גזל של דבריהם וכו׳ בפרק ז״ב (דף כה) תנא הוסיפו עליהן הגזלנים והחמסנים ופרכינן גזלן דאורייתא הוא ופרקינן לא נצרכה אלא למציאת חש״ו וכו׳. ופרש״י חמסן יהיב דמי אלא שאין רצון הבעלים למכור ע״כ לשונו וז״ש רבינו וכגון החמסנים שגוזלים משל חביריהם שלא ברצונו וכו׳. ומיהו אינו פסול אפילו מדרבנן אלא בדאמר בפירוש שלא מכר מרצונו אלא מחמת אונס אבל בדשתיק ולא אמר כלום וקיבל דמים רוצה אני קרינן ביה ואינו פסול אפילו מדרבנן וע״ל בתחלת סימן ר״ה ובמ״ש לשם בס״ד:

כ אריס וכולי שם סוף (דף כ״ו) על פי גי׳ רש״י והרא״ש דדוקא בדבר שנגמרה מלאכתו מורה היתר להיות כמו פועל כו׳ ותרתי בעינן בדבר שנגמרה מלאכתו וגם הוא אריס שיש לו חלק בגוף הפירות אבל איכר שאינו אריס אפי׳ בדבר שנגמרה מלאכתו הוי פסול כיון שאין לו חלק בפירות אבל הרי״ף והרמב״ם גורסין איפכא ובדבר שלא נגמרה מלאכתו ונראה דלעניין דינא לא פליגי דאפי׳ לא נגמרה מלאכתו היינו קודם שיגמר סוף מלאכה המחייבת אותו בחיוב אחרון שבו כגון חטים העומדי׳ לפת שחייבת בחלה אוכל עד שיגמור מלאכתו להתחייב בחלה ולאחר מכן אינו אוכל ומ״ש רש״י והרא״ש ובדבר שנגמרה מלאכתן היינו לאפוקי המנכש בבצלים ושומים דלא יאכל מהם כיון שעדיין לא נגמר מלאכתן של גדולים כמבואר בפרק הפועלים וכדלקמן בסימן של״ז ע״ש ומדברי ב״י נראה דס״ל דפליגי לענין דינא גם נדחק בטעמו של הרי״ף והרמב״ם ולפע״ד איננו מובן כלל אלא כדפירש׳ הוא העיקר: ומ״ש אבל רועה שגנב וכו׳ איכא לתמוה דבגמרא איתא עובדא באיכריה דרב זביד חד גנב קבא דשערי ופסליה וחד גנב קיבורא דאהיני ופסליה וא״כ למה שינה רבינו וכתב רועה במקום איכר. ונראה דדעת רבינו להורות דאפילו בדבר שנגמרה מלאכתו וגם יש לו חלק בגוף הפירות אינו כשר אלא דוקא אריס אבל רועה אף ע״פ שיש לו חלק בחלב ובגבינות ובגיזה וגם גונב בשעה שנגמרה מלאכתו פסול הוא דליכא למימר הכא דמורה היתירא דכל שהוא עושה מלאכה בדבר שאינו גדולי קרקע כגון החולב והמגבן והמחבץ אינו אוכל וכדלקמן בסימן של״ז:

כב הרועים וכו׳ גם זה שם (דף כ״ה) תנא עוד הוסיפו עליהם הרועים הגבאים והמוכסני׳ ונראה דמיירי דווקא בח״ל ומשום הכי אפי׳ ברועי בהמה דקה לא מפסיל אלא ברועה בהמות שלו אבל בא״י אפילו ברועה של אחרים נמי מפסיל ברועה בהמה דקה והב״י תמה על רבינו והאלפסי והאשיר״י שלא כתבו דין איסור גידול בהמה דקה בא״י ואישתמיטתיה לרב ז״ל דכתבוהו האלפסי והאשיר״י בס״פ מרובה ולשם הביא האשיר״י דברי התוס׳ בפרק ז״ב ופרק מרובה וגם רבינו הביאו לקמן בסימן ת״ט:

כד ואם נודע אפילו בפעם אחת וכו׳. כתב מהרש״ל אתא לאשמועי׳ דלא תימא אקראי בעלמא הוא ואם החזיר מה שלקח שלא כדין מתכשר קמ״ל דלא והטעם דלא ידע למאן נהדר ועוד דכיון דעדיין הם עוסקים בגבאות חשודים לחזור לקלקולם. וכ״כ התוס׳ להדיא ולפי זה משמע דשאר כל אדם שגזל

או גנב באקראי בעלמא מיד כשהחזיר הגניבה והגזילה הוי תשובה ומתכשר עכ״ל. ובסמוך סכ״ו כתבתי דאפילו לא החזיר מרצונו אלא ע״י כפייה מתכשר דאין לחוש שיחזור לקלקולו מאחר שלא עבר אלא פעם אחת באקראי:

כה משחקים בקוביא פסולין משנה פרק זה בורר סוף (סנהדרין דף כ״ד): ודוקא כשאין לו אומנות אחרת אלא הוא שם במשנה אליבא דר׳ יודא ובגמרא א״ר אבהו א״ר אלעזר הלכה כר׳ יהודא. ומ״ש והטעם וכו׳. הכי משמע מפרש״י: ומ״ש ומפריחי יונים והוא שאומר לחבירו וכו׳ שם בגמרא קא עביד צריכותא דלא קשיא היינו משחק בקוביא דתנא תולה בדעת עצמו ותנא תולה בדעת יונו וצריכא וכו׳ ע״ש:

כו כתב הרמב״ם מפריחי יונים בישוב פסולים שחזקתן שגוזלים יונים של אחרים בפ״י מה׳ עדות והיינו כמ״ד בגמ׳ מפריחי יונים ארא ודעת הרמב״ם דאף זה פסול וכ״ש בהמיר אם תקדום יונך ליוני. וכן בשאר בהמה וחיה וכ״כ לשם הרמב״ם להדיא והיינו דווקא שאין לו אומנות אלא שחוק זה וטעמא דאיסורא להרמב״ם דחזקתו שהוא אוכל מן הקוביא שהוא אבק גזל אבל ביש לו שאר אומנות אפשר דאינו אוכל מאבק גזל אלא ממה שמרויח בשאר אומנות. ורבינו כתב דלפי טעם זה ה״ה אם יש לו ממון אחר שאוכל ממנו אפילו אין לו אומנות אחרת אלא שחוק זה אינו פסול אבל לפי הטעם שפירשתי פסול לעולם אם אין לו אומנות אלא שחוק זה דנקל לו להעיד שקר כיון דאינו עוסק ביישובו של עולם לידע כמה טורח האדם אחר הממון ועדיין צ״ע במ״ש רבינו בשם הרמב״ם מפריחי יונים בישוב פסולין שחזקתן שגוזלין יונים של אחרים וכן מפרש טעמא וכולי. דמשמע הלשון דלהרמב״ם דינן שוה והא ליתא דבמפריחי יונים בישוב פסולים להרמב״ם אפילו יש לו אומנות אחרת. ובקוביא אינו פסול אלא באין לו אומנות אלא הוא כמבואר בהלכות עדות ואפילו את״ל דרבינו נמי מפרש כך בדבריו אלא דלא נחית הכא לפרש חילוק זה בדברי הרמב״ם דלא בא לומר אלא דס״ל להרמב״ם טעם דגזל בקוביא מ״מ צ״ע היא גופא מ״ט מאי שנא מפריחי יונים בישוב דפסול אפילו יש לו אומנות אחרת ומ״ש משחק ביונים דאינו פסול ביש לו אומנות כיון דאידי ואידי משום גזל הוא מ״ש הא מהא ותו קשה דבפ״ו דגזילה כתב הרמב״ם דקוביא אסור משום גזל דבריהם ולא כתב לחלק בין יש לו אומנות לאין לו וגם חילק בין משחק עם ישראל דאסור ובין עם העכו״ם דשרי. ובה׳ עדות כתב לחלק בין יש לו אומנות לאין לו אומנות כיון דאידי נראים כסותרים זה את זה. וכך הקשה המגיד בפ״ו דגזילה והניחו בצ״ע. גם רבינו הביא דברי הרמב״ם שכתב בה׳ גזילה לקמן בסימן ש״ע. ושהרא״ש חלוק עליו אבל לא הקשה עליו מדברי עצמו ונראה דהרמב״ם ס״ל דדוקא במפריחי יונים בישוב אי נמי גזילה דמציאת חש״ו דאמר בגמרא דאע״ג דמפני דרכי שלום בעלמא תקנוהו חכמים מ״מ כיון דס״ס ממונא קא שקלי בעל כרחן של בעלים ועברי אתקנתא דרבנן מחמת חימוד ממון פסלינהו לעדות דחשידי למשקל אגרא ואסהודי שיקרא וא״כ ה״נ מפריחי יונים בישוב והכי משמע להדיא בתוס׳ פרק ז״ב (בדף כ״ה) בד״ה אי נמי דאין חילוק בין גזילה דמציאת חש״ו ובין גזילה דמפריחי יונים בישוב שקורין ארא דתרווייהו מפני דרכי שלום בעלמא וא״כ ודאי בתר דהוסיפו עליהן גזלן דרבנן תרווייהו פסולי אפילו יש לו אומנות אחרת משום דשקלי ממונא בע״כ אבל משחק בקוביא א״נ משחק ביונים אי תקדמיה יונך ליוני דלית ביה משום גזל אפילו מדבריהם משום דבכה״ג דיהיב ליה מדעתיה ולא שקיל מיניה בע״כ לית ביה משום אסמכתא אלא משום שאינו עוסק בישובו של עולם ואית ביה משום אבק גזל וכדרב ששת הלכך בעלמא אסור אפילו יש לו אומנות אחרת וכדאמר בפרק שואל ומנה גדולה כנגד מנה קטנה אף בחול אסור משום קוביא ובכל ענין אסור משום אבק גזל ודוקא עם ישראל אבל בנכרי לא גזרו חכמים אלא גזל דאורייתא הוא דאסור מדבריהם אבל גזל דדבריהם שרי בנכרי וכ״ש אבק גזל דדבריהם דשרי אבל לענין שיהא פסול לעדות אינו פסול באבק גזל כזה אלא אם כן דאין לו אומנות אחרת דהשתא כיון דכוונתו בשחוק זה כדי להרויח וליהנות ממנו חשיד נמי למשקל אגרא ואסהיד שיקרא משום חימוד ממון ופשיטא דאין זה אלא במשחק עם ישראל אבל במשחק עם הנכרי אין שם נדנוד איסור כלל ולא היה צריך לפרשו כאן בה׳ עדות דפשוט הוא ותו דכבר כתב כן בה׳ גזילה דבנכרי אין שם איסור א״כ כ״ש דלעדות כשר אלא דבמשחק עם ישראל פסול באין לו אומנות אחרת כדפי׳ אבל ביש לו אומנות אחרת לא מפסיל לעדות אע״ג דקא עביד איסורא דמשחק בקוביא אפ״ה כיון שאין חזקתו שאוכל מקוביא דאין כוונתו להרויח אלא כטוב לבו ובשעות הפנאי לאחר גמר מלאכתו או אומנתו שוחק להטיב לבו או להעביר השעה ואינו חשוד לאסהודי שיקרא משום חימוד ממון זה נלפע״ד אמת וישר בדעת הרמב״ם ודלא כמה שנדחק הרב ב״י בכ״מ ואמר דהרמב״ם פוסק כרמי בר חמא והאריך וליתא דפשט הסוגיא מפורש להדיא כרב ששת וכך פי׳ ה׳ המגיד בה׳ גזילה וכך הוא דעת כל הפוסקים אלא כדפי׳ הוא העיקר ודו״ק:

כז כל שאינו לא במקרא כו׳. מימרא דרבי יוחנן ספ״ק דקידושין והב״י ז״ל הקשה דכיון דמדברי הרא״ש משמע דע״ה דליתיה בתורה ובד״א אף על פי שהוא פסול מקבלין סהדותיה מדרבי יוסי וזה הפך סברת הרמב״ם א״כ יש לתמוה למה תפס סברת הרמב״ם והניח סברת הרא״ש אביו ולא עוד אלא שלא הזכיר סברת אביו כלל ותירץ דס״ל לרבינו דהרא״ש פוסק דלא כרבי יוסי וכו׳ כמו שהוא בספרו ופירושו בדברי הרא״ש דוחק יותו שהרי רבינו בא״ח סימן קצ״ט פסק כרבי יוסי והוא מדברי הרא״ש פ״ג שאכלו אלא נראה לפע״ד דרבינו ס״ל דאין שום חולק אמשנה ותלמוד ערוך דספ״ק דקידושין דע״ה שאינו בתורה ובד״א פסול לעדות. ומ״ש הרא״ש בפרק אלו עוברין ואי מיירי בע״ה שאין בו שום פסול כמ״ש הרי״ף למה יהא פסול

לעדות לפי שיטתו של הרי״ף קאמר הכי דמאי קשיא ליה מהך דחגיגה הלא יכול לפרש דלעולם ע״ה פסול לעדות כההיא דפסחים ואפ״ה קאמר בחגיגה דמקבלין אותם כדי שלא יהא כ״א בונה במה לעצמו. אלא ודאי דהרי״ף היה מפרש ע״ה דחגיגה בשאין שם שום פסול דאם היה בו פסול לא היינו מקבלין עדותן וע״ז השיג הרא״ש דהא ודאי מהתם מוכח דפסול הוא אלא שצריכין אנו להכשירן וכו׳. אבל דעת הרא״ש הוא ודאי דאף האידנא אין להכשיר ע״ה דליתיה בתורה ובד״א וההיא דחגיגה דמקבלין אותן איירי בדאיתיה בד״א אלא דמ״מ לא היינו מכשירין אותן לכתחלה כיון דליתיה בתורה וכההוא דפסחים דקאמר דלכתחילה אין מקבלין ממנו עדות אלא מקבלין אותן אפילו לכתחלה משום דרבי יוסי אבל כל שאינו לא בתורה ולא בד״א פסול הוא אפי׳ האידנא כההיא דקידושין דאותן ע״ה דינן כבהמה ואין לחוש מהן שיבנו במה לעצמן דלא נמצאו מהם רבים כל כך והשתא לפי זה לא יחלוק הרא״ש אפסק דהרי״ף והרמב״ם דלא בא הרא״ש אלא לתרץ קושיית הרי״ף אבל לעניין דינא אין חילוק ביניהם כלל וז״ש הרא״ש ולא ידענא מה היה קשה לו וכו׳ הנה שלא הקשה אלא על קושייתו שהיה יכול לתרצה כפשוטו והא ודאי יש ליישב דאע״ג דהיה יכול לתרצה בגוונא אחרינא אין זה סתירה לרי״ף כיון דלא נ״מ לענין דינא והשתא ליכא פלוגתא הכא ולכך לא הזכיר רבינו רק דברי הרמב״ם שהם מבוארים ואפילו לרש״י דס״ל דרבנן חולקים ארבי יוסי מ״מ האידנא קי״ל כרבי יוסי דנמוקו עמו ודוקא בדאיתיה בד״א אבל אי ליתא נמי בדרך ארץ פסול היא אפילו האידנא כנ״ל ודלא כמ״ש בית יוסף׃

כט האוכל בשוק פסול לעדות מפני שאין לו בשת פנים וכו׳. כך פרש״י ספ״ק דקידושין ובתוספות הקשו מדאיתא בירושלמי אין שבח לתלמיד חכם לאכול בשוק משמע דלאחר אין קפידא ולכן פר״ח דוקא בחוטף ואוכל ולפי פר״ת משמע דבאינו חוטף ואוכל לית לן בה. אבל דעת רש״י נראה עיקר והיינו דוקא דרגיל הוא לאכול תמיד בשוק דאין לו בשת פנים כו׳. והך דירושלמי אינו אלא באקראי בעלמא ואפ״ה אין שבח לת״ח לאכול בשוק אפילו אכילת עראי או שתיית עראי כגון יין שרף אבל לאחר אין קפידא. ומ״ש ור״ת פי׳ דוקא דקובע סעודתיו בשוק כ״כ התוס׳ והרא״ש בשמו אלא דכתב שם קובע סעודתו בשוק ומשמע דאפילו בפעם אחת נמי פסול כיון דסועד בקבע׃ ומ״ש בספרי רבינו סעודותיו דמשמע ברגיל לקבוע הוא ט״ס אלא צריך להיות סעודתו׃

ל לשון הרמב״ם הבזויין וכו׳ נראה שהביא לשון הרמב״ם מפני שמדבריו נראה יישוב אחר לקושיא זו והוא דאינו פסול לעדות אלא בדאית ביה תרתי דאוכל בשוק בפני הכל וגם בשעת אכילה הולך ואוכל ואינו יושב במקום אחד והך דירושלמי אינו אלא ביושב בשוק במקום אחד ואוכל דלאחר אין קפידא ולת״ח גם זה אינו שבח והרב ב״י מחלק בין בשוק בפני כל העם ובין בשוק דליכא אלא קצת עוברין ושבים ולא נהירא אלא כל שוק שוה כיון דרבים בוקעין בו ולא נאמרו דברי רז״ל לשיעורים׃

לב כתב הרמב״ם האפיקורסין וכו׳ כתב בסוף ספר כל בו וב״י מביאו דרב פלטוי גאון כתב דבאומר לחבירו בריבו אלך ואמסור לך (בשקר) נחשב רשע ופסול לעדות ולשבועה וכ״כ בהגהת אשיר״י פ׳ ז״ב. וב״י מביאו וכן ראיתי דברי הגאון במרדכי הארוך מן דבוריה רשע הוא והא דא״ל רבנן לר״י במתני׳ (דף כ״ז) לא נחשדו ישראל על כך ה״מ דסני ליה ושתיק אבל הכא דקא פער פומיה בפרהסיא מדבוריה קא אזיק ליה ופסול לעדות והכי פסקי בתרתי מתיבתא עכ״ל׃ וכתב בית יוסף ומיהו לענין כו׳ לא ברירא לי מילתא עכ״ל ובספר בדק הבית הוסיף ואמר בפרט בזה״ז שאף המוחזקים בכשרות אומרים כן ולא משמע להו דאיכא איסורא באמירה עכ״ל וצ״ע בדבר זה׃ כתב המרדכי בפ״ק דגיטין אהא דאמר לשם (דף י׳) דשטרות העולין בערכאות של עכו״ם כשרים דאי לא יהבי קמייהו זוזי לא הוה מרעי נפשייהו וא״ת א״כ משה ואהרן אמאי לא מהימני הא ודאי לא מרעי נפשייהו וי״ל דעכו״ם אינן פסולין מן התורה אלא מטעם שהן גזלנים והני דידעינן בהו דלא מרעי נפשייהו מהימני מספר החכמה. רבינו יקר היה אומר דעכו״ם המוחזקים שאינם שקרנים כשרים להעיד כדאמר פ״ק דגיטין כל השטרות העולים בערכאותיהם של עכו״ם כשרים אע״פ שחותמיהם עכו״ם אבל משה ואהרן מן התורה פסולים הם משום קורבה ואין נ״ל להכשיר עכו״ם כיון שאינו בכלל אחיך ולא עדיף מעבד והתם בגיטין נראה שתקנת חכמים היא שתקנו בשטרות העולים בערכאות של עכו״ם שיהיו כשרים לפי שהעכו״ם מקפידים על עשיית שטרות בערכאותיהן אם נפסלים עכ״ל. והב״י הרבה להשיב על דברי ה״ר יקר דעכו״ם פסול לעדות ואין ספק דסברת ה״ר יקר אינה אלא לומר דבכלל תקנת חכמים שתקנו בשטרות העולים בערכאות של עכו״ם דכשרים כיון דלא מרעי נפשייהו הוי נמי הא דהיכא דידוע דהני עכו״ם מוחזקים ואינם שקרנים סמכינן עלייהו לאפוקי ממונא כיון דאי אפשר בעידי ישראל אבל ודאי מודה דמן התורה עכו״ם פסול לעדות ולפיכך אסור לכתחלה לעשות הלואה או מקח בפני עכו״ם שיהיו עדים בדבר אלא דאם נעשה הדבר בפני עכו״ם ולא היו שם עידי ישראל סובר ה״ר יקר דיש לסמוך עליהם אם הם מוחזקים שאינן שקרנים ומתקנת חכמים הם כשרים כדפי׳ ול״ק ולא מידי והכי משמע מלישנא דתוס׳ פ״ק דגיטין (דף ט׳) בד״ה אף על פי שכתבו וז״ל וכיון דלאו בני עדות נינהו הוי ראוי אפילו כל שטרות העולים בערכאות של עכו״ם לפסול מן התורה אפילו אותם העומדין לראיה אלא תקנתא דרבנן הוא היכא דקים לן בסהדותייהו שהוא אמת דלא מרעי נפשייהו עכ״ל מדכתבו היכא דקים לן בסהדותייהו שהוא אמת משמע דאפילו במעידין בעל פה בפני דייני ישראל כשרים דאל״כ אלא תאמר דוקא

בשטרות העולים בערכאותיהם א״כ היה להם לומר היכא דקים לן שהוא אמת דלא מרעי נפשייהו דהוה משמע דקאי אערכאות מיהו לא נהגו בדין זה כה״ר יקר:

לה כתב הרמב״ם כל הפסול בעבירה וכו׳. בפי״ב מה״ע ויש להקשות הא דכתב הרמב״ם בפ״י ומביאו רבינו לעיל המוכסין סתמא פסולין במאי איירי דאי בהודיעום אמאי פסולי הלא מסתמא אינן נוטלין יותר מקצבתן כיון שהודיעום שהעושה דבר זה הוא פסול לעדות ואי בלא הודיעום כ״ש דקשה כיון דאינן יודעים דעושה איסור א״כ מטעא קא טעו. וי״ל דמיירי בהודיעום אלא מ״מ כיון דשכיח טובא דהמוכסין נוטלין יותר מקצבתם אי איתא דהאי מוכס איהו נזהר ואינו נוטל יותר מקצבתו הרי זה היה נודע ונתפרסם ומדלא נשמע הקול דאיהו נזהר מסתמא גם הוא נוטל יותר מקצבתו ופסול א״נ י״ל דמיירי בלא הודיעום ואף ע״פ דמטעא קא טעו מ״מ כיון דאית ליה הנאה וקעביד איסורא פסול מדרבנן כדפי׳ לעיל בשם התוס׳ אצל ור״י נסתפק והא דצריך להודיעו הוא שאם יעבור לאחר האזהרה הוא פושע ומזיד ופסול מדאורייתא. ועי״ל דודאי אפילו לא הודיעום הכל יודעים שאסור ליטול יותר מקצבתן ולכן סתמן פסולים אלא דלפי דרגילין ליטול יותר מקצבתן לא מיפסלי אלא מדרבנן ולכן צריך להודיעום שהעושה דבר זה הוא פסול לעדות מדאורייתא דהשתא לאחר שהודיעום אם עבר פסול הוא מדאורייתא: ומ״ש דבקושר או מתיר בשבת צריך להודיעו שמחלל שבת בזה וכו׳. וא״צ להודיעו שהעושה דבר זה הוא פסול לעדות היינו משום דבהודיעו שמחלל שבת בזה סגי דממילא הוא יודע דמי שמחלל שבת הוא פסול לעדות אבל במשחק בקוביא או מוכס וגבאי דאיכא אינשי טובא דקא עבדי הכי ואין ב״ד מוחין על ידם הלכך צריך להודיעו שהעושה דבר זה הוא פסול לעדות דאע״ג דלית ביה איסורא אם אינו גוזל מ״מ מסתמא מחזיקין אותן בגזלנים ופסולין מדבריהם:

לח כתב ה״ר יקר וכו׳ משמע מלשונו שצריך להעיד עליו בב״ד וכל זמן שלא העיד עליו אינו נפסל דשמא תביעתו לא היתה אמת וכן כתב הרא״ש בתשובתו אבל במרדכי בשם ריב״א כתב דנשבע להכחיש העד אע״פ שפטר עצמו מיהו לאלתר נפסל מכאן ולהבא ודוקא בפקדון אבל לא במלוה עכ״ל. מבואר מל׳ זה דאע״פ שלא העידו בפני ב״ד אפ״ה הוא נפסל מיד ממילא שהרי כבר נודע לאותו ב״ד מדברי העד ובעל דין שנשבע לשקר ופסול הוא מיד לאחר שנשבע אכן מלשון האגודה שכתב האי מילתא בשם ריב״א לא כתב האי לישנא דלאלתר אלא כתבו אע״פ שפטר עצמו בשבועתו התובע והעד יפסלוהו במקום אחר לעדות ולשבועה כו׳ ומשמע דע״י שיעידו עליו יפסלוהו וכדברי הרא״ש והא דכתב במרדכי דלאלתר נפסל צ״ל לפי זה דהיינו לומר דלאחר שיעידו עליו בב״ד הרי הוא נפסל למפרע לאלתר משעה שנשבע לשקר וכך הוא דעת ב״י בספר בדק הבית שהקשה אהרא״ש וז״ל ויש לתמוה כיון דקי״ל כאביי דאמר למפרע הוא נפסל כשהעידו עכשיו שבזמן עבר נשבע לשקר ה״ה נפסל למפרע משעה שנשבע לשקר עכ״ל. ועיין במ״ש בסמוך סמ״ב אצל דברי הרמב״ם שכתב ה״ז ספק פסול לפיכך לא יעיד. מיהו יש חולקים וס״ל דלא מצו למיפסליה כל עיקר כדאיתא בתשובות להרמב״ן סימן ק״ט. ומביאו הריב״ש בסי׳ של״ט ע״ש הרשב״א וז״ל דאפי׳ מי שמעיד שפלוני גזלו מצטרף עם אחר לפוסלו ואפילו היה האחר ג״כ מעיד לדידי גזל או גנב אלא שחילק ואמרדוקא קודם שתבעו בדין על הגזילה אבל אם תבעו בדין על הגזילה ונשבע ונפטר וכן האחר אין נאמנים עוד לפוסלו בעד הגזילות ההם שהרי כבר האמינה אותו התורה ויצא מב״ד זכאי וכן הדין בשני שותפי׳ תובעים אותו שגזלם ונשבע ונפטר שאין מעידין עוד לפוסלו מחמת אותו גזילה דאיך נאמר שהאמינה אותו התורה ליפטר אבל ישאר פסול ולא עוד אלא אפילו גזל לראובן בע״א ותבעו ונשבע להכחיש ונפטר וכן גזל לשמעון בע״א ונשבע ונפטר אין עדו של ראובן ועדו של שמעון נאמנין לפוסלו מחמת הגזילות ההם שהרי כבר האמינתו תורה באותן הגזילות כל זה כתב הרשב״א בתשובה שוב ראיתי למהר״ש לורי״א בפרק הגוזל קמא סימן מ״ו שכתב וז״ל וה״ה דאם תבעוהו שנים בין בזה אחר זה בין בבת אחת ונשבע להן אין יכולין להצטרף יחד ולפוסלו אבל אם נשבע כנגד עד אחד על ממון זה ואח״כ נשבע גם כן כנגד עד אחד על ממון אחר מצטרפי לפוסלו לשבועה אבל לא להוציא ממון ובכל זה אין חילוק בין נשבע לפטור עצמו או נשבע ונוטל גם אין לחלק בין ש״ד לשבועה דרבנן. ולפע״ד יראה עיקר כדעת הרשב״א שהסכים עמו ריב״ש. וע״ל בסימן פ״ז סעיף מ״ד:

מא פלוני רבע שורי הוא ואחר מצטרפין להורגו לפירש״י והרמב״ם מצטרפין אף להורגו לשור. אבל לפי׳ הראב״ד אין מצטרפין ואינו נהרג לא השור ולא הרובע. ועיין בב״י ובתשובות הריב״ש סימן של״ט:

מב כתב הרמב״ם שנים שהעידו באחד שהוא פסול וכו׳. מימרא דרב הונא בפ״ב דכתובות על פי דעת הרי״ף לשם וכן פירש״י והרא״ש לשם דלא כמ״ש התוס׳ ע״ש ר״ת ויש לתמוה דהא רב הונא גופיה ס״ל בב׳ כיתי עדים המכחישות זו את זו דזו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה דאוקי גברא אחזקתיה וכדפסק לעיל בסימן ל״א והכא קאמר איפכא דאוקי ממונא אחזקתיה דאלימא טפי מחזקת גברא ולפי׳ ר״ח ניחא דהכא נמי ס״ל לרב הונא דאוקי גברא אחזקתיה אבל לפרש״י ולשאר כל המחברים קשה וי״ל דבשני כיתי עדים המכחישות זו את זו ליכא מאן דמסהיד עליהו דפסול הוא אלא דאנן חזינן דלפי דבריהם חד מינייהו מסהיד שיקרא מוקמינן כל כת וכת מינייהו אחזקתיה אבל הכא דקא מסהדי דהאי גברא

פסול הוא כה״ג לא מוקמינן ליה אחזקתיה דכל תרי ותרי אע״ג דאית ליה חזקה דכשרות ספיקא דרבנן הוא ועיין בתוספות ואשיר״י והר״ן בפ״ב דכתובות ועיין עוד לקמן בסי׳ מ״ז סעיף כ״ב: הרי זה ספק פסול לפיכך לא יעיד וכו׳ פי׳ משעה זו שנעשה ספק בב״ד לא יעיד אבל מה שכבר העיד קודם שנעשה ספק בב״ד אע״פ שהעיד לאחר שעשה העבירה לפי העדות של אלו השנים שהעידו שעשה עבירה פלונית ביום פלוני אין מחזירין עדותו. וכ״כ לעיל סעיף י״ד גבי עד זומם דאי לא ידעינן מתי חתם לא פסלינן ליה מזמנא דשטרא ולא מפסדינן לשטרי דאינשי דהוא חתים בהו מספק אלמא דכל מה שהעיד כבר לא מיפסל אלא משעה שהוחזק בב״ד שהוא ודאי פסול או ספק פסול וכבר [כתבתי] בסמוך סל״ח דלריב״א ולב״י בספר בדק הבית למפרע הוא נפסל משעה שנעשה ספק פסול לפי העדות שהעידו עליו עכשיו בב״ד אכן למה שכתב הר״ן בפרק שני דכתובות ומביאו ב״י בסוף סימן זה דלר״ח והרי״ף גזלן אע״פ שעשה תשובה לא מתכשר אלא משעה שהעידו עליו בב״ד שעשה תשובה אלמא דהכשרו אינו תלוי אלא משעה שהעידו עליו בב״ד ה״ה פיסולו נמי תלוי במשעה שהעידו עליו בב״ד ואף על פי דהר״ן תמה עליהן אנו אין לנו אלא דברי ר״ח והאלפסי שדבריהם דברי קבלה ואחריהם נמשך הרא״ש: כל מי שנתחייב מלקות כיון שלקה בב״ד חזר לכשרותו וכו׳ איכא למידק אם לא התרו בו דאינו לוקה היאך יחזור לכשרותו אכן מגירסת ספרי הרמב״ם שבידינו היום שכתב וז״ל כל מי שנתחייב מלקות בין שעשה תשובה בין שלקה בב״ד חוזר לכשרותו וכו׳ משמע שר״ל אם אינו בר מלקות כגון שלא התרו בו וכיוצא בזה שאין הדין נותן להלקותו מתכשר בתשובה גרידא. וכן פי׳ בכסף משנה ופשוט הוא מיהו מדברי הרמב״ם בפ״ב מהלכות טוען מבואר דאפי׳ לקה בב״ד אם לא נכנע לבבו לא חזר לכשרותו עד שתצטרף תשובה עם המלקות ותימא דהכא משמע מדבריו דאם לקה בב״ד חוזר לכשרותו מיד בלא תשובה ויש לתרץ דהכא מיירי בסתם אדם דתלינן מסתמא נכנע לבבו ע״י מלקות והלכך לא בעי תשובה אבל בפ״ב מטוען מדבר היכא דידוע דלא נכנע לבבו אף על פי שלקה בב״ד:

מג מאימתי חזרת מלוי בריבית וכו׳ עד אם ירצה לעשות תשובה שלימה כ״כ הרא״ש בפרק ז״ב ויש לתמוה דבפ״ב דיבמות קאמר קשה עונשן של מדות דלא אפשר בתשובה ופירש״י ואע״ג דקי״ל יתקן בהם צרכי רבים לאו תשובה מעלייתא היא עכ״ל וי״ל דהרא״ש ורבינו רצונם לומר כאן תשובה שלימה כל מאי דאפשר ולאפוקי דלא תיסק אדעתיה כיון דלא ידע ממי לקח והנותן מדעתו נתן הריבית א״כ מחילה היא דהא ליתא דפשיטא הוא דלאו תשובה היא כלל: מאימתי חזרת משחקי בקוביא וכו׳. הא דלא כתב רבינו הכא שצריך להחזיר המעות שהרויח בקוביא ובמפריחי יונים משום דהרא״ש לאחר שכתב דצריך להחזיר כל מה שלקח בריבית כתב וכן משחק בקוביא למ״ד אסמכתא הוי וכן מפריחי יונים למ״ד אי תקדמוך יוני ליון עכ״ל אלמא דוקא למ״ד אסמכתא כה״ג לא קניא קאמר הרא״ש דלדידהו צריך להחזיר במשחק בקוביא ובמפריחי יונים אבל למאי דס״ל להרא״ש גופיה דלא הוי אסמכתא וקניא מדינא א״צ להחזיר לא במשחק בקוביא ולא במפריחי יונים ודלא כמ״ש ב״י: מאימתי חזרת מועלי בשבועות משבא לב״ד שאין מכירין וכו׳ הרב ב״י האריך לבאר מ״ש דבהני תלתא מועלי בשבועות וטבח ועד זומם דבעינן שילך למקום שאין מכירין ולגבי מלוה בריבית ומשחק בקוביא ומפריחי יונים לא בעינן אלא שיחזרו בהן חזרה גמורה ועומדים במקומם. ולפע״ד הדבר פשוט דבחזרת רבית וקוביא ומפריחי יונים דנודע ומפורסם שחזרו בהן חזרה גמורה דלא מוזפי ברבית כל עיקר ואינן שוחקין עוד בקוביא כלל ואינן מפריחין יונים כלל א״כ אין צורך לילך למקום שאין מכירין אבל חזרת מועלי בשבועות וטבח ועד זומם אינו נודע כלל אם חזרו בתשובה בלב שלם דדילמא איערומי קא מערים וכיון דהוי דבר המסור ללבו של אדם דמי יודע שמא עדיין נשבע לשקר ועדיין מאכיל טריפות ועדיין מעיד שקר הלכך החמירו בהני תלת׳ דילך למקום שאין מכירין אותו דהתם לאו איערומי קא מערים כדפירש״י ואין ספק דתשובה שלימה היא. אך קשה תינח עד זומם ומועלי בשבועות דלא מצינן למימר להו דלא ישביעוך עוד ולא תעיד עוד אפי׳ באמת דמה יעשה כשישמע קול אלה והוא עד או ראה או ידע הלא עבירה קא עביד אבל טבח דמצינן למימר ליה לא תהא טבח עוד כדקאמרינן למלוי ברבית שלא ילווה עוד ברבית אפילו לעכו״ם אפילו לכדי חייו אלא יתפרנס בדבר אחר הכי נמי נימא לטבח תתפרנס בדבר אחר ולא יהא טבח כלל ולא יצטרך לילך למקום שאין מכירין וי״ל דאה״נ אם לא ירצה לילך למקום שאין מכירין מתכשר בהא שלא יהא טבח עוד. אלא היכא דאיהו קאמר דאינו יכול להשתכר בדבר אחר דתלו ביה טפלי כדאיתא פ״ק דחולין התם הוא דלא מתכשר אא״כ שילך למקום שאין מכירין משא״כ במלוי ברבית כיון דאיכא איסורא אפילו לנכרי ביותר מכדי חייו לא מתכשר אפילו היכא דקאמר דלא תשתכר בדבר אחר אא״כ שיחזור בו חזרה גמורה דלא ילווה ברבית אפי׳ לעכו״ם אפילו בכדי חייו:

סימן לה

א קטן פסול להעיד וכו׳ ואע״ג דבירושלמי מכשיר לדון כשהוא בן י״ג אפילו לא הביא ב׳ שערות כדלעיל בסימן ז׳ עדות שאני דכתיב ביה ועמדו שני האנשים גזירת הכתוב הוא דבעו איש כדאיתא בפרק מי שמת והא דתנן בפרק בא סימן כל הכשר לדון כשר להעיד ויש שכשר להעיד ואינו כשר לדון ומוקי לה כר״מ ואנן לא קי״ל כר״מ וא״כ לדידן כל הפסול לדון פסול להעיד וכדלעיל בריש סימן ל״ג וא״כ קשה מקטן בן י״ג דלא הביא ב׳ שערות

דכשר לדון ופסול להעיד י״ל דה״ק כל איש דכשר לדון וכו׳ וכה״ג תירצו התוס׳ בספ״ק דב״ק ופ׳ בא סימן והשתא ניחא דלא קשה מגר דפסול לדון וכשר להעיד די״ל כל איש ישראל דכשר לדון קאמר מיהו קשה לסברת י״א בסימן ז׳ שאינו ראוי לדון עד שיהא בן י״ח והביא ב׳ שערות ואפ״ה כשר להעיד דהא לא אשכחן דכשר להעיד ופסול לדון אלא באוהב ושונא כדמוכח בפרק ז״ב וי״ל דסברת י״א לאו דינא קאמרי דפסול לדון אלא שאינו ראוי לדון קאמר ואינו אלא חומרא מדרבנן לכתחלה כדאשכחן גבי יאשיהו אבל מדינא ודאי דינו דין מבן י״ג והביא ב׳ שערות:

ד ואם צמח זקנו למעלה אין צריך בדיקה ויש להקשות דהתוס׳ בפרק הערל לא כתבו כך אלא כתבו דשערות הזקן אין מועילין להן הבאת ב׳ שערות אע״ג דבכל שאר המקומות בגוף מועילין והא דאמר יש לו זקן פירושו נתמלא זקנו עכ״ל. ונראה דרבינו תופס עיקר סברת ראבי״ה שכתב המרדכי משמו וז״ל נראין הדברים כשיש לו הכרת זקן סגי עכ״ל בפרק הערל ואע״ג דרבינו בהלכות חליצה החמיר ונמשך אחר התוס׳ והרא״ש דבעינן נתמלא זקנו לכתחלה שאני חליצה דאשכחן דהחמירו הגאונים לגבי ב״ד של חליצה טפי מלגבי ממון להכי החמיר גם רבינו כסברת התוספות דבעינן נתמלא זקנו לגבי חליצה אבל הכא לגבי ממון ס״ל לרבינו להלכה דלא בעינן נתמלא זקנו אלא כראבי״ה דבצמח זקנו סגי ונתיישב מה שהיה קשה לבית יוסף:

ה ואם הגיע לעשרים שנה וכו׳. משנה וגמרא פרק יוצא דופן ומשמע דמיד שהגיעו שלשים יום בשנת עשרים הרי היא שנת עשרים לכל דבריה. וז״ש רבינו ואם הגיע לעשרים שנה וכו׳. וכן פי׳ ב״י וכן היא מסקנת רבינו בא״ע סימן קנ״ה וסימן קע״ב דלא כהרמב״ם דמצריך כ׳ שנה שלימות פחות ל׳ יום:

ו בן י״ג וכו׳. פרק מי שמת א״ר הונא בריה דרבי יהושע בן י״ג ויום אחד שהביא ב׳ שערות ואינו יודע בטיב מקח וממכר אע״פ שאין מקחו מקח לענין עדות עדותו עדות כך פי׳ הרי״ף ואמר מר זוטרא עליה לא אמרו אלא למטלטלי אבל למקרקעי לא ופי׳ הרמב״ם דלעדות קרקע אין עדותו עדות דלא דייק בעדות קרקע כולי האי וכ״כ רבי׳ ודלא כמ״ש התוס׳ לשם וכ״כ ב״י:

ז ואפילו לאחר שהגדיל וכו׳ משנה סוף פ״ב דכתובות ואלו נאמנים להעיד בגדלן מה שראו בקטנן וכו׳. ומ״ש ודוקא על אלו ג׳ מעיד וכו׳ כ״כ לשם הרא״ש. ומ״ש ודוקא שיש גדול עמו מימרא דרב הונא לשם. ומ״ש וכן נאמן להעיד כשיגדל על אשה וכו׳. וכן נאמן אפילו הוא לבדו לומר ע״כ תחום שבת וכו׳ איכא למידק אמאי לא כתב רבינו בפי׳ אצל עידי הינומא דנאמן אפילו הוא לבדו כדמוכח מדברי הרמב״ם בפ״ז מהל׳ עדות וספי״ו מהל׳ אישות דלא בעינן גדול עמו אלא בזה כתב ידו וכו׳. וי״ל דרבינו ראה בדברי התוספות והרא״ש שפירשו דלא בעינן גדול עמו אלא בזה כתב ידו והינומא אבל לא בתרומה. ועל כן נסתפק בדין הינומא וכתב סתם וכן נאמן להעיד כשיגדל על אשה וכו׳ ולא פירש דבעינן גדול עמו כתוס׳ והרא״ש וגם לא פי׳ דנאמן הוא לבדו כהרמב״ם. ודלא כמ״ש ב״י דדעת רבי׳ דבהינומא נמי אינו נאמן לבדו אלא בגדול עמו כהרא״ש אלא כדפירשתי. ומ״ש ושאמר לו אביו משפחה זו כשירה וכו׳ פי׳ מעיד שא״ל אביו שמשפחה זו עמדה בדין והוכשרת או פסלוה ב״ד ואי הוו תרי קטנים מכשרינן או פסלינן אפומייהו ואי חד הוא חיישינן לפסולייהו משום דמילתא דמיפרסמא הוא וכגילוי מילתא הוא ובקציצה נמי כהעמדה בדין הוא כן פי׳ הראב״ד הביאו הר״ן לשם וכן נראה דעת רבינו ודלא כהר״ן דחלק על פי׳ זה וכן פי׳ ב״י:

ח ובכל אלו שמעיד בהן הגדול שידע בהן כשהיה קטן אם היה עכו״ם וכו׳ כך הוא ל׳ הרמב״ם בפי״ד מה״ע ויש לתמוה דבס״פ כ״ח מהל׳ שבת פסק דאפילו עבד ושפחה נאמנים לומר ע״כ תחום שבת. והוא משנה שלימה בפרק כיצד מעברין גם רבינו פסק כן בא״ח ס״ס שצ״ט ונראה ודאי דה״ק דבכל אלו דבעינן עדות גדול להעיד מה שראו בקטנן לשם אין הגר והמשוחרר נאמן להעיד מה שראה בגיותו ובעבדותו ובתחומין לא קמיירי דהא פשיטא דאפי׳ עבד ושפחה נאמנין ולא קאמר האי לישנא ובכל אלו במעיד בהן הגדול וכו׳ אלא לפי דבגמרא קאמר אברייתא דלא תני בה ועד כאן היינו באים בשבת וכולם אם היה עכו״ם ונתגייר עבד ונשתחרר אין נאמנין ע״ש:

יב ולכאורה נראה שאם הוא מדבר ואינו שומע שכשר להעיד וכו׳ הא דלא הזכיר רבי׳ שומע ואינו מדבר לפי שפשוט ואי דפסול כיון שלא היה ראוי להגיד מעולם כדלעיל בסי׳ כ״ח ואתא מק״ו מדין נשתתק שהיה ראוי להגיד קודם שנשתתק דפסול מכ״ש באלם מעיקרו אבל מדבר ואינו שומע ליכא ראייה למיפסליה ולזה כתב רבינו דלכאורה נראה דכשר דדוקא שומע ואינו מדבר דרחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם כדאיתא בפרק מי שאחזו אלא דהרמב״ם כתב דגם זה פסול: ומ״ש אבל הרמב״ם כתב וכו׳ צריך שיעיד בפיו ויהא ראוי לשמוע וכו׳ כך היא גירסא הנכונה ובס״א כתוב צריך שיעיד בב״ד בפניו או שיהא ראוי להעיד בפיו וטעות סופר הוא ע״ל בסימן כ״ח סט״ו:

סימן לו

א וכתב הרמב״ם כיצד בודקין אותו וכו׳. מימרא דרבא בפרק קמא דמכות הכי אמרינן להו למיחזי אתיתו או לאסהודי אתיתו אי אמרי לאסהודי אתינן נמצא א׳ מהן קרוב או פסול עדותן בטלה אי אמרי למיחזי אתינן מה יעשו שני אחים שראו באחד הנפש פי׳ דאומרין לכל כת וכת למיחזי אתיתו או לאסהודי אתיתו כל מי שאומר לא להעיד עליו אלא לראות מה הדבר ובכלל העם באתי מפרישין אותו וכל מי שאומר לא הייתי עומד אלא להעיד ולכוין העדות מפרישין אותו. ואם נמצא באלו שנתכוונו להעיד קרוב או פסול עדות כולם בטלים וכ״כ הרמב״ם בפ״ט מה״ע וכל זה דלא כמ״ש התוס׳ בשם רבינו חיים הכהן פ״ק דמכות (דף ו׳) דאמרי׳ לעדים כשרים לאסהודי אתיתו עם הפסולים או למיחזי אתיתו בלא הפסולים אי אמרי הכשרים למיחזי אתינן בלא הפסולים אפי׳ נמצא אחד מהן קרוב או פסול לא היה עדותן בטלה ואי לאסהודי אתינן עם הפסולים עדותן בטלה גם לא כפי׳ בית יוסף דדעת רמב״ם כפי׳ רשב״ם ופירש״י כן כתב בכסף משנה דאמרינן להו לקרוב ולפסול למיחזי אתיתו וכו׳ אלא לכל כת וכת אמרינן להו מקמי דידעינן מי קרוב ופסול ומי כשר:

ב והרמ״ה הוסיף לומר וכו׳ הוסיף על דברי הרמב״ם לפסול גם בלא נתכוונו להעיד כשנמצא בהן קרוב או פסול והעידו ביחד בתוך כ״ד וכו׳. וטעמו דסבירא ליה דהא דאמר רבא והוא שיעידו כ״א בתוך כ״ד של חבירו קאי נמי אדין הזמה כמי שפי׳ רש״י ויתבאר בסימן ל״ח בס״ד: ומ״ש הלכך ל״ש נצטרף כו׳. ה״פ דכשנצטרף עמהם בשעת ראייה להעיד וראו עדותן כאחד אפי׳ לא נצטרפו בשעת הגדה עדותן בטלה אבל כשנצטרפו בשעת הגדה אין צריך שום דבר אפילו לא בא בשעת ראייה להעיד ואפילו לא ראו כאחד נמי עדותן בטלה דעיקר קרא בשעת הגדה קאי דכתיב על פי שנים או שלשה עדים יקום דבר והא דקאמר או שלא ראו כאחד הכי קאמר או אפילו שלא ראו ג״כ כאחד עדותן בטלה. וא״א הרא״ש כתב אפי׳ אם כיון לראות כדי להעיד וכו׳. פירוש כיון שנתכוין בשעת הראייה כדי להעיד ובא לבית דין והעיד אפי׳ לאחר כדי דיבור ואפי׳ לא ראו כאחד פוסל והכי איתא בתוספות ובאשיר״י אבל בלא כיון לראות כדי להעיד ואפי׳ בא לבית דין והעיד אפי׳ הוא בכדי דבור אינו פוסל. וע׳ לקמן בסי׳ ל״ח לשם התבאר באריכות:

ג ואם הזמין התובע עדים כשרים וכו׳ פירוש שהזמין אותם בשעת ראייה לראות המעשה להעיד עליו אח״כ אפילו כיוונו הפסולים להעיד והעידו אחר כך לא נתבטל עדות של כשרים:

ד ומ״ש וכן כשאדם צריך בעדות ומצוה להחרים וכו׳. רבותא אשמועינן דאפילו לאחר ראיית המעשה נמי והכי פי׳ כשם שמי שמזמין עדים כשרים בשעת מעשה אף על פי שנתכוונו הפסולים להעיד והעידו לאו כל כמיניהו לבטל העדות כך מי שצריך לעדות לאחר ראיית המעשה ומצוה להחרים כל מי שיודע לו עדות שיבא ויעיד אין כוונתו אלא לכשרים ואם באו גם פסולים והעידו לאו כל כמיניהו לבטל העדות:

סימן לז

א כל עדות מימרא דשמואל ואוקימתא דגמרא פרק חזקת (בבא בתרא דף מג):

ג ומ״ש וצריך להתנות אם יבא ב״ח לגבותו ממנו בשביל חובו שהוא יסלקו במעות וכו׳ שם ותימא למה צריך להתנות הא פשיטא דכשיש לו מעות דדינו של הבעל חוב במעות כדלקמן בסימן ק״א ותו פשיטא דאין גובין ממשעבדי היכא דאיכא מעות או ב״ח. ותו קשה כיון דאנו חוששין דהרבה ב״ח יש לו א״כ מה מועיל התנאי ושמא יש לו הרבה ב״ח שלא יספיקו לו כל מעותיו וי״ל דמשום הכי לא יעיד שקר דאי משום שלא יהיה לוה רשע ולא ישלם לגבי ב״ח הלא לגבי שותף נמי הוה ליה רשע ולא ישלם מאחר שהתנה עמו לסלק לב״ח במעות ולפי זה אם היה ידוע שיש לו מעות כדי לשלם לב״ח כגון שיודע כמה בעלי חובות יש לו אין צריך להתנות דהא פשיטא דדינו של הב״ח על המעות ואין לנו לחוש דילמא הוא חושש שמא יעני ויהיה לוה רשע ולא ישלם דכבר כתבו התוספות בפרק חזקת (בבא בתרא דף מ״ה) בד״ה מאי נפקא מינה ומביאו ב״י בסימן זה דבשביל חששא זו וכיוצא בה אין לפוסלו לעדות כיון דהשתא לא מרויח מידי וכ״כ בהג״א וע״ל בסי׳ ק״מ ס״ט: וגם צריך להתנות שאם יבא לחטפה וכו׳ תימא הלא אע״ג דאחריות טעות סופר הוא כל זמן שלא פירש שאינו מקבל עליו אחריות מכל מקום הכא דמפרש דמקבל עליו אחריות דמחמתיה שהרי התנה לסלק לב״ח במעות הרי הוא מיעט אחריות דעלמא שהוא למעלה ממנו וכדכתב ב״י לקמן בסימן רכ״ה ע״ש רבינו האי גאון ואיפשר ליישב דלגבי עדות מחמרינן טובא דשמא הוא חושש שיש עליו אחריות דעלמא ויעיד שקר הלכך צריך לפרש בהדיא ולהתנות דאינו מקבל עליו אחריות דעלמא:

ד אריס אינו מעיד וכו׳. שם מימרא דשמואל אריס מעיד והתניא אינו מעיד ל״ק הא דאיכא פירא בארעא הא דליכא פירא בארעא. ופי׳ רשב״ם והוא שלא טרח בה ורבינו ביאר דבריו וכתב דאם טרח בה לא וכו׳. וטעמו ליישב מה שיש להקשות הלא בטרח בה לא יפסיד שכר טרחו כדתניא בריש

האומנין השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו דצריך לשלם לו מה שההנהו דהיינו כמנהג הפועלים הנשכרין בעיר וכדפי׳ הרמ״ה ומיישב דנוגע בעדותו הוא דניחא ליה דתיקום ביד בעליה שאם יזכה המערער יטול הוא שבח ופירות הכל כלומר כל מה שהוא יתר על שכר טרחו של האריס ולא יתן לאריס כלום ממה שיותר ובס״א לא כתוב מלת הכל וע״ז נחלק הרמ״ה וס״ל דכיון דאינו מפסיד כלום לא יעיד שקר וסבירא ליה לרבינו דכך היא דעת הרא״ש מדלא חילק בין טרח ללא טרח אלא סתמא כתב לית ליה פירי יעיד אלמא דס״ל כהרמ״ה ואין להקשות לפי׳ רשב״ם נוקי אידי ואידי דליכא פירי והא דטרח בה והא דלא טרח בה דאיכא למימר אין הכי נמי והא דקאמר תלמודא הא דאיכא פירי לאו דוקא פירות גמורין אלא רצה לומר דטרח בה עד דליהוי בה שבח ופירי והא דליכא פירי רצה לומר דלא טרח בה ולא ליהוי פירי כל עיקר: והר״ר יונה הוסיף לומר וכו׳ פי׳ הוסיף דאפילו לא טרח בה נמי לא יעיד היכא דאכל פירי מעולם וכו׳ ולפ״ז צ״ל נמי דהא דקאמר הא דאיכא פירא אינו ר״ל דעכשיו אית בה פירא אלא דאיכא פירא מעולם והא דליכא פירא מעולם א״נ איכא פירא עכשיו קאמר והא דלא מוקי אידי ואידי דליכא פירא אלא הא דאכל פירא מעולם והא דלא אכל פירי מעולם משום דלאו מילתא דפסיקא היא שהרי אם אין עדים וכו׳ נאמן להעיד במגו וכו׳ והיינו דמסיק ה״ר יונה וכתב ומיהו אם אין עדים וכו׳. אכן לפר״י איכא לתמוה טובא דכיון דההיא דלא יעיד מיירי בהתנה ליתן לאריס יותר מלשאר אריסי העיר א״כ אפילו ליכא פירי לא יעיד דליכא למימר השתא דהרבה שדות ימצא להיות בהיות בהם אריס כדפי׳ רשב״ם ונ״י כיון דהתנה עמו למיהב ליה טפי מלשאר אריסי העיר וצ״ל דר״י ל״ג כגירסת רשב״ם אלא ה״ג הא דאתני למיהב ליה פירא בארעא טפי והא דלא אתני למיהב ליה פירא בארעא טפי ולפי גירסא זו ודאי אין חילוק בין דאיכא פירא לליכא פירא דהיכא דאתני למיהב ליה פירא טפי אפילו ליכא פירא לא יעיד ואי לא אתני למיהב ליה פירא טפי אפילו איכא פירא יעיד והכא משמע מלישנא דר״י שכתב אלא היכא שהתנה בעל השדה וכו׳ שאז אינו מעיד וכו׳ דמשמע בכל גווני אינו מעיד אפילו ליכא פירי בארעא השתא ודו״ק:

ה השוכר אם לקח בידו השכירות וכו׳. ר״פ חזקת (בבא בתרא דף כ״ט) מי לא עסיקנא דנקטי אגר ביתא וכו׳: ומ״ש ומיהו ה״ר יונה כתב יכול המשכיר לחזור וליתנו להשוכר וכו׳ כ״כ רבינו לקמן בסימן ק״מ ע״ש ה״ר יונה והב״י כתב לשם דהרשב״א חולק על זה וע״ש ובסימן קכ״א וא״ת אמאי פסול הלא אפילו לא יחזיר המשכיר השכירות להשוכר אם תצא השדה למערער יחזור ויוציאו מן המשכיר כבר תירץ רבינו בסימן ק״מ דפעמים שאין לו. ובזה נתיישב בסמוך דהא דהמלוה אינו מעיד ללוה אע״פ דאינו מפסיד כלום כיון דיש לו ערב דמ״מ פעמי׳ שאין לו א״נ כיון שצריך לתבוע ללוה תחלה ואח״כ לערב לא ניחא ליה למיקם בדינא ודיינא וכדכתב ב״י מיהו גבי קבלן דאינו מעיד אע״ג דאית ליה ארעא אחריתי אין ליישב אלא בהאי שינוייא בתרא דלא ניחא ליה למיקם בדינא ודיינא וכדכתבו התוס׳ בפרק חזקת (בבא בתרא דף מ״ז) בד״ה קבלן:

ו לוה שבאו לערער וכו׳. ברייתא שם (דף מ״ו): ומ״ש אפילו אם הקרקע שמעידין עליה בינונית וכו׳. כ״כ לשם התוס׳ בד״ה קבלן (דף מ״ז) וכ״כ לשם הרא״ש ואע״ג דביש לו זיבורית ובינונית ולא היה לו עדות בשעה שלוה יתן לו מן הזיבורית דבשלו הן שמין כדלקמן בסי׳ ק״ב מ״מ הכא יש לחוש דלמא קסבר דיתן לו בינונית ומשום הך חששא אזלינן לחומרא ופסול לעדות. ועי״ל דחיישי׳ שמא עשה קנוניא עם הלוה שיתן לו בינונית ולהכי איצטריך להך טעמא דמשום חילוף שבין בינונית לזיבורית וכו׳. והעיקר דהכא ה״ק אפילו היה לו עידית בשעה שלוה ותדע דהכי הוא דאם לא הי״ל עידית בשעה שלוה אמאי קרי לזו בינונית כיון דבשלו הן שמין א״כ עידית שלו הוא אלא בע״כ דהיה לו עידית בשעה שלוה ועיין רפ״ק דב״ק (דף ח׳): ומ״ש אבל אם הערב קבלן וכו׳ שם בברייתא (ד׳ מ״ז) לשון ב״י וכתבו התוס׳ קבלן א״ל אינו מעיד אע״ג דאית ליה ארעא אחריתי תימא דמאי נפקא ליה מינה דאי אתא מלוה וטריף את של קבלן אתא קבלן וטריף של לוה כיון דאית ליה ארעא אחריתי והעלו דה״ט משום דטריחא ליה מילתא למיקם בדינא ודיינא וכשיהיו ללוה קרקעות הרבה לא יגבה המלוה מן הקבלן הואיל ויכול לגבות מן הלוה בהרווחה א״נ ארעא אחריתי דכולה שמעתא כיוצא בו קאמר עכ״ל התוס׳ ובהגהות אשיר״י כתב תירוץ ראשון ולא חשש לתירוץ שני וזה דעת רבינו עכ״ל ב״י ונראה מדבריו דהאי א״נ הוא תירוץ לקושיית התוס׳ אקבלן דאינו מעיד דמנ״מ וכו׳. ולא ידעתי היאך היה הרב מפרש דבר זה לשום תירוץ על קושיא זו אבל הדבר פשוט דהאי א״נ לא קאי אלא על שאמרו התוס׳ בא״ד ולא הביאו ב״י וז״ל אבל מלוה מעיד ללוה בכל ענין אפילו אותה המעיד עליה היא בינונית ואחריתי זיבורית דמשום איחלופי בינונית לזיבורית לא יעיד שקר דמ״מ יש לו שוה בשוה א״נ וכו׳. דלשינוייא בתרא הא דמלוה מעיד ללוה אינו אלא היכא דשניהם שוין בבינונית או בזיבורית הא לאו הכי לא יעיד ודעת הרא״ש ורבינו כשינויי׳ קמא דלא חשדינן ליה להעיד שקר משום חילוף שבין בינונית לזיבורית וכו׳: ומ״ש ואפילו אם השדה שמעיד עליו עידית או זיבורית וכו׳ כ״כ גם הנ״י ומביאו ב״י:

ז לוקח ראשון מעיד ללוקח שני וכו׳ בברייתא הנזכרת סוף (דף מ״ו): ומ״ש שאפילו אם יטרפו ממנו וכו׳ פי׳ שאפילו אם יטרפו מלוקח ראשון השדה שקנה בטענה שהיא גזולה יש לו ללוקח ראשון לחזור על המוכר או על הלוקח שני וכדפירשו ר״י והרא״ש אבל אין לדחוק בלשון רבינו דר״ל כפי׳ רשב״ם וה״ק שאפילו אם יטרפו מלוקח שני בטענה שגזלה המוכר יש לו לב״ח של מוכר על מי לחזור דכיון דלא הזכיר רבינו ב״ח דמוכר בדבריו אין לפרש יש לו דקאמר דקאי אב״ח דמוכר ותו דבתחלת סימן זה וכן בסמוך אצל המוכר שדה לחבירו שלא באחריות מבואר מל׳ רבינו דדוקא לגבי עצמו

אמרי׳ שמא יעיד להעמידה בפני ב״ח כי אדם יודע כמה ב״ח יש לו. אבל אין לחוש שאדם יעיד לשקר לפי שחושש מחבירו שיש לו ב״ח הרבה דאינו חושש אלא מה שהוא יודע וכפר״י והרא״ש והגהות אשיר״י (דף קצ״ו ע״ד) והא דלא אמר אפילו אית ליה ארעא אחריתי יעיד שקר דחייש דלמא תכסיף ותשתדף כדחיישינן לקמן בסימן צ״ח כתבתי לשם וע״ש: ומ״ש וכן לוקח שני לא יעיד ללוקח ראשון אלא א״כ שתשאר ביד מוכר קרקע כדי חובו של לוקח ראשון יש להקשות דאף שאם תשאר קרקע ביד המוכר לא יעיד דחושש לוקח שני שמא יטרפו ממנו השדה שקנה ויהא לו על מי לחזור כי היכי דאמרי׳ לגבי לוקח ראשון. וי״ל דלוקח ראשון ודאי כיון שלא קנה השדה מתחלה אא״כ שיהא אחריות שלו קיים חיישינן שמא יעיד שקר כדי שיהא אחריות שלו קיים. אבל לוקח שני שבשעה שקנה השדה לא היה אחריות שלו קיים שהרי אפילו היה נשאר אז קרקע ביד המוכר לאו אחריות שלו הוא אלא אחריות של לוקח ראשון הלכך לא חיישינן שיעיד שקר כדי שתשאר לו גם כן שדה לאחריות שלו אצל המוכר:

ח ראובן שמכר שדה לשמעון וכו׳. שם סוף (דף מ״ד וד׳ מ״ה) כל הסוגיא: ומ״ש אפי׳ מכרה שלא באחריות וכו׳ פי׳ אע״פ דאחריות דעלמא שזה המערער טוען שגזלה ממנו ראובן לא קיבל עליה אבל ודאי דאחריות דמחמתיה קיבל עליה דהשתא אם יזכה המערער לאו עליה הדר דהא לא קיבל עליה אחריות דעלמא ואי משום דמעמידה בפני ב״ח שלא יהא לוה רשע ולא ישלם לגבי שמעון הלוקח נמי הו״ל לוה רשע כיון דקיבל עליו אחריות דמחמתיה ואפ״ה אינו יכול להעיד דאכתי נוגע בעדותו הוא דקא ניחא ליה דלא לקריוה גזלנא והאי סברא אשכחן לגבי מילתא אחריתי בפרק קמא דמציעא סוף (דף ט״ו) ובאיזהו נשך (דף ע״ב) ע״ש. מיהו בסמוך יתבאר בדברי רבינו על שם הרמב״ן דלא סבירא ליה למימר דמהאי טעמא הוה ליה נוגע בעדות: ומ״ש אע״פ שמכרה לו שלא באחריות ושמעון מכיר וכו׳. פי׳ אף ע״פ שמכרה לו שלא באחריות כלל לא דעלמא ולא דמחמתיה או שמכרה לו באחריות דעלמא אבל דמחמתיה לא קיבל עליה אלא דשמעון מכיר וכו׳ דהשתא אפילו אם יוציאנו לוי מידו אינו חוזר על ראובן אע״פ שקיבל עליו אחריות דעלמא דהלכתא כאמימר בפרק חזקת (בבא בתרא דף מ״ה) וכדלקמן בסימן רכ״ה ורמב״ם בפרק י״ט מה׳ מכירה והרב המגיד כתב לשם להדיא דאע״פ שהיה הטורף ישראל אם טרף שלא כדין אינו חייב לו דלעולם אינו חייב באחריות אלא כשנטרפה ממנו בדין ובמקצת נוסחאות בספרי רבינו גורסים אע״פ שמכרה לו שלא באחריות ושמעון מכיר וכו׳. וכך היתה הנוסחא לפני הרב ב״י וכתב דמש״ה מפרש לה במכיר בה כי היכי דלא נימא דיעיד שקר דלא ניחא ליה דליהוי תרעומות עליה. ולא נהירא דאע״פ דכך פי׳ התוס׳ לחד שינוייא בפרק חזקת (בבא בתרא דף מ״ג) בד״ה מפני מ״מ בדברי רבינו אי אפשר לפרש כך דא״כ אצל פרה וטלית דמעיד לו עליה אפילו אינו מכיר קשיא אמאי לא חיישינן להאי דיעיד דלא ניחא ליה דליהוי תרעומות עליה אלא ודאי דסבירא ליה לרבינו כשינויא קמא דתוס׳ לשם דאין נפסל בשביל כך לעדות. וכן פסק בהגהת אשיר״י. ומהרש״ל היתה לפניו ג״כ נוסחא זו וכתב דהא דבעינן ושמעון מכיר הוא לפי דעת הרמב״ם שכתב רבינו בסמוך דהלכתא כרב פפא במוכר דבר שאינו שלו אפילו שלא באחריות חוזר עליו ואליביה צ״ל דהא דקאמר דלא יעיד מפני שרוצה להעמידה בפני ב״ח ולא קאמר משום דחוזר עליו משום דמיירי במכיר בה וכו׳ עכ״ד. ויש לתמוה הרבה מדבריו דהיאך אפשר לפרש שרבינו יסתום דבריו אליביה דרב פפא ואח״כ יפסוק דלא כוותיה אבל האמת יורה דרכו דנסחא מוטעת נזדמנה לפניהם:

ט מכר לו ראובן פרה או טלית וכו׳. ברייתא ואוקימתא דגמרא לשם (דף מ״ג ודף מ״ד): ומ״ש בטענה שקנאה מגזלן וכו׳ פי׳ אבל לא בטענה דראובן עצמו גזלה דא״כ הו״ל ראובן נוגע בעדות דניחא ליה דלא לקריוה גזלנא כדלעיל ועיין בסמוך דהרמב״ן לא ס״ל הכי: כתב הרמב״ם שאין מעיד לו עליה אא״כ הודה וכו׳ ונראה לפ״ז אפילו מכרה לו באחריות נמי יכול להעיד דכיון שמכיר בה אינו חייב לשלם והכי מוכח להדיא ברמב״ם פי״ו מהלכות עדות. יראה שפוסק כרב פפא וכו׳. מדברי רבינו מבואר דמפרש דברי הרמב״ם במכר לו פרה וטלית והתנה בפירוש שאין עליו אחריות א״ה אין מעיד לו עליה אא״כ במכיר בה שהיא בת חמורו והיינו כרב פפא ודלא כרב זביד וכך הבינו הגהת מיימוני פט״ז מה״ע והרב ב״י כתב דא״א לומר כן שהרי הרמב״ם בפי״ט מה׳ מכירה פסק כרב זביד ולכן פי׳ דהרמב״ם בפט״ז מה״ע לא קאמר בהתנה בפי׳ שלא באחריות אלא במוכר סתם ואפילו בפרה וטלית במוכר סתם אי נמצאת שאינו שלו קי״ל דחייב באחריות וחוזר עליו ורב זביד נמי מודה דבמוכר סתם אין מעיד לו אלא א״כ במכיר בה שהיא בת חמורו ע״כ תורף דבריו. ולפע״ד דוחק גדול הוא לפרש כך דברי הרמב״ם דאם כן לא איצטריך לן לאפלוגי בברייתא בין שדה לפרה וטלית דבין שדה ובין פרה וטלית כל היכא דהתנה עמו בפירוש שלא באחריות אפילו אינו מכיר בה שהיא של מוכר והמערער מוציאו מיד הלוקח אינו חוזר עליו ואם לא התנה עמו בפי׳ אלא מכרה סתם בין שדה ובין פרה וטלית חייב באחריותן אם הוציאה המערער אלא א״כ בהכיר בה שהיא של מוכר שזה אונס הוא ואין המוכר חייב באחריות אונס כמ״ש הרמב״ם בביאור בפי״ט מה״מ וכן כל היכא דליכא למיחש דמעמידה בפני ב״ח כגון דקיבל עליה אחריות דמחמתיה אפי׳ בשדה מעיד לו עליה וה״ה איפכא דהיכא דאיכא למיחש דמעמידה בפני ב״ח אפילו פרה וטלית כגון דאית ליה קרקע נמי לא יעיד עליה. ולפיכך נראה ודאי כדברי רבינו והגהת מיימוני דהרמב״ם בפרה וטלית נמי מיירי דהתנה בפירוש שאין עליו אחריות והא ודאי דהרמב״ם פוסק כרב זביד כמבואר בפי״ט מה׳ מכירה וכדכתב ב״י ודלא כמה שעלה על דעת רבינו והגהת מיימוני דפוסק כרב פפא ואולי כך היתה נוסחאתם

בספרי הרמב״ם כי בספרים שלנו לא נמצא לשון זה היה צריך לשלם לו וכו׳ או אולי לשון זה הוא מדברי רבינו שהיה מפרש כך דברי הרמב״ם לא לשון הרמב״ם עצמו כי הלא זה לשונו בפי״ו מה״ע בד״א בשהיה שמעון מודה שזו הפרה והטלית הם ראובן המוכר בודאי והוא יודע שבאמת הן שלו אבל אם לא הודה שמעון אין ראובן מעיד לאבד זכות יהודה שאם תצא מתחת ידי שמעון יחזור שמעון ויתבע ראובן דמים ויאמר לו מכרת לי דבר שאינו שלך שהרי באו עדים ואמרו שהן של יהודה וכו׳. ולפי לשון זה נראה מבואר כוונת הרב דאע״פ דלא יפסיד ראובן בדין כלום דאפילו נמצאת שאינו שלו אינו חוזר עליו כיון שמכר לו שלא באחריות וכדרב זביד אפי׳ הכי לא יעיד דלא ניחא ליה לראובן למיקם בדינא ודיינא ודליהוי ליה לשמעון תרעומות עליה באפי בי דינא לתובעו ולומר לו מכרת לי דבר שאינו שלך שהרי באו עדים וכו׳ וכדפי׳ לעיל גבי מלוה וערב וקבלן ויש קצת ראיה לפרש כך מדפריך בגמרא מדרב פפא דקאמר אפילו מכרה שלא באחריות אם נמצאת שאינו שלו חוזר עליו דמאי קושיא דאדמותבית ליה מדרב פפא ליסתייע ליה מדרב זביד ואי ס״ל לתלמודא דהלכתא כרב פפא א״כ קשה אמאי פסק הרי״ף והרא״ש והרמב״ם כרב זביד אלא ודאי אע״ג דהלכה כרב זביד מ״מ לגבי עדות פריך תלמודא אמאי יעיד ולא יהיה נוגע בעדות דכיון דאיכא רב פפא דקאמר בנמצאת שאינו שלו חוזר עליו אפילו מכרה לו שלא באחריות א״כ ודאי לא ניחא ליה למיקם בדינא ודיינא ויתרעם עליו בפני ב״ד שמכר לו דבר שאינו שלו. ופריקו הב״ע במכיר בה שהיא בת חמורו פי׳ אפילו רב זביד נמי מודה דלענין עדות הוי נוגע בעדות היכא דלא הכיר בה שהיא בת חמורו אבל בעיקר פלוגתייהו לענין תשלומין פסקו הגאונים כדרב זביד ויתיישב הכל בלי שום דוחק: והרמב״ן כתב הא דמעיד וכו׳ פי׳ הא דמעיד אפילו טוען שראובן המוכר גזלה בעצמו דוקא היכא דלית בה תקנת השוק כגון שגנב או גזל ומכרה לזה בכך וכך בעד חובו והקפתו והתנה עמו שלא יהא עליו אחריות התם לא הוי נוגע בעדות דקי״ל גנב ופרע בחובו גנב ופרע בהקפתו לית בהו משום תקנת השוק דהשתא אי מערער זכה וכו׳ א״נ כשהמערער טוען שלי הוא וכו׳ פי׳ שטוען על שמעון הלוקח זה הכלי שלי הוא ואתה בעצמך גנבתו מידי וראובן המוכר מעיד ללוקח ואומר אני מכרתיו לו ואינו שלך ולא גנבו מינך דהשתא אפילו אית בהו תקנת השוק אם יזכה המערער אין משלם כלום ללוקח שהרי הוא מוציא מידו בעדים שקרים לומר שהוא בעצמו גנבו א״נ טוען שלקחה מגזלן דבכל הני ליכא תקנת השוק אבל אם טוען שהמוכר גזלה ומכרה לו בדמים דאית בהו תקנת השוק שהרי המערער כשבא להוציאה מיד הלוקח וכו׳ ודאי נוגע בעדות הוא. ומאי דקשה הלא בטוען שהמוכר גזלה בלאו האי טעמא נוגע בעדות הוא כי היכי דלא ליקריוה גזלנא צ״ל דהרמב״ן לא סבירא ליה דבשביל כך יהא נפסל לעדות וכדכתבו התוס׳ לחד שינוייא דבשביל דלא ניחא דליהוי עליה תרעומות אינו נפסל לעדות מיהו רבינו חולק עליו דמדכתבה לעיל בסתם אלמא דסבירא ליה דדבר פשוט הוא דבשביל כך נפסל לעדות. ואיכא נפקותא רבה דלהרמב״ן היכא דקיבל עליה אחריות דמחמתיה ולא קיבל עליו אחריות דעלמא מעיד ולרבינו אינו מעיד כדלעיל: ומ״ש בשם הר״ר יונה שא״צ להעיד שלא נפרד ממנו וכו׳. כתב בספר בדק הבית והאידנא שפשט המנהג שאין ב״ח טורף מטלטלין שמכר הלוה אפילו שיעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי דקנאי ודאקנה ע״פ תשובת הרא״ש שכתב רבינו בסימן ס׳ אפילו ידענו שיש לו קרקע וששיעבד לו מטלטלין אגבו דקנאי ודאקנה כיון שמכרה לו שלא באחריות מעיד לו עליהם ע״כ לשונו:

י ראובן שגזל שדה או טלית משמעון עד אפילו וכו׳ נתייאש קודם שמכרה ברייתא ואוקימתא דגמרא שם (דף מ״ג) והב״י תמה על רבינו שכתב כפי׳ רשב״ם בפרק חזקת דייאוש ושינוי רשות לא מהני בקרקע דקרקע אינה נגזלת דהלא התוס׳ בשם ר״י חלקו על פירושו וס״ל דאע״ג דהקרקע אינה נגזלת מ״מ מהני בה ייאוש והרא״ש נמי לא כתב אלא דברי התוס׳. ולפע״ד יראה דבהאי דינא הכריע רבינו דלא כתב והרא״ש בפרק חזקת אלא כפי׳ רש״י והתוס׳ בר״פ לולב הגזול (סוכה ד׳ ל׳) בד״ה וקרקע אינה נגזלת דמסקנתם דלעולם היא בחזקת בעלים ואינה קנוייה לגזלן בשום ייאוש דמקראי נפקא לן בהגוזל בתרא סוף (ד׳ קיז) דתנן התם גזל שדה ושטפה נהר א״ל הרי שלך לפניך ובגמרא מוקי לה כרבנן דר״א דדרשי כלל ופרט וכלל וממעט קרא קרקעות ושטרות משבועה ומהשבון דקרקע אינה נגזלת וכדפסק הרמב״ם בספ״ח דה׳ גזילה וכן פסק הסמ״ג עשה ע״ג (דף קנ״ב) ע״א וכ״כ רבינו לקמן בסי׳ שע״א. ומ״ש הרב המגיד וז״ל וכן קרקע אינה נגזלת לעולם לגזלן וכו׳ כרבנן דהגוזל עצים עכ״ל נראה דט״ס הוא וצ״ל כרבנן דהגוזל בתרא והיינו רבנן דר״א שהבאתי עיין שם. והכי נקטינן וכדפסק האגודה והגהת אשיר״י ריש פרק לולב הגזול ודלא כדפסק האגודה בפרק חזקת דנמשך לשם אחר דברי התוס׳ ואין הלכה כן:

יא אבל אם מכר הטלית הגזולה ליהודה ובא לוי לערער אם מת ראובן ושמעינן ליה לנגזל דאייאש קודם שנמכר וכו׳. כ״כ רבינו על פי דעת הרא״ש שהסכים עמו לקמן בסימן שנ״ג ושס״א דבעינן דוקא יאוש קודם שינוי רשות דלא כהרמב״ם דאף שינוי רשות ואח״כ יאוש נמי קונה ע״ש: ומ״ש יכול להעיד וכו׳. בפרק חזקת (מ״ד) פי׳ רשב״ם הא דמעיד לו עליה דוקא כשמכר ראובן הגזלן ללוי שלא באחריות ופירשו התוס׳ דפירש כן משום דאי באחריות הוי שמעון נוגע בעדות דאע״ג דהוי יאוש ושינוי רשות מפיק לה שמעון מלוי כיון דאין שום הפסד ללוי שיחזור על ראובן עכ״ל ויש לתמוה שלא נזכר זה בדברי הפוסקים: ומ״ש ואם תבוא לידי לוי לא יתחייב לו כלום. פי׳ דאע״פ שיש לו לשמעון עדי גזילה שגזלה ממנו ראובן מ״מ לא יתחייב לו ראובן בדמיה כיון דאית ליה סהדי ללוי דשל אבותיו היתה מעולם דמצי ראובן למימר דלאו דידך שקלתי אלא של לוי שהיה בידך ואפי׳ יש

לו לשמעון ג״כ עדים דשל אבותיו היתה מעולם מ״מ כיון דאית ליה סהדי למר ואית ליה סהדי למר פרה וטלית היכא דקיימא תיקום ואפילו יש לו לשמעון עדים דאבותיו קנאוה מאבותיו של לוי אפ״ה לא יהא זוכה בדין כנגד לוי דמצי למיטען מינך זבנתיה דמטלטלין אין להם חזקה. מיהו קצת קשה בלאו האי טעמא דאם תבוא ליד לוי לא יתחייב לו כלום נמי לא יעיד דאפי׳ את״ל דגם לוי יתחייב בדין להחזיר מ״מ אינה חוזרת לשמעון אלא ללוקח שקנאה תחילה ביאוש ושינוי רשות אבל לוי לא קנאה ביאוש ושינוי רשות דלא הוי יאוש ושינוי רשות אלא ע״י מכר או מתנה כדלקמן בסימן שס״א והשתא כיון דלאחר שתבוא ליד לוי ושמעון ידון עם לוי ויצא הדין שאינה של לוי אלא של שמעון אין הפרה והטלית חוזרת אלא ללוקח שקנאה ביאוש ושינוי רשות ויצטרך שמעון לחזור ולדון עם ראובן להחזיר לו דמיה א״כ נוגע בעדות הוא דניחא ליה שתשאר ביד הלוקח מתחילה כדי שלא יצטרך למיקם תרתי זימני בדינא ודייני תחילה עם לוי ואח״כ עם ראובן ותו כיון דעל כ״פ יצטרך שמעון לדון עם לוי איכא למימר דנוגע בעדות הוא מטעם הראשון נוח לי והשני קשה לי וי״ל דניחא ליה לרבינו למימר האי טעמא דאם תבוא ליד לוי לא יתחייב לו כלום דהוא טעם פשוט יותר וגם רשב״ם בפירושו לא נקט אלא האי טעמא:

יב בני העיר וכו׳ כגון מרחץ או רחוב של העיר וכו׳ ואם באים להעיד על ס״ת וכו׳. גם הרמב״ם ריש פט״ו כתב כסדר הזה תחילה מרחץ או רחוב של עיר ואח״כ ס״ת וכ״כ הסמ״ג לאוין סוף סימן רט״ו תחילה כתב כגון המעיין והמרחץ ואח״כ ס״ת ונראה דס״ל דמעיין ומרחץ ורחוב של עיר פשוט טפי דאין יכולין להעיד עליו דמן הסתם אי אפשר לבני העיר להסתלק מהם אפילו יש להם מעיין ומרחץ ורחוב אחר משא״כ ס״ת דמסתמא איכא כמה ס״ת בעיר. ותו כיון דמצות לאו ליהנות ניתנו אין בשמיעה זו הנאה וכבר כתב גם הב״י מזה. מיהו יש לתמוה דלא אשכחן בתלמודא דנקט מעיין ומרחץ ורחוב אלא ס״ת בלחוד ואולי בתוספתא תני להו:

יד אפילו אמרו שנים מבני העיר אנו ניתן הדבר הקצוב וכו׳. ע״ל בסי׳ ז׳ סי״ו:

סימן לח

א שני עדים שהעידו וכו׳. פ׳ כל הנשבעים וע״ל סי׳ ל״א: ומ״ש אבל אם באו האחרונים והזימום וכו׳. כל הסוגיא רפ״ק דמכות משנה וגמרא וע״ש:

ד ומ״ש ומה שמתחייבין הניזמין אינו אלא קנס לפיכך אין משלמין ע״פ עצמן וכו׳. רפ״ק דמכות ת״ר ד׳ דברים נאמרו בעדים זוממין וכו׳ משום ר״ע אמרו אף אין משלמין ע״פ עצמן ומפרש בגמרא מ״ט דר״ע קסבר קנסא הוא וקנס אין משלמין ע״פ עצמן ופי׳ רש״י דאם הוזמו בב״ד וברחו ובאו בב״ד אחר והודו שהוזמו בב״ד פלוני ותו איתא התם א״ר יהודא אמר רב עד זומם משלם לפי חלקו ומוקי לה רבא באומר עדות שקר העדתי ופריך כל כמיניה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ופריק אלא באומר העדנו והוזמנו בב״ד פלוני כמאן דלא כר״ע דאי כר״ע הא אמר אף אינו משלם ע״פ עצמו אלא באומר העדנו והוזמנו בב״ד פלוני וחוייבנו ממון סד״א כיון דלחבריה לא מצי מחייב ליה איהו נמי לא מיחייב קמ״ל משמע מדקמתמיה כמאן דלא כר״ע אלמא הלכתא כר״ע כ״כ ב״י ולי נראה עיקר דמדהקשה סתמא תלמודא רפ״ק דב״ק (תחילת דף ה׳) עדים זוממין דממונא הוא ליתני ופריק ס״ל כר״ע דאמר אין משלמין ע״פ עצמן אלמא דהל׳ כר״ע ויש להקשות לרבא דמוקי לה באומר עדות שקר העדתי א״כ מאי עד זומם דקאמר רב וצריך לומר דלאו דוקא קאמר עד זומם דאפילו לא הוזם כל עיקר אלא ר״ל שאמר עדות שקר העדתי חייב לשלם לפי חלקו מדינא דגרמי דהלכה כר״מ דדאין דינא דגרמי אבל התוס׳ פי׳ דעד זומם דוקא קאמר ורצונם לומר דלאחר שאמר עדות שקר העדתי שוב הוזם ע״ש ומ״מ אף לדברי התוס׳ למאי דפריך כל כמיניה וכו׳ קיי״ל במסקנא דבאומר עדות שקר העדתי כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ולא מצי סתר את דבריו:

ה ויש להקשות על מ״ש רבינו בשם ר״ח דהא תלמוד ערוך הוא וכך הקשה ב״י. ולפעד״נ דעיקר חידושיה דר״ח דאין משלמין ע״פ עצמן והוא דלכאורה הוה משמע מדפריך תלמודא אאוקימתא דרבא כל כמיניה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ולא פריך נמי אמאי משלם ע״פ עצמו כדפריך בתר הכי כמאן דלא כר״ע אלמא דבאומר עדות שקר העדתי ודאי משלם ע״פ עצמו היכא דיש לו דבדיבוריה קא אזיק ליה וחייב מדינא דגרמי ולא פריך אלא כל כמיניה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והיכא דאין לו לשלם עדות נכונה חשבינן ליה ולזה בא ר״ח לבאר דלאו הכי הוא פירושא דשמעתא דפשיטא דאינו משלם ע״פ עצמו אפילו היכא דיש לו ותלמודא דקאמר כל כמיניה וכו׳ לא מיבעיא קאמר ל״מ דקשה אמאי דקאמר משלם לפי חלקו הלא אינו משלם [ע״פ] עצמו דהא פשיטא הוא אלא אפילו העדות שהעידו נכונה חשבינן ליה דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והשתא עיקר חידושיה דר״ח אינו אלא תחילת דבריו דאינן משלמין ע״פ עצמן וסוף דבריו אף על פי דתלמוד ערוך הוא לא בא אלא לפרש דברי המקשה דבלשון לא מיבעיא קאמר. מיהו אכתי קשה על מ״ש רבינו בסימן מ״ו סל״ד ע״ש הרא״ש בתשובה דעדים שחתמו שקר דצריכין לשלם מדינא דגרמי ויראה דס״ל לרבינו לחלק דבחתמו על שטר היכא דנתקיימה חתימתן וברי היזקא חייבין מדינא דגרמי וכדכתב הרא״ש בתשובה טעם זה להדיא כלל נ״ח סי׳ ו׳ ע״ש אבל

בעדות ע״פ דלא ברי היזקא דמצי למיטען אחר כך פרעתי ושאר טענות וערעורים לפטור עצמו מתשלומין התם לא הוי בכלל דינא דגרמי אלא בכלל גרמא בניזקין ומש״ה ניחא דכתב רבינו הכא דברי ר״ח לגבי עדות בע״פ גבי הזמה ודברי הרא״ש בסי׳ מ״ו לגבי שטרות אכן ה״ר ירוחם נ״ב ח״ו כתב דאפילו בעדות בע״פ נמי חייב מדינא דגרמי כמו שהעתיק ב״י וס״ל דפירושא דשמעתתא כהאי פירושא דכתיבנא דדחי ליה ר״ח אבל דעת רבינו אינו כן. ואיכא למידק למאי דמשני תלמודא אלא באומר העדנו והוזמנו בב״ד פלוני דאכתי ק׳ כל כמיניה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ונראה דדוקא באומר עדות שקר העדתי דמשים עצמו רשע התם הוא דפרכינן כל כמיניה כיון שהגיד כו׳ אבל באומר העדנו והוזמנו בב״ד פלוני דלא משים עצמו רשע דאומר אמת העדתי אלא דהוזמנו לא קשיא כל עיקר כל כמיניה ולהכי לא פריך אהא אוקימתא אלא כמאן דלא כר״ע ולפי זה אע״ג דכתב רבינו באומר העדנו והוזמנו בב״ד פלוני אינן משלמין ע״פ עצמן מ״מ ודאי עדותן בטלה דאין כאן מקום לומר כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כדפי׳ כיון דלא משים עצמו רשע:

ז ומה יש בין הכחשה להזמה וכו׳. פ״ק דמכות ובדוכתי טובא: ומ״ש ומפני זה האחרונים נאמנין כיון שמעידין על גופן של העדים והוי כאילו העידו עליהם שהרגו הנפש או שחללו שבת והם אינן נאמנים על עצמן לומר לא עשינו כך וכך ואפי׳ היו וכו׳ כצ״ל ובדפוסים נדפס בהיפך והוא טעות:

יד אין העדים זוממין לוקין וכו׳ עד אף על פי שכל העדות בטלה. פי׳ מאחר ששתי הכתות באו להעיד כאחד אע״פ שהיה הפסק בין כת לכת הרי הן ככת אחת לענין שאם בטלה עדות הכת האחת בטלה ג״כ עדות הכת השנייה אלא דאין נענשין אלא אותה הכת שהוזמו וכ״כ הרמב״ם בפרק עשרים מה״ע וז״ל והשנים שהוזמו נענשין והשנים אחרים שהיה בין דבריהם ודברי הראשונים הפסק אין נענשין ואע״פ שבטלה העדות כולה מפני שהן כת אחת הואיל ונפסלה מקצתה נפסלה כולה עכ״ל איברא דהראב״ד נחלק ע״ז בהשגותיו וז״ל איני יודע מהו כי מאחר שלא באו תוך כדי דיבור ונחשבו שתי כתות לענין הזמה למה תיבטל עדות הכת אחרונה ויהרג הרוצח עכ״ל אכן איפשר ליישב ע״פ דברי התוס׳ פ״ק דמכות (דף ו׳) בד״ה אמר רבא שכתבו וז״ל דבדין עדים זוממין דוקא אם העידו מקצתן אחר כ״ד הו״ל שתי כתות ולא בעינן עד שיוזמו כו׳ אבל לענין נמצא אחד מהן קרוב ופסול אף אם נמצא בהני שהעידו לאחר כ״ד עדותן בטלה והיינו טעמא דלגבי קרוב או פסול חשיב כחד עדות אפילו כשהעידו לאחר כ״ד משום שהם אומרים אמת וא״כ עדותם התחיל מראייה שלהם וראייה שלהם היתה בבת אחת עם הכשרים אבל בעדים זוממין שאינם אומרים אמת א״כ לא באה עדותן עד שיעידו בב״ד וכיון דלא העידו בבת אחת רק לאחר כ״ד לא חשבינן כחד עדות עכ״ל לפי זה נראה דאע״ג דכשיש ביניהם הפסק אינן כת אח׳ לענין עונש הזמה והראשונים בלבד נענשין מ״מ כיון שהוזמו מקצתם הוה ליה נמצא אחד מהן פסול דעדותן בטלה דחשוב כחד עדות אפי׳ העידו לאחר כ״ד ואע״ג דאותן שהוזמו אינן אומרים אמת ולא נצטרפו עד שיעידו בב״ד האי טעמא לא מהני אלא לגבי עונש הזמה אבל לענין שיהא עדותן בטלה כיון שאפי׳ אותן שהוזמו אומרין אמת העדנו אלא שהוזמנו הו״ל שפיר צירוף ועדותן בטלה כיון דלפי דבריהם נצטרפו בשעת ראייה וה״ל חד עדות ועכשיו שהוזמו הו״ל נמצא ביניהם פסול ודוק. אכן מפירש״י משמע דאף בדין קרוב ופסול אם העידו לאחר כ״ד לא הוה צירוף וכ״נ להדיא מדברי הסמ״ג בלאוין רי״ג שלאחר שהביא ג״כ הך דנמצא ביניהם קרוב או פסול הביא עליה הא דרבא והוא שיעיד כ״א בתוך כ״ד של חבירו וכך הבינו ממנו בהגהת מיימוני פ״ה דה״ע. אכן מסקנתו דבגמרא משמע להדיא כדברי הרמב״ם וכדעת התוס׳ ורבינו והכי עיקר: וכתב ה״ר ישעיה וכו׳. נראה דה״ר ישעיה תופס פירש״י דאע״פ דפשוטה של שמועה משמע דרבא דמצריך שיעידו כל אחד בתוך כדי דיבור של חבירו אדין הזמה קאי לאו דוקא בדין הזמה אלא ה״ה בדין נמצא ביניהם קרוב או פסול ודקאמר רבא נמי דקאמרינן להו למיחזי אתיתו או לאסהודי אתיתו לאו דוקא בדין נמצא ביניהם קרוב או פסול אלא ה״ה בדין הזמה אמרינן להו למיחזי אתיתו השתא או לאסהודי אתיתו השתא ואי אמרי להעיד כיוננו כבר נעשין אגודה אחת עכשיו בבואם יחד לב״ד להעיד ואפי׳ העידו לאחר כ״ד בעינן שיזומו כולם: ומ״ש ובלבד שיראו כולם כאחד אינו חוזר אלא אדין נמצא ביניהם קרוב או פסול דאין עדותן בטלה אא״כ דאיכא תרתי בעינן דנעשו אגודה אחת כשבאו להעיד דהיינו שכל אחד העיד בתוך כ״ד של חבירו או ע״י התראת הדיין לומר להם למיחזי אתיתו השתא או לאסהודי אתיתו השתא ואמרו להעיד כיוננו השתא וגם בעינן דמתחלה נצטרפו בשעת ראייה שראו כאחד עדותן אבל בדין הזמה ודאי דבנצטרפו בשעת הגדה סגי דהזמה בהגדה תליא לד״ה ודו״ק:

טז ומ״ש אז שוה יותר. פי׳ הביני ביני שוה יותר וק״ל:

יז העידו בא׳ שחייב לחבירו מנה וכו׳. משנה שם ומשמע מכאן דאע״פ דראובן דקבע זמן לשמעון פרעו ועבר הזמן אינו חייב לשלם לו כל מה שהיה שמעון מרויח במעות אלו אם היה פורע לו בזמנו דשאני עדים זוממין דכתיב כאשר זמם אבל בעלמא הוי אגר נטר מ״מ עבירה היא בידו ובכלל גזל את חבירו הוי דאפסדיה ממון בגרמתו:

סימן לט

א המלוה את חבירו בעדים וכו׳. משנה בסוף בתרא ופירוש רשב״ם משועבדים מכורים משמע להדיא דלא כפי׳ ב״י משועבדים לב״ח אלא כי היכי דב״ח רצונו לומר שלא מכרם ה״נ משועבדים שמכרם והיינו משועבדים ללוקח:

ב ואם נתן לו כתב ידו וכו׳. ג״ז משנה שם:

ג ומ״ש אפי׳ לא כתב בו אחריות וכו׳. הכי אסיקנא פ״ק דמציעא (דף י״ד):

ד ומ״ש לפיכך אע״פ שראו העדים וכו׳. בפ׳ חזקת (בבא בתרא דף מ׳) מימרא דרב נחמן הודאה בפני ב׳ וצריך לומר כתובו קנין בפני ב׳ ואין צריך לומר כתובו ובפ׳ זה בורר (סנהדרין דף כ״ט) איתא דבדלא קנו מידו צריך לומר כתובו וחתומו והבו ליה וז״ש רבי׳ דבלא קנין צ״ל כתבו וחתמו ותנו אבל לא הצריך לאמלוכי ביה דלא אמרו כך בפרק אע״פ אלא גבי מוסיף כתובה לאשתו דהו״ל מתנה וה״ה בשאר מתנה אבל בהודאות והלואות לא צריך לחזור ולאמלוכי ביה אחר שחתמו בשטר וכך הוא דעת הראב״ד דלא כהרמב״ם פי״א ממלוה וע׳ בב״י. ונראה דהאי לפיכך אינו מקושר עם מאי דסמיך ליה ולומר דמשום קפידא דאחריות לא יכתוב לו שטר ולפ״ז אם יכתוב בפירוש שלא באחריות יכולין לכתוב הא ליתא דא״כ למה כתב רבינו שאולי אינו רוצה שיהא לו שטר עליו תיפוק ליה משום דע״י השטר שנכתב בסתמא יטרוף ממשועבדים שלא כדין אלא ודאי דה״ק אפי׳ יכתוב לו בפי׳ שלא באחריות נמי לא יכתבו שאולי אינו רוצה שיהא לו שטר עליו דזיילי נכסיה והאי לפיכך דקאמר רבינו ה״ק מאחר דאין דין מלוה ע״פ כדין מלוה בשטר לגבי דין משועבדים לפיכך נמשכו מזה ארבעה חילוקי דינים הא׳ בלא קנין כשראו העדים ההלואה לא יכתבו לו שטר כלל משום דזיילי נכסיה וכדפרישית ב׳ על ידי קנין יכתבו שטר מן הסתם ג׳ אם הלוה מוחה לא יכתבו אפילו ע״י קנין ד׳ אם הלוה מוחה צריך להחזיר מעותיו כי ודאי לא הלוה וכו׳ אבל אי הוה אמרי׳ במלוה בשטר נמי אינו גובה ממשועבדים לא היה כאן כ״א ג׳ דינים דאפי׳ היה הלוה מוחה לא היה צריך להחזיר מעותיו דכיון שלא נשתעבד בפירוש בשעת קנין דיכתבו לו שטר יכול לוה למחות בשטר דלא ניחא ליה דליפשו שטרא עילויה דזיילי נכסיה וכיון דאין למלוה הפסד דבין כך ובין כך אינו טורף ממשועבדים וליכא למיחש שמא יטעון הלוה להד״ם או פרעתי דכיון דהאמינו למלוה בפניהם הם כותבין להם זכרון עדות שנעשה בפניהם א״כ אין שומעין למלוה להחזיר לו מעותיו. וכתב בהגהת אשיר״י פרק ז״ב הודה בפני שנים וקנו מידו כותבין פי׳ ריב״ן שקנו מידו שיתן לו חובו עד זמן פ׳ ופ׳ אבל אם אמר כך בסתם הילך סודר הנני מודה לך בקנין בפני עדים שאני חייב לך לא ידענא על מה יחול הקנין הואיל ואין מקנה לו עתה שום דבר ואינו מתחייב בזה הקנין יותר ממה שהיה חייב לו בראשונה אינו אלא קנין דברים בעלמא אם לא נאמר דאהני קנין שלא יוכל לומר פרעתי בפני פ׳ ופ׳ והלכו למ״ה עכ״ל. ונראה דמיירי שכבר הלוה לו בפני שנים וא״כ כבר נשתעבדו לו נכסיו דס״ל לריב״ן כדעת התוס׳ דקיי״ל כעולא (סוף בתרא) דשיעבודא דאורייתא כדכתב רבינו סוף סי׳ פ״ח א״כ אין מתחייב בזה הקנין יותר ממה שהיה חייב לו בראשונה ודאי אם קנו מידו שיתן לו חובו לזמן פ׳ הרי מתחייב לו בקנין שנשתעבדו לו נכסיו למכרם בזמן פ׳ אם לא ישלם אבל עכשיו אינו אלא קנין דברים ולפיכך אפילו קנו מידו אין כותבין ואם עברו וכתבו אין לו דין שטר אלא מלוה ע״פ דחתימה שלא כדין לית ליה קלא כדכתב הרשב״א ומביאו ב״י מחס״ג זו היא דעת ריב״ן והרב בספר בדק הבית הקשה עליו וז״ל ואין דבריו נ״ל דכיון שמודה שחייב לחבירו מנה נכסיו משועבדים ונוטל קנין על שיעבוד נכסיו שמקנה לו נכסיו לשעבדם עכ״ל ולמאי שכתבתי ל״ק ולא מידי ותו דהלא במסקנת דבריו כתב דהקנין מועיל שלא יוכל לומר פרעתי בפני פ׳ ופ׳ והלכו להם למ״ה וא״כ אינו קנין דברים וכותבים אפי׳ לא א״ל כתובו והכי נקטינן ועיין במ״ש למעלה בזה סימן י״ב ס״ט. כתב רבינו בסי׳ רל״ח ס״ב ע״ש הרמב״ן דלא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד אלא בפניו וכתב ב״י ומשמע שה״ה לענין הלואה עכ״ל וכ״כ נ״י בפ׳ גט פשוט בשם הרמב״ן דה״ה להלואה אבל כתב דהרשב״א והרמ״ה חולקין דאפי׳ שלא בפניו נמי בקנו מידו סתם כותבין ומביאו ב״י מחס״ו וכך נראה דעת רבינו כאן בסעיף י״ז י״ח דבכותבין שלא בפני המלוה אם אמר קנו ממני וכתבו לו שטר או אפי׳ כתבו סתם הרי אלו כותבין ונותנים וכו׳ ואיכא לתמוה דא״כ לא הו״ל להביא דברי רמב״ן בסימן רל״ח בסתם כיון דלא ס״ל כמותו ודוחק לומר דמחלק בין הלואה למכירה דמאי שנא וצ״ע. ועיין במ״ש בסמוך סעיף י״ז י״ח לתרץ זה:

ה אבל אם לקח לו בקנין כותבים לו סתמא וכו׳. פי׳ אפילו לא אמר כתבו וחתמו והבו ליה וכ״כ התוס׳ בפרק זה בורר (סנהדרין דף כ״ט) ומביאו ב״י: ומ״ש אפי׳ שנשתהא זמן מרובה וכו׳. כ״כ הרא״ש בפ״ב דכתובות דיש לסמוך על דברי רבינו האי גאון בזה ואין לחוש לפרעון דכיון דקנין לכתיבה עומד חשוב כאילו כתב עליה שטר ולא הו״ל לפרוע עד שיתן לו שובר א״נ אי איתא דפרע הו״ל לאודועי לסהדי ועיין בב״י: ומ״ש ואפילו מת הלוה וכו׳. כ״כ בסה״ת שער כ״ה ומביאו ב״י:

ז ומ״ש אבל אם הלוה מוחה בעדים שלא יכתבו אין כותבין לו אפי׳ מיד אע״פ שלקח בקנין. מימרא דרב פ׳ הספינה (ע״ז) לגבי מוכר שדה והרא״ש לשם וכן בפ׳ ז״ב (דף כ״ט) כתבו התוס׳ והרא״ש דה״ה לגבי הלואה יכול למחות שלא לכתוב שטר וכו׳ ואיכא למידק מהו אע״פ שלקח קנין כיון דהאי

דינא לא שייך אלא היכא דאיכא קנין דבלא קנין אין רשאין לכתוב לו שטר ונראה דה״ק אע״פ שקנו מידו שלא יוכל למחות בהם לכתוב אפ״ה אינו מועיל וכן פסק הרא״ש בתשובה הביאה רבינו בסי׳ רמ״ג וכמ״ש ב״י כאן. והעיקר דכתב כך לאורויי דאיירי בין בקנין ובין בלא קנין ושחייב להחזיר המעות אפילו לוה בלא קנין כי ודאי לא הלוה לו וכו׳. וע״ל בסי׳ ע״ג סעיף ח׳ ובמ״ש לשם:

ח לא לקח בקנין וכו׳ אפי׳ אמר הוו עלי עדים. טעות סופר הוא וצ״ל אפילו אמר הוו עלי דיינים דה״א בפ׳ ז״ב (דף כ״ט) כמו שהועתק בב״י. ולבתר הכי קאמר רבינו אפילו לא אמר עדים אתם לרבותא דאפי׳ אתם עדי לא צריך וק״ל: ומ״ש אלא אם כן קבעו הג׳ מקום להתקבץ בו לדון ושלחו לו וכו׳. הכי משמע מפשטא דשמעתתא אבל מדברי הרמב״ם פ״ז מטוען מבואר דסבירא ליה דעד דקבעי דוכתא דקאמר בגמרא היינו שהיו יושבין במקום הקבוע שלהם אפילו לא כנפינהו איהו אלא שהיו יושבין שם מעצמן וגם לא אמר הוו עלי דיינים אם שלחו לו דמזמני ליה לב״ד כותבין וע״ש וכ״כ בס׳ ב״ה ובכסף משנה: כתב הרמב״ם והוא שיכירו הב״ד את שניהם וכו׳. מתחלת הסי׳ עד סעיף י״ו מיירי הכל ששניהם עומדים לפני ב״ד והילכך צריך להכיר גם את המלוה כדי שלא יערימו שניהם לחייב את איש אחר דכיון דגם המלוה עומד לפני בית דין והודה שמחוייב הוא להלוות את זה והעדום יכתבו גם חובת המלוה בשטר זה שוב אי אפשר לו לחזור מחיובו. ובסעיף י״ו דכתב ובלבד שיכירו הלוה התם ודאי כיון שאין המלוה עמו אין העדים כותבין שום חיוב על המלוה אלא כותבין שהלוה חייב כך וכך למלוה הילכך א״צ שיכירו את המלוה כי ודאי אין המלוה מחוייב להלוות ללוה בשביל שצוה לכתוב עליו שטר שחייב לפלוני כך וכך ובסמוך יתבאר עוד בס״ד והעיקר הוא בסימן מ״ט עיין שם: כתב בנ״י בשם המפרשים דהא דהיו ג׳ ולא קבעי דוכתא דאין כותבין בלא קנין אפילו אמר הוו עלי דייני דוקא במודה מעצמו בלא תביעת בעל דבר הילכך אין שם דיינים עליהם אבל במודה ע״י תביעה בפני ג׳ ואמר הוו עלי דיינים ה״ז ב״ד גמור ויכולין לחייבו וכותבים לו שטר ואפילו לא קבעי דוכתא ושלחו ומזמני להו לב״ד. ואיכא לתמוה הא דקאמר בגמרא עד דקבעי דוכתא ושלחו ומזמני להו לבי דינא ולפי דעת המפרשים הללו כיון ששולחין אחריו לבוא לדין עם התובע א״כ הודאתו על ידי התביעה היא ולמה לי דקבעי דוכתא תיפוק ליה דתבעו התובע ויש ליישב דהאי ושלחו ומזמני להו לבית דין דקאמר אינו אלא לומר שנוהגים מנהג ב״ד דקובעים מקום לדון שם ושולחין שלוחם לתבוע לדין כל מי שתובע חבירו לדין אבל הודאה זו אינו על פי התביעה אלא מעצמו בא והודה ואפ״ה כיון שאלו ג׳ נוהגים מנהג ב״ד הודאתו בפניהם הוי בפני ב״ד גמור ויכולין לחייבו ולכתוב שטר מיהו משמעות שאר כל הפוסקים דאין חילוק אלא אפילו לא הודה אלא ע״י תביעה בעינן דקבעי דוכתא ושלחו אחריו: בד״א שאין כותבין ההודאה כו׳ ובמטלטלי נמי אם המודה חייב באחריות וכו׳. איכא לתמוה טובא דמשמע מדברי רבינו דהא דאמרינן בפרק ז״ב דאפילו מטלטלין דאיתנהו בעינייהו לאו כמקרקעי דמי ואין כותבין אינו אלא במטלטלין שאינו חייב באחריותן אם נאנסו ולא מיבעיא כשאינן בעין דמצי לאשתמוטי דפשיטא דאין כותבין דכנגד שטר לא מצי לאשתמוטי אלא אפילו במטלטלין דפקדון דאיתנהו בעין ולא מצי לאשתמוטי אפי׳ ליכא שטר נמי אין כותבין משום דבלא שטר מצי טעין נאבדו באונס ואינו חייב באחריות אבל בשטר דאית ביה אחריות מסתמא חייב באונסין וא״כ בכתיבה זו מחייבין אותו שלא כדין ומש״ה כתב רבינו דאם המודה חייב באחריות מטלטלין משעה שהודה כותבין שהרי בלא שטר נמי חייב באחריות ותימה מנ״ל לרבינו לפרש כך הלא רש״י ז״ל (בסוף דף כ״ט) כתב וז״ל במקרקעי כותבין דבשלמא מטלטלי מלוה להוצאה ניתנה וחוב בעלמא הוא ומלוה על פה ריעא ממלוה בשטר ולא ניחא ליה לאלומיה אבל הכא בקרקע גילוי מילתא בעלמא דקרקע זו דידיה היא וכתב עוד רש״י מטלטלי ואיתנהו בעינייהו בשעת הודאה מאי מי אמרינן כיון דצבורין ומונחין ואודי ליה כל היכא דאיתנהו דידיה הוו א״ד כיון דמלוה להוצאה ניתנה שמא יוציאה ולא ניחא ליה למיהוי שטרא עילויה עכ״ל אלמא להדיא דמיירי דשאל ממנו מטלטלין דחייב באחריותן אם נאנסו דומיא דמלוה ואפ״ה אין כותבין שטר דלא ניחא למיהוי שטרא עליה דבלא שטר מצי טעין פרעתיך בעד המטלטלין כך וכך א״נ החזרתים בעין וכנגד השטר לא מצי טעין הכי. וכ״כ הרמב״ם בפ״ז מטוען אין כותבין שמא יתן לו ונמצא זה תובע אותו בשטר במה דברים אמורים במטלטלים אבל אם הודה בקרקעות כו׳ הרי אלו כותבין ונותנין שאין כאן לחוש שמא יתן לו ונמצא תובעו פעם שנייה אלמא דבמטלטלין אפי׳ חייב באחריותן אין כותבין דשמא יתן לו ונמצא תובעו פעם שנייה בשטר. ותו קשה טובא לפי דעת רבינו אף במטלטלין דפקדון למה לא יכתבו שטר הלא אסיקנא בפרק המוכר את הבית (בבא בתרא ד׳ ע׳) וכתבו רבינו בסי׳ רצ״ו המפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לומר החזרתים במגו דנאנסו וא״כ אע״ג דאינו חייב באחריות למה לא יכתבו שטר הלא אפי׳ כנגד השטר מצי טעין נאנסו וה״ה דנאמן בטענת החזרתי במגו דנאנסו מיהו בהא איכא למימר דלא ניחא ליה בשטרא דבדליכא שטרא נאמן לומר החזרתי ובשבוע׳ היסת במגו דלהד״ם אבל כנגד השטר אינו נאמן לומר החזרתי אלא במגו דנאנסו וחייב ש״ד ולא ניחא ליה לאלומיה וכן פסק בנימוקי יוסף פרק זה בורר מיהו גם הוא כתב כלשון רש״י דבשלמא מלוה להוצאה ניתנה ואפי׳ איתנהו בעינייהו לאו כמטלטלי דמי כיון שיכול להוציאם ואח״כ כתב ואפי׳ מטלטלי דפקדון וכו׳ אלמא דס״ל דבמטלטלי דחייב נמי באחריות דומיא דמלוה דלהוצאה ניתנה פשיטא דאין כותבין משום דחיישינן שמא יתן וחוזר ותובעו בשטר אלא אפי׳ בפקדון דלא מצי חוזר ותובעו בשטר דנאמן בשבועה אפילו כנגד השטר נמי אין כותבין אבל רבינו דפסק איפכא דוקא בדאין חייב באחריותן אין כותבין אבל בדחייב באחריותן משעה שהודה

כותבין הוא שלא כדעת הפוסקים והילכך נראה דנקטינן דבמטלטלין לעולם אין כותבין בין בחייב באחריותן בין באינו חייב באחריותן וכדעת נמ״י ולא כדעת רבינו וכך נראה ממה שפסק הרב בש״ע דלא הזכיר החילוק שכתב רבינו דבחייב באחריות כותבין אלמא דאין חילוק והכי עיקר:

י ופירשו התוספות הא דהודאה וכו׳ או שהוא מודה שלא פרעו. כל זה כתב הרא״ש פ״ק דמציעא (סוף דף ק״ל) ונראה דבהודאת הלוה אינו גובה אלא מלקוחות שקנו לאחר הודאת הלוה ואשמועינן דלא חיישינן לקנוניא וכ״כ ב״י בסי׳ ע״ט סעיף ט״ו שכ״כ בעל התרומות ע״ש הראב״ד וע״ש וכ״כ עוד ב״י על שמו בסוף סי׳ ע׳ סעיף ו׳ במחודשין ופ׳ עוד לקמן בסי׳ קי״א סעיף י״ו:

יא בין שא״ל צא תן לו וכו׳. פי׳ לא מיבעיא כשא״ל ב״ד צא תן לו מיד דלשון זה משמע דאין ספק שודאי חייב לו אלא אפי׳ א״ל חייב אתה ליתן לו דמשמע דא״צ ליתן לו מיד אלא לאחר זמן דעדיין לא נתברר לב״ד שיתחייב ליתן לו אפ״ה נאמן לטעון פרעתי והיינו כרב זביד פ״ק דמציעא (דף י״ז):

יב ואפי׳ אם כתבו פסק דין וכו׳. איכא למידק א״כ אמאי קאמרינן בא לכתוב אין כותבין ונותנין לו יכתבו לו ואם יתבעהו יאמר פרעתי ותו דכאן כתב דברי ראבי״ה דנאמן ובסי׳ ע״ט כתב דלא יכתבו לו פסק דין דשמא פרעו ומשמע דכשיש בידו פס״ד אינו נאמן לומר פרעתי. וי״ל דאע״ג דנאמן מ״מ כיון שיצאו בניהם מב״ד ואיכא למימר שמא פרעו כבר הלכך אם בא אח״כ התובע לכתוב לו לא יכתבו דמיחזי כשיקרא אע״ג דקי״ל למיחזי כשיקרא לא חיישינן הכא ודאי חיישי׳ דבשעה שיכתבו הו״ל לשיקרא כיון דנאמן לומר השתא פרעתי הלכך אין ב״ד כותבין לו אלא היכא שלא יצאו מב״ד דהשתא ליכא שיקרא כיון שכותבין מיד לאחר שהודה הלוה דחייב לו או עדים מעידים שלא פרע לו והא דכתב רבינו בסי׳ ע״ט דשמא פרעו ויבא לגבות ממנו פעם שנייה וכו׳ היינו לומר דאע״פ דנאמן לומר פרעתי מ״מ יתבענו בפני ב״ד ויתחייב שבועה ואם לא היה הפסק דין בידו לא היה כלל עולה על דעתו לתבעו ואם כן יגרמו לו הפסד דאיצטריך לפייסו ברצי כסף ליפטר משבועה ובזה התיישב הא דקאמר רבינו וכ״כ הרמב״ם שנים שבאו לדין וכו׳ והוא דקאי אדלעיל דכתב רבינו בשם התוס׳ ואמר דכ״כ הרמב״ם אבל לא קאי אסמוך ליה במ״ש ע״ש ראבי״ה דמזה לא דיבר הרמב״ם כלום ודלא כמה שהבין ב״י גם הקושיא שהקשה ב״י לפי הבנתו אין כאן קושיא למאי שכתבתי דהלא לא אמר הרמב״ם אלא לכתחלה לא יכתבו לו אבל אה״נ דנאמן לומר פרעתי ועיין בתשובות מה״ר לוי ן׳ חביב סי׳ ק״ט ועיין ב״י בסימן זה במחודשין סעיף כ״ו בדין מיחזי כשיקרא: ונראה מדכתב רבינו אדברי התוס׳ וכ״כ הרמב״ם אלמא דס״ל לרבינו דהתוספות לא מיירי בשלא קיבל עליו הדין עד ששלחו והביאוהו אלא מיירי בשנים שבאו לדין ותבע א׳ מהם את חבירו ואמר ליה הנתבע הן התם הוא דאמרינן אף ע״ג דהודאה זו חשובה כמלוה בשטר לטרוף מלקוחות כ״ז שידוע שלא פרעו אבל אם אינו ידוע וטען שפרעו נאמן אבל אם לא קבל עליו הדין עד ששלחו והביאוהו התם אינו נאמן לטעון שפרעו כמפורש ברמב״ם פ״ז דטוען להדיא. והא דכתב אבי העזרי דנאמן לומר כנגד פסק דין פרעתי כתב המרדכי פ״ק דמציעא דטעמו שאין זה דומה לשטר העומד לעדות ולראיה. אבל פסק דין כותבין מפני שאין הדיינים נאמנים לומר לזה זוכינו ולזה חייבנו אלא בזמן שבעלי דינין לפניהם וכשפרע אפשר שלא חש ליטול מידו עכ״ל וב״י השיב עליו בספר ב״ה וז״ל ונ״ל שאין דברי ראבי״ה מכוונים דהא דאין דיין נאמן לומר לזה זכיתי וכו׳ היינו דוקא כשהוא אחד אבל אם הם שנים נאמנים הם עכ״ל. ולפע״ד נראה דאין זו קושיא על דברי ראבי״ה דאף ע״ג דהרא״ש בתשובה פוסק כך וכ״כ רבינו לעיל בסי׳ כ״ג לחלק בין דיין אחד לשנים. וכ״כ במרדכי פ״י יוחסין מ״מ ראבי״ה לא ס״ל לחלק בכך וטעמו דהך נאמנות דדיין אסיקנא פ״י יוחסין דאינו אלא בשודא דדייני וכדכתב גם רבינו לעיל בסימן כ״ג והיינו דחיישינן שמא תשתנה דעת הדיין ממה שהיה כבר א״כ אין חילוק בין דיין א׳ לשנים. ותדע שהרי רש״י פי׳ שם דכשאין בעלי דינים עומדים לפניו אינו נאמן משום דלא רמיא עליה למדכר ופירש עוד ולפיכך אין רוצין לחזור ולדון שמא יטנו לבו לצד שני וכן פירש הר״ן לשם השתא לפי זה בשני דיינין נמי איכא למימר דכשאין בעלי הדין עומדים לפניהם לא רמיא עלייהו למידכר ושמא אח״כ יטה אותם לבם לצד השני. וה״ה ברוב פסקי דינים שפוסקים כפי אומד דעתם זה נראה לי ליישב דעת ראבי״ה אכן בתשובות מהר״ם הנדפסו׳ מחדש סי׳ תקכ״ח כתוב לשם בשם ראבי״ה דמחלק נמי בין דיין אחד לשני דיינים ועיין במ״ש לעיל בסי׳ כ״ג. מיהו אפשר דהך דכתב במרדכי פ״ק דמציעא ע״ש ראבי״ה הוא לפי מה שקיבל מאביו שקיבל מריב״א הלכה למעשה כמפורש לשם והך דתשובות מהר״ם ע״ש ראבי״ה הוא טעמא דנפשיה והך דקבלתו עיקר:

יד שטר הודאה וכו׳. בפז״ב (דף כ״ט):

טו אבל אם כתב בל׳ ב״ד וכו׳. שם (ד׳ ל׳):

טז כותבין שטר ללוה אעפ״י שאין מלוה עמו משנה פ׳ ג״פ (ד׳ קע״ז): ומ״ש ובלבד שיכירו הלוה פי׳ כיון דאין כאן המלוה עמו א״כ אין לחוש אלא ללוה שיערימו לחייב לאיש אחר שישלם לזה כדפי׳ בסמוך דדוקא בשניהם לפנינו צריך שיכירו גם המלוה והוא דבר פשוט:

יז כיצד אמר קנו ממני וכו׳ ולא יזכה בו המלוה עד שיצא מתחת יד הלוה וכו׳ פירוש דבשיצא מתחת יד הלוה ליד המלוה אז זוכה בו למפרע משעה שקנה ממנו דבהא לא פליגי רב אלפס והרמב״ם עם ר״י וה״ה כשחזר הלוה ונתן רשות לעדים ליתנו למלוה ג״כ זוכה בו למפרע לטרוף לקוחות מזמן הקנין אבל בשטר שאין בו קנין אם אמר לוה כתבו שטר ותנו אותו בידי אינו יכול לגבות בו כלל אם לא הגיע ליד המלוה בזמן הכתוב בו דכיון שלא יזכה בו המלוה עד שיצא מתחת יד הלוה למלוה ולא יזכה בו למפרע הו״ל מוקדם ופסול ואפילו לר״י דפוסק כאביי דעדיו בחותמיו זכין לו למפרע משעה שנחתם אין זה אלא כשצוה לעדים שיעמוד השטר בידן בשביל המלוה או צוה בסתם לכתוב שטר כך וכך לפלוני התם הוא דכשהגיע השטר ליד המלוה זכה לטרוף לקוחות מזמן הכתוב בשטר אע״פ שלא הגיע לידו בזמן הכתוב בו אבל כשאומרים לעדים כתבו שטר ותנו אותו בידי אם אין שם קנין ולא הגיע השטר לידו בזמן הכתוב בו אינו יכול לגבות בו כלום דפסול הוא משום דאינו זוכה בו למפרע אלא משעה שהגיע מידו ליד המלוה וא״כ יבא לטרוף לקוחות מזמן הכתוב בו שלא כדין וע״ל סימן מ״ג סעיף ז׳ וי׳ ובסימן נ״ה סעיף י׳ ול״א:

יח ומ״ש ואם אמר קנו ממני וכו׳ או אפילו כתבו סתם וכו׳ פי׳ דאין חילוק בין אמר כתבו לו או אמר כתבו סתם דלא תימא כיון דאמר כתבו ולא אמר כתבו לו גרע טפי ולא יתנו לידו של מלוה קמ״ל דאפ״ה כותבין ונותנים לו ופשיטא דאפילו לא אמר כלל כתבו אלא קנו מידי לפלוני כך וכך סתם קנין לכתיבה עומד וכותבין ונותנין ביד המלוה אע״ג דהקנה לו שלא בפניו אלא דאשמועינן דבאמר כתבו אין חילוק בין אמר כתבו לו ובין אמר כתבו סתם וכן פי׳ ב״י דה״ה אפילו לא אמר כתבו וכו׳. ומיהו ודאי אפילו אמר כתבו לו אם חזר הלוה ומיחה שלא יתנו למלוה יכול למחות כדכתב לקמן בסימן רמ״ג דכיון דאין המלוה עמו יכול למחות אף במפרש כתבו לו אלא הכא איירי בדלא מיחה ולפיכך אפילו אמר כתבו סתם נותנים למלוה אלא דתימה גדולה שזה סותר למ״ש רבינו ע״ש הרמב״ן ר״ס רל״ח דלא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד אלא בפניו וכמו שכתבתי בסמוך סוף ס״ד. ואפשר לפרש בדברי רבינו איפכא והוא דס״ל כמ״ש לקמן בשם רמב״ן דלא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד אלא בפניו וה״ה בהלואה. ולעיל בתחלת הסימן לא כתב סתם קנין לכתיבה עומד אלא דוקא בפניו והכא דמיירי דאין המלוה עמו אין אומרים סתם קנין לכתיבה עומד אא״כ דמפרש כתבו לו או כתבו סתם וא״כ הא דנקט רבינו הכא או אפילו כתבו סתם דוקא כתבו דלא כמ״ש ב״י:

יט כתב הרמב״ן ראובן שהתנדב להלוות וכו׳ נראה דטעמו של הרמב״ן כיון דעל פי ציוויו שא״ל לך לסופר לכתוב וכו׳ נשתעבדו לו נכסיו א״כ חשבינן ליה כאילו מכר לו כל נכסיו כל אותן השנים ושוב לא מצי לחזור וכדאיתא פ׳ א״נ במלוה על הבית ועל השדה לזמן הו״ל כאילו השדה בידו בתורת מכר כל אותן השנים ושפיר איכא הכא דרא דממונא ואי ליכא ראייה ישבע היסת אלא דקשה היאך כותבין ללוה שלא מדעת המלוה דא״כ מחייבין את המלוה לישבע היסת. ואפשר דכיון דלא תקנו היסת אלא בשני דרב נחמן לא ראו לבטל דין משנתינו דכותבין ללוה אעפ״י שאין מלוה עמו כיון דאין בזה הפסד ממון אלא שבועת היסת חנם. ומה שהביא ב״י שהרשב״א חולק ע״ז וכתב ולא עוד אלא אפילו שנתן לו מעות כל שעדיין המעות בעין ביד הלוה נחלקו בו בפרק האיש מקדש אם יכול המלוה לחזור בו אם לאו ולולי שאמרו דמלוה משעה שניתנה להוצאה ניתנה היינו אומרים שניתנה לחזרה וכו׳ עכ״ל יש לתמוה שהלא רבא מסיק התם דאפילו למ״ד ניתנה לחזרה אפ״ה ס״ל מלוה להוצאה ניתנה ועיקר הטעם לדידיה הוא דכל שעדיין המעות בעין כאילו הוא ברשות בעלים לחזרה מיהו אנן קי״ל דאינו ברשות בעלים לחזרה ואפילו בשאלה דהדרא בעיניה ודלא כרב הונא אלא כרבי אליעזר בפרק השואל דכדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים ומכ״ש בהלואות ולפי זה אין מכאן סתירה להרמב״ן ולעולם אפילו קודם שנתן המעות כיון דהעמיד עמו מעמד ועל פיו נשתעבדו נכסיו הוה ליה כאילו נכסיו מכורין לו כל אותו הזמן ושוב אינו יכול לחזור בו כדפרישית. ואיכא למידק דדין זה שכתב רבינו ע״ש הרמב״ן כתבו בעל התרומות בשם אב״ן מגא״ש ובאותו דבור כתוב שאבן מגא״ש פי׳ דהא דכותבים ללוה אע״פ שאין מלוה עמו היינו דווקא כשהעיד על עצמו שכבר קיבל המעות ושהרמב״ן חולק עליו כמו שהעתיק ב״י בסוף סימן זה והשתא ק׳ כיון דלאבן מיגא״ש צריך שיעיד על עצמו בקיבול דמים שוב אין לו תביעה על המלוה לחייבו ממון או שבועה וי״ל דמיירי בשהודה ראובן שלא נתן לו עדיין המעות ותבעו על פי הודאתו א״נ דאיכא עדים שא״ל לך לסופר וכו׳ ואח״כ אלווך והלך אל הסופר והעיד על עצמו בקיבול דמים וכו׳ א״נ מיירי היכא דעבר הסופר וכתב שטר ללוה אע״פ שלא העיד על עצמו בקיבול הדמים ואח״כ תבעו הלוה ובהא קאמר ראובן שהתנדב לשמעון להלוות וכו׳ אבל לכתחלה ודאי אין לסופר לכתוב שטר ללוה אא״כ העיד על עצמו בקיבול הדמים לדעת אבן מגא״ש. ולפ״ז לא קשה כלל מה שהקשה הרשב״א לפסק זה דהיאך כותבין שטר ללוה ומחייבין את המלוה דהלא אין כותבין אא״כ העיד על עצמו בקיבול הדמים ולהרמב״ן נמי דמפרש דאפי׳ בלא העיד על עצמו בקיבול דמים נמי כותבין לפי שאין הפסד למלוה בכך לא קשה הלא איכא הפסד דמחייב שבועת היסת דבימי רבי עדיין לא נתקנה שבועת היסת וא״כ ליכא הפסד כלל והאידנא אע״פ דאיכא הפסד דמחייב היסת אין לנו לבטל מה ששנינו כותבין שטר ללוה אע״פ שאין מלוה עמו ואין אנו חוששין להפסד המלוה דמחייב שבועת היסת דהלא בלאו הכי כ״א יכול לתבוע לחבירו בכמה תביעות ולהביאו לידי שבועת היסת:

כ חייב עצמו לשנים וכו׳ זכו בו שניהם ויגבו מן היתומים חלקם. כ״כ בעל התרומות בשער נ״ב. ונראה דטעמא דהאי דינא דכיון דנתחייב לשניהם בשטר אחד כשותפין נינהו ומש״ה כל אחד מהם יכול לתבוע החוב כולו כדכתב הרשב״א בתשובה סימן אלף פ״ב ומביאו בית יוסף בסי׳ ע״ז בחידושיו סעיף א׳ ע״ש:

כא ואין כותבין שטר למלוה בלא לוה. משנה פרק ג״פ (דף קס״ז) וכתב הרב המגיד דאתא לאשמועינן שאפי׳ אמר יהא בידכם עד שיבוא הלוה ויודה בכך אפ״ה אין כותבין לפי שבשעת הכתיבה הוא שקר ויש לחוש אולי מערים הוא עכ״ל. ובית יוסף האריך ליישב הא דקשיא מפ׳ כל הגט דלמיחזי כשיקרא לא חיישינן וקושיא זו הקשה גם בהגהות מיימוני פ׳ כ״ג ממלוה ע״ש ולפעד״נ דלפי מ״ש התוספות בפ״ק דמציעא (דף י״ב) דוקא כשהלוה מצוה לכתוב עליו שטר חוב שהוא כותב חובתו לא חיישינן למיחזי כשיקרא וההיא דפרק כל הגט (גיטין דף כ״ו) איירי נמי דהלוה כותב שטר למלוה אבל כשהמלוה מצוה לכתוב זכותו בהא כ״ע מודו דמיחזי כשיקרא וזהו שכתב המ״מ לפי שבשעת הכתיבה הוא שקר וחיישינן למערים דר״ל דאע״פ דללוה כותבין שהוא חובתו וליכא למיחש למערים אבל במלוה שהוא זכותו ואיכא למיחש למערים לא כתבינן ועיין בדברי הר״ן בפרק כל הגט דכתב דאיכא דוכתא דחיישינן למיחזי כשיקרא. ומ״ש ב״י לתרץ ולחלק בין נחתם קודם שבא הלוה לנחתם אחר שיבוא הלוה קשיא ודאי דא״כ הך דפ׳ כל הגט דליתא לדרב פפי דחייש למיחזי כשיקרא איירי נמי בשלא נחתם האשרתא עדיין קשיא הא פשיטא דשרי ומאי טעמא דרב פפי דאסר ועיין במרדכי פרק מרובה לשם האריך בדין מיחזי כשיקרא ועיין עוד בתוספות פרק ב׳ דכתובות (דף כ״א) ולקמן בסי׳ מ״ו סעיף כ׳:

כג כתב הרמב״ם בד״א בשטר שיש בו קנין וכו׳. בפרק כ״ג דמלוה כ״כ ופסק כהרי״ף פ״ק דמציעא דהלכה כרב אסי דמוקי לה בשטרי אקנייתא: ומ״ש אבל ר״י פסק כאביי וכו׳ עד זכה בקרקע למפרע אפילו אם מכרו המוכר וכו׳. כך הוא מבואר בפ״ק דמציעא (דף כ׳) בפירש״י ותוס׳ ואע״פ שהרא״ש כתב אדברי הרי״ף ועוד שמעינן מדבריו דבשטר מתנה או מכר אם מכר המוכר או הנותן את הקרקע לאחר בין חתימת השטר למסירתו דלא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו משעת החתימה וכו׳ כמו שהעתיק ב״י מ״מ מדכתב הרא״ש אח״כ מיד ורש״י לא פירש כן ס״ל לרבינו דמסקנת הרא״ש הוא כרש״י ודלא כהרי״ף ומיהו ב״י פסק כהרי״ף והרמב״ם עיין בש״ע סעיף י״ג:

כד ואפי׳ כשניכר בזמן שכתב בו דוקא שבא לידו בסוף אז קנה משעת החתימה וכו׳. תימה דלקמן בסימן ס״ה סעיף ט״ז כתב רבינו דבשטר הקנאה א״צ להגיע השטר לידו וי״ל דאפי׳ לאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לו אפילו אין בו קנין מ״מ שטר הקנאה עדיף דכיון שהקנה לו נכסיו מיד בין ילוה ובין לא ילוה א״צ שיבוא השטר לידו כלל וכאן איירי בשטר שאין בו קנין הילכך לא קנה מזמן הכתוב אא״כ בא לידו אז קנה למפרע מיהו דוקא במצוה שיעמוד בידן בשביל המלוה או שאמר לכתוב לו שטר בסתם אבל אם אמר כתבו וחתמו ותנוהו לידי אם לא בא לידו בזמן הכתוב בו השטר פסול משום מוקדם וכבר כתבתי מזה למעלה בס״ד ועי׳ בסימן מ״ה סעיף כ׳ בדברי ה״ר יונה ובמ״ש לשם דשייך לכאן:

סימן מ

א האומר לחבירו חייב אני לך מנה בשטר חייב. פרק הנושא פליגי בה ר״י וריש לקיש והלכה כר׳ יוחנן דאמר חייב: ומ״ש ופירש״י שמסר לו שטר בפני עדים שכתוב בו פלוני חייב לפלוני מנה ואינו כתב ידו הוי הודאה וכו׳. כך היא הגירסא הנכונה בדברי רבינו ובמקצת נוסחאות גרסי׳ פלוני חייב לפ׳ מנה או אני חייב לך מנה בשטר ואינו כתב ידו וכו׳ וכך היתה גירסת ב״י ומחק מלת בשטר. ולי נראה דהאי או אני חייב לך מנה בשטר טעות הוא לגמרי דא״כ אמאי קאמר רבינו בזה ואינו כתב ידו אפילו היה כתב ידו לא הוי הודאה בלא עדים כדכתב רבינו בהדיא בסימן נ׳ אלא ודאי רבינו לא נקט בדבריו אלא היכא שכתוב בו פלוני חייב לפלוני מנה הילכך דוקא בשאינו כתב ידו לא הוי הודאה אא״כ דמסרו לו בפני עדים אבל אם היה כתב ידו יש לו דין כתב ידו ממש וגובה בו לכ״ע ואע״פ שלא מסר לו בפני עדים וכך הוא מפורש בתוס׳ ר״פ הנושא שכתבו וז״ל ולא מיירי נמי כשכתב לו אני פלוני חייב לך מנה דהא נמי כחתם תחתיו דמי והא דפירש״י וז״ל והב״ע בשטרא שמסר לו שטר בפנינו וכתוב בו אני חייב לך מנה ואע״פ שכתב ידו הוא הואיל ולא חתם פטור והא דתנן הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו גובה מבני חורין כגון שחתם בו אני פלוני לויתי מפלוני מנה וכו׳ היינו נמי כדברי התוספות דכשכותב אני פלוני חייב לפלוני מנה היינו חתם בו וכחתם תחתיו דמי וזהו דעת רבינו שאמר שכתב בו פלוני חייב לפלוני מנה ואינו כתב ידו דאתא לאורויי דאם היה כתב ידו הוה ליה כאילו חתם תחתיו וחייב אפילו ליכא עדים ואם כן נשמע מדיוקא דבכותב אני חייב לפלוני מנה אפי׳ היה כתב ידו אינו כלום אם לא מסר לו בפני עדים וכל זה דלא כפירוש ב״י שכתב דמ״ש רבינו ואינו כתב ידו כלומר שאינו חתום בו דליתא:

ב ומ״ש אבל המודה לחבירו וכו׳. יש לתמוה דמשמע מדברי רבינו דלפי׳ רש״י הוי דינא הכי אבל לא לפי׳ ר״ת ומנ״ל דפליגי בהא ותו דהא תלמוד ערוך הוא בסוף פ״ח דגיטין בעובדא דהנהו גינאי דהיכא דהודה בטעות ונתברר הדבר בעדים דפשיטא דאפילו קנו מיניה קנין טעות הוא וחוזר

וכדלקמן בסימן קכ״ו סעיף י״ד ואי אפשר דר״ת יחלוק אזה. ונראה ודאי דרבינו ראה בתוספות דר״ת הביא ראיה לפירושו מהירושלמי דפריך במה נתחייב זה לזון את בת אשתו לא כן א״ר יוחנן ור״ש בן לקיש הכותב שטר חוב לחבירו בחזקת שהוא חייב ונמצא שאינו חייב אינו חייב לו כלום ואע״פ שלפי הירושלמי קשה דר״י אדר״י אין לחוש דבכמה דוכתי פליג אתלמוד שלנו עכ״ל השתא מבואר דלר״ת הירושלמי מיירי ביודע שאינו חייב לו אלא שמתחייב עתה לו בשטר זה דבהכי איירי תלמודא דידן דפליגי בה ר״י ור״ל אלא דלהירושלמי לא פליגי דתרווייהו ס״ל דפטור וא״כ לפירש״י דתלמודא דידן לא מיירי אלא בהודאה אין צריך לפרש דפליג הירושלמי אתלמודא דידן ואע״ג דפשיטא הוא לפירש״י דע״כ לא פליג ר״ל דפוטר אלא בהודאה בשטר בדלא אמר אתם עדי דלא אלימא מילתא דשטרא אבל במתחייב עצמו לחבירו בשטר וכותב לו בכתב ידו אני פלוני חייב לפלוני מנה ומוסר לו השטר כדי להתחייב בו לחבירו אע״פ שאינו חייב לו כלל חייב לכ״ע וכדלקמן בסי׳ ס׳ סעיף ט״ו ובסי׳ ר״ז סעיף כ״ו אפ״ה הירושלמי לא פליג אהא דאין הירושלמי מדבר אלא במי שהודה בשטר לחבירו בחזקת שהוא חייב לו ונמצא על ידי עדים שטעה שאינו חייב לו כלום התם הוא דמודה ר״י ור״ל דאינו חייב לשלם על פי הודאה שהיתה בטעות והשתא ניחא דכתב רבינו בסברת רש״י אבל המודה לחבירו בחזקת שהוא חייב לו ואח״כ נודע שטעה וכו׳ דזהו פי׳ הירושלמי לדעת רש״י דמיירי אפילו מסר לו שטר בעדים ועדים חתומים בו מדקאמר הכותב שטר לחבירו בחזקת שהוא חייב ונמצא שאינו חייב דמשמע לישנא דאפי׳ בכותב שטר גמור בעדים אפ״ה כיון שנמצא שטעה שאינו חייב לא מתחייב דאילו לפר״ת לא מיירי הירושלמי בטעה אלא ביודע שאינו חייב לו ומתחייב עתה בשטר זה ואע״ג דלענין דינא ל״פ רש״י ור״ת בהא דתרווייהו מודו דבטעה אינו חייב וביודע שאינו חייב לו אלא שעתה מתחייב לו הוא חייב מ״מ לגבי הודאה בכותב לו אני פלוני חייב לך מנה ולא אמר אתם עדי פליגי דלרש״י חייב דבהא מילתא פליגי ר״י ור״ל והלכה כרבי יוחנן דחייב אבל לר״ת לא פליגי בהא ולכ״ע פטור דלא אלימא מילתא דשטרא היכא דלא אמר להו אתם עדי לכ״ע:

ג ומ״ש ור״ת פי׳ וכו׳. פי׳ לר״ת מיירי בשטר גמור שחתם שמו להשתעבד ולהתחייב לו אע״פ שלא הלוה לו כלום וז״ש רבינו וכותב בכתב ידו אני פלוני חייב לך מנה דכיון דכתב בכתב ידו אני פלוני חייב לך מנה כחתם תחתיו דמי ואם מסרו לו בפני עדים גובה ממשעבדי ואם מסרו לו בינו לבין עצמו גובה מבני חרי. ומשמע דלר״ת אם לא כתב בכתב ידו ולא חתם תחתיו כלל אף על פי שמסרו לו בפני עדים אפילו מבני חרי לא גבי דמצי למימר ליה משטה אני בך והכי משמע במרדכי להדיא ואיתיה נמי בהגהת אשיר״י אבל לפירש״י לגבי הודאה אם מסרו לו בפני עדים אפילו אינו כתב ידו כלל ולא חתם שמו כלל אלא כתב אני חייב לך מנה חייב ולא מצי למימר משטה אני בך דאלימא מילתא דשטרא והא דכתב רבינו לפי׳ רש״י שכתב בו פלוני חייב לפלוני מנה אינו אלא לאורויי דבזה דוקא היכא דאינו כתב ידו אינו מתחייב אלא אם כן מוסרו לו בפני עדים אבל אם היה כתב ידו אפילו לא מסר לו בפני עדים חייב וכבר התבאר בס״ד בתחלת סימן זה:

ד ומ״ש והרמ״ה פי׳ שא״ל זה הלשון הנה אני חייב לך בשטר. נראה דלהרמ״ה נמי איירי בהודאה כפירש״י ואע״ג דצריך לומר בהודאה אתם עדי הכא כיון דהזכיר מילת שטר אלימא מילתא דשטרא דכמאן דאמר ליה אתם עדי דמי ורבינו כתב דכ״כ הרמב״ם אלא שהוסיף דאע״פ ששניהם מודים שלא היה אצלו כלום:

ה וכתב עוד לוה שכתב שטר וכו׳. ז״ל הרמב״ם פי״א דמלוה ולוה לוה שכתב שטר בכתב ידו והעיד בו עדים ונתנו למלוה ה״ז שטר כשר וכן אם כתב שטר אע״פ שאין בו עדים וכו׳ פי׳ לא זו אף זו קאמר דלא מיבעיא היכא דחתומים בו עדים שהעידו על כתב ידו ונתנו למלוה שלא בפני עדים דה״ז השטר כשר אם נתקיימה חתימתן אלא אפי׳ אין בו עדים אלא נתנו לו בפני עדים ואין כאן אלא כתב ידו ועדי מסירה שנמסר בפניהם ה״ז ג״כ מלוה בשטר וטורף ממשועבדים ורבינו לא הביא אלא החלוקה השנייה לפי שלא הביא כאן אלא מאי דשייך כאן דבסימן זה אינו מדבר אלא בדין כתב שאין עליו עדים ודין עדי מסירה בשטרות ע״ל בסי׳ מ׳ נ״א ס״ב וסוף סי׳ ס״ט: ומ״ש יש מן הגאונים וכו׳ חתמו והעידו שנמסר. פי׳ חתמו בשטר שנמסר בפניכם או העידו בפני ב״ד שכך נמסר בפניכם כ״כ ב״י בשם הר״ש בר צמח ועוד פירש ב״י פירוש אחר אבל זה נלפע״ד נכון:

סימן מא

א מי שנמחק ש״ח וכו׳. משנה פרק ג״פ: ומ״ש ופי׳ ר״י כו׳ עד והכירו החתימות. כן כתב הרא״ש: ומ״ש וכותבין לו בית דין אנחנו בית דין וכו׳. ברייתא שם אלא שבמשנה פי׳ רשב״ם שהעדים שמעמיד על המחק עושין לו קיום נראה דס״ל דגם העדים יכולים לעשות לו קיום ובריייתא דנקט ב״ד לאו דוקא אבל התוספות חלקו עליו וכתבו וקיום שטר עושין ב״ד ולא כפירוש רשב״ם שהעדים עושין אותו ולכך כתב רבינו בתוך פי׳ ר״י וכותבין לו ב״ד וכו׳ לפי שגם זה הוא מדברי ר״י גם מ״ש רבינו עוד שכותבין בקיום ופלוני ופלוני העידו עליו שנמחק הוא מדברי התוס׳ בשם ר״י דצריך להזכירן

כדי שאם ירצה הלוה לפסלן שיוכל לפסלן וכ״כ הגהת מיימוני והמרדכי ע״ש ר״י וכ״כ הרא״ש ונמ״י: ומ״ש רבינו עוד וגובה בזה השטר ממונו מזמן הראשון. זה אינו מפורש בתוספות אלא שרבינו מפרש כך לפי פר״י והדין עמו דמאחר דרישומו היה ניכר ויודעין העדים הדברים שהיו בשטר והכירו גם החתימות אם כן השטר נתקיים וא״צ דבר אחר ואע״פ שלא כתב רבינו בביאור בפי׳ ר״י שהעידו עדי המחק על כל מה שהיה כתוב בשטר נראה ברור דמאחר שכתב תחילה שלא נמחק לגמרי אלא שרישומו עדיין ניכר וכו׳ אם כן ממילא מובן דמ״ש אחר זה מעמיד עליו עדים וכו׳ היינו שעל אותו השטר דלא נמחק לגמרי יעמיד עליו עדים כדי שיראו מה שכתוב בו ואמר שאותן עדים יהיו מכירין החתימות ובאין לפני ב״ד וכו׳ וא״כ מעתה גובה ממונו בזה השטר מזמן הראשון ואין אנו צריכין שוב לעדי השטר ובתנאי שעמדו הב״ד על דברי המעידים שהעידו עליו שנמחק לגמרי ונמצאו מכוונין כו׳ כמ״ש בסמוך: ומ״ש בשם רשב״ם שאפילו אם נמחק לגמרי וכו׳. כך משמע בפירושו במשנה וכ״כ הגהת מיימוני דרשב״ם פי׳ דנמחק כבר וכתב רבינו דהכי מסתברא משום דמתניתין סתמא תנן נמחק משמע אפילו נמחק לגמרי ומעמיד עליו עדים פירושו מעמיד עדים על הדברים שהיו בשטר עם הזכרת עדיו והכי משמע בברייתא בגמרא דתני נמחק או ניטשטש אם רישומו ניכר כשר משמע בלא העמדת עדים כשר א״כ מתני׳ דלא מכשיר אלא בהעמדת עדים בע״כ דמיירי בנמחק לגמרי ולא העתיק רבינו כל דברי רשב״ם לפי שלא ס״ל כפי׳ במ״ש שהעדים עושים לו קיומו וגם לא ס״ל כפירושו שפי׳ העדים מעידים מאימתי נכתב ומה היה כתוב בו ואין גובה ממונו בזה השטר מזמן הראשון עד שיחקרו בית דין לעדי השטר שיעידו על חתימתם ונמצאו דבריהם מכוונים ומשמע אבל בלא״ה אין גובה בזה השטר אע״פ שעדי המחק מכירין החתימות לפי שדבר זה הוא כמו עד מפי עד דליתא אלא כשהעדים מכירין החתימות סגי שאין זה עד מפי עד כי על עיקר כתב הם מעידים ולא על המנה וזו היא עדות גמורה וקיום גמור הוא והוה זה כאילו העידו נתברר לנו שהיה לפלוני שטר מכר או שטר מתנה וכ״כ כ״י בשם הריטב״א שכן עיקר וכיוצא בזה כתב במרדכי הארוך פג״פ בשם ר״י וז״ל דלא הוי עד מפי עד משום דעדות השטר נחקרה עדותן בב״ד והוי כאילו מעידין ראינו כשנגמר דינו של פלוני כדאיתא פ״ק דמכות וכן יש לפרש ההיא דהגוזל (בדף צ״ח) אי דידעי סהדי מאי דכתיב ביה ליכתבו ליה שטרא אחרינא וההיא דפרק ד׳ אחין דקאמר זימנין דלא דכירי וכו׳ י״ל התם חיישינן שמא העדים לא יעידו כך ראינו בתוך השטר אלא יעידו מעצמן כך כמו שהיו זכורין על פי הכתב ועיין בפרק שני דכתובות (דף כ׳) בתוס׳ ד״ה ור׳ יוחנן:

ב ומ״ש אבל עדים בלא ב״ד לא יעשו לו שטר אפי׳ מזמן שנמחק. פי׳ עדי המחק לא יעשו לו שטר דדוקא בית דין אלימי לאפקועי ממונא ולא עדים וכ״כ התוס׳ והמרדכי והגהת מיימוני בשם ר״י דלא כרשב״ם וכן עדי השטר לא יעשו לו שטר חדש דכבר עשו עדים שליחותן וכבר האריך בעל התרומות בדין זה סוף שער נ״ז:

ג ואם כתבו ב״ד שעמדו כו׳. בגמרא ואם כתוב בו הוזקקנו לעדותן של עדים ונמצאו עדותן מכוונת גובה וא״צ להביא ראיה אחרת ואם לאו צריך להביא ראיה אחרת וס״ל לרבינו דלפר״י דמיירי שהעדים מכירין החתימות א״א לפרש הוזקקנו לעדותן של עדי השטר כפירשב״ם דהלא אין אנו צריכין לעדי השטר דכבר נתקיים השטר בעדי המחק שמעידין על כל מה שכתוב בשטר וגם מכירין החתימות ואין אנו צריכין ד״א אלא ה״פ הוזקקנו לעדותן של עדים אותם שראו השטר שנמחק והעידו על כל מה שכתוב בשטר ונמצאו מכוונין גובה בזה השטר שעשו לו מזמן הראשון והרי שטר זה אליו כשטר הראשון ואם לאו צריך להביא ראיה על כל מה שהיה כתוב בשטר ואע״פ שהכל כתוב בקיום ב״ד שנתנו לו דחיישינן לב״ד טועין שקיימו שטר בלא חקירת עדים וכן פי׳ הראב״ד לפי שיטתו וס״ל לרבינו דכך הוא הפירוש לפי שיטת ר״י ומה שהשיגו על פי׳ זה דודאי לב״ד טועין אין לחוש כמ״ש ה״ה בפרק כ״ג מה׳ מלוה כבר יתיישב זה בסוף סימן מ״ה בס״ד. ויש לתמוה לפי פי׳ רשב״ם דנמחק לגמרי ואינו גובה בשטר זה אלא עד שיחקרו לעדי השטר א״כ מה צורך בהעמדת עדים עליו הלא בחקירת עדי השטר בלבד יספיק שיעשו לו קיומו ומה שנמצא בתוס׳ וז״ל מעמיד עליו עדים וכו׳ נראה שמועיל לענין זה שעושין אותו מלוה כשטר בעדותן דבשביל החתומים הבאים אחר כך לא הוה אלא מלוה ע״פ עכ״ל הנה תירוץ זה לא יספיק לפירשב״ם משום דא״כ השתא נמי שמעמיד עליו עדים שיודעים מאימתי נכתב ומה כתוב בו סוף סוף כיון שהשטר נמחק לגמרי לא עדיף ממלוה ע״פ ומאי אולמיה דעדי המחק מעדי השטר דאידי ואידי יודעין מאימתי נכתב ומה היה כתוב בו ואדרבה עדי השטר עדיפי מעדי המחק דלא הוי אלא עד מפי עד אבל לפר״י דמיירי דלא נמחק לגמרי אלא רישומו ניכר ומכירין החתימות לא קשה מידי שהרי גובה בזה השטר וא״צ לעדי השטר כלל וכן לרבינו דמסתברא ליה כפירשב״ם בהאי מילתא דאפי׳ נמחק לגמרי מ״מ איהו נמי לא קאמר אלא במכירין החתימות דהשתא ודאי עדי המחק הם גורמים לו קיומו במה שמכירין החתימות ואין צריך לעדי השטר אבל לפירשב״ם דלא נתקיים אלא בצירוף חקירת עדי השטר קשיא. ונראה בעיני דלפירשב״ם לא מיירי דנמחק גם חתימות העדים אלא השטר בלבד הוא שנמחק לגמרי אבל חתימות העדים לא נמחקו כל עיקר אי נמי גם חתימות העדים נמחקו אלא שרישומן ניכר והילכך תנן מעמיד עליו עדים ואז נתקיים השטר בצירוף חקירת עדי השטר דבלא חקירת עדי השטר לא נתקיים בעדי המחק בלבד דשמא מזוייף הוא ובחקירת עדי השטר שמעידין על חתימתן בלבד גם כן לא נתקיים כיון שהשטר נמחק לגמרי א״כ לא הוה אלא מלוה

על פה שיכול לומר פרעתי אבל בצירוף עדי המחק שמעידין מה היה כתוב למעלה מחתימות העדים כך וכך עם חקירת עדי השטר המעידין על חתימתן שפיר נתקיים השטר וגובה בו מזמן הראשון וכך היא שיטת הראב״ד שמפרש דמיירי דהשטר בלבד הוא שנמחק אבל חתימות העדים לא נמחקו כמ״ש בהשגותיו וכ״כ בעל התרומות בשמו וכך מבואר מפירשב״ם בברייתא שכתב וז״ל הוזקקנו וכו׳ שעמדו אלו ב״ד המקיימים וחקרו עדים החתומים בו להעיד על חתימתן ונמצאו דבריהם מכוונים גובין מזמן הראשון הכתוב בשטר וא״צ ראיה אחרת ואם לאו צריך להביא ראיה אחרת על הזמן ועל סכום המעות ועל כל מה שהיה כתוב בשטר עכ״ל ואי אמרת דרשב״ם מפרש שנמחק כל השטר לגמרי דגם החתימות נמחקו אם כן מהו זה שאמר וחקרו עדים החתומים בו להעיד על חתימתן הלא אין כאן רושם חתימה אלא כדאמרן. וכן מבואר בסוגיא דאמר ליה רב אחא בר מניומי לאביי ודילמא רישומו ניכר ותניא נמחק או ניטשטש אם רישומו ניכר הוא כשר ומאי פריך הלא לפירשב״ם ההיא דרישומו ניכר כשר מיירי דכל השטר עם חתימות העדים נמחק והילכך ברישומו ניכר כשר אבל בעדיו על הנייר והוא על המחק שמא אף על פי שאינו אלא רושם נמי פסול אלא בע״כ צריך לומר דאף לפירשב״ם כל הסוגיא אינה מדברת אלא במחיקת השטר בלבד אבל העדים לא נמחקו כל עיקר ולפי זה ודאי דברי התוספות שכתבו מעמיד עליו עדים וכו׳ נראה שמועיל לענין זה וכו׳ אינו אלא לפירשב״ם ויבוא מתוקן מה שכתבו דבשביל החתומים הבאים אחר כך וכו׳ כלומר דאף על פי דהחתימות לא נמחקו מ״מ בשביל זה לא הוה אלא מלוה על פה כיון שהשטר שלמעלה מהחתימות נמחק לגמרי וק״ל אבל לפר״י דמיירי במכירין החתימות והשטר נתקיים בעדי המחק ואין צריך לחקירת עדי השטר אין מקום לדברי התוספות ורבינו הסכים לפי׳ ר״י דהעדים שמעמיד עליו מכירין החתימות ופסק כרשב״ם דאפילו נמחק לגמרי ולכן סבירא ליה דאף על פי דהשטר והחתימות נמחקו גובה בזה השטר דבעדי המחק בלחוד נתקיים ואין צריך לעדי השטר. והרמב״ם בפרק כ״ג ממלוה תופס גם כן עיקר דמיירי בלא נמחק לגמרי ודוקא בית דין הוא שעושין לו קיום אבל לא עדים וכמו שפירש ר״י אבל בזה הוא תופס כפי׳ רשב״ם דעדי המחק אינן מעידין כי אם מאימתי נכתב ומאי הוה כתוב בו והשטר מתקיים בצירוף חקירת עדי השטר שחקרו בית דין להעדים החתומים בו ונמצאו דבריהם מכוונים כלומר שלא היה השטר מזוייף אבל בלא חקירת עדי השטר חיישינן שמא מזוייף הוא או כתב ללוות ולא לוה ובחקירת עדי השטר בלחוד נמי לא הוה אלא מלוה ע״פ כיון דלא ידעינן מה היה כתוב בו דבשעה שהוא בא לבית דין כבר הוא נמחק לגמרי אבל במה שהעמיד עליו עדים בשעה שהיה רישומו ניכר ובצירוף חקירת עדי השטר שאינו מזוייף נעשה מלוה בשטר. והב״י אחר שכתב פי׳ רשב״ם ורמב״ם ור״י כתב וז״ל ובעיקר הדין לא פליגי דלכ״ע אם יודעים מאימתי נכתב ומה היה כתוב בו עושין לו קיום וכן נראה מדברי נ״י שכתב דבעדים שהכירו החתימות סגי נראה דעדיף טפי מכיר מאימתי נכתב ומה היה כתוב בו מעדים שמכירין החתימות וק״ל שאם אינם יודעים מאימתי נכתב ומה כתוב בו כי מכירים החתימות מאי הוי וכו׳ עכ״ל ושארי ליה מריה היאך כתב דלא פליגי הלא ודאי לפר״י ולהרמב״ם לא נתקיים במעמיד עליו עדים שיודעים מאימתי נכתב ומה היה כתוב בו אפי׳ בצירוף חקירת עדי השטר אלא אם כן העמיד עליו עדים בשעה שרישומו ניכר אבל בנמחק לגמרי לא נתקיים ואילו לפי׳ רשב״ם נתקיים אפילו נמחק לגמרי ועוד אפשר דפליגי דלפי׳ רשב״ם ורבינו משה בר מיימוני משמע דלא נתקיים אלא בצירוף חקירת עדי השטר אבל בעדי המחק שמכירין החתימות לא נתקיים דהוי כמו עד מפי עד ואילו לפר״י בהכרת החתימות סגי גם מה שהבין בדברי נ״י דכוונתו דא״צ שידעו מאימתי נכתב כו׳ דבר זה לא יעלה על הדעת דמה מועיל הכרת החתימות אם אינן יודעים מה כתוב בו אבל דברי נמ״י מפורשין לפנינו דהכי קאמר דלא בעינן חקירת עדי השטר אלא אף בהכרת החתימות סגי ולא הוה עד מפי עד אבל ודאי דצריך שידעו מה היה כתוב בו: וכתב הרמ״ה שצריך לכתוב בקיום שקרעו השטר הראשון כו׳. כן כתב גם בעל התרומות שער נ״ז וכדאמרינן גבי טירפא בפ׳ גט פשוט (בבא בתרא דף קס״ט) ויתבאר בסימן קי״ד ומצאתי למהרש״ל שכתב דלפי׳ רשב״ם דוקא צ״ל דהטעם הוא שמא יעשו לו קיום אחר דאילו לפר״י איכא למימר כפשוטו שמא יגבה בשטר הראשון שרישומו ניכר עכ״ל וחתנו הרב מהר״ר ויש״ל ז״ל כתב עליו דאפשר דאף לר״י צריך להאי טעמא שהרי פי׳ ר״י הוא מלשון מעמיד עליו עדים דמשמע דהב״ד הוא רחוק וחושש פן ימחק לגמרי קודם שיגיע למקום בית דין וא״כ כבר אפשר דבבואו לב״ד השטר נמחק ולכן כתב הרמ״ה שהטעם הוא פן יעשו לו קיום אחר ע״כ וא״ת היאך אפשר שיעשו לו קיום אחר דכיון שכבר נמחק לגמרי שוב לא יועיל להעמיד עליו עוד עדים לפיר״י ואין לפרש שיחזור ויביא עדים הראשונים בפני בית דין דאטו ברשיעי עסקינן דיעידו ב׳ פעמים ויוציאו ממון שלא כדין. ואפשר לומר דיש לחוש לג׳ כיתי עדים שיעמיד על מחיקת שטרו וילך עם כל כת וכת לפני ב״ד אחר ויגבה ואפי׳ את״ל שעדות של העדים המעידין על מחיקת השטר הוה ממש כאילו עושין לו שטר וכבר כתב הרשב״א בתשובה דאין העדים יכולין לכתוב לו שטר כשהזמין אחרים בקניינו כמו שהעתיק ב״י בסי׳ ל״ו ובסימן ל״ט מ״מ יש לחוש כאן פן יעמיד ג׳ כיתי עדים על מחיקת שטרו וזה שלא בפני זה ויגבה ויחזור ויגבה אבל השתא דצריך שיקרעו השטר הראשון לפני ב״ד כשעושין לו קיום ויכתבו בקיום שקרעו שטר הראשון הנמחק תו ליכא למיחש לג׳ כיתי עדים שהרי אין ב״ד עושין לו קיום עד שיראו שטר הראשון ויקרעו אותו ומאחר שבפעם הראשון קרעוהו שוב אין לו שטר להראות לב״ד וא״כ אין לחוש שיעשו לו קיום אחר וכ״כ ב״י: ומ״ש הרמ״ה אבל שטר מתנה וכו׳ עד הנותן או המוכר. כל זה למדו הרב מסוגיא דפ׳ ג״פ (ד׳ קס״ט) וע״ל בסי׳ רל״ט:

ה ודוקא שיש עדים שנמחק באונס כו׳. אדלעיל קאי ונראה דלפי הסכמת רבינו בפירוש והוזקקנו לעדותן של עדים אותן שמעידים על המחק קאמר היינו נמי לומר שחקרנו אותן ונמצאו עדותן מכוונת גם במה שמעידים שנמחק באונס דכל שלא נתברר שנמחק באונס אזלינן לחומרא ולא מצי לגבות בו וכן כתב בעל התרומות שער נ״ז סימן א׳ ומ״מ מ״ש רבינו בהניחו במקום שאינו משתמר ונמחק נמי אין עושין לו קיום צ״ע מנין לו דאע״פ דתחלתו בפשיעה מ״מ סופו באונס נמחק ואפשר דלמדו רבינו מתוך תשובת הרא״ש שכתב לגבי אבד כמו שנתבאר בסמוך בס״ד וע״ל בסימן נ״ב:

ו ומ״ש אבל מי שהיה לו שטר ואבד כו׳. ברייתא פ׳ גט פשוט ופי׳ רשב״ם אע״פ שאמרו עדים כתבנו ונתננו לו וליכא למימר שמא כתב ללות ולא לוה. ויש לדקדק מפני מה כתב רבינו דאיכא למיחש שמא פרע ובברייתא משמע דהטעם דאין כותבין הוא משום דשמא לא אבד א״נ שמא ימצאנו וכמו שפירשב״ם ונ״ל דרבינו מיירי בשיש עדים שאבד ולהכי כיון דאיכא ריעותא דאבד שלא הניחו במקום המשתמר הוה חיישינן שמא כתב ללות ולא לוה אי לאו דאמרי עדים אנו כתבנו ונתננו לו ומ״מ אע״פ דתו ליכא חששא דכתב ללות ולא לוה כיון דאיכא ריעותא דאבד חיישינן לפריעה והיינו שהניחו במקום שאינו משתמר ואבד אבל אם הניחו במקום המשתמר ואבד דינו כנמחק באונס ובהכי איירי תשובת הרא״ש בכלל ס״ח:

ז שהביא רבינו שכתב כי ההיא דנמחק ש״ח וכיוצא בו כגון שידוע לעדים שאבד כלומר שאבד באונס שהרי הניחו במקום המשתמר ואבד דומיא דנמחק שידוע בעדים שנמחק באונס ולפי דמתשובה זו משמע דאפילו היכא דנאבד במקום שיוכל למצאו כתב הרא״ש דכותבין על כן הביא רבינו מ״ש בתשובה אחרת כלל צ״ד דאפילו נאבד בעדים אין כותבין לו דשמא ימצאנו אא״כ עדים מעידין שנשרף דמעתה צריך לפרש התשובה הראשונה דמיירי באבד שאי אפשר שימצאנו כגון אבדו באור וכדאוקימנא בפרק ב׳ דכתובות וכיוצא בזה אבדו במים דהשתא הויא דומיא דנמחק לגמרי מכל צד ונראה בעיני דגם רשב״ם הכי סבירא ליה שהרי כתב אברייתא הרי שאמר אבד שטר חובי וזה לשונו וכגון שאין לו עדים שאבד ממנו אין כותבין ונותנין לו דאתו לטרוף ביה מבני חרי ושמא לא אבד הראשון אי נמי דילמא חזר ומצאו וטריף והדר טריף עכ״ל אלמא דמ״ש תחילה וכגון שאין לו עדים שאבד ממנו היינו נמי לומר אפילו אבדו אלא שאין העדים מעידים שהאבידה היא בדרך שנאבד ממנו לגמרי שלא יכול למצאו והילכך בין שאין לו עדים כל עיקר שאבד ובין שיש לו עדים שאבד אלא שאפשר שימצאנו לעולם אין כותבין עד שיעידו עדים שנאבד ממנו בדרך שלא ימצאנו לעולם דומיא דנמחק ואף על פי שהרא״ש הבין פירשב״ם כפשוטו מ״מ דרך ישר הוא להשוות דעתו עם דעת הרא״ש וגם תשובותיו לא יהיו סותרים זו את זו וכדאמרן. ורבינו לפי שאינו מדבר אלא בשיש עדים שאבד כדפרישית לכך לא כתב בלשון רשב״ם שמא לא אבד אלא שמא פרע:

ח ומ״ש אא״כ מעידים שנשרף. בתשובותיו כלל צ״ד סימן ה׳ משמע להדיא דלאו דוקא שנשרף מתחת יד אחר אלא אפילו במי שבא ואמר שנשרף תחת ידו ויש לו עדים כותבין וכו׳. ותימה שמא ישרוף שטרו בפני כמה כיתי עדים ויביא כל כת וכת בפני בית דין אחר ויגבה ויחזור ויגבה. ונראה דכל כה״ג שאי אפשר ב״ד כותבין שובר ללוה: ומ״ש הרמ״ה בנמחק שיקרעו שטר הראשון וכו׳ היינו משום דכל היכא דאפשר לתקן לא סמכינן על השובר לכתחלה דשמא יפסד שוברו ויבוא הלה לידי הפסד אבל היכא דלא איפשר כותבין שובר. אך קשה דבפ״ב דכתובות דתנן אם יש עדים שיצאה בהינומא כתובתה מאתים פריך בגמרא וליחוש דילמא מפקא עדים בהאי ב״ד וגביא והדר מפקא לה לכתובתה בהאי בי דינא וגביא בה א״ר אבא זאת אומרת כותבין שובר וכתבו התוס׳ אע״ג דהכא לא איפשר דאיכא למיחש דילמא תשרוף כתובתה בעדים והדרא וגביא בעדי הינומא כדאמרינן בסמוך וכו׳ וע״כ זקוק הוא לשובר וכולי משמע דבעלמא לא חיישינן לשישרוף שטרא בפני כמה כיתי עדים ויגבה ויחזור ויגבה משום דבכה״ג אינו גובה כל עיקר ושאני כתובה דמתנאי ב״ד היא דיש לה לגבות עכ״פ וצ״ע ואולי חולק הוא ע״ד התוספות וכן עיקר דלא כדברי התוספות:

ט כתב הרמב״ם הורו רבותי וכו׳. בפי״ד מה׳ מלוה והראב״ד דחולק עליהם וס״ל כיון דחזקה הוא דאין אדם פורע חובו בתוך זמנו בשבועה מיהא יטול והרב המגיד דחה דבריו דמאחר דאפילו בנפל חיישינן לפריעה ואפי׳ בתוך זמנו כדקאמר פרק קמא דב״מ כ״ש באבד דאיתרע ליה ושכן פירש הרשב״א:

י ומ״ש אבל אם הפקידו וכו׳. הם דברי רבינו לבאר דברי הרמב״ם ודברי סברא הם בית יוסף. וצ״ל דהרמב״ם מדבר ביוצא מתחת ידי אחר ואין אותו אחר זוכר איך בא לידו דאילו בידוע שנפל ומצא זה האחר גמרא ערוכה היא פ״ק דמציעא דאין מחזירין אותו לא ללוה ולא למלוה ואפילו הוא תוך הזמן ובהפקידו אצלו פשיטא דאין הלוה נאמן לומר פרעתי וכדברי רבינו:

יא אבד שטרו וכו׳. עובדא דשבתי דאתא לקמיה דרבי חייא בפ״ק דמציעא ובכאן קיצר רבינו בדין שבועה ובסימן ע״ט ביארו דין ה׳ ו׳:

יב כתב בעל התרומות יש מהמורים וכו׳. בשער נ״ז וא״ת אמאי קאמר דיניח את שטרו בב״ד וכו׳ ולא בהיפך שיתנו לו שטרו וההטפסה יניח ביד ב״ד וי״ל דחיישינן שמא יבוא לפני ב״ד אחר ויטפיסו לו פעם אחרת ואח״כ יערים ויאבד השטר בפני כמה כיתי עדים ויבוא עם כל כת וכת בפני עצמה

להוציא לו ההטפסה מיד בית דין ויגבה ויחזור ויגבה. ובכה״ג כתבו התוס׳ בפרק אע״פ (כתובות ד׳ נ״ו) בד״ה כששוברתה מתוכה וז״ל וכ״ת היא תשרוף הכתובה בפני עדים וכו׳ אבל כשנותנין לו ההטפסה וכותבין בה שזו היא הטפסת השטר שמונח ביד ב״ד וכותבין ג״כ מאיזה הטעם הטפיסוה שוב אין חשש הערמה נ״ל ובתשובות בן לב כתב ט״א וז״ל דבשלמא כשב״ד נותנין ההעתקה ביד המלוה ב״ד שבמקום הלוה יודעים שהניח המלוה גוף השטר ביד הב״ד ומודיעים להם שגבה המלוה כדי שיקרעוהו אבל אם היו נותנים גוף השטר ביד המלוה מנין היו יודעין הב״ד שבמקום הלוה שהניח המלוה ההעתקה ביד הב״ד ושמא באריכות הזמן יאבדו הבית דין ההעתקה ויגבה בה פעם אחרת עכ״ל. ויש לדקדק דממ״ש וידוע זה בעדים וכו׳ שמעינן דאם אינו ידוע בעדים אין נותנין לו א״כ הטפסה זו למה יקח שטרו עמו אם יאבד יביא העדים שראו שנאבד ממנו ויכתבו לו שטר אחר תירץ מהרש״ל דחייש דילמא אותן העדים לא יכירו חתימות העדים שבשטר א״נ מאחר שכתב הרא״ש דאפילו אם נאבד בעדים אין כותבין לו שטר אחר א״כ לא קשה מידי ומהר״י כ״ץ מקראקא תירץ דנ״מ כשלא יהיו לו עדים שנאבד השטר והלוה יטעון להד״ם דכשהשטר מונח בב״ד הוחזק כפרן א״נ נ״מ כשיש עדים שנאבד אלא שאין יודעין הזמן דאינו יכול לטרוף מן הלקוחות׃

סימן מב

א אין כותבין שטר חוב ע״ד שיכול להזדייף. בפ״ב דגיטין תנן דחכמים מכשירין לכתוב גיטין אדבר שיכול להזדייף ואמרו בגמרא דמאן חכמים רבי אלעזר הוא דאמר עדי מסירה כרתי ואמר רבי אלעזר דהוא אמורא תלמידו של רבי יוחנן לא הכשירו חכמים אלא לאלתר אבל מכאן ועד עשרה ימים לא דילמא הוה ביה תנאה וזייפתיה ורבי יוחנן רביה אמר אפילו מכאן ועד י׳ ימים דאי איתא דהוה ביה תנאה מידכר דכירי אינשי וכתב הרא״ש והלכה כר״י דהוה רביה דר״א ותו אמרינן התם אר״א לא הכשירו חכמים אלא בגיטין אבל בשטרות לא אפילו לאלתר דבעינן דבר הראוי לעמוד ימים רבים ור״י אמר אפילו בשטרות וכתב הרא״ש ב׳ פירושים תחילה כתב רבי יוחנן מכשיר אפילו בשטרות כמו בגיטין ואפילו לזמן מרובה ואח״כ כתב רבי יוחנן נמי לא מכשיר מכאן ועד י׳ ימים אלא בגיטין אבל בשטרות שיש הרבה תנאים וחילוקי עניינים רבים לא דכירי ודוקא לאלתר מכשיר בשטרות והם דברי התוספות לשם ובפרק גט פשוט (בבא בתרא דף קס״ב) בד״ה וצריך שיחזור וס״ל לרבינו דהאי פירושא בתרא הוא עיקר והילכך גם לרבינו חננאל שפסק הלכה כר״י אף בשטרות אינו אלא בבא לגבות מיד אבל מכאן ועד י׳ ימים פסול גם לר״ח בשטרות ולהרא״ש דפסק בהא כר״א משום דסוגיא דתלמודא אזלא כוותיה פסול אפילו לגבות בו לאלתר׃

ב וכתב רבינו אע״ג דאיכא למימר וכו׳. והיינו משום דגזירת הכתוב הוא דבעינן בשטרות דבר הראוי לעמוד ימים רבים כדכתיב ונתתם בכלי חרס למען יעמדו ימים רבים והכי נקטינן׃

ג ומ״ש ונכתב בכל לשון וכו׳. גם זה שם מימרא דאמימר (דף י״ט) וכן פסק הרי״ף שם והרמב״ם ר״פ כ״ז ממלוה׃ ואם בא לפני הדיין ורואה בו שום שינוי כו׳ עד להוציא לאמיתו. הכי איתא בפרק ג״פ בתרי עובדי דאתו לקמיה דאביי שאירע זיוף בריחוק אות אחת ובהרווחה וכייפינהו אביי ואודו׃

ד כתב הרמ״ה צריך הסופר ליזהר וכו׳ נראה שלמדו הרב מהני עובדי דאביי דאם לא היה חייב הסופר ליזהר בעניינים אלו וכן העדים אם לא היו צריכין לדקדק באלה א״כ למה עלה על דעתו דאביי שדקדק בכל זה וכפה לבעל השטר וס״ל נמי דהכפייה היתה ע״י יסורין ומשום דמלישנא דהנהו עובדי משמע דאביי מעצמו דקדק בכל אלה וזה אסור משום דנעשה כעורכי הדיינין ע״כ פירש הרב דמיירי דאתא לאפוקי מיורשין וכו׳ ויש לתמוה על רבינו שהשיג על הרמ״ה בזה ואולי שרבינו מדמה נדון זה לשטר שזמנו בשבת דאף על גב דליכא מערער אנן טענינן ליה כמ״ש רבינו ע״ש בעל העיטור בסימן מ״ג סעיף ט״ז והיינו משום כיון דחזינן לפנינו ריעותא מבוררת מתוך השטר אלא שבעל דין אינו יודע לערער בטענה זו מחוייב הדיין להוציא הדין לאמיתו וכההיא דירושלמי רב הונא כי הוה חזי זכו לחד בר נש ולא הוה ידע ליה פתח ליה וכו׳ ופירש בו רבינו דלא הוה ידע להההוא זכו כלל כמו שנתבאר בסי׳ י״ז ומצאתי למהרש״ל שכתב על דברי רבינו וז״ל תימה הלא לא יכול הדיין למיטען ליה דעד אחד אינו נאמן למה ג״כ לא יטעון כדי להוציא הדין לאמיתו וי״ל דאולי יש לחלק בין זיוף דלית בה ממשא כלל לאם יש לו עד א׳ דמחייבו שבועה עכ״ל. ולי נראה דההיא דעד אחד אינו ענין לכאן דלשם מיירי דבשעה שאחד מבע״ד מביא עד אחד לא יאמר לו הדיין אין מקבלין עד אחד עד שיאמר לנטען תחילה ה״ז העיד עליך וכו׳ כמ״ש בסימן י״ז והיינו משום דשמא הנטען יודה לדברי העד אבל דברי הרמ״ה בכאן ודברי בעל העיטור בסימן מ״ג איירי כשהנתבע צווח לומר שאינו חייב כלום בשטר זה הילכך אף ע״פ דלא קא טעין ההיא ריעותא דאישתכח בשטרא אנן טענינן ליה להוציא הדין לאמיתו אבל ודאי היכא דלא קא טעין לוה שאינו חייב לו כלום אנן לא טענינן ליה הני ריעותא כל עיקר גם יראה דאף הרמ״ה מודה לב״ה בשטר דזמנו בשבת דטענינן ליה אנן מאחר דאיכא

טענה מבוררת שכתוב הזמן בשבת וקרוב הדבר שהוא מזוייף וכדאיתא בירושלמי פרק בתרא דשביעית דמ״ד פסול משום מזוייף משא״כ כשנמצאו אותיות המרווחות כו׳ דלא מיפסל שטרא בהכי וכמ״ש נ״י הביאו ב״י וז״ל כפתיה ואודי ש״מ דאי לאו דאודי לא פסלינן שטרא וכו׳:

ו וצריך ליזהר שלא יכתוב בסוף שיטה משלש עד עשר וכו׳. שם מימרא דאביי ופי׳ רשב״ם אבל י״א דאינו יכול לזיופיה דצריך למיכתב אחד ועשרים וכי כתב בין אחד עשר וי״ו נראה דחוק ומינכר ע״כ: ומ״ש ואם נזדמן לו בסוף שיטה מחזיר הדבר וכו׳. פי׳ רשב״ם דהשתא אפילו אם זייף וכתב אין למדין אלא מן התחתון. ונראה מזה דאף ע״פ דכתב תחילה שלש באמצע השיטה אם חזר וכתב שלש בסוף שיטה השטר פסול דיזייף למטה וילמד עליו מתחתון ופשוט הוא. והא דקשה למה לא יהא תיקון כשיכתוב שיטה שלשה ועשרה בה״א דהשתא א״א לזייף י״ל דלכתחלה ודאי כשהלשון לשון נקבה צריך לכתוב שלש ועשר בלא ה״א כדאשכחן בקרא ואף ע״פ דדיעבד כשר אם הוסיף ה״א כשהלשון לשון נקבה ואפילו בגיטין כמבואר בא״ע סימן קכ״ו מ״מ לכתחלה צריך לכתוב הלשון כתיקונו כדאשכחן בקרא וזה פשוט:

ז ומ״ש וכן יזהר שלא יכתוב החשבון באותיות וכו׳. למדו רבינו מההיא דאביי מתלת ועד עשר כו׳:

ח היה כתוב בו למעלה וכו׳. משנה שם ודקדק רבינו לומר וסותרין זה את זה כלומר דדוקא היכא דאי אפשר לקיים שני הלשונות שלא יהיו סותרין אבל כשאינן סותרין לא עדיף תחתון מעליון וכ״כ בהגהות מיימוני סוף הל׳ מלוה וכ״כ מהרי״ק בשורש עשירי וכיוצא בזה כתב בעל התרומות שער ס״ח וכ״כ הרשב״א בתשובה הביאו ב״י סעיף ד׳ וה׳ במחודשין ואפילו לעשות יד בעל השטר על עליונה וכתב מהר״ש לוריא שכן הוא העיקר: ומ״ש ובלבד שלא יהא בשיטה אחרונה. כן פי׳ רשב״ם ופשוט הוא כיון שאין למדין משיטה אחרונה כמ״ש בסימן מ״ד ומ״מ אם כתוב למעלה ר׳ ולמטה ק׳ למדין גם משיטה אחרונה כיון שהוא חובתו של בעל השטר כמ״ש לקמן ומ״מ לדידן דכתוב שריר וקיים בכל השטרות למדין מן התחתון אפילו הוא בשיטה אחרונה ובזה מתיישב מה שפי׳ רש״י רפ״ק דמציעא סוף (דף י׳) שהקשו התוס׳ על פירושו מהא דאין למדין משיטה אחרונה ולא שמו על לב דרש״י מירי דכתב שריר וקיים: ומ״ש בשם הר״ר ישעיה דברי סברא הם וכיוצא בזה בסימן מ״ג לענין טעות הזמן היכא דהטעות מוכח מיניה וביה דהשטר כשר ואינו דומה לק׳ זוזי דאינון עשרים סלעים דהולכין אחר פחות שבשניהם דהתם ודאי כיון דאמר דאינון ואחד תלוי בחבירו המע״ה אבל כאן אין הפרט תלוי בסכום הכל:

ט ומ״ש אבל אם היה חסרון בלא מחק וכו׳. כך פי׳ רשב״ם לפי גירסתו במתניתין שאם לא כתב וכו׳ וע״ש בתוספות ומשמע דלענין דינא תרווייהו הלכתא נינהו ולפיכך פסק רבינו כדברי שתי הגירסאות והוא דהיכא דידוע דנמחקו ב׳ אותיות לאחר שכתב הסופר חנני פסול דכיון דאין דרך שיהיו נמחקין ב׳ אותיות מעצמן ודאי בכוונה נמחקו שלא ליתן לחנני אלא לחן שלא כדין או שמא נמחקו לפי שראוי הוא לחן ומש״ה פסול מספק אבל חסרו ב׳ אותיות מתחילה בלא מחק ודאי חזרה היא וינתן לחן וכן כתב ב״י וכתב עוד דמ״ש ינתן לחן וכו׳ איירי בשהשטר ביד שליש ואינו יודע למי יתננו ינתן לחן עיין עליו:

י ואם אפשר לתלות המחק בזבוב וכו׳. שם בעיא דרב פפא דלא איפשיטא ותפסינן לחומרא והמע״ה וכ״פ הרמב״ם ועיין בפי׳ רשב״ם למה לא אמרינן כאן ממון המוטל בספק חולקין. וספל וקפל פי׳ ר״ת ספל ס׳ פלגי קפל ק׳ פלגי לפי שהיו רגילין לעשות חשבון מחצאין כדמוכח בפרק מי שמת (בבא בתרא דף קמ״ה) ור״ח פי׳ ספל ספל אדירים ממש כמו שפי׳ רשב״ם קפל כלי אחד ששמו כן ורש״י פי׳ קפל טליתות שראויין לקפל לישנא אחרינא פירש ר״ח ספל סאה ופלגא קפל קב ופלגא וכתב הרב המגיד שכן פי׳ הרי״ף ואב״ן מיגא״ש והוא עיקר גם רבינו תופס כן שהרי כתב שקפל הוא הפחות וכ״כ הרמב״ם:

יב היה כתוב בו לשון שמשתמע כך וכך וכו׳. משנה שם:

יג ומ״ש ואי תפיס מטלטלין מיניה לא מפקינן להו מיניה. כ״כ הרי״ף בס״פ השואל אההיא דמאה מעי איסתרא וכו׳ שהביא רבינו בס״ס זה סעיף כ׳ וה״נ משמע בפרק בית כור (בבא בתרא דף ק״ה) דקאמר והתם טעמא מאי משום דתפיס ה״נ תפיס ע״ש והרמב״ם פי׳ דוקא כשתפיס מדעת בעלים וכן כתב הרשב״א בתשובה כאשר העתיק ב״י וז״ל הרמב״ם סוף ה׳ מלוה לפיכך כל שטר שיש בו משמעות ב׳ לשונות שמא כך או שמא כך אינו נוטל אלא הפחות שבשניהם ואם תפס בעליונה אין מוציאין מידו אלא בראיה ברורה וכתב ה״ה דאפילו תפס בעדים ומ״מ שטר שכתוב בו דינרין סתם שאין גובה בו אלא ב׳ אם תפס יותר בעדים מוציאין מידו ע״כ ונראה שטעמו כיון שלא פירש כמה הוה ליה כאילו כתוב בפירוש דינרין שנים דמיעוט רוב שנים ואין כאן ספק ולפי דעתו בשובר נמי דינרין אינן אלא שנים ונ״י כתב בזה שתי סברות כמו שהעתיק ב״י ועיין לקמן בסימן נ״ד שם נתבאר ומה שכתב ב״י דכן נראה דעת רבינו שכתב ההיא דאם תפס מקמי דכתב ההיא דדינרין סתם נראה בעיני שאין לדקדק מזה כלום שהרי כתבו גם מקמי ההיא דמאה

מעי איסתרא וע״ל בסי׳ קל״ז ובסי׳ ק״נ: ודקדק רבינו לכתוב מטלטלין דאילו קרקעות אין בהם תפיסה וכ״כ הרי״ף לשם בהדיא וע״ש שמחלק הא דאין תפיסה בקרקעות דוקא במילתא דלא עבידא לאיגלויי וכדאמר בפרק המקבל וכתב רבינו ירוחם בנ״ו ח״ה שכן עיקר. ומה שהבין ב״י דדברי הר״ר יונה בסימן מ״ו סעיף ל״ג הם בקרקעות לא נהירא אלא בין במטלטלי בין במקרקעי קאמר כמו שנתבאר לשם בס״ד:

יד כתב א״א הרא״ש בתשובה וכו׳. בכלל ס״ח דין י״א כלומר שאם אתה אומר אחר הפסח הבא אחרון שהוא תת״ק שנים וצ״ט באלף הששי א״כ השטר בטל ולמה נכתב השטר וצריך אתה לתלות כדי להכשיר השטר ופסח אחר לא תוכל לברר אחריו על איזה מהם התפיס הילכך צריך אתה לומר פסח הבא ראשון. ומצאתי במרדכי פרק גט פשוט וז״ל יד בעל השטר על התחתונה דוקא במקום שלא נפסל השטר אבל לעולם יש לנו לחזור ולפרש שלא נפסל השטר כדאיתא פרק קמא דע״ז בשמעתא דאי טעי תנא האי תנא דוקני הוא עכ״ל. ומהרי״ק בשורש צ״ד חילק ואמר דדוקא כשהספק נופל בכוונת הנותן וכו׳ וע״ש ולא משמע הכי בדברי ה׳ המגיד פרק כ״ג ממלוה ונימוקי יוסף פרק גט פשוט גבי שטר שזמנו שבת ע״ש ומקור דבריהם לקוח מבעל התרומות בשער נ״ז. ועיין עוד בהגהות מיימונית סוף פרק י״ט מהלכות עדות שם האריך בזה:

יז כתוב בו סלעים מלוה אומר ה׳ וכו׳. ברייתא ומסקנא דגמרא פ״ק דב״מ (דף ד׳) ואע״פ דבודאי אף בכתוב בו מטבע פלוני דאינון ונמחק נמי נשבע לו היסת על השאר אפ״ה לא הוצרך רבינו להזכירו דפשיטא היא דכיון דנמחק הסכום אין זוזי דאינון פחות משנים וכיון דמן השטר משמע שנים אין זה מודה במקצת אבל בכתוב בו סלעים ולא נמחק הסכום הו״א דחד סלע נמי סלעים קרינן ליה ולוה דאמר שנים מודה במקצת הוא קמ״ל דלא דסלעים נמי אין פחות משנים ונאו מודה מקצת הוי אפילו לרשב״א דפליג אר״ע התם בפ״ק דמציעא. ועיין לקמן בסימן פ״ח סעיף ל״ג:

יח כתוב בו פלוני לוה מפלוני כסף נותן לו חתיכה של כסף כל דהו פחות שבמשקלות. ברייתא פרק ג״פ כסף אין פחות מדינר כסף ואימא נסכא אמר רבי אלעזר דכתוב ביה מטבע ואימא פריטי אמר רב פפא באתרא דלא סגי פריטי דכספא ומפרש רבינו כפר״ת דמכח הגריעותא פריך אימא נסכא דכיון דיד בעל השטר על התחתונה אימא חתיכ׳ של כסף כל דהו פחות שבמשקלות: ומ״ש כתוב בו מטבע וכו׳. הוא אוקימתא דר״א ודרב פפא אלא שיש לתמוה במה שכתב ואם אין פרוטות של כסף יוצאות בו נותן לו מטבע של כסף הקטן שיוצא שם שזה היפך משמעות הסוגיא דמשני באתרא דלא סגי פריטי דכספא דאלמא דכל היכא דאין פרוטות של כסף יוצאות בו נותן לו דינר כדקתני כסף אין פחות מדינר כסף וי״ל דרבינו נמשך על פי שיטת התוס׳ בשם ר״י דמיישב ההיא ברייתא דסוף כתובות דתני בה כתוב בו כסף סתם כל מה שירצה לוה מגבהו ובפ׳ גט פשוט תניא דמגבהו דינר אלא צ״ל דההיא דגט פשוט מיירי באתרא דלא סגי שום מטבע של כסף פחותה מדיכר ומאי דפריך נמי ואימא פריטי לאו פריטי ממש קאמר אלא כלומר כל שאר מטבע הפחותה מדינר קורא פריטי ומשני באתרא דלא סגי וכו׳ שאין הולך שום מטבע של כסף פחותה מדינר באותה מדינה ולפיכך תני הך ברייתא אין פחות מדינר כסף אבל אם הולך שום מטבע פחותה ממנה אה״נ דנותן לו מטבע של כסף הקטן שיוצא שם דכל מה שירצה לוה מגבהו כדקתני בסוף כתובות ועיין בתוס׳ פרק גט פשוט (בבא בתרא דף קס״ה) ובפרק בתרא דמנחות (דף ק״ז): ואם כתוב בו דינרין כסף וכו׳. ברייתא שם: ואם כתוב בו כסף בדינרי וכו׳. בברייתא הנזכרת ובאוקימתא דרב אשי ולא כתב רבינו היכא דכתוב בו כסף דינרי או דינרי כסף מה דינו לפי שהתוספות נסתפקו בו תחילה כתבו דגם בזה נותן לו שני דינרין של כסף אח״כ כתבו דאין זה דיבור ואין שום אדם כותב כן ואיכא נמי לאיסתפוקי דשמא שוה שני דינרי זהב כסף קאמר ויחלוקו ואח״כ כתבו ואפילו לא יהיו חולקים היכא דלא תפס אלא המע״ה היכא דתפס לא מפקי׳ מיניה לר״י: ואם כתוב בו כסף בדינרין וכו׳. הכי משמע בסוגיא לשם: ואם כתוב בו זהב נותן לו חתיכה וכו׳. שם ת״ר זהב אין פחות מדינר ואימא נסכא אר״א דכתוב מטבע ואימא פריטי פריטי דדהבא לא עבדי אינשי ופירושא דהך סוגיא כפירושא דסוגיא דאברייתא קמייתא ודקדק רבינו שלא כתב כאן ג״כ אם פרוטות של זהב יוצאות בו וכו׳ כמ״ש אצל כסף לפי שמשמע שאין עושין פרוטות של זהב בשום מקום דאל״כ הוה ליה לתלמודא נמי למימר באתרא דלא סגי פריטי דדהבא כמו שאמר לגבי כסף אלא דעדיין אינו מתיישב יפה הלא לפי שיטת רבינו שע״פ דעת ר״י צריך לפרש דמה שאמרו באתרא דלא סגי פריטי דכספא אינו מיירי בפריטי ממש אלא בכל שאר מטבע הפחותה מדינר כסף אבל פריטי ממש בשום מקום אין עושין אותו של כסף כדאמר בסוף כתובות פריטי דכספא לא עבדי אינשי והיינו לומר דפריטי ממש אין עושין אותן של כסף וכך מפורש בתוספות דגט פשוט להדיא. ונראה בעיני ליישב דברי רבינו דס״ל דסוגיא דג״פ דקאמר ואימא פריטי אע״פ דאכל מטבע הפחותה מדינר קא מקשה וקורא אותן פריטי מ״מ עכ״פ אפריטי ממש נמי קא מקשה ועלה נמי קא משני באתרא דלא סגי פריטי דכספא ומינה דעבדי אינשי נמי פריטי ממש דכספא אלא דלא סגי בכל אתרא אלא דבסוף כתובות דלא פריך ואימא פריטי אלא בפריטי ממש להכי משני ליה נמי לרווחא דמילתא פריטי דכספא לא עבדי אינשי ולאו דוקא אלא כלומר רובא דרובא אין עושין פרוטות של כסף ודוק. אבל בשל זהב אין עושין פרוטות כל עיקר בשום מקום ולפיכך לא הזכיר רבינו פרוטות בשל זהב כל עיקר: כתוב בו זהב דינרי וכו׳. בברייתא הנזכרת זהב דינרין ודינרין זהב אין פחות משני דינרין זהב וס״ל לרבינו דלאוקימתא דרב אשי הך ברייתא מיירי בדכתוב זהב דינרי ודינרי זהב אבל זהב דינרין ודינרין זהב אין זה דיבור ואיכא לאסתפוקי ויחלוקו א״נ המע״ה היכא דלא תפיס וכו׳ כדלעיל להיכא דכתב כסף דינרי

ודינרי כסף והכי משמע לספרים דגרסי אלא אמר רב אשי אבל התוס׳ כתבו דלאוקימתא דרב אשי נמי דינרי לא משמע אלא זהב אבל דינרין משמע בין כסף ובין זהב ול״ג אלא אמר רב אשי ע״ש ולפי זה אין חילוק בין זהב דינרי לזהב דינרין לעולם אין פחות משני דינרין זהב וה״נ משמע מדברי הרמב״ם בסוף ה׳ מלוה: ואם כתוב בו זהב בדינרין וכו׳. שם בברייתא הנזכרת: ואם כתוב בו זהב בדינרי וכו׳ הכי משמע בסוגיא לשם ויש להקשות לפי שיטת רבינו דדינרי הוא זהב ולא של כסף ודינרין הוא של כסף ולא של זהב א״כ ליפלוג בברייתא בין דינרי לדינרין אע״פ שלא הזכיר לא כסף ולא זהב וי״ל דאה״נ אלא דאתי לאפלוגי בין כסף דינרין לכסף בדינרין לאורויי שיש חילוק בין בי״ת ללא בי״ת א״נ אתא לאורויי שיש חילוק בין כסף דינרין לכסף דינר ודוק:

יט ואם אין שום מטבע מפורש עד במקום שמוציא אותו וכולי. ברייתא סוף כתובות המוציא ש״ח על חבירו כתוב בו בבל מגבהו מעות בבל וכו׳ ופירושו שכתוב בו מאה דינרין או מאה סלעים או סכום מטבע אחר ואינו מפורש באיזה מן הסלעים נתחייב כי אין כל המקומות שוין בהם אלא שלשון רבינו צריך ישוב למה אמר ואם אין שום מטבע מפורש דמשמע דמיירי שכתוב בו מאה כסף סתם והואיל והא ליתא דהתם נותן לו חתיכ׳ של כסף כל דהו וכו׳ וכדלעיל ואין חילוק בזה בין נכתב בבבל לנכתב בא״י אלא בע״כ דמיירי שכתוב בו מאה סלעים או דינרין או פונדיון ונראה לתקן לשון רבינו שבא להורות דמכל המטבעות שנזכרים בשטר סלעים דינרין פונדיון אין אחד מהם מפורש שאם היה מפורש רק באחד מהם כגון שהיה מפורש סלעים א״י אז אף הדינרין והפונדיון שנזכרו באותו השטר היה מגבהו ממעות א״י אע״פ שהיה נכתב בבבל דילמוד סתום שבשטר מן המפורש ודינו בזה אמת מק״ו דענן מעננ ועיין בסימן מ״ג סעיף ט״ו במ״ש רבינו בשם הרמ״ה. שוב מצאתי שכתב בספר בדק הבית וז״ל ולפ״ז אם אין שום מטבע מפורש שכתב רבינו לאו למימרא שאינו מפורש כלל דע״כ כתוב סלעים או דינרין אלא היינו לומר שאינו מפורש ממטבע איזה מקום הם עכ״ל: ואם טוען הלוה וכו׳. כן כתב הרמב״ם סוף פי״ז דה׳ מלוה ומבואר לשם מדבריו דדוקא כשלא נכתב המקום בשטר ובא לגבות ממעות המקום שיצא בו השטר התם הוא דישבע המלוה אבל בנכתב בבבל מגבהו ממעות בבל בלא שבועה ונראה שטעמו דבנכתב המקום בשטר תלינן בסתמא באותו מטבע שהוא יוצא שם הוא מחייב עצמו ונשתעבד לפרעו בהם אם לפחות ואם להוסיף אבל כשאין נכתב בו מקום אע״פ שנתברר המקום שהיו דרין בהם בשעת הלואה מ״מ כיון שלא נכתב המקום בשטר ולא נתברר באיזה מטבע הוא נשתעבד ואוקמוה רבנן לשיעבודא אאותו מקום שמוציאו הילכך אין זה אלא בשאין הלוה טוען בבירור המעות שאני חייב לך הן פחותין מזה אבל כשטוען כך בבירור לא יטול המלוה אלא בשבועה ונתיישב בזה מה שהיה קשה להר״ן ובעה״ת אדברי הרמב״ם כמו שהעתיק ב״י:

כ היה כתוב בו חשבון וכו׳. בפרק ג״פ עובדא דאתא לקמיה דאביי ופירש בו רבינו כפי׳ ר״ח וכ״כ הרמב״ם בריש ה׳ מלוה ואתי לאורויי לן דאע״פ דאיסתרא היא פלגא דזוזא לא אמרינן אי איתא דאיסתרא קאמר תלת מאה זוזי וזוזא מיבעי ליה למכתב בשטרא אלא כיון דמנהגא הוא לכתוב איסתרא בשטרות אע״פ שזוזא מטבע גדול מאיסתרא תלינן דשית מאה איסתרא קאמר אבל לא תלינן בפרוטות לפי שאין רגילין לכתוב פריטי בשטרות אלא סומכין אותו בדינרין דבמקום קצ״ב פרוטות כותבין דינר:

כא כל הלשונות וכו׳. בפרק המקבל אמרינן דתנאי טובא היו דורשין לשון הדיוט ומלישנא דדורשין דקדקו התוספות והרא״ש דה״ק שהיו דורשין ומחשיבין לשון שנהגו הדיוטות לכתוב כלשון שתקנו חכמים לכתוב דכי היכי דהתם אע״פ שלא נכתב כנכתב דמי כדתנן בפרק אע״פ לא כתב בנן נוקבן וכו׳ מפני שהוא תנאי ב״ד ה״נ בלשון הדיוטות ולכן כתב גם רבינו אפילו אינו מתיקון חכמים אלא לשון הדיוט וכו׳ כלומר דאפ״ה דינו כתיקון חכמים ואפילו לא נכתב דנין אותו כאילו נכתב. ודקדק רבינו לכתוב במקום ההוא דכיון דאין כך אלא מפני שנהגו אין לך בו אלא מקום שנהגו וכ״כ הרמב״ם בדין גביית כתובה ממטלטלין דאע״פ דתקנת הגאונים כך הוא אפ״ה במקומות שאין אותה התקנה פשוטה בכל המדינה לא אמרי׳ אע״פ שלא נכתב כנכתב דמי כדין תנאי כתובה עיין בפרק י״ו ובפרק כ״ג מהל׳ אישות וכך פי׳ בית יוסף דברי הרמב״ם במסקנתו ועיין עליו במה שכתב בשם נימוקי יוסף בזה:

סימן מג

א כותבין בשטר זמן הלואה כו׳. הא דלא קאמר צריך לכתוב בשטר זמן ההלואה היינו משום דלאו תקנת חכמים היא דבעינן למיתב זמן דברצו תליא מילתא כדאיתא רפ״ק דמציעא (סוף דף ז׳) בשטרא דאית ביה זמן גבי ממשעבדי ואידך לא גבי ממשעבדי אלא דמן הסתם כותבין דלא שדי אינש זוזי בכדי ונראה מדברי רבינו מדכתב שיכולין לומר קניינינו קדם להלואה שלך שדעתו להורות כמ״ש במישרים נ״ד ח״ב ומביאו ב״י והוא להורות דגם היכא דלא כתוב בו זמן נמי טריף ממשעבדי אם יש עדים שראו את השטר כתוב וחתום ואח״כ קנה הלוקח נכסים דשוב אינן יכולין לומר קניינינו קדם

וכו׳ ואפילו הכי כותבין לכתחלה בשטר זמן הלואה כדי שנדע בבירור מאיזה זמן יטרוף ולא יהא שום ערעור בזמן וכו׳ וה״ה בלאו ה״ט כדי שנדע מאיזה זמן יטרוף מהלקוחות צריך שיכתוב זמן בשטר כדי שנדע מי קודם מן המלוין אם אין לו קרקע אלא כדי לשלם לאחד מן המלוין כמ״ש בסוף סימן זה סעיף י״ט אלא לפי שמסתמא אין אדם מלוה לחבירו אלא א״כ יודע שיש לו קרקע ללוה שתהא שוה כנגד מעותיו שהיא לו לאחריות דלאו בשופטני עסקינן דשדי זוזי בכדי לכך קאמר האי טעמא כדי שנדע מאיזה זמן יטרוף מהלקוחות:

ב ומ״ש ומיהו וכו׳ כלומר אף ע״פ דלכתחילה יש לכתוב זמן מיהו בדיעבד כשר וכו׳ וכ״פ הרמב״ם סוף פרק י״ז מהל׳ מלוה גם הר״ר ירוחם נ״ד ח״ב כתב דאם קנה אחר שראו עדים השטר כתוב וחתום גבי ממשעבדי משטר שראו וכו׳ וכדמשמע מדברי רבינו:

ג וכתב ר״י אם כתב הסופר וכו׳. בתוס׳ פ״ק דע״ז (דף י׳) והביאו הרא״ש לשם כלומר כשהשמיט לבריאת עולם אין לומר דילמא למניינא אחרינא כתביה והוא מאוחר ולא יגבה בו עד כמה שנים דיד בעל השטר על התחתונה אלא תלינן אותו בטעות סופר מאחר שאין אנו מונין עתה לשום מנין אחר כי אם לבריאת עולם:

ד וכן אם לא כתב חמשת אלפים. אין לומר שהוא מוקדם ופסול אלא אמרינן דשבק לכולהו כללי דכי היכי דאמרינן בגמרא דילמא שבק לאלפא קמא ונקט לאלפא בתרא ה״נ אמרינן שביק לכולהו כללי ונקט פרטי׳ בתרא לחוד וכל זה הוא מדברי ר״י ודלא כדמשמע מב״י:

ו ואם הקדים הזמן השטר פסול וכו׳. משנה פרק אחרון דשביעית הובאה בכמה מקומות ש״ח המוקדמין פסולין והמאוחרין כשרין ובפ׳ א״נ פירש״י שלא פסלם אלא שלא לגבות בהן ממשועבדים וקאמר ר״י התם דאפי׳ מזמן שני לא גבי גזירה שמא יגבה בהן מזמן ראשון וז״ל הרי״ף שם והילכך כמלוה על פה הוא דלא גבי ממשעבדי וכן הלכתא וכ״פ הרמב״ם בפכ״ג דמלוה ומשמע ליה לרבינו דלדידהו אינו כמלוה ע״פ אלא לענין זה דלא גבי אלא מבני חרי אבל שטרא מעליא הוה ואינו יכול לומר פרעתי אלא נשבע מלוה ונוטל אם א״ל אשתבע לי ואם יש בו נאמנות נוטל בלא שבועה כדין שאר שטרות כדלקמן בסי׳ ס״ב ואם טען להד״ם הוחזק כפרן דדין שטר זה ככל שטר בעדים שאין בו זמן וכן כתב להדיא בעל התרומות שער נ״ו אבל ר״י כתב שהוא פסול לגמרי דלישנא דפסולין משמע דהוי כשטר פסול ואין גובין בו כלל ונראה דהיינו שיכול לטעון פרעתי א״נ להד״ם אלא דלקמן בסי׳ מ״ה כתב רבינו ע״ש ה״ר יונה דאינו יכול לטעון להד״ם אבל מלשון התוס׳ בפ׳ מי שמת (בבא בתרא דף קנ״ז) משמע דלר״י פסול לגמרי דאפילו מבני חרי לא גבי ויכול נמי לטעון להד״ם. ומ״ש וכן הוא מסקנת א״א ז״ל היינו משום דבפר׳ א״נ כתב תחילה דברי הרי״ף ואח״כ דברי התוס׳ והוא מסקנתו. ואיכא למידק לרב אלפס מ״ש שטר מוקדם דאינו גובה בו אלא מבני חרי ולא מצי למימר פרעתי ובכתב ידו לרב אלפס נמי לא גבי אלא מבני חרי ומצי למימר פרעתי וכדלקמן בסי׳ ס״ט סעיף ז׳ וי״ל דכ״י אין לו דין שטר כלל אלא כמו זכרון דברים כמ״ש ב״י בסי׳ נ״א סעיף ד׳ אבל בחתמו עליו עדים דין שטר יש לו ואפי׳ בשטר של עכו״ם כשנמסר בפני עדי ישראל אינו נאמן לומר פרעתי ומשמע אפי׳ לא כתב בו נאמנות כדלקמן סימן ס״ח סעיף ה׳ וכ״ש הכא דהו״ל שטר בעדים ולא מצי למימר פרעתי וכתב בס׳ בדק הבית ולענין הלכה כיון שהרי״ף והרמב״ם ורש״י מסכימין לדעת א׳ הכי נקטינן עכ״ל:

ז וכתב הרמ״ה וכו׳. נראה דטעמו דבפ׳ א״נ אההיא דר׳ יוחנן קאמרינן אלא הא דאמר רבי יוחנן גזירה שמא יגבה מזמן הראשון נימא לא ניתן ליכתב א״ל הכי השתא התם נהי דלא ניתן ליכתב מזמן ראשון אבל ניתן ליכתב מזמן שני הכא לא ניתן ליכתב כלל שמעינן דלא א״ר יוחנן דגזרו חכמים אלא היכא דלא ניתן ליכתב מזמן הראשון כגון שלוה בא׳ בניסן והקדים הזמן בא׳ בתשרי וכו׳: ומ״ש רבינו ואין נראה לחלק וכו׳. יש ליישב דלא ראו חכמים לגזור אלא היכא דלא ניתן ליכתב ולא קשה לפי דעת רבינו דאין לחלק א״כ מאי מקשה תלמודא לר׳ יוחנן דאמר גזירה שמא יגבה מזמן ראשון נימא דלא ניתן ליכתב ודילמא ר׳ יוחנן קיהיב טעמא אפי׳ להיכא דניתן ליכתב כגון דכתב ללוות בניסן ולא לוה עד תשרי דמ״מ פסול מטעם גזירה שמא יגבה מזמן ראשון דהא פשיטא דלישנא דש״ח המוקדמין דעליה קיהיב ר׳ יוחנן טעמא גזירה שמא יגבה וכו׳ אין פירושו אלא כגון שלוה בא׳ בניסן והקדים הזמן בא׳ בתשרי אלא דס״ל לרבינו דלר׳ יוחנן ודאי צריך לפרש מבחוץ דה״ה בכתב ללוות בניסן ולא לוה עד תשרי דאיכא נמי למיחש שמא יבא לגבות וכו׳ וק״ל. ויש להקשות הלא לדעת רבינו לעיל בסי׳ ל״ט דמביא מה שפסק ר״י באחרונה דעדיו בחתומיו זכין לו ואפילו אין בו קנין דמשעה שהגיע השטר לידו זכה בו למפרע וכו׳ וא״כ הכא אפילו כתב ללוות ולא לוה עד תשרי מ״מ כשהגיע השטר לידו בתשרי זכה בו למפרע משעה שנכתב ונחתם בניסן וצ״ל דלא כתב רבינו האי ואין נראה לחלק אלא להשיג אדברי הרמ״ה לפי סברתו שסובר דהיכא דלא לוה עד תשרי לא טריף אלא מתשרי ואילך דאלמא דלא ס״ל דהלכה כאביי א״כ לפי זה אין נראה לחלק דאף מתשרי ואילך לא טריף מטעמא דאיכא למיחש שמא יבוא לגבות מניסן שלא כדין אבל רבינו ודאי ס״ל דאף מניסן טריף דזכה בו למפרע מניסן למאי דס״ל כר״י דהלכה כאביי ועי׳ במ״ש בסמוך סעיף י׳:

ח ובמה יודע שהוא מוקדם וכו׳. ה״א בירושלמי פרק בתרא דשביעית מי מודיע פירוש במה יודע שהוא מוקדם העדים עצמם ודאי לא נאמנים לומר שכתבוהו בניסן והקדימו זמן בתשרי שעבר בלא טעות חדא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ועוד שהרי פסולין הן דשקר העידו דלאו בתשרי הוה אלא בניסן ואין אלו ראויין לעדות וכי תימא שעדים אחרים יעידו עליהם תרי ותרי נינהו ועדיין לא ידענו שהוא מוקדם וא״נ ע״י הזמה לא קיימא הזמה אסהדי דחתימו בשטרי דשמא אחרוהו וכתבוהו וכמ״ש הרי״ף בפ׳ מרובה דאינהו כשרים ואינהו כשרים: י״א כגון שהעדים וכו׳. כלומר כי אמרי׳ כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ה״מ כי אמרי אנוסים היינו או אמנה היו דברינו דליתיה להגדה כלל אבל היכא דאיתא להגדה כגון הכא מהימני וכדאיתא התם בירושלמי דיכולין למימר על הזמן השני חתמנו ולא על הראשון דלא הרגשנו בשעה שחתמנו שהיה מוקדם: ומ״ש והן נאמנין אפילו כתב ידן יוצא ממקום אחר וכו׳. כ״כ בעל המאור בתחלת ר״ה וטעמו דאין בזה חוזר ומגיד כיון שמצוי הוא לטעות בטעות כזה וראיה ברורה מעובדא דהאי תברא דהוה חתים עליה רב ירמיה בר אבא בפרק גט פשוט (סוף בבא בתרא דף קס״ז) דקאמר ר׳ ירמיה דקטעי בהכרת האשה וקאמר אביי אע״ג דקאמרי רבנן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד צורבא דרבנן לאו אורחא למידק: ומ״ש אבל לדעת ר״י אם כתב ידן יוצא ממקום אחר אינן נאמנין וכו׳. בתוס׳ פ׳ א״נ ובפ׳ המניח כתבו בסתם דמיירי שיש עדים שמעידין עליהם שהיו אנוסין מחמת נפשות או שאומרים טעינו בשנת המלך או בעיבור וכו׳ וכ״כ הרא״ש בסתם ורבינו מפרש דהיינו לומר דבעדים מעידים עליהם אפילו כתב ידן יוצא ממקום אחר או שהן עצמן אומרין טעינו ואין כתב ידן יוצא ממקום אחר ואורחא דמילתא נקט דאחרים לא יעידו שטעו אלא יעידו אנוסים היו והן עצמן מעידין נמי טעינו וכ״ש אנוסים היינו ונ״ל שרבינו שלמד לפרש כן לדעת ר״י הגיע לו מדברי התוס׳ בשם ר״י בפ״ב דכתובות (דף י״ט) בד״ה א״ר נחמן שכתבו להדיא דבכתב ידן יוצא ממקום אחר אין נאמנין לומר אמנה היו דברינו ואע״פ שהיה ניתן ליכתב כגון דאמרי דבשעה שחתמו לא ידעו שהיה אמנה ואח״כ נתברר להם שהיה אמנה וטעו ע״ל בסימן מ״ו סעיף ל״ד. שוב מצאתי בפירוש ר״ש סוף פ׳ בתרא דשביעית דכתב נמי כמ״ש רבינו לדעת י״א וז״ל לפרש הירושלמי הלז דקשיא ליה ומי יודיענו שהוא מוקדם ומתרץ דעדים עצמן נאמנים לומר שהוא מוקדם ופריך מדר״ל דנעשה כמי שנחקרה עדותן בב״ד אפי׳ מדרבנן היכא דכתב ידן יוצא ממקום אחר דאי אין כתב ידן יוצא ממקום אחר נאמנים לפסלו כדמוכח פ״ב דכתובות ומשני ההיא דר״ל דאמר לא חתמנו התם הוא דאין נאמנים דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כיון דכתב ידן יוצא ממקום אחר אבל כאן מודים שחתמו ואין עוקרים עדותן אלא שלא נכתב ונחתם ביומו לפי שטעו וכ״כ ב״י בסי׳ מ״ו בסעיף ל״ה במחודשים ע״ש הריטב״א וה״ר ירוחם לגבי אמנה היו דברינו דנאמנים לומר שטעו והביא ראיה מהך דירושלמי ע״ש:

ט אבל המאוחרים כשרים וכו׳. ה״א בפ׳ מי שמת (בבא בתרא דף קנ״ז) ע״ש ובפ׳ גט פשוט (בבא בתרא דף קע״א) קאמר תלמודא דבשטרי מקח וממכר אפי׳ מאוחרים נמי פסולין וכן פסקו הרי״ף והרא״ש לשם וכ״כ הרמב״ם בפכ״ג ממלוה וכתבו רבינו בסי׳ רל״ט וטעמא דמילתא אמרו בגמ׳ זימנין דמזבין ליה ארעא בניסן וכתב ליה שטרא בתשרי והדר זבין ליה מיניה וכי מטי תשרי מפיק ליה לשטריה ואמר הדר זבנתיה מינך ועוד איכא טעמא רבה דכי זבון ללוקח ראשון בניסן וכתב ליה שטרא בתשרי והדר זבון ללוקח שני באייר וכתב ליה באייר כי אתא ב״ח וטריף מלוקח ראשון שזמנו מאוחר שלא כדין טריף ותו איכא טעמא דכי לוה בניסן וזבין באייר ולוה עוד בסיון וכתב לתרווייהו דאקני השתא אי עבדיה האי שטרא מאוחר וכתב ביה דזבין השדה בתמוז אתי הנהו תרתי מלוין ויחלקו השדה שלא כדין שהרי הכל הוא לראשון כיון דזבנה באייר מקמי דלוה עוד בסיון: ומ״ש אא״כ מפורש בו וכתב איחרנוהו. אין להקשות מוקדם נמי נכשירנו אי כתוב בו הקדמנוהו ביום פלן ולא איחתום עד יום פלן דשאני מאוחרין דאיכא למימר טעמא מפני מה איחרוהו לפי שהמלוה מחל לו השיעבוד עד אותו הזמן א״נ לא כתבו השטר בו ביום ולא היו נזכרים ליום הקנין והיו צריכין לאחר הזמן אבל הקדמה בלא טעם עולה הוא אפי׳ כתבו בו והקדמנוהו ואה״נ כל היכא דאיכא טעמא כגון שכתבוהו ביום פלוני ולא חתמוהו עד לאחר כמה ימים צריכי למיכתב ביה שטרא דנן איכתוב ביום פלן ולא איחתום עד יום פלן וכשר וכדכתב בהגהות מיימון פכ״ג ממלוה ומביאו בית יוסף: ומ״ש לא היה טורף הקרקע שקנה באייר כיון שלא כתב ליה דאקני וכו׳. ואע״ג דבסימן קי״ב כתב הסכמת הרא״ש דדאקני נמי ט״ס הוא היינו דוקא בדלא כתב לו אחריות כלל אבל היכא דכתב לו דקנה ולא כתב דאקני מודה הרא״ש דאינו טורף ממאי שקנה אח״כ ובכה״ג קאמר הכא לא היה טורף וכו׳ לדעת הרא״ש:

י וכל שטר וכו׳ עד שבא לידו בזמן הכתוב בו. איכא למידק לדעת רבינו דהביא במסקנתו בסי׳ ל״ט דהלכה כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו א״כ אפילו לא בא לידו בזמן הכתוב בו נשתעבדו הנכסים למפרע משעת כתיבה וי״ל דהיינו דוקא כשהלוה מצווה שיעמוד השטר בידן בשביל המלוה או אפילו בסתם נמי עדיו בחתומיו זכין לו מן הסתם אבל כאן דאיתרע בנפילה חיישינן דילמא אמר לעדים שיתנוהו לידו של לוה דהשתא לא זכה בו למפרע בשטר שאין בו קנין אלא באותה שעה שבא ליד המלוה אז הוא זוכה בו וכיון שיבוא לטרוף לקוחות מזמן הכתוב בו שלא כדין השטר פסול ואינו יכול לגבות בו אלא א״כ יביא ראיה שבא לידו בזמן הכתוב בו וע׳ במ״ש בסי׳ ל״ט ובזה התיישב נמי מ״ש רבינו לעיל סעיף ז׳ ואין נראה לחלק וכו׳ דכיון

דכל דברי רבינו בסימן זה מתחילתו עד ודוקא וכו׳ מיירי בשטר שאין בו קנין השתא שפיר כתב ואין נראה לחלק דחיישינן שמא אמר הלוה יעמוד השטר בידכם ותנו אותו בידי דלא זכה בו המלוה למפרע ודוק׃

יג ה״ג וכת׳ הרשב״א לעולם כשכותבין יום שקנו בו סומכין הקנין לאותו יום וכו׳ וכשכותבין יום שעומדין בו סומכין הכתיבה לאותו יום וכו׳ ובמקצת ספרי׳ גרסי איפכא ברישא סומכין הכתיבה ובסיפא סומכין הקנייה והכי פירושו כשכותבין יום שקנו בו הכתיבה היא נסמכת ונטפלת לאותו יום כי היום קאי אקנין וכשכותבין יום שעומדין בו הקנין הוא נסמך ונטפל וכו׳ וראשון נראה עיקר׃

טז שטר שזמנו בשבת כו׳ וכתב ב״ה ומסתברא דאי אמר ליה אשתבע לי וכו׳. נראה דמיירי בשטר שאין בו נאמנות דכתב בסי׳ פ״ב ס״ג דאי טעין פרעתי ואמר אשתבע לי משביעין אותו ואי טעין מזוייף או רבית או אמנה אין משביעין אותו וקאמר דהכא דטעין דמוקדם הוא לא דמי לטוען מזוייף ומשביעין אותו דכיון דזמנו בשבת איכא ריעותא בגוף השטר וחיישינן שמא מוקדם הוא והא דקאמר דוקא בשטר מקויים וכו׳ הא פשיטא היא ולא איצטריך ליה אלא לאורויי דבאינו מקויים אפי׳ ליכא מערער אנן טענינן ליה ועיין במ״ש בסימן מ״ב סעיף ה׳ ובס״א כתוב דאי א״ל אישתבע לי לא משתבע ליה וכו׳׃

סימן מד

א צריך להחזיר וכו׳. בפרק גט פשוט מימרא דר׳ יוחנן ופי׳ רשב״ם זהו שאנו כותבין בסוף השטר וקנינא מן פ׳ בן פ׳ לפ׳ בן פ׳ ככל מה דכתוב ומפורש לעיל וכו׳ והאי וצריך שיחזור הכי מפרשינן ליה צריך שלא יהא כותב בסוף השטר בשיטה אחרונה שום דבר חידוש ושום תנאי שהשטר תלוי בו שאינו כתוב למעלה לפי שלא נלמד משיטה אחרונה ונמצא שיתקיים השטר העליון בלא התנאי ויגבה בו שלא כדין אע״פ שלא נתקיים התנאי אלא בדברים שאין לנו צורך בהן ללמוד ממנו יסיים שטרו (כגון) מעניינו של שטר ומעתה לא נפסיד כלום אם לא נלמד משיטה אחרונה שהרי כבר כתוב ומפורש למעלה מ״ש בש״א וגם אם יזייפו בשיטה החלקה אחר ענייני של שטר שבשיטה אחרונה בין השטר לעדים לא מעלה ולא מוריד שהרי אין למדין משיטה אחרונה ובשאין כתוב בשטר שריר וקיים מיירי עכ״ל תיקן הרב תחילה לשון וצריך שיחזור הלא החזרה אין בה צורך הוא שלא יהא כתוב בשיטה אחרונה שום דבר חידוש כו׳ שלא יבואו להגבות בו שלא כדין גם תיקן דמיירי בשאין כתוב בו שריר וקיים דאילו כתוב בו שריר וקיים לא היה צורך לשום חזרה והיו למדין בטוב משיטה אחרונה דשריר וקיים הוי הוכחה של סוף השטר ואין יכול עוד להוסיף אחריו׃

ב ומ״ש לפי שאין אנו למדין משיטה אחרונה. שם מימרא דרב עמרם׃ ומ״ש משום שאין העדים יכולים לצמצם וכו׳. כן פירש רשב״ם וכן כתב הרמב״ם בסוף ה׳ מלוה׃ ומ״ש אפי׳ אם יש אויר וכו׳. פי׳ אע״פ שודאי הוא שלא הוסיף בו דבר דליכא למיחש שמא העדים לא היו יכולים לצמצם והניחו בו שני שיטין והמלוה זייף בו וכתב שיטה אחת היא שיטה אחרונה והניח שיטה שנייה חלק דודאי מאחר שהשטר נפסל בהרחיקו ב׳ שיטין חזקה על העדים שלא הרחיקו שני שיטין אפ״ה פסול וכו׳ וכך היא מסקנת התוס׳ אלא שכתבו טעמו של דבר גזירה אטו לא הרחיקו אלא שיטה אחת אבל הרא״ש כתב דהטעם דכל שטר שאינו עשוי כתיקון חכמים וכו׳ וכדברי רבינו׃

ג ומ״ש בשם הרמב״ן שאין כל השטר פסול וכו׳. כ״כ ה׳ המגיד משמו ומשם הרשב״א ושדברי הרמב״ם מורין כן ומשמע לי דהיינו בדליכא אויר שיטה בין עדים לכתב אבל אם אויר שיטה אף משיטה אחרונה למדין לדידהו וכן משמע מדברי נ״י שכתב ע״ש ר״י הזקן והריטב״א דמ״ש וצריך שיחזור וכו׳ אם לא עשה כן אינו נפסל בכך אלא שאין למדין מאותה שיטה כי לא תקנו חכמים כן בחיוב אלא עצה טובה דלפי זה ודאי כיון שאינו אלא עצה טובה כדי שלא יבוא לגבות בו שלא כדין אם יש אויר שיטה דליכא למיחש כל עיקר לשום זיוף אף משיטה אחרונה למדין אבל מדברי הרמב״ן משמע דתיקון שטרי ישראל כך הוא בחיוב לחזור מעניינו של שטר לפי שאין למדין משיטה אחרונה א״כ לפ״ז איכא למימר דלא פלוג רבנן בתקנתם ואפילו יש אויר שיטה אין למדין אף על פי דליכא למיחש לשום זיוף וכסברת התוספות דכיון דלא אשתמיט תלמודא לאיפלוגי בהו אלמא דבין הרחיקו שיטה אחת בין לא הרחיקו שיטה אחת בעינן חזרת השטר גזירה הרחיקו אטו לא החזיר ואם לא החזיר מעניינו אין למדין משיטה אחרונה׃ ומ״ש וא״א הרא״ש פוסל כולו. שם בפסקיו כתב כן לדינא דגמרא שהשטר כשר בלא שריר וקיים אבל למאי שכתב הרא״ש האידנא וכו׳ ודאי שהשטר כשר אפילו לא החזיר מעניינו וכו׳ וכך מבואר מדבריו בתחלת פרק גט פשוט ובסמוך יתבאר בס״ד. ודע דהא דאין למדין משיטה אחרונה לדינא דגמרא אינו אלא א״כ כתוב לשם זכותו אבל חובתו למדין ומ״ש רבינו בסימן שאחר זה בסעיף י״ג וכ״כ נ״י הביאן ב״י בסימן מ״ב סעיף ח׳ והוא מדברי ר״י שבתוס׳ פ׳ גט פשוט (בבא בתרא דף קס״ב) בד״ה לפי שאין למדין וכו׳ בסופו ממש ודלא כדמשמע מדברי התוס׳ לשם (דף קס״א) בד״ה וניחוש דילמא מתרמי ריעותא בראשו ממש תופסין בפשיטות בקושיא הראשונה דאפילו חובתו אין למדין משיטה אחרונה דליתא׃

ד ואם יש מחקים או תלויות בשטר וכו׳. שם א״ר יצחק בר יוסף א״ר יוחנן כל המחקין כולן צריך שיכתוב ודין קיומיהון וכתב המרדכי שכך מצא באלפסי אבל בפי׳ ר״ח לא כתב ודין וכ״כ רשב״ם והתוס׳ ע״ש ר״ח דל״ג ודין וכן כתב הרי״ף והרא״ש והרמב״ם צריך לכתוב קיומיהון ופירושו צריך שיכתוב למטה אות וכו׳ וכדברי רבינו וכ״כ הרמב״ם אלא שרבינו הוסיף על דברי הרמב״ם וכתב וזו קיומיהון דהיינו ודין קיומיהון ונראה שנמשך אחר דברי התוס׳ שכתבו ואפילו לספרים דגרסי ודין ל״ק מידי אם אין כותבין ודין דלא הוי אלא שופרא דשטרא ועוד שאנו כותבין שריר וקיים עכ״ל התוס׳ וכיון שלדעתם הוי שופרא דשטרא לא נמנע רבינו מלכתוב וזו קיומיהון אבל מה שמשמע מדברי התוס׳ דלדינא דגמרא לא היו כותבין שריר וקיים אף בקיום מחקין אלא שאנו נוהגין לכתוב שריר וקיים נראה דרבינו חולק עליהם אלא ס״ל דאף לדינא דגמרא צריך לכתוב בסוף קיום המחקים והכל שריר וקיים וכדברי הרמב״ם ויתבאר בסמוך בס״ד:

ה ומ״ש ואם לא קיים התלוי וכו׳. ירושלמי הביאו הנ״י כל מה שאתה יכול לתלות במחק תלה פירוש כל מה שאפשר לתלות במחק שהיה שם איזה תנאי תולין והשטר כולו נפסל אם לא נתקיים המחק ומינה דבתלוי אין כל השטר נפסל בכך אלא התלוי בלבד פסול ומש״ה נקט ר׳ יוחנן כל המחקין ולא נקט כל התלויות עמהן לפי שאין דינן שוה ולא נקט רבינו מחקים בהדי תלויות אלא לומר שצריך לקיימם שיכתוב למטה וכו׳:

ז ומ״ש ואם המחק בסוף השטר וכו׳ עד שבין הכתב והעדים. כ״כ גם הרמב״ם בסוף ה׳ מלוה והוא מדאמר התם אשטר מקושר שעדיו מאחוריו אליביה דרב הונא שמפרש שעדיו הם בראש השטר בין הקשרים וליחוש דילמא זייף וכתב מאי דבעי בסוף השטר שבמקושר הואיל ואין העדים חתומים בסוף השטר ומשני דכתב ביה שריר וקיים ופריך וניחוש ודילמא כתב מאי דבעי והדר כתב שריר וקיים אחרינא ומשני חד שריר וקיים כתבינן תרי שריר וקיים לא כתבינן ופריך וליחוש דילמא מחיק ליה לשריר וקיים וכתב מאי דבעי והדר כתב שריר וקיים ומשני הא אמר רבי יוחנן תלויה מקויימת כשרה מחק פסול ואע״פ שמקויים ולא אמרו מחק פסול אלא במקום שריר וקיים וכשיעור שריר וקיים ואע״פ שנ״י פי׳ על שם הריטב״א וכן נראה מבואר מדברי הרא״ש דדוקא במקושר תקנו כן משום חששא דזיוף שלא להוסיף עליו ולא לגרוע ממנו אבל בגט פשוט לא תקנו מכל זה כלום ואף ע״פ שלא כתב בו שריר וקיים או שיש בו שריר וקיים תרי זימני אין בכך כלום וכן המנהג לכתוב ב׳ וג׳ פעמים וכן הדין במחק במקום שריר וקיים ושיעור שריר וקיים אם הוא מקויים כשר בפשוט וכו׳ וכן נראה מדברי התוס׳ בד״ה וניחוש דילמא מתרמי ריעותא וכו׳ ובד״ה לפי שאין למדין וכו׳ מ״מ דעת הרמב״ם אינו כן אלא משמע ליה דר׳ יוחנן קבע דבריו אסתם שטרות בין פשוטין ובין מקושרין ולא אמרו בגמרא דצריך להחזיר מעניינו של שטר לפי שאין למדין משיטה אחרונה אלא בשטרות שלא כתוב בהן שריר וקיים אבל בכתוב בו שריר וקיים היינו הוכחה של סוף השטר ואין יכול עוד להוסיף אחריו ומפרש הרב דדוקא בשטרות שיש בהן מחקין או תלויות לשם ודאי צריך לכתוב שריר וקיים כדי לקיים את הכל ולכך לא הזכיר הרב שריר וקיים אלא אצל קיום המחקין ואחריו נמשך רבינו ואין להקשות לפי שיטתם הלא יכול לבוא לידי זיוף שיסיים השטר ולא יכתוב שריר וקיים ויבוא זה וימחוק מה שירצה ויגיה ויקיים המחק בסוף ויכתוב שריר וקיים די״ל כיון דכל היכא דמסיים השטר בלא שריר וקיים צריך הוא לחזור מעניינו של שטר בשיטה אחרונה אם כן אם יבוא זה וימחוק וכו׳ יהא ניכר הזיוף לפי שבכל שטרות שיש בהן מחקין או תלויות שמקיימים אותם בסוף השטר וכותבים בהן שריר וקיים אין בהן חזרת השטר וכאן שיש בו חזרת השטר וגם שריר וקיים ודאי שהוא זיוף ובזה נתיישב מה שקשה על דברי הרמב״ם ורבינו שכתבו וקיימו בריוח שבין העדים והכתב הלא לדינא דגמרא דאין למדין משיטה אחרונה לא יועיל מה שיקיים בריוח שבין העדים והכתב דאין לך למדין גדול מזה אלא צריך לומר דבשטרות שיש בהן קיום מחקים ותלויות ויש בהן שריר וקיים אין בהם חזרת השטר ושפיר למדין משיטה אחרונה כל היכא דאין המחק במקום שריר וקיים ושיעור שריר וקיים ולא חיישינן לזיוף כל עיקר וכדפירשתי וכך נראה מפי׳ רשב״ם דדברי רבי יוחנן אכל שטרות קאי בין בפשוטים בין במקושרים וכן נראה עיקר: ומ״ש רבינו ונראה שאין לפוסלו וכו׳. פי׳ דאין לפסלו אלא כשהמחק הוא בשיטה הסמוכה לאחרונה מלפניה שבאותה שיטה רגילין לכתוב שריר וקיים לאחר קיום המחקים והתלויות התם הוא דהשטר פסול אף על פי שחזר וקיים אותו המחק בשיטה אחרונה שהיא סמוכה לעדים משום דאיכא למיחש שמא אות הוסיף באותו האויר שהניחו העדים אבל אם יש בו אויר שיטה וקיום המתק ושריר וקיים הוא בשיטה שלפניה שהיא שיטה אחרונה והמחק הוא בשיטה שלפני אותה השיטה דהשתא ליכא למיחש לזיוף אלא אם כן הניחו אויר ב׳ שיטין וכו׳ וק״ל. ודברי רבינו בזה הם שלא כדברי הרב המגיד שכתב לפרש דברי הרמב״ם שאין לכתוב קיומין בשיטה אחרונה לפי שאין אנו למדין ממנה דהא קמן מבואר בדברי הרמב״ם שכתב וקיימו בריוח שבין הכתב והעדים דס״ל דאם לא היה המחק במקום שריר וקיים וכשיעור שריר וקיים דהשתא כשר אע״פ שקיימו בריוח שבין הכתב והעדים והיא שיטה אחרונה הסמוכה לעדים:

ח כתב ר״ת צריך לכתוב וכו׳. כ״כ התוס׳ והרא״ש על שמו וטעמו משום דס״ל דאין למדין משיטה אחרונה אפילו כתיב ביה שריר וקיים שלא תקנו שריר וקיים בפשוטים אלא במקושר ולפיכך צריך להחזיר מעניינו של שטר בכל השטרות בין אם יש בהן קיום מחקים וקנינא מיניה הוא חזרת השטר ולפיכך צריך לכתוב קיום המחק קודם שיכתוב וקנינא דהוא חזרת השטר וגם לפני שיטה אחרונה דאם יכתוב הקיום בש״א אע״פ שהוא לפני וקנינא

אין למדין קיום מחקין משיטה אחרונה דאין לך למדין גדול מזה ושריר וקיים דכתבינן בפשוטין על חנם הוא ושופרא דשטרא בלחוד הוא כך היא דעת ר״ת לבתר חזרה:

ט ומ״ש בשם הרא״ש והאידנא וכו׳. שם בפסקיו והיא מסקנת ר״י בתוס׳ וכמ״ש ר״ת מקמי חזרה דלמדין משיטה אחרונה בכל השטרות דלא כדינא דגמרא ולשם מפורש הטעם מפני מה שינו הקדמונים תיקון השטרות דלא כחכמי התלמוד ומפורש לשם להדיא ובמרדכי הארוך ע״ש ר״י וראבי״ה דהאידנא אם לא כתב שריר וקיים השטר פסול אפילו אין בו מחק והשתא לא יוכל לבוא לידי זיוף שאם ימחוק שריר וקיים ויזייף וגם שוב יקיים התלויות והמחקין ושוב יכתוב שריר וקיים לא יועיל שהרי אנו יודעים לכוין המקום של שריר וקיים לכתבו אחר וקנינא וכו׳ ואנן קיי״ל דמחק פוסל במקום שריר וקיים וקיי״ל נמי דתרי שריר וקיים לא כתבינן וגם מפורש לשם דוקנינא לא הוי חזרת השטר דלא צריך חזרת השטר כיון שכותבים שריר וקיים אלא לפי שעדיין עדות הקנין הוה שבתחלה כתבו וא״ל הוו עלי עדים וקנו ממני ואח״כ כתבו וקנינא מיניה וה״ה שיכול לכתבו באמצע השטר:

יב ומ״ש ולפ״ז היה נראה לפסול אם כתב ב׳ או ג׳ פעמים שריר וקיים וכו׳. כבר כתבתי שכ״כ במרדכי הארוך ע״ש ר״י וראבי״ה והיא שיטת הרא״ש למאי דנהגינן האידנא: ומ״ש בשם הרי״ב היינו לפי שהוא תופס שיטת הגאונים דלא תקנו שריר וקיים אלא במקושר כמ״ש למעלה: כתב מהר״י קאר״ו בש״ע אהא דחזקה שאין עדים מרחיקים שני שיטין מן הכתב ה״מ כשעדים מוחזקים ביודעים הא לאו הכי חיישינן עכ״ל וכ״כ בס׳ בדק הבית וטעמא דמסתבר הוא דבאין יודעים ליכא חזקה ומינה להאידנא נמי שכתב הרא״ש דחזקה שאין העדים חותמין אא״כ כתוב שריר וקיים דאין זה אלא ביודעים ומיהו צ״ע דאפשר דבהא אפי׳ אינן יודעים מאחר שמפורסם להם שכותבין בכל השטרות שריר וקיים לא יחתמו אם לא נכתב בו שריר וקיים אע״פ שאינן יודעים הטעם משא״כ בהרחקת שני שיטין וכן נראה עיקר:

סימן מה

א העדים חותמין למטה בשטר. כלומר למטה ובתוך השטר לאפוקי מאחוריו והכי איתא במשנה בפרק המגרש חתמו עדים בראש הדף או מן הצד או מאחוריו בגט פשוט פסול ופירוש בגט פשוט בשטר פשוט בין בגיטי נשים בין בשאר כל השטרות וכמו שפירש רשב״ם ר״פ גט פשוט ואפשר דמאחוריו נמי כשר כגון ששייר מקצת השטר וכתבו בדף השני מאחוריו והעדים תחת דף השני נמי שפיר דמי כמו בגט דמכשרינן בכי האי גוונא בסוף גיטין והא דכתב הרמב״ם בפכ״ז ממלוה דבקיום שטרות כשר באחוריו כנגד הכתב היינו היכא שסיומו של שטר ועדיו הוא כולו בדף הראשון ואין בדף השני כי אם הקיום בלבד התם הוא דהקילו בקיום שטרות דרבנן דאילו בעדים בכי האי גוונא הוא פסול אבל בכתב מקצת השטר בדף השני וחתמו עדים תחתיו כשר: וצריך שיקראוהו וכו׳. ברייתא בפ״ב דגיטין שאין יודעים לחתום מקרעין להם נייר חלק וממלאין את הקרעים דיו ושאין יודעין לקרות קורין לפניהם וחותמין אמר רשב״ג בד״א בגיטי נשים אבל בשחרורי עבדים ובשאר כל השטרות אם יודעין לקרות ולחתום חותמין ואם לאו אין חותמין ואיפליגו בגמרא אמוראי דרבא אמר הלכה כרשב״ג בכל דבריו ורב גמדא אמר אין הלכה כרשב״ג בקריאה אלא כרבנן דקורין לפניהם וחותמין אבל באין יודעין לחתום הלכתא כרשב״ג דאין מקרעין וכו׳ וכתב הרא״ש דמשמע דהלכה כרב גמדא דהא ר׳ אלעזר קרו קמיה בשטרות וחתים והיינו כרב גמדא דאילו לרשב״ג אין תקנה בשטרות אפילו שנים קורין לפניו אלא הילכתא כרבנן דקורין לפניהם וכו׳ ובעינן שיהא שנים קורין לפניו אפילו בגיטין דאין לסמוך על אחד אם לא כגון רב נחמן וסופר שלו כו׳ וכן פירש ר״י לענין גיטין בפ׳ קמא (דף ט׳) בד״ה קורין לפניהם דבעינן שנים קורין וכו׳ אבל רב אלפס לא הביא דרב גמדא אלא דרבא משמע דפוסק כרשב״ג בכל דבריו ולפי שקשה דאם היה מפרש רב אלפס דלרשב״ג אין תקנה בשטרות בקריאה לפניו אפילו בשנים קורין אם כן קשיא מההיא דרב פפא דקיימא לן כוותיה דמכשיר אפילו בשטרי פרסאה בדמקרי להו לשני עכו״ם זה שלא בפני זה במל״ת הילכך כי היכי דלא תיקשי הלכתא אהלכתא צריך לפרש לפי דבריו דהא דאמר ת״ק קורין לפניהם אפילו באחד קורין לפניו סגי דכיון דמילתא דעבידא לאיגלויי הוא מירתת ורשב״ג פוסל בשטרות בחד ומכשיר בשנים או כגון רב נחמן וסופר שלו וכו׳ ולפי זה בגיטין סגי באחד קורא לפניו דע״כ לא פליג רשב״ג אלא בכל שאר שטרות התם הוא דבעינן שנים כך היא דעת הרא״ש למעיין בדבריו וכך הבינם רבינו ופסק בסתם כסברת רב אלפס שהביאו הרב רבינו אשר במסקנתו ולכך כתב כאן בשטרות כרשב״ג דשנים קוראין לפניהם כו׳ דבזה אף ר״י מודה ובא״ע בסימן ק״ל פסק לענין גיטין אחד קורא לפניהם והן חותמין וכך נראה מדברי ב״י בא״ע וכתב עוד דמדברי הרמב״ם נראה דדין קריאה כדין החתימה ואין תקנה אליבא דרשב״ג אפילו בשנים קורין לפניו והלכה כרשב״ג בכל דבריו ומההיא דרב פפא ל״ק ולא מידי דאיכא למימר דבכתב של עכו״ם דוקא כיון דלא שכיח מי שיודע לקרות התירו בב׳ עכו״ם מל״ת אבל בכתב ישראל אפילו בשני ישראלים וגם מל״ת לא שרינן ובעל העיטור כתב דבב׳ ישראלים נמי שרינן במל״ת:

ד ואם אינן יודעין לחתום וכו׳. היינו מקרעין להם נייר חלק וכו׳ ואסיקנא דרב כהנא נגדיה להוא דעבד עובדא בשאר שטרות ופי׳ מקרעין כתבו רבינו בא״ע סימן ק״ל ושם נתבאר: ומ״ש השטר כשר ומנגדינן ליה והרמב״ם כתב שהשטר פסול. נראה בעיני דסברת המכשירין היא דכיון דבקריאה לא אמר רשב״ג דאין לו תקנה ה״ה בחתימ׳ נמי לא אמר רשב״ג אלא דלכתחלה אין חותמין ורב כהנא דנגדיה משום דעבר אדרבי שב״ג בלכתחלה וסברת הרמב״ם דרשב״ג אין לו תקנה בקריאה קאמר ומכ״ש בחתימה הילכך אף דיעבד השטר פסול והרב המגיד האריך בזה:

ז וידקדקו העדים שלא ירחיקו מן הכתב שני שיטין ברייתא פ׳ ג״פ: ומ״ש ואם הרחיקו ב׳ שיטין פסול אפילו כתב שריר וקיים. פי׳ ואע״פ דשוב ליכא למיחש שמא יזייף ויוסיף על השטר כיון שניכר סיום השטר ותרי שריר וקיים לא כתבינן מ״מ איכא למיחש לדילמא גייז ויכתוב שטר אחד בשני שיטין וכך העלה הרא״ש והמרדכי דלא כדמשמע מפי׳ רשב״ם דאינו פוסל אלא בדלא כתב שריר וקיים: ומ״ש אפילו ידוע שלא הוסיף כו׳. טעמו שכל שלא נעשה כתיקון חכמים אינו שטר כמו שנתבאר בסימן מ״ד בדין שיטה אחרונה לדעת הרא״ש ואף החולקים ומכשירין לשם מודו הכא דפסול כמ״ש ב״י: ומ״ש אפילו טייטוהו בדיו וכו׳ שם בגמ׳ אליביה דרב ולפי פי׳ ר״ת בתוס׳ לשם מבואר דאפילו ניכר בלובן שבין הנקודות שלא היה בו מחוק כל עיקר וליכא למימר שמחק לשם חובתו אפ״ה פסול וכן מבואר מדברי נמ״י:

ח פחות מכאן שלא הרחיקו ב׳ שיטין כשר. שם קא מיבעיא ליה שיטה ומחצה מאי פי׳ הרחיקו שיטה ומחצה בעובי מי אמרינן לא יכול לזייף כלום בשיטה ומחצה א״ד בדוחק יכתוב שני שיטין ופסול ופשטינן לה מברייתא הרחיקו ב׳ שיטין מן הכתב פסול פחות מכאן כשר ודקדק רבינו להורות דלאו דוקא שיטה ומחצה אלא כל שאיננו שני שיטין אפילו משהו פחות מכאן קרינן ביה וכשר וזהו שהאריך ואמר פחות מכאן שלא הרחיקו ב׳ שיטין כשר: ומ״ש וב׳ שיטין אנו משערין וכו׳. שם מימרא דר׳ שבתי משמיה דחזקיה: ומ״ש ואינו פסול אלא אם כן הרחיק ב׳ שיטין וג׳ אוירין וכו׳. שם קא מיבעיא לן בהנך ב׳ שיטין הן ואוירן א״ד הן ולא אוירן א״ר נחמן בר יצחק הן ואוירן וכמה א״ר יצחק בן אלעזר כגון לך לך זה ע״ג זה אלמא קסבר ב׳ שיטין וד׳ אוירין ר׳ חייא בר אמי משמיה דעולא אמר כגון ל׳ מלמעלה ך׳ מלמטה אלמא קסבר ב׳ שיטין וג׳ אוירין ר׳ אבא אמר כגון ברוך בן לוי בשיטה אחת קסבר שיטה אחת ושני אוירין ופסק כר׳ חייא בר אמי משמיה דעולא וכן פסק הרא״ש והרמב״ם וכתב הרב המגיד שפסק כן שלא לחלוק על ר״נ שאמר הן ואוירן ודבריו צריכין ביאור וזה לפי שקשה לו אמאי לא פסק כרבי אבהו דקא סבר שיטה אחת ושני אוירין וכמו שפסק רב האי גאון והרמב״ן ובעל העיטור ולכך פי׳ דס״ל להרמב״ם דר׳ אבהו סובר הן בלא אוירן דאי הן ואוירן קשיא שני שיטין ואוירן היכי קיימי בשיטה אחת ושני אוירין ותו דאפילו את״ל דאידי ואידי חדא שיעורא מ״מ לאיזה צורך שיערן בשיטה אחת ושני אוירין יאמר שני שיטין ואוירן כגון גד מלמעלה אשר מלמטה אלא ודאי רבי אבהו ס״ל הן בלא אוירן ולכך שיערן בשיטה אחת ושני אוירין דהנך ב׳ שיטין דקות יותר משאר אותיות השטר וכיון דהוה חולק ארב נחמן לכך פסק כר׳ חייא בר אמי ולדברי רב האי ודעימיה נוכל ליישב דשיטה אחת ושני אוירין הוי פחות משני שיטין ואוירן והוי יותר משני שיטין בלא אוירן וכך פי׳ התוס׳ וב״י לא דקדק וכתב על הרב המגיד שלא דק:

ט ואם השטר מסיים באמצע השיטה כו׳. כ״כ התוס׳ והרא״ש בפרק גט פשוט דבכה״ג לא קא מיבעיא לן דפשיטא דפסול ומשמע דדוקא לדינא דגמרא דבעינן חזרת השטר בשיטה אחרונה ולא כתבינן שריר וקיים התם הוא דפסול אבל האידנא דכתבינן שריר וקיים אין לחוש אם סיים באמצע השיטה וכ״כ בהגהות אשיר״י לשם אבל אין לומר דגם האידנא יש לחוש שימחוק שריר וקיים ויכתוב בו מה שירצה ויקיימו בריוח שבין הכתב והעדים דהא מחק פסול במקום שריר וקיים ובשיעור שריר וקיים אפי׳ קיימו וכל היכא דאיכא מחק בשיטה הסמוכה לאחרונה בין בסוף בין באמצע מחק במקום שריר וקיים קרינן ליה והילכך לדידן דכתבינן שריר וקיים אפילו מסיים באמצע השיטה כשר דליכא למיחש לשום זיוף:

י וכן אם מסיים בסוף השיטה כו׳. כך כתב הרא״ש שם ואף על פי שהתוס׳ צידדו להכשיר אף בחתומין זה אחר זה לפי שאין השטר נפסל במה שיכולין לזייף בחלק אלא כשהחלק הוא צורך השטר כגון ב׳ שיטין לפני העדים או שיטה אחת בין העדות לאשרתא שאינו יכול לחתוך אותו הגליון אבל בחלק שלפני העדים שאף אם יחתכנו יהיה השטר כשר דלא ניחוש שמא היה שם שטר אחר כו׳ כמו שהאריכו על זה בד״ה שיטה אחת נמי פסול (בדף קס״ג) מ״מ דעת הרא״ש היא כמו שכתבו התוס׳ במסקנתם על שם ר״ת דבחתומים זה אחר זה בסוף שיטה השטר פסול וטעמו שהחלק שלפני העדים הוא צורך השטר שאם יחתכנו יהא השטר פסול דנחוש שמא היה כתוב שם חובתו או שום תנאי כמו שכתב רבינו בסמוך. ויש לדקדק על מ״ש הרא״ש ורבינו בטעם הפיסול לפי שיכול לכתוב בחצי השיטה החלק כו׳ בלאו האי טעמא נמי יש לפסלו לפי שבעל השטר יכול לזייף שיכתוב זכותו בחצי השיטה שלפני העדים ויסמכו ללמוד גם מאותה חצי שיטה אחרונה כי בודאי היתה כתובה כשחתמו העדים שאלולי כן אסור היה לחתום בחצי השיטה וכמו שכתב בתשובה להרמב״ן והר״ש בר צמח שהביא ב״י ויש לומר דהיא גופא דאסור לחתום בחצי השיטה אינו אלא מחשש שטר הבא הוא ועדיו בשיטה אחת ועוד דטעם זה אין לו מקום אלא בדליכא שריר וקיים אבל בדכתוב ביה שריר וקיים ליכא למיחש שיזייף ויכתוב זכותו בחצי שיטה

אחרונה אם לא דיש לפסלו מטעם חשש שטר הבא הוא ועדיו בשיטה אחת ועלה קאי מ״ש דבחתמו זה תחת זה דכשר אבל בדלא כתוב ביה שריר וקיים פסול אפי׳ בחתמו זה תחת זה כיון שיכול לכתוב שם זכותו ויסמוך ע״ז שלמדין ממנה שאין דרכן של עדים לחתום באמצע השיטה. אכן נראה דלדעת הרא״ש ורבינו א״א לומר כן שהרי כתבו ומ״מ אין למדין מחצי שיטה אחרונה כו׳ ובע״כ דדברי׳ הללו איצטריך לאשמועינן בדליכא שריר וקיים דאי בדאיכא שריר וקיים לא איצטריך דהא פשיטא דתרי שריר וקיים לא כתבינן לדעתם והילכך צריך לומר לדעתם דאיכא למיחש שמא התחילו העדים לחתום באמצע השיטה וכן מבואר בדברי הרא״ש פרק גט פשוט ומשמע נמי לשם שאפילו חתמו העדים בחצי שיטה זה אחר זה אין למדין מחצי שיטה ומשיטה שלימה שלפניה ודלא כהרמב״ן והר״ש בר צמח: ומ״ש אבל אם חתמו זה תחת זה כשר. הרא״ש לשם. ודין שני עדים בב׳ שטרות יתבאר לקמן בסי׳ נ״א בס״ד. ויש להקשות אמאי כשר בחתמו זה תחת זה הלא יש לחוש דיעשה כן בשטר אחד וי״ל דבשטר אחד ניכר הזיוף וכ״כ מהר״ר משה איסרלש ז״ל: ומ״ש ומ״מ אין למדין וכו׳. הרא״ש לשם וכן פירושו דאע״פ דבחתמו זה אחר זה בחצי השיטה השטר פסול מ״מ כשיבוא השטר לפנינו שסיומו באמצע השיטה והעדים ג״כ בחצי השיטה הנשארת לא תאמר דבודאי היתה כתובה אותה חצי השיטה וכל שלמעלה הימנה כשחתמו העדים שאלולי כן אסור היה לחתום בחצי השיטה וא״כ תבוא ללמוד מהם ע״כ אמר דמ״מ אין למדין וכו׳ משום דאיכא למיחש שמא התחילו העדים לחתום באמצע השיטה והרחיקו שיטה אחת מן הכתיבה דאין דין זה פשוט כל כך שנאמר שהעדים לא עשו שלא כהוגן שהרי גם התוספות צידדו להכשיר בכה״ג וכההיא דאמרינן בפ״ק דב״מ (דף י״ג) חיישינן דילמא איקרי וכתב וכיון שאין למדין שוב אין לחוש שמא זייף וכתב בשיטה עליונה כיון דאפילו זייף אין למדין ממנה:

יא וכן צריך ליזהר כשחותמין ויש חלק לפני חתימתן כו׳. הרא״ש לשם ומשמע להדיא מדלא כתב ג״כ היכא דהתחילו לחתום באמצע שיטה דהשטר כשר כשיטייטו בדיו בחצי השיטה החלק שלפני חתימתן אלמא דאף לשם אמרינן דאטיוטא חתמי כדי שלא יחשדו בבעל השטר שמחק חובתו שהיה כתוב לשם לפני חתימתן בראש השיטה דאע״פ דאין למדין מחצי השיטה האחרונה ומשיטה שלימה שלפניה היינו דוקא זכותו אבל חובתו למדין ודוקא כשהטיוטא בגליון שלפני חתימות העדים כשחתמו בהתחלת השיטה שוה לשיטות השטר התם הוא דלא אמרינן דאטיוטא חתמי דודאי ליכא למימר דהיה כתוב בגליון מן הצד אבל תחת השטר שפיר איכא למימר דאטיוטא חתמי ומ״ש הרא״ש ורבינו בין שטר לעדים לאו דוקא:

יג **ואם התחילו לחתום באמצע שיטה וחתכו החלק שלפני חתימתן פסול וכולי עד שטר זה.** הרא״ש לשם. ויש להקשות דאפי׳ כתוב למעלה שריר וקיים בסוף שיטה ניחוש שמא היה כתוב בחצי שיטה שלפני חתימות העדים חובתו של מלוה והיה כתוב בו גם כן שריר וקיים דאפילו למאן דפסול בתרי שריר וקיים וכדכתב הרא״ש בתשובה כלל ס״ח דין י״ח אין זה אלא בכתוב שם זכותו דחיישינן שמא אחר קיום הראשון זייף וקיימו שנית ודלא כהר״י ברצלונ״י דמכשיר בתרי שריר וקיים אפילו כתוב שם זכותו אבל בכתוב שם חובתו ליכא מאן דפליג דפשיטא דלמדין מיניה לד״ה ואפשר דכיון דלא שכיח כלל לכתוב תרי שריר וקיים לא חיישי׳ לה כלל אפי׳ איכא ריעותא דחתיכת החלק שלפני חתימות העדים:

ומ״ש אבל אם חתומין זה אחר זה פסול וכו׳ עד והיה חלק מלמעלה וכתב עליו שטר זה. יש להקשות דאי איתא דזייף טפי היה לו לזייף ולחתוך שטר זה שהיה כתוב בחצי השיטה זו כולו עם החלק שלמעלה הימנו ולא ישאיר חלק כי אם למעלה מחתימת העדים ויכתוב שטר עליו כל מאי דבעי ולא יהא ניכר זיופו וי״ל דכיון דסוף סוף חזינן השתא ריעותא שחתכו החלק לפני חתימתן חיישינן לזיופא ותלינן דהיה נראה לו שלא לחתוך החלק כולו בשוה לשטר שמא יהא ניכר זיופו טפי שהתחלת השטר עם חתימות העדים יהיה הכל בגבול הנייר בלי שום גליון כלל שאין זה אלא לפי שנחתך לשם בתוך השיטה הכתובה ובזה התיישב דלא קשה אי איתא דזייף לא הו״ל לחתוך כלום אלא הוה ליה עוד לכתוב שטר אחר למעלה בחלק ולצרף השטר שיזייף עכשיו עם השטר שנכתב כבר בחצי השיטה ולכתוב שחייב לו כך וכך ועוד חייב לו סך זה שנכתב בחצי השיטה אלא לפי שאז היה ניכר זיופו מדלא כלל כל הסך ביחד. אך קשה דלכאורה משמע דשטר כזה דיש חלק למעלה כשר דאי הוה פסול לא היה לנו לחוש דהיה חלק למעלה ותימה הלא שטר כזה עשוי להזדייף שיכתוב בחלק למעלה מה שירצה וכבר האריכו התוס׳ בזה פרק ג״פ (דף קס״ג) בד״ה שיטה אחת וכו׳ וכן הוא במרדכי ונראה לי לתרץ דאע״פ דודאי אסור להניח חלק הרבה למעלה משטר שבא הוא ועדיו בשיטה אחת דשטר כזה עשוי להזדייף בכמה גווני מ״מ מאחר דאיכא ריעותא לפנינו דנחתך החצי שיטה אנחנו חוששין שמא לא היו עדים בקיאין ועשו שלא כדין להניח חלק הרבה למעלה:

יד **הרחיקו העדים שני שיטין וכו׳.** משמע להדיא דכל ששנים האחרונים כשרים אפילו חתום הפסול באמצע כשר וכ״כ הרא״ש בפרק ג״פ להדיא וטעמא דמילתא דכל מי שחתום מקמי שני עדים האחרונים תלינן דלמילוי חתם:

יז **ומ״ש ודוקא בדיעבד וכו׳.** מבואר בדברי הרא״ש דהכי קאמר דוקא בשטר שהובא לפנינו שהראשונים החתומים עליו פסולין מכשירין ליה דתלינן דלמילוי חתמו ואצ״ל דכשר היכא שאנו רואין דחתמו תחילה הכשרים למטה ואחר כך חתמו הפסולים למילוי אבל אם אנו רואין שחתם הפסול ראשון

וכשרים אחריו השטר פסול משום דאתי לאחלופי כדאיתא בפ״ב דגיטין:

יח ומ״ש והגאונים לא חלקו וכו׳. פירוש דמדכתבו בסתם ונמצא מקצתם קרובים וכו׳ ולא קבעו להו דוכתא אלמא דאין חילוק וכל שאין עדות גמורה שישבו כולם לחתום מקיימין אותו בעדות הכשרים: ומ״ש והפסולין שמא רווחא שביק וכולי. הכי קאמר לא מיבעיא אם הפסולין חתמו באחרונה דפשיטא דכשר דאימור דלאחר שכבר חתמו הכשרים באו הפסולין וחתמו בלא דעתם אלא אפילו חתמו בראשונה תלינן דהכשרים רווחא שבקי למאן דקשיש מינייהו ונשאר חלק ובאו הפסולים וחתמו שם בלא דעת הכשרים. וע״ל בסימן נ״א סעיף ה׳:

כ כתב הר״ר יונה מלאוהו בקרובים וכולי. עד והו״ל מוקדם ופסול. כתב ה״ה דמיירי בשטר שאין בו קנין דאי יש בו קנין הרי משעת הקנין הוא משתעבד ואפילו לא נכתב השטר אלא אחר כמה ימים כשר וגובין מיום הקנין ואפילו לר״י ולהרא״ש ורבינו דקיימא להו כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו הכא אפילו אביי מודה דאין עדיו זכין לו למפרע דכיון שהחתימה לא היתה כתיקונה דהרחיקוה שני שיטין ולא מלאוהו בקרובים מיד ביום שנכתב ונחתם א״כ אין השטר מתכשר להשתעבד בו אלא משעה שמלאוהו בקרובים והו״ל מוקדם וכיוצא בו כתבתי בסימן ל״ט סעיף י״ז וסכ״ד:

כג שטר הבא כולו בשיטה אחת ועדיו בשיטה אחרת פסול דשמא הרחיקו וכו׳. צריך לפרש דאינו פסול אא״כ אין בריוח הגליון שלמעלה משטר זה עם השטר והגליון שלמטה כשיעור ב׳ שיטין וג׳ אוירין דאם יש בין הכל כשיעור הזה כשר דליכא למיחש שהרחיקו העדים שני שיטין ויעשו שלא כדין כדלעיל בסי׳ מ״ד סעיף ז׳:

כד היה השטר כולו עם כל עדיו בשיטה אחת כשר וכו׳. וא״ת מפני מה תקנו דשטר עם עדיו בשיטה אחת כשר ולכן אין לעדים לחתום באמצע השיטה בזה אחר זה דאתי לידי זיוף ואם עברו וחתמו באמצע השיטה השטר פסול וליתקנו איפכא דשטר עם עדיו בשיטה אחת פסול ויכולים לחתום באמצע השיטה כי היכי דתקנו דשטר הבא כולו בשיטה אחת ועדיו בשיטה אחרת פסול ויכולין להרחיק שיטה א׳ בין עדים לשטר וי״ל דתקנו להכשיר שטר הבא הוא ועדיו בשיטה א׳ משום דלפעמים העדים רדופים לילך למדינת הים ואין פנאי לכתוב שטר גמור ותקנו שלא יחתמו באמצע כיון דאין בזה נפקותא לעדים דשפיר יכולין לחתום בתחילת השיטה כמו באמצע השיטה אבל שטר הבא בשיטה אחת ועדיו בשיטה אחרת הוצרכו לפסול משום דכיון דאין העדים יכולים לצמצם שיחתום מיד סמוך לשטר כדלעיל בתחלת סי׳ מ״ד א״כ יגיע מזה תקלה אם נכשיר שטר הבא בשיטה אחת ועדיו בשיטה אחרת ואי משום תקנת הטרודים לילך למ״ה כבר אפשר לכתוב שטר הבא הוא ועדיו בשיטה אחת אבל לגבי קיום הוצרכו לתקן דאפילו הרחיקו שיטה אחת פסול כדלקמן בסי׳ מ״ו סעיף כ״ח:

כה אבל אם השטר ועדיו בשיטה אחת וכו׳ עד שטר כזה אין מקיימין אותו מעדים שבשיטה שנייה. פי׳ אע״ג דנתבאר לעיל סעיף ט״ז דאין מקיימים אלא מעדים שלמטה מ״מ בשטר כזה אין מקיימין אלא מעדים שלמעלה:

כו שטר הבא הוא ועדיו על המחק וכו׳ עד שאל״כ יש לחוש שמא מקום החתימות נמחק ב׳ פעמים וכו׳. ויש להקשות אפי׳ לא נמחק בפניהם נמי יבינו העדים השינוי בין נמחק פעם אחת לנמחק ב׳ פעמים ומיהו בהא י״ל דחיישינן שמא העדים לא ישימו אל לבם השינוי ויחתמו אבל קשה אמ״ש אם יש בין חתימות עד אחד לשני ריוח וכו׳ עד ומחקו ומחק השטר וכתב מה שרצה אח״כ הלא היה ניכר לב״ד דהמחק דאנחנא סהדי נמחק ב׳ פעמים והשטר לא נמחק כי אם פעם אח׳ וניכר השינוי לב״ד אלא צריך לתרץ דלא ניכר השינוי כלל אא״כ חזרו וכתבו על המחק אבל בלא כתיבה אינו ניכר וה״א בגמרא פרק ג״פ להדיא א״נ י״ל דחיישינן דילמא מחק השטר ג״כ ב״פ וא״כ הוא שוה למחק דעל מקום אנחנא סהדי אלא דקשה לפ״ז הלא על כל פנים יהיה ניכר השינוי דהשטר נמחק ב״פ ומקום חתימות העדים לא נמחק אלא פ״א הילכך נראה עיקר כדפרישית שאין השינוי ניכר כ״א ע״י כתיבה:

סימן מו

א תקנת חכמים היא לקיים וכו׳. בפ״ב דכתובו׳ (דף י״ט) וכרב נחמן ולא כרב הונא אמר רב וכן פסקו רוב הפוסקים דלא כפירשב״ם פרק מי שמת (בבא בתרא דף קנ״ה) והגה״מ פי״ד ממלוה ע״ש ראב״ן דפסק דלוה דמרע ליה לשטרא א״צ לקיימו כפירשב״ם דליתא:

ב ומ״ש דאפילו באומר אמנה הוא נאמן. שם מימרא דרב יהודא אמר רב האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן ופריך תלמודא דקאמר מאן אילימא דקאמר לוה פשיטא כל כמיניה ופי׳ רש״י והלא עדים חתומים בו פשיטא דיתקיים בחותמיו ומשני רב ס״ל מודה בשטר שכתבו א״צ לקיימו אלמא דלמאי דקיי״ל צריך לקיימו כל זמן שאינו מתקיים נאמן הלוה לומר אמנה הוא במגו דמזוייף אלא דקשיא לי למאי דקיי״ל כמר בר רב אשי דעדים שאמרו אמנה היו דברינו אין נאמנין לפי שאין אדם משים עצמו רשע ואפי׳ אין כתב ידן יוצא ממקום אחר כדלקמן סעיף ל״ד א״כ לוה נמי אין נאמן

לשום עצמו רשע ואפשר דעדים דוקא כדקאמר תלמודא להדיא מ״ט כיון דעולה הוא אעולה לא חתמי אבל לוה דלא קעביד מעשה אין משים עצמו רשע ותו אפי׳ את״ל דמשים עצמו רשע מ״מ כיון דמפסיד מעותיו נאמן בטענתו היכא דאית ליה מגו דלא גרע מאילו טען ריבית הוא דנאמן היכא דאית ליה מגו כדלקמן בסימן פ״ב סעיף ט״ז:

ד וכיצד הוא הקיום וכו׳. כתבו התוס׳ לשם (דף כ״א) בד״ה וש״מ וכו׳ דיינין דקיום שטרות הוי סגי בב׳ אלא משום דהיה נראה כעד מפי עד הצריכו ג׳ ע״ש וכ״כ ב״י ע״ש נמ״י בפרק חזקת: ומ״ש אפי׳ הן הדיוטות. כבר התבאר בסי׳ ג׳ דג׳ הדיוטות חשיב ב״ד כמו יחיד מומחה והוא דגמירי ע״ש ולפיכך נהגו עכשיו דהרב היושב בישיבה חותם ומקיים השטר ביחידי דיחיד מומחה חשיב כג׳ הדיוטות:

ו ומ״ש וחותמין למטה. נראה דהיינו כשיש נייר למטה הא לאו הכי אפילו מן הצד או מאחוריו שפיר דמי ועיין בב״י במ״ש במחודשין סעיף ל״א:

ז ואין מקיימין אותו בלילה שהוא כמו דין. כן כתב הרמב״ם רפ״ג דה״ס ורפ״ו דהלכות עדות ונראה דטעמו כיון דהוה סגי בב׳ אלא לפי שהיה נראה כעד מפי עד הצריכו ב״ד של ג׳ וכמ״ש התוספות א״כ חשיב כקבלת עדות בב״ד שדינו כתחילת דין ואין תחילת דין בלילה והכי משמע מדפריך בר״פ ראוהו ב״ד בלבד יעמדו שנים ויעידו בפניהם וכו׳ ואמאי לא תהא שמיעה גדולה מראייה א״ר זירא כשראוהו בלילה ובפרק ב׳ דכתובות סוף (דף כ״א) פריך אהא דקאמר גבי קיום שטרות עד נעשה דיין ומ״ש מהך דראוהו ב״ד וכו׳ ומשני הנח לעדות החודש דאורייתא וקיום שטרות דרבנן אלמא משמע מדמחלק תלמודא דבעדות החודש דוקא היכא דראוהו בלילה אין עד נעשה דיין ביום אלא יעמדו שנים וכו׳ אבל בקיום שטרות דרבנן אפילו היכא דראוהו בלילה עד נעשה דיין ביום ועושה קיום על פי עצמו וא״צ שיעידו לפניו השנים מכלל דבלילה אפי׳ בקיום שטרות לא וה״ט דקבלת עדות כתחילת דין וכו׳ וה״ה למנהגינו אין הרב רשאי ביחידי לקיים השטר בלילה:

י ואם אין עדי השטר בפנינו וכו׳. משמע דלכתחלה יש לקיים בעדי השטר עצמם אם הם לפנינו וכ״כ הרמב״ם בפ״ו ונראה דטעמו דכשמעידין בעצמם זאת היא חתימתנו אין בה ספק משא״כ בעדים אחרים דאיכא חששא שמא טועין אבל דיעבד ודאי הוי קיום טוב בעדים אחרים אפילו עדי השטר לפנינו וכדכתב ב״י וכן ממ״ש:

יב ואם אין כאן לא העדים וכולי משמע נמי דלכתחלה אם יש כאן עדים בעצמן או אחרים שמכירין חתימתן אין לקיים על ידי עדי הקיום בעצמם דלכתחלה צריך שיעידו בפני ב״ד אלא שאם אין כאן לא זה ולא זה שפיר מתקיים מפי עדי הקיום בעצמם אבל מדברי הרמב״ם לשם לא משמע הכי אלא אפילו לכתחלה שרי שהרי כתב הדרך הראשון והשני הוא שיתקיים ע״י הדיינים שמכירין חתימות העדים או שיחתמו בפניהם ע״ש וצ״ע: ומ״ש שעד הרואה נעשה דיין וכולי. הקשה ב״י שהרי אפילו עד המעיד נעשה דיין בקיום שטרות כדלעיל בסימן ז׳ וי״ל דלא כתב רבינו שעד הרואה לאפוקי עד המעיד אלא דלפי דס״ל לרבינו דלכתחלה יש לקיים ע״י עדים המעידין לפני ב״ד לפיכך כתב כאן אם אין עדים שיעידו לפני ב״ד יכולים לקיים על ידי עדי קיום שאינן אלא עד הרואה שאינם מעידין לפני ב״ד אלא שראו החתימות והכירום או ראו שחתמו בפניהם אפילו הכי עד נעשה דיין עליו בקיום שטרות אבל ודאי דגם כן נעשה דיין עליו אפילו היכא דצריך ג״כ להעיד בפני חביריו:

טו אמר הראשון זה כתב ידי והעיד הוא ואחר וכו׳. זה נלמד ממימרא דרב יודא אמר רב שנים החתומים על השטר ומת אחד מהם וכולי דכתב רבינו בסמוך וכן כתב הרמב״ם בפ״ז מהלכות עדות ונראה דמה שהוצרכו להשמיענו זה וזה היינו משום דס״ל דבמת דוקא קאמר דאי ליכא תרי אלא חד ליכתוב חתימת ידיה אחספא וכו׳ אבל אם גם העד השני הוא חי אלא שאינו לפנינו אין השטר יכול להתקיים אלא ע״י שנים מן השוק שיעידו על כתב יד השני אבל אין להקל ע״י חספא כיון שאפשר להתקיים על ידי השני בעצמו דכיון שהוא חי אלא שאינו לפנינו ימתין עד שיבוא ולא דמי למת דלא אפשר להתקיים בענין אחר ועיין במ״ש בסמוך:

טז מת אחד מהעדים והחי הנשאר זוכר ההלואה וכו׳. פירוש דאם אינו נזכר לה אפי׳ ע״י ראיית השטר הוי סגי באחד מן השוק שיעיד על שתי החתימות והחי גם הוא יעיד על שתיהן ולא נפיק כוליה ממונא נכי ריבעא אפומא דחד כיון שהחי גם הוא צריך לאותו מן השוק שיעיד על חתימתו אבל כיון שהחי זוכר ההלואה אינו צריך לצירוף ועוד אנו צריכין לו שיעיד על חותם המת השתא נפקי תלת ריבעי אפומיה אי ליכא תרתי מן השוק וכן מ״ש רבינו תחילה אמר הראשון זה כתב ידי וכו׳ היינו דוקא כשזכר ההלואה אלא שכתבו רבינו פה לפי שמכאן נלמד למ״ש תחילה כדפרישית בסמוך: ומ״ש זה החי יכתוב חתימת ידו על החרס וכו׳. פי׳ וה״ה אירשא דמגילתא אבל באמצע מגילתא לא דילמא משכח לה אינש דלא מעלי ויכתוב עלה ש״ח כדאיתא התם: ומ״ש חותם על החרס היינו בפני שני עדים דאל״כ היאך יכירו שזו היא חתימתו שיקיימו השטר ממנה וכ״כ הרמב״ם להדיא ורבינו קיצר במובן מעצמו:

יז עד ודיין אין מצטרפין וכו׳ פי׳ אם אין מכירין וכו׳. כלומר לא תימא לכתחלה אין לקיים השטר ע״י צירוף עד ודיין אבל דיעבד שפיר דמי אלא אפילו דיעבד שאין כאן מי שיכיר חתימות העדים ולא חתימות דייני קיום אפ״ה עד ודיין אין מצטרפין: ומ״ש ואחד מעדי השטר מעיד על כתב ידו וכו׳. נראה מבואר דלאו דוקא בכה״ג דזוכר ההלואה אלא אפי׳ אינו זוכר ההלואה והוא ואחד מן השוק מעידין על חתימת ידו אפ״ה אין מצטרפין עם הדיין ואע״ג דתרוייהו אכתיבת ידן הם מעידין מ״מ עד זה שמצטרף עם אחר אין אנו שומעין מעדותן אלא שזהו כתב יד עד הא׳ ואותו העד בחתימתו מעיד על מנה שבשטר ועדיין לא נתקיים אפי׳ מחצית השטר כיון שלא העיד על כתב יד העד השני והדיין והאחר שעמו על שטר גופיה עם שני עדיו מעידין דשטרא מעליא הוא ונתקיים מחצית קיום השטר ונמצא דמאי דמסהיד סהדא לא מסהיד דיינא ומש״ה כתב הר״ן ע״ש הרא״ה בפ״ב דכתובות דעד מן השוק שמעיד על חתימות שני העדים ודיין אחד שמעיד על חתימתו מצטרפין וכו׳ אלמא דאין להם צירוף אלא כשהעד מעיד על חתימות ב׳ העדים אבל אם לא העיד אלא על כתיבת יד עד אחד בלבד אינו מצטרף עם הדיין ומתוך מ״ש התבאר דמ״ש הר״ן ומביאו ב״י וז״ל וכן הדין כשאין הדיין מעיד על חתימתו אלא ששנים מן השוק מעידים על העד ועל הדיין דהשתא כולה סהדותא חד הוא ט״ס הוא דהא פשיטא דב׳ שמעידים על ע״א לא עדיף מאילו היה הוא בעצמו מעיד על כ״י דלא מצטרפי אלא כצ״ל אלא ששנים מן השוק מעידין על הדיין וכו׳ דהאי וכן לא קאי אלא על הדיין לחוד ומיירי הכא דע״א מן השוק מעיד על חתימות ב׳ עדים וב׳ מן השוק על דיין אחד ועיין בהר״ן ז״ל שם ובתשובת הריב״ש סימן שפ״ב ובית יוסף העתיק בקצרה:

יח ומ״ש לפיכך אין לחוש אם העדים קרובים לעדי הקיום. פירוש הדייני קיום קורא אותן עדי הקיום לפי שא״צ להעיד לפניהם אלא אפילו העד נעשה דיין וכ״כ למעלה בסעיף י״ב אלא עדי הקיום בעצמן מכירין אותן וכו׳ וכן לקמן בסעיף כ״ט בדברי הרמב״ם אין מקיימין אותו מעדי הקיום ורצונו לומר דייני קיום ובמקצת ספרים הגיהו בכאן לדייני קיום במקום לעדי הקיום על פי ב״י ואין צורך:

יט וכתב הר״ר יונה וכו׳. ותימה אמאי כתב רבינו בסמוך או הדיין בעצמו ואחד עמו מעיד על כתב ידו וכו׳ הלא בעדות הדיין בעצמו בלבדו נתקיים מחצית השטר וי״ל דאע״פ דלהר״ר יונה לא בעינן אחר עמו מ״מ רבינו כתב תחילה אחר עמו על פי פשוטה של שמועה דמשמע דבדיין המעיד על כתב ידו בעינן אחר עמו ואח״כ הביא רבינו חידושו של ה״ר יונה דבדיין אמרינן דמעיד על קיום השטר והילכך לא בעינן אחר עמו:

כ שלשה שישבו לקיים השטר וכו׳ משום דמיחזי כשיקרא וכולי. וא״ת אם כן בשלא העידו בפני שלשתן כאחד אלא בפני כל א׳ וא׳ לבדו נמי מיחזי כשיקרא כשיכתבו בדרך שכותבין שאר הנפק במותב תלתא הוינא ואתא פלוני ופלוני ואסהידו וכו׳ דהא לא אסהידו בפניהם כשהיו במותב תלתא ואם נפרש דכותבין בלשון דלא מתחזי כשיקרא אם כן ה״נ יכתוב בלשון דלא מתחזי כשיקרא וי״ל דהכא ודאי דמיירי היכא דכתבו כבר מסתמא כתבו כמנהגם והילכך אם אח״כ העידו בפני השלישי פסול דמסתמא מיחזי כשיקרא אבל ודאי אם היה הלשון בענין דלא מתחזי כשיקרא היה כשר דאפילו לא כתבו אלא נתקיים שטר זה בפנינו כראוי די בכך כמ״ש ב״י בסמוך סעיף כ״ג במחודשין וע״ש שכ״כ בשם כמה גדולים ועי׳ לקמן סעיף כ״ה במ״ש רבינו ע״ש הרמב״ם דכשר אע״פ שלא פי׳ באיזה ענין נתקיים:

כב שלשה שישבו לקיים השטר וכו׳ והשתא איכא נפקותא בעדותן וכו׳. כלומר דכי היכי דבחתמו אין מעידין משום דגנאי להן וכו׳ ה״נ בלא חתמו היכא דאיכא תרי ותרי דכיון דפסול מספק אין תועלת בעדותן דהלא לא יחתום עמהם כיון דפסול הוא מספק מכאן ולהבא: ולפי זה ב׳ מן השוק יכולין להעיד עליו אפילו משחתמו אבל ר״ח ורי״ף פי׳ וכו׳. ויש לתמוה דמשמע להדיא מדברי רבינו דלא פליגי אלא בהא דב׳ מן השוק אבל בהך דתרי ותרי דפסול מספק אף ר״ת ורי״ף מודו דפסול והא ליתא דאע״פ דהרי״ף כתב כך להדיא והאריך הרא״ש והר״ן ז״ל בטעמו מ״מ ר״ח ס״ל בב׳ אומרים גזל וב׳ אומרים לא גזל אפילו משחתמו מעידין עליו וחותם דאוקי תרי לבהדי תרי ואוקי גברא אחזקתיה וכמ״ש התוס׳ והר״ן משמו וע״ש וי״ל דרבינו לא בא אלא להורות דר״ח והרי״ף שהם רבים חולקים אפרש״י וס״ל דאפילו ב׳ מן השוק אין יכולין להעיד משחתמו ולכך יש לתפוס חומרא כמותם אבל לענין תרי ותרי דבזה שוין הרי״ף ופרש״י דפסול מספק דלא כר״ח כבר כתב רבינו בסימן ל״ד סעיף מ״ב לשון הרמב״ם דפסול מספק והוא ע״פ שיטת הרי״ף ופרש״י וכמו שהסכים הרא״ש וממילא מובן שלא הביא כאן דברי ר״ח אלא במה שהסכים להרי״ף דאפילו ב׳ מן השוק אין יכולין להעיד עליו ודלא כפרש״י וע׳ במ״ש בסי׳ ל״ד בס״ד: ומ״ש אבל אם יצא הערעור קודם שחתמו השנים ובאים שנים אחרים ואומרים שהוא כשר לא נתבטל וועד הראשון. נראה דלאו דוקא שנים אחרים אלא אפילו השנים מאלו הג׳ יכולים להעיד על השלישי אלא איידי דנקט במשחתמו אפילו שנים מן השוק נקט נמי בקודם שחתמו שנים אחרים: הב״י העתיק מ״ש התוספות על הך דהדיינים חותמים אף ע״פ שלא קראוהו דקשה מפ׳ חזקת אחד מן האחין וכו׳ עד אלא בשם היתומים ולפע״ד נראה פשוט דדברי התוספות הללו אינן אלא לרב ששת דסבר ראיה בקיום השטר אבל לרבה דסבר ראיה בעדים והלכתא כוותיה כדלקמן בסי׳ ס״ב אם כן קיום השטר אינו ראיה ומשמע ודאי דאפילו בכה״ג דאית לן למימר דהדיינים רמו אנפשייהו לאסהודי לגמרי וכו׳ נמי חותמין הדיינים אף ע״ג שלא קראוהו ובחזקת יתומים הוה עד דמייתי ראייה בעדים והכי נקטינן:

כג שלשה שישבו לקיים השטר ומת אחד מהם וכו׳ שלא יטעו לומר קיום שטרות בשנים. נראה דטעם זה שכתב רבינו קאי על שתי החלוקות וה״ק דלא מיבעיא היכא שלא כתבו במותב תלתא דפשיטא דאיכא חששא שהחתומים טעו לומר קיום שטרות בשנים דחשובים בית דין כדשמואל אלא אפילו כתוב בו במותב תלתא אי לא כתבו וחד ליתוהי נמי איכא הך חששא דטעו החתומים לומר דבית דין בשנים ואף על פי שכתבו בו במותב תלתא הוינא לא לשם ב״ד כתבו אלא שהיה בדעתם לרבות ולא נזדמן להם אלא ב׳ כדכתב הרא״ש וכ״כ רבינו להדיא בסימן ל״ט דהחששא הוא שיתלו הטעות בחתומים דטעו לומר ב׳ חשובים ב״ד וכן משמע מפירש״י שכתב וז״ל צריכין למיכתב וכו׳ וחד ליתוהי דקיום השטר בג׳ והרואה ב׳ חתומים בו יאמר בשנים קיימוהו עכ״ל משמע להדיא דהרואה יתלה הטעות בחתומים לא שהרואה יהא טועה ויבוא ללמוד ממנו לקיים שטרות בשנים כמו שפי׳ ב״י: ומ״ש ופי׳ התוספות וכו׳ נראה דלפי דלכאורה משמע כיון דחד טעמא לשתי החלוקות א״כ בתרוייהו הקיום פסול לפיכך הביא דעת התוספות דס״ל דדוקא היכא דלא כתב במותב תלתא פסול אפילו דיעבד אבל אי לא כתבו חד ליתוהי כשר וה״ט דאי לא כתבו במותב ג׳ בודאי הרואה יאמר ב״ד טועה הוה שהרי לא כתבו כסדר טופס קיום שטרות אבל הך חששא דרואה יאמר שכתבו במותב תלתא לפי שהיה בדעתם לרבות ולא נזדמן להם וכו׳ הוי חששא רחוקה ולכך לא פסלינן ליה בדיעבד: ומ״ש ואם כתבו במותב ב״ד הוינא וכו׳. פי׳ השתא ודאי אי לא כתבו וחד ליתוהי אפילו דיעבד פסול דהרואה יאמר דהחתומים טעו לומר ב״ד בשנים כדשמואל כיון דלא כתוב בו במותב תלתא אלא דמ״מ אם הזכירו בו שהיה הענין בפני המומחה וכו׳ א״צ לכתוב וחד ליתוהי אפילו לכתחלה ומשמע ודאי במכ״ש היכא דכתב במותב תלתא והזכירו בו שהיה הענין בפני מומחה דא״צ לכתוב וחד ליתוהי אפילו לכתחלה: ומ״ש והרמב״ם כתב וכו׳. פירוש להרמב״ם אפילו כתבו בו ב״ד הקיום פסול דיעבד אפילו הזכירו בו בהיה הענין בפני מומחה ואינו מוציא מידי חשד דב״ד טועין הן וסבירי להו כדשמואל אלא א״כ מוכח מתוכו שהיו ג׳ כגון ואמר לנא וכו׳ ומשמע ודאי דאין כתוב בו שהיו ג׳: ומ״ש אפי׳ כתוב בו בי דינא וכו׳. הכי קאמר לא מיבעיא אי לא כתוב בו בי דינא כל עיקר דפשיטא דאיכא חשדא דטעו לומר דקיום שטרות סגי בשני עדים אלא אפילו אי כתוב בו בי דינא נמי איכא חשדא דטעו לומר ב״ד בשנים אי לא כתוב בו וחד ליתוהי ופסול בדיעבד אפילו הזכירו בו שהיה הענין בפני מומחה אא״כ שמוכח מתוכו שהיו ג׳:

כד שטר שאין כאן מי שיכיר וכו׳. גם בכאן הורה רבינו דדרך קיום זה על ידי דימוי החתימות אינו אלא דיעבד דוקא היכא דאי אפשר לקיים ע״י הדרכים הראשונים דהיינו ע״י העדים החתומים בעצמם או ע״י מי שיכיר חתימתן אבל לכתחלה היכא דאפשר לקיים בדרכים הראשונים הקודם קודם תחלה ואין לקיים ע״י דימוי: ומ״ש ומדמין החתימות כו׳. האריך רבינו וכתב ומדמין וכו׳ להורות דאם ניכרין החתימות בטביעת עין אף הרמ״ה מודה דבקיום בלא ערעור סגי והוא על פי דעת ר״ת כמו שיתבאר בסמוך: כתב הרמ״ה דוקא שקרא עליו ערעור וכו׳ וא״א הרא״ש פי׳ כיון שנתקיים אפילו לא קראו עליו ערעור כו׳. בפ״ב דכתובות א״ר אסי אין מקיימין את השטר אלא משטר שקרא עליו ערעור והוחזק בב״ד וס״ל להרמ״ה דדוקא שקרא עליו ערעור וכן פרש״י להדיא והרא״ש מפרש דלאו דוקא שקרא עליו ערעור ויש לתמוה דבגמרא קאמר להדיא קרא עליו ערעור אין לא קרא עליו ערעור לא ודוחק לומר דה״ק קרא עליו ערעור והוחזק בב״ד אין לא קרא עליו ערעור ולא הוחזק בב״ד לא כלומר דאין מקיימין אלא בשטר שהוחזק בב״ד. ולפיכך נראה דלא היה כתוב זה בגירסתם והכי משמע מדלא הביאו הרא״ש ולפרשו על פי דרכו ולגירסת האלפסי דגרס אין מקיימין את השטר משטר שקרא עליו ערעור אא״כ הוחזק בב״ד ניחא דהכי קאמר קרא עליו ערעור אין התם דבעינן הוחזק בב״ד אבל לא קרא עליו ערעור לא בעינן הוחזק בב״ד דמקיימין ממנו אע״פ שלא הוחזק בב״ד ובזה נתיישב מה שהקשה הרא״ש לגירסת האלפסי דמילתא דפשיטא הוא וכו׳ דאיכא למימר דלא אתא רב אסי אלא לאורויי דבלא קרא עליו ערעור מקיימין ממנו אף ע״פ שלא הוחזק בב״ד אלא דרבינו לא הביא דעת האלפסי בזה כיון דהרא״ש דחאו וכן הוא דעת רוב הפוסקים דדוקא בדהוחזק ודלא כהאלפסי: ומ״ש ואם אין כאן שטר מקויים וכו׳. שם מימרא דנהרדעי אין מקיימין את השטר אלא מב׳ כתובות ומב׳ שדות וכו׳ א״ר שימי בר אשי וביוצא מתחת יד אחר אבל מיד עצמו לא ופריך מ״ש מתחת יד עצמו דלא דילמא זיופי זייף מתחת יד אחר נמי דילמא אזיל וחזא ואתא וזייף כולי האי לא מצי מכוין ולכאורה נראה ודאי דרב שימי אף במקיימין משטר מקויים נמי קאמ׳ דוקא ביוצא מתחת יד אחר דמאי שנא ואע״פ שרש״י פי׳ מב׳ כתובות שמקיימין השלישי מתוכו לאו דוקא ואיכא למימר נמי דרש״י נקט רבותא דאפילו בב׳ כתובות נמי חיישינן שמא זייף השלישי מתוכו אע״פ דדבר קשה הוא שהזיוף יהא דומה לחתימות העדים שבשתי כתובות שהרי חתימות העדים גופייהו באותם ב׳ שטרות היא משתנית לפעמים בקצת תיבות ואותיות כמ״ש ר״ת בתשובה שהביא המרדכי בפ״ב דכתובות ע״ש כי האריך וא״כ רחוק הוא שיזייף ויהא דומה לכ״א משתי החתימות ואפ״ה חיישינן שמא זייף מתוכם כ״ש דחיישינן שזייף אחד מתוך חבירו אבל בדברי רבינו צ״ע דמשמע דס״ל דוקא בב׳ כתובות שאינן מקויימין חיישינן שמא יזייף מתוכם אבל בשטר מקויים אפילו יוצא מתחת יד עצמו לא חיישינן שמא זייף מתוכו וכמ״ש להדיא בסוף דבריו תדע לך שהרי משטר אחד מקויים מקיימין אפילו יוצא מתחת ידו כו׳ וזה תימה דהא ודאי אין לחלק בזו בין זה לזה ועוד תימה אפי׳ היה אפשר לחלק בין זה לזה מ״מ מנין לו לרבינו לחלק ולומר תדע לך וכו׳ דאע״פ דקאמר בגמרא דמקיימין לשטר משטר שנתקיים בב״ד

איכא למימר דהיינו דוקא ביוצא מתחת יד אחר אבל מתחת עצמו לא וכדאמר רב שימי ובספרים אחרים לא כתוב בדברי רבינו האי אפילו יוצא מתחת ידו וכן היתה הנוסחא לפני ב״י ולכך לא הזכירו בדבריו ולפי זה האי תדע לך וכו׳ לא מיירי אלא היכא דיוצא מתחת יד אחר אלא דמ״מ איכא לתמוה הלא תלמוד ערוך הוא דקאמר רב שימי דוקא מתחת יד אחר ומפרש תלמודא דבתחת יד אחר לא חיישינן דילמא אזיל וחזא ואתא וזייף משום דכולי האי לא מצי מכוין וא״כ מאי אולמיה דשטר מקויים מב׳ כתובות דקא דייק מיניה טפי וקאמר תדע לך וכו׳ אידי ואידי קאמר בגמרא דביוצא מתחת יד אחר לא חיישינן שמא כיון וזייף וכמ״ש רבינו בתחילת דבריו ול״נ לי דכל היכא דיוצא מיד אחר וכו׳ ועוד יש להקשות לפי דעת הרמ״ה דב׳ שטרות דוקא בב׳ לקוחות א״כ אמאי קאמר רב שימי אבל מיד עצמו לא עדיפא מינה הו״ל לאשמועינן אפילו מתחת יד אחר דומיא דמיד עצמו דהיינו בלוקח אחד נמי לא ולפיכך נראה דמכח קושיא זו האחרונה ס״ל לרבינו דעת הרמ״ה הוא לפרש דרב שימי לא קאי אלא אב׳ כתובות כפשטה דסוגיא ומשמע אבל במקיימין מתוך שטר מקויים אפילו ביוצא מתחת יד עצמו מקיימין וה״ט דלעולם לא חיישינן שמא זייף מתוכו אלא דבב׳ כתובות חיישינן דילמא הני ב׳ כתובות נמי מזוייפין הן וביוצא מתחת יד אחר לא חיישינן ולפי זה במקויים אף ביוצא מתחת יד עצמו מקיימין ותלמודא מעיקרא קס״ד דטעמא דרב שימי משום דילמא זיופי זייף מתוכם וא״כ אף במקיימין משטר מקוים נמי קאמר רב שימי דמתחת יד עצמו לא וקא פריך מתחת יד אחר נמי דילמא אזיל וחזא ואתא וזייף וקא מהדר תלמודא כולי האי לא מצי מכוין פי׳ לא כדקס״ד דחיישינן שמא יזייף מתוכם דכולי האי ודאי לא מצי מכוין ולא חיישינן להא אפילו ביוצא מתחת יד עצמו אלא דחיישינן דילמא אותו עצמו שאנו מקיימין מתוכו שמא מזוייף הוא ובמקויים או בב׳ כתובות לא חיישינן ולפי זה הא דנקט רב שימי בב׳ כתובות מתחת יד עצמו לא אע״ג דמתחת יד אחר דומיא דמתחת יד עצמו נמי לא לא נקט הכי אלא לאורויי דבמקויים אפילו במתחת יד עצמו נמי מקיימין וכך הוא גם כן דעת הרמב״ם בפ״ו דעדות לפי מה שהבין הר״ן מדבריו ומביאו ב״י והשתא ניחא דהשיג רבינו אדברי הרמ״ה לפי סברתו ולפי פירושו וה״ק דמ״ש הרמ״ה דכי היכי דאיכא למיתלי בחד שטרא ה״נ איכא למיתלי בתרי שטרי לא נהירא לי דאם רצונו לומר דבלוקח אחד ודאי אף בשני שטרות חיישינן דילמא אזיל וחזא ואתא וזייף הא ודאי ליתא דכל היכא דיוצא מתחת יד אחר לא חיישינן וכו׳ דזה הוא דבר פשוט לדעת כל הגאונים ולכל הפירושים בעל כרחך צ״ל לדעת הרמ״ה דהיינו טעמא דבעינן ב׳ שטרות דאיכא למיחש שמא אותו עצמו שאנו מקיימין מתוכו הוא מזוייף וכו׳ דכך הוא צריך לפרש הסוגיא לדעתו וכדפרישי׳ וא״כ לפי זה קשה דבלוקח אחד נמי נקיים משתי כתובות ועל זה כתב תדע לך וכו׳ פי׳ תדע לך שכן הוא דעת הרמ״ה שהרי לדעתו צריך לפרש דמתוך שטר מקויים מקיימים אפי׳ ביוצא מתחת ידו כיון שידוע שאינו מזוייף ולא חיישינן שמא כיון וזייף וכדמשני כולי האי לא מצי מכוין שפירושו לדעת הרמ״ה לא מצי לזייף ולכוין חתימה מתוך חתימה דלהכי נקט רב שימי מיד עצמו לא לאורויי דבמקויים מקיימין מתוכו אפילו ביוצא מיד עצמו וכדפרשי׳ אלמא דהא דבעינן שני שטרות היכא דאינן מקויימין אינו אלא משום דחיישינן שמא אותו עצמו שאנו מקיימין מתוכו מזוייף הוא ובתרי לא חיישינן שיהיו שניהם מזוייפין וכיון דהכי הוא לדעת הרמ״ה אם כן אפילו בלוקח אחד נמי מקיימין מתוכן זאת היא דעת רבינו להשיג אדברי הרמ״ה לפי סברתו ולפי פירושו כדמוכח מתוך דבריו אבל דעת רבינו עצמו הוא כדעת רש״י שכתב להדיא כולי האי לא מצי מכוין לצמצם כתב ככתב הואיל ואינו לפניו עכ״ל דאלמא דביוצא מיד עצמו חיישינן שמא זייף מתוכם וא״כ אף במקויים נמי חיישינן ומש״ה כתב רבינו והוא שיצאו שני השטרות מתחת יד אחר ולא מתחת יד זה שבא לקיים השטר דשמא זייף מתוכם נמשך אחר לשון רש״י ז״ל שפירש כן על שני שטרות ולאו דוקא אלא ה״ה במקיימים משטר מקויים נמי דוקא ביוצא מתחת יד אחר אבל במתחת ידו לא מקיימין דחיישינן שמא זייף מתוכם וכך הוא דעת ר״ת שבתוספות וכן הוא דעת הרא״ש והמרדכי וכל הגאונים שאחריו שכתבנו דעת ר״ת דמחלק דוקא כשאין מכירין בטביעת עין חיישינן שמא זייף מתוכם וכו׳ אלמא דחיישינן לזייף מתוכם וה״ה במקויים חיישינן וכדפי׳ רש״י. ולאחר שהתיישבו דברי רבינו בהשגתו לפי הבנתו דעת הרמ״ה באתי עוד ליישב דעת הרמ״ה ולהצילו מהשגת רבינו והוא בשום לב דמאי דכתב רבינו והיא האמת דבשטר שדה אחר אין מקיימין אפילו ביוצא מתחת יד אחר דחיישינן שמא אותו דמקיימין מתוכו מזוייף הוא ואיכא למידק הלא אכילת פירות של המחזיק ג׳ שנים בשופי וכן כתובת אשה דיושבת תחת בעלה בשופי מעידין ששטר כשר הוא אלא בע״כ ה״ט דחיישינן שמא שטר כשר היה לו ונאבד וכתב וזיוף שטר אחר שמא יבוא מערער ובתרי לא חיישינן שנאבדו שניהם והשתא לפי זה אפשר לפרש דעת הרמ״ה דמ״ש דכי היכי דאיכא למיתלי בחד שטרא וכו׳ דה״ק דכי היכי דאיכא למיחש בחד שטרא דילמא שטר כשר היה לו ונאבד וכתב וזייף שטר אחר ה״נ איכא למיתלי בתרי שטרי דילמא כרוכין היו השני שטרות ונאבדו שניהם בבת אחת וכתב וזייף שני השטרות אם יבוא מערער אבל בב׳ לקוחות לא חיישינן כולי האי והשתא איכא למימר דגם הרמ״ה מפרש כפרש״י וכשיטת כל הגאונים דבמקויים נמי אין מקיימין ביוצא מתחת יד עצמו דחיישינן שמא זייף מתוכם. ומה דקשה לדעת הרמ״ה אמאי לא קאמר דאפי׳ ביד אחר דומיא דיד עצמו כגון בלוקח אחד נמי לא אפשר לתרץ דאתא לאשמועינן דביד עצמו אפילו מקויים דליכא למיחש דמזוייף הוא נמי לא מקיימין דחיישינן שמא זייף מתוכו ואצ״ל ביוצא מתחת יד אחר ואינו מקויים דאף ע״ג דליכא למיחש לזייף מתוכו כיון שאינו לפניו מ״מ פשיטא דחיישינן שמא אותו שמקיימין מתוכו מזוייף הוא דשטר כשר היה לו ונאבד וזהו רגילות ושכיח שיבוא והילכך ודאי

דטפי חיישינן באינו מקויים דילמא איהו גופיה מזוייף הוא מדנחוש במקויים שהיה מזוייף מתוכו וכיון אע״פ שהוא בפניו דקשה הוא לכוין כדפרישית כנ״ל ודלא כפי׳ ב״י ע״ש:

כה כתב הרמב״ם ב״ד שכתבו וכו׳. נראה שלמד כך מהא דאיתא בפ״ב דכתובות (דף כ״א) אר״י אמר שמואל הלכה כדברי חכמים דזה אמר כתב ידי וזה אמר כתב ידי נאמנין ואינן צריכין לצרף עמהם אחר דלא כר׳ ואקשינן ומי אמר שמואל הכי והא ההוא שטרא דנפיק מב״ד דמר שמואל והוה כתיב ביה מדאתא רב ענן ואסהיד על חתימת ידיה ואדחד דעימיה וכו׳ אלמא דכר׳ ס״ל ופריק ההוא שטרא דיתמי הוה וחש שמואל לב״ד טועין וסבר שמואל דילמא איכא דס״ל הלכה כר׳ וכו׳ דאיכא למידק למה לו להאריך ולמימר וחש שמואל [לב״ד טועין וסבר שמואל] וכו׳ הול״ל וחש שמואל דילמא איכא דס״ל הלכה כר׳ וכו׳ אלא ודאי דה״ק תדע דשמואל לאו כר׳ ס״ל דהא בעל כרחין קשיא אדשמואל דהו״ל לקיימו בסתם וכשר אלא ודאי דחש שמואל לב״ד טועין כלומר שאם לא יבאר הדרך שבו נתקיים יבואו לומר שהב״ד שקיימוהו טועין היו ולא יחזיקו השטר של יתומים במקויים א״כ השתא ודאי שפיר אית לן למימר דשמואל נמי ס״ל דהלכה כדברי חכמים דהלכה כרבי מחבירו ולא מחבירו וכדס״ל לכולי עלמא אלא דבהא נמי סבר שמואל דילמא איכא דס״ל כרבי וכו׳ כלומר דבהא נמי חשש שמואל לב״ד טועין והשתא לפי זה ודאי שמעינן דאם לא פירשו הדרך שבו נתקיים כשר אלא דלכתחלה יכתבו הדרך וכו׳:

כט כתב הרמב״ם שטר הבא הוא ועדיו על המחק וכו׳. הכי איתא בפרק גט פשוט דפריך אדרב דמכשיר בהרחיק שיטה אחת בין עדים לקיום ומלאוהו בטיוטא ליחוש שמא יחתוך גוף השטר וימחוק השריטות ויכתוב שטר הוא ועדיו בשיטה אחת על המחק והקיום מקיימו ומשני כל כה״ג אין מקיימין אותו אלא מן העדים שבו והרי״ף והרא״ש השמיטוהו והרמב״ם הביאו בפכ״ז ממלוה ולכך כתבו רבינו בשמו. והב״י דקדק להקשות דא״כ הך דבית דין אטיוטא לא חתמי דהשמיטוהו הרי״ף והרא״ש לא הו״ל למכתביה נמי בסתם אלא בשם הרמב״ם ואפשר ליישב ולומר בשום לב למ״ש התוס׳ וז״ל קשה אמאי לא הוה קשיא ליה למקשה דבכל שטר מקויים ניחוש שמא ימחקנו וי״ל דהא לא קשיא כולי האי דכיון שהיה כתוב בתחילה לא יוכל למחקו שלא יהא ניכרים האותיות אבל מחק טיוטא אינו ניכר וימחקנה ויכתוב כמו שירצה ואף ע״ג דבסמוך פריך וא״ת חוזר ומוחק אף ע״פ שהיה כתוב על המחק לפי האמת פריך דאין חילוק בין טיוטא לכתב עכ״ל והשתא איכא לתמוה טובא אדברי הרמב״ם דתפס בדבריו לשון המקשה דלמה לא כתב לפי האמת ובקוצר דחיישינן שמא מחק השטר וכתב השטר הוא ועדיו על המחק צריך לומר דהרמב״ם לא ס״ל כמ״ש התוספות אלא מפרש דודאי גם המקשה ידע האמת דאין חילוק בין טיוט לכתב וידע נמי דבסתם קיום על הנייר אין מקיימין את העדים בשטר שהוא ועדיו על המחק אלא מעדים שלמעלה דחיישינן שמא מחק השטר וכתב השטר הוא ועדיו על המחק דהא פשיטא הוא ולא פריך אלא היכא שהשטר ועדיו על המחק והקיום על הנייר רחוק מן העדים ומילא הריוח שריטות דהשתא ודאי איכא למיחש שמא יחתוך וכו׳ ויסמוך על מה שנכתב בקיום שהשטר ועדיו על המחק דקס״ד דבזו ודאי סמכינן על הקיום ומשני דאפילו בכל כה״ג נמי אין מקיימין אותו אלא מעדים שבו דאין אנו סומכין על מ״ש בקיום כל עיקר ולפי שמתוך דברי הרמב״ם נשמע חידוש בדין דאפילו מפורש בקיום שהשטר ועדיו על המחק אפ״ה אין מקיימין אותו אלא מעדים שלמעלה כתבו רבינו בשמו:

לא עדות זו וכו׳ עד יכול להעיד על חתימת אביו אחר שיגדיל להצטרף עם אחר כשר פי׳ שיהא כשר לענין זה שלא מת החתום כשהיה זה האחר קטן דאע״פ דמכשרינן בחד כשמת החתום כשהיה קטן אבל בתרי לא מכשרינן אבל ודאי דאפילו גם השני הוא קרוב לעדי השטר אם ראה החתימה כשנעשה גדול רק שלא יהיו עדי הקיום קרובים זה לזה וכ״כ הר״ן בפ״ב דכתובות:

לג שנים החתומים על השטר ומתו כולי הרי אלו נאמנים וקורעין השטר. בברייתא פ״ג דכתובות קתני סתם הרי אלו נאמנים אלא לפי דבסיפא תני אין אלו נאמנין ופרש״י דהיינו לומר דלא מקרעינן ליה ואי תפיס מדידיה לא מפקינן מיניה וכן כתב הרא״ש לכך כתב רבינו דברישא דנאמנין היינו דקורעין השטר: ומ״ש אע״פ שלא קרא עליו ערעור. היינו ע״פ דעת הרא״ש ודלא כהרמ״ה ופרש״י וב״י כתב שגם הרמב״ם ס״ל כפירש״י ע״ל בסעיף נ״ה ולפעד״נ שכך הוא עיקר וה״א להדיא בספרים שלנו קרא עליו ערעור אין לא קרא עליו ערעור לא אלא דב״י בש״ע לא הכריע ע״ש בסעיף ל״ז: ומ״ש ופירשו התוס׳ וכו׳ וא״א ז״ל כתב וכו׳. נלפע״ד דהעיקר כדעת התוספות דכשבאו לפסול העדים על גוף העדים הם מעידים ונאמנים והזמה יוכיח שנאמנין האחרונים הואיל והעדים שהזימום לא השגיחו על עצמה של עדות כלל אם הוא אמת או שקר אלא שהעדות ממילא בטל ואינו דומה לאומר פסולין היו ועכשיו הם כשרים שעיקר הגדתן על עצמה של עדות שבשטר וקא עקרו ליה לשטרא הילכך כשכתב ידן יוצא ממקום אחר אין נאמנין דהוה ליה כמי שנחקרה עדותן בב״ד ולא מצי עקרי לשטרא אבל כשמעידין על גופן של עדים הא הוי מילתא אחריתא ולא באו לעקור את השטר אלא דממילא מיעקר וכדאמר בסמוך גבי תנאי ובזה נתבטלה טענת הרא״ש לסתור דברי התוס׳ וכך הוא דעת הר״ן ואיכא למידק הניחא לפי׳ התוס׳ הא דנקט ברייתא ומתו לאורויי דכיון שמתו לא על גופן של עדים הן מעידין אלא על עצמה של עדות שבשטר והילכך אם כתב ידן יוצא ממקום אחר אין

נאמנין אבל להרא״ש דאפילו לא מתו ובאין לפסול העדים נמי אין מועיל לגרוע כח השטר כשכתב ידן יוצא ממקום אחר קשיא אמאי תני ומתו וצ״ל דס״ל ומתו לאו דוקא אלא ה״ה בהלכו למדינת הים: ומ״ש ופרש״י וכו׳ ואפילו תפס בעדים. כלומר דבתפס בלא עדים פשיטא דנאמן במיגו דלא תפס אלא אפילו תפס בעדים כיון דתרי ותרי נינהו אמרינן המע״ה וע׳ בב״י לעיל בסימן מ״ב סעיף י״ג: ומ״ש בשם ה״ר יונה דלא מהני וכו׳. נראה דלה״ר יונה אין חילוק בין מטלטלי למקרקעי דאפילו במטלטלי לא מהני להו תפיסה בעדים אלא אם כן התפיסוהו ב״ד וכו׳ ואז ודאי אפילו במקרקעי מהני תפיסה כך נראה מבואר מדברי הרא״ש אבל בתפס שלא בעדים במטלטלים פשיטא דמודה ה״ר יונה דמהני תפיסה דמיגו דאורייתא: ומ״ש או שהתפיסו הלוה. נראה דאין ר״ל שפרע מעצמו דא״כ מודה הוא דהשטר כשר ושחייב לו וכמ״ש בעה״ת הביאו רבינו בסימן ס״ה סי״ט אלא ר״ל דלאחר פסק דין שא״ל ב״ד צא תן לו או חייב אתה ליתן לו קודם שבאו העדים התפיסו הלוה מעצמו ובעל כרחו שלא היה רשאי לסרב על ציווי ב״ד דאף לאחר שהתפיסו עומד וצווח מזוייף הוא ואח״כ באו עדים א״כ הדבר ספק:

לד העדים שאין כתב ידן יוצא ממקום אחר ואומרים כתב ידינו הוא זה וכו׳ עד לפי שאין אדם משים עצמו רשע וכו׳. הא דאין נאמנין כשאומרים אנוסים היינו מחמת ממון מבואר בפ״ב דכתובות ובהא ודאי חייבין לשלם ללוה ההפסד אבל כשאומרים אמנה היו אע״ג דחתימה מעולה אין נראה לחייבם ההפסד דהלוה איהו הוא דאפסיד אנפשיה דהאמינו למלוה ומדעתו נכתב השטר ונמסר למלוה. והך דפסולין בעבירה היו דאין נאמנים זה לא נתבאר בגמרא בפירוש אלא אדרבה משמע איפכא מדתנן סתמא פסולי עדות היינו משמע אפילו פסול בעבירה קאמר דנאמנים באין כתב ידן יוצא ממקום אחר אלא דמוכח הכי מפרש״י דבמשנה כתב פסולי עדות היינו קרובים או משחקים בקוביא ובגמרא במסקנא פירש״י קרובים או עבדים היינו ועכשיו אנו משוחררים עכ״ל אלמא דלמסקנא דאין אדם משים עצמו רשע אם אמרו משחקים בקוביא היינו ועכשיו עשינו תשובה אין נאמנין ולכן דקדק רש״י ושינה פירושו בגמרא וכן כתב הר״ן והכי משמע מלשון הרמב״ם פ״ג מה״ע וסמ״ג עשה ק״ט דאפי׳ באין כתב ידן יוצא ממקום אחר ואמרו פסולי עדות היינו בעבירה או שוחד לקחנו על עדות זו אין נאמנין שאין אדם משים עצמו רשע אא״כ יעידו עליו עדים שהוא רשע ובזה נראה לחלק שאם אמרו שההלואה או המקח אמת אבל אנחנו לא היינו ראויים אין משלמין ללוה ההפסד אף על פי שהלוה טוען מזוייף והכל שקר דכיון דאין אדם משים עצמו רשע אין נאמנים אבל אם אמרו שאין ההלואה אמת הרי הודו דבשקר חתמו וחייבין לשלם ללוה ההפסד וכדכתב הרא״ש בתשובה כלל נ״ח דין ו׳ שהביא רבינו כאן וע׳ במ״ש בסימן צ״ח אצל מ״ש רבינו בשם ר״ח סעיף ה׳: ומ״ש ואם אמרו שבשעה שחתמו לא ידעו שהיה אמנה וכו׳. איכא למידק דהא ודאי פשיטא הוא כיון דבאמנה הוי טעמא משום דלא ניתן ליכתב דעולה הוא וכי אמרי חתמנו משוי לנפשייהו רשעים ואין אדם משים עצמו רשע א״כ היכא דלא ידעי שהוא אמנה ולא משוי נפשייהו רשיעי פשיטא דנאמנים דמ״ש מאומרים קטנים היינו ונראה דרבינו לא הוצרך לכתבו אלא לאורויי דיוקא דאם כתב ידם יוצא ממקום אחר בכל ענין אין נאמנין כדכתב מיד בסמוך והיינו לומר דאפילו אמרו דבשעה שחתמו לא ידעו שהיה אמנה וכו׳ ודייק רבינו הכי מדברי התוס׳ לשם בד״ה א״ר נחמן (דף י״ט) שכתבו וז״ל אמנה היו דברינו אין נאמנין ע״כ באין כתב ידן יוצא ממקום אחר איירי דאי כתב ידן יוצא ממקום אחר פשיטא ועוד דמר בר רב אשי קאמר דאין נאמנין משום דלא ניתן ליכתב ואי בכתב ידן יוצא ממקום אחר אפילו ניתן ליכתב פשיטא דאין נאמנין אלמא דס״ל דאפי׳ אומרים דבשעה שחתמו לא ידעו שהיה אמנה וניתן ליכתב היה אפ״ה בכתב ידן יוצא ממ״א אין נאמנין לומר שטעו מתחילה ואח״כ נתברר להם טעותו ומכאן יצא לו לרבינו הא דכתב בסימן מ״ג ס״ח לדעת ר״י דבכתב ידם יוצא ממקום אחר אין נאמנין לומר שטעו וכבר כתב רבינו לשם דיש חולקין בזה אבל כאן סתם רבינו דבריו כדעת ר״י וכבר כתבתיו בסימן מ״ג גם פה כתב ב״י ע״ש הריטב״א דבאומרים דטעו ולא ידעו בדבר שהוא אמנה נאמנים לעולם ושכ״כ ה״ר ירוחם נ״ב ח״ב והיינו מכח הירושלמי דבפרק אחרון דשביעית וכבר התבאר בסימן מ״ג בס״ד: ומ״ש ורבינו נסים כתב דבמודעא נאמנים וכו׳ וכ״כ הרמב״ם וא״א הרא״ש כתב כסברא הראשונה וכו׳ כצ״ל. טעם מחלוקתם התבאר בב״י ושיעור לשון רבינו כך הוא דבכתב ידן יוצא ממקום אחר בכל ענין שהזכיר למעלה בסימן זה אין נאמנין לדברי הכל זולתי במודעא לרבינו נסים והרמב״ם וזולתי בתנאי להרי״ב. ויש להקשות דלעיל בסימן כ״ט הביא רבינו דעת הרמב״ם שאין העדים יכולין להוסיף תנאי ושהרא״ש נחלק עליו וכאן הביא רבינו דעת הרי״ף ע״ש רבינו האי דבתנאי נמי נאמנין אפילו כתב ידם יוצא ממקום אחר גם הביא כאן דעת הרמ״ה וה״ר מתתיה דס״ל נמי דיכול להוסיף תנאי ולא נחלקו אלא לענין שבועה היכא דע״א אומר תנאי ועד אחד אומר לא היה תנאי ונראה דדעת רבינו הוא דבעדות על פה יש לתת פנים לסברת הרמב״ם דאינו יכול להוסיף תנאי דהו״ל חוזר ומגיד דליכא הכא סברא וטעם מפני מה לא הגיד מתחילה שהיה לשם תנאי אבל הכא בעדות דבשטר איכא טעמא רבה שלא הסכימו להכתיב התנאי בשטר דהיום או למחר יתקיים התנאי ונמצא שהשיעבוד חל מיד בלי שום תנאי ולא הו״ל חוזר ומגיד ולפיכך כתב רבינו כאן סברת הגאונים דיכול להוסיף תנאי ואפילו כתב ידן יוצא ממקום אחר ולא כתב חולק עליהם ודו״ק. וע״ל בסוף סי׳ פ״ב:

לו כתב הרמ״ה בע״א אומר תנאי וכו׳. לא נתבאר בדבריו ולא בדברי ה״ר מתתיה אי ס״ל כרבינו האי דאפילו בכתב ידן יוצא ממקום אחר נאמן הנתבע האומר תנאי או ס״ל כאידך רבוותא דדוקא באין כתב ידן יוצא ממקום אחר ואע״פ כן הביא רבינו דבריהם בסתם דנסמך על מ״ש בסמוך דהרי״ב בשם רבינו האי כתב דבתנאי נאמנין אפילו בכתב ידן יוצא ממקום אחר ודהכי נקטינן וא״כ תפרש גם דברי הרמ״ה וה״ר מתתיה אפי׳ בכתב ידן יוצא ממקום אחר מיהו הא דכתב הרמ״ה וכן הדין באחד אומר פרוע ואחד אומר אינו פרוע אין זה אלא דוקא באין כתב ידן יוצא ממקום אחר דאינו דומה לתנאי דמילתא אחריתא היא ולגילויי מילתא קמא דסהדותא הוי ולכך מהימן אפילו בכתב ידן יוצא ממקום אחר אבל באומר פרוע אין עד אחד נאמן לומר אשטר מקויים שהוא פרוע ואפי׳ ליכא אחר דמכחיש ליה כל שכן היכא דאיכא עד דמכחיש ליה אלא ודאי באינו מקויים קאמר וע׳ בדברי הר״ן פ״ב דכתובות: ומ״ש אם על המטלטלין וכו׳. נראה דרוצה לומר דאילו במקרקעי כיון דאין נשבעין על הקרקעות אין הנתבע נשבע אלא היסת: ומ״ש נשבע הנתבע וכו׳. דאלמא דאותו שאומר תנאי הוא הנתבע זהו משום דבסוגיא בפרק ב׳ דכתובות מיירי בכה״ג דהנתבע הוא שאומר תנאי היה במכירה ולא נתקיים התנאי ועד״ז כתב גם ה״ר מתתיה אף על פי שהלכה שעד אומר תנאי נאמן וכו׳ הוא על פי מסקנת התלמוד שם ואין הכי נמי דאם היה העסק דהנתבע אומר לא היה תנאי נאמן הנתבע בש״ד להרמ״ה ובשבועת היסת לה״ר מתתיה וטעם מחלוקתם מבואר בב״י ע״ש:

לז כתב הרמב״ם עדים שאומרים כתב ידינו הוא זה וכו׳. כתב ב״י דלא אמר הרמב״ם אלא כל עוד שלא נצטרף עמהם אחר וכו׳ ורבינו ס״ל דא״צ להצטרף עמהם אחר דלעולם על מנה שבשטר הן מעידין ושכ״כ התוספות ע״כ והא ליתא שהרי מפורש בדבריו פ״ח מה״ע דבעינן שני עדים שזהו כתב ידן והו״ל כאילו אמרו קטנים היינו פסולי עדות היינו ורבינו נמי כתב להדיא בסימן זה סעיף י״ד דכשאינן זוכרין עדותן צריך שיצטרף עמהם אחר גם דברי התוס׳ הם מבוארים דרצונם לומר דאע״פ שאמרו אין אנו מתכוונים להעיד כ״א על כתב ידינו מ״מ אין אנו נזקקין שיעידו אלא על מנה שבשטר אבל פשיטא דבעינן שיהיו נזכרים לעדותן אבל הנראה לפע״ד דהרמב״ם לטעמיה שכתב בפ״ג מה׳ עדות ד״ת שאין מקבלין עדות אלא מפי העדים שנא׳ על פי ב׳ עדים מפיהם ולא מפי כתבם אבל מד״ס שחותכין ד״מ בעדות שבשטר אע״פ שאין העדים קיימים כדי שלא תנעול דלת בפני לווין ואין דנין בעדות שבשטר בדיני קנסות ואצ״ל במכות ובגלות אלא מפיהן ולא מכתב ידן עכ״ל ובתחילת פ״ו כתב כבר ביארנו קיום שטרות מדבריהם כדי שלא תנעול דלת בפני לווין וכו׳ והוא מ״ש בפ״ג ולפי דעתו יהיה פירוש קיום שטרות מדרבנן כלומר אע״ג דדבר תורה עדות שבשטר אינו כלום אא״כ נחקרה עדותן מפיהם מ״מ כדי שלא תנעול דלת בפני לווין הקילו לחתוך ד״מ ע״פ עדים שמקיימין השטר ומעידין שזו היא חתימת העדים שמכירין אותם בטביעת עין או שחתמו בפניהם וההיא דריש לקיש דקאמר עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב״ד דמי לפי דעת הרמב״ם יהיה פירושו כאילו נחקרה עדותן מפיהם בב״ד דשוב אין יכולין לחזור בהם ובתנאי כשנתקיים חתימתן ע״י עדים אחרים וז״ש כיון דהקילו בקיום שטרות דרבנן לחתוך ד״מ ע״פ עדים אחרים שמקיימין חתימות עדי השטר הקילו בו ג״כ דעד נעשה דיין וקטן נמי נאמן דהימנוהו רבנן בדרבנן ולפי זה הא דכתב הרמב״ם עדים שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל לא ידענו עדות זו ואין אנו זוכרין שזה לוה מזה לא נתקיים השטר וכו׳ טעמו כיון דלא נתקיים שטר זה ע״פ עדים אחרים אלא ע״פ עצמן א״כ ליכא למימר הכא עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן מפיהם בב״ד דמי שהרי נחקרה עדותן מפיהם בבית דין ואומרין שאין אנו זוכרין שזה לוה מזה והרי נחקרה עדותן שאינן יודעין אבל כשכתב ידן יוצא ממקום אחר אמרינן כאילו נחקרה עדותן מפיהם ואמרו שזה לוה מזה והשטר כשר ולפי דעת הרמב״ם ניחא הך דר״ל אבל לדעת שאר כל רז״ל שפירשו בהיפך דהך דר״ל אפי׳ לא נתקיים בשום דבר השטר כשר ד״ת ודרז״ל לא הצריכו קיום אלא לחומרא מדרבנן ולכך הקילו דעד נעשה דיין ושאר קולות דהימנוהו רבנן בדרבנן איכא לתמוה טובא דא״כ דמדאורייתא כשר השטר בלי שום קיום כל אדם שירצה יזייף ויכתוב ויחתום מה שירצה לגבות ממנו וכך הקשו התוספות בפ״ב דכתובות (דף כ״ח) בדיבור המתחיל קיום שטרות דרבנן ולא תירצו כלום איברא דבפ׳ מי שהיה נשוי (כתובות דף צ״ב) בד״ה דינא הוא כתבו התוס׳ ישוב לתמיהא זו גם רש״י ז״ל תיקן בריש גיטין שכתב זה לשונו נעשה כמי שנחקרה עדותן בב״ד דלא חציף אינש לזיופי עכ״ל דלפ״ז דומה דין זה למ״ש במודה במקצת חזקה אין אדם מעיז פניו בפני ב״ח אבל לדעת הרמב״ם א״צ לכל זה ועוד נראה כדבריו מהא דאמרינן בפ״ב דכתובות אמתניתין העדים שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו קטנים היינו פסולים היינו הרי אלו נאמנים ואם כתב ידן יוצא ממקום אחר אין נאמנין אמר רמי בר חמא ל״ש אלא שאומרים אנוסים היינו מחמת ממון אבל אמרו אנוסים היינו מחמת נפשות הרי אלו נאמנין א״ל רבא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכ״ת ה״מ בע״פ אבל בשטר לא והאמר ר״ל עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב״ד דמי אלא כי איתמר אריש איתמר הרי אלו נאמנין אמר רמי בר חמא ל״ש אלא שאמרו אנוסין היינו מחמת נפשות אבל אמרו אנוסין היינו מחמת ממון אינן נאמנין מ״ט אין אדם משים עצמו רשע מסוגיא זו מבואר דלא אמרינן כמי שנחקרה עדותן בב״ד דמי אא״כ דנתקיים מפי עדים אחרים דאל״כ ברישא נמי אע״פ שאין כתב ידם יוצא ממקום אחר אין להאמינם במיגו מאחר שהשטר כשר מקודם דכמי שנחקרה עדותן בב״ד דמי אלא ודאי כיון דלא נתקיים ע״י עדים אחרים אלא נחקרה עדותן ע״פ עצמן והרי הם אומרים אנוסים היינו וכו׳ הרי נחקר מפיהם דלאו שטרא מעליא הוא דלא אמרינן כמי שנחקרה עדותן בב״ד דמי אלא בשטר

שנתקיים מפי עדים אחרים התם הוא דתקינו רבנן דהשטר כשר כאילו נחקרה עדותן מפיהם בב״ד ומצאוהו כשר וא״כ ה״ה כשאין כאן עדים אחרים אלא הן עצמם אומרים שאין אנו זוכרין שזה לוה מזה הרי נחקרה עדותן מפיהם בב״ד ואומרים אין אנו יודעין וז״ש הרמב״ם שזה הו״ל כאילו נחקרה עדותן בב״ד מפיהם ואומרים קטנים היינו פסולי עדות היינו וכו׳ אלא שיש להקשות על זה ממ״ש הרמב״ם גופיה בספ״ז דה׳ גירושין באשה שמביאה גט בידה ולא נתקיים בחותמיו דאין חוששין שמא זייפה אותו שהעדים החתומים על הגט הרי הם כמי שנחקרה עדותן בב״ד וכו׳ וי״ל דס״ל להרב דבהאי מילתא מקילין טפי בגט מבשאר שטרות וז״ש הרב להדיא בסוף אותה ההלכה וז״ל אלא נעמידנו על חזקתו עד שיודע שהוא בטל כך לא ניחוש לא לשליח ולא לאשה עצמה שהגט יוצא מתחת ידיה שאין דיני האיסורין כדיני ממונות עכ״ל הרי דבממון דוקא אין להוציא ממון כשלא נתקיים אבל באיסור אשת איש שאינה מקלקלת עצמה ברצון אמרינן דעדים החתומין על הגט כמי שנחקרה עדותן בב״ד אפילו לא נתקיים וההיא דבפ״ב דכתובות בדיני ממונות דוקא קאמר כדמוכח בסוגיא אמתני׳ וכן שני אנשים זה אומר אני כהן וכו׳ כך נראה לי ליישב דעת הרמב״ם אבל דעת רבינו היא דעת רש״י ותוס׳ ושאר כל רז״ל דד״ת לא בעינן קיום כל עיקר אלא דרבנן החמירו דצריך לקיים שטרות והך דפ״ב דכתובות ה״פ אע״ג דד״ת עדים החתומים על השטר א״צ קיום מ״מ תקנת חכמים היא לקיים השטר ומשנתינו נשנית ע״פ תקנת חכמים הילכך באין כתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנים לומר אנוסים היינו וכו׳ במיגו דאי בעו הוו שתקי אבל כשאומרים אין אנו זוכרים שזה לוה מזה גובים בשטר שאפילו את״ל שאומרים אמת שאינן זוכרין מ״מ כיון דא״צ קיום אלא מדרבנן הרי מודים הן שזה כתב ידם ומקיימין אותם על פיהם ע״י צירוף אחד מן השוק שיעיד על חתימות שני העדים ואמרינן ודאי לוה זה מזה אלא ששכחו ובאמת דהסוגיא דריש גיטין דקאמר בדין הוא דבקיום שטרות נמי לא ליבעי כדר״ל היא תשובה על הרמב״ם וקשה ליישב ע״פ דעתי ועוד תשובות מהרמב״ן בהשגותיו לס׳ מנין המצות בסוף השגה על העיקר השני וכתב עוד שחלקו עליו חכמי הדורות וגדולי המפרשים בראיות ברורות והראב״ד וגם הוא כתב על הרב ויש שאין מורין כן ויודעים בדינים כמותו כו׳ וכן עיקר:

סימן מז

א מלוה שאמר על שטר שבידו וכו׳ עד אינו נאמן. הקשו התוס׳ והרא״ש בפרק ב׳ דכתובות וא״ת וליהימנוהו במיגו דאי בעי מחיל וי״ל דהאי לא מגו הוא דשמא אין דעתו למחול ולהפסיד חובו דעכשיו שאומר אמנה הוא לא מפסיד מידי כיון שאין הלוה גזלן ולא יעכב מעותיו וכו׳. וכתב עוד הרא״ש דפרוע הוא דינו שוה לאומר אמנה הוא וכמ״ש רבינו ודלא כספר התרומות ע״ש בעל העיטור ע׳ בב״י: ומ״ש רבינו אפילו אם הוא מפסיד גם לעצמו וכו׳. כך הוא מסקנת סה״ת משום דחיישינן לקנוניא ואף על גב דבאומר אמנה או פרוע הוא אינו מפסיד כיון שאין הלוה גזלן כדפרישית מכל מקום אפשר הוא שהלוה יהא גזלן ויעכב מעותיו ועל הספק היה מוציא שקר מפיו לומר אמנה הוא ויפסיד טפי מאילו היה פורע חובו. וא״ת דמשמע דלהרא״ש אי הוה מחיל ליה לא חיישינן לקנוניא דכיון דמחיל ליה לית ליה גביה ולא מידי ואי הדר ויהיב ליה בתר הכי מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה וכן נראה מבואר מדברי רבינו שלא כתב ואפי׳ מחיל אינו כלום אלמא דוקא אמנה או פרוע וקשה דהרא״ש בכלל ס״א דין ג׳ ובכלל ס״ט דין ג׳ כתב כיון דמשתעבד לו מדר״נ לאו כל כמיניה למחול לו וכן כתב רבינו בסוף סימן פ״ו ונראה דדוקא לאחר שנודע בב״ד שאין לו לזה לפרוע אלא מחוב זה התם הוא דנשתעבד לו מדר״נ ואינו יכול למחול וכמו שביאר להדיא הרא״ש בתשובתו לשם והוא מדברי התוספות בפ״ב דכתובות לשם שכתבו לחלק דדוקא במכירת שטרות דאינה אלא דרבנן יכול למחול אבל בנושה בחבירו דחייב לו מן התורה אינו יכול למחול וזהו מ״ש רבינו בסוף סי׳ פ״ו בשם הרא״ש דאינו יכול למחול וכ״כ עוד רבינו בסימן ס׳ סעיף י״ז ראובן הוציא שטר וכו׳ לפיכך אם בא למחול אינו יכול למחול דמאחר שהממון של ראובן כבר זכה בשלו וכ״כ עוד ב״י בסימן ס״ו סעיף י״ד ע״ש ה״ר ירוחם בשם הראב״ד והרשב״א דכל היכא שחייב מדר״נ אין המלוה יכול למחול במקום שחב לאחרים דשיעבודא דאורייתא ע״ש ואע״ג דהרא״ש לשם לא הביא אלא הך שינויא קמא דתוספות דאין דעתו למחול ולהפסיד חובו וכו׳ ומדלא הביא אידך שינויא דאין יכול למחול כיון דשיעבודא דאורייתא משמע דלכאורה דס״ל כדדחו התוס׳ לשם דאפילו בשיעבודא דאורייתא יכול למחול וכך הבין ב״י בסימן פ״ו נראה דהרא״ש לא נתכוין לזה דא״כ קשה מדבריו בתשובה אדפסקיו ופסקיו עיקר כדלקמן בסימן ע״ב וא״כ למה כתב רבינו בסימן פ״ו כדבריו בתשובה אבל ודאי דמ״ש הרא״ש בפסקיו וא״ת ולהימנוהו במגו דאי בעי מחיל ליה אין ר״ל אף לאחר שנשתעבד לו מדר״נ מצי מחיל ליה דפשיטא כיון דשיעבודא דאורייתא לא מצי מחיל אלא ה״ק דלהימנוהו מעיקרא במגו דאי הוה בעי הוה מחיל ליה באותה שעה דלא היה צ״ל מעיקרא שטר אמנה הוא והיינו מקמי שנשתעבד לו מן התורה מדר״נ ועל זה תירץ דהאי לאו מגו הוא וכו׳ אבל ודאי הוה מצי מחיל ליה מעיקרא כיון דעדיין לא נשתעבד לו מדאורייתא וז״ש הרא״ש בכלל מ״ט סימן ג׳ דבמוכר ש״ח כיון שאין המכירה אלא מדרבנן יכול למחול ודבר זה הוא כשגגה יצאה מלפני השליט הרב ב״י בסימן ס״ו סעיף כ״ב במחודשין שכתב וז״ל ומדברי הרא״ש בתשובה כלל ס״ח סימן ג׳ אפשר למשמע שהמוכר ש״ח לחבירו אם אין לו נכסים ממה לפרוע אינו יכול למחול ע״כ וזה לא עלה על דעת הרא״ש לשם אלא דוקא כשנשתעבד לו מדר״נ וז״ל שם

והאלמנה אם צריכין לישבע וכו׳ עד אינה יכולה למחול כי כבר נשתעבדו כל מי שחייב לה לנושים בדר״נ וכו׳ אבל במוכר ש״ח יכול למחול אפילו חב לאחרים וכמבואר בכלל כ״ט דין ג׳ אך קשה במ״ש רבינו סוף סימן ס״ז ואם הודה המוכר שלא הי״ל פרוזבול אם אין למוכר נכסים אינו נאמן וכו׳ ואמאי ולהימנוהו במגו דאי בעי מחיל דכיון דשיעבודא לאו דאורייתא מצי מחיל ואפילו חב לאחרים וצ״ל דאה״נ דאי איכא מגו מהימן ולא בא רבינו לומר שם אלא דמן ההודאה עצמה אינו נאמן ונ״מ להיכא דמכר לו שטר במעמד שלשתן דאינו יכול למחול וליכא מגו וכיוצא בזה כתב גם הר״ן ז״ל ספ״ק דגיטין לתרץ דעת האלפסי ז״ל בעובדא דהני גינאי ע״ש וע״ע במ״ש בס״ד בסי׳ מ״ה בדין המוצא שובר בשוק: אינו נאמן כיון שבא לחוב לאחרים. וכ״כ הרמב״ם סוף פ״ב ממלוה וכתב עוד דאותן אחרים שבאין לגבות מזה השטר צריכין שישבעו ויטלו מהלוה כדין כל טורף שאינו נפרע אלא בשבועה וכ״כ סמ״ג בעשה סוף סימן צ״ג: אם המלוה מודה שהעדים זייפו השטר וכתבו אלף זוז ואינו חייב אלא ק׳ זוז שטרא חספא בעלמא הוא ולוה נשבע היסת ונפטר כך הוא בפרק הכותב סוף (כתובות ד׳ פ״ז) ובעל התרומות כתב דה״ה אם אומר המלוה שטעו העדים שכתבו אלף זוז ומביאו ב״י: ומ״ש והשטר שהוא מודה בו שהוא פרוע הוא מאתים וכו׳. הא דלא נקט נמי אמנה היה משום דהחילוק בין אין בו נאמנות ליש בו נאמנות אינו אלא בטוען פרוע אבל בטוען אמנה אין חילוק כדלקמן בסימן פ״ב סעיף ט״ז:

ב ומ״ש ואם לאחר שאמר אמנה פרע לב״ח וכו׳ הא דלא נקט ה״נ פרוע נראה דאתא לאשמועינן רבותא דאע״ג דאמנה עולה היא ואי טעין לוה אינו נאמן בשטר מקויים אפ״ה כשהמלוה מעצמו אמר שטר אמנה הוא וכו׳ אינה גובה בו ומכ״ש באומר מעצמו פרוע הוא:

סימן מח

א סופר שבא לכתוב וכו׳ עד שכיון שנמחל שיעבודו אינו חוזר ולוה בו. ולכאורה משמע דוקא בשטר שטורף בו ממשועבדים אבל בכתיבת ידו שאינו גובה בו אלא מבני חרי חוזר ולוה בו וליתא אלא אפילו בכ״י אינו גובה בו כלל ויכול לומר פרעתי דהשטר הו״ל חספא בעלמא. ועכשיו בדורותינו שהכל נושאין ונותנים בשט״ח שנקראים ממרמ״י שאין שם אלא נייר חלק וחתום מלמטה פב״פ ולפעמים מאמין הלוה כך למלוה ואין כתוב בו מעבר לדף כלום ועל הרוב כותבין משמעות מעבר לדף כנגד החתימה משמעות ש״ח על סך פלוני לשלם לזמן פלוני נראה ודאי דאם תבעו בממרמ״י זה אינו גובה בו כלום דחספא בעלמא הוא דמצי טעין חתמתי שמי על המגילה ואפי׳ מודה לאו כלום הוא דאין זה שטר כפי הדין אלא לפי תקנת ראשי המדינות משום תקנת השוק גובין בו ויש לממרמ״י זו כל יפוי כח של כל ש״ח ובכל זה הארכתי בתשובתי בס״ד:

סימן מט

א כשכותבין וכו׳.

ב וצריך שיכירו וכו׳. הא דמצריך רבינו שיכירו גם המלוה כבר כתבתי בסימן ל״ט הנראה מדבריו לשם דדוקא כשבאין שנים לכתוב להם שטר התם הוא דבעינן שיכירו שניהם אבל כשכותבים ללוה בלא מלוה א״צ אלא שיכירו הלוה בלבד וע״ש אבל ברמב״ם בפרק כ״ד דמלוה מבואר דאין חילוק וצריך לומר דסבירא ליה להרמב״ם דהטעם דחיישינן שמא יאמר הלוה לא לזה אני חייב אלא לאחר וזה רמאי הוא וכו׳ שכ״כ הרב לשם כשהלוה טוען לא לזה אני חייב אלא לאחר וזה רמאי הוא וכו׳ אין חוששין לדבריו שחזקה הוא שאין העדים חותמין על השטר אא״כ מכירין אלו הנזכרין בו ובמ״ש רבינו בסמוך מטעם חששא זו גופא צריך שיכירו לעולם את שניהם להרמב״ם אבל מדברי רבינו נראה דלא ס״ל הכי דא״כ למה כתב בסימן ל״ט כשכותבין שטר ללוה א״צ שיכירו אלא את הלוה בלבד דאי חיישינן לרמאי אדרבה היכא דכותבין ללוה בלא מלוה איכא למיחש טפי אלא ודאי דלא חיישינן להא אלא דאיכא לתמוה לפי זה אמאי כתב רבינו הכא בסתם לשון הרמב״ם דכתב וכל שטר הבא לפנינו וכו׳ עד אלא אם כן מכירין אותן הנזכרים בו דלפי זה משמע דבכותבין ללוה בלא מלוה נמי צריך להכיר גם המלוה וזה היפך מ״ש בסימן ל״ט וצריך לומר דרבינו בסימן ל״ט לא בא אלא לומר דבכתבוהו ללוה בלא מלוה לא חיישינן למיחזי כשיקרא וסגי בשיכירו הלוה ולאפוקי דמלוה בלא לוה אין כותבין דחיישינן למיחזי כשיקרא אבל ודאי מודה רבינו דחיישינן לרמאי ואין העדים חותמין על השטר ונותנין למלוה אא״כ מכירין גם את המלוה וכדכתב הכי בסעיף ב׳ וצריך שיכירו העדים ששם הלוה וכו׳ עד אא״כ מכירין אותן ונזכרים בו עכ״ל ושפיר איכא לחלק בין כתיבה גרידא לכתיבה ונתינה ליד המלוה ועדיין צריך עיון:

ה ובפחות מל׳ יום נמי כתב הרמ״ה אי קראו ליה ועני וכולי. למד כך מדאיתא בפרק ג״פ גבי גט לא מתחזק מאי אמר אביי דקרי ליה ועני רב זביד אמר רמאה ברמיותיה זהיר וס״ל להרמ״ה דאף על גב דהלכה כרב זביד לגבי גט דלא כותבים בדלא איתחזק אע״ג דקרו ליה ועני וה״ה ודאי דגבי לוה ומלוה

נמי לכתחילה אין כותבים היכא דלא איתחזק ולא סמכינן אמאי דקרו ליה ועני מ״מ דיעבד אי כתבו עליה שט״ח ולא נמלכו בב״ד א״נ נתחייב בכתיבת ידו לחבירו סמכינן אקרו ליה ועני לחובתו וחייב לשלם:

ו וזה רמאי הוא. פירוש הוא שמה שאמרתי אל הסופר והעדים שיכתבו שטר לראובן בן שמעון שאני חייב לו מנה והלך הוא אח״כ והעלה שמו ראובן בן שמעון ולקח השטר מן העדים כסבורין הם שהוא המלוה וקאמר דאין שומעין לו דחזקה שאין העדים חותמין וכו׳ ומטעם זה כתב הרמב״ם דצריכין העדים שיכירו גם המלוה אפילו היכא דכותבין ללוה בלא מלוה וכך היא דעת רבינו כדפירש״י בסמוך והתיישב בזה דלא קשה מה שהקשה הרב המגיד אדברי הרב רבי׳ משה בר מיימוני לשם:

יא היו ב׳ בעיר ששמותיהן שוים וכו׳ עד שיאמר לו שטר זה שאתה מוציא עלי שלי הוא וכו׳. טעם זה כתבו רשב״ם ס״פ ג״פ במשנה ותימה הלא בגמרא קאמר טעמא אחרינא דקמיפלגי בהא תנא דידן סבר כותבין שטר ללוה ואע״פ שאין מלוה עמו זימנין דאזל לגבי ספרא וסהדי ואמר כתבו לי שטרא דבעינא למיזף מיב״ש חבירי ובתר דכתבי וחתמי ליה נקיטא ליה ואמר הב לי מה דיזפת מינאי תנא ברא סבר אין כותבין שטר ללוה עד שיהא מלוה עמו ונראה דהוקשה לו לרשב״ם דלתנא דידן הו״ל לתקן איפכא דאין כותבין ללוה עד שיהא מלוה עמו ונימא דיוציאו זה על זה וצריך לתרץ דס״ל אפילו במלוה נמי אין מוציאים משום דחיישינן שמא יאמר לו שטר זה שאתה מוציא עלי שלי הוא וכו׳ ותלמודא דקאמר טעמא אחרינא לא אתא אלא לפרושי לתנא ברא דאף על פי דלא מצי קאמר לוה הכי דמסתמא ודאי לא החזיר לו אלא קרקע כיון שיכול לתבעו בו מ״מ קשה דמצי א״ל דאזלת לגבי ספרא וסהדי וכו׳ ואמאי קאמר דמוציאים זע״ז וקאמר דהיינו טעמא דקסבר דאין כותבים ללוה עד שיהא מלוה עמו אבל לתנא דידן כיון דאין מוציאים זע״ז ניחא דכותבים ללוה אע״פ שאין מלוה עמו ולא חיישינן דילמא אזיל לגבי ספרא וכו׳ והשתא נמי אפשר ליישב הא דכתב רשב״ם בגמרא וז״ל זימנין דאזיל לגבי ספרא וכו׳ כסבור הוא לרמות בו את חבירו ולגבות ממנו שטר זה והוא אינו יודע מה ששנינו שאין יכול להוציא על חבירו ששמו כשמו עכ״ל דלכאורה אין לדיבור זה הבנה כל עיקר דהלא פשט הסוגיא משמע דלפי שכותבים ללוה אע״פ שאין מלוה עמו הילכך אין מוציאין זע״ז אלא נראה דעת רשב״ם בפי׳ זה דכדי ליישב לתנא ברא דקשיא עליה איפכא אמאי לא תקנו דנכתוב ללוה אע״פ שאין מלוה עמו ונימא דאין מוציאים זע״ז והתירוץ ע״ז הוא דחששו רבנן דכסבור הוא לרמות בו את חבירו דהוא אינו יודע מה ששנינו וכו׳ והילכך אף ע״פ שלא יועיל לו רמאותו מ״מ כדי שלא יעלה בדעתו שום רמאות תקנו דאין כותבין ללוה עד שיהא מלוה עמו ואמרינן נמי דמוציאין זה על זה וז״ש רשב״ם כסבור הוא וכו׳ כלומר לתנא דידן דאין מוציאין זע״ז וכותבין ללוה אע״פ שאין מלוה עמו איכא למימר זימנין דאזיל לגבי ספרא דאינו יודע מה ששנינו אלא דאין אנו חוששין לרמאותו כיון שלא יועיל לו כלום אבל לתנא ברא לא יבוא כלל לרמות בו חבירו ודו״ק:

יב כתב ה״ר ישעיה דוקא בעיר אחת וכו׳ עד אלמא שצריך לכתוב וכו׳. איכא לתמוה טובא דלישנא דאלמא משמע דרבינו הוא שלמד כך מדברי הר״י והלא כך הוא מפורש בדברי הר״י ומאי אלמא דקאמר ותו דלמה הניח רבינו החלוקה דמיירי בה הר״י בשני יב״ש שהוציאו שטר זה על זה ומפרש להיכא דאחר הוציא שט״ח עליהן ונראה דרבי׳ בא להוכיח דלכתחלה במלוה ולוה בעיר אחת אע״פ שאין שמותיהן שוים צריך לכתוב שם העיר אצל הלוה וכותבין פלוני מעיר פלוני לוה מפלוני דלא כה׳ המגיד בפ׳ כ״ד ממלוה ע״ש הרמב״ן וזה מכריח רבינו ממ״ש הר״י דוקא בעיר אחת וכו׳ דמשמע להדיא דלא אתא לאורויי תקנתא בשני יב״ש בב׳ עיירות דא״כ אפילו בעיר אחת איכא תקנתא דשילוש כדתנן בהדיא כיצד יעשו ישלשו וכו׳ והך תקנתא איתא בין בעיר אחת ובין בב׳ עיירות ולמה ליה לאהדורי אתקנתא דב׳ עיירות טפי מבעיר אחת אלא ודאי ה״ר ישעיה איפכא אתא לאשמועינן דוקא בעיר אחת בעינן תקנתא אבל בב׳ עיירות מוציאין בלא תקנתא וס״ל להר״י דלהכי תנן בעיר אחת לאורויי דדוקא בעיר אחת וכו׳ וקאמר רבינו אלמא דצריך לכתוב פלוני מעיר פלוני כלומר דפשוט הוא בכל מלוה ולוה בשאין שמותיהם שוים אפילו מעיר אחת דצריך לכתוב פלוני מעיר פלוני לוה מפלוני מנה כדי שלא יוכל לדחותו ולומר לו לא אני לויתי ממך אלא אותו פלוני מעיר אחרת ששמו כשמי לוה ממך והילכך ודאי אפילו בשניהם מעיר אחת ואין שמותיהן שוים צריך לכתוב שם העיר של הלוה והמלוה אצל הלוה והשתא ניחא הא דכתב ה״ר ישעיה דוקא בעיר אחת וכולי דבשני יב״ש בעיר אחת ודאי אע״פ דכתב יב״ש מעיר פלוני לוה מיב״ש יאמר לו זה השטר שאתה מוצא עלי שלי הוא וכו׳ אבל בב׳ עיירות מוציאין שהרי מפורש בו יב״ש מעיר פלוני לוה מיב״ש ולא צריך לתקנתא דמתני׳ ומשמע להדיא דס״ל לרבינו דלהר״י השטר פסול אם לא כתב בו פלוני מעיר פלוני לוה מפלוני מנה ולא כב״י שכתב וז״ל ואין לומר דדעת הר״י לפסול השטר אם לא כתב בו שם המקום דהא בסוף כתובות איתא דאם לא כתב בשטר מקום שנכתב בו כשר עכ״ל דמה ענין זה לזה דהתם לענין הידיעה באיזה מקום נכתב השטר קאמר דכשר וכמ״ש הרמב״ם והרא״ש דכיון דטעמא לא הוי אלא כדי שיהא עדות שאתה יכול להזימה ובד״מ אין לדקדק על זה כדכתב הרב ספי״ז ממלוה אבל בשני יב״ש דהזכרת המקום אינו אלא דנדע מי הוא הלוה פשיטא דאין השטר כשר אפילו בדיעבד כיון דיכול לדחותו אצל איש אחר ואצ״ל דאין כשר לגבות בו מן הלקוחות ומן היורשין דטענינן להו כל מאי דהוה מצי טעין לוה ולפיכך צריך לכתוב פלוני מעיר פלוני לוה מפלוני דצריך לכתוב שם עירו בשטרות כי היכי דצריך לגבי גיטין וז״ש

רבינו ואין חילוק בין שטרות לגיטין וכי היכי דבגט פסול אם לא נכתב שם עירו ה״נ בשטרות פסול כך הוא דעת רבינו לפי דברי ה״ר ישעיה והוא חולק אמ״ש ה׳ המגיד ע״ש הרמב״ן כדכתיבנא: כתב הרב המגיד בפרק הנזכר ע״ש הרשב״א דבשטרי דלאו אקנייתא כיון דאין כותבין ללוה אלא אם כן מלוה עמו מוציאין זה על זה והביאו בית יוסף ואין זה אלא לשיטת רב אלפס והרמב״ם אבל להר״י והרא״ש דהלכה כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו אין חילוק דאפילו דלאו אקנייתא אין מוציאין זה על זה ועיין בסוף סימן ל״ט מיהו לפי׳ רשב״ם ורבינו וכי כתב בנ״י וע״פ ביאורי בסמוך אפי׳ לשיטת רב אלפס ורמב״ם בכל ענין אין מוציאין זה על זה שיאמר לו שטר זה שאתה מוציא עלי שלי הוא וכו׳ ובש״ע כתב אם יש בו קנין אין מוציאין זה על זה וכתב הטעם שפרשב״ם ורבינו ונ״י וט״ס הוא דלפי טעם זה אפילו אין בו קנין נמי אין מוציאין זה על זה אלא צריך להיות אם אין בו קנין אין מוציאין וכו׳ ובזה מתיישב דאין בדבריו סתירה: ולא אחר יכול וכו׳ אא״כ שבאו עדי השטר בעצמם וכו׳. כתב ב״י ע״ש הרשב״א דהטעם הוא דלא עשו העדים שליחותן שהרי היה להם לשלש וכל שיכולין לקרוע השטר ולחזור ולכתוב ולגבות ע״פ כתבם גובין ממשועבדים ע״פ ואף ע״פ שאין מוכיח מתוכו עכ״ל ולא דמי להא דהביא ב״י לעיל בסימן מ״ה במחודשין ח׳ על שם הרשב״א בתשובה גבי שיטה אחרונה אם אמרו העדים עצמן לא הרחקנו אין נאמנים להכשיר שיטה אחרונה לעשותה כשטר אלא כעדות ע״פ דכל שאין מוכיח משטר אין לו דין שטר עכ״ל דהתם עשו שליחותן ולא היו יכולין לקרוע השטר בשביל שכתבו בשיטה אחרונה מה שהוא הצורך דאין כאן אלא שאין למדין ממ״ש בשיטה אחרונה בלבד אבל השטר בעצמו כשר ועשו שליחותן:

יד ואיני מבין מה יועיל שילוש שטרות לענין שובר זה וכו׳. פי׳ אע״פ דבגמרא קאמרינן דמועיל שילוש בשטרות לענין שובר כגון באחד המוציא ש״ח עליהן ונמצא אצלו שובר ולא היה השובר משולש דלא הורע כוחן של שטרות אם לא נמצאו בין שטרות קרועין כדכתב בסמוך מ״מ כאן בשובר זה שהוא ביד הלוה פשיטא דלא יועיל שילוש שטרות דכיון דקיי״ל יד בעל השטר על התחתונה מצי טעין לוה פרעתי לשניכם וצויתי לכתוב שובר אחד וכו׳: ומ״ש ועוד מה צורך וכו׳. לכאורה הוא תמוה דמנ״מ במה שאין צריך לשלש מכל מקום מאחר שהשטרות משולשין והשובר אינו משולש שפיר קאמר הרמ״ה דעל בעל השובר להביא ראיה ואין כאן השגה אבל לאחר העיון התברר דיפה כתב וה״ק ועוד אפילו אם ת״ל דהוה ליה לברר ולשלש בשובר כמו שמבורר השילוש בשטר ומדלא בירר איהו דאפסיד אנפשיה ועל בעל השובר להביא ראיה מכל מקום אין זה צודק אלא היכא דמפורסם הוא שהשטרות משולשים התם ודאי כיון דבעל השובר ידע שהשטרות משולשים הו״ל לשלש גם בשובר אבל כיון דאין צורך בשילוש שטרות היכא דמוציאין שטר על אחר השתא ודאי מצי טעין בעל השובר דלא אסיק אדעתיה דישלשו בשטרות כיון שאין צורך בשילוש ולכן כתב גם השובר בסתם ולא אפסיד אנפשיה ושפיר יד בעל השטר על התחתונה ועליו להביא ראיה דאין שטרותיו פרועים זו היא דעת רבינו בהשגותיו בטוב טעם ודלא כמו שדחה ב״י את דבריו שלא במשפט. אכן ליישב דברי הרמ״ה נראה לומר דודאי צורך הוא בשילוש שטרות גם כשמוציאין ש״ח על אחר דשמא הלוה יפייס את יב״ש השני שיכתוב לו שובר בסתם ויאמר לזה אתה כתבת לי את השובר וכיון דצורך הוא בשילוש שטרות הו״ל ללוה לאסוקי אדעתיה דהשטרות הן משולשין בלי ספק דלא שדי אינש זוזי בכדי והו״ל ללוה גם כן לברר בשובר ולשלש ומדלא קעביד הכי איהו הוא דאפסיד אנפשיה: מלוה אחד שהלוה לב׳ יב״ש כו׳. תימה כיון דהשובר מקויים אפי׳ לא נמצאו השטרות בין הקרועים ודאי דהשובר כשר דהמלוה אינו מקיימו אלא ודאי נתנו ללוה וחזר והפקידו בידו כדלקמן בסימן ס״ה סעיף כ״ו וכל אחד מצי אמר אני פרעתי ודמיא להא דאמר שטר בין שטרותי פרוע ואיני יודע איזה הוא דתנן דכולן פרועים וכדלקמן סוף סי׳ ס״ה דה״נ השובר הנכתב בסתם הוא מעיד דאחד הוא פרוע ואינו יודע איזה פרוע. ותו קשה דאם השטרות נמצאו בין הקרועים אפילו אין השובר מקויים הורע כחן של שטרות כמבואר בסי׳ ס״ה. וצ״ל דהכא השובר יש לו ריעותא כיון שהשטרות משולשין והשובר אינו משולש הילכך אפילו נמצאו שני השטרות בין הקרועים בעינן נמי השובר מקויים דאילו לא נמצא אלא אחד בין הקרועים תלינן דהשובר לא נכתב אלא על אותו שטר שנמצא בין הקרועים וגובין שפיר בשטר שני אף ע״ג דהשובר מקויים ואפשר דה״ה נמי כשאין שום אחד מהם נמצא בין הקרועים אפילו השובר הוא מקויים נאמן המלוה לומר שאין השובר נכתב אלא ע״ז השטר הקטן דדוקא כשהשובר יוצא מקויים מתחת יד הלוה מצי טעין פרעתי לשניכם וצויתי לכתוב שובר אחד אע״פ שהשטרות משולשין והשובר נכתב בסתם אבל כשהשובר יוצא מתחת יד המלוה נאמן לומר לא נפרעתי אלא אחד מהן וחזר והפקידו אצלי וזה הקטן הוא הנפרע והשתא הא דהוצרך רבינו לומר והשובר מקויים היינו משום דאפילו במקויים לא הורע כוחן של שני שטרות אלא א״כ ששניהם נמצאים בין הקרועים ואפילו שניהם מונחים בין הקרועים לא איתרעו הני שטרות כיון דהשטרות משולשים והשובר אינו משולש אלא א״כ דהשובר הוא מקויים כדפרישית: הב״י תמה על מה שפסק רבינו כתרתי אוקימתות דאביי ודרבי ירמיה ס״פ ג״פ דהלא רבינו נמשך לסברת הרא״ש והרא״ש והרי״ף לא כתבו תירוצא דרבי ירמיה אלמא ס״ל דפליגי וכאביי דהוא בתרא קיי״ל וצ״ע עכ״ל. ובספר בדק הבית כתב ליישב זה ע״ש ואין ישובו בזה שום ישוב. אכן לפעד״נ דדעת רבינו דהא דלא הביא הרי״ף והרא״ש אוקימתא דר׳ ירמיה אינו אלא משום דמדרבי ירמיה בפ׳ ג״פ משמע דאפי׳ בשאינן מונחים בין הקרועים אזלינן בתר שובר והא ליתא דבסוף פ״ק דמציעא מוקי להדיא הך דנמצא

לאחד בין שטרותיו שטרו של יב״ש פרוע שטרות שניהם פרועים דהיינו דוקא כשהשטרות מונחים בין הקרועים וכהך אוקימתא קיי״ל דלא כרבי ירמיה:

סימן נ

א שטר שכתוב בו וכו׳ עד שיאמר המוציאו ממני לוית וכו׳. פירוש ולא יכול לומר מאחר לויתי ונפל ומצאתו אלא כיון שהשטר יוצא מתחת ידו מחזקינן אותו בשלו כדכתב בסי׳ מ״ט גבי שני יב״ש. ונראה דה״ה בטוען מפלוני קניתיו שלוית ממנו גובה בו דשטר זה דינו כשטר שכתב בו כל המוציאו אפילו בלא הרשאה יגבה בו ועיין בתשובת הרא״ש כלל ס״ח דין ט׳ ובתה״ד סי׳ של״א: אבל אם הוא כתב ידו וכו׳. נראה דדוקא פרעתי מצי טעין א״נ מאחר נפל ומצאתו במגו דפרעתי אבל להד״ם לא מצי טעין ולא אמרינן דילמא לא כתב לשם חיוב אלא שכתב כעין מזכרת או שחק בו או שלא להשביע וכדכתב הרמב״ן גבי פיתקאות כדלקמן בסי׳ ס״ט ועיין במ״ש למעלה בסימן מ׳:

סימן נא

א שטר כו׳ כתב הרמב״ם ואם אמר וכו׳ עד ונעשה מלוה בשטר גמורה. משמע להדיא דגובה אפילו ממשעבדי אבל בספרי הרמב״ם שבידינו היום נראה דאינו נעשה שטר אלא שלא יכול לומר פרעתי דוקא אבל לא לטרוף מהלקוחות וכך הוא מסקנת ב״י בספר כסף משנה ותימה דא״כ אפילו בלא צירוף עד שבע״פ אלא בעד אחד בכתב בלבד נמי אינו נאמן לטעון פרעתי דה״ז מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם כמ״ש הרמב״ם גופיה בפרק י״ד ממלוה ומביאו רבינו בסמוך ולפיכך גירסת רבינו הוא עיקר וכ״נ: ואם אותו שמעיד על פה אומר נמסר השטר וכו׳ עד כל אחד אין חתום בו אלא עד אחד ונמסר בעד אחד אינו גובה בו ממשעבדי. כך היא הנוסחא בספרי רבינו שבידינו היום וכבר האריך ב״י לתקן לשון זה והרב בהגהות ש״ע מפרש דה״ק דאע״ג דשני שטרות אלו חתום על כל אחד ואחד ע״א אינן מצטרפין אפילו נמסרו בפני עד אחד ואינו גובה בו ממשעבדי אא״כ שהיתה המסירה גם כן בפני עד החתימה דהשתא איכא ב׳ עדים ביחד במסירה מצטרפין השני שטרות ע״כ וצ״ל לפי זה דאע״ג דהשתא א״צ ב׳ שטרות אלא אפילו שטר אחד שחתום עליו עד אחד ונמסר בפני עד החתימה ובפני עד אחר הוי שטר גמור לטרוף בו ממשעבדי כמ״ש רבינו בתחלת דבריו מ״מ כאן לא בא רבינו אלא לאורויי דאם לא היו ב׳ עדים במסירה אלא עד אחד בלבד אפילו אם הם ב׳ שטרות ועל כל אחד חתום בו עד אחד לא מצטרפי ואינו גובה ממשעבדי והוא פירושו של ב״י בסוף דבריו ואני קבלתי דט״ס הוא וראיתי למהר״ש לוריא שהגיה בזה הלשון כי אם אין חתום בו אלא עד אחד שנמסר כל אחד בעד אחד אין גובה ממשעבדי עכ״ל והכי מוכח באשיר״י להדיא דדוקא בחד שטרא ואיכא תרתי סהדי אחד בכתב ואחד בע״פ שנמסר בפניו אבל בתרי שטרי אחד בכתב זה ואחד בכתב אחר או שנמסר כל שטר בפני עד אחד אין לו דין שטר וכ״כ התוס׳ בפרק גט פשוט ופ״ב דכתובות כדברי הרא״ש דב׳ עדים בב׳ אגרות אינן מצטרפין אלא דבכתובות כתבו נמי לחד תירוצא דמצטרפין וז״ל א״נ אמר ר״י דע״א מועיל בשטר אם יש ב׳ שטרות בכ״א חתום ע״א חשוב כשטר שלם וכ״ת א״כ בשמעתין יביא כתבו לב״ד אפילו אינו זכור כלל וי״ל דלא חשיב שטר אלא כשעשוי מדעת שניהם וכו׳ וע״ל סימן מ״ה סעיף י׳:

ג שטר שאין חתום בו אלא ע״א וכו׳ עד ויכול לכפור בו או לטעון פרעתי. נראה דרצונו לומר כמו היכא דבנמצא אחד מהם קרוב או פסול העדות בטלה לגמרי גזירת הכתוב בין בעדות על פה ובין בעדות בכתב הכי נמי בע״א בכתב אין כאן עדות כלל גזירת הכתוב משום דקרינן ביה מפיהם ולא מפי כתבם ויכול לכפור או לטעון פרעתי ואין כאן שבועה ד״ת בכופר ולא דין מחוייב שבועה בטוען פרעתי מיהו שבועת היסת פשיטא דחייב לישבע:

ד ומ״ש וכ״כ הראב״ד שאפילו אחד חתם בכתב זה וכו׳. נראה דס״ל כיון דכל כתב וכתב לבדו אינו עדות גזירת הכתוב ה״נ אין מצטרפין ד״ת ואינו כלום להצריכו ש״ד וראייתם לזה מן הירושלמי דאמר התם דע״א בכתב לאו כלום הוא הביאוהו המפרשים אבל הרמב״ם ס״ל דה״ק בירושלמי דע״א בכתב אינו כלום לגבות בו ממשעבדי ע״י צירוף ע״א בע״פ וכדכתב הרשב״א בחידושיו פ׳ ג״פ ע״ש:

ה ומ״ש וכ״כ בה״ג שטרא וכו׳. צ״ע בהא דקאמר אבל מחייבין שבועה אפומיה הלא מזוייף מתוכו הוא שחתם עליו פסול וכדאיתא בפרק ז״ב (דף כ״ח) בעובדא דההיא מתנתא דהוו חתימי עליה תרי גיסי וכן פסק הרמב״ם פרק י״ד מה״ע הרי הוא כחרס מפני שהוא מזוייף מתוכו ומשמע ודאי מדכתב הרי הוא כחרס דאפילו לא משבעינן ליה אפומא דכשר אא״כ דקא סהיד בע״פ ולא דמי לע״א בכתב דס״ל להרמב״ם פי״ד ממלוה דזוקק הוא לשבועה דהכא ודאי כי קתני נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה לגמרי קאמר בטלה דאפילו שבועה לא מחייבינן ליה וכך הוא מסקנת נ״י בשמו ואם נפרש דעת בה״ג נמי היכא דאתא לאסהודי על פה מחייבים שבועה אפומיה קאמר וכדמשמע ממ״ש רבינו על זה וכן דעת הרא״ש בפסקיו

וכתב עוד בתשובה וכו׳ וכיון דס״ל דהרא״ש הסכים לבה״ג והרא״ש כתב להדיא דאין דנין ע״פ הכתב אא״כ שזוכר העדות ומעיד ע״פ וכדכתב בנ״י בשם בעל מתיבות א״כ בה״ג נמי במעיד ע״פ קאמר לדעת רבינו הא ליתא דא״כ קשה הא דכתב וכ״כ בה״ג דטעמו דדעת בה״ג כדעת הרמב״ם דע״א בכתב זוקק הוא לשבועה דלא כהשאילתות והראב״ד ואי דס״ל לרבינו דבה״ג לא קאמר דמחייבינן שבועה אפומיה אלא היכא דאתא לאסהודי בע״פ א״כ אינו ענין למחלוקת הרמב״ם עם השאילתות והראב״ד דאיירי בע״א בכתב אי זוקק הוא לשבועה אי לאו. ונראה דרבינו מפרש דבה״ג ס״ל ודאי דאפילו מתוך השטר נמי מחייבים ליה שבועה וא״כ בטוען פרעתי הו״ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם וכהרמב״ם וכ״כ ריב״ש להדיא בסי׳ תי״ג וז״ל גם בה״ג כתב בשם רבנן קמאי דאפילו בשטר שחתומים שני עדים ונמצא אחד מהן קרוב או פסול שעדות השני קיים ומשבעינן ליה אפומא דהאי עד כשר דס״ל דעד אחד בשטר זוקק לשבועה וכו׳ וכ״כ הרא״ש להדיא בפ׳ גט פשוט וז״ל ושמעינן מינה דע״א בכתב מזקיק הוא לשבועה וכ״כ בה״ג קאמרי רבנן דשטרא דחתימי עליה סהדי ואשתכח דחד מינייהו קרוב או פסול נהי וכו׳ וז״ש רבינו וכן דעת א״א הרא״ש בפסקיו אבל מה שכתב אח״כ וכתב עוד בתשובה וכו׳ רצונו לומר דבתשובה הוסיף עוד לבאר דבעינן שיזכור העדות בע״פ היכא דנמצא קרוב או פסול דלפ״ז צ״ל דמה שהביא בפסקיו דברי בה״ג אינם אלא כדי לאפלוגי אמ״ש תחילה דלהירושלמי ע״א בכתב לאו כלום הוא ד״ת דליתא דע״א בכתב ודאי עדות הוא ולא יכול לכפור ולא לומר פרעתי אבל במאי דס״ל לבה״ג דבשטר אפילו נמצא אחד מהם קרוב או פסול זוקק הוא לשבועה אע״פ שאיננו זוכר העדות בע״פ בהא לא ס״ל להרמב״ם ולא להרא״ש כוותיה כנ״ל: ומ״ש בה״ג דאמרינן רווחא שבק וכו׳. פי׳ אפילו חתם פסול למעלה כשר משום דאמרינן רווחא שבק וכו׳ ואצ״ל אם הכשר חתום למעלה דפשיטא דאמרינן דלאחר שכבר חתם הכשר באו הפסולים וחתמו בלא דעתם ומעולם לא ישבו לחתום וע״ל בסימן מ״ה סעיף י״ח. ולענין הלכה בע״א בשטר וטען פרעתי דפסק הרמב״ם דהו״ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם האחרונים חלקו עליו כמבואר בדברי ה׳ המגיד פי״ד ממלוה ופ״ד דטוען ובתשובת הריב״ש סימן שצ״ב ושכ״כ הרשב״א והכי נקטינן דלא הו״ל מחוייב שבועה וכו׳ אפילו טוען אתה חייב לי כנגד זה וכו׳ כל היכא דאית ליה מגו דאי הוה בעי אמר פרעתיו וע״ל בסימן ע״ה סעיף י״ב ובש״ע לשם סי״ג ובמ״ש לשם בס״ד: ומש״ר ע״ש הרמב״ם טען ואמר ישבע לי שלא פרעתיו ה״ז נשבע. כ״כ בפי״ד ממלוה וכתב לשם הטעם וז״ל שאפילו היו בשטר ב׳ עדים ואמר ישבע לי שלא פרעתיו הרי זה נשבע עכ״ל ונראה דלפי דקיי״ל בכל דוכתא דמחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם דאפילו היסת אינו נשבע אלא מחרים סתם אפ״ה כאן נשבע כעין דאורייתא דלא עדיף ע״א בשטר מב׳ עדים בשטר דתקנו חכמים דאם אין בו נאמנות וא״ל ישבע לי דנשבע בנק״ח כדלקמן בסימן פ״ב ולפ״ז אם יש בו נאמנות אפי׳ בשטר בע״א אינו נשבע כלל אפילו היסת דלא תקנו כלל לישבע בשטר שיש בו נאמנות ודלא כמהרו״ך שכתב כאן דאפילו יש בו נאמנות נשבע דאם לא כן פשיטא דנשבע אפי׳ היו חתומים עליו ב׳ עדים עכ״ל וליתא שהרי זהו עצמו הוא טעמו של הרמב״ם כיון דאפי׳ היו בשטר ב׳ עדים ואמר ישבע לי שלא פרעתיו ה״ז נשבע כ״ש בשטר בע״א כמפורש בדברי הרמב״ם שהבאתי אלא כדפרישית דלא גרע שטר בע״א ולא עדיף משטר בב׳ עדים שבועה זו ודו״ק:

ז הלכתא עדי מסירה כרתי. כתב ב״י כך היא דעת הרא״ש כר״י ולא כדמשמע ליה מדעת האלפסי דדוקא בגיטין אבל לא בשטרות. ותימה בעיני שהרי האלפסי פ״ק דמכות כתב וז״ל והיכא דליכא בשטרות אלא ב׳ וחד מינייהו פסול א״נ תרי קרובים להדדי אפילו מסריה ניהליה באפי סהדי אחריני דכשירי לא מהני מידי דהו״ל מזוייף מתוכו כדגרסינן בפרק אד״מ בענין ההיא מתנתא וכו׳ הנה מבואר להדיא דכשאינו מזוייף מתוכו סומכין אעדי מסירה אפי׳ בשטרות וע״ל ס״ס ס״ט ועיין עוד ס״ס מ׳:

סימן נב

א שטר שיש בו ריבית וכו׳. כל זה ע״פ פי׳ רש״י ור״י דבריבית מפורש בשטר אין העדים נפסלים וכדלעיל בסימן ל״ד שכך הוא הסכמת הרא״ש בשם הגאונים אבל נ״י פרק א״נ בשם הרמב״ן כתב דבריבית מפורש העדים פסולים ואפילו קרן אינו גובה אבל באינו מפורש אלא שכלל הקרן עם הריבית התם הוא דקאמרי חכמים גובה את הקרן ולא דמי לש״ח המוקדמים דגזרו רבנן שמא יגבה מזמן ראשון דשאני התם דקא אתי למיטרף מן הלקוחות כל הממון שלא כדין אבל כאן אפילו יגבה הריבית מ״מ בקרן שבשטר לא קעביד איסורא ולא קנסינן היתרא אטו איסורא וכתב ה״ה בפ״ד ממלוה שדברי הרמב״ן עיקר: ומ״ש ודוקא שהריבית מפורש בשטר וכו׳. איכא למידק דבי״ד סוף סימן קס״ב כתב דין שטר שיש בו ריבית ומחלק בין לא כתב לו אלא הקרן ובפני עדים פסק עמו ליתן לו רבית ובין שהעדים מעידים שכלל הקרן עם הריבית בשטר וכאן שינה ומחלק בין כשהריבית מפורש בשטר וכו׳ ולמה שינה. ונראה דכאן עיקרו לאורויי דשטר גמור הוא לגבות ממשעבדי ולפיכך כתב רבינו דוקא שהריבית מפורש בשטר ואתא לאפוקי היכא דכלל קרן עם הריבית דפסול כדקאמר להדיא בתר הכי אבל ודאי כיון דכתב דגובה הקרן כשהריבית מפורש בשטר א״כ כ״ש כשאין כתוב בשטר שום ריבית אלא קרן בלבד אלא שהעדים מעידין שפסק ליתן לו ריבית דפשיטא דדין שטר יש לו וגבי ממשעבדי אבל בי״ד דעיקרו לאורויי איסור ריבית אתא

לאשמועינן רבותא דאע״פ שאין הריבית כתוב בשטר אלא שפסק עמו ליתן לו ריבית בפני עדים ואפשר שיבוא לגבות ממנו הריבית כמו שפסק עמו אפ״ה לא קנסינן ליה וגובה הקרן ואצ״ל היכא דהריבית מפורש בשטר דפשיטא דאין ראוי לקנסו כיון דלא יבוא לגבות כלל הריבית שמפורש בשטר נ״ל. בנמ״י פרק א״נ הביא תוספתא אע״פ שגובה את הקרן מ״מ המוצאו יקרענו ואם יבוא לב״ד יקרעוהו ע״כ וכ״כ ב״י ע״ש תשובת מיימונית:

ג והוא שקרוע במקום העדים והזמן והתורף. פי׳ או במקום הזמן או במקום התורף שהוא שם המלוה והלוה וכ״כ בנ״י פרק ג״פ:

ד וא״א ז״ל כתב בתשובה וכו׳. ע״ש באותה התשובה משמע אפילו נקרע במקום העדים והזמן והתורף כל שנקרע בכפלין כשר דכל קרע שאני יכול לתלות שנתקרע מעצמו השטר כשר כיון שיצא מתחת יד המלוה מקויים לא מחזיקינן ביה ריעותא וכו׳ וכה״ג כתב הרשב״א בתשובה סי׳ תשע״ו דאין חוששין שמא במקום נקב קרע ב״ד היה דאין פוסלין השטר מספק והא דכתב ב״י ע״ש בעל התרומות דאי איכא למיחש שהיה קרע ב״ד והוסיף על קריעתו דפסול היינו דוקא היכא דאיכא קצת רגלים לערמה חוששין:

סימן נג

א מי שיש לו על חבירו שטר של מנה וכו׳. כתבו התוספות דהני תרתי מילי אפילו חייב מודה שלא נפרע אין משנין דאם הוא של מנה אין עושין נ׳ נ׳ לפי שזכות הוא ללוה להיות הכל בשטר אחד שאם יפרענו מקצת נמצא שטרו פגום ואם הוא של נ׳ נ׳ אין עושין של מנה שזכות הוא ללוה שלא יכוף אותו מלוה לפרעו הכל בפעם אחת כי אם יעשנו של מנה ידאג הלוה אם לא יפרענו רק החצי ויקח שובר פן יפסיד שוברו ויתבעהו מלוה כל חובו כך פי׳ רשב״ם אבל הרמב״ם פכ״ג ממלוה כתב בדין השני שזכות הוא ללוה להיות שנים שלא יכוף אותו בדין בפעם אחת לגבות הכל עכ״ל נראה מלשונו דס״ל דבשנים של נ׳ נ׳ אין יכול לכופו בדין שישלם לו בפעם אחת דמצי למיטען ולומר אין לי בידי לפרוע בפ״א וכשם שלויתי ממך בב׳ פעמים כך לא אפרע לך אלא בב׳ פעמים ואע״פ שכבר הגיע זמן הפרעון דשני השטרות אין יכול לכופו לפרוע בפעם אחת ותימה גדולה מנין לו זה: ומ״ש ואפי׳ יש לו אחד של מאה וכו׳. נראה דבהא ודאי אם ידענו בבירור שלא פרעו עושין לו של נ׳ דזכות הוא ללוה ולהכי דקדק רבינו שלא כתב בתרי מילי קמייתא שום טעם לאורויי דבכל גווני אין שומעין אפילו ידענו שלא פרעו והכא כתב טעמא דשמא פרע וכו׳ דאלמא דבידענו שלא פרעו עושין של נ׳ וק״ל:

סימן נד

א מי שפרע מקצת חובו אם רצה המלוה וכולי. פי׳ אם המלוה אינו רוצה לכתוב לו שובר משום דנמצא שטרו פגום הרי ב״ד יעשו לו שטר וכו׳ ולעיל דקאמר דשל מנה אין עושין לו של נ׳ נ׳ בלא דעת הלוה היינו נמי מהך טעמא דילמא כשיפרענו נ׳ וירצה המלוה לכתוב לו שובר איכא צד זכות ללוה דנמצא שטרו פגום ולפיכך אין עושין של נ׳ נ׳ לגרוע צד זכות של לוה: ומ״ש אבל עדי שטר אינם יכולין לעשות לו שטר מזמן הראשון. משמע להדיא מדברי רבינו דמזמן השני יכולין לעשות לו שטר ול״מ מדעת הלוה דזהו שליחות אחרת אלא אפילו שלא מדעת הלוה וליכא למימר הכא הלא כבר עשו העדים שליחותן שאין שטר זה שטר חדש אלא שמעתיקין אותו והטפסה בעלמא היא אבל מזמן הראשון שטר חדש הוא ודמי למוקדם מיהו ב״ד אלימי לאפקועי ממונא שלא כדין דהפקר ב״ד הפקר וכפי׳ ר״י קמא דבהגהת אשיר״י פרק ג״פ הביאו ב״י ועי׳ בתוס׳ לשם בד״ה אין הלכה ובד״ה אלא עדים:

ב ומ״ש רצה לכתוב לו שובר וישאר שטרו שלם כמו שהיה. פי׳ אע״פ שמצד אחר הוא זכות ללוה שיקח שובר דנמצא שטרו פגום מ״מ מצד אחר הוא זכות למלוה כי ידאג הלוה שמא יפסיד שוברו ויתבעהו מלוה כל חובו ומתוך דאגה זו יפרעהו כל החוב ואין הלוה יכול לכוף אותו שיכתוב פרעון ביני שיטי או מאחוריו כנגד הכתב כדי שלא ידאג שיבוא לידי הפסד כי לכך כח המלוה יפה שיהא הלוה בדאגת שימור שוברו ויפרעהו כולו דעבד לוה לאיש מלוה. ואע״פ דאסור להשהות שטר אמנה בביתו היינו משום דאכתי לא משתעבד לוה למלוה אבל כאן חייל שיעבודיה אלא שפרע לו מקצתו לית ליה למלוה למיחש שמא יבוא לידי קלקול שזה יפסיד שוברו וזה ימות ויבואו יורשיו לגבות הכל. וז״ל הר״ן בפ״ב דכתובות ובודאי לא מיתסר להשהות שטר שניתן על מנת שיקיים התנאי בתוך ביתו כיון דשיעבודיה במקצת חייל מהשתא כשם שמותר להשהות שטר של מנה אע״פ שאינו חייב בו אלא נ׳ דאפילו בשטר פרוע איכא למ״ד בגמרא זימנין דמשהי ליה אפשיטי דספרא ומותר לקיימו עכ״ל הר״ן ואע״ג דבפרק א״נ דף ס״ח אמרינן דלית הלכתא כשטרי מחוזנאי דזקפי ליה רווחא אקרנא וכתבי ליה בשטרא מי יימר דהוה רווחא ואפילו ת״ח לית ליה למיעבד הכי ואע״פ דכי אתו לקמיה וא״ל לא הוה רווחא מהימן להו דילמא שכיב ונפול שטרא קמי יתמי ויגבו הכל מ״מ הכא כיון שהלוה יש בידו שובר לית ליה למלוה לחוש שמא הלוה יפסיד שוברו והוא ימות ויבואו יורשיו לגבות כל החוב אלא הלוה יחוש לעצמו וישמור שוברו: כתב מהרי״ק בשורש פ״ט שטר שכתוב בו שיהא בתוקפו כל זמן שאינו קרוע קרע ב״ד או דנכתב עליו תברא לאו על גבי השטר ממש קאמר ומהני נמי שובר והביא קצת ראיות לדבריו ולפע״ד

איכא ראיה ברורה מס״פ השואל דקאמרינן הכי השתא התם שטרא לגוביינא קאי אי איתא דפרעיה איבעי ליה למיכתביה אגביה אי נמי מיכתב עליה תברא וכו׳ אלמא דלישנא דמיכתב עליה תברא אינו על גבו ממש:

יא מי שפרע מקצת חובו. כבר כתב ב״י מ״ש בפירוש דברי הרי״ף והרא״ש ורבינו ולפע״ד יראה ממ״ש הרי״ף בפ׳ ג״פ וז״ל גרסינן בפרק ד׳ נדרים ההוא גברא דאתפיס זכוותיה בב״ד ואמר וכו׳ עד והלכתא אסמכתא קניא והוא דלא אניס פירוש חולי וכיוצא בזה והוא דקנו מיניה בב״ד חשוב וקאמר גאון דהאי דינא ליתיה אלא במתפיס זכוותיה בלחוד ומסתברא כוותיה עכ״ל וכך העתיק הרא״ש שם ואחר זה כתב והתוספות פסקו דאפילו בלא מתפיס זכוותיה קניא אסמכתא בבית דין חשוב והכי נהיגי עלמא ובית דין חשוב היה אומר ר״מ שיהיו בקיאין בדיני אסמכתא עכ״ל ורבינו מפרש דמה שכתוב הרי״ף דקאמר גאון דהאי דינא ליתא וכו׳ ה״פ דהאי דינא דקנו מיניה בב״ד חשוב לא מהני אא״כ דאתפיס זכוותיה ג״כ ולא בעינן דאתפיס שטרותיו בב״ד דוקא דאפי׳ ביד שליש נמי סגי כשקנו מיניה בב״ד חשוב ולכן אחר שכתב רבינו תחילה מי שפרע מקצת חובו והשליש שטרו וכו׳ עד דאסמכתא קניא היכא דלא אניס אם קנו מיניה בב״ד חשוב דתלמוד ערוך הוא בפרק ד׳ נדרים כתב עליה דרב אלפס סבר דוקא כה״ג דהתפיס שטריה ביד שליש ושהרמ״ה חולק עליו דלא מהני דאתפיס ביד שליש אלא דוקא דאתפיס ביד ב״ד וכההוא עובדא בנדרים דאתפיס זכוותיה בבי דינא ובעינן נמי דאמר ליבטלן זכוותיה וקנו מיניה בב״ד חשוב פירוש דקנו מיניה בב״ד חשוב בפירוש על מאי דאמר ליבטלן זכוותיה דהכי משמע ליה בסוגיא דנדרים ושא״א הרא״ש כתב דאפילו לא מתפיס זכותיה כלל קנה אם קנו מיניה בב״ד חשוב וכ״כ הרא״ש בתשובה כלל ע״ב דין ד׳ וז״ל וכן פסק רי״ף דלא קניא אסמכתא אלא היכא דקנו מיניה בב״ד חשוב וכו׳ וזה מסכים למ״ש בפסקיו וכמ״ש רבינו ודלא כאותה תשובה בכלל הנזכר דין ז׳ שכתב וז״ל אמנם רב אלפס כתב בשם גאון דלא בעינן ב״ד חשוב ולא כתב לא טעם ולא ראיה וכו׳ נראה שהיה מפרש דמ״ש וקאמר גאון דהאי דינא ליתיה וכו׳ הכי פירושו דהאי דינא דאיפסיקא הילכתא אסמכתא קניא בדלא אניס ובדקנו מיניה בב״ד חשוב ליתיה להאי דינא כל עיקר אלא במתפיס זכוותיה בלחוד נמי סגי אפי׳ בדליכא קנין בב״ד חשוב וההיא תשובה ליתא אלא כמ״ש בפסקיו שהם אחרונים הוא העיקר ועליה סמך רבינו:

יג ראובן לוה משמעון כו׳. פי׳ שאין כאן אסמכתא לפי שהמכר נעשה מעכשיו מיד בשעת מתן מעות בלי שום תנאי ושיור אלא שא״ל מוכר ע״מ כן אני מוכר לך שכשיהיו לי מעות לזמן פלוני החזר לי וטול מעותיך דאסור ללוקח לאכול פירות משום דכשיחזיר לו מעותיו לזמן פלוני נמצא שלא היה מכר כלל ושאכל פירות שכר מעותיו עמד ואכל ואם לא החזיר לו מעותיו לזמן פלוני כבר נעשה המכר ונגמר משעה ראשונה ומה שמכר הלוקח תוך הזמן לאחר מקחו קיים ועיין פרק א״נ (סוף דף ס״ד):

סימן נה

א שליש כו׳ וא״צ לישבע שחזקה אין אדם חוטא ולא לו. נראה דה״פ דאם הלוה או המלוה אומר דרך גזילה תפסתו מידי או פקדון הוא אצלך והוא אומר שהשלישו בידו אין צריך לישבע דכיון שאין אומר דשלו אלא של אחר אין אדם חוטא ולא לו ובודאי קושטא קאמר ולהכי אפילו אם נראה כבר בב״ד דליכא מגו דאי בעי קלתיה השתא אפ״ה נאמן כיון שהוא שליש מטעם דאין אדם חוטא ולא לו וכדכתב נמ״י סוף פ״ק דמציעא וס״פ ז״ב ולא קשה הלא בנאמן עלי אבא ואביך אין חילוק בין קבלו עליו לדין או לעדות דאם קבל עלוו קרוב או פסול במקום שנים יכול לחזור בו כדלעיל בסימן כ״ב והכא גבי שליש היכא דהוי קרוב דקבלו לעדות כשני עדים מועיל דשאני שליש היכא דשלישותו בידו דמי לעדות הלואה דכ״ע מודו דאפילו איכא תרתי לריעותא דקבל עליו פסול במקום שנים אינו יכול לחזור בו כיון דקבל עליו כך בשעת הלואה אדעתא דהכי חייל עליה שיעבודיה ה״נ אדעתא דהכי השליש בידו השלישות שיהא קרוב נאמן עליו כבי תרי וכו׳: כתב בעל העיטור וכו׳. נראה דס״ל דאע״פ דבזמן ששלישותו בידו ושניהם מודים דעשאוהו שליש א״נ איכא עדים דמינוהו לשליש ביניהם אפי׳ יש להם עליו שום תרעומת בענין השלישות אפילו הכי השליש נאמן משניהם מ״מ כשאין שלישותו בידו ואינו אלא כעד אחד דעלמא דינו כשאר כל אדם וכשיש עליו תרעומת אין מקבלין עדותו דהו״ל נוגע בעדות. ומ״ש בסמוך דאפי׳ בשליש ושלישותו בידו היכא דאיכא ביניהם הכתשה בסך הממון כיון שהוא חייב שבועה הו״ל נוגע בעדות ואינו נאמן אין זה אלא בדליכא עדים שמיניהו שליש וגם אינן מודים שעשאוהו שליש אלא דרך גזילה או דרך פקדון תפשהו התם ודאי חייב שבועה היכא דאיכא הכחשה בסך הממון אבל אם שניהם מודים דעשאוהו שליש או איכא עדים אפילו איכא הכחשה ביניהם בסך הממון אין צריך שבועה כלל דהא הימנוהו כבי תרי בכל מה שיאמר והילכך דוקא בשאין שלישותו בידו קאמר ב״ה דאם יש להם עליו תרעומת אין מקבלין עדותו ודו״ק:

ב ובעל התרומות כתב שהוא נאמן וכו׳. איכא להקשות דהלא בתשובת הרא״ש כלל ס״ח דין י״ז ומביאו ב״י משמע שאינו נאמן ורבינו לא הביאו כלל. ונראה דרבינו אזיל לטעמיה דהכריע כדעת בעה״ת בזה דלא כהרא״ש שכ״כ סוף סי׳ מ״א סעיף י׳ על דברי הרמב״ם דכשהפקיד המלוה השטר ביד אחד

אין הלוה נאמן לומר פרעתי וממני נפל ואתה מצאתו ואע״פ שלא הפקיד לו בעדים כי הנפקד נאמן לומר שהמלוה הפקידו אצלו במגו שהיה מחזירו בינו לבינו והכי נמי נאמן לומר דשליש הוא על תנאי כך וכך במגו שהיה מחזירו לזה ודלא כהרא״ש׃

סימן נו

ג הכחישוהו עדים וא״ל לא על תנאי זה היית שליש ביניהם כתב הרמב״ן וכו׳ עד אנן טענינן ליה כדי שלא יהא מוכחש מן העדים. יש מקשין ממ״ש הרמב״ן גופיה ומביאו רבינו לעיל בסי׳ ל׳ דבעד אחד שמעיד ק׳ הלוהו ואחד מעיד ר׳ הלוהו ואחד ש׳ ואחד ת׳ וכו׳ ואינן מכחישין זא״ז בלא כי ביום פלוני בשעה פלוני אלא בסתם דאפשר דהכל אמת דהלוהו בכמה ימים וזה שלא בפני זה ואפ״ה דנין אותן במכחישים להקל שהמע״ה ואמאי לא אמרינן דהכל אמת כדי שלא יהו מוכחשין ונצרף עדותן. ולא קשיא ולא מידי שהרי אם לא היינו דנין אותן במכחישין היינו מחמירין על הנתבע לשלם ת״ש וכיון דספק הוא דשמא מכחישין זא״ז אין לנו להוציא ממון מספק דהמע״ה וז״ש הרמב״ן דנין אותן במכחישין להקל שהמע״ה והביא ראיה ברורה לזה מפרק זה בורר (סנהדרין דף ל׳) דפריך לרב מ״ש מהלואה אחר הלואה דלא מצטרפי דמנה דחזי האי לא חזי האי הודאה אחר הודאה נמי אמנה דקא מודי קמי האי לא קא מודי קמי האי ומאי קושיא שאני הודאה אחר הודאה דאפשר דאחד מנה קא מסהדי מצטרפין אבל הלואה אחר הלואה לא אפשר אלמא דלבטולי סהדותייהו קא מהדרינן וכיון דאפשר לומר דמכחישין זה את זה המע״ה אבל גבי שליש דהימנוהו רבנן מטעם מגו אלא דכשבאו עדים ומכחישין אותו אינו נאמן משום דמגו במקום עדים לא אמרינן הילכך כשאפשר לומר דאין העדים מכחישין אותן כה״ג לאו מגו במקום עדים הוא וטענינן ליה כן כדי שלא יהא מוכחש מן העדים והשליש נאמן מכח מגו דמגו דאורייתא. ותו דהתם כשדנין אותן במכחישין להקל אין עד אחד נאמן אצלנו יותר מחבירו אלא דמספק אזלינן להקל דשמא מכחישין זא״ז אבל הכא אם היו דנין אותן במכחישין היינו מחזיקים העדים בנאמנין כנגד השליש בין להקל בין להחמיר וכיון דספק הוא טפי אית לן למימר דלא יהא מוכחש מן העדים והשליש נאמן בין להקל בין להחמיר נ״ל׃

ח שטר שיוצא מתחת יד שליש והלוה טוען כי הוא מזוייף וכי׳. כ״כ בעה״ת שער נ״ב (דף צ״ב סוף ע״ד) ותימה גדולה כיון דשליש נחמן אפילו ליכא מיגו אפילו הוא קרוב א״כ הכא דמודה שהוא שליש אמאי לא יהא נאמן ואפילו את״ל כיון שהשטר אינו מקויים ואי איפשר לקיימו א״כ לאו כלום בידו הוי מ״מ לא גרע משאין שלישותו בידו דנאמן כעד א׳ והרי מעיד הוא דהודה לפנינו שכך וכך פרעו וכך וכך נשאר חייב לו על זה השטר והלשון משמע דדין שליש זה כדין בעל דבר בעצמו דאם השטר אינו מקויים אין על הלוה כי אם שבועת היסת ואפשר דאה״נ דה״ק דאין כח ביד שליש לעשות משטר מזוייף כשר ואינו נאמן להוציא ממון בשביל תפיסתו יותר מבעל דבר בעצמו אבל ודאי דלא גרע מע״א ומזקיקו לידי ש״ד וכדין שליש כשאין שלישותו בידו דהכא נמי לאו מידי בידו הוי אלא חספא בעלמא נקיט ליה בידיה ואין שליש זה מחייבו אלא שבועה בשביל הודאה שהודה לפניו וכרוב גאונים שחולקין על בעל המאור כמ״ש בסימן ל״ב ובסי׳ פ״א והא ודאי דלא מצי טעין הכא השטאה או השבעה כיון דשניהם מודים שעשאוהו שליש ע״ת כך וכך א״כ עדיף טפי מהיכא דלא אמר כי אם אתה עד בדבר זה שהרי עשו גם מעשה והניחו בידו שטר שיהא נאמן עליהם ודלא כמ״ש מהרו״ך בשם מהרש״ל דאפילו ש״ד אינו חייב דליתא ואני ראיתי כתיבת יד מהרש״ל דהיה מסתפק בדבר ולפע״ד אין כאן ספק דפשיטא דחייב ש״ד והכי נקטינן׃

ט שליש שהושלש שטר בידו וכו׳ עד ששכח להודיע לשליש. כן כתב בעה״ת על שם הרי״ף בתשובה וסיים והוא שאין נאמנות בשטרו כלומר דאם האמין לזה למלוה עליו ועל יורשיו אפי׳ מת לוה לא היה צריך שבועה אבל כיון שאין בו נאמנות אם הלוה חי גובה ממנו בלא שבועה אלא אם כן דטעין לוה אישתבע לי כדלקמן בסימן פ״ב׃ ואם מת הלוה משביעין אותו בית דין כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים ומה שהוצרך לפרש דשבועה זו כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים הוא כדי דלא נימא כיון דהדבר מוכיח שאינו פרוע א״כ שבועה זו חומרא בעלמא ואם מת לוה ואח״כ מת מלוה אין אומר בשבועה כזו כשהיא אינה אלא חומרא בעלמא דאין אדם מוריש שבועה לבניו אלא נשבעין יורשי מלוה שלא פקדנו ונוטלין וכדכתב רבינו ע״ש הרא״ש בתשובה סימן ע״א סעיף ל׳ לפיכך אמר דשבועה זו מדינא היא כדין יתומים וכו׳ ואם מת לוה ואח״כ מלוה אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו׃

י מי שחייב עצמו בשטר בקנין וכו׳. פי׳ אפילו בקנין ואפילו הפקידו ביד אחר ולא אמרינן כיון דקנו מידו שוב אינו יכול לחזור אע״ג דלא מטא שטרא ליד המקבל משום דאיכא הכא ב׳ טעמים וכו׳ וטעם הראשון אינו אלא בש״ח אבל אם הוא שטר מתנה דליתא להך טעמא צריכין אנו לטעם השני שמא כתב ונמלך ואע״ג דבמתנת בריא בקנין מיד כשהקנה קנה המקבל היינו בהקנה בסתם אבל כאן חוששין שמא התנה עם העדים שקנו מידו שיתנו השטר לידו שמא יהא נמלך ויחזור ממתנה זו וכן הוה דחזר ונמלך. אלא דקשה לי אמ״ש וגם לא יחזירנו ליורשי הלוה דא״כ הוא סותר מ״ש הרמב״ם בס״פ

ט׳ מה׳ זכייה ומייתי לה בס״ס ר״נ וז״ל וכן מי שכתב שטר על עצמו בשם אחר או בשם אחד מבניו (מן היורשין) ונתן השטר על יד שליש וא״ל יהיה זה אצלך ולא פירש לו כלום או שא״ל הנח עד שאומר לך מה תעשה ומת ה״ז אינו כלום עכ״ל אלמא משמע דיחזירנו ליורשי לוה או ישרפנו דהכי משמע לישנא דאינו כלום וי״ל דהרמב״ם מיירי בשטר שאין בו קנין דלא זכה בו המלוה ורבינו כאן מדבר ביש בו קנין דאפשר דזכה בו המלוה בהיותו ביד העדים וע״ל ס״ס ר״נ וע׳ בבעה״ת שער נ״ב סי׳ ד׳:

יא שליש הנעשה ע״י שליח וכו׳. וא״ת לאיזה צורך אמר שבא הלוה עמו הלא הרמב״ן גופיה סובר דל״ש תרווייהו אשלישו גביה ל״ש מלוה בלחוד בכולהו שליש מיקרי ונאמן משלם כדכתב בעה״ת ומביאו ב״י לעיל סעיף ב׳ ואפשר דרבותא אשמועינן דל״מ כשבא השליח ואומר דהוא שליח של שניהם של מלוה ולוה דפשיטא דאין המלוה נאמן לומר שלא מדעתי נכנס לביתי וכו׳ אלא אפי׳ היכא דבא הלוה עמו והשליח אמר לזה המלוה עשאני שליח וכו׳ דהשתא איכא למימר כיון שהשליש אינו יודע הענין מן השליח כי אם מן המלוה ולא מן הלוה א״כ ודאי כיון שהמלוה לא השלישו בידו נסתלק ממנו דין שלישות ויש לו להחזיר שטרו למלוה שהרי הוא יודע שהוא שלו ואינו ברי שהמלוה הורע כחו בשום ענין ממנו ואפ״ה פסק הרמב״ן יעשה שליש מה שא״ל השליח וכו׳ עיין בבעה״ת שער נ״ב סימן ג׳ דכתב כך. כתב הרב ב״י בש״ע אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית וכו׳ והוא מתשובת הרא״ש ולכאורה קשה עליה ממה שכתב הרב בהגהת ש״ע סימן ס״ב וע״ש במה שכתבתי דלא קשה מידי:

סימן נז

א אסור להשהות שטר פרוע וכו׳. בפ״ב דכתובות פי׳ בשכולו פרוע אבל פרוע מקצתו שרי וע״ל בסי׳ נ״ד ובמ״ש לשם ס״ב:

ב שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו. פ״ק דמציעא ולאו דוקא שטר בעדים אלא ה״ה כתיבת ידו וע״ל בסימן מ״ח: ואם אמר לו הלוה פרעתיו וכו׳. מפורש ר״פ ח״ה (דף ל״ב): ומ״ש מפני שלא היו טובות או שתחליפם לי וכו׳. שם אבל א״ל הדרתינהו ניהלך מחמת דהוו שייפי וסומקי אכתי איתיה לשיעבודא דשטרא ופירשב״ם דהוו שייפי. נישוף צורתם ולא היו יוצאין בהוצאה וסומקי האדים נחושתן יותר מדאי נמצא שעדיין לא פרעו וכו׳ נראה דה״ק ל״מ היכא דנישוף צורתן שאינן יוצאין בהוצאה כל עיקר אלא אפילו סומקי דיוצאין ע״י הדחק אפ״ה אין שיעבוד השטר בטל שאילו היה מכיר בהן לא היה מקבלם וכדכתב ה״ה פי״ד ממלוה ע״ש הר״ר יונה וזהו דעת רבינו דכתב מפני שלא היו טובים והיינו דנישוף צורתם או שתחליפם לי והיינו מפני דהוו סומקי ואפ״ה לא בטל השטר בכך. ובמקצת ספרים כתוב מפני שלא היו טובות שתחליפם לי ולא קתני אלא חדא דהיינו סומקי דקרי להו שלא היו טובות אבל אינן מעות רעות כיון שיוצאין ע״י הדחק ולפי זה לא נקט רבינו בדבריו היכא דנישוף צורתן דפשיטא דלא בטל השטר:

סימן נח

א מי שהוציא שטר וכו׳. ה״א פ׳ שבועת הדיינין (שבועות דף מ״ב) ואיכא למידק דלמה לו לרבינו להאריך ולכתוב החילוק בשטר זה בין יש בו נאמנות לאין בו נאמנות הו״ל לומר בקיצור אם לא נתנו לו בפני עדים השטר עדיין בחזקתו וגובה בו וממילא הוה משמע שדין שטר זה כדין שאר שטר דאיכא חילוק בין יש בו נאמנות לאין בו נאמנות כדלקמן בר״ס פ״ב וי״ל דביש בו נאמנות אשמועינן הכא דאף ע״פ שהלוה טוען אני אמרתי בפירוש הריני פורעך הסך שאני חייב לך בשטר מ״מ המלוה מצי טעין אני קבלתים בסתם ובשביל התוב שבע״פ קבלתים ונאמן בלא שבועה אם יש בו נאמנות דלית לן להחמיר ולהצריכו שבועה ולומר דרגלים לדבר שהשטר נפרע כיון שקיבל ממנו הסך הכתוב בשטר מסתמא על השטר חוב קבלם ובאין בו נאמנות נמי אשמועינן דאפי׳ לא אמר אישתבע לי ב״ד משביעין אותו דלא גרע מפוגם שטרו דלקמן בסימן פ״ד וע״ל ר״ס פ״ב:

ב ואם לא נתן לו המעות אלא שלחם ביד שליח וכו׳. הכי איתא בעובדא דאבימי בפ׳ הכותב (ריש כתובות דף פ״ה) וכתב המרדכי לשם תימה אמאי לא יאמר השליח אני נתתי המעות בשביל השטר מה אני חושש אם חייב לך ממקום אחר או תחזיר לי מעותי או תתפסם בש״ח וי״ל דהמלוה יאמר כיון שתפסתי מב״ח לא תוציא מידי כי הוא חייב לי עכ״ל והוא חולק על מ״ש שם במרדכי תחילה בשם רשב״ם ור״י וז״ל מגמגם רשב״ם היאך יכול לעכב השטר מן השליח ולטעון סטראי אינון והא גלוי הדבר שלא היה נותן לו מעות אם לא בשביל השטר דבשלמא אם הלוה נתן לו מצי למיטען אבל השליח למה יפסיד ופי׳ ר״י דה״ק דמגו דיכול לומר להד״ם יכול לומר סטראי נינהו שהשליח נתנם לו לשם סטראי הילכך הדין עמו ואין זה מגו להוציא אלא להחזיק בידו עכ״ל אלמא דאם היה המלוה מודה דהשליח נתנם לו לפרוע הש״ח לא יכול לומר קבלתים לשם החוב שבע״פ דא״כ חשוב כאילו המלוה גוזל המעות מיד השליח וחייב המלוה לקיים השליחות או להחזיר המעות ליד השליח ולפ״ז נראה פשוט דאפילו טען המלוה דהשליח נתנם לו לשם סטראי אינו נאמן במגו אא״כ אין עדים למשלח שא״ל בפירוש ליקח השטר מידו דהשתא יוכל המלוה לטעון דמסתמא גם המשלח מסר

לשליח ליתנם לידו לשם סטראי והמע״ה וכמ״ש רבינו לקמן בסימן קפ״ב דה״נ המלוה מוחזק ע״י השטר שבידו אבל אם יש עדים שא״ל בפירוש ליקח השטר מידו השתא ודאי אע״פ דהשליח נתנם לידו לשם סטראי לאו מידי עביד דכיון דשינה בשליחות ועבר במקצת ע״ד משלחו השליחות בטל לגמרי וכדלקמן סימן קפ״ד וחוזר השליח על המלוה ומוציא ממנו מה שנתן לו דבגזלה באו לידו ואין השליח מפסיד אם לא שאין למלוה במה לפרוע שגם מאותו הש״ח אינו יכול לגבות מהלוה כגון שהלוה כבר פרע לו קודם שהביא עדים שא״ל הלוה לשליח ליקח השטר מידו כי אז יפסיד השליח. מיהו נראה אם אין לשליח לשלם והלוה בא להוציא מיד המלוה ע״י שמביא עדים שאמר לשליח בפני׳ ליקח השטר מידו וכיון שעבר ע״ד משלחו א״כ השליחות בטל ותחזיר לי הש״ח או תחזיר לי מעותי דאין ממש בטענתו דכנגד הלוה ודאי יכול לטעון סטראי נינהו ונאמן במגו דלהד״ם ובסמוך יתבאר הפסק דין: כתב הריב״ש בסימן שצ״ג דאם הפקיד פקדון ביד אחד בשליחות ראובן והנפקד תופסו בשביל חוב ראובן תפיסתו תפיסה במגו דלהד״ם או החזרתים ואע״ג דהמפקיד אומר דלא הפקידו בשליחות ראובן אלא סתם וא״כ מחוייב הוא לשלם לראובן אפ״ה הוי תפיסה אבל אם מודה שלא הפקידו בשליחות ראובן לא הוי תפיסתו תפיסה בשביל חוב ראובן הואיל ולא יוכל לברר שראובן חייב לו ונראה ודאי דס״ל כפר״י שבמרדכי דלא מהני מגו אלא בטוען דהשליח נתן לידו לשם סטראי וטוען שכך נתן לו המשלח לשם סטראי ולא עבר השליח ע״ד משלחו כלום וה״נ טוען שהמפקיד מסר בידו הפקדון בשליחות ראובן וגם ראובן שלחו להפקידו בידו ולא שינה בשליחותו דהשתא אע״ג דהשליח חייב לשלם ללוה ולמשלח מ״מ לא מתחייב המלוה והנפקד לשליח דמצו א״ל לשליח אתה גרמת לנפשך שחייבת עצמך בטענת שקר שאם היית אומר הדברים כאשר אמרת אלי שמסרת המעות לידי לשם סטראי והפקדון בשליחות ראובן כמו שאמר המשלח היית נאמן דומיא דעובדא דבקרא בפרק הכותב ע״ש. אבל אי אפשר לפרש דהריב״ש סובר כאידך סברא שבמרדכי שכתב דתפיסת המלוה הוי תפיסה משום דיאמר כיון שתפסתי מב״ח לא תוציא מידי כי הוא חייב לי עכ״ל דמשמע מדבריו דכל שתפס מממון ב״ח בידו והו״ל מגו שוב לא יוציא מידו השתא ודאי אפילו לא הזכיר לו כלל שנתן לו בשם המשלח מ״מ מאחר שהוא של המשלח יכול לטעון עליו עד כדי דמיהן במגו דלהד״ם או החזרתיו לך והרי הריב״ש כתב היפך זה אלא ודאי כדפירש דהריב״ש תופס פר״י וכן עיקר ודלא כמהר״ו כהן דמפרש איפכא דהריב״ש תופס אידך סברא שבמרדכי ולא ראיתי להאריך בזה כי לפע״ד הדבר ברור כדפי׳ ודוק: כתב ב״י בסימן פ״ג ע״ש הריטב״א דאם תפס ראובן מיד שמעון חפץ של לוי או לקחו מרשותו בשביל לוי ויש לו מגו תפיסתו תפיסה ושמעון חייב לשלם לפי שפשע בשמירתו ע״כ ונראה דהיינו דתפסיה בלא אונס א״נ אפילו תפסיה מיניה באונס אלא דאיירי בגוונא דהו״ל לחוש להזהר שלא יפול ביד התופס הא לאו הכי אין חייב לשלם עיין בדברי הר״ן בפ׳ הכותב בעובדא דבקרא ועיין עוד בתוס׳ פרק שור שנגח ד׳ וה׳ (בבא קמא בדף מ׳) בד״ה אי הכי בעלים וכו׳ מבואר לשם כדפי׳ וע״ל בסימן פ״ג פ״ד: בד״א שא״ל בפירוש ליקח השטר וכו׳. שם בהך עובדא דאבימי אסיקנא בין א״ל שקול שטרא והב זוזי ובין א״ל הב זוזי ושקול שטרא משלם השליח דא״ל לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי ולמד רבינו דדוקא בדא״ל בפירוש ליקח השטר דאית ליה לאסוקי אדעתיה וליקח ממנו השטר קודם אבל אם לא הזכיר לו לקיחת השטר ולא א״ל טפי אלא הב זוזי פטור דמצי א״ל את מהימנת ליה דלא א״ל שקול שטרא וכ״כ התוס׳ והרא״ש ואיכא למידק אלשון רבינו דברישא לא כתב אלא חדא דא״ל בפירוש ליקח השטר ולא כתב נמי או דא״ל שיתן בפני עדים ובסיפא כתב תרוייהו ותו דברישא כתב דא״ל בפירוש ליקח השטר ובסיפא כתב אבל אם לא הזכיר לו השטר והו״ל לכתוב אבל אם לא הזכיר לו לקיחת השטר ולכן נלפע״ד דרבינו מחלק בין הזכיר לו לקיחת השטר בפירוש ובין לא הזכיר לו לקיחת השטר בפירוש אלא הזכיר לו שעשהו שליח לפרוע החוב שבשטר דאם א״ל בפני׳ ליקח השטר התם חייב לשלם אע״פ שנתן לו בפני עדים דלא ניחא ליה להוציא המעות מרשותו ולהניח השטר ביד המלוה ולסמוך על העדים דאע״ג דאיתרע שטרא מי ערב בדבר דהדיינים יפסקו דהשטר בטל לגמרי דילמא יפסקו דהמלוה גובה בשבועה אפילו יש בו נאמנות כדברי ר״ח א״נ לא ניחא ליה למיקם בדינא ודייני עם המלוה דאיש קשה הוא ולכן חייב השליח לפרוע למלוה אפילו נתן לו בפני עדים והשליח יחזור על המלוה אבל אם לא א״ל בפירוש ליקח השטר אלא הודיעהו שהחוב בשטר הוא התם אפילו נתנם לו בפני עדים נמי פטור השליח דכיון שלא הזכיר לו ליקח השטר מידו בפירוש סבר דגם בזה איתרע שטרא אבל אם לא הזכיר לו השטר כלל וגם לא א״ל שיתן בפני עדים פטור השליח ומדיוקא נשמע דאם הזכיר לו השטר אע״פ שלא א״ל בפירוש ליקח השטר כיון שנתן לו בפני עדים סגי כדפי׳ כנ״ל להלכה:

ג וכתב הרמב״ן דלא איתרע שטרא אלא כשנתנם לו בפני ב׳ עדים אבל אם נתנם לו בפני ע״א לא איתרע שטרא. פי׳ אשמועינן דלא אמרינן בזו הו״ל מחוייב שבועה להכחיש העד וכיון דמודה לדברי העד ואמר דפרעיה ואסטראי קבלתים הו״ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם וה״ט דלא אמרינן הכי דכיון דע״א מעיד שהוא פרוע דמצריך שבועה אינו אלא תקנתא דרבנן לא אמרינן בתקנתא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם כמו שהביא ב״י ע״ש בעה״ת. ונראה דהא דאמר דבאפי חד סהדא לא איתרע שטרא לאו בדלא אדכר ליה דמההוא שטרא פרעיה אלא אפילו באדכר ליה נמי דכיון דליכא אלא חד סהדא נאמן במגו דאי הוה בעי הוה מכחיש לעד ואמר דלא פרעיה כלל ומשתבע ושקיל ה״נ משחבע דהנהו זוזי אע״ג דאדכר ליה דמההוא שטרא פרעיה אפ״ה איהו לא קבלינהו אלא אסטראי והא דכתב הרמב״ן וז״ל ויש לעיין אי אתי חד סהדא ומסהיד דפרעיה לוה למלוה זוזי

באפיה בתורת פרעון ולא אדכר ליה דמההוא שטרא פרעיה ואיהו טעין סטראי נינהו מהו הא דנקט ולא אדכר וכו׳ אינו אלא משום דבגמרא דקאמר וה״מ דפרעיה באפי סהדי מיירי בדלא אדכר ליה וכו׳ דאי באדכר פשיטא דאיתרע שטרא ולהכי נקט נמי לגבי חד סהדא ולא אדכר וכו׳ אבל למאי שהשיב הרמב״ן ודאי ה״ה אפילו באדכר נמי לא איתרע שטרא בדליכא אלא חד סהדא: ומ״ש ור״ח כתב שלא איתרע שטרא אלא לענין שצריך לישבע וכו׳. נראה דאפילו בנאמנות כבי תרי נמי צריך לישבע ואינו נאמן בלא שבועה במגו דלא נתפרעתי חדא דאין אומרים מגו לפטרו משבועה ותו דהו״ל מגו דהעזה דאפילו כנגד ע״א לא מצי מעיז כדכתב ר״י פ׳ חזקת (בבא בתרא דף ל״ד) אנסכא דר׳ אבא והבאתיו בסימן ע״ה סעיף י״ג והילכך אינו נאמן בלא שבועה ולפי זה היכא דנתנם לו באפי חד סהדא דלא איתרע שטרא להרמב״ן היינו דא״צ לישבע שבועה כעין דאורייתא אם יש בו נאמנות מיהו שבועת היסת נשבע דסטראי נינהו לר״ח וגובה בשטרו. מיהו לר״ה ורב שרירא שהשטר בטל לגמרי צריך לפרש דאין זה אלא בנאמנות סתם אבל בנאמנות כבי תרי הא ודאי דלא איתרע שטרא אפילו פרעו בפני עדים כדלקמן בר״ס ע״א גם דברי הרא״ש דכתב לא מגבינן ביה ולא מקרעינן ליה אינו אלא בדכתב בו נאמנות סתם אבל בנאמנות כבי תרי מגבינן ביה: ומ״ש וא״א הרא״ש כתב דלענין זה איתרע דלא גבינן ביה ולא קרעינן ליה וכו׳. איכא למידק דלקמן בסימן ס״ג בדין שטרא ריעא דהיינו דמהדר אזיופא דלא מגבינן ביה ולא מקרעינן ליה מוקמינן ליה ביד שליש ומ״ש הכא דלא מוקמינן ליה ביד שליש וי״ל דהתם אפשר שהוא מזוייף ולא ניתן ליכתב לפיכך מוקמינן ליה ביד שליש שלא יהא תופס מעצמו ולא יהיו מפקינן מיניה אבל הכא דניתן ליכתב אלא דחיישינן דילמא פרוע הוא לא מפקינן לה מידיה אלא אדרבה מניחים בידו דאי הוי תפיס לא מפקינן מיניה ולוה הוא דאפסיד אנפשיה דפרעיה ליה בסתם וכ״כ התוספות והרא״ש פ׳ שבועת הדיינין לישב לר״ח דאיתרע שטרא הכא דצריך בעל השטר שבועה ומ״ש משטרא ריעא דמהדר אזיופא דלא מגבינן ביה ותירץ דריעותא דמהדר אזיופא גרע טפי וע״ל בסימן מ״ו סל״ג בדין שטרא דלא מגבינן ביה ולא מקרעינן ליה ובמ״ש לשם בס״ד: כתב ה״ר יוסף הלוי הא דאיתרע וכו׳. הכי משמע מהך דרב יהודה בפ׳ שבועת העדות (שבועות דף ל״ד) מנה מניתי לך בפני פלוני ופ׳ ועדים רואין אותו מבחוץ וכו׳ ומייתי לה רבינו בסימן ע״ט סעיף ג׳ אבל הרמב״ן דחה ראיה זו והכל מפורש בב״י ע״ש. ויש להקשות דאמאי גריעא טענת סטראי מטענת מתנה דליהוי נאמן בטענת סטראי במגו דמתנה וכך הקשה הרמב״ן כמ״ש הרא״ש בפרק הדיינים בשמו ונראה ליישב דטענת סטראי גריעא משום דאין לו ראיה דחייב לו חוב אחר מלבד השטר שבידו אם כן ודאי אי הני זוזי פרעון חוב נינהו מסתמא הוה פרעון על השטר אבל מתנה בעלמא חשוב כמכר כדאמרינן בפ׳ בני העיר (מגילה דף כ״ו) דאי לאו דהו״ל הכאה מיניה לא הוה יהיב ליה מתנתא ועוד נראה עיקר דלאו דוקא מתנה דיהיב ליה לוה למלוה קאמר אלא הני זוזי בתורת מתנה נתנם לו דהיינו דאחר מסרם ללוה זה ליתנם מתנה למלוה ותדע דקאמר נמי פקדון ובע״כ צריך לפרש דמצי אמר דהני זוזי בתורת פקדון יהבינהו לי כגון שהמלוה היה לו פקדון ביד לוה ועכשיו חזר ונתנם לו בתורת השבת פקדון א״נ איש אחר מסרם לידו של לוה כדי שיהיו נפקדין בידו של מלוה וכבר חזר והשיב הפקדון ליד בעליו א״נ לוה גופיה הפקיד בידו מעות אלו וחזר ונטלם מידו אבל גבי פרעון ליכא למימר דנתנם לו בשביל חוב של אחר בתורת פרעון דמסברא ודאי טפי ניחא למימר דיהיב ליה הני זוזי לפרעון על חוב עצמו ולא בשביל חוב של אחר:

ד ואם אמר הלוה והלא מעות אלו מדמי השור וכו׳ עד סוף הסימן. מחלוקת זו תלויה בסוגיא דפרק שבועת הדיינין (שבועות דף מ״ב) דאיתא התם ההוא דאמר לחבריה הב לי ק׳ זוזי דמסיקנא בך והא שטרא אמר ליה פרעתיך אמר ליה הני סטראי נינהו אמר רב נחמן איתרע שטרא רב פפא אמר לא איתרע שטרא ולרב פפא מ״ש מההוא דא״ל לחבריה הב לי ק׳ זוזי דמסיקנא בך והא שטרא א״ל לאו אתורא יהבת לי ואתית יתבת אמסחתא וקבלת זוזך וא״ל הנהו סטראי נינהו וא״ר פפא איתרע שטרא א״ל התם כיון דקאמר אתורא יהבת לי ומתורא שקלת איתרע שטרא ומפרש הרמב״ם דהשתא דשמעינן דאם טענו מדמי השור נתפרעת איתרע שטרא טפי דאפילו לרב פפא דלית ליה בטענת סטראי בעלמא איתרע שטרא מודה הכא א״כ אפילו אין עדים כלל בדבר כיון שהודה דמדמי השור נתפרע מסתמא על החוב שנתחייב לו בעד השוורים קיבל אותם דמים ולא על סטראי והא דמסיק בגמרא והילכתא איתרע שטרא וה״מ דפרעיה באפי סהדי לא קאי אהיכא דטען לאו אתורא יהבת לי וכו׳ אלא אפלוגתא דר״נ ורב פפא קאי כשטענו בסתם פרעתיך וא״ל הנהו סטראי נינהו. והר״י הלוי מפרש דמסקנא דתלמודא קאי נמי אעובדא דלאו אתורא וכו׳ דדוקא כשפרעו באפי סהדי הוא דאיתרע שטרא אבל פרעו בינו לבין עצמו נאמן במיגו ולפ״ז ודאי הא דכתב ע״ש הרמב״ם אפילו אין עליו עדים שפרעו מדמיו וכו׳ אבל הר״י הלוי פי׳ דוקא שיש עדים שפרע לו דמי השור אין פי׳ לשון זה דלהרמב״ם בעינן עדים שנתן לו בתורת פרעון אלא שא״צ שיעידו שהם מדמי השור ולר״י הלוי בעי׳ שיעידו שהם מדמי השור דא״כ סתרי דברי ר״י הלוי אהדדי דלעיל כתב רבינו דהר״י הלוי והרמב״ם שוים דאפילו בסטראי דעלמא בדלא טענו מדמי השור נמי כשראו שנתן בתורת פרעון איתרע שטרא ולא מצי טעין סטראי נינהו וכאן בדמי השור מצי טעין סטראי כשראו הפרעון ואין יודעים שהן דמי השור אלא ודאי פי׳ זה טעות וכך צריך לפרש זה דלהרמב״ם אפילו אין עדים כלל שנתן לו המעות בתורת פרעון אינו נאמן לומר סטראי נינהו במיגו דלא נתפרעתי כלום דהו״ל כמיגו במקום עדים דאנן סהדי כיון שהודה דמדמי השור נתחייב לו ומדמי השור נפרע ודאי על החוב שנתחייב לו מן השור

קיבל דמי השור והר״י הלוי סובר דכשאין עדים כלל נאמן במיגו אפילו בדמי השור ומ״ש בדברי הרמב״ם שפרעו מדמיו לאו דוקא וכן מ״ש הר״י הלוי שפרע לו דמי השור לאו דוקא ועוד נראה עיקר דלהרמב״ם ה״ק אפילו אין עליו עדים שפרעו מדמיו כלומר שלא היו העדים מעידים אלא שלקח הדמים מדמי השור שמכר לו אבל לא ידעו שקבלם בתורת פרעון נמי איתרע שטרא ואע״ג דבעלמא ס״ל להרמב״ם דלא איתרע שטרא אא״כ דיודעים דבתורת פרעון קבלם מידו כדלעיל כאן איתרע שטרא טפי אבל הר״י הלוי פירש דה״נ דוקא שיש עדים שכשקיבל דמי השור קבלם בתורת פרעון אבל אם אינן יודעים שקבלם בתורת פרעון אף ע״פ שראו שלקח הדמים מדמי השור לא איתרע שטרא והשתא הא דכתב הר״י הלוי דוקא שיש עדים שפרע לו דמי השור לדיוקא נקט דמי השור לאורויי דאם לא ידעו העדים שבתורת פרעון קבלם אף ע״פ שראו שלקח מדמי השור לא איתרע שטרא ולאפוקי מדעת הרמב״ם דאף בזו ס״ל איתרע שטרא אבל ודאי היכא דידעו העדים דבתורת פרעון קבלם איתרע שטרא בכל ענין אפילו לא ידעו דמדמי השור הם נ״ל ודוק: ומ״ש רבינו והכי מסתברא קשה טובא דהלא לעיל בסמוך כתב רבינו במסקנתו דהרא״ש הסכים לר״ת דאפילו לא ידעו דבתורת פרעון נתנם לו כיון דראו נתינת המעות איתרע שטרא וכאן כתב דמסתברא כהר״י הלוי דאפילו בדמי השור בעינן דיעידו שבתורת פרעון נתן לו ונראה דלא היתה כוונת רבינו אלא להוציא מדברי הרמב״ם דמחלק בין סתם סטראי דעלמא לסטראי דדמי השור דלפ״ז לר״ת והרא״ש נמי כיון דבעלמא נמי בראו נתינת המעות איתרע שטרא א״כ בסטראי דדמי השור איתרע שטרא אפילו ליכא עדים כלל דאף נתינת המעות לא ראו ולה״ק רבינו דמסתבר כדברי הר״י הלוי דאינו מחלק בין סטראי דעלמא לסטראי דדמי השור לפי שיטתו ובין בזו ובין בזו בעינן דמעידין דבתורת פרעון נתן לו והתם הוא דאיתרע שטרא הא לאו הכי לא איתרע שטרא וא״כ לשיטת ר״ת והרא״ש נמי דבנתינת המעות איתרע שטרא אין חילוק ג״כ דאף בסטראי דדמי השור בעינן דראו נתינת המעות אבל בלא ראו לא איתרע שטרא כמו בסטראי דעלמא ודוק:

סימן נט

א מלוה שהוציא שטר חוב מקויים וכו׳. כך היא מסקנת בעה״ת ומביאו ב״י וכ״כ הרשב״א בתשובה סי׳ אלף מ״א ובתשובה להרמב״ן סימן פ״ה ומביאו ב״י בסימן ע״ב במחודשין כ״א ואם שניהם טוענין איני יודע כתוב לקמן בסימן פ״ב וסימן ע״ה סעיף כ״ד: וכתב נ״י ע״ש הרמ״ה אם חזר ואמר עיינתי בחושבנאי גובה בו ומביאו ב״י כאן ובסוף סימן ס״ה:

סימן ס

א לוה שכתב למלוה וכו׳. כלומר אע״ג דבמה שקנ׳ כבר אית ביה דין קדימה מ״מ במה שקנה לאחר שלוה משנים יד המוקדם והמאוחר שוה בהם ויחלוקו:

ג ולפיכך לוקח שהשביח וכולי עד ושיקנה הכל פשוט סוף פ׳ מי שמת וע׳ לקמן בסי׳ קט״ו:

ד ואם שיעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי כתב א״א הרא״ש בתשובה וכו׳ עד דשטרי בכלל מטלטלי הן ומשתעבדי אגב מקרקעי כמו שאר מטלטלין. וא״ת הלא מסקנת הרא״ש בפרק הספינה כר״ח דאין שטרות נקנין אגב קרקע וכמ״ש רבינו בסימן ס״ו סעיף י״א י״ב. וי״ל דהרא״ש מחלק בין קנין לשיעבוד וכדאשכחן בדאקני דאע״ג דאין אדם קונה ומקנה דבר שלא בא לעולם אפילו הכי יכול לשעבד נכסים שעתיד לקנות ומועיל דנשתעבדו לזוכה וכיון דיכול לשעבד אפילו דבר שאינו עתה בידו כ״ש שיכול לשעבד השיעבוד שיש לו בשטר על נכסי לוה באגב בלא כתיבה ומסירה וכך מבואר להדיא בתשובת הרא״ש כלל ע״ה סימן ג׳ אך קשה דמשמע להדיא דאם לא כתב לו אגב אינו גובה מן השטרות שמכר או נתן דלא נשתעבדו בשיעבוד שיש לו על נכסי לוה וכדין שאר מטלטלין וא״כ יש לתמוה דכתב רבינו בסוף סימן פ״ה דמי שקנה ש״ח מראובן ובא הלוקח ש״ח זה וגבה קרקע מהלוה חוזר המלוה שהלוה לראובן בש״ח שהוא מוקדם למכירת ש״ח זה וגובה מן הלוקח הקרקע שגבה ואפילו לא כתב לו ראובן אגב ובע״כ דהיינו טעמא משום דראובן המוכר נשתעבד למלוה שלו אף בכל הנכסים שהם משועבדים לו וכיון שגבה הלוקח הש״ח מראובן קרקע מן הלוה של ראובן חוזר זה וגובה ממנו וליכא לפרש דהתם כתב לו דאקני שהרי להרא״ש אפילו לא כתב לו דאקני כמאן דכתב דמי וכדכתב רבינו לקמן בסימן קי״ב ונראה דמאי דכתב הרא״ש כאן דדוקא דכתב ליה אגב אינו אלא בסתם פרעון שהוא מן המטלטלין ולפיכך לא משתעבדי אלא מטעם אגב אבל כשגובה קרקע אפילו לא כתב לו אגב נמי גובה המלוה אותה קרקע שגבה הלוקח הש״ח מן הלוה וכדר״נ אמר רבה בר אבוה יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן ב״ח חוזר וגובה מהן דכמאן דגבו ליה בחיי דאבוהון דמי ומפרש בפרק כל שעה דהיינו טעמא דאמר ליה ב״ח דאבוהון כי היכי דמשתעבד ליה ההוא לוה לאבוכון ה״נ משתעבד לדידי מדרבי נתן וכו׳ וההוא שינויא דסמכא היא עי׳ פרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ״ה):

ט כתב הרמב״ם המחייב עצמו בדבר שאינו קצוב וכו׳. בפי״א מה׳ מכירה ואיכא למידק בלשונו שאמר שזו כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה חדא דמה בא להוציא במ״ש שזו כמו מתנה היא ועוד דקאמר ואין כאן דבר ידוע ומצוי לאיזה צורך כתב שתי הלשונות ונראה דלפי שקודם זה כתב הרב המחייב עצמו בממון לאחד בלא תנאי כלל אע״פ שלא היה חייב לו כלום ה״ז חייב וכו׳ וכיון דבלשון חיוב הוא ודאי חייב אפי׳ לא בא לעולם או בא לעולם ואינו מצוי אצלו כדכתב גם רבינו בסמוך לכן כתב הרב אח״כ המחייב עצמו בדבר שאינו קצוב כו׳ לאורויי דאף ע״פ דא״ל בלשון חיוב מ״מ כיון שאין כאן דבר ידוע חשבינן ליה כאילו הקנה לו בלשון מתנה וז״ש הרב שזו כמו מתנה ומאחר שאין כאן דבר ידוע הו״ל כאילו נתן לו דבר שאינו מצוי אצלו דלא קנה כדין מקנה דשלב״ל דכל שאינו ידוע קצבתו הו״ל כאילו אינו מצוי אצלו ואע״ג דהרמב״ם כתב בלשונו הריני חייב לזונך או לכסותך חמש שנים וכו׳ השמיט רבינו מנין השנים מלשונו וכתב סתם לאורויי דהחולקין עליו ומחייבים אותו אף במחייב עצמו בסתם ולא קצב כלל אף מנין השנים ה״ז כשאר חוב ולענין הלכה כיון דהראב״ד והרמב״ן והרשב״א חלקו על הרמב״ם וכן הסכים רבינו והר״ן נמי בסוף פ׳ י׳ יוחסין (דף תרנ״ו ע״א) כתב שהרב בתשובה נמי פסק כך שלא כדברי הרמב״ם ורצונו לומר במ״ש בסתם הרב הוא הרי״ף ואמר דכך מוכחא שמעתתא התם הכי נקטינן וכן פסק בש״ע וע״ל סוף סימן ר״ז: ומ״ש וכ״כ הרמב״ן ז״ל המחייב את עצמו וכו׳. נראה שדברי הרמב״ן הם עד ה״ז כשאר חוב: ומ״ש אח״כ לפיכך אם לא קנו מידו כו׳ הם דברי רבינו דאי אפשר שיהא האי לפיכך גם מדברי הרמב״ן שהרי ה״ה כתב ע״ש הרמב״ן דא״א להתחייב בלא שטר בדבר שאינו חייב בו כדכתב ב״י וכן מצאתי למהרש״ל ולא כמ״ש ב״י דהמחייב עצמו הוא מדברי רבינו דאין הלשון משמע הכי כלל: לפיכך אם לא קנו מידו ולא חייב עצמו בשטר גובה מב״ח כצ״ל: כתב הריטב״א ומביאו ב״י דאם התנה לזונו בסתם צריך לתת לו מעות ויזון את עצמו אם אין הניזון רוצה להיות ניזון על שולחנו ואם התנה עמו בפירוש לזונו על שולחנו ואינו רוצה הניזון להיות ניזון על שולחנו אינו חייב לו אלא לפי ברכת הבית אבל אם הוא רוצה להיות ניזון על שולחנו והעיכוב הוא מהמתחייב לזונו כגון שאינו רוצה לזונו חייב לתת לו כל דמי המזונות ע״כ. ונראה מדכתב כגון שאינו רוצה לזונו דלא איצטריך אלמא דלאו דוקא עכבה זו אלא ה״ה עכבה אחרת כגון זו דהעכוב הוא מבני ביתו דמחרחרי׳ עמו ריב ומדון ואצ״ל אם המתחייב עצמו מראה לו שנאה או מרגיל עמו קטטה דכל זה בכלל עכבה שהיא באה מהמתחייב וחייב לתת לו כל דמי מזונות ואף ע״פ שאומר בפיו שרוצה לזונו על שלחנו מ״מ לבו בל עמו וזה תלוי לפי ראות עיני הדיין וכן נראה מדברי הרב בהגהו׳ ש״ע שכתב בסתם דכשהעכוב מכח המתחייב חייב לתת לו כל דמי מזונו משמע כל צד עכוב שבעולם שהגיע מכח המתחייב: והמחייב את עצמו וכו׳ פי׳ הכל תלוי בלשון דאם הקנה בלשון מכר דכתב לו אני מוכר לך או אני נותן לך כך וכך לא קנה כיון שאין הדבר הנקנה בעולם או אינו מצוי אצלו אבל בלשון חיוב שזה אינו מקנה הדבר שלא בא לעולם אלא מחייב את עצמו להעמידה בידו וליתן לו כך וכך ל״מ כתב לו מודה אני לך וכו׳ דפשיטא שהוא חייב לו כדאשכחן בפרק מי שמת (דף קי״ט) דפריך אמאי ולודי איסור דהלין זוזי דרב מרי נינהו וליקנינהו באודיתא אדהכי נפק אודיתא מבי איסור כו׳: ודוקא בל׳ חיוב וכו׳ חזר וכתבו לאורויי דהנותן מתנה דהיינו דכתב לו בלשון אני נותן אפילו כתב לו שיעבוד וכו׳ אינו כלום כדאמרינן בפרק קמא דקידושין מנה אין כאן משכון אין כאן וגבי זבין אמתא פריטי אין כאן נסכא אין כאן ולאפוקי מי״א דמחלקים בין קידושין למתנה דבנותן מתנה והניח עליו משכון קנה דליתא עיין במרדכי פ״ק דקידושין דכתב דלאותן דאין מחלקים בין קידושין למתנה ולא קנה אפי׳ מי שפרע נמי ליכא:

יב ראובן הוציא שטר על שמעון וכו׳ והראב״ד כתב על זה וכו׳ וא״א הרא״ש כתב בריש פרק אעפ״י וכו׳ הב״י נתקשה לו דמשמע דס״ל לרבינו דהרא״ש חולק על תשובת הרי״ף וכו׳ עכ״ל. ולי נראה דכך היא ההצעה הראב״ד חולק על תשובת הרי״ף שכתב באומר נתתי דעל התובע להביא ראיה שהיו ברשותו בשעת קנין ועוד כתב דאם הזהובים הם מטבע שנושאים ונותנים בהם אין הקנין כלום דמטבע אין נקנה בחליפין והראב״ד סובר לחלק בין דכתב אני נותן לכותב נתתי דבאני נותן הוא הקנאה עכשיו שנותן לו בקנין זה התם ודאי בעינן שיהיו הזהובים מצויין אצלו בקנין וגם שלא יהיו נושאין ונותנים בהם ועל התובע להביא ראייה אבל באומר נתתי אין בודקין אחריו דאפי׳ היו הזהובים מטבע שאין נקנין בחליפין אנו אומרים שזיכה להן ע״י אחר ואין על התובע להביא ראיה דמעמידין השטר בחזקתו שהיו זהובים בידו והשיעבוד חל עליהם ולפי דמדברי הראב״ד מבואר דאם היו העדים מעידים שלא זזה ידם מתוך ידו ויודעים שלא הו״ל זהו׳ א״נ הו״ל זהו׳ אלא שלא זיכה אותם ע״י אחר הרי קנין זה אינו כלום שהרי הראב״ד לא מצא מקום להעמיד השטר בחזקתו אלא מטעם שזיכה אותן לו על ידי אחר על כן כתב רבינו דלהרא״ש בפרק אע״פ וכו׳ משמע דס״ל להרא״ש דבאומר נתתי נמי קנה אפילו לא זיכה לו ע״י אחר ואפי׳ לא הו״ל זהובים בידו דיש לנו להעמיד השטר בחזקתו ואין בודקים אחריו היאך נתן וכדברי הרא״ש אלא דהוסיף על דבריו ותלינן דמ״ש נתתי לפלוני כך וכך הך נתינה היתה בענין זה שהיה מתחייב עצמו בכך וכך זהובים דהחיוב והשעבוד הוא על גופו ואחר כך שיעבד לו הנכסים באלו הזהובים ואעפ״י שלא היו לו עתה נכסים הודאת ב״ד קכ׳ עדים דמי וג״כ בודקים היאך נתן ומעמידים השטר בחזקתו שנתן באופן המועיל ע״י שחייב את עצמו ואפילו לא היו לו זהובים נשתעבד והא ודאי דכל זה אינו אלא באומר נתתי אבל באומר אני נותן פשיטא דאף להרא״ש זו הקנאה היא שעכשיו מקנה לו בקנין זה ועל התובע להביא ראיה שהיו בידו ושלא היו נושאין ונותנין בהם שעל זה אין חולק

ולכך כתב רבינו בתחילה בסעיף י״א בסתם אבל הנותן מתנה דבר שאינו מצוי אצלו וכו׳ דלא קני ולא כתב דעת החולק על זה והיינו באומר בלשון אני נותן כדפי׳ לעיל ואח״כ הביא דעת הרי״ף והראב״ד והרא״ש באומר אני נתתי והב״י במ״כ לא ירד לחילוק זה וכתב מה שכתב אבל הדבר ברור כדפי׳ ועוד נראה ליישב בענין אחר דמ״ש הרא״ש שאדם יכול לשעבד עצמו להתחייב בדבר שאינו חייב עתה וכו׳ אין ר״ל שמשעבד עצמו בלשון חייב דהחיוב הוא על גופו דהא פשיטא היא ואין בזו מחלוקת אלא ר״ל שיכול אדם להתחייב ע״י שיעבוד שהוא משתעבד בכך וכך להעמיד בידו לזמן כך וכך ואעפ״י שאינו אומר בלשון חיוב אלא כגון ע״י אודיתא וז״ש אע״פ שאין לו עתה נכסים כמו שנוהגין לשעבד בכתובה גדולה וכו׳ ואין זה אלא לפי שהודה לו בהם והודאת בע״ד כק׳ עדים דמי והלכך באומר נתתי נמי קנה מטעם זה כיון דהודאה הוא ואפי׳ לא הוו ליה זהובים אלא דלפי זה משמע דאפילו באומר אני נותן נמי קנה וכן נראה מתשובתו הביאו ב״י וז״ל התשובה סוף כלל ל״ו דאם כותבין אני נותן לפ׳ כך וכך מעות אגב קרקע קנה אפי׳ לא היה לו המטבע באותה שעה הרי הודה שהיה לו והודאת בע״ד כק׳ עדים דמי עכ״ל. מיהו מדברי רבינו שכתב תחילה בסתם דבאומר אני נותן דלא קנה אלמא דדחה דברי הרא״ש בתשובה זו כיון שלא כתב כך בפסקיו אלא ודאי דבאומר אני נותן לא קנה אבל באומר אני נתתי קנה דאין בודקים אחריו ואפילו לא הו״ל זהובים כלל או מטעם הראשון או מטעם השני דפרישית ודו״ק:

טז ראובן הלוה לשמעון מנה וכו׳ זכה במשכונא ולא אמרינן כיון דמלוה להוצאה ניתנה לא קנה הקרקע וכו׳ כלומר לא תימא כיון דכתב בשטר דהקנין הוא מחמת שלויתי וכו׳ והוא לא לוה עכשיו אלא כבר לוה ובשעת הקנין אין המעות בעין ואפילו היו בעין אינן חשובין בעין כדלקמן בסימן ר״ד והטעם הוא משום דמלוה להוצאה ניתנה וא״כ לא זכה במשכונא בהיתר מחמת ההלואה ולא מיבעיא דלא קנה גוף הקרקע למשכון אלא אף לא נשתעבד בחובו לאכול פירות דלא חשוב החוב אלא מלוה ע״פ ואינו רשאי לאכול הפירות משום איסור ריבית הא ליתא דודאי נשתעבד לו בחובו לאכול פירותיה בהיתר דבשביל הודאה שהודה שלוה ממנו נשתעבד לו הקרקע להחזיק בו ולאכול פירות עד שיפרע מחובו ואע״ג דגוף הקרקע ודאי לא קנה למשכון בשביל הודאת מלוה שהרי גוף הקרקע אינה ניקנית בהודאת מלוה כדאיתא בפ׳ האיש מקדש ושוין במכר שזה קנאו ואי מלוה להוצאה ניתנה במה קנאו וכיון דמנה אין כאן דלא יהיב ליה השתא מידי משכון אין כאן דלא קנה גוף הקרקע למשכון מכח הודאת מלוה אפ״ה מצד הודאת מלוה נשתעבדה לו הקרקע בחובו לאכול מפירותיו עד שיפרע לו חובו. אבל קשה למה לא קנה גוף הקרקע למשכון בקנין. וי״ל דכיון שהוא מפרש דהקנין הוא מחמת החוב שלוה כבר אם כן לא אלים כקנין סתמא דעלמא שקונה בו גוף הקרקע משא״כ הכא דלא קנה ורבינו נמשך בפסק זה אחר בעה״ת בשער ס״ד סימן ג׳ וכמ״ש בסוף דבריו וז״ל ועוד שאין לנו לדקדק אם קנה המשכונא אם לאו שהרי מ״מ שעבוד חובו הוא קיים ואין קנין המשכונא מועיל אלא לאכילת פירות בלבד עכ״ל והב״י האריך בפירוש דברי רבינו וכתב לפרש דמ״ש ואין קנין המשכונא וכו׳ הוי כמו ועוד שאין קנין המשכונא וכו׳ ולא נהירא דפשוט הוא דאין כאן חדא ועוד אלא כולה חדא הוא כדפי׳ ודוק היטיב:

יז ראובן הוציא שטר שכתוב שלוה שמעון מלוי וכו׳ ואינו חב לאחרים בהודאתו משמע אבל אם היה חב לאחרים לא היה נאמן בהודאתו ולא מצינן למימר נהימניה במגו דאי הוה בעי הוה מחיל ליה דאף למחול אינו יכול כיון דמחייב לאחרים ולא נמצאו לו נכסים להגבות לב״ח אלא מזה השטר וזכה בו ב״ח מן התורה ואף על גב שאין השטר בידו אלא ביד ראובן אין לחוש כיון דנשתעבד לו מן התורה אבל במוכר ש״ח נאמן בהודאתו לחוב לאחרים במגו דאי בעי מחיל וכבר הארכתי בזה למעלה בסימן מ״ו בס״ד ע״ש:

יח ראובן הלוה מעותיו ללוי וכו׳ כך למד בעה״ת מהא דת״ר בהגוזל קמא הלוקח שדה לשם חבירו וכו׳ ועיין לקמן במ״ש רבינו בסי׳ קפ״ד בדין לוקח שדה וכו׳:

כ כתב הרמב״ם האומר לחבירו שטר שבידך יש לי זכות בו וכו׳ כתב ב״י דלעיל בסימן י״ו כתב רבינו שהרא״ש חולק בדבר עכ״ל אבל אפשר דאין הרא״ש חולק אלא מפרש דעת הגאונים שלא אמרו כופין להראות שטרו אלא כשיאמר בפני ב״ד דברים שיש להן אמתלא ועיין במ״ש לשם בדין זה גם בדין הטפסת השטר בס״ד: כתב בש״ע דהכותב נתתי לפלוני ק׳ זהובי׳ ואח״כ טוען שלא היו הזהובים מצוין אצלו בשעת קנין על התובע להביא ראייה ובסימן קי״ב כתב בדין נותן נכסיו מהיום ולאחר מיתה ולא נודע אם היו לו הנכסים בשעה שנתן מתנה זו די״א דעל המקבל מתנה להביא ראייה וי״א דהכל בחזקת מקבל מתנה ולא הכריע ובסוף סימן ר״נ פסק דהכל למקבל מתנה וצ״ע דהפסקים סותרות זו את זו ועל הרב בעל הגה״ה לא קשיא דכאן כתב דלסברת הרי״ף וקצת רבוואתא הוא דס״ל באומר נתתי דעל התובע להביא ראיה אבל רבים חולקי׳ וכו׳ גילה דעתו דבאומר נתתי זכה המקבל מתנה כדעת רבים החולקים ובסי׳ קי״ב בנותן מעכשיו ולאחר מיתה הכריע הרב דהכל בחזקת יורשים ועל המקבל מתנה להביא ראייה דכיון דאומר אני נותן צריך שיהא נודע דהיו הנכסים ברשותו בשעת נתינה וכיון דאיכא ספק והיורש ודאי מוחזק והמקבל מתנה ספק ועוד יד בעל השטר על התחתונה עליו לברר שהיו הנכסים האלו לנותן בשעת המתנה וכך הכריע רבינו לשם בסימן קי״ב ודלא כמו שהורו הגאונים בזה דאם לא נודע שקנה נכסים אחר

כך הכל בחזקת מקבל מתנה דליתא אבל בסוף סימן ר״ן לא כתב הרב בהגהתו אלא וע״ל סימן ס׳ ס״ז עכ״ל ונראה שלא בא אלא להעיר אוזן בלמודים שדברי הרב ב״י בש״ע שכתב בסוף סי׳ ר״ן הם סותרים למה שכתב כאן בסימן ס׳ דכאן פסק כסברת הרי״ף דאין מחלק בין נתתי לאני נותן ועל התובע להביא ראיה ולשם פסק כדעת הרשב״א משמן של הגאונים שהביא רבינו בסימן קי״ב דהכל בחזקת מקבל מתנה אף באני נותן והא דכתב הרשב״א הטעם דכאן נמצאו כאן היו לא כתב כך אלא להורות דאין אומרים דהוי בחזקת מקבל מתנה אא״כ דלא נודע דקנה נכסים אחר כך התם הוא דאמרינן כאן היו מעולם אבל היכא דנודע דקנה נכסים אח״כ ליכא למימר כאן היו מעולם ועל המקבל מתנה להביא ראייה ובזה התיישב דלא קשה למה לא פירש הרשב״א דדוקא בלא נודע שקנה נכסים אחר כך אמרו הגאונים דהכל למקבל מתנה כמ״ש רבינו להדיא בסי׳ קי״ב משמן של גאונים אלא וודאי דבמ״ש בטעם הדבר כאן נמצאו כאן היו הודיע זה כדפי׳ ונסמך הרב בהגהתו על מה שכבר כתב בסימן קי״ב דהעיקר הוא דעל המקבל מתנה להביא ראייה וכמו שפסק הרי״ף בתשובה שהביא רבינו כאן אלא דבמה שהשוה הרי״ף מדותיו ושאין חילוק בין אני נותן לנתתי הכריע הרב כדעת רבינו החולקים דבאומר נתתי זכה המקבל מתנה וא״צ להביא ראייה אבל באומר אני נותן על המקבל להביא ראייה כדעת הרי״ף ודלא כדעת הגאונים. וזו היא דעת הרב בהגהתו והכי נקיטינן דבאומר נתתי זכה המקבל מתנה וא״צ להביא ראייה בין שהנותן קיים ובין שהוא מת אבל באומר אני נותן על המקבל מתנה להביא ראיה בין שבא להוציא מן הנותן דזה וזה טוען ברי ובין שבא להוציא מן היורשים דזה וזה טוען שמא ואין חילוק גם כן בין נותן קרקע לנותן מטלטלין או זהובים הכל אחד ודלא כמהרו״ך שמחלק בחילוקים אלו אבל דברי ב״י בש״ע אי אפשר ליישב ואין ספק דתקפה עליו משנתו דכאן פסק כסברת הרי״ף ודעת הי״א שהביא רבינו בסימן קי״ב החולקים על הגאונים ובסוף סימן ר״ן פסק כסברת הרשב״א משמן של גאונים והפסקים סותרים זה את זה:

סימן סא

א ששאלת וכו׳ נראה מתשובתו דהתקנה לא היתה אלא מחששא דזיוף ולכך תקנו דסופרי העיר יכתבו השטרות ויהיו גם המה עדים דהעמידום הקהל לנאמנים או אפילו שאר עדים המיוחדים בעיר לנאמנים אבל שטרי מחילה ושטרי הודאה והלואה בכתיבת יד הלוה או אפילו אינו כתב ידו אלא שחתם שמו למטה מן השטר על זה לא היתה תקנה שיהא בכתיבת יד הסופר דמאי נ״מ בכתיבה:

ג וששאלת שטר שכתוב בו כו׳ הריב״ש בסימן ר״י חולק ואומר דאין העדים החתומים על הזכירה עושין מלוה בשטר ונראה דמספק אין יכול לטרוף מן הלקוחות:

ד ומ״ש על המקום אין קפידא ע״ל סימן מ״ב. על המטבע הפחות כו׳ ע״ל סוף סימן מ״ג:

ה וששאלת אשה וכו׳. אע״ג דבפרק קמא דב״ק (דף ט״ו) אמתניתין דהנשים בכלל הנזק ילפינן מקרא דואלה המשפטים אשר תשים לפניהם השוה הכתוב אשה לאיש לכל דינין שבתורה מ״מ נסתפק השואל בתקנת הגאונים אי נתקנה גם על האשה ואפילו את״ל דנתקנה גם על האשה דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון מ״מ במסרבת איכא ספק במאי כפינן לאשה וע״ל בסימן צ״ו הארכתי בדינים השייכים לזה בס״ד. והא דמשמע מתשובה זו דאע״ג דיש לו קרקע משבעינן ליה דלית ליה מטלטלי היינו דוקא דנשתעבד בשטר ובקנין לפרעו במעות מזומנים במטלטלים אבל בסתם אין משביעין את הלוה שאין לו במטלטלין כיון שיוכל לפרעו בקרקע כדלקמן בסימן צ״ט:

ו ששאלת שטר יש לראובן וכו׳ לגבות ההוצאה לא הייתי פוסק לגבותה וכו׳. נראה ההוצאות שהוציא מקמי שנעשה סרבן א״נ ההוצאות על הכפל שהוא קנס הני וודאי אסמכתא הוו אבל ההוצאות שהוציא עליו לאחר שנעשה סרבן אין שם דין אסמכתא ע״ל סוף סימן י״ד ולקמן בסימן ע״א סעיף כ״ב וע״ל בסעיף כ״ב וע״ל בסי׳ נ״ד דין ב״ד חשוב ובמ״ש לשם:

ז ומ״ש ודלא כאסמכתא הב״י פי׳ דכשנעשה בבית דין חשוב אז הוי דלא כאסמכתא וכך הוא כתוב בכלל ס״ח דין י״ב דלא כאסמכתא בלא וי״ו ע״ש אבל אין לפרש שצריך לכתוב בשטר דלא כאסמכתא דלא אשכחן הכי בתלמודא אלא לקמן בסימן קי״ג וה״ט משום דדמיא לאסמכתא ואעפ״כ אי הוי בקנין לא בעינן שיכתוב כך בשטר וע״ל בסימן ק״ו דאם לא ימצא ללוה בביתו ויש לו כאן נכסים ובית דין שולחים אחריו צריך לשלם אותה הוצאה ע״ש וכך מצאתי למהרש״ל: כתב הרשב״א על א׳ שכתב לחבירו שאם לא יפרענו לזמן פלוני קיבל עליו ליתן לו כל הוצאה והפסד שיבא לו ויעשה מחמת חוב זה ותובע המלוה שהיתה לו סחורה מזומנת לקנות שהיה בה ריוח ובשביל שלא פרעו הפסיד אותו ריוח ורוצה שיפרענו לו והשיב שאינו חייב עכ״ל וכתב מהר״מ איסרלס ז״ל ובודאי טעמו של הרשב״א משום דהוי אסמכתא כל זמן שלא הקנה לו בב״ד חשוב וכדמשמע מדברי הרא״ש וצ״ע דהרי אין אסמכתא אלא בדבר קנס שמשלם לו מה שאינו חייב לו אבל כאן שמפסידו לא הוי אסמכתא ודמיא להא דתנן אם אוביר ולא אעביד

אשלם במיטבא דחייב לשלם וע״ל בסימן ר״ז עכ״ל ולפעד״נ דלא דמיא הך אם אוביר ולא אעביד כו׳ להך דהיתה לו סחורה מזומנת לקנות דבאוביר ולא אעביד ההפסד מזומן אבל מניעת הריוח בסחורה איתא בירושלמי הביאוהו הפוסקים המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומות וגרע מגרמא בניזקין דפטור ותו דמי ערב בדבר שהיה ודאי ריוח דילמא אף היה מגיע הפסד. וז״ל הש״ע שטר שכתוב בו שיכול כל המוציאו לגבות בו בלא הרשאה אם אין מנהג בעיר שלא לגבות בו בלא הרשאה תנאו קיים וכו׳. וקשה דבדברי הרא״ש לא כתוב אלא היכא דכתוב בשטר כל המוציא גובה בו תלוי במנהג אבל אם מפורש בו בלא הרשאה משמע דגובין בו בכל המקומות וי״ל דהרב ב״י מפרש דברי הרא״ש דה״ק דבטולטיל׳ נהגו כך דכשכתוב בו כל המוציאו בלחוד צריך הרשאה אם לא שכתוב מפורש בו אף בלא הרשאה דאז נהגו לשם להגבות בלא הרשאה אבל ודאי אם היה איזה עיר שנהגו דצריך הרשאה לעולם אפילו כתב מפורש בלא הרשאה פשיטא הוא דהולכים אחר המנהג ולכך כתב הרב בסתם שלא לחלק בין כתוב כל המוציאו בלחוד ובין כתוב ג״כ בפירוש בלא הרשאה אלא דכי כתוב כל המוציאו יכול לגבות בו בלא הרשאה אם אין מנהג בעיר וכו׳ ולפע״ד הדבר פשוט ומהר״ו כהן לא ירד לכך והניח הדבר בצ״ע:

ט ששאלת מלוה שירד מעצמו לנכסי לוה וכולי משמע דלפי שנהגו בעיר שלא להוריד מעצמו אע״פ שכתוב כך בפירוש בשטר כתב הרא״ש בטעמו של דבר משו׳ דיש לפרש כגון דגברא אלמא הוא אבל אם אין מנהג בעיר מדינא יכול לירד מעצמו כיון דהתנה עמו בכך כל תנאי שבממון קיים וקשה דהיאך יועיל תנאי לעבור על ד״ת לכן נ״ל דס״ל להרא״ש דאפילו לא היה מנהג נמי אסור לירד מעצמו ויש לפרש דהתנאי לא היה אלא לחוש לגברא אלמא אלא שהחזיק את דבריו מן המנהג שהרי כבר נהגו דאף על פי שכותבין כך בשטרות אין המלוה יורד מעצמו וכו׳ כך מבואר מלשונו ז״ל המעיין בגוף התשובה כלל פ״ח סימן י״ג ודלא כמהר״ו כהן שכתב בהיפך וע״ל בסימן כ״ו ולקמן בסימן ק״כ:

טו וששאלת ראובן שאל משמעון וכו׳ אלא לוי נתן לי משכון וכולי פירוש שנתן לוי חפץ לצורך שמעון כדי שישכין אצל אחר וילוה עליו מעות ושם לו החפץ במנה שאם יאבד או יתקלקל יתחייב לו מנה ושאל ממנו לעשות עלי שטר בשמך וכו׳:

טז שאלה ילמדנו רבינו וכו׳ עד ואולי נתפשר עמו כלומר וכ״ת אכתי יבא האחד שהוא קיים ויכחישנו ולא יעיז פניו כנגדו על זה אמר כי גם על זה אין לסמוך כי אפשר שזה התובע התפשר עמו דחיישינן לקנוניא ולכך ישתוק:

יח שאלה ראובן הוציא שטר שזה נוסחו וכו׳. ולא כתבו העידנו על עצמו כמו שרגילים לכתוב בשטרות ולא הודה בפנינו וכו׳ כך צריך להגיה וכך הוא בתשובת האשיר״י בתחלה כתב שזה נוסחו ביאור מה שהודה במעמדינו וכו׳. וכאן כתב ולא הודה בפנינו: כתב בית יוסף ע״ש הרשב״א על שטר פקדון שחייבו ב״ד את הנפקדים וכו׳ עד וא״כ חזר למקומו מגו דנאנסו וכו׳. נראה דס״ל דאף על גב שהם שני נפקדים נאמנים במגו ואינו דומה שותפים לשני עדים דאינן נאמנים במגו וכמ״ש מהרא״י בתרומת הדשן סימן של״ה ודלא כתשובת הרא״ש לקמן בסימן ע״ב סעיף ל״ג ועיין במ״ש לשם בס״ד: עוד כתב ב״י ע״ש הרשב״א ראובן נתחייב לשמעון מנה בשטר אבל אין חתום בו אלא ע״א וכו׳ וכיון שכן אילו הכחיש את העד שבכת׳ ואמר להד״ם היה מתחייב שבועה וכולי תימה הלא הוחזק כפרן ע״פ ב׳ עדים דעד השני שזוכר העדות בעל פה כמו שטען האפוטרופוס מצטרף עם העד שבכתב וי״ל דאע״ג שכך טען האפוטרופוס דעד השני זוכה העדות לא הביאו לפני בית דין והתשובה כולה סובבת על שאין שם אלא ע״א שבשטר:

סימן סב

א אשה הנושאת והנותנת וכו׳ וכן אחד מן האחין וכו׳ פלוגתא דרב ושמואל ובריית׳א פרק חזקת (בבא בתרא בדף נ״ב) תניא בה כרב בזה הלשון אחד מן האחין וכו׳ וכן האשה וכו׳. וכ״כ הרמב״ם בפ״ט מה׳ נחלות ורבינו שינה הלשון וכתב תחלה אשה הנושאת והנותנת ואח״כ וכן אחד מן האחין וכו׳ ואין זה בלי טעם הגון ותו דבגמרא קאמר מאי וכן מה״ד אשה כיון דשביחא לה מילתא דאמרי קא טרחא קמי יתמי לא גזלה מיתמי קמ״ל. ופירש רשב״ם דהכא דקתני וכן בלא זו אף זו קתני ואם כן לשון רבינו דנקט איפכא הוי בזו ואצ״ל זו. ובהגוזל בתרא (דף קי״ד) אמשנה וכן נחיל של דבורים קאמר תלמודא להדיא דהאי וכן בלא זו אף זו קתני לה. ואפשר דרבינו ס״ל כיון דלפי האמת דקאמר קמ״ל ה״פ קא משמע לן דמהאי טעמא דטרחא קמי יתמי גזלה טפי מיתמי דאתיא לאורויי היתירא וכדאמר בפ׳ השולח וכמו שפי׳ התוס׳ בפ׳ חזקת השתא מאי דקתני בברייתא וכן האשה הוי בזו ואצ״ל זו ולכך שינה רבינו ונקט איפכא משום דלהך סברא דלפי האמת הו״ל אשה והדר אחין בלא זו אף זו. ולפי זה הא דנקט רבינו אשה בכל אשה קאמר ל״ש בעלה חי ל״ש אלמנה וזהו שכתב סתם אשה אבל הרמב״ם פי׳ דבריו דתחלה כתב אשה הנושאת וכו׳ ואח״כ כתב וכן אלמנה והוי לא זו אף זו ל״מ בעלה חי דטרחא לנפשה אלא אפי׳ אלמנה דטרחא קמי יתמי מה״ד כיון דשביחא לה מילתא וכו׳: וכתב הרמ״ה דה״ה אם נמצאו לה מטלטלין

וכו׳ נראה דלפי דאיכא למימר דלא אמרו עליה להביא ראיה אלא במוחזקת בשטרות שהן יוצאין על שמה דוקא שאין תפיסתן מחוורת כנגד הממון כיון שאינה מוחזקת בממון עצמו אלא בשטרות אבל אם יש מטלטלין בידה וטוענת שלי הן מירושה נפלו לי או מציאה מצאתי או מתנה ניתנה לי נאמנת שהרי היא מוחזקת ממש בממון זה שתחת ידה וכמ״ש כך בספר בעה״ת שער מ״ט סימן י״ו ע״ש וע״כ כתב הרמ״ה דליתא אלא ה״ה במטלטלין ואיכא למידק דא״כ למה כתב רבינו בסימן קע״ט דבר הידוע שהיא משל השותפות אין לאחד חזקה בו על חבירו וכו׳ אפילו אינו ידוע שהוא משל שותפות נמי להרמ״ה אינו יכול לטעון דשלו הוא אלא בראיה בעדים. וי״ל דבסימן קע״ט מדבר בשותפין החלוקים בעיסתן הלכך באינו ידוע שהוא משל שותפים יכול לטעון דשלו הוא ואעפ״כ בשותפין בעיסקא כתב הראב״ד לשם דאם טען המוחזק תרי תילתא דידי פלגי להו בשוה דכיון דידעי סהדי דההיא עסקא זבני תרווייהו אעפ״י דחלוקים בעיסתן מ״מ הך עיסקא דידוע לתרווייהו עליו להביא ראיה דתרי תילתא דידיה כיון דלית ליה מגו. אבל דברי הרמ״ה כאן איירי באינן חלוקים בשום דבר אפי׳ בעיסתן:

ב וכן אחד מן האחין וכו׳ שנפלו לי מבית אבי אמי וכו׳ גבי אשה כתב רבינו בסתם והיא אומרת שלי הן ולא צריך לפרש דפשיטא דאפשר דירשה מאביה שלא הו״ל בנים אבל בא׳ מן האחין דנושא ונותן בתוך הבית בממון שירשו מאביהם דקשה היאך טוען שלי הם הלא כל מה שבידו ירושה מאביהם ויש לכל האחין חלק בהם ולפיכך צ״ל דאומר דנפלו לי מבית אבי אמי שלא היו אחין אלא מן האב ולא מן האם: ואם מת והניח יתומים אז צריכין האחין להביא ראיה ה״א בגמרא אמר שמואל מודה לי רב שאם מת על האחים להביא ראיה. וה״ט דטענינן להו ליתמי ירושה נפלה לו מבית אבי אמו או מציאה מצא וכו׳ ואע״ג דאבוהון לא מצי טעין הכי בלא ראיה אנן טענינן ליתמי דכיון דהשטרות יוצאין על שמו מוכחא מילתא דשלו הן אלא דבחייו אמרינן אי איתא דנפלה לו מבית אבי אמו היו לו עדים בדבר. אבל ביתמי דליכא למימר הכי סמכינן אמאי דיוצאין על שמו כ״כ התוס׳ בפ׳ ח״ה. והא דכתב רבינו דין זה גבי אחד מן האחין לאו דוקא דה״ה באשה אם מתה על יורשי הבעל להביא ראיה והא דאמר שמואל דין זה גבי אחד מן האחין היינו משום דפלוגתייהו דרב ושמואל לא הוי אלא באחד מן האחין אבל לבתר דחזינן לר״נ דאייתי מתניתא בידיה דתניא בה כרב ותני בה נמי וכן האשה וכו׳ השתא ודאי אין לחלק בין אחד מן האחין לאשה בשום דבר דבאשה נמי אם מתה על יורשי הבעל להביא ראיה וכן פסק הרשב״א כדאיתא בתשובותיו סי׳ תתע״ט ואע״פ דכל הפוסקים כתבו דין זה דאם מת גבי אחד מן האחים נמשכו אחר לשון התלמוד אבל ודאי דה״ה גבי אשה כך הדין כדפי׳ ופשוט הוא:

ג וכתב הרמב״ם דוקא באחין וכו׳ לכאורה משמע דקאי על מ״ש תחלה בשטרות שכתובים ע״ש א׳ מן האחין וקשה דא״כ מהו זה שאמר אבל אחר שטען שנתנו לו או קנאו מבעליו וכו׳ דלמה יהא חילוק בין אחד מן האחין או אחד מן השותפין דכיון דידוע שהם שותפים כל השטרות שהן כתובים על א׳ מהם הוא בחזקת שניהם כיון שאינן חלוקים בעיסתן. ותו קשה הא דקאמר שנתנו לו או שקנאו מבעליו דאי בכתובים על שמו מה צורך לומר שנתנו לו זה השטר או שקנאו מבעליו. וגם אין לשון זה מתוקן כלל דהא ודאי בכתובים על שמו איכא טענה טובה שהוא מממון מיוחד שהיה שלו ולמה לי נתינת השטר או קנייתו מבעליו ועוד מי הוא בעליו של שטר הלא הוא כתוב על שם המוציאו ולכך נראה ברור דלא קאי אשטרות שכתובים על שם המוציאו אלא קאי אשטרות שהם כתובים על שם אביהם דבשטרות אלו אין לו טענה אא״כ שנתנו לו אביו או קנאו ממנו וצריך להביא ראיה שכדבריו כן הוא וכתב הרמב״ם ז״ל על זה דוקא באחין דשמטי מהדדי אינו נאמן עד דאיכא בידו שטר דהקנה לו אביו שטר זה בכתיבה ומסירה אבל אחר אפילו אין בידו כתיבה נאמן לומר דהו״ל כתיבה ונאבד ממנו וכמ״ש רבינו לקמן בסימן ס״ו סעיף י״א י״ב ע״ש הרמב״ם וע״ז השיב הראב״ד דאפילו אחר אינו נאמן וכן פר״י דאינו נאמן עד שיהא בידו שטר כתיבה וכדכתב לשם רבינו בשם ר״י ושכך היא דעת הרא״ש והשתא לפי זה צריך להגיה ספרי רבינו וכמו שכתוב בספרי הרמב״ם וכך צ״ל (אחד מן האחין שש״ח יוצא מתחת ידו עליו להביא ראיה שאביו נתנה לו בכתיבה ומסירה או שצוה לו בו כשהיה שכ״מ ואם לו הביא ראיה ה״ה לאמצע וכתב הרמב״ם דוקא באחין וכו׳) וכך קבלתי בשם מהרש״ל: כתב ה״ר ירוחם נ״ל ח״א דמהך עובדא דאריסיה דבר זיזא שהביא האלפסי ס״פ הכונס למדינן דהני בני בית שהם נושאין ונותנין בשל בע״ה אם הפקידו שום דבר אצל אחרים או יש להם שום דבר הכל בחזקת שלו אפילו אינן אמודין אם לא בדבר שהוא ידוע שהוא משל בע״ה בבירור עכ״ל ומביאו ב״י סוף סימן רצ״ו. ונראה ברור דהיינו דוקא בידוע שיש לו משלו שום דבר דאיכא למימר דמעיסתו קמץ וכן הך דאריסיה דבר זיזא דקאמר רבי חייא דאית בר נש דלא מפרסמא נפשיה היינו שהיה האריס אוכל מעיסתו עם בני ביתו על שולחנו אבל הני משרתים נערים ובני ביתו של בעה״ב שנושאים ונותנים בשל בעל הבית וידוע שאין להם דבר משלהם כלום דגם מסובין על שולחנו של בעה״ב פשיטא דלא עדיפי מאחד מן האחים או אחד מן השותפין בדאינן חלוקים בשום דבר אפי׳ בעיסתן דהכל הוא מן השותפות בין שטרות שכתובין על שמו בין מטלטלין שתחת ידו אפילו הו״ל מגו אין נאמן לומר דשלו הוא בלא ראיה כיון דאינן חלוקים בעיסתן. אבל הרב בהגהת ש״ע כתב וז״ל וכל זה באשה או באחין אבל בן בית וכו׳ בחזקה שהוא שלו וכו׳ ושרי ליה מאריה דמשמע דס״ל דבן בית שאינו חלוק בעיסתו עדיף משותפין או מאחין מאחר שאין לו חלק בממון עצמו אלא נוטל שכר שירותו ואין לזה שום סברא

וטעם ותו דלמה כתב הרמב״ם לחלק בין אחד מן האחים לאיש אחר היכא דהשטרות כתובים על שם אביהם הלא אף בשכתובים על שמו או במטלטלין שהם תחת ידו יש לחלק בין אחד מן האחין לאיש אחר אלא ודאי דאין חילוק כלל בין אחין ושותפין או בן בית אלא דלענין זה יש חילוק דשטר הכתוב על שם אביהן אין אחד מן האחין נאמן לומר שטר כתיבה היה לי ואבד דאחין שמטי מהדדי והילכך צריך ראיה דהו״ל שטר כתיבה אבל אחר נאמן להרמב״ם דהו״ל שטר כתיבה ואבד. הנלפע״ד כתבתי דין אמת וצדק ודו״ק: עוד כתב הרב בהגהת ש״ע וז״ל אשה שכתבה לאחרים שמה שתחת ידיה הוא של אחרים אם ידוע שהיה לה ממון שאינו של בעל נאמנת ואין הבעל יכול לומר שהוא שלו עכ״ל והיא תשובת הרשב״א הביאו בית יוסף בא״ע סוף סימן פ״ו בארופה ולעיל בסוף סימן נ״ו פסק הרב ב״י כתשובת הרא״ש ריש כלל ס״ח דאשה הנושאת ונותנת בתוך הבית ואפוטרופוס הממונה על נכסי בעה״ב ונשאר בידם ממון של אחרים ויודעים של מי הוא ומת הבעל חייבין להחזיר לכ״א מהם שלו ואם לא החזירו ובאו לב״ד מהימני במגו עכ״ל וקשה דא״כ למה כתב כאן דידוע שהיה לה ממון כו׳ אפילו לא היה ידוע לה ממון נמי נאמנת מטעם מגו ונראה דפשיטא הוא דכל אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית אע״פ שיש לה מגו דהיתה נותנת לאחרים אינה נאמנת לומר דשל אחרים הוא כי היכי דאינה נאמנת לומר שלי הוא אע״פ שיש לה מגו וכדכתב רבינו להדיא באבן עזר סי׳ פ״ו והוא מדברי הרא״ש בפ׳ חזקת וע״כ כתב הרשב״א דאינה נאמנת במה שכתבה לאחרים שהממון שתחת ידיה הוא שלה אע״פ שהיה לה מגו בשעה שהודית בכתבה לאחרים דאי בעיא היתה אז מחזרת לכל אחד את שלו אפ״ה לא היתה נאמנת אא״כ שהיה ידוע שהיה לה ממון שאינו של בעל התם הוא דאין הבעל יכול לומר שהוא שלו אפילו טוען ברי ואין חילוק בין לא מתה האשה או מתה דס״ס נאמנת במ״ש לאחרים כיון שהיה ידוע שהיה לה אז ממון שאינו של בעל כמפורש בתשובת הרשב״א לשם. ומ״ש הרא״ש בתשובה דנאמנת במגו אפילו לא היה ידוע שהיה לה ממון שאינו של בעל התם מת הבעל והיורשים אינן טוענין ברי והאשה יודעת של מי הם הילכך חייבין להחזיר כל אחד את שלו וכו׳ וע״ל סוף סימן רנ״ה בב״י ודלא כמ״ש מהר״ו כהן ודו״ק:

סימן סג

א עדים שהעידו וכו׳ עד או אפילו על שמעון ואינם מזה הסכום הרי הם בחזקתן. הטעם פי׳ הרא״ש בפ׳ אלו נערות דתלינן שמא מנה היה אצלו בע״פ וירא שמא יכפור עכ״ל פי׳ הילכך לא איתרע אלא האי שטרא מזה הסכום על שמעון אבל לא שאר שטרותיו שעל שמעון שלא מזה הסכום או אפילו מזה הסכום על אחרים לא איתרע שום אחד מן השטרות כלל ונראה דאם הוציא ב׳ שטרות על שמעון וכל אחד הוא מזה הסכום אין לפסול אלא אחד מהם ומספק אינו טורף מלקוחות אלא מאותו שזמנו מאוחר: ומ״ש ואם לא הזכירו העדים כו׳ כל שטרותיו איתרעו ולא מגבינן בהו. נראה מלשון זה דלא מיבעיא דאם אין לו אלא שטר אחד על כל לוה ולוה דפשיטא דלא מצי גבי כלל אפילו את״ל דלא זייף אלא חד שטרא משום דכל אחד מצי טעין דידי הוא מזוייף אלא אפילו יש לו ב׳ או ג׳ שטרות על לוה אחד אפ״ה לא מצי גבי כלל דחשוד הוא מן הסתם לזייף כל שטרותיו וז״ל הרא״ש אבל אם העדים לא הזכירו שם הלוה וסכום המעות בהא מסתבר קצת שחשוד לזייף כל שטרותיו ותלינן שזייף שטרא ולא ידעינן הי ניהו עכ״ל ואיכא לתמוה דממ״ש תחילה שחשוד לזייף כל שטרותיו אלמא דאפילו הוציא ב׳ וג׳ שטרות על לוה אחד כולם בחזקת מזוייפים הם וממ״ש ותלינן שזייף שטרא ולא ידעינן הי ניהו משמע דוקא בהוציא על כל לוה ולוה שטר אחד הוא דאין גובין אבל הוציא ב׳ וג׳ על לוה אחד אין חוששין לזיופא אלא באחד בלחוד וצריך לומר דמ״ש הרא״ש ותלינן הוי כאילו אמר או תלינן והרא״ש היה מסופק בזה מי נימא שחשוד לזייף כל שטרות או תלינן דזייף חד שטרא ולא ידעינן הי ניהו וכך הבין רבינו ולכך כתב דבספיקא דממונא הוי קולא לנתבע וכל שטרותיו איתרעו. וכל זה בדטעין הלוה מזוייף הילכך אפילו הוא מקויים דהיינו שבאו עדי השטר והעידו שזו היא חתימתן ואצ״ל כשבאו עדים אחרים והכירו חתימתן בטביעת עין דאין גובין בו דחיישינן דילמא טרף וזייף עד שגם עדי השטר סבורים שזו היא חתימתן ואין גובין אלא עד שיבואו העדים עצמן ויעידו שהם זכורים שכתבו זה השטר וחתמוהו: ומ״ש והרמ״ה כתב אפילו אם עדי השטר מעידין שזו היא כתיבתן וחתימתן אינו מועיל וכו׳ כ״כ במקצת ספרים וכך היא נוסחת ב״י ואין ספק דט״ס הוא דאם מעידים שהם כתבוהו וחתמוהו תו ליכא למיחש למידי ועדיף טפי משמעידים שראו ההלואה ואין מעידין על חתימתן דאיכא למיחש שמא הלוהו ע״פ וטרח וזייף לעשות מלוה בשטר ותו דמאי קאמר דחיישינן שמא זייף עד שהן בעצמן סבורים שהיא חתימתן והלא מעידין שזו היא כתיבתן וחתימתן א״כ מעידים על כתיבת השטר ושחתמוהו ותו ליכא למיחש לזיופא אלא ודאי הרמ״ה לא קאמר אלא היכא דאין מעידין אלא על חתימתן בלבד וכצ״ל אפילו אם עדי השטר מעידין שזו היא חתימתן וכך הוא בדפוסים המדוייקים. ואע״פ שכבר כתב רבינו אפילו הוא מקויים עד שיעידו שהם כתבוהו וחתמוהו דאלמא דאפילו כשיעידו עדי השטר עצמן על חתימתן אינו מועיל דחיישינן שמא זייף עד שהן בעצמן סבורים שהיא חתימתן כדפי׳ בסמוך וא״כ מאי חידש רבינו בדברי הרמ״ה הלא הוא בעצמו כ״כ ועוד מאי והרמ״ה כתב דמשמע דחולק אמ״ש תחילה ונראה דלא הביא רבינו דברי הרמ״ה אלא משום סוף דבריו עד סוף הסימן חדא דבגמרא לא קאמר אלא האי שטרא לא מגבינן ביה ואפשר שיובן דמקרעינן ליה והרמ״ה פי׳ דר״ל דלא

מגבינן ביה ולא מקרעינן ליה ועוד חידש הרמ״ה דכשעדי השטר מעידין שראו ההלואה אע״פ שלא העידו על חתימתן אלא אחרים מכירין את חתימתן נמי גובים בו ולא חיישינן דילמא הלוהו ע״פ וזה זייף את השטר עד שאנו סבורין שזו היא חתימת העדים אי נמי בדאיכא עדים אחרים שמעידין שראו שעדי השטר חתמו על זה השטר אע״פ שעדי השטר עצמן אינן לפנינו תו לא חיישינן לזיופא ולא בעינן דוקא שיעידו עדי השטר שכתבוהו לזה השטר וחתמוהו כדמשמע לסברא הראשונה ועוד חידש הרמ״ה דלא משהינן ליה בידיה אלא מוקמינן ליה ביד שליש וכו׳ דאע״ג דנתקיים ע״י עדי השטר עצמן דמעידין על חתימתן אפ״ה לא משהינן ליה בידיה ואצ״ל כשלא נתקיים אלא ע״י אחרים שהכירו חתימתן של עדי השטר אבל מדברי ב״י נראה דהבין דהאי ומיהו הוא מלשון רבינו לא משמע הכי גם הלשון מורה דהם דברי הרמ״ה שהוא על הרוב בלשון התלמוד: האי שטרא ריעא דלא מגבינן ביה נראה דהיינו דוקא כשלא ראהו בידו מקמי אותו הזמן שהיה מחזר על זיופו דהשתא ודאי אע״ג דזמן כתיבת השטר שהוא מוציא הוא קודם הזמן שהיה מחזר על זיופו אינו מועיל דחיישינן שמא זייף עכשיו וכתב הזמן מוקדם אבל אם הוציא השטר וראהו בידו קודם אותו הזמן שהיה מחזר על הזיוף אין השטר נפסל למפרע שהרי באותו הזמן היה בחזקת כשרות וע״ל בסימן ל״ד סעיף י״ד וסעיף מ״ב ובסימן מ״ג סעיף י״ח ובסימן מ״ו סעיף כ״ב. ויש להקשות דהלא הרמב״ם בסוף הל׳ עדות כתב דהאי שטרא ריעא אע״פ שנתקיים השטר בחותמיו אין גובין בו לעולם ויראה לי שאם באו עדי השטר והעידו הן בעצמן על כתב ידן גובין בו עכ״ל ומשמע דמירי כשאין זוכרין ההלואה אלא מעידין שזה כתב ידן ואע״ג דלהרמב״ם בפ״ח מהלכות עדות אפילו לא הוי שטרא ריעא אין השטר נתקיים כיון שאין זוכרין ההלואה היינו דוקא בשאין כתב ידם יוצא ממ״א אבל כשכ״י יוצא ממ״א נתקיים השטר ובשטרא ריעא אפילו כתב ידם יוצא ממ״א או שהיו עדים מעידים שזו כתב ידם לא נתקיים השטר עד שיעידו הן בעצמן על כתב ידן וא״כ למה פסק רבינו דאפילו כשהעידו עדי השטר עצמן על חתימתן אין גובין בו דלא כהרמב״ם ותו דלהרמ״ה כשאחרים מעידין על עדי השטר שראו שחתמו מגבינן ביה וכשעדי השטר בעצמן מעידים דזו היא חתימתן אין גובין בו ולהרמב״ם הסברא הפוכה כשאחרים מעידין שזה כתב ידן אפילו מעידין שבפניהם חתמו אין גובין בו וכשעדי השטר מעידין על כתב ידן גובין בו ואפשר ליישב דלא בא הרמב״ם אלא לאורויי דאפילו כשעדי השטר מעידין על כתב ידן נמי גובין בו ואצ״ל כשאחרים מעידין עליהם שראו שחתמו דפשיטא דגובין בו ולא אתא אלא להוציא דכשאחרים מעידים שמכירין חתימתן דלא נתקיים בזה. ועל הקושיא הראשונה איכא לתרץ דרבינו היה לו ספק בדברי הרמב״ם דילמא לא קאמר דכשמעידין הן עצמן על כתיבת ידן דגובין בו אלא דוקא כשזוכרים ההלואה ואיצטריך לאשמועינן דאף על גב דאין מעידין שחתמו לא חיישינן דילמא זייף עד שהן סבורין שהיא חתימתן ולא ליהוי אלא מלוה ע״פ קמ״ל כיון דזוכרים ההלואה ושזה כתב ידן הרי רגלים לדבר שהשטר כשר ואף על פי שאין זוכרים אם כתבו וכ״כ בכסף משנה דיש לפרש כך בדברי הרמב״ם ולכך תפס רבינו עיקר דברי הרמ״ה דכשזוכרים ההלואה אפילו אחרים מעידין על כ״י גובין בו ואם אינן זוכרים ההלואה אפילו הן בעצמן מעידין על כ״י אין גובין בו והיינו אפילו על ידי צירוף אחד מן השוק דהשטר כשר בעלמא אפילו אין כתב ידן יוצא ממקום אחר מכל מקום הכא בשטרא ריעא אין גובין בו וע״ל סוף סימן מ״ו נתבאר מחלוקת הרמב״ם ורבינו בדבר זה: ומ״ש אבל אם עדי השטר מעידין שראו ההלואה. כבר כתבתי דה״פ אף על פי שלא העידו על חתימתן אלא דאחרים העידו דמכירין חתימתן ועדי השטר מעידין שראו ההלואה לא חיישינן דילמא הלוהו על פה וזה זייף את השטר וכו׳ וכך פירש ב״י ועוד נראה דה״פ דעדי השטר המעידין על חתימתן ראו גם כן ההלואה ולא קשה הא פשיטא דגובין בו די״ל סד״א כיון דאינן מעידין שכתבו זה השטר וחתמוהו חיישינן שמא השטר שהוא מוציא עכשיו הוא מזוייף ואחר שיגבה בשטר זיוף יחזיר ויוציא בבית דין אחר שטר הכשר ויחזור ויגבה קמ״ל דלא חיישינן לה:

ב ומיהו לא משהינן ליה בידיה וכו׳. ע״ל בסימן נ״ה סעיף ג׳ דל״ק מ״ש הכא דמוקמינן ליה ביד שליש ומ״ש התם דלא מוקמינן ליה ביד שליש אלא מוקמינן ליה בידיה ואי תפס לא מפקינן מיניה:

סימן סד

א מי שהפקידו בידו שטרות ומת המפקיד וכולי. בפ׳ הכותב ההיא איתתא דאפקידו גבה מלוגא דשטרא וכו׳ הביאו ב״י: ומ״ש דאילו לגבותם לא היה מועיל תפיסה בלא כתיבה וכו׳ כ״כ הרי״ף והרא״ש לשם ואע״ג דלקמן כתב רבינו בסימן ס״ו סי״א י״ב דלהרמב״ם גובה בש״ח שבידו בלא כתיבה וכן לעיל בסימן ס״ב היינו דוקא בטוען שהו״ל כתיבה ואבד ויגבה בהם אם ירצה הלוה לפרעו אבל הכא דלא הו״ל כתיבה מעולם לא יועיל לו תפיסה לגבותם: ומ״ש אם יש עדים שתבעם ממנו מחיים. ה״א בגמרא וקשה דהא גבי שאר מטלטלין איתא התם דאדרבה היורש צריך להביא ראיה דלאחר מיתה תפסם ואי לא נאמן התופס דמחיים תפסם וכ״כ רבינו לקמן בסימן ק״ז סי״א וי״ל דהיינו דוקא היכא דמצי טעין לקוח הוא בידי דנאמן במגו כדאיתא התם להדיא בגמרא בעובדא דההוא בקרא אבל הכא גבי שטרות דליכא מגו דהא לא מצי טעין לקוח הוא בידי כיון דלא הו״ל כתיבה הילכך על הנפקד להביא ראיה דמחיים תפסן וכ״כ הרא״ש לשם ואזיל לטעמיה דאינו נאמן לומר שטר כתיבה הו״ל ואבד כדלקמן סימן ס״ו סי״ב אבל

מפירוש רש״י משמע דבשטרות אפילו הו״ל מגו דלקוח נמי על הנפקד להביא ראיה דכיון דהיו פקדון בידו והרי הן כמונחין ברשותיה דמפקיד על הנפקד להביא ראיה שתבעם ממנו מחיים ולא רצה להחזירם וכי אמרינן תפיסה מחיים כגון שראהו קרוב למות ותפס מטלטלין לשם חובו ולא היו פקדון בידו עכ״ל רש״י ומדברי הרמב״ם פי״א ממלוה נראה דמחלק דדוקא במטלטלין שהן גופן ממון נאמן בתפיסתו לומר דמחיים תפסן במגו דלקוח אבל שטרות שאינו טוען לקנות גופם אלא לראיה שבהן אינו נאמן לומר דמחיים תפסן בלא ראיה אפילו אית ליה מגו דלקוח: ומ״ש ומיירי שיש עדים שהפקידם בידו וכו׳. משמע דכי היכי דכשאין עדים שהפקידם בידו והיה טוען להד״ם לא היה נשבע אלא היסת ה״נ באין עדים שראו עתה בידו וטען נאנסו נמי אינו נשבע אלא היסת ואף על פי דנפקד במטלטלין בדטעין נאנסו שבועת שומרים היא וש״ד בעינן מכל מקום בשטרות אפילו טעין נאנסו לא מתחייב שבועת שומרים דאימעטו שטרות מלישבע עליהן כדלקמן בסימן צ״ה וסימן ש״א והלכך עכשיו נמי דטען מחיים תפסתי נאמן בשבועת היסת במגו דלהד״ם או נאנסו אבל העיקר נ״ל דאף על גב דבטענת להד״ם או נאנסו אינו נשבע אלא היסת הכא דטעין למשכון תפסתי בשביל חובי נשבע כעין דאורייתא וכדעת הרמב״ם לקמן בסימן ע״ב סי״א שהוא העיקר ע״ש. מיהו צ״ע דשמא דוקא היכא שידוע שהוא חייב לו כגון בשטר אבל בלא שטר אלא דנאמן שהוא תופסן בשביל חובו במגו דלהד״ם או נאנסו אז נשבע היסת שכך וכך חייב לו וכולל בשבועתו דמחיים תפסן ולא אמרינן איפכא דנשבע כעין דאורייתא דמחיים תפסן ויכלול בשבועתו כמה חייב לו שהרי אם אינו חייב לו צריך להחזיר לו הפקדון אם כן שבועה זו קודמת וכ״כ ב״י לקמן בסימן ק״ז סי״א אלא דקשיא לי הלא בסימן ע״ב כתב רבינו דכשחייב שתי שבועות חייב לישבע החמורה ומגלגל עליו השנייה וה״נ אפילו שטר בידו כיון דשבועת המשנה הוא דחייב לו דאין נפרעין מנכסי יתומים אלא בשבועה א״כ כעין דאורייתא הוא וכולל בשבועתו דמחיים תפסן ואין ספק דכך הוא האמת ומ״ש הרמב״ם בפי״א דישבע המלוה שכך וכך חייב לו שבועה כעין דאורייתא קאמר ואיכא למידק דמשמע פשוטה של שמועה דאם יש עדים שתבעם מחיים ולא רצה להחזיר לו דמועיל תפיסתו ונשבע כמה חייב לו וכן משמע מדברי הרא״ש בפסקיו שכתב בסתם דהויא תפיסה אם יש עדים שתבעם מחיים וכו׳ ועוד מפורש כך בתשובה כלל ק״ה סימן ח׳ ומביאו רבינו בסימן ס״ה ס״ז וז״ל ואם יטענו היורשים על שטר שמוציאים ברשות אביהם וכו׳ וכן משמע מדברי הרמב״ם שכתב בפי״א ממלוה בסתם ישבע המלוה שכך וכך הוא חייב לו ותימה דא״כ מ״ש מהמלוה על המשכון דמלוה אומר סלע ולוה אומר שקל דאם אין לו מגו דלקוח ולהד״ם ונאנסו והחזרתיו לך דנשבע הלוה שלא הלוהו אלא שקל ופורע לו ונוטל משכונו כדכתב רבינו גופיה בסימן ע״ב סעיף י״ג ונראה דשאני הכא דמת המפקיד והיורש טוען שמא הילכך אם יש עדים שתבעם מחיים ולא רצה להחזירם לו מועיל לו תפיסתו במאי דטעין בברי דכך וכך חייב לו אף על גב דלית ליה מגו אבל בסימן ע״ב הלוה חי וטוען ברי שלא הלוהו אלא שקל הילכך אם אין למלוה מגו כיון דגוף המשכון של לוה הוא נשבע הלוה ונוטל משכונו והא דתשובת הרא״ש ודברי רבינו בסימן ס״ה דהיורש מצי טעין דאביהן הלוה עליו וכו׳ כי היכי דאביהן הוה מצי טעין הלויתי לך עליו היינו דוקא היכא דאיכא מגו אי נמי אפילו ליכא מגו נמי מצי טעין בברי כנגד היורש דטעין שמא ובא להוציא כך נראה לפרש דברי רבינו והרא״ש מיהו בתשובת הרשב״א [הביאו] ב״י כאן מבואר דאפילו כנגד היורש דטעין שמא ובא להוציא אפ״ה אין התופס בשטר נאמן דתופס למשכון בשביל חוב שהיה לו על אביהם אפילו יש עדים שתבעם מחיים וכו׳ אם אין לו מגו אא״כ דתפיס שטרא א״נ מלוה ידוע בעדים בגו זימניה וכבר אפשר לפרש דברי הרא״ש בפסקיו ודברי רבינו כאן נמי דאיירי בדליכא מגו ואפילו הכי נאמן התופס דאין זה אלא דוקא בדתפיס שטרא וכו׳ ותשובת הרא״ש ורבינו בסימן ס״ה דמיירי בדלא תפיס שטרא אלא בא בטענת מלוה ישנה לשם מיירי בדאיכא מגו ודברי הרמב״ם נמי אפשר לפרש על שני דרכים או בטענת מלוה ישנה בדלא תפיס שטרא ובדאית ליה מגו או בדלית ליה מגו אלא דתפיס שטרא ומ״ש דישבע המלוה דכך וכך הוא חייב לו אינו אלא משום דאפילו תפיס שטרא אין נפרעין מנכסי יתומים אלא בשבועה וכ״נ עיקר דאין לנו לפרש דפליגי כיון דאין מפורש בדבריהם דפליגי אבל הרב בהגהת ש״ע הבין דפליגי ולא נהירא. והא דכתב רבינו נמי וכל זה לדינא דגמרא וכו׳ היינו נמי דידוע דחייב לו כגון דתפיס שטרא דאל״כ לא מצי גבי בדלא תפיס מחיים כיון שאין לו מגו: ומ״ש רבינו דאל״כ היה נאמן במגו דנאנסו או להד״ם. איכא למידק דאמאי לא נקט במגו דהחזרתיו לך ואע״ג דלא אמרינן מגו דמעיז לשאינו מעיז היינו למיפטריה משבועה כי ההיא דרבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע יהא נאמן במגו דכופר הכל וקאמר דאין זה מגו דאין אדם מעיז לכפור הכל אבל בשבועה אמרינן מגו דמעיז לשאינו מעיז כדמוכח בעובדא דהנהו עיזי דאכלי חושלא בנהרדעא דנאמן לטעון עד כדי דמיהן במגו דלקוחים הן בידי ואע״ג דבטענה זו איכא העזה והשתא ליכא העזה אפ״ה מהימן בשבועה וכ״כ הריב״ש בסימן שצ״ב וא״כ כאן דא״א להאמינו בלא שבועה נמי אית ליה מגו דהחזרתיו לך וכך הוא להדיא באשר״י וצריך לומר דרבינו חדא מהני נקט במגו דנאנסו וה״ה במגו דהחזרתיו לך:

סימן סה

א המוצא שטר אצלו וכו׳. משנה סוף פ״ק דמציעא וע״פ פי׳ רש״י ומירי בסתם שטר שאין בו קנין ואם היה יודע דהלוה הפקידו אלא שאינו יודע אם כבר לוה בו ופרעו או צוה לסופר לכתוב וליתן לידו ללוות בו ועדיין לא לוה היה מחזירו ללוה ולהכי פירש רש״י דאינו יודע אם המלוה הפקידו או הלוה וכו׳ אבל לעיל בסימן נ״ו ס״י דמיירי בשטר שיש בו קנין כתב רבינו דאפילו יודע דהלוה הפקידו בידו בסתם ומת המפקיד ג״כ לא יתנוהו לא לזה ולא לזה ע״ש ואצ״ל אם המלוה הפקידו בידו בסתם דלא יתנוהו לא לזה ולא לזה אפי׳ בשטר שאין בו קנין. והא דלא כתב רבינו כאן דאף ביודע שהמלוה הפקידו איכא למימר דאינו יודע אם פרוע מקצתו אם לאו די״ל שזה הוי בכלל מ״ש או אם הפקידוהו בידו בתורת שלישות וכו׳ דכבר אפשר דהמלוה לבדו הפקידהו בידו ומקצתו פרוע ולא נשאר חייב אלא דבר מועט:

ב ואם שטר משכונא היא וכו׳. כ״כ הרא״ש בתשובה כלל ק״ה סימן ז׳ והענין דבשטר כתוב דקרקע פ׳ ממושכנת לפלוני בסך כך וכך ואיכא למימר שמא הלוה פרע הכל ולא נשאר לו חייב כי אם דבר מועט דהשתא לא יכול לטעון לקוח הוא בידי אפילו החזיק בה ג׳ שנים כיון דידוע ע״י השטר דמוכיח דבתורת משכונא ירד לתוכה כדמוכח בעובדא דרבה בר שרשום ר״פ ח״ה (דף ל״ב) וגם לא לומר ממושכנת הוא בסך כך וכך כמ״ש בשטר דהורע כח המשכונא כיון שנמצא ביד שליש שמא נפרע וכו׳:

ג ואם טעה זה שמצא השטר וכו׳ לא יפה עשה וכו׳. כלומר אע״ג דודאי אינו חייב לשלם מדינא דגרמי דאינו אלא גרמא בניזקין דפטור כדכתב הרשב״א בתשובה סימן אלף נ״ב מ״מ לא יפה עשה מתרי טעמי חדא שעבר על ד״ח דאע״פ שזה יחזיר לו השטר מ״מ כבר עבר עבירה ועוד שאם היה זה וכו׳ ומ״ש ואם היה וכו׳ הוא כאילו אמר ועוד אם היה זה שהשטר בידו מכחישו היה יכול לגבות בו ופשיטא דאינו גובה אלא בש״ד דהכחיש העד:

ד וכן יורשי הנפקד וכו׳. כ״כ הרא״ש ספ״ק דמציעא (סוף דף קל״א) ונראה דאתא לאורויי דלא תימא דביורשי הנפקד ודאי הש״ח פרוע הוא ויחזירו ללוה דאי איתא דאינו פרוע כולו או מקצתו היה מצוה לבניו כך וכך עדיין נ״ח פלוני ע״ז השטר ומדלא ציוה ודאי בטל הוא השטר לגמרי קמ״ל דלא והיינו דקאמר וכן דפי׳ בלא זו אף זו: ומ״ש לא יחזירו שום שטר וכו׳. היינו לומר דבין ש״ח ובין שובר דלא תימא בשובר נמי ודאי בטל הוא דאם היה בו ממש היה מצוה לבניו ומדלא ציוה ודאי בטל הוא ויחזירנו למלוה קמ״ל דלא וכן כתב הרא״ש וז״ל וכן יורשי הנפקד לא יחזירו שובר או שטר שמצאו ברשות אביהם והרשב״א בתשובה סימן אלף ל״ה כתב הסברא איפכא וכתב עוד על שם התוספתא דה״ה שטרי מקח וממכר ואריסות וקבלנות כהמה וכולי ע״ש:

ה ומ״ש וכתב א״א הרא״ש ראיתי מפרשים וכו׳. עד יעשו כמאמרם כ״כ בפסקיו לשם:

ו ומ״ש פי׳ אם יתפשרו ביניהם וכו׳. האי פי׳ אינו מדברי הרא״ש בפסקיו ולא מדברי רבינו אלא הגהה היא לקוחה מדברי הרא״ש בתשובה כלל ק״ה סי׳ ח׳ שמפרש לשם הדין בין המלוה והלוה ושיכול הלוה להשביע למלוה אע״פ שיש בו נאמנות דכיון שהשטר יוצא מתחת יד אחר אין הנאמנות מועיל כלום וכל זה דוקא כשמתחילה טען מלוה אני הפקדתיו ולוה טוען אני הפקדתיו הילכך כל זמן שלא נתפשרו יהא מונח אבל אם מתחילה היה הלוה מודה שהוא של מלוה מחזירין למלוה דלא חיישינן לקנוניא אלא בשטר שנפל וכו׳ ולפע״ד הנכון דהוא מהופך למעלה הסימן כשכתב המוצא שטר אצלו וכו׳ צריך להיות יהא מונח עד שיבוא אליהו או עד שיתפשרו פי׳ אם יתפשרו ביניהם וכו׳ דהשתא ניחא טפי סוף הלשון שאמר לפיכך כל זמן שלא נתפשרו יהא מונח וכאן כתב מהר״ו כהן דין חדש דלהרא״ש אפילו לוה מודה למלוה לא יחזיר בלא שבועה וליתא:

ז ואם יטענו היורשים על שטר וכו׳. דין זה כתבו הרא״ש בתשובה כלל ק״ה סימן ח׳ דגם במי שמוצא שטר אצלו וטוען שהלוה עליו וכו׳ טענתו טענה ורבינו כתב זה ביורשים לחלק גבייהו דאם לא טענו היורשים אנן לא טענינן להו משום דמילתא דלא שכיחא הוא להלוות מעות על שטרות שאינו יכול לגבותם בלא כתיבה ומילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי אע״ג דבעלמא טענינן ליתמי כל מה דמצי אבוהון למיטען ה״מ במילתא דשכיחא וכדלקמן בסימן ק״ח סעיף ז׳ גבי שטר כיס היוצא על היתומים וע׳ במ״ש בסוף סימן הקודם דהא דמצי טעין שהלוה עליו מעות אינו אלא היכא דאית ליה מגו דלהד״ם או נאנסו או החזרתיו לך: כתב הרשב״א בתשובה בסימן אלף ל״ה שטר של ראובן שמצא בנו אצלו ואינו יודע מה טיבו הוי כאילו נמצא אצל אביו וכיון שהאב יודע מה טיבו גובה בו האב וה״ה שטר של בן שמצא אביו אצלו ומביאו ב״י והרב בהגהות ש״ע: עוד כתב שם דיורש שמצא שטרות בין שטרי אביו אפילו את״ל יהא מונח אם המלוה בעצמו לקחו קודם שבא ליד אחר לא אמרינן ביה יהא מונח ואפילו בשלקחו מבית היורש קודם שיבוא ליד היורש שאע״פ שהוא ביד היורש כל שלא בא לידו של אחר ה״ז כמי שנפל לו שטר בחצר חבירו ומצאו קודם שיבוא ליד אחר שאין חוששין לו דלא איתרע שטרא אלא כשנולד בו ספק ביד אחר עכ״ל והרב ב״י פסק כך בש״ע ונראה דרצונו לומר דכשהיורש מוציא השטר שמצא בין שטרי

אביו ליד אחר כגון שהביאו לפני ב״ד או ליד אחר התם הוא דיהא מונח דדין שטר זה כדין שטר שנפל ומצאו אחר בשוק אבל אם הוא עדיין ביד היורש והמלוה לקחו מידו הו״ל כמו שנפל לו שטר בחצר חבירו ומצא קודם שבא ליד אחר וכו׳ כדכתב בסוף דבריו דזה קאי אהיכא שהמלוה לקחו מיד היורש והטעם לפי שהמלוה מצאו במקום שהניחו דיד היורש כיד אביו הוא והרי המלוה הניחו ביד אביו ומצאו שם ולכן כתב ואפילו בשלקחו מבית היורש וכו׳ דהוה אמינא דלא הוי כאילו מצאו במקום שהניח שהמלוה הניחו ביד אביו והוא לקח מביתו אפ״ה חשוב כאילו לקחו מיד היורש וה״ז כאילו מצאו במקום שהניח משא״כ כשהיורש מוציאו מידו ליד אחר דנולד הספק ביד אחר דהתם ודאי אפילו לקחו המלוה מיד האחר לא הוי כאילו מצאו במקום שהניחו ומהרו״ך כתב בזה דברים שלא במשפט ושארי ליה מאריה:

ח המוציא ש״ח אפילו אין בו אחריות וכו׳. משנה ספ״ק דמציעא וכת״ק ולא כר״מ: וכתב בעה״ת ואפילו אמר הלוה וכו׳. פי׳ כשאין הלוה מודה דאי בלוה מודה בלאו הך טעמא לא יחזיר דחיישינן לפרעון ולקנוניא: ואע״פ שאין בו אחריות וכו׳. כלומר הא דחיישינן לפרעון ולקנוניא אפילו החייב מודה ואפילו אין בו אחריות טעמו משום דקיי״ל אחריות ט״ס הוא ולפיכך נמשך דאם פירש בהדיא וכו׳ דתו ליכא קנוניא או שיש ללוה בני חורין וכו׳ דאפילו הו״ל קנוניא לא מצי טריף מלקוחות כיון דאיכא בני חרי. וקשה דאכתי ניחוש לקנוניא כדי שאם יבוא ב״ח אחר שהלוה חייב לו שזמנו מאוחר לשטר זה ומאוחר ללקוחות ויבוא לגבות מבני חרי יוציא זה שטרו שהוא מוקדם וכמו דחיישינן גבי שטר מתנה בסמוך סי״ו. וכתב מהרש״ל דמ״ש יחזיר לאו דוקא שמחזירין לו ממש אלא ר״ל שגובים בו וכותבין לו טירפא או כותבין לו שטר אחר מהיום וקורעין שטר הראשון שאם יבוא הב״ח השני אזי יכול לחזור ולגבות ממנו ומ״ש תחילה לא יחזיר היינו לומר שלא יטרוף בו וכה״ג מסיק תלמודא בפ״ק דב״מ גבי שטר מתנה דלקמן עכ״ל. ואין זה מחוור כלל דא״כ אפילו אין ללוה בני חורין יכתבו לו שטר אחר מהיום ומי ימחה ללוה מלהתחייב בכמה שטרות בכל יום או לכתוב לו טירפא מהיום ואין בזה שום הפסד ללקוחות שקדמו ומ״ש דכה״ג מסיק תלמודא גבי שטר מתנה לא מסיק תלמודא הכי אלא אמאי דקתני לא יחזיר במתנת בריא או במתנת שכ״מ ובבריא והיינו דא״ל כתוב ליה שטר אחד מהשתא אבל הא דתנן יחזיר אין משמעותו כלל אלא שמחזירין השטר ממש ויטרוף מזמן הכתוב בו. וי״מ דלא חיישינן שיבוא להבריח מב״ח אחר דא״כ יהיה לוה רשע ולא ישלם וגם זה איננו נכון דלא אמרינן הכי אא״כ כשאינו מרויח בשקרותו כדלעיל סימן ל״ז אבל כשמרויח בשקרותו חיישינן לקנוניא ואע״ג דיהיה לוה רשע ולא ישלם וכדלעיל בסימן מ״ז דאפילו הוא מפסיד גם לעצמו אינו נאמן דחיישינן לקנוניא ואע״ג דיהיה לוה רשע ולא ישלם ע״ש. ועוד דעכ״פ קשה ליחוש לפרעון ולקנוניא שמא יש עליו עוד ב״ח שהוא חייב לו קודם שלקחו ממנו הלקוחות והא׳ יגבה מבני חורין והא׳ יגבה מן הלקוחות שהרי הוא יודע כמה יש לו וא״כ מפסידין ללקוחות שלא כדין. ולפע״ד נראה דלא חיישינן כלל לב״ח אחרים שאינן ידועין לנו דהלקוחות אינהו הוא דאפסידו אנפשייהו שלא חקרו אחר זה וכן ב״ח אחר המאוחר ללקוחות אפסיד אנפשיה שלא חשש לב״ח המוקדם ממנו ומ״ש רבינו בסימן ל״ז דחיישינן לקנוניא אינו אלא לגבי נגזל וכן לעיל בסימן מ״ז הוי כמו נגזל דלא עלה על דעתו שיאמר שטר פרוע הוא וליכא למימר בהו איהו הוא דאפסיד אנפשיה ודוק: ומ״ש וכן אם נמצא ביום שנכתב וחייב מודה יחזיר. ספ״ק דמציעא א״ר אסי אמר ר׳ יוחנן המוצא ש״ח בשוק וכתוב בו הנפק וכתוב בו זמנו בו ביום יחזירו לבעלים אי משום כתב ללוות ולא לוה הא כתוב בו הנפק אי משום פרעון לפריעה בת יומא לא חיישינן רב כהנא אמר הא דא״ר יוחנן יחזיר לבעלים כשחייב מודה אבל אי לא מודה חיישינן לפריעה בת יומא א״ה מאי למימרא מה״ד האי מיפרע פריעה והאי דקאמר לא פרעתיה משום דקא בעי למיהדר למיזפי ביה זימנא אחריתא ולפשיטי דספרא חייש קמ״ל דא״כ מלוה גופיה לא שביק סבר שמעי בי רבנן ומפסדי ליה פי׳ רב אסי הוא דקמפרש לדר׳ יוחנן כשאין חייב מודה ואפ״ה לא חיישינן לפריעה בת יומא ורב כהנא מפרש לדר׳ יוחנן דוקא בדחייב מודה אבל באין חייב מודה חיישינן לפריעה בת יומא והרי״ף והרא״ש והרמב״ם סוף הלכות גזילה פסקו להך דר׳ יוחנן וכדרב כהנא. והרב המגיד לשם על שם הרשב״א כתב דלרב כהנא כשחייב מודה אפילו אין בו הנפק יחזיר ולדבריו ליתא לדר׳ אסי דאמר משמיה דר׳ יוחנן דכתוב בו הנפק וכן היא דעת התוספות דלרב כהנא בדחייב מודה לא צריך הנפק ור׳ יוחנן דנקט הנפק משום דיוקא נקטיה דאי אין כתוב בו בו ביום אפי׳ כתוב בו הנפק דודאי לוה לא יחזיר דחיישינן לקנוניא או לפשיטי דספרא עכ״ל. ורבינו דלא כתב והוא מקויים נראה לכאורה דלא ס״ל דבעינן מקויים אלא תופס שיטת הרשב״א והתוס׳ דלא צריך הנפק אלא דקשה דהו״ל לבאר ולכתוב בפי׳ אפילו אינו מקויים. ותו דלעיל דכתב המוצא שטר חוב אפילו אין בו אחריות ולוה מודה לא יחזיר כו׳ הוה ליה לפרש ג״כ אפילו הוא מקויים. ומיהו אפשר לומר דרבינו נקט בסתמא לאורויי דברישא לעולם לא יחזיר אפילו מקויים ובסיפא לעולם יחזיר אפי׳ אינו מקויים. ויש מפרשים דרבינו ס״ל דהא דמצריך הנפק היינו משום דלא ס״ל עדיו בחתומיו זכין לו אבל לר״י דפסק כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו אפילו כתב ללות ולא לוה מ״מ אם הגיע השטר אח״כ ליד המלוה זכה בו למפרע משעה שנכתב דעדיו בחתומיו זכין לו. ולי נראה דאפילו לאביי דוקא בשכתב ללוות ולא לוה והשטר הוא ביד העדים או ביד הלוה התם הוא דאמרינן דכשהגיע ליד המלוה זכה בו למפרע מטעם דעדיו בחתומיו זכין לו אבל שטר הנמצא בשוק תלינן דכתב ללות ולא לוה ולפיכך זרקו לשוק ונמחל שעבודו והוה ליה כחספא בעלמא וכשחזר ונמלך ללות עליו אפי׳ לאביי ליכא למימר הכא עדיו בחותמיו זכין לו

למפרע ולקמן בסעיף י״ו י״ז נאריך בזה בס״ד. אבל לפע״ד העיקר דרבינו סתם דבריו משום דס״ל דסמם שטר ודאי פירושו מקויים דכל שאינו מקויים חספא בעלמא הוא כדכתב בתחילת סימן מ״ו ולפי זה רבינו נמי סבירא ליה כהרי״ף והרא״ש והרמב״ם נ״ל. והב״י כתב וז״ל והרא״ש כתב וה״מ בשחייב מודה ולא כתב בדר׳ יוחנן שכתוב בו הנפק ואחריו נמשך רבינו ז״ל עכ״ל ותימה שהרי בכל ספרי האשיר״י כתוב בדר׳ יוחנן הנפק כדכתוב באלפסי ע״ש: ומ״ש בשם הרמ״ה כ״כ הר״י בנ״ב ח״ב וז״ל ודקדקו המפרשים אם מצא שטר תוך זמנו לא יחזיר דאפילו לפריעה בת יומא חיישינן כ״ש לפרוע תוך זמנו עכ״ל מיהו צ״ע דלקמן סוף סימן ע״ח כתב רבינו דקובע זמן שאני דאמרינן ביה חזקה אין אדם פורע תוך זמנו אבל בסתם הלואה דהוי שלשים יום עביד אינש דפרע תוך שלשים ע״ש לפי זה ודאי איכא נמי לדחויי להך דהרמ״ה ומה שקשה דכאן פסק רבינו כרב כהנא דלפריעה בת יומא חיישינן ולקמן בסעיף כ״א משמע דפוסק כרב אסי דלא חיישינן לפריעה בת יומא יתבאר לשם בס״ד:

ט מצא בשוק שטרות קרועין וכו׳ עד שאומר שהוא פרוע. כל זה הוא לשון הרמב״ם סוף הלכות גזילה ולמד כך מהמשנה סוף פ״ק דמציעא מצא שטר בין שטרות ואינו יודע מה טיבו יהא מונח עד שיבוא אליהו ואם יש עמהן ספונות יעשה מה שבסמפונות ובגמרא אמר רב סמפון היוצא מתחת יד מלוה אינו אלא כמשחק ופרכינן עלה מהא דתנן יעשה מה שבסמפונות ופריק שמצאו בין שטרות קרועין ומפרש הרמב״ם קא סלקא דעתך דמה ששנינו ואם יש עמהן סמפונות מילי מילי קתני והכי קתני והמוצא אצלו בין שטרותיו שובר שנכתב על אחד משטרותיו אלמא דאפילו יוצא מתחת יד המלוה אינו כמשחק ופריק לא כדקא סלקא דעתך אלא סיפא אריא קא מהדר דרישא קתני מצא שטר בין שטרות היינו מצא בשוק השטר בין שטרות קרועין ואינו יודע מה טיבו שמונח בין הקרועין יהא מונח עד שיבוא אליהו וקתני עלה דאם יש עמהן שובר אפילו בלא עדים יעשה עמהן מה שבסמפונות ואע״ג דרש״י מפרש מצא שטר בין שטרותיו בביתו ובאינן קרועין וסיפא לא קמהדר אריא אלא מילי מילי קתני אפ״ה ס״ל לרבינו דלענין דינא לא פליגי ובתחילת הסימן כתב רבינו המוצא שטר אצלו וכו׳ וזהו פירוש המשנה לפירוש רש״י גם מה שכתב רבינו בסימן זה סעיף כ״ד ואם נמצא ביד המלוה שובר וכו׳ הוא ג״כ על פי פירש״י במשנה זו ואוקימתא דגמרא וכאן כתב מצא בשוק שטרות קרועין וזהו פירוש המשנה לדעת הרמב״ם וז״ל הח״מ מצא שטרות וכו׳ זה למד מהמשנה ואוקימתא דגמרא שם סוף הפרק אע״פ שיש מי שלא פירשה כך ומ״מ לדברי הכל דינו של רבינו אמת עכ״ל מדבריו נראה להדיא כדפיר׳ ודוק אלא דממ״ש הרמב״ם ספי״ו ממלוה המוצא שטר בין שטרות ואין יודע מה טיבו יהיה מונח עד שיבוא אליהו נראה דס״ל דמהך משנה תרוייהו משתמעי מינה וצ״ע:

יא מצא ג׳ שטרות או יותר כרוכין וכו׳. משנה שם מצא בחפיסה או בדלוסקמא תכריך של שטרות או אגודה של שטרות ה״ז יחזיר וכמה היא אגודה ג׳ קשורים זה בזה ובגמרא שמעת מיניה קשר הוי סימן ופריק הא תני ר׳ חייא שלשה כרוכין זה בזה א״ה היינו תכריך ופריק תכריך כל חד וחד ברישא דחבריה אגודא דרמו אהדדי וכרוכות מאי מכריז מנין מאי אירא תלתא אפילו תרי נמי אלא כדאמר רבינא טיבעא מכריז הכא נמי שטרי מכריז וכתב הרא״ש מאי מכריז שטרי והלוה נותן סימן במנין ותכריך ואגודה היינו כדי שיוכל ליתן סימן במנין דאי לאו הכי שמא לא נפיל אהדדי ומתייאש כי לא יוכל ליתן סימן במנין עכ״ל משמע מדבריו כי לא יוכל ליתן סימן אלא במנין ולכך מי שיאמר לו מניינם יחזירם וא״צ שיאמר לו היאך היו כרוכין כי הכריכה אינו סימן ולכך בתרי שטרי לא יכריז כיון שלא יוכל ליתן סימן אלא בכריכה והיא אינה סימן וכך הם דברי רבינו ודלא כפירש״י דצ״ל מנין והיאך היו כרוכים בתכריך או באגודה ומשמע שאם אמר זה בלא זה לא הוי סימן ולכך בתרי שטרי דאין בו אלא סימן דכריכה לא יכריז דליתא: ומ״ש והרמ״ה כתב אע״ג דקיי״ל וכו׳. כבר התחבט הב״י בפי׳ דבריו וכתב וז״ל דברי הרמ״ה צריכין ישוב הדעת שכתב דהני תרי דחד לוה ומלוה אינון דכבר איפשר דליהוו לווין ג׳ ומלוין ג׳ דסתמא תנא וכ״כ הרב המגיד בפרק הנזכר ועוד וכו׳ עד היינו תכריך ואגודה עיין בספרו ומהרש״ל ז״ל הגיה דהנך תלתא שטרי וכתב וז״ל אבל ב׳ לא הוי סימן מאחר שזה מכריז שטרי מיעוט שטרי שנים כדאיתא בגמ׳. ומ״ש דחד לוה ומלוה אינון ושמא פרע וכו׳ פירוש על סימן אחד איכא למימר דסמך עליו שיהיו הג׳ ביחד אף שלא תהא הכריכה הראשונה קיימת או שסמך שתהיה הכריכה קיימת אפילו לא יהיו הג׳ ביחד ויפרד אחד מהן: ומ״ש אבל אם הם לפנינו וכו׳ פי׳ מאחר ששניהם באים לדין וכ״א אומר שלי הם אם כן מאחר שהשני אינו יודע שום סימן אם כן בודאי הוא של השני שנתן בו סימן דלא שייך לומר לא נתן אל לבו אלא כשלא בא לבית דין דאמרינן שמא לא נתן אל לבו לזכור בסימן כדי שיבוא לב״ד לתבוע השטרות עכ״ל הרב. ואין לשון הרמ״ה סובל פירושו שפירש דלעיל סי׳ א׳ איכא למימר דסמך עליו שיהיו הג׳ ביחד וכו׳ שהרי לא הזכיר הרמ״ה בדבריו דיודע שהם שלשה אלא דכיון דנתן לו כרוכין לכך ידע שהם כרוכין גם אין לסברא זו טעם דלמה יסמוך טפי על סימן אחד מעל שני סימנין דודאי כיון דידע ב׳ סימנין איכא למימר דסמך על שניהם והאחד לא שם לבו לבוא לבית דין דא״כ הדרא קושיא לדוכתא מאי איכא בין ב׳ סימנים לסימן אחד. ועוד דדוחק הוא להגיה כל הספרים הראשונים והאחרונים דבכולם כתוב דהנך תרי שטרי. ולפעד״נ דהרמ״ה כתב דבריו אמסקנת התלמוד דמכריז שטרי והסימן הוא המנין אבל אין להכריז מנין והסימן יהא בכריכה ולהכי תנן שלשה דוקא אבל תרי לא וקשיא ליה להרמ״ה דלמאי דמסקינן באלו מציאות דקשר או מנין או כריכה לחודיה נמי הוי סימן וכדלקמן בסימן רס״ב סעיף ד׳ אם כן קשה אמאי תנן שלשה שטרות אבל תרי לא

בתרי נמי יכריז שטרי וזה יתן סימן היאך הם כרוכים וזהו שאמר אף על גב דקיי״ל דקשר או מנין לחודיה הוי סימן ואם כן קשה הכא בתרי נמי יכריז ותירץ וקאמר הכא בעינן מנין עם כריכה או קשירה פירוש ולהכי תנן שלשה דיוכל ליתן סימן המנין עם הכריכה אבל תרי לא יכריז כיון דלא יוכל ליתן סימן במנין אלא בכריכה או קשירה בלחוד וטעמא דהנך תרי שטרי דחד לוה ומלוה אינון וכו׳ ואין סימן הכריכה ראיה דממנו נפל ולכך צריך מנין עם הכריכה או הקשירה פירוש צריך שלשה שטרות דהשתא ליכא למימר שמא הלוה פרעו כאחד והמלוה נתן לו כל השלשה כרוכין ולפיכך ידע המנין וגם היאך הם כרוכין והלוה לא שם אל לבו ולכך לא בא אל בית דין לתבוע השטרות לאחר ההכרזה דהא פשיטא הוא דאי איתא דממנו נפל הוה ליה לידע המנין על כל פנים וכי אפשר שלא ישים אל לבו כמה פרע לזה המלוה בפעם אחת ומדלא בא לבית דין ודאי דלאו ממנו נפל ולפ״ז אף בשלשה שטרות אם האחד בא לבית דין ונתן סימן הכריכה והאחר לא בא לבית דין ינתן לזה שנותן סימן בכריכה ואין צריך לדרשו ולחקרו אם יודע מניינם אם לאו דאין ספק דכיון שלא בא האחר ונותן סימן במנין בעל כרחך דלאו ממנו נפל אבל בב׳ שטרות דאיכא למימר דמאותו שלא בא לבית דין ממנו נפל ויודע שהם שנים אלא כיון שהמנין אינו סימן לכך לא בא לבית דין וסימן הכריכה לא שם אל לבו ולכך לא יכריז בתרי: ומ״ש וה״מ שאין שניהן לפנינו וכו׳. פירוש הא דאמרינן ליכא סימן ה״מ דאין המלוה ולא הלוה בא לפנינו לחקור על אלו השטרות ולבקש עליהן והמוצאן הוא שבא ונמלך בבית דין ולכך אמרו ליה בית דין אם הם ב׳ אל תכריז כדלעיל אבל אם הם לפנינו פי׳ שבאין לבית דין ומבקשים מבית דין להכריז על השטרות שנפלו והאחד יודע בכריכה או בקשירה או המנין והאחד אינו יודע לא זה ולא זה השתא ודאי אפילו הן שנים נותנים למי שיודע שהרי כל זמן שלא הכריז שטרי עדיין לא נודע כמה מצא המוצא וסימן המנין נמי הוי סימן וכיון שהאחד אינו יודע לא זה ולא זה לאו ממנו. נפל דאי ממנו נפל וכי אפשר שלא ידע כמה שטרות פרע לזה המלוה אי נמי המלוה לא יהא יודע כמה שטרות נתחייב לו זה הלוה ולהכי נותנין לזה שיודע המנין או הכריכה או הקשירה ואין אומרים שמא נתנם לו כרוכים והאחר לא שם אל לבו דסוף סוף הו״ל לידע מניינם אלא ודאי לאו ממנו נפל ולא קשה דזה דידע סימן הכריכה אמאי לא ידע ג״כ המנין שהם שנים דודאי ידע אלא דלא חשש לתת סימן במנין. ותו דבכלל סימן הכריכה או הקשירה נודע סימן המנין דא״א לכריכה או קשירה בפחות משנים ולכך לא חשש לפרש גם מניינם. ותו דאנן הכי קאמרינן דכיון דהאחר לא ידע לא זה ולא זה וזה נותן סימן בכריכה אין אנו צריכין לדקדק עליו יותר ולחקור בו אם יודע מניינם אם לאו אלא מחזירין לו מיד דודאי ממנו נפל והיכא דהאחד יודע המנין והאחר יודע סימן בכריכה ינתן למי שאומר המנין דכיון דהאחר לא ידע המנין ודאי דלאו ממנו נפל אבל זה שיודע המנין ואינו יודע הכריכה לא שם אל לבו היאך היו כרוכים ואצ״ל היכא דאחד אומר סימן דכריכה וגם המנין והאחר אינו אומר אלא סימן דכריכה דפשיטא דינתן לזה שאומר שניהם אבל היכא שהאחד אומר שני הסימנים והאחר אומר סימן דמנין בלבד לא ינתן לא לזה ולא לזה ודלא כמו שפסק ב״י דבכל ענין ינתן למי שאומר שנים. וכל זה בחד לוה ומלוה אבל אם הב׳ שטרות דתרי לווין ותרי מלוים מכריזין שטרי ומי שנותן סימן דכריכה או קשירה נותנים לו ומתניתין דתני בה ג׳ אבל תרי לא בחד לוה וחד מלוה קאמר. זו היא דעת הרמ״ה ברורה וישרה וכוותיה מסתברא והתיישבו כל הקושיות שהקשה הב״י. גם התיישב דל״ק דלאיזה צורך אמר הרמ״ה דהנך תרי שטרי הלא גם בתלתא שטרי צריך לפרש דחד לוה ומלוה אינון וכדפי׳ וא״כ הו״ל לומר בסתם דהנך שטרי וכו׳ והוא לפי דהחילוק דמחלק בין שניהן לפנינו לאינן לפנינו לא קאי אלא אתרי שטרי אבל בתלתא שטרי לעולם איכא סימן בין שהן לפנינו בין שאינן לפנינו. ונראה מל׳ רבינו מדאמר והרמ״ה כתב אלמא דס״ל דפליג אסברא הראשונה שהיא דעת הרא״ש והוא דפליג בתלתא מילי חדא דבג׳ שטרי ס״ל להרא״ש דדוקא למי שיאמר לו מניינם יחזיר ואילו להרמ״ה אף למי שיאמר סימן כריכה בלחוד יחזיר דכיון דהאחר לא בא לב״ד ודאי דלאו ממנו נפל. אידך פליג דהרמ״ה מחלק בין חד לוה ומלוה לתרי לווין ומלוין ואילו להרא״ש אין חילוק. אידך דהרמ״ה מחלק בין שאין שניהן לפנינו וכו׳ ואילו להרא״ש אין חילוק ודוק:

יב מצא ג׳ שטרות יחד על לוה אחד וכו׳. משנה שם ומפירוש רש״י יראה דבאינן מקויימין איכא למימר נמי דמג׳ מלוין אלו נפלו ביחד כשהלכו אצל סופר הדיינים הכותב הנפק לכל השטרות ולפיכך נמצאו השטרות הג׳ ביחד כשנפלו מהג׳ מלוין והכי מוכח להדיא מדפירש״י אצל ודילמא למיכתבינהו אזיל דמן הסופר נפלו ולא פירש כך אצל דילמא לקיומינהו אזיל דמן הסופר נפלו אלמא דס״ל לרש״י דהתם הקושיא היא כפשוטו דילמא מג׳ המלוין נפלו כשהלכו לקיים השטרות אצל סופר הדיינים אבל הכא דהלווין הלכו אצל הסופר לכתוב השטרות ולא היו עדיין השטרות נכתבים צריך לפרש דהקושיא היא דמן הסופר נפלו ולפי זה באינן מקויימים דחיישינן דמג׳ מלוין נפלו בע״כ צ״ל דוקא באינן כרוכין אבל בכרוכין יחד אי אפשר לומר דמג׳ מלוין נפלו ונותנים אותן ללוה מיהו נראה דפי׳ זה הוא דוחק דמשמע דרשב״ג אריש קאי דתנן תכריך של שטרות וכו׳ ואי איתא דמג׳ מלוין נפלו מי היה כורכם יחד שהרי מצאן כרוכין ולכן נראה יותר מה שפי׳ הרמב״ם דמעיקרא נמי דפריך ודילמא לקיומינהו אזיל ה״פ דילמא המלוים נתנו שטרותיהן לסופר לקיימן והסופר כרכן יחד וממנו נפלו כרוכין מקודם שקיימן הדיין ומשני דמקיימי פירוש שהמוצא מצאן מקויימים ופריך דילמא מידא דספרא נפלו כלומר אכתי הדרא קושיא לדוכתה דילמא לאחר שקיימן הדיין חזר ונתנן לסופר וכרכן הסופר יחד וממנו נפלו ומשני לא משהי אינש קיומיה בידא דספרא והשתא ניחא נמי דהך קושיא ודילמא לקיומינהו אזיל הוי דומיא דפריך בתר הכי ודילמא למיכתבינהו אזיל דפי׳ דמן

הסופר נפלו כרוכין דהכי נמי הך קושיא דלקיומינהו אזיל פירוש ומן הסופר נפלו כרוכים אלא דלהרמב״ם כתב דשמא נתנו שטרותיהן לידי הסופר לקיימן ונפלו מיד הדיין וי״ל דלאו דוקא מן הדיין קאמר דהא איכא למימר נמי דלאחר שהדיין קיים השטרות חזר ונתן לסופר וממנו נפלו כרוכין כדפי׳. עוד נראה דאפי׳ את״ל דלרש״י מעיקרא הוה פריך דילמא מג׳ מלוין נפלו והמוצא מצאן בשלא היו כרוכין מ״מ למאי דפריך בתר הכי דילמא מן הסופר נפלו ה״ה ודאי בלוה א׳ וג׳ מלוין נמי איכא למיחש דילמא מן הסופר נפלו והילכך בדאינן מקויימים אפילו הם כרוכין איכא למימר נמי דילמא מן הסופר נפלו ולא יתנם ללוה אלא למי שנותן בהם סימן והשתא לענין דינא נמי מודה רש״י דאפי׳ במצאן כרוכים לא יתנם ללוה וכדס״ל להרמב״ם וכן נראה דעת רבינו דכתב סתם דמשמע דאין חילוק בין מצאן כרוכים לאינן כרוכים שאם אינן מקויימים לא יחזירם לא ללוה ולא לג׳ מלוין דכי היכי דאיכא למימר מן הלוה נפלו כרוכין ה״נ איכא למימר דמן סופר הדיינין נפלו כרוכין והכי נקטינן. וכתב במישרים נ״ב ח״ב וכתבו התוס׳ לאו דוקא בג׳ שטרות. כי ה״ה אפי׳ לא יהיו כ״א ב׳ שטרות עכ״ל ומביאו ב״י ונראה דאף ע״ג דהיכא דהדין הוא דמחזיר ללוה א׳ כנגד ג׳ מלוין או מחזיר למלוה א׳ כנגד ג׳ לווין אין חילוק בין ב׳ לג׳ מ״מ הא דתנן ג׳ שטרות משום דיוקא נקט הכי כגון בלוה א׳ וג׳ מלוין ואינן מקויימין דאיכא למימר דילמא מלוה נפל ואיכא למימר נמי דילמא מסופר נפל ואפילו במצאן כרוכין כדפי׳ דאין נותנן אלא למי שנותן בהן סימן התם הוא דוקא ג׳ שטרות בעינן דאז חייב להכריז ומי שיגיד המנין נותנן לו דבג׳ המנין הוי סימן אבל ב׳ שטרות דמנין לא הוי סימן דשטרי מכריז וכריכה נמי לא הוי סימן להרא״ש א״כ צריך שיהא מונח עד שיבוא אליהו ולא יכריז כלל אא״כ באו בעצמן וזה יודע שהן שנים וזה אינו יודע כלום אז נותנין למי שיודע מנין:

טו המוצא שטר שיחרור אם אין האדון מודה בו וכו׳. משנה וברייתא סוף פ״ק דמציעא ונראה מדלא מחלק תלמודא בין מקויים לאינו מקויים אלמא דאף ע״פ דמקויים אם אין האדון מודה לא יחזיר לעבד ולא דמי לש״ח דלוה לא מקיים שטרא וכיון דמקויים בא ליד המלוה אלא דחיישינן לפרעון ולקנוניא ולפיכך לא יחזיר אבל בעבד לא שייך למימר הכי ואפ״ה לא יחזיר דשמא כתב לשחרר ונמלך ולא שחרר ואף ע״פ דמקויים דכיון דברצון הוא משחררו מקיימו גם כן ברצון טוב ומ״ה היכא דהאדון מודה דיחזירנו לעבד וטורף בו וכו׳ אינו יכול לטרוף בו אא״כ דמקויים והא דפסק רבינו בי״ד סימן רס״ז כהרמב״ם דשטר שיחרור כגט אשה דא״צ שיתקיים בחותמיו היינו דוקא לענין איסורין ומטעם שכתב הרמב״ם סוף פ״ז דהלכות גירושין דאינה מקלקלת על עצמה וע״ש שהאריך בזה אבל לענין ממון להוציא מיד הלקוחות אינו מוציא עד שיהא מקויים ולאו דוקא שיהא כבר מקויים אלא אפילו אינו מקויים אלא שמוצא עדים לקיימו טורף בו ואע״ג דבשעה שהגיע לידו לא הוי מקויים לא חיישינן למידי: ומ״ש ומיהו אם יבוא לטרוף בו וכו׳. שם אסיקנא הכי למ״ד חוב הוא לעבד שיוצא מתחת יד רבו לחירות אבל למ״ד זכות הוא לו ולאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לו א״צ להביא ראיה וכו׳ דכשהגיע לידו זכה בו למפרע משעה שחתמו השטר והרי״ף פסק דצריך להביא ראיה מאימת מטא שטר שיחרור לידו ואף ע״ג דהלכתא כמ״ד זכות הוא לעבד אפ״ה צריך להביא ראיה וכו׳ לפי דס״ל דאין הלכה כאביי דעדיו בחתומיו זכין בו ואיכא לתמוה דלמסקנת רבינו בסוף סימן ל״ט כר״י דהלכה כאביי א״כ לא צריך להביא ראיה וכו׳ וגם על דברי הרא״ש איכא תימה דפסק כר״י דעדיו בחתומיו זכין לו ואפ״ה גבי עבד כתב דצריך להביא ראיה וכו׳ כמ״ש הרי״ף וכך הקשה ב״י ולא תירץ כלום ונ״ל דהא דצריך להביא ראיה וכו׳ אף להרא״ש ורבינו דפסקו כר״י משום דחיישינן שמא כתב ליתן שטר שיחרור ונמלך וזרקו לאשפה דנתבטל לגמרי דאפי׳ חזר ומודה בו אינו כלום דחספא בעלמא הוא וכ״כ למעלה בסימן זה סוף סעיף ח׳ ע״ש. ועוד י״ל דדעת הרא״ש ורבינו הוא דלמאי דאסיקנא כי אתי למיטרף אמר ליה אייתי ראיה אימת מטא שיחרור לידך אף לאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לו נמי צריך להביא ראיה וכו׳ ואע״ג דהמקשה קס״ד דא״צ להביא ראיה לאביי וקאמר הניחא למ״ד זכות הוא לעבד וכו׳ וכאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לו שפיר כו׳ ה״ק דניחא דליכא לאקשויי למ״ד זכות הוא לו דאיכא למימר [כו׳] וכאביי אלא למ״ד חוב הוא לו קשיא אבל למאי דמשני ומסיק כי אתא למיטרף וכו׳ אפילו למ״ד זכות הוא לו נמי כי אתא למיטרף א״ל אימת מטא שיחרור לידך ואין אומרים בזו עדיו בחתומיו זכין לו דדמי לגט אשה דאינו מועיל שום זכייה קודם שבא לידה. ותו דטעמא רבה איכא בשיחרור דכיון דקיי״ל דאם מוחה העבד לאחר שלא לקבלו בשבילו לא יצא בו לחירות אליבא דכ״ע וכמ״ש רבינו בי״ד סימן רס״ז א״כ אינו יכול לטרוף לקוחות עד שיביא ראיה וכו׳ דאיכא למימר אע״ג דעדיו בחתומיו זכין לו מי יימר דלא הוה מוחה ומן הספק אין להוציא מיד הלקוחות והכי משמע מהגהות מרדכי רפ״ק דמציעא שכתב וז״ל דא״ל אייתי ראיה אימת מטא גיטא לידך אבל גבי ש״ח אמר אביי עדיו בחתומיו זכין לו ושפיר טריף וגבי גט לא שייך לומר זכין לו דחוב הוא לאשה דמתגרשת וגבי עבד נמי איכא למ״ד חוב הוא לו וכו׳ נראה דה״ק דכיון דאיכא מ״ד דחוב הוא לו להכי אמרינן ליה אימת מטא גיטא לידך ואפילו למ״ד זכות הוא לו חיישינן שמא היה מוחה דדוקא מן הסתם הוי זכות וכיון דאיכא למימר שמא היה מוחה מספיקא אין להוציא מיד הלקוחות וכדפי׳. וא״ת כשהאדון מודה אמאי יחזירנו לעבד ניחוש לקנוניא דשמא עשאו אפותיקי לב״ח קודם שיחרור וי״ל דהא קיי״ל בפרק השולח שורת הדין אין העבד חייב כלום כדרבא דאמר הקדש חמץ ושיחרור מפקיע מידי שיעבוד ואפי׳ עשאו אפותיקי מפורש כדלקמן בסימן קי״ז:

טז (יז) המוצא שטר מתנת בריא וכו׳ המוצא שטר מתנת שכיב מרע וכו׳. משנה וברייתא ספ״ק דמציעא (דף י״ט) וכדאוקמוה אביי ורבי אבא בר ממל ורב זביד וכך פסקו הרי״ף והרא״ש לשם והרמב״ם סוף הל׳ גזילה אלא דמ״ש רבינו ואם הוא שטר הקנאה וכו׳ אינו אלא לשם וגם קשה דלמאי שפסק רבינו בסימן ל״ט כר״י דפסק כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו אין חילוק דאפילו בשאר שטרות נמי כשחייב מודה יחזיר אם לא במתנת שכ״מ ומת הנותן ובנו אומר שיתנוהו דלא יחזיר ועל דברי הרא״ש נמי איכא תימה דלאחר שכתב דברי הרי״ף דדחי לאביי כתב והתוספות פסקו כאביי ואע״ג דרבה פליג עליה וגם מילתיה דרבי אבא בר ממל דקאמר לעיל הא בבריא הא בשכ״מ לא מיתוקמא כאביי וגם רב אסי פליג עליה לעיל מ״מ הלכתא כאביי דהוא בתראה וכו׳ אלמא דלאביי לעולם יחזיר אפילו בשטרות דלאו הקנאה ואפילו במתנת בריא או שטר מכר כשמודה המוכר או הנותן וכ״כ התוספות להדיא וז״ל ברייתא בבריא היינו דלא כאביי דלדידיה אמאי לא נהדר כיון שהוא רוצה דעדיו בחתומיו זכין לו היכא דמטא שטרא לידיה ואביי יתרץ כדרב זביד הא ביה והא בבריה ע״כ והשתא קשה הא דכתב הרא״ש קודם זה וכן נמי מתנת בריא אף על פי ששניהם מודים לא יחזיר לא לזה ולא לזה דדילמא כתבה להאי מעיקרא ואימליך וכו׳ והוא לשון הרי״ף דדחי לדאביי והוא סותר למה שפסק כאביי דבמתנת בריא נמי אם מודה הנותן יחזיר אם לא בשכ״מ ובבריה ונראה דדעת הרא״ש ורבינו דכי אמר אביי עדיו בחתומיו זכין לו היינו דוקא בכתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי והשטר הוא ביד הלוה או ביד העדים וכן בשטר מתנה ומכירה התם הוא דכשלוה בתשרי ונתן לו השטר וכן כשנתן שטר מתנה ומכירה בתשרי עדיו מיום שחתמוהו זכין לו השיעבוד אבל כשכתב ללוות ולא לוה כלל אלא השליכו לאשפה וכן כשכתב ליתן או למכור ולא נתן ולא מכר כלל אלא השליכו לאשפה ההוא שטר חספא בעלמא הוא ואפילו חזר אח״כ ונמלך ללוות ליתן ולמכור ע״י אותו השטר לא נשתעבדו הנכסים בההוא שטרא דחספא בעלמא הוא והכי משמע בסוגיא בפ״ק דמציעא (דף י״ג) דפריך אדאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לו מדתנן מצא גיטי נשים וכו׳ ה״ז לא יחזיר שמא כתובים היו ונמלך עליהם שלא ליתנם וכי נמלך עליהם מאי הוי והא אמרת עדיו בחתומיו זכין לו ופריק ה״מ היכא דמטא לידיה אבל היכא דלא מטא לידיה לא אמרינן והא ודאי כשהשליכו לאשפה אע״ג דבתר הכי מטא לידיה חספא בעלמא מטא לידיה ולא שטר ולא אמרינן ביה עדיו בחתומיו זכין לו ומה״ט קאמר ר׳ אבא בר ממל דבבריא כי אמר תנו אין נותנין אפילו לאביי דכיון דאיתרע בנפילה חיישינן דילמא כתב ליתן ולא נתן והשליכו לאשפה דנתבטל השטר לגמרי וחספא בעלמא הוא ולא אמרינן בזה עדיו בחתומיו זכין לו ודלא כמ״ש התוס׳ בזה דהוה ס״ל דלאביי אין חילוק דלעולם אמרינן עדיו בחתומיו זכין ור׳ אבא בר ממל דלא כאביי דליתא להאי פירוש דתוספות לדעת הרא״ש ורבינו אלא ר׳ אבא בר ממל נמי כאביי ס״ל כדפי׳. ולפעד״נ דבזה יש ליישב הא דפסקו הרי״ף והרא״ש והרמב״ם והסמ״ג כר׳ יוחנן ואליבא דרב כהנא דהמוצא ש״ח בשוק וכתוב בו הנפק וכתוב בו זמנו בו ביום וחייב מודה יחזיר לבעלים דקשיא דכיון דחייב מודה כתוב בו הנפק למה לי כדכתב ה״ה ע״ש הרשב״א וכ״כ התוס׳ וכבר כתבתי מזה לעיל בסימן זה ס״ס ח׳ ע״ש אבל למאי דפרישית ניחא דאי לא כתוב בו הנפק אע״ג דחייב מודה חיישינן דילמא כתב ללוות ולא לוה והשליכו לאשפה דחספא בעלמא הוא ועכשיו הוא דנמלך לחזור וללוות עליו ולפשיטי דספרא הוא דחייש ומלוה גופיה לא ידע דזריק ליה לאשפה דאי ידע לא הוה שבק סבר שמעי בי רבנן ומפסדי לי כדאיתא התם (דף י״ז) אלא ודאי לא ידע והשתא לפי זה אי לא כתוב בו הנפק ואת אמרת כיון שחייב מודה יחזיר א״כ טריף לקוחות שלא כדין במידי דלא הוי שטר אלא חספא בעלמא אבל בדכתוב בו הנפק כבר בא ליד המלוה דלוה לא מקיים שטרא אלא מלוה ולא קשה א״כ במתנת בריא או בשטר מכר נמי יועיל הנפק דאיכא למימר דאע״ג דלוה לא מקיים שטרא נותן או מוכר אפשר דמקיים שטרא וכדפרישית גבי שטר שיחרור והילכך לא יועיל הנפק ותו דבנותן או מוכר חיישינן כיון דאיתרע שטרא בנפילה שמא הלוקח או המקבל חזרו והקנו המתנה או המכר לנותן ולמוכר ונמצא ששטרות אלו נמחלו שיעבודם ועכשיו הוא חוזר ועושה קנוניא לטרוף הלקוחות שלא כדין וכיון דאית ליה למקבל ולוקח רווחא מיניה ניחא ליה ושביק ליה הילכך אפילו כתוב בו הנפק לא יחזיר. אך קשה לפי זה הא דכתב הרא״ש וגם מילתיה דר׳ אבא בר ממל לא מיתוקמא כאביי וכו׳ ולמאי דפירשתי לדעת הרא״ש שפיר מיתוקמא הא דר׳ אבא בר ממל כאביי ויש ליישב דלא כתב הרא״ש דבר זה משום דהכי ס״ל דכבר גילה דעתו קודם זה במ״ש וכן נמי מתנת בריא אף ע״פ ששניהם מודים לא יחזיר וכו׳ דמוכח מיניה דס״ל הלכתא כר׳ אבא בר ממל דקאמר הכי ואתיא אפילו כאביי אלא דכשהעתיק דברי התוספות העתיק לשונם ולא נתכוין אלא לעיקרא דדינא דהלכתא כאביי וק״ל. והשתא ניחא דפסק רבינו ג״כ כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו ופסק נמי כר׳ אבא בר ממל דבשטר מתנת בריא לא יחזיר לא לזה ולא לזה אלא דבשטר הקנאה דפירש בו שהקנה לו מיד מעכשיו השתא אפילו לא הגיע השטר לידו כלל ואפילו השליכו אח״כ לאשפה קנה המקבל ולכך יחזיר דבהא ליכא מאן דפליג והוציא רבינו דין זה מדפריך לאביי מדתנן מצא גיטי נשים וכו׳ ומשני ה״מ היכא דמטא לידיה וכו׳ אלמא דלמאי דס״ד דמקשה דאין חילוק בין מטא לידיה ללא מטא לידיה פריך לאביי אבל לרב אסי ניחא דמתניתין בשטרי דלאו אקנייתא והילכך לא יחזיר אפילו מטא לידיה ורב אסי בשטרי אקנייתא קאמר דמשעבד נפשיה מהיום ומקנה לו נכסיו בין ילוה בין לא ילוה אפילו לא מטא שטרא לידיה ומשום הכי יחזיר בשטר הקנאה. וא״ת חזרה זו למה היא צריכה הלא אפילו לא הגיע השטר לידו זכה במתנה י״ל דעומד בידו לראיה דאף שטר של קנין יכול להועיל לראיה כדכתבו בתוספות בפרק ב׳ דכתובות (דף כ״א) וכן כתבו בפרק קמא

דקידושין וכ״כ המ״מ ע״ש הרשב״א והרמב״ן שאם היה בו קנין יחזיר למקבל שכיון שקנו מידו משעת קנין זכה ואפילו לא מטא שטרא לידיה ולא כדברי הרב אלפסי ור״ח דאפילו בשטרי אקנייתא אמרינן דבעינן דמטא שטרא לידיה ודעת רש״י ואב״ן מיגא״ש כדברי האחרונים עכ״ל עיין עליו סוף הלכות גזילה ופי״ו ממלוה. ומ״ש רבינו בסוף סימן ל״ט דכשבא השטר לידו לבסוף אז קנה משעת חתימה ומשמע דבכל שטר קאמר ואפילו שטר שיש בו קנין יש לחלק בין שטר שיש בו קנין בסתם בעינן שיגיע השטר לידו אבל בשטר הקנאה דמפרש שמקנה לו נכסיו מהיום בין ילוה בין לא ילוה יגבה מהן לאותו זמן מהיום כדפירש רש״י (ריש דף י״ג) התם אפילו לא הגיע השטר לידו ואפילו השליכו לאשפה כבר זכה בו מיד אבל העיקר דאין נראה לחלק בכך אלא דעת רבינו כדעת הרמב״ן והרשב״א ומ״ש בסימן ל״ט דלא קנה משעת חתימה אלא כשבא לבסוף לידו אינו אלא בשטר שאין בו קנין וכן הוא דעת ב״י לעיל סימן ל״ט ע״ש. וראיתי כתוב ע״ש מהרש״ל דדין זה שכתב רבינו כאן במתנת בריא ומכר הוא לדעת הרי״ף והרמב״ם ולא אליבא דהלכתא לפי מה שפסקו התוספות והרא״ש כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו דלדידהו אין חילוק בין שטר הקנאה לשאר שטרות אלא לעולם כשמודה נותנין לו אם לא בשכ״מ ובבריה ע״כ ולא נהירא דהיאך יסתום רבינו דבריו היפך מסקנת דעתו ולכך יראה לפע״ד עיקר כדפרישית:

יח מלוה ולוה שהם אדוקים בשטר אם אינו מקויים הלוה נאמן וכו׳. פירוש אם אינו יכול לקיימו אע״פ שמודה שכתבו צריך לקיימו ואע״ג דאפילו השטר כולו ביד המלוה אם אינו יכול לקיימו נאמן לומר פרעתי במגו דמזוייף כדלעיל ריש סימן מ״ו ולקמן ריש סימן פ״ב נקט ליה הכא בשנים אדוקים משום סיפא היכא דיכול לקיימו דאע״פ דכשהוא כולו ביד מלוה אין הלוה נאמן לומר פרעתי מ״מ הכא בשניהם אדוקין נאמן לוה לומר פרעתי ודין תפיסה זו כדין שנים אוחזין בטלית וכל זה פשוט פ״ק דמציעא (דף ז׳:) ומ״ש ואוחזין בו שניהם בשוה בטופס או בתורף. שם מימרא דר׳ אלעזר: ומ״ש או ששניהם אוחזין בגליון. שם מימרא דרבי יוחנן ודברי רבינו כפי׳ רש״י דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי וכתב ב״י וז״ל והרא״ש כתב דר״א ולא דר״י נראה דס״ל דפליגי ופסק כר״א משום דשקלו וטרו בגמרא אליביה והתימה על רבינו שדרכו לימשך לדעת הרא״ש וכאן נראה שהוא חולק עליו עכ״ל ואפשר ליישב דרבינו סובר שבכלל מ״ש הרא״ש דיחלוקו כששניהם אדוקים בטופס או בתורף הוי נמי הך דשניהם אוחזין בגליון דזה נמי שניהם אדוקין בטופס קרינן ליה ומסתמא ודאי משמע דאפילו קרוב לאחד יותר מלחבירו נמי יחלוקו. ופי׳ טופס ותורף כתב רש״י וז״ל תורף גלוי של שטר מקום הלוה והמלוה והמעות והזמן. טופס שאר כל לשון השטר עכ״ל. ופי׳ עוד דהעדים הם מכלל הטופס שהרי הם חתומים תחת הטופס. וכך מבואר מדברי רבינו אבל מ״מ לענין פסק הלכה נמשך רבינו אחר דברי התוס׳ והרא״ש ולא כפי׳ רש״י ולכן כתב דבמה שהשטר נפסל אין שמין דכך שוה שיטה אחת מן הטופס כמו התורף דהשטר אינו כשר בלא זה כמו בלא זה אבל זמן שהשטר כשר בלא זמן שמין כמה שוה התורף יותר במה שיש בו זמן וכן בטופס דכשיש עדי מסירה דהשטר כשר בלא עדי חתימה אלא ששוה יותר כשיש עדי חתימה גם כן דשמא ילכו עדי מסירה שמין כמה שוה הטופס יותר במה שיש עליו עדי חתימה וכ״כ בהגהות מרדכי לשם ע״ש ר״י:

יט המחזיר שטר שמן הדין לא הי״ל להחזירו וכו׳. מדברי ב״י נראה דמ״ש הרא״ש בתשובה דצריך להחזירו כדלעיל בריש הסימן חולק אדברי הרמב״ם דהכא ותימה דא״כ למה לא כתב דברי הרמב״ם סמוכים לדברי הרא״ש וראיתי י״מ דהרמב״ם מודה להרא״ש במוצא שטר אצלו דכיון דמסתמא אין כולו (אינו) פרוע דאל״כ למה הונח אצלו אלא ודאי קצתו פרוע ושלא כדין החזירו לכן צריך להחזירו אבל בשטר שנפל דאפשר דכולו אינו פרוע והואיל דכבר הוחזר אין כח בידינו להוציאו מספק מיד המלוה ולא נהירא דה״נ איכא למימר במוצאו אצלו דכולו אינו פרוע דשמא המלוה הפקידו אצלו כדפי׳ רש״י להה״א וכמ״ש רבינו לשונו בתחלת סימן זה אלא העיקר דבמוצאו אצלו כיון דאפי׳ לפי דברי המלוה שלא נפרע ובפקדון הניחו אצל זה מדעתו הרי האמינו עליו בכל מה שיאמר א״כ גם בזה שאומר איני יודע ג״כ נאמן וצריך להחזירו לידו ויהא מונח שהרי בטעות הוחזר וכ״כ הרשב״א בתשובה סימן אלף ל״ה וז״ל דבנולד הספק לשליש הרי האמינו ועושה אותו בעצמו שיהא ודאו וספקו כשלו וכיון שכן כשנולד הספק לשליש ה״ז כמו שנולד לבעל דבר בעצמו עכ״ל. אבל שטר שנפל והחזירו המוצאו בטעות הו״ל כאילו המלוה בעצמו חזר ומצאו במקום שנפל דלא איתרע שטרא אלא כשהגיע ליד אחר ונולד בו ספק ביד אחר ותדע שהרי בשנים אדוקין בשטר ומלוה אומר שלי הוא וממני נפל ומצאתיו וכו׳ תניא דיחלוקו אלמא דאם היה נודע בעדים שממלוה נפל ומצאו גובה בו ולא אמרינן איתרע שטרא בנפילה וכן כתב הר״ר ירוחם נתיב ב׳ ח״ב והר״ר שלמה בן אדרת לשם בתשובה ומה לי אם חזר ומצאו המלוה בשוק או הוחזר לידו מן המוצאו סוף סוף כיון שעתה הוא בידו ואין אחר אדוק בו עמו נאמן לומר נפל ממני ומצאתי והרי השטר בחזקתו הראשונה כיון שלא הניחו אצל זה מדעת וזהו שלא כתב הרמב״ם דין זה בפרק י״ו ממלוה אצל המוצא ש״ח אצלו ואינו יודע מה טיבו אלא כתבו בסוף ה׳ גזילה אשטר הנמצא בשוק ודעת הראב״ד דאין לחלק בזה אלא אף בנמצא בשוק כיון שהוחזק פסולו בבית דין וכו׳ השטר בטל ובעל התרומות הוסיף דאפילו אם בית דין גבו בו וכו׳ כנ״ל וכתב בית יוסף דלית הלכתא כהרמב״ם גם הרשב״א בתשובה הנזכרת חלק עליו ואמר והא ודאי ליתא עיין שם:

כ שאלה לא״א הרא״ש וכו׳ ואי משום פריעה לפריעה בת יומא לא חיישינן וכו׳. ותימה דמשמע דפוסק כרב אסי ובפסקיו לשם פסק כרב כהנא דאפילו לפריעה בת יומא חיישינן ואם נפרש דפסקיו סותרים את התשובה ופסקיו עיקר כמ״ש לקמן בסוף סימן ע״ב אכתי קשה על רבינו דבסימן זה סעיף ח׳ פסק כרב כהנא וכאן הביא תשובה זו דפסק כרב אסי ואפשר דלא הביא תשובה זו אלא לעיקרא דדינא דיש לדון על פי אומדנא דמוכחא אפילו להוציא ממון אבל לא ללמוד ממנה דהלכה כרב אסי דבזה נסמך על מה דפסק למעלה כרב כהנא וכיוצא בזה כתבתי בסמוך אצל המוצא שטר מתנת בריא בישוב דברי הרא״ש ועוד נראה עיקר דבתשובה זו נמי פוסק כרב כהנא אלא דבנדון זה שהיו כמה סברות וידים מוכיחות דלא נפרע השטר ס״ל להרא״ש דבכה״ג אפילו רב כהנא מודה לרב אסי דלפריעה לא חיישינן ולא הביא דברי רב אסי אלא לפי שהוא אומר כך בפירוש וכך הוא ההצעה בדבריו אבל כשיש סברא לומר שלא נפרע לא חיישינן לפריעה כדאמר רב אסי אר״י דלפריעה בת יומא לא חיישינן דאין סברא לומר שנפרע ביום שלוה ה״נ בנדון זה יש כמה סברות וידי׳ מוכיחות דאפילו למאן דפליג ארב אסי מודה כאן דלא חיישינן לפריעה שהאשה בקשה להרויח זמן וכו׳. ומ״ש עוד כלל ע״ו סימן ג׳ והביאו ב״י כשזמן השטר והשובר ביום א׳ דיד בעל השטר על התחתונה ואף ע״ג דא״ר אסי אר״י לפריעה בת יומא לא חיישינן ה״מ התם דליתיה ללוה קמן וכו׳ לא מכרעא מילתא כל עיקר דפוסק כרב אסי דאף על פי דס״ל הלכה כרב כהנא אפילו הכי לרווחא דמילתא השיב לשואל דאפילו לרב אסי ניחא הכא דכיון שיש שובר ביד ראובן דמוכח דפרעו חיישינן לפריעה דאף רב אסי מודה וכן דרך התשובות. ומצאתי למהרש״ל שכתב דרב כהנא לא בא לחלוק אדרב אסי אר״י אלא לפרש דמ״ש לפריעה בת יומא לא חיישינן ה״ק דכיון דחייב מודה תו לא חיישינן לפריעה ולומר דהאי דקאמר לא פריעה משום דקבעי למיזף ביה זימנא אחריתא ולפשיטי דספרא חייש ויטרוף מן הלקוחות שלא כדין בשטר שנמחל שיעבודו לא חיישינן להכי משום דמלוה גופיה לא שביק ליה סבר שמעי רבנן ומפסדי לי דכיון דלית ליה רווחא למה יכניס עצמו בספק הפסד ממון אלא יצוה ללוה שיכתוב שטר אחר מהיום וזו היא לפריעה בת יומא לא חיישינן ולא משום דאין אדם תובע ביומו אלא דלא שכיח שיפרע אדם ביומו ויהא מודה שלא פרע משום פשיטי דספרא דהמלוה גופיה לא שבק למיעבד הכי כדאמר בגמרא (דף יז) אליבא דרב כהנא ע״כ תורף דבריו ועם שהוא פירוש חריף איננו אמת דודאי אע״ג דרב כהנא לא בא לחלוק אדרבי יוחנן דאמר המוצא ש״ח בשוק וכתוב בו הנפק וכתוב בו זמנו בו ביום יחזירנו לבעלים וכדמוכח ממה שכתבו התוס׳ דלרב כהנא קשה כיון דאיירי בחייב מודה אם כן למה נקט הנפק במילתיה דרבי יוחנן וכן האלפסי והאשר״י כתבו דברי רבי יוחנן וכתבו עלה והוא שחייב מודה וכו׳ דהוא מה שפירש רב כהנא על דבריו מ״מ חולק רב כהנא אדרב אסי במה שפירש דברי רבי יוחנן דלא חיישינן לפריעה בת יומא דאלמא דבאין חייב מודה קאמר ר׳ יוחנן ועל זה חולק ומפרש דר״י בחייב מודה קאמר אבל לפריעה בת יומא חיישינן ולהרשב״א נמי רב כהנא בא לחלוק אדרב אסי דאמר משמיה דרבי יוחנן דבעינן דכתיב בו הנפק דליתא דלא אמרו ר׳ יוחנן מעולם הבאתיו לעיל בסעיף ח׳. ושוב ראיתי בש״ע סימן זה סעיף ז׳ וז״ל ויש מי שאומר דהא דאמר דאם נמצא ביום שנכתב יחזיר ה״מ דליתיה ללוה קמן אבל איתיה קמן ואמר פרעתיו וממני נפל לא יחזיר עכ״ל וכתב כך ע״פ תשובת הרא״ש זו דכלל ע״ו סימן ג׳ וחשב הרב דהרא״ש פסק כרב אסי אר״י וליתא אלא כדפי׳ והכי נקטינן דדוקא בדאיתיה ללוה קמן ומודה הוא דחייב דיחזיר אבל ליתיה קמן לא יחזיר דחיישינן לפריעה בת יומא וכרב כהנא:

כג המוצא שובר וכו׳. ברייתא ספ״ק דמציעא גבי שובר כתובה וה״ה בכל השוברים ושובר שיש עליו עדים קאמר דאל״כ אינו כלום ומפרש רבה בגמרא טעמא דלא חיישינן שמא נכתב השובר ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ובנתיים מכר השטר משום דקיי״ל כשמואל דאמר המוכר ש״ח לחבירו וחזר ומחלו מחול וכי אמר תנו לו השובר אין לך מחילה גדולה מזו והקשו בתוס׳ ובנ״י וניחוש שמא מכר השטר במעמד שלשתן שאינו יכול למחול ויש לומר דליכא למיחש להכי דאי ליכא עדים שמכר א״כ המלוה והלוה יכפרו המכירה שהיתה במעמד שלשתן ואי איכא עדים נשיילינהו היכי הוה אם אומרים שנתרצה הלוה או שתק א״כ מודה שהשובר שקר ואם היה מוחה שאמר כבר פרעתי לו א״כ השובר נעשה קודם המכירה ואינהו דאפסידו אנפשייהו עכ״ל מיהו קשה להראב״ד דבכתב משתעבדנא לך ולכל דאתא מחמתך ומכרו אינו יכול למחול כדכתב רבינו משמו בסימן ס״ו סכ״ה אמאי יחזיר השובר ניחוש דילמא כתב בשטר משתעבדנא לך ולכל דאתא מחמתך ומכרו וכך הקשה הרא״ש על דברי הראב״ד בפרק הכותב (דף קל״ט ע״ב) ולי נראה דלא קשיא דלא חשו רבנן להכי דמילתא דלא שכיחא דקעביד מלוה הכי דחושש שמא יאבד ממנו השטר ומי שימצאנו יגבה בו ויפסיד חובו וגם אם בא להפקידו אינו יכול מהך חששא וכל מילתא דלא שכיחא לא חיישינן ליה. אך קשה ניחוש שמא חייב לאחרים ועושה קנוניא שלא יגבה ב״ח מאותו שטר ואפילו אם יש לו נכסים מי יודע כמה ב״ח יש לו ואף ע״ג דלעיל בסימן מ״ז משמע דבאינו ידוע דחייב לאחרים לא חיישינן מ״מ הכא דאיתרע בנפילה חיישינן אפי׳ לא ידעינן וכדחיישינן במוצא שטר מתנת בריא שמא עושה קנוניא על אחרים אע״ג דלא ידעינן וי״ל דלא חיישינן לקנוניא כיון דבלאו האי שובר יכול הוא לכתוב שובר אחר או למחול חובו אפילו הוא חב לאחרים וכמו שהתבאר באריכות בסימן מ״ז בס״ד: ואיכא למידק אמאי לא שנינו במוצא שובר בשוק והלוה מודה דינא היכי הוי ואפשר היה לומר דפשיטא הוא דיהא מונח ולא יחזיר לא לזה ולא לזה דכיון דאפילו במוצא ש״ח בשוק דליכא שובר חיישינן לפרעון ולקנוניא כ״ש היכא דחזינן שובר דחתמו עליו עדים ומצי לקיימו בחותמיו דודאי חיישינן

לפרעון ולקנוניא ותו דכ״ש הוא דאפילו כשהשובר ביד שליש ומת והלוה מודה חוששין לקנוניא כדכתב בסמוך סכ״ח ואין זה אלא משום דדיינינן ליה כמצאו בשוק דחיישינן לפרעון ולקנוניא וכמ״ש בעה״ת הביאו בית יוסף א״כ כ״ש היכא דמצאו בשוק גופא דחיישינן לקנוניא מיהו נראה לפע״ד דאיפכא מסתברא דבש״ח שנמצא בשוק דאשתכח ביה ריעותא בשטר שנמצא בשוק ואית לן למימר דפרוע הוא ולכך לא חששו להצניעו חיישינן לפרעון ולקנוניא אבל בשובר שנמצא בשוק דהשובר אית ביה ריעותא דלא חששו להצניעו א״כ לא נפרע השטר הילכך כשחייב מודה יחזיר למלוה ולא חיישינן לקנוניא כיון דאיתרע ריעותא בשובר ולא בשטר ולא דמי לכשהשובר ביד השליש ומת השליש דלא אתייליד ריעותא בשובר אלא שאין השליש לפנינו דמת הילכך אפילו חייב מודה חיישינן לפרעון ולקנוניא וכן בהלך למ״ה או אפילו היה לפנינו ואינו יודע מה טיבו נמי חיישינן לקנוניא כיון דלא אתייליד ריעותא בשובר ומהך טעמא נמי היכא דהש״ח נמצא ביד שליש ואינו יודע מה טיבו והלוה מודה יעשה כמאמרו ולא חיישינן לקנוניא כדלעיל ס״ו בדברי הרא״ש והיינו משום דלא אתייליד ריעותא בש״ח גופיה אלא שאין השליש יודע ודוק. ותו דלעיל בסימן מ״ו סעיף נ״ג כתב רבינו ב׳ חתומים על שטר ומתו וכתב ידם יוצא ממקום אחר ובאו ב׳ עדים ואמרו קטנים היינו דאין נאמנים פירשו התוספות וב״י הביאו על שם הג״א בשם הרשב״א דמיירי בשובר ואוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת הלוה ועדי השובר על חזקתם אבל בעדי השטר אה״נ דנאמנים ולא מגבינן ביה דאיתרע שטרא ואוקי ממונא בחזקתו וה״נ איכא לחלק בין ש״ח הנמצא בשוק והחייב מודה דאין גובין בו משום דחיישינן לקנוניא ובין שובר הנמצא בשוק והלוה מודה בו דלא חיישי׳ לקנוניא כדפי׳:

כד ומ״ש ואם נמצא ביד המלוה שובר וכו׳ שם מימרא דרב סמפון היוצא מתחת ידי מלוה אע״פ שכתוב בכתב ידו אינו אלא כמשחק ופסול לא מיבעיא כתוב בכתב יד סופר וכו׳ פי׳ ובדטוען המלוה ברי לי שאינו פרוע דהשתא אפילו הוא כתב יד המלוה או הלוה עצמו ויש עליו עדים ויכול לקיים חתימתן וסד״א דמלוה ודאי לא כתב שובר אשטריה כל זמן שלא פרעו וכן אינו משהה אצלו כתב יד הלוה שפרעו אם אינו פרוע קמ״ל דתלינן ואמרינן סבר דילמא מיתרמי ואתי בין השמשות וקא פרע לי ואם לא יהא השובר מוכן לי לא יפרע כלום ואצ״ל אם הוא כתב יד הסופר דאיכא למימר ספרא איתרמי ליה וכתב: ומ״ש אא״כ השטר שהשובר כתוב עליו מונח בין שטרותיו הפרועים. שם מסקנא דתלמודא ובגמרא כתוב קרועים והרמב״ם בפי״ו ממלוה כתב פרועים ורבינו נמשך אחריו אלא דקשה דבחלוקה השנייה כתב רבינו קרועים ונראה דלפי דרבינו ראה דבגמרא גרסינן קרועים והרמב״ם כתב פרועים נקט הכא והכא לרבותא דברישא אפילו אינו מונח בין הקרועים אלא בין הפרועים ואפילו אין עדים על השובר והמלוה נמי אומר ברי לי שאינו פרוע אפ״ה איתרע וכ״כ הרמב״ם אפילו אין עליו עדים ובסיפא נקט נמי רבותא דבלא נמצא עליו שובר אע״פ שנמצא בין שטרות הקרועים לא גרע ואצ״ל בנמצא בין הפרועים ומ״ש וגובין בו יורשיו הוא לדיוקא דדוקא יורשיו כשאינן יודעין מה טיבו גובין בו דהיורש לא פשע כשאינו יודע אם פרוע הוא ונשבע שאינו יודע וגובין בו אבל מלוה עצמו אם אינו יודע אינו גובה בו אפילו איננו בין הקרועים וכדלעיל בסימן נ״ט וכ״כ בעה״ת בסברא הראשונה ומביאו ב״י:

כה ואם עדים חתומים על השובר וכו׳. כ״כ בעה״ת בשער נ״ג: ואם אינן יודעים או שאינן לפנינו וכו׳. פי׳ ובדטוען מלוה ברי והוא מ״ש תחילה ואם נמצא ביד המלוה שובר על א׳ משטרותיו שהוא פרוע אינו כלום וכו׳ כדפי׳ ולא חזר וכתבו כאן אלא לבאר החילוק בין אם הוא מקויים ובין אינו מקויים ובין יודעים העדים אם השטר פרוע או אינן יודעים כפי מההשכתוב בבעל התרומות:

כו ואם השובר ביד השליש וכו׳. ברייתא ספ״ק דמציעא וע״פ מה שפי׳ הרא״ש שם ורצונו לומר בשובר שיש עליו עדים ויכול לקיים חתימתן דאם אינו מקויים אינו כלום כדלעיל בסימן נ״ה ס״ה ולכך כתב בסתם ואם השובר ביד שליש סתם שובר יש עליו עדים וכ״כ בתחילה המוצא שובר בשוק ופירושו שיש עליו עדים כדפי׳ בסמוך וה״נ בדיש עליו עדים ונאמן אפילו ליכא מגו מטעם דהא הימניה לשליש וז״ש אפילו ראוהו כבר ב״ד בידו ואצ״ל היכא דלא ראוהו ב״ד בידו דנאמן במגו דאי בעי יהביה ניהליה ומינה דבשובר שיש עליו עדים ויכול לקיים חתימתן קאמר דאל״כ לעולם ליכא מגו שהרי גם הלוה עצמו שהוציא שובר שאינו מקויים אינו כלום: ומ״ש ואפי׳ אין עליו עדים ואפי׳ מת השליש השובר כשר ודוקא שהשטר בידו וכו׳. כלומר לפעמים אפי׳ אין עליו עדים השובר כשר ואין זה אא״כ דגם השטר הוא ביד השליש דהשתא אפילו אם מת השליש ולא אמר קודם שמת שהוא פרוע ה״ז שטר פרוע שאילו לא היה השטר בידו ואין עדים בשובר א״נ יש עדים ואי אפשר לקיים חתימתן חשיב כאילו אין שם עדים ואינו כלום ואפילו השליש חי ואומר שהוא פרוע דלא עדיף שליש מלוה עצמו ומשום דאם השליש חי ואומר על שטר שבידו שהוא פרוע נאמן אפילו ליכא שובר בידו לכך כתב היכא דמת השליש ולא אמר קודם שמת שהוא פרוע דאם היה השטר בידו בלא שובר לא היה השטר בחזקת פרוע דשמא המלוה הפקידו בידו אבל עתה שגם השובר עם השטר בידו השובר כשר והשטר בחזקת פרוע והב״י הביא דברי בעה״ת דמשם למד רבינו דינים אלו וכתב ומשמע מדבריו דהא דאמר אפילו מת שליש דוקא בשאמר קודם שמת שהוא פרוע וק״ל אם השליש אומר פרוע הוא למה לי שיהא שובר בידו ומדברי הרמב״ם נראה דאפילו לא אמר השליש כלום וכו׳ עכ״ל ואיכא לתמוה על דבריו כיון דהיה קשה לו למה לי שיהא שובר בידו וגם מדברי הרמב״ם נראה דאפילו

לא אמר השליש כלום א״כ גם דברי בעה״ת ודברי רבינו מפורשים כך דאפילו בדלא אמר השליש כלום וכדפ׳ וכך הוא האמת ובסמוך נאריך עוד בזה בס״ד: ומ״ש ואם יש עליו עדים וכו׳ אם הוא מקויים כשר. פי׳ אפילו אין השטר ביד השליש ואפילו מת השליש ולא אמר כלום קודם מותו אפילו הכי השובר כשר דודאי מן הלוה הוא בא דמלוה לא מקיים שובר ואף על גב דלעיל סעיף כ״ו כתב רבינו דאפילו נמצא ביד המלוה שובר מקויים השובר כשר אפילו הכי חזר וכתב כך גם גבי שליש כדי לחלק בין כשהוא מקויים כבר ובין כשיתקיים עכשיו בחותמיו דכשהוא מקויים כבר כשר שודאי מן הלוה בא דהא אפילו כשנמצא ביד המלוה שובר מקויים כשר כ״ש בנמצא ביד שליש אלא דאם אינו מקויים ואפשר לו שיתקיים בחותמיו דבנמצא ביד המלוה אינו כלום אבל בנמצא ביד שליש ומתקיים בחותמיו פירוש ע״י עדים שמעידין שזאת היא חתימתן אז נאמן השליש לומר שהשטר פרוע דהא הימניה לשליש. והב״י כתב ולשון זה קשה בעיני שאם נתקיים השובר בחותמיו מה צורך לנאמנותו של שליש עכ״ל וע״פ זה כתב בש״ע בסתם דאם יש עליו עדים יתקיים השובר בחותמיו ולא כתב דצריך שיאמר השליש שהוא פרוע ושרי ליה מאריה דאף ע״פ דעכשיו הוא מתקיים בחותמיו סוף סוף כיון שלא כתוב עליו הנפק כבר ליכא למימר ודאי מיד הלוה הוא בא דשמא המלוה כתבו והפקידו אצל זה ולא יועיל לו הקיום שנתקיים עכשיו אם לא ע״י נאמנות השליש וכך מבואר בסוגיא סוף פ״ק בהא דתניא סמפון שיש עליו עדים יתקיים בחותמיו אין עליו עדים ויוצא מתחת ידי שליש או שיוצא לאחר תיתום שטרות כשר דמפרש תלמודא דמאי עדים עדי קיום שכתבו הנפק ואפילו יוצא מתחת יד מלוה כשר אין עליו עדי קיום דלא כתב בו הנפק אבל עדים חתומין עליו ויוצא מתחת ידי שליש כשר דהא הימניה מלוה לשליש דע״כ אין כותב שובר אלא מלוה והוא מסרו ליד השליש והיינו דוקא בדאפשר לקיים חתימתן דאל״כ אפילו יוצא מתחת יד לוה אינו כלום דחספא בעלמא הוא ולא עדיף שליש מלוה גופיה אלא בדאפשר לקיים חתימתן והשובר כשר ע״י נאמנותו של שליש שאומר פרוע הוא דבלא נאמנותו איכא למימר דהמלוה הפקידו בידו כדפ׳ וכל זה מבואר בפרש״י ובדברי הרא״ש ודין זה בעצמו כתבו רבינו בסמוך ואם השובר ביד השליש ואומר שהוא פרוע נאמן אפי׳ ראוהו כבר ב״ד בידו ולא חזר וכתבו כאן אלא לבאר ולחלק דאם מת השליש אפי׳ יש עדים על השובר לא יחזיר וכו׳ והטעם דכיון שלא אמר קודם מותו שהוא פרוע איכא ספק דשמא המלוה הפקידו אצלו או שמא הלוה הפקידו אצלו:

כח ומ״ש אפי׳ אם החייב מודה וכו׳. נראה דמ״ש רבי׳ דין זה כאן לרבותא נקט הכי דלא מיבעיא בחלוקה שכתב בסמוך היכא דהשטר והשובר שאין עליו עדים נמצא ביד השליש שמת דפשיטא הוא דאפי׳ החייב מודה לא יחזיר לא ללוה ולא למלוה דאיתרע שטרא טפי כיון שגם השטר ביד השליש. ותדע שהרי כשאין הלוה מודה מחזירין ללוה משום דאיתרע שטרא טפי כיון שנמצא שוברו עמו אע״פ שאין עליו עדים אלא אפילו הכא דאע״פ דאם אין הלוה מודה אין מחזירין ללוה אלא יהא מונח אפ״ה כשהחייב מודה נמי לא יחזיר למלוה דחיישינן לקנוניא ודין זה הביאו ב״י ע״ש בעה״ת בשער נ״ב סוף סימן ג׳ גבי ש״ח וכתב בטעמו של דבר דדיינינן ליה כמצא ש״ח בשוק דאפי׳ חייב מודה לא יחזיר דחיישינן לפרעון ולקנוניא עכ״ל ולמד רבינו משם דה״ה לשובר ותימה בעיני הלא כתב רבינו בסימן זה סעיף ה׳ ע״ש הרא״ש דשטר המופקד דלא אתייליד ביה ריעותא לא חיישינן לקנוניא וכאן נמשך אחר דברי בעה״ת דחיישינן לקנוניא אף בשטר המופקד ועיין לעיל בב״י דכתב דהרשב״א ובעל התרומות מפרשים כאותם מפרשים שחלק עליהם הרא״ש ונמצא שרבינו מזכה שטרי לבי תרי וצ״ל כדי ליישב דברי רבינו דס״ל לחלק בין כשהנפקד חי ואינו יודע בין כשהנפקד מת דכשהנפקד מת ונמצא בתיבתו כיון דבמותו יצא הכל מרשותו ומחזקתו ובא לרשותו של יורש והיורש אינו יודע חשבינן ליה כאילו מצאו בשוק דחיישינן לפרעון ולקנוניא אבל אם הנפקד חי אלא שאינו יודע כיון דהשטר או השובר הוא בחזקתו הראשונה כשעה שהפקידו אצלו אלא שאין הנפקד זוכר אין זה ריעותא ולא חשבינן ליה כנמצא בשוק ולא חיישינן לקנוניא ולפי זה בהלך למ״ה לא חיישינן לקנוניא אלא דוקא היכא דמת ודלא כבעל התרומות דס״ל דדיניהם שוין כן נראה לי ליישב דברי רבינו: גרסינן בסוף פרק זה בורר ההיא איתתא דנפקא שטרא מתותי ידה א״ל ידענא בהאי שטרא דפרוע הוא לא הימנה רב נחמן א״ל רבא לר״נ והא אי בעיא קלתיה ומשני כיון דאתחזק בב״ד אי בעיא קלתיה לא אמרינן איתיביה רבא לר״נ סמפון שיש עליו עדים יתקיים בחותמיו אין עליו עדים ויוצא מתחת ידי שליש או שיצא אחר חיתום שטרות כשר אלמא שליש מהימן תיובתא דר״נ תיובתא. ופי׳ רש״י דנפקא שטרא מתותי ידה. שהאמינוה הלוה והמלוה לשמרו. דאיתחזק בבי דינא שכתוב בו הנפק לא אלימא איהי לאפקועי מעשה ב״ד. והתוס׳ הקשו על פי׳ זה ופירשו דאיתחזק בב״ד שראוהו בידה. עוד פי׳ רש״י סמפון שובר ויוצא מתחת יד לוה כמשפטו. יתקיים השובר בחותמיו יעידו עדים על חתימת ידיהן וכשר. אין עליו עדים וה״ה יוצא מתחת יד שליש ולא מתחת יד הלוה הואיל ושניהם מודים שזה מינהו להיות שליש ביניהם כשר עכ״ל. ונראה דהכי פריך לדידך דאין שליש נאמן אא״כ דאיכא מגו באין עליו עדים מאי מגו איכא הלא אפי׳ יהיב ליה ללוה אינו כלום כיון דאין עדים חתומין בו אלא ודאי שליש נאמן אפילו ליכא מגו והשתא לפי׳ רש״י עדיף טפי ללוה כשהשובר ביד שליש מאילו היה ביד לוה אבל מדברי התוספות נראה שהוקשה להם דבר זה דהיאך אפשר שיהא עדיף טפי ללוה כשהוא ביד השליש משהוא ביד הלוה עצמו והוא דעת הפוסקים ורבינו כדפ׳ לעיל וכן בסימן נ״ה סעיף ח׳ ולפיכך פי׳ דבהך סוגיא דפרק זה בורר הוה ס״ל לרבא נמי דסמפון שיש עליו עדים היינו ביוצא מתחת ידי המלוה ויתקיים בחותמיו

היינו מחותמיו דשיילנא לסהדי אי פריע אי לא פריע וכדמוקי לה בסוגיא דספ״ק דמציעא דלא כפירש״י דרבא ור״נ דהכא לא הוה ס״ל סוגיא דהתם ואין עליו עדים ויוצא מתחת שליש אין פירושו דהסמפון יוצא מתחת ידי שליש דא״כ אמאי השובר כשר דלא עדיף תפיסתו של שליש מתפיסת הלוה עצמו דאינה כלום כיון שאין עליו עדים אלא הכי פירושו השטר והסמפון יוצא מתחת ידי שליש וכשר אלא דלפי זה קשה דא״כ הו״ל לתרץ דהתם בדלא איתחזק בב״ד ואיכא מגו דאי הוה בעי הוה מהדר השטר ללוה או אי בעי קלתיה ופירשו התוספות דמשמע ליה אפילו איתחזק דומיא דיוצא אחר חיתום שטרות וכתבו עוד התוס׳ דיש לפרש ויוצא הסמפון בלבד מתחת יד השליש והא דאין עליו עדים לאו דאין עדים כלל אלא יש עליו עדים ולא ידעי אי פרוע אי לא פרוע ואז נאמן השליש ע״כ שיטת התוס׳ בשם רבינו תם. וקשיא לי דלמסקנא סוף פ״ק דמציעא הא דקתני סמפון שיש עליו עדים יתקיים בחותמיו היינו דיש עליו עדי קיום שכתוב בו הנפק ויתקיים בחותמיו הוא דאם אין מכירין לא חתימות העדים ולא חתימות הדיינים צריך לקיים החתימות דאע״פ דאית ביה הנפק אם בעל דין מערער צריך לקיים החתימות כדלעיל בסימן מ״ו סעיף ט׳ וא״כ לא היה צריך לפרש יתקיים בחותמיו דשיילנא לעדים כדמשני מעיקרא דלמסקנא לא איצטריך להך אוקימתא ואין עליו עדים נמי אין עליו עדי קיום אבל עדים חתומים עליו ויוצא מתחת ידי שליש השליש נאמן. ותו קשה דלשינויא קמא דתוס׳ דאין עליו עדים ויוצא מתחת ידי שליש פירושו דהשטר והסמפון יוצא מתחת ידי שליש לאיזה צורך תני סמפון כיון דאין עליו עדים כלל אין נפקותא אם ישנו ביד שליש או אינו בידו וי״ל בזה דאע״פ דכשהשליש חי ואומר על השטר שבידו שהוא פרוע נאמן אע״פ שאין בידו סמפון מ״מ תני סמפון להיכא דשליש מת ולא אמר קודם מותו שהוא פרוע דאם לא היה עמו סמפון הוה מונח עד שיבוא אליהו אבל כשיש עמו סמפון אף ע״פ שאין עליו עדים כלל וגם השליש מת ולא צוה קודם מותו אי פרוע אי לאו השובר כשר ומחזירין השטר ללוה והכי דייק לישנא דברייתא מדלא תני אין עליו עדים ויוצא מתחת ידי שליש נאמן דהוי משמע דהשליש חי ונאמן לומר שהוא פרוע אלא ודאי דאתא לאורויי דאפילו השליש מת ולא פקיד כלום דאם היה השטר לבדו נמצא בתיבתו היה דינו שיהא מונח אבל עכשיו שנמצא סמפון עמו אפילו אין עליו עדים השובר כשר ומחזיר השטר ללוה. ומכאן יצא לנו חיזוק למאי דפי׳ דברי רבינו ושכך הוא דעת בעל התרומות ומקור דבריהם על פי דעת התוספות בשם רבינו תם. והשתא הא דכתב בעל התרומות ומביאו ב״י וזה לשונו וכיון דאי בעו מסיר לשטרא ללוה או קורעו או שורפו כי אמר פרוע הוא נאמן דלא כתב כך אלא לפרש הא דקאמר תלמודא דהא הימניה לשליש דמיירי כשהשליש חי דנאמן כשהשטר בידו בלא שום סמפון מטעם דהא הימניה השטר לשליש אבל כשהשליש מת ונמצא ברשותו שטר ולא פקיד כלום קודם מותו התם דינא הוא שיהא מונח אא״כ דנמצא עמו סמפון אפילו אין עליו עדים והסמפון הוא כשר ומחזירין השטר ללוה כדפירש׳ אכן בהגהות מרדכי כתב על שם רבינו תם וריב״ם וריב״א שמפרשים שהשטר והסמפון שניהם ביד שליש ומתרצים הא דמזכיר סמפון משום דמיירי שאין השליש יודע אם פרע אם לאו רק שזוכר בדבר שמסר לו שובר דאמרינן ליה מדמסר ליה השטר בודאי פרע ליה עד כאן דבריו ונראה דאין בזה חולק דפשיטא דאפילו השליש חי ואינו יודע אם השטר פרוע אם לאו רק שזוכר וכו׳ ומש״ה בעינן סמפון עם השטר בכה״ג: עוד כתב פירוש אחר בשם רבינו תם לחלק בין דהשליש אומר פרוע מקצתו לפרוע כולו ודחה אותו והאריך עוד לשם ואע״פ דיש להבין מדבריהם דלמקצת גדולים אפילו ביש עדים על השובר ואפשר לקיים חתימתן אין השליש נאמן לומר דפרוע הוא השטר אם לא שגם השטר הוא ביד השליש וזו היא סברת הראב״ד שכתב בעל התרומות הביאו ב״י אנן לא קיי״ל הכי אלא כהסכמת רבינו וכמו שנתבאר למעלה:

כט שטר שנמצא בו שובר בגוף השטר וכולי. ברייתא סוף פ״ק דמציעא או היוצא לאחר חיתום שטרות כשר ומפרש בגמרא דאי לאו דפריע הוא לא הוה מרע לשטריה ופי׳ רש״י ס״פ ז״ב בתוך שטר המלוה נכתב השובר תחת העדים שהרי המלוה עצמו מוחזק בשטרו ואי לאו דפרעיה לא הוה שביק למיכתב תברא בגויה עכ״ל למדנו מפירושו תרתי חדא דאפילו יוצא מתחת ידי מלוה ושלא נפרש דמיירי שיוצא מתחת ידי אחר והאחר אינו יודע אי פריע אי לא דמדתני אין עליו עדים ויוצא מתחת ידי שליש או שיוצא אחר חיתום שטרות מכלל דלא מיירי הכא דיוצא מתחת ידי אחר. אידך למדנו דאפי׳ אינו כתיבת יד מלוה אלא כתב יד אחר נמי משום דלא הוה שביק לכתוב תברא בגויה. ומשמע ודאי דאין חילוק אפילו ורחק מחתימת העדים דאי הוה גזייה לא היתה ניכרת גזיזתו אפ״ה כשר דסתמא תני או היוצא לאחר חיתום שטרות וה״א בהגהת אשיר״י פרק ז״ב וז״ל פירש הר״ב מריגנשפור״ק דוקא דמספקא ליה להמלוה אי פריע הוא ובא לצאת ידי שמים אבל אי טעין ודאי שאינו פרוע מהימן במגו דאי בעי גזייה ולא נהירא דבפ״ק דב״ב לא איפשיטא אי אמרינן מגו במקום חזקה והכא איכא חזקה דאי לאו דפריע הוא וכולי עכ״ל כלומר וכיון דלא איפשיטא קיי״ל כל כה״ג חומרא לתובע וקולא לנתבע כדכתב לשם האלפסי וכדלקמן בסימן ע״ח וז״ש הרמב״ם בפי״ו ממלוה כתוב בגופו של שטר בין מלפניו בין מאחוריו ואפילו בקצתו זה פרוע וכו׳ והאי דאמר ואפילו במקצתו נראה דט״ס הוא וצ״ל או במקצתו וכך הביאו בס׳ התרומות שער נ״ג ס״ס ג׳ ופי׳ אפילו בקצה השטר דאי גייז אותו אינו ניכר ואפילו הכי כשר ומהור״ר ?ולק כהן היפך הקערה ואמר דאפילו במקצתו פירושו דמקצת השובר נכתב נגד השטר ומקצתו למטה ממנו לאפוקי אם היה כולו למטה ממנו אינו כלום דאי בעי גייז ליה וכו׳ והאריך בזה ושרי ליה מאריה דהא תניא להדיא או שיצא לאחר חיתום שטרות דאלמא דאפילו כולו למטה ממנו כשר ואף רבינו ברוך בהגהת אשיר״י פי׳ כך אלא דמפרש דוקא דמספקא ליה למלוה. ותו קשה דמאי אפילו במקצתו

דמהי תיתי לחלק בין כולו כנגד השטר לבין מקצתו כנגד השטר עד שהיה צריך לבאר ולפרש אפילו במקצתו. ותו דהחילוק בין כולו למקצתו אין לו יד ורמז בגמרא וידוע דרכו של הרב שאינו כותב אלא מה שעולה מן הסוגיא. ותו דהעיקר דכשהוא כולו למטה מן השטר דהשובר פסול הו״ל להרב להשמיענו בפירוש. אבל האמת הוא דהרב ז״ל אתא לאורויי לן פירוש דברייתא דיוצא אחר [חיתום] שטרות אין פי׳ סמוך ממש לחתימות ככל לשון אחר דמשמע סמוך אלא אפי׳ בקצהו של שטר רחוק מן החתימות דאיכא מגו דאי הוה בעי גייז ליה אפ״ה לא אמרינן מגו במקום חזקה והא דכתב בש״ע אחר זה ראובן נפטר ונמצא באחד משטרותיו מכתב ידו שטר זה פרוע או נפרע כך וכך עושים כמו שכתוב בשובר דקשה מאי קמ״ל הא אפילו המלוה חי וטוען ברי שאינו פרוע עושין כמו שכתוב בשובר נראה דהרב ב״י למד לכתוב כך בש״ע מתשובת הרא״ש שהביא רבינו בסעיף ל׳ דבנמצא מכתב ידו חציו לפלוני דהשיב דאין לפלוני חלק בו ול״ד לשטר שנכתב עליו פרעון וכו׳ הילכך לא היה כותב אותו אם אינו אמת וס״ל להרא״ש לחלק דכשהמלוה חי והוציא שטרו בב״ד ונכתב שובר בשטר אפילו הוא כתב יד אחר השובר כשר וכדפי׳ רש״י להדיא משום דלא הוה שביק לכתוב תברא בגויה וכדפי׳ לעיל בסמוך אבל בנפטר מי יודע אימת נכתב השובר שמא לאחר פטירתו כתבו אחד מבני הבית הילכך דוקא כשהשובר נכתב בשטר מכתב ידו התם הוא דעושים כמ״ש בשובר והא ודאי לא איצטריך לאשמועינן אלא לדיוקא דאם הוא כתב יד אחר אין עושין כמ״ש בשובר אלא יהא מונח עד שיבוא אליהו ולא מגבינן ביה ולא מקרעינן ליה דליכא הכא חזקה דלא מרע אינש שטריה כיון דספק הוא אם נכתב שובר זה בחייו אם לאו זהו הדרך הישר ליישב לשון הרמב״ם והש״ע והכי נקטינן׃

ל שאלה לא״א הרא״ש. ומאי דקשה מתשובת הרא״ש שכתב רבינו בסימן פ״א סעיף כ״ג דבהודה בכתב ידו שחייב מנה לפלוני לא יכול לטעון שלא להשביע היינו דוקא כשמוסר הכתב ביד מי שהודה לו ועיין לקמן סימן פ״א לשם כתבתיו באריכות בס״ד׃ ומ״ש שאפילו היה א״ל בפני עדים וכו׳. אע״ג דבסימן פ״א כתב הרא״ש בתשובה דהסברא איפכא דלא אשכחן אלא בדיבור בעלמא אבל כתיבה כולי האי לא עביד וכאן כתב הרא״ש דאפילו אמירה וכל שכן כתיבה יש לומר דבסימן פ״א הכי קאמר דכי אמר לו בפניו ובפני עדים אשכחן בתלמודא דאיכא למימר דשלא להשביע אמר הכי אבל בכותב לו בפניו ובפני עדים כולי האי לא הוה עביד משום שלא להשביע אבל כאן בתשובה זו הכי קאמר דאפילו א״ל בפניו ובפני עדים זה השטר חציו שלך אמרינן דשלא להשביע אמר הכי מכל שכן כשכותב בינו לבין עצמו שלא בפניו ושלא בפני עדים ואינו מוציא הכתב מידו ליד פלוני דפשיטא היא דשלא להשביע קא עביד הכי׃

סימן סו

א הלכתא אותיות אין נקנין אלא בכתיבה ומסירה. כך היא גירסת כל הפוסקים ודלא כגירסת רשב״ם בפרק הספינה (בבא בתרא דף ע״ז) הלכתא אותיות נקנין במסירה וע׳ לקמן בסימן רמ״ח סעיף י״ו הביא רבינו תשובת הרא״ש בזה: ומ״ש ואפילו הנייר בעלמא לצור ע״פ צלוחיתו לא קנה. שם קאמר רב אשי לרב כהנא למה לי דכתב ליה קני לך איהו וכל שיעבודיה דאית ביה נהי נמי דסברא היא דאותיות מילי נינהו ומילי במילי לא מיקניין ולהכי לא מיקני במסירה לחודיה בלא כתיבה ולא מהני דא״ל בעל פה קני לך איהו וכל שיעבודיה אלא דוקא בדכתב ליה שטר בשמו על השיעבוד מ״מ קשה דבדכתב ליה קני לך איהו ליסגי ולמה לי דליכתוב נמי וכל שיעבודיה דאית ביה וכי לצור ע״פ צלוחיתו הוא צריך וא״כ פשיטא דלא הקנה לו השטר אלא לשיעבודא דאית ביה א״ל אין לצור ולצור והילכך צריך לפרש איהו וכל שיעבודיה דאית ביה הא לאו הכי לא קנה אלא לצור ע״פ צלוחיתו כך צריך לפרש הסוגיא לפי הגירסא דגרסינן אין אותיות נקנין אלא בכתיבה ומסירה ופי׳ הרא״ש דה״פ אין לצור ולצור ומקח טעות הוי והדמים חוזרים וז״ש רבינו ואפילו הנייר בעלמא לצור ע״פ צלוחיתו לא קנה אלא מקח טעות הוא וכו׳ וקשה דהא לקמן בסעיף ט״ו הביא רבינו מ״ש בעה״ת דבדלא כתב ליה קני לך איהו וכו׳ דלא קנה השיעבוד והלוקח בדין משתמש בנייר לצור ע״פ צלוחיתו וכתב ב״י שנראה שהוא מפרש בזה פי׳ אחר עכ״ל ור״ל שמפרש הא דקאמר אין לצור ולצור דקנאו לצור ע״פ צלוחיתו ולא הוי מקח טעות דאין אונאה לשטרות והכי משמע בבעה״ת שער נ״א תחילת סימן רביעי והא ודאי לא אפשר דא״כ גם כשהלוה נותן לו דמי נייר לא יחזיר לו השטר כיון שבדין קנהו לצור ותו היאך יכתוב רבינו דברי בעה״ת בסתם דקנאו לצור היפך מ״ש תחילה לא קנהו לצור ולכן נראה דבעה״ת דכתב דבדין משתמש בו לצור וכו׳ דוקא בדלא החזיר לו מעותיו דשטר זה לא גרע משאר נכסים שיכול הלוקח להחזיקם בעד מעותיו כפי שויים וכשיפרע הלוה למוכר נותן ללוקח דמי הנייר ונוטל שטרו אבל רבינו מדבר כשהמוכר מחזיר המעות ללוקח דלא יוכל הלוקח תעכב פרוטה בשביל הנייר ויתקיים המקח בדמי הנייר לצור ע״פ צלוחיתו אלא המקח בטל לגמרי ומחזיר לו גם הנייר וז״ש הרמב״ן מפני שעיקר מקחו לראיה לגבות החוב ולא לנייר והכל בטל ולא יתקיים לחצאין לומר תעכב הפרוטה בשביל הנייר ומה״ט גופיה ס״ל לבעה״ת דכשפרע הלוה למוכר כופין ללוקח להחזיר השטר ולא יכול לומר יתקיים המקח לפחות בדמי הנייר ומטעם שכתב הרמב״ן מפני שעיקר מקחו לראיה וכו׳ אלא דמ״מ צריך ליתן לו דמי הנייר דמחזיק בידו בשביל מעותיו לפחות כדי שויו של נייר וא״כ אין דברי רבינו סותרים כלל לדברי בעה״ת והכי נקטינן ודלא כב״י דעלה על דעתו דחולקין וע״כ השמיט דברי בעל התרומות ולא כתבו כלל בש״ע ולפעד״נ דלא דק ומדברי הר״ר ירוחם שהביאו ב״י מבואר ג״כ כדפרי׳ דיכול לתפוס הנייר עד שיחזיר לו וכו׳ ע״ש: ואפילו מסרו לידו וקנו מידו וכו׳ לפיכך כיון שלא כתב לו השטר בשעה שהקנה לו וכו׳. פירוש דבשעה שמקנה לו ומוכר לו כל השיעבוד שיש בשטר שמסר לו בידו באותה שעה צריך שיכתוב לו שטרא דזבינא דהיינו דכתוב בו קני לך איהו וכל שיעבודא דאית ביה ואם לא כתב לו באותה שעה אין כותבין אח״כ דלא מהניא ליה כלל וה״ט דהשטר שנכתב אח״כ אינו שטרא דזבינא אלא שטר של ראיה כיון דעיקר ההקנאה היתה בקנין:

ג וע״ז כתב וכ״כ א״א הרא״ש וכו׳ פי׳ שהרי כתב דאף ע״פ שהיה בשטרות כתיבה וחצרו דהוי כמסירה אפ״ה מאחר דעיקר ההקנאה לא היתה אלא בקנין ולא בשטרא דזבינא דכתבינן ביה קני לך איהו וכו׳ שהרי לא כתב לו קני לך איהו וכו׳ הילכך לא קנה כל עיקר דעיקר קניית שטרות אינה אלא במסירה תחילה ובכתיבת קני לך איהו וכו׳ ואי אפילו ליכא עדים ולא הקנה מידו בקנין סגי וע״ל בסימן רמ״ח סי״ח:

ז אבל ש״ח על המשכון וכו׳ אע״פ שלא מסר לו השטר קנה החוב שעליו במשיכת המשכון. ומה שלא פירש ג״כ אף על פי שלא כתב לו קני לך איהו וכו׳ נראה דהיינו משום שלא היה צריך לפרש דפשיטא הוא דכיון דמסר לו שיעבודו ברשותו לא צריך לכתוב לו קני לך איהו וכו׳ אבל זה היה צורך לפרש דאע״פ דלא מסר לו השטר אלא דבזה צ״ע אם המשכון אינו שוה כנגד כל החוב וע״ל בסכ״ט:

י אבל ר״י פסק כיון שדרך לעשות על אותיות שטר וכו׳. נראה דר״ל כיון דאפי׳ להרמב״ם דא״צ עדים לענין הקנייה צריך עדים לענין התביעה א״כ כל לוקח שטר דרכו לעשות שטר בעדים לפיכך צריך להביא ראיה בעדים שהו״ל שטר:

יא ומ״ש וכ״כ הרמב״ם שנקנה אג״ק וא״צ עדים וכו׳ פי׳ דבשני דברים אלו כתב כך גם הרמב״ם חדא שנקנה אג״ק כדעת האלפסי אידך שא״צ עדים לענין הקנייה כדעת הר״י מיגא״ש דכנגד המוכר אם יטעון שלא מכרו לו נאמן לומר שמכרו ושטר מכירה הו״ל ואבד אבל צריך עדים לענין התביעה אם יטעון הלוה שמא פקדון הוא בידך ולא מסר לך השטר לגבות בו וטעמא דתרוייהו דכיון שזה מוחזק ושכנגדו בא להוציא מידו המע״ה לפיכך מאחר שא״צ עדות לענין הקנייה דאין המוכר נאמן לומר שלא מכרו לו א״כ הלוקח גובה בו לכתחלה ואע״פ דהמוכר מעכב א״צ לחוש לו וגובה בו אם ירצה הלוה לפרוע ללוקח ואין הלוה חייב לחזור ולפרוע למוכר דנאמן הלוקח בטענתו שמכרו לו ושטר כתוב היה לי ואבד כיון שהשטר בידו ותיבת

לפיכך הוא תוספת שהוסיף רבינו על דברי הרמב״ם לקשר בין דבריו פ״ו דמכירה לדבריו פי״ו דמלוה כמ״ש ב״י אבל לר״ח והרא״ש דצריך להביא ראיה והוא דעת הרמב״ן והרשב״א כמ״ש ה׳ המגיד בפרקים הנזכרים אינו גובה בו דאם יפרע הלוה ללוקח חייב לחזור ולפרוע למוכר וכדלקמן סעיף י״ז. מיהו דוקא כשהמוכר עומד וצווח שלא מכר כלום אז צריך להביא ראיה ואם אין לו ראיה לא נפטר הלוה במה שמשלם ללוקח אלא חייב לחזור ולשלם למוכר אבל אם אין המוכר כאן והלוה פרע ללוקח אין מוציאין מידו ולהרמב״ן לא מיבעיא בטוען שטר כתוב היה לי ואבד אלא אפילו ידוע שלא הקנה לו בשטרא דזבינא אלא במסירה לחודא כ״כ הרב המגיד פ׳ כ״ב מה׳ מכירה ע״ש הרמב״ן שהסכים לר״ת בזה מיהו להרא״ש היכא דידוע דלא כתב לו קני לך איהו וכו׳ א״נ הלוקח היה מודה ולא היה המוכר כאן חוזר וגובה מהמוכר כדלקמן בסי״ז וע׳ במ״ש לשם:

יב ומ״ש טען לוי שלא מכר ולא נתן לו שטר זה נשבע היסת ונפטר. כתב ה׳ המגיד וז״ל מ״ש רבינו נשבע היסת ונפטר הוא מפני שאף ע״פ שא״צ להביא ראיה ה״מ לענין גוף השטר אבל להוציא מתחת ידי המוכר ודאי צריך להביא ראיה עכ״ל מבואר מלשונו דבא לבאר מפני מה נשבע לוי כנגד ראובן שלא מכר לו ונפטר הלא אין ראובן צריך להביא ראיה כנגד המוכר לענין הקנייה דכיון שהשטר ביד ראובן נאמן לומר שמכר לו לוי ותירץ ה״מ לענין גוף השטר כשבא לוי להוציא השטר מיד ראובן התם הוא דראובן נאמן מטעם המע״ה אבל כשבא ראובן להוציא מיד לוי מודה שפרע לו שמעון ומעולם לא מכר לראובן התם ודאי צריך ראובן להביא ראיה ואם לא הביא ראיה נשבע לוי היסת ונפטר אבל ב״י הבין דברי הרמב״ם שכך אמר טען לוי שלא מכר וכו׳ ובא להוציא מיד שמעון דלא הודה לשמעון שפרע לו ושמעון טען שפרע ללוי ה״ז נשבע שמעון היסת ונפטר מלוי דכיון שאין השטר ביד לוי נאמן הלוה בשבועה כמו שהורו רבותיו של הרמב״ם הביאו רבינו בסימן מ״א סעיף ט״ו ולא דמי להיכא שמודה לוי שמכר השטר לראובן אלא דטען דלא פרע לו שמעון דנשבע לוי לשמעון ואח״כ גובה ראובן ואע״ג דאין השטר ביד לוי שאני התם כיון דלוי מודה דמכר השטר לראובן הוה ליה ראובן הבא בכח לוי וכאילו היה השטר ביד לוי ונשבע אצל שטרו אבל עכשיו שלוי טוען שלא מכר לראובן ומכחיש לראובן א״כ ליכא למימר דהוה ליה כאילו היה השטר ביד לוי ולכן נשבע שמעון כנגד לוי ונפטר ומ״מ תימה מאי דוחקיה דב״י שמפרש דברי הרמב״ם דלא כמשמעין הלא משמעות פשוטן הוא כמו שהבין ה׳ המגיד דמאמר טען לוי שלא מכר ולא נתן שטר זה נשבע היסת ונפטר משמעו דלוי הטוען נשבע שכדבריו כך הוא ונפטר מראובן אע״פ שהודה שפרע לו שמעון והא דקאמר טען לוי וכו׳ קאי אהודה לו שפרע וכו׳ שכתב בסמוך קודם בבא זו ונראה ודאי דמודה ב״י דכך הוא פי׳ דברי הרמב״ם שהבין כמו ה״ה אלא כוונתו להורות דגם זה בכלל דבריו דבבא זו דטען לוי שלא מכר קאי לשתי הבבות הקודמות דבין שלא הודה לוי שפרע לו שמעון כמ״ש תחילה טען שמעון שפרע ללוי ואמר ישבע לי ישבע לוי וכו׳ ובין שהודה לו שפרע בכל ענין אם טען לוי שלא מכר וכו׳ נשבע היסת ונפטר דבדלא הודה לוי לשמעון אם כן לוי טוען ממני נפל השטר ומצאו ראובן ושמעון טוען פרעתי ללוי וממני נפל ומצאו ראובן וראובן טוען שקנאו מלוי הרי זה נשבע שמעון שפרע ללוי ולוי נשבע לראובן שלא מכר לו וכל אחד נפטר מטענת חבירו שטען עליו ואם הודה לוי שפרע לו שמעון אלא טען שלא מכר לראובן נשבע לוי כנגד ראובן ונפטר:

יג הנותן מתנה לחבירו והחזיר לו השטר וכו׳. ברייתא פרק גט פשוט (בבא בתרא דף קס״ט) ופסקו הפוסקים כחכמים דבחזרת השטר לא חזרה מתנתו אא״כ חזר ומכר לו את השדה או נתנה לו בקנין גמור או בשטר חדש כך פי׳ רשב״ם ומלשון או שטר חדש משמע דברייתא מיירי בהחזיר לו השטר קנייה דכתב לו מוכר שדי קנויה לך וכמו שפירש האשיר״י ולפיכך אי כתב לו לוקח קני לך איהו וכו׳ קנה המוכר אבל שטר מכירה שכותבים לראיה אע״פ שכתב בו קנין ואחריות לא מהני חזרת שטר זה אפילו כתב לוה נמי קני לך איהו וכו׳ וז״ש רשב״ם אא״כ חזר ומכרה או נתנה לו בקנין גמור או בשטר חדש פי׳ שחזר הלוקח והקנה למוכר השדה בשטר חדש שכתב לו שדי מכורה לך:

יד כתב ה״ר ישעיה דשטר שכתוב בו קנין נקנה במסירה וכו׳. נראה מדלא הזכיר רבי׳ ישעיה כתיבה אלמא דס״ל דאותיות נקנות במסירה לחודיה וכדעת רשב״ם ודעתו דכל שטר שכתוב בו קנין נקנה במסירה אף על פי שהקרקע לא היה קונה אלא בכסף או בשטר או בחזקה אפ״ה מאחר שכתב לו שטר וכתוב בו גם הקנין דינו כש״ח ונקנה במסירה וא״כ ס״ל דהלכה כרשב״ג דבחזרת השטר חזרה מתנתו ואין חילוק בין שטר קנייה דכתב לו המוכר שדי קנויה לך או שטר מכירה דכתוב בו קנין והקרקע קנה בכסף ובשטר ובחזקה בכל ענין בחזרת השטר חזרה מתנתו ואע״פ דאנן לא קיי״ל כרשב״ג מ״מ הביא רבינו דבריו לפי דמדבריו יש ללמוד דלדידן דקיי״ל כחכמים דבחזרת השטר לא חזרה מתנתו אא״כ דכתב ליה נמי קני לך איהו וכו׳ נמי אין לחלק בין שטר קנייה דכתב מוכר ללוקח שדי קנויה לך לבין שטר מכירה דכתוב בו קנין אע״פ דעיקר הקנין לא היה בשטר זה ובכל ענין חזרה מתנתו בכתיבה ומסירה וע״ז כתב רבינו אבל א״א הרא״ש כתב שאין שטר נקנה בכתיבה ומסירה אלא ש״ח וכו׳: ומ״ש רבינו ולא דמי לש״ח וכו׳. טעמו דבש״ח נמי מדינא לא היה קונה בכתיבה ומסירה אלא תקנת חכמים היא כדי שאם יצטרך המלוה למעות ולא יוכל לגבות חובו מן הלוה שימכרנו לאחר אבל בשטר מכר לא שייך האי טעמא שהרי יכול למכור הקרקע שבידו למי שירצה אלא דמ״מ מאחר שתקנו שתועיל מכירה בשטר חוב אגב זה תקנו גם בשטר מכר הילכך דוקא בש״ח שקנה החוב בתקנת חכמים קונה אגבו ג״כ שיעבוד הנכסים הכתובים בשטר וכן בשטר של קנייה דכתב לו שדי

מכורה לך דקנה השדה בשטר זה כשחזר הלוקח והחזיר שטר זה למוכר או לאחר וכתב לו קני לך איהו וכו׳ קנה ג״כ בו השדה והשיעבוד נכסים אבל אם קנה הקרקע בכסף או בשטר או בחזקה וחזר הלוקח והקנה השטר מכירה הכתוב לראיה למוכר או לאחר אע״פ שכתוב בו קנין ואחריות מ״מ כיון שאין השדה נקנה בשטר זה אין כאן דבר שיחול עליו במסירת שטר זה שום קנין לא קניית גוף השדה ולא שיעבוד הנכסים ולא אלים כח לוקח שני מלוקח הראשון שגם הראשון לא קנה כלום בזה השטר כ״ש לוקח שני ועי׳ באשיר״י פרק גט פשוט (דף קי״ו ע״א) וכ״כ הר״ר ירוחם בני״ד:

טו לוקח שקנה מהמלוה וכו׳. חילוקי דינים אלו הם למאי דקיי״ל דכשמת מלוה ואח״כ מת לוה נשבעים יורשי מלוה שלא פקדנו וגובין מיורשי לוה ואם האמין הלוה את המלוה ואת יורשיו עליו גובין חוב אביהם בלא שבועה דמשבועה זו פטרם אבל כשמת לוה ואח״כ מת מלוה כבר נתחייב מלוה לבני לוה שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו ואם האמין הלוה את המלוה עליו ועל יורשיו אז לא נתחייב המלוה לישבע ונשבעים יורשי המלוה שלא פקדנו וגובין מיורשי לוה ואם האמין הלוה את המלוה ואת יורשיו עליו ועל יורשיו אז אע״ג דמת לוה בחיי מלוה יורשי מלוה גובין מיורשי לוה בלא שבועה כל זה מבואר לקמן בסימן ק״ח והשתא נמשכים דינים אלו לוקח שקנה מהמלוה ש״ח שיש לו על הלוה וכו׳ נשבע הלוקח שלא אמר לו המוכר כלום ומיירי בסתם ש״ח שהאמין הלוה את המלוה ואת יורשיו עליו ולפיכך כשמת המוכר הלוקח הוא שנשבע שלא אמר לו המוכר וכו׳ אבל יורשי המוכר אין צריכין לישבע שלא פקדנו דמשבועה זו פטרם הלוה שהרי אין עליהם אלא שבועה זו וממנה פטרם והילכך אין נשבע אלא הלוקח אבל אם לא האמין לוה ליורשי מלוה פשיטא שגם המה צריכין לישבע שלא פקדנו כדכתב הר״י ברצילוני בסמוך נשבע היורש שלא פקדנו אבא דמיירי לשם בדאין כתוב נאמנות בשטר ולא מיבעיא אם המוכר מת תחילה ואח״כ מת לוה אלא אפילו מת לוה תחילה ואח״כ מת המוכר לא אמרינן כבר נתחייב מלוה לבני לוה שבועת היורשין שהרי לא האמין הלוה ואת המלוה ואת יורשיו אלא עליו ולא גם על יורשיו וא״כ היה חייב המלוה שבועה כנגד יורשי לוה ואין אדם מוריש שבועה לא ליורשיו ולא להבאים ברשותו אפילו הכי נשבע הלוקח וגובה מן יורשי הלוה והטעם דכיון דמת לוה אחר שלקח השטר השתא כיון דבשעה שמכרו היה הלוה חי א״כ עיקר השבועה היא על הלוקח דשמא פרעו הלוה כיון שהשטר בידו משעה שלקחו וכיון שאין עיקר חיוב השבועה על המוכר אלא שמשביעין אותו מפני שהוא נאמן לומר פרעתי במגו דאי בעי מחיל לכך לא אמר הכא אין אדם מוריש שבועה ונשבע הלוקח וגובה אבל אם המוכר חי עדיין גם הוא צריך לישבע וכו׳ שהרי כשם שיש ספק שמא פרע ללוקח כך יש ספק שמא פרע למוכר קודם שמכרו ולפיכך ב׳ צריכין לישבע כנגד היורשים שהרי לא האמין הלוה את המלוה ואת יורשיו אלא עליו ולא גם על יורשיו כדפי׳ ואין ספק דאם האמינם עליו ועל יורשיו דאפילו המוכר חי א״צ לישבע כנגד היורשים אלא דלא איירי בהכי דכתב ליה הך נאמנות דעליו ועל יורשיו: ומ״ש וכן נמי אם הלוה קיים וטוען שהוא פרוע. דהיינו דטוען שפרע למוכר: ואין בו נאמנות. פירוש שאין כתוב בו שהאמין הלוה את המלוה ואת יורשיו השתא ודאי אם גם המוכר קיים ישבע המוכר ללוה וגובה הלוקח ואם מת המוכר כיון שהלוה קיים נשבע היורש שלא פקדנו: ומ״ש וי״א שהלוקח נשבע וכו׳. פי׳ היכא דהיורש אינו רוצה אז ישבע הלוקח וכו׳ וטעמא דכיון דאין עיקר חיוב השבועה אלא על הלוקח שהשטר בידו אלא דמשביעין את המוכר ויורשיו להכחיש הלוה שטוען שפרע למוכר וכיון שאין המוכר חי והיורש אינו רוצה לישבע חזרה השבועה על הלוקח שעליו עיקר חיוב השבועה ותימה שכאן כתב סברת י״א באחרונה נראה כי כך היא מסקנת רבינו והא ליתא דלקמן בסימן פ״ו הביא באחרונה דעת בעל העיטור דס״ל דשבועת הלוקח לבטלה היא דאנן סהדי שהמוכר א״ל שאינו פרוע כיון דקנה ממנו השטר אלא דאפ״ה לא מצי גבי כיון דלוה טעין פרוע הוא והמוכר צריך לישבע כיון שאין בו נאמנות וכיון דאינו רוצה לישבע א״נ מת והיורשים אינן רוצים לישבע לא מצי לוקח גבי אפילו רוצה לישבע שלא פקדנו והכי עיקר עיין במה שכתבתי בסימן פ״ו בס״ד: ומ״ש ואם מת הלוה קודם שלקחו וכו׳. פי׳ וגם המוכר מת כדאמר ברישא דמילתא דעלה קאי דהשתא כבר נתחייב המלוה שבועה לבני לוה כשבא לגבות מנכסי יתומים קודם שמכר את השטר ואין אדם מוכר שבועה לאחר כדי לגבות בו כשם שאין אדם מוריש שבועה לבניו כלומר דאין אדם מוריש ולא מוכר ממון שיש עליו שבועה: כתב ב״י ע״ש הר״ר ירוחם דיכול המוכר לומר אמנה הוא או פרוע במגו דאי בעי מחיל ליה עכ״ל ואף ע״ג דלפי דבריו עבר על אל תשכן באהלך עולה אפילו הכי לא מיקרי משים עצמו רשע כיון דעכשיו בהודאה זו עושה טובה שמודה ותע״ב וכדמשמע בפ״ב דכתובות (דף י״ט) ע״ש ועי׳ במ״ש בסימן מ״ז בס״ד:

טז כתב בעה״ת אם לא כתב המוכר וכו׳. שער נ״א תחילת סימן ד׳ וע״ש הטעם דכיון דפרע הלוה למוכר הרי בטל השטר דמה לי מחלו מה לי פרעו ויחזיר הלוקח השטר ללוה דדיליה הוא כיון דהלוה נותן שכר הסופר ודעת רבינו דבכתב ולא מסר נמי דינו כמסר ולא כתב דכיון דלא קנה אף הנייר לצור ע״פ צלוחיתו מפני שעיקר מקחו לראיה והכל בטל ולא יתקיים לחצאין כדכתב רבינו ע״ש הרמב״ן בתחילת סימן זה הילכך נקטינן דכופין הלוקח להחזיר השטר ללוה אבל כשכתב ומסר לו כהלכתו דכתב רבינו בסמוך שתי סברות לסברא קמא נפטר הלוה ממה שפרע למלוה ולסברת י״א לא נפטר מן הלוקח לפי זה ודאי נמשך דפליגי נמי בהא דלסברא קמא דנפטר הלוה מן הלוקח ב״ד כופין ללוקח להחזיר השטר אבל לסברת י״א דלא נפטר מן

הלוקח א״צ להחזיר השטר עד דפרעיה ובזה נתיישב דלא קשה מה שכתב ב״י וז״ל וצריך ליתן טעם למה כתב רבינו סברא הראשונה ולא השנייה וגם הראשונה אינה בעינה וכו׳ ע״ש:

יז ואם אחר שמכר לו הש״ח כראוי בכתיבה ומסירה וכו׳. מלת כראוי אינה יתירה אלא רצונו לומר אפילו הקנה לו בכתיבה ומסירה דכתב ליה קני לך איהו ולא כתב ליה נמי וכל שיעבודא דאית ביה איננה כראוי ולא קנה אא״כ דכתב ליה איהו וכל שיעבודא דאית ביה וכך מפורש בבעה״ת וכדמוכחא הסוגיא בפ׳ הספינה למאי דגרסינן הלכתא אין אותיות נקנות אלא בכתיבה ומסירה וכדפי׳ בראש סימן זה: ומ״ש פשיטא שב״ד אומרים לו ליתנו ללוקח ואדרבה וכו׳. נראה דהאי ואדרבה נמי ממה שא״ל ב״ד הוא וה״ק פשיטא שב״ד א״ל ליתנו ללוקח דלמה תתן למוכר הלא המעות הוא של לוקח ואם תתן (ללוקח) [למוכר] חוזרין הב״ד ומגבין ללוקח ואטרוחי ב״ד למה לך אבל אם הלוה אינו רוצה לשמוע לב״ד דדעתו קרובה אצל המלוה וקדם ופרע למלוה אין ללוקח על הלוה אלא תרעומות מפני שמחל המלוה שיעבוד השטר באותו פרעון אבל מדינא ודאי אין הלוה חייב ליתן ללוקח ואם פרע למוכר נפטר מן הלוקח אע״פ שאינו יכול להוציא מן המוכר ולשון אם קדם ופרע ר״ל שקדם עצמו ופרע מקמי שהגבו ב״ד מן המלוה ללוקח מדרבי נתן אבל הגבו בית דין דהיינו שכתבו פסק דין דהלוה ישלם ללוקח פשיטא דאם אח״כ פרע למוכר חייב לפרוע פעם אחרת ללוקח שכבר נתחייב ללוקח בב״ד מדרבי נתן כדלקמן בסימן פ״ו סעיף ד׳: ומ״ש וי״א אם פרע לוה למלוה וכו׳. נראה דלאו דוקא היכא דבאין המלוה והלוקח לב״ד לתבוע מהלוה וב״ד א״ל ליתן ללוקח ועבר על דבריהם ונתן למלוה דדעתו קרובה לו דלא נפטר בזה מן הלוקח אלא אפילו לא באו לב״ד אלא דהלוה מעצמו פרע למלוה אפ״ה לא נפטר בזה מן הלוקח וטעמא דמילתא כתב בעה״ת משום דכיון דלוה הוה ידע דקנה השטר כראוי בכתיבה ומסירה דקיי״ל דכל שטרא קלא איתי ליה מצי לוקח לומר לו לא היה לך לפרוע כ״א לי שהרי נסתלק מעליך המלוה ופושע אתה שפרעת לו ותשלם חובי והביא על זה ראיה מפרק שנים אוחזין דתניא מצא שובר בשוק וכו׳ ומסוגיית התלמוד דאמר עלה ע״ש בסימן הנזכר:

יח לוה שפרע ללוקח וכו׳. נראה דדין זה מודה בו הרמב״ם דאע״ג דא״צ להביא עדים על הקנייה ואם רוצה הלוה משלם ללוקח אפילו המוכר עומד וצווח ואין הלוה חייב לחזור ולשלם למוכר אין זה אלא בדטעין שטר זבינא היה לי ואבד אבל הכא שלא כתב לו כלל קני לך איהו וכו׳ כגון שידוע בעדים א״נ הלוקח מודה אם המוכר מעכב על הלוה שלא ישלם ללוקח אינו יכול לשלם ואם עבר ונתן ללוקח לא נפטר בזה מן המוכר וצריך לחזור ולשלם למוכר אא״כ דלא ידע המוכר כגון שלא היה בעיר דכיון דתפס הלוקח אין מוציאין מידו וכדא״ר נחמן בפ׳ א״נ גבי מוכר פירות דקל שלא באו לעולם דלא קנה ומודינא דאי שמיט ואכיל אין מוציאין מידו ולאו דוקא אכיל אלא כיון דתפיס אין מוציאין מידו וה״נ דכוותיה כמו שכתבו כל הפוסקים: וכתב א״א הרא״ש וכו׳ עד שיראה לך שקנאו ממני בדין קניית שטר. זהו לפי סברתו שכתב בשם הרא״ש לעיל סי״ב שצריך להביא ראיה שכתב לו ואפי׳ אמר ליה קני לך איהו וכל שיעבודא דאית ביה לא מהני עד דכתב ליה ועיין במ״ש לעיל סעיף י״א:

יט ראובן שהיה לו ש״ח על לוי וכו׳. פירוש לא אמרינן כמאן דפרע לוה למלוה דמי והשטר נמחל שיעבודו ושוב לא נתחייב לוה לזוכה אלא בע״פ והמלוה מחוייב להחזיר השטר ללוה ואין הזוכה יכול לגבות ממשועבדין אלא יכול לגבות ממשועבדין שהרי לא מחל לו מלוה כלום אלא מלוה בשטר היא ואין לנו להחזיר השטר ללוה אלא דאם המלוה מעכב לצור ע״פ צלוחיתו והזוכה אומר תן לי השטר אין שמעון הזוכה יכול להוציא גוף השטר וכו׳ וע״ל סוף סימן י״ו וסוף סימן ס׳:

כא ראובן היה לו שטר על שמעון וכו׳ לפי שהעד האחד לא היה מסכים עמו וכו׳. יש להקשות מ״ש דין זה דלא הוי נוגע בעדות מדין הכתוב אחר זה כשהיה הלוה האחד מעדי המתנה דהוי נוגע בעדות אע״ג דכאן וכאן איכא עד אחר עמו וי״ל הכא ודאי דבשעה שהעיד וחתם על השטר לא היה לו שום הנאה ומדינא השטר כשר אלא דלאח״כ שקנאו איכא חשדא וכיון שע״א עמו לא חיישינן לחשדא אבל בסמוך דבשעה שהעמיד את הלוה שיהא עד למתנה כיון דאיכא למימר השני נוח לי הוא פסול מדינא ומתנה בע״א לאו כלום היא ומה״ט נמי מסיק ואם מכרו לשני העדים וכו׳ ואם אין הלוה מודה בו אין יכולין לגבות ולא קשה הא פשיטא דבאין לוה מודה קא עסקינן דאי לוה מודה למה לא יגבה בו אלא דלפי דמדינא השטר כשר כיון דבשעה שהעמידם לעדים לא היו נוגעים בעדות אלא משום חשדא איכא להכי מסיק דבמכר השטר לשני העדים חיישינן לחשדא ואין גובין בו אפילו בדיעבד שכבר מכרו כיון שאין הלוה מודה ולא אמרינן דהמלוה והלוה עשו קנוניא על שני העדים דלא חיישינן לקנוניא אלא היכא דאיתרע בנפילה כדלעיל בסימן ס״ה:

כג כתב בעל העיטור ואפילו עבד תנאה דלא מצי מחיל לא מהני. כתב ב״י וטעם ב״ה שאי איפשר לו להתנות שלא יוכל לעשות מה שהוא יכול לעשות עכ״ל ולפי זה אם היה התנאי שלא ימחול התנאי קיים שהרי הוא מקבל על עצמו שלא ימחול וכל תנאי שבממון קיים אבל קשה דא״כ אמאי קאמר תלמודא ואי פקח הוא מקרקש ליה בזוזי וכתב ליה שטרא בשמיה עדיפא מינה הו״ל למימר דליעביד תנאה דלא ימחול אלא ודאי לישנא דלא מצי

מחיל לאו דוקא וכ״כ בעיטור להדיא אות מ׳ מחילה וז״ל ומסתמא דאפילו כתב תנאה בשטר לא מצי מחיל ליה דלא מהני תנאה דאי איתא ליעביד ליה תקנתא בהכי ש״מ דלית ליה תקנתא אלא דבירושלמי פ׳ הדיינין אינו משמע כך עכ״ל. אלמא דלישנא דלא מצי מחיל לשון העיטור הוא אבל התנאי בכל איזה לשון שיהיה לא מהני תנאה וטעמא דמילתא דמצי למימר עיינתי בחשבוני ולא פש לי גביה ולא מידי וא״כ השטר מחול הוא ואין התנאי מועיל כלום ואע״ג דהרי״ף בפ׳ הכותב דחי להאי טעמא היינו דאיכא למימר דמשום ה״ט לחוד מצי מחיל ואי אית ליה גביה לא מצי מחיל אלא אפילו אמר אית לי גביה אלא ה״ה מחול לו נמי מחול אבל אי עבד תנאה דלא ימחול לא מהני תנאה אלא דוקא היכא דמודה דאית ליה גביה אבל אי אמר השתא דלית ליה גביה ולא מידי פשיטא דלא מהני תנאיה כיון דקאמר השתא רמיאת אנפשאי ודכירנא דכבר פרע לי כוליה ולא פש לי גביה ולא מידי והמכירה בטעות הויא מיהו לבעה״ת דלא מצי אמר עיינתי בחושבנאי אלא היכא דידיעא מילתא בסהדי וכו׳ כדכתב בשער נ״א ומביאו ב״י ליתא להאי טעמא דכתיבנא דא״כ דל מחילה מהכא תיפוק ליה דסהדי מסהדי דלית ליה גביה ולא מידי וצ״ע. שוב מצאתי שבעה״ת הביא דעת ב״ה בשער נ״א סימן ו׳ וכתב עליו ולא נתגלה לי טעמו וע״ש: כתב הרא״ש בתשובה כלל ס״ב סי׳ ה׳ דראובן שנתן לשמעון ש״ח שלו על עכו״ם לגבותו וגבאו מיד ואמר לראובן שנתן לעכו״ם זמן ב׳ חדשים ונתן לו שמעון שטר שלו על עכו״ם בעד שטרו עתה אמר ראובן שנתן לו ע״ת שאם יגבנו תוך ב׳ חדשים ואם לאו שלא היה רוצה בחליפין ושמעון אומר שנתנו לו בלא תנאי והשיב כיון שלא נעשה התנאי בפני עדים שהיו בשעת קנין כתיבה ומסירה א״כ חליפים גמורים הם וב״י כתב ויש לתמוה עליו דכיון ששמעון גבאו מיד כבר זכה ראובן באותם מעות ושלו הם ובשביל ששמעון הטעהו לא הפסיד זכותו עכ״ל ומטעם קושיא זו לא הביאו בש״ע ולי נראה דלא קשיא מידי דמ״ש שגבאו מיד היא טענת ראובן אבל שמעון טען להד״ם אלא חליפים גמורים היו בלא תנאי ובלי רמאות ולכך פסק הרא״ש דהדבר תלוי בעדים אבל במה שטען ראובן דגבאו מיד והטעהו על זה מסיק בסוף התשובה אם יש עסק שבועה ביניהם נשבע הכופר ולפי שהשואל לא ביאר בכתבו שראובן טען כך ושמעון טען להד״ם אלא סתם שאל יורני אם יש כאן שבועה ביניהם לפיכך השיב לו ואם יש עסק שבועה ביניהם גם על שטרות נשבעין מדרבנן מידי דהוה אקרקעות נ״ל ברור ופשוט:

כד כתב בעה״ת שאין היורש יכול למחול לעצמו וכו׳. בשער נ״א סימן ד׳ (דף פ״ח ע״ב) כתב לשם ראיותיו מפרק הגוזל ומספר הזכות ע״ש ומסיק ואין מחילתו מחילה להפטר משיעבוד שלו כלום וז״ש רבינו בשמו אלא פורע כל החוב ללוקח ונראה דהטעם הוא דקיי״ל אחריות טעות סופר הוא והוה ליה כאילו כתוב בו אחריות לשלם כל החוב וע׳ במ״ש בסמוך אדברי בעל התרומות סעיף ל״ג בס״ד: ומ״ש אבל התוס׳ כתבו דאפילו לעצמו יכול למחול. פי׳ וכיון דיכול למחול אינו משלם ללוקח אלא מה שנתן בשטר כדלקמן סעיף ל״ב בדברי רב שרירא גאון והרא״ש ולאפוקי מדעת בעה״ת דאינו יכול למחול ומשלם כל החוב ללוקח וז״ל התוס׳ בפ׳ האשה שנפלו (סוף כתובות דף פ״א) אהא דתניא הרי שהיה נושה באחיו ומת והניח שומרת יבם לא יאמר הואיל ואני יורש החזקתי וכו׳ כתבו התוס׳ וא״ת לימחול לנפשיה דהא אמרינן ואפילו יורש מוחל וי״ל דשאני הכא דאינו יורש אלא מכחה א״נ כר״מ דדאין דינא דגרמי ומגבי ביה דמי שטרא מעליא כדאמר לקמן עכ״ל הרי דלשינויא קמא ס״ל לתוספות דראובן שהלוה לבנו וכו׳ יכול למחול אפילו לעצמו אלא דיבם שאני כיון שאינו יורש אלא מכחה ולשינויא בתרא נמי יכול למחול אלא דמחייבינן ליה לשלם מדינא דגרמי ומה שקשה דמ״מ למחול יבם לנפשיה ולא צריך לשלם ללוקח אלא מה שנתן בשטר כדכתבו התוספות בפרק הכותב (תחלת דף פ״ו) ומביאין ראיה ברורה מפ״ב דקידושין (תחלת דף מ״ח) ואע״ג דכתבו ומיהו לא נתיישב לרשב״א לשון מגבי ביה דמי שטרא מעליא דמשמע דחייב לשלם כל הכתוב בשטר עכ״ל מ״מ לא נחלק אר״י בגוף הדין ולא השיב על ראייתן כלל אלא דלא נתיישב לו הלשון ואין זה כ״כ קושיא דודאי הלשון לאו דוקא אלא כלומר מה ששוה השטר למכרו דהיינו מה שנתן בו הלוקח דהוה דמי שטרא מעליא וי״ל דהא לאו קושיא היא דנראה דס״ל לתוס׳ דאף לשינויא בתרא איכא לחלק בין יבם לשאר יורש דאע״פ דשאר יורש אינו משלם אלא מה שנתן הלוקח בשטר מ״מ יבם צריך לשלם דמי כולו לפי שנשתעבד מקודם לכתובת אשת אחיו הילכך אלים שיעבודא דאי מחל הו״ל חב לאחרים משא״כ שאר יורש דהלוה לא נשתעבד ללוקח ואין המכירה מועלת אלא לעניין שלא יוכל לומר לאו בעל דברים דידי את הילכך אי מחיל לא משלם יורש אלא מה שנתן הלוקח וע׳ במרדכי ס״פ האשה שנפלו שכתב חילוק זה לגבי מחילה ולפעד״נ דחילוק זה צודק לענין פרעון לדעת התוס׳ ואיכא למידק אמאי לא כתב רבינו ע״ש הרא״ש דהסכים לדברי התוספות דלעצמו יכול למחול כדכתב בפ׳ הכותב אעובדא דקריבתיה דרב נחמן דהא פשיטא דדעת הרא״ש דאע״ג דיכול למחול לעצמו מ״מ צריך לשלם הדמים שנתן הלוקח כדכתב להדיא בספ״ק דמציעא וכמ״ש רבינו בסמוך סוף סעיף ל״ב והכי נקטינן דכ״כ עוד התוס׳ בפרק החובל ע״ש ר״ת ע״ש (דף פ״ט) וסוף פ״ק דב״מ וכן כתב המרדכי פרק הכותב ע״ש ריב״א ור״י ובזה נתיישב דרבינו בא״ע סימן ק״ה כתב בסתם דיכולה למחול לעצמה וה״ט דלשם אינו מדבר אלא באם יכולה למחול אבל כאן דאיירי נמי אם צריך לשלם כל החוב כמ״ש בעה״ת ולדעת התוס׳ א״צ לשלם אלא הדמים שנתן לכן כתב כאן שתי הדיעות. עוד אפשר לומר דס״ל לרבינו דלשינויא קמא דתוספות יורש מצי מחיל לנפשיה וא״צ לשלם כלום ללוקח כיון דאין כוונתו להזיק אלא לפטור לעצמו והילכך אפילו מאן דדאין דינא דגרמי פטור לגמרי ושאני יבם דאינו יורש אלא מכחה וס״ל לרבינו דשינויא קמא עיקר דאילו לשינויא בתרא קשה אכתי

למחול לנפשיה ומרויח שא״צ לשלם אלא מה שנתן הלוקח בשטר כדכתבו בפרק הכותב והיינו דכתב רבינו בסתם אבל התוס׳ כתבו דאפילו לעצמו יכול למחול והיינו דא״צ לשלם כלום לפי שאין כוונתו להזיק והשתא ניחא דלא הביא רבינו דעת הרא״ש כאן שהסכים לדברי התוס׳ והוא שסובר דלהרא״ש אין חילוק בין יורש דעלמא ובין יורש דמחיל לנפשיה בכל גוונא משלם ללוקח מה שנתן בשטר דלא כבעה״ת דמשלם כל החוב ולא כתוס׳ דאינו משלם כלום אלא דלפי שאינו מפורש כך מדברי הרא״ש אלא דהכי משמע מדכתב סתם ולא חילק לפיכך לא הזכיר רבינו סברת הרא״ש בכאן וזה נראה עיקר:

כט וכתב בעה״ת המוכר שטר משכונת קרקע וכו׳. מחלוקת זו הוא נמי לענין שבועת יורשי מלוה והעתיקו הב״י ורבינו כתבו לקמן בסימן ק״ח סכ״ג וכתב דהכי מסתברא כסברא בתרא דאין צריך שבועה דכמאן דמטי ממונא לידיה דמי וכדעת הרא״ש ועיין עוד בתשובת הריטב״א שכתב ב״י סוף סימן ק״י:

לא וכשמוחל המוכר וכו׳ וכ״ש שאם מחל היורש שצריך לשלם. נראה דאין פי׳ דהיורש שמחל צריך לשלם שזה כבר כתבו וכשמוחל המוכר או יורשיו צריכין לשלם ללוקח אלא ה״פ וכל שכן שאם מחל היורש ומת שצריך יורש דיורש לשלם ואמר דכ״ש הוא משום דהכא פשיטא הוא דליכא למימר דלא קנסו בנו אחריו משא״כ גבי מוכר שמחל דאיכא סברא לומר דכיון דהמוכר עצמו שקבל המעות מן הלוקח חזר ומחל ללוה קנסינן ליה לדידיה לשלם אבל לא לבריה דא״צ לשלם בעד מה שמחל אביו ואח״כ מת דלא קנסינן לבנו אחריו אבל אם לא מחל האב אלא היורש הוא דמחל שלא מכר ולא קבל מעות מן הלוקח ואפ״ה חייב לשלם פשיטא דאין זה קנס אלא דינא הכי הוא א״כ אם מת היורש שמחל כל שכן דיורש היורש חייב לשלם מה שנתחייב האב מדינא כשאר חובות שחייב אביו: כתב ב״י וז״ל מדברי הרא״ש בחשובה כלל ס״ה סימן ג׳ אפשר למשמע המוכר ש״ח לחבירו אם אין לו נכסים ממה לפרוע אינו יכול למחול עכ״ל ונ״ל דלא דק דלא כתב לשם הרא״ש אלא היכא שנשתעבד לו מדרבי נתן דזכה בו מן התורה אבל במכר ש״ח דהוה דרבנן יכול למחול אפילו חב לאחרים וכמו שהארכתי בביאור זה בסימן מ״ז בס״ד:

לג כתב בעה״ת וכו׳ וטרף זה החוב. פי׳ כגון ששיעבד שטר זה לב״ח מוקדם באגב קרקע כדלעיל ריש סימן ס׳: או שבא אחר והביא ראיה ששטר זה שלו. פי׳ שהמעות שהלוה מלוה זה ללוה שנכתב השטר על שמו אינן של מלוה אלא של אחר אלא שנכתב ע״ש מלוה זה לדבר שהיה בלבו מטעם שלא להשביע או מטעם אחר: או שלקחו מהמלוה תחילה. פי׳ ע״י כתיבה ומסירה קנאו בפני עדים וחזר והפקידו אצל המלוה: חוזר הלוקח וגובה כל השטר מהמוכר וכו׳. כתב מהרש״ל נראה דדין זה שייך אף להרא״ש דס״ל גבי מחילה שאינו נוטל אלא כפי הדמים משום דהוה ליה לאסוקי אדעתיה משא״כ בנדון זה ומכל מקום נ״ל שלא לחלק אלא עיקר סברתו של בעה״ת משום דאחריות ט״ס הוא והוי כאילו כתב לו אחריות והיה כתוב בו לשלם כל החוב ודוק עכ״ל וכנ״ל לפרש דגובה כל החוב מדין אחריות דכיון דנשתעבדו לו קרקעותיו כגבוי דמי וכמו שהקרקעות בחזקת הלוקח הם וגבויות ממש וכסברת ר׳ יוחנן בפרק השולח בדין שמיטה בדף ל״ז דאם יש בו אחריות נכסים אינו משמט דכגבוי דמי וכו׳ וה״נ דכוותיה וז״ש וגובה כל השטר מהמוכר או מנכסיו פירוש מהמוכר אי איכא בני חרי או מנכסיו שמכר אחר מכירת שטר זה ודלא כמ״ש ב״י דמ״ש גובה כל השטר היינו למאן דס״ל במוכר ש״ח לחבירו וחזר ומחלו גובה כל השטר אבל למאן דס״ל דאינו גובה אלא מעות שנתן ה״נ אינו גובה אלא מעות שנתן וכו׳ דליתא אלא לכ״ע גובה הכא כל החוב כדפרישית וגובה אף מלקוחות:

לד אבל אם הוציא הלוה שובר שפרעו או שמחל לו קודם לכן ה״ז מקח טעות. פירוש ואינו גובה כל החוב אלא מה שנתן בעד השטר ומשמע להדיא דאם הוציא שובר או שמחל לו אחר כך גובה כל החוב מדין אחריות והיינו דכתב קודם זה או שלקחו מהמלוה תחילה וכל כיוצא בזה חוזר וכו׳ דבמ״ש וכל כיוצא בזה רצונו לומר כגון שהוציא שובר או שמחל לו לאחר המכירה דגובה כל השטר וכו׳ מדין אחריות וכדלעיל בסעיף כ״ד ע״ש וע״ז יבוא מ״ש רבינו וא״א הרא״ש כתב בתשובה וכו׳ דלא כבעה״ת דכתב דגובה מנכסיו שמכר אחר כך אלא אינו גובה מלקוחות. וב״י לא פי׳ כך וכתב מה שכתב ולא נהירא. וא״ת הלא הרא״ש חולק אבעה״ת וס״ל דבמחל לו אחר כך אינו גובה כל החוב ולמה לא כתב רבינו דגם בזה נחלק עליו וי״ל דנסמך בזה על מ״ש קודם זה דעת רב שרירא גאון ושהסכים עמו הרא״ש דממילא מובן דהרא״ש נחלק על בעה״ת במ״ש דגובה כל החוב ועוד נראה דבמ״ש ועל אותה שעה הוא מתחייב משמעו שאינו משלם אלא הדמים שנתן דבזה הזיקו בידים אבל במותר לא הזיקו בידים מה שאין כן כשמתחייב למפרע מדין אחריות דחשיב כאילו היה כותב לו אחריות לשלם כל החוב וא״כ בלשון זה נשמע השגה אבעה״ת גם בדין גביית כל החוב:

לה ומ״ש ואם היה הלוה עני וכו׳. פי׳ והוא לא ידע וגם העולם לא היו יודעים שאם היו העולם יודעים אלא דאיהו לא ידע הוי מקח טעות לגמרי והמעות חוזרים אבל עכשיו בכלל אונאה הוא כלומר דלא הוי בכלל האחריות לשלם כל החוב לדעת בעה״ת ולא הוי גם כן בכלל מקח טעות אלא הוי

בכלל אונאה לענין שאם מכרו ביותר מדמיו אין לשטרות אונאה כלומר אבל ביטול מקח יש להם לדעת ר״ת והרא״ש כדבסמוך ולקמן בסימן רכ״ז וז״ל מהרש״ל בכלל אונאה הוא ועבר על לא תונו איש את אחיו ומ״מ לענין דינא אין לו אונאה עכ״ל ועיין במ״ש לקמן בסימן רכ״ז בס״ד:

לח המוכר ש״ח לחבירו לגבותו וכו׳. פירוש לאפוקי המוכר שטר חוב לחבירו לצור בהם אבקת רוכל דממכרן של אלו לצורך תשמיש גופן הוא התם כיון דגופן ממון יש להם אונאה כדאיתא בפרק הזהב ומביאו בית יוסף:

לט ואין בהם דין שומרים וכו׳ שומר חנם אינו נשבע שלא פשע בהן וש״ש אינו משלם. כלומר בזה אין מחלוקת אבל אם פשע בהם בזה חולקים הרמב״ם והרא״ש ומחלוקת זו כתב רבינו גם לקמן בתחלת סימן צ״ה וסימן ש״א ולשם כתבתי ליישב דברי הרמב״ם דלכאורה קסתרי אהדדי דבפ״ב מה׳ שכירות כתב דאם פשע בהן חייב לשלם דהיינו שעל ידי פשיעתן נפסד לגמרי דהו״ל כמזיק בידים אבל אם פשע בהם ונאבדו או נגנבו לא הוי כמזיק בידים דאפשר ג״כ שהוא מונח בביתו אלא שלא מצאו עכשיו זה לא הוי מזיק בידים ופטור ומש״ה כתב הרב בפ״ה מטוען שאפילו פשע בו ואבד ה״ז פטור ומלשון רבינו כאן יש לדייק כך שכתב בדברי הרמב״ם שאם פשע שומר בהן ונפסדו וכו׳ והיינו כגון שהניח השטרות בחלון ונשפכו עליו מים ונמחק לגמרי וכיוצא בזה דהוה ליה כשורפו אלא דא״כ אמאי כתב רבינו דהאלפסי והרא״ש נחלקו עליו הלא איכא דפשע בהן ונגנבו או נאבדו מודה הרמב״ם דפטור וי״ל דמדלא כתבו לחלק בין אבידה לאבידה משמע דבכל איזה אבידה שיהיה פטורים אפילו נפסד השטר לגמרי כנ״ל דעת רבינו: כתב הרא״ש בפרק הזהב ובפר׳ שבועת הדיינים דהראב״ד והרמב״ן כתבו דפשע בשטרות חייב. ותימה דהלא הב״י הביא תשובת כרא״ש דש״ח פטור מפשיעה להרי״ף והראב״ד ור״י ע״ש כלל צ״ה סימן ה׳ ובתשובת הריטב״א שהביא ב״י כתב שכ״כ הרמב״ן וכ״כ ה׳ המגיד פ״ב מהלכות שכירות דהראב״ד והרמב״ן ס״ל דאפילו אם פשעו פטורים ואולי דט״ס הוא וצריך להגיה הרמ״ה והרמב״ם במקום הראב״ד והרמב״ן שכ״כ רבינו לקמן בסימן צ״ה סעיף ב׳ ע״ש:

סימן סז

א כל ש״ח אפי׳ יש בו אחריות שביעית משמטתו. משנה פרק במרא דשביעית שביעית משמטת את המלוה בשטר ושלא בשטר ואסיקנא בפרק השולח דאפילו בשטר שיש בו אחריות נמי משמט ואמרינן בפרק איזהו נשך דאפילו משכנתא שאוכל פירות מעתה עד שתפדה ואם מכרה הממשכן בתוך הזמן שאוכל זה הפירות אינה מכורה כלל ואפילו לשעה אפ״ה לאו כגבוי דמי ומ״מ באפותיקי סתם דהיינו סיים לו שדה ויחדה לו לגבותו תניא בהשולח דאינו משמט וכן כתב הרמב״ם בפ״ט מהלכות שמיטה והסמ״ג לאוין סי׳ ע״ר והטעם דזה כגבוי דמי ואף על גב דמשכנתא עדיפא מינה לגבי מכירה דבאפותיקי סתם הכל מודים דבמכרה לשעה שהיא מכורה עד שיבוא לגבות חובו אפ״ה לענין שמיטה הוה ליה כגבוי טפי כיון שא״ל מזה יהא לך פרעון חובך משא״כ משכנתא כשלא א״ל גבה לך מזה דלא יחדו לפרעון אכן הר״ן ע״ש הרמב״ן כתב דהך ברייתא אידחיא מהלכתא לגמרי ואפילו באפותיקי מפורש משמט כיון דיכול לסלקו בכל שעה שירצה וכן פסק הרשב״א בתשובה סימן תתקפ״א. ואיכא למידק למאי דקיי״ל כשמואל פ״ק דמציעא בשטר מלוה אחריות ט״ס הוא א״כ למה ליה לתנא לפרש דמשמט אפילו בשטר שיש בו אחריות נכסים הא פשיטא דאין חילוק כיון דבתרווייהו איכא אחריות נכסים וי״ל דלענין שמיטה אלים טפי למיהוי כגבוי כשמפורש השיעבוד בשטר ועיין בתוס׳ פרק השולח בד״ה שטר שיש בו אחריות ותו איכא למידק במשכנתא מ״ש מהמלוה על המשכון דאינו משמט משום דתפיס ליה מלוה ואינו נוגשו ולא תובעו כלום וה״נ אינו תובעו וי״ל דמשכון דמטלטלי כיון דקנוי ליה מדרבי יצחק ואם אבד חייב באחריותו הילכך כגבוי דמי לענין שמיטה משא״כ במשכנתא וה״א בגמ׳ פרק השולח:

ב ואפילו אם התנה וכו׳. מימרא דשמואל פ״ק דמכות ויתבאר בסמוך:

ג והשמטת כספים נוהגת האידנא. לכאורה נראה מדברי רבינו מדכתב כאן דהשמטת כספים נוהגת האידנא סמוך למ״ש קודם דהו״ל מתנה ע״מ שכתוב בתורה גם כתב בסתם דנוהגת האידנא ולא כתב דנוהגת מדבריהם אלמא דפוסק כרבנן דהשמטת כספים בזמן הזה דאורייתא היא דלא כרב בפרק השולח ומש״ה אפילו בזמן הזה אם התנה שלא תשמיטנו שביעית הו״ל מתנה ע״מ שכתוב בתורה ואפ״ה התקין הלל פרוזבול דלא תשמט מפני שהפקר ב״ד הפקר ומפירש״י והראב״ד והר״ן דרבא קאי ג״כ למאי דפריך מעיקרא ומי איכא מידי דמדאורייתא משמט והתקין הלל דלא תשמט וקאמר רבא דה״ט משום דהפקר ב״ד הפקר דלא כהרמב״ם פ״ט מה׳ שמיטה דפרוזבול לא מהני אלא לשמיטת כספים כשהוא מדרבנן אלא דקשה הרי הרא״ש כתב בפ״ק דמכות דשביעית בזמן הזה דרבנן וכך היא דעת הרמב״ם והסמ״ג וכ״כ הר״ן בפרק השולח דכיון דחזינן דאמוראי היו מקילין טפי בפרוזבול אלמא דס״ל דשביעית בזמן הזה דרבנן ולכן יראה לי עיקר דגם רבינו ס״ל הכי אע״פ שלא פירש ואף האידנא דאינה אלא מדבריהם הו״ל מתנה ע״מ

שכתוב בתורה כיון דעיקר שביעית דאורייתא היא דאפילו לר״מ בפרק אף ע״פ דבדאורייתא תנאו בטל הא מדרבנן תנאו קיים דוקא בדבר שעיקרו דרבנן וכ״כ התוס׳ לשם אי נמי כיון דתקינו רבנן דתשמט זכר לשביעית עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה ולפיכך תנאו בטל:

ד ואינה משמטת אלא בסופה. ברייתא פ׳ המקדיש שדהו ומפרש בגמרא מדכתיב מקץ שבע שנים תעשה שמיטה והרמב״ם והסמ״ג הוסיפו לבאר דהאי מקץ בסוף שבע קאמר דהרי לשם ה״א מקץ שבע שנים במועד שנת השמיטה בחג הסוכות מה שם אחר ז׳ אף השמטת כספים אחר ז׳ וכך הוא בספרי פ׳ ראה:

ה וכתב א״א ז״ל בתשובה וכו׳. כלל ע״ז וכתב עוד בזה כלל ס״ד סימן ד׳ ובסוף כלל פ״ו. ואיכא למידק אמ״ש מנהג כזה שהוא לעבור על ד״ת אין לילך אחריו דהלא הוא עצמו כתב בתשובה לענין אגב דהמנהג מבטל הלכה כדלעיל בסימן ס׳ וי״ל דהתם ודאי ב״ד יכולים לעשות תקנה בדבר שבממון משום תקנת השוק דהפקר ב״ד הפקר אבל בשמיטה שכבר תיקן הלל פרוזבול א״כ א״א לנו לתקן בע״א ולעקור שביעית לגמרי והכי מוכחת הסוגיא לשם דאף למאי דקס״ד דהלל לדריה לחוד הוא דתקין אפ״ה קאמר שמואל אי איישר חילי אבטליניה וכי יש לנו חיל יותר משמואל לבטל השמיטה לגמרי והר״ן ז״ל האריך בפסק דין אי קיי״ל דלדרי עלמא תיקן אי לא ומסקנתו דאפילו ס״ל דהלל לדריה תיקן אפ״ה אין בנו כח להושיב ב״ד ולבטל תקנת פרוזבול דאין בשום ב״ד כח לבטלה והרי הדברים ק״ו דכיון דאפילו כדי לקיים דין תורה שישמט ולא יועיל כתיבת פרוזבול אין בנו כח לבטל תקנת הלל כ״ש שאין בנו כח לבטל תקנת הלל ולעבור גם על ד״ת להגבות השטרות שעבר עליהם שביעית בלא פרוזבול ואין ליישב המנהג ולומר דנהגו כרב נחמן דאמר אקיימיניה דאימא ביה מילתא דאע״ג דלא כתוב ככתוב דמי וכפירש״י דה״ק אושיב ב״ד ואתקן דסתם מלוין יהיו כמוסרין שטרותיהם לב״ד ואף ע״ג דלא כתוב ליהוי כמו שכתוב ומשמע דסתם מלוה כך הוא הא ודאי ליתא מכמה טעמים חדא ר״נ גופיה לא קאמר הכי אלא אי איישר חילי ותו דהא חזינן ברבנן דבי רב אשי דמסרי מילייהו להדדי ולא קא סמכי אהא דר״נ ותו דהא הרא״ש פי׳ בהא דר״ל אף ע״פ שלא כתוב אלא אמרו בע״פ בפני הדיינים מועיל כאילו הוה כתוב ואהא סמכי אמוראי דמסרי מילייהו להדדי אלמא דמסיר׳ בע״פ מיהא בעינן והדין עמו דודאי לא עלה ע״ד ר״נ לבטל תקנת הלל ולעבור ע״ד תורה לעקור השביעית לגמרי ותו דהא רבנן קדמאי תקון דמשמט שביעית והיאך יבוא ר״ן לבטל תקנת ב״ד קדמאי דאין ב״ד יכול לבטל דברי ב״ד חבירו אא״כ גדול ממנו בחכמה ובמנין כדקאמר התם להדיא וגם לשון רש״י שאמר דסתם מלוין יהיו כמוסרים שטרותיהם וכו׳ היינו נמי לומר דאמירה בע״פ בעינן עכ״פ אלא דלא בעינן כתיבה דסתם מלוה הוי כאילו מסר השטרות וכתב. והא דכתב מהרא״י בת״ה סימן ד״ש דנוכל לומר דלא תקינו זכר לשביעית אלא בארצות שקרובי׳ לא״י כגון בבל ומצרים וכעין שכתב ר״י על התרומות ומעשרות אין לזה עיקר בגמרא ובפוסקים ובתשובות דכולם דנו דין שמיטה בכל הזמנים ובכל המקומות ואין ראיה מתרומות ומעשרות דאשכחן בירושלמי ובספרי דאין נוהגין אלא בארצות הקרובים כמבואר בתוס׳ ע״ז פר״י ובסמ״ג עשה קל״ג ותדע שהרי הרמב״ם והסמ״ג כתבו כמו ר״י דתרומות ומעשרות אין נוהגין אלא בארצות הקרובים ואפ״ה בדין שמיטת כספים כתבו בפי׳ דמד״ס שתהא שמיטת כספים נוהגת בזמן הזה בכל מקום ובודאי שכך הוא גם דעת ר״י ואין לנו לבדות מלבנו סברא להקל ולתלותה בדברי ר״י והר״ן ז״ל גם כן האריך בפרק השולח לדחות דעת המקילין ומסיק דנוהגת בכל מקום ובכל זמן מדרבנן וכרבי וכ״כ ב״י ע״ש. ומהרי״ק בשורש צ״ב כתב טעם אחר להמנהג והוא דס״ל הלכתא שטר העומד לגבות כגבוי דמי כדכתב המרדכי פרק הבע״י וז״ל ותו דקיי״ל שטר העומד לגבות כגבוי דמי כב״ש גבי ספק סוטה דתנן מתו בעליהן עד שלא שתו וכו׳. ותימה רבה איך יעלה ע״ד לומר דקיי״ל שה״ל כ״ד דאי מהך דהמקבל דא״ל ההוא סבא הכי א״ר יוחנן קרקע בחזקת ב״ח עומדת ועל היתומים להביא ראיה מ״ט ארעא דלגובייא קיימא כמאן דגביא דמיא הא ליתא דהא בפרק השולח מפורש דרבי יוחנן גופיה חזר בו בדין שביעית וסובר כרב ושמואל דאפילו בשטר דאית ביה אחריות נכסים משמט משום דברייתא דתני בה אינו משמט ב״ש היא דס״ל דשטר ה״ל כ״ד ואנן קיי״ל כב״ה דלאו כגבוי דמי וכן פסקו הפוסקים. ותו דבהך פלוגתא דספק סוטה פסקו הפוסקים כב״ה ובע״כ דההיא דהמקבל טעמא אחרינא הוא משום דאף היתומים מודו דהקרקע משועבד לב״ח דאפילו ב״ה מודי דבכה״ג כגבוי דמי כדכתבו התוס׳ לשם והמרדכי בפ׳ הבע״י לא כתב כן אלא להוכיח אליבא דב״ש והכי קאמר ותו דקיי״ל אליבא דב״ש גבי ספק סוטה שטר העומד לגבות כגבוי דמי דתנן מתו בעליהן וכו׳ וזה דבר ברור ופשוט. ועוד אפילו את״ל דהלשון דוקא אפ״ה צ״ל דדוקא גבי כתובה קאמר דקיי״ל כב״ש והיינו משום דכח הכתובה עדיף מכח שטרי הלואה מטעם דהוא מעשה ב״ד וכן משום חינא ומש״ה כתבו התוס׳ בפרק האשה שנפלו דהוה ס״ל לאביי דלב״ש לא אמרינן כגבוי דמי אלא בכתובה ע״ש וכה״ג כתב מהרי״ק גופיה בשורש פ״א דכח שטר כתובה עדיף בכמה דברים ע״ש אבל בשאר שטרות פשיטא דלאו כגבוי הוי כדפי׳ דרבי יוחנן גופיה חזר בו ולא ס״ל כב״ש אף בשטרי הלואה. אכן נלפע״ד טעם המנהג משום דכיון דכל מלוה נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד וא״צ שבועה כר״ת ודעימיה ויתבאר בסמוך א״כ כל לוה ודאי לא ניחא ליה למיקם בדיני ודייני בכדי גם המלוה נסמך על זה שלא לכתוב פרוזבול ואף אינו מוסר דבריו לב״ד מאחר שנאמן הוא בדיבורו הקל

בלי שבועה וק״ח כל עיקר ומזה נשתרבב המנהג לגבות שטרות שעבר עליהן שביעית בלי טעם לגמרי אלא מטעם שכתב הרא״ש אף ע״פ שלא היתה מקובלת בעיניו והנמנע והעושה על פי הדין תע״ב נ״ל:

ז ומ״ש אם הוא מתנה לגבות בדרכים שאינם דתיים ה״ה מתנה ע״מ שכתוב בתורה. פי׳ שאם הוא מתנה לגבות אפילו בשביעית שלא כדת כאילו אמר ע״מ שלא תשמיטני שביעית שזהו שלא כדת ה״ה מתנה ע״מ שכתוב בתורה דליכא למימר דכוונתו לומר ע״מ שלא תשמיטני בשביעית שהרי אין זה שלא כדת ובתשובתו כתוב דאף ע״פ דאיכא למימר דיש בכלל תנאי זה ע״מ שלא תשמיטני בשביעית דהיינו נמי בדרך שאינו דתיי דמתנה ע״מ שכתוב בתורה הוא אלא דקיי״ל כר׳ יודא דאמר בדבר שבממון תנאו קיים מ״מ אין לבי מסכים יפה לדבר זה כיון שאין מפורש בשטר שלא תשמיטני בשביעית אבל בת״ה סימן ש״ד כתב לפרש דברי הרא״ש הללו בד״א ולא נראו דבריו וכתב עוד שם דאם כתב בשטר בין בד״י בין בדא״ה לא מהני שלא תשמט דאין לשון זה כולל שמוחל תורת שמיטה שאין כותבין לשון זה בשטרות אלא שאם ידחה הלוה למלוה בד״י שיוכל לכופו בדיני האומות וע״ש והם דברי הרא״ש כדלעיל בסימן כ״ו דלא כבעה״ת. ואם נשבע לפרוע לזמן פלוני והגיע השמיטה אין חיוב שבועה חל עליו כדכתב מהרי״ק שורש פ״א ותשובה (להרמב״ם) [להרמב״ן] סימן רנ״ו:

ח ואני מיום בואי לכאן איני דן וכו׳. נראה דקודם זה היה דן דתשמט שביעית כמבואר בתשובה אחרת דבסמוך דכתב אבל בנדון זה נוגש ונוגש הוא וכן בתשובה אחרת שבסוף הסימן בטוען פרוזבול היה לי ואבד דאותן תשובות היה משיב בעודו בארץ אשכנז דלשם היה דן דתשמט ועוד יראה דאף בבואו לטוליטולא היה דן דתשמט אם היה הדין בא לפניו ומ״ש איני דן וכו׳ היינו לומר איני דן כמותם שלא תשמט וגם איני סותר מנהגם אלא אני מניחם כו׳:

ט ובחשבון שנת השמיטה איכא פלוגתא לר״י היתה בשנת פ״ח ולרש״י בשנת פ״ז והוא עיקר. וכ״כ הרא״ש בפ״ק דע״ז וביי״ד ה׳ תרומות ומעשרות כתוב בטעות וצריך להגיה לשם כמ״ש כאן ולענין הלכה הסכימו האחרונים לדעת הרמב״ם ולפי דעתו היתה השמיטה ה׳ שנ״ה ועכשיו היתה השמיטה בשנת ש״ץ ועיין בתשובת הר״ל חביב:

י וכל דבר כו׳. ס״פ הנשבעין תנן והשביעית משמטת את השבועה שנאמר לא יגוש מכל מקום פי׳ מ״מ לא לשלם ולא לישבע ורב גידל בשם רב דרשו בגמרא מוזה דבר השמיטה אפילו דיבור משמטת: ומ״ש לפיכך שבועת הדיינים וכו׳. הוא מדברי הרמב״ם פ״ט מה׳ שמיטה וכתב הראב״ד דה״א בירושלמי דבמלוה הדבר תלוי וכן מבואר בתוספתא שהביא הרא״ש פרק השולח וכן כתב הר״ן בהנשבעין דאין שביעית משמטת שותפות ולא שבועתה אלא מלוה ושבועתה וה״ט דשתפות כמו פקדון הוא ולא קרינן ביה כל בעל משה ידו אשר ישה ברעהו ומש״ה כתב הרא״ש בתשובה כלל ע״ח על סחורה שהיא ביד אחד מהשותפין דאין משמטת שותפות ומ״מ בעיסקא דפלגא מלוה ופלגא פקדון שביעית משמטת חלק המלוה דמאחר דאין שניהם מתעסקים בשותפות אלא אחד בלבד יש לו דין מלוה כדכתב הר״מ במרדכי פרק המקבל ומביאו ב״י:

יא תבעו וכפר וכו׳. ירושלמי מלוה ונעשית כפרנית אינה משמטת כפרנית ונעשית מלוה משמטת ומפרש רבינו דמיירי בנשבע דכיון דנשבע ופטרוהו ב״ד הוי מעשה ב״ד אבל כשהודה או באו עדים קודם סוף שביעית נעשית עליו מלוה ומשמטת ואיצטריך דלא תימא כיון דעמד בדין והביא התובע עדים או הודה בפני ב״ד וחייבוהו ב״ד לשלם הו״ל מעשה ב״ד קמ״ל כיון דלא כתבו לו פסק דין לא הוי מעשה ב״ד ומשמט וע״ל בסעיף י״ח והראב״ד פי׳ ג״כ דרישא איירי בנשבע כמו שפי׳ רבינו אלא דסיפא מיירי בלא נשבע כלומר שהגיעה השמיטה והוא בכפירתו ומ״מ נעשית מלוה שהאריך אותו והמתין עליו (לרגלו) משמט ואף לרבינו מבואר דמרישא שמעינן דוקא בנשבע הא לא נשבע אלא שהאריך אותו וכו׳ משמט דהיינו מתניתין והשביעית משמטת את השבועה דהיינו שעומד בכפירתו עד שעברה השביעית דכיון דאם הודה שביעית משמטתו משמטת נמי כפירתו. מיהו הרמב״ם והסמ״ג מפרשים כפשוטו בלא נשבע ורישא איירי בכפר במלוה והגיעה שמיטה והוא עומד בכפירתו והודה אחר השביעית אינו משמט דלא קרינן ביה לא יגוש כיון שלא הודה קודם סוף שביעית וסיפא דכפרנית ואח״כ מלוה איירי בהודה קודם סוף שביעית ומתני׳ דהשביעית משמטת את השבועה איירי בתובעו קודם ז׳ והודה במקצת וכפר במקצת דכיון דהשביעית משמטת אותו מקצת של הודאה אף בשבועה שבאה מכח אותו מקצת של הודאה נשמטת עמו אבל ודאי אם הודה גם באותו מקצת שכפר לאחר שעברה עליו שביעית אינו משמט דממון אחר לגמרי הוא דכל ממון שכפר בו קודם שביעית אע״פ שעברה עליו אינו משמט אם הודה אח״כ ודעת הר״ן בפ׳ הנשבעין כדעת הרמב״ם ע״ש:

יב כתב בשטר ע״מ שלא תשמיטנו בשביעית אינה משמטת. מימרא דשמואל פ״ק דמכות ופירש״י תנאי הוא זה ואע״פ שעבר ע״מ שכתוב בתורה תנאו קיים וכו׳ טעמו דהא עכ״פ המלוה עובר שגורם לבטל מצות שמיטה ותו עובר קצת על השמר לך פן יהיה דבר עם לבבך בליעל וגו׳ שהרי לולא תנאי זה היה נמנע מלהלוות אפ״ה קיי״ל כרבי יודא דבדבר שבממון תנאו קיים שנמצא זה הלוה חייב עצמו בממון שלא חייבתו תורה שהוא חייב ומצד זה

התנאי קיים ובסגנון זה הם דברי הרא״ש בתשובה כלל ע״ז דזה נמי הוי מתנה ע״מ שכתוב בתורה והיא גם דעת הרמב״ם פרק ט׳ מה״ש והב״י כתב דלישנא דעבר דכתב רש״י לאו דוקא ולא נהירא אלא כדפרישית׃

יג וכן המלוה לזמן וכו׳. פסק כאיכא דאמרי דרב יודא פ״ק דמכות והרמ״ה פסק כלישנא קמא דהתם. וכתב ב״י דרוב הפוסקים הסכימו דאינה משמטת כרבינו. ואיכא למידק בלשון רבינו שכתב אפי׳ הרחיב הזמן לק׳ שנה דמאי אפילו ואפשר לומר דה״ק וכן המלוה לזמן בשביעית עצמה או אפילו לק׳ שנה דכל שנת שביעית בתוך הזמן אפ״ה אינה משמטת דכיון דהזמן שקבע לו הוי לאחר השמיטה לא קרינן לא יגוש מאחר דבשעת שמיטה לא נתחייב לפרעה. ומ״ש בסתם הלואה שהיא לשלשים יום שביעית משמטת בסופה ואפילו לא הגיעו עדיין ל׳ יום דקרינן ביה לא יגוש דדוקא במלוה לזמן קבוע לא קרינן ביה לא יגוש והכי מוכח ברמב״ם שכתב שחט את הפרה וחלקה ע״ד שהיום ר״ה של מוצאי שביעית ונתעבר אלול ונמצא אותו היום סוף שביעית אבדו הדמים שהרי עברה שביעית על החוב ובודאי דלסברתו דהוי חוב זמנה ל׳ יום כדין סתם חוב של הלואה ואפ״ה אין לו דין מלוה לזמן אם לא בדקבע זמן ועיין לעיל בסעיף י״ט דהך דהשוחט את הפרה לאו הלכתא היא׃

יד וכן המוסר שטרותיו לבית דין. משנה פ׳ בתרא דשביעית והתוספות בפרק השולח (גיטין דף ל״ו) הביאו הספרי דתני בה ואשר יהיה לך את אחיך תשמט ידך ולא של אחיך בידך מכאן אמרו המלוה לחבירו על המשכון והמוסר שטרותיו לב״ד אין משמטין ע״כ ומשמע דמדאורייתא אינו נשמט וצ״ל דמשמעות המקרא לענין מוסר שטרותיו כך הוא ואשר יהיה לך את אחיך לאפוקי זה שמסר לב״ד שטרותיו שאין לו אצל אחיו כלום שנסתלק מלתבעו באותו החוב והניחו לב״ד ומ״ש ולא של אחיך בידך אינו קאי אלא על המלוה על המשכון וכ״כ הרמב״ם לשם ומבואר ג״כ בפי׳ המשניות שלו אבל מתשובת הרא״ש שכתב רבינו בסמוך משמע דמוסר שטרותיו ה״ט משום דלא קרינן ביה לא יגוש ולקמן בסוף סעיף כ״ב מבואר דמוסר שטרותיו לב״ד ופרוזבול תרי מילי נינהו ע״ש׃

טז המלוה על המשכון אינו משמט. והרמב״ם והסמ״ג כתבו דוקא מה שכנגד המשכון וטעם דהכי אסיקנא בסוף הדיינים דלרשב״ג אינו משמט כנגד המשכון אבל המותר משמט דלית הלכתא כשמואל דאמר אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי וכן פסק הר״ן בפ׳ השולח אבל דעת הרא״ש דהך דדיינים דחייה בעלמא היא ורשב״ג ס״ל אינו משמט כלל וס״ל כשמואל דהלכה כמותו וכמו שיתבאר בסימן ע״ב בס״ד וה״א בירושלמי אמר שמואל אפילו על המחט והיינו כרשב״ג ואין הירושלמי כלל ראיה שכך הלכה דפשיטא דשמואל מתרץ לטעמיה כי היכי דליתי כחד תנא׃

יז וכן משכנו שלא בשעת הלואתו וכו׳. בסוף המקבל ואיכא למידק מדכתב וכן משמע דיותר פשוט דאינו משמט במשכנו בשעת הלואתו גם ממ״ש אף ע״פ שצריך להחזירה משמע דבשעת הלואתו דא״צ להחזירה פשיטא דאינו משמט ותימה דבפרק השולח מבואר דהא דמשכנו בשעת הלואתו אינו משמט אינו אלא מטעם דכיון דקני ליה מדר״י שלא בשעת הלואתו אלים נמי שיעבודיה לבשעת הלואתו דלא משמט דקרינן ביה ואשר יהיה לך את אחיך ולא של אחיך בידך וכמ״ש התוספות לשם להדיא גם רבינו נמשך אחריהם בדין זה לקמן סימן ע״ב וצ״ל דס״ל לרבינו כאן כהר״ן בפרק השולח דכתב דלקושטא דמילתא ההיא דרבי יצחק אף לשעת הלואתו נמי אמר ואז ודאי יותר פשוט הוא היכא דמשכנו בשעת הלואתו כיון דא״צ להחזיר כל עיקר וצריך שתדע דבהלוהו ויש לו משכון בידו כבר משמט דדוקא בדתפיס ליה בתורת משכון דהלוהו על המשכון אי נמי בשליח ב״ד דמשכנו שלא בשעת הלואתו התם הוא דקרינן ביה ולא של אחיך בידך אבל הלוהו ויש לו משכון בידו ולא תפיס ליה בתורת משכון אלא פקדון הוא בידו וכיוצא בזה לא קרינן ביה ולא של אחיך בידך וכך מבואר בתוס׳ פרק השולח שכתבו אלא מעתה הלוהו ודר בחצירו אין לפרש דפריך מהלוהו שלא על חצירו מדלא נקט הלוהו ויש לו משכון בידו אלא פריך מהלוהו על חצירו ודר בחצירו דאפ״ה משמט כדמוכח בפרק איזהו נשך דאמר האי משכנתא באתרא דמסלקי משמטת עכ״ל מבואר מדבריהם שאם היה מקשה מהלוהו שלא על חצירו לא היתה הוכחתו דמשמע מההיא דא״נ אלא מגופא דמתניתין דנקט המלוה על המשכון מוכח דדוקא במלוה על המשכון אבל בהלוהו ויש לו משכון בידו משמט ומקשה דלפי הטעם דתפיס ליה בידו ואינו נוגשו ותובעו כלום אף במלוהו ויש לו משכון בידו לא תשמט אלא דהתוספות דחו פי׳ זה דא״כ למה ליה לאקשויי מהלוהו ודר בחצירו בלאו הכי נמי מצי לאקשויי ממטלטלין כשהלוהו ויש לו מטלטלין בידו ולכך פי׳ דהקושיא היא מהלוהו על חצירו והוכחתו מא״נ והשתא קשיא דלמסקנא נמי דמשני שאני משכון דקני ליה מדרבי יצחק מ״מ קשיא מהלוהו ויש לו משכון בידו אלא בעל כרחך דלא שייכא הך דר״י ולמימר דאלים שיעבודיה אלא היכא דתפיס בתורת משכון וז״ש התוס׳ לשם סמוך לאותו דיבור וז״ל דתפיס ליה בתורת משכון ודרשינן בספרי ולא של אחיך בידך עכ״ל וכוונתם דלמסקנא כל היכא דלא תפיס ליה בתורת משכון משמט וכן יראה ממשמעות פי׳ רש״י שכתב בתפיס משכון דאינו משמט משום דחייב באחריותו ונמצא דבהלוהו ויש לו משכון בידו דאינו חייב כלל באחריותו אם אבד משמט דלאו כגבוי דמי וכך הוא העיקר לפע״ד׃

יח וכן ב״ד שגמרו הדין וכו׳. משנה פרק בתרא דשביעית וכל מעשה בית דין אין משמטין ומפרש בירושלמי גזרי דיינין וכתב ה״ר שמשון דהיינו לומר שכתבו לו פסק דין דהוי כגבוי הא לאו הכי אע״פ שעמד בדין ונתחייב משמט וכ״כ הרא״ש בתשובה סוף כלל פ״ו וז״ש רבינו וכן ב״ד שגמרו הדין וכתבו וכו׳ כלומר דוקא כתבו הא לא כתבו לא משמט וכמ״ש למעלה אבל אם כפר ונשבע והודה וכו׳ דהיינו בלא כתבו ע״ל סעיף י״א:

יט הקפת חנות אינה משמטת וכו׳. משנה שם וב״י האריך בחילוקי דינים אלו וסוף דבריו וא״כ כל חייב לחבירו בין דרך הלואה בין דמי דבר שמכר לו ה״ה משמט בשביעית והקפת חנות שאני וכו׳ עד וכן נראה מדברי הרא״ש שכתב בתשובה כלל ע״ח סימן ג׳ וכו׳ עכ״ל. ואני אומר הר״ן ז״ל בפרק אע״פ כתב בפי׳ דלא קיי״ל כההיא דהשוחט את הפרה וחלקה בר״ה דההיא ר׳ יודא היא ואנן קיי״ל כרבנן דבמלוה הדבר תלוי והסכים לזה דעת הרי״ף וכן נראה ממה שכתב הרא״ש לשם מדהביא גם הוא לשון הרי״ף וקושיית ב״י דלמה ליה לתנא למיתני כי רוכלא לאו קושיא דהכי הוא אורחיה דתנא למיתני בכל מאי דפליגי כי בסברא מועטת איכא למידק ולחלק בין זו לזו ודברי הרא״ש בתשובה כלל ע״ח לא נראה משם דס״ל דבדמי דבר שמכר לא יהא משמט דאע״פ דכתב דשותפות הוי כפקדון ואינו משמט לא כתב כך למידק מינה ולומר דבדמי מכר משמט אלא דקושטא דמילתא הכי הוא דשותפות כפקדון ואה״נ דדמי מכר נמי אינו משמט דבמלוה הדבר תלוי וכך היא דעת רבינו שלא כתבה להההיא דשחט את הפרה ולא כתב להך דהקפת חנות אלא לחלק בין זקפה במלוה ללא זקפה וע״ל סעיף י״ג ולקמן סעיף ל״ב: תנן בפרק בתרא דשביעית שכר שכיר אינו משמט והביאו הרא״ש בפרק השולח וכך הוא במקצת ספרי רבינו ובמקצתם לא נמצא דין זה והוא טעות סופר וצריך להגיהו:

כ יש לו פרוזבול אינה משמטת. משנה שם פרוזבול אינו משמט זה אחד מן הדברים שהתקין הלל שראה את העם שנמנעו מלהלוות זה את זה ועוברים על מ״ש בתורה השמר לך פן יהיה דבר עם לבבך בליעל וכו׳ עמד והתקין פרוזבול ובפרק השולח מאי פרוזבול אמר רב פרוז בולי ובוטי בולי אלו עשירים דכתיב ושברתי את גאון עוזכם ותני רב יוסף אלו בולאות שביהודה בוטי אלו העניים דכתיב העבט תעביטנו ופירש״י עשירים שלא יפסידו ועניים שלא ינעלו דלת בפניהם וכן פירש הר״ש ונראה דהא דלא פירשו בתקנת העשירים שלא יעברו על השמר לך וגו׳ כפשטה של משנה הוא משום שאין זה תקנה לעשירים מצד מה שהם עשירים אלא צריך לפרש דהתקנה לעשירים שיתקיים עשרם שלא יפסידו ואין להקשות הלא בלאו תקנתו לא יהיו מפסידים אם לא ילוו דהא פשיטא היא דלא כל העשירים נמנעו מהלוות דודאי היו הרבה עשירים צדיקים נזהרין במ״ש בתורה השמר לך וגו׳ ומלוים לעניים אלא לפי שהיו גם כן הרבה עשירים שנמנעו מלהלוות ולא היה מספיק לעניים הלואת מקצרים ומתוך כך היו מפסידים עשרם ביותר חדא שהוצרכו להלוות לעניים כל צרכם ועוד דמתוך דלא היה מספיק לעניים הלואת מקצתם לא היה בידם לשלם ומוכרחים היו לעבור עליהם השמיטה ונמצא שהיו העשירים צדיקים מפסידים ע״כ התקין פרוזבול והא דתנן ועוברים על מה שכתוב בתורה השמר לך וכו׳ איננו לומר דמשום הכי התקין הלל דהא ודאי ליתא דמפני זה לא היה עושה תקנה אלא תקנתו היתה מפני העשירים הצדיקים והעניים ומשנתינו לא אתא אלא להודיע איתנו שהעם נמנעו מלהלוות זה את זה ולפי שקשה הלא כתוב בתורה השמר לך וגו׳ על כן אמר שהיו עוברים על מ״ש בתורה וכו׳ ומתוך כך היה דוחק לעניים גם העשירים הצדיקים שהיו נזהרים במ״ש בתורה השמר וגו׳ והיו מלוים לעניים היו מפסידים עשרם עמד והתקין פרוזבול שזהו תקנה לעשירים שיתקיים עשרם גם תקנה לעניים שלא ינעלו דלת בפניהם דהלא בתקנה זו כל העשירים יהיו מלוין לעניים כיון דלית להו פסידא כנ״ל:

כא וכותבין אותו אפילו בזמן הזה בכל ב״ד דלית הלכתא כשמואל וכו׳. בפרק השולח איתא להא דשמואל ואיתא תו התם רבנן דבי רב אשי מסרי מילייהו להדדי רבי נתן מסר מילי לר״ח בר אבא. ובזה איכא ג׳ דיעות. האחת היא דעת הרי״ף ז״ל שהשמיט ההיא דשמואל וכתב להא דרבנן דבי רב אשי וכתב סתם דיני פרוזבול וכתב הרמב״ן ז״ל שלפיכך השמיט הרי״ף ז״ל ההיא דשמואל משום דס״ל דלא בעינן ב״ד מומחה אלא כל ב״ד יכול לכתבו דהא חזינן לרבנן דבי רב אשי דהוו מסרי מילייהו להדדי ולא מסרי מילייהו לרב אשי דהוי ב״ד רבה בשעתייהו אלמא אפילו בית דין אחרינא דלא אלים כולי האי מצי כתב וכך היא דעת הרא״ש בפסקיו דלא בעי בית דין חשוב בדור אלא כל בית דין ובית דין וכתב דהני אמוראי בתראי לית להו הא דשמואל ושכך היא דעת הרי״ף שלא הביא דברי שמואל אלא הא דרבנן דבי רב אשי וכ״ה דעת הרשב״א בתשובה הביאו בית יוסף. השנייה היא דעת בעל התרומות דכתב איכא מ״ד דהאידנא לית לן בית דין הגדול ולית לן למיכתב פרוזבול ואי עבד לא מהני וז״ל הרמב״ם ז״ל אין כותבין פרוזבול אלא חכמים גדולים ביותר כבית דין של רב אמי ורב אסי שהן ראויין להפקיע ממון בני אדם אבל שאר ב״ד אין כותבין עד כאן והר״ם ז״ל בתשובה הבין מדברי הרמב״ם דסבירא ליה דוקא בית דין דרב אמי ורב אסי כותבין או שאר חכמים כמותם אבל כל שאר בית דין אין כותבין והיא דעת רבינו תם קודם חזרה וכמ״ש בס׳ הישר דאין לכתוב כלל פרוזבול בזמן הזה ובמרדכי פרק השולח כתב שזאת היא דעת הרי״ף גם כן עיין שם. השלישית היא דעת התוספות בפרק השולח דכתבו בשם רבינו תם דבית דין דרב אמי ורב אסי לאו דוקא דלא בעינן אלא בית דין חשוב שבדור וסבירא ליה דרבנן דבי רב אשי לא פליגי אדשמואל אלא כולהו הוו חשיבי בית דין מומחין משום דרב אשי גדול הדור הוא וכן בכל דור ודור הרשות ביד גדול הדור לכתבו וכן כתב בתשובת הרא״ש סוף כלל ע״ח ובתשובת הריב״ש סימן תצ״א בשם הרשב״א ושזאת היא גם כן דעת הרי״ף ובית יוסף כתב שנ״ל שגם

הרמב״ם סבירא ליה הכי וכן היא דעת הר״ן שהרמב״ם סובר כרבינו תם דהוא הדין לכל בית דין חשוב שבדור וכך נוטה דעת בעל התרומות שכתב מסתברא דכל ג׳ הבקיאין בדין ובענין פרוזבול ושמיטה והמחום רבים עליהם באותה העיר שהם דרים בם הרי הם באותה העיר ובאותו זמן כבית דין דרב אמי ורב אסי וראויים להפקיע ממון בני עירם בתקנתם הנראה להם כמו הם בדורם עכ״ל. הנה שכתב דוקא דהמחום רבים עליהם באותה העיר שאלו אף על גב דאינם גדולי הדור חשובים לבני עירם כמו גדולי הדור בכל מקום כדלעיל בסימן ב׳ עיין שם. ורבינו ז״ל נמשך אחר דעת הרא״ש בפסקיו ומ״ש וכותבין אותו אפילו בזמן הזה בכל בית דין וכו׳ כלומר לא מיבעיא בזמן הזה אלא אפילו בכל בית דין ולאפוקי מאותן ב׳ דעות דלהאחת אין כותבין כלל פרוזבול בזמן הזה ולהאחרת כותבין אלא שצריך שיהיה גדול בדורו על כן אמר שאינו כן אלא כסברא שלישית שכותבין אותו אפילו בזמן הזה ואפילו בכל בית דין דלית הלכתא כשמואל וכו׳ ומפני שהיה עולה על הדעת דשמואל סבירא ליה דוקא בית דין דרב אמי ורב אסי אבל כל שאר בית דין אין כותבין אפילו גדול בדורו ורבנן דבי רב אשי דמסרי מילייהו להדדי פליגי בדשמואל וסבירי להו דכל מומחה וגדול שבדורו יכול לכתוב והם כולהו הוו חשובים בית דין מומחין משום דרב אשי גדול הדור הוה וממילא אפילו תימא דלית הלכתא כשמואל אלא כרבנן דבי רב אשי מכל מקום מומחה וגדול שבדור בעינן על כן פירש רבינו וכתב דשמואל לאו דוקא ב״ד דרב אמי ורב אסי קאמר אלא כל בית דין הקבוע ומומחה שבדורו ואם כן רבנן דבי רב אשי דפליגי עליה ס״ל דלא בעינן מומחה שבדורו אלא אפילו כל ב״ד ובית דין כי הם נמי לא הוו חשיבי ב״ד מומחין כיון דהוה בי דינא רבה דרב אשי בשעתייהו ולענין הלכה יראה דנקטינן לקולא כהסכמת הרא״ש ורבינו וכותבין אותו בכל בית דין אפילו אינו מומחה ולא המחום רבים עליהם:

כב וזה לשונו פלוני ופלוני [ופלוני] הדיינים וכו׳. משנה שם פרק בתרא דשביעית זהו גופו של פרוזבול מוסרני לכם פלוני ופלוני הדיינים שכל חוב שיש לי אצל פלוני שאגבנו כל זמן שארצה והדיינים חותמים למטה או העדים. ובר״פ השולח איתמר בפני כמה מבטלו לגט ר״נ אמר בפני ב׳ דלבי תרי נמי ב״ד קרי ליה ורב ששת אמר בפני ג׳ ב״ד קתני אר״נ מנא אמינא לה דתנן מוסרני לכם פ׳ ופ׳ הדיינים. ורב ששת אטו תנא כי רוכלא ליחשיב וליזיל. וכתב הרי״ף והרא״ש והלכתא כר״נ דקאי רבי יוחנן כוותיה דבגמרא איתא בהדיא דר״י ס״ל דביטול הגט בפני ב׳ ומשמע לכאורה דלגמרי הלכה כר״נ אפילו לגבי פרוזבול אבל מדברי רבינו נראה דוקא בביטול הגט הלכה כר״ן משום דר״י קאי כוותיה אבל לגבי פרוזבול הדרינן לכללן דהלכתא כרב ששת באיסורי ובעינן ג׳ ודקדק כך רבינו מלשון הרי״ף והרא״ש דכתבו דהלכה כר״נ דקאי רבי יוחנן כוותיה אלמא דבפרוזבול דלא אשכחן מאן דקאי כוותיה בעינן שלשה וטעמא רבה איכא לחלק ביניהם דביטול הגט מתורת עדות הוא סגי בב׳ אבל פרוזבול דבעינן ב״ד דאלימי לאפקועי ממונא ג׳ בעינן אלא דר״נ בא להוכיח לפי סברתו דאפילו בפרוזבול סגי בב׳ ונקראו ב״ד ומכ״ש גבי ביטול הגט ורב ששת דחה דלעולם בפרוזבול בעינן ג׳ וה״ה בביטול הגט ואנן ס״ל כר״נ בביטול הגט דקאי ר׳ יוחנן כוותיה וכרב ששת ס״ל בפרוזבול דהלכתא כוותיה באיסורי ומסתבר טעמיה וכך היא דעת בעה״ת שכתב מסתברא דכל ג׳ בקיאין וכו׳ אלמא דג׳ בעינן אלא דקשיא לי דהרא״ש ז״ל כתב אהא דר׳ נתן מסר מילי לרבי חייא בר אבא ורבי חייא בר אבא היה עמו אחר ושניהם היו עדים על הפרוזבול שמסר בע״פ בפניהם לדיינים שהם ממקום אחר דאע״פ שאינם בפניו ש״ד כדכתב במרדכי פ׳ השולח דאיתא בירושלמי דשביעית חזקיה בשם ר׳ ירמיה אפילו נתונים ברומי פי׳ הדיינים יכול לומר מוסרני לפ׳ ופ׳ הדיינים שבמקום פ׳ אפילו רחוקים ממנו הרבה ואע״פ שאינם בפניו ש״ד והכי מוכח קצת מדברי הרא״ש דהיה מפרש דרבי חייא עם אחר היו עדים שהרי כתב כדאמר זהו גופו של פרוזבול מוסרני לכם פ׳ ופ׳ הדיינים שכל חוב שיש לי אצל פ׳ שאגבנו כל זמן שארצה והדיינים חותמים למטה או העדים עכ״ל הנה שהעתיק כל לשון המשנה כדי להביא ראיה דבתרי סגי משום עדות כדתנן או העדים: בין שכתבו בלשון דיינים וכו׳. בפ׳ השולח אליבא דרב ששת דייקינן אהא דתנן והדיינים חותמין למטה או העדים למה לי למיתני דיינים למה לי למיתני עדים הא קמ״ל דל״ש כתוב בלשון דיינים וחתימי עדים ל״ש כתוב בלשון עדים וחתימי דיינים כך הוא גירסת רש״י והתוספות והפירוש שכתב רבינו הוא פירש״י ז״ל אבל התוספות פי׳ בע״א וז״ל ל״ש כתוב בלשון דיינים וחתמו עדים כגון ב״ד הוינא אנא פ׳ ופ׳ ונזכרים שם הדיינים בתוך התורף ולמטה חותמין העדים להעיד על הפרוזבול שהוא אמת וקמ״ל דחשוב פרוזבול אע״פ שלא חתמו בו הדיינים עצמם ל״ש כתוב בלשון עדות שאין דיינים נזכרים בתוך התורף של פרוזבול דכתוב ביה הכי ב״ד הוינא ואתו פ׳ ואמר לנא מוסרני לכם כל חוב וכו׳ וחותמים למטה הדיינים עכ״ל: ומ״ש ויש מפרשים וכו׳. זהו ליש גורסים ל״ש כתוב בלשון דיינים וחתמי דיינים ל״ש בלשון עדים וחתמי עדים וזה עולה כפי דעת הירושלמי דבסמוך דפרוזבול יכול להיות בפני ב׳ עדים אף ע״פ שהם רחוקים הרבה מדיינים וצ״ע לגירסת רש״י ופירושו מאי אתא לאשמועינן דל״ש כתוב בלשון דיינים וכו׳ ומהי תיתי לחלק בהכי וראיתי בתשובת הר״ן דכתב שאין ענין הפרוזבול שהוא מעיד על שנמסרו השטרות לב״ד דא״כ לא הוצרך כלל לתקן דמוסר שטרותיו לבית דין דאורייתא היא ותקנת הלל היתה במסירת מילי בלבד ובכה״ג משמע ששטר הפרוזבול עצמו הוא שמפקיע הממון ולא ישיבת הב״ד שישבו על כך ומש״ה פרוזבול המאוחר פסול לפי ששטר הפרוזבול הוא שעושה מעשה ואין בו דין שטר ולכך צריך

לאשמועינן דל״ש כתוב בלשון דיינים וכו׳ שאם לא היינו צריכין אלא לעדות בלבד שנמסרו הדברים לבית דין הוי פשיטא דמהני אלא אתא לאשמועינן דבכל ענין יש בו דין שטר להפקיע הממון עכ״ל וכ״כ התוס׳ פ״ק דמכות דמוסר שטרותיו לב״ד ופרוזבול תרי מילי נינהו פירוש דמוסר שטרותיו היינו בתופס שטרותיו בידו ומוסרן לב״ד אבל פרוזבול אינו מוסר ממש רק שכותב בפרוזבול מוסרני לכם וכן כתב בעל התרומות בשער מ״ה והדבר ברור שכך הוא ודלא כפירש״י בפרק קמא דמכות דמוסר שטרותיו לבית דין הוא פרוזבול שהתקין הלל וכך נוטים דברי התוספות בפרק השולח בד״ה מי איכא מידי דכתבו ב׳ סברות בזה לחד פירושא הוי פרוזבול דאורייתא ולאידך פירושא אינו כי אם מתקנת הלל לבד דהפקר בית דין הפקר ועיין שם וליתא ועיין לעיל בסעיף י״ד במ״ש בית יוסף בזה. ואיכא למידק אמאי לא הביא הרמב״ם בחיבורו הא דקאמר בגמרא ל״ש כתוב בלשון דיינים וכו׳ ויש לומר דהיינו טעמא דסבירא ליה דהלכה כר״נ בין בביטול הגט ובין בפרוזבול וכיון דהאי ל״ש כתוב בלשון דיינים וכו׳ איתמר בגמרא אליבא דרב ששת ולית הלכתא כרב ששת אם כן ליתא להאי ל״ש וכולי ולא הוי פרוזבול אא״כ כתב מוסרני לכם פלוני ופלוני הדיינים וכו׳ כלשון המשנה והדיינים או העדים חותמים למטה וסגי בב׳ דיינים וזהו שלא כתב הרב אלא לשון המשנה. ונראה דראוי להחמיר כמותו בזה גם לתפוס סברת בעל התרומות ורבינו דבעינן ג׳:

כג ואפילו לא נכתב וכו׳. בפרק השולח רבנן דבי רב אשי מסרו מילייהו להדדי וכתב הרא״ש אהא דאמר רב נחמן אקיימיניה דאף על גב דלא כתוב ככתוב דמי ואמר סמכו רבנן דבי רב אשי דמסרו מילייהו להדדי וכולי ומשמע דלכולי עלמא סגי בהכי וכן נראה מתשובת הרשב״א הביאו ב״י וכה״ג כתב הר״ן בשם הרמב״ן דקיי״ל כר״נ ופשיטא דלרב נחמן דאמר אימא ביה מילתא אף על גב דלא כתוב ככתוב דמי לכ״ע קאמר דסגי במסרו מילייהו אכן הרמב״ם כתב דוקא לת״ח שרינן למימסר מילייהו מפני שהם יודעים שהשמטת כספים בזמן הזה מדבריהם ובדברים בלבד היא נדחית ונראה שטעמו דקשיא ליה ברבנן דבי רב אשי דהיאך עבדו הכי הלכה למעשה כרב נחמן והא רב נחמן גופיה לא קאמר אלא אי איישר חילי אקיימיניה וכי הוה קים להו דטפי יישר חילייהו מרב נחמן דהוה גדול הדור וחתנא דבי נשיאה הא ודאי ליתא אלא בע״כ דר״נ לא קאמר דהוה שרי בהכי לכ״ע ואינהו לא הוו עבדי אלא לעצמן מפני שהם יודעים וכו׳ ודבריו נכונים וברורים וכן ראוי לעשות מעשה כמו שהעיד ב״י שהיו נוהגים במצרים כהרמב״ם דדוקא ת״ח ופשוט הוא דאפילו במלוה על פה סגי במימסר מילייהו:

כד ואין פרוזבול מועיל אא״כ יש לו קרקע ללוה וכולי. משנה פרק בתרא דשביעית אין כותבין פרוזבול אלא על הקרקע ואם אין לו מזכהו בתוך שדהו כל שהוא ונראה דהא דתנן כל שהוא בסיפא לאורויי רבותא דאפילו תרי קולי עבדינן חדא דאין לו קרקע ומזכהו ועוד דאינו מזכהו אלא כל שהוא ואפ״ה ש״ד ומכ״ש היכא דיש לו ללוה קרקע כל שהוא אי נמי האי כל שהוא סתמא קתני וקאי בין בשיש לו ללוה בין באין לו אלא דמזכהו דבכל גווני סגי בכל שהוא ומש״ה כתב רבינו בלוה עצמו יש לו קרקע אפילו כל שהוא אלא שהו״ל לפרש גם כן דבמזכהו נמי אפילו כל שהוא אבל הרמב״ם נשמר מזה וכתב כלשון המשנה ואפשר לומר נמי דדעת רבינו דכל שהוא דתני בסיפא ודאי אתרוייהו קאי איש לו ללוה קרקע אי נמי במזכהו דבין בזה ובין בזה בכל שהוא סגי כדפרישית אלא דסובר דטפי רבותא איכא בלוה עצמו דלא מיבעיא במזכהו דש״ד דכיון דהמלוה מוחזק באותו קרקע חשוב טפי כגבוי וגם כן שוה אצלו כנגד כל החוב כיון שהוא בתוך שדהו אלא אפילו יש ללוה עצמו קרקע כל שהוא דליכא הני טעמי ש״ד והשתא ניחא הא דכתב רבינו בלוה עצמו דסגי בכל שהוא דמינה נשמע במכ״ש במזכהו בתוך שדהו. וכתבו התוס׳ בפרק השולח אין כותבין פרוזבול אלא על הקרקע משום דמילתא דשכיחא היא שמלוה למי שיש לו קרקע לפי שאין יכול לכלותה ועומדת בפניו ואע״ג דעציץ נקוב יכול לכלותה לא פלוג רבנן במקרקעי עכ״ל נראה שבאו לפרש הטעם מפני מה אין כותבין פרוזבול אלא על הקרקע בין למלוה בשטר בין למלוה ע״פ ולכך כתבו דמלוה בשטר ה״ט לפי שאין יכול לכלותה למכרה לאחר דטורפה ממנו ולמלוה ע״פ נמי דאינה טורפה מלקוחות מ״מ הקרקע עומדת בפניו לגבות ממנה אם לא מכרה משא״כ בשאין לו קרקע כלל והר״ש פי׳ דה״ט דכשיש לו קרקע חשוב החוב כגבוי ביד ב״ד ולא קרינן ביה לא יגוש דכמלוה על המשכון דמי. והא דסגי בכל שהוא פי׳ רש״י בהשולח דהטעם משום דראוי לגבות בו כל החוב כדאמר רבי יוחנן ס״פ שני דגיטין אפילו הניח מלוא מחט גובה מלוא קרדום וכמעשה דקטינא דאביי ורשב״ם פי׳ משום דקרקע כ״ש שוה כל החוב דאין אונאה לקרקעות והתוספות הקשו עליו דהא אמרינן דביטול מקח יש להן עד פלגא עכ״ל ול״ק ולא מידי דאפשר דרשב״ם ס״ל כהרי״ף והרמב״ם דביטול מקח נמי אין להם כדלקמן בסימן רכ״ז:

כה אפילו עציץ נקוב וכו׳. פי׳ שאילו היו מקום היתדות שלו אפילו לא היה העציץ נקוב כותבין דהרי יש ללוה קרקע מלוא מחט אבל השתא דאין מקום היתדות שלו נקוב הוי כמחובר ושאין נקוב אין כאן קרקע ה״א בפרק השולח ומבואר לשם כפירש״י דכשהשאילהו מקום היתדות חשוב הוא שלו:

כו אפילו אין ללוה כלל וכו׳. ברייתא שם ומפרש רבינו דהא דתני ולחייב לו יש לו קרקע כותבין עליו פרוזבול מדרבי נתן פירושו בין שהוא חייב ללוה לערב או למלוה דאפי׳ בחייב למלוה נמי יכול לזכות ללוה מדר״נ: ומ״ש דמזכין אפילו ע״י אחר שלא בפניו. כ״כ הרא״ש שם וז״ל מזכהו משמע ע״י

אחר והקילו בפרוזבול אע״ג דחוב הוא לו ועיין במ״ש הר״ן על זה:

כט חמשה שלוו מאחד וכו׳. תוספתא כתבה הרא״ש פרק השולח דפליגי בה חכמים ורשב״ג ואף ע״ג דלא קיי״ל הלכה כרשב״ג אלא במשנתינו ולא בברייתא כאן פסק הרא״ש כרשב״ג משום דקיי״ל ה׳ שלוו מאחד נעשין אחראין וערבאין זה לזה עכ״ל וכ״כ רבינו וע״ל סימן ע״ז ס״א:

לב ואין כותבין אותו אלא עד סוף שנה ששית וכו׳. כ״כ הרא״ש בפרק השולח. וב״י הביא לשונו וכתב עליו אבל הרמב״ם כתב אין שביעית משמטת אלא בסופה וכולי הרי שכתב שהחוב שהלוה בשביעית גובה כל השנה ומשמע אפילו ע״י בית דין עכ״ל. ולפעד״נ דלא אמר הרא״ש אלא בחוב שהלוה בששית התם מיד כשהתחילה שנת השמיטה אין ב״ד בודקין לגבות שום חוב שנעשה קודם דמיד שנכנסה השמיטה הזהירה התורה לא יגוש כי קרא שמטה לה׳ אבל בהלוה את חבירו בשביעית מודה הרא״ש דשביעית משמטת בסופה וכדתנן השוחט את הפרה אליבא דר׳ יודא ואף על גב דלא קיי״ל הכי היינו משום דאנן ס״ל כחכמים דאינו משמט אלא הלואה וזה אינו חוב של הלואה אבל כל שהיא הלואה ולא נעשית אלא בשביעית עצמה אינו משמט אלא בסוף וכמ״ש הרמב״ם ואין בזה מחלוקת:

לג פרוזבול המאוחר פסול וכו׳. משנה שם פ׳ בתרא דשביעית ומשמע דאע״פ שנודע בעדים מאיזה זמן הוא מאוחר לא אמרינן דיועיל לחוב שקדם לניסן דנהי שנכתב זמנו שלא כראוי מ״מ נאמין שנמסר חוב זה לדיינים כבר ולא יהא משמט וה״ט דשטר הפרוזבול הוא שעושה מעשה וכיון שנכתב זמנו שלא כראוי אין בו דין שטר כלל וע״ל סעיף כ״ב כתבתי כך ע״ש הר״ן בתשובה:

לד אמר רב נחמן וכו׳. בפרק השולח וטעמא דכיון דתקינו רבנן פרוזבול לא שביק היתרא ואכיל איסורא כי אתא לקמיה דרב אמר ליה מידי פרוזבול היה לך ואבד כגון זה פתח פיך לאלם הוא תנן וכן בעל חוב שמוציא שטר חוב ואין עמו פרוזבול הרי אלו לא יפרעו תנאי היא וכו׳ וכתבו התוס׳ לא שביק היתרא ואכיל איסורא אמר ר״ת דמה״ט נאמן אפילו בלא שבועה עכ״ל נראה דס״ל כיון דסמכינן אהך דלא שביק היתרא ואכל איסורא וכו׳ ואוכלין משחיטת ישראל מומר לתיאבון וכדרבא בריש חולין כ״ש דסמכינן אהא לגבי ממונא ותו דמדפותחין לו מידי פרוזבול היה לך ואבד אי איתא דצריך שבועה היאך פותחין לו בדבר שאפשר שהוא שקר אלא ודאי דנאמן בלא שבועה דמסתמא ודאי הו״ל פרוזבול ואבד דלא שביק היתרא וכו׳ ולהכי נמי פותחין לו וכו׳ והכי משמע במרדכי ותו מדמותיב מדתנן בהכותב וכן ב״ח שהוציא ש״ח וכו׳ ולא אשכח פירוקא אלא תנאי היא ולא פריק דה״ק הרי אלו לא יפרעו אלא בשבועה אבל בשבועה יפרעו אלמא דלר״נ אפילו בלא שבועה ולהכי איצטריך לפרוקי תנאי היא וגם הרא״ש כתב בפסקיו כר״ת וכ״כ הרשב״א בתשובה וכ״כ במרדכי ע״ש הר״ר יחיאל מפרי״ז ושכך פסק ר״ש בן ר״ב וכן פסק הר״ם שנאמן בלא שבועה וכתב עוד שכ״כ ר״י בתשובה וכ״כ הסמ״ג וכתב עוד ונראין הדברים דוקא במקום שרגילין לכתוב פרוזבול אבל במקום שאין רגילין אינו נאמן עכ״ל ונראה שרצונו לומר דאינו נאמן בלא שבועה אבל בשבועה מיהא נאמן אפילו במקום שאין רגילין וכ״כ במרדכי וע״ש שהאריך בזה: כתב בעל העיטור שאין הלכה כר״נ אלא כסתם משנה וכו׳. ר״ל כסתם משנה דהכותב וכן ב״ח וכו׳ דאע״ג דבגמרא מוקמינן לה כתנאי ורב סבר כחכמים דברייתא מ״מ לית הלכתא כוותיה אלא כסתם משנה וכך היא דעת הרב אלפס ולענין הלכה נקטינן כהרא״ש והיא דעת רוב הפוסקים כדפי׳ בסמוך: ומ״ש דנאמן במגו וכו׳. הקשה בעה״ת שהרי לא אמרינן מגו להוציא וי״ל דשאני הכא דמסייע לתובע חזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא עכ״ל ולקמן בסימן פ״ב סעיף י״ט נאריך בזה בס״ד: ומ״ש בשם הרמ״ה כ״כ בעה״ת דאיכא מ״ד דבכל מקום שנאמן התובע משתבע היסת ושקיל עכ״ל: ומ״ש שהיה נתפס בשקרו וכו׳. נראה דאם לא היה נתפס בשקרו היה מאמינו בשבועה דכיון דלפי דין התלמוד נאמן בלא שבועה א״כ עכשיו שאין נוהגים [לכתוב] פרוזבול אינו נאמן אלא בשבועה וכדפרישית בסמוך דנאמן בשבועה אבל מהרי״ק בשורש צ״ב כתב דלהרא״ש בתשו׳ אם לא היה נתפס בשקרו היה מאמינו בלא שבועה ולא נראה לי כך מדבריו אלא כדפי׳ והכי עיקר בזמן הזה שאין אנו רגילין בפרוזבול אם טען פרוזבול הו״ל ואבד ולא היה נתפס בשקרו נאמן בשבועה נ״ל:

לה המחזיר חוב וכו׳. משנה פ׳ בתרא דשביעית המחזר חוב לחבירו בשביעית צריך שיאמר לו משמט אני ואם א״ל אעפ״כ יקבל הימנו שנאמר וזה דבר השמטה ומפרש״י בפרק השולח מבאר דהאי שנא׳ וזה דבר השמטה אריש קא מהדר דצריך שיאמר דיבור של שמיטה אבל מדברי הרא״ש לשם מבואר דאסיפא קא מהדר דכיון דא״ל פעם אחת משמט אני יצא ידי חובת שמיטה וא״צ לסרב יותר ומפיק ליה מוזה דבר השמטה דלשון וזה לא משמע אלא דיבור זה כלומר דיבור א׳ בלבד סגי וכן פי׳ הר״ש בפירו׳ המשניות גם הר״ן הביאו ואחריהם נמשך רבינו שכתב יכול לקבלו מיד ואין צריך לסרב יותר. כתב במרדכי ע״ש רבינו אביגדור הכהן דוקא כשהחזירו צריך שיאמר משמט אני אבל אם לא בא להחזיר א״צ לומר כלום דהשביעית משמטת מאליה אע״פ שלא אמר משמט אני אלא מצוה הוא דרמיא עליה ושמוט ועומד הוא דלא רמי עליה לומר כן אא״כ בא להחזיר והביא ראיה על זה ע״ש:

לו ולא עוד אלא שיכול להיות עיניו תלויות בו וכו׳. בהשולח אמר רבה ותלי ליה עד דאמר הכי ופירש״י אם היה רוצה לחזור בו יתלנו על עץ אם גברה ידו עד דא״ל אעפ״כ עכ״ל וכתב הרא״ש ולא נהירא דא״כ בטלת תורת שמיטה ונראה לפרש דתלי ליה כלומר יהיו עיניו תלויות יושב ומצפה עד שיאמר כך וכך מפרש בירושלמי גבי הא דתניא וצ״ל משמט אני א״ר הונא אמר רב א״ל בפיו והימין פשוטה לקבל וכ״כ הר״ן בשם הערוך. וז״ל הרמב״ם והחזיר לו חובו ולא א״ל כן מסבב עמו בדברים עד שיאמר לו שלי הם ובמתנה נתתים לך דאם לא אמר לא יקבל ממנו אלא יטול מעותיו וילך לו עכ״ל ונראה שכתב כך אהך עובדא דאיתא התם אבא בר מרתא הוה מסיק ביה רבה זוזי אייתי ניהליה בשביעית א״ל משמט אני שקלינהו ואזל אתא אביי אשכחיה דהוה עציב א״ל אמאי עציב מר א״ל הכי הוה מעשה אזל לגביה א״ל אמטית ליה זוזי למר א״ל אין מאי אמר לך א״ל משמט אני א״ל ואמרת ליה אעפ״כ א״ל לא א״ל ואי אמרת ליה אעפ״כ הוה שקלינהו מינך השתא מיהת אמטינהו ניהליה ואמור ליה אף על פי כן אזל אמטינהו ניהליה ואמר ליה אע״פ כן שקלינהו מיניה הרי דאביי סיבב בדברים עם אבא בר מרתא עד שיאמר לרבה אף על פי כן שפירושו אף על פי דשלי הם אנכי נותנם לך במתנה וסובר הרב דה״ה דלמלוה גופיה מותר לסבב בדברים וכו׳. גם הסמ״ג כתב כדברי הרמב״ם והביא גם כן הירושלמי דפירש בהא דאמר רבה ותלי ליה היינו שתולה לו עיניו וידו פשוטה לקבל מעותיו וכן כתב סמ״ק. ומיהו מה שהקשה הרא״ש על פי׳ רש״י דאם כן בטלת תורת שמיטה נראה דאינה קושיא כלל דהא לא אמר בגמרא דתלי ליה אלא במחזיר חוב בשביעית ואמר ליה המלוה משמט אני דהתם ודאי כיון דכבר החזיר לו חובו ואמר ליה המלוה משמט אני הרי כבר קיים מצות שמיטה שנאמר וזה דבר השמיטה שהדיבור של שמיטה הוא השמטה וכיון שקיים המצוה שוב יכול לתלותו על עץ אם גברה ידו שדי שיאמר אעפ״כ שהלא מעצמו החזיר לו החוב ודיבור זה של המלוה דאמר משמט אני אינו אלא לקיים מצות שמיטה ולמה זה יחזור ליטול המעות שכבר נתן שהרי אין עליו אלא לומר אעפ״כ ולא ליטול המעות והילכך יכול לתלותו על עץ עד שיאמר אעפ״כ וכיון דאם לא החזיר לו הלוה חובו כל עיקר אין לו רשות למלוה לתלותו על עץ כדי שיחזיר לו חובו דהשביעית משמטת בסופה מעצמה א״כ ליכא למימר בזו כשהחזיר לו החוב וכו׳ דא״כ בטלת תורת שמיטה שהרי תורת שמיטה נוהגת כשלא יחזיר לו החוב ולפיכך נראה דהמיקל כרש״י ז״ל זריז ונשכר ובת״ה סוף סימן ד״ש כתב ג״כ דקושיית הרא״ש ליתא ע״ש:

לט ומ״ש שאין אדם נאמן בהודאתו לחוב לאחרים וכו׳. איכא להקשות וליהמניה במגו דאי הוה בעי הוה מחיל וצריך לומר דאיירי בגוונא דלא מצי מחיל כגון שמכרו במעמד שלשתן וכיוצא בזה ועיין במ״ש בסימן מ״ז בס״ד:

סימן סח

א שטרי מקח וממכר וכו׳. משנה פ״ק דגיטין כל השטרות העולים בערכאות של עכו״ם אף על פי שחותמיהן עכו״ם כשרים חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים ר״ש אומר אף אלו כשרים לא הוזכרו אלא בזמן שנעשו בהדיוט ובגמרא קא פסיק ותני ל״ש מכר ל״ש מתנה בשלמא מכר מדיהיב זוזי קמייהו קנה ושטרא ראיה בעלמא הוא ואי לאו דיהיב זוזי קמייהו לא הוו מרעי נפשייהו וכתבי ליה שטרא אלא מתנה במאי קא קני לאו בהאי שטרא והאי שטרא חספא בעלמא הוא אמר שמואל דינא דמלכותא דינא ואיבע״א תני חוץ מכגיטי נשים ופירש״י כל שטרות שהן כגיטי נשים שע״י השטר נגמר הדבר דהיינו נמי שטר מתנה. וס״ל לרבינו דאף לשינויא בתרא שטרי הלואות דינם כשטרי מקח וממכר שהרי עיקר השיעבוד חל בקבלת המעות והשטר אינו אלא לראיה וכ״כ הרא״ש במסקנתו וז״ל הילכך שטרי מקח וממכר והלואות הנעשים בערכאות של עכו״ם אע״פ שחותמיהן עכו״ם כשרים גם הרמב״ם פסק כך ודלא כדעת רבותיו שמדמין שטרי הלואות לשטרי מתנה ופסולין וכבר ביאר ה׳ המגיד טעם ב׳ הסברות ע׳ עליו בתחילת פכ״ז ממלוה:

ב ואם לא ידעו ישראל לקרותו. בפרק שני דגיטין איתא דהכי עביד רב פפא ומגבי ביה ממשעבדי והרי״ף כתב שיש גורסין מבני חרי:

ג וכתב הרמב״ם צריך שיתן המעות בפניהם וכו׳. הכי משמע מדאמר דאי לאו דיהיב זוזי קמייהו לא הוו מרעי נפשייהו דאי לאו דכתבו כן בפנינו מנה כו׳ לפלוני כך וכך לא מרעי נפשייהו אפילו לא נתן מעות בפניהם וכתב הרב המגיד ובשטרי הלואה היא לפי גירסא זו בהכרח דאי בשטרי מכר לא גרע ממוכר שדהו בעדים שגובה ממשועבדים עכ״ל מיהו מלשון הרמב״ם שהביא רבינו מבואר דבשטרי מכר נמי קאמר דאינו גובה אלא מב״ח וכן הוא בספרי הרמב״ם שבידינו וז״ל אם לא ידעו דייני ישראל לקרות שטר זה הנעשה בערכאות של עכו״ם וכו׳ אבל אין טורפין בו מפני שאין לו קול שהרי לא ידעו הלקוחות במה שנעשה בעכו״ם עכ״ל מדכתב בסתם שטר זה וכולי משמע דאשטרי מכר נמי שהזכיר לפני זה קאי ואמר שטר זה וכו׳ גם לפי הטעם שאין הלקוחות יודעים במה שנעשה בעכו״ם אין לחלק וכן ודאי עיקר ולא דמי למוכר שדהו בעדים דהתם עדים הוא דמפקי לקלא אבל כאן אין לו קול: ומ״ש וכתב עוד וצריכים עדים ישראל וכו׳. שם והוא מדאיתא בפ״ק דגיטין רבינא סבר לאכשורי בכנופיא דארמאי א״ל רפרם ערכאות תנן

וכתב הרי״ף ודוקא ערכאות דלא מקבלי שוחדא וסובר הרמב״ם דרצונו לומר דוקא אותן ערכאות דידיע לן דלא מקבלי שוחדא וכיון דאפילו בערכאות דמקיימין עדי השטר דמסתמא לא מקבלי שוחדא אפ״ה בעינן דידיע לן דלא מקבלי שוחדא כ״ש דבעינן בעדי השטר עצמן דידיע לן דלא מקבלי שוחדא להעיד שקר: ומ״ש רבינו ויראה מדבריו וכו׳. פשוט הוא דמדכתב ועל זה השופט שקיים עדותן וכו׳ אלמא דס״ל דהשופט הממונה מפי המלך מקיים אותם: ומ״ש רבינו ממונה מפי המלך משום דאם לא כן הוה ליה כנופיא דארמאי ומאי אולמיה דהאי עכו״ם דמקיים עדותן מאותן עכו״ם המעידין על השטר ונראה שדעת הרמב״ם מדתנן כל השטרות העולים בערכאות לישנא דהעולים משמע דתחילה נעשה השטר בפני עדים עכו״ם דכותבין וחותמין אותו ואחר כך מעלין אותו בערכאות לפני הממונה מפי המלך לקיים אותם דמה שמעידין עדי השטר אינו מעיד הערכי דאל״כ הול״ל כל השטרות הנעשים בערכאות מדתנן העולים אלמא דתרתי עדיות נינהו עדי השטר ועדי קיום ולהכי בעינן עדי ישראל שיעידו על שניהם שאינן ידועין בקבלת שוחד דכיון דאינן ידועים מכלל דאינן מקבלין שוחד דאם היו מקבלין היה זה ידוע ומפורסם ע״י הבעלי דינין הנותנים שוחד ויש להקשות לפי זה א״כ ערכאות למה לי אפילו כנופיא דארמאי והדיוטות נמי דכיון דפסולייהו לא הוי אלא משום דלא קפדי אאורועי נפשייהו וחתמי שיקרא א״כ הני דעדים ישראל מעידין עליהם שאינם ידועים בקבלת שוחד וקפדי נמי דלא מרעי נפשייהו ודאי לא חתמי בשיקרא ואפשר דכיון דאי אפשר להעיד עליהן בבירור דלא מקבלי שוחדא אלא שאינן ידועים הילכך לא מתכשרי אלא בערכאות דבערכאות ודאי אי איתא דמקבלי שוחדא היה זה ידוע ומפורסם בכל יום ויום ומשום הכי נמי לא מתכשרי עדי השטר כשאינן ידועים בקבלת שוחד אא״כ דחתמו בפני הערכאות דכיון דבסתמא כל ערכאות לא מקבלי שוחדא כיון שאינו ידוע א״כ עדי השטר שמעידים בפניהם נמי דכוותיה נינהו אבל הדיוטות לא מחזקינן להו דלא מקבלי שוחדא מן הסתם דאפשר דמקבלי שוחדא ואינו ידוע כדכתב הרא״ש דסתם עכו״ם מקבלי שוחד הם וגם הרמב״ם מודה בסברא זו לגבי הדיוטות: וכן פי׳ הרמ״ה וכתב וכו׳ מה שהביא רבינו לשון הרמ״ה ולא הספיק לו במ״ש וכן פי׳ הרמ״ה נראה שהוא לפי שמלשונו למדנו שלא לבד שצריך להעיד דלא מקבלי שוחדא אלא צריך נמי שיעידו דאף בלא שוחדא לא מצלי דינא מאהבה ומשנאה ולא מחנפי לבר נש אפילו לגדול ועוד דמלשונו משמע דלא בעינן שיעידו גם על עדי השטר כדכתב הרמב״ם אלא שיעידו על הערכאות שהן בחזקה דלא מקבלי סהדי אלא א״כ אתחזקו להו בהימנותא דבהכי נמי סגי אף על גב דאין מעידין על עדי השטר עצמן ועוד דמלשון הרמ״ה ידענו הדרך להעיד על זה שאמר והך חזקה וכו׳: ומ״ש וכתב א״א הרא״ש ולא נהירא לי וכו׳. בפ״ק דגיטין הביא דברי הרמב״ם וכתב עליהם ולא נ״ל דמי יעיד על זה וכו׳ ואין השגתו במ״ש הרמב״ם דצריך להעיד על השופט וכו׳ שהרי גם הרא״ש סובר כן דסתם ערכאות לא מקבלי שוחדא והיינו כמ״ש הרמב״ם דבעינן ערכאות שאינן ידועים בקבלת שוחד דממילא הן כשרים מסתמא אלא דעל מ״ש הרמב״ם דצריך שיעידו גם על עדי השטר וכו׳ השיג ואמר דמי יעיד ע״ז סתם עכו״ם מקבלי שוחד הם כדאיתא בפ׳ כל כתבי ולפיכך אין לנו בעדות עדי השטר דודאי הן בחזקה דמקבלי שוחד אלא כיון שאין אנו יודעים בערכאות דמקבלי שוחדא ה״ה בכלל דלא מקבלי שוחדא והשטר הנעשה בפניהם הוא כשר ולפי דקשה לפי זה דמה מועיל ערכאות כיון דעדי השטר הם בחזקה דמקבלי שוחדא וחתמו בשקר על כן הביא רבינו מה שפי׳ הרא״ש דערכאות היינו שאין העדים חותמין השטר עד שיבואו בעלי הדבר בפני הערכאות ויראו וידעו אמיתת הדבר ואז יתנו הם רשות לחתום וכו׳ ולפי פירושו ניחא נמי הא דתנן העולים פי׳ שעדים כותבים השטר תחילה ואינן חותמין אא״כ מעלין השטר בערכאות כי לפניהם נגמר הדבר וכו׳ והילכך אף על פי דעדי השטר הם בחזקת מקבלי שוחדא לית לן לאפסולי הני שטרא העולים בערכאות והכי משמע להדיא מפי׳ רש״י פרק השולח דכתב וז״ל וכותב שטר ומעלהו בערכאות שלהן לחתמו עכ״ל. והב״י הבין דהשגת הרא״ש על הרמב״ם והרמ״ה הוא במ״ש על הערכאות ומשום הכי כתב ולפי האמת אין זו קושיא וכו׳ אבל למאי שכתבתי קושייתו על הרמב״ם בלבד הוא במ״ש שיעידו גם על העכו״ם עדי השטר ומ״מ ודאי גם על מ״ש הרמ״ה איכא השגה מדברי הרא״ש בשני דברים האחד דלהרא״ש גובין בו ממשעבדי והשני דלהרא״ש אפילו נפק עלייהו קלא דמקבלי שוחדא לאצלויי דינא לעדות שקר לא מרעי נפשייהו דלא כהרמ״ה דבנפק עלייהו קלא דמצלי דינא השטרות פסולין: ומ״ש הרא״ש גובין בו אפילו ממשעבדי בלא עדי מסירה ישראל. נראה דרצונו לומר ומכ״ש בדאיכא עדי מסירה ישראל דליכא למימר הכא כיון דעדי עכו״ם חתומים בו הוי מזוייף מתוכו דכיון דטעמא הוה דערכאות לא מרעי נפשייהו ולא חתמי שיקרא אם כן השטר כשר אפילו בלא עדי מסירה ישראל וכן כתב הרא״ש לשם להדיא (דף צ״ח סוף ע״ב) במסקנתו עי׳ שם: ומ״ש רבינו יראה מדבריו שא״צ שיהא כתוב בו שראו נתינת המעות וכו׳. דאל״כ לאיזה צורך כתב הרא״ש ואנו סומכים עליהם דאי לא יהבי זוזי וכו׳ אלא ודאי דר״ל דאנו סומכים עליהן דודאי ראו אע״פ שלא כתוב בו שראו נתינת המעות ומה שהכריחו להרא״ש לפרש כך הוא כיון דלפי שיטתו צריך לפרש דהכל תלוי בערכאות אבל עדי השטר הם בחזקת מקבלי שוחדא א״כ הא דקאמר בגמרא בשלמא מכר מדיהיב זוזי קמייהו קנה ושטרא ראיה בעלמא הוא ואי לאו דיהיב זוזי קמייהו לא הוו מרעי נפשייהו וכתבי ליה שטרא לאו אעדי השטר קאי כמו שהוא להרמב״ם והרמ״ה דהלא עדי השטר מרעי נפשייהו אלא אערכאות קאי דאי לאו דיהיב זוזי קמייהו דערכאות לא הוו מרעי נפשייהו לצוות לחתום מאי דכתוב בשטרא והשתא לפי זה אין לנו נפקותא אי כתוב בשטרא דיהיב זוזי קמייהו אי לא יהיב שהלא אין אנו סומכים על מה שמעידין אמאי דכתוב בשטר

שראו נתינת המעות כיון דסתם עדי עכו״ם מקבלי שוחדא נינהו ואין עדותן עדות ואין אנו סומכים אלא על הערכאות דכיון דעל פי ציוויים חתמו העדים בודאי לא ציוו להם לחתום אא״כ ראו נתינת המעות וידעו אמיתת הדבר והשתא לפי זה אין צריך שיהא כתוב בשטר שראו העדים נתינת המעות אבל להרמב״ם דאנו סומכים על עדי השטר צריך שיהא כתוב בשטר שראו נתינת המעות. אלא דמ״מ איכא לתמוה אדעת הרא״ש דהלא יכול זה לטעון שמעולם לא קבל מידו שום מעות אלא שהודה כך בפני הערכאות והאמין למלוה שיתן לו אח״כ ולא נתן מאי אמרת א״כ הו״ל לכתוב בשטר בפירוש שלא היתה שם כ״א הודאה השתא נמי הרי לא כתבו בפירוש שמנה לו מעות וא״כ מאי אולמיה טפי לומר שמנה לו המעות מלומר שלא היה לשם אלא הודאה הלא בין בזו ובין בזו נשתעבד לו בדינינו ולכך כתבו לו ש״ח וכיון דמן הדין הודאה בפניהם אינה כלום כדבסמוך למה נחייב לשלם. וב״י כתב דגם הרא״ש אפשר שסובר דוקא בכתבו שראו נתינת המעות דלא כמ״ש רבינו דיראה מדבריו שא״צ וכו׳ ולא נהירא אלא צריך לומר להרא״ש דס״ל לתלמודא דגם הערכאות יודעים דסתם עכו״ם מקבלי שוחדא נינהו ואינם מצווים לחתום שום שטר בפניהם אם לא ראו הערכאות נתינת המעות ולפיכך א״צ שיהא כתוב בו נתינת המעות. ומ״מ לענין מעשה יש להחמיר ולא יוציא הדיין ממון אלא א״כ כתוב בשטר שראו נתינת המעות וכדעת הרמב״ם:

ד ולדברי הכל אלו השטרות שכותבים הסופרים אין להם דין ערכאות וכו׳. יש להקשות דבסוף סימן זה כתב ע״ש הרמב״ן בסתם דסופר מהני ונראה דהכא איירי בדליכא הורמנא דמלכא לעשות הסופר שלהם נאמן ולא באנו להכשיר השטר אלא מטעם שעלה בערכאותיהם לפיכך כתב רבינו דלד״ה וכו׳ דאף דנחלקו הרמב״ם והרא״ש בהכשר הערכאות אפילו היכא דליכא הורמנא דמלכא דלהרמב״ם צריך שיעיד עליהם וכו׳ ולהרא״ש אין צריך אבל בהא מודי שהסופר אין לו דין ערכאות כיון שאין השטר נעשה בפני השופט ודברי הרמב״ן אינם אלא היכא דאיכא הורמנא דמלכא לעשות הסופר שלהם נאמן כנ״ל אבל מהר״ם מפדוא״ה בתשובה כתב לחלק שהסופרים שדיבר בהם רבינו כאן היינו הנוטיר״ו הממונים מן השופטים דוקא והרמב״ן ר״ל סופר דמתא נאמן המלך או המושל כמו הקנצלריי״א ולכך הזכיר סופרי המלך ועליהם שייך יותר דינא דמלכותא כי המלך מקפיד על אמונתם ונתשבין כדייניו וערכאות ממש והאריך בזה ואינו נראה אלא כדפי׳ עיקר והרב ז״ל כתב בתשובה אחרת סימן מ״ז שקשה לישען על חילוקו זה ע״ש:

ה ואם לא נעשו בערכאות וכו׳. היינו מדאיתא פ״ק דגיטין רבינא סבר לאכשורי בכנופיא דארמאי א״ל רפרם ערכאות תנן: ומ״ש אפילו נמסר בפני עדי ישראל וכו׳. שם אמר רבא האי שטרא דפרסאה וכו׳ ודברי רבינו בזה דלא כפי׳ רש״י אלא כפי׳ הרא״ש: ומ״ש ואינו יכול לומר פרעתי. נראה לכאורה דהיינו דוקא בדכתוב בו נאמנות דאי לא כתוב בו נאמנות לא עדיף מהוציא עליו כתב ידו להרי״ף דכיון דאינו גובה בו אלא מבני חרי יכול לטעון פרעתי ולא מצי למימר ליה שטרך בידי מאי בעי וכמו שיתבאר בסימן ס״ט בס״ד והיא דעת הרא״ש. מיהו נראה עיקר דכתב ידו שאני דאין לו דין שטר כלל אלא כמו זכרון דברים אבל כאן שנמסר בפני עדי ישראל דין שטר יש לו ואינו נאמן לומר פרעתי אפילו לא כתוב בו נאמנות וע״ל בסימן מ״ג סעיף ו׳ ובמ״ש לשם: ומ״ש והוא שידעו עדי מסירה לקרותו כו׳. ה״א התם אהך מימרא דרבא האי שטרא פרסאה וכו׳ וכתב הרא״ש עליה דכל זה צריך נמי אף בשטר העשוי בערכאות וכתב ישוב על מה שלא קבע רב אשי הנך מילי אמתני׳ ע״ש וא״כ קשה על דברי רבינו למה נמשך אחר שיטת התלמוד דקבע דינים אלו אשטר שנעשה בהדיוטות ולא פירש שדינים אלו הם צריכים אף בשטר הנעשה בערכאות כמ״ש הרא״ש ונראה שרבינו ראה במ״ש הרא״ש במסקנתו שלא כתב דינים אלו כי אם בשטר הנעשה בהדיוטות ע״ש (בדף צ״ח ע״ג) ונראה ממנו שנסתפק במסקנתו אי צריך כך אף בערכאות אם לאו ועל כן לא כתב רבינו דינים אלו אלא אשלא בערכאות כשיטת התלמוד גם הרב המגיד כתב מחלוקת בזה דלהרמב״ם והעיטור דינים אלו אינן אלא בהדיוטות ונראה דס״ל דבערכאות כיון דלא בעינן עדי מסירה ישראל א״כ סמכינן אערכאות דלא מרעי נפשייהו ושוב אין צורך לדינים אלו דאמנהגא דערכאות סמכינן אבל בנעשה בהדיוטות דצריך עדי מסירה ישראל ולא סמכינן עלייהו דעכו״ם בשום דבר אלא דהשטר נכתב בגופן של עכו״ם הילכך בעינן שיהא עשוי כהלכתו ככל שטר הנעשה בב״ד של ישראל דלא אזלינן הכא בתר מנהגא דידהו כל עיקר אבל הרמב״ן והרשב״א מצריכין לדינים אלו אף בערכאות: ומ״ש והרמב״ם כתב שאם נעשו בהדיוטות וכו׳. טעמו שמפרש כפי׳ רש״י דהאי שטרא פרסאה דרבא איירי בדחתמי עליה פרסאי הדיוטות אלא דקשיא עליה מה שהקשה הרא״ש מדר״א דמודה במזוייף מתוכו שהוא פסול ואפילו בשטרי ממון כדמוכח מההיא דזה בורר וליכא לפרש דאיירי בשמות מובהקין וכר״ש וכמו שאנו צריכין לפרש לפי פירוש רש״י דאם כן לא הוה שביק הרמב״ם ז״ל מלפרושי החילוק שבין שמות מובהקין לשאינן מובהקין וב״י סוף סימן זה הניח קושיא זו בצ״ע ולי נראה ליישב דהרמב״ם סובר דלא גזרינן דילמא אתא למיסמך עלייהו אלא בגוונא דהנהו תרי גיסי דכיון דכל חד וחד כשר בפני עצמו אתא למיטעי למיסמך עלייהו וכן אפילו בגיטי נשים ושחרורי עבדים העולים בערכאות של עכו״ם פריך בגמרא היאך סמכינן אעדי מסירה הא מודה ר״א במזוייף מתוכו דכיון דכתוב גיטא בכתב של ישראל אלא שחותמיהן עכו״ם אתי למיטעי ולמיסמך עלייהו אבל שטרות שכתיבתן וחתימתן הכל של עכו״ם ליכא למיטעי בהו לאכשורי בלא עדי מסירה ולהכי לא גזרי׳ דילמא אתי למיסמך עלייהו:

ו אבל שטרי מתנות וכו׳. אתחילת הסימן קאי האי אבל דתחילה כתב שטרי מקח וממכר ושטרי הלואות וכו׳ כשרים וכתב עלה חילוקי דינים ומחלוקת הגאונים להשלים דין דשטרי מקח ושטרי הלואות ואחר כך אמר אבל שטרי מתנות וכו׳ אינו כלום דבזה אין חולק דאינו כלום והיינו כשינויא בתרא דתני חוץ מכגיטי נשים שכל שטרי קנין כמו גיטי נשים פסולין: ומ״ש אפילו נמסרו בפני עדי ישראל היינו לומר דאפילו בערכאות דמכשירים אם עדי עכו״ם חתומים בו ונמסר בפני עדי ישראל מ״מ בשטרי מתנות אינו כלום והטעם פי׳ הרא״ש במסקנתו דחיישינן שמא ימסרם הנותן למקבל בפני ערכאות עכו״ם שיהא סבור שכמו שנאמנים חותמים עכו״ם כך נאמנים למסור בפניהם והא ליתא דדוקא לחתום שקר לא מרעי נפשייהו אבל בעדות בע״פ מרעי נפשייהו: ומ״ש וכתב א״א הרא״ש ז״ל אם הנהיג המלך וכו׳. טעמו דהוא ז״ל פוסק נמי כשינויא קמא דשמואל דדינא דמלכותא דינא ואפילו בשטרי מתנה נמי כשרים העולים בערכאות ואין זה אא״כ הנהיג המלך שלא יעשה שום שטר אלא בפני הערכאות וכו׳ ודלא כהרמב״ם דס״ל דבשטרי מתנות בכל ענין אינו כלום וטעמו דלא קיי״ל כשינויא קמא משום דבכה״ג לא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא בהא נמי אמרינן דד״ד:

ז והרמ״ה כ׳ דשטרי מכר וכו״. פי׳ הרמ״ה חולק וכ׳ דבשטרי הודאות אם נמסרו בפני עדי ישראל דידעי למיקרייהו וכו׳ גובין בו וא״א הרא״ש ז״ל כתב כסברא הראשונה דשטרי הודאות אפילו אם נעשו בערכאות ונמסרו בעדי ישראל אינן כלום דאין להם דין שטרי מכר הנעשים בערכאות ודלא כהרמ״ה ואע״ג דגם במ״ש הרמ״ה לחלק בין שמות מובהקים לשאינן מובהקים פליג עליה הרא״ש וס״ל דבכל ענין פסול וכן במאי דמשמע מדברי הרמ״ה דבשטרי מקח שבערכאות נמי אינו גובה אלא מבני חרי פליג עליה הרא״ש וסובר דגובה ממשועבדים אפ״ה לא כתב רבינו בביאור שחולק בזה הרא״ש משום דמ״ש למעלה אדברי הרמב״ם שהיא על שיטת הרמ״ה נשמע ממילא דהרא״ש חולק אשיטתם מיהו במאי דמשמע מלשון הרמ״ה דבשטרי מקח שבערכאות א״צ שיהא כתיקוני ישראל וחולק עליו הרא״ש בפ״ק דגיטין הו״ל לרבינו להזכיר מחלוקת זו בדבריו אכן במ״ש אצל ואם לא נעשו בערכאות ס״ה דלפע״ד דהרא״ש מסתפק בדין זה במסקנתו יתיישב קצת ע״ש: כתב הריב״ש בסימן קמ״ב תצ״ד תע״ח דתימה על מ״ש הרמב״ם דשטרי מחילות פסולים כמו שטרי מתנות והלא קיי״ל דמחילה לא בעי קנין ולא עדים והשטר אינו בא אלא לראיה בעלמא בסוף ואולי הרב ז״ל אגב שיטפא נקט שטרי מחילות ע״כ ומביאו ב״י ולי נראה ליישב דהרמב״ם ז״ל נמשך בזה לפי שיטתו דכתב בספ״ה דמכירה וז״ל יש דברים הרבה שא״צ קנין ואין לקנין בהם טעם כגון המשחרר את עבדו והמגרש את אשתו או עושה שליח או המוסר מודעא או המוחל לחבירו חוב או פקדון שיש לו בידו וכל כיוצא בדברים אלו נהגו רוב המקומות להקנות אלו הדברים או כיוצא באלו ואומר וקנינא וכו׳ אע״פ שא״צ קנין זה שנהגו להקנות באלו הדברים אינו מועיל כלום אלא להודיע שאינו אומר דברים אלו כמשחק ומהתל אלא שגמר בלבו ואחר כך אמר לפיכך אם אמר בלב שלם אני אמרתי וגמרתי לעשות דבר זה א״צ דבר אחר כלל עכ״ל השתא יש ליישב הא דכתב בדין הערכאות שגם שטרי מחילות שהן בעדים שלהן אינן כלום הטעם הוא שכשיטעון הלה שלא גמר בדעתו למחול ולא צוה לערכי לכתוב כן אלא מפני שידע ששטרותיהן חספא בעלמא נינהו וכמשחק וכמהתל אמר כך לערכי הדין עמו וה״ה כשמת המלוה טוענים ליורש כן מאחר שגוף השטר חספא בעלמא הוא ואין דרך שיזכה הלה בממון שבידו כי אם ע״י שגמר הלה שכנגדו בלב שלם למחול אבל אם המלוה מודה שגמר בלב שלם למחול לו חובו דל שטר מהכא הלא מחילה א״צ קנין כנ״ל דעת הרמב״ם ואחריו נמשך גם רבינו ז״ל והכי נקטינן ודלא כמ״ש בש״ע ודלא כהמפרש אותו. גם שטרי הודאות דאינן כלום פירש בהם רבינו שפ׳ הודה לפ׳ שהוא חייב לו ור״ל דבכה״ג ודאי אם יטעון שכנגדו שלא קבל מידו כלום שיתחייב לו בהם כי אם דבהודאה זו שהודה בפני הערכאות זיכה לו כך וכך בתורת חוב ולא היה אלא כמשחק ומהתל התם הוא דחוששין ואין השטר כלום אבל אם הודה המתחייב שקבל מידו מטלטלין ושלכך הודה לו בפני הערכאות בכך וכך השתא השטר אינו אלא לראיה ואינו יכול לומר פרעתי אם כתב בו נאמנות להרמב״ם שאינו גובה אלא מבני חרי אבל להרא״ש דגובה אפילו ממשועבדים אפשר דדין שטר גמור יש לו דמצי למימר ליה שטרך בידי מאי בעי אפי׳ לא כתב בו נאמנות. וז״ל הרשב״א בתשובה ומביאו ב״י בתחילת סימן זה דשטרי הודאות והלואות העולים בערכאות כשרים מן הדין לפי שכל שטר שאינו אלא לראיה ולדעת אמיתת הענין סומכים בעדות של ערכאות העכו״ם משום דחזקה דלא מרעי נפשייהו ולולי שהיו שם כשמנה זה לחבירו המעות לא היו כותבין כן וכדמשמע פ״ק דגיטין דלא קשיא ליה אלא שטר מתנה וכיוצא בו שהוא עשוי לקנייה בלבד וא״כ אף אנו נאמר שאם לא הודה המלוה שקבל המעות או שנפרע והודה בערכאות פוסלין עצמן להעיד שקר ולקבל שוחד וכו׳ הנה פסק בהודאה שקבל המעות או שנפרע השטר כשר וכן פסק הריב״ש ז״ל בהודה שנפרע ע״ש בסי׳ תע״ח וא״כ יפה כיון רבינו שפי׳ בהודאות שפלוני הודה לפ׳ שהוא חייב לו שהשטר הוא שעושה השיעבוד כדפי׳ הלא״ה השטר כשר: והרמ״ה כתב דשטרי מכר. נראה דדעת הרמ״ה היא דהא דאמר בגמרא גבי מימרא דרבא דצריך שיהא עשוי כתיקון שטר ישראל היינו דוקא בשטרי מכר והלואה דהדיוטות כדעת קצת מחברים כדפרישית לעיל וסובר הרמ״ה דה״ה בשטרי הודאות אפילו נעשים בערכאות כיון דערכאות אינו מועיל לשטרי הודאות א״כ הו״ל לגבי האי שטרא כהדיוטות ובעינן שיהא עשוי כתיקון שטרי ישראל ובעינן נמי דנמסרו בפני עדי ישראל דאי לא נמסרו בפני ישראל אינן כלום דכיון דהדיוטות אינון דמרעי נפשייהו וחתמי שיקרא א״כ בשטרי מכר והלואה הו״ל האי שטרא חספא בעלמא ולגבי שטרי הודאות אפילו נעשו בערכאות אין עליו דין

שטר כיון שעיקר הקנין נעשה על ידי השטר ועדי עכו״ם חתומים בו הילכך לא מתכשר אלא ע״י עדי מסירה ישראל ולפי שקשה א״כ הו״ל מזוייף מתוכו ואפילו ר״א מודה דפסול ע״כ אמר ועדים החתומים בו שמות מובהקים שאין ישראל קרויים בשמותן דתו לא אתי למיסמך עלייהו בלא עדי מסירה דמידע ידיע דעכו״ם הם ולא גזרינן שמות מובהקים אטו שמות שאינן מובהקים והיינו כר׳ שמעון דמתניתין דמכשיר כל שטרות העולים בערכאות אע״פ שחותמיהן עכו״ם ואפילו בגיטי נשים ושחרורי עבדים בדאיכא עדי מסירה ישראל ושמות מובהקים דעכו״ם כדאיתא בגמרא. וכן מ״ש או במקום שאין ישראל רגילים לחתום כלל בשטרות פשוט שם בברייתא לרשב״ג. אבל הרא״ש לשם כתב דאין לקבוע הלכה כיחידאה אלא כרבנן דגזרי שמות מובהקים אטו שאינן מובהקים ושכן דעת ר״ח ורשב״ם וממילא לפי זה נמי גזרינן מקום שאין ישראל חותמים אטו מקום שישראל חותמים ואף על גב דבגמרא קאמר דאתרא באתרא לא מיחלף אינו אלא לרשב״ג אבל לת״ק מיחלף: וכתב ב״י בביאורו לדברי הרמ״ה דלדעתו הא דבשטרי מכר והלואה ונמסרו בפני ישראל גבי מבני חרי היינו דוקא בנעשו בהדיוטות דאילו נעשו בערכאות אף ממשעבדי גבי וקשה לי דהא מלשון הרמ״ה שאמר אז הם כשרים לגבות בהן מבני חרי כדין שטרי מכר העולים בערכאות משמע להדיא דלא גבי ממשעבדי כלל וכ״כ רבינו למעלה בסעיף ג׳ דהרמ״ה כתב דשטרות העולים בערכאות אינו גובה בהם אלא מבני חרי ושכתב הראב״ד וכך היא דעת הרמב״ם דאף בשטר מקח וממכר שבערכאות אינו גובה אלא מבני חרי ודלא כמו שפירש הרב המגיד דברי הרמב״ם וכמ״ש בתחילת הסימן ע״ש. ואפשר דס״ל לב״י לחלק ולומר דכל זה אינו אכא בדליכא עדי מסירה ישראל והיינו טעמא שאין לו קול ואין הלקוחות יודעים במה שנעשה בעכו״ם אבל כי איכא עדי מסירה ישראל והשטר נעשה בערכאות פשיטא דגובין ממשועבדים דעדים הוא דאפקי לקלא ולא גרע ממוכר שדהו בעדים דגובה ממשועבדים וזה שכתב הרמ״ה כאן כדין שטרי מכר העולים בערכאות היינו לומר דשטרי מקח בהדיוטות אם נמסר בפני עדים ישראל דינו כשטרי מקח שבערכאות וליכא עדי מסירה ישראל ולפי דעתו מימרא דרבא בשטרי פרסאה איירי בדאיכא עדי מסירה ישראל ומ״מ לא ידעתי מנין לו כל זה דדילמא להרמ״ה אין חילוק ולעולם לא גבי בשטר הנעשה בפני עכו״ם ממשועבדים אפילו נעשה בערכאות ואיכא נמי עדי מסירה ישראל:

ח כתב הרמב״ן שטרות העשויין בנטורין של מלכות פירוש על ידי סופרי המלך וכו׳. נראה דלאו דוקא סופרי המלך כמו הקנצלריי״א אלא כל ממונה על פי הורמנא דמלכא אף סופרי השופט של כל עיר ועיר ולאפוקי הסופר שאינו נתמנה אלא על פי השופט בלבד שלא ע״פ המלך (היכא) דליכא למימר בהו דינא דמלכותא דינא. ומאי דנקט הרמב״ן סופר המלך ההווה תפס בלשונו שאין מדרך המלך למנות סופרים בכל עיר ועיר וע״ל סעיף ד׳ במ״ש בזה בס״ד:

סימן סט

א מי שלוה מחבירו וכו׳. משנה שם בפרק בתרא דבתרא הוציא עליו כתב ידו גובה מנכסים ב״ח כלומר אבל אינו גובה ממשועבדים ופי׳ רבינו דכתב ידו תרתי משמע חדא אם כתב בכתב ידו וגם חתם עצמו למטה ואפ״ה אינו גובה ממשועבדים אידך אם כתב בכתב יד אחר והוא חתם למטה ואפ״ה גובה מבנ״ח:

ג ולפיכך אמרו חכמים וכו׳. פירוש השתא ניחא הא דאמרו לא ליחתום וכו׳ אבל אם היינו מפרשים הוציא עליו כתב ידו דוקא בכתב בכתב ידו וגם חתם עצמו למטה אבל כתב בכתב יד אחר אע״פ שחתם למטה אינו גובה אפילו מבני חרי לא הוה ניחא ההיא דלא ליחתום וכו׳:

ד וכתב הרמב״ן דה״ה נמי לא חתם למטה וכו׳. נראה דס״ל דהא נמי הוי בכלל הוציא עליו כתב ידו גובה מנכסים ב״ח אלא דמ״ש אפילו לא כתב שמו וכו׳ קשה אמאי גובה בו מב״ח כשזה טוען שלא כתבו אלא לטופס בעלמא כדרך סופר ולא נתנו לו להתחייב בו. וכן כתב הריטב״א בשם רבו ובעל העיטור והביאו ב״י. ונראה דלא אמר הרמב״ן אלא דתו ליכא למיחש לזיופא כיון דהכל כתב ידו ואפילו לא כתב שמו כשר ולא מצי טען להד״ם פי׳ דלא מצי טען שכתב זה שכתבתי ונתתי לידו איני אלא כמשחק ולאו כלום הוא אלא כשר וגובה בו אבל אי טעין שלא כתבו אלא לטופס בעלמא ולא נתנו להתחייב בו מודה הרמב״ן דנאמן בטענתו בשבועת היסת דאפילו היכא דכתב אני פלוני בן פלוני חייב לך מנה וגם חתם למטה אפ״ה כתב רבינו בסמוך דנאמן בטענת אמנה היתה הודאה זאת וכו׳ בשבועת היסת במגו דפרעתי כ״ש כשלא כתב שמו כלל דנאמן לומר שלא כתבו אלא לטופס בעלמא וכו׳ ובשבועת היסת במגו דפרעתי:

ו וכן מ״ש לפיכך הפיתקות וכו׳ אינו נאמן לומר להד״ם נמי הכי פירושו אינו נאמן לומר מעולם לא קבלתי ממנו כלום וכתב זה שנתתי בידו אין בו כח לחייבני שאינו אלא חרס בעלמא וכמשחק בו אלא כתב כשר הוא וגובה מב״ח אבל אי טעין דלא כתבו אלא לטופס בעלמא או אמנה היתה פשיטא דנאמן הוא בשבועת היסת במגו דפרעתי ומודה בו הרמב״ן כנ״ל אמת וישר ודלא כנראה מדברי הריטב״א (דלהרמב״ם) [דלהרמב״ן] אינו נאמן לטעון

שלא כתבו אלא לטופס בעלמא וכו׳ דליתא ודו״ק: ומ״ש לפיכך הפיתקות וכו׳ ואינו נאמן לומר להד״ם. פי׳ אבל חזרתי ופרעתי נאמן וכדעת הרי״ף דבסמוך והרמב״ן הסכים עמו בספר המלחמות ס״פ גט פשוט. וה״ה דנאמן בטענת אמנה היתה או טענה זולתה במגו דפרעתי כדפי׳ בסמוך:

ז ואפי׳ נתקיים כתב ידו בב״ד דינו כמלוה ע״פ וכו׳ עד שאינו חושש להניח בידו כיון שאינו שטר גמור. מצאתי בספר המלחמות להרמב״ן סוף בתרא שכתב דדוקא בכתב ידי עדים שיש לו קול וזיילי נכסי דלוה שהרי גובה בו מן המשועבדים מקפידין עליו שלא להניח ביד המלוה אע״פ שהוא פרוע אבל בכתב ידו שאין גובה בו מן המשועבדים ולא זיילי נכסיה אין מקפידין עליו וכו׳ אלא דקשיא דאפי׳ לא זיילי נכסיה מ״מ מקפידין עליו שמא יחזור ויגבה ממנו פעם שנייה וי״ל כיון דנאמן בשבועת היסת לומר פרעתי שוב אינו חושש להניח בידו ותו דכיון דאי בעי מזבין ביה לכולהו נכסי ולא הוה טריף מידי הילכך לא חשש להניחו בידו וכ״כ ה׳ המגיד בפי״ד ממלוה בדין הוציא עליו ש״ח בע״א וכו׳ ע״ש. ומ״מ אף לפי טעמם זה אם כתב בו נאמנות אינו נאמן לומר פרעתי דכיון דהתנה על עצמו שכ״ז שכתב ידו זה יוצא קיים מתחת יד המלוה שלא יהא נאמן לומר פרוע הוא כל תנאי שבממון קיים ועיין במ״ש בסמוך סעיף יו״ד: ומ״ש אבל רב אלפס כתב כסברא הראשונה וכ״כ א״א הרא״ש כך היא דעת הרמב״ם ורוב פוסקים וכך הכריע המרדכי לשם דהואיל ואיכא פלוגתא דרבוותא מספיקא לא מפקינן ממונא וכך נראה לי דלא כמהרש״ל דפסק דאינו נאמן לומר פרעתי מיהו לכתחלה ראוי לנהוג בכתב ידו לכתוב בו נאמנות לאפוקי נפשיה מפלוגתא ובתשובת הריב״ש סימן תכ״ב כתב דאין לך בדין זה אלא מה שעיניו של דיין רואות וכ״כ הרב בהגהותיו ע״ש: ומ״ש ואם מודה לו במקצת נשבע לו ש״ד וכו׳. כ״כ רבינו בסוף סימן פ״ח והם דברי הרמב״ן כמ״ש ב״י לשם. מיהו לשם כתב רבינו ג״כ ע״ש התוס׳ והרא״ש דאפילו במלוה ע״פ ליכא ש״ד דקיי״ל שיעבודא דאורייתא ולא אשכחן ש״ד אא״כ אין לו ללוה קרקע או שמחל לו המלוה השיעבוד ע״ש סעיף ל״ח ובמ״ש לשם בס״ד:

ח ואם הוא כופר ואומר שאינו כתב ידו וכו׳. איכא למידק הא פשיטא הוא דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ותו דמאי קאמר אם נתקיים בב״ד או שעדים מעידין וכו׳ הלא כשעדים מעידין שהוא כתב ידו הו״ל אחד מה׳ דרכים שמקיימים בו השטר כדלעיל בסימן מ״ו ונראה דלפי דבכתב ידו נאמן לומר פרעתי וא״כ הוה אמינא דנאמן לומר במה שטוען שאינו כתב ידו במגו דפרעתי והקיום ודאי נעשה בטעות קמ״ל דמגו במקום עדים הוא וכי היכי דכשעדים מעידים שהוא כתב ידו ליכא למימר דעדים טועין הם שהרי מעידין שבפניהם חתם כך ה״ה כשנתקיים בב״ד בא׳ מדרכי הקיום דאע״ג דאפשר לומר דהקיום היה בטעות אפ״ה לא תלינן בטעות מן הסתם ואמרינן דנתקיים בדין ואע״ג דאית ליה מגו אמרינן דאינו נאמן וחשבינן ליה מגו במקום עדים:

ט ואם טוען ואומר וכו׳ ואפשר שמצאה זה וכו׳. פי׳ שטוען ברי לי דשכחתי וחתמתי שמי בסוף המגילה אלא דאפשר דמצאה זה וכתב עליה או אפשר דמצאה אחר אבל אם היה לו ספק אם חתם בסוף המגילה או שמא לוה ממנו כתב בעה״ת בשער י״ג סימן ד׳ ומביאו ב״י דהו״ל החתימה ודאי ואיני יודע אם לויתי ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי וחייב לשלם ע״ש: כתב ב״י ע״ש הר״א מזרחי בתשובה שהשיג על רבינו במ״ש דנאמן לומר שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגילה א״נ אמנה היתה כו׳ במגו דפרעתי כמבואר לשם באריכות ושרי ליה מאריה דהלא בסמ״ו מבואר דאפילו בשטר בעדים נאמן לטעון אמנה או פרוע במגו דמזוייף ואתי בע״פ ומרע לשטרא וכדאיתא בפ״ב דכתובות א״כ כ״ש דאכתב ידו נאמן לומר אמנה במגו דפרוע דבטענת פרוע הוא נאמן טפי מבטענת אמנה כדכתבו התוס׳ לשם להדיא וסברא זו הביא ב״י לעיל בתחילת סמ״ז ובספ״ב סעיף י״ו וה״ט דשטרא לגוביינא קאי ומגו דאורייתא הוא ולעיל בס״ג כתב נמי דנאמן לומר דמאחר לוה ונפל ממנו במגו דפרעתי ע״ש. ומ״ש עוד הר״א מזרחי דקשה דא״כ במלוה ע״פ נמי נהימניה לומר אמנה הוא במגו דפרעתי הא ודאי לאו קושיא היא דאין דרך כלל להודות שחייב לו אם לא הלוה לו אבל שטר דרך לכתוב כדי שיהא מזומן בידו שלא יעכב ההלואה בשביל שלא כתב השטר ולפעמים מוסרו ביד המלוה ומאמינו שלא יתבענו ולכך כל פלפולו ודקדוקו לסתור דברי רבינו אין להם רגלים. אלא דצל״ע דמה קשה להם להרא״ש והר״ן והמרדכי בהך דלא ליחתום אלא אריאשא דמגילתא הלא אפילו חתם בסוף המגילה מצי לטעון פרעתי דלכאורה לאו קושיא היא משום דסוף סוף איכא למיחש שמא יכתוב למעלה שטר עם נאמנות דלא יוכל לטעון פרעתי אף להרי״ף ודעימיה ואפשר דס״ל דצריך שיקנה בקנין על הנאמנות ולהביא העדים שהקנה בפניהם אבל לדעת רבינו שהסכים דלא בעי קנין קשה היאך הוא מיישב דברי הרא״ש דמה קשה לו מהך דמגילתא ואפשר דחדא מתרי שינויי נקט הרא״ש ואכתי קשה למה ליה לרבינו לומר דנאמן לומר אמנה היתה או שכחתי וחתמתי בסוף המגילה במגו דפרעתי בלאו הך מגו נאמן לומר אמנה היא או מודעא היא דלא דמי לשטר בעדים דלא עביד אינש דכתב ומסר בלא הלואה כיון דזיילי נכסיה אבל בכתב ידו דלא זיילי נכסיה אין מקפידין עליו שלא להניחו ביד המלוה כדלעיל ואפשר דאמנה כיון דעולה היא לא שכיחא וכן מודעא יש לה קול ושכחתי וחתמתי שמי בסוף המגילה נמי לא שכיח שאזהרת חכמים היא דרך עצה טובה דלא ליחתום אינש שמיה אלא אריאשא דמגילתא הילכך אינו נאמן בטענות אלו אלא במגו דפרעתי וכדכתב רבינו: כתב עוד הר״א מזרחי להקשות אמ״ש רבינו דנאמן לומר אמנה היתה הודאה זו או שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגילה דא״כ הא דכתב הרא״ש בפ״ב דכתובות ודוקא אחספא אבל אמגילתא לא כו׳ ואע״פ שיכול

לומר פרעתי מ״מ איכא למיחש שמא יטעון האמת שלא לוה ממנו כלום וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי עכ״ל הרא״ש וכ״כ הר״ן והמרדכי ואי ס״ד דמצי למיטען אמנה או כתבתי ללוות או שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגילה וכו׳ אפילו אם יטעון האמת שלא לוה ממנו כלום מה בכך הא מצי למיטען הני טענות שאינן סותרות טענתו הראשונה שלא לוה ממנו כלום וכו׳ והאריך על זה הרא״ם וכל זה לא קשיא כל עיקר דכבר כתב בעה״ת בשער י״ג סימן ד׳ דיש גדולים דס״ל הכי דאינו נאמן לטעון שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגילה ובשבועה אלא חייב לשלם ומביאים הך ראיה דכתב הרא״ש אבל החולקים דוחין ואומרין דחיישינן אולי ישכח הוא ענין חתימתו ויאמר לא לויתי מעולם שכן הוא האמת וחתימה זו מאחר שלא באה על ההלואה הו״ל מילי דכדי ולא דכירי ליה וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי אבל אם יזכור העיקר ויטעון ויאמר הכי והכי הוה מעשה אמנה היתה הודאה זו או שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגילה אה״נ דמשתבע ומיפטר במגו דפרעתי והכי מסתברא וכוותייהו עבדינן עכ״ל ומביאו ב״י והר״מ ודאי לא נעלם ממנו דברי בעה״ת שהרי הביאו בסוף התשובה אלא שעשה סניגרון לדבריו ואומר וליכא למימר משכחת לה דגבי ביה כגון ששתק כשראה חתימת ידו משום דאע״ג דאיהו לא טעין טענינן ליה וכו׳ וקאמר דלא יטעה בו שום אחד מבעלי העיון וכו׳ ואין ספק דאין זה אמת דפשוט הוא דאנן לא טענינן ליה לא טענת שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגילה אלא דוקא בדטעין איהו ואפילו איהו גופיה אינו נאמן בטענות אלו אלא מטעם מגו דפרעתי כדפי׳ בסמוך וכיון דאנן לא טענינן ליה דילמא פרע כ״ש דלא טענינן אנן דילמא אמנה הוא כו׳ ואין ספק דמהאי טעמא חזר בו הרב גופיה מתשובה זו בסוף ימיו. הארכתי בכל זה לבאר דמ״ש רבינו ואם טוען ואומר אמת כי היא חתימתי אבל מעולם לא חתמתי על הודאת הלואה אלא שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגילה וכו׳ אינו אלא דוקא בדטעין איהו אבל אי לא טעין איהו אנן לא טענינן ליה: וצ״ע במה שנהגו עכשיו שלא לכתוב כלל כתיבת יד אלא נותן חתימתו למטה בנייר לחבירו ומאמינו שיכתוב עליו שטר על סך כך וכך כפי התנאים שביניהם וביפויים כפי רצונו דהשתא ודאי אם כתב שטר למעלה מן החתימה לא מצי טעין לוה לא נתתי חתימתי אלא על תנאי כך וכך או שאר טענות דכיון דנתקיימה חתימתו בב״ד וכתוב בו נאמנות שוב אין לו טענה שכל הסומך על נאמנות של אחרים הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר אותו שהאמינו על עצמו כדכתב בתשובות להרמב״ן סע״ז ומביאו ב״י לעיל סמ״ה סעיף ב׳ במחודשים וכ״כ ב״י בסס״ח סעיף ב׳ במחודשים. אבל בזה צ״ע שלפעמים נותן ראובן חתימתו לשמעון וחוזר שמעון ונותנה ללוי בשביל שחייב ללוי אם יכול ראובן לומר ללוי לאו בעל דברים דידי את דלפי תשובת הרשב״א שהביא ב״י בסס״ו משמע דאפילו נכתב השטר מתחילה ע״ש הלוקח אפילו הכי לא נקנה אלא בכתיבה ומסירה א״כ לפ״ז ה״ה הכא אע״ג דיכול לכתוב למעלה החוב ע״ש המוציאו מ״מ כיון שחתימה זו לא נתנה אלא לשמעון לא זכה בו לוי הקונה מיד שמעון אלא בכתיבה ומסירה. מיהו יראה עיקר דבחותם הו״ל כאילו כתוב בו מתחילה כל המוציאו יש לו רשות לתבעו דנקנה במסירה בלא כתיבה כדפסק מהרא״י בת״ה סשל״א ול״ד להא דהרשב״א דמיירי דגוף השטר הוא של שמעון אלא שהיה נכתב על שם לוי שהיה מתעסק בממונו של שמעון ואח״כ קנאו לוי אשמעון התם ודאי לא קנה במסירה בלא כתיבה משא״כ בחתימות אלו דהו״ל כאילו התנה עם הלוה מתחילה שהלוקח יכתוב לו שטר על עצמו וכן הלוקח מן הלוקח דמודה הרשב״א בזה דלא בעי כתיבה ומסירה וכמבואר בב״י סס״ו סעיף א׳ מיהו אם שמעון תובע את ראובן בחתימתו וראובן טוען לא נתתי לך חתימתי לשום שיעבוד אלא שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגילה או טוען לחבירך נשתעבדתי ובפקדון בא לידך ולאו בעל דברים דידי את וכיוצא בזה מן הטענות נראה דאע״פ שיכול לקיים חתימתו בב״ד וגם יכול לכתוב שטר למעלה בנאמנות ולא הוה מצי טעין פרעתי וכ״ש דלא מצי טעין אמנה היא או שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגילה מ״מ השתא דהוציא חתימה זו בב״ד ולא נכתב עליה כלל שטר אלא נייר חלק הוא וחתם הלוה למטה בלחוד טענת ראובן טענה מעלייתא היא ועליה דשמעון להביא ראיה שמסר חתימתו לידו לשם חוב כך ולא דמי לב׳ יב״ש דכל מי שיש לו שטר על אחד דמחזקינן ליה בשלו כדלעיל בסע״ט או לשטר שכתוב בו לויתי ממך דכל המוציאו גובה בו כדלעיל בסימן נ׳ דשאני התם דהשטר נכתב ועשוי כתיקונו משא״כ הכא דניירא בעלמא הוא ותו דהנותן חתימתו לחבירו הוי בכלל שטר העשוי להזדייף דשמא יערים לכתוב שטר למעלה וראובן החתום למטה יהא עד על מ״ש למעלה ואצ״ל אם הם שנים חתומים ויוציא אמון מלוי שלא כדין ומיהו אם השנים הם קרובים ליכא למיחש להא אי נמי כמו שרגילין לכתוב בצד האחר כנגד החתימה ממש בזה הלשון משמעות הש״ח על סך כך וכך לשלם לזמן פלוני נמי ליכא למיחש שיערים לחייב את לוי וכה״ג כתב הרמב״ם דקיום ב״ד יכול להיות מאחוריו כנגד הכתב עיין עליו בפרק כ״ז ממלוה מיהו ודאי כיון דלא הוציא בב״ד אלא חתימתו בלבד יכול לטעון שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגילה ואפילו טעין פרוע או אמנה היא נאמן במגו דשכחתי וכו׳ ואע״ג דלא הוה טענתו שום טענה כשהוציא עליו כתב ידו כתוב בדרך שטר גמור ובנאמנות התם ודאי טענת שכחתי וחתמתי שטר בסוף המגילה טענה גרועה היא דלא עבדי אינשי הכי לחתום בסוף המגילה ואינו נאמן לטעון כך אלא במגו דפרעתי אבל הכא דחזינן דחתם בסוף המגילה שפיר מצי טעין דלא חתם לשום שיעבוד אלא שכח וחתם בסוף המגילה וזה מצאו וכתב חוב מאחוריו ונאמן בשבועת היסת. כל זה ודאי מדינא אבל אם עשו ז׳ טובי העיר תקנה שיהא לו דין כתב יד גמור בנאמנות ובכל יפויים בעולם גובין וכך נהגו במדינות אלו ע״פ תקנת מנהיגי כל המדינות והארצות: וכתב רב שרירא גאון מקיימין אותה ע״פ עדים שיעידו בב״ד שהוא כתב ידו וכו׳. פי׳ שמעידין

שבפניהם חתם א״נ מכירין את חתימתו בטביעת עין דאף ע״ה יש לו ט״ע כדכתבו התוס׳ בפרק אלו מציאות ולא אתא להורות דע״י דמיון חתימה לשתי שטרות או ב׳ כתובות לא הוי כלל קיום. והב״י תמה על מ״ש כיון דקיום שטרות דרבנן וכו׳ דאדרבא כיון דמדאורייתא לא הוה בעי קיום ורבנן הוא דאצרכוהו קיום יש להקל בו. אבל מה שהשיב על זה ב״י דס״ל לרב שרירא גאון כהרמב״ם דמדאורייתא אין לנו לסמוך אקיום שמקיימים לעדים שחתומים על השטר אלא דרבנן אמרו למיסמך עלייהו והיכא דאיתמר איתמר וכו׳ אינו אמת דא״כ הא דכתב רבי׳ ונראה שאין לחלק בין קיום דהכא לשאר קיומים משמע שמודה לדעת רב שרירא גאון שהיא כדעת הרמב״ם אלא שאין לחלק בין קיום לקיום והא ליתא דהא רבינו חולק הוא אדברי הרמב״ם בזה כמבואר לעיל בסוף סמ״ו אלא הדבר ברור דרבינו מפרש דברי ר״ש גאון ז״ל כדעת כל המפרשים דלא כדעת הרמב״ם אלא דה״ק כיון דקיום שטר לא תקנו חכמים אלא בשטר שעדים חתומים עליו דמן התורה לא בעי קיום דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב״ד דמי משום דלא חציף אינש לזייף ולהחתים עדים כדפי׳ רש״י בריש גיטין השתא ודאי כיון דלא בעי קיום בשטר שחתומים עליו עדים אלא מדרבנן אמרינן הם הצריכוהו קיום והם אמרו ג״כ דמקיימין ע״י דמיון מב׳ שטרות או מב׳ כתובות אבל בכתב ידו דאם אין חתימתו מקויימת בב״ד לאו כלום הוא לגבות בו כל עיקר מן התורה אלא עכשיו ע״י קיום זה נעשה שטר לחייבו לשלם ולגבות בו מבני חרי הילכך היכא דלא איתמר דמקיימין ע״י דמיון מב׳ שטרות או מב׳ כתובות לא איתמר ואין קיום זה מחייב אותו לשלם בכתב ידו כיון דקיום שטר של כתב ידו אינו מדרבנן אלא קיום זה מחייבו מן התורה משא״כ בשטר שחתומים עליו עדים. וכן נראה לי עיקר כדעת רב שרירא גאון ושרי להו מאורייתא לבעל התרומות ולרבינו שהשיגו על הגאון בסברתם בלי ראיה ולא ידדו לסוף דעת הגאון:

י ואם כתב בו נאמנות שהאמינו ועל יורשיו וכו׳. הא דכתב ועל יורשיו נראה דאתא לאשמועינן דאפילו מת לוה גבי מלוה מיתמי בלא שבועה ולא טענינן להו דאביהן פרע שאילו פרע לא היה מניחו בידו וכו׳ וכך הוא להדיא בבעה״ת שער י״ג סימן ב׳. ויש להקשות למה לי טעמא שאילו פרע לא היה מניחו בידו תיפוק ליה שהרי האמינו עליו ול״ק מידי דאע״ג דכך הוא לדעת בעל העיטור דבסמוך מ״מ לדעת בעל התרומות ורבינו דהסכים עמו איכא למימר דאע״ג דהאמינו לא היה חושש להניחו בידו כיון שאינו שטר גמור לגבות בו ממשועבדים ואי בעי מזבין ליה לכוליה נכסיה כדפי׳ לעיל בסעיף ז׳ ולפיכך צ״ל הך טעמא דכיון דכתיב ביה נאמנות לא היה מניחו דכיון דאינו נאמן לומר פרעתי דדבריו סותרים את כתבו שהאמינו שלא יהא נאמן לומר פרעתי וליכא הכא מגו דמזוייף כיון דמקויים ובשטר כזה ודאי חושש שלא להניח בידו אע״ג דאינו גובה ממשועבדים:

יא ומ״ש וי״א שצריך שיקנה בקנין על הנאמנות. פי׳ ס״ל דאע״ג דהודאה א״צ קנין ה״מ כשמודה שיש לו אצלו כך וכך אבל נאמנות לא יחול על עצמו עד שיקנה לו שהאמינו ודעת בעה״ת דא״צ קנין ונראה דס״ל דאפילו האמינו שלא בשעת הלואה נמי א״צ קנין דאילו בשעת הלואה ליכא למ״ד דצריך קנין כיון דעל מנת כך נשתעבד מיהו דוקא בסתם נאמנות אבל בהאמינו כבר תרי צריך קנין שלא בשעת הלואה כיון שקבל עליו פסול כבי תרי דאדם קרוב אצל עצמו וכמ״ש הרמ״ה הביאו רבינו לעיל בסימן כ״ב ולקמן בסימן ע״א וע׳ במ״ש לשם בס״ד:

יב ואם יש בו נאמנות ואינו מקויים וטוען פרעתי כתב בעל העיטור כו׳. ע״ל ריש סימן מ״ו דהכריע דמסתברא כבעה״ת ובריש סימן פ״ב כתב בסתם כבעה״ת וכתב מהרש״ל דכן עיקר. והכי נקטי׳ כבעה״ת ודלא כבעל העיטור:

יג מי שהוציא כתב יד הלוה על יורשיו וכו׳. פי׳ ואין כתוב בו שהאמינו עליו ועל יורשיו: ומ״ש ואם אין כתב ידם יוצא ממקום אחר וכולי אין גובין אותו דשמא מזוייף הוא. פי׳ ומיירי שהיתומים טוענין שאין זה כתב יד אביהם הילכך אין גובין בו והיתומים נשבעין היסת דאינן יודעים שזו היא חתימת יד אביהן ושלא אמר להן אביהם שחייב חוב זה ופטורים מלשלם וכך כתב בספר התרומות להדיא בשער י״ג תחילת סימן ב׳. וז״ל ב״י ותמיהני על מ״ש בעה״ת שאם אין כתב ידם יוצא וכו׳ אף ע״פ שיש אחד מאלו הדרכים וכו׳ דכיון שהודה החייב או שנידוהו כדי שיתן ומת בנידויו ולא נתן מה לנו אם לא יתקיים כ״י הא אפילו היתה מלוה ע״פ גובה מהיורשים עכ״ל ועל פי קושיא זו כתב בש״ע ואם אין עדים מודים שהוא כתב יד אביהם אע״פ שהוא תוך הזמן פטורים עכ״ל משמע דרצונו לומר דוקא כשהוא תוך הזמן פטורים דכיון דאיכא למימר דהכתב יד זיוף הוא א״כ מה שכתוב בו שהוא תוך הזמן הוי נמי זיוף אבל בשהודה החייב או מת בנידויו חייבים היורשים לשלם. ובהגהות ש״ע וז״ל מיהו אם נידוהו ומת בנידויו אין לחלק ובכל ענין חייב לשלם עכ״ל נראה דס״ל דדוקא בנידוהו וכו׳ וכקושיית ב״י אבל בהודה החייב אפשר לומר מה נפשך דאי תבעוהו והודה שחייב לו בכ״י איכא למימר דכיון שיודע שהכתיבת יד הוא מזוייף לא הודה לו שחייב אלא ע״י כתיבת ידו שחתם באמת לא ע״י מה שהוא זיוף ואם הודה מעצמו איכא נמי למימר דכדי שלא להשביע את עצמו או את בניו אמר כך וכדלעיל בסימן ל״ב ולק׳ בסימן פ״א אבל במת בנידויו וכו׳ תופס קושיית ב״י דאין לחלק בין יכול לקיים כ״י ובין אין יכול לקיים ושרי להו מאורייהו דעלה ע״ד כיון דלא אשכחן פירוקא לקושיא זו דחו את דברי בעה״ת מהלכה ולפעד״נ דבמת בנידויו נמי ל״ק דאיכא טענה ליתמי דאביהן צווח לפני ב״ד דאינו חייב כלום ואין זה חתימתו ולא היה יכול המלוה לקיים חתימתו

וחייבוהו ב״ד שבועת היסת ולא רצה לישבע ונידוהו ומת בנידויו השתא ודאי משתבעי יתמי שאינן יודעין שזו היא חתימת יד אביהן ושלא א״ל אביהן שחייב חוב זה ופטורים מלשלם אע״פ שיש כאן אחד מג׳ דרכים כנ״ל. שוב ראיתי וגם שמעתי לרבים שרוצים ליישב דברי בעה״ת דאף ע״ג דבהודה החייב א״נ מת בנידויו חייבים היתומים לשלם מ״מ איכא למיחש שמא עכשיו הוא גובה בכ״י שהוא מזוייף ואח״כ בב״ד אחר יחזור ויגבה בכ״י הכשר שיוכל לקיימו ואין לכוף ליתומים ליקח שובר דדוקא לוה דעבד לוה לאיש מלוה צריך ליקח שובר אבל לא יורשים והא ודאי ליתא דכיון דאנן ידעינן שאביהם חייב לו דהודה א״נ מת בנידויו היאך אפשר שיפטרו היתומים ולעכב מעותיו על ספק דשמא כ״י זה מזוייף ויגבה אח״כ בכ״י כשר דאין ספק מוציא מידי ודאי ופשיטא דכייפינן ליתומים לשלם וליקח שובר וכיון דחייבים היורשים לשלם א״כ למה יהיו משלמים וגם נשבעים ותו דבספר התרומות כתב בהדיא דהיתומים פטורים מלשלם אלא האי פירושא דברים דחויים המה והעיקר הוא כדברי בעל התרומות דבכל אחד מהג׳ דרכים פטורים היתומים מלשלם דכיון דאין יכול לקיים הכ״י חיישינן דמזוייף הוא והכי נקטינן נ״ל:

יד ולא נהירא מ״ש ונשבעין היסת וכו׳ שלא מצינו שבועת יורשין אלא לגבות וכו׳. נראה דלא אמר הרא״ש ורבינו אלא דוקא כשהיתומים טוענים שמא אביהם אינו חייב כלום א״נ שמא פרע אביהם התם הוא דאין היתומים צריכים שבועה אלא מחרימין חרם סתם אבל היכא שמודים שאביהם חייב א״נ דהשטר מחויים אלא שטוענין שלא ירשו מאביהם כלום והמלוה טוען שירשו התם פשיטא דצריכין לישבע שלא ירשו כדי ליפטר וע׳ במ״ש ב״י בסימן ק״ז סעיף ו׳ במחודשים דהבין ב״י דגם בזה אין יורשים נשבעים ליפטר ולא דק וכבר השבתי על דבריו לשם בס״ד גם ב״י גופיה כתב בריש סימן ק״ח ע״ש הר״ר ירוחם שאם טוען ברי שירשו קרקע והם מכחישים צריכים לישבע עכ״ל והיינו כדפרישית וכן עיקר וע״ל בסימן ע״ה סעיף ו׳ ובמ״ש לשם בס״ד ועיין עוד שם בסעיף י״ט מדין זה ולקמן סימן ק״ח סעיף ב׳ ג׳: כתב הרא״ש בתשובה כלל ק״ז (דף קנ״ב ע״א) על חשבון בפנקס שחתמו עליו בעלי הדבר והחתימו ע״א עמהם לא מהימן לומר פרעתי כ״ז שהפנקס ביד חבירו ומביאו ב״י וע״ש הטעם דחשוב לפנקס זה כשטר ועדיף משטר ואפשר עוד לומר טעם אחר להרמב״ם לעיל בסימן נ״א דשטר שחתום בו ע״א אין נאמן פרעתי דכיון דמודה לדברי העד הו״ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם וה״ה בנדון זה דכיון דמודה לדברי העד שחתם עמו הוה ליה מחוייב שבועה וכולי ולהד״ם נמי אינו יכול לטעון כיון דחתם בו ויוכל לקיים חתימתו אלא שהרא״ש לא כתב טעם זה:

סימן ע

א אסור לאדם להלוות מעות לחבירו בלא עדים אפילו לת״ח וכו׳. ס״פ א״נ מימרא דרב דהמלוה בלא עדים עובר משום לפני עור לא תתן מכשול שעולה על רוחו של לוה לכפור ור״ל אמר גורם קללה לעצמו דכשתובע וזה כופר הכל מקללין אותו ואומרים שהוא דיבר על צדיק עתק ואמרינן תו התם דרב אשי שדר ליה לרבינא לישדור לי מר עשרה זוזי דאתרמי לי קטינא דארעא למיזבן שלח ליה ניתי מר סהדי ונכתוב כתבא שלח ליה אפילו אנא נמי שלח ליה כ״ש מה דטריד בגירסיה ומשתלי וגורם קללה לעצמי ונראה דרב אשי קס״ד דכדי שלא יעבור על לפני עור לא תתן מכשול כדרב לכך לא רצה להשאיל לו בלא שטר וקשיא ליה אפילו אנא נמי דחלילה לת״ח שיעלה על רוחו לכפור ורב ודאי לא קאמר אלא במלוה לע״ה והשיב לו דלאו משום חששא דיעלה על רוחו לכפור אלא דשמא ישכח הלואתו ויגרום רבינא קללה לעצמו וז״ש רבינו אסור לאדם וכתב אפילו לת״ח כלומר ל״מ לע״ה דאיכא נמי משום לפני עור אלא אפילו לת״ח דאע״ג דליכא למיחש שמא יעלה על רוחו לכפור מ״מ איכא למיחש דכיון דטריד ישכח וגורם קללה לעצמו וכן כתב הרמב״ם סוף פ״ב דמלוה:

ג והמלוה את חבירו בעדים וכו׳ שצריך לברר דבריו וכו׳. פירוש כל מה שאדם טוען בב״ד כדי לחזק טענתו אע״פ דבלאו הכי היה נאמן בשבועת היסת מכל מקום כיון שלפי טענתו פטור משבועה צריך לברר דבריו כדי שלא יהא נשבע בחנם מיהו אם אי אפשר לברר כגון שמתו וכו׳ בעל כרחו נשבע היסת ונפטר והיינו כרבי דאמר צריך לברר וכדאיתא בירושלמי רבי לא רצה אלא לעמוד על אמיתת הדבר ומביאו ב״י כלומר לעמוד על אמיתת הדבר שלא יהא נשבע היסת כדפרישית ובהכי נמי מיירי הך עובדא דר״י נפחא בפרק ג״פ ונראה שעל דין זה אין שום חולק בפוסקים: ומ״ש ואם באו העדים ואמרו להד״מ כתב הרמ״ה וכו׳. נראה דהרמ״ה ס״ל דהך דירושלמי אינו אלא היכא דא״א להביאם כגון שמתו וכו׳ אבל אם באו ואמרו להד״ם הוחזק כפרן וכדי שלא יהא קשה מהך דפ׳ שבועת הדיינים מחלק בין כשאומר דרך תימה בלא הוחזק כפרן ובין כשחתך דבריו דהוחזק כפרן והב״י הקשה ממה שכתב הרב המגיד על שם הרמ״ה שאפילו חתך דבריו לא הוחזק כפרן אף אם באו עדים ואמרו להד״ם ואין ספק דאיכא ט״ס או בדברי רבינו או בדברי הרב המגיד: ומ״ש והרז״ה חילק וכו׳. פירוש הרז״ה סובר דאין חילוק בין באומר דרך תימה לחתך דבריו אלא בין הזמנים לעדות ללא הזמנים: ור״ש כתב שא״צ לברר דבריו וכולי. כצ״ל ור״ל דרשב״ם כתב בס״פ גט פשוט דהלכה כרשב״ג דא״צ לברר כלל ואין מצריכין אותו שיביא העדים שפרע בפניהם דאפילו יבואו ויכחישוהו לא הוחזק כפרן דכל מילי דכדי כגון הכא דלא רמיא עליה לפרעו בעדים לאו אדעתיה ואין חילוק דאפי׳ חתך

דבריו ואפילו אמר שהזמינם לעדים לעולם לא הוחזק כפרן ונשבע היסת ונפטר וברוב ספרי רבינו כתוב ורש״י כתב והוא ט״ס שהרי בהגהת אשיר״י פרק ז״ב כתוב ע״ש פירש״י דהאומר פרעתיך בפני פלוני ופלוני אין נאמן אפי׳ בשבועה עד שיבואו פלוני ופלוני ויעידו ומביאו ב״י אלא צ״ל ור״ש כתב כלומר רשב״ם כתב כך כדפי׳ וכן פי׳ ב״י: ומ״ש וכן יראה מדעת רב אלפס. פי׳ דמדלא הביא האלפסי בפרק גט פשוט הך עובדא דאתא לקמיה דר״י נפחא דהורה דצריך לברר אלמא דס״ל להאלפסי דא״צ לברר דאפילו באו עדים והכחישוהו לא הוחזק כפרן וכן כתב הרב המגיד שזו היא דעת הרי״ף ע״ש פ״ו מטוען: ומ״ש וכ״כ הרמב״ם וכו׳. נראה דעת רבינו דמדכתב הרב א״ל הביאם ותפטר וכתב עוד שאין אנו מצריכים להביאן אלא לברר דבריו ליפטר אף משבועה וכו׳ אלמא דאין אומרים לו להביאם אלא כדי ליפטר משבועה אבל אם לא הביאם או הביאם והכחישוהו לא מפסיד ונאמן בשבועת היסת מטעם דכל מילתא דלא רמיא עליה דאינש לאו אדעתיה וכן פסק רבינו בסתם בסימן ע״ט סעיף י״א על סמך מ״ש כאן דר״ש והאלפסי והרמב״ם הסכימו דא״צ לברר דאפילו הכחישוהו לא הוחזק כפרן ודלא כמ״ש הרא״ש בפרק גט פשוט דמשמע דס״ל דאם הכחישוהו הוחזק כפרן ומביאו ב״י דליתא. ומה שקשה דא״כ אמאי כתב הרמב״ם מתו או הלכו למד״ה וכו׳ הו״ל לאשמועינן רבותא דאפי׳ באו והכחישוהו ישבע היסת שפרעו וכ״ש מתו או הלכו למד״ה י״ל דהרמב״ם כתב תרווייהו בריש פ״ו דטוען תחילה כתב מנה הלויתיך א״ל והלא פרעתיך בפני פלוני ופלוני ובאו עדים ואמרו להד״ם לא הוחזק כפרן וכו׳ ואחר כך כתב תן לי מנה שהלויתיך והרי העדים ואמר הנטען פרעתיך בפני פלוני ופלוני אומרים ללוה הביאם והפטר לא באו או שמתו או שהלכו למדינה אחרת וכו׳ הרי דס״ל להרמב״ם שבין באו והכחישוהו ובין לא באו ומתו וכו׳ בכל ענין לא הוחזק כפרן וכדעת רשב״ם והאלפסי זו היא דעת רבינו ולא ס״ל הפירושים והחילוקים שכתב ה״ה בפי׳ דעת הרמב״ם גם לא כפירושים שכתב ב״י עיין עליו ומה שהקשה ב״י על מ״ש רבינו וכ״כ הרמב״ם והם רחוקים מאוד דהרי״ף לא כתב ההוא עובדא דפרק ג״פ אלא דשבועת הדיינים בלבד והרמב״ם כתב לשתיהם נ״ל דאין זו קושיא דהרמב״ם לא כתב דצריך לברר אלא ע״פ הירושלמי כדי לידע אמיתת הדבר שלא יהא נשבע בחנם והאלפסי לא כתב ההיא דג״פ כדי שלא נבין ממנה דצריך לברר ושאם באו עדים והכחישוהו הוחזק כפרן דהא ליתא שהרי לא הוחזק כפרן ולפיכך לא כתבה אבל ודאי מודה האלפסי דא״ל הבא עדים ותפטר מן השבועה כדי שלא ישבע בחנם:

ד א״ל אל תפרעני אלא בעדים וכו׳. משנה פ׳ הדיינים מנה לי בידך א״ל הן אמר ליה אל תתנהו לי אלא בפני עדים למחר א״ל נתתיו לך חייב מפני שצריך ליתנו לו בפני עדים והאי מפני שצריך וכו׳ לא איצטריך אלא לאורויי דגובה ממנו אפי׳ בלא שבועה דכיון דהתרה בו אגן סהדי דלא פרעיה מפני שצריך ליתן לו בפני עדים כמו שהתרה בו וכיון דאגן סהדי דלא פרעיה גובה בלא שבועה: וכתב הרמב״ם בין שא״ל בשעת הלואה וכו׳. הכי משמע דתנן מנה לי בידך א״ל הן דאלמא דמיירי בלאחר הלואה והרא״ש ודאי גם הוא מפרש כך אלא דמפרש דמיירי בשקבל דבריו סגי בקבלה בלא קנין כדכתב רבינו לעיל בסימן כ״ב ע״ש הרא״ש וע״ש:

ו א״ל אל תפרעני אלא בעדים וכו׳ לדעת רב אלפס אינו נאמן. טעמו דכך היה גורס בגמרא פרק הדיינים אבל הרמב״ם היה גורס נאמן ומה שקשה א״כ יהא נאמן לומר פרעתיך ביני לבינך במגו דפרעתיך בפני פלוני ופלוני ומתו י״ל הכא היינו טעמא דאגן סהדי דודאי לא פרעיה דכיון שהתרה בו שלא יפרענו אלא בעדים חזקה דלא פרעיה שלא בעדים וקיי״ל דלא אמרינן מה לי לשקר במקום חזקה וכדלקמן בסי׳ מ״ח ופשוט הוא וכיוצא בזה כתב ב״י ועוד הביא תירוצים אחרים על שם הרא״ש והרב המגיד ואין צורך כי התירוץ שכתבנו הוא ברור ופשוט: ומ״ש והר״ר ישעיה חילק וכו׳. נראה דהיה גורס בגמרא ומתו והלכו למד״ה אינו נאמן ומפרש דלצדדין קאמר במתו אינו נאמן כלל וצריך לפרעו מיד דאל״כ מה הועיל זה בתנאו אבל בהלכו למד״ה אינו נאמן לפטרו בשבועה מיד אלא ממתינין עד שיבואו אולי אומר אמת ואם באו ואינן יודעים מאומה או לא באו כלל חייב לפרוע: ומ״ש וכ״כ הרמ״ה אלא שחילק וכו׳. נראה דטעמא דמילת׳ דבאומר פרעתי בפני פלוני ופלוני יוכל להביאו לידי הכחשה שיביא המלוה עדים ויעידו שמיום שהלוה פלוני לפלוני היו אותן פ׳ ופ׳ שאומר זה שבפניהם פרע עמנו ולא זזה ידם מתוך ידינו עד יום מותם ולא פרע בפניהם אבל אומר בפני עדים סתם אינו נאמן דמוכחא מילתא דמשקר ומירתת פן יביא המלוה עדי הכחשה כדפי׳ והכי מוכחא לישנא דתלמודא דקאמר ואם אמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו למד״ה או מתו נאמן דאלמא דוקא באומר בפני פלוני ופלוני:

ז א״ל אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני וכו׳. פי׳ דהוה ליה כאילו התנה עמו בפי׳ שפוסל כל עדים שיעידו כנגדו ולא יהיו כשרים לעדות זה אלא פלוני ופ׳ ולפיכך ס״ל לרש״י ולרב אלפס דאפי׳ הם בפנינו ומעידים שפרעו אינו נאמן ול״מ בייחד לו פלוני ופלוני אלא אפי׳ א״ל:

ט אל תפרעני אלא בפני עדים ת״ח או רופאים דאיכא למימר דלאו דוקא ת״ח ורופאים אפי׳ הכי אינו נאמן דדוקא ת״ח ורופאים התנה עמו אבל שאר כל אדם פסולים הם לעדות זה אבל לר״ח והרמב״ם כשהם בפנינו ומעידים שפרעו פטור דלא אמרו בגמרא דאינו נאמן אלא כשאינן בפנינו שמפני זה ייחד לו פלוני ופלוני שלא יוכל לדחותו ולומר פרעתיך בפני אחרים והלכו להם והכי נקטינן. מיהו כתב במרדכי פרק הדיינים אע״ג דעדים אחרי׳ כשהם

בפנינו נאמנים לומר דפרעו מ״מ יכול המלוה לטעון סטראי נינהו הואיל ולא פרעו בפני פלוני ופ׳ שייחד לו עכ״ל ובזה יתיישב הא דכתב רבינו ואם מודה שלא פרעו אלא שאומר לא אפרעך עד שיבוא פ׳ ופ׳ וכו׳ כלומר דחושש שמא יאמר המלוה סטראי נינהו ולכך לא אפרעך אלא בפני אותן שייחדת לי וכו׳: וכתב הר״ן שי״א לדעת הרי״ף ה״ה אם באו עדים והעידו שהודה בשניהם אינם נאמנים וי״א דבהא מודה הרי״ף דנאמנים ע״כ וסברת הי״א היא דעת הרז״ה והסברא השנייה היא דעת הרמב״ן וע״ל ר״ס ע״א סעיף ז׳ ח׳ ט׳:

י אמר לו אל תפרעני אלא בפני פלוני ופ׳ וכו׳ רק שאומר שקבלו בתורת פקדון וכו׳. פרק הדיינין ורצונו לומר שכך אמרתי בלבי אקבלנו בתורת פקדון וכו׳ דברים שבלב לא הוי דברים וכיון שזה מסרו בתורת פרעון פטור וכך פירש״י לשם להדיא ומשמע דאם א״ל בפירוש לא אקבלם אלא בתורת פקדון ונאנסו חייב הלוה לחזור ולשלם. וע״ל בסימן ק״ך דבשאר פרעון הוי פרעון בע״כ ושאני הכא דהתנה עמו אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני וכו׳:

סימן עא

א לוה שהאמין למלוה שיהא נאמן לומר שלא נפרע הרי זה נוטל בלא שבועה. פי׳ אע״פ שהחוב הוא בעל פה והו״א דלא האמין אותו עליו אלא שלא ישבע הלוה ויפטר אלא המלוה יהא נאמן מיהו לא האמינו עליו אלא בשבועה קמ״ל דנוטל בלא שבועה והיינו טעמא דכיון שאמר מהימנת לי עלי כל אימת דאמרת לא פרענא משמעות הלשון הוא דנאמן בלא שבועה קאמר מדלא פירש דוקא בשבועה וכ״כ בעל התרומות על שם הרמב״ן ע״ש שער כ״ו סוף סימן א׳. ועיין בסמוך סעיף י״ב דכתב רבינו דגם במלוה בשטר שייך נאמנות וכולי מכלל דכאן בתחלת הסימן לא מיירי אלא במלוה ע״פ: ומ״ש אבל אם הביא הלוה עדים שפרעו פטור וכו׳. פסק כרב פפא פרק הדיינים דלא כאביי ורבא ע״ש (דף מ״ב):

ב ומ״ש ואם כתב תהא נאמן עלי כב׳ עדים וכו׳. שם כרב הונא בריה דרב יהושע ולא כר״פ ואיכא למידק אלישנא דרבינו שאמר ואם כתב תהא נאמן עלי וכו׳ מדתנן בפרק הכותב כתב לה נדר ושבועה אין לי עליך אינו יכול להשביעה וכו׳ וכתב עלה הר״ן וז״ל כתב לאו דוקא דהוא הדין באמירה דכל שהוא פטור או מחילה באמירה בעלמא סגי כדאיתא בפרק קמא דקידושין וכ״כ הריטב״א ז״ל עכ״ל ונראה דדוקא בסתם נאמנות סגי באמירה בעלמא ורצונו לומר בלא קנין וכמו שכתב הר״ן גופיה בריש פרק הכותב דסתם כתיבה היא בקנין וסתם אמירה בלא קנין אבל בנאמנות כבי תרי בעינן קנין ואם כן הא דאמר רבינו ואם כתב תהא נאמן עלי כב׳ עדים וכו׳ רצונו לומר דקנו מיניה בקנין וזהו שהביא אח״כ מה שפירש הרמ״ה הא דמהני נאמנות בלא קנין דוקא בשעת הלואה וכו׳ כלומר נאמנות כבי תרי דמהני בלא קנין דוקא בשעת הלואה אבל לאחר הלואה ולא קנו מיניה לא משתעבד בנאמנות כבי תרי אבל בסתם נאמנות אין צריך קנין אפילו שלא בשעת הלואה כדלעיל בסימן נ״ב סעיף ד׳ וסימן ס״ט סעיף י״א ותדע דהכי הוא שהרי רבינו אינו מדבר כאן אלא במלוה על פה כדפרישית וא״כ מאי ואם כתב דקאמר אלא בעל כרחך דרצה לומר ואם קנו מיניה דקנין קרי ליה כתיבה ודו״ק: כתב המרדכי פרק הדיינים וז״ל וכן נמי הא דאמר את מהימנת לי כבי תרי גם זה פי׳ רשב״ט הכל בקנין ולא נראה לראבי״ה שהרי מחילת ממון אין צריך קנין ובפ״ק דקידושין אמר נימא ליה באפי תרי זיל אין צריך קנין משמע ומפי׳ ר״ח ורב אלפס פרק ד״מ זוטא משמע דמיירי בקנין עכ״ל. ונראה דמה שמדמה ראבי״ה הך דהכא למחילה היינו מפני שהלוה שהאמינו למלוה עליו כבי תרי הוא מוחל לו על הממון שהעדים מעידים שנתן לו כבר והמלוה מוחזק בו וכההיא דקידושין דאומר לעבד עברי באפי תרי זיל דהעבד מוחזק בגופו והוא מוחל לו במה שהוא מוחזק. ותו דהר״ן בר״פ הכותב כתב דמחילה ופטור כי הדדי נינהו וכי היכי דמחילה א״צ קנין ה״נ פטור נמי א״צ קנין זו היא דעת ראבי״ה. אבל דעת רשב״ט והרי״ף ור״ח דלא דמי מחילה לפטור דנאמנות והכי משמע מפי׳ רש״י שכתב וז״ל ההוא לוה דאמר למלוה בפני עדים בשעת הלואה נאמן אתה עלי וכו׳ עכ״ל אלמא דבלא קנין בעינן דוקא בשעת הלואה אבל שלא בשעת הלואה בעינן קנין על הנאמנות כבי תרי גם מדעת רבינו שהביא כאן דברי הרמ״ה בסתם יראה שהסכים לכך והא דקשה ממ״ש רבינו לעיל סימן כ״ב דהרא״ש חולק על זה כבר כתבתי לשם דקרוב לפרש דגם הרא״ש מודה לדינו של הרמ״ה ובדבר אחר הוא חולק ע״ש:

ה כתב בעה״ת טען המלוה וכו׳. פי׳ שלא היו עדים בשעה שהלוה לו ולפיכך הוא נאמן במגו ודוקא בסתם נאמנות אבל בנאמנות כבי תרי כתב הרשב״א דאע״ג דאית ליה מגו דלהד״ם קיי״ל דמגו במקום עדים לא אמרינן וכיון דהאמינו כבי תרי חשוב כאילו עדים מעידים שלא החזיר עיין בב״י לקמן בסימן זה במחודשים סעיף כ״ו:

ו ואם פרעו בפני עדים וצריך לפרעו שנית כתב רב האי שמביא העדים שפרעו בפניהם ומוציא ממנו והר״י מיגא״ש כתב אפילו יש עדים וכו׳ אין עליו רק היסת כמו מנה לי בידך וכו׳ עד והרא״ש כתב כדברי הר״י מיגא״ש. וכן פסק ב״י וכ״כ בש״ע. ולי קשיא על סברא זו דהר״י מיגא״ש ודעימיה מהא דתנן בפרק הכותב ע״א מעיד שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבועה ובגמרא מסיק רבא שבועה זו מדרבנן כדי להפיס דעתו של בעל א״ר פפא אי פקח

הוא מייתי לה לידי ש״ד ומסיק דיהיב לה כתובתה באפי סהדא קמא וסהדא בתרא ומוקים לה להנך קמאי במלוה אלמא דאע״פ דנתן לה מתחילה לשם פרעון מ״מ יתבענה פרעון הראשון ויאמר לה מלוה הן אצלך שהרי נפרעת כתובתך שנית וכו׳ והכא נמי דכוותה שאחר שפרעו שנית מוקים להו להנך קמאי במלוה ואם יכפור הרי יש עדים ויאמר מלוה הן אצלך שהרי נפרעת חובך שנית ואע״פ שנתן לו מתחילה לשם פרעון מ״מ למפרע נעשית מלוה אצלו כדאמר בכתובה וזה ראיה ברורה לדברי רבינו האי ואפשר לומר דהר״י מיגא״ש ודעימיה ס״ל דהכא שהאמינו כבי תרי א״כ פרעון הראשון שנתן לו בפני עדים הו״ל כאילו לו מתנה או מחל לו וכסברת ראבי״ה שהבאתי בסמוך אע״ג דראבי״ה לא אמרה אלא לענין זה דלא בעינן קנין מ״מ הר״י מיגא״ש תופס סברא זו אף לענין דלא יוכל לתבעו ולומר מלוה הן אצלך דכבר מחל לו מה שנתן לו כיון דהאמינו כבי תרי. והר״ן הקשה על סברת רב האי דאם כן הפוכי מטרתא למה לי ומביאו ב״י. ולי נראה דנפקא מינה טובא היכא דאיכא לחד עידית ובינונית ולחד זיבורית וכדרב נחמן בפרק ב׳ דייני גזירות ויתבאר לקמן סימן פ״ה סעיף ג׳:

ט וצ״ע במ״ש רבינו בסוף וא״א כתב כדברי הר״י מיגא״ש דמה שייך זה לכאן לעיל בסוף דברי הר״י מיגא״ש הו״ל לכתוב דהרא״ש כתב כדבריו ונראה דמ״ש רבינו אחר דברי הר״י מיגא״ש ודוקא שהעדים מעידים בפנינו פרע לו וכו׳ האי ודוקא הוי נמי מדברי הר״י מיגא״ש וכתב אח״כ שכ״כ הרי״ף והרמב״ם ושהר״ר ישעיה כתב דאפי׳ להודאה נמי פסולים כו׳ והרמב״ן חילק ושהרא״ש כתב כדברי הר״י מיגא״ש בכל דבריו וכך פי׳ מהר״ם איסרלש ז״ל:

יא ומ״ש והמדקדקים וכו׳. פי׳ כל שובר הוא ע״י עדים וכאן לא מהני עדים בשובר שהרי האמין למלוה עליו כבי תרי אבל כשכותב שובר בכתיבת יד מלוה עצמו וחותם שמו למטה ונתקיים בבית דין שוב ליכא למיחש למידי: וגם במלוה בשטר שייך נאמנות וכו׳. אתחילת הסימן קאי שכתב דכשהאמין למלוה נוטל בלא שבועה ומיירי במלוה על פה כדפי׳ לשם וכתב עכשיו דבמלוה בשטר שייך נמי נאמנות דאי לאו נאמנות היה חייב שבועה ואחר כך גובה שטרו אבל כשיש בו נאמנות גובה בלא שבועה אפילו בנאמנות בסתם מיהו ודאי אפילו בשטר לא מהני נאמנות סתם אלא כנגד הלוה אבל לא כנגד עדים אא״כ דהאמינו כבי תרי כדלעיל גבי מלוה ע״פ וכ״כ הרב המגיד בפט״ו ממלוה ובעה״מ בשער כ״ו ע״ש הרמב״ן. ואיכא למידק לאיזה צורך כתב רבינו דגם במלוה בשטר שייך נאמנות כמו במלוה ע״פ הא פשיטא היא דלא גרע מלוה בשטר ממלוה ע״פ ונראה דמשום דהוה אמינא דבמלוה בשטר עדיף טפי דנאמנות מועיל דלא יוכל להשביעו אפילו לאחר פרעון ואפילו ע״י גלגול לכך כתב וגם במלוה בשטר שייך נאמנות כמו במלוה ע״פ אבל לא עדיף ממלוה ע״פ וזהו שהביא אח״כ מ״ש בעה״ת מה שנהגו לכתוב בטופסי שטרות וכו׳ ושכן כתב הרמב״ם ולפיכך אם כתב לו בנאמנות שיהא נאמן בלא שום שבועה קלה וחמורה וגלגול לא משתבע וכולי כלומר אבל אם לא כתב לו כן משתבע אפילו במלוה בשטר ועל זה נמשך רבינו וכתב עוד דאף בנאמנות בשטר אין פטור מועיל אלא לענין שלא נפרע וכו׳ אבל לא להאמינו בכל מה שיאמר בלא שבועה על פי שטרו וכן אין הנאמנות בשטר מועיל שלא להחרים סתם חרם אפילו אם פירשו בפירוש בשטרו דחרם הוא קללה סתם על כל מי שגזלתו בידו ואינו מחזירה וכו׳ כל זה נמשך אחר מ״ש דגם במלוה בשטר שייך נאמנות כמו במלוה ע״פ אבל לא עדיף ממלוה ע״פ כנ״ל:

יב ומ״ש וכי מחרים לא נימא כל מאן דגזליה וכו׳. פירוש דאין כוונתינו להחרים על שעבר על לא תגזול דא״כ נקלל גם על שאר עוברי עבירות ותו דכתיב לא יבוזו לגנב כי יגנוב למלא נפשו כי ירעב אלא כוונתינו להשיב הגזילה והילכך לימא כל מאן דאיתיה לגזילה בידו ולא מהדר הכי והכי ליהוי:

יג ומ״ש ואם לאו מסור אתה בביתך דין על גוזלך וכו׳. כך כתוב בספר התרומות והכי פי׳ ואם אין אתה תובע אדם ידוע אלא אתה חושד מבני ביתך שגנב לך גניבה מתיבתך ואי אתה יודע מי הוא מבני ביתך אומרים לו קלל בביתך את בני ביתך מי שגנב כך וכך ולא מהדר ואל תקלל בציבור וכן הוא הלשון בהגמ״ר דשבועות ואם לאו קלל בני ביתך וכו׳ ולשון מסור אתה בביתך דין על גוזלך נמי כך פי׳ ובמקצת ספרים כתוב מסור אתה בב״ד על גוזלך וכו׳ וה״פ דאין לך לקלל בציבור אלא מסור הדברים לב״ד שהרי הוא יודע את מי הוא חושד ויכול להביאם לב״ד והם יקללו אותם כרצונך במקום מושב ב״ד וא״צ לקלל בציבור בבהכ״נ אבל יתומים וכו׳ כיון שאינן יודעים כלום מקללין בציבור וה״נ היכא דאינו יודע את מי יהא חושד בגניבה זו ואצל מי בציבור הוא הגניבה מקללין אף בציבור וכן מעשים בכל יום אע״פ שאינן יתומים:

כ שאלה לא״א הרא״ש ז״ל וכו׳ אלא א״כ שפירש שיהא נאמן יותר מב׳ עדים והודאת בעל דין כמאה עדים דמי. לפי לשון זה משמע דאם היה כתוב בו נאמנות כבי תרי דהיה נאמן המלוה לומר סטראי נינהו האי פיתקא וזה ודאי טעות דהא פשיטא דלגבי כתב יד מלוה לא תועיל אפילו נאמנות כבי תרי כדלעיל בסעיף י״א שכתב והמדקדקים עושים שובר מכתיבת ידו של מלוה וכו׳ וא״כ לא מצי טעין סטראי נינהו כיון דחשוב כאילו קיבל לפני עדים דהודאת בעל דין כק׳ עדים דמי וכדלעיל בסי׳ נ״ח אלא דעת הרא״ש בכתבו להוציא מלב השואל דקס״ד דלא תועיל פיתקא כנגד הנאמנות וע״ז השיב כי היכי דאינו מועיל נאמנות כנגד ב׳ עדים אלא א״כ שפירש שיהא נאמן יותר מב׳ עדים ה״נ אינו מועיל כנגד כתב ידו אפילו כשפירש נאמנות כבי תרי

דהודאת בעל דין כק׳ עדים דמי. אבל המעיין בגוף התשובה יראה דהרא״ש השיב בקצרה לשואל דהמעש׳ היה שהיה כתוב בשטר נאמנות סתם והשיב כי היכי דאין מועיל נאמנות כנגד עדים ה״נ אין מועיל נאמנות כנגד פיתקא שלו דכק׳ עדים דמי ולא מצי טעין סטראי נינהו אי פרעיה בפני עדים כדלעיל בסי׳ נ״ח אלא דבסוף התשובה כתב להשלים הדין דנאמנות בעלמא דאם פירש בו שהאמינו יותר מב׳ עדים אז נאמן אפילו כנגד ב׳ עדים ודבר זה לא היה צריך לכתבו לענין השאלה אלא להתלמד במקום אחר אבל לפי לשון התשובה שהביא רבינו כאן צריך לפרש כדפי׳:

כא שאלה לא״א הרא״ש ראובן נתחזק לו שטר על שמעון בג׳ אלפים וכו׳. וצריך לומר דס״ל דאמתלאות דבנדון דידן אינן כ״כ ברורים ואין כאן ידים מוכיחות שלא נפרע השטר כהני אמתלאות שהביא הרא״ש בנפילת השטר לעיל בסימן ס״ה ס״כ ע״ש:

כב ששאלת שטר שיש בו נאמנות וכולי וטוען הלוה שאין הנאמנות אלא בגוף השטר וכו׳. פי׳ הלוה טוען שאין מועיל הנאמנות אע״ג דכתב נאמנות אף על ההוצאות והשוחד אפ״ה אינו מועיל עד שיברר בעדים כמה הוציא ואפשר דהלוה היה תופס סברת י״א שהביא רבינו בסי׳ ס״ט שצריך שיקנה בקנין על הנאמנות והשיב דמועיל הנאמנו׳ אף על ההוצאות בלא קנין דכל תנאי שבממון קיים וצ״ל דמיירי הכא בהוצאות שהוציא לכופו לדין ע״ל בסוף סימן י״ד וסי׳ ס״א סעיף ח׳:

כג תשובה לרבינו קלונימוס וכו׳. פי׳ אע״ג דנמצא המלוה כפרן בדבר אחר מ״מ אמרינן ודאי כי הימניה משום דבחזקת נאמן היה אבל כיון שהוחזק כפרן בעדים איתרע חזקתיה ואנן סהדי דאדעתא דהכי ודאי לא האמין ולא שקיל אלא בשבועה:

כה שטר שיש בו נאמנות וכו׳. כתב ב״י דהא דכתב רבינו בסי׳ ס״א ע״ש תשובת הרא״ש דכל מה שנהגו הסופרים לכתוב כל מי שמקנה בסודר לכתוב דעתו שיכתוב כמנהג המדינה מיירי כשהוא מנהג פשוט לכתוב כך בכל השטרות ובעה״ת כאן מיירי כשאינו מנהג פשוט לכתוב כך בכל השטרות ואע״פ שבקצתם כתוב כן עיין עליו וכ״פ בש״ע לחלק בין מנהג פשוט לשאינו פשוט:

כז ואע״פ שנהגו לכתוב וקנינא וכו׳. פירוש אל תטעה לומר שלא תועיל נאמנות בלא קנין דאם היה מועיל לאיזה צורך כותבין וקנינא מיניה על כל הכתוב לעיל כדי לכלול הקנין גם על הנאמנות דהא ליתא דודאי נאמנות א״צ קנין ו?מלכת לוה לחוד מועיל אלא שנהגו כן לרווחא דמילתא והכי מפורש בדברי בעה״ת ומביאו ב״י. וכתב מהר״ם איסרלש בהגהותיו סעיף ט״ו דהא דמועיל נאמנות בלא קנין דוקא שאמר כן בשעת הלואה כמו שנתבאר בסעיף ב׳ סימן ז׳ עכ״ל ושרי ליה מאריה דבסעיף ב׳ הם דברי הרמ״ה שהביא רבינו ואינם אלא בנאמנות כבי תרי והתם דוקא בעינן שאמר כן בשעת הלואה כיון שקבל עליו פסול כבי תרי וכמו שנתבאר בסימן כ״ב אבל בסתם נאמנות דמיירי הכא בסעיף ט״ו אפילו שלא בשעת הלואה משתעבד בלא קנין כמבואר לשם בסי׳ כ״ב ובתחלת סימן זה ופשוט הוא:

כט בד״א דמהני פיטור וכו׳ עד וכ״כ רב אלפס בתשובה מי שהאמין בשטר הוא וכל הבאים מכחו היורשים נמי נאמנים וכו׳. פי׳ ואף א״צ לישבע שלא פקדה דמשבועה זו פטרם ואין שבועה מוטלת עליהם אלא שלא פקדנו ומשבועה זו פטרם וכ״כ רבינו בסימן ק״ח ס״ט בשם הרא״ש ומביאו ב״י כאן שכ״כ כלל ע״א ס״ז: והרמ״ה כתב אע״ג דיורשין הן בכלל הבאים מכחו אם כתב הבאים ברשותו אין היורשים בכלל אלא רק מקבל מתנה ולקוחות ולא נראה לחלק. ולפעד״נ דהרמ״ה דכתב לחלק בכך למד מל׳ המשנה בפרק הכותב דתנן אבל משביע הוא את יורשיה ואת הבאים ברשותה כו׳ דאלמא דיורשיה אינן בכלל הבאים ברשותה אע״פ דיש לדחות דלעולם יורשיה הוו נמי בכלל הבאים ברשותה אלא דכיון דמקבל מתנה ולקוחות הבאים ברשותה אינן בכלל יורשיה לכך שנה התנא יורשים בפני עצמם ואת הבאים ברשותה בפני עצמם מ״מ פשט המשנה כדברי הרמ״ה והכי נקטינן:

ל (לא) ולענין פיטור אם מועיל וכו׳. נראה דטעמו של ר״ח דאין ביד הלוה לפטרו משבועה היכא דחב לאחרים והכי משמע מדברי הרי״ף פרק הכותב א״נ דחיישינן לקנוניא שמא פרעו והחזיר לו את השטר כדכתב הרא״ש שם לפר״ח ודעת הי״א דפשיטא דיש ביד הלוה לפטרו משבועה אפי׳ כנגד הלקוחות ולא חיישינן נמי לקנוניא כיון דלא איתרע בנפילה אלא דאיכא למימר דלית ליה קלא להאי פיטור ולא ידעו לקוחות ליזהר הילכך אם קנו מידו דאית ליה קלא מועיל גם גבי לקוחות: והראב״ד והרמב״ם חלקו בין היכא שקדם הנאמנות ללקוחות וכו׳ וכתב א״א הרא״ש והאידנא דנפישי רמאי כו׳. פי׳ דחיישינן לקנוניא ואע״ג דמדינא לא חיישינן לקנוניא כיון דלא איתרע בנפילה מ״מ נכון להחמיר להשביעו כדברי ר״ח כיון דנפישי רמאי: ומ״ש אבל גבי יורשים מהני. פירוש היכא דמת מלוה ובאין יורשין לטרוף מהלקוחות מהני הפיטור דגובין היורשין בשבועה שלא פקדנו אבא ואין אומרים בזו אין אדם מוריש שבועה לבניו מאחר דאביהם ג״כ לא היה חייב בשבועה מן הדין אלא מחששא דרמאות דנפישי רמאי וכ״כ הרא״ש להדיא בתשובה ומביאו ב״י ומשמע להדיא דדוקא היכא דפטרו מן השבועה אבל אם לא פטרו מן השבועה אין היורשין גובין בשבועה שלא פקדנו מן הלקוחות וה״ט דכיון דאביהם היה חייב שבועה מן הדין אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו ומיהו אין זה אלא היכא שמת לוה בחיי מלוה אבל אם

לא מת לוה בחיי מלוה יורשי המלוה גובין מן הלקוחות בשבועה שלא פקדנו ואין אומרים בזה אין אדם מוריש שבועה לבניו ואע״פ שאביהם היה חייב שבועה מן הדין ללקוחות ועיין לקמן בסי׳ ק״ח סעיף כ״ט. וכל זה דוקא בדלא ידעינן אם יש ללוה אחריות נכסים במקום אחר דהשתא אפשר דכשיגבה הב״ח מן הלקוחות יחזרו הלקוחות איורשים והו״ל יתומים מן היתומים דאמרינן בהו אין אדם מוריש שבועה לבניו אבל כשידוע דלא שביק לוה אחריות נכסים כל עיקר השתא אפילו מת לוה בחיי מלוה גובה ב״ח מן הלקוחות כיון דלא אפשר לוה לגבות ממטלטלין דשבק אבוהון אפילו לאחר תקנת הגאונים כמו שיתבאר בס״ד בסי׳ ק״ח סעיף ל״ב:

לב ומ״ש לפיכך אפילו מת לוה וכו׳. חוזר אדלעיל שכתב דפיטור מועיל לגבי יורשין כשפירש שפוטרו ממנו ומבאי כחו דיורשיו בכלל וכן כשהאמין למלוה ובאי כחו היורשים נמי נאמנים כי הם באים מכחו השתא נמשך דאפי׳ מת לוה בחיי וכו׳ נוטלין יורשי מלוה מיורשי לוה בלא שבועה דליכא למיפטרינהו ליורשי לוה מטעם דאין המלוה מוריש שבועה לבניו שהרי לא היה המלוה חייב שבועה ועי׳ בא״ע סימן צ״ח: לשון הש״ע סעיף י״ח מת לוה בחיי מלוה בשטר שיש בו נאמנות סתם ואח״כ מת מלוה היורשים גובים בשבועת היורשים שלא פקדנו אבא ששטר זה פרוע ואם כתוב בשטר זה נאמנות מפורש שפטר אותו ואת הבאים מכחו ממנו ומבאי כחו גובים בלא שום שבועה כלל עכ״ל וצ״ל דברישא קורא נאמנות סתם כשלא כתוב בו בפירוש שפטר אותו ואת הבאים מכחו אלא כתב בסתם שפטר אותו אבל ודאי דמיירי שכתוב בו שהאמינו עליו ועל הבאים מכחו שאל״כ אלא כתב סתם מכל צד דהיינו שכתוב בו שהלוה האמין למלוה עליו ותו לא א״כ היה המלוה חייב שבועה ליורשי לוה וכיון שמת מלוה אין אדם מוריש שבועה לבניו ולא היו גובין יורשי המלוה אפילו בשבועה אלא ודאי כדפי׳ וע״ל בסימן ק״ח סעיף י״ב בש״ע ובמ״ש לשם בס״ד:

לג בד״א דנאמנות סתם אינו מועיל גבי יורשים כשהאמין הלוה למלוה סתם וכו׳. כ״כ האלפסי בפרק הכותב וכ״כ שאר פוסקים וכתב הרא״ש והר״ן דהטעם הוא דבהאמין מלוה ללוה חשוב ליה כמלוה ע״פ וה״ה כקרוע מכח הנאמנות של לוה דכתיב ביה:

לד ומ״ש ומיהו הלוה צריך לישבע וכו׳ דיד בעל השטר על התחתונה. פי׳ הלוה בעל השטר על התחתונה. פירוש הלוה שהוא בעל השטר במה שכתב בו זכותו שיהא נאמן כנגד המלוה ידו על התחתונה דאיכא למימר דה״ק ליה מהימנת לי לבטולי שטרא וכו׳ ולכך נאמן המלוה בדבר זה שלא יועיל הנאמנות ללוה אלא לבטל השטר משא״כ כשהאמין לוה למלוה בשטר דעל כרחך כי הימניה בלא שבועה הימניה דאי בשבועה לא הוה צריך לנאמנותו אלא אפילו במלוה על פה נמי סתם נאמנות לוה למלוה בלא שבועה ואי בשבועה הוה ליה לפרש ומדלא פירש משמע אפילו בלא שבועה:

לה (לו) כתב הרמב״ם אם התנה וכו׳. כתב ה״ה ס״פ ט״ו ממלוה וז״ל לא תימא מפני שהודה במקצת הוא נשבע אבל אם אמר פרעתי כולו לא יהא נשבע אלא ודאי אפילו אמר פרעתי כולו נשבע היסת כמ״ש הרי״ף בפ׳ הכותב ותדע דאי מדין הודאה במקצת הוא ש״ד הו״ל לישבע אלא לרבותא כתב הודה במקצת דאפילו הודה במקצת אינו נשבע אלא היסת וגרע מטוענו ע״פ והטעם מפני שהאמינו וכן עיקר עכ״ל וכבר תמהו דמה מועיל שהאמינו הלא לא האמינו אלא לבטולי שטרא אבל לא האמינו לפטרו משבועה וא״כ למה יהא גרע ממלוה ע״פ ולפע״ד ל״ק כלום דהא טעמא דש״ד במודה מקצת אינו אלא משום דבכוליה בעי דליכפריה אלא שאין אדם מעיז והכא שהאמינו מעיז ומעיז הילכך אפי׳ מודה מקצת נמי נאמן בהיסת במגו דאי בעי כפר כוליה ונשבע היסת ועיין במ״ש התוספות ר״פ קמא דמציעא בד״ה מפני מה (בדף ג׳):

לו ובעל התרומות הוסיף וכו׳ ומיהו בשבועת היסת דלא ידעי דלא פרע. נראה דבעה״ת שכתב דנשבע היסת אזיל לטעמיה דלעיל בסי׳ ס״ט דהיורשין נמי נשבעין ליפטר אבל כבר כתב לשם רבינו דהרא״ש חולק דאין היורשין נשבעין אא״כ שבאו לגבות אבל לא לפטור את עצמן ע״ש ורבינו לא חשש לכתוב כאן דעת הרא״ש שחולק בזה אבעה״ת לפי שכבר כתב כך למעלה בס״ס ס״ט. ותו אדרבה כאן חולק הרא״ש אבעה״ת וסובר דאפילו בשבועה אינן נאמנים דאין בדברי היורשים כלום. ובש״ע כאן סעיף כ״ב דקדק בדבריו כשכתב דין זה דהאמין מלוה ללוה ומת הלוה תוך הזמן יש מי שאומר שאינו גובה מהיורשים שאנו טוענין שאביהם פרע ומיהו בחרם סתם דלא ידעי דלא פרעיה עכ״ל דאע״ג דסברא זו היא דעת בעה״ת ואיהו כתב דהיורש נשבע היסת לא כתב המחבר אלא דמטילין חרם סתם לפי שכבר נדחו דברי בעה״ת במה שפסק דהיורש נשבע ליפטר:

לח אבל א״א הרא״ש כתב מת הלוה וכו׳. כתב מהר״ש לוריא וז״ל וא״ת הא לעיל בסימן ס״ט כתב דכל מאי דאבוהון מצי טעין ונאמן בשבועה אנן טענינן ליתמי ונאמנים בלא שבועה ואפילו שלא פקדנו א״צ לישבע לפטור עצמן וא״כ ה״נ כיון דאבוהון הוי מצי טעין פרעתי גם הב״ד יטענו נגד היורשים שאביהן פרע וי״ל דכיון דאין הלוה נאמן אלא מטעם שהמלוה האמינו יכול לומר לאביכם האמנתי וכו׳ ולא טענינן ליתמי דקיימי במקום אביהם אלא היכא דאביהם היה נאמן בדין עצמו כגון שטר בכתב ידו דנאמן לומר פרעתי עכ״ל:

לט נתחייב לפלוני או לפלוני וכו׳. בתשובת הרא״ש כלל ס״ח סימן ו׳ כתוב לפלוני ולפלוני וכו׳ והא דכתב הרשב״א בתשובה סימן אלף פ״ב ומביאו ב״י סוף סי׳ ע״ז דכל מי שהשטר בידו גובה בו ואפי׳ אין בו נאמנות התם מיירי שאין השני אומר שנפרע כגון שאינו לפנינו אבל הכא שהשני אומר שנפרע לא היה גובה בו אם לא היה כתוב בו שהאמין למוציא השטר וע״ע בתשובת הרשב״א סימן אלף פ״ו:

סימן עב

ב ואם הלוה לעני וכו׳. משנה סוף האומנים אבא שאול אומר מותר לאדם להשכיר משכונו של עני להיות פוחת עליו והולך מפני שהוא כמשיב אבידה ובגמרא הלכה כאבא שאול ולא אמר אלא במרא ופסל וכו׳: ומ״ש רבינו ויראה דאפילו במרא וכו׳. אפשר דרבינו דקדק בלשון להשכיר לאחרים דמשמע דוקא להשכיר לאחרים אבל לא לעצמו ויהיב טעמא משום חשדא ולפ״זההא דקאמר התם במלוה צריך למשכון להשתמש בו ולפסוק עליו להיות פוחת מן החוב והולך מיירי דוקא בהתנה כך מעיקרא עם הבעלים וכך פי׳ ב״י אבל לפעד״נ דכיון דתנן מותר להשכיר מפני שהוא כמשיב אבידה אין לחוש במשיב אבידה לחשדא דאבידה תניא בפרק אלו מציאות מכאן ואילך שם דמיהם ומניחן ומפרש ר״י והרא״ש שיכול לשומם בעצמו בלא ב״ד דכיון דמשיב אבידה הוא לא חשדינן ולא דמי לגבאי צדקה דאין פורטין לעצמן וכתבו רבינו לקמן בסי׳ רכ״ז סעיף כ״ב א״כ כאן נמי דינו כמשיב אבידה דלא חשדינן ליה והא דקאמר במלוה צריך למשכון וכולי מיירי אף בסתם הלואה דלא התנה מעיקרא עם הבעלים ואפ״ה שרי:

ג כל הגאונים פסקו שהמלוה על המשכון שומר שכר הוא וכו׳. פי׳ כל זמן שהמשכון אצלו הוא ש״ש דכיון דפטור בשעת הלואה מלתת פרוטה לעני כדרב יוסף דהעוסק במצוה פטור מן המצוה אם כן מחמת אותה פרוטה דמקבל בשעת הלואה הוי עליה כש״ש לעולם וכ״כ הרשב״א בתשובה ונמ״י פרק האומנים ומביאו ב״י ושלא בשעת הלואתו דקני לה מדרבי יצחק נמי הוי ש״ש אע״ג דליכא משום פרוטה דרב יוסף והיינו דכתב רבינו ל״ש משכנו בשעת הלואתו וכו׳ וקאי אדלעיל דש״ש הוא וקאמר דלעולם הוי ש״ש ל״ש משכנו בשעת הלואתו מטעם פרוטה דרב יוסף ל״ש שלא בשעת הלואתו מדרבי יצחק בין הלוהו פירות דכיון דדרך הפירות להרקיב א״כ כשמשלם לו פירות יפין פשיטא דמקבל שכר דאם לא הלוהו לזה היו הפירות אלו נרקבים ובין הלוהו מעות הוי נמי ש״ש מטעם פרוטה דרב יוסף ופסק כת״ק דרבי יהודא במשנה דהאומנין: ומ״ש ואין חילוק בהן בין אם פירש מלוה וכו׳. בפרק הדיינין מוקים תלמודא הך דשמואל בדלא פירש כך היא גירסת רש״י ופי׳ דקבלו בסתם ולא פירש דאינו מקבלו אלא בכדי שוויין הילכך מסתמא קבלו בעד דמיו וכיון דליתא להא דשמואל א״כ אפילו אם קבלו סתם נמי משלם הלוה היתרון דאפילו בסתם נמי לא קבלו אלא בכדי שוויין ולכאורה משמע דלגאונים נמי אם פירש להדיא אם יפסיד המשכון יפסיד כל חובו דגם כן אין משלם לו היתרון וקשה דא״כ דאין חילוק בזה בפסק בין הגאונים לר״י והרא״ש למה כתב רבינו מחצית דין זה אצל סברת הגאונים ומחציתו האחר אצל סברת ר״י הו״ל לכתוב פסק דין זה בשוה הכא והכא כאשר כתב אצל אם היה המשכון שוה כנגד דמי החוב ולא יותר ועל כרחך נראה דס״ל לרבינו דלגאונים לא אייריי תלמודא בהא ואפשר דסבירא ליה לתלמודא דאפילו אמר אם יפסיד המשכון יפסיד כל חובו משלם לו היתרון דהו״ל אסמכתא מדגזים כולי האי או אפשר דס״ל לתלמודא דאין משלם לו היתרון והוי ספק בדין משא״כ לר״י והרא״ש דאיירי תלמודא בהכי דמפסיד הכל ולא הוי אסמכתא כנ״ל ודלא כמ״ש הרב בהגהות ש״ע דלגאונים נמי י״א דאם פירש דמקבל המשכון בכל החוב הפסיד הכל דליתא ולא אשכחן מאן דאמר הכי ודו״ק: כתב ב״י וז״ל ויש כאן מקום עיון כיון דאמרינן בסוף האומנים ובסוף הדיינים דלא א״ר יצחק ב״ח קונה משכון אלא שלא בשעת הלואתו אבל בשעת הלואתו לא אמר מנ״ל לרבינו להשוות שעת הלואתו לשלא בשעת הלואתו לכ״ע מיהו לשיטת הגאונים כבר כתב הר״ן בסוף הדיינים בשם הרמב״ן דכיאמרינן אימור דאר״י במשכנו שלא בשעת הלואתו וכו׳ דרך דחייה איתמר דלא שמעינן לרבי יצחק דאמר הכי אבל קושטא דמילתא היא דהא דר״י אפילו במשכנו בשעת הלואתו היא כדמשמע בפרק כל שעה ופרק השולח ולכן הרי״ף כתב לא שנא משכנו בשעת הלואתו או שלא בשעת הלואתו אבל אי אפשר לומר כן לדעת התוספות שנראה מדבריהם פ״ק דקידושין ופרק השולח ופ׳ כל שעה ופרק האומנים ופרק הדיינים דהא דר״י דוקא שלא בשעת הלאתו וצ״ע עכ״ל ולא נתבררו דברי ב״י אם הוא מפרש לדעת התוספות דשלא בשעת הלואתו הוי ש״ש ובשעת הלואתו לא הוי אלא ש״ח וראייתו בזה מפ״ק דקידושין דהא אמרינן התם המלוה על המשכון אינו משמט מדרבי יצחק וכו׳ וכה״ג בפ׳ כל שעה לענין חמץ הקשו התוספות והא לא קאמר רבי יצחק אלא שלא בשעת הלואתו ועל המשכון משמע בשעת הלואתו ותירצו דכיון דשלא בשעת הלואתו קני לגמרי מדרבי יצחק בשעת הלואתו נמי אלים שיעבודיה וכולי אלמא להדיא דסבירא להו לתוספות דהא דר״י אינו אלא שלא בשעת הלואתו דאל״כ לא היה מקום לקושיית התוספות ואם לזה נתכוין ב״י ז״ל אומר אני דאישתמיטתיה להרב הא דכתבו תוס׳ בפרק האומנים בדיבור אימור דאר״י וכו׳ דלשם מבואר דס״ל לתוספות לפי האמת דאפילו בשעת הלואתו הוי ש״ש מדשמואל ואפילו לא פירש כדפירש דמי כלומר כאילו פירש בהדיא שמקבלו בתורת פרעון וכמ״ש רבי׳ ע״ש ר״י ושלא בשעת הלואתו הוי נמי ש״ש בההיא הנאה דיכול לקדש בו אשה כמ״ש התוס׳ להדיא באותו דיבור ואין חילוק ביניהם למסקנא אלא לענין זה דשלא בשעת הלואתו קנוי לו לגמרי לענין קידושין ולענין

איסור חמץ ולענין שביעית אבל בשעת הלואתו לא קני ליה לדינים הללו אלא מטעם שכתבו התוס׳ באותן פרקים דכיון דשלא בשעת הלואתו קנוי לו לגמרי בשעת הלואתו נמי אלים שעבודיה אבל לענין שיהא ש״ש וחייב בגניבה ואבידה בכל ענין הוי ש״ש וזה מבואר לכל מבין כשיעיין באותו דיבור ובדיבור דברי הכל אבדו המשכון אבדו מעותיו וכו׳ דמבואר לשם דמפרשים דר״א ור״ע פליגי במשכנו בשעת הלואתו ולר״ע דקיי״ל כוותיה הוי ש״ש ואפילו בדלא פירש כדפירש דמי כדשמואל ומשום הכי כתב רבינו לדעת ר״י בתוס׳ דאין חילוק ואם דעת ב״י לפרש דעת התוספות דמחלקים דשלא בשעת הלואתו הוי ש״ש אבל לא אבד מחובו אלא מה שכנגד המשכון ובשעת הלואתו אבד אפילו היה החוב יתר על המשכון וכ״כ בסמוך בב״י בפירוש וראייתו בזה ממ״ש התוס׳ בפרק הדיינים בדיבור מאי לאו בדלא שוי וז״ל ולא הוי השתא אבדו מעותיו דבסיפא כאבדו מעותיו דר״ע דההיא דר״ע אבדו מעותיו אפילו דמים היתרים על המשכון ובסיפא דוקא שכנגד המשכון דהא הוי טעמא משום דקנה המשכון כדרבי יצחק וכו׳ הא נמי ליתא דהמעיין לשם יראה מבואר דחילוק זה שכתבו התוס׳ לא כתבוהו אלא אליבא דר״א דלא ס״ל דשמואל דאפי׳ בדלא שוי ואליביה כתבו דבסיפא כ״ע מודו אפילו ר״א דאבדו מעותיו היינו דוקא שכנגד המשכון דאל״כ למה מודה ר״א הא לא ס״ל כדשמואל אלא כדר״י אבל לפי האמת דקיי״ל כר״ע דסובר כדשמואל אין חילוק ולעולם אבדו מעותיו אפילו יתר על המשכון דשמואל לא מפליג בין בשעת הלואתו לשלא בשעת הלואתו וא״ת לפי זה דגם בשלא בשעת הלואתו הוי מחלוקתן דר״א ור״ע א״כ למה קתני בסיפא ד״ה אבדו מעותיו בסתמא ולא חילק בין שכנגד המשכון ליתר וי״ל דסיפא לא איירי אלא בדשוי שיעור זוזי ואין דוחק דכה״ג כתבו התוס׳ בהאומנים בדיבור נימא בדלא שוי שיעור זוזי קמיפלגי דאע״ג דמתני׳ דהלוהו על המשכון ש״ש ר״ע היא ואפילו בדלא שוי אבדו מעותיו יש לומר דמתני׳ איירי בדשוי דוקא ע״ש והשתא הוא הדין בסיפא איכא למימר דאיירי דוקא בדשוי ואף על גב דרישא במחלוקתן איירי בכל גווני מ״מ סיפא דמודה ר״א לא איירי אלא בדשוי ובאמת דאיכא לתמוה טובא על דברי ב״י היאך יעלה על הדעת לחלק בין שעת הלואתו לשלא בשעת הלואתו אליבא דר״ע דכיון דהא דבשעת הלואתו אבד קתא אבד אלפא זוזי היינו דוקא בדפירש כגירסת ר״ח גם בשלא בשעת הלואתו ודאי אבדו מעותיו כיון דפירש ואע״ג דלא אבדו מדר׳ יצחק דקני משכון מ״מ אבדו מטעם דפירש דאף ר׳ יצחק מודה דכל תנאי שבממון קיים ותו דהא דר״א לא ס״ל לדשמואל אינו אלא משום דהוי אסמכתא א״כ לר״ע דלא חשיב ליה אסמכתא פשיטא דאין חילוק בין שעת הלואתו לשלא בשעת הלואתו ואדרבה שלא בשעת הלואתו קני ליה יותר דלא הוי אסמכתא והילכך העיקר כדברי רבינו ושלא כדברי ב״י ולדעת התוס׳ נמי אין חילוק בין בשעת הלואתו לשלא בשעת הלואתו גם הא דמחלקינן בין סתם דמשלם היתרון ובין פירש דאבד כל החוב לעולם הוא בין בשעת הלואתו בין שלא בשעת הלואתו: ומ״ש רבינו דהרא״ש הסכים לפסק ר״י הכי מפורש בפסקיו ס״פ הדיינים דכתב בסוף דבריו וז״ל ומכל אלו הראיות הברורות נראה דהלכה כרבה וכדשמואל בדפירש כדברי ר״ח כי כל דבריו דברי קבלה ומ״מ המלוה על המשכון ל״ש שמשכנו בשעת הלואתו ול״ש שלא בשעת הלואתו ל״ש הלוהו מעות ל״ש הלוהו פירות ש״ש הוי שאם אבד או נגנב והיה המשכון כנגד החוב אין ללוה על המלוה ולא למלוה על הלוה כלום אלא יצא משכונו בחובו ואם החוב יותר על המשכון הלוה נותן למלוה היתרון ואם דמי המשכונות יתרים על החוב אין המלוה נותן ללוה היתרון ואם אבד באונס נשבע המלוה כדין שבועת שומרים וגובה כל חובו עכ״ל הרי מבואר דפסק הרא״ש כדעת ר״י והבין מדברי התוספות כמו שכתבתי לדעת רבינו ומכאן עוד תשובה לדברי ב״י: כתב המרדכי ס״פ הדיינים שכתב ר״מ אע״פ דיש גאונים שפסקו כרב יוסף מספיקא לא מפקינן ממונא והכי נקטינן וכ״כ הרב בהגהת ש״ע ולפי זה אפילו פירש להדיא אם יפסיד המשכון יפסיד כל חובו לא מפקינן ממונא שהרי לדעת הגאונים לא איירי תלמודא בהכי והוי ספק בדין אם המלוה חייב אם לא וכן כל מ״ש רבינו לר״י והרא״ש בדין קתא אחת או שתי קתות או קתא ונסכא דהיינו כדפי׳ אם יפסיד המשכון יפסיד כל החוב לא מפקינן ממונא כנ״ל להלכה למעשה. וכתב עוד המרדכי סוף פרק הדיינים דרש״י השיב המלוה על המשכון לזמן ושאם לא יפדהו לזמן שקבע לו יהא נחלט לו אסמכתא היא ולא קניא אי לא אתפסיה וקנו מיניה בב״ד חשוב עכ״ל אבל בפרק א״נ האריך במרדכי בדין אסמכתא וסוף דבריו ור״מ פסק כך הלכה למעשה שאדם נאמן לישבע על המשכון שנחלט לו בידו ושא״ל לוה קני מעכשיו וזכה במשכון הואיל והמלוה עשה לו טובה ואסמכתא זו קניא במעכשיו בלא ב״ד חשוב עכ״ל. ובמרדכי הארוך הוסיף וז״ל וצ״ע לחלק בין פסק זה לתשובת רש״י עכ״ל ולפעד״נ ליישב דתשובת רש״י בלא מעכשיו הוא שוב ראיתי להרב ב״י שכתב כך בסימן ר״ז (דף צ״ג סוף ע״ד) וע״ש ועיין עוד בב״י בסימן זה לקמן במחודשים סעיף ל״ט. עוד העתיק ב״י מ״ש המרדכי בפרק האומנים דהמלוה על המשכון וחזר המלוה והפקידו ללוה ונגנב או נאבד חייב המלוה באחריותו שהמלוה על המשכון ש״ש הוא ומה לי אם הפקידו ביד אחר ומה לי אם הפקידו ללוה עצמו ברשותו של מלוה הוא לענין גניבה ואבידה ומזה הטעם דן ר״י על ראובן שלוה מעות משמעון על מלבושי אשתו וחזר והשאילן לו עד לאחר המועד ומת במועד ומחמת יראת המושל מסרה את אשר לה לשמעון וגם המלבושים שהיו ממושכנים בידו והחזיר לה שמעון הכל חוץ מן המלבושים ופסק ר״י דהדין עם שמעון דמסתמא ברשות האשה משכן בעלה המלבושים וכשחזר והשאילם עדיין הם ברשות שמעון ואין האשה יכולה לטעון תפסתים בעבור כתובתי ואני הייתי מוחזקת בהם כשמסרתי לך המלבושים למשכנם עכ״ל ובמרדכי הארוך הוסיף וז״ל דכיון שהחזירה לו לא היו יותר ברשותה ויש חולק על דין זה דיכולה האשה לומר

נחת רוח עשיתי לבעלי שמסרתי לו מלבושי למשכנם כך מצאתי ונ״ל דמספר א״ז הוא עכ״ל מרדכי הארוך וצ״ע להלכה למעשה כי לפע״ד דעת החולק נכונים כי האשה טיענת אני עשיתי נחת רוח לבעלי ומסרתי לו המלבושים שלי למשכנם ושיחזירם לי ולא נתתים לבעלי במתנה שיהיו שלו לחלוטין אלא כדי למשכנם ושיחזירם לידי וכן עשה בעלי והחזירם ונתנם לידי וכשמת במועד תפסתים בעבור כתובתי וכשמסרתי מלבושי לידך בתורת פקדון מיראת המושל מסרתים תחזיר לי פקדוני. ותו דבסוף הגהות שניות מרדכי דב״מ כתב דה״ר ברוך חולק על ר״י דסובר דלא הוי ש״ש על המשכון אלא בעודו ברשות המלוה אבל אם חזר והפקידו ביד הלוה או השאילו אין המלוה חייב באחריותו כלל אפי׳ השאיל לו לזמן קבוע שקבע לו ומת תוך הזמן אין המלוה ש״ש עליהם ולא יפסיד מעותיו דשלו הוא מחזיר לו והביאו ב״י א״כ לפ״ז תפיסת האשה בעד כתובתה הויא חפיסה וכשהפקידה ביד שמעון חייב שמעון להחזיר לה מה שהפקידה בידו כנ״ל ודלא כמו שפסק בש״ע כר״י:

ה לפיכך המלוה וכו׳. כלומר כיון דאפי׳ לר״י והרא״ש דפסק הלכה הוא דהמלוה על המשכון ש״ח אפ״ה כנגד דמי החוב הוי כאילו פירש שמקבלו בתורת פרעון השתא ניחא מה ששנינו דכשטוען הלוה סלע הלויתני עליו וסלע היה שוה פטור והיינו פטור בשבועת היסת וכיון דבהלוהו סתם ולא פי׳ שמקבלו בשביל כל החוב לר״י והרא״ש נמי אם החוב יתר על המשכון הלוה משלם דמי היתרון ניחא נמי מה ששנינו דבטוען סלע הלויתיך עליו ושקל היה שוה דאם הלוה טוען איני יודע דהלוה משלם לו שקל ואצ״ל היכא דאיכא עדים שלא היה שוה אלא שקל דפשיטא דמשלם הלוה שקל שהיה חייב יתר על המשכון: ומ״ש ישבע המלוה כעין דאורייתא שאינו ברשותו וכו׳. פי׳ אם המלוה מחזיק בטענתו שישלם לו הלוה שקל או ישבע אז אין הלוה חייב לישבע עד שישבע המלוה תחלה כעין דאורייתא שאינו ברשותו דחיישינן שמא יוציא את המשכון אחר שבועת הלוה כדלקמן בסעיף י׳:

ו ואם הלוה תובע וכולי ואבדתו בפשיעה ולדברי הגאונים אפי׳ נגנב או נאבד. גם פה למאי דאנן פסקינן דמספיקא לא מפקינן ממונא אין דין זה נוהג אא״כ דטוען ואבדתו בפשיעה: ואם המלוה מודה במקצת וכו׳ וישבע שבועת התורה שלא היה שוה יותר מה׳ דינרין וכולל בשבועתו שאינו ברשותו כו׳. נראה שדעת רבינו דכיון דעל המלוה מוטלין שתי שבועות ישבע על החמורה במה שהוא מודה במקצת שהיא שבועת התורה וכולל בה שאינו ברשותו שהיא שבועת המשנה כעין דאורייתא שהיא קלה ממנה אבל הרמב״ם פרק י״ג ממלוה כתב איפכא ישבע המלוה שאינו ברשותו ויכלול שלא היה שוה יותר על ה׳ דינרין וישלם הדינר ואפשר ליישב דלא פליגי דרבינו מחלק בין אינו מאמינו שנאבד וגם אין לו עדים שנאבד ובין מאמינו וכו׳ דאם אינו מאמינו שנאבד וכו׳ אז נשבע החמורה במה שהוא מודה מקצת וכולל בה שאינו ברשותו אבל אם מאמינו שנאבד וכו׳ אז אינו נשבע אלא החמורה בלבד במה שהוא מ״מ והרמב״ם מודה בזה אלא דמדבר בשא״ל הילך הדינר שהוא שוה יותר ממה שהלויתיך ואינו מאמינו שנאבד הילכך ישבע שאינו ברשותו כעין דאורייתא ויכלול בה שלא היה שוה יותר על ה׳ דינרים ובזה מודה גם רבינו וכן עיקר ועי׳ במ״ש ב״י וע״ל בסימן ס״ד ולקמן בסימן ק״ז סעיף י״א ובמ״ש לשם בס״ד: ואם אמר הלוה סלע הלויתני וכו׳ והמלוה אומר איני יודע וכו׳ עד מה שלא היה לו ליטול. הם דברי הרמב״ם פי״ג ממלוה ועיין בב״י:

ז ואם שניהם תובעים זה את זה וכו׳. כ״כ סמ״ג: ואם היה הלוה מאמינו שנאבד וכו׳ גם הוא לא ישבע אלא היסת שלא היה שוה יותר מסלע. אין להקשות ממ״ש בסמוך סעיף י׳ דכשהלוה נשבע כמה היה שוה אז לא ינצל המלוה מלישבע שאינו ברשותו דחיישינן שמא יוציא המשכון וכו׳ דאפילו במאמינו חיישינן שמא יוציא המשכון וכמו שיתבאר בסמוך סעיף י׳ בין למ״ש הר״ן ובין למ״ש התוס׳ די״ל דהכא כיון שהמלוה נשבע שלא היה שוה יותר מסלע פשיטא דאין לחוש שמא יוציא המשכון דאם היה המשכון ברשותו היה מוציאו מתחלה לפטור משבועה ולפ״ז גם כאן נשבע המלוה תחלה היסת שלא היה שוה יותר מסלע ואח״כ נשבע הלוה היסת שלא היה שוה פחות מסלע דהא איכא למיחש הכא גם כן דשמא יוציא המשכון וכו׳ ופשוט הוא:

ח היו שניהם מודים וכו׳ נשבע שאינו ברשותו ויצא זה בזה. לכאורה קשה הא פשיטא הוא וי״ל דהו״א כיון דאין כאן חששא דשמא יוציא המשכון וכו׳ שהרי אין על הלוה שום שבועה והלוה נמי אינו יודע אם אבד אם לאו והמלוה טוען ברי שאבדו א״כ אין על המלוה אלא חרם סתם קמ״ל דנשבע כעין דאורייתא שאינו ברשותו דכל שבועת שומרים שבתורה אין עליהם אלא טענת שמא וחייבים לישבע מן התורה ואף שבועה זו דאינו ברשותו על טענת שמא תקנוה כעין דאורייתא:

ט ואם יש שם עדים שנגנב והיה שוה יותר על החוב. פי׳ שהעדים מעידים שהיה שוה יותר ולא אמרי׳ דיהא המלוה נאמן לומר דלא פשע במגו דאי הוי בעי הוה טעין דלא היה שוה יותר ולא היה נשבע אלא היסת משום דלכ״ע לא אמרינן מגו שלא להחמיר עליו בשבועה כמו שיתבאר בסמוך סעיף י״ט ובסוף סימן פ״ט הסכים רבינו בזה ע״ש ולקמן בסימן צ״ג סעיף ז׳:

י וכל היכא שהמלוה צריך לישבע וכו׳ אבל בזמן שהלוה נשבע כמה היה שוה כדי ליטול או ליפטר וכו׳. מה שקשה היכא אשכחן דהלוה נשבע ונוטל דאי בדטען מלוה יודע אני שהיה שוה יותר מדמי החוב ואיני יודע כמה הו״ל מחוייב שבועה וכו׳ והלוה נוטל בלא שבועה אלא אם רצה המלוה מחרים סתם כו׳ כדלעיל סוף סעיף ו׳ י״ל דמשכחת לה כגון שהלוה טוען סלע הלויתני עליו וב׳ היה שוה והמלוה אמר שלא היה שוה אלא סלע דדינא הוא דנשבע המלוה והפכה על הלוה דהשתא נשבע הלוה היסת ונוטל. וכתב הר״ן סוף הדיינים דהא דתנן סלע הלויתני עליו וב׳ היה שוה והלה אמר לא כי אלא סלע הלויתיך עליו וסלע היה שוה פטור אוקימנא לה בגמרא בפרק המפקיד במאמינו לוה למלוה שאינו ברשותו שאל״כ מתוך שצריך לישבע שאינו ברשותו נשבע נמי כמה היה שוה על ידי גלגול וא״ת אם במאמינו היכי תנן מי נשבע מי שהפקדון אצלו ופרשינן לה בגמרא דמלוה נשבע תחלה שאינו ברשותו וכיון דמוקמינן לה במאמינו למה נשבע מלוה י״ל אע״פ שמאמינו כיון שנתחייב לו זה שבועה משביעין נמי את המלוה שמא ישבע זה ויוציא הלה הפקדון ונמצא שם שמים מתחלל עכ״ל אכן מדברי התוס׳ בפרק המפקיד (בבא מציעא דף ל״ה) בד״ה תהא במאמינו מבואר דאע״ג דהך רישא דסיפא דתנן סלע הלויתני עליו וב׳ היה שוה וכו׳ אוקימנא לה במאמינו התם אין כאן שבועה ואע״פ שמפסיד במה שמאמינו שבועה שהיה יכול לגלגל עליו אינו חושש אבל בסיפא דרישא דתנן סלע הלויתיך עליו שקל היה שוה והלה אמר לא כי אלא סלע הלויתני עליו ג׳ דינרין היה שוה דשבועה גבי לוה היא ואמר רב אשי זה נשבע שאינה ברשותו וזה נשבע כמה היה שוה וה״ק מי נשבע תחלה וכו׳ לא מוקמינן לה במאמינו משום דהתם הלוה ודאי לא ירצה להאמינו כיון שע״י כן לא יוכל לישבע עכ״ד התוספות אלמא להדיא דס״ל לתוס׳ דכשמאמינו שוב לא יוכל הלוה לישבע שג׳ דינרין היה שוה דכיון שהאמינו למלוה שאינו ברשותו אין בידינו להשביעו למלוה ונמשך מזה דגם הלוה לא יוכל לישבע אלא המלוה נשבע דשקל היה שוה וחייב הלוה לשלם דלא כהר״ן שכתב דבמאמינו נמי משביעין המלוה תחלה ואח״כ נשבע הלוה ומסתברא כדברי התוס׳ ודלא כהרב בהגהת ש״ע סעיף ט״ו שכתב כדברי הר״ן: ומ״ש דחיישינן שמא יוציא את המשכון אחר שבועת הלוה. פי׳ הרי״ף ס״פ הדיינים ונמצא שם שמים מתחלל כמ״ש בסמוך ורש״י פירש לשם דחיישי׳ שמא לא דקדק הלוה בשומא ויפסלנו לעדות ולשבועה ור״ת הקשה על פי׳ דכ״ש שישבע הלוה שהוא ידקדק יותר לישבע באמת כדי שלא יפסלנו המלוה וכי עבדינן תקנתא לרמאי וכו׳ ונראה לר״ת כפר״ח דנראה כמו שבועה לבטלה וגנאי הוא לישבע היכא שהדבר מתברר אח״כ שהמלוה יוציא את הפקדון וכו׳ גם הרב המגיד ספי״ד דמלוה הביא פר״ח בדין טענת פרעתיך וא״ל התובע השבע לי וא״ל הנתבע והלא שטר יש לך עלי וכו׳ וכמבואר בדברי רבינו סוף סימן ע״ה דבאותו דין צריך לפרש כפר״ח ולא כפי׳ רש״י ולא כפי׳ הרי״ף ע׳ במ״ש לשם בס״ד:

יא ואם לא נאבד המשכון וכו׳. הא דיכול לטעון עד כדי דמיו של משכון מבואר בסוף המקבל אליבא דרבא ודוקא היכא דאין עשויין להשאיל ולהשכיר דיכול לטעון לקוח הוא בידי ונאמן במגו אבל היכא דליכא מגו כיון דחייב להחזיר גוף המשכון לבעליו שהרי יש לו עדים דשלו הוא א״כ המלוה הוא בא להוציא והלוה נשבע שלא הלוה לו אלא שקל ונותן לו שקל ונוטל משכונו ויתבאר עוד בסמוך: וכתבו הגאונים וכו׳. נראה דאף למ״ש הרא״ש דאמרינן מגו לאפטורי משבועה כדלקמן בסימן צ״ג ס״ז היינו דוקא כדי לפטרו לגמרי משבועה אבל אם עכ״פ חייב שבועה אף הרא״ש מודה דאין אומרים מגו שלא להחמיר עליו בשבועה וכך הוא הסכמת רבינו בסוף סימן פ״ט בדין אומן סעיף ט׳ והיינו כדעת הגאונים ודלא כהראב״ד ותו דתימה גדולה על מ״ש רבינו דהראב״ד נחלק על הגאונים דהלא הראב״ד בהשגות פי״ג דמלוה לא כתב אלא זה לשונו א״א יש כאן שיבושין ומדברי ה׳ המגיד לשם שכתב וז״ל ויש שיבוש בלשון הספרים וכ״כ בהשגות א״א יש כאן שיבושין עכ״ל מבואר שלא בא אלא להעיר שטעות נפל בספרי הרמב״ם שהלשון משובש אבל על הדין של הרמב״ם שהוא כדעת הגאונים לא נחלק הראב״ד וכך הוא העיקר והכי נקטינן כגאונים וכמו שהסכים רבינו בסוף סימן פ״ט וכ״כ נ״י סוף פ׳ המקבל וכ״כ הריב״ש סימן שצ״ג מיהו נראה דאף הגאונים לא אמרו אלא בחלוקים בעיקר ההלואה וכו׳ וכיוצא בזה וכדין נשבעין ונוטלין וכמ״ש הרמב״ם לשם ובפ״ח מטוען אבל אם אינן חלוקים בעיקר ההלואה אלא שנפחת המשכון וחלוקים בפחת התם כיון שגוף המשכון של לוה הוא והלוה הוא שתובע את המלוה בפחת נאמן מלוה בשבועת היסת במגו דלקוח ואין זה כדרך הנשבעים ונוטלין שהרי אין השבועה באה אלא לפטור כיון שהלוה מודה לו בעיקר ההלואה וע״ל בסימן זה סעיף כ׳:

יב ואפי׳ לדברי הגאונים דוקא כשתפס חפץ זה וכו׳. פי׳ התם הוא דאע״ג דנאמן במגו מ״מ עכשיו כיון שאין טענתו על גוף החפץ אלא שתופס אותו וטוען שחייב לו עד כדי דמיו דינו כדין הנשבעים ונוטלין שצריך לישבע בנקיטת חפץ שהרי צריך להחזיר החפץ וליטול מעותיו אבל אם תפס מעות לאו מיעבד דינא לנפשיה הוא אלא חושבנא בעלמא קא חשיב אית לך עלי כך אית לי עליך כך וכך ואם כופר הכל הוא נשבע היסת ונפטר וכן כתב בעל התרומות שער מ״ט סימן ד׳ על שם רבינו האי גאון ע״ש: ומ״ש לפיכך אם המשכון וכו׳. אעיקרא דדינא קאי היכא שטוען סלע הלויתיך עליו והלוה אומר שלא הלוהו אלא שקל והמלוה אית ליה מגו דאי בעי הוה טעין לקוח הוא בידי וכו׳ דנאמן בשבועה אלא דתחלה כתב דלגאונים נשבע בנק״ח ולהראב״ד שבועת היסת ואם תפס מעות אף הגאונים מודים דנשבע היסת ועכשיו חוזר על עיקר הדין ואמר לפיכך אם המשכון שוה סלע ה״ז נשבע

ונוטל לגאונים בנק״ח ולהראב״ד היסת אין המשכון שוה אלא דינר אין כאן שבועה על המלוה אלא נוטל דינר שמודה לו מדמי המשכון ופורע לו עוד דינר שמודה בו ונשבע על השנים שכפר בהם ש״ד כדין מודה מקצת:

יג ואם כופר בכל וכו׳ הרי המלוה נפרע מדמי המשכון. ובשבועה לגאונים בנק״ח ולהראב״ד היסת כיון דאית ליה מגו דיכול לומר לקוח בידי וכו׳ ואם אינו שוה עד כדי חובו נוטל ממנו מה ששוה ובשבועה לגאונים בנק״ח ולהראב״ד היסת לדברי הכל שהרי הוא כופר הכל כל זה היכא דאית ליה מגו דלקוח הוא בידי עכשיו אמר חלוקה אחרת ואם הוא בענין שאינו יכול לטעון לקוח הוא בידו או להד״מ או החזרתיו לך כלומר שהוא בענין שאין יכול לטעון שום טענה מאלו הג׳ טענות כמו שמפרש והולך כיצד וכו׳: ומ״ש או שאין עשויין להשאיל ולהשכיר אלא שיש עדים שבאו לידו בתורת שאלה. כ״כ הרי״ף בסוף פ׳ המקבל וב״י מביא לשונו אבל הרמב״ם פ״ח מה׳ טוען כתב שכל שהוא בחזקת שאינו עשוי להשאיל ולהשכיר אפילו באו עדים והעידו שהשאילו או השכירו זה אין מבטלין בהן חזקתן עכ״ל ומביאו ב״י דבריו תמוהים דהא פשיטא דלא אזלינן בתר חזקה במקום עדים ואפשר ליישב דה״ק אע״פ שהעידו שהשאילו או השכירו זה מסתמא ודאי החזיר הכלי לבעליו כיון שאינו עשוי להשאיל או להשכיר וא״כ יכול לטעון דאחר החזרה חזר ולקחו מבעליו שאין מבטלין בעדים אלו חזקתן אלא העדים העידו אמת וטענת זה שלקחו מבעליו נמי אמת ע״פ החזקה ומ״מ כל הפוסקים כתבו כהרי״ף ורבינו ומ״ש או להד״מ אם אין עדים בידו פי׳ החזרתיו לך מצי טעין אפילו יש עדים שמסרם לידו מ״מ כיון שאין עדים שראו עתה בידו יכול לומר החזרתיו לך אבל להד״ם לא מצי טעין אא״כ דליכא עדים כלל אפילו שמסרם לידו ואצ״ל דליכא עדים שראו עתה בידו דהשתא כיון דליכא עדים כלל לא שמסרם לידו ולא שראו אותם עתה בידו יכול לומר להד״ם ופשוט הוא: ומ״ש אבל דברים העשויין להשאיל ולהשכיר ויש עדים שראוהו עתה בידו אינו יכול לומר לקוח הוא בידי או החזרתיו לך מיהו דוקא דהלוה מביא עדים דמשכון זה שלו הוא דאל״כ נאמן המלוה במגו דאי בעי הוה טעין שלי היה מעולם וכן מבואר לקמן תחילת סימן קל״ג גם מבואר לשם הא דכתב רבינו דברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר ואין עדים לומר היאך באו לידו רצונו לומר אפילו ראו שבאו לידו מיד הלוה אלא שאינן יודעים היאך באו לידו אם בפקדון או במשכון או במכירה או במתנה וע״ש:

טו שאלה להרא״ש התופס חפץ מחבירו וכו׳. מתשובה זו מוכח להדיא דיכול לתפוס חפץ של חבירו על חוב שחייב לו ממקום אחר והכי נקטינן ודלא כיש חולקים בזה וע״ל סימן ע״ה לשם יתבאר באריכות בס״ד: ומ״ש נכון הוא לברר וכו׳. ע״ל ריש סימן ע״ה וסימן קל״ג סעיף ג׳ ועיין עוד כיוצא בזה לעיל סימן ע׳ סעיף ג׳:

טז והיכא שמוחזק במשכון שלא בעדים וכו׳ עד והכי מסתברא וכו׳. הב״י השיג ואמר כיון דלפי דבריו דהשתא אינו יכול ליטלו בע״כ של בעל החפץ היאך נזכה אותו ביותר ממה שהוא טוען במגו דאי בעי אמר לקוח עכ״ל וכיוצא בזה כתבו התוס׳ בפ׳ חזקת (בבא בתרא בדף ל״ב) בדיבור אמאי קא סמכת וכו׳ דלא אמרינן מגו בכה״ג וכ״כ הרא״ש לשם בפסקיו מיהו כאן אין השגת ב״י השגה דלא אמר רבינו דניטלו בע״כ השתא כי היכי דנוטלו בע״כ אי הוה טעין לקוח דהא ודאי ליתא אלא ר״ל השתא נוטלו בע״כ אם אין הלוה רוצה לתת לו כמו שטען עליו כך וכך אבל אם נתן לו כפי טענתו שוב אינו יכול ליטלו בע״כ משא״כ בטוען לקוח דנוטלו בע״כ אפילו נותן לו אלף אלפים גם במרדכי סוף פרק המקבל כתב דכל הגדולים חולקים על ראבי״ה וס״ל דהדין עם המחזיק וכדברי רבינו והכי נקטינן דאפי׳ היה הדבר שקול המע״ה כ״ש דרוב הגדולים תופסים כך:

יז ואין חזקת המחזיק מועלת וכו׳ עד ה״ז נאמן וישבע היסת שלקחה ממנו או שמסרו כו בחובו. נראה דרבינו תפס בדבריו ההווה והרגיל שכשהחזיק בו ג׳ שנים מסתמא לקחו במעותיו או מסרו לו בחובו ולכן נשבע היסת אבל אם טען משכון הוא בידו כל ג׳ שנים הללו פשיטא דחייב לישבע בנק״ח לגאונים ולהסכמת רבינו לקמן בסי׳ פ״ט סעיף ט׳ כדפי׳ לעיל וע״ל בסימן קל״ה בב״י ובש״ע דפסק כהרמב״ם ובעל העיטור דמחלקים בין עבד לבהמה ולחיה:

יט כתב בעל העיטור אם המלוה כופר במשכון וכו׳. נראה דאתא לאשמועינן דאף שהיה המשכון שוה פחות מהחוב אין זה מודה מקצת לחייבו ש״ד והטעם דמה שיש ביד המלוה משכון לפי טענת הלוה חשוב כהילך ואין זה כפירה ומה שהחוב יתר על המשכון הוא מודה בכולו ולכן אין כאן שבועה דאורייתא כלל:

כ משכון שנפחת דמיו ביד המלו׳ וטוען הלוה ברי לי וכו׳. נראה דמירי דהמשכון היה שוה מתחלה יותר מדמי החוב ואף עכשיו לאחר שנפחת שוה כדי החוב וא״כ אין כאן תביעה ממלוה על הלוה אלא הלוה הוא תובע למלוה שישלם לו הפחת שנפחת מחמת שנרקב וכו׳ דודאי פושע הוא שלא שמרו במקום המשתמר מעכברים וכו׳ ומשום הכי צריך שיטעון ברי לי וכו׳ דאם היה לו ספק הוה ליה כטוען את חבירו איני יודע אם אתה חייב לי דאפילו השיבו ג״כ איני יודע אין על הנתבע אפילו היסת כדלקמן סימן ע״ה סעיף כ״ב וסימן פ״ב סעיף ו׳ אבל כיון שטוען ברי לי שנפחת מחמת שנרקב וכו׳ ואם היית משמרו כראוי בודאי לא היה נרקב אם טוען המלוה ששמרו במקום המשתמר מעכברים וריקבון וניערו כראוי אז לפי דבריו אנוס

הוא ופטור אלא שצריך לישבע היסת שהוא כדבריו אבל אין לפרש דהמשכון לא היה שוה מתחלה אלא כדי החוב דא״כ אפילו לפי טענת הלוה דפשע המלוה שלא שמרו כראוי אינו חייב בכלום אלא יצא זה בזה אלא ודאי דהיה שוה מתחלה יותר מדמי החוב כדפי׳ ואם לא היה שוה המשכון עכשיו כדי החוב א״כ היה גם המלוה טוען על הלוה שישלם לו חובו כיון שנפחת באונס והיה הלוה ג״כ חייב לישבע דברי לו שנפחת בפשיעתו אלא ודאי דמיירי דאין כאן תביעה ממלוה על הלוה אלא מלוה על המלוה ולכן המלוה בלבד הוא שנשבע היסת ששמרו כראוי במקום המשתמר. אבל יש לתמוה למה לא ישבע המלוה שבועת שומרים שנפחת באונס דבין לגאונים דש״ש הוא ובין לר״י והרא״ש דש״ח הוא חייב לישבע ש״ד כדין שומר שנפתת באונס וכדכתב רבינו לעיל בתחלת סימן זה וי״ל דדוקא כשנאבד המשכון ואיננו בעולם חייב לישבע שבועת שומרים שנאבד בודאי באונס אבל כאן שהמשכון הוא לפנינו אלא שנפחת ואפשר שנפחת מצד עצמו ע״י איזה סיבה אלא שעל מה שטוען הלוה ברי לי שנפחת מחמת שנרקב או אכלוהו עכברים או עש ואתה פשעת בי שלא שמרתו כראוי משיב המלוה ששמרו במקום שמשתמר מעכברים וריקבון וניערו כראוי ואם אף על כל זה נרקב או אכלוהו עש ועכברים הו״ל אונס אבל ודאי יכול להיות שנפחת מצד עצמו בלא עכברים וריקבון ועש ולפיכך אין כאן דין שבועת שומרין אלא נשבע היסת בלבד ועדיין צ״ע: ומ״ש ואם יש מחלוקת ביניהם וכו׳. פי׳ הא דלעיל לא מיירי אלא בלוה תובע למלוה כגון שהיה המשכון שוה מתחלה יותר מדמי החוב וכו׳ וכדפי׳ וכאן אמר דהיכא דיש מחלוקת ביניהם זה אומר נפחת כך וכו׳ אז יש לחלק דאם המלוה תובע את הלוה ואומר שמתחלה לא היה שוה אלא ט״ו ושואל ממנו ה׳ והלוה אומר שהיה שוה כ׳ ואינו חייב כלום נשבע הלוה היסת ונפטר ואע״ג שהלוה מודה מקצת שהרי הוא טוען עשרה נפרעת במה שנפחת המשכון על ידך ועשרה אני חייב לך אפ״ה אינו חייב ש״ד דהמשכון שביד המלוה הילך הוא ואפילו להר״י מיגא״ש לקמן בתחילת סימן פ״י דאפילו אם יתן לו משכון על מה שמודה לו לא חשוב הילך כיון שאין המקצת שהוא מודה מוכן בידו בפני ב״ד מ״מ במלוה על המשכון דחשוב כאילו פירש שמקבלו בפרעון על החוב כדלעיל ודאי חשוב הילך אפילו להר״י מיגא״ש: אבל מלוה אינו נשבע וכו׳. הא פשיטא הוא דמלוה אינו נשבע שהרי אין הלוה תובעו אלא המלוה תובע ללוה אלא לפי שכתב אח״כ ואם מתחלה היה שוה יותר מכדי החוב וכו׳ דאז נשבע המלוה ולא הלוה לפיכך כתב ברישא דנשבע הלוה ולא המלוה. ומ״ש תחלה ושואל ממנו ה׳ וכאן נמי אמר ושואל ממנו י׳ וכו׳ ואין לו ליתן אלא ה׳ וכו׳ זהו לפי דכיון דהמשכון נפחת ע״י המלוה שלא שמרו כראוי א״כ אין הלוה חפץ במשכון כלל אלא אומר למלוה אתה קלקלתו תחזיקהו לך ולפיכך ברישא טוען המלוה ללוה כיון שלוקח לרשותו המשכון בעד חובו ולא היה שוה מתחלה אלא ט״ו א״כ אותן ה׳ זהובים שנפחת המשכון לפי דבריו הוא מנכה לו מן החוב אלא שאומר לו תן לי ה׳ זהובים שלא היה שוה המשכון בתחלה ולדעת ר״י והרא״ש לעיל צריך לומר דמיירי שלא פירש בתחלה שקיבל המשכון כנגד החוב אע״פ שאינו שוה כנגד החוב דאי קיבלו כנגד החוב הו״ל לנכות מאותן ה׳ זהו׳ שנפחת לפי טענת המלוה ז׳ זהו׳ פחות שליש מדין אבד קתא דמגלא וכו׳ ונמצא שלא היה לו לתובעו אלא בג׳ זהובים ושליש וכאן נמי בסיפא טוען הלוה אתה קלקלת את המשכון תקחנו לרשותך ושואל ממנו י׳ והמלוה משיב לו כי אפילו לוקח הוא המשכון לרשותו כדבריו אין לו ליתן אלא ה׳ כי לא היה שוה אלא כ״ה מתחלה וא״כ לפי זה הלוה הוא שתובע למלוה עשרה זהובים והמלוה מודה לו בה׳ וכופר לו בה׳ והוה אמינא דמודה מקצת הוא וחייב ש״ד וקמ״ל דאינו מ״מ ונשבע שלא נפחת אלא עשרה דזהו עיקר הטענה דהלוה טוען אתה פחתתו ט״ו והמלוה משיב דלא נפחת על ידו אלא עשרה וכופר הכל הוא שהרי אומר לו המשכון שלך לפניך הוא שוה ט״ו תקח לך מן המשכון ה׳ בעד מה שהיה שוה המשכון יתר על כ׳ שהלויתי לך וזהו שאמר ומנכה לו ה׳ מחובו ובש״ע כתוב מתוכו והשאר דהיינו עשרה זהובים גובה מהמשכון שהוא נאמן בשבועה עד כדי דמיו והיינו כגון דהוה מצי לטעון לקוח הוא בידי וכו׳ כדלעיל והאריך בזה להודיע שהוא נשבע בנק״ח כעין דאורייתא כדין כל הנשבעין ונוטלין שהרי גם הוא נשבע ונוטל חובו מן המשכון ועל זה אמר וכ״ש אם אפילו אחר שנפחת שוה כדי החוב וכו׳ שאז אין צריך חשבון ושום טענה על גוף המשכון גם אינו נשבע ונוטל דמיו מן המשכון כיון שהוא שוה כדי החוב אחר שנפחת ואין עליו טענה ואינו נשבע אלא היסת על הטענה שמבחוץ ונפטר וכך מבואר בבעל התרומות שער מ״ט סוף סימן ב׳ למעיין בו היטב:

כא כתב בעל העיטור מלוה אומר סלע הלויתיך וכו׳ שניהם נשבעים שבועת היסת וכו׳. כן כתב בעל התרומות לשם ומסיק ואף ע״פ שאחד מהם בא לידי שבועת שוא הלכה כת״ק דבן ננס דאמר שניהם נשבעין ונוטלין עכ״ל ומ״מ ודאי דמלוה אינו נשבע כמו שטען דמשכונא הוא אצלו וחייב לו דינר שהרי לא יהיב ליה דינר וכן הלוה אינו נשבע שמכורה היא לו וח״ל ג׳ דינרין שהרי לא יהיב ליה ג׳ דינרין אלא כל אחד נשבע לפטור את עצמו זה נשבע במשכונא היא בידו וזה נשבע שמכרה לו וכדאמרינן רפ״ק דמציעא אהא דתנן זה ישבע שאין לו בה פחות מחציה ונימא שבועה שכולה שלי ומשני ומי יהבינן ליה כולה: ומ״ש ואם רצו להפך שבועתן זע״ז הופכים. פי׳ אם המלוה אומר ללוה השבעה מוטלת עלי כדי שאהיה פטור מתביעתך אני מהפך השבועה עליך שאתה תשבע שמכרתה לי בעד ג׳ דינרין ולא נתתי לך המעות וטול או הלוה מהפך השבועה ואמר עלי מוטל לישבע ליפטר מתביעתך השבע אתה שמשכונא היא אנלך וחייב אני לך דינר וטול יכול כ״א להפך השבועה על חבירו ואם הם חלוקים על ההיפוך דכ״ע אומר לחבירו אני איני רוצה לישבע השבע אתה וטול עומד הדבר עד שיתרצה אחד מהם וכ׳:

כג וכתב הר״י ברצילוני מלוה שטוען שנאבד המשכון באונס והלוה טוען ברי וכו׳. פי׳ דאם לא היה טוען ברי הוה ליה כאומר איני יודע אם פרעתיך: ומ״ש נשבע הלוה היסת ונפטר במגו וכו׳. נראה דצריך הכא מגו משום דטענת ברי לי שאתה מכרתו וכו׳ טענה גרועה היא דהיאך יודע בבירור שמכרו ומי הוא הלוקח יבוא ויעיד ולפיכך אינו נאמן בשבועה אלא מכח מגו:

כד ראובן שמשכן משכון ביד שמעון וכו׳ עוד צריך לישבע שבועת השומרין שאינו ברשותו ושלח פשע בו ליפטר מהדינר. פירוש אכילו היה נשבע שלא היה שוה אלא ג׳ דינרין עדיין אינו פטור מן הדינר הרביעי עד שישבע שאינו ברשותו דשמא נתן עיניו בה וגם כן צריך לישבע שלא פשע בה דאי פשע בה ה״ה חייב לשלם לו ג״כ הדינר הרביעי כיון דלדידיה היה חביב ושוה בעיניו ארבעה דינרין והוא פשע בה וכן כתב רבינו בסוף דין זה שמעון חייב לשלם לראובן דינר אחר שישבע וכו׳ וישאר לו חוב דינר על הפושע אלמא דאע״ג דשמעון נשבע שלא היה שוה אלא ג׳ דינרין אפ״ה חייב הפושע לשלם הדינר הרביעי והיינו מטעמא דפיר׳ אלא דקשה לאיזה צורך כתב בדין זה שהוא מודה מקצת אפילו אינו מודה מקצת אלא כופר הכל דב׳ דינרים הלוה לו ולא היה שוה אלא ב׳ דינרים אי נמי מודה הכל שהיה שוה סלע וב׳ דינרים הלוה עליו אלא שרוצה לפטור עצמו בשבועת לוי שנאבד באונס אינו יכול וחויב לשלם דכיון דמצי א״ל אתה מהימנת לי בשבועה וכו׳ ושמעון אינו יכול לישבע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם דאין לפרש דס״ל לגבי שבועת שומרים בעינן הודאה במקצת דהלכה רווחת בישראל כר׳ חייא בר יוסף דשבועת שומרים לא בעינן הודאה במקצת ודלא כרמי בר חמא ס״פ הגוזל קמא וכדלקמן סוף סימן רצ״ה ויש לומר דרבותא אשמועינן שלא תימא כיון דמודה מקצת הוא ורוצה לישבע ש״ד דלא היה שוה אלא ג׳ דינרין א״כ פטור הוא מדינר הרביעי אפילו את״ל דפשע בה כיון דמשלם לו שוויה על פי ש״ד ושבועת שאינו ברשותו נמי אינה אלא תקנתא וכל היכא דאפשר לו שישבע אותה שבועה נשבע והכא אי אפשר ופטור הוא קמ״ל דליתא אלא כיון דאינו יכול לישבע אותן שתי שבועות מתוך שאינו יכול לישבע משלם גם הדינר הרביעי: ואם יש שם עדים ששמרו כראוי וכו׳ עד ושלא פשע בו ויפטר שמעון. פי׳ פטור מלשלם כלומר דאף הדינר הג׳ שהוא מודה מקצת פטור ממנו וה״ה דפטור אפילו היה מודה הכל. ואיכא לתמוה למה לא כתב שישלם ראובן לשמעון את חובו שהרי הוא נאנס וכדלעיל בסעיף ט׳ וי״ל כיון שגם שמעון אינו יודע האמת שנאנס המשכון אלא על פי שבועת לוי או עדים שמעידים שנאנס מיד לוי אינו יכול להוציא חובו מראובן דהו״ל כאומר הלויתיך ואיני יודע אם פרעתני דשבועת לוי או עדים אינם עושים יותר אלא לפטרו לשמעון מתביעת ראובן בעד המשכון אבל לא לחייב את ראובן כיון שהוא עצמו אינו יודע ואינו טוען בברי שנאנס אלא ע״י שבועת לוי או עדות העדים ודו״ק: ומ״ש ואם פשע לוי וכו׳. פירוש אין לפטור את שמעון לגמרי ולומר דלוי הוא דחייב לראובן כיון דראובן רגיל להפקיד אצלו דליתא אלא שמעון הוא דחייב לשלם הדינר השלישי לאחר שישבע ש״ד שהרי שמעון הוא בעל דבר של ראובן וישאר לו שוב דינר על הפושע: ומ״ש כאן דאע״פ שראובן רגיל להפקיד אצל לוי שמעון חייב לשלם וכו׳ זהו כדעת ר״ת והרא״ש דלא כהרמב״ם וכמו שיתבאר לקמן בסימן רצ״ה סעיף כ״ג וכ״כ בסמוך סעיף כ״ה בתשובת הרא״ש ומ״מ אם פשעו בו אשתו ובניו חייב הנפקד לשלם וכו׳:

כה שאלה להרא״ש כו׳ אף על גב דאמרינן כל המפקיד ע״ד אשתו ובניו הוא מפקיד מ״מ דוקא פקדון לפי שאין דרך וכו׳. נראה מדבריו שאין חילוק בין פקדון לממשכן או שואל ולא נקט פקדון אלא משום דתלמודא קאמר גבי פקדון כל המפקיד ע״ד אשתו ובניו הוא מפקיד ואין חילוק אלא בין קבלה לחזרה ומטעם דקא מפרש בדבריו דכשמקבל הפקדון אין דרך בני אדם לשמור ולסגור כל חפציהם בתיבות אלא נותן אותם ליד אשתו ובניו לשמרם ואדעתא דהכי הפקיד גם המפקיד לפי שידוע ומפורסם שנותן אדם ליד אשתו ובניו אבל חזרה דעת הבעלים דוקא בעינן דמה המונע שלא יהא נותנו לבעלים עצמן והילכך אם החזיר ליד אשתו ובניו לא הוי חזרה וכן פסק גם הרשב״א ז״ל בתשובה הביאה ב״י סוף סימן ש״ם מחודשים סעיף ב׳ וכן פסק לשם בהגהת ש״ע ואין חילוק בין פקדון לממשכן ושואל כל עיקר דחזרה פשיטא דצריכה דעת בעלים וכדתנן השואל את הפרה וכו׳ אלא דקשה ממ״ש המרדכי על שם מהר״ם בפרק המפקיד על מי שתבע את חבירו תן לי את אשר לי בידך ושמעון משיב נתתי לאשתך דפטור וי״ל דלשם מירי באשה הנושאת ונותנת בתוך הבית דכל אשר לו נתן בידה וחשיב שפיר דעת בעלים כשהחזיר לידה וכך מבואר לשם שכתב וז״ל אם אשת ראובן בת דעת וראובן מניחה לישא וליתן ישבע שמסר לידה ופטור וכו׳ עד דהא לאשתו מהימן טפי וכל אשר לו נתן בידה וכו׳ עד דאפילו לרבי יוחנן פטור משום דכל יומא הוו מפקדי גבה ואע״פ שכתב בסוף דבריו ועוד יש לדמותו לכל המפקיד ע״ד אשתו ובניו הוא מפקיד לא עשה זה אלא סניף לעיקר דבריו דאין ספק דעיקר יסוד תשובה זו דפוטרו הוא מטעם דהאשה היתה בת דעת ונושאת ונותנת בתוך הבית וכל אשר יש לו מסר בידה ולפי זה מ״ש הרב בהגהת ש״ע בסימן רצ״א סעיף כ״א וכן אם הנפקד החזיר הפקדון לאשת המפקיד פטור עכ״ל כתב בקצרה דהיה לו לבאר דוקא באשה הנושאת והנותנת בתוך הבית ובסוף סימן ק״כ נזהר מזה וכתב אם פרע לאשת המלוה אם היא בת דעת נפטר הלוה בכך כאילו נתנו למלוה עצמו עכ״ל וכתב כך ע״פ תשובת הרשב״א שהביא ב״י סוף סימן פ״ג ורצונו לומר בבת דעת שהיא נושאת ונותנת בתוך הבית כמפורש באותה תשובה ואפשר דהרב בהגהתו נסמך על זה שכתב בקצרה בסימן רצ״א דס״ל דילמד הסתום מן המפורש בסימן ק״כ ובאם לא תפרש כך אלא תפרש דהרב הבין מסוף דברי מהר״ם

דבכל אשה קאמר ושאין חילוק בין קבלת הפקדון להחזרתו אנן ודאי לא קיי״ל הכי אלא כהרא״ש והרשב״א דמחלקים בין קבלה לחזר׳ וכדפי׳ ואין חילוק בין פקדון לשואל וממשכן גם מ״ש ב״י בסימן קכ״א מס״א בד״ה מ״כ מיירי באשה הנושאת ונותנת בתוך הבית כמבואר בדבריו שם והנלפע״ד כתבתי׃

כח יורש שהוציא שטר שיש למורישו כך וכך וכולי נשבע הנתבע היסת ונפטר וכו׳. תימה כיון שהנתבע אינו יודע כיצד נאבד הוה ליה כאומר הלויתני ואיני יודע אם החזרתיו לך והדין הוא שנשבע היורש שנאבד באונס ויגבה החוב מהלוה כמו אילו המלוה קיים וטוען שנאנס כדלעיל בסעיף ט׳ דאין לחלק בין כשהמלוה בעצמו טוען שנאנס ובין כשהיורשים טוענין שנאנס וצריך לומר דאין ר״ל שהיורש טוען ודאי שנאנס אלא טוען אפשר שנאבד באונס והלשון משמע הכי דקאמר וטוען היורש שנאבד מיד מורישו באונס ואם היה טוען ודאי מה צריך שיטעון כך היה לו לומר וטוען היורש שנאבד באונס אלא ודאי דטוען מספק ורוצה לזכות בדין דכיון שאם היה המוריש קיים וטוען שנאנס מידו היה נשבע ונוטל אם כן יורש נמי אם הוא נשבע שלא פקדנו שנאבד בפשיעה אנן טענינן ליה דנאבד מיד מורישו באונס ולא שייך אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא במת לוה בחיי מלוה ואחר כך מת מלוה כדלקמן בסימן ק״ח הא לאו הכי נאמן היורש בשבועת היורשים אף על גב דגם המוריש היה צריך שבועה וכדין שטר שאין בו נאמנות דנשבעים שלא פקדנו ונוטלין אף על גב שאינן יודעים אם השטר פרוע אם לאו וכדלקמן בסימן ק״ח ועל זה כתב רבינו דבמשכון אין הדין כך דשטר הוא בחזקת ודאי והפרעון ספק ונשבעים יורשים ונוטלין אף על גב דהם אין יודעין האמת אם השטר נפרע אם לאו אבל במשכון הוי השטר בטל אע״פ שהנתבע אינו יודע כיצד נאבד והו״ל כהלויתני ואיני ידע אם החזרתיו לך אפ״ה גם היורשים אינם יודעים וטענת שניהם ספק דאין על הנתבע אפילו היסת כדלקמן סימן ע״ה סעיף כ״ד אלא דמ״מ הכא צריך הנתבע לישבע היסת שמא המוריש החזיר לו המשכון וכו׳ שהרי היורש אינו יודע כיצד נאבד והנתבע יודע אם החזיר לו אם לאו טענינן ליורש כל מאי דהוה מצי אבוהון לטעון וכן לענין שהיה שוה כנגד חובו ויפטר ובזה התיישב גם כן מה שקשה שכתב בדין זה וישבע היסת שלא החזיר המשכון וכו׳ דמה צורך שישבע הא היורש מודה שנאבד באונס אלא ודאי דלא איירי הכא דטוען ודאי שנאנס ביד מורישו אלא טוען אפשר שנאנס מיד מורישו וכדפרישית אבל כשטוען ודאי שנאבד באונס מיד מורישו או מידו אין ספק שהיורש נשבע שנאבד באונס והנתבע צריך לשלם לו מעותיו׃

כט ראובן הניח משכון והניח בנים קטנים וכו׳ וטוענין היתומים כי אביהן צוה שהוא ממושכן בק׳ וכו׳. נראה דבקטנים בני צוואה קאמר ועיין בסימן ק״ח סעיף י׳: ומ״ש אבל אם הוא מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אינו משלם אלא הנ׳ ואפילו אם המשכון שוה יותר שהוא נאמן במיגו שהוא שאול בידו. פירוש וראובן נשבע היסת שאינו ממושכן אלא בנ׳ דהא אי הוה טעין שהוא שאול בידו היה ג״כ נשבע היסת וכתב מהרש״ל ומיירי שראו עדים המשכון בידו דלא היה אביהם יכול לטעון החזרתי לך או להד״ם כדלעיל בסעיף י״ג. וא״ת היאך נאמין לראובן עכשיו שטוען שהוא ממושכן בחמשים במיגו שהיה טוען כבר שאול הוא בידו דטענת שאול אינו אלא בחיי שמעון שאומר אליו שאול הוא בידך וכל מיגו אינו אלא דנאמן בטענה זו במיגו דאי הוה בעי הוה טוען עכשיו טענה אחרת דמיגו למפרע לא אמרינן וע״ל סימן קמ״ו סכ״ב וסימן קמ״ז ס״ה ויש לומר דה״ק דכיון דאביהם לא היה נאמן לומר לקוח הוא בידי השתא ודאי אפילו היה חי לא היה נאמן לטעון עליו עד כדי דמיו והיאך יהיו היורשים נאמנים יותר מאביהם ע׳ ס״פ המקבל: וכתב נימוקי יוסף סוף בבא מציעא מי שיש בידו משכון מחבירו ודוחקהו לפדותו וא״ל יהא המשכון שלך לא קני דדחויי מדחי ליה ופסק כך בש״ע סעיף כ״ה מיהו בתשובות הרא״ש כלל צ׳ סימן ה׳ כתב דאם א״ל צא ומכרו והלך ומכרו שוב אינו יכול לתבוע משכונו ולומר לו לא כיונתי אלא לדחותך עכ״ל ופסק כך בש״ע סימן ע״ג סעיף י״ז וע״ש׃

ל משכונו של ישראל ביד הגר וכו׳ שכיון שמת הגר פקע שיעבודו וכו׳. מימרא דרבא פ׳ הפרה (דף מ״ט) וכתבו התוס׳ לשם דאפילו משכנו שלא בשעת הלואתו דקני משכון מדרבי יצחק בעל כרחך אין לו אלא שיעבוד עליו כיון שהיה הישראל יכול לפדותו ולסלקו בדמים עכ״ל וכ״כ ה׳ המגיד בפ׳ ב׳ מה׳ זכייה והשתא ניחא דכתב רבינו וכן הדין נמי אם יש לו שטר משכונא על קרקע וכו׳ דלא זו אף זו קאמר דל״מ במשכון של מטלטלין דיכול לסלקו בדמים כל אימת שירצה דפקע שיעבודיה אלא אכילו משכנתא לזמן ובאתרא דלא מסלקי. והשטר ביד הגר ומת הגר תוך הזמן ואפ״ה המחזיק בה לא עשה ולא כלום דכיון דיכול לסלקו בסוף הזמן אין לגר על קרקע זו אלא שיעבוד בעלמא וכשמת פקע שיעבודו כמו במטלטלי׃

לא וכתב הר״ם מרוטנבורג וכו׳. כ״כ הרא״ש בשמו פרק הפרה ומשמע דלא פקע שיעבודיה דעכו״ם אלא לאחר שמצאו ישראל דכיון דאין להחזיר אבידה לעכו״ם אם כן פקע שיעבודיה דעכו״ם ומש״ה היה צריך לפרש ואם בא לומר לשום קידוש השם אחזירנו לעכו״ם וכו׳ אבל ממ״ש הר״א ממי״ץ במרדכי פ׳ חזקת משמע דמיד שנפל מיד העכו״ם פקע שיעבודיה דעכו״ם וקני ליה האי למשכונו כל היכא דאיתיה לפי זה כשמצאו ישראל הו״ל כאילו מצא אבידה של ישראל דצריך להחזירו לידו ואם החזירה לאחר בין לאותו עכו״ם בין לאחר בין לישראל אחר חייב לשל׳ מדין מזיק משא״כ להר״ם

מרוטנבורג דאם החזירו לאותו עכו״ם עבר על החזרת אבדה לעכו״ם אבל אינו חייב לשלם נ״ל ודוק: כתב ב״י ע״ש ה״ר ירוחם נ״ו ח״ב דה״ה למעות שהלוה ישראל לעכו״ם על משכון ונפלו המעות מהעכו״ם ומצאן ישראל חייב להחזירן לישראל המלוה עכ״ל והרב בהגהת ש״ע השיג ואמר דלא דמי למשכון דסופו לשוב לבעליו וגם הוא ברשות בעליו לענין אונסין אף למ״ד המלוה על המשכון ש״ש מיהו באונסין אינו חייב ואין למלוה עליו אלא שיעבוד בעלמא אבל הגוף הוא של בעליו משא״כ במעות ההלואה דלגמרי הן ברשות הלוה לענין אונסין והוצאה המוצא זכה בהן ואינו חייב להחזירן עכ״ל ודבריו נכונים וראיה ברורה מפ״ב דקידושין דמלוה להוצאה ניתנה ואפילו הן בעין חשוב הוא כאילו אינו בעין: עוד כתב ב״י בשם מהר״ם דכשהמשכון של ישראל ביד העכו״ם ועלה עליו קרן ורבית יותר מדמי המשכון כבר זכה בו העכו״ם לגמרי כיון דהוחלט המשכון לעכו״ם ואם נפל מיד העכו״ם ומצאו ישראל זכה בו מן העכו״ם:

לב משכונו של גר ביד ישראל וכו׳. מימרא דרבא וסוגיא דגמרא עלה בפ׳ הפרה וע״פ פי׳ התוס׳ והר״ש דלא כפי׳ רש״י וכ״כ ה׳ המגיד לשם כפי׳ התוס׳ וכתב עוד שם ע״ש הרשב״א דאפילו בלא משכון נמי אם הגר חייב לישראל בעדים ומת הגר תוך זמנו או בשטר אפילו מת הגר לאחר זמנו אם בא ישראל אחר והחזיק בנכסיו של גר אינו יכול להחזיק כשיעור החוב אפילו אין לו אלא מטלטלין והא דקאמר משכונו של גר ביד ישראל משום דקא בעי למימר ובא ישראל אחר והחזיק בו זה קנה כנגד מעותיו וזה קנה השאר דאין זה אלא במשכון:

לג שאלה לא״א הרא״ש וכו׳ נ״ל שאין לוי יכול לישבע וכו׳ אין כאן מגו כי שמא חבירו לא היה לשקר ולומר להד״ם או החזרתיו לך עכ״ל. אבל מהרא״י בת״ה סימן של״ה כתב דוקא לגבי עדים המעידים לאחרים ואין הדבר נוגע לעצמן התם הוא דלא אמרי׳ דנאמן במגו משום דאין אדם יודע מה בלבו של חבירו אבל בשותפים שנפטרו שניהם מממון בטוחים זה בזה שלא יכחישו אהדדי ואמרינן בהו שפיר מגו ע״ש וכן משמע בתשובת הרשב״א שהביא ב״י לעיל בסימן ס״א מחודשים סעיף כ׳ והיא סברת התוספות בשם הר״י מקינון בפרק האיש מקדש וכן משמע לי עוד מפרק הכותב בעובדא דאבימי בריה דרבי אבהו דהוו מסקי ביה זוזי בי חוזאי וכו׳ דמסיק מגו דיכולין לומר להד״ם יכולין נמי למימר סטראי נינהו דאלמא דבשותפים שנפטרו שניהם מממון אמרינן שפיר דנאמנים במגו וכן עיקר ודלא כתשובת הרא״ש שהביא רבינו כאן ודלא כש״ע דכתב דברי הרא״ש כאן לפסק הלכה: כתב המרדכי פרק חזקת מעשה בעכו״ם שמשכן ערבונו לראובן וא״ל ראובן לעכו״ם תן לי מעותי והעכו״ם א״ל תמשכן אותו לישראל אחר הלך ראובן ומשכן אותו לשמעון ושמעון נותן לו המעות שהעכו״ם היה חייב לו ואח״כ מת העכו״ם והמשכון היה שוה כפלים מן החוב ופסק ראב״ן שמן הדין כל המשכון לשמעון מהכא דקאמר זה קנה כנגד מעותיו וזה קנה השאר ה״נ כיון שנתן לו כבר מעותיו כל המשכון שלו מיהא בהא מספקא לי אם משכונו של עכו״ם ביד ראובן והלך ראובן למקום אחר והפקידו לשמעון ומת העכו״ם אם זכה בו שמעון ויתן לראובן מעותיו שחייב לו העכו״ם או נימא כיון שמכח ראובן תופס אותו לא קנה שמעון עכ״ל נראה דכיון דלא נסתפק אלא היכא דהפקידו לשמעון דשמא כיון שמכח ראובן תופס אותו לא קנה שמעון מכלל דכשהיה ראובן מעצמו ממשכן ערבונו של עכו״ם אצל שמעון ולוקח ממנו המעות שחייב לו העכו״ם דהשתח שמעון תופס את המשכון מכח העכו״ם שהרי אסור לשמעון ליקח רבית מראובן אם לא מטעם שראובן מוכר לו כל זכות שיש לו במשכון מן העכו״ם ואע״ג דיכול לחזור לפדותו ולחזור ולקנות ממנו אותו זכות כמבואר בי״ד סימן קס״ט ואפילו מן הסתם שלא התנה עמו כך דינו כאילו התנה מ״מ שמעון תופס את המשכון ליקח ממנו רבית מכח העכו״ם הילכך אין שם ספק דאם מת העכו״ם דזכה שמעון בכל המשכון וכדמוכח מהראיה שמביא ראב״ן דקאמר זה קנה כנגד מעותיו וזה קנה השאר ואין חילוק בין א״ל העכו״ם לראובן תמשכן אותו אצל ישראל אחר או לא א״ל העכו״ם כלום אלא הישראל מעצמו השכינו אצל ישראל אחר והא דכתב פסק דראב״ן אהיכא דא״ל העכו״ם לראובן תמשכן אותו אצל ישראל אחר מעשה שהיה כך היה אבל מתוך פסק דראב״ן מוכח דאין חילוק כלל ודלא כמהרו״ך שכתב בזה דינים שונים לא שערום הראשונים: כתב מהרי״ל בתשובה סימן קפ״ח דראובן שיש לו משכון מעכו״ם והעכו״ם חייב לשמעון יכול שמעון לפדות המשכון מראובן ונותן לו הקרן והרבית שעלה עליו וגובה המותר בחובו רק שיהא בענין שלא יבוא בעל המשכון לידי הפסד אם יחזור עליו העכו״ם ע״כ והאריך בראיות ומביאו ב״י וכתב עליו ולי נראה שזכה זה במשכון שבידו לכל רבית שיעלה עליו עוד עכ״ל והרב בעל הגהות ש״ע השיג על דבריו ופסק כמהרי״ל לקמן בתחלת סימן פ״ו דכיון שאין לו לעכו״ם לפרוע לישראל זה אלא במותר של משכון זה אם כן כל זכותו של עכו״ם יש לו לישראל זה מדרבי נתן מדכתיב ונתן לאשר אשם לו ולכן יכול הישראל לפדותו כמו העכו״ם עצמו והכי משמע בפרק א״נ (דף ע״ג) בעובדא דרב מרי בר רחל דהו״ל משכון מעכו״ם וזבניה רבא וכו׳ דקאמרינן התם דכל זכות שהיה לעכו״ם זה במשכון יש לו ג״כ לישראל שני ע״ש והא דכתב לקמן ב״י בסוף סימן ק״ד תשובת הרשב״א במחודשים סעיף ח׳ דהראשון קודם לגבות הרבית לפי שמשעת זמן השטר חייב עצמו בכל הרבית שיעשו מעותיו וכו׳ אין זה אלא לענין הרבית שכבר עלה עליו ע״ש והכי נקטינן ודלא כב״י אלא כדפסק מהרי״ל: כתב רש״י ס״פ הדיינין וז״ל אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי דסבר וקיבל אבל כל זמן שהם קיימים על כרחו גובה חובו אם מלוה סתם היא סתם מלוה ל׳ יום ואם פירש לו זמן כשיגיע זמן יפרע עד כאן לשונו ומביאו בית יוסף בתחלת סימן זה וכך הוא דעת הפוסקים:

סימן עג

א המלוה לחבירו סתם ולא קבע לו זמן. האריך בלשונו שלא נבין דהמלוה לחבירו סתם היינו שא״ל הלויני מנה לזמן אבל הלויני מנה ולא אמר לו יותר הו״א דיכול לתבעו ביומו קמ״ל בלישנא יתירא דאפילו בכה״ג נמי סתם הלואה ל׳ יום וכן אי אמר המלוה לחבירו ולא קבע לו זמן הו״א דה״ק לא קבע לו זמן ליום פלוני אלא א״ל הלויני מנה לזמן אבל מלישנא יתירא דלטפויי אתא שמעינן דאפילו אמר לו הלויני מנה בלחוד נמי סתם הלואה ל׳ יום: ומ״ש שאינו יכול לתבעו קודם. פי׳ אפילו מודה לוה שיש לו מעות לפרוע אינו יכול לתבעו קודם דהו״ל כאילו קבע לו זמן בפירוש לפרוע אחר שלשים אבל זמן ב״ד ל׳ יום דלקמן בסימן ק׳ הוא אף למי שקבע זמן בפירוש ליום פלוני והגיע הזמן אלא שטוען שאין לו מעות ב״ד נותנין לו זמן אחר כדי למכור או ללוות ולפרוע לדעת הגאונים והאלפסי דקיי״ל כותייהו ע״ל בסימן ק׳ סעיף ד׳ ובמ״ש לשם: ומ״ש בין במלוה בשטר ובין בע״פ וכו׳. נראה דמשום דסד״א דבמלוה על פה ובלא משכון יכול לתבעו ביומו דשמא ימכור נכסיו ולא ימצא ממה לגבות לפיכך אשמועינן דאפילו הכי אינו יכול לתבעו קודם. ותו אשמועינן דבמשכון נמי א״צ להמתין לו יותר מל׳ יום ולאפוקי מר׳ קלונימוס במרדלי פ׳ המקבל ע״ש: ומ״ש אבל שאלה סתם זמנה לאלתר ויכול לתבעו מיד. האריך בלשונו לאורויי דלא מיבעיא שהשואל מעצמו חייב להחזירה לאלתר לאחר שהשתמש בה קצת אלא אפי׳ לא החזירה ותבעו בב״ד אין ב״ד נותנין לו שום זמן ולכך כתב לישנא יתירא דלטפויי אתא כדפי׳ לעיל בסמוך וטעמא דמילתא דהלואה במעות דלהוצאה ניתנה משמע לזמן מרובה אבל שאלת פלי או בהמה דהדרא בעינא משמע לזמן מועט וכדאיתא במסכת שבת בפרק שואל לענין שבת השאילני לא אתא למיכתב הלויני אתא למיכתב עיין בא״ח סימן ש״ז ועיין במרדכי פ׳ הבית והעלייה שהאריך בדין זה ומיהו דוקא סתם שאלה אבל שאל כלי לילך למקום פ׳ כיון שמשך הכלי אינו יכול לחזור בו עד שילך למקום פלוני כרבי אלעזר בפרק השואל דמציעא וכאן קיצר שלא בא אלא שלא נבין דכיון דסתם הלואה ל׳ יום ה״ה סתם שאלה ל׳ יום וכר״ת וקאמר דליתא אבל כל חילוקי דיני שאלה יתבארו לקמן בסי׳ שמ״א בס״ד:

ג וכתב הרמב״ם המלוה לחבירו וקבע לו זמן וכו׳. לאו דוקא קבע לו זמן דהוא הדין נמי בסתם הלואה וכך מבואר מדבריו סוף פרק שלשה עשר ממלוה מיהו הא דאין יכול לתבעו קודם אינו אלא היכא שהלוה הוא עומד במעמד הראשון כמו שהיה בשעה שלוה מזה אבל אם ירד מנכסיו או מבזבז נכסיו וכיוצא בזה אפילו קנו מידו יכול לתבעו קודם הזמן בין במלוה בשטר ובין בע״פ אבל במלוה על המשכון אם הוא שוה כדי החוב אין יכול לתובעו קודם כיון דאין לו היזק וע״ל בסימן זה סעיף ט״ו ט״ז י״ז: ומ״ש בין שמת לוה בין שמת מלוה. נראה שלמד כך ממה שאמרו בפ׳ אלו נערות הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאלה כיון דכל הנאה הוא דשואל וזכה בה האב לכל אותו זמן וזכו הבנים בזכותו וה״ה בהלואה דכל הנאה של לוה הוא ומיהו דוקא היכא דליכא למיחש לפסידא דמלוה כדפי׳ ולא דמי למת אחד מהשותפין דבטל השותפות להרמב״ם והרא״ש לקמן בסימן קע״ו סעיף ל״ה וסימן שכ״ט אע״פ שהתנו לזמן ידוע דהתם שאני כיון דהנאת שניהם הוא יכול לומר אי אפשי בך וכמו שהאריך לשם בבית יוסף:

ז ומ״ש היתה המלוה בשטר וכו׳ ישבע ב״ח שלא קבע לו זמן ויטול המלוה מיד. נראה דשבועה זו כדין כל הנשבעין ונוטלין דבעינן נק״ח אבל בספרי הרמב״ם שבידינו כתוב היסת וכ״כ בש״ע ועיין בכסף משנה ספי״ג ממלוה:

ח שאלה לא״א הרא״ש ראובן הלוה וכו׳. נראה ודאי דאין חילוק בין הקנה בקנין ללא הקנה בקנין אלא מסתמא כשלא התנה הלוה שתהא הלואה בע״פ אם המלוה מבקש שטר מאותן עדים שהלוה בפניהם והלוה מוחה בהם שלא ליתן שטר צריך להחזיר לו מעותיו כי מסתמא לא הלוה לו אלא אדעתא שיכתוב לו שטר והא דכתב בשאלה ושמעון הקנה לראובן בקנין מעשה שהיה כך היה אבל התשובה שהשיב הרא״ש הוא גם כשלא היה שם קנין ומטעם שכתב כי אין ספק דנתן לו זמן ע״ד שיעשה לו שטר וכיון שאינו רוצה לעשות לו שטר למה יפסיד זה מעותיו וכו׳ והכי מוכח לעיל סי׳ ל״ט סעיף ז׳ עיין במ״ש לשם בס״ד ודלא כמ״ש מהרו״ך דדוקא בקנין דליתא וכך הוא דעת הרב בהגהת ש״ע כמבואר מלשונו כאן. וא״ת לאיזה צורך כתב רבינו כאן שאלה זו הלא כבר כתב דין זה בסתם לעיל סי׳ ל״ט סעיף ז׳ וי״ל דלעיל מדבר דבשעה שהלוה ראובן לשמעון או הודה לו בפני עדים אז הקנה לו בק״ס ושיעבד לו נכסיו התם ודאי אמרינן לא הלוה לו אלא אדעתא שיהא לו שטר בידו לראיה לטרוף בו ממשעבדי אבל השאלה להרא״ש היתה בראובן שהלוה לשמעון מנה לפרעו לזמן פלוני בסתם ואח״כ לאחר יום או יומים הקנה שמעון לראובן בקנין וכו׳ ואח״כ מיחה בסופר וכו׳ והיתה טענתו דמתחלה הלוה לי בסתם ולא שאל שטר אלא דמרצונו הטוב נתרציתי לו אחר יום ויומים ולא בחיוב ועתה אני חוזר ומוחה כיון שאינני חייב בדבר זה וראובן תובע מעותיו מיד ופסק הרא״ש דבזה נמי הדין עם ראובן דאנן סהדי דלא נתן לו זמן אלא ע״ד שיעשה לו שטר אע״פ שלא פירש:

ט שאלה לא״א הרא״ש ראובן נשבע וכו׳ והוא נשבע כבר שלא למכור. ומסיק הרא״ש שם וז״ל ודמי להא דתנן בפ״ג דשבועות שבועה שאוכל ככר זו שבועה שלא אוכלנה הראשונה שבועת ביטוי השנייה שבועת שוא אכלה עבר על שבועת שוא לא אכלה עבר על שבועת ביטוי ומוטב שיעבור על

שבועת ביטוי בשב ואל תעשה משיאכלנה בקום ועבור על שבועת שוא כך בנדון זה לא ימכור כדי לקיים שבועתו הראשונה ונמצאת השנייה שבועת שוא וחייב עליה מכת מרדות ואם מתוך המלקות יתחרט וכו׳ עכ״ל. ויש לתמוה על מה שהביא ראיה ממשנה זו דלא דמיא לנדון זה כלל דהתם גם השבועה השנייה היתה בפירוש על ככר זה אבל הכא דהשבועה השנייה היתה בסתם לפרוע לו ודאי לא היתה דעתו לעבור על השבועה הראשונה אלא נשבע לפרוע לו כשיהא לו מעות ושלא ידחנו לומר לך ושוב ומחר אתן אבל לא נשבע למכור משלו ואפילו אתה אומר כיון דאיכא נמי דעת מלוה שהלוהו ע״ד כך שיפרע לו בכל ענין אף אם יצטרך למכור משלו א״כ ודאי ע״ד נשבע וכולל בשבועתו כל ענייני פרעון מכל מרום אין זו שבועת שוא דהא ודאי אם מכר משלו ופרע יצא ידי שבועתו השנייה כמו בנשבע שאוכל סתם ואכל נבלה כמבואר בי״ד סימן רל״ח אבל לא אמרינן בנשבע שאוכל סתם דהוי שבועת שוא מפני שכולל נבלות ושחוטות ושיהא נלקה עליה דעיקר המלקות הוא מפני שיצאה שבועה לשקר מפיו בשעה שנשבע כגון שנשבע שלא יאכל מצה בלילי פסח דלוקה מיד כדאיתא בירושלמי ובנשבע שלא יישן ג׳ ימים דלוקה ויישן לאלתר כדאמר ר׳ יוחנן בפ״ג דשבועות אבל בנשבע סתם דאפשר לקיים שבועתו בדבר המותר לא יצאה שבועה לשקר מפיו אף ע״פ שכולל דברים המותרים והאסורים ביחד וזה ברור לכל מעיין. ועוד תימה גדולה לפי דערו דמחשיבה לשבועת שוא מה מועיל שימצא פתח דמכל מקום מידי מלקות לא נפטר והא דתנן אכלה עובר על שבועת שוא לאו דוקא אכלה וכן כי׳ הרא״ש עצמו בספ״ג דשבועות וכך מבואר בפירוש רש״י לשם וכ״כ הרמב״ם בפ״ד מה׳ שבועות דעל שבועת שוא חייב מיד בין קיים שבועתו בין לא קיימה ומ״ש מהר״ו כהן בענין זה לא דק ואין להאריך בזה. ונראה ליישב דשבועת שוא דקרמר הרא״ש כאן לאו דוקא הוא אלא ה״ק דכיון דהגיע הזמן לפרוע החוב ולא פרעו א״כ מכאן ולהבא הוא עובר כל שעה ושעה על שבועתו ומכין אותו וליכא למימר דאנוס הוא כיון דאונס זה מחמתיה הוא שגרם לעצמו במה שנשבע שלא למכור ושוא דקאמר לאו דוקא אלא שבועת שקר קאמר ולפ״ז לא היה צריך להביא ראיה לדין זה מדתנן שבועה שאוכל ככר זה וכו׳ אלא כי היכי דלא תימא דהדין הוא דימכור מיד כדי לקיים שבועתו השנייה ואחר כך ילקה על הראשונה לפיכך מביא הא דתנן שבועה וכו׳ דאין הדין כך אלא תחלה יעבור על השנייה שהיא בשב ואל תעשה ואח״כ כשילקה וימצא פתח ימכור ומ״מ ראייתו בזה ממשנה זו אינה נכונה ומוטב שיעבור על שבועת ביטוי בשב ואל תעשה וכו׳ והוא היפך הדין המבואר בירושלמי שהביא הוא עצמו בפסקיו ספ״ג דשבועות. וכמדומה דאיכא איזה ט״ס באותה תשובה כי אין חילוק בין קום עשה לשב ואל תעשה ע״ש וצ״ע: ומ״ש בד״א שקדמה הראשונה לחוב שמעון וכו״. יש להקשות הלא קיי״ל דאין השבועה חלה לבטל המצוה אף קודם שהגיע זמנה ואפילו קדמה שבועה לגזירת ציבור כמ״ש במרדכי ע״ש רש״י פ״ג דשבועות וכ״כ מהרי״ק בשורש ק״י וי״ל דאין זה אלא באיסור הבא מאליו שחלה עליו המצוה בעל כרחו משא״כ הכא דאיסור הבא על ידי עצמו הוא שלוה מחבירו הכא ודאי איכא למימר שפיר שלא נשתעבד כנגד חבירו כי אם בענין שלא יעבור על שבועתו שנשבע מקודם הילכך חיילא השבועה הראשונה ואם לא שחזר ונשבע בהיפך לא היינו כופין אותו למכור מיהו נראה ודאי שהב״ד יש להם רשות לירד לנכסיו ולהגבות מהם לב״ח וא״צ שימכור הוא עצמו ודוק:

יא עוד שאלה לא״א הרא״ש ראובן נתחייב לשמעון מנה לזמן פ׳ ונשבע וכו׳. נראה מדלא הזהירו הר״א שיתירו לו השבועה כדי שלא יהא באיסור שבועה כל ימיו שהרי אף לאחר שעבר על השבועה צריך שיתירו לו כדאיתא בי״ד אלמא דס״ל דשבועה זו שנשבע על דעת חבירו לפרעו קוד׳ שיעבור הזמן אינו עובר עליה אלא א״כ תובעו חבירו אבל אם אינו תובעו אפילו הוא בעיר אינו עובר על השבועה אלא דאף לאחר שעבר הזמן מוזהר הוא לקיים שבועתו לפרוע כשיתבע לו וכן נראה מתשובת הרשב״א שהביא ב״י במחס״ז דהנשבע לחבירו לפרעו לזמן ידוע אפילו אין המלוה בעיר באותו זמן מסתברא דצריך שיהיו מעותיו בידו באותו יום דילמא השתא אתא הוא או שלוחיה וכו׳ אלמא דאי לאו האי חששא דהשתא אתא וכו׳ אינו עובר על השבועה כיון שאין תובעו דלא נשבע אלא אדעתא דהכי דכשיהא תובעו הוא או שלוחו דחייב לפרעו והכי נקטינן:

יב (יג) עוד שאלה לא״א הרא״ש ראובן נשבע לשמעון ליתן לו מנה בז׳ בניסן וכו׳ עד וחפצי שמים הוא שיקיים שבועתו. כתב בית יוסף דכיון דנתנו לפרעון צריך שומא ולפיכך הוצרך לבקש היתר לשומם בשבת משום דחפצי שמים הוא ושכך כתב הרמב״ן בפי׳ וכך הוא דעת הרא״ש וכ״פ בש״ע אבל לפעד״נ דכיון דלא הזכיר הרא״ש בפירוש דצריך שומא דעתו דלא בעינן שומא אעפ״כ הוי פירעון גמור אם יאמר לו הרי אני מקנה לך בגוף המשכון כך וכך וזה ודאי אסור בשבת ולא התירו אלא משום דחפצי שמים שיקיים שבועתו וכ״כ התוס׳ והרא״ש בפ״ק דקידושין גבי מנה אין כאן משכון אין כאן דכשמקנה לו בגוף המשכון כך וכך קנה וא״כ פרעון הוא אלא דהרמב״ן חולק דאפילו בכה״ג לא קנה אלא בעינן שומא כמ״ש הר״ן לשם משמו ומשם הרשב״א דאפי׳ אמר לו קני משכון בשעבוד מנה לא קנה דהמשכון אינו אלא להבטחת השיעבוד. מיהו אפשר דבקידושין החמירו אבל בשאר קניינים מודי היכא דהקנה לו בגוף המשכון כך וכך דקנה והכי עיקר וזה ג״כ דעת בעל מישרים הביאו ב״י דכתב דאפילו נשבע לפרעו במעות ולא במשכון יתן לו משכון של כסף ולא יעבור על שבועתו דשוה כסף ככסף עכ״ל דהיינו לומר דמקנה לו בגוף המשכון של כסף כך וכך דחשוב כאילו נתן לו מעות משא״כ שאר משכון שאינו של כסף דאפילו הקנה לו כך וכך לא יצא ידי שבועתו כיון שהתנה עמו במעות ולא במשכון כל תנאי שבממון קיים ואמדינן

דעתיה דלא נתכוין אלא להוציא משכון שאינו של כסף אבל אם לא נתן לו המשכון של כסף אלא להבטחה בעלמא כדרך סתם משכון שאחד נותן לחבירו פשיטא דאף בעל מישרים מודה דאינו יוצא בזה ידי שבועתו כלל כנ״ל. עוד כתב ב״י דהרא״ש דהוצרך לבקש היתר משום דחפצי שמים הוא משום דשמו אותו ונתנו לו בתורת פרעון דאילו אינו נותן לו בתורת פרעון משנה שלימה היא פרק השואל ואם אינו מאמינו מניח טליתו אצלו אלא ודאי ליפטר משבועתו צריך שישומו המשכון ויתננו לו בתורת פרעון וכו׳ עכ״ל. ולפע״ד אין בדבריו הכרע דפשיטא דאיכא למימר דמניח טליתו אצלו נמי אסור דהוו עובדין דחול ולא התירוהו ג״כ אלא כדי שלא למנוע משמחת י״ט דאל״כ התרת כל משא ומתן בי״ט ובשבת על ידי משכונות והא פשיטא דאסור אלא משום שמחת י״ט התירו ולעולם כדי שיהא יוצא ידי שבועתו סגי במקנה לו בגוף המשכון כך וכך וא״צ שומא ולפי זה אסור לשומו בשבת כיון דאין בו צורך חפצי שמים כנ״ל דעת הרא״ש והתוס׳ והמישרים:

טו לוה לזמן וכו׳ כתב הרמב״ן וכו׳. כצ״ל הרמב״ן וכ״כ רבינו בשמו לקמן בסימן קל״א סעיף ג׳ וע״ש ועיין עוד לקמן בדברי הרא״ש בסימן רכ״ו סעיף ג׳ וכתב מהרי״ו בסימן קנ״ה דאם הנתבע מעיר אחרת ומעותיו הם בעיר התובע אם נראה לב״ד אמתלא לעקל מעותיו צריך הנתבע לילך ולדון בעיר התובע להוציא מעותיו ע״כ. מיהו לא בא הנתבע לב״ד שבעיר התובע אין מחליטין הממון כלל לתובע עד שיבוא הנתבע לפנינו ויתחייב בדין או ע״ד שכתב לקמן בסי׳ ק״ו ועי׳ בתשובת מהרי״ק שורש ק״ט:

יז ומ״ש וכ״כ א״א הרא״ש מי שיש לו שטר על חבירו וכו׳. בפ״ק דב״ק (דף קע״ו ע״א) אלא דכתב לשם ב חלוקות וז״ל וכן נמי מי שבא לב״ד ואומר יש לי תביעה על פלוני ומצאתי לנכסיו במקום ידוע ואני ירא שאם יבואו לידו שיבריחם ולא אמצא מקום לגבות ממנו חובי ומבקש שיעכבו ב״ד הנכסים עד שתתברר תביעתו וכן ראובן שיש לו שטר על שמעון ולא הגיע זמנו עדיין ובא בתוך הזמן וטען כך הכל לפי הענין וכו׳ משמע דבחלוקה הראשונה מדבר כשלא בא לפני ב״ד בשטר אלא טען כך בע״פ ומבקש שיעכבו ב״ד הנכסים עד שתתברר תביעתו וא״כ קשה למה השמיט רבינו חלוקה הראשונה ולא כתב על שם הרא״ש אלא היכא דבא בשטר ונראה דס״ל לרבי׳ דאף בחלוקה הראשונה מדבר ביש לו שטר אלא דאינו מקויים ורוצה לברר תביעתו ולקיים השטר ומיירי אפי׳ בא לאחר שעבר הזמן ובחלוקה שנייה מדבר שנתבררה תביעתו דהשטר מקויים אלא שהוא תוך הזמן ונסמך הרא״ש על מ״ש מקודם לזה דאם ראו ב״ד אמתלא בדברי המערער כגון שמביא שטר שאינו מקיים וכו׳ דמשמע אבל בתביעה בע״פ אין שומעין לו לעכב דאע״ג דבקונה שדה ויצא עליו ערעור כתב וז״ל אבל אם ראו ב״ד אמתלא בדברי המערער כגון שהביא שטר שאינו מקוים ואמר שרוצה לקיימו או אם הוא אומר שיביא העדים בתוך ל׳ יום וכו׳ רבינו לא היה גורם האי או אלא כצ״ל ואומר שרוצה לקיימו אם הוא אומר שיביא העדים בתוך ל׳ יום וכו׳ כלומר שיביא העדים שחתומים בשטר שיקיימו חתימתם וכן הוא להדיא בתשובה סוף כלל צ״ד וכ״כ רבינו לקמן בסימן רכ״ו והילכך אין שומעין לו אלא דוקא בבא בשטר אע״פ שאינו מקויים אם אומר להביא עדים לקיימו תוך ל׳ יום א״נ בשטר מקויים והוא תוך הזמן אבל בע״פ אין שומעין לו כלל כיון דמצו טעין פרעתי. ומ״ש רבינו תחלה בדברי הרמב״ן לוה לזמן וכו׳ ולא הזכיר שטר התם מיירי שהלוה לפנינו ומודה שהוא חייב לזה אלא שמבזבז נכסיו או רוצה לילך למ״ה וכן רב אלפס בתשובה מיירי שהלוה הוא לפנינו הילכך בין בע״פ בין בשטר הכל שוה אבל דברי הרא״ש הם כשאין הלוה לפנינו הילכך אין שומעין לו אלא בבא בשטר וכדפי׳ והכי נקטינן:

יט ולאחר שעבר הזמן שקבע לו או ל׳ יום וכו׳. כ״כ רש״י בפ׳ הדיינים גבי אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי ומביאו ב״י בתחלת סימן ע״ב ואני הבאתיו בסופו ע״ש:

כ ו״ש וי״א שב״ד יודיעו ללוה תחלה אבל הרמב״ם כתב מלוה וכו׳. הקשה ב״י מנ״ל לרבינו דהרמב״ם חולק דההיא די״א בדאיתיה במתא והרמב״ם מיירי בדליתיה במתא וכו׳ והאריך ומסיק לכך אני אומר דסמי מכאן אבל עכ״ל ואינו ר״ל שיש ט״ס בדברי רבינו אלא כלומר אין דברי רבינו נראין במ״ש אבל הרמב״ם וכך הוא דעת הריב״ש בתשובה דנראה יותר לפרש דהרמב״ם מיירי בשאין הלוה בעיר וכך פסק בש״ע אבל לפע״ד נראה דברי רבי׳ עיקר ודייק לישנא יתירא בדברי הרמב״ם דהו״ל לומר בקצרה מלוה שבא לב״ד והביא משכנות ואמר זה משכונו של פלוני ואני רוצה למכרו וליפרע מחובי משיאין לו עצה וכו׳ לאיזה צורך כתב דאין כ״ד נזקקין לו וכו׳ הלא ממילא מובן ממ״ש משיאין לו עצה דאין נזקקין לומר לו המתן אלא ודאי דלפי שהיה מובן דדוקא באינו בעיר אבל כשישנו בעיר צריך שיודיעו לו אולי יש לו איזה טענה לכך כתב לישנא יתירא לטפויי דאין נזקקין לומר לו המתן עד שיבוא הלוה ויטעון ואפילו ישנו בעיר:

כא ואם המשכון כלה וכו׳. אדלעיל קאי שאמר ולאחר שעבר הזמן וכו׳ יכול למוכרו ע״פ ב״ד וקאמר שאם המשכון כלה והולך יכול למכרו בב״ד אפי׳ תוך ל׳ יום אלא דתחלה כתב המחלוקת די״א והרמב״ם באם צריך שיודיעו כשיש שם בעליו ואחר כך כתב דאם כלה והולך אפילו תוך ל׳ יום אפילו יש

שם בעליו דבהא ליכא מאן דפליג דא״צ להודיעו אפילו ישנו בעיר ומשיב אבידה הוא וכדר׳ אלעזר דהכל צריכין דעת בעלים חוץ ממשיב אבידה וכדאיתא פרק אלו מציאות (בבא מציעא דף ל״א):

כב וא״א הרא״ש ז״ל כתב בתשובה וכו׳. נראה דרבינו כתב לשון זה לאורויי דהרא״ש בתרתי הוא פליג אדלעיל חדא דלעיל כתב דלאחר שעבר הזמן שקבע לו או ל׳ יום בסתם הלואה יכול למכרו בעל כרחו מיד ואין נותנין לו זמן אחר ולהרא״ש צריך להמתין עוד ל׳ יום אחר התביעה ואידך דהרמב״ם מפרש מוכרו בב״ד דקאמר תלמודא היינו לומר דמוכרו ברשות ב״ד אבל המכירה היא בעדים כדי שידע הלוה בכמה נמכר וא״צ אפילו שומת ב״ד אבל הרא״ש כתב דמוכרו בב״ד היינו בשומת ב״ד דהיינו ג׳ דבקיאין בשומא אלא דא״צ ג׳ מומחין אלא ג׳ דבקיאין בשומא אבל הריב״ש כתב אף להרמב״ם אינו מוכרו אלא בשומת בית דין דאע״ג דבפרק י״ג ממלוה לא הזכיר בדבריו אלא דמוכרו בעדים נסמך על מ״ש בפ״ג דמוכרו בב״ד ולפע״ד אינה ראיה דבפ״ג נמי מוכר המשכון בב״ד דקאמר היינו ברשות ב״ד אבל המכירה היא בעדים שלא בפני ב״ד כלל וכמו שפי׳ בפי״ג ממלוה וילמד הסתום בפ״ג מן המפורש בפי״ג לא ההיפך ומ״מ לענין הלכה נקטינן כהרא״ש דמוכרו בשומת ב״ד דכך הוא דעת רוב פוסקים כמ״ש הריב״ש הביאו ב״י. ואיכא להקשות אמ״ש הרא״ש בתשובה אחת יתבענו בפני עדים ובחחרת יזהירנו בינו לבינו ותירץ הריב״ש דבינו לבינו ר״ל בעדים ושלא בפני ב״ד ונ״ל דפירושו דוחק אלא איפכא מסתברא דבאזהרה בינו לבינו נמי סגי אם הלוה מודה שהזהירו והא דכתב בתשובה אחת יתבענו בפני עדים אינו אלא כדי שלא יטעון לא הזהיר אותי דלא איברו סהדי אלא לשיקרא והכי משמע מלשון הרא״ש שכתב תחלה דהלוה היה טוען לא היה לך למכרו עד שהיית תובע אותי בב״ד שאפדנו והשיב הרא״ש דע לך מי שיש בידו משכון א״צ להביא בעל המשכון לפני הדיינים ולהזהירו שיפדה משכונו אלא לאחר שהזהירו בינו לבינו וכו׳ אלמא משמע שהלוה היה טוען אע״פ שהיית מזהירני ביני לבינך מ״מ לא היה לך למכרו עד שהיית תובע אותי בב״ד ולכן השיב הרא״ש דהדין עם המלוה דאין צריך להביא בעל המשכון לפני הדיינים אלא דבאזהרה בינו לבינו סגי כיון דמודה בכך שוב ראיתי דהרב בהגהת ש״ע נמי היה מפרש כך והכי נקטינן דבאזהרה בינו לבינו סגי אם מודה בכך וא״צ עדים. ויש להקשות למאי שכתב רבינו דיראה מדברי הרא״ש דאע״פ דעבר מזמן ההלואה ל׳ יום צריך להמתין מלמכרו ל׳ יום אחר התביעה דהא לקמן בסימן ק׳ כתב רבינו דברי הרמב״ם שאם היו לו מטלטלין בית דין גובין ממטלטלין מיד ואין נותנין לו שום זמן ולא כתב דעת החולק על זה וכאן דאיכא משכון כתב דעת הרא״ש דנותנים לו ל׳ יום אחר התביעה ואפשר לחלק דהיכא דהלוה לו בלא משכון אם יש לו מטלטלין אין נותנים לו שום זמן לאחר התביעה אלא מגבין לו מטלטלין אבל במלוה על המשכון דמתחלה עשה לו טובה שלא למכרו אולי ירויח שיוכל לפדותו כי מאני תשמישתיה יקירי עליה הילכך אפילו בסתם הלואה ועברו ל׳ יום או לאחר שקבע לו זמן נותנים לו עוד ל׳ יום לאחר התביעה אולי יוכל לפדותו ואם אינו פודהו מוכרו אחר כך דבמלוה על המשכון ראה הרא״ש לפסוק כמקצת גדולים דנותנים לו זמן אפילו לגביית מטלטלים כמ״ש ה׳ המגיד בפ׳ כ״ב ממלוה: כתוב במרדכי ס״פ המקבל דבמשכון שהלוה צריך לו תדיר כגון כר ומחרישה דמצוה להחזירו לכולי עלמא אסור למכרו לעולם אלא צריך להמתין עד שיפדנו ע״ש בדברי ריב״א וכ״כ ב״י בשם בעה״ת. וכתב עוד ע״ש הראב״ד דמשכנתא דקרקע בסתם נמי מוכרו בע״כ לאחר ל׳ יום או לאחר זמן שקבעו ביניהם דדין קרקע בזה כדין מטלטלין אלא שתלה הדבר במנהג המדינה ואם אין מנהג לישראל למדין ממנהג העכו״ם וכה״ג כתב המרדכי פ׳ הגוזל בתרא משם התוספות דר״י בר פרץ דבמקום שיש מנהג מדינא דמלכותא במלוים לעכו״ם ברבית דלא יוכל למכרו בפחות משנה דנין ג״כ כך בישראל שהלוה לחבירו ועיין בב״י סוף סימן שס״ט שהביא תשובת מהר״ר יעקב ישראל על ענין כיוצא בזה ועיין עוד בהגהת ש״ע סוף סימן שס״ט סעיף ח׳ וסעיף י״א ומבואר לשם במרדכי דאין חילוק בין מלוה לישראל חבירו בלא רבית לדינא דמלכותא במלוה לעכו״ם ברבית דכי היכי דברבית צריך להמתין שנה ולא יותר הכי נמי במלוה לישראל חבירו על ספרים דצריך ג״כ להמתין שנה ולא יותר ודלא כמו שראיתי מחלקין בדבר זה מסברת הכרס:

כד ומ״ש ואם אינו יודע כמה היה שוה או אינו רוצה לישבע וישבע הלוה וכו׳. תימה למה לאישבע המלוה שאינו יודע ויפטר כדלעיל בסי׳ ע״ב סעיף ו׳ דכשטוען הלוה הלויתני סלע על המשכון וב׳ היה שוה והמלוה אומר איני יודע כמה היה שוה אפילו נאבד בפשיעה נשבע המלוה שאינו יודע ונפטר דהו״ל כאומר מנה לי בידך והלא אומר איני יודע אם אני חייב לך. ונראה לחלק דדוקא בנאבד אף ע״י פשיעה אבל כאן דמכרו בידים הו״ל כגזלן ומשום תקנת נגזל נגעו בה שישבע הלוה ויטול ואפילו בפקדון כתב הרא״ש דאם הנפקד טוען איני יודע נשבע המפקיד ונוטל כדלקמן בסימן רצ״ח כ״ש הכא דהו״ל כגזלן שמכר מה שאינו שלו דעשו בו תקנת נגזל ואע״ג דבטוען כך וכך היה שוה ורוצה לישבע נאמן בשבועה היינו משום דלא משמע להו לאינשי דליהוי גזלן בהכי כדכתב הריב״ש ומביאו ב״י אבל בטוען איני יודע ס״ל להרא״ש דחשוב כגזלן לענין זה לעשות בו תקנת נגזל והלוה נשבע ונוטל כנ״ל ועין במ״ש בס״ד בענין זה בתחלת סימן צ׳:

כה כתב עוד הרמב״ם המלוה וכו׳ בין שמת לוה תחלה וכו׳. נראה דהכי פירושו אע״ג דבמלוה בשטר בלא משכון ומת לוה תחלה ואח״כ מת מלוה אין יורשי מלוה נוטלין כלום מיורשי לוה מ״מ במשכון בלא שטר אין הדין כך אלא אפילו מת לוה תחלה נמי נוטלין מיורשי לוה והטעם הוא הואיל

דכשהיה המלוה חי היה נפרע ממה שתחת ידו ונאמן אפילו בלא שטר מיגו דאי בעי הוה טעין לקוח הוא בידי ונשבע בנק״ח ונוטל הילכך גם לאחר שמת גם המלוה נשבעים יורשי מלוה שלא פקדנו ונפרעים ממה שתחת ידן וב״י פירש בע״א ולא נהירא ע״ש:

כח וששאלת מי שיש לו משכון מחבירו וכו׳ אם יכול בעל המשכון לחזור ולתבעו וכו׳. קצת קשה דמה זו שאלה וכי יעלה על הדעת שזה מחוייב להחזיר לו משכונו לאחר שמכרו ע״פ דיבורו וי״ל דהשואל עלה על לבו כיון דהלוה לא נתכוין אלא לדחותו מעליו א״כ מה שמכרו המלוה ע״פ דיבורו בטעות מכרו והמקח בטל וחייב המלוה לחזור על מי שלקח ממנו להוציאו מידו כיון דבטעות היה שלא הבין שהלוה לא נתכוין אלא לדחותו ודינו דמוכר דבר שאינו שלו דלא הוי מכירה והשיב הרא״ש דלאו כל כמינה להחזיר המקח לומר לא נתכוונתי אלא לדחותך אלא המקח קיים:

ל וששאלת אם א״ל המלוה אין נותנים בו אלא כ׳ זהובים וכו׳. נראה דמירי בטלית וחלוק וכיוצא בו דבר שאין לו קצבה כדאסיקנא בפ׳ אלמנה ניזונית אבל אם היה המשכון דבר שיש לו קצבה כגון זקוק כסף מוזהב או אינו מוזהב שקצבתו ידוע אפילו לא שאלו ולא א״ל תנהו בכ׳ אלא מכרו בסתם ביוקר חולקים המותר השליח והמשלח כ״ש כשא״ל תנהו בכ׳ דחולקים המותר וכדלקמן בסימן קפ״ג סעיף ח׳ אלא ודאי תשובה זו דהרא״ש מיירי בדבר שאין לו קצבה:

לא וששאלת ראובן שרוצה לפדות משכונו וכו׳ מיהו מחילה לא שייך במשכון וכו׳. נראה דלאו דוקא חפץ אלא ה״ה מעות שהפקידן אצל חבירו שהוא בעין כמו חפץ א״נ קרקע לא שייך בו לשון מחילה דדוקא בהלואה דניתנה להוצאה שייך לשון מחילה וכ״כ מהרי״ק בשורש צ״ד וקשה מעובדא דרב ענן דשקיל בידקא בארעיה וכו׳ בפרק חזקת (בבא בתרא דף מא) דקאמרינן והא קא אחיל ליה וכו׳ אלמא דשייך לשון מחילה בקרקע שהוא בעין ומשמע דה״ה חפץ ופקדון שהוא בעין ויש לומר דה״ק והא קא אחיל ליה התביעה דכיון דקא סייעיה בגודא הו״ל כאילו אמר אני מוחל לך שאינני תובע אותך על כך נ״ל:

לד וששאלת ראובן תובע משכונו וכו׳ וכיון שלא פירש אינו מחוייב לו רק הקרן ויחזיר לו משכונו. נראה דס״ל להרא״ש דכשפירש לו למשכנו ברבית ושיפרע הוא הרבית דשרי ונראה דה״ט דהעכו״ם עיקר סמיכתו על המשכון וישראל זה אינו נעשה אלא שלוחו של ישראל חבירו ואינו לא ערב ולא מלוה ואצל מי שימצא הישראל משכונו יפדנו וכ״כ ב״י בי״ד סוף סימן קס״ט ושכ״כ הרשב״א בתשובה גם כתב שהכל בו כתב ע״ש מהר״ם דאותו שמשכנו ביד עכו״ם חייב לפרוע הרבית אא״כ אמר מתחלה לעכו״ם קודם שעלה שום רבית שהמשכון אינו שלו אלא של פלוני ע״כ וא״כ חולק מהר״ם אהרא״ש והרשב״א שהם מתירין אף כשהשכינו אצל עכו״ם בסתם על רבית ומהר״ם אינו מתיר אלא אם כן אמר מתחלה לעכו״ם שהמשכון אינו שלו אלא של פלוני ומהרש״ל תמה על מ״ש בשם מהר״ם לחלק בין אמר מתחלה וכולי ללא אמר דהלא עיקר סמיכתו של עכו״ם אינו אלא על המשכון ואם אתה אומר שהעכו״ם סומך גם על הישראל שהשכין לו והוי כמו ערב א״כ גם כשאמר מתחלה שהמשכון של פלוני נמי ניחוש שמא סומך עליו עכ״ל וכן פסק בש״ע כהרא״ש והרשב״א דשרי והא דכתב ב״י לקמן בתחילת סימן פ״ז מס״ב ע״ש הרשב״א דאפילו נותן לו רשות בפירוש ללוות עליו ברבית דרבית קצוצה היא היינו בלוה מן העכו״ם ברבית בלא משכון דהשתא הוי העכו״ם מלוה ברבית לישראל שני ושני לראשון ואסור אבל בלוה משכון שרי כדפי׳ דהעכו״ם אינו סומך אלא על המשכון והכי נקטינן:

סימן עד

א המלוה ניתנה ליתבע בכל מקום יכו׳. כך היא מסקנת התלמוד סוף ב״ק דמתני׳ דהלוהו ביישוב לא יחזיר לו במדבר ה״פ דאין הלוה יכול לכוף למלוה לקבל ממנו במדבר אלא עומדים באחריות הלוה עד דמשלם ליה ביישוב כמו שהלוהו ביישוב ובברייתא דתני מלוה משתלמת בכל מקום ה״פ דניתנה ליתבע בכל מקום שהמלוה יכול לכוף ללוה לשלם לו במדבר אם יש לו דכיון דמלוה להוצאה ניתנה לא מצי לוה למימר למלוה מעות ההלואה שהלויתני הם בישוב במקום שלויתי ממך משא״כ באבידה ובפקדון דאין יכול לתבעו במדבר דמסתמא הניחם בביתו במקום שמצא המציאה או קבל מידו הפקדון וזהו שכתב רבינו המלוה ניתנה ליתבע בכ״מ דהיינו שהמלוה יכול לתבעו אף במדבר אפילו הלוהו ביישוב וכפי שפי׳ הרמב״ן:

ב אבל אם בא הלוה לפרעו במדבר אינו יכול לכוף למלוה לקבל מידו וכו׳. ודין פקדון כתב רבינו לקמן בסימן רצ״ג ודין גזילה כתבו בס״ס שס״ו. וא״ת מאי דוחקיה דתלמודא לפרש הברייתא דמלוה משתלמת בכל מקום ה״ק מלוה ניתנה ליתבע בכ״מ לימא כפשוטה וכדמפרש המקשה דהלוה יכול לכוף למלוה להשתלם ממנו אף במדבר אפילו הלוהו ביישוב ואפ״ה לא קשיא מתניתין אברייתא דמתני׳ בלא הגיע זמן הפרעון ובברייתא בהגיע זמן הפרעון וי״ל דס״ל לתלמודא מדתנא סתמא במשנה ובברייתא אלמא בלוה ממנו בסתם ולא קבע לו שום זמן איירי דאף ע״פ דסתם הלואה זמנה ל׳ יום אינו דומה לקובע זמן שהרי נאמן לומר פרעתיך תוך ל׳ כדכתבו התוס׳ והרא״ש ריש פ״ק דבתרא וכן פסק רבינו בסימן ע״ח ולהכי הלוהו במדבר יחזיר לו

במדבר אבל בקובע לו זמן אפילו הלוהו במדבר לא יחזיר לו במדבר כיון שהוא תוך הזמן וכך הוא מבואר מדברי בעה״ת בשער ל׳ דבסימן א׳ כתב כל חילוקי דינים דהלוהו בישוב או במדבר ואח״כ בסימן ב׳ כתב חילוקי דינים היכא דקבע לו זמן ורוצה לפרוע לו קודם הזמן מחששא דתקלה ואונסין שמצויין במעות וכו׳ ונשא ונתן בחילוקי דינים אלו ולא הזכיר כאן בסימן ב׳ החילוק דבין הלוהו בישוב להלוהו במדבר אלמא דבסימן הראשון לא מיירי אלא בסתם הלואה דלא קבע לה זמן ודינה כאילו כבר הגיע זמן הפרעון ואין לחלק בה אלא בין הלוהו בישוב להלוהו במדבר אבל בסימן ב׳ איננו מחלק בין הלוהו בישוב להלוהו במדבר אלא בין הגיע זמן ללא הגיע זמן דבהגיע זמן אין לו להשגיח על תקלת חבירו אע״פ שהלוהו בישוב כלומר דבשעת הלואה לא היה כלל חשש סכנת חילוף המטבעות ואפ״ה אין לו לחוש לתקלת חבירו לפי שאינו דומה לפריעת מדבר דלשם הסכנה גלויה ומצויה והתם הוא דאינו חייב לקבל ממנו במדבר כשהלוהו בישוב אע״פ דסתם הלואה חשוב כאילו כבר הגיע הזמן אבל כאן שאין הסכנה אלא לעתיד למחר או בו ביום לאחר הפרעון אין לו להשגיח על תקלת חבירו וכו׳ אבל בלא הגיע הזמן אפי׳ הלוהו בשעה שהיה חשש סכנת חילוף המטבעות ועכשיו ג״כ מצוי וניכר לעינים חילוף המטבעות אפ״ה כיון שלא הגיע הזמן אין ראוי לפרעו קודם זמנו לקלקלתו ולהפסדו של מלוה. וכך הם דברי רבינו דכתב המלוה ניתנה ליתבע בכ״מ וכו׳ עד וצריך לקבל במדבר ולא הזכיר החילוק שבין תוך זמן להגיע זמן משום דמיירי בסתם הלואה דדינה כאילו הגיע הזמן כדפי׳ ואח״כ כתב ואם קבע המלוה ללוה זמן וכו׳:

ג ומ״ש ומיהו בכ״מ ישוב וכו׳. כ״כ הרמב״ן ומביאו בעה״ת והכי דייק לישנא דמתני׳ הלוהו בישוב לא יחזיר לו במדבר דדוקא במדבר דהסכנה גלויה מיד אבל כשפרעו בישוב כיון דבשעת פריעה אין בו סכנה יכול לכופו לקבל אפי׳ יש כמה מדברות קודם שיגיע למקומו:

ד הלוהו במדבר וכו׳. שם במשנה ע״מ לצאת למדבר יחזיר לו במדבר ובגמרא פריך פשיטא ומשני דלא מיירי בתנאי גמור אלא בהודעה בלבד שהודיעו זה את זה שהולכים למדבר דינו כאילו היה שם תנאי גמור והרי״ף כתב המשנה כצורתה והאשיר״י כתב כלשון רבינו ונמשך רבינו אחריו אלא שיש לתמוה על הרמב״ם שלא הזכיר בבא זו כלל לא בס״פ י״ג ממלוה ולא בפ״ו מה׳ שאלה ופקדון וצ״ע למה וע״ל בסימן רצ״ג לשם נתבאר בס״ד:

ה ואם קבע המלוה ללוה זמן וכו׳. כ״כ בעה״ת וכבר כתבתי בסמוך דמ״ש רבינו מתחלת הסימן עד כה מיירי בסתם הלואה דחשוב כאילו הגיע הזמן אפילו הוא תוך ל׳ וכאן איירי בקובע זמן הילכך כשהגיע הזמן וההלואה היתה דומיא דהלוהו בישוב אע״ג דבשעת פרעון איכא חששא דלמחר או בו ביום לאחר הפרעון תגיע הקלקלה אין לו להשגיח על תקלת חבירו וכו׳ אבל אם לא הגיע הזמן אין יכול לכופו לקבל הפרעון היכא דאיכא חששות האלו אפילו הלוהו בשעה שהיה סכנת חששות האלו ועכשיו ג״כ מצוי וניכר לעינים חילוף המטבעות כיון שעדיין לא הגיע הזמן: ומ״ש אבל אם אין שם אחד מכל החששות וכו׳. נראה דאין זה אלא דוקא היכא שההלואה היתה דומיא דהלוהו בישוב דלא היה או חשש סכנת חילוף המטבעות התם הוא כיון דקביעת הזמן לא היתה אלא לתקנת הלוה ועכריו ג״כ אין שם חשש סכנת חילוף המטבעות יכול הלוה לכופו לקבלם תוך הזמן אבל היכא דבשעת ההלואה היה חשש סכנת חילוף המטבעות א״כ קביעת הזמן היתה לטובת המלוה יותר מלטובת הלוה כי קרוב הוא דבאורך הזמן תעבור חששא זו דסכנת חילוף המטבעות הילכך אע״פ דעכשיו בשעת הפרעון עברה כבר חששא זו ואין הלוה רוצה להחזיר תוך הזמן אלא כדי שלא יהיו באחריותו של לוה אפ״ה אין יכול לכוף למלוה תוך הזמן כיון שהיתה מתחלה קביעת הזמן לתקנת המלוה והשתא חושש הוא להפסד אע״פ שהיא חששא רחוקה הדין עם המלוה והכי מוכח בתוס׳ פרק מי שאחזו (דף מ״ה) דההיא דתנן הלל הזקן תיקן בקונה בית בבתי ערי חומה שיהא חולש מעותיו ללשכה דהקשו למה לי תקנה הא פשיטא דפרעון בע״כ הוי פרעון ותירצו דהכא כיון דהמלוה מפסיד בנתינה זו לא הוי פרעון אלמא דאפילו בבתי ערי חומה דהגיע הזמן אפ״ה כיון דהמלוה מפסיד בנתינה זו לא הוי פרעון בע״כ כ״ש היכא דלא הגיע הזמן והזמן נקבע לתקנת המלוה דפשיטא דאינו פרעון בע״כ וכיוצא בזה כתב בשלטי גיבורים סוף קמא במלוה לבעלי חנויות לזמן דלא מצי בעל חנות למיהדר ביה תוך הזמן כיון שהגיע הפסד למלוה שהמעות יהיו שבותין אצלו ולא ירויח בהן כלום דהזמן היה לתקנת המלוה ואינו יכול לכופו לקבל ממנו קודם זמנו ע״ש ונראה בנדון דידן כ״ש הוא דכיון דאפילו מחששא דשמא יפסיד רווחים חשיב ליה הפסד כ״ש היכא דאיכא חששא דהפסד דקרן וכ״כ עוד בבעה״ת דמשכנתא דאוכל המלוה פירות אין הלוה יכול לכופו למלוה לקבל המעות תוך הזמן כיון שיש לו למלוה הפסד בפירות והזמן היה לתקנת המלוה שיאכל פירות כל אותו הזמן וכ״כ הר״ן ע״ש הרמב״ן בס״פ האשה שנפלו ע״ש: כתב ב״י וז״ל מ״כ א״ל הלוה טול מעותיך ואמר איני חפץ בהם והרי הם צרורים ומונחים ונגנבו או נאבדו נראה לי שחייב הלוה דאילו מתרמי ליה עיסקא מי לא זבין בהו הילכך חייב באחריותן אבל פקדון מכי א״ל טול את שלך כלתה שמירתו וכעין זה מצאתי בראב״ן ואני אומר אם המעות פקדון ומותרים שאינם צרורים בקשר משונה אמאי לא יתחייב באחריותם כיון דיכול להשתמש בהם עכ״ל ואין זו קושיא כלל דלא פטרו בפקדון אלא כשא״ל כך ביומא דמישלם זמניה דכלתה שמירתו והילכך לא מתחייב עליה דפקדון בעל כרחו אבל הלואה מתוך שהלוה יכול לחזור ולהוציא אותו מנה חייב באחריותם אף על גב דמישלם זמניה והכי נקטינן והוא סברת ריב״א שהביא המרדכי פרק מי שאחזו וכך פסק הרב בהגהת ש״ע כאן סעיף ג׳ והוסיף ואמר והוא בזמן ורצונו לומר ביומא דמישלם זמניה כדפירש׳ דכך הוא לשון התלמוד רפ״ק דבתרא

דבזמנו פירוש ביום שנשלם בו הזמן ובא להוציא שאם היה בתוך הזמן דאף בפקדון היה חייב הנפקד כיון דלא כלתה שמירתו כמ״ש הרב המגיד סוף פרק ז׳ דהלכות פקדון וכדלקמן בסימן רצ״ג סעיף א׳ והא דכתב והם צרורים ומונחים ביד לוה לרבותא קאמר הכי דאע״ג דהמעות מוכנים ומונחים ומזומנים כדי להחזירם למלוה אפ״ה הלוה חייב לשלם אם הניחם לפניו בר״ה והמלוה הלך לו ונאבדו או נאנסו דאע״ג דאיכא למימר השתא למה לא לקחם המלוה מכל מקום מאחר שאם היה רוצה הלוה לחזור ולהוציא אותן המעות לצרכו היה עושה חייב באחריותן ודלא כראבי״ה שכתב המרדכי בפרק מי שאחזו דכיון דקאמר לוה דשוב איני שומרם אפילו ש״ח לא הוי ופטור אפילו מפשיעה וכך פסק ב״י בסימן ק״ך בש״ע דהלוה פטור וכדעת ראבי״ה והוא דעת הרמב״ן שכתב הטור ס״ס ק״ך אבל בעל הגהות כתב עליו ויש חולקים בזה והוא דעת ריב״א שבמרדכי ודעת ראב״ן שהביא ב״י כאן דהלוה חייב אע״ג דהוה ביומא דמישלם זמניה משא״כ בפקדון דכלתה שמירתו וכדפסק הרב כאן בהגהתו כך הוא העיקר ושרי ליה מאריה למהרו״ך שכתב כאן כמה פירושים ודברים שלא במשפט:

ו שאלה לא״א הרא״ש ששאלת וכו׳ ואם הלוהו על המשכון וכו׳. נראה דלא זו אף זו קאמר דלא מיבעיא בהלוהו בש״ח בלא משכון מצי לוה לכופו שיקח ממנו קרקע בפרעון אלא ישמור שטרו בידו עד שיהיו לו מעות אלא אפילו הלוהו על המשכון דהוה אמינא דכנגד דמי החוב דהו״ל כאילו פירש שמקבלו בתורת פרעון אליבא דכ״ע כדלעיל בר״ס ע״ב פשיטא דיכול לכופו לקבלו ממנו בדמי חובו וקמ״ל דאינו יכול לכופו דמצי א״ל אילו הוה ליה זוזי וכו׳:

ז ואם בא לפרוע תוך הזמן בפרוטרוט וכולי. מימרא דרבא פרק האומנים ורבינו מפרש דהיינו דוקא תוך הזמן אבל כשהגיע הזמן צריך לפרעו בבת אחת וכן כתב במרדכי לשם והביא ראיה לדבר מיהו האלפסי לא הביאו בהלכותיו ונראה דסבירא ליה דרבא איירי כשכבר קבל המלוה מידו מעט מעט בפרוטרוט מקצת חובו לא מצי להחזיר ללוה מה שקיבל ולומר לו איני רוצה ליקח מעותי אלא בבת אחת אלא מאי דכבר פרעיה זוזא זוזא פרעון הוי אבל לכתחלה פשיטא דאינו יכול לכופו לקבל ממנו בפרוטרוט אפילו תוך הזמן כן נראה לי דעת האלפסי שלכך לא הביאו ואע״ג דבנוסחי דידן איתא האי מימרא בספר האלפסי אינה מעיקר ההלכות אלא הגה״ה היא והכי מוכח מדברי נ״י ומ״מ הרא״ש והעיטור ובעל התרומות בשם הרמב״ן כתבו מימרא וס״ל דתוך הזמן יכול לכופו למלוה שיקבל ממנו בפרוטרוט:

ח ומ״ש ומיהו אם משכן לו שדהו וכו׳. היינו אפי׳ תוך הזמן ופשוט הוא דהא בהגיע הזמן אפילו לא משכן לו כלום חייב לשלם לו בבת אחת כ״ש במשכן וכן מבואר בדברי ה״ר ירוחם ני״ב הביאו ב״י: ומ״ש וכן כתב א״א הרא״ש בתשוב׳ וכו׳. כתב ב״י וז״ל תמיהני על רבינו שכתב וכ״כ הרא״ש שאין דברי הרא״ש ענין לדברי הרמב״ן דהרא״ש מיירי כשהלוה רוצה שיקנה קצת מהבית בחובו והרמב״ן מיירי כשאינו אומר שיקנה מהשדה כלל אלא שיחזירו לו חצי השדה כיון שפרעו חצי החוב וחצי השדה ישאר ממושכן בעד חצי החוב וחצי השדה עכ״ל ונראה ליישב דרבינו דקדק בלשון השאלה שכתב ואומר שמעון כי על הבית כולו הלוהו ואינו רוצה לקבל קצתו אלמא משמע דלא היה מקפיד שמעון אם מקבל הבית בעד חובו או מעות מנויות אלא דמקפיד שלא לקבל קצתו ואפשר נמי לומר דדרך רבותא טען שמעון כך כלומר אפילו הייתי מקבל הבית בעד החוב לא אקבל קצתו אבל לפי האמת איננו רוצה בשום בית אלא במעות הוא רוצה ולכך השיב הרא״ש תרתי תחלה השיב על משמעות הראשון כפשוטו שאינו מקפיד על מעות אלא מקפיד על קצתו השיב כיון דדבר פשוט הוא בעלמא שאינו יכול לכופו שיקח משכונו כנגד חובו ויחזיר המותר וכו׳ א״כ כ״ש בנדון זה דאף ע״פ דאין שמעון מקפיד ורוצה לקבל הבית במעותיו פשיטא שאינו יכול לבטל שיעבודו אפילו היה נותן לו מעות מנויות מקצת החוב עד שיתן לו כל מעותיו שהלוהו ועל המשמעות השני שאין המלוה רוצה בבית כלל אלא במעות מנויות השיב הרא״ש ואמר ועוד אני אומר אפילו אין כל הבית שוה יותר וכו׳ והשתא ממה שהשיב הרא״ש על משמעות הראשון בטענת שמעון שהדין עם שמעון מבואר דס״ל כהרמב״ן:

ט המלוה לחבירו על המטבע וכו׳. בפרק הגוזל קמא איתמר המלוה את חבירו על המטבע ונפסל המטבע אמר רב נותן לו המטבע היוצא באותה שעה ושמואל אמר יכול לומר לו לך הוציאו במישן ופירש״י שמכר לו פרקמטיא וקצב לו כך וכך מעות ואח״כ הלוה לו סך המעות שקצב לו לזמן כך וכך שיתן לו מטבע כלומר מעות ונפסל המטבע ודוקא (שהלוהו) [שמכר לו] פרקמטיא אבל הלוהו מעות את שהלוהו משלם לו והתוס׳ פירשו תחלה איך היא דעת רש״י ואח״כ הקשו על פירושו וכתבו ונראה לפרש דאין חילוק בין מכר לו פרקמטיא בין הלוהו מעות ומיירי כשהתנה עמו ע״מ שישלם לו מעות וכיון שפירש לו כך סתמא דמילתא שלכך פירש שאם יפסל יתן לו מטבע היוצא דאותו שנפסל אין שמו מטבע ושמואל סבר כיון שיוצא במישן שם מטבע עליו עכ״ל. עוד כתבו פי׳ אחר הביאו הגהת אשיר״י ע״ש ר״י אבל הרא״ש כתב כפירוש הראשון דתוס׳ וכך הם דברי רבינו שכתב והתנה עמו שיתן לו מטבע לזמן פ׳ וכו׳ פירוש דא״ל ע״מ שישלם לו מטבע וכו׳ דלרב כיון דנפסל ואין יוצא במדינה לא מיקרי מטבע ולשמואל כיון דיוצא במדינה אחרת מיקרי שפיר מטבע וה״ה נמי בהתנה עמו ליתן לו מעות הכל שוה בדין ופסקו כל הגאונים כשמואל וכך כתב רבינו. והחילוקי דינים

שכתב רבינו בין אית ליה דרך למקום אחר ללית ליה דרך ובין מלכיות מקפידות וכו׳ הכל מסקנא דגמר׳ אליבא דשמואל ורב נחמן ורבינו לא ביאר דבריו והוא דהא דמפלגינן בין יש לו דרך לשם לאין לו דרך אינו אלא היכא דאין המלכיות מקפידות כל כך לחפש אם שום אדם מוליך מאותו מטבע למדינה אחרת הילכך אי אית ליה אורחא שנצרך לילך שם יקבלם ויוציא לשם בסחורה ואי לאו הואיל ואין להראותם בכאן בפרהסיא לבני מדינה אחרת הבאין כאן דאי משכחי ליה דמוציאם כאן קפדי ומפסידי ליה לפיכך אם הוא רוצה לא יקבלם ואם אין המלכיות מקפידות כלל שאף במקומו יכול להוציאם לבני מדינה אחרת הבאים כאן אף בפרהסיא צריך לקבל מטבע הנפסל וכו׳ ומיהו דוקא אם סוחרים של אותה מדינה שכיחים ומצויים לבוא לכאן בסחורתם כדכתב הסמ״ג אז צריך לקבל מטבע הנפסל ואם אין מצויין א״צ כלל לקבל אלא צריך ליתן לו החדשה. וכתב מהרש״ל הא דאמר אפי׳ היכא דאית ליה דרך למדינה אם מקפידות המלכיות כ״כ לחפש אחר מי שיש לו מעות שנפסלו צריך ליתן לו החדשה יש לחלק בין אם אין שם אלא הפסד ממון בלבד דאז אם הלוה נעשה לו ערב בעד היזקותיו שומעין ללוה אבל אי קפדי טובא ואיכא ספק סכנת תפיסה או סכנת נפש פשיטא דאין שומעין לערבות שלו. וכתב עוד והיכא דהלוה לו לזמן ידוע ונפסל לאחר הזמן וזה לא שילם לי בזמנו פשיטא שמשלם לו ממטבע החדשה והמרדכי כתב בשם ר״ת ורשב״ם איך היו דנים דינא דמלכותא בענין מטבע שנפסל ומאחר שלא הוזכר בתוספות ש״מ דנתבטלו אותן הדברים כי לא היה אלא מנהג קבוע בימיהם והאידנא ליכא אלא דינא וכן הרא״ש ושום מחבר לא הביאו ש״מ דלית ביה ממש עכ״ל גם הרב בהגהות ש״ע כתב דיש חולקין וכתב כן ע״פ תשובת הרא״ש כלל ק״ג סימן ב׳ ותשובת הריב״ש סימן קצ״ו ונ״ל דפלוגתא דרבוותא המע״ה: כתב המרדכי ר״פ הגוזל קמא דאם אותן המעות שהלוה לו ונפסלו הן בעין לא גרע לוה מגזלן שא״ל הרי שלך לפניך אבל בהגהת מיימוני פ״ד ממלוה חולק דאפילו הן בעין צריך לשלם לו מטבע היוצא וגם בזה נראה כיון דלא איפסיקא הלכתא המע״ה:

י תשובה לא״א הרא״ש וכו׳. פי׳ בשעה שהלוהו מאה זהובים היה נותן לו עשרה קורדניס בזהוב ועכשיו הוקרו הקורדניס דאין נותנין אלא ו׳ בזהוב תייב לפרוע לו עשרה בזהוב דאפילו בהלוהו סתם ואח״כ נפסל המטבע נותן לו המטבע שהלוהו אע״ג דמפסיד המלוה כ״ש היכא דלא נפסלו אלא שהוקרו שצריך לפרוע לו מה שהלוהו אע״ג דמרויח מלוה דבאותן מעות שקבל מידו נשתעבד לו הוא ונכסיו ואף ע״ג דאסור ללות סאה בסאה דשמא הוקרה ואית ביה איסור רבית אפילו הכי במטבע אין בו משום רבית ועיין בי״ד בסימן קס״ב:

סימן עה

א התובע את חבירו וכו׳. נראה דבכלל הלוית לו או הפקדת וכו׳ הוי נמי שיברר ההלואה באיך ומה היתה ובאיזה מקום ובאיזה מטבע וכן בפקדון א״נ הזיקו או נתחייב לו בדרך אחר דצריך שיפרש החיוב באותו דרך דשמא טועה הוא וחושב שחייב ואינו חייב ולפי שנראה ממ״ש הרמב״ם ומפני מה אין מקבלין ממנו תשובה זו שמא טועה הוא וכו׳ דאלמא דאם אינו מברר אין משגיחין לטענתו ואין מקבלין את טענתו דאם תובע הוא אין משביעין לנתבע כל עיקר ואם הנתבע אינו מברר מחייבין אותו לשלם כשישבע התובע לכך כתב רבינו על זה דהרא״ש בתשובה כלל ע׳ סימן ד׳ חולק שאין אדם צריך לברר וכו׳ כלומר שלא הפסיד דינו אם לא בירר בין בתובע בין בנתבע אלא שאם נראה לדיין שבא ברמאות התם הוא דיפסיד וכמו שנתבאר בתשובה כלל ק״ז סימן ו׳ (בדף קנ״ב ע״א ע״ב) ע״ש שכתב באורך. ואף ע״פ שהרא״ש בפסקיו ס״פ הדיינין כתב ראיה ברורה דא״צ לברר ע״ש (בדף נ״ז תחלת עד) אפ״ה הביא רבינו מ״ש בתשובה משום דבתשובה מפורש ג״כ דמחלק בין נראה לב״ד שבא ברמאות ותו בפרק הדיינים לא מוכח אלא דהלוה א״צ לברר היאך פרע לו אבל בתשובה מפורש דה״ה נמי תובע א״צ לברר עוד נראה מדברי הרמב״ם לחלק בין תובע לנתבע דאם התובע מרר ומפרש טענתו מאיזה צד הוא חייב לו והנתבע אומר בסתם איני חייב כלום או אין לך בידי כלום או שקר אתה טוען א״ל ב״ד אין זו תשובה נכונה אלא פרש התשובה כמו שפירש זה טענתו אבל אם גם התובע תבעו בסתם מנה יש לי אצל פלוני והוא משיב אין לך בידי כלום וכו׳ אין ב״ד נזקקין לאחד מהם יותר מלחבירו אלא אומר לשניהם פרשו טענותיכם ואם אינן מפרשים לא זה ולא זה חזר הדין כאילו פירשו שניהם טענותיהם ופוסקים להם הדין אבל אם תבעו בסתם מנה יש לי אצל פלוני והוא משיב יברר ויפרש מאיזה צד אני חייב לו כי אינני יודע משום חוב אז אומרים ב״ד לתובע אמור לו מאיזה פנים הלוית אותו או הפקדת וכו׳: וכתב הרא״ש בתשובה כלל ע״א סימן ה׳ וז״ל ואם לא יבאר לשם מה נתנה לו אין להטיל שבועה על יהודה כי שבועת היסת תקנת חכמים היא ולא ישביענה אלא בטענה מבוררת ומביאו ב״י מח״א: כתב בתרומת הדשן סוף סי׳ שמ״ג לגבי מסים וז״ל נראה דלפי דין התלמוד רוב הגאונים פסקו והוכיחו מן הגמרא דהנשבע לחבירו שאינו חייב לו נשבע בסתם וא״צ לפרש באיזה ענין אינו חייב לו או באיזה ענין פרעו וה״ה ה״נ כיון שנשבע שכך סך ממון יש לו ורצונו לתת לו ממנו לפי הערך הרי זה נפטר ממנו ולא יצטרך לפרש ולבאר יותר אמנם בספר המצות כתב דאחר סיום התלמוד תיקנו הגאונים שצריך לפרש בשבועתו היאך אינו חייב לו כדי שלא יוכל לבוא לשום טעות או רמאות וכתב בהגהת מיימוני שכך נהג מהר״ם לפסוק בסוף ימיו וכן משמע באשיר״י במתניתין בריש ב״מ שיש לדיין לבאר ולסגור בפניהם כל צד רמאות כשמשביע לבעלי הדין

וא״כ כ״ש בענייני מסים וכו׳ עכ״ל ומשמע שרצונו לומר שצריך לברר ואם אינו רוצה לברר יפסיד ועיין לעיל סימן ע׳ סעיף ג׳ וסימן ע״ב סעיף ט״ו ולקמן בסימן קל״ג סעיף ג׳. מיהו אם אין נראה לדיינין שום רמאות אלא שלא יוכל לברר דבריו לא הפסיד משום זה:

ב טענו מנה לי בידך וכו׳. כתב במרדכי פרק כל הנשבעין בתרא וז״ל בשערי רב האי גאון כתב בפרק כ״ה דהמלוה בקנין חשוב כשטר לטרוף ממשעבדי וכן בשער ג׳ פסק לענין הילך עכ״ל ונראה דר״ל אם תבעו מנה והודה לו בחמשים שהקנה לו בקנין וכפר בנ׳ לא הוי מודה מקצת לחייבו שבועה אלא הוי הילך וכ״כ בסמוך לשם במרדכי עוד להדיא משערי׳ דרב אלפס וז״ל שער ה׳ במודה מקצת ט׳ דברים וכו׳ ט׳ אם שטר הוא דקא מודה או בקנין עדים הוי הילך וכו׳ עכ״ל וב״י כתב על זה ואינו נראה בעיני עכ״ל ואין זה אלא שגגה היוצאת מלפני השליט דהא פשיטא כי היכי דבהלוהו על המשכון חשיב המשכון הילך לכ״ע וכדפרישית לעיל בסימן ע״ב סעיף כ׳ הוא הדין היכא דהלוהו בשטר חמשים ואח״כ תבעו במנה ואומר שהלוהו עוד חמשים בע״פ וזה מודה בנ׳ שבשטר וכופר בנ׳ שבע״פ דאין זה מודה מקצת דליכא למימר הכא בכוליה בעי דליכפור ליה אלא שאין אדם מעיז דאי אפשר לזה לכפור בנ׳ שבשטר וע״כ לא פליגי הר״י מיגא״ש ובעל העיטור אלא היכא דבשעה שתובעו מנה ומודה לו בנ׳ וכפר בתמשים הוא נותן לו עכשיו שטר או אפילו משכון על נ׳ ע״ל סימן פ״ז אבל משכון או שטר שכבר הוא ביד התובע ליכא מאן דפליג דפשיטא דאין זה מודה מקצת אלא הוי הילך וה״א להדיא פ״ק דמציעא (דף ד׳) למ״ד הילך פטור הא דתניא סלעים דינרין מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש רשב״א אומר הואיל והודה במקצת הטענה ישבע טעמא דאמר שלש הא שתים פטור והאי שטרא דקא מודה ביה הילך הוא ופטור וכ״כ הרמב״ם להדיא בפ״ד מטוען וזה שכתב בעל העיטור דהיכא דנותן לו משכון בשעה שמודה מקצת לפני ב״ד הילך הוא דהא אפילו שטר הילך הוא עכ״ל ומביאו רבינו ריש סימן פ״ז ה״ק דאפילו שטר שביד התובע כבר קודם תביעה חשוב הילך כמבואר בגמרא שהבאתי כ״ש משכון שנותן לו עכשיו בשעת הודאה דעדיף טפי משטר אבל הר״י מיגא״ש סובר דעדיף שטר טפי שכבר הוא ביד התובע ממשכון שנותן לו עכשיו וכמו שיתבאר לשם בס״ד. שוב כתבתי בסימן פ״ז דנראה עיקר דהר״י מיגא״ש חולק דאף בשטר שכבר הוא ביד התובע לא הוי הילך ע״ש ועיין עוד במ״ש רבינו בסימן פ״ח סעיף ל״א לשם יתבאר בדברינו בס״ד וע׳ במ״ש בסמוך סעיף ה׳ בדין הילך: בד״א בטענו מנה של מלוה אבל בטענו מנה של פקדון וכו׳ ועדים מעידים אותו שראו נ׳ בידו הוחזק כפרן. פי׳ דהעדים אסהידו ביה דההיא שעתא איתיה לפקדון בביתיה והוה ידע ביה דהשתא גזלן הוא דאל״כ לא הוחזק כפרן דדילמא נאבד ממנו הפקדון ואשתמוטי קא משתמיט עד שימצאנו וה״א התם להדיא בגמרא (סוף דף ה׳) ודוקא בב׳ עדים הוחזק כפרן אבל ע״א שהעיד שראה בידו נ׳ נשבע ש״ד להכחיש העד בנ׳ שמעיד ומדין גלגול נשבע ש״ד ג״כ על נ׳ האחרים: ומ״ש הוחזק כפרן והתובע נשבע ונוטל אין להקשות מהא דסימן ע״ע סעיף ו׳ דהמסקנא בהוחזק כפרן דשכנגדו נוטל בלא שבועה דאין זה אלא באותו ממון שהוחזק עליו כפרן אבל כאן איירי בנ׳ האחרים דממון אחר הוא דהנתבע חייב ש״ד כדין מודה מקצת אלא דכיון שהוא נחשד מהפכין השבועה על התובע ונשבע ונוטל: וכתב הרא״ש בתשובה סוף כלל צ״ד על אחד שהפקידו בידו מעות להשביתן וכו׳. ומביאו ב״י במחס״ה וגם לעיל בסימן ל׳ הביאו ב״י במחס״ד ולשם כתבתי בס״ד לבאר דבריו ע״ש:

ג ואם מודה בנ׳ ויש ע״א שמעיד כדבריו פוטר מן השבועה. זו היא דעת התוס׳ וכן פסקו האחרונים ע״ל סוף סימן כ״ט וסוף סימן מ״ו וסוף סימן פ״ד וסימן פ״ז סעיף י״א וכתב ב״י שרבינו בסימן פ״ד כתב שבעה״ת חולק בזה ולשם כתבתי ע״ש בעה״ת שגם הרמב״ם חולק בזה עכ״ל ולשם כתבתי דאין נראין דברי בעה״ת במה שהבין בזה מדברי הרמב״ם ע״ש ולענין הלכה סוגיין דעלמא דעד המסייעו פוטרו מן השבועה בין מש״ד בין משבועת היסת וע׳ בתרומת הדשן סימן של״ד:

ד השיב אין לך בידי כלום. כלומר מעולם לא הלויתני דאין כאן דררא דממונא או אפילו שטען יש לי בידך כנגדו כסות או כלים דמודה שלוה ממנו אלא שיש לו בידו חפץ ששוה כמו הסך שלוה ממנו דאיכא כאן דררא דממונא שהרי זה מודה בחוב וזה אינו מודה בחפץ ומשמע בירושלמי שישלם לו החוב שמודה בו ואח״כ ידין עמו על החפץ או אפילו אמר אמת היה לך בידי אבל אתה מחלת לי או נתתו לי במתנה דאיכא נמי דררא דממונא דמודה לו בחוב אלא שטען מחלת לי וכו׳ ואע״פ דמחילה או מתנה טענה גרועה היא מ״מ כיון שכופר בכל פטור משבועה מן התורה וכו׳ ואצ״ל בטוען פרעתיך דפטור נמי מש״ד ולא היה צריך לפרש דאפילו בטוען פרעתיך חייב לישבע היסת דנשמעיניה ממ״ש ברישא אין לך בידי כלום דכיון דאפילו היכא דליכא דררא דממונא נשבע היסת כ״ש בטוען פרעתיך דאיכא דררא דממונא ויותר נראה דרישא דקאמר אין לך בידי כלום תרתי משמע בין שאמר לא לויתי ממך מעולם בין שאמר לויתי ופרעתיך ואין לך בידי כלום ומה שפסק רבינו בטען יש לי בידך כנגדו כסות או כלים דנשבע היסת ופטור דלא כדמשמע בירושלמי כך הוא דעת רוב אחרונים וכך הלכה רווחת בישראל וע׳ בב״י מיהו דוקא בשזה תובעו מנה לי בידך בע״פ אבל כשתובעו בשטר התובע נאמן ע״ל בסי׳ כ״ד ועיין בתשובות מהרי״ו סימן כ״א האריך בזה ופשוט הוא: כתב ב״י ונ״ל שהתופס חפץ מפקדון וטוען שיש לו ביד המפקיד כך וכך שנאמן היכא דליכא עדים וראה בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר וכשאין עשויין להשאיל ולהשכיר דליכא עדים או ליכא ראה סגי ונתבאר זה בסימן ע״ב וכו׳ עכ״ל. ונראה דמ״ש בתחלה שנאמן היכא דליכא עדים נראה לאו דוקא דה״ה אפילו איכא עדים כיון דליכא ראה סגי לאפוקי היכא

דאיכא ראה דאינו נאמן אפילו ליכא עדים ועי׳ לעיל בסימן ע״ב סעיף י״ג: וכתב ב״י וז״ל וכתבו תלמידי הרשב״א בריש מציעא והא דאמרינן חיישינן שמא מלוה ישנה וכו׳ עד אבל אי אית ליה להאי עידית ולהאי זיבורית דהוה דינא זה גובה וזה גובה וכו׳ עכ״ל וקשה טובא דבפרק בתרא דכתובות איתא להדיא דבאית ליה לחד בינונית ולחד זיבורית כל אחד עומד בשל וממילא הוא הדין בדאית ליה לחד עידית ולחד זיבורית וכן כתב רבינו לקמן בסימן פ״ה סעיף ג׳ ולא אמרינן זה גובה וזה גובה אלא היכא דאית לחד עידית ובינונית ולחד זיבירית ע״ש. ונראה ודאי דאיכא טעות סופר בלשון ת״ר וכצ״ל אבל אי אית ליה להאי עידית ובינונית ולהאי זיבורית דהוי דינא זגוז״ג וכו׳:

ה וכן אם אמר אין לך בידי אלא נ׳ והנני נותנם לך וכו׳. כלומר לא מיבעיא בטוען כבר יש לך משלי כפי הסך שאתה תובעני דפטור אלא אפילו טוען אני נותנם לך עכשיו וזה נקרא הילך ואיכא למאן דאמר הילך חייב שבועה דאורייתא מכל מקום קיי״ל כמאן דאמר הילך פטור מיהו דוקא בנותן לו מעות מזומנים אבל בנותן משכון איכא פלוגתא בין הפוסקים לקמן בריש סימן פ״ז וזהו שאמר והנני נותנם לך דמשמע דמזומנים הם בידו ליתנם לו ואין צריך שיחזיר לו אותן מעות עצמן שהלוהו אלא אפילו מעות אחרים הוא דלא כדמשמע בפי׳ רש״י שכתב וז״ל והילך לא הוצאתים והן שלך בכל מקום שהם עד כאן לשונו וכן כתב בהגהת אשיר״י ע״ש רש״י וכך נראה מדברי הפוסקים דלא כפרש״י ולפע״ד נראה שאף רש״י לא פירש כך אלא למ״ד הילך חיוב דסתמא משמע דאפילו אמר הילך באותן מעות עצמם נמי חייב אבל למ״ד הילך פטור אפילו במעות אחרים נמי פטור דסתמא משמע בכל ענייני הילך פטור ע״ש והכי נקטינן: כתב הרמב״ם פ״א ופ״ו מטוען טעון מנה יש לי ביד פלוני שגזל ממנו וכו׳ נשבע היסת אלמא דאע״פ שלפי כוונת התובע פסול לישבע אפילו הכי נשבע לו וכן כתב במרדכי פ״ק דמציעא ע״ש מהר״ם והוא משנה וגמרא סוף קמא ונראה דבכלל זה בטוענו מנה לי בידך שלקחת ממני רבית קצוצה וכ״כ רבינו לקמן בסימן פ״ב ס׳ כ״ו מיהו הריב״ש בתשובה סימן תי״ג כתב דאפילו איכא עדים דלוה ברבית אינו נפסל שתולין לומר שהלוה לו בדרך שאין בו איסור וכדלעיל בסימן ל״ד בב״י מחודשים סעיף י״ז י״ח וא״כ קשה דיפטר נמי מן השבועה וי״ל דס״ל להריב״ש דאין זה אלא לענין דאינו נפסל לעדות ולשבועה אבל מ״מ אם תובעו בכך עושין לו דין ומשביעין אותו שלא לקח ממנו רבית קצוצה דשמא היה טועה וסבור שאין בו איסור באותו דרך א״א אין הולכין בממון אחר החזקה או אחר הרוב ועוד נראה לחלק דאם טען להד״ם נשבע שלא לקח ממנו רבית אבל אם טען שבהיתר לקח נאמן בלא שבועה וזה עיקר והכי נקטינן וע׳ עוד בי״ד סימן קס״ט:

ו ואפילו אם השיב איני יודע וכו׳. כלומר אע״פ שזה ברי וזה שמא וברי ושמא עדיף ה״מ בשאינו מוחזק לא זה ולא זה אבל הכא דהנתבע מוחזק המע״ה וע״ל בסימן רכ״ג. ואיכא למידק דהכא משמע דבתובעו מנה לי בסתם אע״פ שאינו טוען בפירוש אתה יודע בודאי שמנה יש לי בידך מכך וכך נמי נשבע היסת ולקמן בסימן צ״ג סעיף ב׳ הביא רבינו דברי הרמב״ם על ראובן שהטיל לכיס ת׳ וכו׳ טען ראובן דשמעון ידע ודאי בפחת זה וכו׳ וי״ל דהכא מסתמא ודאי ידע שלוה ממנו ולקמן נמי סימן ק״ח סעיף ב׳ לגבי יורש מסתמא ידע במילי דאבוה שלוה מנה מפלוני הילכך כשטוענו בסתמא יש לי זכות בממון שירשת אע״פ שאינו תובעו בברי אביך צוה לך שאתה חייב לי מנה חשיב כאילו תבעו בפירוש דמסתמא ודאי ידע אבל בשותפים שהטילו לכיס הוי איפכא דמסתמא ודאי לא ידע ששותפו הפסיד בכך וכך כיון שזה היה מתעסק על הרוב והאחר לא היה מתעסק אלא על המעט הילכך אין האחר חייב שבועה אא״כ בתובעו שהוא ידע בודאי בפחת זה וכו׳:

ז ואפילו אם תבעוהו תחלה וכו׳ כדי להקל בשבועתו וכו׳. כ״כ בעה״ת בשער י״ב סוף סימן א׳ ע״ש הראב״ד ואין פירושו שיודע בודאי שאינו חייב לו כלום אלא כדי להקל משבועתו נשבע שאינו יודע דאם כן הרי הוא נשבע לשקר שהרי יודע הוא דאינו חייב ונשבע שאינו יודע אלא נראה ודאי דהשבועה היא בלשון זה אינני יודע בשום דבר שאהיה חייב לו ולפי שחושש לעונש חומר שבועה פן ואולי נשאר חייב לו מאיזה משא ומתן שהיה ביניהם מעולם שגם התובע איננו תובעו בו דגם אליו אינו ידוע ולכן נשבע בלשון זה שאיני יודע בשום דבר שאהיה חייב לו דהכוונה שאינו חייב לו במה שתבעו עכשיו ואף אם היה נשאר חייב לו ממקום אחר אינו ידוע לו וכל זה נכלל בלשון הראב״ד שכתב אבל הכא שהטענה הראשונה היה פוטרו ולא באו עדים להכחישו וכשבא לישבע דקדק בשבועתו לעשותה כתקנה ישבע היסת שאינו יודע ומיפטר עכ״ל וע״ל בסימן ע״ט כתב רבינו בסעיף ז׳ דאפילו חזר וטען פרעתי לא הוי חוזר וטוען וע׳ במ״ש לשם בס״ד:

ח כתב הר״מ מרוטנבור״ג וכו׳ אע״פ שיודע בודאי שהוא חייב לו והרי כאילו מחל וכו׳. נראה דר״ל דאפילו בבא לצאת ידי שמים נמי פטור כיון דמחל לו בלב שלם אבל מלשון הרמב״ם פ״ג מטוען בדין טענו חיטים והודה לו בשעורים דפטור אף מדמי שעורים כתב הרב וז״ל ונמצא זה דומה למי שאמר לחבירו מנה לך בידי וא״ל האחר אין לי בידך שאין ב״ד מחייבים אותו (לשלם) ליתן לו כלום עכ״ל משמע דבדיני אדם פטור אבל בדיני שמים חייב ואפשר דהכא דקאמר בודאי אינך חייב לי מחל לו בלב שלם ופטור אף מדיני שמים והרמב״ם לא מיירי בדאמר בודאי וכו׳ ומיהו אם בא אח״כ ואמר נזכרתי שאתה חייב לי כך וכך כמו שאמרת ולא אמרתי מתחלה ודאי לי שאינך חייב לי אלא שטעיתי ומעולם לא מחלתי לך כלום חייב לשלם לו

אף מדיני אדם דלא אמרינן דמחל לו בלב שלם אלא א״כ דלא שם לבו לדקדק אבל הכא דחזינן דשם לבו לדקדק א״כ לא מחל לי אפילו אם היה רק ספק בדבר זה אסור לו להחזיק בשל חבירו מספק דשמא מחל לו כנ״ל ודלא כמ״ש מהרו״ך וע״ל סי׳ פ״ח סי״ד׃

יא טענו הלויתיך מנה וכו׳ עד ל״ש טען איני יודע אם פרעתי אם לאו וכו׳. וקשה דלאיזה צורך כתב חלוקה זו כאן שהרי אפילו אין שם עד כלל חייב לשלם כיון שמודה שלוה ואינו יודע אם פרע כדכתב בסמוך סעיף ח׳ ותו דכתב טעמא דברי ושמא ברי עדיף ואנן לא קיי״ל האי טעמא להוציא מיד המוחזק היכא דטען איני יודע אם הלויתני וליכא ע״א מסייע לתובע כדלעיל סעיף ו׳ ותו דלמה ליה לרבינו להאי טעמא תיפוק ליה טעמא דמתוך שאיל״מ בלחוד ונראה דרבינו הכי קאמר דאם הלוה אומר איני יודע אם הלויתני וע״א מעיד שהוא חייב לו ל״ש טען איני יודע אם לויתי אם לאו כלומר דטענה זו בלחוד טען הלוה ולא טען יותר ול״ש טען נמי איני יודע אם פרעתי כלומר אפשר שלא לויתי כלל ואפשר נמי שלויתי ופרעתי כי אינני זוכר כל עיקר אם לויתי ופרעתי או שמא לא לויתי כלל אבל בין כך ובין כך אינני יודע שחייב אני לך דבטענה זו אין לחייבו מטעם מתוך שאינו יכול לישבע משלם בלחוד כיון דטוען נמי טענת פרעתי אלא דאיכא לחייבו מטעם דכיון דע״א מסייע לתובע ומעיד שהוא חייב לו ברי ושמא ברי עדיף כלומר אם היה טוען ודאי פרעתיך אפילו היו שנים מעידים דלוה פטור דהמלוה את חבירו בעדים א״צ לפרעו בעדים אבל כיון שטוען נמי איני יודע אם פרעתי טענה זו לאו כלום היא כיון דאנן בית דין ברי לן דלוה שהרי ע״א מסייעו דלוה ממנו וחייב לו וספק אם פרעו אם לאו בהא אמרינן ברי עדיף כדלעיל בסעיף ח׳ וכיון שכן א״כ לא נשאר לו אלא טענת איני יודע אם הלויתני ובזו אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ודוק׃

יב וכן אם העיד עליו העד שהוא חייב לו מנה והוא טוען כן הוא וכו׳. כ״כ הרמב״ם בפ״ד דטוען וקשה דלמה לא יהא נאמן לומר אתה חייב לי כנגד זה במיגו דאי אמר פרעתי שאפי׳ הלוהו בפני עדים א״צ לפרעו בעדים כ״ש בע״א ועובדא דנסכא דאינו נאמן במיגו דהחזרתי הוא מפני שהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים לדעת הרמב״ם כמ״ש ה׳ המגיד בפ״ד דגזילה אי נמי מיירי שהעד מעיד שהנסכא היא עדיין ביד החוטף דהשתא ליכא מיגו דהחזרתי אבל הכא דטוען יש לי בידך כנגד זה למה לא יהא נאמן במיגו דפרעתי וי״ל דהרמב״ם מיירי נמי כשהעד מעיד שעדיין מנה זה אצלו כגון שלא זזה ידו מתוך ידו או שהוא מעיד שהוא תוך זמנו דהשתא ליכא מיגו דפרעתי והו״ל מחוייב שבועה להכחיש העד ואינו יכול לישבע שהרי מודה הוא לדברי העד אלא שטוען אתה חייב לי כנגד זה וכו׳ וכך צריך לפרש לדברי רבינו. וז״ל הב״י והרמב״ם בפ״ד דטוען כתב שאם טען ודאי שפרעו הו״ל מחוייב שבועה שאי״ל ומשלם וכתב עליו ה׳ המגיד דע״כ היינו דוקא כשהעד מעיד שעדיין מנה זה אצלו כגון שלא זזה ידו מתוך ידו או שהוא בתוך זמנו וכו׳ עכ״ל ודבריו צריכין ביאור דהא ודאי אם זה טוען ודאי שפרעו והעד מעיד שעדיין מנה זה אצלו וכו׳ דנשבע הנתבע להכחיש העד ויפטר דמה לי מכחישו בעיקר ההלואה ומה לי מכחישו בפרעון וכמ״ש הרב המגיד להדיא ע״ש אלא ודאי מ״ש ב״י בשם הרמב״ם שאם טען ודאי שפרעו רצונו לומר שפרעו במה שחייב לו שנגד אותו מנה בודאי שע״ז כתב ה׳ המגיד דהיינו דוקא כשהעד מעיד שעדיין מנה זה אצלו כגון שלא זזה וכו׳ שאל״כ היה נאמן לומר אתה חייב לי כנגד אותו מנה במגו דפרעתי דאפילו כשיש ב׳ עדים נאמן לומר פרעתי וכמ״ש בסמוך אבל אם אינו טוען אתה חייב לי כנגד זה אלא טוען ודאי שפרעו והעד מעיד שלא פרעו שלא זזה ידו וכו׳ אין זה מחוייב שבועה ואי״ל ומשלם אלא נשבע להכחיש העד ולא תמצא מחויב שבועה ואי״ל דמשלם בטוען ודאי שפרעו אלא כשכפר תחלה ואמר לא לויתי ואחר כך כשהעיד העד שלוה חזר וטען שפרעו והו״ל מחוייב שבועה וכו׳ וכך מבואר בדברי ה׳ המגיד לשם ועיין לשם בדברי הרמב״ם שלא הזכיר בדבריו בתחלה טענת פרעתיך אלא אתה חייב לי כנגד אותו מנה וכו׳ אלא דאחר כך כתב וכן כפרן שבא עליו עד א׳ וטען שפרע וכו׳ אבל מ״ש בש״ע ג״כ טענת פרעתיך הוא ודאי תימה לאיזה צורך הוסיף על לשון הרמב״ם ואי אפשר ליישבו על נכון אלא ודאי איזה טעות נפל בספרים וכצ״ל והלה אומר כן הוא אבל פרעתיך שאומר לו אתה חייב לי כנגד אותו מנה וכו׳ ורצונו לומר שבדבר זה פרעתיך שהרי אתה חייב לי כנגד אותו מנה ומלת או ט״ס וצריך למחקו א״נ צריך להיות והלה אומר כן הוא אבל אתה חייב לי כנגד אותו מנה וכו׳ וכל השאר הוא ט״ס וכך מוכח להדיא בכסף משנה שלו שאין דין זה דמחוייב שבועה וכו׳ בטוען פרעתיך ודו״ק והקשו התוס׳ בפרק חזקת בעובדא דנסכא (דף ל״ד) בד״ה הוי מחוייב וז״ל וא״ת וליהימניה בשבועה במאי דאמר דידי חטפי במגו דאי בעי אמר לא חטפי והוא מהימן בשבועה דבכה״ג חשיב נמי מגו כדאמר בפ׳ המוכר את הבית וכו׳ ואומר ר״י דודאי אם לא היה העד מחייבו שבועה היה נאמן במגו אבל השתא דמחייבו שבועה לא מהימן בשבועה ע״י מגו שהיה יכול להעיז פניו לישבע בדבר שהעד מכחישו וכו׳ ואע״פ דמסקי התוס׳ לשם דשפיר אמרינן מגו בכה״ג מיהו בפרק שבועת העדות (שבועות דף לב) בד״ה לוה משמע בתוס׳ דלא אמרינן מגו בכה״ג ועיין בתרומת הדשן סי׳ של״ה ועיין עוד לקמן בסי׳ פ״ט סעיף ה׳ ולענין הלכה נקטינן כה׳ המגיד דאפילו בטוען חייב אתה לי כנגד זה לא הוי מחוייב שבועה וכו׳ ונאמן במגו דפרעתי אא״כ דלא הוה מצי אמר פרעתי כגון שהוא תוך זמנו או שהעד מעיד שהוא תחת ידו וכ״כ הרשב״א בתשובה וכ״כ הריב״ש בתשובה סוף סימן שצ״ב וכבר כתבתי מזה לעיל בסימן נ״א. כתב ב״י מ״כ ראובן תובע את שמעון מנה אתה חייב לי ושמעון משיב איני יודע שאני חייב לך כלום כי אם תמשי׳ ישבע כדבריו ופטור אבל אם טוען איני חייב אלא נ׳ והשאר איני יודע חייב בכל המנה עכ״ל והטעם דברישא פטור משום דהלשון משמעו דה״ק

דבחמשים יודע אני דאפשר שאני חייב לך אבל ביותר מחמשים בודאי הוא שאיני חייב לך דהשתא אינו מודה בכלום דעל החמשים אומר בודאי שאיני חייב לך ועל השאר טוען איני יודע אם אני חייב לך ונשבע על הכל שכדבריו כן הוא ונפטר שהרי אין כאן הודאה:

יז כתב הרמ״ה דלא אמרינן מחוייב שבועה וכו׳ וכ״כ התספות בפ״ב דכתובות (דף י״א) בדבור ובכוליה בעי דלודי ליה וז״ל דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאיל״מ כדמשמע בפ״ק דמציעא גבי ההוא רעיא וכ״ע דבש״ד יאמר לו ש״ד אית לי עליך או תשבע או תשלם וכו׳ וכ״כ התוס׳ ר״פ כל הנשבעין (שבועות דף מ״ז) בדבור מתוך וכן בפרק השואל (בדף צ״ח) וכ״כ הסמ״ג בעשה פ״ח (דף קע״א ע״א): ומ״ש וה״ה נמי גבי שבועה דע״א וכו׳ פי׳ כגון שכיר דאפילו יש עדים ששכרו אפ״ה השכיר שהוא התובע נשבע ואם יש ע״א ששכרו לא אמר מתוך שאינו יכול לישבע להכחיש העד דחייב לשלם אלא הדין הוא שהבעל הבית נשבע ש״ד ונפטר וכ״כ הרמ״ה גופיה גבי שכיר ומביאו רבינו בסי׳ פ״ט סעיף ו׳ ועיין עוד בסימן צ׳ סעיף ה׳ וכמ״ש לשם. ועיין עוד בסימן נ״ח ע״ש הרמב״ן במס״ו:

יח יש אומרים דלא אמר בשבועה הבאה ע״י גלגול וכו׳ אבל הרמ״ה כתב כיון שנתחייב שבועה מן התורה על הכפירה וכו׳ משמע להדיא דלא נחלק הרמ״ה להיכא דאינו יכול לישבע על עיקר השבועה דפשיטא הוא דאף על פי דמשלם מ״מ נשבע על הגלגולין שאין לו בידו כלום אלא דהיכא דנתחייב שבועה על הכפירה ועל הגלגולין טען איני יודע התם ס״ל להרמ״ה דאע״פ דבעלמא נשבע שאינו יודע ונפטר מ״מ הכא כיון דמודה מקצת הוא וצריך לישבע על כל השאר שבועה אחת שאינו חייב לו יותר וזה אינו יכול לישבע על הגלגול שהרי טוען איני יודע וכיון שאינו יכול לישבע משלם. ועיין במ״ש לקמן סוף סימן צ״ד על דברי ב״י לשם:

יט והא דאמרינן כשמשיב הנתבע איני יודע אם פרעתיך וכו׳ הכי איתא בפרק כל הנשבעין (שבועות ד׳ מ״ז) תני ר׳ אמי שבועת ה׳ תהיה שניהם ולא בין היורשים דפרכינן היכי דמי אילימא דא״ל מנה לאבא ביד אביך וא״ל נ׳ אית ליה ונ׳ לית ליה מה לי הוא מה לי אבוה אלא לאו דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך וא״ל נ׳ ידענא ונ׳ לא ידענא דאביו כה״ג מחוייב שבועה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם ואתא קרא למיפטר גבי יורשים וטעמא דמילתא דאיהו כיון דהו״ל למידע ולא ידע חייב אבל יורש לא הו״ל לידע הילכך כל היכא דטעין יורש איני יודע בין טעין נ׳ ידענא ונ׳ לא ידענא בין טעין אינני יודע אם פרעך אם לא פטור וכו׳ דאנן טענינן ליורש שאביו פרע ואפילו בטוען איני יודע אם לוה מורישי אם לא וע״א מעיד שלוה או ב׳ עדים שלוה טענינן ליורש שמורישו פרע: ומ״ש רבינו כאן מחלוקת הפוסקים דאם היורש חייב לישבע כדי ליפטר גם בסימן ס״ט כתב מחלוקת זו ועיין במ״ש לשם בסעיף י״ד בס״ד:

כא כל טענת ספק וכו׳ עד כיון שהתובע אמר שמא והנתבע לא מודה כו׳ אלא אמר ברי נראה דהכי קאמר דכיון שהתובע אומר שמא הוא פטור משבועת היסת דלא ניתקנה שבועת היסת אלא בטענה מבוררת וכמו בכתוב לעיל בשם הרא״ש בסימן זה סעיף א׳ ומה שאמר והנתבע לא מודה לו אלא אמר ברי זה אינו אלא טעם למה אינו חייב לצאת ידי שמים דלא חייבו חכמים לצאת י״ש אלא כשהנתבע טוען שמא כמ״ש לעיל בסימן זה סעיף ו׳ ט׳:

כג וכן אם אומר לחבירו נתחייבת לי מנה מפני שהודית לי שלקחת משלי אבל וכו׳ כלומר אני הייתי תובעך על מה שלקחת משלי בגזילה ואתה הודית לי שלקחת ואף ע״פ שטוען שהודה שלקח בגזילה אין זה טענת ברי כיון שיכול לומר משטה אני בך שהרי לפי טענתו לא הודה לו אלא ע״י שהיה תובעו מתחלה ואצ״ל אם היה תובעו שאתה מעצמך הודית לי דפשיטא דאין זה טענת ברי דמצי טעין שלא להשביע את עצמו הודיתי שהיא טענה טובה יותר ממשטה אני כך כדלעיל סימן ל״ב ולקמן סימן פ״א: ומ״ש אבל אם טען לחבירו הודית לי בעצמך שאתה חייב לי וכו׳ פי׳ הודית לי בעצמך שלא הייתי תובעך אלא אתה מעצמך הודית לי ואמרת לעדים אתם עדי וכו׳ דזהו טענת ברי ואצ״ל אם היה תובעו מתחלה והודה לי ואמר לעדים אתם עדי דפשיטא דהוי טענת ברי ולא מצי טעין משטה אני בך דהיא טענה גרועה:

כד טענו שניהם ספק וכו׳ אין על הנתבע אפילו היסת וכו׳ ואע״ג דהכא נמי יש לבית דין לחקור וכו׳ אפ״ה איכא למימר דאע״פ דהודה לו בפרוטה שמא תחלת הלואה לא היה יותר מפרוטה שהרי התובע ג״כ אינו יודע כמה לוה משא״כ בתובע דידע דלפחות הלוהו ב׳ כספים ופרוטה אלא שאינו יודע אם הוא יותר אם לאו דהשתא כשמודה שלכל הפחות חייב לו פרוטה הו״ל מודה מקצת בפרוטה ובב׳ כסף אינו יודע מתוך שאינו יכול לישבע משלם:

כה אבל כשטוענו שמא כגון שאינו יודע כמה או איני יודע אם הלויתיך אין לחייב הנתבע וכו׳ בס״א ליתא להך חלוקה או איני יודע אם הלויתיך וכן נראה עיקר דלא איירי השתא אלא באינו יודע כמה. ומ״מ ודאי דה״ה בטוען אינו יודע אם הלויתיך וכן פי׳ מהרש״ל:

כו ואין חילוק לענין טענת ספק בין תובע עצמו ליורשיו וכולי הכי איתא בפרק שבועת הדיינין (שבועות דף מב) דמוקי למתניתין כרבי אליעזר בן יעקב דנשבעין לקטן היינו גדול דאמר מנה לאבא בידך דקרי ליה קטן דלגבי מילי דאבוה קטן הוא ואפ״ה נשבעין לו בדאמר ברי לי ורישא דתנן מנה לאבא

בידך אין לך בידי אלא חמשים פטור מפני שמשיב אבידה הוא בדלא אמר ברי לי והשתא קאמר רבינו דבטוענו אני סובר שיש לאבא מנה בידך וכו׳ הא ודאי לד״ה לא אמר ברי לי הוא ואין נשבעים על טענה זו בין במ״מ בין בכופר הכל וכו׳:

ל אבל אם אמר אבי אמר לי שאתה חייב לו מנה בזה נחלקו דלהרמב״ם פ״א ופ״ד מטוען הך טענה נמי לא אמר ברי לי הוא שאתה חייב לאבי אא״כ אמר הבן בפני הודית לאבי שאתה חייב לו כך וכך או בפני מנה לך כך וכך שלוית ממנו ולא נפרע ממך אבל בטוען אמר לי אבא שיש לו אצלך לאו ברי הוא וכתב לשם הרמב״ם שאפי׳ אמר אבי ציוה לי בפני עדים שיש לו אצלך מנה והלה אומר אין לו בידי כלום פטור אפילו משבועת היסת אבל הראב״ד השיג עליו וכתב שזה טענת ברי הוא וכ״כ רב האי גאון דהוי טענת ברי ובכופר הכל משביעין אותו היסת וא״כ ממילא אם הוא מודה מקצת חייב לישבע ש״ד ולאו משיב אבידה הוא: ועל מ״ש רב האי גאון דבטוען הוגד לי וכו׳ אין מחייבים אותו לישבע יש לחלק דדוקא בהוגד לי סתם ואין שם רגלים לדבר אבל היכא דאיכא רגלים לדבר כגון שהיה שמעון בבית ומצא ראובן תיבתו פרוצה ושבורה וניטל מה שבתוכה והוא חושד לשמעון יכול להשביעו כדכתב במרדכי פרק הדיינים:

לא וכתב עוד לשם ע״ש רבינו ברוך במי שטוען את חבירו הוגד לי בבירור ע״פ נאמנים אך אינן כשרים להעיד לי שבאת גזילתי לידך בעוד שהייתי מרדף אחריה והלה טוען להד״ם דצריך לישבע היסת ע״ש שהאריך ומשמע לשם דיש חולקים. מיהו בתרומת הדשן סימן ש״ח פסק כתשובת ר״ב וכתב דאיכא למימר דבשבועת היסת דהוא תקנתא דרבנן לא פסילי קרובים לגביה אם הם נאמנים לתובע אבל אם אותו שהגיד לו הוא נוגע בדבר אפי׳ הוא נאמן לתובע אין משביעין אותו על זה דהו״ל כבעל דין בעצמו ואין לסמוך כלום על עדותו והכי נקטינן וכן פסק הרב בהגהות ש״ע סעיף כ״ג. וע״ל בסימן שמ״ח סעיף י״א. וכל זה כשטען הוגד לי וכו׳ ואין העד לפנינו אבל אם העד הוא בפנינו יתבאר בסמוך:

לג ואם טענו בספק ע״פ העד וכו׳ עד וכ״כ הרמב״ם וכן הוא מסקנת א״א הרא״ש ז״ל נראה דגרסי׳ וכ״כ הרמב״ן שכ״כ הרא״ש פ׳ הדיינים בשמו אבל דעת הרמב״ם לפי דעת רבינו אינו כן כאשר מבואר מדבריו לקמן בסימן צ״ו סעיף עשירי וסימן שפ״ד סעיף ז׳ ולשם הארכתי בזה בס״ד ודלא כב״י שכתב שהרמב״ם והרמב״ן מסכימין לדעת אחת:

לד האומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום וכו׳ והשיב הנתבע הלא יש לך שטר עלי וכו׳ וצריך לומר דהנתבע אומר דמה שאמרתי אין לך בידי כלום היינו דמעולם לא הלויתני והשטר שבידו שטר אמנה הוא אי נמי מתקן דבריו דאין לך בידי כלום דקאמינא שהרי פרעתי לך והשטר שבידך פרוע הוא ולקמן בסימן ע״ט סעיף ט׳ כתב רבינו מחלוקת הגאונים בזה אם יכול לתקן לשון אין לך בידי אם לאו ע״ש ולדעת הרמב״ם פ״ו מטוען יכול לחזור ולתקן כמ״ש הרא״ש ודין זה שכתב רבינו כאן כתבו הרמב״ם בספי״ד ממלוה וא״כ שפיר איכא נמי לפרש דהנתבע אומר מה שאמרתי אין לך בידי כלום היינו דפרעתיך ואתה תוציא השטר הפרוע ותגבה בו וכו׳. אלא דאכתי איכא למידק דמה בכך שיגבה בו הלא כדין הוא גובה ולא שייך כאן לומר שמא יפסלנו לעדות ולשבועה או שנמצא ש״ש מתחלל כדלעיל גבי משכון סימן ע״ב סוף סעיף י׳ דהא פשיטא הוא דאפילו יוציא הלה השטר לא נפסל וליכא חילול כיון דטוען דשטר אמנה הוא אי נמי שטר פרוע הוא. וי״ל דהרמב״ם תופס עיקר הטעם שכתב ר״ח לשם שלא תהיה השבועה לבטלה והכא נמי איכא למימר האי טעמא דלמה אשבע לבטלה הלא אח״כ תוציא השטר ותגבה בו וכן פירש הרב המגיד ספי״ד ממלוה דעת הרמב״ם ע״ש ועיין במ״ש בס״ד לקמן סוף סי׳ פ״ז סעיף מ״ו: כל היכא דהאי ידע והאי לא ידע משתבע האי דידע ושקיל מהרי״ק בשורש עשירי ומביאו ב״י ואין זה אלא בעושה ברשות כדכתב הר״ן פ׳ הנשבעין (דף שכ״ז) ע״ב וע״ל בש״ע בסימן צ״א סעיף ג׳:

סימן עו

א אחד שלוה משנים בבת אחת וכו׳ נראה דהא דקאמר בבת אחת לרבותא נקט הכי דאפילו בבת אחת דהוה ליה כמו בכריכה אחת ולגבי פקדון נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח עד שיבא אליהו כדאיתא בפרק המפקיד ולקמן בסימן ש׳ ואפילו הכי גבי הלואה דלהוצאה ניתנה היה לו לכתוב בפנקסו ממי הלוה ק׳ וממי הלוה ר׳ משא״כ בפקדון שהוא בידו בעין דאיכא למימר דחשב הנפקד כיון דהפקדון הוא בעין אין אדם מעיז לומר שזה הוא שלו אם אינו שלו ולפיכך לא חשש לדקדק כיון שראה שלא היו חושדין זא״ז בשעה שהפקידו אצלו והואיל וצרורים הן שכח מי הפקיד הגדול ומי הפקיד הקטן ואינו פושע אבל בהלואה הו״ל לדקדק כיון שהודיעוהו שלזה ק׳ ולזה ר׳ אלמא דהיו חוששים שמא ישכחו מי הוא בעל הק׳ ומי הוא בעל הר׳ ולכך הודיעוהו כדי שהוא ידקדק ושיהא יוצא ידי חובתו לשלם לכ״א מה שלוה ממנו א״כ פושע הוא שלא דקדק בדבר וז״ש והו״ל כאומר לויתי מא׳ מכם וכו׳ כלומר אע״פ שלוה מהם בבת אחת הו״ל כאילו לוה משניהם בזה אחר זה דהתם אפילו גבי פקדון צריך ליתן לכל אחד ר׳ והכא גבי הלואה אפי׳ בבת אחת הו״ל כמו בזה אחר זה: ומ״ש שאין ספק מוציא מידי ודאי נראה דאינו ר״ל שאין ספק של נתבע מוציא מידי ודאי של התובע

לחודיה דטענו ודאי דא״כ לעיל בסימן ע״ה סעיף ו׳ בחד תובע וא״ל נתבע איני יודע אם הלויתני נמי נחייבו לשלם מה״ט דאין ספק שלו מוציא מידי ודאי של תובע אלא ה״פ כאן שאין ספק שלו מוציא נמי מידי ודאי שלו שהרי ודאי לו שחייב לא׳ מהם ר׳ וכל א׳ טוענו ג״כ ודאי שהוא חייב לו: ומ״ש אבל כה״ג במלוה בשטר וכו׳ והודיעוהו שלאחד ק׳ ולא׳ ר׳ וכו׳ כלומר אפילו הודיעוהו וכו׳ נמי נותן לזה ק׳ וכו׳ ופטור וכך הוא להדיא בספר בעל התרומות שער ל״ט סימן ב׳: ומ״ש והאמינו זה לזה בתפיסת השטר וכו׳ איכא למידק מנא לן שהאמינו זה לזה ודילמא לא האמינו אלא דאותו שהשטר בידו הודה בפני עדים שזה שותף עמו בזה השטר. וי״ל דממה נפשך פטור הלוה דאם הודה בפני עדים בפירוש שלזה ק׳ ולזה ר׳ א״כ לא פשע הלוה שהרי אף על פי שהודיעוהו לא סמכו עליו לבדו אלא על העדים שהודו בפניהם ואם לא הודה בפירוש אלא סתמא קאמר שהוא שותף עמו לאחד ק׳ ולאחד ר׳ א״כ האמינו שהרי יכול לומר אותו שהשטר בידו שלי הוא ר׳ ושלך ק׳ ועוד האמינו דיכול לטעון לאחר שיגבה כל החוב שהמעות נאנסו מידו ונשבע ופטור: ומ״ש והוא יכול לגבות בו כל החוב בלא הרשאה וכו׳ פי׳ אע״פ ששניהם כתובים בשטר יכול האחד לתובעו בכל החוב משום דהו״ל כשותפים ועיין בתשובת הרשב״א סימן אלף פ״ב וסימן אלף פ״ו שכתב לשם דאם אחד כתב בשטר שאין השני יכול לתובעו אא״כ בא בהרשאה מאותו שנכתב בשטר וכ״כ לשם סימן אלף קל״ז וכ״ע בסימן אלף פ״ז דאם שניהם כתובים בשטר והאחד מחל החוב אינו מחול אלא חציו דאינו יכול למחול חלק חברו וע״ל בכל זה בסוף סימן ע״ז ובסוף סימן ע״א:

ב היו ב׳ תובעים אותו וכו׳ פי׳ אעפ״י שבאו שניהם ביחד ותובעים אותו וא״ל כל א׳ ואחד אני הלויתיך מנה ולא פרעתני והא אומר ידעתי שכשהייתם לפני שניכם לא לויתי אלא מאחד מכם אלא שאיני יודע מי היה ה״ז חייב לשניהם שזה פושע גמור הוא שהו״ל לזכור ממי לוה דליכא הכא למימר אתון גופייכו לא קפדיתו אהדדי אנא קפידנא שהרי לא היה מוטל עליהם להקפיד לפי דבריהם שכל א׳ הלוה לו מנה אבל לפי דבריו שלא לוה אלא מאחד מהם הו״ל להקפיד ולכתוב בפנקסו למי הוא חייב ואי לא תבעי ליה פטור מדיני אדם לכ״ע דמספיקא לא מפקינא ממונא אלא אוקי ממונא בחזקת מריה. מיהו לי״א צריך ליתן לכל אחד ואחד בבא לצאת ידי שמים אע״ג דשמא ושמא הוא כדמוכח בפ׳ המפקיד במשנה דאמר לשנים גזלתי לא׳ מכם מנה ואיני יודע איזה מכם או אביו של אחד מכם הפקיד לי מנה וכו׳ כדמוכח נמי בסוגיא דהתם גבי פקדון וה״ה בהלואה אבל הרמב״ן מחלק דדוקא היכא דאיכא איסורא דגזילה או פשיעה דנפקד בלבד התם הוא דאפילו בשמא ושמא משלם בבא לצאת י״ש אבל הכא דאע״פ שהוא פשע הם נמי פשעו שלא כתבו ולא זכרו ומש״ה שנינו גבי גזילה גזלתי לאחד מכם ובפקדון אביו של אחד מכם הפקיד אצלי ולא תנן אחד מכם הפקיד אצלי אלא ודאי דבדידיה כיון דלא תבעו ליה והם שמא והוא שמא אפילו בבא לצאת ידי שמים פטור וה״ה גבי הלואה: ומ״ש ומדברי א״א הרא״ש יראה וכו׳ נראה מלשון רבינו דהרא״ש חולק אמ״ש תחלה וצ״ע על איזה דבר הוא חולק. ואפשר דלפי דהרמב״ן כתב דבדלוה מזה מנה ומזה מאתים ותבעוהו כל אחד בר׳ דהו״ל כפושע וצריך ליתן לכ״א ר׳ ולא כתב דכ״א ישבע ויטול ר׳ משמע דס״ל להרמב״ן בזו דכ״א נוטל ר׳ בלא שבועה משום דכיון דכל אחד תובעו ר׳ והוא משיב ק׳ ידענא וק׳ לא ידענא הו״ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם ואין התובע צריך לישבע אבל להרא״ש נשבע כל אחד ונוטל והטעם כיון דאינו מעכב לעצמו כלום אלא כל השלש מנים שנטל משניהם הוא מחזיר להם וגם שניהם מודים דאינו מעכב לעצמו כלום ליכא למימר הכא מחוייב שבועה וכו׳. והלכך כ״א נשבע ונוטל. אכן נ״ל מדברי בעה״ת ע״ש הרמב״ן דגם הוא ס״ל דליכא הכא למימר מחוייב שבועה וכו׳ ופשיטא הוא דכ״א נשבע ונוטל ר׳ ולפי שהוא דבר פשוט לא היה צריך לפרש: ומ״ש עוד בשם הרא״ש דאי לא תבעו ליה פטור מדיני אדם וחייב בבא לצאת י״ש גם זה אינו מפורש בדברי הרמב״ן שהרי לא כתב אלא דבתבעוהו צריך לשלם ר׳ לכ״א וא׳ ומשמע אבל בלא תבעוהו דהו״ל שמא ושמא פטור אף מדיני שמים אלא מניח ביניהם ג׳ מנים ומסתלק ולהרא״ש אפילו בשמא ושמא כיון דיודע דחייב לשניהם הו״ל לזכור מי הוא בעל המנה ומי בעל המאתים וכיון שמי שהלוה לו ר׳ נפסד על ידו לא יצא ידי שמים עד שישלם לכ״א ר׳ דפושע הוא בדבר וליכא למימר דגם הרמב״ן מודה בזו דחייב בבא לצאת ידי שמים שהרי בב׳ תובעים אותו כל אחד וא׳ מנה דהו״ל כמו בזה אחר זה אפילו לוה מהם כשהיו ביחד כדפי׳ לעיל כתב הרמב״ן דפטור בשמא ושמא אף בבא לצאת ידי שמים משום דאע״פ שהוא פושע הם נמי פשעו אם כן מהאי טעמא נמי באחד הלוה מנה וא׳ הלוה מאתים בזה אחר זה דגם המה פשעו שלא כתבו ושלא זכרו ס״ל להרמב״ן דבשמא ושמא פטור אף לצאת ידי שמים דמאי שנא ואילו להרא״ש חייב בבא לצאת בדיני שמים בשתי כריכות דהיינו כשלוה מהם בזה אחר זה מיהו כשלוה מהם בבת אחת ולא תבעי ליה כתב הרא״ש להדיא בפרק המפקיד דגבי פקדון פטור אף לצאת ידי שמים אבל בהלואה לא כתב כלום ונראה לרבינו דלהרא״ש דין הלואה כפקדון לגמרי דפטור אף בבא לצאת ידי שמים דליכא לפרש דבהלואה אפי׳ בבת אחת כשהודיעוהו שלזה ק׳ ולזה ר׳ הו״ל כאילו הלוה מהם בזה אחר זה ובדלא תבעי חייב נמי בבא לצאת ידי שמים להרא״ש הא ודאי ליתא דא״כ דס״ל להרא״ש לחלק בין פקדון להלואה בסברא זו וכהרמב״ן הו״ל להרא״ש לפרש ולחלק בין פקדון להלואה מדלא חילק ביניהם אלמא דדיניהם שוין וזהו שכתב רבינו בשם הרא״ש ובשטר אי תבעי ליה וכו׳ אע״ג דלא הזכיר הרא״ש בפסקיו פרק המפקיד מדין שטר כל עיקר אלא ס״ל לרבינו דבשטר ודאי הו״ל כמו הפקידו שנים בכרך אחד דהכא נמי שניהם נזכרים בשטר שהלוו לזה שלשה מנים והלכך בתבעו ליה

נותן לזה ק׳ ולזה ק׳ והשאר יהא מונח עד שיבא אליהו מדינא דאדם אבל חייב לשלם לכל אחד מאתים לצאת ידי שמים אבל אי לא תבעי ליה דהו״ל שמא ושמא ובכרך אחד פטור אפילו לצאת ידי שמים וכן בלא שטר אפילו באחד מכם הלוה לי מנה ואיני יודע איזה מכם ולא תבעי ליה אף ע״ג דפושע הוא אפ״ה כיון דשמא ושמא הוא פטור אף בבא לצאת ידי שמים דס״ל לרבינו דכיון דכתב כך הרא״ש גבי פקדון ולא כתב לחלק בין פקדון להלואה יראה דאינו מחלק ביניהם ודלא כהרמב״ן דמחלק בין פקדון להלואה וז״ש רבינו ומדברי הרא״ש יראה וכו׳ כלומר מדלא חילק משמע דאין חילוק בין מלוה לפקדון ודו״ק. ולפי זה ניחא הא דכתב בש״ע בלוה משנים מזה מנה ומזה מאתים וז״ל ויש מי שאומר דבמלוה ע״פ אי לא תבעי ליה חייב בבא לצאת ידי שמים עכ״ל דהיינו לדעת הרא״ש דאילו להרמב״ן אף בלוה מזה מנה ומזה מאתים כיון שגם הם פשעו כמו שפשע הלוה כי לא תבעי דהו״ל שמא ושמא פטור אף לצאת ידי שמים ודלא כמ״ש מהרו״ך. ואיכא למידק במ״ש ובשטר אי לא תבעי ליה הלא כיון דאיכא שטר ביד המלוים היאך לא תבעי ליה וי״ל דה״ק לא תבעי ליה כ״א ר׳ אלא סתם תבעי ליה בשטר ג׳ מנה והוא יתן לבעל מאתים ר׳ ולבעל ק׳ ק׳ והוא טוען דאעפ״י שהודיעוהו מי הוא בעל ר׳ ומי הוא בעל ק׳ עכשיו אינו יודע וכן בלא שטר וכו׳ והשתא כיון דלא לוה אלא מאחד איכא למימר טפי שהוא פושע מאחר שאינו זוכר כלל ממי לוה משא״כ בלוה משנים דשכח מי הוא בעל ר׳ ומי הוא בעל הק׳ ואפ״ה דהוא פושע טפי באומר אחד מכם לוה לי מנה נמי פטור אף בבא לצאת ידי שמים והא דמשמע מדברי הרא״ש דבשטר ותבעי ליה חייב בבא לצאת ידי שמים אע״ג דלא פשע שהרי האמינו זה לזה וכו׳ צריך. לומר דה״ט דכיון דעל ידו נפסד מלוה שהשאר מונח עד שיבא אליהו לא יצא ידי חובתו בידי שמים מאותו שלוה ממנו ר׳ ולא פרע לו אלא ק׳ כדפי׳ לעיל:

סימן עז

א אחד שהלוה לשנים יכול לגבות מאחד מהם הכל ירושלמי פרק שבועת הפיקדון א״ר יוסי הדא אמרה שנים שלוו מאחד אע״ג דלא כתבין אחראין וערבאין זה לזה ערבאין ואחראין זה לזה הם כ״כ האלפסי לשם וכך פסקו כל הפוסקים ודלא כרבינו אפרים הביאו הרא״ש לשם דס״ל דמשמע בגמרא דילן לשם דליתיה לירושלמי ודחו הרא״ש והר״ן דבריו גם לא כסמ״ג עשה צ״ד דלאחר שהביא הירושלמי כתב וז״ל ואני אומר כי דבר זה מחלוקת חכמים ורשב״ג דתניא בתוספתא דשביעית ה׳ שלוו בשטר אחד כל מי שיש לו קרקע כותבים לו פרוסבול וכל מי שאין לו קרקע אין כותבים לו פרוסבול רשב״ג אומר אפי׳ א׳ שיש לו קרקע כותבים עכ״ל נראה מדבריו דס״ל כיון דלחכמים מי שאין לו קרקע אין כותבין אלמא דס״ל דאינן אחראין וערבאין זה לזה והלכה כחכמים לגבי רשב״ג בברייתא דכל מקום ששנה רשב״ג במשנתינו הלכה כמותו ולא בברייתא אכן לעיל בסימן ס״ז סעיף כ״ט פסק רבינו כרשב״ג דאפי׳ א׳ שיש לו קרקע כותבים משום דקיי״ל כהך ירושלמי דב׳ שלוו כאחד נעשו אחראין וערבאין זה לזה וכדכתב הרא״ש להדיא בפרק השולח והביאו ב״י לעיל בסימן ס״ו והכי נקטינן: וכתב בעל העיטור דוקא שאינו מוצא וכו׳ טעמו דכיון דבירושלמי קאמר בסתם אחראין וערבאין זה לזה הם אין לנו אלא סתם ערב שכל א׳ נעשה לוה בחצי המעות וערב בעד חבירו בחצי האחר ולא שנאמר שאין נעשה ערב כלל וכ״א יפרע החצי בעד עצמו דליתא דכיון שלוו בשטר אחד נעשה כ״א ערב בעד חבירו דאל״כ הו״ל לכל אחד ליתן שטר על עצמו בחצי המעות בלבד אבל אם לא נעשו ערבים קבלנים מן הסתם לגבות כל החוב מאחד מהם אם יש לשני לפרוע:

ב ומ״ש אבל הרמב״ם כתב ב׳ וכו׳ הכי ודאי משמע לפי הנוסחא של רבינו בדברי הרמב״ם אבל לפי ספרי הרמב״ם שבידינו פ׳ כ״ה ממלוה משמע איפכא דאצל שנים שלוו מאחד בשטר אחד כתב בסתם הרי הן ערבאין זה לזה אע״פ שלא פירש ולא כתב הרמב״ם דגובה מאחד מהם הכל אפילו יש לשני אלא בשנים שערבו לא׳ ולא היה ללוה לשלם אז גובה מכל אחד מן השני ערבים את כל החוב אם ירצה המלוה ואע״פ שיש לערב השני ג״כ לשלם וכ״כ מהרי״ק בשורש קפ״ב הביאו ב״י שנוסחא מוטעת נזדמנה לרבינו בספרי הרמב״ם ואפשר נמי לומר דבספרי רבינו איכא ט״ס דצריך להיות אבל הרמב״ן כתב שנים שלוו וכו׳ שכך מפורש באשיר״י לשם שהביא דברי הרמב״ן באריכות וכתב אח״כ וכ״כ אב״י העזרי אלא שכתב שנתחייב האחד בכל מדין ערב ולא יגבה מן האחד הכל אא״כ לא ימצא לגבות מחבירו חלקו אבל לפי דברי הרמב״ן יגבה ממי שירצה וכן נראה הלכה למעשה עכ״ל הנה מבואר שעל דברי הרמב״ן לפי מה שהבין מדבריו כתב הרא״ש מסקנתו ולא על דברי הרמב״ם שכתב בסתם שהן ערבאין זה לזה ומסתמא גם רבינו נמשך אחר דברי הרא״ש והביא דעת הרמב״ן ושכך היא מסקנת הרא״ש ואע״ג שהלשון שהעתיק רבינו שנים שלוו בשטר אחד או שלקחו מקח אחד וכו׳ הוא לשונו של הרמב״ם כבר שרבינו מצא כתוב שגם הרמב״ן התחיל בלשון זה. אכן נראה לפע״ד דהאמת הוא שאין כאן ט״ס בדברי רבינו גם רבינו היה לפניו גירסתינו ברמב״ם ודלא כמהרי״ק בשורש קפ״ב אלא דרבינו נמשך בדבריו אחר דברי בעל התרומות בשער מ״ד סי׳ א׳ שהעתיק לשון הרמב״ם בפכ״ה ממלוה כמו שהוא בגירסתינו דהבין ממנו שמ״ש הרמב״ם ואם לא היה לאחד כדי החוב וכו׳ דקאי גם לדין הראשון דשנים שלוו מא׳ וכו׳ דלא כמ״ש מהרי״ק ולכן בכוונה השמיט רבינו מ״ש הרמב״ם הרי הן ערבאין זה לזה אע״פ שלא פי׳ שנים שערבו לאחד כשיבא המלוה ליפרע מן הערב יפרע ממי שירצה וכו׳ כל זה השמיט וכתב או שלקח בשותפות יפרע ממי שירצה וכו׳ דכיון שסובר דמ״ש ואם לא היה לאחד

כדי החוב וכו׳ דקאי גם לדין הראשון א״כ הו״ל כאילו כתב הרמב״ם כך בפירוש לשון זה שהביא רבינו בשמו ותו דכיון דדין זה דשנים שערבו לאחד וכולי אין כאן מקומו השמיטו וכתבו לקמן בסימן קל״ב סעיף ד׳ ע״ש ומוכח להדיא לשם דגם רבינו היה גורס כגירסתינו בספרי הרמב״ם ע״ש ולפע״ד אין ספק בפירוש זה שכתבנו אבל עדיין קשה למה לא כתב רבינו כך גם בשם הרמב״ן ושהרא״ש הסכים עמו כמו שהוא מפורש באשירי ונראה ודאי שלא ישרו בעיני רבינו דברי הרא״ש במ״ש וז״ל אבל לפי דברי הרמב״ן יגבה ממי שירצה וכן נראה הלכה למעשה עכ״ל שהרי לא כתב הרמב״ן כך בפירוש אלא כתב אף שנים שלוו מאחד יכול לומר לשניכם הלוויתי ואין אחד מהם נפטר בחלקו אלא כל א׳ מהם חייב לשלם הכל עכ״ל הרמב״ן שהביא הרא״ש ואין מלשון זה הוכחה דיגבה ממי שירצה אפילו יש לשני לפרוע אלא אפשר לומר דלענין זה דוקא שיהא חייב לפרוע הכל מדין ערב קאמר אם אין לשני לפרוע ולאפוקי שלא יהא אפילו ערב אלא נפטר בחצי החוב וקאמר דליתא אלא צריך לפרוע הכל אם אין לשני לפרוע וגם בזה נמשך רבינו אחר דברי בעה״ת שכתב ששאל את פי הרמב״ן והשיב לו שאין חייב לו אלא מדין ערב שאם אין נכסים לשותפו יגבה ממנו וכו׳ וכן הר״ן שכתב כל דברי הרמב״ן שהעתיק הרא״ש העלה במסקנתו דמדין ערב בלחוד הוא דחייב וכ״כ ה״ה לשם שכ״כ הרמב״ן בפרק המפקיד ותו שהרי לקמן בסימן קל״ב סעיף ה׳ כתב רבינו ע״ש הרמב״ן דאפילו בשנים שערבו לאחד אינו גובה הכל מערב א׳ אא״כ שאין לא׳ מהם לפרוע אז גובה מן השני הכל כ״ש בשנים שלוו מא׳ ולכן לא הביא רבינו ע״ש הרמב״ן דס״ל דבשנים שלוו מאחד יפרע ממי שירצה אפילו יש לשני לכרוע אע״פ שכך הבין הרא״ש מדבריו כיון דס״ל לרבינו דלא אמר הרמב״ן כך אלא ההיפך אלא הביא דעת הרמב״ם לפי מה שהבין בעה״ת מדבריו דמ״ש ואם לא היה לאחד כדי החוב וכו׳ קאי גם לדין הראשון וכתב ע״ז שכך הוא מסקנת הרא״ש. ולענין הלכה נראה דעת כל הפוסקים דשנים שלוו מאחד אינו אלא ערב סתם שאם אין נכסים לשותפו יגבה ממנו וכמו שהשיב הרמב״ן לבעה״ת ושכן הורו מקצת המורים ודברי הרמב״ם נראין כן עכ״ל הנה דאע״ג דבעה״ת כ׳ תחלה דלהרמב״ם ב׳ שלוו מאחד גובה ממי שירצה אפי׳ יש לשני לפרוע מ״מ אח״כ כתב ע״ש הרמב״ן בהפך ואע״ג דכתב הרא״ש בתשובה כלל ע״ג סי׳ י״ב שראה רבותיו דנין כך שגובה מאחד מהם כל החוב אפילו יש נכסים לשני אנו אין לנו אלא דעת רוב פוסקים שהביא ב״י ופסק כך הלכה למעשה הפך דעת הרא״ש: ומ״ש רבינו אלמא אע״פ שלכל א׳ יש כדי החוב וכו׳ שהרי כתב ואם לא היה כל החוב לאחד מהם וכו׳ איכא למידק דאמאי לא דייק רבינו כך מתחלת דבריו שכתב יפרע ממי שירצה ואפשר דמהאי לישנא ליכא ראיה דאיכא למימר דה״ק דאינו כשאר ערב דאינו גובה ממי שירצה בתחלה אלא גובה מהלוה דוקא וכשאין ללוה אז יפרע מן הערב אבל הכא גובה ממי שירצה תחלה אבל לעולם אינו גובה תחלה מכל א׳ אלא החצי אע״פ שיש לכ״א לפרוע הכל וטעמא דמילתא דכל א׳ משניהם הוי לוה בחצי המעות וערב בעד חבירו בחצי המעות השני ועיקר דבריו לא אתו אלא להוציא שאין שום אחד משניהם יכול לדחותו ולומר למלוה אני איני אלא ערב דמאחר ששניהם לוו ביחד ולא פירשו מי הוא הלוה ומי הוא הערב שניהם הם לווים כל אחד בחצי החוב וערב בעד חבירו בחצי השני ולכן יפרע המחצה מכל א׳ וא׳ אבל מסוף לשונו שאמר ואם לא היה לאחד כדי החוב וכו׳ מוכח להדיא דיכול לגבות מא׳ מהם כל החוב: כתב ב״י דמ״ש רבינו וכן היא מסקנת א״א הרא״ש לא קאי אלא אארישא דמילתא דהיינו שנים שלוו בשטר אחד או שלקחו מקח אחד ולא קאי אסיפא דהיינו ב׳ שותפין שלוה א׳ מהם או שלקח בשותפות שהרי בתשובת הרא״ש שכתב רבינו בסמוך כתב הפך זה עכ״ל והאמת כן הוא דבאשיר״י פרק שבועת הפקדון מבואר דלא אמר הרא״ש אלא משנים שלוו מאחד ולא הזכיר לשם מדין אחד מהשותפין שלוה וכו׳ וכדברי ב״י ומ״מ כאן בלשון רבינו אכשר לפרש דקאי נמי אפיפא ומיירי היכא שידוע שלצורך השותפו׳ הוא ואי אפשר לשותף להכחיש זה דבהא ודאי אף הרא״ש מודה וכמ״ש ב״י בסמוך ע״ש מהר״י בי רב שהכריע כך אבל בתשובת הרא״ש לא מיירי בשהיה ידוע מן הענין שלצורך השותפות היה וע״ש. ואיכא לתמוה דלפי זה משמע דלהרמב״ן אפי׳ אינו ידוע מן הענין דלצורך השותפות היה וגם לא היו עדים מעידים ע״ז אלא שהוא מודה אע״פ שהיה יכול להכחיש בשעת ההלואה מתחייב שותפו ואם כן היאך פסק ב״י כהרמב״ן משום דהרמב״ם מסכים לדברי רמב״ן דלא כהרא״ש הלא כתב תחלה בשם הר״י בי רב דהרא״ש מודה להרמב״ם בדבר שהיה ידוע מן הענין שלצורך השותפות היה ושעל כן לא כתב רבינו שהרא״ש חולק אלא אדברי הרמב״ן ולא כתב דחולק אמ״ש הרמב״ם וכן שני שותפים שלוה אחד מהן או לקח לשותפות והוא לפי שפירוש לקח לשותפות הוא להיות בו דבר הידוע לשותפות שא״א לשום אחד מן השותפים להכחיש עכ״ל ונראה ליישב דלא הביא ב״י דברי הר״י בי רב אלא לגלות דאיכא לחלק בין שהוא מודה והיה יכול להכחיש בשעת ההלואה ובין כשהיה ידוע ולא היה יכול להכחיש ונפקא מינה דאף למאן דדעתו לפסוק כהרא״ש ורבינו דבתראי נינהו דבמודה והיה יכול להכחיש לא מתחייב מ״מ בידוע שלצורך השותפות לוה ולא היה יכול להכחיש אף הרא״ש מודה דחייב השותף ושעל כן לא כתב רבינו שהרא״ש חולק אהרמב״ם משום דס״ל לרבינו דאפשר לפרש או כקח לשותפות היינו לצורך הידוע לשותפות וכו׳ דבזה מודה אף הרא״ש. אבל דעת ב״י עצמו דהרמב״ם אף במודה והיה יכול להכחיש בשעת ההלואה נמי קאמר דהן ערבאין זה לזה מדכתב בסתם ותו דבכל ספרי הרמב״ם לא כתוב בהן לקח לשותפות בלמ״ד שנפרש להיות בו דבר הידוע לשותפות וכו׳ כפי׳ הר״י בי ר״ב אלא בכולן כתוב או לקח בשותפות ואפילו אינו ידוע לצורך שותפות א״כ לפ״ז הרמב״ם מסכים לדברי הרמב״ן ופסק כמותו דלא כהרא״ש ורבינו וכך נראה האמת דאין חילוק

בין מודה והיה יכול להכחיש לבין ידוע ולא היה יכול להכחיש דלעולם מתחייב השותף וכדפסק ב״י כאן וכן בש״ע ודלא כהרב בהגהות הש״ע דנראה לו להורות כהרא״ש וע״פ סברת הר״י בי רב נ״ל:

ג כתב הרמב״ן שותפים שלוה אחד מהם מאחר וכו׳ נראה דדעת הרמב״ן דכיון שהוא מודה שהלואה היתה לצורך שותפות מיד נתחייב גם השותף לשלם החוב דהשותפים כשלוחין הן זה לזה: ולפיכך אפי׳ חזר אותו שלוה ולקח מן השותפות כפי מה שלוה והוציאו לצרכו בלבד ולא נשאר בשותפות שום ממון מהשותפות כבר נכנס השותף השני בשיעבוד החוב מתחלת הלואה וחייב לשלם אבל להרא״ש פטור השותף מלשלם כיון שחזר ולקחו לצרכו ולא נשאר בשותפות כלום מן השותפות:

ד ראובן שרצה ללות וכו׳ עד שיכנסו יהודה ולוי ערבות ובעלי חובים וכו׳ פי׳ שלא נכנסו לסתם ערבות שאינו גובה מאחד כל החוב כי אם המחצה אם יש לשני נכסים אלא נכנסו ג״כ להיות בעלי חובים עם הלוה לגבות כל החוב מכל אחד משלשתן אפילו יש נכסים לשנים האחרים והוא שקורא התלמוד ערב קבלן אלא דיהודה טען דהמלוה ודאי היה לו כח זה לגבות כל הממון מאחד משלשתן לפי שכל א׳ מהן הידה למלוה שהוא משתעבד כנגדו בכל הממון אבל יהודה לא הודה ללוי כל עיקר בשום חיוב ולפיכך מאחר שנשתעבדו כל שלשתן כנגד שמעון בכל הממון א״כ מגיע על כל א׳ שלישו של ממון ואותו שליש שפרעת בעדי אשלם לך ועוד פרעתי בעדך שליש המגיע עליך והשליש הג׳ תקח מראובן ואם אין לו תפסיד ופסק דאין שומעין לו דכיון דהמלוה היה יכול לתבוע כל הממון מא׳ מהם ממי שירצה על דעת כך נכנסו בעלי חובים שיהיו משותפים בהפסד ומ״ש רבינו דכיון שהמלוה יכול לגבות החצי מלוי כמו מיהודה ה״ק אותו החצי השני המגיע על יהודה היה יכול לגבות גם מלוי א״כ ע״ד כן נכנסו וכו׳ ובסה״ת שער מ״ד כתוב בפירוש זה הלשון שהמלוה היה יכול לתבוע הכל מא׳ מהם וכו׳ ובס״א מספרי רבינו כתוב וז״ל יכול לגבות החצי מיהודה כמו מלוי ולפי מה שפירש׳ נוסחא שלנו היא יותר מתוקנת דעיקר הטעם הוא לפי שהיה לו לתבוע כל הממון מא׳ מהם כדפי׳ וכדאיתא בספר התרומות להדיא:

ה ראובן שתבע משנים שלוו ממנו כא׳ וכפר א׳ וכו׳ נראה דהא דאיצטריך לאשמועינן הא מילתא מירי כגון שזה שהודה אין לו נכסים לשלם וראובן רוצה שיתחייב הכופר שבועה דאורייתא על פי חבירו שמעיד עליו שהוא חייב והו״א דאינו נוגע בעדות כיון שאין לו לשלם וקמ״ל דאפ״ה הו״ל נוגע בעדות דשמא תשיג ידו אח״כ. אבל אם אותו שהודה יש לו נכסים לשלם פשיטא שגובה ממנו ולאיזה צורך יהא נשבע הכופר ש״ד כנגד ראובן על ידי עדות חבירו ודוק: ומ״ש וכן אם היו נתבעין ג׳ נמי בכה״ג קאמר דהשנים שהודו אין להם נכסים והא אמרינן כיון דשנים הם מתחייב על פיהם לשלם דאין נוגעין בעדות הם כיון שאין להם נכסים לשלם קמ״ל דאפ״ה נוגעים הן בעדותן מיהו התוספות בפרק חזקת (בבא בתרא דף מ״ה) בד״ה מאי נפקא מינה כתבו דהיכא דלית ליה אע״פ שאם יתעשר יהנה בעדותו שלא יצטרך לפרוע מש״ה לא הוי נוגע בעדות וכ״פ בהגהת אשיר״י ומביאו ב״י בתחלת סימן ל״ז מחסי״א ופסק כך בש״ע לשם סעיף י׳ וצ״ע:

ז ומ״ש אבל אם הוציא ראובן וכו׳ ואמרו פרענו וכו׳ כך הוא בספר בעה״ת לשם ומה ששינה דברישא קאמר שכפר האחד וכולי וכאן קאמר ואמרו פרענו ולא קאמר דכפר האחד נראה דכאן דאיכא שטר בעדים אין צורך לעדות השנים שלוה שהרי בעל השטר נאמן שחייב לו ואפילו בלא שטר נמי כשאומר לא לויתי ושנים מעידים שלוה הוחזק כפרן וחייב לשלם אבל כשאומרים פרענו נאמנים לומר דפרוע הוא אם אין כתוב בו בשטר נאמנות כבי תרי אבל ברישא צריך לומר דכפר האחד דאילו טען האחד פרעתי אין כאן ש״ד כנגד העד שיאמר לוה וכן אין חייב לשלם כנגד שנים שמעידין שלוה אפילו אין נוגעים בעדותן דהמלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרעו בעדים ואפילו עד אחד או אפי׳ שנים מעידין שלוה ולא פרע אין כאן ש״ד ולא חיוב תשלומין אפילו אמרו לא זזה ידו מתוך ידינו וכו׳ דשמא היה לו אצלו כנגדו כסות או כלים דממילא פרע לו כבר חובו:

ח כתב א״א הרא״ש ראובן ולוי שלוו מנה משמעון בשטר וכתבו ש״ח על שניהם וכו׳ הייתור לשון שאמר וכתבו ש״ח על שניהם מראה דמיירי שכתוב בשטר ששניהם לווין וקבלנין זע״ז. וכן ממה שאמר דכיון שהיה יכול לגבות כל החוב מאיזה מהם שירצה וכולי תשמע שהיה יכול לגבות מאיזה מהם שירצה אפי׳ יש לשני נכסים ואין זה אלא א״כ ששניהן לוין וקבלנין זה על זה דאז יכול לגבות מאיזה מהם שירצה כל החוב וכך מפורש בכלל ע״ג סי׳ י״ב דעל שנים שהיו לוין וקבלנין זע״ז השיב הרא״ש תשובה זו והאריך בכמה טעמים ובסוף דבריו כתב דבדין שנים שלוו מא׳ כתבתי בפ׳ שבועת הפקדון דגובה מאיזה מהם שירצה כל החוב דלא כרבינו אבי העזרי. אבל בנדון זה אין ענייננו לזה הדין כלום כיון שכתוב בו ששניהם לוין וקבלנין פשיטא שיגבה מאיזה מהם שירצה אפילו יש לשני ממון לפי שכל אחד נעשה לוה על הכל. וכתב עוד דמה שהקשה עליו השואל ממ״ש הגאונים דהיכא שפטר המלוה אחד מן הערבים דיש לו למלוה לתבוע כל הממון כולו מן הערב השני שלא פטר אותו לפי שהממון כולו כבר נתקיים על כל א׳ ואחד מהם ולאותו שפטר פטר ולאותו שלא פטר נשאר עליו ועל הלוה עד זמן פרעון עכ״ל הגאונים אין בזה הפך דברי כי המלוה לא מחל מחובו כלום ללוה אלא מחל השיעבוד לאחד מן הערבים ונשאר החוב קיים על הלוה והשיעבוד על הערב השני עד זמן פריעתו עכ״ל בקוצר והוא מ״ש רבינו ואין

הדין כן בראובן ושמעון שנעשו ערבים בשביל לוי וכו׳ שהוא מה שכתב הרא״ש בשם הגאונים ומביאו רבינו לקמן בסוף סימן קל״ב ולפי זה התיישב דלא קשה דבתחלת הסימן כתב רבינו מחלוקת בעל העיטור עם הרמב״ם והרא״ש בשנים שלוו מאחד אם יכול לגבות מא׳ מהם הכל אע״ג שיש לשני נכסים וכאן הביא תשובת הרא״ש בסתם שיכול לגבות מאחד מהם כל החוב אע״ג שיש נכסים לשני ולכן פי׳ ב״י דתשובה זו דהרא״ש לטעמיה אזיל אבל לפע״ד דתשובה זו מודה בה גם בעל העיטור שהרי תשובה זו חוזרת על שנים שהיו לוין וקבלנים זע״ז דבהא הכל מודים שיכול לגבות מאחד מהם אע״ג שיש נכסים לשני ולכן כתב תשובה זו כאן בסתם דמשמע דאין בה מחלוקת:

ט מיהו מ״ש ואין הדין כן בראובן ושמעון ערבים וכו׳ קשה קצת דהיאך כתב דין זה כאן בסתם והלא בסוף סימן קל״ב כתב רבינו דזה נוטה לדברי הרמב״ם דיכול לגבות כל הממון מאיזה מהם שירצה עכ״ל ומשמע אבל להראב״ד והרמב״ן בשנים שנכנסו ערבים איני גובה מן הא׳ אלא מזה מחצה ומזה מחצה אא״כ שאין לא׳ מהם אז גובה מן השני הכל לפ״ז ודאי ה״ה באם מחל לא׳ מן הערבים לא מחל לו אלא מחצה החוב דמה שהיה יכול לגבות ממנו מחל לו אבל מחצה האחר גובה מן השני. ויש ליישב דמ״ש הרא״ש בתשובה זו ואין הדין כן בראובן ושמעון וכו׳ מיירי נמי דומיא דרישא דמיירי בשנים שהיו לוין וקבלנין זה על זה והכי נמי מיירי בראובן ושמעון שנעשו ערבים בשביל לוי ואמר לוי בפירוש ממי שארצה אפרע דיכול ליפרע כל החוב מאיזה מהם שירצה כדכתב רבינו לקמן בסימן קל״ב להדיא ע״ש הרמב״ן ובהא ודאי אף להרמב״ן והראב״ד אם מחל לא׳ מן הערבים יוכל לגבות החוב מהערב השני והשתא ניחא דכל מ״ש רבינו כאן תשובת הרא״ש בסתם דאם מחל לאחד מהם מחל לכולם ואין הדין כן בראובן ושמעון וכו׳ הכל מודים אפי׳ בעל העיטור והראב״ד והרמב״ן. מיהו קשה טובא בתשובת הרא״ש גופיה שכתב בכלל ע״ג סימן י״א בראובן ושמעון ולוי שנתחייבו בשטר ליהודה ושלשתן היו קבלנין וערבאין זה לזה ויהודה מחל לראובן כל תביעה שיש לו עליו בין בשטר בין בעל פה וטענו שמעון ולוי דכיון שנמחל לא׳ מהן שלכולם נמחל ופסק הרא״ש שאין בדבריהם כלום כי יהודה פטר את ראובן מכל תביעה שיש לו עליו וכשיתבענו לדין באיזה תביעה שתהיה יראה פטור שלו ומה זכות יש לשמעון ולוי באותו פטור וכו׳ וזה נראה סותר למה שפסק דבערבים קבלנים כשמחל לא׳ מהם מחל לכולם. ונראה דדוקא כשמחל לו בסתם כל תביעות שיש לו עליו בין בשטר בין בעל פה דאלמא דלא היתה כוונתו למחול לשותפים שלו שהרי אמר בפירוש כל תביעות שיש לו עליו דמשמע ולא על שותפו והילכך לא מחל לו בפטור זה אלא מה שמגיע עליו לשלם באותו שטר דהיינו השליש אבל חלק של שמעון ולוי לא מחל אבל כשמחל המלוה לראובן כל תביעה שיש לו עליו מאותו שטר השתא ודאי כיון שהיה יכול לגבות ממנו כל החוב שבשטר ומחל לו בסתם מחל לכולם וכך כתב ב״י ואע״פ שכתב דאין הדבר מתיישב בעיניו האמת יורה דרכו שזאת היתה דעת הרא״ש לחלק בכך כמבואר בלשונו וטעמא דמסתבר הוא: עוד כתב הרא״ש לשם סי׳ ט״ז על שמעון ולוי שנתחייבו בקנין לראובן ושמעון פרע מחצית החוב ומחל לו כל תביעה שיש לו עליו וטען לוי שגם שטר זה בכלל המחילה שמחל לשמעון וכתב הרא״ש דלא הפסיד כלום במחילה שמחל לשמעון כי חלקו מחל ולא חלק לוי עכ״ל גם כאן הטעם הוא לפי שמחל לו כל תביעה שיש לו עליו דמשמע עליו ולא על שותפין שלו. ועוד איכא טעם אחרינא הכא דהדבר מוכיח דלפי שפרע לו מחצית החוב כתב לו פטורים בסתם שמחל לו כל תביעה שיש לו עליו אבל לא מחל לו מחצה האחר שנתחייב בו שותפו שלא נפרע ממנו אלא דמכל מקום נראה דאין חילוק בין נפרע מקצתו ללא נפרע כלל אלא עיקר החילוק בין מחל לו כל תביעה שיש לו עליו בסתם דאז לא מחל לשותפו ובין מחל לו כל תביעה שיש לו עליו מאותו שטר דאז מחל גם לשותפו כדפי׳ ומ״ש הרא״ש בסימן ט״ז ושמעון פרע מחצית החוב וכולי מעשה שהיה כך היה אבל אין חילוק בדין בין פרע מקצתו ללא פרע כלל אלא בין כתב בסתם כל תביעה שיש לו עליו ובין כתב מאותו שטר או מאותו חוב נ״ל ודלא כמהרו״ך:

יא איש ואשתו שלוו מאחד וכו׳ כ״כ בעה״ת בשער מ״ד וכתב שכך השיב הרי״ף ומביאו ב״י לקמן בסי׳ ק״ד סעיף י׳ ע״ש: ומ״ש אינה נאמנת אלא במגו דפרעתיך פי׳ דסתם שטר הנכתב על שנים בשוה חל השיעבוד על שניהם בשוה אם אין הערבות מפורש בשטר כדלקמן בסימן ק״ל סעיף ד׳: ומ״ש אלא במגו דפרעתיך דאלמא דאי אמרה פרעתיך נאמנת היינו כגון דלא כתב המלוה לבעל התקבלתי ממך דמי החוב כדלקמן בסי׳ ק״ל. אי נמי כגון דאין הש״ח ביד הבעל שאז היא נאמנת לומר פרעתיך הא לאו הכי אינה נאמנת כדאיתא בר״פ חזקת (בבא בתרא דף ל״ב) בההוא ערבא דא״ל ללוה הב לי מאה זוזי דפרעתינהו ניהליה למלוה והא שטרא וכו׳ וז״ל הסמ״ג ואומר שם בפרק גט פשוט שאין מציאת שטר חוב שעליו ביד הערב ראיה שמא נפל מיד המלוה ולא פרע זה כלום. והא דגרסינן בפרק חזקת הבתים מעשה בערב שאמר ללוה תן לי ק׳ זוז שפרעתי למלוה בשבילך והא שטרא א״ל פרעתיך וכו׳. אם היה רוצה היה יכיל לומר השטר נפל ממני או שהיה שם עדים עכ״ל וכל זה מיירי בדלא כתב המלוה לערב התקבלתי וכו׳. אבל כתב לו התקבלתי פשיטא דגובה בו כמפורש להדיא בפ׳ ג״פ (דף קפ״ד) ע״ב ע״ש וכדלקמן בסימן ק״ל ובסי׳ קל״ב. ומהרש״ל כתב בתשובה דלעולם נאמנת לומר פרעתיך ע״ש. ולא דק ובתשובה הארכתי בס״ד לבאר זה:

סימן עח

א הקובע זמן וכו׳ ואמר ליה פרעתיך אינו נאמן דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו. הכי איתא ריש פרק קמא דבתרא דף ה׳ אמר ריש לקיש הקובע זמן לחבירו ובא בזמנו וא״ל פרעתיך בתוך זמני אינו נאמן כך היא גירסת התוס׳ ופי׳ ובא בזמנו ביומא דמשלם זמניה ואפ״ה כי קטעין פרעתיך בתוך זמני אינו נאמן ואיפסקא הילכתא כר״ל. ויש להקשות בלשון רבינו דמשמע דבתובעו בתחלת היום דכלה בו הזמן וא״ל פרעתיך אינו נאמן ובסוף פרק השואל אמרינן דעביד איניש דפרע ביומא דמשלם זימניה ותו דבספר התרומות שער ט״ז סימן ב׳ כתב להדיא דאי אמר פרעתיך בתחלית היום נאמן ומביאו ב״י בסעיף ד׳. ונראה דדברי רבינו אינן אלא בתבעו בהתחלת היום ממש דהשתא כיון שעכשיו התחיל היום ואמר ליה פרעתיך אי אפשר לומר שפרעו היום אלא פרעתיך כבר קודם שהתחיל היום קאמר ולפיכך אינו נאמן דהוה ליה כאילו אמר בפירוש פרעתיך תוך זמני ועיקר כוונת רבינו הוא לומר דבין תבעו תוך הזמן ובין תבעו בתחלת היום שכלה בו הזמן וא״ל פרעתיך בסתם הוה ליה כאילו אמר פרעתיך תוך זמנו ואינו נאמן דחזקה וכו׳ והכי משמע בפירש״י בפרק השואל שכתב וז״ל שתבעו לדין ביומא דמשלם זימניה והוא א״ל נתתיו בבוקר עכ״ל כלומר שאם תבעו בבוקר ואמר ליה פרעתיך הו״ל כאילו א״ל פרעתיך קודם הבוקר ואין זה אלא תוך זמנו ואינו נאמן אבל כשתבעו באמצע היום וא״ל נתתיו בבוקר או פרעתיך סתם הוה ליה כאילו אמר פרעתיך בבוקר ונאמן דעביד איניש דפרע ביומא דמשלם זמניה:

ד ומ״ש רבינו בסמוך תבעו ביום שנשלם בו הזמן בסופו נאמן לומר פרעתיך היום וכו׳ לאו דוקא בסופו דה״ה באמצע היום או אפילו קודם זה ב׳ וג׳ שעות על היום נמי נאמן לומר פרעתיך היום דדוקא בתבעו בתחלת היום וא״ל פרעתיך אינו נאמן כיון דאי אפשר לומר שפרעו היום כדפי׳ והא דכתב בסופו אינו אלא לומר דבסופו כיון דנאמן לומר פרעתיך היום נאמן נמי לומר פרעתיך תוך זמני במגו דפרעתיך בתחלת היום אלא ששכחת משא״כ בשתבעו ב׳ וג׳ שעות על היום וא״ל פרעתיך תוך זמני דאינו נאמן במגו דאי בעי אמר פרעתיך היום דאין זה מגו טוב דלא חציף איניש למימר הכי דודאי אם פרעו היום היו יודעים אבל רגיל הוא לומר פרעתיך כבר ושכחת דזה הוא מגו טוב וכמ״ש התוס׳ בד״ה ובא בזמנו וכ״כ הגהות אשיר״י והאגודה לשם בשם ר״י וזאת היא ג״כ דעת בעה״ת דאינו נאמן במגו אלא כשתבעו בסופו אבל אי טעין פרעתי היום כל שאינו בתחלת היום ממש דאפשר דפרעו היום נאמן דעביד איניש דפרע ביומא דמשלם זמניה אפילו בתחלת היום בבקר. ואיכא לתמוה ממ״ש ב״י וז״ל ומ״ש או בתחלת היום שכלה בו הזמן הוא לאפוקי סוף היום שכלה בו הזמן כמ״ש בסוף סימן זה עכ״ל נראה מדבריו דלאו דוקא תחלת היום אלא אפילו באמצע היום נמי אינו נאמן אא״כ בסוף היום וכ״כ בש״ע סעיף ג׳ וז״ל וי״א דהא דאמר בתבעו ביום שנשלם הזמן וא״ל פרעתיך היום דנאמן ה״מ כשתבעו בסוף היום אבל קודם לכן אינו נאמן וכו׳ עכ״ל והא ודאי ליתא מדכתב רבינו אינו נאמן דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו אלמא דאף בתבעו בתחלת היום וא״ל פרעתיך הוה טעמא משום הך חזקה וא״כ בע״כ צריך לומר דבתבעו בתחלת היום ממש קאמר דאי אמר ליה פרעתיך בע״כ דקודם תחלת היום קאמר פרעתיך ואיכא חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו אבל כשאינו תובעו בתחלת היום ממש ודאי מצי אמר ליה פרעתיך היום וכמו שמבואר בספר התרומות להדיא כדפי׳ מיהו ברמב״ם ר״פ י״ד דמלוה כתב וז״ל ואם היה החוב לזמן ותבע בזמנו יפרע שלא בשבועה עבר זמנו לא יגבה אלא בשבועה עכ״ל ומשמע להדיא דכל היום אינו נאמן לומר פרעתי היום אם לא בסוף היום ממש והא דפרק השואל דעביד איניש דפרע ביומא דמשלם זמניה היינו דוקא בסוף היום אבל משמעות שאר כל הפוסקים אינו כך אלא כדברי רבינו וכדפי׳ ודו״ק: ומ״ש ואפילו מיתמי וכו׳ אפילו קטנים וכולי כך העלה הרא״ש לשם ודלא כמ״ש התוס׳ בד״ה ואפילו מיתמי דמיתומים קטנים אין גובין וכ״כ בהגהות אשיר״י לשם ע״ש ר״י והוא דעת רשב״ם בפרק חזקת (בבא בתרא דף ל״ג) שכתב בד״ה וכי גדלי יתמי וכו׳ עד וה״מ שיש עדים שהלוהו וישבע שלא פרעו ויטול עכ״ל אלמא דאפילו מת תוך הזמן לא גבי מקטנים בלא שבועה ולית הלכתא הכי אלא כדעת שאר כל הפוסקים והכי נקטינן וע״ל בסימן ק״ח סעיף ה׳ וסימן ק״י סעיף ו׳: וכתב הר״י מיגא״ש שגם מהלוה נפרע בלא שבועה וכו׳ והרא״ש כתב שצריך שבועה וכו׳ וז״ל הרא״ש ואי טעין פרעתיך בתוך זמנו אע״ג דאין נאמן יראה שצריך לישבע שבועה היסת כיון שטוען טענת ברי אבל ביתמי לא משבעינן ליה מספק עכ״ל אבל במרדכי לשם כתב דאם אדם הוציא ש״ח על חבירו וא״ל השבע לי שלא פרעתיך תוך זמני א״צ לעשות שבועה דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו אלא אם כן אמר ליה אשתבע לי דלא פרעתיך בזמניה אז צריך שבועת היסת עכ״ל וכ״כ הגהת אשיר״י לשם וכן כתבו התוס׳ להדיא וז״ל חזקה אין אדם פורע אלא בזמנו מכאן משמע שאם הוציא ש״ח על חבירו וא״ל אשתבע לי דלא פרעתיך בגו זימניה א״צ לעשות שבועה עכ״ל. ומשמע מדבריהם דדוקא בדאיכא ש״ח הוא דנשבע שלא נפרע ביום שנשלם הזמן אבל במלוה ע״פ הלוה נאמן בשבועה שפרעו היום כדלעיל ופשוט הוא מיהו לפעד״נ מלשון הרא״ש שכתב בסתם דגם הוא ס״ל כתוספות ומרדכי ושאר גאונים דא״צ שבועה אלא חרם סתם אלא דס״ל דדוקא שלא יוכל לעכב הפרעון עד שישבע המלוה התם הוא דקאמר דכיון דחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו צריך לפרעו וא״צ לישבע ודינו כאילו היה בידו שטר שכתוב בו נאמנות אלא דהיכא דחזר הלוה ותבעו ברי לי שפרעתי לו כבר בתוך זמנו על זה קאמר הרא״ש דחייב לישבע שבועת היסת כיון דטעין ברי אבל ביתמי לא משבעינן ליה מספק אף לאחר פרעון ואפשר דהתוספות ושאר כל הגאונים מודים

בזה ואין כאן מחלוקת דלא כמה שהבין רבינו והכי נקטינן דקודם פרעון א״צ לישבע אלא מחרימין חרם סתם ולאחר הפרעון אי טעין ברי לי דפרעתיך תוך זמנו צריך לישבע היסת:

ה וכל זה לא איירי אלא בקובע זמן אבל בסתם הלואה וכו׳ כ״כ התוספות והרא״ש ושאר פוסקים וכמ״ש בב״י ונראה דאפי׳ תבעו בו ביום שלוה יכול לומר פרעתיך כדלעיל בסימן מ״ה סעיף ח׳ והיינו דוקא במלוה ע״פ אי נמי אפילו בשטר ויש לזה שובר שנכתב בו ביום שנכתב השטר וכדכתב הרא״ש בתשובה כלל ע״ו סימן ג׳ ומביאו רבינו בסימן נ״ד סעיף ז׳ אבל בשיש למלוה שטר אע״פ שלא קבע לו זמן וזה טוען פרעתיך תוך ל׳ או בו ביום אינו נאמן ואפילו לאחר ל׳ נמי אינו נאמן דא״כ דפרע שטרך בידי מאי בעי:

סימן עט

א האומר לחבירו וכו׳ בפ׳ הדיינין פלוגתא דאביי ורבא והילכתא כרבא וצריך לומר שמעידין שאותה הלואה היה ביום כך וכך שזה כופר ודאי לוה אותה באותו יום אבל לאחר זמן פרעה וכך פירש״י לשם סוף (דף מא) דאל״כ אע״פ שלוה ופרע דילמא הלואה אחרת היתה אלא ודאי העדים מעידים על אותה הלואה שזה תובעו וזה כופר ודאי לוה אותה אבל על הפרעון א״צ להעיד שעל אותה ההלואה פרעו אלא כיון דלאחר זמן פרעו בשתם אפילו היתה מלוה בשטר קי״ל דאיתרע שטרא כדאיתא התם בתחילת (דף מ״ב) ובכתובות פרק הכותב סוף (כתובות דף פ״ד) וכדלעיל בסימן כ״ח וכ״ש במלוה ע״פ מיהו ודאי צריך לפרש דהעדים שמעידים דלאחר זמן פרעו היינו קודם שתבעו לדין אבל היו מעידים דלאחר שתבעו לדין וטען להד״ם פרעו בפניהם אין ספק דפטור הוא מלשלם דליכא למימר הכא הודאת בע״ד כק׳ עדים דמי דהא ודאי כיון שלאחר שטען להד״ם העידו העדים שלוה ממנו א״כ צריך הוא לפרוע לו ועיין במ״ש בסמוך סעיף ג׳: ודע דמ״ש רבינו האומר לחבירו וכו׳ אלא בתבעו בפני בית דין וכפר בבית דין ואמר להד״ם וכ״כ הרמב״ם להדיא בפ״ז מטוען אבל בחוץ לב״ד לאו הודאת ב״ד היא ויכול לחזור ולומר לויתי ופרעתי ויתבאר בסימן זה סעיף ז׳ ולקמן בסימן פ׳ וכאן קיצר רבינו: ומ״ש לפיכך אם לאחר שפרע וכו׳ כ״כ בעה״ת שער י״א ונראה דה״ה אם רצה להחרים סתם על כל מי שנטל ממנו ממון שלא כדין דג״כ מוחין בידו ואע״ג דכתב הראב״ד לקמן בסימן פ״ב סעיף ד׳ גבי שטר דאין מוחין מכל מקום כאן דמדבר בתביעה שבעל פה מוחין עליו שלא להחרים סתם:

ב כתב הר״י מיגא״ש מי שהודה בב״ד וכו׳ טעמו דכי היכי דבאומר בב״ד לא לויתי אמרינן דהודאת בע״ד כק׳ עדים דמי ואפילו באו עדים שלוה ופרע אין מקבלין עדותן שפרע הכי נמי בהודה בב״ד שחייב לו מנה (אבל) הודאתו כק׳ עדים דמי ואפילו באו עדים שפרעו אין מקבלין עדותן שפרע הרמב״ם ס״ל לחלק בין אומר לא לויתי מעולם והעדים מכחישין אותו לאומר חייב אני לו ואח״כ אמר נזכרתי שפרעתי והרי אלו עדים דהעדים אינן מכחישין אותו והכי מסתברא מיהו בנמ״י ריש מציעא מפרש דברי הרמב״ם דוקא בטען נזכרתי שפרעתי קודם שבאו העדים אבל אם באו העדים תחלה א״כ אינו חוזר בו אלא מפני עדות העדים וכיון שהודה שהוא חייב סמכינן טפי אדיבוריה ממאה עדים ודבריו נכונים והכי נקטינן. ומשמע לשם דבאומר לא לויתי אפי׳ אמר פרעתי קודם שבאו העדים לא מהימן וע״ש כי האריך. וע״ל ס״ס פ״ב סכ״ג במ״ש ב״י ע״ש ה״ה ושייך כאן:

ג א״ל מנה הלויתיך בפני פלוני ופלוני וכו׳ בפ׳ שבועת העדות (שבועות דף לד) יתיב רב המנונא ויתיב רב יודא וקא מיבעיא ליה מנה מניתיך בפני פלוני ופלוני ועדים רואים אותו מבחוץ מאי א״ל רב המנונא והלה מה טוען אי אמר להד״ם הוחזק כפרן אי אמר אין שקלי ודידי שקלי כי אתו עדים מאי הוי א״ל רב המנונא את עול תא ופירש״י הא דנקט ועדים רואין אותו מבחוץ הוא לפי שע״י כך לא הכיר בהם הנתבע. והתוס׳ פי׳ שאם היו מבפנים היו יודעים אם היה פרעון או הלואה ולדברי שניהם אורחא דמילתא נקט עדים ראו אותו מבחוץ דה״ה נמי כשהיו העדים מבפנים ותבעו במנה אי אמר להד״ם ובאו עדים שמנה לו הוחזק כפרן אע״פ שלא ידעו אם היה הלואה או מתנה וכו׳ ולפ״ז נראה ודאי דה״ה בדלא א״ל מנה הלויתיך בפני פלוני ופ׳ וכו׳ אלא תבעו בסתם מנה הלויתיך ביום פלוני אי א״ל להד״ם ובאו עדים שמנה לו הוחזק כפרן וכו׳ והכי משמע מל׳ הרמב״ם פ״ו שכתב וז״ל ראוהו עדים שמנה לו מעות ולא ידעו מה הן ותבעו בדין וא״ל תן לי מעותי שהלויתיך ואמר מתנה נתת לי או פרעון היו ה״ז נאמן ונשבע היסת ונפטר אמר להד״ם ואח״כ באו עדים שמנה לו בפניהם הוחזק כפרן וכולי עכ״ל הרי שלא הזכיר ועדים ראו אותו מבחוץ וגם לא הזכיר שתבעו וא״ל תן לי מנה שהלויתיך בפני פלוני ופ׳ וכו׳ אבל מהרש״ל כתב וז״ל נ״ל דוקא בכה״ג שאמר בפני פלוני ופ׳ והוא אמר להד״ם ולא השיב מה שנתת לי בפני פלוני ופלוני לא היה הלואה כי אם מתנה אבל היכא שא״ל סתם חייב אתה לי מנה שהלויתיך והוא אומר להד״ם והביא עדים שמנה לו אם יטעון אח״כ דרך מתנה נתתם לי לא הוחזק כפרן עכ״ל ולא נהירא דאם אתה אומר דבתבעו בסתם מנה הלויתיך ביום פלוני ואמר להד״ם וזה מביא עדים שמנה לו בפניהם וחוזר ואמר אותה מנה היה במתנה דמצי למיתרץ דיבוריה ולומר דמה שאמרתי תחלה להד״ם הוא לפי שתבעני בהלואה על זה אמרתי להד״ם

שלא הלוהו מעולם א״כ ה״ה בתבעו מנה הלויתיך בפני פלוני ופלוני וא״ל להד״ם נמי מצי לתרץ דיבוריה דליכא למימר דכיון שהזכיר לו פלוני ופלוני שהלוה לו בפניהם הו״ל להשים אל לבו ולומר לו אותו מנה שנתת בפני פלוני ופ׳ היתה במתנה וכו׳ ומדלא שם אל לבו הוחזק כפרן שהרי בגמרא אמרו ועדים ראו אותו מבחוץ ולא הכיר בהם הנתבע כלל וא״כ לא היה אפשר להשים אל לבו לטעון שמה שנתן לו בפני פלוני ופ׳ היה במתנה וכו׳ ואפ״ה נקט תלמודא בפני פלוני ופ׳ אלא ודאי תלמודא ל׳ קצרה נקט כלומר שתבעו מנה מניתיך וזה אמר להד״ם ואח״כ מביא פלוני ופלוני שמנה לו בפניהם. ולפעד״נ ודאי דבתבעו אתה חייב לי מנה שהלויתיך ביום פלוני וא״ל להד״ם בין בתבעו בסתם בין בתבעו מנה הלויתיך בפני פלוני ופ׳ וא״ל להד״ם מצי לתרץ דיבוריה לומר להד״ם שהיה בהלואה אלא במתנה נתתם לי ולא קאמר תלמודא דהוחזק כפרן אלא בתבעו מנה מניתיך וא״ל להד״ם דמשמעו דלא מנה לו מעולם וכיון דעדים ראו אותו מבחוץ דמנה לו מנה הוחזק כפרן וכך הוא משמעות כל הפוסקים דעל מה שתובעו מנה מניתיך השיב להד״ם ואח״כ באו עדים שמנה לו קאמר דהוחזק כפרן אבל בתבעו מנה הלויתיך לא הוחזק כפרן דמצי לתרץ דיבוריה לא היו דברים מעולם שהלויתני כלום: ומ״ש רבינו כאן א״ל מנה הלויתיך וכו׳ הוא טעות סופר וצ״ל מנה מניתיך בפני פלוני ופלוני וכו׳ וכלישנא דתלמודא שאם אין כאן ט״ס אין ספק דלא דקדק בלשונו ורצונו לומר מנה הלויתיך שמניתי לך בפני פלוני ופ׳ וא״ל להד״ם שלא מנית לי ולא קבלתי מידך כלום. וע״ד זה צריך לפרש לישנא דתלמודא בפ׳ הדיינים ופ״ק דמציעא דמאי דקאמר בסתם אין לך בידי כלום דר״ל אין לך בידי מעולם כמו שיתבאר בס״ד בסימן זה סעיף ה׳ וסוף סעיף ט׳ לדעת הרא״ש ורבינו ודכוותא אפשר לפרש דברי רבינו כאן מנה הלויתיך וכו׳ דר״ל מנה מניתיך שהלויתיך וכו׳ והוא דבר פשוט. ובש״ע נמשך אחר לשון רבינו וכתב א״ל מנה הלויתיך בפני פלוני ופ׳ וכו׳ וצריך לפרש דבריו כמ״ש לדעת רבינו: ומ״ש ואם יטעון אח״כ דרך מתנה נתנם לי או אם אומר פרעתיו אח״כ אינו נאמן צריך לפרש דהאי פרעתיו אינו אלא שפרעו אחר ההלואה מקמי שתבעו לדין ואינו נאמן דכיון דקאמר להד״ם כאומר לא פרעתי דמי ואפילו העדים מעידים שלוה ופרעו אין מקבלין עדותן שפרעו כמ״ש בתחילת סימן זה אבל אי טעין דלאחר שתבעו לדין ויצא מב״ד פרעתיו היה נאמן כשמביא עדים שפרעו כמ״ש בסמוך סעיף ו׳ אצל כתב ידו דמיירי לשם שמביא עדים שפרעו לאחר שיצאו מב״ד. מיהו איכא לתמוה טובא דכיון דכאן לא קאמר שהעדים מעידים שלוה ממנו אלא שמנה לו בפניהם לא הו״ל לומר שטוען פרעתי אלא שטוען בפרעון חובי קבלתים וע״כ נראה דט״ס נפל בספרי רבינו. וצ״ל או אם אומר בפרעון חובי קבלתים וכך הוא באשיר״י להדיא וכ״כ הרמב״ם או פרעון היו. ועוד יש לפרש דאין כאן ט״ס ואיירי בטוען פרעתיו אחר התביעה וקאמר דכיון דהוחזק כפרן אינו נאמן לומר פרעתיו אח״כ אלא בראיה:

ד ואם הכמין לו עדים מבחוץ וכו׳ לרבותא נקט הכי דהוחזק כפרן אע״פ שהכמין לו בחוץ והא דקאמר דלא הוחזק כפרן אלא על ידי שיעידו ששמעו שנתנו לו דרך הלואה אינו אלא היכא דכשתבעו תחלה מנה מניתיך שהלויתיך והשיב אמת שקבלתי ממך מנה אבל במתנה היה וכולי דנשבע היסת ונפטר כמ״ש בסמוך ועליו אמר רבינו דאם העדים מעידים שנתנם לו דרך הלואה הוחזק כפרן אף אם הכמין לו מבחוץ אבל אם מתחלה השיב להד״ם כלומר דלא קבל מידו כלום אע״פ שלא ידעו העדים שבהלואה נתנם לו אלא שראו שמנה לו הוחזק כפרן אף על ידי עדים שהכמין לו מבחוץ כדאיתא להדיא בגמרא וכדפירש׳ בסמוך בסעיף הקודם לזה. ועוד נראה דלא היה צריך לרבינו לפרש דאפילו בהכמין לו עדים הוחזק כפרן דסתמא ודאי משמע בכל ענין וכי היכי דכתב בסמוך בסתם מנה הלויתיך בפני פלוני ופלוני וכו׳ ולא כתב והכמין עדים כדאיתא בגמרא משום דמסתמא משמע בין הכמין בין לא הכמין והא דכתב רבינו כאן ואם הכמין וכו׳ אינו אלא לבאר דאיכא לפלוגי בהכמין בין טען להד״ם ובין טען אני לא קבלתי ממנו אלא בפרעון שלי וכולי ולא חששתי להודות לו שהיה דרך הלואה כיון שלא ראיתי עדים דשומעין לטענתו ונשבע היסת ונפטר כמבואר בדבריו בסמוך. וכל זה דוקא בשמעו שנתנו לו דרך הלואה אבל שמעו שהודה שחייב לו מצי טעין משטה אני הייתי בך כדלעיל בסל״ב ולקמן בספ״א:

ה א״ל מנה לי בידך וא״ל להד״ם וכו׳ פ״ק דמציעא (דף י״ז) א״ר יוחנן א״ל מנה לי בידך והלה אמר אין לך בידי כלום והעדים מעידים אותו שיש לו וחזר ואמר פרעתי הוחזק כפרן לאותו ממון כי הא דשבתאי וכולי א״ל להד״ם וכו׳ ולכאורה משמע מכאן דאין לך בידי כלום היינו להד״ם ולאו היינו פרעתי מדקחשיב ליה הוחזק כפרן ותו מדקאמר כי הא דשבתאי וכו׳ וגרסינן גבה להד״ם וכך כתב המרדכי לשם והוא דעת רב האי גאון שכתב רבינו בשמו בסמוך סוף סעיף ט׳ אבל רבינו תופס עיקר כסברת הרא״ש דאין לך בידי בסתם לא הוחזק כפרן דהיינו פרעתי אלא דוקא דקאמר בפירוש אין לך בידי מעולם דהיינו כאילו אמר להד״ם ולפיכך שינה לשון התלמוד כאן וכתב דא״ל להד״ם וה״ה פי׳ דהך דר׳ יוחנן הוא בעדים מעידין שיש לו עכשיו בשעת תביעה וז״ש שיש לו ולכן הוחזק כפרן עיין עליו רפ״ו דטוען ועי׳ בסמוך סעיף ט׳: ומ״ש וה״ה נמי לטוען להד״ם והוציא המלוה שטר בעדים וכו׳ כ״כ בעה״ת ריש שער י״ב. ונראה דלפי דאיכא למימר הכא דלא קאמר להד״ם אלא על מה שטענו בע״פ אבל מה שנתחייב לו בשטר דליכא למיכפריה לא קאמר עליה להד״ם וקא״ל דאפילו הכי הוחזק כפרן הוי בזה ואין המלוה צריך לישבע אפילו אין נאמנות בשטר:

ו ומ״ש וכן נמי אם הוציא עליו כתב ידו וכו׳ כלומר ל״מ בעדים או בשטר בעדים דהוחזק כפרן על פי עדים אלא אפילו ע״י כתב ידו נמי הוחזק כפרן דהיינו שהוציא עליו כ״י שחייב לו ואמר להד״ם וזה אינו כ״י אם אח״כ הוחזק כ״י בב״ד או שבאו עדים שהוא כ״י ה״ז הוחזק כפרן ומשלם וכ״כ

הרמב״ם בפ״ו מטוען ע״ש וה״ה בתובע תחלה בעל פה מנה לי בידך ואמר להד״ם ואח״כ הוציא כתב ידו הוחזק ג״כ כפרן וכו׳: ומ״ש דהסכמת הרא״ש הוא דלא דמי לחשוד דכשנגדו נשבע ונוטל הטעם לזה כתב לשם הר״ש דבחשוד לא מתביעה זו הוא פסול אלא מצד אחר אבל הכא דמתביעה זו הוחזק כפרן נוטל שכנגדו בלא שבועה:

ז ואינו מוחזק כפרן וכו׳ כ״כ הרי״ף והרא״ש בפ״ק דמציעא אהך מימרא דרבי יוחנן: ומ״ש אפי׳ עד א׳ מכחישו וכו׳ אין לפרש שהעד מכחישו בטענתו השנייה שאומר שלא פרע כגון שלא זזה וכולי או שהוא תוך זמנו דא״כ שבועת התורה מיבעי ליה להכחיש את העד אלא ודאי דהעד מכחישו בטענה הראשונה קאמר שמעיד בפני לוה ממנו מנה וכיון שמודה לדברי העד אלא שאומר שפרע נאמן בשבועת היסת דאפילו ב׳ עדים מעידים דלוה נאמן בשבועת היסת דהמלוה את חבירו בעדים א״צ לפרעו בעדים אלא דכאן גרע טפי דטען תחילה להד״ם אח״כ באו ב׳ עדים מעידים דלוה אכילו לא באו אלא לאחר שכבר חזר וטען פרעתי אינו נאמן בטענתו השנייה להרמ״ה לקמן בסי׳ פ׳ אבל כנגד ע״א נאמן והא דכתב רבינו בסי׳ ע״ה סעיף י״ד דבע״א הו״ל מחוייב שבועה ואי״ל ומשלם היינו דוקא כשבא העד קודם שחזר וטען מיהו קשה בהא דמשמע מדברי רבינו כאן דבחזר וטען אינו יודע והעד מכחישו שלוה נמי נשבע היסת ונפטר ולעיל בסי׳ ע״ה סעיף י״א כתב רבינו דהוה ליה מחוייב שבועה ואי״ל ומשלם ונראה דהאי אינו יודע שכתב רבינו כאן היינו לומר אינו בידיעתי שאהיה חייב לך כלום וכדי להקל בשבועתו אמר כך דשמא חייב לו איזה דבר ממקום אחר במה שלא תבע אותו עכשיו על כן אומר מתביעה זו שאתה תובעני עכשיו יודע אני שאינני חייב לך ואינו בידיעתי שאהיה חייב לך בשום דבר וכדפרישית לעיל בסי׳ ע״ה סעיף ז׳ אצל מ״ש רבינו כדי להקל בשבועתו ע״ש. ויש להקשות אמאי כתב רבינו כאן ע״א הלא רוב הגאונים ס״ל דאפי׳ אם הכחישוהו ב׳ עדים נמי נשבע היסת כל היכא שלא באו עדים אלא לאחר שחזר וטען די״ל דרבינו דהזכיר כאן ע״א הוי אליבא דכ״ע דאף להרמ״ה בע״א נשבע היסת ונפטר: כתב ב״י ע״ש הרא״ש בפ׳ ח״ה דרשב״ם פי׳ דבמיחה ב׳ מחאות בתוך ג׳ שנים המכחישות זו את זו דלא הוי מחאה וכו׳ דהוחזק כפרן וכמו שלא מיחה דמי ולא נהירא לי דאין אדם מוחזק כפרן אלא ע״פ עדים וכו׳ עכ״ל הרא״ש. ולקמן בסי׳ קמ״ו סעיף י״א כתבתי שגם רשב״ם ס״ל כדעת כל הגאוני׳ ולאו דוקא הוחזק כפרן ממש קאמר וע״ש:

ח וכן נמי אפילו הכחישוהו עדים וכו׳ תלמוד ערוך בפרק ח״ה (דף ל״א) וכ״כ הרי״ף והרא״ש בפ״ק דמציעא: ומ״ש אבל אם התובע וכו׳ ואומר זה אתם עדים כאומר לא פרעתי דמי כתב ב״י דמדברי הרא״ש מוכח דכשהתובע אומר אתם עדי ושתק הו״ל הודאה יא״כ מ״ש רבינו ואומר זה אתם עדי לאו דוקא דה״ה אפי׳ שתק כשאומר הלוה אתם עדי עכ״ל נראה מדבריו שהבין דמ״ש רבינו ואומר זה אתם עדי דעל הנתבע קאמר שצריך נמי לומר אתם עדי. וליתא דפשוט הוא דאתובע קאמר ואומר זה אתם עדי ואפי׳ שתק הנתבע ואין לדקדק הלא כבר כתב אבל אם התובע אמר לעדים שכפר בפניהם אתם עדי וכו׳ ומה צורך עוד לכתוב ואומר זה אתם עדי דהדבר ברור דסוף דבריו אינם אלא לבאר הדין בטעמן דמאחר דכשתבע אותו תחילה בפני עדים השיב לא לויתי ואומר התובע הזה בפניהם אתם עדי אפילו שתק הנתבע כאומר לא פרעתי דמי וכדלעיל בסימן ל״ב ולקמן בסימן פ״א ולפיכך אם חזר ואמר פרעתי קודם לכן אינו נאמן ולאפוקי אם השיב אין לך בידי כלום וא״ל אתם עדי וחזר ואמר פרעתי דנאמן דמצי לפרש דבריו דאין לך בידי כלום דקאמרת היינו לפי שפרעתי כבר כמו שיתבאר בסמוך ס״ס ט׳:

ט ובעל התרומות חילק וכתב וכו׳ הב״י נתקשה לו לדברי רבינו דנראה מדבריו דג׳ מחלוקות בדבר וליתיה וכו׳ ע״ש שהרבה להשיב על דברי רבינו ולפע״ד נראה דמ״ש רבינו ובעה״ת חילק וכו׳ לא קאי אדברי הר״ר יונה דסמיך ליה אלא אעיקרא דדינא קאי והוא מ״ש רבינו בתחילת דבריו ואינו מוחזק כפרן אלא הכופר בב״ד אבל לא בחוץ לב״ד וקאמר עכשיו שבעה״ת חולק דבכופר בב״ד נמי איכא צד שאינו הוחזק כפרן ומאי דכתב קודם זה דברי ה״ר יונה הוא כדי להשלים הדין דכופר חוץ לב״ד וקאמר דה״ר יונה חולק בו ואח״כ הביא דברי בעה״ת שחולק בכופר בב״ד וזהו דרכו של רבינו בחבורו וכמו שנתבאר לעיל בסימן ל״ט סעיף י״ג ע״ש ולפי שלא הרגיש ב״י בזה כתב על דברי רבינו שאינן מכוונים כראוי ואינו כן אלא מכוונים וברורים: א״ל מנה לי בידך וכו׳ במשנה בפ׳ הדיינים שנינו בסתם אין לך בידי חייב ולפיכך פי׳ רבינו האי שלשון אין לך בידי כמו להד״ם אבל רש״י כתב וז״ל אק לך בידי חייב כגון שאומר להד״ם וכתב הרא״ש דרצונו לומר שפירש דבריו ואמר אין לך בידי מעולם אבל אם אמר סתם אין לך בידי לא הוחזק כפרן דמצי למימר אין לך בידי עתה קאמינא שהרי פרעתיו לך ומיתרץ דיבוריה הוי ואין סותר הראשונים עכ״ל וכ״כ הרמב״ם רפ״ו מטוען וכתב הרב המגיד שזה פשוט שאין לך בידי אין משמעו שלא לוה מעולם. ובהגהות לשם כתב שכ״כ רבינו האי דלא הוחזק כפרן אלא כשהשיב להד״ם וזהו דלא כמש״ר בשם רבינו האי גם הסמ״ג בעשה (דף חפ״ב:) כתב כהרמב״ם וכך מבואר בדברי בעה״ת שהביא רבינו בסמוך וז״ל ובעה״ת חולק שיכול לתקן לשון אין לך בידי כלום דר״ל החזרתי לו פקדונו או פרעתי חובו והכי נקטינן דלא כמ״ש רבינו ע״ש רבינו האי ודלא כמרדכי פ״ק דמציעא וע״ל בסעיף ה׳ ובמ״ש לשם בס״ד:

יג מי שנתחייב בב״ד בין אמרו צא תן לו וכו׳ בפרק קמא דמציעא תחלת (דף י״ז) פליגי בה אמוראי אליבא דרב נחמן ופסקו הפוסקים כרב זביד דאין חילוק בין צא תן לו לחייב אתה ליתן לו אלא בכפרן: ומ״ש בשם הרמב״ם לפיכך בקיאי הדעת שבספרד וכו׳ ספ״ז דטוען. וקשה דכאן משמע דאינו נאמן לומר לטעון פרעתי כנגד פסק דין ולעיל בסי׳ ל״ט סעיף י״ב כתב בשם אבי העזרי שנאמן וכתב מהרש״ל דכאן ר״ל שבא לב״ד לכתוב לו הודאתו גמור בשטר כפי הפסק שפסקו עליו אין כותבין ולאו דוקא פס״ד קאמר כאן דפשיטא דיכולין לכתוב פסק דין כיון שנאמן לומר פרעתי אבל כנגד כתב הודאה לא מצי טעין פרעתי דהו״ל שטר ממש שהרי כתב בו בפנינו הודה גם בסי׳ ל״ט לא כתב רבינו אלא שלא יתנו לו כתב הודאה אבל פסק דין יכולין ליכתוב וליתן לו עכ״ד ולא נהירא לי אלא אפילו פסק דין לא יתנו לו לכתחילה דשמא יבא ויתבענו בו כדי לגבות ממנו פעם שנית ואע״ג דנאמן לומר פרעתי מ״מ יזקיקנו לידי שבועה וכדי שלא ישבע יתפשר עמו ברצי כסף והשתא איכא גרמא בניזקין ולכן לא יכתבו לו לכתחילה וכבר התבאר זה בס״ד בסי׳ ל״ט סעיף י״ב ע״ש:

טו בד״א דציית דינא וכו׳ פי׳ הא דנאמן לומר פרעתי לאחר שיצאו מבית דין ושלכך אין כותבין לו פסק דין בלא דעת הלוה דוקא היכא דציית דינא דהיינו שקיבל עליו בפני ב״ד לפרעו ויצא מלפניהם דאמרינן שמא פרעו אבל אם יצא מלפניהם בסרבנות וכו׳ שאמר לפני ב״ד לא אשלם לו ולא אציית לפסק דין שלכם אינו נאמן לומר פרעתי וכותבים לו פסק דין ונראה דמ״ש ושמתוהו לאו דוקא אלא אורחא דמילתא נקט דכל העומד בדין ומסרב משמתינן אותו וה״ה אפי׳ לא שמתוהו נמי מיד שמסרב כמלוה בשטר דמי וכדכתב בסוף דבריו שכל העומד בדין והוא מסרב כמלוה בשטר דמי דלא הזכיר אלא שהוא מסרב בלחוד ואפ״ה כמלוה בשטר דמי ובספר בעה״ת שער י״ב סי׳ ב׳ כתוב ע״ש הראב״ד וז״ל או שיצא מלפני ב״ד בסרבנות ושמתות וכו׳ משמע כדפי׳ דכיון שיצא מלפני ב״ד בסרבנות ושמתות כלומר דמשעה שיצא מלפני ב״ד בסרבנות חייל עליה דין שמתות וחשיב כמלוה בשטר אע״פ דלא שמתוהו ואינו נאמן לומר פרעתי ואם בא לב״ד כותבים ונותנין לו ודכוותא צריך לפרש מ״ש רבינו ושמתוהו דלאו דוקא שמתוהו וכדאמרן נ״ל ודלא כמ״ש מהר״ן כהן דוקא דשמתוהו: ומ״ש אינו נאמן לומר פרעתי וגובה אפי׳ ממשעבדי וכו׳ הא דקאמר אפי׳ היינו משום דסד״א כיון דאמר פרעתי אע״ג דאינו נאמן לגבי דידיה כיון שיצא בסרבנות וגובה מבני חרי מ״מ ממשעבדי לא גבי כיון דקאי לוה ואומר פרעתי ואין כאן שטר ביד המלוה להכי אמר דאפילו ממשעבדי גובה דכמלוה בשטר דמי. והא דלא כתב רבינו כאן דאפי׳ לא יצא בסרבנות אלא שיש עדים שלא פרעו או שהוא מודה שלא פרע א״נ בשטען בב״ד שאין לו לפרוע והשביעו אותו בתקנת הגאונים דבכל אלו נמי כותבין בלא דעת הלוה וגבי ממשעבדי כדכתב בעה״ת ע״ש הראב״ד ומביאו ב״י כאן זהו לפי שכבר כתב כך רבינו בסי׳ ל״ט סעיף י״ב ע״ש התוס׳ גבי דין הודאה בב״ד אבל כאן דמיירי בדין טוען ונטען לא כתב אלא דין סרבנות דשייך ליה דביצא בסרבנות אינו נאמן לומר פרעתי וכו׳ אבל לא יצא מסרב וכו׳ עד סוף הסימן הוא ע״פ מה שפי׳ הרא״ש בפ״ק דמציעא ומביאו בית יוסף:

סימן פ

א מי שטוען בפני ב״ד טענה אחת ונתחייב בה וכו׳ עד ויחשוב שקרים על טענותיו להשיב הכל הוא תלמוד ערוך פ׳ חזקת (בבא בתרא דף ל״א:):

ב ומ״ש אבל אם יצא מב״ד אין שומעין לו אפילו לתקן וכו׳ קצת קשה מאי אפילו לתקן דבאינו סובל תיקון אפי׳ לא יצא מב״ד אינו יכול לטעון טענה אחרת וכך הו״ל לומר אבל אם יצא מבית דין אין שומעין לו לתקן וכו׳ ונראה דלפי שרוצה לכתוב בחלוקה אחרת אבל כל מה שטען חוץ לב״ד יכול לחזור ולטעון אפי׳ לסתור טענתו הראשונה וכו׳ לכך כתב תחלה היכא דטען בב״ד ואח״כ יצא מב״ד דאין שומעין לו אפילו לתקן ואצ״ל דאין שומעין לסתור אבל כשלא טען בב״ד אלא מחוץ לב״ד יכול לחזור ולטעון אפילו לסתור טענתו הראשונה ושומעים לו:

ד בד״א שאין טוען וחוזר וטוען לסתור וכו׳ והטעם משום דמה לי לשקר אם היה רוצה היה עומד בטענה הראשונה וכבר התבאר זה בסי׳ ע״ט סעיף ז׳ וע״ש בב״י ומשום הכי כתב הרמ״ה דוקא דלא אתו סהדי בתר הכי דהשתא ודאי איכא למימר מה לו לשקר וכו׳ אבל אי אתו סהדי בתר הכי דאיכא למימר דלפי שידוע דעדים ממשמשים ובאים לכך חזר בו מטענה קמייתא וליכא למימר מגו דאי בעי היה עומד בטענה הראשונה הילכך לא משגחינן בטענה בתרייתא עד דמייתי ראיה לבתרייתא: ומ״ש ודוקא דהדר ביה לבתר תוך כדי דיבור וכו׳ כלומר כל דין טוען וחוזר וטוען דמפלגי בין נתחייב בדין בטענה הראשונה ובין יכול לזכות בדין גם בטענה הראשונה ובנתחייב בה נמי בין סובל תיקון לאינו סובל תיקון כל זה אינו אלא בחוזר וטוען לבתר כדי דיבור. אבל אם הדר ביה תוך כדי דיבור אפי׳ נתחייב בדין בטענה הראשונה וגם אינו סובל תיקון יכול לחזור בו תוך כדי דיבור והטעם דקי״ל בכל התורה כולה תוך כדי דיבור כדיבור דמי חוץ ממגדף וע״ז ומקדש ומגרש כדאיתא בסוף נדרים: ומ״ש והר״י מגא״ש כתב הא דאין טוען וחוזר וטוען אינו אלא דוקא כשהחישוהו וכו׳ וכן כתב הרמב״ם וכו׳ פי׳ הר״י מגא״ש והרמב״ם חולקים אמ״ש הרמ״ה וס״ל דאם לא באו העדים מיד

והכחישוהו על טענתו הראשונה יכול לחזור ולטעון מפטור לפטור כל זמן שלא באו העדים דלפ״ז אפילו באו עדים אחר טענתו השנייה והכחישו בטענה לית לן בה דלא כהרמ״ה דקרי ליה הכחשה לזו דליתא וכך הוא דעת הרב רבינו משה בר מיימוני וכמו שפי׳ ה״ה ספ״ז דטעין וכ״כ נ״י להדיא ע״ש הר״י מגא״ש והרמב״ם ע״ש פרק חזקת וכ״כ בספר האגודה פ״ק דמציעא ע״ש מהר״ם והכי נקטינן וכ״פ בש״ע:

סימן פא

א אמר חבירו וכו׳. מימרא דרב ור׳ יוחנן ותנ״ה ס״פ ז״ב:

ב ומ״ש וצריך לישבע וכו׳. פי׳ שבועת היסת משום שלכל טענה שהוא עושן לפטור את עצמו תיקנו שבועת היסת כ״כ הרא״ש והמרדכי לשם בשם מהר״ם ע״ש רבינו סעדיה ור״ל דנשבע שאין חייב לו כלום שמה שהודה לו לא נתכוין אלא להשטות:

ג ומ״ש ולא עוד וכו׳. ברייתא שם ורבותא קאמר דאע״ג דאמר מתיירא אני וכו׳ ומשמע דחייב ל׳ אפ״ה מצי טעין דגם זה לא אמר אלא להשטות בו:

ד ומ״ש ואפי׳ לא טעין משטה הייתי בך אלא טען להד״ם וכו׳ הכי אסיק רבא התם דלא כאביי מיהו הכא אינו נשבע דלהד״ם כמו שטען שהרי העדים מעידים שהודה בפניהם ותלינן דכיון דהודאה זו דברי רוח היו לאו אדעתי׳ הילכך אין עליו אלא שבועה שאין לו בידו כלום שוב מצאתי כך להדיא בספר התרומות שער מ״ב סי׳ א׳:

ה ומ״ש בד״א בבריא וכו׳. ה״א ס״פ ג״פ וכתב במרדכי ס״פ זה בורר ע״ש ראבי״ה דה״ה כשתבע הוא לאחר והודה לו הוי כמו אתם עדי ולא מצי טעין משטה אני בך: ומ״ש דאי לא טעין לא טענינן ליה ברייתא פרק זה בורר למאי דקאמרינן חסורי מחסרא והכי קתני: ומ״ש בד״א שהוא קיים וכו׳. כ״כ התוס׳ והרא״ש פרק זה בורר:

ז כתב בעה״ת אם התובע תופס וכו׳. נראה דטעמו משום דאנן סהדי דאין אדם מודה לחבירו בחנם דחייב לו אם חבירו תופס ממונו בידו דמתיירא פן יחזיק בממונו באמרו אתה חייב לי כנגד זה כמו שהודית בפני עדים. שוב ראיתי דבעה״ת בשער מ״ב הביא ראיה לדין זה מטענו חטים והודה לו בשעורים שהוא פטור ואם תפס משלו ואפילו בעדים וראה משוי ליה הודאה גמורה וזוכה במה שתפס וצריכה התפיסה להיות קודם ההודאה:

ח ומ״ש ואם כשתבעו הודה בפני ב״ד וכו׳. גם זה מדברי בעה״ת בשער הנזכר ולמד כך מדתנן פרק זה בורר עד שיאמר בפנינו הודה לו דמשמע שהיו שניהם המלוה והלוה בפנינו ולהודות לו נתכוין להיות לו עדים בדבר דאל״כ עד שיאמר בפנינו הודה מיבעי ליה מדתני הודה לו אלמא דא״ל אתם עדי דהודה לי בפניכם וכפי׳ רש״י לשם להדיא במשנה מיהו בהודה בפני ב״ד א״צ שיאמר אתם עדי כדלעיל בסימן ל״ט סעיף ח׳. ואמרינן נמי בגמ׳ בהנהו עובדי דערי ושכבי ודחיי ומיחי דהא דצריך שיאמר לעדים אתם עדי ל״ש אמר לוה ל״ש אמר מלוה ושתיק לוה:

ט ומ״ש אבל אם שלא בפניו וכו׳ עד לא חששתי להשיבך. כל זה בבעה״ת ולכאורה משמע דשלא בפניו אינו כלום ה״ט דמצי טעין משטה אני בך דמתחילת הסימן עד סעיף י״ז מדבר הכל בטענות השטאה אלא דקשה עובא דהלא בהודה שלא בפניו אין התובע תובעו וכשאיני תובעו אין מקום לטענת השטאה ואפילו היה תובעו איש אחר שחייב לפלוני והודה לא מצי טעין משטה הייתי בך כדלקמן בסעיף כ״ט ע״ש בעל התרומות גופיה כל שכן כשאין אדם תובעו אלא מעצמו הודה שלא בפני חבירו דפשיטא דלא מצי טעין משטה הייתי בך. ונראה ודאי דמ״ש כאן לאו כלום הוא דהכי קאמר דאע״פ דלא מצי טעין טענת השטאה מ״מ מצי טעין שלא להשביע וכיון דאנן טענינן ליה דשלא להשביע אמר כך לפיכך אמר דלאו כלום הוא כלומר דפוטרין אותו מיד ואפי׳ שבועה א״צ וס״ל לבעה״ת דאפילו באומר אתם עדי נמי טענינן ליה שלא להשביע כשהודה שלא בפני המלוה וכ״כ רבינו לעיל בסי׳ ל״ב סעיף ט״ז דכך הוא דעת הרא״ש דלא כהרמב״ם והרמ״ה דס״ל דבדאמר דרך הודאה ולא דרך שיחה אפי׳ לא אמר אתם עדי ואפי׳ שלא בפני התובע אמרי׳ ליה זיל שלים דליתא אלא כל שאינו בפני התובע אפי׳ אמר אתם עדי לאו כלום הוא וזו היא דעת בעה״ת שהביא רבינו בסמוך סעיף כ״ט דטענת שלא להשביע ליכא התם דהא איכא תובע אלמא דאי לא הוה תובע מצי טעין שלא להשביע אע״ג דקאמר אתם עדי כיון דאינו בפני המלוה אלא דקשה אמאי כתב רבינו דין זה כאן בתוך דין השטאה ונראה דלפי שהביא דברי בעל התרומות כתב כל לשונו ולא רצה להשמיט מאמצע דבריו במ״ש לענין טענת שלא להשביע אע״ג דמדבר כאן בטענת משטה וכ״כ גם המרדכי ע״ש ר״י דפסק כך ע״ש פרק זה בורר וכבר הארכתי בזה בסימן ל״ב סעיף ח׳ וסעף י״ז:

יב כתב הרמ״ה דה״ה נמי אם אמר הריני מודה בפניכם וכו׳. כ״כ רבינו לעיל בסימן ל״ב סעיף י״ז ע״ש הרמ״ה והרמב״ם דבהודה בפני עדים שלא בפני המלוה אפילו לא אמר אתם עדי הוי הודאה כל שאינה דרך שיחה אלא בהודאה גמורה ושהרא״ש חולק וס״ל דאפילו אמר אתם עדי שלא בפני התובע

לא הוי הודאה והוא דעת בעה״ת שהביא רבינו בסמוך סעיף ט׳ וכ״כ ר״י במרדכי פרק ז״ב ולפי זה אין להבין ממ״ש רבינו כאן על דברי הרמ״ה והרמב״ם שהרא״ש כתב דלא מהני אלא באתם עדי כדפרישית לעיל דרצונו לומר אבל באתם עדי מהני אפי׳ שלא בפני התובע שהרי אמר כדפי׳ לעיל ולעיל בסעיף ט׳ פי׳ להדיא דשלא בפני התובע אפי׳ אמר אתם עדי לאו כלום הוא וכדכתב להדיא בסימן ל״ב ע״ש הרא״ש אלא צריך להבין דה״ק דהרא״ש כתב דלא מהני ככל אלא באתם עדי אפילו בפני התובע כדפי׳ לעיל כ״ש שלא בפני התובע אבל ודאי דאפי׳ באתם עדי לא הוי הודאה שלא בפני התובע:

טו וכתב בעל המאור וכו׳. אבל הרמב״ם כתב וכו׳. ע״ל בסימן ל״ב סעיף י״ט דלא הביא אלא דעת בעל המאור ולא הביא דעת החולק עליו ולשם כתבתי טעמו:

טז ההוא דאכמין וכו׳. ע״ל בסי׳ ל״ב דכתב ע״ש הרא״ש דאי לא בעי לאסוקי אדעתיה דיש שם עדים אפילו אמר הן לא הוי הודאה דלא כהרמ״ה:

יז לא תבעו שום אדם וכו׳ ה״א פרק ז״ב וע״פ מ״ש הרא״ש לשם:

יח ומ״ש והרמב״ם כתב דוקא שלא בפניו וכו׳. כ״כ בריש פ״ז דטוען וע״ל במ״ש בזה בסל״ב סעיף י״ז:

כא כתב הראב״ד דאפילו אמר אתם עדי ושתק וכו׳. פירוש דכשהודה הלוה מעצמו בפני המלוה וא״ל המלוה אתם עדי שתק הלוה אפ״ה יכול לחזור בו ולטעון שלא להשביע הודיתי ועל זה השיג רבינו דכיון דהודה בפני התובע וא״ל אתם עדי אע״פ דשתק הוי הודאה כדכתב לעיל בשם בעה״ת סעיף י״א ולעיל. בסימן ל״ב סט״ו ע״ש. ועל ראיית רבינו השיג ב״י חדא דילמא ה״ק אבל בריא צריך שיאמר אתם עדי ושישיב הלה ולא ישתוק ועוד דהך שכ״מ שהודה היינו כשתבעוהו והודה מיירי כדכתבו התוס׳ פרק ז״ב (דף כ״ט) בד״ה כך אדם ועוד דדיוקא דדייק הא בריא וכו׳ איכא למימר דוקא בשהנתבע אמר אתם עדי אבל אם אמר התובע אתם עדי ושתק הנתבע מנ״ל דאינו יכול לחזור בו עכ״ד. ונראה דדעת רבינו הוא דאין לחלק כלל בין לוה אמר אתם עדי למלוה אמר אתם עדי ושתק לוה כדאיתא להדיא בפרק זה בורר ש״מ מההיא עובדא דערי ושכבי וחיי ומיתי דבדאמר אתם עדי ל״ש כי אמר לוה ול״ש כי אמר מלוה ושתיק לוה וגם כן אין לחלק כלל בין תבעו והודה דמצי טעין טענת השטאה להודה מעצמו דמצי טעין שלא להשביע והשתא כי היכי דמהך דשכ״מ דמיירי בתבעו והודה אמר דאין צריך לומר אתם עדי ודייקינן מינה אבל בבריא דתבעו והודה צ״ל אתם עדי ומכי אמר מיהא אינו יפול לחזור בו אפי׳ שתק דאין לומר דוקא בדאמר הן דהא מעובדא דערי ושכבי דאיירי בתבעו והודה מוכח להדיא כיון דהודה בתחלה אפילו שתק אח״כ הוי הודאה כדפי׳ ה״נ בהודה מעצמו דמצי טעין שלא להשביע אם אמר התובע אח״כ אתם עדי ושתק לוה אינו יכול לחזור בו כיון שהודה בתחלה בפני התובע. ואע״ג דלפי זה לא הו״ל לרבינו להביא ראייתו מהך דשכ״מ שהודה וכו׳ דמעובדא דערי ושכבי חיי ומיתי נמי איכא ראיה בלאו הך דשכ״מ שהודה איכא למימר דניחא ליה טפי להביא ראיה מהך דשכ״מ שהודה שמפורש בו דא״צ לומר אתם עדי משום דאין אדם משטה בשעת מיתה ודייקינן מינה דבבריא צריך לומר אתם עדי ומשמע בסתמא דמכי אמר מיהא אתם עדי אינו יכול לחזור בו אפילו אמר מלוה ושתיק לוה וא״כ ה״ה בהודה מעצמו לענין טענת שלא להשביע אפילו בשכ״מ גופיה דצריך לומר אתם עדי נמי אמרינן דאפילו היכא דאמר מלוה ושתיק לוה אינו יכול לחזור בו דתרתי שמעינן מינה דהך דשכ״מ. עוד כתב ב״י וז״ל ובסימן ל״ב כתבתי בשם המרדכי כדברי הראב״ד עכ״ל ושארי לי׳ מאריה דאדרבה מדברי המרדכי מבואר דלא סבירא ליה כהראב״ד אלא כדעת רבי׳ דבהודה מעצמו נמי אם אמר מלוה אתם עדי ושתיק לוה לא מצי טעין שוב דשלא להשביע הודיתי מתחלה דמה שאומר המלוה אתם עדי היינו תובעו והב״י גופיה כתב כך בסימן ל״ב סעיף ט״ו וסתר את דבריו הראשונים ע״ש ובמ״ש לשם באריכות בס״ד:

כג וכתב א״א הרא״ש בתשוב׳ שאם הודה בכתב ידו וכו׳. בכלל ס״ה סימן א׳ כתב דין זה בשכ״מ שהודה בכתב ידו ופסק דאף אם לא היה תובעו לא אמרינן אדם עשוי שלא להשביע דכולי האי לא הוה עביד ומבואר לשם דהמעשה היה שהכתב יד היה יוצא מתחת יד חבירו שהרי בסוף התשובה כתב דמה שטוענים היתומים שאפשר שהיה לזה חתימתו של שכ״מ בידו וכתב עליו מה שרצה לאו טענה היא וכו׳ ואם תאמר אם כן פשיטא היא דלא מצי טעין מידי כדתנן הוציא עליו כתב ידו גובה מבני חרי ויש לומר דבהוציא עליו כתב ידו ולא ידעינן היאך הגיע כתב ידו לידו של חבירו מסתמא אמרי׳ דהלוה לו או כבר התחייב לו ומסר בידו כתב יד מקויים כדי להשתלם חובו לזמן שקבע לו והילכך גבי מבני חרי אבל בתשובה זו מיירי דאיכא עדים שהיו אצל זה שהודה מעצמו שחייב לחבירו כך וכך וחתם בחתימת ידו דאיכא למימר כיון דאין רגילות שאדם יודה מעצמו כשאין חבירו תובעו טענינן ליה דלא אמר הכי אלא שלא להשביע והכריע הרא״ש דליתא דלא אשכחן הכי אלא בדיבור בעלמא אבל כולי האי לא הוה עביד להשביע. אבל אין לפרש דהמעשה שהשיב עליה תשובה זו היה שכתב בכתב ידו וחתם שמו ולא מסרו לחבירו דאם כן פשיטא דאינו כלום דאפילו שטר מתנה בקנין

ובעדים וקשורה על יריכו אינו כלום כדתנן בפרק יש נוחלין ואפילו הפקיד זה השטר ביד אחר כדלעיל בסימן נ״ה סעיף י׳ כל שכן בכתב ידו והוא דבר פשוט וכ״כ הרב בהגהת ש״ע ודלא כמהרו״ך וע״ל בסימן רנ״ה סעיף ג׳ דאף בחפצים ונכסים שהן בעין כן הדין:

כד כתב הרמב״ם המודה לחבירו וכו׳. ספ״ו דטוען כלומר דאילו מודה לחבירו בפניו מעצמו בפני עדים לא מצי טעין שלא להשביע כדכתב הרמב״ם רפ״ז דטוען ומביאו רבינו בסימן זה לעיל סעיף י״ט ומשמע מדברי הרמב״ם דאף ע״פ דהנתבע לא השיב בפני ב״ד מתחלה להד״ם או משטה אלא השיב איני חייב לך כלום או אין לך בידי כלום הבא ראיה שהלויתני ואח״כ כשהב״ד א״ל והלא אמרת בפני אלו כך וכך טען אח״כ להד״ם או משטה וכו׳ פטור אבל לפירש״י אם לא טען מתחלה בפני ב״ד להד״מ או משטה אלא טען לא אתן לך כלום הבא ראיה שהלויתני שוב לא יועיל לו שום טענת להד״ם או משטה אלא א״ל לך זיל שלם וכך הבין בנ״י וע״ל ריש סימן ל״ב מה שכתבתי בזה בס״ד. כתב ב״י דמ״ש הרמב״ם להד״ם או משטה הייתי בך קאי אהיכא דאומר לחבירו מנה לי בידך דברישא. ומ״ש או שלא להשביע נתכוונתי קאי אמודה לחבירו מעצמו בלא שום תביעה דברישא: ומ״ש וי״א אפילו לא טען וכו׳ פי׳ ג׳ מחלוקות בדבר להרמב״ם אי לא טעין טענת משטה או שלא להשביע אנן לא טענינן ליה ואפילו חזר ואמר איני חייב לו אלא צריך להשיב על שאלת ב״ד שאל והלא אמרת בפני אלו כך וכך דמשטה הייתי בו או שלא להשביע וכו׳ ולי״א אכילו שתק לגמרי ולא השיב אינני חייב לו טוענין לו שלא הודה אלא שלא להשביע את עצמו ולהראב״ד אי שתק לגמרי ח״ו שנפתח לו אנתנו וכו׳ כסברת י״א אלא שאם חזר ואמר איני חייב לו כלום אנו טוענין לו דשלא להשביע הודה לו וא״צ שיטעון בפי׳ שלא להשביע כדעת הרמב״ם וכ״כ הרא״ש וכו׳. ולפי זה מ״ש רבינו בסימן ל״ב סעיף י׳ בטענת שלא להשביע דאפי׳ לא טען טענינן ליה אינו אלא בדחזר ואמר איני חייב לו כלום אבל היכא דשתק לגמרי אין טוענין לו דשלא להשביע אמר כן וכדכתב הראב״ד ח״ו שנפתח אנחנו וכו׳ והסכים עמו הרא״ש ואצ״ל הרמב״ם דמחמיר טפי ואינו פוטרו עד שיאמר בפירוש שלא להשביע וכולי וסברת י״א דפוטרו אפילו בשתק בטלה היא כנגד הרמב״ם והראב״ד והרא״ש. והכי נקטינן כהראב״ד והרא״ש מיהו דוקא בטענת שלא להשביע אבל בטענת משטה כשתבעו והודה לו אף הראב״ד והרא״ש מודה דאפילו חזר ואמר איני חייב לו כלום אינו פטור אא״כ טוען בפירוש בפני ב״ד משעה הייתי בו:

כט וכתב בעה״ת ראובן שאמר לשמעון חייב אתה מנה ללוי וכו׳. איכא לתמוה דמה צורך באתם עדי שהרי אפילו בלא אתם עדי אינו יכול לטעון משטה הייתי בך כדמסיק שהרי לא תבעו לוי וכו׳ ותו דלמה הזכיר בתחלת דבריו לא טענת השטאה ולא טענת השבעה ובסוף דבריו לא אמר אלא דלא מצי טען משטה בו כיון דלוי לא תבעו ועל טענת השבעה לא יהיב טעמא מיהו בספר התרומות שער מ״ב סימן ה׳ לא קשיא דמבואר לשם דהשאלה הוי לקמאי בדאמר ראובן אתם עדי ומעשה שהיה כך היה ומאן דהשיב דהוי הודאה וכו׳ לא השיב ולא עוד וכו׳ דמי שאמר זה לא אמר זה אבל על לשון רבינו ודאי קשיא טובא דלא כתב דכך הוה המעשה אלא כתב דינא דהא מילתא היכי הוי דינא גם לא כתב דשנים השיבו אלא חדא היה וצריך יישוב ונראה דעיקרא דמילתא לא אתא רבינו אלא לאורויי דבאומר אתם עדי לא מצי טעין כלום לא טענת השטאה כיון דקאמר אתם עדי ולא טענת השבעה דהא איכא תובע אבל אם לא היה תובעו שום אדם מצי טעין טענת השבעה אפילו אמר אתם עדי כיון שלא הודה בפני התובע ואח״כ כתב דלענין השטאה אפילו בלא אמר אתם עדי לא מצי טעין שהרי לא השטה בו לוי ולא היה צריך לפרש כך לענין טענת השבעה דהא פשיטא הוא דלא מצי טעין טענת השבעה כיון דזה היה תובעו ולא הודה מעצמו ואף בתחלה לא היה צריך לפרש זה אלא כי היכי דלישתמע מיניה דיוקא דדוקא דזה היה תובעו חייב אתה מנה ללוי אבל אם לא היה תובעו אלא הודה מעצמו מצי טעין טענת השבעה אף ע״פ דאמר אתם עדי כדפי׳ וכבר התבאר זה במ״ש בתחלת סימן זה סעיף ט׳ בס״ד:

ל שאלה לא״א הרא״ש וכו׳ וכ״כ בעה״ת אפילו היו שמעון ולוי שותפין וכו׳. מיהו ודאי אף ע״פ דלענין חיובא דלוי אין חילוק בין שותפין לאינן שותפין דפשיטא דלוי לא מתחייב בהודאת שמעון אף ע״פ שהן שותפין מכל מקום לענין חיובא דשמעון איכא לחלק דבאינן שותפין אין שמעון חייב לפרוע אלא המחצה שהרי לא הודה שמעון אלא שהוא ולוי יש בידם מנה של ראובן ומגיע חמשים על כל אחד אבל אם הן שותפין הרי הודה שקבלו ביחד לצורך השותפות מנה מיד ראובן והשותפין נעשין אחראין וערבאין זה לזה כדלעיל בסימן ע״ז סעיף א׳ דמשמע דוקא כשהם שותפין:

לב המודה לחבירו בפני עדים וכו׳. כ״כ בעה״ת בשער מ״ב אע״ג דגדולה מזו כתב בעל התרומות לשם דאם תבעו מנה לי בידך וא״ל הן והתובע תפיס ממון הנתבע דלא מצי טעין טענת השטאה ומביאו רבינו בסימן זה סעיף ז׳ מ״מ הכא אשמועינן אפילו תפיס שטרא נמי א״צ לומר אתם עדי וכו׳:

לד המתעסק בשל חבירו וכו׳. נראה דדעת הראב״ד הוא בדלא א״ל אתה עדי מצי למימר דמשטה הייתי בך דלפי שהיית תובע ממני ריוח בכל שנה ולא נתחייבתי לך כי לא היה שם ריוח אמרתי גם כן לך הרי לך ריוח אבל כל מה שנתתי לך אינו עולה אלא לשם קרן ובספר התרומות שער מ״ב סימן ו׳ מסיק בסברת הראב״ד שזה דומה למי שהודה בעדים חייב אני לך מנה והילך מהם חמשים שאם לא אמר אתם עדי לאו כלום הוא ויכול לומר משטה

אני עכ״ל ומביאו ב״י ודברים תמוהים הם חדא מ״ש שזה דומה וכו׳ היא גופה מנ״ל ותלי דלא תניא בדלא תניא ותו דהיאך אפשר שיטעון על החמשים שנתן לו משטה אני בך דמ״ש מהמודה לחבירו קבלתי ממך כך וכך מחויב וכו׳ בסמוך סעיף ל״ב אי נמי מ״ש מהיכא דהתובע תופס ממון הנתבע וכו׳ דלא מצי טעין משטה הייתי בך כדלעיל בסעיף ז׳ כ״ש במוסר לידו ומשלם לו חובו דלא מצי טעין משטה הייתי בך ותו דאי איתא דס״ל להראב״ד דבהא מצי טעין משטה הייתי בך א״כ קשה דבש״ע פסק בסעיף כ״ו דלגבי חמשים שנתן מה שנתן נתון ולא מצי טעין משטה הייתי בך אלא לגבי חמשים שעדיין לא נתן דהיינו כבעל העיטור דלא כהראב״ד ואח״כ בסעיף ל׳ הביא דעת בעל העיטור והראב״ד ולא הכריע ולכן נלפע״ד דמ״ש הראב״ד שזה דומה וכו׳ מיירי במי שחייב לאחד חמשים והיה תובעו מנה והודה לו בעדי חייב אני לך מנה והילך מהם חמשים שאם לא אמר אתם עדי לאו כלום הוא ויכול לומר משטה אני בך והחמשים שנתתי לידך עולים על אותן החמשים שאני חייב לך וה״נ מצי למימר שמה שנתתי לך לשם ריוח יעלה על הקרן שאני חייב לך כי לא היה בעסק שום ריוח ולפי שהיית תובע ממני ריוח שלא הייתי חייב לך הייתי ג״כ משטה בך אבל היכא שלא היה חייב לו חמשים והודה לו במנה והילך חמשים מודה הראב״ד דמה שנתן נתון ולא מצי למימר משטה אני בך אלא בחמשים שעדיין לא נתן שזה דבר פשוט הוא וליכא מאן דפליג אהא וכדפסק בש״ע:

לה שאלה לא״א הרא״ש ז״ל וכו׳. וקשיא לי היאך תלה הרא״ש דין זה דכיון שהם שותפין ונשבע ראובן ששמעון א״ל שהרויח כ״ה זהו׳ וכו׳ דמה בכך דאפילו היה אמת שכך א״ל שמעון וכמו שנשבע ראובן מ״מ מאחר שטוענים שלא הרויחו כל כך היאך יכול ראובן ליקח ריוח מעסק שלא היה שם ריוח דאפילו לבעל העיטור דוקא דיהיב ליה רווחא באפי סהדי אי נמי מודה ליה דכי יהיב בשם רווחא קאמר ליה אבל בנדון דהרא״ש דלא היה ראובן טוען אלא שא״ל שמעון שכך וכך הרוחתי ושמעון אומר לא אמרתי כלום וכך וכך הרוחנו ולא יותר ולא היו מתרצים ליתן לו יותר אלא ע״י שנשבע שכך א״ל שמעון וכיון שאין באמירה זו ממש שיתחייבו ליתן ריוח ע״י כיון שלא היה שם ריוח א״כ הדין הוא עם שמעון ולוי. וי״ל דודאי אם לא היה נותנים לראובן כ״ה זהובים ריוח היה הדין עם שמעון ולוי אע״פ שנשבע ראובן כדפירש׳ אבל מאחר שכבר נתנו לו כ״ה זהובים מצי ראובן לטעון שאם לא היה מגיע לי כ״ה זהובים מפני מה נתתם אותם לי אלא ודאי שכך הגיע לי בריוח וכך מבואר בסוף אותה תשובה שכתב וז״ל אפילו אמר שמעון טעיתי במה שנתתי לך והחזר לי מה שנתתי לך דאדרבא נאמר אלמלא דקדק ועמד על החשבון יפה לא היה נותן לו ומה שטען דמחמת אונס נתן לו לאו טענה היא כיון שלא מסר מודעא עכ״ל והשתא עיקר האי דינא תלי ליה הרא״ש במאי דהא דיהיב ליה שמעון כ״ה זהובים בשם רווחא קיהיב ליה ותו לא מצי טעין לוי להוציא מראובן כיון דשמעון ולוי שותפין ונעשו אחראין וערבאין זה לזה וכו׳ ולא נפקא לן מידי במאי דנשבע ראובן דאפילו לא היה נשבע אלא שמעשה שהיה כך היה אבל מהרו״ך הבין דהאי דינא תלי ליה הרא״ש במה דנשבע ראובן וכתב מה שכתב ונ״ל דלא דק:

סימן פב

א מלוה שהוציא שטר שאין מקויים וכו׳ נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואפילו אי כתבו בו נאמנות וכו׳. כל זה התבאר בס״ד בריש סימן מ״ו ובסימן ס״ט סעיף י״ב ע״ש: כתב הרמב״ם ואם אחר כך מצא המלוה עדים לקיים השטר בב״ד ה״ה כשא׳ השטרות וגובה בו. בפי״ד ממלוה ואיכא למידק דמהי תיתי שלא יגבה בו ויש לומר דאתא לאשמועינן דגובה נמי ממשועבדים שקנה לאחר שהוציא השטר בבית דין ולא מצא עדים לקיימו דאע״ג דאיכא למימר דכל אותו הזמן השטר שבידו כמו חספא בעלמא הוא אפ״ה אם אחר כך מצא עדים לקיימו הרי הוא למפרע בחזקתו כשאר השטרות וגובה בו ממשועבדים שקנה אחר שנכתב השטר בזמנו. אבל אין נראה לפרש דאפי׳ לאחר שנשבע פרעתי אם מצא לקיימו גובה בו חדא דא״כ היאך ב״ד משביעין אותו תחלה ולא חיישינן דשמא ימצא אח״כ לקיימו ותהיה השבועה לבטלה וכדכתב הרמב״ם גופיה בספי״ד ממלוה כשטוען פרעתי וכשמבקשין ממנו השבועה א״ל הלא יש לך שטר עלי וכו׳ דצריך לבטל כל השטרות וכו׳ וכדלעיל סוף סימן ע״ה ותו אטו בשופטני עסקינן שיהא נשבע ויניח השטר בידו הלא מדינא אין להשביע אותו ואכתי לינקוט מלוה שטרא עילויה אלא רצה מלוה שישבע לוה היסת יחזיר לו שטרו ומשביעינן ליה כמ״ש הר״ן להדיא בפרק הדיינים גבי שטר דלא מקרעינן ליה ולא מגבינן ליה ומביאו ב״י לעיל בסימן נ״ח בד״ה ור״ח כתב אלא ודאי ליכא מאן דפליג בהא דהיכא דנשבע פרעתי או אמנה היתה וכולי שוב לא מצי גבי בהאי שטרא אפילו מצי לקיימו אח״כ דכיון דב״ד משביעין ליה דפרע א״כ השטר בטל דנאמן הוא בשבועה דפרוע הוא ולא אמר הרמב״ם דאם מצי לקיימו ה״ה כשאר שטרות אלא היכא דלא נשבע כדפי׳ מיהו ודאי בטוען מזוייף הוא ונשבע על כך אין זה צריך להחזיר שטרו דמצי אמר עדיין יש לי לחזר אחר קיומו וכשמקיימו השטר כשר וגובה בו ונעשה הלוה ג״כ חשוד ע״פ עדים אבל בשאר כל הטענות חוץ ממזוייף כיון שמקבל ממנו השבועה שוב אין הקיום מועיל כלום דהשטר בטל הוא ממילא כדפי׳ מיהו יש לחלק דדוקא כשהלוה אינו רוצה לישבע אא״כ יבטל השטר או יקרענו מיד לאחר השבועה התם ודאי אין ב״ד מזקיקים אותו לשבועה עד שיבטל המלוה את השטר וכמ״ש הר״ן וכדפירש׳ אבל אם הלוה נשבע ולא שאל לבטל את השטר ואחר כך מצא המלוה לקיים את השטר קייב לשלם וכך פסק

הרמב״ם בס״פ שני דטוען ומביאו רבינו לקמן סוף סימן פ״ד ולפי זה ניחא נמי דמצינן לפרושי דאע״ג דלכתחלה ודאי אם אינו רוצה לישבע עד דמבטל לשטרא אין ב״ד משביעין אותו אפ״ה כתב הרמב״ם היכא דנשבע הלוה מעצמו ואח״כ מצא המלוה לקיומו ה״ה כשאר שטרות וגובה בו והכי נקטינן וכבר ביארתי כל זה בתשובה בס״ד׃

ב ואם השטר מקויים וכו׳ עד ונראה כמו שאין מועיל נאמנות וכו׳. נראה דאין דעת רבינו לחלוק על בעה״ת דמדינא ודאי אם כתוב בו נאמנות מפורש שהאמינו עליו ועל הבאים מכחו א״נ ועל הבאים ברשותו בעל חוב המאוחר נמי בכלל ואין צריך לישבע דאל״כ נאמנות זו למה נכתב בשטר אלא דרבינו בא להורות דאע״פ דמדינא א״צ לישבע מ״מ נכון להחמיר ולחוש לקנוניא כי היכי דחיישינן לגבי לקוחות כדלעיל בסימן ע״א סעיף ל׳ אבל ודאי מדינא א״צ לישבע ואם מת המלוה נשבעים יורשים שלא פקדנו וגובין ואין אומרים בזה אין אדם מוריש שבועה לבניו כיון דשבועה זו לא היתה מדינא אלא מחשש רמאות דקנוניא וכדלעיל בסימן ע״א׃

ג אין בו נאמנות וכו׳ לא רצה לישבע ותפס מנכסי הלוה לא מפקינן מיניה וכו׳. בפ׳ הדיינין אמימרא דרב פפא האי מאן דאפיק שטרא על חבריה וכו׳ ואי צורבא מרבנן הוא לא מזדקקינן לדיניה כתב הרא״ש וז״ל ואי צורבא מרבנן הוא בעל השטר לא מזדקקינן ליה להשביעו לחשדו שתובע שטר פרוע ואי תפיס משל לוה שבקינן ליה בלא שבועה ואי לא תפיס ואומר לפני ב״ד אני נשבע כדי שלא אפסיד חובי משבעינן ליה עכ״ל משמע דדוקא צורבא מרבנן אבל אינש אחרינא דתפס מפקינן מיניה וא״כ קשה על מ״ש רבינו דאפילו באינש אחרינא נמי לא מפקינן מיניה וכך הקשה ב״י והאריך ולא העלה דבר ברור ולפעד״נ דרבינו הכריח מדברי הרא״ש בפרק הכותב דבאינש אחרינא נמי אי תפיס לא מפקינן מיניה שהרי כתב לשם אמימרא דרב פפא אי פקח הוא מייתי לה לידי ש״ד דנפקא מינה נמי דאי קדמה ותפסה ואמרה לא אישתבענא ולא מהדרנא דדידי שקלי אי דאורייתא נחתינן לנכסים ומוצואין מידם אם אינה רוצה לישבע ואי דרבנן לא נחתינן לנכסיה והוא מדברי הרי״ף לשם לפי זה צריך לומר דמ״ש הרא״ש בכרק הדיינין דין זה גבי צורבא דרבנן אע״ג דבאינש אחרינא נמי דינא הכי הוא אינו אלא ליישב דלא תיקשי דמאי חשיבותיה דצורבא מרבנן דלא מזדקקינן ליה לדינא סוף סוף גם הוא אינו גובה חובו אלא בשבועה כאינש אחרינא ועל זה כתב דנפקא מינה דאי תפיס משל לוה שבקינן ליה בלא שבועה דאילו באינש אחרינא אע״ג דלא מפקינן מיניה מ״מ לא שבקינן ליה לגמרי אלא משמתינן ליה עד דאישתבע כמ״ש לקמן בסימן ק״ח סעיף ו׳ אבל בצורבא מרבנן שבקינן ליה לגמרי וזהו שדקדק הרא״ש בלשונו שלא כתב לא מפקינן מיניה אלא כתב שבקינן ליה לאורויי דשבקינן ליה לגמרי כלומר דל״מ דלא מפקינן מיניה אלא אף לא משמתינן ליה אלא שבקינן ליה ולא עבדינן ביה מידי ואין להקשות לפי זה דהו״ל לרבינו לפרש כאן אצל אינש אחרינא דמשמתינן ליה שזה הוא החילוק בין צורבא מרבנן לאינש אחרינא דהא ודאי דרבינו לא בא כאן אלא לפרש דלא נבין מדברי הרא״ש בפרק הדיינים כדמשמע לכאורה דבאינש אחרינא אפי׳ תפס מפקינן מיניה דליתא אבל מה שמשמתין לאינש חברינא אין כאן מקומו אלא לקמן בסימן פ״ז גבי מאי איכא בין ש״ד לשבועה דרבנן׃

ד כתב.הראב״ד ואם הוחזק הלוה כפרן וכו׳. איכא למידק דמאי אתא לאשמועינן הלא תלמוד ערוך הוא בפרק הדיינים וכדכתב רבינו בתחלת סי׳ ע״ט ונראה דבשטר ודאי גרע דאע״פ דנתקיים בחותמיו אכתי שמא זייף וכיון וחתם עד שהעדים טועים לומר שזו היא חתימתן ומש״ה אם יחרים סתם אין מוחין בידו אבל בעדים בע״פ שמעידין שלוה ביום פ׳ כך וכך ודאי הוחזק כפרן ואפילו חרם סתם מוחין בידו והשתא ניחא דלעיל בסימן ע״ט לא כתב רבינו דיחרים סתם ושאין מוחין בידו וכאן כ׳ הראב״ד דיחרים סתם ואין מוחין בידו אלא בע״כ דזהו עיקר חידושיה של הראב״ד דאע״ג דבטענת בע״פ הוחזק כפרן ואם רוצה להחרים מוחין בידו מכל מקום בשטר דמצי טעין אף ע״ג שנתקיים השטר מ״מ יודע המלוה דמזוייף הוא ומה שהייתי חייב לו מעולם פרעתי ושואל שיחרימו סתם אין מוחין בידו והיינו דמחרים קודם פריעה ונראה דכ״ש דיכול לתבעו לאחר שפרע פרעתיך ב׳ פעמים ומשביעו עוד היסת ודוק׃

ה היה המלוה ת״ח וכו׳. ואם הלוה ת״ח והמלוה אינו ת״ח לא הוה ידענא מאי אידון ביה דשמא אפילו לא אמר אישתבע לי משביעינן ליה למלוה דכיון דאינו ת״ח קרוב לומר דמשקר ות״ח אינו משקר אבל במרדכי הארוך ראיתי שכתב וז״ל ואי צורבא מרבנן הוא לא מזדקקינן ליה להשביעו דמיחזי כמאן דחשדינן ליה ולא להגבות לו דהא א״ל אישתבע לי דלא פרעתיך וראב״ן פירש אי צורבא מרבנן הוא זה שאמר פרעתיך לא מזדקקינן ליה להאמינו אף ע״ג דלא משני בדיבוריה והוי כשאר כל אדם דאי אמר אישתבע לי משביעינן ליה לבעל השטר ואי לא אחר לא משביעינן ליה וגבי בלא שבועה ע׳ באביאסף עכ״ל׃

ו אבל אם בא בטענת שמא וכו׳ ע״ל בסימן נ״ט וסימן ע״ה סעיף כ״ג׃

ז ואם מת הלוה וכו׳ ורב שר שלום כתב כיון שאין המלוה כאן שיוכל לישבע נשבע הלוה ונפטר. נראה דס״ל דכיון דאמר לוה אישתבעו לי דלא פרעתי לאבוכון והיורשים אינם יכולים לישבע שבועה זו ואביהם היה חייב לישבע אמרינן אין אדם מוריש ממון שלא יכול לזכות בו אלא בשבועה והא דתקינו רבנן דהיורשים נשבעין שלא פקדנו ונוטלין אינו אלא היכא דלוה טעין פרעתי לאבכון ולא קאמר אישתבעו לי דאביהם גם כן לא היה חייב שבועה התם הוא דיורשין נשבעים שלא פקדנו ונוטלין אבל בדאמר אישתבעו לי דאביהם לא היה נוטל בלא שבועה אין היורשים נוטלין אפילו בשבועת שלא פקדנו אבל הרי״ף בתשובה והרמב״ם ריש פי״ז ממלוה ס״ל דשבועה זו קילא ואין אומרים בזה אין אדם מוריש שבועה לבניו ונשבעין שבועת שלא פקדנו ונוטלין מיהו דוקא בדא״ל לוה ליורש אישתבע לי וכ״כ הרמב״ם להדיא לשם וכדכתב גם רבינו בסימן ק״ח סעיף ח׳ והא דלא כתבו רבינו כאן משום דממילא משמע הכי דכיון דאפילו מלוה עצמו א״צ לישבע אא״כ דא״ל אישתבע לי כ״ש יתומים:

יא היה המלוה חשוד כתב הרמב״ם וכו׳. כ״כ רבינו בשמו בסי׳ צ״ב סעיף י״ג ושכ״כ בעל העיטור וכתב עוד שהראב״ד כתב כהרמ״ה וכתב עוד סברא שלישית ע״ש האלפסי שהנתבע פטור בלא שבועה וע״ש במה שקשה בדברי האלפסי מדידיה אדידיה ובמ״ש לשם בס״ד ועיין עוד בתשובת רשב״א שהביא ב״י סימן צ״ג סעיף ח׳:

יב לא היה חשוד ורוצה להפך [השבועה על] הלוה אין שומעין לו וכו׳. כ״כ במרדכי הארוך פרק הדיינים על שם הרי״ף דכיון דאנן ס״ל דשבועה כעין דאורייתא היא לא מהפכינן אלא אם כן הוא חשוד ועיין לקמן בסימן פ״ז סעיף י״ז:

טז ואם אין הלוה טוען פרוע וכו׳ והלוה אומר ישבע ויטול וכו׳. נראה דדוקא בכה״ג שאין הלוה שואל זמן להביא עדים לזכותו אבל כששואל זמן אפילו השטר מקויים והלה טוען מזוייף הוא או רבית וכו׳ ויש לי ראיה נותנין זמן ע״ל בסי׳ צ״ח לשם נתבארו כל חילוקי דינים אלו: ומ״ש ורבותינו הורו וכו׳. פירוש דבטענת פרעתי כיון שאין בו נאמנות ולפרעון הוא עומד אינו יכול לגבות אלא בשבועה וכיון דנשבע ונוטל חייב לישבע כעין של תורה אבל כל אלו הטענות לאו כל הימנו לבטל שטר מקויים אלא ישלם ואחר כך יתבענו בטענות אלו ואז נשבע היסת ונפטר דכיון דאינו נשבע ונוטל אין עליו אלא היסת ומיהו דוקא בטוען עליו רבית וזה משיב להד״ם אבל כשטוען בהיתר לקחתי אפילו היסת אין עליו דנאמן לומר בהיתר לקחתי דלא שביק היתרא ואכיל איסורא כדכתב במרדכי פרק השולח ע״ש כמה גדולים ומביאו ב״י בי״ד סוף סימן קס״ט וכתב לשם ב״י דאפילו אין לו משכון אלא שטר וטען עליו רבית והמלוה השיב בהיתר לקחתי גובה בשבועה אבל הרב בהגהות לשם פסק דבשטר נשבע ונוטל משמע דס״ל דנשבע כעין דאורייתא כדין הנשבעין ונוטלין וצ״ל דס״ל דאף על גב דטוען להד״ם אין שומעין לטענת הלוה דטען רבית לבטל שטר מקויים אלא ישלם תחלה ואחר כך יטעון על המלוה כמו שירצה וכו׳ מ״מ בטען בהיתר לקחתי גרע טפי שהרי מודה שלקח ממנו דמים על שטר זה ולפיכך צריך לישבע כעין דאורייתא ואח״כ גובה שטרו כדין נשבעין ונוטלין ואינו נאמן לומר בהיתר לקחתי כיון שבא להוציא מיד הלוה אא״כ שישבע תחלה ואח״כ גובה בשטר שבידו אבל אם כבר פרע לו או יש לו למלוה משכון בידו אז גרע טפי בטוען לא היו דברים מעולם דנשבע היסת ונפטר אבל בשטוען בהיתר לקחתי פטור בלא שבועה והכי מסתברא:

יז לפיכך אם טוען שמחל לו וכו׳ ועדיין יש לפקפק. כתב מהרש״ל נ״ל דוקא בזה הלשון יש לפקפק אבל אי פרט כל מילי להדיא פשיטא שמועיל בלי ספק עכ״ל:

יח טען הלוה השטר נעשה על תנאי וכו׳. בספר התרומות שער כ״א סימן ג׳ ואיכא למידק במ״ש דאם הודה המלוה שנעשה ע״ת אלא שעדיין לא קיימו דנשבע הלוה היסת ונפטר דאע״ג דאין להאמין למלוה מטעם מגו שאין אומרים מגו להוציא מ״מ למה נאמין טפי ללוה דלית ליה מגו כלל ומ״ש מהמפקיד אצל חבירו בשטר בפרק המוכר את הבית דאינו נאמן לומר החזרתיו לך אלא במגו דנאנסו אבל היכא דליכא מגו דנאנסו כגון במקום שעדים מצויין אינו נאמן לומר החזרתי ונשבע בעל השטר בנקיטת חפץ שלא החזיר לו וישלם כדלקמן בסימן רצ״ו סעיף ב׳ והכא נמי כיון דלית ליה מגו ללוה ישבע המלוה שהשטר בידו שלא קיים תנאו וישלם ונראה דבמפקיד גריעא טענתיה דנפקד דאי איתא דהחזיר לו פקדונו לא היה מחזיר לו עד דיהיב ליה שטרא ולהכי אינו נאמן אלא במגו דנאנסו אבל הכא ליכא למימר דלא הוי ליה לקיים תנאו עד דיהיב ליה שטריה דהא מעיקרא לא קיהיב ליה שטרא אלא כי היכי דלקיים תנאיה אם כן מאי הוה ליה למיעבד ולפיכך טענת המלוה והלוה שקולין הן זה טוען קיימתי התנאי ולא חייל שיעבודא דשטרא כלל וזה טוען לא קיימת התנאי וחייל שיעבודא דשטרא וכיון דעיקר טענתייהו הוא על השטר גופיה שביד המלוה אי חייל שיעבודא אי לא חייל המע״ה ונשבע הלוה היסת ונפטר:

יט ומ״ש שאין אומרים מגו להוציא ממון. כ״כ התוס׳ ע״ש ריב״ם רפ״ק דמציעא אהא דתנן זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי וכו׳ זה נוטל ג׳ חלקים וזה נוטל רביע ואינו נאמן דחציה שלי במגו דאי בעי אמר כולה שלי דמגו להוציא לא אמרינן וכ״כ התוס׳ בפ׳ חזקת בשם ריב״ם בד״ה אמאי

קא סמכת אלא שר״י דחה דאין ראיה משם גם בפרק קמא דכתובות (דף ט׳) כתבו התוס׳ ואי לא אמרינן מגו להוציא אתי נמי שפיר עכ״ל נראה דמספקא להו אבל הרא״ש בפרק חזקת כתב שדברי ריב״ם אמת וכ״כ רבינו לקמן בסימן ק״נ סעיף ח׳ ע״ש הר״י וכ״כ ב״י כאן ע״ש הרמב״ם במשנה בסוף מסכת שביעית וכ״כ בנ״י פרק חזקת בעובדא אין שטרא זויפא הוא ע״ש הר״י הלוי דמגו להוציא לא אמרי׳ ע״ש (בדף קע״ו) וכ״כ המרדכי רפ״ק דמציעא וקשיא לי מדקיי״ל כר״ג פ״ק דכתובות דבאומרת משארסתני נאנסתי יש לה מאתים במגו דאי בעיא אמרה מוכת עץ אני אלמא דאית לן מגו להוציא וי״ל דהתם כיון דהיא טוענת ברי והוא טוען שמא טענתה עדיפא כדאיתא התם ולכך נאמנת במגו אף על גב דהוי להוציא. אך קשה דברפ״ב דכתובות קאמר מ״ש האי מגו מהאי מגו הכא אין שור שחוט וכו׳ ואמאי לא משני הכא לא הוי מגו להוציא שכבר זכה בקרקע לפי טענתו משעה שירד בה והחזיק בה וכדכתב הר״ר יונה לקמן סימן ק״נ ומיהו איכא למימר דהו״מ לשנויי הכי. והא דקשה דלעיל בסימן פ״ז דנאמן לומר הקפת חנות היה כמגו דפרוזבול הו״ל ואבד אע״ג דמגו להוציא הוא כבר תירץ בעה״ת דהתם שאני דמסייע לתובע חזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא ואפילו במלוה ע״פ נאמן מהאי טעמא וע״ל בסימן פ״ז סעיף ל״ד ובמחסי״א וכ״כ הרא״ש בפ׳ חזקת לדעת ריב״ם שאין אומרים מגו אלא לאוקומי ממונא כגון שבא חבירו להוציא ממנו בשטר והוא יכול לפטור עצמו ע״י מגו וכן אם יש לו ראיה בשטר או חזקה ושכנגדו בא לפסלו והוא יכול לקיימם ע״י מגו כגון אם אמר קמי דידי זבנה ממך במגו דאי בעי אמר ממך זבניתה ואכלית שני חזקה וכגון זה אומר של אבותי וכו׳ אלמא דכל היכא דמסייע לתובע חזקה או ראיה בשטר אמרינן מגו להוציא וכך נראה עיקר וכ״כ במרדכי פ׳ הכותב דלא אמרינן מגו להוציא אא״כ דאיכא שטרא ומשמע לשם דגם ר״י סובר כך ע״ש בעובדא דאבימי בגמרא (דף פ״ה) מגו דיכולין לומר להד״מ יכולין לומר סטראי נינהו וכ״כ התוס׳ עוד פ׳ חזקת בשם ר״י (דף ל״ב) בד״ה והלכתא כוותיה וכו׳ ועיין עוד במרדכי פ׳ המפקיד בתשובת מהר״ם המתחלת שאלו לר״מ וכו׳ שאלתיך ספר קדשים וכו׳ ובריש הגהות מרדכי ראשונות פ״ק דמציעא כתב להדיא דבמקום שיש חזקה או ברי עם המגו אמרינן מגו להוציא והכי נקטינן:

כ ואם יש ללוה עדים שבתנאי נעשה וכו׳. פי׳ והלוה מוכן לקיים התנאי אי נמי יש לו עדים ג״כ שקיים התנאי אלא שאין המלוה מודה לו בתנאי וסומך על העדים שבשטר שאין כתוב בשטר שום תנאי ואפילו הכי מקבלין עדותן שאפילו עדי השטר עצמן נאמנין לומר תנאי היו דבריהם ואין זה מגיד וחוזר ומגיד כ״ש כשעדים אחרים מעידים שבתנאי נעשה דהשתא אפילו היו עדי השטר מעידים דלא היה שם תנאי אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה. ומ״מ נראה דדוקא בדאיכא שני עדים דבתנאי נעשה אבל עד אחד לאו כלום הוא דכיון דעדי השטר חתמו בסתם חשוב כאילו העידו שלא היה שם תנאי ואין דבריו של אחד במקום שנים כלום. מיהו ודאי אין עדי השטר חשובין מן הסתם כאילו העידו בפי׳ דלא היה שם תנאי דאל״כ קשיא אפילו איכא ב׳ עדים דהיה שם תנאי מ״מ כיון דעדי השטר חשובין כאילו העידו דלא היה שם תנאי ותרי ותרי נינהו אין הלוה נפטר בלא שבועה ומדקאמר דהלוה נפטר בלא שבועה אלמא דעדי השטר לא חשיבי לגמרי כאילו העידו שלא היה שם תנאי ודוק:

כא ואם אחד מעדי השטר אומר תנאי היו וכו׳. ע״ל בסוף סי׳ כ״ט וסוף סי׳ מ״ו מה שכתבנו בזה בס״ד:

כג טען הלוה על שטר מקויים שחציו פרוע וכו׳. בפ׳ יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ״ח) איפסיקא הלכתא דלא חשיב משיב אבידה דכיון דאיכא עדים אירתותי מירתת ופירשב״ם דאי אסהידו עדים דפרע לו כולו מקמי דהודה דחייב לו מחצה ליכא מאן דפליג דמשיב אבידה הוי אלא הכא מיירי דהודה תחלה מקמי דאסהידו דפרע לו כולו ואיכא למימר דלפי שהיה יודע הלוה שרוצין להעיד כאחד מהן מירתת שמא יבואו לסייע למלוה ולפיכך הודה מחצה ולא הוי משיב אבידה. והתוס׳ הקשו ע״ש ר״י דלמה לי אירתותי מירתת שמא יבואו לסייע למלוה בלאו הכי נמי לא הוי משיב אבידה משום דאין אדם מעיז לכפור הכל וכדרבא רפ״ק דמציעא דבכוליה בעי דליכפריה אלא דאין אדם מעיז וכו׳ וי״ל דכיון שהוא סבור שהעדים באין לסייעו שהרי מביאן והגידו לו דעתן תו ליכא עזות אם יכפור הכל אבל לפי שירא שיכחישוהו אין נוח לו לכפור הכל שלא יראה שקרן יותר מדאי אם יכחישוהו עכ״ל וקשה לפ״ז דא״כ בחנם נקט תלמודא המוציא ש״ח על חבירו וכו׳ אפילו בטוענו בע״פ ולוה אומר פרעתי מחצה והעדים מעידים שפרעו כולו ומיירי נמי שהגידו לו העדים דעתן ומביאן לב״ד אפ״ה לא הוי משיב אבידה מטעמא דאירתותי מירתת שמא יכחישוהו וכו׳ אבל הרמב״ם בפרק י״ד ממלוה כתב וז״ל ואינו כמשיב אבידה מפני שאימת השטר עליו עכ״ל משמע דאפילו אסהידו דפרע לו כולו מקמי דהודה לוה במחצה נמי לא חשיב משיב אבידה דכיון דאיכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי אירתותי מירתת לומר דכולו פרוע פן יפסקו לו ב״ד דישלם הכל ולא ישמעו לעדים במקום חזקה אלימתא כי האי דאי איתא דפרעיה לא הו״ל להניח שטרו בידיה אבל כשמודה מקצת לא היה לו להחזיר שטרו כיון דמקצתו אינו פרוע והילכך דינא כשאר מודה מקצת דנשבע ש״ד ופורע מחצה אבל בתובעו בע״פ ליכא מאן דפליג דפשיטא דמשיב אבידה הוי אפילו הודה מקמי דאסהידו דפרע כולו שהרי העדים הגידו לו דעתן והביאן לב״ד ולית עליה לא אימת שטרא ולא אימת סהדי וכ״כ האלפסי ריש הדיינין דהביא הך דיש נוחלין וכתב עליה ואפילו לר״ע דאמר משיב אבידה הוי ה״מ היכא דליכא שטרא אבל היכא דאיכא שטרא אירתותי מירתת ונראה דכן היו גורסי׳ דלא כגירסת רשב״ם ה״מ דליכא עדים אבל היכא דאיכא עדים אירתותי מירתת ואע״ג דהרא״ש בפסקיו פ׳ יש נוחלין הביא גי׳ רשב״ם ומשמע דס״ל כפירושו מ״מ

רבינו הכריע כדעת האלפסי והרמב״ם ולא הביא דעת רשב״ם והרא״ש כל עיקר ונראה דטעמו משום דקשיא לדידהו דבחנם נקט תלמודא המוציא שטר וכו׳ וכדפי׳ והב״י נדחק לפרש גירסת רשב״ם ע״פ דעת האלפסי והרמב״ם ורבינו ואין צורך דלפע״ד הדבר פשוט שלא היו גורסים אלא כמ״ש הרי״ף בפרק הדיינים ועוד האריך ב״י בקושיות ופירוקים שכתב בעה״ת עיין עליו. ועוד הביא ב״י מה שהקשה הרב המגיד מהדין שכתב הרמב״ם פ״ז דטוען והביאו רבינו בסימן ע״ט סעיף ב׳:

סימן פג

ב ואם הלוה מודה וכו׳ עד ואם אין בו נאמנות נשבע ונוטל. הכל בספר התרומות שער נ׳ והר״ן בפרק הכותב כתב עוד אפילו שתק המליה תחלה יכול אח״כ לומר לא אקבלם כי אם על אותו חוב ומה ששתקתי עשיתי כדי לקבל המעות ומביאו ב״י בסי׳ נ״ח. עוד כתב ב״י לשם ע״ש הרשב״א דאם שלח ראובן מעות ביד מלוה שלו לאחר ושתק יכול לומר אחר כך לעצמי קבלתים על חובי מיהו נראה מי שחייב לאחרים ועשה שליח ליתן לכ״א ואחד מקצת לזה כך וכך ולזה כך וכך אם השליח נותן הכל לב״ח אחד או ב״ח אחד לקח בחזקה מיד השליח כל המעות מוציאין מידו דמיד שאמר הלוה לשליח תן לזה כך ולזה כך קיימא לן דתן כזכי וזכה השליח בשביל כל אחד ואחד כפי שמסר הלוה בידו ואפילו הולך וכו׳ כזכי דמי גבי חוב ופקדון כ״ש תן ע״ל תחלת סימן קכ״ה:

ד ומ״ש ואם שני החובות יש לו עליהן שטרות אם לא פרעו בעדים וכו׳. הא דכתב דשני החובות יש לו עליהן שטרות לא איצטריך משום לא פרעו בעדים דהתם סגי בשיש לו שטר על החוב שיש לו בו ערב דנאמן מלוה שלא פרע לו החוב שבשטר אלא החוב השני שבע״פ במיגו דלהד״ם אלא איצטריך משום היכא דפרעיה בעדים דאפ״ה לי״א איתרע שטרא ולבעה״ת מסתברא כיון שמברר שיש לו ב׳ שטרות וכו׳ לא איתרע שטרא: כתב ב״י שהשיב הריטב״א היכא שהשאיל ראובן כליו לשמעון וחזר שמעון והשאילן ללוי ולוי תופס בהן בשביל חוב שחייב לו ראובן דאינו יכול דכיון דבתורת שאלה קבלו משמעון נתחייב להשיב לו השבה גמורה אבל אם לא הפקידו שמעון ללוי אלא שתפס בו מרשותו או מידו של שמעון שלא מדעתו תפיסתו תפיסה ואידך חייב לשלם לפי שפשע בשמירתו עכ״ל ויש לתמוה עליו דמאי אירי׳ שפשע אפילו לא פשע נמי דהא שואל הוא וחייב באונסין עכ״ל ב״י ואפשר ליישב דלאו ברשיעי עסקינן אלא מיירי שנתן לו ראובן רשות להשאילן לאחרים אלא דמ״מ פשע שהיה לו ליזהר שלא יפול ביד התופס אם הוא בענין שהיה לו לחוש להזהר בכך וכדכתבו התוס׳ בפרק שור שנגח ד׳ וה׳ (בבא קמא דף מ׳) וכבר כתבתי מזה לעיל בסימן נ״ח בס״ה ע״ש:

ה טען הלוה על שטר מקויים וכו׳. מעשה בפרק חזקת (בבא בתרא דף ל״ב) דאיפליגו בה רבה ורב יוסף ואסיקנא דבשטר הלואה הילכתא כרב יוסף דאמר אמאי קא סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא ותלמודא שטרא סתמא נקט אלא שהרמב״ם פי״ד ממלוה כתב הוציא עליו שטר מקויים ורבינו נמשך אחריו וכך הוא דעת התוספות כדמוכח מדבריהם וכתב הרב המגיד שכך הוא דעת הגאונים אבל הרמב״ן והרשב״א ס״ל דבמקויים נאמן במיגו ע״ש: כתב ב״י כתב הרשב״א בתשובה סי׳ אלף צ״ו על ראובן שאמר לשמעון תן לי מנה שיש לי בידך והשיב שמעון כבר פרעתי לאשתך אם אשת ראובן בת דעת והוא מניחה לישא וליתן ישבע שמעון שמסר לה ופטור עכ״ל וקשה על זה מתשובת הרשב״א גופיה שהביא ב״י סוף סימן ש״מ דאינו פטור בהחזיר הפקדון לאשתו וצריך לתרץ דהתם בשאינה נושאת ונותנת בתוך הבית קאמר ועיין במ״ש לעיל בסימן ע״ב סעיף כ״ה ושם התבאר באריכות בס״ד:

סימן פד

א הפוגם וכו׳ אע״פ שלא טען הלוה השבע לי. מפורש בפ׳ הדיינין דפרע דייק דמיפרע לא דייק ורמו רבנן שבועה עליה כי היכי דלידוק. ונראה דמלוה בעדים בקנין ולא נכתב השטר כשטר הוא חשוב גם לענין פוגם שטרו וכך כתב ב״י לעיל ריש סימן ע׳ ע״ש בעה״ת בשם הראב״ד והשאילתות דמי שיש בידו עדים וקנין דינו שוה למי שיש בידו שטר ולפי זה הא דכתב ב״י כאן בשם בעה״ת בפוגם חובו ע״פ ודאי נשבע היסת ונפטר דהא לית ליה שטרא והמע״ה לא מיירי בעדים וקנין אלא בעדים בלא קנין אלא דקשיא טובא הא פשיטא הוא דפוגמת כתובתה תני וכי מה בין זה לפוגם שטרו ומהיכא תיסק אדעתין דפוגם חובו על פה בלא שטר יהא נשבע ונוטל דהא אף באינו פוגם אמרינן דנשבע לוה ונפטר כ״ש בפוגם ונראה ליישב דאתא לאשמועינן היכא דאיכא עליה כתיבת ידו דחשוב כמלוה ע״פ דאינו גובה ממשועבדים ולהרמ״ה ודעימיה אינו נאמן לומר פרעתי ואפ״ה בפוגם מודה

הרמ״ה דנשבע הלוה היסת ונפטר דהא לית ליה שטרא כלומר האי כ״י לא מיקרי שטרא ולא תקינו ביה רבנן דלישבע וליטול בפוגם אלא בשטרא בעדים נ״ל:

ב וכתב א״א הרא״ש בתשובה שאם כתוב בו פרעון ביני שיטי לא חשיב כפרעון לחייבו שבועה. בכלל פ״ז סימן ה׳ וכתב לשם דאפילו אין בו נאמנות אין זה נקרא פוגם שטרו דדוקא כשפוגם את שטרו בע״פ ואין הפרעון כתוב בשטר הוא הנקרא פוגם את שטרו דהורע כח בעל השטר דאמרינן כמו שהאמינו ופרע לו מקצת בע״פ והניח השטר אצלו ולא זכר לכתוב הפרעון ביני שיטי גם אפשר שפרע לו הכל אבל אם נכתב הפרעון ביני שיטי אין זה נקרא פוגם שטרו כי אינו תובע אלא מה שכתוב בשטר וכי היכי שהלוה כתב פרעונו בשטר אנן סהדי אם פרע לו יותר היה כותבו בשטר וכו׳. וכתב עוד דאע״פ דכשהיו עדים בשעת פרעון נמי הוי פוגם ה״ט דאמר בפרעון הראשון נזדמנו לו עדים בפרעון שני לא מצא עדים ופרע בלא עדים אבל לכתוב ביני שיטי זהו בידו לעשות ואף אם אין הלוה והמלוה יודעים לכתוב בקל ימצאו מי שיכתוב הפרעון ביני שיטי הילכך דבר פשוט הוא דאי איתא דפרעיה טפי ביני שיטי הוה כתב ליה הילכך לא מיקרי פוגם שטרו עכ״ל ונראה דמה שלא הזכיר שובר הוא דכיון דאפילו בעדים גרידא אמר דבפרעון שני לא מצא עדים ופרע בלא עדים כ״ש כתיבת שובר ועדים חתומים עליו דטורח הוא טפי דאמרינן דבפרעון שני לא מצא עדים דליכתבו ליה שובר. והדבר פשוט דתשובה זו היא לפי מנהג אותן הימים שהיו כותבין הפרעון ביני שיטי ולמנהגינו שכותבין הפרעון מאחורי השטר כנגד הכתב נמי דינא הכי דכשכתב פרעון קצת החוב מאחוריו אין זה נקרא פוגם שטרו דאי איתא דפרעיה טפי היה כותב ג״כ מאחוריו דדבר קל הוא בלי שום טורח:

ג כתב הרמב״ם אע״פ שפוגם שטרו היה החוב לזמן וכו׳ ורבינו האי כתב שאפילו בזמנו לא יפרע אלא בשבועה. איכא לתמוה דהיה לו לומר בדברי רבינו האי שאפילו בתוך זמנו לא יפרע אלא בשבועה ותו בדברי הרמב״ם קשיא דיוקא דרישא אדיוקא דסיפא דמרישא משמע תוך זמנו נפרע שלא בשבועה אבל בזמנו דהיינו יומא דמישלם זמניה לא יפרע אלא בשבועה ומסיפא משמע דוקא לאחר זמנו אבל בזמנו נפרע שלא בשבועה ובספרי הרמב״ם שבידינו רפי״ד ממלוה כתב וז״ל ואם היה החוב לזמן ותבעו בזמנו יפרע שלא בשבועה עבר זמנו לא יגבה אלא בשבועה מבואר מדבריו דביומא דמישלם זמניה נמי נפרע שלא בשבועה ולא אמרו בפרק השואל עביד אינש דפרע ביומא דמישלם זמניה אלא בסוף היום ממש ועל כן נראה דאף למאי שהיה גורס רבינו וכמ״ש בסימן ע״ח סעיף ד׳ בס״ד בדברי הרמב״ם ברישא תוך זמנו היה מפרש דרצונו לומר דכל יומא דמישלם ביה זמניה תוך זמנו קרינן ליה ולכן לעולם נפרע שלא בשבועה אא״כ שעבר זמנו דהיינו בסוף היום ממש ועל זה כתב דרבינו האי כתב דאפילו בזמנו דהיינו כוליה יומא דמישלם זמניה לא יפרע אלא בשבועה ולא אמר דנפרע שלא בשבועה אא״כ בתוך זמנו ממש דהיינו מקמי יומא דמישלם זמניה וע׳ במ״ש בסמוך:

ה עד אחד מעיד בשטר שהוא פרוע לא יפרע אלא בשבועה. משנה בפ׳ הכותב ומבואר בגמרא דשבועה זו דרבנן היא דנשבע ונוטל ומ״מ קאמר התם אי משלם ליה באפי סהדי ואח״כ יחזור ויתבענו על פרעון הראשון מביאו לידי ש״ד ועי׳ באבן העזר סימן צ״ו כתב רבינו דין זה ותימה למה לא כתבו כאן: ומ״ש וגם בזה כתב הרמב״ם וכו׳. למאי דפירש סמוך צריך לפרש כאן ג״כ דהרמב״ם קורא לכל יומא דמישלם זמניה תוך זמנו ונוטל בלא שבועה ורב האי כתב שצריך שבועה ביומא דמישלם זמניה אבל בתוך זמנו ממש מודה רב האי דנוטל בלא שבועה אלא דפי׳ זה נראה דוחק ומשמע דלרב האי אף בתוך זמנו ממש צריך שבועה ולכי זה לעיל צריך להגיה ורבינו האי כתב שאפילו בתוך זמנו לא יפרע אלא בשבועה וגם לפי זה צריך לפרש דביומא דמישלם זמניה נמי תוך זמנו קרינן ליה בין לרמב״ם בין לרבינו האי ודוק:

ז בד״א במלוה בשטר וכו׳ ובעה״ת כתב אע״פ שהעד מסייעו צריך שבועת היסת. בשער כ״א סימן ה׳ הביא ראייתו מפרק חזקת דמי שאכל פירות בקרקע של חבירו ג׳ שנים ומייתי חד סהדא לסיועיה דאכלה שלש שנים דפסק הרמב״ם דהנתבע ישבע היסת שאינו חייב לו בפירות שאכל ויפטר מהם אלמא אע״ג דע״א מסייעו שאין חייב לו פירות ושכדין אכלם משביעו היסת על טענתו עכ״ל ומביאו ב״י ויש לתמוה הלא אין העד מעיד שכדין אכלם אלא דאכלה שני חזקה ושמא שלא כדין אכלם והילכך אע״ג דבעלמא ע״א מסייעו א״צ שבועה הכא לאו מסייע ממש הוא וצריך שבועה ותדע שהרי אפילו בב׳ עדים דאכלה שני חזקה חייב לישבע היסת מאחר שאין העדים מעידין דבדין אכלם ותו שהרי אף רבינו דפוסק דע״א מסייעו פוטר מן השבועה אפ״ה פסק דבין בע״א בין בב׳ עדים דמעידין דאכלה שני חזקה חייב לישבע בין על גוף הקרקע בין על הפירות כמבואר לקמן בתחלת סימן ק״מ וסימן קמ״ה סעיף ו׳ ולפיכך נראה דאין ראייתו זאת מכרעת והכי נקטינן כדעת רבינו דע״א מסייע פוטר מן השבועה וע״ל בסוף סימן כ״ט וסוף סימן מ״ו ובתחלת סימן ע״ה ולקמן בסימן פ״ז סעיף י״א: כתב בתשובת הרא״ש כלל ס״ח סימן י״ט על אלמנת ראובן שהוציאה שטר שנתחייבו בו שמעון ולוי לבעלה ואחר פטירת בעלה כעשר שנים תבעה בו ללוי והיו שם ב׳ עדים א׳ מעיד בבירור דשטר זה פרוע והשני מעיד דהודה ראובן בפניו דשטר שיש לו על שמעון ולוי שסכומו כך וכך הוא פרוע ופסק הרא״ש דאינה יכולה לגבות בזה השטר כיון שעדים מעידין דשטר שהיה ביד ראובן על

לוי ושמעון הוא פרוע והאריך בזה ואח״כ כתב ועוד מטעמא אחרינא כיון שמעיד ע״א דשטר זה פרוע לא היה המלוה יכול לגבות בו אלא בשבועה וכיון שמת אין אדם מוריש שבועה לבניו וגם ב״ח אינו גובה ממנו עכ״ל בקיצור וב״י הביאו יותר בקיצור ובש״ע פסק ג״כ כך וז״ל ע״א מעיד על שטר שהוא פרוע ומת המלוה עד שלא נשבע אין יורשיו גובין אותו וה״ה לפוגם שטרו ומת עד שלא נשבע עכ״ל הש״ע והכל תפסו על הש״ע בזה דלקמן בסימן ק״ח בסעיף י״ד בש״ע כתב הוא גופיה בע״א מעיד שהוא פרוע א״נ פוגם שטרו ומת המלוה קודם שנשבע יורשים נשבעים שבועת היורשים ונוטלים א״כ דבריו סותרים זה את זה וגם דבריו בכאן הם סותרים למסקנת התלמוד ס״פ כל הנשבעין דהבו דלא לוסיף עלה וכולי ובתשובת הרא״ש נמי קשה דהוא סותר מסקנת התלמוד וגם דבריו סותרים זו את זו למ״ש בפסקיו ובשאר תשובות כלל פ״ו דלא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא היכא דמת לוה בחיי מלוה ואח״כ מלוה מיהו בתשובת הרא״ש יש ליישב דעיקר יסודו בתשובה זו הוא מ״ש בתחלה מטעם דכיון דאיכא עדים שהשטר שביד ראובן על שמעון ולוי פרוע כל שטרותיו שעל לוי ושמעון הם בחזקת פרועין וכדין שובר שנכתב סתם שכל השטרות שעל שמעון ולוי בחזקת פרועים הם משובר זה זהו עיקר יסודו שפטרו ללוי אלא שבא להחזיק עוד פסק זה בטעם אחר והוא מטעם דאין אדם מוריש שבועה לבניו והוא משום דאיכא למימר דמ״ש בגמרא הבו דלא להוסיף עלה דרב ושמואל כגון מאי כי הא דאמר רב פפא הפוגם את שטרו ומת נשבעין שבועת יורשין ונוטלין דלא אמרינן אלא בפוגם את שטרו דכיון דליכא אלא חששא בעלמא דהחמירו על המלוה שמא נפרע כולו והצריכוהו שבועה התם הוא דלא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו ונשבעין יורשין ונוטלין אבל בעד אחד מעיד שהוא פרוע ודאי ולא משום חששא בעלמא בזה אמרינן נמי אין אדם מוריש שבועה לבניו וכיון דאפשר לפרש כך בסוגיא אע״ג דגם הרא״ש אינו תופס כך להלכה אלא כבעל העיטור דלאו דוקא פוגם דה״ה נמי כל הני דתנן במתניתין בהדי פוגם דנשבעין ונוטלין לפוגם דמי וחדא מינייהו נקט מ״מ כיון דתלמודא לא נקט אלא פוגם ואיכא למימר דוקא פוגם עשה הרא״ש טעם זה סניף בתשובה זו לטעמים הראשונים ולומר דבנדון זה דאיכא כל הני טעמי פשוט הוא באין ספק דאין האלמנה יכולה לגבות באותו שטר מלוי וכן דרך התשובות לצרף טעמים רבים אע״ג דלאו כולהו טעמי אליבא דהלכתא נינהו וכן השיב הרא״ש בתשובה שהביא רבינו לעיל בסימן ס״ה דצירף לשם טעמא דרב אסי דלפריעה בת יומא לא חיישינן ולית הלכתא הכי אלא דבא לומר דבאותו נדון דאיכא כמה ידים מוכיחות דלא חיישינן לפריעא וכו׳ וכמ״ש לשם בס״ד וכך נמצא בשאר תשובות הרא״ש דמצרף טעמים אע״ג דלאו כולהו כהלכתא נינהו אלא כוונתו לומר דבאותו נדון כ״ע מודו דיש לתפוס אותו טעם וכך הם דרך שאר תשובות והכא נמי השיב הרא״ש דיש לצרף כאן ולומר גבי ע״א אין אדם מוריש שבועה לבניו אע״ג דבעלמא לית הלכתא הכי ולרווחא דמילתא כתב כן אבל עיקר יסודו שבנה עליו פסק דינו דאין האלמנה יכולה לגבות מלוי הוא מכח הטעמים שכתב תחלה שהם העיקר כל זה נלפע״ד נכון ליישב בו תשובת הרא״ש אבל הפסק הכתוב בש״ע אי אפשר ליישב שהרי כתב דה״ה לפוגם שטרו וגם דין עד אחד כתב בסתם דאלמא דהיה תופס דמטעם ע״א בלבד אין יורשין גובין אותו ולכן נראה יותר נכון לומר דהרב ב״י היה מפרש תשובת הרא״ש כפשוטו דמטעם ע״א בלחוד בלא צירוף טעמים הראשונים אמר אין אדם מוריש שבועה לבניו והיינו משום דהמעשה היה דהש״ח שעל שמעון ולוי שלא תבעה האלמנה כי אם את לוי ולא גם את שמעון הוא לפי שכבר מת שמעון בחיי ראובן וכיון דלוי ושמעון נעשו ערבים קבלנים כמפורש לשם בשאלה כל מה שיוציאו מלוי חוזר לוי ויוציא מיורשי שמעון שהניח אחריות נכסים ליורשיו והיינו יתומים מן היתומים וכדא״ל רב הונא בריה דרב יהושע לרב פפא אטו ערבא לאו בתר יתמי אזיל ואין אדם מוריש שבועה לבניו ולא היה צריך לבאר זה בתשובה לפי שהיה מפורסם ביניהם שהמעשה שהיה כך היה ולפי שדין זה דבר פשוט הוא לכך כתב הרב בש״ע בקוצר ע״א מעיד על שטר וכו׳ וה״ה לפוגם את שטרו וכו׳ והיינו בדמת לוה כבר בחיי מלוה ואח״כ מת מלוה ולא היה צריך לפרש דבר זה בכאן כיון שאין כאן מקום דין זה ולא כתבו אלא אגב שכתב קודם זה ע״א מעיד בשטר שהוא פרוע לא יפרע אלא בשבועה וכו׳ כתב ג״כ דין ע״א מעיד בשטר שהוא פרוע ומת וכו׳ בקוצר ובדבור סתום וכמו שהוא כתוב בתשובת הרא״ש בסתם כך העתיקו בש״ע וגם הוסיף ואמר וה״ה לפוגם וכו׳ לאורויי דאין חילוק בין פוגם לע״א דלא כמו שהיה נראה לכאורה מתשובת הרא״ש וכדפירשתי בדרך הראשון ונסמך על מה שיתבאר בדבריו בסימן ק״ח בסעיף י״ד דלשם עיקר מקום דין זה בשלימותו ובבואורו ומעתה התבארו תשובת הרא״ש ופסק ש״ע בלי שום דוחק והוא ע״ד האמת על פי פסק הלכה גם תשובת הרא״ש כלל פ״ו סימן ד׳ על ראובן שמכר קרקע לשמעון ובא לוי ב״ח דראובן לגבות משמעון ונשבע לו כתקנת חכמים ונשאר הדבר תלוי ועומד והלך שמעון ומכר הקרקע ליהודה ומת לוי ובא גד בנו לגבות מיהודה וטוען שאביו כבר נשבע לשמעון ויהודה משיב אפשר שפרעו אח״כ והשיב הרא״ש דברי יהודה כנים אע״פ שנשבע שמא אח״כ פרעו כי ב״ד משביעין אותו בשעה שמורידין לנכסיו הילכך אין אדם מוריש שבועה לבניו עכ״ל צריך לפרש ג״כ דהלוה כבר היה מת בחיי לוי המלוה וגם צ״ל דהלוה הניח אחריות נכסים ליורשיו ואע״ג שאינו מפורש כך בתשובה מ״מ כיון שג״כ אינו מפורש היפך זה למה אית לן לאהדורי וליזיל בתר איפכא ולפרוכי פירכא וקושיא כיון דאית לן לאוקמי ברווחא אליבא דהלכתא דהיא הלכה פסוקה ופשוטה וכבר ראיתי מה שהאריך בזה מהרו״ך אבל הנלע״ד מה שכתבתי הוא הנכון והמעיין יבחר:

סימן פה

א ראובן הוציא ש״ח על שמעון וכו׳. משנה פ׳ בתרא דכתובות דפליגי בה אדמון וחכמים ומפרש בגמרא באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא כ״ע ל״פ דהדין עם הלוה כי פליגי באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי והלכה כחכמים דהדין עם המלוה דטוען שמכר לו השדה כדי שיהא לו ממה לגבות חובו והא דלא הוה מסר מודעא דאינו מוכר לו אלא כדי שיוכל למשכנו לפי שהיה ירא פן יודע לו ולא יקח עוד השדה דחברך חברא וכו׳ ופירש״י הלוה הוציא שטר מכירה מאוחרת לשטר ההלואה וכו׳ כלומר שהמכירה היתה לאחר שהגיע זמן פרעון ההלואה שבשטר וכו׳ דאל״כ כיצד היה יכול המלוה ליפרע ועדיין לא הגיע זמנו לפרוע וכדכתב רבינו וכ״כ הרב המגיד סוף פכ״ד ממלוה: ומ״ש אבל אינו נאמן לומר מזוייף הוא כיון שהוא מקויים. כ״כ לשם הרא״ש ואע״ג דבמקויים נמי אפשר שהוא מזוייף כדמוכח בפרק חזקת (בבא בתרא דף ל״ב) דקאמר אין שטרא זייפא הוא וכו׳ והתם מיירי במקויים להרמב״ם ולתוס׳ וכדכתב רבינו לעיל סוף סימן פ״ג ולקמן סוף סימן קמ״ו וכן בסימן צ״ח סעיף ו׳ מ״מ כיון דלא שכיח כלל דשטרא זייפא יהא מקויים א״כ אין טענת הלוה חזקה טפי מטענת המלוה דכי היכי דלא שכיח שיהא אדם מוכר שדהו ללוה כשיוכל לגבות חובו ממנו כך לא שכיח שיהא שטר מזוייף מקויים ולא היינו מזכין ללוה ומחייבין למלוה אלא מיירי דהלוה טוען פרעתי וכו׳ זו היא דעת הרא״ש אבל רש״י פי׳ דהלוה טוען מווייף או פרוע הוא ואפ״ה הדין עם הלוה משום דשטר מזוייף אפשר לקיימו ע״י אותן עדים שחתמו בשקר או שהוא בעצמו זייף אותו עד שהעדים סבורים שהוא חתימת ידיהם ויקיימוהו כדלקמן סוף סימן קמ״ו אבל הא ודאי לא אפשר שימכור אדם קרקע ללוה שלו כיון שיכול ליפרע ממנו חובו:

ב ואם הלוה מכר קרקע וכו׳. מיהו דוקא בקרקע מצי טעין אילו הייתי חייב לך היה לך לטרוף השדה כשמכרתיו לך כי לא היה אפשר להבריח השדה אבל במטלטלין לא מצי טעין ליה הכי כי יאמר לו המלוה חששתי אם הייתי אומר תנהו לי בחובי לא תמכור לי כלום ותבריח המטלטלין וכ״כ בתשובת מיימונית ספר משפטים באחד שטען הלוה הלא קנית ממני מעיל וכו׳ ומביאו ב״י ונ״ל ראיה ברורה מהא דתנן בפרק בתרא דכתובות עשאה סימן לאחר איבד את זכותו קאמר אביי עלה ל״ש אלא לאחר אבל לעצמו לא איבד את זכותו דאמר אי דלא עבדי ליה הכי לא היה מזבין ליה ניהלי: כתב במרדכי סוף כתובות בשם ר״ח אדם אחד שהוציא ש״ח על חבירו והלה אומר והלא פרעת לי כך וכך בזה השבוע והשיב אמת כדבריך אבל האמנתיך דנאמן במיגו דאי הוה אמר לא פרעתיך שום דבר כי לא הייתי חייב לך כלום או במיגו דלא היה זמני מגיע עדיין לפרוע ובשביל כך פרעתיך והוי נאמן כי אמר נמי הגיע זמני ואפ״ה פרעתיך אבל אתה חייב לי נמי נאמן עכ״ל ולא הוי מיגו להוציא כיון דקא מסייע ליה שטרא כדפירש׳ בסימן פ״ב סעיף י״ט. עוד כתב במרדכי לשם דמלוה שאמר ללוה חפץ פלוני אמכור לך במנה ונתן לו מנה יכול לומר אני גובה אותו מנה בחובי והחפץ לא קנה כיון דלא משך ואינו במי שפרע כי לא אמר כך אלא כדי להוציא חובו מידו ואם א״ל לוה הא לך עוד מנה ותן לי החפץ צריך ליתן לו או מקבל מי שפרע אבל גבי קרקע באתרא דקני בכספא מיד שקבל המנה מיד המלוה קנה הקרקע ויחזור ויגבה את חובו כדאמר הכא זה היה פקח שמכר לו השדה שיוכל למשכנו מדברי רב האי גאון בפכ״ג דספר מקח וממכר וכל זה כתוב בהגהות אשיר״י ובש״ע סימן ק״ץ סעיף ז׳ הביא הרב בהג״ה דין קרקע ובסימן ר״ד סעיף י״א מביא הש״ע דין מטלטלין ע״ש:

ג ראובן הוציא שטר על שמעון וכו׳ אבל הכא אפילו באתרא דכתבי שטרא וכו׳. וא״ת ולמה לא יאמר הכא ג״כ חששתי שמא תוציא המעות ולכך לויתי ממך וי״ל דהכא אם היה רואה בדעתו שיוציא המעות בקניית מטלטלין או לשאר צרכי הוצאתו לא היה מלוהו אבל כשמכר לו שדה ניחא דמצי למימר ראיתי בדעתי שרוצה להוציא מעותיו בקניית מטלטלין ולכך מכרתי לו שדה כדי שאוכל למשכנו דהשתא ודאי כיון שרצונו לקנות נכסים כך שוה לו קניית קרקע כקניית מטלטלין ואדרבה קרקע עדיפא ועי״ל דבלוה ממנו לא מצי למימר חששתי שמא יוציא המעות ולכך לויתי ממנו דא״כ אף עכשיו שלוה ממנו יכול למכור שטרו לאחר ויוציא המעות ולא יהיה לו ממה לפרוע והוא חייב לפרוע לאותו שקנה ממנו שטרו ואולי יגבה ממנו מטלטלין ותו לא מצי ראובן לגבות מהלוקח אם לא שיעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי להרמב״ן סוף סימן זה: ואפילו אם יש לראובן זיבורית ולשמעון עידית וכו׳. ויש להקשות דלאיזה צורך קאמר הך טעמא דאין יכול לומר לויתי ממך כדי שאגבה העידית ממך ואגבה אותך הזיבורית שלי שאפילו אם לא לוה ממנו וכו׳ בלאו הכי נמי תיפוק ליה משום דא״כ כל אחד עומד בשלו כדכתב בסמוך ודוחק לומר דה״ק דאין יכול לומר טעיתי וסבור הייתי שאגבה העידית ממנו ואגבה אותו הזיבורית דהלשון לא משמע הכי ותו דעדיפא הו״ל לאשמועינן אפילו יש לאחד זיבורית לכן נראה דרבינו קיצר בלשונו וכשכתב ואפילו יש לראובן זיבורית ולשמעון עידית היינו שיש לשמעון עידית ובינונית וקרא לשניהם בשם עידית כנגד שדה ראובן שהיא זיבורית ונסמך על מ״ש בסמוך בביאור חילוקי דינים אלו גם הר״ן כתב להדיא ואפילו אית לחד עידית ובינונית ואית לחד זיבורית הביאו ב״י ועי״ל דאף ע״ג דכששניהם באים לגבות ותובעים זה את זה ואית לחד עידית ולחד זיבורית עומד כל אחד בשלו מ״מ עכשיו קאמר להשיב לראובן להוכיח על פניו דאין שמעון חייב לו כלום דאם היה חייב לו מה היתה דעתו בשעה שלוה משמעון דאפילו היה דעתו לקבוע זמן פרעון שלוה משמעון לחמש שנים וא״כ גובה הוא

משמעון עכשיו מיד עידית שלו ואח״כ מגבהו לשמעון לחמש שנים זיבורית שלו הא ליתא שהרי אפילו לא לוה ממנו יכול לגבות העידית שלו וכו׳: ומ״ש וכן אם יש לזה בינונית וזיבורית ולזה זיבורית עומד כ״א בשלו וכו׳. פי׳ וכגון שלא היה לי עידית מעולם אבל אם היה לו עידית בשעה שלוה ומכרה צריך ליתן לו בינונית כדמוקמינן לברייתות דקשיין אהדדי ריש ב״ק וע׳ לקמן בסימן ק״ב:

ד ואם מת אחד מהם וכו׳ ואם פקח הוא יגבה אותם קרקע וכו׳. ואע״ג דדיני׳ דב״ח בזוזי מ״מ הכא דאיכא פסידא מצי לסלוקי ליה בארעא אע״ג דאית ליה זוזי ולדעת רבינו לקמן בסימן ק״א דמשמע דוקא אותה קרקע שקנה ממנו זוקפה עליו במלוה צריך לפרש כאן דהכי קאמר אם הוא פקח יוציא כל מעותיו ומטלטלין ויקח בהן קרקע דהשתא כיון שאין לו אלא קרקע יגבה אותם קרקע וחוזר וגובה אותה מהם ועי׳ במ״ש לקמן בתחלת סי׳ ק״א ובסופו:

ה שנים שיש לכ״א מהם שטר וכו׳. רבותא אשמועינן דאע״פ דדינא הוא שכ״א עומד בשלו אפ״ה אין השטר כמו פרוע ואצ״ל היכא דזה גובה וזה גובה כמבואר מדבריו ומ״ש ואם אין למוכר נכסים אם גבה הלוקח קרקע מזה חוזר וגובה ממנו וכו׳. נראה באין ספק דאין חילוק בין אם אותו ששטרו מוקדם מכר חובו לאחר ובין מאוחר שמכר חובו לאחר ואע״ג דאיכא למימר במאוחר שמכר חובו לאחר והלוקח גבה מן המוקדם דאין המוקדם חוזר וגובה מן הלוקח משום דהמאוחר הוה ליה כמו לוה וקנה ומכר דאין המלוה מוציא מיד הלוקח אי לא כתב לו דאקני והרמב״ן לא ס״ל בדאקני ט״ס כדמוכח לקמן בסימן קי״ב הא ליתא דלא דמי קנה ממש לשעבוד׳ בעלמא דלית הילכת׳ כאביי דאמר ב״ח למפרע הוא גובה דכמאן דגבי לה בשעה שלוה ממנו דמי אלא קיי״ל כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה דאינה קנויה אלא מגבייה ואילך והא דאמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם ב״ח חוזר וגובה אותה מהן לאו משום דכמאן דגבו לה משעה ראשונה דמי אלא ה״ט דא״ל ב״ח ליתומים כי היכי דמשתעבדא האי קרקע לאבוכון משתעבדא נמי לב״ח דאבוכון מדר׳ נתן וכו׳ דכיון שאני הייתי מלוה לאבוכון כל מי שהיה חייב לאבוכון כלום משועבד לי מדר׳ נתן וכו׳ וכמבואר בסוגיא דפרק כל שעה ובפירש״י לשם (דף ל״א) ע״ש דנראה לשם בהדיא דאין חילוק לגבי שיעבוד בין מוקדם למאוחר והשתא כיון שאותו שמכר חובו לאחר ג״כ לא מכר לו אלא שיעבודו דאית ליה עליה דבעל חובו כדמוכח מדכתב ליה קני לך איהו וכל שיעבודיה דאית ביה א״כ האי ב״ח דשיעבודיה קדים לשיעבודיה דלוקח חוזר וגובה מן הלוקח מדינא שהרי כבר היה משועבד לקרקע זו לעצמו משום חובו וכדאמר בפ׳ כל שעה באותה סוגיא אהא דאמר רמי בר חמא ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות וזקפן עליו במלוה ומת ראובן ואתא ב״ח דראובן וטרף ליה משמעון ופייסוהו בזוזי דינא הוא דאתו בני ראובן וחוזרין ומוציאין מיד שמעון וכו׳ ואמר רבא אי פקח שמעון מגבה להו ארעא והדר גבי לה מינייהו דאמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם וכו׳ ופירש״י דשמעון נמי א״ל לבני ראובן כי היכי דהוו נכסים משועבדים לאביכם בשביל חובו היו משועבדים גם לעצמי מכח אביכן שהיה לוה אצלי מחמת אחריות המכירה מדר״נ דמה לי אני מה לי אחר וכו׳ איברא דבמרדכי פ׳ המניח איתא דהר״י מוינ״א בשם ה״ר יונתן הוה ס״ל לחלק בשיעבודא בין מוקדם למאוחר והיה מפרש דלא מיחייב מדרבי נתן אלא כגון לוי שלוה משמעון ושוב לוה שמעון מראובן דמוציאין מלוי ונותנים לראובן כיון דבעידנא דנתחייב שמעון נשתעבד לו לוי כמו כן אבל אם שמעון לוה מראובן מתחלה ושוב לוה לוי משמעון לא משתעבד לוי לראובן והביא ראיה לזה מדאמר התם זאת אומרת המזיק שיעבודו של חבירו פטור וכן כתב בהגהות אשיר״י פרק שור שנגח ד׳ וה׳ בשם הא״ז והן הן דברי הר״י מוינ״א בעל הא״ז אבל כבר דחו אותה סברא וכדכתב רבינו בריש סימן פ״ו דמוציאין מלוי ונותנים לראובן ל״ש אם נתחייב לו כך כבר וכו׳ ומהרו״ך כתב לחלק בין אם המוקדם מכר חובו לאחר ובין המאוחר שמכר ונ״ל דלא דק. ומה שקשה עוד ממ״ש כאן למ״ש רבינו ע״ש הרא״ש בריש סימן ס׳ כתבתי לשם בס״ד:

סימן פו

א ראובן שנושה וכו׳. ברייתא הובאה בכמה מקומות בתלמוד דרבי נתן דרש הכי מדכתיב ונתן לאשר אשם לו ופסקו הפוסקים הלכה כמותו:

ב וכתב בעה״ת דוקא שאין לשמעון נכסים וכו׳. משום דאי אית ליה הו״ל חוב זה כנכסים משועבדים שאין גובין מהן במקום שיש בני חורין וכ״כ הר״ן ומשום הכי כתב ב״י דבשלא הגיע זמן פרעון החוב מיירי דאי כשהגיע הזמן אין לו דין משועבדים אלא בלא הגיע הזמן בשעת תביעה מיירי ולא משתעבד ליה מהשתא מדר״נ אלא לענין זה דכשיגיע זמן הפרעון שיפרע למלוה קמא אבל כי אית ליה לשלם אין מוציאין מזה אפילו לכשיגיע הזמן והכי משמע ממ״ש הר״ן הביאו ב״י וע״ל במ״ש בסימן קכ״ה ס״ה דלא כב״י דהכא:

ג ואין שמעון יכול למחול וכו׳ וכן אם אמר שטר אמנה וכו׳. ונראה דאין. החלוקות שוות דלגבי מחיצה אין יכול למחול לאחר שנודע שאין לשמעון נכסים וכו׳ שאז נשתעבד לו מן התורה מדרבי נתן אבל אי לא נודע שאין לו נכסים יכול למחול כיון שעדיין לא נשתעבד מן התורה אבל באומר שטר

אמנה הוא וכו׳ אפילו נודע בשעה שהודה שהוא חייב לאחרים ונודע אח״כ אינו נאמן כיון שבא לחוב לאחרים וגם אינו נאמן במיגו דאי הוה בעי הוה מחיל מקודם שנודע דאינו רוצה למחול להפסיד חובו וכמו שנתבאר בסימן מ״ז בס״ד ולשון וכן לפי זה ה״ק לא מיבעיא דאינו יכול למחול לאחר שנודע וכולי אלא אפילו קודם שנודע וכו׳ נמי אינו נאמן להפסיד לומר שטר אמנה או פרוע הוא וכו׳:

ה ראובן הלוה לשמעון ע״פ וכו׳. גם בסימן קי״א סעיף י״ו כתב דין זה ולא ידעתי לאיזה צורך חזר וכתבו: מת שמעון ונשארו יורשיו וטוען לוי פרוע הוא וכו׳. נראה דדוקא באין בו נאמנות דאי יש בו נאמנות גובה ראובן מלוי אפילו אומרים יורשים יודעים אנו שהוא פרוע דחיישינן לקנוניא כמ״ש בסמוך סעיף ג׳ דמיירי לשם ביש בו נאמנות כדלעיל בסימן מ״ז: ומ״ש ובעל העיטור לא כתב כך. משמע מדברי רבינו דכך הוא העיקר מדהביא דבריו במסקנא ותימה דלמה לא הביא רבינו דברי ב״ה לעיל בסימן ס״ו סעיף י״ד דהלא בעה״ת הביא בשער נ״א דברי ב״ה שחולק על האי סברא בתרא בין במכירת ש״ח בין בדין מוציאים מדר״נ ע״ש בסוף סימן ב׳ (תחלת דף פ״ו) וסוף סימן ז׳ (דף פ״ט ע״ג) ודעת ב״ה הוא גבי מכירת ש״ח דאנן סהדי שהמוכר א״ל שאינו פרוע כיון דקנה ממנו השטר אלא דאפ״ה לא מצי גבי כיון דלוה טעין פרוע הוא הילכך אם אין המוכר או יורשיו רוצים לישבע לא מצי לוקח גבי אפילו רוצה לישבע שלא פקדנו וכמ״ש לשם והכא בדין מוציאין מדר׳ נתן נראה לומר איפכא דאנן סהדי דלא א״ל שמעון כלום דכיון דלא מסר לו הש״ח שעל לוי בתורת פרעון מהי תיתי שיאמר לו דבר והילכך אם אין יורשי שמעון רוצים לישבע לא מצי ראובן גבי אפילו רוצה לישבע שלא פקדנו. ודע דלשון בעה״ת בדין מוציאין מדרבי נתן כך הוא סוף סימן ב׳ ואם מת זה ונשארו יורשיו וטען הלוה פרוע הוא נשבעין יורשים שלא פקדנו אבא וגובה זה חובו מן הלוה של אביהם ואם לא רצו לישבע חוזר זה עליהם אם יש להם נכסים אחרים ואם אין להם נכסים אחרים וטוענים שאין יכולין לישבע שבועה זו הרי הם נשבעים שאין בידם ממה לפרוע חוב מורישם עכ״ל ולשון זה כתב בש״ע אבל לשון רבינו הוא מתוקן יותר חדא שלא כתב בסתם נשבעים יורשים שלא פקדנו וגובה זה חובו וכו׳ דהא ליתא דאפילו היה חובו של ראובן בשטר אינו גובה בלא שבועה מן היורשים ואם לא היה חובו בשטר אינו גובה כלום אידך שכתב רבינו ואם לא רצו לישבע וכו׳ ה״ז משביעם היסת וכו׳ ולא כתב ואם לא רצו לישבע חוזר זה עליהם אם יש להם נכסים אחרים והיינו משום דפשיטא הוא דדין מוציאין מדר׳ נתן דוקא בדאין לשמעון נכסים אחרים כדכתב רבינו לעיל בסעיף ב׳ בשם בעה״ת עצמו ודכוותיה היכא דמת שמעון ובאין להוציא מלוי מדר״נ נמי מיירי בדליכא נכסים אחרים של שמעון כי אם חוב זה שאצל לוי. ומיהו לשון בעה״ת והש״ע יש ליישב דה״ק דאע״ג דודאי מיירי דאין ידוע שהניח שמעון נכסים אחרים ולכך באו בית דין להוציא מלוי מדר״נ כיון דחוב זה ידוע הוא לשמעון מכל מקום אם לא רצו היורשים לישבע אין להשביעם היסת מיד ולהפסיד את ראובן אלא מחמיצין הדבר ומחרימין בבית הכנסת אם הניח שמעון נכסים אחרים וזהו שאמר חוזר זה עליהם אם יש להם נכסים אחרים ואם אחר החזרה והחקירה בחרמות נודע שאין להם נכסים אחרים וטוענין וכו׳ הרי הם נשבעים וכו׳ ויצא לנו מזה שאם רצו היורשים לישבע גובה זה חובו מן הלוה ואין צריך לחזר ולהדר ולחקור אם יש להם נכסים אחרים אלא כיון שאין ידוע שהניח שמעון נכסים אחרים וחוב זה של לוי ידוע הוא גובה ראובן מלוי. עוד תיקן רבינו דהא דאם היורשים אינן רוצים לישבע היינו לפי שאומרים יודעים אנו שהוא פרוע דאם אין יודעים למה לא ישבעו שלא פקדנו דהיינו שבועה שאינן יודעין. עוד פירש דשבועה זו שבועת היסת היא על מה שראובן טוען טענת ברי שירשו שטר מאביהם ויש לו זכות בו אבל לפי לשון בעל התרומות משמע דאין נשבעים על שטר זה בפרט אלא סתם נשבעים שאין בידם שום דבר מעזבון אביהם לפרוע חוב מורישם והיא שבועה בנקיטת חפץ שתקנו הגאונים על מי שטוען שאין לו אבל רבינו סובר דלא תקנו הגאונים תקנה זו אלא אלוה גופיה ולא איורשיו:

ו שאלה לא״א הרא״ש וכו׳ עד ולאו כל כמיניה דשמעון למחול לו ולהרויח לו הזמן. כך הוא בכלל כ״ט סימן ג׳ אלמא דסבירא ליה כדעת התוס׳ בפ״ב דכתובות בשינויא בתרא דכתבו דדוקא במוכר שטר חוב יכול למחול אבל בנושה בחבירו שחייב לו מן התורה אינו יכול למחל ומביאו ב״י ומה שכתב הרא״ש לשם בפסקיו כשינויא קמא דתוספות דהאומר שטר אמנה הוא אינו נאמן במיגו דאי בעי מחיל דאלמא דמצי מחיל אין זה אלא היכא דמחיל מקמי שנודע שאין לשמעון נכסים וכו׳ דעדיין לא נשתעבד מדר״נ והתם הוא דיכול למחול וע״ז כתב הרא״ש דאפילו הכי אינו נאמן בטענת אמנה במיגו דאי בעי מחיל וכבר הארכתי בזה בסימן מ״ז בס״ד: כתב בספר התרומות בשער נ״א סימן א׳ איכא מאן דאמר דלא דיינינן דינא דרבי נתן אלא בחוב שהלוה לו או שנתחייב לו מצד דבר שבא לידו אבל בחוב השכירות והענקה לא דקיימא לן כרבי אליעזר וכו׳ ומביאו ב״י ונראה לי דט״ס הוא וצ״ל דקיימא לן כת״ק דרבי אליעזר וכו׳ ע׳ בפרק קמא דקידושין כמו שכתבו התוספות ע״ש רבינו נתנאל (בדף ט״ו):

סימן פז

א התובע מחבירו ממון או חפץ וכו׳. כלומר שאין חילוק בין תובעו ממון שאינו בעין דאיכא למימר אשתמוטי הוא דאישתמיט ליה עד דהוו ליה זוזי ופרע ליה וכדרבה ובין תובעו חפץ שהוא בעין אף על גב דליכא למימר הכי מיהו איכא למימר שמא נאבד ממנו החפץ וסבר אשתמוטי קא משתמיטנא

עד דבחישנא ואשכחנא ליה כדאיתא רפ״ק דמציעא (סוף דף ה׳) וע״ל ריש סימן ע״ה סעיף ב׳ ובמ״ש לשם: ומ״ש שהיה יכול להחזיק בו. פי׳ דהיה יכול לומר להד״ם או לקוח הוא בידי או החזרתיו לך כדלעיל בסי׳ ע״ב: ומ״ש אם הוא מודה במקצת וכו׳. כדלעיל בסימן ע״ה בתחלתו והא דאינו יודע שחייב לו אלא ע״פ העד ג״כ שם בסופו סעיף ל״ג וע״ש:

ג ואפילו במודה מקצת אם א״ל הילך וכו׳. מימרא דרב ששת רפ״ק דמציעא (דף ד׳) ופסקו כמותו דלא כמאן דפליג עליה התם:

ד ומ״ש בשם ב״ה דמשכון חשיב שפיר הילך דהא אפילו שטר חשיב הילך. משמע הלשון דבשטר פשוט הוא דחשוב הילך היינו בשטר שכבר הוא ביד התובע כגון שהלוהו חמשים בשטר ותובעו מנה שהלוהו עוד חמשים בעל פה וזה מודה בחמשים שבשטר וכופר בחמשים שבעל פה אין זה מודה מקצת הטענה כיון דאי אפשר לו לכפור בנ׳ שבשטר וכדמוכח להדיא מפרק קמא דמציעא (דף ד׳) בהא דתניא סלעין דינרים וכו׳ וכדפי׳ בסימן ע״ה סעיף ב׳ והשתא קאמר ב״ה כיון דאפילו שטר כה״ג חשיב הילך אף ע״פ שאינו מוכן עתה בידו כ״ש היכא דבשעת תביעה ומודה לו מקצת נותן לו משכון דמזומן ומוכן הוא בידו להוציאו דחשיב הילך אבל דעת הר״י מיגא״ש דעדיף טפי שטר שכבר הוא בידו ממשכון שנותן לו עכשיו בשעת התביעה דאיכא למימר הכא בכולי בעי דליכפריה אלא לפי שאין אדם מעיז מודה לו מקצת ונותן עליו משכון וכיון שגוף המשכון הוא של הנתבע ובידו לפדותו ואינו מזומן להוציאו או למכרו אלא על פי ב״ד כדלעיל סימן ע״ג סעיף י״ט וכ׳ לאו הילך הוא והשתא ל״פ הני גאונים אלא במשכון שהוא נותן עתה בידו בשעה שמודה לו מקצת בפני ב״ד אבל במשכון שכבר הוא בידו בין בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה משמע דחשיב הילך אליבא דכ״ע דעדיף טפי משכון שכבר בידו משטר שכבר הוא בידו וע״ל בסימן ע״ב סעיף כ׳ ובמ״ש לשם בס״ד ועוד נראה לפרש וכן הוא העיקר דאע״ג דלבעל העיטור פשוט הוא דשטר חשיב הילך כיון דאי אפשר לו לכפור במה שכתוב בשטר ושכך דעת הרמב״ם פ״ד מטוען וכדמשמע מסוגיא רפ״ק דמציעא לפי פשוטו מ״מ הר״י מיגא״ש חולק גם על זה וס״ל דלמסקנא אף לרב ששת דקיי״ל כוותיה דהילך פטור שטר לאו הילך הוא וטעמא דבשטר פטור מש״ד לא הוי מטעם הילך כלל אלא מטעם דהוו״ל כפירת שיעבוד קרקעות וכדכתב האלפסי וכ״כ רבינו בסימן פ״ח סעיף ל״א ולשם מביא ב״י שכך פי׳ נ״י בשם האחרונים רפ״ק דמציעא ולשם כתבתי דאין כך דעת הרא״ש ע׳ במ״ש לשם בס״ד. כתב רש״י וז״ל והילך לא הוצאתים והן שלך בכל מקום עכ״ל (בדף ד׳) והבינו הגהות אשיר״י והר״ן מפירושו דלא הוי הילך אלא דוקא כשמחזיר לו אותו מעות שהלוהו או אותו פקדון עצמו ומביאו בית יוסף וכך הבין בעל התרומות מפירוש רש״י ע״ש שער ז׳ סימן ב׳ וכבר כתבתי בסימן ע״ה סעיף ה׳ דנראה דאף רש״י לא פירש כך אלא למאן דאמר הילך חייב דסתמא משמע דאפילו אמר הילך אותן מעות עצמם נמי חייב אבל למאן דאמר הילך פטור אפילו במעות אחרים נמי פטור דסתמא משמע בכל ענייני הילך פטור ודעת רש״י כדעת שאר הגאונים דלמאי דקיימא לן כרב ששת דהילך פטור אפילו במעות אחרים שנותנם לו במזומן בפני בית דין נמי פטור נראה לי: כתב בספר בדק הבית ע״ש הריטב״א דבמשכון שדמיו קצובים ונותנו לו מיד בפרעון גמור וידעינן דלית ליה זוזי בעין למיפרעיה הוי הילך עכ״ל:

ה תבעו ב׳ כלים וכו׳. כן כתב בעל התרומות שער ז׳ סימן ב׳ והטעם משום דכל הילך דפטור דוקא שלא שינה ולא פיחת ממה שתובעים ממנו ואמר בו הילך אבל אם נפחת דמחוסר תשלומין מאותו פחת לאו הילך הוא ודוקא שיש עדים או מודה אבל ליכא עדים ואינו מודה נשבע היסת שלא נפחת וכולל בשבועתו שאינו חייב לו הכלי האחר:

ו ואם נראה לדיין שהנתבע מערים וכו׳. בעל התרומות שם ע״ש הר״י הלוי ושכן פסק רבינו חננאל ובית יוסף הביא ראיה מפרק הדיינים טענו חטים והודה לו בשעורים אם כמערים חייב ואם כמודה פטור וכדלקמן בסימן פ״ח סעיף י״ז עד כאן לשונו ולפע״ד אינו ראיה דהתם היינו טעמא דאע״ג דלא חשיב מודה מקצת הטענה אלא כשהודה במקצת מה שטען כבר מכל מקום מאחר שהערים למהר להשיב קודם שיגמור זה טענתו לומר וגם כור של שעורים ואמר הוא תחלה במהירות לא אלא של שעורים חשבינן לזה כאילו תבעו כבר שניהם כדכתב רבינו בסימן פ״ח אבל גבי הילך אפילו אם תמצא לומר שנתן לו מיד המקצת בפני בית דין כדי ליפטר משבועה כבר ידעינן שכל אדם מהדר ליפטר משבועה אפילו באמת. ונראה דהטעם הוא דמאחר שעל כל פנים חייב לישבע היסת אלא דמערים לדחות ממנו שבועה דאורייתא לא יועיל לו רמאותו ואמרינן ליה אם אתה אומר אמת השבע אפילו שבועה חמורה ואם שקר אתה טוען לא מפני זה הורשה לך לישבע שבועה דרבנן ואתה נענש עליה כאילו נשבעת בשקר שבועה דאורייתא ועל כן אין לך להערים לדחות מעמך השבועה המוטלת עליך דין תורה ומיהו דין זה אינו שייך בהילך שעל ידי השטר וע׳ לקמן בסימן פ״ח סעיף ל״א ובמ״ש לשם בס״ד:

ז כתב הרמב״ם א״ל מנה וכלי וכולי. ספ״ג דטוען: ומ״ש ואפשר שהוא סובר דמשכון אינו נקרא הילך וכו׳. השיג עליו ב״י דלא הו״ל לכתוב כן בלשון אפשר דבהדיא כתב הרמב״ם בפ״ד דטוען דמשכון לאו הילך הוא והוא מ״ש לשם מנה לי בידך על משכון זה אין לך בידי עליו אלא חמשים ה״ז מודה

מקצת וישבע ואם אין המשכון שוה אלא חמשים או פחות ה״ז נשבע ומשלם הנ׳ שהודה בהן עכ״ל והראב״ד השיג ואמר ואם שוה החמשים מה ישבע הילך הוא עכ״ל אלמא דלהרמב״ם משכון לאו הילך הוא וכ״כ ה׳ המגיד לשם שהרמב״ם דעתו כדעת רבותיו הר״י מיגא״ש והרב אלפסי דמשכון לאו הילך הוא ולי נראה ליישב דרבינו סובר דאפשר לומר דלא אמר הרמב״ם דמשכון לאו הילך הוא אלא במלוה על המשכון דלא נקט ליה לגוביינא אלא לזכרון בעלמא אבל במשכון שמוסר לו בשעה שתבעו בפני ב״ד דלגוביינא נתן לו המשכון איכא למימר ביה הילך טפי ולכך כתב רבינו דאפשר שהוא סובר דכל משכון אינו נקרא הילך אפילו בכה״ג דמסר לו לגוביינא ואע״ג דלעיל בתחלת סימן זה ובסימן ע״ב סעיף כ׳ וריש סימן ע״ה כתבתי דסבירא ליה לרבינו דהסברא הפוכה אפ״ה לא נמנע רבינו מלכתוב לדעת הרמב״ם בלשון אפשר דהוא סובר איפכא:

ח אע״פ שכופר בכל וכו׳ עד דליכא דררא דממונא בכל ענין נשבע היסת. כך הוא דעת רוב פוסקים ודלא כר״ת דכתב דאין להשביעו בלא דררא דממונא גם לא כמ״ש התוס׳ בפרק הדיינים ע״ש רב האי גאון דלא משביעינן ליה אלא משמתינן ליה על תנאי שיהא בשמתא אם הוא חייב ואינו משלם עכ״ל (בדף מ״א) בד״ה מאן דתני אלא משביעינן ליה שבועה ממש מיהו בתשובת מיימוני סוף ספר משפטים כתב דהיכא דנראה לדיינים טענת התובע רמאות אין להשביע במקום דליכא דררא דממונא ובתשובת מהרי״ו סימן קנ״ד וסימן צ׳ כתב היכא דטענת התובע טענה גרועה וליכא דררא דממונא אין משביעין אותו וכן כתב בהגהות שניות דמרדכי בב״מ ע״ש ריב״א דאם נראה לדיין שהדין מרומה אין משביעין אותו:

י פירש״י שאין כופר הכל פטור מן התורה אלא בהלואה וכו׳. בפרק הגוזל קמא (בבא קמא דף ק״ז) גורס רש״י בדרבה מפני מה אמרה תורה מקצת הטענה ישבע חזקה אין אדם מעיז פניו בפני ב״ח וכו׳ וגבי מלוה הוא דאיכא למימר הכי אבל גבי פקדון מעיז ומעיז ופירש״י דאמר רבה אין אדם מעיז בפני זה שעשה לו טובה אבל בפקדון דאין כאן טובה מעיז ומעיז הילכך אפילו כפר בכוליה רמיא רחמנא שבועה עליה והתוספות הרבו להקשות עליו מכמה משניות וכתבו דר״ת לא גריס ליה הא דכתוב בספרים וגבי מלוה הוא דאיכא למימר הכי אבל גבי פקדון מעיז ומעיז דבספרים ישנים ליתא ומסקנת התוספות כפירוש ריב״א וכן כתב הרא״ש בסתם דבכפירה והודאה אמר דאינו מעיז לכפור בכולו לפי דשכנגדו יודע שהוא משקר ולפיכך בין בהלואה בין בפקדון אי כופר בכל פטור מן התורה דאינו מעיז אבל בטענה דנגנבו או נאנסו דלא שייך אלא בפקדון ושאר שומרים דשכנגדו אינו יודע שהוא משקר מעיז ומעיז אפילו כופר בכל חייב ש״ד ורבינו הביא דעת הרמב״ם ושהסכים עמו ר״י כמ״ש בתוס׳ וכן הסכים הרא״ש ודלא כפירוש רש״י לאורויי דהכי נקטינן:

יא וכשם שע״א מחייבו שבועה כך פוטרו ממנה וכו׳. כתב במרדכי פ׳ ח״ה ע״ש מהר״ם באחד שהחזיק בקרקע של חבירו ג׳ שנים וטען דמורישו נתנה לו במתנה והיה לו שטר ואבד ויש לו עד אחד המסייעו אינו פוטרו משבועה דכיון דבטענה שטוען עכשיו אינו נאמן משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואינו נאמן אלא במגו דאי בעי טעין ממך זבינתיה ואכלתיה שני חזקה וכי היכי דבאותה טענה היה צריך לישבע דאין שם עד המסייעו הכי נמי בטענה זו שטוען עכשיו צריך שישבע ולאו דוקא בקרקע קאמר אלא המעשה שהיה כך היה והוא הדין במטלטלין כל היכא דהטענה גרועה ואינו נאמן אלא במגו דאי בעי הוה טעין טענה מעלייתא אפילו אי אית ליה ע״א דמסייעו בטענה גרועה צריך לישבע כיון דאינו נאמן בטענה גרועה אלא מטעם מגו וכך נראה מדברי הרב בהגהות שלחן ערוך ועיין לעיל בסוף סימן כ״ט וסוף סימן מ״ו ותחלת סימן ע״ה וסוף סימן פ״ד:

יב מדברי הרמב״ם בביאור ענייני השבועות וכו׳. נראה דרבינו הביא דבריו משום דכתב בסמוך דשבועת הדיינים בעי אנקוטי חפצא אבל שבועת היסת דאינה שבועת הדיינים לא בעי אנקוטי חפצא וכדאיתא ר״פ הדיינים לפיכך הקדים להודיע איזו נקראת שבועת הדיינים:

טז ואלו הדברים שבין ש״ד וכו׳. בפרק הדיינים:

יז ועוד יש ביניהם ששבועה דאורייתא אם הפכה וכו׳. כך הוא דעת רוב פוסקים כמ״ש בב״י. מיהו צ״ע במ״ש התוס׳ פ׳ הדיינים (שבועות דף מ״א) ופ׳ ז״ב (דף כ״ט) ע״ש רבינו האי גאון דפוסח כמר בר רב אשי במיפך שבועה דבדאורייתא נמי מפכינן וכ״כ בהגהות אשיר״י פרק הדיינים דהאידנא סמכו אר״ג מ״ה ורבינו האי גאון ומהפכינן אפילו בדאורייתא וכ״כ האשיר״י גופיה פ׳ הדייני׳ דר״ג מ״ה ורבינו האי פסקו כמר בר רב אשי במיפך שבועה נמשך אחר התוספות לשם ובפרק ז״ב כתב הרא״ש ע״ש רבינו האי דפוסק דלית הלכתא כמר בר רב אשי במיפך שבועה נמשך אחר האלפסי שכתב כך לשם ע״ש רב האי גאון דלא כמ״ש התוס׳ לשם. עוד צ״ע דבר״פ אלמנה ניזונית (כתובות דף צ״ו) כתבו התוס׳ ובתשובת הגאונים פסקו דלא כמר בר רב אשי במיפך שבועה וריב״ן כתב בהיפך שראה בתשובת הגאונים דלית הילכתא כמר בר רב אשי אלא במיפך שבועה ואודיתא. עוד צ״ע דהתוס׳ כתבו בדוכתי טובא דר״ח פסק דלית הילכתא כמר בר רב אשי במיפך שבועה וכ״כ המרדכי פ׳ הדיינים ע״ש ר״ח וה״ג ורבינו האי דלית הילכתא כוותיה דמר בר רב אשי במיפך שבועה ובמרדכי פ׳ ז״ב כתב פסק דלא כמר בר ר״א באודיתא אבל במיפך שבועה פסק כוותיה מיהו במקצת ספרי מרדכי פרק הדיינים כתוב ר״ת במקום ר״ח. ולענין מעשה אף ע״ג דבמרדכי כתב ר״פ הדיינים דעמא דבר כר״ג מ״ה דמהפכינן אף בש״ד וכדכתב בהגהות אשיר״י

כך היו נוהגים בזמנם אבל עכשיו לא נהגינן הכי אלא כמ״ש מהרא״י בכתביו סימן ל״א דקבל מפי הגדולים דלא נהגינן להפך שבועה דאורייתא וכתב דקבלה זו ישרה וסמכא היא וכו׳ ע״ש וכ״כ בתרומת הדשן סימן שכ״ז. מיהו בהגהות מרדכי סוף שבועות כתב ע״ש הר״י מקורבי״ל דיש לעשות פשרה כשמהפך הנתבע השבועה דאורייתא וכן קבלה בידו וכן המנהג עכ״ל ומביאו ב״י והכרעה זו נ״ל עיקר כיון שנפל הספק בדעת הגאונים ור״ח ורב האי גאון שכל דבריהם דברי קבלה ואיכא נמי פלוגתא דרבוותא אנן יתמי דיתמי אין לנו להכריח לא את הנתבע ולא את התובע ודלא כמו שפסק בש״ע דלא להפוך ש״ד: ומ״ש אלא אומרים לנתבע התורה הטילה עליך שבועה או השבע או תן לו. משמע דאינו יכול לומר אתן לו רק ישבע לי היסת שכך וכך אני חייב לו אלא ישבע הנתבע או יתן לו וסתם רבינו דבריו כאן כדעת בעה״ת דלא כי״א לקמן בסימן פ״ח סעיף כ״ד ע״ש: וכתב ר׳ שמואל בן חפני דלא מפכינן כלל אפילו שניהם רוצים בכך. כתב ב״י איני מוצא לו טעם הגון וכו׳ ע״ש ולי נראה שהיה מדקדק מדקאמר בגמרא בדאורייתא לא מפכינן משמע הלשון דאפילו שניהם רוצים בכך אנן הוא דלא מפכינן וטעמא דמילתא דכיון דרחמנא רמי שבועה עליה דנתבע כי היכי דלודי לא סגי בלאו הכי אלא או ישבע או יודה וישלם ואי איתא דבשניהם רוצים מהפכין אין כאן הודאה אף ע״ג דמשלם שהרי אינו משלם אלא על פי שבועת התובע אבל כשלא יהא בידו להפך אפילו שניהם רוצים השתא ודאי אם אינו נשבע ומשלם אין לך הודאה גדולה מזו ורחמנא אמרה כי היכי דלודי ומה״ט לא נחלק ר״ש בן חפני אלא בשבועה דאוריית׳ אבל באותן שנשבעין ונוטלין אע״ג דלשם ג״כ אין בידו להפך מ״מ כיון דלאו רחמנא רמיא עליה הך שבועה כי היכי דלודי אלא היא מדבריהם מודה הרב שאם שניהם רוצים מהפכין:

יח וכתב הרמ״ה אי טעין נתבע לישתבע לי דחשיד לי בכך וכך הדין עמו וכו׳. נראה דהכי קאמר כיון דטעמא דאין מהפכין בשבועה הבאה על טענת ספק אינו אלא לפי שמטיל עליו שבועה שאינו יכול לישבע שיש בידו כך וכך שהרי אינו יודע בודאי אלא שטוען עליו מספק דחשוד הוא בעיניו א״כ לפי זה יכול להפך עליו דישבע בנק״ח דחשיד לי בדעתו בכך וכך ואז אשלם לו כל מאי דחשיד לי וקרינן לשבועה זו היפוך לפי ששואל ממנו שישבע בנק״ח דחשיד לי כי היכי דשבועה דידי היא בנק״ח כך אני מהפך עליו שבועה דחשיד לי דתהא בנק״ח ונראה דמ״ש מהרא״י בסימן ל״ב דשבועה דרבנן חוץ מהיסת דבעי אנקוטי חפצא דמהפכינן לה לכ״ע דמצי התובע לומר לא בעינא מינך אנקוטי חפצא כדי שלא יהפכו עליו שבועה חמורה לא מיירי אלא בשבועה זו שכתב הרמ״ה בטענת ספק דהנתבע יכול להפכה על התובע דחשיד לי וכו׳ ופסק דמצי התובע לומר לא בעינא מינך אנקוטי חפצא אלא היסת כדי שלא יהפוך עליו שבועה חמורה וכדרך שכתב הרמב״ם בשם רבותיו על היפוך דנשבעין ונוטלין דליכא לפרש דבשאר שבועה דרבנן קאמר מהרא״י שהרי דינם כש״ד דלא מהפכינן מתובע עליה דנתבע כדכתב האלפסי והאשיר״י בפרק הכותב וכך הוא דעת כל הפוסקים וא״כ היאך כתב מהרא״י דבשבועה דרבנן דבעי אנקוטי חפצא מהפכינן לה לכ״ע דדוחק לומר דמהרא״י כתב כך ע״פ דברי התוס׳ בפרק הכותב (כתובות דף פ״ח) בד״ה מייתי לה דבשבועה דרבנן מציא למימר לבעל השבע והפטר כמו שיכול לומר השבע וטול וכו׳ דכך צריך להגיה לשם בדברי התוספות דכיון דמהרא״י הביא בתוך דבריו מ״ש הרא״ש לשם בפסקיו כדברי האלפסי שלא כדברי התוספות לא היה כותב דלכ״ע מהפכינן בשבועה דרבנן אפילו היכא דבעי אנקוטי חפצא אלא נראה כדפי׳. ובספר בדק הבית כתב וז״ל דמ״ש רבינו בשם הרמ״ה דאי טעין לישתבע לי וכו׳ יש לתמוה עליו דטענת שמא היא זו ואין נשבעין עליה ואפשר דחרם סתם קאמר ולא דק עכ״ל ולא נהירא אלא כדפי׳ עיקר:

כ כתב הרמב״ם הורו רבותי וכו׳. בפ״א מטוען ומהרא״י בסימן ל״ב בכתביו כתב דאשיר״י פרק הכותב לא ס״ל הכי מדקאמר דליכא נ״מ בין דאורייתא לדרבנן בהיפוך שבועה ולהרמב״ם ודאי איכא דבדאורייתא לא מצי לאפוכי שבועה אפילו א״ל לתובע השבע היסת ואשלם לך ובדרבנן מצי לומר תובע לנתבע השבע אתה היסת והפטר עכ״ד ואין זה הוכחה דדילמא האשיר״י ס״ל כמ״ש רבינו בסימן פ״ח סעיף כ״ד שהבאתי בסמוך דאף בש״ד מצי לומר השבע אתה היסת ואשלם לך וכבר אפשר דגם הרמב״ם ס״ל הכי אלא דאשמועינן דאפילו בנשבע ונוטל דהוי תקנתא מדבריהם מצי לומר התובע ישבע הנתבע היסת ויפטר ואין זה בכלל תקנתא לתקנתא לא עבדינן דאין זה אלא לומר דשתי תקנות על כרחו לא עבדינן אבל כשהוא ברצונו אין זה תקנתא לתקנתא כמ״ש בהגהות מיימוני ומביאו ב״י:

כא ועוד יש ביניהם דבשל תורה היה הנתבע חשוד וכו׳. הכי איתא בריש מציעא בעובדא דההוא רעיא:

כב ועוד יש ביניהם דבשל תורה צריך נק״ח וכו׳. בהכותב (דף פ״ז ודף פ״ח) פירש״י דאיכא בינייהו דבדאורייתא בעי אנקוטי חפצא ובדרבנן לא בעי אנקוטי חפצא והתוספות לשם ובפרק הדיינים (שבועות דף מ״א) הקשו דבפרק השולח גבי אלמנה דקאמר אדרה בב״ד ואשבעה חוץ לב״ד פירש רש״י גופיה דבב״ד לא בעי אשתבועי משום דבעי אנקוטי חפצא בידיה אע״ג דשבועת אלמנה דרבנן היא גם הרא״ש בפרק הכותב כתב דדברי רש״י סותרים זה את זה. ובמרדכי ר״פ הדיינים כתב ע״ש מהר״ם דחזר בו רש״י בפרק השולח א״כ גם לרש״י הכי הילכתא דבעי אנקוטי חפצא אף בשבועת המשנה. וכן כתב הרא״ש לשם דשבועת המשנה דנשבעין ונוטלין בעי אנקוטי חפצא ושכך כתבו הגאונים ואחריו נמשך רבינו ודלא כמ״ש בהגהת מימוני פי״א

מה׳ שבועות לחלק בשבועת המשנה בין כשאינה באה אלא להפיס דעתו של בעל הדין כגון הפוגמת כתובתה וכו׳ התם הוא דפירש״י דלא בעי אנקוטי חפצא אבל שכיר ופועלין בעי אנקוטי חפצא ומודה בה רש״י וליתא אלא כל שבועה דרבנן בעי אנקוטי חפצא חוץ מהיסת והכי נהוג:

כג כתב רב אלפס כפר בכל ונשבע היסת וכו׳. כ״כ הפוסקים בשם האלפסי בתשובה ונראה שטעמו מדאמר רבא האי דיינא דאשבע בה׳ אלהי השמים נעשה כמי שטעה בדבר משנה וחוזר אלמא להדיא דאע״פ דכבר נשבע מ״מ כיון דטעה שלא נשבע בנקיטת חפץ כדינו חוזר ונשבע ש״ד בנק״ח ה״נ כשתבעוהו בלא עד והשביעוהו היסת כשחזר והביא עד אחד חוזר ונשבע ש״ד בנק״ח דמה שנשבע בתחלה היסת היה בטעות דלא ידע שיש לו ע״א:

כד והאי חפץ צריך שיהיה ס״ת וכו׳. ה״א ר״פ הדיינים ופי׳ הרמ״ה דוקא בפעם הראשונה נראה שדעתו דמאי דהחמירו באינו ת״ח דבעי ס״ת ומעומד זהו לפי דסתם בני אדם אינן זהירים שלא להזכיר ש״ש לבטלה וש״ש שגור בפיהם לבטלה על כן צריכין איום וישבע מעומד ובס״ת משא״כ ת״ת אבל אם כבר נשבע ובא עוד לישבע פעם שנייה איתרע חזקת ת״ח לגבי האי דחזינן דרגיל הוא לישבע והרי הוא כשאר כל אדם דבעי ס״ת ומעומד:

כה וצריך לישבע בשם או באחד מן הכנויים. ה״א התם דעיקר השבועה היא בשם אלא דבעי אנקוטי חפצא בידיה בשעה שנשבע בשם כדאשכחן גבי אברהם דאמר ליה לאליעזר שים נא ידך תחת יריכי וגומר ולא. שיאמר אני נשבע בס״ת. כתב הגהות מרדכי סוף שבועות גם תקנו הגאונים דאם לאחר שנשבע ש״ד באו עדים שחשוד אין שבועתו כלום וישלם עכ״ל ומביאו ב״י ונראה דר״ל דישלם לאחר שישבע התובע שכדבריו כן הוא כדין שאר חשוד דשכנגדו נשבע ונוטל כשל תורה. כתב מהרי״ק בשורש י׳ דכל הפוסק דבשבועת היסת בעינן נקיטת חפץ הוי טועה בדבר משנה וחוזר עכ״ל והיה קשה לב״י מאי חזרה איכא היכא דכבר נשבע בנקיטת חפץ ואי חוזר הדין קאמר מקמי שנשבע מאי איריא טועה בדבר משנה אפילו טעה בשיקול הדעת כל שלא נעשה המעשה חוזר הדין עכ״ל ואין זו קושיא דודאי מקמי שנשבע קאמר ואע״פ דאפילו הוה טועה בשיקול הדעת נמי חוזר כל שלא נעשה המעשה מ״מ האמת נקט דטועה בדבר משנה הוא וחוזר. ועוד פי׳ מהר״ם איסרל״ש דאם זה לא רצה לישבע בנקיטת חפץ ושילם הוי טועה בדבר משנה ומחזיר לו מעותיו וזה נשבע היסת בלא נקיטת חפץ אבל א״צ לזה אלא כפשוטו הוא וכדפי׳:

כז כתב הרהב״ם הורו רבותי וכו׳. איכא לתמוה אהוראת רבותיו הלא תניא להדיא ריש פרק הדיינים דבכל לשון נאמרה ונראה דלפי דאיתא התם ת״ר שבועת הדיינים אף היא בלשונה נאמרה ופרש״י בכל לשון שהוא מבין בו ופרכינן עלה מאי אף כדתנן אלו נאמרים בכל לשון פרשת הסוטה וכולי ושבועת העדות ושבועת הפקדון וקאמר נמי שבועת הדיינים אף היא בלשונה נאמרה וקשיא לרבותיו היא גופא אמאי לא תני במתניתין שבועת הדיינים ופירשו דלכתחלה ודאי אין משביעין אלא בלשון קודם ובריית׳א לא תניא אלא דדיעבד נמי יוצר כשהשביעוהו בלשון שמבין בו והרמב״ם השיג עליהם דודאי לכתחלה צריך שיהא נשבע בלשון שהוא מבין בו ול״ק אמאי לא תני לה במתניתין דמאי דשייר במתניתין תני לה בברייתא ולא קשיא הכא תנא תני אלו ואת אמרת תני ושייר כדפריך תלמודא בדוכתא אחריתא דלא פריך הכי אלא בדלא תני לה בברייתא אבל בדתני לה בברייתא לא קשיא ולא מידי:

כח ויאיימו עליו וכו׳ וכאן נאמר לא ינקה. מפרש בגמ׳ דה״ק בכל עבירות שבתורה נאמרו תרווייהו ונקה לא ינקה ותניא ר״מ אומר מנקה הוא לשבים ואינו מנקה לשאינן שבים וכאן לא נאמר ונקה אלא לא ינקה בלחוד דמשמע דאפילו לשבים נמי לא ינקה בלא פרעון: וכל עבירות שבתורה נפרעין ממנו וכאן ממנו וממשפחתו שמחפין עליו. מפרש בגמרא דבשאר עבירות נמי נפרעין ממשפחתו שמחפין עליו כדכתיב גבי מולך ושמתי אני את פני באיש ההוא ובמשפחתו אלא דהתם בדינא אחרינא כדתניא והכרתי אותו אותו בהכרת ולא כל המשפחה כולה בהכרת אלא בפורענות קלה ולא בפורענות הבאה עליו אבל הכא בפורענות דידיה דבפורענות הבאה עליו נפרע ממשפחתו שמחפין עליו: ולא עוד אלא שגורם ליפרע משש״י שכל ישראל ערבים זה לזה. מפרש בגמרא דבשאר עבירות נמי נפרעין מש״י שנאמר וכשלו איש באחיו בעון מלמד שכל ישראל ערבים זה בזה אלא דהתם הוא דוקא כשהיה בידם למחות ולא מיחו אבל הכא אפילו לא היה בידם למחות:

כט ואם אמר איני נשבע פוטרים אותו. כלומר אין משהין אותו כאן לפני בית דין כדי שיצא מלפני ב״ד מיד ולא יוכל לחזור בו וזה כפרש״י וכ״כ הרא״ש דלא כפר״ת דאפילו יצא מב״ד יוכל לחזור בו עד שישלם: הב״י האריך בדין נשבע שלא בפני התובע אם יכול לכופו לילך עמו לעיר אחרת וז״ל הרא״ש בפרק הכותב אעובדא דא״ל ההוא בע״ד תיתי ותשתבע במאתין אפשר דמיכספא ומודה פי׳ היו שניהן דרין בעיר אחת האיש והאשה והלכו לבית מדרשו של רב ביבי לדון בפניו ואמר האיש אחרי שאנו בעיר אחת כשנחזור לעירנו תשבע לי אולי תתבייש מבני העיר היודעין בדבר אבל בע״א אין התובע יכול לכוף את הנתבע שילך עמו במקום שהוא רוצה עכ״ל. מבואר מדבריו דתרתי בעינן חדא דדוקא כשהנתבע היה לו דרך בלאו הכי לאותה העיר שמבקש התובע שישבע לשם אידך דוקא שבני אותה העיר יודעים מאותו עסק ויתבייש מהם לישבע בשקר הא לאו הכי שלא היה לו דרך

אפילו יודעים מאותו עסק או היה לו דרך ואין יודעין אין כופין אותו לישבע בעיר שמבקש התובע שישבע לשם. ויש לתמוה על רבינו שלא הביא דברי הרא״ש הללו בספרו גם ב״י לא הביא כי אם מ״ש ה״ר ירוחם בשם הרא״ש ולא הביאו בשלימותו ע״ש ועיין בתשובת מהרי״ו סימן ע״ו:

לא מדברי הרמב״ם וכו׳ וכבר נהגו הכל להיות ס״ת ביד חזן ב״ה וכו׳. פירוש כשנשבע ש״ד ושבועת המשנה דבעי אנקוטי חפצא צריך שיהא אוחז ס״ת בזרועו אבל בהיסת דלא בעי אנקוטי חפצא אין לו לאחוז ס״ת בזרועו אלא דמ״מ כדי לאיים עליו נהגו דהחזן אוחז הספר תורה בידו בשעה שנשבע והיינו לדידהו שהביאו הס״ת ממקום אחר למושב ב״ד כדכתב לעיל בסימן א׳ ולפיכך היה צריך שהחזן יהא ס״ת בידו לאיים עליו אבל עכשיו שנשבעים בבית הכנסת פותחין הארון שהספר תורה מונח שם ונשבע:

לה וכתב רש״י בדורותינו בטלו שבועה וכו׳ וכ״כ הרמ״ה וכו׳. נראה דרש״י והרמ״ה לא קאמרי אלא בשבועה דאורייתא ושבועת המשנה כדמוכח מסוף דברי הרמ״ה שאמר מיהו אידי ואידי צריך ליה לאנקוטי חפצא בידיה וממילא ודאי בהיסת אף לדעת הרמב״ם שגם היח בשם או בכינוי בשבועה או בארור כו׳ מ״מ עכשיו בדורותינו אינה כלל לא בשם ולא בארור אלא סתם אומר אני נשבע שאין לזה אצלי כלום. ובספר מישרים נ״א ח״ה כתב דשבועת היסת אינה אלא חרם וכ״כ בהגהות מרדכי סוף שבועות דנהגו העולם לשום חרם במקום שבועה ומביאו ב״י מת״ס כ״ב וכך היא סוגיא דעלמא למי שכופר הכל לפסוק דינו ולומר לו חייב אתה לעשות קבלת חרם על מה שאתה טוען.

לט כל הטוען לחבירו טענה שאפילו אם הודה לו לא יתחייב לו ממון כו׳. פי׳ אע״פ שראוי הוא לקנסו כגון אתה קללת אותי אתה הוצאת עלי שם רע שצורך שעה לקנוס אותו כדי שלא יזלזלו בכבוד חביריהם אפ״ה כיון דאינו חייב מדינא דקיי״ל המבייש בדברים פטור אם כפר אין מחייבים אותו לא היסת ולא חרם כך הוא דעת הרמב״ם ורבינו כתב ומסתברא דמחרימים על זה וכו׳ נראה דאע״ג דלהרמב״ם נמי אפשר דקונסים אותו כדפי׳ ואפ״ה כיון שלא יתחייב מדינא אין להחרים על זה מ״מ בא רבינו לחדש והשיג על דבריו ואמר שהרי אם יתברר שהוא אמת קונסין אותו כלומר אינו ספק אם יקנסוהו אם לאו אלא דבר פשוט הוא שלא יצא נקי מב״ד בלא קנס כי כך הוא מנהג כל המקומות עכשיו וכיון שכן א״כ חשוב הוא כאילו היה חייב לו מדינא ונמשך רבינו בסברא זו אחר דברי הרא״ש שהביא לעיל סוף סימן א׳ על מ״ש רב שרירא גאון דמנדין אותו גם על בושת דברים עד שיפייסנו כראוי לפי כבודו וכתב הרא״ש ומסתברא דיותר הוא בושת דברים מבושת של חבלה וכו׳ לפי זה נמי ודאי הקנס שיקנסוהו ב״ד אם יתברר שהוא אמת חשיב כמו ממון של חבלה דיותר הוא וכו׳ וכיון דאין ספק שיקנסוהו הילכך מחרימין על זה. ולענין הלכה הנה מהרי״ו סימן ס״א פסק כרמב״ם דאפילו חרם ליכא ואפילו עד אחד מעידו שהוציא עליו שם רע והוא אינו מודה לדברי אותו העד אין עליו אפילו דין שבועה וחרם ובסימן כ״ח כתב ג״כ דאכילו נגד ע״א אין להטיל עליו אפילו חרם סתם ולא דמי להוא דפרק החובל במרדכי דהתם תובעת ממנה שדברה כנגד שוכני עפר איכא למימר דוקא על דבר חמור כגון שוכני עפר אבל בשאר דוכתין לא אבל בתשובת מהרי״ק שורש קפ״ו משמע שדעתו נוטה לדעת רבינו דמחרימין בדבר שאם יתברר שהוא אמת שקונסין אותו וע״ש ולפע״ד דהכל לפי הענין דמהרי״ו גופיה כתב בסי׳ קס״ח על מי שטען על האשה שביישה אותו דהאשה תקבל דכוונתה לא היתה לבייש עכ״ל הרי שלכאורה נראה דפסקיו סותרין זה את זה אלא נראה דכל היכא דנראה לדיין דאם יתברר הדבר שהוא אמת אין ספק שיקנסו אותו ב״ד לפי חומר הביוש חשוב הוא כאילו יתחייב לו ממון ומחרימים על זה וה״מ דהוציא ש״ר על שוכני עפר דדבר חמור הוא ואין ספק שמחייבים אותו קנס מחרימים או משביעים היסת על זה אבל אם אינו ודאי שיתחייב קנס אפילו אם יודה בדבר אין מחרימין על זה ודעת הרמב״ם ואפילו ע״א מעידו. וענ״ל עיקר דרבינו גופיה כך הוא דעתו וכשאמר ומסתברא דמחרימין על זה לא השיב אלא על אתה הוצאת ש״ר וכו׳ שכתב הרמב״ם בסוף דבריו ואמר רבינו דמסתברא דמחרימין על זה פי׳ על טענת ש״ר כלומר על טענת אתה קללת דאינו ודאי שיקנסוהו בית דין מודה אני שאין להחרים אבל על זה דהיינו הוצאת ש״ר דאין ספק שהרי אם יתברר שהוא אמת קונסים אותו בודאי מחרימין עליו ונ״ל דגם הרמב״ם מודה בזה כמו שיתבאר בסמוך סעיף מ׳: כתב במרדפי פ״ק דמציעא ע״ש הר״ם דאם תבעו אתה גנבת לי חייב לישבע היסת בכופר הכל אף על גב דלפי דברי התובע חשוד הוא ומהרא״י בכתביו סימן ל״ז כתב דדוקא בשעיקר התביעה על הממון אבל אי עיקר התביעה על איסורא אף על גב דנפקא מינה ממון אין משביעין עד כאן ונראה דכשעיקר התביעה על איסורא יש לענשו על שכיון לביישו דהא בטוען עליו שמסרו או גנב לו אף על פי שלא יוכל לברר פטור מטעם דלא נתכוין לביישו כדכתב מהרא״י בכתביו סימן רס״ה אם כן כאן דלא נתכוין לממון ודאי דנתכוין לביישו: כתב הריב״ש בסוף סימן מ״א מי שתובעת אחד שנדר לה דבר באתננה והוא כופר חייב לישבע עכ״ל וצריך עיון דבפרק הפועלים דף צ״א משמע בפירוש רש״י שאינו חייב בדיני אדם אי תבעה ליה בדיכא קמן כשהיא מחייבי כריתות דקם ליה בדרבה מיניה וכיון שכל המזנות אינן חוששות לטבול והן מוחזקות בנדות וכמו שכתב הרא״ש בתשובה הביאו רבינו בא״ע סימן נ״ו א״כ חייבין כרת על ביאתן וקם ליה בדרבה מיניה ופטור מלשלם בדיני אדם אפילו הודה וכי כפר נמי אין משביעין אותו ועיין בתשובת הרשב״א: מי שטען על חבירו שידע לו בעדות וכפר אין להשביעו היסת שהרי אף אם הודה אין צריך לשלם דפטור מדיני אדם ואפילו תבע לשנים דלא כה״ר ישעיה אחרון בשלטי הגבורים פרק הכונס והארכתי בזה בס״ד בריש סימן כ״ח עיין שם:

מ אתה חבלת בי וכו׳ עד הרי זה נשבע היסת ונפטר. הם דברי הרב רבינו משה בר מיימוני ספ״א מטוען ורצונו לומר באתה ביישתני וכו׳ דכיון שהוא מקום שגובין קנס כגון מנהג ב׳ ישיבות דמנדין אותו עד שיפייס בעל דינו כדכתב ספ״ה דחובל ומזיק נשבע היסת והא דכתב קודם זה אתה הוצאת עלי שם רע דאין מחרימים על כיוצא בזה היינו בסתם כל המקומות שאין גובין קנס דבושת דברים ורבינו השיב עליו וכתב ומסתברא וכו׳ משום דעכשיו קונסים בכל המקומות כדפרישית בסמוך:

מב מי שנתחייב שבועת וכו׳ ורבינו האי חילק וכו׳. והא דכתב רבינו בסי׳ צ״ג סעיף י״ו דבדוכתא דאפילו היה מודה אין עליו אלא שבועה אפילו כפר אינו נשבע אפילו ע״י גלגול צ״ל דהיינו דוקא בשבועה דרבנן דבהכי מיירי התם וסתם דבריו לשם כדעת רבינו האי דכתב כאן דתקנתא לתקנתא לא עבדינן: כתב בהגהות מיימוני פרק י״א מהלכות שבועות התוקע כפו לחבירו לפרוע לו וכפר משביעין אותו משום דת״כ לא הוה אלא להבא לפרוע לו ואינה חמורה כמו שבועה שנשבע עכשיו שפרע לו או שאינו חייב לו דבשעה שנשבע מוציא שקר מפיו כדלעיל בסימן ל״ד אבל תבעו שת״כ לתת לו מתנה וכפר פטור מן השבועה אלא מזהירים אותו ב״ד על שבועתו בת״כ דלא חמירא שנייה מראשונה וכן כשמודה בת״כ אלא שאמר על תנאי כך וכך או מחל לו נאמן במגו שהיה יכול לכפור ה״א בתשובות מיימוני סי׳ ג׳ מה׳ שבועות ובמרדכי פ״ק דמציעא וכן פסק מהרי״ו בסימן קפ״ו:

מג כתב רב אלפס בתשובה וכו׳ ותמהו על דבריו וכו׳. נראה דלפי שהבינו מדבריו דדעתו לומר דאין מוסרים לו שבועה כיון דחשוד הוא לכך תמהו דאיך יחשד ע״פ עצמו ולפעד״נ דזה לא עלה על דעת הרב מעולם אלא ה״ק דכיון דאדם נאמן על עצמו להתחייב בממון בהודאת פיו אם כן לפי דברי הודאתו הו״ל חשוד ושכנגדו הוא נשבע ונוטל אם הוא רוצה לישבע וליטול ולא להניח לזה לישבע וליפטר אבל אם אינו רוצה לישבע וליטול אלא אומר כיון שהוא מודה במקצת ישבע לי ש״ד מוסרין לו שבועה דלא הוי חשוד ע״פ עצמו וכ״כ רבינו לקמן בסימן צ״ב סעיף ח׳ ע״ש הרמ״ה בלי חולק עליו ואפשר דגם רב שרירא מודה בזה דמ״ש דאם הודה שלא ע״ד תשובה נשבע על השאר וכו׳ אינו אלא כשאין התובע רוצה לישבע וליטול אז דינו כשאר כל מודה מקצת דנשבע ש״ד על השאר ושבועת היסת דנשבע תחלה כמאן דלא נשבע דמי וכמ״ש הרב אלפסי לעיל סעיף כ״ג בנשבע היסת והביא התובע ע״א שחוזר ונשבע ש״ד והכא נמי דכוותיה. וב״י פי׳ דמ״ש הגאון ונשבע על השאר כלומר מועיל לו שבועתו שנשבע קודם לכן על השאר ולא דק דא״כ אין חילוק בין הודה דרך תשובה להודה שלא ע״ד תשובה אלא בע״כ כדפירש׳ שצריך לישבע עוד ש״ד והכי נקטינן ודלא כמ״ש בש״ע דבהודה שלא ע״ד תשובה לא נפסל לשבועה ע״פ עצמו עכ״ל ולא כתב דנשבע על השאר נמשך לדעתו שכתב כאן וליתא כדפרישית:

מד מי שכפר בכל וכו׳. בפרק הגוזל קמא (בבא קמא דף ק״ו) אמר רב מנה לי בידך אין לך בידי כלום ונשבע ובאו עדים פטור שנאמר ולקח בעליו ולא ישלם כיון שקבלו בעלים שבועה שוב אין משלמין ממון ואפילו בפקדון דכל היכא דאיתיה דמריה הוא אפ״ה לא ישלם דקרא בפקדון הוא דכתיב גבי שוחר שכר ומשמע בגמרא דלית הלכתא כרב וכ״פ האלפסי משמע דאין חילוק בדין זה דבכל ענין בין במלוה בין בפקדון נעשה חשוד. ואיכא למידק דכאן כתב רבינו דנעשה חשוד ע״י צירוף העדים ומשמע דאין הבעל דין והעד מצטרפין לפסלו וזה סותר למ״ש בסימן ל״ד ע״ש ה״ר יקר וכך הקשה ב״י. ואפשר ליישב דרבינו כאן מילתא דפסיקא נקט אפילו היכא שהבעל דין לא היה יודע שהוא חייב לו אלא ע״פ העד הילכך אינו נפסל אלא ע״י צירוף שני עדים אבל כשהתובע יודע שהוא חיוב לו ונשבע לשקר מצטרף עם העד האחד ולא בעינן ב׳. עוד יש ליישב בדרכים אחרים אבל לפע״ד מ״ש הוא העיקר ועיין במה שהארכנו בדין זה בסימן ל״ד סל״ח בס״ד:

מה אע״פ שנשבע הנתבע וכו׳. דין זה נמשך מהא דלית הילכתא כרב דאמר שבועה קונה לגמרי דתו לא משלם אלא אם באו עדים דנשבע לשקר משלם וה״ה בתופס דנאמן במגו וכן כתב בעה״ת שער י׳ וזהו שכתב אח״כ ואצ״ל שאם הביא התובע עדים וכולי כלומר כיון דאפילו העד שנשבע כנגדו שהאמינה אותו התורה בשבועה זו ליפטר וכן הבעל דין שהיה תובע אותו והאמינה התורה את הנתבע בשבוע׳ כנגדו ליפטר ואפ״ה נאמנים להצטרף לפסלו וכן הבע״ד נאמן שוב בתפיסתו לומר שלא כשבע לו באמת א״כ כששני עדים אחרים שלא נשבע כנגדם מעידין עליו מחייבין אותו לשלם ונעשה חשוד על פיהם:

מז כתב הרמב״ם טען וכו׳. ספ״ב מטוען ודין זה ג״כ נמשך מהקודם דשבועה אינה קונה דלית הילכתא כרב ומשמע מלשון הרמב״ם דבעדי קנין בלא שטר חשוב כשטר דאינו נאמן לומר פרעתי אף ע״ג דאין השטר בידו דינו שוה למי שיש בידו שטר כמ״ש השאילתות והראב״ד הביאו ב״י תחלת סי׳ ע׳ וכ״כ רבינו בסימן פ״ח סעיף ל״ה ל״ו. ואיכא למידק היאך השביעו אותן ב״ד שמא אחר השבועה יוציא זה השטר או יביא עדי קנין ויתחייב לפרעו ונמצא שתהיה השבועה לבטלה דמה״ט כתב הרמב״ם ספי״ד ממלוה דאמרינן למלוה בטל כל שטר וכו׳ ואח״כ השביעו וכו׳ וכדכתב לשם ה״ה וכדלעיל ס״ס ע״ה וי״ל דהכא ונשבע קאמר כלומר דלא השביעוהו ב״ד אלא מעצמו נשבע לו ולא בטל כל שטר שיש לו עליו וקאמר דה״ז משלם ולא יקרא חשוד אבל ב״ד ודאי אין משביעין אותו אא״כ א״ל תחלה בטל כל שטר וכו׳ וע״ל ריש סימן פ״ב: כתב ב״י מ״כ על ירושלמי דפ׳ שני דייני גזילות

חד בר נש וכו׳ דא״ל טעון עליו בפעם אחת כל מה שיש לך לטעון עליו וישבע לך אחת על כולן וכו׳ והיא תשובה מיימונית דספר משפטים סימן ל״ד ולעיל ס״ס כ״ד כתבנו דלא קשה מתשובת הרשב״ץ ע״ש באריכות בס״ד:

סימן פח

א אין מ״מ הטענה חייב לישבע וכו׳. משנה ומחלוקת רב ושמואל בפרק הדיינים ותני ר׳ חייא כוותיה דרב דכפירה בלבד צריכה שתהיה ב׳ כסף וכן פסקו כל הפוסקים ובין לרב ובין לשמואל הודאה בפחות מפרוטה לאו כלום היא: ומ״ש לפיכך אינו חייב וכו׳. כלומר אין הפירוש דבחדא מינייהו סגי או בהודאת פרוטה או בכפירת ב׳ מעין כסף דהא ליתא ולכן אמר לפיכך אינו חייב עד דאיכא תרתי הודאה בפרוטה וכפירה בשתי מעין אבל בחדא מתרתי פטור כגון תבעו ב׳ מעין ופרוטה והודה לו בב׳ פרוטות וכו׳.

ב ושיעור הפרוטה כתב ר״ח והאלפסי הוא משקל חצי שעורה של כסף נקי וכו׳. מצאתי במרדכי הארוך וז״ל ובשערים דרי״ף שער ה׳ פי׳ ב׳ כסף הוא משקל י״ו גרגרי שעורים ופרוטה משקל רביע גרגיר אחד עכ״ל אכן אנו אין לנו אלא כמ״ש האלפסי ריש קידושין והיא דעת ר״ח והרמב״ם רפ״ג דטוען וכדברי רבינו מיהו לפי מ״ש בדרשות מהרי״ל ומהרא״י בכתביו סימן מ״ח דה׳ סלעים דפדיון הבן הם ב׳ זהובים רייני״ש שהם ב׳ זהובים שלנו נמצא דב׳ מעין אינן אלא גדול א׳ שלנו ופרוטה אחד מל״ב בגדול והוא דבר מועט ופחות לגמרי ובתשובת מהר״י סי׳ קנ״ב יש וז״ל כמדומה לי דאין אנו בקיאין לצמצם כולי האי בין בכתמים בין בפדיון הבן וכל מילי דאיסורא וכו׳ עוד מצאתי כתוב וזה לשונו שמעתי שיש בחידושי מהר״ם מריזבורק ששיעור פדיון הבן חמשה לוט כסף ורביע לוט ע״כ ונראה כיון דאין לנו ידיעה ברורה בדבר זה אין לפסוק ש״ד להוציא שם שמים אלא כשהודה בדבר דאין ספק שהוא שוה משקל חצי שעורה של כסף צרוף ונקי וכפר בדבר שאין ספק שהוא שוה משקל ל״ב שעורות של כסף צרוף ונקי:

ג וכן אם לא תבעו כסף אלא מיני סחורות וכו׳. הכי משמע מסוגיא דהתם דלא אימעיט מכלל כפירת ב׳ כסף והודאת פרוטה אלא כלים בדוקא אבל מידי דלאו כלי דינו ככסף דשוה כסף ככסף כמו שיתבאר בסמוך:

ד בד״א כשתבעו פירות וכו׳. בפ׳ הדיינין א״ר ענן אמר שמואל טענו ב׳ מחטין והודה בא׳ מהן חייב לכך יצאו כלים למה שהן ופשוטו משמע דאפילו ששני המחטין אינן שוין פרוטה גזירת הכתוב הוא דחייב וכך היא דעת הרמב״ם ורבינו האי גאון והרשב״א ודלא כדמשמע בירושלמי דבעינן שיהיו שוין ב׳ פרוטות כדי שתהא ההודאה והכפירה כל אחת שוה פרוטה. אבל הרא״ש דקדק מדגרס בכל הספרים מה כסף דבר חשוב אף כלים דבר חשוב אלמא בכלים נמי בעינן שוה פרוטה דאית בה חשיבות ממון וראוי למלאכה וחשוב כשאר דבר ששוה מעה וכדאיתא בירושלמי והיא דעת ר״י בתוספות פ״ק דקידושין דף י״א ודעת רבותיו של רש״י וכ״כ התוס׳ בפרק הדיינין ע״ש וכן כתב הר״ן בשם הרמב״ן אלא שנראה שמסקנתו כהרמב״ם וכ״כ הרב המגיד שכן עיקר וכן פסק בש״ע:

ה תבעו כלי ודבר אחר וכו׳. שם מימרא דרב פפא ומה שפי׳ דכשכפר בכל צריך שיהא ש״פ להרא״ש פשוט וה״ה בהודה בכלי צריך שיהא ש״פ להרא״ש ולא הוה צריך לפרש דממילא משמע:

ו והא דבעי כפירת ב׳ מעין וכו׳. שם מימרא דשמואל וטעמא משום דכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה:

ז ובשבועת שומרים איכא פלוגתא איכא מאן דמחייב אפילו אין בכפירה ב׳ מעין. דכסף או כלים דמיניה ילפינן ב׳ כסף באם כסף תלוה כתיב דעליה שדינן כי הוא זה דוקא בהלואה ולא בפקדון דעירוב פרשיות כתיב כאן ואיכא מאן דלא מיחייב עד שיהא הכפירה ב׳ מעין דכיון דבשבועת השומרים כתיב עליה נמי כתיב כסף כלים מה כלים שנים וכו׳: ונראה דבכופר בכל וע״א מכחישו אין חילוק בין כסף לכלי לעולם אינו חייב אלא כשהוא שוה פרוטה וכן בשומרים למאן דמחייב אפילו אין בכפירה ב׳ מעין דבכפר בפרוטה נמי חייב אפילו בכלי נמי בעינן ש״פ דכל שאינו שוה פרוטה אינו ממון והיכא דגלי קרא דיצאו כלים למה שהן במודה מקצת גלי והיכא דלא גלי לא גלי וכן בשבועת היסת לרבינו האי דאפילו על שוה פרוטה אף בכלי בעינן שוה פרוטה וזה נראה פשוט והכי משמע מדברי הפוסקים שכתבו סתם דבעינן פרוטה לא חילקו בין כסף לכלי ודלא כמהרו״ך וע״ל סוף סי׳ רצ״ה בדין שבועת שומרים:

ח אין מודה מקצת וכו׳ כיצד תבעו כור חיטין או כור תבואה והודה לו בלתך שעורים פטור וכו׳. משנה בפרק הדיינין כור תבואה יש לי בידך אין לך בידי אלא לתך קטנית פטור כור פירות יש לי בידך אין לך בידי אלא לתך קטנית חייב שהקטנית בכלל פירות טענו חטין והודה לו בשעורין פטור ור״ג מחייב. ועל דברי רבינו כתב ב״י וז״ל ותמיהני אמאי בתבעו כור תבואה והודה לו בלתך שעורין פטור הא כל חמשת המינים תבואה מיקרי כדאיתא פרק הנודר מן הירק לכך נ״ל להגיה ולכתוב קטנית במקום שעורים וכדתניא במתניתין עכ״ל. ולי נראה ליישב דרבינו שאמר והודה לו בלתך שעורים לא קאי אתבעו כור תבואה דהתם ודאי הוי ממין הטענה וחייב אלא קאי אתבעו כור חטים ונקט לתך שעורים לרבותא דאע״ג שהוא תבעו כור ומודה לו

בלתך לאו מקצת הטענה היא כיון שתבעו חטין והודה לו בשעורין ואצ״ל אם תבעו כור חטים והודה לו בכור שעורין וממילא בתבעו כור תבואה צריך לפרש ג״כ דהודה לו מדבר שאינו תבואה כגון קטנית והנכון להגיה והודה לו בלתך שעורים וקטנית וקאי שעורים אתבעו חטין וקטנית קאי אכור תבואה ובכא הגה״ה נמי הכי משמע דנקט חדא ומשמע אידך מינה כדפי׳: ומ״ש אבל אם תבעו בכור פירות וכו׳. ומתני׳ לא תני הכי אלא תני והודה לו בלתך קטנית נראה שבכונה שינה לשון המשנה לאורויי שלא נפרש דדוקא קטנית שאינו בכלל תבואה הו״ל בכלל פירות סתמא כדקתני שהקטנית בכלל פירות ואיכא למיטעי דתבואה לא הוי בכלל פירות סתמא לכך כתב רבינו דאפילו בהודה לו בלתך שעורים נמי חייב שהכל בכלל פירות ולאו דוקא קטנית נקט התנא אלא איידי דקתני רישא בתבעו כור תבואה אין לך בידי אלא קטנית דדוקא קטנית קתני דלא הוי בכלל תבואה קתני נמי בסיפא קטנית דהוי בכלל פירות אבל ודאי כי היכי דקטנית דלא הוי בכלל תבואה הוי בכלל פירות ה״נ שעורין אע״ג דהוי בכלל תבואה הוי נמי בכלל פירות שהכל בכלל פירות:

ט לפיכך אם לא תבעו בדבר מסויים אלא א״ל שוה מנה וכו׳. שם מפרש דרב ושמואל פליגי בתבעו סתם מנה יש לי בידך או דינר יש לי בידך דלשמואל דוקא קאמר ליה אא״כ אמר בפירוש שוה מנה לי בידך ולרב סתם נמי שוה קאמר וכתב הרא״ש שם בשם הרמב״ן דקיי״ל בהך פלוגתא נמי כרב דתליא בפלוגתא קמייתא דהטענה ב׳ כסף. וכתב רבינו תחלה א״ל שוה מנה יש לי בידך דהשתא מכל מה שיודה לו הוי ממין הטענה אפילו לשמואל ואחר כך כתב תבעו דינר כסף וכו׳ דחשוב נמי כאילו תבעו שוה דינר וכו׳ לרב דקיי״ל כוותיה דלא כשמואל:

י ומ״ש רבי אבל אם תבעו שוה מנה מדבר מסוים וכו׳. פירוש דלא אמר בסתם שוה מנה אלא תבעו בדבר מסויים כגון מנורה ואמר ג״כ שהיתה שוה מנה דאם לא אמר בפירוש שהיתה שוה מנה אפילו הודה לו במנורה שהיא שוה חצי מנה אין זה מודה מקצת דמנורה תבעו ומנורה מחזיר לו אבל כיון שאמר שהיתה שוה מנה והודה לו במנורה שוה חצי מנה הו״ל הודאה במקצת אלא שאינו ממין הטענה כיון שלא תבעו שוה מנה אלא דוקא תבעו בדבר מסויים מנורה גדולה שהיתה שוה מנה והודה לו בקטנה שוה חצי מנה וזה פשוט דלא כב״י שאמר נ״ל שתיבת שוה היא טעות סופר וצריך למחקה עכ״ל ולא דק:

יא בד״א כשתבעו דינר כסף או דינר זהב שהלוהו וכו׳. כן כתב הרא״ש ע״ש הרמב״ן ולא חלק עליו אבל הר״ן חלק עליו ואמר דדין פקדון כדין הלואה ומביאו ב״י ובש״ע הביא שתי הדעות: ומ״ש ובהלואה נמי דוקא מטבע היוצא בהוצאה וכו׳. גם זה כתבו הרא״ש ע״ש הרמב״ן וכ״כ הר״ן בשמו: ומ״ש וכן תבעו דינר זהב זהוב (פירוש טבוע זהב) יש לי בידך. ברייתא שם דמודה רב ביה דדוקא טעין ליה ולא שוה והילכך לא מיבעיא אם הודה לו במיני סחורות או פי׳ שוה חצי דינר דלא הו״ל ממין הטענה אלא אפילו הודה לו במטבע של חצי דינר ולרש״י כל מטבע חד הוא אפ״ה לא חשוב כאן ממין הטענה כיון דתבעו דינר זהב זהוב דוקא ודקדק רבינו שכתב כאן בסתם ואפילו הודה לו במטבע של חצי דינר משום דבהא ס״ל להרמב״ן ג״כ דלא חשיב ממין הטענה אבל הודה לו במטבע של חצי דינר זהב ס״ל להרמב״ן דהו״ל ממין הטענה והרא״ש נחלק עליו דאפילו בכה״ג נמי לא הוי ממין הטענה ולכך כתב תחלה בסתם ואפילו הודה לו במטבע של חצי דינר דלא הוי ממין הטענה אף להרמב״ן ואח״כ כתב אבל בענין אחר לא מיחייב אפילו תבעו דינר זהב והודה לו במטבע של חצי דינר זהב וכו׳ שכך כתב הרא״ש דלא כהרמב״ן דמחייב באלו: תבעו מאה דינרין וכו׳. משנה שם וכאוקימתא דר׳ אלעזר אליבא דשמואל ואע״ג דרב פליג עליה בפי׳ דמתניתין לענין הדין הם שוים דטוענו דינר מטבעות חייב לרש״י כדאית ליה ולר״ח כדאית ליה: ומ״ש אבל בע״א לא מיחייב אפילו תבעו דינר זהב והודה לו במטבע של חצי דינר זהב. לדעת הרא״ש דלא כהרמב״ן כדפי׳ בסמוך ור״ל דתבעו דינר זהב זהוב דאילו תבעו דינר זהב ולא אמר זהב זהוב בכל מה שיודה לו חשיב ממין הטענה כדכתב בסמוך בתחלת סעיף י״א אלא כדפירש׳ וקיצר רבינו במובן וכתבו רבינו כאן להורות דלא כפירש״י דאפילו תבעו דינר זהב זהוב והודה לו במטבע של חצי דינר זהב דהכל מטבע אחת אפ״ה לא חשוב ממין הטענה וכ״ש בתבעו מאה דינרין ממטבע פ׳ והשיב לו אין לך בידי אלא חמשים ממטבע אחר דפשיטא דלא הוי ממין הטענה:

יב ומ״ש ואצ״ל תבעו דינר או ליטרא זהב וכו׳. האי זהב קאי נמי אדינר ור״ל שתבעו דינר זהב זהוב וקיצר במובן כדפי׳ בסמוך וכתב רבינו כך לפי דכתב הרא״ש ע״ש הרמב״ן דמפרש לברייתא דתבעו בדינר זהב זהוב א״ל שוה שתי כסף יש לך בידי דלא אמרינן שוה שתי כסף זהב קאמר ומשמע דאם אמר בפירוש שוה שתי כסף זהב יש לך בידי הוי ממין הטענה וחייב להרמב״ן והא ליתא דהטוען לחבירו דינר זהב זהוב יש לי בידך אין יכול להשיבו שום טענה שיתחייב עליה שבועה אם לא שטענו דינר זהב זהוב מטבעות כפר״ח אפילו הודה לו במטבע שהוא חצי דינר זהב זהוב פטור דהוי כמו מנורה גדולה וקטנה וכולי עכ״ל הרא״ש ולכן כתב רבינו דאפילו תבעו זהב זהוב והודה לו במטבע של חצי דינר זהב זהוב לא מיחייב ואצ״ל וכולי דלא כהרמב״ן דס״ל בהני תרתי דחשיב ממין הטענה וחייב דליתא דלא משכחת לה דחייב אם לא שתבעו להחליפו כפי׳ ר״ח דהשתא ודאי אע״ג

דתחלת תביעתו נתתי לך דינר זהב זהוב כיון דקאמרי דנתנו לו להחליפו חשוב כאילו תבעו שוה דינר זהב זהוב שהרי אינו שואל ממנו אלא חליפיו מאיזה מטבע שיהיה אבל בענין אחר לא מיחייב וכו׳:

יג תבעו בב׳ דברים וכו׳. מימרא דרב נחמן אמר שמואל פרק הדיינים ופסקו הפוסקים כמותו דבתבעו ב׳ מינים והודה באחד מהן חשיב ממין הטענה ונשבע ש״ד על השאר:

יד אבל תבעו חטין וכו׳. מימרא דרבה בר נתן סוף פ׳ המניח ואוקימתא דגמרא דפטור אף מדמי שעורים קאמר: ומ״ש וטעמא דחשיב ליה כאילו הודה לו התובע שאינו חייב לו שעורים. כך נראה מפי׳ רש״י ותוס׳ דמדלא טענו השעורים מחל לו וכאילו הודה שאינו חייב לו השעורים לפי שמוחל לו חוב זה דשעורים וכתב רבינו מש״ה כתב בעה״ת וכו׳ כלומר דלפי טעם זה ניחא הא דכתב בעה״ת דאפי׳ יש לו עדים על השעורים פטור וכו׳ אבל לפי טעמו של הרמ״ה שהביא לשם הרא״ש והיא דעת הראב״ד שהביא בעה״ת והיינו משום דמצי למימר דמאי דהודיתי בשעורי׳ משטה הייתי בך לדבריה׳ אם באו עדי׳ על השעורי׳ היה חייב:

טו ומ״ש וכת׳ א״א הרא״ש דוקא וכו׳ אלא ודאי הודה שלא הלוה לו שעורים וכו׳. נראה לפ״ז דכ״ש כשאומר התובע להדיא שאינו חייב לו שעורים דפטור הנתבע אע״ג דיודע בודאי שחייב לו שעורים שהרי הוא מוחל לו וכדכתב רבי׳ למעלה בסי׳ ע״ה סעיף י׳ ע״ש הר״ם מרוטנבור״ג ומדברי הר״ר ירוחם שהביאו ב״י לא משמע הכי להרא״ש ודברי רבי׳ עיקר:

טז ואם תפש השעורי׳ כתב הרמב״ם דלא מפקינן מיניה. וכ״כ הרי״ף וכתב נ״י וכת׳ הרב המגיד שכך פסקו הגאונים והרמ״ה. עוד כתב נ״י דכשתפס קודם שחזר הנתבע מהודאתו אפי׳ תפס בעדים מהני אבל אי תפס לאחר שחזר מהודאתו מפקינן מיני׳ אא״כ דהו״ל מגו דלהד״ם או החזרתיו לך ועוד האריך ומביאו ב״י. ובש״ע פסק כהרמב״ם ודעימיה ובהגהה לשם כתב דנראה עיקר כיש מחלקים והכי מסתברא דאם תפס קודם התביעה אפי׳ יש עדים מהניא תפיסה ואי תפיס אחר שהודה אפי׳ תפס שלא בעדים לא מהניא תפיסה כיון שכבר הודה דלא חייב לו כלום:

יז תבעו כור חטין וכו׳. פרק הדיינין א״ר ענן אמר שמואל טענו חטין וקדם והודה לו בשעורים אם כמערים חייב אם כמתכוין פטור ופירש״י מי שהו״ל לטעון על חבירו חטין ושעורים וטענו חטים ולא הספיק לטענו שעורים עד שקדם זה ואמר חטין אין לך בידי אבל שעורים יש לך בידי אם נראה לב״ד שקפץ להודות כדי שלא יטעננו זה שעורים ויתחייב לו שבועה בהודאת שעורים חייב לו שבועה אם א״ל זה שניהם יש לי בידך ואם כמתכוין להשיב לו על טענתו של חטין ולא כקופץ פטור עכ״ל וכך פי׳ הרא״ש אלא שהוסיף לבאר שאפי׳ אם מיד תוך כ״ד אחר הודאתו אמר גם אני היה רצוני לבקש ממך השעורים עכ״ל וטעמו נראה דמשמע ודאי כי היכי דהאי דאם כמערים חייב בתוך כדי דיבור שהרי חפץ להודות כדי שלא יטעננו זה שעורים והתובע ודאי אומר לו מה זה מיהרת להשיב גם אני היה רצוני לבקש ממך שעורים א״כ כל אחד משיב על דברי חבירו תוך כ״ד כך צריך נמי לפרש אם כמתכוין פטור אפי׳ השיב לו התובע מיד תוך כ״ד אלא דמ״ש רבי׳ פטור משבועה ומתשלומין דמשמע ליה דהאי פטור הוי פירושו כהך דרבה בר נתן פ׳ המניח טענו חטין והודה לו בשעורים פטור דפטור לגמרי אף מדמי שעורים וכ״כ בסמ״ג עשה צ״ז וזל ואם לפי תומו פטור משבועת התורה ומדמי שעורים איכא לתמוה דלמה פטור מתשלומין דאפי׳ למה שפי׳ הרא״ש דמיירי שתבעו חטים באותו יום ובאותה שעה וכו׳ מ״מ מאחר שהשיב לו התובע גם אני היה רצוני לבקש ממך השעורים שהלויתיך באותו שעה אלא שמיהרת והקדמת להודות בשעורים קודם שגמרתי טענותי א״כ אין כאן הודאת בעל דין שאינו חייב לו שעורים ועל דברי הסמ״ג לא קשה כל כך דאפשר דמפרש אם כמתכוין פטור דמשמע דפטור לגמרי משבועה ומתשלומין קאמר אינו אלא במשיב לאחר כ״ד גם אני היה רצוני וכו׳ א״נ מיירי דלא השיב כלום ואנן הוא דקאמרי׳ דזה אין דינו אלא כדין שאר טענו חטין והודה לו בשעורים כשאין משיב כלום דאין לו דין מודה מקצת גם להרא״ש ליכא קושיא דאע״ג שכתב בתוך כ״ד תבעו גם השעורים פטור ודאי משמע מדכתב פטור בסתם לא קאמר דפטור אלא משבועה וכדקאמר טעמא וז״ל פטור דלא תשיב מודה מקצת הטענה אלא כשהודה במקצת מה שטען כבר עכ״ל ואיכא לפרש דלענין תשלומין מודה הרא״ש דודאי חייב לשלם דמי שעורים כיון דאין כאן הוכחה דהודה לו שאין חייב לו שעורים אפי׳ טענו חטים הלויתיך באותו יום ובאותה שעה וכו׳ שהרי רצונו היה לתבעו גם בשעורים שהלוה לו באותה שעה אלא שזה קפץ להודות בשעורים מקמי שתבעו בשעורים ומה היה לו לעשות אלא דמ״מ פטור משבועה הוא כיון שהודה כן לפי תומו ולא חשיב מ״מ הטענה אלא כשהודה מקצת מה שטען כבר אבל אדברי רבי׳ שכתב פטור משבועה ומתשלומין כדברי הסמ״ג וכתב אחר זה אפי׳ מיד תוך כ״ד וכו׳ כדברי הרא״ש קשיא טובא דמאי פטור מתשלומין ותו קשה דכתב רבי׳ אחר זה:

יח אבל אם אחר שהודה לו בשעורים וכו׳ כתבו הגאונים שחייב לשלם לו דמי השעורים נראה לכאורה דקאי אהיכא דמיהר להשיב וכו׳ והכי משמע בסמ״ג ובהגהות מיימוני פרק ג׳ דטוען דהגאונים קאי אהיכא דמיהר לפי תומו ולא אבין לאיזה צורך נתן טעם למה לא היה תובעו שעורים הלא אומר

גם רצוני היה לבקש ממך השעורים אלא שמיהרת להשיב ולקפוץ ולהודות ותו למה יהא חייב יותר לשלם כשנותן התובע טעם שלא היה רצוני עתה לשאול כל תביעותי משאינו אומר טעם זה אלא אומר טעם עדיף ממנו גם אני היה רצוני לבקש ממך השעורים אלא שקפצת להודות דפטור מלשלם וכו׳ דלמעלה הביא רבינו דברי הרא״ש וז״ל דוקא כשא״ל הלויתיך חיטין באותו יום וכו׳ דאם איתא שהלוהו שניהם היה טוען שניהם וכו׳ דאלת״ה פשיטא שהוא חייב שאין אדם מוחל על שאר תביעותיו אם לא תבע אלא א׳ עכ״ל אלמא משמע דכשתבעו באותו יום ובאותו שעה לא מצי אמר שלא היה רצונו לשאול עתה כל תביעותיו היפך דברי הגאונים שהביא רבי׳ כאן מיהו קושיא זו יש ליישב ברווחא דהרא״ש ה״ק דאלת״ה דתבעו חטין הלויתיך באותו יום וכו׳ היה קשה פשיטא דהוא חייב אפי׳ שתק איהו ולא טען כלום מ״מ אנן הוא דטענינן ליה דלא מחל על שאר תביעותיו אם לא תבע אלא אחת דכך הוא הרגילות שאין אדם רוצה לשאול כל תביעותיו בפעם אחת אבל כשנפרש דמיירי בתבעו הלויתיך חטין באותו יום וכו׳ ניחא דאנן לא טענינן ליה טענה גרועה דהא ודאי מסתמא כיון שבפעם אחת הלוהו היה טענו שניהם ומדלא טענו שעורין ודאי הודה שמחל לו שעורין אבל אי טעין איהו אע״ג דהלואות שניהם היו בשעה אחת לא היה רצוני לשאול עתה כל תביעותי שומעין לו וכדברי הגאונים אבל הקושיות הראשונות בחזקתן ובתקפן הן ונראה דמטעם קושיא הראשונה שהיה קשה למה יהא פטור מן התשלומין לא כתב בש״ע אלא פטור משבועת התורה בלבד עלה על דעתו דט״ס הוא בדברי רבי׳ והא ליתא דיעיד עליו הסמ״ג דאין כאן טעות ונראה לפרש דפטור מתשלומין דקאמר הסמ״ג ורבי׳ אינו אלא לומר דאין הודאת הנתבע בשעורין מחייבו בתשלומין אפי׳ אמר התובע מיד תוך כ״ד גם אני היה רצוני לבקש ממך השעורים שהלויתיך באותה שעה וכו׳ דמצי הנתבע לומר משחק הייתי בך כשהודיתי בשעורים ומילי דכדי אמרתי לך ואינו חייב כי אם היסת על החטים ועל השעורים אבל אם נתבע היה מחזיק בדבריו ואומר אמת הוא ששעורים יש לך בידי פשיטא דחייב בשעורים שאין התובע כמודה שאין חייב לו שעורים כדפי׳ אלא דמ״מ פטור הוא מש״ד על החטין כיון שהודה מתחלה בשעורים לא חשיב מודה מקצת הטענה כדכתב הרא״ש. ומ״ש רבי׳ אח״כ אבל אם אחר שהודה לו בשעורים וכו׳ כתבו הגאונים שחייב לשלם לו דמי השעורים הא נמי ודאי איירי במחזיק בדבריו ואומר אמת הוא ששעורים יש לך בידי דאל״כ אלא אמר משחק הייתי בך וכו׳ הא פשיטא דפטור דמצי טעין משטה הייתי בך כשהודיתי כשעורים וכו׳ אלא ודאי דבמחזיק בדבריו ואומר אמת הוא וכו׳ קאמר אלא דלא קאי האי אבל וכו׳ אדסמיך ליה להיכא דמיהר ועשה כך לפי תומו וכו׳ כדמשמע לכאורה אלא קאי אעיקרא דדינא דטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור אף מדמי שעורים דמיירי בלא מיהר ובמחזיק בטענתו ואומר אמת דשעורים יש לך בידי א״נ איכא עדים על השעורים דאפ״ה פטור להרא״ש בטענו הלויתיך חטים באותו יום וכו׳ ועל זה קאי ואמר אבל אם אחר שהודה לו בשעורים אמר התובע ודאי כדבריך כן הוא וכו׳ כתבו הגאונים דחייב וכו׳ דלא אמרינן דהודה לו שאין בידו שעורים אלא דוקא כשלא השיב לו כלום התם הוא דאמרי׳ מסתמא ודאי אי איתא שהלוהו שניהם היה טוענו גם השעורים כיון דבפעם אחת הלוהו אלא ודאי מחל לו והודה לו שאין חייב לו שעורים אבל התובע השיב לו ודאי כדבריך וכו׳ חייב לשלם לו דמי שעורים כשמחזיק הנתבע בטענתו ואומר אמת וכו׳ א״נ יש עדים על השעורים דאע״ג דבלא טען איהו אנן לא טענינן ליה כדמשמע מדברי הרא״ש וכדפי׳ מ״מ אי איהו גופיה טעין הכי אפי׳ אחר כדי דבור להודאת הנתבע שומעין לו דלא בעינן אלא לגלויי דלא מחל לו ולא הודה לו שאין חייב לו כלום שהרי נותן טעם למה לא תבעו שניהם ומיירי בלא מיהר דלשם צריך לתת טעם למה לא תבעו שניהם הלא הו״ל זמן לגמור את כל טענותיו כיון שהנתבע לא מיהר להשיב אלא לאחר שגמר התובע כל דברי טענותיו אבל כשהנתבע מיהר וקפץ להודות א״צ לתת טעם למה לא תבעו שניהם דגם שרצונו היה לתבוע שניהם בא זה ומיהר להודות בשעורים אלא ודאי עיקר דברי הגאונים הם בלא מיהר גם מדברי הסמ״ג והגהות מיימוני שלא הזכירו תוך כ״ד משמע ודאי דהגאונים לא חילקו דבין תוך כ״ד בין לאחר כ״ד שומעין לו כיון שנותן טעם למה לא תבעו שניהם וגם מוכרח לפרש דברי הסמ״ג והג״מ בשם הגאונים דלא קאי אהיכא דמיהר דאל״כ לא צריך לתת טעם למה לא תבעו שניהם כדפי׳ אלא ודאי עיקר דברי הגאונים אינן אלא בלא מיהר וכדמשמע מדברי רבינו שכתב אבל אם אחר וכו׳ ודוק היטיב ותראה כי הדברים ברורים אין בהם ספק והתיישב הכל על נכון: קדם הנתבע ואמר שעורים יש לך בידי וכו׳. פי׳ התובע לא תבעו עדיין לא חטים ולא שעורים אלא שקדם הנתבע ואמר שעורים יש לך בידי ואח״כ תבעו חטים ואיכא למימר דכשתבעו חטים חשוב כאילו תבעו שניהם ואע״ג דלא הזכיר שעורים בתביעתו זהו לפי שלא היה צריך להזכירם שהרי הנתבע הודה לו בשעורים מקודם וקאמר דלא הוי הודאת מקצת ולא נשבע אלא היסת על החטים ומ״מ צריך לשלם לו השעורים שאין התובע כמודה שמחל לו השעורים מאחר שלא תבעו גם בשעורים דכיון שקדם והודה לו בשעורים לא היה צריך לחזור ולתבעו בהן: ומ״ש וכן אם תבעו החטים וכו׳. פי׳ אפי׳ בכה״ג דאיכא למימר כיון דהתובע היה רצונו לתבעו גם בשעורים אלא שזה השיב תחלה להודות על החטים הו״ל הודאת מקצת ממין הטענה דחשיב כאילו תבעו שניהם וקאמר דליתא אלא דאפ״ה נשבע היסת על השעורים וי״א דבהך נמי רואין וכו׳ ומשמע אבל בקדם הנתבע ואמר שעורים לא אמרי׳ רואין וכו׳ דדוקא כשקפץ הנתבע והשיב קודם שגמר התובע תביעתו התם הוא דרואין אם כמערים אם כמתכוין דומיא דמימרא דרב ענן אמר שמואל בסעיף י״ז אבל בכה״ג דהתחיל הנתבע לא אמרינן רואין כלל אלא דבש״ע כתב בהגה״ה דלי״א אפי׳ בקדם הנתבע ואמר שעורים יש לך בידי מקמי

שהתחיל התובע לטעון כלום נמי אמרי׳ רואין וכו׳ שהרי כתב וז״ל וי״א דבהנך נמי רואין וכו׳ וס״ל דאע״ג דבכל ספרי רבינו כתוב וי״א דבהך נמי רואין וכו׳ לאו דוקא בהך אלא ה״ה באידך ולא נהירא אלא דוקא בהך קאמר כדפרישית:

יט תבעו חטים והשיב שאינו יודע אם חטין וכו׳. דעת בעל העיטור דעל השעורים מודה לו התובע שאינו חייב לו כיון שלא היה תובעו בשעורים ועל החטים טוען הנתבע איני יודע הילכך פטור מש״ד דאין כאן מ״מ הטענה וגם פטור מלשלם השעורים כיון דמודה לו שאינו חייב לו ומיהו ודאי צריך לישבע היסת שאינו יודע שחייב לו חטים אבל דעת הרמב״ם דנשבע היסת שאינו יודע ומשלם שעורים כדכתב פ״א מטוען: והב״י כתב ע״ש הרב המגיד בפ״ה משאלה דלדעת הר״י מיגא״ש והרמב״ם בדין זה התובע נשבע ונוטל ותמה עליו הב״י שהרי בפ״א מטוען כתב הרמב״ם דבכאן הנתבע נשבע היסת שאינו יודע ומשלם שעורים עכ״ד וכך הקשה בכסף משנה פ״ה דשאלה. ויש לתמוה הרבה על הבנת ב״י בדברי ה״ה במה שלא עלה על דעתו מעולם כי היאך יהא נעלם ממנו מ״ש הרמב״ם בפ״א מטוען שהרי בסוף דברי ה׳ המגיד בפ״ה דשאלה כתב ועוד יתבאר בפ״א מטוען ובפ״א מטוען כתב ה׳ המגיד וכבר הארכתי בפ״ה מהל׳ שאלה וכו׳ הנה שהיו לפניו ולנגד עיניו שני פרקים אלא שכתב דבריו כאן וכאן על כן נראה באין ספק דהר״י מיגא״ש והרמב״ם לא כתבו דנשבע הלוה ונוטל אלא במפקיד ופשע בו הנפקד דעשו תקנת נגזל בפקדון דכיון דפשע בו הו״ל כגזלן וכמזיק וכמו שכתב הרמב״ם בפ״ז דחובל וז״ל כל המזיק ממון לחבירו ואינו יודע כמה הזיק הרי הניזק נשבע כתקנת חכמים וכו׳ ובפרק הכונס בההוא גברא דבטש בכספתא וכו׳ כתב עלה ראבי״ה וז״ל ש״מ דכל מי שמפסיד ממון חבירו בפשיעתו שישבע כמה הפסידו ויטול וכו׳ כמ״ש במרדכי לשם ועוד יתבאר זה לקמן בסימן צ׳ וסימן רצ״ח בס״ד אבל בתבעו חטים ואמר איני יודע אם חטים אם שעורים לא עלה על הדעת דנשבע הלוה ויטול אלא נשבע הנתבע היסת ונפטר אלא דלהרמב״ם משלם לו שעורים וכמ״ש הראב״ד בהשגות פ״א מטוען שהדעת נותנת כן ומ״ש הרב המגיד בפ״ה דשאלה ע״ש הר״י מיגא״ש וז״ל ועוד הוסיף דברים ואמר אם תשאל כיון שאילו אמר ברי לי שסיגין היה מלא לא היה חייב אלא היסת כדין טענו חטים והודה לו בשעורין עכשיו שאמר שמא יהיה זה כמנה לי בידך והלה אמר איני יודע שנשבע היסת שאינו יודע ונפטר ותירץ הוא ז״ל כשאמרו מנה לי בידך והלה אמר איני יודע שפטור לא אמרו אלא דוקא כשאינו מודה לו בודאי משום דבר לפיכך נשבע שאינו יודע ונפטר אבל כיון שהוא מודה שהוא חייב לו ואינו יודע מה הוא א״א בכך ישבע שאינו יודע ויפטר אלא נשבע הלה ונוטל אלו דברי הרב ודברי תלמידו כמותן עכ״ל ה׳ המגיד טעם דבריו הן לומר שאין אומרים להשוות המדה בכך דבכל ענין יהא נשבע שאינו יודע ויפטר אלא אמרי׳ נמי דנשבע הלה ונוטל כגון במפקיד אצל חבירו ופשע בו הנפקד אבל בתובעו חטים והלה משיב איני יודע אם חטים או שעורים בזה הדין הוא דנשבע איני יודע ומשלם לו שעורים כמבואר בפ״א מטוען וזה ברור לכל מבין ומדקדק בלשון ה׳ המגיד ושרי ליה מאריה לב״י שהבין דברי ה׳ המגיד בדרך שהיה קשה על הרמב״ם ולא אפשר ליישב:

כ א״ל י׳ כדי שמן יש לי בידך והלה הודה לו בשמן וכו׳. משנה וגמרא בסוף כתובות וגירסת האלפסי אינו כגירסתינו בגמרא גם הרא״ש כתב גירסא שלישית ודברי רבינו אינן מיושבים היטיב לשום גירסא כאשר מבואר בב״י ולי נראה מדברי רבינו שהיה גורס בגמרא ובפסקי הרא״ש עשרה כדי שמן יש לי אצלך קנקנים קטעין ליה שמן לא קטעין ליה כו׳ ופירושה שכשאומר כדי שמן כיון שהוא סמוך לא טענו אלא הכדים שמשימין בו שמן ואם הודה לו בשמן לא הוי מודה מקצת ממין הטענה אבל כשאומר כדים שמן הוא מוכרת והוה ליה כאומר כדים מלאים שמן לאדמון דהלכה כמותו ואם הודה לו באחד מהן חשיב שפיר מודה מקצת ממין הטענה וכן נראה ממ״ש בהגהת הש״ע ומ״ש מהרו״ך על זה הן דברים סותרין זה את זה ואולי ט״ס הוא בדבריו:

כא כתב הרמב״ם תבעו במנה של מלוה וכו׳ והראב״ד השיג עליו וכתב דמלוה ופקדון ב׳ עניינים הם וכו׳. וטעמו דכיון שאין חיובן ופיטורן שוה אין כאן מ״מ ממין הטענה ולא דמי לטענו חטים ושעורים והודה בא׳ מהן שהוא חייב דהתם כיון שהתביעה אחת שהרי דינם שוה אע״פ שהם ב׳ עניינים מודה מקצת הוי וחייב:

כב ומ״ש וכתב עוד שאם תבעו בחוב של אביו וכו׳. פי׳ הראב״ד כתב עוד והוסיף ואמר דאפי׳ בכה״ג לא הוי מודה מקצת ממין הטענה ואפשר שטעמו משום דלא מצינן למימר הכא טעמא בכוליה בעי דליכפריה אלא שאין אדם מעיז דבחוב של אביו אדם מעיז וכמ״ש ב״י ע״ש בעה״ת לעיל במחס״ב דלא דמי לתבעו חטים ושעורים והודה לו באחד מהן אלא לתבעו חטים והודה לו בשעורים וכתב רבינו על זה דהרא״ש הסכים לדעת הרמב״ם דבתבעו מלוה והודה בפקדון הוה ליה מודה מקצת ממין הטענה ודלא כדברי הראב״ד גם אינו נראה דברי הראב״ד במה שמודה וכו׳. וב״י כתב לשון גם יש לפרשו בדוחק וכו׳ נראה שהיה סובר דמ״ש רבינו וכתב עוד שאם תבעו בחוב של אביו וכו׳ דר״ל דהרמב״ם כתב עוד וכו׳ ולא ידעתי היאך עלה על דעתו לפרש כך הלא בדברי הרמב״ם לא נזכר דין זה כלל אבל מה שכתבנו הוא דבר ברור ופשוט: ומ״ש אלא נשבע היסת על חוב של אביו. פי׳ כשטוענו ודאי שהוא יודע שאביו חייב לו ולא פרע ומת וכיון שהוא יורשו חייב לשלם לו אבל אם היה טוען נתבע איני יודע אם אבי היה חייב לך

במותו אפילו שבועה אין צריך כי כך המסקנא לעיל בסוף סס״ט: ומ״ש רבינו דהרא״ש הסכים לדעת הרמב״ם כך מפורש בסוף מציעא בפסקיו דכתב שם מה דשייך לפרק השואל דהביא דברי הראב״ד והרמב״ן והרמב״ם ובסוף כתב וכדברי הרמב״ם נ״ל וכו׳ ע״ש וכתב בספר בדק הבית לענין הלכה כיון שהרמב״ם והרא״ש מסכימים לדעת אחת הכי נקטינן כל שכן הכא שהרמב״ן השיב על הראב״ד והרב המגיד כ׳ שדברי הראב״ד תמוהים עכ״ל:

כג שני בע״ד וכו׳ והשיב הראב״ד שאם הודאתו של שני שוה כמו שהודה הראשון פטור משבועה חמורה וכו׳. פירוש השני בלבד הוא דפטור דכיון שהודאתן שוה יש לו דון הילך מן הסתם אע״פ שלא א״ל בפי׳ הילך דהו״ל כאילו אמר השני לראשון הלא יש לך בידך כפי הודאתי שהרי גם אתה הודית לי בכך אבל הראשון ודאי חיוב שבועה חמורה על הודאתו כיון דבשעה שהודה עדיין לא נודע שהשני יודה לו בכך וכך שיהא לו דין הילך וכן הדין כשהודאת השני היא פחותה מהודאת הראשון דהשני פטור מש״ד והראשון חייב והוא דבר פשוט אבל אם הודאת השני יותר מהודאת הראשון פשיטא דאין כאן לומר הילך מטעם הודאת הראשון כיון שעדיין נשאר חייב לו מה שהוא היתרון והשתא קאמר הראב״ד אע״ג דהשני יכול לפטור עצמו מש״ד מטעם שיכול לומר לו מה אתה תובעני בכור של חטין הלא יש לך בידך משלי מנה כאשר הייתי תובעך מתחלה מנה שהלויתיך וא״כ אינני חייב לך כלום מ״מ כיון שלא א״ל בשעה שהודה לא היו דברים מעולם שאהיה חייב לך דבר שהרי יש לך משלי כנגדו ובשבילו אני רוצה לתפסו אלא הודה לו בדרך הודאה גמורה הודה מקצת הוא וחייב ש״ד כמו הראשון:

כו אין מודה מקצת חייב וכו׳. משנה פ׳ הדיינים ורבינו האריך לפרש בפרטות מדה משקל ומנין כיצד וכ״כ הרמב״ם רפ״ד דטוען:

כח א״ל בית מלא פירות וכו׳. ג״ז משנה שם וא״ת בתבעו בית זה מלא פירות וזה מחזיר לו חסרה נראית חסרונה וה״ה בזה אומר עד הזיז. וי״ל דכשאין חסרה אלא מעט מיקריא נמי מלא ואין ידוע מה שביניהם אי נמי בעינן שיזכיר מדה בהודאתו עכ״ל התוס׳: ומ״ש אבל תבעו בית זה שהיו בה פירות עד הזיז וכו׳. משמע אבל אמר בית סתם עד הזיז פטור דאין ידוע טענתו כמה דכמה בתים יש גדולים וקטנים וכן פי׳ המגיד לדעת הרמב״ם שכתב גם כן בית זה מלא עד הזיז ולא קשה לפי זה בהא דכתב תחלה בית מלא פירות וכו׳ פטור דהו״ל לאשמועינן רבותא דאפילו אמר בית מלא פירות עד הזיז נמי פטור דיש לומר דכיון דאתא לאורויי לא זו אף זו דלא מיבעיא בית מלא פירות סתם אלא אפי׳ בית זה מלא פירות נמי פטור א״כ לא מצי למינקט ברישא עד הזיז כיון דבסיפא אי אמר בית זה מלא עד הזיז הוא חייב: ומ״ש וכגון שהרקיבו וכו׳. כלומר דאם בית זה יש בו פירות עד החלון מן הסתם הוה ליה הילך כיון שהוא מזומן לפניו ליטלם אבל לעיל גבי אין לך בידי אלא דינר או לתך או ליטרא מן הסתם לא הוי הילך עד שיתן לו בפני ב״ד:

כט תבעו מנורה גדולה וכו׳. ברייתא שם ואוקמוה בתרתי אוקימתי חדא שאני מנורה הואיל ויכול לגררה ולהעמידה על חמש ליטרין ופירש״י ובאזור ליכא למימר חתך הימנה שהרי ראשיה ניכרין ותו אוקמוה במנורה של פרקים וה״ה אזור של פרקים וכך הם דברי רבינו: ומ״ש תבעו יריעה של י׳ מדות והודה לו בשל ה׳ חייב. טעמו שיכול לחתכה ואינו ניכר שנחתך הימנה דומיא דמנורה דיכול לגררה ולא יהיה ניכר וכ״כ הרמב״ם בפ״ג דטוען אבל ה׳ המגיד פי׳ לדעת הרמב״ם דבאזור נמי אם הזכירו שניהם מדה דחייב מפני שיכול לחתכו וכו׳ ומביאו ב״י ותימה לפי זה למה שינה הרמב״ם הלשון מאזור ליריעה באזור גופיה הוה ליה לחלק בין הזכירו מדה ללא הזכירו מדה כמו שחילק במנורה בין הזכירו משקל ללא הזכירו משקל אלא ודאי דבאזור אפילו הזכירו מדה פטור משום דאינו יכול לחתכה דראשיה ניכרין כדפירש״י מה שאין כן ביריעה דאינו ניכר וכדפרישית וכן הוא דעת הרמב״ם ורבינו והכי נקטינן:

ל אין הודאה בשטר חשובה הודאה להתחייב שבועה על הכפירה מן התורה. פי׳ דוקא שבועה דאורייתא כגון מודה מקצת ושבועת השומרים והעדאת ע״א אבל שבועת הנשבעין ונוטלין נשבעין עליהן כדלקמן בסי׳ צ״ה סעיף י״ג:

לא ומ״ש כיצד וכו׳ דשטר חשוב כמו קרקע וכו׳. איכא למידק דבפ״ק דמציעא (דף ד׳) לא קאמר הכי אלא למ״ד הילך חייב אבל לרב ששת וקיי״ל כוותיה דהילך פטור אין אנו צריכין לטעם זה אלא אפילו ליכא כפירת שיעבוד קרקעות כגון דלית ליה קרקע או מחל לו השיעבוד נמי פטור דשטר הילך הוא וכדפי׳ לעיל בריש סי׳ פ״ז דבשטר שיש ביד התובע קודם שתבעו הילך הוא לד״ה וכך יש להקשות בדברי האלפסי שכתב ג״כ האי טעמא. ונראה ליישב דנקט האי טעמא דנפקא מיניה אף להיכא דקי״ל הילך פטור כגון דנראה כמערים בטענת הילך כדי לדחות ממנו השבועה דצריך לישבע ש״ד כדלעיל ריש סי׳ פ״ז ואפ״ה גבי שטר כה״ג דהודה בשטר ונראה כמערים פטור מש״ד דשטר חשוב כמו קרקע ולעיל ריש סי׳ פ״ז דכתב דשטר הוי הילך נ״מ דאפילו דלית ליה קרקע א״נ מחל השיעבוד דאפ״ה פטור מטעם הילך והכא אשמועינן איפכא ופטור מטעם כפירת שיעבוד קרקעות אפי׳ בדוכתא דליכא למיפטריה מטעם הילך והכי משמע באשיר״י רפ״ק דמציעא דכתב הני תרתי טעמי כהדדי וז״ל אבל אי אמר לוה שתים מודה דפטור משום דהוה ליה הילך דשטרא דקמודה ביה כהילך דמי ופטור או משום דהוה ליה שטר כפירת שיעבוד קרקעות וכו׳ משום דאיכא נפקותא מכל חדא וחדא מהנך תרי טעמי כדפי׳ זה נ״ל לדעת הרא״ש ורבינו אבל נ״י לא כתב כך בריש מציעא ומביאו ב״י בסוף סימן זה דכתב דדעת האחרונים דלמאי

דקאמר טעמא דשטר משום כפירת שיעבוד קרקעות הדרינן בה מטעמא דהילך ואפי׳ לרב ששת דהילך פטור שטר לא אמרינן ביה הילך וזה נראה דעת האלפסי דלא כתב בשטר טעמא דהילך אלא טעמא דכפירת שיעבוד קרקעות וכן נראה דעת הר״י מיגא״ש דאפי׳ משכון לא הוי הילך כ״ש שטר אבל דעת הרמב״ם פ״ד דטוען כדעת הרא״ש דשטר בעדים הוי הילך כיון דאי אפשר לו לכפור וכמ״ש בעל העיטור הביאו רבינו בסי׳ פ״ז ודוק׃

לב וכתב בעה״ת למדנו מכאן וכו׳. נראה דלהרמב״ם לא איצטריך לאשמועי׳ דאפי׳ תבעו מנה מלוה והודה לו בנ׳ פקדון חשיב הודאה ממין הטענה כ״ש אידי ואידי הלואה ואין זמנן שוה אלא להראב״ד איצטריך אי נמי איצטריך אף להרמב״ם היכא דהלואה בניסן ופקדון בתשרי דחשיב נמי ממין הטענה׃

לג הוציא עליו שטר חוב וכו׳. בברייתא רפ״ק דמציעא פליגי בה רשב״א ור״ע ואמר בגמ׳ דרשב״א נמי מודה בלוה אמר שתים דפטור מש״ד אלא היכא דלוה אומר ג׳ ס״ל לרשב״א הואיל והודה מקצת הטענה ישבע ור״ע אומר אינו אלא כמשיב אבידה והלכה כר״ע ופירש״י מדהוה ליה למימר שתים והשטר מסייעו דכיון דלא פירש ניכרים הדברים ששנים היו לכך לא הוצרך לפרש דמיעוט סלעים ב׳ וכיון דאמר ג׳ משיב אבידה הוא וחכמים פטרו את משיב אבידה משבועה דתנן בהניזקין המוצא מציאה לא ישבע וכו׳ עכ״ל טעמו ליישב מ״ש הכא משאר כל מודה מקצת דמשיב אבידה הוא דאי בעי הוה כופר בכל ותירץ דבעלמא אין אדם מעיז פניו לכפור הכל אבל הכא מעיז כיון דמסייע ליה שטרא והיינו דכתב רבינו תחלה בלוה אומר ב׳ דפטור מש״ד לד״ה אף לרשב״א ואח״כ כתב ואפי׳ אמר הלוה ג׳ וכו׳ דחייב לרשב״א אבל אנן קיי״ל כרבי עקיבא דפטור ותו אשמעינן דבלוה אמר ב׳ פטור מש״ד אבל היסת מיהא חייב אבל בלוה אומר ג׳ דהוי משיב אבידה פטור לגמרי ואפי׳ היסת אינו נשבע אבל ה׳ המגיד כתב דאינו כמשיב אבידה לגמרי וחייב היסת׃

לד לפיכך א״ל מנה לך וכו׳ אתה הזכרתני וכו׳. פי׳ לא מיבעיא היכא דהודה מעצמו ואמר מנה לאביך בידי ונתתי לו חמשים ונשאר לו חמשים דפטור אף משבועת היסת דהא פשיטא דאין נשבעין היסת על טענת שמא אלא אפי׳ אמר אך אתה הזכרתני ויודע אני שלא פרעתני כלום והוה אמינא דחייב ש״ד דזה טוענו ברי מנה וזה מודה בנ׳ ואפ״ה הכריע הרמב״ן דאין זה מודה מקצת כיון שקדמה הודאה לתביעה וכדלעיל בסימן זה סעיף י״ח וכיון דלא חשיב ליה מודה מקצת א״כ הו״ל משיב אבידה ופטור אף משבועת היסת וכדכתב בעה״ת שער ז׳ סי׳ ב׳ (דף י״ט ע״ג) ומהרו״ך כתב די״ל דלא כתב רבי׳ דפטור אף מהיסת אלא בהך דמנה לך או לאביך בידי וכו׳ אבל בהוציא עליו שטר דכתוב בו סלעין ולוה אומר ג׳ נמי חייב היסת והא ליתא חדא כיון דאפילו הכא דטוען ברי יודע אני שלא פרעתני כלום וליכא מידי דמספק עלן דלאו הכי הוא פטור הנתבע לגמרי דאפילו היסת לא צריך כ״ש גבי סלעים דמסייע שטרא לנתבע דלא חייב לוה אלא שתים והנתבע דקאמר שלש משיב אבידה הוא והתובע דקאמר חמש מספק עלן דלאו הכי הוא מדכתב סלעים סתם בשטרא דפשיטא דפטור אף מהיסת ותו דכיון דקאמר רבינו בלוה אמר שנים פטור מש״ד ובלוה אמר ג׳ אמר פטור בסתמא מכלל דדוקא בלוה אמר שנים נשבע היסת אבל בלוה אמר ג׳ פטור אף מהיסת והכי נקטינן׃

לה וכשם שהודאת מלוה בשטר וכו׳ עד וכשאר העדאת ע״א כו׳. כ״כ בע״ה לשם בעמוד ב׳ וע״ש ודין זה דעדי קנין חשיב כשטר. כתבו רבי׳ ע״ש הרמב״ם ס״ס פ״ז והוא דעת השאלתות והראב״ד הביאו ב״י תחלת סי׳ ע׳׃

לח ומ״ש אבל התוס׳ כתבו וכו׳ אלעיל קאי שכתב בסעיף ל׳ אין הודאה בשטר חשובה הודאה וכו׳ ונמשך דיבור זה מחילוקי דיני הודאה בשטר עד כאן ועכשיו אמר אבל התוס׳ כתבו דאפילו במלוה ע״פ ליכא שום ש״ד וכו׳ ותמיה לי טובא דמשמע דס״ל לרבינו דכך היא ההלכה לדעת התוס׳ דליכא ש״ד אא״כ אין ללוה קרקע או שמחל לו השיעבוד ושכ״כ הרא״ש והא ליתא דהא לא כתבו התוס׳ בריש פ״ק דמציעא (דף ד׳) ובפרק שבועת הפקדון (שבועות דף ל״ז) האי לישנא דכתב רבינו בשמם דקיי״ל דשיעבודא דאורייתא גם הרא״ש בפרק שבועת הפקדון לא כתב לשון זה אלא דכתבו דכך צריך לפרש למ״ד שיעבודא דאורייתא דהכי הוי דינא אבל להלכה כתבו התוס׳ להדיא בפ״ק דקידושין (דף י״ג) דקיי״ל שיעבודא לאו דאורייתא וכ״כ התוס׳ בס״פ גט פשוט ע״ש רבי׳ אליהו ורבי׳ חננאל ושכן עיקר וכך נראה דעת הראב״ד שהביא רבינו לקמן בסימן ק״ד בסתם ונראה דסובר כמותו דקיי״ל שיעבודא לאו דאורייתא ואפשר ליישב דכוונת רבי׳ אינה אלא לומר דהרא״ש הסכים לאותן דברים שכתבו התוס׳ למ״ד שיעבודא דאורייתא ופסק שכך הוא הלכה והיינו מה שפסק הרא״ש להדיא ס״פ גט פשוט דקיי״ל כעולא דשיעבודא דאורייתא ושיעור דברי רבינו כך הוא אבל התוס׳ כתבו דאפילו במלוה ע״פ ליכא משום ש״ד וכו׳ כיון דקיי״ל דשיעבודא דאורייתא וכו׳ וכן כתב הרא״ש כלומר דהסכים לזה שכתבו התוס׳ כאן אע״פ דהתוס׳ גופייהו לא ס״ל דכך הלכה כדפי׳ ועדיין צ״ע׃

לט הוציא עליו כתב ידו וכו׳ עד סוף הסימן. כל זה בבעל התרומות לשם ורבי׳ כתב זה לסברא קמייתא דבמלוה על פה איכא שבועת התורה דאילו לסברת התוס׳ והרא״ש אפי׳ במלוה ע״פ ליכא ש״ד׃

מ ומ״ש לפיכך אם מסר לוה למלוה כ״י בעדים וכו׳. נראה דהיינו דוקא שעדי המסירה כתבו על הכ״י שנמסר בפניהם מיד לוה למלוה וחתמו בחתימת ידם ואיתחזק חתימת ידם בב״ד אי נמי שהעדי מסירה הם לפנינו הא לאו הכי אפי׳ מודה שנמסר בפני עדים אינו אלא כמלוה על פה כדלעיל גבי עדי קנין דמ״ש עדי מסירה מעדי קנין:

סימן פט

א כל הנשבעים וכו׳. ריש פרק כל הנשבעים:

ג ובלבד שתהא הכפירה שתי כסף וכ״כ הרמב״ם וכולי ומסתברא כדברי הרמב״ם. כתב ב״י יש לתמוה דאדרבה טענת הראב״ד מסתבר שהשכיר שהשכיר עצמו במעה לא ילך בפחי נפש ויש לומר כיון דמדינא לא היה ראוי שיטול השכיר אפילו בשבועה אלא משום דבעל הבית טרוד בפועליו האמינו לשכיר בשבועה דיינו שישבע ויטול כשיהיו שתי כסף כשיעור שאר שבועות עכ״ל אבל נלפע״ד דעת הראב״ד דהך טעמא דקאמר בגמרא דעקרוה רבנן לשבועה מבעה״ב ושדיוה אשכיר משום כדי חייו אע״ג דפריך עליה ומשום כדי חייו דשכיר קנסינן ליה לבעה״ב ומסיק אלא בעה״ב טרוד בפועליו הוא לא הדר ביה מטעמא קמא משום כדי חייו אלא דלאו משום הך טעמא לחודיה עקרוה וכו׳ אלא מדאיכא נמי האי טעמא דבעה״ב טרוד בפועליו בהדי האי טעמא דמשום כדי חייו ולכן לא הו״ל לחכמים לתקן דבעינן ב׳ כסף דא״כ מה יעשה השכיר דמן הסתם הוא עני ועושה מלאכה כדי להחיות נפשו וכשהשכיר עצמו במעה ילך בפחי נפש והכי מוכח לקמן בסימן זה סעיף ח׳ דלמסקנא איתא נמי לטעמא משום כדי חייו וכ״כ הסמ״ג עשה צ׳ להדיא ע״ש וכ״כ הר״ן פרק כל הנשבעין (דף שכ״ח) ומיהו אפשר דכל מה שתקנו חכמים כעין דאורייתא תקון דאין נשבעין אלא בדאיכא כפירת ב׳ כסף ולא פלוג רבנן בתקנתם בין ששכרו מעה לב׳ מעין וג׳ ויותר וזאת היא דעת הרמב״ם ורבינו ומ״מ בש״ע פסק כהראב״ד ואולי לפי שלא נתבררו דברי הרמב״ם בעיני הרב ולכן פסק דלא כוותיה והוא דדבריו סותרים זה את זה דבפ״ג מטוען כתב בסתם דכל הנשבעין ונוטלין צריך שהנתבע יכפור בב׳ מעין ואח״כ ישבע התובע בתקנת חכמים ויטול דלא כרבותיו דהנשבעין ונוטלין א״צ טענת ב׳ כסף ובספי״א דשכירות כתב אפילו היה שכרו פרוטה א׳ ובעה״ב אומר נתתיה לא יטול אלא בשבועה וכן כל הנשבע ונוטל אפילו לא יטעון אלא פרוטה אחת לא יטול אותה אלא בשבועה כעין של תורה עכ״ל אלמא משמע דבשבועה הוא נוטל וכדעת רבותיו ולא חילק בין שכיר לשאר נשבעין ונוטלין אלא אדרבא השוה אותם ואמר וכן כל הנשבע ונוטל וכולי והניח הרב המגיד קושיא זו בצ״ע והרב ב״י כתב לתרץ דבהלכות שכירות לא בא אלא ללמדנו שלא נאמר כיון דפרוטה דבר מועט בין שכיר בין שאר נשבעין יטלו בלא שבועה קמ״ל דאין נוטלין בלא שבועה עכ״ל ושרי ליה מאריה דהיאך יעלה על הדעת לחלק בין דין של פרוטה לדין של מאה מנה וליטול בלא שבועה לפי שהוא דבר מועט. עוד כתב ב״י ומ״ש אלא בשבועה דמשמע דבשבועה הוא נוטל אפשר לומר דהיינו אם נתחייב שבועה ממקום אחר וגלגל עליו בעל דינו גם את זאת דאז יטול אע״פ שאינו אלא ש״פ אבל בפחות מש״פ אינו מגלגל דלאו ממון הוא עכ״ל ולא אבין גלגול זה מה טיבו אם הנתבע מניחו לתובע לישבע וליטול אף בלא גלגול יכול להשביעו וליטול ואם התובע אינו רוצה היאך יגלגל עליו לישבע וליטול בע״כ אבל הנכון לפע״ד דמ״ש בפ״ג מטוען הוא להורות דבדאיכא כפירת ב׳ כסף נשבע השכיר ונוטל בע״כ של בעה״ב בתקנת חכמים וכן הדין בשאר נשבעין ונוטלין אבל בפי״א דשכירות הוא בא להורות היכא דשכרו אינו אלא פרוטה וכן כל הנשבע ונוטל ואינו טוען אלא פרוטה והדין הוא דהנתבע נשבע היסת ונפטר אם אינו רוצה לישבע אלא מדעתו הוא מאמין לתובע שיהא נשבע ויטול לא אמרינן לנתבע או השבע ותפטר או יטול התובע בלא שבועה אלא דאפי׳ הכי אין התובע נוטל אלא בשבועה וז״ש לשם בלשון שלילה אפילו היה שכרו פרוטה אחת ובעה״ב אומר נתתיה לא יטול אלא בשבועה וגם לא כתב לשם דנשבע בתקנת חכמים וזהו לפי שלא תקנו חכמים להשביע לתובע ויטול אלא בדאיכא כפירת ב׳ כסף אבל בפחות מזה עד פרוטה לא תקנו חכמים לישבע וליטול אלא הנתבע נשבע ונפטר וקאמר דאם הוא מהפכה על התובע אינו נוטל בלא שבועה כדפי׳ אלא דקשה דכיון דמדינא נשבע הנתבע היסת ונפטר עכשיו שמהפכה על התובע נמי ישבע התובע היסת ויטול ולמה כתב הרמב״ם דנשבע כעין של תורה ויטול ומאי שנא מהא דכתב הרמב״ם בפ״א דטוען בדין נשבעין ונוטלין שאם אמר התובע איני רוצה בתקנת חכמים וכו׳ ומביאו רבינו לעיל בסי׳ פ״ז סעיף כ׳ דזה וזה כשנשבע אינו אלא היסת. ואפשר לחלק דהכא שאני דהנתבע הוא שאומר אי אפשי בתקנת חכמים שתקנו לטובתי שלא יהא התובע נשבע כעין של תורה ונוטל אלא בטענת ב׳ כסף אנכי מוותר על זה אלא גם כשאינו ב׳ כסף יהא נשבע כעין של תורה ויטול דהדין עמו ואינו נוטל אלא בשבועה כעין של תורה ואם אינו רוצה פטור הנתבע ואין צריך אפילו היסת כנ״ל דרך ישר ליישב בו דברי הרמב״ם ורבינו שהסכים כאן עם דעת הרמב״ם דבעינן כפירת ב׳ כסף ובסוף סימן זה הביא ג״כ דבריו דאפי׳ שכרו פרוטה לא יטול אנא בשבועה ולענין הלכה בפלוגתא דרבוותא נקטינן קולא לנתבע וחומרא נתובע ואינו נשבע ונוטל בע״כ של נתבע להוציא ממנו ממון אלא בדאיכא טענת שתי כסף אבל פחות מזה נשבע

הנתבע היסת ונפטר אלא דאם בא להפכה נשבע התובע כעין של תורה ונוטל והיינו כדפי׳ אליבא דהרמב״ם והסכמת רבינו ודלא כמו שפסק בש״ע ונסמך על סברתו שכתב טענת הראב״ד מסתברא וכו׳:

ד ועוד כתב הרמב״ם אפילו אם השכיר קטן וכו׳. הרב המגיד נתן טעם לדבריו דכיון שלא נתקנה שבועה אלא להפיס דעתו של בעה״ב כשהשכיר קטן לא הפסיד דינו וכו׳ ומביאו ב״י לפ״ז ניחא דכתב דין זה בשכיר ולא בשאר נשבעין ונוטלין ולפי הנוסחאות אפילו השוכר קטן נמי ניחא דוקא בשכיר ולא בשאר נשבעין ונוטלין משום דבשכיר יש בו לקטן הנאה שימצא לעשות מלאכתו תקנו שישבע השכיר ונוטל וכדלקמן בסי׳ צ״א סעיף י׳ ועיין במ״ש בסימן צ״ו סעיף ט׳ דלשם נתבארו עיקרי דיני קטן אבל להראב״ד דישבע בעה״ב אע״פ שתובעו קטן צריך לומר דלאו דוקא שכיר דה״ה בכל הנשבעין ונוטלין:

ה ודוקא וכו׳ נאמן לומר פרעתיך בלא שבועה. שם א״ר נחמן אמר שמואל ל״ש אלא ששכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לו לא שכרתיך מעולם יכול לומר לו שכרתיך ונתתי לך כל שכרך. ובמקצת ספרי רבינו כתב נאמן לומר פרעתיך בשבועה ויש ליישב שתי הגירסאות דנאמן בלא ש״ד אבל שבועת היסת צריך וזהו דגרס במקצתם נאמן לומר פרעתיך בשבועה פירוש בשבועת היסת וז״ל רש״י יכול לומר שכרתיך ונתתי לך כל שכרך ונאמן בלא שבועה עכ״ל רש״י והמרדכי מבאר דבריו אלה וז״ל נ״ל משום דאמתני׳ קאי דעדיין לא נתקנה שבועת היסת עכ״ל והיינו כדפי׳ דאף לגירסת ספרי רבינו דנאמן בלא שבועה וכלשון רש״י אינו אלא דפטור מש״ד אבל שבועת היסת ודאי צריך וכדכתב המרדכי. ונראה דלהך גירסא אתא לאשמועינן דאע״ג דהלכה כת״ק דאפי׳ באומר לו נתתי לך שכרך השכיר נשבע ונוטל דלא כר׳ יהודה דאינו נשבע עד שתהא שם הודאה במקצת דוקא גבי שכיר תקנו כך כששכרו בעדים אבל גבי בעה״ב כששכרו שלא בעדים נאמן בלא ש״ד בכופר הכל וכ״כ במרדכי. וא״ת כיון דשדיוה אשכיר משום דבעה״ב טרוד בפועליו הוא שנותן שכר לכמה פועלים וכסבור שנתן לזה מה שייך כאן מגו דאין מגו אלא שלא לחשדו דמשקר במזיד מדלא טעין טענה מעלייתא מהך טענה דטעין אבל הכא שפיר מהימנינן ליה דודאי סבור הוא שפרע לזה אבל חוששים שמא שכח לפי שהוא טרוד. וי״ל דמ״מ כיון שטוען ודאי שלא שכח אין לנו להחזיקו במשקר מטעם שהוא טרוד ולומר שהוא מסופק ואפילו הכי טוען ברי דא״כ הו״ל לומר ברי לי שלא שכרתיהו וכיון דאית ליה מגו ומגו דאורייתא נאמן אבל כשאין לו מגו חוששין שמא מחמת שסבור שפרע טוען ברי אע״פ שמסופק תוס׳ פרק כל הנשבעים: ומ״ש פר״י היינו דוקא כשטוען פרעתיך כל שכרך וכו׳. כ״כ התוס׳ בפרק המקבל (בבא מציעא דף קי״ב) בד״ה קציצה מידכר וז״ל ועוד יש לתרץ דאפילו איירי ששכרו שלא בעדים אין נאמן במגו כיון שהוא מודה במקצת שלא היה יכול להעיז ולכפור ולומר לא שכרתיך מעולם כדין כל מודה מקצת דאין נאמן במגו דאי בעי כופר הכל עכ״ל אלא דמ״ש רבינו בשם ר״י דאם טוען ברי שפרע קצת נשבע השכיר ונוטל וכולי לכאורה קשה מנין לו כיון שאין זה מפורש בתוס׳ ודילמא סובר ר״י דכששכרו שלא בעדים לא היתה שום תקנה חלא הניחו אותו על דין תורה דבכופר הכל נשבע בעה״ב היסת ובמודה מקצת נשבע ש״ד ומיפטר וכמו שכתב הרמב״ם אבל כי מעיינת לשם תראה ותבין דשפיר כתב דהתם בסוגיא עלה דהך תקנה דמשום דבעה״ב טרוד בפועליו ושכח שדיוה אשכיר פריך עלה מדתניא אומן אומר ב׳ קצצת לי והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת המע״ה ומשני קציצה מידכר דכירי לה אינשי הקשו בתוס׳ דאמאי לא משני דהכא דהמע״ה ולא אמרינן דהשכיר נשבע ונוטל איירי בשכרו שלא בעדים ועל זה כתבו ועוד יש לתרץ דאפילו וכו׳ והשתא אי איתא דכששכרו שלא בעדים ובעה״ב מודה במקצת נשבע בעה״ב ש״ד ומיפטר לא היה מיושב כלל דאכתי הו״ל לשנויי דהך דאומן מיירי בשכרו שלא בעדים וכיון שמודה מקצת דינא הוא דהשכיר הוא דהוי המע״ה ובעה״ב נשבע ש״ד שלא קצץ לו אלא אחת ומיפטר אלא ודאי צ״ל דס״ל לתלמודא דכיון דטעמא דכששכרו שלא בעדים נאמן בעה״ב אינו אלא מטעם שיש לו מגו ולא תקנו חכמים דהשכיר נשבע ונוטל אא״כ דלית ליה מגו לפ״ז בודאי ה״ה אפי׳ שכרו שלא בעדים ולית ליה לבעה״ב מגו כגון דמודה מקצת נמי השכיר נשבע ונוטל מטעם דבעה״ב טרוד בפועליו ושכח וא״כ שפיר פריך אמאי תניא כשהבעה״ב טוען לא קצצתי אלא אחת המע״ה הלא כיון דלית ליה מגו אפילו שכרו שלא בעדים נמי השכיר נשבע ונוטל ודוק: ומ״ש ואם טוען ספק נוטל השכיר בלא שבועה. טעמו משום דהו״ל כאומר חייב אתה לי מנה והלה אומר איני יודע אם פרעתיך דנוטל התובע בלא שבועה ואפי׳ היסת א״צ והוצרך לכתבו כאן דלא תימא דכיון דתקנת חכמים היא משום דבעה״ב טרוד ואפילו טעין ודאי לי שפרעתי חשבינן ליה טועה וספק א״כ ה״ה אם טוען ספק הו״ל כאילו טוען ודאי ואנן חשבינן ליה ספק דבין כך ובין כך נשבע השכיר ונוטל וקמ״ל דליתא דבטוען ספק נוטל השכיר בלא שבועה: ומ״ש בשם הרמב״ם דאין חילוק. כבר התבאר טעמו מתוך מה שכתב בסמוך דסבירא ליה דכששכרו שלא בעדים לא תקנו חכמים כלום אלא הניחו אותו על דין תורה:

ו ואם יש ע״א ששכרו וכו׳. נראה טעם מחלוקת זו דהרמ״ה ס״ל דכיון דהטעם הוא בשכרו שלא בעדים ובעה״ב אומר נתתי לך כל שכרך דנאמן בשבועת היסת מטעם מגו שיכול לומר לא שכרתיך אם כן כשיש ע״א שאם היה אומר לא שכרתיך היה נשבע מדין תורה כשאומר נמי שכרתיך ונתתי לך כל שכרך נשבע מתקנת חכמים כעין של תורה וכמ״ש הרב המגיד משמו ול״ק א״כ הוה ליה בעה״ב מחוייב שבועה להכחיש העד ומתוך שאינו

יכול לישבע משלם די״ל דשאני הכא כיון שאפילו היו שני עדים מעידים ששכרו לא היה משלם אא״כ נשבע השכיר כי איכא נמי ע״א לאו מחוייב שבועה הוא וכדכתב רבינו כך להדיא ע״ש הרמ״ה לעיל בסימן ע״ה סעיף י״ז. וה״ר ישעיה ס״ל דכיון דאיכא ע״א ששכרו שוב אינו נאמן במגו דלא שכרתיך דהוה ליה העזה כנגד העד וכל היכא דלית ליה מגו היתה תקנת חכמים דשכיר נשבע ונוטל כדפירש ר״י בפרק המקבל וכמ״ש בסמוך וכ״כ ר״י בפרק חזקת גבי נסכא דר׳ אבא וכמבואר לעיל בסימן ע״ה סעיף י״ג עיין במ״ש לשם בס״ד. והרמב״ם ס״ל דכיון דאין העד מעיד אלא ששכרו והוא מודה לדבריו אין העד מכחיש בעיקר טענותיהם הוה ליה כע״א מעיד על ההלואה והלוה טוען פרעתי דנאמן הנתבע בשבועת היסת ואע״ג דבשני עדים הכא אינו נאמן ובעלמא נאמן לומר פרעתי התם כך היתה תק״ח אבל בע״א דלא תקנו כלום הניחו אותו על דין תורה דנשבע בעה״ב היסת ונפטר ולשיטתו הולך שכתב גבי שכרו שלא בעדים ומודה במקצת דהניחו אותו על דין תורה כדפרישית בסמוך:

ז תבעו אחר שעבר זמנו. משנה ומסקנא דגמרא בפרק המקבל וע״פ דעת הרמב״ם בפי״א מה׳ שכירות: ומ״ש ואם אין לו ראיה ישבע בעה״ב ויפטר. פי׳ לא היתה בזו תקנת חכמים אלא הניחו אותו על ד״ת דאי כופר הכל אי נמי דקאמר הילך נשבע היסת ונפטר ואי מודה מקצת נשבע ש״ד ונפטר: ומ״ש וכתב הרמב״ם וכן אם הביא עדים שהיה תובע והולך עד סוף יום ד״ וכו׳. נראה דלפי דבגמרא לא אמרו אלא שאם זמנו כל ליל ג׳ ותבעו בסוף ליל ג׳ דנותן לו כל יום כנגד זמנו שהוא ליל ג׳ ומשמע דטפי לא נותנים לו אפילו תבעו בסוף יום ג׳ לפיכך הביא מ״ש הרמב״ם דס״ל דלאו דוקא אלא ה״ה נמי אם הביא עדים שהיה תובע והולך עד סוף יום ד׳ וכו׳ כלומר שתבעו בסוף יום ג׳ דיש לו זמן דנשבע ונוטל כל ליל ד׳ וחזר ותבעו בסוף ליל ד׳ דיש לו זמן כל יום ד׳ וחזר ותבעו סוף יום ד׳ הרי זה נשבע ונוטל כל יום ה׳ ג״כ ע״ד זה דלעולם כשתבעו סוף הלילה נשבע ונוטל כל יום שלאחריו וכשחזר ותבעו סוף אותו יום נשבע ונוטל כל הלילה שלאחריו וכן לעולם ותלמודא לאו כרוכלא ליחשוב וליזיל זו היא דעת הרמב״ם ודלא כמו שפירש מהרו״ך. שוב ראיתי בכסף משנה שכוונת הרמב״ם לומר דיום ה׳ לאו דוקא דה״ה לעולם וקיצר במובן עכ״ל והיינו כדפרישית וכ״כ הר״ן להדיא דלהרמב״ם ה״ה לעולם נשבע ונוטל אם יום אם לילה וכ״כ בספר בדק הבית:

ח בד״א ששכיר נשבע ונוטל וכו׳ ל״ש אם כופר בכל וכו׳. פירוש דכופר בכל טענת ממון שתבעו כגון שהשכיר אומר ג׳ קצצת לי ובעה״ב אומר ב׳ קצצתי לך ופרעתי הכל ל״ש אם מודה מקצת שתים קצצתי לך ונתתי לך אחד מהם בעה״ב נשבע ונפטר דכיון דמחולקים הם בעיקר הקציצה לא אמרינן דטרוד הוא בפועליו דקציצה מידכר דפירי אינשי אלא דרבינו קיצר שהיה לו לפרש גבי מודה מקצת שאומר נתתי לך אחד מהם והשני שנשאר אצלי הילך דליכא לפרש בדלא אמר הילך על ההודאה דא״כ ש״ד מיבעי ליה כדינו למה אמר נשבע כעין דאורייתא אלא ודאי בדא״ל על זה שנשאר אצלו הילך ואע״ג דבעלמא בכופר הכל או מודה מקצת וא״ל הילך אינו נשבע אלא היסת כאן נשבע בנק״ח כעין דאוריירא ודבר זה תקנת חכמים הוא כדי שלא ילך השכיר בפחי נפש ומשום כדי חייו דאל השכירות הזה הוא נושא את נפשו וכדכתב הר״ן ע״ש הר״ר יהושע הלוי ומביאו ב״י והכי איתא להדיא ברמב״ם פי״א דשכירות ובסמ״ג עשה צ׳. וראיתי מקצת מעיינים מגיהים כאן בדברי רבינו וטועים אלא כדפי׳: ובתב הרמב״ם בד״א וכו׳ אבל שכרו שלא בעדים ותבעו אחר זמנו וכו׳. פירוש או תבעו אחר זמנו וה״א להדיא ברמב״ם וסמ״ג לשם: ומ״ש אין בעה״ב צריך לישבע אלא היסת וכולי. גם בזה הרמב״ם הולך לשיטתו דבשכרו שלא בעדים או תבעו אחר זמנו לא תקנו חכמים כלום והניחוהו על דין תורה ולפיכך א״צ אלא היסת שלא קצץ לו אלא מה שכבר נתן לו או שלא נשאר לו אצלו אלא מה שאומר לו והילך דנאמן במגו שלא שכרתיך כדין כל הטענות גם פה קיצר רבינו דהיה לו לבאר שאומר לו הילך וברמב״ם וסמ״ג לשם מבואר כדפי׳ ולאו דוקא שנתן לו אחד כבר והשני נותן לו עכשיו והילך אלא ה״ה בתובעו ג׳ קצצת לי ובעה״ב אומר ב׳ קצצתי לך והילך אלא רבותא קאמר דאפי׳ במ״מ נמי כשא״ל עכשיו על הנשאר הילך דינו ככופר הכל אבל במ״מ בלא הילך נשבע ש״ד כדינו:

ט הנותן טליתו לאומן וכו׳. ברייתא פרק כל הנשבעים ודעת רבינו בזה כדעת הרמב״ם פי״א דשכירות ומ״ש רבינו דכשהאומן יכול לטעון לקוח נשבע על הקציצה בנק״ח היא דעת הגאונים והרי״ף והרמב״ם דלא כהראב״ד ונתבאר לעיל סי׳ ע״ב סעיף י״א עיין במ״ש לשם בס״ד: ומ״ש ואם אין הטלית בידו וכו׳ נשבע בעל הבית היסת אם הוא כופר בכל ודאורייתא אם מודה מקצת. כלומר שדינו כדין כל הטענות שאין זה כדין השכיר וכ״כ הרמב״ם להדיא וצריך לתת טעם לחילוק זה דאין לחלק בין שכיר יום לקבלנות דכבר דחה אותו הה״מ כיון דבגמ׳ לא חלקו. ומ״ש הה״מ עוד דכאן מיירי בתבעו שלא בזמנו תימה הלא כתב הרמב״ם שאין זה כדין השכיר אלמא דמחלק בין אומן לשכיר וב״י כתב ונ״ל שר״ל דלא דמי אומן לשכיר דאמרו ביה נשבע ונוטל והטעם לפי שדרך השכיר שאין לו אלא מה שטרח ביום וממנו אוכל בערב ואל שכרו הוא נושא את נפשו לפיכך הקילו עליו עכ״ל ולא נהירא שהרי לא כתבו הרב אלא גבי קציצה דהדין הוא דבע״ה נשבע ונפטר ואמר שאין זה כדין השכיר דגבי שכיר כשמחולקים בקציצה נשבע בע״ה כדין של תורה אפי׳ בכופר הכל כדכתב הרמב״ם לשם וכ״כ רבינו לעיל בסעיף ה׳ באומן אומר ב׳ קצצת לי וכו׳ וכאן כתב בכופר הכל נשבע היסת אע״ג דמחולקים בקציצה. ונ״ל דבאומן העושה מלאכה אצל בעה״ב בביתו תקנו חכמים והחמירו על בעה״ב דאף על גב דמחולקים על הקציצה ובע״ה

נשבע צריך לישבע בנק״ח שלא ילך העני מביתו בפחי נפש אבל אומן שנותנים לו הטלית לתוך ביתו לא תקנו חכמים דבר אלא דין זה כדין כל הטענות. ומיהו נראה דאין חילוק בין שכיר לאומן אלא חילוק זה היכא דמחולקים בקציצה אבל כשהם מחולקים בפרעון שזה אומר נתתי וזה אומר לא נטלתי אין חילוק בין עושה אומנות אצל בעה״ב ובין עושה אומנות בביתו דבכל ענין נשבע האומן ונוטל דהא דאמרו בעל הבית טרוד בפועליו לאו דוקא בפועליו העושים מלאכה אצלו בביתו דעיקר טעמא לא הוי אלא משום טירדא דטיפול בני ביתו וכדאיתא בירושלמי הביאו האלפסי פ׳ כל הנשבעין שעסקיו וטיפול ביתו מרובים וכתב במרדכי לשם עליה דהך ירושלמי ונפקא מיניה דאפילו אין לו שום פועל אלא זה ולא שייך לומר טרוד בפועליו אפ״ה ישבע ויטול עכ״ל וכ״כ הר״ן לשם וניחא השתא דלא כתבו הרמב״ם ורבינו לחלק בין אומן לשכיר אלא היכא דמחולקים בקציצה אבל במחולקים בפרעון שזה אומר נתתי וזה אומר לא נטלתי שוין הן דבין אומן העושה מלאכה בביתו ואין הטלית בידו או שאין לו חזקה ובין שכיר שעושה מלאכה אצל בעה״ב נשבע האומן או השכיר ונוטל ודלא כמו שפי׳ ב״י ודו״ק: איתא בירושלמי פרק כל הנשבעין פשיטא מת בעל הבית השכיר נשבע ליורשיו ואפילו מת השכיר יורשיו נשבעים ליורשי בעה״ב כלום תקנו אלא בשכיר שמא ביורשיו. וה״פ הא פשיטא דכי מת בעה״ב השכיר נשבע ליורשיו דכיון דהתקנה היתה משום כדי חייו דשכיר ומשום דבעה״ב טרוד בפועליו והני טעמי איתנהו גם במת בעה״ב הילכך נשבע שכיר ליורשיו אלא הא מיבעיא ליה אם מת שכיר אם גם יורשיו נשבעים ונוטלין מבע״ה והך איבעיא לא איתמר בפירוש אלא מכללא מדקאמר פשיטא מת בעה״ב השכיר נשבע ליורשיו אלמא היכא דהוי איפכא דמת שכיר קמיבעיא ליה אח״כ אמר דלאו דוקא הא קמיבעיא ליה אלא אפי׳ מת גם השכיר לאחר שמת בעה״ב נמי קא מיבעיא ליה דשמא יורשיו נשבעים ליורשי בעה״ב ונוטלין ופשיט ליה כלום תקנו אלא בשכיר שמא ביורשיו כלומר דאפילו לא מת אלא שכיר לא תקנו כלום כ״ש אם מתו שניהם וב״י הביא תשובת הרשב״א בזה במחודשים סעיף א׳ ונראה מתוכו ג״כ דפסק הכי אלא מובן דאיכא ט״ס בהעתקת הירושלמי וע״ל בסימן ק״ח סעיף ל׳ פסק רבינו להדיא במת שכיר דאין היורש נשבע ונוטל וכן במת נגזל וע״ש:

סימן צ

א נגזל נשבע וכו׳. משנה ואוקימתא דגמרא ריש פ׳ כל הנשבעין ואיכא למידק דבגמרא ה״א למשכנו ודילמא לא משכנו דהא עביד אינש דגזים ולא עביד אימא ומשכנו וליחזי מאי משכנו א״ר בב״ח א״ר יוחנן בטענו כלים הניטלים תחת כנפיו וא״כ למה כתב רבינו למשכנו דלא כדמוקמינן לה בגמרא אימא ומשכנו וכך יש לדקדק אהרי״ף בשעריו והרמב״ם פ״ד דגזילה דכתבו למשכנו ונראה דס״ל דלמאי דמוקמינן למתני׳ בטוענו כלים תחת כנפיו תו לא איצטריך לאוקימתא דאימא ומשכנו דאפילו נכנס למשכנו נמי ניחא דלא קשה השתא דילמא לא משכנו דכיון דראוהו שלא היה לו כלים תחת כנפיו כשנכנס וכשיצא ראוהו שהי״ל כלים וכולי א״כ העדים יודעים שמשכנו ואע״פ שלא ראוהו ממשכן:

ב ומ״ש וכשיצא ראוהו שהיה לו כלים תחת כנפיו וכו׳. משמע דוקא דראו כלים אבל אם לא ראו כלי׳ אלא ראו טעון תחת כנפיו לא הוחזק בזה גזלן ע״פ עדים אלו דאפשר דעפר או צרורות היה או עשה עצמו כטעון ולא הוציא כלום והנתבע נאמן בשבועת היסת וכך מבואר ומדוקדק באלפסי שכתב בשער הראשון שהעדים מעידים אותו שנכנס למשכן את חבירו כו׳ וכיון שהעדים מעידין עליו שנטל ואינן יודעים מה הוא וכו׳. וצריך ג״כ שהבעה״ב היה בביתו וטוען ודאי כך וכך גזל ע״ל סעיף ח׳. ולפי זה הא דכתב רבינו עליה דהך בבא בד״א שהבע״ה אמוד וכו׳ הא לאו הכי לא אפילו ראו ממש כלים נמי אינו נשבע ונוטל כיון שאינו אמוד ואעפ״כ כתב רבינו האי גאון דהנתבע נשבע היסת ונפטר ולא הוי מוחזק לגזלן והיינו משום דלא משמע להו לאינשי דהוי גזלן אלא היכא דליה עליה שום חוב (לגזלן) אבל היכא דחייב ליה אלא דמשכנו שלא ברשות לא משמע להו גזילה אלא דחכמים עשאוהו כגזלן ותקנו שהנגזל נשבע ונוטל וכיון דהתובע איננו אמוד וכו׳ לא תקנו חכמים כלום והעמידו אותו על דין תורה והנתבע נשבע היסת ונפטר ע״ש. והב״י כתב לפרש דברי רבינו האי בשם המרשים דהא דמוסרים לו שבועה היינו היכא דלא ראו העדים כלים ואפשר דעפר או צרורות היה וכו׳. ולא דק דא״כ אפילו היה אמוד נמי הנתבע נאמן בשבועה דלא הוחזק גזלן כיון שלא ראו העדים כלום וכו׳ כדכתב בסמוך סעיף ה׳ אלא כדפי׳ דרב האי מיירי בשהעדים ראו כלים וכו׳ אלא דכיון שאינו אמוד לא תקנו שיהא התובע נשבע ונוטל אלא הנתבע נשבע ונפטר כדין שאר הטענות דלא הוי מוחזק בגזלן ממש דלא לימסור ליה שבועה: ומ״ש ובין אם יאמר מעולם לא נכנסתי לביתך ליטול ממך כלום. פירוש אף לשון זה אנו מפרשים שאינו מכחיש את העדים אלא כאילו אמר שמה שנכנסתי לביתך לא נכנסתי ליטול ממך כלום אלא נכנסתי ליטול את שלי שהיה בביתך ולפיכך אין בעה״ב נשבע ונוטל אלא דוקא בראוהו שהוציא כלים וכו׳ אבל אם אמר לא נכנסתי דעדים מכחישין אותו אפי׳ לא ראוהו שהוציא כלים וכו׳ נמי נשבע בעה״ב ונוטל כמ״ש רבינו בסמוך סעיף ו׳ גם הלשון ברמב״ם לא נכנסתי ולא נטלתי כלום כך פי׳ לא נכנסתי ליטול משלך כלום אלא נכנסתי ליטול את שלי:

ה אבל אם לא ראו העדים וכו׳ או אפי׳ אם יש א׳ שראהו יוצא וכו׳ אלא זה נשבע היסת וכו׳. כבר האריך ב״י על מ״ש רבינו נשבע היסת והרמב״ם כ׳ נשבע בנק״ח ולא העלה בידו דבר ברור וכתב דצ״ע. ול״נ דס״ל לרבינו אע״ג דבאומר לא גזלתי הוי כאילו מכחיש לדברי העד אפ״ה לא מיחייב ש״ד

כיון שאין העד מעיד אלא שראה כלים טמונים תחת כנפיו ולא ידע מה הן אין זה מכחיש ממש דאיכא לפרש לא גזלתי אלא שלי נטלתי אי נמי בחובי נטלתי ואצ״ל באומר בפירוש בחובי נטלתי דלא הוי מכחיש לדברי העד כל עיקר ולא קשה דא״כ הו״ל מחוייב שבועה וכו׳ כדכתב ב״י די״ל כיון דאפי׳ אם היו כאן ב׳ עדים דראוהו יוצא טעון כלים וכו׳ לא מיחייב לשלם אא״כ נשבע התובע כי איכא נמי עד אחד לא הו״ל מחוייב שבועה וכדפי׳ בסי׳ פ״ט סעיף ו׳ בדין שכיר בדברי הרמ״ה ומבואר הוא בסי׳ ע״ה סעיף י״ז ואע״ג דלשם נשבע בנק״ח התם שאני שהעד מעיד בדבר ברור בכמה שכרו אלא שאינו יודע אם פרעו ומטעם מגו הטילו עליו שבועה בנק״ח כדפי׳ לשם אבל הכא אינו יודע בבירור שגזלו א״צ אלא היסת. אבל דעת הרמב״ם והסמ״ג דבאומר לא גזלתי מכחיש העד הוא ובאומר רחובי נטלתי אע״ג דלא הוי מכחיש העד אפ״ה לא גרע ממי שטוען על המשכון שבידו כך וכך חייב לי דנשבע בנק״ח כ״ש הכא דאומר בחובי נטלתי וסברתם בזה היא הפוכה מסברת רבינו דלגבי ע״א בדין שכיר ס״ל להרמב״ם והסמ״ג דנשבעים היסת ונפטר אבל רבינו הסכים להרמ״ה דנשבע בנק״ח וכתב דהכי מסתברא וכאן בע״א בדין נגזל ס״ל להרמב״ם והסמ״ג דנשבע בנק״ח ודעת רבינו הוא דנשבע היסת. ומה שפי׳ ב״י דלהרמב״ם לא נשבע בנק״ח אלא בטוען לא גזלתי אבל בטוען בחובי נטלתי הו״ל מחוייב שבועה ואי״ל ומשלם ליתא דהא ודאי ליכא מאן דפליג אמ״ש הרמב״ם דלא אמרי׳ מחוייב שבועה וכו׳ היכא דאפילו הוי כאן ב׳ עדים לא היה חייב לשלם אא״כ נשבע התובע הילכך בע״א נמי לא הוי מחוייב שבועה וכו׳ וע׳ במחודשים סעיף א׳ כתב ב״י בשם בעה״ת שער מ״ט ג״כ שתי דעות היכא דראוהו עדים שנכנס למשכנו ולא ראוהו שיצא א״נ ראוהו שיצא ולא ראו כלים תחת כנפיו דאיכא מ״ד דנאמן בשבועת היסת דבחובי נטלתי במגו דלא נטלתי כלום ואיכא מ״ד דנשבע בנק״ח מאחר שבא ליפרע ממשכון שבידו עכ״ל ונראה דסברא זו עיקר דנשבע בנק״ח בין בב׳ עדים ולא ראוהו טעון כלים ובין בע״א ראהו טעון כלים:

ו כתב הרמב״ם אפילו אם יש עדים וכו׳. כתב ב״י וטעמו מגו דאי בעי אמר נכנסתי ולא נטלתי ודעת רבינו דהוי מגו במקום עדים וטעמו של הרמב״ם דהאי לאו הכחשה היא דמילתא דלא רמיא עליה דאינש וכו׳ הילכך מגו שלא במקום עדים הוא עכ״ל ומדמה הרמב״ם דין זה לאומר לחבירו מנה הלויתיך בצד עמוד פלוני וא״ל אידך לא עברתי וכו׳ כדאיתא פ׳ הדיינים ומביאו לעיל סי׳ ע״ט סעיף י׳ ונדון זה דמיא ליה:

ז אבל לא האמינו לשכירו ולקיטו. בעיא דלא איפשיטא וכתב ה׳ המגיד דאפילו תפס מפקינן מיניה דכך היתה תקנת חכמים:

ח כתב הרמב״ם לא היה שם בעה״ב וכו׳ אין משביעין את הגזלן שהרי הוא חשוד על השבועה וכו׳. נראה מדבריו דס״ל להרמב״ם כהר״ר ישעיה לעיל סעיף ד׳ דבאינו אמוד אי נמי לא אפשר שינטלו תחת כנפיו אין משביעין את הנתבע שהרי הוא חשוד דלא כרב האי גאון אלא דלעיל שלא כתב הרמב״ם כך בפירוש לא הביא דעת זו בשם הרמב״ם אלא בשם הר״ר ישעיה שכתב לשם כך בפירוש:

יד ובמפסיד כו׳ מיבעיא כו׳. האלפסי ס״פ הכונס כתב וכל תיקו דממונא לקולא והתו׳ והרא״ש כתבו ע״ש רב האי גאון דישבע הנפסד ויטול מחצה דכל תיקי דממונא חולקין ואיכא לתמוה דהאלפסי פרק המפקיד גופיה גבי כפל כתב כל אלו עלו בתיקו וחולקין דקיי״ל ממון המוטל בספק חולקין וכאן כתב דכל תיקו דממונא לקולא גם הרא״ש בפ׳ המפקיד תמה על מה שפסק האלפסי בדין כפל דחולקין ולקמן בסי׳ רצ״ה סעיף ה׳ הארכנו ע״ז וכאן אכתוב בקיצור נ״ל מדברי האלפסי בפרק כל הנשבעין בשני לווין ומלוה א׳ כו׳ דס״ל דלא אמר ממון המוטל בספק חולקין אלא היכא דליתא לממונא בידא דחד מינייהו אבל אי איתא בידא דחד מינייהו המע״ה והשתא ניחא גבי כפל דליתיה בידא דחד מינייהו פסק האלפסי דחולקין והיינו דכתב דקיי״ל כלומר הלכה רווחת היא ולאו משום דאיכא פלוגתא בהכי ופסק כמ״ד חולקין כמו שהבין הרא״ש והשתא לא קשיא כלום ממה שהקשה לשם הרא״ש על הרי״ף בזה והכי משמע להדיא מלשון הרמב״ם בסוף ה׳ שאלה וז״ל כל אלו ספק והרי הכפל מוטל בספק ואינו תחת יד א׳ מהן לפיכך חולקין הכפל וכו׳ דאזיל בשיטת האלפסי ולפיכך גבי מפסיד אמר המע״ה ופירשו האלפסי והרמב״ם והרא״ש דמיירי ביש עדים שהפסידו ואיבד ממונו ואינן יודעים כמה איבד. וכתב הרמב״ם דאם תפס הנפסד לא מפקינן מידו אלא נשבע בנק״ח כמה הפסיד וזוכה במה שתפס ולא כתבו רבינו כאן אלא לקמן בסי׳ שפ״ח ולשם כתב גם כן דהרא״ש חלוק עליו: ומ״ש ופי׳ ר״ת הך בעיא וכו׳. כתב הרב המגיד פ״ח דחובל דכך נראה מתוך דברי הרמב״ם ונ״ל דאע״ג דר״י והרא״ש חלקו על ר״ת דמדמה מפסיד לנגזל דטפי מסתברא לדמותו למבעיר כמ״ש הרא״ש בפ׳ הכונס מ״מ מטעם אחר נ״ל דדברי ר״ת עיקר דכיון דהמפסיד מודה שהפסיד על ידו אלא שאינו יודע כמה הפסיד הו״ל כתובעו מנה והלה משיב חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם וכיון דלשם אין התובע צריך לישבע הכא נמי במפסיד ודאי גם הנפסד מדינא א״צ לישבע אלא דר״ת הוא דכתב דישבע ונראה דמשביעין אותו מטעם חומרא ולא מדינא וכל זה דלא כתשובת הרשב״א בסי׳ תקע״א הביאו ב״י בסימן שפ״ח סעיף ו׳ ע״ש:

טו שאלה לא״א הרא״ש וכו׳. גם בסימן שפ״ח הביא רבינו תשובה זו וב״י הביאה לשם באורך דנתיישב בה דל״ק היאך מוסרין שבועה למפסיד ע״ש ס״ו: ומ״ש אבל בהוכחות לא מפקינן ממונא. היינו בהוכחות שאינן מוכיחים כל כך והארכתי בזה בסי׳ שפ״ח סי״ב:

טז לשון הרמב״ם הניזק נשבע בנק״ח ונוטל. וקשה שהרי תובעו בכיס ובזהובים והלה מודה בכיס ובזהובים טוען איני יודע מה היה בו שמא חול ועפר היה בו והו״ל חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהתובע נוטל בלא שבועה כדלעיל סימן ע״ב סט״ו. וי״ל דהכא דלא הו״ל לנתבע לידע מה היה בתוכו חייבו שבועה לתובע משא״כ בחמשין ידענא כו׳ דהו״ל לנתבע לידע ולא ידע חייב לשלם בלא שבועה ועיין בספ״ה דה׳ שאלה ובמ״ש לשם הרב המגיד אבל היכא דידע המזיק דזהובים היו בו ואינו יודע כמה דהו״ל למידע כמה היו בו זהובים הניזקן נוטל בלא שבועה: ומ״ש ואם תפס אין מוציאין מידו וכו׳. איכא למידק מפני מה לא כתב כאן דהרא״ש חלוק עליו ולקמן בסימן שפ״ח סעיף א׳ גבי ניזק דאסיקנא בתיקו כתב ע״ש הרמב״ם דאם תפס אין מוציאין מידו אבל להרא״ש בספיקא דדינא לא מהני תפיסה וי״ל דכאן לא בא רבינו אלא להורות דין נשבע ונוטל בהדי כל הני דנשבעין ונוטלין ולא הביא לשון הרמב״ם אלא משום סוף דבריו בדין שבועה והשגת הראב״ד עליה גם תחלת דבריו היא הלכה פסוקה בדין נשבע ונוטל אבל. דין תפס לא מפקינן מיניה אין כאן מקומו ולא היה לו לרבינו להשמיט מ״ש הרמב״ם באמצע דבריו והציג לשונו כאשר היה ולפיכך גם בדין מסור לא הביא כאן מחלוקת הרמב״ם והרא״ש בתפס אם מוציאין מידו אם לאו מפני שאין כאן מקומו אלא לקמן בסי׳ שפ״ח סעיף ד׳ ומהר״י כהן מקראקא האריך לפלפל בזה והמציא דין מחודש לחלק בין סל לכיס לא שערוהו הראשונים ושרי ליה מאריה:

יח ויראה מדבריו שאינו מסכים לדברי הגאונים אלא כשהנפקד טוען שמא כו׳. פירוש שמא לא היו בו זהובים כלל אלא חול ועפר וה״ה לדעת הרא״ש במודה שהיו בו זהובים אלא שאינו יודע כמה בכה״ג נמי עשו תקנה שהמפקיד נשבע ונוטל אבל אם טוען ברי לי דכך היו בו לא עשו בזה תקנה חלא הניחוהו על דינו והנפקד נשבע ונפטר וז״ש רבינו אחר זה וכתב הרמב״ם שאם הנפקד יודע שהיה בו זהב וכו׳ דס״ל להרמב״ם דכאן הו״ל לידע כיון דידע שהיה בו זהב כדפי׳ בסמוך גבי ניזק: וא״א הרא״ש כתב דלא קרינן ביה מחוייב שבועה וכו׳ דאף כאן אומר שלא הו״ל לידע מה היה בתוכו והילכך אין המפקיד נוטל אלא בשבועה כיון דהנפקד טוען איני יודע כמה ודין נפקד וניזק שוין הן בזה וכך מבואר לקמן בסימן רצ״ה ס״ד ולא הייתי צריך לכתבו אלא לפי שראיתי למהר״י כהן מקראקא הבין מדברי הרא״ש דכשהנפקד טוען איני יודע כמה היו זהובים בו נוטל מפקיד בלא שבועה כהרמב״ם והאריך להקשות ולתרץ עליה בסברות זרות והכל טעות ואולי איזה תלמיד טועה הגיהו ואינו מדברי הרב:

כ ראו אחד שנכנס לבית חבירו ריקן ויצא טעון וכו׳. מימרא דרב יודא בפרק הנשבעין וכאן לא תלי מידי במאי דאמר דנכנס לביתו למשכנו שהרי אין ביניהם אלא שזה טוען שאולים וזה טוען לקוחים ובעל הבית מודה שלא גזלן ממנו א״כ לא נפקא לן מידי במאי דקאמר שנכנס למשכנו או לא קאמר ותו דמ״ש רבינו בסוף דין זה דכשבעה״ב אומר גנובים אז בכל ענין אינו נאמן וכו׳ אין זה אלא לפי שלא אמר שנכנס למסכנו כמו שאפרש לשם בס״ד: ומ״ש שראו אותו נכנס לבית חבירו ריקן הוא דאם ראו אותו נכנס וכלים תחת כנפיו א״כ נאמן במגו דאי בעי אמר כלים שלי שהכנסתי טעון תחת כנפיו חזרתי והוצאתים ולא שאלתי ולא לקחתי ממך שום כלי שהרי העדים אינן יודעים שהכלים הם של ב״ה אבל אם ראו אותו נכנס ריקן ויצא טעון ניחא דהלא מעידים שמה שטעון כלים תחת כנפיו מביתו של בעה״ב לקחן וליכא מגו אבל הרמב״ם בפ״ט מטוען כתב בסתם מי שנכנס לביתו של חבירו בפני בעה״ב וכלים טמונים תחת כנפיו וכו׳ כתב כלישנא דתלמודא א״ר יודא ראוהו שהטמין כלים תחת כנפיו ויצא וכו׳ ומיהו ודאי צריך לפרש דמעידים שנכנס ריקן דאם לא כן היה נאמן במגו כדפי׳: ומ״ש אבל כשהבע״ה אומר גנובים אז בכל ענין אינו נאמן וכו׳. פי׳ דכיון דלא אמר דנכנס למשכנו אינו בחזקת גנב וגזלן ולאו כל כמיניה לאחזוקי אינשי בגנבי וזו היא דעת הרי״ף והרא״ש שם וכן כתב הרמב״ם בפ״ה מגניבה וכתב המגיד שלזה הסכימו רוב המפרשים ומביאו ב״י: ומ״ש וזהו לדעת הר״י הלוי והרמ״ה וכו׳. נראה דהר״י הלוי והרמ״ה ס״ל דבנגזל שנינו במשנה דנשבע ונוטל ושבועת המשנה בנק״ח היא כעין דאורייתא אבל בהך מימרא דרב יודא לא קאמר תלמודא דבעה״ב נשבע ונוטל אלא בעה״ב נאמן קאמר משמע דנאמן בלא שבועה אלא דמיהו היסת צריך כיון שזה טוען ברי לקוחין הן מתקנתא דר״נ כדין כל הטענות ואפשר לומר ג״כ דטעמו של דבר דבנגזל דהנכנס טוען לא גזלתיך והכלים שהוצאתי שלי הם מעולם שהיו פקדון בידך או משכון וכיוצא בזה אי נמי לא נטלתי אלא כלי זה וכו׳ אי נמי לא נכנסתי לביתך ליטול ממך כלום דאנו מפרשים דבריו כאילו אמר לא נכנסתי ליטול את שלך כי אם כדי ליטול את שלי נכנסתי השתא מדינא לא היה נוטל נגזל אפילו בשבועה אלא זה נשבע ונפטר הילכך תקנו חכמים שיהא נגזל נשבע כעין דאורייתא אבל כאן דמודה הוא שכלים אלו של בעה״ב היו אלא שטוען שלקחם מידו כל היכא דמסתברא לן שהבע״ה טוען אמת שלא מכרן כגון שאינו עשוי למכור את כליו וכו׳ אין להטיל שבועה עליו על כלים אלו שידוע הוא שהם שלו אבל רבינו האי ס״ל דבכלל שבועת הנגזל שתקנו חכמים הוי נמי הך שבועה דבעל הבית דטוען שאולים הם דבין כך ובין כך הרי הוא בא להוציא מיד המוחזק בכלים וצריך שבועה כעין דאורייתא ככל הנשבעין ונוטלין: הב״י האריך בדין גזלן אי נאמן לומר החזרתי לך וכתב דגדולי עולם פליגי בה וז״ל בבדק הבית והר״ן כתב בפ״ק דכתובות ובפ׳ הנשבעין שהשיב הרמ״ה להרמב״ן שהגוזל את חבירו בעדים א״צ להחזיר לו בעדים וכתוב בתשובת הריב״ש סימן שצ״ב שקילס הרמב״ן את הרמ״ה על תשובה זו וקרא עליו שפתים ישק וכו׳ וה׳ המגיד בפ״ד מה׳ גזילה והר״ר ירוחם נל״א כתבו שדעת הרמב״ם שהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים ואיני יודע מהיכן למדו מדבריו שהוא סבר כן וממ״ש

ה׳ המגיד בפ״ד נראה שהוא מסתפק בדעת הרמב״ם בזה והריב״ש בתשובה הנזכרת כתב כלשון הזה אע״פ שדעת הרמב״ם שהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים רבים החולקים עליו ולענין הלכה כיון שכל הני רבוותא סברי שא״צ להחזיר לו בעדים ואין הוכחה בדברי הרמב״ם שיחלוק עליהם כוותייהו נקטינן אבל בש״ע סוף סימן שס״א כתב שתי הסברות ולא הכריע ולפע״ד נראה להורות בדין זה דאין להוציא ממון מיד המוחזק בין שהגזלן הוא מוחזק בין שהנגזל הוא מוחזק:

כב וכן אם חטף וכו׳. הלשון משמע דאף כשבא לבית חבירו ונטל כלים שלא בפניו ולא היה שם אלא ע״א קרינן ביה נמי מחוייב שבועה וכו׳ שהרי כתב תחלה אלא אם יש עדים שחטפו מידו מביתו וכו׳ ועלה קאמר ואם אין שם עדים בלא ע״א והוא כופר וכו׳ ואע״פ שהוא טוען בספק ע״פ העד כמו שנתבאר בסוף סימן ע״ה סעיף ל״ג וכך פי׳ ב״י וכ״כ הרמב״ם פ״ד מה׳ גזילה להדיא ודבריהם הם דברי הרב אלפסי פרק כל הנשבעין [ובשערים] שער העשירי והאריך לבאר דין זה ע״ש ולפי זה קשה דלעיל בסעיף ה׳ כתב רבינו גבי ע״א בנגזל דנשבע היסת ונפטר אף על פי דאומר בחובי נטלתים וכאן פסק דצריך להחזירו כשאומר שמשכנו בחובו וי״ל דלעיל אין העד מעיד שגזלו שהרי לא היה בבית חבירו כשנטל הכלים ויכול להיות דשלו נטל ואינו מעיד אלא שראהו יוצא מבית חבירו וכלים תחת כנפיו כיון דאפילו בשני עדים שראו כך אינו נוטל עד שישבע כי איכא נמי ע״א לא הו״ל מחוייב שבועה וכו׳ אבל הכא דהיה העד בבית חבירו כשנטל כליו של בעה״ב ויצא כיון שאם היו שם שני עדים היה מיחייב לשלם ואין כאן שבועה שהרי ראו העדים מה גזל כי איכא נמי ע״א הו״ל מחוייב שבועה וכו׳ ולכך כתב הרמב״ם בע״א דנגזל היכא דלא ידע מה גזל דנשבע בנק״ח ונפטר משום דלא קרינן ביה מחוייב שבועה וכו׳ והיא דעת הרמ״ה בסי׳ ע״ה סעיף י״ז וכבר כתבתי מזה בסי׳ פ״ט סעיף ו׳ ובתחלת סימן זה סעיף ה׳ אלא דרבינו בע״א דנגזל סובר דנשבע היסת ונפטר וכבר כתבתי לשם בס״ד טעם מחלוקתם וע״ל בסי׳ שס״ד סעיף ז׳ ובמ״ש לשם בס״ד:

כג נחבל ג״כ וכו׳. משנה ואוקימתא דגמרא פ׳ כל הנשבעין הביאו בית יוסף: ומ״ש כתב הרמ״ה וכו׳ אבל אי לא מינצו אהדדי לא משתבע ושקיל אפילו איברא מילתא וכו׳ כצ״ל. ומ״ש בספרים אלא איברא מילתא ט״ס הוא וצריך להגיהו ור״ל דאף על פי דנתברר לנו שלא נחבל ע״י דבר אחר ולא ע״י עצמו אפ״ה לא תקנו חכמים בזו שיהא נשבע ונוטל אלא הנתבע נשבע ונפטר דכיון דלא הוו מינצו אהדדי ליכא רגלים לדבר דאיהו חבל ביה טפי מאחר:

כה כתב הרמב״ם הודה החובל וכולי פרק ה׳ מחובל והרב המגיד האריך לשם לקיים דעת הראב״ד דכל חמשה דברים ממונא הוא ולא קנסא ואע״ג דלענין שאין דנין אותו בבבל חשוב נזק וצער קנס מ״מ כיון דממונא הוא שהרי אינו משלם יותר על מה שהזיק אלא כמה שהזיק אינו קנס לענין הודאה. ויש ליישב דעת הרמב״ם כיון דאמר רבא כל הנישום כעבד אין גובין אותו בבבל והיינו דבעינן אומדנא רבה הו״ל קנסא גם לענין הודאה וכ״ש צער דלית ביה חסרון כיס הוי נמי קנס לענין הודאה וע״ל סי׳ א׳ סעיף ד׳ ובכתבים דמהרא״י סימן ר״ח וא״ת גבי נחבל מאי בושת איכא הרי לא חבל בו אלא בינו לבין עצמו כבר פי׳ הרמב״ם לשם וז״ל והבושת לא הגיעה לו אלא בשעה שהודה בפנינו שחבל בו שהנחבל שלא חבל בו אדם אין לו בושת והודאתו בב״ד היא שביישה אותו נמצאת למד שאין הפרש בבושת בין בושת המגיע לו אם חבל בו בפני אחרים ובין בושת המגיע לו בעת שהודה בפני אחרים שחבל בו לפיכך משלם אדם בושת על פי עצמו עכ״ל:

סימן צא

א חנוני על פנקסו כשבע ונוטל וכו׳. משנה בפרק הנשבעין ופי׳ רש״י שניהם נשבעין ונוטלין מבעה״ב דא״ל חנוני לא מהימנו לי פועלים בשבועה את הימנתינהו דלא אמרת לי בסהדי הב להו וכן פועלים א״ל לא מהימן לן חנוני בשבועה: ומ״ש וצריכין שישבע כ״א בפני חבירו וכו׳. שם תניא ר׳ אומר פועלין נשבעין לחנוני ובעי תלמודא למיפשט מיניה דסובר ר׳ דחנוני יפסיד שהו״ל לתת להם בפני עדים ולכך נשבעין לחנוני דאי איתא דחנוני אינו מפסיד אלא בעה״ב דשניהם נוטלין מבעה״ב אמאי תני פועלים נשבעין לחנוני לבע״ה מיבעיא ליה וקאמר רבא דליתא אלא שניהם נשבעין ונוטלין מבעה״ב ורבי ה״ק פועלים נשבעין לבע״ה במעמד חנוני כי היכי דליכספו מיניה ונראה דאע״ג דלפי הטעם דכי היכי דליכספו מיניה ה״ה דחנוני נשבע לבעה״ב בפני פועלים מ״מ נקט רבי׳ פועלים נשבעים לחנוני לרבותא דאע״ג דהבעה״ב ודאי חייב לפועלים וספק אם נפרעו ומדינא נוטלין מבעה״ב בלא שבועה ואפי׳ היסת לא צריך אלא חרם סתם אלא דתקנת חכמים היא דנשבעין בנק״ח ונוטלין ואפ״ה החמירו עליהם גם בזו דצריך לישבע במעמד חנוני כ״ש בחנוני דספק אם חייב לו בעה״ב דשמא לא נתן כלום לפועלים דצריך לישבע במעמד פועלים מיהו דוקא לכתחלה אבל אם נשבע שלא בפני חבירו א״צ לחזור ולישבע כדלעיל בסימן פ״ז בב״י מחודשין סעיף כ״ה כ״ו וע״ל בסימן נ״ח בדין עושה שליח לפרוע לב״ח ומלוה טוען סטראי נינהו: ומ״ש וה״ה אם אמר הלוני מנה כו׳. כ״כ בעה״ת בשער כ״ט סימן א׳ אבל הרב המגיד פ״ז ממלוה כתב די״א דבשאר שליחות אם אמר תן לפלוני ב״ח

מנה בשבילי ואמר נתתי אינו נשבע ונוטל אלא צריך להביא ראיה כיון שאנו מסופקים בעיקר הדבר אם עשאו אם לאו עכ״ל נראה דרצונו לומר דאע״ג דהמשלח חייב לשלם לב״ח דהו״ל כאומר איני יודע אם פרעתיך אבל אין חייב לשלם לשליח דהוה ליה כאומר איני יודע אם הלויתני ודוקא גבי חנוני עשו חכמים תקנה לפי שדרך החנוני ליתן לבעל הבית בהקפה עד שיתקבץ הכל ופורע לו וכיון שכך דרכו של בעל הבית להאמינו לחנוני על פנקסו וכמ״ש לשם הרמב״ם לפיכך עשו תקנה לחנוני שיהא נשבע ונוטל מבעה״ב בלא ראיה ושיהא נאמן גם בזו על פנקסו ולא הצריכוהו שבועה אלא לפי שהבעה״ב מפסיד דמשלם גם לפועלים אבל בשליחות אחרת לא עשו תקנה אלא הניחוהו על דין תורה אבל דעת בעה״ת ורבינו דכיון ששנינו חנוני על פנקסו כיצד וכו׳ א״ל צא תן לבני סאתים חטים תן לפועלים בסלע מעות וכולי אלמא דפועלים לאו דוקא דה״ה בנו ה״נ חנוני לאו דוקא ולא נקט חנוני אלא לאשמועינן דאפילו אין חנוני טוען ברי וכו׳ כדכתב הרא״ש בתשובה בסמוך סעיף ו׳ והכי נקטינן כדכתב רבינו׃

ב וכתב הרמב״ם בד״א ששניהם לפנינו וכולי והרמ״ה חילק וכו׳. נראה דדעת הרמ״ה דאי אתו פועלים שקלי בלא שבועה משום דהו״ל כאומר איני יודע אם אני חייב לך יהיב ליה בלא שבועה וכ״כ ה׳ המגיד ומביאו ב״י. עוד נראה מדכתב הרמב״ם שאינו משלם אלא תשלום אחד ומדכתב הרמ״ה נמי אפילו אם מתו פועלים דליכא למיחש דילמא הדרי שקלי מבע״ה אלמא דס״ל דאין יורשי פועלים נוטלין מבע״ה בשבועת שלא פקדנו דלא כהרמב״ן שכתב הרב המגיד משמו דנוטלין וגם כתב דכל המפרשים ראיתי חלוקים בזה ואע״ג דבעה״ת שער כ״ט סוף סימן ב׳ והר״ן פ׳ כל הנשבעין ופ׳ האיש מקדש כתבו כדברי הרמב״ן העיקר הוא כדעת הרמב״ם והרמ״ה וכל המפרשים וכן נראה מתשובת הרשב״א שהביאו הירושלמי בדין שכיר שמת דאין יורשין גובין מבע״ה וכתב דקמיבעיא ליה בירושלמי ופשטינן ליה כלום תקנו אלא בשביל שכיר שמא בשביל יורשים אלמא דס״ל דלא תקנו חכמים כלום ליורשי שכיר אלא לשכיר עצמו אבל ליורשיו הניחוהו על דין תורה דבתביעת בע״פ וטענת שמא נפטר בלא שבועה ודכוותיה גבי פועלים וחנוני לא היתה התקנה אלא בשביל פועלים וחנוני עצמן לא בשביל יורשים מיהו הא ודאי אם מת בעל הבית שניהם נשבעין זה בפני זה ונוטלין מיורשים דהא מילתא פשיטא להו בירושלמי גבי שכיר והוא הדין בפועלים וחנוני ועיין בסוף סי׳ פ״ט מה שכתבתי בפי׳ הירושלמי בסייעתא דשמיא ועיין לקמן בסי׳ ק״ח ס״ל כתב רבי׳ שכיר ונגזל כיון דליכא שטרא אין היורשים נשבעין ונוטלין ומשמע ודאי דה״ה חנוני ופועלים ע״ש׃

ד כתב הר״ר יוסף הלוי וכו׳ אם המחם אצל חנוני במעמד שלשתן והפועלים נתרצו אין לפועלים על הבע״ה כלום משמע דבנתרצו בלבד אע״פ שלא פטרוהו בפירוש מחובן נפטר בעה״ב כך ותופס סברת רב אלפס שהיא רבי׳ לקמן בסימן קכ״ו כעיף י״ב גם בעה״ת שער כ״ע תחלת סימן ב׳ כתב כך להדיא אפי׳ לא פטרוהו בפירוש נסתלק הבעה״ב אבל דעת רבי׳ אינו כן ע״ל בסימן קכ״ו׃ ומ״ש ואם שלא במעמד שלשתן וכו׳. נראה מדכתב סתם דחנוני נשבע ונפטר ופועלים נשבעין ונוטלין משמע דכי היכי דחנוני אינו נשבע אלא היסת ה״נ פועלים דכיון דמדינא פועלים נוטלין מבעה״ב בלא שבועה דהו״ל בעה״ב כאומר איני יודע אם פרעתיך לא התקינו להחמיר עליו דלישבע בנק״ח אלא היכא דהחנוני נשבע בנק״ח ונוטל מבעה״ב אז התקינו דגם הפועלים נשבעים בנק״ח אבל כשהחנוני נשבע היסת ונפטר לא החמירו על הפועלים בכדי ולא היתה בזה כלל תקנה וכ״כ בעה״ת ע״ש הר״י מיגא״ש והר״ר אפרים אבל דעת האלפסי כדעת הרמ״ה דחנוני נשבע היסת ופועלי׳ נשבעים בנק״ח ומביאו ב״י ולפי שהר״י הלוי מחלק בין הקפה להקדים מעות על כן הביא מ״ש הר״ר ישעיה דלא מחלק בכך אלא בין א״ל הפרעו מן החנוני ללא אמר ונראה דרצונו לומר דהיכא דבשעה שהבעה״ב שכר פועלים א״ל שכרכם על החנוני והפרעו ממנו ונתרצו שניהם הם ליטול והוא ליתן השתא ודאי אפילו בהקפה כבר נסתלקו מבעה״ב דלא זכו פועלים בחנוני משום מעמד ג׳ דא״כ היה צריך להקדים מעות לחנוני דמעמד ג׳ אינו קונה אא״כ יש לממחה ביד המומחה פקדון או מלוה כדלקמן בתחלת סימן קכ״ו אלא מטעם דהחנוני קבל על עצמו שיעשו מלאכה אצל בעה״ב והוא ישלם להם שכרם כך וכך ונסתלקו מבעה״ב בתחלת שכירות דלפ״ז אם יש כפיר׳ ביניהם וכו׳ אלא מתני׳ איירי דלא א״ל לפועלים הפרעו מן החנוני אלא בתחלת שכירות פועלים א״ל בעה״ב שכרכם עלי אלא דלאח״כ אמר לחנוני תן לפועלים סלע לפיכך יכולין לומר לא נטלנו ולא האמננו לחנוני עלינו ומדברי ב״י נראה שלא הבין כך עיין עליו אבל מה שכתבתי הוא הנכון ולא ידעתי למה כתב רבי׳ עליו ולא נהירא דלמאי שפירשנו דבריו דינא הכי הוה וליכא מאן דפליג ואולי היה קשה לו לפי שמובן מדברי ה״ר ישעיה דמתני׳ דאיירי בדלא א״ל לפועלים הפרעו וכו׳ נמי לא שנא בהקפה ל״ש הקדים מעות והא ליתא דהא פשיטא דבהקדים מעות איכא לחלק בין המחם אצל חנוני במעמד ג׳ ובין המחם שלא במעמד ג׳ וכמ״ש הר״י הלוי ושלכן כתב ולא נהירא ולפע״ד אינו כך אלא מובן מלשון ה״ר ישעיה למ״ש ל״ש בהקפה ול״ש הקדים מעות לא קאי אלא להיכא דא״ל הפרעו מן החנוני וכו׳ התם הוא דל״ש אבל בדלא א״ל הפרעו מן החנוני פשיטא דאיכא לחלק בין הקפה להקדים מעות וכמ״ש הר״י הלוי ולפיכך נלע״ד דלענין דינא תרוייהו הילכתא נינהו דבדלא אמר הפרעו איכא חילוק בין הקפה להקדים מעות וכמ״ש הר״י הלוי ובדא״ל הפרעו וכו׳ אין חילוק בין הקפה להקדים מעות ועל פי פירושינו בדברי ה״ר ישעיה והכי נקטינן׃

ו וכתב א״א הרא״ש בתשובה מדתנן וכו׳. תחלת כלל פ״ו ולשון המשנה כך הוא חנוני על פנקסו כיצד לא שיאמר לו כתוב על פנקסי שאתה חייב לי מאתים זוז אלא א״ל תן לבני סאתים חטים תן לפועלי בסלע מעות וכו׳ ופירש רש״י וז״ל לא שא״ל כתוב על פנקסי וכו׳ אלא בזמן שיש רגלים לדבר

שהבעל הבית מודה שא״ל תן לבני וכו׳ עכ״ל ומשם למד הרא״ש להורות דלא סמכינן אפנקסו אלא היכא דאיכא רגלים לדבר וכו׳ אבל היכא דליכא רגלים לדבר כגון שאמר החנוני לבעה״ב המקיפו כתוב בפנקסי שיש לי אצלך מנה ובעה״כ אומר איני יודע נשבע בעה״ב היסת שאינו יודע ונפטר כדין כל טוען על חבירו לכל דבר ואין בזה תקנת חכמים וכך כתב הרמב״ם להדיא בפי״ו ממלוה ומשמע דאפילו החנוני טוען ברי לי שכך וכך אתה חייב לי בהקפה כמ״ש בפנקס אפ״ה נשבע בעה״ב היסת ונפטר ונראה מתשובת הרא״ש לשם דבאותו נדון שדן עליו דהוו ביה טעמים הרבה ואומדנות מוכיחות שמה שהיה כתוב בפנקס היה אמת לכך פסק להוציא מן היתומים הא לאו הכי אין מוציאין מן היתומים כדפסק הוא גופיה בכלל ק״ג סימן ג׳ הביאו רבינו לקמן סוף סי׳ ר״ץ וכה״ג פסק הרשב״א בתשובה הביאו ב״י בסימן ק״ז במחודשים סעיף ז׳ מיהו נראה דהנתבע לא נפטר משבועת היסת ואע״ג דהתובע אינו טוען ברי אלא מכח מה שמוצא בפנקס וכמ״ש רבי׳ בסי׳ ע״ה סעיף ל״ב משם רבינו האי גאון ואע״ג דהרמב״ם חלוק עליו בטוען אבא א״ל שאתה חייב לי מנה דהוה טענת ספק אפשר לומר דבטוען מכח פנקס מודה הרמב״ם דחשיב טענת ברי ואפילו היכא דליכא רגלים לדבר שמ״ש בפנקס הוא אמת ומטעם זה פסק הרא״ש כלל ק״ג סי׳ ב׳ דיוכל אדם לישבע על פנקסו בכל דבר כיון שלבו אומר לו שהוא אמת אע״פ שאינו זוכר הענין אפי׳ ע״י פנקסו וכך הביאו ב״י בסי׳ פ״ז במחודשים סעיף ל״ט וא״כ עכ״פ הוה טענת ברי לחייב שבועה לנתבע כדפירשתי. ומ״ש מהרי״ק בשורש ס״ה דיוכל אדם לטעון על חשבונות שהוא כותב על פנקסו טעיתי ונאמן אפילו בלא מגו משום דאין אדם מדקדק כל כך כשכותב על פנקסו בינו לבין עצמו כי חושב בלבו שאם יטעה שיוכל לכוין החשבון פעם אחרת אלמא דאין לסמוך על הפנקס לא דמיא להני דאמרן דהתם הוא טוען בברי שמה שכתב בפנקס הוא טעות ובפרט בחשבונות כאשר מעשים בכל יום שאדם יחשוב חשבון ויכתוב וירשום בפנקס כאשר עלה על לבו לפום ריהטא ואח״כ יראה שטעה אבל מן הסתם כל מה שכתוב בפנקס אין בו טעות וחשיב טענת ברי ויכול אף לישבע על זה כיון שלבו סומך עליו שהוא אמת ובפרט בדברים שאין תלויים בחשבון ונראה נמי דהא דכתב רבינו בסי׳ ק״י סעיף ט״ו וכן אם הודה האב בכתב ידו על מטלטלין שבידו שהם מעסק שיש לו עם פלוני או פקדון וכו׳ מוציאין מן היתומים ר״ל אפי׳ מצאו כך בכתב ידו בפנקסו סומכין עליו מן הסתם דודאי אין זה טעות: והמשכונות הנמצאות באותו פנקס היה כתוב כו׳ כצ״ל:

ח אמר החנוני אתה אמרת לי וכו׳. נראה דס״ל דלא היתה התקנה אא״כ במודה שאמר תן לבני ולפועלי אומר נתתי וזה אומר לא נטלתי ותקנו דשניהם נשבעין ונוטלין מבעה״ב אבל באומר לא אמרתי לך כלום לא תקנו דבר ודינו כדין כל טוען על חבירו לכל דבר וכ״כ הרמב״ם בפי״ו ממלוה:

ט ואם לא נתן הבע״ה קצבה וכו׳ החנוני נאמן לומר כך וכך נתתי להם ונוטל מבעה״ב בלא שבועה. כ״כ בעה״ת בשער כ״ט סוף סימן ב׳ וקשיא לי בגוה טובא ומ״ש הא מהך דמוציא הוצאות על נכסי אשתו דתנן בפרק האשה שנפלו דישבע כמה הוציא ויטול ואע״פ דכיורד ברשות דמי ולמד ממנו הרב רבינו משה בר מיימון ז״ל דבכל דוכתא דשמין לו ואפי׳ ביורד ברשות וידו על העליונה אפי׳ הכי צריך לישבע ובנק״ח דוקא כדכתב להדיא בפרק י׳ מה׳ גזילה ורבי׳ נמי כתב הכי בסי׳ שע״ה וא״כ הכא נמי אע״פ דהבעל הבית נתן לו רשות ליתן לפועלים כל מה שהן צריכין לא יהא נאמן לומר כך וכך נתתי בלא שבועה ויראה לי ליישב דהתם ודאי כיון דבשעה שהוציא לא היה דעתו שתשלם לו ההוצאה שהיה סובר שלא יגרשנה וכן לכל מי ששמין לו סבורין היו שיאכלו הפירות בעצמן ואיכא למימר דלא דייקי כמה הוציאו ולהכי רמו רבנן שבועה עליה כי היכי דלידוק וכדאמר בפ׳ הכותב דפרע דייק דמיפרע לא דייק ורמו רבנן שבועה עליה כי היכי דלידוק אבל בחנוני דכל מה שהוא מוציא ונותן לפועלים הוא על דעת שיחזור ויטול מבעה״ב בודאי דייק ולהכי נוטל בלא שבועה דכיון דבעה״ב תלה הדבר במאמר הפועלים ושמע החנוני וקיבל דבריו כאילו קצץ דמי. ומיהי נראה דוקא דידעינן בודאי שנתן להם לפועלים אלא דלא ידעינן כמה לפיכך נוטל החנוני בלא שבועה אבל אי לא ידעינן כל עיקר אי יהיב ליה מידי או לא יהיב ליה כל עיקר התם ודאי אין החנוני נוטל בלא שבועה והיינו דכתב לעיל בסעיף ג׳ ע״ש הרמ״ה והסכים עמו רבינו דאפי׳ מתו פועלים לא יהבינן לחנוני בלא שבועה:

י וכתב הר״י הלוי קשן ששכר פועלים וכו׳. ע״ל ריש כי׳ פ״ט ולקמן ריש סי׳ נ״ו סעיף ט׳:

יא בעל הבית שאמר ליה לחנוני וכו׳. משנה פ׳ הנשבעין ואמר לחנוני תן לי בדינר פירות ונתן לו א״ל תן לי את הדינר א״ל נתתיו לך ונתתו בכיסך ישבע בעה״ב נתן לו את הדינר א״ל תן לי הפירות א״ל נתתים לך והולכתם לתוך ביתך ישבע חנוני ר׳ יודא אומר כל שהפירות בידו ידו על העליונה פירוש רש״י אריסא פליג דקתני ישבע בעה״ב שבועת היסת שנתן לו את הדינר ואתא ר׳ יודא למימר א״צ שבועה שאין דרך חנוני המוכר שלא בהקפה ליתן את הפירות עד שיקבל את הדינר עכ״ל ואע״ג דבגמרא סוף דף מ״ח פי׳ רש״י גופיה דשבועת היסת לא נתקנה בימי התנאים דבימי ר״נ תקנוה י״ל דלא תקנוה תקנה קבועה לכל כופר הכל אבל לפעמים ראו גם התנאים להשביע בכופר הכל כגון הכא דהבעה״ב עומד לפני החנות והפירות בידו ולא הלך עדיין לביתו והחנוני שואל ממנו הדינר בעד הפירות יש להחמיר על הבעה״ב שלא לפטרו בלא שבועה כנ״ל אבל התוס׳ בדף מ״ח בד״ה ישבע בעה״ב

פי׳ בדרך אחר ע״ש ובגמרא תניא א״ר יודא אימתי בזמן שהפירות צבורין ומונחין ושניהן עוררין עליהן אבל הפשילן בקופתו לאחוריו המוציא מחבירו עליו הראיה (ומודו ליה רבנן דלא ישבע בעה״ב והלכה כרבנן בצבורין ומונחין דישבע בעה״ב) כך הוסיף הרא״ש על לישנא דתלמודא וכך הוא דעת האלפסי בפירושו והאריך וכ״כ הרמב״ם בפ״ב מה׳ מכירה אלא שהאלפסי והרמב״ם גורסין צבורין ומונחין בר״ה אבל הרא״ש לא גרס בר״ה אלא צבורין ומונחין כגירסת ספרים שלנו ואחריו נמשך רבי׳ וגם נמשך אחר פי׳ ר״ת שבתוס׳ בדף מ״ח בד״ה ישבע בעל הבית וכך הם פי׳ דברי רבי׳ בעה״ב שא״ל לחנוני תן לי בדינר פירות ומדד הפירות לתוך כליו של בעה״ב ועודם ברשות חנוני שהניחן לפניו בתוך החנות ושואל הדינר מבעה״ב ואומר כבר נתתיו לך והחנוני אומר להד״ם לא נתת לי הדינר אי נמי טוען הדינר שנתת לי הוא בעד פירות אחרים שכבר לקחת ממני ואלו הפירות המונחים שמדדתי לתוך כליך עדיין לא קבלתי הדינר מידך בעד פירות אלו בין שטוען כך החנוני ובין שטוען להד״מ בכל ענין נשבע בעל הבית וכו׳ ודלא כנמצא במקצת ספרי רבי׳ דמחלק בין שתי טענות אלו כי לפי הטעם אין לחלק: וב״י כ׳ וז״ל ומ״ש והניחם לפניו בחנות היינו שהניחם חוץ לחנות בר״ה וכו׳ עכ״ל ושארי ליה מאריה אין הלשון משמע כך כל עיקר ותו דלמה שינה רבי׳ לשון התלמוד ולא כתב והניחם בר״ה וכמ״ש האלפסי והרמב״ם אלא הדבר ברור דרבי׳ גורס כגירסתינו בגמרא וכגירסת הרא״ש דלא מיירי בצבורין בר״ה אלא מיירי בצבורין ומונחין בתוך כליו של לוקח ובתוך החנות ולא לקחן לרשותו להפשילן לאחוריו ואפ״ה ישבע בעה״ב דמאחר שהוציא החנוני הפירות מרשותו ומחזקתו במקצת שמדדן ונתנן בכליו של לוקח והניחם לפניו בחנות ליטול את שלו אלא ששואל ממנו הדינר נשבע בעה״ב דאע״ג דגם בעל הבית לא זכה עדיין בפירות שהרי הם מונחין בתוך החנות ברשותו של חנוני אפילו הכי מאחר שאין דרך חנוני להוציא פירותיו מרשותו כל עיקר אף למדדן ולהניחן בכליו של לוקח עד שיקבל מעותיו האמינו לבעה״ב לישבע בנק״ח וליטול אבל אם היו הפירות עדיין ברשות החנוני לגמרי שלא מדדן כל עיקר נשבע החנוני היסת ונפטר ואם הכניס הבעה״ב הפירות לרשותו לגמרי שהפשילן בקופתו לאחוריו נשבע היסת ונפטר אבל עכשיו שיצאו קצת מחזקתו שמדדן לתוך כליו של לוקח אלא שהניחם עדיין ברשותו בתוך החנות לפיכך בעה״ב נשבע בנק״ח אבל לא איפכא שהחנוני יהא נשבע בנק״ח ונוטל הפירות והוא לפי שאין דרך חנוני להוציא פירותיו מרשותו כלל למדדן לתוך כליו של לוקח עד שיקבל מעותיו הילכך מסתברא טפי פהבעל הבית טוען אמת ונשבע בנק״ח ולוקח הפירות.

יב לקח בעה״ב הדינר ונתנו לפני החנוני ושואל הפירות וכו׳. פי׳ דכיון דהוציא הדינר מרשותו קצת שנתנו לפני החנוני אף ע״פ שעדיין לא נטלו החנוני ולא זכה בו שהרי לא הכניסו לרשותו לגמרי אלא מונח לפניו בענין שלא זכה בו וטען החנוני כבר נתתי לך הפירות נשבע החנוני וכו׳ ולא איפכא שיהא הבעה״ב נשבע ולוקח הדינר והוא לפי שחזקה היא על בעה״ב שאין מוציא הדינר מרשותו כל עיקר אף להניחו לפני החנוני עד שיקבל הפירות ולפיכך האמינו לחנוני לישבע בנק״ח וליטול הדינר אבל אם הדינר עדיין ברשות בעה״ב לגמרי וכולי כדלעיל ברישא ולא הזכיר רבינו בדבריו היאך הוא הדין כשמונחין הפירות בר״ה לפי שלא היה גורס כך בברייתא ור׳ יהודא דפליג במתני׳ ארישא ה״ק כל שהפירות בידו ידו על העליונה דכיון דהפירות מונחין בכליו של בעה״ב הרי הן ברשותו ולא ישבע בעה״ב אלא נוטלן בלא שבועה כלומר בלא שבועה כעין דאורייתא אבל היסת ודאי צריך דאפילו הפשילן לאחוריו צריך היסת והלכה כרבנן בצבורין ומונחין דישבע בעה״ב בנקיטת חפץ אבל בהפשילן לאחוריו מודו רבנן דלא ישבע בע״ה ונראה לפע״ד דמבחוץ ודאי איכא למימר נמי כשהפירות מדודין ומונחין בכליו של חנוני בר״ה דינו שוה כאילו מונחין בכליו של לוקח ובתוך החנות דבין בזו ובין בזו איכא חדא לטיבותא וחדא לגריעותא ויצאו קצת מרשותו של חנוני ולא לגמרי הדין הוא בשניהם דנשבע בעה״ב בנק״ח כיון דאין דרך חנוני להוציא פירותיו מרשותו עד שיקבל מעותיו אלא דרבינו לא הזכיר חלוקה זו לפי שלפי גירסתו אין לה גמרא כדפי׳ אבל לדינא הכל שוה:

סימן צב

א (ב) (ג) החשוד על השבועה אין משביעין אותו כו׳. כך הוא מבואר בפ׳ הדיינים (מא) דאין משביעין אותו היסת ובפ׳ כל הנשבעין (מה) מבואר דאין משביעין אותו ש״ד וכדכתב רבינו בספ״ז סעיף כ״א וכ״כ הרמב״ם ברפ״ב דטוען: ומ״ש ואפי׳ אמר התובע וכו׳. כ״כ הרמב״ם שם: ומ״ש ונקרא חשוד וכו׳. משנה ר״פ הנשבעין ובגמ׳ סוף (מו) מפרש דמתני׳ הכי קתני דל״מ שבועת העדות ושבועת פקדון דאית בהו כפירת ממון והו״ל רע לשמים ורע לבריות אלא אפי׳ שבועת שוא דנשבע על עמוד של אבן שהוא של זהב שהוא רע לשמים ולא לבריות ושבועת ביטוי דלשעבר כגון אכלתי ולא אכלתי דמיא לשבועת שוא נמי כפסל על ידה לשבועה אבל שבועת ביטוי דלהבא דאוכל ולא אוכל דבשעה שנשבע איכא למימר בקושטא קמישתבע לא קתני במשנה ופרש״י מדלא קתני אלמא דאינו חשוד בכך על השבועה להוציא שקר מפיו אבל התום בשם ר״ת פי׳ דלא קתני פי׳ דלא קמיירי במידי דבקושט׳ משתבע ומיהו פסול הוא: ומ״ש רבי׳ בסברת רש״י אבל אם נשבע שלא יאכל ועבר עליו ואכל וכו׳ לרבא נקט הכי אע״ג שעשה מעשה עבירה ומינה דכ״ש העובר על החרם במעשה כגון שגזרו בחרם שלא לעשות כך וכך והוא עבר ועשה דאינו נקרא חשוד שהרי לא הוציא כלל שבועה וחרם

מפיו ואצ״ל היכא שנשבע או גזרו לעשות כך ועבר ולא עשה דפשיטא דאינו נקרא חשוד לרש״י ודעימיה מיהו לר״ת דאפי׳ עובר על החרם נקרא חשוד אפי׳ עבר ולא עשה נמי נקרא חשוד ועיין במ״ש בסי׳ ל״ד בס״ד דלא הביאו לשם אלא דעת ר״ת בסתם:

ד ומ״ש וכן הפסול לעדות מחמת עבירה וכו׳. משנה פרק כל הנשבעין ואשמועינן רבותא דאע״פ דאינו חשוד אלא על שאר עבירות אפ״ה חשוד הוא נמי על השבועה מיהו בעבר על של דבריהם אינו נפסל אלא מדרבנן כדלעיל בסי׳ ל״ד:

ה ומ״ש וכן מי שחשוד וכו׳. נמי רבותא אשמועינן דלא תלינן דחייב לו ממקום אחר ודוקא שיש עדים וכו׳: ומ״ש דשמא מלוה ישנה וכו׳. פירוש דלפי שלא נתברר לו אם נתפרע ממנה לגמרי או נשאר חייב לו כלום לפיכך תופס אותו מספק עד שיתברר אבל לא ישבע מספק וה״א להדיא רפ״ק דמציעא אביי אמר חיישינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו ע״ש (בדף ה׳):

ו התובע לחבירו מלוה וכו׳. פי׳ ואף ע״פ שמביא עדים שהרבה מעות ראו תחת ידו בביתו בשעה שכפר אפילו הכי איכא למימר אשתמוטי קא משתמיט דשמא צריך להוציא משא״כ בפקדון:

ח וכתב הרמ״ה אבל אי ניחא ליה לתובע וכו׳. עכ״ל סוף סימן פ״ז כתבתי שזאת היא ג״כ דעת רב אלפס בתשובה והכי נקטינן:

ט תשובה לא״א הרא״ש וכו׳ נראה מבואר דדוקא כשאין כאן עדים שאומרים לפני ב״ד שאינן רוצים להעיד עד שיתנו חרם בב״ה אבל אם התובע מביא עדים והב״ד שואלין אותם אם יודעין שזה הוא חשוד ומשיבין אין אנו רוצי׳ להעיד עד שיתנו חרם בב״ה מודה הרא״ש שמחרימין על זה אבל אם התובע אומר שיש לו עדים ואינן רוצין להעיד עד שיתנו חרם בב״ה ואינו מביאם לפני ב״ד אין שומעין לו ואע״פ דמתשובת הרשב״א שהביא ב״י כאן ופסק כך בש״ע סעיף ו׳ משמע דלתובע שומעין אע״פ שלא הביא עדים לפני ב״ד וכ״כ בספר בדק הבית לא נהירא וכך מבואר בתשובת הרשב״א גופיה שהביא ב״י בסימן כ״ח סעיף ד׳ במחודשי׳ וילמד סתום מן המפורש דגם תשובת הרשב״א שהביא ב״י כאן לא קאמר דשומעין לתובע אא״כ שהביא העדים בפני ב״ד ואמרו שאינן רוצין להעיד אא״כ יחרימו סתם בב״ה כל מי שיודע שהוא חשוד יבוא ויעיד והכי נקטינן ודלא כמשמעות הש״ע וכה״ג פירש ר״י בפ״ב דכתובות בעובדא דמרי בר איסק דדוקא כשהביא עדים לפני ב״ד והתבאר לעיל בסי׳ כ״ח סעיף ו׳ עיין שם:

י מי שנתחייב שבועה והוא חשוד וכו׳. כתבו התוס׳ פ״ק דמציעא (דף ה׳) וכן בפ׳ השואל (דף צ״ח) בד״ה מתוך שאינו יכול דמה שתקנו בחשוד שכנגדו נשבע ונוטל ולא אמרינן דמחוייב שבועה הוא וא״י לישבע ויטול הלה בלא שבועה כי היכי דאמרינן בנסכא דר׳ אבא ובחמשין ידענא וחמשין לא ידענא משום חיותא דחשוד תקנו כך שכל אדם רע יגלגל עליו שבועה ויטול כל אשר לו וכך נראה בתוס׳ דפ׳ הנשבעין ובאשיר״י לשם וכך הוא בהגהת אשיר״י פ״ק דמציעא וכך הוא מבואר בפרש״י לשם מכל זה מבואר דאפי׳ היה יודע שהוא חשוד כשהלוה לו או כשהפקיד אצלו נמי שכנגדו נשבע ונוטל ודלא כמ״ש בהגהות מרדכי ריש פ״ק דמציעא וכ״כ ב״י ע״ש הראב״ד שהביא רבינו ירוחם בנ״ל דדוקא כשלא היה יודע וכו׳ דליתא והכי מוכח בדברי ה׳ המגיד שכתב בפ״ב מטוען בדין היה החשוד שומר שהכריע כדברי הרמב״ם וכתב ז״ל ואני אומר לדבריו כל חשוד דמקבל פקדון חייב באונסים וכו׳ ואי כדברי הראב״ד מה בכך הלא כיון שיודע שהיה חשוד אין מהפכין השבועה אשכנגדו אלא ודאי אין חילוק והכי נקטינן וה״א להדיא בתשובת אשיר״י כלל י״א דין א׳ עיין שם והרב בהגהות ש״ע כתב שתי הסברות ולא הכריע ולי נראה דסברת הראב״ד והגמ״ר דחויה היא כדפרישית: ואם שניהם חשודין וכו׳. יש לתמוה דבפרק הנשבעין משמע מדברי הרא״ש שפסק כר״נ דאמר יחלוקו וכמ״ש רבינו בשמו ובפרק הכותב העתיק הרא״ש דברי התוס׳ בשם ר״י שכתב וז״ל דהיינו חומרא דש״ח אליבא דר׳ אבא דאמר חזרה שבועה למחוייב לה והלכתא כוותיה דמתוך דאינו יכול לישבע משלם וכו׳ מבואר מדבריו דס״ל כדפסק רב אלפס ואפשר דס״ל לרבינו דמשמע דברי הרא״ש בפ׳ הנשבעין הוא עיקר דלשם הוא הגוף אבל בפ׳ הכותב לא הובאו הדברים אלא אגב גררא: ומ״ש ולא אמרינן וכו׳. ה״א בפ׳ הדיינים (שבועות דף מ״א) וריש פ״ק דמציעא (דף ה׳) תקנתא לתקנתא לא עבדינן: (יא יב) וכתב הרמב״ם שומר שהוא חשוד וכו׳ וה״ר ישעיה כתב נראה לפרש וכו׳ עד וכן דעת הרמ״ה עכ״ל. נראה לפע״ד דהר״י והרמ״ה ס״ל דמדינא בחשוד נמי אין שכנגדו צריך לישבע אלא נוטל בלא שבועה דמתוך שאין הנתבע יכול לישבע משלם אלא משום דא״כ לא שבקת חיים לכל החשודים דכל העולם יביאום לידי שבועה ויטלו כל אשר להם לפיכך תיקנו דשכנגדו נשבע ונוטל וא״כ לפי זה בשומר שהוא חשוד דליכא למימר לא שבקת חיים דמי יכריחנו שיקבל עליו להיות שומר א״נ השבועה לא הגיע על השומר אלא ע״י המאורע שנאבד הפקדון או נגנב לא תקנו בו כלום אלא העמידו על דין תורה דמתוך שאין הנתבע יכול לישבע משלם אבל הרמב״ם ס״ל דלא קיי״ל מתוך שאינו יכול לישבע אלא בנסכא דר״א ובחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דא״ל שבועה דאורייתא אית לי עליך או תשבע או תשלם אבל בחשוד דברצון הוא נשבע אם נניחנו ולכך לא ישלם וכאידך שינויא דתוס׳ פ״ק דמציעא וא״כ בשומר שהוא חשוד נמי לא ישלם דלא אמרינן גבי חשוד מתוך דלא תקנו אלא דשכנגדו נשבע והכא דאי אפשר כיון דטוענו ספק פטור השומר לגמרי ובש״ע פסק כהרמב״ם:

יג מי שנתחייב שבועה מדבריהם וכו׳ וכתב רב אלפס שהנתבע פטור בלא שבועה. תימה דבפרק הכותב כתב הרא״ש והר״ן משם הרי״ף בתשובה דכי אמרי׳ תקנתא לתקנתא לא עבדינן היינו דוקא בשבועת היסת אבל לא בשבועת המשנה דנשבע ונוטל דאם הוא חשוד נשבע הלה ונפטר וכ״פ רבינו בא״ע סימן צ״ו ולא כתב חולק על זה. ונראה ודאי דבאלמנה דוקא דשטר כתובה בידה ומדינא נוטלת בלא שבועה אלא דחכמים החמירו עליה לישבע אם היא חשודה אינו נפטר הלה בלא שבועה אבל בשאר נשבעין ונוטלין כשכיר ונגזל דמדינא אין נשבעין ונוטלין אלא שתקנת חכמים היא דנשבעין ונוטלין אם הן חשודים פטור הנתבע בלא שבועה וקרוב לומר דמהך תשובת רב אלפס לגבי אלמנה למד רבינו לכתוב כאן בשם רב אלפס דהנתבע פטור בלא שבועה דמשמע ליה מתוך תשובתו דלא אמר הרב אלא דוקא באלמנה ששטר כתובתה בידה וכדפרישית והרב ב״י כתב דעת הרי״ף לא ידענא היכא איתיה ואפשר שכתב כן בתשובה עכ״ל ולמאי דפי׳ ניחא. ומ״ש וכתב עוד שבפוגם שטרו וכו׳. צריך עיון בדברי הרא״ש והר״ן פרק הכותב שכתבו ע״ש הרי״ף בתשובה דנראה משם דבפוגם שטרו והוא חשוד נשבע הנתבע כעין דאורייתא ונפטר והשתא ג׳ מחלוקות בדבר ונראה דהכי נקטינן כהאי סברא דנשבע הנתבע כעין דאורייתא ונפטר וכשהנתבע ג״כ חשוד אמרינן ודאי נוטל התובע בלא שבועה כיון דמדינא הו״ל ליטול בלא שבועה מאחר שהשטר מקוים בידו דבהא כ״ע מודו להראב״ד והרמ״ה והכי איתא להדיא בתוספות פרק הכותב (כתובות דף פ״ח) דדוקא בש״ד דנשבע ונפטר אם שניהם חשודים אמרינן חזרה שבועה למחוייב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם אבל בפוגם שטרו דנשבע כעין דאורייתא ונוטל וכשהתובע חשוד נשבע הנתבע ונפטר וכשגם הנתבע חשוד לא אמרינן דחזרה השבועה למחוייב לה דהיינו התובע ומתוך שאינו יכול לישבע מפסיד אלא אמרינן כיון דמדינא הוה ליה ליטול בלא שבועה דשטר מקויים בידו השתא דשניהן חשודין נוטל התובע בלא שבועה ודוק. עוד כתבו התוס׳ לשם וז״ל א״נ למאן דאית ליה בדאורייתא מפכינן ובדרבנן לא מפכינן וכו׳ פי׳ דאם הוא חשוד דמפכינן השבועה אשכנגדו אינו אלא במתחייב שבועה דאורייתא אבל בדרבנן לא מפכינן אשכנגדו כגון פוגם שטרו אם התובע הוא חשוד נוטל התובע בלא שבועה וכדעת הראב״ד והרמ״ה מיהו נראה עיקר כדעת האלפסי והרמב״ם וכפירוש הראשון דאף בדרבנן מפכינן דנשבע הנתבע ונפטר ובשניהם חשודים נוטל התובע בלא שבועה נ״ל. כתב רבינו בסימן צ׳ בשם רבינו ישעיה החשוד שנתחייב היסת פטור בלא שבועה מ״מ מחרימין סתם על מי שכפר ממון חבירו ואינו משלם לו עכ״ל ובהגהות מרדכי השניות בפ״ק דמציעא דיכול לומר החשוד השבע וטול עכ״ל פירוש ואז לא יכול התובע להחרים על החשוד חרם סתם שהרי אם בא לקבל חרם סתם היה פטור מלשלם והוא דבר פשוט:

יד כתב הרמב״ם היה החשוד מן הנשבעין בטענת ספק וכו׳. אע״ג דגדולה מזו כתב רבינו בשמו בסמוך בשומר שהוא חשוד דחייב ש״ד דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם כ״ש בנשבעין בטענת ספק מתקנת חכמים מכל מקום כתב כאן דין זה בשם הרמב״ם לומר דבהא ליכא מאן דפליג מה שאין כן בשומר שהיה חשוד דפליג עליה הר״ר ישעיה. אכן בספרי הרמב״ם פ״ב מטוען כתב בלשון אחר וז״ל היה החשוד מהנשבעין בטענת ספק אינו נשבע ואין שכנגדו נשבע לפי שלא נתחייב זה שבועה מן התורה ולפי שאין התובע טוענו טענת ודאי כדי שישבע על טענתו עכ״ל נראה דתרתי קאמר חדא דאפילו טוענו ודאי אין שכנגדו נשבע ונוטל דאף ע״פ דבנשבעין ונוטלין אם הוא חשוד הנתבע נשבע ונפטר מ״מ בנשבעין בטענת ספק דתקנו דנשבעין ונפטרים אפילו בטוען ודאי אם הם חשודין לא אמר דמהפכינן ונשבעים ונוטלין מיהו היפוך ברצון הנתבע ודאי לאו תקנתא לתקנתא הוא וכדכתב סמ״ג (דף ק״פ ע״ג) ומהפכינן אם טענו ודאי מכל מקום אם טענו ספק אפילו היפוך ברצון הנתבע נמי לא מהפכינן ועל זה קאמר הרמב״ם ולפי שאין התובע טוענו ודאי וכו׳ ודוק. וזה שאמר הרמב״ם דבטענו ודאי אין שכנגדו נשבע ונוטל היינו דוקא לפי שיטתו דסבירא ליה להרמב״ם דהנשבעין בטענת ספק לא בעינן הודאה במקצת דאילו לפירוש רש״י דבעינן בהו נמי טענת שתי כסף ופרוטה והודה בפרוטה וכופר בב׳ כסף א״כ בטענו ודאי והנתבע חשוד פשיטא דשכנגדו נשבע ונוטל וזה יתבאר בס״ד בסימן שאחר זה:

טו החשוד על השבועה ומוציא שטר על היתומים וכו׳. נראה לי דהא דאיצטריך להך ראיה שכתב גבי מת לוה להראב״ד והרמ״ה איצטריך דסבירא להו דבפוגם שטרו אם הוא חשוד נוטל בלא שבועה כיון ששטר מקויים בידו אם כן הכא נמי כיון ששטר מקוים בידו הוה ליה ליטול בלא שבועה ולכך צריך להביא ראיה מדין מת לוה בחיי מלוה וכו׳ דגם לשם שטר מקויים בידן והמלוה לא היה חייב שבועה אלא מדרבנן ואפילו הכי אמרינן מתוך שאינן יכולין לישבע מפסידין ואין נוטלין. וכתבו התוספות בפרק השואל (תחלת דף צ״ח) וז״ל ושמא הטעם הוא דבעלילה מועטת יש לנו להקל על היתומים שלא להוציא ממון מהם עכ״ל תוספות דאילו להרמב״ם דבפוגם שטרו אם הוא חשוד נשבע הלוה היסת ונפטר פשיטא הוא דבמוציא שטר על היתומים נמי כיון דחייב שבועה אם הוא חשוד יפסיד ולא היה צריך לראיה זו דמת לוה בחיי מלוה וק״ל:

סימן צג

א אלו נשבעין בטענת שמא וכו׳. משנה בהנשבעין: ומ״ש והאפטרופסין פירש״י אפוטרופוס שמינה אדם בביתו וכו׳. ז״ל ר״י אבל בנכסי יתומים פלוגתא דתנאי היא בהניזקין עכ״ל נראה דה״ק כיון דכבר איפליגו בה תנאי וכבר קי״ל מי נשבע ומי לא נשבע א״כ לא היו אלו בכלל תקנה זו דלא היתה התקנה אלא על אפוטרופוס שמינה אדם בביתו אלא דרבינו נקט בלשון פי׳ רש״י אליבא דהלכתא דקיימא לן כאבא שאול:

ב והרמ״ה כתב וכו׳. פי׳ הרמ״ה ס״ל כפירוש רש״י דהנשבעים בטענת ספק בעינן הודאה במקצת אבל במינוהו ב״ד ישבע אפילו לא הודה במקצת ובמינהו אבי יתומים לא ישבע כי ליכא הודאה במקצת והשתא שפיר הו״ל אפוטרופוס דמינהו אבי יתומים בכלל תקנה זו דנשבעין בטענת ספק דליתא אלא בהודאה במקצת. ונראה דמה שלא פי׳ רש״י כך משום דס״ל כהראב״ד לקמן בסי׳ ר״ץ דבמינוהו ב״ד דישבע אינו אלא במודה מקצת ומינהו אבי יתומים לא ישבע אפילו במודה מקצת וכיון דכבר קיי״ל דבמינוהו בית דין דישבע במודה מקצת לא היו אלו בכלל תקנה זו וכדפי׳ א״נ רש״י ס״ל סברא שלישית דבמינוהו בית דין ישבע אפילו ליכא הודאת מקצת ומינהו אבי יתומים לא ישבע אפילו איכא הודאה במקצת. כתב ב״י וז״ל והרמב״ם פרק ט׳ משלוחין כתב כרש״י עכ״ל. ותימה שהרי מפורש שם דבאפוטרופסים שמינו אותם בית דין על היתומים קאמר דנשבעין אבל במינהו אבי יתומים אין משביעי׳ ונ״ל דב״י מפרש דברי רש״י דה״ק דמתני׳ דתנן בסתם אפוטרופסין נשבעין מיירי שמינה אדם בביתו דאין לחלק בהן אבל אפוטרופסין של יתומים איכא לחלק בהן דמינוהו ב״ד ישבע מינהו אבי יתומים לא ישבע והשתא ניחא דהרמב״ם כתב כרש״י דלא כהרמ״ה דכתב איפכא: ומ״ש או שהושיבה בעלה חנונית. פי׳ לדעת רב אלפס בפ׳ הכותב אף בחיי הבעל משביעה כל זמן שירצה אבל לר״ת ור״ח והסכים עמהם הרא״ש לשם דוקא כשבאה לגבות כתובתה כשנתגרשה או נתאלמנה משביעה על כל מה שנתעסקה בבית בעודה תחתיו עיין באשיר״י פ׳ הכותב (דף קמ״א ע״ב) ובא״ע סימן צ״ז:

ג ומ״ש ובן הבית פי׳ אחד מן האחים וכו׳. כך פרש״י ור״ל בן בית דומיא דאחד מן האחים שמתעסק תמיד בבית דמורה היתרא אבל בן בית דמתעסק באקראי לא מורה היתרא ואין משביעים אותו ומ״מ בסעיף ח׳ הביא רבינו דברי הרמב״ם במשלח ביד חבירו וכו׳ דכיון דאינו בן בית אפילו באקראי מורה היתרא ומשביעין אותו נ״ל ודו״ק:

ד ומ״ש ומיהו אינן נשבעין בטענת ספק וכו׳. מימרא דרב נחמן בהנשבעין: ומ״ש וה״ר ישעיה כתב שנשבעין אפילו בכופר בכל שהוא. ב״י פי׳ דהר״י פוסק כשמואל דלא בעינן כפירת ב׳ כסף אלא אפילו לא כפר אלא פרוטה חייב שבועה ותימה לפי פירושו למה לא הביא רבינו דברי הר״י למעלה בריש סי׳ פ״ח לאורויי דחולק הוא על הגאונים דפוסקים כרב אלא ודאי דהר״י נמי ס״ל הלכתא כרב אלא דהכא בנשבעין בטענת ספק ס״ל דלא בעינן הודאה בשום דבר אלא אפי׳ בכופר בכל מה שהוא חושדו נמי חייב לישבע אם תבעו בב׳ כסף כדאיתא בפרק הנשבעין להדיא דבעינן לפחות שיהא חושדו בב׳ כסף ואשכחן בתלמודא נמי כי הך לישנא בפרק שבועת העדות (שבועות דף ל״ב) דקאמר התם דבשבועת הפקדון לא בעינן דאמר ליה התובע תן לי פקדון שיש לי בידך אלא אפילו לא אמר הוא אלא אחר א״נ רץ אחריו נמי חייב דוכחש בעמיתו כתיב כל דהו פי׳ כל שהוא מכחש בין ע״י התובע בין ע״י אחר ואפילו רץ ולא אמר כלום וה״נ פי׳ דברי ה״ר ישעיה כאן שאמר אפילו בכופר בכל שהוא הכי פירושו אפילו בכופר בכל שהוא חושדו ואינו מודה אפילו בפרוטה נמי חייב לישבע והוא דעת הר״י הלוי שהזכיר הר״ן ודעת הרמב״ם כדכתב ב״י וגם כתב שכך נראה דעת הרי״ף והרא״ש ומ״מ רבינו ס״ל דפי׳ רש״י והרמ״ה עיקר ולא הזכיר דעת הרי״ף והרא״ש בזה לפי שדבריהם סתומים:

ה כתב הרמב״ם מכאן הורו רבותינו וכו׳ עד שאין אומרים מגו לפטור משבועה. בפ״ט דשלוחין פי׳ שאם היה טוען לא היה שותפו מעולם לא היה חייב שבועה כל עיקר כדלקמן סעיף ט״ז בסימן זה דאפילו שבועת היסת אינו יכול להשביעו ואפילו הכי אין אומרין מגו לפטור משבועה ועל זה נחלק הרא״ש אבל אם היה חייב שבועת היסת בטענה אחרת ובטענה שהוא טוען עכשיו חייב שבועה כעין דאורייתא אף האשיר״י מודה דלא אמרינן מגו לפטרו משבועה חמורה וכדעת הגאונים שכתב רבינו בסימן ע״ב סעיף י״א ואע״פ שכתב לשם דהראב״ד נחלק עליהם מ״מ בסוף סימן פ״ט בדין אומן פסק רבינו כדעת הגאונים בסתם והוא לפי שהרא״ש בפרק הנשבעין כתב דברי הגאונים בלא מחלוקת משמע דהכי ס״ל וכדכתב ב״י לשם:

ז ומ״ש ולא נהירא לא״א הרא״ש ז״ל. כ״כ בריש הנשבעין וכך הוא דעת מהר״ם במרדכי פ׳ החובל בדין שבועת אשת איש וז״ל דכיון דאי אמרה לא הלויתני וכו׳ לא היינו משביעין אותה כיון דאין לה לשלם השתא נמי אין משביעין אותה כו׳ במגו דאי בעיא אמרה לא הפקדת אצלי וכו׳ אלמא להדיא דס״ל למהר״ם דשפיר אמרינן מגו לפטור מן השבועה וכך הוא דעת התוספות בפרק השואל (דף צ״ז) בד״ה ביום שהיתה שכתבו וא״ת והיכי מגלגלין שבועה לעולם דאפילו כשנתבע טוען ודאי יהא נאמן במגו דאי בעי אמר איני יודע ונדחקו ביישוב קושיא זו ואי ס״ל דלא אמרינן מגו לפטור משבועה לא היה קשה כל עיקר אלא ודאי דס״ל דשפיר אמרינן מגו לפטור מן השבועה ונראה ודאי דאין דעת רבינו לומר דלהרא״ש נאמן כאן לומר לא גזלתי

כלום במגו דלא נשתתפתי עמך מעולם דהא ודאי ליתא כיון דהוי מגו דהעזה וכדלעיל סימן פ״ט סעיף ה׳ בשר״י וכן לקמן ריש סימן רצ״ו בדברי הרא״ש גופייהו דלא אמרינן מגו היכא דהוי העזה אלא ה״פ דלא נהירא להרא״ש דאי סברא אלא ודאי שעיר. אמרינן מגו לפטור משבועה היכא דשתי הטענות שוות שאין בהם העזה או שיש בשניהם העזה לאפוקי מדעת הרמב״ם דבכל ענין אין אומרים מגו לפטור משבועה וע״ל בסימן צ״ו סעיף ז׳ ובמ״ש לשם וכל זה דלא כמ״ש מהרו״ך:

ח המשלח וכו׳ אע״פ שאינו נותן לו שכר. כ״כ הרמב״ם לשם. ונראה דקסבר דהיכא דנותן לו שכר איכא למימר טפי דמורה היתרא שאין מקבל שכר כראוי לפי טרחו דמתחלה כשקצב לו שכר כך וכך עלה בדעתו שלא יהיה לו טורח כל כך אבל אם מתחלה קיבל על עצמו לעשות בחנם ה״א דלית ליה להורות היתר לעצמו ליקח לידו שכר טרחו כיון דמעיקרא לא ביקש שום שכר ולהכי קאמר אע״פ שאינו נותן לו שכר וכו׳ אבל למאי שכתבו התוספות בהנשבעין והביאן ב״י נראה הסברא בהיפך ע״ש וע״ל סעיף ב׳ במ״ש בדין בן בית.

ט השותפין שנושאין ונושאין וכו׳. גם זה ברמב״ם לשם ונראה דמה שחושדין גם אותו שאינו נושא ונותן אע״ג דליכא למימר דמורה היתרא דלוקח בשביל שכר טרחא כיון שאינו נושא ונותן מ״מ מורה היתרא בשביל הטורח שמפקיד הסחורה או המעות אצלו אי נמי לפי שנראה לו שחבירו מורה שלא כדין ולפיכך מורה היתרא לפי שטורח במשא ומתן לבדו ולוקח מן השותפות בשביל שכר טרחו גם הוא התיר לעצמו ליקח מן השותפות כנגד מה שלקח חבירו ולפי טעם זה ניחא שהוצרך לפרש דאם השני לא נתעסק כלל אין נשבע אלא שזה שנשא ונתן משום דהו״א דגם הוא מוסר נפשו ליקח בסתר ובגנבה מממון חבירו כנגד מה שלקח חבירו מן השותפות דמורה גם הוא היתרא שאין זה גנבה אלא תשלומין על מה שלקח חבירו תחלה קמ״ל דעל זה לא היתה התקנה לישבע כיון שלא נתעסק כלל:

י חלקו השותפין וכו׳. משנה בהנשבעין:

יא ומ״ש והרמ״ה כתב וכו׳. הכי איתא בנוסחאות המדוייקות והרמ״ה כתב מדנקט חלקו השותפין והאריסין ולא נקט חלקו סתמא וכו׳ ומלשון המשנה קדייק מדלא קתני חלקו סתמא אלא תני חלקו השותפין והאריסין ולפ״ז צריך לפרש דבן בית לא מיירי באחד מן האחין שנוטל חלקו בירושה אלא אח מאם קאמר שאין לו חלק בירושה והרי הוא שאשה והאפוטרופא וכיוצא בזה שאין להם חלק בממון כל עיקר אי נמי בן בית שאינו אח קאמר ודלא כפירוש רש״י ורמב״ם לפי נוסחת רבינו ברמב״ם שכתב ונתפרדו האחים וכו׳ אבל בנוסחא שלנו ברמב״ם לא כתוב אח כלל אלא בן בית והב״י היה לפניו ספר רבינו בטעות וכתב מה שכתב ולא נהירא אלא כדפי׳ עיקר:

טו תבע אחד מהם וכו׳ עד אינו יכול להשביעו בטענת ספק וגם אינו יכול להשביעו היסת וכו׳. הרמב״ם פרק עשירי דשלוחין פירש מאחר שהנתבע טוען כבר חלקנו וכו׳ לאו כל כמיניה דתובע לומר לא חלקנו ולהשביעו כעין דאורייתא מספק שלא עכב משלו כלום וגם אינו יכול להשביעו היסת על טענה זו שטוען חלקנו או לא נשתתפנו אפילו על ידי גלגול כיון דאפילו אם יודה בה לא יתחייב אלא שבועה דרבנן ותקנתא לתקנתא לא עבדינן והא דכתב רבינו בסי׳ פ״ז סעיף מ״ב ע״ש רב האי דנשבע היסת על שנשבע ש״ד דהיינו דוקא ש״ד ממש כגון דמודה מקצת והעדאת ע״א אבל לא בשבועה דרבנן שהיא כעין דאורייתא:

יז טענו עדיין שותפי אתה ונשאר לי אצלך כך וכך וכו׳ עד או שלא היה שותפו מהטעם שאמרנו. כל זה ברמב״ם לשם פי׳ דטענו ברי לי שנשאר אצלך כך וכך ואם היה מודה בה חייב ממון א״כ חייב הנתבע לישבע שאין לו עליו כלום ומגלגל עליו שלא גזלו מעולם ואיכא למידק הלא בסמוך סעיף י״ב כתב נמי אע״פ שחלקו אם יש עליו טענה משביעו עליה ומגלגל עליה השאר וכו׳ ולמה הוצרך לחזור ולכתבו כאן ונראה בעיני דלעיל דמודה שחלקו א״נ איכא עדים שחלקו אם אין עליו אלא טענה שחייב עליה היסת מגלגל עליה השאר ואין נשבע אלא היסת אבל כאן שטען עדיין שותפי אתה ונשאר לי אצלך כך וכך כיון שמצד אותו השותפות טענו בכך וכך אע״פ שזה אומר כבר חלקנו נשבע כעין דאורייתא שאין לו עליו כלום ומגלגל עליו שלא גזלו מעולם מיהו ברמב״ם פ״ו מה׳ שלוחין כתב להדיא בדין זה דנשבע היסת אבל רבינו שלא הזכיר היסת נראה שכך היתה נוסחתו בספרי הרמב״ם ואפשר לפרש דנשבע כעין דאורייתא וכדפרישית ובש״ע העתיק לשון הרמב״ם דנשבע היסת:

יח ומה שאמר רבינו וכן יש שאלה וכו׳. כבר תמה ב״י דמאי וכן. אכן זכינו לכתיבת יד לכל תשובת הרא״ש ובתשובה זו כתוב כך בשאלה וטען ראובן ימציא לי הל׳ זהובים שיהיו ואני אשבע ושמעון השיב לא אמציא לך המעות כי איני מודה לך בטעות אלא תשבע שלא ריציתי אותך ואז אעמוד עמך בדין אם טעיתי אם לאו תשובה הדין עם ראובן היאך ישבע שבועה לבטלה אלא ישבע שמעון וכו׳ וכך הוא נדפס בויניציאה שנת ה׳ שס״ז והשתא שפיר קאמר וכן יש שאלה שאלה דמכוונת עם מה שכתב הרמב״ם דאין יכול להשביעו שכבר חלקו או שמעולם לא נשתתפו דאפי׳ אם יודה בה אינו

חייב ממון אלא שבועה והוא שבועה לבטלה דכך פסק הרא״ש שאין יכול להשביעו שלא ריצה אותו מאחר דאפילו לא ריצה אותו עדיין לא יתחייב לו הממון אלא ידין עמו על מה שטען טעיתי ולא יתחייב לו אלא שבועה א״כ הויא שבועה ראשונה לבטלה:

יט טען עדיין שותפים אנחנו וכו׳ עד הוחזק כפרן לשבועה זו. גם זה מדברי הרמב״ם לשם ור״ל אף על פי שהנתבע רוצה לישבע שכבר חלקנו אין שומעין לו שכבר הוחזק כפרן במה שטוען כדי לפטור עצמו משבועת השותפין אלא חייב לישבע שבועת השותפין שהרי לא הוחזק כפרן בממון ולפי זה מ״ש תחלה ומגלגל עליו שלא גזלו מעולם אבל אינו מגלגל עליו שלא היה שותפו או שכבר חלקו היינו דוקא אם אין הנתבע רוצה לישבע שבועה זו שלא היה שותפו או שכבר חלקו אבל אם גם הנתבע רוצה לישבע שבועה זו נשבע שבועה זו ע״י גלגול ואינו מגלגל עליו שלא גזלו:

כ כתב הרמב״ם ראובן שהטיל לכיס ת׳ זהובים וכו׳ עד ולא ישלם שמעון כלום. שם ופירוש לפי שראובן אינו נשבע ונוטל ושמעון אינו יכול לישבע כיון שאינו יודע אם אמת הוא שנפחת: ומ״ש טען ראובן ששמעון ידע ודאי בפחת זו שפחתו יגלגל על שמעון וכו׳. פי׳ כיון ששמעון עסק ג״כ בשותפות חייב שבועת שותפות ויגלגל עליו גם את זו ותימה למה צריך לטעון שיודע בודאי הלא מגלגלין אפילו בטענת שמא על שמא כמ״ש בריש סימן צ״ד וי״ל דהיינו בדאיכא רגלים לדבר כמו בסוטה אבל הכא מסתמא כיון שהממון כולו ביד ראובן אין שמעון יודע בודאי בפחת זה ומש״ה כתב נמי בסמוך אבל אם טען שמעון שראובן יודע בודאי שזה החוב שעלי מחמת השותפות הוא וכו׳ דהיינו בדליכא רגלים לדבר אבל מדברי ב״י כאן ולקמן בסימן צ״ד נראה דמפרש דעת הרמב״ם דבכל שמא מגלגלין אפילו ליכא רגלים לדבר ולפיכך נדחק בפי׳ להרמב״ם ולא נהירא דא״כ לא הו״ל לרבינו לכתוב כאן דברי הרמב״ם בסתם אלא ודאי דאף להרמב״ם אין מגלגלין אלא בדאיכא רגלים לדבר וכך הוא דעת רוב הגאונים ולהכי כתב כאן דראובן טוען דשמעון יודע ודאי בפחת דמיירי בדליכא רגלים לדבר וההיא דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע דנשבע היסת דאינו יודע ולא מצריכינן שיטעון התובע אתה יודע שלוית ממני היינו לפי דמסתמא ידע ודאי שלוה ממנו וכן לגבי יורש מסתמא ידע במילי דאבוה וא״צ שיטעון אתה יודע שאביך חייב לי מנה דמסתמא ודאי ידע כדלקמן בסימן ק״ח סעיף ב׳ אבל בשותפין שהאחד מתעסק ונושא ונותן על הרוב והשני לא היה מתעסק כל כך מסתמא אינו יודע בפחת שנפחת ביד חבירו ואינו חייב לישבע אא״כ טענו אתה יודע בודאי בפחת זה: ומ״ש ולא עוד אלא היה המנה הנשאר ביד שמעון חולקים אותו בשוה. איכא למידק הלא בר״פ שור שנגח את הפרה אמרינן אליבא דחכמים דקיי״ל כוותייהו לגבי סומכוס דזה כלל גדול בדין המע״ה אפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא וא״כ ה״נ אף ע״ג דראובן טוען ברי שהפסיד ת״ק ושמעון טוען שמא הו״ל ראובן המע״ה וכדמשמע להדיא לקמן בסימן קל״ט וסימן רכ״ג וי״ל דהשותפין שאני דהמנה שביד שמעון מוחזק בו ראובן כמו שמעון דכל דבר שהוא משל שותפות אין אומרים בו המע״ה כדאיתא פ״ק דבתרא גבי שותפין שבנו את הכותל ע״ל בסימן פ״ב ולקמן בסימן קע״ט וכיון דשמעון אינו יכול לישבע להחזיק מה שהוא תחת ידו כיון שאינו יודע חולקין אותו בשוה אבל ראובן דיכול לישבע אם היה המנה נשאר בידו נוטל ממה שתחת ידו בשבועה אע״ג דידוע היה שהוא משל שותפות ושניהם מוחזקין בו בשוה: וכתב עליו הראב״ד וכו׳. טעמו דאע״פ דאמר שמואל בפרק מי שהיה נשוי ב׳ שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים השכר לאמצע לא נלמד מזה דהפסד נמי לאמצע דשכר הוי טעמו כדאיתא בירושלמי עד דאת תיזיל ומזבן חדא זימנא אנא איזיל ומזבן עשרה זימני משא״כ בהפסד הילכך כל אחד מפסיד לפי מעותיו מיהו רש״י והאלפסי בפרק מי שהיה נשוי כתבו בפירוש דכל אחד מפסיד החצי וכך הוא דעת הרמ״ה עיין לעיל בסימן קע״ו ס״ח ובמ״ש לשם בס״ד. ואיכא למידק בלישנא דהראב״ד שאמר אלא שאינו הדין שישלם שמעון כלום בכל גרעון שיהיה שם וכו׳ דמשמע דבא לומר שלא יתחייב כלל וזה היפך סוף דבריו דכתב דמפסיד לפי מעותיו ועוד מאיזה טעם לא יתחייב בכלום ועוד האריכות דברים שחזר ואמר ואינו כן ובתחלה אמר גם כן אלא שאינו הדין וכו׳ ונראה ליישב דתחלה השיג לפי דרכו של הרמב״ם דגם ההפסד לאמצע מ״מ אינו הדין שישלם שמעון כלום בכל גרעון שיהיה שם אף ביותר ממה שהטיל לכיס כגון זה שהטיל ר׳ ומחצה הגרעון ר״ן אפילו היה מודה שנפחת ת״ק שאינו הדין שישלם מביתו עוד חמשים כיון שלא קבל אחריות לזה בפירוש וכך הוא סברת הרמ״ה ע״ל בסימן קע״ז ס״ח אח״כ השיג עליו ואמר ואינו כן וכו׳ כלומר תחלה יש להשיג ע״פ דרכו אבל דרכו אינו אמת אלא כ״א מפסיד ממה שהיה לו וכו׳ עד נשאר לשמעון באותו המנה ל״ג והשאר לראובן והוא דכיון דכל מה שהוא ביד אחד מהשותפין הוי ראובן מוחזק בו ב׳ חלקים ושמעון אינו מוחזק בו אלא חלק אחד וכיון דשמעון אינו יכול לישבע על מה שהוא תחת ידו א״כ נשאר לשמעון באותו המנה שבידו ל״ג והשאר לראובן:

כא ומ״ש וכתב עוד הרמב״ם טען שמעון וכו׳ אבל אם טען שמעון שראובן יודע בודאי שהחוב שעלי מחמת השותפות הוא וכו׳. דאלמא דאם ראובן מודה לשמעון דחייב לשלם מחצה החוב היינו דוקא לגבי תביעת שמעון שותפו אבל לוי לא מצי לגבות מראובן כיון שלא לוה ממנו כלום ולא נשתעבד כנגדו לא הוא ולא נכסיו כדכתב רבינו ע״ש הרא״ש למעלה בסי׳ ע״ז ס״ג:

כב ומ״ש הרמב״ם עוד לוי נפטר בהודאת שמעון. ה״ט דכיון דהימניה ראובן לשמעון שיהא מתעסק בממון השותפות והלוה ללוי וחזר והודה שקיבל מידו הפרעון נפטר לוי בהודאת שמעון אם השטר ביד שמעון דכיון דשמעון בעל דברים דלוי וראובן הימניה לשמעון הילכך שמעון נאמן בהודאתו דלא זכה ראובן בזה השטר כלל אבל אם השטר ביד ראובן א״כ כבר זכה ראובן בו ואין שמעון נאמן להפסיד בהודאתו חלקו של ראובן אבל לקמן בסימן ק״ח סעיף י״ד שכתב רבינו בשם הרא״ש דכל שותפין של עסק אין כח ביד אחד להפסיד כלום לחבירו בהודאתו אפילו היה השטר בידו אין זה אלא דוקא היכא דלא הימניה חד לחבריה אלא שנעשה השטר חוב מתחלה מדעת שני השותפין אי נמי האחד עשה החוב והודיע לחבירו שזכה בו גם חבירו דומיא דיורש שהיה בידו שטר של אביו ואמר לי צוה אבא שהשטר פרוע דאינו נאמן להרא״ש כיון דכבר זכו בשטר כל האחים מיד אחר שמת האב ונפלו נכסיה קמי יתמי דאיירי ביה התם ולא הימניה חד לחבריה הילכך אין האחד נאמן להפסיד לחבירו כלום בהודאתו:

כג שאלה לא״א הרא״ש ז״ל וכולי עד סוף הסימן. הכל כתב רבינו לקמן סימן קע״ו סעיף ל״ו ל״ז ול״ח ונראה דדוקא בתביעה הראשונה דראובן כבר הוצרך לעשות שטר עליו לתועלת השותפין חייב גם שמעון לחזור ולעשות עליו שטר לראובן משא״כ בב׳ תביעות האחרונות דא״צ לעשות שטר עליו יותר מראובן עצמו אלא סגי כשיודה בפני העדים ונפקא מינה דבשטר איכא שיעבוד נכסים וזיילי נכסיה ולא ניחא ליה לאינש דליפשו שטרי עליה אבל בהודאה בפני עדים אין בו דין שטר ושיעבוד נכסים כלל:

כו עוד אירע וכו׳ עד הדין עם ראובן ויטול אחיו חלק בריוח כפי חלקו במעות עכ״ל. איכא למידק ולמה הוא נאמן להרויח לאחיו ולומר שעשה לתועלת השותפות ואפשר כיון דשמעון אינו יודע וראובן טוען ברי שלתועלת השותפין עשה הוא נאמן דלא גרע אחיו מראובן עצמו אם חושדו שמעון שעשה דבר בעסק השותפות לטובת עצמו והוא טוען דלתועלת השותפות עשה דנאמן ראובן כיון שאין שמעון יכול לברר שאינו כן: היכא שאדם תובע לחבירו בטענה ששמע מפי אחרים שבאה גניבתו לידו אך שאינם כשרים לו להעיד פסק במרדכי פרק הדיינין דחייב לישבע היסת אע״ג דטוענו שמא והביא ראיה מהא דתנן אלו נשבעין שלא בטענה השותפין וכו׳ ע״ש: אם הנתבע מהפך השבועה ואומר לתובע אתה תשבע שתחשדני בכך וכך ונשבע התובע כעין דאורייתא חייב הנתבע לשלם על כל מה שנשבע התובע הרמ״ה בסימן פ״ז סעיף י״ו: כתב ב״י ע״ש תשובת רבני צרפת דאע״פ דבחלקו השותפין יכול לגלגל עליו אם נתחייב לו שבועה ממקום אחר מכל מקום אם פטרו בפירוש אין לו כח אף לגלגל עכ״ל וכ״כ הרא״ש להדיא בפרק הכותב בשם ה״ר שמואל מנרבונא שיש לחלק בין חלקו השותפין למי שפוטר את חבירו בפירוש ע״ש:

סימן צד

ד מגלגלין אפילו שבועה דרבנן על שבועה דרבנן. פי׳ לא תימא דאין מגלגלין אלא כשעיקר השבועה היא חמורה מזו שבא לגלגל עליו כגון טענה דיתחייב בה שבועה דרבנן מגלגלין על שבועה דאורייתא וטענה דאית בה היסת מגלגלין אפילו על שבועה דרבנן וכ״ש על ש״ד אבל בשהן שוות אין מגלגלין קמ״ל דאין חילוק ומגלגלין כגון שהיו שותפין וחלקו ואח״כ נשתתף עמו ולא חלקו דכיון דחייב שבועה דרבנן על שותפות השני מגלגל עליו שבועה דרבנן אף על שותפות הראשון:

ה ׳ חוץ משכיר וכו׳. נראה דפוסק כרב הונא דאמר לכל מגלגלין חוץ משכיר שאין מגלגלין ולאוקימתא דתלמודא ה״ק לכל מגלגלין דאפילו לא טען התובע שיגלגלו עליו יפתחו לו ב״ד גלגול חוץ משכיר שאין מגלגלין כלל אפילו אם טען התובע שיגלגלו עליו ובהכי ניחא דלא קשה דהו״ל למימר לכל מגלגלין חוץ משכיר וכדקאמר רב חסדא לכל אין מקילים חוץ משכיר דה״ק לכל מגלגלין דאפילו לא טען התובע יפתחו לו לגלגל חוץ משכיר שאין פותחין לו אם לא טען התובע ומשום דסד״א אבל אם תבע התובע הגלגול מעצמו אף על השכיר מגלגלין להכי קאמר רב הונא חוץ משכיר שאין מגלגלין לאורויי דאין מגלגלין כלל אפילו אם תבע התובע הגלגול וכל זה דלא כשני הפירושים שכתב הר״י ן׳ מיני״ר שהביא ב״י ע״ש:

ז ומיהו אין מגלגלין אלא כשהנתבע טוען ודאי וכו׳ עד הא לאו הכי לא. כל זה מבואר יפה בתוספות פרק השואל (דף צ״ז) בד״ה ביזם שהיתה ובאשיר״י לשם דילפינן גלגול שבועה מסוטה דטוענת ודאי על עיקר השבועה דברי לה שלא זינתה דאם היתה מסופקת לא היתה שותה ומגלגלין עליה שלא זינתה ארוסה וה״נ מגלגלין על הנתבע כשטען ודאי על עיקר השבועה ואז מגלגלין אפילו בטוען התובע שמא על הגלגול אם היתה טענתו בדבר שדומה קצת אמת כגון טענת שמא דאריסין ושותפין אפילו לאחר שחלקו דדומה קצת אמת דמורה היתרא לנפשיה דהשתא הוה דומיא דסוטה דמגלגל עליה שלא זינתה בעודה ארוסה אע״פ שבא עליה בטענת שמא אלא דאיכא רגלים לדבר שהרי קינא לה עכשיו ונסתרה אם כן יש לחוש שמא ג״כ זינתה בעודה ארוסה אבל טען הנתבע טענת ספק על עיקר השבועה אין מגלגלין עליה כלל. וזה שכתב רבינו אבל על טענת ספק של התובע מגלגלין וכו׳ היינו לומר כשהתובע טוען ספק על הגלגול מגלגלין בדאיכא רגלים לדבר דילפינן מסוטה דאיכא רגלים לדבר בטענת גלגול דשמא זינתה ארוסה

כדפרישית אבל בעיקר השבועה דסוטה אף ע״ג דשמא היא חשבינן לה כטענת ברי כיון דקינא לה ונסתרה ומה שלא ביאר רבינו דמגלגלין שמא על שמא נראה דנמשך אחר דברי התוספות בפ׳ השואל בדיבור הנזכר שכתבו דבשמא על שמא היכא דאיכא רגלים לדבר בטענת גלגול דשמא פשיטא לן דמגלגלין דהו״ל דומיא דסוטה אלא בטענת ודאי דגלגול אפילו בדבר שאינו דומה שהוא אמת קשיא מנלן דמגלגלין אפילו ודאי על ודאי דהא לא הוי דומיא דסוטה ומיישבים התוס׳ דנפקא לן מקראי כדאיתא בקידושין ע״ש והשתא כשכתב רבינו דעל טענת ספק דגלגול של התובע מגלגלין על עיקר השבועה שהיא על טענת ודאי של התובע שמעינן מינה במכ״ש דמגלגלין שמא על שמא וזה שלא כדברי הר״ן שהביא ב״י שכתב ואפילו שמא על שמא וכו׳ ע״ש וקרוב לומר שבכלל מ״ש רבינו אבל על טענת ספק של התובע מגלגלין הוי נמי טענת שמא על שמא מיהו מ״ש אחר זה ובלבד שיהיה רגלים לדבר וכו׳ אינו חוזר אלא על טענת גלגול דאילו בעיקר השבועה לא צריך לפרש דפשיטא דאין ב״ד מחייבין שבועה על טענת ספק של התובע אלא בשומרים ד״ת ובאותן שמנו חכמים השותפין והאריסין וכו׳ אבל בטענת גלגול דהוה אמינא דלעולם מגלגלין הוצרך לפרש דאין מגלגלין אלא בדאיכא רגלים לדבר והיינו דאמר רבינו כמו סוטה וכו׳ דבטענת גלגול דשמא זינתה ארוסה קאמרינן דאיכא רגלים לדבר דמדקינא לה עכשיו ונסתרה יש לחוש שמא ג״כ זינתה בעודה ארוסה אבל בהך טענה דשמא זינתה תחתיו הוה ליה כטענת ברי וכל זה שלא כמ״ש מהרו״ך ומיהו אף בשומרין דמשביעין על טענת ספק דילמא פשע בה ודילמא שלח בה יד מפורש לקמן בסימן רצ״ד ס״ה דאם יש עדים שנגנבה ושלא פשע בה א״צ לישבע שלא שלח בה יד דלא חשידי אינשי בהכי דישלחו יד בפקדון ואין נשבע שבועה זו דשליחות יד אלא ע״י גלגול דשבועה שלא פשע בה ודכוותיה כתב בעה״ת בשער ו׳ דהמלוה יכול להשביעו מספק אפילו במדבר שאין סיפוק בידו לפרוע לו חובו אבל על אבידה ופקדון אין לו להשביעו מספק דמסתמא לא הביאו עמו ומביאו ב״י ריש סי׳ ע״ד אבל ע״י גלגול ודאי מחייבין אותו בשבועה כמו בשליחות יד: הב״י האריך בביאור דברי הרמב״ם במ״ש פ״י מהלכות שלוחין טען ראובן ששמעון ידע ודאי בפחת וכו׳ ומשמע דמפרש דלהרמב״ם אין מגלגלין אלא בטענת ודאי ולא נהירא אלא גם הרמב״ם ס״ל דבטענת שמא היכא דאיכא רגלים לדבר מגלגלין וע׳ במ״ש בסימן הקודם סעיף כ׳:

יא שאלה לא״א הרא״ש וכו׳. כלל ח׳ דין ג׳ וע״ש כי נראה דדעת השואל היה נוטה לדון בזה דין גלגול והוא דהוה ס״ל דמחוייב שבועה ואי״ל כנסכא דר׳ אבא ונ׳ ידענא ונ׳ לא ידענא דקיי״ל דמשלם היינו דוקא כשאין התובע רוצה לקבל שבועה על טענתו אבל כשרוצה לקבל שבועתו ודאי יכול וא״כ כאן שמגלגל עליו ואומר לו אני רוצה לקבל השבועה ממנו על עיקר טענתו וישבע לי גם על הגלגולין או ישלם הכל דהדין עמו והשיב הרא״ש דאין כאן גלגול כי לא נתחייב לו שבועה מעולם אלא תשלומין חייב לו מן התורה דמקרא ילפינן לה שבועת ה׳ תהיה בין שניהם ולא בין היורשין כדאיתא בפרק הנשבעין וא״כ אין כאן גלגול אפילו שניהם רוצים בכך לישבע על הכל דהו״ל שבועת שוא וב״ד מעכבין על ידן שלא ישבע על עיקר השבועה וממילא נשמע מדבריו דאף בלא גלגול אפילו אם התובע רוצה שבועה על טענתו מעכבין על ידן כיון דלא נתחייב לו שבועה אלא תשלומין אבל באותן טענות שבא לגלגל עליו פסק הרא״ש מה יהא דינן דפשוט הוא שאם הן טענות ודאיות נשבע עליהן כדינן היסת או שבועה דרבנן ואם הן טענות ספק פטור משבועה וכבר הזכיר רבינו דין זה בסימן ע״ה סעיף י״א ושהרא״ש הסכים לזה ע״ש ויש לתמוה על דברי ב״י שהעתיק כאן דברי בעה״ת שכתב רבינו בסי׳ נ״ה וכתב עליהם וזה שלא כתשובת הרא״ש וכולי וגם בש״ע כאן כתב ב׳ סברות בזה ולא דק דודאי גם הרא״ש מודה דנשבע על הגלגול כדינו דבטענת ודאי ישבע היסת או שבועה דרבנן ובטענת ספק ליכא אלא חרם סתם אלא שאין כאן גלגול לומר שאם רוצה לקבל ממנו שבועה על עיקר טענתו שישבע גם על הגלגולין דכיון שלא נתחייב שבועה מעולם אין כאן גלגול דב״ד מעכבין על השבועה זו ולכן הביא רבינו תשובת הרא״ש כאן ללמוד מדבריו דאיסור איכא בשבועה זו אפילו שניהם רוצים דאל״כ לא היה שום צורך בתשובה זו דכבר כתב דין זה בביאור בסימן ע״ה ודוק:

סימן צה

א אלו דברים שאין נשבעין עליהם מן התורה וכו׳. משנה פ׳ הזהב ואמר מן התורה כלומר אבל היסת נשבעין עליהן לפי שהיא נתקנה בכל כפירה מאיזה דבר שיהיה וע״ל בסעיף י״ג:

ב ומ״ש ואפילו אם פשעו וכו׳. הכי משמע פשט המשנה ש״ח אינו נשבע וכו׳ דמשמע דלהכי אינו נשבע כיון שאפילו פשע בה פטור ועל שליחות יד לא חשיד כדלקמן בסימן רצ״ד והבאתי אותו בסימן הקודם ס״ח הילכך אינו נשבע כלל: ומ״ש והרמב״ם כתב דבפשיעה חייבים אפילו ש״ח. טעמו דחשיב ליה כמזיק בידים ויש לתמוה בדברי הרמב״ם דנראין דבריו סותרין וע׳ במ״ש בסמוך סעיף א׳ ולקמן ריש סימן ש״א יתבאר עוד בס״ד ע״ש:

ג ומ״ש אבל הרמ״ה וכו׳ והיינו דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. פי׳ דבפרק המקבל תנן המקבל שדה מחבירו והובירה שמין אותה כמה ראויה לעשות ונותן לו שכך כותב לו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא ופי׳ התוס׳ דכיון דהורגלו לכתוב אפילו לא כתב כאילו נכתב דהיינו דתניא

ר״מ היה דורש לשון הדיוט ומפרש הרמ״ה דדוקא בכתב ליה הכי אי נמי הורגלו לכתוב דכיון דלא גזים וקבל עליה בפירוש מדינא חייב לשלומי אבל אי לא כתב ליה הכי ולא הורגלו לכתוב אינו חייב לשלם כל מה שהיתה ראויה לעשות דזה דשלב״ל הוא ואינו חייב לשלם אלא מה שהפסיד שפחת בדמים מה שלא עשה ואפשר דס״ל להרמ״ה דבדלא כתב ליה הכי ולא הורגלו לכתוב נמי כמי שכתב דמי וכדמוכח להדיא בהמקבל בפלוגתא דנהרדעי ורבא בדא״ל אי מובירנא לה יהיבנא לך אלפא זוזי ע״ש (בדף ק״ד) אלא דמ״מ בעינן דקא״ל הכי בעל פה וקבל עליו בפירוש לשלם לו כל מה שהיתה ראויה לעשות אבל הורידו לתוכה סתם ולא הורגלו לכתוב ולא קאמר ליה הכי בעל פה ופשע ולא עברה פטור ולפי שרבינו הבין מדברי ר״י הלוי דבהורידו סתם חייב לשלם כל מה שהיתה ראויה לעשות לכך כתב דהרמ״ה חלוק על זה ורא״ש מדתנן אם אוביר ולא אעביד וכו׳ וכדפרישית מיהו אפשר דהר״י הלוי נמי ס״ל דבסתם דוקא הפסד שפחת בדמים הוא דמשלם ולא יותר וכן פירש הרב המגיד דברי הרמב״ם שכתב דין זה וז״ל הורו רבותי שהמוסר כרמו לשומר וכו׳ דהיינו דוקא במה שהפסיד שפחת בדמים וכו׳ אכן לפעד״נ דהלשון שכתב הר״י הלוי והרמב״ם לא משמע הכי כלל אלא דעתם שצריך לשלם כל מה שהיתה ראויה לעשות וכך הבין מדבריו גם הראב״ד ז״ל בהשגותיו ע״ש וכך הבין רבינו ז״ל:

ה טענו במחובר לקרקע וכו׳ ומדברי א״א הרא״ש יראה שאין נשבעין עליהן אלא היסת דלאו כתלושין דמי. ויש לתמוה דמאין ראה שהרא״ש סובר דאין נשבעין עליהן אפילו אין צריכין לקרקע והלא בפ׳ הדיינין סתם דבריו כלשון האלפסי ולא נתבררה דעת האלפסי בזה דאע״פ שכתב האלפסי בפ״ק דמציעא א״נ דאיתלשו ומשמע דכל היכא דלא נתלשו אפילו עומדין ליתלש שאינן צריכין כלל לקרקע לאו כתלושין דמי וממילא להרא״ש נמי שכתב כלשון זה בפ׳ הדיינין הכי ס״ל הא ליתא מכמה טעמי חדא שהרי הרא״ש ביאר דעתו בפ״ק דמציעא שכתב וז״ל ופירי גבי ב״ח אם הן מחוברין אע״פ שקרובין ליתלש אלא שעדיין צריכין מעט לקרקע כו׳ הרי מבואר דאם אינן צריכין לקרקע כלל כתלושין דמיין ועוד שהרי ה׳ המגיד בפכ״א ממלוה כתב שסבור הוא שאף הרי״ף מודה בזה שאם עומדין ליתלש כתלושין דמו ומ״ש תלושין דרך קצרה אחז כמנהגו וא״כ גם דעת הרא״ש כך הוא ועוד שהרי בפרק האשה שנפלו כתב הרא״ש אמתניתין דנפלו לה כספים כו׳ וז״ל בשם הר״י דאפילו הפירות גמורים שהגיעו ליתלש בכניסתה שלו וביציאתה שלה ואע״ג דקיי״ל דכל העומד ליגדר כגדור דמי ור״ש נמי מודה בהא בפ׳ הכונס גבי אכלה פירות גמורין שאני הכא דאכילת פירות אינה אלא תקנת חכמים וכן תקנו פירות הנלקטים בעודה תחתיו שלו כו׳ והאריך בזה מבואר מדעתו דבעלמא אמרי׳ דפירות גמורים שא״צ לקרקע כתלושין דיינינן להו לכל מילי ונראה לי שרבינו ס״ל דמדהביא הרא״ש סתמא דמתניתין בפרק הדיינין מסתמא דעתו דהלכה כרבנן אלא דס״ל כמו שפי׳ הר״י הלוי דהך מתניתין לא מיתנייא אלא לענין שבועת שומרים דהכי תנן ואלו דברים שאין נשבעים עליהן העבדים וכו׳ ש״ח אינו נשבע וכו׳ ר״מ אומר יש דברים שהם כקרקע ואינן כקרקע ואין חכמים מודים לו כיצד עשר גפנים טעונות מסרתי לך וכו׳ אלמא דמתניתין בשומרים קאמר והתם הוא דכקרקע דמי אבל מ״ש בפ״ק דמציעא ופרק האשה שנפלו לענין שאר דברים הוא דקאמר דכתלושין דמיין ועל כן לאחר שכתב מה שיראה מדברי הרא״ש ושכן פסק ר״ח דכקרקע דמי הביא מה שכתב הר״י הלוי שהוא כמו פירוש כלומר דכבר יש לפרש שגם הרא״ש מחלק בכך ובזה התיישבו דברי הרא״ש דל״ק אהדדי ובזה התיישבו גם דברי רבינו דבסימן קנ״א לגבי ב״ח פסק דהיכא דקרובים ליתלש כקרקע דמו דמשמע להדיא דבפירות גמורים שא״צ לקרקע כתלושין דמו וכך פסק בסימן רנ״ז ובסימן שצ״ד אבל בסימן ש״א בדין שומרים פסק בסתם דכקרקע דמיין ומשמע אפילו פירות גמורים אלא בע״כ דתופס פירוש ר״י הלוי עיקר דבזה התיישבו דברי הרא״ש אלא שיש לתמוה ממ״ש רבינו בסימן קצ״ג דמשמע לשם מדבריו דס״ל דאין לחלק כלל ועוד תימה דבדברי הרמב״ם נמי משמע שמחלק בין שומרין לשאר מילי וכמ״ש הרב המגיד פ״ה דטוען וכן פירש בית יוסף כאן עיין עליהם ואם כן לפי זה לא פליגי הרמב״ם והרא״ש במידי היפך מדברי רבינו דכתב להדיא דפליגי: ומ״ש וכן ר״ח פסק כרבי אליעזר דאית ליה כל המחובר לקרקע כקרקע דמי. כך כתב רשב״ם בפרק המוכר את הבית (בבא בתרא דף ס״ו) וז״ל מדשלח ליה רבי נחמיה כי אתיא הך איתתא לקמך אגבה עישור נכסי אפילו מאיצטרובלי דריחייא אלמא דקיימא לן כרבי אליעזר דכל המחובר לקרקע כקרקע דמי כן פירש ר׳ חננאל והכי פסק אליבא דהלכתא וכן עיקר עכ״ל רשב״ם ובעל העיטור באות ח׳ בדיני חוב בע״פ (דף ס״ב ע״ב) הביאו ויש לתמוה מפני מה תלה ר״ח פסק זה בדברי ר״א דס״ל הכי לגבי כוורת דבורים ולא תלה פסק זה במאי דקיי״ל כרבנן דר״מ בפרק הדיינין וי״ל שדעת ר״ח במה שתלה פסק הלכה זו בהא דר״א היינו משום דמהך דר״א דכוורת דבורים ודרבי אליעזר דדף של נחתומין שמעינן דאפילו בתלוש ולבסוף חיברו נמי כקרקע דמי דומיא דאיצטרובלי דריחייא אבל מהך דהדיינים לא שמעינן אלא גידולי קרקע דוקא דומיא דגפנים טעונות וכו׳ אלא דיש לתמוה טובא דהתוספות פרק הדיינים (שבועות דף מ״ג) ובפרק הכונס (בבא קמא דף נ״ט) ובפרק השואל (סוף דף ק׳) ופרק נערה שנתפתתה (כתובות דף נ״א) בכולם כתבו ע״ש ר״ח דקיי״ל כר״מ דכשאין צריכין לקרקע כבצורות דמיין וכ״כ הסמ״ג בעשה צ״ה (דף קפ״ב ע״א) והגהת מיימוני פ״ה מטוען והמרדכי פרק הדיינים הביאו ג״כ ואפשר לומר דהא דהמוכר את הבית אחרונה היא וחזר בו ר״ח ממה שפסק כר״מ ופסק כר״א:

ו ומ״ש וכתב ר״י הלוי דוקא לענין שומרים וכו׳. נראה דהוה קשיא ליה להר״י הלוי סתמא דמתניתין אהדדי דבפרק הדיינים תנן וחכמים אומרים כל המחובר לקרקע ה״ה כקרקע ובסוף עוקצין גבי כוורת דבורים תנן וחכ״א אינן כקרקע וכו׳ וכן לגבי דף של נחתומין ומיישב דההיא דהדיינין דוקא לגבי שומרין כו׳ אבל לכל שאר מילי קיי״ל דלאו כקרקע הן וטעמא דמילתא דבשומר דלאו למיתלשינהו מסרינהו ניהליה כקרקע דמו וכו׳: ומ״ש אבל הרמ״ה כתב דלאו דוקא לענין שבועה וכו׳. נראה דא״א לפרש דה״ק דלאו דוקא לענין שבועת השומרים כמו שפירש ב״י שהרי בסוף דבריו כתב הרמ״ה ושבועת הפקדון אלא הרמ״ה לא כתב דבריו אדברי ר״י הלוי אלא אמתניתין דהדיינין קאי ומפרש לה דלאו בשבועת שומרין מיתנייא אלא בשבועה דמודה במקצת והא דקתני עשר גפנים טעונות מסרתי לך וכו׳ היינו בטענה דשייכא נמי במלוה דהיינו כפירה והודאה ובין במלוה ובין בפקדון אבל בטענה דלא שייכא אלא בפקדון כגון שבועת שומרין ש״ח שנגנבה וש״ש שנאנסה ושואל שמתה מחמת מלאכה אפילו כופר הכל חייב דקיי״ל כרבי חייא בר יוסף דפרק הגוזל קמא והשתא לפי זה הוה סלקא אדעתין דרבנן לא קאמרי דכקרקע דמי אלא לענין שבועה דשייכא במלוה דהיינו כפירה והודאה אבל לשאר כל מילי הו״א דלאו כקרקע דמי להכי כתב הרמ״ה דלאו דוקא לענין שבועה דה״ה לכל מילי דמיעטה רחמנא לקרקע כגון גזל כו׳ פי׳ דמיעטיה קרא שאין בהן תוספת חומש דכתיב וכחש בעמיתו בפקדון וכל האמור בענין מטלטלין הן וגופן ממון יצאו קרקעות וכו׳ וכן בגזל דבר שאין לו יורשין אם קרקעות הן אין חוזרין לכהנים וכדאיתא בהגוזל קמא (דף ק״ה) ובהגוזל בתרא (דף קי״ז) וכן לענין אונאה כדתנן בפרק הזהב וכן לענין שבועת הפקדון היא שבועת השומרים דלא שייכא במלוה דליכא כפירה והודאה דתנן בפרק הדיינים ש״ח אינו נשבע כו׳ בכולן אמרינן דסבירי להו לרבנן דהמחובר לקרקע כקרקע זו היא דעת הרמ״ה שכתב לפרש מתניתין דהדיינים דסבירא ליה דהיא עיקר ומדבריו נשמע דפליג אמ״ש ר״י הלוי:

ז ומ״ש וכתב בעל העיטור דוקא גידולי קרקע וכו׳. נראה דבע״ה נמי דעתו ליישב הני סתמי דמתניתין דלא קשיין אהדדי אלא דקא מיישב להו בגוונא אחרינא דלא כהר״י הלוי והוא דבפ׳ הדיינים בגידולי קרקע קמיירי וכדתנן עשר גפנים טעונות מסרתי לך וכו׳ והתם הוא דקיי״ל כחכמים דר״מ דכקרקע דמיין אבל בההיא דכוורת דבורים ודף של נחתומין וצינור שקבעו דהמוכר את הבית דתלוש ולבסוף חיברו הן בכולן קיי״ל כחכמים דר״א דלאו כקרקע דמי: כתב בעל העיטור בסימן הנזכר וקיי״ל כל המחובר לקרקע ה״ה כקרקע ואפילו ענבים העומדים ליבצר לאו כבצורות דמיין ודוקא ענבים וכל דמיחסרי מעשה ידי אדם אבל תמרי דמנפשייהו נתרן קיי״ל דכל העומד ליגדר כגדור דמי ותמיהני למה לא הביאו רבינו: כתב בסמ״ג ע״ש רבותינו הקדמונים שבצרפת דשואל בית ונשרף פטור ע״ש (בדף קע״ב:):

ח כתב הרמב״ם וכו׳ עד הרי זה פטור אף משבועת היסת. בפ״ה מטוען ויש לתמוה מפני מה פטור משבועת היסת דתקנוה לכל הטענות ויש לומר דאין התובע יכול לטעון טענת ברי שלא נאבד ממנו וכן נראה מדברי ה״ה לשלם. ובזה יש ליישב דלא קשה אמאי ישבע הנתבע על טענת להד״ם כיון שלא נודע שהשטר היה מקויים ושהיו בו י׳ דינרים ושאבדו לו באבדת השטר ישבע הלה תחלה שכך הוא כדבריו ואח״כ ישבע הנתבע אלא די״ל כיון שהתובע טוען ברי והנתבע שמא אין עליו אלא חרם סתם ואח״כ ישבע הנתבע אלא שאם הפכה עליו הרי התובע נשבע ע״י גלגול גם על שהיה מקויים ושאבדו לו באבדת השטר אלא שעדיין הדבר מפוקפק מאוד דגם בטוען אבד ממני כיון שזה טוען ברי שהיה מקויים ושאבדו לו באבדת השטר והנתבע אינו יודע אין לו עליו אלא חרם סתם ואח״כ ישבע הנתבע שאבדו ושאינו יודע שאבדו לתובע באבדת השטר דהיינו שבועת איני יודע אם חייב אני לך. ותו איכא למידק אפי׳ את״ל דאמת הוא שאבדו דילמא פשע בו ואבדו והרמב״ם הלא כתב בפ״ב דשכירות דבפשיעה חייבים בידים הוא וא״כ ישבע שלא פשע דבטענת פשיעה חייב השומר לישבע אף ע״י שמא ונ״ל לפרש דהיינו דוקא כשע״י פשיעתו נפסד לגמרי דזו הוה ליה כמזיק בידים אבל אם פשע בה ונאבד ואפשר שהוא עדיין ברשותו באחד מתיבותיו אלא שלא יוכל למצאו זה לא הוי כמזיק בידים ופטור על הפשיעה אפילו ודאי פשע וליכא למימר דמ״מ ישבע שנאבד בפשיעה ולא נפסד בפשיעה כיון דזו טענת שמא היא ולא אשכחן דחייב שבועה על שמא אלא בטוען שמא פשעת וכן נראה ממ״ש הרמב״ם בפ״ה מטוען דפטור הכא אף משבועת היסת לפי שאפילו פשע בו ואבד פטור כמו שביארנו בהלכות חובל עכ״ל ור״ל דלשם ביאר דבשורף שטר של חבירו או מוכר לו שטר וחזר ומחלו דהרי הוא כמו ששרפו וחייב לשלם דשמעינן מינה דוקא בפשע בו ונפסד לגמרי כשרפו ומחלו וכיוצא בו אבל פשע ונאבד פטור ואין זה מזיק כנ״ל דעת הרמב״ם ודלא כמו שהבין רבינו גם לא כמו שפירש ה״ה וביארו ב״י כאן באריכות ולקמן בסימן ש״א יתבאר עוד בס״ד. ועדיין יש לדקדק דבטוען להד״ם אע״פ שזה טוען ברי שטר מסרתי לך אמאי ישבע הנתבע היסת הלא אפילו יודה בה אלא שיטעון שאבד לא יתחייב לו ממון ולא שבועה אם כן אף אם כפר בה אינו חייב שבועה ויש לומר דהך טענה שתבעו שטר מסרתי לך ומסתמא הוא בידך אם יודה בה שהוא בידו פשיטא שמתחייב לו ממון שהרי הוא כשורפו אם לא יחזיר לו שטרו שהוא ברשותו אלא דמצי למיפטר בטענה שנאבד ממנו דהוה פטור אף משבועה ואפ״ה בטוען להד״ם חייב שבועה דאין אומרים מגו לפטור מן השבועה לדעת הרמב״ם כדלעיל בסי׳ צ״ג סעיף ו׳ וכן לקמן בסי׳ רצ״ו. ומ״מ לענין הלכה נקטינן כדברי הרא״ש דאמר מגו לפטור משבועה כ״ש כאן באומר להד״ם דמעיד כנגדו דנאמן

במגו דאי בעי אמר אין מסרת לי שטר כך וכך ונאבד דהוי פטור אף מהיסת הילכך אף עכשיו דטען להד״ם נמי פטור אף מהיסת וכן פסק בש״ע כאן סעיף ד׳ ומה שפסק בסוף סי׳ ס״ו דנשבע היסת בשטרות אינו אלא במודה מקצת וע״א מיהו כאן בראש הסימן וכן בסימן ש״א ס״ג משמע דאף בכופר הכל נשבע היסת וצ״ע בדעת הש״ע׃

ט והראב״ד השיג עליו וכו׳ ולא נהירא. וכן כתב הרב המגיד ומביאו ב״י ולע״ד מתקבל מה שכתב הר״ן בפרק הדיינים דאע״ג שהרשב״א כתב בשם מקצת רבותינו הצרפתים דש״ח פטור משבועה שלא שלח בו יד ושאינו ברשותו דמכל השבועות פטרו הכתוב הוא אינו מודה שיהא פטור משבועה שאינו ברשותו דכיון ששבועה זו חכמים תקנוה שמא עיניו נתן בו אע״פ דהתורה פטרו משבועת התורה מ״מ משבועה כעין דאורייתא לא נפטר ע״כ וכן נראה עיקר וע״ל בסימן ס״ו ויש להקשות בפרק הזהב (בבא מציעא דף נ״ח) פריך מדתנן בני העיר ששלחו שקליהן ונגנבו או שנאבדו וכו׳ נשבעין לגזברין דאלמא. דש״ח להקדש נשבע שלא פשע ולהראב״ד לא הוה פריך מידי דאיכא לאוקמי דטען השליח דנגנבו או נאבדו וליכא עדים בדבר דאע״ג דפטור מש״ד שלא פשע אפי׳ הכי נשבע שבועת התקנה שאינו ברשותו ואפילו איכא עדים דנגנבו או נאבדו אפילו הכי נשבע שאינו ברשותו שמא חזר לרשותו אחר שנגנב או נאבד כדלקמן בסימן ש״ה וסימן שד״מ ויש לומר דהראב״ד ס״ל כרב האי גאון דלא היתה כלל תקנה על הקדשות וכמ״ש רבי׳ בשמו בסמוך סי״ד ולהרמב״ם דס״ל דנשבעין שבועת התקנה אף על הקדשות לא ס״ל הא דהראב״ד דנשבע השומר שבועה שאינו ברשותו אלא כיון דפטור מעיקר השבועה פטור נמי משבועת התקנה וכדעת הרשב״א ומפרש ההיא דהזהב כפשוטו וכדכתב כ״י ס״פ הזהב שמכאן מוכח דבהקדש נמי פטור משבועה שאינו ברשותו׃

יג והא דאין נשבעין על כל הנך דוקא שבועה דאורייתא אבל שבועה דרבנן נשבעין עליהן. פירוש כל הנך נשבעין ונוטלין שנשבעין עליהם מדרבנן כדתנן פרק הנשבעין אין חילוק בין קרקע למטלטלין וכך מבואר בלשון הרי״ף והרא״ש פרק הדיינין דהביאו ראיה לזה מפ׳ הכותב הפוגמת לא תפרע אלא בשבועה וההיא שבועה דנשבעין ונוטלין היא אבל מאי דנשבעין היסת אכל הנך ונפטרים לאו מפרק הכותב למדנו אלא מסוגיא דפ״ק דמציעא כמ״ש הסמ״ג ע״ש רב האי גאון בעשה (דף קפ״ב ע״א) ורבינו רמזו בתחלת סימן זה שכתב אלו דברים שאין נשבעין עליהן מן התורה וכו׳ כלומר אבל היסת נשבעין וכאן כתב דאפי׳ כעין דאורייתא נמי נשבעין וק״ל. ודלא כמו שהבין ה״ה בריש פ״ה מטוען דשבועת היסת בקרקעות נלמד מההיא דפ׳ הכותב ע״ש׃

יד ועל ההקדשות כתב רב האי וכו׳. וא״ת והיאך מפרש רב האי הא דאסיקנא בפרק הזהב (בבא מציעא דף נ״ח) אלא אמר ר״א שבועה זו דתנן נשבעין לגזברין תקנת חכמים היא כדי שלא יזלזלו בהקדשות דאלמא דנשבעין על הקדשות כעין של תורה כדין שבועת המשנה וכדכתב הרמב״ם רפ״ה דטוען וי״ל דס״ל לרב האי דהך שבועה דנשבעין לגזברין אינו אלא שלא פשעו בהן כדפי׳ רש״י להדיא דבהך שבועה שייך שלא יזלזלו בהקדשות לשמור שמירה שאינה מעולה אבל שבועה שאינו ברשותו א״צ שלא נחשד ישראל כשר לגזול הקדש וכדתניא אין מחשבין בצדקה וכו׳ אבל דעת הרמב״ם דאין חילוק בין שבועת פשיעה לשבועה שאינו ברשותו בשניהם תקנו חכמים דנשבעין לגזברין שלא יזלזלו בהקדשות שכל שיש שם טענת ודאי נשבעין כעין של תורה שלא גזל מן ההקדש ולפ״ז לא קשה מהך דאין מחשבין בצדקה וכו׳ דהיכא דאין שם טענת ודאי קאמר התם דמספק לא נחשדו ואין מחשבין עמהן אבל היכא דאיכא טענת ודאי נשבעין שבועת המשנה בין במודה מקצת בין בכופר הכל וכדמשמע מדבריו פ״ה דטוען וה״ר ישעיה ס״ל דהך דאין מחשבין סתמא תניא אפי׳ בטענת ודאי אלא דה״ט דאין מחשבין כיון דממונה הוא על ההקדש ודאי באמונה הוא עושה כדכתיב ולא יחשבו את האנשים וגו׳ כי באמונה המה עושים אבל אדם אחר דין הוא שישביעוהו אם יש עליו טענת ודאי כנ״ל׃

סימן צו

א אין נשבעין על טענת חש״ו וכו׳. בפרק הדיינים קאמרינן דמעטיה רחמנא מדכתיב כי יתן איש אל רעהו ואין נתינת קטן כלום אלא דהר״י הלוי מפרש דלא ממעט קרא אלא לענין אשר יאמר כי הוא זה דכתיב בההוא עניינא דמיירי בשבועה הבאה אטענת ברי דמודה מקצת וע״א אבל לא אשבועת שומרים הבאה אף אטענת שמא דמה לי גדול ומה לי קטן ולהרמב״ן והרשב״א כיון שפטרה אותו התורה לגמרי פטרה אותו ולהרמ״ה משמע איפכא דקרא כי יתן אל רעהו כסף או כלים לשמור משמע ודאי דמשבועת שומרים דתליא בנתינה הוא דפטריה רחמנא אבל לא קאי אאשר יאמר כי הוא זה דמודה מקצת וע״א דתליא בטענה והילכך אם היה גדול בשעת תביעה נשבעין אע״ג דהנתינה היתה בקטנות ומיהו בשבועת שמא שתקנו חכמים כדתנן השותפין וכו׳ מודו הרמב״ן והרשב״א דנשבעין לקטן דמה לי גדול ומה לי קטן׃

ז מ״ש בד״א כשיש עדים שהיה שותפו וכו׳. פי׳ דהשתא לא צריך לטעון שותפי אתה כיון דאיכא עדים ויכול לתבעו על פי עדים שמעידין שהיה שותפו סבור אני שעכבת משלי כך וכך אבל בדליכא עדים א״כ צריך לטעון שותפי אתה וסבור אני שעכבת את שלי וכיון דבעינן טענה אין נשבעין לקטן ומשמע להדיא דס״ל לרבינו דבדליכא עדי׳ אפילו הודה שהיה שותף לקטן אלא שטוען שלא נשאר בידו כלום אין משביעין אותו ע״פ טענת קטן דכל היכא דבעינן טענה אין נשבעין לקטן ומשו״ה כתב רבינו דוקא שיש עדים שהיה שותפו ולא כתב נמי דכך הדין אם הודה שהוא שותפו כדכתב בסי׳ צ״ג סעיף ו׳ ולא ס״ל לרבינו הא דכתב הרמב״ם בפ״ה מטוען דבהודה שהיה שותפו נשבעין לקטן כנ״ל אבל הב״י הבין מדברי רבינו דבהודה לא נחלק על הרמב״ם ולאו דוקא בדאיכא עדים דה״ה בהודה נמי נשבעין ולא כתב בדאיכא עדים אלא לאוריי דאי ליכא עדים והלה כופר שלא היה שותפו הו״ל טענת ודאי ואין נשבעין עליה לקטן ויש לתמוה הלא הביא רבינו בסי׳ צ״ג סעיף ט״ז י״ז דברי הרמב״ם דאפילו לגדול אין נשבעין בכופר שלא היה שותפו וכאן כתב בהיפך דדוקא לקטן אבל לגדול נשבעין אלא כדפי׳ עיקר אבל אין לפרש דרבינו דכתב הכא דוקא כשיש עדים הוי טעמא דס״ל כהרא״ש דבדליכא עדים נאמן במגו דלהד״ם דאית ליה מגו לפטור משבועה דלא כהרמב״ם שהביא רבינו בסי׳ צ״ג סעיף ז׳ דהא כבר כתבנו לשם דכאן דאיכא מגו דהעזה אף הרא״ש מודה דלא אמרינן מגו לפטור משבועה ולא נחלק הרא״ש על הרמב״ם אלא היכא דשתי הטענות שוות דבתרווייהו איכא העזה או בתרווייהו ליכא העזה ע״ש וכל זה דלא כמ״ש מהרו״ך:

ט וכתב הר״י הלוי אפילו אינו חריף וכו׳ והרמב״ן כתב וכולי. איכא למידק דכאן מסיק רבינו דבהגיע לעונת פעוטות נשבעין ונוטלין ובסימן צ״א סעיף א׳ כתב דהיכא דלא מטי הנאה לקטן אין נשבעין ונוטלין ומשמע אפילו הגיע לעונת פעוטות מדלא חילק וי״ל דכאן נמי מיירי דוקא בשיש לקטן הנאה וכדלעיל וכן משמע בסימן זה סעיף ט״ז:

י כתב הרמב״ם אין נשבעין וכו׳ אבל למה שכתבתי למעלה וכו׳. נראה מדברי רבינו דלהרמב״ם אין בשבעין בטענת ספק על פי העד אפילו הוא גדול וצריך לומר לפי זה דמה שכתב הרמב״ם פרק ד׳ מהלכות גזילה דבטוענו על פי העד הוי ליה מחוייב שבועה וכו׳ היינו דוקא כשבעל דינו הודה במקצת לדברי העד דהו״ל טענת התובע טענת ודאי באותו מקצת שהודה אלא שטען שלי הוא וכיון דהעד מעיד שגזל הו״ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם ועי״ל בסימן של״ד לשם התבאר בס״ד. ולפי זה מ״ש רבינו למעלה בסוף י׳ ע״ה על דברי הראב״ד והרי״ף שכך כתב הרמב״ם הרמב״ן בנו״ן גרסינן שאילו הרמב״ם אף על פי שמודה לדברי הרי״ף אינו מודה לדברי הראב״ד אלא סבירא ליה כרבו ה״ר יוסף הלוי וה״ר אפרים וכדמשמע מדברי רבינו כאן מיהו אין דברי רבינו מוכרחין דאיכא למימר דלא אמר הרמב״ם דאין נשבעין אלא בקטן דאין כאן תובע כלל אבל גדול התובע ע״פ עד אחד אפשר דמודה הרמב״ם דחייב ש״ד ואפילו אין בעל דין מודה כלום: והרמ״ה חילק וכולי עד לא אתיא מכח חיוב שמירה וכו׳. פי׳ אע״ג דהשבועה בטענת השותפים אינה אלא בתקנת חכמים מ״מ כיון דבשבועת שומרין דאורייתא כשלא היתה הנתינה מכח בן דעת אין נשבעין על טענתו דכי יתן איש אל רעהו לשמור כתיב א״כ בשותפין דשומרי שכיר הן זה לזה נמי כשהיתה השבועה מכח חיוב שמירה דטעין עליו שמא פשעת בממון השותפות ולא שמרת כראוי לא משביעינן ליה אף בתקנת חכמים וכדין שאר שומרים דמאי שנא אבל בדלא אתיא מכח חיוב שמירה דלא טעין עליו אלא סבור אני שנשאר משלי בידך כך וכך משביעין ליה בטענת שמא שתקנו חכמים מטעם דמורה היתרא ולא חילקו חכמים בין גדול לקטן:

כ ואשת איש כתב רבינו האי שאין משביעין אותה וכו׳. ויש לתמוה דהתשובות סותרות זו את זו כמו שהקשה ב״י ונראה דאינן סותרות דרבינו האי בשבועה דאורייתא דוקא קאמר כגון מודה מקצת ועד אחד ושבועת שומרים וטעמו משום דכתיב שבועת ה׳ תהיה בין שניהם וגומר ולקח בעליו השבועה ולא ישלם שפירושו לומר שזה חייב מן הדין באחד משני תשלומין או ממון או שבועה וכדכתב הרשב״א בתשובה הביאה ב״י בסימן צ״ג סעיף ח׳ וכיון דליכא תשלומין דממון באשה ליכא נמי תשלומין דשבועה ובזה התיישב מה שהקשה ב״י על הני גאונים דמביאין מהאי קרא ראיה דפשיטא דלאו משום דכתיב בלשון זכר קאמרינן אלא דמשמעות דקרא מוכחא דלא קאמר אלא במי שיש בידו לשלם ולא באשת איש דאין בידה לשלם והכי מוכחא בהגהת מיימוני דדוקא לענין ש״ד קאמרינן דקאמר דאפי׳ לענין פקדון אין משביעין אותה כ״ש במקום הלואה ע״ש ובכה״ג כתב גם הרא״ש בתשובה כלל ל״ח דין ד׳ דאין משביעין אשת איש גם ה״ר ירוחם כ״כ ע״ש תשובת הרא״ש כמ״ש ב״י. אבל מ״ש רבינו בשם הרא״ש בתשובה דמשביעין גם א״א אין זה אלא בשבועה שתקנו חכמים כמבואר מדבריו שכתב וגם האשה תשבע שאינם ברשותה דשבועה זו תקנת חכמים היא אבל תשובה שנייה לא מיירי בא״א אלא בפנויה ולהכי פסק דגם היא חייבת לישבע כתקנת הגאונים דאין לה אבל בתשובה הראשונה דמיירי בא״א לא כתב דתשבע שאין לה דידוע הוא שאין לאשה תחת בעלה כלום ותשובת הגאון שהביא רבינו דמשביעין גם אותה בכופרת הכל מיירי דאין השבועה אלא מדרבנן ותקנת חכמים נתקנה בכל דבר כפירה אולי תודה אבל ש״ד אין משביעין אותה כדפי׳ והא דתנן המושיב את אשתו חנונית או שמינה אפוטרופוס ה״ז משביעה כ״ז שירצה ועוד תנן נחלקו עליו בני כהנים גדולים ואמרו תשבע בתחלה כל זה שבועה מדבריהם הוא שתקנו על האפוטרופוס ועוד יראה דאם יש לה ממון שאין לבעלה רשות בהן משביעין אותה אפי׳ ש״ד דהרי אני קורא בה שבועת ה׳ תהיה בין שניהם מאחר שיש

לה לשלם אם לא תשבע ואפשר דבכה״ג כ׳ הרא״ש דמשביעין א״א וכה״ג איתא במרדכי פרק החובל ע״ש ובזו גם השבועה דתקנת הגאונים להשביע הלוה אם יש לו מטלטלין יש להשביע לאשת איש אם היה לה פעם אחת ממון שלא היה לבעלה רשות בה הא לאו הכי אין להשביעה וז״ל הסמ״ג בעשה צ״ג בדין שבועה שאין לו כתב רב האי גאון שאין משביעין אשת איש דדוקא שבועת ה׳ תהיה בין שניהם אמרה תורה ואפילו במקום פקדון אין משביעין אותה אבל כותבין לתובע פסק שלו ותשבע כשתתאלמן או כשתתגרש עכ״ל וטעמו כיון דש״ד אין להשביעה מטעם האי קרא דשבועת ה׳ תהיה בין שניהם וכדפי׳ א״כ שבועה זו דאין לה נמי אין להשביעה כיון דידוע דאין לה שהרי מה שקנתה אשה קנה בעלה דאין להשביעה מספק שמא נתן לה אדם ממון ע״מ שאין לבעלה רשות בהן חדא דלא שכיחא היא ואי איתא קלא אית ליה ועוד כיון דמדינא אין עליה אלא חרם סתם אלא דתקנת הגאונים היא דמשביעין ואין מדקדקין בה להחמיר אלא להקל כמו שכתב הרמב״ם והסמ״ג לשם הכי נמי אין להחמיר בה להשביעה מספק שמא נתן לה אדם ממון על מנת שאין לבעלה רשות בהן אבל שבועה שאינו ברשותה דהיא מודית שהיה ברשותה אלא שנגנב ממנה דמשביעין אותה מספק א״נ בטענת ודאי ואינה מודית כל עיקר כגון שבועה שלא לותה ושלא גזלה יש להשביע אף אשת איש דשמא הממון תחת ידה ומצוי אצלה ועל ידי השבועה תודה ודוקא בכופרת הכל דהשבועה מדרבנן אבל ש״ד בכל ענין אין להשביע אשת איש אלא אם כן ידוע שהיה לה ממון שאין לבעלה רשות בהן כדפרישית. והיכא שהאשה נשתעבדה בשטר עם בעלה בגוונא דליכא למימר נחת רוח עשיתי לבעלי יראה דיש להשביעה שאין תחת ידה שום ממון שהרי אפילו היה הממון של בעלה מ״מ ב״ח גובה ממנו מ״נ כיון דשניהם נשתעבדו בשטר:

כג וכן יש תשובה לגאון וכו׳ עד דשמא תודה שממון ההלואה או הגזל מצוי אצלה וכו׳. נראה דלאו דוקא ממון ההלואה או הגזל בעצמו אלא אפילו מאי דאתא מחמתייהו וכ״כ ב״י כאן בשם בעה״ת אם יש עדים שמעות עצמן של הלואה או מאי דאתי מחמתייהו קיים בודאי שאין בו ספק שנפרע מהם המלוה וכן היא סברת הראשונים עכ״ל. ולפי זה ה״ה לוה שאין לו לשלם לכל ב״ח אם הסחורה שלקח בהקפה הוא בעין או מאי דאתא מחמתייהו קיים אין לאחרים חלק בהם וכ״כ רב אלפס בפרק המקבל סימן תק״ן וכתבו רבינו בסי׳ ק״ח ס״ז וכ״כ בסי׳ ר״פ ס״א בשם הרמ״ה וכן הוא באלפסי פרק אע״פ גבי דין מורדת והכי נקטינן:

כד ומ״ש ויש מנהג וכו׳ עד שואלין לתובע וכולי. כתוב בתשובת הגאון הנזכר ואע״פ שאמרו חז״ל שמוע בין אחיכם אזהרה לדיין שלא ישמע דברי בע״ד קודם שיבוא בע״ד חבירו ואולם בעבור מדה זו שיש בה תקנה גדולה עושים כן כתב בספר בדק הבית: לשון הערוך ערך היסת ובזמן שמשביעין את האשה משביעין אותה לפי כבודה ואין מבזין אותה בקהל כי דבר זה לא ניתן אלא בענין סוטה דתנן כל הרוצה לראות יבוא ויראה דכתיב ונוסרו כל הנשים וגו׳ ואומר כי כה אמר ה׳ אלהים העלה עליהם קהל ונתון אתהן לזעוה ולבז אבל בשבועת ממון מצניעין אותה ע״כ משם גאון עכ״ל:

סימן צז

א מצות עשה וכו׳ כן כתב הרמב״ם פ״ח ממלוה:

יג ומ״ש כמו רחיים ורכב פירוש רחיים של יד שהוא מטלטלין ושייך ביה משכון אבל בתי ריחיים של מים הרי הם כקרקע וכו׳ בספר התרומות מבואר דה״ק כיון דהריחיים קבועות בקרקע לא שייך ביה משכון לסגור הדלת שלא לטחון בו או שיהא מעכב אותו שלא לטחון דאין לב״ד ולא למלוה לבטל הלוה מלחרוש ולזרוע או לעכב נכסיו ממלאכתן עד שיפרע חובו ואם עשה כן בין בשעושים בו אוכל נפש ובין בשאין עושין אוכל נפש אין עובר בזה משום חובל ומנתח גם אין בקרקע מצות חזרה בשעת מלאכה אלא ה״ה בכלל גזלן ומזיק ממון חבירו ואין לב״ד בקרקעות משכון אלא גוביינא אבל אם נכנס ב״ח לבית הריחיים ונטל הריחיים העליונה וכו׳ כבר נעשו מטלטלין לענין שני דברים האחד שיש להן דין אוכל נפש ועבר על לא יחבול ריחיים ורכב כמו שהוא עובר בריחיים של יד השני שגם יש להן דין מטלטלין לענין חזרה שנוטל אותה שלא בשעת מלאכה ומחזירן בשעת המלאכה וכשחוזר ונוטלו אינו עובר משום לא יחבול ריחיים וה״ט דאף ע״ג דמשכנו באיסור מ״מ כיון דעביד מהכי דקני ליה למשכון אלא שחייב להחזיר בשעת המלאכה דכתיב השב תשיב ולפיכך כשחוזר ונוטלו שלא בשעת מלאכה אין זה חבלה שהזהירה התורה עליו דאינו אלא שמחזיר לו המשכון הקנוי לו. ולא תטעה בלשון רבינו לפרש דיש להן דין אוכל נפש לענין שמחזיר אותם בשעת מלאכה דהא ודאי אף באין עושין אוכל נפש אי עבר המלוה משכנו בעצמו כיון שעבר ועביד מהני ומחזירו ג״כ בשעה שצריך אליו כמו באוכל נפש וכמ״ש בנ״י אמתניתין דהמלוה את חבירו לא ימשכננו אלא בב״ד וכו׳ וכדאי׳ בתמורה ע״ש אלא כדפרישית ומ״ש דאין לב״ד ולא למלוה לבטל הלוה מלחרוש ולזרוע וכו׳ היינו לומר להניח בידו כלי מחרישה ולכוף אותו שלא יחרוש ולא יזרע וכו׳ שבזה הכל מודים דאסור דאילו למשכן כלי מחרישה פליגי בה הרמ״ה ור״י כמ״ש רבינו בסמוך:

יז וכתב הרמ״ה דכל מיני כלים וכו׳ פי׳ הרמ״ה גורס כגירסת הספרים ס״פ המקבל תניא חבל זוג של ספרים וצמד של פרות חייב על כל אחד וא׳ והיא גי׳ רש״י דאלמא דכל שמשתכרין בו דין אוכל נפש אית להו ואסור למשכנן אפילו שלא בשעת מלאכה כדכתיב לא יחבול ריחיים ורכב. וסתמא משמע אפילו שלא בשעת מלאכה ודלא כמ״ש נ״י דשרי למשכנן שלא בשעת המלאכה ודוקא דלית ליה אלא חד כדתנן התם היו לו ב׳ כלים נוטל אחד ומניח אחד וכו׳ אבל כלי אומנות עדיף דשביק ליה תרי כדאמר בערכין לגבי סידור דילפינן מינה נמי לגבי חבלה דלא גרע משכונתן מגבייתן דמניחין ב׳ ואדרבא עדיף מיניה דאילו בגבייתן אינו מניח לו כלל אם אינו כלי אומניות אפילו עושין בהן אוכל נפש ואפילו אין לו אלא אחד אין מניח לו כל עיקר שהרי לא מצינו לגבי סידור דמניחין לו דבר שעושין בו אוכל נפש שלא אמרו אלא דמניחין לו ב׳ כלי אומניות אבל במשכנותן אף באוכל נפש תנן נוטל א׳ ומניח א׳ דליכא כי נפש הוא חובל אלא א״כ בנוטל את הכל ועיין בנימוקי יוסף ס״פ המקבל אי נמי איכא למימר דס״ל להרמ״ה דאף בשעת גבייתן מסדרין בדברים שעושין בהם אוכל נפש כדרך שמסדרין בשאר כלים וכמ״ש בס׳ התרומות ע״ש הרמב״ם אלא דס״ל דסגי בחד דלא עדיף מכר וכסת שכתב לשם ע״ש הרמב״ן דאם היו לו שנים נוטל אחד ואינו מחזיר כלל ומניח אחד והיינו עשיר דאמר רחמנא שכב ועבוטו אצלך וה״נ דכוותא ולא דמי לכלי אומניות דמניח שנים שכן דרך בעלי אומניות וס״ל להרמ״ה דבמשכונתן נמי מסדרין כמו בגבייתן וכמ״ש הרמב״ן והרשב״א והעתיק ב״י דבריהם בסמוך ואע״ג דרבינו סתם דבריו בסמוך ובסוף הסי׳ כדעת הרא״ש החולק על זה אעפ״י העתיק פה דברי הרמ״ה ללמוד מדבריו מה הן הדברים העושין בהן אוכל נפש ושר״י חולק עליו בפרות החורשות וזוג של ספרים ושכ״כ הרא״ש ובספר בדק הבית כתב דעל פי דברי הרב המגיד פ״ג ממלוה בריחיים דאם אינו עושה מלאכה אלא באחת מהם אינו חייב אלא על אותה בלבד ופי׳ הרשב״א דלאו דוקא אינו חייב אלא אפילו לכתחלה נוטלן עכ״ל ומביאו ב״י כאן ע״פ זה יש לקיים דברי הרמ״ה שכתב דאי אית ליה תרי מחד שרי למשקל חד ולמשבק חד מיירי כשאחד מספיק לו אבל אם היו שניהם צריכין לו מודה הרמ״ה שאינו רשאי למשכן אפי׳ אחד מהם עכ״ל ולא משמע הכי מדבריו אלא אפילו שניהם צריכין לו נוטל אחד מהם ומטעמא דפי׳ ומ״ש הרמ״ה אלא היכא דמסריכהו מדעתיה וכו׳ כ״כ רבינו בסמוך סעיף כ״ג ע״ש הראב״ד והרא״ש וכן כתב ה׳ המגיד בפ״ג ממלוה ודלא כהרמב״ם שם והכי נקטינן דבשעת הלואה שרי בין באוכל נפש בין באלמנה וכן שלא בשעת הלואה שרי אי מסרינהו מדעתיה וכ״פ ב״י בש״ע ובספר בדק הבית:

יח ופרות המרכסות פירוש הצמד של פרות המרכסו׳ יש בו משום חובל אוכל נפש ואף על פי שלא חבל הפרות עמהם רק הצמד וכ״כ התוספות להדיא ע״ש ר״י דלא כפירש״י: ומ״ש אבל שאר כלי אומניות כגון פרות החורשות נמי ה״פ שחבל הצמד שלהן דאילו פרות עצמן לבדנה אין איסור אפילו בפרות המרכסות דבכלל נכסי אינון כרבנן דפליגי על ר״א לגבי סידור ויתבאר בסעיף מ׳ וה״ה לגבי חבלה דחד טעמא הוי מיהו בל׳ הרמב״ם כתוב להדיא דבחבל צמד בקר החורש לוקה שתים ואפשר לפרש דבפרות עצמן קאמר וכך הבין הראב״ד אבל ה׳ המגיד כתב דדעת הרמב״ם דאינו חייב על גוף הפרות כי אם על הצמד ואע״פ שלא חבל הפרות עצמן וכפי׳ ר״י מיהו בזה הוא חולק אפר״י דמפרש דוקא בפרות המרכסות ולהרמב״ם אפילו בפרות החורשות:

יט ואם משכנו הרבה כלים של אוכל נפש וכו׳ תוספתא הביאה ה׳ המגיד פ״ג ממלוה היו לו ה׳ רחיות אינו רשאי למשכן אפילו אחת מהן ואם אינו עושה מלאכה אלא באחת מהן אינו חייב אלא על אותה בלבד ופי׳ הרשב״א דלאו דוקא אינו חייב אלא אפילו לכתחילה נוטלין וכ״כ נ״י ס״פ המקבל אבל מדברי רבינו נראה דמפרש דאע״פ דאינו חייב מלקות באינו עושה מלאכה אלא באחת מהן איסורא מיהא איכא בכולן ולכן סתם בסתם ואם משכנו הרבה כלים של אוכל נפש עובר על כל כלי וכלי בפני עצמו ולצדדין קאמר דעובר בעושה מלאכה עובר על לאו וחייב מלקות ובאינו עושה מלאכה עובר על איסור ואינו חייב מלקות:

כה וכתב הרמ״ה וכו׳ עד דין הערב כדין הלוה עכ״ל ובנ״א בספרי רבינו כתוב עוד וז״ל וכל הכך נמי דינן כמלוה עכ״ל ור״ל דגם כל הנך דהיינו שהיה שכיר אצלו או השכיר לו בהמתו או כליו הוי דינן כהלואה שהלוהו לענין שלא לחבול אוכל נפש והשבת העבוט והסידור:

כו ולדברי ר״ת אין אנו צריכין לכל זה וכו׳ עד ומיהו אין כופין אותו להשכיר עצמו כו׳ כי אע״פ דכופין ומכין אותו כדי שיפרע היינו דוקא ביש לו מטלטלין אבל באין לו אינו דין תורה לחייבו להשכיר עצמו להצטער בגופו מפני חוב שעליו ונראה דה״ט מדכתיב כי לי בני ישראל עבדים ודרז״ל ולא עבדים לעבדים וכדאיתא פ׳ האומנין דפועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום מהאי טעמא ועל זה הביא רבינו מ״ש הרא״ש דאפי׳ התנה על עצמו בשטר לתפוס את גופו אינו מועיל והיינו באין לו אבל באמוד שיש לו ודאי מכין ומנדין ואוסרין אותו ועיין בדברי הרמב״ם שהביא רבינו בסימן נ״ט סעיף י״ב וכן פסק הר״ב בבדק הבית והאריך בזה ע״ש וכ״כ הריב״ש בסימן תפ״ד דאם מוחזק הלוה שיש לו מטלטלין ומבריחן ואפשר לב״ד לכופו ולאוסרו וע״ש ודלא כהרשב״א אלף ס״ט דמשמע דאפילו במבריח נכסיו אין הגוף משועבד וכו׳ והכי משמע מפי׳ רש״י בפסחים פרק האשה (דף צ״א)

שתופס בפשיטות דחובשין אותו לשלם דאההיא דקאמר התם ל״ש אלא בבית האסורים דנכרים אבל בבית האסורים דישראל שוחטין וכו׳ כתב רש״י וז״ל בית האסורים דישראל כגון לכופו להוציא אשה פסולה או לשלם ממון א״נ כדתניא אם יקום והתהלך בחוץ וכו׳ מסתמא ודאי משמע לשלם ממון לבעל חובו ובאגודה נמי כתב דאדם שיש לו ואינו משלם חובשין אותו והביא ראיה מדאמר אבא בר מרתא הוי מסקי ביה זוזי דבי ר״ג הוו מצערי ליה וב״י השיג על זה ואמר נ״ל דלאו ראיה היא דהנהו בי ר״ג איכא למימר דהוו עבדי דר״ג דהוו פריצי כדאיתא בר״פ מי שאחזו ובשאר דוכתי והוו עבדי שלא כדין עכ״ל ואינה השגה כלל דהלא בסוגיא דגמרא פרק כל כתבי (שבת דף קכ״א) מבואר להדיא דר״ג עצמו הוא דהוה מצער ליה ולבתר כדחזי דצורבא מדרבנן הוא א״ל שבקיה וע״ש כך נהגו בכל המקומות לתופסו בבית האסורין ביש לו ואינה רוצה לשלם אכן מה שחובשין אף למי שאין לו מה לשלם ע״פ תקנות הקהילות אין להם על מי שיסמוכו וכן כתב הריב״ש דאסור לתופסו בגופו ואין להם כח להקהל לתקן דבר זה לעבור על האיסור מיהו כתב לשם דאם נשבע לשום עצמו בבית הסוהר ושלא לצאת משם עד שיפרע חובו תופסין אותו בגופו כמו שנשבע כדי שיקיים שבועתו ע״ש:

לב וכיצד מצות השבת העבוט וכו׳ איכא למידק דבפרק המקבל (בבא מציעא דף ק״ד) איתא תניא ר״י בן קרחה אומר המלוה את חבירו לא ימשכננו יותר מחובו שכך כותב לו תשלומתא דאית לך על כל קבל דיכי וקאמר התם דלהכי כתב ליה הכי דאהני ליה לגירעון פי׳ דאם יפחתו דמי המשכון שנשתמש בו הלוה יפרע משאר נכסיו ככל הכתוב בשטר והפוסקים לא הביאוהו ונראה דלפי דעכשיו לא הורגלו לכתוב תשלומתא וכו׳ א״כ פטור הלוה מלשלם הגרעון וגם יכול למשכנו יותר מחובו:

לד וכתב הר״י ברצלוני וכו״ עד נאמן לומר פרעתיך בהיסת במגו דהחזרתי לך כ״כ בספר התרומות סוף שער א׳ וכתב עוד שאם משכנו בשעת הלואתו והחזיר לו תוך הזמן שקבע לו הפרעון אינו נאמן לומר פרעתיך בהיסת במגו דלא השכנתי לך כלום ולא החזרת לי המשכון בדליכא עדים עכ״ל וטעמו משום דלא אמרינן האי מגו במקום חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו ואף ע״ג דבריש בתרא פסק האלפסי כשתבעו לאחר זמנו וא״ל פרעתיך בתוך זמני דכיון דבעיא היא ולא איפשיטא הו״ל קולא לנתבע ונאמן לומר פרעתיך בתוך זמני בהיסת במגו דפרעתיך לאחר זמני וכמו שנתבאר לעיל בסי׳ ע״ח התם ודאי כיון דטעין לאחר זמנו פרעתיך תוך זמני אית ליה מיגו טוב דאי הוה משקר הוה טעין טענה טובה ממנה פרעתיך לאחר זמנו אלא ודאי קושטא קאמר אבל מגו דהכא אינו מגו טוב דטענת לא השכנתי לך כלום ולא החזרת לי המשכון טענה גרוע היא משום דחזקה אין אדם תבע את חבירו החזרתי לך המשכון אא״כ היה אצלו משכון והחזירו לו אבל טענת פרעתיך טובה ממנה משום דאיכא למימר דפרעו וזה היה טרוד בפועליו ובעסקיו ושכח דפרעו וכיון דאין זה מגו טוב הדרינן לחזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו ואינו נאמן לומר פרעתיך ודו״ק:

מ אומרים לו הבא כל מה שיש לך וכו׳ עד היה וכו׳ נראה דפשוט הוא לפי טעם זה דפרות חולבות אינן בדין כלים עשויין אוכל נפש אלא הו״ל אוכל נפש עצמו כדלעיל סעיף כ״א ובכלל נכסי אינון כדלעיל סעיף י״ח ועיין במ״ש לשם: כתב הרי״ב ואפילו ס״ת לפי שהם כשאר נכסים שב״ח גובה מהם וכו׳ ונראה דאין כוונתו לומר דאקרי נכסי שהרי בפ׳ מי שמת ס״ת איבעיא דלא איפשטא היא וכדלקמן בסי׳ רמ״ח סעיף ט״ו אלא ה״ק ואפילו ס״ת כלומר שאר ספרים ודאי בכלל נכסי אינון אלא אפילו ס״ת דקא מיבעיא לן נמי גובה וה״ט דכי היכי דב״ח גובה מנכסים שאין צריכין לו כך הוא דין ספרים וס״ת שא״צ לה שהרי יוכל ללמוד בשל חבירו דניחא ליה לאינש למיעבד מצוה בממוניה ואינו דומה לתפילין וכו׳ נראה דהיינו דוקא לדורות הראשונים שהיו למדים מתוך ס״ת כמו משאר הספרים אבל בזמן הזה שכותבין ס״ת ומניחין אותה בהיכל בב״ה דעת כל אדם שלא למכרה אפילו יגיע לידי עוני גם ב״ח אינה גובה ממנה אם לא שהתנה בפירוש שאינו מניחה בב״ה אלא לפי שעה:

מא ואין מניחין אלא לו לבדו וכו׳ משנה פ׳ שום היתומים אבל לא לאשתו ובניו: ומ״ש וי״א שאם קדמה היא למלוה שתשבע ותטול בהגהות מיימוני פ״א ממלוה הזכיר סברת רבינו האי גאון דפסק דנותנין לו מזונות הראויין לבניו אשר עליו לזונם וע״ש. ותימה הוא דהא סתמא תנן אבל לא לאשתו ולבניו ודוחק הוא לומר דהיינו דוק׳ כשהמלוה קדמה לאשה ובניו דמנ״ל לפרש כך ואפשר ליישב דרבינו האי אזיל לטעמו דמלוה ע״פ מוקדמת קודם למלוה בשטר המאוחרת כדלקמן בסי׳ ק״ד וא״כ בע״כ צריך לפרש דמתניתין לא איירי אלא בשהמלוה קדים לאשה ובניו. א״כ י״ל דמתניתין לא מיירי אלא בשתובעים אותו מזונות שעבר זמן דהתם אף רבינו האי מודה דמלוה בשטר המאוחר הוא קודם דאף בשבועה אינן נאמנין אפילו הבעל מודה דחיישינן לקנוניא וכמ״ש והראב״ד להדיא ע׳ לעיל סי׳ ק״ד סעיף ט״ו. אבל במזונות דלהבא אשה ובניו קודמין כיון דחיוב שלהם קודמין ורב אלפס נמי אזיל לטעמיה בשטר המאוחר קודם למלוה בע״פ מוקדמת וטעמו דכיון דגובה ממשועבדים הו״ל כמו לוקח וכשם דמלוה ע״פ אינו גובה מלקוחות שקנו אחר ההלואה אף על גב דשיעבודא דמלוה ע״פ דאורייתא היא כך אינו גובה מבני חרי שנשתעבדו לאחר מכן כמו שיתבאר בס״ד בסי׳ ק״ד וכ״כ בנ״י ס״פ גט פשוט והא דכתב האלפסי ואפי׳ הלך בעלה למ״ה וכו׳. ה״ק דלא מיבעיא שלא תטול להבא דעדיין לא הגיע זמנם לגבות ומלוה בשטר

המאוחר שהגיע זמנו חשיב כאילו גבה כבר אלא אפילו בלשעבר אם לותה בשטר וכו׳ והיינו דתנן סתמא אבל לא לאשתו ובניו דמשמע בכל ענין. והא דכתב הרמב״ם דאפילו תפסו לא מהני אלא מוציאין מידה היינו דוקא בתפסה על להבא כדי שתזון מהם כדמשמע להדיא מלשונו דכיון דלא הגיע הזמן שלה לגבות והשטר הגיע זמנו לגבות השתא ודאי אין תפיסתה כלום אבל בתפסה על מה שלותה ואכלה בלשעבר מהני תפיסתה אלא דמה שלותה ואכלה ולא תפסה אין לאותו ב״ח של האשה על הבעל שום שיעבוד וב״ח של הבעל שהוא בשטר הוא קודם לחיוב מזונות האשה ובניו שבע״פ אף על פי שהן מוקדמין ואע״פ שכתב לה בכתובה ומזונייכי לא חשבינן כמלוה בשטר דכיון דאותה כתובה אינה אלא על פי תקנת חכמים לא עדיף ממלוה על פה ואתא שיעבודו של מלוה בשטר ומבטל שיעבודא דאשה ובניו דאינן אלא בעל פה ואפילו במטלטלין ואף על גב דבמטלטלין אין בהם דין קדימה וחולקין כמבואר בסימן ק״ד התם הוי טעמא דקי״ל דשיעבודא דאורייתא ומדינא המוקדם הוא נוטל תחילה אפילו הוי בע״פ אלא תקנת חכמים היא שלא יהא דין קדימה במטלטלין כי היכי דמלוה על פה לא טריף מלקוחות משום דלית ליה קלא ה״נ לית ליה קלא לגבי מטלטלין ומשום הכי חולקין אבל לגבי מזונות אשה ובניו דאינן אלא מתקנת חכמים אתא שיעבודא דאורייתא ומבטל דרבנן אף לגבי המטלטלין דהא דשניהם חולקין במטלטלין היא גופא תקנתא היא ולגבי מזונות אשה ובניו דהיא נמי תקנה תקנתא לתקנתא לא עבדינן והכי מפורש בס׳ התרומות דלהרי״ף אין לאשה מזונות לעולם לא מקרקעי ולא מטלטלין עד שיפרע למלוה וכו׳ ע״ש וכמ״ש רבינו משמו ודלא כמ״ש ב״י דבמטלטלין אין שם דין קדימה כמבואר בסי׳ ק״ד דפשוט הוא דלשם מיירי בששניהם חוב דמלוה אלא שזה בשטר וזה בעל פה דבתרווייהו הוא שיעבודא דאורייתא אבל כשהאחד חוב דמלוה והשני חוב דאשה ובניו דאינו אלא דרבנן חוב דמלוה הוא קדים אפילו במטלטלין גם מ״ש דקשה כיון שכתב בכתובה ומזונייכי הרי נשתעבד לה בשטר אין זו קושיא כל עיקר דכיון דאין כתובה זו אלא תקנת חכמים לא עדיף ממלוה על פה כדפי׳. אכן יש לתמוה דהרמב״ם ספ״א ממלוה כתב נמי דאפילו תפסה האשה מנכסי הבעל כדי שתזון מהם מוציאין אותה מידה וכו׳ והלא הרמב״ם פסק בפ׳ י״ב מהל׳ אישות דמזונותיה של האשה הן מן התורה וכיון דשיעבודא דאשה נמי דאורייתא א״כ במטלטלין חולקין ואם תפסה האשה אמאי מוציאין מטלטלין מידה. ונראה דלא קאמר הרמב״ם אלא בתפסה כדי שתזון מהם בלהבא דעדיין לא הגיע זמנה הלכך מוציאין מידה כדי לשלם לב״ח שכבר הגיע זמנו אבל בתפסה מטלטלין בעד מה שלותה ואכלה לשעבר מודה הרמב״ם דאין מוציאין מידה כיון דשיעבודא ג״כ דאורייתא היא וגם עבר זמנו לא גרע מב״ח בשטר. ונראה דאפילו הרי״ף דס״ל דמזונות האשה דרבנן מודה בזו כשתפסה מטלטלין בעד מה שלותה כבר דאין מוציאין מידה וכדפרישית בסמוך. והלכה למעשה נראה באשה בחיי בעלה אם תפסה מטלטלין אין להוציא מידה בין תפסה על העבר בין תפסה על להבא דכל היכא דאיכא פלוגתא דרבוואתא אין להוציא מיד המוחזק ואנן קי״ל דמזונותיה של האשה דאורייתא כמ״ש בא״ע סי׳ ס״ט א״כ לא אתא ב״ח שבשטר ומבטל לשיעבודא דאשה דהוי נמי דאורייתא להוציא מטלטלין מידה ודוקא בקדמה היא למלוה ובתפסה. אבל בלא תפסה אין לה כלום עד שיפרע למלוה ודו״ק:

מד בד״א שאין נותנין לאשתו ולבניו וכו׳ עד אפילו הם חדשים כו׳ לשון המשנה א׳ המקדיש נכסיו ואחד המעריך את עצמו אין לו לא בכסות אשתו ולא בכסות בניו ולא בצבע שצבע לשמן ולא בסנדלים חדשים שלקח לשמן ורבינו לא כתב רק אפילו הן חדשים שלא לבשו מעולם והוא מה ששנינו ולא בסנדלים חדשים שלקח לשמן והשמיט הרישא דתני ולא בצבע וכו׳ מפני שהוא נלמד במכ״ש דכיון דאפילו בקונה כלים חדשים לשמן שלא עשה מעשה בגוף הכלי לשמן אפ״ה אין לב״ח לגבות ממנו כ״ש בצבע לשמן דעשה מעשה בגופן לשמן ותנא דמתניתין לא זו אף זו קתני אבל הרמב״ם בפ״א ממלוה כתב כלשון המשנה:

מה וכתב הרי״ב ה״ה אם קנה ספרים לבניו וכו׳ ולא נהירא דלא עדיפי מספרים שלו וכו׳ עכ״ל ויש לתמוה דמה זו השגה דספרים שקנה לבניו כבר זכו בהן בניו והו״ל כמו כסות שעשה לבניו אבל ספרים שלו הן נכסיו שאין לו צורך בהן דב״ח גובה מהן ונראה דדעת רבינו הוא דהרי״ב ודאי לא מיירי בקונה ספרים לבניו ונותן אותם מתנה בפירוש לבניו דהא פשיטא היא דאין לו לאב ולא לב״ח בהם כלום אלא בקונה סתם ספרים לבניו ללמוד בהם דהספרים עצמם הם של אב ואין לבנים רשות בספרים עצמן לא למכרן ולא ליתנן במתנה כלל אלא שזכו בהם הבנים ללמוד בהם וס״ל דמתחלת קנייה זכו בהם בניו ללמוד מהם לעולם ואין רשות לב״ח לגבות חובו מהם ואמר שאין בכלל מה ששנינו ואין לו בכסות אשתו ובניו לענין זה שאין ב״ח גובה מהם אע״פ שאינו דומה ממש לכסות שהוא שלהם לגמרי דיכולין למכרן מה שאין כן בספרים כדפרישית ורבינו השיג עליו ואמר ואף על פי דזכו בהם בניו משעת קנייה ללמוד מהם מכל מקום אמדינן דעתו דאב שלא העמיד את הספרים לפני בניו אלא כל זמן שתשיג ידו שלא יהא צריך למכור אותן ספרים אבל בשעת דחקו שיהא צריך למוכרם ודאי לא יוכלו הבנים לעכב על ידו מכח מה שזכו משעת קנייה ללמוד בהם דלא עדיפי מספרים שלו שקנה לעצמו ללמוד בהם דדעתו עליהן למכרן אם יהא צריך להם בשעת דוחקו הכי נמי ספרים שקנה לבניו ללמוד בהם וכיון שכן אם כן ודאי בעל חוב נמי גובה מהם כמו שגובה מספרים שלו דלא זכו בניו ללמוד מהם אלא כל זמן שאין צורך למוכרם או ליתנם לבעל חוב: ויש מחלקין שאם היא מיוחסת וכו׳ פי׳ כיון דדין הוא דעולה עמו ואינה יורדת עמו א״כ מעיקרא מסתמא אקנה לה כל מה שקנה לה אבל באינה מיוחסת כיון דאין בנות

משפחתה רגילין בתכשיטין כאלו לא אקנה לה מסתמא אלא דרך שאלה הלבישן וב״ח גובה מהן אם לא שפירש: ומ״ש ויש אומרים שאין חילוק וכו׳ כן כתב מהר״ם בתשובתו השנייה כדאיתא במרדכי ס״פ נערה שנתפתתה ע״ש שהוכיח שכך היא דעת האלפסי וכך נראה לפע״ד מדעת האשר״י פ״ק דב״ק מדברי רבינו לקמן בסי׳ רפ״ח שכתבו באחים שחלקו שאין שמין מה שעל בניהם ובנותיהם דוקא בגדי חול מפני שמתביישין להביאן לב״ד ומחלי אהדדי אבל בגדי שבת ויו״ט שמין שיוכלו להביא הבגדים לב״ד משמע דב״ח אינו גובה אפילו בשל שבת דאי גובה בשל שבת בע״כ דטעמא הוי משום דמסתמא לא אקני לאשתו בגדים אלו המכובדים המיותרים אלא דרך שאלה לובשתן א״כ טעם זה מספיק אף לחלוקת האחין ולא היה צריך לטעם לפי שיוכלו להביא הבגדים לב״ד אלא ודאי דבאשתו מקנה לגמרי אפילו בגדי שבת ואין ב״ח גובה מהם וכן מבואר מדברי ה׳ המגיד שדין זה משתנה לפי הטעם עיין בב״י וכתב עוד במרדכי והיכא דליכא עדים שקנאן לשמן ושהיו שלה וקטעין לקחתים לשמה נאמן ובשבועה ע״כ: וכתב הרמב״ן וכולי והוא שכתב לו דאקני וכולי עכ״ל נראה דבדכתב דאקני ואגב אפילו מכסות של חול נמי גובה ולא נמצא על זה חולק בשום פוסק מיהו אין זה אלא לפי דין התלמוד אבל לפי מנהגינו דאין גובין ממטלטלין שמכר או נתן אפילו כתב לו דאקני ואגב כמ״ש לעיל בסי׳ ס׳ א״כ לפי זה לעולם אין ב״ח גובה מבגדי אשתו כלום. אכן תכשיטי כסף וזהב שקנה לה בעל פשיטא דגובה ב״ח דבגמ׳ לא הזכירו אלא מיני מלבוש וכדכתב הריב״ש הביאו ב״י:

מו ומ״ש וכל זה לא מיירי אלא בבגדים שהבעל קנה לה אבל כל מה שהכניסה וכו׳ עד ואם אינו ידוע וכו׳ עכ״ל משמע להדיא דכל שידוע שהוא ממה שהכניסה היא אין ב״ח גובה ממנו ואפי׳ הם שאר מטלטלין או ספרים וה״ט דכל מה שהכניסה היא מטלטלין הם מיוחדים לה ואפותיקי נינהו לדידה כדכתב מהר״מ במרדכי פ״ק דב״ק ופרק נערה שנתפתתה וכך מבואר בתשובת הרשב״א שהביא ב״י בסי׳ נ״ט מחודשים ס״א ובספר התרומות כתב עוד דה״ה לנכסים שפסק הוא לה דאין ב״ח גובה מהם מיהו נראה דלא קאמר בעה״ת אלא במה שפסק הוא לה וכתב לה בכתובתה שקבלן עליו בשומא ולכתוב שוויים בכתובתה וכדתנן פרק מציאת האשה מה שהחתן פוסק הוא פוסק פחות חומש דפי׳ התוספות לשם דהחתן מייחד לה כלים ושאר תשמישין תוספת לכתובה וכן פי׳ הר״ן והיינו דכתב בעל התרומות שפסק וכו׳ דדוקא דפסק לה בכתובתה אבל נכסים שהכניס הבעל בסתם ב״ח גובה מהם ואינן כמו אפותיקי לדידה וכ״נ מהאשיר״י פרק מציאת האשה. אכן מדעת האלפסי והר״ן לשם נראה דאפילו מה שהכניסה היא לו יש כח לבעל למוכרם מלבד כליה העשויים לבלות שהרי היא פוחת חומש בכתובתה כדי שתשתמש בכליה וממילא ודאי גם ב״ח גובה מהם ולפירש״י נמי דפי׳ ג״כ הטעם דדרך לשומם יותר חומש לכבוד הכלה וכן פירשו התוספות איכא למימר דס״ל הכי ע״ש:

סימן צח

א סדר גביית החוב וכו׳ לא אמרינן מחל לו וכו׳ פי׳ כשהלוה טוען מחל אי נמי טען יודע אני בודאי שאין נשאר לו אצלי כלום מאותו החוב והא ראיה שלא תבע ממני כל אותן הימים אלא שאינני זוכר באיזה ענין סלקתיו מאותו חוב אפי׳ הכי אומרין ללוה שלם ולא אמרינן מחלו ואפילו אין הש״ח יוצא מתחת ידו אם החייב מודה ששטר שסכומו כך וכך יש לו עלי מכמה שנים ומקויים כראוי אבל מחלו לי חייב לשלם ואינו נאמן בשבועה במגו דלהד״ם או פרעתי וקרעתי השטר דמתיירא שמא יוציא הלה שטרו וימצא שקרן ואין זה מגו טוב והכי משמע ממ״ש רבינו בסימן מ״א סעיף ט׳ ע״ש הרמב״ם דבאין שטר בידו נאמן לומר פרעתי אפילו הוא תוך הזמן וכו׳ דאלמא דוקא פרעתי אבל טענת מחילה לא. וצ״ע דבסי׳ פ״ב סי״ו משמע דס״ל לרבינו כהרמב״ן דטענת מחילה הוי כמו פרעון דלא כהעיטור ואפשר דדוקא היכא דשטר מקויים בידו והלוה חייב לשלם אלא שטוען ישבע לי שלא מחל לי חשוב כאילו טען ישבע שלא פרעתיו כדי לחייב שבועה למלוה בלבד אבל היכא שאין השטר בידו אע״ג דנאמן בשבועה לטעון פרעתי וקרעתי השטר מ״מ כיון שמודה שהשטר קיים אלא שמחל לו חובו נאמן בשבועה ליפטר מלשלם ודו״ק: (ב) ואם כתב הלוה וכו׳ איכא למידק דהו״ל להקדים מה שכתב הרא״ש אשטרות ישנים להך דאם כתב הלוה וכו׳ ותו דהול״ל כתב א״א הרא״ש בתשובה לא וא״א הרא״ש כתב כאילו חולק ונראה דרבינו ה״ק לא מיבעיא בשטרות ישנים דלא אמרינן מחל לו כיון דשתק אלא אפילו בכה״ג דהיה המלוה אצל הכתיבה כשכתב כל נכסיו לבניו ולמלוה כתב קרקע כל שהו ושתק לא אמרינן דמחל לו ולא איבד בזה זכותו. אבל מדברי הרא״ש נראה הסברא איפכא דבשטרות ישנים הצריך דרישה וחקירה אבל בכתב כל נכסיו לבניו וכו׳ לא הצריך דרישה וחקירה למה שתק דאלמא דשתיקה דשטרות ישנים גרע טפי ולסברת רבינו דשתיקה דכתב כל נכסיו לבניו גרע טפי ודאי דכ״ש דצריך דרישה וחקירה בהך שתיקה דכתב כל נכסיו לבניו והשתא ניחא דכתב וא״א הרא״ש כתב כאילו חולק על מ״ש תחילה: (ו) טען הלוה מזוייף הוא וכו׳ בפרק הגוזל בתרא אמר רב מקיימין את השטר שלא בפני ב״ד ואפילו עומד וצווח ואי אמר נקיטו לי זימני עד דמייתינא סהדי ומרענא ליה לשטרא יהבינן ליה וכולי דאלמא דאפילו בשטר מקויים אם טעין מזוייף הוא והעדים שקיימו את השטר טעו לקוים שטר מזוייף אי נמי טען יש לי עדים שיעידו דאילו עדים שחתמו על השטר פסולים לעדות נינהו ומוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מרא קמא שומעין לו ונותנין לו

זמן וכו׳: (ז) לא בא בזמן שקבעו לו ממתינין לו עוד בה״ב וכו׳ שם בגמרא וטעמא דמילתא דלא גרע השתא דלא בא מאילו בא והזמינוהו לדין ליום המזומן לדין דקובעים זמן בה״ב ובתר הכי כתבינן פתיחא כדרב חסדא לשם בגמרא וכדלעיל בסי׳ י״א: ומ״ש וממתינין לו בנדוי צ׳ יום וכו׳ פי׳ ל׳ קמאי לא נחתינן לנכסיה דאמרינן דשמא דלאחר שטרח ל׳ יום לבקש עדים שהשטר מזוייף הוא ולא מצי חזר וטרח ל׳ יום בזוזי דניזוף מציעאי לא נחתינן לנכסיה דאמרינן לא משכח למיזף וקטרח ומזבין בתראי נמי לא נחחינן לנכסיה דאמרינן לוקח גופיה קטרח בזוזי: (ח) וסברת העיטור נראה דדוקא בלוה עצמו דהוי בחזקה דאית ליה נכסי אמרינן דילמא קטרח ומזבין. אבל כשבא לטרוף מלקוחות דהשתא אין לו ללוה כלום לא יהבינן ליה אלא ל׳ יום קמאי דאמרינן דילמא לוה קטרח בזוזי דניזוף טפי לא יהבינן דליכא למימר השתא דקטורח מזבין כיון דאין לו כלום. ודעת הרא״ש כיון דקי״ל דהלקוחות מצי לסלק לב״ח בזוזי כדלקמן בסי׳ קי״ד אמרינן דלוקח קטרח ל׳ יום בזוזי דניזוף ובתר הכי אמרינן קטרח ל׳ יום ומזבין ובתר הכי אמרינן לוקח הני לקוחות קטרח ל׳ יום בזוזי דכיון דחיישינן לכסידא דידיה כ״ש לפסידא דלקוחות: (י) ואפילו יש למלוה קרקע וכולי שם בגמרא אמרינן חיישינן שמא תכסיף ואע״ג דלעיל בסימן ל״ז ס״ו אמר דערב ומלוה מעיד ללוה היכא דאית ליה ארעא אחריתי ולא אמרי׳ דחיישינן שמא תכסיף כיון דמילתא דלא שכיחא היא אפ״ה ב״ד חיישי טפי דלא ליפוק תקלה מתחת ידם וכ״כ בספר התרומות שער ט״ז סימן ג׳ ע״ש הרמב״ן דאע״פ דבעלמא לא חיישינן שמא יאבד את ממונו ואין נזקקים לו קודם זמנו וכמ״ש בסי׳ ע״ג בשמו מ״מ ב״ד אין מוציאים מתחת ידם דבר שאינו מתוקן שאינו בדין שיזיקו הם לאחרים בגרמא שלהם ע״ש:

סימן צט

א לא היה לו שום טענה וכו׳ בזה כתב הרמב״ם וכו׳ בפרק ב׳ ממלוה: (ג) ומ״ש ואם יש לו בעלי חובות הרבה וכו׳ ששבועה זו תקנת הגאונים היא ואין מדקדקין להחמיר בה אלא להקל תימא אפילו היכא שהשבועה היא מן הדין הא קי״ל שבועה לאחד שבועה לק׳ כדאיתא בפ׳ מי שהיה נשוי ויתבאר לקמן בסי׳ קע״ו סעיף כ״ט. ואפשר דאמאי שמשביעין אותו על להבא הוצרך לבאר דאין מדקדקין להחמיר בה. דהוה אמינא דדוקא בשבועה דלשעבר דמוציא שקר מפיו חמירא ליה לאינשי וא״צ שבועה לכל אחד וא׳ אבל שבועה דלהבא דקילא ליה כיון דאינו מוציא שקר מפיו בשעת שבועה דדעתו בשעת שבועה לקיים שבועתו ובקושטא קמשתבע סד״א דיש להחמיר בה שישבע לכל אחד ואחד כדי שלא תהא השבועה קלה בעיניו לכך כתב דכיון דאין שבועה זו מדינא אלא תקנת הגאונים לא החמירו בה והכי משמע מהרמב״ם בפ״ב ממלוה דאשבועה דלהבא קאמר דאין מדקדקין בה להחמיר וכו׳: (ה) וי״א שנותנין זמן ל שבועה זו צ׳ יום וכו׳ שני הסברות כתבם ספר התרומות ומסיק ומלתא צ״ע כמ״ש ב״י ובמרדכי הארוך מצאתי משם רב אלפס בשעריו וזה לשונו ורב האי גאון כתב בשערי שבועות שלו על כל האומר כך שישהו צ׳ יום כדין אדרכתא פרק הגוזל בתרא וכתבינן פתיחא ולא יתכן שזה אמרו חכמים על המסרב בציווי ב״ד אבל מחמת עניות יאחרו עד שיוכלו למכור אם יש לו ואם אין לו משביעין אותו ע״כ וכתב ראבי״ה בזה ישרו לי דבריו מדברי רבינו האי עכ״ל ועיין בהגהות מיי׳ פ״ב ממלוה לשם כתובים דברי רב האי: ומ״ש ויש מדמין אותה לאומר לא אתינא וכו׳ נראה דה״פ דכי היכי דבאומר לא אתינא כתבינן לאלתר משום דליכא למימר דילמא קטרח בזוזי דניזוף וכו׳ שהרי הוא מורד ואינו רוצה לשלם ה״נ באמר אין לו לפרוע דליכא למימר קטרח בזוזי וכו׳ שהרי אם אומר אמת שאין לו א״כ משמעות דבריו דלא קבעי למטרח ולמיזף דאי הוה בעי למיטרח כבר אפשר שהיה לו במאי לפרוע או משכח אינש דיזפיה ואם אומר שקר כ״ש דלא קטרח בזוזי שהרי הוא מורד ואינו רוצה לפרוע כיון דיש לו ואומר שאין לו ומכאן נראה דבטעין אין לו ושואל זמן דילמא משכח אינש דיזפיה נותנין לו ל׳ יום דליטרח וליזוף ואח״כ משביעין אותו מיד דליכא למימר הכא דילמא קטרח ומזבין וכו׳ דהא טעין דאין לו במה לפרוע משלו ולית ליה מידי למזבין: ומ״ש רבינו וכן נוהגין להשביעו לאלתר היינו נמי כשאינו שואל זמן ולא קבעי למיטרח ולמיזף אבל כשהוא שואל זמן אפילו אומר שאין לו כלום במה לפרוע נותנין לו זמן שלשים יום מן הסתם ואם יראה לדיין יוסיף זמן כפי מה שיראה אפילו ביותר מצ׳ יום כדלקמן בסימן ק׳ במי שמבקש זמן ועי׳ במ״ש לשם בס״ד: (ט) ואם נשבע והשיגה ידו וכו׳ כ״כ הרמב״ם בפ״ב ממלוה ומשמע שאם ידוע שיש עליו חובות לאחרים חולקים אע״פ שאין אותם אחרים לפנינו. ומשמע נמי דדוקא אחר שנשבע והשיגה ידו וכו׳ אינו נאמן אבל קודם שנשבע נאמן כיון שבאותו זמן אינו מפסיד לבעל השטר דהא אין לו במה לפרוע. ואפילו הוה ליה במה לפרוע דוקא כשמפסיד בהודאתו לבעל השטר אבל כשזה וזה אינו בשטר אלא בע״פ נאמן שהרי מתחייב לשניהם ולמה יגרע ב״ח זה מב״ח אחר והב״י בסימן ק״ד במחודשין ג׳ לא כ״כ וע״ש: (י) ומ״ש וכן אם נראה לו ממון וכו׳ ג״ז מדברי הרמב״ם שם ומשמע דאפילו בשבועה אינו נאמן אבל רב אלפס כתב בתשובה זה שטוען שכל מה שבידו לאחר הוא ישבע אותו אחר שהן שלו ונותנין אותו לו ואם היה במקום אחר מעכבין הדבר עד שיבא ויתברר למי הוא וכו׳ כ״כ בפסקי מהר״ם מרקנטי. ואפשר דלא כתב הרמב״ם דיביא ראיה ובשבועה אינו נאמן אלא לומר דהלוה אינו נאמן בשבועה אבל כשהאחר נשבע דשלו הוא מודה הרמב״ם דהוי ראיה גמורה דשל אחר הן וכמו שכתב רב אלפס וגם הרא״ש דס״ל בסמוך גבי סרסור דאפילו האחר אינו נאמן בשבועה אין זו

אלא לפי שכבר הגיע החפץ ליד המלוה התם הוא דאין יכול להוציאו מידו כיון דבשעה שלקחו לרשותו מיד הלוה היתה בחזקתו של לוה אלא דלאחר כך כשבא הלה לערער הודה הלוה שהוא של אחר לאו כל כמיניה מאחר שאיננו בידו אבל היכא דבשעה שבא אחר לגבות את שלו עודנו ביד הלוה והלוה מודה לו שהוא שלו מודה גם הרא״ש דנאמן האחר בשבועה שהוא שלו וכדכתב רב אלפס ובתשובה הארכתי בס״ד: (יא) שאלה לא״א הרא״ש ראובן נתן חפץ לשמעון וכו׳ עד וכן אם מצא בבית ב״ח מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר וכו׳ כתב מהר״ש לוריא וכו׳ וז״ל מה שכתוב וכן אם מצא וכו׳ כלומר אפי׳ אין שמעון מודה דשל ראובן הוא דאי שמעון מודה אפי׳ שאינו מדברים העשויין להשאיל ולהשכיר כיון שיש עדים שהיו של ראובן ושמעון מודה דשל ראובן הוא נותנין לראובן אלא ודאי אפילו אין שמעון מודה דמאחר דדברים העשויין להשאיל ולהשכיר הוא א״כ לעולם הוא בחזקת הראשון שהרי אינו יכול לטעון לקוח הוא בידי אבל דברים שאינן עשויין להשאיל ולהשכיר צריך שיודה בעל חוב שהן שלו ודו״ק היטב עכ״ל. וכ״כ בספר בדק הבית אהא דכתב הרא״ש אם לקח לוי מיד שמעון חפץ הידוע שהוא של ראובן וכו׳ וצריך להחזירו ואמאי והא איכא למיחש שמא שמעון לקחו ממנו וה״ה שלו וי״ל שכיון ששמעון אינו טוען כן אנן לא טענינן ליה עכ״ל וכתב עוד ומ״ש והסרסור או בעל החפץ נאמנים בשבועה איני יודע שבועה זו למה כיון שאין הב״ח טוען ברי וי״ל דה״ק אי טעין ברי מחוייב שבועה ואי לא טעין ברי חייבין חרם סתם וקיצר במובן עכ״ל והכי נקטינן ודלא כמ״ש בהגהת ש״ע בסתם דהסרסור נשבע: (יב) כתב הרמב״ם מי שהוחזק עני וכו׳ עד לנדותו עד שיתן יעשה עכ״ל מלשון זה דדוקא לעשותו כגון להכותו ולאסרו ולנדותו יש כח לדיין אבל אסור ליכנס לביתו למשכנו שעל זה הזהירה התורה ואין בנו כח לעקור דבר מן התורה וכמ״ש בעה״ת לעיל בסי׳ צ״ז סעיף כ״ז מיהו ראיה דדוקא כשאינו ברור לנו שיש לו כי אינו רק אמוד בכך אבל אם עדים מעידים שיש לו ממון בביתו או שהוא עצמו מודה בכך אלא שטוען דברים שאינן מועילין כפי הדין כגון שהוא חייב לנכרים וכיוצא בזה. נראה דבזה הכל מודים דמותר ליכנס לביתו ולמשכנו דפריעת ב״ח מצוה היא ויורדין לנכסיו כדי לקיים המצוה ולא דמי להיכא דאיכא ספק אם יש לו ממון בביתו אע״פ שהוא אמוד דשמא אין לו ונמצא דעוברים על לא תבא אל ביתו וגו׳: (טו) שאלה להרא״ש כלל ע״ח סי׳ ב׳: ומ״ש ולא שייר כלום לעצמו וכו׳ עכ״ל נראה דקס״ד דהכא לא היה צריך שיור כיון דהוציא הכל מתחת ידו ונתן לקרובו לרשותו דדוקא במתנה שנתן והוא תחת ידו וברשותו לא הוי מתנתו מתנה אם לא שייר דיש לו דין מבריח ויכול לחזור בו ולהכי בסמוך סעיף כ׳ דלא הוציא מתחת ידו כלום קס״ד דהיה צריך שיור ועיין במ״ש לשם בס״ד: ומ״ש בסוף התשובה ואפשר שגם ר׳ אליהו מודה וכו׳ הם דברי הרא״ש לחזק פסק ר״ת שאין הלוה חייב להשכיר עצמו לפרוע חובו דדוקא במזונות אשתו מחייבים אותו דכך כתב לה בכתובתה ואנא אפלח דאפילו לא היה תקנת חכמים אלא שהדיוטות הורגלו לכתוב כך קיי״ל כר״מ ושאר תנאי דדרשי לשון הדיוט דאפילו לא כתוב ככתוב דמי וכמו שפי׳ התוס׳ פרק המקבל (בבא מציעא דף ק״ד) אבל אין מחייבין לב״ח להשכיר עצמו כדי לפרוע לב״ח פירוש אין פוסקים את הדין לומר חייב אתה בכך כיון שלא נשתעבד בפירוש להשכיר עצמו. ואף על גב דבנדון שנשאל עליו הרא״ש היה הלוה מתנה בפירוש להשתעבד ולעשות מלאכה כדי לפרוע חובו אפילו הכי אנן בי דינא אין כופין אותו כיון שהתנה על עצמו תנאי שהוא כנגד דין תורה ודאי אם היה מתרצה להשתעבד בגופו לא הוה מחינן ביה אלא שהיו אומרים לו חייב אתה בכך כיון שהתנית עמו בכך. אבל אנן לא כייפינן ליה וז״ש הרא״ש אין ב״ד כופין אותו לכך וכו׳ וכן כתב עוד בסוף דבריו לכן איני רואה להתיר לכופו להשתעבד כלל כי על דבר זה האריך בסוף השאלה לכופו בדיני ח״ה ולהכותו עד שתצא נפשו להשתעבד ולעשות כפי תנאו וכולי ועל זה השיב דאין בית דין כופין אותו ולא הביא דברי ר״ת בלא התנה אלא לאורויי דס״ל לר״ת דבלא התנה איסורא קעביד כשמשכיר עצמו דשכירות ליומיה מכירה היא כדאיתא פרק איזהו נשך. וכי היכי דדרשינן ונמכר בגנבתו ולא בזממו ולא בכפילו הכי נמי דרשינן ולא בפרעון חובו ולא במזונות אשתו ואם כן היכא דהתנה על עצמו להשתעבד בגופו ולעשות מלאכה אף על פי דאיהו לא קעביד איסורא אם רוצה לקיים תנאו כיון דאדעתא דהכי הלוה לו מ״מ אין ב״ד כופין אותו כיון דאית ביה איסורא נ״ל: תורת אמת וכולי כלל ע״ט סי׳ ה׳: ושייר לעצמו זהוב וכו׳ עכ״ל נראה דקס״ד דצריך הכא שיור לפי שאם היתה המתנה בכל נכסיו לא קנה המקבל דאנן סהדי דלא גמר ומקני בדלא שייר לנפשיה כלום אלא הברחה היא כדאיתא פרק האשה שנפלו מיהו התוספות ע״ש רבינו תם כתבו דדוקא באשה שכותבת נכסים לאחרים קודם שתינשא כדי שלא יזכה בהם הבעל דהוה ליה נכסים שאינן ידועים הילכך בכולן לא הוי מתנה אבל בעלמא אית לן למימר דלמתנה גמורה איכוון ואפילו בכל הנכסים אבל הרא״ש חלק עליו בתשובתו ובפסקיו לשם האריך ופירש הסוגיא בע״א דלא כרבינו תם אלא אזלינן בתר אומדנא והכל שוה ובעלמא נמי לא קנה בכולן ועיין לשם מבואר דדוקא בהחזיק המקבל בנכסים נחלק על ר״ת דאזלינן בתר אומדנא דלא נתכוין אלא להבריח אבל בכתב נכסיו לאחר בסתם ואין הנכסים זזין מתחת ידו כנדון שנשאל עליו הרא״ש אף לר״ת גובה ממנו בעל חוב והאשה שאין זה אלא תחבולה וערמה. ומשמע מדברי הרא״ש במחלוקתו על רבינו תם דאע״פ דאיכא שיור כיון דנראה דהמתנה היא הברחה גמורה. תימא דהלא פשט הסוגיא דבמקצתן הויא מתנה גמורה אע״ג דנראה הברחה. וכן פסק הרשב״א כמו שהביא בית יוסף בסימן זה במחודשין סעיף ד׳ ויש ליישב דהרא״ש סבירא ליה לשם בתשובה דשיור זהוב כיון דלא הוי כדי פרנסתו לא הוי שיור ודחה דעת האלפסי דשיור כל שהוא הויא שיור ע״ש ועוד אף לדעת האלפסי כיון שנתחייב לו באלף כפולות

נמצא שזוכה אף בזהב של שיור לשורפו מיד בחובו ואם כן לא הוי כאן שיור כלל ע״ש. אבל בשיור גמור מודה הרא״ש דהוי שיור ומתנתו מתנה ואם אין הנכסים זזין מתחת יד הנותן אפי׳ בשיור גמור לא הויא מתנה דתלמודא לא איירי אלא בהחזיק המקבל מתנה בנכסים ע״ש ועיין במרדכי פרק ג״פ: ועוד עשה לו שטר על עצמו באלף כפולות והתנה שלא יתחייב בזאת המתנה וכו׳ נראה דהשואל קראו לזה הש״ח ג״כ בשם מתנה לפי שלא קיבל מבנו הקטן שום ממון שיתחייב על ידו אלף כפולות אלא במתנה גמורה התחייב לו אבל ודאי שהשטר נכתב כדרך שאר שטרי חובות שחייב לבנו אלף כפולות וכוונתו היתה באולי לא תועיל השטר מתנה כנגד ב״ח כיון שנעשית המתנה להבריח מב״ח והכל ערמה ותחבולה לכך התחייב לו עוד לפני כמה שנים בחוב גמור באלף כפולות כדי שיקדם הבן לכל ב״ח כי יכול האדם להתחייב לאחר בכך וכך אע״פ שלא קיבל ממנו כלום כדלעיל בסימן ס׳ סעיף י׳ ולקמן בסי׳ ר״ז סעיף כ״ו והוה ליה חוב גמור כאילו קיבל ממנו ממון וכיון שש״ח זה זמנו מוקדם אם כן קודם הוא לגבות לכל ב״ח אלא שאע״פ כן פסק הרא״ש דאינו כלום כיון דשני השטרות שטר מתנה שעל כל נכסיו וגם ש״ח זה באלף כפולות לא יצאו מתחת ידו אלא דכשהיה צריך להראותן מסרן לאחר להראותם ויחזירם לידו וכו׳ אומדנא דמוכח הוא שלא עשה אלה שני השטרות אלא להבריח מב״ח:

סימן ק

א לוה שאמר הריני משלם קבעו לי זמן שאלוה או אמשכן או אמכור ואביא המעות וכולי נראה דמיירי הכא כשאין לו אלא קרקעות ובתים ואפ״ה אין ב״ד נזקקין להגבות לו ולהכריז עליהם אלא נותנים לו זמן שמא ילוה או ימשכן הקרקעות או ימכרם ולהכי אין מחייבין אותו ליתן ערב דנכסוהי דאיניש אינון ערבין ביה ומה שכתב רבינו שאם יש לחוש שישמט או יבריח צריך ליתן ערב איכא לתמוה דכיון דאית ליה קרקעות למה לנו לחוש לבריחתו כיון דאפשר להגבות מקרקעות שלא בפניו והכי משמע בסימן ע״ג סעיף ט״ו דבאין לו קרקע נחלקו האלפסי והרא״ש אהרמב״ן וס״ל דאם יש לחוש להשמטה ובריחה כופין אותו תוך זמנו לקנות קרקע או בטחון אחר כגון ערב וכיוצא בזה ע״ש אבל בדאית ליה קרקע לא חיישינן לכלום והכא בדאית ליה קרקע קאמר כדפרישית וכן פירש הרב המגיד הביאו ב״י. ואפשר ליישב דרבינו קאמר שאם יראה לדיין שיש לחוש שלא יוכלו לגבות ממקרקעותיו כגון שידוע שיש לנכרי ערעורים על נכסיו וכדכתב בסימן ק״א סעיף ח׳ ותדע שהרי בסמוך סעיף ה׳ כתב נשלם הזמן כותבין אדרכתא ואם לא ימצאו לו נכסים וכו׳ והגע על עצמך הלא מיירי בדאית ליה קרקע שע״כ אמר אמשכן או אמכור אלא ודאי דמיירי שבאו הנכסים ליד עכו״ם שהיו מערערים עליהן דדוחק הוא לפרש שלא מצאו לו נכסים מפני דאשתדפו ונכספו. וכתב בספר בדק הבית ואם לא ימצא מי שירצה להיות ערב לו נ״ל שמשביעין אותו או יקבל נדוי שלא יברח עכ״ל:

ד וכתב ר״ח וכו׳ עד וכ״כ רב אלפס בתשובה עכ״ל פי׳ באין לו אלא קרקע דמיירי ביה עד השתא כדפרישית קאמר ר״ח נמי דאי קבע ליה זמן אין נותנין לו זמן אחר אלא מורידין המלוה מיד לנכסיו והגאונים והאלפסי כתבו דאין חילוק אלא אפילו כבר קבעו לו זמן חוזרין ונותנין לו זמן כיון שאין לו אלא קרקע וכן פי׳ הרב המגיד ונימוקי יוסף לדעת הרי״ף ודלא כעלה ע״ד ב״י שנ״י אינו מפרש דברי הרי״ף בתשובה כמו שהביא הרב המגיד אלא דעת נ״י היא מכוונת עם דעת הרב המגיד בזה וכל זה אינו אלא בטוען שאין לו מעות ולא מטלטלין אלא קרקעות דצריך לו זמן כדי שימכור הקרקע אבל ביש לו מעות או מטלטלין ושואל זמן לפרעון אף הגאונים והאלפסי מודים דכיון שהיה לו זמן קבוע אין נותנים לו שוב זמן שני וכדכתב רבינו בסי׳ ע״ג סעיף י״ט דלאחר שעבר הזמן שקבל לו או ל׳ יום במלוה סתם אם הלוהו על משכון סתם יכול למוכרו על פי בית דין עכ״ל דאלמא ביש לו מעות או מטלטלין אין נותנין לו שוב זמן שני ואף על פי דבמלוה על המשכון סתם ס״ל להרא״ש אע״פ שעברו ל׳ יום צריך להמתין עוד ל׳ יום אחר התביעה ואם כן שמעינן מינה במכ״ש בהלואה בלא משכון היינו דוקא כשלא קבע לו זמן בתחילת המלוה אבל בקבע לו זמן בתחילת המלוה ועבר הזמן דלא מניח לאישתמוטי כדכתב בתרומת הדשן בסימן שכ״ה הכל מודים דאין קובעין לו זמן אחר כיון שיש לו מעות או מטלטלין: נשלם הזמן וכו׳ וצריך טעם למה אין נותנין לו צ׳ יום כי היכי דנותנין בטוען מזוייף דלאחר שכבר נתנו לו שלשים יום לבקש עדים דמזוייף הוא ולא בא נותנין לו עוד צ׳ יום כדאיתא בפרק הגוזל בתרא ל׳ קמאי דקא טרח בזוזי דניזוף וכו׳ וכדלעיל בסימן צ״ח והכא נמי דטען דאין לו מעות ומטלטלין ניתיב ליה צ׳ יום ל׳ קמאי דליטרח בזוזי וליזוף וכולי ונראה דלעיל שלא היה הלוה בפנינו ולא ידעינן שאלתו באיזה דרך הוא שדעתו ללוות או למשכן או למכור לאיזה אדם ובאיזה מקום ולכן מן הסתם נותנים לו צ׳ יום ל׳ קמאי דקא טרח בזוזי דניזוף וכו׳ אבל כאן שהלוה לפנינו ושאל זמן כדי שילוה או ימשכן קרקעותיו או ימכרם ונתנו לו זמן ל׳ או פחות או יותר לפי ראות עיני הדיין על פי שאלתו שהודיע לנו באיזה דרך ילוה וכו׳ א״כ כשנשלם הזמן שקבעו לו ולא בא כותבין מיד אדרכתא שהרי כבר נתנו לו זמן ע״פ שאלתו ששאל שילוה או שימכור נכסיו או שימשכנם וכיון שלא בא כשנשלם הזמן אין ספק שלא אפשר לו לא ללות ולא למשכן ולא למכור א״כ אין לנו להרחיב זמן יותר וכותבין לו מיד אדרכתא על נכסיו כנ״ל ודלא כמ״ש ב״י ע״ש:

סימן קא

א בא לפרוע וכו׳ כ״כ הרי״ף ריש פ׳ המוכר פירות: ומ״ש ומיהו היכא דאיכא פסידא וכולי הקשה בספר בדק הבית וז״ל יש לתמוה למה כתבו דכיון דהאידנא דקיי״ל דמטלטלין משתעבדי לב״ח לא נפקא לן מידי בין פורע במעות לפורע בקרקע עכ״ל ובסי׳ ק״ז סוף ס״ח כתבתי יישוב לזה ע״ש: ומ״ש לפיכך אם פקח הוא יתן להם הקרקע ויחזור ויטרפנו מהם עכ״ל מימרא דרבא פרק מי שהיה נשוי ונראה דמדכתב הקרקע בה״א משמע דוקא אותה קרקע שקנה מאביהם דכיון דמלוה זו באה מחמת אותו קרקע אינו בדין שיפסיד על ידה אבל קרקע אחריתא לא מצי יהיב להו אם יש לו מעות ונמשך רבינו אחר דברי הרא״ש בפרק מי שהיה נשוי שכתב על דברי התוס׳ דס״ל היכא דאיכא פסידא ללוה יכול ליתן להם קרקע דאינה ראיה כ״כ דנראה דוקא אותה קרקע וכו׳ וגם ברמב״ם פרק י״א ממלוה כתב בלשון זה לפיכך אם היה שמעון פקח נותן להם הקרקע שלקח מראובן וכולי אע״פ דהרב המגיד כתב לאו דוקא דה״ה קרקע אחר וכולי ומביאו ב״י אין נראה דכיון דדקדק הרמב״ם בכך בודאי דוקא קאמר וכדמוכח לאית דגרסי התם מגבה לה ניהלייהו. מיהו לתקנת הגאונים דב״ח גובה ממטלטלי דיתמי אין חילוק בין מגביהו קרקע למגביהו מטלטלים ולפיכך השמיטו הרי״ף מפסקיו גם הרא״ש לא היה כותבו אלא כדי למידק מיניה האי דינא דהיכא דאיכא פסידא וכו׳ ועוד אפשר דהכא אף לבתר תקנת הגאונים לא מצי להגבות מהם דמי הקרקע כיון דלא היתה התקנה אלא משום נעילת דלת בפני לווין ואין זה אלא בב״ח אבל לא בלקוחות דליכא נעילת דלת תו דעביד אינש דזבין ארעא ליומא וע״ל בסי׳ ק״ח סעיף ל״ב ועי׳ במ״ש בסוף סימן זה הבאתי ראיה ברורה לדברי התוס׳:

ד י״א שאם יש לו מעות וקרקע וכו׳ ולא נהירא עד יתן לו מטלטלין אם ירצה כל זה כתבו בספר התרומות שער ד׳ סי׳ ב׳ ויש לתמוה שלא כתב כלל ראיה לסברת י״א ואפשר דהני י״א ס״ל כמ״ש הרמ״ה בסמוך סי׳ ק״ב שאם המלוה חפץ בזיבורית טפי פורתא דשומעין לו וטעמו דהא דב״ח בבינונית ולא בזיבורית כדין תורה אינו אלא משום נעילת דלת א״כ כשהב״ח חפץ בזיבורית ותכריחנו דוקא בבינונית איכא נמי נעילת דלת לפ״ז הכא נמי כיון דב״ח שדינו דוקא במעות אינו אלא ליפות כחו משום נעילת דלת אם תכריחנו דוקא במעות והוא חפץ יותר במטלטלי או במקרקעי איכא נמי נעילת דלת הילכך יכול לומר במטלטלי או במקרקעי אני רוצה והחולקים על סברא זו ס״ל כהרא״ש שנחלק אדברי הרמ״ה לקמן וקסבר דמצי א״ל לא אתן לך אלא כדינך ולפ״ז ודאי ג״כ אם גילה הלוה דעתו שרוצה ליתן לו מטלטלי או מקרקעי אלא שרוצה ליתן לו כיוקרא דלקמיה בהא ודאי אין שומעין לו ללוה אלא צריך ליתן לו מקרקעי או מטלטלי כזולא דהשתא שבזה מודה אף הרא״ש כנ״ל:

ו י״א שאם יש ללוה ש״ח וכולי כ״כ בעה״ת בשער ד׳ ומביאו ב״י ומבואר לשם דמיירי דאית ליה שאר מטלטלין ומש״ה ס״ל לי״א דצריך ליתן לו שאר מטלטלין שגופן מעות והרא״ש נחלק על זה דאפי׳ אית ליה שאר מטלטלין יכול להגבותו שטרות וישומו אותם וכו׳ אבל בדלית ליה שאר מטלטלין כלל אלא שטרות פשיטא דלא יגבה חובו אלא משטרות אלו ואין בזה מחלוקת:

יב ואם יאסרוהו עכו״ם הרי כל ישראל מצוים לפדותו ונראה דאף לפי זה אם יש לו מעות ומטלטלי ומקרקעי ויש עליו חובות לעכו״ם ואומר אם לא יתן המעות לעכו״ם יאסרו אותו ויהא בשביה וגם יתחייב עוד בכפלים כי כן הוא בדיניהם שומעין לו ומגבין לישראל ממטלטלי או מקרקעי כל שאין חשש מערעורו של העכו״ם על הקרקע דבפסידא כי האי ודאי אף הרא״ש מודה דמצי להגבותו מטלטלי או מקרקעי ואע״ג דאית ליה מעות ואפי׳ אם ת״ל דלהרא״ש דדחה הראיה שהביא התוספות לא ס״ל כדעת התוס׳ וכדמשמע נמי מדברי רבינו בתחלת סימן זה וכנראה גם מל׳ הרמב״ם וכמ״ש בסמוך מ״מ כיון דחזינן מפורש דהר״ן וה״ה ס״ל כדעת התוס׳ הכי נקטינן. ועוד יראה לפע״ד ראיה ברורה לדעת התוס׳ מהא דאיתא בפרק שני דייני גזירות (כתובות דף ק״י) דקאמר רבא שתי תשובות בדבר חדא דזה גובה קתני ועוד ליגבינהו ארעא ליתמי וליהדר ולגבינהו מינייהו וכו׳ הא קמן דאף על פי שלא בא מלוה זו מחמת קרקע כלל מצי אידך למיגבינהו ארעא ובע״כ דטעמא הוי משום דאיכא פסידא ללוה וכדעת התוס׳ וא״כ בע״כ הא דאמר רבא גופיה בפרק מי שהיה נשוי אי פיקח הוא מגבי לה ניהלייהו לאו דוקא אותו קרקע אלא אפילו קרקע אחר וכן עיקר ותו נראה דרבינו נמי אע״פ שכתב הקרקע בה׳ לשון התלמוד נקט מגבינן לה ניהלייהו ולאו דוקא קאמר וכמו שפי׳ ה״ה לדברי הרמב״ם דאי דוקא קאמר רבינו א״כ קשה עליו דבסי׳ פ״ה בסעיף ד׳ כתב בהך דרבא בפ״ב דייני גזירות דאפילו קרקע דלא בא מחמת מלוה מגבה ניהלה ואע״ג דאפשר לדחות קושיא זו ולומר דהך דרבא בפרק דייני גזירות ה״ק שיוציא כל מעותיו ומטלטלין ויקנה בהן קרקעות אח״כ ליגבינהו ארעא ליתמי וכה״ג נמי איירי רבינו בסי׳ פ״ה וכדפירשתי לשם מ״מ העיקר נראה דגם רבינו ס״ל דאין חילוק בין קרקע וכדעת התוספות:

סימן קב

א לוה וכולי ובשלו הן שמין וכו׳ כרב נחמן סוף כתובות ודלא כרב ששת וכ״פ הפוסקים: ואם חפץ המלוה בזיבורית וכו׳ הכי איתא בריש פ״ק דקמא ובאשיר״י לשם: ומ״ש וכתב הראב״ד וכו׳ סברתו כיון דאין דינו של ב״ח בעידית כלל אין כאן נעילת דלת אם אין כופין אותו ליתנה לו אפילו כיוקרא דלקמיה. ומשמע מדברי בעה״ת שער ד׳ סי׳ ג׳ דהראב״ד ס״ל כהרמ״ה דבזיבורית אפילו לא גילה דעתו׳ שרצונו למוכרה צריך לתת לו כזולא דהשתא אבל בעידית אם לא גילה דעתו שרצונו למוכרה אין כופין אותו ליתנה לו אפי׳ כיוקרא דלקמי׳. אבל אם גילה דעתו שרוצה למכור העידית בהא פליגי די״א דבזו כופין אותו ליתנה לו כזולא דהשתא דמצי א״ל אילו הוו לי זוזי שקילנא כדהשתא השתא דזוזי גבך אשקול כיוקרא דלקמיה. וי״א דלא מהני ליה גילוי דעתו אלא לענין זה דכייפינן ליה ליתנה לו כיוקרא דלקמיה כלומר דאם הלוה רוצה למוכרו לאחרים כיוקרא דלקמיה כייפינן ליה למוכרו למלוה אבל אין כופין ליתן לו כזולא דהשתא מאחר שאין דינו כלל בעידית ולא דמי לזיבורית וכתב רבינו דהכי מסתברא והיינו דוקא בדגילה דעתו אבל בלא גילה דעתו אין כופין אותו כלל למכור העידית כיון שאינו רוצה למוכרה שבזה הכל מודים לסברת הראב״ד וכדפרישית: ובספר בדק הבית כתב על מ״ש רבינו והכי מסתברא וז״ל לא מסתברא לי ויותר נראה בעיני סברא ראשונה דהראב״ד שהוא סברת התוספות ומסתבר טעמייהו עכ״ל וכ״פ בש״ע:

סימן קג

א כאשר יורידו המלוה וכו׳ בסוף בית כור ת״ר שלשה שירדו לשום וכו׳ ופסקו הרי״ף והראב״ד כת״ק דאמר מילתא מציעתא ודלא כהרמב״ם:

ד שמוה ג׳ ואומר הלוה ישומו אותו ג׳ אחרים וכו׳ בסוף סימן ע״ז וע״ל סוף סי׳ ר״ז ונתבאר בס״ד באריכות:

ה ואחר השומא יכריזו וכו׳ משנה פ׳ שום היתומים וסוגיא דגמרא שם:

ז ומ״ש וכן אם מוצאין קונה וכו׳ פי׳ שמוצאין קונה שרוצה ליקח אותה בכדי שומתן והמלוה גם היא רוצה ליקח אותה בשומא הוא קודם לכל אדם דכיון דשומא הדרא למרא א״כ יפוי כח הוא ללוה דנימא דהמלוה קודם לכל אדם ואיכא למידק דכיון דאשמועינן דאפי׳ אינו רוצה ליקח אותה אלא בשומא הוא קודם כ״ש כשמוסיף על שומתה ולמאי איצטריך לאשמועינן תו או שמוסיף וכולי ונראה דאתא לאשמועינן דאפילו במוסיף נמי משלימים כל ימי ההכרזה דלא תימא דוקא באינו מוסיף משלימין והיינו דכתב רבינו ומ״מ משלימים כלומר אף על פי דמוסיף אפ״ה משלימין וכו׳:

ח לשון הרמב״ם וכו׳ ונראה שאין לחלק וכו׳ דעת הרמב״ם דמדתנן בערכין שום היתומים שלשים יום אלמא דוקא ביתומים ולקוחות נמי דינן כיתומים שהרי בשניהם החמירו שלא יפרעו אלא בשבועה וצריך לדקדק בדינם אבל בבני חרי אין צריך ל׳ יום אלא כפי מה שיראו הדיינים שאם היתה ל׳ יום בכל שומא למה אמרו שום היתומים ל׳ יום וכך פירש הרב המגיד. אבל תוס׳ לשם כתבו דמדאיתא בפרק המפקיד מאימתי אכל פירי מכי שלמו יומי אכרזתא שמעינן דכ״ע נמי אם באו ב״ד לירד לנכסיהן כדי לפרוע לאשה כתובתה ולב״ח חובו צריך שומת ב״ד ל׳ יום והא דנקט התנא שום היתומים ל׳ יום לרבותא נקט הכי דמהו דתימא דניהוו יתומים כהקדש וליבעי שומת ב״ד ששים יום קמ״ל דשוין לכל אדם וזהו דעת רבינו שכתב ואין נראה לחלק וכו׳ והכי מסיק בעל התרומות ע״ש ה״ר אברהם בר יצחק בשם ר״ח וה״ר יצחק גם הרשב״א בתשובה סימן תרי״ז כתב דגם כשמוכרין ב״ד בשל הקדש בזמן הזה צריך הכרזה כמו בשל יתומים ובני חרי ומחלק בין הקדש להקדש ע״ש:

ט וכן לענין אם טעו ופחתו וכולי אבל הרמב״ם כתב אם פחתו או הותירו וכו׳ איכא למידק דמדכתב רבינו אבל הרמב״ם משמע להדיא דמסיק כסברת הרמב״ם ולקמן בסימן קי״ד בסי״ג הכריע דלא כהרמב״ם וכתב ומסתברא שאין לחלק בין יורש ללוקח ונראה דרבינו היה מפרש דכיון דסבירא ליה להרמב״ם גבי לקוחות דמכרן בטל בכל שהוא אף על גב דהיה נראה כיון דב״ד טוענין ללקוחות חשיבי כאילו הם הוו בעלי הדבר עצמם ולא מיקרו שלוחים דידהו והיה ראוי שיהא מכרן קיים עד שתות ואפ״ה ס״ל להרמב״ם דחשיבי שלוחין דלקוחות ומכרן בטל בכל שהוא כ״ש גבי לוה עצמו כשגובין ממנו בני חרי דפשיטא דחשיבא בית דין כשלוחין ומכרן בטל בכל שהו ואף על גב דלא כתב כן הרמב״ם בפירוש גבי לוה עצמו ס״ל דלא הוצרך לפרש כיון דאתיא במכ״ש מלקוחות והשיג עליו בדין לקוחות וקאמר ומסתברא שאין לחלק בין יורש ללוקח כלומר כיון דב״ד טוענין ללוקח כי היכי דטוענין ליורש א״כ חשיבי ב״ד כאילו הם בעלי דבר עצמם ובתרווייהו המקח קיים עד שתות אבל גבי לוה עצמו מסיק כוותיה דאפילו בכל שהוא מכרן בטל אבל הרב המגיד פי׳ לדעת הרמב״ם דבלוה עצמו דינו כיתומים דמכרן קיים עד שתות. ודברי רבינו נראין יותר דבלוה עצמו פשיטא דב״ד

דינן כשלוחין שכ״כ רב אלפס בתשובה הובאה בספר התרומות שער ג׳ סי׳ ג׳ ע״ש: ומ״ש בספרי רבינו אם טעו ופחתו או הותירו על שתות ט״ס הוא וצריך למחוק תיבת על וכ״כ בס׳ בדק הבית והכי איתא בסימן ק״ט סעיף ז׳:

י ומ״ש ואם אין שיעור שדה וכו׳ נראה דהיינו דוקא כשאומר המלוה מכור לי מהנשאר אבל כשאינו רוצה לקנות מהנשאר כופין את הלוה ויפרע לו מעות וכ״כ ב״י ע״ש הרשב״א בסוף סימן הקודם וכה״ג כתב ב״י כאן ע״ש ה״ר ירוחם שכתב ע״ש הרשב״א שוכרין או מוכרין קרקע של לוה ואין חוששין לפסידא דלוה וכ״כ בספר ב״ה:

יא שאלה לא״א הרא״ש וכו׳ וצריך לעשות שומא אחרת כתב בש״ע דצריך נמי הכרזה אחרת ועי׳ בספר בדק הבית מ״ש בזה:

יב ואם ירד המלוה לנכסי לוה והחזיק בהם וכולי נראה דהך פלוגתא דוקא להיכא דלאחר שכבר שמוה ג׳ שמאים והכריזו עליה כדין או ירד המלוה לנכסי לוה והחזיק בה על פי השומא כשלא היו מוצאין קונה שיוסיף על השומא או שהמלוה מכרו לאחר על פי השומא וכל זה עשה בלא ציווי ב״ד וקאמר דאינו כלום דצריך שהב״ד יחליטו ויחזיקו הנכסים למלוה או לקונה וכיון שירדו לתוכו בלא ב״ד אין הורדה זו כלום ואם נתייקרה ברשותא דלוה קאי וצריך נמי לשלם הפירות שאכל וסברת י״א כיון שכבר עשו שומא והכרזה בדין ולא צריך ב״ד אלא להורידו לנכסים אם עבר וירד לתוכה בלא ב״ד כיון שכבר עבר הזמן שקבעו לו לפרוע אינו בדין שיתעכב עוד מלהגבות לו חובו ולכן מה שעשה עשוי ולא צריך לפרש דעבר הזמן שקבעו לו לפרוע דהא פשיטא היא דבהכי מיירי ולא נקט הכי אלא לאורויי דבמשכונא מוחזקת אפילו לא ידעינן שעבר הזמן וזהו שכתב או שהיא משכונא מוחזקת פירוש או אפילו אין כאן ראיה בעדים שעבר הזמן שקבעו לו לפרוע אלא שהמשכונא היא מוחזקת בידו ג׳ שנים דמצי טעין לקוחה היא בידי נאמן לומר שעבר הזמן במגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידו ולכן מה שמכר בלא ציווי ב״ד מכור דיעבד ונראה שהרמב״ן לא נחלק אלא בזה שבכל ענין אינו יכול למוכרם בלא ב״ד משום דמגרע כחו דלוה דלא הדרא למרה אבל בשירד המלוה עצמו לתוכה לא נחלק עליו אלא מה שעשה עשוי:

טו מלוה שירד לנכסי יתומים וכו׳ בתשובת הרא״ש כלל פ״ה סי׳ ז׳ ואין כאן מקומו אלא לאורויי דכל זמן שלא נשבע אין לו שום זכות בנכסי יתומים ולכן אפילו לאחר שהזמין לדין ואחר פסק דין ואחר שומא והכרזה אם קודם שנשבע ירד לנכסי יתומים צריך לשלם הפירות שאכל דכיון דאיכא למימר מי יימר דקא משתבע נכסי בחזקת יתמי קיימי ואפילו לסברת י״א דלאחר שעבר הזמן שקבע לו וכו׳ יכול למוכרם מ״מ גבי יתומים דצריך שבועה אין הורדתו כלום. ומ״ש בתשובה קודם שתבעו לדין מעשה שהיה כך היה ולאו דוקא:

יז וכותבין לו שומא וזו נוסחה במותב תלתא הוינא וכו׳ ושדרנא מב״ד תלתא אינשי מהימני וכו׳ נראה מלשון זה דבשעה שיחליטו הב״ד הנכסים למלוה ויחזיקוהו בהם צריכין לחזור ולשלוח ג׳ שמאים לראות הקרקע שמא השביחה מאליה ונתייקרה דכל שבח שיגיע בנכסים מקמי שיחזיקוהו הב״ד בקרקע ברשותא דלוה קאי וכדכתב הרא״ש בתשובה בסמוך סעיף י״א צריך נמי לשלם הפירות שאכל:

יט כתב בעל התרומות מלוה שסתר כו׳ עד כדין כל יורד ברשות כל זה כתוב בספר התרומה שער ג׳ סי׳ ה׳ וע״ל בתחילת סי׳ קט״ז:

כ ומ״ש הו״ל כנוטל שכר מעותיו והו״ל כריבית קשיא טובא דא״כ היאך אוכל פירות אלא א״כ מכר גמור הוא וליכא הכא חששא דריבית כלל אלא איכא טעמא אחרינא דכיון דמשום ועשית הישר והטוב הוא די שיתן לו כדי חובו ולא שיצטרך לפדותו ביותר מכדי חובו דאין זה טוב והכי נקטינן דהכי משמע לישנא דתלמודא והפוסקים כסתמא שומא הדרא משמע אפילו נתייקר וליכא משום נעילת דלת שהרי הוא אוכל פירות כל זמן שהיא תחת ידו וכ״כ בספר בדק הבית ובש״ע ודלא כהרא״ש והרב בהגהות ש״ע שפסק כהרא״ש: כתב הרמב״ם וה״ה נמי אם שמו נכסי לוקח וכו׳ וא״א הרא״ש כתב דלא הדרא ליה וכולי נראה דאינו ר״ל בעליו מעולם כגון שדה אחוזה דהא ודאי אפילו הגיעה לידו על ידי שלקחה או שמוה לו בחובו נמי בעליו קרי ליה ולא אתא אלא לאפוקי לוקח שלקח שיעבוד המלוה דאינו בעליו של קרקע זו ולפיכך הדבר פשוט בחזר גם המלוה ונתנה לב״ח שלו בחובו דגם ב״ח השני צריך להחזיר הקרקע לב״ח הראשון כשבא הוא או יורשו לפדותו משום ועשית הישר והטוב שתחזור הקרקע ליד בעליו דסתמא קאמר תלמודא שומא הדרא לעולם וע״ל בסימן קי״ד סעיף ח׳ כתוב ע״ש ה״ר יונה כדעת הרא״ש. ועי׳ עוד בדין יפה כח השני בסי׳ קט״ז סעיף א׳: שמו לאשה בחובה וכו׳ כתב מהר״ש לוריא ז״ל בתשובה דוקא בחובה אבל גבו לה בכתובתה לא הדרא אפילו לא נשאת והאריך על זה בתשובותיו סימן נ׳ ומ״מ נראה ודאי דבנדוניא דדין חוב יש לו אם גבתה הקרקע בנדונייתא הדרא כמו שאר ב״ח ועיין בדברי הרב המגיד פי״ו דאישות ובא״ע בסי׳ ק׳ וק״ג: ומ״ש רבינו ונשאת ומתה כן פירש״י והרא״ש ואפשר לפרש דלרבותא נקטי דבחייה פשיטא דאינו יורש בחיי אשתו אלא חשוב כלוקח אלא אפילו מתה אין לו דין יורש אלא לוקח וכן מבואר לקמן בסוף סקי״ב דבעל בנכסי אשתו אף שחייה חשוב כלוקח אבל בב״י לא כתב כן:

סימן קד

א מי שיש עליו ב״ח הרבה וכו׳ כ״כ רבינו האי בתשובה ומביאו ב״י:

ב ואם קדם המאוחר וכו׳ פלוגתא דת״ק ובן ננס פרק מי שהיה נשוי ופסקו הפוסקים דמה שגבה לא גבה: ומ״ש ואם מכרה לעכו״ם וכו׳ פי׳ חייב בדמיהן מפני שב״ח טוען עליו מסרת נכסים המשועבדין לי ביד מאן דלא מצינא משתעי דינא בהדיה והו״ל מזיק שיעבודו של חבירו דקי״ל שהוא חייב כדפסק האלפסי בפ׳ השולח דדינא דגרמי הוא כ״כ בספר התרומות ע״ש הרמב״ן ע״ש סוף שער מ״ג בענין הששי (דף כ״ה) סוף ע״ב וכן כתב הראב״ד הביאו רבינו בסימן זה סעיף ט״ו ומה שקשה על זה מדברי הרא״ש יתבאר בס״ד בסימן ק״ז סעיף ז׳ וח׳ ע״ש ועיין עוד בסי׳ קי״ז סעיף ו׳: הב״י הביא תשובת מיימוני על מי שיש עליו חובות הרבה ואין לו לפרוע אין לדיין להזדקק אליו לפרוע לאחד מהם ממטלטלין לחוב לאחרים ע״כ והשיג ע״ז דא״כ אם ב״ח אחד במ״ה יפסידו האחרים אלא אם אין תובעו אלא אחד כופין אותו לפרוע. ותימה גדולה וכי משום שהב״ח במ״ה יפסיד חובו אלא כך הוא הדין במי שיש עליו חובות הרבה אין דין קדימה במטלטלין וחולקין יחד ואלו שהם לפנינו נוטלין כ״א חלקו וחלק האחד יהא מונח בב״ד עד שיבא ממ״ה וכך הוא מבואר ממ״ש רבינו בסי׳ צ״ט סעיף ט׳ שכתב ואם נשבע והשיגה ידו וכו׳ הוא מדברי הרמב״ם דאלמא להדיא דכל היכא שאין ספק דודאי יש עליו חובות לאחרים דאין בעל השטר נוטל כל ממונו אלא חולקין כדפרישית לשם:

ד במטלטלין אין בהם דין קדימה לפיכך וכו׳ פי׳ שיעבודא דתרווייהו במטלטלין בהדי הדדי קאתי ואף על פי שהאחד קודם לחבירו אין בהם דין קדימה וחולקין כמ״ש בסימן זה סעיף י״א ולפיכך אם קדם המאוחר וגבה אין מוציאין מידו:

ה שאלה לא״א הרא״ש לוי הוציא וכו׳ משמע להדיא מדבריו דאם נתנו המטלטלין ביד לוי בלא שומא לא מיקרי גבה דלא הויא גבייה בב״ד אלא כשעשו שומא תחילה ואחר כך החליטוהו והחזיקוהו בהם אבל שומא נתינה ונתינה בלא שומא לאו כלום הוא דאין זו גבייה ועיין במ״ש בסמוך סעיף י׳:

ו שיעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי וכו׳ עד לפי ראות עיני הדיין בסה״ת סוף שער מ״ג בענין הזה אלא דלשם כתוב והו״ל כלוה ולוה וקנה שזכה התופס וכו׳ ורבינו כתב והו״ל כמו לוה ולוה באגב וקנה וחזר וקנה שזכה התופס וכו׳ ותימה גדול לאיזה צורך נקט באגב ושקנה וחזר וקנה שהרי דין לוה ולוה וקנה דזכה התופס בין במקרקעי בלחוד בין במטלטלי בלחוד היא ולמה לי אגב ולמה לי קנה וחזר וקנה וז״ל מהרש״ל בהגהותיו ונ״ל למחוק באגב וכן מצאתי בספר מדוייק שהגיה גדול בדורו שמחקו עכ״ל ועל קנה וחזר וקנה לא פירש כלום אפשר דהוה ס״ל דלאו דוקא חזר וקנה ומילתא יתירתא נקט וכדי ליישב גירסת הספרים נראה דבא להכריח דבמעות כיון שאין בירור מתי באו ליד הלוה דמטבע אין בו סימן לא אזלינן בתר אומדנא ואעפ״י דמוכחא טובא דמעות אלו כבר היו בידו מקמי שלוה משניהם והלכך זכה התופס והוא מדקי״ל בלוה ולוה וקנה מטלטלי או מקרקעי דזכה התופס בכל ענין ומשמע דאעפ״י דאיכא אומדנא דמוכחא טובא דמעות הללו שקנה בהם אחר שלוה ולוה כבר היו בידו מקמי שלוה משניהם ואפ״ה זכה התופס ולא מפלגינן כלל בין לוה ולוה באגב או שלא באגב ולמה יגרע קרקע או מטלטלין אלו שקנה אחר שלוה משניהם מאלו המעות שקנה בהם הקרקע והמטלטלין דזכה המוקדם במעות כיון שכתב לו אגב בשטר אלא ודאי דאף במעות גופייהו אם היו בעין לא היו מוציאין מיד התופס אע״ג דכתב לו אגב והלכך אף במה שקנה מאותן המעות נמי אין מוציאין מיד התופס כיון שאין בירור לאותן המעות ולהכי נמי נקט קנה וחזר וקנה לאורויי דאעפ״י שקנה נכסים הרבה בסך גדול דאיכא אומדנא דמוכחא טובא שהיו מעות אלו בידו מקמי שלוה משניהם דרחוק הוא דקמץ מעיסתו לאחר שלוה משניהם כך וכך מעות ואפילו הכי זכה התופס מטעם דאין בירור למעות ואע״ג דכתב לראשון אגב:

ז והא דבמקרקעי שייך קדימה וכו׳ לכאורה נראה דה״ה אם לוה וכתב לו דאקנה וחזר ולוה מאחר ולא כתב לו דאקנה ואחר כך קנה נמי יחלוקו וכדמשמע ממ״ש אחר כך לוה וכתב לו דאקני וכו׳ דדוקא בשקנה תחלה ואח״כ חזר ולוה מאחר לקמא משתעבד הא לוה מאחר תחילה ואחר כך קנה לשניהם משתעבד בשוה אע״ג דלא כתב לשניהם דאקנה דומיא דקנה ואחר כך לוה משני והכי משמע מדברי הרמב״ם רפ״ב דמלוה אבל קשה דהרא״ש פ״ק דמציעא כתב וז״ל ופעמים נוטל כולו כגון שכתב למלוה דאקנה ולא כתב ללוקח דאקנה וכך מבואר בדברי רבינו ריש סימן קט״ו וצ״ל דמ״ש רבינו והרמב״ם לוה שכתב לו מה שאני עתיד לקנות וכו׳ לאו דוקא אלא ה״ה לוה וכתב לו דאקני וחזר ולוה מאחר ולא כתב לו דאקנה ואחר כך קנה נמי לקמא משתעבד וכדכתב הרא״ם ורישא בדכתב לכ״א דאקני דיחלוקו הך בבא דוקא היא הא בדלא כתב לשני דאקנה ואחר כך קנה לקמא משתעבד והכי נקטינן וכ״פ בכ״מ ובספר בדק הבית:

י וכתב א״א הרא״ש נראין דבריו במקרקעי אבל במטלטלין מה שגבה גבה אפילו שגבה מעצמו צ״ע אי רצונו לומר דוקא לאחר ששמו אותן ג׳ שמאים דליכא למימר מאן שם לך או אפילו בלא שומא נמי דהראיה שהביא מפירות תלושין דפליגי בה רבי טרפון ור״ע במשנה ר״פ הכותב ליכא למשמע מינה מידי כיון דפירות מסתמא דמיהן קצובין א״צ לשום אותן מיהו איכא למשמע דבר זה ממ״ש רבינו בסי׳ זה סעיף ה׳ תשובת הרא״ש דלא מקרי גבייה במטלטלין אא״כ שמו הסחורות ונתנוהו בידו דאלמא נתינה בלא שומא לאו כלום הוא כמו שומא בלא נתינה אפילו נתינת ב״ד כ״ש גבה מעצמו לאו כלום היא במטלטלין בלא שומא:

יא היו ב״ח זמנם שוה וכו׳ מכאן משמע להדיא דאין דין קדימ׳ במטלטלין אפי׳ במה שקנה מקמי שלוה מראשון וכך מבואר ברמב״ם פ״ב ממלוה בהזכירו הג׳ חלקים וכן בסמ״ג הל׳ מלוה (דף קע״ח ע״ב) וכן מבואר באלפסי ואשיר״י פרק הכותב וכן בא״ע בסי׳ ק״ב וכל זה דלא כתשובת הרמב״ן שהביא בית יוסף במחודשין סעיף ה׳ דאפי׳ במטלטלין איכא דין קדימה אם הן ביד הלוה דלא שבקינן כל הני פוסקים המפורסמים ולתפוס תשובה אחת דלאו הרמב״ן חתים עלה וכך היא הלכה רווחת בישראל ועי׳ לקמן סוף סימן קי״א וסימן קי״ז ועיין בדברי הר״ן שהביא בית יוסף בסימן זה סעיף ב׳ וסעיף י״ג ובש״ע איכא תימה גדולה דבתחילת הסימן פסק כהך תשובה להרמב״ן ואח״כ בסעיף י׳ כתב כלשון רבינו והן סותרין וכדברי רבינו נקטינן כדפרישית: כיצד לרבינו חננאל וכו׳ עיין לקמן בסי׳ קי״א סעיף ז׳ פסק גבי מתנה דחולקין לפי מעותיהן ושם התבאר בסייעתא דשמיא:

יג ואם יש מלוה בשטר ומלוה ע״פ שהיא מוקדמת וכו׳ טעם מחלוקתם ופסק הלכה בארתי בתשובה בס״ד כל הצורך והמסקנא דיחלוקו דוקא כשלא עבר זמן מלוה ע״פ אבל במלוה בשטר אפילו עבר זמן לא חיישינן לקנוניא דשטריה בידיה מאי בעי וחולקין ביחד אפילו במקרקעי וכששניהם מלוה ע״פ ולא עבר זמנה המוקדם נוטל ג׳ חלקים והמאוחר נוטל חלק רביעי:

טו כתב הראב״ד דראובן שלוה ע״פ מנה וכו׳ עד שהרי מלוה בשטר מאוחרת קודמת למלוה על פה וכו׳ נראה דה״ק דאם לא עבר זמן הלואת שמעון אין הדין עם לוי אלא מטעם דמלוה בשטר המאוחרת קודמת למלוה ע״פ מוקדמת כדעת האלפסי דלא כרבינו האי אבל אם עבר זמן הלואת שמעון אף לרבינו האי הדין עם לוי כי יאמר לשמעון שמא פרעך חנוך אבל לי ודאי לא פרע דא״כ שטריה בידי מאי בעי אלא דאם אין נאמנות בשטרו חייב לישבע כי היכי דחייב לישבע אי טעין לוה פרעתיך אישתבע לי ה״נ האי שמעון במקום לוה קאי אבל אם יש בו נאמנות א״צ לישבע אפילו בנאמנות סתם דלא דמי ללקוחות לעיל בסימן ע״א ולב״ח מאוחר לעיל בסימן פ״ב דכיון דנקיטו שטרא אינהו ודאי דלא פרע להו ולפיכך חייב לישבע אף בנאמנות סתם אבל הכא דמלוה על פה היא וספק הוא דילמא פרע כיון שעבר הזמן אין מחייבין לזה שבועה כיון דנקיט שטרא בידיה בנאמנות אף בנאמנות סתם:

סימן קה

א התופס וכו׳ פרק קמא דמציעא ופירש רש״י לשם לא קנה כדאמר בכתובות דלאו כל כמיניה להיות קופץ מאליו וחב לאלו מאחר שלא עשאו אותו הנושה שליח לתפוס והתוס׳ והמפרשים תמהו על פי׳ זה שהרי בפרק הכותב בעובדא דיימר בר חשו מבואר דאפילו אמר לשלוחו זיל תפסה לאו כלום הוא ולא ידעתי למה לא נפרש דדעת רש״י היא דבאומר לו בע״פ זיל תפסה הוה ליה נמי בכלל קופץ מאליו דכיון שלא עשאו שליח בהרשאה ויש לחוש שמא ביטל המלוה השליחות קודם שיתפוס לאו כל כמיניה לחוב לאחרים ובכה״ג מיירי הך עובדא דיימר בר חשו אבל עשאו שליח בהרשאה דהקנה לו הממון שיש לו ביד פלוני הו״ל כאילו נתנם לו במתנה ולא יוכל לבטל השליחות השתא ודאי השליח חשוב דכמו הבעלים בעצמן ויכול לתפוס ולפע״ד אין ספק בפירוש זה בדברי רש״י. והרא״ש שכתב אפי׳ שליח בהרשאה לא מהני והביא ראיה מיימר בר חשו וממציאה היכא דאמר תנה לי דעשאו שליח תימה רבה מנין לו דמיירי התם בשליח בהרשאה כיון דפשט הסוגיא מיירי בשליח סתם בלא הרשאה ואולי דממה שהביא הרא״ש בפ״ק דמציעא ע״ש ר״ח דאפוטרופוס שתפס מהני דאפוטרופוס כיד בעלים עצמן הן ולמד כן מפועל שכיר יום דידו כיד בעל הבית דה״ה אפוטרופוס משם יצא לו דשליח אפילו בהרשאה לא מהני דאם לא כן לישמעינן דשליח בהרשאה מהני תפיסתו וכ״ש אפוטרופוס אלא ודאי דוקא אפוטרופוס אבל שליח כלל לא:

ב ואם ראובן חייב ג״כ ליהודה וכו׳ כ״כ התוס׳ במציעא פ״ק ובגיטין פ״ק וכ״כ הרא״ש ונ״י פ״ק דמציעא בשם ר״ת דאם היה חייב גם לתופס הוי זכי נמי לחבריה במיגו דאי הוי בעי היה זכי לנפשיה ומשמע מלשונם דלא שייך לומר מיגו דזכי לנפשיה וכו׳ אלא בתפיסה דאי הוה בעי זכי לנפשיה כמציעא וכפיאה שהביאו בגמרא כגון אם חייב לתופס מאה זהובים יכול לתפוס לחבירו ק׳ זהובים במיגו וכו׳ אבל אין יכול לתפוס ביותר מק׳ לחבירו כיון דלא מצי זכי לנפשיה אלא בק׳ ולא דמי למציאה ופיאה דהוי הפקר ויכול לזכות לנפשיה בכל מאי דתפיס והכי משמע להדיא במרדכי פ״ק דגיטין ע״ש ר״ת ע״ש ולשון רבינו שאמר אעפ״י שלא תפסו לצורך עצמו וכו׳ כך פירושו דמיירי בשתפס ק׳ זהובים לצורך חבירו ואי הוה בעי היה תופס ק׳

זהובים לעצמו כי גם אליו הוא חייב ק׳ זהובים וע״ז קאמר אפילו שלא תפס לצורך עצמו פי׳ לא מיבעיא אם התפיסה היתה ג״כ לצורך עצמו כגון נ׳ לעצמו ונ׳ לחבירו דפשיטא דקנה חבירו מטעם מיגו דזכה לנפשיה וכו׳ דהו״ל כמגביה מציאה לו ולחבירו דאפילו ר״נ דמדמי מגביה מציאה לתופס לב״ח במקום שחב לאחרים ולא קנה הכא מודה דקנה חבירו מטעם מיגו דזכי לנפשיה כדין ב׳ שהגביהו מציאה וכדאיתא פ״ק דמציעא (דף ח׳) דהכל מודים בזו דאמר מיגו אלא אפי׳ לא תפס לצורך עצמו כי אם לצורך חבירו דלר״נ לא אמר בהא מיגו דאי הוה בעי הוה זכי לנפשיה אפ״ה קנה חבירו דקי״ל כרבי יוחנן דאמר מיגו אפי׳ בכה״ג וכל זה דלא כדמשמע מדברי ב״י דאמרינן מיגו אפילו בתופס ביותר ממה שחייב לתופס דליתא אלא כדפי׳ עיקר והוא דבר פשוט לפע״ד:

ג ואם הלוה א״ל זכה בחפץ זה וכו׳ מימרא דר׳ יוחנן פ״ק דגיטין אלא דאיכא למידק למה כתבו רבינו בזכה הא רבי יוחנן אף בתנו קאמר דכזכה דמי וכ״כ הרמב״ם בפ״ב ממלוה וסמ״ג עשה צ״ד ונראה דס״ל לרבינו דמ״ש תוס׳ לשם בשם ר״ת דאף בחוב לא אמר תן דזכי אלא במוסר לשליח מיד ליד וא״ל תן לפלוני הא לאו הכי לא הכי הילכתא גם האשר״י והמרדכי והר״ן לשם הביאו פי׳ זה ולכך כתב רבינו כאן זכה דמילתא דפסיקא היא משא״כ בתן דלא הויא כזכה אלא במוסר לשליח מיד ליד וכו׳ וכדפרישית ובסי׳ קנ״ה סעיף ט׳ יתבאר בס״ד:

ד ובמקום שאינו חב לאחרים וכו׳ כ״כ הרי״ף והרא״ש פ״ק דגיטין וכ״כ שאר פוסקים ואף ע״פ שדבר פשוט הוא דמדקאמר ר״י בחב לאחרים לא קנה מכלל דבלא חב קנה נראה דהוצרכו לבאר דבאינו חב מהני תפיסתו בכל ענין אפילו לא עשאו שליח כל עיקר אלא קופץ מאיליו לתפוס: ומ״ש בשם רב אלפס דוקא דאית ליה פסידא לב״ח כגון דמת לוה וכו׳ הנ״י והרא״ש פ״ק דמציעא והר״ן בפ״ק דגיטין והרב המגיד ע״ש הרשב״א פ״ב ממלוה כתבו שכ״כ האלפסי בתשובה אלא שהם כתבו כגון דגוסס שאם כבר מת הו״ל תפיסה דלאחר מיתה ולא מהני לדינא דגמרא וצ״ל דהרא״ש ורבינו שכתבו דמת לוה היינו משום דבזמן הזה אחר תקנת הגאונים מהני תפיסה לאחר מיתה במטלטלין כמ״ש בסימן ס״ד ויתבאר עוד בסי׳ ק״ז ק״ח ולפ״ז צ״ל דה״ק כגון דמת לוה כבר ואי לא תפיס ליה מפסיד לגמרי דנכסי דיתמי לא משתעבדי דהשתא אפילו לאחר תקנת הגאונים אם ימכרו אותן אין חייבים לשלם כמו שיתבאר בסימן ק״ז סעיף ח׳ א״נ תקנת הגאונים לרב אלפס איננה אלא במלוה בשטר אבל לא במלוה ע״פ כמ״ש בסימן ק״ז סעיף ט״ו והשתא היכא דאיכא מלוה ע״פ איכא פסידא אי לא תפס א״נ היכא דשבק לוה מקרקע ומטלטלי ואי לא תפס אית ליה פסידא דמצי יורשים להגבותו קרקע כיון דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב״ח שלא תקנו להכריחם לשלם ממטלטלי אלא כשאין להם קרקע כדלקמן בסי׳ ק״ז סעיף י״ז: ויש להקשות דרבינו הביא דעת האלפסי והרא״ש בפ״ק דמציעא הקשה על דבריו והוכיח דבאינו חב לאחרים מדינא קנה ולא מחמת תקנה דאלמא משמע דלהרא״ש יכול לתפוס אפילו ליכא פסידא לב״ח. ונראה ליישב ולומר דרבינו דקדק בדברי הרא״ש פרק קמא דגיטין דמדכתב לשם וגם תירץ הר״ר משה מאייבר״א אמת הוא דתירוץ דהתופס לב״ח קנה אינו אלא כשאין ללוה נכסים ונמצא שיפסיד המלוה וכו׳ דאל״ת הכי לא שבקת חיי לכל בריה שכל אדם יתפוס נכסי חבירו וכו׳ דאלמא דס״ל להרא״ש דדברי האלפסי בתשובה שהוא כתירוצו דהר״ם מאייבר״א הוא אמת ולא נחלק עליו אלא בטעמא דלהרי״ף מדינא לא מצי תפיס כל עיקר אלא דתקנת חכמים היא דמצי תפיס היכא דאיכא פסידא. ולהרא״ש איפכא הוי מדינא קנה בכל גווני אלא דחכמים תקנו היכא דליכא פסידא לא מהני תפיסה דאל״כ לא שבקת חיי לכל בריה וכו׳ כדכתב הר״ם מאייבר״א ונפקא מיניה דלהרי״ף אם תפס היכא דליכא פסידא לא מהני ושביעית משמטתו ולהרא״ש דמדינא קנה אפילו בדליכא פסידא אין שביעית משמטתו ואעפ״י שצריך להחזיר מ״מ כבר קנה אותו המלוה מדינא בתפיסתו של זה כנ״ל: וכתב הרמ״ה דוקא דנקט שטרא וכו׳ כלומר ודאי אם הלוה מודה א״נ דהשטר מקויים ביד התופס אפילו אין הב״ח מצוי באותה העיר מצי תפיס אלא אפילו אין הלוה מודה וגם השטר אינו מקויים אלא דנקיט שטרא בידיה ויכול השתא לקיימו בב״ד א״נ מחייב ב״ח שבועה לא מפקיכן מיניה דתופס אלא א״ל לישבע מיד ונוטל התופס כלומר נוטל אותו התופס לצורך חבירו ואין מוציאין מידו ולאו דוקא נקיט הרמ״ה דנקיט ב״ח שטרא בידיה אלא אפי׳ אין הב״ח בעיר והתופס נקיט שטריה ומצי לקיימו השתא בב״ד דמאי שנא אלא כיון דבשבועה א״א אלא בב״ח עצמו נקיט נמי ב״ח בתופס שטרו:

ה כתב ב״ה התופס לב״ח וכו׳ נראה להביא ראיה לדבריו מהא דאיתא ספ״ק דגיטין רב ששת הו״ל אשרתא דסרבלי במחוזא א״ל לרב יוסף בר חמא בהדי דאתית אייתינהו ניהליה אזל יהבינהו א״ל ליקני מינך א״ל אין לסוף אישתמיט להו כי אתא לגביה א״ל שפיר עבדת דלא שוית נפשך עבד לוה לאיש מלוה ופירש רש״י נקני מינך אונסא דאורחא דאי מתנסי מינך לא ליהדר לתובען. שפיר עבדת שלא שיעבדת עצמך על חנם ותהיה עבד עכ״ל משם למד הרב דהתופס לחבירו דהכניס עצמו בשיעבוד להיות עבד לוה לאיש מלוה שאם נאנסו מידו חייב באחריותו ואע״ג דבאומר הולך מנה לפלוני שאני חייב לו קי״ל כרב דהלוה חייב באחריות ואם בא לחזור אינו חוזר התם ודאי המלוה לא קנה המנה כיון שלא עשאו שליח לזה אלא הלוה עשאו שליח ואם נאנס ללוה נאנס וצריך לחזור ולשלם אבל בתופס שהכניס עצמו בשיעבוד ועומד במקום המלוה עצמו מדינא או מתקנת חכמים דזכין לאדם שלא בפניו והמלוה קנה למאי דתפיס זה בשבילו נפטר הלוה ופשיטא דלגמרי נפטר ואפילו אם יבא המלוה לתבוע חובו מלוה נפטר ממנו מדינא א״נ

מתקנתא דהתופס במקום המלוה עומד כאילו המלוה בעצמו תפס ממנו דאין סברא שהלוה יוציא ממונו על הספק ושיצטרך לחזור ולפרוע דא״כ לקתה מדת הדין אלא ודאי תקנת חכמים היתה דבזה נפטר הלוה ולא קשה היאך תקינו רבנן דמצי תפיס לב״ח מטעם דזכין וכו׳ בדוכתא דאתא לידי חובה כשיהא נאנס מיד התופס דשתי תשובות בדבר חדא דלא תקינו רבנן אלא היכא דאיכא פסידא לב״ח וכו׳ והשתא ביד הלוה איכא ודאי פסידא וביד התופס ספק פסידא דשמא יהא נאנס ואין ספק מוציא מידי ודאי אידך טעמא דבפרק השולח הוכיח הר״ן בשמעתתא דפרוסבול דמאי דקי״ל זכין לאדם שלא בפניו היינו כל שהדבר בעצמו זכות אף ע״פ שנמשך ממנו חוב שהוא יותר על זכות זכה וקנה והכי נמי דכוותיה וניחא השתא דהלוה נפטר לגמרי מדינא או מתקנתא כנ״ל פשוט. אבל בספר בדק הבית כתב וז״ל דמ״ש בעל העיטור וכיון שקנה נפטר הלוה אינו לענין שאם לא ימצא המלוה לגבות ממי שתפס שיפטר הלוה שכיון שתפס זה שלא מדעתו למה יתחייב המלוה בכך אלא א״כ לומר דהיינו שנכנס התופס במקומו להתחייב באחריותו אם יש לו נכסים אבל אם אין לו נכסים דבר פשוט הוא שלא נפטר הלוה עכ״ל ולא נהירא דלשון ב״ה שכתב וכיון שקנה וכו׳ לא משמע הכי כלל ותו דא״כ לקתה מדת הדין וכו׳ אלא כדפי׳ עיקר והכי נקטינן כבעל העיטור ודנפטר הלוה לגמרי ודלא כמה שכתב רבינו ע״ש הרא״ש דחולק על ב״ה אלא איכא לפרש דהרא״ש לא מיירי אלא לענין לכופו אם לא יקבל אחריות בפירוש מדעתו אבל אין הכי נמי דאעפ״י דלא קבל עליו אחריות בפירוש שהוא חייב באחריותו וכ״כ בספר בדק הבית וכן בדין דלא שבקינן דברי בעל העיטור המפורשין מקמי דנראה לו לרבינו מדברי הרא״ש ואינו מפורש ודלא כרב בהגהת ש״ע שהביא סברא זו די״א דאינו חייב באחריותו דלפי ע״ד סברא דחויה היא גם לא כבעל הלבוש ומהר״ו כהן שתופסים דלא נפטר הלוה מן המלוה לגמרי אלא כדפרישית ודו״ק:

ו ומ״ש ומדברי א״א הרא״ש יראה וכו׳ צ״ל לפי זה דלא דמי להך עובדא דהתם אילו קנו מיניה שיהא חייב באונסין הוה מכניס עצמו בשיעבוד על חנם דליהוי עבד לוה וכו׳ אבל האי תופס לאו על חנם הוא אלא מצוה קעביד שלא יגיע הב״ח לידי הפסד ולא קיבל עליו אחריות מן הסתם ויש לתמוה אדברי רבינו דמנ״ל הא דלמא גם הרא״ש סובר דבמן הסתם חייב באחריות כב״ה ומן הטעם שנתבאר ולא קאמר הרא״ש אלא להיכא שהתופס אומר בפירוש אינני תופס לקבל עלי אחריות הכא ודאי מצי א״ל לוה או קבל עליך אחריות או החזר לי מה שתפסת דלא דמי לדרב שנתן לו מדעתו וכו׳ אבל הכא מודה רב כיון שתפס שלא מדעתו מצי א״ל את לא מהימנת לי אבל במן הסתם הלוה נפטר לגמרי דאם לא כן לקתה מדת הדין וכדפי׳ ובזו גם הרא״ש מודה לבעל העיטור וכדפירשתי בסמוך וכן עיקר כנ״ל ועיין בדברי הרא״ש סוף פרק קמא דגיטין:

ז כתב הרמב״ן נפקד וכו׳ כלומר הכא אפילו הלוה מודה א״נ שטר מקויים ביד התופס ואינו חב לאחרים אפ״ה אין לו לנפקד לעכב הפקדון כשאין המלוה כאן דמצי א״ל לוה החזר לי פקדוני דשמא יהיו נאנסים בידך ומי משלם לי אם תאמר תניחנו בב״ד מי יזקיקני לכך ובב״ד נמי מי לא אתו אונסים ומיירי בדלא קיבל עליו אחריות דאם הנפקד רוצה לקבל עליו אחריות משעת תפיסה ואילך פשיטא דלא גרע משאר תופס היכא דאיכא פסידא למלוה אלא הכא בשאין הנפקד מקבל עליו אחריות אלא שאמר אני תופס מעכשיו הפקדון בשביל המלוה וקאמר דאף על גב דאיכא פסידא אין יכול לעכב הפקדון בשבילו אלא יחזיר לו פקדונו כיון שאינו רוצה לקבל אחריות ולכשיבא המלוה יאמר אני תפסתי בשבילו ולא החזרתיה אלא מפני שהלוה היה ירא מהאונסים ונמצא שהלוה דינו כאילו הוה נפקד בזה הפקדון כיון שגוף הפקדון כבר זכה בו המלוה משעה שתפסו הנפקד בשבילו כשהיה תחת רשותו לענין שאם מת המפקיד אינו נעשה מטלטלין אצל בניו ושביעית אינו משמטתו ואם נתנו לאחר אינו נתון דכבר זכה בו המלוה וכל זה אפילו כשהלוה מודה ואין צריך לומר כשלא היה הלוה מודה דפשיטא דצריך ליתן לידו הפקדון ולכשיבא המלוה יאמר אני תפסתי בשבילו וידונו בית דין ביניהם אם חייב אם לאו וכשיתחייב המפקיד בדין נמצא שזכה המלוה למפרע משעת תפיסה לענין שאינו נעשה מטלטלין וכו׳ ודלא כמ״ש מהר״ו כהן דמיירי הכא אפילו בדליכא פסידא דליתא וצ״ע בתופס דעלמא כשאינו נפקד ואינו רוצה לקבל אחריות דמצי אמר ליה החזר לי מה שתפסת או קבל עליך אחריות והחזר לו מה שתפס ואחר כך נתברר שהלוה חייב לו אי נמי הלוה מודה אלא שהיה ירא מהאונסים אם דינו של זה ג״כ דזכה בו המלוה משעת תפיסה לענין ג׳ דברים הללו שאינו נעשה מטלטלין אצל בניו וכו׳ דשמא לא אמר הרמב״ן אלא בנפקד שהגיע לידו מדעתו של המפקיד ולפיכך משעה שתפסו בשביל המלוה זכה בו מיד אבל תופס דעלמא דתופס בע״כ של לוה כשלא תפס אלא על מנת שלא יהיה עליו אחריות אם כן שלא כדין תפס ולא זכה בו המלוה לא מדינא ולא מתקנת חכמים ולזה הדעת נוטה אבל בתופס דעלמא כשמקבל עליו אחריות פשיטא דזכה בו המלוה לענין שלשה דברים הללו כנ״ל מדברי בעל התרומות שער ס״ז סימן ב׳. וז״ל מהר״ש לוריא ומה שכתב ולכשיבא המלוה יאמר אני תפסתי וכו׳ יש להקשות והלא אין הנפקד יכול לעכב הפקדון ונראה דה״פ דודאי אין הנפקד יכול לעכב ולא יתפוס קודם שיבא המלוה אם בא המפקיד ליקח פקדונו אבל רשאי לעשות שהיות והמשכות ולהשמיט עצמו מן המפקיד כדי שלא ירגיש בדבר עד שיבא המלוה ולכשיבא המלוה יאמר אני תפסתי בשביל החוב עכ״ל אולי הרב לא ראה ספר התרומות שהלא מבואר בדבריו דכשאין ב״ח כאן חייב הנפקד להשיב לו הפקדון מיד ומביא ראיה על זה מהתוספתא ועיין עליו אלא כדפרישית הוא עיקר דאפילו החזיר הפקדון מהני תפיסתו למפרע כשיבא המלוה:

ח ואם הנפקד מסרו ליד המלוה וכו׳ גם זה מדברי הרמב״ן שם וכתב עוד וז״ל דלא מצי למיטען מפייס הוינא ליה ומחיל דמאי דאיתמר בירושלמי הכי לגבי פורע חובו של חבירו עילה מצאו שלא לחייבו בזה מפני שעשאה שלא ברשות והו״ל מבריח ארי מנכסי חבירו כדאיתא בנדרים עכ״ל נראה דרצונו לומר דהתם עשאה שלא ברשות ב״ד לפרוע חובו של חבירו משלו והו״ל מבריח ארי מנכסי חבירו משא״כ כאן דמדינא א״נ מתקנת חכמים מצוה עביד לפרוע חובו של חבירו משל חבירו כי היכי דלא ליהוי פסידא למלוה לא אמרינן מפייס הוינא ליה אפילו בפורע משלו אין זה עיקר הטעם אלא עילה מצאו לתלות בזה דכל עיקר הטעם דעשאה שלא ברשות הלכך מצי אמר ליה מפייס הוינא ליה:

סימן קו

א מלוה שבא בשטר מקויים ואין הלוה בפנינו כתב ר״ח שאין נזקקין לו וכו׳ כ״כ התוס׳ בפרק הכותב בשמו דפסק כר״י נפחא משום דבירושלמי אמר הכי וברי״ף לשם הביא הירושלמי דבשטר שריבית אוכלת כגון שנעשה לו ערב בעד עכו״ם בענין שאין בו איסור שהתנה עם העכו״ם שלא ידיחנו אצל הערב כ״ז שיש בידו לפרוע וכמ״ש הראב״ד בזה נפרעין שלא בפניו דזה טובה לו ומשמע ודאי דבזו א״צ לאודועיה ליה בג׳ איגרין ולא הוזכרו בירושלמי שלשה איגרין אלא באין ריבית אוכלת בו ונראה מדברי תוס׳ דגם ר״ח פוסק כך והא דמשמע מדברי הרי״ף לשם דלדידיה משדרינן ומודעינן ליה אבל לר״ח לא הוי דינא הכי היינו דוקא בדלא אפשר לשדורי דלרי״ף כיון דלא אפשר נפרעין שלא בפניו אבל לר״ח אם אי אפשר לשדורי ליה אין נפרעין ממנו כל עיקר ע״ש ומ״מ נראה דאי כתב בשטר נאמנות מודה גם ר״ח דנפרעין שלא בפניו היכא דלא אפשר לשדורי אבל היכא דאפשר אפילו יש נאמנות בשטרו יש חשש שמא יש בידו שובר וכמו שכתוב בספר התרומות להדיא ע״ש ר״ח הביאו בית יוסף: ומ״ש שרב אלפס כתב שגובין לו בשבועה בפרק הכותב כתב רש״י דהא דבעי שבועה ה״ט דאי הוה גבי מן הלוה גופיה והוה טעין ליה אשתבע לי דלא פרעתיך אמרינן בפרק הדיינין דמשבעינן ליה שבועת המשנה ואי לא טעין לא טענינן ליה הואיל ונקיט שטרא אבל בשביל לקוחות ונכסי יתומים ונפרע שלא בפניו אנן טענינן דלמא אי הוה גבית מן הלוה הוה טעין לך אשתבע לי דלא פרעתיך ובעי אישתבועי השתא אנן טענינן דפתח פיך לאלם הוא עכ״ל ולפ״ז נראה דאם יש בשטר נאמנות כיון דאפילו היה הלוה בכאן לא היה יכול להשביעו וכדלעיל ריש סי׳ פ״ב אף עכשיו שנפרע שלא בפניו א״צ שבועה ולא דמי לנפרע מלקוחות ומיתומים דלא מהני סתם נאמנות דהתם כיון דהנכסים הם ברשות אחרים איכא למימר דלא האמינו אלא לגבי נפשיה אבל לא האמינו להוציא מיד אחרים אבל בנפרע שלא בפניו דנכסים ברשותיה נינהו מועיל שפיר נאמנות סתם וזאת היא דעת הרא״ש לפע״ד אבל דעת הרמ״ה נראה דה״ט דאיכא למימר כי הימניה דוקא בפניו דקסבר אינו מעיז פניו בי א״נ דמפני הנאמנות שכתב לו פרע בעדים ובשובר ואין אנו יודעים הלכך בעי אשתבועי ומ״מ אם פירש שיפרע שלא בפניו א״נ כתוב בו נאמנות עליו ועל באי כוחו דאף הב״ד בכלל באי כחו הרי רצה ליזוק בנכסיו דכל תנאי שבממון קיים ושוב אין ב״ד יכולין להשביעו כלל ואפי׳ להרא״ש דבלקוחות מאחר דנפישי רמאי משביעין אותו אפילו פטרו בפירוש מכל מקום בנפרע שלא בפניו מודה דלא שייך כאן קנוניא כמו בלקוחות. ולפע״ד דה״ה אם כתב בשטר נאמנות עליו ועל הבאים ברשותו ב״ד בכלל באי ברשותו הם שהרי התוס׳ והרא״ש בפ׳ הכותב פירשו דהבאים ברשותו היינו נמי אפוטרופסים וב״ד בנכסי רטושין אפוטרופסים הן ועיין בכל זה למעלה בסימן ע״א. ובמקצת ספרי רבינו כתוב בדברי הרמ״ה דאפילו פטרו משבועה אינו מועיל אפילו פירש בפירוש עכ״ל ונוסחא הראשונה שהיא נוסחת הספרים שבידינו היא עיקר ומטעמא דפרישית דלא דמי ללקוחות: ומ״ש וא״א כתב בתשובה שא״צ שבועה אפילו בנאמנות סתם כלל ע״ג סימן ג׳ ואיכא לתמוה דהלא גם בפסקיו בפ׳ הכותב (דף קמ״א ע״ב) הכריע כך וא״כ למה לא כתב רבינו שכ״כ בפסקיו שהם העיקר ואפשר שבפסקיו לא כתב כך אלא גבי אשה אבל בתשובה כתב כך גבי ב״ח:

ב ומ״ש וי״א אפילו אין בו נאמנות וכו׳ עד שובר עליו כל זה כתוב בספר התרומות סוף שער ט״ו. ודעת הי״א דלא חיישינן שמא פרעו ע״י שליח דאם כן שטרך בידיה מאי בעי ושובר לא הוי ליה ליקח כיון שיכול לחזור ולגבות בשטר שלא בפניו ולא יהא אדם מכחישו ודעת ספר התרומות ורבינו דאפ״ה חיישי׳ שמא טען שאבד שטרו ונתפייס השליח בשובר ולפיכך אינו גובה בלא שבועה:

ד ומ״ש וכתב רב אלפס ודאי אי מצינן לשדורי ליה וכו׳ כבר כתבתי בסמוך דלהרי״ף אם הוא במקום רחוק דאי אפשר לשדורי ליה נפרעים מיד מנכסיו אלא דוקא אם הוא במקום קרוב מודעינן ליה: וכתב הרמ״ה שאם קרוב כו׳ ב״י כתב דמ״ש קל״ח ימים ט״ס הוא ואני מצאתי בשלטי הגבורים שפירש דזמן זה הוא מהא דאיתא בירושלמי דמשלחין בתריה ג׳ איגרין כו׳ אלמא דמרויחין לו זמן עד כדי שליחות ג׳ פעמים שעולה קל״ח ימים כיצד הזמנת ב״ד הוא בה״ב כדאיתא בפרק הגוזל בחרא שהוא ח׳ ימים ואם בא ואמר קבעו לי זמן נותנים לו זמן ל׳ יום לא בא ממתינין לו בה״ב בין הכל מ״ו יום וג׳ פעמים מ״ו עולה קל״ח וסובר הרמ״ה דדוקא בדאמר אתינא אבל במסרב כותבין אדרכתא מיד וכדלעיל בסימן צ״ח ומשמע כך מלשון הירושלמי: וא״א הרא״ש כתב האי אפשר לאודועי וכו׳ נראה דהרא״ש מפרש מאחר שהאלפסי לא הביא הירושלמי דמשלחין בתריה ג׳ איגרין וכו׳ אלמא דס״ל

דגמרא דידן פליג עליה וס״ל דאין ממתינין יותר מל׳ יום וכאילו היה הלוה לפנינו דלפי הטעם שלא יהא כ״א נוטל מעותיו של חבירו והולך למד״ה וכו׳ אין לחלק ועיין בתשובתו כלל ע״ג סי׳ ג׳ לשם האריך ונחלק אהירושלמי: ומ״ש והמלוה יתן שכר השליחות וכו׳ כתב מהרש״ל גם בכאן משמע מה שמוציא המלוה כדי לגבות חובו בדין שישלם לוה למלוה בעיקר החוב עיין בהגהתו לעיל סימן י״ד וס״א וע״א ונראה דדוקא היכא שיש לו נכסים כאן לגבות מהם וב״ד חסים עליו לגבות שלא בפניו ושולחין אחריו לפיכך ישלם הוא שכר השליחות אבל מי ששולח הזמנה אחר חבירו שיעמוד לדין עמו אינו נראה שיפרע הלוה השכר עכ״ל. והטעם שכתב כאן דלפי שהשליחות הוא לטובתו שב״ד חסים עליו לפיכך חייב לשלם הוא מבואר בדברי הרא״ש פרק הכותב:

סימן קז

א מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן וכופין אותן בכך כמו שכופין את אביהן נראה שמה שהוצרך לומר כמו שכופין את אביהם הוא לבאר דאין המצוה משום כבוד אביהן דא״כ לא היו ב״ד שלמטה מוזהרין עליה כמ״ש בסמוך אלא המצוה הוא כשאר לוה בעצמו שמצוה מוטלת עליו לפרוע חובו מן התורה כשאר מ״ע כסוכה ולולב הכי נמי היתומין המצוה מוטלת עליהן מן התורה כאילו היו הם הלוים בעצמם ולכן כופין אותו כמו שכופין את אביהם דחייב מדאורייתא כדדרשינן מדכתיב לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו הוא דאינו נכנס אבל שליח ב״ד נכנס וה״נ יתומים חייבים מן התורה לשלם חוב אביהם וכדאמר רב פפא מלוה ע״פ גובה מן היורשים דשיעבודא דאורייתא ועיין בדברי הרא״ש פרק הכותב ועיין עוד לקמן בסי׳ רע״ח סעיף י״א:

ג ומ״ש אפי׳ הם מופקדים ביד המלוה או ביד אחרים צריך לבאר דרצונו לומר שאביהם הפקיד אצל המלוה מטלטלים ובחייו לא היה דעת המלוה על התפיסה והכי איתא בפ׳ הכותב בעובדא דמלוגא דשטרי כו׳ ובפרק מי שהיה נשוי אמר רמי בר חמא ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפו עליו במלוה וכו׳ דלא מצי שמעון תפיס הני זוזי דהוו בידיה משום דלא היה דעתו עליהן מחיים לשום תפיסה ע״ל בסימן ס״ד ולקמן בסעיף י׳. וכן מ״ש ביד אחרים הוא משנה שם מי שמת והניח אשה וב״ח ויורשין והו״ל פקדון או מלוה ביד אחרים ר״ט אומר ינתנו לכושל שבהן ר״ע אומר אין מרחמין בדין אלא ינתנו ליורשים וכו׳ והלכה כר״ע והיינו נמי בכה״ג שאותן אחרים לא היה דעתן על התפיסה בשביל הב״ח דאילו היה דעתן לתפוס בשביל הב״ח מחיים גובה מהן וכדכתב הרמב״ן ע״ל בסוף סי׳ ק״ה ועיין לקמן בסוף סימן ק״ח ובמ״ש לשם: ומ״ש וטעמא וכו׳ כלומר אל יקשה עליך אף על פי שלא משתעבדי מן התורה וליכא מצוה אלא מדרבנן הלא אשכחן דכופין אמצוה דרבנן כדאיתא פרק השולח וכדכתבו תוספות ואשיר״י בפ׳ הכותב ודלא כפי׳ רש״י בפרק מי שהיה נשוי דשאני הכא דהוי טעמא משום דמצות כבוד היא מ״ע שמתן שכרה בצידה וכו׳: כתב הר״ן ע״ש ר״ח אהא דתניא במ״ע מכין אותו עד שתצא נפשו וכן דין היתומים שירשו מטלטלין דקיימא לן מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן עד כאן ואי להכותן עד שיפרעו קאמר לא נהירא דבמי שהיה נשוי גבי עובדא דההוא דשבק קטינא דארעא משמע דלא כייפינהו אביי למפרע עד כאן לשון הר״ן וכתב בית יוסף ואפשר שדברי רבינו חננאל הם בתר תקנת רבנן בתראי דתקון לגבות ממטלטלי וכדברי הרא״ש עכ״ד. ולפי ע״ד יראה עיקר כדכתב במרדכי פ׳ הכותב ומי שהיה נשוי להדיא בשם ר״ח דהא דאמרינן מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב״ח מיירי ביתומים קטנים דוקא אבל גדולים כיון דפריעת ב״ח מצוה היא ומכין אותו עד שתצא נפשו אפי׳ לא הניח אלא מטלטלין מכין אותו עד שיקיים המצוה וכך היא שיטת רא״ם וריב״ק ע״ש ושיטה זו תופס גם הרשב״א בתשובה הביאו ב״י בסמוך גם ה׳ המגיד פי״א ממלוה ובנימוקי יוסף פ׳ מי שהיה נשוי הביאו דעת הרשב״א ע״ש מיהו לא נקטינן כותייהו עיין בב״י:

ה יורש שמכר כל הנכסים וכו׳ פי׳ אע״פ דקי״ל אין נפרעין מנכסים משועבדי׳ היכא דמצי לגבות מב״ח והכא נמי אע״פ דאין ביד היורש כלום מנכסי אב מ״מ כיון דאית ליה נכסים דנפשיה מצי לגבות מן היורש שמכר קרקע שהיה משועבד אליו אפ״ה לא מצו לקוחות לדחות את המלוה לגבות מן היורש דדוקא במכר לנכרי שאין יכול להוציא מידו מטעם מזיק שיעבודו ומדינא דגרמי וכמ״ש ריש סימן ק״ד ויתבאר בסמוך התם הוא דגובה מן המוכר אבל במוכר לישראל שיכול להוציא הקרקע מידו של לוקח כמו שהיה יכול להוציא מיד היורש לא מצי דחי ליה ופשוט הוא:

ו ומ״ש אא״כ עשה אביו נכסי׳ אלו אפותיקי מפורש לב״ח איכא למידק דלקמן בסימן קי״ז התבאר אפילו באפותיקי מפורש יכול לסלקו במעות וי״ל היינו דוקא הלוה בעצמו אבל לא היורשין וכ״ש לקוחות דאינן יכולין לסלקו במעות באפותיקי מפורש כאשר יתבאר בסי׳ קי״ד סעיף ו׳ ע״ש וכ״כ המגיד פ״י ממלוה לגבי לקוחות ובפכ״א ממלוה לגבי יורשים בשם הרמב״ן והרשב״א ע״ש:

ז ואם אין בעל חוב יכול לטרוף מהלקוחות כגון שמכרם לנכרי או מלוה ע״פ וכו׳ לדברי רבינו האי גאון וכו׳ איכא למידק דהלא הרא״ש השיב על רבינו האי גאון וקאמר למה״ד למלוה ע״פ וכו׳ א״כ נראה דבמלוה על פה רב האי גאון נמי מודה וי״ל דאדרבה משם למד רבינו מדהשיב הרא״ש

ממלוה ע״פ א״כ כדי ליישב דעת ר״ה גאון צ״ל דס״ל דליתא להא דכתב הרא״ש אלא אף במלוה ע״פ גבי מהדמים דאל״כ קשיא כיון דזה דומה לזה מ״ש הא מהא ועיין בריש סימן ק״ח שכתב על שם הר״ר ירוחם דהרמב״ן והרשב״א כתבו שאינו גובה מהדמים והיינו כסברת הרא״ש:

ח ומ״ש ומיהו א״א הרא״ש כתב בתשובה וכו׳ אף על פי שנראה לחלק כמ״ש איני משיב על דבריו ותימא הוא בסימן ק״ד פסק דבמכרו לנכרי שאין יכול להוציא מידו דחייב לשלם מדינא דגרמי והיינו מטעם מזיק שיעבודו של חבירו וכ״כ עוד לשם ע״ש הראב״ד בראובן שלוה על פה מנה משמעון ומת והניח קרקע לחנוך בנו וכו׳ ואין לך תשובה גדולה מזו שפסק שלא כמותו ונראה דס״ל לרבינו דלשם מודה גם הרא״ש והוא דבדין מאוחר שגבה ומכרו לנכרי כיון דאין לו שום זכות בקרקע שהרי היא משועבדת למוקדם בדחבריה קעביד מעשה ופשיטא דזה הוי מזיק שיעבודו של חבירו וגבי ראובן וחנוך אע״ג דיורש בדנפשיה קעביד מעשה מ״מ כיון שפורע חובו בשיעבוד של חבירו ואין כאן לא קרקע ולא דמי הקרקע הו״ל כאילו מקלקל גוף הקרקע ומאבדה מן העולם בשעה שהוציאה מרשותו ודמי למשחרר עבדו לקמן בסימן קי״ז דאע״ג דבדנפשיה קעביד מעשה אפ״ה מאחר שמפקיעו מידי שיעבוד לגמרי הו״ל ממש מקלקל ומזיק שיעבודו של חבירו וחייב לשלם אבל הכא ביורש שמכר נכסי אביו וקיבל דמיהן אין זה מקלקל דהלא דמיה במקום קרקע היא דיכול לחזור ולקנות קרקע באותן דמים ול״ד לשורף שטר של חבירו כל עיקר ובזו כתב הרא״ש פטור דלא הוי מזיק אלא בדאיכא חדא לריעותא או דקעביד מעשה בדחבריה אע״ג דאינו מקלקל גוף קרקע דמקבל דמי הקרקע כגון מאוחר שגבה ומכרה לנכרי מקלקל גוף הקרקע שפורע חובו בשיעבודו של חבירו או משחרר עבדו המשועבד לחבירו אע״ג דבדנפשיה קעביד מעשה אבל היכא דאיכ׳ תרתי למעליותא דבדנפשי׳ קעביד מעשה וגם אינו מקלקל גוף הקרקע דקבל דמי הקרקע דמה לי קרקע מה לי דמיה התם הוא דס״ל להרא״ש דלא הוי בכלל מזיק שיעבודו של חבירו דלא דמי לשורף ש״ח של חבירו כלל משא״כ בדאיכא חדא לריעותא דדמי במקצת לשורף ש״ח אע״ג דלקמן בסי׳ קי״ז כתב ב״י ע״ש הראב״ד בהשגותיו דאינו מחלק אלא בין בדנפשיה לבין בדחבריה דלגבי שיחרור בדנפשיה קעביד מעשה ופטור וגבי ראובן וחנוך בנו ס״ל דזה מקרי בדחבריה כיון דהקרקע כבר משועבד לב״ח של אביו לא היה לו להכניס ידו בה לפרוע בו חובו ולהראב״ד הכא ביורש שמכר הקרקע חייב לשלם מ״מ הרא״ש לא ס״ל הכי אלא ס״ל דיורש במקום אב קאי והו״ל בדנפשיה קעביד מעשה וכדפרישית כנ״ל ודלא כפי׳ מהרו״ך ועל מ״ש רבינו איני משיב על דבריו איכא למידק הלא כמה פעמים השיב עליו בספרו ואפשר דדוקא הכא דבסברא בעלמא בא להשיב אמר איני משיב מה שא״כ היכא דאיכא ראיה מן התלמוד ומפסקי הגאונים ופירושיהם: הב״י הביא תשובה במי שבא בש״ח של ראובן לתבוע יורשיו והם טוענין שלא ירשו מאביהם כלום אלא מאמם שישבעו היורשין שלא ירשו מאביהם כלום זולתי אותם נכסים מאמם ואגב שבועה זו ישבעו שלא שמעו מאביהם וכו׳. וכתב על זה ושבועה זו שכתב שישבעו יורשי שמעון נתבאר בסימן ס״ט שיורשים אינם נשבעים לפטור עכ״ל ב״י. וטענתו אינה אלא על שבועה שלא שמעו מאביהם וכו׳ דשבועה שלא פקדנו אינן נשבעים לפטור אבל מי שבא בש״ח של אביו לתבוע מהיורש וטען שלא ירש כלום כיון שהשטר מקויים בידו וחייבים לשלם אם היה יורש נכסי אביו פשיטא דצריכים לישבע שלא ירש כלום כשזה טוען ברי אלא נ״ל דאף אשבועה שלא פקדנו ל״ק ולא מידי דהלא כאן מדין גלגול בא עליו בשבועה זו שהרי כתב ואגב שבועה זו ישבעו שלא שמעו מאביהם וכו׳ ובריש סימן ק״ח העתיק ב״י בשם ר׳ ירוחם דיורשים פטורים מלישבע שלא ירשו כלום וליתא אלא כדפי׳ עיקר ועיין במ״ש לשם:

ט תפס המלוה וכו׳ הכי אסיקנא בהכותב דף פ״ד ויש להקשות כיון דהאידנא תקנו הגאונים לגבות מטלטלי דיתמי לא הו״ל לרבינו לכתוב דין זה כלל וכן דין קטינא דארעא בסמוך סעיף י״ח לא הו״ל לכתבו ממ״נ דאם לא הניח להם מטלטלים אינו יכול לחזור ולטרפה כיון דליכא למימר הני חמשים אמאי מצוה עבדיתו דבלא הניח כלום אפי׳ מצוה ליכא ואם הניח להם מטלטלים א״כ מתחלה הו״ל לגבות כדי מטלטלים וממקרקעי לתקנת הגאונים וכך קשה בסימן ק״א ס״א שכתב ומיהו היכא דאיכא פסידא וכו׳ דהאי דינא ליתיה לתקנת הגאונים ויש ליישב דכיון דכתב רבי׳ ע״ש הרמב״ם דבמערב כותבין בש״ח שיש לו לגבות מן המטלטלין ומן המקרקעי בחייו ובמותו וכו׳ ואם לא כתבו כך ולא ידע הלוה בתקנה אין כח לגבות ממטלטלי דיתמי אפילו בתר תקנת הגאונים השתא יש לדון בדינא דגמ׳ ותו דלי״א דבמלוה ע״פ לא תקנו אלא דנהגו לגבות אף במלוה ע״פ א״כ אי איכא דוכתא דלא נהגו במלוה ע״פ יש לדון בדינא דגמרא וק״ל: טען המלוה שמחיים תפסן וכו׳ כתב ב״י ושבועה זו שבועת היסת היא וכו׳ עד ואיפשר דכיון שאם אינו חייב לו צריך להחזירו שבועה זו קודמת עכ״ל ולא הועיל כלום בפי׳ זה דהלא בסי׳ ע״ב מבואר דכשחייב שתי שבועות א׳ כעין דאורייתא וא׳ היסת חייב לישבע החמורה ומגלגל עליה השנייה והכא נמי אפי׳ תפיס שטרא דשבועת המשנה היא זו דאין נפרעין מנכסי יתומים אלא בשבועה כעין דאורייתא הוא ואין ספק דמ״ש הרמב״ם ישבע המלוה שכך וכך חייב לו שבועה כעין דאורייתא קאמר:

יג כתב א״א הרא״ש והאידנא וכו׳ וכ״כ הרמב״ם כבר תיקנו הגאונים וכו׳ עד וסיים גדול הוא בדבר שמא לא ידע הלוה וכו׳ פי׳ הגאונים יש להם כח לתקן שיהא כל לוה משעבד מקרקעי ומטלטלי וע״ד זה מלוה לו מעותיו וזה גם כן משעבד עצמו בכך ונמצא שהיתומים לא ירשו המטלטלים כל עיקר שכבר נשתעבדו לב״ח אבל אם לא ידע המלוה בכך אם כן לא נשתעבד אלא כפי דין תורה שלא לגבות אחר מותו כי אם קרקע ולא מטלטלין והיורשים

זכו במטלטלי ונמצא גובה ממון של יתומים על פי תקנה שלא כדין שאין כח בתקנות האחרונים לחייב בהן היתומים כיון שהן אינן חייבים לשלם כלום: הב״י העתיק מ״ש בעל התרומות כשב״ח אומר ליורש על קרקע שוה חמשים או תנו לי מאה זהובים או אקח הקרקע כי לדידי שוה ק׳ שהדין עם הבעל חוב שכך הסכימו הרמב״ן והראב״ד וכתב ב״י ודעת רבינו בסימן ע״ד סעיף ט״ז כדעת הרמב״ן והראב״ד דלא כהחולקים על זה עכ״ל ולפע״ד דאעפ״י דמדעת בעל התרומות נראה שאינו מחלק בין זו לזו מ״מ מדעת רבינו נראה דס״ל דדוקא לגבי משכון מסתברא כהרמב״ן והרשב״א מטעם מגו כאשר מבואר לשם אבל לגבי יורשים לא ס״ל כותייהו אלא הדין עם היורשים כאשר כתב להדיא בסימן ק״ט סעיף ב׳ והוא מדברי הרא״ש פרק מי שהיה נשוי ומכל מקום לגבי לקוחות שומעין למלוה כאשר כתב להדיא בסי׳ קי״ד סעיף ט״ז:

כב ירשו קרקעות וחלקום וכו׳ ופירוש בדלא עשאה אפותיקי לב״ח מיירי ומשום הכי פסק דיטול מצי החוב מהלוקח וחצי החוב מהיורש. ומ״ש אבל לגבי יורש או לוקח פירוש כשהלוקח חזר ומכר לאחר מקצת השדה ובא ב״ח לטרוף מלוקח שני לא יוכל לומר הנחתי לך מקום גבי לוקח ראשון לטרוף ממנו כשיעור חובך:

סימן קח

א כיון שכופין וכו׳ הכי אסיקנא בפרק שום היתומים ופרק ג״פ: ומ״ש והוא שהודה אביהם לפני מותו וכו׳ פי׳ שציוה ואמר תנו לפלוני וכו׳ א״נ בהודה בדרך שלא היה בו חשש הערמה כהודאה דאיסור גיורא הא לאו הכי איכא למימר דשלא להשביע את בניו אמר כך ע״ל בסימן ר״נ ס״ג וסי׳ רנ״ח ס״ב: כתב ב״י סעיף א׳ בשם ה״ר ירוחם ב״ח שתובע ליורשים בש״ח אינם חייבים לישבע דלא ירשו כלום והבין ב״י דהטעם הוא לפי שאין היורשים צריכים שבועה לפטור ולא נהירא דדוקא כשטוענין היורשים שמא פרע אבינו התם הוא דאין נשבעים אבל כאן שטוענים לא ירשנו כלום וזה טוען ברי ירשתם ויש לי זכות בממון שבידך פשיטא שצריך היורש לישבע שבועת היסת לדברי הכל וכבר השבתי על דבריו בסימן ק״ז סעיף ח׳ ע״ש וכתב ב״י ומשמע מדברי הר״י שאם טוען ברי שירשו קרקע והם מכחישים צריכין לישבע עכ״ל ולפי הנראה מדמחלק רבינו ירוחם בין מטלטלי למקרקעי לא איירי הכי אלא לדינא דגמרא דבטענו לא ירשנו קרקע חייבים לישבע שאם היו מודים היו חייבים לשלם אבל בטענו לא ירשנו מטלטלין כיון שאפילו אם הודו אין כופין אותן אלא מצוה גרידא איכא אינן חייבין שבועה אבל לתקנת הגאונים ודאי צריכין שבועה דלא כב״י:

ב ומ״ש וי״א שהיורש צריך לישבע וכו׳ טעמם דמסתמא ידע במילי דאבוה וכדפי׳ בסימן ע״ה ס״ו ודע דהאי י״א היא דעת רב אלפס והר״י ברצלוניא שהביא רבינו בסימן ע״ה סי״ט ורבינו תופס עיקר דעת בעל העיטור שהביא לשם והיא דעת הרא״ש שהביא לשם ובסימן ס״ט:

ד ואם מת המלוה וכו׳ עד אין יורשי המלוה גובין כלל ואיכא למידק אמאי לא כתב כאן דלי״א דלעיל ס״ב היורש צריך לישבע וליפטר ואיפשר דכאן סתם דבריו למאי דס״ל לרבינו דאין היורש נשבע ליפטר אבל יותר נראה דלפי דביורש שטען אבי א״ל שאתה חייב לו מנה איכא מחלוקת בין הגאונים אי חשיב טענת ברי או טענת ספק כדלעיל בסימן ע״ה סעיף ל״ו לכך לא הזכיר שבועה זו כאן אף לי״א דהלא למקצת גאונים א״צ שבועה כיון דאין כאן טענת ברי ומה״ט בסמוך במוציא על היתומים שטר עסקא דבחצי של פקדון נפטרין בלא שבועה ואין עליהם אלא חרם סתם ולא קאמר דלי״א דלעיל צריכין לישבע לפטור אלא ודאי דאף המלוה עצמו לא מצי טעין ברי לי שירשת מאביך ממון שיש לי בו זכות וכו׳ דדלמא נאנסו כנ״ל: ומ״ש אבל אם שותקין וכו׳ נראה דהרמ״ה ס״ל דסתמא קאמר תלמודא טוענים ליורש וללוקח כל היכא שבאין להוציא מידן אפי׳ יורש כנגד יורש דטוענים להחזיק הממון בידן ולסברא ראשונה דוקא במלוה עצמו שבא להוציא מיד היורש דב״ד אביהן של יתומים נינהו אבל לא יורש כנגד יורש דבית דין אביהן של אלו ואלו הן ועיין במ״ש בסמוך סי׳ ט׳ אבל מהך דפ׳ כל הנשבעין דקאמר וכן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה יתומים ממאן אילימא מלוה אבוהון שקיל בלא שבועה אינהו מיבעיא ה״ק וכן היתומים מן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה אין משם ראיה לכאן דמיירי במלוה ע״פ דהתם בדתפסי שטרא קאמר תלמודא אבוהון שקיל מלוה בלא שבועה אפי׳ הוה טעין פרעתי אא״כ דקאמר אשתבע לי דלא פרעתיך יתומים מיבעיא דשקלי בלא שבועה אפי׳ טעין לוה פרעתי דהא פשיטא דליכא לאוקמי דלוה קאמר ליתומים אשתבעו לי דלא ידעיתו דפרעתי לאבוכון דזו טענת שמא הוא ולא דמי ללוה דא״ל למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך ודאי ובטענת שמא הדרא קושיא לדוכתא אבוהון שקיל בלא שבועה אי הוה טעין לוה איני יודע אם פרעתיך אישתבע לי והמלוה גם כן אינו יודע כדלעיל סי׳ פ״ב סעיף ו׳ יתומים מיבעיא דכיון דלא מצי טעין לוה טענת ודאי אם כן פשיטא דשקלי יתומים מלוה בלא שבועה כיון דתפיסו שטרא אפי׳ טעין פרעתי ומשני ה״ק וכן היתומים מן היתומים אע״ג דטענו א״ל אבא לויתי ופרעתי לא יפרעו אלא בשבועה שלא פקדנו דאנן ב״ד טענינן ליתמי: ומה שכתב ב״י בשם המרשים להביא ראיה משם לדברי הרמ״ה הוא שלא בדקדוק לפע״ד אכן הרב המגיד רפי״ז ממלוה פי׳ הסוגיא לדעת הרמב״ם בע״א ע״ש אבל פירוש שכתבנו הוא פשוט ועיין במ״ש בסמוך סעיף ח׳:

ז ואם מוציא על היתומים שטר עיסקא וכו׳ בפר׳ המוכר את הבית (בבא בתרא דף ע). ומ״ש ואם יש מהעסק בעין ויש עדים שהוא מאותו העסק וכו׳ נראה שרבינו דקדק שלא כתב ואם העסק הוא בעין ויש עדים שהוא אותו עסק לאורויי דאפילו אם אין העסק בעין אלא שאר מטלטלין מאותו העסק ויש עדים שאלו מטלטלין הם מאותו העסק וכך כתב הרי״ף והרא״ש בפרק המקבל וז״ל אי איכא סהדי דהני מטלטלי מחמת ההוא עיסקא נינהו שקיל להו מלוה בלא שבועה ואפי׳ מיתמי וכו׳ עד ואי איכא ביה רווחא בההוא שעתא דמת לוה שקלי מיניה יורשים או ב״ח מנתא דהוה שקיל מיתנא. וכ״כ רבינו בי״ד בסי׳ קע״ו להדיא דאין חילוק בין אותו עסק עצמו או דאתא מחמתיה וכבר התבאר דין זה לעיל בסימן צ״ו סכ״ג ובסי׳ ר״פ ס״א וכ״כ כאן בש״ע וז״ל ויש עדים שהוא מאותו עסק או חליפיו וכו׳. ועי״ל דרבינו הכא בא להורות דאפי׳ לא נמצא בעין אלא מקצתו ויש באותו מקצת ריוח כגון דידוע דמסר לו מלוה הסחורות בכך וכך ועכשיו הוא ביוקר לא אמרי׳ הכא דהריוח משועבד לקרן ואין ליורשים בריוח כלום אלא טענינן ליורשים דכל מה שחסר מהעסק עד פלגא החזיר הלוה למלוה ואינו נוטל אפי׳ בשבועה ועדיין יש ליורשי לוה באידך פלגא שנשאר מאותו עסק חלקם בריוח דהיינו כל הריוח המגיע לפלגא דמלוה ופי׳ הראשון הוא עיקר:

ח ואם מת המלוה וכו׳ ואם א״ל השבעו לי וכו׳ כ״כ הרמב״ם ופי׳ ה׳ המגיד ברפי״ז ממלוה לדעתו אבל פשוטה של סוגיא משמע שאפי׳ יאמר הלוה השבעו לי אין היתומים צריכין לישבע כל עיקר על טענת שמא של לוה דלא דמי ללוה שא״ל למלוה אישתבע לי דלא פרעתיך ודאי. ולא תקנו שבועה שלא פקדנו אלא ביתומים מן היתומים דאנן ב״ד טענינן ליתמי לוה שמא ציוה המלוה ליורשיו וכו׳ ויתמי מלוה חייבים לישבע שבועת היורשין אע״ג דלא קאמרי יורשי לוה אשתבעו לן אבל מלוה גובין היורשין שלא בשבועה והוא דעת י״א שהביא רבינו בסימן פ״ב סעיף ו׳ ולשם הביא כל הדיעות וכאן סתם דבריו כדעת הרמב״ם:

ט ואם יש בשטר נאמנות וכו׳ דמשבועה זו פטרם כו׳ איכא לתמוה דאדרבה טפי אית לן למימר דלא פטרם אלא להיכא דקא טעין פרענא ליתמי דומיא דמלוה עצמו שפטרו להיכא דקא טעין פרעתיך אבל אי קא טעין פרעתי לאבוכון לא פטרם משבועה דלא פקדנו דאפשר דקא פקיד להו דפריעא הוא וכ״כ בעל העיטור סוף מאמר חמישי דיד בעל השטר על התחתונה וסברא זו הזכיר בספר התרומות הביאו ב״י בסמוך סעיף י״ד. ונראה ליישב דס״ל להרא״ש דכיון דפטרם בסתם בודאי מכל מה שיטעון פטר אותם בין שיטעון פרענא ליתמי בין שיטעון פרעתי לאבוכון אלא דלפי דבאותו מעשה שנשאל עליו הרא״ש טען הלוה לא פטרתי את היורשין משבועה בטענה זו דפרעתי לאבוכון אלא שלא יהיו צריכין לישבע שבודאי לא פרע לאבוהון אבל משבועה שלא פקדנו לא פטרתיה בטענה זו ועל זה השיב הרא״ש הא ליתא דפשיטא דמשבועה זו פטרם דאין שבועה מוטלת עליהם בטענה זו דפרעתי לאבוכון אלא שלא פקדנו אבא דאילו משבוע׳ שבודאי לא פרע לאבוהון לא היה צריך לפטרם דאין שבועה זו מוטלת עליהם:

י אפילו היה היורש קטן וכו׳ פסק כריב״ב במשנה פרק הנשבעין: ומ״ש ומיהו כשהיה קטן כשמת אביו אז א״צ לישבע אלא שלא מצאתי וכו׳ כ״כ בעה״ת בשער י״ד סימן ו׳ וע״ל בסי׳ ע״ב סעיף כ״ט דבקטן גופיה זימנין דבני צואה נינהו ומביאו ג״כ בספר התרומות שער מ״ט סוף סי׳ ג׳ והיינו כדחזינן דפקח הוא טובא וכתב ב״י וז״ל דמ״ש רבינו דא״צ לישבע אלא שלא מצאתי וכו׳ לזה נתכוון גם רש״י שכתב נשבע שלא מצא שובר. ואני אומר דקטן נמי בר צואה הוא ע״י אחרים שצוה להם שיאמרו לו כשיבדיל עכ״ל ונראה דס״ל דמפרש״י אין ראיה דלמה שפירש במשנה שלא פקדנו בשעת מיתה ושלא אמר לנו קודם לכן אם כן נשמע דאפילו בגדולים לא נתחייבו לישבע שלא ציוה להם ע״י אחר שהרי לא הוזכר השבועה זו אם כן בקטן א״צ לישבע אלא שלא מצאתי אבל לבעל התרומות שכתב בשער י״ד תחלת סימן ב׳ דיש מפרשים שלא פקדנו על ידי אחר ושלא אמר לנו בפיו וכמ״ש גם בינו בס״ח א״כ גם בקטן איכא למימר דילמא צוה לאחרים שיאמרו לו לכשיגדיל ולמה לנו להקל להוציא ממון מלוה דקא טעין פרעתי לאבוכון אולי ציוה לקטן ע״י אחר זו היא דעת ב״י אכן רבינו שכתב כאן אבל שלא פקדנו ושלא אמר לי לא דהיינו שלא פקדנו ע״י אחר ושלא אמר לי בפיו אלמא דס״ל דאע״ג דיכול לעשות צואה ע״י אתר מ״מ לאו בר צואה הוא לצוות לקטן דנוח לו לצוות לאחרים עצמן מלצוות להם שיגידו לקטן כשיגדיל והלכך א״צ לישבע אלא שלא מצאתי בלחוד וכן פסק בית יוסף בספר בדק הבית וז״ל ומכל מקום הורו זקנים ולהם שומעים עכ״ל וכן פסק בש״ע:

יא כתב הראב״ד בתשובה אם יש לקטן אפוטרופא וכו׳ כל זה בספר התרומות שער י״ד סוף סימן ז׳ ואיכא למידק דזה סותר מ״ש בספר התרומות גופיה שער מ״ט סוף דין ג׳ שאפוטרופוס אין עליהם לא שבועה ולא חרם סתם כי אין עליהם אלא לטעון וכו׳ וכאן כתב דאפוטרופוס ישבע וי״ל דהתם שהיתומים מוחזקים במשכון ואין השבועה אלא לפטור אין על אפוטרופוס לא שבועה ולא חרם אבל הכא דהיתומים באו לגבות בשטר ואי אפשר אלא א״כ ישבעו תחלה שבועת היורשים ואם לא ישבעו האפוטרופסים אלא הקטן ישבע לכשיגדיל יגיעו לידי הפסד ולכן אמר ישבע האפוטרופוס כדי שלא יפסיד היתום דמצוה קעביד ולפיכך אפי׳ מינהו אבי יתומים דקי״ל דלא ישבעו דמימנעו מלקבל האפוטרופסות הכא לא נמנעו כיון דמצוה קעבדי:

יד ומ״ש וא״א הרא״ש היה אומר וכו׳ דכל שותפות וכו׳ ע״ל סי׳ צ״ג סכ״ב מה שקשה על זה ושם כתבתי יישובו בס״ד:

יז וכל הדין שיש ליורשי המלוה וכו׳ אלא שזה יש ביניהם וכו׳ תימה הא נמי איכא ביניהם דבלוה עצמו אין יורשי המלוה נשבעין שבועה אלא בדא״ל לוה אשתבעו לי כדלעיל בסעיף ח׳ ובדאיכא יורשי לוה אנן טענינן להו אע״ג דלא קאמרי יורשי לוה אשתבעו לי כדלעיל ס״ד להרמ״ה וי״ל דהא פשיטא דבלוה כיון דלא מיחייבי יורשי מלוה שבועה אא״כ דטעין לוה פרעתי לאבוכון סברא הוא דבעי נמי דלימא לוה אישתבעו לי דלא גריעי יתומים ממלוה עצמו דא״צ לישבע אא״כ דא״ל לוה אישתבע לי כ״ש יתומים אבל בדאיכא יורשי לוה דאפי׳ אי שתקי אנן ב״ד טענינן להו דאבוהון פרע למלוה כל שכן דאנן טענינן להו נמי הא וקאמרי ליורשי מלוה דצריכין לישבע שבועת היורשין אע״ג דיורשי לוה לא קאמרי מידי אלא דקשה לפ״ז דא״כ מאי קאמר אלא שזה יש ביניהם וכו׳ כיון דבלוה עצמו בין בשבועה שלא פקדנו בין בשבועה שלא נפרעתי מלוה עצמו אי טעין לוה צריכים היורשין לישבע בשניהם ואי לא טעין אין צריכין שבועה כל עיקר ובדאיכא יורשי לוה אפי׳ אין טוענין כלום אנן טענינן להו וצריכין לישבע בשניהם. וי״ל דה״ק דבלוה עצמו פשיטא כיון דאין היתומים צריכים לישבע אא״כ טעין לוה פרעתי א״כ אי אפשר שישבעו על שניהם כאחת שהרי אם טעין פרעתי לאביכן צריכין לישבע שלא פקדנו מעתה א״צ לישבע שלא נפרענו ממך שהרי אין טוען שפרעם כלומר כיון דקא טעין פרעתי לאבוכון שוב אי אפשר לו לטעון שפרע ליורשים שהרי אמר שכבר פרע לאביהן ואם טען שפרע ליורשים וצריכין לישבע שלא נפרעו ממנו א״כ א״צ לישבע שלא פקדנו שהרי אי אפשר לו לטעון שוב פרעתי לאבוכון כיון דקא טעין שפרע ליורשים. אבל בדאיכא יורשי לוה חייבין יורשי מלוה לישבע על זו ועל זו היכא דשתקי ולא קאמרי מידי דאנן טענינן להו דאילו בשטענו אמר לנו אבא לויתי ופרעתי א״כ הודו שהם בעצמם לא נפרעו מאביהם ואין צריכין לישבע שלא נפרעו ממנו אלא ודאי בדשתקי יורשי לוה מיתוקמא מתניתין ומ״ש אבל בעל העיטור כתב וכו׳ פי׳ דאיהו לא מוקי מתניתין בדשתקי דאי שתקי לא טענינן ליורש כנגד יורש לא טענת פרע לוה למלוה ולא טענת פרע לוה ליורשי מלוה אלא דוקא בדקאמרי יורשי לוה אבא א״ל לויתי ופרעתי לאבוהון התם הוא דקא תני מתניתין דנשבעין שבועת היורשין וה״ה טענת דפרע ליורשי מלוה לא טענינן להו אא״כ דיורשי לוה טוענין אבינו א״ל שפרע לכם ואין להקשות לפי זה דא״כ מה יש ביניהם דאיכא למימר דאיכא ביניהם טובא דאילו בדאיכא לוה אין יורשי מלוה נשבעין אלא בדא״ל לוה אשתבעו לי אבל בדאיכא יורשי לוה אם טוענין אבא א״ל לויתי ופרעתי לאבוהון אי נמי טוענין אבא א״ל פרעתי לכם חייבים יורשי מלוה לישבע אע״ג דלא קאמרי להו יורשי לוה אישתבעו לן ודו״ק:

יט ומסתברא כדברי הראב״ד מצאתי בהגהות דמהרש״ל שכתב וזה לשונו וצ״ע הלא פלוגתא זו כתבה רבינו לעיל בשם הרמ״ה ס״ד ומפני מה תלה עכשיו יותר בדברי הראב״ד מדברי הרמ״ה עכ״ל ולפע״ד יראה דהרמ״ה לא איירי אלא במלוה ע״פ ולכן הביא רבינו דבריו למעלה דמדבר במלוה על פה ואיכא למימר דהתם הוא דטענינן ליורשי לוה לפוטרן אפילו כנגד יורשי מלוה כיון דלא באו בשטר אבל בבאו בשטר מקויים דאיכא הוכחה מן השטר לא אמר ביה הרמ״ה מידי ולכן הביא סברת הראב״ד כאן דמיירי בשטר דאפ״ה טענינן ליורש והיינו דקאמר רבינו ומסתברא כדברי הראב״ד שלעולם טוענין להחזיק הממון במקומו כלומר לעולם טוענים אעפ״י דיורשי מלוה נקיטי שטרא בידייהו ועי״ל דהכא אתא לאורויי דאף לגבי שבועה דלא נפרענו מאביכם שהיא טענה גרועה דלא הוה ליה לפרוע ליורשים בלא עדים ולהניח שטר אצלם אפ״ה טענינן להו וגם שבועה זו בכלל מ״ש שלעולם טענינן להחזיק הממון במקומו והיה צריך לכתוב גם למעלה הפלוגתא דרברבתא דאפילו במלוה ע״פ נמי איכא מ״ד דאי שתקי אין ב״ד טוענין ליורש לחוב לשאר היורשין:

כ כתב רב אלפס בתשובה וכו׳ ותימה הלא אסיקנא אהך דרב ושמואל הבו דלא להוסיף עלה דאין למדין ממנה לשאר שבועות כדכתב בסמוך סעיף כ״ט וי״ל דלא קאמר האלפסי במת מלוה ויורש שלו ואח״כ מת לוה דהתם ודאי אף יורשי יורשין נשבעין דהבו דלא להוסיף עלה אלא מיירי דמת מלוה ואח״כ מת לוה ואח״כ מתו יורשי מלוה התם הוא דאין יורשי יורשים נשבעין דהיינו יתומים מן היתומים דכבר נתחייבו יורשי מלוה ליורשי לוה שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו ומה שנחלק הרא״ש גם על זה ה״ט דלא אמרו רב ושמואל אלא בשבועת ברי אבל לא בשבועת שמא ואפילו ביתומים מן היתומים איכא למימר הבו דלא לוסיף עלה היכא דליכא אלא שבועת שמא כ״כ הרא״ש להדיא בסוף הנשבעין וז״ל אבל שבועת יורשין ויורשי יורשין כולה שבועת שמא היא וראוי בזה לומר הבו דלא לוסיף עלה בזה לא דברו רב ושמואל כלל עכ״ל אבל בספר התרומות שער י״ד סימן ב׳ תלה מחלוקת זה בדבר אחר שכתב דההיא דאין אדם מוריש שבועה לבניו יש בו ב׳ פירושים הראשון הוא שאין היורשים יכולין לישבע השבועה עצמה שהיה אביהן חייב שהוריש להן ממון זה שאביהן היה נשבע ליתומים בברי שלא נפרע מאבוהון והן אינן יכולין לישבע אלא שאביהם לא הודיעם ולא צוה להם אם הוא נפרע או לאו ולפי זה אם מת מלוה ואחר כך מת לוה ואחר כך מתו יורשי מלוה הרי יורשי מלוה יכולים הם לישבע אותה שבועה עצמה שלא פקדם לא אביהם ולא אבי אביהם ששטר זה פרוע וגובין וכ״כ בעל העיטור והביא ראיה מדקאמר רב ושמואל לא שנו אלא דמת מלוה בחיי לוה אבל מת לוה בחיי מלוה וכו׳ ולא מפליג בדידיה ל״ש אלא יתומים אבל יתומים של יתומים אין נשבעים ש״מ דיתמי דיתמי נשבעין ונוטלין.

והפירוש השני דה״ט דאין אדם מוריש שבועה לבניו משום דכל ממון שאין אדם יכול לגבותו אלא בשבועה אינו זוכה בו עד שישבע וכשמת ולא נשבע אינו יכול להורישו לבניו. ולפירוש זה דעבדינן כללא דכל ממון שאין גובין אלא בשבועה אין אדם יכול להורישו ה״נ יורשי יורשי מלוה אין גובין כלום וכ״כ הרי״ף והרב אלבר״צלוני והראב״ד ופירוש השני כתבו גם הר״ן לדעת הרב אלבר״צלוני הביאו ב״י. מיהו רבינו שכתב בסמוך ואין אדם מוריש לבניו ממון שאין יכול לגבותו אלא בשבועה דאלמא משמע דס״ל כפירוש השני ואפילו הכי כתב להך דהרא״ש ובעל העיטור במסקנתו צריך לפרש דטעמייהו משום הבו דלא לוסיף עליו דלא אמרו רב ושמואל אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא היכא שהיה צריך לישבע שבועת ברי אבל לא בשבועת שמא דיש להקל בה כיון דלא בא עליהם אלא בטענת שמא כדפי׳ וכדכתב הרא״ש להדיא וצריך שתדע דלרבינו שכתב בסמוך ומסתברא כדברי הראב״ד שלעולם טוענין וכו׳ השתא ודאי היכא דהוה שתקי יורשי לוה ויורשי מלוה היו צריכין ג״כ לישבע שלא נפרעו מאביהם אם מתו גם יורשי מלוה שפיר קאמרינן דאין יורשי יורשי מלוה נשבעין ונוטלין אף לסברת הרא״ש ובעל העיטור דכיון דיורשי המלוה היו חייבין לישבע שלא נפרעו מאביהם דהיינו שבועת ברי ויורשי יורשים אין יכולין לישבע אלא שלא פקדנו כיון דאיכא יתומים מן היתומים אין אדם מוריש שבועת ברי לבניו ולא אמר הרא״ש ובע״ה דיורשי יורשי מלוה נשבעין ונוטלים אלא היכא דיורשי לוה טוענין אבינו אמר לנו לויתי ופרעתי לאביהם דהשתא ליכא עלייהו שבועה שלא נפרעו הם מאביהם שהרי טוענין שאביהם פרע לאביהם התם כיון דליכא עלייהו אלא שבועה שלא פקדנו שאינה באה אלא על טענת שמא אפילו מתו יורשי מלוה יכולין יורשי יורשי מלוה לישבע שלא פקדנו ונוטלין: ועדיין צריך לבאר בדברי הראב״ד כיון דבעל כרחך צריך לומר דלא כתב הראב״ד במת אחד מן היורשים דאין האחים גובים חלקם בשבועה אלא היכא דלאחר שמת המלוה מת לוה ואח״כ מת אחד מן האחים דהיינו יתומים מן היתומים הא לאו הכי נשבעין יורשים ונוטלין כדפרישית א״כ קשה לפ״ז אמאי כתב הראב״ד לעיל וכן אם מת קטן וכו׳ דכיון דאיירי התם כשהלוה קיים אפי׳ היה גדול ומת נשבעין יורשין ונוטלין חלקם וחלקו. אבל המעיין בתשובת הראב״ד שבספר התרומות שער י״ד סימן ו׳ יראה דעיקר התשובה לא קעסיק אלא כשהיה הקטן חי אלא דבסוף התשובה כתב וכן אם מת אין ספק שזוכין כולן בחלקו ונשבעין ונוטלים חלקו וחלקם מבואר דרצונו לומר דבזה אין ספק דאפי׳ לא מת קטן אלא לאחר שמת לוה דהו״ל יתומים מן היתומים אפ״ה נשבעין היורשין ונוטלין חלקו וחלקם דאין לומר כאן אין אדם מוריש שבועה לבניו כיון שאין שום שבועה מוטלת על הקטן כ״ש כשהלוה קיים דאפילו היה גדול שמת נשבעין ונוטלין חלקו וחלקם א״כ אין ספק בקטן שמת ועוד נראה דר״ל אין ספק בקטן שמת דסגי כשנשבעין היורשים שלא פקדנו אבא ונוטלים חלקו וחלקם וא״צ לישבע גם כן שלא פקדנו אחא דכיון דקטן לאו בר צואה הוא כלל לא מאביו לקטן ולא מקטן לאחים אבל אם היה גדול ומת אין היורשים נוטלין חלקו וחלקם אלא בשבועה שלא פקדנו לא אבא ולא אחא וזה נראה עיקר:

כב בד״א שיורשי המלוה נשבעין ונוטלין וכו׳ מסקנת הפוסקים בסוגיא דפרק הנשבעין (דף מ״ח):

כג ואפילו אם השטר משכונא וכו׳ שתי הסברות כתבם בעה״ת שער י״ד ורבינו הכריע דבמשכונתא מוחזקת ביד המלוה בחייו גובה בלא שבועה וכ״כ הריב״ש בסימן ע״ה וכ״כ הרשב״א בתשובה בסימן תתקל״ט ומביאו ב״י סימן זה מחס״ב ובסמוך בסעיף כ״ח הבאתי תשובה זו:

כד בד״א שאין יורשים נוטלין וכו׳ אבל יש נאמנות בשטר שהאמין לוה למלוה עליו ועל באי כחו וכו׳ פי׳ אפילו לא כתב בפירוש עליו ועל יורשיו אלא כתב ועל באי כחו יורשיו בכלל באי כחו וכ״כ לעיל בסימן ע״א סעיף כ״ח ומה שקשה מדברי רבינו שכתב דנאמנות מועיל אף ליורשיו ובא״ע בסי׳ צ״ח פסק דאינו מועיל לגבי יורשים צריך לחלק בין בעל שכתב פטור לאשתו ובין שאר לוה שכתב פטור למלוה וכבר התבאר בא״ע בס״ד ע״ש ונראה דאפי׳ למ״ד דלא מהני נאמנות בדכתב עליו ועל באי כחו ומלוה צריך לישבע אם בא לגבות מיורשי לוה מ״מ במת לוה בחיי מלוה ואחר כך מת מלוה נשבעין היורשים ונוטלין ואין אומר בזה אין אדם מוריש שבועה לבניו דתרי קולי לא עבדינן כאשר כתב ב״י בסימן זה בשם כמה גדולים הראשונים והאחרונים אבל בנאמנות סתם שלא האמינו אלא עליו ומת לוה בחיי מלוה כיון שהמלוה היה חייב שבועה מן הדין אין יורשיו נוטלין אפילו בשבועה ואין חולק בזה:

כה ואע״פ שלכתחלה דנין ליורשי המלוה וכו׳ שם מסקנא דגמרא פ׳ הנשבעין ורבינו סתם דבריו כדעת הרא״ש דאם בא השטר לידי ב״ד יש להן לקורעו כיון שמן הדין אין דנין לגבות בו לכתחלה:

כו וכתב הרמ״ה אפי׳ אי אתא שטרא מעיקרא ליד בי דינא וכו׳ כתב ב״י דאיתיה לדהרא״ש דב״ד יש להן לקורעו ומיירי דאתא לידא דדיינא ואתרמי דלא קרעיה א״נ שהראהו לדיין ולא בא לפניו לדון עכ״ל ולא נהירא דלהרא״ש ודאי אפי׳ אתרמי דלא קרעיה כיון דדינא הוא דצריך למיקרעיה שלא כדין החזירו שלם וצריך למקרעיה כדין שטר שהחזיר ובדין היה שלא יחזירוהו כדלעיל בסי׳ ס״ה סעיף י״ט ע״ש והתירוץ השני אין לו מקום לפי הלשון שכ׳ הרמ״ה ועביד כרב ושמואל דלא מגבי ביה אלמא שבא לפני הדיין לגבות בו אלא נראה דדקדק הרב בהא דאמר רב פפא האי שטרא דיתמי

לא מקרע קרעינן ליה וכו׳ דקשה מאי קמ״ל הא כיון דאסיקנא דמאן דעביד כר״א עביד פשיטא דלא קרעינן ליה אלא ודאי אי לאו דרב פפא הו״א דוקא כדאתא מעיקרא לקמיה דיינא דעבד כר״א מאי דעבד עבד אבל אי אתא מעיקרא לקמיה דיינא מומחה דעבד כרב ושמואל דלא מגבי בהאי שטרא אם כן מקרעינן ליה וקאמר רב פפא דליתא אלא אפילו אתא לקמיה דיינא מעיקרא דעביד כרב ושמואל דלא גביא ביה אפי׳ הכי לא מקרעינן ליה אלא ישליך שטרו לפניו ובע״כ צ״ל דלהכי לא מקרעינן ליה דילמא הדר ואתא לקמיה דיינא דעבד כר״א ומגבי ביה אלמא דאפילו בכה״ג אמרינן מאן דעבד עבד ולפי זה צריך לומר דהרמ״ה חולק הוא אדברי הרא״ש ורבינו שכתב שאם בא לידי ב״ד שיש להן לקורעו וכו׳ ולענין הלכה נקטינן כהרא״ש ורבינו דבתראי נינהו ותו דבפלוגתא דרבוותא לא מפקינן ממונא ודלא כמה שפסק הרב בהגהת ש״ע כהרמ״ה:

כח קדמו יורשי מלוה ותפסו וכו׳ נראה דדין זה נלמד מהא דאמר דעבד כר״א עבד אלמא דמספקא לן הלכתא ולפיכך אם תפסו אין מוציאין מידן דדילמא הילכתא כר״א והא דכתב רבינו הלכך אין קורעין שמא ימצאו ב״ד שיגבוהו להן קמ״ל נמי שמא יקדמו ויתפסו מנכסי הלוה אלא דגמרא נקט דקאמר רב פפא לא מקרעינן ליה דהאי דיינא דעבד כר״א עבד מינה למדין דין תפיסה: הב״י העתיק תשובת הרשב״א במחודשים סעיף ב׳ ראובן שהחזיק שני חזקה במקום ב״ה והודה לשמעון שאינו אלא משכון במנה ושמעון טוען להד״ם ומת ראובן הדין עם יורשי ראובן דאעפ״י דראובן היה צריך שבועה לא אמרו אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא להוציא וכו׳ ויש לתמוה דהא אסיקנא דלא אמרו אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא במת לוה בחיי מלוה וכו׳ ונראה ודאי דלפי דדעת השואל היה כיון שהודה ראובן שהמקום הוא של שמעון אלא שמשכן לו במנה א״כ המקום הוא בחזקת שמעון וראובן אינו יכול להוציא המנה שהלוה לשמעון אלא בשבועה וכיון שמת אין יורשיו יכולים לירש המנה משמעון כיון שלא נשבע בחייו והו״ל כדין שכיר ונגזל ותביעה ע״פ שנהפכה השבועה על התובע ומת דאמרינן בהו אין אדם מוריש שבועה לבניו כמ״ש להדיא סעיף ל׳ וע״ז השיב דלא אמרו אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא להוציא וכאן אדרבה ראובן ויורשיו הם מוחזקים במקום ואין מוציאין מידם אעפ״י שלא נשבע ראובן כדין כל מחוייבי שבועת היסת שמתו דהיורשים פטורים:

כט ודוקא בזו השבועה וכו׳ עד וכגון שהלוה קיים פי׳ שהלוה היה קיים כשמת מלוה אעפ״י שעכשיו אינו קיים: ומ״ש היינו יתומים מן היתומים כלומר ודאי לא עדיף פוגם מאילו לא היה פוגם ואדרבה כ״ש הוא ודלא כמו שנראה לכאורה דבפוגם נשבעין ונוטלין אפי׳ במת לוה בחיי מלוה וברמב״ם פי״ז ממלוה נראה שסובר כן עיין בספר כסף משנה ובספר בדק הבית:

ל אבל שכיר ונגזל וכו׳ כתב מהרש״ל שאם חזרו היורשין ותבעו להשוכר צריך לישבע היסת וכן כשחוזרין היורשין ותובעים לזה שהיה מהפך השבועה על אביהם עכשיו שאביהם מת ולא יכול לישבע נשבע הנתבע היסת וכמ״ש למעלה בסי׳ פ״ב בשם הרמב״ם דכל הנשבעין ונוטלים אם היו חשודים הנתבע נשבע היסת ונפטר ואפילו מאן דפליג אהרמב״ם בחשוד התם דוקא אבל במת מודה דמשלם או נשבע עכ״ל ולי נראה דבשכיר נשבע הבעה״ב כעין של תורה דחזרה שבועה על בעה״ב כמ״ש הר״ן גבי שכיר שהיה חשוד וכ״כ הרמ״ה לעיל בסי׳ צ״ב סעיף י״ג וע׳ במ״ש לשם ומ״ש בסי׳ פ״ב סי״ג:

לא אע״פ שאין אומרים בשאר השבועות וכו׳ אין להקשות הלא אין הערב מתחייב אלא כשיתחייב הלוה וכיון שיורשי הלוה פטורים גם הערב פטור דהכא אין היתומים פטורים מלשלם אלא שאין ב״ד מורים לכתחילה לשלם דביתומים מן היתומים אמרינן לכתחילה אין אדם מוריש שבועה לבניו אבל אי עביד דיינא עובדא והוציא מן היתומים מאי דעבד עבד וכן אם קדמו יורשי מלוה ותפסו אין מוציאין מידם אלמא דאין יורשי הלוה פטורים ושפיר מצי לתבוע לערב ואפ״ה קאמרינן דהיינו יתומים מן יתומים ולא מיבעיא ערב אלא אפי׳ קבלן דהוא לוה בפני עצמו כיון דסוף סוף איהו חוזר וגובה מן היתומים הו״ל יתומים מן היתומים:

לב ואם לא הניח נכסים ליתומים וכו׳ ואין מצוה על היתומים לפרוע לקוחות מנכסים שלא הניח אביהם לפיכך נשבעין וגובין מהן עיין בספר התרומות שער י״ד סימן ד׳ שכתב דין לקוחות ע״ש ה״ר משה בר יוסף ושמחלק בין ערב ללקוחות ומשמע דלדעת הרמ״ה ורבינו שגם בערב אם לא הניח נכסים נשבעין היורשין ונוטלין מן הערב א״כ דין הערב ולקוחות שוין וכ״כ ב״י. ולפע״ד נראה דגם רבינו סבר לחלק בין ערב ללקוחות דמ״ש ואם לא הניח נכסים וכו׳ רצונו לומר שלא הניח אחריות נכסים כי אם מטלטלין ואפילו הכי אין מצוה על היתומים לפרוע ללקוחות מנכסים שלא הניח אביהם כלומר מטלטלין שלא הניח אביהם שיהיו משועבדים ללקוחות וכדי שלא יהי קשה מ״ש לקוחות מהערב דאיכא מצוה לפרוע ממטלטלין קאמר שאני לקוחות דעביד איניש דזבין ארעא ליומא הילכך ליכא מצוה ואפילו האידנא בתר תקנת הגאונים לא היתה התקנה אלא בב״ח משום נעילת דלת וכן בנגזל לפי דעת הרמ״ה לעיל בסימן ל״ז סעיף י״א כדי לנעול בפני עושי עולה אבל בלקוחות לא תקנו כלום דעביד איניש דזבן ארעא ליומא וכן נראה מסקנת האלפסי ספ״ק דב״ק דלא תקנו האידנא לגבות ממטלטלי אלא לב״ח משום נעילת דלת כך הוא לפי נוסחת האלפסי שבידינו וכ״כ הרא״ש ע״ש ה״ר

אפרים וע״ל בסי׳ תי״ט ואין להקשות כיון דהניח מטלטלין א״כ יאמרו להם לקוחות הנחתי לכם מקום לגבות ממטלטלי לתקנת הגאונים דאיכא למימר דאיירי כגון דהמטלטלין אינן בעירו אלא במקום אחר ולא מצו לקוחות לדחות אותם שילכו לגבות בעיר אחרת אלא טורפין מלקוחות שבעירו ע״ל בסימן קי״א סעיף ח׳ שכתב כך לגבי קרקע והוא הדין למטלטלין דאין לחלק בזה בין קרקע למטלטלין כנ״ל ודלא כמ״ש ספר בדק הבית דבהניח להם נכסים בין ערב בין לקוחות אין גובים מהם ובלאו הכי אין טורפין מהלקוחות כיון שהניח נכסים אפילו מטלטלין אחר שתקנו הגאונים ואם הוחזק שאין לו כלום בין ערב בין לקוחות גובה מהם עכ״ל אלא כדפרישית עיקר:

לד יורשי המלוה שהם קטנים וכו׳ עד שרגלים לדבר שהשוכר מזוייף כיון שלא הוציאו בחיי אביה׳ נראה דה״פ דהו״ל להוציאו בחיי אביהם ולתובעו שיחזיר לו שטרו שלא יצטרך לשמור שוברו מן העכברים דכיון דתחילת כתיבת השובר לא היה אלא מפני שהיה המלוה תובעו ואמר אבד שטרי א״כ לאחר שהתפרסם שיש לאביהם שטר עליו שסכומו כך וכך הו״ל לתובעו שיחזיר לו שטרו וע״ל בסימן נ״ד והיינו דכתב הר״י מגא״ש אפולו אם לא הגיע זמן השטר וכו׳ כלומר לא מיבעיא כשהגיע זמן השטר בחיי אביהם דנתפרסם בחייו שיש לו שטר עליו השתא ודאי איכא רגלים לדבר שהשובר מזוייף הוא כיון שלא הוציאו בחיי אביהם כדפרישית אלא אפי׳ לא הגיע זמן השטר דלא התפרסם השטר אפ״ה אמרינן אי איתא דהשובר אמת היה מוציאו בחיי אביהם בעודו חי קודם מיתתו כדי שלא יאמרו שהשובר מזוייף מאחר שקדמו כתיבתו לזמן פרעון השטר. ודעת הרמ״ה דוקא תבעו וכו׳ אבל כשלא תבעו מצי טעין דלא ידע דנמצא השטר שאתבענו שיחזיר לי שטרי כסבור הייתי כאשר היה אבוד עדיין הוא אבוד כי לא התפרסם שבשטר הוא בעולם: כתב ב״י וכתב הרשב״א בתשובה בשם הרמב״ן דאפילו איכא עדים שמעידים שזכורים הפרעון אין עדותם עדות לפי שאין מקבלין עדות בפני בעל דין עכ״ל וז״ל שהעדים מעידין בע״פ בלחוד אבל אין מעידין לקיים חתימת העדים שבשובר דאם היו מקיימים חתימת העדים הלא קי״ל מקיימין את השטר שלא בפני בעל דין אבל בספר בדק הבית הבין דאפילו העדים מקיימין חתימת העדים שבשובר נמי אין מקבלין עדותן לא נהירא וע״ל בסימן ק״י סי״ב:

לו כתב רב אלפס וכו׳ עד ואין ב״ח נוטל הימנה נראה שהאריך לבאר דלא תימא דוקא בבא לגבות מן היתומים דהו״ל לגבות בינונית אלא דתקנת חכמים הוא שלא לגבות אלא זיבורית הלכך אין לגבות מזו שהיא אינה נקראת בשם קרקע ומוקמי ליה אדינה לגבות מבינונית. אבל בעלמא כגון לוה דאית ליה עדית וזיבורית דדינו לגבות מזיבורית הו״א אפי׳ היא ארץ גזירה אין גובין מהעידית אלא מזיבורית זו לכן חזר וכתב ואין ב״ח נוטל לאורויי דשום ב״ח אינו חייב ליטלם כל היכא דאיכא קרקע אחרת בין שהיא בינונית או עידית ודו״ק:

לח והיכא דתפיס וכו׳ עד ויש ליתומים זיבורית ויש לו בינונית וכו׳ פירוש שיש לו בינונית בענין שיגבו אותם ממנו כגון שיש לו עידית ובינונית אבל אין לפרש בינונית לחוד דכיון דבהדי הדדי קאתו אין היתומים גובין ממנו בינונית אפי׳ לא תפיס מחיים כדאיתא להדיא בפרק בתרא דכתובות וכדפסק לעיל בסימן פ״ה סעיף ג׳: ומ״ש שהרי תפיסתו מחיים הלשון משמע דלא בעינן שהיה דעתו על התפיסה אלא במפקיד ונפקד דכיון שבא לידו בתורת פקדון לא הויא תפיסה ממילא אלא אם כן שיהא דעתו על התפיסה כמ״ש בריש סימן ק״ז אבל כאן שהשדה הוא שלו והוא עובד אותה אפי׳ ממילא הוה ליה תפיסה מחיים אף על פי שלא היה דעתו על התפיסה אכן מה שכתב לחלק בין מחיים לאחר מיתה איכא למידק עלה דאם כן בהא דפריך בסוף כתובות ולוקמא וכו׳ ומשני ה״מ דלא תפס כו׳ הדרא קושיא לדוכתא דלוקמא דאית להו ליתמי זיבורית ואית ליה לדידיה עידית ובינונית וכגון דתפס בהו לאחר מיתה דלא הוי תפיסה ויש לומר דאם כן פשיטא דזה גובה וזה גובה ומאי אתא תנא לאשמועינן הא כבר תנא בהכותב דתפיסה לאחר מיתה לא הוי תפיסה ומאי דקפריך תלמודא מעיקרא ולוקמא וכו׳ היינו משום דהשתא אשמועינן רבותא דלא מצי האי תפיס לבינונית דיליה וקמשני דקושטא הכי הוא דמצי תפיס אבל תפיסה דלאחר מיתה פשיטא היא דלאו תפיסה היא ואכתי איכא לאקשויי טובא בהא דקאמר דתפיסה דב״ח בבינונית הויא תפיסה כנגד היתומים והלא במלוה ולוה גופייהו קאמר רב נחמן דאם יש לזה זיבורית ולזה עידית ובינונית זה גובה וזה גובה וכדלעיל בסימן פ״ה סוף סעיף ג׳ דאלמא דלא מצי האי תפיס בינונית שבידו ולמה יגרעו יתומים דמצי האי תפיס בינונית דיליה. וי״ל דר״נ לא קאמר אלא בדלית ליה להאי אלא זיבורית לחודיה והשתא לא מצי האי תפיס בינונית דיליה כיון דמדינא לא מצי גבי מאידך כי אם זיבורית אבל הכא ביתומים מיירי דאית להו נמי בינונית דמדאמר אין גובין מנכסי יתומים אלא מן הזיבורית אלמא מיירי דאית להו נמי בינונית ואפ״ה אין גובין מהם אלא זיבורית השתא ודאי מצי האי תפיס בינונית דיליה דע״כ לא אמרו דאין גובין מנכסי יתומים אלא מן הזיבורית אלא בבא לגבות ולהוציא מיד היתומים אבל האי דכבר מחיים תפיס בבינונית דיליה אין כופין אותו לגבות מן היתומים זיבורית ולהגבותה מבינונית אלא כיון דמדינא הוי ליה לגבות חובו מבינונית של יתומים ואית להו בינונית השתא דקתפיס בינונית דיליה אין מוציאין מידו ודו״ק. ולפי זה צ״ל דמאי דקאמרינן דאית להו ליתמי זיבורית אינו לומר דאית להו זיבורית גרידא דהא פשיטא דבאית להו בינונית ועידית נמי איירי דלא אתא אלא לאורויי דהאי דינא קמיירי בדאית ליה לב״ח בינונית ובדאית להו זיבורית לאפוקי היכא דלית ליה לב״ח בינונית ולית להו זיבורית דאין מקום לדין זה:

לט ואם ניזק בא לגבות וכו׳ כ״כ הרא״ש בפרק הנזקין ע״ש הר״י דבב״ח דוקא אסיקנא דגובין מן היתומים זיבורית בין מגדולים בין מקטנים דכיון דב״ח דינו מן התורה בזיבורית אלא דמשום נעילת דלת עבדינן תקנה מלגבות מבינונית הלכך לגבי יתומים אוקמוה אדינייהו דגובה מזיבורית דלית ביה שום נעילת דלת דלא מסיק מלוה אדעתיה דמיית לוה ונפלי נכסי קמי יתמי אבל לענין נזקין דדינו מן התורה בעידית לקטנים עבדינן תקנתא ולא לגדולים ורבינו שכתב לקמן בסימן תי״ט בסתם דבנזקין גובין מן הזיבורית נסמך על מ״ש כאן לחלק בין קטנים לגדולים: הב״י במחודשין ד׳ העתיק תשובת הרא״ש כלל פ״ו סי׳ ד׳ בב״ח שבא לגבות קרקע מלקוחות שקנו מלוה שלו ונשבע לו ונשאר הדבר תלוי והלך הלוקח ומכר הקרקע ומת הב״ח והיורש בא לגבות מלוקח שני וטען הלוקח שני אפשר שפרעו אח״כ ופסק שהדין עמו והב״ח היה צריך לחזור ולישבע בשעה שבא לירד לתוך הקרקע ואין אדם מוריש שבועה לבניו. ורבים הבינו שמה שאמר שטען הלוקח שני אפשר שפרעו היינו לומר שהלוה פרע ליורשי המלוה וא״כ מת מלוה בחיי לוה והקשו דלמה פסק אין אדם מוריש שבועה לבניו ועוד הקשו דבלוקח אפילו מת לוה בחיי מלוה יורשין נשבעין ונוטלין ולפע״ד דאפשר שפרעו דקאמר פירושו שהלוקח ראשון פרע למלוה לאחר שנשבע ולעולם מיירי במת לוה בחיי מלוה ומלקוחות נמי לא קשיא דמיירי בהניח אחריות נכסים במ״ה דהשתא כשטרף מלקוחות חוזרין וגובין מהיתומים והיינו יתומים מן היתומים דאין אדם מוריש שבועה לבניו: עוד כתב בכלל הנזכר סימן י״ב ומביאו גם כן ב״י במחודשין ז׳ יתומים שהוציאו שטר חוב על ראובן וראובן מת ולא מצאו לו אלא נכסים שמכר לשמעון מי אמרינן כבר נתחייב אביהם שבועה ללוקח כיון שבחייו לקח וא״א מוריש שבועה לבניו או נאמר הבו דלא לוסיף עלה מידי דהוה אפוגם שטרו תשובה לא צריכת הכא להבו דלא לוסיף דאי צריכת לה לא שייך הכא דדמי להוא עובדא דשכיב ושביק ערבא דערבא בתר יתמי אזיל והכא נמי אם יטרוף מן הלוקח אחריותו על היתומים אלא ודאי לא אמר א״א מוריש שבועה לבניו אלא ממון דלא אפשר כלל לגבות אלא בשבועה וכו׳. גם בכאן איכא תימה גדולה דמדמי לקוחות לערב ואין זו דעת שום גאון כמבואר בב״י סימן זה סעיף ל״ב ויש ליישב דמיירי כגון דאיכא למיחש דאית ליה נכסים במ״ה שהרי בשאלה כתב ולא מצאו לו אלא נכסים שמכר לו לשמעון דאלמא דלא היה מפורסם שיש לו נכסים אלא מה שמכר לשמעון כי לא מצאו לו כאן יותר וכבר אפשר שיש לו נכסים במקומות אחרים ובזו דין לקוחות כדין ערב דחיישינן דלמא אית ליה נכסים במ״ה ואזלי לקוחות וגבי ליה מיתמי והיינו יתומים מן היתומים. וכן כתב הרמ״ה להדיא גבי ערב. עוד קשה במה שכתב דאין אומרים אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא ממון דלא אפשר כלל לגבות אלא בשבועה כגון מת לוה בחיי מלוה דאין נפרעין מנכסי יתומים אלא בשבועה וכן מנה לי ביד אביך וא״ל חמשים ידענא וחמשים לא ידענא ואמרינן בהא אין אדם מוריש שבועה לבניו דאין ממון זה יכול לגבות בלא שבועה אבל בנדון זה נהי דמכר ראובן לשמעון בחיי מלוה עדיין ממון זה עומד לגבות מראובן בלא שבועה עכ״ל ותימה מנ״ל חילוק זה שכתב לחלק בין היכא דא״א לגבות ממון זה כלל בלא שבועה וכו׳ להיכא דאפשר. ועוד שכתב וכן מנה לי ביד אביהם וכו׳ דהא לא אשכחן לשום גאון הלא גמרא ערוכה פ׳ כל הנשבעין דתני ר׳ אמי שבועת ה׳ תהיה בין שניהם ולא בין היורשים כגון דא״ל מנה לאבא ביד אביך וא״ל חמשים ידענא וחמשים לא ידענא דפטור היורש ואין צריך לישבע כל עיקר ופשיטא דלאו דוקא מנה לאבא ביד אביך דה״ה מנה לי ביד אביך דלפי הטעם דהוי משום דיורש לא הוה ליה לידע אין חילוק וכך מבואר לעיל בסימן ע״ה סעיף י״ט שכך הוא דעת כל הגאונים ואפשר ליישב ולומר דהרא״ש מיירי הכא בדנקיט שטרא וא״ל מנה לי ביד אביך וכו׳ דהשתא א״א לגבות ממון זה מן היורש אלא בשבועה ואם מת אין אדם מוריש שבועה לבניו ואף ע״ג דהיינו מת לוה בחיי מלוה מ״מ נקט תרתי לומר דאין חילוק בין אם עמד בדין וטען מנה לי ביד אביך והא שטרא וא״ל נ׳ ידענא ונ׳ לא ידענא דכבר נתחייב שבועה לבני לוה ובין לא עמד בדין אלא לאחר שמת לוה מת מלוה לעולם אין אדם מוריש שבועה לבניו וכדאיתא בגמרא להדיא דאין חילוק ולאו דוקא נ׳ ידענא ונ׳ לא ידענא אלא ה״ה לא ידענא כלל בכל המנה נמי הוי דינא הכי אלא רבותא קאמר דאפילו בכה״ג דהוי מודה מקצת נמי לא מצו יורשי מלוה נשבעין ונוטלין אלא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו וס״ל להרא״ש דמדקאמר הבו דלא לוסיף עלה אלמא דכל היכא דלא דמי ממש לדרב ושמואל דאיכא לחלק במידי אמרינן הבו דלא לוסיף עלה ולהכי פסק בנדון זה אעפ״י דהוה ליה מת לוה בחיי מלוה והלוקח יחזור על היתומים אפ״ה לא אמרינן בהא א״א מש״ל כיון דהיה אפשר לגבות ממון זה מראובן בלא שבועה ודלא כסברת השואל דהוה ס״ל דבשעה שמכר לוה הקרקע בחיי מלוה מאותה השעה התחייב המלוה שבועה ללוקח וכיון שמת א״א מש״ל דליתא דהלא באותה שעה עדיין לא התחייב שבועה עכ״פ כיון דהיה אפשר לגבות ממון זה מראובן עצמו ולא יהא צריך לטרוף מלוקח כל עיקר ומהרו״ך לא נתיישב לו תשובה זו והניחה בצ״ע עיין עליו: עוד כתב הרא״ש בכלל ע״א סי׳ ח׳ ומביאו רבינו וב״י לעיל סימן ע״א סעיף ל׳ דבדכתוב בשטר נאמנות ולא היה חייב מלוה שבועה כנגד הלוקח כשמת לוה בחייו אלא מפני חשש רמאות אם מת גם המלוה נשבעין יורשי מלוה שלא פקדנו אבל אם לא היה כתוב בו נאמנות שהיה אביהם חייב שבועה מן הדין כשבא לגבות מן הלקוחות אין יורשי המלוה נשבעין ונוטלין מן הלקוחות לפי שאין אדם מוריש שבועה לבניו צריך לומר נמי דמיירי בדלא ידעינן אי שביק אחריות נכסים במקום אחר דהשתא כיון שאפשר דלאחר שיגבו היורשים מן הלקוחות חוזרים לגבות מן היתומים היינו יתומים מן היתומים אבל היכא דידיע לן דלא קא שביק אחריות נכסים אפילו שביק מטלטלין אין הלקוחות חוזרין וגובין כיון דלאו

מצוה היא דזבין איניש ארעא ליומיה ונשבעין יורשין ונוטלין אפילו במת לוה בחיי מלוה: עוד כתב הרא״ש בכלל ס״ח סימן י״ט בעד אחד שמעיד על השטר שהוא פרוע ומת המלוה כיון שלא היה המלוה יכול לגבות בו אלא בשבועה אין אדם מוריש שבועה לבניו עכ״ל והביאו ב״י סוף סימן פ״ד וכאן מיירי במת מלוה בחיי לוה ואפ״ה פסק א״א מש״ל ובהדיא אמרו בגמרא אפוגם שטרו דלא אמרינן בה אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא יורשין נשבעין ונוטלין ומשמע דה״ה בעד א׳ מעיד שהוא פרוע וכמ״ש בסי׳ זה סעיף כ״ט וצריך לומר דהרא״ש לא בנה על טעם זה יסוד תשובתו אלא נסמך על מה שאמר תחילה לפטור את הלוה מכח שהעידו עדים שיש ביד המלוה על לוה זה השטר שסכומו כך וכך והוא פרוע והו״ל כאילו היה בידו שובר ולא מגבינן בהאי שטרא זהו עיקר יסודו אלא שלאחר כך כתב ועוד מטעמא אחרינא דא״א מש״ל פירוש דכיון דלא אשכחן בתלמודא דיורשין נשבעין ונוטלין אלא בפוגם שטרו איכא למימר דוקא פוגם שטרו אבל בעד אחד מעיד שהוא פרוע אמרינן א״א מש״ל ואע״ג דאין זה דעתו לפסק הלכה מ״מ עשה אותו סניף לחזק הפסק שיש לו כבר יסוד קיים כמ״ש ראשונה וכן הוא דרכו על הרוב בתשובתו והוא דרך כל בעלי תשובות לחזק הפסק בסניפים לפי דעת יש מפרשים אעפ״י שאין כולם ע״פ הלכה אכן מה שקשה עלינו ליישבו כל עיקר הוא מ״ש הרב ב״י בש״ע בסוף סי׳ פ״ד וז״ל עד א׳ מעיד על השטר שהוא פרוע ומת המלוה עד שלא נשבע אין יורשיו גובין אותו וה״ה לפוגם שטרו ומת עד שלא נשבע עכ״ל והוא סותר למ״ש הוא עצמו בסי׳ ק״י סעיף י״ד ומ״ש בסי׳ ק״י הוא פסק ההלכה שהסכימו עליו כל הגאונים וכאן לא דק ולפי שתקפה עליו משנתו העתיק דברי הרא״ש בתשובה הנזכרת וגם כתב וה״ה לפוגם שטרו שזהו כנגד גמרא ערוכה וכאן חזר בו וכתב פסקו כתיקונו ע״פ הסכמת כל הפוסקים אח״כ כתבתי ליישב תשובת הרא״ש ופסק הש״ע ושהכל עולה יפה על פי ההלכה והוא כתוב למעלה סוף סימן פ״ד:

סימן קט

א כשבאין וכו׳ עד כמו שמדקדקת האשה נתבאר בסימן ק״ג:

ב ומ״ש ואם יאמר המלוה אני מקבל השדה בלא שומא וכו׳ פי׳ וידוע הוא שאינו שוה בעד כל החוב ולפיכך גבי לוה עצמו לא היה צריך לפרש זה דלאו בשופטני עסקינן שרוצה בשומא וישאיר עליו קצת החוב לפרוע וע״ל בסימן קי״ד סעיף י״ז דבטורף מלקוחות שומעין למלוה ולא ללוקח:

ג וכיון שהכריזו אפילו טעו ומכרו ר׳ במנה מכרן קיים משנה פ׳ אלמנה ניזונית. אבל עשו איגרת בקורת (פי׳ רש״י הכרזה ולשון בקורת שמבקרין אותה בני אדם על ידי הכרזה) אפילו מכרו שוה מנה במאתים או שוה מאתים במנה מכרן קיים ורבינו נקט חדא לומר דאפילו כשהורע כח היתומים שמכרו בזול המכר קיים כל שכן מנה במאתים דכיון שהכריזו דקדקו בשומא ואין לתלות בה שום טעות ואין צריך להחזיר האונאה אפילו לר״י דסבירא ליה בסמוך דבפחות משתות המקח קיים ומחזיר אונאה כאן מודה דהוי מחילה:

ח וכיון שאין צריך הכרזה אם טעו בפחות משתות מכרן קיים וכו׳ משנה שם שום הדיינין שפיחתו שתות או הוסיפו שתות מכרן בטל ומוקי לה תלמודא בדברים שאין מכריזין עליהם ומדינא כיון דב״ד שלוחים של יתומים נינהו אפילו פחות משתות מכרן בטל אלא דיפה כחם בשליחות זה כיון דרבים נינהו דבפחות משתות מכרן קיים:

י ואם טעו בפחות משתות כו׳ כ״כ התוספות פרק אלמנה ניזונית (כתובות דף ק׳) בד״ה רבא אמר: ומ״ש והרמב״ם כתב שהיא מחילה זהו לשונו בפי״ג דמכירה ב״ד שמכרו נכסי יתומים וטעו בין מקרקע בין מטלטלי אם טעו בפחות משתות הרי זה מחילה ויש לתמוה דכאן לא חילק בקרקע בין במקום ושעה שמכריזין ואין מכריזין ובפי״ב ממלוה חילק ביניהם ותו קשה דרבינו כאן מדבר בדבר שאין מכריזין וא״כ למה הביא דעת הרמב״ם ולשונו בפי״ג מהלכות מכירה דמשמע לשונו לשם מדכתב בסתם דהוי מחילה אפי׳ במקום ושעה שמכריזין. ונראה ודאי דהרמב״ם מחלק בין שמכרו ב״ד קרקע כדי לפרוע לב״ח התם הוא דבעי הכרזה ובהכי מיירי בפי״ב ממלוה אבל בפי״ג ממכירה לא איירי אלא כשב״ד מכרו לצורך היתומים דבזה אין חילוק בין מקרקע למטלטלי דלא בעי הכרזה וכמו שאבאר בסמוך בס״ד ורבינו למד דין שומת ב״ד כדי לפרוע לב״ח בדבר שאין מכריזין היכא דטעו פחות משתות מדין מכרו ב״ד לצורך היתומים דכי היכי דלשם כתב הרמב״ם בפירוש דהוי מחילה א״כ מסתמא גם מ״ש הרמב״ם בפי״ב ממלוה דבמכרו לפרוע לב״ח בשעה שאין מכריזין וטעו פחות משתות דמכרן קיים היינו לומר שהיא מחילה גם בדין טעו בשתות דהמקח בטל דכתב הרמב״ם בה׳ מכירה דמיירי לשם במכרו לצורך היתומים דהרשות ביד ב״ד להכריח הלוקח שיחזיר האונאה ולקיים המקח למד משם רבינו דזה הדין הוי נמי היכא דמכרו ב״ד כדי לפרוע לב״ח בדבר שאין מכריזין וטעו בשתות דכתב הרמב״ם המקח בטל דרצונו לומר גם כן דהרשות ביד ב״ד להכריח הלוקח וכו׳ ומה שלא ביארו בפי״ב דמלוה זהו לפי שנסמך על מה שכתב תחילה בהל׳ מכירה והשתא התיישבו דברי רבינו שמביא להה״א דהרמב״ם שכתב

בהלכות מכירה לענין מכירת בית דין לצורך היתומים וכתבו כאן אף על פי דלא מיירי הכא אלא במכרו ב״ד כדי לפרוע לבעל חוב וה״ט משום דבשני דינים אלו שוין הן כדפרישית:

יב כתב הרמב״ם ב״ד שמכרו קרקע או עבדים של יתומים שוה מנה במאתים וכו׳ בפי״ג ממכירה ויש לתמוה דהלא עבדים מדברים שאין מכריזין והרמב״ם בפי״ב ממלוה כתב דבדברים שאין מכריזין בין הכריזו בין לא הכריזו הותיר שתות או פיחת שתות בטל המקח וכאן כתב דאפי׳ מנה בר׳ נקנה המקח ותו קשה למה לא כתב נמי בשוה מאתים במנה דנקנה מקח אלא אדרבה כתב דבשתות בטל המקח צריך לומר דבהלכות מכירה לא איירי במוכרין לפרוע לב״ח אלא במכרו לצורך היתומים ובההוא דהניזקין מוכרין שדותיהן לקנות להן ציצית מגילה שופר וכו׳ ודין היתומים במכירה זו כשאר לוקחין ומוכרין דעלמא דבקרקעות ובעבדים אין בהם דין אונאה וס״ל להרמב״ם דאפילו שוה מנה בדינר ושוה דינר במנה אין להם אונאה כדלקמן בסימן רכ״ז ואין חילוק בין הכריזו ללא הכריזו אלא בין נתאנה הלוקח ובין נתאנו היתומים דבלוקח שנתאנה אפי׳ לקח שוה מנה במאתים או יותר המקח קיים דלא יהא כח הדיוט חמור בזה מכח היתומים דכי היכי דבהדיוט מן ההדיוט המקח קיים ה״ה ביתומים אבל אם נתאנו היתומים חזר הדין לדין תורה דכיון דב״ד שלוחים של יתומים נינהו בטל המקח לגמרי ואעפ״י דמדינא אפי׳ פחות משתות בטל המקח בזה יפה כח ב״ד כיון דהם רבים דבפחות משתות המקח קיים וכן הדין באפוטרופוס וכו׳ דבנתאנה הלוקח המקח קיים ובנתאנו היתומים המקח בטל דלא עדיף אפוטרופוס מב״ד במכר לצורך היתומים אבל בפ׳ י״ב ממלוה איירי במכרו כדי לפרוע לב״ח הלכך בקרקע צריך שומא והכרזה לתועלת הלוה שאם ימצאו מי שירצה ליתן בה יותר הרי טוב ואם לאו יקחנו הוא באותה שומא וב״ד הרי הם כשלוחין לזה ולזה לב״ח וליתומים הלכך אין חילוק בין נתאנו היתומים לנתאנה הב״ח אלא בין דברים שמכריזין לאין מכריזין דבמכריזין והכריזו אפי׳ ר׳ במנה המקח קיים ובאין מכריזין הותירו שתות או פיחתו שתות המקח בטל פחות משתות המקח קיים: ומ״ש רבי׳ דה״ר יונה פליג אהרמב״ם תימה מנ״ל דפליג ושמא ה״ר יונה לא קאמר אלא בשומת ב״ד כדי לפרוע לב״ח ובדברים שאין מכריזין ובזו גם הרמב״ם בהל׳ מלוה גופיה פסק כה״ר יונה דבין הכריזו ובין לא הכריזו פיחת שתות או הותיר שתות המקח בטל ומה שחילק הרמב״ם בהל׳ מכירה בין נתאנה לוקח לנתאנו היתומים היינו דוקא כשמכרו לצורך היתומים דבזה אף ה״ר יונה מודה גם רבינו לקמן בסוף סימן ק״י כתב שהרא״ש הסכים לדעת הרמב״ן דכל מה שעשו ב״ד לצרכם דלא בעי הכרזה ודינן כשאר אינשי דעלמא ואפשר דסבירא ליה לרבינו מדלא חילק הר״ר יונה חילוק זה בפירוש אלא כתב בסתם משמע ליה דבכל גוונא קאמר ועיין בדברי ה״ר יונה שהביאו הרא״ש בפ׳ אלמנה ניזונית:

יג והא דבפחות משתות מכרן קיים וכו׳ וכ״כ רבינו לקמן בסי׳ קפ״ב סעיף ט׳ ולשם הקשה הב״י על דברי רבינו שלא הביא דברי ר׳ האי כמו שהביאו הרא״ש בפרק אלמנה ניזונית ועיין במ״ש לשם ישוב על זה דל״ק ולא מידי ועיין במ״ש עוד בסי׳ רכ״ז סמ״ט בס״ד: הב״י הביא תשובת הריטב״א כשהכריזו שכל מי שלא יראה זכותו יפסיד אין בכך כלום אם לא שהסכימו בני העיר על ההכרזה ושיפסיד מי ששתק ומיהו דוקא לגדולים אבל לקטנים וכן לאותן שאינן מבני העיר אין כח בידן להתנות עליהם וכתב הרמב״ן שכל מנהג שהוא פשוט בעיר מעמידין אותו בחזקתו וכו׳ וכ״כ בתשובת הרי״ף עכ״ל. וכ״כ ב״י לקמן בסוף סי׳ קמ״ו סעיף ו׳ במחודשין על שם הרשב״א בתשוב׳ שאם יש תקנה על זה שיש כח ביד הצבור בכך והפקר בית דין הפקר ע״ש ובסימן ק״ד הביא רבינו תשובת הרא״ש דוקא שהכריזו שכל מי שלא יבא ויערער יאבדו זכיותיו חבל כשהכריזו שכל מי שיש לו זכות יבא ויערער לא הפסיד בשביל השתיקה:

סימן קי

א אין נזקקין מימרא דרבי יוחנן ורב אסי פרק שום היתומים: (ב) ואם יש יתומים קטנים וגדולים וכו׳ בתשובת הרא״ש כלל פ״ה סי׳ ו׳:

ה ומ״ש לפיכך אם תפס וכו׳ אף על גב דלעיל בסי׳ ס״ד וכן בסי׳ ק״ז סעיף י״א וכן בסוף סי׳ ק״ח מבואר דלאחר מיתה לא מהני תפיסה היינו דוקא במטלטלי דיתמי לדינא דגמרא אי נמי דתפיס בבינונית לאחר מיתת הלוה דכיון דתפיס שלא כדין דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב״ח וכן בינונית דיתמי אין הב״ח גובה מהם היכא דאית להו זיבורית הלכך אין תפיסתו כלום דדוקא אי תפיס מחיים שתפס כדין דמחיים ב״ח גובה אפילו ממטלטלין ודינו נמי בבינונית מהניא תפיסה אבל לא בלאחר מיתה אבל כאן דדין אין נזקקין לנכסי קטנים אינו אלא מטעם דחיישינן לצררי כל שידוע וברור לו שלא נפרע מאביהן ובדין קא תפיס אפילו ממטלטלי לבתר תקנת הגאונים דגובין ממטלטלי דיתמי מהני תפיסתו אפילו לאחר מיתה ולפי זה ניחא דל״ק ממ״ש בעל התרומות וז״ל משמע מעובדא דרבה בר שרשום שאם תפס מטלטלין בחיי אביהן אי ליכא עדים וראה הא ודאי מהני ליה תפיסתו ונפרע מהן וכו׳ דאלמא דבדתפס לאחר מיתה לא מהני תפיסה דהיינו דוקא לדינא דגמרא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב״ח הלכך אם תפס לאחר מיתה תפס שלא כדין דאפילו ליכא עדים וראה אין תפיסתו כלום דאף על פי דטענתו אמת שאביהם חייב לזה אין כופין את היתומים לפרוע ממטלטלין

דשביק להו אבוהון אבל רבינו מדבר עכשיו בתר תקנת הגאונים דכופין לפרוע ממטלטלין דשביק אבוהון הילכך מהני תפיסה לאחר מיתה ולפי שבסימן ק״ז כתב תחילה דינא דגמרא ואח״כ כתב תקנת הגאונים כתב כאן בסתם דמהני תפיסה לאחר מיתה והיינו ע״פ תקנת הגאונים כנ״ל ודלא כמו שכתב ב״י עיין עליו בזה. גם מה שהקשה על לשון מותר שכתב רבינו וע״כ השמיט לשון מותר בש״ע ולא כתב אלא דמהניא ליה תפיסתו נראה לפע״ד ליישב דהכי קאמר כיון שידוע וברור לו שלא נפרע מאביהן א״כ אין עושה בזה שלא כדין דתפיס ממטלטלי דיתמי ולהוציא ממ״ש בעל התרומות שער מ״ט דאיכא מ״ד דכל מידי דתפיס איניש בטענת מלוה ע״פ דכיון דאינו גובה מן היתומים אלא על הדרכים הידועים כיון שמת ראובן פקע חוב של שמעון מעל בניו ומעל נכסיהם עכ״ל דלדידיה כיון דפקע חובו אסור לו לתפוס ולהוציא מסברא זו כתב רבינו מותר לו לתופסו לכתחילה לבתר תקנת הגאונים דכדין עביד כיון דידוע וברור לו שלא נפרע מאביהן והא דכתב רבינו בסתם דאם תפס מהני ולא כתב דהיינו דוקא בדליכא עדים וראה כמ״ש בעל התרומות היינו לפי דרבינו מדבר שיש בידו שטר כמבואר בדבריו דאי בעל פה כיון שמת אחר שהגיע הזמן לא היו נזקקין אפילו ריבית אוכלת בהן דלא כבעל התרומות דכתב אפילו במלוה בשטר לא מהני תפיסה אפילו היא בדין אלא בדליכא עדים וראה וכמ״ש ב״י בשמו סעיף י״ג דליתא וכ״כ רבינו ירוחם הביאו ב״י בסימן ק״ח סעיף כ״ג דאם תפס מעות בלא עדים מהני ואפילו ביתומים קטנים וא״צ שבועה ואם יש לו שטר אפילו תפס בעדים אין מוציאין מידו אלא משביעין אותו עכ״ל והיינו לומר שבועה כעין דאורייתא אבל היסת ודאי משביעין אותו אפילו תפס בלא עדים עוד כתב הר״י דבתפס מטלטלין והן בעין נותנין אותם ביד שליש עד שיגדלו היתומים ונשבע ונוטל עכ״ל והטעם דחיישינן שמא יבריחם כדאשכחן גבי אדרכתא לעיל בסימן צ״ח סעיף י׳ וכתב עוד דדוקא דתפסן עכשיו בשביל שחייב לו ולא משכן לו האב אבל אם טעו שאביהן משכנן לו לא מפקינן מיניה כלל אלא נשבע ונוטל עכ״ל וכל זה הלכה פסוקה: הב״י הביא תשובת הריטב״א בסוף סי׳ זה על היתומים קטנים שהניח אביהם קרקע ממושכן במנה ושטר כתובה מוקדמת למשכונא אם מת הלוה אחר זמן פרעון המשכונא ויש בשטר נאמנות עליו ועל יורשיו גם כן נזקקין להרמב״ם והגאונים וכדבריהם אנו תופסים עכ״ל. ותימא הלא לא כתב הרמב״ם והגאונים שהנאמנות יועיל לגבי קטנים אלא סתם כתבו יורשים ובגדולים איירי אבל בקטנים כבר כתב הרמב״ם בריש פרק י״ג ממלוה דאפילו יש בשטר כל התנאים שבעולם לא יפרעו בו המלוה אלא עד שיגדלו וכן כתב ב״י בתחילת סימן זה על שם בעל התרומות והרמב״ם והרא״ש והראב״ד והרב המגיד וכן כתב רבינו בפירוש והכי נקטינן:

ו ואם שמתוהו או שמת בתוך הזמן וכו׳ ולפי זה צריך לומר הא דאין נזקקין אלא א״כ ריבית אוכלת בהן היינו כשמת לאחר שהגיע הזמן דאי מת תוך הזמן אפילו אין ריבית אוכלת בהן נזקקין אפילו בלוה מעכו״ם דחזקה אין אדם פורע בתוך זמנו איכא בין בלוה מישראל בין בלוה מעכו״ם והלכך אפילו קיבל עליו לדון עמו בדיני ישראל וכו׳ נזקקין ולפי זה התיישב דלא קשה לאיזה צורך כתב רבינו דקיבל עליו עכו״ם לדון בדיני ישראל וכו׳ בלאו הכי נמי איכא למימר דהעכו״ם להנאתו שאוכל רבית ממתין כל אותן השנים וכדמשמע מלשון הרמב״ם רפי״ג ממלוה אלא לאורויי דיוקא דוקא במת לאחר שהגיע הזמן אבל מת תוך הזמן אפילו כשאין ריבית אוכלת בהן וגם עכו״ם קיבל עליו לדון בדיני ישראל אפ״ה א״צ להמתין ונפרעין מן הקטנים ודו״ק:

ט צוה אביהם וכו׳ פי׳ המוריש בעודו ש״מ צוה ואמר תנו וכו׳ וקאמר רבינו לדעת הרא״ש (י) ודוקא וכו׳ וניכר וכו׳ דהיינו משניכר עכשיו כתב יד של אביו לדיינים וממילא הוא מתקיים שאין כאן קבלת עדות כדי לקיים החתימה אתר מיתה כמו שיתבאר בסמוך וסתם רבינו דבריו בכאן ע״פ הסכמת הרא״ש בסוף סי׳ זה דלא כהרמב״ן ע״ש: הב״י מביא מ״ש הרב המגיד לתרץ מה שקשה בדברי הרמב״ם שכתב בנמצאת שדה שאינה שלו מעמידין אפוטרופוס ובגמ׳ קאמרינן דלדברי הכל אין מעמידין והוא שלא אמר הרמב״ם מעמידין אפוטרופוס אלא בתחלת הטענות שזה טוען שהיא גזולה וקודם שהביא עדים אבל מצאו עדים א״צ שוב אפוטרופוס כלומר שאין מאחרין דינו בשביל טענות שיטעון האפוטרופוס עכ״ל. ויש להקשות היאך קבלו ב״ד עדות העדים שלא בפני ב״ד דקטן כשלא בפניו דמי והרמב״ם גופיה כתב באותו פרק דאין מקבלין עדות בדין קטן שהרי הקטן כאילו אינו עומד כאן הוא חשוב וי״ל דבגזילה הלכה כרבנן לגבי סומכוס וכמ״ש ב״י ע״ש בעל התרומות דבגזילה מקבלים שלא בפני ב״ד וכך היא דעת בעל המאור בריש הגוזל בתרא אלא שהרמב״ן בספר המלחמות השיב עליו מדאסיקנא סתם בההיא דבר חמוה דר׳ ירמיה דאין נזקקים וכדסומכוס כדאיתא התם ע״ש והיא דעת הרא״ש ורבינו שכתב בסמוך סעיף י״ג קרקע כו׳ עד ודוקא שנתקבל העדות בחיי האב וכו׳: ומ״ש והרמב״ם כתב דוקא במנה ושדה סתם וכו׳ טעמו דהכי סבירא ליה לרבא אבל דעת הרא״ש דהלכה כרב אשי ועיין בבית יוסף:

יא שאלה לא״א הרא״ש ז״ל וכו׳ בכלל פ״ה סי״ט ומבואר לשם דמה שפסק בשטר מקויים דמורידין הב״ח לנכסי הקטן היינו לומר דאין מעמידין אפוטרופוס להפך בזכות הקטן דהו״ל כנמצאת שדה שאינה שלו כי כשנתנה לקטן כבר היתה משועבדת לאחר ומוציאין אותה מיד הקטן וחשיב כגזילה קיימת ולא חיישינן הכא לשובר וצרורי וע״ש כי הביא ראיות לזה אך מ״ש לשם דאם לא נתקיים השטר אין מקיימין אותו דכשם שאין מקבלין העדות אלא בפני בעל דין עצמו ולא בפני היורש קטן ה״נ אין מקיימין השטר אלא בפני בע״ד. וקטן כאילו שלא בפניו דמי איכא לתמוה טובא דהלא

איפסיקא הילכתא דמקיימין השטר אפילו שלא בפני בע״ד כדאמרינן בפרק הגוזל בתרא ואין חולק על זה וכן פסק הרא״ש גופיה בפסקיו לשם. ואפשר ליישב דכשכתב הרא״ש תשובה זו הוה ס״ל כפי׳ רש״י שם שכתב וז״ל מקיימין את השטר שלא בפני בע״ד כגון שהיו העדים החתומים בו מבקשים לילך למדינת הים ולפי שהשאלה היתה בסתמא באינן מבקשין לילך למ״ה לפיכך כתב בסתם דאין מקיימין שלא בפני בע״ד אבל בפסקיו חזר בו וכתב כפר״י דאף באינן מבקשין לילך למ״ה נמי מקיימין שלא בפני בע״ד כיון דקיום שטרות אינו אלא מדרבנן וכדכתבו התוספות לשם וזו היתה דעת הר״י בן הרא״ש שכתב על תשובה זו שהיא סותרת לפסקיו ופסקיו עיקר והיינו כדפי׳ ונתיישב מעתה מה שתמה עליו ב״י דמשוי ליה להרא״ש טועה בדבר פשוט דליתא אלא דעדיין צריכין אנחנו ליישב דעת רבינו דבסי׳ מ״ו פסק כדברי הרא״ש בפסקיו וכאן הביא תשובה זו שסותר את פסקיו. והיה אפשר ליישב ולומר דבשטר בעדים דקיום שטרות דרבנן דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב״ד דמי התם הוא דמקיימין שלא בפני בע״ד אבל בכתיבת ידו דבאינו מקויים חספא בעלמא הוא דבר תורה ועידי קיום הוא דמשוי ליה לשטרא לא הקילו בו ואף רב מודה הכא לר׳ יוחנן דוהועד בבעליו כתיב אמרה תורה יבא בעל השור ויעמוד על שורו ודין זה אמת אין ספק בו וכדפי׳ בסימן ס״ט בדברי רב שרירא גאון ודלא כמ״ש מהרו״ך בש״ע סעיף שביעי וז״ל והכתב יד מקיימין להרמב״ם והמחבר אפילו אחר מותו וכו׳ עכ״ל דליתא אלא אין מקיימין כשהיתומים קטנים והשתא אפשר לומר דהרא״ש בתשובה זו איירי בשטר חוב שיצא על המוריש מכתיבת ידו והא דכתב רבינו בסמוך:

יג קרקע שהוא בחזקת היורש כו׳ דפשיטא דבשטר בעדים שהוציא הנגזל שלקחה מאביו קאמר ואפילו הכי כתב או שהוציא שטר מקויים לא קשיא ולא מידי דלא נקט או שהוציא פטר מקויים לאורויי דיוקא דבאינו מקויים לא מצי השתא לקיימו שלא בפני בעל דין אלא דאורחא דמילתא נקט דבהוציא שטר בפני בית דין כבר קיים אותו ואין הכי נמי דמצי לקיימו אפילו שלא בפני בעל דין ותדע שהרי כשכתב אבל אם לא נתקבל העדות בחיי האב אין מקבלין אותו אח״כ לא כתב נמי דבאינו מקויים בחיי האב אין מקיימין אותו אח״כ אלא ודאי זה פשוט דבשטר בעדים מקיימין אפילו שלא בפני בע״ד ולפי זה הא דכתב רבינו וכן אם הודה האב בכתב ידו וכו׳ מיירי בנתקיימה בחיי האב אלא דאיישוב זה איכא שתי תשובות חדא כיון דנקט הרא״ש בתשובה שטר חוב בסתמא משמע ודאי בשטר בעדים קאמר מדלא נקט כתב ידו ותו דהלא כיון דכתב ידו דין מלוה ע״פ אית ליה אפילו נתקיים ואפילו אית ביה נאמנות נמי סבירא ליה להרא״ש דנאמן לומר פרעתי א״כ יורשי זה שנתן נכסי מוריש לקטן בשטר מתנה הוא קודם לש״ח זה מכתיבת ידו דמוריש כדפסק רב אלפס והראב״ד לעיל סוף סימן ק״ד בעובדא דראובן שלוה ע״פ ומת והניח קרקע לחנוך בנו וכו׳ ותשובות אלו כל שכן דנופלות על מה שפירש ב״י בסוף דבריו דאפשר ליישב ולומר שטעם דברי הרא״ש משום דס״ל כראב״ד עכ״ל ורצונו לומר דיצא ש״ח על המוריש דקאמר הרא״ש אינו אלא שטר צואה שאינה אלא לזכרון דברים ותו קשה על פי׳ זה דב״י שהרי הרא״ש כתב בתשובה זו וכן בנדון זה כל יורשיו יקנה נכסי מורישו לקטן כדי שלא יוכלו ב״ח של מורישו לגבות מהן ואין לך נעילת דלת בפני ב״ח יותר מזו וכו׳ אלמא להדיא דמיירי בש״ח של ב״ח מלוים ולא בשטר צואה ולפיכך האי פירושא ודאי ליתא. ועל כן נראה דסבירא ליה לרבינו דדעת הרא״ש היא דלא פליגי רב ורבי יוחנן אלא בלוה גופיה דלית ליה פסידא אי מקיימין שלא בפניו כדקאמר התם אמר רבא הלכתא מקיימין את השטר שלא בפני בע״ד ואפילו עומד וצווח ואי אמר נקוט לי זימנא עד דמייתינא סהדי ומרענא לשטרא נקטינן ליה וכו׳ אבל לגבי קטן דאי מקיימין שלא בפני בע״ד יאכל הלה הנכסים ואיכא פסידא פשיטא דמודה ליה רב לר׳ יוחנן דאין מקיימין שלא בפני בע״ד ורבא נמי לא פסק הלכתא אלא במאי דפליגי בלוה גופיה כדמוכחא הסוגיא ויש קצת גילוי לפי׳ זה מדברי התוספות בשם ר״י בפרק שור שנגח ד׳ וה׳ (בבא קמא דף לט) בד״ה ורבי יוחנן דמשמע דמספקא ליה בקטן שהרי כתבו דבמלוה הבאה מחמת אביהם אין נזקקין אפילו השטר מקויים משום שובר וצררי מדנקטו לשון אפילו אף ע״ג דאי אפשר ליזקק אם אינו מקויים בע״כ דה״ק דל״מ באינו מקויים אלא צריך לקיימו עכשיו דפשיטא דאין נזקקין כיון דאפשר דאין מקיימין שלא בפני בע״ד לגבי קטן אלא אפילו בשטר המקויים בחיי אביו וכו׳ ואע״ג דהרא״ש לשם (בדף קל״ג ע״ב) וכן בפ׳ אלמנה ניזונית סוף (דף קמ״ה) הביא דברי ר״י בזה הלשון ובבאין מחמת אביהם אף בשטר דאז מקבלין כדאיתא בהגוזל בתרא דמקיימין השטר שלא בפני ב״ד או אפי׳ במקויים אין נזקקין משום צררי אלמא דבקטן נמי מקיימים שלא בפני בע״ד אפילו הכי נראה מדהוצרך לומר או אפילו במקויים דמאי אפילו דמה לי אם מקויים כבר או מקיימו עכשיו כיון דלכתחלה מקיימין אותו שלא בפני ע״ד בע״כ דה״ק או אפילו את״ל דלגבי הקטן אין מקיימים שלא בפני בע״ד אלא שבאין מחמת אביהם בשטר מקויים בחיי אביהם אפ״ה אין נזקקין משום צררי אלמא משמע מדברי ר״י דספוקי מספקא ליה אי מקיימים בקטן שלא בפני בע״ד ומשום הכי פסק הרא״ש בתשובה דאין מקיימין ומטעמא דפסידא כדפרישית ולפי זה הא דכתב בסמוך או שהוציא שטר מקויים שהיא שלו בנתקיים בחיי האב דוקא קאמר וכ״כ ב״י בקיצור דנראה לו ליישב דס״ל להרא״ש דיתום קטן שאני וכך הוא העיקר בדעת רבינו והרא״ש לפע״ד מיהו הרמב״ם בפ׳ י״ב ממלוה כתב להדיא דמקיימין את השטר ומוציאין מיד הקטן וכמ״ש ר״י וכ״כ בעל התרומות שער י״ד סוף סימן א׳ ומביאו ב״י סעיף י״ד והכי משמע בש״ע מיהו למעשה עדיין צ״ע אם יש להוציא ממון מיד המוחזק:

טו וכן אם הודה האב בכתב ידו וכו׳ פי׳ וניכר לדיינים שהוא כתב ידו דאין צריך קבלת העדות לקיים חתימתו וכדפי׳ לעיל סעיף ו׳ דאל״כ אין מקיימין לדעת הרא״ש ואע״ג דכבר כתב דין זה בסימן ק״ח סעיף ד׳ לגבי יתומים גדולים חזר וכתבו לגבי יתומים קטנים לאורויי דגם עיסקא בכלל נמצא שאינו שלו דנזקקין ולעיל גבי גדולים הוצרך לכתבו לאורויי החילוק שבין פלגא דפקדון לפלגא דמלוה נ״ל וב״י לא פירש כן:

יט וא״א הרא״ש ז״ל הסכים לדברי הרמב״ן וכו׳ עד ובעדי הצואה כתב ג״כ שאין מקבלין אותם בפני האפוטרופוס עכ״ל פירוש וחולק הוא אמה שכתב הרמב״ן דמקבלין והוא הדין שחולק עליו במ״ש ולכל מילי דנזקקין לנכסייהו בין מנה ושדה זו וכו׳ דכל מילי דנגעי בצואה סבירא להרא״ש דלאו מילי דיתמי נינהו אלא מילי דאבוהון נינהו דלא כהרמב״ן דסבירא ליה דמילי דיתומים נינהו ומשום הכי כתב רבינו לעיל סעיף י׳ ודוקא שצוה בשטר וכו׳ דכשצוה בעדים אין מקבלין עדות בפני האפוטרופוס דכתב כן על פי הסכמת הרא״ש דהכא:

סימן קיא

א המלוה את חבירו ע״פ אינו גובה אלא ממה שימצא ביד המלוה וכו׳ אבל מכל מה שימצא בידו גובה וכו׳ נראה דמה שחזר ושנה בלשון זה לאורויי דבמת גובה נמי מיורש שלו דמה שימצא ביד היורש כאילו נמצא ביד הלוה דכך הכריע רבינו בסוף סימן זה סעיף י״ז דלא כמ״ד דלוה וקנה והוריש לא משתעבד כאשר הביא ב״י לשם בשם בעה״ת וע״ל סוף סימן קי״ב:

ה וכן אם נמכר או ניתן ללוה ע״פ וכו׳ כך היא הנוסחא במקצת הספרים ומשמע דלשון זה הוא מהשואל ששאל על המכר ועל המתנה כשהיו ע״ת וכו׳ והרא״ש השיב לחלק בין מכר למתנה ובס״א כתוב וכן אם ניתן ללוה ע״ת שלא יחול עליו שום שיעבוד לא חוב ולא כתובה שקדם למתנה וכו׳ דלפ״ז לשון זה הוא מדברי רבינו שכתב דבמתנה כתב הרא״ש דהתנאי מועיל וכו׳ ונוסחא זו אמיתית כמבואר בתשובה שמעולם לא השיב הרא״ש על המכר דמ״ש רבינו אבל אם קנה קרקע וכו׳ הוא מלשון רבינו שבא לבאר דלא נלמד מכר ממתנה דבמכר ודאי הערמה היא וכמ״ש הרא״ש ע״ש רבינו מאיר בתשובה שהעתיק רבינו בסימן צ״ט ותו נראה עיקר דמדינא כשהתנה המוכר ליכא הערמה אלא דאפי׳ הכי ב״ח גובה ממנו דאעפ״י שהמקח חוזר מ״מ תורת משכנתא עליה עד שיחזיר דמיה שקיבל מיד הלוקח ולא כתב רבינו מאיר דהערמה היא אלא בהתנה לוקח תנאי זה כמבואר מלשונו אבל מוכר שהתנה תנאי גמור הוא שוב ראיתי בס׳ בדק הבית שכתב גם כן תיבת למכר ט״ס היא וצריך למוחקה: וראובן שנתן קרקע וכו׳ עד ולא הו״ל בן אחר ומת ואח״כ לוה וכו׳ כך היא נוסחא האמיתית ופירושא דהשואל עלה על דעתו דבחוב שלוה בחיי אביו פשיטא דאין גובה ממקרקע זו שהרי לא היה לבן שום כח בחיי אביו לשעבד קרקע זו לשום ב״ח ולא שאל אלא בחוב שלוה לאחר מיתת אביו דשמא עתה נתבטלה המתנה וחזרה להיות ירושה וגובה ממנו בעל חוב זה. והשיב הרא״ש דודאי לאחר שמת זכה הבן בכח ששייר לעצמו כי נתבטלה המתנה מעיקרא כאילו לא קיבל מתנה זו מאביו מעולם והוה ליה לוה וקנה דמשתעבד דלפי זה אין חילוק בין לוה בחיי אביו או לוה לאחר מיתת אביו כל אחד גובה מקרקע זו ואי כתב לב״ח שלוה בחיי אביו דאקני הוא קדים לגבות הימנה ואי לא כתב דאקני חולקין ומש״ה הזכיר דאקני דאם לא הוה ליה לבן אלא בעל חוב אחד אפי׳ לא כתב לו דאקני גובה: הב״י הביא תשובת הרשב״א במחודשין סעיף ד׳ במלך שנתן חותמו לראובן וכו׳ דבר ברור הוא ששמעון ב״ח מוקדם הוא וכו׳ וצריך עיון דחותם המלך לא עדיף משטרות שיש בהם שיעבוד קרקעות ודינן כמטלטלי דלית בהו דין קדימה כמבואר בסימן ק״ד ואפשר דהמעשה היה שראובן שיעבד לשמעון מטלטלין אגב מקרקעי אי נמי תשובה זו סבירא ליה דבמטלטלי בלא אגב נמי אית בהו דין קדימה כל זמן שלא גבה המאוחר כסברת הרמב״ן לעיל בסימן ק״ד ולא קי״ל הכי כמו שנתבאר לשם בס״ד. מיהו לפי זה קשה דלמה לא יהא לוי תופס חותם המלך בידו בתורת המשכון עד שישלם ראובן ולמה יהא שמעון זוכה להוציא החותם מיד לוי. וצריך לומר דמיירי דשמעון היה יכול לגבות אותו החוק של מלך גם כשלא היה החותם בידו דכאשר בא ראובן מתחילה והראה חותם המלך התרצו כולן ליתן לראובן ואם כן שמעון הבא מכחו יוכל לזכות באותו חוק אף על פי שלא יהא החותם בידו והכי דייק לשון השאלה מי מהם גובה מאותו זכות וכו׳ וגם לשון התשובה שמעון מוקדם הוא ומוציא מיד לוי פירוש מוציא הזכות מידו וקודם הוא לזכות באותו זכות:

ז לפיכך אם נתן הלוה מתנה לאחרים סוף פרק יש נוחלין פירש רשב״ם דהאי דינא הוי נמי בבריא אם אין הדבר ידוע למי הקנה תחלה ולמי לבסוף וכגון שהקנה להם על ידי אחר וכדכתב רבינו לקמן בסימן רנ״ג סעיף כ״ב ולהכי כתבה רבינו כאן דמיירי בבריא: אלא חולקין הנכסים לתשעה חלקים וכו׳ ויש להקשות הלא רבינו בסימן ק״ד מסיק כהאלפסי והרמב״ם והרא״ש דב״ח חולקים בשוה דלא כר״ח דחולקים לפי מעות וי״ל דשאני ב״ח דמה ששיעבד הלוה נכסיו לב״ח אינו כפי דעת הלוה שישתעבדו לכל אחד לפי מעותיו דהא איכא נמי דעת המלוה שכל אחד אינו רוצה אלא שישתעבדו לו כל נכסיו אף על פי שלא הלוהו כ״כ כמו אחר ולפיכך כל המלוים שוין אבל בנותן מתנה שהכל תלוי בדעת הנותן ולא בדעת המקבל מתנה אית לן

למיזל בתר אומדנא דדעתא דנותן דנתכוון לתת לזה פי שנים על זה ולכך חולקין לפי המעות והכי משמע ברי״ף פרק י״נ והוא נמי דעת התוספות פרק הניזקין שכתבו דיש לחלק ובסברא זו שכתבתי לחלק חילקו התוספות ג״כ בפרק נערה שנתפתתה בד״ה שלא כתב לה דשאני נותן מלוקח חפץ דהנותן נותן לפי דעתו לבד וכ״כ המרדכי ריש פרק אעפ״י ע״ש ועיין במ״ש ה׳ המגיד פ׳ י״ט מה׳ מכירה וז״ל רש״י בפרק הניזקין (גיטין דף נ׳) אין אומרים כל הקודם בשטר זכה מקודם שלא יטלו האחרונים אלא מה ששייר הראשון שאם יחסר שלא ימצאו שם כ״כ לא יהא נפסד הראשון הא לא אמרינן דכיון דלא אמר אחריו לפלו׳ לאו דוקא אקדמיה אלא שאי אפשר להוציא שני דברים כאחד עכ״ל: וכתב מהרש״ל ולפי זה צ״ע אם נתן לזה היום ולזה למחר דודאי אקדמיה והתוספות והמרדכי כתבו לשם דוקא בכה״ג שאינו נותן להם בשוה אבל אם היה נותן להם בשוה אפילו בלא אחריו נמי כל הקודם בשטר זכה מדלא אמר תנו שש מאות לפלוני ולפלוני ולפלוני ש״מ דלהקדימם נתכוון עכ״ל וכ״פ רבינו בסימן רנ״ג סעיף כ״ב בשם ר״י והוא דעת הרא״ש ס״פ יש נוחלין:

י הניחו הלקוחות ב״ח ביד הלוה ונתקלקלו וכו׳ ע״ל בסימן קי״ח התבאר דין נתקלקל מחמת פשיעתו:

יא ואם יש כאן שנים או ג׳ לקוחות וכו׳ וא״צ ליקח חצי שדה וכו׳ משמע להדיא דאם היה חובו כנגד ב׳ שדות גובה שדה שלם מזה ושדה שלם מזה ושדה שלם מזה וכ״כ ב״י ע״ש ה״ר ירוחם וכ״כ רבינו בסימן ק״ז סעיף כ׳ לגבי יורשים ע״ש. ואם קנה האחד חסר או יותר גובה מהם לפי חשבון וע״ל בסימן קי״ט סעיף ד׳ במ״ש רבינו האי:

יד שאלה לא״א הרא״ש ראובן קנה בית משמעון ולוי הו״ל שטר על ביתו של שמעון וכו׳ פי׳ שהלוה לו ושיעבד לו ביתו אבל אין פירושו שטר מכירה על ביתו דהא תנן בסוף כתובות העורר על השדה והוא חתום עליה עד אדמון אומר השני נוח לי והראשון קשה לי וחכמים אומרים איבד את זכותו ופסקו הפוסקים כחכמים כדלקמן בתחילת סימן קמ״ז ועיין במ״ש בסימן קכ״ד ס״ד בדין זה:

טז ראובן הלוה לשמעון על פה וכו׳ בספר התרומות שער נ״א סוף סי׳ א׳ וכבר כתבה רבינו בסימן פ״ו סעיף ה׳:

יז לא היה ללוה נכסים וכו׳ בס׳ התרומות סוף שער מ״ג בענין השמיני: ומ״ש אלא אפילו מת הלוה וכו׳ אע״ג דבעל התרומות כתב לשם מחלוקת בלוה וקנה והוריש מ״מ רבינו הכריע כמ״ד דגובה מיהו איכא לספוקי דלמא דוקא בירושה דממילא אבל בהוריש בחייו שמא דינו כמכר ומתנה דלעיל בסימן ק״ג סעיף כ״ד כתב חילוק זה בפירוש: ומ״ש לא מיבעיא אם נעשו וכו׳ פי׳ דהשתא הו״ל קנה ולוה אלא אפילו נעשו אח״כ דהו״ל לוה וקנה ומ״ש ואפילו קנו ב״ח של לוה נכסיהם אחר שלוה הלוה מהמלוה שלו פי׳ כשנעשו השטרות של הלוה על ב״ח שלו תחלה דהו״ל קנה ולוה אעפ״י דלא הוי ליה קנה ממש דלא קנה ב״ח של לוה נכסיהם עדיין בשעה שלוה מהמלוה הראשון אלא לאחר שלוה הוא מהמלוה הראשון וא״כ היאך בא המלוה הראשון לגבות מהם עכשיו מטעם דהו״ל קנה ולוה כיון דבשעה שלוה לא קנו נכסים:

יט ומ״ש ואם מכר הלוה ש״ח או נתנם לאחר או שב״ח מכרו נכסיהם פי׳ נכסים אלו מטלטלים דלדינא דגמר׳ מהני להו אגב שיהא בהם דין קדימה אלא דבזמנו של הרא״ש לא היו נוהגים כדלעיל בסימן ס׳ ודין זה כתבו בעה״ת דהיו נוהגין דין קדימה כשכותבים אגב כדינא דגמרא ודלא כמ״ש מהרו״ך: ומ״ש אחר שלוה הוא מהמלוה פירוש מכירת כל אחד היה לאחר שלוה כל אחד מהמלוה שלו דהשתא איכא דין קדימה לטרוף מטלטלין מהלקוחות מכח שטרו דאית ביה אגב דאם מכר כל אחד מהם קודם שלוה כ״א מהמלוה שלו לא היה מלוה יכול לטרוף כל עיקר ואפילו מכרו קרקע שהרי לקוחות קדמו למלוה: ומ״ש אם יש בשטר וכו׳ הקשה ב״י דלמה הצריך אגב גם בשטר שיש ללוה על הב״ח שלו ולפעד״נ לפרש הלשון לצדדין וה״ק דכשמכר הלוה ש״ח או נתנם לאחר אין המלוה יכול לגבות מדין קדימה אא״כ דכתב ליה לוה למלוה אגב ואע״פ דליכא אגב בשטר שיש ללוה על ב״ח שלוה כשמכרו ב״ח שלוה נכסיהם בעינן דליהוי כתוב אגב בשטרות שיש ללוה על ב״ח שלוו אעפ״י דלא נשתעבד הלוה למלוה באגב מ״מ גובה ממטלטלי שמכרו ב״ח של לוה דכיון דהלקוחות חייבין להחזיר המטלטלין ללוה שנשתעבדו לו ב״ח באגב מדין קדימה א״כ המלוה גובה מהן מדרבי נתן והיינו דמסיק וקאמר ונכסיהן של ב״ח וכו׳ דקאי אהיכא דמכרו ב״ח של לוה נכסיהם לאחר שלוו מהמלוה דכיון דאיכא אגב בשטר שיש לו ללוה על ב״ח שלו אם כן נכסיהן של בעל חוב של הלוה משועבדים למלוה שלו מכחו של לוה ואמר כיון שהוא וכו׳ רצונו לומר הלוה בהלואתו לב״ח שלו הוא קודם למכירה שמכרו ב״ח שלו נכסיהם דהשתא אפי׳ לא היה לו למלוה הראשון על הלוה שום שטר אלא בע״פ יכול לגבות מהלקוחות נכסיהם של ב״ח שמכרו דכשם שהלוה גופיה יכול לגבות מהם בשטרו שיש בו אגב מאחר ששטרו קודם למכירה שמכרו ה״נ המלוה הראשון שבא מכחו של לוה יכול לגבות מהם מדר׳ נתן וכמו שכתב קודם זה סעיף י״ו ראובן הלוה לשמעון על פה ושמעון הלוה ליהודה בשטר:

כ שאלה לא״א. הוציא יהודה שטר שהיה לו על ראובן מוקדם לשטר שהי״ל לראובן על שמעון וכו׳ הדין עם יהודה כיון ששטרו מוקדם וכו׳ נראה שרצונו לומר שהדין עם יהודה לפי ששטרו מוקדם לנתינה שנתן ראובן ללוי הש״ח שהי״ל על שמעון וכיון שכתב לו אגב אית ביה דין קדימה כמו בקרקע דאילו היתה הנתינה מראובן ללוי קודם שנשתעבד ראובן ליהודה פשיטא דלא היה יהודה גובה כלום אבל ודאי צריך לומר דשטר שיש לו לראובן על שמעון הוא מוקדם לשטרו של יהודה על ראובן דאז מהני ליה מה שהיה כתוב אגב בשטרו כיון שהיה השטר שעל שמעון ברשות ראובן בשעה שכתב ראובן ליהודה אגב כדפי׳ בסמוך ומה שבא בשאלה שהשטר שהיה לו ליהודה על ראובן הוא מוקדם לשטר שהיה לו לראובן על שמעון צריך לומר דה״ק דהוה מוקדם לנתינת השטר שהיה לו לראובן על שמעון שנתן ללוי בכתיבה ומסירה כך נ״ל ליישב דברי הרא״ש בתשובה זו וקצתו בדוחק וצ״ע שוב ראיתי דמהרו״ך רוח אחרת עמו בפי׳ שאלה זו ולא נראה לי דבריו ע״ש:

סימן קיב

א ומיהו בעודן ביד הלוה גובין מהם לאו דוקא אלא אפילו מת והם ביד היורשים יד היורשים כיד אביהם דמי וכמו שכתב רבינו בסי׳ קי״א סי״ז ע״ש:

ב ודוקא שפירש לו בפירוש אבל אם לא כתב לו דאקני וכו׳ פי׳ אחריות סתמא כתב לו אלא דלא כתב לו בפירוש דאקני לא נאמר בזה ט״ס הוא לכ״ע דאין חולק על זה וזהו שהאריך ואמר אלא כל מה ששיעבד לו כתבה וכו׳ כלומר אחריות נכסים דקנה שכתב לו הוא דנשתעבד אבל דאקני לא נשתעבד בו אחר כך כתב י״א כיון דקיימא לן וכו׳ והיינו בדלא כתב ליה אחריות כלל התם הוא דאמרינן אחריות טעות סופר הוא בכל מה שראוי להשתעבד דבזה אין הכל מודים ולסברא זו שהוא דעת הרא״ש כתב רבינו בסמוך ואם לא כתב דאקני דהיינו דכתב לו אחריות בפירוש אלא דלא כתב לו דאקני דלדברי הכל אין לנו אלא מה שפי׳ וכדכתב נ״י ס״פ מי שמת ובית יוסף הביאו לעיל בסימן מ״ג ועיין במ״ש לשם בס״ד ודע דבמקצת ספרי רבינו כתוב כאן ואין כן דעת הרא״ש וט״ס הוא:

ג ואם לא כתב דאקני וכו׳ עד אז צריך הלוקח להביא ראיה שקנאו הלוה ובאיזה שעה קנאה עכ״ל לכאורה קשה דכיון דמביא ראייה שקנאו הלוה א״כ על המלוה להביא ראייה כמ״ש בתחילת דבריו ולא קשה מידי דברישא דאין עדים שהלוה היה מוחזק בו אלא אדרבה עדים איכא שהלוה קנאו על המלוה להביא ראיה להוציא מיד הלוקח המוחזק בקרקע אבל הכא דאיכא עדים שהלוה היה מוחזק בו א״כ חזקת הלוקח לאו חזקה היא ואעפ״י דאיכא עדים דקנאו הלוה לא נפקא בהכי מחזקת הלוה דשמא כבר קנאו מקמי שלוה והלכך על הלוקח להביא ראייה באיזה שעה קנאו:

ד ומ״ש וכן הורו הגאונים וכו׳ עיין במ״ש בזה בס״ד סוף סימן ר״ן:

ה ואם יש שני מלוין וכו׳ איכא למידק נהימניה לזה שטען שלוה משניהם ואחר כך קנה והוא משועבד לשניהם במיגו דאי בעי טען דלוה מחבירו ואח״כ קנה וחזר ולוה ממנו דהוה כולו שלו וי״ל דזה לא הוה מגו טוב דשמא יודע דאיכא עדים שלא קנה כלום בין שתי ההלואות וא״כ בע״כ שקנה קודם שלוה בראשונה או לא קנה אלא לאחר שתי ההלואות ולכך טען שלוה משנינו ואח״כ קנה ודו״ק: והוא הולך לפי סברתו של מעלה אבל לפי סברא האחרת גם בכאן לעולם הוא ספק וכו׳ ומצאתי שכתב הר״מ איסרלס ז״ל וז״ל מיהו יש לדחות דלעיל שאני דהלוקח מוחזק ועל המלוה להביא ראייה אבל כאן ששני המלוין חולקין ואין אחד מהם מוחזק יש לסמוך על דברי הרמב״ן כנ״ל עכ״ל:

ו ראובן שלוה וכו׳ עד דבעל בנכסי אשתו חשוב כלוקח עיין בא״ה סי׳ פ״א ובמ״ש לשם בס״ד ע״ל בסימן ק״ג סעיף כ״ד:

סימן קיג

א אין בעל חוב טורף מפני שיכול להבריחם ואפילו התרה וכו׳ ואיכא למידק דבסימן קי״ז סעיף ג׳ כתב טעם אחר משום דלית להו קלא ולא מצי לקוחות ליזהר כו׳ ויש לומר דהכא דלא עשאו אפותיקי דלא חל שיעבודו עליהם כיון שיכול להבריחם כתב אפילו התרה בלקוחות דהשתא אית להו קלא ע״י התראה בב״ד ואפ״ה כיון שיכול להבריחם אינו גובה מהם אבל לקמן כיון דעשאו אפותיקי דחל שיעבודו עליהם ואינו יכול להבריחם כתב הטעם משום דלית להו קלא ואפי׳ ידע הלוקח שעשאום אפותיקי מ״מ כיון שלא התרו בו לית להו קלא ומשמע דבאפותיקי והתרה בו ע״י ב״ד גובה מהם כך הוא דעת רבינו לפע״ד ודקדק כך מדברי בעל התרומות ודלא כמ״ש מהרו״ך:

ג ואם שיעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי וכו׳ אם כתב לו דאקני פי׳ אף אותם מטלטלי שלא היה לו בידו בשעה שכתב לו אגב נשתעבדו לו אם כתב לו דאקני דאע״ג דאגב לא מהני אלא למטלטלי שהם ברשותו היינו דוקא בנותן מתנה או מוכר מטלטלין שאינן ברשותו כדלקמן בסי׳ רי״א אבל שיעבוד

חל שפיר אמטלטלין שלא היו בידו כשכתב לו אגב ודאקני וכדכתב הרמב״ם פי״ח ממלוה וע״ל סי׳ ס׳ סעיף ד׳:

ד וכי מקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי צריך לכתוב דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי מפני שעיקר השיעבוד על הקרקעות וכו׳ הלשון משמע דדוקא בשטרי שיעבוד וכן כתב במרדכי פרק חזקת וז״ל ונראה לראבי״ה שבשטרי מתנה או במכירת קרקע לא צריך למיכתב דלא כאסמכתא אלא בשטרי שיעבוד דדמי לאסמכתא ואגב שטרי שיעבוד הנהיגו בכולן לכתוב ואף לפירוש ראב״ן לא היה צריך לכתוב בפי׳ אף בשטרי שיעבוד אלא לשופרי דשטרי והוא פירש כך והוא דכתב ליה דלא כאסמכתא כלומר לא כתב בלשון אסמכתא כך הריני משעבד לך מטלטלי אגב קרקע שאם לא אפרע לך ביום פלוני תגבה מהם אלא כתב לו סתמא הריני משעבד לך מטלטלי אגב קרקע לגבות מהן חובך דהא לאו אסמכתא היא וכן משמע מפירוש רשב״ם ואם אומר לו מעכשיו א״צ לפרש דלא כאסמכתא שכל קנין מעכשיו קנה אפי׳ באסמכתא ובב״ד חשוב כתב ב״י דה״פ דכיון דבאסמכתא גמורה קונה מעכשיו ובב״ד חשוב אם כן הכא דלאו אסמכתא גמורה היא במעכשיו לחודיה סגי אע״פ שלא יהא בית דין חשוב עכ״ד ויש להקשות דהא להרא״ש בב״ד חשוב בלא מעכשיו מהני דלא הוי אסמכתא כדכתב להדיא למעלה בסי׳ נ״ה ואפשר דהאי ובב״ד חשוב הוי כאילו אמר או בב״ד חשוב והשתא לפי זה אין דעת רבינו לחלק כלל בין אסמכתא גמורה לאינה גמורה אלא דכל מה דאית ביה משום אסמכתא בקנין מעכשיו אי נמי בב״ד חשוב קונה לגמרי ודלא כב״י ועוד יש מקום עיון בזה בדברי הרא״ש ויתבאר לקמן בסי׳ ר״ז בס״ד עיין שם בסעיף י״ט ובסעיף כ״ג. ובהגהות מהרש״ל כתב וז״ל וקשה דלמה לן למיכתב הכא גבי אגב דמטלטלי מעכשיו כי היכי דלא ליהוי אסמכתא מאחר דקנין אגב דדמי לאסמכתא אינו אלא משום שדומה לערב וערב גופיה לא הוי אסמכתא ממש וסגי בקנין לחוד ואפילו לאחר מתן מעות דלא שייך לומר בההיא הנאה דקא מהימנית ליה גמר ומקני וכו׳ עכ״ל ותימה אם יצאה קושיא זו מתחת קולמסו דערב ממש בעד חבירו ודאי שאני דכיון דמשתעבד מן התורה בלא קנין בשעת מתן מעות אע״ג דמשתעבד בלשון אסמכתא הילכך אף לאחר מתן מעות משתעבד בקנין ולא בעינן לא מעכשיו ולא ב״ד חשוב אבל במה שמשעבד אדם את עצמו ומתחייב במאי דאית ביה משום אסמכתא דאיכא למימר דלא אמר כך לשם חיוב גמור אלא כדי שיהא חבירו סומך עליו אין לחלק אלא בכ״מ דאית ביה משום אסמכתא אמרו רבנן דבעינן מעכשיו או ב״ד חשוב ולא הוצרכו לומר הכא גבי אגב שהוא דומה לערב אלא כדי ליישב דמאי ענין אסמכתא לגבי שיעבוד דאגב לפיכך אמרו דאגב פירושו אם לא ימצא קרקע שיפרע מן המטלטלים המשועבדים דומה ללשון ערב שאם לא יפרע הלוה יפרע הערב דהוה ליה לשון אסמכתא אבל לענין הדין לא דמי אגב לערב אלא כי אוכלא לדנא דהאי כי דיניה והאי כי דיניה:

ה ואפי׳ מטלטלי דניידי משתעבדי. בפ״ק דקידושין מעשה בעירוני שהקנה לחבירו מאה צאן אגב קרקע והרא״ש בפ״ק (ריש דף קכ״ח) כתב דוקא בהמה דאין בהם דעת אבל עבדים דיש בהן דעת וניידי אע״ג דעבד כמטלטלי דמי אין נקנה אגב קרקע וכ״כ התוס׳ לשם ולקמן בסי׳ ר״ב סעיף ז׳ יתבאר בס״ד באריכות:

סימן קיד

א מלוה שיודע לקוחות וכו׳ ואין צריך דבר אחר וכו׳. פי׳ א״צ לבוא לבית דין לכתוב לו שטר טירפא דכיון דשטר מקויים בידו וזכה בדין לגבות מן הלוה אלא שנשבע שאין לו לשלם הנה הוא טורף בשטר מלוה מן הלקוחות אלא שאם אינו יודע לקוחות דצריך לחפש בעיירות אחרי הלקוחות ושמא ישתכח הדבר שהביא ראיותיו בב״ד וזכה בדין לפיכך ב״ד כותבין לו שטר טירפא וכו׳:

ד ומ״ש וכאשר ימצא וכו׳. זהו חוזר אחרישא כשבא בשטר מקויים לטרוף מן הלקוחות וכו׳ וא״צ ד״א:

ו ואם רוצה הלוקח לסלק וכו׳ עד ואם עשאה אפותיקי וכו׳ פירש הרב המגיד פרק י״ח ממלוה דוקא באפותיקי מפורש דא״ל לא יהא לך פרעון אלא מזו וכן הוא לגבי יורשין כדלעיל בסי׳ ק״ז סעיף ו׳ דאין לחלק בין יורשים ללקוחות מה שאין כן בלוה עצמו דיכול לסלקו במעות אפילו באפותיקי מפורש כדלקמן בריש סי׳ קי״ז:

ז וכתב ה״ר יונה דוקא כשלא עשה בה תחלה שומא והכרזה וכן מסתברא לא״א הרא״ש. כ״כ הרא״ש בפרק מי שהיה נשוי ואע״ג דרבינו בסימן ק״ג כתב דהרמב״ם חולק בזה ע״ש סעיף כ״ב כ״ג כאן סתם דבריו כהר״י והרא״ש

ט וצריך שישבע הלוה וכו׳. אע״ג דלעיל כתב שאינו יכול לומר לך אצל לוה היינו דוקא כשאין הלוה עמנו במדינה דאין מעכבין פרעון החוב בשביל שבועה זו שאינה אלא מתקנת הגאונים אבל כשהלוה עמנו במדינה משביעין אותו תחלה והכי משמע להדיא מדברי הרמב״ם בפרק כ״ב ממלוה וכ״כ בספר בדק הבית:

יא וכתב הרמב״ם וכו׳ אבל רבינו האי כתב אפילו תוך הזמן אין נפרעין מן הלקוחות אלא בשבועה. איכא לתמוה דמשמע דביורשים מודה רבינו האי דנפרעין מהם שלא בשבועה במת תוך הזמן מדלא כתב רבינו שום חולק על זה בסי׳ ק״ח ובסי׳ ק״י כדכתב כאן בלקוחות אלמא דמשו׳ פסידא דלקוחות חיישינן טפי מדניחוש לפסידא דיורשים ולמעלה בסימן ק״ח במת לוה בחיי מלוה הקילו טפי ביתומים מבלקוחות דכשבאין יורשי המלוה לגבות מיורשי לוה אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו ואין גובין מהם כלום וכשבאין לגבות מהלקוחות נשבעין שלא פקדנו וגובין וא״א כבר נתחייב מלוה שבועה ללקוחות וא״א מש״ל וי״ל דודאי לגבי יתומים הקילו טפי מלגבי לקוחות אלא דהכא דחיישינן לפרעון ולקנוניא אפילו תוך הזמן חיישינן לקנוניא ותדע שהרי אפילו היכא דאיכא נאמנות בשטר והודה בשעת פטירתו שהוא חייב חוב זה אין המלוה גובה מן הלקוחות אלא בשבועה ומן היורשים גובה שלא בשבועה בע״כ דה״ט דבלקוחות חיישינן לקנוניא וביורשין לא שייך קנוניא וכ״כ הרב המגיד בפ״ד ממלוה והרא״ש פרק הכותב דטעמא דאין מועיל נאמנות לגבי לקוחות משום דחיישינן לקנוניא כדלעיל בסי׳ ע״א סעיף כ״ט ול׳ ובב״י לשם ובסי׳ ע״ח סעיף ב׳ ע״ש:

יג ומסתברא שאין לחלק בין יורש ללוקח. ע״ל בסימן ק״ג סעיף ט׳ התבאר דעת הרמב״ם ודעת רבינו החולק על סברתו:

טו ורב האי כתב אם ב״ח ולוקח באים להוסיף וכו׳ וכתב א״א הרא״ש שאינו חולק וכו׳. כל זה באשיר״י בפרק מי שהיה נשוי ע״ש ונראה לפע״ד דהתם חילוק זה שחילק הרא״ש הוא דכשמוסיף הלוקח עד כנגד כל דמי החוב לא נפקא לי מידי במאי דמכוין לתועלתו כיון דעביד טובה ללוה דמסלק ממנו את המלוה לגמרי שלא נשאר חייב לו כלום ואין עליו אלא חוב דלוקח משא״כ אם לא היינו שומעים ללוקח דהוי עליה חוב דמלוה וחוב דלוקח אבל כשאין הלוקח מוסיף אלא מעט דלא נסתלק הלוה לא מן המלוה ולא מן הלוקח אין שומעין ללוקח במה שמכוין לתועלתו ומ״מ צריך עיון דמשמע דכי מוסיף מעט אזלינן בתר שומת ב״ד ומורידין למלוה באותה שומא ואמאי הלא בדין יכול הלוקח לסלקו במעות דה״ר יונה נמי מודה דאפילו עשו שומא והכרזה כל זמן שלא הורידוהו לקרקע יכול לסלקו כמ״ש הרא״ש להדיא לשם משמו ומה שלא הזכיר רבינו למעלה בדברי ה״ר יונה אלא שומא והכרזה ולא הזכיר הורדה היינו דלשם מירי דכבר הורידוהו למלוה בתוכה. ונראה ודאי דהכא מירי שהמלוה מוסיף מעט על שומת ב״ד דהשתא אע״פ שהלוקח מוסיף יותר ממנו מכל מקום כיון דהוספתו נמי אינה אלא מעט על שומת ב״ד שהרי לא יהיה כל החוב פרוע א״כ ודאי אין שומעין ללוקח במה שמכוין לתועלתו ומפסיד ללוה ההוספה שהוסיף המלוה על השומא דאם היה כל החוב פרוע בהוספתו של לוקח לא הוה חיישינן במה שמכוין לתועלתו אע״פ דאית ביה נמי הפסד קצת ללוה דנוח לו ללוה שיהא פטור מהמלוה לגמרי ולא יהא עליו שום חוב כי אם מן הלוקח בלחוד כדפרישית ולפ״ז נראה דאם האחד מוסיף יתר על כל דמי החוב והאחד אינו מוסיף רק כנגד כל דמי החוב או מוסיף ג״כ יותר אלא שאין מוסיף כ״כ כמו האחר אין שומעין ללוקח שמכוין לתועלתו ומפסיד ללוה אלא שומעין למלוה שהרי בין כך ובין כך נפטר מהמלוה לגמרי ואין עליו שום חוב כי אם מהלוקח הילכך שומעין למלוה שהוא תועלתו של לוה והוא דבר פשוט ולא אמר רבינו האי דנותנין אף ללוקח כשהוא מוסיף יותר אא״כ דהוספת המלוה אינה כנגד כל דמי החוב והוספת הלוקח היא עכ״פ כנגד כל דמי החוב:

סימן קטו

א השביח הלוקח וכו׳. הא דכתב רבינו ולא שיטול כל השבח אלא רק חציו דקיי״ל היכא דכתב ליה דאקני וכו׳ פירוש דכתב לכל אחד ואחד דאקני וכו׳ התם הוא דקיי״ל דחולקין לפי ששיעבוד שניהם חל כאחד וכו׳ אבל בדכתב לראשון דאקני ולב׳ לא כתב דאקני הראשון נוטל כולו וכ״כ הרא״ש להדיא בפ״ק דמציעא ומביאו ב״י וכבר כתבתי מדין זה בסי׳ ק״ד ס״ו ודהכי נקטינן ע״ש ומהרו״ך לא כתב כך אלא דוקא בב׳ מלוין צריך לכתוב לכל אחד דאקני אבל במלוה ולוקח לא צריך לכתוב דאקני אלא למלוה אבל לוקח נוטל חצי שבח אפילו לא כתב לו דאקני כיון שהוא מוחזק בשבח ותפוס בידו עיין עליו שהאריך בזה אבל פשט דברי הרא״ש לא משמע הכי אלא אין חילוק בין ב׳ מלוין למלוה ולוקת דאין תפיסת הלוקח שום תפיסה בקרקע בתפס מעצמו וכדכתב הרא״ש ע״ש ה״ר יונה בפרק הכותב ומביאו רבינו לעיל בסימן ק״ד ס״י וכך הבינם הרב מהרש״ל כמו שמבואר מדבריו שהבאתי בסמוך סעיף ד׳ והכי עיקר נ״ל: ומ״ש רבינו כיצד היה עליו חוב של ר׳ זוז וכו׳. נקט חלוקה זו דאתי שפיר בין לפר״ח דחולקין לפי מעותיהן ובין לאלפסי דחולקין שוה בשוה וכך הוא הלשון בהרמב״ם ר״פ כ״א ממלוה. אבל האשיר״י פרק קמא דמציעא נקט החלוקה לפי מעותיהן שהרי כתב וז״ל והיכא דכתב דאקני ולוה וחזר ולוה ואחר כך קנה יחלוקו מלוה ראשון ומלוה שני ששיעבודם חל כאחד בשעה שקנה ויגבה כל אחד לפי חובו וכו׳ הילכך אם הקרקע שוה ק׳ זהובים והשבח י׳ זהובים יטול הלוקח י׳ חלקי השבח והמלוה חלק אחד מי״א חלקים שבו עכ״ל נמשך הרב בלימודו באותה שעה אחר פירשב״ם פרק מי שמת שהביא לשם בסמוך וז״ל רשב״ם יחלקו כל אחד לפי מעותיו דבבת אחת נשתעבדו להם וכו׳ ע״ש (סוף דף קנ״ז) אבל בפ׳ מי שהיה נשוי חזר הרא״ש והסכים לדעת האלפסי כדכתב רבינו בסימן ק״ד ואין להקשות כיון דללוקח מגיע מאה זהובים וי׳ זהובים ולמלוה י׳ זהובים א״כ יטול הלוקח י״א חלקים ומלוה חלק אחד מי״ב חלקים דכיון דהשבח אינו נגבה אלא מבני חרי ושבח זה הו״ל משועבדים למלוה א״כ

אין לנו לחשוב לגבי לוקח י׳ זהובים של שבח בכלל ק׳ זהובים של דמי השדה כדי לטרוף י״א חלקים וק״ל והב״י כתב על דברי הרא״ש ודבריו מתמיהים וצ״ע עכ״ל ולא דק׃

ב וחוזר הלוקח וגובה הקרן מנכסי המוכר וכו׳. הא דאינו גובה שבח ממשועבדים מפורש במשנ׳ פרק הניזקין מפני תיקון העולם לפי שאין קול יוצא עליהם או לפי שאין קצובין והקשו התוס׳ בפ״ק דמציעא (דף י״ד) בד״ה תריץ דכיון דקיי״ל דאקני קנה ומכר משתעבד אמאי לא הוה קא טריף ב״ח ממשעבדי דטרף לוקח דא״ל דאחר שטרף ב״ח קרקע מן הלוקח קנה המוכר קרקעות ומכרן דא״כ גם השבח יגבה מהנהו משעבדי דגם השבח היה קצוב כיון שכבר טרף הב״ח קודם שלקח זה הקרקע וי״ל דמיירי שזה הקרקע עשאו המוכר לב״ח אפותיקי ולכך גובה אותו ב״ח ואע״פ שיש שאר משעבדי עכ״ל וצריך לפרש לפ״ז דמיירי דלא מסיק ביה אלא שיעור ארעא דאע״פ דשקיל ב״ח כולא ארעא ושבחא מ״מ מגיע ללוקח נמי חלק בשבח דשיימינן ליה לשבחא אם שבח יתר על היציאה וכו׳ כמ״ש בסמוך סעיף ח׳. וה״ה בפכ״א ממלוה תירץ דמיירי בדלא כתב ליה לב״ח דאקני ולוה ממנו וקנה ומכר קרקע שהיה לו בעת שלוה ללוקח ראשון וחזר ומכר הקרקע שקנה אחר שלוה ללוקח שני והשתא משועבדין המאוחרין לא נכנסו תחת אחריות המלוה ונכנסו תחת אחריות הלוקח אך קשה לפי תירוץ זה דהיאך נוטל ב״ח השבח כיון דלא כתב ליה דאקני ויש ליישב דכיון דלוקח נמי לא כתב לו דאקני שוין הן הב״ח והלוקח בשבח שהשביח הלוקח בקרקע זו שהיתה משועבדת לב״ח ואח״כ קנה אותה והשביחה דכי היכי דחולקים בשבח בדכתב לשניהם דאקני ה״נ חולקין שבח בדלא כתב דאקני לא לזה ולא לזה עוד תירץ הרב המגיד דמשכחת לה כגון שאלו המאוחרין הם במדינה אחרת וא״א לב״ח להניח אלו אע״פ שקדמו להוציא מאתים על מנה עכ״ל עוד תירצו התוס׳ בפ׳ מי שמת (בבא בתרא דף קנ״ז) בד״ה גובה את הקרן דאע״ג דכתב ליה דאקני וקנה ומכר משתעבד אפ״ה כשבא ב״ח לטרוף מלוקח שקנה קרקע שהיה לו בעת שלוה לא מצי לוקח לדחות אותו למשועבדים המאוחרין של דאקני דכיון דבעת ההלואה כבר חל שיעבודו של ב״ח אשדה זו דהו״ל ללוה בשעת ההלואה תו לא מצי לדחותו מעיקר שיעבוד לשאר משועבדים המאוחרין שלא היו לו בשעת ההלואה והוא התירוץ הנכון לפע״ד׃

ג והרמב״ם חילק וכתב וכו׳ וא״א הרא״ש לא חילק בזה. משמע דבין שבח דאילנות ובין נתייקרה לעולם אינו נוטל אלא החצי וקצת קשה דבנתייקרה לא שייך לומר הך טעמא דכתב רבינו לעיל דחשבינן ליה להאי שבח כאילו קנאו המוכר ומכרו ללוקח וכו׳ ותו קשה ממ״ש רבי׳ בתחלת סי׳ קט״ז ולשם נתבאר בס״ד ע״ש׃

ד וכתב עוד הרמב״ם וכו׳. כתב ב״י בנוסחאות שלנו ליתיה וכו׳ והאריך והסכים דעת הרמב״ם עם דעת הרי״ף דאין הלוקח נוטל הוצאה מב״ח כל עיקר אבל אח״כ חזר בו בספר בדק הבית וכתב שמצא נוסחא מדוייקת בדברי הרמב״ם דנוטל הוצאה מב״ח וכמ״ש רבינו בשמו ודהכי נקטינן וכן פסק בש״ע אבל הרב בהגה״ה פסק כהרי״ף והרא״ש ע״ש׃ ומ״ש וא״א הרא״ש לא כתב כן אלא אם החוב כנגד כל השדה עם השבח נוטל כל השדה עם השבח כו׳. כתב מהרש״ל לאו דוקא קאמר כל השבח שהרי החצי ללוקח כדלעיל אלא כלומר כל השבח המגיע לו טורף ואינו נותן לו שום הוצאה ולפעמים טורף כולו כגון דכתב למלוה דאקני וללוקח באחריות לא כתב דאקני וה״א באשיר״י (דף ק״ל) ע״ש פ״ק דמציעא עכ״ל והטעם דאינו נותן לו הוצאה הוא דמשום נעילת דלת אלמוהו רבנן לשיעבוד דב״ח שלא יפסיד כלל ממה שמכר הלוה הקרקע המשועבד לו ויגבה השבח מן הלוקח כמו שהיה גובאו אילו היתה השדה ביד הלוה והיה גם הוא עמל בה ומשביחה הילכך אפילו הוצאה לא מהדר ליה כ״כ הרא״ש לשם. ועוד כתב טעם אחר לפי שהלוקח בא בגבולו של ב״ח שנכנס בשיעבודו ועוד דהא נחית ליה ע״ד להשתלם מן המוכר וע״ש׃ ומ״ש דאם עשאה אפותיקי אינו יכול לסלקו במעות אלא יטול כל השדה עם שבחה וכו׳. היינו נמי לומר כל השבח המגיע לו דהיינו חצי שבח ואינו נותן לו שום הוצאה דאין חילוק בין עשאה אפותיקי ללא עשאה אפותיקי בדין זה אלא לענין אי מצי מסלק ליה בזוזי או לא׃

ז ומ״ש ואם לא היה החוב אלא כנגד השדה ולא עשאה אפותיקי אז אין ב״ח נוטל ממנו אלא כשיעור חובו והשאר ישאר ללוקח וכו׳. כ״כ הרי״ף והרא״ש פ״ק דמציעא אבל לכאורה קשה דהא תלמודא מוקי לה לברייתא דאם השבח יתר על היציאה וכו׳ בדלא מסיק ביה אלא כשיעור ארעא ואפ״ה נוטל ב״ח השבח היתר על היציאה ולאו קושיא היא דכבר הקשו התוספות לשם (בדף ט״ו) בד״ה הא דלא מסיק תימה כיון דלא מסיק ביה אלא כשיעור ארעא אמאי נוטל השבח היתר על היציאה וי״ל דבלאו הכי פריך שפיר הניחא וכו׳ עכ״ל אלמא דאידחיא לה הך אוקימתא ולמסקנא ודאי אי לא מסיק ביה אלא שיעור ארעא אין לו לב״ח בשבח כלום ולהרא״ש נמי שכתב לתרץ קושיא זו דתוספות וכתב וז״ל והא דקתני בברייתא שנוטל הוצאה מב״ח היכא דלא מסיק ביה שיעור ארעא ושבחא אלא שיעור ארעא והשבח היתר על ההוצאה הילכך נוטל כל השבח ונותן ללוקח ההוצאה עכ״ל מבואר ג״כ מדבריו דלהך אוקימתא נמי היכא דלא אסיק אלא שיעור ארעא בלחודא בלא שבחא כלל אין בעל חוב נוטל בשבח כלום אלא הכל ישאר ללוקח׃

ח ומ״ש ואם עשאה אפותיקי וכו׳. פי׳ דכיון דעשאה אפותיקי הו״ל הך שדה כאילו הוחלטה לב״ח ומצי אמר ארעאי אשבת ולפיכך נותן לו היציאה ללוקח והשבח היתר על היציאה לוקח חנם כדין היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות כ״כ התוס׳ בדיבור הנזכר וכ״כ האלפסי והרא״ש לשם. ולא קשה למאי דפי׳ בסמוך היכא דמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא ועשאה אפותיקי דאינו נוטל אלא חצי השבח דשאני התם כיון דאלמוהו רבנן דאינו נותן בהוצאה כלום אם כן לא מצי למימר ארעאי אשבח דאם כן היה צריך לשלם כל ההוצאה אלא בע״כ מדאינו משלם ההוצאה אמרינן דהאי שבח כאילו קנאו המוכר ומכרו ללוקח אחר שמכר לו השדה וכו׳ א״כ מהאי טעמא צ״ל דחולקין ב״ח ולוקח באותו שבח דהו״ל כמו לוה ולוה וכתב לתרווייהו דאקני ואח״כ קנה דחולקין ודוק: לשון ב״י וכתב נ״י בשם הרמב״ן דהיכא דשוייה אפותיקי אע״ג דשבחא דממילא טריף בלא זוזי מיהו נותן לו יותר מהוצאתו עכ״ל וכמדומה לי שט״ס יש כאן וצ״ע עכ״ל ב״י ולפע״ד הדברים מובנים היטב דה״ק דהא דאוקמינן בגמרא דהיכא דשוייה אפותיקי מסלק ליה ב״ח ללוקח בזוזי אין פי׳ דנותן לו יציאותיו בלחוד כדי שלא יפסיד הלוקח ולא יותר וכי היכי דבשבחא דממילא טריף בלא זוזי דמצי אמר ארעאי אשבח ואע״פ דליכא הנאה ללוקח כלל ה״נ בשבחא דע״י הוצאה א״צ ליתן אלא הוצאה אע״ג דלא מטיא הנאה ללוקח לא היא אלא נותן לו יותר מהוצאתו כדאמר בפרק המקבל דבשדה העשויה ליטע שמין לו כאריס וכו׳ ופשוט הוא: כתב ב״י ע״ש בעה״ת במחודשין סעיף ב׳ שכשבא ב״ח לגבות מהיתומים או לטרוף מהלקוחות והם רוצים לסלקו בדמים ואינו שוה אלא פלג חובו והוא טוען לדידי שוה לי כשיעור חובי כתב הראב״ד שיכול הב״ח להעלותו בדמיו ושכן כתב הרמב״ן וכתב ב״י בסימן ק״ז שכך הוא דעת רבי׳ ולפע״ד דרבי׳ לא ס״ל כוותייהו לגמרי שהם השוו המדה ליורש וללוקח ולטוען על מה שתחת ידו אבל רבינו מחלק ביניהם דבמשכון שתחת ידו הדין עם התופס מטעם מגו כאשר מבואר בסימן ע״ב סעיף ט״ז ולגבי יורשים הדין עם היורשין מטעם דשומא הדרא אף ליורש כאשר מפורש בסימן ק״ט ס״ב ולגבי לקוחות הדין עם המלוה כדי שלא יהא נפסד הלוה כאשר התבאר בס״ס קי״ד סעיף י״ז וכמ״ש הרא״ש בפרק מי שהיה נשוי:

ט והפירות שאכל וכו׳ וקרובים ליתלש וכו׳. הל׳ משמע דדוקא כשאינם ראויין ליתלש דצריכין לקרקע מעט אבל פירות גמורים דינן כתלושים וכך מבואר הוא באשיר״י פ״ק דמציעא וכ״פ רש״י וה״ה כתב בשם הרמב״ן שכן עיקר וזהו דעת בעל העיטור ודלא כהרמב״ם בפכ״א ממלוה דלגבי ב״ח אפי׳ אין צריכין לקרקע ב״ח גובה מהן וחילק בין ב״ח לבין אונאה וקנייה ושבועה דבפ״א ממכירה ופ״ה מטוען פסק דפירות גמורים דינן כתלושין וכן הסמ״ג דפסק כהרמב״ם בדין אונאה וקנייה ע״ש בעשה פ״ב (דף קנ״ז ע״ב) וכן בדין שבועה דמודה במקצת בסי׳ צ״ה (דף קפ״ב ע״א) דפירות גמורים דינן כתלושים מ״מ לגבי ב״ח כתב דלא כהרמב״ם אלא כתב דא״צ לקרקע כלל אין הב״ח גובה מהן ע״ש בסי׳ צ״ד (דף קע״ח:) אכן סברת רבי׳ נראה כהפוכה מסברת הרמב״ם דלקמן בדק קנייה ואונאה פסק דאפי׳ א״צ לקרקע כקרקע דמי דלא כהרמב״ם וכאן לגבי ב״ח פסק דבא״צ לקרקע כמטלטלי דמי דלא כהרמב״ם וכבר התבאר כל זה בסימן צ״ה בס״ד ולקמן בסימן קנ״ג צ״ע:

י ומ״ש אז דינם כשאר השבח וכו׳ ואינו נותן לו כלום. פי׳ אינו חייב לשלם כלום בעד ההוצאה אבל הא פשיטא דאינו גובה אלא מחצה פירות דדין פירות אלו כדין השבח: ומ״ש בד״א בשלא עשאה אפותיקי אבל אם עשאה אפותיקי וכו׳. פי׳ כיון דאין החוב אלא כנגד השדה נותן לו הוצאת עידור וניכוש אבל אם החוב כנגד השדה והפירות אינו נותן לו כלום כיון דעשאה אפותיקי ולא היה צריך לפרש דממילא משמע וכן פי׳ ב״י:

יג ודין היתומים כו׳. רבינו נמשך אחר מסקנת הרא״ש פ״ק דמציעא שדין היתומים כדין מתנה לענין שבח ושכ״כ ה״ר יונה ודלא כמ״ש התוס׳ דאם החוב כנגד השדה והשבח ולא עשאה אפותיקי דגריעי כח היתומים ויש לב״ח לגבות השבח ממנו כמו מאביו ואין נותן ליתומים שום הוצאה דיורש כרעיה דאבוה הוא ואם היה גובה מאביו היה גובה כל השדה עם השבח ואינו נותן לו הוצאה ה״נ בגובה מן היתומים וכן כתב התוס׳ להדיא בפ׳ הגוזל קמא (בבא קמא דף צ״ו) והרא״ש ז״ל השיג עליהם לשם. ומ״ש הרא״ש בפרק המקבל בסתם כדברי התוס׳ וז״ל יתומים אמרו אנו השבחנו ולא תטול השבח דמיירי כשעשאו אפותיקי והוו יתומים כיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות אבל לא עשאו אפותיקי אפילו השביחו יתומים ב״ח גובה את השבח וב״ח אומר אביכם השביח עכ״ל דפירוש זה הוא לדעת התוס׳ אבל לדעת ה״ר יונה אם לא עשאו אפותיקי כ״ש דעדיפי כח היתומים טפי שאין ב״ח גובה מהם שבח כלל אפי׳ מסיק ביה ארעא ושבחא ס״ל לרבינו דלא כתב כך הרא״ש אלא לפי׳ בעלמא אבל לפסק הלכה נסמוך על מ״ש בסוף דבריו וז״ל ולעיל בפ״ק הארכתי בה עכ״ל דהורה לנו שנעיין בפ״ק כי שם האריך בדק זה וביארו כל הצורך ע״פ פסק הלכה וזה פשוט וכבר נתקשה ביה ב״י והניחו בצ״ע אבל הנכון כדפי׳: ומ״ש אא״כ עשאה אפותיקי וכו׳. דין זה מוסכם דבין לדעת התוס׳ ובין לדעת הר״י והרא״ש כיון דעשאה אפותיקי הו״ל כאחת משדותיו של ב״ח ודין הלוקח כיורד לשדה חבירו שלא ברשות וכו׳: ומ״ש ואם ב״ח אומר אביכם השביח וכו׳. ה״א בפרק המקבל (בבא מציעא דף ק״י) דבעשאו אפותיקי כיון דלגובייניה קיימא כמאן דגביא דמי ובחזקת ב״ח קיימא ועל היתומים להביא ראיה ואם לא עשאה אפותיקי ארעא בחזקת יתומים קיימא ועליו להביא ראיה ומיירי בדמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא ואם היתומים השביחוה ועשאוה אפותיקי ב״ח נוטל אותה ושבחה ונותן להם ההוצאה אבל אם אביהם השביחה אינו נותן להם כלום ואם לא עשאה אפותיקי ואביהם השביחה ג״כ נוטל אותה ושבחה

ואינו נותן להם כלום אבל אם היתומים השביחוה אינו נוטל שבח כלל אלא השדה דדין יתומים כדין מתנה: כתב ב״י אבל אי לא מסיק ביה אלא שיעור ארעא בלא שבחא הסברא הפוכה דכשהיתומים השביחו יפה כח הבעל חוב בעשאה אפותיקי דנוטל כל השבח ונותן להם ההוצאה אבל אם אביהם השביח אינו נוטל אלא שיעור חובו אבל אי לא עשאה אפותיקי אין חילוק בין יתומים השביחו לאביהם השביח אין לב״ח בשבח כלום דלא מצי אמר ארעאי אשבח ואינו נוטל לעולם אלא שיעור חובו וכך הוא לפי שיטת הרב המגיד פכ״א ממלוה ע״ש הרמב״ן ע״ש: פסק בש״ע סעיף ה׳ ו׳ בדין יתומים אומרים אנו השבחנו וכולי כמו שכתב הרמב״ם דאם היתומים השביחו בעל חוב נותן להם ההוצאה בדמים אם עשאה אפותיקי אבל בלא עשאה אפותיקי אם רצו היתומים נוטלין מהקרקע שיעור המגיע להם והרב בהגה״ה כתב על זה די״א דבלא עשאה אפותיקי אין היתומים נוטלין בשבח אא״כ שלא היה החוב אלא כנגד השדה אבל אם היה החוב כנגד השדה והשביח בע״ח נוטל הכל ואינו נותן לו ההוצאה כלל והיא דעת התוס׳ שהשיג עליהם הרא״ש כדפי׳ ומהרו״ך השיא דעת הרב בהגה״ה זו לדעת אחרת ונתקשה לו ולא דק:

סימן קטז

א לוקח שטרפו ממנו השדה וכולי והוקרה ושוה אלף כותבין לו טירפא באלף וכו׳. איכא למידק הלא אין למלוה אלא חצי השבח ואין לפרש דבנתייקרה דלא שייך למימר טעמא דהאי שבח הוי כאילו קנאו מוכר ומכרו ללוקח הו״ל כולו דמלוה דהא מדברי רבינו בסימן הקודם שכתב דהרא״ש לא חילק משמע דאין לחלק כלל בין שבח דאילנות לשבח דנתייקרה בשניהם אין למלוה אלא חצי השבח כמו בשבח הבא מחמת הוצאה ויש לומר דהכא מיירי דלמלוה כתב ליה דאקני וללוקח לא כתב ליה דאקני א״נ בשדה דשווייה ליה למלוה אפותיקי מפורש קאמר דהשתא כולא שבחא הוה דמלוה ולכך כותבין טירפא ללוקח בכולא שבחא דליהדר ולטרוף מן המוכר א״נ האי והוקרה ושוה אלף היינו לומר שהוקרה ושוה חצי השבח אלף:

ג וכל הדין שיש למלוה וכו׳ עד אפילו לא מכר לו בשטר אלא בעדים וכו׳. מימרא דרב פפא פרק חזקת (סוף בבא בתרא דף מ״א) וכתבו הרמב״ם בפי״א ממלוה: ומ״ש וכתב ה״ר יונה וכו׳. אין להקשות במכר לו בשטר נמי ניחוש דילמא טריף בשטר והדר טריף בשטר אחר דכתבי ליה עדים אחרים על קרקע זו כדקיי״ל דשטר הודאת קרקע יכולים לכתוב אפילו כמה פעמים ומביאו ב״י בסי׳ ל״ט במחודשין סעיף י׳ ע״ש הריב״ש די״ל דדוקא אותן עדים שכתבו תחלה יכולין לחזור ולכתוב שטר אחר דכבר זימנן לכתוב שטר אבל עדים אחרים שלא זימנין אינן יכולין לכתוב שטר כדכתב לשם ב״י במחודש סי״ד ע״ש הרשב״א והשתא ודאי ליכא למיחש דקטריף והדר קטריף באותן עדים עצמן שחתמו על השטר הראשון שהרי אין כותבין אא״כ פירשו בו שטרא דנן כתבינן ליה לא למיגבי ביה וכו׳ כדלעיל בסי׳ מ״א וכדלקמן בסי׳ רל״ט: ומ״ש ומ״מ ב״ד כותבין לו טירפא וכו׳ כלומר אע״ג דלפסידא דלקוחות חיישינן כשאין מעידין שלא חתמו על שום שטר וכו׳ דילמא קטריף והדר קטריף אבל מ״מ כותבין לו טירפא וכו׳ כדי שיתבע את הלוה עצמו שמכר לו בעדים דהלוה ודאי מתחייב בדין לשלם ואין לנו לחוש לפסידא דלוה דילמא הדר טריף בשטר וכו׳ כיון דהלוה גופיה הוא דאפסיד אנפשיה שמכר בפני כמה כיתי עדים:

ד ואם לקח שלא באחריות וכו׳ שכבר נמחל שיעבודו. מה שקשה מכאן למ״ש בסי׳ ק״ל ס״ד יתבאר לשם בס״ד:

סימן קיז

א העושה שדהו אפותיקי סתם וכו׳ עד אינו טורף אותה ברייתות פרק השולח. ומ״ש ואף כשהוא בידו שלא מכרה יכול לסלקו בשאר הנכסים זה אינו מפורש בברייתא ואדרבה מתוך פירש״י והתוס׳ והרא״ש באידך ברייתא שכתבו וגובה משאר נכסים כלומר אם ירצה מוכר את אלו והן גובין מן השאר משמע דוקא מוכר אבל בלא מכר אינו יכול לסלקן בשאר נכסים וכ״כ הר״ן בפי׳ שאם רצה לגבות ממנו אין לו רשות לב״ח לדחותו לקרקע אחרת ופי׳ לב״ח ללוה וצריך לומר דרבינו סובר דברייתא דקתני בסתם גובה משאר נכסים משמע כפשטא אפילו בלא מכר מדלא חילק בין מכר ללא מכר ומאי דפירש״י ותוס׳ והרא״ש במכר אינו אלא משום דבאשה איירי דוקא במוכר ואתא לאשמועינן דלרשב״ג אפילו מכר אינה גובה משאר הנכסים כדקתני לפי שאין דרכה של אשה לחזר אחר ב״ד לפיכך פירשוהו במוכר אבל ודאי לת״ק אין חילוק והכי משמע ל׳ אפותיקי שרצונו לומר אפה תהא קאי שאם לא אפרע אותך גובה מזו הרי שתלה בעצמו אם לא יפרענו וכיון שהוא מסלקו בשאר נכסים הרי פרעו ואין לו כח לגבות מזו יותר משאר נכסיו ויש להקשות לפי דעת רבינו א״כ מה יפה כח אפותיקי בלא אפותיקי נמי כך הדין. וי״ל דיפה כחו להיכא שמכר כל נכסיו דגובה משדה זו אפילו מכרה ראשונה ולא יוכל לוקח ראשון לדחותו ולומר לו הנחתי לך מקום לגבות דכיון דהתנה עמו אם לא אפרע לך גבה מזו ומכר כל נכסיו הרי לא פרעו וגובה משדה זו א״נ מועיל לו דאם הוא ב״ח מאוחר אין ב״ח מוקדם גובה משדה זו וכל זמן דאיכא שדה אחר לגבות ממנו וז״ל ה׳ המגיד בפי״ח

ממלוה ע״ש הרמב״ן והרשב״א ומיהו באפותיקי כל זמן שלא שטפה נהר אין לו אלא מאותה שדה עכ״ל ואפשר לפרש לשון זה דר״ל דאף כשהיא ביד הלוה שלא מכרה אין יכול לסלקו בשאר נכסים דאין לו אלא מאותה שדה ודלא כדברי רבינו אלא כדעת הר״ן ואצ״ל כשמכר כל נכסיו דאין לו לטרוף אלא מאותה שדה בין מלוקח ראשון בין מלוקח שני ואפשר לפרש ג״כ דבמכר כל נכסיו דוקא קאמר דאין לו אלא מאותה שדה אבל בלא מכר יכול לסלקו בשאר נכסים וכדעת רבי׳. מיהו נראה ודאי דאין לפרש דה״ק דאם הוא זיבורית הורע כוחו דאין לו לגבות מקרקע אחרת כדינו בבינונית דאין לו אלח מאותה שדה דליפות כחו עשאו אפותיקי לגבות מאותה השדה וכ״כ הר״ן להדיא באפותיקי סתם דאחריותו על כל נכסיו ואפילו לא שטפה נהר יכול לגבות חובו מקרקע אחר כדינו ואין נראה שיהא מי שיחלוק על זה דפשיטא דדוקא בשדה זו שעשאה אפותיקי היא בינונית ויש לו עוד בינונית בני חרי התם הוא דפליגי להר״ן אין לו רשות לדחותו לקרקע אחרת אלא גובה מזו שעשאה אפותיקי אפילו היא עידית ולרבינו יכול לדחותו ולהגבותו מקרקע אחרת בינונית אבל כשזו שעשאה אפותיקי היא זיבורית אין הלוה יכול לכופו לגבות חובו מזו דוקא אלא הרשות ביד המלוה לגבות מקרקע אחרת כדינו דליפות כחו עשאה אפותיקי ולא להורע כחו והא ודאי דאין ביד המלוה לגבות חובו מקרקע אחרת בינונית דאפי׳ לא עשאה אפותיקי נותן לו מאיזה שירצה כדלעיל בריש סימן ק״ב כ״ש כשעשאה אפותיקי: עשאה אפותיקי מפורש אינו יכול לסלקו בשאר הנכסים כ״כ הר״ן וה׳ המגיד לשם ע״ש הרי״ף בתשובה דאידך ברייתא דבאפותיקי גובה משאר הנכסים מיירי דוקא באפותיקי סתם וכן מוכיח בירושלמי אבל באפותיקי מפורש אין שיעבודו אלא עליו ובפרק איזהו נשך (בבא מציעא דף ס״ז) מסיק דאינו קונה שדהו באפותיקי אא״כ דא״ל לא יהא לך פרעון אלא מזו אלא דמש״ר שבמעות יכול לסלקו ממנה לא מצאתי מפורש ותימה מניין לו זה וב״י כתב שכן נראה מדברי בעה״ת שער ד׳ סימן ד׳ ולע״ד נראה שיש להוציא דין זה ממתני׳ דבפרק השולח בדין עבד שעשאו רבו אפותיקי. לאחרים ושחררו שכתב רבינו בסמוך דמיירי באפותיקי מפורש ואפילו הכי יצא לחירות משום דשיחרור מפקיע מידי שיעבוד כרבא ורבא לטעמיה דאמר ב״ח מכאן ולהבא הוא גובה ובפרק כל שעה מפרש טעמא דרבא כיון דאילו הוה ליה זוזי הוה מסלק ליה בזוזי אשתכח דהשתא הוא דקא קני ליה. אלמא דאפי׳ באפותיקי מפורש יכול הוא לסלקו בזוזי דאי לא יכול לסלקו בזוזי אם כן למפרע הוא גובה ולא היה אפשר לכח שיחרור להפקיע מידי שיעבוד אלא ודאי דיכול לסלקו בזוזי ומשום הכי יצא לחירות כנ״ל ועיין בתוספות פרק השולח סוף (גיטין דף מ׳) בד״ה הקדש: ואם מכרה או משכנה לאחר ה״ז מכורה וכו׳ בירושלמי נחלק בה דאיכא למאן דאמר דאינה מכורה כל עיקר אלא המקח בטל לאלתר ואיכא למ״ד דהמקח קיים עד שעת הפרעון וכתב הרמב״ן כיון דאנן לא קים לן כפסקא דרבנן מערבאי המכר קיים עד שעת גובייא ועל ב״ח להביא ראייה ע״כ

ה ומשכונא דינה כאפותיקי וכו׳ ומשמע מלשון רבינו דבמשכונא נמי אם לא פי׳ לא יהא לך פרעון אלא מזו אפילו אמר גבה מזו דינה כאפותיקי סתם אבל משכונא סתם שאין כותב בה גובייא כלל אין לה אפותיקי וכן כתב ה׳ המגיד לשם ע״ש הרשב״א:

ו עשה שורו או שאר מטלטלין אפותיקי ומכרן אין בעל חוב גובה מהם וכו׳ כתב במרדכי הארוך פר״י דוקא מכרו משום פסידא דלוקח אבל אם נתנו במתנה גובה הימנו מיהו מספקא ליה היכא שלא עשאו אפותיקי ונתנו אם בעל חוב גובה הימנו או לאו ומתחילה רצה ר״י לומר דגובה וראייתו מפרק נושאין דתנן יש מוכר אביו להגבות לאמו כתובתה וכו׳ וחזר ר״י ואמר דמשם אין ראייה דשאני כתובה דעדיפא מב״ח לר״מ וכו׳ עכ״ל אבל בתשובת הרשב״א סי׳ תרי״ח כתב דה״ה אם נתן במתנה אין ב״ח גובה הימנו והביא ראייה לזה ע״ש: ומ״ש אפילו עשאן אפותיקי בשטר וכו׳ פירוש דאפילו אין ללוה שאר נכסים כ״כ נ״י פ׳ חזקת וה׳ המגיד פ׳ י״ח ממלוה ובעה״ת שער מ״ג:

ז ומ״ש וכן לענין קדימה וכו׳ כן כתב בעה״ת לשם תחלה סי׳ א׳ ופירוש דברי רבינו שאם קדם ותפס מלוה של אחריו אין מוציאין מידו דזכה בהן האחרון שאין להם קדימת מלוה וה״ה נמי דכל זמן שהם ביד הלוה גובה של אחריו חלקו בהן כדלעיל בסימן ק״ד דבמטלטלין אין בהם דין קדימה וכל זמן שהן ביד הלוה חולקין כל הב״ח יחד ע״ש:

ח עשה עבדו אפותיקי וכו׳ פי׳ ואין ללוה שאר נכסים ואפ״ה דוקא כשעשאו אפותיקי אבל בלא עשאו אפותיקי כלל אין לו דין קרקע ואין ב״ח טורף אם מכרו והטעם פי׳ הרא״ש כלל פ״ו דהקול אינו יוצא עליו אלא ע״י שעשאו אפותיקי שאז העבד יפרסם ויגיד לכל שרבו עשאו אפותיקי והיה להם ליזהר והלכך בלא אפותיקי אין כאן קול ולפי טעמו של הרא״ש משמע דאפילו במלוה ע״פ אם עשאו לעבד אפותיקי גובה מהלקוחות כיון דאית ליה קלא ע״י העבד והכי משמע מדברי התוספות בפ׳ חזקת (בבא בתרא דף מ״ד) בד״ה עשה עבדו ודלא כמה שפי׳ ה׳ המגיד בפרק י״ח ממלוה דוקא שהמלוה בשטר אלא דאפותיקי היא בעל פה ולא ידענו מניין לו זה דפשט דברי התוספות וכל המפרשים בסתם משמע אפי׳ שהמלוה ע״פ ומטעמו של הרא״ש וצ״ע: ואם עשאו אפותיקי מפורש גובה ממנו אפילו יש ללוה נכסים אחרים כ״כ ה׳ המגיד לשם:

ט עשה עבדו אפותיקי והלוה שיחררו משנה בפרק השולח ולאוקימתא קמייתא ה״ק עבד שעשאי רבו אפותיקי לאחרי׳ ושיחררו רבו ראשון שורת הדין אין העבד חייב כלום לרבו שני כדרבא דאמר רבא שיחרור מפקיע מידי שיעבוד אלא מפני תיקון העולם שמא ימצאו בשוק ויאמר לו עבדי אתה כופין את רבו שני ועושה אותו בן חורין וכותב עבד שטר על דמיו רשב״ג אומר אין העבד כותב אלא המשחרר כותב הואיל והזיק שיעבודו ישלם לו ופסקו הפוסקים כרשב״ג וכהך אוקימתא קמייתא וכתבו התוס׳ והר״ן וה׳ המגיד בשם המפרשים דלפי זה איירי מתניתין באפותיקי מפורש דאי באפותיקי סתם למה ליה למשחרר דליכתוב הא משתעבדי ליה כוליה נכסי וזה שכתב גם רבינו עשה עבדו אפותיקי והלוה שיחררו ואפילו שפירש כלומר לא תימא כיון שפירש אם כן המשחרר פטור כיון שאין שיעבודו אלא על העבד לבד אלא אפילו הרי חייב מפני שהוא מזיק וכו׳. ומ״ש דכאילו הזיקו אחר דמי כלומר דדיינינן לרבו ששיחררו בדינא דגרמי כרשב״ג ולהוציא מדעת הראב״ד דפסק כרבנן ומחלק דלא דמי לשורף שטרותיו של חבירו דחייב בדינא דגרמי דהתם בדחבריה קא עביד מעשה אבל הכא בדנפשיה קא עביד מעשה אלא אין חילוק דחשוב כאילו הזיקו אחר דבחבריה קא עביד מעשה וע״ל בסי׳ ק״ז ס״ח: ומ״ש וכופין למלוה שיכתוב שטר שיחרור וכו׳ אע״ג דלת״ק קאמר הכי ואנן הא פסקינן כרשב״ג דפליג עליה ס״ל לרבינו דע״כ לא פליגי אלא באם העבד כותב או המשחרר כותב אבל במאי דכותבין למלוה מודה רשב״ג דכופין מפני תיקון העולם. וכ״פ הרמב״ם בפ׳ י״ח ממלוה:

י הקדיש הלוה. אבל קדושת דמים אינו מפקיע וכו׳ כך פירש״י לשם והסכים עמו ר״י בתוס׳ דלא כר״ת שכל קדושות מטלטלין מפקיעין מידי שיעבוד ובפרק המניח (בבא קמא דף ל״ג) בד״ה משום דר׳ אבהו הקשו על פירוש ר״ת וע״ש הקושיא וישובו. וטעם החילוק לר״י הוא דקדושת הגוף שאין לו פדיון וכיון שחל שעה אחת תו לא פקע לא עדיף שיעבוד מנתינת דמים אבל קדושת דמים דיש לו פדיון וראוים לפקוע לא אלים כח הקדש מכח מקדיש ומש״ה האידנא שכל ההקדש אינו אלא קדושת דמים דקדושת הגוף אינו אלא תם למזבח הלכך אינו מפקיע: וכתב בספר בדק הבית ולדברי הכל הקדש בזמן הזה שהוא לעניים אינו מפקיע עכ״ל: ומ״ש כגון ששיעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי כו׳ פירוש דאי לא ששיעבד לו באגב הרי לא חל השיעבוד להיות נחשבין כשלו ואפי׳ בקדושת דמים נמי חל ההקדש: ואיסורי הנאה וכו׳ בפרק אלמנה לכ״ג ההיא איתתא דעיילא לגברא איצטלא וכו׳ והתוספות לשם כתבו דה״ה כשעשה ביתו אפותיקי והשתחוה לו דמפקיעין מידי שיעבוד דהו״ל בכלל הקדש. ועוד כתבו דלוה האוסר נכסיו מן המלוה בקונמות אינו מפקיע מידי שיעבוד דאלמוה רבנן לשיעבודא דב״ח כיון דאין מתכוין אלא להפקיע השיעבוד ושאני הקדש ואיצטלא דמילתא דמיתסר אכולי עלמא לא אלמוה לשיעבודיה: כתבו התוספות בפ״ק דב״ק סוף (דף י״א) בד״ה דביתמי אם עשה אביהם עבדו אפותיקי בשטר גובה אפילו מיתמי משום דאית ליה קלא וכיון דגבי מלקוחות גובה נמי מיתמי ואף על גב דלא שייך בהו טעמא דקלא משום דלא רצו חכמים ליפות כח יתומים יותר מכח לקוחות בשום דבר ובית יוסף הביאו ע״ש ה״ר ירוחם:

סימן קיח

א לוה שמכר נכסיו לשנים וכו׳ ברייתא בפרק מי שהיה נשוי לוה מן האחד ומכר נכסיו לשנים וכתב ב״ח ללוקח שני דין ודברים אין לי עמך אין לו על הלוקח ראשון כלום מפני שיכול לומר הנחתי לך מקום לגבות הימנו ומשמע לשם בסוגיא דלא מיבעיא היכא דלא קני מידו דלאו כלום הוא כדתניא האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו ואין לי עסק בה וידי מסולקת הימנה לא אמר כלום והוא הדין כי כתב ליה הכי נמי לאו כלום הוא אם לא קנו מידו כמבואר בריש פרק הכותב אלא אפילו קנו מידו נמי מצי למימר הנחתי לך מקום לגבות הימנו ולא מצי אידך למימר כיון דקנו מידו הוה ליה אשתדוף בני חרי שהרי נתקלקל זכותו במקום שהניח לו לגבות הימנו דאיהו הוא דאפסיד אנפשיה בידים שכתב לשני דין ודברים אין לי עמך וקנו מידו ודברי רבינו שכתב וקנו מידו הכי קאמר אפי׳ קנו מידו ואין צריך לומר בדלא קנו מידו ועיין לעיל בסימן קי״א סעיף י׳: ומ״ש אבל אם כתב לראשון דין ודברים אין לי עמך גובה מן השני לפי שלא הוה ליה על הראשון כלום איכא לתמוה טובא מה היה קשה לרבינו עד שהיה צריך לכתוב האי לפי וכו׳ הא פשיטא היא דבכתב לראשון טורף מן השני דאפילו לא כתב לו כלום טורף מן השני ולא מן הראשון כ״ש בכתב לראשון. ואפשר דאתא לאשמועינן היכא דלראשון מכר נכסים שהיה לו בעת שלוה ולשני מכר נכסים שקנה אחר שלוה דהו״א דמצי ליה למימר לוקח שני למלוה אי לאו דכתבת לראשון דין ודברים הוה לך לגבות מן הראשון דהוא עיקר שיעבודך דהוה ליה נכסים אלו בשעת ההלואה וכדכתבו התוספות בפרק מי שמת (בבא בתרא דף קנ״ז) וכמו שכתבתי בתחילת סימן קט״ו סעיף ב׳ בס״ד והשתא דכתבת לראשון אפסידת אנפשיך וכן בדעשה הלוה למלוה הנכסים שמכר לראשון אפותיקי השתא אי לא הוה כתב ליה לראשון היה גובה ממנו וכיון דכתב ליה אפסיד אנפשיה להכי קאמר רבינו דליתא אלא גובה מן השני ולהכי אמר שתי לשונות לפי שלא הו״ל על הראשון כלום ולא היה שיעבודו על הראשון כלל לומר דבין בזו ובין בזו כיון דבשעה שמכר הלוה לראשון הרי אלו הנכסים שמכר לשני עדיין בני חרי ועל נכסים אלו חל שיעבודו שיגבה חובו מהם בתר ההיא שעתא אזלינן וגובה מן השני ואין יכול לדחותו:

ג וכן הדין אם החוב מנה וכו׳ פי׳ לא מיבעיא בחלוקה הראשונה דהמלוה הוא הגורם שיצאת השדה מיד השני ליד הראשון שעל ידי שגבה מן הראשון טרף הראשון מן השני הלכך כשחזר המלוה וטרף אותה מן הראשון חוזר השני וטורף אותה מן המלוה אלא אפילו בזו שלא יצאת מיד הראשון ע״י גרמתו של המלוה אלא לפי שלא היתה שלו מעולם אפ״ה חוזר השני וטורף מב״ח ולא מיבעיא בשני חלוקות אלו דאיכא למימר דכיון דידע המלוה בעצמו שיטרוף הוא מן הראשון בחלוקה הראשונה ודכוותא בחלוקה השנייה ידע שהנגזל יבא לטרוף שדה שלו מן הלוקח אם כן ודאי אדעתא דהכי כתב לשני דין ודברים אין לי עמך דאם אחר כך יטרוף הראשון מן השני ויטרוף הוא מן הראשון שיחזור השני ויקחנה לרשותו אבל בדכתב אפותיקי לב״ח אחר מוקדם דכבר אפשר שב״ח המוקדם לא יטרוף מן הראשון אלא מן השני והשתא לא כתב ליה לשני דין ודברים אין לי עמך אלא לגבי דנפשיה שהוא עצמו לא יטרוף ממנו אבל אם יטרוף ממנו הראשון ויבא הוא ויחזור ויטרוף מן הראשון אדעתא דהכי לא כתב לו שתחזור אליו מידו שהרי כבר אפשר שלא יבא לידי כך כדפי׳ א״כ אדעתא דהכי לא כתב ליה וקמ״ל דאפילו בזו נמי אמרינן שתחזור מידו לשני: ומ״ש רבינו אפותיקי לב״ח אחר מוקדם וכו׳ בעה״ת לא הזכיר מוקדם אלא סתם לב״ח והביאו ב״י וכן בדין דאפילו הוא מאוחר לב״ח האחר גובה השדה שהיא אפותיקי שלו ואפשר דר״ל שאותה שדה עשאה אפותיקי לזה ולזה ולפיכך אין גובה ממנה אלא הב״ח מוקדם:

ד והרמב״ם כתב שכן הדין אם היה חובו מנה וכו׳ בפ׳ י״ט ממלוה: ומ״ש ולא נהירא וכו׳ כך הוא בהשגת הראב״ד לשם וכתב ה׳ המגיד על השגה זו וז״ל ודברים אמתיים הם ועוד אני מוסיף לומר דאין אנו צריכין לטענה זו אלא מה מכר לו ראשון לשני כל זכות שתבא לידו וכיון שמראשון אינו יכול לטרוף אף משני כן ואינו דומה לנאמנות ואפשר שדעת רבי׳ ז״ל כשביאר דבריו ואמר כל זמן שתהיה בידך וצ״ע עכ״ל והדבר פשוט דבהאי ואפשר אין יישוב להשגת הראב״ד אלא למה שהוסיף ה׳ המגיד ואמר שאין צריכין לטענה זו וכו׳ על זה אמר ואפשר ליישב שדעת רבינו וכו׳ מיהו נראה דאף השגת הראב״ד ורבי׳ אפשר ליישב ולומר דליכא למימר הכא אי שתקת שתקת וכו׳ דכיון דמפקיע כחו מצי א״ל לכי תיהדר דהא השתא מפסיד ולא גבה מידי ויתבאר בסמוך בס״ד בסימן שאחר זה סעיף א׳ והסמ״ג בעשה (דף קע״ה סוף ע״א) פסק בסתם כדברי הרמב״ם ע״ש:

סימן קיט

א ראובן שמכר כל שדותיו וכו׳ מימרא דרבא פ״ק דב״ק ופרק מי שהיה נשוי ופי׳ כל מיני שדות מכר לו עידית בינונית וזיבורי׳: ומ״ש אלא אפילו לא נשאר בידו אלא עידית יכול לגבות ממנו. נראה מדלא כתב בקיצור אלא אפילו עידית יכול לגבות ממנו מכלל דדוקא כשאין לו אלא עידית אבל יש לו עידית וזיבורית אינו גובה מן העידית דשמעון נכנס תחת ראובן בכל זכות שהיה לו בשדותיו וכשהיו ביד ראובן אם מכר בינונית ב״ח גובה מזיבורית ה״נ כשהם ביד שמעון וכן הוא בהדיא באשר״י פ״ק דב״ק ויש להקשות כי לקח לוי זיבורית ונשאר עידית ביד שמעון נימא נמי דלוי נכנס תחת שמעון בכל זכות שהיה לו לשמעון בשדותיו וכי היכי דמשמעון לא גבי מעידית אלא מזיבורית השתא נמי דלוי לקח זיבורית יגבה ב״ח מלוי ולא מעידית שביד שמעון ויש לומר דהכא חשבינן להו לנכסי שמעון לגבי נכסי לוי כבני חרי לגבי משועבדים ואין נפרעין מנכסים משועבדים וכו׳ ואף על פי דאם לקח לוי בינונית לא חשבינן לנכסי לוי משועבדים היינו משום דכיון דדיניה דבעל חוב בבינונית ושמעון נמי לאו בעל חוב הוא שהרי אף עליו מכח טירפא הוא בא הלכך אם ירצה גובה מבינונית. שביד לוי דשיעבודו עליה מה שאין כן כשלקח לוי עידית או זיבורית דכיון דעיקר שיעבודו אינו אלא בבינונית חשבינן לנכסי לוי כמשועבדים ונכסי שמעון כבני חרי. ומכל מקום כבר כתב הרב המגיד פרק י״ט ממלוה שהרמב״ן והרשב״א נחלקו בזה וסבירא להו שאם לקח לוי זיבורית ואין אצל שמעון אלא עידית טורף מזיבורית דלוי אם ירצה: ומ״ש וכן אם נשאר בינונית ביד שמעון כו׳ בפ״ק דב״ק אבל שביק בינונית דכוותה מצי א״ל הנחתי לך מקום לגבות הימנו וכתבו התוס׳ לאו דוקא קאמר הא לישנא דלא שייך למימר הכי אלא לגבי בעלים ולא לגבי לוקח ראשון ועיקר טעמא לא הויא אלא משום דמה מכר ראשון לשני כל זכות וכו׳ והוא היה יכול לדחותו אצל בינונית אחריתי אבל אי לא שבק בינונית דכוותה לא מצי לדחותו אצל זיבורית דאי משום אי שתקת יאמר לו לכי תהדר עכ״ל ביאור דבריהם דבב״ח לא מצי למימר ליה דלישקול בזיבורית מטעם דאי שתקת דכיון דמפקיע כוחו מצי א״ל לכי תהדר דהא השתא נמי מזיבורית אתה רוצה ליתן לי אלא דקשה לפי זה ממ״ש רבינו בסוף סימן זה אצל מכרן לאחד בזא״ז ולקח עידית באחרונה דאם המוכר עדיין חי כולן צריכין ליקח מהזיבורית וכו׳ אלמא דאף ב״ח שקיל מזיבורית מטעמא דאי שתקת וא״ל דהתם שאני דלא מצי למימר ליה לכי תהדר דהא ודאי דמהדר שטרא למרא כדי להפקיע עצמו מחיובא דעידית אצל נזקין דס״ס מאחר דכולן צריכין ליקח מהזיבורית כולן יאמרו לו לכי תהדר כיון דהשתא אינו רוצה ליתן לכולן אלא מן הזיבורית וי״ל דרבי׳ ס״ל דדברי התוס׳ בפ׳ מי שהיה נשוי סותרים דברי התוס׳ דב״ק שהרי כתבו וז״ל אבל לא שביק בינונית דכוותה לא מצי לדחותו אצל זיבורית דראשון נמי לא היה יכול לדחותו אצל זיבורית דאי משום אי שתקת וכו׳ הא אוקימנא התם ביתמי והך דהכא מייתי בתר הכי ומסתמא מיירי נמי ביתמי עכ״ל ע״ש (בדף צ״ב) בד״ה אבל שבק אלמא דס״ל דכשהמוכר חי אף בב״ח לחודיה כי לא שביק בינונית דכוותה מצי לדחותו אצל זיבורית כיון דראשון נמי היה יכול

לדחותו אצל זיבורית וזו היא דעת הרא״ש דכתב פ״ק דב״ק דע״כ בדיתמי איירי דאי לאו הכי א״ל אי שתקיתו ושקליתו ואפי׳ נזקין וב״ח הוי שקלי מזיבורית וכו׳ ולפי זה יש לתמוה מ״ש רבינו פה בסתמא לחלק בין שביק בינונית דכוותה ללא שביק ולא ביאר דמיירי דוקא בדיתמי וכן במ״ש בסמוך אבל קנאם בזא״ז וקנה זיבורית באחרונה וכו׳ דמשמע דוקא בקנה זיבורית באחרונה אבל קנה עידית באחרונה אפי׳ לקח לוי אותה עידית אינו יכול לגבותה מלוי כשם שלא היה יכול לגבות משמעון וכ״כ התוס׳ בפרק מי שהיה נשוי ומשמע דטעמא משום דמצי א״ל אי שתקת ולפי זה צ״ל דדוקא כשהמוכר חי מיהו אפשר דהתם אף כשמת המוכר כיון דמצי שמעון למימר לא ניחא לי בתקנת חכמים וכו׳ ואין הב״ח גובה מהעידית שלא כדינו ה״ה מלוי נמי אינו גובה מן העידית אפילו היתה אחרונה אבל הא דמחלק בין שביק בינונית דכוותה ללא שביק בע״כ צ״ל דמיירי דוקא כשהמוכר חי כדפרישית:

ב לוה שהתנה וכו׳ מידי דהוה אניזק וכו׳ וא״ת ניזק גופיה מנ״ל ואפשר לומר דדייק מהא דאיתא בפ״ק דב״ק (דף י״ד) בפני ב״ד פרט למוכר נכסיו ואח״כ הולך לב״ד ופריך שמע מינה לוה ומכר נכסיו ואח״כ בא לב״ד אין ב״ד גובין לו מהן ואסיקנא אלא פרט לב״ד הדיוטות אלמא דוקא במוכר כל נכסיו ולא הניח בני חרי קאמר בניזקי׳ דנפרעים מן הלקוחות דומיא דלוה ומכר נכסיו אבל בהניח בני חרי אפילו זיבורית אין נפרעים מן הלקוחות וע״ש בתוספות. ואיכא למידק האי לוה שהתנה במאי קמיירי אי בהתנה סתמא שיגבה מעידית שבנכסיו הא פשיטא היא דמי עדיף מאפותיקי סתם דאין נפרעין ממה שמכר ולא צריך ראייה מניזק. ואי דהתנה לא יהא לך פרעון אלא מעידית שבנכסי אם כן לא דמי לניזק אלא לאפותיקי מפורש. ונראה דודאי דמיירי דקאמר לא יהא לך פרעון אלא מעידית שבנכסי ולא דמי לאפותיקי מפורש דהתם כי אשתדוף אינו גובה משאר נכסים הלכך אי מכרה נמי טורפה אפי׳ יש ללוה שאר נכסים אבל הכא אפילו אישתדוף גובה משאר נכסים אף במכרה אינו טורפה אם יש ללוה שאר נכסים ודו״ק:

ד ראובן שהי״ל עידית ובינונית וזיבורית וכו׳ ברייתא פ״ק דב״ק: ומ״ש ואם טען כל לוקח ולוקח כו׳ כתב הרמב״ן ששומעין לו וכו׳ ור״י פירש כיון שאינו ניכר וכו׳ ויש לתמוה טובא דבספר התרומות שער ד׳ דין ח׳ מבואר דבמכרן לג׳ בני אדם בזה אחר זה ואין בשטרותיהם זמן התם דוקא קאמר הרמב״ן דכל לוקח ולוקח יכול לדחותו וכו׳ אבל כשמכרן לג׳ ביום א׳ מודה הרמב״ן דכולם נכנסו תחת הבעלים ותלמוד ערוך הוא בפ״ק דב״ק (דף ח׳) וא״כ מאי האי דכתב רבי׳ ור״י פי׳ וכו׳ דאלמא דס״ל דר״י חולק אדברי הרמב״ן והא ליתא דהרמב״ן לא קאמר אלא במכרן בג׳ ימים בזה אחר זה ור״י לא קאמר אלא במכרן לשלשה ביום א׳ דמודה ביה הרמב״ן ונ״ל דרבינו דקדק בדברי הרמב״ן שמביא בעל התרומות דטעמא דמכרן לג׳ ביום א׳ דכולן נכנסו תחת הבעלים היינו משום דלא חיישינן דילמא כתב ומסר לזה תחל׳ אלא מחזיקינן להו דנמסרו לשלשתן בבת אחת ומדין שודא דרבנן ולפי זה נמשך דבידוע דמכרן בג׳ ימים כגון ג׳ שכתוב בשטרותיהם לזה ביום א׳ ולזה ביום ב׳ ולזה ביום ג׳ אלא דלא כתוב בכמה בחודש או אפילו כתוב בכמה בחודש ולא כתוב באיזו שנה התם ודאי כיון דמכרן בזה אחר זה אלא דלא ידעינן מי קדים כל אחד יכול לדחותו וכו׳ וה״ה היכא דמכרן לג׳ ביום א׳ ואיכא ראיה דלאחד הקנה בבוקר ולב׳ בצהרים ולג׳ בערב אלא דלא ידעינן מי קדים נמי יכולין לדחותו וכו׳ ולפי זה ניחא הא דכתב רבינו ור״י פירש וכולי דהא לפי טעמו של ר״י אף בדכתב לג׳ בזא״ז בג׳ ימים כיון שאינו ניכר מתוך השטר מי קדים חל כולם כאחד ומשמע ודאי דלפר״י אפילו מביא ראיה דקדים לאו כלום הוא כיון דאינו ניכר מתוך השטר והשתא אע״ג דהרמב״ן ור״י שניהם ס״ל דבמכרם לג׳ ביום אחד כולן נכנסו תחת הבעלים וכמו שהוא תלמוד ערוך בפ״ק דב״ק מ״מ נמשך מדבריהם דפליגי היכא דמכרן לג׳ בג׳ ימים ואין מפורש בשטרותיהם זמן אי נמי במכרן לג׳ ביום א׳ וידוע דמסר וכתב לאחד תחלה ואח״כ לב׳ ואח״כ לג׳ אלא דאינו ידוע מי קודם דלהרמב״ן יכולין לדחותו ולר״י אין יכולין לדחותו דתלמודא דקאמר כולן נכנסו תחת הבעלים ודאי לא קאמר אלא היכא דאינו ידוע למי כתב ומסר תחלה וע״ל בס״ס ר״מ: הב״י העתיק מ״ש הרב המגיד פי״ט ממלוה ואם היו כל הנכסים עידית וכולי עד לפי חשבון כמו שכתבתי עכ״ל הרב המגיד וכתב ב״י וזה מסכים למ״ש רבינו בשם ר״י עכ״ל ואני שמעתי ולא אבין דהלא רבינו האי לא קאמר אלא היכא דידוע שקנו בשעה אחת ואין דנין אלא באם יגבו כולן מאחד או מכולן יחד שוה בשוה או לפי חשבון אם קנה האחד חסר או יתר וע״ז השיב רבינו האי שגובין לפי חשבון ודברי ר״י הם בידוע שהאחד קודם לחבירו אלא שאין נודע מי קדים כדפרישית וע״ל בסימן קי״א סעיף י״א ובמ״ש לשם:

סימן קכ

א (ב) המלוה מעות וכו׳ אבל א״ל המלוה זרוק חובי והפטר וזרקו אפילו רחוק למלוה ונאבד קודם שיגיע לידו פטור. בפרק הזורק שנינו וכן לענין החוב א״ל ב״ח זרוק לי חובי וזרקו לו קרוב למלוה זכה הלוה קרוב ללוה הלוה חייב מחצה על מחצה יחלוקו ובגמרא קאמר רב אסי בשם ר״י דבחוב בזרקו לו קרוב לו ונאבד דלא נפטר בכך ופריך עלה מדתנן וכן לענין החוב וכו׳ ומשני הב״ע דא״ל זרוק לי חובי ותיפטר ופריך אי הכי מאי למימרא ופריך לא צריכא דא״ל זרוק לי חובי בתורת גיטין וכולי פשט הסוגיא משמע להדיא דבא״ל זרוק לי חובי ותיפטר אם הוא קרוב למלוה זכה הלוה קרוב

ללוה חייב הלוה דהא לא אידחיא הך אוקימתא קמא אלא משום דקשיא ליה לתלמודא מאי למימרא אבל על הדין לא הקשו כלום אלמא דהדין דין אמת והשתא איכא לתמוה על רבי׳ דפסק דבא״ל זרוק לי חובי והפטר דאפי׳ רחוק למלוה פטור וברמב״ם נמי כתב בפרק ט״ז ממלוה בסתם דפטור וז״ל א״ל זרוק לי חובי והפטר וזרקו ואבדו או נשרף קודם שיגיע ליד המלוה פטור עכ״ל איברא דהרב המגיד כתב דהקשה הרשב״א לאוקימתא קמא קרוב ללוה אמאי חייב ותירץ דכי קא״ל זרוק לי חובי בתוך רשותי קאמר וכל שקרוב ללוה לא בא לרשות המלוה והכי איתא בירושלמי ואפשר שדעת רבי׳ וכוונתו כשכתב וזרקו לו ואבד וכו׳ ר״ל וזרקו לרשותו עכ״ל הנה שבא הרב המגיד לתקן הקושיא בדברי הרמב״ם שר״ל וזרקו לרשותו והוא דוחק גדול דכל כי האי הו״ל להרמב״ם לפרושי ולא דמי למאי דפירש הרשב״א דקרוב ללוה חייב היינו משום דכי קאמר ליה האי זרוק לי חובי מסתמא זרוק לי ברשותי קאמר דהתם אנן הוא דקאמרינן דמסתמא ודאי האי גברא להכי קא מתכוין במאי דקאמר זרוק לי אבל במאי דקאמר הרמב״ם וזרקו הו״ל לפרושי וזרקו לרשותו ותו איכא למידק למאי דפי׳ הרשב״א דקרוב ללוה חייב משום דכי קאמר זרוק לי חובי בתוך רשותו קאמר דא״כ לא הוה פריך מידי א״ה מאי למימרא דהא פשיטא דטובא אתא למימר לן דזרוק לי חובי זרוק בתוך רשותי קאמר ואפשר ליישב הך קושיא דלא פריך מאי למימרא אלא אמאי תנן קרוב למלוה זכה הלוה פשיטא הוא דכיון דא״ל זרוק לי בתוך רשותי וזרקו לו לרשותו כמ״ש דנפטר הלוה דהא ודאי משום דאתא לאורויי חידושא דקרוב ללוה חייב הלוה ליתני הא לחודא אבל רישא לא איצטריך זה אפשר לומר בישוב הך קושיא אלא דאכתי קשה בדברי רבינו דאי אפשר לתקן הקושיא כמו שתיקן הרב המגיד בדברי הרמב״ם דרבינו כתב בפי׳ דאפילו רחוק ממלוה פטור ונראה דרבינו כתב פסק זה ע״פ דברי התוספות שזה לשונם א״ה מאי למימרא וא״ת אדרבה תיקשי ליה אמאי קרוב ללוה חייב לוה כיון דאמר זרוק חובי ותיפטר קרוב ללוה נמי ליפטר וי״ל דמיירי מסתמא דמפרש לו שיזרוק לו למקום שיוכל לשמרו הוא עכ״ל מבואר מדבריהם דלאוקימתא קמא לא תנן מתני׳ דקרוב ללוה חייב הלוה אלא במפרש שיזרקנו לרשותו שיוכל לשמרו אבל בדא״ל סתם זרוק חובי והפטר אפילו זרקו לו קרוב ללוה נמי פטור בכל ענין אע״פ שהוא רחוק למלוה ואינו יכול לשמרו כלל וכדפסק רבינו ולא קשה למה לא כתב רבינו דבמפרש קרוב ללוה חייב שתי תשובות בדבר חדא דהא פשיטא היא ולא צריך לפרש וכדפריך תלמודא א״ה מאי למימרא ועוד מאחר דרבינו כתב להך אוקימתא בתרא דבדא״ל זרוק לי חובי בתורת גיטין דלא פירש לו בהדיא זרוק לי בתוך רשותי קאמרינן דקרוב ללוה חייב הלוה כ״ש במפרש להדיא זרוק לי בתוך רשותי שאוכל לשמרו וזרקו רחוק למלוה דחייב הלוה והשתא ע״פ דברי התוספות יתיישבו דברי רבינו בטוב טעם גם דעת הרמב״ם כך הוא באין ספק ולכן כתב בסתם דבא״ל זרוק לי חובי והפטר וזרקו ונאבד פטור הלוה דמשמע אפילו זרקו רחוק מהמלוה וה״ט דס״ל דמתניתין דתנן קרוב ללוה חייב הלוה לא תנן אלא במפרש זרוק לי למקום שאוכל לשמרו הוא אבל בדא״ל סתם זרוק לי חובי והפטר אפי׳ רחוק ממלוה פטור וכדעת התוס׳:

ג ואם א״ל וכולי עד לתוך ד׳ אמותיו של המלוה ונאבד פטור. פי׳ שזרק לתוך ד״א של המלוה וחוץ לד״א של המלוה שאם היה גם תוך ד׳ אמות של הלוה אז הוא ברשות שניהם ואיכא למידק דבמשנתינו תני בר״ה ורבינו לא הזכיר ר״ה ואפשר דלפי שהתוספות נסתפקו בזה שהרי כתבו וז״ל וקשה דרב אשי אית ליה בפ״ק דב״מ דבר״ה לא תיקנו ד״א וי״ל דהתם באין יכולים לשמרו והכא ביכול לשמרו א״נ י״ל דהכא לאו דוקא נקט ר״ה אלא בסימטא או בצידי ר״ה עכ״ל ולכך נקט רבינו סתם ונסמך על מ״ש דין זכיית ד׳ אמות לקמן בסימן רס״ח גם הרמב״ם רפט״ז ממלוה כתב בסתם: ומ״ש זרקו חוץ לד׳ אמותיו אם יכול המלוה לשמרו ולא הלוה אפילו רחוק וכו׳ כצ״ל. ואיכא למידק דהך דד׳ אמות הוי אוקימתא דרב והך דיכול לשמרו הוי אוקימתא דר׳ יוחנן דאמר קרוב לו שנינו אפי׳ מאה אמה ומשמע דאתי לאיפלוגי אדרב דקאמר קרוב לו ד״א דוקא דליתא אלא אפי׳ מאה אמה ורבי׳ כתב כדברי שניהם ונראה דרבינו נמשך גם בזה אחר דברי התוס׳ שכתבו וז״ל ה״ק רבי יוחנן אפי׳ ק׳ אמה וקשה דבפ״ק דב״ק קאמר ר׳ יוחנן ד״א דוקא וי״ל דבד׳ אמות שלה אפי׳ יכול לשמור כמוה מגורשת וחוץ לד״א צריך שתהא היא יכולה לשמרו ולא הוא עכ״ל והשתא לא פליגי רב ור׳ יוחנן אלא בחוץ לד״א דלרב בחוץ לד״א אפי׳ היא יכולה לשמרו ולא הוא אינה מגורשת ולר׳ יוחנן מגורשת אבל בתוך ד׳ אמות דמגורשת אפי׳ יכול לשמור כמוה לא פליגי ומסתמא שה״ה לענין ממון ולכן כתב רבינו אליבא דר׳ יוחנן דקי״ל כוותיה לגבי דרב דבזרק לתוך ארבע אמותיו של המלוה ונאבד פטור וכתב בסתם דמשמע אפילו יכול הלוה לשמרו כמו המלוה ובזרקו חוץ לד׳ אמותיו צריך שהמלוה יהיה יכול לשמרו ולא הלוה וכן כתב הרא״ש דליכא מאן דפליג אד׳ אמות דפשיטא שקונות לדברי הכל: ומ״ש ואם שניהם יכולין לשמרו אז הוא ברשות שניהם וכו׳. יש להקשות דהא רבי יוחנן קאמר היכא דשניהם אינן יכולין לשמור נמי נאבד לשניהם ואמאי לא כתבו רבינו וי״ל דרבינו ס״ל דשניהם יכולים לשמרו פירושו דכל אחד יכול לשמרו בלבדו ושניהם אין יכולים לשמרו פי׳ אין יכולין לשמרו כ״א לבדו אלא שניהם יחד אבל אם אין יכולין לשמרו כלל פשיטא דאינה מגורשת כלל כל עיקר וכן פי׳ התוס׳ וה״ה לענין ממון ולכך לא כתב רבינו שניהם אינן יכולים לשמרו כדי שלא נפרש פי׳ טעות אפי׳ אין יכולין לשמרו כלל וכתב בסתם שניהם יכולין לשמרו דמשמע בכל ענין בין שכ״א יכול לשמרו בלבדו ובין שאין כ״א יכול לשמרו בלבדו אלא שניהם יחד יכולין לשמרו דאין לטעות בדבריו דלא קאמר אלא היכא דכל אחד יכול לשמרו בלבדו אבל אם אינן יכולים לשמרו אלא שניהם יחד חייב הלוה דא״כ הו״ל לאשמועינן בהא

דחייב הלוה ותו לא הוה איצטריך לאשמועינן היכא דהלוה יכול לשמרו ולא המלוה דחייב המלוה דהוה ידעינן לה במכ״ש וכן אין לטעות בדבריו דלא קאמר אלא היכא דאינן יכולים לשמרו אלא שניהם יחד אבל אם כל אחד יכולים לשמרו בלבדו זכה המלוה דאם כן הו״ל לאשמועינן בהא דזכה המלוה ותו לא הוה איצטריך לאשמועינן היכא דהמלוה יכול לשמרו ולא הלוה דזכה המלוה ונפטר דהוה ידעינן לה במכ״ש וא״ת השתא דס״ל לרבינו בשאין שניהם יכולים לשמרו כלל דחייב הלוה לאשמועינן בהא דחייב הלוה והוה ידעינן במכ״ש היכא דהלוה יכול לשמרו ולא המלוה דלוה חייב וי״ל כיון דמדיוקא דשניהם יכולין לשמרו נאבד לשניהם שמעינן דהיכא דשניהם אינן יכולין לשמרו כלל הלוה חייב הו״ל כאילו כתבו רבינו להאי דינא בהדיא ותו לא איצטריך ליה למיכתבי׳ כלל: וכתב הרמב״ן דכל זה וכו׳. פי׳ הא דמחלק תלמודא בין א״ל זרוק לי חובי סתם לבין א״ל זרוק לי חובי בתורת גיטין אינו אלא היכא דכשהלוה בא ליתן לו מעותיו א״ל זרוק לי חובי ולא גילה בדעתו שאינו רוצה לקבלם לפיכך מצי א״ל זרוק לי ושמור קא״ל א״נ זרוק לי בתורת גיטין שאוכל לשמור אני ולא אתה והילכך אם נאבד חייב וכו׳ אבל אם הוא מסרב ולא רצה לקבלם וכו׳ פרעון בע״כ הוי פרעון ול״מ בזרקם לפניו אלא אפי׳ א״ל הנם צרורים ומונחים בביתי וכו׳ כיון דמסרב ואינו רוצה לקבלם כלל ונאבדו פטור ומשמע להדיא דאם רוצה לקבלם אלא שאין רוצה לילך אחריו לביתו אלא שיביא מעותיו לביתו אם נאבדו בביתו של לוה חייב לוה דפשיטא דאין זו השבה ולא דמי ללשכה שתיקן הילל דהוי שפיר נתינה והשבה כשנתנו בלשכה אבל לילך אחריו לבית הלוה לא הוה השבה כלל דעבד לוה לאיש מלוה וחייב לילך לביתו של מלוה ולהשיב את שלו בידו ובזה התיישב דלא קשה ממ״ש רבי׳ בסי׳ קצ״ח בדין מוכר שקיבל המעות וחזר בו דלאחר שקיבל מי שפרע אמר ללוקח טול מעותיך ונאנסו דפטור המוכר לדעת רב אלפס והרמב״ן הוסיף שאפי׳ הוציאם והניח אחרים תחתיהם נמי פטור וכתב עוד דיש מחלקים דאינו פטור אא״כ דזוזי דלוקח איתנהו בעין דכל זה לא מיירי אלא היכא שהמעות הם בביתו של מוכר וא״ל ללוקח תא ושקול זוזיך וקא מסרב לילך אחריו לביתו של מוכר אלא שיביאם אליו דבהכי מיירי הך עובדא דשומשמי בפרק הזהב דעליה דהך עובדא קאי הני גאונים דדוקא התם הוא דכתב רבינו לשם דהרמ״ה כתב דלא נפטר בזה המוכר אא״כ עבד השבה מעליא שמועלת במלוה ודהכי מסתבר שלא לחלק בין לוה למוכר להוציא מדברי רב אלפס והרמב״ן ויש מחלקין דמקילין טפי לגבי מוכר מלגבי לוה אבל במסרב מלקבל המעות כלל פשיטא דאפילו גבי הלואה נמי פטור אפילו א״ל הנם צרורים ומונחים בביתי וכו׳ כדכתב רבינו על שם הרמב״ן דבהא לא נחלקו עליו: ואיכא למידק בתשובת הרמב״ן שהביא בעה״ת בשער נ׳ סוף סי׳ א׳ דכתב תחלה בלוה ומלוה כשהמלוה מסרב וזרקו לפניו פטור ואח״כ כתב דמה שכתב בהלכות בעובדא דשומשמי דאע״ג דא״ל תא ושקול זוזיך איתנסו למוכר התם משום דלית ליה לקבולינהו מיניה עד דמקבל מי שפרע ועוד דההיא תא ושקול זוזך א״ל ולא שדינהו קמיה אלא בביתיה דמוכר וברשותיה מחתי עכ״ל ומביאו ב״י דמשמע מלשון ועוד דה״ק ועוד אפילו קיבל מי שפרע חייב אי מנחי בביתיה וזה סותר מ״ש רבינו ע״ש הרמב״ן בסימן קצ״ח כדפרישית ונראה ודאי דהרמב״ן לא כתב כל זה אלא לרווחא דמילתא לומר דלא דמי הא דכתב בהלכות בעובדא דשומשמי להך דלוה כשהביא המעות לפני המלוה ומסרב ואינו רוצה לקבלם דפטור הלוה כשזרקו לפניו דבשומשמי פשיטא דחייב המוכר מתרתי טעמי חדא דלא קיבל מי שפרע ותו דמנחי בביתיה ואינו ראוי שהלוקח ילך אחריו וכיון דאיכא תרתי לריעותא למוכר הילכך חייב המוכר אבל בלוה דאיכא תרתי למעליותא ללוה חדא דאין עליו שום שבועה ותו שמביא מעותיו לפניו ואינו רוצה לקבל דינא הוא דזורקו לפניו ופטור אבל מדינא בשומשמי כיון שקבל עליו מי שפרע המוכר פטור אע״פ דמנחי בביתיה להרמב״ן כדפרי׳:

סימן קכא

א שלח לו חובו וכו׳ אפילו לא א״ל פא״פ אלא ששלח לו בכתב ידו וכו׳. כ״כ התוס׳ בס״פ השואל (סוף דף צ״ח) בד״ה ואמר ליה השואל ע״ש וכ״כ בנמ״י בשם הריטב״א: ומ״ש דכיון דא״ל שלח לי ע״י עכו״ם או על ידי חש״ו פטור. פי׳ וא״צ שיאמר שלח לי ע״י עכו״ם והפטר ודלא כמ״ש בעה״ת בשם הרמב״ן עד שיאמר לו בפירוש שלח לי ביד עכו״ם פלוני והפטר עיין בב״י:

ב ואפי׳ לא יחד לו וכו׳. כן כתב הרי״ף פרק הגוזל קמא: ומ״ש אבל אם שלח לו ע״י מי שהוחזק כפרן וכו׳. פירוש אפילו ע״י מי שהביא לו הכתב הוי פשיעה מדינא ולא כתב הרי״ף בסמוך דפטור אלא ע״פ המנהג שנהגו כך תגרי אפילו בכתב לו סתם שלח לי מעותי ושלחו ע״י מי שהביא לו הכתב ואצ״ל אם כתב לו שלח ביד מי שתרצה ועיין בסמוך סעיף ז׳: ומ״ש כי בסתם לא נתכוין לפטרו אלא מהאונסין. אין פירושו אונס דשבורה ומתה ולסטים מזויין דפשיטא דאפי׳ באבידה דקרובה לפשיעה פטור כדכתב תחילה דבנאבדו פטור אלא כל שאינו פושע קרי ליה אונסין גם הרי״ף כתב ואי איתניס וכו׳ ור״ל נאבד אבל הרמב״ם בפ״ב מה׳ שלוחין דקדק וכתב בפירוש ונגנב או נאבד בדרך וכו׳ וע״ש:

ה לא עשאו שליח בעדים אלא מסר לו חותמו לסימן וכו׳. פי׳ כותבים אותיות וסימנים שהסכימו ביניהם פלוני ופלוני שיהא זה לסימן שכשיבוא שלוחו בחותם כך וכך היא הוראה שיביא לו מעותיו וכו׳. בנוסחאות מדוייקות ליתא הא דוהלך זה וכו׳ להוליכן לפלוני והוא יתרון הניכר: ומ״ש אפי׳ אינן

מעידים שעשאו שליח וכו׳. פי׳ המלוה טוען שלא עשאו שליח אלא מעצמו הלך ומדעתו עשה כך ואפ״ה ס״ל לר״י דנפטר הלוה דחזקה מי שיש לו הסימן בידו הוא שליח שלו ועל זה הביא רבינו דברי הרב רבינו משה בר מיימוני שכתב טען המלוה ואמר אני לא שלחתי כתב זה אלא אחר שלח וכו׳ דהרמב״ם מפרש מאי דקאמר אין משלחין מעות בדיוקני היינו כתב ידו שיש בו ג״כ סימנים ואותיות שביניהם ביחוד שהסכימו עליהם שיהא להם לסימן ופסק כשמואל דאין משלחין לפי שהמלוה יכול לטעון לא שלחתי סימנים ע״י שום שליח אלא אחרים זייפו ורימו בך ואפילו הוא מודה שהוא סימנו אלא שזה לא היה שלוחו לשלוח לו מעותיו לא נפטר הלוה דלא הו״ל לשלות ע״י סימן כיון שאינו מכיר כתב ידו ומ״מ מחרים סתם על כל מי ששלח כתב סימן זה וכו׳ ויש מי שהורה שמאחר שהודה שזהו כתב סימן שלו אלא שאומר אני לא שלחתיו וכו׳ יש לב״ד להשביעו שבועה חמורה כדין שאר כל הנשבעין ונוטלין ומדברי ב״י נראה שגירסת ספרו היה וכ״כ הרמב״ן ומ״ש טען המלוה מילתא באפי׳ נפשיה הוא וספר מוטעה נזדמן לפניו דאע״ג דהרמב״ן גם הוא הסכים לפסק הרי״ף בפ׳ הגוזל עצים כמבואר בספרו המלחמות מ״מ בדברי רבינו אי אפשר לגרוס כך דא״כ מאי האי דכתב טען המלוה וכו׳ הלא כבר כתב דין זה:

ז כתב רב אלפס וכו׳ עד שדרינהו ניהלי ושדרינהו ניהליה בהדי פלניא לא מיחייב וכו׳. כן צריך להגיה בדברי הרי״ף פרק הגוזל קמא ובנוסחא שבידי היום התיבות מהופכות דכתב שדרינהו ניהלי בהדי פלניא ושדרינהו ניהליה וטעות הוא אלא איפכא גרסינן שדרינהו ניהלי ושדרינהו ניהליה בהדי פלניא ופירושו ששלח לו כתב ידו וכתוב בו שישלח לו ההוא מידי ולא ייחד לו שום אדם ושלח לו על ידי ההוא פלוני שהביא לו כתב ידו ובהא פסק דלא מיחייב באחריותו אפי׳ אינו נאמן א״נ הלך במקום סכנה דהכי נהיגי תגרי לשלוח ע״י אותו שמביא הכתב בידו אפי׳ אינו נאמן ואף לאותן נוסחאות דלא כתוב בהן בפירוש בדברי הרי״ף ושדרינהו ניהליה בהדי פלניא מוכרח אתה לפרש כך דמיירי בשלח ע״י מי שמביא הכתב דאי מיירי בדשלחו ע״י אחר קשיא ממ״נ אם שלחו ביד אדם נאמן הלא מדינא פטור אפי׳ כתב לו שלח ביד מי שתרצה כדכתב הרי״ף להדיא כ״ש בכתב לו סתם שלח לי מעותי ולמה כתב דמתורת מנהג פטור ולאו מדינא ואם שלח ביד מי שאינו נאמן קשיא אמאי לא חייב באחריותו מתורת מנהג הלא הרי״ף עצמו כתב דהיכא דהתנה שישלחנו ביד מי שירצה דצריך לשלוח ביד מאן דחזי ולא כתב ע״ז מנהג לפטרו אם שלח ביד מי שאינו נאמן אלא בע״כ דהרי״ף ז״ל מיירי הכא בשלח לו ביד מי שהביא הכתב וע״ז כתב דהכי נהיגי תגרי וכתב הראב״ד עליו ובמקום שאין מנהג וכו׳ אבל הב״י מנוחתו כבוד הבין שהרי״ף לא קאמר הכא אלא בדכתב לו שלח לי מידי ע״י פלוני א״נ שלח לי סתמא ושלח לו על ידי מי שרצה ופטרו מתורת מנהג וכתב שיש בדבריו חידוש אפי׳ לא כתב ליה ע״י שתרצה אם שלח ביד מי שרצה פטור ותמה על מ״ש הראב״ד נראה שהבין בדברי הרי״ף שנתן הממון לא למי שמביא הכתב וגרם לו כל זה הספר מוטעה אלא דיש לתמוה לפי הבנתו אמאי לא הוקשה לו הך קושיא דקשיא ממ״נ כמ״ש בסמוך גם באשר״י פרק הגוזל קמא העתיק לשון הרי״ף והיכא דשדר ליה לחבריה כתבא וא״ל שדר לי מידי דאיתא לי גבך בהדי פלניא ויהבינהו ניהליה לא מיחייב באחריותיה דהכי נהיגי תגרי וכו׳ וכתב עליו לא ידענא מה הוצרך לתלות דבר זה במנהג אם יש עדים שהוא כתב ידו או אם מודה שהוא כתב ידו ואפילו רבה דאמר דהשליח שעשאו בעדים לא הוי שליח בכה״ג מודה עכ״ל הנה שהשיג עליו דכיון שכתב לו שישלח אליו ע״י פלוני וכן עשה זה ושלח לו על ידו פשיטא דפטור מדינא דזו משנה שלימה הוא בפרק השואל שלחה לי ביד בני וכו׳ וכן בשעה שמחזירה וא״צ לתלות דבר זה במנהג ואין ספק דאין ליישב השגה זו לפי נוסחא זו אבל נוסחא זו הועתקה בטעות וכצ״ל שדר לי מידי דאית לי גבך ויהבינהו ניהליה בהדי פלניא וכו׳ וכדפירשתי:

ח ואם הסכימו שניהם וכו׳. כ״כ בעל התרומות בשער נ׳ סי׳ ד׳ ע״ש הראב״ד עד שהרי צריך לישבע ליפטר ונראה דמ״ש ואם הסכימו שניהם ה״ט דאם לא הסכימו מתחלה יכול נמי לטעון אמת כתב ידי הוא זה אלא שאני לא שלחתיו בכתב ידי כי אם הכינותי כתבי זה לשלוח ולא שלחתיו א״נ כתבתי כך על ריש מגילתא ואחרים לקחו אותו כתב ושלחו והיה נאמן בשבועה אבל בהסכימו מתחלה שישלח לו ממונו ע״י מי שיביא לו כתב ידו ומודה שהוא כ״י אלא שטען שלא שלחו אלא אחרים לקחוהו ושלחו אינו נאמן מאחר שהסכים תחלה שכל מי שיביא לו כתב ידו ישלח לו ממונו וע״ל בסעיף ו׳ במ״ש אדברי הרמב״ם שהביא רבינו לשם: ומ״ש נאמן לומר אני מכיר שהוא כתב ידך ועל פי כתב ידך מסרתי לשלוחך וכו׳. נראה דמה שהצריכו לפרש בשבועה שע״פ כתב ידו זה מסרו לשלוחו ה״ט דשמא קודם שהגיע כתב ידו ליד הלוה מסרו לשליח א״כ פושע הוא אך קשה היכא דניכר לעדים שהוא כתב זה דפטור ולא צריך שבועה אמאי לא הצריכו שבועה זו דע״פ כתב ידו מסרו לשלוחו וי״ל דחששא רחוקה היא דניחוש שמא מסרו לשליח מקמי שהגיע לו כתב ידו הילכך אין להשביעו על כך אלא דהכא דנשבע שהוא כתב ידו מגלגליו עליו גם את זו שע״פ כתב ידו מסרו לשליח ולא מקמי שהגיע הכתב לידו: ומ״ש ואם הוא לוה וכו׳. מדברי רבינו נראה שמחייבין למלוה שבועה חמורה כעין של תורה אע״ג דלא קאמר אישתבע לי וה״ט דמאחר שהסכימו שניהם שישלח לו ממונו ע״י מי שיביא לו כתב ידו דומה לפוגם שטרו ואפשר דאע״פ דבפוגם שטרו אם יש בו נאמנות נוטל בלא שבועה כאן הורע כחו טפי דאיכא קצת רגלים לדבר שזה כתב ידו וכעין שובר הוא ודמיא לטענת מחילה דשומעין לו אפילו יש בו נאמנות ע״ל סימן

פ״ב וסימן פ״ד כנ״ל מדברי רבי׳ אלא דמל׳ ספר התרומו׳ דכתב אלא שיכול הוא להשביע את המלוה וכו׳ ומביאו ב״י נראה דדוקא באומר אישתבע לי יכול הוא להשביעו אבל בי דינא לא משביעין ליה אי לא אמר לוה אישתבע לי ולא דמי לפוגם וצ״ע:

ט ואם התובע מודה שהוא כתב ידו וכו׳. נראה ודאי דלאו דוקא כתב ידו אלא ה״ה באומר ללוה פא״פ שלח לי על ידי פלוני אלא שאומר לשליח איני מאמינך וכולי אלא דהשתא דמיירי בכתב ידו כתב דין זה ג״כ בכתב ידו:

י וכל זה מיירי וכו׳. פי׳ כל חילוקי דינים שכתבתי מתחלת הסימן עד הכא מיירי שהשליח אומר שנאנסו אבל אם כופר במלוה וכו׳ והיינו דקאמר בד״א שעשאו שליח וכו׳ חזר וכתב כך כדי לחלק ולומר דאם לא עשאו שליח אלא שא״ל הלוה וכו׳:

יב ומ״ש לפיכך אם אין השליח צריך לישבע וכולי עד ואם הן שנים הם עדים ופטור הלוה. הב״י תמה על זה דהיאך נסמוך על הלוה לומר שראה שעשו שליחותם ומשוינן להו עדים על פיו לאפקועי ממונא דמלוה וצ״ע עכ״ל ולפעד״נ דל״ק מידי דכיון דאפי׳ ברוצה למחול תביעתו היה כשר להעיד דין תורה אלא שחכמים אמרו לחוש בדבר שמא מתוך שהמחילה תלויה באחרים הוא מתבייש מזה שעושה עמו לפנים משורת הדין ויעזור לו וכסברת הרשב״א שהביא ב״י לקמן בסימן ק״מ בדין שובר המעיד על חזקת המחזיק ע״ש בב״י בסוף סעיף ט׳ והשתא כיון שהלוה אומר שראה שעשה שליחותו א״כ אינו מתבייש ממנו שהרי אינו עושה עמו לפנים משורת הדין דכיון דראה שעשה שליחותו פטור מן הדין ולא יעזור לו וכשר להעיד ואין חילוק בין עד אחד לב׳ עדים דכל מקום שעד אחד נאמן לחייבו שבועה ב׳ עדים נאמנים לחייבו ממון וכן פסק בעה״ת ואחריו נמשך רבי׳ בפסק זה והדין עמהם ודלא כמו שפסק ב״י בש״ע סעיף ט׳ וא״ת לפ״ז אמאי הביא רבי׳ לעיל בסי׳ ל״ז ולקמן בסי׳ ק״מ דברי ה״ר יונה לפסק הלכה שהמשכיר יכול לחזור וליתן השכירות לשוכר ויעיד והלא אין הסילוק תלוי ביד החוזר לכשרות גם עושה עמו לפנים משורת הדין ויש לומר דס״ל דגם לשם אינו עושה עמו לפנים משורת הדין שהרי אם יתן פעם אחת למערער יוציא מיד המחזיק וליכא למימר הכא פעמים שאין לו שהרי אנו רואין שיש לו והחזיר השכירות להשוכר ואף על פי דהרשב״א חולק על זה העיקר כסברת ה״ר יונה:

יג כתב הרמב״ם דוקא ששניהם לפנינו וכו׳. פ״א מה׳ שלוחין: ומ״ש וכן אם בא המלוה לבדו. נראה דרבינו דכתב כאן דברי הרמב״ם בסתם ס״ל דאף להרמ״ה שחולק על דברי הרמב״ם בתחילת סימן צ״א גבי חנוני כשבא לבדו דאינו נוטל בלא שבועה הכא מודה דהתם ודאי כיון דאינו יודע אם חייב לחנוני כלום אם כן מדינא פטור אלא תקנת חכמים הוא דחנוני נשבע ונוטל אפי׳ בא לבדו צריך לישבע אבל מלוה כיון שודאי חייב דינו כפועלים שבאו לבדם דא״צ לישבע:

יד שאלה לא״א הרא״ש וכו׳. סוף כלל ס״ט: ומ״ש אם יש חילוק בין הולך וכו׳ נראה דהוה ס״ל להשואל לחלק בין היכא שראובן תופס המנה בידו ומוסר אותה ביד לוי וא״ל הולך מנה זו לשמעון התם הוא דזה וזה נשבע אבל הכא דלוי היה חייב לראובן מנה כיון שלא מסר לו המנה עתה מיד ליד לתת לשמעון אלא א״ל תן לו המנה שאתה חייב לי שמא אין השליח חייב לישבע ועל זה השיב הרא״ש דלא מצינו חילוק בין הולך לתן אלא לענין קנייה דאיכא למ״ד הולך לאו כזכי ותן כזכי אבל לענין השבועה אין חילוק ביניהם עיין סוף כלל ס״ט:

טו כתב הרמב״ם שלח המלוה וכו׳ ואיני מבין דבריו וכו׳. ל׳ הרמב״ם ספ״א מהל׳ שלוחין הכי איתיה לוי שבא בשליחות ראובן ולוקח חמשים משמעון ובא ראובן ואמר לא שלחתיו ליקח אלא כ׳ וכ׳ בלבד הביא הרי ראובן נשבע שלא שלחו אלא להביא כ׳ וכ׳ בלבד הביא לו כדין כל מודה מקצת ולוי נשבע היסת שהחמשים שנתת לי נתתי לראובן וישלם שמעון מביתו אם היה חייב לראובן וכן כל כיוצא בזה עכ״ל והב״י כתב ליישב הקושיא שהקשה רבינו דמה ענין זה למודה מקצת דלצדדין קאמר הרמב״ם דתחלת דבריו הם ששלח ראובן לומר לשמעון שילוה כך דינרים דהשתא הוי מודה במקצת וסוף דבריו שאמר וישלם שמעון מביתו אם היה חייב לראובן זהו כששלח ראובן לגבות חובו משמעון והכי דייק לישניה שכתב וישלם שמעון אם היה חייב לראובן משמע דעד השתא מיירי בשאינו חייב לראובן וכ״כ בספר בדק הבית וטעמו לומר דכיון שלא עשאו שליח על יותר מעשרים א״כ כל מ״ש ללוי יותר על עשרים לא הוי כהגיע לידו וראובן טוען ודאי לא פרעתני ושמעון הו״ל כטוען איני יודע (מה) פרעתיך ולכן חייב שמעון לשלם כל חובו אחר שישבע ראובן שלא קיבל אלא עשרים ע״כ ונראה דאף לפי פירושו זה לא התיישבו סוף דברי הרמב״ם דכיון דשלוחו הוא איהו דאפסיד אנפשיה למנות שליח שאינו הגון והלוה ירד ברשות ליתן לשלוחו החוב ונפטר אכן לפע״ד נראה ליישב דברי הרמב״ם גם לפי הלשון שהעתיק ב״י ואין צריך לדחוק דלצדדין קאמר אלא תחלת דבריו הם בין ששלח שלוחו ללוות משמעון ובין ששלחו לגבות חובו משמעון דמכל מקום כיון שאין כאן עדים דעשאו שליח שבא בלא הרשאה וכמו שפירש המרדכי בפרק הגוזל קמא גם לא הודיע המלוה ללוה שהוא שלוחו לא בע״פ ולא בכתב אלא הלוה האמין לזה שהוא שלוחו של מלוה השתא אין לו דין שליח של מלוה וכל מה שנתן לוה ליד זה לאו בתורת שליח של מלוה נתן לידו אלא שלוחו של לוה הוא וכל דין שליח של לוה כשעשה שליח להוליך מעות למלוה דייניגן ליה להאי ולכן המלוה נשבע ונוטל מן הלוה והשליח שנעקר משליחות

ששלחו המלוה ונעשה שלוחו של לוה הוא תובע את המלוה שנתן לידו חמשים והמלוה אינו מודה אלא בעשרים ונשבע כדין כל מודה במקצת ונפטר מתביעת השליח והכי משמע להדיא לישנא דהרמב״ם שכתב לוי שבא בשליחות ראובן ולקח חמשים משמעון וכו׳ מבואר להדיא מלשונו שלא היה כאן שום ידיעה שהוא שלוחו של ראובן ואפילו דמות דיוקנו לא ראה הלוה כי אם שלוי בא בשליחות ראובן ואמר אני שלוחו ולקח חמשים משמעון וכו׳ והדברים ברורים כשמש והדין דין אמת ורבינו הבין דהרמב״ם מיירי היכא שהיה ידוע בעדים שהוא שלוחו של מלוה דבזה צדקו דברי רבינו דנשבע הלוה ויפטר כיון שירד ברשות לתת לשלוחו ואיהו הוא דאפסיד אנפשיה וחלילה שהרמב״ם יחלוק אזה דהדין דין אמת כמ״ש רבינו כשהוא שליח נעשה בעדים או א״ל פא״פ או בכתב אלא דקשה אדברי רבינו שפסק כאן דנשבע הלוה ויפטר ולמעלה כשהשליח כופר במלוה פסק דהלוה מקבל עליו חרם סתם שמסרם ליד השליח ואפשר דהתם כיון דעשאו שליח לגבות כל החוב ולוה טוען ודאי שנתן לו כל החוב הו״ל מלוה שמא ולכן אין על הלוה אלא חרם סתם אבל כאן גם המלוה טוען ודאי לא עשיתיו שליח אלא לגבות חצי החוב ולא הביא לי אלא חצי החוב ואתה נשארת לי חייב עוד חצי החוב בברי הילכך הלוה ישבע ויפטר:

סימן קכב

א אע״פ שלוה ששלח וכו׳ עד שיש לו לחוש שמא ביטל המלוה את השליחות או מת שאילו מת או ביטל וכו׳. כ״כ הרא״ש פרק הגוזל קמא ואיכא למידק דבפרק כל הגט תנן המביא גט והניחו זקן או חולה נותן לה בחזקת שהוא קיים אלמא דלא חיישינן שמא מת וביטל השליחות וכדפי׳ רש״י הטעם דמדאורייתא נפקא לן בהכל שוחטין דהעמד דבר על חזקתו י״ל דדוקא לגבי איסורא אזלינן בתר חזקה או רובא אבל אין הולכין בממון אחר הרוב כדאיתא ר״פ המוכר פירות וה״ה אחר החזקה ועי״ל אפילו את״ל דאיכא דוכתא דבממון נמי הולכין אחר הרוב כדכתבו התוספות רפ״ק דסנהדרין (דף ג׳) בד״ה ד״מ לא וה״ה אחר החזקה הכא אין לנו לכופו ללוה שחשש ליתן לשליח שמא ימות המלוה ויגיע לידי הפסד ושינה רבינו הלשון דבראשית דבריו הזכיר המיתה לבסוף ואח״כ הזכיר מיתה בתחלה דה״ק לא מיבעיא שיש לו לחוש לביטול אלא אפילו למיתה לפי שיגיע לידי הפסד ל״מ במת אלא אפילו בביטול אבל בעל העיטור כתב דבביטול לא יגיע לידי הפסד וס״ל דהא דא״צ ליתן לשלוחו כשלא בא בהרשאה אינו אלא משום חששא דמיתה בלחוד אבל להראב״ד והרא״ש בביטול נמי יגיע ע״י הפסד וקאמר בין לבעל העיטור בין להראב״ד והרא״ש כיון דאיכא עכ״פ חששא והפסד בין למר בין למר לפיכך עצה טובה וכו׳ ואף על פי דלהרא״ש בתשובה שהעתיק רבינו בסמוך דס״ל דנתבטלה ההרשאה כשמת אפשר שיגיע לידי הפסד אין זה אלא בהרשאה שלא כתב בה דהקנה לו אג״ק אבל בהקנה לו אג״ק ליכא למיחש למידי דלהכי כתב רבינו הכא בסתם דבהרשאה ליכא למיחש למידי אפי׳ לשמא ימות ליכא חששא כלומר דלמאי דמשמע מפסקיו אפילו בהרשאה דלית בה אג״ק ולמ״ש בתשובה דוקא בהרשאה דאית בה אג״ק ליכא למיחש כנ״ל אבל הב״י כתב וז״ל ולפיכך עצה טובה וכו׳ בפ׳ הגוזל עצים גבי עובדא דר׳ אבהו ואלא מאי תקנתיה א״ל ניקנינהו ניהלך אגב ארעא ותא את כתב לן התקבלתי עכ״ל ב״י נראה מדבריו שמפרש דברי רבינו דעצה טובה דהרשאה היא דהשתא ליכא למיחש למידי דאפילו מת לא נתבטל משום דהקנה לו אג״ק ותימה רבה דהלא לא הזכיר רבינו אג״ק אלא לבסוף כשהביא תשובת הרא״ש שנתבטל כשמת כתב דבכתב אג״ק לא נתבטל אבל עכשיו לא הזכיר רבינו אלא סתם הרשאה דכותבין בה זיל דון וכו׳ ומשמע דלית בה אלא קנין גרידא בלא אג״ק והיינו אורכתא דר״פ מרובה ואע״פ דעכשיו נהגו בכל הרשאה לכתוב בה גם אג״ק מ״מ בתלמוד ובפוסקים הרשאה לחוד ואג״ק לחוד ורבינו השתא מדבר בסתם הרשאה וכ״כ ב״י גופיה בסמוך נמצאו ג׳ חילוקים וכו׳ מבואר בדבריו שגם הוא סובר דהרשאה לחוד ואג״ק לחוד לכן נראה כדפי׳ דרבינו כתב השתא סתם הרשאה וכוונתו לצדדין דלפסקיו אפי׳ בהרשאה בלא אגב קרקע ולתשובתו דוקא דכתב בה אגב קרקע:

ד ומה שכתב רבינו ע״כ כתב א״א הרא״ש וכו׳ ה״פ דכיון דצריך לפרש הא דאין כופין ללוה ליתן לשליח בעדים אע״פ דשלוחו כמותו לכל דבר ואם נאבד אינו חייב באחריותו בע״כ דהטעם הוא דחיישינן שמא ביטל השליחות או מת וכו׳ ויפסיד הלוה ע״י כפייה זו אבל בבא בהרשאה לא יפסיד אפילו ביטל או מת על כן כתב הרא״ש דכשכתב לו בהרשאה זיל דון וכו׳ תו לא מצי לבטל ליה דאי איתא דמצי לבטל ליה ואפ״ה אם נאבד פטור הלוה א״כ אפילו בלא בא בהרשאה נמי אף על פי דמצי לבטל השליחות לא יהא חייב באחריותו ומ״ש שליח בעדים בלא הרשאה משהוא בא בהרשאה אלא ודאי כל היכא דמצי מבטל ליה אם נאבד חייב הלוה אבל בא בהרשאה דלא מצי מבטל ליה הילכך אם נאבד פטור הלוה והיינו טעמא דלא מצי לבטל ליה דהוי כאילו נתנם לו במתנה אבל הרמב״ם ורב אלפס משם ר׳ יהודאי ס״ל דאפילו בא בהרשאה מצי לבטל השליחות ואפילו לפי דבריהם כתב הרא״ש אם דן ע״פ ההרשאה דיניהם דין וכן אם נאנס פטור הלוה ונראה שדעת הרא״ש הוא לפרש לפי דבריהם כיון דבע״כ צ״ל אם דנו על פי ההרשאה דיניהם דין ונזקקין ב״ד וכו׳ א״כ מזה נמשך ג״כ דאם נתן לו הממון ונאנס פטור דאם היה חייב הלוה באחריות ודיניהם דין א״כ היה ביטול

השליחות לחצאין אלא ודאי כיון דנזקקין ב״ד לדון וכו׳ גם אם נאנס פטור אלא דמ״מ לכתחלה ודאי אם ידע שביטל השליחות אין לו לירד לדין ולא ליתן לו ואם עבר אין דיניהם דין ואם נאנס חייב באחריותו כך היה מפרש לפי דבריהם:

ו ומ״ש רבינו ואם מת המרשה [וכו׳] היה נראה לפי סברת א״א הרא״ש וכו׳ פירוש כיון שכתב בפסקיו דבהרשאה לא מצי לבטל השליחות דהוי כאילו נתנם לו במתנה השתא ודאי נראה דלא נתבטלה המתנה במותו דמאי שנא משאר מתנה דג״כ לא נתבטלה במותו וא״כ לפ״ז אפילו לא כתב דהקנה אג״ק מועיל וכ״כ במרדכי פרק מרובה דביומי דר׳ אבהו אמרו אין תקנה אלא דליקנו ליה אג״ק ושוב אתו נהרדעי ותקנו דא״צ אג״ק אלא זיל דון ואפיק לנפשך ומועיל כאילו הקנו אג״ק עכ״ל. וצריך לי עיון בדברי רבינו שהבין שהרא״ש כתב כהראב״ד דלא כבעל העיטור והוא מדכתב הרא״ש דהא לא כייפינן ללוה שיתן המעות לשליח בעדים בלא הרשאה היינו משום דחיישינן שמא יבטל המפקיד שליחות השליח בפני עדים אלמא משמע דאם ביטל שליחותו ונאבד חייב הלוה באחריותו דא״כ קשה מנ״ל להרא״ש לפרש לפי דברי האלפסי ע״ש רב יהודאי דבהרשאה דמצי לבטל השליחות ולהרשות לאחר מ״מ אם נתחייב השליח בדין א״נ נאנס הממון פטור הלוה ודילמא לרב יהודאי דין הרשאה כדין שליח בעדים בלא הרשאה להרא״ש דכי היכי דס״ל להרא״ש בלא הרשאה דכיון שיכול לבטל השליחות אם ביטל ולא ידע ונאנס חייב הלוה באחריותו ה״נ דין הרשאה לרב יהודאי ועיקר תקנת ההרשאה אינה אלא שיוכל לתובעו לדין ולא מצי למימר ליה לאו בעל דברים דידי את וגם המלוה חייב לקיים הדין אם נתחייב השליח בדין משא״כ בשליח בעדים בלא הרשאה דא״צ לקיים הדין וגם הלוה מצי א״ל לאו בעל דברים דידי את אבל לענין ביטול מצי מבטל ליה ואם נאנס חייב הלוה באחריותו ואין שם עצה אלא להקנות לו הממון אג״ק ואע״פ דמדברי הרמב״ם משמע להדיא דס״ל דאע״ג שיכול לבטל השליחות מ״מ אם ביטל ונאנס פטור הלוה וכמו שהעתיק רבינו בסימן קכ״ג סעיף ז׳ וז״ש רבינו כאן וכ״כ הרמב״ם מ״מ מנ״ל להרא״ש לפרש כך לרב יהודאי ולרב אלפס ולפיכך נראה לפע״ד דלא כדברי רבינו אלא סברת הרא״ש היא כדברי בעל העיטור דבשליח בעדים נמי אפילו אם ביטל השליחות וזה לא ידע ונתן הממון לשליח ונאנס דפטור הלוה דאין לו להפסיד בשביל חזרתו כדמשמע מל׳ הרי״ף שכתב בסתם גבי שליח בעדים דאם נתן הלוה הממון לידו נפטר מאחריות הדרך דמשמע בין ביטל שליחותו ובין לא ביטל אלא דעל מ״ש הרי״ף דאם אינו רוצה ליתנם לשליח לא כייפינן ליה הקשה הרא״ש כיון דפטור מאחריות הדרך ושלוחו של אדם כמותו לכל דבר למה לא כייפינן ליה ותירץ על זה דחיישינן שמא יבטל המפקיד שליחות השליח בפני עדים ורצונו לומר דאע״פ דאם נאנס הממון פטור הלוה מ״מ אנן ב״ד חיישינן לפסידא דמלוה ולפיכך היכא דהלוה אמר לאו ב״ד דידי את דשמא ביטל שליחותו לא כייפינן ליה ללוה להפסיד למלוה ולכן פי׳ הרא״ש גבי הרשאה לרב יהודאי דאף ע״ג דמצי לבטל ההרשאה מ״מ אם דן ע״פ ההרשאה כשהלוה לא ידע הדין קיים וגם אם נאנס הממון פטור הלוה כדין שליח בעדים בלא הרשאה להרא״ש וכמ״ש הרמב״ם להדיא גבי הרשאה ומתוך מה שכתבתי מוכרח אתה לפרש בדברי הרא״ש שכתב אבל כי כתב ליה זיל ודון ואפיק לנפשך הוי כאילו נתנה לו במתנה ושוב לא מצי מבטל ליה רצונו לומר דכייפינן ליה ללוה ליתנו לשליח דליכא למיחש לפסידא דמלוה דילמא ביטל שליחותו כיון דאפילו אם ביטלו אינו מבוטל כלל דליכא לפרש דאינו אלא לענין דאם ביטלו ואח״כ נתן לו הממון כשלא ידע דבטלו לא מצי המרשה לומר כבר ביטלתי שליחותו כמו שפירש ב״י דהא אפי׳ שליח בעדים לא מצי למימר כבר ביטלתי שליחותו ואם נאנס פטור הלוה דבשליח בעדים לא כייפינן ליה כיון דאם ביטלו מבוטל דחיישינן לפסידא דמלוה אבל בבא בהרשאה אם ביטלו אינו מבוטל והילכך כייפינן ליה כדפי׳ אלא ודאי הבנת רבינו בדברי הרא״ש בזה הוא דאמת דבהרשאה אינו יכול כלל לבטל אבל במה שהבין רבינו בדברי הרא״ש בשליח בעדים דאם ביטל השליחות ולא ידע הלוה ונתן לשליח ונאנס דחייב באחריותו ליתא אלא סברת הרא״ש כסברת בעל העיטור כדפירש׳ אכן ודאי השגת ב״י על רבינו היא צודקת לפי הבנת רבינו בדברי הרא״ש גבי שליח בעדים דאם ביטל ונאנס חייב באחריותו דא״כ לפ״ז גבי הרשאה איכא למימר דס״ל להרא״ש דאם ביטלו ונאנס אינו חייב באחריותו כיון דלא ידע דביטלו אבל אה״נ דאם ביטלו מבוטל וכרב יהודאי אבל למאי דפרישית דהאמת הוא דלגבי שליח בעדים נמי אינו חייב באחריותו להרא״ש א״כ בע״כ דגבי הרשאה אם ביטלו אינו מבוטל כלל להרא״ש דלא כרב יהודאי ודוק: ומ״ש ב״י בשם הרא״ש בתשובה כלל ס״ב דשליח שוויה ויכול להרשות כמה שלוחים יש לתמוה דהלא מפורש בדבריו סימן ד׳ שהשאלה היתה על מי שעשה מורשה בהרשאה וחזר והרשה לאחר והתנה באחרונה שלא תתבטל ההרשאה הראשונה באיזה מהם יגבו או בשניהם והשיב דאף ע״פ שצריך לכתוב זיל דון וכו׳ וכבר נתנה להראשון קמ״ל דשליח שוויה ויכול להרשות כמה שלוחים עכ״ל ולא הזכיר בדבריו היכא דביטל השליחות ולעולם ס״ל דאינו יכול לבטל השליחות: ומ״ש ואם מת המרשה וכו׳ להאי פי׳ בבא בהרשאה בלא אג״ק כתב בתשובה שנתבטלה השליחות אבל באג״ק כבר זכה בו והוא שלו דאפילו אם מת המשלח לא זכי בו יורשיו ולכתחלה יתן הממון לשליח ואצ״ל דאם לא ידע דמית ונתן הממון ונאנס דפטור על זה כתב בתשובה מיהו קשה דמנ״ל הא דמעובדא דר׳ אבהו בפ׳ הגוזל קמא לא שמעי׳ אלא לענין אחריות הדרך אם נתן ונאנס דפטור הלוה אפילו אם מת כאילו בא ליד המלוה מחיים אבל ליתנו לכתחלה אחר שמת ליד השליח מנ״ל והכי משמע מל׳ הרא״ש בפרק הגוזל קמא שכתב אלא ניחא ליה לאתויי תקנתא מעלייתא דאפילו מת המשלח יפטר הנפקד אלמא דוקא לענין שיהא הנפקד פטור אם

נתן ונאנס ביד השליח אבל לכתחלה לא ועיינתי בתשובת הרא״ש כלל ס״ב סימן א׳ כתוב שם להדיא כדפרישית וז״ל יראה כיון שמת המרשה בטלה השליחות ואין המורשה יכול להוציא מיד לוי כלום דכיון שמת פקע כח המרשה ונפל הממון לפני היורשים והא דאמר בפרק הגוזל קמא ר׳ אבהו מסיק זוזי וכו׳ עד אלא זיל וניקנינהו לך אג״ק אלמא היכא דקני ליה אג״ק לא חיישינן אם מת היינו לענין אחריות הדרך אם נאנס וכו׳ אבל היכא דמית ודאי בטלה השליחות ולא יתן הממון אלא ליד היורשים וכו׳ עכ״ל אלמא להדיא דנשאל היה ע״ד הרשאה שכתוב בה אג״ק כמנהג שלנו והשיב דלא מהני אג״ק אלא לענין אונסין אם כבר נתן ולא ידע שמת אבל לכתחלה לא יתן הממון אלא ליד היורשין אכן בנוסחאות אחרות כתובה תשובה זו בסגנון אחר דלא כתוב בה והא דאמרינן בפרק גוזל בלשון קושיא אלא דאמרינן בפ׳ הגוזל וכו׳ וראיה הביא לפסק שלו מדאמר דבעינן אג״ק לענין אחריות הדרך אם נאנס אלמא דבלא אג״ק היכא דמית ודאי בטלה השליחות ולא יתן הממון אלא ליד היורשין וכן העתיק ב״י לשון תשובה זו ולפ״ז אין חילוק בין דיעבד לכתחלה אלא בין אג״ק להרשאה בלא אג״ק והרא״ש לא השיב אלא על הרשאה שלא היה כתוב בה אג״ק וכך מצאתי בתשובות הנדפסות שנת שס״ז שכתוב בה להדיא אבל בדלא אקנוה ליה באגב היכא דמית ודאי בטל השליחות ולא יתן הממון אלא ליד היורשים ונוסח זה היא נוסחת רבינו ולכך הביא ראיה מתוך התשובה ולא ממ״ש בפסקיו דלא משמע מדבריו שם אלא דבאגב קרקע נפטר הנפקד מהאונסים אבל אפשר דלכתחילה לא יתן לשליח וכדפרישית אבל בתשובתו מבואר דבאג״ק אפילו לכתחילה יתן ליד השליח ולא ליורשין דלא כתב דיתן ליורשין אלא בהרשאה בלא אג״ק ובזה התיישבה הגהת מהר״ם איסרלש שכתב אהיכא שכתב בהרשאה אג״ק דכשידוע שמת לא יתנו לשליח ע״ש סעיף א׳ והיינו ע״פ נוסחא הראשונה בתשובת הרא״ש וכך ראיתי בס׳ דרכי משה שהעתיק נוסחא זו לפסק הלכה והיא מכוונת עם מאי דמשמע מפסקיו ודלא כמ״ש רבינו:

ז והרמ״ה כתב וכו׳ נראה דקאי למאי דסמיך ליה בדכתב בהרשאה אג״ק וטעמו דמשמע בעובדא דר׳ אבא דדוקא לענין דיעבד אם כבר נתן ונאנס מועיל אג״ק דפטור אבל לא לכתחילה וכדפרישית ולפ״ז צ״ל דגם הראב״ד לא כתב דבמת לא נתבטלה ההרשאה אלא היכא דלא ידע שמת ונתן הממון ונאנס התם הוא דפטור אבל בידע דמת לא יתן ליד השליח אלא ליד היורשין וכדברי הרמ״ה והיינו נמי בהרשאה דכתב בו אג״ק ולפ״ז צ״ל נמי דהא דס״ל להראב״ד שאילו היה חי היה יכול לבטלה היינו לומר דאפילו לא ידע ונאנס חייב הלוה באחריות הדרך והכי ס״ל להראב״ד בשליח בעדים דאם ביטל השליחות ולא ידע ונאנס דחייב באחריות הדרך כמ״ש רבינו משמו בתחילת סימן זה ופשיטא דה״ה נמי בבא בהרשאה דכיון דאם בטלו מבוטל א״כ כשנתן הממון והוא לא ידע ונאנס חייב דמ״ש הא מהא וכמ״ש בסמוך ראש סי׳ זה אלא דבמת ס״ל דבדלא ידע פטור כדפי׳ וקצת תימה דלהרא״ש ס״ל כשהיה חי אינו יכול לבטל ההרשאה אפי׳ לא כתב ביה אג״ק וכשמת נתבטלה כשאין בה אג״ק ולהרמ״ה ולהראב״ד כשהיה חי יכול לבטלה אפילו כשיש בה אג״ק וכשמת לא נתבטלה בדלא ידע וכ״ז דלא כפי׳ ב״י שהסכים לבסוף דמה שכתב רבינו בשם הרמ״ה והראב״ד חזר לענין ראשון בהרשאה בלא אגב קרקע ודו״ק:

ח המרשה את חבירו וכו׳ כ״כ הרמב״ם פ״ג מהלכות שלוחין ועיין בב״י:

ט ומ״ש והרמ״ה כתב שא״צ להקנות לו בקנין אג״ק כו׳ נראה דקאי על מ״ש רבינו דאם לא כתב לו כלל ונתן ונאבד פטור ובא לומר דהרמ״ה נחלק על זה שהרי כתב שא״צ אג״ק וכו׳ אלמא דקנין מיהא צריך ובדכתב ליה זיל דון וכו׳ דאי לא כתב ליה כלל ונתן ונאבד חייב באחריותו דאל״כ הוה ליה לאשמועינן דלא בעי קנין וכתיבה כל עיקר אלא ודאי אג״ק הוא דלא צריך הא קנין כתיבה צריך:

י תשובה לרב אלפס וכו׳ עד כיון שכתוב בה סב סב וזכי חדא מילתא היא משמע דלכתחילה צריך למיכתב ביה זכי וה״א בגמרא ובאלפסי ובאשר״י פ׳ מרובה והרמב״ם רפ״ג דה׳ שלוחין אלא דכתב הרמב״ם דכיוצא בעניינים אלו אלמא דלאו דוקא לשון זה וכך נהגו עתה שלא לכתוב אלא דון ואפיק לנפשך וכמ״ש רבינו והב״י הביא תשובת הרשב״א דבלישנא אחרינא נמי דמשתמע מיניה דמקני ליה מהני ושפיר דמי:

יד וכתב הר״א דוקא שליש וכו׳ נראה דה״ט דבהקנה לו שליש או רביע אם לא ידון עמו על הכל לא יהא נודע שלישו או רביעו הלכך צריך לדון עמו על הכל ומה שיתחייב ע״פ הדין יטול לעצמו שלישו או רביעו אבל אי כתב ליה ק׳ דינרין לא נפקא לן מידי בדידעינן כמה יתחייב לו שהרי בין ברב בין במעט הקנה לו ק׳ דינרין בלבד:

טו שאלה קרקע שאינה עושה פירות פירוש עתה בשעה שהגבו לו קרקע זו לא היה עליה פירות ומש״ה היה רוצה לבטל השומא באומרו שהיה צריך הרשאה כיון שגבה קרקע שאין בה פירות הו״ל כאילו היה דן אקרקע שאין בה פירות אבל אין פי׳ ארץ גזירה שאין עושה פירות לעולם דא״כ אין הב״ח נוטל הימנו כדלעיל סוף סימן ק״ח: ומ״ש הרי המעות וכו׳ נראה דדעת הרא״ש היא דדוקא בשהיה דן על הקרקע שאין בה פירות צריך הרשאה אבל כשהיה החוב במעות והמעות שבשטר עומדין לפירות וריוח כל שעה ושעה חשוב כאילו היה דן על הקרקע שיש בה פירות ואעפ״י ששמו לו קרקע שאין בה פירות מ״מ כיון שהיה דן עמו על החוב שהיה במעות שעומדין לפירות וגם עתה יכול למכור קרקע זו וליקח דבר שעושה פירות חזרו המעות

לאיתנם הראשון שהיו עומדין ליהנות מפירותיהן משא״כ כשהיה הדין מתחלה אקרקע שאין בה פירות דאעפ״י שיכול ליקח בהן דבר שעושה פירות צריך הרשאה דתרתי בעי וס״ל לרבינו דרבינו האי חולק על זה דמדכתב בסוף דבריו אף על גב דכל דבר ראוי לימכר וכו׳ משמע דאפי׳ כשהיה דן על שאר מטלטלין שראוי למכור מיד בכל מקום וליקח בהם קרקע שיש בה פירות אפ״ה צריך הרשאה ה״ה כשהיה דן על החוב שבמעות דמה לי מעות מה לי שאר דבר דדוקא קרקע שיש בה פירות בעינן ולא שאר דבר מיהו יש לדחות דשמא במעות מודה רבינו האי להרא״ש ועיין בתרומת הדשן סימן שי״ב:

יז שני שותפין וכו׳ בפ׳ מי שהיה נשוי אמר רב הונא הני תרי אחי ותרי שותפי דאית להו דינא בהדי חד ואזיל חד מינייהו בהדי׳ לדינא לא מצי אידך למימר ליה לאו ב״ד דידי את אלא שליחותיה קעביד ולא אמרן אלא דלא איתיה במתא אבל איתיה במתא איבעי ליה למיתי ודברי רבי׳ הם ע״פ פירוש רש״י והרמב״ם פ״ג מהלכות שלוחין והרא״ש לשם אבל הסמ״ג בעשה פ״ב (דף קס״ט ע״א) כתב וז״ל א״ר הונא ב׳ אחין או ב׳ שותפין שיש להם דין עם אחד מבני העיר והלך אחד מהם והלך הנשאר לדין מעשיו קיימין כאילו עשאו שליח אבל אם ישנו בעיר צריכים לבא שניהם עכ״ל. ונראה דקמפרש הא דקאמר לא מצי אידך וכו׳ הכי פירושו לא מצי הנתבע למימר לאו ב״ד דידי את לחודך אלא נמתין עד שיבא חבירך ויתבעני עמך אלא אמרינן דשליחותא דחבריה קא עביד השתא בתביעתו וקאמר עלה ולא אמרן וכו׳ פי׳ הא דאמרן דלא מצי הנתבע למימר הכי אינו אלא בדליתיה לחבריה התובע במתא אבל איתיה במתא צריך ליה למיתי דמצי הנתבע למימר לההיא שותף דקא תבע ליה חברך לא יעיז כ״כ כנגדי בטענות שקרים ועל כן לא אשיב לך עד שיבא חבירך ואעפ״י דרש״י וכל שאר הפוסקים לא פירשו כך מכל מקום הדין ודאי דין אמת ולא מצינו חולק על הדין אלא נחלקו בפי׳ הלכה בלבד וכל הפירושים עולים אליבא דהלכתא גם תחילת דברי רבינו שכתב יכול אחד מהם לתבוע הכל ואין יכול לומר זה לאו ב״ד דידי את דודאי שלוחו הוא הוא על פי פירוש ספר המצות וזה גם הרמב״ם כתב כן כי רש״י והרא״ש לא פירשו כך ועיין לקמן בסי׳ קע״ו סעיף ל״א: כתב ב״י סעיף י״ב הא דקי״ל שליח שווייה ה״מ בשלא הקנה לו אגב קרקע אבל כתב בהרשאה שהקנה לו אג״ק שלו הוא לגמרי והוא שלא תהא מלוה שאינה נקנית באגב עכ״ל ולא נהירא שהרי הרא״ש כתב אסתם הרשאה דלית בה אג״ק דהוי כאילו נתנה לו במתנה ואפ״ה אסיקנא דשליח שווייה אלמא דאומדנא דדעתא הוא דלא שווייה כי אם שליח ולא הקנה לו קנין גמור והלכך אפי׳ כתב לו אג״ק נמי שליח שווייה והכי מוכח בתשובת הרא״ש כלל ס״ב סי׳ א׳ לפי נוסחא דגריס בה והא דאמרי׳ כו׳ בלשון קושיא אכן דעת רבינו היא כמ״ש ב״י עיין במ״ש למעלה סוף סעיף ו׳:

סימן קכג

א מדינא דגמרא בפרק מרובה תחלת (דף ע׳) ללישנא קמא אמרי נהרדעי לא כתבינן אורכתא אמטלטלי משום דאמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולים להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו וכתבו התוספות דדוקא אמטלטלי דגזילה לא כתבינן כדיהיב טעמא משום דר״י ופי׳ רש״י הואיל ואינו ברשותו אינו יכול להקנותו לשליח הלכך אם אבד יכול לחזור ולתבוע מיד הנאמן עכ״ל וכתב ב״י ותמיהא דאפילו אין בידו הרשאה אלא שעשאו שליח לקבל ממנו חובו ונתנו לידו ואבד פטור הנאמן שהרי על פיו נתן וכמו שנתבאר בסי׳ שלפני זה וצ״ע עכ״ל ויש לתמוה על תמיהתו דבחוב ודאי יכול לעשות שליח וגם להקנותו לשליח ע״י הרשאה ופטור הנאמן אם על פיו נתן אבל במטלטלין דגזילה אעפ״י שיכול לעשות שליח בלא קנייה מ״מ זה שהקנה לו ע״פ ההרשאה גרע טפי דכיון שאין יכול להקדישן אין יכול להקנותן לשליח וכיון שהנאמן לא נתנן לשליח אלא על פי קניינו של זה שהקנה לשליח בהרשאה זו והיא אינה קנייה אם כן כל מה שנתן הנאמן לשליח אינו אלא כאילו הנאמן עשאו שליח והוא שלוחו של נאמן הלכך אם אבד חייב הנאמן לשלם זאת היא דעת רש״י. ותו איתא התם איכא דאמרי אמרי נהרדעי לא כתבינן אורכתא אמטלטלי דכפריה טעמא דכפריה דמיחזי כשיקרא אבל לא כפריה כתבינן ופירש״י דכפריה אם תבעיה מפקיד לנאמן בב״ד וכפר בו והרי״ף ז״ל הביא לישנא בתרא ולא הביא לישנא קמא ואף ע״ג דהרא״ש תמה עליו דהא קי״ל כרבי יוחנן וזה הפך לישנא בתרא דבלא כפריה כתבינן בין אפקדון ובין אגזל ולא חיישינן להא דרבי יוחנן כבר נתיישבה תמיהה זו במה שפירש ר״ת בתוספות דודאי קי״ל כר׳ יוחנן וכי היכי דלא מצי מקדיש ה״נ לא מצי להקנות אלא דאפ״ה מצי להרשות דאין הרשאה תלוייה בקנין והביא ראיות לזה וגם הרא״ש הביא דברי ר״ת בסוף דבריו ומעתה נבא לבאר דברי רבינו שמ״ש מדינא דגמרא אין כותבין הרשאה אלא בפקדון דלא כפריה היינו כלישנא בתרא דלישנא קמא אין חילוק בין כפריה ללא כפריה אלא בין פקדון לגזל דבגזל אפילו לא כפריה לא כתבינן משום דרבי יוחנן ובפקדון אפילו כפריה כתבינן דכיון דאינו גזל יכול להקדישו ולהקנותו ולא חיישינן למיחזי כשיקרא אלא דאיכא למידק אלשון רבינו שכתב אין כותבין אלא בפקדון דלא כפריה דמשמע דבגזילה לא כתבינן אפילו לא כפריה דהיינו כלישנא קמא וא״כ דברי רבינו סותרים זה את זה תוך כדי דיבור ונראה דלא כ״ר לשון זה למידק מיניה דבגזילה לא כתבינן ואפילו לא כפריה אלא משום דבעי למיכתב בתריה דהיכא דכפר אפילו בפקדון לא כתבינן משום דמיחזי כשיקרא לכך כתב בתחילת דבריו דלא כתבינן אלא בפקדון דלא כפר אבל ודאי לאו דוקא

פקדון דה״ה גזילה נמי כתבינן דאע״ג דקי״ל כרבי יוחנן דלא מצי להקנותו מ״מ להרשות יכול דאין הרשאה תלוייה בקנין כמו שפירש ר״ת אלא דקשה לי דהו״ל לרבינו לפרש דבגזילה דלא כפריה נמי כתבינן לכן נראה עיקר דכיון דראה רבינו שהרא״ש תמה על האלפסי למה לא פסק כלישנא קמא אע״ג שהביא אח״כ דברי ר״ת ומדבריו נתיישבה תמיהתו אפ״ה לא כתב בפירוש דכתבינן אגזילה דלא כפריה דשמא הלכתא כלישנא קמא והלכך תפסינן לחומרא שבשתי הלשונות כנ״ל גם ב״י הבין כך בדברי רבינו דדוקא בפקדון אבל בגזילה אפי׳ לא כפרי׳ לא כתבי׳ ודלא כהרשב״א בתשוב׳ סימן אלף כ״ד שכתב כפירוש ר״ת וע״ש: ומ״ש צריך לכתוב לו קני לך איהו וכל שיעבודא דאית ביה טעמו כיון דמלוה להוצאה ניתנה אינו יכול להקנות דבר שלא ב״ל אא״כ בהקניית השטר והשיעבוד דאית ביה אלא כדי שלא תקשה דמיחזי כשיקרא שכבר כפר בו צ״ל כיון שהוא כפירת שיעבוד קרקעות דינו כקרקע והיינו בשטר בעדים דאילו כתב ידי לית ביה שיעבוד קרקעות:

ב כל זה מדינא דגמרא אבל נהגו עכשיו לכתוב על הכל וכ״כ הרמב״ם הגאונים תקנו וכו׳ אע״ג דהתוס׳ והרא״ש הביאו דברי ר״ת שהביא ראיות למנהג ולדידיה דינא הוא ולא תקנה מ״מ מאחר שראה רבינו שהרמב״ם העיד שתקנת הגאונים היא ולאו מדינא נמשך אחריו ולכן כדי להוציא מדברי ר״ת כתב מדינא דגמרא וכו׳ עד אבל נהגו עכשיו לכתוב על הכל כלומר ולאו מדינא וכ״כ הרמב״ם דאין זה אלא תקנת הגאונים. ומ״ש הגאונים תקנו שכותבים הרשאה גם על מלוה וכו׳ היינו דוקא במלוה בשטר דאילו מלוה על פה שכפר בה אין כותבין כדמסיק ותקנה בשטר הוא דאפילו לא כתב ליה קני לך הא שטר וכל שיעבודא דאית ביה אלא הרשאה גרידא נמי כופין אותו ליתן לו:

ג ומ״ש ועוד תקנו שאם הרשוהו ליטול מעות שביד חבירו וכו׳ פי׳ מעות של פקדון דבעינן אג״ק כעובדא דר׳ אבא ורב ספרא בפרק הגוזל עצים ומפרש הרמב״ם דמיירי בפקדון ולא כפר״ת בהלואה וגם זה מלשון הרמב״ם עד ולא לישבע עד שיבא בעל דינו:

ד ומ״ש בספרי רבינו עד שיבא ב״ח הוא ט״ס דלא מיירי השתא בהלואה דא״כ דאינו אלא לאיים מה הועילו הגאונים בתקנתם אכתי יטול אדם ממון חבירו וילך למד״ה וכי תבע ליה בהרשאה זו יאמר לו לאו ב״ד דידי את ואין כופין ליתן לו אלא ודאי בהלואה בשטר דתקנו הגאונים שכותבים הרשאה כדי שלא יטול כל אחד ממון חבירו וילך למ״ה ואיכא נעילת דלת בפני לוין הלכך כופין את הנתבע ליתן לו ולא מצי למימר לאו בעל דברים דידי את תדע שהרי כיון דהלואה אינה נקנית באג״ק א״כ קנין אג״ק לא מעלה ולא מוריד בהרשאה זו וא״כ לא מצי הנתבע לדחות השליח מטעם שלא היה למלוה קרקע כי לא כתבו בהרשאה זו אג״ק אלא מפני שכך היא טופס ההרשאה גבי פקדון נהגו לכתוב כך גם גבי הלואה ולא כתב הרמב״ם שאינו אלא לאיים וכו׳ אלא גבי ההרשאה ליטול מעות של פקדון דלשם לא שייך לומר שתקנו כדי שלא יטול מחבירו ממון וילך למ״ה ואיכא נעילת דלת דמי יכריח את חבירו שיפקיד פקדונו אצל כל אדם ולא היתה התקנה אלא לאיים וכו׳ ומ״ש בספרי הרמב״ם דנוסחא דידן ועוד תקנו שאם הרשהו ליטול מעותיו שיש לו ביד חבירו או לתבוע ממנו הלואה ולא היתה למקנה קרקע וכו׳ עד ואינו אלא לאיים וכו׳ אם אינו ט״ס צ״ל דמ״ש או לתבוע ממנו הלואה כדי נקטה ע״פ מה שנהגו לכתוב בכל הרשאות אג״ק בין בפקדון בין בהלואה אבל מה שהנתבע יכול לדחות את השליח לומר לו לאו בעל דברים דידי את דמי יאמר שיש לו קרקע וכו׳ אין זה אלא לגבי מעות פקדון דאילו בהלואה אין צורך כלל אג״ק כדפרישית ומדברי רבינו מבואר שלא היה גורס בספרי הרמב״ם האי או לתבוע ממנו הלואה. וגם לגירסתינו הדבר ברור כדפרישית דלא נקט הרמב״ם הלואה כדי שיהא שוה דינו לפקדון אלא הא כדאיתא והא כדאיתא:

ה ומ״ש והורי הגאונים עד אבל מלוה ע״פ שכפר בה אין כותבין ג״ז מדברי הרמב״ם ומבואר בדבריו דאפי׳ אחר תקנת הגאונים נמי אין כותבין הרשאה אמלוה ע״פ וכ״כ ב״י ואעפ״כ לא קשה אמאי לא חשו בה גם כן שלא יטול כל אחד ממון חבירו וכו׳ ואיכא נעילת דלת דהא פשיטא כיון דמלוה ע״פ בלא עידי קנין לא שכיח דמצי למימר פרעתיך בדליכא עידי קנין אף ע״פ דאיכא עידי ההלואה דמלוה חבירו בעדים א״צ לפורעו בעדים ואיכא נמי איסורא דאסור להלוות לחבירו בלא שטר ובלא עדי קנין הלכך ליכא למימר הכא דכל אחד יטול ממון חבירו וילך למ״ה ולא תקנו בה הגאונים בזה מידי לדעת הרמב״ם: במרדכי פ׳ מי שמת מעשה באחד שהי״ל תביעה על חבירו ונתן התביעה לאחר בקנין ופטר ר״י משפיר״א את הנתבע ואני תמה שהרי מעשה בכל יום דמקנה לחבירו מלוה בקנין ומיהו התם שליח הוא דשוייה עכ״ל ומביאו ב״י וצריך לפרש דהמעשה היה שנתן לו במתנה ואין אדם יכול להקנות הלוואתו לחבירו ואפי׳ אג״ק כיון שאינו ברשותו בעין ולהכי אמר דלא דמי למעשים בכל יום דבא בהרשאה אמלוה דקי״ל דשליח הוא דשוייה וכדכתבו התוס׳ והרא״ש ע״ש ר״ת דנהי דאין אדם יכול ליתן הלואתו לפלוני שליח מצי למשוייה ואפילו להרמב״ם דאין זה אלא מתקנת הגאונים מ״מ הגאונים לא תקנו אלא בבא בהרשאה ובשליחות אבל לא בבא בשטר מתנה ואפילו להרא״ש דנהגו אפי׳ במלוה ע״פ אין זה אלא בהרשאה ובתורת שליחות אבל לא בבא בשטר מתנה. ומדברי הרב בהגהת ש״ע נראה דלא הבין כך אבל הפי׳ שכתבנו הוא פשוט:

יד יכול אדם להרשות נשים ועבדים וכו׳ בעה״ת בשם גאון בתשובה: ומ״ש נמצא שאינו אלא שלוחו וכו׳ פי׳ דינו של העבד זה כדין שליח בעדים שאם ירצה לא ישלחנו לו כ״ש שאינו חייב לירד עמו לדין ואע״פ דלהרא״ש כשבא בהרשאה אינו יכול לבטל השליחות אין זה אלא כשהרשה לחבירו דכיון דכתב זיל דון ואפיק לנפשך הוי כאילו נתנה לו במתנה ושוב לא מצי מבטלה ליה וכמ״ש הרא״ש להדיא אבל במרשה לעבדו אע״פ דיהיב ליה מתנה אין המתנה יוצא מרשותו דאין קנין לעבד בלא רבו ולא הו״ל אלא שליח גרידא דיכול לומר לאו בעל דברים דידי את:

טו ר״ת היה נוהג לשלוח הרשאה ע״י עכו״ם וכו׳ כ״כ התוספו׳ ריש קידושין (בדף ג) בד״ה ואשה בפחות והכי פירושו ר״ת היה מקנה הממון שביד חבירו לעכו״ם בק״ס והיה כותב הרשאה ונותן ביד עכו״ם והביא ראיה מדקאמר בפ״ק דקידושין תחלת (דף ח) מכסף מקנתו בכסף הוא נקנה פי׳ בעבד עברי הנמכר לעכו״ם כתיב דאתא קרא יתירא ללמדך דבכסף הוא נקנה לעכו״ם כלומר בתורת דמים הוא נקנה בין שנותנין עליו כסף ובין שוה כסף בתורת דמים נקנה ולא בתורת חליפין שדרך לעשות חליפין בתבואה וכלים. כלים דכתיב שלף איש נעלו ותבואה נמי דכתיב כל דבר כפירש״י והשתא מדקדק ר״ת דלמה ליה קרא דאינו נקנה לעכו״ם בחליפין מהי תיתי לומר דנקנה בחליפין אי לא גלי לן קרא דנקנה פשיטא דאינו נקנה אלא ודאי בעל כרחך דשאר דברים נקנין בחליפין לעכו״ם להכי איצטריך קרא לעבד עברי דאינו נקנה לעכו״ם בחליפין אע״ג דשאר דברים נקנים לעכו״ם בחליפין: ומ״ש וצריך ליזהר וכו׳ פירוש דלשון וקנינא משמע שהעדים זוכים בק״ס מן המקנה להקנות לעכו״ם דא״כ לא זכה העכו״ם לא מצד שהעדים הם זוכים בשביל העכו״ם ולא מצד שהם נעשים שלוחים של עכו״ם דהא אין שליחות וזכייה לעכו״ם אלא יכתבו וקנה העכו״ם שהמקנה הקנה הממון לעכו״ם בחליפין וקנה העכו״ם ממנו בלבד:

סימן קכד

א בענין הנתבע וכו׳ מצי לשויי׳ שליח בעדים וכו׳ לכאורה נראה דה״ק דבנתבע איכא פלוגתא אי מצי לשוייה שליח בעדים אבל בתובע לד״ה מצי לשוייה שליח בעדים ולא מצי למימר לאו בעל דברים דידי את וקשה דבתובע הא פשיטא לן דאם עשאו שליח בעדים דמצי למימר ליה לאו בעל דברים דידי את אלא צריך שיקנה לו בקנין ויכתוב ליה זיל דון ואפיק לנפשך כמ״ש בסימן קכ״ב סעיף ח׳. וי״ל דה״ק בענין הנתבע איכא פלוגתא אם אפשר למנות מורשה דאיכא מ״ד מצי לשוייה שליח בעדים למטען בשבילו בבית דין ובנתבע לא שייך קנין דבתובע ודאי כיון שבא להוציא מיד המחזיק צריך שיקנה לו הממון בקנין ולהוציאו מיד המחזיק ולומר לו זיל דון ואפיק לנפשך אבל נתבע שבא לפטור עצמו ואינו מקנה לו שום דבר א״צ אלא עדים שעשאו שליח ושוב אינו יכול לטעון טענה אחרת ואם יצא השליח חייב בדין חייב לקיים מה שפסקו עליו כיון שעשאו שליח בעדים ולא שייך קנין הכא. ונראה בעיני דדוקא כשלא בא הנתבע לב״ד סבירא ליה להאי מ״ד דמצי לשוייה שליח בעדים וכדדייק לישנא שכתב איכא מ״ד אי בעי איניש דלא למיתי בב״ד מצי לשוייה שליח וכו׳ אבל כשהנתבע בא בעצמו לפני בית דין לא מצי לשוייה שליח לד״ה ודכוותא בתובע דלד״ה מצי לשוייה שליח היינו דוקא אי לא בעי למיתי לב״ד אבל כשבאו לפני ב״ד בין בתובע ובין בנתבע לד״ה לא מצי לשוייה שליח וזהו שכתב הרמב״ם בפכ״א מה״ס לא יהיה הדיין שומע מפי התורגמן אא״כ היה מכיר לשון ב״ד ושומע טענותיהם וכו׳ והיינו כשהתובע והנתבע באו לפני ב״ד והעמידו מליץ בינותם דזה אסור בין בתובע ובין בנתבע לד״ה ולא אפליגו אלא כשלא באו הם בעצמם לפני ב״ד ולא כמו שכתב ב״י דנראה שלא ירד לחלק בכך ע״ש והיכא דכותבין טענותיהם ונותנין לב״ד הדין הוא בהפך דכשבאו לפני ב״ד שרי אבל לשלוח הכתב לב״ד אסור ע״ל בסימן י״ג ס״ה: ה״ג כ״ג דן ודנין אותו ופריך וימנה אנטלר פירוש יתקנו שלא ידונו אותו מפני כבודו אלא שימנה אנטלר ותירצו כיון דלפעמים שיצטרך לשבועה וצריך לישבע בפני ב״ד אי אפשר לחוש לכבודו הילכך לא תיקנו כלום והרשות בידו לבא בעצמו או למנות אנטלר: ואיכא מ״ד שאינו רשאי דלא תהא סנהדרין שומעת טענת שקר וכו׳ ויש להקשות בתובע נמי ישמעו טענות שקר ומאי שנא תובע מנתבע. וי״ל דבעשאו שליח בעדים בלחוד אין הכי נמי דלא מצי כייף ליה לשמוע טענותיו ותובע ונתבע שוין כדפרישי׳ אלא הכא בבא בהרשאה דהוי כאילו ניתנה לו במתנה כדכתב הרא״ש מדכתב ליה זיל דון ואפיק לנפשך א״כ המורשה הוא בעל הדבר בעצמו אבל הנתבע שבא לפטור עצמו מתביעת התובע לא שייך הרשאה בקנין כדפרישית:

סימן קכה

א ראובן שהיה חייב מנה וכו׳. ספ״ק דגיטין ת״כ דרב הולך מנה לפ׳ שאני חייב לו תן מנה לפ׳ שאני חייב לו הולך מנה לפ׳ פקדון שיש לו בידי תן מנה לפ׳ פקדון שיש לו בידי חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר ומהדרינן פקדון לימא ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אמר רבי זירא כשהוחזק כפרן ורבינו לא הזכיר תן מנה לפלוני משום דבסמוך במתנה כתב מחלוקת ר״ת ורמב״ם אי הוי תן כזכי אף על גב דבהולך לא הוי כזכי במתנה לכולי עלמא דמינה נשמע בחוב ובפקדון כיון דהולך כזכי שוב אצ״ל בתן דפשיטא דהוי כזכי. גם דקדק רבינו שכתב ואמר ללוי הולך מנה זה לשמעון וכו׳ דדוקא במוסר לשליח מיד ליד דאפי׳ בתן חוב זה דהוי כזכי כתבו התוספות והרא״ש והמרדכי והר״ן בשם ר״ת דלא הוי כזכי אלא במוסר לו הדבר מיד ליד ויתבאר בס״ד בסמוך כ״ש בהולך: ומ״ש לפיכך בין אם מת לוה וכו׳ פי׳ ל״מ בחייהם אלא אפי׳ מת מלוה לא אמרינן דלא עשאו שליח אלא ליתן למלוה עצמו ולא ליורשיו דכיון שמת מלוה בטל השליחות ולא מיבעיא מת מלוה אלא אפילו מת לוה דהוה אמינא דנכסי דלוה קמי יתמי דלוה נפלו ובטל השליחות וכדאמרינן גבי שליח שעשה המלוה ריש סימן קכ״ב קמ״ל דהכא שאני דמיד שהגיע המנה ליד השליח זכה בשביל המלוה וכשמת זכו יורשיו מכחו וכך מבואר בסוגיא דאמרינן במתנה דלמ״ד הולך כזכי יחזרו ליורשי מי שנשתלחו לו כמ״ש בסמוך ומינה בחוב ובפקדון. ודקדק רבינו שלא כתב ג״כ בין אם מת נפקד או מפקיד משום דלא פסיקא ליה דיתנוהו ליורשי מפקיד דהא ודאי אם בני הנפקד לא הוחזקו כפרנים מצי למימר ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר:

ג ואם החזיר לוי המנה לראובן והעני אח״כ ולא היה לו לפרוע וכו׳ נראה דאתא לאורויי לא מיבעיא כשהיה עני בשעה שהחזירה אלא אפי׳ העני אחר כך ול״מ העני אלא אפי׳ כפר או הלך דלא שכיח א״נ מת וכיוצא בזה בענין שהפסיד שמעון וכו׳ והכי מוכחא בעובדא דר׳ דוסתאי להדיא ויש לתמוה אדברי הראב״ד בהשגות שנחלק על זה ואמר אחריות השליח איני יודע מה הוא אלא שאם יכפור הלוה במלוה נמצא השליח פושע בדבר ע״כ נראה טעמו שאם הוחזק כפרן התם הוא דהוי פושע כדאיתא בגמרא גבי פקדון אבל העני או מת או הלך אינו חייב באחריותו ומסתברא דאין לחלק דכיון דזכה השליח בשביל המלוה ונעשה כמו נפקד ממנו לא הוה ליה להוציא מידו בלי רשותו של בעל הממון ואם עבר חייב בכל מה שהפסיד מחזרה זו. ומ״ש והרמב״ם כתב החזירו לו שניהם חייבים באחריותו נראה מדברי רבינו דלדעת הרמב״ם בית דין מחייבים לשליח לשלם אפילו לא העני המשלח ולא הגיע שום הפסד ולא יוכל לדחותו אצל המשלח אלא כיון שזכה בשבילו נעשה כמו נפקד שלו וז״ש שניהם חייבין באחריותו כלומר שניהם שוין ויכול לתבוע למי שירצה וכן פסק שם בהגהת אשר״י משם הא״ז אבל סברת רבינו אינה כך אלא דווקא בהעני או הפסיד הא לאו הכי אין לו לתבוע אלא למשלח ונראה סברתו כיון דאינו שלוחו של מלוה לא יוכל לומר לו לתקוני שדרתיך ולא מיחייב אלא מטעם מזיק אם היתה פשיעה לפיכך אינו חייב למלוה אלא לאחר שהתברר הזיקו כגון שהעני והכי מסתברא ודלא כמ״ש בש״ע דלא הכריע:

ד כתב הרמ״ה ואי שווייה מריה דפקדון שליח כו׳ הא דהזכיר פקדון טפי מחוב משום דקאי אמאי דקאמר בגמרא בפקדון דאם לא הוחזק כפרן יכול לחזור וליטלו דמצי אמר ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר משא״כ בחוב וקאמר הרמ״ה דאפילו בפקדון נמי אין יכול לחזור וליטלו היכא דשווייה מריה דפקדון שליח וכדמוכח בעובדא דר׳ דוסתאי דהוי בפקדון וכ״כ לשם התוס׳ והמרדכי אהאי עובדא דאשתמיט מינייהו ר׳ דוסתאי שלא להחזיר להם הפקדון אע״פ דלא הוחזקו כפרינן משום שהיה שלוחו של רב אחי בר יאשיהו ולא מצי א״ל אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר וכ״כ עוד במרדכי שהשיב ר״ת לרבני ריגנשפורק ונראה דבזו אם המפקיד עשאו שליח אם החזיר יכול לתבוע לשליח אפילו לא העני הנפקד וגם רבינו מודה בזה: ומ״ש עוד ואפי׳ בממציא לו שליח וכו׳ פי׳ דהכא נמי לא מצי א״ל אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר דכיון שאמר אליו לך והתראה אליו אולי ישלחם לי על ידך הרי גילה דעתו ורצונו שאינו חושש אם תהא בידו אך קשה על מה שאמר או אפילו לא ממציא ליה שליח אלא דשליח מהימן גבי המפקיד וכו׳ דמאי קאמר או אפילו איפכא הול״ל וכ״ש היכא דשליח מהימן דהא קי״ל בשומר שמסר לשומר והמפקיד רגיל להפקיד בידו דנפטר הראשון כדלקמן בסימן רצ״א וי״ל דלמאי דקי״ל כרב דלא אמרינן מתוך שחייב באחריותו אם בא לחזור חוזר א״כ טפי מסתבר בממציא דלא עשאו שליח דאינו חוזר מבלא ממציא אך ל׳ הרמב״ם בפ״א משכירות קשה שכתב הואיל והשומר הראשון חייב באחריותו עד שיגיע ליד הבעלים אם בא לחזור ולהחזיר הפקדון מיד השומר השני מחזיר שלשונו זה הוי כדברי שמואל דלית הילכתא כוותיה דלרב לא נפקא לן מידי באחריות דאפילו אם חייב באחריות אם בא לחזור אינו חוזר ולא נתקררה רוחי במ״ש ה״ה שכוונת הרמב״ם להורות שאם היו הבעלים רגילים להפקיד אצל האחד שמסר לו זה שאין הנפקד הראשון יכול לחזור בו שהרי כבר נפטר מאחריותו דהא ודאי אפי׳ בממציא לו שליח שלא נפטר מאחריותו נמי אינו חוזר כיון דלא מצי למימר ליה אין רצוני וכו׳ וכמו שכתב הרמ״ה וכ״כ הרשב״א והר״ן בספ״ק דגיטין וא״כ לא תלי מידי בחיוב אחריות. ואפשר ליישב ולומר דלא ס״ל להרמב״ם כהני רבוותא אלא ס״ל הא דאינו חוזר אינו אא״כ בדעשאו שליח ממש או רגיל להפקיד בידו אבל בממציא כיון דחייב באחריות חוזר ולמד כן מדלא אשכח

רבי זירא פירוקא אלא כשהוחזק כפרן ולא מוקי לה בממציא אלמא דבממציא חוזר והא דלא מוקי לה בשליח גמור א״נ ברגיל להפקיד בידו היינו משום דתני חייב באחריותו ובדידהו כבר נפטר מאחריות זה אפשר ליישב על פי פי׳ ה״ה ועוד נראה לע״ד ליישב ולומר דאין הרמב״ם חולק אהני רבוותא אלא דס״ל להרמב״ם דמאי דמצי א״ל אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ואפילו היכא דעילויה קא מעלי ליה לשמירתו היינו דוקא כשהשומר השני לא קיבל עליו אחריות אונסין דאילו בקיבל עליו אחריות אונסין ודאי דאינו חוזר ואע״ג דבפרק כל הגט קאמר דמההיא דקי״ל אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר למדינן דאין השואל רשאי להשאיל כבר כתבו התוספות לשם דהיינו לכתחילה אבל דיעבד לא ואם כן כאן דדיעבד הוא שכבר נתן לידו אינו חוזר כיון דקבל אחריות אונסין ולזה כתב הרמב״ם הואיל והשומר האחר חייב באחריות כלומר שלא קיבל עליו השומר השני אחריות דאילו קיבל השני עליו אחריות בפירוש ואפילו מאונסין ודאי אם היה בא לחזור אינו חוזר אפי׳ לא הוחזק הראשון כפרן וכן מבואר מלשון הרב באותו פרק דדוקא כשהשני לא קיבל עליו כי אם אחריות גנבה ואבדה התם הוא דמצי למימר אתה נאמן אצלי להשביע וזה אינו נאמן אבל כשקיבל עליו אחריות אונסין לא מצי למימר ליה הכי כנ״ל:

ה כתב בעל התרומות אמר שליח וכו׳ ואין לו שאר נכסים שיגבה זה מהם חובו והגיע זמן הלואתו נראה שלא כתב כן בעל התרומות אלא להרמב״ן דאילו להרי״ף אפי׳ לא הגיע זמן הלוואתו נמי אין כח ביד המלוה לערער דכיון דאין לו נכסים גובה ממנו אפילו תוך הזמן כדלעיל בסימן ע״ג ואפשר לומר דאף להרי״ף הזכיר בעל התרומות הגיע הזמן לאורויי דבאם יש לו נכסים אחרים המשלח כופה לשליח ליתנם למלוה אפילו הגיע הזמן דאין ב״ד נזקקים להוציא מזה ולתת לזה מדר׳ נתן כיון שיש לו נכסים אפי׳ זיבורית משום דחוב זה הו״ל משועבדים דאין גובין מהם במקום בני חורין ואפילו הגיע הזמן ודלא כמ״ש ב״י בסימן פ״ו דבהגיע הזמן אין לו דין משועבדים דליתא ע״ש ונראה דמה שלא הזכיר בעל התרומות בדין זה פקדון כי אם הלואה היינו משום דס״ל דוקא בחוב של הלואה אמרינן כשיש לו שאר נכסים יש לו דין משועבדים אבל אם היה פקדון אפילו יש לו נכסים מוציאים מזה ונותנין לזה מדרבי נתן דכיון שאינו חוב אין לו דין משועבדים וכ״כ הרשב״א בתשובה סימן אלף קכ״ג ע״ש: ומ״ש וכנגד המשלח אין לו מגו וכו׳ אין לו טעם אלא רצונו לומר המשלח כפה לשליח שיתן למלוה ולא מצי למימר ליה שליח מה יש לך עלי אם קבלתי מידך כבר החזרתי לך על זה אמר כנגד המשלח אין לו מגו כלומר לא מצי למימר כנגדו החזרתי לך דכיון דהולך כזכי א״כ כבר זכה בשביל המלוה ואנן סהדי דלא החזיר לו וג״כ לא מצי למימר דלא קבלתי מידך אפי׳ בדליכא עדים שמסרם לידו להוליכם למלוה דכיון דכבר מודה שקבלם מידו שוב אינו נאמן לומר להד״ם והשתא כיון שאין לו שום טענה כנגד המשלח כופין אותו המשלח שיתן למלוה: ומ״ש לפיכך אם מת המשלח וכו׳ פירוש דבדלא הניח נכסים אין היורשים חייבים למלוה כלום ואינן תובעין לשליח ולא חזר הדין כי אם בין השליח למלוה והלכך ל״מ אם לא קיבלם השליח בפני עדים דיכול לומר לא היו דברים מעולם דנאמן כנגד המלוה במגו דלהד״ם אלא אפי׳ איכא עדים שקבלם מן המשלח אפי׳ הכי אית להו מגו דפרעתיך. אבל בהניח נכסים דהמלוה גובה מהם אז יורשי המשלח תובעים את השליח וחזר הדין כאילו אביהם חי ומוציאין מידו שהרי כנגדו המשלח ויורשיו אין לו טענה דאפי׳ לא קבלם בעדים הרי הודה שקבלם מידו והחזרתי נמי לא מצי טעין כיון דהולך כזכי: ומ״ש אבל הרמ״ה כתב וכו׳ עד וכאילו לא יצא מיד הלוה או הנפקד עכ״ל משמע דהרמ״ה קאמר אפי׳ בדלית ליה נכסים אחרים ותימה הלא אפי׳ היה ביד נפקד ולוה מעכב השליח שלא יתנום למלוה כיון דחייב לו ואין לו נכסים אחרים וי״ל דלא קאמר הרמ״ה אלא דמצי א״ל או קיים תנאך או החזיר לי מעותי אבל מודה הרמ״ה דכשיחזור למשלח יעכב עליו שלא יתנם למלוה אך קשה דמאי נ״מ במה שמחזיר למשלח הא כיון דמודה מלוה שחייב לשליח והמשלח מחוייב להחזירם לשליח דאין לו נכסים אחרים אפוכי מטרתא למה לי ולבעל התרומות היכא דיש לו נכסים לא קשיא הא דאיכא נפקותא למלוה דיוציא אותן מעות בעין לצורכו אי נמי יקנה בהן עידית והשליח יהא גובה מנכסים אחרים של זיבורית אבל להרמ״ה דמיירי אפי׳ באין לו נכסים קשיא. וי״ל דנ״מ אם חייב המלוה גם לאחרים דכיון דלא זכה בהן השליח וכאילו לא יצא מיד הלוה או הנפקד אם כן כל ב״ח חולקים בחוב זה אבל לבעל התרומות היכא דאין למלוה נכסים אחרים כבר זכה בהן השליח ואין לב״ח שום זכות בהן ומסתברא כדברי הרמ״ה דהלכה רווחת כל היכא שעבר השליח ע״ד משלחו בטלה השליחות מעיקרו וכאילו לא יצא מיד המשלח ע״ל בסימן נ״ח ולקמן בסימן קפ״ב ודלא כמ״ש בש״ע דלא הכריע:

ו ודוקא במלוה וכו׳. וטעמו כתב הר״ן והמרדכי פ״ק דגיטין דכיון דבחנם נותן לו ובקושי אין דעתו שיצא מכחו עד שיגיע ליד המקבל מתנה ומש״ה כתב רבינו אפי׳ שעשאו שליח לקבל כיון דתלינן בדעת הנותן לא נפקא לן במקבל מידי במה שעושה הוא שליח לקבל סוף סוף המתנה אינה חלה אלא לפי דעת הנותן: ואם המקבל עני וכו׳ עיין לקמן בריש סימן רמ״ג:

ז ופירש ר״ת דה״ה נמי אם אמר תן וכו׳. כ״כ התוספות לשם (דף י״א) בד״ה כל האומר וכ״כ הרא״ש והר״ן לשם ומבואר מדבריהם דאפי׳ במוסר לו מיד ליד נמי לא הוי כזכי ורבינו קיצר בזה מפני שכל דבריו הם חוזרים למ״ש בתחלת סימן זה הולך מנה זה וכו׳ דעלה קאמר ודוקא במלוה אבל במתנה וכו׳ כלומר דבמתנה אפי׳ אמר מנה זה לא הוי כזכי ולא אמר ר״ת דתן הוי כזכי במוסר מיד ליד אלא לגבי חוב ופקדון:

ח ומ״ש אא״כ א״ל זכי לו וכו׳ וכגון שהיה ברשותו וכו׳. פי׳ שהיה המתנה מקודם ברשותו של השליח אז זכה בשביל המקבל אע״פ שלא מסר לו מיד ליד ואין הנותן יכול לחזור בו:

ט והרמב״ם כתב דתן הוי כזכי במתנה וכו׳. פ״ד מזכייה: ומ״ש בשם הרמ״ה ומיהו דוקא שנותן לו חפץ עתה וכו׳ נראה שדעת הרמ״ה היא ליישב התוספתא והירושלמי דתני בהן דתן לא הוי כזכי במתנה ומחלק וקאמר דהתם איירי דלא בא לידו מתחלה ע״ד לזכות לזה אבל אם נתן לו החפץ עתה וכו׳ הוי כזכי אף במתנה כדמשמע בתלמודא דידן דקאמר ר׳ יוחנן כל האומר תנו כאילו אומר זכו ולפי זה צריך לפרש דבחוב ובפקדון אפילו היתה כבר בידו נמי הוי תן כזכי להרמ״ה דלא כר״ת: ומ״ש אבל אם א״ל זכה לי בעוד שהחפץ בידו וכו׳. כבר כתב רבינו דין זה לסברת ר״ת דבזכה בעינן שהיה ברשותו בתחלה או שיבוא לרשותו בסוף אם לא יחזור בו הנותן קודם לכן אלא שהרמ״ה הוסיף דאפי׳ היה ברשותו בתחלה אינו מועיל אא״כ היה החפץ בידו בשעה שא״ל זכה או הגביההו אחר כך כדי לזכות לו הא לאו הכי אפילו איתיה לפקדון בחצירו של שליח לא זכה למקבל אבל למ״ש תחלה כיון דאיתיה בחצירו כבר זכה בו המקבל ולקמן בסימן רמ״ג סתם רבינו דבריו כמ״ש תחלה לר״ת והכי נקטינן ודלא כמ״ש כאן בש״ע דלא הכריע:

י ראובן שאמר לשמעון הולך וכו׳. כל הסוגיא ספ״ק דגיטין:

יב ומ״ש ואם שכ״מ היה הנותן וכו׳ אפי׳ אם המקבל מת בחיי הנותן ואפי׳ נולדו וכו׳ כצ״ל: ולכאורה נראה וכו׳. פי׳ דאם חזר בו אפילו לא עמד נמי אין מתנתו כלום כיון שחזר בו קודם שמת כדין שכ״מ ואצ״ל אם עמד דחוזר. אבל הרמ״ה כתב שאינו יכול לחזור. פירוש אם לא עמד זכה המקבל ואף ע״פ שחזר בו קודם שמת ודוקא אם עמד התם הוא דחוזר אבל לא עמד ודאי דאינו חוזר אפי׳ אם כבר בא ליד הנותן ובס״א בדברי רבי׳ כתוב אפי׳ אם כבר בא ליד המקבל ור״ל דאם עמד חוזר ואפי׳ בא כבר ליד המקבל. עוד יש בזה דרכים להרשב״א ולר״י בר ששת בסי׳ שמ״ו והארכתי בתשובה בס״ד:

סימן קכו

א ראובן שהיה לו מנה ביד שמעון בין מלוה ובין פקדון וכו׳. כלומר לא מיבעיא פקדון דקני ליה כל היכא דאיתיה אלא אפי׳ מלוה דלהוצאה ניתנה ואינה בעין כמי קנה והכי אסיקנא ספ״ק דגיטין: ומ״ש ואינו יכול לחזור בו. שם בעובדא דרב דא״ל לרב אחא ברדלא קבא דמוריקא אית לי גבך יהביה לפלוני באפי קאמינא לך דלא הדרנא בי פרכינן מכלל דאי בעי הדר ביה מצי הדר ביה ומשני ה״ק דברים הללו לא ניתנו לחזרה: ומ״ש ואע״פ שעדיין עסוקין באותו ענין וכו׳. כ״כ בעה״ת בשער כ״ח ע״ש הרמב״ן ורמב״ם ועיין בב״י בסי׳ קצ״ח סעיף י״ב כתב בשם כמה גדולים דתוך כדי דיבור מיהו יכול לחזור בו ע״ש:

ב ומ״ש ואפי׳ אם נולד לוי וכו׳. שם וטעמא מאי אמר אמימר נעשה כאילו א״ל בשעת מתן מעות משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך א״ל ר״א אלא מעתה הקנה לנולדים דלא הוי בשעת מתן המעות ה״נ דלא וכו׳ ואסיקנא דשוויוה רבנן כהלכתא בלא טעמא: ומ״ש ל״ש נתנו במתנה וכו׳. כך פסק הרי״ף בהמקבל דאפילו חוב כדמוכח מעובדא דגינאי ספ״ק דגיטין ודלא כרבוותא דקאמרי בחוב לא קנה במעמד ג׳ והכי נקטינן וכ״כ לשם התוס׳ והרא״ש והרמב״ם בפ״ו מה׳ מכירה:

ג ודוקא שהיה לראובן מנה ביד שמעון וכו׳ וכ״א משלשתן יכול לחזור בו. נראה דהיינו דוקא בסתם אבל אם המומחה אומר בפירוש למקבל פטור אותו ואתחייב אני לך מתחייב מדין ערב קבלן דהוה ליה כאומר תן לו ואני נותן לך ועיין בנ״י פ׳ המקבל משמע הכי להדיא וה״ה כשהמקבל פוטרו לנותן בפירוש כיון שעל ידי המומחה פטרו בפירוש הו״ל כערב בשעת מתן מעות והכי פסק מהר״מ בפ׳ א״נ במרדכי בעובדא דמלצר ע״ש:

ד שאלה לא״א הרא״ש ז״ל וכו׳. נראה דרבינו הביא תשובה זו לאורויי דלא נימא דהא דלא קנה במעמד שלשתן היכא דלא הו״ל בידו אינו אלא דומיא דהמחה אצל חנוני דאין לו לבעל הבית אצל חנוני כלום ואינה אלא מלוה שהלוהו אבל הכא כיון שנתחייב לו בעד המלאכה שהתחיל לעשות אצלו אף על פי שלא עשאה כולה הו״ל כמנה יש לי בידך קמ״ל דלא כיון שעדיין לא נתחייב לו ותו קמ״ל דלא אמרינן דלא לקח הסחורה אלא ע״ד כך שבעל המלאכה ישלם לו וכיון שאינו משלם א״כ המקח חוזר אלא כיון שקנה הסחורה בסתם כגמר המקח וחייב לשלם לו ועיין בסמוך סעיף י״ג במ״ש בדין העני:

ה עוד שאלה לא״א הרא״ש וכו׳. תשובה זו הביא לאורויי דלא נימא כיון דלא קני מטעם מעמד ג׳ אף הקנין אינו כלום כי לא היה הקנין אלא לקיים המעמד ג׳ קמ״ל דמכח הקנין הוא מתחייב דדל מעמד ג׳ מהכא נתחייב מכח קנין ולפיכך נשבע שלא היה שם קנין וע״ל בסעיף כ״ד מ״ש בזה וצריך לפרש דשתי תשובות אלו מיירי בסתם דאילו פטרו בפירוש אפי׳ לא היה בידו מתחייב מדין ערב כדפרישית בסמוך: כתב ב״י בשם ר׳ ירוחם נ״ט ח״א המחהו במעמד ג׳ ולא הו״ל בידו אם רצה חוזר ותובע מבע״ה ואפילו מחל לו אינה מחילה אא״כ היתה בקנין עכ״ל ונראה דהך מחילה אינה אלא שאמר לו הפועל שיסמוך על השולחני ואני מוחל לך דמשמע מחילה כל זמן שהשולחני לא יחזור בו אבל כשהשולחני יחזור בו או ידחה אותו מיום ליום יחזור על בעל הבית ולא מצי למימר כבר מחלת לי דמצי לתרץ דבוריה דלא מחלתי לגמרי אלא מחילת זמן גרידא אבל כשפטר את הלוה לגמרי כעובדא דמלצר במרדכי וכן בנ״י דלעיל מודה ר׳ ירוחם דשוב אין לו על הלוה כלום גם בהגהות דהר״מ איסרלש פסק כדברי שניהם אלמא דס״ל דאין סותרין זו את זו והיינו כדפרישית ודוקא:

ז היה לראובן ביד שמעון כור של חטים וכו׳ עד דיוכל לומר לא ציוני ליתן לך חטים וכו׳. פי׳ לא ציוני ליתן לך חטים בשעה שנתרציתי ליתן לך דאם היה מצוה אותי בכך ונתרציתי פשיטא דהייתי חייב ליתן לך חטים כיון שהיה בידי חטים אבל כיון שציויי ליתן לך מעות בשעה שנתרציתי ומעות שלו לא היו בידי א״כ לא נתחייבתי ליתן לך כלום מתורת מעמד ג׳: כתבו התוס׳ בפרק קמא דגיטין (דף י״ג) בד״ה תנו לפלוני לחד תירוצא דבמעמד ג׳ לא תיקנו בכתובה משום דאפשר דלא תבוא לידי גבייה לעולם ע״כ כלומר לאו מנה לי בידך הוא וזהו שכתב גם הריב״ש בסימן ר״ז ובשם ר״ת והרמב״ן והרשב״א ע״ש:

ט לא א״ל במעמד ג׳ לא קנה וכו׳ מסקנא בגמ׳ ספ״ק דגיטין: ומ״ש וכתב הרמ״ה וכי מהני קנין וכו׳. נראה דלאו דוקא דאיתיה בעין האי ממונא גביה דלא נחית אלא לאשמועינן דהמומחה הוא דמקנה בקנין על זוזי כך וכך לא הממחה דאין יכול להקנות מה שאינו ברשותו אבל המומחה ודאי יכול להקנות בתורת הודאה דאית ליה להוא שני גביה כך וכך זוזי ואע״ג דלית ליה הנהו זוזי בידיה עכשיו וה״ה אפילו לא הו״ל לממחה אצל המומחה מנה בידו אלא שא״ל תן מנה לפלוני בשבילי וקנו מיניה בקנין חייב ליתן ומאי דכתבו דין זה הכא הוא לפי דבגמרא ספ״ק דגיטין בעובדא דגינאי קאמר חדא דאמר רב מנה לי בידך תנהו לפלוני במעמד שלשתן קנה ועוד הא קנו מידך פירוש ועוד אפי׳ לא היה מעמד ג׳ אלמא דבקנו מידו בקנין אינו יכול לחזור בו אפי׳ לא היה מעמד שלשתן אבל ודאי ה״ה אפי׳ לא היה מנה בידו וכדכתב ר׳ ירוחם הבאתי בסמוך:

י ואם לאחר שאמר ליה תן במעמד ג׳ חזר הנותן ומחלו וכו׳. כן כתבו התוספות ספ״ק דגיטין: ומ״ש וא״א ז״ל כתב שבכל ענין אינו יכול למחול סוף פ״ק דגיטין כתב במסקנת דבריו כיון דעיקר התקנה משום תקנת השוק היא אי איתא דיכול למחול בטלה עיקר התקנה שלא יסמוך הסוחר על מעמד שלשתן כיון שיכול המלוה למחול וכן כתב בתשובה כלל ס״ט סימן ט׳:

יא ואם לאחר שהעמיד וכו׳ כתב רב אלפס שאינו יכול וכו׳. כך כתב הרי״ף בפ׳ המקבל:

יב ומ״ש ובעל העיטור כתב דבהמחאה לא נסתלק וכו׳. נראה דסבירא ליה לבעל העיטור דהא דפטר ליה בירושלמי בשלא עשאו ערמה איירי בפטרו בפירוש ואעפ״כ אם עשאו ערמה שהמחהו לו בחזקת שהוא עשיר ונמצא שהיה עני באותה שעה חייב וכן פי׳ בנ״י לדעת הגאון: ומ״ש וכן כתב א״א הרא״ש בפרק המקבל וכו׳. כתב ב״י איני מבין דבריו שהרא״ש לא כתב שם כן אלא כשאין לב״ה ביד השולחני כלום ועוד שהרא״ש כתב שם דבההוא גוונא אפי׳ פטרו בפירוש לא נפטר עכ״ל ולפעד״נ דרבינו דק היטב בדברי הרא״ש שפירש פלוגתא דרב ששת ורבה בדאמרו פועלים אנחנו סומכים על שולחני במעמד שלשתן דבלשון זה לא פטרוהו לבעה״ב בפירוש כדאיתא להדיא בתוספות ומיירי דהשולחני אינו חוזר בו כי אם הפועלים חזרו ותבעו לבעל הבית רב ששת אמר אינו חוזר לפי שמחלו לבעה״ב כל זמן שהשולחני אינו חוזר בו שהרי אמר אני סומך על השולחני ומחילה א״צ קנין ורבה אמר חוזר לפי שבלשון זה שאמר אני סומך על השולחני לא חשיב ליה מחילה כיון שלא פטרו בפי׳ לגמרי אפי׳ לא יתן לו השולחני והלכה כרבה וכן פי׳ התוספות והמרדכי לשם והשתא הכריח רבינו דס״ל להרא״ש דבהמחאת חוב לא נסתלק אם לא שפטרו בפי׳ דאי הוי ס״ל דנסתלק מן הסתם לגמרי וכהרי״ף א״כ גם בהמחאת שולחני אף ע״פ דליכא שם המחאת חוב כיון שאין לו לבעל הבית ביד השולחני כלום ולא פליגי אלא אי הויא המחאת שולחני מחילה לזמן או לא הויא מחילה כל עיקר מ״מ המחאתו זאת בסתם ודאי מחילה לזמן היא דכל זמן שהשולחני אינו חוזר גם פועל לא יוכל לחזור כיון שכבר מחל לזמן זה ומחילה א״צ קנין ואמאי קאמר רבה דחוזר אלא ודאי בהמחאה סתם לגבי חוב לא נסתלק לגמרי אם לא שפטרו בפירוש והלכך גם בהמחאת שולחני בסתם סבירא ליה לרבה דלא הויא מחילה כל עיקר ואפילו לזמן ולכן דברי רבינו בהבנתו לדברי הרא״ש אין בהם נפתל ועקש ומן התימה על דברי ב״י שהבין מדברי הרא״ש דאפילו פטרו בפירוש לא נפטר דהלא מבואר ומפורש בדבריו דאינן אלא בהמחאה סתם בשלא

פטרו בפירוש ועיין במ״ש רבינו בסי׳ צ״א ס״ד ע״ש הר״י הלוי משמע דתופס סברת רב אלפס כדפירש׳ שם וכן פי׳ ב״י כאן אבל מהרו״ך שדא ביה נרגא עיין עליו ואין מתקבל לענ״ד:

יג ומ״ש וי״א ודאי אם העני שמעון וכו׳. כתב ב״י לא ידעתי למה כתב סברא זאת בשם י״א דהיינו הירושלמי שכתב רבינו בשם הרי״ף עכ״ד ואפשר משום דמדברי הרי״ף משמע דוקא בנודע שעשו ערמה שהיה יודע שהיה עני באותה שעה והמחהו בחזקת שהוא עשיר אבל כשלא נודע אף על פי שהוא ספק אין כאן טענה ולא שבועה ולא חרם ולסברת י״א איכא טענה ואיכא חרם ושבועה. ומ״ש אבל אם היה עני באותה שעה וכו׳. ר״ל אם היה בבירור שהיה עני באותה שעה ולא ידע לוי בודאי היה המקח טעות וחוזר על ראובן אע״ג דגם ראובן לא ידע אפ״ה הוי מקח טעות כדלקמן בסי׳ רל״ב סעיף י״ז אלא לפי שהוא ספק וטענת לוי היא שמא היה עני באותה שעה לפיכך לוי מחרים סתם אבל אי טוען לוי ברי שהיה עני באותה שעה והטעהו דעכשיו נודע לו שהטעהו וראובן טוען עשיר היה והעני וכו׳ ויש נוסחאות שהגיהו וראובן מחרים וכו׳ דאע״פ שלוי מברר שהיה עני באותה שעה מ״מ דגם לוי ידע שהיה עני וסבר וקיבל ולכך מחרים ראובן על מאן דידע ליה דעני הוא וכו׳: ומ״ש אם יש נאמנות בשטר וכו׳. אע״ג דהנאמנות אינו אלא על הפרעון ה״נ ודאי כשהיה עשיר פרעון הוה ואם עני הוה אין כאן פרעון: ואיכא למידק לעיל בשאלת הרא״ש סעי׳ ד׳ בהעני מי שהיה חייב ליתן המעות דפסק הרא״ש דחייב הממחה מטעם דלא היה המנה ביד המומחה תיפוק ליה כיון דהעני חוזר על הממחה. ואפשר לומר דהשיב תשובה זו אליבא דדברי הכל דאף להרי״ף דנסתלק הממחה לגמרי אפילו העני המומחה אפילו הכי חייב. א״נ אתא לומר דאפילו פטרו בפירוש אינו כלום דמחילה בטעות היא כיון שלא היה בידו כלום משל הממחה דאף ע״פ דהיכא דפטרו לגמרי אפי׳ לא היה המנה ביד המומחה אינו חוזר על הממחה כדפרישית לעיל ע״ש המרדכי היינו דוקא בדידע שלא היה המנה בידו אפ״ה משתעבד מדין ערב בשעת מתן מעות אבל היכא דטעה דקסבר שהיה לו בידו מחילה בטעות הוא ועוד נ״ל נכון דלפי דהשואל לא נסתפק בשאלה אלא לפי שהעני מומחה השיב לו הרא״ש להוציא מלבו שלא הרגיש במה שלא היה המנה בידו ולכן אמר אפילו לא העני מאחר שלא היה המנה ביד המומחה חוזר על הממחה. ותו דמטעם העני היה צריך לתבוע תחלה את המומחה כי הוא עיקר החייב כדכתב הרא״ש בסמוך אבל מטעם שלא היה המנה בידו אין צריך לתבעו כלל דאין כאן מעמד ג׳ וחוזר על הממחה מיד:

יד ואם אינו יכול לברר הטעות כתב בעה״ת אם המחהו בפני עדים וכן אם קבע זמן וכו׳. כך הוא הנוסחא ברוב הספרים ובמקצת כתוב וגם קבע זמן אבל בעה״ת שער כ״ה סימן ה׳ כתוב וכן אם קבע זמן וכו׳ וז״ל בשם ספר הזכות להראב״ד אם המחהו בעדים ובמעמדן של עדים חזר ואמר טעיתי בחשבון אינו נאמן וכן אם קבע זמן לפרעון ואמר ליה בתוך זמן המחאה בטעות היתה אינו נאמן אם היתה המחאה שלא בעדים ובא בטענת מגו דלהד״ם ודאי נאמן וכן אם בא במגו דפרעתיך אחר זמני נאמן עכ״ל ולפי זה צריך לפרש הלשון שהועתק בדברי רבינו ג״כ דהכי קאמר אם המחהו בפני עדים ולא קבע זמן ושוב במעמדן של עדים שלא זזה ידי עדי המחאה מתוך ידו חזר ואמר טעיתי דלית ליה מגו כלל לא מגו דלהד״ם ולא מגו דפרעתי אח״כ אמר וכן אם קבע זמן וכו׳ כלומר ועוד בדרך אחר נמי ליכא מגו דפרעתי אפילו לא אמר טעיתי אלא לאחר כמה ימים כגון שהוא בתוך זמנו ולפי זה ניחא הא דכתב אח״כ ואם לא המחהו בעדים נאמן לומר טעיתי במגו דלהד״ם פי׳ אע״ג דליכא מגו דפרעתי כגון דלאחר המחאה מיד במעמדן של עדים אמר מיד טעיתי דבזה ודאי נאמן אח״כ אמר או במגו דפרעתיך פי׳ או אפילו איכא עדים ולא אמר טעיתי אלא לאחר כמה ימים אלא דאית ליה מגו דפרעתיך אם הוא אחר הזמן נמי נאמן וקאמר דהיכא דאית להו מגו דלהד״ם פשיטא דנאמן משום דמימר אמר וכו׳ אלא אפילו במגו דפרעתי נמי נאמן והיינו דכתב בעה״ת ובא בטענת מגו דלהד״ם דודאי נאמן וכן בבא במיגו דפרעתיך כלומר לא מיבעיא היכא דאית ליה מיגו דלהד״ם דודאי נאמן אלא אפי׳ במיגו דפרעתי נמי נאמן והיינו דהכא אית לן טעמא דמימר אמר וכו׳ וכ״כ הר״ן להדיא ע״ש הראב״ד האי טעמא דמימר אמר וכו׳ אע״ג דבסה״ת שבידינו עכשיו לא נמצא הך טעמא דמימר אמר וכו׳ אין ספק שכך היתה הנוסחא לפני רבינו אח״כ כ׳ רבינו דהרא״ש חולק אכל זה מדכתב דאינו נאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי דהוי כאן מיגו במקום עדים וכו׳ פי׳ אנן סהדי דלא טעה אלמא משמע דאמגו דלהד״ם נמי חולק אבעל התרומות ולא סבירא ליה טעמא דמימר אמר וכו׳ ונראה דמשום הכי הביא רבינו דבריו בתשובה אע״ג דגם בפסקיו כתב כך משום דבפסקיו כתב כך אעובדא דגינאי דהמחאה בעדים הוי דהא קנו מיניה ולא הוי התם אלא מיגו דפרעתי ואיכא למימר דילמא סבירא ליה להרא״ש היכא דאית ליה מיגו דלהד״ם פשיטא דנאמן לומר טעיתי מטעמא דמימר אמר וכו׳ אבל בתשובה משמע דאתא להורות דאינו נאמן כלל לומר טעיתי בשום מיגו דלא שכיח שיטעה אדרבה אדם מדקדק היטב קודם שיודה ואנן סהדי דלא טעה ויש הוכחה ברורה לזה דבאותה תשובה השיב על מעמד ג׳ שלא היה שם קנין ומשמע שגם עדים לא היו שם דלא הוזכר כל עיקר שהיו לשם עדים עיין בכלל ס״ט סימן ו׳ ומדלא פסק דנאמן לומר טעיתי במיגו דלהד״ם אלמא דס״ל דאינו נאמן לומר טעיתי כל עיקר ומה שהזכיר הרא״ש מיגו דפרעתי ולא הזכיר מיגו דלהד״ם היינו משום דהראיה שהביא באותה תשובה לדבריו היתה מההיא דגינאי דהוי המחאה בעדים ולא היה שם אלא מיגו דפרעתי אבל ה״ה במיגו דלהד״ם כדפרישית כנ״ל ודלא כמו שפירש ב״י גם לא כמ״ש מהרו״ך דהרא״ש מיירי בהודה בפני עדים דליתא אלא כדפי׳ עיקר:

טו ומ״ש והמקבל הוא חוזר לתבוע לנותן לסברת א״א הרא״ש וכו׳. פירוש לפי דעת בעה״ת דנאמן לומר טעיתי במיגו יש חילוק בדין כשהמקבל חוזר לנותן דלהרא״ש לא נסתלק ולהרי״ף נסתלק וקשיא דמנ״ל לרבינו הא ודילמא לא אמר הרי״ף אלא כשהעני דמזליה דידיה קא גרים א״נ דקאמר לא יהבינא ליה או דוחהו מיום ליום אבל באומר טעיתי דאיגלאי מילתא למפרע דלא הוה בידיה כלום אפי׳ פטרו בפירוש וקנו מיניה מחילה וקנין בטעות הוא והו״ל כדין היה עני באותה שעה דמודה בה הרי״ף דחוזר על הממחה דכך לי אם לא היה אצלו כלום כמו עני היה באותה שעה וי״ל דודאי אם היה מודה הממחה דטעה היה חוזר עליו כמו שיתבאר בסמוך אבל הכא הנותן אמר דלא טעה והמקבל איהו דאפסיד אנפשיה שלא ייחד עדים בשעת המחאה ושלא התרה בו לומר אל תפרעני אלא בעדים שאילו עשה כן לא הוה ליה מיגו ולא היה נאמן לומר טעיתי וק״ל ולעיל נמי כתבתי דלהרי״ף אינו חוזר על הממחה אלא היכא שנודע בבירור דעשו ערמה אבל מספק אינו חוזר על הממחה דכבר נסתלק:

יז ואם הנותן מודה וכו׳ עד לאו כל כמיניה לחוב בהודאתו. כ״כ הרא״ש ספ״ק דגיטין והביא ראיה מהא דאין מלוה נאמן לומר שטר אמנה הוא בדחב לאחרים כדלעיל בסי׳ מ״ז: ומ״ש ואפילו אם יש לו נכסים והוא גברא אלמא וכו׳. כן כתב שם הרא״ש ולא הביא ראיה ואפשר שלמדו מדאיתא התם להא דאמר רב הולך מנה לפלוני חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר סמוך לדין מעמד ג׳ ואיתא נמי התם עובדא דהני גברי אלמי בנהרדעי דהוו מצערי ליה לרבי יוסי בן כיפר עד שהוצרך להחזיר להם וכדכתב רבינו בסימן קכ״ה סעיף ג׳ ולמד משם הרא״ש גם לדין מעמד ג׳ ותו דהא אשכחן דמהך טעמא דגברא אלמא הו״ל נוגע בעדות כדאיתא בפ׳ חזקת דהשני נוח לי והראשון קשה לי וע״ל בסימן ל״ז סעיף י׳ וה״א בסימן קכ״ט לגבי ערב ע״ש בסעיף י״א כי האריך ב״י בשם כמה גאונים בדין אלם ולפע״ד דהכא אתיא ליה במכ״ש דאינו נאמן בהודאתו אם הוא גברא אלמא ואיכא למידק אמאי לא כתב רבינו בסימן מ״ז גם כן האי דינא דגברא אלמא אינו נאמן לומר שטר אמנה הוא אפילו יש לו נכסים דהא מסתמא ודאי דאינו נאמן כיון דמדמי להו הרא״ש וצ״ל דנמשך אחר דברי הרא״ש שכתב דין דגברא אלמא הכא:

יח ומ״ש ואם המקבל מודה שטעה כו׳ עד והרי הוא מודה לו מדכתב רבינו דין זה בסתם משמע להדיא דסבירא ליה דאף להרא״ש ובעל העיטור דלא נפטר הנותן מיד המקבל כשלא פטרו בפירוש מ״מ כאן פטור דכיון שהמקבל הוא שגורם שאינו יכול להוציא מן הנפקד שוב אין יכול להוציא מן הנותן ודלא כמו שכתב הר״ן סוף פ״ק דגיטין ובית יוסף נסתפק בזה בדברי רבינו ולפע״ד אין כאן ספק:

יט שאלה לא״א הרא״ש ז״ל ראובן קנה סחורה מלוי וכו׳ מטעם ערב לא מיחייב וכו׳. איכא למידק מהיכא תיתי למימר במעמד ג׳ דאומר מנה לי בידך תנהו לפלוני דליחייב מדין ערב דלית ליה גביה כלום אבל המעיין בתשובתו יראה דהמעשה היה שלא אמר ליה מנה לי בידך והיה נראה כערבות ולכך השיב מטעם ערב לא מיחייב כיון שהיתה הסחורה כבר ביד ראובן ואחר כך נדר שמעון לשלם בעבורו ללוי אם כן היה זה כערב שלא בשעת מתן מעות בלא קנין וע״ש כי מה שפטר את שמעון גם מדין מעמד ג׳ אינו אלא מטעם שלא אמר ליה מנה לי בידך והשמיטו רבי׳ כאן לפי שכבר הביא דבריו בזה בסוף סעיף ו׳ עי׳ שם: ומ״ש ומשום מעמד שלשתן לא מיחייב כיון שלא הוה ליה בידו כלום. איכא למידק הלא הרא״ש בפסקיו ובתשובה סבירא ליה דאינו נאמן לומר טעיתי במיגו דלהד״ם או במיגו דפרעתי ואם כן למה פטרו ע״פ טענתו שאמר טעיתי כי עיינתי בחשבוני ומצאתי שאין לו בידי כלום ונראה דהשתא לא קאמר הרא״ש אלא להיכא דיכול לברר בעדים שטעה והילכך קאמר דפטור משום מעמד ג׳ כיון שלא היה בידו כלום ואפ״ה מה שנתן כבר ללוי אינו יכול להוציא מידו דאנן סהדי דנתן לו כדי דליקום בהימנותיה: ומ״ש ועוד דלא מהימן וכו׳. היינו לפי האמת דלא היה יכול לברר בעדים שטעה בהודאתו הילכך פשיטא דאינו נאמן לומר שטעה כדי להוציא מה שכבר נתן ואע״ג דגם במה שלא נתן אינו נאמן לומר טעיתי וחייב ליתן מ״מ פוטרו הרא״ש מטעם שלא א״ל מנה לי בידך כדפרישית וזה לא הביאו רבינו אע״פ שמטעם זה היה עיקר הפטור וע״ש בכלל ס״ט וכל זה דלא כמ״ש מהרו״ך ע״ש:

כא ראובן חכר חכירות כו׳. כתב בס׳ בדק הבית וז״ל וצ״ל דהאי עובדא דהרא״ש ז״ל שנתחייב החוכר לקהל בקנין כך וכך זהובי׳ לפרעם לזמן פלוני שהחוב חל מיד דאל״כ כיון דחכירות אינה משתלמת אלא לבסוף עדיין לא נתחייב להם כלום כמ״ש בתשובה דלקמן גבי ראובן השכיר חפץ לשמעון וכו׳ בסעיף כ״ד וכן דקדק בש״ע שכתב וז״ל ראובן חכר חכירות מהקהל ונתחייב להם בסך דמי החכירות לפרוע לזמן פלוני וכו׳ ע״ש:

כב ראובן תבע מנה משמעון וכו׳ ואינו נאמן בשבועתו שפרע לו הוא או אחר וכו׳. המעיין בתשובה בכלל ס״ט סימן ח׳ נראה שהנתבע טען תחלה פרעתיך שהעמדתיך אצל לוי ונתרצה ליתן לך וגם נתן לך בפני מקצת פרעון בשבילי וכאשר ראובן השיב שתקתי לפי שלא חששתי לדבריך חזר הנתבע ואמר שרוצה לישבע שפרע לו זה המנה הוא או אחר בעדו והיתה התשובה שאינו נאמן בשבועה שפרע לו הוא או אחר בשבילו דאנן סהדי דלא פרעו כיון שהעמידו אצל לוי אבל במה שטען ברי שגבית מקצתו בפני נאמן בשבועה כיון שראובן בא להוציא מידו ונראה דנשבע ש״ד שהרי הודה במותר:

כג סוחר שאמר לסרסור. בכלל ס״ט סימן ד׳ ולפע״ד הדברים ברורים ופשוטים שהסוחר לא היה חייב כלום לסרסור אלא ששאל ממנו בינו לבין עצמו דרך חסד שיהא שלוחו לקבל לו מעות מהשולחני ושיביאם לו ואחר כך העמידו אצל השולחני וא״ל בסתם מנה שיש לי בידך תנהו לפלוני והשולחני עיכבם מחמת חוב שהי״ל על הסרסור ופסק הרא״ש דאם היה הסרסור חייב לשולחני הרי עיכבם בדין אע״פ דהמעות אינן של הסרסור מ״מ מאחר שהשולחני אינו יודע מזה כי הסוחר המחהו בסתם במעמד שלשתן מנה שיש לי בידך תנהו לפלוני ואין אחד מהם יכול לחזור דדברים הללו לא ניתנו לחזרה א״כ מעתה נסתלק השולחני מעל הסוחר ואין לו עסק אלא עם הסרסור ויכול לעכבם בשביל החוב שעל הסרסור דהו״ל כאילו מסר השולחני המעות ליד הסרסור וחייב הסרסור לשלם לסוחר אבל אם הסרסור אומר שאינו חייב לשולחני וזה מעכבן שלא כדין ישבע הסרסור כנגד הסוחר שאינו חייב לו כלום ויפטר מן הסוחר דהסרסור לא פשע כלום בשליחותו והסוחר הפסיד מעותיו לאחר שישבע גם השולחני שהסרסור חייב לו והסוחר איהו הוא דאפסיד אנפשיה שהמחהו אצל השולחני בסתם ולא הודיעו שהסרסור הוא שלוחו בלבד שאז לא היה יכול לעכבם בשביל חוב שהיה לו על הסרסור וב״י הרבה בכאן קושיות לפי הבנתו והניחם בצ״ע אבל אין כאן קושיא כל עיקר כי הדבר פשוט: כדפרישית:

כד ראובן השכיר חפץ וכו׳. לפי תשובה זו צריך לומר דאותה תשובה דחזן העיר לעיל בסעיף ה׳ לא פטרו הרא״ש אלא לפי שלא הודה בסתם נ׳ זהובים שאתה חייב לי או שיש לי בידך תנם לפלוני וכך מפורש לשם בסימן י׳: ומ״ש אפילו דמי השכר שנשתמש באותו חפץ עד אותו היום וכו׳. נראה דלפי שיש לפרש שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף היינו במכוש אחרון דלפי זה היה חייב לשלם דמי השכר שכבר נשתמש באותו חפץ עד אותו היום דבמכוש האחרון התחייב לו למפרע משעת המחאה והוה ליה מנה לי בידך ועל כן קאמר הרא״ש דליתא להך פירושא אלא לבסוף הוי לאחר שיחזיר לו החפץ כדילפינן בפרק איזהו נשך (בבא מציעא דף ס״ה) מקרא כשכיר שנה בשנה ששכירות של שנה זו אינה משתלמת אלא בשנה אחרת ובהמקבל (סוף דף ק״י) נמי מוכח מהכא דלא תלין מדבר בשכיר יום וביומו תתן שכרו לא תבא עליו השמש מדבר בשכיר לילה ולא איפכא משום דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף דהיינו בשכיר יום אחר שתשקע החמה ובשכיר לילה בבקר ע״ש:

כה ונראה דאפי׳ לפי דברי א״א הרא״ש וכו׳. ונראה דדוקא בלשון זה לא זכה בו יהודה אבל אם בשעת המחאה אמר בסתם תנהו ללוי אע״פ שמתחלה העמיד עם לוי שיזכה בו ליהודה כבר זכה לוי מתורת מעמד שלשתן בסתם בשביל יהודה ולא מצי הדרי בהו לא זה ולא זה דדברים הללו לא ניתנו לחזרה והכי מוכח מעובדא דסוחר וסרסור ופשוט הוא:

כט כתב הרי״ף בתשובה וכו׳ ואין לו לחזור עליו וכו׳. הרי״ף לטעמיה דנסתלק הממחה לגמרי אבל להרא״ש יש לו לחזור על הממחה אם לא פטרו בפי׳ ורבינו לא ביאר זה בכאן לפי שנסמך על מה שכתב תחלה:

סימן קכז

א האיש וכו׳. כתב ב״י דלהרמב״ם דס״ל דכל הנמצא הוא בחזקת הבעל והרב אפילו אין טוען ברי אין להם עליו כלום אבל לרבינו שמשון דדוקא בטמונין דיכול לומר לגלויי זוזי קא עבידנא אבל באינן טמונין צריך לשלם להם ולא אמרינן כל הנמצא ביד האשה והעבד ה״ה בחזקת הבעל והרב לפי זה אפי׳ בטמונין דוקא כשטוען הרב והבעל ברי כנ״ל מדברי ה׳ המגיד ע״ש:

ב הלוה מהגר וכו׳. פרק קמא דקידושין תניא לוה מן הגר שנתגייר בניו עמו לא יחזיר לבניו ואם החזיר אין רוח חכמים נוחה הימנו והתניא רוח חכמים נוחה הימנו ל״ק כאן שהורתו ולידתו שלא בקדושה כאן שהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה ופרש״י דבהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה אז רוח חכמים נוחה הימנו ור״י פי׳ איפכא דבהורתו ולידתו שלא בקדושה רוח חכמים נוחה הימנו אבל בהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה אין רוח חכמים נוחה הימנו לפי שקרוב להיות כישראל ואתי לאחלופי ולשוייה ישראל גמור ואם ייבם אשת אחיו יאמרו שאינה זקוקה עוד לאחיו שהיתה הורתם ולידתם בקדושה כמ״ש התוס׳ והר״ן האריך בזה ע״ש ונראה דרבינו ז״ל מפני הספק כתב בסתם הלוה מהגר שנתגיירו בניו עמו ומת לא יחזיר לבניו ואם החזיר אין רוח חכמים נוחה הימנו ולא פירש באיזה גר קאמר ואח״כ כתב היו הבנים הורתן ולידתן בקדושה יחזיר להם דהיינו לומר שחייב להחזיר וכופין אותו להחזיר והא ודאי פשיטא הוא כיון דישראל גמור הוא לכל דבר כדתניא בפ׳ נושאין (סוף דף צ״ז) ולא כתבו רבינו אלא לדיוקא לאורויי דאפילו בהורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה לא יחזיר לכתחלה אבל לא נחית לבאר דין רוח חכמים נוחה הימנו היכא דעבר והחזיר דפליגי ביה רש״י ור״י וב״י כתב דצריך להגיה ולפע״ד א״צ שום הגהה אלא כדפרישית ודע שר״ת פירש לחלק בין מלוה לפקדון כמ״ש התוספות והרא״ש בשמו ומביאו ב״י אבל רבינו נמשך אחר פי׳ ר״י דאין נראה לו לחלק כלל בין מלוה לפקדון:

סימן קכח

א (ב) הפורע חובו של חבירו וכו׳. משנה סוף כתובות: ומ״ש וכן הוא מסקנת א״א הרא״ש ז״ל. כך הוא מבואר מדבריו שכ׳ שם פר״ת באחרונה שכן פי׳ ר״ת דדוקא בחוב דמזונות אשתו וריב״א הביא ראיה מן הירושלמי דפליגי בשאר חובות ואומר ר״ת דע״כ פליג ירושלמי אגמרא דידן כו׳ אלמא דמסקנתו כר״ת ומה שתמה ב״י איך לא שת רבינו לבו כמ״ש הרא״ש אחר זה כיוצא בו דחנן דאמרי׳ הא מני חנן הוא וכו׳ קמ״ל דאף כיוצא בו בשאר חובות הלכה כמותו וה״ז מבואר כפירש״י והרמב״ם דלא כפר״ת נלפע״ד דאין זה כלום דלא אמר ר״ת בשאר חובות חייב לשלם אלא בשטר חוב שהחוב הוא חוב ברור שאין לו טענה להפטר ממנו וכן כתוב בתוספות ואשיר״י בפירוש בדברי רבינו תם וז״ל אבל גבי שטר חוב אפילו חנן מודה דלא אבד מעותיו וכו׳ אבל בשאר חובות שאינן בשטר דג״כ אין החוב ברור כמו מזונות אשתו מודה רבינו תם דאבד מעותיו ובכה״ג קאמר כיוצא בו דחנן לאורויי דאף כיוצא בה דמזון האשה דהיינו שאר חובות בעל פה שאינן ברורין נמי הלכה כמותו וראיה ברורה דכך הוא שהרי רבינו חננאל נמי מפרש כרבינו תם דפורע את חובו דוקא במזונות האשה קאמר ואפ״ה כתבו התוס׳ (בדף ק״ט) בד״ה שני דברים על שם ר״ח דכיוצא בו דחנן בשאר דינין הדומין לו קאמר והיינו בעל כרחך בשאר חובות וזה לשון התוספות הילכך נראה לרבי כפירוש רבינו חננאל וכיוצא בו בדינין אחרים הדומים לאלו הלכה כמותו וכו׳ עי׳ שם אלמא דצריך לחלק בין שאר חוב שבשטר לבין חוב שבעל פה כן נראה לי ליישב דעת רבינו והוא האמת ומה שטען בית יוסף עוד ממה שכתב הרא״ש בפירושו לנדרים עליה דחנן כפירוש רש״י אין מזה טענה כל עיקר כי לא כתב פירושו זה לפסק הלכה אלא דרך פי׳ מה שאין כן בסוף כתובות דכתבה לענין פסק ונראה דאע״פ דב״י קבע ההלכה כפי׳ רש״י מ״מ כיון דדברי ר״ח דברי קבלה נינהו ועמו הסכים ר״ת והרא״ש ורבינו הילכך אם תפס הלה שפרע בעד חבירו שטר חוב שהיה ברור לא מפקינן מיניה כנ״ל ודלא כפסק הש״ע והסכים עמו הרב בהגהתו ע״ש:

ג שאלה לא״א הרא״ש ראובן ושמעון הי״ל שטרות בשותפות וכו׳. לכאורה יראה דראובן טוען דפרע בשבילו המס שהיה חייב ותימה דא״כ פשיטא דהדין עם ראובן דמצי א״ל אילו החזרתי לך היה גובה ממך המס וכמו שכתב הרמב״ן בנפקד שמסר הפקדון למלוה כדלעיל בסוף סימן ק״ה אלא נראה דראובן לא פרע לקהל בשטרות אלו כלום בעד המס המגיע על שמעון אלא הכל פרע בעד המגיע על ראובן אלא לפי שהיה שמעון עדיין חייב בעד מס לקהל אמר לו ראובן תחשוב חלקך בשטרות בעד פרעון מס שלך שעדיין אתה חייב ואפייס בשבילך להקהל ואפטור אותך מעתה מחיוב המס שמגיע עדיין עליך דלפי זה הדין עם שמעון דלכתחלה ודאי לא מצי ראובן לומר אני אפרע בשבילך דלאו פרעון הוא אם אינו נותנו ליד שמעון והכי משמע בתשובתו כלל פ״ט סי׳ ט׳ ע״ש: כתב המרדכי פ׳ בתרא דקמא אם יש לשמעון חוב אחד וכתוב ע״ש ראובן ויש לראובן חותמות אחרים כתובים על שמו ובא המלך ונטל חותם שמעון בשביל מתנת ראובן שאין לו לראובן לשלם לשמעון כלום מפני שמתנה דומה למסים עכ״ל וב״י הביאו ויש לתמוה שאדרבה מפני שמתנה דומה למסים היה ראובן חייב לשלם כדאיתא התם אמר רבא בר מתא אבר מתא מיעבט ופרש״י דיש רשות ביד ישראל גבאי המלך למשכן בן העיר על מס בן העיר חבירו דדינא דמלכותא דינא וה״מ דבורלא וכרגא דהאי שתא אבל שתא דחליף הואיל ואיפייס מלכא חלף ופירש״י דכיון דהגבאי כבר פרע למלך כל קיצבה שקיבל עליו משנה שעברה ומעתה המס שלו ולו אין כח למשכן את זה על זה ואפשר דה״ק שהמתנה דומה למסים משנה שעברה כלומר דאפי׳ מתנה דאותה שנה כיון שאין לה קצבה לא אמרינן בה דד״ד והו״ל כדין מסים משנה שעברה שאין כח למשכן אחד על חבירו כמ״ש הרמב״ם בפ״ק דחובל חוץ מן הנתפס מפני המס הקצוב על כל איש ואיש בכל שנה וכו׳ דאלמא דוקא של אותה שנה אלא דצריך להבין מה ענין החוב שביד שמעון הכתוב ע״ש ראובן למה שנטל המלך חותמו של שמעון בשביל מתנת ראובן ונראה שאין פירושו שהחוב היה חייב ראובן לשמעון אלא ה״פ אחד היה חייב לראובן והחוב נכתב ע״ש ראובן אלא שהיה פקדון ביד שמעון והחותמות שהיו ביד ראובן היו ג״כ חותמות אחרים שנשתעבדו בחתימתם לשלם לשמעון כך וכך כגון חתימות ממרני והיו ביד ראובן ג״כ בתורת פקדון ופסק הרב דאע״פ שנטל המלך החותם של שמעון מיד ראובן בשביל מתנת ראובן אין לו לשמעון לעכב הש״ח של ראובן שבידו בשביל החותם שלו שנטל המלך מיד ראובן בשביל החוב של מתנה שלו דליכא דינא דמלכותא במתנה אפילו לקח המלך חותמו ממנו פטור ראובן ושמעון יחזיר לו חוב שלו אך קשה שהרי הרמב״ם פסק בפ״ח מחובל שגם בתשורה שנותן כל איש ואיש למלך בעברו עליהם הוא או חיילותיו אם נתפש אחד על חבירו ה״ז חייב לשלם לו וי״ל דההיא תשורה דהרמב״ם מיירי בדבר קצוב על כל איש ואיש אבל מתנה פרטית של איש פרטי שהתנדב למלך ליתן לו כל שנה ושנה אין שום אדם נתפס על מתנת יחיד כנ״ל:

סימן קכט

א הערב לחבירו משתעבד מן התורה. מימרא דרב הונא פ׳ גט פשוט ומסיק דקבלן נפקא לן מדכתיב אנכי אערבנו דהא קבלנות היא דכתיב תנה אותו על ידי ואני אשיבנו וערב נפקא לן מדכתיב לקח בגדו כי ערב זר ואומר בני אם ערבת לריעך וגו׳: ומ״ש אע״ג דמשתעבד נפשיה בלשון אסמכתא וכו׳. הכי אסיקנא התם דאפילו לר׳ יהודא דאסמכתא לא קניא מודה בערב דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה: ומ״ש אפי׳ אין נכסים ללוה. פי׳ לא תימא כיון דאין נכסים ללוה א״כ בודאי לא גמר ומשעבד נפשיה ואסמכתא בעלמא היא קמ״ל דלא: אבל אם לאחר שהלוהו אמר אני ערב וכו׳. איכא למידק למה שינה רבינו פעם כתב ואני ערב ופעם כתב ואני אתן לך ובסדר המשנה גרסינן הרי החונק את אחד בשוק ומצאו חבירו וא״ל הנח לו פטור שלא על אמונתו הלוהו וכו׳ וברמב״ם רפכ״ה ממלוה כתב או שהיה חונק וכו׳ וא״ל הנח ואני ערב ורבינו כתב גבי חונק הנח לו ואני אתן לך וכך היא הגירסא באלפסי ואשיר״י ס״פ גט פשוט וכן הוא בגמרתינו ר״פ הנושא הרי שהיה חולק וכו׳ הנח לו ואני אתן לך ונראה שבאו לבאר דלא תימא דמשום צערא דחבריה שנחנק גמר ומקני דליתא אלא מתכוין הוא להצילו מחניקה ומצוה הוא דקעביד הילכך אפי׳ א״ל הנח לו ואני אתן לך דהוי לשון טוב נמי לא משתעבד אבל היכא דלאחר שהלוהו א״ל אני ערב וכן היכא שהלוה תבעו בדין וא״ל הנח ואני ערב לא היה צריך לפרש דפשיטא דה״ה בהנח לו ואני אתן לך דלאו כלום הוא כיון שלא היה בשעת מתן מעות ולא בשעת צערא דחבריה ואתיא במכ״ש מהיה חונק וכו׳:

ג וערב היוצא לאחר חיתום שטרות וכו׳. נראה דלהראב״ד אף ע״פ דבשאר ערבות בעל פה לא משתעבד בלא קנין בשלא היה בשעת מתן מעות הכא כיון שנכתב בשטר הו״ל כמו מנה אני חייב לך בשטר שהוא משתעבד לו בלא קנין לגבות ממנו מבני חרי ולהרמ״ה הו״ל כמו ערבות בע״פ וכ״פ רשב״ם (דף קע״ו סוף ע״א) ולא משתעבד שלא בשעת מתן מעות אלא בקנין וא״ת הלא ס״ל להרמ״ה בסמוך דהיכא דקא קנו מיניה גובה ממשועבדין ואפילו לא נכתב שטר וי״ל כיון שיוצא אחר חיתום שטרות גרע טפי דאפי׳ קנו מיניה לא טריף ממשעבדי כיון דהו״ל לכתוב הערבות קודם חיתום שטרות וכתבו אחר חיתום שטרות אלמא ודאי דנכתב אחר החיתום כי היכי דלא ליגבי אלא מבני חרי: כתב הרב בהגהת ש״ע ס״א האומר לחבירו אני ערב לך בעד יום אחד אינו כלום עכ״ל וצ״ע כיון דאין כאן אלא אמירה שלא בשעת מתן מעות ובלא קנין ושלא בב״ד השתא ודאי אפילו נעשה לו ערב בסתם ולא אמר ליה בעד יום אחד נמי לא נשתעבד ואי א״ל כך בשעת מתן מעות או הקנה לו בקנין או בב״ד אמאי לא יועיל ערבותו ונאמר שמה שא״ל בעד יום אחד אינו אלא דקבע זמן לשיעבודו דבעד יום אחד בלבד נעשה לו ערב דהיינו שהמלוה יכוף ללוה ביום פלוני ישלם לו ושאם לא ישלם לו ביום פלוני ישלם הוא בעדו אבל אם ימתין לו מלוה מדעתו ולא יכוף אותו ביום פלוני לא יהא שוב ערב בעדו וכמ״ש בסימן קל״א ס״ד בס״ד ע״ש והמעיין בתשובת הרשב״א סימן תתק״א וסי׳ אלף קמ״ח יראה שפסק כך מתרי טעמי גם יחד חדא שלא נעשה ערב לו בשום ממון דשמא נעשה לו ערב שילך לוי בשליחותו יום אחד או שלא יצא ממקום פלוני יום אחד וכיוצא בזה ועוד שלא קנו מידו ולא היה בשעת מתן מעות ולא נעשה ערב בב״ד ואפשר להבין מדבריו דכשנעשה ערב בשעת מתן מעות בעד יום אחד דנעשה לו ערב בעד ממון יש לו דין ערב וה״ה כשנעשה ערב כך בקנין או בפני ב״ד וכדפי׳ ודלא כמשמעות הרב בהגהתו וצ״ע: עוד כתב בהגהת ש״ע ס״ב וז״ל ואפילו לא נתערב בהדיא רק שאומר למלוה להלוות ללוה כי בטוח הוא ועשאו על פיו והיה שקר חייב לשלם לו דהוי כאילו נתערב לו עכ״ל והיא תשובת מהרי״ו בסימן פ׳ ונראה דהיינו דוקא כשהמלוה אומר חזי דעלך קא סמיכנא וז״ש ועשאו על פיו כלומר שא״ל שעל פיו. הוא סומך דהכי הוי דינא במראה דינר לשולחני וכדלקמן בסימן ש״ו אבל אם לא אמר כך הדין תלוי במחלוקת רבינו יואל ורבינו אפרים בהגהת אשיר״י פרק הגוזל קמא וע״ש בשלטי הגבורים (דף ל״ו ע״א) ועיין עוד שם בפ׳ גט פשוט (דף רמ״ד ע״ב): עוד כתב הרב בהגהת ש״ע סעיף ח׳ מי ששאל חפץ מחבירו וא״ל אם לא אחזירנו לך לזמן פלוני אתן לך דמים כך וכך והעמיד לו ערב בעד הדמים אע״פ שלגבי השואל הוי אסמכתא ופטור הערב חייב לשלם עכ״ל וגם זו היא תשובת הרשב״א סימן אלף נ׳ ותימא הלא בפרק יש בכור קאמר רבא מי איכא מידי דלדידיה לא מצי תבע ולערב מצי תבע והא קיי״ל דלא יפרע מן הערב תחלה ור״ת נמי כתב כיון דנכסוהי דאינש אינון ערבין ביה אם כן כשנסתלק שיעבוד הלוה כשמחל לו נסתלק נמי שיעבוד נכסיו כמ״ש הרא״ש משמו פרק הכותב (דף קל״ט ע״א). ומ״ש הרשב״א וז״ל ואע״פ שאמרו אין נפרעין מן הערב תחלה דאלמא דאין הערב משתעבד בדאיכא לוה לא היא דכל שערב והלוה מתחייבין אין נפרעין מן הערב תחלה אבל זה הרי חייב עצמו במה שלא היה השואל חייב וכאותה שאמרו תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב עכ״ל קשיא נמי טובא דהתם הכי קאמרינן דאע״ג דלא מטיא הנאה לידה משתעבדא מדין ערב דגם הוא משתעבד אע״ג דלא מטיא הנאה לידיה אבל הא ודאי דאין הערב משתעבד אלא כל זמן נסתלק שיעבוד של לוה כדפרישית ואפשר ליישב דס״ל להרשב״א דהך דכשנסתלק שיעבוד הלוה נסתלק שיעבוד הערב לא אמרינן לה אלא היכא שהלוה והערב מתחייבין תחלה ביחד התם הוא דכיון דנתלה הערב בלוה מתחלת השיעבוד אם כן כשהלוה נסתלק משיעבודו גם שיעבודו דערב נסתלק עמו אבל הכא דהשואל לא היה מתחייב מתחלה כלל דאסמכתא היא ולא קניא א״כ לא נתלה חיוב הערב זה בשואל דדל ערבותו מהכא הלא חייב עצמו בדמים אלו אם לא יחזיר שמעון את החפץ לזמן שקצב ולגבי דידיה ליכא למיפטר מטעם אסמכתא שהרי חייב עצמו בקנין דהוי כמעכשיו

וליכא משום אסמכתא אלא לפי דקשה אם אתה אומר דל ערבותו מהכא וכו׳ א״כ היאך יתחייב בדלא מטיא הנאה לידיה לזה הביא ראיה מההיא דקידושין דהאשה נמי לא מטיא הנאה לידה ואפ״ה מקודשת מדין ערב ה״נ מתחייב מדין ערב וכיוצא בזה כ׳ הרמב״ם בסוף פי״א דמכירה ע״ש הגאונים דהמחייב עצמו לאחר אף ע״פ ששניהם מודים ועדים יודעים שלא היה אצלו כלום הרי חייב עצמו כמו שמשתעבד הערב ומה שקשה הלא כל הגאונים הסכימו דביטול אסמכתא ליתיה אלא בדקנו מיניה בב״ד חשוב א״כ ערב זה דלא נתלה בלוה אלא מתחייב מצד הקנין לא נתחייב אלא בדקנו מיניה בב״ד חשוב כיון דאית ביה אסמכתא דאמר אם לא יחזיר השואל את החפץ וכו׳ י״ל דאה״נ דהקנין דאיירי ביה הרשב״א בדקנו מיניה בב״ד חשוב הוא א״נ בדאמר מעכשיו בפירוש ולפי שהדבר פשוט קיצר במובן כל זה אפשר ליישב דעת הרשב״א בתשובה זו אבל דעת הרב בהגהה זו קשיא דלא הזכיר כלל קנין ואע״ג דבב״י כשהעתיק תשובה זו בקצרה לא הזכיר ג״כ קנין לא בא לפסוק כך הלכה אלא להזכיר למעיין שהרשב״א פסק דין חדש בשואל חפץ וכו׳ אבל בהגהה זו דפסק הלכה היא קשיא ודאי הלא הרשב״א תלה פסק דינו לפי שהתחייב עצמו בקנין ונראה ליישב דס״ל להרב דוקא כשנסתלק הלוה לגמרי שאין עליו שיעבוד כלל התם הוא דנסתלק גם הערב אבל הכא שלא נסתלק השואל משיעבודו שהרי חייב להחזיר החפץ אלא דבמה שהתחייב לשלם דמים כך וכך אם לא יחזיר החפץ ליום פלוני בהאי מילתא לחודיה לא נתחייב השואל כיון דאית ביה אסמכתא השתא ודאי כיון דעכ״פ נתחייב השואל להחזיר החפץ ליום פלוני א״כ לוי זה שנעשה ערב שישלם לראובן הדמים שפסק לו שמעון אם לא יחזיר החפץ לאותו זמן שקצב השתא ודאי אם לא החזיר לו החפץ נכנס הערב תחתיו בשיעבודו להתחייב בדמים כך וכך ואף ע״פ שנשתעבד בל׳ אסמכתא דאין בערב משום אסמכתא ולפ״ז נתחייב הערב אפילו ליכא קנין והא דתלה ליה הרשב״א דין זה בקנין צ״ל דהמעשה היה דנעשה ערב לאחר שהשאיל לו החפץ אבל אם נעשה ערב בשעה שהשאיל לו החפץ אה״נ דאפילו בלא קנין נשתעבד זה נראה ליישב דעת הרב אלא דמ״מ לענין מעשה אין נראה להוציא ממון אפילו בערב בשעת שאלה אא״כ בדקנו מיניה דערב וכדמשמע פשט תשובת הרשב״א זו: עוד כתב בהגהה זו וז״ל מכר הלוה קרקע וחתם המלוה עצמו בעד נפטר הערב דאיהו דאפסיד אנפשיה וכולי והיא תשובת הרשב״א בסימן תתצ״ב ומיירי בענין שאין המלוה יכול להוציאה מיד הלוקח כגון שהלוה הקנה למלוה גוף הקרקע בשטר מכירה אלא שהאמין לו שכשיפרע לו לזמן שקבע לו יחזיר המלוה ויקנה לו הקרקע ללוה והתם ודאי איבד המלוה זכותו כשחתם עליה בעד דהלכה כחכמים דפליגי אאדמון בסוף כתובות וכדלקמן ריש סי׳ קמ״ז אבל אם לא היה למלוה אלא שיעבוד מודו חכמים דלא איבד את זכותו כשחתם עליה בעד וכדלעיל בסימן קי״א סעיף י״ג וכמו שכתבתי לשם בס״ד ע״ש ולפי שהדבר פשוט כתב הרשב״א בסתם וקיצר במובן וגם הרב בהגהה כתב בסתם ומהרו״ך האריך בזה בשינויא דחיקא והשיג על הרב במ״ש וחתם המלוה עצמו בעד דלא קאמר הרשב״א אחתם עצמו בעד אלא שחתם עצמו והסכים על המכירה ולפע״ד דדברים דחויים המה והעיקר כדפרישית: לשון ב״י כתב בעל התרומות בשער ל״ה שהשיב הר״א בר יצחק שאם לא התנה עם הערב שיהא נאמן עליו כ״ז שיאמר לא נפרעתי כיון שהעכו״ם אומר פרעתי הערב פטור ודינו כשאר ערבים בישראל וידו דמלוה על התחתונה מאחר שלא התנה עמו אבל אם יכפור העכו״ם עיקר המלוה ואומר להד״ם והערב מודה שהלוהו והוא היה ערב דבר זה צ״ע עכ״ל ואיני יודע מה נסתפק לו דהא כיון שאומר להד״ם ה״ה מודה שלא פרע דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי עכ״ל ב״י ולפע״ד נראה דנסתפק לו שמא לא נעשה ערב אלא לענין פרעון שאם לא יפרע לו העכו״ם יפרע הוא אבל לא נעשה ערב אם יכפור העכו״ם דסתם ערבים אינו אלא להיכא שמודה שחייב אלא שאין לו לפרוע או שמא נעשה ערב אף להיכא שיכפור ויאמר להד״ם וספק זה איכא לאסתפוקי אף בלוה ישראל אלא שהשאלה נשאלה בלוה עכו״ם כמעשה שהיה כמ״ש בספר התרומות להדיא אכן הרב בהגהת ש״ע נסמך על דברי ב״י ופסק בס״ח דאם אמר הלוה לא לויתי מעולם חייב הערב לפרוע עכ״ל והיינו כשערב מודה שהלוהו והוא היה ערב ואין חילוק בין לוה עכו״ם ללוה ישראל וגם כאן קשה מי איכא מידי דהלוה פטור והערב חייב כדאמר בפרק יש בכור וי״ל דלא אמרינן הכי אא״כ שהלוה פטור בדין דכל אותה הסוגיא דפרק יש בכור איירי דפטור בדין אבל היכא שהלוה חייב בדין אלא דלא מצי מלוה להוציא מידו כגון שכופר וטוען להד״ם ונשבע על שקר והערב מודה שהלוהו פשיטא דהערב חייב דלא עדיף מאם היה הלוה במ״ה או גברא אלמא דלא ציית דינא דנפרע מן הערב דאין לנו אלמות גדולה מזה שכופר וטעין להד״ם ונשבע על שקר:

ו נעשה לו ערב בקנין וכו׳. ואף ע״ג דקיי״ל סתם קנין לכתיבה עומד וגובה ממשעבדי אע״פ דלא נכתב השטר היינו דוקא בלוה עצמו דאית ליה קלא אבל לערב לית ליה קלא אלא א״כ דקנו מיניה וכתב לו שטר אבל הרמ״ה לא חילק דבכל קנין אית (לית) ליה קלא בין ללוה בין לערב: ומ״ש וכן הערב היוצא קודם חיתום וכולי אף ע״ג דלא קנו מיניה. פירוש אף על גב דלא קנו מיניה על הערבות בפי׳ משתעבד דהקנין שכתוב בשטר על גוף ההלואה חוזר על הכל כמ״ש בסמוך ולפיכך כתב הרמ״ה כאן דכיון שכתוב בו פלוני ופלוני כלומר פלוני לוה ופלוני ערב בוי״ו דאז חוזר הקנין על הכל ולא צריך קנין בפרט על הערבות:

ז לא עשה לו הערב שטר בפני עצמו וכו׳. תימה דכבר כתב דין ערב אחר חיתום שטרות גם דין ערב קודם חיתום שטרות נתבאר בסמוך בתוך דברי הרמ״ה וא״כ למה חזר וכתב רבינו כאן אלו שני דינים ללא צורך וצ״ע:

ח אע״פ שהערב משתעבד כשבא ליפרע וכו׳. משנה וגמרא ס״פ ג״פ:

ט ומ״ש וצריך לכלול בשבועתו וכו׳. איכא למידק ולמה לא ישביע למלוה כדאמר בלקוחות כשבא המלוה לטרוף ממנו כדלעיל בסי׳ קי״ד סעיף ט׳ וי״ל הכא ודאי שאם האמין גם הערב למלוה אין יכול להשביעו כי אם ללוה לפיכך קבעו שבועה זו ללוה בין בהאמין בין בלא האמין שלא לחלק אבל בלקוחות שאפילו האמין לוה למלוה עליו ועל הבאים ברשותו ובאים בכחו אין מועיל נאמנותו לגבי לקוחות כיון דהלוקח לא האמינו ולכך שנינו דאין נפרעין מנכסים משועבדים אלא בשבועה הילכך משביעין למלוה שבועת המשנה שהיא שבועה חמורה דאילו ללוה אינה אלא תקנת הגאונים להשביעו מספק שאין לו ולכלול שבועה זו בתוך אותה שבועה ועוד דשבועת המשנה היא קודמת לחול על המלוה כבר מקמי שתקנו הגאונים שבאו אחר התלמוד:

י ואינו יכול ליפרע מן הערב וכו׳ עד שלא יהא כחו של ערב גרוע וכו׳. פי׳ אפילו יש לו קרקע נותנין לו זמן שהרי גם בלוה כך הדין ומשמע ודאי אם יש מטלטלין לו אין נותנין לו זמן כלל כמו שנתבאר בסימן ק׳ גבי לוה וכ״כ המגיד בפ׳ כ״ו ממלוה: ומ״ש ואם התנה עמו הכל לפי תנאו כ״כ הרמב״ם שם וכתב הרב המגיד ה״ה ודאי בלוה עצמו וזה פשוט עכ״ל ואפשר דבערב איצטריך לאשמועינן טפי דאין בתנאי זה משום אסמכתא דלא תימא אע״ג דערב לית ביה אסמכתא היינו משום דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה לפרוע אבל במאי דקא מתנה שאם לא יפרע הלוה שיתחייב הוא לפרוע מיד בלא שום הרחבת זמן הא ודאי אסמכתא היא דדיו לשעבד נפשו לפרוע כיון שעל אמונתו הלוהו אבל כל מה שמתנה יותר להשתעבד שלא מן הדין אית ביה משום אסמכתא קמ״ל דבכל מה שמשתעבד גמר ומקני דאין לחלק בין שיעבוד לשיעבוד:

יא ואם אין הלוה לפנינו צריך להודיעו אם הוא קרוב וכו׳. כ״כ הרא״ש ס״פ ג״פ אבל התוס׳ לשם (ד׳ קע״ג) בד״ה חסורי מיחסרא כתבו שר״ת פירש בכתב ידו דאם הוא רחוק ימתין לו או ילך לשם לתבעו ולכופו ולא מחתינן לנכסי דערב וכו׳ וכ״כ המרדכי לשם וכ״כ הסמ״ג בשם ר״ת ואפשר דר״ת נמי לא אמר אלא היכא שאין המלוה רוצה לשלוח אל הלוה אלא לגבות מיד מהערב אבל אם רוצה להמתין שלשים יום עד ישלחו אליו ודאי אם לא בא אחר שלשים יום יתבע לערב כסברת שאר הגאונים וליכא הכא פלוגתא: ומ״ש דאם הוא גברא אלמא אז יתבע את הערב וכו׳. כך כתבו התוס׳ והמרדכי והרא״ש לשם והרמב״ם בפ׳ כ״ה ממלוה ובב״י הביא דעת הראב״ד והגאונים שחולקים על זה גם הרשב״א כתב שנראין דבריהם וכ״כ המרדכי לשם על שם ראבי״ה דאפי׳ לא ציית דינא בכך לא יפסיד הערב דעד שנכוף לערב שלא כדין מוטב שנכוף ללוה כדין כדי לפרוע עכ״ל מיהו ודאי אם אחר שעשו ב״ד כפייה עדיין האי גברא אלמא באלמותיה קאי א״נ קרוב הוא לשררה ואיכא למיחש דנפיק מיניה חורבא אין ספק דבכל כיוצא בזה כל הגאונים מודים דתובעים את הערב:

יב כתב רב נחשון וכו׳. משמע דאנן לא שלחינן בתריה אלא א״כ דאיתיה במקום קרוב שיוכל השליח לחזור ולבוא תוך שלשים אבל אם הוא רחוק יותר אע״פ דידוע היכן הוא לא שלחינן אבל לערב נותנין זמן אפי׳ ביותר מל׳ יום אי ידוע היכן הוא עד שיוכל להביאו וכתב ה״ה בפ׳ כ״ה ממלוה דאלו הדברים ודאי אינן אלא בערב להביא הלוה גם כתב בשם רב נחשון בתשובה דאם העמידו כד דנפיק חד כוכבא ש״ד לקבוליה ואי לא קבליה איהו דאפסיד אנפשיה ונפטר הערב ואי בתר דנפקי תלתא כוכבא שבת הוה ואי ערק לא מיפטר הערב וע״ל בסי׳ קל״א סעיף ט״ו:

טו וכל זמן שלא בא הלוה וכו׳. פי׳ כשערב בעד חוב שבע״פ אבל בערב בעד חוב שבשטר א״צ ראיה שלא פרעו שהשטר שבידו הוא ראיה דאל״כ שטרא בידיה מאי בעי וכן פירש ב״י וע״ש והכי משמע להדיא מדברי הרב רבינו משה בר מיימוני פכ״ו דמלוה ומביאו ב״י שכתב מי שהיה ערב לחבירו במלוה ע״פ וכו׳ ומשמע לי נמי דלא אמר הרמב״ם אלא דוקא בערב אבל לא בקבלן וה״ט דבערב הו״ל כאומר איני יודע אם אני חייב לך שהרי אין החיוב חל על הערב אלא היכא דלא פרע הלוה ושמא כבר פרע ואיני חייב לך אבל בקבלן דהחיוב חל עליו מיד ולא נפטר מחיובו אא״כ דפרע כבר הלוה וכיון שאינו ידוע אם פרע הלוה הו״ל כאומר איני יודע אם פרעתיך וחייב לשלם כנ״ל עיקר ודלא כמ״ש ה׳ המגיד לשם ומביאו ב״י דאפילו מן הקבלן אין נפרעין וכו׳ דליתא והכי נקטינן:

יז ואם אמר המלוה ממי שארצה אפרע כתב הר״י הלוי שיכול ליפרע מן הערב תחלה ואפי׳ יש נכסים ללוה אבל ר״ת פי׳ וכו׳. טעם מחלוקתם דבס״פ ג״פ מוקמינן למתניתין בחסורי מיחסרא וה״ק המלוה את חבירו ע״י ערב לא יפרע מן הערב תחלה ואם אמר ע״מ שאפרע ממי שארצה יפרע מן הערב תחלה בד״א בשאין נכסים ללוה אבל יש נכסים ללוה לא יפרע מן הערב וקבלן אע״פ שיש נכסים ללוה יפרע מן הקבלן רשב״ג אומר אם יש נכסים ללוה אחד זה ואחד זה לא יפרע מהן דהר״י הלוי מפרש דהאי בד״א קאי אהיכא דלא אמר ממי שארצה אפרע שאין לו לתבוע הערב תחלה דאלמא דלאחר שתבע את הלוה ולא נתן לו כלום יחזור ויתבע את הערב וקאמר בד״א שאין נכסים ללוה אבל יש לו נכסים ללוה לא יתבע את הערב כלל דאפילו לאחר שתבע את הלוה ולא נתן לו כלום עליו לטרוח ולתבעו בדין ואין לו רשות ליפרע מן הערב כל זמן שהוא מוצא נכסים ללוה ואפילו

זיבורית וכל זה דוקא בדלא אתני ממי שארצה אפרע אבל אתני ואמר ממי שארצה אפרע יפרע מן הערב תחלה ואף ע״פ שיש נכסים ללוה דכיון דאתני אתני והיינו דקאמר וקבלן אע״פ שיש נכסים ללוה יפרע מן הקבלן דהא לפי פי׳ זה היכא דאתני ואמר ממי שארצה אפרע דינו כקבלן גמור דבשניהם אפי׳ יש נכסים ללוה יפרע ממנו אבל ר״ת מפרש דהאי בד״א לא קאי אלא אהיכא דאתני ממי שארצה אפרע דלא יפרע מן הערב תחלה אלא היכא דליכא נכסים ללוה דהיינו קרקע דאפילו לקוחות שקנו ממנו לית ליה התם הוא דאין צריך לחזור אחר הלוה אולי יש לו מטלטלין דלהכי מהני מה שהתנה ממי שארצה אפרע אבל אם יש לו נכסים ללוה לא יפרע מן הערב אפילו א״ל ממי שארצה אפרע אבל קבלן גמור אפילו יש לו נכסים יפרע מן הקבלן וכ״כ התוס׳ והרא״ש והמרדכי ע״ש ר״ת וכן פי׳ רשב״ם דבד״א קאי אהיכא דאתני ממי שארצה אפרע:

יט ואיזהו קבלן וכו׳. נראה דישראל שנעשה ערב לישראל חבירו בעד העכו״ם אע״ג דלא הזכיר אלא ל׳ ערבות דין קבלן יש לו דכיון דבדיניהם העכו״ם בתר ערבא קאזיל ולא יכול הישראל לתבוע להעכו״ם דיכול לדחותו אצל הערב הישראל וכדאיתא בפרק איזהו נשך אם כן מתחלה כשנכנס בערבות הוה ליה כאילו אמר תן לו ואני נותן לך אבל במקומות שנהגו גם בדיניהם לתבוע את הלוה תחלה אז יש לו דין ישראל:

כ וכתב עוד שצריך לכתוב בשטר הקבלנות שם וכולי וא״א ז״ל כתב אף ע״פ שאינו מפורש בו וכו׳. כ״כ התוס׳ על שם ר״י וכ״כ הסמ״ג שכן פסק ר״י וע״ש וז״ל מהרש״ל בהגהותיו זה נ״ל פשוט שפסקינן כדברי הרא״ש מאחר שהוא מדברי התוס׳ גם ה״ה כ״כ בפכ״ה ממלוה ע״ש הרשב״א ואומר אני אף בעה״ת אינו חולק אלא באחד שנעשה ערב אבל שנים שלוו בשטר וכתבו ערבים קבלנים פשיטא דגובה מאיזה שירצה אפי׳ לאותם דס״ל ב׳ שלוו לא נעשו ע״ק אבל הכא שנכתב ע״ק בשטר פשיטא שדין ע״ק יש לכל אחד מהם דאל״כ האי ע״ק ל״ל דהא בלא ערב קבלן מסתמא כשנכתבו בשטר אחד יש להם דין ערב עכ״ל:

סימן קל

א ערב או קבלן וכו׳. נראה דאפי׳ במלוה בשטר נמי קאמר דאם הלוה טוען שכבר פרעו ויכול לברר ע״י שובר או עדים אינו חייב לערב כלום אבל אם אינו יכול לברר שפרעו כיון שבא בשטר צריך הלוה ליתן לערב כל מה שפרע בשבילו ועיין במ״ש בסי׳ קכ״ט סעיף ט״ו: ומ״ש שלא הרשהו לפרוע וכו׳. רצונו לומר להרמב״ם דא״ל בפירוש ערבני ושלם ולהראב״ד כיון שא״ל ערבני כאילו הרשהו דמי כמ״ש בסמוך ולגבי קבלן אף להרמב״ם בא״ל הכנס קבלן בעבורי אפילו לא א״ל ושלם כאילו הרשהו לשלם דמי: ומ״ש אבל אם פרעו אחר שהביא המלוה ראיה וכו׳. היינו במלוה ע״פ דאילו במלוה בשטר הלוה צריך להביא ראיה ואם אין לו ראיה והערב פרעו למלוה חייב הלוה ליתן לערב כל מה שפרע בשבילו כדפרישית וכל זה דלא כפי׳ מהרו״ך:

ב וכתב הרמב״ם בד״א שא״ל הלוה בשעה שנעשה ערב ערבני ושלם כו׳. נראה מבואר שטעמו דמצי א״ל שבקשתיך שתעשה ערבות בעבורי מכל מקום כיון שלא היית חייב לשלם עד שיתבע אותי תחלה ולא ימצא ממה לגבות וגם עד לאחר שאשבע שאין לי ממה לשלם לא היה לך לשלם קודם כי אולי הייתי מפייס אותו והיה מוחל לי וכדין פורע שטר חוב של חבירו שלא מדעתו שלכך כתבם הרמב״ם סמוכים ע״ש בפ׳ כ״ו ממלוה ובמ״ש ה׳ המגיד לשם. אבל הראב״ד סבירא ליה דלא דמי לפורע חובו שלא מדעתו דהכא כיון דקאמר ערבני כאילו הרשהו דמי ותו דפורע חוב של חבירו אין על הפורע שום שיעבוד אבל ערב רמי עליה שיעבוד לפרוע:

ד ואם כתב המלוה לערב וכו׳ עד דאל״כ מה אנו יודעין שהוא ערב. פי׳ כי אם אינו ערב אין הלוה חייב לשלם כי אם מחצה החוב שהרי השטר נכתב על שניהם מן הסתם נשתעבדו שניהם בשוה ואין אחד יכול לומר לחבירו אתה לקחת כל המעות אלא שאני נכנסתי עמך בשטר כמבואר למעלה בסוף סי׳ ע״ז: ומ״ש ופי׳ רשב״ם שאז הוי לגביה כמלוה בשטר וכו׳. משמע דס״ל לרבינו דאף לפי׳ רשב״ם אינו גובה מהלוה עצמו אלא בדכתב לו התקבלתי ויש לתמוה דבס״פ ג״פ פרשב״ם להדיא דיכול לגבות בשטר זה לכי גדלי יתמי לד״ה ואפילו לא כתב התקבלתי וכ״כ להדיא בהגהת אשיר״י לשם דלרשב״ם גובה אפילו לא כתב התקבלתי ובלבד שיהא ידוע שפרע בשבילו וי״ל דלא בא רבינו אלא לומר דלרשב״ם בדכתב לו התקבלתי הוי לגביה כמלוה בשטר ממש וכו׳ ושה״ר יונה חולק על זה אבל במאי דס״ל לרשב״ם דבלא כתב ליה התקבלתי גובה מלוה עצמו לא הביא דעתו בזה כיון דדחויה היא מרוב רבותינו דס״ל דבלא כתב התקבלתי לא מצי גבי כלום אפי׳ מלוה עצמו וכדכתב הרא״ש בפרק חזקת ע״ש ה״ר יונה ובעל התרומות בשער ל״ה ורמב״ם בפכ״ו ממלוה וה״ה לשם כתב שזה מוסכם מן המפרשים ולכן כתב גם רבינו בתחילה בסתם אפילו הש״ח בידו אינו מועיל לומר פרעתיך ולא חשש לסברת רשב״ם בזה. ונראה דלרשב״ם נמי אינו טורף ממשעבדי אלא אם כן דכתב לו התקבלתי מקמי שנפרע החוב ולא נמחל שיעבודו וכדלעיל בסימן קי״ו בדין מקח שלא באחריות ודלא כמהרו״ך דמחלק בין זו לזו עיין עליו. ויש להקשות במ״ש רבינו דהשטר שבידו אינו

מועיל לו כלום שיכול לומר פרעתי למלוה והחזירו לי וכו׳ או יכול לומר פרעתיך וכו׳ ואם כתב המלוה לערב קבלתי ממך דמי החוב מהני ליה לגבות מהלוה וכן לה״ר יונה בדכתב לו התקבלתי לא מצי למימר פרעתי ואמאי לא מצי למימר פרעתיך כיון שאין שטר שבידו ראיה לעשותו מלוה בשטר כך מבואר ממ״ש ב״י בשם הר״ן וז״ל והא שטרא כלומר והא שטרא שנתחייבתי בו למלוה ושנכנסתי בו ערב וכגון שכתב לו מלוה התקבלתי ממך מעות ונתן לו זכותו הא לאו הכי אע״פ שש״ח יוצא מתחת ידי ערב אינו גובה בו וכמלוה על פה דמי שהלוה לא נשתעבד בשטר זה לערב וכ״כ הרשב״א בשם רב ה״ר יונה ז״ל עכ״ל אלמא להדיא אליבא דהרשב״ם בשם ה״ר יונה דעובדא פ׳ חזקת (בבא בתרא דף ל״ב) שהערב הביא שטר של מלוה ותבע בו ללוה אינו אלא היכא דנתן לו זכותו דהיינו שהקנה לו דרך קנין שטרות בכתיבה ומסירה ובהרשאה הא לאו הכי אפי׳ כתב לו התקבלתי ממך דמי החוב אינו גובה בו דכמלוה ע״פ דמי ומצי למימר הדרי ופרעתיך וכ״כ הרשב״א להדיא בחידושיו פרק ג״פ דאפילו בדכתב ליה התקבלתי מצי למימר ליה הדרי ופרעתיך דלאו מלוה בשטר היא לו וע״ש וזה סותר למ״ש רבינו בשם ה״ר יונה ולמ״ש הריב״ש בתשובה ס״ס תע״ח בשם ה״ר יונה להדיא דבדכתב לו התקבלתי אין הלוה יכול לטעון פרעתי דא״ל שטרא בידי מאי בעי ע״ש אבל הרא״ש לא קשיא דמ״ש בפרק חזקת ע״ש ה״ר יונה וז״ל דמיירי בדכתב לו התקבלתי דאל״ה היה יכול הלוה לטעון שמא לא פרעת למלוה כלום וכו׳ י״ל דה״ק דלא מהניא התקבלתי גרידא אלא לענין זה בלחוד שאינו יכול לטעון שמא לא פרעת למלוה אבל לענין שלא יוכל לטעון הדרי ופרעתיך לא מהני התקבלתי גרידא אלא א״כ דנתן לו ג״כ זכותו בדרך קנין שטרות וכדכתב הר״ן ע״ש הרשב״א בשם ה״ר יונה וכן נראה דעת ר״י בתוס׳ ס״פ ג״פ (ד׳ קע״ד) בד״ה מקמי דלודעינהו דהתקבלתי דמלוה אינו כלום דפשיטא דמצי לוה טעין הדרי ופרעתיך אלא בעינן דהלוה כתב לערב בתוך השטר התקבלתי מן הערב ע״ש גם הרשב״א בתשובה סימן תתפ״ח כתב דהנכון כפי׳ התוספות ע״ש אבל על רבינו והריב״ש בשם ה״ר יונה קשיא ונראה לפע״ד דס״ל לרבינו דדוקא באין לערב עדים שפרע בשבילו ולא כתב לו נמי התקבלתי התם הוא דמצי טעין לוה פרעתיך דכיון דאית ליה ללוה טענה אחרת טובה ממנה דמצי טעין פרעתי למלוה והחזירו לי ונפל ממנו ומצאתו וכו׳ הילכך כי אמר נמי פרעתיך נאמן במגו דאי בעי אמר פרעתי למלוה וכו׳ אבל בדאיכא עדים דפרע למלוה א״נ דכתב לו התקבלתי דאין לו טענה אחרת כי אם טענת פרעתיך אינו נאמן דאנן סהדי כיון דהלוה אינו חייב לשלם להערב דפרע בעבורו אא״כ בדמחזיר לו שטרו בודאי דלא פרע לוה לערב דאי פרע לו שטרא בידו מאי בעי ולא דמי להיכא דלא כתב התקבלתי דנאמן לומר פרעתיך ולא מצי למימר ליה שטרא בידי מאי בעי דכיון דאית ליה מגו ודאי קושטא קאמר דמגו דאורייתא ולא אלימא הך טענה דשטרא בידי מאי בעי בהאי שטרא דלא נכתב אלא מלוה למלוה בדוכתא דאיכא מגו וכדכתב רבינו כי אין הש״ח שבידו ראיה וכו׳ ואין זה אלא בדלא כתב התקבלתי וליכא עדים שפרעו כמבואר להדיא מדבריו אבל בדכתב ליה התקבלתי ודאי השטר שבידו היא ראיה דלא מצי למימר ליה הדרי ופרעתיך גם דברי ה״ר יונה שהביאו רבינו שכתב דבדכתב התקבלתי אינו נאמן לומר פרעתי ה״ק אינו נאמן לומר פרעתי למלוה והחזירו לי ונפל ממני ומצאתו וכו׳ ולפיכך ג״כ אינו נאמן לומר הדרי ופרעתיך דהשתא כיון דלית ליה מגו מצי א״ל שטרא בידי מאי בעי אבל מ״מ חולק הוא רבי׳ עם הרשב״א בהבנת דברי ה״ר יונה וכדפרישית מיהו ודאי אף רבינו מודה דאין הערב והקבלן טורפין ממשעבדי דלוה עד שימסור לו המלוה הש״ח ויקנה לו דרך קנין שטרות כי היכי דלא תהא תביעה על פה וכ״כ בעה״ת בשער ל״ה ומביאו בספר בדק הבית וכן פסק בש״ע׃

סימן קלא

א תשובה לרב אלפס וכו׳ קודם ההלואה וכו׳. פי׳ אם נעשה ערב קודם ההלואה יכול לחזור בו אבל אם לא נעשה ערב אלא לאחר ההלואה שאז צריך קנין וכיון שנעשה ערב בקנין אין לאחר קנין כלום כיון שהמעות כבר נתונים משא״כ קודם מתן מעות דאע״פ שקנו מידו יכול לחזור בו וכי היכי דס״ל להרשב״א דיכול לחזור בו לענין הלואה ולענין מקח וממכר אפי׳ קנו מידו כדלעיל בסימן ל״ט ובסי׳ רמ״ג הכי נמי יכול לחזור בו מן הערבות ואפילו קנו מידו בב״ד חשוב דלא כמהרו״ך דלפי טעמו שכתב משמע דבקנו מיניה בב״ד חשוב אינו יכול לחזור וליתא לטעמו אלא טעם החזרה הוא כיון דמרצונו נשתעבד להיות ערב יכול הוא לבטל רצונו ולומר עכשיו אינני רוצה להשתעבד וכדין הלואה ומקח וממכר להרשב״א ופשוט הוא׃

ד עוד כתב הרמב״ן בתשובה ערב שבא אצל הלוה בזמנו וכו׳. פי׳ ביום שנשלם הזמן כדלעיל בסימן ע״ח וכדאיתא רפ״ק דבתרא דבזמנו פירושו ביום שנשלם הזמן וכדמוכח נמי הכא מדברי הרמב״ן עצמו שבתוך הזמן אפילו אם מבזבז נכסיו אין יכול לתבוע חובו לא מלוה ולא מערב. ומ״מ נראה דלא קאמר הרמב״ן הכי אלא היכא שהלוה הוא עכשיו בטוח כמו שהיה בשעה שנעשה ערב התם קאמר הרמב״ן דהזמן לא קבעתי אלא עם הלוה אבל אתה נעשית לי ערב בסתם כל זמן שהלוה לא פרע החוב אבל אם הלוה ירד קצת מנכסיו גם הרמב״ן מודה דהדין עם הערב דאין לך גרמא בנזקין גדול מזה דאסור לכתחלה כדלקמן בריש סימן שע״ח ואם התנה הערב עם המלוה בשעה שנעשה ערב שאינו ערב אלא עד הזמן שקבע עם הלוה פשיטא נמי דהדין עם הערב וגם הרמב״ן מודה בזה. וכתב בספר בדק הבית על מ״ש הרמב״ן דערב שהתרה במלוה וכו׳ וז״ל בעיני ע״ד יפלא למה לא יועיל לערב

טענת ערבותי לא היתה אלא לזמן והואיל ובאותו זמן היית יכול לגבות חובך ולא גבית את הוא דאפסדת אנפשך וקרוב אצלי לומר דהאי תשובה לאו הרמב״ן חתים עלה עכ״ל ולכן כתב בש״ע וצריך להתיישב בדין זה עכ״ל ולא כמו שהבין הרב בהגהה שכ״כ לפי שיש חולקים בזה:

ו תשובה לרש״י וכו׳. נראה דמה שחילק בין המלוה דלא היה יכול לישמט ובין הערב דהיה יכול לישמט היינו משום דכיון דהמלוה כבר הבטיח לעכו״ם להחזיר המשכון ע״פ ערב בטוח ישראל אם היה חוזר בו היה העכו״ם מפקיע ממנו כל החוב קרן ורבית דכבר כוונת העכו״ם להפקיע את הכל וחשוב כמציל מידם כמ״ש התוס׳ והרא״ש בפ״ק דע״ז כל שכן עתה אם היה המלוה מהתל בו וחוזר מהבטחתו משא״כ הישראל ששאל ממנו העכו״ם שיכנס בעדו ערב פשיטא שהיה יכול לישמט מן העכו״ם שלא יכניס עצמו בערבות לכתחלה וכיון שלא נשמט ממנו ונכנס בערבות חשוב כאילו הרבין את הארי על המלוה שהיה מוכרח על ידו להחזיר לו את המשכון ע״י ערבות שלו בפני העכו״ם וחייב לשלם מדינא דגרמי ומה שהתרה בו אינו כלום כיון שהיה יכול לישמט מן הערבות ולא נשמט איהו דאפסיד אנפשיה ועיין במ״ש מהרו״ך כאן דלאו דוקא שהודה לו בתחלה וכו׳ ודבריו נכונים:

ז שאלה לא״א וכו׳ כל זמן שלא הנחת בידי שטר הפרעון והנחת עיקר שטר חוב אצל העכו״ם כצ״ל: תשובה וכו׳ והבירור יהיה ע״פ עדים או על ידי פיתקא של העכו״ם וכו׳. תימה למה נוציא ממון ע״י פיתקא של עכו״ם ניחוש לקנוניא ואין ראיה ממה שיכול העכו״ם להוציא מראובן עצמו כמו שהוציא משמעון הערב דדילמא אין העכו״ם יכול להעיז כנגד ראובן שכבר פרעו ואפשר דרצונו לומר שהפיתקא של העכו״ם ניכרת בחתימת ערכאות שלהם דגובין על ידיהם כדלעיל בסימן ס״ח והא דכתב במרדכי פרק הגוזל בתרא ע״ש מהר״ם דא״צ לשלם אלא מה שהוציא הערב בעדים ומסתמא שלא יחלוק הרא״ש אמהר״ם רבו אלא סובר דלאו דוקא בירור ע״י עדים אלא ה״ה בירור אחר ע״י פיתקא וכדפרישית וכן מ״ש או שכתוב בשטר ביני שיטי שפרעו כך וכך היינו ג״כ על ידי כתב הערכאות וחתימתם ודלא כמ״ש מהרו״ך ע״ש:

יא כתב הרמב״ם ראובן שמכר שדה לשמעון ובא לוי וקיבל עליו אחריות לא נשתעבד לוי ואם קנו מידו וכו׳. כך היתה נוסחת רבינו בדברי הרמב״ם ופי׳ הטעם שהוא לפי שלא על אמונתו קנה השדה שפעמים אדם קונה שדה שלא באחריות דעביד אינש דזבין ארעא ליומא והלכך אפילו קיבל עליו אחריות השדה בשעת המכירה לא נשתעבד לוי אבל בנוסחאות הרמב״ם שבידינו כתוב לא נשתעבד לוי שזו אסמכתא היא ולכן השיג אהראב״ד ואמר שיבוש הוא זה שאין בערבות משום אסמכתא וכיון שאמר כן בשעת מתן מעות משתעבד וב״י הביא באורך דעת הרב המגיד ואח״כ כתב פירוש אחר לדעתו ולפע״ד הדברים פשוטים דטעמו של הרמב״ם דלא דמי לשאר ערבות דהוי בלשון אסמכתא באם לא יפרע הלוה שיפרע הוא דמ״מ לא תלה שיעבודו בדבר אחר ובההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומקני נפשיה אבל הכא שתלה שיעבודו בתנאי באם יטרפו השדה מן הלוקח אז אם לא יפרע המוכר אני אפרע ללוקח הרי תלה שיעבודו בתנאי אם יטרפו ממנו השדה ולא גמר ומשעבד נפשיה דסבור שלא יבוא לידי כך שיטרפו ממנו ולא יתקיים התנאי וז״ש הרמב״ם סמוך לאותה בבא וכן הערב או הקבלן שחייבו עצמן על תנאי וכו׳ וכמ״ש רבינו בשמו בסמוך סעיף י״ג דאלמא דטעם אחד לשניהם ואע״פ דלשם כתב הרמב״ם דבעינן דקנו מיניה מעכשיו וכאן לא כתב אלא בדקנו מיניה כבר פירש ב״י דכיון שנתחייב לו בכל עת שירצה שמעון לתבעו הוי מעכשיו ויש להקשות במ״ש הרב המגיד וז״ל ותדע לך דודאי אם הוקרה או הוזלה וטרפה ב״ח דמוכר מגבין ללוקח כפי מה שהיא שוה בשעת טירפא לא כפי הדמים שקנה שהרי לעיל בסימן קי״ו מבואר שאם הוזלה כותבין לו טירפא כמה שהיתה שוה תחלה ואפשר דעיקר הוכחתו מהוקרה לחוד והוזלה כדי נקטה ופלטתו הקולמוס לפום רהיטא ולא דק:

יב שאלה לא״א וכו׳. כלל ע״ג סי׳ ה׳: ואם ירצה ראובן הקונה לבטל המקח יחזיר השטר וכו׳. נראה שהיה צריך לפרש זה משום דקיי״ל כחכמים ס״פ ג״פ (דף קס״ט) דהנותן מתנה לחבירו והחזיר לו את השטר מתנתו קיימת אא״כ חזר ומכרה לו בקנין גמור או בשטר חדש כדין לוקח ומוכר ולהכי קאמר הרא״ש דהכא א״צ שטר חדש אלא בחזרת השטר סגי שהרי המקח לא נעשה אלא עד שגם אשתו תעשה שטר עליה וכיון שאינה רוצה וגם הלוקח אינו רוצה במקח אא״כ שתעשה האשה שטר כמו שהתנה א״כ לא חל המקח כלל וא״צ אלא חזרת השטר דממילא בטל המקח וזה יחזיר המעות:

יג כתב הרמב״ם וכו׳ עד אבל אם קנו מיניה מעכשיו וכו׳. לכאורה משמע דזהו לדעת הרמב״ם אבל להרא״ש מעכשיו לא מעלה ולא מוריד דלעולם בעינן ב״ד חשוב וליתא אלא גם הרא״ש תופס דעת הרמב״ם בזה ע׳ לעיל סי׳ נ״ה וסי׳ קי״ג ולקמן סי׳ ר״ז: וכתב עוד הרמב״ם מי שאומר לחבירו הלוהו ואערב לך לגופו וכו׳. פירוש לדעת הראשון אין חילוק בין ערב לשלם בעד הלוה ובין ערב לגופו בכל ענין אם הוא בשעת מתן מעות לא בעי קנין ושלא בשעת מתן מעות בעי קנין ולדעת האחרון אית ביה אסמכתא ולא מהני קנין מיהו קנין במעכשיו ודאי מבטל כל אסמכתא לדעת הרמב״ם ומשמע להדיא מדברי הרמב״ם דכל היכא דחייב להעמיד את גופו ולא העמידו דחייב לשלם והראב״ד השיג בתרתי חדא דליכא בשום ערבות משום אסמכתא דכבר סילקו אותה בגמרא ס״פ ג״פ דס״ד דאמימר דלר׳ יוסי דאמר אסמכתא לא קניא ערב לא משתעבד וא״ל רב אשי הא מעשים בכל יום

דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד אלא אמר רב אשי בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה אלמא דסילקו אותה דליכא בערבות אסמכתא אידך השיג עליו דאם לא פירש אם לא אביאנו לך אשלם אינו חייב לשלם אלא להעמיד גופו תחת גופו עד שיתפשר עמו וה״ה השיג על דבריו ע״ש:

טז וכתב עוד הרמב״ם מי שלא פירש דבר קצוב שערב וכו׳ והראב״ד כתב א״כ לא ברב ולא במעט וכו׳. פי׳ דבריו דכיון דלהרמב״ם לא נוכל לומר שישתעבד הערב ברב כיש מהגאונים א״כ גם אין זה דין לומר שלא נעשה ערב להשתעבד אלא במעט כלומר בדבר מועט בפחות שבמטבעות אלא עד כדי שהדעת מגעת לשם וכו׳:

סימן קלב

א עבד או אשת איש שערבו וכו׳. כ״כ הרמב״ם סוף פכ״ו ממלוה והודיענו שבזה יש חילוק בין לוה לערב דבלוה אין חילוק בין אשה לקטן דאפילו קטן שלוה בדבר שהיה לו הנאה חייב לשלם אבל קטן שערב לאחרים פטור לגמרי וע״ל סי׳ צ״ו סעיף י״ב:

ג ואשה פנויה וכו׳. כ״כ הרמב״ם שם וכ״כ הרי״ף והרא״ש ס״פ יש נוחלין דכיון דבעיין לא איפשיטא הילכך מלוה ע״פ לא גביא מיניה דבעל דאיהו דאפסיד אנפשיה דלא איבעי ליה לאוזופי בלא שטרא עכ״ל מיהו רשב״ם כתב לשם דרואה אני את דברי ר״ח שלענין לותה הוי הבעל כיורש משום פסידא דמלוה וגבי מיניה דבעל וכ״כ במקצת ספרי הסמ״ג ורבי׳ הביא דבריהם בא״ע סי׳ צ״א אלא שכתב דהרמ״ה ורב אלפס והרא״ש נחלקו עליהם ותו נראה לפע״ד מדברי התוס׳ בפ׳ השואל (דף צ״ו) בד״ה אלא לוקח דלא שויוהו רבנן יורש אלא משום פסידא דאלמנתו כדי שתהא ניזונית מנכסיו כדאיתא התם אבל משום פסידא דמשאיל אין לנו לעשותו כיורש לחייבו בגנבה ואבידה שאם ירצה לא ישאילנו דמי דחקו להשאיל והוי כאילו אפסיד אנפשיה עד כאן לשון התוספות ולפי זה ודאי הוא הדין מלוה על פה דמי דחקו להלוות על פה הילכך נקטינן כרוב הגאונים דמלוה ע״ש לא גביא מיניה דבעל וכדכתב רבינו הכא בסתם ולא הזכיר חולק על זה: ומ״ש ואם ערבה בשטר גובה ממה שהכניסה לבעלה. נראה דהיינו דוקא במקרקעי אי נמי דכתבה ליה אגב אבל במטלטלי ולא כתבה ליה אגב פשיטא דאינו גובה ממטלטלים המשועבדים וצ״ע אמאי אין הבעל חייב לשלם אפי׳ לא הכניסה האשה לבעלה כלום מהא דאיתא בפרק המקבל (בבא מציעא דף ק״ד) ר׳ יהודה היה דורש לשון הדיוט דתניא ר״י היה אומר אדם מביא קרבן עשיר על אשתו וכן כל קרבן שהיא חייבת שכך כתב לה אחריות דאית ליך עלי מן קדמת דנא פי׳ אחריות דאית ליך שאת חייבת יהא עלי מן קדמת דנא אפי׳ חובות שקדמו לנישואין ובמלוה על פה ודאי אבל במלוה בשטר דאית ליה קלא הוה ליה לשלם דכתנאי ב״ד דמי דאדעתא דהכי כנסה דכיון דקלא אית ליה לא מצי למימר דלא הוה ידע בהו גם התוס׳ לשם כתבו דרב אחא הורה שהבעל חייב לשלם חוב אשתו שלותה קודם שנישאת מכח רבי יהודה בפ׳ המקבל ובתשובת מהר״ם שנדפסו מחדש כתובה הוראה זו בסי׳ תתמ״ט והיינו דוקא בלותה בשטר איברא דהתוס׳ לשם נחלקו על הוראה זו וסבירא להו לדבר פשוט דמנכסי בעלה לא מצי גבי וע״ש:

ד כתב הרמב״ם שנים שערבו לאחד וכו׳ עד סוף הסי׳. כבר נתבאר בסי׳ ע״ז בסעיף ד׳ וע״ש:

סימן קלג

א (ב) כל דבר וכו׳ וכתב הרמב״ם וכו׳. היה ראוי שיכתוב והרמב״ם כתב שהרי חולק אסברא ראשונה וע״ל סימן ע״ב סעיף י״א:

ג וכתב א״א הרא״ש ז״ל בתשו׳ וכו׳. הא דכתב הרא״ש משום דנפישי רמאי והגאונים כתבו בסתם דשמא הוא סבור שנתחייב לו וכולי נראה דהגאונים כתבו דבריהם אמי שאינו רוצה לברר כל עיקר אלא אומר בסתם אני תופס משכון זה בשביל חוב שהתחייב לי אבל זה שטוען שנתחייב לי מעסק משא ומתן שהיה בינינו דאיכא למימר ה״ז בירור וקאמר הרא״ש כיון דנפישי רמאי נכון לברר מאיזה משא ומתן קאמר ויתן החשבון בפני ב״ד ובפני הנתבע ויברר החיוב בפרטות:

ה ואם א״ל אל תחזיר לי אלא בעדים כו׳ פירוש אע״ג דכשלא א״ל אל תחזיר לי אלא בעדים נאמן בשבועת היסת מ״מ הכא דטענה גרועה היא ואינו נאמן אלא במגו דנאנסו ובש״ד כדין שבועת שומרין ה״נ נשבע ש״ד דהחזיר לו וא״ת אמאי לא נאמן בשבועה דרבנן במגו שהחזרתי לך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למ״ה וי״ל דאין זה מגו טוב דירא פן יבואו ממ״ה ויכחישוהו ובמגו דהחזרתיו לך בפני פלוני ופלוני שמתו נמי אינו נאמן בשבועה דרבנן דחושש שיאמרו ניכר שהוא משקר דלכך הוא מזכיר עדים שמתו כבר כ״כ הרא״ש בפ׳ חזקת:

ז מצאתי כתוב ע״ש ה״ר יונה וכו׳ ואני תמה אם כתבו וכו׳ עד שהרי אם היה הנפקד לפנינו גם הוא היה נאמן לומר החזרתיו לך בפני פ׳ ופ׳ והלכו למ״ה עכ״ל. וכתב ב״י איני יודע למה תמה רבינו שהר״י סובר שהנפקד אינו נאמן וכדעת הרי״ף שסובר כן וכמו שנתבאר בסי׳ ע׳ וכו׳ עכ״ל ושתי תשובות בדבר חדא דבמלוה דוקא קאמר הרי״ף דאינו נאמן אבל בפקדון ודאי נאמן במגו דנאנסו וכמ״ש בסמוך סעיף ה׳ ועוד דאף להרי״ף איכא טענה הכא שמא אם היה הנפקד לפנינו היה מביא עדים בפני ב״ד שהחזיר לו בפניהם ומספק אל תוציאנו מיד המחזיק ומה שהזכיר רבינו בדבריו החזרתי לך בפני פ׳ ופ׳ והלכו להם למ״ה לאו דוקא אלא לפי שכך הוא תופס עיקר בהלואה כרמב״ם והרא״ש וכמ״ש בסמוך סעיף ה׳ ודלא כהרי״ף נקט הכי אבל ודאי דאף להרי״ף איכא טענה חזקה למחזיק וכדפרישית והשתא לפ״ז תשובת רבינו על ה״ר יונה היא תשובה שאין להשיב עליה לפי הנראה ומ״מ נראה לפע״ד ליישב ולומר שהמעשה היה שהמערער הביא עדים לפני ב״ד שהפקידו ביד פלוני ושא״ל אל תחזירהו לי אלא בפני העדים פלוני ופלוני והמערער הביא ג״כ אותן פלוני ופלוני עדים והעידו בב״ד שלא החזיר לו אותו חפץ בפניהם כי אז ודאי הדין עם המערער וזה שכתב הואיל ואנו חושדין את הנפקד וכו׳ ה״פ אע״פ שכבר אפשר דאם היה הנפקד כאן היה טוען החזרתיו לך ביני לבינך א״נ בפני פלוני ופלוני והלכו למ״ה והיה נאמן במגו דנאנסו מכל מקום כיון דטענה גרועה היא כיון שהזהירו אל תחזיר לי אלא בעדים פלוני ופלוני ולא החזירו לו בפניהם אלא מוצאין אותו אצל זה המחזיק יש לומר בודאי מן הנפקד בא לידו ולא טענינן לנפקד טענה גרועה שהחזירו למפקיד והדין דין אמת כדברי ה״ר יונה בשייחד לו עדים והעידו שלא החזיר החפץ בפניהם וגם דברי רבינו אמת ודין צדק היכא שלא ייחד עדים אלא סתם אמר אל תחזירהו לי אלא בעדים כפי מה שהבין ממעשה דרבי׳ יונה וליתא אלא כדפרישית וע״ל בסי׳ ק״ח סעיף ז׳ מבואר דאפילו לגבי יתומים אע״ג דאנן ב״ד טענינן להו דאביהם היה נאמן לטעון החזרתי במגו דנאנסו מ״מ היכא דלא הוה מצי טעין החזרתי לא טענינן להו דנאנסו אף ע״פ שאביהם היה יכול לטעון כך מ״מ אנן לא טענינן טענה גרועה ובש״ע פסק כדברי רבינו והיינו לפי הבנתו שלא הביא המערער עדים על טענתו וכמו שכתוב להדיא בכפר בדק הבית אבל למאי דפי׳ גם דברי הר״י הלכתא הם ומיירי כשהמערער הביא עדים על כל מה שטוען:

ט ואפי׳ טען כנגד היתומים וכו׳ עד וכתב הרמב״ם הורו הגאונים שצריך לישבע היסת לפי שטוענים ליורש. הב״י תפס עליו שהרי הרמב״ם לא ס״ל הוראה זו אלא דס״ל דאינו נשבע אא״כ שהיורש טוען ענת ודאי אבל מספק אינו נשבע עיין עליו ולפע״ד אין זו תפיסה כלל דרבינו לא נראו לו דברי הרמב״ם בזה ולכך לא הביא אלא מ״ש בשם הגאונים דנראין לרבינו עיקר ולא כהרמב״ם דפוטר אותו משבועה לגמרי גם לא כהראב״ד דמחייב אותו שבועה בנק״ח ונמשך אחר פסקיו של הסמ״ג שכתב בדינים אלו כדעת הרמב״ם וכשהגיע לדין זה לא העתיק כ״א הוראת הגאונים ומפני שלא מצא רבינו הוראת הגאונים בחיבור קדום כ״א בחיבורו של הרמב״ם לכך כתבה על שמו ונראה עוד דרבינו למד כך מדברי הרא״ש בפ׳ חזקת (דף קצ״ה סוף ע״א) דמביא תחלה מ״ש התוס׳ לתרץ דביתומים שאין טוענין אלא שמא א״צ שבועה כלל ומסיק הרא״ש דליתא אלא כל מאי דמצי טעין אבוהון ולהשביע טענינן ליתמי ומשביעינן אפילו בשמא ומביאו רבינו לקמן בסימן ק״נ סעיף ז׳. מיהו תימה גדולה דבסי׳ רצ״ו פסק רבינו דבדאיכא עדים וראה מוציאין אפי׳ מן היורשים בלא שבועה והיינו כמ״ש הרמב״ם בפ״ו דשאלה וע״פ דעתו בפ״ט מטוען דלא כהוראת הגאונים וצריך לפרש דבסימן רצ״ו בלא שבועה דאורייתא קאמר אבל היסת ודאי חייב ועי״ל דס״ל לרבינו דלא אמרו הגאונים דנשבע היסת אלא בדליכא עדים היאך באו לידו דאיכא למימר אביהם לקחו ממנו הילכך אפילו בדברים העשויין להשאיל או להשכיר נשבע היסת אבל בדאיכא עדים וראה אפי׳ אין עשויין להשאיל ולהשכיר מוציאין בלא שבועה כלל כיון דידעינן היאך בא לידו:

י וכתב ב״ה וכו׳ עד לאו בני שטרא נינהו. פי׳ דליכא למימר בהו עד תלתא שנין אינש מדזהר בשטריה טפי לא ומה שקשה על זה מדברי רבינו בסי׳ קל״ה יתבאר לשם בס״ד:

יג כתב הרמב״ם מי שהיו בידו וכו׳ ואיני מבין דבריו וכו׳ עד סוף הסימן. כבר האריך ה״ה לפרש דברי הרמב״ם דמדבר כאן בטוען טענת גנבה ולא נהירא אלא ודאי הרמב״ם קאמר אפילו כשהמערער טוען השאלתיו או השכרתיו לאותו פלוני וכמו שהבין רבינו אלא דאפ״ה נראה דהדין דין אמת כמו שפסק הרמב״ם וה״ט דהמחזיק טוען אילו היה אותו פלוני לפנינו היה מעמיד עדים בפני ב״ד שאתה מכרתו לו או נתתו לו במתנה ומספק אין לב״ד להוציאו מיד המחזיק דשמא יש לו עדים שמכרם לו שאדם עשוי למכור כליו ולא קשיא מס״פ המקבל דרבא אפיק זוגא דסרבלי וספרא דאגדתא מיתמי בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר ולא טענינן ליתמי אילו היה אביהם חי היה מביא עדים שלקחו ממנו דהתם ודאי בירושה דממילא כיון דליכא עדים שלקחם אביהם מהמערער אינו יכול להוריש אותם מספק אלא כל היכא דאיתנהו ברשות מוריש ברשותא דמערער איתנהו משא״כ בזה דטען דלקחם מפלוני טענינן דילמא אותו פלוני לקחם מן המערער כן נ״ל לפע״ד ליישב דעת הרמב״ם אכן מסקנת התוס׳ סוף פרק המקבל כמו שפי׳ ר״ת דבדברים העשויין להשאיל ולהשכיר אם טען המחזיק פלוני מכרם לי או נתנם לי אפי׳ טען המערער טענת גנבה ולא יצא לו שם גנבה בעיר נאמן לומר נגנבו לי במגו דאי בעי אמר השאלתיו לך לפי זה ודאי דכ״ש דנאמן לומר המערער השאלתים לאותו פלוני במגו דהשאלתיו לך וכדפסק רבינו אלא

דמבואר לשם דדוקא למ״ד דאמרינן מגו להוציא אבל למאן דס״ל דלא אמרינן מגו להוציא וכדס״ל לרבינו בסימן פ״ב סעיף י״ט ובסי׳ ק״נ סעיף ח׳ ע״ש ה״ר יונה נראה דאינו נאמן הכא מטעם מגו וצ״ל דס״ל לרבינו הכא דמצד הטעם עצמו נאמן לומר השאלתי לפלוני אע״ג דלית ליה מגו דכל שעשוי להשאיל או להשכיר תיקנו חכמים דלא מצי המחזיק טעין לקוח הוא בידי בין דטעין לקחתי ממך ובין דטעין לקחתי מפלוני אא״כ דמביא עדים שלקוח הוא בידו:

סימן קלד

א אומן בדבר שהוא אומן וכו׳. בפ׳ חזקת שנינו אומן אין לו חזקה ובגמרא אמר רבה ל״ש אלא שמסר לו בעדים אבל מסר לו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לו להד״ם כי א״ל נמי לקוחה היא בידי נאמן א״ל אביי א״ה אפילו בעדים נמי מתוך שיכול לומר החזרתיו לך כי א״ל לקוחה היא בידי מהימן א״ל מי סברת המפקיד אצל חבירו בעדים אין צריך להחזיר לו בעדים שאני אומר המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים והדר מותיב ליה אביי לרבה וקאמר ליה רבה הדרי בי ואנא נמי ס״ל המפקיד אצל חבירו בעדים א״צ להחזיר לו בעדים מתיב רבא לסיועי לרבה הנותן טליתו לאומן אומן אומר ב׳ קצצת לי והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת כ״ז שהטלית ביד האומן על בעה״ב להביא ראיה נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל עבר זמנו המע״ה ה״ד אי דאיכא עדים ליחזו עדים מאי קאמרי אלא לאו דליכא עדים וקתני אומן מהימן מגו דאי בעי א״ל לקוח הוא בידי מהימן ליה אאגריה לא לעולם דליכא עדים והוא דלא ראה מתיב ר״נ בר יצחק אומן אין לו חזקה הא אחר יש לו חזקה ה״ד אי דאיכא עדים אחר אמאי יש לו חזקה אלא לאו דליכא עדים וקתני אומן אין לו חזקה תיובתא דרבה תיובתא. והתוס׳ הקשו במאי דקאמר אביי א״ה אפי׳ בעדים נמי ולדידיה מי ניחא דכיון דס״ל דבלא ראה אע״ג דאיכא עדים מהימן במגו א״כ בראה וליכא עדים נמי יהא נאמן במגו דלהד״ם ולפיכך פי׳ ר״ת דלאביי אפי׳ ליכא לא עדים ולא ראה לא מצי אומן טעין לקוח הוא בידי ואביי הכי קאמר בשלמא לדידי אין האומן נאמן במגו אפילו היכא דליכא לא עדים ולא ראה ואי הוה בעי מצי טעין להד״ם א״נ החזרתי אפ״ה השתא דטעין לקוח הוא בידי כיון דמודה דבתורת אומנות בא לידו אין חזקתו חזקה לומר לקוח הוא בידי אלא לדידך דאפילו בראה בלא עדים נאמן לטעון לקוח במגו דלהד״ם בעדים נמי בלא ראה יהא נאמן בטענת לקוח במגו דהחזרתי ומשני דאין כאן מגו כיון דצריך להחזיר בעדים ובתר הכי חזר בו וס״ל לרבה דבעדים בלא ראה נאמן במגו דהחזרתי ומתיב רבא וכו׳ לפי זה צ״ל דאין זה תיובתא לאביי כפי׳ רשב״ם דא״כ לא היה משני מידי אלא ודאי ליכא תיובתא מהכא לאביי די״ל דדוקא בדטעין לקוח הוא בידי התם הוא דאין לאומן חזקה אפילו ליכא עדים ולא מהימן במגו אבל אאגריה שפיר מצי תפיס ומהימן במגו ורבא דקא מותיב לסיועי לרבה ה״ק לימא מסייע ליה לרבה דכיון דאאגריה מהימן במגו מי נימא דה״ה בדטעין לקוח הוא בידי נמי מהימן במגו וקאמר ה״ד אי דאיכא עדים פי׳ בהדי ראה איכא נמי עדים והשתא ודאי ליכא סייעתא דלרבה בדאיכא עדים וראה לא מצי טעין לקוח הוא בידי ואאגריה דוקא הוא דנאמן אע״ג דליכא מגו כלל והיינו משום דאומן יש לו חזקה בדתפיס ליה אאגריה ולא טעין לקוח הוא בידי וקאמר דהאי פירושא ליתא דא״כ ליחזו עדים מאי קאמרי אלא לאו בדליכא עדים ואיכא ראה ונאמן אאגריה מטעם מגן דוקא וה״ה בדטעין לקוח ואיכא סייעתא לרבה ודחי לא דליכא עדים ולא ראה והתם הוא דנאמן אאגריה משום דאיכא מגו טוב אבל בדאיכא עדים ולא ראה אינו נאמן אאגריה דאין זה מגו טוב דירא לומר החזרתי דשמא המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים וכן בראה בלא עדים ירא לומר להד״ם דחושש שמא דמי לדברים העשויין להשאיל ולהשכיר כמו שהקשו רשב״ם ותוספות ואין צ״ל בדטעין לקוח דאינו נאמן ולא הוי סיעתא לרבה מתיב ר״נ בר יצחק אומן אין לו חזקה הא אחר יש לו חזקה וכו׳ ונראה לפרש לפי שיטה זו דמברייתא דתני ראה נמי פריך דאי מיירי נמי בעדים א״כ אחר אמאי יש לו חזקה הא לית ליה מגו כיון דאיכא עדים וראה אלא לאו דליכא עדים אלא ראה בלחוד וקתני אומן אין לו חזקה אע״ג דאיכא מגו וממילא ה״ה בדליכא לא עדים ולא ראה דכיון דטעין לקוח הוא אומן אין לו חזקה כלל אע״ג דאית ליה מגו ועל פי שיטה זו כדפרישית נראה דכתבו כל המחברים ע״ש ר״ת דאומן אין לו חזקה אפילו היכא דליכא עדים ולא ראה והוא נמי שיטת האלפסי אבל לרשב״ם ור״י אביי לא קאמר אלא בדאיכא ראה בלא עדים אומן אין לו חזקה כלל אבל בדאיכא עדים וליכא ראה נאמן במגו ואצ״ל היכא דליכא לא עדים ולא ראה וכך היא דעת התוספות בפרק המקבל (בבא מציעא דף קי״ב) בד״ה קציצה ע״ש ולזה הסכים הרמב״ם והרא״ש ורבינו וכך פסק בש״ע: ומ״ש אפי׳ אם מסרו לידו סתם וכו׳. מילתא באפי נפשה היא ולא קאי אדלעיל בדלא מסר לו בעדים אלא בדמסר לו בעדים בסתם קאמר וכ״כ באשר״י להדיא וכך הוא הצעת לשון רבינו אומן אינו נאמן לומר לקוח הוא בידי אפילו לא מסר לו בעדים א״נ אפי׳ מסר לידו בפני עדים בסתם בד״א שראו עדים אותו עתה בידו אבל אי לא ראו נאמן האומן בשבועת היסת ואע״פ דאיכא עדים שמסר לו בפי׳ לתקן לו והאי ואע״פ שמסרו לו בעדים נקשר עם מ״ש מקודם:

ב ומ״ש רבינו ואע״פ שמסרו לו בעדים וכו׳. כך הוא הנוסחא ברוב ספרים וכך תופס בב״י ובש״ע ורצונו לומר שאפילו בדאיכא עדים מעידים שנתנו לו לתקנו אלא שהעדים שראו אותו עתה בידו בין שהם העדים הראשונים שמסרו לו בפניהם ובין שהלכו להם הראשונים ועדים אחרים מעידין שראו וכו׳

אינן מכירין בודאי שזהו של המערער השתא ודאי אי טעין על חפץ זה שראו עתה בידו לא נתתו לי מעולם ואותו החפץ שמסרת לי בעדים לתקנו החזרתיו לך נאמן כיון שאין העדים מכחישין אותו בודאי אבל אם טען נתתו לי לתקן ושוב לקחתיו ממך השתא כיון דאיכא עדים שראו אותו עתה בידו אפי׳ לא היו עדים שמסרו לו בפניהם אינו נאמן לומר לקוח הוא במגו דלהד״ם כי ירא לומר לא נתתו לי מעולם וחפץ זה שראו הוא שלי א״נ החפץ שנתת לי לתקנו החזרתיו לך וחפץ זה שראו הוא שלי דאין זה מגו טוב לפי שירא לומר כן וכו׳ וכ״כ התוספות בפ׳ חזקת (בבא בתרא דף מ״ו) בד״ה שפיר קאמר וכן פי׳ בהגהת אשיר״י לשם ויש מגיהים ונשבע היסת ונפטר אע״פ שמסרו לו בעדים ואם העדים וכו׳ והאי אע״פ אדלעיל קאי וכן עיקר וכדפרישית בסמוך: ומ״ש ור״ת כתב כשיש עדים וכו׳. כבר כתבתי דלר״ת אפילו ליכא לא עדים ולא ראה אין האומן נאמן לטעון לקוח הוא בידי וכ״כ הרמב״ן בספר המלחמות ע״ש הר״ף ור״ת וכ״כ המרדכי דהאלפסי ור״ת שוין בזה וכן יראה מדברי שאר המחברים וצריך לפרש לפי זה דמה שאמר רבינו ור״ת כתב כשיש עדים וכו׳ אינו אלא לפי דלסברא הראשונה אומן מהימן אפילו בדאיכא עדים כיון דליכא ראה לכך כתב דלר״ת אינו נאמן אבל ה״ה בדליכא לא עדים ולא ראה נמי אינו נאמן לר״ת: ומ״ש וכ״כ רב אלפס בין ראה ובין לא ראה וכו׳. נראה דבין ראה כדי נקטיה דעיקרא לא אתא אלא לומר דאפי׳ בדליכא ראה ולא היתה נמי המסירה בעדי׳ דאית ליה מגו דלהד״ם ומגו דהחזרתי לך כיון דליכא לא עדים ולא ראה או היכא דאיכא סהדי דלא מצי לומר להד״ם מ״מ החזרתי לך מצי טעין כיון דליכא ראה אפ״ה אינו נאמן וכ״כ במרדכי להדיא ע״ש הרי״ף ור״ת וז״ש הרמב״ם דיש גאונים הורו כך דאפילו ליכא עדים כלל אלא שהאומן טעין לקוח הוא בידי אינו נאמן וזהו דעת האלפסי ודעימיה ונפלא עליהם הרמב״ם ובחנם נדחק בב״י להגיה בדברי רבינו דדבריו ישרים וברורים שסידר דברי הרמב״ם אחר שכתב הסכמת הרא״ש לסברא הראשונה להורות שגם הרמב״ם חולק הוא אפסק דר״ת ורי״ף ומסכים לסברא הראשונה דבאומן בעינן ראה ואפי׳ בדליכא עדים אינו נאמן אבל אי ליכא לא עדים ולא ראה נאמן במגו וצ״ע דמבואר מדברי הרי״ף דלא קאמר אלא באומן אבל באחר שאינו אומן אי איכא עדים בלא ראה או ראה בלא עדים נאמן לומר לקוח הוא בידי במגו דלהד״ם או במגו דהחזרתיו לך כמ״ש בפרק חזקת להדיא וא״כ צריך לומר דמ״ש בפרק המפקיד דהנפקד אינו יכול לטעון לקוח הוא בידו אי איכא עדים היינו בדאיכא נמי ראה והכי משמע ממ״ש לשם ואית ליה סהדי דהאי מידי בעיניה אפקדיה גביה שקיל ליה ואפי׳ מיתמי וכו׳ גם הרמב״ם כשכתב דין זה בפ״ו דשאלה לא כתב בביאור דמיירי בדאיכא עדים וראה ופי׳ לשם ה״ה היינו דוקא בדאיכא נמי ראה וכל זה נראה פשוט וברור וא״כ יש לתמוה על מ״ש במרדכי פרק חזקת ע״ש הרי״ף והרמב״ם דאחר אין לו חזקה היכא דאיכא עדים אע״ג דליכא ראה ואחריו מהרא״י בת״ה סי׳ של״ד כשהעתיק סברות אלו ותו דבפ״ח מטוען כתב הרמב״ם להדיא דאפילו בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר נאמן לומר לקוח הוא בידי היכא דליכא ראה אע״ג דאיכא עדים דנאמן במגו דהחזרתי וזאת היא ג״כ דעת הרי״ף ואע״פ דבפרק המקבל ובפרק המפקיד לא ביאר דבריו מ״מ אין דעתו אלא כמו שביאר בפרק חזקת דבאומן לא מהימן במגו אבל אחר מהימן במגו שוב ראיתי במרדכי הארוך שכתב ע״ש רבינו יואל הלוי שמפרש דעת הרי״ף דבאחר שאינו אומן סבירא ליה כרשב״ם דנאמן במגו ואע״ג דהמרדכי עצמו תמה עליו בזה דברי רבינו יואל הלוי הם עיקר אכן בדעת הרמב״ם אין ספק שמפרש כפרשב״ם כמבואר בפ״ח מטוען:

ה בן האומן וכו׳. ויש להקשות הלא מבואר בגמרא על פי גירסת התוספות והרא״ש דאפי׳ באומר שירשו מאביו אי טעין ואמר בפני הודית לאבי שמכרתו לו נאמן במגו דאי בעי אמר מינך זבינתיה ומדברי רבינו משמע דאינו נאמן בכל ענין מדכתב בסתם דאם אומר שירשו מאביו ה״ה כאביו מדלא חילק וי״ל דרבינו נמשך אחר דברי התוספות הרא״ש שכתבו דבן האומן נמי דיש לו חזקה כי אמר בפני הודה היינו אחר ששהה אחרי מות אביו דאי לאו הכי אין נראה שיהא נאמן במגו דאי בעי אמר לקוח הוא בידי דאי טעין נמי לקחתיו ממך לא היה נאמן עכ״ל וצריך פירוש לפירושם דכיון שזה טוען שזה הכלי נתנו לאביו אומן לתקנו אפי׳ היה טוען היורש ממך לקחתיו לא היה נאמן בלא מגו דטענה גרועה היא דמסתמא ירשו מאביו אם לא הביא עדים שלקחו ממנו והילכך גם כשטוען בפני הודית לאבי שמכרתו לו אין לו חזקה אא״כ כששהה אחר מות אביו ולכן כתב רבינו בסתם בן האומן שאינו אומן אם בא בטענת עצמו שאומר שקנאו מבעליו ה״ה כשאר כל אדם והיינו דוקא בחיי אביו דהוי כאיש אחר לגמרי ואם אמר שירשו מאביו הרי הוא כאביו ואין לו חזקה אא״כ נשתהה כ״כ זמן אחר מיתת אביו שאין דרך להניח כ״כ כלים בבית האומן ולא חילק בין אמר בפני הודית ללא אמר דבכל ענין ה״ה כאביו ואין לו חזקה אא״כ בשהה דמיתת האב הוה ליה כירד מאומנותו ובזה נתיישבה הקושיא שהקשה ב״י על דברי רבינו וכך הוא דעת מהר״מ איסרלש בספרו ד״מ ובהגהתו ע״ש ודלא כמ״ש מהרו״ך:

סימן קלה

א אף על פי וכו׳. כך פי׳ רשב״ם דיש להם לעבדים ולגודרות חזקה לאחר ג׳ שנים וכך משמע פשט הסוגיא דפרכינן אהא דתנן בעבדים חזקתן ג׳ שנים והאר״ל הגודרות אין להם חזקה אמר רבא אין להם חזקה לאלתר אבל יש להן חזקה לאחר ג׳ שנים ואע״פ דהרמב״ם בפ״י מטוען לא הזכיר חזקת ג׳

שנים בבהמה וחיה אלא בעבדים נמשך אחר לשון המשנה כדרכו ובמשנה לא הזכירו אלא עבדים אבל מודה הרב דה״ה בהמה וחיה כנ״ל וה״ה לא פי׳ כן: ונאמן המחזיק לומר שקנויה לו או שהזיקה לו כדי דמיה ובשבועה. נראה דלצדדין איתפרש בקנויה לו נאמן בשבועת היסת ובהזיקה לו בנקיטת חפץ וכן בטוען דחייב לו כך וכך נשבע בנק״ח וכ״כ הרמב״ם להדיא ע״ש. ויש להקשות דכאן פסק דבבהמה וחיה נמי איכא חזקה בג׳ שנים ובסימן קל״ג כתב ע״ש בעל העיטור דבמטלטלין לא תועיל לו חזקת ג׳ שנים כיון דלאו בני שטרא נינהו לא שייכא בהו חזקה ולמאי שכתב ב״י הכא דבעל העיטור ס״ל דחזקה דג׳ שנים אינה אלא בעבדים דבני שטרא נינהו ניחא דלא קשה אב״ה גופיה אבל רבינו דס״ל דבבהמה וחיה אע״ג דלאו בני שטרא נינהו איכא חזקה בשלש שנים קשה דלא הו״ל להביא דברי ב״ה בסתם כיון דלא ס״ל כוותיה וי״ל דלא הביא דברי בעל העיטור אלא ללמוד ממנו גוף הדין דבשאר מטלטלין דאינן הולכין ליכא חזקה בג׳ שנים אבל לא ללמוד מיניה טעם הדין שכתב ב״ה דודאי הטעם הוא כמ״ש ה״ר יונה כי שמא שכח למי השאיל או השכיר ועוד פעמים שמשאילין ליתר מג׳ שנה וכך פסק רבינו בסי׳ ע״ב סי״ד:

סימן קלו

א מי שנתחלפו לו כליו וכו׳. ברייתא בפרק חזקת (בבא בתרא דף מ״ו) נתחלפו לו כליו בבית האומן ה״ז ישתמש בהן עד שיבוא הלה ויטול את שלו בבית האבל או בבית המשתה ה״ז לא ישתמש בהן עד שיבוא הלה ויטול את שלו ובתרומת הדשן סי׳ שי״ט כתב דאין לפרש דיכול להחזיקו בחילופו עד שיחזיר לו את שלו ואפ״ה לא ישתמש בהן כיון דע״י טעות נתחלף דא״כ הו״ל למיתני ברישא ה״ז ישתמש בהן עד שיבוא הלה ויחזיר לו את שלו ובסיפא נמי הו״ל למיתני ה״ז לא ישתמש בהן עד שיבוא הלה ולא יחזיר לו את שלו מדתני עד שיבוא הלה ויטול את שלו משמע דלעולם נוטלו בין יחזיר בין לא יחזיר עכ״ל ולא נהירא דודאי פשטא דסוגיא משמע שיכול להחזיק בחילופו עד שיחזיר לו את שלו וכן מבואר הוא נמי מלשון התוספות בד״ה וכי אין שכתבו וז״ל אבל אם לא היה עשוי לומר לאומן למכור לא היה מותר מחמת שטעה אומן ונתן את שלו לחבירו דהוי כנתחלפו לו בבית האבל או בבית המשתה דסופו שיחזיר חבירו את שלו לאומן ויחזור ויתבע ממנו טליתו עכ״ל התוספות שמעינן מלשונם דיכול להחזיק בחילופו והלשון בגמרא מתוקן ואין לדקדק ממנו כלום מיהו פשיטא הוא דדוקא בנודע דשלו אינו נאבד אלא הוא אצל חבירו התם הוא דמחזיק בחילופו עד שיחזיר את שלו אבל אם שלו נאבד או נגנב אין ספק דאינו יכול להחזיק בחילופו וכמו שפסק הרב וכך פסק במרדכי ריש פרק הגוזל בתרא:

סימן קלז

א היורד וכו׳ אף ע״פ שהקרקע בחזקת בעליה עומדת נאמן על הפירות כיון שלקטם כבר. ויש להקשות דבפרק המקבל (בבא מציעא דף ק״י) אמר ההוא שטרא דהוה כתיב ביה שנין סתמא מלוה אומר שלש ולוה אומר שתים וקדים מלוה ואכלינהו לפירי ואסיקנא דאי לא עבידא לאיגלויי כגון שמתו העדים ואין ספק זה עומד להתברר לעולם מוציאין מיד המלוה הפירות שאכל כבר ולא אמרינן פירות בחזקת אוכליהון אלא קרקע בחזקת בעליה קיימא ושלא כדין אכלינהו לפירי וב״י מביאו לקמן בסימן ק״נ וא״כ קשה מ״ש הכא דנאמן על הפירות ולא אזלינן בתר חזקת קרקע וי״ל דהכא הוה טעמא משום דלא חציף אינש למיכל פירא דלאו דיליה כדאיתא להדיא בפרק חזקת (בבא בתרא דף ל״ג) אבל בפרק המקבל דקא מסייע ליה שטרא למלוה דהא כתיב ביה שנין סתמא חציף וחציף הילכך אזלינן בתר חזקת קרקע ונראה דמש״ה דקדק רבינו וכתב נאמן כיון שהוא מוחזק בהן וכו׳ פירוש דלא אזלינן הכא בתר חזקת קרקע אלא בתר חזקת פירות ומינה שמעינן דאם לא היה מוחזק בפירות כגון שלקטן והניחן ברשות שאינו שלו דלא תפיס בהו אזלינן בתר חזקת קרקע ודלא כמ״ש בתוס׳ וז״ל וא״ת מאי איריא משום דלא חציף תיפוק ליה משום דתפיס ויש לומר דאיצטריך טעמא דלא חציף אם לקטן והניחן ברשות שאינו שלו דלא תפיס בהו עכ״ל וב״י הביא דבריהם דהא למאי דפרישית דאי לאו טעמא דלא חציף אזלינן בתר חזקת קרקע אם כן ליתא לקושיית התוספות נמי וליתא להאי דינא דהוכיחו דאפילו הניחן ברשות שאינו שלו אלא דוקא כשהניחן ברשותו התם הוא דסמכינן אטעמא דלא חציף כיון שהוא מוחזק ומש״ה לא הביא הרא״ש דברי התוס׳ ודלא כהגהת אשיר״י וברמב״ם פ״ט מטוען נמי מבואר דדוקא בדמוחזק הלה באכילת פירות סמכינן אטעמא דלא חציף ע״ש והכי נקטינן נראה לי: ומ״ש ואין צריך לומר אם לקטם שנים רבות וכו׳. אין להקשות הלא לא אמרי׳ מגו מממון זה לממון אחר כדלקמן בסי׳ ק״נ ס״ו דשדה ופירותיה ודאי חשוב הכל אותו ממון וכן הדין בעיסקא דקרן ופירות חשוב הכל ממון אחר ואמרינן ביה מיגו:

ג ומש״ר ואפילו באו הבעלים ומצאוהו בשדה קודם שהוליכם לביתו נאמן וכו׳. נראה שנמשך אחר פרשב״ם שכ׳ כך וז״ל אהא דאר״י האי מאן דנקיט מגלא ותובילא פי׳ סל לקבל פירות ואמר איזיל ואגדריה לדיקלא דפלניא דזבניה לי מהימן ושבקי ליה ב״ד ללקט הפירות בלא עדים ובלא שטר אחרי

שאין ידוע שהבעלים מוחים בדבר קודם לקיטה ואי אתא חבריה וטעין להד״ם אחר שלקט האילן לית עליה אלא שבועת היסת וכו׳ אלמא דוקא במיחה קודם לקיטה התם הוא דלא מהימן בלא ראיה אבל לאחר לקיטה שהפירות מונחין בסל שלו הרי הוא מוחזק בפירות אפילו מצאוהו בשדה קודם שהוליכן לביתו אע״פ דבכליו של לוקח ברשות מוכר מיבעיא לן ולא איפשיטא כדלקמן בסימן ר׳ מ״מ כאן שזה טוען כבר קניתי הפירות בדין קניית מטלטלין והן מונחין בכליו אזלינן בתר חזקת הפירות. וב״י כתב שרבינו למד כך מדברי התוס׳ שהבאתי בסמוך ושרי ליה מאריה דהיאך יניח רבינו הדין שכתבו התוספות ולא יכתבנו והדין שלמד מדבריהם יכתוב אותו יותר ועוד דהתוספות מדברים כשהפירות מונחים ברשות שאינו שלו ואינן מונחין בכליו של זה הלוקט ורבינו מדבר כשהפירות הן בכליו והכלי הוא עומד ביד הלוקט אלא שמצאוהו ללוקט עם פירות שליקט בכליו בשדה שלו א״נ אפילו הכלי עצמו עם הפירות עומד בשדה מכל מקום הפירות הם מונחין ברשות הלוקט כיון שהם בכליו של לוקט כדפרישית ועוד הלא רבינו לא ס״ל כדברי התוס׳ כמו שכתבתי בסמוך ועוד הלא דין זה מפורש מתוך פרשב״ם כדפרישית ומה צריך ללמדו מדקדוק דברי התוספות: ומ״ש ואפילו אם לקט כבר אם טען שמכר לו גוף השדה אינו נאמן אף על הפירות וכו׳. כתבו התוספות והאגודה בשם ר״י דדוקא פירי דתרתי שנין הדרי אבל פירי של שנה ג׳ לא הדרי דאי מהימן במאי דקאמר שאכלה ג׳ שנים גם הקרקע תהיה שלו ע״כ:

ד והאומר אלך ואכרות אילנות של פלוני ודאי מוחין בידו. כ״כ התוס׳ בפרק חזקת דנראה לר״י ולריב״ם שאם היה בא לקצוץ הדקל עצמו לא היה נאמן דדוקא פירות הוא דעבידי אינשי דמזבני אבל דקל אין דרך בני אדם למכור לקוץ וכו׳ וכן כתבו הגהות מיימונית והגהות אשיר״י ונראה דהיינו דוקא דקל העומד לפירות אבל אילן יבש דרך לקצצו והכי מוכח מהראיה שמביא התוס׳ ע״ש והכי נמי מוכח בפ׳ המקבל (סוף בבא מציעא דף ק״ט) דדוקא אילן עושה פירות אין דרך לקצצו אא״כ שחדל לעשות פירי ופשוט הוא וכ״כ במרדכי בפרק כל הנשבעין דבאילן שעומד לקציצה אין מוחין לכ״ע וע״ש:

סימן קלח

א שנים וכו׳. משנה ר״פ שנים אוחזין בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי זה ישבע שאין לו בה פחות מחציה וזה ישבע שאין לו בה פחות מחציה ומסיק בגמרא דמשתבע שבועה שיש לי (חלק) בה ואין לי בה פחות מחציה וכתב ב״י דמדברי רבינו והרמב״ם פ״ט מטוען שלא כתבו נוסח שבועה זו בלשון זה נראה שמפרשים דא״צ לומר כך בשעה שנשבע אלא שפירוש דברים אלו כשנשבע שאין לו בה פחות מחציה הו״ל כאילו אמר כך אבל בהגהות האלפסי בשם רבי ישעיה אחרון כתב להדיא נוסח לשון שבועה זו כדקאמר בגמרא וכן נראה להדיא מדברי נ״י אהא דקאמר זה ישבע שאין לו בה פחות משלשה חלקים דאע״פ שכל הנשבע בב״ד ע״ד ב״ד הוא נשבע מ״מ יש לדיין להחמיר שיפרש הנשבע בשבועתו כל צד רמאות שיכול לחשוב בלבו והוא מדברי הרא״ש לשם והכי נקטינן: ומ״ש רבי׳ ואם אמר אחד לחבירו השבע וטול כולו וכו׳. פשוט הוא דכיון דשבועה זו אינה אלא תקנת חכמים שלא יהא כל אחד הולך ותוקף בטליתו של חבירו ואומר שלי הוא אם כן יכול להפכה על חבירו: אבל אם הוא בגד וכו׳. כתב נ״י דה״ה בזה אומר אני מצאתיה היום וז״א אני מצאתיה למחר דאיכא ודאי רמאי אמרינן יהא מונח:

ה אבל אם כל אחד וא׳ אוחז קצתו בידו כל אחד ואחד נוטל מה שבידו בשבוע׳ והשאר חולקין לפי טענותיהם ובשבועה. מה שכתב רבינו נוטל מה שבידו בשבועה ולא הספיק לו מ״ש בסוף ובשבועה הוא לפי שבא להוציא מדעת בה״ג ורבינו האי גאון דהשאר דוקא חולקין בשבועה אבל במאי דתפיס כל אחד דכמאן דפסק דמי לא נתקנה שבועה על זה וכ״כ הרמב״ם אלא שהצריך שבועה במאי דתפיס כשבא כ״א לגלגל על חבירו שמה שנטל בדין נטל אבל דעת הראב״ד ודעימיה דאף במאי דתפיס אינו נוטל אלא בשבועה וכך הוא דעת התוס׳ (דף ז׳) בד״ה מחוי וכ״כ הרא״ש ע״ש ואחריהם נמשך רבינו מיהו בש״ע נפסק להקל בתקנת חכמים דמאי דתפיס נוטל כ״א בלא שבועה כגדולים הראשונים ונכון הוא:

ז היו שניהם אדוקין בה ותקפה האחד מחבירו וכו׳. פי׳ היכא דצווח מעיקרא פשיטא דלא איבד זכותו והיכא דשתק מתחילה ועד סוף פשיטא דאיבד זכותו דשתיקה זו הודאה גמורה היא אלא היכא דשתק מתחילה וצווח לבסוף קמיבעיא לן בגמרא ולא איפשיטא ומספק לא מפקינן מיד התוקף וז״ש רבינו אפילו שתק תחילה ואחר כך צווח הוי כהודאה כיון ששתק תחלה כלומר דאע״פ דאינו הודאה גמורה דהא מספקא לן מ״מ דיניה כהודאה לענין זה דאין מוציאין מיד התוקף: ומ״ש והיה אומר א״א הרא״ש ז״ל וכו׳. לא נמצא כן בפסקיו ואולי בעל פה היה אומר כן והכי משמע לישנא דרבינו ולפע״ד פשוט דלא היה אומר כן אלא בדשתק מתחלה ועד סוף דכיון דהודאה גמורה היא הודאת בע״ד כק׳ עדים דמי דבשתיקה זו שהיא הודאה פסל כל העדים המעידים שהיא שלו וכדכתב ה״ר יונה ע״ל בסימן קמ״ו סעיף ל״ב אבל היכא דשתק ולבסוף צווח דמשום ספיקא הוא דאין מוציאין מיד התוקף דלא ידעינן אי אודי ליה או לא אודי התם ודאי אם אח״כ מביא עדים שהיא שלו איגלאי מילתא למפרע דמאי דקשתיק מעיקרא לאו משום

דאודי ליה דהא אית ליה עדים דשלו הוא אלא משום דקסבר הא קא חזו לי רבנן וע״ל בסוף סימן רמ״ה מדין זה ודלא כמו שכתב הרב בהגהת ש״ע דגם בשתק ואח״כ צווח לא מהני ליה עדים דליתא: כתב הרמב״ם שאם חזר וכו׳. ז״ל ספ״ט מטוען באו שניהם אדוקין בה ושמטה האחד מיד חבירו בפנינו ושתק השני אע״פ שחזר וצווח אין מוציאין אותו מידו כיון דשתק בתחילה ה״ז כמודה לו חזר השני ותקפה מראשון אע״פ שהראשון צווח מתחילה ועד סוף חולקין עכ״ל והבין רבינו דגם על ששתק מתחילה ועד סוף קאמר הרמב״ם חזר השני ותקפה וכו׳ דחולקין ולפיכך השיג על זה דכיון דזכה זה בשתיקתו של זה דהוי הודאה גמורה אין האחר יכול לתקפה ממנו בלא ראיה וכך הבין הראב״ד מדבריו כמו שהבין רבינו וכתב שאין לזה טעם וברור הוא דלפי הבנה זו אין לו טעם אכן יראה ליישב דאע״פ דהרמב״ם כתב בסתם חזר השני ותקפה וכו׳ אינו חוזר אלא על מה שאמר קודם לכן אף על פי שחזר וצווח וכו׳ ובחזר וצווח דוקא קאמר היכא דחזר השני ותקפה וכו׳ דחולקין והטעם לפי שזה ששתק מתחלה וחזר וצווח הוא מספק עלינו אם הוא מודה לו אם לאו וז״ש הרמב״ם ה״ז כמודה לו פירוש דאין להוציא מידו מאחר שנראה לנו מזה ששתק תחלה כאילו מודה לו ומספק אין להוציא מיד המוחזק דהמע״ה ולפיכך כשחזר זה ותקפה חולקין אבל בדשתק מתחלה ועד סוף דאין ספק שהרי היא הודאה גמורה אפילו היה מביא עדים שהיא שלו לא מהני כמ״ש הרא״ש וה״ה אם חזרה ותקפה מידו או הגיע לידו מאיזו סיבה דפשיטא דמוציאין אותה מידו וכן נראה ממ״ש ה׳ המגיד שמפרש הא דכתב שחזר השני ותקפה וכו׳ דחולקין דאינו חוזר אלא אהיכא ששתק ולבסוף צווח ע״ש אך קשה על לשון רבינו שאמר אין האחר יכול לתקפה ממנו בלא ראיה דמשמע דראיה מהני הלא בשתק מתחילה ועד סוף אפילו הביא עדים לא מהני כדכתב רבינו בסמוך ויש לומר דלא נקט רבינו לשון זה לדיוקא אלא להפלאת ההשגה אמר כך דכיון ששתק מתחילה ועד סוף אם כן הוי הודאה גמורה זה אך איפשר לומר שיכול לתקפה ממנו בלא ראיה ואה״נ דאפילו ראיה לא מהני ודוק והשתא לפי מ״ש אין כאן מחלוקת בדין דגם הרמב״ם מודה דבשתק מתחילה ועד סוף אין האחר יכול לתקוף כלל ואפילו ראיה לא מהני ורבינו גם כן מודה דבשתק מתחילה ואח״כ צווח אם חזר ותקפו יחלקו כבתחילה והכי נקטינן ודלא כמ״ש בש״ע והרב בהגהה עליו דהבינו מדברי הרמב״ם כמ״ש רבינו והראב״ד ובש״ע פסק כהרמב״ם והרב בהגהה חלק ופסק כהראב״ד ורבינו ולפעד״נ דליתא אלא כדפי׳: ומ״ש וי״א דלא הוי שתיקה כהודאה אלא בפני ב״ד. טעמו מדקאמר בגמרא סבר הא חזו לי רבנן משמע דמיירי דוקא בפני ב״ד ולהרא״ש לאו דוקא בפני ב״ד דה״ה נמי עדים:

ט ומ״ש באו לפני ב״ד וכו׳. דעת התוס׳ דבטען תקפה ממני נאמן ואפילו הכי בטען אגרתיה ניהלי׳ אינו נאמן במגו דאי בעי טעין תקפה ממני דמגו במקום עדים הוא ע״ש (בדף ו׳) בד״ה אגרתיה והרא״ש כתב כדברי התוספות וכן כתב הגהות מיימוני ספ״ט דטוען ודלא כהרמב״ם דבטוען תקפה ממני נמי אינו נאמן:

סימן קלט

א שנים שחלוקין וכו׳ ומיהו שכנגדו יכול להשביעו וכו׳. פירוש אע״ג דדינא הכי דכל אלים גבר לא מצי למימר כיון שגברה ידי וזכיתי מכח ב״ד אין עלי שבועה דליתא כי לא פסקו דין אלא לפי שאין יכולין לברר של מי הוא וכיון שעדיין ספק הוא הילכך שכנגדו זה יכול להשביעו ועיין בתשובת הרא״ש כלל ע״ז סימן א׳ מתוכו יראה דאין דנין זה פשוט כל כך: בא שלישי וחטפה וכו׳. פי׳ שבא שלישי קודם שגבר אחד מן השנים וחטפה לרשותו:

ג ומ״ש ופי׳ רשב״ם שאין לו תקנה עד שיתן לכ״א ואחד. טעמא דכי היכי דאמרינן בגמרא אי תפסו ב״ד לא מפקינן הכי נמי בהאי שלישי. ומ״ש בשם הרמב״ן כ״כ בחידושיו דלא אמרו לא מפקינן אלא כשהוא ברשות ב״ד שאין ראוי להוציא דבר מרשותם למחלוקת עד שיבררו הדבר אבל אחר שתפס מהם בגזילה אם רצה מוציאה מרשותו וכו׳ ע״ש: ומ״ש בספרי רבינו כאן והרמב״ם כתב שמחזירו למקום שנטל ודיו ט״ס הוא וצ״ל והרמב״ן כי הרמב״ם לא כתב זה כלום אלא הרמב״ן כתב כך בחידושיו כדפי׳:

ו כתב הרמב״ם וכו׳. בספרי הרמב״ם פ״ט מטוען כתוב בסתמא או בחצר של שניהם ונראה להדיא כמו שפירש רבינו דבסמטא נמי חשוב כאילו שניהם מוחזקין בה דכיון שהוא מקום הראוי לקנות בו דינו כחצר של שניהם אלא שצ״ע מאי נ״מ במה שהיו יושבין בצדה הלא הרמב״ם פסק להדיא בספ״ב דנדרים דהבטה בהפקר לא קני כלישנא בתרא דרבא בפ׳ הבית והעלייה וכדכתב רבינו לקמן בסימן רע״ג ואפשר דאין הישיבה מצד הערימה והבטה בה לשם קנין הוא אלא לגלות שהיא מונחת בסמטא מכחו:

ט ויש דבר וכו׳ כגון המחליף פרה בחמור וכו׳. לקמן בסי׳ רכ״ג יתבארו חילוקי דינין אלו בארוכה בס״ד: ומ״ש ואם הלוקח מוחזק אז צריך המוכר להביא ראיה היינו דוקא כשהלוקח טוען ברי ויתבאר לשם בס״ד:

סימן קמ

א אע״פ שאדם נאמן וכו׳ עד שהיה בחזקתו אפילו יום אחד וכו׳. פירוש ואין שמעון יכול לומר לראובן אדרבה הבא אתה ראיה מאין היה לך כיון שלא החזקת ג׳ שנים כי הראשון לעולם מוחזק עד שיבוא אחר ויביא ראיה שהיה של אבותיו דכיון שהוא בא להוציא הראשון מחזקתו עליו להביא ראיה וכ״כ הרשב״א והריטב״א בתשובותיהם עיין סימן קמ״ו במחודשין סעיף ב׳ וסעיף כ״ו וכ״כ הרמב״ם סוף פי״ד דטוען ומבואר ג״כ בדברי רבינו בסימן קמ״ו מסעיף כ״א עד סכ״ה: ומ״ש נאמן ונשבע ונוטל את שלו. זה נתבאר בסימן צ״ה דש״ד אין נשבעין על הקרקע אבל שבועת היסת נשבעין וכ״כ הרמב״ם בפ״ה מטוען ולפיכך לא הזכיר שבועה זו בפי״א מטוען אבל שבועת המחזיק כשהיא כראוי ובטענה הזכירה הראב״ד לשם לפי שיש חולקים כמו שפירש רשב״ם בפרק חזקת (ריש בבא בתרא דף ל״ג) וס״ל דנאמן בלא שבועה משום דחזקת ג׳ שנים במקום שטר קיימא ואילו היה בידו שטר קנין לא היה צריך לישבע וכ״כ ב״י ע״ש הרשב״א בתשובה וחולק על ר״ה גאון הביאוהו התוספות בפרק חזקת (בבא בתרא דף ל״ג) בד״ה מגו וכ״כ הרא״ש שם משמו וכ״כ המרדכי פרק הדיינים וסמ״ג בעשה (דף קפ״ב) משמו דמחייב שבועה וה״ה הזכיר מחלוקת זה בפ״י מטוען ומביאו ב״י סימן קל״ה וכ״כ ב״י מחלוקת זו ע״ש ה״ר ירוחם בסוף סי׳ קמ״ו ע״ש אבל במרדכי הארוך מצאתי שכתב אמנם מוהר״ם פסק בכמה מקומות בתשובותיו כדברי ר״ה גאון ולכך הזכיר גם הרמב״ם שבועה זו להוציא מדעת החולקים וכן כשאין עדים למערער היה צריך לפרש לאורויי דיוקא דדוקא בטוען שלך היה אבל אתה מכרתו לי התם הוא דנשבע המחזיק ויעמוד במקומו ולא סגי בחרם סתם אבל אם טען המחזיק לא היה שלך מעולם כיון דאיכא בטענת המערער תרתי לריעותא חדא דטענו קרקע אידך דליכא דררא דממונא אין על המחזיק אלא חרם וכך פסק להדיא מהר״ם כדאיתא במרדכי בפרק הדיינין וב״י הביאו בסוף סימן זה ע״ש גם רבינו לא כתב דנשבע המחזיק כשאין עדים למערער אלא בטען שלקחו מיהו ודאי דוקא בטוען שלקחו מן המערער אבל בטוען שלקחו מאחר מוציאין מידו ויתבאר זה בסי׳ קמ״ו סעיף כ״ד כי לשם הביא מחלוקת הגאונים בזה ועיין עוד בסי׳ קמ״ט סעיף כ״ד ולפי פירושו זה ניחא דלא קשה בש״ע הפסקים דסעיף א׳ וסעיף ב׳ כמו שעלה ע״ד הרב בהגהה לשם גם לא כמ״ש מהרו״ך ע״ש:

ב טען שמעון שיש לו שטר וכו׳. אע״ג דכבר כ״ר בסי׳ מ״ו וסי׳ פ״ב דקיי״ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו חזר וכתבו כאן דלא תימא דוקא בשטרי הודאות שבא להוציא מיד המוחזק אבל כאן שאדרבה מי שהשטר בידו הוא מוחזק בקרקע וזה בא להוציא מידו וסד״א במודה שכתבו א״צ לקיימו קמ״ל:

ג טען שמעון שיש לו שטר שמכרה וכו׳. ברייתא פרק ג״פ ופליגי בה רבי ורבן שמעון בן גמליאל ואיפסיקא הלכתא כרבי דצריך לברר שטרו: ומ״ש וכתב ר״ח שאם טען אחר כך אבד השטר אינו נאמן וכ״כ רב האי וכו׳. איכא לתמוה דמה יעשה זה שאבד שטרו וכי בשביל כך יפסיד אע״פ שהחזיק ג׳ שנים וכך כתב ר״ת לפי גירסתו וגי׳ רשב״ם דמה דין הוא זה שיפסיד בחנם אם לא יוכל לאמת דבריו שלא היה צריך לטעון עיין בתוספות (דף ק״ע) בד״ה אלא לברר ונלפע״ד דאינו נאמן קאמר שלא נאמינהו שאבד שטרו ויועיל לו חזקתו אלא צריך לישבע שאבד שטרו ואח״כ יהא נדון בחזקה וז״ש וכ״כ רב האי שאם לא הביא השטר פירוש שאינו רוצה להביאו אע״פ שישנו ברשותו מוכחא מילתא דמזוייף הוא והיינו כדעת ר״ת דדוקא בדטען אבד שטרי אינו נאמן אלא צריך שישבע שאבדו אבל במודה שישנו ברשותו צריך להביאו ואם לא הביאו נתבטלה החזקה דחזקה מכח שטר קאתי וכיון דהשטר בטל נתבטלה גם החזקה ורב האי נמי ס״ל דדוקא בלא הביא השטר נתבטלה החזקה אבל בטען אבד שטרי ישבע שאבד ויהא נדון בחזקה וזה ודאי דין אמת. והיכא דמודה דשטר מזוייף הוא אבל שטר כשר היה לי ואבד נאמן ע״ל בסוף סי׳ קמ״ו:

ד וכיצד היא החזקה וכו׳ עד לפעמים שאין לו. יש להקשות דהו״ל לחלק בין יש לו לאין לו מאי פעמים שאין לו דקאמר ונראה דאפילו בידוע שיש לו קאמר דהו״ל נוגעין בעדות משום דפעמים אין לו מעות בשעה שצריך להחזיר להם השכירות ויתן להם מטלטלין ולפעמים לא יהיו לו גם מטלטלין וצריך ליתן לו זמן למכור קרקע ולא ניחא ליה בהכי:

ה הבתים שהם לדירה וכו׳ משנה וגמרא ר״פ ח״ה: ומ״ש ומיהו אפילו נתנוהו כבר למחזיק כתב ה״ר יונה וכו׳. כתב נ״י שהרשב״א חולק בזה וס״ל דלא מהני סילוק הכא דלפי שהשוכר מתיירא שמא יפסיד שכרו וזה עושה עמו לפנים משורת הדין ומצילו לגמרי מן ההפסד איכא למיחש דמפני שהוא מתבייש מזה יעזור לו ולא נהירא דאין בזה לפנים משורת הדין שהרי יש לו מעות ועיין במ״ש בסימן קכ״א סימן י״ב דהעיקר כסברת ה״ר יונה ודלא כש״ע בכאן דלא הכריע:

ט וכתב עוד שאם יטעון וכו׳ עד כיון דלא הוי מערער קמן. אע״ג דקבלת העדות הוא מפני שחושש שמא יבוא מערער אפ״ה אין לחוש שמא יעידו שקר על הספק שמא יבוא מערער דאינו נקרא נוגע בעדות אא״כ שההנאה הוא בודאי בשעת קבלת העדות וכ״כ בהגהת אשיר״י פ׳ חזקת דכל היכא דהשתא אינו נוגע בעדות אע״פ שאם יתעשר יהנה בעדותו כשר להעיד וה״ט דעל ספק הנאה לא יעיד עכשיו שקר וכבר כתבתי כיוצא בזה בסימן ל״ז ס״ג ע״ש:

י כתב ר״ח שאם אין השוכרים דרים בו עתה וכו׳. כ״כ התוספות בשמו וכן כתב בחידושי הרמב״ן בשמו פרק חזקת ומה שהשיג רבינו דאין כאן מגו כיון שבאים להעיד וכו׳ אין כאן השגה של כלום דלא הוזכר בדברי ר״ח לשון מגו אלא שאין נוגעים בעדות מחמת הנאתם שאילו היו מכוונים להנאתם הוו אמרי לא דרנו בו מעולם אם כן לא באו אלא להעיד האמת דאחזוקי בשיקרא לא מחזקינן להו כיון דלית להו הנאה בהגדת עדות זו והב״י גם הוא השיב על דברי רבינו אבל למ״ש הוא פשוט והמרדכי ריש פרק חזקת פסק בסתם כדברי רבינו חננאל והכי נקטינן:

יא כתב הראב״ד שאין עדות השוכרים מועיל אלא ששכרו בשטר וכו׳. טעמו דכל היכא דחזקה איננה באה אלא על ידי צירוף אנשים לית ליה קלא אלא בשטר כדאמרינן גבי שלשה לקוחות לקמן בסימן קמ״ד סעיף ב׳ וכיון דבעינן הכא שני שוכרים אפילו דרו ביה שניהם כל ג׳ שנים לית ליה קלא אלא בשטר והרשב״א חולק דשלשה לקוחות ודאי כיון שכל אחד לא החזיק אלא שנה אחת לא מצטרפי אלא על ידי שטר וה״נ בשלשה כיתי עדים כל כת דרה בו שנה אחת לא מצטרפי אלא על ידי שטר אבל ב׳ שוכרים שדרו בו ג׳ שנים רצופים ודאי לא בעינן שטר אבל ה״ר יונה וכו׳. ומהרו״ך הקשה דלמה כתב הראב״ד בשני שוכרים דדרו בו ג׳ שנים בעינן שטר ובשני לקוחות שהחזיקו בו ג׳ שנים הוי חזקה אפילו בלא שטר וכתב על זה תירוץ בדברים דחויים אבל הדבר פשוט דאין כאן קושיא דבב׳ לקוחות דהחזקה אינה תלויה במה שהן שנים דאפי׳ לא היה אלא לוקח אחד נמי חזקתו חזקה כשהחזיק ג׳ שנים הילכך הוי חזקה בלא שטר דאית ליה קלא אבל בשני שוכרים דהחזקה תלויה במה שהן שנים שאם לא היה אלא שוכר אחד אין כאן אלא עד אחד ולא הוי חזקה השתא כיון דליכא חזקה אלא על ידי צירוף אנשים לית ליה קלא בלא שטר להראב״ד כדאמרי׳ גבי ג׳ לקוחות וכו׳ וכדפרישית:

יב וכתב הרשב״א וכו׳. חילוקי דינים שבענין זה יתבארו תחלת סי׳ קמ״ה וע״ש וזה פשוט דלהרשב״א בששה אחד בכל שנה לא הוי חזקה אלא בשטר כמ״ש בסמוך:

יד ור״ת כתב שאין צריך שיעידו וכו׳ עד ואם יאמר המחזיק לעדים העידו סתם וכו׳. פי׳ דלר״ת כיון דדי בעדות מקצת ימים וכו׳ אם כן כשהעדים אינם רוצים להעיד מפני שאין יודעין בבירור שדר בה ג׳ שנים ימים ולילות והמחזיק יטעון ויאמר אליהם העידו לי סתם שדרתי בו בחזקת ימים ולילות כל שלש שנים טענתו של המחזיק שטען על העדים הויא טענה מעלייתא וכיון שהוא טוען כך ב״ד אומרים לעדים אם אתם יודעים בעדות זו שדר בו המחזיק או הדרים בכחו ג׳ שנים כמנהג שרגילים השכנים לידע וכו׳ תעידו סתם כמו שהוא טוען דטענתו טענה ומספיק עדותן אם יעידו כדבריו אבל אנן לא טענינן ליה ואין אומרים לעדים העידו סתם אף ע״פ שהיה די בעדות מקצת ימים וכו׳ מ״מ מאחר שהמחזיק עצמו איננו טוען ומבקש מהעדים כך אנן נמי לא טענינן ליה אבל אם היו העדים רוכלין וכו׳ אנן נמי טענינן ליה ואומרים אל הרוכלין העידו סתם וכו׳ ומהני עדותן אם יעידו סתם וטעמא דמילתא משום דמסתמא קסבר המחזיק שאין עדות הרוכלים עדות דמאחר שמחזרין בעיירות אין מקבלין עדותן ובכגון זה ודאי פתח פיך לאילם הוא וטענינן להו אנן שיעידו העדים הרוכלים ודקדק רבינו בהעתקתו לפירוש רבינו תם ליישב מ״ש בגמ׳ אמר מר זוטרא ואי טעין ואמר וכו׳ טענתיה טענה דקשה דהוה ליה למימר עדותן עדות כמו שהקשו התוס׳ אבל למאי שכתב רבי׳ ניחא דעיקרא לא אתא אלא לאשמועינן דדוקא היכא דהמחזיק טעין כך על העדים טענתו טענה ובית דין אומרים לעדים שיעידו כך סתם אבל אנן לא טענינן להו אבל ברוכלים אנן נמי טענינן להו. ועמ״ש רבינו וכ״ה מסקנת א״א הרא״ש כתב ב״י מה שכתב ואין ספק דנוסחא מוטעת נזדמן להרב שהיה כתוב בה ר״ח במקום ר״ת אבל לפי גירסת הספרים שבידינו לא כתב רבינו וכן היא מסקנת א״א הרא״ש ז״ל אלא אחר דבריו של ר״ת ולאפוקי מפירוש רשב״ם דצריך להביא ראיה על הלילות אבל לא אתא לאפוקי מפי׳ ר״ח דפשיטא דאע״ג דר״ת מפרש פי׳ אחר בהלכה לענין דינא לא פליג עליה דר״ח:

יז ואם טען המערער דרתי בבית הפנימי וכו׳. ריש פ׳ חזקת דאמר ליה מערער אנא בשכונה גוואי הואי ופי׳ רשב״ם עיקר דירתי בחדרים הפנימיים והייתי עובר דרך עליך ומשתמש עמך בביתי שדרת בו ברשותי ולכך לא מחיתי וכו׳ ולכאורה משמע שמלבד העברת הדרך היה משתמש ומניח כליו בחדרים שבבית החיצון אבל מדברי הרא״ש לשם משמע להדיא דלמאי שהיה עובר דרכו עליו בלחוד קרי ליה משתמש עמך בבית החיצון וכן נראה מדברי רבינו שלא הזכיר לשון תשמיש כלל אלא ועברתי דרך עליך אלמא דאפילו לא היה משתמש בחיצון כל עיקר כ״א שהיה משתמש עמו בדריסת הרגל בלחוד לא הוי חזקת המחזיק חזקה ועל זה הקשה הרמב״ן בחידושיו ונ״י לשם וכי אין אדם עשוי למכור בית החיצון ומשייר לעצמו הפנימי ודרך ואעפ״כ כיון שזה לבדו דר למה לא יעלה לו חזקה דאל״ת הכי מוכר קרקע ושייר בו דרך לעצמו לוקח במאי יקנה וכן נראה דעת רבינו מאיר שבמרדכי שפירש אנא בשכונה גוואי הואי הייתי משתמש בכל הבית החיצון ואתה היית נדחה מפני אלמא דס״ל דבהעברת הדרך בלחוד לא נתבטלה חזקת המחזיק אכן התוספות והמרדכי והרא״ש תופסים פרשב״ם ואחריהם נמשך רבינו וצ״ל דס״ל דאה״נ כל היכא שהאחד מכר לחבירו ושייר דרך לעצמו אינו נידון בחזקה וצריך שישמור שטרו לעולם ואם אין שטרו בידו אין כאן חזקה דכיון שלא יצא מרשותו לגמרי שהרי עבר דרכו עליו ומצי למימר

אתה דרת אצלי בתורת שכירות א״נ בשאלה ואיני צריך למחות כיון שלא יצא מרשותי לגמרי ועיין במ״ש בסמוך סעיף י״ט: ומ״ש דאל״כ כל המערער יטעון אני דרתי עמך בבית הפנימי וכו׳. פי׳ אני דרתי עמך ב׳ או ג׳ ימים ואין לך ג׳ שנים שלימות והעדים אינן יודעים לפי שאינן יכולין לעמוד על מיעוט ימים אלו אם דר אם לאו כך כתבו התוספות והרא״ש והמרדכי לשם:

יח החנויות וכו׳ וא״א הרא״ש כתב שצריך שש שנים וכו׳ אע״פ שאם אחר שאילו חנוני וכו׳. כיוצא בזה כתבו התוס׳ ריש פ׳ חזקת וכן כתב המרדכי לשם וז״ל ומודה רב הונא בחנוותא דמחוזא וכו׳ וה״ה בחנוני שעשה בית חנות ואינו משתמש בו אלא בימים אם יש לו עדים דהחזיק בו שש שנים הוי חזקה אע״ג דהלילות מפסיקים ומיהו בשלש שנים לא סגי דכיון דבית הוא ורגילים שאר בני אדם לדור בו ימים ולילות אע״ג שהוא חנוני ואין דרכו אלא בימים למכור לחם ויין לא הוי חזקה אלא בשש שנים אבל חנות ממש שאין רגילים לדור בו אלא בימים למכור לחם ויין הוי חזקה בשלש שנים גרידא עד כאן לשונו ונראה שדקדק מדקאמר תלמודא ומודה רב הונא בחנוותא דמחוזא וכו׳ אלמא דבשאר עיירות היו רגילים בימים ובלילות אלא דמחוזאי דוקא ביממא עבידא בליליא לא עבידא והילכך בעינן שש שנים הא לאו הכי לא בעינן כי אם שלש שנים. ומכאן אנו למדין גם למדינתינו שכולם אינן יושבים בלילות בחנות דלא בעינן אלא ג׳ שנים גרידא אלא א״כ בעושה בית חנות דאף לדידן בעינן שש שנים לפי ששאר בני אדם רגילים לדור בו ימים ולילות ונראה שזאת היא דעת הרא״ש במ״ש אע״פ שאם היה אחר שאינו חנוני כו׳ כלומר שאם היה האחר דר באותו בית בודאי היה דר בו ימים ולילות והיה צריך שלש שנים רצופות בחנוני די הוא בשלש שנים מפוזרות וכדפירשו התוספות:

יט החזיק במקום מסויים וכו׳. משנה סוף פרק חזקת היה מעמיד בהמתו בחצרו וכו׳ אינה חזקה אבל אם עשה מחיצה וכו׳ ה״ז חזקה וכבר פי׳ ב״י דעת הרי״ף והרמ״ה על פי סוגיית הגמ׳ ודעת רבי׳ והרא״ש החולקים ועיין לקמן בסי׳ קס״א סעיף ז׳. ויש להקשות מ״ש האי דאחזיק במקום מסויים מהך דשכונה גוואי לפירוש רשב״ם ורבינו דלעיל בסעיף י״ז דלא היה משתמש כ״א בדריסת רגלים ולא בחדרים שבחיצון כלל ונמצא שזה החזיק בחיצון במקום מיוחד לתשמישו ולדירתו ואפילו הכי לא הוי חזקה וכאן דמיירי בחצר שבתים פתוחים לו ויוצאים ונכנסים דרך חצר זה אמרינן דמהניא חזקה דאין מניח לו לעשות אי לאו דזבניה מיניה כמו שפי׳ התוס׳ לשם ולמה לא מצי אמר לא חששתי למחות כיון שהחצר היה ברשותי שהייתי יוצא ונכנס בו ויש לומר דבית שכיחי הוא דאוגורי או מושלי אינשי הילכך בהעברת הדרך בלחוד מצי אמר אתה בתורת שכירות או שאלה דרת בחיצון אלא כיון שהיה ביתי ברשותי לא חששתי למחות אבל בחצר שבתים פתוחים לו ויוצאים ונכנסים ומשתמשים בו אין רגילות כלל לאוגורי או לאושולי מקום מסויים בחצר להעמיד בהמות וכו׳ דאפי׳ שותפין קפדי בהא למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה אי לאו דזבנה הילכך הויא חזקה ודו״ק:

סימן קמא

א חזקת מרחצאות וכו׳. פי׳ בין שפירותיהם הם לפי ההזדמן כגון מרחצאות שאין האדם רוחץ בו בכל יום אלא בשעה שצריך לרחוץ וכן שובכין אינו נוטל פירות בכל יום אלא כשיזדמן וכן בורות שיחין ומערות ועבדים ובין שפירות שלהן תדיר כגון בית השלחין שמתוך שהמעיין בתוכו שמשקין ממנו תדיר עושה פירות תדיר ובין שדה בית הבעל שמסתפקת מימי הגשמים שאינה עושה פירות אלא פעם אחת בשנה וכן שדה האילן שרוב אילנות אין עושין פירות אלא פעם א׳ בשנה כולן חזקתן ג׳ שנים מיום ליום ואם חסר אפילו יום אחד לא הוי חזקה והיינו כשמואל לפירוש קמא דר״ח שהביא רשב״ם אבל הרמב״ם תופס עיקר פירוש בתרא של ר״ח ותימה מנ״ל לרבינו דר״ח ס״ל פי׳ בתרא עיקר דמפי׳ רשב״ם וכן מדברי הרמב״ן בחידושיו שהביא פר״ת נראה שלא הכריע כאחד מן הפירושים:

ג שלש שנים וכו׳. פ׳ חזקת א״ר הונא ג׳ שנים שאמרו הוא שאכלן רצופין ומודה ר״ה באתרא דמוברי באגי פשיטא ל״צ דאיכא דמובר ואיכא דלא מובר וההוא גברא מוברא מה״ד א״ל אם איתא דדידך הואי איבעי לך למיזרעה קמ״ל דאמר ליה חדא ארעא בכולי באגא לא מצינא דאינטר אי נמי בהכי ניחא לי דעבדי טפי ולמד רבינו מפי׳ רשב״ם דהני תרי טעמי לצדדין קאמר להו דאם שדה זו עומדת בין שדות זרועות דלא מצי למימר לא מצינא דאינטר איכא טעמא בהכי ניחא לי דעבדא טפי לפי שאיננה טובה כ״כ ואם עומדת בין שדות בורות כמותה אפילו היא טובה מצי למימר לא מצינא דאינטר ומשמע להדיא דאם ידוע שהיא טובה ואין צריך להוביר ועומדת בין שדות זרועות לא הוי חזקה אם הובירה: ומ״ש מדברי הרשב״ם יראה וכו׳. הכי משמע להדיא ממ״ש מצי א״ל מ״מ הי״ל למחות שאף ע״פ שלא זרעתיה הייתי עושה בה ניר שאחר הקציר והיה לך להבין וכו׳:

ד ומ״ש בשם ה״ר ישעיה שאם אכלה רצופים באתרא דמוברי הוי חזקה במכל שכן נראה דטעמו דמדקאמרינן מה״ד א״ל אם איתא דדידך הואי איבעי לך למיזרעה אלמא דקס״ד למימר אע״ג דאיכא דמוברי מ״מ האי גברא דלקחה השתא הו״ל למיזרעה לגלויי לאינשי דקא מחזיק בה מיד בעליה ומדלא זרעה בכל שתא ושתא לאו דיליה היא קמשמע לן דליתא אלא כיון דאיכא דמוברי מצי אמר חדא ארעא וכו׳ אלמא להדיא דהיכא דזרעה כ״ש דהוי

חזקה טפי ומיהו ודאי ה״ר ישעיה לא קאמר אלא בדוכתא דאיכא דמובר ואיכא דלא מובר דאאוקימתא דתלמודא כתב ה״ר ישעיה דבריו אלה אבל היכא דכולהו מוברי מודה ה״ר ישעיה לרבינו דלא הוי חזקה והכי נקטינן ולפי שרבינו הבין מדברי ה״ר ישעיה שסתם ולא פירש דאף בדוכתא דכולהו מוברי קאמר השיג עליו וליתא וע״ל בסי׳ קמ״ה סעי׳ ג׳ ובמ״ש לשם בס״ד:

ה היתה השדה בחזקתו כמה שנים והובירה שלא נהנה ממנה. זה מבואר ממאי דקאמר תלמודא מה״ד אמר ליה אם איתא דדידך הואי איבעי לך למיזרעה אלמא דהובירה שלא כמנהג פשיטא לן דלא הוי חזקה: ומ״ש או שחרשה ולא זרעה וכו׳. מסקנא דתלמודא שם דניר לא הוי חזקה ותו איכא התם אפיק כורא ועייל כורא לא הוי חזקה. ודע דלדעת רבינו והרא״ש דבסמוך הא דניר לא הוי חזקה ה״מ שנת ניר כגון דמוברי באגא ואין בשנה זו אלא ניר לחודיה אבל שנה של זרע משנכנס לתוכו וחרש ואח״כ זרע ותלש ואכל מונין לו משעת הניר דלא עבידי אינשי דכרבי ליה לארעיה כדי לזרעה ושתיק אבל הרמב״ן ס״ל דכיון דקאמרי בגמ׳ (דף ל״ו) ומ״ט דמ״ד ניר לא הוי חזקה מימר אמר כל שיבא ושיבא דכרבא לעייל בה פירוש כל קיסמים שבמחרישה יכניס בה כלומר הלואי ויחרוש הרבה עד שתכלה מחרישתו ותתרפה הקרקע ואח״כ אטלנה ואזרענה אני עכ״ל רשב״ם אלמא דאפי׳ בשנה של זרע מ״מ אין מונין לו משעת הניר אלא מיהו דוקא ניר לא נקרא נהנה אבל משעה שזרעה שפיר הו״ל נהנה כשאוכל פירות לבסוף ולהכי מונין לו משעת זריעה ונתיישבה מעתה השגת רבינו על דברי הרמב״ן:

ז וכתב הרמב״ן משמועה זו וכו׳. נראה לפע״ד דמ״ש או שנה אחת משלש שנים דוקא שנה שלימה קאמר אבל אם בנה מקצת שנה ודר בה באותה שנה שפיר הוי חזקה דהו״ל בנין כמו זריעה בשדה דהו״ל נהנה להרמב״ן ה״נ הבנין הו״ל נהנה כיון שדר בה באותה שנה ודוקא כשבנה כל אותה שנה הו״ל כשדה שאין בו אלא ניר לחודיה דלא הוי חזקה אפי׳ להרא״ש ורבינו כדפי׳ בסמוך:

ט אכלה שחת לא הויא חזקה. שם מימרא דרב יוסף: ובמקום שיש להם בהמות הרבה וכו׳. מימרא דרבא שם: ומ״ש ואם באה לידו בעודה שחת כשיגיע בשנה הג׳ מיום ליום הוי חזקה אע״פ שלא יאכלנה בג׳ אלא שחת. לא מצאתי זה מבואר וגם איכא לתמוה טובא דהלא בהחזיק בה שלש שנים מיום ליום ובאה לידו בעודה שחת כבר אכל ג׳ שחת ושלש תבואות ועוד מוסיף לאכול שחת עכשיו ופשיטא דהוה ליה חזקה אע״פ שלא אכל התבואה הרביעית ועוד מאי אע״פ שלא יאכלנה בג׳ אלא שחת דקאמר הא ודאי אפי׳ לא אכל אפי׳ שחת נמי הויא חזקה כיון דכבר אכל שלש שחת ושלש תבואות ונראה דמ״ש ואם באה לידו בעודה שחת רצונו לומר שלא אכלה אלא שחת לפי שלא היתה באה לכלל תבואה אלא לכלל שחת כגון שלא היו הגשמים יורדים כשני אליהו ואפ״ה כשיגיע בשנה השלישית מיום ליום הוי חזקה אע״פ שלא יאכלנה בשלש אלא שחת ונמצא שלא אכל בג׳ שנים אלא שני תבואות ואפי׳ הכי הוי חזקה מעלייתא מאחר שלא היתה הנאה אחרת בשנים אלו וכדין זמורות בשני הערלה ושביעית דבסמוך ומדברי הרמב״ן בחידושיו למד כך ע״ש בד״ה פירא רבה. ועוד אפשר לפרש דברי רבינו למאי שפירש רשב״ם פ׳ לא יחפור (סוף בבא בתרא דף כ) וז״ל אספסתא שחת של תבואה וכיוצא בזה פירשו סוף יבמות ובר״פ חזקת קאמר דאספסתא עוקרין אותה בסוף כל חודש וחוזר וזורע אחרת והשתא איכא שחת לפני קצירת התבואה ואיכא שחת דאספסתא לאחר קצירה וקאמר רבי׳ דאע״פ שלא אכל שלש תבואות שלא באת לידו אלא בעודה שחת לאחר שכבר קצרו התבואה של אותה שנה שהיתה מקדמת לבשל פירותיה ומיד לאחר קצירה חזרו וזרעוה שחת היא אספסתא ובשנה השלישית היתה מאחרת לבשל פירותיה דכשהגיעו שלש שנים מיום ליום עדיין לא אכל אלא שחת של תבואה לפני קצירה א״כ לא אכל בג׳ שנים כי אם שני תבואות ואפ״ה הויא חזקה מעלייתא מטעמ׳ דאמרן וראשון נראה עיקר לפע״ד ודלא כמ״ש מהרו״ך:

יא תפתיחא לא הויא חזקה ופי׳ רשב״ם ארץ רעה וכו׳. וא״ת היינו אפיק כורא ועייל כורא ותרתי למה לי וי״ל דאפיק כורא מיירי דהארץ היא טובה ורגילה להוציא הרבה אלא דעכשיו לא הוציאה אלא כדי הזרע ואיכא למימר התם הוא דלא הויא חזקה כיון שלא נהנה משדה בדרך הנאתה אבל תפתיחא שכך הוא דרך הנאתו הו״א דהויא חזקה אי נמי תפתיחא כיון דרעה היא אין רגילין לזרעה לא חשש למחות דלא איכפת ליה אבל בשדה טובה דרגילין להוציא ממנה הרבה אלא דעכשיו הוכחשה הו״א מדלא מיחה הויא חזקה להכי איצטריכו תרווייהו ולפי׳ ר״ח הוי טעמא כיון דזרע בלא חרישה רגלים לדבר שבגזל ירד בתוכה ולפי׳ רבינו האי צ״ל דמיירי בדלא אכל הפירות לבסוף באותה שנה דאם אכל לבסוף פשיטא דהויא חזקה דלא גרע מניר לדעת הרא״ש ורבינו לעיל וכך מבואר ברמב״ם פי״ב מטוען שכתב פירוש ר׳ האי וכתב דלא הוי חזקה הואיל ולא אכל פירות כמו בנרה שנה אחר שנה:

יג אכלה באיסור כגון שאכלה ערלה ושביעית לא הוי חזקה ודוקא שאכל הפירות וכו׳. ברייתא שם ועל פי דעת ר״י בתוספות והרא״ש דגרסי ה״ז חזקה והיא גירסת רבינו חננאל וה״ג ורב האי וכן נמצא בספרים של רבינו גרשום וכך כתב רש״י בפרק האשה שנפלו דגרסינן ה״ז חזקה בפרק האשה שנפלו ובפרק חזקת ע״ש ודלא כפירוש רשב״ם וטעמא דלא הוי חזקה בפירות איסור דלפי שלא אכל כדרך האוכלים לא חשש למחות אבל בזמורותיה שהוא

היתר הויא חזקה אפילו כל השלש שנים שני ערלה וכן פי׳ רש״י פרק האשה שנפלו: ומ״ש שהרי אין הנאה אחרת בשנים אלו. כך כתב הראב״ד בהשגות והוא מתבאר מדין שחת דכל היכא דהיה יכול ליהנות מפירות ולא נהנה מהם אלא בדבר הראוי לאכילת בהמה בלבד רגלים לדבר שירא הוא להחזיק כשאר בני אדם כיון שבגזל ירד לתוכה ולכך לא מיחו הבעלים אבל כשאי אפשר ליהנות בהיתר אלא בזמורות מאכל בהמה הויא חזקה: ומ״ש כגון שיש בזמורות יותר ריוח וכו׳. למדו רבינו מדין אפיק כורא וכו׳ מיהו הרשב״א בתשובה כתב להדיא דעלתה לו חזקה לפי שזה אכל כדרך הבעלים שמוציאים הוצאות בשני הערלה אע״פ שאין אוכלין אלא דמי עצים שאין זה מחמת כחישות ונשמות הארץ עד כאן לשונו והביאו ב״י בסעיף ז׳ ור״ל דלא דמי לאפיק כורא ועייל כורא דהוי מחמת כחישות ונשמות הארץ והכי מסתברא. ואיכא למידק אמאי לא הזכיר רבינו בדבריו כלאים דהא בברייתא תני נמי כלאים וי״ל כיון דבכלאים אף הזמורות נאסרים ואם לא הוסיף מאתים אף הפירות מותרים בזרוע ובא כמ״ש התוספות בפרק חזקת ובפרק האשה שנפלו אבל ערלה ושביעית אינו נוהג כלל בעצים אלא בפירות לכך לא הזכיר רבינו כי אם ערלה ושביעית לאורויי דלשם יש לחלק בין אכילת פירות לזמורות ואע״פ דהתוס׳ פירשו דאפשר דבכלאים נמי בזרוע ובא שהפירות הוסיפו מאתים ולא הזמורות דאורחא דמילתא הכי הוי דהזמורות כבר היו גדולות לפני זריעת כלאים ואין זה דוחק לפרש כן מ״מ רבינו לא ראה להזכיר כל זה בפסקיו כיון דמדינא אין חילוק בין עצי כלאים לפירות אלא הדבר תלוי בתוספת בין בפירות בין בעצים וכדפרישי׳:

טז בשדה האילן לא הוי חזקה וכו׳ עד שיגדלו כל צרכה. בפרק חזקת (בבא בתרא דף לו) אסיקנא דלשמואל דקל נערה פי׳ שמנער ומשיר פירותיו לא הוי חזקה עד שיגדור בידים כ״כ האשיר״י לשם ע״ש רב האי גאון ומפרש רבינו דר״ל אפי׳ עמדו על האילן עד שיגדלו כל צרכם נמי לא הוי חזקה עד שיגדור בידים דהכי משמע מלישנא דרב האי שכתב בסתם ולאפוקי מפירשב״ם ע״ש ר״ח דקל נערה שמשיר פירותיו קודם גמרן וכו׳ דמשמע דאם לא משיר עד אחר גמרן הוי חזקה אע״ג דלא גדרן בידים דליתא ודלא כב״י דהבין דרב האי פירש כפי׳ רבינו חננאל דא״כ דברי רבינו דלא כמאן:

יח שדה האילן שיש בה שלשים אילנות וכו׳. בפ׳ חזקת ור״ל שלשים נטיעות ילדות דעשרה מהם לבית סאה דאילו אילנות גדולות זקנות לא הוי אלא שלש לבית סאה כדאיתא בסוף פרק לא יחפור: ומ״ש כגון בנות שוח וכו׳. כן פרשב״ם ע״ש רבינו חננאל והתוס׳ כתבו לשם דלהכי אוקמה בבנות שוח דבשאר אילנות באלף שנים לא יארע זה דבל׳ אילנות ילקו בשדפון שלש שנים ואותן שילקו בשנה זו לא ילקו בשנה וילקו בכל שנה במפוזרין ואע״פ דכשאוכל בשנה ראשונה כבר חנטו עשרה אשתקד ואיתא לפירא וכן כשאכל בשנה שנייה מ״מ כיון שיש עוד שנה עד גמר שלהן ליתיה לפירא קרינן ליה: ומ״ש בשם ר״י כך כתבו התוספות לשם (דף לו) בד״ה היו לו אבל בהגהת אשיר״י פסק כהרמ״ה דהוא הדין נמי ט׳ זקנים לשלש סאין: ומ״ש דאם היו יותר מבית סאה לעשרה דקנה מה שצריך לאילנות כן פירשב״ם אבל התוס׳ כתבו לשם דלא קנה קרקע כל עיקר וכ״פ בהגהת אשיר״י ורבינו לא חשש לזה דכיון דלא הביאו הרא״ש אלמא דס״ל כפירשב״ם ואע״פ דבהיו רצופים יותר מי׳ לבית סאה ג״כ לא הביא הרא״ש דעת ר״י שבתוס׳ מ״מ כיון שהרמ״ה הסכים לדברי ר״י חשש רבינו לדבריו והביא פירשב״ם ופי׳ ר״י החולק על זה ויש לתמוה דמאי מביא ר״י ראיה מהא דקיי״ל אכלן רצופים הוי חזקה דשאני התם דאכל כל אילנות שבה כל שלש שנים אבל הכא דאינו אוכל אלא שלש בבית סאה בכל שנה צריך הוא שיאכל שלש העומדים להתקיים וכ״כ התוס׳ שהרשב״א דחה הראיה שהביא ר״י להקשות על פי׳ רשב״ם וצ״ל דס״ל לר״י דהתם דנטועין על פחות מד׳ אמות הילכך צריך שיאכל כל האילנות אבל בדאיכא ד׳ אמות לא צריך והכי משמע להדיא מדברי הרמ״ה שהביא רבינו:

כא שדה האילן וכו׳. כתב ב״י וז״ש רבינו וכ״א בא בטענה שלקחו כלומר דלא מיירי בחזקת שלש שנים ולא דק דהכא דין זה דמכר לשנים לאחד קרקע ולאחד אילנות כתבו רבינו לקמן בסי׳ רט״ז סעיף י׳ אבל כאן בדין חזקת שלש שנים קאמר והכי פירושו כל אחד החזיק בחזקתו ג׳ שנים וכ״א בא בטענה שלקח כולו קרקע ואילנות ושטר הו״ל ואבד קיי״ל דזה קנה אילנות וחצי קרקע וכו׳ פירוש דזה שהחזיק באילנות כאילו החזיק גם קרקע שהרי האילנות צריכין הם לקרקע ומאחר שהחזיק באילנות כאילו החזיק גם בקרקע וזה שהחזיק בקרקע לא החזיק באילנות שאין הקרקע צריך לאילן וכיון ששניהם מוחזקים בקרקע זו כל אחד קני חצי הקרקע אבל זה שהחזיק בקרקע לחוד אין לו באילנות כלום ומה שהביא רבינו כאן פירשב״ם אע״ג דרשב״ם לא כתב פירושו אדין חזקה אלא אמכר ס״ל לרבינו דלפירשב״ם אין חילוק דה״ה בחזקה וכדמשמע מדברי הרמב״ם שכתב דין זה גבי מוכר בפכ״ד ממכירה וכתבו ג״כ גבי חזקה בפי״ב מטוען ולשם כתב להדיא דלא קנה אלא קרקע הצריך לו ובה׳ מכירה כתב לשון התלמוד סתם ובה׳ טוען ביאר כוונתו וכן פי׳ בב״י: ומ״ש רבינו בשם ר״י דאין לבעל האילנות בגוף הקרקע כלום וכו׳. פירוש דלר״י מיירי תלמודא בדין חזקה כמבואר בתוספות וזה שהחזיק בקרקע כל הקרקע היא שלו ויכול לחפור תחת האילנות בכל השדה רק בענין שלא יזיק לאילנות וזה שהחזיק באילנות לא קנה בקרקע אלא לענין אם יבשו וכו׳ ואח״כ כתב רבינו בקוצר וכן הדין בלא טענת חזקה וכו׳ ובסי׳ רט״ז האריך לפרש למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה וע״ש:

סימן קמב

א אע״פ שאין חזקה בפחות משלש שנים וכו׳ עד והוליכם לביתו. מימרא דרבי אבא בפרק חזקת ועל פי פירשב״ם והכי פירושו אם יביא עדים שיעידו שגם הוליכם לביתו של מחזיק ולא סגי במה שיעידו דדרי ליה צנא דפירי על כתפיה דהא מצי מערער למימר דכדי שיוליכם לביתו של מערער היה מסייעו:

ב ומ״ש ואם יטעון המערער לפירות הורדתיו וכו׳ ולא הוי חזקה עד אחר ג׳ שנים. פירוש עד שיהיו שלש שנים מיום שסייעו או לקח ממנו בתורת דורון שאז חוזר להיות מוחזק בשדה שלש שנים ונאמן לומר שטר היה לי ואבד כיון שלא מיחה כל שלש שנים הללו: ומ״ש והני מילי בתוך שלש וכו׳. פי׳ ה״מ דטענתו מתחילה לפירות הורדתיו הוי טענה דוקא כשטוען כך בתוך שלש מיום שהחזיק בשדה זו אבל לאחר שלש אין שומעין לו:

ד ואם סייעו על ידי טעות וכו׳. מעשה שם רב ענן שקל בידקא בארעיה וכו׳: וכתב ה״ר יונה אבל אם שמעון המסייעו מודה וכו׳ עד גמר והקנהו לו. פירוש אנן סהדי דודאי גמר והקנהו לו דאין לך אדם רואה חבירו שהסיג גבולו ומסייעו להסיג גבולו אם לא שגמר והקנהו לו קנין גמור: ומ״ש ה״ר יונה דבפתיחת החלונות לא הוי חזקה אפילו שסייעו בפתיחתו. צ״ל דס״ל כדעת הרי״ף והרמב״ן דאין חזקה להיזק ראייה אפילו מחל לו הניזק וכמו שיתבאר בסי׳ קנ״ד סעיף ט״ז י״ז והכי איתא בירושלמי אבל הרא״ש חולק על זה ע״ש ולדידיה אם סייעו בפתיחתו הוי חזקה ולא קיימא לן כירושלמי וכ״כ הרשב״א בתשובה הביאה ב״י בסימן זה דכל שסייעו מתנה הוא דיהיב ליה וכדמוכח מעובדא דרב ענן דאי לאו דמחילה בטעות הוה מחילתו מחילה כיון דסייע בהדיה ואע״ג דבירושלמי גבי פתיחת החלונות אמרו דאפילו מסייעו דמושיט לו צרורות מצי אמר ליה מגחיך הוינא בך פירוש משטה הייתי בך אין לנו אלא כגמרתינו ועי׳ במ״ש סי׳ קנ״ד סעיף ב׳ במחודשים ועי׳ עוד במ״ש כאן בספר בדק הבית ובש״ע לא הכריע:

סימן קמג

א אין חזקה וכו׳. ב״י הביא ראיה דאפילו בפניו בעינן שלש שנים מדהוה ס״ד בגמרא דשלא בפניו לא הויא מחאה כשהחזיק ג׳ שנים ונהי דדחי ליה ואוקימנא דשלא בפניו נמי הוי מחאה מ״מ משמע מיהא דאפי׳ בפניו בעי ג׳ שנים עכ״ד ואין זה ראיה כל עיקר דדילמא למאי דדחי אף חזקה דג׳ שנים אינה אלא שלא בפניו אבל בפניו הויא חזקה מיד אכן מפ״ב דכתובות איכא ראיה ברורה דפריך וליתנייה בדידיה ולוקמה כגון שאכלה שתים בפניו ואחת שלא בפניו וכגון שברח וכו׳ ע״ש (בדף י״ז) ותו דעובדא דרב ענן בפ׳ חזקת קאמר רב נחמן לית הלכתא כר׳ יודא דאמר כל בפניו לאלתר הוי חזקה: ומ״ש והוא שיש שלום וכו׳. פירוש לאפוקי כשאין שלום דאע״פ דהוו רגילים השיירות מזו לזו מ״מ עתה שאין שלום אינן מצויות ולא הוי חזקה אבל אם אין השיירות מצויות מזו לזו אפילו כשיש שלום לא הוי חזקה וכדאמר בגמרא דסתם ויהודא וגליל כשעת חירום דמי וזהו שדקדק רבינו והוא שיש שלום בין המדינות ששיירות מצויות בין זו לזו וק״ל:

ב ואפילו שיש עדים וכו׳. פירוש היכא שהמערער היה במדינה אחרת ולא היו השיירות מצויות ובא לכאן בסוף שלש שנים ושהה ל׳ יום אפי׳ הכי לא הוי חזקה וה״א להדיא בפרק חזקת כמו שהעתיק ב״י: כתב נמ״י משמע מהכא שא״צ שיהא המערער כל ג׳ במקום שיוכל למחות אלא דוקא בסוף ג׳ ואפילו היה בתחלת ג׳ במקום שהיה ראוי למחות ולא מיחה והלך למקום שלא היה יכול למחות לא עלתה לזה חזקה דאמרי׳ דעתו היה למחות אלא שלא נזדמן לו עכ״ל וכתב ב״י דדין זה ליתיה אלא למפרשים לא היה לו פנאי למחות עכ״ל ולא נהירא שהרי בנ״י גופיה פירש תחלה האי טעמא דמתוך טירדא לא ידעתי שהיית מחזיק כדי שאוכל למחות אלא פשיטא דאף לטעמא שלא ידעתי שהיית מחזיק וכו׳ ואם היה יודע ולא מיחה הויא חזקה מכל מקום הכל תלוי בשלשים יום שבסוף שלש שנים שאם היו כל הג׳ שנים במקום שלא היה יכול למחות ול׳ יום שבסוף ג׳ היה במקום שיכול למחות הויא חזקה מדלא מיחה שהרי לא היה טרוד ואם היה בתחלת ג׳ במקום שהיה יכול למחות ולבסוף היה במקום שלא היה יכול למחות לא הוי חזקה דאע״ג שלא היה טרוד והיה יכול למחות בתחלת שנה ג׳ קסבר עדיין יש זמן למחות בסוף ג׳ וכיון שאירע לו אונס שלא היה יכול לשוב למקומו שהיה יכול למחות משם לא עלתה לזה חזקה: ומ״ש והרמב״ם כתב יראה לי שדין זה דטרוד בשוק ליתיה אלא בכפרים כו׳. השיג עליו ב״י בספר בדק הבית וכתב ותמיהני שיותר יש טירדא בשווקים שבעיירות ממה שיש בשווקים שבכפרים ואפשר דשווקים דקאמר היינו פירא״ש דכשהם בכפרים מתאספים עם ביותר משום דרווח להו עלמא עכ״ל וכ״כ בספר כסף משנה ולפע״ד דהטירדא בכפרים היא לפי שאין להם חדרים כראוי שיהא ממונם בטוח מפני הגנבים וגם אין החדרים מספיקים לרוב עם המתאספים שם ומוכרחים לישב באוהלים ואיכא טירדא מליסטים ומגנבים שודדי לילה צריך למחות משא״כ בעיירות המוקפים חומה וחדרים שבתוכם הם חזקים ובטוח ממונם מגנבים וליסטים וגם מספיקות לרוב עם:

ד כתב הרי״ב ז״ל השבויים והנטושים וכו׳. החילוק שביניהם מבואר בפרק המפקיד (בבא מציעא דף ל״ח ול״ט) וע״ל בסי׳ רפ״ה:

סימן קמד

א שנים שהחזיקו בשדה וכו׳. בפ׳ חזקת הבתים רמי בר חמא ורב עוקבא בר חמא זבון אמתא בהדי הדדי מר אשתמש בה אג״ה ומר אשתמש בה בד״ו נפק ערעור עילוה וכולי ומשמע דהא דקאמר תלמודא זבון אמתא אינו אלא לפי מה שטענו הם שקנאוה מהמערער ושטר הוה להו ואבד והמערער טען שבתורת שאלה ושכירות היתה אצלם כל השנים הללו ולפי שהיו משתמשים בדילוג לא חשש למחות ופסק רבא דאם עשו ביניהם שטר חלוקה קלא אית ליה והוה ליה למערער למחות ומדלא מיחה הוי חזקה והרמב״ם בפי״ב מטוען כתב דין זה בשני שותפין שהחזיקו בשדה וכו׳ וכתב אח״כ וה״ה לעבד וכו׳ ורבינו כתב שדה בלבד ומדברי הרא״ש יראה דמפרש הא דקאמר תלמודא זבון אמתא דהי׳ ידוע שקנאוה בשותפות משמעון והו״ל עדים דשמעון אישתמש בה חד יומא אלא שראובן בא לערער ולומר דשלו היא מעולם ויש לו עדים וטען דלפי שהיתה חזקתם בדילוג לא חשש למחות וקאמר רבא דאי לא כתבו להם שטר חלוקה לא הויא חזקה ולא טענינן להו דההוא דזבנה להו קנאה מן המערער אבל אי כתבו שטר חלוקה הויא חזקה וטענינן להו כיון שאותו שמכר להם השתמש בה יום אחד ומדברי ה״ר יונה שהביא רבינו נראה שהיה מפרש כפירוש הראשון דטענו השותפין שלקחו מן המערער שטר הו״ל ואבד וכתב על זה דלאו דוקא דה״ה נמי אם טוענין שלקחו מפלוני ועשה שטר מכר פי׳ שבשטר מכר היה מפורש שפלוני מכר שפחה זו לשותפים אלו ומביאין עדים לטענה זו השתא ודאי אע״פ שלא עשו ביניהם שטר חלוקה קלא אית ליה להאי שטרא דשותפין נינהו בהך שפחה וחזקתן בדילוג הוה ליה חזקה כיון דמפורסם הוא דמשתמשין בה שנה אחר שנה כדרך השותפין והוה ליה למערער למחות ומדלא מיחה טענינן להו שהמוכר קנאה מזה המערער אם יש עדים שהשתמש בה המוכר יום אחד ופשיטא דאפי׳ לא עשו שותפין שטר חלוקה ביניהם הו״ל חזקה דבשטר מכר שעשה המוכר לשותפין סגי דקלא אית ליה בהך שטרא בלחוד אפילו לא חזרו ועשו שטר חלוקה וכ״כ בנ״י לשם:

ג אכלה האב שנה ומת וירשה הבן וכו׳. משמע מדברי רבינו דאין חילוק בין שהבן הוא קטן בין שהוא גדול הדין שוה מדלא חילק ולקמן בסי׳ קמ״ט יתבאר בס״ד ע״ש מסעיף כ׳ עד סוף הסימן:

ד אכלה המחזיק בחיי המערער וכו׳. ברייתא ואוקימתא דרב פפא לשם: ומ״ש והיה לו למחזיק ליזהר בשטרו לעולם. פי׳ אבל בג׳ שנים אחר השטר אין די עד שיוציא השטר מיד השני ויקרענו כן פי׳ רשב״ם (בדף מ״ב ע״א) וכן פי׳ עוד (סוף דף ל׳) ולקמן בסימן קמ״ו סעיף ט׳ אכתוב הטעם בזה ע״ש הרא״ש: וי״א דוקא כשמכר הבן בשטר דאית ליה קלא. תימא לפי זה א״כ במכר כל שדותיו נמי כיון דשטר אית ליה קלא והזכיר שדה זו בפירוש הויא כמחאה וי״ל כיון שמכר כל שדותיו ליכא קלא להאי ארעא טפי מלאחריני ולא ידע בה המחזיק ולכך לא הויא כמחאה. ויש לתמוה במ״ש רבינו אפילו שהזכיר שדה זו בפירוש ודלא כפירשב״ם הלא הרא״ש כתב ג״כ במוכר כל שדותיו סתם כמו שפירשב״ם ואפשר דס״ל לרבינו מאחר שהאריך הרא״ש וכתב במוכר כל שדותיו סתם דלית ליה להאי לוקח קלא דלא מינכרא זבינא דהאי ארעא דאיזדבנא בכלל ארעתיה עכ״ל אלמא דאפי׳ הזכיר גם שדה זו בפירוש כמו שהזכיר כל שאר קרקעותיו בשטר כל אחת בפירוש לא מינכרא האי ארעא טפי ולית ליה קלא לזבינא דהאי ארעא והא דקאמר תחלה במכר כל קרקעותיו בסתם היינו לומר דבשעת מכירה לא הזכיר שום קרקע אלא סתם מכר לו כל קרקעותיו דהשתא אע״פ דבשטר הזכיר כל קרקעותיו בפירוש והזכיר שדה זו ג״כ בפירוש לית ליה קלא להאי ארעא ונראה דאפילו לר״י דפירש דבמכר שדה לבדה אפילו בלא שטר אלא בעדים הו״ל מחאה מודה הוא דבמכר כל שדותיו וזו בכללם אפילו כתב לו שטר לא הוה ליה מחאה דאהא לא פליג ר״י: כתב הרב המגיד בפי״ב מטוען ומביאו ב״י שהרשב״א נמי ס״ל אפילו בלא שטר ושכן נראה מדברי הרמב״ם שם שלא הזכיר שטר אבל בכסף משנה כתב דמ״ש בפט״ו מטוען גבי ראובן שהיה בתוך שדה ובא שמעון וערער עליו וכו׳ שכתב והלא שטר מקויים בידי עליו שאני לקחתיה וכולי נראה מדבריו אלו שצריך מכירה בשטר וכדעת הרא״ש שהזכיר לסברא הראשונה וע״ל בסי׳ קמ״ו סעיף ל״ב: ומ״ש רבינו דרבינו יצחק פי׳ אפילו בלא שטר וכו׳. איכא לתמוה טובא שהרי התוספות (בדף מ״ב) בד״ה ואי ס״ד כתבו וז״ל אר״י דהומ״ל כאן בשטר כאן בלא שטר אלא שמא דעדיפא מיניה משני אלמא דר״י ס״ל דוקא בשטר וקבלתי דמהרש״ל הגיה כאן ר׳ (יצחק) ואין ספק דמטעם הך קושיא דאמרן הגיה כך:

סימן קמה

א הביא המחזיק וכו׳. בפרק חזקת הבתים (סוף בבא בתרא דף נ״ו) פי׳ רשב״ם דכשאחד אומר אב״ג ואחד אומר דה״ו תרווייהו אחזקה מעלייתא רצופה קא מסהדי ודמיא להך דריב״ק דאפילו בזא״ז מצטרפין אע״ג דאמנה דמסהיד האי לא קא מסהיד האי מיהו תרווייהו אמנה קא מסהדי ה״נ תרווייהו אחזקה קא מסהדי וקמפרש רבינו דהיינו דוקא דלא אכחשו אהדדי בלא כי וכדמוכח מדברי התוס׳ בסמוך וע״ל בסי׳ ק״מ סעיף י״ב: ומ״ש

רבינו ומחזיר הקרקע ולא הפירות. פשוט הוא דכיון דמכחישין זא״ז אין כאן עדות על אכילת פירות ונאמן לומר אין אכלתי ודידי אכלתי במגו דאי בעי אמר לא אכלתי:

ב ואם אחד מעיד שאכלה שנה אג״ה וכו׳. כך פי׳ התוס׳ לשם אהא דקאמר אלא מעתה אחד אומר אכלה אג״ה וכו׳ דמסיק דלא הוי חזקה דאשתא דמסהיד האי לא קמסהיד האי דכתבו התוספות דהיינו בדמכחשי אהדדי ואמרו לא כי דמשמע דס״ל דבדלא אמרו לא כי כיון דלא מכחשי אהדדי הויא חזקה וז״ש רבינו אם הוא באתרא דמוברי דהוי חזקה והוא דעת התוספות ומשמע דבאתרא דלא מוברי פשיטא דלא הויא חזקה כיון דלא העידו על חזקה רצופה ורבינו השיג דבאתרא דמוברי לא הוי חזקה כיון שלדברי שניהם אכלן רצופים לא החזיק כדאחזקת אינשי אלא כיון דלפי זה איכא למימר דבאתרא דלא מוברי הו״ל חזקה שהרי לדברי שניהם אכלן רצופים לכך כתב רבינו וכן נמי וכו׳ כלומר דאפ״ה באתרא דלא מוברי נמי לא הוי חזקה כיון שאין שום א׳ מהם מעיד על חזקת ג׳ שנים רצופים ולהשגת רבינו נראה לומר דהתוס׳ מירי בדאיכא דמוברי ואיכא דלא מוברי היכא דהשדה טובה היא דהשתא באכלם רצופים כ״ש דהוי חזקה מעלייתא וכסברת ה״ר ישעיה שהביא רבינו בסי׳ קמ״א סעיף ד׳ דמירי נמי בדאיכא דמוברי ואיכא דלא מוברי ורבינו השיג עליו כמו שהשיג כאן אדברי התוס׳ ולפי מ״ש אין כאן השגה לא התם ולא הכא ועיין במ״ש לשם והכי נראה עיקר כדברי התוס׳ ור״י מיהו באתרא דלא מוברי אפילו שניהם מעידין דאכלה אג״ה או אכלה בד״ו לא הויא חזקה כ״ש כשהאחד מעיד על אג״ה ואחד על בד״ו דאפילו כשתצטרף עדותן מעידין על ג׳ שנים מפוזרות ואהא ליכא מאן דפליג דפשיטא דלא הויא חזקה וכ״כ ה״ה פט״ו מטוען ומביאו ב״י:

ד כיונו עדותן וכו׳. מימרא דרב יהודה שם גבי חטים ושעורים והתוס׳ כתבו דבין חטים לקטנית אפילו בלא דקדוק אין אדם טועה והילכך עדותן בטלה וכ״כ הרא״ש מיהו מפרשב״ם משמע דלהכי קאמרינן בין חטין לשעורין טעו אינשי לפי שאין מבינין יפה בין קמח חטין לקמח שעורין א״כ לפי זה אף בחטין וקטנית אין מבינין יפה בקמח שאוכל אם הוא של חטין או של קטנית והב״י בספר בדק הבית השיג מטעם אחר דכיון דהויא מילתא דלא רמי עלייהו דאינשי כך לי חטין וקטנית כמו חטין ושעורין ולכן לא הזכיר בש״ע דין חטין וקטנית נראה דנסתפק בזה ורבינו סתם דבריו כדברי התוספות והרא״ש:

ה לא מצא עדים וכו׳. הכי אסיק אביי בפ׳ חזקת (בבא בתרא דף ל״ד) וטעמא דמילתא דבעד א׳ שאינו מעיד אלא על אכילת שתי שנים דלאורועי למחזיק הוא דאתא לחייבו לשלם הו״ל מחזיק מחוייב שבועה להכחיש העד שלא אכל וכיון דמודה לדברי העד שאכל אלא דשלו אכל הו״ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם הפירות אבל בעד אחד שמעיד על ג׳ שנים לסיועיה למחזיק הוא דאתא לפטרו מלשלם לא דמיא לנסכא דר׳ אבא ומשתבע מחזיק היסת דדידיה אכל ואינו משלם הפירות וכתב הרי״ף וז״ל דהאי חד סהדא כמאן דליתא דמי דלסיועיה הוא דקאתא והיינו דכתב רבי׳ ואין צ״ל כשאין עדים כלל וכו׳ כלומר דבחד סהדא דמסהיד אג׳ שנין דיינינן ליה כמאן דליתיה לסהדא כלל:

ו ומ״ש ובכל אלו ישבע וכו׳ וישבע המחזיק וכו׳. אין להקשות הלא יש לו ע״א מסייע דג׳ שנים אכל וע״א המסייע פוטרו מן השבועה כל שכן ב׳ עדים די״ל דהכא אינו מסייע ממש דאע״פ שמעידין שאכל ג׳ שנים אינן יודעים אם כדין אכל אם לאו ומש״ה אפילו בששנים מעידין שאכלה ג׳ שנים ישבע המחזיק היסת ועי׳ במ״ש בזה סוף סי׳ פ״ד בס״ד:

ז הביא שני עדים כו׳ עד שהרי נתבטלה עדותן. כלומר כיון שאין כאן עדות אחר שזה אכל פירות אלא הני דהוזמו וכיון שהעידו שקר א״כ אין אנו יודעים שזה אכל פירות שדה זו אלא ע״פ המחזיק והרי הוא אומר אין אכלתי ודידי אכלתי ונאמן במגו דלא אכלתי דהפה שאסר הוא הפה שהתיר והוא דעת הרא״ש אבל בנמ״י כתב לסברא אחת דמשלמין לו הכל הקרקע והפירות שתובע אותו דכתיב ועשיתם לו כאשר זמם אלא שכתב אחר זה דהנכון דאין משלמין לו אלא במה שהיה מפסיד בעדותן וכדברי רבינו: ואם יש עדים אחרים וכו׳. ואע״ג דגם המחזיק חייב לשלם הפירות שאכל מ״מ גם המוזמים חייבים לשלם מדכתיב ועשיתם לו כאשר זמם:

ח ואם הביא שני עדים על שנה ראשונה וכו׳. משנה שם וכתבו התוס׳ וז״ל משלשין ביניהם הכא לא שייך למיפרך ולימא הנך קמאי אנן מנא ידעינן דכל דקאי בב״ד לאסהודי אתא אהאי ארעא אנן לחיוביה למחזיק בפירות קאתינא כדפריך בפ׳ כיצד הרגל גבי שור המועד דכיון דמחזיק מביאן לב״ד ודאי לטובתו באו כדי להחזיקו בקרקע ולא כדי לחייבו פירות עכ״ל וכ״כ נ״י בביאור רחב ושכן נראה מדברי הרמב״ם בפכ״א מהל׳ עדות שחלק בשור המועד ולא חלק בחזקה ונראה דרבינו נמי למד מדברי התוספות מ״ש ואם הוזמה כת אחת וכו׳ דס״ל דכיון דהמחזיק מביאן לב״ד להחזיקו בקרקע א״כ נצטרפו יחד להחזיקו בקרקע והו״ל עדות אחת לגבי הזמה ולא נתחייבו לשלם הקרקע אלא עד שיוזמו כולם אבל לגבי הפירות לא נצטרפו שהרי אפי׳ לא העידו כל עיקר שום עדות היה נאמן המחזיק לומר אין אכלתי ודידי אכלתי במגו דלא אכלתי א״כ לא באו לפטרו מלשלם פירות שאכל דבלאו הכי פטור ולא באו אלא להחזיקו בקרקע וכיון שלא נצטרפו לפירות אינן עדות אחת להזמה לגבי פירות והילכך אותה כת שהוזמה משלמת פירות ע״פ

ב׳ כתות האחרות שמעידין שאכל פירות של ב׳ שנים שמעידין האמת שהרי לא הוזמו וכת זו שהוזמה באו להפסיד למערער הפירות אבל של שנה שלישית אינן חייבים לשלם שהרי נתבטלה עדותן כדלעיל וראיתי בספר ים של שלמה בפ׳ כיצד הרגל סי׳ כ״ת שכתב לגבי שור אהא דתניא נמצאת כת שלישית זוממת כולן חייבין דפירושו דכל שלשתן נעשו זוממים דלאו דוקא כל שלשתן דה״ה כששנים הראשונים לא הוזמו וכת שלישית לבד הוזמה נמי משלמת נזק שלם ולא אמרי׳ בזו אין נעשים זוממין עד שיוזמו כולן דהני אחרונים הן עדות כולן להזמה מאחר שהראשונים קושטא קאמרי א״כ הנהו בתראי לחייבו נ״ש קאתו והאריך בזה והביא ראיה לפסקו זה א״כ לפ״ז הא דכתב רבינו הכא דבכת אחת שהוזמה משלמת פירות וכו׳ אינו אלא בשהוזמה כת אחת מהראשונה או מהשניה אבל אם הוזמה כת אחרונה משלמת גם הקרקע דכת אחרונה הוה עדות כולן להזמה וכן ראיתי כתוב בהגהותיו כאן להדיא ואזיל לטעמיה וצ״ע. ומצאתי כתוב דבספרים ישנים גרסינן בספרי רבינו משלם פירות וכו׳ ומפרשים דרצונו לומר דהמחזיק משלם הפירות ע״פ ב׳ כתות האחרים אבל כת המוזמת פטורה מלשלם בין קרקע ובין פירות משום דהו״ל עדות אחת להזמה בין בקרקע ובין בפירות ואין עדים זוממין חייבין עד שיזומו כולן ולא נהירא דדבר ברור הוא דלגבי פירות אינן עדות אחת להזמה דלא באו לפטרו בפירות מטעמא דפרישית אלא הגירסא הנכונה היא משלמת פירות וכו׳ ודו״ק:

סימן קמו

א מחאה מבטלת החזקה וכו׳. כל דין מחאה בפרק חזקת (בבא בתרא דף ל״ח ול״ט):

ב כתב הרמב״ן ז״ל שאין מחאה בפחות וכו׳. פי׳ המחזיק נאמן במה שטען לקוחה היא בידי ולא חשש ליזהר בשטרו אע״פ שמיחה בו דמימר אמר אי לא משכחנא שטרי יכול אני לכפור במחאתו וכיוצא בזה איתא בסימן קכ״ו סעיף י״ד בטענת טעיתי דלא חשש להודות דמימר אמר אם אמת שטעיתי הדרנא בי ע״ש: ומ״ש ואף ע״פ שעד אחד מכחישו וכו׳. פירוש לא תימא אין זה מגו טוב שאם היה טוען לא מחית בי היה מכחיש העד וחייב שבועה דאורייתא ועכשיו נמי שמודה לדברי העד אלא שטוען לקוחה היא הו״ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם הא ליתא דהכא טענת קרקע היא ואין נשבעין על הקרקע כדלעיל בראש סי׳ צ״ה כלומר שאם היתה טענתן בפירות ודאי היה חייב מטעם מחוייב שבועה וכולי:

ג ומה שהשיג עליו הרא״ש דהו״ל ליזהר בשטרו כיון שידע שזה מיחה אינה השגה דקסבר מחזיק כיון שלא מיחה בפני שנים כדין מחאה תולה המחאתו בדברי הבאי ואינה אלא חוכא בעלמא כמ״ש הרשב״א בתשובה הביאה ב״י ותו דטעמא דמימר אמר וכו׳ כדפי׳ לא היה צריך ליזהר בשטרו ועיין במ״ש בסמוך סעיף י״א ליישב השגת הרא״ש אפרשב״ם ג״כ בדרך זה:

ה ואפי׳ אם אמרו לא נוציא דבר זה מפינו וכו׳. פירוש הכא ודאי מאחר שלא הזהיר עליהם שלא יצא הדבר מפיהם אלא הם מעצמם אמרו לא נוציא דבר זה מפינו א״כ לא רמי עלייהו מצד החיוב להזהר שלא יאמרו דבר זה בודאי יאמרוהו דכל מילתא דלא רמיא עליה דאינש אמר ולאו אדעתיה אבל אם הוא אומר לא יצא דבר זה מפיכם רמיא עלייהו שלא יצא מפי הם לא הוי מחאה:

ז וכיצד לשון מחאה וכו׳. בפרק חזקת ה״ד לשון מחאה א״ר זביד פלניא גזלנא הוא לא הוי מחאה פלניא גזלנא הוא דנקיט לי ארעאי בגזלנותא ולמחר תבענא ליה בדינא הויא מחאה וס״ל לרבינו כפי׳ התוס׳ והרא״ש שהסכים לפי׳ ר״י בר יקר דא״צ לומר למחר תבענא ליה בדינא ודלא כפר״ח: ומ״ש רבינו עוד דאצ״ל פלוני גזלנא הוא. כ״כ הרא״ש וכתב בנ״י ע״ש ה״ר יונה דהא דנקיט רב זביד פלוני גזלנא לא אתא אלא לאשמועינן דאע״ג דאמר כל זה לא הויא מחאה עד שיאמר דקאכיל ארעאי ונראה דלפי דעת הרא״ש ודעימיה אי אמר פלוני משתמש בחצרי גזלנא הוא נמי הויא מחאה דלא אמר דהוי כמוציא דבה אלא באומר פלוני גזלנא הוא בלחוד ודלא כמ״ש בש״ע דאף באומר פלוני משתמש בחצרי גזלן הוא נמי הוי מוציא דיבה וכמ״ש הרמב״ם דאין זה לפי דעת הרא״ש ופשוט הוא וכ״כ מהרו״ך:

ח מיחה בשנה ראשונה וכו׳. אין לפרש דהא דצריך למחות בסוף כל ג׳ שנים טעמ׳ כדי שלא יאמר לקחתי אחר המחא׳ דא״כ מודה דמעיקרא מקמי מחאה לאו מתורת מכירה נחת בה ואין נאמן לומר אח״כ קניתי אלא טעמא משום דג׳ שנין מיזדהר אינש בשטריה אחר המחאה ותו לא כך פרשב״ם ותוס׳ (סוף דף ל״ט) וכתבו עוד התוס׳ דלהאי טעמא צ״ל דהא׳ דקאמר סתמא דתלמודא (בסוף דף ל׳) גבי שני חזקה טובא משמע דאם מכרה לאחר קודם שנגמרה חזקתו אין לך מחאה גדולה מזו ושוב אין מועיל לו חזקה שהחזיק ג׳ שנים אחר שמכרה פליגא אהך דהכא דקאמר דצריך למחות בסוף כל ג׳ וכסתמא דתלמודא קיי״ל ולא כמו שפסק ר״ח ורשב״ם דהלכה כבר קפרא דצריך למחות בסוף כל ג׳ מיהו הרא״ש (בדף קצ״ג ריש ע״ג) חולק על זה וס״ל דתרווייהו הלכתא נינהו דדוקא במחאה על פה צריך למחות בסוף כל ג׳ שאם ישתוק ג׳ שנים נראה כחוזר מן המחאה אבל במכרה לאחר אי אפשר לחזור בו מן המחאה שאפילו שאם יודה שהיתה מחאתו שלא כדין והשדה של המחזיק אין בדבריו כלום לחוב ללוקח ועוד ה״ט דצריך למחות

בסוף כל ג׳ דעיקר המחאה מאי היא למחר תבענא ליה בדינא וכיון דעברו ג׳ שנים אחר המחאה ולא תבעיה בדינא ומימחי נמי לא מחי מתייאש מתביעתו ולא מזדהר בשטרו ותולה המחאתו בדברי הבאי אבל כשעושה מעשה ומכרו לאחר אין להתייאש ולתלות המכירה בדברי הבאי ויש לו ליזהר בשטרו עכ״ל וכן פסקו הרי״ף והרמב״ם בפי״א ובפט״ו מטוען דתרווייהו הלכתא נינהו וכן פסק רבינו והכי נקטינן והא דכתב הרא״ש דעיקר המחאה מאי הוא למחר תבענא ליה בדינא קשה דהא הרא״ש גופיה פסק דאצ״ל למחר תבענא ליה בדינא וי״ל דלא קאמר הרא״ש אלא דאין צ״ל בפירוש דמסתמא ודאי כך היה דעתו בהמחאתו פלוני אכיל לארעאי בגזלנותא דרוצה לתובעו לדין אגזילה זו ולפיכך א״צ שיאמר כך בפירוש אבל ודאי דעיקר ההמחאה אינה אלא כדי שישמע המחזיק שרוצה לתבעו לדין ושיסתלק ממנה:

ט ומ״ש רבינו וצריך המחזיק ליזהר בשטרו לעולם. כך פרשב״ם בפרק חזקת (סוף בבא בתרא דף ל׳) גבי שני חזקה טובא משמע וכ״כ עוד (דף מ״ב) גבי אכלה בפני האב שנה וכדכתב גם רבינו בסימן קמ״ד סעיף ד׳ והתוספות לשם והרא״ש הקשו על זה וז״ל וא״ת אפילו לא הביא עדים אלא על ג׳ שנים יהיה נאמן לומר לקחתיה קודם ממך במגו דאי בעי אמר ממך זבינתיה וי״ל דאין זה מגו טוב דבשעה שטען מפלניא זבינתיה לא ידע שהיה ביד זה שטר קנייה היה ירא שאם יאמר שלקחה ממנו יתבענו המוכר לדין עכ״ל וכתבו רבינו בסמוך סוף סעיף ל״ב ועיין שם:

י ואם כשמיחה בסוף ג׳ וכו׳ אבל הרמ״ה כתב וכו׳ עד ולא אמרינן עד השתא חשדת ליה בגזלנותא וכולי. ואם תאמר דלעיל בסימן קל״ח סעיף ח׳ אם טוען השכרתיה אינו נאמן וכדאיתא בגמרא עד השתא חשדת ליה בגזלנותא והשתא מוגרת ליה בלא סהדי ומ״ש הכא דלא אמרינן הכי וי״ל דהתם מטלטלין נינהו מצי למיכפר ביה ולומר להד״ם אבל הכא קרקע היא ופירות דשדה נמי ידועין הן כמה יגיע לבעה״ב לא מצי למיכפר גביה ומחית ביה באריסותא:

יא וכתב רשב״ם ה״ה אם מיחה בתוך ג׳ וכולי וכתב א״א הרא״ש ז״ל ולא נ״ל שאין אדם הוחזק כפרן וכו׳. ולפע״ד נראה דפשיטא הוא דאין אדם הוחזק כפרן אלא בעדים והיא דעת כל הגאונים כמבואר לעיל בסי׳ ע״ט ולא יחלוק רשב״ם ע״ז אלא לגבי מחאה קאמר רשב״ם כיון דדבריו מכחישין אלו את אלו יכול המחזיק לטעון לא חששתי למחאותיו ותליתי אותם בדברי הבאי שהרי הוחזק כפרן בדברים ולאו דוקא הוחזק כפרן בדין קאמר אלא כלומר הוחזק שקרן ולפי שהוחזק שקרן במחאותיו לא חששתי למחאתו וכל היכא שיש התנצלות ואמתלא נכונה למחזיק על מה שלא חשש למחאתו אין מוציאין מיד המחזיק:

יד כל חזקה וכולי. משנה בפרק חזקת (בבא בתרא דף מ״א): לפיכך אם יש עדים למערער וכו׳ משמע דאם אין עדים למערער מצי א״ל המחזיק כיון שלא א״ל אדם דבר לא אצא עבורך עד שיתברר בעדים שהוא שלך וכן פסק הרמב״ם בפי״ד מטוען וכן פסק במרדכי לשם בשם רבינו שב״ט וראיה מארבא דאי תפס לא מפקינן מיניה דכל ממון שבא ליד האדם ואית ביה ספיקא אינו רשאי שיוציא מידו עד שיתברר בעדים ברורים ע״כ מספר החכמה ויש להקשות אמאי כתב רבינו דאם יש עדים למערער דהיתה שלו נשבע ונוטל הקרקע מיד המחזיק הלא אין שם מי שטענו ולומר שלי הוא ואין לפרש דאיכא רגלים לדבר דמכרה לאחר והלך לו למ״ה מ״מ אין זה אלא שמא ואין עליו אלא חרם סתם והרמב״ם בפי״ד מטוען נמי לא כתב דנשבע וכ״פ בש״ע בסתם כלשון הרמב״ם וכ״כ בספר בדק הבית איני יודע מה ענין שבועה לכאן. ועוד יש להקשות על מ״ש רבינו ודין הפירות שאכל פי׳ למעלה בסי׳ קמ״ה מתי צריך להחזיר דלמעלה ודאי דטעין אין אכלתי ודידי אכלתי דזבניה ממך נאמן במגו דלא אכלתי אבל הכא דאין לו טענה פשיטא דצריך להחזיר הפירות אפי׳ ליכא עדים דאכל פירי ומש״ה כתב הרמב״ם לשם בסתם דהכא מוציאין מידו כל הפירות שאכל וכ״פ בש״ע בסתם כלשון הרמב״ם ונראה בעיני דרבינו דקדק במאי דקא פריך בגמרא פשיטא מה״ד האי גברא מיזבן זבין ליה האי ארעא ושטרא הו״ל ואירכס והאי דקאמר הכי סבר אי אמינא מיזבן זבנה לי האי ארעא אמרי לי אחוי שטרך הילכך לימא ליה אנן דילמא שטרא הו״ל ואירכס כגון זה פתח פיך לאלם הוא קמ״ל והשתא מדקאמר דהך טענה עדיפא בעל כרחך דה״ט דאם יאמר שקנה אותה ולא יהא בידו השטר יאמר גזולה היא בידו אבל בהך טענה קטעין כיון שלא א״ל דבר א״כ מחל לו ואיננה גזולה וכ״כ התוספות לשם והשתא ודאי אע״פ דאשמועינן דאינה חזקה לומר דודאי מחל לו מ״מ שבועה ודאי נשבע המערער שלא מחל לו והכי משמע לישנא דמתני׳ דתני כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה דחזקה הוא דאינה להחזיקה בידו ומיהו שבועה ודאי חייב דאל״כ הוה ליה למיתני כל חזקה שאין עמה טענה אינה כלום והכי דייק בגמרא אסיפא דתנן הבא משום ירושה אין צריך טענה טענה הוא דלא בעי הא ראיה בעי מדלא קתני הבא משום ירושה אין צריך כלום כמו שפרשב״ם הכי נמי קתני אינה חזקה להחזיקה בידו אבל שבועה מיהא חייב וע׳ לעיל סימן קנ״ה סעיף ס״א ומהאי טעמא נמי פשיטא דמצי טעין על הפירות שאכל דמחל לו במגו דלא אכלתי פירות אם אין עדים יודעים שאכל כ״א ג׳ שנים והמחזיק מודה דאכל ד׳ וה׳ שנים שאז אין צריך לשלם פירות כי אם של ג׳ שנים אבל במה שאכל יותר על ג׳ נאמן לומר דמחל לו במגו דלא אכלתי כדפרישית:

יז ואם בא מחמת ירושה וכו׳ עד והוא יום אחד. כתב ב״י לאו דוקא דה״ה אפי׳ לא דר בה כלל כיון שהחזיק בה אביו ג׳ שנים שוב אינו יכול לערער עליו עכ״ל והרב בהגהת ש״ע נמשך אחריו ופסק כך הלכה ודוחק הוא לפרש דלאו דוקא ונקט יום אחד בכדי אלא נראה דרבינו כתב כן למאי שכתב בסמוך סעיף כ״ז דלהרמב״ן והרא״ש כיון שהחזיק בה ג׳ שנים אין צריך עדים שהוא יורש ולוקח ודלא כהרמ״ה ולכך כתב כאן יום אחד להיכא דליכא עדים שהוא היורש דאם לא דר בה כלל אפילו דר בה המוריש ג׳ שנים מעמידין אותו ביד המערער דמצי טעין דהראשון שהיה דר בה לפירות הורדתיו ואילו היה כאן מודה אבל כשדר בו המחזיק יום אחד אין צריך להביא עדיכ. שהוא היורש אלא דיינינן ליה כאילו היה הראשון עדיין קיים וע׳ בתשובת הרשב״א במחודשין סעיף ד׳ נ״ל והכי נקטינן:

יח טען המחזיק קניתי ממך ביום פלוני וכו׳ עד ואפי׳ אם יאמר המערער אמור באיזה יום קנית. פי׳ לא מיבעיא דאם לא טען מערער דפשיטא דאנן לא מצרכינן ליה להביא ראיה שהיה כאן ביום שקנאה אלא אפילו טעין מערער אמור באיזה יום קנית אותה אין מזקיקין אותו לכך אי נמי הכי קאמר אפילו לא נצריך להביא אותך ראיה על זה מ״מ אמור באיזה יום קנית ממני ואני אביא ראיה באיזה מקום הייתי באותו יום נמי אין מזקיקים אותו לכך כל זה פי׳ הרי״ב לדעת הרי״ף והרמב״ם אחר כך אמר רבינו שגם הרמ״ה כתב שצריך המחזיק להביא ראיה אלא דס״ל דדוקא בשעת חירום דלא כהרי״ף והרמב״ם דמשמע מדבריהם אפילו שלא בשעת חירום וכך הוא דעת הרא״ש שנחלק על הרי״ף וסבירא ליה דבשיירות מצויות אין המחזיק צריך להביא ראיה ע״ש (בדף קצ״ג ע״א) ואע״פ שאין תלמיד מכריע נראין דברי הרי״ף והרמב״ם וע״פ פי׳ הרי״ף דכיון שהזכיר היום שמכר לו לא יהא אלא דנקט שטרא בידיה דזבנא מיניה ביומא פלן מי לא אמרינן ליה קיים שטרך וקום בניכסך וכל שכן הכא דאמרינן ליה אייתי סהדי דהוה בהדך במתא כי היכי דמצית למימר מיניה זבניתה בההוא יומא דקאמרת והכי משמע להדיא בגמרא דקאמר הך טעמא גופיה וע׳ ברי״ף לשם ועוד יש להביא חיזוק ראיה לדעת הרי״ף והרמב״ם מהא דאיתא סוף פרק האומנין איסי אומר אין רואה שבועת ה׳ תהיה בין שניהם הא יש רואה יביא ראיה ויפטר דכל מילתא דקטעין נתבע דעבידא לגלויי לא נפטר נתבע עד דיביא עדים לטענתו והכא נמי כיון דקא טעין מחזיק דבההוא יומא זבנה מיניה אי איתא דהוה במתא בההוא יומא היה גלוי וידוע לכל בני מתא לפיכך אין חזקתו חזקה עד שיביא עדים שהיה בעיר בההוא יומא ואפילו בשיירות מצויות לא הויא חזקה עד שיביא ראיה כנ״ל והכי נקטינן ודלא כש״ע שהביא דעת הרמ״ה והרא״ש בשם יש אומרים:

כ טען המחזיק וכו׳ עד לא הויא חזקה אפילו אם יאמר הוא שדר בו בפנינו לא מהימן. ותימה אמאי לא מהימנינן ליה לומר בפני דר בו יום אחד במגו דאי בעי אמר מינך זבינתה ואכלתיה שני חזקה וכ״כ במרדכי וז״ל ופי׳ ר״י דה״ה אם אמר מעיקרא קמאי דידי דר ביה חד יומא נאמן במגו וצ״ל לפי זה דמאי דקאמר בגמרא אי אית לך סהדי וכו׳ היינו טעמא מפני שלא היה טוען מעיקרא שדר בו בפני הילכך בעינן סהדי אבל אי הוה טוען מעיקרא הכי אין הכי נמי דנאמן במגו לדעת ר״י. שוב ראיתי במרדכי הארוך שכבר תמה על זה רבינו יואל הלוי ותירץ רבינו אפרים דלהכי אינו נאמן כדאמר סוף פ׳ האומנין איסי אומר הא יש רואה יביא ראיה ויפטר דכל מילתא שהוא בגלוי כמו הכא שאם היה דר בו באותו יום שיבבי מידעי ידעי עכ״ל וק״ל דהא משמע דלא קאמר איסי אלא במה שנעשה היום או אתמול דאין לתלות בו שכחה אבל הכא החזיק בה ג׳ שנים וטעין דאותו שמכרה לו דר בה יום אחד מסתמא כבר שכחו השכנים דירת יום אחד של פלוני המוכר לפני שלשה שנים וכיון שלא אפשר להביא ראיה אמאי לא יהא נאמן במגו וצ״ל דס״ל דאיסי סתמא קאמר וקרא קדריש אין רואה שבועת ה׳ תהיה בין שניהם הא יש רואה יביא ראיה ויפטר ומקרא מלא דבר הכתוב בין נעשה היום בין נעשה לפני כמה שנים ועוד נראה לי דבלאו האי שינויא איכא למימר טעמא דמילתא דכשאין לו עדים דדר בה המוכר יום אחד אע״פ שהמחזיק טוען שדר בה בפניו מ״מ כיון שהודה שאין יודע שלקחה מהמערער אלא ראה שדר בה שמא בשאלה או בשכירות היה דר בה א״כ אין ספק מוציא מידי ודאי דהאי מחזיק ספק ומערער ודאי אבל כשיש עדים שהיה דר בה המוכר יום אחד השתא אנן טענינן ליה דאותו שדר בה יום אחד קנאה מהמערער דבית זה בחזקת אותו שדר בה היא ע״פ עדים אלו שמעמידין שדר בה יום אחד: ומ״ש ואפי׳ אם אין עדים למערער וכו׳. כך פרשב״ם (דף ל׳) בעובדא דההוא דא״ל לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א״ל מפלניא זבינתה דא״ל דזבנה מינך א״ל את לאו קא מודית דהאי ארעא דידי היא ואת לא זבינתה מינאי דמדקאמר את לאו מודית לי אלמא דהיה צריך להודאתו דלא היו עדים למערער שהיתה שלו אלא זה המחזיק ואע״ג דאיכא מגו טובא למחזיק דאי בעי הוה טעין לא היה שלך מעולם אי נמי הוה טעין ממך זבינתה והפה שאסר הוא הפה שהתיר א״נ קמאי דידי זבנה ממך והיה נאמן כיון שהחזיק שני חזקה אפ״ה לא הוי חזקה כיון שלפי טענה זו שהוא טוען עכשיו הודה שאינו יודע אם זבנה מוכר מן המערער אם לאו הוה ליה מערער ודאי ולוקח ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי וכן כתב הרי״ף בפרק חזקת להדיא וכן כתב הרא״ש שם:

כב ומ״ש ואם לאחר שטען וכו׳. כ״כ שם התוספות דאינו נאמן השתא למיטען קמאי דידי זבנה ממך במגו דאי בעי הוה אמר בתחלה לא היתה שלך מעולם דמגו למפרע לא אמרינן דאין להאמינו במאי דקאמר השתא מגו שהיה יכול לשקר בתחלה קודם שהודה דלא הוה מסיק אדעתיה שהיה זקוק לטענה זו וע״ש כי האריכו בזה:

כד ומ״ש וכתב רבינו יצחק וכו׳. כ״כ לשם בתוס׳ ואע״פ שכתבו לשם בשמו דהוא הדין דאי הוה טעין קמאי דידי דר בה חד יומא נמי היה נאמן לא הביא רבינו דבריו בזה לפי שכבר כתב דאפי׳ יאמר הוא שדר בו בפניו אינו נאמן אלא א״כ דאיכא עדים דדר בה המוכר חד יומא ודלא כר״י וכמו שביארתי בסמוך בס״ד ולכך לא הביא רבינו אלא דברי הרמב״ן שכ׳ בחידושיו ג״כ אם יש לו עדים שדר בה המוכר יום אחד אפילו טוען שקנאה ממך בפני וגם לא החזיק בה ג׳ שנים טוענין ללוקח ונאמן לומר מפלוני לקחתיה שאילו היה אותו לוקח ראשון היה יכול לטעון ממך זבינתה השתא נמי טוענין לזה ועיין שם: ומ״ש אבל רשב״ם פי׳ וכו׳ ופי׳ ה״ר יונה דבריו וכו׳. טעמו דכיון דמודה המחזיק שידע שהיא של המערער אפילו אין עדים למערער והמחזיק נמי טוען קניתיה מפלוני דזבנה ממך בפני מוציאין אותו מידו ואע״ג דאית ליה מגו דאי בעי טעין לא היה שלך מעולם הוה ליה כמו מגו במקום עדים דאנן סהדי דאין ממש בטענה זו שהוא טוען עכשיו מפלוני קניתי שקנאה ממך כיון דלית ליה שטרא דזבינא וגם לא החזיק בה ג׳ שנים דנימא שטר היה לו ואבד ואם כן איכא ספק דילמא לא זבנה הוא מפלוני ולא פלוני מהמערער וכיון דמודה הוא דהקרק׳ זו של המערער היא הוה ליה ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי והילכך מוציאין אותה מידו ומכל שכן אם לא טעין מחזיק דזבנה ממך בפני אלא שיש עדים שדר בה המוכר יום אחד דאם לא החזיק בה ג׳ שנים אין טוענין ללוקח אע״ג דלית ליה עדים למערער כיון דהודה המחזיק שידע שקרקע זו של המערער היא אפי׳ היה אותו לוקח ראשון לפנינו וטעין בברי ממך זבינתיה לא מהימן כיון דהודה המחזיק והודאתו הודאה דהא לא הוה מהימן אלא משום מגו דיכול לומר לאו דידך הוא והשתא אזיל ליה האי מגו והו״ל מחזיק ספק ומערער ודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי וע׳ בחידושי הרמב״ן וכל זה במודה שידע שהיא של המערער אבל אם אינו יודע שהיא שלו אלא ע״פ המוכרה לו הו״ל ספק וספק וכי היכי דלוקח ראשון נאמן לומר ממך זבינתיה במגו דלא היתה שלך מעולם אפילו לא דר בה אלא יום אחד אף זה הבא מכחו נאמן לומר פלוני מכרה לו אם יש עדים שדר בה יום אחד א״נ בטען קמאי דידי זבנה ממך במגו שלא היתה שלך מעולם: ומ״ש וא״א הרא״ש כתב וכו׳. מבואר בדבריו דאף ע״ג דאותו שמכרה לו היה נאמן במגו דלא היתה שלך מעולם אין זה מגו טוב לגבי אותו שלקחה ממנו כי ניחא ליה טפי למימר שלקחה מאותו שמכרה לו כי הוא סובר שימצא עדים שהמערער מכרה לו אבל לא בעי למיטען שלא היתה שלך מעולם כי הוא ירא שמא ימצא עדים שהיא שלו עכ״ל פי׳ וכיון דלית ליה מגו אם כן אינו נאמן לומר מפלוני קניתיה דזבנה ממך כיון דליכא עדים שאותו פלוני קנאה ממנו ומוציאין אותה מידו אע״פ דאיכא עדים דדר בה אותו פלוני יום אחד אי נמי אפילו אמר קמאי דידי זבנה מינך אינו נאמן כיון דלא החזיק בה ג׳ שנים וכן אפילו החזיק בה ג׳ שנים ולא קאמר קמאי דידי זבנה מינך וליכא עדים נמי דדר בה המוכר יום אחד נמי מוציאין מידו אע״ג דאינו מודה שהיא של המערער אלא ע״פ המוכרה לו ואית ליה נמי מגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם א״נ ממך זבינתיה אי נמי קמאי דידי זבנה ממך מכל מקום כיון שמה שטוען עכשיו מפלוני זבינתיה דא״ל דזבנה ממך אינה טענה דשמא אותו שמכרה לו לא הוה ליה שום זכות בקרקע זו הוה ליה כחזקה שאין עמה טענה ותו כיון שאין למחזיק שום זכות בקרקע אלא מפני שבא מכח אותו שמכרה לו והוא לא היה נאמן לומר דקנאה מהמערער אלא במגו שלא היה שלך מעולם שהרי לא החזיק בה שני חזקה א״כ גם המחזיק שבא מכחו אע״פ שהחזיק שני חזקה אין להאמינו אלא באותו מגו שלא היה שלך מעולם שהרי אין לו זכות אלא מכחו של מוכר וכיון שאין זה מגו טוב לדידיה כדכתב הרא״ש שוב אין להאמינו במגו אחר. ועוד יש לפרש דדוקא בטוען קמאי דידי זבנה ממך נאמן במגו דאי בעי אמר ממך זבינתיה דשתי הטענות שוות דבתרווייהו איכא העזה אבל בטוען מפלניא זבינתיה דאמר לי דזבניה ממך דליכא העזה אין לו להאמינו במגו דאי בעי אמר קמאי דידי זבנה ממך אי נמי ממך זבינתיה דאית בהו העזה אלא דמדברי הרא״ש משמע דהמחזיק היה נאמן במגו דלא היה שלך מעולם אי לאו דאין זה מגו טוב לגבי מחזיק אבל מטעם דבזו ליכא העזה ובטענה דלא היה שלך מעולם איכא העזה לא היה נדחה מגו וכן מבואר בפירוש רשב״ם דהוי מגו טוב וכן לקמן בסעיף ל״ב ל״ג וצריך לומר כיון דהחזקה מסייע למחזיק מעיז ומעיז אלא צריך לפרש כמ״ש תחלה:

כז כתב הרמ״ה הא דטענינן ליורש וללוקח וכו׳. נראה דטעם חילוק זה הוא דביש לו עדים שדר בה המוכר יום אחד אם אין לו עדים שהוא יורש או לוקח אינו נאמן לומר שהוא יורש או לוקח במגו דאי בעי אמר ממך זבינתיה כיון דבטענה זו אית בה העזה אבל בטענה שירשה או לקחה מפלוני לית בה העזה ומוציאין אותה מידו אם יש עדים למערער שהיא שלו אבל בטוען מפלוני זבינתיה דזבנה מינך קמאי דידי נאמן לומר ירשה או לקחה במגו דאי בעי אמר ממך זבינתיה כיון דשתי הטענות שוות דבתרווייהו איכא בהו העזה. אבל הרמב״ן והרא״ש ס״ל דאפילו בטענה דלית בה העזה כמי נאמן במגו דאי בעי טען טענה דאית בה העזה דכיון דהחזקה מסייע אותו מעיז כדפרישית בסמוך ועוד יתבאר בסמוך סעיף ל״ב ל״ג:

כח (כט) הביא המחזיק עדים כו׳ עד שראיה גדולה וכו׳. פירוש כיון שאינו מודה שיעץ לו כך לפי שהוא נח לו כו׳ אלמא דלא היה טעמו לפי שהוא נח כו׳ א״כ מן העצה ראיה גדולה שאינה שלו:

לא טען המחזיק וכולי. מעשה בפרק חזקת (סוף בבא בתרא דף ל׳) וקאמר רבא עבידי אינשי דקרו לשני טובא שני חזקה ופרשב״ם אי לא עבידי אינשי. אע״ג דאית ליה סהדי דאכלה שבע שנין לא מהימן דהא איהו מכחיש להו ומודה שלא אכלה אלא שני חזקה דהיינו תלת שנין וכן כתבו התוספות לשם

ומכאן משמע דאפילו יביא עדים להכחיש דבריו הראשונים לגמרי אפ״ה אינו חוזר וטוען דהודאת בע״ד כק׳ עדים דמי וכ״כ במרדכי הארוך פ׳ חזקת ע״ש התוספות ומכאן נמי הוציא ה״ר יונה מ״ש דוקא שאמ׳ תחלה שני חזקה סתם וכו׳ אבל בנ״י כתב דהרשב״א כתב דאפילו אם פירש ג׳ שנים אמרינן עבידי אינשי דקרו לשני טובא ג׳ שנים כיון דתלת שנין הוי עיקר חזקה לא חשש להזכיר אלא מה שהוא עיקר לפי דעתו עכ״ל: ומ״ש ויש לי עדים שהמוכר דר בה יום אחד וכו׳. כך הוא הנוסחא במקצת ספרי רבינו וכתב ב״י ופירשה רבינו בדאית ליה סהדי דדר בה המוכר יום אחד דאי לאו הכי לא הויא חזקה כמו שנתבאר בסימן זה עכ״ל ואיכא לתמוה לפי פירושו היאך היה מפרש רבינו הך עובדא דגמרא ממה נפשך אי מיירי דהמערער והמחזיק שניהם הודו דשל המוכר היתה א״כ לא צריך שוב סהדי דדר בה המוכר יום אחד ואם המחזיק לא הודה דשל המוכר היתה אלא שטען שלקחה ממנו א״כ אין המחזיק צריך להביא ראיה שדר בה המוכר יום אחד דכיון שאין למערער עדים שהיא שלו אין מוציאין מידו כדכתב הרמב״ם להדיא בס״פ י״ד דטוען ואפילו לא החזיק בה ג׳ שנים וכדמוכח מאידך עובדא דגמרא (דף ל׳) דא״ל את לאו קא מודית דהאי ארעא דידי היא וכו׳ דהיה צריך להודאתו דאי לא היה מודה לא היה יכול להוציאו מחזקתו וכדמוכח נמי מדברי רבינו כאן בסעיף כ״א עד סכ״ה וכדפי׳ בתחלת סימן ק״מ על שם הרשב״א והריטב״א בתשובותיהם אלא נראה דהנוסחא בספרים ישנים דכתוב בהם ויש לו עדים וכו׳ היא עיקר ורבינו הוא דקמפרש להך עובדא דנקט לה הגמ׳ בסתמ׳ דמשמע דהמחזיק לא הודה דהיתה של המוכר אלא דטען דקנאה מפלוני ואכלתיה שני חזקה ולא נזהר בשטרו וא״כ קשה אפילו את״ל דקדמה קניית המערער לקניית המחזיק מכל מקום לא יכול להוציא מיד המוחזק כיון שאין כאן עדים שהיתה של המוכר ואיכא למימר דלא היתה של המוכר מעולם ואין קניית המערער והמחזיק שום קנין כיון שמכר דבר שאינו שלו וחזר הדין ככל שאר מחזיק כשאין ראיה לא לזה ולא לזה דאין מוציאין מיד המחזיק כדפרישית וכדי ליישב זה קאמר רבינו דהך עובדא מיירי בדיש לו עדים שהמוכר דר בה יום אחד כלומר דהשתא ניחא דאם קדמה קניית המערער לקניית המחזיק מוציאין מיד המחזיק הארכתי בכל זה לפי שמהרו״ך כתב כאן דבגמרא איתא בהך עובדא שדר בה המוכר יום אחד ואמר שהמעשה שהיה כך היה בגמרא ולא היה צריך לכך עיין עליו ואיזה טעות נזדקר לפניו: ומ״ש רבי׳ ותזר המחזיק וטען וכו׳. פי׳ ודוקא שיש לו עדים שהחזיק בה ז׳ שנים כמו שכתבתי בסמוך והוא מפרשב״ם והסכימו לזה רוב המפרשים:

לב וכתב ה״ר יונה וכו׳ וכתב א״א הרא״ש דוקא שמכרה המוכר למערער בשטר וכו׳ עד שהיה ירא לומר שלקחה ממנו שלא היה יודע שיש לו שטר מהמוכר. יש להקשות הלא כיון דמכרה לו בשטר קלא אית ליה א״כ ודאי יש לו שטר קנייה ויש לומר דמכל מקום ירא שמא עכשיו אין לו שטר זה דשמא חזר והקנה לו שטר המכירה למוכר בכתיבה ומסירה ועיין לעיל בסעיף ט׳:

לג ומ״ש ע״כ כתב ה״ר ישעיה וכו׳ עד נאמן במיגו דאי בעי אמר מינך זבינתה. יש להקשות הלא אין הטענות שוות דבטענה מינך זבינתה איכא העזה ובטענת קנייתי קדמה לקנייתך ליכא העזה וצ״ל דכיון דהחזקה מסייע אותו מעיז ומעיז ובסמוך סעיף ל״ח נמי כתב רבינו דאין כאן מיגו לומר אין אכלית וכו׳ משמע אבל מטעם העזה שפיר הוה מיגו דאי בעי אמר מינך זבינתה כיון דחזקה מסייע אותו ובסעיף כ״ד וכ״ז כתבתי מזה עיין שם והכי איתא במרדכי בפרק חזקת תשובת מוהר״ם דכתב דנאמן לומר טעיתי במיגו דהחזרתי וליכא למימר דלאו מיגו טוב הוא דדמיא למיגו דהעזה שהרי מוכיח ר״י בפ׳ ב׳ דכתובות דנאמן לומר של אביך היתה ולקחתיה ממנו במיגו דלא היתה של אביך מעולם ואף ע״ג דבטענת לקחתיה ממנו אין שכנגדו יודע שהוא משקר ובטענה שלא היתה של אביך מעולם ידע דמשקר אפילו הכי אמרינן מיגו וכו׳ ועיין שם. ומה שקשה מכאן אדברי הרב רבינו אשר אכתבנו בסימן קמ״ט סעיף כ״ד בסייעתא דשמיא ע״ש:

לד טען המחזיק של אבותי וכו׳ עד אותן ג׳ שנים וכו׳. פירש הרב המגיד שאם העידו על ג׳ שנים אחרים היו מעמידין אותה ביד אותו שמעמידין עליו שהחזיק באחרונה ופשוט הוא: ומ״ש הוי דינא דכל דאלים גבר ותשאר ביד המחזיק. הקשה בספר בדק הבית דלשון כל דאלים גבר אינו אלא בשאין אחד מהם מוחזק וא״כ מ״ש הוי דינא דכל דאלים גבר ותשאר ביד המחזיק כסותרים זה את זה וצריך תיקון עכ״ל ולפע״ד נראה דהלשון מתפרש לצדדין והוא דהיכא דאית סהדי להאי ולהאי דאכלה הני שני חזקה גופייהו אם כן כל אחד אית ליה סהדי דאיהו הוה המחזיק בשדה ולא האחר ואפילו מחזיק בו האחר עתה אין חזקתו כלום כיון דאית ליה להאי סהדי דאיהו אכל להני שני חזקה ובזו שייך לומר כל דאלים גבר אפילו הוא מחזיק עתה וכך הוא מבואר ברמב״ם שכתב בפ׳ ט״ו דטוען דאית ליה להאי ולהאי סהדי דאכלה הני שני חזקה והרי היא תחת ידו וכו׳ ע״ש אבל מ״ש רבינו ותשאר ביד המחזיק לא קאי אהך בבא אלא קאי להיכא דאיכא עידי אבות להאי ולהאי א״נ דליכא עדים לא להאי ולא להאי התם הוא דאמרינן דתשאר ביד המחזיק ואם אין שום אחד מהם מוחזק בו כל דאלים גבר ודוק:

לז הביא אחד עידי אבות וכו׳ עד ור״ח כתב דוקא שהיתה תחלה ביד מי שהביא עדיו באחרונה או שלקחוה ממנו וכו׳. הלשון מגומגם מאי או ובמקצת ספרים הגיהו אלא שלקחוה ממנו ואפשר לתקן הלשון דה״ק דוקא שהיתה ביד מי שיביא עדים באחרונה ולא הספיקו להוציאה מידו עד שהביא גם הוא

עדי האבות או שלקחוה ממנה בעוד שלא הביא עדי אבות וכו׳ ולא זו אף זו נקט ולא היה צריך לפרש היכא דאותו שהיה מוחזק בה תחלה הביא עדי אבות בתחלה דפשיטא הוא שלא יצא מתחת ידו לעולם:

מ חזר המחזיק וטען אמת וכו׳ עד וכל שכן אם יאמר של אבותי וקנאוה מאבותיך ששומעין לו וכו׳. וכתבו התוספות (בדף נ״א) בד״ה אמר רבא בשם ר״י דפי׳ שאין צריך שידע שלקחוה מאבותיו אלא כלומר של אבותי שהניחוה לי וראיתי אותם דרים בה יום אחד וע״כ אני רוצה לזכות בה שמא לקוחה מאבותיך כמשפט דטענינן ליורשין ומסופק ר״י היכא דנפיק ?לבראי וחזר ואתא לב״ד אי מצי למימר הכי ע״כ בתוס׳ וכן כתב במרדכי הארוך לפסק הלכה ולפ״ז ה״ה אם יאמר של אבותי שקנאוה ממך דשומעין לו כיון שאבותיו דרו בן יום אחד:

מד בא המחזיק מכח שטרו וכו׳. יש להקשות לפר״ח ואלפס דמ״ש שטר אמנה משטר מזוייף הלא אידי ואידי חספא בעלמא נינהו ואין להאמינו אלא מטעם מגו דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא ויש ליישב דבטוען מזוייף לא הוי מגו טוב כי ירא לומר שטרא מעליא הוא פן יבואו עדים ויאמרו לא חתמנו על השטר זה מעולם ואפי׳ הלכו להם למ״ה או מתו ירא ג״כ שמא העדים שיבואו לקיים החתימות יכירו בטביעות עין שאין זה חתימות העדים שהרי המחזיק זייף וציורי צייריה לחתימות העדים הללו אבל שטר אמנה כיון דאמת הוא שזאת הוא חתימות העדים אינו ירא לומר שטרא מעליא הוא ולפי זה צ״ל דר״ח ורב אלפס מפרשים דלא מיירי בהוציא שטר מקויים כפירוש הרמב״ם אלא באינו מקויים וע״ל בסוף סימן פ״ג: והרי״ב כתב בשם הגאונים וכו׳ ולא נהירא דא״כ מה צריך שטרא. ולפע״ד נראה ליישב דדעת הגאונים היא דאע״ג דבטוען מעיקרא שטר היה לי ואבד נאמן כשהחזיק שלש שנים ולא צריך לשום שטר מכל מקום אם טען מעיקרא מינך זבינתיה והא שטרא וכשא״ל שטרא זייפא הוא הודה שהוא מזוייף ושטר כשר הו״ל ואבד כדקאמר בגמרא בהך עובדא התם ודאי מכח שטרא לחודיה לא היינו מחזיקים בידו כיון דשטרא מזוייף הוא וחספא בעלמא הוי אלא א״כ החזיק בו ג׳ שנים כראוי דהשתא מחזיקים בידו הקרקע ונאמן במגו דאי הוה בעי לא הו״ל להראות שום שטר והיה נאמן בטענת שטר היה לי ואבד כיון דאכלה שני חזקה עכשיו נמי דמודה דשטר זה מזוייף הוא ושטר כשר הו״ל ואבד נמי נאמן ולא דמי להא דתנן בפ׳ ג״פ הבא לידון בשטר ובחזקה נידון בשטר דברי ר׳ והכי קיי״ל דצריך לברר דשטר כשר הוא ואם אינו מברר מוציאין אותה מידו וכדלעיל בסימן ק״מ סעיף ג׳ דשאני התם דלא קא טעין שטר כשר היה לי ואבד אלא בא לידון בשטר זה בלחוד ובחזקה הילכך אם אינו מברר דשטר זה כשר הוא מוציאין מידו אבל הך עובדא דבגמרא בטעין שטר כשר היה לי ואבד קמיירי אם החזיק בה ג׳ שנים נאמן אף ע״פ שמודה ששטר זה מזוייף הוא ולפע״ד נראה דדברי הגאונים עיקר שהרי בכל התלמוד לא אמרינן מגו אלא היכא ששתי הטענות יכולין להיות אמת ובשתיהם יכול לזכות אלא שהאחת יותר טובה מן האחרת וכן פי׳ רשב״ם הכא וכ״כ הרא״ש בעובדא דלאו קא מודית לי דהאי ארעא דידי היא וא״כ הכא אי לאו דאכלה שני חזקה כראוי היאך אפשר שיהא זוכה בטענה זו דשטר זה מזוייף הוא ושטר כשר היה לי ואבד דכיון דמודה דשטר זה פסול הוא ולא החזיק בה ג׳ שנים אין לו שום זכות בקרקע על ידי טענה זו ולא שייך להאמינו במגו אלא ודאי הוא כדברי הגאונים וכדפרישית והכי נקטינן ודלא כמו שכתב מהרו״ך עיין שם:

סימן קמז

א בא המחזיק וכו׳. משנה סוף כתובות העורר על השדה והוא חתום עליה בעד אדמון אומר השני נוח לי והראשון קשה ממני וחכ״א איבד זכותו עשאה סימן לאחר איבד זכותו ופרש״י אפילו לאדמון דאין לומר כאן השני נוח לי וז״ש רבינו ואין צ״ל עשאה סימן לאחר דכיון דקיי״ל כחכמים דאפי׳ חתום עליו בעד איבד זכותו אע״ג דאיכא למימר השני נוח לו א״כ כ״ש בעשאה סימן לאחר וק״ל:

ב ומ״ש פירוש שהמערער היה לו שדה וכו׳. כ״כ התוספות ויש להקשות הלא העדים החתומים בשטר הם המסמנים המצרים ומעידין על מה שנכתב בשטר אבל המערער לא עשה כלום ומש״ה לא כתב הרמב״ם בריש פי״ו מטוען אלא ז״ל וכן אם העיד לוי בשטר שכתב בו בשדה פלוני של ראובן מצר מזרח או מערב הואיל ועשה השדה סימן לאחר והעיד בשטר איבד את זכותו וכו׳ ופסק כך בש״ע וי״ל דהתוס׳ מפרשים שכתב בשטר וכך אמר לנו פלוני מכרתי שדה פלוני לפלוני מצד מזרח שדה פלוני והזכיר המחזיק א״נ עדי השטר מעידים שהמערער עשאה סימן לאחר בשם המחזיק: ומ״ש או שמכר המחזיק וכו׳. זהו פירושו של הרמב״ם וכתבתיו בסמוך: ומ״ש ואפילו אם אחר וכו׳. כך הוא בירושלמי הביאוהו התוס׳ והרי״ף והרא״ש קמ״ל דלא תימא כיון דלא עשאה סימן לא המערער ולא המחזיק אלא אחר עשאה סימן לאחר סד״א דאין המערער חושש להם וחותם בעד קמ״ל דאפילו הכי איבד זכותו: ומ״ש וכן נמי הדין וכו׳. כך פירש״י: הב״י תמה על רבי׳ שהשמיט הא דאמר אביי ל״ש אלא לאחר אבל לעצמו לא איבד את זכותו וגם ה׳ המגיד תמה על הרמב״ם שהשמיטה והרי״ף והרא״ש כתבוה ואפשר דלפי שהיו מסופקים בפי׳ לעצמו אם ר״ל דהמוחזק עשאה סימן לעצמו של המערער והתם דוקא לא איבד המערער זכותו דאי לאו דשתק לא היה מוכר לו השדה אבל אם המערער מכר שדהו למוחזק לא אמרינן דבשביל שהייתי

צריך למעות שתקתי ואיבד את זכותו וכמו שהוא לפירש״י או שמא לעצמו ה״ק שהמערער מכר שדה למחזיק אבל איפכא לא וכמו שפי׳ התוס׳ ומפני הספק השמיטוה לגמרי כן נראה לי בישוב זה׃

ד ומ״ש בשם ה״ר יונה והוא שיש בשדה תשעה קבין וכו׳. כ״כ שם הרא״ש בשמו וכתב כן לפי הרגילות שכך כותבין מצד מזרח שדה פלוני אבל לא הזכירו שדה אלא כתבו מצד מזרח קרקע פלוני אין צריך לתת לו ט׳ קבין וכ״כ הר״ן׃

ה ומ״ש ואם טען על התלם וכו׳. כ״כ התוס׳ והרא״ש לשם ודלא כדמשמע מפי׳ רש״י דאפילו בכתב ידם יוצא ממקום א״ר נמי נאמן במיגו דאי הוה בעי לא היה עושה אותו סימן לאחר ולא היה מודה לו בשום דבר והיה מוציא מיד המחזיק כל השדה הילכך עכשיו נמי שהודה בתלם וחוזר ואומר לקחתיו ממנו נמי נאמן דהא ודאי ליתא דכה״ג לא אמרינן מיגו שע״י מה שהיה יכול לטעון מקודם טענה טובה אין לו מיגו להיות נאמן במה שטען עכשיו דמאי דאמרינן בעלמא הפה שאסר הוא הפה שהתיר אינו אלא בתוך כדי דיבור בלבד אבל לא אחר כדי דיבור וכ״כ התוס׳ והמרדכי ע״ש ר״י בפרק בתרא דכתובות וכ״כ הר״ן לשם דלא כפירוש רש״י לשם משמע דבכל ענין יש לו מיגו וכבר האריכו בזה התוס׳ ריש פרק חזקת (בבא בתרא דף ל׳) בד״ה לאו קא מודית דמיגו למפרע לא קאמרינן וכן כתב המרדכי לשם בשם ר״י והביאו ראיות מפרק חזקת ופרק הדיינין ופרק זה בורר וע״ש׃ ומ״ש רבינו ואצ״ל אם החזיק שלש שנים וכו׳. פירוש דהתם אפילו כתב ידם יוצא ממקום אחר נמי נאמן לומר חזרתי ולקחתיו ממנו ושטר היה לי ואבד וגם זה כתב הרא״ש בשם הרי״ף והראב״ד בסוף כתובות׃

סימן קמח

א מי שהיו ד׳ שדות וכו׳. משנה סוף כתובות מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו אדמון אומר ילך בקצרה וחכ״א יקנה לו דרך בק׳ מנה או יפרח באויר ובגמרא אסיק רבא בד׳ דאתו מכח ד׳ וד׳ דאתו מכח חד כ״ע ל״פ דמצי מדחי ליה כי פליגי בחד דאתא מכח ד׳ אדמון סבר מ״מ דרכא אית לי גבך ורבנן סברי אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאשתעויי דינא בהדייהו וז״ש רבינו ל״מ אם ד׳ השדות הם ביד ד׳ וכו׳ דבהא אדמון נמי מודה אפילו אם קנאוה מאדם אחד אחר שהלך זה למ״ה אלא אפילו הם ביד אדם אחד דפליגי בה אדמון וחכמים הלכה כחכמים ויש לתמוה על מ״ש רבינו ואני קניתי מכ״א מהם כל זכות שהיה לו וכ״כ הרב רבינו משה בר מיימוני ס״פ ט״ו מטוען דמשמע דמטעמא דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו הוא והא ליתא דא״כ למה לן לטעמא דאי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו תיפוק ליה מטעמא דמה מכר ראשון לשני וכולי וכיון דבהני ד׳ לא היה עליהם כלום דכ״א וא׳ ידחנו אצל חבירו גם זה הא׳ שקנה מד׳ קנה מכ״א מהם כל זכות שיש לו ותו קשה מ״ט דאדמון וכי ליה ליה מה מכר ראשון וכו׳ אלא בע״כ צ״ל כמ״ש מור״ם בתשובה דהובאה במרדכי סוף כתובות דדוקא היכא דאית ליה לראשון זכות זה בודאי התם הוא דאמרינן מה מכר ראשון לשני וכו׳ אבל הכא ראשונים לית להו בודאי זכות אלא בספק דכל חד מדחי ליה על חבריה לא אמרינן מה מכר וכו׳ וא״כ לאיזה צורך כתבו הרמב״ם ורבינו האי ואני קניתי וכו׳ והיה אפשר ליישב דלא ס״ל כמוהר״ם אלא ה״נ איכא למימר טעמא דמה מכר ראשון לשני וכו׳ ותלמודא דקאמר טעמא דאי שתקת שתקת נפקא מיניה להיכא דלא אבד דרכו אלא לאחר שכבר קנאם מד׳ דהשתא כיון שדרכו היה ידוע על אחד מאלו השדות בשעה שקנאם מאלו הד׳ חייב לתת לו דרך עכ״פ להך טעמא דמה מכר וכו׳ שהרי בשעת מכירה היה לו דרכו ידוע אבל מטעמא ואי לא הדרנא שטרא למרייהו פי׳ שאחזיר לכ״א וא׳ שטרו בכתיבה ובמסירה כדלעיל בסי׳ קי״ט סעיף ד׳ דהשתא הו״ל קנין מחדש בשעה שכבר אבד דרכו וכ״א מד׳ מצי מדחי ליה דהו״ל ד׳ דאתי מכח חד ואח״כ אחזור ואקנה מכל אחד מהם כל זכות ומ״ש ואני קניתי וכו׳. אף ע״ג דהו״ל לומר ואני אקנה צריך לומר דאמר לשון קניתי להורות דאין צריך להחזיר השטר בכתיבה ומסירה ולחזור ולקנות מהם בכתיבה ומסירה אלא דיינינן ליה כאילו כבר נעשה הכל אע״ג דלא אהדר כמאן דמהדר דמי דכמאן דכבר חזר וקנאו מהם דמי וכדכתב הרא״ש פ״ק דבבא קמא וכך נראה מדברי ב״י דמפרש כך ללשון ואני קניתי. אבל לפע״ד נראה עיקר דלשון זה לא כתבוהו אלא ליישב מה שקשה דבחד דאתי מכח חד דמודו ביה רבנן לאדמון דאית ליה דרך ואמאי לא מצי למימר מזבנינא להו לד׳ דלא מצית לאשתעויי דינא בהדייהו. והתירוץ הוא כמ״ש התוספות סוף כתובות דהתם ודאי לא מצי לאפקועי דיניה דהאי גברא ע״י מכירתו הואיל וקודם שבאה לידו לא היה ראוי לומר כך ובחד דאתו מכח ארבעה מצי למימר מהדרנא שטרא למרייהו דאותו זכות הבא לזה על ידו שהוא ע״י שקנאם מהם יכול הוא להפקיעו ולהעמידו בזכותו שהיה לו קודם שבא לו השדות לידו וזהו שכתבו הרמב״ם ורבינו ואני קניתי וכולי פירוש דכיון שקניתי מכל אחד מהם כל זכות שהיה לו יכול אני לחזור ולהעמידו בזכותו שהיה לו בתחילה מה שאין כן בחד דאתא מכח חד דאינו יכול להפקיעו דינו וזכותו כן נראה לי׃

ב וכתב הרמב״ם אם החזיק וכו׳. כתב ה״ה פי׳ שהחזיק בו שיעור חזקה כדינו אבל בספר בדק הבית ובכסף משנה השיג עליו דא״כ מאי קא משמע לן אלא הב״ע דאפילו החזיק בו בעל כרחו אין מסלקים אותו וע״ש והרב בהגהות ש״ע כתב כדברי הרב המגיד:

סימן קמט

א יש שאין להם חזקה וכו׳ כיצד השותפין וכו׳ בד״א כשאין בהן דין חלוקה. פירוש התם הוא דאין לו חזקה לדברי הכל בין דנחית לכולה בין דנחית לפלגא דכיון דאית בה דין חלוקה תלינן ואמרינן ודאי כך התנו ביניהם שזה יאכל כולה ג׳ שנים ואח״כ יאכל חבירו ג״כ ג׳ שנים וה״ה כדנחית לפלגא אמרי׳ שכך התנו שזה יאכל חלק המובחר ג׳ שנים וחבירו יאכל חלק הגרוע ואח״כ יאכל חבירו חלק המובחר ג״ש והוא יאכל הגרוע אבל ביש בה דין חלוקה מחזיקין אלא דפליגי בה די״מ דוקא כשמחזיק בכולה דכיון דאפשר לחלקה ולא חלקה הויא חזקה אבל בדנחית לפלגא אין לו חזקה אע״פ דיש בה דין חלוקה והוא דעת הרי״ף והרמב״ם והרא״ש דמפרשים דהא דקאמר רבינא הא דנחית לכולה ול״ק הא דאית בה דין חלוקה והא דלית בה דין חלוקה בדוקא קאמר דנחית לכולה אבל בנחית לפלגא אפילו אית בה דין חלוקה אין לו חזקה אבל ר״ח ס״ל דלאו דוקא נקט רבינא בדנחית לכולה דה״ה בדנחית לפלגא נמי אי אית בה דין חלוקה יש לו חזקה ותימה דבנימוקי יוסף כתב דר״ח נמי ס״ל כשיטת הרי״ף והרמב״ם: ומ״ש רבינו אם אין לו עדים וכו׳ נאמן במיגו שלא היה שותפו מעולם. נראה דוקא בתוך כדי דיבור אבל אם הודה כבר שהוא שותפו לא אמרינן מיגו כה״ג וכדפרישית בסי׳ קמ״ז ס״ה:

ג שאלה לא״א וכו׳ ועוד לדבריך וכו׳. איכא למידק דהלא זאת היתה שאלת השואל עצמו והיאך מוכיח הדבר מעצמו ונראה שהרא״ש הבין מדעת השואל שלא נסתפק אלא היכא שטוען לוי שקנה כל הבית מראובן ושמעון וראובן ושמעון טוענים שלא קנה מהם כלום ובגזילה ירד לתוך הבית דאיכא למימר כיון שאין מועיל חזקתו לגבי שמעון ה״נ לא תועיל לגבי ראובן מטעמא דאין ברירה אבל אם לא יטעון לוי שקנה משמעון אלא מראובן קנה חצי הבית אי נמי יטעון לו שקנה משניהם ושמעון מודה לו שמכר לו חלקו אין ספק שתועיל לו חזקתו לגבי ראובן והכי מוכח להדיא במה שהשיב וז״ל ולמה אין לו לירא שמא לא יטעון לוי שקנה חלקו של שמעון אלא חלקו של ראובן לבד נמצא שהפסיד קרקע בשתיקתו או שמא שמעון יודה לו שמכרה לו ולא יערער כלום עכ״ל והשתא ניחא הא דקאמר ועוד לדבריך וכו׳ דלדבריך היכא דאין לו חזקה בחלקו של שמעון כגון דשכר ממנו חלקו בפני עדים דהשתא אפי׳ יטעון לוי שאח״כ קנה כל הבית מראובן ושמעון ושטר הו״ל ואבד שהרי החזקתי שני חזקה אין חזקה כנגד שמעון כיון דאיכא עדים דבתורת שכירות ירד לתוכה אפילו החזיק בפניו ולא מיחה אין לו חזקה א״כ לדבריך לא תועיל לו חזקה אף במה שקנה מראובן מטעמא דאין ברירה כי יאמר לא חששתי למחות וכו׳ והא ודאי ליתא אף לדבריך כי הו״ל לראובן למחות על חלקו מאחר דידוע הוא דאין כאן חזקה בחלקו של שמעון שהשכירה לו בפני עדים וכו׳ ודו״ק וע״ל בסי׳ קנ״ד סכ״ח במ״ש לשם בס״ד:

ה אין לאיש חזקה בנכסי אשתו. משנה וגמרא בפרק חזקת (בבא בתרא דף מ״ט) ותוס׳ כתבו שם דבדכתב דין ודברים אין לי בנכסייך אכתיי אוכל פירות ולא מהני בנכסייך אלא שאם מכרה או נתנה קיים והשתא דכתב לה נמי ולא בפירותיהן אינו אוכל פירות ואפ״ה אין לבעל חזקה כדפרשב״ם דאין אשתו מקפדת אם יאכל הפירות שלא כדין וכן הך דאין לאשה חזקה אע״פ דייחד לה ארעא למזונותיה טעמא לפי שלא קפיד בעל אי אכלה טפי: גירשה יש להם חזקה וכו׳ דאע״פ דספק קרוב לו ספק קרוב לה יש לה מזונות כדרבי זירא לא אמרינן דבעלה הניח לה קרקע זו בידה כדי שתיזון מפירותיה דכיון דסני לה בטורח יתן לה מזונות ובצמצום כשיחייבוהו ב״ד ולא מייחד לה קרקע כך פרשב״ם (דף מ״ז) אבל התוס׳ פי׳ דוקא מייחד לה קרקע למזונותיה התם הוא דיש לה חזקה בקרקע אחר דאל״כ אין לה חזקה דכיון דאית לה מזוני מזוני הוא דקא אכלה והרא״ש כתב פרשב״ם וכך נראה מדברי רבינו שכתב יש להם חזקה דמשוה אשה לאיש דכי היכי דלדידיה יש לו חזקה אפילו לא כתב לה דין ודברים אין לי בנכסייך ובפירותיהן שהרי אינו אוכל פירות וכיון דסני הוא לה מקפדת עליו נמי אם יאכל הפירות ה״נ לדידה יש לה חזקה אפילו לא ייחד לה ארעא למזונותיה. עוד כתבו שם התוס׳ דלאו דוקא בעודה ארוסה דה״ה אפי׳ אחר שניסת אם כתב לה בלשון טוב א״נ שנתנו לה ע״מ שאין לבעלה רשות בה או שנתן לה בעלה דאמרי׳ התם קנתה ואין הבעל אוכל פירות:

ו ואפילו אחר המחזיק וכו׳. שם מסקנא דגמ׳ ופי׳ ר״י כתבוהו התוס׳ לשם דפוסק כרשב״ג בפ׳ הכותב דאין תנאי מועיל לבטל ירושה שהיא דאורייתא ואפילו מתנה בעודה ארוסה ועיין באבן העזר בסוף סי׳ צ״ב כתב רבינו דרב אלפס והרמב״ם והרא״ש פסקו כת״ק דתנאי מועיל בעודה ארוסה ולשם התבאר בארוכה בס״ד: וכתב הרמ״ה וכו׳. איכא למידק דמדכתב דכיון דאית ליה לבעל פירות וכו׳ משמע דבדכתב לה דין ודברים וכו׳ דלית ליה פירות נאמן המחזיק דדוקא בעל לית ליה חזקה אפילו בדכתב לה דין ודברים וכו׳ משום דאשה לא קפדה בבעלה אם יאכל פירותיה שלא כדין אבל באחר

ודאי קפדה וזה סותר למה שכתב בסמוך פר״י דאפי׳ בדכתב לה דין ודברים אינה צריכה למחות אפילו באחר וא״כ לא היה לו לרבינו לכתוב דבריהם בסתם כאילו אין ביניהם מחלוקת ונראה דס״ל לרבינו דהרמ״ה לא נקט במילתיה דכיון דאית ליה פירות לדיוקא דהיכא דלית ליה פירות נאמן המחזיק דכבר אפשר דס״ל כפר״י דאפילו לית ליה פירות נמי אין חזקת האחר חזקה כלל מטעמא דכיון דהבעל יורשה סומכת על בעלה שימחה על האחר כדכתב ר״י אלא הרמ״ה נקט מילתא דפסיקא היכא דלא כתב לה דין ודברים דפשיטא הוא דאין חזקת האחר חזקה כלל כיון דאית ליה לבעל פירי ולא איכפת לה מאן אכיל להו כדי שיכתוב אחר כך על זה וכן דינא במאן דזבין פירא דארעא לראובן ג׳ שנים וכו׳ דהא נמי נלמד מיניה דלא קיימא ליה חזקה למחזיק וכו׳. ויש להקשות במה שאמר שרמ״ה אפילו אם טען זבניתה מינך ומבעלך דלאיזה צורך כתב דקנאה משניהם ונראה דהוה קשיא ליה בסוגיא דקא שקיל וטרי בהחזיק אחר בנכסי א״א אי נאמן המחזיק שקנאו כיון שלא מיחו בו או לא ותיפוק ליה דאפילו קנאו לאו כלום הוא דהא קיי״ל כר׳ יוסי בר חנינא האשה שמכרה בנכסי מלוג הבעל מוציא מיד הלקוחות ומפרש הרמ״ה דמיירי בטעין דקנאו משניהם דהשתא לפי דבריו קנאו ק״ג אלא דחזקה אינה כיון דאית ליה התנצלות למה לא מיחה עליו. אבל עדיין קשה דכיון דהרמ״ה מיירי בדלא כתב לה דין ודברים וכו׳ כדמוכח מדכתב דכיון דאית ליה לבעל פירות וכדפרישית א״כ אמאי כתב דבחפר בה בורות קיימא ליה חזקה מידי דהוה אבעל הלא בבעל כתב הרמ״ה בסמוך דדוקא בדכתב לה אבל בדלא כתב לה הכי אין לי חזקה בהם אפילו בחפירת בורות וי״ל דה״ק דלגבי אחר אפילו לא כתב לה בעל קי״ל חזקה למחזיק בחפר בה בורות מידי דהוה אבעל היכא דכתב לה דכי היכי דבבעל כיון שכל ההנאה של האשה ואין לבעל בקרקע כלום לא בגוף ולא בפירות היה לה למחות בבעלה כשחפר בה בורות ה״נ לגבי אחר כיון שאין לאחר כלום לא בגוף ולא בפירות ה״ל לבעל ולהאשה למחות באחר כשחפר בה בורות וקלקל הקרקע הילכך נאמן המחזיק לומר דקנאו משניהם מדלא מיחה שום אחד מהם:

י עוד איכא אוקימתא בגמרא וכו׳ עד ונראה דאפילו לא כתב לה כן יש לו חזקה אם חפר בה בורות עכ״ל. ולפעד״נ דסוגיא דפרק חזקת משמע כדברי הרמ״ה דאהא דתנן ולא לאיש חזקה בנכסי אשתו פרכינן פשיטא כיון דאית ליה לפירא פירא הוא דקאכיל ומפרקינן ל״צ דכתב לה בעודה ארוסה דין ודברים אין לי בנכסייך ובתר הכי מוקמינן עליה והאמר רב א״א צריכה למחות במאן אילימא באחר והאמר רב אין מחזיקין בנכסי א״א אלא לאו בבעל אמר רבא לעולם בבעל וכגון שחפר בה בורות והשתא בע״כ למאי דקס״ד דבבעל קאמר רב א״א צריכה למחות אינו אלא דוקא בדכתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך דאי בדלא כתב לה פשיטא דאין לאיש חזקה דפירא הוא דקא אכיל וכדפריך מעיקרא וא״צ למחות אלא ודאי בדכתב לה קאמר דצריכה למחות כיון דלית ליה פירא בנ״מ דידה קיימא ליה חזקה ומהדר רבא לעולם בבעל וכגון שחפר בה בורות אבל בלא חפר בה בורות א״צ למחות אע״פ דכתב לה אלמא דבחפר בה בורות נמי בדכתב לה קאמר דצריכה למחות אבל בלא כתב לה כיון דאית ליה פירא בארעא מסתמא לא חפר בה בורות לקלקל קרקע אלא לתקן כדי שתהא לחה ותטעון פירות הרבה ולכך לא מיחתה בו ואין לו חזקה דדוקא בדכתב לה דאין לו פירא בארעא מסתמא ודאי אם חפר בה בורות מקלקל הוא הקרקע בשדה שאין עשויה לבורות כדפרשב״ם והו״ל למחות ומדלא מיחתה יש לו חזקה זו היא דעת הרמ״ה אבל דעת רבינו הוא אע״ג דלמאי דקס״ד דא״א צריכה למחות אינו אלא בדכתב לה מ״מ למאי דמוקי רבא בבעל וכגון שחפר בה בורות אפילו בדלא כתב לה נמי יש לו חזקה:

יא כתב הר״י הלוי וכו׳ איכא למידק מנ״ל הא והיה נלפע״ד דס״ל להר״י הלוי לפסוק כהרמ״ה כההיא אוקימתא דבחפר בה בורות צריכה למחות וס״ל נמי דה״ט דכיון דמקלקל הקרקע אין אדם רואה חבירו שמזיקו היזק גדול ושותק אלא ודאי מחל לו ומכאן הוציא הר״י הלוי דה״ה בכל הניזקין קיומא עלה חזקה דידעה ומחלה דמאי שנא מחפר בורות. ולפעד״נ דבזה אפשר ליישב מה שהיה קשה לרבינו למה השמיטו רב אלפס והרא״ש הך אוקימתא דחפר בה בורות והוא דס״ל כפר״י ור״ת דכל חזקה אפילו דניזקין צריכה טענה וג׳ שנים כמו בטוען על גופו של קרקע דהשתא ודאי כי היכי דאין לו חזקה בג׳ שנים בגוף הקרקע כך אין לו חזקה בג׳ שנים במה שהזיק וקלקל אע״ג דבא בטענה אבל הרמ״ה ור״י הלוי ס״ל כגאונים דבניזקין א״צ טענה ולא ג׳ שנים אלא מיד שראה ושתק מחל א״כ באשה נמי כיון שראתה שבעלה חפר בה בורות ומקלקל הקרקע ושתקה מיד הויא מחילה וע״ל בסימן קנ״ד סעיף ט״ו כתב רבינו להדיא שהרמב״ן והרמ״ה תופסין דעת הגאונים והיינו כהר״י הלוי דתופס דעת הגאונים כמ״ש רבינו להדיא כאן אבל הרא״ש ס״ל כר״י ור״ת כמבואר בסימן קנ״ג סעיף כ״ו ובסימן קנ״ד סעיף ט״ו ובסימן קנ״ה סעיף נ״א ואפשר דגם רב אלפס הכי ס״ל אלא דבזה לא יתיישבו דברי הרמב״ם דבפי״א מה׳ שכנים כתב כדעת הגאונים דחזקה דניזקין א״צ טענה ולא ג׳ שנים אלא מיד שראה ושתק מחל ואפ״ה פסק בפרק י״ג מטוען דאפילו כתב לה דין ודברים אין לו בפירות נכסיה ואפילו התנה עמה כשהיא ארוסה שלא יירשנה ואחר כך אכל ובנה והרס ועשה כל מה שעשה אין לו חזקה וצ״ל דבנה והרס אינו דומה לחפר בורות דהוי קלקול ולא תיקון כלל והתם גם הרמב״ם ס״ל דיש לו חזקה כמו לשאר ניזקין דלאלתר הוה ליה חזקה דידע ומחל דה״נ דיש לאיש חזקה בנכסי אשתו ולא אמר הרמב״ם אלא בבנה והרס דהוי קלקול מצד ותיקון מצד הכא ודאי אין

לו חזקה כמו באכילת פירות והכי משמע מלשון הגהות מהר״מ איסרלש בש״ע סעיף ט׳ דס״ל לחלק בין בנה והרס לחפר בה בורות ושאר ניזקין ודלא כמו שפירש ה׳ המגיד דבנה והרס היינו חפר בורות ע״ש ומהרו״ך הקשה על מ״ש הרב בהגהתו והניחו בצ״ע ולמאי דפי׳ ניחא:

יב דבי ריש גלותא וכו׳. כתב בספר אגודה וזה לשונו לשם יש רוצים להוכיח דדבר שהוא של הקהל לא מחזיקים ולא מחזקינן בהו כי הם מוחזקים עכ״ל ואיכא למידק תיפוק ליה דאין מחזיקין בהקדשות ובשל בית הכנסת בזמן הזה כמבואר בסימן זה וכל דבר שהוא של הקהל בכלל זה דאין ליחיד בהם חזקה ונראה דלא למדינן מבי ר״ג אלא שגם בכל מה שמחזיקין הקהל במה שהיה של יחיד אין חזקתן חזקה לפי שהיחיד ירא למחות בהקהל כי ידם תקיפה על היחיד כי הקהל הם לעולם מוחזקים בכל דבר אע״פ שאינו שלהם וכדבי ר״ג אבל במה שאין ליחיד חזקה בדבר שהוא של הקהל זה דבר פשוט כדלקמן בסוף סי׳ זה וב״י שכתב על דברי האגודה ולא נהירא לא בא לחלוק אלא על מ״ש שאין לקהל חזקה במה שהיה של יחיד כי למה לא יועיל חזקה כיון שלא מיחה היחיד במנהיגי הקהל כי אינו דומה לדבי ר״ג שהיה להם אימת מלכות כדכתב הרמב״ם והרא״ש ומ״מ נראה לפע״ד שאין לדון בדין זה אלא לפי מקומו ושעתו וק״ל: וכתב הרשב״א בתשובה הביאו ב״י סעיף ל״ט שאם יש גזברים ממונים בדבר מה וקונים ומוכרין ומחליפין מדעת החבורה יש חזקה לזה הדבר לבד וטעם דמסתבר הוא אבל בשאר דברים ודאי שאין מחזיקין בהו אפי׳ יש ממונים על הקהל מאחר שאינן עוסקים בדבר פרטי אלא שהם ממונים וראשים עליהם לכל דבר איכא למימר לפי שעסוקי׳ וטרודים בצרכי ציבור בשאר דברים לא נתנו אל לבם על מי שמחזיק בשלהם כקדירה דבי שותפי כדאיתא פ׳ לא יחפור (בבא בתרא דף כ״ד) וע״ל סימן קנ״ה סעיף נ״ד:

יד הגזלן וכו׳ עד דלא דמי לאומן וכו׳. יש להקשות הלא באומן נמי ירד מאומנותו יש לו חזקה בסעיף נ״א וגזלן כשעשה תשובה דמי לאומן שירד מאומנותו ומאי לא דמי לאומן דקאמר ונראה דדוקא בהחזיק בבית לאחר שירד מאומנותו קאמר לקמן דיש לו חזקה אבל בהחזיק בבית בעוד שהיה אומן ונשארה בחזקתו גם לאחר שירד מאומנותו אין לו חזקה והיינו דקאמר גבי גזלן כשהחזיק בשדה מקמי שעשה תשובה דנאמן ולא דמי לאומן וכו׳ ואע״ג דבסי׳ קנ״ד התבאר דאומן שירד מאומנותו ה״ה כשאר כל אדם ונאמן אפילו בכלי שבא לידו בעודו אומן מטלטלין שאני דאין דרך להניח מטלטלין בבית האומן אחרי שנודע שירד מאומנותו כמ״ש התוספות והרא״ש בפ׳ חזקת וליכא למימר נמי אחוי שטרך דאין כותבין שטר אמטלטלין שמכר הילכך נאמן אף אכלים שבאו לידו בעודו אומן אבל במקרקעי מצי מערער לומר לא חששתי להניח ביתי ברשותו אף לאחר שירד מאומנותו מאחר שבא לידו בעודו אומן אין לו בו חזקה לעולם אפילו לאחר ג׳ שנים דאיבעי ליה לאיזדהורי בשטריה וכמ״ש רבינו בתחילת סימן ק״נ דבמשכנתא דבידוע שבא לידו בתורת משכונא אין לו בה חזקה לעולם אע״פ דידוע שכלו ימי המשכונא והחזיק בה ג׳ שנים וכדכתב הרמב״ן והסכים לזה גם הרא״ש והיינו מטעמא דפרישית דאיבעי ליה לאזדהורי בשטריה כיון שבתורת משכונא בא לידו ומ״ש בסימן ק״נ היכא דמלוה אמר חמש ולוה אמר ב׳ דלרב אלפס והרא״ש אפילי טוען שטר היה לי ואבד נאמן התם מיירי כשאינו ידוע דבתורת משכונא בא לידו ונאמן במגו דלקוח הוא בידי כמו שהתבאר לשם בס״ד בפירוש:

כ אין מחזיקין בנכסי קטן וכו׳ מימרא דרב הונא בפרק המפקיד:

כא ומ״ש וכן כתב הרמב״ם חש״ו אין אכילתם ראיה מפני שאין להם טענה. נראה שר״ל דכיון דאינן בני דעת אין טענתן טענה והו״ל חזקה שאין עמה טענה דמוציאין מיד המחזיק ואנן נמי לא טענינן להו וז״ש רבינו דמסתברא הכי כיון שאין מעשה הקטן כלום נמי ה״ק דכיון דאפי׳ המעשה שעושה אינו כלום כ״ש דאין בדברי טענתו ממש וכאילו לא טען כלום הו״ל חזקה שאין עמה טענה וכדפרישית ולא ידעתי למה נדחק ה׳ המגיד לפרש דר״ל שאין מקחן מקח ד״ת דהפירוש שכתבנו הוא פשוט וע״ל בסי׳ צ״ו סעיף י׳:

כג והיכא שירד לנכסי קטן וכו׳. כראה דהרי״ב בשטוען המחזיק דקנאה מאביו קאמר דאיכא למ״ד דהויא חזקה מדלא מיחה כל השלש שנים שהחזיק לאחר שהגדיל וזו היא דעת הר״י אב״ן מיגא״ש ואיכא מ״ד דלא הוי חזקה דכיון שהתחיל בעוד שהיה קטן לא ידע שהיתה של אביו שימחה וזו היא דעת הראב״ד בהשגות ולזה הסכימו הרמב״ן והרשב״א כמ״ש ה״ה בפי״ד מטוען. ויש לתמוה על מ״ש רבינו על זה בשם הרמב״ם דהוי חזקה דמשמע דסבירא ליה דהרמב״ם נמי בטוען שקנאה מאביו קאמר והא ליתא שהרי בפרק י״ד מטוען כתב וז״ל אין מחזיקין בנכסי קטן ואפילו הגדיל כיצד אכלה בפניו כשהוא קטן שנה וב׳ אחר שהגדיל וטען אתה מכרתו לי אתה נתתו לי אין זה כלום עד שיאכל ג׳ שנים רצופים אחר שיגדיל עכ״ל הרי מבואר דלא אמר הרמב״ם דהוי חזקה אלא בטוען ליורש אתה מכרתו ועוד היאך כתב על זה דהרא״ש נחלק עליו דאינה חזקה הלא הרא״ש לא קאמר אלא בטוען שקנאה מאביו מטעם דלא ידע שהיתה של אביו שימחה ודילמא היכא שטוען אתה מכרתו לי מודה הרא״ש דהוי חזקה ונראה דרבינו מפרש דמ״ש הרמב״ם בסוף דבריו בסתם עד שיאכל ב׳ שנים רצופים אחר שהגדיל אף בטוען שקנאה מאביו קאמר דהוי חזקה וברישא רבותא קמ״ל אף בטוען אתה מכרתו לי אינה חזקה בשנה אחת או שתים לאחר שהגדיל ובסיפא דנקט בסתם נמי רבותא קמ״ל דבג׳ שנים הוי חזקה אפי׳ בטוען שלקחה מאביו אלא

דאכתי קשה דהרמב״ם פ״ז מה׳ סנהדרין כתב בדין אין לי עדים ואין לי ראיה דכל שהיה קטן כשמת אביו אינו יודע במילי דאבוה אפי׳ היה גדול בשעת העמדה בדין וכמ״ש לעיל בסימן כ׳ וי״ל דדוקא בדין אין לי עדים דאין הראיה שאצל אחרים מפורסמת לרבים הילכך אפילו תבעו כשהוא גדול דינו כקטן אבל לגבי חזקת שדה שמפורסם לרבים אם היתה של אביו אין דינו כקטן וכיון שהחזיק ג׳ שנים לאחר שהגדיל הו״ל חזקה אף בטוען שקנאה מאביו כנ״ל לדעת רבינו דמפרש להרמב״ם וכך נראה מדברי הראב״ד בהשגות וה״ה בפי״ד מטוען שכך פירשו דברי הרמב״ם דבג׳ שנים אחר שהגדיל הוי חזקה אף בטוען שקנאה מאביו: ומ״ש וא״א הרא״ש ז״ל כתב שאינה חזקה וכו׳. איכא לתמוה דמשמע מדברי רבינו דהרא״ש לא אמר אלא בטוען שקנאה מאביו והא ליתא שהרי בפרק המפקיד (ד׳ קל״ו סוף ע״ג) לא כתב הרא״ש אלא דמדקאמר רב הונא אין מורידין קרוב לנכסי קטן דחיישינן דילמא אתא לאחזוקי ובאפוטרופא דעלמא לא חיישינן ש״מ דאין מחזיקין בנכסי קטן ואפילו הגדיל עכ״ל ופשטא משמע דאפילו בטוען אתה מכרת לי נמי אין מחזיקין בנכסי קטן והכי פירש רש״י לשם להדיא (בדף ל״ט ראש ע״ב) ולמה לא נאמר דגם הרא״ש ס״ל פירש״י כיון שלא כתב היפך דבריו בפירוש. ונראה בעיני דרבינו נמשך אחר הסוגיא דרפ״ב דכתובות דמוכח להדיא דלא קאמר רבא ש״מ מדרב הונא אין מחזיקין בנכסי קטן אפילו הגדיל אלא בטוען לקחתיה מאביך וכן פירש״י שם להדיא וכתב נמי הטעם הואיל ותחלתו כשהוא קטן ראהו מוחזק בה לא ידע כשהגדיל שהיתה של אביו עד ששמעה מפי אחרים וסותר את פירושו בפרק המפקיד והעיקר כדפירש׳ בכתובות ואם כן מ״ש הרא״ש בפרק המפקיד בסתם דבאפוטרופא דעלמא לא חיישינן והוה נמי דוקא בטוען שקנאה מאביו ומטעמא דפרש״י בכתובות כנ״ל דעת רבינו בדברי הרא״ש דלא כמו שהבין מהרו״ך דלהרא״ש שפי׳ טען קניתי ממך אחר שנעשית גדול וכו׳ אינו נאמן דליתא: ורב האי חולק וכו׳ וטוען לו שמחל לו בשתיקתו. איכא למידק דמשמע שע״י שתיקתו שהיא כמחילה זכה המחזיק בקרקע וא״צ טענה והא ליתא דהא אנן תנן כל חזקה שאין עמה טענה לא הויא חזקה וכדלעיל בסימן קמ״ו סעיף י״ד וי״ל דכאן נמי לא קאמר רב האי אלא בבא בטענה שלקחו מאביו אלא דכנגד השטר הוא טוען דמה שלא היה נזהר בשטרו הוא לפי שראה שהקטן משהגדיל שתק ולא מיחה עליו סבור שמחל לו כל תביעותיו שהיה לו עליו ושוב א״צ ראיה ולא עדים ומש״ה לא נזהר בשטרו ובסימן קנ״ז סעיף ט׳ צריך לפרש נמי כך בדברי הרא״ש כאשר התבאר לשם בס״ד ע״ש:

כד והא דאין מחזיקין בנכסי קטן דוקא כשידוע שהיה של אביו וכו׳. כתב ב״י דלמדוה מעובדא דרבה בר שרשום בפרק חזקת ולא נראה לי לפע״ד אלא דהכי משמע בסוגיא ר״פ הגוזל קמא בעובדא דבר תמוה דרבי ירמיה וע״פ דברי התוס׳ דאפילו היה רבי ירמיה מוחזק בבית היו מוציאין אותה מידו כיון דהו״ל לקטן חזקת אבות אבל היכא דלית ליה לקטן חזקת אבות אין מוציאין מיד המחזיק ועוד מפורש ברפ״ב דכתובות דתנן מודה רבי יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה הימנו שהוא נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואם יש עדים שהיא של אביו ואומר לקחתיה ממנו אינו נאמן אלמא דברישא כיון שאין עדים אע״ג דהלה תבעו נאמן במגו דאי בעי אמר לא היתה של אביך מעולם וכמ״ש לשם התוס׳. וק״ל הלא כתב הרא״ש בפ׳ חזקת דאין זה מגו טוב למחזיק מפני שירא שהלה ימצא עדים שהיא שלו כמ״ש הב״י בשמו בסימן קמ״ו סעיף כ״ד ואפשר דלא אמר הרא״ש דירא המחזיק אלא כנגד המערער בעצמו דיודע למצוא עדים שהיא שלו משא״כ יורש דמסתמא לא וידע במילי דאבוה כלום ויותר נראה כיון דהמחזיק נאמן לומר למערער עצמו שדה זו שלך היתה ולקחתיה ממנו במגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם אע״ג דהוי ברי וברי וכדפריך התם בכתובות כ״ש דנאמן לומר של אביך היתה דהוי ברי ושמא במגו דלא היתה שלך מעולם ואינו ירא וכו׳ ולא אמר הרא״ש שירא וכו׳ אלא כשטעין המחזיק מפלוני קניתיה שקנאה ממך דניחא ליה טפי הך טענה מפלוני קניתיה דסבור הוא שימצא עדים שהמערער מכרה לו וכולי משיטעון לא היה שלך מעולם משום דירא וכו׳ אבל אין חילוק כלל בין טוען שלך היתה ולקחתיה ממך לבין טוען של אביך היתה ולקחתיה ממנו דפשיטא דבין בזו ובין בזו נאמן במגו דלא היתה שלך ושל אביך מעולם אבל ק׳ אמה שכתב רבינו דהוי חזקה במגו שלא היתה של אביך מעולם דא״כ אפילו בלא שני חזקה נמי דכיון דמוחזק בה אפילו יום אחד בלבד נמי אין מוציאין מידו כי היכי שהיה נאמן בטוען שלא היתה של אביך מעולם אפילו לא החזיק שני חזקה כדמוכח בעובדא דבר חמוה דר״י ה״נ בטענה זו שלקחה מאביו נמי נאמן אפילו דר בה יום אחד בלבד וכדמוכח להדיא מדפריך בכתובות אהא דתנן בסיפא דאם יש עדים וכו׳ ה״ד אי דאכלה שני חזקה אמאי לא מהימן אי דלא אכלה שני חזקה פשיטא דלא מהימן מדלא קשיא ליה אריש דמיירי באין שם עדים ואיפכא אי דאכלה שני חזקה פשיטא דנאמן ואי דלא אכלה שני חזקה אמאי מהימן אלמא דרישא ניחא דאע״ג דלא אכלה שני חזקה נאמן לומר שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו במגו דלא היתה שלך מעולם כיון דליכא עדים והוא דבר פשוט וצריך לומר דמ״ש רבי׳ כאן דהוי חזקה במגו שהיה טוען לא היתה של אביך מעולם אין כוונתו בהחזיק בה שני חזקה אלא כל שמוחזק בה אפילו יום אחד קאמר דהוי חזקה:

כה ומ״ש ואם החזיק בה שלש שנים וכו׳ עד והוא עתה בחזקתו. כ״כ הרא״ש בפ׳ חזקת בעובדא דרבה בר שרשום והיינו בשאין ידוע דבתורת משכנתא בא לידו דלהחזיק מה שבידו מקבלין עדות בפני יתומים קטנים דאל״כ לא שבקת חיי ללוקח קרקע ומת המוכר דיבואו הקטנים ויחזיקו בקרקע ולא יוציאו מידם עד שיגדלו:

כו ומ״ש ואפי׳ אם יצא קול וכו׳. כ״כ התוס׳ לשם וכ״כ הרא״ש בשמם דמשום קול בעלמא אין מבטלין החזקה כיון דאין ידוע בעדים דבתורת משכונא בא לידו ונאמן לומר לקוחה היא בידי ושטר היה לי ואבד והא דא״ל אביי לרבה בר שרשום לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דהא איכא עלה קלא דארעא דיתמי היא היינו לומר דאין נאמן לומר דאביהם חייב לו במגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי כיון דאין זה מגו טוב דלא מצית אמרת לקוחה היא ולהעיז פניו כיון דנפק קלא דארעא דיתמי היא: ומ״ש אבל רשב״ם וכו׳ וכלו השנים ההם אחרי מות אביהם. איכא למידק דמאי נפקא מינה במאי שכלו אחרי מות אביהם אפילו לא כלו נמי ואין לפרש דאפילו כלו קאמר ואין צריך לומר בדלא כלו דהא ודאי כיון דהקול אינו אלא כמו מחאה דכל מחאה אינה אלא הוצאת קול כדקאמר תלמודא התם חברך חברא אית ליה והו״ל לאזדהורי בשטריה א״כ אין כאך רבותא טפי בכלו מבלא כלו ותו דהול״ל דאפילו כלו מדקאמר וכלו משמע דוקא כלו והאשר״י לא כתב וכלו וכו׳ אלא כדי ליישב אמאי נפק קלא עליה דרבה דאכל ארעא דיתמי וקאמר דכלו שני המשכנתא אחר מיתת אביהם ולא החזיר להם הקרקע לכך יצאה קול אבל רבינו שלא בא לכתוב אלא הדין לא איצטריך ליה למימר האי וכלו וכולי ולפעד״נ דה״ק דוקא שכלו השנים ההם אחרי מות אביהם אבל בכלו כבר מקמי מיתת אביהם הוי קול ושוברו עמו דאי איתא שלא מכר לי אביהם א״כ לאחר שכלו שני המשכנתא בחיי אמאי לא הוציא הקרקע מידו אלא ודאי הקול היה שקר ואין מבטל שני החזקה שהחזיק בחיי האב כיון שהחזיק בחיי האב אף לאחר שכלו ימי המשכנתא לפי הוצאת הקול אבל בשכלו אחרי מות אביהם השתא ודאי כיון דמה שהקרקע בידו בשכלו אחרי מות אביהם אינו אלא גזל אם היה הקול אמת הו״ל לאזדהורי בשטרא דאין לך מחאה גדולה מזו שיצא קול בתוך ג׳ שנים בחיי האב דמשכנתא היא לשנים ידועות וכלו אחר מיתת אביהם:

כז ומ״ש ואם החזיק בה המחזיק וכו׳ כתב ר״י וכו׳. נראה שלמד כן מעובדא דבר חמוה דר׳ ירמיה וכמו שפירש ר״ת דר׳ ירמיה הו״ל עדי חזקה שהחזיק בה ג׳ שנים בחיי האב והקטן היה מוחזק בבית לפי שהיה בחזקת האב בשעה שמת אף ע״פ שלא הו״ל שני חזקה וטרק גלי באפי דר״י ולא הניחו ליכנס ואסיקנא דשלו הוא תובע:

כח כתב עוד הרי״ב וכולי עד וכן נמי לא החזיק שמעון וכו׳. נראה דה״ק אפי׳ את״ל בזו כשהחזיק שנה אחת בחיי האב לא הויא חזקה מטעם דאין מחזיקין בנכסי קטן ואפי׳ הגדיל ואע״פ שהו״ל אפוטרופוס כיון דאפשר דלא ידע מ״מ כאן שלא החזיק שמעון אלא לאחר שמת ראובן וטען דקנאה מהאפוטרופוס שלו אפשר דמהני ליה שני חזקה ומסיק דאף בזו לא הוי חזקה דלא כסברא ראשונה דפסק דבזו חזקתו חזקה דליתא: ומ״ש ואיכא מאן דבעי למימר וכו׳ ואינו נראה לנו וכו׳. פי׳ מאן דבעי למימר ס״ל דנאמן לטעון דקנה מאפוטרופוס ושטר הו״ל ואבד דלא נזהר בשטרו כיון שלא מיחה בו האפוטרופוס שהרי הוא במקום אביהם למכור נכסים ולמחות במי שמחזיק בהם שלא כדין אבל הרי״ב כתב דאין נראה לנו דאף על פי שיכול האפוטרופא למכור בנכסים כמו אביהם מ״מ אין דין האפוטרופוס כדין אביהם לענין מחאה כי אפוטרופוס שלא מיחה הפסיד וכו׳ וא״כ היה לו לשמעון ליזהר בשטרו ולא הו״ל לסמוך על מה שלא מיחה בו האפוטרופוס ופשוט הוא והרב בס׳ בדק הבית נתקשה לו וכתב מ״ש ולא נהירא:

כט האריס וכו׳. פ׳ חזקת (בבא בתרא דף מ״ו): ומ״ש ירד האריס וכו׳. פי׳ שלאחר שירד האריס מאריסותו החזיק בשדה ג׳ שנים ולא היתה בידו השדה מקמי שירד כך תפסו התוס׳ בפשיטות (בדף מ״ז) בד״ה ירד האריס וכו׳ וכך צריך לפרש ירד האומן דבסמוך ע״ל בסעיף ט״ו ובתוס׳ ובאשיר״י משוי האומן והאריס לכל דיניהם ועיין במ״ש סי׳ ק״ן סעיף ד׳:

לג האפוטרופוס וכולי נראה דבאריס נמי יש לו חזקה בשדות אחרות וכמ״ש רבינו להדיא האריס שהוא ידוע בשדה פלוני וכו׳ וכן השותפין והאומן בשדה ידוע יש לו חזקה בשדה אחרות ולא הוצרך רבינו לכתוב כך בפי׳ אלא אצל האפוטרופא לפי שמדברי הרמב״ם נראה דפסק לשם דלעולם אין לו חזקה ומשמע דבאריס ואומן ושותפים מודה הרמב״ם דיש לו חזקה בשדות אחרות וצ״ע מאין יצא לו חילוק זה:

לז כתב הרי״ב האחין וכו׳ עד אין יכול להחזיק באותו בית. פי׳ דכיון שאנו רואין שהאח העשיר מוותר משלו ונתן לו פרנסתו לאחיו העני ומוציא עליו הוצאות א״כ מסתמא ג״כ מוותר כנגדו שידור בביתו והילכך אין העני נאמן לטעון קניתי מאחי ושטר היה לי ואבד דהוה ליה לאזדהורי בשטרא ולא גרע זה מהקול היוצא שמשכנתא היא כדלעיל בסעיף כ״ו לדעת רשב״ם ורמב״ם ורב האי גאון דהכא נמי קול יוצא שזה העשיר עושה חסד עם אחיו העני ונתן לו ביתו לדור בו דה״ל לאזדהורי בשטרא ומכל מקום ודאי העשיר חייב שבועת היסת. מיהו נראה אם העשיר דר בבית אחיו העני ודאי דיש לו חזקה דאין לנו לומר דלפי שעשה עמו טובה לפרנסו ולהוציא עליו הוצאות לא הקפיד במה שהוא דר בביתו דמ״מ הוה ליה לעשות מחאה בפני שנים בסוף כל ג׳ וג׳ ומדלא עשה מחאה נאמן בשבועה דמכר לו:

סימן קנ

א מי שירד וכו'. עובדא דרבה בר שרשום בפ' חזקת:

ב ומ"ש כההוא דמשכן פרדיסא וכו' בפ' איזהו נשך (בבא מציעא דף ע"ב) והביא רבינו כאן הא דאסיקנא התם דשטר זה לא ניתן ליכתב כל עיקר כיון שהקנה לבנו קטן א"כ לאברוחי מיניה קא מכוין והשטר חספא בעלמא הוא והמעות אינן אלא כמלוה על פה:

ד וכתב הרמב"ן וכו' עד ומדברי א"א הרא"ש יראה כדברי הרמב"ן. בפ' חזקת (דף קצ"ה ע"א) כ"כ אעובדא דרבה בר שרשום וז"ל אלא אמינא אכבשיה לשטר משכנתא שאם היה ידוע שבתורת משכנתא באה לידו לא הו"מ למימר לקוחה היא בידי לעולם מידי דהוה אאומן שאין לו חזקה בדבר שהוא אומן ואריס דאין לו חזקה בשדה שידוע שירד לתוכה בתורת אריסות וכו' והוא מדברי התוס' (בדף ל"ג) בד"ה אכבשיה. ויש לתמוה דלאחר שכתב רבינו דמדברי הרא"ש יראה כדברי הרמב"ן חזר וכתב דברי ה"ר יונה שהם כדברי הרמ"ה והרי"ב דאילו להרמב"ן והרא"ש אפילו יודעין לכמה שנים השכינה א"נ השכינה לשנה אחת אין לו בה חזקה לעולם ונראה ליישב שלא הביא רבינו דברי ה"ר יונה אלא ללמוד מדבריו לחלק בין משכנה לשנים ואין אנו יודעים לכמה שנים ובין משכנה סתם דסתם משכונא שתא ונפקא מינה גם לדעת הרמב"ן והרא"ש היכא דאינו ידוע בעדים שירד בה בתורת משכונא אלא קול בעלמא דקיי"ל כמו שכתב ה"ר יונה לפרש דברי רב האי גאון ורמב"ם ורשב"ם דאם יצא הקול תוך שלשה שנים מבטל החזקה כמ"ש בסימן קמ"ט סעיף כ"ו דאין זה אלא כשיצא הקול ששדה זו משכונא לשנים ואין יודעים לכמה שנים התם הוא דאין לו בה חזקה לעולם אבל ביצא הקול לשנים ידועות וכלו השנים ההם והחזיק ג' שנים אחר שכלו השנים ההם יש לו חזקה דהא ודאי שהקול הוא שקר ומדברי ה"ר יונה שבכאן אנו למדין שאפילו יצא הקול שמשכנה אצלו סתם ואכלה ג' שנים משנה ראשונה ואילך נמי יש לו חזקה דסתם משכנתא שתא והו"ל כאילו יצא הקול שמשכנה לשנים ידועות וכלו השנים ההם ואכלה עוד ג' שנים:

ה ראובן שירד לתוך שדה שמעון וכו' עד בשבועה. זה נלמד מהעובדא דרבה בר שרשום וע"פ מ"ש התוס' והרא"ש דחייב שבועה דלא כפי' רשב"ם שם דמהימן בלא שבועה דאין נשבעין על הקרקעות ועוד דחזקת ג' שנים במקום שטר קיומא דליתא אלא צריך שבועה מדרבנן וכבר נתבאר זה בראש סימן ק"מ ע"ש:

ו ומ"ש ומיהו כתב ה"ר יונה וכו' עד שלא מצינו מגו אלא במי שבא לזכות בממון וכו'. איכא למידק תיפוק ליה דהו"ל מיגו להוציא דאפי' באותו ממון לא אמרינן מיגו להוציא וי"ל דה"ר יונה אזיל לטעמיה במ"ש אטוען שיש לו עוד להחזיק בקרקע ב' שנים בתורת משכונא דנאמן במיגו ולא הוה מיגו להוציא לפי שכבר זכה בקרקע וכו' כמ"ש רבינו בשמו סוף סימן זה והילכך אם היתה התביעה באותו ממון לא הוה מיגו להוציא כיון שזכה בקרקע וכו' אבל מפני שהיה טוען שהיה חייב לו עוד חוב בע"פ כיון דתביעה אחרת היא לא אמרינן הכא מיגו וכו' דלא אמרינן מיגו מממון לממון וכמו שפי' ר"ת הביאו המרדכי ריש פ"ק דב"מ וכ"כ עוד בריש הגהות מרדכי דב"מ הראשונות וז"ל תשובת ר"ת שהשיב לרבני רעגנשפורג אבל מממון לממון לא הא לא דמיא אלא למאן דאית ליה ארעא במשכנתא מראובן ואכלה שני חזקה וטען על ראובן לומר בית שאתה דר בו שלי הוא דלא מהימן על אותו בית שדר בו ראובן במיגו דאי בעי כביש ליה לשטר משכנתא והיה טוען על ארעא דמשכנתא לקוחה היא בידי והוה מהימן בה עכ"ל ובמרדכי ישן מסיק וז"ל וכמו שפסק ר"ת דלא אמרינן מיגו מממון לממון כך פסק ראבי"ה עכ"ל והוא דעת הר"י דאינו נאמן לומר אתה חייב לי כך וכך בע"פ במיגו דהוה טען על ארעא דמשכנתא לקוחה היא בידי דהוה מיגו מממון לממון אבל היכא שאכל כבר הפירות הוי מיגו באותו ממון דנאמן לומר שהפירות שאכל משדה זו בדין אכל לפי שחייב לו כך וכך במיגו שהיה טוען טוען אחרת על אותן הפירות שבדין אכלם לפי שהשדה לקוחה היא בידו ועי' במ"ש בסמוך סוף הסי' אלא שיש לתמוה במ"ש רבינו בסמוך דביצא הקול לאחר שהחזיק בה ג' שנים ורצה לעכב הקרקע עד שיאכל כדי התביעה במיגו שהיה יכול לטעון לקוחה היא בידי אינו נאמן שהורע כח המיגו וכו' דמה צריך לזה הלא כתב בשם ה"ר יונה בסמוך דאפילו לא יצא הקול אינו נאמן בהך מיגו דממון לממון ויראה ליישב דרבינו כתב הך טעמא דהורע כחו אף למאן דלא ס"ל כהר"י לחלק בין אותו ממון לבין מממון לממון אלא בכל ענין נאמן במיגו דאפ"ה כאן לדברי הכל אינו נאמן במיגו דכיון דיצא הקול הורע כח המיגו דבהא ליכא מאן דפליג דלא אמרי' מיגו אלא היכא דאיכא טענה אחרת טובה לפחות כמו טענה זו שהוא טוען וכ"ש טובה הימנה אבל לא בגרוע הימנה ועי"ל דרבינו כתב הך טעמא דהורע כח המיגו לאורויי דדוקא בבא לאכול הפירות ולעכב הקרקע וכו' בהך מיגו אינו נאמן אבל אם כבר אכל הקרקע נאמן אע"פ דיצא הקול והורע כח המיגו אפ"ה כיון דתפס אין עליו אלא שבועת היסת דבדין אכל ומפר"י שבתוס' למד כך שפירש ר"י בהא דא"ל אביי לרבה בר שרשום לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דהא איכא עלה קלא וכו' דאינו אלא לומר דהורע כח המיגו כיון שיצא הקול שירד בתורת משכונא ולכך אינו נאמן לומר שחייב לו כך וכך ולעכב הקרקע בידו לאכול פירות לכתחילה בהך מיגו ושמעינן מינה דכשכבר אכל הפירות אין מוציאין מידו אע"פ דהורע כח המיגו וה"ט דאפילו בלא

מיגו נאמן במאי דאכל כבר כיון דתפיס ולא דמי למ״ש רבינו בסי׳ קל״ד גבי אומן דאם יש עדים שראו החפץ בידו וכו׳ דאינו נאמן לטעון לקוח וכו׳ דהתם ודאי גבי אומן דאינו נאמן לטעון אלא במגו דלהד״ם כיון דהורע כח המיגו אינו נאמן אבל הכא בפירות שאכל נאמן שחייב לו כך וכך אפילו בלא מיגו דלא חציף איניש לאכול פירות מקרקע דלאו דידיה כיון שיצא קול שכלו שני משכנתא ועדיין אוכל פירות הילכך נאמן בשבועה בלא מיגו וכמ״ש רבינו למעלה בראש סימן קל״ז. ולא קשה ממ״ש רבינו לעיל דבפירות שאכל כבר דנאמן במיגו דהתם ודאי כיון דלא יצא הקול והוא מוחזק בקרקע חציף וחציף הילכך אינו נאמן בלא מיגו אבל הכא דיצא קול דלא חציף נאמן בשבועה בלא מיגו ודו״ק וע״ל בסי׳ קמ״ט סכ״ו הביא פר״י:

ז וכאשר הדין וכו׳ עד אפילו בשמא. היינו עובדא דרבה בר שרשום והתוס׳ כתבו כמ״ש ה״ר יונה והרא״ש דחה פי׳ זה והסכים דאפילו בשמא משביעין וכך כתב רבינו בסי׳ קל״ג סעיף י׳ שכך הורו הגאונים ע״ש:

ח ירד לתוכה בתורת משכונא וכו׳. בפרק המקבל (בבא מציעא דף ק״י) מלוה אמר חמש לוה אמר שלש אבל אייתי לי שטרך א״ל שטרא אירכס לי אמר רב יודא מלוה נאמן מיגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי א״ל רב פפא לרב אשי רב זביד ורב עוירא לא ס״ל הא דרב יודא מ״ט האי שטרא כיון דלגוביינא קאי מיזהר זהיר ביה ומיכבש הוא דכבשיה לשטרא סבר אכלה תרתין שנין יתירתא א״ל רבינא לרב אשי אלא מעתה האי משכנתא דסורא דכתבי הכי במישלם שנין אילין תיפוק ארעא דא בלא כסף היכא דכבשיה לשטר משכנתא ואמר לקוחה היא בידי הכי נמי דמהימן וכי מתקני רבנן מילתא דאתי בה לידי פסידא פירוש לרב יהודה קשה מה תקנה יעשה הממשכן שלא יוכל להחזיק ולטעון לקוחה היא בידי דמחאה נראה דלא מהני אלא כשאומר פלוני אכיל ארעאי בגזלנותא ומסיק איבעי ליה למחויי ואי לא מחי איהו דאפסיד אנפשיה דחשיבא שפיר מחאה באומר דעו כי משכנתא היא בידו וכך פי׳ התוס׳ והנה רבינו כתב בסתם ירד לתוכה בתורת משכונא כו׳ עד ואין לו שטר נאמן במיגו דלקוחה היא בידי אח״כ הביא דברי ה״ר יונה שכתב דלא הוי מיגו להוציא וכו׳ עד נאמן במיגו דמדבריו למדנו דפסק כרב זביד ורב עוירא דבתראי נינהו והילכך דוקא בטוען שטר היה לי ואבד אינו נאמן דהדברים מוכיחים שהוא רמאי שאמר שאבד השטר אבל כשלא הו״ל שטר מעולם דליכא ריעותא בטענת המלוה נאמן במיגו ואע״ג דהלוה מכחישו וטוען שהיה לי שטר וכובשו עתה אפ״ה כיון שאין הוכחה בטענת המלוה שהוא רמאי לא הורע כח המיגו אבל רב אלפס והרא״ש פסקו כרב יודא מדשקלו וטרו רבינא ורב אשי אליבא דרב יודא מה תקנה יעשה הממשכן שלא יוכל להחזיק ולטעון לקוחה היא בידי אלמא דהלכתא כוותיה דרב יהודה וה״נ מוכחא להדיא מעובדא דרבה בר שרשום דאפילו בטוען שטר הו״ל ואבד נאמן במיגו דלקוחה היא בידו. וא״ת לה״ר יונה היאך מיישב הך עובדא דא״ל אביי דאינו נאמן במגו דלקוח הואיל ויצא הקול דמשכנתא היא אלמא דבדליכא קול אפילו אמר שטר הו״ל ואבד נמי יאמן במיגו וי״ל דה״ר יונה קא מפרש הך עובדא דקאמר רבה בר שרשום אכבשיה לשטר משכנתא ואוכלה שיעור זוזאי לאו דיאמר שטר משכנתא הו״ל ואבד אלא דיאמר לא הו״ל מעולם שטר משכנתא ואע״פ דכאן כתב ה״ר יונה דאף כשלא אכל עדיין פירות של שתי שנים נאמן במיגו כיון שלא הו״ל שטר מעולם ולמעלה פסק ה״ר יונה דאינו נאמן במיגו אלא על פירות דכבר אכל שאני התם דטוען עליו תביעה אחרת אין אומרים מיגו ממון לממון אבל הכא שטוען יש לי עוד לאכול פירות ב׳ שנים כי המשכנתא מתחלה היתה לה׳ שנים הוי מיגו באותו ממון והילכך נאמן במיגו אע״פ שלא אכל עדיין הפירות ולא הוה מיגו להוציא לפי שכבר זכה בקרקע וכו׳ ודוק: הב״י הביא הך דהמקבל ההוא שטרא דהוה כתוב ביה שנין סתמא מלוה אומר ג׳ ולוה אמר ב׳ וקדים מלוה ואכלינהו לפירי ואסיקנא דאע״ג דקיימ״ל דארעא בחזקת בעליה היא ושלא כדין אכלינהו לפירי אפ״ה אין מוציאין מיד המלוה כיון שהדבר עומד להתברר ע״פ עדי השטר אטרוחי בי דינא תרי זימני לא מטרחינן ולמד מכאן הרא״ש בפסקיו דכשידעינן דאי אפשר להתברר מפקינן מיד המלוה ונותנין ללוה וכ״כ בנ״י משמו הביאו ב״י ומה שקשה על זה מפ׳ חזקת דאי טעין ואמר לפירות ירדתי נאמן וכתבו רבינו בסימן קל״ז התבאר לשם בס״ד: הב״י העתיק תשובת הרשב״ץ בראובן שמשכן חצרו לעכו״ם וכו׳ והרבה תשובותיו עליה ולפע״ד נראה ליישב ולומר דהך עובדא הכי הוה ראובן שמשכן חצירו לעכו״ם בסך מעות וקבע זמן לפרעון והרשהו שאם לא יפרע לזמן שקבע לו שימכור החצר ובדיניהם הו״ל רשות לעכו״ם למכרו כפי התנאי אלא שלא מכרו ולאחר שמת ראובן תבע העכו״ם לבנו והתפשר עמו שלא למכרו בתנאי שיתן לו מיד קצת מעות והשאר יתן לו מעט מעט ולא קיים בן הממשכן התנאי ונתבטלה הפשרה וחזר העכו״ם לאיתנו הראשון ולתנאו שעם ראובן ומכר הקרקע כאשר הרשהו ראובן שאם לא יפרע לזמן שקבע לו שהרשות בידו למכרו ופסק הרב כיון שמת ונפלו נכסי קמי יתמי אין כח לעכו״ם למכרו מכח הרשאת ראובן דכיון שמת בטלה הרשאתו ואי אפשר לומר נמי דכיון שמת נכנס יורשו תחתיו והרי העכו״ם עומד מכח היורש שהוא חי שהרי מכח היורש אין לו רשות למכור כיון שהתפשר עמו שלא למוכרו ואין המכירה קיימת אלא מכח הרשאת ראובן בעוד שהיה חי וכיון דאותה הרשאה נתבטלה במותו שוב אין כח לעכו״ם למכרו לאחר שמת ראובן והדין אמת ולא קשיא על זה כלל מכל מה שהקשה והשיב ב״י ע״ש:

סימן קנא

א וכולם שאין להם חזקה וכו׳. מימרא דר״נ פרק חזקת: ומ״ש אפילו לא ראו נתינת המעות כו׳. כלומר אע״פ דבגזלן אם מעידים שמכר לו ועשה לו שטר אינו מועיל אא״כ דראו נתינת המעות מ״מ בכל אינך בעידי ראיה סגי אף ע״ג דלא ראו נתינת המעות ולא עשה לו שטר:

ב ומ״ש חוץ מגזלן ובעל בנכסי אשתו. פי׳ דבאלו בין דאיכא עדי מכירה בין עדי מתנה לא קנה כלום גזלן דמפני היראה מכר או נתן לו ואשה נמי נחת רוח עשיתי לבעלי שמכרה או נתנה לו אותן שדות שלו שהיו משועבדים לה אבל אשה בנכסי בעלה דוקא במכר לו במעות טמונים דלגלויי זוזי הוא דבעי אין מכירתו מכירה אבל במעות שאינן טמונים מכירתו מכירה וכל שכן דאם נתן לה במתנה דקנתה האשה וה״א להדיא בפרקי חזקת (דף נ״א) וכן פסק האלפסי שם: ודוקא במעות טמונים וכו׳. הכי אסיקנא בפ׳ חזקת וע״ל סי׳ קכ״ז בלוה מן האשה אם יש חילוק בין טמונים לאינן טמונים: והרמ״ה כתב שדין נ״מ כנכסי צ״ב דיכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי. ותימה דבפרק חזקת הבתים קאמר דבג׳ שדות א׳ שכתב לה בכתובתה וא׳ שייחד לה בכתובתה וא׳ שהכניסה לו שום משלה מבית אביה והיינו נצ״ב מצית אמרה נחת רוח עשיתי לבעלי וה״ה בשאר נכסים שלו לאפוקי נ״מ שהגוף שלה דלא מצית למימר וכתב ב״י שהרמ״ה גורס ואחת שהכניס לה שום משלו ששם לה שדה כנגד תוספת שהוסיף לה וא״כ אין נצ״ב בכלל ג׳ שדות אלו ודינם כנ״מ עכ״ל ותימה רבה דא״כ אמאי פסק הרמ״ה דבשניהם יכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי דאדרבה בשניהם לא תהא יכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי ונ״ל דהב״י היה גורס בדברי הרמ״ה שדין נצ״ב כדין נ״מ דאינה יכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי וכן ראיתי הנוסחא במקצת ספרים אלא דקשה לפי זה אמאי קאמר תלמודא למעוטי נ״מ הו״ל למימר דאתא למעוטי אפי׳ נצ״ב וכ״ש נ״מ ומדקאמר נ״מ מכלל דבנצ״ב מציא למימר נחת רוח עשיתי לבעלי ולפיכך נראה עיקר כגירסת רוב הספרי׳ ודעת הרמ״ה לפסוק כאמימר וכשינויא בתרא דקאמר תלמודא וא״א אמימר דאמר כר״א וכו׳ דלהך שינויא דין נ״מ כדין נצ״ב דיכולה למימר נרע״ל ולא הוי מכר ואצ״ל בשאר נכסים וקרקעות של בעל דלא הוי מכר והא דדייקינן מדתנן פרק חזקת אין לאיש חזקה בנכסי אשתו הא ראיה יש ס״ל לאמימר דלית הלכתא הכי אלא כר׳ אלעזר וכך פי׳ רשב״ם וה״נ מוכחא מדרבא דקא מפרש לדר״א וקאמר טעמא דר׳ אלעזר דאמר קרא לא יוקם כי כספו הוא כספו המיוחד לו משמע דס״ל כר״א והכי נקטינן כרבא וכאמימר וכשינויא בתרא דקאמר תלמודא גם הרמב״ם בס״פ ה׳ דהלכות עבדים פסק כר״א אלא דבפ״ל דהלכות מכירה פסק כדיוקא דמתניתין דבנ״מ אינה יכולה לומר נרע״ל ודלא כשינויא בתרא אליבא דאמימר וכן פסק האלפסי אבל דעת הרמ״ה אינו כן אלא הלכתא כשינויא בתרא וכדפרישית: כתב ב״י פרק חזקת הא דאין לאיש ראיה בנכסי אשתו משום דמצי אמרה נרע״ל אינה אלא בשלא קבלה הדמים אבל אם קבלה דמי המקח א״נ דכתבה ליה אחריות המקח קיים כדאיתא פרק הניזקין והוא דבר פשוט:

ג וגזלן אפילו אם מעידין וכו׳. הכי אסיקנא פרק חזקת: ומ״ש וכתב הר״ר יהודה וכו׳ עד ה״נ אין יראים למחות בו על שיעבוד נכסים. איכא לתמוה מאי קאמר ה״נ אין יראים למחות בו דמה מועיל מחאה כנגד שטר בעדים ואי ר״ל שהו״ל למסור מודעה הלא בסמוך כתב דאפי׳ אשדה זו שאנסוהו וקבל מעות דלא הוי זביניה זבינא דוקא כשמסר מודעא וכו׳ אלמא דאפילו אבדה זו יכול למסור מודעא ואינו ירא מגזלן דאין הגזלן מקפיד על מסירת מודעא וא״כ אמאי תלה ה״ר יהודה הך דהו״ל למחות ולמסור מודעה במאי דהשיעבוד כשדה אחרת דמי כיון דאפי׳ אשדה זו מוסר מודעה ואינו ירא והיה אפשר ליישב דה״ר יהודה כהרמב״ם ס״ל דאין הנגזל צריך למסור מודעה וה״ט דירא מפניו למסור מודעה כיון שהוחזק גזלן והמכר בטל בלא מודעה ולפיכך היה צ״ל הכא דהשיעבוד כשדה אחרת דמי אבל נכון יותר לומר דאפילו אם ת״ל דה״ר יהודה כהרא״ש ס״ל דאין לחלק בין חמסן לגזלן דבכל ענין צריך למסור מודעה דאינו ירא למסור מודעה היינו דוקא כשאין הגזלן כופהו אלא למכור לו שדה דמסתמא ודאי אינו מקפיד אלא שיכתוב לו שטר להראות שהיא שלו בדין אבל אינו מקפיד באחריות ובמסירת מודעה אף על שדה זו אבל ה״ר יהודה מיירי בגזלן שאנסו גם על האחריות א״כ בודאי כיון דמקפיד לכתוב לו אחריות כ״ש שמקפיד אמסירת מודעה על מכירת שדה זו ולכן כתב ר׳ יהודה דהשיעבוד כשדה אחרת דמי והלכך אינו ירא למחות ולמסור מודעה על מה שכתב לו אחריות נכסים ודוק וע׳ בנ״י שכתב בשם הר״ן וה״ר יונה לחלק בין כופהו למכור לו שדה בסתם ובין כופהו גם על האחריות:

ו והרמב״ם כתב שאין הנגזל צריך למסור מודעה וכו׳ וא״א לא כתב כן. פי׳ לא כתב שום חילוק בין גזלן לחמסן אלמא דסבירא ליה דבכל גווני צריך למסור מודעא גם הראב״ד בהשגותיו סוף פ״ט דהל׳ גזילה כתב שכך היא דעת האלפסי בהלכותיו והרב המגיד שם ובפ׳ י׳ מהלכות מכירה תמה עליו אכן מדברי רבינו בסי׳ ר״ה סעיף י״ג שהביא דעת הרמב״ם בלבד ולא כתב שום חילוק עליו נראה דכהרמב״ם סבירא ליה ולשם כתבתי דכך נראה לפע״ד מדברי הרי״ף והרא״ש ושכך הוא העיקר:

סימן קנב

א כל אלו וכו׳ עד סוף הסימן. מבואר בסוגיא דבפרק חזקת ואיכא למידק ומנין לנו דכוונת הגזלן בשעת הודאתו של זה היתה כדי שיחזיק בה בן בנו ושנאמר דכולי האי לא מטיל אימה ושמא לא היתה דעתו אלא בשביל עצמו או בשביל בנו והטיל אימה אלא דאח״כ זכה בה בן בנו וצ״ל דמיירי בשעה שהודה זה שמכרה לאבי אביו כבר היתה אז ביד בן בנו ופשוט הוא:

סימן קנג

א יש חזקה וכו׳ עד והחזיק בו ג׳ שנים. כך פרשב״ם ועמו הסכים ר״ת ור״י והרא״ש אבל הגאונים חולקים דבזה וכיוצא בו א״צ ג׳ שנים אלא לאלתר הויא חזקה ומחלוקת זו כתבה רבינו בסמוך סעיף כ״ו ובסי׳ קנ״ד סעיף ט״ז וסימן קנ״ה סעיף נ״א ע״ש: ומ״ש רבינו הכא בסתם דמועיל חזקה לזיז טפח אף ע״ג דאית ביה היזק ראייה יש להקשות דהא בסי׳ קנ״ד סעיף י״ו כתב דהרמב״ן והאלפסי והרמב״ם חולקין ע״ז וצ״ל דהיזק ראייה דזיז כיון שאינו קבוע תשמישו כמו מחלון הכל מודים דיש לו חזקה וכ״כ בנ״י ומביאו ב״י:

ה בד״א בזיז בולט טפח. משנה סוף פרק חזקת הזיז עד טפח יש לו חזקה ויכול למחות פחות מטפח אין לו חזקה ואינו יכול למחות וכתב הרא״ש דצ״ל דבטפח יכול למחות בין בעל החצר בבעל הגג בין בעל הגג בבעל החצר דאל״כ לרב הונא דאמר דבפחות מטפח יכול למחות בעל החצר בבעל הגג מאי איכא בין פחות מטפח לטפח עכ״ל ומביאו ב״י ולכאורה איכא לאקשויי לפי זה אמאי כתב רבינו דבזיז טפח בעל החצר יכול להשתמש בו כל זמן שירצה להניחו שם ואין בעל הזיז יכול לעכב עליו אבל כי מעיינת בה תראה ותבין דמאי דכתב הרא״ש דבזיז טפח שניהם יכולין למחות זה על זה לצדדין קאמר בעל החצר יכול למחות בבעל הגג תוך ג׳ שנים ובעל הגג בבעל החצר יכול למחות אחר ג׳ ועל זה קאמר דאל״כ אלא בעל הגג אינו יכול למחות בבעל החצר אף לאחר ג׳ מאי איכא לרב הונא בין פחות מטפח לטפח פי׳ אמאי תנן לרב הונא בסיפא בפחות מטפח אינו יכול למחות בעל הגג בבעל החצר וגבי טפח תנן ברישא יכול למחות דמשמע בעל הגג יכול למחות בבעל החצר דומיא דסיפא והא ליתא ואע״ג דלרב הונא נמי איכא למימר דאיכא בינייהו לפי זה דבטפח אין בעל החצר יכול למחות בבעל הגג אלא תוך ג׳ אבל לאחר ג׳ דאית ליה חזקה אין בעל החצר יכול למחות על בעל הגג אבל בפחות מטפח לעולם יכול למחות בעל החצר בבעל הגג בין תוך ג׳ בין לאחר ג׳ מ״מ אי אפשר לפרש משנתינו בהכי דא״כ איפכא מיבעי ליה למיתני בטפח אינו יכול למחות ובפחות מטפח יכול למחות אלא ודאי בטפח ולאחר ג׳ יכול בעל הגג למחות בבעל החצר ומשנתינו מיתוקמא בלאחר ג׳ והכי קתני הזיז עד טפח יש לו חזקה בג׳ שנים ואז יכול בעל הגג למחות בבעל החצר פחות מטפח אין לו חזקה אף בג׳ שנים ואין בעל הגג יכול למחות בבעל החצר אף לאחר ג׳ שנים ואין צ״ל תוך ג׳ והיינו דכתב רבינו דבטפח תוך שלשה כיון דאפילו להסירו משם רשאי בעל החצר א״כ בעוד שלא הסירו יכול להשתמש בו ואין בעל הגג מעכב עליו ודוקא תוך ג׳ אבל לאחר שלשה דאיכא חזקה הוי דינא איפכא דבעל הגג מונע את בעל החצר מלהשתמש בו ואין בעל החצר מונע את בעל הגג וכן מבואר בדברי הרא״ש למעיין בו והוא מדברי התוס׳ בפירושא קמא בד״ה עד טפח (דף נ״ט):

ז החזיק בזיז וכו׳. שם מימרא דרב אסי אמר ר׳ יוחנן וכן פי׳ רשב״ם והרא״ש: ומ״ש ורב אלפס כתב כשבולט טפח וכו׳ יש לו ג״כ רשות להשתמש בארבעה במשך ארבעה שתחתיו כצ״ל ובס״א כתוב יש לו ג״כ רשות להשתמש בארבעה שתחתיו והיא היא ונראה שלמד כך ממאי דקאמר בגמרא אפלוגתא דרב הונא ורב יודא לימא בהיזק ראיה קמיפלגי דמר סבר שמיה היזק ומר סבר לאו שמיה היזק לא דכולי עלמא שמיה היזק ושאני הכא דאמר ליה לתשמישתא לא חזי למאי חזי למיתלי ביה מידי מהדרנא אפאי ותלינא ביה ואידך אמר ליה זימנין דבעיתת והשתא כיון דלרב הונא דהלכתא כוותיה היכא דיכול למחות למיתלי ביה קאמר דיכול למחות מכלל דהיכא דאינו יכול למחות נמי למיתלי ביה קאמר דאינו יכול למחות ומסתמא לית ליה רשות אלא בארבעה שתחתיו ולא יותר דלא עדיף תחתיו מארבעה צדדין דאינו אלא ארבעה ולא יותר. ודעת ה״ר יהודה ברצלוני כיון דמסתמא קאמר למאי חזי למיתלי ביה מידי משמע דיכול להשתמש בתליית חפציו תחת הזיז כל אויר החצר והילכך אין יכול לבנות תחתיו כלל ודעת הרא״ש דלא קאמר בגמרא הכי אלא בזיז פחות מטפח דלא חזי אלא למיתלי ביה מידי אבל בזיז רחב ארבעה דמשתמשין על גבו ומסדרין עליו כלים ואין דרך להשתמש בו בתלייה אין לו חזקה אלא להשתמש על גביו כדרך שהחזיק בתשמישו מיהו ודאי דלא קאמר הרא״ש אלא בזיז רחב ד׳ אבל בזיז טפח במשך ג׳ ודאי לא חזי אלא למיתלי ביה מידי יש לו חזקה באויר שתחתיו:

ח ומ״ש והרמב״ם כתב וכולי. פירוש הרמב״ם חולק הוא בשני דברים האחד דא״צ בחזקה זו ג׳ שנים וטענה אלא לאלתר הוי חזקה דכיון דלא מיחה מחל השני ואפילו בפחות מטפח נמי הוי חזקה דלפי הטעם דכיון דראה ולא עיכב עליו מסתמא מחל לו אין חילוק בין טפח לפחות מטפח ומשנתינו דמחלק בין טפח לפחות מטפח אינו אלא לענין בנין דבטפח יש לו חזקה גמורה לאלתר ויכול בעל הזיז ג״כ למחות בבעל החצר שלא יבנה תחת הזיז

אף ע״פ שהוא חסר אבל בפחות מטפח אין לו חזקה גמורה ואינו יכול למחות בבעל החצר מלבנות תחתיו ולבטל תשמישתו ויכול לחתוך הזיז דאם לא היה רשאי לחתכו היה זה חסר אבל כל זמן שאין בעל החצר בונה תחת הזיז דאין בעל החצר חסר החזיק בעל הזיז באויר שתחתיו לתלות בו ואין בעל החצר יכול לעכב עליו ולומר דמזיקו לפעמים קצת בראייה דכיון שראה מתחלה ושתק הרי מחל לו ולאלתר הויא חזקה אפילו בפחות מטפח:

ט כתב הרי״ב זיז פחות מטפח וכו׳. נראה שהוא מפרש סתמא דמתניתין דאתרווייהו קאי דבין בעל החצר ובין בעל הגג בטפח יש להם חזקה זע״ז ויכול למחות זה על זה אבל פחות מטפח אין להם חזקה זה על זה ואינו יכול למחות זע״ז ורב הונא ורב יהודה פליגי בפחות מטפח וכלפי חוץ והלכתא כרב הונא דבעל החצר יכול למחות בבעל הגג:

י ומ״ש רבינו ולא מסתברא וכו׳. איכא לתמוה הלא גם רשב״ם פירש כך להדיא וז״ל אמר רב הונא לא שנו דאינו יכול למחות אלא בעל הגג בבעל החצר דאינו יכול למחות בו ולומר אל תשתמש בזיז שלי וכו׳ א״נ ה״ק מתניתין אין לו חזקה לבעל הגג וגם אינו יכול למחות בבעל החצר אם בא לקבוע זיזין סמוך לכותלו דהא ליכא היזק ראייה עכ״ל וכן בדין דכיון דאין בעל הגג חסר בשום דבר במה שמכניס בעל החצר זיז כ״ש בכותלו שהרי אין ממנו אפילו היזק ראייה לבעל הגג ובעל החצר נהנה הוה ליה זה נהנה וזה אינו חסר וכופין על מדת סדום וזאת היא דעת הרמב״ן בדין הנחת הסולם ברשותו של חבירו ורבינו בסמוך סעיף כ״א ג״כ השיג עליו ואמר דאינו נראה דהיאך ישתמש בשל חבירו בע״כ ואינה השגה כלל דטעמא משום דכופין על מדת סדום וכ״כ הרב המגיד לשם וה״ה הכא גם בסי׳ קע״ג ס״ג נמשך רבינו לשיטתו וע״ש במ״ש בס״ד ולפי שהטעם מפני שזה נהנה וזה אינו חסר הילכך גבי סולם אם צריך הוא לבנות שם מבטל הסולם דאם לא היה מבטל היה חסר כדפי׳ לשם ולפע״ד דהכי נקטינן כסברת הרי״ב ורשב״ם והרמב״ם דלא כהרב בהגהת ש״ע שכתב כאן גבי זיז כדעת רבינו החולק עליהם ותו דבסמוך גבי סולם פסק בש״ע כהרמב״ם והרב בהגהה לשם לא כתב כנגד זה שום דבר אלמא דהכי הלכתא. והקשו התוס׳ וא״ת והיאך יכול בעל הגג להשתמש בזיז והא איכא מעקה גבוה ד׳ אמות (וכדלקמן בראש סי׳ ק״ס) וי״ל כגון דהזיז בקרן זוית בסוף המעקה עכ״ל ולפעד״נ דמיירי בזיז שלפני החלון וכגון שהחזיק בחלון ולא החזיק בזיז ודין חזקת חלון ע״ל בסי׳ קנ״ד מסי״ד ואילך:

יב ראובן שהיה לו בית וכו׳. משנה סוף פרק חזקת המרזב אין לו חזקה ויש למקומו חזקה המזחילה יש לה חזקה ופירשה שמואל דה״ק המרזב אין לו חזקה מרוח אחת ויש למקומו חזקה מב׳ רוחות ר׳ חנינא אמר המרזב אין לו חזקה שאם היה ארוך מקצרו ויש למקומו חזקה שאם בא לעקרו אינו עוקרו ר׳ ירמיה בר אבא אמר המרזב אין לו חזקה שאם רוצה לבנות תחתיו בונה ויש למקומו חזקה שאם בא לעוקרו אינו עוקרו תנן המזחילה יש לה חזקה בשלמא למ״ד הנך תרתי שפיר אלא למ״ד שאם רצה לבנות תחתיו בונה מאי נפקא לה מינה הכא במזחילה של אבנים עסקינן דאמר ליה לא ניחא לי דתיתרע אשיתאי וכבר כתבנו בראש סי׳ זה דרבינו תופס עיקר כר״ת ור״י והרא״ש דבחזקה של ניזקין נמי לא הויא חזקה אלא בג׳ שנים ובטענה ולכן כתב כאן בסתם דחזקת המזחילה היא בג׳ שנים ובטענה: ומ״ש או טוען שהגג והחצר היה לא׳ וכו׳. איכא לתמוה דלקמן בסוף סי׳ קנ״ד כתב באחד שמכר או נתן הבית לשמעון והחצר ללוי והיו החלונות פתוחים מהבית לחצר הלוקח או המקבל מתנה צריך לסותמם ולא אמרינן דאין לשנות דבר מן הנזקין שהחזיק בהם המוכר והכא גבי מזחילה קאמר דזכה בנזק שהחזיק בו המוכר לשפוך מי גגו לחצר וי״ל דכאן מיירי בטוען שמכר לו תחלה הגג ואח״כ מכר החצר לחבירו דקי״ל מוכר בעין יפה מוכר ולראשון מכר או נתן שישתמש בו בענין שהיה המוכר משתמש בנזקין אלו: ומ״ש ומוקי לה בגמרא במזחילה של אבנים וכו׳. איכא לתמוה הלא גם הרי״ף והרמב״ם בפ״ח משכנים וכו׳ לא הביאו הך אוקימתא בפסקיהם ולמה לא השיג גם עליהם וי״ל דברי״ף ורמב״ם איכא לפרש דס״ל דהני אמוראי מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי והילכך קיי״ל ככולהו וכן נראה להדיא מדברי הרי״ף שהביא לכולם בהלכות וכך היא דעת הרמב״ם וכ״כ נ״י ע״ש הר״ן דלפי זה הא דפריך תלמודא לר׳ ירמיה מדתנן המזחילה יש לה חזקה מאי נפקא ליה מינה אי בני בעל החצר תותה לא הוה קושיא כלל דאיכא למימר דלא תנן המזחילה יש לה חזקה אלא לענין שלא יוכל לשנות מרוח זו לרוח אחרת וכן שלא לקצרה אם היתה ארוכה ואצ״ל שאם בא לעקרו שאינו עוקר אבל לבנות ודאי שיכול לבנות תחתיה כמו במרזב כיון דלא נפקא ליה מינה מידי ותלמודא דמוקי לה במזחילה של אבנים אינו אלא למאי דקס״ד דמקשה דפליגי וקא״ל דאף לפי סברתך ל״ק מידי דאיכא לשנויי במזחילה של אבנים אבל לקושטא דמילתא דל״פ לא קשיא מידי ולא איצטריך להאי שינוייא וכדפרישית ולהכי לא הביאו הרי״ף והרמב״ם הך אוקימתא דליתא לפי המסקנא אבל להרא״ש שכתב ז״ל יראה כיון דפליגי הני אמוראי ולא איפסיקא הילכתא כמאן מהם החזיק במרזב אזלינן בתר המיקל ולא יגע במרזב אך יכול לבנות תחתיו כר׳ ירמיה בר אבא עכ״ל א״כ לפי זה צ״ל דהך אוקימתא דמזחילה של אבנים אליבא דר׳ ירמיה בר אבא הלכתא היא קשיא ודאי אמאי לא הביאו בפסקיו ולפעד״נ דהרא״ש נמשך אחר האי נמי שכתב רשב״ם דהאי דקא מפליג בין מרזב למזחילה היינו משום דסתם מרזב של עץ וסתם מזחילה של אבנים ולפי׳ זה נראה שהסכימו גם התוס׳ דהשתא ודאי למסקנא כי היכי דאסור לבנות תחת המזחילה של אבנים דמזיק אותו בקול מקבות והגרזן ה״ה למרזב של אבנים ואם הוא של עץ אף תחת המזחילה יכול לבנות כמו במרזב של עץ וא״כ לא היה צריך לפרש אלא

דיכול לבנות תחת המרזב ומסתמא דבשל עץ קאמר וה״ה למזחילה של עץ דשרי כיון דליכא היזקא דאי בשל אבנים פשיטא הוא כיון דידוע דהמזחילה מתנדנדת מקול המקבות והגרזן דאסור לבנות תחתיה ולא צריך לפרש דלא גרע מקול של רחים שהנדנוד קשה לכותל של אבנים ומעוצרי שמן וכותשי ריפות דמכח הכאתם מזדעזעת ומתנדנדת כותל חבירו דחייב להרחיק כמו שיתבאר בסי׳ קנ״ה סעיף י׳ וי״ד ע״ש וא״ת בשל עץ נמי פשיטא הוא כיון דאין לו היזק דיכול לבנות תחתיה י״ל דאתא לאשמועינן דיכול לבנות תחת המרזב אע״פ שאין המים מקלחין יפה כבתחלה והכי משמע להדיא מדברי הרא״ש עצמם שכתב דמאי שאינו יכול להטותו לרוח אחרת או לשנות בו לקצרו אינו אלא שיש לו קצת טענה לבעל המרזב שאין המים מקלחין יפה כבתחלה מכלל דבלבנות תחת המרזב אפילו אין מקלחין יפה כבתחלה יכול לבנות דאם לא כן מאי איכא בין לבנות תחת המרזב ובין להטותו לרוח אחרת והכי משמע מלשון המרדכי פרק חזקת שכתב וז״ל שאם בא לבנות תחתיו בונה פי׳ ר״ח אם בא בעל החצר לבנות בנין תחתיו עד שמגיע למרזב ויהיו המים עוברים על אותו הבנין ולא יהיו מקלחין בחצר הדין עמו ונראה לר״י שר״ל אף על פי שאין יוצאין המים כ״כ להדיא לפי שהבנין כנגד הקילוח ומעכבו אפ״ה אין בעל הגג יכול למחות בידו עכ״ל פי׳ לפירושו דאם (לא) היה היזק שאין המים מקלחין כלל ונשפכין על הכותל ודאי אסור לבנות תתתיו כי היכי דאסור לבנות תחת המזחילה של אבנים לפי שמזיק ומקלקל המזחילה בקול המקבות והגרזן ה״ה היכא דמזיק בבניינו למרזב או לכותל דמאי שנא אלא בשאינו מזיק רק שאין מקלחין יפה כבתחלה קאמר דיכול לבנות וגם מ״ש הרמ״ה כיון שיכול וכו׳ עד הדין עמו עיקר חידושו לאורויי דאע״ג דכשמקבלו בכלי או בצינור אין המים מקלחין יפה כבתחלה אפ״ה רשאי מאחר שאין לו בזה היזק דאינו משנה בגוף המרזב כלום ואינו מטה אותו ממקומו כלום אבל בשל אבנים לא היה צריך לפרש דפשיטא הוא דאינו רשאי לבנות כדפרישית כנ״ל בישוב דברי הרא״ש:

טו כתב הרמ״ה וכולי ובעל העיטור כתב וכו׳ ומסתברא כדברי הרמ״ה דקיי״ל אחזיק לנטפי וכולי. זהי הדין שכתב בסמוך סעיף י״ח דכשהחזיק בחצר חבירו לקבל מי גגו שיכול לשנותו מענין לענין ומביא הרמ״ה ראיה משם דכי היכי דיכול לשנותו לצריפא דאורבני בענין שהטיפין תכופין מאוד זה על זה ואין בעל החצר יכול להשתמש תחתיהם כמו שפירש רשב״ם הה״נ שיכול לשנות ולהגביה גם הצינור דמאי שנא מיהו כבר כתבתי בסמוך דוקא שאין לו בזה היוק שאינו יכול להשתמש כלל אלא שאין נוח לו להשתמש כבתחילה דאילו יש לו היזק ממש ודאי מודה גם הרמ״ה והרשב״ם דאינו יכול להגביה ולכן דקדק רבינו וכתב בסמוך שהטיפין תכופים זה על זה מאוד שאין נוח לשמש תחתיהן וכו׳ כלומר דאם לא היה יכול לשמש כלל פשיטא דמעכב עליו ולפי זה נראה דל״פ הרמ״ה ורשב״ם אמ״ש ה״ה פ״ח משכנים ע״ש הרמב״ן והרשב״א דאם בא להגביה השופכין כדי שיהיו יורדין ממקום גבוה שזה ודאי מוסיף בהיזק אין שומעין לו עכ״ל דודאי היכא דאיכא היזק דלא יכול לשמש כלל מודי הרמ״ה ורשב״ם וכל זה דלא כנראה מדברי ב״י דפליגי ע״ש סעיף י״? אלא דקשה לפי זה אמאי כ״ר דבעל העיטור חולק אהרמ״ה דשמא ב״ה נמי לא קאמר אלא היכא דאיכא היזק ועיינתי בס׳ העיטור אות מ׳ מחאה (דף פ״ט ע״ג) וז״ל אבל אם רצה להגביה מסתברא שיכול להגביה אבל אדונינו אבי דן שאינו יכול להגביה שהיזקו מרובה דקילוחו רחוק עכ״ל אלמא אע״ג דסברת ב״ה עצמו דאין זה נקרא היזק במאי דקילוחו רחוק מ״מ כיון שכתב דעת אביו באחרונה ושהיה דן הלכה למעשה דאינו יכול נראה שכך היא מסקנתו ולכן כתב רבי׳ דב״ה חולק אהרמ״ה דמתיר להגביה ואע״פ שקילוחו חזק יותר דאין זה היזק ממש שהרי דעתו שהיזקו מרובה הוא כיון דקילוחו רחוק:

יח ראובן שהחזיק וכו׳ ובטענה וכו׳. וזהו לשיטת הרא״ש ורבי׳ דבכל חזקות בעי׳ ג״ש וטענה כדפירש׳ בסמוך דאילו להרמב״ם לאלתר הוי חזקה ובלא טענה ודכוותיה גבי חזקת סולם דבסמוך וכל כיוצא בזה בחזקה דנזקין: ודע דהך אוקימתא דמרזב אין לו חזקה מרוח אחת פירש בה רשב״ם שאם הוא במזרח יכול בעל החצר לומר לו תנהו במערב אבל לסלקו לגמרי מב׳ רוחות לא והתוס׳ ע״ש ה״ר יוסף פי׳ דה״ק דאם הוא במזרח יכול בעל החצר להטות ראש המרזב באותו רוח לצד צפון או לצד דרום אבל אינו יכול לשנותו ממזרח למערב וענין זה פר״ח וכ״כ במרדכי ע״ש ר״ח ובאלפסי ישן מצאתי וז״ל פי׳ שאם היו מי המרזב שפכי מהאי גיסא ומהאי גיסא ליה ליה רשו לאייתויינהו כולהו בחד גיסא ויש למקומו חזקה דאי נפל עבד ליה כדמעיקרא ע״כ וע׳ בס׳ העיטור שם מ״ש ע״ש רבינו סעדיה גאון וע׳ עוד ברמב״ם פ״ח משכנים פי׳ בענין אחר ופסק בש״ע כמותו:

כ סולם קטן וכו׳. משנה ס״פ חזקת ויש להקשות לפרשב״ם מ״ש סולם קטן מזיז פחות טפח שאין לו חזקה ואפ״ה יכול למחות בו כיון דאיכא היזק ראייה כ״ש הכא שנכנסו בחצירו לעלות בו לראש גגו דאיכא היזק ראייה טפי וצריך לומר דמיירי בחצר שאין בו בית שאין משתמשין בו והכי משמע ברמב״ם שכתב בחצר חבירו או בתוך שדהו דחצר דומיא דשדה דלית ביה היזק ראייה וליכא קפידא אלא בדריסת הרגל בלחוד ובזו כופין על מדת סדום כמו שפי׳ ה״ה לדעת הרמב״ם וזו היא נמי דעת רשב״ם ואפשר דאף ר״י לא קאמר דקפיד אלא בחצר שמשתמשין בו אבל בחצר שאין משתמשין בו לא קפיד ובזה נסתלקה השגת רבינו ועיין במ״ש בסמוך סעיף י׳ ועיין לקמן בסימן קע״ג סעיף ג׳:

כב כותל הידוע שהיה של שמעון וכו׳. מימרא דר״נ פ״ק דבתרא אחזיק להורדי אחזיק לכשורי וכו׳ וכתב רבינו כותל הידוע שהיה של שמעון דאם אינו ידוע הרי הוא בחזקת שניהם דשניהם מחזיקין בו וא״צ לזה חזקת ג׳ שנים: ומ״ש הוי חזקה בכל הכותל כו׳. הטעם כתב הרא״ש בשם ה״ר יונה דמסתמא כשקנה ממנו רשות לסמוך על כותלו קנה ממנו כל הכותל להיות החצי שלו והילכך מועלת חזקה זו אף לאבני הכותל אם יפלו לחלוק עמו כמ״ש בסוף סימן זה ע״ש הרא״ש א״כ גם כשהכותל קיים הויא חזקה אף להכניס בו קורות הרבה בכל הכותל ולפי זה אין מקום למ״ש ב״י בפי׳ השני דאין רשאי להכניס קורות יותר דליתא אלא העיקר כמו שפירש הוא תחלה והוא דבר פשוט ומיהו אם זה טוען שלא קנה ממנו אלא מקום בכותל לקורה כך וכך המחזיק נשבע היסת וה״ה בכל שאר החזקות צריך שישבע המחזיק אם המערער טוען ברי וכ״כ רבינו בשם הרמב״ם בסמוך סכ״ב: ומ״ש אפילו אם לא חיבר ראשי קורות בטיט לכותל. כתב ב״י פשוט הוא ולא ידעתי למה הוצרך רבינו לכתבו עכ״ל ולפעד״נ דהוצרך לכתבו דכיון דכל היכא דס״ל לגאונים והרמב״ם בחזקת נזקין דלאלתר הוי חזקה ושלא בטענה ס״ל לר״ת ור״י והרא״ש דבעינן חזקה בג״ש ובטענה כמו שיתבאר בסימן זה אם כן סד״א כיון דהיכא דחבריה בטינא כההיא דכשורא דמטללתא דלגאונים ורמב״ם בפ״ח משכנים לאלתר הוי חזקה להרא״ש בג״ש וטענה נמי לא הוי חזקה אלא היכא דחברי׳ בטינא (וע׳ במ״ש ב״י בס״ס זה ובסימן קנ״ז סעיף ל׳) להכי כתב רבינו דליתא דאין חילוק דלא כל היכא דהחזיק ג״ש ובטענה אפילו לא חבריה בטינא הוי חזקה ואם לא החזיק ג״ש אפי׳ חבריה בטינא לא הויא חזקה דלא כהרמב״ם דבחבריה בטינא לאלתר הויא חזקה:

כד פירש רשב״ם שלחזקה כזאת וכו׳. הכי איתא הגה״ה בפי׳ רש״י שלנו בפ״ק דבתרא (ד׳ ו׳ ע״א) ע״ש ומה שלא הזכיר רשב״ם בפי׳ זה סולם ולי נראה דרבותא קמ״ל דאפילו פתיחת חלונות למעלה מד׳ אמות דלית ביה משום היזק ראייה דומיא דמרזב ומזחילה בעינן ג״ש כ״ש זיז דאית ביה משום היזק ראייה וכן העמדת סולם בחצר חבירו אף על פי שאין משתמשין בו כדפירשתי מ״מ איכא למיחש כל שעה שמא עכשיו משתמש בו תשמיש צנוע ואית ביה חששא דהיזק ראייה והגאונים נקטו זיז וסולם לרבותא דאפילו בהני דאית בהו חששא דהיזק ראייה הויא חזקה לאלתר וכ״ש במרזב ומזחילה:

כה ומ״ש וכ״כ הרמב״ם וכו׳. פרק ח׳ משכנים וטעמו דבקורה אחת דחזינן דמחל ליה מסתמא ודאי לא קפיד בין קטנה לגדולה דאל״כ הויא ליה לפרש דלא מחל ליה אלא קטנה אבל טפי מאחת לא היה צריך לפרש דמהיכא תיתי דמחיל ליה טפי:

כו ומ״ש דאם טען זה כותל זה אני שותף בו נאמן. צ״ע דאי באין עדים שהכותל הוא שלו א״כ א״צ שום נעיצת תקרה כיון דהכותל הוא בחזקת שניהם אלא ודאי צריך לפרש דמיירי בשידוע שהכותל הוא של זה כדמשמע מלשונו דקאי על מ״ש בתחלה מי שהחזיק בכותל זה בקורה אחת וכו׳ דקאי על מ״ש קודם זה היה הכותל של ראובן לבדו והכי משמע מדברי רבינו שכל מה שהביא דעות המפרשים כאן הוא חוזר על מ״ש כותל הידוע שהוא של שמעון וכו׳ ואפ״ה נאמן לומר דפרע לו מחצית כל הכותל אע״פ שלא השתמש אלא בקורה אחת ויצא לו להרמב״ם זה מהא דתנן ריש פ״ק דבתרא כשהאחד בונה הכותל החוצץ בינו ובין חבירו למעלה מד׳ אמות אין חבירו חייב לשלם סמך לו כותל אחר אע״פ שלא נתן עליו את התקרה מגלגלין עליו את הכל בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן וקאמר בגמרא דה״ט דכיון דאין שם אלא גילוי דעת דניחא ליה בהגבהה דהיאך אינו נאמן לומר שפרע דמימר אמר מי יימר דמחייבי לי רבנן בגילוי דעתא בלבד דאין משפט זה גלוי לכל אבל בנתן עליו קורה דפשיטא הוא דמחייבי ליה הו״ל כאומר פרעתיך לאחר זמני ונאמן בשבועת היסת וכ״כ כסף משנה ע״ש הריב״ש. ויש להקשות דבהודה שאין הכותל שלו אלא שמחל לו על הנחת הרבה קורות יהא נאמן במיגו דאי בעי טעין כותל זה אני שותף בו. ויש לומר דהרמב״ם חוזר אמ״ש חפר שמעון וכו׳ ושתק ראובן וכו׳ דמיירי בטוען דמחל לו כיון דשתק הילכך אע״ג דאית ליה מיגו מ״מ בטענה זו דשתק ומחל לו יכול לזכות בה אלא לקורה אחת מטעמא דפי׳ אבל אם טען מחל לי בפירוש הרבה קורות אין ה״נ דנאמן בהאי מיגו וכמ״ש רבינו סוף סימן קנ״ז: ומ״ש ור״ת פירש וכו׳. רצונו לומר דלר״ת והרא״ש אין חילוק בין קטנה לגדולה ובין קורה אחת לקורות הרבה אלא כל היכא דאיכא חזקת ג״ש וטענה נאמן ואי לא אינו נאמן כיון דידוע דהכותל הוא של שמעון:

סימן קנד

א יש חזקה לראייה וכו׳. כתב ב״י היינו לדעת ר״י הלוי והרא״ש אבל לא לדעת הרי״ף והרמב״ן כמ״ש בסימן זה סעיף י״ו י״ז עכ״ל ולא דק דלא היתה דעת רבינו כאן לומר דיש חזקה להיזק ראייה דא״כ הו״ל לומר להיזק ראייה אלא יש חזקה לראייה ר״ל כי היכי דאיכא חזקה לגוף הקרקע ולתשמישיה כך יש חזקה לפתיחת חלונות ופתחיה דאין חבירו רשאי לבנות כנגדו ולהאפיל עליו שהרי החזיק באורה הבא לו דרך פתחיה וחלונות דבזו הכל מודים דאיכא חזקה לראייה כמו שיבוא:

ב אין האדם רשאי וכו׳. משנה ס״פ חזקת כתב ב״י ע״ש הרשב״א דמשמע מל׳ משנתינו (פירוש מדנקט חצר ולא מבוי דהוי רבותא טפי שמעינן דבמבוי לא חיישינן להכי) דבמבוי פותח פתח כנגד פתח ובירושלמי נחלקו בה וכולי אכן לקמן סעיף י׳ כתב רבינו ע״ש הרי״ף דמבוי המפולש דינו כר״ה דשרי שאינו מפולש דינו כחצר ואסור וה״ה בפ״ח משכנים כתב ע״ש הרא״ש דאפילו כשאינו מפולש כל שיש למטה ממנו ג׳ בתים ה״ה כר״ה ושרי וע״ש אבל בנ״י כתב ע״ש הר״א והריטב״א דבאינו מפולש דינו כחצר ואסור והכי נקטינן: כתב ב״י ע״ש הרשב״א שאם נתן לו רשות לפתוח שמותר ולפי גמרתינו כל שהכיר וידע ה״ה כנותן רשות ע״כ וצ״ע שבאותה תשובה קודם לכן לא כתב שמחל אלא בשסייע עמו עכ״ל ב״י ולי נראה דהיכא שנותן לו רשות בפירוש אין צריך לסייע עמו אבל בשתק אע״פ דשתיקה כמחילה היא לא הוי כסייע עמו וע׳ במ״ש למעלה בסי׳ קמ״ב אדברי ה״ר יונה:

ג ולא מיבעיא וכו׳ עד אבל לחצר לא יפתח כלל. פי׳ אע״פ שפותחה לתוך ביתו אפ״ה אינו רשאי לפתוח גם לחצר ואצ״ל אם אינה פותחה לתוך ביתו אלא לחצר בלבד דפשיטא דאינו רשאי והכי מוכחא סוגיא דתלמודא דפריך רישא אסיפא דברישא תנא לקח בית בחצר אחרת יפתחנו לחצר השותפין מפני שמרבה עליהם את הדרך ובסיפא תנא אלא אם רצה בונה את החדר לפנים מביתו וכו׳ וקס״ד דפותחה גם כן לחצר והלא מרבה עליהן את הדרך ומשני מאי חדר שחלקו לשנים ומאי עלייה אפתא כלומר שאינו פותחה לחצר כלל אלא לתוך ביתו בלבד: ומ״ש בשם רשב״ם דאסור להוסיף בנין חדש וכולי. הכי משמע ודאי לפי פשט הלשון דקאמר מאי חדר שחלקו לשנים וכו׳ דאינו בונה כלום אלא שמחלק הגובה או המשך לשנים ונמצאת חדר או עלייה בנויה מאיליה אבל בנין חדש אינו רשאי אבל הרמב״ם ס״ל דאפילו בנין חדש שרי כיון שאינו פותחו לחצר כלל וה״ה לקנות בית אצל ביתו אם לא יהא פתוח לחצר כלל אלא לתוך ביתו דהכי איתא בתוספתא להדיא ואם כן האי דקאמר מאי חדר שחלקו לשנים ה״ק סיפא מיתוקמא בבנין שהוא כמו שמחלק ביתו לשנים או כעין אפתא דאינו עשוי אלא להרוחת תשמישו ואינו פותחה לחצר כלל וכך פסק הרמב״ם כמש״ר בשמו בסמוך וכן פי׳ הרמב״ן בחידושיו ע״פ הרי״ף: והרמ״ה כתב שאף דיורים וכו׳. נראה דתרתי אתא לאשמועינן חדא דאינו רשאי להשאיל או להשכיר לאחרים ולהוסיף דיורים ובני בית לפי שמרבין עליהן את הדרך אפי׳ אינו מוסיף בנין דבר חדש ולא שרינן עלייה וחדר בלא הוספת בנין דבר חדש אלא לעשות לעצמו אוצר לאצור בהם שמן ויין אבל לא להוסיף אכסנאים ודיורים על בני ביתו דלא כפרשב״ם. אידך אתא לאשמועינן דלהוסיף בנין דבר חדש ולפתוח פתח לחצר אינו רשאי אפילו לא חזי כלל לאוסופי ביה דיורים אלא לאוצר נמי אינו רשאי וכתב בטעם דין זה הרי מרבה לעצמו דרך וכו׳ דכשרוצה לעלות לעלייה בסולם שבחצר או רוצה ליכנס לחדר שהוסיף דרך פתח הפתוח לחצר נכנס תחלה לחצר ומתוכה לרשות אחר שהוסיף ולזה לא נשתעבד לו החצר ומשמע דאם אינה פותחה לחצר כלל אלא לתוך ביתו רשאי אפילו מוסיף בנין חדש כיון שאינו מוסיף דיורים ומרבה דרך בחצר ובזה הרמ״ה מיקל טפי דאילו לפירשב״ם אינו רשאי להוסיף בנין חדש כל עיקר אבל להרמ״ה רשאי כיון שאין לו פתח אחר לחצר אלא לביתו ואע״ג דמשנה ערוכה היא אם רצה בונה חדר לפנים מביתו ובונה עלייה ע״ג ביתו ופותחה לתוך ביתו דאלמא דוקא לתוך ביתו מ״מ אי ממתני׳ הו״א דלא אסר אלא היכא דאינה פותחה אלא לחצר אבל כשפותחה לתוך ביתו רשאי לפתחה גם לחצר לכך בא הרמ״ה לבאר דכשמרבה דרך לחצר אינו רשאי והילכך אפילו פותחה לתוך ביתו נמי אינו רשאי לפתחה גם לחצר ואע״ג דתנן קטן לא יעשנו גדול אחד לא יעשנו שנים דאלמא דאין לעשות פתח חדש כל עיקר אפילו אינו מרבה הדרך אפי׳ הכי הו״א דוקא פתח שבבית אינו יכול לשנות אבל הכא שהתירו לו לעשות חדר בפני עצמו אחורי ביתו ועלייה ע״ג ביתו ה״נ יוכל לעשות לו גם פתח לחצר וקאמר הרמ״ה דאינו רשאי כיון דמרבה לעצמו דרך לחצר וכו׳ וצריך להגיה בלשון הרמ״ה הרי מרבה לעצמו דרך לחצר ליכנס מתוכה לרשות אחר וכו׳: ומ״ש והני מילי וכו׳. פי׳ ב״י דהכי קאמר אם אינו מוסיף דיורים אחרים מבחוץ אלא שבני ביתו ניתוספו רשאי לחלוק ביתו לשנים גבהו וברחבו ופותחן לביתו ולא לחצר דכיון דאינו מוסיף בית דירה החצר נשתעבד וכו׳ ומשמע להדיא דכשאינו חולק ביתו לשנים כלל אלא מניחו כמו שהיה אע״פ שמשכירו לאחרים רשאי וכ״כ הרמ״ה גופיה ומביאו רבינו לקמן בסי׳ קצ״ו סה״ו ע״ש ויש להקשות לפ״ז א״כ אמאי קאמר בגמרא מאי חדר שחלקו לשנים ומאי עלייה אפתא דהיינו בבונה לאוצר ולא מוקי לה בבונה לבני ביתו וי״ל דודאי אוקימתא דגמרא איכא לפרושי בתרתי גווני דבחולק ביתו לשנים רשאי בין לעשותו אוצר בין לבני ביתו שניתוספו אלא דהרמ״ה בא לפרש כל חילוקי הדינים וכתב תחלה דלחלקו משום דיורים אינו רשאי אא״כ לעשות אוצר ולהוסיף בנין דבר חדש ולפתחה לחצר אפי׳ לאוצר ולא חזי לאוסופי דיורים נמי אינו רשאי אם אינו מוסיף בית דירה. ומ״ש רבינו והרמב״ם כתב וכו׳ דנראה מלשונו דס״ל דהרמב״ם חולק אדברי הרמ״ה ולפי מ״ש ודאי גם הרמ״ה מודה להרמב״ם אפשר ליישב דלפי דמדברי הרמ״ה אפשר לדייק מדכתב להוסיף בנין ולפתוח לחצר אסור אפי׳ לא חזי לאוסופי ביה דיורים מכלל דאם אינו פותחה לחצר כלל אלא לתוך ביתו רשאי לבנות בנין חדש ומ״מ אינו רשאי אלא היכא דלא חזי לאוסופי ביה דיורים אבל בדחזי אינו רשאי דשמא יכניס בה דיורים ולא בעי למיקם בהדיה בדינא כדכתב ה״ה האי טעמא בפ״ה משכנים ולכך כתב רבי׳ דהרמב״ם כתב דרשאי לפתוח בתוך ביתו דאע״פ דחזי לאוסופי ביה דיורין מ״מ כיון שאין עוברין אלא דרך עליו אינו עשוי להכניס שם דיורין ומיהו בספרי הרמב״ם שבידינו לא כ״כ בפירוש כמש״ר בשמו אלא שה״ה פי׳ דעת הרמב״ם שהוא כדעת הרי״ף והרמב״ן ע״ש. ובספר ב״ה כתב שנ״ל שט״ס הוא וצריך לגרוס והרמב״ן בנו״ן שהוא כ״כ בפי׳ עכ״ל.

אבל בספר כ״מ האריך לפרש שדעת הרמב״ם כדעת הרי״ף והרמב״ן ע״ש: ומ״ש ומדברי א״א הרא״ש ז״ל יראה וכו׳. תימה כיון דהרא״ש לא כתב אלא לשון אוקימתא דגמרא מאי חדר שחלקו לשנים ומאי עלייה אפתא ולפי פשט הלשון משמע להדיא דלא שרי בנין חדש אלא לחלוק הבית בגובה או במשך א״כ מנ״ל לרבינו דמתיר לבנות בנין חדש ואפשר דנ״ל לרבינו הכי מדכתב הרא״ש גבי לקח בית בחצר אחרת דל״מ דלא יפתחנו לאויר חצר השותפין אלא אפילו לתוך ביתו אסור משום שמרבה עליהן את הדרך ובעלייה ובחדר לא פירש דבר מכלל דבעלייה ובחדר שרי דאי בעלייה ובחדר נמי אסור הו״ל לאשמועינן רבותא טפי:

ד ואפילו אם יש לאחד פתח וכו׳. איכא למידק דבגמרא נמי דה״ה אי הוה ליה תרי פיתחי בר תרתי אמות לא לישוויה חד פיתחא בר ד׳ אמות דא״ל בפיתחא זוטרא מצינא לאיצטנועי מינך בפיתחא רבה לא מצינא לאיצטנועי מינך ואמאי לא הביאו רבינו וי״ל דבמאי שאמר תחלה ואפילו אם יש לא׳ פתח או חלון פתוח לחצר אינו רשאי להוסיף עליו כלל הורה לנו דאין לעשות משני פתחים קטנים פתח אחד גדול דא״כ מוסיף הוא בפתח ובמ״ש מלת כלל הורה לנו דאפי׳ אינו מתרבה בפתיחתו נמי אינו רשאי:

ה וחלון כנגד חלון וכו׳. משנה ס״פ חזקת לא יפתח אדם לחצר השותפין פתח כנגד פתח וכו׳ ופרשב״ם לא יפתח אדם לחצר השותפין וכו׳ אפילו היכא דיש לו חזקה נראה דהוה קשיא ליה מאי אירא פתח כנגד פתח אפילו שלא כנגד פתח נמי לא יפתח כדקתני ברישא לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפין ולהכי פי׳ דמתני׳ הכא מירי אפי׳ היכא דיש לו חזקה כגון שהיה לו בית ונפל והחזיק בפתח זה וחלון זה מקודם ג׳ שנים לדעת רשב״ם המצריך ג׳ שנים וטענה בפתיחת חלונות כדלעיל בסי׳ קנ״ג סעיף כ״ד ועכשיו כשבא לחזור לבנות ולפתות פתח וחלון במקום שיש לו חזקה תהא פתח כנגד פתח וכו׳ וקאמר דאסור לו לפתוח וזהו שכתב רבינו ג״כ וחלון כנגד חלון וכו׳ לא יעשה כלל אפילו שיש לו רשות לפתוח דר״ל דכבר החזיק ויש לו רשות לפתוח חלון או פתח במקום זה ומש״ר וכתב הרמ״ה דאפי׳ חזקה לא מהני ביה כיון דבאיסור עשאו הדבר פשוט דלא קאמר בחזקה שהיה לו כבר דא״כ מאי דאמר כיון דבאיסור עשאו הו״ל לומר דחזקה לא מהני ביה לעשות איסור ועוד דכבר כתב רבי׳ דאפי׳ הו״ל חזקה ויש לו רשות לפתוח אסור אלא הרמ״ה מירי בעבר ועשה פתח כנגד פתח וזה שתק ולא מיחה וס״ל להרמ״ה דחזקת חלון ופתח הוא בשתיקה ובמחילה וא״צ ג׳ שנים כמ״ש רבינו בשמו סעיף ט״ו ואפ״ה ס״ל דהך חזקה לא מהניא ביה כיון דבאיסור עשאו שהרי בתחלת עשייתו לא ידע שישתוק חבירו וימחול לו הילכך כיון שבאיסור עשאו ואיכא קפידא טובא לא מהניא ביה חזקה משא״כ בחלון דלא הוי כ״כ קפידא מהניא ביה חזקה ומצינו נמי למימר דאפי׳ ס״ל להרמ״ה כהר״י הלוי והרא״ש בסמוך סעיף י״ז דבהיזק ראייה יש לו חזקה אין זה אלא דוקא בהיזק ראייה דחלון הפתוח לחצר או אפילו בחלון כנגד חלון אבל לא בפתח כנגד פתח והדבר ברור שבפרשב״ם לא איירי בחזקה זו שעשאה באיסור כל עיקר אלא בחזקה שהחזיק כבר והרמ״ה לא איירי בחזקה שהחזיק כבר בפתח וחלון זה אלא בחזקה שעשאה באיסור והב״י במ״כ הבין דהרמ״ה מדבר בחזקה דקאמר רשב״ם ופליגי בפתח חלון כנגד חלון ולא דק ומתוך מ״ש התבאר דדוקא להרמ״ה דהחזקה היא לאלתר דכיון דשתיק מחיל הילכך לא הויא חזקה אלא בדליכא קפידא אבל לפירשב״ם היכא דעבר ועשה פתח כנגד פתח והחזיק כך ג׳ שנים ובטענה הויא חזקה למאן דאית ליה חזקה אפילו היכא דאיכא היזק ראייה וכל זה דלא כמ״ש מהרו״ך ע״ש: כתב נ״י בשם העיטור דברי״ה דשרי פירשו רבנן סבוראי דוקא דליכא היזק ראייה ולא מינכרא היזקא אבל מינכרא היזקא לא עכ״ל וכתב עלה ב״י וז״ל ואני שמעתי ולא אבין היכי משכחת לה פתח כנגד פתח שלא יהא בו היזק ראייה ואפשר לומר דס״ל כרשב״ם דבהרחקת משהו סגי עכ״ל ולפעד״נ דהעיטור רצונו לומר דליכא היזק ראייה מדידיה טפי דליהוי מינכרא היזקא דידיה טפי משאר בני ר״ה כגון שהחלונות הם נמוכים דהשתא לא מינכרא היזקא דידיה טפי אבל כשהם גבוהים קצת כמ״ש הרמב״ן א״נ בעלייה כמ״ש הרא״ש התם ודאי אסור לפתוח וזהו שאמר בחלוקה זו אבל מינכרא היזקא דכיון דהיזק ראייה דידיה מינכרא אינו רשאי ופשוט הוא:

ח כתב ה״ר יונה שהראשון הבא לפתוח וכו׳ עד כזוכה מן ההפקר עכ״ל. נראה דלא כתב הרא״ש כך אלא לדינא אבל הכל לפי מנהג המדינה וכמבואר בתשובתו בסמוך סעיף י״א וע״ל במחודשין סעיף י״ז תשובת הרשב״א כתב ג״כ דמי שפותח על ר״ה זכה מן ההפקר: כתב נ״י פ׳ לא יחפור דטעמא דה״ר יונה משום דס״ל כהרי״ף ורש״י שאין המזיק רשאי לסמוך אע״פ שאין שם דבר הניזק וכיון שהיה יכול למחות ולא מיחה הויא חזקה אם בא בטענה ולפיכך קאמר הר״י דהראשון הבא לפתוח בעלייה אין יכול לפתוח וכו׳ אבל דעת הרא״ש כר״ת דכל דבר רשאי לסמוך כשאין שם דבר הניזק חוץ מבור וכיון שלא היה יכול למחות א״כ אין לראשון שסמך שום חזקה אף לסברת הר״ר יונה דר״ה אינו הפקר וכ״כ רבינו בסימן קנ״ה סעיף נ״ג נ״ד ע״ש דבהא פליגי ה״ר יונה והרא״ש ונראה דאף ע״ג דבהך פלוגתא קיי״ל כהר״ר יונה דכך הוא דעת רוב האחרונים וכדפסק בש״ע סעיף י״ו מ״מ בפותח לר״ה לא קיי״ל כה״ר יונה אלא כהרא״ש דר״ה הפקר הוא דכך ס״ל להרשב״א וכדפרישית ותו נראה דאף הר״ר יונה לא אמר אלא במקום שנוהגים לבנות גגין ועליות ולפתוח בו חלונות לר״ה כרצונו דהוי פותח לחצר השותפין דאינו הפקר ולפיכך יכול למחות בו כפי דעת הר״י דס״ל כהרי״ף ורש״י דאינו יכול לסמוך אף ע״פ שאין שם דבר הניזוק דמצי א״ל חבירו שמא אבנה גם אני עלייה בחלונות ותזיקני בראייה אבל

במקום שאין אדם רשאי לבנות עליות וגגין או שום דבר חדש שלא החזיק בו מלפנים מודה ה״ר יונה שזה שהיה לו עלייה מלפנים ובא לפתוח בו חלונות יכול לפתוח בו כאות נפשו שהרי אין חבירו יכול לומר לו שמא אבנה גם אני וכו׳ שהרי איננו רשאי לבנות מיהו אם גם חבירו היה לו עלייה כנגדו מלפנים ורשאי לבנות לו עלייה אז יכול למחות מטעם דשמא אבנה גם אני וכולי וכך מבואר מלשון ה״ר יונה שהביא בנ״י שכתב וכן אם בא לפתוח חלון כנגד כותל חבירו וכולי דאלמא דמיירי בשיש לכל אחד כבר בנוי כותל כנגד כותל חבירו ודכוותיה מ״ש תחלה בבא לעשות גג נגד תקרת בית חבירו נמי מיירי בכה״ג שכ״א יש לו רשות לבנות גג וכדפי׳ אלא דאיכא לתמוה לפי זה הא דכתב רבינו דהרא״ש חולק על זה משום דר״ה הפקר הוא הלא בסמוך הביא רבינו תשובת הרא״ש דפסק דלא הוי ר״ה הפקר כשכל אחד יש לו רשות להוציא בניינו לר״ה. ונראה ליישב דבתשובה לא מיירי אלא בעושה חלון מן הצד התם הוא כיון שחבירו גם כן יכול להוציא בניינו א״כ הראשון שלא כדין פתח ובא לעכב אחר כך בניינו של חבירו שבונה מפני שמאפיל על חלונו שפתח אבל בפותח בעלייה לר״ה כנגד עלייתו של חבירו דאין חבירו יכול לעכב עליו אלא מטעם שמא גם הוא יהא פותח חלונות כנגדו ויזיק אותו הראשון בראייה הכא הוא דס״ל להרא״ש דר״ה הפקר הוא לענין זה והראשון שפתח בדין פתח דהוי כזוכה מן ההפקר דהדרך של ר״ה של מלך הוא והשני שיפתח אח״כ כנגדו הוא גורם לעצמו שיזיקנו חבירו בראייתו ולפיכך אינו יכול לעכב על הראשון ואדרבא הראשון יכול לעכב על השני שלא יפתח חלון כנגד חלון שכבר פתח בהיתר אכן בש״ע איכא לתמוה טובא דכתב וז״ל הבא לפתוח ראשון בעלייה שכנגד עליית חבירו לה״ר יונה יכול חבירו לעכב עליו ולהרא״ש והרשב״א אינו יכול לעכב שר״ה הפקר הוא וכו׳ וה״מ במקום שאין אדם רשאי להוציא זיזין לרשות הרבים אבל במקום שרשאי להוציאם לא הוי האור שלפני עלייתו הפקר וכו׳ עכ״ל והא ליתא דהא ודאי במקום שאין אדם רשאי להוציא זיזין וכו׳ אף ה״ר יונה מודה שאין יכול חבירו לעכב ולומר שמא גם אני אבנה עלייה בחלונות שהרי אינו רשאי לבנות עלייה מחדש ואם תפרש דה״ר יונה לא מיירי אלא היכא דכבר בנויה עלייה כנגד עלייה דהחזיקו שניהם בבנין העליות מלפנים א״כ גם להרא״ש איננו הפקר דכי היכי דבמקום שרשאי להוציא איננו הפקר הכי נמי איננו הפקר כשהחזיקו כך אף במקום שאינו רשאי להוציא בנין מחדש ולפיכך נראה דאין לנו לתפוס להלכה הא דכתב וה״מ וכו׳ אלא כדפרישית עיקר והרא״ש מחלק בין חלון מן הצד לחלון שכנגד כותל חבירו דאין לשם אלא משום היזק ראייה בלבד ודוק היטב. שוב ראיתי דמהרו״ך בש״ע האריך בזה בדברים דחוקים כמעייל פילא בקופא דמחטא גם לא ירד כלל לכל זה שכתבנו ע״ש: כתב ב״י במחודשים סעיף י״ח ע״ש תשובת הרשב״א סימן אלף פ״ה מי שקדם ופתח חלון על ר״ה אין חבירו שעל הדרך רשאי למנעו מפני שאינו פותח על רשותו שהדרך של מלך הוא וכו׳ ולפיכך אם בא השני לפתוח חלון כנגד אותו חלון אינו רשאי אבל אם בא להגביה כותלו מגביה ואינו נמנע ואף ע״פ שאין ביניהם ארבע אמות עכ״ל ובית יוסף השיג על זה דהא מתניתין סתמא קתני ומכנגדן ארבע אמות כדי שלא יאפיל ולא חילק בין פותח לרשות הרבים לפותח לחצר חבירו וגם דברי הרמב״ם בסתם הם שנויים עכ״ל ובספר בדק הבית כתב ועוד דכך יש לדייק מתשובת הרא״ש שכתב רבינו בסימן זה סעיף י״א ראובן הוציא בליטת עלייתו לחוץ וכו׳ הילכך אין חזקה לראובן ויכול שמעון לבנות לפני חלונו עכ״ל והרי שם מיירי בפותח לר״ה וטעמא דאין לו חזקה הא אם יש לו חזקה אינו רשאי לבנות עכ״ל אבל מסקנת ב״י דמלשון רבינו בסעיף ל״ב שכתב ראובן שהחזיק בחלונו שפתוח לחצר שמעון ובא שמעון לבנות כנגדו צריך להרחיק ד״א יש לדייק שסובר כהרשב״א שהרי משמע דדוקא בפותח לחצר חבירו בעינן הרחקה ד׳ אמות ולא בפותח לרשות הרבים וטעמא דמילתא דבפותח לר״ה אף על פי דזכה מן ההפקר שהדרך של מלך הוא מ״מ יכול לומר לו חבירו אתה משתמש באויר רשותי שלא מדעתי ולא ניחא לי הילכך יכול לבנות כנגדו כדי שלא ישתמש באויר רשותו שהרי הוא בונה בשלו ואינו מזיקו כלל אבל לפתוח חלון כנגד חלון חבירו שפתח כבר על דרך ר״ה איננו רשאי שיכול לומר לו אל תזיקני בהיזק ראייתך וכ״כ הרשב״א להדיא בתשובה הביאו ב״י בריש סימן קנ״ה מחס״א ולפי זה צריך ליישב דאע״ג דאיכא לדייק מתשובת הרא״ש שהביא רבינו סעיף י״א היפך זה וכדכתב בספר ב״ה יש לסמוך טפי אתשובת הרא״ש ואדיוקא דמשמע מדברי רבינו והכי נקטינן כחילוק זה שפסק הרשב״א בפירוש וא״כ צ״ל לפי זה הא דפסק הרב בהגהת ש״ע סוף סעיף י״ו דבפותח לר״ה שאין בידו למחות כלל לכ״ע לא הוי חזקה אינו אלא לענין זה שחבירו יכול לבנות כנגדו אף על פי שאין שם הרחקה ד׳ אמות אבל לבנות חלון כנגד חלון אינו יכול וכן פי׳ מהרו״ך ומבואר בש״ע שכך פסק בפי׳ בסוף סימן זה סעיף ל״א ול״ב:

יד מי שיש לו חלון וכולי. משנה וגמרא סוף פרק חזקת וע״פ פר״ת כמבואר בב״י וא״ת לפי סברת הרא״ש בסמוך גבי חורבה סעיף י״ח דכל היכא דאין לו חזקה אינו יכול למחות בו א״כ כאן נמי כיון דאין לו חזקה למה הוא רשאי למנוע אותו שלא לפתחו ויש לומר דבחורבה א״נ גג של רעפים דאין שם היזק ראייה כלל כופין אותו על מדת סדום והילכך אין יכול למחות אבל כאן בחלון הפתוח לחצר חבירו אפילו פתוח למקום שאין עשוי לתשמיש דליכא היזק ראייה מ״מ לפעמים צריך הוא להשתמש שם כנגד החלון והילכך ודאי אע״ג דאין לו חזקה דלא חשש למחות עליו כיון שאינו קבוע דלא עשאו להשתמש בו כל הימים כחלון העשוי לאורה דכל הימים אדם צריך לאורה אלא חלון העשוי לשמור גנות ופרדסים דרך החלון דאינו קבוע להשתמש בו כל הימים אלא בעת הצורך מ״מ יכול למנעו שלא לפתחו דאין כאן ממדת סדום מאחר דלפעמים איכא היזק ראייה ולהכי אפילו למעלה

מד׳ אמות יכול למנעו דאין בזה ממדת סדום דזימנין דמותבת שרשיפא תותך וקיימת וקא חזית כדאיתא להדיא בגמרא אליבא דר׳ אילעא דהלכתא כוותיה וע׳ במ״ש בסמוך: ומ״ש וכן אם עשוי לאורה וכו׳ עד ואפי׳ הוא כל שהוא. כתב בספר בדק הבית דאע״פ דלנ״י אפילו לאורה אם לא הו״ל מלבן או צורת הפתח לא הוי חזקה מ״מ כיון דלר״ת אין לו שיעור אפי׳ פחות מטפח וכן נראה מדעת הרמב״ם משמע דאפילו בלא מלבן וצ״ה הוי חזקה דאין דרך לעשות מלבן וצ״ה לחלון פחות מטפח וכ״כ הרשב״א בתשובה הביאה ב״י מחודשים ו׳: ועשוי לאורה פי׳ ר״ח וכו׳. נראה דלר״ח אם אינו מקום אפל דהיינו שהוא רואה בלא חלון אע״פ שמכניס אורה לא מיקרי עשוי לאורה אבל לפרשב״ם אפילו אינו מקום אפל ביום מכל מקום כיון שאין לו אורה אחר אלא מכאן עשוי לאורה קרינן לה מיהו בהא שוין תרווייהו דכל היכא דיש לו אורה קצת ממקום אחר אע״פ שאינה כל צרכו מ״מ חלון זה לאו עשוי לאורה קרינן ליה וכ״כ הרשב״א בשם רשב״ם ור״ח בתשובה אחת הובאה בב״י במחודשין סימן י״ג: ומ״ש וכ״כ הרמ״ה וכו׳. פי׳ דמדברי הרמ״ה נמי מבואר דלא ס״ל כר״ח דמפרש דבלא חלון הוי מקום אפל שאינו רואה כלל כמו בלילה אלא ודאי אע״פ שהוא רואה בלא האי חלון אלא דלא נפיל נהורא בההיא ביתא כמו דנפיל ברוב בתים פי׳ שאין בו אורה כל עיקר כמו שהוא ברוב בתים שיש בהן אור וכאן אין אור בלאו האי חלון נמי עשוי לאורה קרינן ליה והיינו שפרשב״ם שאין לו אורה ממקום אחר אלא מכאן אבל כל היכא דיש לו אורה קצת ממקום אחר כמו שהוא ברוב בתים אע״ג דמהאי חלון הוא מפיש באורה לאו עשוי לאורה הוא דבהא לא פליגי כדפרישית ובס״א הגיהו והרמ״ה כתב וכו׳ ומפרשים דפליג הרמ״ה אפרשב״ם וליתא אלא כדפרישית: ומ״ש וב״ה כתב עוד דוקא וכו׳. נראה דה״ק דב״ה סבירא ליה דבין למר ובין למר הא ודאי בעינן ג״כ שיהא ניכר עשייתו לאורה כגון דצר מבחוץ ורחב מבפנים דאי לאו הכי לא הו״ל עשוי לאורה אע״פ שהוא במקום אפל לר״ח א״נ שאין לו אורה ממקום אחר לפרשב״ם ואמר ב״ה אח״כ דלאו דוקא צר מבחוץ ורחב מבפנים אלא ה״ה היכא דניכר עשייתו לאורה בגוונא אחרינא והכל לפי ראות הדיין והכי מוכחא בספר העיטור להדיא דלאחר שהביא פי׳ ר״ח ופי׳ רשב״ם כתב ודוקא שניכר עשייתו לאורה וכו׳ ומסיק והכל תלוי בראיית הדיינים ע׳ שם (בדף צ׳ ע״ב): י״מ דאפי׳ וכו׳. כ״כ הרא״ש ראיתי מפרשים כל הני דאמר אין לו חזקה כו׳ אין יכול לכופו לסתום מפני היזק ראייה כיון שכבר החזיק ולא מסתבר לי כיון דאין לו חזקה למה לא יאמר לו סתום כיון דזימנין אית ליה היזק מיניה עכ״ל והדבר פשוט דהיכא דאיכא היזק ראייה דמינכרא היזקא ליכא למאן דאמר דפשיטא דצריך לסתמו כיון דאין לו חזקה אלא היכא דלא מינכרא היזקא כגון שהחלון פתוח למקום שאין עשוי להשתמש בו ומש״ה ס״ל לי״מ דא״צ לסתמו ואפ״ה השיג הרא״ש דאע״ג דלא מינכרא היזקא מ״מ זימנין אית ליה היזק ראייה כשיהא צריך לשום תשמיש בחצר כנגד אותו החלון והיינו דכתב הרא״ש לסברת י״מ דאין יכול לכופו לסתום מפני היזק ראייה כיון שכבר החזיק כלומר דאע״פ דאיכא קצת חשש היזק ראייה אין כופין לסתמו ולא מסתבר וכו׳ והשתא דברי הרא״ש הללו הם אליבא דכ״ע בין למ״ד יש חזקה להיזק ראייה ובין למ״ד אין חזקה להיזק ראייה כאן מיירי בדליכא היזק ראייה דמינכרא היזקא ואפ״ה כיון דאין לו חזקה אומר לו סתום כיון דזימנין אית ליה היזק ראייה מהאי חלון כדפי׳ ודוק. אך קשה לסברת י״מ אפי׳ את״ל דלא חיישינן למאי דזימנין אית ליה היזקא מכל מקום למה לא יאמר לו סתום דשמא יעשה שינוי בחלון לאחר זמן ויחזיק בו וי״ל דאפשר להעמיד עדים על החלון כמה שיעורו וגבהו ויכתבו ויחתמו ויתנו בידו של בעל החצר כדלקמן גבי חורבה אם נחרב המקום דטוב הוא שיעמיד עדים וכו׳ וה״נ דכוותיה כיון שמועלת חזקתו לסברת י״מ לענין זה שאינו יכול לכופו לסתום א״כ יעמיד לו עדים שלא יבוא לידי הפסד וע׳ במ״ש בסמוך סכ״א:

טו כתב הרמב״ן דחזקת חלון וכו׳ עד אלא מכי נתברר נזקיה ושתיק מחל ע״כ. איכא למידק לפ״ז אמאי קאמר ר״נ סוף פ׳ חזקת ולסתום לאלתר הויא חזקה שאין אדם עשוי שסותמין אורו בפניו ושותק הלא בכל הניזקין כך הדין דלאלתר הוי חזקה וי״ל דה״ק ר״נ בעלמא מכי אתברר נזקיה הו״ל חזקה לאלתר אבל לסתום אין שום זמן כלל דלאלתר מבורר הנזק דאין אדם עשוי שסותמין אורו בפניו ושותק ומיד הו״ל מחילה הילכך קיי״ל טפי מבעלמא וכ״כ הריב״ש בסי׳ תע״ה הביאו ב״י בסי׳ קנ״ג סכ״ה:

טז ובעיקר חזקת החלון כתב הרמב״ן וכו׳ עד וכ״כ הרמב״ם שאין חזקה להיזק ראיית חלון. וכ״כ רבינו בסי׳ קנ״ה סעיף ס׳ בשם הרמב״ם ותימה גדולה שהרי בפ״ז מה׳ שכנים כת׳ הרב דבפתח חלון לחצר חבירו הוי חזקה וכ״כ עוד בפי״א משכנים וז״ל מי שהחזיק בנזק שיש לו חזקה כגון חלון וכו׳ ואע״פ דכתב שם גם כן דארבעה נזקין אין להם חזקה קוטרא וב״ה ואבק ונדנוד הקרקע וכן היזק ראייה הלא מפורש בדבריו דדוקא במקום שצריך מחיצה כופהו לעשות מחיצה בכל עת שירצה וכ״כ בפ״ב משכנים וז״ל יש לכל אחד מהם לכוף את חבירו לבנות כותל באמצע כדי שלא יראהו חבירו בשעה שמשתמש בחלקו שהיזק ראייה היזק הוא ואין לו חזקה בחצר וכו׳ הנה מפורש דדוקא בחצר שמזיקין זה את זה בראייה בלא עשיית שום מעשה התם הוא דאין להם חזקה בעמידתן אבל בעשו מעשה כגון פותח חלון על חצר חבירו אפי׳ היכא דאיכא היזק ראייה יש לו חזקה וכך פי׳ הרב המגיד בפ״ב ופ״ז מה׳ שכנים וכך פירש הריב״ש בסי׳ תצ״ו וכ״כ ב״י וחילוק זה מוכרח גם בדברי הרא״ש שכתב דיש חזקה להיזק ראייה דחלון ובריש פ״ק דבתרא כתב דלגבי היזק ראייה במקום שצריך מחיצה אין לו חזקה כיון דשניהם ניזקין זה מזה וכדלקמן בסי׳ קנ״ז סעיף ט׳ וא״כ למה לא נפרט כך

בדברי הרמב״ם ונראה ליישב שדעת רבינו הוא מדלא כתב הרמב״ם בפירוש דהיזק ראייה יש לו חזקה אלא אדרבה כתב בפ״ב ופי״א משכנים דאין חזקה להיזק ראייה במקום שצריך מחיצה א״כ משמע ודאי דכל היזק ראייה אין לו חזקה אפי׳ היכא דקעביד מעשה וההיא דפ״ז ופי״א דכתב דאיכא חזקה לפתיחת החלון מיירי כשאין בו היזק ראייה כגון דפתח החלון לחצר חבירו שאין משתמשין בו כנ״ל ליישב דעת רבינו אלא דמ״מ קשה קצת דלא הו״ל לרבינו לומר וכ״כ הרמב״ם שאין חזקה להיזק ראיית חלון כיון שלא כתב כן בפירוש אלא דמשמע ליה הכי ולכן יותר נראה דטעות סופר הוא בדברי רבינו וצ״ל וכן כתב הרמ״ה במקום וכ״כ הרמב״ם ודוק:

יח וכתב א״א הרא״ש ראובן שבא לפתוח חלון וכו׳ עד כי יאמר לו היום או למחר תסתור הבנין שלך וכו׳. וא״ת הי״ל לומר שיעמיד עדים שכבר החזיק מקמי שהיו שם הרעפים ויכתבו עדותן להיות בידו לראייה כמ״ש בסמוך אצל חורבה ויש לומר דהכא ודאי מאחר שזה החזיק בחלונו וחבירו בא לגבולו לבנות תחתיו אין לכופו לשמור שטרו מן העכברים ולהניח זכותו על קרן הצבי ולא אמרו כותבים שובר אלא לפי דעבד לוה לאיש מלוה הא לאו הכי לא כמ״ש בב״י ע״ש הרשב״א והריב״ש בתשובותיהם עיין במחודשין סעיף ג׳ ויש לתמוה אמ״ש הריב״ש בסי׳ תע״א כשחלק על דברי הרא״ש שכתב בסוף וז״ל ואפי׳ לדבריו הול״ל שיעמיד עדים וכו׳ דהלא סותר את דברי עצמו שכתב בסימן תצ״ו שאין כופין לזה שישמור שטרו מן העכברים:

כב שאלה לא״א הרא״ש ז״ל. בדפוס חדש דוינצי״אה נדפסה תשובה זו סוף כלל צ״ח ולשם התבאר גי׳ רש״י ורב אלפס ומאיזה טעם גורם ר״י גירסא אחרת והכא אפילו לפר״י צריך להרחיק ע״ש ולקמן בסימן קנ״ה סעיף מ״ה מ״ו מ״ז נאריך בזה בס״ד: ומ״ש ועוד אם ירצה יחזור ויבנה וכו׳ ולא קשה נימא כיון דנפיל אזדא ליה חזקתו שאין חזקה לאותו חלון שבכותל אלא חזקתו להיות לו חלון פתוח על חצר חבירו וע׳ בב״י במחודשין סעיף ט״ו הביא תשובת הרשב״א בזה ומחלק בין זה לבין קורה:

כו עוד שאלה לא״א הרא״ש ז״ל ששאלת על ראובן שפתח וכו׳. כלל צ״ט סימן ג׳: תשובה נ״ל שאינה חזקה אף אם היה טוען קניתי וכו׳. פירוש לא מיבעיא אם טען כיון שראית ושתקת מחלת לי פשיטא דהו״ל חזקה שאין עמה טענה אלא אפילו טען קניתי וכו׳ כלומר שטר היה לי ואבד והלה אמר להד״ם אינו כלום חדא כיון שזה כופר שלא מכר לו כלום אינו יכול לזכות בחלון מכח חזקה דכיון ברירה לא החזיק בשלו כלום ועוד דאפילו אם יודה כמי אינו כלום וכו׳ ואע״ג דבאותה תשובה פסק דמה שהחזיק בבית גופיה שלא בפני השותף האחר הוי חזקה בחצי הבית שהיה בפני השותף השני ומביאו למעלה בסימן קמ״ט סעיף ג׳ התם ודאי מדלא מיחה הו״ל חזקה בחצי שלו אע״ג דאין ברירה שהרי החזיק בכל הבית והו״ל למחות במה שהחזיק בשלו מ״מ אבל פתיחת חלון אינו אלא בצד אחד מן החצר וכיון דאין ברירה אין חזקתו כלום ודו״ק:

כט עוד שאלה וכו׳ עד דמתחלה כשפתח ראובן על גגו של שמעון לא היה יכול שמעון למחות בו וכו׳. כלומר דאפילו את״ל דעכו״ם זה דינו כאילו היה שמעון עצמו מחזיק באותו בית מעולם אפ״ה לא הויא חזקת ראובן במה שפתח חלון זה חזקה כיון ששמעון לא היה יכול למקות בו: וראיתי תשובה לגאון וכו׳. משמע שרבי׳ כתב דברי הגאון לאוורויי שהוא חולק אהרא״ש ומסתמא כדברי הגאון נקטינן אלא דקשיא לי מאי דקאמר שאסור לו לקונה לסתום שאין לן לעשות אלא דין תורה הלא כאן דין תורה דאין חזקה לראובן ואפילו טוען שלקחה מהעכו״ם דכיון שיכול לפתוח ואין העכו״ם יכול למחות אין לו חזקה וכדאיתא בב״י על שם הרשב״א בתשובה והראב״ד בשם הגאונים ובע״כ דהא דכתב הרשב״א בתשובה אחרת דלא אמרו הבא מחמת עכו״ם ה״ה כעכו״ם אלא להחמיר מ״מ בנדון זה ודאי דאין לראובן חזקה כדפרישית וב״י כתב וז״ל דברי תשובה שכתבתי בשם הרשב״א כדברי הגאון עכ״ל ואיכא לתמוה הלא אע״ג דכתב הרשב״א דלא אמרו הבא מחמת העכו״ם ה״ה כעכו״ם אלא לגריעותא מכל מקום בראובן שפתח חלון על גגו של עכו״ם מודה גם הרשב״א דאין לו חזקה אף מדין תורה והכי נקטינן דלא כמו שפסק ב״י בש״ע כדברי הגאון אלא כדעת הרא״ש והיא דעת מהר״ם רבו וכך הסכים הרשב״א וכך פסק מהרש״ל ומהרמ״א בהגהותיו והארכתי בתשובה מיהו במ״ש הגאון דלא קאי במקום עכו״ם אלא לגריעותא הכי נקטינן כיון שהרשב״א הסכים לכך וכן כתב בתשובת הר״ש בר צמח בשם בעל העיטור דמפרש הא דקאמר תלמודא הבא מחמת העכו״ם ה״ה כעכו״ם היינו לומר כאילו אותו העכו״ם בא עם ישראל לדין ותניא בפרק הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי״ג) אם אתה יכול לזכותו בדיני ישראל וכו׳ ושכ״כ מהאחרונים עכ״ל ומביאו ב״י סוף סימן ק״נ ע״ש:

ל עוד תשובה לגאון וכו׳ עד כיון שסתם חוצה לה. פי׳ דאי איתא לטענתו שלא סתמה אלא כדי שלא יזיק אותו העכו״ם בראייתו הו״ל לסתמה מבפנים שאז היו רואין מבחוץ שדעתו לחזור ולפתחה כשיסתלק העכו״ם אבל עתה שסתמה מבחוץ גילה בדעתו וכו׳: ומ״ש ועוד יכול וכו׳ איכא למידק אמ״ש מנין שפתוח היתה ונסתמה דלמה לו זה האריכות תיפוק ליה אפילו פתוח היתה מ״מ שמא העכו״ם סתמה בפניו ונעשית חזקה ונ״ל דחדא ועוד קאמר חדא מנין שפתוח היתה ונסתמה דילמא לא היתה פתוחה מעולם אלא מתחלת בנין הכותל כך היה חלון בכותל וסתמוהו ומעולם לא השתמש בחלון זה

ואפילו הו״ל פצימין יכול לעכב עליו כיון שאין עדים שהיה פתוח פעם אחת וכן כתב הריב״ש בסימן רמ״ח הביאו ב״י בסימן קס״ב וסימן קע״ב ועוד אפילו את״ל שהיה פתוח יש לחוש גם כן שמא העכו״ם סתמה בפניך וכו׳ ולפי זה צריך להגיה וא״ו על מלת יש וצ״ל ויש לחוש וכולי כלומר וגם יש לחוש שמא אם היה העכו״ם לפנינו היה מביא ראיה על זה אבל עיקר הטעם הוא לפי שאין לו עדים שהיה פתוח מתחילה ובזה התיישב דאין דברי הגאון סותרים למה שכתב הריטב״א ומביאו ב״י סעיף ט״ו דבעל החלון מוחזק דהתם מיירי דידוע בעדים א״נ בעל החצר מודה שהיה פתוח בתחילה והיה משתמש בחלונו לאורה׃

לא עוד תשובה לגאון וכו׳. ויש להקשות אדרבה בעל העלייה מזיק הוא ועליו מוטל להרחיק עצמו שלא יזיק מעלייתו וכמו שכתב בתשובת הרא״ש שהביאה לעיל בסעיף כ״ב וצ״ל דהגאון ס״ל כפר״י דהיכא דהמזיק סמך בהיתר ואח״כ שם הניזק הדבר הניזק לאו כל כמיניה לסמוך דבר חדש להזקיקו להרחיקו וה״נ כיון שזה סתר את מקצת ביתו ועשאו חצר הרי הוא הסמיך דבר חדש להזקיקו לבעל העלייה להרחיק את עצמו ואין בעל העלייה חייב להרחיק׃

לב ראובן שהחזיק וכו׳ וגם צריך שישפע וכו׳. בפרק ב׳ דבתרא אוקימנא מתני׳ דהחלונות מכנגדן ד׳ אמות וכו׳ בכותל הבא מן הצד וכמה טפח ופריך והלא מציץ אמר רב זביד במרדד את כותלו ופי׳ רש״י והלא מציץ כיון דסמוך הוא אע״פ שהוא מגביהו יכול להציץ במרדד את כותלו עושה ראש כותלו מודרון ומשפיעו לצד החלונו עד שאינו ראוי לא לעמוד עליו ולא להשען עליו וכ״כ הרא״ש ושמעינן מינה דאע״פ דמגביהו ד׳ יכול להציץ כיון דסמוך הוא שלא הרחיק מכנגד החלון רק טפח מן הצד מיהו במשפע אפי׳ אינו מגביהו ד׳ ודאי סגי כיון שאינו ראוי לא לעמוד עליו ולא להשען עליו ויש לתמוה על דברי רבינו שכתב וצריך שיהא גבוה ד׳ אמות וגם צריך שישפע וכו׳ דמשמע להדיא דלא סגי במשפע לחוד ולא ידעתי למה ונראה דס״ל לרבי׳ דלא קאמר תלמודא אלא שישפע ראש עביו של כותל דהיינו סוף כותל שכנגד החלון בלבד אבל בכל שאר הכותל כל ארכו הוא שוה ויכול לישב עליו ולהציץ בחלונו כשמתרחק ריחוק גדול ולפיכך בעינן תרתי בעינן שישפע ראש הכותל היינו הקרן שאצל החלון דכיון שהוא סמוך יכול להציץ בחלון אפי׳ בכותל גבוה ד׳ אמות ולפיכך בעי שישפע ראש הכותל ובעינן נמי שיגביה ד׳ כל אורך הכותל כדי שלא יציץ בריחוק גדול ואינו צריך לשפע דכיון דהוא רחוק אינו יכול להציץ מכותל הגבוה ד׳ אמות ומ״ש רבינו שאם לא כן אע״פ שהוא גבוה או נמוך ממנו ד׳ אמות יכול להתרחק וכו׳ אסוף הכותל לחוד קאי כלומר שאם אינו משפע סוף הכותל אע״פ שהוא גבוה או נמוך ממנו ד׳ אמות ואינו יכול לראות כשעומד בתוך הכותל ממש כיון שהכותל הוא בא מצפון לדרום והחלון הוא בכותל הנמשך ממזרח למערב מ״מ ודאי כשהוא מתרחק קצת הרי הוא מקביל ממש לחלון ורואה בגובה כל מה שהוא בבית למטה מן החלון ובנמוך רואה כל שבבית למעלה מן החלון ועכ״פ איכא היזק ראייה במקצת דלא חילקו חכמים בין רב למעט כל היכא דאיכא היזק ראייה צריך להסתלק וכך הוא מבואר בסימן ק״ס שכתב רבי׳ מ״מ כשבעל החצר עומד בשפת החצר יראנו וכולי וכתב עוד שם או שחצירו של התחתון אינו רחב לעמוד בו להביט בו מרחוק וכולי הנה מבואר שמרחוק יכול לראות קצת ואפ״ה הוי היזק ראייה ואע״ג דאינו אלא במקצתו ופשוט הוא והילכך בגובה ד׳ אמות או נמוך ד׳ אמות איכא הכא היזק ראייה כדפי׳ אבל במשפע ראש הכותל בקרן בלבד בדרך שאינו יכול לעמוד עליו בריחוק קצת ולהציץ בחלון סגי בהכי ואע״פ דכל שאר אורך הכיתל הוא שוה בראשו ויכול לעמוד עליו מ״מ מאחר שהוא רחוק מן החלון הרבה סגי בגובה או נמוך ולפעד״נ שיצא לו לרבינו כל זה מדברי התוס׳ במקצת ספרים שכתבו וז״ל ולא מצי לשנויי בגובה ד׳ לפי שבסוף הכותל סמוך לחלון יכול לראות בהרחקה קצת אע״פ שגבוה ד׳ עכ״ל וזהו שדקדק רבינו וכתב יכול להתרחק ולהציץ ולא כתב יכול להרחיק ולהציץ אלא להתרחק דמשמע הלשון הרחקה קצת נראה כאילו מרחיק עצמו ואינו רחוק זה נראה ליישב ע״פ שיטת רבינו ופירשב״ם והרא״ש אכן הרמב׳׳ם בפ״ז משכנים כתב בנה כותל אחד בצד החלון צריך להרחיק מן החלון טפח ומגביה הכותל ד׳ אמות על החלון או כונס ראש הכותל כדי שלא ישב עליו ויציץ ויראה עכ״ל ויש להקשות לפי זה דא״כ הקושיא שהקשו בגמרא והלא מציץ אינו אלא כשאינו מגביה מאי דוחקיה דמוקי לה במרדד הו״ל לשנויי בגובה ד׳ ואפשר ליישב כיון דרוב הכתלים משופעים בראשן הן גבוהין ד׳ מוקמינן למתני׳ בהכי ואה״כ דה״ה בגבוהין ד׳ נמי לית ביה משום היזק ראייה אע״ג דאינו משפע כלל לפי דעת הרמב״ם׃

לד שאלה לא״א ז״ל ששאלת אם עשה גג משופע וכו׳. ותימה הלא לעיל בסעיף כ״א כתב שיכול לכופו שלא לעשות הבנין והגג כלל ונראה דהכא מיירי שבעל הגג הו״ל חזקה אלא שרצה להגביה הגג עד החלון [ובעל החלון] מעכב עליו ולכן פסק שהדין עם בעל החלון אבל לעיל בסעיף כ״א שלא היה שם בנין כלל פסק שבעל החלון יכול לעכב עליו שלא יבנה שום בנין בחצר אע״פ שנמוך הגג ד״א מן החלון כנ״ל דלא כפי׳ מהרו״ך ע״ש׃

לז אחין שחלקו וכו׳. בפ״ק דבתרא (ד׳ ז׳)׃ ומ״ש וה״ר יונה כתב וכו׳. גם ה״ה בפ״ז משכנים כתב די״מ כך ואפשר שלזה נתכוין הרמב״ם במה שכתב ושמו הבנין והעצים דמשמע שהזכירו בפירוש הבנין והעצים בשעת שומא ולא הזכירו האויר אלמא דבסתם הכל בכלל השומא אבל מדברי הרא״ש שם

שכתב וז״ל העילוי והשומא שעשו ביניהם זה בשביל הבנין ולא בשביל האויר וכו׳ משמע דקא מפרש דהשומא היתה בסתם אלא דאנן הוא דאמרינן דלא היה דעתו להעלות השומא אלא בשביל הבנין ולא בשביל האויר: ומ״ש בד״א בתוספת אורה וכו׳. כ״כ התוס׳ והרא״ש בשם ר״י וכך פירש רמב״ן בחידושיו: וכתב הרמב״ן נהי וכו׳. שם אמר שמואל האחין שחלקו אין להם דרך זה על זה ולא חלונות זה על זה ופי׳ רש״י ולא חלונות לערער על סתימת האורה עכ״ל וכתב הרמב״ן בחידושיו כלומר שאין אומרים באחים שחלקו [שיסתמו] החלונות מכנגדן שלא יאפיל ומיהו אין האחין יכולין למחות זה בזה בחלונות לסתמן אף ע״פ שיש בהן היזק ראייה שלא חלקו על מנת לסלק משם כלום עכ״ל וכתב עוד אבל הרב ר״מ ספרדי כתב דסותם החלון המשקיף על חלקו ונראין דברי רש״י ז״ל עכ״ל ומדייק מפירש״י מדלא פירש ולא חלונות שצריך לסתום החלונות אלמא דאינו חייב לסתום אלא שאינו יכול לערער על סתימת האורה כשיאפיל עליו בבנין שבונה לפני החלון ולפעד״נ שאין ביאורו בפירש״י מוכרח והכי משמע מדברי הרא״ש שהביא דברי הראב״ד שהם כדברי הרמב״ן ונחלק עליהם ופשיטא דלא נחלק אפרש״י מדלא הביאו ולהקשות על פירושו אלא ודאי דס״ל דרש״י ה״ק אין יכול לערער על סתימת האורה וחייב לסתום חלונותיו ואע״ג דהרב בספר בדק הבית האריך כאן לפרש דברי הרמב״ם שדעתו כדעת שאר מפרשים דלא כהרא״ש וכ״כ בכסף משנה פ״ב דשכנים אנו אין לנו אלא כמו שהבינו הרמב״ן והרא״ש והריב״ש מדברי הרמב״ם וא״כ לדעת הרא״ש כך הוא ג״כ דעת רש״י כדעת הרמב״ם והרא״ש וכך סתם רבינו דבריו סוף סימן קע״ג והכי נקטינן וכך הוא דעת הרב בהגהת ש״ע דלא כמו שפסק ב״י בש״ע ומ״מ נראה דאף להרמב״ם והרא״ש אינו חייב לסתום החלונות אלא היכא דאיכא היזק ראייה דקביעא היזקא אבל אי לא קביעא אלא דלזימנין אית ביה היזק ראייה אינו חייב לסתום דאע״ג דלכתחילה יכול למנוע מלפתוח החלון אפי׳ לא קביעא היזק ראייה דיליה כמ״ש בסעיף י״ג מ״מ הכא כיון שלא פשע בפתיחתו אינו חייב בסתימתו כל היכא דליכא היזק ראייה דקבוע וכן כתב הרשב״א בתשובה הביאו ב״י במחודשין סעיף י״א וכן בתשובת הריב״ש במחודשין סעיף כ״ו:

לח תשובה לגאון שני אחין וכו׳ וטען הפנימי שכבר החזיק וכו׳. פי׳ דאם לא החזיק אמרינן בר״פ השותפין האחין שחלקו אין להם לא דרך זה על זה וכו׳ ולא אמת המים זע״ז ויתבאר לקמן בס״ס קע״ג: ומ״ש ומה שטוען שלא ידע שהו״ל למחות לא מהימנינן ליה. נראה דטעמא דכל דין שהוא תלמוד ערוך ואין בו מחלוקת וגם מעשים בכל יום שהאחין חולקין ואין להם זע״ז אמת המים דין זה ודאי גלוי הוא לכל ולא מצי טעין דלא ידע דמסתמא ודאי ידע וכיון שהניחו להחזיק מחל לו ודמיא הך טענה למי שטוען שלא הבין מה שקרא החזן הכתובה שכתב הרשב״א דאין שומעין לו וכן בלשון השטר כשטוען שהיה סבור שהדין היה בענין כך ולכן כתב אותו לשון וטעה דאין שומעין לו כדכתב הריב״ש בסי׳ ת״פ וכמבואר לעיל בב״י סי׳ ס״א: ומ״ש מחילה בטעות כי האי דלא מוכחא מילתא הוא הוי מחילה נראה שלמד כך מעובדא דרב ענן בפרק ח״ה (דף מ״א) דא״ל לר״נ והא אחיל לי דאתא וסייע בגודא בהדאי א״ל ר״נ מחילה בטעות היא את גופא אי הות ידעת מי הות עבדת וכו׳ דלא איצטריך ליה למימר את גופא וכו׳ אלא כדי דליהוי מוכחא מילתא דהמחילה בטעות הויא דאי לא מוכחא מילתא אינו נאמן בטענה זו לומר דבטעות היתה דטענה גרועה היא דלא רגילי אינשי למיטעי ומש״ה לעיל בסי׳ קכ״ו סעיף י״ד וט״ו כתב רבינו דאינו נאמן לומר טעיתי אא״כ דאית ליה מגו וכו׳ אבל בלא מגו אינו נאמן לומר דטעה ע״ש וא״כ ה״נ כיון דלית ליה מגו לא מהימן לומר דבטעות היתה מחילה זו כיון דלא מוכחא מילתא והרב בספר בדק הבית כתב דיש לו גמגומי דברים על מ״ש הגאון דלא מהימנינן ליה וגם על מ״ש דבעינן מוכחא מילתא דבטעות היה והניחו בצ״ע ומש״ה לא הביא דין זה בש״ע ושארי ליה מריה דדחה דברי הגאון בלא ראיה ודין זה ודאי ראוי לגאון והכי נקטינן נ״ל:

לט ראובן שמכר או נתן הבית לשמעון וכו׳ צריך לסתמם. נראה דרבי׳ סתם דבריו כאן כדעת הרא״ש לעיל בסוף סעי׳ ל״ז דלא כהרמב״ן דאילו להרמב״ן א״צ לסתמם אלא שאם רצה הלה לבנות לפניהם רשאי ויש להקשות דבסי׳ קנ״ג סעיף י״ב כתב רבינו גבי מזחילה וז״ל או טוען שהגג והחצר היה לאחד ומכר לך החצר ולי מכר הגג ונמצא שזכיתי בחצירך לשפוך מי גגי וכולי אלמא משמע דממילא זכה בכך כשמכר לו הגג וא״כ הכא גבי בית נמי נימא דזכה בחלונות ממילא כשמכר לו הבית וי״ל דהכא מיירי דמכר או נתן לשניהם יחד בית לזה וחצר לזה אבל אם נתן או מכר לאחד תחלה קיי״ל דמוכר ונותן בעין יפה מוכר ונותן ולראשון מכר ונתן שישתמש בו בדרך שהמוכר היה משתמש בחלונות ובמי גשמים ובסולמות וכ״כ נמ״י הביאו ב״י כאן ואם כן איכא למימר דגבי מזחילה מיירי בטוען שמכר לי הגג תחלה ואח״כ מכר החצר לחביורו ולפיכך זכה בעל הגג בחצירו לשפוך שם מי גגו ואינו רשאי אפילו לבנות תחתיו ולא לשנותו שום שינוי אלא מחוייב לקבל מן גגו בחצירו בענין שהיה משתמש בו המוכר והנותן ומ״ש צריך לסתמם דמשמע כל החלונות צריך לסתום קשה דא״כ בית בלא אורה אינו שוה כלום וצ״ל דבתוספת אורה קאמר דצריך לסתמם אבל אם אין שם אורה כל עיקר אינו יכול לסתום ולא היה צריך לפרש דכבר פירשו בסמוך דבית שאין לו אורה אינו שוה כלום דאינו ראוי לדירה ומ״מ גבי מזחילה אם מכר לשניהן יחד לא היה זוכה בחצרו לשפוך מי גגו בלא מזחילה ודאי ראוי לדירה ואינו דומה לחלון:

מ ומ״ש ואם מכר החצר וכו׳ עד סוף הסימן פי׳ יכול להאפיל עליו שלא יהא לבית תוספת אורה אבל אם בא להאפיל עליו שלא יהיה לו אורה כלל אינו רשאי כדפרישית בסמוך ועיין בסימן קנ״ה סעיף י״ט ובמ״ש לשם בס״ד: וכתב ב״י דאי הוה איפכא אין הקונה הבית צריך לסתום חלונותיו ובעל החצר נמי אינו רשאי לבנות תוך ד׳ אמות לחלונותיו וכ״כ הרי״ו הביאו ב״י סכ״ב אבל בתשובת הרשב״א הביא ב״י במחודשין ס״כ כתב על שם הר״י דהקונה הבית צריך לסתום החלונות דאין אדם עשוי למכור נזקים דגירי׳ וכ״כ נ״י בפ״ב דבתרא ע״ש הר״י אבל אם מכר לו הבית הפתוח לחורבה שלו א״צ לסתום חלוני הבית וע״ש:

סימן קנה

א יש חזקה לניזקין וכו׳. פי׳ כל נזק שצריך להרחיק אם סמך ולא מיחה והלה החזיק ג׳ שנים א״נ בחזקה דלאלתר וכמבואר בסי׳ קנ״ד מהני וכן כתב בספר בדק הבית: ומ״ש הבית והעלייה של שנים. כך הוא ל׳ הרמב״ם בפ״ט משכנים ותימה דבר״פ שני דבתרא לא שנינו אלא בסתמא לא יעמיד אדם תנור בתוך הבית וכו׳ משמע דאף כשהבית והעלייה של אחד דמעכבין עליו השכנים וכמ״ש רבינו בסמוך סעיף ג׳ ושכ״כ ה״ר ישעיה ונראה דהרמב״ם מפרש דמשנתינו סתמא תנן ומשמע אע״פ דליכא שכנים מסביב אפ״ה לא יעמיד תנור וכו׳ עד שירחיק והילכך צריך לפרש דמיירי בבית ועלייה של שנים: והרשב״ם כתב וכו׳. ס״א והרשב״א. ואיכא לתמוה דבמשנתינו שנינו דבכירה סגי בטפח מלמטה והיאך אמר דבין מלמעלה בין מלמטה סגי בג׳ טפחים דהלא מלמטה סגי בטפח וי״ל דמשנתינו מדברת בכירה שפתחה למעלה והיא קטנה עשויה כקדרה כמו שפירש״י במשנה וכיון שאין האש שבתוכה חומו רב סגי בטפח מלמטה אבל בכירה שלנו העשויה מלבנים ועפר ופתחה מן הצד האש שבתוכה חומו רב בעינן מלמטה ג׳ טפחים ולמעלה נמי סגי בג׳ טפחים וה״א להדיא בירושלמי ומביאו בנמ״י דבכירה שלהם סגי בטפח בין למעלה ובין למטה ובכירה שלנו בין למעלה ובין למטה בעינן ג׳ טפחים ולפי שרבינו ראה בדברי הרמ״ה שאינו מחלק בין כירה שלנו לכירה שלהם משמע דס״ל דאף בכירה שלנו סגי בטפח מלמטה וח׳ טפחים מלמעלה דפשיטא דלא יכתוב הרמ״ה פסקיו אלא להורות הלכה לזמנו לא לימים שעברו ולכך הביא אחר זה שהרשב״א חולק וס״ל דבכירה שלנו שפתחה מן הצד בעינן ג״ט בין מלמעלה בין מלמטה ולא הביא דעתו בכירה שלהם כיון דלא נפקא לן מידי עתה שאין כירה זו נמצאת בינינו כלל וס״ל דה״ה בתנורים שלנו דחומן גדול ופתחיהן מן הצד וסגי בג״ט בין מלמעלה בין מלמטה כיון דאין השלהבת עולה ממנו אבל הרא״ש ס״ל דתנורים שלנו כיון שהם גדולים צריך להרחיק ע״ג יותר מד׳ אמות: ומ״ש והרי״ב כתב ג״כ וכו׳. נראה דהרי״ב ס״ל דתלמוד דידן פליג אירושלמי דס״ל דבכירה שלהם סגי בטפח בין מלמעלה בין מלמטה דליתא אלא אע״פ דלמטה סגי בטפח למעלה בעינן ד״א ומה שלא פי׳ במשנה שיעור כירה בעל גבה זהו לפי דנשמע במכ״ש מתנור דכיון דבתנור דפתחו קטן דאין שם אלא מקום שפיתת קדרה אחת ויש עליו מחיצות סביב לפתח ואין השלהבת יכול לעלות כ״כ צריך ד״א בע״ג כ״ש בכירה דפתחה גדול דמחזקת מקום שפיתת שתי קדרות והשלהבת עולה ממנה ביתר עז דאין עליה מחיצות דפשיטא שצריך ד׳ אמות ולהכי לא תני שיעורא דכירה בע״ג דנשמע במכ״ש מתנור אלא דלגבי מעזיבה דחלוק דין כירה מדין תנור היה צריך לפרש ונראה דס״ל לרבינו דמדכתב הרי״ב בסתם כיון דבתנור שיש עליו מחיצות וכו׳ משמע דס״ל דתנורים שלנו נמי דפתוחים מן הצד ועל גבו סתום לגמרי במחיצה צריך ד׳ אמות על גבו דאל״כ הוה ליה לבאר ולחלק בין תנור שיש עליו מחיצות ופתוח למעלה לבין סתום לגמרי במחיצה אלא דלפי שלא כתב מהרי״ב כך בהדיא דקדק רבינו בלשונו שכתב והרי״ב כתב ג״כ כיון שבתנור וכו׳ כלומר שגם הוא כתב לשון דמשתמע מיניה דס״ל כהרא״ש שאף בתנורים שלנו בעינן לפחות ד׳ אמות מדסתם וכתב דבתנור שיש עליו מחיצות צריך ד׳ כדפרישית:

ג ומ״ש ונראה דאפילו כל אדם בביתו וכו׳. נראה דאמ״ש תחלה הבית והעלייה של שנים קאי ואמר דאפי׳ אינו של שנים נמי צריך להרחיק מפני השכנים אלא דאיכא לתמוה הלא רש״י פי׳ כן להדיא במשנה ר״פ לא יחפור ומה חידש רבינו שכתב ונראה וכו׳ ואפשר שלא היה נמצא כך בפירש״י שבידו:

ז ואם מימי העליון וכו׳. מעשה בפ׳ הבית והעלייה וכתב הריב״ש בסימן תקי״ז דוקא שופכין שלו אבל מי גשמים על הניזק לתקן ומביאו הרב בהגהת ש״ע ומיירי במי גשמים שבאו לשם שלא בפשיעת בעל העלייה כגון גשם שוטף אבל אם הוא פושע שלא תיקן הגג על בעל העלייה לתקן כדלקמן בסימן קס״ד ס״ב ע״ש:

ח מי שהיה לחבירו כותל וכו׳ עד או סד בסיד. ותימה דבמשנה לא שנינו סד בסיד אלא אגפת וכולי אבל אזרעים ומחרישה ומי רגלים לא הוזכר סד בסיד וכ״כ הרמב״ם בפ״ט משכנים וב״י פי׳ דמ״ש רבי׳ או סד בסיד לא קאי אלא אגפת וכו׳ לא אזרעים ומי רגלים ומחרישה וזה אי אפשר דא״כ הול״ל או סד בסיד מיד אחר גפת וכו׳ ויותר היה נראה לומר דט״ס הוא וצ״ל או סד בסיד מקמי שכתב ומרחיקים את הזרעים וכו׳ אבל העיקר נראה

דרבינו בכוונה כתב או סד בסיד בסוף כל העניינים לאורויי דאע״ג דלא תנן וסד בסיד אלא בבור וגפת וכו׳ לאו למימרא דלא מהני סד בסיד אלא בבור וגפת וכו׳ דפשיטא דמהני בכל דוכתא דמציל הסיד כגון מי רגלים דממסמס הכותל וכשסד בסיד ודאי דאינו ממסמס דומיא דרישא דהוה ליה היזקא דמתונתא דמהני סד בסיד ומש״ה כתבו לבסוף לאורויי דאף במי רגלים סגי בסיד בלא הרחקה להרא״ש כמו בבור וכו׳ דפשיטא דלא גרעי מי רגלים משאר לחלוחית מים דקחשיב ברישא ומהני בהו סד בסיד בלבד להרא״ש אלא דקשה אמאי לא תני מי רגלים ברישא בהדי היזקא דמתונתא וי״ל דמה ששנינו במשנה מי רגלים תרתי משתמעי מיניה חדא משתין מי רגלים בלבד דבעי נמי הרחקה ג׳ טפחים בכותל של לבנים אידך גומא של מי רגלים דבעינן הרחקה שלשה טפחים אפילו בכותל של אבנים ולשם בעינן נמי וסד בסיד להרמב״ם דלא גרע גומא דקוו בה מי רגלים מנברכת הכובסין ולהרא״ש סגי בשלשה טפחים או סד בסיד אבל במשתין בלבד וליכא גומא לא מהני סד בסיד לכותל בלחוד אלא צריך הרחקה שלשה טפחים דוקא ואז לא בעי סד בסיד כל עיקר ולפי זה לא היה אפשר שיהא התנא שונה מי רגלים בהדי הנך דרישא דתני בהו וסד בסיד ודו״ק:

ט כתב הרמב״ם וכו׳ עד צריך להרחיק ג״ט וסד בסיד. איכא דקשיא להו הלא בסמוך סעיף י״ח כתב דהרא״ש ז״ל ס״ל דבחד סגי ולא קשיא ולא מידי דרבינו כתב פה לפרש דברי הרמב״ם דס״ל דבעינן תרווייהו כמ״ש בסמוך סעיף י״ב ולפי שיטת הרמב״ם כתב כאן וסד בסיד וכ״כ מהרש״ל שטועין הן אותם שמוחקין וסד בסיד שהרי הרמב״ם מצריך שניהם עכ״ל והכי מוכח ממ״ש רבי׳ על זה וכ״כ הרמ״ה וכו׳ עד צריך להרחיק ג׳ טפחים וסד בסיד דאלמא דמעיקרא נמי כתב דתרווייהו בעינן לדעת הרמב״ם אבל רבינו בעצמו נמשך לדעת הרא״ש ולכן כתב תחלה דבמי רגלים מרחיק ג׳ טפחים או סד בסיד והיינו בגומא כדפרישית: ומ״ש הרמ״ה ה״מ משתין או שופכין וכו׳. נראה שכתב כן משום דבפרק לא יחפור אמרינן ארבב״ח מותר לאדם להשתין מים בצד כותלו של חבירו דכתיב והכרתי לאחאב משתין בקיר וגו׳ ופריך והאנן תנן ואת מי רגלים מן הכותל ג׳ טפחים ומשני התם בשופכין ופרש״י עביט מלא ושופכו שם ת״ש לא ישתין אדם מים בצד כותלו של חבירו אא״כ הרחיק ממנו ג׳ טפחים בד״א בכותל לבנים אבל בכותל אבנים בכדי שלא יזיק וכמה טפח ושל צונמא מותר תיובתא דרבב״ח תיובתא והשתא למסקנא אין חילוק בין משתין לשופכי עביט מלא בכל ענין בג׳ טפחים סגי בכותל של לבנים אבל בכותל אבנים סגי בטפח ומיהו בגומא או ביב של מי רגלים אפילו בכותל של אבנים בעינן הרחקה ג״ט וסד בסיד דלא עדיף מי רגלים מנברכת של כובסין דאידי ואידי קוו וקיימי זו היא דעת הרמ״ה והוא דעת הרמב״ם שכתב תחילה דמרחיקין את הגומא שמתקבץ בה מימי רגלים מן הכותל ג״ט ואח״כ כתב לשון הברייתא לא ישתין אדם מים בצד כותלו של חבירו אלא א״כ הרחיק ממנו שלשה טפחים וכו׳ ולא הזכיר בדבריו דין שופכין אלא ודאי דס״ל דאין חילוק בין משתין לשופכין דאידי ואידי בעינן הרחקה ג״ט ולא בעי וסד בסיד אלא דוקא בגומא התם הוא דבעינן הרחקה ג״ט וסד בסיד אפילו בכותל של אבנים דלא עדיף מנברכת של כובסין ומה שלא פי׳ הרמב״ם דבגומא של מי רגלים בעינן נמי וסד בסיד זהו לפי שכתב תחלה בראש הפרק גבי בור שיח ומערה ואמת המים ונברכת של כובסין דבעי הרחקה ג׳ טפחים ויסוד בסיד א״כ ממילא משמע דהוא הדין בגומא שמתקבץ בה מימי רגלים דפשיטא דבעינן נמי הרחקה ג״ט ויסוד בסיד לכותלי הגומא ושארי ליה מאריה לה׳ המגיד דהבין מדברי הרמב״ם דמאי דפירשו בגמרא בשופכין היינו גומא שמתקבצין בה דא״כ לא הו״ל להרמב״ם לפסוק כך הלכה דהא למאי דאיתותב רבה בר בר חנה אין חילוק בין משתין לשופכין אלא ודאי דהרמב״ם מפרש בשופכין כמו שפירש״י ולמסקנא ודאי דין שופכין ומשתין אחד הוא דסגי בהרחקת ג״ט ולא בעי סד בסיד אלא היכא דאיכא גומא דקוו וקיימי התם בעינן נמי סד בסיד וכמו שפסק הרמ״ה להדיא כך הוא דעת הרמב״ם וכתב ה״ה וצ״ע למה אמר דוקא מי רגלים שהרי בגומא דקוו וקיימי אפי׳ בכל מים יש להרחיק וי״ל דאע״פ דקוו וקיימי כיון שאין תדיר כמו כובסין א״צ להרחיק בשאר מים עכ״ל אבל במרדכי ר״פ לא יחפור כתב וז״ל ופי׳ ר״מ דאפילו מיא דלא קביעי יש להרחיק ג״ט מדתנן נברכת הכובסין וכן משמע מדפריך מחרישה תיפוק ליה משום זרעים תיפוק ליה משום מיא אלמא כיון דצריך להשקותו אע״ג דלא קביעי מיא תדיר יש להרחיק עכ״ל ואפשר דלא אמר ר״מ אלא לענין הרחקת ג״ט בלבד דהא פשיטא דאפי׳ לא קביעי בענין הרחקת ג״ט אבל סד בסיד ג״כ לא בעינן אלא בגומא דקוו וקיימי וקביעי כנברכת הכובסין וה׳ המגיד נמי לא אמר אלא דהיכא דהוו תדיר וקביעי כמי כובסין בעינן נמי וסד בסיד ודוק:

יא כתב ה״ר ישעיה דכל הנך הרחקות וכו׳ עד וכן נראה מדברי רש״י. כן נראה ממה שפי׳ במשנה אצל מרחיקין את הגפת וכו׳ מן הכותל של לבנים טיט הבנוי ע״ג קרקע וכתב עוד מי רגלים ממסמסין את הלבנים שהן של טיט יבש רחיים קשין לכותל שמנידין את הקרקע כו׳ ומשמע להדיא דברחיים נמי בכותל של טיט שהזכיר תחלה קמיירי ומ״ש ה״ר יונה דאפילו בכותל של אבנים נמי מיירי כ״כ בנ״י ע״ש וכ׳ ה׳ המגיד בפ״ט משכנים שדעת הרמב״ם כה״ר יונה והכי נקטינן וכ״כ בס׳ ב״ה:

יב כתב הרמב״ם לא יחפור וכו׳ עד ומ״מ מסתברא שצריך להרחיקו גם מכותל חבירו דטפי מזקי הנך ממי רגלים שצריך להרחיקו ג״ט. פי׳ דמי רגלים אינן קבועים ונבלעים בקרקע מיד ואפ״ה צריך הרחקה ג״ט אפילו היכא דליכא גומא כ״ש הני דקביעי דמזקי טפי ממי רגלים והילכך בגומא פשיטא דבעינן נמי וסד בסיד להרמב״ם אפילו מכותל חבירו והכי נראה מדברי הרי״ף והרא״ש שכתבו גבי משרה וירק דאע״ג דהלכה כר׳ יוסי דעל הניזק

להרחיק את עצמו מיהו ודאי צריך לארחוקי משרה מירק כי היכי דלא ליהוי גיריה כי היכי דמרחיק שיח ומערה ע״כ אלמא דס״ל דבחופר שיח ומערה צריך להרחיקן מכותל חבירו ג״ט ומינה למדו דבמשרה צריך ג״כ להרחיק דמשרה לא גרע מבור וירק לא׳ גרע מכותל וכ״כ רבינו בסי׳ זה סעיף מ״ד ועיין במה שכתבתי לשם בס״ד וכתב בספר ב״ה דלפי זה הא דקאמר בגמרא כותל בורו לאו למעוטי שאר כתלים לענין הדין אלא מפני תיקון לשון המשנה דפתח בבור וסיים בכותל אבל לענין הדין מכל כותל צריך להרחיק עכ״ל. וכתב ב״י דק״ל על רבינו שכתב כאן ל׳ הרמב״ם ולא כתב דעת הרא״ש דבחד מינייהו סגי ע״כ ולא קשה מידי למאי דפירשתי דמ״ש רבינו תחלה או סד בסיד אתא לאורויי דבמי רגלים נמי מהני סד בסיד בלחוד אפילו קוו וקיימי בגומא ולא עדיף האי מתונתא מאידך מתונתא כיון דאידי ואידי קביעי א״כ בזה גילה דעת הרא״ש גם נסמך אמ״ש בסעיף י״ח דעת הרא״ש דחולק אהרמ״ה דתופס שיטת הרמב״ם. אבל מ״ש ב״י דרבינו סמך על פירוש רש״י ופשט הגמרא דהאיבעיא בגמרא לא קאי אלא אהרחקה דגפת וכו׳ טעות נזדקר לפניו כד תקפה עליו משנתו. גם ת״ש למעלה בסעיף ח׳ בד״ה מי שהיה לחבירו כותל וכו׳ עד וכפי פירש״י שם להרחקת בור לא איבעיא לן או סד תנן כי איבעיא לן בהרחקת גפת וכו׳ כל דבריו ע״פ טעות זה שהרי מבואר בגמ׳ אחר דאיבעיא לן וסד בסיד תנן וכו׳ ושקלינן וטרינן עלה תופס בגמ׳ בפיסקא מרחיקין את הגפת כו׳ ומייתי עלה במה טומנין וכו׳ מכלל דתחלה קא מיבעיא ליה בהרחקת הבור דתנן ברישא וכן פי׳ רש״י להדיא דלא איבעיא לן אלא בוסד בסיד דתני בהרחקת בור וכן כתבו התוס׳. ודע דבמתני׳ גרסינן וסד בסיד ברישא ובסיפא וכ״כ התוס׳ בשם ר״י דלא גרסינן בסיפא או סד בסיד וכן תפס ב״י בסעיף ח׳ ואח״כ בסעיף י״ב הביא פירש״י דגרס בסיפא או סד בסיד ונסתבכו התלמידים בדבריו:

יג הבא לסמוך וכו׳. משנה שם (דף כ״ב) מי שהיה כותלו סמוך לכותל חבירו וכו׳ ומוקי לה רבא במי שהיה כותלו ברחוק ד׳ אמות ונפל וכו׳ ולרבותא תנן נפל דל״מ דלכתחלה לא יסמוך משום דוושא אלא אפי׳ כבר היה כותלו ברחוק ד״א דכבר נידוש ונפל אפ״ה כשבא לחזור ולסמוך צריך להרחיק משום דוושא וז״ש רבינו תחלה הבא לסמוך וכו׳ ואח״כ כתב ואפילו הו״ל כבר וכו׳ ליישב מה שהקשה ריב״ם בתוס׳ לאוקימתא דרבא אמאי תנא נפל וכו׳ כתב הרא״ש להדיא דלרבותא תנא נפל: ומ״ש רבינו אף על פי שאין לחבירו חלון וכו׳. דאל״כ למה לי טעמא דדוושא תיפוק ליה משום חלון והא ל״ק למה לן טעמא דחלון תיפוק ליה מטעמא דדוושא דהא פשיטא דבעיר ישנה דליכא טעמא דדוושא איתא טעמא דחלון: ומ״ש ולהרמב״ם דרך אחרת. פי׳ כזה ? וכוונתו שירחיק ראובן ראש הכותל השני מכותלו של שמעון ד׳ אמות כדי שיהא המקו׳ בין שני הכתלים רחב כדי שידושו בו רבים ואם לא הוה באורך הכותל של שמעון שבונה ראובן כנגדו אלא פחות מד׳ אמות בונה כנגדו ואינו מרחיק וכו׳ וה׳ המגיד גם הוא הבין הציור כך וכתב בשם אב״ן מיגא״ש שצריך להרחיק כותל שני של ראובן מכותל ראשון שלו ד׳ אמות ואינו מספיק בהרחקתו מכותל שמעון לבד ולא נראית כן כוונת הרמב״ם וכו׳ והדין עמו דדוקא בין כותל ראובן לשמעון חייב להרחיק שהקרקע הוא הפקר שידושו בו רבים אבל הקרקע שבין כותל ראובן ראשון לשני אינו הפקר שידושו שם רבים ואין כאן דישה להחזיק כותל של שמעון אלא בין כותל שמעון לכותל ראובן וק״ל ורבינו כתב תחלה בסתם כפרש״י בהך אוקימתא דהב״ע מן הצד ומ״מ נראה ודאי דאף לפירש״י מודה הוא לדינו של הרב רבינו משה בר מיימוני דע״כ לא אמרינן דבמן הצד ליכא משום דוושא אלא דווקא היכא דכותל ראובן נמשך ממזרח למערב וכותל שמעון מצפון לדרום דליכא משום דוושא אלא בההיא פורתא דבין ראש כותל שמעון לכותל ראובן הילכך לא חיישינן להוא דוושא אבל בכה״ג דכתב הרמב״ם דאם לא ירחיק ראובן ראש כותל שני מכותל שמעון ליכא דוושא כל עיקר בכל אורך כותל שמעון דהא פשיטא דבין כותל ראובן ראשון לשני ליכא דוושא לכותל שמעון כדפי׳ דכיון דהקרקע הוא של ראובן לבדו אינו הפקר ולא דיישי בו רבים הילכך צריך להרחיק ראש כותל שני של ראובן מכותל שמעון משום דוושא בכל אורך כותל שמעון:

טו היה לחבירו שובך וכו׳ צריך להרחיק מן הכותל. תימה דבמשנה שנינו מרחיקין את הסולם מן השובך ד״א כדי שלא תקפוץ הנמייה ופרש״י אם יש לזה שובך בחצירו סמוך לכותל שבין שתי החצירות וחבירו בא להעמיד סולם בחצירו אצל הכותל ירחיקני מן השובך ד״א כדי שלא תקפוץ הנמייה מן הסולם לשובך ותהרוג את היונים אלמא כל היכא דאיכא ד׳ אמות מסולם לשובך אפילו ליכא ד׳ אמות מסולם לכותל שפיר דמי והכי משמע להדיא בגמרא דמוקי לה כרבי יוסי דמודה בגירי דיליה וה״נ זימנין דבהדי דמנח ליה לסולם קפצה לשובך וכ״כ הרמב״ם בפ״ט משכנים וכך פסק בש״ע ונראה דרבינו ס״ל דתנא דמתניתין מילתא דפסיקא נקט דזימנין דהכותל נמוך ולא מצי קפצה מהכותל לשובך אלא מסולם לשובך אבל ודאי אם הכותל גבוה כמו שובך דקפצה מסולם לכותל ומכותל לשובך ולהכי בעינן ד״א מסולם לכותל היכא דגבוה כמו שובך ול״ק בלא סולם נמי תקפוץ מכותל לשובך דהא ודאי דאי אפשר שתלך מהארץ לראש הכותל שהוא זקוף אלא על ידי הסולם העומד בשיפוע כי אז הולכת מן הארץ על עמודי הסולם ואח״כ מראש הסולם קופצת לראש הכותל ומהכותל לשובך וק״ל והכי נקטינן כדעת רבינו נ״ל:

טז ואת הכותל מהמזחילה ד׳ אמות. משנה שם: כתב הרמב״ם כגון שהחזיק וכו׳. בפ״ט משכנים ונראה דלהרמב״ם הרחקה זו היא כדין הרחקת ד״א בעיר חדשה משום דוושא דהראשון שלקח מן המלך בסתמא נשתעבדו לו ד״א חוץ לכותלו לדוושא וכ״נ כמ״ש ה׳ המגיד ונ״י וה״נ הראשון שלקח מן המלך והחזיק במזחילה בסתמא נשתעבדו לו ד״א חוץ למזחילה וכשבא חבירו לבנות צריך להרחיק את הכותל ד׳ אמות מן המזחילה אבל רבינו הבין

שאפילו כבר העמיד בעל החצר את כותלו צריך לסתור את כותלו ולהרחיק ד׳ אמות מן המזחילה לפי שזה החזיק במזחילה והשיג עליו שלא נקנית לו חצר חבירו ליכנס בה לתקן מזחילתו בשביל שהחזיק שמה במזחילה אבל למאי דפרישית אין כאן השגה ועיין במ״ש הרב המגיד. ועוד יש ליישב דמיירי הכא שהיה הגג והמזחילה והחצר לאחד ואח״כ מכר הגג עם המזחילה לאחר ושייר החצר לעצמו דאמרינן מוכר בעין יפה מוכר וזכה בעל הגג בד״א שבחצר להשתמש שם לצורך מזחילתו כדרך שהיה המוכר משתמש וע״ל בסוף סימן קנ״ד: הב״י העתיק תשובת הגאונים והשיג עליהם וע״ל בסימן קנ״ז סעיף ה׳ כתב רבינו בשם הרמ״ה כיוצא בזה והשיג עליו וגם שם הביא ב״י תשובת הגאונים והשיג עליהם ולשם יתבאר בס״ד:

יז הבא לחפור בור וכו׳. פלוגתא דאביי ורבא ר״פ לא יחפור ופסק כרבא וכלישנא בתרא: ומ״ש ויסוד כ״א כותל בורו בסיד לדעת הרמ״ה. אע״ג דגם הרמב״ם הכי ס״ל וכמ״ש ומ״ש רבינו סעיף י״ב מ״מ כיון שלא כתב הרמב״ם כאן בפירוש ויסוד בסיד לא הזכירו בשמו. אבל בכסף משנה פ״ט משכנים פי׳ דלא הצריך הרמב״ם שיסוד ג״כ בסיד אלא בהסמיך לכותל בנין אבל בדליכא כותל בנין סגי בהרחקה ע״כ וכ״כ בס׳ ב״ה והרי הוא מהפך הסברא דפשיטא דטפי חיישינן בסומך לבורו של חבירו מבסומך לכותל בנין וכמ״ש רבינו לעיל סעיף י״ב אלא נראה ודאי דלא היה צריך הרב לחזור ולפרש כאן ונסמך על מה שאמר בתחלת הפרק דבעינן תרווייהו הרחקה וגם יסוד בסיד ומש״ה כתב נמי אצל גומא שמתקבץ שם מימי רגלים הרחקה ג׳ טפחים ולא הזכיר שיסוד בסיד דנסמך על מ״ש בתחלת הפרק וכדכתיבנא בסעיף ט׳:

יט החופר בור לתוך שדהו ומכר וכו׳. הכי איתא בסוגיא גבי אילן וגבי חרדל ודבורים דבלוקח כיון שהראשון עשה בהיתר השני חייב להרחיק כל שיעור הרחקה ומש״ה כתב בסמוך באינו עשוי לבורות כיון דהראשון סמיך על המיצר בהיתר השני צריך להרחיק ששה טפחים כל שיעור הרחקה. ולא דמי למכר החצר ושייר הבית לעצמו דהלוקח יכול להאפיל עליו כדלעיל סוף סי׳ קנ״ד דהתם אינו מזיק אלא מונע ממנו תוספת אורה כדפי׳ לשם אבל הכא דמזיקו בגיריה אין אדם עשוי למכור נזקין דגיריה:

לה היו לחבירו אילנות נטועין וכו׳. משנה שם ומפרש בגמרא דהיינו דוקא אילנות לאילנות וגפנים לגפנים אבל אילנות לגפנים בעי טפי והאי טפי פי׳ הרא״ש כפי אומד הדעת וכו׳ והר״י הלוי פירש שלכל היותר אינו אלא ד׳ אמות דהוי שיעור הרחקה בארץ ישראל גבי היפוך המחרישה וקרי ליה טפי משום דבמקום שאין אורך המחרישה אלא אמה או ב׳ אמות באילנות לאילנות א״צ להרחיק אלא לפי ארכה ואפ״ה באילנות לגפנים דטעמא משום עופות בעי ד״א:

לו וה״ר יונה כתב וכו׳. נראה דס״ל כיון דבא״י שיעור הרחקה דאילנו׳ לאילנות הו״ל ד׳ אמות א״כ באילנות לגפנים דבעי טפי היינו עוד ד׳ אמות ולא יותר וס״ל דבהא אין לחלק בין א״י לבבל דכיון דאין הטעם משום היפוך המחרישה אלא מפני העופות שמפסידין אין לחלק:

לז היה אילן של חבירו נוטה וכו׳. משנה ס״פ לא יחפור ומ״ש בשם הרמ״ה כתבו הרי״ף והרא״ש ס״פ חזקת והרמב״ם פי״ג מנזקי ממון והסמ״ג בעשה ס״ח בשם גאון גם רבינו כתב כך בסתם בסי׳ תי״ז ואיכא למידק אמאי כתבו פה על שם הרמ״ה ואפשר כיון דבדברי הגאונים הראשונים לא נזכר מבוי והיה אפשר לומר דבמבוי אפילו מפולש ואפילו למטה מגמל ורוכבו אין יכולין לעכב שהרי במשנה לא אמרו אלא ר״ה אבל בדברי הרמ״ה מפורש דל״ש מבוי ול״ש ר״ה ולמדו מדין אילן הנוטה דס״ל דדין מבוי מפולש כדין ר״ה וכמ״ש גם הרי״ב בסי׳ קנ״ד סעיף י׳ וה״ט דבמפולש במי רבים עוברים בו כמו בר״ה והכי נקטינן אבל במבוי שאינו מפולש אי מחלי ליה בני מבוי יכול להוציא אפי׳ למטה מגמל ורוכבו ואין שאר העוברים יכולין למחות עליהן וכההיא דרבי אמי ס״פ חזקת וכן פירש בנ״י לשם וע״ל בסי׳ תי״ז ובמ״ש לשם בס״ד:

מ שאלה לא״א הרא״ש וכו׳ עד טענתן טענה. וכן פסק הרמב״ם פי״ג מנזקי ממון ורבינו הביאו בסימן תי״ז וכן פסק הסמ״ג ע״ש גאון אלא שהם לא אמרו אלא בר״ה והרא״ש בתשובה זו פסק כך אף במבוי וס״ל דאין לחלק בזה בין ר״ה למבוי ולפע״ד נראה דאפילו באינו מפולש נמי ס״ל להרא״ש דיכולין לעכב דכיון דההיתר אינו אלא דבני מבוי מחלי והרי כאן מעכבים עליו וכך מבואר מתשובותיו שהביא לדר׳ אמי ס״פ חזקת וכתב דהתם הוא שהוציא ברשותם אבל שלא ברשותם אין יכול להוציא במבוי וכיון דההיא דר׳ אמי במבוי שאינו מפולש קאמר א״כ בע״כ דשלא ברשותם אפי׳ באינו מפולש אין יכול להוציא:

מא תשובה לגאון. איכא לתמוה דהלא משמע שהתאנה נטועה כולה בחצר של ראובן אלא דמקצת שרשיה נכנסו בתוך כותלו של לוי והשתא אי ס״ל לגאון כפירוש התוספות בפרק המקבל (בבא מציעא דף ק״ז) דרב ושמואל לא פליגי אלא באילן העומד ממש על המיצר שהוא של שניהם ואין השרשים מתפשטים לקרקעו של זה יותר משל זה אך הענפים נוטין יותר לשל אחד מהם אבל אי נטוע כולו ברשות אתד והענפים נוטים ברשות חבירו בהא מודו רב ושמואל שכל הענפים יהיו לבעל השרשים א״כ הכא דהתאנה נטועה כולה בחצר ראובן אף הנוף הוא של ראובן ואע״פ דמקצת שרשיה

נכנסו בתוך כותלו של לוי בתר עיקר נטיעה אזלי׳ שהיא נטועה בחצר ראובן ולא משגחינן כל עיקר בנטיעת השרשים לפי׳ התוס׳ ואי כפרש״י דאפי׳ בנטוע בשל זה אם השרשים נוטים בשל חבירו הרי הם שלו לרב וא״כ תאנה זו נמי אע״פ דעומדת ונטועה בשל ראובן מ״מ כיון דשרשיה נוטים בשל לוי גם הנוף הוא של לוי לרב אכתי קשה למה תלה דין זה במאי דהלכה כרב אפי׳ לשמואל נמי דחולקין מ״מ לפחות אותו הנוף הוא של לוי כיון דשרשיה נכנסים בתוך כותלו של לוי מגיע לחלקו נוף זה וי״ל דס״ל לגאון לכל הפירושים דהתאנה הנטועה בחצר ראובן לשמואל כל הענפים הם של ראובן ולא קאמר דחולקין אלא בפירות דכיון דהשרשים הם בשל זה כמו בשל זה היניקה משניהם בשוה היא ולכך חולקים בפירות אבל גוף האילן וכל הענפים הם של ראובן אבל רב דקאמר נוטה לכאן לכאן משמע ליה לגאון הענפים עצמם הנוטים לשל לוי הם שלו ס״ל לגאון כפירוש התוס׳ ומיירי דשרשי התאנים מתפשטים בתוך כותלו של לוי כמו בחצר ראובן הילכך הענפים הנוטים לגנו של לוי הם שלו כרב מיהו במה שפסק הגאון הלכה כרב אין כן דעת הפוסקים וכמ״ש רבינו בסוף סימן קס״ז דהלכה כשמואל ואפשר לומר דרבינו ס״ל דהדין עם הגאון בתשובה זו מכח הטעם הראשון אע״ג דליתא לטעם השני שכתב:

מד היה לחבירו ירק וכו׳ עד כשיעור הרחקת בור שיח ומערה וכו׳ כ״כ גם הרי״ף דמשרה וירק צריך להרחיק ג״ט ומדמי ליה לבור שיח ומערה דאפי׳ בלא ירק צריך להרחיק מכותל חבירו משו׳ דהוי גירי דיליה דמזיק בידים הוא לכותל א״כ משרה זו לא עדיף משיח ומערה וירק לא עדיף מכותל דעלמא ולפיכך צריך להרחיק ג׳ טפחים לפחות כמו בשיח ומערה מכותל כי היכי דלא ליהוי גיריה כדלעיל בסעיף י״ב אבל טפי מג״ט א״צ להרחיק אע״ג דמזקי לירק דעל הניזק להרחיק את עצמו היכא דלא הוי גיריה וכר׳ יוסי והכא נמי כיון דבהרחקת ג׳ טפחים אין הניזק בא לידי היזק מיד כשעושה המשרה אלא לאחר זמן על הניזק להרחיק ואמר וכן כל כיוצא בזה וכו׳ אלא דבבצלים ודבורים א״צ הרחקת ג״ט ומותר לו לסמוך ממש כרישים וחרדל שאין הנזק בא מיד אלא לאחר שגדל משא״כ הכא דחפירה שיש בה משרה הו״ל כמו בור שיח ומערה דהמים מזיקין מיד לירק אם אין מרחיק ג״ט והו״ל גיריה וכ״כ הרא״ש להדיא (בדף קצ״ב סוף ע״א) ע״ש וע״ז כתב והרמב״ם כתב וכו׳ פירוש דגם בבצלים ודבורים ס״ל להרמב״ם דצריך להרחיק ג״ט דכל היזק שבעולם חשיב ליה גירי דיליה בתוך ג״ט ואמר רבינו שאין נראה כן בגמרא וטעמו מדקאמר בגמרא אליבא דרבא דבשדה דעשויה לבורות אסור לסמוך בור סמוך למיצר אפילו לר׳ יוסי דאמר זה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו התם בעידנא דקא נטע ליתנייהו לשרשיו דקא מזקי ליה אבל הכא מצי א״ל כל מרא ומרא דקא מחית מרפית לארעאי וקיי״ל כרבא ואע״ג דקיי״ל כרבי יוסי דאמר זה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו התם לאו גיריה הוא כיון דבעידנא דקא נטע ליתנייהו לשרשיו אבל הכא גיריה הוא ומודה ר״י בגיריה אלמא דכל היכא דבעידנא דקא נטע ליתיה למזיק אלא לאחר זמן כשגדל לאו גיריה הוא ושרי לסמוך א״כ כרישים וחרדל נמי דמתיר ר׳ יוסי בלא הרחקה אפילו תוך ג״ט מתיר כיון דלא מזקי עכשיו בשעה שסומך אלא לאחר שגדל דמאי שנא אלא דבמשרה ודאי לא עדיף מבור דאידי ואידי מים שבחפירה נינהו ופשיטא דבעי הרחקה ג״ט אפילו מכותל כ״ש מירק וזה לא היה צריך לפרש אבל בבצלים ודבורים אי איתא דצריך הרחקה ג״ט אע״ג דאין שם חפירת מים ואין הנזק בא אלא לאחר שגדלו הכרישים והחרדל הו״ל סותר להיא דקיי״ל כרבי יוסי דאמר זה נוטע בתוך שלו וזה חופר בתוך שלו כנ״ל לפרש דברי רבי׳ אלא דמ״ש שרב אלפס כתב כהרמב״ם איכא לתמוה דבספרי האלפסי שבידינו לא נמצא כתוב דבעי הרחקה ג״ט אלא במשרה וירק וכמו שהעתיק הרא״ש. ואיכא למידק דכאן כתב רבינו דמותר לסמוך לו חרדל תוך ג״ט ולמעלה בסי׳ קנ״ד סעיף כ״ב כתב דלרש״י ואלפס בעל החרדל צריך להרחיק אפי׳ סמך בהיתר ולר״י נמי אם בעל דבורים סמך בהיתר צריך להרחיק חרדלו ואין לתרץ דרש״י ורי״ף לא אמרו אלא דכשכבר גדל החרדל התם הוא דכשמסמיך חבירו דבורים אצל החרדל הו״ל מזיקו בגירי דיליה דמיד ניזק בעל הדבורים ועל בעל החרדל שהוא המזיק להרחיק עצמו כיון דמזיקו בגיריה אע״ג דקדים דהא אינהו ס״ל ג״כ היכא דקדמו דבורים דאסור להסמיך החרדל אע״ג דליכא השתא גיריה אלא דאפילו קדמו הדבורים נמי אסור להסמיך החרדל וי״ל דהאשיר״י בתשובה לעיל לא בא אלא להביא ראיה לדבריו דבגינה דהוי גיריה חייב ראובן המזיק להרחיק את עצמו אע״ג דנעשה ההיזק ממילא וה״ק דכיון דלפירוש רש״י ורב אלפס לרבנן המזיק צריך להרחיק אע״פ שסמך בהיתר א״כ לרבי יוסי נמי היכא דהוי גיריה חייב להרחיק אע״פ שסמך בהיתר דע״כ לא פליג רבי יוסי וקאמר דעל הניזק להרחיק את עצמו אלא היכא דלא הוי גיריה אבל היכא דהוי גיריה לא פליג ומודה הוא לרבנן דעל המזיק להרחיק אע״פ שסמך בהיתר ואפי׳ לר״י דאין המזיק צריך להרחיק לרבנן היכא דסמך בהיתר וה״ה לר׳ יוסי א״צ להרחיק אפי׳ היכא דאיכא גיריה מ״מ הכא בגינה מודה ר״י דלא אמר ר״י אלא היכא שהמזיק סמך בהיתר ואח״כ נתן שם הניזק וכו׳ אבל בגינה לא נתן שם הניזק כלום הילכך על המזיק להרחיק את עצמו כיון דהוי גיריה אע״פ שסמך בהיתר אבל בגוף הדין דחרדל ודבורים ס״ל להרא״ש כדכתב רבי׳ כאן דמותר להסמיך תוך ג״ט כיון דלא הוי גיריה דאין הנזק בא מיד אלא לאחר שגדל ומטעמא דפרישית והכי משמע באשיר״י להדיא להמעיין בו:

מו וכן אם היה לחבירו בור וכו׳ כבר התבאר בסמוך דהיינו כרבי יוסי דקיי״ל כוותיה ואליבא דרבא דהלכה כמותו לגבי אביי ומהך דהכא כתב רבינו שאין נראה כן בגמרא: ומ״ש בד״א כשישנו שם דבר הניזוק וכו׳. הכי הוי מסקנא דגמרא לגירסת ר״ח ורבינו תם דגרסי אלא אמר רבינא לעולם לאו

בלוקח וכו׳ וכמ״ש בתוס׳ (בדף י״ח) בד״ה וסבר ר׳ יוסי ובאשיר״י (דף ק״צ סוף ע״ב): ומ״ש אבל דעת רש״י ורב אלפס וכו׳. זהו למאי דגרסי אמר רבינא קפדי רבנן וכו׳ דלגירסא זו אפילו לא היה שם דבר הניזוק אינו יכול לסמוך ע״ש בתוס׳ ובאשיר״י: ומ״ש ואפי׳ אם בא לסמוך לו דבר המיטלטל כו׳. כ״כ לשם התוס׳ בסוף (דף י״ז) בד״ה מרחיקין את הגפת וב״י כתב וז״ל אבל ק״ל שהתוס׳ כתבו דהיינו אליבא דרבנן וטעמא דכל מרא ומרא וכו׳ היינו אליבא דר׳ יוסי וא״כ היאך כתב רבינו שניהם דאי הא לא הא עכ״ל ולפעד״נ דל״ק מידי דהתוס׳ לא כתבו כל זה אלא לדעת רש״י ורב אלפס דלרבא דקיי״ל כוותיה אפילו אין שם דבר הניזוק אסור לסמוך ורבא ודאי לא קאמר מילתיה כתנאי אלא בין לר׳ יוסי ובין לרבנן אסור לסמוך אפילו גפת וזבל ומלח דהוי דבר המיטלטל ואפילו כי ליכא כותל שהוא דבר הניזוק נמי אסור לסמוך ובע״כ דטעמא דמילתא לרבנן משום דחיישינן דילמא יתעצל וכו׳ ובהך טעמא דס״ל לרבא אליבא דרבנן לא אשכחן דפליג עליה רבי יוסי וכיון דקיי״ל כרבא קיי״ל נמי כהך סברא דרבא אליבא דרבנן דאפילו בגפת ושאר דברים המיטלטלין צריך להרחיק אפילו ליכא כותל והכי מוכח באשיר״י דכתב ע״ש ה״ר יונה דס״ל לרבא אליבא דרבנן דטעמא דהרחקה דחיישינן שמא יחזיק בסמיכת דברים הללו ג׳ שנים ויטעון חזקה ומתוך זה פסק דאין אדם רשאי לפתוח חלון לחורבתו של חבירו לפי שיכול לומר לו שמא תחזיק עלי וכו׳ אלמא אע״ג דקיי״ל כרבי יוסי לגבי רבנן מ״מ בהך סברא דאית ליה לרבא דאסור לסמוך אפילו לרבנן משום שמא יחזיק וכו׳ ולא אשכחן בהדיא דפליג עליה ר׳ יוסי בסברא זו ודאי כיון דקיי״ל כרבא קיי״ל נמי כהך סברא. ותו נראה דקושיא דב״י מעיקרא ליתא דרבינו ז״ל נמשך אחר דברי הרא״ש דמשמע להדיא דהך טעמא דחיישינן שמא יתעצל אף לרבי יוסי צריכין ליה גבי גפת לדעת רש״י ורב אלפס והא דקאמר גבי בור דטעמא משום דכל מרא ומרא וכו׳ היינו משום דבבור כיון דאין טירחא כלל ליקח עפר ולסתום הבור ליכא למיחש שמא יתעצל ולהכי צריך לטעמא דכל מרא ומרא וכו׳ אבל לגבי גפת וזבל וכולי דאיכא טורח בסילוקם הוי טעמא דאיסורא משום דחיישינן שמא יתעצל אף לר׳ יוסי ע״ש באשיר״י דלא כתב דהוי הטעם לרבנן אלא בטעמא שמא יטעון חזקה כמ״ש ה״ר יונה דפשיטא דכיון דבכור קאמר לר״י דטעמא משום דכל מרא ומרא ולא קאמר טעמא דשמא יטעון חזקה אלמא דוקא לרבנן קאמר הך טעמא דשמא יטעון חזקה אבל טעמא דשמא יתעצל גבי גפת כיון דאיכא טירחא בסילוקם אף לר׳ יוסי צריך לומר האי טעמא וכדפרישית ומיהו כל זה אינו אלא לרש״י ורב אלפס אבל לר״ח ור״ת דאין אסור לסמוך אליבא דרבא למסקנא דרבינא אא״כ דאיכא דבר הניזוק חוץ מחפירת בור משום דכל מרא ומרא וכו׳ האי טעמא לאו דוקא לר׳ יוסי אלא ה״ה רבנן נמי ס״ל האי טעמא עיין באשיר״י:

מט סמך בא׳ מכל אלו וכו׳ כתב הראב״ד שפטור מלשלם וכו׳. כ״כ הרי״ף והרא״ש בפרק לא יחפור בעובדא דנפצי כיתנא וכן פסק הרמב״ם בפי״א דשכנים בדין היזק דניפוץ כיתנא ובית הכסא ומלאכה שיש בה אבק ועפר וע״ש: ומ״ש וכ״כ א״א הרא״ש ז״ל. נראה דלפי דרבינו ראה בדברי הרא״ש שכתב גבי היזק דנמייה והיזק דניפוץ כיתנא דפטור משום דגרמא בניזקין הוא והאריך לחלק בין דינא דגרמי דחייב משום דקא עביד בידים א״כ משום דההיזק הוא ברי אלמא משמע דבכולם ס״ל להרא״ש דחייב. לשלם חוץ מהני תרתי שלא היה ההיזק ראוי לבוא מכח מעשיו וכו׳:

נא החזיק בא׳ מאלו הנזקין הויא חזקה וכתב הרמב״ם שא״צ חזקת ג״ש וכו׳ עד שיסייע עמו מיד וכו׳. נראה דל״מ קאמר ל״מ סייעו אלא אפי׳ אמר לו לעשות ולא סייעו ול״מ א״ל אלא אפי׳ שתק בלבד והשתא ניחא דקאמר שיסייע עמו מיד דאי לא סייעו מיד א״כ ודאי דשתק מעיקרא ולא הו״ל לא זו אף זו אבל בסייעו מיד ניחא דהשתא הו״ל לא זו אף זו כדפרישית: ומ״ש אבל א״א הרא״ש ז״ל כתב שאף באלו אין החזקה בפחות מג׳ שנים. פי׳ בשתיקה בעלמא לא הוי חזקה להרא״ש כדלעיל בסי׳ קנ״ג סעיף כ״ה וסי׳ קנ״ד סעי׳ ט״ו אבל במסייע פשיטא דמודה הרא״ש דמיד הוי חזקה כדלעיל בתחלת סי׳ קמ״ב וה״ה בא״ל לעשות אלא ודאי דלא אמר הרא״ש דאינה חזקה אלא בשראה שעשאו ושתק התם הוא דלא הוי מחילה להרא״ש:

נב ומ״ש וכתב עוד הרמב״ם מי שהחזיק בנזק וכו׳ אבל לדעת א״א הרא״ש שלכל דבר צריך חזקה ג״ש כ״ז שאינו מברר שהחזיק כראוי אינו כלום וצריך להסיר היזקו נראה דרבינו ס״ל דדוקא לסברת הרמב״ם דבראה ושתק הרי זה מחל א״כ מסתמא כל שהחזיק זה בנזק מקצת ימים והניזק אומר עכשיו הוא שראיתי ולא ידעתי מקודם וכו׳ המזיק נקרא מוחזק משעה דאיתברר נזקיה ולא תבעו למזיק ועל הניזק הבא להוציא מידו להביא ראיה אבל להרא״ש דלא הויא שתיקה מחילה אלא א״כ החזיק ג״ש ובטענה הילכך אע״פ שהחזיק בנזק וחבירו ראה ושתק לא נקרא מוחזק אלא אדרבה הניזק הוא נקרא מוחזק ואם טען המחזיק שסייעו מיד או א״ל לעשות על המזיק להביא ראיה וכן אם טען שהחזיק בנזק ג״ש ובא בטענה והניזק אמר שלא החזיק ג״ש על המזיק להביא ראיה שהניזק הוא שנקרא מוחזק ודוק:

נג יש נזקין שאין להם חזקה כקוטרא וב״ה. פ׳ לא יחפור (בבא בתרא דף כ״ג): ומ״ש ואם החזיק בהם קודם שהיה שם דבר הניזק כתב ה״ר יונה וכו׳ והוא הולך לשיטתו וכו׳. הכי משמע ממ״ש האשיר״י דברי ה״ר יונה ריש פרק לא יחפור דבגפת וזבל וכו׳ אסור לסמוך אפי׳ אין שם כותל דחיישינן

שמא יטעון חזקה והיינו לשיטת רב אלפס כמו שהתבאר בסמוך סעיף מ״ז: ומ״ש אבל לא״א הרא״ש שכתב שאין להם חזקה וכו׳ עד וע״ז סמך ולא מיחה. כל זה מבואר באשיר״י בעובדא דפפי יונאה ע״ש (בדף קצ״ב תחלת ע״ב):

נו ובית הכסא וכו׳. כתב בס׳ בדק הבית משמע דהני בתי כסאות בחפירות מכוסים נהי דחזקה יש להם אם החזיק אבל לכתחלה יכול למחות בו דומיא דתנור וכירה דיחיד דבסמוך עכ״ל ובזמן הזה דינא דמלכותא הוא ואין יכול למחות:

ס והיזק ראייה דחלון כ׳ הרמב״ם וכו׳. מה שקשה על זה נתבאר בס״ד בסימן קנ״ד סי״ז ע״ש:

סא כתב ר״ת וכו׳ ויש מחלקים וכו׳. נראה דס״ל דבמכירה ודאי אגב זוזי גמר ומקני ליה ונתינה נמי כמכירה דמי דאי לאו דעבד ליה נייחא דנפשיה לא הוה יהיב ליה מתנתא ואין כאן טעות אבל מחילה שפיר איכא למימר מחילה בטעות היא: ומ״ש וקנין ג״כ צריך וכו׳. פירוש אע״ג דמכירה לא מהני דלא אמרינן אגב זוזי גמר ומקני דסבור היה שיכול לסבול והו״ל כאומר לחבירו קרע כסותי ושבור כדי דיכול לחזור. ויתחייב חבירו בהזיקו אחר שחזר בו מ״מ אם קנו מידו אלים ליה קנין סודר דלא מצי למימר סבור היה שיכול לסבול וכו׳ ולפי זה ניחא דלא קשיא מתשובת הרא״ש בסוף הסי׳ גבי קצבים שכתב שאין חזקה לנזקין כאלו ואפילו קנו והחזיקו אין חזקתן חזקה דאינו ר״ל שקנו מידו בק״ס אלא ר״ל שלקחו הקצבים המקום מראובן לקצב בו בשר מצי למימר סבור הייתי שאוכל לסבול כיון שלא קנו מידו בק״ס אבל הב״י פי׳ דלא קנו מידו אלא על גוף הקרקע ולא קנו מידו על הנזק עיין שם:

סימן קנו

א אחד מבני החצר וכו׳ ברייתא בפרק לא יחפור ופירש רש״י רופא מוהל אומן מקיז דם ומדברי רבינו נראה דרופא אומן דבר אחד הוא כלומר רופא שהוא אומן פירוש מקיז דם וכן נראה מדברי הרמב״ם פ״ו משכנים ונראה דרבינו נמשך לשיטתו שכתב בסעיף ח׳ דלאו דוקא מלמד תינוקות דה״ה לכל מילי דמצוה כגון לחלק צדקה או להתפלל בעשרה א״כ מוהל נמי לא יכלו לעכב עליו וא״כ בע״כ רופא שהוא אומן קאמר ולכך לא קאמר או אומן כמ״ש או גרדי או מלמד תינוקות של עכו״ם אבל לרש״י דדוקא מלמד תינוקות ומשום תקנת יהושע בן גמלא שלא יחזור הדבר לקלקולו אבל לכל מילי דמצוה יכול למחות וכמ״ש ב״י לדעת רש״י ולפי זה רופא או אומן או גרדי או מלמד וכו׳ קאמר ופי׳ רופא מוהל אומן מקיז דם דהכי משמע פשטא דברייתא אך קשה לדעת רבינו א״כ לאיזה צורך קאמר רבא סיפא אתאן לתינוקות של בית רבן ומתקנת יהושע בן גמלא ואילך בלאו תקנת יהושע בן גמלא תיפוק ליה דמילי דמצוה היא וי״ל דהוה קשיא ליה לרבא אמאי קתני טפי הך מצוה דמלמד תינוקות ולהכי קא מתרץ דלפי דקודם תקנת יהושע בן גמלא היה יכול למחות משום דהתקינו שיהו מושיבין מלמדי תינוקות בירושלים בדוקא מדכתיב כי מציון תצא תורה ודבר ה׳ מירושלים להכי נקט מלמדי תינוקות לאורויי דאף מלמדי תינוקות אין יכול למחות מתקנת יהושע ב״ג וכ״ש לכל שאר מילי דמצוה: וכן מעכבין עליו שלא למכור ביתו וכו׳. שם בברייתא מי שיש לו בית בחצר השותפים ה״ז לא ישכירנו לא לרופא וכו׳ וס״ל לרבינו דכ״ש שלא ימכרנו ולהכי נקט רבינו תחלה מכירה לומר דל״מ דמכירה עולמית אסור אלא אפי׳ שכירות שנה נמי אסור וכ״כ התוס׳ דאין חילוק בין מכר לשכירות ובסמוך נעתיק לשונם אבל במרדכי כתב ע״ש ר״י דוקא לא ישכירנו אבל למכרו שרי ואינו יכול לעכב ובתר הכי משתעי דינא בהדי לוקח עכ״ל ונראה דטעמו דבמכירה דיוצא מרשותו לגמרי אין ההיזק ממנו משא״כ בשכירות דההיזק נקרא על שם המשכיר כיון דהשוכר דר בה מכחו וחשוב כאילו המשכיר עצמו מזיק אותם וכתב ב״י וז״ל ונראין דברי המרדכי גם הרב בהגהות ש״ע הביאו משמע דהכי ס״ל והכי נקטינן: ומ״ש אפי׳ שאינו מוצא להשכירו בכדי שישכור אותו זה. נראה דמדברי התוספות לשם למד לפרש כך והוא דבהך ברייתא דתנא ולא לסופר ארמאי הקשו התוס׳ דהכא משמע דלארמאי שאינו סופר שרי ובפרק הגוזל בתרא קאמר דמאן דמזבין ארעא לעכו״ם אמיצרא דבר ישראל חבריה משמתינן ליה ודוחק לחלק בין מכר לשכירות ונראה לר״י דהתם כשישראל רוצה לקנות אבל אם אין ישראל רוצה לקנות מותר עכ״ל והשתא כיון דברייתא זו דמתיר לארמאי שאינו סופר בשאין ישראל רוצה לקנות קאמר א״כ הך דקתני לא ישכירנו לא לרופא וכו׳ מיירי נמי בשאין ישראל רוצה לשכור ואפ״ה לא ישכירנו וס״ל לרבינו דאי ליכא מאן דישכירנו כל עיקר ודאי דשרי דאל״כ יפסיד זה ביתו לגמרי אלא בע״כ דאיכא מאן דבעי לשכרו אלא שאינו רוצה לשכרו בכדי שישכור אותו זה ומש״ה אסור וה״ה גבי מכירה מיירי דאיכא מאן דרוצה לקנותו אלא שאינו רוצה לקנות בכדי שיקנה אותו זה:

ב ומ״ש שאפי׳ שכל בני החבורה הסכימו וכו׳. כ״כ שם הרא״ש דאף היחיד מעכב על הרבים ויש נוסחאות ואפי׳ שכל בני החצר וכו׳:

ה וכתב הרמ״ה דוקא בעלי אומניות וכו׳ אבל אי בעי לאוגורי וכו׳. נראה דס״ל להרמ״ה דכשאינו מחדש שום דבר בבית דאפילו אינו חולקו לשנים לא בגובה ולא במשך אלא מניחו כמו שהיה רשאי להכניס דיורים ואכסנאים ולאוגורי לכמה אינשי וע״ל בסי׳ קנ״ד סעיף ג׳ במ״ש לשם בס״ד בדין זה:

ז ומ״ש אבל הוא עושה מלאכתו בביתו. נראה מלשונו דלכתחלה נמי יכול לעשו׳ מלאכתו בביתו ואפי׳ לא החזיק ואין בני החצר יכולין לעכב עליו וכו׳ והיינו דכתב וכן אין יכולין למחות בידו מללמד תינוקות של ב״ר דפשיטא דאפי׳ לא החזיק אין יכולין למחות מללמד תשב״ר ומלאכתו בביתו דכוותיה היא ומ״ש ב״י דלרבינו במלאכתו בבית וכל שלא החזיק יכולין למחות בו הוא שלא בדקדוק דאע״פ דבחנות שבחצר סבירא ליה לרבינו כהרמב״ם והרשב״א דאפי׳ אם החזיק יכולין למחות בידו מ״מ בעושה מלאכתו בביתו ס״ל לרבינו דאין יכולין למחות בידו אפי׳ לא החזיק גם הרשב״א גופיה ס״ל הכי ודלא כרמב״ם ומיהו ודאי דוקא במן הסתם. אבל היכא דידוע דמערער זה אין יכול לסבול קול הפטיש וקול הרחיים אפי׳ החזיק צריך להרחיק כמ״ש בסי׳ קנ״ה סעיף נ״ח ופשוט הוא:

ט והרמב״ם נתן למבוי שאינו מפולש דין חצר וכו׳. וכתב ב״י שהרמב״ן בחידושיו כתב שכן גורס ר״ח ומיישב קושיית התוספות אבל התוס׳ ומרדכי ונימוקי יוסף כתבו שאין דין מבוי שאינו מפולש כדין חצר וע׳ לעיל בסי׳ קנ״ד סעיף י׳ וע׳ במ״ש סי׳ קנ״ה סעיף ל״ז בס״ד:

י כופין בני מבוי זא״ז שלא להושיב ביניהם גרדי או רופא ולא אחד מבעלי אומניות. בפ׳ ל״י תניא כופין בני מבואות זא״ז שלא להושיב ביניהן לא חייט ולא בורסקי ולא אחד מבני בעלי אומניות ולשכנו אינו כופהו רשב״ג אומר אף לשכנו כופהו ופסקו הפוסקים דהלכה כרבנן וכרב הונא בריה דרב יהושע דקאמר הכי דבר מבואה אבר מבואה דנפשיה דהיינו לשכנו אינו כופהו מלירד לאותה אומנות ולא מצי אמר ליה קא פסקת לחיותאי ובר מבואה אבר מבואה אחריתא מיבעיא ולא איפשיטא ואזלינן בה לקולא דלא מצי נמי מעכב אבל בר מתא אבר מתא אחריתא מצי לעכב עליו כל העיר ואי שייך אכרגא דהכא לא מצי לעכב עליו כל העיר אבל יכול לעכב עליו שלא יכנס במבואה שלו כך פירש״י והתוס׳ ושאר מפרשים וכך הם דברי רבינו ואיכא לתמוה דבברייתא לא תני אלא חייט ובורסקי או אחד מבעלי אומניות ורבינו כתב ג״כ גרדי או רופא וברמב״ם כתוב בדקדוק כדתני בברייתא ונראה דלפי דרבינו מפרש הך ברייתא דתני בה כופין בני מבואות וכולי דלא איירי כלל לענין היזק דקול הנכנסים והיוצאים אלא לענין פסיקת החיות כדפי׳ א״כ לפי זה ודאי אין חילוק בין רופא וגרדי לחייט ושאר בני אומניות שהרי אין מקפידין להיזק דקול הנכנסין והיוצאין אלא מקפידין לפסיקת החיות הילכך כתב רבינו דאין חילוק דבין רופא וגרדי ובין שאר בני אומניות אם בא אחר לירד לאומנותו יכול זה לעכב עליו בד״א שאותו הבא הוא מעיר אחרת וכו׳ ומה שקשה א״כ מנ״ל לרבינו דבמבוי דאינו מפולש יש לו דין חצר לענין דאם אחד מבני מבוי רוצה לעשותו גרדי ורופא דבני מבוי מעכבין עליו מפני היזק דקול הנכנסין והיוצאין הלא הך ברייתא דכופין בני מבואות וכו׳ אינה מדברת לענין קול דהנכנסין וכו׳ יש לומר בזה דרבינו תופס עיקר גירסת הרי״ף והרא״ש דגורסים בברייתא אחריתא אחד מבני מבוי שביקש ליעשות רופא אומן וגרדי בני חצר מעכבין עליו אלמא דאפי׳ אחד מבני מבוי נמי מעכב ואין זה אלא באינו מפולש דאי במבוי מפולש ליכא קפידא כ״כ בקול נכנסין ויוצאין דבלאו הכי איכא טובא קול נכנסין ויוצאין במבוי מפולש דרבים בוקעין בו ומה שקשה לגירסא זו דגרס מבוי דא״כ תיקשי לאביי דשרי בחצר אחרת לכתחלה וכמו שהקשו התוס׳ בד״ה אחד מבני מבוי וכו׳ ובברייתא נמי תניא עושה אדם חנות בצד חנותו של חבירו ומרחץ בצד מרחצו של חבירו ואינו יכול למחות בידו יש לתרץ דלא קאמר אביי דבחצר אחרת שרי ואינו יכול לומר איני יכול לישן מקול התינוקות שבאין לקנות בחנות אלא דוקא בחנות כמבוי מפולש התם הוא דאינו יכול למחות בחצר אחרת אלא דוקא באותה חצר אבל במבוי שאינו מפולש אפילו בחצר אחרת יש לו דין אותה חצר וכן נראה מדברי הרמב״ם שכתב ספ״ו דשכנים וז״ל אחד מבני מבוי שאינו מפולש שביקש ליעשות רופא אומן או גרדי או מלמד תינוקות של עכו״ם בני מבוי מעכבין עליו מפני שמרבה עליהן הנכנסין והיוצאין וכו׳ וכתב ה׳ המגיד ברייתא שם וגירסת המחבר אחד מבני מבוי וכו׳ אבל המפרשים האחרים גורסים אחד מבני חצר ודוקא חצר אבל מבוי אם אין ביניהם מאותה אומנות אין מעכבין וכו׳ עכ״ל ורבינו התחיל ואמר אחד מבני חצר שביקש ליעשות רופא וכו׳ שזה מוסכם ואין בו מחלוקת ואח״כ כתב והרמב״ם נתן למבוי שאינו מפולש דין חצר וזהו ע״פ גירס׳ אחד מבני מבוי כדפרישית ומפרש דאין זה אלא במבוי שאינו מפולש אבל במבוי מפולש אינן יכולין לעכב מפני שמרבה עליהן הנכנסין והיוצאין דבלאו הכי איכא ריבוי נכנסין ויוצאין במבוי מפולש ומשמע להדיא דרבינו נמי הכי ס״ל כהרמב״ם בזה וכדפי׳ דה״ג הרי״ף והרא״ש ולפי זה נראה ודאי דהא דכתב רבי׳ הכא כופין בני מבוי זא״ז וכו׳ דכיון דטעמא אינו אלא משום דיורד עמו לחייו א״כ אין חילוק בין מפולש לשאינו מפולש כי היכי דאין חילוק בין רופא וגרדי לבני שאר אומניות ומש״ה כתב רבינו בסתם כופין בני מבוי זא״ז וכו׳ ולא פירש והכי משמע לישנא דברייתא דתני בה כופין בני מבואות זא״ז שלא להושיב ביניהם לא חייט וכו׳ דנקט בני מבואות ולא קאמר כופין בני מבוי זא״ז כו׳ אלא אתא לאורויי דאין חילוק בין מפולש לשאינו מפולש דכל בני מבואות כופין זה את זה שלא להושיב ביניהן בני אומניות נכרים שבאים לקפח מחיית אומנים דבני אותו מבוי ולפעד״נ דכך הוא דעת הרמב״ם בזה אע״פ שמפרש פירוש אחר בהך ברייתא דכופין בני מבואות כמו שאבאר בסמוך שהרי כתב בפ״ו וז״ל כופין בני מבוי זא״ז שלא להושיב ביניהן לא חייט ולא בורסקי ולא אחד מבעלי אומניות היה שם במבוי אחד מבני מבוי אומן ולא מיחו בו או שהיה שם מרחץ או חנות או רחיים ובא חבירו ועשה מרחץ אחר כנגדו או טחון אחר אינו יכול למנעו ולומר לו אתה פוסק חיי ואפילו היה מבני מבוי אחר אין יכולין למנעו שהרי יש ביניהן אותה אומנות וכו׳ דמדכתב הרב כאן כופין בני מבוי בסתם ולא

פירש אלמא משמע דכאן אין חילוק בין מפולש לשאינו מפולש אלא דוקא ברופא אומן או גרדי או מלמד תינוקות של עכו״ם דאיכא היזק דקול הנכנסים והיוצאים דאפי׳ הוחזק בהן לא מהניא חזקה כדכתב להדיא בפ׳ י״א דשכנים ע״ש הגאונים וכדכתב רבינו בשמו בסמוך דס״ל שהיזק של אלו קבוע הוא כקוטרא וב״ה הילכך דוקא באינו מפולש הוי היזק קבוע דריבוי נכנסין ויוצאין כדפי׳ ומ״ש הרמב״ם בפ״ו אחד מבני מבוי שאינו מפולש שביקש ליעשות רופא וכו׳ תפס לשון הברייתא דתני בה שביקש ליעשות אבל ודאי דאפילו כבר הוחזק יכולין גם כן לעכב עליו כדכתב פי״א ובריייתא גופא לא נקט ביקש לו ליעשות אלא לאשמועינן דיוקא דבשאר אומניות אפילו לכתחלה אין למחות אפילו על אחד מבני חצר או מבוי שאינו מפולש דלא אמרו אלא דוקא ברופא וגרדי וכל כיוצא בהם ואפילו החזיק לא מהניא חזקה ובבאו להושיב ביניהן איש נכרי מעיר אחרת אם הוא חייט או בורסקי או אחד משאר כל אומניות אם לא מיחו בו אין יכולין שוב למנעו כיון שהחזיק אלא דלכתחלה כופין זה את זה שלא להושיב ביניהן אחד מבעלי אומניות כשהוא בא מעיר אחרת ואפי׳ במבוי מפולש דסוף סוף מתרבה על ידו קול נכנסין ויוצאין מה שלא היה מקודם כשלא התיישב אומן זה ביניהם אבל אם היה שם אומן ולא מיחו בו וכו׳ פי׳ השתא אין שום אחד מבני המבוי יכולין למנעו לא האומן שהוא מבני מבוי זה מטעם דיורד עמו לחייו כיון שגם זה הוא פורע מנת המלך א״נ אם הוא א׳ מבני העיר וכן שאר בני מבוי שאינן אומנין אין יכולין למנעו מפני שמרבה עליהן קול נכנסין ויוצאין שהרי יש ביניהם אותם אומנות וכבר נתרבה עליהן קול דנכנסין ויוצאין לאומנות זו ובזה נתיישב מה שהניח ה׳ המגיד בצ״ע בדברי הרמב״ם למה כתב אצל כופין בני מבוי זא״ז חייט או בורסקי או אחד מבעלי אומניות ואח״כ אצל אחד מבני מבוי שאינו מפולש פרט רופא אומן גרדי וכו׳ ולמאי דפי׳ ל״ק ולא מידי גם לא כמו שפי׳ מהרו״ך דמ״ש הרמב״ם כופין בני מבוי זא״ז אינו אלא במוי שאינו מפולש דליתא דא״כ למה כתב הרב תחלה מבוי בסתם ואח״כ בדין אחר כתב אחד מבני מבוי שאינו מפולש מתחלה הו״ל לפרש מבוי שאינו מפולש ותו דמ״ש אח״כ היה שם במבוי א׳ וכו׳ עד אינו יכול למנעו ולומר לו אתה פוסק חיי בע״כ דבין במפולש ובין באינו מפולש קאמר דאינו יכול למנעו ולומר לו אתה פוסק חיי אלא כדפי׳ דמ״ש תחלה כופין בני מבוי זא״ז וכו׳ איירי בין במפולש ובין באינו מפולש: כתב ב״י דלדעת הרמב״ם הא דקאמר רב הונא בריה דרב יהושע פשיטא לי בר מתא אבר מתא וכו׳ איירי נמי לענין היזק דקול נכנסין ויוצאין ושארי ליה מאריה דאין ספק דגם הרמב״ם מפרש בהך מימרא כפרש״י ושאר מפרשים לענין פסיקת החיות לא לענין היזק דקול הנכנסין ויוצאין כלל והוא דבר פשוט אלא דבברייתא דתני בה כופין בני מבואות זא״ז וכו׳ מפרש בו הרמב״ם דלא כפרש״י ושאר מפרשים אלא מפרש דה״ק כשלא היה ביניהם מאותה אומנות כופין זא״ז שלא להושיב ביניהן לא חייט ולא בורסקי ולא אחד מבני בעל אומניות פי׳ כשבא איש נכרי מעיר אחרת אפי׳ פורע מנת המלך אין להושיבו וכו׳ ומטעם דמרבה עליהן קול נכנסין ויוצאין לאומנות זו מה שלא היה מקודם כדפי׳ אבל הא פשיטא הוא דאם אחד מבני מבוי רוצה ליעשות חייט או אחד מבני אומניות דאין יכולין לעכב עליו אלא לא מיירי הכא אלא היכא דבאו להושיב ביניהם איש נכרי דיכולין לעכב שהרי בברייתא אחרת לא תני דיכולין לעכב על א׳ מבני מבוי אלא כשביקש ליעשות רופא או גרדי וכו׳ אבל משמע אבל כל שאר אומניות יכול ליעשות ואין יכולי לעכב וכדפירש׳ אח״כ קאמר ולשכנו אינו כופה ופי׳ בו הרמב״ם דה״ק שאם כבר היה במבוי אחד מבני אומנות זו אפי׳ היה נכרי ולא מיחו בו השתא אין שום אחד מהן יכול למנעו לא האומן שכבר הוחזק שהוא נקרא בשם שכנו כיון שהוא ג״כ בעל אומנות זו דלא מצי אמר אתה פוסק חיי ובתנאי שזה שבא עכשיו להתיישב הוא ג״כ מבני אותה העיר א״נ אפי׳ מעיר אחרת אלא שהיה נותן עמהם מנת המלך וכדקאמר רב הונא בריה דרב יהושע וכן אחד מבני מבוי שאינן עוסקים באומנות זו ג״כ אינן יכולין למנוע מפני שאינן יכולין לישן מקול הנכנסין והיוצאין שהרי כבר יש ביניהם אומנות זו וכבר הורגלו בקול זה דנכנסין ויוצאין לבני אומנות זו הילכך אין יכולין לעכב כלל וכן מפורש במ״ש ה׳ המגיד דכך מפרש הרמב״ם להך ולשכנו אינו כופהו ולפי זה נראה דלהרמב״ם ג׳ חילוקים בדבר. אחד חנות שבחצר או במבוי שאינו מפולש שמוכר שם מלאכתו שהוא עושה דאיכא קול נכנסין ויוצאין טובא אפי׳ החזיק לא מהניא חזקה ויכולין לעכב על ידו. ב׳ אבל קול פטיש וקול רחיים אם החזיק אין יכולין לעכב על ידו אבל לכתחלה יכולין למחות בו והיינו דקתני מתני׳ חנות שבחצר יכולין לעכב על ידו אבל קול הפטיש וקול הרחיים אין יכולין לעכב דמשמע דהכי קתני אע״פ דבחנות שבחצר אפי׳ החזיק לא הויא חזקה מ״מ במלאכות קול הפטיש וקול הרחיים שבחצר אם החזיק הויא חזקה. ג׳ שאר מיני אומניות בביתו וחנותו כגון חייט ובורסקי ודכוותיה דאין להם קול ואינן יכולין לומר שאינן יכולין לישן מפניו אפי׳ לכתחלה אין יכולין למחות אלא דלאיש נכרי יכולין למחות אם אינו מבני פורע מנת המלך והיינו דקתני בברייתא כופין בני מבוי זא״ז שלא להושיב ביניהם וכו׳ כדפרישית בסמוך לדעת הרמב״ם והא דכתב הרמב״ם כופין בני מבוי שלא להושיב ביניהם וכו׳ היה שם במבוי אחד מבני מבוי ולא מיחו בו דמשמע דאי מיחו בו יכולין למנעו אינו אלא באיש נכרי שנעשה עכשיו אחד מבני מבוי כיון שלא מיחו בו אבל ודאי היו יכולין למחות בו לכתחלה אבל אותו שהיה אחד מבני מבוי מלפנים וביקש ליעשות אחד מבני אומניות כגון חייט וכיוצא בו או לקבוע מרחץ וחנות למכור שם מזון ולחם ויין ושמן או רחיים לטחון בו תבואה לאפות פת אפי׳ לא החזיק אין יכולין למחות בו והא דכתב הרמב״ם אחר כך דבקול הרחיים אין יכולין למחות בו כיון שהחזיק דאלמא דבלא החזיק מוחין על ידו אינו אלא ברחיים שעושין שם מלאכת בגדים ולחתוך עצים ושאר מלאכות דומיא דקול

הפטיש אבל רחיים לטחון תבואה אין יכולין למחות כלל על מי שהוא מבני מבוי כיון דאית ביה חיי הנפש דומיא דחנות ומרחץ כדפי׳ ודוק בלשון הרמב״ם דאבל כופין בני מבוי זא״ז וכו׳ כתב בסתם או שהיה שם מרחץ או חנות או רחיים ובא חבירו ועשה מרחץ אחר כנגדו או טחון אחר וכולי דמשמע דאינו מדבר אלא ברחיים שטוחנין שם דאית ביה חיי הנפש כגון מרחץ ודכוותיה חנות נמי בדאית ביה חיי הנפש אבל אח״כ בדין חנות שבחצר דיכולין למחות בידו קאמר אלא עושה מלאכתו בחנותו ומוכר בשוק אלמא דלא מיירי אלא בחנות שעושה בה מלאכה וכן קול הרחיים דומיא דקול הפטיש לא מיירי אלא ברחיים שעושין בה מלאכת אומנות לא ברחיי׳ לטחינה כנ״ל דעת הרמב״ם ולענין מעשה צ״ע: ומ״ש אם הוא פורע מס עמהם בעיר הזאת ה״ה כבני העיר וכו׳. כתב בהגהות אשיר״י פרק לא יחפור דבא״ז כתב דרש״י ור״ת פליגי אם רוצה לבוא לעיר וליתן כרגא דרש״י פסק דמצי מעכבי שלא יהא כבני מתא ור״ת פסק דלא מצי מעכבי ומהרי״ק בשורש קע״ב הביא מחלוקת זו וכתב דהרא״ש פסק כר״ת ונראה דמדהשיב בתשוב׳ הביאה רבינו בס״ס זה דדוקא באינו שייך במס שלהם יכולים בני העיר לעכב עליו אבל דבר פשוט הוא שאדם יכול לגור בכל מקום וכו׳ אלמא דאם רוצה לגור בעיר וליתן מס כאחד מאנשי העיר אין בני העיר יכולין לעכב עליו ולומר לו קמפסדת לחיותינו ומהרי״ק בשורש קצ״א האריך לבאר מחלוקת זו וכתב דאף לר״ת והרא״ש אם הראשון קנה מהשר חזקת ישוב שלא יבואו יהודים אחרים לגור שם ולקפח מחייתו כבר זכה בנכסי עכו״ם מן ההפקר ויכול הוא לעשות ע״י השר או ע״י שום מונע לסגור הדלת למנוע אחרים מלגור שם והרשות בידם והאריך עוד במ״ש המרדכי בדין זה בפ׳ לא יחפור ע״ש ובס׳ ב״ה השיג ע״ז וז״ל ודבריו תמוהים מעיני היאך יופקר זה להתגבר עליו ע״י השר ושלא ע״פ ב״ד ואע״פ שהפריז הרב מה מדותיו להתריס נגד החולק על דבריו לא בשביל זה אמנע מלכתוב הנראה לי דמלאכת שמים היא ואין משוא פנים בדבר עכ״ל ולפעד״נ דהכל לפי המלכות ומנהג לבדינה וכל המדינות היושבים תחת מלכות זה לא נהגו לקנות חזקת ישוב מן השררה ואם היה אחד בא לקנות היו מחזיקים אותו כרשע ורודף כי הדבר ידוע כי דבר זה היה גורם לגרש העניים מן המלכות ותשובת מהרי״ק איננה צודקת אלא במלכותו שהיה יושב שם ולאותן הימים ואין ללמוד ממנו לשאר מלכיות אלא הכל נידון לפי המלכות ולפי הזמן ולפי מה שהוא אדם הבא לגור כנ״ל:

יא וכן יכולין בני עיר אחת למנוע בני עיר אחרת וכו׳. מימרא דרב הונא בריה דרב יהושע בפרק לא יחפור: ומ״ש וביום השוק אין יכולין לעכב וכו׳. איכא לאסתפוקי אי ביום השוק גדול דוקא קאמר שמתקבצין שם מעיירות רבות ואינו אלא פעם אחת בשנה או פעמיים או שמא אפי׳ ביום השוק קטן שהוא יום א׳ בשבוע ולפי הנראה דוקא ביום השוק גדול דומיא דהך דפרק חזקת כל שלשים יומין טריד בשוקא וכדלעיל בסי׳ קמ״ג אבל לטעמא דאמרינן דמעלמא אתו ולעלמא זבני משמע דאפי׳ ליום השוק קטן והכי משמע מל׳ הסמ״ג והעתיקו המרדכי פרק לא יחפור וז״ל מכאן פסק ריב״ם שאם בני העיר יש להם שוק או יריד אין יכולין לעכב בני העיר אחרת וכו׳ דפי׳ יריד הוא יום שוק גדול שעושין ביום אידם פעם אחת או שתים בשנה ומתקבצים שם מהרבה עיירות ופי׳ שוק סתם הוא יום ראשון בשבוע בלא יום איד ולכן לא נקרא בשם יריד אלא שוק וכ״כ בהגהת מיימוניות פ״ו משכנים אלא דכתב דאפי׳ אינו מחזר בעיר אלא בשוק אינו רשאי למכור לבני המקום וכ״כ בתוס׳ ומדברי רבינו גבי להלוות ברבית מבואר כדעת התוס׳ וה״ה במכירת סחורה והכי נקטינן נראה לי ועיין במ״ש ב״י וז״ל ומאי דאמר מעלמא אתו ולעלמא זבני וכו׳ (ותמצאנו בד׳ רכ״ו תחלת ע״ב):

סימן קנז

א הלכתא היזק ראייה שמיה היזק. כך פסקו הפוסקים כלישנא בתרא רפ״ק דבתרא:

ב ומ״ש ואם אין בו דין חלוקה ואין כ״א מכיר חלקו פי׳ דאי מכיר חלקו יכול לכוף חבירו לחלק אע״פ שאין בו דין חלוקה ויתבאר בסמוך וע׳ ריש סי׳ קע״א וכ״כ הרמב״ם רפ״א מהל׳ שכנים: ומ״ש או לאחר שחלקו החזיק אחד מהן בחלקו וכו׳. שם איכא אוקימתא דרב אשי כגון שהלך זה והחזיק בתוך שלו וזה הלך בתוך שלו והחזיק וכתבו התוס׳ והרא״ש דאתא לאשמועי׳ דאע״ג דבעלמא צ״ל לך חזק וקני ה״מ בדבר שאין לו חלק אלא בקנין זה אבל הכא דהקרקע של שניהם מועלת חזקה מדעתו שלא בפניו אפילו לא א״ל לך חזק וקני וכתב עוד הרא״ש דאין שניהם צריכים להחזיק וכדאמר במטלטלין כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו אלא או זה או זה קאמר אבל בהגהות מיי׳ פ״ב משכנים כתבו דדוחק לפרש או זה או זה קאמר אלא דהיכא דהחזיק חזקה גמורה דנעל וגדר בהחזיק אחד מהן סגי אבל הלך לארוכה ולרחבה וגמר בדעתו שיהא זה חלקו צריכין כ״א להחזיק חלקו בהילוך:

ג (ד) ומ״ש וכופין זה א״ז לעשות כותל ביניהם. חזר וכתב זה לאורויי דבאין בה דין חלוקה ונתרצה לחלוק וכו׳ נמי בונין את הכותל בע״כ וה״א בגמ׳ ללישנא בתרא: ומ״ש י״א הא דכופין וכו׳. פי׳ לי״א אם נהגו שלא לעשותו אין כופין אפי׳ יש בו דין חלוקה ולהרא״ש כופין אפילו אין בו דין חלוקה:

ה (ו) וכתב הרמ״ה מאן דמתחייב למגדר וכו׳ ול״נ לא״א הרא״ש ז״ל וכו׳. ותמהו דהלא הרא״ש גופיה כתב לחלק בין ההיא דפורץ גדר בפני בהמת חבירו דפטור ובין הך דנפרצה ואומר לו גדור ונתייאש ממנה ולא גדרה דחייב דבההיא דנפרצה כיון דמעורב ממונו בממון חבירו ואסרו במה שנתייאש לגדור ברי הזיקא וחשיב מעשה אבל פורץ גדר ממילא היא יוצאת א״נ בנתייאש ולא גדרה ההיזק נעשה מיד דבשעת יאוש נעשה כלאים אלא שאין אוסר עד שיוסיף מאתים אבל בפורץ גדר אינו אלא כשתאבד הבהמה כל זה כתב בפרק לא יחפור (ד׳ קצ״א ע״ג) והשתא הך דהרמ״ה הו״ל ממש כההיא דנפרצה וא״ל גדור ונתייאש מלגדרה דכיון דהתרה בו מעיקרא וא״ל גדור ונתייאש ולא גדר ברי היזקא דגנבים ונעשה מיד וחשיב מעשה גם הגאונים כתבו כך בתשוב׳ כמ״ש ב״י כאן וכ״כ בסימן קנ״ה במחודשין סעיף ד׳ דחשיב ליה גיריה ותמה על זה ב״י דלאו גיריה נינהו ולאו מילתא היא דהגאונים הכי קאמרי דכיון דמודה ר״י בגיריה ומאי ניהו היזק הבא מכחו אלמא דחמיר היזק הבא מכחו ה״נ היזק גדול כזה דגנבים הבאו מכחו חשיב כאילו עשה מעשה בגירי דיליה וכההיא דנפרצה וא״ל גדור ונתייאש מלגדרה ותו שהרי הרא״ש בתשו׳ שהביא רבי׳ בסי׳ קנ״ה סעיף כ״א כתב להדיא דאפי׳ היכא דלא הוי גירי דיליה מאחר שהיזק גדול הוא ובא מיד חשיב כמו גירי דיליה והכי נקטינן כתשובת הגאונים וכהרמ״ה:

ז וכתב הרי״ב אם הא׳ עני וכו׳ עד כדין הבית והעלייה וכו׳. ע״ל בסימן קס״ד סעיף ו׳ מבואר לשם דאם אין בעל הבית רוצה לבנות בעל העלייה הוא שבונה בית וידור בו עד שיתן לו כל יציאותיו וה״נ אותו שידו משגת בונה הכותל על הקרקע של שניהם ואין העני ראוי להשתמש בכותל עד שיתן לו מחצה ההוצאה:

ט כתב א״א הרא״ש ז״ל ואם חלקו ולא תבעו וכו׳. הב״י הבין ממ״ש הרא״ש דטעמא דחזקה כיון שלא מיחה הפסיד דר״ל כיון ששתק ולא מיחה הפסיד דבשתיקתו מחל לו ותמה עליו שהרי להרא״ש לא מהני חזקה דשתיקה אלא בג״ש ובטענה וכמ״ש רבינו בסי׳ קנ״ג סעיף כ״ו וסימן קנ״ד סעיף ט״ו וסי׳ קנ״ה סעיף נ״א ועוד התחלת דבריו הם ונתתו לי או מכרתו לי והיינו בא בטענה וא״כ היאך יבוא על זה דטעמא דחזקה היינו כיון ששתק ולא מיחה הפסיד וצ״ע עכ״נ ותימה הלא דעת הרא״ש מבוארת דטעמא דחזקה כשבא בטענה מכרתו או נתתו לי והחזקתי בו ג׳ שנים ושטר הו״ל ואבד היינו משום דכיון דלא מיחה תוך ג׳ שנים ודאי שטענת המחזיק אמת היא ולפיכך הפסיד כדין כל חזקת הקרקע בג׳ שנים וקאמר הרא״ש היינו דוקא כשהמחזיק מזיק ואינו ניזק וכו׳ אבל בלא בא בטענה כלל אלא כיון דשתק מחל אינה חזקה להרא״ש אא״כ בטוען דבפירות א״ל אני מוחל לך על היזק דהו״ל כטוען מכרתו או נתתו לי ודוקא בהחזיק ג״ש וכדפירש׳ בסימן קנ״ה סעיף נ״א נ״ב:

יא וכותל זה יבנוהו וכו׳. פירוש היכא דאין בה דין חלוקה והאחד שאל מחבירו שיחלקו החצר מה״ד מצי למימר לא נתרציתי לחלוק אלא ע״מ שלא לעשות מחיצה קמ״ל שאין זה יכול לומר לא נתרציתי וכו׳ וכ״כ התוס׳ והרא״ש ריש בתרא לאוקימתא דר׳ יוחנן דלהכי תני תנא בשאין בה דין חלוקה לאורויי דאפ״ה לא מצ״ל לא נתרציתי וכו׳:

יג ומ״ש לפיכך וכו׳. אדלעיל קאי שכתב בתחילת הסימן שיכולין לכוף זא״ז שיבנו הכותל בין שניהם לפיכך אם נפל הוי בחזקת שניהם וכדתנן ריש בתרא ואיתמר עלה בגמ׳ פשיטא ואמרו לא צריכא דנפל לרשותא דחד מינייהו א״נ דפנינהו חד לרשותא דידיה מה״ד ליהוי אידך המע״ה קמ״ל ופירשו התוספות דאפי׳ שהו הרבה בידו דאפי׳ שותפין קפדי בהכי אפ״ה הוי של שניהם ואינו נאמן במגו דלקוח הוא בידי א״נ כגון שאין עדים שמכירים האבנים ואיכא מגו דהחזרתים נמי אינו נאמן דמגו במקום עדים הוא דאנן סהדי שלא עשאה לבדו ומשמע מדבריהם דאם שהו הרבה והיה טוען לקוח היה נאמן וכ״כ להדיא בהגהות אשיר״י וכן נראה דעת הרא״ש שכתב בקיצור דאפי׳ פנינהו לרשותיה שלא בעדים לא נפקא מחזקה דאידך דשותפים לא קפדי אהדדי ואפי׳ נשתהה ברשותו ואין לו חזקה אלא ראיה בעדים עכ״ל נראה דלא זו אף זו קאמר תחלה כתב דלא הוי חזקה משום דשותפין לא קפדי אהדדי דמשמע לפי הרגילות ואח״כ כתב ואפילו נשתהה ברשותו פי׳ נשתהה הרבה טפי ממה שהוא הרגילות דאפי׳ שותפין קפדי בהכי אפ״ה לא נפקא מחזקה דאידך כיון דאין לו למחזיק ראיה בעדים כנ״ל דעת הרא״ש והיא דעת התוס׳ ומה שלא פירש הרא״ש בא בעל הגהות האשיר״י ופירש. והב״י נסתפק בדברי הרא״ש דקשיא ליה דמתחלת דברי הרא״ש משמע דס״ל כשיטה הראשונה ומסוף דברי הרא״ש משמע דס״ל כשיטה שנייה וצ״ע ולמ״ש דלא זו אף זו נקט ניחא וכך הוא דרכו בהרבה מקומות. ולא תטעה במה שנדפס בב״י טעות שכתב תחלה מ״ש בהגהות אשיר״י ואח״כ כתב ומסוף דבריו וכו׳ וצריך להגיה תחלה ומסוף דבריו וכו׳ ואח״כ ובהגהות אשיר״י כתב. וצל״ע בדברי רבינו שכתב תחלה דברי התוס׳ דאפילו שהו ברשותו זמן רב וכו׳ דמשמע אפילו ביותר מן הרגילות ואח״כ הביא דברי ה״ר יונה לפרש דוקא שהאבנים ניכרין וכו׳ שזה חולק הוא אמ״ש תחלה לפי מ״ש ב״י והיה לו לומר אבל ה״ר יונה כתב ונראה דרבינו לא ס״ל לפרש דברי הרא״ש כדעת התוס׳ כלל אלא כדעת האלפסי והרמב״ם וס״ל דשותפין לא קפדי אהדדי כלל ומשום הכי אפילו נשתהה בידו זמן רב אינו יכול לטעון לקוח הוא או מתנה יהיב ליה ולפיכך לא נפקא מחזקה דאידך כלל אלא מיהו כדכתב ה״ר יונה דוקא בדאיכא עדים דמכירין שהן מאבני זה הכותל אבל בדאין עדים דמכירין נאמן לטעון לקוח אי נמי אני לבדי בניתיו במגו דאינן

מאבני זה הכותל ונראה דה״ה בשאין רואין האבנים תחת ידו נמי נאמן במגו דאי בעי אמר אינן בידי ודוק וכ״כ נ״י וה״ה ספ״ג דשכנים דהרי״ף והרמב״ם מיירי דוקא במכירין כמ״ש ה״ר יונה וע״ל בסימן קנ״ח בדברי ה״ר יונה סעיף ו׳ ובמ״ש לשם:

יד כתב הר״י הלוי וכו׳. פירוש סימן חזית שנינו גבי בקעה כדלקמן בסימן תנ״ח סעיף ד׳ וסבירא ליה להר״י הלוי דבחצר אינו מועיל סימן חזית והרא״ש נחלק עליו וב״י העתיק לשונו:

טו ומ״ש וכתב עוד אע״פ שנשתנו המנהגים וכו׳. נראה דה״ק דאע״פ שנשתנו המנהגים במה שנהגו לעשות סי׳ שהכותל הוא שלו ששינו סי׳ חזית ונהגו בסי׳ אחר וסד״א דאין הולכין אחריו כי היכי דאין הולכין אחר שינוי מנהגים דעובי הכותל בגויל ובגזית כמבואר בסמוך סעיף י״ח קמ״ל דלא אלא אם נהגו באיזה סימן לשמור את כותליהם מפני הרמאים שלא יטענו אנכי סייעתי בבנין הולכין אחר מנהגן ואין מוחין על ידן ונראה דה״ט דבעובי הכותל שבא הלה לכוף לחבירו להוציא ממונו ושיבנה כפי המנהג יכול חבירו לומר לא אבננו אלא ע״פ דין התלמוד אבל בסי׳ חזית לא בא לכוף את חבירו להוציא ממון הילכך כל שנהגו אנשי העיר באיזה סי׳ אין אנו חוששין לומר להם שיעשו דוקא בדין התלמוד:

יח וכתב הרמב״ן שלא נאמרו וכו׳ עד דבציר מהכי קאי עד ד׳ אמות. פירוש עד גובה ד׳ אמות שהוא שיעור גובה הכותל כמו ששנינו במשנתינו וכדלקמן בסימן זה סעיף כ״ב שפיר קאי הכותל בשל סיד אפילו בבציר מהני שיעורי:

יט ואם נהגו לעשות מהוצא וכו׳. כ״כ הרא״ש ריש בתרא וכי קנו מידו מאי הוה למ״ד מחיצה גודא ניחא דכיון דקנו ושיעבדו נכסיהם לבנין הכותל לאו קנין דברים הוא אבל למ״ד מחיצה פלוגתא שלא נתרצו אלא לחלוקה אין כאן שיעבוד נכסים ולא מכר ולא מתנה ואין לו לקנין על מה שיתפוס עכ״ל ומסוף דבריו יראה דדוקא כשלא נתרצו אלא לחלוקה התם הוא דהוי קנין דברים אבל בקנו מיניה לבנות שיש לו לקנין על מה שיתפוס לא הוי דברים ומ״ש בתחלת דבריו דכיון דקנו ושיעבדו נכסיהם לבנין הכותל או שיעבדו נכסיהם קאמר ולומר דקנו לבנות הכותל הוי כמו אילו שיעבדו נכסיהם וכדברי רבינו ולא כמו שהשיג עליו ב״י ובדין לבנות אם הוי קנין דברים עיין במ״ש בס״ד בסימן קצ״ה וסימן רמ״ה וסימן שי״ב:

כג (כד) ואם לאחר זמן טען הא׳ וכו׳ משנה שם כותל חצר שנפל מחייבים אותו לבנותו עד ד׳ אמות בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן ובגמרא אר״ל הקובע זמן לחבירו ובא בזמנו וא״ל פרעתיך בתוך זמני אינו נאמן ולואי שיפרע בזמנו ואקשינן עלה מדתנן בחזקת שנתן וכו׳ ה״ד אילימא דא״ל פרעתיך בזמני פשיטא בחזקת שנתן אלא לאו דאמר ליה פרעתיך בתוך זמני שאני הכא דכל שפא ושפא זימניה הוא ופרש״י אילימא דא״ל פרעתיך בזמני כשהשלמת גובה ד׳ אמות אלא לאו דא״ל פרעתיך בתוך זמני קודם שהשלמת לד׳ אמות עכ״ל ואיכא לאקשויי דאף למאי דדחי וקאמר שאני הכא דכל שפא ושפא זימניה הוא סוף סוף כיון שפרע לו קודם שהשלים לד׳ אמות בע״כ דפרע לו תוך הזמן מאחר דעדיין לא השלים לד״א א״כ לא השלים השורה האחרונה ונראה דמשום קושיא זו כתב רבינו ולאו דוקא בכל שורה ושורה כלומר בגמר כל שורה ושורה אלא ה״ה קודם גמר השורה מיד שהתחיל בשורה זמנו הוא והשתא שפיר קאמר דאע״פ שאמר שפרע לו קודם שהשלים ד״א הו״ל כאילו אמר פרעתיך בזמני דמיד שהתחיל בשורה זמנו הוא כנלפע״ד דבר פשוט ומ״ש ב״י בזה הוא שלא בדקדוק עיין עליו ויש להקשות דלמאי שכתב רבינו תחלה ואם לאחר הזמן טען האחד וכו׳ ועליה קאי ואמר ואפילו שידוע וכו׳ א״כ ל״ל טעמא דכל שורה ושורה הלא קיי״ל בתבעו בזמנו בסוף היום וכ״ש בתבעו לאחר זמנו דנאמן לומר פרעתיך תוך זמני במגו דאי בעי אמר פרעתיך בזמני בסוף היום כדלעיל בסי׳ ע״ח ולא צריך לטעמא דכל שורה ושורה זמנו הוא וי״ל דבגמרא לשם איבעיא ולא איפשיטא היא ולא מפקינן ממונא אלא משתבע היסת ומיפטר כדכתב הרי״ף והרא״ש וא״כ הכא גבי כותל זה שידוע שבנאו לבדו הוא מוחזק וחבירו שרוצה להשתמש בכותל ואמר שסייעו הוא בא להוציא מחבירו ועליו הראיה הילכך איצטריך לן לטעמא דכל שורה ושורה זמנו הוא דבודאי פרעו כנ״ל דבר פשוט ודלא כמהרו״ך ע״ש:

כו י״א רצה האחד להגביהו יותר מד׳ אמות וכו׳. איכא למידק דמדברי הרא״ש דחולק וס״ל דחבירו מעכב עליו לומר חצי מקום הכותל שלי מכלל דלי״א יכול האחד להגביה על כל אורך ורוחב הכותל וא״כ מהו זה שאמר וכל אחד יכול להשתמש בשלו הלא אינו שלו בלבד אלא גם של חבירו ועוד מהו זה שאמר אלא זה מגביה וטעין וכו׳ ותו לישנא דקאמר אלא אינו מיושב דמאי בא למעט ונראה בעיני דה״פ שהרשות ביד כל אחד להגביהו שהרי יד שניהם שוים בו פי׳ דבכל אורך ובכל רוחב הכותל יד שניהם שוה וכל אחד יכול להשתמש בשלו שכל הכותל אורך ורוחב הוא של כל אחד ואחד לענין זה שיכול להשתמש בכולו כדין חצר שאין בו דין חלוקה ואין כל אחד מכיר את חלקו ופעמים שזה צריך להגביהו או שזה צריך להגביהו ולפי שהיה אפשר לפרש שכל אחד יכול להגביה כרצונו אע״פ שאינו צריך להשתמש לטעון קורות לצורך בנין לפיכך אמר שזה אינו אלא שזה מגביהו וטעין וכו׳ כלומר שלא לצורך טעינת קורות ודאי אינו יכול להגביה ולמעט האויר של חבירו מלהשתמש בו אלא דוקא שזה מגביהו וטעין וכו׳ להשתמש בו פי׳ טוען קורות לצורך בנין חדר או אכסדרה דוקא התם הוא דיכול להגביה אבל שלא לצורך תשמיש טעינת קורות לא והרא״ש חולק וס״ל שחבירו

מעכב עליו לומר חצי רוחב הכותל לצד חצרי שלי היא ואיני רוצה שתמעט האויר שלי וס״ל להרא״ש דחצי רוחב הכותל שהוא לצד חצרו הוא שלו ואין לחבירו רשות להשתמש שם כלל דזהו בכלל מכיר חלקו: ומ״ש וכ״כ ה״ר יונה וכו׳. ע׳ בהגהת מיימוני פ״ה דשכנים מביא דברי ה״ר יונה באורך ושיש מהגאונים אמרו דיכול להגביה ומשלם לחבירו מה שכותלו נפחת ובש״ע סימן קנ״ז סעיף ט׳ וסוף סימן קס״ד מביא כל הדיעות ולא הכריע:

כח ומ״ש ע״ש ה״ר יונה אם יטעון אין דעתי להוסיף אלא שורה אחת או שתים נאמן. נראה שלמד כך מהא דאיתא בסוף כתובות היכא דעשאה סימן לאחר אבד זכותו דקאמר רבי יוחנן אם טען ואמר תלם אחד עשיתי לך ומייתי ליה לעיל בסימן קמ״ו ואע״ג דמלישנא דגמרא דקאמר ומודה ר״נ באפריזא ובאקבעתא דכשורי משמע דמודה לרב הונא דמיחייב בכולהו פירש ב״י במסקנתו והוא עיקר דהיינו בדלא טעין כך אלא קאמר אין דעתי להוסיף כלום התם הוא דמיחייב בכולם דאנן סהדי דמשקר ומגלגלין עליו את הכל אבל אי טעין אין דעתי אלא לשורה אחת נאמן ואעפ״כ השיג רבינו ע״ז דמדלא קאמרינן הכי בגמרא בהדיא גבי כותל בריש בתרא אלמא דהכא לעולם מיחייב לסייע בכל ולא דמי לעשאה סימן לאחר דהתם כיון דמביא ראיה שהקרקע היתה כולה שלו מצי למימר לא הודיתי לך אלא בתלם אחד משא״כ הכא:

כט ואפי׳ אם יש לצד זה שלא רצה מתחלה לסייע מקום חפור וכו׳. ריש בתרא מימרא דרב הונא בי כוי לא הוי חזקה ואע״ג דעביד ליה הימלטי ומביאו הרי״ף והרא״ש וב״י תמה שלא כתב רבינו ואע״ג דעבד ליה הימלטי וי״ל דרבינו נסמך על מ״ש סתם דמשמע בכל גווני וכן צריך לפרש להרמב״ם דלא הביא כלל הך דרב הונא בפ״ג משכנים אלא כתב סתם דאינו נאמן לומר נתתי: ומ״ש והרמ״ה כתב וכו׳ וא״ל פרעתיך בזמני דקיי״ל [דשקיל] בלא שבועה ט״ס הוא וצ״ל וא״ל פרעתיך בתוך זמני וכך הוא בחידושי הרמב״ן שכתב כדברי הרמ״ה וע״ל בסימן ע״ח:

סימן קנח

א שנים שהיו שותפים בגנה וכולי עד דמסתמא הוי כמקום שנהגו לגדור. ריש בתרא אסיקנא דהכי תני במתניתין וכן סתם גינה כמקום שנהגו לגדור דמי ומשמע להדיא דבמקום שנהגו שלא לגדור אין מחייבין אותו דאע״פ דקיי״ל בעלמא דהיזק ראייה שמיה היזק אפ״ה כאן במקום שנהגו שלא לגדור לא חיישינן דאל״כ הו״ל למימר וכן בגינה אפי׳ במקום שנהגו שלא לגדור כמקום שנהגו דמי מדלא קאמר הכי אלא קאמר וכן בגינה סתם ש״מ דוקא בסתם אמרינן בגינה היזק ראייה שמיה היזק וכן פי׳ במרדכי הארוך ע״ש ה״ר אפרים וכ״כ הרא״ש ומחלק בין גינה לחצר וע״ל בסימן קנ״ג סעיף ג׳ ובב״י שם העתיק לשון הרא״ש:

ו ופי׳ רש״י דה״ה נמי אם עשאוה שניהם וכו׳. בפי׳ רש״י שלנו לא מצאתיו מפורש אבל בתוס׳ ריש ב״ב בד״ה לפיכך כתבו כך ע״ש ר״י דבבקעה היכא דלא עשו חזית לא זה ולא זה אפילו נפל לרשותו דחד מינייהו הוי של שניהם כל שלא שהו הרבה יותר מכדי הרגילות ומשמע לשם בתוס׳ שכך הוא דעת רש״י במה שפירש בגמרא אהא דפריך לפיכך אם נפל וכו׳ פשיטא ע״ש ומיהו ודאי לא דמי היכא דלא עשה חזית שום אחד מהם להיכא דעשו שניהם חזית דהתם אפילו שהו הרבה ברשות אחד מהם יותר מן הרגילות אפ״ה הוי של שניהם ואינו נאמן לומר דהוא בלבדו עשאה במגו דלקחתיה דהוי מגו במקום עדים דאנן סהדי כיון ששניהם עשו חזית דשניהם עשאוה אבל כשלא עשה שום אחד מהם חזית אינו בחזקת שניהם אא״כ דלא שהו ברשות האחד יותר מכדי הרגילות נאמן לומר שעשאה בלבדו במגו דלקחתיה ממך וע״ל בסימן קנ״ז סעיף י״ג ודעת ה״ר יונה דמדקמוקים תלמודא הך לפיכך דתנא גבי חצר דאפילו נפל לרשותא דחד מינייהו הוי של שניהם מכלל דלגבי בקעה לא הוי של שניהם אא״כ נפל ברשות שניהם והא דפריך גבי בקעה לא יעשו לא זה ולא זה ולא משני דמשום נפל לרשות אחד מהם תנא שניהם עושין חזית היינו דניחא ליה לשנויי דמשום חזית גופיה תנא ליה הכי ולא משום נפל ולהר״י אין חילוק בין שהו הרבה ללא שהו הרבה כדלקמן בסימן קנ״ח ועיין בב״י משמע דלרש״י אין חילוק בין שניהם עשו חזית לשניהם לא עשו חזית ולא דק:

ז מי שיש לו ד׳ שדות וכו׳. משנה ריש בתרא וכתבה רבינו בסתם דמשמע בכל ענין בין שהקיף מבחוץ בינו לר״ה בין הקיף מבפנים בינו לבין חבירו דס״ס מנע ממנו רגל אדם ובהמה וחייב לשלם חצי ההוצאה מיהו להרמב״ם שכתב דוקא שבנה המקיף הכותל על של שניהם וכו׳ לא מיירי אלא בהקיף מבפנים בינו לבין חבירו ויש לתמוה מה בכך שאין יכול להשתמש בכותל ס״ס מנע ממנו רגל אדם ובהמה איברא דברמב״ם מבואר שלא כתב כן אלא בחורבה ע״ש בפ״ג משכנים אבל בבקעה אפשר דמודה הרמב״ם דאפילו אינו יכול להשתמש בכותל חייב לשלם חצי הכותל כיון שמנע ממנו רגל אדם ובהמה אבל מדברי רבינו שלא הזכיר בדברי הרמב״ם חורבה משמע דס״ל דלהרמב״ם אין חילוק בין חורבה לבקעה קשיא וי״ל דס״ל לרבינו דיש לקיים דברי הרמב״ם אף בבקעה וכגון שכבר גדר המקיף בינו לבין ר״ה דכבר מנע ממנו רגל אדם ובהמה ועכשיו חזר להקיף מבפנים ולפיכך אין הניקף חייב לשלם אלא כשבנה הכותל על של שניהם ומטעם דיכול להשתמש בכותל אבל כשמקום הכותל הוא של הבונה בלבד אין משלם לו אלא

דבר מועט במה שחסר המקיף בשבילו בהיקף החיצון דגרם לו היקפא יתירתא והניקף נהנה במה שבנה סביב שדהו וכמ״ש הרמ״ה בסוף סימן זה אבל מה שהיה המקיף צריך להקיף כשהיה החיצון לחודיה אע״פ שגם הניקף נהנה מזה אינו מיחייב לשלם דהו״ל זה נהנה וזה אינו חסר והיינו דבר מועט דכתב הרמב״ם דחייב הניקף לשלם כפי מה שיראה לדיינים וכך פירש נ״י במתניתין דהמקיף את חבירו מג׳ רוחותיו וכו׳ בשם הרמ״ה דמיירי נמי דהקיף בחוץ ובפנים וע״ש:

י ועל מ״ש הרי״ף והרא״ש כתב ב״י וז״ל אך מ״ש ל״ש מקיף ול״ש ניקף איכא חד לישנא בגמרא דאם עמד וגדר מקיף מגלגלין כלומר וכ״ש גדר ניקף ואיכא חדא לישנא דדוקא עמד ניקף אבל עמד מקיף אין מגלגלין והאי לישנא פריך מיניה בפ׳ כיצד הרגל וכו׳ עכ״ל ול״ק מידי דהני לישני לא איתאמרו בגמרא אלא לשנויי אליביה דחייא בר רב אבל לרב הונא מיתוקמא מתניתין כפשטה וכיון דפסקו הפוסקים כרב הונא כדמוכח מעובדא דרוניא דאמר ליה רבא ואי לא דיינינא לך כרב הונא ואליבא דרבי יוסי וכמו שכתב בית יוסף גופיה השתא לא איצטריך לן להני לישני ומסתמא ודאי משמע בכל ענין אפילו עמד מקיף וגדר וכל שכן גדר ניקף:

יד ופירש הרמ״ה דהכי עבדינן וכו׳. לכאורה משמע מלשונו שכתב וחזינן חשבון דתברתא לחודיה וכו׳ והוא ניהו שיעור דמיחייב פנימי וכו׳ אלמא דהפנימי חייב לשלם דמי שיעור היקף הפנימי והא ליתא דא״כ סותר הוא מ״ש אח״כ והוא ניהו שיעור היקפא יתירתא דגרם פנימי לחיצון כל היקף הפנימי שהרי אם היה ריבוע החיצון בהדי הפנימי עשרה אמות על י׳ וריבוע הפנימי לחודיה ו׳ אמות על ו׳ ונמצא דריבוע החיצון לחודיה הוי ח׳ אמות על ח׳ הנה היקפא יתירתא דגרם פנימי לחיצון אינה אלא ח׳ אמות והיקף הפנימי לחודיה הוי כ״ד אמות א״כ היקפא יתירתא אינו אלא תילתא מהיקפא דריבוע הפנימי ותו קשה דאי אמרת דהפנימי חייב לשלם כל שיעור היקף הפנימי אם פלגא פלגא וכו׳ תמה על עצמך הלא אפילו לא הקיף אלא בלבד בינו לבין חבירו אינו חייב לשלם אלא החצי ועכשיו שהקיף מבחוץ סביב לכל שדותיו יתחייב בכל שיעור היקף הפנימי ועוד למה לו להרמ״ה למימר דחזינן חושבנא דחיצון וחושבנא דפנימי כמה הוי כל חד וחד לחודיה וחזינן נמי כמה הוי חיצון בהדי הפנימי הול״ל בקוצר דהפנימי ישלם כל שיעור היקף הפנימי הן רב הן מעט אלא הדבר ברור שמ״ש הרמ״ה והוא ניהו שיעור דמחייבים פנימי למיתב וכו׳ אינו מקושר עם מ״ש תחילה אי פלגא פלגא וכו׳ אלא מקושר עם מ״ש אח״כ לפום מאי דאיתהנית וכו׳ כאילו אמר שהשיעור שמחייבים לפנימי הוא לפי מה שנהנה הפנימי לפום חושבן ארעתיה וכו׳ והוא ניהו שיעור היקפא יתירתא שאינו נהנה בו אלא הפנימי לחודיה אבל כל שאר ההיקף שנהנה בו גם החיצון לא מיחייב הפנימי לשלומי שהרי אפילו לא היה הפנימי שם היה עושה היקף זה והו״ל זה נהנה וזה אינו חסר ושיעור תחלת דברי הרמ״ה כך הוא דחזינן לכולי ריבועא דחיצון בהדי פנימי כדקיימא השתא כשתחתכנו לרצועות כגון עשר על עשר דהוי מאה חתיכות אמה על אמה וזהו פי׳ תברתא וחזינן נמי אם היה ריבוע הפנימי לחודיה כמה הוי בתברתא כגון שש על שש דהוי ל״ו חתיכות אמה על אמה וחזינן נמי חושבן דתברתא דחיצון לחודיה כמה הוי מכלל תברתא דהך ריבוע רבה דהיינו חיצון בהדי פנימי שהזכיר ראשונה דהוי החיצון לחודיה ס״ד חתיכות אמה על אמה והיינו דקאמר אי פלגא פלגא וכו׳ כלומר אם ריבוע החיצון לחודיה הוי פלגא דריבוע רבה או תילתא דריבוע רבה וקאמר והוא ניהו שיעור דמחייבים לפנימי וכו׳ וכדפרישית והוא דמאחר דאתה יודע כל זה נמצא שמה שנהנה הפנימי בלבדו והוא ניהו שיעור היקפא יתירתא היינו הוא דחייב לשלם הפנימי לחיצון ולפי זה צריך להגיה בל׳ הרמ״ה וכצ״ל וחזינן חושבן דתברתא דחיצון לחודיה כמה הוי מכלל תברתא דהך ריבוע רבה אי פלגא וכו׳ דמלת בחיצון שכתב בסוף צריך להיות בתחלה והסופרים טעו והפכוהו לכתבו באחרונה וט״ס כזה שכיח טובא בכל הספרים נ״ל: וכתב ב״י דאם גדר החיצון ראשונה ושנייה ועמד הניקף וגדר השלישית אפילו לא גדר הראשון אלא שנים מגלגלין עליו עכ״ל ותימה למה יגלגלו עליו הלא זה לא נהנה וזה לא חסר הוא ופשיטא לן בפ׳ כיצד הרגל (דף כ׳) דפטור לגמרי וכך היא דעת מהרמ״א בהגהת ש״ע דפטור והביא ראיה מדברי רבינו שכתב סוף הסי׳ דאפי׳ אם גדר ניקף בצד רביעית נגד שדהו אין מחייבין אותו אא״כ גדר המקיף מה שנשאר עדיין פתוח וכו׳ דאל״כ לא ההנהו כלום כ״ש דבכה״ג אינו חייב אא״כ גדר המקיף הרביעית עכ״ל בספר ד״מ וכן עיקר:

סימן קנט

א שני גגין וכו׳. מדברי רבינו נראה דדוקא בגגין שאינן עשויין לדירה דהשתא אין בגגין תשמיש קבוע אבל בעשויין לדירה א״כ תשמישן קבוע אית בהו היזק ראייה ובעי מעקה ד״א אע״פ שסמוכים זה לזה דלא עדיף מב׳ חצירות סמוכים והכי כתב הרמב״ם להדיא בפ״ג משכנים וס״ל לרבינו נמי דבגגין שאין עשויין לדירה נמי ודוקא בסמוכים ליכא היזק ראייה אבל ברחוקים איכא היזק ראייה אפילו לית בהו תשמיש קבוע ובעי מעקה ד׳ אמות וכ״כ התוספות והרא״ש והרב המגיד ע״ש הרשב״א ורבינו פסק כדברי שניהם ולא כב״י שכתב ודרך שני תפס רבינו ואפשר דכיון דהתוספות והרא״ש והרשב״א מודים לשיטת הרמב״ם אבל הרמב״ם אינו מודה לשיטתם לכך כתב דרבינו תפס דרך השני וק״ל ודלא כמ״ש מהרו״ך דלדעת רבינו הטור

כשהגגין סמוכים סגי בי׳ טפחים אפילו בגגין העשויין לדירה דליתא: ומ״ש רבינו אף אם רחוקים זה מזה וכו׳. אין זה מקושר למ״ש קודם זה אלא ה״פ כל מה שאמרנו דאיכא היזק ראייה באינם סמוכים ובעי מעקה ארבע אמות לאו למימרא שאינם סמוכים ואינן רחוקים אלא אפי׳ רחוקים זה מזה לגמרי אפילו כראות העין ולא תימא דברחוקים כ״כ לא קפדינן אהיזק ראייה דידהו כיון דלית בהו אלא היזק ראייה קצת כיון דלא שכיח ותדיר שהרי רחוקים זה מזה אלא דאפ״ה חיישינן וקפדינן להיזקא דראייה בקצת:

סימן קס

א גג הסמוך לחצר וכו׳. פי׳ בסתם גגין דאין עשויין לדירה ואין תשמישן קבוע קאמר דבעל הגג מזיק לחצר ואין בעל החצר מזיק לבעל הגג דאילו בגגין העשויין לדירה וסמוך הוא לחצר דינן כשתי חצרות וכמ״ש בסי׳ הקודם:

ב ואם קרקעית החצר גבוה וכו׳ עד והרי״ב כתב דאם הגג נמוך מן החצר ד״א אין לבעל החצר היזק ראייה ממנו. נראה דטעמו דאע״פ דאית ליה היזק ראייה ממנו כשעומד בשפת חצרו מ״מ מאחר שאין תשמישו קבוע בשפת חצרו יכול ליזהר ממנו כיון דלא שכיח וא״כ חזר דין בעל החצר בזה כדין בעל הגג כיון דאין תשמישו קבוע במקום הזה ובסמוך יתבאר שכך מוכח מדברי התוס׳ בשם ר״ת דס״ל כהרי״ב ושכן כתב הרמב״ן בפי׳ הראשון:

ג שתי חצרות שקרקעית האחת גבוה מחבירו. ריש פ״ק דבתרא איתמר ב׳ חצרות זו למעלה מזו א״ר הונא תחתון בונה מכנגדו ועולה ועליון בונה מכנגדו ועולה ורב חסדא אמר עליון מסייע מלמטה ובונה ות״כ דרב חסדא ופי׳ רש״י דלרב הונא תחתון בונה למטה משלו ואח״כ מקרקעית העליון בונין שניהם יחד ולא יפסיד העליון בשפלותו של תחתון ועל דברי רב חסדא לא פי׳ כלום והרמב״ן כ׳ וז״ל ורב חסדא אמר עליון מסייע מלמטה ועולה שאי אפשר לו לבנות כותלו בלא יסוד לפיכך צריך לסייע ביסודו למטה ואין התחתון מפסיד בשפלותו כלום שאין בדין שיפסיד בשביל שאין מזיקו כ״כ לפיכך אם גבוה ג׳ אמות בונין מלמטה בשוה עד אמה למעלה נמצא שבנה התחתון ב׳ אמות כדינו והעליון עד שיסתלק שלא יזיקנו כדינו לפיכך אם היתה זו למעלה מזו ד׳ אמות לד״ה אין התחתון זקוק לו ומיהו אם רצה העליון להכניס לתוך שלו ולבנות כדי שלא יסייע מלמטה בונה בתוך שלו גויל גזית כדין עכ״ל ופי׳ זה הוא ע״ד הרי״ב שהביא רבינו למעלה ובסוף סימן זה ובמרדכי הארוך ראיתי שכתב פי׳ זה ע״ש רבינו חננאל וכתב עוד שכן פי׳ הרמב״ם בפ״ג משכנים שכתב וז״ל ב׳ חצרות זו למעלה מזו לא יאמר העליון הריני בונה מכנגדי ועולה אלא בונים שניהם מלמטה ובונה העליון לבדו מכנגדו ולמעלה עכ״ל ואח״כ כתב עוד [ע״ש] הרמב״ן פירוש אחר שהוא כדברי רבי׳ דגם התחתון צריך לסייע לעליון עד שיהא גבוה ד׳ אמות מקרקעית העליון ולמעלה משום דכשהעליון עומד בשפת חצרו איכא היזק ראייה דתחתון אע״פ שהוא נמוך ד׳ אמות והוא שיטת התוס׳ בשם ר״י וכן כתב הרא״ש באריכות ואחריו נמשך רבי׳ גם במרדכי הארוך כתב פר״י וכתב עוד מה שכתבו התוספות על שם רבינו תם דמה שצריך התחתון לסייע לעליון אע״ג דאיכא גבוה ד׳ אמות מקרקעית התחתון אינו אלא כגון שחצר התחתון אינו נמוך אלא אצל חצרו של עליון ומצד אחר הוא גבוה כחצר העליון שיוכל לראות שם עכ״ל כלומר שחצר התחתון הוא משופע וכן כתב במרדכי הארוך ומדנדחק ר״ת לפרש כך מכלל דכשהחצר נמוך ד״א מכל צד אין צריך לסייע לעליון כלל ואע״ג דאיכא היזק ראייה קצת כשעומד העליון בשפת חצרו אין זה שכיח ותדיר ולא חיישינן ליה והיינו כסברת הרי״ב ופי׳ הראשון שכתב הרמב״ן והיא דעת ר״ח והרמב״ם ונראה בעיני דבפלוגתא דרבוותא הדרינן לכללן דחומרא לתובע וקולא לנתבע:

סימן קסא

א בני חצר כופין וכו׳. משנה ריש פ״ק דבתרא פליגי בה ת״ק ורשב״ג גבי חצר וגבי עיר וס״ל לרשב״ג דבחצר שאינה סמוכה לר״ה אין כופין לבנות בית שער ובעיר שאינה סמוכה לספר אין כופין לבנות חומה והפוסקים לא חילקו אלא כתבו סתם דכופין בין בחצר בין בעיר וכדכתב רבינו כאן גבי חצר ובריש סימן קס״ג גבי עיר ואע״ג דאר״י דהלכה כרשב״ג במשנתינו לא קיי״ל כההוא כללא היכא דמוכחא והכי מוכחא בתוספתא שהביא האלפסי ושאר פוסקים דלית הלכתא כרשב״ג וכמו שיתבאר בסמוך ואף על פי דהר״י נל״א ח״ו כתב דיש פוסקין כרשב״ג לא קיי״ל הכי:

ג מי שיש לו בית בחצר וכו׳. תוספתא כתבה הרי״ף ושאר פוסקים ומתוך ההיא תוספתא דתני בה דכשדר עמהם חייב בכל דהיינו בכל שהוא צורך שנהגו לעשותו בחצר כגון בית שער וכיוצא בו ולא חילק בין סמוכה לר״ה לאינה סמוכה אלמא דהלכה כת״ק:

ד וכתב ר״ח כשגובין דברים אלו וכו׳. טעמו דבגמרא קבעינן להא מילתא בפיסקא דכופין אותו לבנות לעיר חומה וכו׳ משמע דבעיר דוקא אסקינן דלפי קירוב בתים נמי גובין אבל בחצר הכל נקרא קרוב זה כמו זה וכ״כ בנ״י והרמ״ה סבירא ליה דכיון דלא הוזכר בהך מילתא עיר בהדיא משמע דאין

חילוק ואכולה מתניתין קא מיבעיא לן בין בחצר בין בעיר ואסקינן דלפי קירוב בתים נמי גובין וס״ל דבחצר נמי איכא רחוק וקרוב לשער החצר כמו בעיר:

ו אחד מבני החצר שביקש להשתמש בחצר תשמיש קבוע וכו׳. סוף פרק חזקת א״ר יוחנן משום ר׳ בנאה בכל השותפין מעכבין זא״ז חוץ מן הכביסה ופרשב״ם בכל תשמישין הקבועים וכו׳ ונראה דקשיא כיה הלא כל שהוא חצר השותפים משתמשין בו כל בני החצר ולמה קאמר בכל השותפים מעכבים ולפיכך פירש דבתשמיש קבוע קאמר דמעכבים אם לא היו נוהגים להשתמש בכך בקבע חוץ מן הכביסה דאף ע״פ שאין דרך אנשי העיר לעשותו בחצר אינן יכולין לעכב על זה ולפי שיש ספק איזה דבר נקרא קבע כתב רבינו דיראה מדברי רב אלפס דאין נקרא קבע אא״כ עשה מחיצה שהרי לא הביא בפסקיו לגבי דין חזקה אלא אוקימתא קמא דרב נחמן דבחצר השותפין אהעמדה כדי לא קפדי אמחיצה קפדי משם יש ללמוד דה״ה לדין השותפים מעכבין בתשמיש קבוע דוקא היכא שעשה מחיצה ומה שנמצא כתוב בספרי הרי״ף שבידינו גם אוקימתא בתרא הוא טעות סופר והגהה היתה כתובה בגליון והכניסוה המדפיסים בפנים אבל בספרי רי״ף הישנים לא כתוב אלא אוקימתא קמא אבל להרא״ש שהביא בפסקיו אוקימתא בתרא דר״נ גבי דין חזקה דאהעמדה כדי נמי קפדי השותפין א״כ ה״ה בדין שותפין מעכבים יש ללמוד מדבריו דבהעמדה כדי נמי מיקרי קבוע מיהו מדברי הרמב״ם ריש פרק ה׳ דשכנים שכתב בסתם דאחד מן השותפין שבא להעמיד בהמה וכו׳ חבירו מעכב עליו וכו׳ משמע להדיא כדברי הרא״ש דסבירא ליה דאפילו בהעמדה כדי מעכב עליו אפילו בלא עשה מחיצה מיהו דוקא במשתמש שם תדיר אבל דרך עראי ודאי לא מצי לעכב עליו וכ״כ ב״י דדעת הרמב״ם בזה כדעת הרא״ש ואע״פ דבדברי הרמב״ם שם ובפרק י״ב מטוען מבואר דסבירא ליה כרב אלפס דפוסק לגבי דין חזקה דאהעמדה כדי לא קפדי שותפים ודלא כהרא״ש וכמו שכתב בית יוסף גופיה למעלה בסימן ק״מ סעיף כ׳ מ״מ בדין שותפים מעכבים סבירא ליה להרמב״ם דאפילו בהעמדה כדי נמי מעכבים כל שהוא משתמשך תדיר ומחלק בין דין חזקה לדין שותפים מעכבים ודוק:

ז ה״א הנוסחא בספרים או מגדול או לול לתרנגולין וצריך לפרש דהכי קאמר או שהעמיד מגדול או לול לתרנגולין ואינו כמו חדר הבנוי ומחובר לקרקע לגדל שם תרנגולין כסתם לול של תרנגולין שהזכירו בתלמוד אלא לול המיטלטל כגון מגדול ואינו קבוע בארץ כ״א העמדה בעלמא כלולין שלנו ובספרים אחרים איתא או מגדל שם תרנגולין ונוסחא זו נראה עיקר שכתב כלשון המשנה:

ח חמש חצרות וכו׳. ברייתא בפרק המקבל ופירש רש״י מים סרוחים כלומר דאי במים שמשקין השדות והגנות היה הדין בהיפך וכדאמר רב יהודה שם ויתבאר בסימן ק״מ בס״ד:

סימן קסב

א בני מבוי וכו׳. תוספתא כתבוה האלפסי ואשר״י ולפי דמשמע להדיא מלשון התוספתא דאם רצו כולן עושין דלת וא״כ קשיא אדשמואל פ״ק דבתרא דקאמר מבואות המפולשין לר״ה שבקשו להעמיד דלת בני ר״ה מעכבין עליהם דליכא למימר דתוספתא מיירי היכא דבני ר״ה אין מעכבין דמי מחיל ומי מפיס השתא כדי לתרץ קושיא זו י״מ דתוספתא בפתוח לכרמלית או לסימטא דליכא למימר בהו זימנין דדחקי בהו רבים ועיילי במבוי והרי״ב מתרץ דתוספתא במבוי סתום דאינו פתוח לר״ה אלא בראש א׳ ודשמואל במבואות המפולשין לר״ה משני ראשי׳ והרא״ש ס״ל דאין חילוק דאפילו במבוי סתום ופתוח מראש אחד לסימטא או לכרמלית דבהו נמי איכא רבים דעוברין לפני הפתח וזימנין דדחקי ועיילי במבוי ומתרץ דתוספתא מיירי במבואות קטנים הפתוחים וכו׳ כלומר התם הוא דאין בני ר״ה יכולין לעכב עליהן אם יסכימו כולם להעמיד להם דלתות שהרי אפילו כי דחקי רבים לא דחקי כולי האי להתפשט למבוי הפתוח לאותו מבוי אבל ודאי כשלא יסכימו כולם אפי׳ יחיד אין יכולין לכופו אפילו במבואות קטנות שיכול לומר רצוני שאכנס בחבילתי עד פתחי ומעתה מבוארים דברי רבינו:

ה כתב הרמב״ן דוקא במבוי וכו׳. נראה דהרמב״ן אתא לאורויי לן דאפילו בני ר״ה יכולין לעכב ואצ״ל בני מבוי דפשיטא דלא מצי למימר רצוני שאכנס בחבילתי עד פתחי כיון דאיכא פצימין ומלבן:

ז חצר העומדת בין ב׳ מבואות וכו׳. איבעיא דאיפשיטא ריש בתרא ופירש״י דאבני מבוי שרוצה לפתוח שם קאמרינן דמעכבים והרא״ש בשם רבינו מאיר פי׳ דאפילו בני המבוי שהיא פתוחה לו נמי מעכבים וכן פסק בש״ע ודלא כהריטב״א בתשובה הביאו ב״י מס״ו דכיון שלא הפקיר ביתו לעשות ממנו קפנדריא אין בני מבוי שלו יכולים לעכב גם הרב בספר בדק הבית השיג עליו והכי נקטינן דיכולין לעכב:

ח ומ״ש בד״א וכו׳. אתרווייהו קאי בין פרצו פצימין בין לא היה שם פתח מעולם וקאמר דמבוי מפולש יכול לפתוח אפילו לכתחלה ואין מעכבים עליו:

יב ה׳ חצרות וכו׳. ברייתא ריש בתרא ופסק כרבי וע״פ פירוש רש״י ורמב״ם ואע״פ שהתוס׳ הקשו על פי׳ רש״י ופירשו כפר״ח דהכי קאמר דהפנימית היושבת בסוף המבוי יכולה לסתום כנגד כל רוחב המבוי והרא״ש גם הוא מביא פירוש ר״ח ולא הביא פירוש רש״י ס״ל לרבינו דלענין דינא למאי דקיימא לן דהפנימית יכולה לסתום כנגד כל רוחב המבוי כל שכן דיכולה לבנות האצטבא לפני פתחה ואין החיצונה יכולה לעכב עליה אבל הפנימית ודאי מעכבת ודוק:

יד כתב הרמב״ם ז״ל פתח בעל השנייה וכו׳. איכא למידק דברישא נקט אין החיצונה מעכבת עליו והלא הפנימית נמי אינה מעכבת עליו כשפתח בינו לבין השלישית אבל לא בפתח בינו לבין החיצונה ותו למה אמר דכשפתח בינו לבין השלישית דהפנימית מעכבת הלא השלישית נמי מעכבת ויש לומר בקושיא זו דכל שהוא משנייה ולפנים פנימית קרינן לה ורצה לומר כל אחת מהפנימית מעכבת עליו ואמר לשון זה להורות דדוקא אותן חצרות דאיכא פנימית לפנים הימנה רשאין לפתוח פתח חדש למעלה מפתחם אבל הפנימית שאין שום פנימית לפנים הימנה רשאי לפתוח למעלה מפתחה כיון דאינה מעכבת בפתח זה שום תשמיש לחצרות החיצונות ויתבאר בסמוך אבל קושיא הראשונה אין לה ישוב לכאורה ונראה דהכא והכא רבותא קאמר דלא מיבעיא דהפנימית אינה מעכבת דאדרבה ניחא לה בהך פתח חדש דנפתח בסמוך לראש המבוי הפתוח לר״ה דהכל נכנסים ויוצאים באותו פתח חדש וניחא לה לפנימית להשתמש עכשיו גם לפני פתח הישן כיון דלא שכיח בה השתא נכנסים ויוצאים אלא אפילו החיצונה דסד״א דמצי למימר דע״י פתח החדש לא ניחא לה להשתמש לפני פתח מפני הנכנסים והיוצאים בפתח חדש שהוא סמוך לפתח החיצונה ואפ״ה אין החיצונה מעכבת עליה דכיון שאין לה רשות להשתמש אלא מפתחה ולחוץ אין לה לעכב ובסיפא נמי רבותא קאמר דל״מ דהשלישית שהסמיך אליה פתח חדש דמעכבת עליה לפי שאין נוח לה להשתמש מפני הנכנסים והיוצאים בפתח חדש אלא אפילו הפנימית דרחוקה מפתח החדש נמי מעכבת דסוף סוף מתקרבים הן הנכנסים והיוצאים לפנימית בפתח החדש יותר מבפתח הישן וזימנין דדחקי רבים ועיילי להתם לפני הפנימית ונראה שלמד הרמב״ן ז״ל דין זה מהך דאין אחד מבני החצר רשאי לשנות בחצר השותפין ולפתוח פתח חדש כיון דאית להו טענה לבני החצר דבהאי פתחא לא מצינא לאצטנועי מינך כדלעיל בסי׳ קנ״ד וה״נ במבוי שאינו מפולש דינו כחצר ואינו רשאי לפתוח פתח חדש להתקרב לצד פנים שהרי איכא טענה לפנימית כדפי׳ וכ״כ הרשב״א בתשובותיו כמו שהביא ב״י בסימן קס״א סעיף ד׳ ע״ש אבל דעת רבינו דדוקא לגבי בני החצר דאית להו טענת היזק ראייה אמרו בתלמוד דאינו רשאי לפתוח אבל בני מבוי כל כנגד חצרה יש לה רשות לפתוח אע״ג דאית להו קצת טענה כיון דלא אשכחן בתלמודא דחשו לה להך טענה ותו דברייתא דה׳ חצרות פתוחות למבוי וכו׳ הכי משמע דסתמא תני בה דכל אחת משמשת לעצמה משמע כל תשמיש משמשת כנגד חצרה ואפי׳ לפתוח בה פתח חדש בין לצד פנים ובין לצד חוץ: ומ״ש רבינו על דברי הרמ״ה וצריך לפרש וכו׳. איכא לתמוה במאי דקאמר וצריך לפרש דאמאי לא נפרש כמו שאמר הרי״ב ונראה ודאי דדעת רבינו הוא דכיון דכתב הרמ״ה דכל כנגד חצרה יש לה רשות לפתוח א״כ בעל כרחך מה שכתב הרמ״ה עוד דאפילו אם חצרו של פנימית באמצע המבוי וכו׳ צריך לפרש שגם מן הצדדין הוא שלו דאל״כ אין בידו לסתמו וליקחנו לרשותו שהיום או למחר יפתח הלה פתח למעלה מפתחו שהרי יש לו רשות לפתוח כנגד חצרו וכך כתב רבינו בסוף הסימן בהשגתו על דברי הרי״ב אלא דא״כ קשה כיון דהרי״ב ס״ל שיכול לסתום אע״פ שאין הצדדין שלו בע״כ דס״ל כדעת הרמב״ם והרשב״א דאין אחד מבני מבוי רשאי לפתוח פתח חדש למבוי כל שהוא למעלה מפתחו לצד סתימת המבוי והשתא אין כאן התחלה להשגת רבינו מסברת עצמו על דברי הרי״ב במ״ש ולא נהירא כלל עד סוף הסימן דהלא סבירא ליה להרי״ב כהרמב״ם והרשב״א דאין הכי נמי דאין לו רשות לפתוח פתח למעלה מפתחו כל עיקר. ונראה ליישב דסבירא ליה לרבינו דאף להרמב״ם והעומדים בשיטתו דוקא כשיש עוד פנימית לאותה פנימית שבאה לפתוח פתח חדש למעלה מפתחה התם הוא דאינה רשאי מטעמא דאין נוח לה לפנימית שהיא לפנים הימנה להשתמש מחמת פתיחת פתח החדש אבל הפנימית האחרונה שאין עוד פנימית אחריה ודאי רשאה לפתוח פתח חדש למעלה מפתחה כיון שאין בזה שום עיכוב תשמיש לשום אחד מבעלי החצרות שהן לפניה ואף הרמב״ם והעומדים בשיטתו מודים בזה אלא דלהרמ״ה אין צריך לחילוק זה דאפילו אם תמצא לומר דאין חילוק להרמב״ם אלא לעולם אינו רשאי לפתוח למעלה מפתחו מכל מקום להרמ״ה דסבירא ליה דשרי לפתוח בין למטה ובין למעלה צריך לפרש שגם מן הצדדין הוא שלו ומכל מקום נראה לפע״ד דהרמ״ה אף כשאין הצדדין שלו קאמר דיכול לסתמו ומירי כגון דאותן חצרות שמן הצדדין אין להם שום פתח במבוי זה אלא פתוחים למבוי אחר והכי דייק לשון הרמ״ה שאמר ויכול לסתמו כיון שאין אדם יכול לעבור שם אם לא דרך עליו דהיינו לומר כיון שאין לאותן חצירות שום פתח במבוי זה אם כן אין יכול לעבור שם אם לא דרך עליו מה שאין כן אם היה להם פתח במבוי זה דאז היה יכול לפתוח למעלה מפתחו כנגד חצרו כלפי סתימת המבוי והיה יכול לעבור שם בלא דרך עליו והשתא כיון דאין לחצרות אלו פתח במבוי זה אינן רשאין לפתוח שום פתח במבוי זה ולפיכך אפילו אין הצדדין שלו קאמר הרמ״ה דיכול לסתמו נראה לי:

סימן קסג

א בני העיר כופין וכו׳. משנה בפרק קמא דבתרא:

ב ולבנות להם וכו׳ עד כאנשי העיר. תוספתא ומשמע לשם דכל שהוא שרוי בעיר אפילו פחות משלשים יום הרי הוא כאנשי העיר לענין בנין החומה וכו׳ אלא דלתת לפסי העיר שהוא לתת מס ועולים אינו אלא בדר בה שנים עשר חודש או קנה בית דירה כדאוקימנא התם בגמרא וזה שאמר רבינו תחלה בסתם ואם הוא דר בעיר הרי הוא כאנשי העיר דהיינו לדברים שהזכיר קודם לעשות להם חומה וכו׳ ואחר כך אמר וכל מי שדר שם שנים עשר חודש וכו׳ הרי הוא כאנשי העיר מיד לכל דבר פי׳ אפילו לפסי העיר ודקדק ג״כ שכתב וכל מי שדר שם י״ב חודש לכלול אפילו מי שעובר ממקום למקום כגון החמרת והגמלת דכיון דעמד בעיר י״ב חודש הרי הוא כאנשי העיר לכל דבר וכדאיתא להדיא בגמרא ובמרדכי פרק קמא דבתרא כתב בשם ר״ב בספר החכמה דמתניתין מיירי דוקא בעובר ממקום למקום ונשתהה שם בעיר שנים עשר חודש אבל אדם הבא לדור שם להשתקע שם הוי כקונה בית דירה שם דהרי הוא כאנשי העיר מיד ועיין שם כי האריך:

ה וכשגובין גובין לפי ממון וכו׳. שם באיכא דאמרי בעא מיניה ר״א מרבי יוחנן כשהן גובין לפי קירוב בתים הן גובין א״ד לפי ממון הן גובין א״ל לפי קירוב הבתים הן גובין ופי׳ התוס׳ בשם ר״ת והרא״ש ע״ש ר״י הלוי דכיון דאין סברא דבית קרוב ואין בו ממון כלום שיתן יותר מבית רחוק שיש בו ממון ועוד לא יעלה על הדעת שגובין ממנו כלל כיון שאין בו ממון ודאי דאף לפי קירוב הבתים קאמר אבל ודאי דשבח ממון הוא העיקר וכו׳ ואחריהם נמשך גם רבינו:

ז ודוקא כשיש שלום וכו׳. הם דברי הרא״ש שם בשם הר״י הלוי וגם הרשב״א כתבם בתשובה וגם ה״ה כתבם בשמו רפ״ו דשכנים וכתב בס׳ ב״ה וכיון דכל הני רבוותא הביאו דבריו משמע דכוותיה ס״ל דטעמא דמסתבר הוא והכי נקטינן עכ״ל:

סימן קסד

א הבית והעלייה שהיו של שנים כל קלקול וכו׳. כתב ב״י שהוא מדתנן הבית והעלייה של שנים שנפלו אמר בעל העלייה לבע״ה לבנות והוא אינו רוצה וכו׳ ולא נהירא דאין ראיה כלל מנפל דהתם ודאי אף רש״י מודה דעל בעה״ב לבנות התקרה התחתונה דאין דירת בית במחיצות בלי תקרה כי אינו נקרא בשם בית אלא אוהל ומשכן ועל בעל העלייה מוטל לבנות תקרה עליונה של עלייה וכמו שפי׳ רש״י להדיא בהך מתניתין דתנן אמר בעל העלייה לבעה״ב לבנות וכו׳ ע״ש אבל הכא בנפחתה התקרה וצריך לתקנה קאמר ולכן נראה דדין זה הוא מדתנן הבית והעלייה וכו׳ נפחתה עלייה וכו׳ דמשם נלמד בשותפין שעל בעה״ב לתקן קלקול הכותלים מן התקרה ולמטה ואע״פ דבגמ׳ מוכח דהך מתניתין בשוכר ומשכיר קאי מ״מ מוכח בדברי הרמב״ם שמעמיד משנה זו בין בשכירות ובין בשותפין שהרי כתבו בריש פ״ד משכנים בדין שותפין וכתבו ג״כ בפ״ו דשכירות והדין דין אמת לדברי הכל דבשותפים חייב בעה״ב לתקן הקלקול שבכותלים למטה מן התקרה אלא דבתקרה בעצמה כתב הרמב״ם שהיא על בעה״ב וכו׳ וטעמו מדתנן באותה משנה רבי יוסי אומר התחתון נותן התקרה והעליון את המעזיבה וקאמר בגמרא טעמא דרבי יוסי דמעזיבה אשוויי גומות הוא ואשוויי גומות על העליון לאשוויי ואף ע״ג דרבנן פליגי וקאמרי דמעזיבה אחזוקי תקרה היא ואחזוקי תקרה על התחתון בעי לאחזוקי ופסק כך הרמב״ם בה׳ שכירות מ״מ בשותפין הלכה כר״י א״נ ס״ל דל״פ אלא בשוכר ומשכיר אבל בשותפין לרבנן נמי העליון עושה את המעזיבה וזה עיקר ועיין בב״י זו היא דעת רבינו. ולא כתב נמי דמיירי בנפחתה בארבעה או יתר משום דס״ל דלא פליגי רב ושמואל אלא בשוכר ומשכיר אבל בשותפין אפילו נפחתה בפחות מד׳ חייב בע״ה לתקנה. אבל רש״י פירש המשנה דוקא בשוכר ומשכיר וכו׳ ואף ע״פ שבפי׳ רש״י שלנו לא נמצא כתוב אבל שותפין לא וכו׳ מכל מקום התוס׳ כתבו לפרש כן לפירוש רש״י דדוקא בשוכר ומשכיר אבל אחין שחלקו אין על התחתון לבנות התקרה וכ״כ הרא״ש וביארו באריכות ע״ש ונראה שדקדקו התוס׳ כך מפי׳ מדכתב ונפחתה העלייה גרסינן ול״ג הכא של שנים דהא בשוכר קאי ואי איתא דס״ל לרש״י דדין שותפין כדין שוכר ומשכיר הוה אתי שפיר דגרסינן של שנים:

ד נפל כולו חולקין וכו׳. משנה ר״פ הבית והעלייה של שנים שנפלו שניהם חולקין בעצים ובאבנים ובעפר ורואין אלו האבנים העשויות להשתבר אם היה אחד מהן מכיר מקצת אבניו נוטלן ועולות לו מן החשבון ובגמ׳ מוקי רישא דתני חולקין דנפיל בליליא ופנינהו בני ר״ה ואזלו לעלמא דליכא למיקם עלייהו אי בחבסא נפיל אי בחבטא נפיל והילכך חולקין והא דקתני מציעתא רואין וכו׳ לאו אריש קאי אלא מיתוקמא דנפיל ביממא ואיכא למיקם עלייהו אי בחבסא נפיל אי בחבטא נפיל וסיפא דקתני אם היה אחד מהן מכיר וכו׳ מיתוקמא נמי דנפיל בליליא ופנינהו וכו׳ ולאו אמציעתא קאי אלא אריש קאי ואסיקנא דה״ק דאם היה אחד מכיר מקצת אבניו והן שלמות נוטלן ושכנגדו נוטל ג״כ כנגדן שלמות ואהני ליה למלבנא רווחא א״נ

טינא דמעבדא אבל היכא דאיכא למיקם עלייהו אי בחבסא נפיל וכו׳ ליכא למימר דאם היה אחד מכיר וכו׳ דיטול שכנגדו נמי שלמות כנגדו דהלא כיון שאינו מכיר אבניו לא יטול אלא מה שראוי לו על פי המפולת אי בחבסא נפיל אי בחבטא נפיל והוא דבר פשוט למעיין בסוגיא וכך מבואר מדברי רבינו שכתב תחלה דין רואין השנוי במציעתא ואח״כ כתב דין חולקין בנפל בלילה ופינום וכו׳ השנוי ברישא ואח״כ כתב דין אם היה א׳ מהן מכיר השנוי בסיפא דקאי ארישא היכא דנפל בלילא ופינום וכו׳ כדפרישית אבל מדברי התוס׳ שכתבו וז״ל סבר רבא למימר לפי חשבון שבורות נראה לר״י שר״ל לפי חשבון שבורות ושלמות כמו שהן מעורבות שם במקום שנפלו דמה סברא הוא לומר שיברור ולא יקח כי אם שבורות דוקא כנגדו עכ״ל נראה שהבינו דסיפא דקתני אם היה מכיר וכו׳ אמציעתא דסמיך ליה קאי דקתני רואין וכו׳ דאיכא למיקם עלייהו אי בחבסא נפיל אי בחבטא נפיל ולכך קשיא ליה דמה סברא לומר שיברור ולא יקח ג״כ שלמות כמו שהן מעורבות שם במקום שנפלו ותימה דא״כ לפי פירושו דסבר רבא למימר לפי חשבון שבורות ושלמות וכו׳ בעל כרחך דקאמר ליה אביי אדרבה הא ריע טפי וכו׳ ולכן שכנגדו יקח כל השלמות וא״כ השתא נמי קשיא דמה סברא הוא לומר שיברור ולא יקח כמו שהן מעורבות במקום שנפלו אלא יטול כל השלמות אלא הדבר ברור דלרבא דוקא שבורות יקח ול״ק דמה סברא הוא לומר שיברור וכו׳ דכיון דפנינהו בני ר״ה ואין האבנים מונחים במקום שנפלו אלא כל האבנים של זה ושל זה כולם מעורבים וזה מכיר מקצת אבניו ושכנגדו קטעין איני יודע ריע טפי וקא״ל אביי אדרבה הא ריע טפי והסוגיא מתיישבת כפשוטה ודוק: ומ״ש רבינו נפל כולו חולקין לפי מה ששלו גבוה וכו׳. כך פי׳ רש״י וז״ל בספרים מדוייקים שניהם חולקים הכל לפי הגובה לפי מה שהאחד היה גבוה מחבירו ואבניו ועפרו מרובה משל חבירו חולקים וכו׳ אבל מדברי הרב המגיד נראה שהבין מפרש״י בהיפך שאע״פ שאחד גבוה מחבירו ואבניו ועפרו מרובה מחבירו חולקין בשוה לפי שאין ניכר וכו׳ וכתב שהרשב״א תמה על זה אלא יש להן לחלק לפי חשבון עכ״ל ופי׳ מוטעה בט״ס נזדמן לפניהם וק״ל:

ו ואם אמר בעל העלייה לבעה״ב שיבנה הוא התחתון עד התקרה. פי׳ עד התקרה ותקרה בכלל כי אף רש״י מודה דבנפל על בעל הבית לבנות התקרה כמו שפירש להדיא באותה משנה ע״ש וכבר הזכרתי זה: ומ״ש הוא יבנה לו בית וידור בו עד שיתן לו כל יציאותיו. פירוש א״צ לבנות את הבית ואת העלייה ולדור אפי׳ בבית לגירסת רש״י או לדור דוקא בעלייה לגירסת התוספות וכדס״ל לרבי יודא במשנה אלא יבנה לו בית בלבד וידור בו עד שיתן לו כל יציאותיו ואח״כ יצא ממנו ויבנה עלייתו וטעמא דר׳ יודא פי׳ רש״י דאם לא יבנה אלא בית מיחזי כרבית ונראה בעיני דרצונו לומר כיון שהבעל העלייה קטרח ובנה בית לבעל הבית במעותיו ואח״כ יצא ממנו כשישלם לו כל יציאותיו וזה מצא ביתו בנוי בלי טורח אין זה אלא לפי שאם לא היה בונה בית זה היה נוטל בעל הבית שני שלישים בקרקע והיה זורעו או מוכרו ולפי שהניח לו קרקע בחנם לבנות עליה לפיכך הלוה לו מעות וגם קטרח בבנין לבנות לתחתון את ביתו א״כ מיחזי כרבית ולפיכך ס״ל לרבי יודא דצריך להעלות לו שכר על מה שדר בבית שבנה אקרקע שלו כדי שלא יהא נראה כרבית ואין הלכה כרבי יודא ובמ״ש התיישב מה שהקשו התוס׳ אפרש״י דאין כאן מקום לאיסור ריבית דפשיטא דאית ביה משום איסור ריבית לר׳ יודא ולהכי קאמר האי לישנא אף זה דר בתוך של חבירו וצריך להעלות לו שכר הלשון דקאמר בפ׳ איזהו נשך (בבא מציעא דף ס״ד) הלוהו ודר בחצרו צריך להעלות לו שכר משום איסור ריבית וקאמר רבי יהודה דאף זה כך אבל לפי׳ התוס׳ דצריך להעלות לו שכר משום דזה נהנה וזה חסר משום שחרוריתא דביתא קשה מאוד מאי אף זה דר וכו׳:

ז באו לבנות וכו׳ כתב הראב״ד וכו׳ עד סוף הסי׳. כתבו הרא״ש שם וכ״כ נ״י וכתב שכן דעת הרשב״א מיהו ברמב״ם ס״פ כ״ד ממכירה כתב דבמכר ביתו ואמר ע״מ שדיוטא העליונה שלו דה״ה שלו ואם נפל אינו רשאי לבנות יותר ממה שהיה קודם ולא חילק בין מקום שנהגו למקום שלא נהגו והך תוספתא איכא לפרושי כשמנהג המדינה שלא להקפיד השותפים בכך וכתב בס׳ ב״ה דאפשר דהראב״ד נמי ה״ק שאם באו לשנות על מה שנהגו השותפין שלא להקפיד רשאי אבל אם נהגו השותפין להקפיד אע״פ שמנהג המדינה לבנות כ״א בשלו ב׳ וג׳ דיוטות מצי שותף לעכב על חבירו עכ״ל ומטעם זה השמיטו הרב להך דהראב״ד בש״ע וכן עיקר דלא כהרב בהגהה שפסק כהראב״ד לפי משמעות פשוטו:

סימן קסה

א בית הבד וכו׳. משנה פ׳ בתרא דמציעא וכן בית הבד וכו׳ ופירש״י דאיירי באחין שחלקו זה נטל בית הבד וזה גנה והא דתנן וכן בית הבד וכו׳ ופליגי בה רב ושמואל בנפחתה דהכא כי היכי דפליגי אמתני׳ דהבית והעלייה בנפחתה העלייה וכו׳ ולשם פי׳ רש״י דוקא בשוכר ומשכיר קאי כמו שנתבאר בסימן שקודם זה נראה לפרש שס״ל לרש״י דה״ק וכן בית הבד וכו׳ היכא דנפחתה באחין שחלקו כדין בית ועלייה שנפחתה העלייה בשוכר ומשכיר ואע״ג דהאי וכן אנפחתה העלייה דלעיל קאי הפסיק ביניהם ולא הסמיכם לאורויי דלאו וכן ממש קאמר דזו בשוכר ומשכיר דוקא וזו אף באחים שחלקו וטעם החילוק כתב הרא״ש דבבית ועלייה אין התחתון חושש לתקרה אבל בבית הבד גם התחתון צריך לתקרה וכמבואר בדברי רבינו בסי׳ הקודם ובסימן זה ובזה התיישבו הקושיות שהקשו התוספות אפירוש רש״י ע״ש:

סימן קסו

א מי שהיה כותלו וכו׳. משנה שם ובגמ׳ הא מדקתני הילך יציאותיך מכלל דבפנינהו עסקינן טעמא דפנינהו הא לא פנינהו לא אמאי ותקנה ליה חצרו דאר״י בר חנינא חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו ה״מ היכא דקמכוין לאקנויי ליה אבל הכא אשתמוטי הוא דקא משתמט ליה וכתבו התוס׳ אבל אי לאו דריב״ח אתי שפיר דאין קונה לו אלא היכא דעומד בצד שדהו לכך כי לא פנינהו לא דכשא״ל הגיעוך לא הוה אכתי עומד שם עכ״ל והשתא לפי זה ודאי היכא דלא פנינהו אע״פ דבשעה שא״ל הגיעוך עמד בצד שדהו לא קנה לו חצרו דמצי אמר דדעתיה לדחוייה בעלמא ואי פנינהו אפילו לא היה בפני בעל הכותל קנה אותם בעל הגינה ואינו נאמן לומר דדעתיה לדחוייה הוה ולהוציא מידו וכ״כ הרמב״ם ספ״ג משכנים בסתם אם פינה אותם קנה ואינו יכול לחזור בו ואחריו נמשך רבינו אלא דהרב המגיד כתב שם וז״ל אבל יש שכתבו דוקא דפנינהו קמיה דבעל הכותל דכי פנינהו הוה ליה למימר ומדלא א״ל ש״מ לאו לאידחויי איכוין עכ״ל הרשב״א ז״ל גם האלפסי והרא״ש כתבו לא קנה עד דמפני ליה באפיה וב״י כתב על זה ולא ידעתי למה לא הזכיר רבי׳ כך עכ״ל ולמאי דפי׳ מסתברא טפי כדעת רמב״ם ורבינו דכלל גדול בדין המע״ה וכיון דפנינהו לא מצי למיטען דדעתיה לדחוייה ולהוציא מיד זה שפינה אותם עד דמייתי ראייה נ״ל:

סימן קסז

א שתי גנות וכו׳. משנה שם סוף מציעא פליגי בה ר״מ ור״י ור״ש ופסק ר״ל הלכה כר״ש דאמר כל שהעליון יכול לפשוט את ידו וליטול ה״ה שלו והשאר של תחתון ופי׳ רש״י דר״ש כר״מ ס״ל דמדינא הוא של עליון דהואיל ומעפרו הוא יונק וחי וגדל שלו הוא אלא דכל היכא שלא יכול העליון לפשוט את ידו וליטול צריך הוא ליכנס לרשותו של תחתון וללקוט וגנאי הוא לו ליטול רשות ממנו ליכנס שם א״כ עליון גופיה אפקורי מפקיר להו לגבי תחתון ולכן כתב רבינו כל שהעליון יכול לפשוט ידיו וליטול הוא שלו מדינא אע״פ שגם ידו של תחתון מגעת שם כיון דמעפרו של עליון הוא גדל אבל השאר הוא של תחתון דאפקורי מפקיר ליה ועל כן הוא של תחתון אפילו שצריך לעלות בסולם כדי ליטלו כיון דזכה בו מן ההפקר אלא שלא מצאתי כך מפורש לשום מחבר: ומ״ש רבינו ואם יד של העליון מגעת לעיקר וכו׳ מיבעיא ולא איפשיטא לפיכך לא יטול אלא חולקין ואם נטלו אין מוציאין אותו מידו. איכא למידק דמשמע דוקא נטלו עליון אבל נטלו תחתון מוציאין אותו מידו ומנ״ל לחלק בין נטלו עליון לנטלו תחתון ולהרמב״ם בפ״ד משכנים ניחא דכתב וז״ל היה מגיע לנופו ואינו מגיע לעיקרו לא יטול העליון ואם נטל אין מוציאין אותו מידו עכ״ל נראה דס״ל דתחתון הוי כמו מוחזק בו וכן פי׳ ב״י ולכן לא יטול העליון אלא הוא של תחתון אלא שאם נטלו אין מוציאין אותו מידו אבל רבינו דפסק דחולקים קשיא כדפי׳ ואפשר דכיון שראה שהרא״ש תמה למה עלתה בעיא זו בתיקו דנראה דכיון דיכול העליון לתלוש הנוף עם העיקר ה״ה של עליון א״כ מסתייה דנימא בהך תיקו דלכתחילה חולקין ואם נטל התחתון מוציאין מידו דשלא כדין נטל אבל אם נטל העליון אין מוציאין מידו כיון דמדינא הוא שלו:

ב ומ״ש אבל אילן וכו׳. כ״כ הרמב״ם ופוסק כשמואל בפ׳ המקבל (בבא מציעא דף ק״ז) וכן פסקו הרי״ף והרא״ש ודלא כגאון דפסק כרב וכדלעיל בסי׳ קנ״ה סעיף מ״ב וע״ש. ונראה דדעת הגאון דאע״ג דקיי״ל הלכה כשמואל בדיני מ״מ כיון דרב יהודה קאמר לר׳ אבין הני דילי דילך ודילך דילי ונהוג בני מצראה הנוטה לכאן לכאן והנוטה לכאן לכאן נפיק מהך כללא דהא חזינן דבהך ס״ל כרב וכדחזינן בפלוגתא דרב ושמואל בהניזקין בבני נהרא דרב אמר תתאי שתי מיא ושמואל אמר עילאי שתי מיא דנפק מכללא כמו שיתבאר בסימן ק״ע אבל דעת הפוסקים דהתם רב הונא בר תחליפא פסק בפירוש דלא כשמואל אלא כל דאלים גבר הילכך נפק מכללא אבל הכא לא קאמרינן אלא דנהוג בני מצראה כו׳ היכא דלא נהוג נהוג היכא דלא נהוג לא נפיק מכללא דהלכה כשמואל בדיני. אלא דאיכא למידק בלשון רבינו דתחלה כתב לפיכך לא יטול אלא חולקין וכו׳ וחזר וכתב אבל אילן וכו׳ חולקין פירותיו ובלשון הרמב״ם ל״ק דאיהו לא כתב תחלה חולקין אבל אלשון רבינו קשה וב״י כתב מה שכתב ונראה דהאי אבל אתחלת הסימן קאי דכתב דבירק בין ב׳ גנות דינא הוא דכל שהעליון יכול לפשוט וכו׳ אבל באילן העומד על המיצר לעולם חולקין וכו׳ ופשוט הוא:

סימן קסח

א שטף נהר זיתיו וכו׳. משנה פרק השואל שטף נהר זיתיו ונתנם לתוך שדה חבירו זה אמר זיתי גדלו וז״א ארצי גדלה יחלוקו ובגמרא אוקימנא לה שנעקרו בגושיהן שיכולין לחיות ע״י הקרקע שסביבותיהן ופטורין מן הערלה והילכך בתוך ג׳ יחלוקו ולא מצי למימר ליה בעל הזיתים לבעל הקרקע אי את נטעת לא הוה אכלת בתוך שלש מחמת איסור ערלה משום דא״ל אי אנא נטעי הוה קטיני פי׳ זיתים דקים ולא הו״ל צל וזרענא תחותייהו סלקא וירקא משא״כ תחת זיתים שלך שהם גדולים ולכן תחת הפסד זה יחלוקו בפירות תוך ג׳ אבל לאחר שלש כל הפירות לבעל הקרקע דא״ל אי אנא נטעי

הוינא אכילנא לכוליה פירי לאחר ג׳ דכבר יצאו מכלל ערלה ולא מהניא לי גושיהן דבעל הזיתים מידי לאחר ג׳. ומ״ש רבינו דאם לא נעקר עמהם מהעפר שראויין להתקיים על ידו אפילו תוך ג׳ שנים הכל לבעל הקרקע איכא לתמוה דהלא כל הפירות אסורין אפילו בהנאה תוך ג׳ ומטעם איסור ערלה א״כ מאי הכל לבעל הקרקע דקאמר דליכא לפרש דהכל לבעל הקרקע דקאמר לענין שא״צ לשלם לו דמי זיתיו שהרי בסמוך כתב רבינו דצריך לשלם דמי זיתיו בא״י ומשמע דקאי אמ״ש תחלה בין בבא תוך ג׳ בין בא לאחר שלש לעולם צריך לשלם לו דמי זיתיו ונראה ודאי דא״צ לשלם לו אלא דמי זיתיו כמו שהיו שוין בשעה ששטפן נהר אבל לא מה שהשביח האילן בעצמו כל תוך שלש דאותו השבח הוי לבעל השדה כמו פירות לאחר ג׳ דמצי א״ל אי אנא נטעי הוי כל זה השבח דידי וכן פי׳ בנ״י להדיא וזאת הוא נמי דעת הרמב״ם שכתב ספ״ד משכנים ואם לא נעקרו בגושיהן הכל לבעל הקרקע מיד עכ״ל כלומר מיד אף תוך ג׳ כל שבחא דאילנות הוא של בעל הקרקע וה׳ המגיד וב״י האריכו בזה ואין צורך דהדבר ברור כדפרישית:

סימן קסט

א מי שיש לו בור וכו׳. משנה פרק המוכר פירות ונראה דלאו דוקא בור אלא ה״ה חדר נמי צריך שיעשה כל אחד מפתח לחדר משום חשד אשתו אלא נקט בור משום דבחדר דרכו ליכנס שם בין ביום ובין בלילה כדכתב נ״י ותו דאתא לאורויי דאינו מכניס בהמתו להשקות מבורו אלא ממלא ומשקה מבחוץ דלא שייך אלא בבור:

סימן קע

א חמש גנות וכו׳. ברייתא בפרק המקבל (דף כ״ח) בסיפא דברייתא כתבה רבינו למעלה בסוף סימן קס״א ולא ידעתי למה כתב זה פעמיים:

ג אמת המים וכו׳. ס״פ הניזקין תנן בור שהוא קרוב לאמה מתמלא ראשון מפני דרכי שלום ובגמ׳ בני נהרא רב אמר תתאי שתו מיא ברישא ושמואל אמר עילאי שתו מיא ברישא בדמיזל כ״ע לא פליגי כי פליגי במיסכר ואשקויי שמואל אמר עילאי שתו מיא ברישא דאמרי אנן מקרבינן טפי ורב אמר תתאי שתו מיא ברישא דאמרי נהרא כפשטיה ליזול תנן בור הקרוב לאמה מתמלא ראשון מפני דרכי שלום תרגמה שמואל אליביה דרב באמה המתהלכת ע״פ בורו א״ה מאי למימרא מה״ד מצי א״ל סכר מיסכר בהינדזא קא״ל א״ר הונא בר תחליפא השתא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר כל דאלים גבר ופירש רש״י בדמיזל אם אינן סוכרין את הנהר אלא דולין והולכין והנהר מושך כפשוטו כ״ע ל״פ שכל הרוצה לדלות ידלה כי פליגי במיסכר ואשקויי שאין בו כדי לדלות כולן יחד ורוצים העליונים לסכרו שלא ירדו המים למטה וכו׳ מבואר מפירושו דהא דמיזל דל״פ מיירי שיש בו כדי לדלות כולן יחד וא״צ לסכרו ולפיכך כל הרוצה לדלות ידלה וא״צ להשקות על הסדר אלא תתאי נמי רשאי לילך למעלה ולדלות ולמלאות בורו ואע״פ שעדיין לא ירדו המים למטה ולפי פירושו זה מתיישב דל״ק אמאי לא משני אליבא דרב דמתניתין בדמיזל והיינו טעמא דבדמיזל כל הרוצה לדלות ידלה ואילו מתניתין תנן בור הקרוב לאמה מתמלא ראשון כל זה לרש״י אבל הר״ן כתב בדמיזל שהנהר הולך דרך הילוכו כ״ע ל״פ דעילאי שתו ברישא כ״פ במיסכר ואשקויי שיהיו סוכרין סמוך לשדותיהן ומשקין וזהו ע״פ שיטת הרמב״ם בפ״ג משכנים שכתב בני הנהר משקין על הסדר רצה אחד מהן לסכור וכו׳ וס״ל לפרש דבדמיזל עילאי שתו ברישא והיינו על הסדר וס״ל נמי דאפילו הנהר קטן שמימיו פוסקין נמי מודה רב דעילאי שתי ברישא כיון שמושך הנהר כפשטו וכן פי׳ התוס׳ להדיא דבדמיזל אפילו הנהר קטן וכו׳ ודלא כפירוש רש״י וזהו דעת רבינו שכתב כולן משקין על הסדר וכו׳ ולפע״ד לפי שיטה זו דבמיסכר ואשקויי דפליגי בה אפילו בנהר שאין מימיו פוסקין נמי פליגי דאין חילוק אלא בין בדמיזל ובין מיסכר ואשקויי ומה שקשה לפ״ז אמאי לא מוקמינן מתניתין אליבא דרב ובדמיזל ומש״ה עילאי דהיינו הבור הקרוב לאמה מתמלא ראשון יש ליישב דתלמודא ס״ל דבדמיזל עילאי מדינא שתו ברישא בלא דרכי שלום דכיון דהנהר מושך כפשטו ודאי עילאי דהמים נמשכין ע״פ שדותיו משקין תחלה ואם ירדו למטה ירדו ואינו דין דתתאי יעכבו עליו לומר אנו נשקה תחלה וכיון דמתניתין תני בה משום ד״ש בע״כ דבמיסכר ואשקויי מיתוקמא דשפיר קאמרי תתאי נהרא כפשטיה ליזיל אלא דאפ״ה מפני דרכי שלום אמרו חכמים דבור הקרוב לאמה מתמלא ראשון וקשיא לרב ואיצטריך לאוקמי לרב באמה המהלכת ע״פ בורו. ואיכא למידק דכיון דהך פלוגתא דרב ושמואל נפק מכללא דקיי״ל דהלכה כשמואל בדיני אלא כל דאלים גבר א״כ הו״ל להאלפסי ולרמב״ם לכתוב הך אוקימתא דמהלכת ע״פ בורו לאורויי דבמהלכת ע״פ בורו לא אמרינן בה כל דאלים גבר אלא מפני דרכי שלום מתמלא ראשון וא״צ לסתום בורו וכדכתב רבינו וכבר יישבו הראב״ד וגם ב״י כתב ישוב אחר ולפע״ד נראה דטעמם דכתבו המשנה כצורתה משום דסתמא הכל במשמע משמע דבמיסכר ואשקויי עילאי שהן קרובים לאמה מתמלא ראשון ואח״כ שתו תתאי כשמואל ומשמע נמי דבעילאי גופייהו אם הנהר מושך באמצע ואיכא שדות מצד זה ואיכא שדות מצד זה אותו שבורו קרוב לאמה מתמלא ראשון ומשמע נמי באמה המתהלכת ע״פ בורו ולהכי אותבינן לרב

ממתני׳ דהכל במשמע ותרגמה אליביה דרב במהלכת ע״פ בורו וה״ה דהו״מ לשנויי אליביה דרב דבעילאי גופייהו א״נ בתתאי גופייהו קאמר דבור הקרוב לאמה מתמלא ראשון והשתא למאי דקיי״ל בהך פלוגתא כל דאלים גבר מתניתין מיתוקמא בתרתי גווני או במהלכת ע״פ בורו או בעילאי ותתאי גופייהו ולכך כתבו המשנה סתם לכלול בה כל גווני דבור הקרוב לאמה דמתמלא ראשון מפני ד״ש מלבד במיסכר ואשקויי בעילאי ותתאי דקיי״ל כל דאלים גבר שזה מפורש בדברי הפוסקים וליכא למיטעי ואיכא למידק דבגמרא קאמרינן דבמיצעי לא שייך כל דאלים גבר דממה נפשך מיצעי לא שתו ואעילאי ותתאי הוא דאמרינן כל דאלים גבר והפוסקים לא הביאוהו בפסקיהם וצ״ע:

סימן קעא

א שותפין וכו׳ עד כופה את חבירו ויחלוק עמו וכו׳. ע״ל ריש סי׳ קנ״ז דדוקא היכא דאיכא היזק ראייה ולכן כתב כאן סתם דנסמך על מה שכתב למעלה ואע״ג דבשדה ליכא משום היזק ראייה מ״מ כיון דבמקום שנהגו לגדור בבקעה מחייבין אותו לגדור כדלעיל בריש סי׳ קנ״ח איכא למימר דהא דכתב רבינו כאן או שאחד קנה מחבירו חצי שדהו וכו׳ היינו במקום שנהגו לגדור דאית ביה משום היזק ראייה ומ״ש בין שקנאוהו בשותפות או ירשוהו וכו׳ ל׳ רמב״ם ריש פ״א משכנים וע״ל בסעיף ל״ג מ״ש רבינו ע״ש הרא״ש ובמ״ש ב״י ע״ש הרשב״א:

ב ואיזהו דין חלוקה וכו׳ עד ולא את השדה עד שיגיע לכל אחד כדי חרישת יום אחד וכו׳. ה״א פ״ק דבתרא (דף י״ב) דאלו השיעורין הן בח״ל אבל בא״י איכא שיעור אחר כדתנן התם דבשדה בעינן ט׳ קבין לכ״א ר״י אומר ט׳ חצאי קבין לכ״א ובגמרא קאמר דל״פ מר כי אתריה ומר כי אתריה והרמב״ם פ״א משכנים כתב ט׳ קבין לכ״א ותימה דכיון דקאמר בגמרא דל״פ הול״ל דהכל לפי מנהג המקום ונ״ל דהרמב״ם היה מפרש כפי׳ ר״י בר מרדכי שכתבו התוס׳ וז״ל דבאתריה דר״י היה הקרקע חשוב וטוב והיה חשוב לטרוח בט׳ חצאי קבין ואף על פי שלא היה בו כדי חרישת יום ראוי היה לטרוח אבל באתריה דת״ק לא היה הקרקע טוב כ״כ שיהא חשוב לטרוח בפחות מט׳ קבין עכ״ל דלפירוש זה כל סתם קרקע בעינן ט׳ קבין לכ״א אם לא בידוע שהיא קרקע חשובה ולכן כתב הרמב״ם ט׳ קבין דבכל סתם קרקע בעינן ט׳ קבין לכ״א ומה שהביאו לפרש כך ולא איפכא דבכל סתם קרקע סגי בט׳ חצאי קבין לכ״א אם לא בידוע שהוא קרקע גרוע דבעינן ט׳ קבין לכ״א נראה דהכריחו לפרש כן משום דחזינן בכולי תלמודא דנקט ט׳ קבין לשיעור שדה אלמא דכל סתם קרקע בעינן ט׳ קבין ופחות מט׳ אינה חשובה לטרוח בה כנ״ל וב״י כתב מה שכתב:

ג וכתב הרמ״ה בד״א. ונראה טעמו דכיון דאם היה בו דין חלוקה היו צריכין ליתן לו אותו שאצל המיצר שלו השתא נמי שאין בו דין חלוקה קרינן ביה מכיר את חלקו שהרי נודע וניכר שזה שאצל המיצר שלו הוא חלקו והילכך יכול לכופו לחלוק ומ״ש כגון דאיתנהו תרוייהו אחד מצרא יתבאר לקמן בסי׳ קע״ד סעיף ב׳ שזהו דעת הרמב״ם בקרקעות שוים ושהרא״ש בפסקיו חולק ע״ז ע״ש:

ד וכתב עוד וכו׳. כתב בתשובה להרמב״ן ומביאו ב״י דוקא להעלות על דמיו אבל לפחות מדמיו אין שומעין לו דאל״כ עשיר ועני יקצוץ העשיר לעני בפחות מדמיו ויאמר לו גוד או אגוד ולרש אין כל וימצא העשיר לוקח ע״כ דעני בפחות מדמיו ולקתה מדה״ד:

ח ומ״ש רבינו ונראה דבחצר צריכין להשתמש בו בשותפות וכו׳. נלפע״ד דהגאונים מודים לדברי רבינו בחצר שאין יכול ליכנס לביתו אלא דרך אותו חצר ולא אמרו הגאונים אלא היכא שיש לו דרך אחר וכן צריך לפרש בדברי הרמב״ם בפ״א משכנים שכתב ואם אינו עשוי לשכר אם חצר הוא שוכנין בה שנה שנה וכו׳ דמיירי בחצר שאין דרכו עליו לביתו:

ט כתב הרי״ב שאם יש לשנים וכו׳ עד ואותו שיש לו שליש טוען וכו׳. הא דלא הזכיר טענת בעל ב׳ שלישים נראה דלפי שהוא ידוע שאין בעל שני שלישים רוצה להפסיד ולדור עמו בבית שאין בו דין חלוקה בשותפות דכיון שאין לזה אלא שליש לא ישתמש בחצי הבית כמוהו ופסק דאפילו לא אמר בעל ב׳ שלישים גוד או אגוד אפ״ה צריך שיאמר בעל השליש או גוד או אגוד ואם לא אמר אגוד כי אם גוד בלבד הדין עם הבעל ב׳ שלישים ומצי לדחות את בעל השליש מלדור עמו בבית וכ״ש אם בעל ב׳ שלישים אומר גוד או אגוד וכו׳: ומה שכתב רבינו ז״ל ולא נהירא. נראה דדוקא אהיכא דלא אמר גוד או אגוד לא זה ולא זה אלא בעל השליש אמר גוד אבל לא אמר אגוד וכו׳ התם הוא דהשיג רבינו ואמר דלקתה מה״ד אם יהא בעל השליש נדחה מן הבית אלא כיון וכו׳ אבל כשבעל ב׳ שלישים אומר גוד או אגוד ע״ז לא נחלק רבינו דפשיטא דהדין עם בעל ב׳ שלישים וישב בכל הבית ויהא נדחה בעל השליש כמ״ש הרי״ב וז״ל בספר בדק הבית באמת שאיני מוצא טעם למ״ש בעל ב׳ שלישים ישב בו הכל ודברי רבינו הם נכונים עכ״ל:

י ומ״ש וכ״כ א״א הרא״ש וכו׳ אם יעשו ג׳ גורלות וכו׳ פי׳ הספק הוא מי נימא שיכתבו ג׳ פתקים א׳ ב׳ ג׳ ויניחום בקלפי ובעל ב׳ חלקים יטול ב׳ פתקים ובעל חלק אחד יטול פתק א׳ וכשיטול בעל ב׳ חלקים א׳ ב׳ ישתמש בו שנה ראשונה ושנייה ואם יטול ב׳ ג׳ ישתמש בו שנה ב׳ וג׳ ואם יטול א׳

וג׳ ישתמש בו ראשונה ושלישית או יפילו שני גורלות שיכתבו על פתק אחד ראשון ועל פתק שני אחרון ומי שיטול פתק שכתב בו ראשון ישתמש בו ראשונה ואם יטול אותו בעל ב׳ חלקים ישתמש בו שנה ראשונה ושנייה ובעל חלק אחד שנטל פתק שכתוב בו אחרון ישתמש שנה ג׳ ואם בעל ב׳ חלקים יטול פתק שכתוב בו אחרון ישתמש בו שנה שנייה ושלישית ובעל חלק אחד ישתמש בו שנה ראשונה: ומ״ש בסוף התשובה יעשו ב׳ גורלות א׳ משנה ואחד משנתים וכו׳. רצונו לומר נמי כדפרישית שלא יכתבו אלא על אחד ראשון ועל שני אחרון ובעל חלק א׳ שנוטל פתק אחד משניהם הוא גורלו על שנה א׳ ובעל ב׳ חלקים הוא גורלו על ב׳ שנים רצופים ומה דקשה דלמעלה כתב רבינו אבל בדבר שאפשר שישתמשו בו ביחד כגון מרחץ ובית הבד וכו׳ וכאן כתב הרא״ש גבי גת שהוא דומה לבית הבד שאין נוח להשתמש ביחד נראה דבגת לחודיה ודאי הוא דומה לבית הבד לחודיה שזה טוען קורה ומוליך השמן לביתו וה״ה לגבי ענבים שדורכין בגת אבל כאן בשאלה היה התשמיש בגת לעשות יין ולשמרו במרתף ולמכור היין במדה וא״א לשני מוכרין למכור יין כל השנה במדה במרתף אחד ובשותפות אינם רוצים הילכך צריך לחלקו לזמנים:

יב שני אחין וכו׳ י״א שהכל תלוי בדעת האב וכו׳. כך כתב הרמב״ם רפ״א משכנים והמרדכי ספ״ק דבתרא הקשה ע״ז וז״ל ואומר עשיר לעני קח לך עבדים וכו׳ לפי הלשון משמע שבזה הדבר תלוי הענין שכשעשאן אביהם לעצמו אין יכול זה העני להשכיר חלקו ואיני יודע הטעם אמאי לאחר שמת אביהם לא יעשה כ״א בחלקו מה שירצה ואם מפני שיכול לומר לו אחיו אני רוצה לדור בו כמו שדר בו אבי והלא הוא אינו מעכב ביומו מלעשות מה שירצה לחלקו ועוד וכי אינו יכול למכור חלקו לאדם עשיר שיש לו עבדים וזיתים וכשם שיוכל למכור יוכל נמי להשכיר דמה לי מכר מה לי שכירות וכתב עוד בסוף דבריו ומיהו תימה דהכא משמע דהעני אינו יכול להשכיר חלקו ולא לשווייה גברא בחריקיה שיגוד עכ״ל ול״ק מידי דסברת י״א והרמב״ם דבמרחץ ובית הבד דאפשר שישתמשו בו יחד אין האחד יכול לומר לחבירו נשתמש בו לזמן דאין יכול להפקיעו ממנו אפילו שעה אחת כיון שאפשר להם להשתמש בו ביחד וכ״כ הרמב״ם להדיא ע״ש וכמ״ש גם רבינו בסעיף ח׳ ואין ספק דגם לסברת י״א והרמב״ם כשם שיוכל למכור יכול נמי להשכיר שיהיו שניהם ביחד בכל יום והא דאומר עשיר לעני קח לך עבדים וכו׳ היינו כשאין העני מוצא למכרו או להשכירו שישתמש עם העשיר ביחד אלא מוצא מי שישכרנו כולו התם הוא דלא יוכל אחד מהם לומר אפילו שניהם עשירים להשכירו כולו לאחר ונחלוק השכר אלא חבירו יכול לומר אני רוצה להשתמש בו בעצמי כמו שהשתמש בו אבי וגם אתה תשתמש בעצמך עמי יחד וקח לך עבדים כו׳ וכן אם עשאן להשכיר ואחד רוצה לשכרו כולו ולחלוק השכר והאחד אינו רוצה אלא להשתמש בו בעצמו בכל יום צריכים להשכירו ולר״י אפי׳ עשאן לעצמו אם ימצאו שוכר שישכרנו כולו אין העשיר יכול למחות בעני מלהשכירו כדי להפסידו ולומר לו קח לך עבדים וכו׳ אלא משכירו לאחר וחולקין השכר ולא אמרו שאומר לו עשיר לעני קח לך עבדים אלא דוקא כשאינו מוצא לשכרו אז יפסיד העני בעניו דאין העשיר צריך ליתן לו שכירות בעד מה שמשתמש בחלקו דא״ל קח לך עבדים וכו׳ ומ״ש רבינו ואין תקנה לעני וכו׳ אשני הפירושים קאי היכא דיכול לומר העשיר לעני קח לך עבדים וכו׳ למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה אין תקנה לעני אלא שימכור חלקו או יתננו לעשיר אחר שיוכל לומר לעשיר זה או גוד או אגוד ומה שיש לדקדק מכאן מדברי הרא״ש דלקמן בסעיף כ״ז יתבאר לשם בס״ד:

יג אין בו דין חלוקה וכו׳. ברייתא בפ״ק דבתרא איפליגו תנאי במילתא והרי״ף והרמב״ם פסקו כרבן שמעון ב״ג דאין שומעין לו משום דא״ל אי בדמי לית לי דמי למיתן לך במתנה לא ניחא לי דכתיב ושונא מתנות יחיה ור״ח פסק כת״ק דשומעין לו ולזה הסכים הרא״ש שם בפסקיו והוא הסכמת מהר״ם רבו שהביא המרדכי לשם ע״ש:

יד ומ״ש אבל אם יאמר אני אקח הקטן וכו׳. פי׳ דאע״פ דת״ק ס״ל דבהא נמי שומעין לו מ״מ בסוגיא מוכח דלא אמרינן בזו גוד או אגוד ע׳ באשיר״י וחידושי הרמב״ן והוא נמי דעת ה״ר יונה שהביא רבינו:

טז והיכא דראובן יש לו שיעור וכו׳ ואין שמעון רוצה לחלוק וכו׳. נראה דכששמעון רוצה לחלוק אין ראובן יכול לעכב עליו ולומר הלא אין לך בחצר כי אם ג׳ אמות דבכי הא ודאי האומר אי איפשי בתקנת חכמים שומעין לו כדכתב מהר״ם במרדכי פרק המוכר פירות ומביאו ב״י וז״ש רבינו כאן ואין שמעון רוצה לחלוק וכו׳ וכן מ״ש שיכול ראובן לומר לו אחלוק עמך וכו׳ כראה דה״ק השתא דיש לאחד ד״א לא מצי לומר לחבירו גוד או אגוד דדוקא כשאין לכל אחד ואחד ד׳ אמות איכא טענת גוד או אגוד משא״כ בשיש ד׳ אמות לאחד ואין בו ד׳ אמות לשני דגוד איכא אגוד ליכא בצד אחד דאין בעל ג׳ אמות יכול לומר לבעל ד׳ אמות גוד או אגוד דאגוד ליכא מיהו מצי למימר בעל ד׳ אמות לא אייחד לעצמי אלא ג׳ אמות שאפסיק במחיצה ואשתמש בו לעצמי ואמה אחת אניח אצל ג׳ אמות שלך כדי שיהא לך חצר של ד׳ אמות ונמצא שאשתתף עמך ברביע חלקך דלך יהיו ג׳ אמות ולי אמה אחת ושוב יאמר לו גוד או אגוד ולפע״ד דט״ס הוא בדברי רבינו וצריך להגיה הרמ״מ במקום הרמ״ה דבמרדכי ספ״ק דבתרא כתב דברים אלו בשם הר״מ מרוטנבורג וע״ש וע׳ עוד בפרק המוכר פירות:

יז ואם אין בכל החצר אלא ג׳ אמות וכו׳ פי׳ להרמב״ן שכתב דהטעם משום דהשתא נמי לא חזי לדירה לפי זה לעולם כופה אותו לחלוק ועל כן השיג רבינו על טעמו ואמר ולא נהירא לי דמ״ל ליה נהי דהשתא נמי לא חזו לי וכו׳ אבל הרמ״ה כתב טעם אחר משום דקרינן ביה שפיר כל שאילו יחלק ושמו עליו ולפי זה יש לחלק דאם יגיע לכ״א שיעור דחזי להכי כופה אותו לחלוק ואם לא ישאר שיעור דחזי להכי לא מצי כפייה לחלוק והוא נכון אלא דלפי שהרמ״ה כתב דחזי למיעבד ביה עוקא לשופכין דיליה אלמא משמע דמיירי נמי בחצר שהוא לפני הבית ששופכין בו השופכין של בית לכן כתב רבינו דהרא״ש חולק דבחצר שמשתמש בו לבית לא שייך ביה דינא דגוד או אגוד וכ״כ רבינו למעלה בסעיף ח׳ להשיג על הגאונים ולפי האמת אינה השגהכלל לא על הגאונים ולא על הרמ״ה דאינהו לא קאמרי אלא בחצר שאינו לתשמיש של בית שכבר יש לו דרך אחר לבית וגם חצר אחר לתשמיש של בית ואין חצר זה הכרח להשתמש בו לבית אלא בחצר שהוא מוקצה שאחורי הבתים או חורבה קאמרי׳:

יט תשובה לגאון וכו׳. הב״י נתקשה לו מ״ש בסוף אקח משני חלקי עד כדי שישאר כו׳ ומה לו אם ישאר כשיעור או לא ישאר וצ״ע עכ״ל ועוד יש להקשות מ״ש ודאי שני חלקי ראובן וכו׳ דפשיטא הוא ולא היה צריך לאמרו ונראה דהמעשה היה דראובן שאל משמעון גוד ממני כל מה שיש לי בבית ובחצר או אגוד ממך חלק ששית שיש לך בבית ובחצר ושמעון לא היה בכחו לגוד את הכל ולכן השיב הגאון ואמר ודאי דשני חלקי ראובן אין להם עסק בענין החלוקה כלל ואינו בדין זה דגוד או אגוד אלא חלק של לוי בלבד כי בחלק של לוי היה בו שיעור בית ראוי לדירה אלא דבחצי חלקו לא היה שיעור בית ולפיכך פסק שיש בחלק של לוי דין גוד או אגוד אלא דלפי שהיה קשה ע״ז דמ״מ מצד חלק לוי שבחצר לית ביה דינא דגוד או אגוד שהרי אי אפשר לחלוק החצר לג׳ חלקים לרחבו ויגיע לחלק המשותף שיעור חצר דאף ע״פ שיהא גם בחלק המשותף עשר אמות אורך ושש אמות רוחב מ״מ לא הו״ל לשמעון דרך בפני עצמו לבוא לבית שהרי שני חלקי ראובן שבחצר מפסיקים ומעכבין אותו מלעבור עליהם ואם באנו לחלוק אותו לארכו על ג׳ חלקים לא יגיע לחלק המשותף שבחצר כי אם ג׳ אמות וב׳ טפחים ברוחב וי״א אמות באורך וה״ה ארוך וקצר ואין בו דין חלוקה כדלקמן בסוף סי׳ קע״ב והשתא ליכא הכא דינא דגוד או אגוד מצד החצר וכמו שהיא סברת רבינו שנחלק אדברי הרמב״ן בסמוך סעיף י״ז ונמשך מזה דאף בבית ליכא למימר גוד או אגוד דאין בית בלא חצר וכסברת הרא״ש דבסמוך סעיף י״ח וסברת רבינו לעיל בסעיף ח׳ וכדי ליישב זה אמר הגאון ויאמר ראובן לשמעון אקח משני חלקי בחצר וכו׳ כלומר אחלוק עמך ולא אטול כל שני חלקי בחצר אלא אניח משני חלקי קצת בענין שישאר בחלק המשותף בינינו שיעור חצר והוא שלא אטול ברוחב כי אם שש אמות ויהא נשאר בחלק המשותף בינינו בחצר רוחב ארבע אמות באורך י״ח אמות וכסברת הר״מ בסמוך בסעיף י״ו ונמשך דאחר כך יכול לטעון גוד או אגוד [והשיב] לית דינא דגוד או אגוד וכו׳:

כב וכן אם יש להם שדה וכרם וכו׳ וכתב הרמ״ה דאפילו אם יאמר לו גוד או אגוד בשניהם כאחד אין שומעין לו וכו׳. תימה דהלא רש״י לא פירש כן דבספ״ק דבתרא אהני תרתי אמהתא דקאמרינן בגמרא וכי קא״ל שקול את חדא ואנא חדא לאו גוד או אגוד הוא כתב רש״י וזה לשונו לאו גוד או אגוד הוא אי לא א״ל או קח שתיהן או אקח שתיהן דכל אחת אין בה כדי לאחד עכ״ל והיאך הניח דעת רש״י ותפס דעת הרמ״ה ותו דלישנא דתלמודא משמע כפירש״י דקאמרינן וכי קא״ל שקול את חדא וכו׳ משמע דוקא בכה״ג דשקול את חדא ואנא חדא לאו גוד או אגוד הוא אבל שקול את שתיהן וכו׳ איתא לדינא דגוד או אגוד:

כג ושני דברים שתשמישם שוה וכו׳. אין לפרש דה״ק דבאין בשום אחד כדי חלוקה חולקים אחד כנגד חבירו אבל ביש בכ״א כדי חלוקה חולקין כל אחד ואחד לשניהם דהא בסמוך סעיף כ״ו בדברי רבינו האי גאון מבואר דבבתים חולקין בית כנגד בית ואין שומעין למי שבא לחלוק כל בית ובית בפני עצמו וכן מבואר בסי׳ קע״ד סעיף ג׳ גבי שדות כששתיהן שוות דחולקין שדה כנגד שדה ע״ש אלא הכא הכי קאמר דבאין בשום אחד כדי חלוקה חולקין אחד כנגד חבירו בגוד או אגוד דאילו ביש בכל א׳ ואחד כדי חלוקה חולקין בית כנגד בית בלא גוד או אגוד:

כד שאלה לא״א הרא״ש ראובן מת והניח אלמנה וכו׳. איכא לתמוה דמשמע מדבריו דלא אמרינן גוד או אגוד אלא כשאומר אקנה חלקך לתשמישי והא דלא ככל הגאונים דמכולם משמע דיכול לומר גוד או אגוד אפי׳ אמר הריני לוה וקונה או מוכר לאחרים וכמ״ש הרמב״ם להדיא ועוד מנין לו להרא״ש לחלק בכך ומ״ש בתשובתו וז״ל דאל״ת הכי הא דא״ל עשיר לעני קח לך עבדים וכו׳ ולא אמר גוד או אגוד משום דגוד איכא אגוד ליכא דהעני אין לו דמים לקנות ואמאי יאמר העני לעשיר קח לך חלקי בשומא שיתנו לי עבור כל הקרקע או אני אמכור כולו לאחר ואתן לך חצי הדמים אלא ודאי כל כה״ג לא שייך גוד או אגוד אלא כשיש לו לקנות משלו כדי שישאר האחד בנחלתו וכו׳ אין מזה כלל הוכחה דפשיטא דכשאין מוצא מי שיקנה כולו א״ל קח לך עבדים וכו׳ כדפרישית לעיל בסמוך סעיף י״ב דכך צריך לפרש לפר״י ונלפע״ד דודאי כל היכא דאיכא פסידא לאחד שלא יוכל למכור חלקו מודה הרא״ש דיכול לומר גוד הכל בכך וכך כפי שויה או אגוד בשויה שאמכור כולו לאחר בשויה ואתן לך חצי הדמים ולא קאמר הרא״ש בתשובה זו דאינו יכול לומר כך אלא דוקא היכא דיכול למכור חלקו בשויה או קצת בפחות משויה אלא דבשביל תוספת דמים ביתר משויה אומר לו גוד בכך וכך

ביותר משויה או אגוד שכך וכך שאמכור לאחר על זה כתב הרא״ש דלא מצי לומר גוד או אגוד ביותר משויה אלא באומר אגוד לתשמישי או גוד לתשמישך דאף בזה נחלק ה״ר ישעיה וקצת גאונים אלא דהרא״ש הכריע דיכול לומר גוד או אגוד ולהעלות בדמים יותר משויה ומ״מ אין זה אלא דוקא באומר אגוד לתשמישי או גוד לתשמישך אבל בשביל תוספת דמים לא יכול להעלות בדמים ביותר משויה ולדחות אחר מהסתפח בנחלתו אלא א״כ שלא יוכל למכור חלקו בלבד כלל אפילו בפחות משויה קצת אם לא בהפסד גדול התם הוא דיכול לומר גוד בשויה או אגוד בשויה שאמכור לאחר ואף על פי שהראיה שהביא הרא״ש אינה מוכרחת מ״מ סבירא ליה לרבינו דדינו של הרא״ש בתשובה זו הוא דין אמת לכל הדיעות ודוק בלשון הרא״ש בתשובה ותמצא דכך הוא כדפי׳ וב״י כתב דמ״ש הרא״ש בתשובה זו מיירי שהאלמנה רוצה לקנות כפי שויה ולכן אין לכופו למיגד בשביל תוספת דמים של זה עכ״ל ולא משמע הכי כלל שהרי בשאלה כתב והאלמנה אומרת אין לי מעות לקנות אלא אני אקח את הבית וכו׳ אלמא דהאלמנה לא היתה רוצה לקנות בשום סך כדברי רמב״ם אלא כדפרישית:

ל י״א כו׳ והרמ״ה חילק וכו׳. פי׳ חילק בין תובע לנתבע דהנתבע מצי א״ל לתובע אגוד והב לי זמן דכיון שאתה דוחק אותי שלא תהיה עוד שותף עמי א״כ תן לי זמן ואגוד אבל אם א״ל נתבע גוד אתה ושאל התובע זמן אין נותנין לו דמצי א״ל נתבע אין אני שואל לבטל השותפות אתה דוחק אותי גוד לך ותן לי מיד: ומ״ש ולא מחייבין הנתבע האידנא (למיחת) (ס״א למיצת) לדינא דגוד או אגוד וכו׳. פירוש האידנא דקא״ל נתבע גוד אתה ושאל התובע זמן דאין נותנין לו זמן בטל השתא דינא דגוד או אגוד ולא מחייבינן ליה לנתבע להקנות בקנין סודר על מ״ש גוד אתה כדי שלא יחזור בו כשיביא התובע זוזי ואם חוזר בו עתה ואומר אגוד ג״כ יהא קונה בק״ס שלא יחזור בו וקאמר דלא מחייבין ליה האידנא וכו׳ אלא מצי אמר כיון דבטיל ליה השתא דינא דגוד או אגוד לא אגלה דעתי ולא אציית לדינא דגוד או דאגוד לקנות בק״ס על כך ולפי שקשה ע״ז דמנ״מ ליה לנתבע ס״ס אח״כ כשיביא התובע זוזי ויאמר לו גוד או אגוד מחוייב הנתבע להשיב לו אז ולמה לא ישיב לו עתה מיד אם דעתו למיגד אם לאו ומתרץ דנ״מ דילמא אדהכי והכי איתרמי ליה וכו׳ כלומר דהשתא דלית ליה זוזי אם ישיב לו עכשיו מיבעי ליה למימר גוד אתה ודילמא איתרמי ליה זוזי ויאמר לו אגידנא ומ״ש א״נ לכי מייתי תובע זוזי וכו׳ פירוש דנ״מ נמי אי בעי למימר ליה אגידנא דכשישיב לו עכשיו אגידנא יהב לו זמן לא מצי לבקש זמן יותר משלשים יום מהשתא אבל כשלא ישיב לו עתה כלום א״כ יתנו לו לנתבע זמן משעה שיביא התובע זוזי: ומ״ש וה״מ וכו׳. איכא למידק במאי דקאמר דמוכחא מילתא דאישתמוטי משתמט ליה וכו׳ ולעיל בסמוך קאמר דאם השיב הנתבע לתובע גוד אתה ושאל התובע זמן וכו׳ ואמר נפקא מינה וכו׳ עד לכי מייתי תובע זוזי ואמר נתבע אגידנא והבו לי זמן וכו׳ יהבינן ליה וכו׳ ולא אמרינן דקא משתמיט ליה ואפשר דלעיל דהתובע אמר בסתם גוד או אגוד וקסבר הנתבע דר״ל גוד ותן מעות מיד או אגוד ואתן מיד וכיון שלא הו״ל לנתבע מעות ולא היה יודע שיכול לבקש זמן לפיכך לא אמר אגוד אלא גוד אתה וא״כ לא מוכחא מילתא דאישתמוטי קא משתמיט אבל היכא שהתובע אמר מעיקרא גוד אתה או אגוד והב לי זמן א״כ הו״ל לנתבע לומר אגידנא והב לי זימנא וכיון שלא א״ל כך אלא א״ל גוד אתה ותן מעות מיד השתא ודאי אם לאח״כ יאמר הנתבע אגידנא והב לי זימנא מוכחא מילתא דאשתמוטי קא משתמיט מדלא קאמר הכי מעיקרא אבל לפע״ד נראה עיקר דהאי וה״מ וכו׳ ה״ק תרתי נפקותא קמייתא איתא אפילו אמר תחלה גוד אתה ואח״כ קאמר אגידנא וכדקאמר ולא מחייבין הנתבע האידנא וכו׳ דקאי אהך מילתא דקאמר תחלה גוד אתה וכו׳ אבל האי נפקותא בתרא ליתא אלא דוקא כשמתחלה אמר אגוד וכו׳ דהיינו שמתחלה כששאל התובע ואמר גוד או אגוד קאמר או אגוד והב לי זמן דהשתא לא היה צריך הנתבע להשיב לו כלום כיון דלא הו״ל לתובע זוזי ולאח״כ כשהביא התובע זוזי וקא״ל נתבע אגידנא והבו לי זימנא התם הוא דיהבינן לו לנתבע זמן אבל כשא״ל נתבע מתחלה גוד אתה וא״ל תובע והבו לי זימנא דמדינא בטל דינא דגוד או אגוד כדכתב לעיל השתא אם לאחר כך בא תובע וא״ל גוד או אגוד וקא״ל נתבע אגוד והבו לי זימנא לא יהבינן ליה וכו׳ ומ״ש ואם טען נתבע וכו׳ עד דילמא אזיל ומזבין ליה בזול וכו׳ פי׳ שמא כשיטריח הנתבע וימכור נכסיו בזול למיהב לתובע זוזי בעד חלקו קהדר ביה תובע ומייתי ליה לנתבע לידי פסידא:

לו והרמב״ם כתב דבשכירות נמי אית דינא דגוד או אגוד וכו׳ ותימה היאך יחלקו במחיצה וכו׳. סברא זו כתב גם הרא״ש בתשובה הביאה רבינו בסוף סי׳ שי״ו ושאין לכופו לחלוק כיון שהבית אינו שלהם אלא הוא שכור להם לזמן ומביאה ב״י כאן ונראה דטעמו דמפסידו כל מה שיוציא בעשיית המחיצה כיון דאחר כלות הזמן יצא מן הבית וב״י אמר דאין כאן תימה דאי איכא היזק ראייה אטו מפני שאינו שלו אלא בשכירות יהא חבירו ניזק בראייתו עכ״ל ועל זה סמך הרב ופסק בש״ע כדעת הרמב״ם אלא דאיכא סתירה בדבריו דבסי׳ שי״ו כתב כלשון הרא״ש ולכאורה הפסקים סותרים אהדדי ולפע״ד נראה ליישב דס״ל להרב דדוקא בשני שותפין בעצמן ששכרו בשותפות או אחד שכר מקצת אם יש בו דין חלוקה חולקין אע״ג דמפסידו בעשיית המחיצה דמן הסתם ודאי אדעתא דהכי שכרוהו בשותפות שאם ישאל האחד חלוקה דיחלוקו כשיהא בו דין חלוקה ואם לא בו דין חלוקה דיכול לומר גוד או אגוד להרמב״ם אבל כשבא א׳ מן השותפין להשכיר חלקו לאחר דדינא הוא דיכול לומר אותך יכול אני לקבל אבל אחר איני יכול לקבל שהוא בעל קטטה או אינו נאמן או שאר אמתלאות על זה כתב הרא״ש וגם אינו יכול לכופו לחלוק כדי להושיב אחר במקומו כיון שהבית

אינו שלהם אלא הוא שכור להם לזמן פירוש אינו בדין שיביאנו לידי הפסד בעשיית מחיצה כדי שידור בו אחר דכיון שאם ידור בו השותף בעצמו לא יצטרך לחלוק ולעשות מחיצה א״כ אינו יכול לכופו לחלוק ולהפסידו בעשיית מחיצה כדי שידור בו אחר וס״ל להרב דאף הרמב״ם מודה בזה להרא״ש ודוק כנ״ל ודלא כמ״ש מהרו״ך: כתב ב״י במחס״ה ע״ש הרשב״א בתשובה דבשטר חוב שעומד לגבות אי נמי משכנתא שעומד לפדות ויחלקו הדמים אין אומרים בו גוד או אגוד וכ״כ בתשובה להרמב״ן סימן מ״ג וכ״כ במישרים נכ״ז ח״ב אבל בשוכר מחבירו חצי חצר או ב׳ ששכרו מקום אחד אי נמי הניח להם אביהם בית מושכרת כתב לשם דאומרים בו גוד או אגוד ע״כ ודברים אלו הם כסותרים למ״ש תחלה ולמאי דפי׳ ליישב הפסקים דש״ע דלא סתרי אפשר נמי ליישב הך סתירה אבל בספר בדק הבית נראה דס״ל דסותרים הפסקים בספר מישרים וכתב אח״כ וכבר נתבאר בסמוך שדעת הרמב״ם דבשכירות שייך דינא דגוד או אגוד וה״ה למשכנתא עכ״ל ומ״מ הישוב שכתבתי הוא אמת והכי נקטינן:

סימן קעב

א חצר המתחלקת וכו׳. משנה וברייתא וגמרא סוף פרק קמא דבתרא: ומ״ש ואם אין הפתח רחב ארבע משלים עליו מצדדים ארבע כדי שיהיה לו ארבע על ארבע. כ״כ הרא״ש שם ומביא ראיה מדאמר בפרק חזקת גבי הא דתנן קטן לא יעשנו גדול סבר רב״ח למימר בר ד׳ לא לישוייה תרי בר תרתי תרתי דקא שקיל שמונה אמות בחצר עכ״ל וכן פרשב״ם להדיא בר תרתי שקיל נמי ד״א בחצר כדאמרן נותן לכל פתח ד״א ע״ש (בדף ס׳ ע״א) אכן הרמב״ם רפ״ב משכנים כתב נותנין לו ד״א ברוחב פתחו לפני פתחו ופי׳ ה׳ המגיד דרוחב ד״א שיש לכל פתח כרחבו של פתח אם מעט ואם הרבה עכ״ל ויש להקשות מהך דפרק חזקת שמביא ממנו הרא״ש ראיה לדבריו ולכן נחלק הב״י על ה׳ המגיד וכתב דהרמב״ם נמי בסתם פתח דרחב ד׳ אמות מיירי ולא חשש לפרש שאם הוא פחות דמשלים עליו כ״כ בכסף משנה ובספר בדק הבית ולא נהירא שהרי רש״י כתב להדיא וז״ל נותן לכל פתח ארבע אמות להלן מן הפתח כנגדו והרוחב כפי רוחב הפתח עד כאן לשונו משמע להדיא כפי רוחב הפתח אם מעט ואם הרבה אלא נראה דרש״י והרמב״ם מפרשים ההיא דפרק חזקת הבתים כמו שכתב ה״ר יונה הביאו הרא״ש פרק קמא דבתרא וז״ל דהכי פירושו דשקיל ח״א בחצר כלומר שמא יחזיק זה בפתח ג״ש ויטעון ויאמר ברשותך פתחתי ומכרת או נתת לי ארבע אמות לאותו פתח לפרק המשא והחזקתי בו ג״ש עד כאן לשונו אלמא דמפרש דשקיל ח׳ אמות בחצר שלא כדין דמדינא לא קא שקיל אלא כפי רוחב הפתח אם מעט ואם הרבה:

ב ופי׳ הר״י הלוי וכו׳. כתב ב״י לכאורה משמע דר״י הלוי לא פירש כן אלא אפלוגתא דרב הונא ורב חסדא דשם כתבוה הרמב״ן ונמ״י אבל אהא דאמר רבי יוחנן ד״א שאמרו חוץ משל פתחים ל״ש לן בין זכו מן ההפקר ל״ש לקחום בשותפות וכו׳ אבל מדברי הרמב״ם בפרק הנזכר נראה דגם הא דאר״י ד״א שאמרו חוץ משל פתחים בזוכים מן ההפקר דוקא הוא וכו׳ והאריך בזה ובספר ב״ה כתב עוד דיש לדחוק ולפרש כך גם דברי הרמב״ם והרב המגיד כו׳ ולא ידעתי מאי קשיא לי׳ הלא הסוגיא פשוטה דמעיקרא ודאי משמע דלא אתא רבי יוחנן אלא לפרושי דהא דתנן אין חולקין את החצר עד שיהא בה ד׳ אמות לזה וד״א לזה דחוץ משל פתחים תנן דבעינן עוד ד״א לפתח זה וד״א לפתח זה לפרק משאו ואין חולקין עד שיהא ח״א לזה וח״א לזה והשתא לא הוה ידעינן דמי שיש לו ב׳ פתחים דנותנין לו ח״א ומי שיש לו פתח אחד אין נותנין לו אלא ד׳ אמות ואחר כך חולקין בשוה אלא אין בעל ב׳ פתחים נוטל יותר מבעל פתח אחד כל עיקר ולפי זה ודאי אין חילוק בין קנו או ירשו או זכו מן ההפקר אבל לבתר דאתי רב חסדא וקאמר דבעל ב׳ פתחים נוטל ח״א ובעל פתח אחד נוטל ד״א והשאר חולקין בשוה וצריך לפרש לדעת הר״י הלוי דמיירי בזכו מן ההפקר וכו׳ וקיי״ל כרב חסדא השתא ודאי הך דרבי יוחנן דקאמר ד׳ אמות שאמרו חוץ משל פתחים נמי הכי קאמר דבזכו מן ההפקר נותנין לכל פתח ופתח ד״א ובעל ב׳ פתחים נוטל ח׳ אמות לב׳ פתחיו ובעל פ״א נוטל ד״א לפתחו ואחר כך חולקין בשוה אבל בקנו או ירשו לא יטול האחד יותר מחבירו כלום ואין כאן שום הפרש ושום מחלוקת בין הרמב״ם ושאר פוסקים. וצ״ע דמדברי הרמב״ם משמע דדין זה דזכו מן ההפקר מיירי שזה בנה שני בתים ופתח פתח אחד לכל בית ובית וזה בנה בית אחד ופתח בו פתח והתם הוא דזה זכה בח״א וזה בד״א וא״כ משמע דכשכל אחד לא בנה אלא בית אחד אין זה נוטל יותר מזה אע״פ שלזה יש ב׳ פתחים ולזה פתח אחד וכ״כ הרב המגיד ע״ש הר״י הלוי שראובן בא ובנה בית אחד ובא שמעון ובנה כנגדו ב׳ בתים וכולי וכן ראיתי באלפסי ישן הועתק לשון ר״י הלוי ממש כלשון ה״ה משמו אבל מדברי הרמב״ן בחידושיו ונימוקי יוסף ורבינו משמע דאפי׳ לא בנה כל אחד אלא בית אחד אלא שזה פתח ב׳ פתחים וזה לא פתח אלא פתח אחד אם זכו מן ההפקר בעל ב״פ נוטל ח׳ אמות לפני ב׳ פתחיו ובעל פ״א אינו נוטל אלא ד׳ אמות לפני פתחו:

ג ומ״ש ורש״י העמידו וכולי. כן כתוב בפירושו פרק קמא דבתרא אבל בפרק קמא דסוכה (דף ג׳) גבי הא דתניא בית שאין בו ארבע אמות על ארבע אמות אין האחין והשותפין חולקין בו ופריך תלמודא טעמא דלית ביה ארבע אמות הא אית ביה ארבע אמות חולקין והתנן אין חולקין את החצר עד שיהא בה ד׳ אמות לזה וד׳ אמות לזה אלא אין בו דין חלוקה בחצר דאמר רב הונא חצר לפי פתחיה מתחלקת ורב חסדא אמר נותן לכל פתח ופתח ארבע אמות והשאר חולקין אותה בשוה דה״מ ביתא דלמיהוי קאי יהבינן ליה חצר האי דלמיסתר קאי לא יהבינן ליה חצר פי׳ רש״י חצר שהיו הבתים פתוחים לה וחלקוה שני אחין ביניהם זה נטל ג׳ בתים קטנים וזה נטל כנגדן בית גדול אם באו לחלוק אוירה של חצר זה שנטל שלשה בתים הקטנים נוטל שלשה חלקים כמין ג׳ פתחים ווה נוטל רביע וכו׳ ורב חסדא אמר אין צריך ליתן לכל פתח אלא ארבע אמות כנגדן מן הפתח והלאה וכולי ובית קטן זה הפחות מארבע אין לפתחו דין חלוקה ליטול בחצר לא כרב הונא ולא כרב חסדא עכ״ל ואיכא למידק דפירוש זה הוא סותר למ״ש באשיר״י דאף אם קדמו וחלקו הבתים קודם שחלקו החצר וכו׳ דחולקין אותו בשוה ואפשר לומר דדוקא בכה״ג שזה נטל ג׳ בתים וזה נטל בית אחד מאחר שהדבר ידוע שלכל בית צריך ד׳ אמות כנגד הפתח לפרק משאו אם קדמו וחלקו הבתים קודם שחלקו החצר אמרינן שכל בית זכה בד״א כנגד פתחו אבל כששני הבתים שוין אלא שלאחד שני פתחים ולשני אין לו אלא פתח אחד אמרינן אף אם קדמו וחלקו וכו׳ לא זכה בארבע אמות לכל אחד

מפתחיו אלא אם כן כשחלק נכסיו על פיו לב׳ בניו וכולי ואכתי איכא להקשות לפירוש ר״י הלוי דהלא מהך דסוכה דאוקימנא הא דתניא בית שאין בו ד׳ אמות על ד׳ אמות אין האחין והשותפין חולקין בו דהיינו לומר שאין בו דין חלוקה בחצר ליטול בחצר לא כרב הונא ולא כרב חסדא מכלל דאם יש בו ארבע אמות על ארבע אמות יש בו דין חלוקה בחצר לרב חסדא דהלכתא כוותיה אלמא דבאחין שחלקו נמי הוי דינן כמו שותפין שזכו מן ההפקר שיש לכל פתח ארבע אמות בחצר לרב חסדא ונראה לפי עניית דעתי דאף רב יוסף הלוי מודה לרש״י בסברתו ולאו דוקא בקנו מן ההפקר אלא הוא הדין באחין ובמחלק נכסיו על פיו או כשחלקו ג׳ בתים קטנים כנגד בית אחד גדול ולא אמר הר״י הלוי בזכו מן ההפקר אלא לאפוקי אם קנו או ירשו חצר וב׳ בתים ולבית זה ב״פ ולבית זה פ״א אבל במחלק על פה לב׳ בניו או קדמו וחלקו ב׳ בתים כנגד אחד דזה נוטל ד׳ אמות לכל פתח ופתח ובהכי איירי הך דסוכה וכן יראה בלשון רבינו שכתב ורש״י העמידו וכו׳ דמשמע הלשון דסבירא ליה לרבינו דלא פליגי בדינא כל עיקר אלא בפירושא דשמעתתא דר״י הלוי והרמב״ם העמידו בזכו מן ההפקר וכו׳ ורש״י העמידו במחלק וכו׳ אבל לדינא מר מודה למר ומר מודה למר וכתב רבינו כל דין ודין על שם אומרו אבל הרמ״ה נחלק עליהם ותפס הסוגיא דפ״ק דסוכה כפשטה דאף באחין אם יש בו בבית ד״א על ד״א יש בו דין חלוקה בחצר שנותנין ד״א לכל פתח ופתח לרב חסדא ולא מיירי במחלק על פיו לב׳ בניו אלא סתמא מיירי באחין שירשו חצר וב׳ בתים וכן שותפין בסתמא מיירי בשותפין שקנו יחד חצר וב׳ בתים וקאמר דכשחלקו הבתים ואחר כך חלקו החצר לעולם נוטל לכל פתח ד״א בחצר ולכן כתב רבי׳ והרמ״ה כתב וכולי לאורויי שהוא נחלק על פירוש הראשונים אבל הראשונים לא נחלקו לענין דינא כל עיקר כדפרישית׃

ו אכסדרה וכו׳. שם אמר רב הונא אכסדרה אין לה ד״א טעמא מאי משום פירוק משאו הכא אפשר דעייל לגואי ומיפרק ופי׳ רש״י סתם בית אינו פנוי מכלים ואי אפשר להכניס חמור עם משאו בבית לפרק אבל באכסדרה כיון דאין לה דפנות אפשר דמעייל לגואי ומיפרק עכ״ל פי׳ לפירושו דכיון דאין לה דפנות ואין הכלים נשמרים בתוכו אם כן פנוי הוא מכלים ולפ״ז מיירי באכסדרה בלא בית אבל בבית שאכסדרה לפניו לא קא מיירי דאכסדרה זו ודאי אינה פנויה מכלים ויש לו לבית ד״א בחצר בלי צירוף האכסדרה אבל לר׳ י אפי׳ בבית שאכסדרה לפניו אין לבית ד״א ואצ״ל באכסדרה שבחצר דאין לה ד״א ואפי׳ יש לה מחיצה נמוכה דלר״י לא אמרו דבמחיצה נמוכה יש לה ד״א אלא באכסדרה שלפני הבית דאינה פנויה מכלים משא״כ באכסדרה שבחצר דלעולם פנויה היא מכלים אפילו היכא דאיכא מחיצה נמוכה אבל לרש״י באכסדרה שבחצר נמי במחיצה נמוכה יש לה ד״א דאינה פנויה מכלים כיון שיש לה מחיצות ובית שחציו אינו מקורה נמי במקום שאינו מקורה פנוי הוא מכלים ואפשר דמעייל שם החמור ומפרק משאו במקום שפנוי מכלים הילכך אין לו ד״א בחצר ודוקא כשיש ד״א על ד״א במה שאינו מקורה שהוא השיעור שנתנו חכמים כדי שיהא ראוי לפרק שם משאו וכ״כ ה״ה בפ״ב משכנים ע״ש הרשב״א׃

ז לפיכך כיון שצריך וכו׳. אתחלת הסימן קאי שכתב שם חצר המתחלקת נותן לכל פתח ופתח ד״א וכו׳ להר״י הלוי בזכו במקום הפקר וכו׳ ולרש״י במחלק נכסיו וכו׳ וקאמר עכשיו לפיכך וכו׳ וכדאסיקנא בגמרא אליבא דרבי אסי אמר רבי יוחנן וכמו שנתבאר בראש הסימן ועל זה כתב רבינו דהר״ר יוסף הלוי כתב דאינו צריך שיהא בו עד שיגיע לכל פתח ד׳ אמות ועוד לכ״א ד״א בחצר אלא היכא דאיכא לכ״א ואחד ד׳ אמות לאחד מפתחיו ועוד ארבע אמות לאויר החצר יש בו דין חלוקה להר״י הלוי כדאית ליה בזכו במקום הפקר ולרש״י כדאית ליה במחלק נכסיו וכולי ורבינו פירש דבריו דמיירי בשפתחי בתיהם שוות וכו׳ דאל״כ למה יפסיד שלא כדין ולא קשה ממ״ש הרא״ש דאפי׳ יש לאחד שני פתחים ולאחד פתח אחד דכופין אותו לחלוק דלא קאמר הרא״ש אלא בשקנו או ירשו כמבואר להדיא בדבריו אבל דברי ה״ר יוסף הלוי שהביא רבינו כאן לא קמיירי אלא בזכו מן ההפקר כדפרישית והוא דבר פשוט וגם דברי רבינו יוסף הלוי מורין להדיא כפירוש רבינו מדכתב אלא אפילו אם יש בו פתחים הרבה אם יגיע לכל אחד מהן ד׳ אמות לאחד מפתחיו וכו׳ דאלמא דמיירי שיש לכל אחד ואחד פתחים הרבה ופי׳ רבינו דהיינו כשפתחיהם שוות וכו׳ אבל ב״י שהקשה על רבינו הבין דרבינו יוסף הלוי מדבר בשקנו או ירשו ולכן השיג עליו ולא דק׃

סימן קעג

א כל דבר וכולי וכתב הרמב״ם אם קנו מידם כו׳. נראה דס״ל לרבינו דלהרא״ש כשקנו מידו שזה רצה ברוח פלוני אין הקנין חל אלא על שבירר לו חלק פלוני ואין כאן שיעבוד נכסים ולא מכר ולא מתנה ואינו אלא קנין דברים שאין לו לקנין על מה שיתפוס אלא צריך תחילה שיברור לו זה רוח פלונית ולוקח לו לחלקו ופלוני ג״כ יברור לו רוח פלונית ולוקח לו לחלקו ואח״כ יקנו מידם על זה שזה הקנה לזה רוח פלוני וזה הקנה לזה רוח פלוני והשתא איכא כאן שיעבוד נכסים והכי משמע ליה לרבינו מדברי הרא״ש רפ״ק דבתרא שכתב וז״ל כשקנו מידו ברוחות פלו׳ לוקח לו לחלקו רוח מזרחית ופלו׳ רוח מערבית והוא מפירש״י שכתב כן ביותר ביאור ע״ש וקרוב לומר שגם הב״י לזה נתכוין בלשונו הקצר שכתב שהחילוק הוא דלהרמב״ם לא הוזכר הבירור עד שעת הקנין שהוא נוטל קנין ולהרא״ש תחלה ביררו ואח״כ נוטל קנין עכ״ל ועיין במ״ש בסמוך׃

ב ואם חלקו בגורל וכו׳. בפרק בית כור (דף כ״ו) תניא רבי יוסי אומר האחין שחלקו כיון שעלה הגורל לאחד מהם קנו כולם מ״ט אר״א כתחלת א״י מה תחלה בגורל אף כאן בגורל אי מה להלן בקלפי ואורים ותומים אף כאן בקלפי ואורים ותומים א״ר אשי בההיא הנאה דקא צייתי להדדי גמרי ומקני להדדי כך גורס רשב״ם ודלא כגי׳ הספרים אלא אמר רב אשי דלא הדר משינויא קמא דלעולם כתחלת א״י קונה גורל קנין גמור אע״ג דלא אחזיק שום אחד בשלו דכיון דגמרי בלבב שלם ומקני למי שיעלה הגורל מיד מהני גמר דעתם עם הגורל כאורים ותומים דמהני אפילו היכא דלא גמרי ומקני דבההיא הנאה דצייתי וכולי והכי משמע מדברי שאר הפוסקים דגורל קונה ואע״ג דלא אחזיק ולפי זה צ״ל דהא דתנן בפרק חזקת (בבא בתרא דף מ״ב) באחין שחלקו נעל גדר ופרץ כל שהוא ה״ז חזקה היינו בחלקם בלא גורל אלא שזה אמר לזה אתה תקח רוח פלוני ואני רוח פלוני התם קאמר דלא קנו במה שביררו בלא גורל ויכול כ״א לחזור אא״כ אחזיק אבל גורל חשוב כמו חזקה ויש להקשות דמדברי רבינו שהביא לשון הברייתא בסתם משמע דמפרש נמי דלאחר שעלה הגורל לאחד מהם נתקיימה החלוקה לכולם אפילו בדלא אחזיק שום אחד מהן בחלקו וא״כ היאך הביא אח״כ השאלה להרא״ש היפך זה דלא מהני גורל אלא בדאחזיק אחד מהן ותו קשה להרא״ש היאך פסק בתשובה היפך הברייתא וי״ל דס״ל להרא״ש דמתניתין בחזקת הבתים בדוקא היא שנויה דאחין שחלקו יכולין לחזור זה בזה אלא א״כ בדאחזיק ומשמע סתמא דאין חילוק בין חלקו בלא גורל או חלקו בגורל לעולם יכולין לחזור דהגורל אינו חשוב כמו חזקה אלא כבירה בעלמא כאילו זה ביירר לו חלק פלוני וזה ביירר לו חלק פלוני ואפשר נמי לומר דכשכל א׳ ביירר לו מדעתו חלק פלוני והסכימו עליו עדיף טפי מגורל שהוא שלא מדעתו ואפ״ה יכולין לחזור זה בזה כל שכן בגורל ולפי זה צריך לומר דגורס בפרק בית כור אלא אמר רב אשי וכגירסת הספרים והדר ביה משינויא קמא דמשני כתחלת א״י וכו׳ דהיינו הגורל קונה קנין גמור כאורים ותומים דלא יכול לחזור בו אפילו לא אחזיק אלא אינו חשוב גורל כי אם כמו ברירה בעלמא ובברייתא הכי פירושו כיון שעלה גורל לאחד מהם והחזיק בגורלו אי נמי קנו מידו קנו כולם ואף על גב דלא החזיקו כולם ואינן יכולין לחזור מאחר שהחזיק אחד מהם אבל כשלא החזיקו כל עיקר דאפילו אחד מהם לא החזיק יכולין לחזור זה בזה והא דקאמר רב אשי דטעמא דמילתא דבההיא הנאה דקא צייתי וכולי הכי פירושו דקאמר מאי טעמא דליהוי גורל כאילו ביירר והסכימו שזה יטול חלק פלוני וזה יטול חלק פלוני הלא הגורל שאינו בקלפי ואורים ותומים לאו כלום הוא וכאילו לא ביירר ולא הסכימו על שום חלוקה דלא מהני לא חזקה ולא קנין וקאמר רב אשי דבההיא הנאה דקא צייתי להדדי גמרי ומקני להדדי שיהא הגורל חשוב כאילו ביירר והסכימו מדעתם שזה יטול חלק פלוני וזה חלק פלוני דהתם ודאי דמהני אחר כך כשהחזיק אחד מהם או קנו מידו על הבירה כמ״ש הרא״ש לעיל בסמוך והכא נמי בהסכימו על הגורל בההיא הנאה וכו׳ והשתא ניחא דרבינו כתב תחלה לשון הברייתא והביא אח״כ תשובת הרא״ש ללמוד מתוכה דס״ל להרא״ש דברייתא הכי קתני דהגורל מהני להיכא דאחזיק א׳ מהן אחר הגורל דאין יכולין לחזור זה בזה וכדפרישית ותימה גדולה דבפסקיו בפרק בית כור לא כתב מזה כלום:

ג אחין שחלקו וכו׳. מימרא דשמואל בפ״ק דבתרא (דף ז׳): ומ״ש ולא סולמות ל״מ וכו׳. כך כתבו התוס׳ בשם ר״י וה״פ ל״מ אם נפלה העלייה לראובן וכו׳ וכפירש״י דהיינו ולא דרך זה על זה אלא אפי׳ נפל בחלק ראובן העלייה והחצר וכו׳ וכך היתה מסקנת רבינו בסימן קנ״ג סעיף כ״א דאין יכול להעמיד הסולם בחצר חבירו שלא מדעתו וה״ה שאינו יכול לסמכו על כותל בית של חבירו ודלא כהרמב״ם דאין יכול למנעו מלהעמיד סולם קטן בחצירו ולדידיה הך דאין להם סולמות היינו לומר שזה בונה בצד הסולם אבל אינו יכול לעקרה בלא בנין כיון דזה נהנה וזה אינו חסר כופין על מדת סדום אלא דמ״מ יכול הוא לבנות בצד הסולם דכיון שצריך הוא לבנין זה אם כן חסר הוא אם לא יבנהו ובזה התיישב לשון הרמב״ם בפ״ב משכנים שכתב דיכול לומר לו יש לו להסיר אמת המים מעלי וכן סותם החלון המשקיף על חלקו ובונה בצד הסולם אף על פי שהוא מבטל תשמישו דהקשה ב״י דמאחר שכתב דיש לו להסיר אמת המים ולסתום החלון הול״ל ועוקר הסולם עכ״ל ולא קשיא כלל דלהרמב״ם ודאי אינו יכול לעקור הסולם מטעם דזה נהנה וזה אינו חסר ולא דמי לאמת המים וחלון דהוא חסר ולכן יכול לבנות בצד הסולם כלומר בונה במקום העמדת הסולם ומבטלה בבניינו דאם לא יבנה יהיה חסר כן נ״ל: ומ״ש ולא חלונות כדמפרשינן לעיל וכו׳. כ״כ הרמב״ם בפ״ב דשכנים וכן סותם החלון המשקיף על חלקו ועמו הסכים הרא״ש ודלא כהראב״ד הביאו הרא״ש שם דאין יכול לסתום אלא לבנות כנגד החלון אם צריך הוא לבנות וכן פי׳ הרמב״ן בחידושיו ושכן פירש״י וה״ה כתב שכן כתב גם הרשב״א ועוד ראיתי בספר בדק הבית שכתב בסוף סימן קנ״ד וכן בספר כ״מ שאמר שאפשר לפרש דברי הרמב״ם כפירש״י והרמב״ן ושכן מוכח ממ״ש בספ״ו משכנים ע״ש אבל רבינו סתם דבריו על פי מסקנת הרא״ש ומ״מ ודאי דמ״ש רבינו שמסלקו לגמרי וסותם החלון אינו אלא דוקא בסתימה שלא יהא לו תוספת אורה אבל אם לא יהא לו אורה כלל אינו יכול לסתמו וכך כתב בית יוסף בסימן זה ע״ש כמה גדולים ועיין בסוף סימן קנ״ד ובמ״ש לשם בס״ד דנקטינן כהרא״ש ורבינו:

סימן קעד

א האחין שבאין לחלוק וכו׳. כ״כ הרא״ש פ״ק דבתרא (דף קפ״ט סוף ע״ב) ע״ש ה״ר יונה והראב״ד: ומ״ש ושמו החלקים זה כנגד זה וכו׳. היינו משום דאם היה הכל שוה לאו בשופטני עסקינן שיעלה בדמים בלא טעם:

ב היה לא׳ מהן שדה אצל שדה המשותף וכו׳. דעת הרמב״ם הוא פשט הסוגיא שם (סוף ד׳ י״ב) דבתרתי ארעתא אחד ניגרא הלכה כרב יוסף דכופין על מדת סדום ליתן לו חלקו אצל שדהו וכן פי׳ רש״י דכיון דאחד ניגרא נינהו שתיהן שוות ולא נחלק רב יוסף ארבה דס״ל דכופין על מדת סדום אלא היכא דאיכא טענה וטעם כגון בשדות בית הבעל דפעמים שזו מתברכת ופעמים שזו מתברכת א״נ בשדה השלחין ותרתי ארעתא אתרתי ניגרי דזימנין דהאי מדויל והאי לא מדויל וס״ל לרב יוסף דאין זה מדת סדום כיון דלפעמים אינן שוות לגמרי ואיפסיקא הילכתא כרב יוסף ומ״ש רבינו לדעת הרמב״ם אם כולו שוה עידית או זיבורית שומעין לו לאו דוקא דבזה שוין אלא צריך שיהא שוין בכל דבר אבל להרא״ש אפילו הן שוין בכל דבר אין שומעין לו וטעמו דס״ל כפר״ת שדחה פירש״י ופירש כך כמ״ש רבינו בשמו ואע״ג דבתשובה פסק הרא״ש כפירש״י והרמב״ם והביאו ב״י הנה בפסקיו הכריע ופסק כר״ת ורבינו תופס דרכו דפסקיו עיקר שהם אחרונים ותו דמדברי ה״ר יונה שהביא הרא״ש לשם גבי תרי ארעתא וחד ניגרא דמדקאמר רב יוסף טעמא משום דכופין על מדת סדום ולא קאמר משום עיקר דין חלוקה אלמא שאין עיקר דין חלוקה לחלוק ב׳ שדות שדה כנגד שדה וכו׳ מכלל דגם הוא מפרש כר״ת דדין זה בשאין אחד מהן בן המיצר עסקינן ודוק: והרב ב״י האריך בביאור דברי הרמב״ם עיין עליו אבל מ״ש הוא פשט הסוגיא: ומ״ש ומיהו אם הוא פקח וכו׳. כ״כ שם הרא״ש בשם ה״ר יונה: ומ״ש ואצ״ל שאם החלק הטוב אצל שדהו וכו. כתב רבינו כן לאורויי דכיון דבזה אצ״ל דאין שומעין לו לדעת הרא״ש א״כ אפילו להרמב״ם נמי אין שומעין בזה כיון דפשוט הוא דאין בזה ממדת סדום: ומ״ש בשם הרמב״ם דאם שואל חלק הרע דשומעין לו. איכא למידק הא פשיטא הוא דאפילו בשהכל שוה שומעין לו להרמב״ם כ״ש כששואל חלק הרע דשומעין לו וי״ל דלא אתא אלא לאורויי דיוקא דדוקא כשאינו נוטל מחלק הרע אלא כמדת החלק היפה התם הוא דשומעין לו אבל אם הוא שואל חלק הרע ע״פ השומא אין שומעין לו דיש אדם רוצה בזיבורית יותר פורתא ואינו רוצה בעידית בציר פורתא אם כן אין זה מדת סדום אבל הב״י פירש ע״ש הרמב״ן שכתב בשם הר״י הלוי דהו״א דאחוה מצי למימר ליה מתנה היא זו ולא בעינא ליה דשונא מתנות יחיה קמ״ל דלא דבדמי חולקיה שקיל ליה משום דעדיף ליה זיבורית אחד מצרא מעידית בתרי מצרא ע״כ: ומ״ש ואם יש להם ב׳ שדות לחלוק וכו׳ עד אינה טענה. היינו תרתי ארעתא אחד ניגרא דהלכה כרב יוסף דכופין על מדת סדום ודלא כאביי דקאמר דמצי למימר בעינא דאפיש אריסי ולפר״ת מיירי דכשאין בהם אחד בן המיצר עסקינן ואפ״ה כיון דשתיהן שוות שומעין למי שאמר שיחלקו שדה. כנגד שדה אבל לרש״י והרמב״ם אין שומעין לו אלא א״כ שאחד מהן בן המצר: ומ״ש אבל אם אחת טובה מחבירתה בשום צד וכו׳. היינו תרתי ארעתא אתרי ניגרי דהלכה כרב יוסף דזימנין דהאי מדויל והאי לא מדויל ולפר״ת באין אחד מהן בן המצר עסקינן דאילו היה אחד מהן בן המיצר אפילו בשתיהן שוות יכולין להעלות עליה הרבה שיאמרו בעינינו הוא שוה כ״כ וכו׳ כדלעיל: ומ״ש רבינו כגון שהאחת קרובה לנהר ואחת קרובה לנגר קטן. מילתא דפסיקתא נקט דקרובה לנהר טובה ודאי מחבירתה שקרובה לנהר קטן וה״ה ודאי בששניהם קרובים לנגר קטן אלא שלפעמים דנגר זה יבש וזה אינו יבש נמי חולקין כל שדה ושדה וכדאמר להדיא בגמרא תרתי ארעתא אתרי נגרי זימנין דהאי מדויל והאי לא מדויל והיינו דקאמר רבינו או כל כיוצא בזה ובכלל זה נמי כשאחת קרובה לדרך יותר מחבירתה כמ״ש הרמב״ם והרב ב״י פי׳ מה שפי׳ ע״ש: ומ״ש וכן אם יש לאחד שדה אצל אחד מהם וכו׳. כן כתב הרא״ש ע״ש ה״ר יונה והיינו ע״פ פי׳ ר״ת דאילו לרש״י והרמב״ם כיון ששתיהם שוות כופין אותם ע״מ סדום שיתן לו השדה אצל שדה שלו וקשה דלפר״ת אמאי לא מצי למימר הכא דמעלינן ליה כדבי בר מריון דיאמרו בעינינו הוא שוה כ״כ אע״פ דאין שדה זו שוה יותר על חבירתה כלום כדלעיל וי״ל דאה״נ דמצי למימר ליה הכי אלא דהכי קאמר אפילו היכא דלא מעלינן ליה כדבי בר מריון נמי מצי למימר שיחלוק כל אחד לשנים וכו׳ והיינו שיטול חצי השדה אצל שלו וחצי שדה רחוקה משלו וחבירו יטול חלקו באמצע:

ד ואם חולקין שדה אחת וכו׳. שם חדא גיסא נגרא וחדא גיסא נהרא פלגי לה בקרנזול ופירש״י באלכסון לשמנה חלקים כזה ?(א) אבל התוספות כתבו שר״ת פי׳ באלכסון לשני חלקים כזה ?(ב) ורבינו סתם וכתב כפרש״י:

סימן קעה

א לא היו כאן כל האחין וכו׳. ה״א בפ׳ אלו מציאות (בבא מציעא דף ל״א) בעובדא דאיסור ורב ספרא דעבוד עיסקא וס״ל לה״ר ישעיה דדוקא בעיסקא דמטלטלין נינהו אבל לא במקרקעי וכ״כ התוס׳ בפרק בית כור דהכי מוכח מפ׳ אלמנה ניזונית והרא״ש בפרק בית כור כתב דמהך דפ׳ בית כור שמעינן דאין חילוק בין מקרקעי למטלטלין ע״ש והרשב״ם שם (דף ק״ו) כתב אהך דתני רבי יוסי האחין שחלקו כיון שעלה הגורל לאחד מהם קנו כולם וז״ל

ול״ש מקרקעי ול״ש מטלטלין כיון שעלה הגורל לזה קנה חבירו כמו כן חלקו המגיעו מיד בלא נפילת גורל דהא לא מפליג תלמודא בין מקרקעי למטלטלי הכא מידי עכ״ל: ומ״ש רבינו ומיהו כשיבוא חבירו וכו׳. כ״כ הרא״ש שם ע״ש ה״ר יונה ליישב הסוגיא דפרק בית כור דלא סתרה לסוגיא דפרק אלמנה ניזונית: כתב ב״י דהו״ל לרבינו לכתוב הא דמחלק תלמודא בפרק א״נ (דף ס״ט) בין טבי וטבי וכו׳ ואישתמיטתיה להרב הא דכתב רבינו בסימן קע״ו סעיף ל״ב לחלק בין טבי לטבי וכו׳ ע״ש:

ד וכן אם בא בעל חוב וכו׳ כגון שעשאו אפותיקי וכו׳. פי׳ דאי לא עשאו אפותיקי לא היה יכול לגבות מאחד מהם אלא כ״א חייב לפרוע מה שמגיע עליו ולא יותר ואע״ג דהשתא נמי דעשאו אפותיקי היה יכול לסלקו בזוזי כיון דלא עשאו אפותיקי מפורש כדלעיל בסי׳ ק״ז סעיף ו׳ הכא מיירי בדלא סילקו בזוזי וכ״כ התוס׳ בפרק בית כור ובפ״ק דב״ק:

ה אחד מן האחין או מן השותפין וכו׳. בפ׳ המקבל אר״י האי מאן דזבן ביני אחי וביני שותפי וכו׳ כ״ה גירסת ר״ה גאון ופי׳ כגון ג׳ או ד׳ שותפין ואינש מעלמא קנה חלקו של אחד מן השותפין חציפא הוה סלוקי לא מסלקינן ליה מדין מצרנות דמצי א״ל שמא לא יפול חלקך במצר שדה שקניתי וכן יאמר לכולן ור״נ אמר מסלקינן ליה שכל אחד שותף בכל השדה אבל משום דד״מ אם קנה אצל שדה השותפין לא מסלקינן ליה נהרדעי אמרי מסלקינן ליה כי הוא טוב לי כי אפייס את חבירי שיתנו לי סמוך לו עכ״ל הרא״ש וע״פ זה כתב רבינו אחד מן האחין או מן השותפין שמכר חלקו לאחר שאר השותפים מסלקין ללוקח ודלא כרב יהודא ואח״כ הוסיף ואמר ואפילו אם קנאו המצרן כתב הרא״ש וכו׳ ונראה דהיינו משום דבהך דקאמר התם לאשה וליתמי ולשותפי לית בהו דד״מ פרש״י לשותפי. שבא למכור חלקו לחבירו אין המצרן יכול לומר אני אקנה עמך כדין שני מצרנים שבאו לקנות כאחד כי השותף יש לו חלק בגוף השדה ועדיף טפי מן המצרן עכ״ל ומשמע מלשונו לכאורה דדוקא כשבא לקנות אין המצרן יכול לדחות לשותף אבל אם קדם המצרן וקנאו אין השותף האחר יכול לסלקו והרא״ש הכריע דמסתבר מהאי טעמא דאפילו קדם המצרן מסלק ליה שותף דכ״ז שלא חלקו יש לו חלק בכל השדה ועדיף טפי ממצרן שאין בה אלא מכח סמיכות המיצר וכן נראה עכ״ל ולפעד״נ דרש״י נמי לא פירש בבא לקנות אלא משום דקאמר לאשה וליתמי ולשותפי לית בהו משום דד״מ דאלמא דמיירי במצרן שיש לו שדה אצל שדה המשותף ורצה לדחותו לשותף שקונה חלקו של שותף דומיא דאשה ודיתמי שהמצרן בא לדחותן ומשמע דבן המצר הוא דאין יכול לדחות לשותף אבל שותף יכול לדחות לשותף מכלל דבבא לקנות קאמר והילכך דוקא מצרן אינו יכול לומר לשותף שבא לקנות אני אקנה עמך אבל שותף יכול לומר לשותף שבא לקנות אני אקנה עמך כדין שני שותפים שבאו לקנות כאחד אבל אם קדם המשותף וקנאה אין השותף האחר יכול לדחותו אבל במצרן אפי׳ קדם וקנאו מן המשותף יכולים המשותפים לסלקו ורש״י נמי מודה בזה: ומ״ש ול״מ ששותף מסלק וכו׳. היינו כנהרדעי ודלא כרב נחמן לפירש״י אבל לפר״ת אף לר״נ שייך דד״מ גבי מכר ע״ש בתוס׳ וכ״פ הרא״ש בסתם כפר״ת: ודע דאף ע״פ דרבינו כתב בסתם אחד מן השותפים שמכר חלקו לאחר שאר השותפים מסלקין ללוקח לא קאמר אלא בקרקע אבל לא במטלטלין וכן משמע מלשונו שאמר אפילו אם קנאו המצרן כתב א״א הרא״ש שהשותף מסלקו וכו׳ אלמא דבשדה קאמר תחלה שעליו אמר ואפילו אם קנאו המצרן וכו׳ וכ״כ לקמן להדיא ואף על גב שמהרי״ק בשרש ך׳ לא פסק כך כבר הקשה עליו ב״י והדין עמו ע״ל בסעיף פ״ב:

ו וכתב גאון דהו״ל כיורד ברשות וכו׳. פי׳ דמלבד ההוצאה צריך לשלם לו גם שכר טרחו כשאר שתלי העיר בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע ולמד גאון דין זה מפרק חזקת דאמרינן התם דשותף כיורד ברשות דמי ומכ״ש לוקח לגבי מצרן מקמי דתבעיה דעדיף משותף ומבעל בנכסי אשתו אלא דאם קלקל מנכה לו מן הדמים ואפילו קלקל מקמי דתבעיה וע״ל ר״ס שע״ה:

יג קנאה הלוקח במנה וכו׳ עד אם היה עושה כן גם לאחר וכו׳. איכא למידק דאפילו היה מוכרה כך גם לאחר בהמתנה מ״מ יכול לומר חבירך נוח לי יותר ממך ואיני רוצה בחובך וכך היא הסכמת הרמב״ן והרשב״א והר״ן כמו שכתב נ״י בהמקבל וה״ה בפי״ב מהל׳ שכנים ואפשר דלא אמר רבינו אלא במפורסם דלא מצי למימר חבירך נוח לי יותר ממך וכו׳ כגון שהמצרן איש אמוד וטוב ונוח לכל יותר מהלוקח. ואיכא למידק דכאן כתב בסתם דהלוקח הוא מוחזק ועל המצרן להביא ראיה ולקמן בסעיף ס״ו כתב שהרמ״ה נחלק על זה וי״ל שרבינו נמשך אחר דברי הרא״ש שכתב כאן בסתם שעל המצרן להביא ראיה:

יד קנאה במאתים ואינו שוה אלא מנה וכו׳. ה״א בפרק המקבל זבין בר׳ ושויא ק׳ וכו׳ במקצת ספרי הדפוס כתוב כאן קנאה במעט פחות ממאתים וכו׳ הגיהו כך משום שכך פי׳ הרא״ש בפרק הזהב וכדלקמן בסימן רכ״ז ואין ראוי להגיה בכדי דהדבר ברור דרבינו כאן העתיק לשון התלמוד ונסמך על מ״ש מחלוקת האלפסי עם הרא״ש בדבר זה בסי׳ רכ״ז בדין אונאה בקרקעות ולהרא״ש ודאי אם קנאה בר׳ ואינו שוה אלא ק׳ אמרינן שפיר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי והמכר בטל לגמרי דאין כאן שליחות ובזה התיישב מה שיש לתמוה על דברי הרא״ש במה שהאריך לפרש למאי דקס״ד דמצי א״ל

לתקוני שדרתיך ולא לעוותי דאין פירושו שיתן ק׳ ללוקח ויפסיד הלוקח ק׳ דאין זה הישר והטוב וכו׳ דמאי נפקא לן מינה במאי דקס״ד דאינו לפי האמת אלא ודאי דנפקא מינה נמי לפי האמת היכא דאיכא ודאי אונאה כגון לדידיה היכא דזבין במאתים ואינו שוה אלא ק׳ דהו״א דיפסיד הלוקח ק׳ ולהכי מפרש הרא״ש דפשיטא דהא ליתא אלא היכא דאיכא ודאי אונאה המכר בטל דאין כאן שליחות ודוק׃

טו כתב הרמב״ם אם טוען המצרן שעשו קנוניא וכו׳. בסוף פי״ד משכנים כתב כן ונראה דטעמו דכיון שאינו שוה אלא ק׳ אם כן ק׳ הנוספים שנוטל מן המצרן יש לו דין שאר נשבעים ונוטלין דנשבעין בנק״ח ומש״ה אינו צריך לטעון ודאי דכיון שאין הקרקע שוה אלא ק׳ מוכחא מילתא קצת לחשדא דקנוניא והו״ל כדין שותפין ואריסין דנשבעין בנק״ח ונוטלין אע״פ דליכא אלא חשדא כיון דאיכא טעמא לחשדא והכא נמי דכוותיה ודלא כמו שפי׳ ב״י אבל בשהיו שם עדים שנתן מאתים התם הוא דקאמר הרמב״ם דאין משביעים מספק אלא בטענו ודאי ואינו נשבע ג״כ אלא היסת דכיון דאיכא עדים א״כ חייב ליתן ר׳ כפי מה שהעדים מעידים ואח״כ נשבע ונפטר שלקחו במאתים ולא עשה עמו קנוניא ודוק ותשובת הרשב״א שהביא ב״י לקמן סעיף כ״ד במחודשין גבי אלמנה דבזבן בר׳ ושוה ק׳ דאין משביעים אותו היינו נמי בדאיכא עדים שנתן מאתים וע״ש׃

יז ומ״ש היה תנאי ביניהם וכו׳. נראה דאיכא נפקותא ללוקח דאע״פ דהשתא אית ליה למצרן זוזי לסלוקי ללוקח שמא לאח״כ לא מזדמני ליה זוזי ולפיכך יכול לדחות עד שיתקיימו התנאים ויזכה בקרקע אז מצי לסלקו בדאית ליה זוזי בע״כ׃ ומ״ש אחר שלא ישאר בזה הערמה כלל. פי׳ כגון אם זבין בר׳ ואינו שוה אלא ק׳ דצריך לישבע בנק״ח שלא עשה קנוניא הנה אין המצרן חייב ליתן מאתים ואח״כ יהא נשבע אלא הלוקח נשבע תחלה וכיון דלאחר השבועה לא נשאר בזה הערמה כלל אז יסלק אותו המצרן בעל כרחו אם ירצה ואם לא ירצה לסלקו הרשות בידו. אבל בספרי הרמב״ם שבידינו כתוב בהם וז״ל ויזכה הלוקח בקרקע ולא תשאר בה עילה כלל ואח״כ יסלק אותו עכ״ל ורצונו לומר שלא יהא שוב למוכר שום טענה ותביעה על הלוקח שאז כשנתקיימה ביד הלוקח וזכה בה חל סילוקו של המצרן לסלקו בע״כ אם רוצה לסלקו׃

יח היה לשדה הנמכרת ד׳ מצרנים וכו׳ עד אבל אם קדם אחד וסילק ללוקח זכה בה הוא לבדו. בגמרא הני ד׳ בני מצרני דקדים חד וזבין זביניה זבינא ונראה הא דנקט רבינו וסילק ללוקח ולא נקט וקדים וזבין כלישנא דתלמודא לרבותא נקט הכי דאף ע״פ דהלוקח שליח דכולהו ד׳ מצרנים הוא אפ״ה אם קדם אחד וסילק ללוקח זכה בה הוא לבדו ולא מצי למימר ליה אין בידך לסלק שליח של כולנו ביחד׃

כא היו הרבה שותפין ביחד וכו׳. היינו כנהרדעי ואליבא דפירושא דר״ה גאון כמבואר בראש הסימן והוא פי׳ הר״ן ע״ש הרי״ב שהביאו ב״י בסמוך סעיף כ״ג ודלא כר״נ דלא מסלקינן ליה משום דאין כל א׳ מהשותפין ודאי מצרן שלו דשמא יפול חלקו לצד אחר דליתא וזהו שכתב רבינו ולא עוד וכו׳ פי׳ דל״מ דשותף חשוב מצרן גמור כנגד הלוקח אלא אפילו כנגד מצרן ודאי נמי חשוב מצרן ודאי כמוהו מהך טעמא דכתב הרא״ש לעיל דכל שלא חלקו יש לו חלק בכל השדה ומ״ש רבינו ואצ״ל שאם קנאה אינש דעלמא וכו׳ הוא קאי למאי דסמוך ליה וה״ק דכיון דהשותף הוא חשוב כמו המצרן כשבא המצרן לדחותו מעתה אצ״ל דהשותף חשוב כמו מצרן לגבי אינש דעלמא כשבא לדחותו והיינו כשהמצרן מצד אחד יש לו שותף עמו ומצד אחר כל אחד מצרן לבדו וכל אחד מחזר לסלקו ללוקח ואותו מצרן שיש לו שותף עמו מקדים עצמו לסלקו אין הלוקח יכול לדחותו ולומר לו אין אתה מצרן ודאי דשמא יפול חלקך מצד אחר ולכן אין אני רוצה להסתלק אלא לאחד משאר המצרנים דפשיטא הוא דאין בדברי הלוקח כלום דכיון דאינש אחרינא הוא מחוייב הוא להסתלק מיד אף מפני המצרן שיש לו שותף עמו ואין יכול לדחותו כלל ובזה התיישב מה שיש לתמוה הפלא ופלא דהלא מ״ש כאן ואצ״ל שאם קנאה אינש דעלמא וכו׳ הוא מ״ש בסמוך בתחלה היו הרבה שותפים וכו׳ דכך לי הרבה שותפים כמו שותף אחד עמו אלא צריך לפרש דלמעלה מיירי בשאין שום אחד משאר מצרנים מבקש לסלקו ללוקח כ״א הני שותפי אי נמי דליכא שום מצרן כ״א אחד מהני שותפים כגון שסביב ג׳ רוחות איכא דרך ונהר או שדות של המוכר עצמו וקאמר דכל א׳ וא׳ יכול לסלקו ללוקח וכאן בהך אצ״ל מיירי דאיכא סביב ד׳ רוחות וכולן באין ומחזרין לסלקו אלא דאותו מצרן שיש לו שותף עמו מקדים עצמו לסלקו ללוקח וקאמר דאין צ״ל דלא מצי לוקח לדחותו למצרן כלל אלא מחויב מיד להסתלק מפני זה המצרן אע״פ שיש לו שותף עמו ושאר מצרנים דמחזרין לסלקו גם כן כל אחד הוא מצרן בלבדו בלא שום שותף אפ״ה חשוב שותף זה מצרן ודאי כמו שאר מצרנים כדפירשתי וכל זה דלא כמו שפי׳ ב״י ודוק׃

כב ומ״ש וכן אם שדה הנמכרת של שנים וכו׳. מילתא דשכיחא נקט וה״ה במוכר חצי שדהו לאחר להיות שותף עמו וכו׳ אלא דלא שכיחא שיקנה בסתם ולא יסיים תחלה החלק שלו׃

כג בעל בנכסי אשתו וכו׳ עמדה היא וסילקה וכו׳ עד אם רצה הבעל או האדון מקיים על ידיהן וכו׳. ונראה דמתחלה כשבאה האשה או העבד לסלק ללוקח מצי הלוקח לומר להם לא אסתלק דשמא לא יתרצה הבעל או האדון בסילוק זה ויחזור אותה לידי וא״כ לקתה מדת הדין שיכופו אותו להסתלק ואח״כ לחזור לכופו ליקח אותו לרשותו ולהחזיר הדמים אלא הכא מיירי שנסתלק הלוקח ברצון טוב׃

כט המצרן שבא לסלק וכו׳. כן כתב הרמב״ם פרק י״ג משכנים ופשוט הוא דליכא הכא משום ועשית הישר והטוב שיהיו שדותיו סמוכין זו לזו שהרי מכר את זו לאחר: ומ״ש וגם הלוקח וכו׳. לא כתבו הרמב״ם אלא שרבינו ס״ל דהא מילתא דפשיטא הוא דליכא למימר הכא דהלוקח היה שלוחו כיון דבשעת קנין שדה זו לא הו״ל לזה שום שדה אצל זו שנמכרה ולא היה חל על הלוקח מצות עשיית הישר והטוב בשעה שקנאה:

ל מי שעושה שליח למכור שדהו אף ע״פ וכו׳. נראה דה״ק לא מיבעיא אם אינו מצרן דפשיטא דאינו רשאי לקנות לעצמו בלאו טעמא דחשדא אלא מדינא לא קנאו דמסתמא ודאי אילו ידע המשלח שרוצה השליח לקנותו לא עשאו שליח א״כ כשקנאו לעצמו בטלה השליחות למפרע כי אינו שלוחו למכרו לעצמו אלא אפילו הוא מצרן דמסתמא ודאי ידע המשלח שכל מצרן מסלק ללוקח כדי שיהיו כל שדותיו סמוכות וא״כ ידע המשלח שרוצה השליח לקנותו ואפ״ה עשאו שליח דהשתא לא בטלה השליחות אם קנאו לעצמו ואפילו הכי אינו רשאי לקנות לעצמו מטעמא דחשדא וע״ל בסימן קפ״ה סעיף ג׳ כתב טעמא אחרינא דכיון דיד השליח כיד בעל הבית אין המקח יוצא מרשות בעלים אלא אם כן מכרו לאחר ואפשר דהתם ליכא חשדא דמכרו באותן הדמים שהרשהו ליתן אבל כאן מיירי דעשאו שליח למכרו בטוב בכל מאי דאפשר קאמר הך טעמא דחשדא דחמיר טפי. ומ״ש דכשמכר לאחרים להרמב״ם הו״ל מחילה ולגאון לא הו״ל מחילה נראה דדעת הגאון היא דדוקא בעורר על השדה והוא חתום עליה עד א״נ עשאה סימן לאחר כדלעיל בסימן קמ״ו התם הוא דקאמר דמדעשה מעשה המורה שאיננה שלו אלמא דהויא הודאה דאינה שלו אבל הכא דלא עשה מעשה מעצמו אלא שליחותא דחבריה קעביד לא אמרינן מחילה היא אבל להרמב״ם ס״ל דכיון דמ״מ איכא למימר דמחילה היא על המצרן להביא ראיה דלא מחל דהלוקח לעולם הוא מוחזק כדלקמן ומהאי טעמא נמי כתב ה״ר ירוחם כשחתם המצרן על שטר המכירה בעד אינו יכול לסלקו ללוקח משום דאיכא למימר דמחילה היא ועל המצרן להביא ראיה אבל מלוה שחתם על שטר מכירה שמכר הלוה נכסיו יכול לטרוף מהלוקח דהמלוה הוא מוחזק בשטר שבידו ויכול לומר השני נוח לי והראשון קשה ממני ועל הלוקח להביא ראיה שאיבד המלוה את זכותו כדלעיל בסימן קי״א סעיף י״ג וי״ד ע״ש והכי נקטינן כהרמב״ם ולשון הגאון ה״פ אין לנו ראיה לחוש למחילה ולבטל מצרנותיה אלא שיש לחוש שמא ימכור בזול בשביל הנאתו ומה״ט אית לן לבטל מצרנותיה ואח״כ אמר הא דאין לנו לחוש למחילה ל״מ כשמכר ולא קנו מידו אלא אפילו קנו מידו ודאי בשליחותיה דמוכר הוא דקנו מידו הילכך אם אין לנו לחוש לשמא ימכור בזול כגון דידוע דמכרו בשויו א״נ מכרו ביוקר יש לו דין מצרן לסלק ללוקח:

לא מת הלוקח וכו׳. נראה דדעת הגאון דלא עבדו רבנן תקנתא דועשית הישר והטוב אלא אמי שהקרקע בידו דאמרינן ליה שיוכל למצוא קרקעות במקום אחר ולא יטריח על בן המצר להיות נכסיו חלוקים וזה לא שייך ביורש ומשמע דדוקא במת לוקח דיורש ממילא ומשמיא נפלי נכסי קמיה אבל כשהורישה לוקח בחייו לאחד מיורשיו א״נ יהביה מתנה מודה הגאון דכיון שחל שעה אחת על הלוקח הדין הישר והטוב להסתלק מקרקע זו והוה ליה כשלוחו של מצרן לכל דבר שוב לא מצי להורישה או ליתנה במתנה אלא המצרן מסלק אותו כי היכי דהוה מסלק ללוקח וע״ז כתב רבינו:

לב והוסיף הרמ״ה לומר ה״ה אם נתנו לאחר וכו׳ כלומר וה״ה בהורישה בחייו לאחד מיורשיו וס״ל להרמ״ה דדינא דב״מ כדינא דשומא דאמרינן דהיכא דאורתיה יהביה במתנה לא הדרא דלא תקנו הישר והטוב אלא בב״ח גופיה וה״נ בדינא דב״מ ואע״ג דבשומא היכא דזבנה נמי לא הדרא התם הוי טעמא כדאמר בפ׳ המפקיד זבניה אורתיה ויהביה במתנה הני אדעתא דארעא נחות ולא אדעתא דזוזי פי׳ ולא דמי לב״ח דאיהו לא הו״ל עליה אלא זוזי אבל בדינא דב״מ לוקח נמי אדעתא דארעא נחית ואפ״ה רמי עליה ועשית הישר והטוב ה״ה לוקח שני ואפילו ביורש ומקבל מתנה דזבניה לשני נמי מצי מסלק ליה דעליה ודאי רמיא תקנתא דועשית הישר והטוב וא״ל שיוכל למצוא קרקעות במקום אחר וכו׳: ומ״ש רבינו ואיני מבין וכו׳. מלשונו נראה שלא היתה השגתו אלא אהרמ״ה ומטעמא דאמרן אליבא דגאון דכיון דהלוקח חי ורמיא עליה שעה אחת ועשית הישר והטוב שוב לא מיפטר מהך חיובא במאי דהורישה בחייו או נתנה במתנה דאין יכול להוריש או ליתן אלא מה שיש לו בה וכי היכי דאיהו מיחייב להסתלק מקמי מצרן ה״נ יורש או מקבל מתנה ממנו אבל היכא דמת לוקח מודה רבי׳ לדברי הגאון דאין המצרן יכול לסלק ליורש דבירושה דממילא לא רמיא עליה עשיית הישר והטוב דמשמיא רמיא קמיה ולכן כתב רבינו תחלה מת לוקח קודם שסילקו המצרן כתב גאון וכו׳ דהוי פסק הלכה וליכא דפליג עליה שאין עליו השגה אלא דהוסיף הרמ״ה לומר ה״ה אם נתנו לאחר וכו׳ ועליו בלבד איכא השגה והיינו דקאמר אחר דבריו ואיני מבין וכו׳ כנ״ל ודלא כמו שכתב מהר״ם איסרלש בש״ע בהגהותיו סעיף י״ז ע״ש שנמשך אחר מה שהבין ב״י דלא חילק בין מת לוקח דיורש ממילא הוא להורישה בחייו ומה שכתבתי הוא עיקר לפענ״ד:

לג ב״ח שטרף בחובו וכו׳ עד כדקיי״ל שומא הדרא לעולם. נראה דדוקא בשמוהו לו ב״ד בחובו קאמר שאם הלוה חפץ בה חוזרת לו מן המצרן לעולם אבל לא בהגביהו מדעתו כדלעיל גבי שומא בסימן ק״ג סעיף כ״ו ע״ש ופשוט הוא:

לד כתב הרמב״ם ב״ח של המוכר שטרף מהמצרן וכו׳. פירש ב״י דמיירי בדליכא פסידא ללוקח כגון שיש לו למוכר לגבות ממנו אלא כיון דמוכר מצי א״ל למצרן לאו בעל דברים דידי את לכך חייב הלוקח לתבוע למוכר אבל היכא דאין לו למוכר מודה גם הרמב״ם דמשום דועשית הישר והטוב לא תיקנו רבנן שיגיע הפסד ללוקח והכי משמע לישנא דהרמב״ם שכתב חוזר ונוטל חוזר ונוטל דמיירי ביש לו ליטול ממנו ובספר בדק הבית כתב דכן כתב הרשב״א על דברי הרמב״ם דלא חייב המצרן לשלם ללוקח אלא דוקא היכא דליכא פסידא ללוקח ע״ש אלא דלפי זה קשה מה היתה השגת הרמב״ן עליה דהרמב״ם וצ״ל דהרמב״ן לא נחית לפרושי דברי הרמב״ם כאשר פירש ב״י ולכן השיג עליו אבל האמת הוא כמו שפירש ב״י ומ״מ מדברי הרא״ש שכתב שעדי הקנין יכתבו השטר בשם המצרן וא״צ קנין אחר מוכח להדיא דס״ל דנסתלק הלוקח לגמרי ואינו חייב כלל לתבוע את המוכר אלא דינא דמצרן עם המוכר הוא ולא מצי למימר ליה למצרן לאו בעל דברים דידי את דלוקח שלוחו היה לכל דבר וכך כתב ב״י והכי נקטינן:

לה כתב הרמ״ה המצרן לא יכול לאחותי וכו׳. נראה דה״ק שאינו יכול להוריד לאיש אחר במקומו שיסלק את הלוקח בדד״מ ושיקח האחר השדה לרשותו דלא עשו תקנתא אלא משום ועשית הישר והטוב שלא יהיו שדותיו של מצרן חלוקין וכשיקח האחר לרשותו ליכא האי טעמא הילכך לא מצי עביד ולפיכך אם הקנה המצרן לאחר חלק בשדה שלו שאצל שדה הנמכרת אפילו חלק קטן דהשתא המצרן והאחר הו״ל שותפין בשדה זו שותף מצי לסלוקי ללוקח ואע״ג דלעיל בסעיף כ״ט כתב דכשמכר המצרן השדה קודם שסילקו ללוקח לא יוכל לסלקו לא הוא ולא זה שקנה ממנו שאני התם דמכר כל השדה לאחר אבל הכא מיירי דלא מכר לו אלא מקצתו כדכתב להדיא אלא היכא דאקני ליה בארעא קדמייתא דקא תבע מחמתיה ולא מכר לו דבר מסויים אלא כגון שהקנה לו חלק ששית בכל השדה דהשתא הו״ל שותף ומוחזק בכל השדה שפיר יוכל לסלקו ומ״ש הא לאו הכי לא מצי לאורוכי פי׳ לא מצי להרשות לאחר שיסלק ללוקח ושיעמוד במקומו וליקח השדה לרשותו כדפרישית ונקט לישנא דתלמודא בפ׳ מרובה (בבא קמא דף ע׳) לא כתבינן אורכתא אמטלטלי וכו׳ ופירש״י אורכתא הרשאה והיינו ליקח השדה לרשותו לא מצי לאורוכי אבל להעמיד אחר במקומו וליקח השדה לרשות המצרן ודאי מצי עביד דבכל התורה כולה שלוחו של אדם כמותו וכו׳:

לו דד״מ תקנת חכמים הוא וכו׳ עד וכן כל כיוצא בזה. פי׳ דכל היכא דאיכא קפידא והמוכר מקפיד בכך בטל זכות המצרן דלא תקנו תקנה למצרן דבר שהוא הפסד למוכר וס״ל להרמ״ה דה״ה דלא מצי לסלוקי ללוקח היכא דאיכא קפידא והלוקח מקפיד בכך דלא אמרינן ועשית הישר והטוב להפסיד ללוקח בממונו כדלעיל בסעיף ל״ד בדברי הרמב״ן ורבינו כתב שאין נראה כן מדברי הרמב״ם וכו׳ נראה דס״ל לרבינו דכי היכי דאיכא קפידא ופסידא בזוזי טבי ותקילי ה״נ איכא קפידא בבהמה דמצי א״ל תן לי בהמה שלי משום כושרא דחיותא וכן במטלטלי דמאני תשמישתיה יקירי עליה דאינש ואפי׳ הכי סבירא ליה להרמב״ם דנותן ללוקח דמיהם וא״כ ה״ה בזוזי טבי ותקילי צ״ל לפי זה דהא דקאמר דאיכא קפידא ופסידא בזוזי טבי ותקילי היינו דוקא כשבאו שניהם לקנות הלוקח והמצרן וה״ה דאיכא קפידא כשבאו שניהם לקנות וזה נותן בהמה או מטלטלין וזה נותן מעות דלפעמים ניחא ליה בבהמה ומטלטלין אבל כשהקדים הלוקח וזבין והמצרן בא לסלקו לא חיישינן לא לקפידא דטבי ותקילי ודבהמה ומטלטלין זו היא דעת רבינו בהבנת דברי הרמב״ם אבל הב״י כתב שאין מדברי הרמב״ם שום הכרע לומר דלא ס״ל כהרמ״ה וע״ש ואין דבריו נראין לפי ענ״ד:

מא אמר המצרן אטרח ואביא המעות וכו׳ וכתב הרמ״ה וכו׳: טעמו דהיכא דידע בזבינא ובדמי זבינא אם כן הו״ל לאיתויי מעיקרא הני זוזי אלא ודאי לית ליה זוזי ואשתמוטי הוא דקא משתמיט וקאמר איזיל ואייתי זוזי ולא נטרינן ליה אבל אי מקמי הכי לא הוה ידע בזבינא א״נ לא הוה ידע בסכום דמיה קושטא קאמר ונטרינן ליה:

מה קנה הלוקח מעט קרקע וכו׳ ואפילו לא ערערו המצרנין מיד וכו׳. אע״ג שבדברי הרא״ש מפורש דאדרב האי גאון קאי כתבו רבינו בסוף דבריו לאורויי דאדברי הרא״ש נמי איצטריך דאפילו לא ערערו מיד לומר דהערמה היא זו כדי לקנות בסוף כל השדה סביביו אין אומר דמחילה היא אלא אפילו אחר כמה ימים נמי יכולין לערער ולא כתבו הרא״ש אדברי ר״ה גאון אלא לרבותא דאפילו לדעת הגאון אף אם לא ערערו מיד וכו׳ דיכולים לערער בסוף לבטל המכירה אפילו באותו מעט ואצ״ל לדעת הרא״ש דיכולין בסוף לערער על המכירה של כל השדה סביב אותו מעט ולא אמרינן דמחילה היא וא״כ מ״ש רבינו ואפילו לא ערערו המצרנין מיד וכו׳ קאי למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה:

מו בא הלוקח למצרן וכו׳. פרש״י משום דיכול לומר דלא נתכוין אלא להעמידה על דמיה הראויים לה וכו׳ וכך היא דעת הרמב״ם ומש״ה ס״ל דלאחר שקנה דליכא האי טעמא אם מחל לו זכותו שוב לא יוכל לסלקו כמ״ש רבינו בשמו בסמוך:

נ וכתב א״א הרא״ש ז״ל ומתוך לשונו משמע וכו׳. הב״י בס׳ ב״ה וספר כסף משנה השיג ע״ז ואמר שאי אפשר לפרש כן דברי הרמב״ם שהרי מטעם שאם אתה אומר כן שיכול לסלקו לזמן מרובה לא יכול זה למכור קרקעו כתב שאם אין בן המצר במדינה אינו יכול לסלקו אלא ודאי דהרמב״ם הכא מיירי כשתוך זמן שיכול לסלקו ראהו סותר וכו׳ איבד זכותו אבל אחר זמן אינו יכול לסלקו אפילו לא ראהו בונה וסותר וכו׳ וכן נראה מדברי ה״ה

והריב״ש בסי׳ תק״א שכך פי׳ דברי רבינו עכ״ל ותימה הוא לפרש דברי הרמב״ם ראהו בונה וסותר וכו׳ דהיינו בתוך שיעור הזמן שיוכל לסלקו ולא יהא מפורש בדבריו שיעור אותו זמן אבל דעת הרא״ש הוא שמתוך לשון הרמב״ם שכתב תחלה כשהוא עמו במדינה ובא וסייע עמו וכו׳ דשוב לא יוכל לסלקו ואח״כ כתב דאם היה במדינה אחרת או חולה וכו׳ אינו יכול לסלקו שאם אי אתה אומר כן וכו׳ והו״ל לפלוני במיניה וביה היכא דהוה גדול ואינו חולה והיה עמו במדינה ולא סייעו ולא שכרו ממנו ולא ראהו בונה וסותר ולאחר כמה ימים בא ורוצה לסלקו דאינו יכול לסלקו מטעמא שאם אתה אומר כן וכו׳ אלמא משמע מתוך לשונו דלא בטל דין מצרנות בהיה עמו במדינה ואינו קטן ואינו חולה אלא אם כן דסייעו וכו׳ הא לאו הכי יכול לסלקו אפילו לזמן מרובה וליכא למימר הכא שאם אתה אומר כן וכו׳ דבשלמא כשהוא במדינה אחרת התם ודאי אינו בדין שיוציא הוצאה לשלוח לו להודיעו וא״כ אין אדם קונה קרקע כ״ש שהוא חולה או קטן אבל בגדול ובריא ועמו במדינה דיכול להודיעו בלא שום הוצאות התם סבירא ליה להרמב״ם דכל שלא סייעו וכו׳ יכול לסלקו אפילו לזמן מרובה דכיון שהלוקח לא הודיעו מצי אמר מצרן לא ידעתי בהאי זבינא א״נ ידע ולא הו״ל פנאי לבא ולסלק את הלוקח וליכא למימר הכא שאם אי אתה אומר כן וכו׳ זו היא דעת הרא״ש בהבנת דברי הרמב״ם והביאו לזה מדלא כתב שום גבול לזמן הסילוק גם הב״י עצמו הביא תשובת הרמב״ן סימן כ״ז שאין בזה זמן ידוע אלא כל היכא דאתי בן המצר מסלק ליה ושכ״כ ה״ר ירוחם בשם הרשב״א ורבינו מאיר וא״כ כך הוא דעת הרמב״ם לפי הבנת הרא״ש ואע״פ שהב״י בספר בדק הבית אמר דאיזה תלמיד טועה כתב כך ונתלה באילן הגדול דאל״כ קשה שאם אתה אומר וכו׳ שרא ליה מאריה דכבר נתבאר בטוב טעם דליכא למימר הכא שאם אתה אומר וכו׳ כיון דאפשר ליה ללוקח להודיע למצרן בלי הפסד הוצאה נראה לי׃

נו וכתב הרי״ב מיהו אם קדם המצרן וזבין אין בעלים הראשונים יכולין לסלקו וכו׳. כ״כ העיטור (בדף ק׳ ראש ע״ג) והרב ב״י העתיק גירסא משובשת. ומ״ש דהו״ל כמו ב׳ מצרנים אינו כתוב בעיטור אלא מדברי הרי״ב הוא ונראה מדמדמי להו לב׳ מצרנים אלמא דס״ל להרי״ב דאם באו שניהם לקנות דשניהם שוין וכן אם מכרה לאינש דעלמא בעלים הראשונים מסלקים אותו הימנה ולפי זה חולק הוא על מ״ש הר״ן ונ״י והגהת אשיר״י דאם זבנה לאינש דעלמא לא מצו בעלים הראשונים לסלוקי ללוקח ואפשר ג״כ דלא היתה דעתו של הרי״ב שיהא דינם כדין ב׳ מצרנים ממש אלא לענין זה קאמר דאין בעלים הראשונים יכולין לסלק למצרן שקדם וקנה והמצרן ג״כ אין יכול לסלק לבעלים הראשונים אם קדמו וקנו דהו״ל כמו ב׳ מצרנין שקדם אחד מהן ולא אתא הרי״ב אלא לפרש דהא דקאמר בגמרא לבעלים הראשונים לית בה משום דינא ד״מ אינו ר״ל דאפילו קדם המצרן וזבין דאתו בעלים הראשונים ומסלקין אותו דליתא אלא ה״פ אם מכרה לבעלים הראשונים אין המצרן יכול לסלקו וה״ה איפכא אם מכרה למצרן אין הבעלים הראשונים יכולין לסלקו דהו״ל כמו שני מצרנים לענין זה ולעולם ס״ל להרי״ב נמי דאפילו זבנה אינש דעלמא אין בעלים הראשונים יכולין לסלקו אלא דלא איירי תלמודא בהכי׃ ומ״ש וכן נמי כל היכא וכו׳. מדברי הרי״ב הוא ולפי זה צ״ל דס״ל דלשותפי פירושו משותף עמו בשום קרקע א״נ משותף עמו בסחורות כמ״ש רבינו לקמן בסעיף ע״ב ומש״ה דוקא אם כבר מכר לאותו שותף אין המצרן מוציא מידו אבל אם קדם מצרן וזבין אין אותו שותף מוציא מידו ואפילו זבנה אינש דעלמא אין אותו שותף מוציא מיד הלקוחות דומיא דאשה ויתומים ובעלים הראשונים אבל במכר אחד מהשותפים חלקו בשדה השותפות אפילו קדם המצרן וזבין השותף מסלקו כמ״ש רבינו להדיא למעלה בסעיף ה׳ ע״ש הרי״ב והרא״ש ולפירוש רש״י דפירש לשותפי במוכר חלקו בשדה השותפות לאחד מן השותפין לא הוה פי׳ לשותפי כפירוש לאשה וליתמי ולבעלים הראשונים אלא הא כדאיתיה והא כדאיתיה ודו״ק׃

נח מכרה לעכו״ם וכו׳. בפרק המקבל משמתינן ליה עד דמקבל עליה כל אונסי דאתי ליה מחמתיה ודברי רבינו כדברי הרמב״ם שכתב פי״ב משכנים וז״ל משמתין אותו עד שיקבל עליו כל אונס שיבוא מן העכו״ם עד שינהוג העכו״ם עם בן המצר הזה שלו בדיני ישראל בכל ואם אנסו שלא כדין ישראל משלם המוכר וביאר רבינו עוד דהיינו בכל מיני הרחקות ניזקין וא״ת אמאי משמתינן ליה השתא נמתין עד שיגיע האונס ואז ישלם כל מה שיגיע לו היזק מהעכו״ם תירץ הרא״ש שהוא כדי שישתעבדו נכסיו מעכשיו שיוכל לטרוף מהלקוחות שיקנו אחר הקבלה אבל הראב״ד כתב דבדלא קביל עליה אע״ג דאתי ליה אונסא לא מחייבין ביה דגרמא בנזקין הוא ופטור עיין בב״י ותימה כיון דמדינא פטור א״כ בהאי שמתא נקטינן ליה בכובסיה עד דשביק לגלימיה הוא וכייפינן ליה לשלם שלא כדין וי״ל דאנן לא משמתינן ליה אלא דליפייס לעכו״ם ולישקול זוזי דידיה כדי שלא יהא גורם בנזקיו אלא דאיהו מנפשיה מקבל עליה כל אונסא וכו׳ אבל אנן ודאי לא משמתינן ליה כי היכי דליקבל עליה כל אונסא והכי דייק לישנא דקאמר משמתינן ליה עד דמקבל עליה וכו׳ דמשמע עד דמקבל מנפשיה׃

נט ומ״ש וכתב גאון וכו׳. איכא לפרושי דס״ל כהרא״ש דפי׳ לא קביל עליה חייב לשלם ומיירי אפילו בדלא קיבל ואיכא לפרושי דסבירא ליה כהראב״ד ומיירי דוקא בדקביל עליה אלא כיון דקבלה זו הגיעה על ידי שמתא דבי דינא קנסא הוא ולא קנסינן בנו אחריו כדאסקינן בפרק מי שהפך וכ״פ ב״י׃

ס יש מהגאונים וכו׳. עיין בעיטור (דף ק׳ ע״ג) האריך בזה ואנן נקטינן כדעת הרא״ש שהיא כדעת התוס׳ בשם ר״י ור״ת וע״ל בסימן קנ״ו ובמ״ש לשם סעיף א׳: כתב בעיטור בשם מתיבתא אם הישראל מפייס לעכו״ם דקאמר העכו״ם אנא אעביד בדיניכם ואהדר ארעא לב״מ ולא בעי מצרן לזבוניה לית דינא לשמותיה:

סב כתב הרמב״ם החליף חצר בחצר וכו׳ ויראה מדבריו וכו׳. נראה דרבינו מדהיה צריך הגאון לפרש בשאלה דאמר ראובן איני חפץ בכרם שלך שאינו טוב כמו של לוי והשיב שהדין עמו יראה להדיא דמשום דטען שאינו טוב כמו של לוי לפיכך פסק שהדין עמו ויראה להדיא שאם היה ידוע שהוא יותר טוב משל לוי לא היה הדין עמו דאל״כ לא הו״ל לומר אלא דאמר ראובן איני חפץ בכרם שלך ותו לא דהוי משמע אפילו היה טוב יותר נמי הוה הדין עמו כמו החליף חצר בחצר דמשמע אפילו יעמיד לו מצרן חצר אחר יותר טוב מזה נמי אין בו דין בן המצר דמצי למימר איני חפץ בחצר שלך אלא ודאי גבי כרם אם היה מפורסם שהיה טוב כמו כרם זה וכל שכן טוב ממנו דלא מצי למימר איני חפץ בכרם שלך דכיון דהכרם אינו עומד אלא לענבים שגדלים שם למה לא יהא חפץ בו אין זה אלא הערמה משא״כ בחצר שמשתמשין שם תשמישי הבית איכא קפידא טובא בזה מבזה וב״י השיב על רבינו ע״ש ולפענ״ד מתקבל דעת רבינו על פי דקדוק דברי הגאון וכדפרישית:

סד כתב הרמב״ם טען הלוקח מפני המס וכו׳. בפי״ב משכנים וכתב ה״ה זה נראה לפי ששדה בן המצר אינו אלא מדבריהם ולפיכך נקרא מוציא ועליו הראיה וכן נראה מהעיטור עכ״ל ואני ראיתי בעיטור שכתב (בדף ק״א ע״א) ירושלמי בגיטין אימתי בזמן שאין בידם ליקח אבל יש בידם ליקח הן קודמין לכל אדם הן אומרים יש בידינו ליקח והלקוחות אומרים לא היה בידם ליקח הקרקע בחזקת הלקוחות שהמוציא מחבירו עליו הראיה עכ״ל פירוש דבריו דבפרק הניזקין תנן גבי סקריקון ב״ד של אחריהם אמרו הלוקח מסקריקון נותן לבעלים רביע אימתי בזמן שאין בידם ליקח אבל יש בידם ליקח הן קודמין לכל אדם דהיינו כדין מצרן שהוא קודם משום ועשית הישר והטוב ה״נ הבעלים הראשונים הן קודמין לכל אדם והיכא דאיכא ספק אמרינן דהלוקח הוא מוחזק והבעלים הו״ל המוציא מחבירו ועליהן הראיה א״כ במצרן נמי הלוקח נקרא מוחזק ועל המצרן להביא הראיה אבל דעת הרמ״ה נראה שהיה גורס כגירסת הספרים דידן בירושלמי פרק הניזקין דה״ג הן אומרים בידינו ליקח והלוקח אומר לאו א״ר יוסי לעולם השדה בחזקת הבעלים שהמוציא מחבירו עליו הראיה משמע שהלוקח הוא הנקרא המוציא והבעלים הראשונים הם נקראים מוחזקין בשדה וה״נ המצרן הוא נקרא מוחזק והלוקח הוא המוציא:

סז כתב הרמ״ה היכא דסלקיה מצרן וכו׳ עד לא בטלה מצרנותיה בהכי. ואין להקשות נימא הכא שאם אתה אומר כן אין אדם קונה קרקע וכולי כדלעיל בסעיף מ״ט דלא אמרינן הכי אלא היכא דאין בן המצר במדינה או חולה או קטן דידע הקונה שאינו במדינה ושהוא חולה וקטן ונמנע מלקנות שיאמר אחר כמה ימים תצא מידי אבל משום חששא דילמא שדה זו של מצרן גזולה היא לא אסיק אדעתיה ולא חייש לה דמילתא דלא שכיחא היא ולא חיישינן לה ואינו נמנע מלקנותה בשביל חששא זו:

עג שכני העיר וכו׳ ופירש״י לא בדד״מ איירי אלא דרך מוסר וכו׳. כלומר דלאו דינא הוא משום ועשית הישר והטוב לכופו על הקדמה זו אלא דרך מוסר וחסידות ונפש טובה הוא שעושה כך אבל אם עבר ולא עשה אין כאן כפייה לעשות הישר והטוב ומש״ה אם קדם אחד מהם זכה בו: ור״ת פירש ששניהם מצרנים כגון שהשדה סמוכה לעיר וכו׳. נראה דר״ל כזה ? וראובן מכר שדהו לאחר דשמעון קודם ללוי לפי דשמעון הוא ג״כ שכן עיר ולוי אינו אלא שכן שדה בלחוד:

עט קרקע שיש בו בנין וכו׳. כל מה שכתב רבינו בזה הוא מבואר בפסקי הרא״ש ובתשובה כלל צ״ז שכך הוא דעת הרי״ף וכבר האריך בזה ב״י וכתב דהרמב״ם נחלק דדוקא כשאין לו זמן ידוע אלא כל שעה שירצה א״ל עקור ביתך ואילנך וזיל מרי ארעא מעכב אמרי בתי אבל היכא דקביע ליה זמן ידוע לא מצי מעכב אמרי בתי:

פא בתים כתב ר״ת שאין להם דדב״מ והרמ״ה חילק וכו׳. פי׳ דלר״ת אין חילוק דאפי׳ יש מקום ליכנס מזה לזה עיקר התקנה לא היתה אלא בשדות כדמוכח בסוגיא דכולה מדברת בשדות ולא אדכר תלמודא כלל דליהוי דדב״מ בבתים אבל הרמ״ה ס״ל דלאו דוקא שדות דה״ה בתים ותלמודא מילתא דשכיחא טובא נקט וכל היכא דמי לשדות אית בו דדב״מ ומיהו צ״ע במה שכתב הרמ״ה שאם יש מקום ליכנס וכו׳ דאם ר״ל שיש עכשיו מקום פתוח ליכנס או ר״ל אפילו אין כאן עכשיו אלא דאיכא מקום לסתור הכותל ולעשות פתח ליכנס מזה לזה לאפוקי אם חקוק בסלע שא״א לערב שני בתים יחד והכי מסתברא דלא אתא הרמ״ה אלא להוציא חקוק בסלע ומשו״ה איכא לתמוה על מ״ש נ״י וה״ה בפי״ג מהל׳ שכנים בסתם דהרמ״ה סבר כר״ת ולא משמע הכי כלל: ומ״ש בשם הרא״ש דלא כר״ת וכ״כ הרי״ב וכו׳. נראה דאפילו כהרמ״ה לא נהגו שהרי המנהג לדון דד״מ אפי׳ היכא דאיכא כותלים עבים דומיא דחקוק בסלע כמ״ש ב״י דמשמע הכי להדיא במרדכי אלא דלפי שר״ת היה הראשון שדן כך תלי ליה בר״ת לומר דלא נהגו כדבריו בזה:

פה ובמקומות וכו׳ אע״פ שאין מתקבל על הדעת. פי׳ דבבתים איכא למימר בעשיר דצריך הוא לב׳ בתים ויותר לשמן ויין ודברים הצריכין לבית ולשום בהם סחורתו לפי רוב משא ומתן אבל בבהכ״נ די לו במקום אחד שישב עליו אבל היכא דיושבין דחוקין באצטבא מתקבל על הדעת דכופין אותו משום ועשית הישר והטוב למכרו לבני האיצטבא ונראה דה״ה ביחיד שיושב במקום דחוק ומשמע להדיא דבאינו דחוק אין לדון דדב״מ במקומות ב״ה:

פו הנותן מתנה וכו׳. בפ׳ המקבל: ומ״ש וישומו ב״ד וכו׳. כ״כ הרי״ף והרא״ש שם והיינו בדליכא סהדי דאי איכא סהדי בכמה זבנה אפילו שוה ק׳ בר׳ נוטל ר׳ בלא שבועה אלא אם כן דטען ודאי שלא לקחה אלא בק׳ כדלעיל סעיף י״ז: ומ״ש ואם מודה שכיון להערים וכו׳. גם זה כתב הרי״ף והרא״ש לשם ומשמע אפילו לא טען המצרן שעשו קנוניא אנן ב״ד טענינן ליה דכיון דמודה שכיון להערים א״כ רמאי הוא וחיישינן לקנוניא טפי ונשבע בנק״ח ונוטל ומש״ה ס״ל להרמב״ם הכא דבטען על שוה ק׳ שקנאו בר׳ אינו נאמן בשבועה דכיון דמודה דרמאי הוא חיישינן דנשבע גם על שקר אבל לעיל בסעיף ט״ז דכתב הרמב״ם דנאמן בשבועה התם לא מודה דעביד רמאות וה״ה פי׳ בענין אחר רפי״ג משכנים ע״ש. אכן במרדכי בפרק המקבל השיג על האלפסי במ״ש דאם מודה שכיון להערים דנשבע ונוטל וכתב ע״ש ראבי״ה שכיון שטען אין חוזר וטוען אם נפסק דינו אבל קודם לכן חוזר וטוען אם לא הוכחש בעדים עכ״ל ולפענ״ד נראה דגם האלפסי מודה לראבי״ה דבנפסק דינו אינו חוזר וטוען ולא קאמר האלפסי אלא במודה מקמי שנפסק דינו: ומ״ש ואם פי׳ וכו׳. גם זה ברי״ף והרא״ש שם מטעם דממה נפשך וכו׳ וכן כתב הרמב״ם פרק י״ג משכנים:

פח מי שמשכן שדהו וכו׳. הכי נקטינן כדברי הרא״ש במשכנתא ואע״ג דמדברי הרמ״ה לא משמע אלא בבא המלוה לקנותו בתר שתא אי נמי בגו שתא ומוכחא מילתא דלא קא מערים התם הוא דאין המצרן יכול לסלקו אבל אם קדם המצרן וקנאו לא קאמר הרמ״ה דהמלוה מסלקו ותו דמדברי הרמב״ן והרשב״א והר״ן ונמ״י מבואר להדיא שאין המלוה מסלקו וכך נראה מדברי הרמב״ם שכתב הממשכן מקום ואח״כ מכרו לזה שהוא ממושכן בידו אין בו דד״מ משמע דוקא בכה״ג הוא דאין בו דין המצר אבל לא לענין שיוכל הוא להוציא ממי שקנאה אע״פ שאין בן המיצר וכ״פ ב״י בספר בדק הבית ובש״ע מ״מ אנן תפסינן עיקר כדעת הרא״ש ורבינו והמרדכי ג״כ כתב בהדיא כך ע״פ הקבלה וז״ל מיהו אם קדם המצרן וקנאה או אפילו אדם אחר אין המלוה יכול להוציא מידו ולא נהירא אלא כמו שקבלתי מהר״ר יהודה ממגנצ״א דשכונה גביה עדיף מכולהו ויוציא מידו עכ״ל וכ״פ הרב בהגהת ש״ע מיהו בשוכר אין הדין כך אלא אפי׳ קנאו אין השוכר אחר מוציא מידו והארכתי בתשובתי בס״ד בראיות ברורות וכך פסק מהרש״ל בתשובתו:

פט וכתב א״א הרא״ש ז״ל אם בתחלת המשכונא וכו׳. כתב ב״י שהמ״מ בפי״ב משכנים כתב ע״ש הראב״ד והרמב״ם כדעת הרא״ש דמצי למימר הלוה היאך נוח לי וכו׳ וכן נראה דעת הרשב״א והר״ן ונמ״י ושלא כדברי המרדכי שכתב ונראה דאם המצרן בא מתחלה וכו׳ ונראה דדעת ב״י הוא מדמדמהו המרדכי להך דזבן גריוא דארעא במיצעי אלמא דבעינן דליהוי מוכחא מילתא דליכא הערמה כי הך דגריוא דארעא דבעינן דליהוי עידית או זיבורית אבל אם הוא כשאר שדה דאיכא למיחש להערמה דחינן ליה וה״נ בעינן דליהוי מוכחא מילתא דליכא הערמה ומ״ש המרדכי וז״ל וה״נ חזינן אם בשביל הערמה הוא עושה המלוה וכו׳ רצונו לומר דחזינן אם אפשר לומר דבשביל הערמה הוא עושה המלוה כגון דלא מוכחא מילתא דלית בה הערמה מסלקינן ליה זו היא דעת ב״י ואין פירושו מוכרח בדברי המרדכי דאפשר דגם המרדכי ס״ל כהרא״ש דבעינן דליהוי מוכחא מילתא דאיכא הערמה הא לאו הכי לא מסלקינן ליה מחששא בעלמא ואין מזקיקין אותו לא לחרם ולא לשבועה והיה דזבין גריוא דארעא נמי אם הוא כשאר השדה ודאי מוכחא מילתא דאית ביה הערמה דאין דרך לקנות מעט קרקע באמצע השדה אלא ודאי אערומי קא מערים לקנות אחר כך כל סביבותיו אלא דהיכא דעידית היא או זיבורית היא איכא למימר שמא לית ביה ערמה והכי ודאי עיקר דלא פליג המרדכי אדברי הרא״ש:

צא ומ״ש אבל אם אין הלוה חפץ לקנותה ודאי לא גרע וכו׳. פי׳ לא גרע דכי היכי דהמצרן מוציא מיד הלוקח הכי נמי המלוה מוציא מיד הלוקח ואם קדם וקנה זכה אף כנגד המצרן שאין המצרן יכול להוציא מידו ולכן כתב ב״י ע״ז דמדברי הרמב״ם בפי״ב משכנים שכתב הרי שטען הלוקח וכו׳ אם טען הלוקח גזלן אתה וכו׳ או שוכר או ממשכן צריך בעל המצרן להביא ראיה וכו׳ משמע להדיא דחולק בשניהם וס״ל דאין המלוה מוציא מיד הלוקח וגם אם קדם המלוה וקנה המצרן מוציא מידו ובספר בדק הבית פסק כמותו דסוגיין דעלמא כוותיה בדיני ממונות וכ״פ בש״ע ומיהו אנן נקטינן בשניהם כדברי הרא״ש ור״י ברצלוני ורבינו וכ״כ המגיד משנה על שם הרשב״א ולא קשה ממ״ש רבינו בסעיף ס״ה דברי הרמב״ם הללו וכתב עליהם וא״א הרא״ש כתב כדברי הרמב״ם דברור הוא דלא נתכוין רבינו לשם אלא לבאר דין זה דהיכא דטען הלוקח כך וכך והמצרן טען לא כי אלא כך וכך דהרמב״ם כתב דעל המצרן להביא ראיה והרמ״ה כתב דעל הלוקח להביא ראיה ושהרא״ש כתב כהרמב״ם דעל המצרן להביא ראיה כדכתב להדיא אצל זבן במאה ושוה מאתן ומביאו ב״י בסעיף י״ד אבל בדין משכנתא אם יש למלוה דין מצרן להוציא מיד הלוקח או שיוציא מיד המלוה בזה לא דיבר הרא״ש כל עיקר לא בפסקיו ולא בתשובותיו ולכן לא הזכיר רבינו כאן דעת הרא״ש כי אם מה שנ״ל ושכ״כ הרי״ב:

צב שכירות כתב הרמב״ם שאין בו דינא דבר מצרא וא״א הרא״ש ז״ל כתב בתשובה שיש בו דינא דבר מצרא וכו׳. נראה מדברי רבינו שהבין מדברי הרמב״ם מדכתב בסתם השכירות אין בו משום דין בן המצר אלמא דבכל גווני קאמר ולכן כתב דלהרא״ש בתשובה אית ביה דינא דבר מצרא היכא דשייך ביה הטוב והישר כמו גבי מכר והוא מה שכתב בכלל צ״ב בענין שנים שהשכירו חצר בשותפות ואחד מהם רצה להשכיר חלקו לאחר דחבירו יכול לסלקו ומביאו רבינו לפסק הלכה בסימן שט״ז ומה שכתב הרא״ש בכלל צ״ו על ארעא דחד ובתי דחד דהוי כמו שכירות ואין בו משום דינא דבר מצרא התם מיירי במוכר בית לאחר אצל בית הנשכר בהא ודאי לא שייך הישר והטוב לשוכר ואפילו קדם השוכר וקנאו המצרן יכול לסלקו דכיון דהשוכר לא נכנס במקום אלא בשכירות ובכלות הזמן עומד להסתלק ממנו הוי דומיא דמרי בתי לא מעכב אמרי ארעא דכתב הרי״ף דהיינו דאין לו חלק בקרקע אלא לזמן קצוב הילכך אינו חשוב מצרן ושכן לגבי ממכר עולם וכן השוכר אין לו חלק בגוף הקרקע דכשיגיע הזמן עומד להסתלק ממנה הילכך אין לו זכות בבית הנמכר אצל הבית הנשכר לו אבל היכא שהשוכר קנה הבית הנזכר לו הכא ודאי איכא הישר והטוב שלא להטריח להשוכר לטלטל ממקום למקום וכן שנים ששכרו חצר בשותפות והאחד רוצה להשכיר חלקו לאחר בהא נמי איכא הישר והטוב להיות נכסיו השכורין ביחד ולא חלוקים בב׳ מקומות וכן ברוצה להשכיר חצרו לאחר המצרן יכול לסלקו לומר אני קודם לשכרו דאיכא הישר והטוב שיהא הבית הנשאר לו סמוך לביתו בהני תלתא גווני אית ביה בשכירות משום דינא דב״מ ודלא כמ״ש הרמב״ם בסתם דמשמע דבכל גווני קאמר דאין בשכירות דד״מ זו היא דעת רבינו ואינו מוכרח אלא אפשר לומר דמודה הרמב״ם להרא״ש בהשכיר החצר לאחר דהמצרן מסלקו ולא מיירי ביה הרמב״ם דפשיטא דהמצרן קודם ולא קאמר הרמב״ם אלא במוכר הבית הנשכר לשוכר או במוכר בית אצל בית הנשכר התם הוא דאין בו דין בן המצר בין לזכותו דשוכר כשקנה הבית הנשכר לו בין לחובתו כשנמכר הבית אצל הבית הנשכר דאפילו קדם השוכר וקנאו המצרן מוציא מידו ובזה עלו כהוגן תשובות הרא״ש דקא סתרי אהדדי דהניחם ב״י בצריך עיון גם מדברי מהר״ש לוריא בתשובתו נראה דסותרין הן ואין להם ישוב ולפי ענ״ד דבר פשוט הוא כדפירש׳ דאין בהן סתירה גם דברי הרא״ש בתשובה אינן סותרים לדברי הרמב״ם ודלא כמו שהבין רבינו ובתשובה הארכתי בס״ד וקבעתי כך ההלכה ושוב ראיתי בספר ב״ה שכתב ישוב אחר על ב׳ תשובות הרא״ש דלא סתרי אהדדי עיין שם:

סימן קעו

א השותפין שבאין להשתתף אין השיתוף נגמר בדיבור וכו׳ כיוצא בזה כתב גם הרמב״ם והסמ״ג וכתב במגדל עוז שכן הוא בתשובת הגאונים ע״כ וכן משמע מלשון המשנה פ׳ מי שהיה נשוי דתנן וכן ג׳ שהטילו לכיס וכו׳ דמשמע דבעינן מעשה לגמר השיתוף ואינו נגמר בדיבור אבל המרדכי פ״ק דב״ב בשם הר״ם ובפרק הגוזל בתרא בשם ר״ת כתבו דגם בדיבור בעלמא בלא קנין סגי כדאמר בר״פ בית כור בההיא הנאה דצייתי אהדדי גמרי ומקני אהדדי ולא כהרמב״ם וסמ״ג ומשמע דאף בריווח דמכאן ולהבא אין כל אחד יכול לחזור בו ומה שקשה ממ״ש במרדכי בפרק השואל דשמעון שקיבל מנה בעיסקא מראובן על מנת שיחלוק עמו כל הריוח אף ממציאה דלא קנה ראובן כיון דלא קנו מיניה יש לומר דלא שייך לומר בההיא הנאה דצייתי אהדדי וכו׳ אלא בשנים שנשתתפו ועוסקים שניהם בשותפות וכל אחד יניח בשותפות מה שירויח דאינהו ודאי גמרי ומקני אהדדי אבל שמעון שקיבל עיסקא ועוסק לבדו בשותפות ומתנה שיתן כל הרווחים שיגיעו לו אפי׳ ממקומות אחרים דומיא דמתנה הוא ואינו נקנה אלא בקנין גמור וכן מבואר בדברי המרדכי בפרק השואל ע״ש:

ב ומ״ש וכתב הרמב״ם שצריך שיביא כ״א מעותיו כו׳ כבר כתבתי שכן משמע מלשון המשנה ודעתו שהטלה לכיס לאו כלום הוא אלא בעינן הגבהה: ומ״ש ונראה דה״ה אם כל אחד משך מעותיו של חבירו דמהני אף כי אין משיבין את האר״י וכו׳ מ״מ נראה דלענין שיתוף משיכה כזו לאו כלום הוא משום דכ״א צריך שיזכה בכל המעות ואם ימשוך כ״א מעותיו של חבירו א״כ נראה כמו מתנה שזה מקנה לזה וזה מקנה לזה ומעות עצמו יצאו מרשותו ואינן שלו אלא של חבירו ותדע דאל״כ אמאי אינו מקנה כ״א מעותיו לחבירו אגב קרקע אלא ודאי לפי שהיה נראה זה כמו מתנה וכו׳ כדפי׳ ונראה דמטעם זה כתב העיטור דס״ל להרי״ף בתשובה דאף בהטלה לכיס בעינן שנתערבו המעות דכל שלא נתערבו כ״א עומד בשלו אך אם הגביהו שניהם את הכיס וא״כ מכ״ש שאם ימשוך כ״א מעותיו של חבירו שאינו זוכה בכל המעות וק״ל. ולפ״ז הא דכתב הרב בכ״מ וז״ל נ״ל דלאו דוקא ויטילו אותם לתוך כיס א׳ וכו׳ דה״ה אם כ״א הגביה כיס חבירו שזכה ונתקיים השותפות וכ״כ בחשן המשפט עכ״ל ליתא אלא דוקא שיגביה כ״א כל המעות ואפילו לא יגביהום ביחד אלא בזה אחר זה זכה כל אחד ואחד במעות חבירו לעסק השותפות ולשון הרמב״ם דוקא הוא: ומ״ש ואפי׳ לא עשו משיכה כו׳ כ״כ הרמב״ן בחידושיו פ״ק דב״ב לגבי אומנים שהתחילו במלאכה נעשו כשכירים זה לזה. וכ״כ הריב״ש בסימן תע״ו בשם הרמב״ן והרשב״א דא״צ קנין אלא שיתחילו במלאכה וכו׳ אלא שתוך הזמן יכולין לחזור בהם להבא כדין פועל שיכול לחזור בו אפילו בחצי היום אבל במה שהרויח כבר אין אחד מהם יכול לחזור בו כמו שהעתיק ב״י אלא דמשמע מדבריהם דבריוח משא ומתן אפילו התחילו לישא וליתן לא קנה הלה אפילו

במה שכבר הרויח ויכול לחזור ולומר שלקחו לעצמו. ומכל מקום לדעת הרשב״א בתשובה ומביאו ב״י אם קנו ממנו אף בריוח משא ומתן אינו יכול לחזור ואפילו בנשתתפו במעות אם נהג שיתופם זמן אחד ונשלטה יד שניהם שלא כדעת הרמב״ן דסבירא ליה שאף בקנין יכול לחזור על הריוח דלהבא וצ״ע דלקמן העתיק ב״י בסימן קפ״ג תשובת הרשב״א שאם התנו כל בעלי חנויות ביניהם שכל הבגדים שיביאו הסוחרים לעיר יהיו כולם שותפים בהם אם לקח אחד על כרחם האחרים יחלקו עמו כדתניא בתוספתא וכו׳ אלמא אפילו בלא קנין ובריוח דמשא ומתן נמי אינו יכול לחזור. ויש לומר דשאני התם דכל בעלי חניות התנו דכיון שכולם התנו אלימא מילתא כאילו קנו מידן ואפילו הרמב״ם והסמ״ג וכל הגאונים מודים בזה כדתניא בתוספתא להדיא ולא אמרו דבעי קנין או שהתחילו במלאכה אלא בב׳ ותלתא שהתנו כן וק״ל וכן כתב מהרי״ק ואפילו הרמב״ם והסמ״ג וכל הגאונים מודים בזה כדתניא בתוספתא להדיא ולא אמרו דבעי קנין או שהתחילו במלאכה אלא בב׳ ותלתא שהתנו כולם וכו׳ דמהני אפילו בלא קנין אף ע״ג דהוי נמי באתן לך משום דהתם בההיא הנאה דצייתי אהדדי גמרי ומקני כדלעיל. אבל באתן לך במתנה בעלמא הוא אי קנה משתעבד אי לא קנה לא ודלא כסברת העיטור שהעתיק בית יוסף לקמן בסימן קצ״ה דאף בתגרי דאתנו אהדדי בקנין כי זבינגא להההוא מידי ליהוי שותפות ביננא דקנין דברים הוא וכן באתן לך קנין דברים הוא ע״ש דהא ודאי בקנין דחברו מהני אפי׳ לא אתנו כולם ואפילו למאן דסבירא ליה דבאתן לך לא מהני קנין כדלקמן בסימן רמ״ה מ״מ הכא איכא למימר בההיא הנאה דצייתי גמרי ומקני לפחות בקנין ואין חולק בזה אלא העיטור ואין להקשות על העיטור שסותר דברי עצמו שאמר דאפילו בלא קנין אין יכול נחזור ומהני תנאה בשיתוף בין מציאה בין דורון כדאיתא בהגה״ת אשיר״י בפרק האומנין ובהגהת מרדכי דבתרא דהתם איירי בנשתתפו בהטלה לכיס זה מנה וזה מנה והתנו ביניהם שיתוף בכל ריוח בין במציאה בין בכל דבר התם איכא למימר בההיא הנאה וכו׳ אבל בלא הטלה לכיס כל עיקר ס״ל דלאו כלום הוא ואפילו קנין לא מהני דהוי קנין דברים ודו״ק:

ג וכתב הרמב״ם נשתתפו בשאר מטלטלין וכו׳ וכן אם ערבו פירותיהן וכו׳ יש להקשות אמאי מהני בפירות עירוב בלא הגבהה טפי מבמעות ובכסף משנה כתב דה״פ אם ערבו פירותיהם והגביהום כל אחד מהם דומיא דמעות עכ״ל ולא נהירא דודאי מלשון הרמב״ם משמע דלעירוב פירות בלחוד סגי אלא נראה דבמעות כיון דאין השכר במעות עצמן אלא בסחורה שיקנו במעות הלכך צריך נמי הגבהה דליהוי היכירא שנשתתפו במעות אלו לישא וליתן בהם בקניית סחורה אבל בפירות שהשכר הוא בפירות עצמן שפיר איכא היכירא בעירוב הפירות בלחוד או בשכירות מקום וכו׳:

ד האומנין שנשתתפו וכו׳ אין זה שותפות כלל שאין אדם מקנה דבר שלא בעולם יראה מדברי רבינו שהבין מדברי הרמב״ם שאף במה שהרויח כבר יכול כל אחד להחזיק לעצמו דלא היתה שותפות מתחלה כל עיקר ושכ״כ הרמב״ן ב׳ שהתנו וכו׳ לא הוי תנאי ואין שום צד במה שיתקיים התנאי וכו׳ דמשמע דאין התחלה כלל לשותפותם אבל הראב״ד דמדמה אותו לדין עבדים ולאומר יקדשו ידי לעושיהם פשיטא דס״ל דאפילו על להבא לא מהניא חזרה אלא צריכין לקיים השותפות והתנאים עד הזמן שנשתתפו:

ה ומ״ה כתב רבינו דמתשובת הרא״ש יראה כדברי הראב״ד וכו׳ דמתוך מה שפסק הרא״ש דאין ראובן חייב ליתן לשותפין חלקם במה שהרויח כבר בעורות דאלמא ס״ל דצריך לקיים התנאי על כל פנים במה שעבר הוי דלא כהרמב״ם והרמב״ן א״כ הביא רבינו מדבריהם דלא הוי שותפות כלל וכ״א יכול להחזיק לעצמו אף במה שהרויח לשעבר ואין צריך לקיים התנאים שהתנו בתחלת השותפות ותימה שזה סותר מ״ש הריב״ש ע״ש הרמב״ן דמחלק בין הריוח שהרויח כבר קודם חזרה דהוי לאמצע אלא שיכולין לחזור בהם להבא וכ״כ מהרי״ק בשורש קפ״ב על שם הראב״ד בתשובה הפך דברי רבינו שהראב״ד חולק על הרמב״ן ושהרמב״ן והרמב״ם תופסין שיטה אחת דאף במה שכבר הרויחו יכול כל אחד להחזיק לעצמו. עוד צ״ע דלמאי שכתב מהרי״ק בשורש עשרים דאף להרמב״ם דוקא בתחלת השותפות הצריך נתינת מעות וכו׳ אבל היכא שכבר היו שותפין מקודם מודה הוא דכל תנאיהם קיימים בלא קניין וכו׳ דא״כ מנ״ל לרבינו דהרא״ש בתשובה פסק כהראב״ד הלא דברי הרא״ש אינם סובבים אלא על התנאי שהסכימו בו בשעה שהיו כבר שותפים דמודה ביה הרמב״ם דקיים הוא בלא קנין לפי דעת מהרי״ק איברא דב״י כתב כאן ובכ״מ דאין נ״ל שהרמב״ם יסבור כך עד כאן לשונו. ולפענ״ד דדברי מהרי״ק נכונים דהיכא דכבר היו שותפים מקודם כל תנאיהם בשותפות השנייה קיים אפילו לא חזרו והטילו לכיס דכבר הוא קיים במה שהטילו לכיס בהתחלת השותפות בראשונה אלא שעכשיו הוסיפו תנאי או שינוי התנאים בלבד וכן הדין באומני׳ שכבר נתקיים השותפו׳ כשהתחילו במלאכה בראשונה והרמב״ם לא אמרו אלא דבהתחלת השותפות אם לא עשו השותפים או האומנין קניין בכל דבר ודבר לפי קניינו יכולין לחזור בהן מיד וגם אם כבר הרויח כל אחד לעצמו אין חייב ליתן לחבירו חלק בריוח אם רצה לחזור מן השותפות וכך הם דברי הרמב״ן שהביא רבינו ב׳ שהתנו ביניהם וכולי והיינו כל זמן שלא הטילו לכיס ובאומנים כל שלא התחילו במלאכה יכולין לחזור בהן אבל בהטילו לכיס ואומנים שהתחילו במלאכה לא מצו לחזור בהן במה שכבר הרויחו אבל על להבא יכולין לחזור בהן וכמ״ש הרמב״ן להדיא בחידושיו פרק קמא דב״ב הביאו ב״י ודברי הריב״ש ישרים וברורים דהרמב״ן מחלק בין לשעבר ובין להבא וגם רבינו סובר כך אלא דיראה לו מדברי הרא״ש דס״ל כהראב״ד דלא בעי באומנים התחלת מלאכה אלא מיד כשהסכימו להשתתף על תנאי כך וכך נשתעבד גופו ולא מצי לחזור בו כלל אע״פ שלא התחילו במלאכה

ודקדק כך רבינו מדאמר בשאלה ראובן ושמעון ולוי שהיו בכל דבר שותפים וכו׳ ואחר זמן הסכימו וכו׳ והרא״ש השיב הדין עם ראובן דכיון שהוציאו מלאכת ידם בסתם וכו׳ משמע דבהסכמה בלחוד סגי שלא היה דעתם בהסכמה על הרצענות בלבד אלא על כל מה שירויחו במעשה ידיהם וכו׳ דאי איתא דבעינן קנין דוקא היה לו להרא״ש לתלות פסק דינו במה שעשו קנין בתחילה מדלא הזכיר בדבריו קנין אלמא דס״ל דאף בהתחלת השותפות לא בעינן קנין אלא בהסכמה לחוד נשתעבד גופו וכהראב״ד מיהו ודאי דברי הראב״ד אינן אלא באומנים שעל זה בלבד השיג על הרמב״ם אבל בשותפים דמשא ומתן לא השיג ומודה דבעינן הטלה לכיס ולפי זה ניחא דמ״ש מהרי״ק ע״ש הראב״ד בתשובה דיכולין לחזור בו מכאן ואילך אינו אלא בשותפין במשא ומתן אבל באומנים אין יכולין לחזור בהן כלל גם דברי הריב״ש ע״ש הרמב״ן אינו אלא באומנים דהתחילו במלאכה דמחלק בין לשעבר ובין להבא אבל בשותפין במשא ובמתן כשאמרו כל מקח שיבא לידינו יהא הריוח בינינו לא קנו וכמו שהוא מפורש בדברי הרמב״ן בחדושיו ומשמע ודאי דבעינן הטלה לכיס לד״ה והשתא ניחא דלא קשיא כל עיקר:

ו שמו הדבר שנשתתפו בו וכו׳ כך הוא לשון הרמב״ם בפ״ה מה׳ שותפין:

ח שנים שנשתתפו יחד וכו׳ פרק מי שהיה נשוי (כתובות דף צ״ג) אמר שמואל שנים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים השכר לאמצע ולאו דוקא השכר לאמצע דה״ה נמי ההפסד לאמצע וכדמשמע בסוגיא דמותבינן עליה מדתנן וכן ג׳ שהטילו לכיס פחתו או הותירו כך הן חולקין ופי׳ רש״י כל אחד וא׳ נוטל בשכר והפסד לפי מעותיו ומשני הותירו זוזי חדתי וכו׳ אבל פחתו ממש זה מפסיד מחצה וזה מפסיד מחצה וכן פי׳ רש״י והרי״ף כתב להדיא בדברי שמואל פיחתו או הותירו השכר לאמצע אפשר שכך היה גורס וכל זה דלא כמ״ש הראב״ד ומביאו רבינו לעיל סימן צ״ג סעיף כ׳ ועיין במה שכתבתי לשם בס״ד: ומ״ש בשם הרמ״ה ה״מ בגוף הממון וכו׳ נראה דדייק לשון פיחתו או הותירו משמע דהשכר וההפסד בא מחמת משאן ומתנן בממון זה וטעמא דנשתתפו סתמא קאמר דלא התנו כלום הלכך אנו אומדין דעתן דהסכמתם הוא שיטול כל אחד ואחד חצי הריוח וחצי ההפסד הבא מכח משא ומתן שכן דרך כל המשתתפין סתם אם לא שמתנים לחלוק הריוח לפי מעותיהן וכן ההפסד ומדלא התנה אומדנא דמוכח הוא שיחלקו השכר וההפסד בשוה וכדכתב הרא״ש ומביאו ב״י אבל בנפסד הכל שאין הפסד זה מכח משא ומתן אלא כגון שעמדו אנסים ונטלו הכל וכיוצא בזה מאונס שריפה ושאר אונסין ודאי לא נשתעבד מן הסתם לשלם מביתו כל זמן שלא התנה בפירוש וכ״כ בתשובה להרמב״ן סימן ב׳ ולפי זה נראה באין ספק דגם הרמ״ה מודה בראובן שהטיל לכיס ת׳ ושמעון ר׳ והפסידו ת״ק דישלם שמעון חמשים מביתו שהרי אנו אומדין דעתן שהסכימו שיטול כל אחד חצי הריוח וחצי ההפסד הבא מכח משא ומתן שכן דרך כל המשתתפין סתם שעיקר הדבר תלוי באומד הדעת וכן פסק הרמב״ם פ״י מהלכות שותפין ומביאו רבינו לעיל בסימן צ״ג סעיף ב׳ ומשמע שאין הרמ״ה חולק עליו מדלא כתב דברי הרמ״ה למעלה דחולק אדברי הרמב״ם והכי משמע להדיא מלשון הרמ״ה שכתב לפרש דברי עצמו כגון אם נשתתפו זה ק׳ וזה ר׳ ונפסד הכל וכו׳ דלא היה צריך לפרש כך אם לא דבא להורות דדוקא בכה״ג דנפסד הכל דלא בא ההפסד מכח משא ומתן אלא נפסד הכל ע״י עכו״ם אבל הפסד הבא על ידי משא ומתן משלם מביתו וכדברי הרמב״ם וע״ל במ״ש לשם בס״ד: פי׳ רבינו חננאל ורב אלפס הא דאמר השכר לאמצע וכו׳ כבר הביאו ב״י טעם מחלוקת זה: ומ״ש דוקא כשלקחו שור לחרישה וכו׳ כלומר דוקא בשמכרוהו חי כי אז אין חילוק דאפילו לקחוהו בתחלה לטביחה ואם היה נחלק לאבריו היו חולקין לפי מעותיהם מ״מ עכשיו שמכרוהו חי חולקין בשוה ואצ״ל אם לקחוהו לחרישה ומכרוהו חי ועוד נראה הא דנקט לקחוהו לחרישה אף על גב דלא איצטריך כדי למידק מינה אבל אם טבחוהו אף על פי שמתחילה לקחוהו לחרישה לא אזלינן בתר לקיחה אלא הכל הולך אחר החתום שאם סופו שמכרוהו חי חולקין בשוה ואם סופו ששחטוהו חולקין לפי מעות ודעת ר״י והרא״ש הביא ב״י טעמייהו עיין עליו כי האריך: כתב הרמ״ה וכו׳ אבל אם עלה בו ריוח אחר שהגיע זמן חלוקה שקבעו נוטלין לפי המעות ואפילו אם נזדמן וכו׳ נראה דה״ק לא מיבעיא אם עלה בו ריוח אחר זמן החלוקה כפי הנהגת המשא ומתן שקונין במקום הזול ומוכרים במקום היוקר והלקיחה והמכירה הכל היה אחר זמן החלוקה דפשיטא דחולקין לפי המעות שהרי הריוח לא הגיע אלא ממשא ומתן של מעות לאחר שהגיע זמן החלוקה אלא אפילו קנו סחורה קודם שהגיע זמן החלוקה ולא נזדמן שיכולין למכור אותה סחורה שיהא להם ריוח עד אחר זמן החלוקה שאז נתייקרה אותה סחורה והוה אמינא כיון שקניית אותה סחורה קודם שהגיע זמן החלוקה השכר הוא לאמצע קמ״ל דלא. אי נמי ה״ק אלא אפילו נזדמן על ידי סיבה דלא הוי שכיחא שמכרוהו לאותו עסק ביוקר גדול דהו״א כיון דריוח זה אינו מצד המשא ומתן במעות אלא ע״י הסיבה מבחוץ דלאו הרגילות תלינן במזל דידהו והריוח לאמצע ולא לפי המעות קמ״ל דכיון דהיוקר לא הגיע אלא לאחר שהגיע זמן החלוקה כל אחד נוטל לפי מעותיו:

ט לקח כל אחד פירות וכו׳ ברייתא לשם לקח זה בשלו וזה בשלו ונתערבו זה נוטל לפי מעותיו וזה נוטל לפי מעותיו: ומ״ש ואפילו אם נשתתפו במעות וכו׳ שם אוקמוה למתניתין דחולקין לפי מעותיו הותירו זוזי חדתי פחתו איסתרא דצוציתא ופי׳ הרמ״ה וכו׳ זהו פי׳ למ״ש בגמרא הותירו זוזי חדתי וכו׳ כלומר היתרון היה ע״י שהמלך גזר ליקח זוזים חדשים והזוזים הישנים שנשתתפו בהם כל זוז ישן הוא שוה שני זוז חדש דהיינו הוקר המטבע.

ופירש פחתו איסתרא דצוציתא שנפסלה המטבע הישנה ומי שיש לו מכה בפיסת רגלו מתחת קושר מהם שם וכו׳ כפירוש רש״י דהיינו הוזל המטבע ומשם למד הרמ״ה דה״ה אם הטיל זוזים פסולים וכו׳ א״נ הרמ״ה מפרש גם כן פירוש אחד הותירו זוזי חדתי היינו שאותם זוזים חדשים שאינם יוצאים שנפסלו הותירו שהכשירה המלכות פי׳ פחתו שהטילו בכיס היוצאים ונפסלו דעושים מהם רפואה למכה ברגלו וכו׳: אבל רש״י פי׳ וכו׳ כיון שלא הרויחו אלא חילוף המטבע כצ״ל וכן הוא באשיר״י: ומ״ש וכן פי׳ ר״י כן הוא לשם בתוס׳ וכתבו עוד דהאי הותירו זוזי חדתי לאו לאפוקי עתיקי דבהזהב מוכיח בכמה דוכתי דישנים יוצאים בהוצאה יותר מחדשים אלא לאפוקי איסתרא דצוציתא ושהם ישנים יותר מדאי עכ״ל: (י) וכתב עוד הרמ״ה וכו׳ כיון דלא אישתני גופא דממונא חולקין לפי המעות פירוש דוקא היכא דלא נגנבו או אבדו אלא מקצתו התם הוא דחולקין לפי מעותיהם כיון דלא אישתני גופא דממונא דאי הוה אישתני ההפסד הוא לאמצע כיון דלא נפסד הכל אבל בנפסד הכל אינו חייב לשלם מביתו כדכתב הרמ״ה גופיה לעיל בסעיף ח׳: כתב ב״י דבשערי רב אלפס כתוב דבנשתתפו סתם זה מנה וזה מאתים והתנו לעסוק בדבר מיוחד אם לא שינו ממה שהתנו השכר לאמצע אבל שינו לעסוק בדבר אחר השכר וההפסד לפי מעותיהם והיינו דקאמר בגמרא מסתברא מלתא דשמואל בשור לחרישה ועומד לחרישה אבל בשור לחרישה ועומד לטביחה נוטלין לפי מעותיהן עכ״ל ודחה ב״י דבריו מאחר שבהלכות לא כתב כך האלפס והרב מהר״ם איסרלס כתב על הב״י וז״ל ולי נראה דמכל מקום הדין אמת דלא גרע מהיכא דעלה בו ריוח לאחר זמן החלוקה שחולקין לפי מעותיהם כדכתב הרמ״ה גופיה לפי דתחלת השותפות לא הוה אדעתא דהכי וכ״ש בשינוי ממה שהתנו עכ״ל וכן פסק בהגהת ש״ע סעיף ו׳ ע״ש: כתב ב״י תשובת הר״ש בר צמח באחד שאמר לחבירו שיסייעו לגבות חוב ויתן לו שליש בריווח וגבו החוב ואח״כ קנו סחורה באותן דמים ופסק דיתן לו שליש בריוח דגביית החוב כפי התנאי ומה שהרויחו אח״כ יחלוקו בשוה כדין ב׳ שהטילו לכיס והשיג עליו ב״י דאינו נוטל בשאר רוחים אלא כמו פועל בטל או כמו שהוא מנהג לתת למי שמסייע לחבירו בסחורות ואינו משום קרן עכ״ד והר״מ איסרלש חולק דאם קנו אחר כך הסחורה אדעתא דשותפות הריוח מן הסחורה לאמצע שהרי השליש מן הריוח שהגיע לו מן החוב הוי קרן שלו והוה ליה שנים שהטילו לכיס וכמ״ש הרשב״ץ. אבל אם אינו אלא מסייע לחבירו שקנה הסחורה אין לו בריוח הסחורה כלום אלא נותן לו כמה שנותנין למסייע לחבירו כמ״ש ב״י וכן פסק בש״ע סעיף ז׳:

יא השותפין שומרי שכר הן מימרא דשמואל פרק חזקת וכדמוקי לה רב פפא דא״ל שמור לי היום ואשמור לך למחר אבל שמרו ביחד שמירה בבעלים הוא ופטור דאף על גב דבעליו עמו לא ישלם בשואל כתיב יליף מיניה שאר שומרים כדאיתא פרק השואל וכי ישאל וי״ו מוסיף על ענין ראשון וא״ת הא פשיטא דש״ש הוא דבשביל שחבירו ישמור לו היום גם חלקו הוא שומר למחר לחבירו גם חלקו תירץ רשב״ם דסד״א דש״ח הוא דבלאו חלק חבירו היה צריך לשמור את שלו ושמירה אחת היא בין הכל ולא ליהוי ש״ש קמ״ל: ומ״ש ואם מתחילה נתעסק בו אחד לבדו וכו׳ כ״כ לשם התוספות וע״ל בסוף סי׳ רצ״א:

יב האחין שהן שותפין וכו׳ בפ״ק דב״ק דף י״א אר״א האחין שחלקו מה שעליהן שמין וכו׳ ופי׳ רבינו דהאחין היו שותפין דאם לא כן היאך יעלה על הדעת להלביש עצמו או בניו ובנותיו מהממון שירשו כולם מאביהן הלא גזלן הוא אבל אי מיירי שהם שותפין מחלי אהדדי מן הסתם כל זמן שלא מיחו ומש״ה כתב רבינו כיון דהטעם הוא דשותפים מחלי אהדדי א״כ ה״ה בשאר שותפין ולא נקט ר״א אחין אלא לפי שסתם אחין הן משותפים מקמי חלוקה: ומ״ש רבינו יכולין כל א׳ למחות וכו׳ כן כתב לשם התוספות והרא״ש ובספר בדק הבית כתב ב״י וז״ל ולי נראה שאין מזה הכרע לומר שיהא דין השותפין כדין האחין לענין מה שעל בניהם ועל בנותיהם אין שמין ולא לענין התוספתא שהביא מגיד משנה עכ״ל והרב בהגהות כתב מיהו נ״ל דאזלינן בזה אחר המנהג עכ״ל וע״ל בסימן רפ״ו ובמ״ש לשם בס״ד:

טז כתב הרמב״ם המשתתף עם חבירו סתם לא ישנה וכו׳ כל זה למדו מהא דאיתא פרק הגוזל קמא בברייתא הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטים ולקח מהם שעורים וכו׳ ויתבאר בסימן קפ״ג סעיף ו׳ בס״ד: ואם קנה נבילות או טריפות כתבו רבינו בסימן קפ״ב סעיף ב׳ והיה ראוי לכתבו כאן: כתב בית יוסף דהשותף אין לו להתעסק בממון עצמו בסחורה אחרת ומ״מ אם נשתתף עם אחד בממון עצמו השכר והפחת הכל לעצמו ולא אמרינן כיון שלא היה רשאי להתעסק בסחורה אחרת א״כ אם היה שם שכר יהא לאמצע קמ״ל דלא ומדברי הרמב״ם למד כך:

יז שאלה להרא״ש ראובן וכו׳ תשובה זו כתבה רבי׳ בקיצור סוף סימן צ״ג ע״ש:

יח עוד שאלה יעקב ושמעון בנו וכו׳ עד הלכך מה שטוען איני יודע בשיתוף אבי עמך אינו טענה עד כאן משמע להדיא שחייבו לתת לו גם הריוח ותימה שהלא מפורש בתשובת הרא״ש שאם אין מפורש העיסקא בשטר אלא שטר חוב סתם על סך כך וכך אינו יכול ליקח ממנו ריוח וכ״כ רבינו בי״ד סימן קע״ז וז״ל וכן לא יכתוב עליו ש״ח דכיון שאינו מפורש בשטר שהיא עיסקא א״כ הו״ל הכל מלוה וקרוב לשכר ורחוק להפסד אפילו התנו ביניהם בע״פ שיחלקו הריוח ביניהם לא מהני דבתר שטרא אזלינן והו״ל כולו מלוה ואינו יכול ליקח ממנו שום ריוח עכ״ל וכ״כ הרא״ש בתשובה ואינה

נדפסת בדפוסים הישנים וז״ל כל הריוח שהרויח אח״כ הוא ריבית דרבנן כיון שלא נכתב בשטר שנתנו המעות לעיסקא אלא ש״ח גמור והוי קרוב לשכר ורחוק להפסד כיון דיהודה בטוח במעותיו כיון שהשטר בידו ואפילו התנו בע״פ שיחלקו הריוח וההפסד מ״מ כיון שלא נכתב התנאי בשטר ויוכל יהודה לגבות כל הממון בשטרו אף אם יפסיד כולו אסור לו ליקח מן הריוח כלום דבתר שטרו אזלינן ולא בתר דברים שבע״פ כדאמרינן בפ׳ א״נ אמר רבא לית הלכתא כטרשא מחוזנאי דזקפא רווחא אקרנא וכתבו בשטרא דמי יימר דהוה רווחא א״ל מר בר אמימר אבא עביד הכי וכי אמר ליה לא הוה ריוח מהימן להו א״ל תינח כל זמן דאיתיה בחיים אי שכיב ונפל שטרא קמי יתמי מאי אלמא אף על פי שהסוחרים היו מכירין בעניינו וכשהיה א״ל שלא היה ריוח כ״כ היה מאמין להם או היה מתנה עמהם בע״פ כי דבר ברור היה שלא היה נוטל מהם יותר ממה שהרויחו אפ״ה היה אסור כיון שאין התנאי שבע״פ מועיל אחר מותו דבתר שטרא אזלינן וה״נ כיון שיכול לגבות כל החוב בשטרו אף על פי שהתנה ע״פ לחלוק ההפסד בתר שטרא אזלינן ואסור לחלוק בריוח עכ״ל ומתשובה זו למד רבינו הא דכתב בי״ד דאפילו התנו ביניהם ע״פ וכו׳ כדלעיל ונראה בעיני דס״ל לרבינו דדוקא בהתנו ביניהם בעל פה שלא בעדים מטעמא שכתב דאין התנאי שבעל פה מועיל אחר מותו כו׳ אבל הכא דהתנאי היה בפני עדים ומועיל אחר מותו דינו כאילו היה מפורש התנאי בשטר ואין כאן איסורא ריבית אם נתנו יעקב בחנות ומ״ש הרא״ש בתשובתו זאת ועוד אני אומר שע״י השטר הכל מתברר וכתב ומסיק דאם הוא שט״ח ריבית היא היינו דוקא בדליכא עדים והכי משמע לשונו דכתב ועוד אני אומר וכו׳ כלומר אפילו ליכא עדים נמי הכל מתברר על ידי השטר וכו׳ ולפי זה ניחא דביורה דעה כתב הדין בהתנו ביניהם בע״פ בלא עדים וכאן כתב היכא דאיכא עדים ושני הדינים אמת וישר והכי נקטינן:

כ אחד מהשותפין וכו׳ הוא לשון הרמב״ם בפ״ה מה׳ שותפין ונראה דשורש דין זה הוא מטעם דאנן סהדי שמן הסתם לא נשתתפו אלא על דעת זה שלא יהיו מעותיו תלוין בספק אם לא התנו מתחלה:

כא אחד מהשותפין וכו׳ ה״א בפ׳ כל הגט ומייתי לה האלפסי בפרק המקבל וכתב עלה ושמעית מינה דלא אמרינן דשותפא מעכב אשותפיה בזביני אלא לפום מנהגא דעלמא אבל לעולם לא קאמר עכ״ל:

כג וכתב עוד הרמב״ם שותפין שהתנו ביניהם וכו׳ עד מרויחים יותר מהאחד כל זה הוא לשון הרמב״ם בפ״ד מה׳ שותפין וה״א בפרק המקבל (בבא מציעא דף ק״ה) אמר רבא הני בי תרי דעבוד עיסקא בהדדי ורווח וא״ל חד לחבריה תא נפלוג אי א״ל אידך נרווח טפי דינא הוא דמעכב עליה וכו׳ ומפרש הרמב״ם דר״ל שנים שעשו שותפות ביחד ואף ע״ג דרש״י פירש שני קבלנים שקבלו עיסקא מבעל הבית וכו׳ וכן פי׳ התוספות והיו גורסים הני בי תרי דקבלו עיסקא בהדי הדדי וכן פירש בנ״י וכתב עוד נ״י דשנים שעשו שותפות כל אחד ואחד לא גרע מפועל שיכול לחזור בו אפילו בחצי היום ויכול ג״כ לחלוק בתוך הזמן דכיון דהוא גופיה לא משתעבד נכסוהי נמי לא משתעבדי טפי מגופיה מ״מ אין כן דעת הרמב״ם אלא מפרש הך הני בי תרי דעבדי עיסקא בהדי הדדי דפ׳ המקבל כי הך דפרק אלו מציאות סוף (בבא מציעא דף ל״א) איסור ורב ספרא עבוד עיסקא בהדי הדדי וכי הך דפרק איזהו נשך (דף כ״ט) הנהו תרי כותאי דעבדי עיסקא בהדי הדדי דמיירי שעשו שותפות ביחד וכמו שפי׳ להדיא האלפסי בפרק המקבל וס״ל דכיון שעשו שותפות לזמן אינן יכולין לחלוק שלא מדעת חבירו תוך הזמן ואינו דומה לפועל אצל בעל הבית דהוא יכול לחזור ובעל הבית אינו יכול לחזור מטעם כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים אבל שני שותפין כ״א אדון לעצמו ועובד לעצמו וכיון דליתא לטעמא דכי לי בני ישראל עבדים בשני שותפין השתא ודאי כל תנאי שבממון קיים ואין אחד מהם יכול לחזור תוך הזמן ודלא כמ״ש נ״י והכי משמע להדיא מדברי התוספות בפ׳ המקבל דדוקא בי תרי דקבלו עיסקא מאדם אחר אין אחד יכול לכוף לחבירו לחלוק עמו תוך הזמן אבל יחיד דמקבל עיסקא מבעה״ב המקבל יכול לחזור בו מטעם דפועל יכול לחזור אפילו בחצי היום אבל בעה״ב אינו יכול לחזור וכן פסק הרא״ש הביאו רבינו בסמוך סעיף כ״ח אלמא משמע דוקא יחיד שקבל מבעה״ב אבל שני שותפין אינן יכולין לחזור תוך הזמן שלא מדעת חבירו דאל״כ הו״ל לאשמועינן רבותא דאפילו שני שותפין יכול לחזור כ״ש יחיד המקבל עיסקא מבעה״ב הנה אפילו התוספות והרא״ש דמפרשים כפי׳ רש״י דהך דהנהו בי תרי דעבוד עיסקא בהדי הדדי מיירי בשני קבלנים שקבלו מבעה״ב אפ״ה לא כתבו שיש לו דין פועל אלא ביחיד שקבל מבעה״ב לא בשנים שנשתתפו יחד השתא ניחא דלהרמב״ם לא קשיא דהוא מפרש להך דהני בי תרי דעבוד עיסקא בהדי הדדי דאיירי בשנים שנשתתפו ואין להם דין פועל אלא אינו יכול לחזור תוך הזמן והכי נקטינן דבזה מודה אף הרא״ש דלא כב״י שכתב כאן וז״ל ותמהני מרבינו שכתב דברי הרמב״ם סתם ולא כתב שהרא״ש חולק עליו וכ״כ ב״י עוד בסמוך סעיף כ״ח ולא דק כאשר יתבאר בסעיף כ״ח וסעיף ל״ג בס״ד גם לא כנימוקי יוסף וכן כתב הגהות מיימוני בשם התוס׳ פ״ה דשותפין ומביאו ב״י והכי מוכח מדברי הרמ״ה בסימן זה סעיף ח׳:

כד נשתתפו סתם וכו׳ כתב ב״י דכך הוא מפרש עובדא דרב ספרא ואיסור ועובדא דתרי כותאי דפלוג חד בלא דעת דחבריה דבנשתתפו סתם היו המעשים הללו ואינו הכרח לפרש כך דאיכא למימר דעובדא הוי שהגיע הזמן של שותפות אי נמי הגיע זמן מכירת הסחורה כדכתב הגהת מיימונית

בשם התוס׳ הבאתים בסמוך: היה זמן ידוע וכו׳ כבר כתבתי דה״א פרק כל הגט: ומ״ש ואין אחד מהם נוטל לא מן הקרן וכו׳ ה״א בהך מימרא דהמקבל הני בי תרי דעבדו עסקא בהדי הדדי וכו׳ דמפרש הרמב״ם בשני שותפים כדפירשתי בסמוך:

כו היה עליהם חוב לאחר וכו׳ נראה דדין זה דוקא בנשתתפו סתם אבל בנשתתפו עד זמן קצוב והגיע סוף הזמן אפילו הם אחראין וערבאין זה לזה חולקין ואין חבירו יכול לכופו לישא וליתן עמו אחר שעבר הזמן הקצוב ואם מתיירא כל אחד מחבירו שישמיט עצמו מלפרוע חלקו בחוב חייב כל אחד להניח משכון ביד שליש המרוצה לשניהם שיהא כל אחד בטוח מחבירו שישלם חלקו בחוב כשיגיע הזמן והכי משמע להדיא מדברי הרמב״ם דהיה עליהם חוב לאחר לא קאי אלא אנשתתפו סתם אבל בש״ע הפסיק בין דין נשתתפו סתם לדין זה דהיה עליהם חוב לאחר בשאר חילוקי דינים ומובן דדין זה דהיה עליהם חוב לאחר קאי נמי אנשתתפו עד זמן קצוב וכך הבין מהרו״ך וליתא: וא״א הרא״ש כתב וכו׳ כלומר להרמב״ם אין חולקין בחובות אלא מניחין אותם עד זמן שיפרעו החובות ואז חולקין במעות אבל להרא״ש חולקין אף בחובות חוב זה כנגד חוב זה ויפילו גורל ואם אין בו שיעור חלוקה דהיינו שאין שם אלא שטר אחד אי נמי שטר אחד סכומו גדול ובטוח ואחד סכומו קטן ואין בטוח אין בהן דין חלוקה וכיוצא בזה חולקין בגוד או איגוד והרב בספר ב״ה כתב דאפשר דגם הרמב״ם מודה דאם רצו לחלוק מיד בשטרות ובחובות חולקין כהרא״ש אלא דלא נחת הרמב״ם אלא לומר שאין אחד מהם יכול לעכב מלחלוק עד שיגבו החוב אלא חולקין מיד וכו׳ וה״ה דיכולין לחלוק בשטרות מיד וחדא מינייהו נקט והכי נהוג לחלוק השטרות כדברי הרא״ש:

כז הנותן מעות לחבירו וכו׳ הם תשלום דברי הרמב״ם שכתב רבינו בתחלה וכתב עוד הרמב״ם שותפין שהתנו ביניהם וכו׳ אלא שהפסיק באמצע דבריו ואמר דהרא״ש פוסק דיכולין לחלוק בשטרות דלא כהרמב״ם ועכשיו חזר וגמר סוף דברי הרמב״ם וכתב עליו וכ״כ א״א הרא״ש המקבל עיסקא וכו׳ עד אבל הנותן אינו יכול לחזור בו דהבין רבינו מדברי הרמב״ם שכתב הנותן מעות לחבירו וכולי אינו יכול לחזור ולתבוע ממנו הממון וכו׳ דמשמע דווקא הנותן אינו יכול לחזור בו אבל המקבל יכול לחזור בו דאל״כ הו״ל להרמב״ם לומר דאין הנותן ולא המקבל יכולין לחזור בהם אלמא דוקא הנותן אינו יכול לחזור אבל המקבל יכול לחזור וכדעת הרא״ש ולא כתב הרמב״ם דבהתנו ביניהם זמן קצוב דכ״א ואחד מעכב על חבירו ואינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן וכו׳ אלא בשני שותפין שכל א׳ נותן מעותיו ונושאין ונותנין ביחד אבל בנותן ומקבל נותן הוא דאינו יכול לחזור אבל המקבל יכול לחזור בו וכדעת הרא״ש הוא ג״כ דעת הרמב״ם דלא כב״י שוב ראיתי בספר ב״ה דהב״י חזר בו ממ״ש כאן ועיין במ״ש בסמוך סעיף כ״ג ולקמן סעיף ל״ג:

כט שני שותפין שיש להם תביעה וכו׳ מימרא דרב הונא ס״פ מי שהיה נשויוכל זה שכתב רבינו עד ולא להרויח כתבו רבינו לעיל סוף סימן קכ״ב וצ״ע דכאן כתב ואלמלא שאין לי להכריע ולמעלה הכריע ואמר ומסתברא כדברי הרמב״ם:

לא כתב הרמ״ה דה״ה ב׳ שותפין וכולי נראה דהרמ״ה דקמפרש להא דא״ר הונא הני תרי אחי או תרי שותפי דאית להו דינא בהדי חד ואזיל חד מינייהו בהדיה לדינא לא מצי אידך למימר ליה את לאו בעל דברים דידי את אלא שליחותיה קעביד דבין דהשותפים או האחים תובעים לאחר ובין שהשותפים נתבעין כיון דאיתיה במתא איבעי ליה למיתי לדינא בהדי שותפיה ומדלא אתא ודאי ניחא ליה במה שטען זה בשבילו ושליחותיה קעביד והכי משמע מפרש״י שכתב בסתמא ואזל חד מינייהו בהדיה לדינא בדבר השותפות ויצא השותף חייב וכולי וכל זה דלא כמ״ש במרדכי פרק מי שהיה נשוי ע״ש ראבי״ה וכמה גדולים דבשותפים נתבעים לא אמרינן מיבעי ליה למיתי ושליחותיה קעביד והעתיקו ב״י לעיל בסימן קכ״ב מיהו צ״ע דלמאי שכתב הרמ״ה ודוקא בממונא דלא מיחסר גובייא וכו׳ א״כ לפי זה כ״ש בשותפין תובעין דלא גבינן מיניה דחברים במידי דמחוסר גובייא אע״ג דשליחותיה קעביד עד דקאי בהדיה לדינא וא״כ לא ס״ל להרמ״ה הא דכתב רבינו לעיל ונותנין עליו פסק דין ויורדין לנכסיו דמשמע הלשון דאף במידי דמחוסר גובייא גובין ממנו והא ליתא להרמ״ה אפילו בנתבעין:

לב אחד מהשותפין שבא לחלוק בלא דעת חבירו וכו׳ עד אלא בב״ד הכל תלמוד ערוך בפרק אלו מציאות בעובדא דאיסור ורב ספרא ובפ׳ איזהו נשך בעובדא דתרי כותאי ע״ש:

לג וכתב ה״ר ישעיה וכו׳ ואין זה כדברי הרמב״ם וכו׳ גם פה כתב ב״י דדעת התוספות והרא״ש דלא כהרמב״ם וסוברים דיכול שותף לחלוק קודם שיגיע הזמן שקבעו וכן דעת נימוקי יוסף וליתא אלא דעת התוספות והרא״ש הוא כדעת הרמב״ם כדלעיל סעיף כ״ג ובסעיף כ״ז והכי נקטינן כרוב הגאונים דהוא גם כן דעת הראב״ד וכך כתב האלפסי פרק המקבל והמרדכי פרק מי שהיה נשוי ומביאו בית יוסף דלא כנימוקי יוסף והר״ר ישעיה: ואם חילק וכו׳ ולא נהירא לי וכו׳ הב״י השיג כאן ואמר דהו״ל כדין נותן לקנות חטים וקנה שעורים דהשכר לאמצע והפסד לו לעצמו אבל בספר בדק הבית

חוזר בו וכתב ומ״מ מדברי הרמב״ם פ״ה דשותפין נראה שאם חילק בפחות מג׳ לא עשה ולא כלום משמע שדינם אחר החלוקה כקודם חלוקה כי החלוקה בטילה מעצמה עכ״ל וכן פסק בש״ע סעיף י״ח בסתם דאם חלק בפחות משלשה לא עשה כלום עכ״ל:

לה כתב הרמב״ם מת א׳ מהשותפין וכו׳ ספ״ה דשותפין וכ״כ הרא״ש פרק המקבל גבי ההוא שתלא וכו׳ וכתב שכן דעת רבינו מאיר והביא ראיה מתוספתא וכתב שם נמוקי יוסף שכך דעת הרמב״ן והרשב״א וכן כתב הריטב״א בשם רבו וכתב עוד בית יוסף סוף סימן זה ע״ש הריטב״א שכן כתב בתשובה עיין במחודשין סעיף מ״ו אלא דיש לתמוה דהמרדכי בפרק הגוזל בתרא והמקבל כתב ע״ש רבינו מאיר במי שקבל בעסקא ויש לו אשה ובנים ומת דאין הנותן יכול להוציא מידה דכל המפקיד ע״ד אשתו ובניו הוא מפקיד וזה סותר למ״ש הרא״ש בשם רבינו מאיר ובספר בדק הבית תירץ קצת וזה לשונו ואף ר״מ לא אמרה אלא כשיש לו אשה ובנים דכיון דמתחלה ע״ד הפקיד הו״ל כאילו לא מת השותף אבל אם אין לו אשה ובנים מודה ר״מ דבטלה השותפות עכ״ל ואין נראה לי לסמוך על תירוץ זה לענין פסק דין דאף ע״ג דהמפקיד מפקיד ע״ד אשה ובנים אינו אלא לענין שמירה אבל להריוח יכול לטעון הם אינם יודעין להרויח כמו אביהם ותו דאפילו את״ל דרבינו מאיר מחלק בכך מ״מ שאר כל הגאונים כתבו בסתם דבטל השותפות והעסק ולא חלקו הלכך הכי נקטינן דאפילו יש לו אשה ובנים מתבטל השותפות מיהו נראה הבו דלא לוסיף עלה דוקא בשותפות כיון שנים שהטילו לכיס או נשתתפו במלאכה וכן במקבל עיסקא אבל שנים שחכרו חכירות מן השר או מן המלך כגון אורנדא וריחים וכיוצא בזה שכל אחד זכה בחלקו בכתב שנתן השר לשותפים אם מת אחד מן השותפין אין השני יכול לדחות את האלמנה והיורשין מן אותו חכירות דמאי חזית שהם ידחו מפניו ידחה הוא מפניהם אלא הדין הוא השותפות קיים ודמי ממש להניח פרה שאולה דמשתמשין בה כל ימי שאלתה ואם טוען שהאשה והבנים אינן יודעין להשתדל בחכירות ונתמעט הריוח הרי הדין ביניהם וכך הורתי הלכה למעשה:

לו שאלה לא״א הרא״ש וכו׳ עד כפי חלקו במעות כל זה הביא רבינו לעיל בסימן צ״ג מסעיף כ״ד עד סוף הסימן ושם בארתיו בס״ד והרב בספר בדק הבית הקשה מה שהשיב הרא״ש מתביעה הראשונה שאם יברר שמעון בעדים שלא פרע היהודי לעכו״ם היאך יוכל לברר ועוד למה צריך לברר כן שאף אם פרע והעכו״ם מכחישו ועל ידי כן הוצרך שמעון לפרוע לעכו״ם למה לא יתחייב ראובן לפרוע מיהו קמייתא אפשר לומר שאפשר לברר בעדים שלא פרע היהודי לעכו״ם על ידי שיודה היהודי כן לפני עדים עכ״ל ולי לא קשיא ולא מידי דכיון דשמעון לא עשה שטר לסוחר אלא שאם לא יתנם לו היהודי לזמן פלוני שיפרע לו הוא אם כן אין הסוחר יכול להוציא משמעון אא״כ יברר בדיניהם דלא היה יכול ליפרע הוא מן היהודי שתבעו בדיניהם ונמצא שאין לו מה לפרוע ושראייה שהשטר שעשה היהודי לסוחר הוא ביד סוחר ופשיטא דמיירי בסוחר עכו״ם דציית דינא בדיניהם שאם היה היהודי פורע להסוחר והחזיר לו השטר ליהודי ועם כל זה הוא מאנס לשמעון לפרוע לו שנית אם כן שמעון פושע הוא שנשתעבד לעכו״ם אנס שלא מדעת ראובן ולכך אין ראובן חייב אא״כ יברר שמעון בעדים שלא פרע היהודי לעכו״ם: ומ״ש וראובן לא ידע בזה וכו׳ כנ״ל וכן הוא בס״א ועיקר וכן פירש ב״י מיהו יש לפרש דהכי קאמר וראובן ידע בזה בלבד שאחי שמעון הוה ליה מעות בשותפות אבל לא הסכים מעולם שיתנו לו ריוח כי שמעון לא הודיעו וגם ראובן לא שאל אחר זה ועל זה היו דנין עכשיו אם ראובן חייב בריוח שהבטיח שמעון לאחיו:

לט עוד שאלה וכולי או נתתי לך מקצת וכו׳ איכא למידק אמאי נאמנת במגו דנתתי לך מקצת וכו׳ דהוי מגו דהעזה וכי היכי דמודה מקצת אינו נאמן במגו דכופר הכל לפי שאין אדם מעיז וכו׳ כדרבה ויש ליישב דהרא״ש לא התברר לו טענת אלמנת ראובן שכתב השואל שטענה בפני מחל בעליך לבעלי וכו׳ אם ר״ל בפני ולא בפניך או ר״ל בפניך ובפני ולכך השיב על שני דרכים אם היתה טוענת בפני מחל בעליך לבעלי וכו׳ ושלא בפניך דליכא העזה אז נאמנת במגו דלא היה להם אלא כך וכך דבשתי הטענות ליכא העזה דאין אלמנת שמעון יודעת כלום לא ממחילת בעלה ולא ממה שהיה להם ואם היתה טוענת דבפני ובפניך מחל בעליך לבעלי וכו׳ נאמנת במגו דנתתי לך מקצת וכו׳ דבשתי הטענות איכא העזה ועיין לעיל בסימן ס״ד ובסימן קמ״ו סעיף כ״ו ול״ג ובסימן קמ״ט סעיף כ״ד:

מג ומ״ש ומה שטוענת אלמנת ראובן בעלי ובעליך נתנו לי וכו׳ ותטול אותם המעות במגו דאי בעית אמרה נתתי לך חלקך גם פה צ״ל שאלמנת ראובן טוענת בפניך נתנו לי בעלי ובעליך כך וכך ממון ונשבעו לי וכו׳ ואלמנת שמעון השיבה להד״ם דטענת אלמנת ראובן היה העזה והאמינה במגו דאי בעיא היתה מעיזה ואמרה נתתי לך חלקך:

מד ומה שטוענת ששמעון פשע שהחזיר שטר חוב לעכו״ם שהיה חייב להם שהיה רובו פרוע וכו׳ כלומר שלא היה כולו פרוע אלא רובו אבל עדיין נשאר חייב קצת והחזירו לעכו״ם ומתוך כך באו לידי הפסד שהעכו״ם טען כולו פרוע. אבל בתשובות הרא״ש כתוב וז״ל שהחזיר שטר חוב שהיה לעכו״ם עליו שהיה פרוע רובו כו׳ והענין דשמעון היה חייב לעכו״ם לצורך השותפות ופרע רובו לעכו״ם והעכו״ם האמין לשמעון ומסר לו השטר חוב

וחזר שמעון והחזיר השט״ח לעכו״ם שלם בלא שום כתב קבלת פרעון ומתוך כך באו לידי הפסד ולענין דינא ליכא נפקותא דבין כך ובין כך פשע שמעון וכו׳ ובמקצת דפוסים כתוב ללוי במקום לעכו״ם וט״ס הוא וצ״ל לעכו״ם:

סימן קעז

א אחין השותפין וכו׳ משנה וגמרא פרק מי שמת (בבא בתרא דף קמ״ד) ומ״ש אם דרך המלך ליטול אחד מכל בית ובית וכו׳ כך פי׳ רשב״ם לשם ובאחין השותפין ומתפרנסין יחד מתפוסת הבית שייך לומר כך אבל בשותפין שאינן אחין צריך לומר שדרך המלך ליטול אחד מן השותפין אף על פי שיש לכל אחד בית בפני עצמו אינו נוטל אלא אחד מן השותפים: ומ״ש ואם אין דרכו ליטול אלא הישר בעיניו כלומר לפעמים נוטל אפילו שנים מבית אחד או שנים מן השותפין אם ישרו בעיניו ולפעמים אינו נוטל כלל מהם לפי שאינן חריפים ועשירים:

ב וכתב הר״י הלוי דווקא לאומנות המלך וכו׳ כלומר אין לפרש דלאו דווקא מלך אלא אפילו שאר שררות שמינהו מחמת אחין דליתא אלא דווקא מלך דלא תקנו חכמים אלא גבי מלך משום דכך הוא מחוקי המלך למנות אחד מכל האחין או השותפין והשכר יהיה לכל האחין והשותפין אבל בשאר שררות לא תקנו חכמים כלום ומה שירויח הוא לעצמו והכי משמע מברייתא דתנא ומפרש האי אומנות לאומנות המלך אלמא דבא להוציא שאר שררות שאינו לאמצע אלא לעצמו: וכתב הר״ר יונה אפילו לאומנות המלך וכו׳ דאם לא כן לקתה מדת הדין שהאחין עושין מלאכתן לעצמן ואין לזה חלק בשכר שמרויחים בכל יום וזה שנפל לאומנות המלך איכא לכל אחד מהאחין חלק בשכר שמרויח הוא אלא בעל כרחך שגם הוא נוטל תחלה משכרו טורח מלאכתו כפועל בכל יום ואחר כך חולקין במה שנשאר מן הריוח ונמצא עכשיו שאין לאחד שום יתרון על שאר אחיו:

ג חלה אחד מהם וכו׳ משנה שם חלה ונתרפא נתרפא משל עצמו ובתוספתא תני עלה אמר רשב״ג במה דברים אמורים ברפואה שיש לה קצבה אבל רפואה שאין לה קצבה נתרפא מן האמצע ובגמרא שלח רבין משמיה דרבי אילעא ל״ש אלא שחלה בפשיעה אבל באונס נתרפא מן האמצע ה״ד בפשיעה כדאמר רבי חנינא הכל בידי שמים חוץ מצינים ופחים. והאלפסי והסמ״ג הביאו הך דרבין ולא הביאו התוספתא. אבל הרא״ש הביא דרבין וגם הביא התוספתא וזה לשון התוס׳ חלה ונתרפא וכו׳ ותניא בתוספתא במה דברים אמורי׳ ברפואה שיש לה קצבה אבל רפואה שאין לה קצבה נתרפא מן האמצע וכן בכתובות גבי אלמנה אומר גבי רפואה שיש לה קצבה ה״ה בכלל כתובה ושאין לה קצבה ה״ה כמזונות ובאונס דהכא אין חילוק בין אין לה קצבה ליש לה קצבה כן תירץ ר״י עד כאן לשונו. ונראה דמה שכתבו התוספות וכן בכתובות וכו׳ הכי פירושו דהך דרבן שמעון בן גמליאל בתוספתא הוי הלכתא כי הך דרבן שמעון בן גמליאל בכתובות דמחלק בין יש לה קצבה לאין לה קצבה וקיימא לן דהלכתא הכי ובהא נמי הלכתא הכי ואחר כך אמרו דרבן שמעון בן גמליאל דהכא ודהתם איירי בחלה באונס ומשום הכי איכא לחלק בין יש לה קצבה לאין לה קצבה דאילו לאוקימתא דרבין דבסוגיא דהכא דמוקמי למתני׳ בפשיעה אין חילוק בין אין לה קצבה ליש לה קצבה דאפילו אין לה קצבה נתרפא משל עצמו וכך הוא להדיא בפסקי תוספות וזה לשונו בפרק מי שמת חלה אחד מן האחין בפשיעה ונתרפא מתרפא משל עצמו בין יש לו קצבה בין אין לו קצבה עכ״ל וכך הם דברי רבינו אבל הב״י הבין איפכא דמתניתין דמיירי בפשיעה כדרבין מחלק בה רשב״ג בין יש לה קצבה לאין לה קצבה אבל חלה באונס אפילו יש לה קצבה מתרפא מן האמצע וכ״כ התוספות בהדיא וכך כתב ה״ר ירוחם ויש לתמוה על רבינו וכו׳ עכ״ל ב״י נראה שהבין מדברי התוספות דהכי קאמרי דלמאי דתני בתוספתא דמתניתין ברפואה שיש לה קצבה דווקא קתני לעצמו אם כן לרבין דמפ׳ למתניתין דווקא בפשיעה אבל באונס נתרפא מן האמצע השתא הך אונס דהכא דנתרפא מן האמצע אין חילוק בין אין לה קצבה ליש לה קצבה בכל ענין נתרפא מן האמצע והא ודאי ליתא אלא דעת התוספות כדעת רבינו וכדפרישית מכמה טעמים חדא דהלשון ובאונס דהכא אין חילוק וכו׳ הוא לשון זה לומר ובאונס דהכא ותו דלרבין לא מיירי מתניתין אלא בפשיעה ולא מיירי באונס כלל ואם כן מאי קאמר ובאונס דהכא וכו׳ ותו דבאלמנה דקי״ל כרשב״ג דרפואה שאין לה קצבה חייבים לרפאותה אינו אלא דווקא בחלתה באונס וכדמשמע מדברי הפוסקים שכתבו בסתם דאל״כ היה להם לפרש דאפילו בפשיעה חייבים לרפאותה וכאן באחין קאמר נמי רשב״ג בסתם לחלק בין יש לו קצבה לאין לו קצבה ויהא פירושו משתנה דאפילו בפשיעה נתרפא מן האמצע באין לו קצבה. ותו שהרי בפסקי תוספות כתוב להדיא איפכא ממ״ש ב״י לדעת התוספות. ותו קשה לפי דעת זו היאך שנינו בסתם חלה ונתרפא נתרפא משל עצמו ולא משכחת לה אלא בחדא גוונא דהיינו בפשיעה וברפואה שיש לה קצבה אבל באין לה קצבה אפילו בפשיעה אי נמי באונס אפי׳ יש לה קצבה נתרפא מן האמצע אבל למאי שמפרש רבינו ניחא דבכל גוונא נתרפא משל עצמו זולתי בחלה באונס ורפואה שאין לה קצבה דנתרפא מן האמצע ומתניתין דתני סתמא בכל גוונא תנא לה דאי בפשיעה נתרפא משל עצמו בין יש לו קצבה בין אין לו קצבה ואי באונס נתרפא משל עצמו היכא דיש לו קצבה והיינו דקא מפרש רשב״ג למתניתין דמיירי בסתם חולי שהוא על ידי אונס במה דברים אמורים ביש לו קצבה וכו׳ ורבין נמי קאתי לפרושי מתניתין דתני סתמא דמשמע בין איש לו קצבה בין אין לו קצבה נתרפא משל עצמו אין זה אלא בחלה בפשיעה ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי והכי נקטינן כדברי רבינו על פי דברי

רבינו יצחק בתוספות שהוא עיקר ודלא כמה שפירש בנימוקי יוסף לשם דאזיל בשיטת הר״ר ירוחם וכמו שהבין ב״י דליתא כנ״ל: כתב הר״ר יוסף הלוי דוקא זה שמתעסק באומנות המלך וכו׳ נראה דדקדק מדתנן האחין השותפין שנפל אחד מהם לאומנות המלך נפל לאמצע חלה ונתרפא נתרפא משל עצמו דאלמא דוקא זה שמתעסק באומנות המלך בשביל כל האחים ושאר השותפין בטילים ונוטלין חלק ברווח לפיכך אם חלה באונס נתרפא מן האמצע אבל שאר שותפין אפילו באונס מתרפא בשל עצמו דאל״כ אלא דאין חילוק בין נפל לאומנות המלך לשאר שותפין אמאי תני לה להך בבא דחלה ונתרפא הכא בעלמא הו״ל לתנא לאורויי הך דינא אלא ודאי דהך דינא ליתיה אלא באחין שנפל אחד מהן לאומנות המלך ומטעמא דאמרי. וכתב ב״י ומיהו דוקא כשאין השותפין ניזונים מן השותפות אבל בניזונים מן השותפות וחלה באונס כל רפואה שאין לה קצבה כמזונות דמיין וכדכתב בתשובת הרא״ש להדיא הביאו רבינו בסימן קע״ו סעיף מ״ה:

ה רצה אחד מן השותפין לילך ללמוד תורה וכו׳ ברייתא שם ת״ר אחד מן האחין שנטל ר׳ זוז ללמוד תורה וכו׳ ואסיקנא דנותנין לו לפי ברכת הבית ודברי רבינו בזה כפי׳ ר״ת דיכולין לידע כמה הוציאו בשנה ראשונה וכמה בזו וב״י תמה על רבינו שכתב דין זה באחד מן השותפין דכיון דנשתתפו ע״ד שיתעסקו בעסק השותפות מהי תיתי שיניח השותפות וילך ללמוד תורה או אומנות וכן בברייתא לא הוזכרו אלא אחים וכ״כ הרמב״ן בתשובה סימן כ״א דדוקא בשותפין אחין עסקינן עכ״ל ויש לקיים דברי רבינו בשותפין שאינן צריכין לטרוח בשותפות שניהם ביחד אלא זה עוסק בלבדו שנה או חצי שנה ואחר כך עוסק השני גם הוא שנה או חצי שנה ובדרך זה אין חילוק בין אחין לשותפין דכשאין זמנו לעסוק בשותפות הולך ללמוד תורה וכו׳ וכשהגיע זמנו חוזר לביתו ועוסק בשותפות קא עסקינן: כתב ב״י וכתב בעיטור באות שי״ן שתוך ירושלמי א״ר יוסי בן שנראה חלוק בחיי אביו מה שסגל לעצמו דכיון דלא תבעו אביו בחייו מחל לו ואין אחיו חולקין עמו עכ״ל בקיצור וכתב הרב בספר בדק הבית דל״ק מדתניא בפרק חזקת אחד מן האחין שהיו שטרות יוצאין על שמו עליו להביא ראייה דהכא מיירי כשהיה מפורסם בחיי אביו שהי״ל מעות דודאי ידע אביו ומאחר שידע ושתק מחל ויותר נראה לפרש לשון בן שנראה חלוק שהיה חלוק בעיסתו קאמר וכההיא דפרק חזקת אבל אם לא היה חלוק בעיסתו אף על גב דידע אביו ושתק לא מחל עכ״ל וע״ל בסימן ס״ב:

סימן קעח

א שותפין שביקש אחד מהן מהמוכס שימחול לו וכו׳ תוספתא כתבוהו האלפסי והאשיר״י בפרק הגוזל בתרא וז״ל שותפים שמחלו להם מוכסין מחלו לאמצע ואם אמרו משום פלוני מחלנו מה שמחלו מחול לו וכתב הרא״ש שרבינו שמחה הקשה מאי קמ״ל ברישא כיון שמחלו להם מחלו לאמצע ופי׳ כמ״ש רבינו דקמ״ל דאע״פ שביקש שימחול לו אפילו הכי הוה לאמצע דמה שהוא ביקש ממנו חשוב כאילו הוא שלוחם לבקש בשביל כולם ואם מעצמו בלא פיוס וכו׳ ונראה דלפי טעם זה דוקא דהמוכס ידע שהוא אחד מן השותפין דהשתא ודאי כשביקש ממנו שימחול לו ומחל לו הוי כאילו אמר אני מוחל לכל השותפים שאתה בא לבקש בשבילם אבל אם מעצמו בלי פיוס אמר אני מוחל משום פלוני הוא שלו לבדו דכיון דלא ביקש כלום ממנו אין נראה כשלוחם אבל אם לא ידעו כלל שהוא שותף וביקש ממנו שימחול לו א״כ מחלו לו לבדו אבל למ״ש במרדכי וז״ל כיון דעל ידי בקשתו מחלו לו מחול לאמצע דאין שותף חולק שלא לדעת חבירו ודרך השותפין לטרוח בשביל חביריהם לפי טעם זה ודאי משמע אפי׳ לא ידע המוכס שזה יש לו שותפים אפ״ה מחול לאמצע מטעם דמה שטרח בשביל כולם טרח שכן דרך השותפין ואפילו הוא אינו רוצה לטרוח בשביל כולם אפ״ה אינו יכול לחלוק שלא לדעת חבירו וכל ריוח שבא לידו הוא לאמצע ולכן אף ריוח זה הוי לאמצע כיון דהמחילה היתה על ידי בקשתו וטורח שטרח להשתדל שימחול לו אמרינן שטרח גם בשביל כולם אבל אם מעצמו אמר המוכס משום פלוני מחלתי הוא שלו לבדו והכי נקטינן:

ב שותף שנכנס לשדה המשותפת וכו׳ בפרק חזקת סוף (בבא בתרא דף מ״ב) אמר שמואל שותף כיורד ברשות דמי ומפרש ר״נ אמר רבה בר אבוה לומר שנוטל בשבח המגיע לכתפים ובשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע ולפירוש רשב״ם תרווייהו רבותא חדא שנוטל כאריסי העיר אפילו בשבח המגיע לכתפים כגון קמה לקצור וענבים לבצור אידך דאפילו בשדה שאין עשויה ליטע ונטעה הוא נוטל כל דינו כאילו עשוי ליטע וכך הם דברי רבינו והרמב״ן בחידושיו כתב על פירוש רשב״ם וזה לשונו ומשמע דבפירות שהגיעו לכתפים כשירד בה קאמר שליורד שלא ברשות היה יכול לומר כיון שהגיעו לכתפים איני צריך לאריסתך שהרי עומדין ליתלש אבל יורד ברשות נוטל כיון שצריכין לקרקע עכ״ל. וכתב עוד פירוש אחר לדעתו דלאו תרווייהו רבותא אלא חדא דוקא ואידך רבותא וז״ל שבח המגיע לכתפים תבואה העומדת ליקצר וענבים העומדים ליבצר נוטל בהן כמה שהן שוין לפי חשבון שעדיין צריכין הן לקרקע אבל אם לא הגיעו לכתפים הם צריכין לאריס אחר ושמין לו כי היכי דלא ליפסד בעל הבית ואינו נוטל כל שכרו עכ״ל: וכתב נימוקי יוסף דשותף כיורד ברשות דמי ולא כיורד ברשות לגמרי דנוטל כל ההוצאה אפילו יתירה על השבח אבל שותף אינו נוטל בהוצאה אלא שיעור שבח וכן כתב המרדכי בשם מהר״ם בפרק הגוזל בתרא על ראובן ושמעון שהלוו על המשכון והשר של ראובן תפסו ונלקח לו גם אותו

המשכון ושוב נתפשר וכו׳ דאע״ג דשמעון היה יכול להציל המשכון על ידי שר שלו שותף כיורד ברשות דמי ואומדין כמה היה שמעון רוצה ליתן תחילה להצילו מיד שר של ראובן וככה נוטל משמעון מה שההנהו ולא יותר. וכתב עוד לשם דהא דנוטל בשדה שאינה עשויה ליטע וכו׳ אם נטע במקום שאינו מגדל צמחים הניח מעותיו על קרן הצבי ולא יפרע לו השותף אלא אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה ותו לא ה״נ שותף נותן לו כשאין עשויה ליטע כמו בעשויה ליטע ועל ענין כזה וכיוצא בו כתב רבינו ונראה דה״ה נמי אם משתדל בדבר המיטלטל המשותף ולזה הסכימו הגאונים ועיין בהגהת מיימונית פ״י דגזילה ועיין עוד בתשובת הרשב״א שהביא ב״י סוף סימן מ״ז והעיקר לקמן בסימן שע״ה:

סימן קעט

א דבר הידוע וכו׳ כ״כ האלפסי והאשיר״י רפ״ק דב״ב וכ״כ הרמב״ם פ״ה דשותפים ומבואר מדברי האלפסי והרמב״ם דלאחר שחלקו מיד יש לו חזקה וטעמא דמסתבר הוא דהא דאין לשותפין חזקה אינו אלא משום דשותפין לא קפדי אהדדי וכיון שחלקו אזיל ליה האי טעמא והכא מיירי בשהם שותפים במטלטלי וכן לעיל בסימן ס״ב אבל בסימן קמ״ט מיירי בשותפין בקרקע ובחזקה דשלש שנים כדתנן בפרק חזקת וע״ש ומש״ה אף על גב דגבי קרקע אם ידוע בעדים שהוא שותפו אינו נאמן לומר חלקנו כדלעיל ריש סימן קמ״ט אבל גבי מטלטלין נאמן לומר שחלקו כיון שהמטלטלין תחת ידו הן וכ״כ ב״י ע״ש רבינו ירוחם אלא דמשמע מדבריו דאף בקרקע נאמן לומר חלקנו לר״ח וכבר הזכיר זה ב״י לעיל ר״ס קמ״ט אבל דעת רבינו לשם דבקרקע אינו נאמן ע״ש:

סימן קפ

א שותפין וכולי משנה פ״ה דנדרים פלוגתא דת״ק וראב״י ואמר רב הונא הלכתא כראב״י דבאין בו דין חלוקה מותר ליכנס אבל ביש בו דין חלוקה דברי הכל אסור ליכנס והטעם כתב הר״ן דבאין בו דין חלוקה ודאי מתחלה קנאוה שתהא קנויה לכל אחד לתשמישו וכשמשתמש ביה אמרינן הוברר הדבר למפרע שמתחלה היתה קנויה לו לשעה זו. אבל ביש בו דין חלוקה ליכא למימר הכי דמתחלה קנאוה וכו׳ שהרי יש ביד כל אחד לכוף את חבירו לחלוק: ומ״ש אם יש בו דין חלוקה אסורים ליכנס בו. כאן כתב בסתם אבל בי״ד סימן רכ״ו כתב אסורין ליכנס עד שיחלקו ויכנס כל אחד בשלו והוא מדברי הרמב״ם פרק ד׳ מנדרים דלא כהרשב״א דאפילו לאחר חלוקה נמי אסור כדכתב הר״ן משמו ומביאו ב״י: ומ״ש אבל אסורים להעמיד בו רחיים וכו׳. נראה דדוקא גבי דריסת הרגל דאי אפשר שלא ילך בתוכו אמרינן מתחלה קנאוה וכו׳ אבל רחיים וכו׳ דסגי בלאו הכי לא אמרינן הוברר הדבר למפרע וכו׳ ואסור והרא״ש כתב טעמים אחרים ומביאו ב״י ע״ש:

ב הדיר אחד מהם אחד מן השוק אסור לו ליכנס בו לצרכו. ג״ז שם במשנה ומשמע דוקא לצרכו בלבד אבל (בין) לצורך מן השותפין בין לצורך השותף שהדירו בין לצורך השותף שלא הדירו שרי ליכנס וכ״כ להדיא בי״ד אסור ליכנס בו לצרכו אם לא לצורך אחד מהשותפין בחצר ומיהו משמע ודאי דוקא שהשותף צריך לו אבל אם הוא צריך לשותף אסור דהיינו לצרכו וכן נראה מדברי הרא״ש שכתב והא דשרי ראב״י צ״ל דמיירי לצורך עסק מבני החצר עכ״ל והיינו שהשותף צריך לו ודלא כמו שכתב הר״ן ע״ש הרשב״א דאפילו כשהוא צריך לשותף שרי וכתב ב״י דכך יש לפרש דברי הרא״ש ורבינו כדברי הרשב״א ולפעד״נ דלא משמע הכי מלשונם כלל:

ג היה האחד מהם מודר וכו׳. ג״ז משנה שם והך בבא לא אינטריכא דמה לי נדרו שניהם מה לי נדר אחד מהם אלא משום סיפא נקטה דבנדר אחד מהם כופין את המדיר למכור אבל כשנדרו שניהם זה מזה אין כופין למכור אא״כ שהאחד רגיל וכו׳:

ד ומ״ש והרמב״ם כתב וכו׳. טעמו דחיישינן טפי למכשול חבירו ממה שיכשל חבירו בפשיעתו והכי משמע בירושלמי והרמב״ן כתב בהיפך דחיישינן למכשול עצמו ולא למכשול חבירו והרא״ש ס״ל דחיישינן למכשול חבירו כמו למכשול עצמו ועיין בב״י. והא דכופין למכור אינו אלא באומר חצרי שמותר בו לאחר שימכור אבל אם אמר חצר זה לא מהניא כפייה שהרי אסור בו אף לאחר שימכור ולא כתבו רבינו פה מפני שנסמך על מ״ש בי״ד בסימן רכ״ו ובזה נסתלקה התמיה מב״י על רבינו:

סימן קפא

א שיירא המהלכת במדבר וכו׳. ברייתא בהגוזל בתרא והחילוק בין יכולין להציל ובין אין יכולין להציל ע״י הדחק אוקימתא דרב אשי לשם. ומ״ש רבינו ביכולין להציל על ידי הדחק אמר לעצמי אני מציל הוא לעצמו פי׳ רש״י דהיינו בשמעו בעלים ושתקו ולא מסרו עצמן אסחו דעתייהו וגלו

דאייאוש וכ״כ הרמב״ם בפרק י״ב מה׳ גזילה ומפורש כך בהלכות:

ב ואם הם שותפין וכו׳. אוקימתא דרמי בר חמא לשם ומשמע דבשותף אין חילוק בין יכולין להציל ובין אין יכולין להציל אלא החילוק הוא בין אמר ללא אמר דבאמר בכה״ג דאיכא איבוד ממון שותף חולק שלא מדעת חבירו אבל בלא אמר בכל גווני הציל לאמצע וכ״כ הרמב״ם בסתם ופי׳ ה׳ המגיד דבריו כדפי׳ וכן פי׳ רש״י אבל רבינו הוסיף ביאור על פי דברי הרא״ש בפסקיו לשם שכתב כך והוא דבאמר נמי דהציל לעצמו איכא לפלוגי דאם יכולין הם להציל אינו לעצמו אלא עד כדי חלקו ואם אינן יכולין להציל הכל לעצמו וטעמא דמסתבר הוא דלא עדיף שותף בדאמר מאחר שאינו שותף דאם הם יכולים להציל אפילו אמר אינו לעצמו אלא עד כדי חלקו וכ״ש שותף ונראה דבשותף אפילו יכולין להציל ע״י הדחק דינו כיכולין להציל שלא על ידי הדחק וכן הדין בפועל בסמוך דלא מפליגינן ביכולין להציל ע״י הדחק אלא באינש דעלמא כדמוכח בסוגיא: ואם הוא פועל וכו׳ אוקימתא דרבא שם ופי׳ רש״י דהא דבאמר הכל לעצמו אינו אלא בשאינן יכולין להציל דהשתא דהדר ביה מפעולתו ופועל יכול לחזור בחצי היום זכי מהפקירא וכאן לא כתב רבינו לחלק היכא דהם יכולין להציל בין עד כדי חלקו וכו׳ כמו בשותפין משום דשותפין יש לכל אחד חלק בממון אבל פועל אין לו כלום וכשיכולין להציל אפילו בדאמר הפועל לעצמי אני מציל הכל לבעלים ואין לפועל כלום ודוק: כתב המרדכי פרק הגוזל בתרא דבשותף פסק ראבי״ה דאם אין עדים שאמר כן נשבע שלא נתכוין להציל אלא לעצמו וזוכה עכ״ל והקשה בספר ב״ה דבגמרא משמע דוקא אמר אבל נתכוין בלב לא מהני דדברים שבלב אינן דברים ועוד אפילו השותף היה שם אינו יודע מה שבלבו ואין נשבעין על טענת ספק ונראה דנתכוין לאו דוקא אלא היינו לומר דאמר לעצמי אני מציל ואם היה השותף שם וטענו ודאי ישבע ואם לאו מחרים סתם עכ״ל ולפע״ד נראה דלא אמר ראבי״ה אלא כשלא היה שם השותף התם הוא דלא בעינן אמר אלא בנתכוין לחוד סגי דלמי יאמר כן אם לא היה שם שום אדם ולשותף נשבע בטענת ספק אבל אם היה שם אדם אמרינן בגמרא דבעי אמר:

סימן קפב

א אסור להשתתף עם עובד כו״ם שמא יתחייב לו שבועה וכו׳. פי׳ והתורה אמרה לא ישמע על פיך והוא מימרא דאבוה דשמואל פ׳ ד׳ מיתות ופסקו כך האלפסי ספ״ק דע״ז והרמב״ם פ״ה מה׳ ע״ז וספ״ה דשותפין והאשיר״י פרק ד׳ מיתות מיהו הגהת אשיר״י כתב ר״פ אין מעמידין וז״ל מיהו רבא לית ליה האי דאבוה דשמואל ואפשר דהלכתא כוותיה עכ״ל נראה דטעמו משום דבסוף פ״ק דע״ז איתא הנהו מוריקאי דעכו״ם נקט בשבתא וישראל בחד בשבתא אתא לקמיה דרבא שרא להו ואי איתא דרבא ס״ל כאבוה דשמואל דאסור לעשות שותפות עם עובד כו״ם לא הו״ל לרבא להיות נזקק לשמוע לשאלתם ולא להורות להם דבר וכדתנן בפ׳ מי שמת (בבא בתרא ד׳ קנ״ו) דהקשו חכמים לר״א ממעשה באמן של בני רוכל ואמרה תינתן כבינתי לבתי וקיימו את דבריה א״ל בני רוכל תקברם אמן פי׳ מדהוו רשעים לדעתו של ר״א שהיו מקיימים קוצים בכרם דלר״א אסור וקאמר ר״א דלפי שהיו רשעים לא היו נזקקים להם בבית המדרש להורות להם דאין באמירת אמן ממש ומתוך כך היתה הבת מחזקת בכבינתה זו והיו סבורים שקיימו את דבריה אבל לחכמים דמתירין לקיים קוצים בכרם לא היו רשעים וחכמים קיימו את דבריה דיש באמירת אמן ממש דדברי שכ״מ ככתובים וכמסורים דמי אלמא דלד״ה היכא דקא עבדי איסורא אין נזקקים להם להורות לשום דבר ומדנזקק רבא להנהו מוריקאי דעבדי שותפות עם העכו״ם והורה להם דשרי בדנקט עכו״ם בשבתא וכו׳ מכלל דלית ליה דאבוה דשמואל זאת היא דעת הגהת אשיר״י וב״י לא הבין כך והשיג עליה ומ״מ אנן נקטינן ככל הפוסקים דפסקו להך דאבוה דשמואל גם בהגהת אשיר״י כתב אחר זה וז״ל רב אלפס הביא הכא בשמעתתא ההיא דאבוה דשמואל וש״מ דסבר הלכה כאבוה דשמואל ע״כ אלמא דמסקנתו דאסור לעשות שותפות עם העובד כו״ם וכאבוה דשמואל. וא״ת אמאי אסרינן טפי שותפות עם העכו״ם מלמכור לו או לקנות ממנו וכל שאר משא ומתן עם העכו״ם דשרי כדאיתא בהגהת מיימוני פ״ה דשותפין ואמאי לא חיישינן ג״כ דשמא יתחייב לו שבועה וכו׳ וי״ל דהתם יכול הישראל ליזהר שלא יבוא לידי שבועה כגון שלא יעשה דבר אלא על פי עדים וראיה משא״כ שותפין דאי אפשר ליזהר משבועה: ומ״ש ואם עבר ונשתתף וכו׳. כ״כ התוספות והרא״ש בפ׳ ד׳ מיתות והר״ן והמרדכי סוף פ״ק דע״ז על שם ר״ש ור״ת ומבואר מדברי כולם דהסכימו לר״ת שמותר לו לקבלה כדי שלא יפסיד ממונו מיהו כולם מסכימים דאפילו בזמן הזה דנשבעין בקדשים שלהם איסור גמור הוא מדרבנן לעשות לכתחלה שותפות עם העכו״ם דלא קאמר הרא״ש והמרדכי בשם ראבי״ה דעכשיו בזמן הזה אין לחוש כל כך להזכרתם אלא להחזיק פסק של ר״ת דאם עשה שותפות מותר לקבל שבועתו שלא יפסיד אבל לכתחלה פשיטא דאסור לדידהו אף בזמן הזה ושאריה ליה מאריה לב״י דכתב דלענין להשתתף לכתחלה להרא״ש וראבי״ה נראה דשרי דליתא מיהו ודאי להרמב״ן הא דקאמר אבוה דשמואל אסור להשתתף עם העכו״ם כו׳ לאו איסורא ממש קאמר דליכא איסורא אפילו מדרבנן אלא ממדת חסידות ע׳ בדברי הר״ן ספ״ק דע״ז טעמו של הרמב״ן וניחא השתא הא דתניא ישראל ועכו״ם שקבלו שדה בשותפות וכו׳ והך דרבא בעובדא דהנהו מוריקאי דאי איתא דאיסור גמור הוא מדרבנן היאך נקט התנא ברשיעי דעבדי שותפות עם העכו״ם אלא ודאי דליכא אלא

מדת חסידות וכדמשמע פשטה דההיא דפ׳ בני העיר תיתי לי דלא עבדי שותפות בהדי עכו״ם מעולם דאלמא דליכא איסור אלא מדת חסידות ככל תיתי לי שבתלמוד ואפילו בזמן חכמי התלמוד דהזכירו שם אלוהות ממש לא היה איסור כ״ש בזמן הזה והכי נהוג עלמא לכתחלה ולא חזינן מרבני קשישי דליגערו בהו כלל:

ד שלוחו של אדם כמותו חוץ מלדבר עבירה דקיי״ל אין שליח לדבר עבירה. בפ״ק דמציעא (סוף דף י׳) קאמר רבינא היכא דשליח בר חיובא אין המשלח חייב דא״ל דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ולא הו״ל לעשות אבל היכא דלאו בר חיובא הוא חייב המשלח ורב סמא אמר היכא אמרינן אשלד״ע היכא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד אבל היכא דבעל כרחיה מותיב כגון חצר למ״ד חצר משום שליחות איתרבאי מיחייב שולחו מאי בינייהו איכא בינייהו כהן דא״ל לישראל קדש לי אשה גרושה א״נ איש דא״ל לאשה אקפי לי קטן להך לישנא דאי בעי עביד וכו׳ הכא נמי אי בעי עביד וכו׳ לא מיחייב שולחן להך לישנא היכא דשליח בר חיובא וכו׳ הכא נמי כיון דלאו בני חיובא נינהו מיחייב שולחן וע״ל בסימן רצ״ב סעיף ז׳ דבדין שליחות יד אמרינן יש שליח לדבר עבירה מגזירת הכתוב: וכתב הרמב״ם האומר לשלוחו וכו׳. ריש פ״א מה׳ של חין:

ה ומ״ש ואין השליח צריך קנין ולא עדים וכו׳. ג״ז שם וכן כתב בסוף פ״ה דמכירה וכן כתב רבינו ע״ש הרא״ש בתשובה לעיל בסי׳ ע״ג סעיף כ״ח וכ״ט וכן כתב הרשב״א בתשובה אלף ו׳ ונראה דמה שהוצרך הרמב״ם לפרש דאין חילוק בין מוכר לקונה ובין קרקע למטלטלין זהו לפי שכתב אחר זה עבר השליח ע״ד משלחו לא עשה ולא כלום וכתב עוד היכא דטעה וקנה ביוקר דאע״פ דבמוכר וקונה בעצמו במטלטלין האונאה בשתות ובקרקע אין בו דין אונאה ובלוקח האונאה עד כדי שיראה לתגר ובמוכר חוזר לעולם אבל בשליח שטעה בכולם בכל שהוא חוזר לעולם בין מכר או קנה על ידי שליח בין בקרקע בין במטלטלין וכדכתב בסמוך סעיף ז׳ לפיכך כתב ג״כ היכא דלא טעה אלא שעבר על דעת משלחו לא עשה ולא כלום בין במטלטלין ובין במקרקעי בין מוכר ובין קונה:

ח ומ״ש לפיכך אם התנה עמו וכו׳. נקט רבינו שוה מנה בדינר וכו׳ וה״ה בשאר דברים שידוע שהוא עיות כגון שלא באחריות אי נמי כשקנה פירות ולא התנה עמו שיתנם לו כשער הזול כדלקמן וכל כיוצא בזה אם התנה עמו שעושהו שליח בין לתיקון בין לעיוות אינו יכול לחזור בו אלא חדא מינייהו נקט א״נ רבותא נקט אפי׳ שוה מנה בדינר דהוי עיוות היותר גדול וכ״ש עיוות קטן ממנו וכ״כ הרמב״ם וז״ל לפיכך אם התנה עליו שעשהו שליח בין לתיקון ובין לעיוות אפילו מכר לו שוה מאה בדינר וכו׳ ונ״ל להגיה בדברי רבינו גם כן מלת אפי׳ וצ״ל אפי׳ מכר לו וכו׳ והסופרים טעו וכתבו מלת אם במקום אפילו והא ודאי דלא מהני האי תנאי בין לתיקון בין לעיוות אלא בדברים שלא הזהיר עליו המשלח בפירוש אלא סתם א״ל זבין לי האי מידי אבל אם הזהירו בפירוש על כך וכך אפילו כתב לו בין לתיקון בין לעיוות לא מהני האי תנאה אם עבר ע״ד משלחו במה שהזהיר עליו בפירוש ואין המשלח חייב לקיים מה שעשה השליח היפך מה שהזהיר עליו ולא מהני האי תנאי אלא לדברים שלא הוזכרו בשעה שעשאו שליח וזה דבר פשוט:

ט וכתב רב האי דה״ה נמי אם הטעה השליח את הלוקח וכו׳. ובס״א את המוכר ושניהם אמת דאין חילוק בין שליח של לוקח ובין שליח של מוכר ועיין לעיל בסי׳ ק״ט סעיף י״ג כתב ג״כ רבינו דעת רב האי והר״ר יונה ושהרא״ש הסכים עם הר״ר יונה ולקמן בסימן רכ״ז סעיף מ״ח הביא דעת שניהם ולא הזכיר הסכמת הרא״ש. וכאן כתב ב״י וז״ל ותמיהני שכתב בשם רבינו האי מכרו בטל ולא חילק בין שתות לפחות משתות עכ״ל. ולפענ״ד דרבינו מפרש דאין ספק דלרבינו האי אין חילוק בין שתות לפחות משתות דבכל ענין המקח בטל ולא הזכיר רבינו האי שתות אלא לפי דבעלמא נמי ביתר משתות המקח בטל אלא דבשתות ופחות משתות המקח קיים וקאמר רבינו האי דבשליח אם הותיר שתות נמי המקח בטל כמו ביתר משתות ואה״נ דה״ה בפחות משתות אלא נקט שתות כלומר אע״פ דאינו יתר משתות אלא שתות וה״ה פחות משתות ואע״פ שלא נעלם מעיני הרא״ש דכך היתה דעת רב האי מ״מ תמה עליו למה לו להזכיר שתות כיון דה״ה פחות משתות נמי המקח בטל וכיון שאין קושיא אלא על לשונו של רבינו האי אבל דעתו ודאי אינה אלא דאין חילוק בין פיחת להותיר בכל ענין המקח בטל לכך כתב רבינו בשמו דבכל שהוא המקח בטל ולא חילק בין שתות לפחות משתות:

י עשאו שליח לקנות לו קרקע וכו׳. ה״א בפ׳ ג״פ (קס״ט): (יא) וכתב הראב״ד שכן הדין בכל שליח שעיות וכו׳. כ״כ בהשגות פ״א מה׳ שלוחין והוא משום דהוה קשיא ליה בהך דג״פ מהא דאיתא בפ׳ האיש מקדש דבכל שינוי לעיוות המקח בטל בכל שהוא א״כ כאן נמי דכייוות השליח דלקחו שלא באחריות יהא המקח בטל ותירץ דאין המקח בטל אלא היכא דהמשלח רוצה לבטל המעשה אבל אם רוצה במעשה ורוצה שהשליח יתקן לו את העיוות חייב השליח לתקן וכן הדין לכל שליחות עכ״ל ולפי זה לעיל היכא דעבר ע״ד משלחו דבטל המקח ומחזיר אינו אלא היכא שאין המשלח רוצה במקח אבל אם המשלח רוצה במקח צריך השליח לתקן לו העיוות: ומ״ש אבל א״א הרא״ש וכו׳. פי׳ תרתי שמעינן מדברי הרא״ש חדא דלא ס״ל להא דהראב״ד דבמשלח תליא מילתא דכשרוצה במעשה צריך השליח לתקן לו את העיוות דליתא אלא כיון דשינה השליח ועיות המקח בטל ואם ירצה השליח יחזיר לו מעותיו ובגמרא מיירי דלא הו״ל לשליח מעות הילכך חייב לקבל עליו אחריות אם המשלח חפץ בכך אבל ודאי מודה הרא״ש דאין

יכול לכפותו למשלח בכך שהרי יכול לומר שהוא רוצה יותר באחריות המוכר מבשלו ועוד כיון שלא עשה שליחותו הרי מקחו אצלו בעל וצריך להחזיר לו מעותיו כיון שאינו רוצה עוד בשליחותו ליקח ממנו באחריותו ואידך שמעי׳ מדברי הרא״ש דהא דקאמר דצריך השליח לחזור ולקנות שלא באחריות אינו אלא היכא שקנאה בשם המשלח דהשתא כיון ששינה ועיוות המקח בטל לגמרי וצריך לחזור ולקנותו וכולי אבל אם קנה השדה סתם דהמקח קיים אצל השליח דלעצמו קנה אם רוצה המשלח במקח ימכור לו השליח באחריות ואין צריך לחזור ולקנותו מהמוכר וז״ש רבינו בשמו ואילו קנה השדה סתם וכו׳ וכן צ״ל מל׳ הרמב״ם שכתב וז״ל נתן מעות לשלוחו לקנות לו קרקע וקנה שלא באחריות הרי זה עיוות והשליח לוקח אותה לעצמו שלא באחריות כמו שעשה וחוזר ומוכר למשלח באחריות הואיל וקנה אותה במעותיו והאחריות על השליח עכ״ל הרי דלא הצריך לחזור ולקנותו מהמוכר ומיירי בלקחה סתם דהשתא לקחה לעצמו שלא באחריות כמו שעשה וא״צ קנייה אחרת דאין לו למוכר דין ודברים אלא עם השליח וכן נראה דעת הר״ן ואין מחלוקת כלל בין הרמב״ם והרא״ש והר״ן לענין פסק דין אלא דהרא״ש מפרש להך דג״פ דהודיע השליח למוכר דקנה השדה למשלח והר״ן מפרשו בקנאו בסתם ולהר״ן צריך לפרש דמ״ש בגמרא זיל זבנה מיניה שלא באחריות לאו למימרא שצריך לחזור ולקנותו מן המוכר אלא ה״ק אתה צריך לקיים המקח שקנית שלא באחריות ולמכרו למשלח באחריות וכך נראה שפירש הרמב״ם אבל אם קנה השדה ממנו בשם המשלח מודה הרמב״ם דהשליח צריך לחזור ולקנותו שלא באחריות כדברי הרא״ש וא״כ לענין דינא ליכא פלוגתא בין הרמב״ם והרא״ש והר״ן אבל כולם פליגי אהראב״ד דסבירא ליה דכשהמשלח רוצה במקח שצריך השליח לתקן לו העיוות ולדידהו המקח בטל ואין צריך לתקן לו והא ודאי פשוט דאע״ג דאיכא לחלק בין שליח למוכר בין קנה ממנו בסתם לקנה ממנו בשם המשלח אבל בין שליח למשלח אין חילוק דבין שהשליח קנה בסתם ובין שקנה בשם המשלח בכל ענין המקח בטל לגבי המשלח ואין השליח יכול לכופו לקיים המקח אפילו יתקן לו העיוות וגם אין המשלח יכול לכופו לתקן לו העיוות אלא מחזיר לו מעותיו כנ״ל ודלא כדמשמע מדברי ב״י דאיכא פלוגתא בדינא בין הרא״ש והר״ן והרמב״ם אלא דמ״ש הרמב״ם וחוזר ומוכרו למשלח באחריות הואיל וקנה אותה במעותיו קשיא לפי זה כיון דאין השליח ולא המשלח יכולין לכוף זה את זה אלא דוקא ששניהם חפצים בכך א״כ לא נפקא לן מידי במה שקנה השדה במעותיו ונראה דאיכא נפקותא היכא דהשליח אין לו מעות ואינו רוצה לקבל עליו אחריות אלא טוען יגבה משדותי כנגד. המעות שנתן בידי והמשלח אינו רוצה לגבות משדותיו שהן זיבורית אלא חפץ בשדה זו שקנה מהמוכר ויתקן לו העיוות אז כייפינן ליה לשליח למכרה למשלח באחריות הואיל וקנה אותה במעותיו אבל ודאי מודה הרמב״ם דאם יש לו מעות לשליח יחזיר לו מעותיו:

יב הפוסק על השער וכו׳. פרק איזהו נשך (בבא מציעא דף ע״ד) וע״פ פי׳ רש״י והרא״ש והר״ן ומביאו ב״י ומיירי אפילו לא הודיעו שהוא שלוחו של פלוני ואין למוכר דין ודברים אלא עמו אפ״ה כיון שלא משך אלא נתן מעות בלבד דמצי לחזור אלא צריך לקבל עליו מי שפרע אין ראוי לקללו כיון דאנוס הוא דמה לו לעשות וכי תימא יקנה משלו ויפסיד הא לא אמרינן כיון דמעיקרא לאו אדעתא דהכי נחית ולא דמי להך דלעיל היכא דקנה שלא באחריות דהתם קנה קנין גמור בכסף ובשטר ובחזקה הילכך היכא דלא הודיעו אין למוכר דין ודברים אלא עמו וקנה לעצמו שלא באחריות וכו׳ והכא המשלח נמי לאו בר קבולי מי שפרע הוא דכיון דשינה השליח ועיוות א״ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי אבל היכא דלא שינה השליח והמשלח חוזר בו השליח ודאי אין עליו מי שפרע דאנוס הוא ואין בידו למחות אבל המשלת מקבל עליו מי שפרע דכיון דשלוחו של אדם כמותו חשוב כאילו הוא בעצמו פסק על פירות אלו ונתן מעות ואם חוזר בו מקבל מי שפרע וכ״כ נ״י ומביאו ב״י ופשוט הוא:

יג אמר לשליח מכור לי משדי בית סאה וכו׳. פסק כאיכא דאמרי בפרק אלמנה ניזונית דהא לא קמיבעיא דפשיטא דסאה ממנו מכור וכדמשמע מפרש״י דבעה״ב לא מצי לחזור אבל הלוקח מצי אמר איני רוצה אלא בית סאתים ביחד וכן פי׳ הרא״ש:

יד א״ל מכור לי בית סאתים ומכר לו בית סאה. בעיא דלא איפשיטא שם לאיכא דאמרי ומיירי דמשכח לזבוני האי סאה בתרא בדמי סאה קמא דאי לאו הכי פשיטא דמעביר על דבריו הוי ופסקו הפוסקים דמעביר על דבריו הוי ולא קנה לוקח דכיון דלא איפשיטא אית לן לאוקמא קרקע בחזקת בעליה ולא יוציאנה מספק דדילמא מעביר על דבריו הוי: ומ״ש או שמכר הסאתים לשנים וכו׳. שם לגירסת הרי״ף פשיטא אמר לאחד קפידא סתמא מאי רב הונא אמר לאחד ולא לשנים רב חסדא ורבה בר רב הונא דאמרי תרווייהו לאחד ואפי׳ לק׳ וכן אמר רב נחמן ופסקו הפוסקים דלא כרב הונא והקשו התוס׳ דהא בבעיין דמכור לי בית סאתים ומכר לו בית סאה בעיין לא איפשיטא ולא קנה לוקח משום דשמא לא ניחא ליה לאפושי שטרי כשיצטרך לחזור ולמכור סאה בתרא וכאן לא חיישינן לאפושי שטרא ומפר״ת דקפידא דאפושי שטרא אינו משום דזיילי נכסיה אלא משום טירחא לחזור בכל שטר אחר חתימת עדים והכא מיירי כשהחתים השליח השטרות דליכא תו קפידא אלא לאפושי בעלי דינין וקיי״ל דלא חיישינן לאפושי בעלי דינין ור״י מוקי לה כשמכר בשטר אחד וליכא אפושי שטרי אלא קפידא דבעלי דינין עכ״ל: וכתב הרא״ש דהרי״ף שפסק בבעיא ראשונה דמעביר על דבריו הוי והכא פסק לאחד ואפילו לשנים צריך לחלק כמו שפר״ת ור״י ורבינו תופס תירוץ ר״י עיקר דגם הרמב״ן כתב כך ליישב קושיא זו לדעת הרי״ף כמ״ש ר״י ומביאו ב״י וס״ל לרבינו כיון דלמסקנא היכא דא״ל בסתם מכור לי בית סאתים ומכרו לב׳ בשטר אחד לא הוי עובר על דבריו ובב׳ שטרות הו״ל עובר אע״ג

דא״ל סתם א״כ ה״ה באומר לו מכור לאחד ומכר לב׳ בשטר אחד נמי לא הוי עובר דלא אמר מכור לאחד אלא כי היכי דלא ליפשו שטרי עילויה אם מוכר הוא לב׳ והא דקאמר תלמודא פשיטא אמר לאחד קפידא סתמא מאי הכי פירושו אמר לאחד פשיטא דהוי קפידא שלא למכרו בשני שטרות לשני בני אדם סתמא מאי מי נימא דוקא לאדם אחד אבל לשני בני אדם אפילו בשטר אחד לא או דילמא בשטר אחד קנה לוקח ואפילו לא אמר סתם אלא להדיא אמר לאחד והשתא ניחא לישנא דקאמר רב הונא לאחד ולא לשנים ורב חסדא ורבה בר״ה אמרו לאחד ואפי׳ לשנים דמשמע דהזכיר בדבריו למכור לאחד ולגי׳ הרי״ף בדאמר סתמא קאמרי דהיינו דלא הזכיר לא אחד ולא שנים וכך הקשה בכסף משנה ותירץ דה״פ כשא״ל למכור דעתו וכוונתו למכור לאחד ולא לב׳ ודפליגי עליה סברי שכוונתו שימכור כאשר ימצא בין לאחד בין לב׳ בין לק׳ עכ״ל והוא דוחק אבל למאי דפי׳ ניחא דאע״ג דקאמר סתמא מאי אפי׳ הכי קמיבעיא ליה נמי דילמא יכול למכרו לשנים בשטר אחד ואפילו לא הוי סתמא אלא אמר בפירוש מכור לאחד דלא נתכוין אלא שלא למכרו לב׳ בב׳ שטרות או דילמא אפילו בסתמא אינו יכול למכרו אלא לאחד אבל לב׳ לא אפילו בשטר אחד וקאמר רב הונא לאחד ולא לב׳ אפילו בשטר אחד ודפליגי עליה קאמרי לאחד ואפילו לב׳ ואפי׳ לק׳ בשטר אחד דכיון דלא כתב אלא שטר אחד לא קפיד אע״ג דאמר לאחד דלא קפיד אלא דלא למכור לב׳ בב׳ שטרות דלא ליפשו שטרי עילויה זו היא דעת רבינו לדעת רב אלפס דעת נכונה וברורה ולכך כתב לדעתו דלא הוי עובר אלא במוכר לב׳ בב׳ שטרות אבל לב׳ בשטר אחד אפילו א״ל מכור לאחד לא הוי עובר גם לא חילק בין החתימה השליח ללא החתימה כפר״ת משום דס״ל דשינויא דר״י עיקר וכדפי׳ הרמב״ן לדעת הרי״ף אבל ב״י הבין דהרא״ש תופס כר״ת וגם פר״י ולכן השיב על רבינו דלא חילק בין החתימה השליח ללא החתימה גם הבין דלהרי״ף כשא״ל מכור לאחד הו״ל כאילו אמר לאחד ולא לשנים דאפילו לב׳ בשטר אחד נמי הוי עובר וכך פסק בש״ע סעיף י׳ והשיג על רבינו שלא כתב כך ואין מכל זה השגה כדפרישית ודברי רבינו עיקר: ומ״ש והרמב״ם כתב וכו׳ ולא חילק וכתב עוד א״ל מכור לי שדי ולא פי׳ אפילו מכרו לק׳ מכרו קיים. מדברי ב״י נראה שהבין דרבינו קאמר דלא חילק הרמב״ם חילוק זה שכתב לדעת הרי״ף בין מכר לשנים בב׳ שטרות דהוי עובר למכר לב׳ בשטר אחד דלא הוי עובר והשיג עליו דהלא גם הרי״ף לא חילק ומ״ש הרא״ש לפרש בדברי הרי״ף אף אנו נאמר כך לפרש בדברי הרמב״ם ועוד ק״ל שכתב רבינו וכתב עוד א״ל מכור לי שדי וכו׳ והלא גמרא ערוכה היא לא׳ ואפי׳ לב׳ ואפילו לק׳ ומה צורך לו לכתוב כן בשם הרמב״ם וצ״ע עכ״ל ולפע״ד נראה לפרש דעת רבינו בדבריו אלה כמתמיה על דברי הרמב״ם דקשיא מדבריו אדבריו דבתחלה כתב אמר מכור לי בית סאתים ומכר לו בית סאה לא קנה ולא חילק כלומר דלא כתב לחלק הא דלא קנה אינו אלא בשלא מכר לו אלא בית סאה ולא יותר ודילמא לא משכח המשלח מאן דזבין האי סאה בתרא בדמי סאה קמא הילכך לא קנה לוקח אבל אי הדר זבין השליח עוד בית סאה בדמי סאה קמא א״נ המשלח גופיה מצי למיזבנה בדמי סאה קמא קנה לוקח מדלא חילק בחילוק זה אלמא דאפילו מצי לזבוני סאה בתרא בדמי סאה קמא נמי לא קנה לוקח משום דלא ניחא ליה דליפשו שטרא עליה ותו מדלא חילק בין מצי לזבוני האי סאה בתרא לאדם אחר ובשטר אחד לתרווייהו דקנה לוקח ובין שני שערות דלא קנה אלמא דבכל גווני לא קנה לוקח ואח״כ כתב עוד הרמב״ם א״ל מכור לי שדי ולא פירש אפילו מכרו לק׳ מכרו קיים דמשמע אפי׳ מכרו לק׳ בק׳ שטרות ג״כ מכרו קיים וזה היפך מ״ש תחלה באמר מכור לי בית סאתים דמה לי מכור לי שדי ולא פירש ומה לי מכור לי בית סאתים דג״כ לא פירש דבר ואפילו הכי לא קנה לוקח אפי׳ מכר לשנים בשטר אחד אבל להרי״ף שהביא לשון התלמוד ל״ק הא דאיכא לפרש שפיר כדפי׳ בסמוך דהכי משמע לישנא דתלמודא דקאמר סתמא מאי ורב הונא קאמר לאחד ולא לב׳ וכו׳ ומובן היטב החילוק בלישנא דתלמודא בין מכר לב׳ בשני שטרות למכר לב׳ בשטר אחד משא״כ בלשון הרמב״ם ודוק:

טו עשה שליח וכו׳.. גמ׳ פ׳ איזהו נשך: ומ״ש והפירות שאכל הוי אבק ריבית גם בי״ד סי׳ קע״ד כ״כ רבי׳ ולשם התבאר בס״ד:

סימן קפג

א הנותן מעות לשלוחו וכו׳. ז״ל הרמב״ם בפרק א׳ משלוחין הנותן מעות לשלוחו ליקח בהם חיטין או מין ממיני סחורה ולא לקח אין לו עליו אלא תרעומת ורבינו כדי לקצר כתב לקנות לו סחורה ידועה וטעמו דסמיך עליה טפי כיון שעשאו שליח על סחורה ידועה ומש״ה יש עליו תרעומת. ואיכא לתמוה דבס״פ א״נ קאמר רב אשי דאפי׳ אם התנה עם השליח אם איני קונה לא אפרע משלי אין לו עליו כלום ופסק האלפסי כמותו דלא דמי לאוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דבידו הוא אבל הכא לאו בידו הוא דשמא לא ימכרוהו לו ואסמכתא היא ולא קניא ולמה לא כתב רבינו דין זה כאן. וז״ל הירושלמי פ׳ א״נ הנותן מעות לחבירו ליקח לו פירות ולא לקח אין לו עליו אלא תרעומת וכתב הרב המגיד דמשם למד רבינו דין השליח עכ״ל פי׳ דבריו דבר״פ האומר מדקדק התלמוד מ״ש התם דקתני האומר לשלוחו ומ״ש הכא דקתני האומר לחבירו ומשני הכא והקם רבותא קמ״ל דחבירו לא סמכה דעתיה ושלוחו סמכה דעתיה ע״ש והשתא למד הרמב״ם מדתני בירושלמי דאפילו בחבירו דלא סמכה דעתיה יש לו עליו תרעומת כ״ש שלוחו

דסמכה דעתיה עליה ואי לא לקח יש לו עליו תרעומת וליכא למימר דבשליח מחייבינן ליה טפי דהא ודאי כיון דלא אפסדיה מידי אלא דמבטל כיסו בלחוד לית עליה טפי אלא תרעומת:

ב לקחה השליח לעצמו מה שעשה עשוי וכו'. ה"א בברייתא ריש פ' האומר: ומ"ש אבל אם המוכר אינו מתרצה וכו'. ה"א התם בעובדא דרב ורבב"ח: ומ"ש מ"מ צריך להודיעו וכו'. פרש"י לשם איבעי ליה לאודועיה להוציא עצמו מן מנהג רמאות: ואם הוא מפחד וכו'. ג"ז שם וכל זה דוקא כשהשליח קנאה לעצמו במעות דנפשיה אבל במעות דמשלח מוציאין מידו בעל כרחו ונותנין למשלח וכ"כ הרב המגיד בפ' ו' ממכירה ושכך הוא בירושלמי:

ג כתב הרמב"ם הורו מקצת המורים וכו'. בפרק ז' ממכירה וע"ש במ"ש ה"ה:

ד כתב הרמ"ה ראובן שאמר לשמעון זבין לי האי מידי וכו'. נראה דהרמ"ה ז"ל ס"ל דכי היכי דבראה את המציאה ואחר לחבירו להגביה לו וא"ל זכה לי בה דקנה חבירו מיד בהגבהתו כדאיתא פ"ק דמציעא (דף י') ה"נ בדא"ל זבין לי האי מידי כלומר דראה או ידע מאיזה דבר ואמר לחבירו זבין לי האי מידי דין זה שוה למציאה היכא דאמר זכה לי וכ"כ גם המרדכי ע"ש ראב"ן פ"ק דמציעא דקנה לי הוי כמו זכה לי במציאה ולפיכך כשלקח לו בסתם קנייה ראובן משעת משיכה ומ"ש דכיון דא"ל זבין לי לזבינא מעליא קמכוין וכמו דא"ל זכה לי דמי הכי פי' ליכא למימר דלא קמכוין להקנותו לראובן אלא עד שעת נתינה ליד ראובן וא"כ מצי שמעון הדר ביה משליחותו קודם שבא ליד ראובן וקאמר דהא ליתא אלא לזבינא מעליא קא מכוין פי' אלא נתכוין שיהא קונה בו מיד משעה שמשך שמעון דאל"כ הו"ל למימר אייתי לי הא מידי מדלא אמר הכי אלא א"ל זבין לי כמו דא"ל זכה לי גבי מציאה דמי דבמציאה מיד בשעה שהגביה בסתם קנה חבירו וה"נ משעת משיכה בסתם קנה ראובן ולפיכך אינו נאמן לומר לעצמי קניתיה כיון שלא חזר בו בפני עדים קודם משיכה וכדין זכה לי במציאה דלא מצי לומר כשהגביה בסתם דלעצמו הגביה אי לא אמר כך בפני עדים כדלקמן בסימן רס"ט וזהו מה שכתב אחר כך אבל אי חזר בו קודם משיכה וכו' פירוש חזר בו בפני עדים ואומר שקונה לעצמו וכו':

ה ומ"ש ודוקא היכא דיהיב שמעון למוכר זוזי מדיליה אבל אי יהיב וכולי. היינו מדאיתא בירושלמי הנותן מעות לחבירו וכו' ואי ידוע שלקח מוציא ממנו בעל כרחו הביאוהו הפוסקים דכיון דקנה בזוזי דמשלח קנה משלח: ומ"ש דאפילו בזוזי דמשלח יכול לחזור בו קודם משיכה כשמודיע למוכר וכו'. נראה דאין זה אלא כשנותן זוזי מדיליה למוכר ושקיל מיניה זוזי דמשלח ומוכר מכוין לאקנויי לדידיה ובתר הכי קעביד משיכה דהשתא קני שליח לנפשיה. ומ"ש לחלק בין דאמר זבין לי לאייתי לי היינו דאמרן דהרב ז"ל למד דין עושה שליח לקנות לו דבר מדין מציאה וכי היכי דגבי מציאה קאמר רבי חייא בר אבא אמר ר' יוחנן המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו וא"ת משנתינו דאמר תנה לי ולא אמר זכה לי ה"נ בעושה שליח דוקא דאמר זבין לי ולא אמר אייתי לי דאי אמר אייתי לי נמצא שלא עשאו שליח להקנותו במשיכתו עד שעת נתינה והרי קודם נתינה חזר בו זה משליחותו וכדין מציאה לקמן בסי' רס"ט מסעיף ו' עד סוף הסי' ע"ש: כתב ב"י ע"ש העיטור ראובן שאמר לשמעון אית זבינתא בדוך פלן זיל זבנה ביני לביניך וזבנה שמעון וכו' ופסק דאפילו נתרצה שמעון לקנותה להם בשותפות דיכול לחזור בו מדיבורו כשקנאה במעותיו אלא דמודיעים ליה עונשא דאיפת צדק והין צדק שיהא הן שלך צדק והגהות מרדכי שניות דמציעא הביאוהו ופסק כך הרב בהגהת ש"ע בסי' זה סעיף ד' וכך נראה להדיא מתשובת הרשב"א בקונה מלבושים שאמרו מקצתם נהיה כולנו שותפים דשורת הדין יכול הלוקח לדחות חבירו ולומר לו משטה הייתי בך כדי שלא תפסיד המקח וכו' ומביאו ב"י. עוד הביא ב"י מ"ש המרדכי פ"ק דמציעא ע"ש ראב"ן דאם באה ליד ראובן סחורה בזול ואמר לשמעון קנה אותה ביני ובינך והריוח נחלוק ושמעון שתק וקנאה ושוב אמר לעצמי קניתיה דיחלוקו דאפילו לרבא דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו אינו אלא כשהמגביה לא נתכוין לזכות בה כלום אבל אם נתכוין לזכות בה המגביה לו ולחבירו קנה חבירו דמגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבירו וראבי"ה נחלק דהיכא דאין לראובן דמים זכה שמעון במה שקנה דזה נהנה וזה אינו חסר וכו' אבל אם נתרצה לקנות לשניהם הו"ל כאילו הוא שלוחו וזכה לשניהם ומשמע דחולקין הם על מה שכתב בעיטור דיכול לחזור בו אפי' ממה שנתרצה בפירוש ואינו אלא מדת רמאות והרב בהגהת ש"ע סוף סימן רס"ט פסק כראב"ן וראבי"ה ואיכא לתמוה טובא דמזכי שטרא לבי תרי דכאן פסק כעיטור ודעימיה ולקמן פסק כראב"ן וראבי"ה ולפעד"נ מלשון הרב דס"ל דלא פליגי דהעיטור לא מיירי אלא שהודיע לחבירו בלבד יש סחורה במקום פלוני ושאל ממנו אם הסכים בדעתו לילך לקנות אותה בשותפות דהשתא אפילו נתרצה בפירוש לקנותה ביחד יכול לחזור בו בדיבורו ואינו אלא רמאות כיון שלא. ה מידו מעמד גמור ביחד באיזה דרך יקנו הסחורה ביחד אם ילכו שניהם או אחד מהם והיאך ישאו ויתנו עם המוכר וכיון שאינו אלא דיבור בעלמא לקנותה להם ביחד טפי לא הילכך מצי לחזור בו אפילו נתרצה בפירוש ואפילו היה לראובן מעות אבל הך דראב"ן וראבי"ה א"ל קנה לנו ביחד וכו' דהיינו דא"ל שילך הוא ויקנה לשניהם ולא ששאלו אם הסכים בכך אלא עשאו שליח שיעשה כך וכך וחבירו הסכים עמו ועשה מעמד גמור והתרצה בפירוש שילך ויקנה לשניהם הו"ל כאילו אמר זכה לנו דקנה לנו כמו זכה לנו ודין המגביה מציאה

לחבירו יש לומר בדא״ל זכה לי ושוב אינו נאמן לומר קודם שקניתי חזרתי בי וכדין מציאה וכמ״ש הרמ״ה ומי שמעיין בדברי ראב״ן והעיטור ובלשון הרב בהגהותיו בש״ע יראה להדיא מדבריהם כדפי׳ והכי נקטינן ודלא כמהרו״ך דכתב כאן חילוקים שלא במשפט ובתשובה הארכתי עוד בזה בס״ד:

ו נתן לו מעות לקנות לו חיטין בין לאכילה בין לסחורה וקנה שעורין וכו׳. תרתי בריתות פרק הגוזל קמא (בבא קמא דף ק״ב) דקשיין אהדדי ופסק הרא״ש כהך אוקימתא דקאמר הא ר״מ הא ר׳ יהודא וכיון דקיי״ל כר״י אין חילוק דל״מ לסחורה דבכל מידי דאיכא רווחא ניחא ליה למשלח וכי איכא רווחא לאו שינוי הוא אלא אפילו לאכילה דשינוי הוא דלא ניחא ליה למשלח דשני בשליחותיה אפ״ה שינוי אינו קונה ואם נתייקרו הריוח למשלח:

ח היה השער ידוע וקצוב וכו׳. בפ׳ אלמנה ניזונית משנה וגמרא וז״ל הרי״ף ולמה חולקין השליח עם הבעה״ב הואיל ובאה הנאה לשליח על ידי בעה״ב חולק עמו וכתב הר״ן דלפ״ז משמע אפילו נתן המוכר לשליח בפירוש חולקין אבל רש״י פירש דחולקין לפי די״ל לשליח נתן מתנה ויש לומר לבעל המעות נתנה לפי זה אם נתן לשליח בפירוש הוה לשליח והרא״ש כתב כלשון הרי״ף וכ״כ בעיטור ונראה שזה היתה דעת רבינו שכתב והוסיף לו עליו מדעתו דמלת לו מיותר דהו״ל למימר ונתן לו המוכר הדבר הקצוב והוסיף עליו מדעתו אלא דלפי דמלשון זה משמע דהוסיף בסתם מדעתו ורבינו בא להורות כהרי״ף והרא״ש ולכן כתב והוסיף לו עליו מדעתו לומר דאף על פי שהוסיף בפירוש לו לשליח מדעתו אפ״ה חולקין אכן הרמב״ן בתשובה בסי׳ ס׳ כתב דרבינו האי גאון פי׳ כפי׳ רש״י וב״י מביאו ונראה דבפלוגתא דרבוותא היכא דקיימי זוזי תיקום ואין מוציאין מידו ונראה דכל זה לפירש״י אינו אלא בעובד כוכבים אי נמי אפי׳ בישראל ואינו לפנינו אבל בישראל והוא לפנינו מועיל עדותו כשיעיד למי הוסיף:

ט ומ״ש ופי׳ ר״ת וכו׳. כלומר בעובד כוכבים דהוסיף בדבר הקצוב דחולקין ובאינו קצוב הכל למשלח כיון דזה הגיע ע״י מעות המשלח ומזה הטעם ה״ה בעשאו שליח לקבל לו מעות מיד סוחר עכו״ם וטעה נמי הגיע ע״י מעותיו והכל למשלח אבל ר״י מחלק דגבי מקח אם הוא בדבר קצוב חולקין בשניהם והטעם דתופס דעת האלפסי דחולקין הואיל ובאה הנאה לשליח ע״י בעה״ב ולפי זה אין חילוק בשניהם ואם אין לו קצבה הבל לבעל המעות דכל מה שנתן לא נתן אלא בעד החפץ א״נ הדמים שקבל המוכר בעד החפץ שמכר הם והילכך אפילו מכר בזול הרבה הכל למשלח בעל המעות אבל טעו׳ שבחשבון דבר בפני עצמו הוא ולא באה ע״י מעותיו של משלח או חפצו אלא הוה ליה כאילו מחל לו והכי נקטינן כדעת ר״י שכן פסק הרשב״ם לפני רש״י כמ״ש המרדכי פרק אלמנה ניזונית וכ״כ הרשב״א בנותן לחבירו להלוות מעותיו לעכו״ם בריבית ונתן לו ו׳ דינרין יותר דהכל לשליח ומביאו ב״י מיהו כת׳ המרדכי לשם דמי שעושה סחורה עם העכו״ם ובא חבירו וסייעו וכו׳:

יא תשובה להר״מ מרוטנבורג וכו׳. הכי נקטינן כהרמ״מ ולא כרבינו אפרים דכיון דמעות של ישראל הם ביד השליח אין אחר יכול לזכות בהן שהרי לא הפקירם אלא נתן אותם לשלם לעכו״ם וכיון שלא קבלם העכו״ם צריך להחזיר למשלח דשלו הם וה״ה בנתן מנה לשליח לשלם לעכו״ם ולא לקח אלא חמשים נמי צריך להחזיר הנשאר למשלח דמעותיו נשארו ולא דמי לשולח לקבל מעות מן הסוחר עכו״ם והעכו״ם כתן לו יותר דפסק ר״י דהכל לשליח דהתם השליח הוא שמחל לו העכו״ם אבל כאן הוא במעותיו של ישראל המשלח לא זכה בהן השליח אלא מחזירם לישראל וכן כתב בהגהת מרדכי פרק אלמנה ניזונית וכן בנתן מנה לשליח לפשר עם ב״ח עכו״ם ופשר אותם בכ״ה המותר למשלח וכן כתב בהגהות מרדכי דכוותיה וק״ל:

סימן קפד

א שלשה שעשו שליח לאחד וכו׳. מימרא דרבה ס״פ א״נ (דף ע״ד) ואיכא לתמוה דכיון דס״ל לרבי׳ דרש״י והרמב״ם מפרשים דאינו תלוי במה שנתנו לו הם מעורבים וכו׳ א״כ מהיכן למד רבינו לפרש בתחלה אם כל אחד נתן לו צרור כספו לבדו וכו׳ דמשמע דהדבר תלוי במה שנתנו הם מעורבים או צרורים כ״א לבדו ונ״ל דרבינו ראה דהאלפסי והאשיר״י הוו גרסי ולא אמרן דזבן לחד מינייהו זבין לכולהו אלא דלא צר וחתים אינש אינש לדעתיה אבל צר וחתים אינש אינש לדעתיה למאן דזבין זבין ולמאן דלא זבין לא זבין דמדקאמר לדעתיה אלמא דהדין תלוי במה שהיה דעתם מתחלה כשעשאוהו שליח ונתנו לו המעות שרצונם היה שיהיו מעות כ״א צרור לבדו או היתה דעתם מתחלה שיהיו מעורבים אבל הרמב״ם ורש״י הוו גרסי כגירסתינו ולא אמרן אלא דלא צר וחתים אינש אינש לחודיה אבל צר וחתים אינש אינש לחודיה וכו׳ והכי פירושו דלא צר וחתים השליח למעות של כל אחד ואחד בלחודיה וכו׳ ואין הדבר תלוי כלל בדעתייהו דמשלחין אלא תלוי במה שקנה השליח במעות מעורבים או בשל כל אחד וא׳ לבדו ומיהו בפירש״י שלפנינו אין ללמוד מדבריו כלום שלא נמצא בספרינו אלא לשון זה דלא צר וחתים מעות של כל איש ואיש לבד עכ״ל וכך הוא בנ״י ותו לא:

ב וכתב הרמב״ם אע״פ שהיה בלב השליח וכו׳. נראה דלאו דוקא בלב אלא הוא הדין אפילו אמר כך בפירוש אלא אורחא דמילתא נקט דכיון שהוא קונה בלבדו למי יאמר כך אלא שכך היה בלבו בשעה שקנה שהמקח הזה לכולם ואפ״ה לא מהני ובין שהיה בלבי כך ובין אמר בפירוש כך למי שיקנה במעותיו הוא שלו וזהו דבר פשוט אין צריך לבארו אבל אם הם מעורבים דכתב גם כן הרמב״ם אפילו שהיה בלב השליח וכו׳ קשה דהו״ל לפרש

דאפילו אמר בהדיא דלפלוני זבין לא קנה ובהרמב״ם ספ״ז דהל׳ מכירה ראיתי שכתב כאן וז״ל אע״פ שהיתה כוונת השליח שזה שקנה לאחד מהן הרי המקח של כולן וכו׳ ואיכא לפרש מדלא כתב כאן ג״כ אע״פ שהיה בלב השליח כמ״ש בחלוקה האחרת אלמא שמה שאמר שהיתה כוונת השליח כך הוא לפי ששמעו ממנו שאמר כך בשעה שקנה אכן מדברי רבינו נראה שהיתה נוסחתו ברמב״ם אע״פ שהיה בלב השליח וכולי בשתי החלוקות בשוה. ומ״ש רבינו וכן אמר הרמ״ה אפילו אמר בהדיא וכו׳ כלומר גם הרמ״ה אמר כך וגם הוסיף אפילו אמר בהדיא: ומ״ש בשם ה״ר ישעיה נראה דס״ל דכיון שחזר בו משליחותו בפני עדים הרשות בידו לחזור ומה שקנה מן המעות המעורבות לפלוני לבדו זכה בו והשאר מונח עד שיבוא לביתו ויחזיר לכל א׳ וא׳ את שלו אבל אם מעות כל א׳ צרור בלבדו מודה ה״ר ישעיה דאפילו חזר בו משליחותו בפני עדים ואמר שמה שיקנה הוא בין כולם אי נמי אפילו חזר בו לגמרי ואינו קונה כלל לפלוני אלא לב׳ חביריו בלבד אפ״ה כל מה שקנה במעות פלוני הוא של האחד בלבד בעל כרחו: לשון הרמב״ם ג׳ שנתנו לאחד וכו׳ ולפ״ז אינו תלוי וכו׳. כתב ב״י דרבינו דקדק מדבריו שכתב אם היו המעות מעורבות וכו׳ ולא כתב אם נתנו לו המעות מעורבות עכ״ל והדבר ברור שאם נתנו לו הם המעות מעורבות אין ביד השליח לצרור לכ״א כספו בלבדו וכל מה שיקנה הוא בין כולם דכבר נשתתפו יחד אלא דהיכא דנתנו לו כ״א בלבדו התם הוא דבשליח תלוי הדבר דאם הוא ערבו וקנה בהן מעורבין מה שקנה הוא בין כולם ואם הניחן צרורים כמו שהיו וקנה בשל כ״א ואחד לבדו למי שיקנה במעותיו הוא שלו ונ״ל דלהרמב״ם אפילו נתן כל אחד מעותיו שלא בפני חבירו אם קנה במעות מעורבין שערבן השליח המקח של כולם דהא אפילו נתנו לו צרורים יכול לערבן ולקנות לכולם במעות מעורבות כ״ש בכהאי גוונא: כתב בספר ב״ה ומ״ש הרמב״ם היה מעות כל אחד צרורים וחתומים לאו דוקא דכל שאינם מעורבים למאן דזבין זבין אפי׳ לא חתימי ולא ציירי אלא אורחא דמילתא נקט דכל שאינם מעורבים צר וחתים אינש אינש לחודיה דאל״כ תיקשי דיוקא דרישא לדיוקא דסיפא בהרמב״ם עכ״ל ונכון הוא:

ג ראובן שקנה שדה משמעון וכו׳. הכי אסיקנא פרק הגוזל קמא (בבא קמא דף ק״ג) וע״ל בסימן ס׳ סעיף י״ח כתב רבינו דין זה לגבי הלואה והאריך שם יותר ומכאן למד להורות גם בהלואה ע״פ בעל התרומות וז״ל הרמב״ם בפרק ב׳ מהלכות שלוחין ואם התנה עמו בתחילה וא״ל לעצמי אקנה וזה שאכתוב שטר בשם לוי כדי שלא ידעו בי שאני הוא הקונה ה״ז כופהו לחזור ולכתוב שטר אחר בשמו עכ״ל והקשה ב״י דאע״ג דאסיקנא דה״ק דהלוקח שדה בשם חבירו אין כופין את המוכר למכור זימנא אחריתא ואם א״ל ע״מ כופין את המוכר למכור מ״מ פרכינן עלה פשיטא ומשני ל״צ דא״ל לסהדי קמי דידיה חזו דשטרא אחרינא קא בעינא מהו דתימא וכו׳ קשה למה לא הזכיר הרמב״ם הא דאמרינן ל״צ דא״ל לסהדי וכו׳ וצ״ע ולפעד״נ דמאי דמקשינן פשיטא קס״ד דהאי ואם התנה תנאי מפורש התנה עם המוכר שיכתוב לו שטר אחר ולהכי אקשינן פשיטא ופרקינן ל״צ דא״ל לסהדי קמי דידיה וכו׳ כלומר שלא היה לשם תנאי מפורש אלא שהתנה בדברים שמובן מהם שרוצה שהמוכר יכתוב לו שטר אחר כגון דא״ל לסהדי קמי דידיה וכו׳ אבל ודאי דלאו דוקא בכה״ג אלא הוא הדין בדברים אחרים שמובן מהם שרוצה שהמוכר יכתוב לו שטר אחר וכגון שכתב הרמב״ם שהתנה עמו בתחילה וא״ל לעצמי אקנה וכו׳ דאע״פ שלא התנה בפירוש שיכתוב לו שטר אחר אלא מובן כך מדהוצרך לומר לפני המוכר בתחילה לעצמי אקנה וכולי דלא אמר כך אלא להודיעו שיכתוב שטר אחר כופין אותו לכתוב לו שטר אחר: כתב הרב בהגהת ש״ע ואם קנה קרקע תחילה ע״ש לוי אע״פ שלוי לא עשאו שליח אם קנה במעות לוי לא יוכל לחזור בו עכ״ל ואין ספק דט״ס הוא וצ״ל אע״פ שלוי לא עשאו שליח לא יוכל המוכר לחזור בו ואם יבוא לוי ויאמר כי במעותיו קנה הדין ביניהם כך הוא בעיטור מאמר ב׳ קנין:

סימן קפה

א כתב הרמב״ם הסרסור שליח הוא וכו׳. בפ״ב מהלכות שלוחין ונראה דהרמב״ם בא לבאר שהסרסור שמדבר ממנו כאן אינו הסרסור שדיבר ממנו פט״ז מהלכות מכירה דאינו שליח אלא קונה מזה ומוכר לזה ואינו משהה המקח אצלו דיש לו דין לוקח וכשא״ל במנה ומכרו במאתים הכל לסרסור ונ״ל מדברי הרב שאותו נקרא סרסר בלא וי״ו ובגמרא פרק המפקיד קורא אותו ספסירא וגם רבינו כתבו לקמן בסימן רל״ב סעיף ט״ו אבל כאן מדבר בסרסור שהוא שליח אלא שנוטל שכר ומשום הכי חייב בגניבה ואבידה: ומ״ש מכרו במאתים הכל למשלחו. צ״ל דמיירי בדבר שאין לו קצבה אבל בדבר שיש לו קצבה אפי׳ בסתם חולקין כדלעיל בסימן קפ״ג סעיף ח׳ כ״ש כשא״ל מכור במנה וכך צריך לפרש תשובת הרא״ש שהביא רבינו בסימן ע״ג סעיף ל׳ כמ״ש לשם בס״ד ע״ש:

ב שאלה לא״א הרא״ש ז״ל וכולי אם יכול ראובן לחזור בו אחר שמשך הסרסור החפץ או שמא אדעתא דהכי לא נתנו לו. פי׳ השאלה היתה אע״ג דלא נפקא ליה מידי למוכר אם לוקחו הסרסור לעצמו או מוכרו לאחר אלא שחוזר בו ממה שנתן לו רשות למכרו בזול בד׳ מי נימא דלא יוכל לחזור בו אחר משיכת הסרסור דאין לאחר משיכה כלום או דילמא כיון דלא מסר לו החפץ למשוך מרשותו לשם קנייה שפיר יוכל המוכר לבטל שליחותו שנתן רשות למכרו בד׳ כיון שלא קנאו הסרסור במשיכה זו עוד אמר השואל או שמא מטעם אחר יוכל לחזור בו המוכר דלא אמרתי לך למכרו בד׳ אלא אדעתא

דתמכרנו בשוק לאחר אבל אדעתא דהכי שתחזיק החפץ לעצמך לא נתתיו לך כי אינני חפץ למכור לך חפצי כלל להחזיקו לעצמך אף אם תתן לי יותר מד׳: וכתב ב״י דמה שלא השיב הרא״ש על זה כלום הוא לפי שהסכים לדעת השואל דהא בהא תליא וכיון שאין לסרסור בתוספת כלום אם כן החפץ הוא ברשות המוכר אף לאחר שמשך הסרסור החפץ לרשותו ושוב לא יוכל הסרסור לומר הילך ד׳ בשבילו וכמ״ש הרשב״א שהסרסור במקום בעלים עומד והחפץ לא יצא מרשות בעליו ומיהו איכא למידק דכאן משמע דאם לאחר שא״ל הסרסור הילך ד׳ בשבילו ונתפייס המוכר דשפיר דמי ולעיל גבי מצרן סימן קע״ה סעיף ל׳ כתב דהשליח אינו רשאי לקנות לעצמו כדאמר גבי אפוטרופוס וכו׳ וי״ל דהתם לא קצב לו המשלח למכור בכך וכך הילכך אסור לקנות לעצמו מטעם חשדא שיקנהו בזול אבל הכא דא״ל למכרו בד׳ ליכא חשדא ושפיר דמי לקנותו לעצמו אם המוכר אינו חוזר בו:

ה וכתב עוד הרמב״ם ואם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן וכו׳ וגם בזה השיג הראב״ד וכו׳. איכא למידק דבסימן קפ״ב ס״ח הביא רבינו דעת הרמ״ה בסתם שהם כדברי הראב״ד בכאן דהמשלח צריך לברר שעשאו שליח בסתם דאל״כ יוכל לומר שהתנה עמו בין לתיקון בין לעיוות דהמע״ה דאלמא דהכי ס״ל כהרמ״ה וכאן כתב מחלוקת דהרמב״ם והראב״ד ונראה לפע״ד דדינו של הרמ״ה מודה בו גם הרמב״ם דלא אמר הרמ״ה אלא בעושה שליח לקנות לו קרקע או מטלטלין ונתן המעות למוכר ואח״כ בא המשלח לבטל המקח לפי שעיות ודאי דאמרינן בזו המע״ה ואין לו כח להוציא המעות מיד המוכר אם לא יברר המשלח שעשאו שליח בסתם וכמפורש בדברי הרמ״ה דלא מיירי אלא בהכי אבל הרמב״ם מיירי בסרסור שמוכר החפץ ומקבל דמים מהלוקח ול״מ היכא דיוכל המשלח לברר בעדים שהחפץ הוא שלו והלוקח לא בא להחזיק בחפץ אלא מכח הסרסור שמכרו לו והמשלח טען שלא הרשהו ליתנו בחמשים דפשיטא דהלוקח חייב להחזיר גוף החפץ למשלח שהוא שלו ויחרים וכולי אלא אפילו בדליכא עדים אלא דהלוקח ידע ומכיר החפץ שהוא של ראובן לא איברו סהדי אלא לשיקרא וכיון דידע דהחפץ הוא של ראובן חייב הוא להחזיר החפץ וכולי ונלפענ״ד דהדין הוא עם הרמב״ם והשגת הראב״ד ע״ז אינה השגה כלל וכך נראה דעת הב״י שדחה להשגת הראב״ד בזה ופסק כאן בש״ע כדברי הרמב״ם ובסימן קפ״ב פסק כהרמ״ה ומה שהביא הרב כאן בהגהת ש״ע דעת הראב״ד דמשמע דס״ל דבפלוגתא דרבוותא אין להוציא מיד המוחזק לא נהירא אלא כדפירשתי עיקר וראיתי בדברי מהרו״ך שמחלק כאן בין סרסור לשליח ובין עשאו שליח בסתם לאומר בכך וכך תמכרהו ושרי ליה מאריה:

ו וכתב עוד הרמב״ם וכולי וכתב הראב״ד וכשהפקידו לא אמר כלום וכולי. נראה דהרמב״ם לא קאמר היכא דלא טעה כלל השליח ומכרו בשויו דלשם ודאי דהמקח קיים אלא קאמר היכא דטעה אפילו לא טעה אלא בכל שהוא התם הוא דהמכר בטל וכ״כ ה״ר ירוחם דבסרסור אם טעה בכל שהוא מכרו בטל והביאו ב״י בתחלת סימן זה ודעת הראב״ד דודאי כך הוא הדין כשהפקידו ומסר לו החפץ בסתם למכרו אבל כשא״ל מכור לי חפץ זה בכמה שתמצא לא יוכל לחזור בו אלא מה שמכר מכור כדין כל אדם שמוכר בשלו דבטעה פחות משתות הוי מחילה ובשתות קנה ומחזיר אונאה וכבר אפשר דגם הרמב״ם מודה בזה אלא שלא פירש ואפשר נמי דס״ל להרמב״ם דאפילו א״ל בכמה שתמצא מצי אמר לא נתכוונתי אלא למכרו ביותר משויו כל מאי דאפשר וכיון שטעה בכל שהוא אינו רוצה למכור בדמים אלו ולעד״נ כהראב״ד בזה דמסתבר טעמיה ואפשר נמי דהרמב״ם מודה לו כדפרישית:

סימן קפו

א הלוקח כלים מבית האומן וכו׳. בפרק ד׳ נדרים (נדרים דף ל״א) אמר שמואל הלוקח כלי מן האומן לבקרו ונאנס בידו חייב ת״כ דשמואל הלוקח כלים מן התגר לשגרן לבית חמיו וא״ל אם מקבלין אותן ממני אני נותן לך דמיהם ואם לאו אני נותן לך טובת הנאה שבהן נאנסו בהליכה חייב בחזירה פטור מפני שהוא כנושא שכר והמפרש לשם פי׳ דהא דקאמר שמואל ונאנס בידו שנשבר כגון כלי זכוכית עכ״ל וכ״פ רשב״ם בפרק הספינה (בבא בתרא ד׳ פ״ז) נראה דק״ל דהול״ל ונאנס מידו דמשמע דלסטים מזויין לקחו מידו אבל נאנס בידו משמע דנשבר בידו דהיינו כגניבה ואבידה וחייב מדין ש״ש כיון דהנאת לוקח נמי היא אבל אין לו דין שואל כיון שאין כל הנאה שלו דהנאת מוכר נמי היא ובברייתא פי׳ המפרש נאנסו בהליכה חייב מפני שהוא כנושא שכר בההיא הנאה דאית ליה שמניחו להוליכו לבית חמיו גמר ומקני נפשיה בחזירה פטור דלית ליה הנאה שלא נתקבלו עכ״ל ואין זה דוחק דמפרש נאנסו על מה שהוא כעין גניבה ואבידה דהכי אשכחן טובא בתלמודא ולפי זה מפני שהוא כנושא שכר קאי אריש דבהליכה חייב וכ״פ רשב״ם בפרק הספינה אלא דהוה ק״ל דאי בהליכה הוי כנושא שכר לא ליחייב באונס וכך הקשה בית יוסף ולא קשה מידי דהאי נאנס אין פירושו בליסטים מזויין אלא אונס דגניבה ואבידה דאונס קרינן לה בדוכתי טובא מיהו רש״י בפ׳ האומנין וכל הגאונים דחו פירוש זה בשתי ידים ופי׳ דמפני שהוא כנושא שכר לא קאי אלא אחזרה דפטור מאונסין דליסטים מזויין וחייב בגניבה ואבידה משום דאף בחזרה הוי כנושא שכר אבל בהליכה יש לו דין שואל וחייב באונסין דליסטים מזויין וכ״כ רבינו וע״ל בס״ס רי״ט בדין הנוטל כלי לבקרו ובמ״ש לשם בס״ד:

ב נטלו למכרו לאחרים וכו׳. עובדא דאתיא לקמיה דרב נחמן דפסק כך לחייבו אף בחזרה ומייתי ליה בפרק האומנין ופרק ד׳ נדרים ולדעת המפרש בנדרים שהבאתי אינו אלא כנושא שכר אבל לדעת שאר כל הגאונים חייב באונסין כדין שואל: ומ״ש בשם הרא״ש בפ׳ האומנין כ״כ והוא מדברי התוס׳ לשם דא״ל הו״ל קונים הרבה לא היה חייב בחזרה באונסין כמו שואל כיון דהנאת שניהם היא דלא דמי לשואל דכל הנאה שלו וכתב ב״י דאפילו אין לו קונים הרבה דלא חייב באונסין אפי׳ הכי חייב בגניבה ואבידה דלא גרע מסרסור סתם דהוי ש״ש וע״ש כי האריך: כתב ב״י בס״ס זה ע״ש מהרי״ק בשורש קנ״ה דאם מתחלה אמר השליח אשרתך ואמכור החפץ בסך אשר תעריך ולא ביקש שום דבר וא״ל המוכר מכור בכך וכך ולא אמר המותר יהיה שלך אפילו הכי הכל לשליח מאחר שא״ל תחלה אמכרנו בסך אשר תעריך ע״כ נראה מדבריו דס״ל דכיון דלא ביקש שום דבר אלא אמר אמכרנו בסך אשר תעריך חשוב כאילו א״ל זה יהיה שכרי שמה שיהא מותר על הסך אשר תעריך יהא שלי שכר טרחי וכשא״ל שוב המוכר מכור אותו בכך וכך אלמא דהסכים לדבריו וכאילו א״ל המותר יהא שלך והו״ל ש״ש על החפץ אבל בספר ב״ה כתב על דברי מהרי״ק הללו ז״ל ובזה אין דבריו נראין שכבר נתבאר בסימן קפ״ה אם נתן חפץ לסרסור למכרו בששה התוספת לבעל החפץ עכ״ל ולפעד״נ דשגגה יצאה לפניו מתוך הקולמוס דהתם הסרסור לא א״ל מתחלה אשרתך וכולי אבל כאן דא״ל מתחלה אשרתך וכו׳ דחשוב כאילו אמר זה יהיה שכרי על מה שאשרתך שהמותר על מה שתעריך יהא שלי והמוכר השיבו על דבריו מכור לי בכך וכך הו״ל כאילו א״ל בפירוש המותר יהא שלך ולכן נראה דכך יש להורות בדין זה כמ״ש מהרי״ק ודלא כהרב ב״י: פסק ב״י דאם קצב לו דמים לשליח וא״ל כל מה שתמכרנו ביותר על דמים אלו נחלוק בינינו אין לו אלא דין סרסור דהוי שומר שכר ואינו חייב באונסין דהוי הנאת שניהם בין יש לו קונים הרבה בין אין לו קונים הרבה וע״ש כי האריך:

סימן קפז

א כתב הרמב״ם כל שליח וכו׳. בפ״ב מהל׳ שלוחין: ומ״ש ואם האונס במקום שאפשר להביא עדים וכו׳. פירוש דשכיחי לשם עדים במקום שאירע האונס וכדאמר ס״פ האומנין גבי שומר שכר ריסקא דמחוזא שכיחי בה אינשי זיל אייתי ראיה ואיפטר וכולי ואי לא מייתי ראיה אינו נאמן בשבועה אלא משלם ודוקא בכה״ג דשכיחי עדים ואפשר גם כן דלא היו שם עדים והתם הוא דגלי לן קרא בדין שומרין שאם לא הביא עדים משלם אבל בעלמא אע״ג דשכיחי עדים כיון דטעין בשעה שאירע אונס זה לא היו שם עדים נשבע ונפטר דבר תורה אבל אם אונס זה אירע במקום שאי אפשר שלא יהא שם עדים כגון שאירע בבית הכנסת בשעה שהתאספו לשם רבים וכיוצא בזה אפילו בעלמא כגון בטענת פרעון נמי אינו נשבע ונפטר אלא צריך להביא ראיה או משלם דכיון דלא מייתי ראיה ודאי משקר: ומ״ש או דבר שגלוי לכל וכו׳. כלומר ל״מ היכא דאירע אונס במקום דשכיחי עדים ומכיר מי ומי היו אצל המאורע ויכול להביאם לב״ד אלא אפילו בדבר שאינו אלא קול וגלוי לכל דהתם אינו יודע מי ומי יעיד בדבר זה שיביא אותו לב״ד אפ״ה צריך לחקור ולדרוש מי הוא שיוכל להעיד בדבר זה ויביאהו לב״ד ויעיד ואם לא יביא משלם כי ההוא דיהיב זוזי וכו׳ ולהרמב״ם גבי שלוחין ושותפין אין זה אלא תקנת חכמים ולאו מקרא נפקא לן כמ״ש בסוף סימן זה:

ב והרמ״ה כתב דלא אמרינן הכי אלא בשבועת שומרין וכו׳. טעמו משום דהאי דינא איתא התם מדתני איסי בן יהודה אין רואה שבועת ה׳ תהיה בין שניהם הא יש רואה יביא ראיה ויפטר וכיון דבשומרין כתיב האי קרא לפיכך לא אמרינן הכי אלא בשבועת שומרין וכולי וכבר כתבתי בסמוך דקרא לא מיירי אלא בדוכתא דשכיחי בה אינשי ואפשר נמי דלא היו שם עדים בשעה שאירע האונס ולהכי בעלמא כגון בטענת פרעון והשבת אבידה וכיוצא בו וכו׳ אפילו אירע לדוכתא דשכיחי אינשי ויש רואה וכולי מיפטר בשבועה כיון דאפשר נמי דלא היה שם שום עד כדפי׳: ומ״ש דעבידי אינשי למיפרע בצינעא וכו׳. טעמא קא יהיב למילתא דל״ק מ״ש שומרים מפרעון והשבת אבידה וקאמר דה״ט דטענת שומרים דמיפטר בה השומר מבעה״ב כגון נשבר או נשבה או מת בש״ש וגניבה ואבידה בש״ח שכיחי בדוכתא דאיכא רבים דידעי אינשי בההוא אונסא לפיכך לא קאמר רחמנא דישבע ויפטר אלא היכא דאין רואה אבל יש רואה יביא ראיה ויפטר אבל בפרעון והשבת אבידה דרגילי אינשי למיפרע בצינעא ומיפטר בשבועה הילכך אפילו יש רואה נמי מיפטר בשבועה דהכא והכא אזלינן בתר מילתא דשכיחא ודלא כמ״ש מהרו״ך: ומ״ש וההיא עובדא דד׳ מאה דני דחמרא וכו׳. כל זה הוא מדברי הרמ״ה והיה קשה לו דמפשטא דההיא עובדא דקאמר ההוא גברא דא״ל לחבריה זיל זבין לי וכו׳ ולא קאמר ההוא גברא דיהיב ליה זוזי לחבריה וא״ל זיל זבין לי וכולי אלמא דלא יהיב ליה זוזי א״כ איננו שומר שלו בכלום אלא שליחות גרידא ומיישבו דהתם פקדון היה בידו לפיכך אמר בסתם זיל זבין לי וכו׳ אבל דעת הרמב״ם דהך עובדא שליחות גרידא היתה ואע״ג דקרא דאין רואה בשומרים הוא דכתיב ס״ל להרמב״ם דתקנת חכמים הוא בכל דוכתי בין בשליחות בין בשותפות בין בשאר טענות כל היכא דהראיה מצויה בהן צריך להביא ראיה וזהו שכתב הרמב״ם תחלה כל שליח וכו׳ ואח״כ הביא המעשה דארבע מאה דני דחמרא וכולי אמרו חכמים מנין גדול כזה שהחמיץ קול יש לו וכולי אלמא דתקנת חכמים הוא ולאו מקרא נפקא לן וכתב עוד וכן כל כיוצא בזה וכולי וכן הדין בכל טענה שיטעון השותף וכיוצא בו וכן הדין בטענת השומרים אם הראיה יכולה להיות או יביא ראיה

על טענתו או ישלם כמו שיתבאר עכ״ל ואל יהא קשה עליך לשון וכן הדין בטענת השומרים וכו׳ והלא עיקר דין זה בשומרים הוא דכתיב אבל בשאר טענות אינו אלא תקנת חכמים דדבר פשוט הוא דלא כתב הרמב״ם וכן בטענת השומרים וכו׳ אלא לפי שהקדים לכתוב דין זה אצל שלוחין ושותפין ועדיין לא כתב דין שומרים לכך כתב וכן הדין בטענת שומרים כו׳ כמו שיתבאר:

סימן קפח

א אין שליחות לעכו״ם וכו׳. גמרא פרק א״נ אסיקנא דילפינן כל התורה מתרומה דכתיב אתם גם אתם לרבות שלוחכם מה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית ומה משלחכם בן ברית אף בכל התורה המשלח בן ברית ועיין בב״י שהאריך:

ב לפיכך השולח בנו אצל חנוני וכו׳. בהספינה (דף פ״ז) תנן השולח בנו אצל חנוני ופונדיון בידו ומדד לו באיסר שמן ונתן לו את האיסר שבר את הצלוחית ואבד את האיסר החנוני חייב רבי יהודה פוטר שע״מ כן שלחו ומודים חכמים לרבי יהודה בזמן שהצלוחית ביד התינוק ומדד החנוני פטור ובגמרא בשלמא באיסר ושמן בהא פליגי דרבנן סברי לאודועי שדריה ור״י סבר לשדוריה ליה שדריה אלא צלוחית אבידה מדעת היא ואסיקנא הב״ע כגון שנטלה למוד בה לאחרים ובשואל שלא מדעת פליגי מ״ס שואל הוי ומ״ס גזלן הוי ודברי רבינו הם על פי גירסא זו שהיא גירסת רשב״ם ופירושו וז״ל רשב״ם ופונדיון שנטל בנו בהליכה נהי נמי דאבידה מדעת היא מ״מ בחזרה יפה מחייבים חכמים הואיל ואמרי לאודועיה שדריה עכ״ל וכתב ב״י ואין דבריו מובנים לי יפה ונראה שכוונתו לומר כמ״ש התוס׳ ואע״ג דפונדיון נמי אבידה מדעת היא שמשלחו ביד תינוק מכל מקום כיון שהפונדיון של בעל הבית נשאר ביד חנוני אינו פטור עד שיביאנו לידו שוה פונדיון שמן ואיסר ואם היה מחזיר אותו פונדיון עצמו לתינוק ה״נ דהוי פטור עכ״ל ולפעד״נ דאין צורך לזה אלא ה״פ דכיון דלאודועיה שדריה היה לו לחנוני ליקח מידו הצלוחית והפונדיון ולשלוח לבעל הבית על ידי שלוחו פקת ולא ע״י הקטן כלל ומדלא עשה כך א״כ הפונדיון שהחזיק בידו נעשה עליו שומר אבידה וחייב להחזירו לבעה״ב ומה ששלח השמן והאיסר שלו על ידי הקטן הוא אבידה מדעת החנוני שרצה לאבד ממונו ומ״מ על הצלוחית שהוא ממונו של בעה״ב פטור החנוני כיון שצלוחית שלו שנתן ביד הקטן בהליכה היה בידו גם בחזרה ולזה נתכוין רשב״ם ודוק וא״ת למה ליה לתנא למיתני ששלח בידו פונדיון הוה ליה למיתני בקיצור דמסר בידו איסר ומדד לו באיסר שמן שבר את הצלוחית חנוני חייב ונראה דאתא לאורויי האי דינא דאף על גב דצלוחית ופונדיון תרווייהו אבידה מדעת היא אפ״ה לא מחייבי רבנן על הצלוחית אלא בנטלה מיד התינוק למוד בה לאחרים אבל אי לא עביד הכי פטור על הצלוחית וחייב על האיסר והשמן מטעמא דאמרן אי נמי מטעמא דפירשו התוספות אבל רשב״ם ע״ש רש״י נדחק לתרץ קושיא זו דכן דרך רוב סחורות שנותן פשוט ומקבל מחצה כל זה צריך לפרש לפי גי׳ רשב״ם אכן האלפסי והאשיר״י לא גרסי במשנה ופונדיון בידו והא דתני ונתן לו את האיסר פי׳ התינוק נתן לו את האיסר שבידו לחנוני ולפי זה ואבד את האיסר פירושו אבד את השמן הלקוח באיסר ובגמרא נמי גרסינן בשלמא באיסר שמן בהא פליגי וכולי וגירסא זו ופירושה דחה אותה רשב״ם ע״ש אכן דברי הרמב״ם בפי׳ המשניות מתוקנים דהוא פירש דהאי ונתן לו את האיסר כלומר או נתן לו את האיסר וכן ואבד את האיסר כלומר או אבד את האיסר וה״ק השולח את בנו אצל חנוני פי׳ בצלוחית שבידו בלבד ומדד לו החנוני באיסר שמן או כשאין לו שמן נתן לו החנוני לתינוק איסר ליקח בו שמן מזולתו שבר את הצלוחית או אבד את השמן וכו׳ ובגמרא גרסינן שפיר בשלמא באיסר ושמן בהא פליגי וכו׳ וגירסא זו ופירושה ניחא טובא דליכא קושיא ולא שום דוחק וכן כתב בחיבורו בפ״ב מהל׳ שלוחין וז״ל לפיכך השולח בנו קטן אצל חנוני ומדד לו באיסר שמן ונתן לו את האיסר ואבד את השמן ואת האיסר החנוני חייב לשלם שלא שלחו אלא להודיעו וכו׳ עכ״ל דלכאורה קשה טובא דלא כתב ופונדיון בידו וכתב ונתן לו את האיסר דאין לומר דונתן לו התינוק את האיסר שבידו לחנוני קאמר דאם כן מאי הא דכתב אח״כ ואבד את השמן ואת האיסר דמשמע דמלבד שאבד את השמן אבד גם את האיסר שבידו אבל אין ספק דכוונתו היא כמו שפירש במשניות דשלח את בנו בצלוחית שבידו בלבד בלא פונדיון ובלא איסר והחנוני מדד לו באיסר שמן או כשאין לו שמן נתן לתינוק איסר שלו ליקח בו שמן מזולתו ואבד את השמן או את האיסר החנוני חייב לשלם וכולי כלומר הוא חייב בנזקי עצמו ובעה״ב פטור אלא דאיכא לתמוה הא דלא הזכיר דין צלוחית והחילוק בין נטלו למוד בה לאחרים או לא נטלו דהוא מסקנא דגמרא וכמ״ש האלפסי והרא״ש וגם הוא עצמו כתב כך בפירוש המשניות ואפשר כיון דדין צלוחית נמשך ממאי דקיי״ל שואל שלא מדעת גזלן הוא נסמך על מ״ש כבר בספ״ג מהלכות גזילה דכתב דין זה דהיה כלי ביד בנו של בעה״ב וכו׳ דהיינו דין צלוחית על פי מסקנא דגמרא דפרק הספינה ע״ש ולכן לא הוצרך לחזור ולכתבו בה׳ שלוחין כנ״ל ולפ״ז נראה דגם האלפסי והאשיר״י דלא גרסי במשנה ופונדיון בידו היו תופסין הפי׳ של הרמב״ם ואיכא לתמוה טובא על הרב ב״י שבספר כ״מ פ״ב משלוחין כתב גירסא ופונדיון בידו ופי׳ רשב״ם והתוס׳ כדי לפרש בו דברי הרמב״ם והרי עיניך רואות דהרמב״ם רוח אחרת היתה עמו:

ג כתב הרמב״ם האומר לחבירו וכו׳. זה נלמד מהא דתנן בפ׳ השואל את הפרה וא״ל השואל שלחה לי ביד בני או ביד עבדי או ביד שלוחי וכולי ושלחה ומתה חייב פי׳ השואל חייב דהוה ליה כאילו הגיע לידו ובני דקתני משמע קטן דאילו בגדול היינו שלוחו וה״נ משמע מהך משנה דצלוחית דע״כ ל״פ רבנן דהחנוני חייב אלא משום דסברי דלאודועי ליה שדריה אבל אמר ליה לחנוני דלשדורי ליה שדריה אף רבנן מודו דפטור החנוני והוא דבר פשוט:

סימן קפט

א אין המקח נגמר בדברים וכו׳. בפ׳ הזהב איפליגו רב ורבי יוחנן אם יש בדברים משום מחוסרי אמנה ונקטינן דאית בהו משום מחוסרי אמנה וכדלקמן בסימן ר״ד סי״א אבל לדברי הכל אין המקח נגמר בכך מיהו לקמן בסימן ר״א כתב דאפי׳ לא כתקיים המקח כראוי לפי קניינו אם יש מנהג בעיר דברשימה על החבית הוי קנין אין יכול לחזור בו וכן כל כיוצא בזה לפי מנהג המקום וע״ש:

ב ולאחר שנגמר כראוי אין שום א׳ מהם יכול לחזור בו וכו׳. פי׳ אפילו החזיר לו השטר אין המקח נתבטל בכך אם לא חזר הקונה והקנה למקנה כראוי לו לפי קניינו וע״ל בסימן רמ״ג סעיף ט״ז בתשובת הרא״ש וכן אם אמר לשון מחילה אני מוחל לך המקח דלשון מחילה לא שייך לא בקרקע ולא בחפץ כדלעיל בס״ס ע״ג ולקמן תחלת סימן רמ״א: ואין המקח מתקיים וכו׳ אבל אם היה לו פקדון בידו וכולי לא קנה. תימה הלא בברייתא פ׳ הספינה (בבא בתרא דף פ״ה) תניא ברשות הלוקח כיון שקבל עליו מוכר קנה לוקח ואין חולק עליה והביאו האלפסי והאשיר״י וכן כתב הרמב״ם פ״ד ממכירה וכן פסק רבינו בתחלת סי׳ ר׳ וכך מבואר עוד בסימן קצ״ז סעיף י׳ בדברי הרמ״ה והרב ב״י בספר ב״ה כתב דט״ס הוא וצ״ל במקומו אבל אם הו״ל פקדון ביד אחרים וכו׳ ומלבד דהלשון לא יהא כתיקונו לפי הגהה זו דהו״ל פקדון ביד אחרים מדבר במפקיד וכיון לקנות מדבר בקונה עוד דוחק גדול להגיה כל הספרים אבל האמת יורה דרכו דהך ברייתא דוקא קתני כיון שקיבל עליו מוכר דהיינו שנתרצה וא״ל כל תבואה זו קנויה לך בכך וכך קנה מיד כמו שפי׳ רשב״ם להדיא וז״ש רבינו גם כאן דאין המקח מתקיים לקונה אא״כ יקנה לו המקנה כל אחד כראוי ולכן אף בהיה לו פקדון צריך להקנות לו ולומר לו פקדון שלי שהפקדתי בידך יהא קנוי לך התם הוא דקנה אבל אם א״ל המפקיד לקונה כלום אלא הקונה הוא שא״ל למפקיד סכום כך וכך אתן לך בעד הפקדון שבידי וכיון לקנותו והמפקיד שתק לא אמרו שתיקה זו כהודאה דמיא ולא קנה הקונה אא״כ יקנה לו המקנה שיאמר לו חפץ זה שבידך קנוי לך בסכום כך וכך כנלפע״ד:

סימן קצ

א קרקע נקנה בכסף וכו׳. בפ״ק דקידושין (דף כ״ו) בכסף מנ״ל אמר חזקיה אמר קרא שדות בכסף יקנו וכסף זה הוא הנקרא כסף קנין ואינו דוקא כסף השדה שהוא דמי השדה אלא כסף שהקרקע ניקנית בו כלישנא דקרא שדות בכסף יקנו:

ג ואפילו נתן לו הכסף על מנת שיחזירנו לו קנה. הכי אסיקנא בפ״ק דקידושין מיהו יש לחלק למאי שכתב הר״ן לשם (בד׳ תרכ״ב ע״ב) דאיכא להקשות לרב דקיי״ל כוותיה דאין קונין בכליו של מקנה ואפילו באדם חשוב ואילו הכא אסיקנא דבאדם חשוב קונין בשל מקנה מטעמא דבההיא הנאה וכו׳ ותירץ דה״מ כשמקבל מתנה גמורה אבל כשאינו מקבל אלא ע״מ להחזיר אין הנותן מתחשב בשביל כך ומשום דסתם חליפי סודר ע״מ להחזיר נינהו מש״ה דוקא בכליו של קונה אבל לא בשל מקנה עכ״ל לפ״ז ודאי הך דנתן לו הכסף ע״מ שיחזירנו לו קנה אינו אלא היכא דנתן קונה למקנה אבל מקנה לקונה אפילו באדם חשוב לא קנה מיהו אם המוכר אמר לאחר תן כסף ללוקח וכו׳ ונתן לו ע״מ להחזיר דקנה מדין שניהם מדין ערב ומדין עבד כנעני נראה דמהני וכן עיקר:

ד אמר המוכר ללוקח וכו׳. בפ״ק דקידושין (דף ז׳) אמר רבא תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב וכו׳ הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני וכו׳ תן מנה לפלוני ואתקדש אני לו מקודשת מדין שניהם וכו׳ בעי רבא הילך מנה ואתקדש אני לך מהו ואסיקנא דבאדם חשוב מקודשת בההיא הנאה דקא מקבל מתנה מינה גמרה ומקניא ליה נפשה איתמר נמי משמיה דרבא וכן לענין ממונא וצריכא וכו׳ ופרש״י וכן לענין ממונא קאי אתלתא בבי קמייתא וכתב הר״ן ולפיכך לא פי׳ רש״י דקאי נמי אהילך מנה ותקנה לך שדי באדם חשוב דסמיכא להאי מימרא טפי משום דבקידושין גופייהו ספוקי מספקא ליה לרבא ולא איפשיטא ליה וא״כ היכי לימא תו וכן לענין ממונא אבל לדידן שכן באדם חשוב מקודשת משמע דה״ה נמי לענין ממונא וכן דעת ר״ח שכתב וכו׳ עכ״ל וכך הם דברי רבינו אבל הרי״ף והרא״ש השמיטו הא דאמר רבא וכן לענין ממונא וצ״ע למה השמיטוה גם בדברי הרמב״ם צ״ע שלא כתב בפ״ח מה׳ מכירה אלא בהא קמייתא וז״ל האומר לחבירו תן מנה לפ׳ ויקנה ביתי לך כיון שנתן קנה הבית

מדין ערב עכ״ל וכבר התעורר הר״ן ע״ז ואמר שלא ידע למה השמיט הרי״ף ועל הרמב״ם כתב שמא סובר הוא דדוקא לגבי קידושין גמרינן מעבד כנעני משום דעבד ואשה כי הדדי נינהו דעבד גמר לה לה מאשה אבל לענין ממון אין למדין מעבד כנעני אבל אין זה מחוור וצ״ע עכ״ל. ואין ספק דדעת הר״ן היא לפרש אליבא דהרמב״ם דס״ל דכיון דאין ללמוד דין ממון מעבד כנעני א״כ הא דקאמר רבא וכן לענין ממונא לא קאי אלא אבבא קמייתא אבל תרתי בבא אחרינא דלמדינן לגבי קידושין מעבד כנעני לא קאי עליה וכן לענין ממונא ואפשר דזה הוא ג״כ דעת האלפסי והאשיר״י שהיו מסופקים אי קאי וכן לענין ממונא אכולהו תלתא בבי או לא קאי אלא אבבא קמייתא ולכך לא כתבוהו כלל אבל הרמב״ם אע״ג דאיהו נמי הוה מספקא ליה מ״מ עכ״פ קאי אבבא קמייתא דלמה יגרע ממון מקידושין שלא ללמדו מדין ערב משא״כ בתרתי בבא אחרינא דאיכא למימר דלא גמרינן מדין עבד כנעני אלא לגבי קידושין דכי הדדי נינהו דעבד גמר לה לה מאשה ולפיכך לא כתב אלא בבא קמייתא דלית ביה ספיקא כנ״ל דבר פשוט ודלא כמ״ש ב״י דהשיג על הר״ן וכתב עוד דהרמב״ם היתה לו גירסא אחרת וליתא אלא כדפי׳:

ה ומ״ש רבינו בתלתא בבי קמייתא שצריך שיאמר הקונה שדך קנויה לי למדו מדברי הרא״ש שכתב בפ״ק דקידושין דבכל הני תלתא בבי גבי קידושין צריך שיאמר התקדשי לי א״כ לענין ממונא דקאי אכולהו תלתא בבי צריך שיאמר הקונה ג״כ שדך קנויה לי מיהו מדברי הרמב״ם בפ״א מה׳ מכירה הבאתיו בסמוך נראה דלא מצריך שיאמר הקונה שדך קנויה לי וכו׳ וטעמו דמסתמא כיון שע״פ המוכר נתן הכסף לפ׳ גלי אדעתיה דניחא ליה בקנין זה ובהכי סגי גבי ממונא ולא דמי לקידושין שכתב הרמב״ם גופיה בפ״ה דאישות שצריך שיאמר המקדש התקדשי לי וכו׳ דאם לא אמר אינם אלא קידושי ספק וכמ״ש ה׳ המגיד לשם ע״ש אבל רבינו תופס עיקר דאין חילוק בין קידושין לממון מיהו גבי אדם חשוב לא כתב רבינו שצריך שיאמר הקונה שדך קנויה לי וגבי קידושין צריך שיאמר הרי את מקודשת לי במנה שנתת לי כדכתב הרא״ש בפ״ק דקידושין ורבינו בא״ע סימן כ״ז וכתב הרב בספר ב״ה וז״ל דוקא גבי קידושין קפדינן בהכי כי היכי דלא ליהוי אמרה היא אבל גבי ממון אצ״ל הלוקח דבר עכ״ל ול״נ שקרוב לומר דה״ט דגבי ממון כיון דהמוכר אמר ללוקח בשעה שנתן הכסף ללוקח קנה שדי בכסף שנתתי לך אם כן קבלו מיד על דעת קנין זה ושוב א״צ שיאמר הקונה כלום משא״כ בתלתא בבי קמיותא דאף בבבא ראשונה שאמר ללוקח תן הכסף לפלוני וקנה לך קרקע שלי כיון שלא קבל המוכר מיד הלוקח כלום אלא אחר קבל מידו צריך הוא שיאמר למוכר יקנה לי שדה שלך בכסף שנתתי לפלוני ולהרמב״ם בבא קמייתא נמי א״צ שיאמר שדך קנויה לי [וכו׳ דבגילוי דעתא סגי כדפי׳ וכן פסק בש״ע בהגה׳ דא״צ שיאמר אלא בתרתי בבי תנייא ותליתאה ולא בקמייתא ובתרא ומיהו משמע דחדא מיהא בעינן או שיתן הלוקח הכסף או יקבל הכסף ואע״פ דלא מטי הנאה לידו של מוכר אבל אם אין כאן לא זה ולא זה כגון שהמוכר אמר לראובן תן הכסף לשמעון ויקנה בו לוי את שדי לא קנה לוי ואפי׳ אמר לוי למוכר שדך קנויה לי בכסף שנתן ראובן לשמעון:

ח בד״א שקנהו בכסף לבדו במקום שאין דרך לכתוב שטר וכו׳. לכאורה משמע מדברי רבינו דדוקא במקום שכותבין שטר מצי להתנות ולומר אי בעינא בכספא אקנה וכו׳ והכי משמע לישנא דתלמודא בפ״ק דקידושין (דף כ״ז) בכסף אמר רב ל״ש אלא במקום שאין כותבין שטר אבל במקום שכותבין שטר לא קנה ואי פריש פריש כי הא דרב אידי בר אבין וכו׳ וטעמא דמילתא דבמקום שכותבין שטר מצי לאתנויי לקנות בכסף לאוקמי אדינא דאורייתא אבל במקום שאין כותבין שטר לא מצי לאתנויי שלא לקנות בכסף שנתן אלא עד שיכתוב השטר דא״כ מתנה לשנות ולבטל מ״ש בתורה דכסף קונה והילכך אין בתנאו ממש ומיד שנתן הכסף קנה ואינו יכול לחזור בו אכן מלשון הרמב״ם רפ״א דמכירה משמע להדיא דאין חילוק אלא אף במקום שאין כותבין שטר נמי יכול להתנות אי בעינא בכספא וכו׳ וכן המוכר יכול להתנות בכך דכל תנאי שבממון קיים. והא דקאמרינן דבמקום שדרכן לכתוב שטר לא קנה עד שיכתוב את השטר לכאורה משמע דוקא כשדרכן לכתוב שטר קנין דהיינו שכתוב בו שדי מכורה לך דעדיף מכסף לפי שמועיל לקנין ולראיה אבל כשדרכן לכתוב שטר ראיה שהוא להודאה על המכירה לאלתר הוא קונה בכסף אבל הר״ן העלה דאפילו כשדרכן לכתוב שטר להודאה לא סמכה דעתיה דלוקח עד שיכתוב שטר וכשנכתב שטר קונה בכסף משעה ראשונה והא דשטר ראיה בלא כסף לא מהני לקנות השדה היינו בשטר הודאה בעלמא אבל בשטר מכר כי הני דידן אף ע״פ שכתוב בהם ומכרתי ונתתי לשון עבר שטר קנין הוא ולחזק הדבר כותבין כך כמו נתתי כסף השדה נתתיה לך כ״ז כתב הר״ן ושזה דעת העיטור והרשב״א ז״ל וב״י האריך עוד וע״ל ס״ס קצ״א ובמ״ש לשם:

ט קנה ממנו קרקע וכו׳. בפ״ק דקידושין אמר רבא אמר רב נחמן א״ל התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליה אינה מקודשת מנה אין כאן משכון אין כאן ותו איתא התם בעובדא דקנו שפחה והניחו משכון עליה ופסק רבי פריטי אין כאן נסכא אין כאן ובמרדכי בשם העיטור מחלק דהך עובדא דוקא דלא הניחו משכון אלא לבתר שעתא אבל אם באותה שעה שקנו השפחה הניחו משכון עליה קנו לענין קבולי מי שפרע אבל רבינו כתב לקמן בסימן ר״ד סעיף ה׳ דמשכון אין כאן כלל ואפילו לקבולי מי שפרע א״צ וע״ש וכאן השיג ב״י על העיטור לפי מה שעלה על דעתו דסבר דאם הניחו משכון בשעת הקנייה קנה קנין גמור וליתא והב״י עצמו חזר בו בסימן ר״ד ע״ש:

י ואם נתן לו קצת מן הדמים לא קנה וכו׳. ברייתא פ׳ הזהב דתני בה רשב״ג לפרש דברי רבי יודא ודקאמר דיו שיקנה כנגד ערבונו דהיינו בדא״ל ערבוני יקון דמשמע שא״ל שהערבון זה יקנה לו את הכל והא לאו מילתא היא שהרי המוכר לא אוזיל גביה וכולי ולפיכך לא קנה׳ אלא כנגד ערבון כמו שהתנה ערבוני יקנה דמפרשינן ליה אנן דכנגד ערבונו לבד יקנה לו מן המקח ולא דמי למשכון דאין לו רשות למוכר למכרו אבל הך ערבון הרשות ביד המוכר להוציא המעות מיד לצרכו והכא אפילו לא עייל המוכר ונפיק אזוזי דאלמא דלאו מפני דחקו מכר שדה זו ואפ״ה לא קנה אלא כנגד הערבון: ומ״ש ואין חילוק בין אם המוכר וכו׳. נראה שלמד כך מדברי הרא״ש בפ׳ האומנין שכתב דהא דאוקמינן הך ברייתא התם בדלא עייל ונפיק אזוזי היכא דאמר ערבונן יקון לעולם קנה כנגד ערבונו והלוקח נוטל הכחוש עכ״ל הרא״ש ומפרש רבינו דר״ל לעולם בין חוזר בו המוכר או הלוקח לעולם לא קנה אלא כנגד המעות ומהמקום הגרוע שבשדה כדין המוכר חצי שדהו כדלקמן סימן רי״ח סעיף י״ז שהרי כיון שאנו מפרשים ערבוני יקון כנגד הערבון ותו לא א״כ הו״ל כאילו פירש חצי שדה וא״כ אין חילוק בין מוכר חוזר בו ללוקח:

יא ומ״ש אבל אם מכר לו שדה באלף זוז וכו׳ בזה יש חילוק וכו׳. הכי אסיקנא בפ׳ האומנין ור״ל שנתן לו ת״ק בתורת פרעון ובמה שנשאר לו לא הזכיר כלום אלא סתם נתן לו ת״ק: ומ״ש אפילו אם החזיק כבר בשדה וכו׳. כ״כ הרא״ש לשם וז״ל בדעייל ונפיק אזוזי שתבע המוכר מעותיו מן הלוקח פעם אחת ודחהו ותבעו פעם שנית ודחהו בלך ושוב הלכך אנן סהדי דאדעתא דהכי לא מכר לו דכיון דעייל ונפיק אזוזי מחמת דחקו מכר ונתבטל המקח כנגד המעות שנתחייב לו עדיין ומכאן ואילך אפילו לוקח יכול לחזור בו ונתבטל המקח לגמרי אפילו החזיק בקרקע או קנהו בק״ס או בשטר וכו׳ וכ״כ הרמב״ם רפ״ח דמכירה וז״ל אף ע״פ שכתב השטר או החזיק וכו׳ ולכאורה משמע מלשונם זה דאם קנה השדה בכסף קנין קנה מיד כולה ודמי השדה עליו חוב ואפילו עייל ונפיק אזוזי ותימה דמנ״ל לחלק בין קנין לקנין ולפיכך נראה דאורחא דמילתא נקט חזקה ושטר וק״ס וה״ה בכסף קנין והכי משמע מסוף דברי הרא״ש שכתב הלכך באיזה ענין שקנה מתבטל המקח וכן אמרינן בההוא גברא דזבין חמרא לחבריה פש ליה חד זוזא והדר עייל ונפיק עליה ומצי הדר ביה אע״ג דמשך החמור עכ״ל וכ״כ הר״ן להדיא בפ״ק דקידושין וז״ל דכל היכא דעייל ונפיק אזוזי לא שנא בכסף ולא שנא בחזקה וחליפין לא קני ומביאו בית יוסף. ונראה דהכא איצטריך לאשמועינן דנתבטל המקח כנגד המעות שנשאר וכו׳ וגם כנגד המעות שנתן כבר שניהם יכולין לחזור בו אפילו אם החזיק כבר בשדה וכו׳ וממילא שמעינן במכ״ש בדא״ל ערבוני יקון דאע״פ דקנה כנגד הערבון מ״מ כנגד המעות שנשאר לא קנה אפילו החזיק כבר בשדה או קנהו בשטר וכו׳: ומ״ש וכנגד המעות שנתן כבר וכו׳. ברייתא פרק האומנין וכאוקימתא דרב אחא בריה דרב איקא מעידית שבנכסיו דהו״ל כניזק דשמין להן בעידית וכך פסק הרא״ש אבל הרמב״ם פסק כאידך אוקימתא מעידית שבה ויש להקשות דבריש כשהמוכר חוזר בו דצריך ליתן לו מעידית שבנכסיו א״כ מה תועלת למוכר בחזרה דקאמר דיוכל לחזור בו המוכר הלא מפסיד ודכוותיה קשה בסיפא ואיפכא ונראה דבריש דקאמר דהמוכר חוזר בו ונמצא דהמעות בידו הן הלואה כשאר חוב א״כ אע״ג דנותן לו מעידית שבנכסיו אינו חייב ליתן לו אלא כשער של עכשיו ויש תועלת למוכר כשהוקר השער דמשום הכי חוזר בו וכן בסיפא איכא תועלת ללוקח בחזרה כשהוזל השער דנותן זיבורית כשער של עכשיו וטעמא דמילתא כיון דהלוקח חוזר ה״ז כגביית חוב דשמין הקרקעות כשער של עכשיו בשעת גבייה וכן כתב ה׳ המגיד בפ״ח ממכירה שכך פירש הרמב״ן בין ברישא בין בסיפא והכי משמע מדברי רבינו שכתב דאם המוכר חוזר בו וכו׳ דמדכתב דכשהמוכר חוזר בו והלוקח רוצה בקרקע כנגד מעותיו דצריך ליתן לו מעידית שבנכסיו אלמא להדיא דס״ל דנותן לו כשער של עכשיו וכדפי׳ דיש לו תועלת למוכר אם הוקר השער דאי צריך ליתן לו כשער שפסקו אפילו הוקר השער א״כ אין לו תועלת למוכר בחזרה שהרי בעל כרחך צריך ליתן לו כשער שפסקו בזול ומעידית שבנכסיו וכן להרמב״ם אע״ג דפסק כאידך אוקימתא מעידית שבה מ״מ צריך לומר דס״ל דנותן לו מעידית שבה כשער של עכשיו דאי כשער שפסקו לא הו״ל תועלת בחזרה אכן הר״ן בפ״ק דקידושין מחלק דבריש כשהמוכר חוזר בו והלוקח רוצה בקרקע כנגד מעותיו נוטל כשער שפסקו ונותן זיבורית ואם רצה מעות מגבהו מן העידית שבה כשער של עכשיו שחובו הוא מגבהו ואם לוקח חוזר בו רצה א״ל מוכר הילך מעותיך או הילך קרקע כנגד מעותיך ומגבהו מזיבורית כשער של עכשיו ולא כפי השער שפסקו שהרי זה כגביית חוב אלא שהוא מן הזיבורית עכ״ל ודברי הרא״ש סתומים. ואיכא לתמוה אדברי הרב בהגהת ש״ע בסעיף י׳ דבדין חזרת לוקח שנותן לו מזיבורית שבה הגיה כשער של עכשיו ובדין חזרת מוכר דנוטל מהיפה שבה הגיה כשער שפסקו והא ודאי ליתא דלא כתב הר״ן בדין חזרת מוכר דנוטל כשער שפסקו אלא דנותן לו זיבורית דהשתא כבר אפשר דאית ליה תועלת בחזרה אבל שיטול עידית כשער שפסקו דלית ליה תועלת בחזרה ליכא למימר דיכול לחזור בו ושגגה יצאה מתחת קולמוסו שקיצר דברי הר״ן ועירבם עם דברי הרמב״ם ורבינו:

יב ואם מכר לו השדה. וכו׳ ברייתא בהאומנין וכדאוקמוה לשם דזקף עליו השאר בהלואה דמחזיר לו השאר אפילו אחר כמה שנים: וכן אם מכר השדה מפני שהיא רעה וכו׳. ג״ז שם ופירושו דלא מכר מפני דחקו ודינו של זה בדעייל ונפיק כאילו לא עייל ונפיק דהא דעייל ונפיק אינו אלא כי היכי דלא תגלה רעתה ללוקח וידחנו בדמים ולכך עייל ונפיק כדי שיפרע לו מהר מקמי דתתגלה רעתה וכן פי׳ הרא״ש לשם:

יג ביקש למכור שדה בק׳ וכו׳. בריש האומנין פשיטא בעי לזבוני בק׳ ולא אשכח וזבין בר׳ וקעייל ונפיק אזוזי לא קני וקצת קשה דמאי אתא רבינו לאשמועינן כיון דקאמר תלמודא דהא פשיטא היא וי״ל דסד״א דאינו יכול לחזור אלא בק׳ שלא היה צריך למכור אבל בק׳ שהיה צריך למכור אינו יכול לחזור קמ״ל דיכול לחזור בכל המקח ולפי זה אם הוא בענין דאם היה רוצה לטרוח וכו׳ דקא מיבעיא לן ולא איפשיטא דפסק הרמב״ם דשניהם אינן יכולין לחזור אין דין שניהם שוה אלא הכי הוה דינא המוכר אינו יכול לחזור בו כלל והלוקח אינו יכול לחזור במה שכבר נתן ליד המוכר אבל במה שלא נתן יכול לחזור. ואיכא לתמוה במ״ש הר״ר ירוחם בנ״ט ח״א דאי בעי לזבוני בק׳ ולא אשכח וזבין בר׳ ועייל ונפיק אזוזי דלא קני אלא כנגד מעותיו והא ליתא דאפילו כנגד מעותיו לא קנה כדפי׳ ואפשר דר״ל במ״ש דלא קני אלא כנגד מעותיו היינו לענין זה דמי שחוזר בו אז שכנגדו ידו על העליונה לאפוקי דכנגד מעותיו שנשאר לו עדיין ליתן דנתבטל המקח לגמרי: וכתב הרמב״ם לפיכך הרוצה לחזור משניהם אינו יכול לחזור בו וכו׳. וכ״כ המרדכי פרק האומנין ע״ש הרמב״ם וה״א בפ״ח ממכירה ונ״ל דס״ל להרמב״ם דכיון דלא איפשיטא לא מפקינן מיד המוחזק והילכך אין מוציאין המקח מיד הלוקח וגם אין מוציאין המעות מיד המוכר שכבר קיבל מלוקח ואע״ג דכתב בשניהם אינו יכול לחזור לצדדין קאמר דהמוכר ודאי אינו יכול לחזור כלל אבל הלוקח יכול לחזור במה שלא נתן כיון שהוא מוחזק וכן הדין גבי כור בשלשים סאה בסלע וכולי כדלקמן בסימן ר׳. ודע שהרמב״ם כתב בזה הלשון לקח שוה ק׳ בר׳ והמוכר יצא ונכנס לתבוע שאר הדמים ה״ז ספק אם הוא כמוכר שדהו מפני רעתה וזה שתובע לא מפני שעדיין לא גמר להקנות עד שיקח כל הדמים לפיכך וכו׳ ולפי הנראה דכך היה גורס הרב בגמרא פשיטא בעי לזבוני במאתים וטרח ולא אשכח וזבין בק׳ וקא עייל ונפיק אזוזי לא קני אלא אי בעי לזבוני בק׳ וזבין בר׳ וקא עייל ונפיק אזוזי מאי כמוכר שדהו מפני רעתה דמי או לא ופירושה דאי במכר שוה ר׳ בק׳ ע״י דוחק שלא מצא לוקחין הא פשיטא דכי עייל ונפיק אזוזי לא גמר להקנותו אלא אי מכר שוה ק׳ בר׳ וקא עייל ונפיק אזוזי איכא לספוקי ובדברי ה״ה כתוב גירסא אחרת ואינה מיושבת וכמו שהקשה הרב המגיד וקרוב לומר שט״ס הוא בדברי הרב המגיד וצ״ל כמו שכתבתי. וכתב ב״י ותמיהני על רבינו שכתב סוף דבריו ולא כתב תחלתם והרי״ף השמיט בעיא זו ולא ידעתי למה עכ״ל. ולפעד״נ שלא נתקבלה לרבינו גירסת הרמב״ם דהא ודאי מסתברא דבמוכר ק׳ בר׳ עדיף טפי ממוכר שדהו מפני רעתה ופשיטא דקנה כל השדה ואין אחד מהם יכול לחזור בו ומוציאין נמי מידו ואפילו עייל ונפיק אזוזי ולכך לא הביא רבינו אלא מה שעולה לפי ההלכה ע״פ גירסת רש״י שכך כתב הרא״ש ואחר כך הביא הפסק שפסק הרמב״ם לפי גירסתו וס״ל לרבינו שכך הוא הפסק גם לגי׳ רש״י והרא״ש:

טו כתב א״א הרא״ש פי׳ ר״ח כו׳. דעת ר״ח דאל״כ נתנו חכמים דבריהם לשיעורים אלא ודאי דוקא בדצריך לדמי השתא בדוחקא כו׳ כלומר השתא ביומא דאוקמא לזביני וכל שפרע ביומו כמי שפורע מיד בשעת מכירה דמי כדכתב הרמ״ה בסמוך בסוף דבריו:

טז והראב״ד מודה לדברי ר״ח אלא שהוסיף דאפילו קבע לו זמן לפרעון וכו׳ גם זה לקרא עייל ונפיק אזוזי ואם לא יפרענו אז בשעה שקבע לו זמן יכול לחזור בו. והרא״ש חולק על שניהם ואומר דהכל לפי ראות עיני הדיין והב״י פי׳ דר״ח והראב״ד פליגי ולא כהירא. וכתב הרב בס׳ ב״ה ולענין הלכה נקטינן כדברי הרא״ש שדברי טעם הם ואף דברי ר״ח אפשר להתפרש שמ״ש דאי זבין לאשתלומי למחר וליומא אוחרא וכו׳ דנעשו עליו כמלוה היינו דוקא כשאינו נחוץ למעות אבל אם קבע זמן לפרעון והוא נחוץ למעות באותו יום שקבע אין ספק דכי עייל ונפיק אזוזי בההוא יומא לא קנה וכדברי הרא״ש והכי דייק לישנא דר״ח שכתב לאשתלומי ליומא אוחרא בלי נחיצותא דמשמע בהדיא דאי הוי לאשתלומי ליומא אוחרא בנחיצותא לא קנה עכ״ל: והרמ״ה כתב וכו׳. נראה דלפי דמדברי ר״ח והראב״ד והרא״ש משמע דוקא בתובעו ודוחהו אבל אי לא מצאו בביתו אין זה בכלל עייל ונפיק אזוזי אבל הרמ״ה פי׳ אפילו אי לא מצאו דלא בעינן רק שגילה שהלך לבקש: ופי׳ עוד וכו׳ או ביום שקרוב לו לפרוע וכו׳. כלומר ביום שלפני יום שזמנו לפרוע דהיינו ביום שקרוב לו לפרוע בבל בס״א כתוב או ביום שקבע לו לפרוע ונוסחא זו עיקר: ומ״ש הרמ״ה דבעינן דעיין ונפיק ב׳ פעמים כו׳ וכ״כ הרא״ש בהאומנין ולעיל בסעיף י״א הבאתיו:

יט ומטלטלין וכו׳. וא״ת הלא בקרקע נמי אם אין בו שיעור כמ״ש בסימן קע״א בין בית בין חצר ושדה וגינה אין בו דין חלוקה ואם כן מ״ש קרקע ממטלטלין וי״ל דשאני מטלטלין בדבר דאינו ראוי ליחלק מצד עצמו כלל כגון פרה וחמור משא״כ קרקע דאע״ג דאין בו דין חלוקה לפי שתשמישו בבית וחצר של כ״א ואחד לא יהא בריוח אלא בדוחק וכן שדה ובית אין בו כדי עבודת אדם אחד ליום א׳ וצריך להוצאה מרובה מ״מ מצד עצמו ראוי ליחלק ודעת הרמב״ם היא כקושיין דאין ליחלק בין מטלטלין דברים שאינן ראויין ליחלק ובין קרקע שאין בו דין חלוקה לעולם קנה כנגד מעותיו ויהיו שותפין בו המוכר והלוקח:

סימן קצא

א בשטר כיצד כו׳. ברייתא פ׳ קמא דקידושין (דף כ״ו) ופרק חזקת (בבא בתרא דף נ״א) ומותבינן מיניה עליה דשמואל דאמר ל״ש דבשטר קנה אלא בשטר מתנה אבל בשטר מכר לא קנה עד שיתן דמים ומפרק לה רב המנונא דהך ברייתא במוכר שדהו מפני רעתה פי׳ דבההיא ודאי גמר ומקני מיד בשטר ומעות ליהוי מלוה גבי לוקח עד דתבע ליה אבל בשאר קרקעות לא קני בשטר עד דיהיב זוזי כדשמואל ורב אשי אמר במתנה ביקש ליתן לו ולמה כתב לו לשון מכר לייפות את כחו היא גירסת רש״י בקידושין וכ״כ רשב״ם בפ׳ חזקת וז״ל ה״ג במס׳ קידושין רב אשי אמר במתנה ביקש וכו׳ וכתב כך להוציא מגירסת הספרים בפרק חזקת דגרסי הכי רב ביבי מסיים בה משמיה דרב נחמן במתנה ביקש וכו׳ דלפי גירסא זו קאמר דמסיים בה אהך אוקימתא דרב המנונא במוכר שדהו מפני רעתה דקנה בשטר בלא דמים דהיינו טעמא דקנה דבמתנה היה נותנה לו כי רעה בעיני אדוניה היא ולמה כתב לו לשון מכר לייפות את כחו ואינן גורסין רב אשי אמר במתנה ביקש וכו׳ דלגירסא זו דגרסי רב ביבי מסיים בה וכו׳ ליכא הכא אלא אוקימתא חדא במוכר שדהו מפני רעתה אבל לגירסת רש״י ורשב״ם דגרסי רב אשי אמר במתנה וכו׳ משמע דפליג אאוקימתא דרב המנונא וסובר רב אשי דלשמואל אפילו במוכר שדהו מפני רעתה נמי לא קנה בשטר עד שיתן דמים מדלא מפליג במכר גופיה אלא מפליג בין מתנה למכר והך ברייתא בנותן מתנה מיירי ולאו או או קתני אלא כך כתב לו שדי מכורה ונתונה לך כדי לייפות כחו שאם יגבה ב״ח של נותן ממנו ישוב עליו לתבוע ממנו דמים המפורשים ולפי זה לית הלכתא כרב המנונא אלא כרב אשי קיי״ל דבמכר לעולם לא קנה בשטר עד שיתן לו דמים אפילו במוכר מפני רעתה ודעת הרמב״ם בפ״ה ממכירה כהך גירסא דרב ביבי מסיים בה וכו׳ ולכן פוסק דבמוכר שדהו מפני רעתה קנה בשטר בלא דמים אבל האלפסי והאשיר״י בפ״ק דקידושין גורסין רב אשי אמר במתנה וכו׳ וה׳ המגיד לשם פי׳ דלהרמב״ם רב אשי ה״ק דמפני רעתה בדין הוא שיקנה שהרי אפילו במתנה היה נותנה לו כי רעה בעיני אדוניה היא עכ״ל ודוחק דלישנא דקאמר תלמודא רב אשי אמר משמע דאוקימתא חדתא קאמר אלא הדבר ברור דהיתה גירסתו רב ביבי מסיים בה כדפי׳ ותו נראה עיקר דאף לגירסא זו רב אשי אמר במתנה וכו׳ איכא לפרש דלא בא רב אשי לחלוק אלא לאוקמי באוקימתא אחריתא ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי והכי משמע ממה שהביאו האלפסי והאשיר״י הנך תרתי אוקימתי בסתם משמע דלא פליגי ואוקימתא דרב המנונא נמי הלכתא היא וכך הם דברי רבינו והכי נקטינן: ומ״ש אע״פ דלית ביה ש״פ. ברייתא שם והתוס׳ בפ׳ חזקת כתבו וז״ל תימה דמאי רבותא הוא שאין ש״פ דבשלמא גבי קידושין איכא רבותא אע״פ שאינה מקודשת מתורת כסף מקודשת מתורת שטר אבל מוכר אפילו יש בו ש״פ אינו קונה מתורת כסף שהרי מוכר נותן ולא לוקח עכ״ל ולפעד״נ דלא קשיא ולא מידי דברייתא אתא לאורויי דאפילו לוקח אדם חשוב והמוכר יהיב ליה שטר אינו קונה מתורת כסף בההיא הנאה דמקבל מיניה מתנה אלא מתורת שטר ולהכי אפילו אינו ש״פ והר״ן בפ״ק דקידושין כתב וז״ל דסד״א דכל פחות מש״פ לאו כלום הוא א״כ איידי דגבי קידושין נקט אע״פ שאין בו ש״פ נקט ליה נמי הכא גבי מכירה עכ״ל ומה שכתבתי הוא העיקר. עוד כתבו התוס׳ בפרק חזקת דהך דכתב לו בנייר או על החרס או על העלה דהוי דבר שיכול להזדייף אתיא כר׳ אלעזר דאמר עדי מסירה כרתי כך פר״ת ועי״ל דכתב לו על הנייר וכו׳ משמע דהמוכר כתב בכתב ידו דאינו יכול להזדייף שהיה ניכר שאין זה כתב ידו דדוקא חתימת עדים על דבר שיכול להזדייף הוא דפסול דיכול לזייף למעלה מחתימת עדים ולכתוב מאי דבעי אבל כשכולו כתב ידו לא יכול לזייף. ומדברי מהרו״ך נראה דאפילו אינו כתב ידו דמוכר וגם ליכא עדי מסירה אלא עדי חתימה כשר בשטר קנין כיון דאינו עומד לימים רבים אלא לפי שעה ולא ידעתי מנין לו זה החילוק ומדברי התוס׳ בשם ר״ת מבואר היפך פירושו כדאמרן: כתב ב״י ע״ש הרשב״א בתשובה אפשר דאפילו בשטר שיש בו קנין לא קנה עד שיתן את הדמים אבל בסוף סימן קצ״ה במחודשים סעיף ז׳ הביא דעת הר״ן והרמב״ם ודעת שאר גדולים החולקים דאלימא מילתא דקנין ואע״ג דלא יהיב זוזי קני וכ״כ בס׳ בדק הבית והכי נקטינן והכי נהיגי בעלמא. וז״ל הרב בסימן קצ״ה בס׳ ב״ה והראיה שהביא הרשב״א בתשובה זו אינה מכרעת דאיכא למימר חדא מתרי תיקוני נקט ועוד שהמוכר לא יתרצה בקנין אלא אם יכתוב לו מה שנשאר חייב לו ועוד דזקיפת מלוה עדיפא מנטילת קנין ועוד דאשמועינן תיקון לגמור הקנין בכסף שהתחיל בו בלי שיחדש קנין אחר עכ״ל: גרסינן בקידושין ר״פ האומר האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר ל׳ יום ולא בא אחר וקידשה רב ושמואל דאמרי תרוייהו מקודשת ואע״פ שנתאכלו המעות מ״ט הני זוזי לא למלוה דמו ולא לפקדון דמו וכו׳ ופי׳ רש״י דאע״פ שנתאכלו המעות בתוך ל׳ יום דכי בעו קידושין למיחל ליתנהו למעות אפ״ה חיילי ובהאשה רבה (דף צ״ג) האריכו התוספות וכתבו לחלק דבקנין שטר וחזקה וחליפין ומשיכה אי אמר לאחר ל׳ ולא אמר מעכשיו ולאחר ל׳ יום לא קני משום דבשעה שיש לקנין לחול דהיינו לאחר ל׳ יום כבר פסקה החזקה או הוחזר הסודר או השטר נקרע ונאבד והמשיכה גם היא פסקה אבל בכסף אפילו נתאכלו המעות חשוב כל שעה כאילו הם בעין שהמעות נשארו אצל המקנה ואם לא נעשה הקנין היה מוטל עליו להחזירם וחשוב כאילו הם בעין בסוף ל׳ יום ואם אמר מעכשיו ולא אמר ולאחר ל׳ יום מהני לכ״ע בכולהו והרב בש״ע בהגהתו כתב דדין שטר וחזקה שוה לכסף דאי א״ל לאחר ל׳ יום לא קני אם נקרע השטר ונאבדו המעות והיא שגגה שיצאה מתחת הקולמוס דהא אפילו בקידושין הוו קידושין (דאי) אפי׳ נתאכלו המעות כדפי׳ וכן פסקו כל הפוסקים כל שכן בממון הקל אבל נראה לפענ״ד דטעות נמצא בדפוס

וצריך להוסיף מלת בשטר וכצ״ל ואם לא אמר מעכשיו לא קנה בשטר וה״ה לקנין חזקה והכי פירושו מתחלה כתב מכר לו בשטר או במעות וא״ל קני לאחר ל׳ יום ונקרע השטר תוך הזמן או נאבדו המעות אם א״ל קני לך מעכשיו ולאחר שלשים יום קנה כלומר אפילו בשטר קנה וכ״ש במעות אבל אי לא אמר מעכשיו לא קנה בשטר וה״ה לקנין חזקה דלא קנה אבל במעות קנה אפילו בדלא אמר מעכשיו כנ״ל ודלא כמו שנדחק מהרו״ך שוב ראיתי בספר ד״מ מבואר לשם כדפי׳ דכתב תחלה והיכא דקנה בשטר או במעות ואמר לו קנה לאחר ל׳ יום אפילו נקרע השטר או נאבדו או נתאכלו המעות קנה ואי לא אמר מעכשיו צריך שיהא השטר קיים וה״ה לענין קנין חזקה:

ג והשטרות שכותבין עתה וכו׳. הר״ן חולק על זה והכי נקטינן כהר״ן וע״ל סימן ק״צ סעיף ח׳ וכתב מהרש״ל נראה דוקא היכא שרוצה לקנות בשטר לחוד כמו שדי מכורה לך בכה״ג אין מועיל שטרות שלנו ואמר שאינו אלא לראיה אבל במקום דלא קנה בשטר עד שיתן דמים והשטר אינו אלא משום אתרא דכתבי שטרא משום דסמכא דעתיה כהאי גוונא שפיר מועיל שטרות שלנו:

סימן קצב

א בחזקה כיצד מכר או נתן וכו׳. בפרק חזקת תנן (בבא בתרא דף מ״ב) אבל בנותן מתנה נעל וגדר ופרץ כל שהוא הרי זה חזקה והרא״ש כתב דה״ה למוכר כלומר דלאו דוקא נותן ומשום דבעין יפה נותן אלא אפילו מוכר דבעין רעה מוכר וכדקאמר תלמודא לשם האי טעמא גבי חזק וקני אליבא דרב והביא הרא״ש ראיה לדבריו דה״ה מוכר: וכתב הרמב״ם שצריך גם כן וכו׳. הב״י הקשה דלא משמע הכי ברמב״ם ע״ש ונראה דדעת רבינו הוא דברמב״ם מוכחא טובא דס״ל הכי שהרי בפ״א ממכירה כתב וז״ל כיצד בחזקה וכו׳ כיון שנעל או גדר או פרץ כל שהוא והוא שיועיל במעשיו ה״ז קנה וכולי כיצד המחזיק בגדירה כל שהוא קנה כגון שהיה שם גדר והיו עולין בנחת והוסיף עליו כל שהוא והשלימו לעשרה ונמצא שאין עולין אלא בדוחק ה״ז הועיל וקנה וכולי והשתא כיון שלא בא הרמב״ם אלא לפרש מ״ש בתחלה והוא שיועיל במעשיו כיצד הועיל בכל שהוא ופירש דהועיל במה שהוסיף על הגדר שאין עולין אלא בדוחק א״כ לא היה צורך לכתוב והשלימו לעשרה כיון שאין בזה פירוש למ״ש תחלה והוא שיועיל במעשיו ותו דאי איתא דלאו דוקא עשרה קאמר א״כ נראה כאילו סותר את דבריו דבתחלה אמר כל שהועיל במעשיו איך שיהיה ואח״כ אמר והשלימו לי׳ אלא ודאי גם זה הוא מכלל הפירוש דאע״פ שהועיל במעשיו דאין עולין אלא בדוחק צריך ג״כ דהשלימו לעשרה שהוא שיעור שנתנו חכמים לגבהה של מחיצה אבל בתלמודא שפיר איכא למימר כפירשב״ם דשמואל אורתא דמילתא נקט וליכא קושיא אבל מ״ש רבי׳ וכ״כ הרא״ש צ״ע דהלא הרא״ש כתב מימרא דשמואל כמו שהיא בגמ׳ ולא פירש כלום ונראה דכך היא הצעת דברי רבי׳ דכיון דהרמב״ם כתב דצריך ג״כ דהשלימו לי׳ א״כ בע״כ דמפרש בדשמואל דלאו אורחא דמילתא נקט אלא דוקא נקט לפי זה ודאי צריך לפרש דהרא״ש נמי דכתב להההיא דשמואל בסתם סביר אליה כהרמב״ם דאם לא כן כיון דראה הרא״ש להרמב״ם דמפרש לדשמואל דדוקא קאמר היה לו לפרש דלאו דוקא קאמר דלא כהרמב״ם ומדלא פי׳ אלמא דסבירא ליה כהרמב״ם ובהכי מתיישב דל״ק אמאי כתב רבינו וכ״כ הרא״ש ולא כתב ג״כ שכ״כ האלפסי שהרי לשון הרא״ש בזה כלשון האלפסי אבל למאי שכתבתי ניחא דבאלפסי איכא למימר דס״ל כי״א דאורחא דמילתא נקט אבל באשיר״י קשיא כיון דראה להרמב״ם הו״ל לפרושי לאורויי דליתא לדהרמב״ם כדאמרן:

ב ונעל פירשב״ם וכו׳. תימה דכאן מדבר רבינו במכר או נתן לו בית או שדה ולא אירי בזוכה בנכסי הגר אלא לקמן בסי׳ ער״ה וא״כ למה כתב ע״ש רשב״ם דבסגר דלת לא קנה הלא מפורש בפירוש דבנכסי הגר דוקא לא מהני אבל במשכיר ומוכר משמע דקונה בסגירת דלת דאפי׳ כשמסר לו לשוכר ולוקח את המפתחות בלחוד קני כ״ש בסגר את הדלת ונעל במפתח ונראה דרבינו למד מפירושו שאמר אבל סגר את הדלת ונעל במפתח בנכסי הגר אינה חזקה דאין זה אלא מבריח ארי דכיון דטעמא דהו״ל מבריח ארי היינו לומר שאין זה אלא עושה מצוה לשמור בית חבירו והו״ל משיב אבידה א״כ לפ״ז שוכר ולוקח נמי לא קני דאינו אלא מבריח ארי והא דנקט רשב״ם בנכסי גר אינו אלא לומר דבנכסי גר לעולם אינה חזקה ואפילו שהמפתחות גם כן בידו ונועל ופותח בהם והשתא ניחא דהקשה רשב״ם על זה מהך דפסחים דכשמסר לו מפתח הו״ל בחזקת שוכר וה״ה לקנותו וא״כ בנכסי הגר דג״כ אית ליה המפתחות וסוגר ופותח אמאי לא קני ומתרץ ה״מ מוכר ומשכיר לחבירו אבל בנכסי הגר מי מסר לו המפתחות שיקנה הילכך צריך בנין כל שהוא עכ״ל פירוש לפירושו דבנכסי הגר ליכא מסירת מפתחות וא״כ ליכא קנייה אלא בסגירת דלת במפתח ובהא לא קני דהו״ל מבריח ארי אבל בשוכר ולוקח שפיר איכא קנייה במסירת מפתח כשמוסר לו המשכיר והמוכר לקנותו אבל היכא דלא מסר לו המפתח אלא שסגר הדלת ונעלה במסגרת אע״פ שמונע כל אדם מליכנס בו לא קני דהו״ל מבריח ארי ומדברי ב״י מבואר ג״כ שכך היה מפרש שהרי כתב וז״ל ומשמע מדברי רשב״ם דבנעילת דלת לא קנה בין שוכר בין קונה בין זוכה בנכסי הגר עכ״ל גם בהרא״ש פרק חזקת מוכח הכי דהביא פי׳ רשב״ם דסגירת דלת במפתח לא קנה בנכסי הגר והקשה עליו מהך דהזורק תיזיל איהי ותיחוד ותפתח דאלמא דבנעילת דלת לחודיה קנה וכו׳ ואי רשב״ם לא אמר אלא בנכסי הגר אם כן לא קשה מהך דהזורק דדעת אחרת מקנה אותה אלא ודאי בנכסי הגר דנקט רשב״ם לאו דוקא וכדפי׳ ודברי הרא״ש בזה הן הן דברי התוס׳ לשם וכך הם דברי

רבינו דלרשב״ם סגירת דלת לא קני כלל ומסירת מפתח קני לשוכר ולוקח: כתב ב״י ותימה על רבי׳ שכתב בסי׳ ער״ה דלא קנה בהעמדת דלתות וכאן כתב דבהעמדת דלתות לבד קונה ואע״ג די״ל דשאני הכא דאיכא דעת מקנה מ״מ מנ״ל לרבינו לפלוגי בהכי עכ״ל ולפעד״נ הדבר פשוט שכך הוכיח רבי׳ מדברי הרא״ש לשם דלאחר שכתב להוכיח דנעילת דלת לחוד קנה הקשה מהך דהבונה פלטרין בנכסי הגר ובא אחר והעמיד בה דלתות קנה דמשמע דבנעילה לחודא לא קנה אם לא שגם הדלתות העמיד דאין נראה לפרש דקני בהעמדת דלתות לחודייהו בלא נעילה דמ״ט לא קני קמא משום דליבני בעלמא הוא דאפיך לפי שיכול אדם ליכנס דרך הפתח ואם כן העמיד דלתות לא יועיל מה״ט דמה עשה עדיין יכולין ליכנס כל זמן שלא נעל ונ״ל די״ל דה״ה נמי דבנעל בלא העמיד נמי קנה והא דנקט והעמיד לו דלתות אורחא דמילתא נקט דהעמיד דלתות הוא הנועל ואם איתא דקמא העמיד הוה נמי נעל וקנה ומתוך פי׳ רשב״ם משמע שתיקון מנעול כדי לנעול אע״פ שלא נעל קנה כיון שאין מחוסר אלא נעילה הכי נמי בהעמדת דלתות קני בלא נעילה עכ״ל ולכאורה דבריו סותרין זא״ז דתחלה כתב דאין לפרש דקני בהעמדת דלתות לחודייהו בלא נעילה וכו׳ משמע דדבר פשוט הוא דלא קני ואח״כ כתב בהיפך דקני ותו דהיאך אפשר דבהעמדת דלתות לחודא קני דאם כן קשיא מ״ט לא קני קמא וכולי כדכתב הרא״ש תחלה ומפרש רבינו דתחלת דבריו אינם אלא בנכסי גר דקמא דבנה פלטרין לא קנה ואותו שהעמיד דלתות קנה ומאי אולמיה דבתרא מקמא הלא גם בתרא לא עשה כלום דעדיין יכולין ליכנס כל זמן שלא נעל אלא בע״כ צ״ל דה״ט דקנה בתרא משום דהעמיד דלתות וגם נעל וא״כ קשה על מ״ש תחלה שנעילת דלת לחודה קנה בכל מקום ומתרץ דה״ה נמי בנעל בלא העמיד דלתות נמי קנה כולי אבל העמיד בלא נעילה לא קנה בנכסי גר כדכתב דאין לפרש דקני בהעמדת דלתות לחודייהו וכולי ומ״ש אח״כ הרא״ש ומתוך פירשב״ם וכו׳ הוא מילתא אחריתא דמה שפירשב״ם דתיקון מנעול קנה בלוקח ושוכר או מקבל מתנה משמע מדבריו דאע״פ שלא נעל קנה שהרי כתב זה לשונו א״נ שקבע מנעול בדלת לנעול בו דהיינו בנין עכ״ל דמדלא כתב שקבע מנעול בדלת ונעל בו אלא כתב לנעול משמע מתוך פירושו אע״פ שלא נעל בו ופשיטא דאין זה בנכסי הגר דכיון דהעמדת דלתות בלא נעילה לא קני דמה עשה כיון שעדיין יכול אדם ליכנס בו ה״ה תיקון מנעל בלא נעילה אלא ודאי דלא פירשב״ם כך אלא לומר דהכי הוי דינא דלוקח ושוכר ומקבל מתנה דתיקון מנעול בלא נעילה קנה כיון שאין מחוסר אלא נעילה אם כן הכי נמי בהעמדת דלתות קני בלא נעילה גבי לוקח ושוכר ומקבל מתנה וזה הוא דרך לימוד ישר דלמד רבינו מדברי הרא״ש דבנכסי גר לא קנה בהעמדת דלתות בלחוד דליבני בעלמא הוא דאפיך וכולי ובלוקח ושוכר כתב כאן דקונה בהעמדת דלתות לחוד ונתיישבה הקושיא שהקשה ב״י על דברי רבינו גם נתבארו דברי הרא״ש בביאור יפה דלא כמו שהבין ב״י מדבריו לחתכם ולעשות מהם שתי לשונות ושרי ליה מאריה אלא הדבר ברור דכאן כתב רבי׳ דין לוקח ושוכר ומקבל מתנה וכדמוכח מתוך פי׳ רשב״ם דבהא מילתא לא חלקו עליו לא התוספות ולא שום אחד משאר הגאונים ולקמן בסימן ער״ה כתב בנכסי הגר וכדמוכח מהך דהבונה פלטרין בנכסי הגר וכמ״ש הרא״ש בפרק ח״ה והוא מדברי התוס׳ בפרק הפרה (בדף נ״ב) בד״ה כיון שמסר לו המפתח:

ג והרמב״ם כתב נעילה וכו׳ ואיני מבין דבריו מה צריך לפתחו אחר כך. ונראה דקשיא ליה לרבינו דמלישנא דמתני׳ דתנן ונעל כל שהוא דלפי פי׳ ר״י והרא״ש דבסגירת דלת ונעילתו שמסגירה כל שהוא קנה משמע ודאי דא״ל לפתחו והב״י כתב שני תירוצים האחד דבעינן פתיחה כי היכי דלוכחא מילתא שנעל לשם קנין ולא לשם שמירת הבית תירוץ שני רבותא קאמר דאפילו חזר ופתחו כמו שהיה נמי קנה וראשון נראה עיקר דדוקא קאמר הרמב״ם חזר ופתחו וכך פי׳ הרמב״ן והרב המגיד לדעת הרמב״ם וראייתו מדקאמר פ׳ הזורק תיחוד ותפתח וכ״כ הרא״ש בפרק הזורק לאידך שינויא ונראה לפע״ד דאף לפי זה היכא דהיה נעול ופתחו וחזר ונעלו דכ״ש דקנה דאיכא תרתי חדא דמוכחא מילתא שהוא לשם קנין דאל״כ למה פתחו וחזר ונעלו הו״ל להניחו נעול כמו שהיה אלא בע״כ שעשה כך לשם קנין. אידך שהוא מחזיק בנעילה זו שאין אדם יכול ליכנס וע״כ נעלו לאחר שפתחו ולא הניחו פתוח דזה הוה תיקון לבית:

ד והך חזקה וכו׳. בפ׳ חזקת: ומ״ש בין במכר בין במתנה. כלומר דהשתא ומה במכר דיהיב זוזי בפניו אין שלא בפניו לא כ״ש במתנה דלא יהיב זוזי ה״א בגמרא אליבא דשמואל:

ה ורשב״ם כתב דמסירת מפתח נמי קונה. שם בפ׳ חזקת ואיתר רבינו דברי רשב״ם בזה לפי שהשיג עליו ולא נהירא דלא אהני מסירת מפתח אלא לענין דלא צ״ל חזק וקני לכך הקדים לכתוב דין חזק וקני. ובמה שפי׳ רשב״ם דמסירת מפתח קונה קנין גמור השיגו עליו כל המפרשים מהך דפ׳ הפרה דאיתא להדיא בגמרא דלא מהני אלא לענין זה דלא צ״ל לך חזק וקני ולפע״ד נראה ליישב דבריו דנסמך על הירושלמי דפ״ק דקידושין דאיתא התם דמסירת מפתח קונה כמ״ש הר״ן פ״ק דקידושין (דף תרכ״ח ע״ב) וכדי ליישב דל״ק מתלמודא דידן דלא מהני אלא לענין דלא צ״ל לך חזק וקני ס״ל לרשב״ם דתלמודא דידן מיירי בדמסר ליה מפתח בסתם אבל בדמסר ליה בפירוש לשם קנין קונה קנין גמור והא דפריך בפ׳ הפרה ה״ד אי בכספא ליקני בכספא וכו׳ לא הו״מ לאוקמי דמסר לו מפתח לשם קנין בפירוש משום דא״כ הכי הו״ל למימר לריב״ל המוכר בית לחבירו ומסר לו המפתח קנה דהוה משמע דעיקר קנין הוי במפתח והיינו בשפירש לשם קנין ומדלא אמר הכי אלא אמר כיון שמסר לו המפתח קנה משמע דהקנין הוא בדבר אחר ומיד

שמסר לו המפתח בסתם קנה אע״פ שלא מסר ליה בפירוש לשם קנין דכבר קנה הבית בדבר אחר ומסירת המפתח בסתם אינו אלא כאילו א״ל לך חזק וקני:

ו וכן בבור וכו׳. גם זה בפרק הפרה מימרא דר״א והא דכתב רבינו וכן בבור וכו׳ נראה דר״ל דכי היכי דמחלק רשב״ם גבי מפתח לריב״ל בין מסרו בפירוש לשם קנין למסרו בסתם כדפי׳ בסמוך כך הוא הדין במסר לו כיסוי של בור דאיכא לחלק בין מסרו סתם למסר בפירוש ודכוותיה לשאר פוסקים דמפתח לא מהני אלא לענין לך וחזק וקני ה״נ במסר לו כיסוי לבור:

ז ומ״ש וכן אם תיקן בה שאר מיני תיקונין וכו׳. אדלעיל קאי דלאו דוקא נעל וגדר ופרץ תנן והיא מימרא דרב אסי א״ר יוחנן בפרק חזקת והטעם משום דבעינן מידי דמועיל לקרקע:

ח ומ״ש אבל בהילוך וכו׳. פלוגתא דתנאי בברייתא פרק המוכר פירות והלכה כחכמים לגבי ר״א דאין הילוך מועיל כלום עד שיחזיק: ומ״ש ואם מכר לו דרך וכו׳. שם מימרא דר״י בר חנינא מודים חכמים לר״א בשביל של כרמים הואיל ונעשה להילוך נקנה בהילוך כלומר אם מכר לו דרך כדי לזרוע לו פשיטא דאין נקנה בהילוך דמה לי מכר לו שדה מה לי מכר לו דרך מ״מ אין הקרקע ניקנית לו להשתמש בה בזריעה או תשמישים אחרים עד שיחזיק בגוף הקרקע והילוך אינו חזקה אלא הכא מיירי דמכר לו דרך דלא נעשה לשום תשמיש אלא להילוך בלחוד התם הוא דקונה בהילוך וזהו שכתב רבינו ואם מכר לו דרך שתשמישו להילוך וכולי כלומר ולא להשתמש בו תשמיש אחר כגון לחרשו ולזרעו אלא להשתמש בו בהילוך בלבד התם הוא דקונה בהילוך דדרך הנאת המעשה קונין אותו והכי משמע מפירשב״ם וניחא נמי הא דצריך לפרש וכמה שיעור רוחב הדרך שקונה בהילוך כשמכר בסתם ולא פי׳ כמה מכר דשמא שיעורו כדרך היחיד דאסיקנא התם דהוי רוחב ב׳ אמות וחצי כדלקמן בסימן רי״ז סעיף ב׳ וקאמר דבשביל של כרמים סגי בכדי שיגביה רגל וכו׳ והיינו טעמא דבדרך היחיד דעשוי לטעון משא על החמור הילכך שיעורו בכדי שיעבור חמור במשאו אבל בשביל של כרמים דאינו עשוי אלא לטעון משא על כתיפו סגי בכדי שיגביה רגל וכולי וכ״נ מדברי התוספות לשם: ומ״ש דהיינו באינו מסויים במחיצות וכו׳. שם בגמרא על פי גירסת רשב״ם והרשב״א וכך היא גירסת הר״י הלוי ן׳ מיגא״ש כמ״ש הרב המגיד משמם פכ״א ממכירה ומביאו ב״י בסימן רי״ז ורבינו תפס גירסא זו עיקר ודחה גירסת האלפסי והרא״ש שכתבו בפרק חזקת וז״ל ולא אמרן אלא דלא מסיימי מחיצתא אבל מסיימי מחיצתא כי היכי דשקיל וכו׳ וגם בפירשב״ם הביא גירסא זו ודחאה וכתב וז״ל ולא נהירא דאם שביל סתם זבין ליה למה לא יתן לו כל צרכו עכ״ל ואחריו נמשך רבינו ומ״מ קשיא לי הלא התוס׳ גורסין ג״כ כך ופירשו וז״ל ולא שיהו מחיצות גבוהות דא״כ היכי דרי טונא אלא מחיצות נמוכות טפח או טפחיים להיכר השביל הילכך כשמכר לו השביל בשדהו לא יתן לו אלא כמו שהוא עשוי אפי׳ לא יהא לו אלא כדשקיל כרעא ומנח כרעא וזה דחקו לרבי׳ שמואל שאין נראה לו גירסא זו לפי שהוא סבור דהנך מחיצות גבוהות הרבה עכ״ל גם הרמב״ם בפ״א מה׳ מכירה כתב גירסא זו והשתא איכא לתמוה טובא אדברי רבינו שתופס עיקר גי׳ רשב״ם ורשב״א והר״י הלוי ודחה לגירסת האלפסי והרא״ש והרמב״ם והתוספות ולפחות הוה ליה להביא גם דעת אלה הגאונים כדרכו בספרו ותו דהלא כתבו המפרשים דנהגינן לפסוק כדעת האלפסי במקום שאין חולקין עליו התוספות כל שכן במקום שהתוס׳ פוסקים כמותו כי הכא וגם הרא״ש והרמב״ם פוסקים כך ולענין הלכה נראה אע״ג דמשמע דדעת האלפסי עיקר כדפי׳ מ״מ כיון דהך דינא תלוי בחילוף הגירסא היכא דקיימא זוזי ליקום ואין להוציא מיד המוחזק. והב״י האריך להקשות אדברי ה״ה גם בספר כ״מ כתב על זה ע״ש ולפעד״נ דליכא הכא קושיא ולא ראיתי להאריך בזה. עוד נתקשה הב״י בפירוש לשון דשקיל כרעא ומנח כרעא ולפע״ד נראה דרצונו לומר בל׳ זה דאינו נותן לו יותר ברוחב אלא מדרך כף רגלו כשהולך דרך הילוכו שמגביה רגל ומניח רגל והוא יותר מרוחב ב׳ רגלים שהוא מקום שאין יכול להלוך אלא רגל בצד רגל דהדבר ידוע כי במקום שהאדם הולך צריך רוחב בין הרגלים שלא יעכבו זה את זה מלהלך זה נותן לו ויזרע המוכר או יטע כרם מכאן ומכאן וכן מבוא׳ מפירשב״ם וכ״כ הרב בספר דרכי משה ודלא כב״י:

ט כתב הרמב״ם וכו׳ והראב״ד השיג וכו׳ והכי מסתברא. ולפעד״נ דלישנא דתלמודא ר״פ חזקת (בבא בתרא דף כ״ט) משמע כדברי הרמב״ם מדקאמר אלא מעתה צונמא במה יקנה אלא באוקומי ביה חיותא ומישטח ביה פירא ה״נ איבעי ליה לאוקומי ביה חיותא וכו׳ דמשמע דה״ק דכי היכי דלמיקני ארעא קני לה בהעמדת בהמה ושיטוח בה פירא דהרי הלוקח נהנה ה״נ לגבי חזקה דשלשה שנים כשהמערער טוען לא מכרתיה לך וזה מביא ראיה שהחזיק בה שלש שנים בהעמדת בהמה ושיטוח פירות נמי הוי חזקה ונאמן לומר שקנאה ושטר היה לו ואבד אבל רבי׳ תופס דעת הראב״ד דלא מהניא אלא כנגד טענה ולפיכך כתב לעיל בסי׳ קמ״א סעיף י״ד דכנגד טענה מהניא הך חזקה דהעמדת בהמה ושיטוח פירי וכאן למיקני ארעא הסכים להראב״ד דלא קנה בה ארעא: כתב ב״י דבדברי הרא״ש מספקא לן אי ס״ל דקנה קרקע באכילת פירות ולא דמי לעבד או שמא קרקע ועבד שוין דלא קנה לארעא באכילת פירות ולפעד״נ דליכא ספיקא דפשיטא הוא דדעת הרא״ש שלא לחלק בין קרקע לקנין עבד אלא בין בזה ובין בזה לא קנה

באכילת פירות והוא דעת רבי׳ דכאן הסכים להראב״ד דבאכילת פירות לא קנה בקרקע ובי״ד סי׳ רס״ז כתב ג״כ דלא קנה גבי עבד וכ״כ לקמן בסי׳ קצ״ו ואע״פ דמדברי הרא״ש בפ׳ חזקת גמ׳ בד״א במחזיק משמע דמפרש הא דפריך תלמודא (ד׳ נ״ז) מ״ש רישא מ״ש סיפא לענין קנין לאלתר א״כ הא דפריך בתר הכי והרי אכילת פירות וכו׳ נמי לענין קנין לאלתר הוא והוא מדברי התוס׳ לשם בד״ה נעל וגדר (סוף דף נ״ב) וכך הבין ב״י ליתא דהא כדאיתא והא כדאיתא דבנעילה ודאי קאמר דקני לענין קנין לאלתר אבל אכילת פירות לא קאמר דקני אלא לענין חזקת ג׳ שנים ומיהו באכילת פירות במידי דחשוב טובא כגון הציע מצעות ושכב עליהם דנהנה גופו מגוף השדה א״נ ערך שלחן ואכל עליו ס״ל להרא״ש דאפי׳ בנכסי הגר קנה כ״ש במכר ובמתנה דהוה ליה כנעל וגדר ופרץ וכמ״ש ב״י כאן וע״ל בסימן ער״ה סעיף י״ד. וכתב בספר בדק הבית ולענין הלכה נקטינן כהרמב״ם דסוגיין דעלמא בד״מ כוותיה ועוד שהעיטור הסכים עמו עכ״ל וכתב עוד דנקטינן ככל הני רבוותא דסברי דחזקה לחודיה בלא כסף ובלא שטר קניא כל היכא דלא עייל ונפק אזוזי עכ״ל:

יב כתב רב האי כל מה דמפלגינן וכו׳. נראה דקאי אדלעיל בסעיף ז׳ דהיכא דתיקן בה שאר תיקונין וכולי דבעינן דנתן צרור והועיל ונטל צרור והועיל וכו׳ אבל אנעל וגדר ופרץ לא קאי דפשיטא דאין חילוק אף לרב האי:

יג מכר לו י׳ שדות וכו׳. ברייתא פרק קמא דקידושין (דף כז) וא״ת בלא חזקה נמי קנה מטעם כסף כתבו התוס׳ לשם דתירץ הר״ש מאיברא דמיירי שהמוכר היה חייב ללוקח מעות כבר דבאותם מעות לא היה קונה כי היכי דלא מצי לקדושי בהו אתתא שהוא מלוה ה״נ לא מצי למיקני בהו קרקע ועוד תירצו דמיירי באתרא דלא קנו בכספא עד דכתבי שטרא ואפ״ה בחזקה קנה כולן אע״ג דלא כתבי שטרא ותירוץ זה הביאו הרא״ש וכתב עליה ומשמע דוקא י׳ שדות וכו׳ אבל בשדה אחת קנה בחזקה בלא מעות אפילו במקום שכותבין את השטר דכסף לא קנה חזקה קניא וה״ט משום דאלים קנין חזקה שעושה מעשה בגוף הדבר מידי דהוה אמשיכה דקניא בלא כסף עכ״ל ונראה דשני התירוצים הילכתא נינהו דאפילו לא נתן לו עכשיו כסף אלא המוכר היה חייב מעות כבר ללוקח וגם במקום שכותבין שטר אפ״ה בחזקה קנה כל הי׳ שדות וז״ש רבינו מכר לו י׳ שדות בי׳ מדינות אם נתן דמי כולן וכו׳ דמשמע מלשון זה אף אם כבר נתן לו קודם מכירה כגון שהיה חייב לו מעות ומסוף דברי רבינו משמע דמיירי נמי אף במקום שכותבין שטר קנה בחזקה כל הי׳ שדות אפילו הן בי׳ מדינות מועיל חזקת אחת מן השדות לכולן וקאמר בגמרא דה״ט משום דסדנא דארעא חד הוא כלומר שהרי כולה מחוברת יחד: ומ״ש רבינו לא נתן לו דמי כולן לא קנה אלא כנגד מעותיו אפי׳ הן סמוכות זו לזו למד כך מדברי הרא״ש מדכתב ומשמע דוקא בי׳ שדות בי׳ מדינות לא קנה אלא כנגד מעותיו אבל בשדה אחת קנה בחזקה בלא מעותיו עכ״ל אלמא דוקא בשדה אחת אבל בי׳ שדות אפילו סמוכות זו לזו דינן כאילו היו בי׳ מדינות דאל״כ הוה ליה לומר אבל בי׳ שדות הסמוכות זו לזו וכו׳ דהוי רבותא טפי אלא ודאי דלא מהניא חזקה בלא מעות אלא בהחזיק בשדה אחת. ומ״ש הרא״ש ברישא דוקא בי׳ שדות בי׳ מדינות הא דנקט י׳ מדינות לישנא דתלמודא נקט אבל ודאי אין חילוק בין סמוכות לאינן סמוכות:

יד ומ״ש וכן אם היה בשכירות וכו׳. כתב ב״י דנראה מדברי הרמב״ם ספ״א מה״מ דלגבי שכירות א״צ שיתן מעות כלל דאין שכירות משתלמת אלא ל סוף וקנה את כולן בהחזיק באחת מהן מטעם דסדנא דארעא חד הוא דשכירות דינו כמתנה דליכא כסף אלא חזקה גרידא וקנה את כולן להרמב״ם וכ״כ בכ״מ לשם מיהו בדברי רבינו צל״ע דמשמע דדין שכירות כדין מכירה ותו דאפי׳ מתנה הוי כמו מכר להרא״ש כ״ש שכירות ומשו״ה איכא לתמוה על הרב בהגהות ש״ע שכתב שיש חולקין במתנה ובשכירות פסק בסתם דא״צ שיתן דמים דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף ואיפכא מסתברא דכיון דבמתנה יש חולקין דלא קנה כלום כמ״ש הרא״ש כ״ש בשכירות דלא קנה כלום ולא שמיע לי מ״ש מהרו״ך בזה ע״ש ובספר ב״ה כתוב וז״ל ולענין הלכה נקטינן כרבינו חננאל והרמב״ם עכ״ל:

סימן קצג

א כל המחובר לקרקע וכו׳. הכי איתא להדיא בפרק הספינה דאהא דתנן הלוקח פשתן מחובר מחבירו ותלש כ״ש קנה פרכינן בגמרא משום דתלש כל שהוא קנה אמר רב ששת הב״ע דא״ל לך ויפה לך קרקע כל שהוא וקני כל מה שעליה כך היא גירסת רשב״ם והתוס׳ לך ויפה לך וכו׳ וגם פירשו דה״ק החזק בקרקע על ידי יפוי זה שתייפה הקרקע לצרכך שיהא נקי לחרישה דהשתא כשמתכוין לנקות הקרקע ולהחזיק בה כדי לקנות הקרקע הוה ליה כמו נעל וגדר ופרץ כל שהוא וחזקה זו מהניא לפשתן ואע״ג דלא זבין ליה ארעא מ״מ כל המחובר לקרקע ה״ה כקרקע כ״כ רשב״ם והתוס׳ פי׳ דא״ל דביפוי זה לצרכך כדי שיהא נקי לחרישה הו״ל חזקה לענין שתהא שאולה לך להיות כחצרך לענין זה שתקנה מה שעליה ונתבארו דברי רבי׳ שכתב כל המחובר לקרקע דינו כקרקע וכו׳ דכתב כלשון פירשב״ם וכ״כ הרמב״ם לשון זה וגם כתב אפי׳ לא כיון לקנות הקרקע וכו׳ דהיינו כדכתב רשב״ם ואע״ג

דלא זבין ליה ארעא וכו׳ אבל האלפסי והרא״ש גורסים דא״ל לך ויפה לי קרקע כל שהוא וקני כל מה שעליה באגרך כך הוא כתוב באלפסי ישן מדוייק ובספרי הדפוס השמיטו מלת באגרך וכך פירושו דבשכר טרחך שאתה מייפה לי קרקע כל שהוא שיהא נקי לי לחרישה אנכי מקנה לך הקרקע שתהא שכורה לך וקני בה כל מה שעליה ונראה דלפי גירסא זו כתב נמ״י דכיון דלא קני אלא מדין שכירות יש לו להזכיר בפירוש מקום הקרקע שעומד בו הפשתן ויאמר לו שיהא מושכר לך ביפוי זה כדאמר בעלמא ומקומו מושכר לו ואם היה פיקח שוכר את מקומו עכ״ל מבואר מדבריו דלפירשב״ם ותוס׳ דאינו מטעם שכירות אין צריך להזכיר בפירוש מקום הקרקע שעומד בו הפשתן וכו׳ וכך הם דברי רבינו וקצת קשה דרבינו פתח בשלשתן בכסף בשטר בחזקה ואינו מפרש אלא חזקה וכסף וצ״ע למה לא כתב וכן נמי בשטר וכו׳:

ב וכתב הרמב״ם דוקא שצריך לקרקע וכו׳. בפ״א דמכירה כתב כך: ומ״ש רבינו ונראה דכמחובר דמי וכו׳. איכא לתמוה בדבריו דמשמע דר״ל דכיון דקא חשבי ליה רבנן כמחובר לענין שבועה דמודה מקצת ה״ה לענין קנייה ואונאה ואם כך כוונתו לא קשה כלום להרמב״ם דאיהו סבירא ליה דאף בשבועה דמודה מקצת לא קאמרי רבנן דהו״ל כמחובר אלא היכא דלא צריכין לקרקע כמבואר בפ״ה מטוען ורבינו עצמו בסימן צ״ה הביא דבריו אלה אי נמי סבירא ליה להרמב״ם דהלכה כר׳ מאיר וכמ״ש התוס׳ וסמ״ג על שם ר״ח וגם הרב המגיד הזכיר זה ואם נפרש דברי רבינו להשיב על הרמב״ם משבועת שומרים דכתב בפ״ב מה׳ שכירות דחשבינן ליה כמחובר אפילו אינן צריכים לקרקע וסבירא ליה דה״ה לענין קנייה ואונאה דמאי שנא הא ודאי ליתא שהרי רבינו עצמו כתב בסימן צ״ה על שם הר״י הלוי טעם נכון לחלק ביניהם ע״ש ועוד תימה דלמעלה בסימן קט״ו ס״י לגבי ב״ח מבואר מדברי רבינו דכשאינן צריכין לקרקע לאו כקרקע הן ודלא כהרמב״ם בפרק כ״א ממלוה דלגבי ב״ח אע״פ שאין צריך לקרקע דינן כקרקע וכאן לענין קנייה ואונאה דסובר הרמב״ם דבאינן צריכין לקרקע דינן כמטלטלין השיב עליו רבינו וס״ל דכקרקע הן וא״כ סברת הרמב״ם וסברת רבי׳ הפוכות בשתים ותו קשה דמלשון רבינו בכאן משמע דאין לחלק כלל אלא בכל דוכתא דיינינן להו כקרקע אפי׳ אין צריכין לקרקע ולעיל בסי׳ קט״ו ולקמן בסי׳ שנ״ד וסי׳ רנ״ו פסק דבפירות גמורים דאין צריכין לקרקע אין דינן כקרקע ובסי׳ ש״א גבי שבועת שומרין פסק איפכא דדינן כקרקע אפי׳ עומדין ליבצר וצריך עיון:

סימן קצד

א עכו״ם שמכר קרקע וכו׳. מימרא דשמואל פרק חזקת: יומ״ש בד״א במקום שאין משפט ידוע למלך וכו׳. ג״ז שם אמר שמואל דינא דמלכותא דינא ומלכא אמר לא ליקני ארעא אלא באיגרתא פי׳ ולפיכך לא קנה האחר שהחזיק בשדה זו הואיל ואין לו שטר מן העכו״ם ואיכא למידק אמאי שינה רבינו ממ״ש בגמרא וכתב דאם משפט המלך שיזכה מי שנותן דמיו וכו׳ ובאלפסי ובאשיר״י כתוב כלישנא דגמרא וברמב״ם סוף פ״א דזכייה כתוב בלשון זה בד״א במקום שאין משפט ידוע למלך אבל אם דין אותו המלך ומשפטו שלא יזכה בקרקע אלא מי שכותב בשטר או הנותן דמים וכיוצא בדברים אלו עושין כפי משפט המלך שכל דיני המלך בממון על פיהם דנין עכ״ל הנה שכתב כלשון התלמוד וגם הוסיף דהוא הדין אם משפטו שיזכה הנותן דמים וכיוצא בזה אבל רבינו השמיט לגמרי הך דאם משפטו שלא יזכה בקרקע אלא בשטר ואפשר ליישב ולומר דרבינו רבותא אתא לאשמועינן דאע״ג דאין משפט המלך אלא שהנותן דמים נמי זוכה בקרקע וה״ה דזוכה בשטר לא תימא דה״ה דזוכה בחזקה ואדרבה חזקה עדיפא מכסף וא״כ כשהלוקח נתן כסף והאחר החזיק בה זכה בה האחר דלא מהני מה שנתן הראשון כסף אלא כנגד מי שבא אחריו ונתן ג״כ כסף דאז קנה הראשון אבל אם בא אחר והחזיק בה זכה בה האחר ואפילו הכי אשמועינן דלא זכה בה האחר אלא הלוקח שנתן הכסף תחלה הוא שזכה בה תחלה מדינא דמלכותא אבל היכא דמשפט המלך שלא יקנה אלא בשטר דבר פשוט הוא שאין האחר קונה אותה בחזקה אלא הראשון הוא שקונה אותה כשיגיע לסוף השטר לידו וחזקת האחר אינה כלום שהלא משפט המלך הוא שלא יקנה אלא בשטר כנ״ל ליישב דברי רבינו בזה: כתב הר״ן בפ״ק דקידושין דהא דאמרינן נכסי הכותי הרי הן כמדבר וכו׳ במקום שכותבין שטר הוא דאי במקום שאין כותבין שטר בכסף בלבד הוא קונה ומביאו ב״י ושכ״כ הר״ר ירוחם ושכן נראה מפי׳ רשב״ם אכן ממ״ש רבי׳ ע״ש הרשב״א נראה דלא ס״ל הכי אלא אפי׳ במקום שאין כותבין את השטר כיון דהעכו״ם אנס הוא לא סמכה דעתיה עד דמטא שטרא לידיה דאי ס״ל להרשב״א כהר״ן וה״ר ירוחם ופירשב״ם אם כן בחזקה דס״ל להרשב״א דאפילו במקום דלא קנה בכסף לחודיה עד דכתב שטרא אפ״ה בחזקה לחודה קנה בלא שטר כמ״ש הרב המגיד משם הרשב״א בפ״א ממכירה ומביאו ב״י בסוף סימן קצ״ב לפי זה בעכו״ם שמכר לישראל קרקע וקבל הדמים והלוקח החזיק בקרקע הו״ל לקנותה בחזקה זו אע״ג דלא כתב שטר שהרי דמי לכסף אלא ודאי דמטעם דעכו״ם אנס הוא לא קני לה לא בחזקה ולא בכסף אפילו במקום שאין כותבין שטר כדפי׳ גם מדברי הרא״ש שכתב אם פיקח הוא וכו׳ יש להוכיח דס״ל הכי דאם לא כן לא צריך חזקה ולא צריך ג״כ שיחזיק בתורת הפקר אלא באמירת הלוקח אי בעינא בכספא אקנה סגי לפי מה שפירש ב״י ע״פ שיטת הר״ן וה״ר ירוחם אלא ודאי דבכל גווני לא זכה הלוקח בכסף בלחוד אלא בכתיבת השטר משום דלא סמכה דעתיה עד דמטא שטרא לידיה ולפיכך אין לו תקנה אלא עד

שיחזיק בה מתורת הפקר דחזקה בלא הפקר לא עדיפא מכסף וכדעת הרשב״א אבל אם מחזיק בתורת הפקר כדי שלא יחזיק בה אחר ודאי מהני כי למה יגרע מאחר דמצי לזכות בהפקר ומשמע נמי מדברי רבינו דהרא״ש ס״ל הא דהרשב״א ולכן הסמיך דברי הרא״ש עם דברי הרשב״א ופי׳ דעת הרא״ש דיחזיק בתורת הפקר קאמר והא דכתב רבינו בסוף סימן זה וכל זה לא איירי אלא בקרקע שאין דעת הלוקח לקנות אלא בשטר אין ללמוד מלשון זה דתלוי בדעת הלוקח ואי אמר בפירוש שיקנה לו בכסף לחוד דקנה מיד דליתיה אלא ר״ל שאין דעת הלוקח כלל לקנות אלא בשטר לפי דלא סמכה דעתיה עד דמטא שטרא לידיה והכי נקטינן דאפילו במקום דאין כותבין שטר לא זכה לוקח מעכו״ם לא בכסף ולא בחזקה עד דכתב ליה שטרא משום דסתם כותי אנס הוא ולא סמכה דעתיה עד דמטא שטריה לידיה ודלא כהר״ן וה״ר ירוחם ולפי זה אפילו התנה לקנות בכסף מיד לא קנה ודלא כמ״ש הרב בהגהת ש״ע׃

ג כתב רב האי אע״פ שזכה וכו׳ וא״א הרא״ש כתב שאף המעות אין צריך ליתן לו. בפרק חזקת הביא הרא״ש מה שפי׳ רשב״ם דאית דאמרי דמהדר זוזי ללוקח ולא נהירא לי וכו׳ וסוף דבריו ונראין דברי רשב״ם דהפקר גמור הוא ואפי׳ דמי לא יהיב׃ ומ״ש ורשב״ם כתב שנקרא רשע וכו׳. פי׳ רשב״ם ס״ל דאע״ג דא״צ ליתן המעות דזכה מן ההפקר אפ״ה נקרא רשע וס״ל כפירש״י דאפי׳ במציאה והפקר נקרא רשע כדאיתא להדיא בפירושו בקידושין ר״פ האומר וכדלקמן בסימן רל״ז אבל הרא״ש תופס דעת ר״ת דלא הוי רשע במציאה והפקר אלא דמ״ש רבינו וא״א הרא״ש ז״ל כתב דאפי׳ רשע לא מיקרי וכו׳ קשה קצת מאי אפי׳ אדרבה היא הנותנת דכיון דאין צריך ליתן לו מעותיו דזכה מן ההפקר משו״ה לא נקרא רשע אלא דלפי שהוא גורם לו כל ההפסד על כן אמר דלא מיבעיא דא״צ לשלם לו מעותיו אלא רשע נמי לא הוי במה שגרם הפסד לחבירו וכתב בספר ב״ה וכבר כתבתי בסמוך דהלכה דצריך ליתן לו מעות עכ״ל׃

ה ואם כתב לו השטר אחר שקבל המעות והחזיק בו כמה שכים ולא לשם קנייה וכו׳. מכאן יש ללמוד שאם משך או הגביה מטלטלין ולא נתכוין לקנות לא קנה וכן יש ללמוד עוד ממ״ש בסימן ר׳ בשם הראב״ד שאפי׳ מכר ללוקח על החמורים לא קנה שלא נתכוין למשיכה [ולקנות במדידה זו] בדק הבית [ססי׳ קפ״ט]׃

סימן קצה

א בקנין כיצד הקונה יתן כלי למקנה וכו׳. בריש הזהב פליגי בה רב ולוי ופסקו הפוסקים כרב׃

ב ומ״ש ואין אחד מהם יכול לחזור בו אפילו אם אין עדים בדבר אם מודים זה לזה. כלומר דלא תימא דוקא בשאר דרכי הקנאה כגון משיכה והגבהה ומסירה כסף שטר וחזקה דהחזיק בגוף המקח התם הוא דלא מצי לחזור בו אפילו לא היו שם עדים אבל בק״ס דלא החזיק בגוף המקח הו״א דיוכל לחזור בו כיון שלא היו שם עדים קמ״ל דלא וה״ט דלא איברו סהדי אלא לשיקרא והיא דעת הרא״ש לעיל סימן ס״ח סעיף ז׳ וע״ל בסימן קפ״ט ואע״ג דבסימן זה סעיף י״ב כתב שיכולין לחזור בקנין כל זמן שעסוקים באותו ענין וא״כ כאן מדבר בהפסיקו הענין דשוב אינו יכול לחזור לא קשה הא תו למה ליה לרבינו לחזור ולכתבו כאן די״ל דלא אתא לאשמועינן הכא אלא דאפי׳ אין עדים אינן יכולין לחזור בהן כדפירש׳ וכ״כ הרמב״ם פ״ה דמכירה הלכה י׳׃

ג לשון הרמב״ם וכו׳ עד שמכרת לי בפרק הנזכר ורבינו הביאו כדי לכתוב עליו ואין נוהגין עתה וכו׳׃

ד ומ״ש אפילו לא נתן לו מתנה גמורה וכו׳. ג״ז מדברי הרמב״ם בפרק הנזכר והכי איתא ריש פ״ק דקידושין׃

ה ומ״ש אפי׳ לא תפיס המקנה בכל הכלי וכו׳. רפ״ק דמציעא אמר רב משרשיא ש״מ האי סודרא כיון דתפיס ביה ג׳ על ג׳ קרינן ביה ונתן לרעהו וכו׳ וכך היא גירסת הספרים ומשמע להדיא דבעינן שיתפוס כל הג׳ וכך היא גירסת הרא״ש וכך הם דברי רבינו אבל האלפסי לשם כתב וז״ל אמר רב ששת הילכך האי סודרא כיון דאית ביה ג׳ על ג׳ כמאן דפסיק דמי וקני ליה לפי גירסא זו משמע דבא לומר שיהא בסודר ב׳ על ג׳ אבל לא בעינן שיתפוס כל הג׳ ואפשר שזאת היתה דעת הרמב״ם שכתב כשתי הגירסאות כתב תחלה שאם אחז ממנו כדי שיעור כלי כגי׳ הספרים וכתב ג״כ או יאחזנו אחיזה שהוא יכול לנתק את כל הכלי מיד המקנה לו כגי׳ האלפסי והיינו דקאמר כמאן דפסיק דמי וקני ליה כלומר כאילו נתקו ופסקו מיד הקונה דמי זה אפשר לומר ליישב דביו ומיהו הרב המגיד כתב דהרשב״א הקשה עליו מהא דאמרינן התם ומ״ש מדרב חסדא דאמר גט בידה ומשיחה בידו אם יכול לנתקו ולהביאו אצלו אינה מגורשת ואם לאו מגורשת ופרקינן התם כריתות בעינן וליכא הכא נתינה בעינן והא איכא אלמא דבגט דוקא הוא דאמר שהוא חשוב כאילו הוא ביד מי שיכול לנתק דכריתות בעינן אבל הכא נתינת כלי בעינן וליכא וכך הקשה הנמ״י משם הרשב״א והרנב״ר ותירץ בנמ״י דבבגד

גדול מודה הרמב״ם דבעינן ג׳ אלא דוקא כשכל הבגד אינו כי אם ג׳ על ג׳ התם דוקא קאמר הרמב״ם דאם יכול לנתקו קנה אפי׳ אחז בפחות מג׳ עכ״ד ואין לחילוק זה ראיה ורמז בתלמוד אם לא על הדרך שכתבתי על פי שתי הגירסאות והוא דוחק ולפעד״נ אמת דהרמב״ם ז״ל דקדק במאי דקאמר תלמודא ומ״ש מדרב חסדא וכו׳ דמאי קושיא ודילמא הך דרב משרשיא נמי לא איירי אלא בכה״ג דהמקנה יכול לנתקו אצלו והתם דוקא הוא דאמרינן דכמאן דפסק דמי וקני כיון דיכול לנתקו אצלו אלא ודאי קים ליה לתלמודא דביכול לנתקו אצלו אפילו לא תפיס ג׳ על ג׳ נמי קנה וכיון דרב משרשיא נקט בדתפיס ג׳ על ג׳ אלמא דאיירי באינו יכול לנתקו אצלו ולהכי צריך לתרץ התם כריתות בעינן וכו׳ דהשתא לפי׳ זה ניחא דהרמב״ם גורס ג״כ כגירסת הספרים והכריח מסוגיא דתלמודא דבתפיס ג׳ על ג׳ קנה אפילו אינו יכול לנתקו דנתינה בעינן והא איכא ובדלא תפיס ג׳ על ג׳ ויכול לנתקו נמי חשוב נתינה והכי נקטינן כדברי הרמב״ם ואין חילוק בין בגד גדול לבגד קטן ודלא כנ״י נ״ל:

ו ומ״ש אפילו לא נתן הקונה למקנה הכלי וכו׳. בפ״ק דקידושין (דף כו) האריכו התוספות והרא״ש בזה ומסקנת הרא״ש דאפי׳ שלא בפני הקונה וכך הוא דעת רוב פוסקים:

ח קונין בכלי וכו׳. בריש הזהב:

ט אין קונין בדבר שהוא אסור בהנאה וכו׳. ג״ז שם ור״ל שאפילו הוא חשוב מאד: ומ״ש אבל בהמה פי׳ ר״י שהוא כמו כלי וכו׳. ג״ז שם בתוס׳ ואשיר״י והכריע רבינו מדבריהם דאין חילוק בין שור וחמור לטלה ועז אלא כל בהמה חשוב כמו כלי אע״ג שאין עושין בהם מלאכה מכל מקום כיון שמגדלין אותן לוולדות ולצמר חשוב כשור וחמור שעושין בהם מלאכה:

י ומ״ש אין קונין במטבע וכו׳. גם זה שם ולקמן סוף סימן ר״ג כתב רבינו דמטבע שנפסלה קונין בה וכבר האריך ב״י בכל זה:

יא אין הקנין מועיל וכו׳. בספ״ה דנדרים פליגי בה פומבדיתאי ורב נחמן ופסקו הפוסקים כרב נחמן דבדא״ל קני ע״מ להקנות לאחר שלשים יום קנה משמע דאפילו לא אמר בפירוש על מנת שתקנה לי מעכשיו ולאחר ל׳ אלא בדא״ל ע״מ שתקנה לי לאחר שלשים נמי קנה דכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי אלא דרבינו אתא לאשמועינן דאע״פ דקא״ל מעכשיו ולאחר שלשים לא קנה אא״כ דא״ל ג״כ על מנת וטעמא דמילתא דמעכשיו ולאחר שלשים משמע דמעכשיו יתחיל הקנין ויהא נגמר לאחר שלשים וכיון דבסוף שלשים כבר הדר סודרא למריה לא קנה כלום אבל בדא״ל ע״מ משמעו מעכשיו מיד מקנה לו ובתנאי שלא יהא קונה עד שלשים יום שאז קונה למפרע מעכשיו וא״כ דעת רבינו דבמעכשיו בעינן על מנת אבל בעל מנת לא בעינן מעכשיו. וב״י כתב וז״ל וצ״ע ל״ל לומר מעכשיו לימא על מנת ובהכי סגי לאפוקי מכל ספיקא ושמא לא אמרו מעכשיו אלא כדי שיתפרסם הדבר שהוא במעכשיו עכ״ל ולפעד״נ עיקר כדפירש׳: כתב המרדכי ס״פ הספינה ובקנין חליפין צריך שיהא הסודר שלו אבל אם הוא שאול כיון דאינו יכול להקדיש ג״כ אינו יכול ליתנו עכ״ל וכתב ב״י ואינו נ״ל דאין דרך בני אדם להקפיד אם זה נוטל קנין בסודר שלו כיון שהוא מחזירו לו עכ״ל אבל במרדכי הארוך כתב דין זה בשם רבינו ברוך בספר החכמה והביא ראיה מהך דר״פ הזהב (בבא מציעא ד׳ מ״ו) דמוקי תלמודא לברייתא דתני בה היה עומד בגורן כו׳ דלית ליה סודר ופרכינן ואיכפל תנא לאשמעינן גברא ערטילאי דלית ליה ולא כלום וכו׳ ופירש״י נתעסק התנא וטרח להורות לנו הלכה בדבר שאינו מצוי שיהיה אדם עומד בגורן ערום וכו׳ משמע דמפרש כפשוטו דעומד בגורן ערום בלא סודר וזה דוחק ועל כן פירש הוא דהכי קאמר דלית ליה סודר משלו אלא כליו שהוא לבוש בהן שאולין ופרכינן ואיכפל תנא לאשמעינן גברא ערטילאי דלית ליה משלו כלום ולפי פירוש זה מוכח להדיא דאם היה הכלי שאול אין הקנין כלום וכן כתב הרשב״א בתשובה סימן אלף י״ט דבמקנה בסודר חבירו שלא מדעתו לא עשה ולא כלום וכן כתב בתשובת הרמב״ן סימן כ״א מיהו אם הוא מדעת חבירו שהשאילו כדי להקנות בו הוי קנין גמור אע״ג דלא יכול להקדישו מידי דהוה אמתנה ע״מ להחזיר דשמה מתנה ויכול להקנות בו וה״ה אם משאיל להקנות בו מהני וכן פסק הרב בהגהות ש״ע וכן עיקר דלא כב״י:

יב אע״פ שנגמר הדבר וכו׳. בפרק יש נוחלין פליגי בה רבה ורב יוסף ואסיקנא דהלכה כרב יוסף דיכול לחזור כל זמן שעסוקין באותו ענין: ומ״ש משא״כ בשאר דרכי הקנאות. נתבאר טעמו לעיל בראש סי׳ קכ״ו ע״ש:

יג כשם שקרקע וכו׳. בפ׳ מרובה אמר רבי אלעזר כשם שקרקע נקנית בכסף בשטר ובחזקה כך שכירות קרקע נקנית בכסף בשטר ובחזקה ורבינו צירף עם אלו חליפין ואמר כשם שקרקע נקנית באחד מאלו הד׳ דברים כך שכירות נקנה בהם ולאו דוקא שכירות אלא ה״ה שאלת קרקע כדמוכח להדיא בתוספות פרק קמא דמציעא (ד׳ יא) בד״ה ומקומו מושכר לו דאין לחלק בדין זה בין שאלה לשכירות אלא דלפי דמימרא דר״א בשכירות נקט רבינו שכירות וה״ה שאלה:

יד ומ״ש אח״כ ובשאלת קרקע י״א שאין מועיל חליפין. לאו דוקא שאלה דהוא הדין שכירות נמי והוא דעת התוספות לשם שכתבו וז״ל וי״ל דשאלה ושכירות אינה נקנית בחליפין וכך היא הצעת דברי רבינו דשכירות קרקע נקנה באחד מד׳ דברים וה״ה שאלה וי״א דבשאלה אין מועיל חליפין וה״ה בשכירות וא״א הרא״ש כתב (בפ״ק דמציעא) שמועיל בהן חליפין כלומר בין בשאלה בין בשכירות מועיל וב״י תמה על דברי רבינו: כתב הרשב״א בתשובה על שטר שכתוב בו אתן לך כך וכך כל שקנו מידו חייב דקנין מילתא אלימתא היא וכו׳ ומביאו ב״י כאן במחודש סעיף כ׳ וכן כתב הרב המגיד פ״ח מה׳ זכייה דיש מן הגדולים שאמרו דאפי׳ באתן לך כך וכך לא מיקרי קנין דברים ועיקר וכ״כ הרשב״א ז״ל וצ״ע באתן לך היאך יקנה שהרי כתב בשטר אתננו לא קנה כדאיתא בגיטין פרק השולח ואפשר לדעתם דטפי עדיף קנין משטר עכ״ל ועיין לקמן בסימן רמ״ה: כתב הרא״ש בתשובה כלל ס״ו סימן ד׳ ראובן הו״ל ד׳ בהמות לשחוט ומכר העורות לשמעון בק״ס ובעוד שהולך לשחוט ברחו ונטבעה האחד בנהר שמעון הפסיד העור שכבר כשלקח קנין נקנו לו העורות בכל מקום שהן ונתחייב בחליפין עכ״ל ומביאו ב״י בסוף סימן זה ונראה דמיירי בדלא הזכיר לו בשעת גמר המקח שימתין עד זמן שישחטם אלא א״ל בסתם ד׳ בהמות יש לי הנני מוכר לך העורות מהם בק״ס א״כ קנה העורות בין נשחטו הבהמות בין מתו אבל אם הזכיר בפירוש מענין השחיטה כגון שא״ל בשעת גמר המקח עורות בהמות אלו אני מוכר לך שאתן אותם לידך לאחר השחיטה דוקא שחוטות מכר לו ואם מתו כולן או מקצתן הפסיד המוכר דהכל יודעין דעור מתה אינה שוה החצי של שחוטה ועור של שחוטה לקח ולא של מתה והארכתי בתשובה בס״ד: כתב מהרא״י בכתביו סימן ר״י דאם לא כתב בשטר במנא דכשר וכו׳ אין להוציא ממון בקנין זה וע״ש וכתב בספר ב״ה ואין דבריו נראין לי דמסתמא אמרינן דקנה במנא דכשר ומה שנוהגין לכתוב בשטרות אינו אלא לרווחא דמילתא עכ״ל:

סימן קצו

א עבד כנעני וכו׳. משנה וגמ׳ פ״ק דקידושין:

ד ומ״ש ואיני יודע למה שדברי יחיד הן וכו׳. כבר כתב הרב המגיד ע״ש הרשב״א דקיי״ל כר״ש בהא דהא עבד נקנה אף במשיכה כדאמר שמואל עבד כנעני נקנה במשיכה ורב אשי נמי הכי ס״ל ולרבנן דסבירי להו כשהגביה רבו את העבד לא קנאו דסבירי להו דעבד לא נקנה לרבו אלא כשעשה העבד עבדות ושירות לרבו אבל כשהגביה רבו אותו לא קנאו א״כ כ״ש כשמשכו רבו לעבד אצלו דלא קנאו כיון דאפילו בהגבהה דעדיפא ממשיכה לא קנאו כ״ש במשיכה וא״כ בעל כרחך צ״ל דשמואל ורב אשי דאמרי עבד כנעני נקנה במשיכה כר״ש סבירי להו דהגביהו רבו לו קנאו וס״ל לשמואל ורב אשי דלר״ש משיכה נמי קונה שמעינן מסוגיא זו דהאמוראים הוה קים להו דהכא הלכה כר״ש לגבי רבנן ועוד כתב דבאלפסי משמע דלא גריס הכא פלוגתא אלא ה״ג הגביה הוא לרבו קנאו הגביה רבו לו אר״ש לא תהא חזקה גדולה מהגבהה:

סימן קצז

א בהמה בין גסה בין דקה נקנית במשיכה ואין צריך להגביהה. פירוש אע״פ דלתנא דמתני׳ בפ״ק דקידושין דקה אינה נקנית אלא בהגבהה דוקא ולר״ש דברייתא בין דקה בין גסה אינה נקנית אלא בהגבהה לא קיי״ל הכי אלא כחכמים דברייתא דזו וזו במשיכה וא״צ להגביהה וכדמוכחת הסוגיא לשם וע״ש ובפרק הספינה: ומה היא משיכתה וכו׳. ג״ז שם:

ד כתב הרמ״ה שגמל וחמור שניהם נקנים בין במשיכה בין בהנהגה וכו׳. הרב ב״י הביא סוגיית התלמוד פ״ק דמציעא וכתב דהרמ״ה ס״ל דקיי״ל רכוב לא קני וממילא קיי״ל דמשיכה והנהגה קני בין בגמל בין בחמור ובסוף דיבור זה כתב ולענין הלכה נראה דכיון דהרי״ף והרמ״ה מסכימים לדעת אחת בזה הכי נקטינן עכ״ל ואיכא למידק דהלא בסמוך יתבאר דהרי״ף והרמב״ם ס״ל דרכוב קני וכן פסק בש״ע ומשמע לפ״ז דמשיכה והנהגה לא קנו בין בגמל בין בחמור ויש לומר דאע״פ דס״ל להרמ״ה דרכוב לא קני כדעת רוב הפוסקים דלא כהרי״ף והרמב״ם אפ״ה בדין משיכה והנהגה בגמל וחמור מסכימים הרמ״ה והרי״ף דשניהם נקנין בין במשיכה בין בהנהגה ואע״ג שאין תופסין טעם אחד דטעמו של הרי״ף דנקטינן כפשטא דמתני׳ דמנהיג קנה ומשמע דמתני׳ לא מפליג בין בהמה לבהמה דבכולן מנהיג קנה ומשיכה נמי קניא בכל בהמה כדאסיק בקידושין דבהמה נקנית במשיכה ולא מפליג בין בהמה לבהמה וזהו שהשמיט הרי״ף כל דברי הגמ׳ בדין גמל וחמור ולא כתב אלא המשנה כצורתה דס״ל דהך שקלא וטריא דגמ׳ ליתיה אלא לדחויי דמהא ליכא למשמע מינה דהב״ע במנהיג ברגליו וכו׳ ואשינויא לא סמכינן דודאי רכוב לחודיה מהני כפשטא דמתניתין וכן הא דדייקינן מושך ומנהיג אין רכוב לא ומפרקינן ה״ה דאפילו רכוב והא דקתני מושך ומנהיג לאפוקי מדר׳ יודא וכו׳ היינו לומר דאף לדידך נמי לא קשיא דאיכא לשנויי לאפוקי מדרבי יודא וכו׳ אבל לקושטא דמלתא רכוב נמי קנה כפשטא דמתניתין והא דקתני מושך ומנהיג רבותא קמ״ל ואצ״ל רכוב דתפוס בה והא דלא

ערבינהו אינו אלא לאורויי דלא מבטל הך דאורחא להך דאינה אורחא וכדכתבו התוספות בקושייתם זהו טעמו של הרי״ף אבל טעמו של הרמ״ה היא דהך שקלא וטריא הוי לפום קושטא דמילתא וקיי״ל כמ״ד רכוב לא קני וממילא קיי״ל דמשיכה והנהגה קנו בין בגמל בין בחמור ואדין זה דמשיכה והנהגה בגמל ובחמור בלחוד דקא עסיק ביה ב״י השתא קאמר כיון דהרי״ף והרמ״ה מסכימים לדעת אחת בזה הכי נקטינן הנה דקדק לומר בזה לאורויי דבדבר זה בלחוד דהיינו בדין משיכה והנהגה בגמל ובחמור נקטינן הכי לא בדין רכוב דלא קא עסיק ביה ב״י השתא בדינו דלשם ודאי אינן מסכימים לדעת אחת לפי דרך זה. עוד כתב ב״י דרך שני וז״ל אי נמי דסבר הרמ״ה דנקטינן מתני׳ כפשטא וכו׳ לפי זה אפשר דהרמ״ה נמי סובר דרכוב קני כהרי״ף והרמב״ם שהרי לא כתב רבינו דין רכוב להרמ״ה היכי ס״ל ואפשר דס״ל בדין רכוב כהרי״ף והרמב״ם אלא דבדין משיכה והנהגה בגמל וחמור גילה הרמ״ה דעתו דקנה בשניהם ועל זה כתב ב״י דנקטינן הכי כיון שהרי״ף הסכים עמו בזה כלומר דאף לפי הדרך הראשון דס״ל להרמ״ה דרכוב לא קני דלא כדעת הרי״ף אפ״ה בדין משיכה והנהגה בגמל וחמור מסכימים לדעת אחת ממה שנוגע לפסק הלכה ואע״ג שלא הסכימו לפסק זה מטעם אחד כדפריש׳ אין לחוש לזה. ותו איכא למידק במ״ש ב״י כאן כהרי״ף והרמ״ה דגמל וחמור שניהם ניקנים בין במשיכה בין בהנהגה ובש״ע בסימן רע״א סעיף א׳ פסק כהרמב״ם פי״ז מגזילה דבגמל אחד מושך וא׳ מנהיג המושך קנה ולא המנהיג ונראה דלא היתה דעת ב״י בפסקו כאן אלא להוציא מדעת הרא״ש שהביא רבינו לחלוק ארמ״ה ודספיקא הוה ובמכר ומתנה לא קנה חד מינייהו ובמציאה והפקר קנו שניהם ושכך היא דעת הראב״ד דספיקא היא ועל זה כתב ב״י כיון דהרי״ף והרמ״ה הסכימו לדעת אחת בזה הכי נקטינן ולאו ספיקא היא ולא כהרא״ש והראב״ד אבל בש״ע כתב להורות כהרמב״ם דדיינא הוא ונחית לעומקא דדינא וס״ל נמי דליכא ספיקא בהא מילתא ובגמל אחד מושך וא׳ מנהיג מושך קנה מנהיג לא קנה דלא כהרי״ף והרמ״ה דמנהיג נמי קנה כמו מושך דליתא ולא כתב ב״י דנקטינן כהרי״ף והרמ״ה אלא לענין זה בלחוד להוציא מדעת הראב״ד והרא״ש דספיקא היא כדפירש׳. ותו איכא למידק דכאן כתב רבינו דבמכר ובמתנה לא קנה וכו׳ ובמציאה והפקר קנו שניהם ולעיל בסי׳ קצ״ב סעיף י״ב הסכים רבינו לרב האי דחזקה גרועה דלא עבידא אדעתא דארעא הוי דינא איפכא דבנכסי הגר לא קנה ובמכר ומתנה קנה ול״ק ולא מידי דבחזקה גרועה ודאי במכר ובמתנה דדעת אחרת מקנה אותן קנה טפי משא״כ בנכסי הגר ומציאה והפקר דאין דעת אחרת מקנה אותן לא קנה בחזקה גרועה אבל כאן דמספקא ליה לתלמודא בחד צד אי קנה אי לא קנה הילכך גבי מכר ומתנה לא קנה דהמע״ה דשמא אין זה קנין כלל אבל במציאה והפקר קנה הראשון שהחזיק בה ואפילו בא אחר והחזיק בה כראוי אמרינן ליה לשני המע״ה דהיאך אתה בא להוציא מיד הראשון מספק דדילמא הראשון החזיק בה מן הדין וכ״כ רבינו לקמן בסוף סימן ר״ב ועיין במ״ש רבינו בסימן זה סעיף י״ב ובמ״ש לשם:

ה וברכיבה שרוכב עליה אינו קונה אא״כ מנהיגה ברגליו וכו׳. כן כאב הרא״ש פ״ק דמציעא שכך עולה מן הסוגיא ולא כתב רבינו כאן דא״ל קני כדרך שבני אדם קונין משום דלא איירי הכא אלא במציאה והפקר דלא שייך האי מילתא הילכך בכל גווני קנה ובין אדם חשוב ובין אינו חשוב ובין איש ובין אשה אבל בסעיף י״ב דמיירי במוכר בהמה כתב רבינו לחלק ברוכב בין היכא דא״ל קני כדרך שבני אדם קונין וכו׳ ובין אדם חשוב וכו׳: ומ״ש והרמב״ם וריי״ף כתבו דרכוב לחוד קנה. כבר התבאר דתפסי עיקר פשטא דמתניתין:

ו ואם אחד רוכב על החמור וכו׳. ג״ז שם ת״ש אחד רכוב חמור ואחד תפוס במוסירה זה קנה חמור וזה קנה מוסירה ש״מ רכוב קנה הכא נמי במנהיג ברגליו א״ה נקני נמי רכוב במוסירה אימא זה קנה חמור ותצי מוסירה וכו׳ ואסיקנא א״ר אשי זה קנה חמור ובית פגיה וזה קנה מה שתפוס בידו והשאר לא קנה לא זה ולא זה ומשמע דלהרא״ש דפסק כאוקימתא דרכוב לא קנה והב״ע במנהיג ברגליו דלפי זה אקשינן אי הכי נקני נמי רכוב במוסירה איצטריך לאוקימתא דרב אשי זה קנה חמור ובית פגיה וכו׳ ומשום הכי כתב הרא״ש בפסקיו וז״ל ואחד רכוב חמור ומנהיג ברגליו ואחד תפוס במוסירה זה קנה חמור ובית פגיה וכו׳ משום דברכוב בלא מנהיג ברגליו לא קנה להרא״ש אבל להרמב״ם דברכוב בלא מנהיג ברגליו נמי קני ואף על פי כן פסק פי״ז דגזילה דזה קנה חמור ובית פגיה וכו׳ קשיא הלא לא הוצרכו לאוקימתא דרב אשי אלא למ״ד רכוב לא קנה אבל למ״ד רכוב קנה נקטינן ברייתא כפשטה וכדמשמע מדקאמר אי הכי וכו׳ וצריך לומר דהרמב״ם לא הוי גריס אי הכי אלא ה״ג נקני נמי רכוב במוסירה ומקשינן בין אי אמרינן דרכוב לחודיה קנה ובין אי אמרינן דלא קני אלא במנהיג ברגליו דלכ״ע קשה נקני רכוב במוסירה ואוקמה רב אשי דזה קנה חמור ובית פגיה וכו׳ ודברי רבינו שכתב סתמא ואם אחד רוכב חמור וכו׳ היינו משום דבתחלה כתב מחלוקת הפוסקים בדין הרכיבה וקאמר השתא ואם אחד רוכב חמור למר כדאית ליה דרוכב ומנהיג ברגליו וכו׳ ולמר כדאית ליה דרוכב בלא מנהיג ברגליו וכו׳ אבל בב״י כתב ענין זה שכתבנו בדברים מהופכים ואין ספק שטעות נזדקר לפני המעתיק והא לא קשיא דהך ברייתא משמע דבזוכה מן ההפקר מיתנייא וכאן מדבר רבינו לענק מקח וממכר די״ל דרבינו כותב כאן דין קנין בהמה בכל דבר בין במציאה והפקר בין במקח וממכר ולכן לא הזכיר כאן בדין הרכיבה שא״ל קני כדרך שבני אדם קונין וכו׳ משום דכאן מיירי בדין קנייה מן ההפקר כדפי׳ בסמוך:

ז ומסירה ג״כ קונה בבהמה. פי׳ תחלה כתב דניקנית במשיכה וא״צ להגביהה שבזה אין ספק דלד״ה נקנה במשיכה וא״צ להגביה אבל במסירה דמשמע מדברי הרי״ף והרמב״ם דאין בהמה ניקנית במסירה דקיי״ל כחכמים דתנו בברייתא זו וזו במשיכה משמע דוקא במשיכה ולא במסירה דגריעא ממשיכה ואפ״ה הכריע רבינו מדברי התוס׳ בפ״ק דקידושין ובפרק הספינה ג״כ מדברי הרא״ש לשם דמסירה ג״כ קונה בבהמה אף על גב דגריעא ממשיכה והיינו דבסימטא ובחצר של שניהם לא קנה אלא במשיכה ולא במסירה דכיון דאפשר לקנות במשיכה דעדיפא לא קנה במסירה דגריעא אבל בר״ה ובחצר שאינה של שניהם דלא מהניא בהו משיכה סגי במסירה והב״י כתב דרבינו טעה בדברי הרא״ש ונראה דלא טעה דאפילו לפי׳ ר״י מסירה קונה בר״ה ובחצר שאינה של שניהם ולא פליג ר״י אפרש״י ור״ת וריב״א אלא דלדידהו מסירה עדיפא ממשיכה וקונה נמי בסימטא אבל לר״י מסירה גריעא ואינה קונה בסימטא אבל בר״ה ובחצר שאינה של שניהם גם ר״י ס״ל דקונה בבהמה וכדתניא כיצד במסירה וכו׳ וכ״כ רבינו להדיא בשם ר״י בסימן קצ״ח סעיף י״ב: ומה היא מסירתה י״א וכו׳. כל זה בתוספות פ״ק דקידושין ופרק הספינה והרא״ש בפרק הספינה הסכים דלא צריך מיד ליד וכו׳:

ח מסירה אינה קונה בר״ה וכו׳. בפרק הספינה מימרא דאביי ורבא:

ט והא דמסירה קונה דוקא שא״ל קני סתם וכו׳. ברייתא ואוקימתא דגמרא לשם והלכה כחכמים דקפידא היא לא גמר להקנותו אלא במשיכה ולא במסירה ולא קנה עד שימשכנה או עד שישכור את מקומה ואיכא למידק אמאי תני הכא עד שישכור את מקומה ולא תני עד שיגביהנה דהא הגבהה עדיפא דקונה בכל מקום וי״ל דדוקא בדלא א״ל אלא לך חזק וקני התם ודאי אם היא בסימטא קונה במשיכה ואם היא ברשות המוכר קני לה אפי׳ בהגבהה וא״צ לשכור את מקומה אבל הכא בדקפיד וא״ל לך משוך וקני לא קנה אפי׳ בהגבהה אלא דוקא במשיכה ואפילו אם עומדת בר״ה צריך למשכה למקום הראוי למשיכה ואם עומדת ברשות המוכר ישכור את מקומה ולא מהני ההגבהה ועל זה הביא רבינו דעת הרמ״ה דמפרש הא דתני עד שימשכנה או עד שישכור את מקומה לאו דוקא דה״ה נמי אם הגביהה נמי קנה דדוקא דבר שקניינו במשיכה ומסירה וא״ל משוך וקני דשני ממסירה למשיכה אי נמי א״ל קני במסירה דשני ממשיכה למסירה אבל אי שני לקנין חשוב וכו׳ ולדעת ר״י אפילו שינה למעליותא וכו׳ והיינו כדפי׳ דמשמע פשטא דברייתא דוקא עד שימשכנה או עד שישכור את מקומה ובמקצת ספרי רבינו כתוב ושני ממשיכה למסירה ורצונו לומר דהלוקח שינה מ״ש לו המוכר לך משוך וקני והוא לא משך אלא אחז בטלפיה וכו׳ ונוסחא זו מתוקנת אבל לספרים שכתוב בהן או שני ממשיכה למסירה ור״ל דהמוכר בציוויו שינה וא״ל ללוקח שיהא קונה בה במסירה א״כ לא הוי פירושו שוה דמ״ש אבל אי שני לקנין חשוב בע״כ הוי פירוש דהלוקח שינה וזה דוחק אלא נוסחא זו עיקר שכתוב בה ושני ממשיכה למסירה גם לפי זה מתוקן דאין צריך לפרש דהרמ״ה ס״ל דמשיכה ומסירה שוין אלא גם הרמ״ה ס״ל דמשיכה עדיפא ממסירה ואם א״ל מוכר קני במסירה ומשכה קנה להרמ״ה דשני למעליותא והא דנקט הרמ״ה הגבהה משום דאתלמודא קאי דמיירי בדא״ל לך משוך וקני דתני עד שימשכנה או עד שישכור את מקומה וקאמר הרמ״ה דלאו דוקא אלא ה״ה בהגביהה קנה ולעולם אם א״ל שיקנה במסירה ומשכה לרשותו דשינה למעליותא נמי קנה ודלא כב״י שכתב מסירה ומשיכה שוין וגרם לו זה הנוסחא שכתוב בה או שני ודוק: ומ״ש רבינו דדעת רי״ף והרא״ש הוא כדעת ר״י נראה דמשמע ליה הכי מדכתבו בסתם דבדא״ל לך משוך וקני קפידא היא ולא קני אלא במשיכה אלמא משמע דאפילו שינה למעליותא כגון שהגביהה נמי לא קנה דקפידא היא דוקא במשיכה. מיהו בהגהות אשיר״י פ׳ הספינה חולק הוא אמ״ש רבינו דלר״י אם א״ל קני במסירה ומשיכה דלא קנה שהרי כתב והיכא דא״ל לך אחוז וקני לא הכריע ר״י אי הוי קפידא שלא לקנות במשיכה בקנייה דחשיב מינה עכ״ל:

יא משך שלא בפני המוכר וכו׳. מימרא דרבי ינאי בפרק הפרה:

יב המוכר או נותן וכו׳. פרק קמא דמציעא (דף ט׳) אלא דאמר לשם ואי ר״ה הוא קנה אפילו אינו אדם חשוב דהכל רוכבים בר״ה פן יפסקו עוברי דרכים בינו לבין בהמתו ואי אדם חשוב הוא קנה דאין דרכו להנהיג בהמות ברגליו ודרך כבוד הוא לרכוב עליה אף בסימטא כך היא גירסת רש״י ופירושו וכ״כ הרמב״ם סוף פ״ב ממכירה אבל רבינו כתב איפכא דבעיר בסימטא קנה דהכל רוכבים לשם ובר״ה דוקא אדם חשוב ונמשך אחר דברי הרא״ש לשם שכתב וז״ל אי אדם חשוב ורכב עליה בעיר בר״ה קנה וכן אם אדם מזולזל הוא ואינו מתבייש לרכוב בר״ה קנה ואשה היאך שהיא קונה שכן דרכה תמיד לרכוב ולא להנהיג שמא תשמט הבהמה מידה ואם אדם בינוני הוא בר״ה לא קנה שהוא מתבייש לרכוב שם אבל בסימטא או בשדה קנה ובמציאה והפקר בכל ענין קנה עכ״ל וצריך לומר שהרא״ש היה גורס ואי בר״ה לא קנה ואי אדם חשוב הוא קנה וכו׳ וב״י לא הביא אלא גירסת רש״י ופירושו וזה תימה היאך הבין דברי רבינו שוב מצאתי בספר בדק הבית שהביא דברי הרא״ש לפרש בו דברי רבינו: ומ״ש ובמציאה והפקר בכל ענין קנה. איכא למידק דלמאי דפי׳ בסעיף ד׳ דבקנין גרוע יותר קנה במכר ומתנה דדעת אחרת מקנה אותו מבמציאה והפקר א״כ קשה אמאי קנה הכא

במציאה והפקר בחזקה גרועה וי״ל דטעמא דמילתא דבמכר ומתנה לא קנה הכא אינו אלא לפי שהתנה וא״ל קני כדרך שבני אדם קונין אבל אי לא א״ל הכי ודאי קנה בין בסימטא בין בר״ה דחזקה מעליא היא ולפי זה ניחא דמציאה והפקר ליכא מאן דא״ל קני כדרך שבני אדם קונין לפיכך בכל ענין קנה:

יג וכתב הרמב״ם האומר לחבירו משוך ותקנה וכו׳ וגדולה מזו פירש״י וכו׳ כלומר אף ע״פ דלשון משוך לקנותו לא יישמע להבא אלא משמע משוך לקנותו במשיכה זו אפ״ה לא קנה משום דמשמע משוך לקנותו אבל אני איני מקנה לך וזה ודאי במשמעות רחוק ולפיכך השיג הרא״ש על זה ואמר דבדא״ל משוך לקנותו קנה והראב״ד השיג גם על משוך ותקנה דאע״ג דאותיות אית״ן משמע להבא אפ״ה איכא למימר דה״ק משוך ותקנה במשיכה זו דלשון ותקנה משמעו כאילו אמר ותהא קונה בה ואין לנו לבטל הקנין אם לא פירש להדיא בלשון להבא:

טו האומר לחבירו משוך וכו׳. מימרא דר׳ יוחנן פרק האשה שנפלו לה נכסים וכדאוקמוה דבדא״ל מעכשיו. ודוקא בעומדת באגם שהוא מקום ראוי לקנות במשיכה אבל אם היתה עומדת בר״ה או ברשות המקנה לא קנה ומ״ש ואפילו עומדת באגם אינו אלא לומר ומכל שכן אם עומדת ברשות הקונה. ועיין לעיל בסי׳ קצ״ה סעיף י״א דמשמע דבקנין סודר לא מהני מעכשיו ולאחר שלשים אלא בדא״ל ע״מ וה״ט דכיון דהחפץ שהוא מקנה לו עדיין הוא ברשות המקנה לא קנה ליה אלא בדאמר ליה ע״מ שהוא קונה מעכשיו מיד וכאילו לא א״ל ולאחר שלשים דמי ועיין במ״ש לשם ועיין עוד במ״ש בסוף סימן קצ״א בס״ד:

סימן קצח

א דבר תורה מעות קונות וכו׳. מימרא דרבי יוחנן בריש הזהב ופסקו הפוסקים כמותו דלא כר״ל דאמר משיכה מפורשת מן התורה ונ״מ דלרבי יוחנן אף לאחר שתקנו שלא יהיו מעות קונות וכו׳ מ״מ כיון דד״ת מעות קונות אם קידש בהם את האשה מקודשת וזה היה דעת רבינו שכתב כאן דין קידושי אשה דהיא הנפקותא בין דרבי יוחנן לדר״ל מיהו איכא נפקותא אחריתא כגון דביתו של לוקח מושכר למוכר א״נ המוכר השכדר ללוקח מקום בביתו וכו׳ כדכתב רבינו בסמוך סעיף ט״ו וט״ז דלרבי יוחנן מעות קונות לשם ולר״ל לא קנו מעותיו ועוד איכא נפקותא דאם היו המטלטלין במקום דליכא למיחש לדליקה א״נ שכירות מטלטלין דכיון דהגוף של מוכר טרח ומציל דלרבי יוחנן מעות קונות לשם ולר״ל אין מעות קונות כלל:

ב ומ״ש עד שיגביה דבר שדרכו וכו׳. בפרק הספינה (בבא בתרא דף פו) פרשב״ם שדרכן להגביה דברים קלים שאין דרכן להגביה שכבדין עכ״ל וזהו דעת רבינו שכתב להשיג אמה שפירש הרמב״ם ואמר ויראה כיון שהוא משאוי כבד וכו׳ דס״ל דפירוש רשב״ם עיקר:

ח ואם מגביה דבר שאין דרכו להגביה וכו׳. כ״כ הרא״ש בפרק הספינה והכריח כך מהך דהגונב כיס בשבת ומביאו בית יוסף: ספינה ניקנית וכו׳. ברייתא ואוקימתא דגמרא שם: וכתב א״א ז״ל וכו׳ שם:

יא כתב הר״ר יונה י״א דספינה וכו׳ ונראה דהוא הדין כשניקנית במסירה בר״ה דוקא במונחת ברקק מים בר״ה וכ״כ נ״י לשם ומביאו בית יוסף: כתב הרמב״ם וכו׳ וכן כתב הרמ״ה וכו׳. כלומר כמ״ש הרמב״ם בספינה דניקנית במסירה כך כתב הרמ״ה בכל המטלטלין דניקנים במסירה וכו׳ אלא שחילק וכו׳ אבל ר״י פירש דלא מיקני במסירה אלא ספינה וב״ח וכו׳ כלומר דלא כהרמב״ם דוקא ספינה וכיוצא בו ולא ב״ח וגם לא כהרמ״ה דאפילו כל המטלטלים ניקנים במסירה דליתא אלא דוקא ספינה וב״ח וב״י פירש דמ״ש ר״י ב״ח היינו למ״ד בהמה ניקנית במסירה אבל לדידן אינה ניקנית במסירה וכמ״ש בראש סימן קצ״ז עכ״ל וכבר כתבתי לשם דליתא לדבריו אלא נ״י ס״ל דב״ח ניקנית במסירה בר״ה ובחצר של שניהם וע״ש סעיף ז׳:

יג וטעמא שתקנו חכמים וכו׳. ה״א בריש הזהב לרבי יוחנן וא״ת השתא דאין מעות קונות יאמר המוכר נשרפו מעותיך בעלייה וי״ל דכיון דכל זמן שלא א״ל המוכר ללוקח טול מעותיך הרי הן ברשותו ואם נאנסו לא יפסיד הלוקח דאפי׳ חזר בו המוכר ומקבל מי שפרע או חזר בו הלוקח מ״מ כל זמן שלא א״ל טול מעותיך חייב באונסין דהוה להו מעות הללו גבי מוכר הלוואה גביה כמו שנתבאר בסוף סימן זה סעיף י״ז י״ח וכתבו התוספות לשם (דף מ״ז) הקשה ריב״ן אמאי הפקיעו חכמים קנין מעות שהוא מדאורייתא ליתקנו שיצטרך שניהם מעות ומשיכה ותירץ אי משיכה לבדה לא תקנו יאמר לוקח למוכר נשרפו חטיך בעלייה עכ״ל: וכיון דתקנו חכמים וכו׳. כן כתב הרי״ף והרא״ש לשם וכ״כ הרמב״ם פ״ג ממכירה: (טו) וכיון שטעמא משום הכי הוא וכו׳. הוא בפרק הזהב (בבא מציעא דף מ״ט):

טז וכן אם המוכר השכיר. כ״כ לשם הרא״ש שלמד דין זה מדין היתה עלייתו של לוקח מושכרת ביד מוכר הקודם: כתב ב״י בתחלת סימן זה ונ״ל שאם התנו שתגמר קנייתם במעות מכרן קיים ואין אחד מהם יכול לחזור בו וכדאמר גבי קרקע דאי אמר אי בעינא בכספא אקנה קנה וכמ״ש בסימן ק״ן עכ״ל ויש להשיב על ראיה זו דדילמא כיון שתקנו חכמים דמעות אינן קונות לא פלוג חכמים בתקנתם ולא דמי לגבי קרקע דכיון דליכא תקנה אלא שנהגו

לכתוב שטר לפיכך יכול להתנות אי בעינא בכספא אקנה ומיהו נראה דהדין אמת ולאו מכח ראיית ב״י אלא כיון דתקנה זו לטובת הלוקח היא מצי אמר אי אפשי בתקנה זו שהיא לחובתי וכגון זו שומעין לו וכ״כ הרב בהגהות ש״ע: כתב בהגהות מרדכי דמציעא וז״ל כתב העיטור מסתברא דוקא עלייה דשכיח בה דליקה אבל מכר לו חטין שבבית דלא שכיח ביה דליקה מעות קונות וה״ג בירושלמי מי שנתן לחבירו עשרה דינרין שקנה ממנו ק׳ מדות יין אם היה היין בביתו שרי דלית ביה משום רבית כיון שיש לו בבית וקנאן מיד ואם התנה עמו שיעמיד לו היין מגו כרמא אסור פי׳ דכיון דלא קנאן לאלתר שהרי אין לו עכשיו יין אלא עד שיעמיד לו היין מן הכרם א״כ כל מה שמוסיף לו במקח הוי אגר נטר ואסור מה בין בית לכרם פי׳ הלא הענבים שבכרם העומדים ליבצר חשובים כאילו כבר נעשה היין ומפרש בית אין מצוי נפול כרם מצוי לישרף א״ר יוסי זאת אומרת מי שנתן לחבירו עשרה דינר להעמיד לו ק׳ מדות יין כיון דשלח ידו בעשרה דינר חייב להעמיד לו המקח והא מעות אין קונות כאן לא גזרו ש״מ כל כה״ג ליכא למימר נשרפו חיטך בעלייה דמילתא דלא שכיחא היא וכן הלכתא בכל מילתא דלא שכיחא עכ״ל עיטור פירוש רבי יוסי קאמר זאת אומרת דמי שנתן מעות על היין שהוא מונח במקום דלא שכיחא דליקה לא מצו לחזור בהן לא הלוקח ולא המוכר דבזו מעות קונות והב״י כתב על זה ואין נראה כן מדברי הפוסקים וכן בדין שלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורים עכ״ל ובספר ב״ה כתב ג״כ וז״ל ודברים תמוהים הם כי הדליקה מצויה בבית כמו בעלייה ורבנו חדא מינייהו נקטי עכ״ל ואין זה כדאי לדחות דברי הירושלמי המפורשים לחלוק בין דוכתא דשכיחא דליקה לדוכתא דלא שכיחא ותו דלישנא דתלמודא דידן נמי משמע הכי דלא בחנם נקט תלמודא נשרפו חיטך בעלייה דמשמע דוקא עלייה ותו דהעיטור פסק כך ומביאו הגהות מרדכי לפסק הלכה ואין ראיה ממה שלא הזכירו הפוסקים חילוק זה דמעשים בכל יום שאחד מן הגאונים הוציא דין חדש מכח הירושלמי או מן התוספתא ולא נזכר הדין בשום פוסק או גאון ואין בנו כח לדחות הדין החדש כשיש לו ראיה ברורה כנדון דידן ומה שקשה כי הדליקה מצויה בבית כמו בעלייה ליתיה דבימיהם היו הבתים מאבנים והעלייה שעל גבה מעצים שלא יכביד וכמו שהוא ג״כ בזמנינו על הרוב וע״כ שכיחח דליקה טפי בעלייה מבבית לכן נראה דיש להורות כמו שפסק העיטור גם הרב הביאו בהגהות הש״ע ודלא כמ״ש ב״י:

יז אע״פ שהנותן דמים על המקח אינן קונות לו כתב רב אלפס משם רבינו האי וכו׳. בפרק הזהב בעובדא דשומשמי שנתן דמים ולא משך דא״ל שקול זוזך לא שקיל זוזי איגנוב אתא לקמייה דרבא א״ל כיון דא״ל שקול זוזך ולא שקלית ל״מ ש״ש דלא הוי אלא אפילו ש״ח נמי לא הוי וכתבו התוס׳ והא דאמר בהאומנין (דף פ׳) טול שלך והבא מעות ש״ש היינו משום דמעיקרא הוי ש״ש וכשא״ל טול שלך לא לסלק עצמו לגמרי משמירה קאמר אלא שלא יהיה ש״ש עכ״ל ונראה דאף לתירוץ שני של תוספות בפ׳ המפקיד (בבא מציעא דף מ״ג) בד״ה מאי איריא דפירשו דבנותן מעות ולא משך הוי שואל עלייהו וחייב אפילו באונסין מ״מ כשא״ל שקול זוזך אפילו ש״ח לא הוי דדוקא באומנים כיון דמעיקרא היה ש״ש משום דתפיס ליה אאגריה כדאמר התם א״כ כשא״ל טול שלך והבא מעות לא אתא אלא לאודועיה דלא תפיס ליה אאגריה כדפירש רש״י לשם אבל לא לסלק את עצמו לגמרי משמירה קאמר אלא שלא יהיה ש״ש עוד כיון דלא תפיס ליה אאגריה אבל בנתן מעות ולא משך אע״פ דהוי״ל שואל עלייהו מ״מ כשא״ל שקול זוזך לגמרי אסתלק והכי משמע מתשובת מהר״ם שבמרדכי פרק האומנין וה״ר ירוחם הביאה בקוצר בנ״ל ח״א וזה לשון הר״ן ע״ש התוספות דרב פפי ורבינא לאו לאיפלוגי אהך דרבא דאמר אפילו ש״ח נמי לא הוי אתו אלא מעשה שהיה קאמרי אבל לעולם הני זוזי פקדון בידיו דמוכר נינהו ולא מיחייב באונסין גמורים דידהו הילכך מכי א״ל שקול זוזך מיפטר כדין נפקד הרוצה להוציא פקדון מתחת ידו עכ״ל וכתב כן הר״ן ע״פ תירוץ ראשון של תוספות דהמוכר לא הוה עלייהו אלא ש״ח כשאר פקדון דאסור להשתמש בהן מיהו אף לתירוץ השני דמותר להשתמש בהן דהוי שואל עלייהו וחייב בכל האונסין אפ״ה כשא״ל שקול זוזך אפילו ש״ח לא הוי כדפירשתי ודלא כמו שהבין ב״י דבתירוץ בתרא דתוספות מסכימים לדעת הרי״ף והגאונים דאפילו א״ל שקול זוזך חייב באונסין דליתא אלא אף לתירוצא בתרא אי א״ל שקול זוזך אפילו ש״ח לא הוה וכרבא דלגמרי איסתלק ודוק זו היא דעת התוס׳ אבל האלפסי כתב דרב פפי ורבינא לאיפלוגי אדינא דרבא בלישנא קמא אתו ובאו לומר דלא אמר רבא בהאי מילתא דנתן מעות ולא משך דאפילו ש״ח לא הוי ולא איתמר ביה בגמרא מאי דיניה אבל חזינן לרבינו האי גאון דהוי״ל גביה כהלואה וכו׳ וכדכתב רבינו בשמו ומסקנת רבינו דמסתברא כהרמ״ה שדינו כמלוה גמורה וחייב בכל האונסין עד שיעשה השבה שמועלת במלוה וע״ל במ״ש בסוף סימן ק״כ דכל מה שכתב רבינו כאן ע״ש רב אלפסי ורבינו האי גאון ושהרמב״ם הוסיף דאפילו אי אפקינהו ויהיב זוזי אחריני ויש מחלקים וכו׳ כל זה היכא דהמעות הם בביתו של מוכר וא״ל ללוקח תא שקול זוזך וקא מסרב לילך אחריו לביתו אלא שיביאם אליו דבהכי מיירי הך עובדא דשומשמי דעליה דהך עובדא קאי הני רבוותא והתם דוקא קאמר רבינו דמסתברא כהרמ״ה דלא נפטר בזה המוכר אלא אם כן עביד השבה שמועלת במלוה דאין לחלק בין לוה למוכר להוציא מדעת רב אלפס והרמב״ם ויש מחלקין דמקילין טפי לגבי מוכר מלגבי לוה אבל כשהלוקח מסרב מלקבל המעות כלל פשיטא דאפילו בהלואה ממש פטור הלוה אפילו א״ל הנם צרורים ומונחים בביתי וכו׳ כדכתב רבינו בסימן ק״כ ע״ש הרמב״ן דבהא לא נחלקו על רמב״ן דכיון דמסרב מלקבלם לגמרי ונאבדו פטור הלוה ובזה לא יהיו דברי רבינו סותרים ממה שכתב כאן למה שכתב בסימן ק״כ ועיין עוד במה שכתבתי בזה בסימן ע״ד בס״ד:

סימן קצט

א יש מעות קונות וכו׳. מימרא דרבה בר רב הונא בריש הזהב ומשמע מדכתב רבינו ולקחן המוכר ולא דקדק לידע מניינם וכו׳ דמיירי אפילו הלוקח ידע מניינם אלא דהמוכר לא ידע נמי מעות קונות ומ״ש בתחלה כגון שהו״ל מעות בידו בלא מנין ובלא משקל היינו לומר שהמוכר לא ידע מה שביד הלוקח לא מנין ולא משקל והכי משמע מפרש״י שכתב ולא הקפיד לשאול כמה הם וכן כתב ב״י דהכי משמע מ״ש תלמידי הרשב״א ודלא כדמשמע מ״ש הרמב״ם בפ״ה ממכירה דמיירי דוקא דגם הלוקח לא ידע ומיהו אפשר דהרמב״ם אורחא דמילתא נקט דשניהם אינן יודעין וה״ה היכא דלוקח ידע ומוכר לא ידע והכי נקטינן: וכן ראובן שמכר לשמעון חפץ וכו׳. כך הוא עולה מסוגיא דריש הזהב דקאמר תלמודא יש דמים שהם כחליפין כיצד החליף דמי שור בפרה וכו׳ אלא דקשיא טובא מ״ש חוב דמחמת מכר מחוב שלא מחמת מכר דכיון דמלוה להוצאה ניתנה אין כאן כסף שיהא קונה בו החפץ וכדקאמר תלמודא להדיא בפרק האיש מקדש וכבר הקשו כך הרמב״ן והרשב״א והר״ן וכל האחרונים ומה שתירצו על זה דקונה החפץ בהנאת מחילת החוב הא ודאי ליתא דא״כ בחוב שלא מחמת מכר נמי יהא קונה בהנאת מחילת החוב ומ״ש זה מזה וכן כתב רבינו להדיא בסימן ר״ד דבהנאת מחילת מלוה קנה אפילו בחוב שלא מחמת מכר ע״ש סעיף ח׳ ולפעד״נ דבחוב מחמת מכר לא אמרינן דקנה אלא דוקא כשהחפץ שמכר ראובן לשמעון במנה הוא בעין ביד שמעון בשעה שחוזר שמעון ומוכר חפץ אחר לראובן דהשתא אע״ג דאומר ראובן לשמעון מכור לי חפץ שלך בדמים שאתה חייב לי מדמי החפץ שמכרתי לך חשבינן ליה כאילו לא נתחייב לו שמעון מעולם וכאילו החליפו חפץ בחפץ דכיון דמשך האחד נקנה לו החפץ האחר בכל מקום שהוא אבל בחוב שלא מחמת מכר אפילו היו מעות הלואה בעין לא קנה בו החפץ כיון דמלוה להוצאה ניתנה חשבינן להו להני מעות כאילו אינן בעולם ואע״ג דלפי זה הו״ל לחלק בחוב דמחמת מכר גופיה בין כשהחפץ בעין ביד שמעון לשאינו בעין אלא אבדו יש לומר דניחא ליה טפי לחלק מיניה וביה היכא דזה וזה הוא בעין ובין כשמעות ההלואה הוא בעין נ״ל וכבר האריך ב״י בזה ע״ש וע״ל בסי׳ ר״ד סעיף ו׳ ז׳ ח׳:

ב יש זמן שמעות קונות כההיא דתנן בד׳ פרקים וכו׳. בפרק אותו ואת בנו (חולין דף פ״ג):

ג וביתומים ג״כ וכו׳. בפרק הניזקין (גיטין דף נ״ב): ומ״ש קבלו היתומים הדמים ולא משך וכו׳ אלא אמרינן שלטובת היתומים וכו׳. ואע״ג דאיכא נמי טובה ליתומים אם נעמידם על דין תורה דאם יגיע לפירות אונס דליקה מצי אמרי יתומים ללוקח נשרפו חיטך בעלייה דמ״מ כיון דאיכא רעה ליתומים בחד צד שאם יצטרכו מעות לא ימצאו מי שיתנם להם חששו חכמים לרעת היתומים תקנו שלא יגיע להם שום רעה ועי״ל שלא תקנו חכמים תקנה שיהיו האפוטרופסים רשעים שלא יצילו הפירות שברשותם מאונס דליקה:

סימן ר

א יש עוד דבר וכו׳ כגון שמונחין ברשותו. ברייתא בפרק הספינה ופי׳ רשב״ם מוכר שהביא תבואתו למכור בבית הלוקח כיון שקבל עליו מוכר קנה פירוש שנתרצה המוכר וא״ל כל תבואה זו קנויה לך בכך וכך כל סאה קנה לוקח מיד אע״פ שלא מדד דקני ליה רשותו עכ״ל משמע דוקא דא״ל מוכר הכי אבל אי לוקח א״ל הכי ושתק חוכר לא קנה לוקח וכ״כ ב״י בסמוך סעיף ל׳ אצל ברשות הלה המופקדין דבעינן שיקבל עליו הנפקד במאמר המוכר לאפוקי שאם א״ל הלוקח פירות שברשותך וכו׳ עד שיאמר לו המוכר ויקבל עליו ע״פ מאמרו וכן נראה מדברי ה׳ המגיד פ״ד ממכירה וע״ל בסוף סי׳ קפ״ט ובמ״ש לשם בס״ד: ומ״ש אם הוא משתמר שם וכו׳. משמע מלשון רבינו דלא בעינן דיהא משתמר לדעת הלוקח והמקבל אלא אפי׳ אינו משתמר אלא לדעת המוכר או הנותן כגון שהשכיר או השאיל לו מקום שהמטלטלין הנמכרים או הניתנים הם בתוכו ואינו משומר לדעת הלוקח או המקבל סגי וקנה דאל״כ הו״ל לפרש אם משתמר לדעתו מדכתב בסתם אם הוא משתמר משמע דכל שהוא משתמר סגי וכך נראה ממ״ש הרא״ש והר״ן והמרדכי פ״ק דמציעא מיהו במציאה והפקר כיון דאין דעת אחרת מקנה אותו אם אינו משתמר לדעת הזוכה לא קנה אא״כ עומד בצד החצר זו היא דעת הרא״ש ורבינו אבל דעת הרמב״ם פ״ד מהל׳ מתנה דאם אינו משתמר לדעת הלוקח והמקבל בעינן שיהא עומד בצד שדהו:

ב ואם אין המקח ברשותו וכו׳. ברייתא שם ברשות מוכר לא קנה עד שיגביהנה או עד שיוציאנה מרשותו ברשות הלה המופקדין אצלו לא קנה עד שיקבל עליו או עד שישכור את מקומו ופרשב״ם המופקדין אצלו שהפקיד שם מוכר פירותיו ומסתמא הקנה לו נפקד למפקיד את רשותו לצורך פירותיו למכור ולמדוד פירותיו בביתו כדרך כל הנפקדין לא קנה עד שיקבל עליו נפקד במצות מפקיד לייחד לו רשות ללוקח הפירות באשר הוא שם או שישכור והרי״ף גרס ברשות המופקדים אצלו לא קנה עד שיגביהנו או עד שיוציאנו מרשותו ולפיכך כתב רבינו כשתי הגירסאות כתב אם הגביה וכגירסת הרי״ף וכתב או שכר את המקום שמונח בו או נתנוהו במתנה ובקנין פירוש שהקנה המקום בק״ס במתנה או בשכירות כגי׳ רשב״ם דגריס או עד שישכור את מקומו וגם הוא כגירסת הרי״ף דגריס או עד שיוציאנו מרשותו דפירושו עד שיוציאם מרשותו בשכירות מקומן או במתנה כמו שפי׳

הרמב״ם בפ״ד ממכירה לפי גירסא זו וגם כתב או אפילו בדיבור בעלמא שזהו כגירסת רשב״ם עד שיקבל עליו פי׳ שיקבל עליו נפקד וכו׳ דאף ע״ג דקרקע אינה נקנית בדבור כאן מיירי דמקנה לו הקרקע בתורת שאלה לפי שעה דנקנה בדיבור כמו שיבוא בס״ד:

ד ומ״ש ופי׳ רשב״ם וכו׳ אבל א״א הרא״ש כתב וכו׳. כ״כ התוס׳ דלא כפירוש רשב״ם והיינו דקתני בברייתא ברשות המוכר לא קנה עד שיגביהנה או עד שיוציאנה מרשותו פירוש שיוציאנה מרשותו בשכירות מקומה כדכתב הרמב״ם ומשמע דוקא בהכי אבל לא בדיבור ומיהו אפילו לא השכיר מקומה אלא שמסר לו המפתח הו״ל כאילו השכיר לו מקומה שכ״כ בהגהות מיימוני פ״ז דמכירה וז״ל ובזמן הזה שנהגו הסוחרים שמוסרים לקונה המפתח שהסחורה סגורה בו קונה כעין שכירות הבית שאם מסר לו המפתח קנה כך פי׳ ראב״ן עכ״ל כלומר כעין שכירות הבית שאם השכיר לו בית ומסר לו המפתח וא״ל לך חזק וקני ואח״כ החזיק דקנה אע״פ שאינו בפני הבעלים דשכירות קרקע כמכירת קרקע הכי נמי בקנין סחורה אם מסר לו המפתח קנה הסחורה ובפ״א כתב ע״ש ראבי״ה דה״ה בשוכר או במוכר סחורה המונחת בבית ומסר לו המפתחות דניקנית הסחורה לזה אגב הבית כאילו שכר מקומה עכ״ל דעל מ״ש הרמב״ם לשם במוכר בית לחבירו ומסר לו המפתח דהרי זה כמי שאמר לך חזק וקני וכו׳ כתב ע״ש ראבי״ה דכן הדין בשוכר בית דשכירות כמכירה וכן במוכר סחורה וכו׳ נמי קונה מסירת המפתח אגב הבית כאילו שכר מקומה דכיון שמסר לו המפתח ליכנס שם א״כ נתן לו רשות ליכנס בחדר שהסחורה סגורה בו והו״ל כאילו שכר מקומה וקונה הסחורה אגב הבית מדינא ולא מתורת סיטומתא דאינו אלא מנהג דאפי׳ באתרא דלא נהיגי למיקני בסיטומתא אפ״ה במסירת המפתח קני מדינא כדפי׳ והב״י נתקשה בדברי ההגהות הללו לקמן בסימן ר״א ול״ק מידי וע״ש:

ה ובאחד מאלו הדרכים וכו׳. ברייתא שם וכן פרשב״ם במשנה דמדידה לא מעכבא דאינה אלא גילוי מילתא כמה מכר:

ו כליו של אדם ג״כ קונות וכו׳. מימרא דרבי יוחנן ומסקנא דגמרא לשם וע״פ מ״ש התוספות והרא״ש:

ז וכליו של לוקח ברשות מוכר מיבעיא וכו׳. שם וע״פ מ״ש הרא״ש וא״ת דכאן פסק בדא״ל זיל קני קנה אפילו לא מדד ולעיל כתב ע״ש הרא״ש דאין יכול לזכות לחבירו באמירה בלחוד אלא על אחרים וי״ל דדוקא היכא דבעינן שיהא קנויה לו למיהוי חצרו של חבירו כדי שיהא קונה לו המטלטלין התם ודאי אין יכול לזכותו באמירה בלחוד ע״י עצמו אלא ע״י אחרים אבל הכא לא בעינן שיהא קנוי לו שיהא נקרא חצרו אלא שאלה גרידא לפי שעה להעמיד שם כליו א״צ על ידי אחרים אלא הוא בעצמו משאיל ומקני ליה רשותו להעמיד שם כליו והכלים הם קונים המטלטלין והכי מוכח להדיא במ״ש הרא״ש שם (דף ר״ד ע״א): וכתב הרמ״ה דוקא דא״ל זיל קני וכו׳. נראה דהרמ״ה הכריח לחלק בכך משום דקשיא ליה דמאי קמיבעיא ליה בכליו של לוקח ברשות מוכר הא אמרינן התם דכליו של לוקח בר״ה לכ״ע לא קנה וכדלעיל בסעיף ו׳ ורבי יוחנן נמי אמר כליו של אדם קונה לו בכל מקום שיש לו רשות להניחו יש לו רשות להניחו אין אין לו רשות להניחו לא כדאיתא התם בגמרא להדיא וכך הקשו התוספות ומתרץ הרמ״ה דלא קמיבעיא ליה בסתמא אלא היכא דהמוכר נותן לו רשות לאנוחי כליו ברשותו קמיבעיא ליה מי קנה לוקח כיון דלא אמר ליה בפירוש זיל וקני וכיון דלא איפשיטא הילכך דוקא דא״ל זיל קני וכדאסיקנא דהא רב ושמואל דאמרי תרווייהו כליו של אדם קונה בכל מקום בדא״ל זיל קני הוא אבל בדלא אמר ליה זיל קני אע״ג דיהיב ליה רשות לאנוחי התם מיבעיא ולא איפשיטא ולא קנה:

ח ומ״ש ואין דעת הר״י הלוי כן וכו׳. גם מפרשב״ם משמע הכי שהרי כתב בסוף הסוגיא וז״ל התם דא״ל מוכר זיל קני אני רוצה שיקנה לך כליך דכמאן דמושיל ליה מקום הנחת כליו דמי כי קמיבעיא לן סתמא עכ״ל משמע להדיא דכשמשאיל לו המקום להניח שם כלים עדיף טפי מדלא השאיל בפירוש אלא דאמר ליה זיל קני בלחוד דלא קנה אלא משום דחשיב כאילו השאיל ליה וכו׳ ולא קמיבעיא ליה אלא סתמא בדלא השאיל ליה וגם לא א״ל זיל קני אלא דמדד המוכר ושפכן לכליו של לוקח והבית של מוכר הוא כדפרשב״ם בתחלת הסוגיא דקמיבעיא ליה כליו של לוקח ברשות מוכר קנה וכו׳ ע״ש וזהו שדקדק רבינו בלשון הר״י הלוי מדכת׳ והו״ל כאילו השאילו המקום מדתלי ליה בהשאילו אלמא דבהשאילו פשיטא לן דקנה דאי איתא דבהשאילו לא קנה אלא דוקא בדא״ל זיל קני ואז א״צ להשאילו הול״ל והו״ל כאילו א״ל זיל קני אלא ודאי הא דקנה בדא״ל זיל קני גופיה לא קני אלא מטעם דחשבינן ליה כאילו משאילו מכלל דבהשאילו בפירוש עדיף טפי מדלא השאילו בפירוש אלא דא״ל זיל קני וזהו שכתב רבינו ואין דעת הר״י הלוי כן כלומר שסברתו ממש הפוכה מסברת הרמ״ה דס״ל דבזיל קני קנה ובהשאילו לא קנה גם מדברי התוספות שפירשו לתרץ הקושיא דהא דקמיבעיא ליה הכא אע״ג דבר״ה לא קנה היינו משום דשאני ר״ה דלא ניחא להו לבני ר״ה שיניח כלים שם דמאן פייס ומאן שביק כדאמר בפרק לא יחפור (בבא בתרא דף כ״ג) אבל ברשות מוכר מיבעיא דשמא משאיל לו מקום ללוקח שיקנה מה שהוא מוכר לו ור׳ יוחנן דאמר כליו של אדם קונה לו בכל מקום שיש לו רשות להניחו לא אתא למעט אלא ר״ה אבל מוכר לא קא ממעט לפי זה אין דינו של הרמ״ה מוכרח והכי נקטי׳ כדעת הר״י הלוי וכפרשב״ם והתוס׳ דלא כהרמ״ה והרב בספר ב״ה כתב על מ״ש רבינו ואין דעת הר״י הלוי כן דעניינים מחולקים הם ואינם ענין זה לזה וקל להבין עכ״ל ואין ספק דתקפה עליו משנתו ולא ירד למ״ש בפירוש דברי רבינו והמבין הדברים על בוריין יבין האמת: כתב ב״י דדברי אלפסי סותרין דבתחלה

כתב דבכליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה וגבי כור בל׳ סאה בסלע אני מוכר לך כתב ראשון ראשון קנה דמשכחת לה ברשות לוקח והוא דאיתנהו בכליו דמוכר וי״ל דברישא בשלא מדד וסיפא מיירי כשמדד דכיון שמדד כמאן דא״ל זיל קני דמי א״נ דכיון דא״ל סאה בסלע הו״ל כאילו א״ל כיון שנמדדה סאה קני אותה וכשם שכליו של לוקח ברשות מוכר כי א״ל זיל קני קנה ה״ה לכליו של מוכר ברשות לוקח דכי א״ל זיל קני קנה וזה שלא כדברי הר״ר יונה שכתב רבינו בסמוך עכ״ל ב״י ולפעד״נ דאין צריך כלל לפרש לדעת האלפסי דחולק אמה שפי׳ הר״ר יונה אלא ס״ל לאלפסי דהך דכור בל׳ וכו׳ איירי בסימטא וכליו של לוקח א״נ ברשות לוקח וכליו דמוכר וקנה בפסק ומדד ואפ״ה בכליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה אע״ג דפסק ומדד דכל שלא א״ל לך חזק וקני לא השאיל לו רשותו ולא מהני ליה מדידתו כלום אבל בכליו של מוכר ברשות לוקח דלא בעינן לך חזק וקני כיון דאיתנהו ברשות לוקח אלא דלפי שהן בכליו של מוכר לא קנה לוקח וכיון דמדד חשבינן להו כאילו הן בכליו של לוקח וקנה: וכתב הרמ״ה וכו׳ דברים ברורים הם וע״ל בסי׳ מ״ג סעיף י״ט וסי׳ מ״ט סעיף י״ג מיהו בסי׳ ש״ץ סוף ס״ח פסק רבינו בהיפך וצ״ע לשם:

ט משיכה מהניא וכו׳. כ״כ התוס׳ והרא״ש בהספינה גבי בעיא דכליו של לוקח ברשות מוכר וכו׳ וכ״כ ב״י דכך הוא דעת הרבה גדולים והכי נקטינן: ומ״ש ומשכו הלוקח בפניו וכו׳. כלומר דכשמשכן בפניו א״צ לומר לו לך משוך וקני וכדלעיל בסימן קנ״ב סעיף ד׳ גבי קנין קרקע וה״ה במטלטלין ולשון לקנות שכתב רבינו לאו דוקא אלא כלומר משוך הכלי וקני וע״ל סוף סי׳ קצ״ז דלהרא״ש בלשון לקנות נמי קנה ואפשר שעל כן כתב רבינו כאן לשון לקנות ע״פ דעת הרא״ש:

י אין הרשות קונה וכו׳. משנה וגמרא בפרק הספינה פסק סמכה דעתיה לא פסק לא סמכה דעתיה: ומ״ש וכן אם א״ל הריני מוכר לך כפי שישימוהו וכו׳. ה״א בסוף ע״ז ומייתי לה הרי״ף ס״פ בית כור גבי קרקע וה״ה במטלטלין דמאי שנא:

יא בד״א שאין המדידה מעכבת וכו׳. בפרק הספינה רב ושמואל דאמרי תרווייהו כור בשלשים אני מוכר לך יכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה כור בל׳ סאה בסלע אני מוכר לך ראשון ראשון קנה ופרשב״ם דכור בל׳ אני מוכר לך אינו מקנה לו אלא כור בצמצום לא פחות ולא יותר הילכך אפילו משך וגם פסק והן ברשות לוקח ובכליו לא קנה עד שיהא הכור מדוד כולו ויכול לחזור בו כל זמן שלא נמדדה סאה אחרונה דכור זה חד מקח הוא וכך הם דברי רבינו: ומ״ש והרמ״ה כתב דוקא בסימטא וכו׳. וכ״כ רב אלפסי אין לפרש דהכי קאמר רבינו דלהרמ״ה אם הוא ברשות לוקח אפילו בכליו של מוכר קנה ואינו יכול לחזור בו במדה אחרונה דא״כ קשה הלא בריי״ף מפורש בדין כור בל׳ דבכליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה ויכול לחזור בו במדה אחרונה וא״כ מהו זה שכתב על דברי הרמ״ה שכ״כ רב אלפס אלא נראה דמ״ש רבינו והרמ״ה כתב דוקא בסימטא וכו׳ הכי פירושו דמה שאמרתי דכור בל׳ יכול לחזור בו אפילו ברשות לוקח ובכליו משום דלא סמכה דעתיה של שניהם עד שימדדו הרמ״ה נחלק על זה וסובר דהא דאמר דבכליו של לוקח חוזר בו אף במדה אחרונה ואם אינו חוזר בו אף במדה אחרונה קנה היינו דוקא בסימטא התם הוא דיכול לחזור בו אע״פ שהן בכליו של לוקח אבל אם הוא ברשות לוקח אינו יכול לחזור בו דכבר קנה מיד כל מה שהוא ברשותו ובכליו אע״פ שלא מדד כיון שפסק וכן אם הגביה כל הכור קנה מיד קודם מדידה אע״ג דא״ל כור בל׳ וכו׳ דמשעת הגבהה זכה בהן כיון דפסקו דמים וקבל עליו המוכר למכור ונקט הרמ״ה סימטא וה״ה חצר של שניהם ובא להוציא ר״ה דבר״ה אפילו לא חזר בו אלא לאחר שמדד כל הכור דאף מדה אחרונה מדד בכליו של לוקח לא קנה ומצי מוכר לחזור בו וכך אם היה ברשות מוכר יכול לחזור בו אע״פ שהוא בכליו של לוקח אף לאחר מדה אחרונה כל זמן שלא א״ל לך חזק וקני דהמדידה אינה מועלת כלל כיון שהוא בר״ה או ברשות מוכר וכך הוא דעת האלפסי למדקדק בדבריו וכמ״ש בסמוך סוף סעיף ח׳ ואע״ג שהאלפסי סובר דבכליו של מוכר ברשות לוקח דינו ככליו של לוקח בסימטא דלא יכול לחזור בו לאחר שמדד גם מדה אחרונה וזה לא נתבאר בדברי הרמ״ה אם תופס סברא זו של האלפסי אם לאו מ״מ שפיר כתב רבינו שכ״כ רב אלפסי אמה שנתבאר בדברי הרמ״ה בפירוש: ומ״ש רבינו והר״י הוסיף לומר וכו׳. פי׳ גם ה״ר יונה הוא תופס שיטת הרמ״ה והאלפסי דלא כפירשב״ם והוסיף עוד לומר דלא מיבעיא אם הגביה כל הכור ביחד קודם מדידה דקנה ולא יוכל לחזור בו אלא אפי׳ משך כל סאה וסאה לבדה קודם מדידה נמי קנה כיון שמשך כל הכור אע״פ שלא משך כל הכור בפעם אחת ואע״ג דהרב המגיד פ״ד מהלכות מכירה כתב דה״ר יונה תופס שיטת רשב״ם והיא שיטת הרא״ש הנה רבינו חולק עליו לפי מה שראה דברי ה״ר יונה דמשמען דתופס כשיטת הרמ״ה והאלפסי ואין זה מן התימה דנחלקו בפירוש דברי ה״ר יונה. וכתב בספר ב״ה ולענין הלכה נקטינן כהרמב״ם וכל שכן דפשט דברי הרי״ף כוותיה עכ״ל וכן פסק בש״ע אבל הרב בהגהתו שם הביא דעת הרא״ש ופי׳ רשב״ם ונ״ל דבפלוגתא דרבוותא היכא דקיימא זוזי תיקום והמע״ה: וכתב עוד ה״ר יונה דכי אמרינן וכו׳. צ״ע דלכאורה משמע דה״ק דאם מודד כל סאה וסאה ונתנה על גבי סימטא פי׳ בסימטא ע״ג קרקע לא קנה גם לבסוף ואם כן קשה חדא הא פשיטא היא דבנתן בסימטא ע״ג קרקע דלא קנה אפי׳ בדלא א״ל כור בל׳ אני מוכר לך אלא מקני ליה החבילה כמות שהיא דסימטא לא הוה ליה כחצירו שיקנה ליה המקום וכדלעיל סעיף ו׳ ותו דא״כ היאך כתב רבינו ע״ז ואין נראה להרא״ש וכולי הלא הוא עצמו כתב בפ׳ הספינה דבסימטא לא קנה אלא במודד לתוך קופתו של לוקח ואצ״ל בדא״ל כור בל׳ אלא נראה דה״ר יונה ודאי לא איירי אלא במודד לתוך כליו של לוקח אלא דס״ל דלא

קנה כל הכור לבסוף אלא דוקא כשמדד כל כ״ט סאין לתוך כליו של לוקח ונשארו כולם בתוך הכלי עד אם כלה למדוד כל הכור בתוך הכלי דהשתא אפי׳ אם אח״כ עירה את הכל על גבי קרקע של סימטא לא מצי לחזור דכבר קנה את כל הכור אבל אם מודד כל סאה וסאה לתוך כליו של לוקח ונתנה אח״כ בסימטא ע״ג קרקע כיון שלא קנה בשעת מדידה לתוך הכלי שהרי יכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה בתוך כליו של לוקח לא קנה כלום שהרי באותה שעה שמדד סאה אחרונה שאז יחול קניינו בכל הכור היו הכ״ט סאין בסימטא ע״ג קרקע דסימטא אינה קונה והשתא ניחא דהרא״ש חולק וס״ל כיון דגמר מדידת כל הכור בכליו של לוקח איגלאי מילתא דלמפרע קנה כל סאה וסאה משעה שנמדדה ודוק ואע״פ שלא נמצא שכתב כך הרא״ש בפסקיו ובתשובה צ״ל דבעל פה אמר לו כך והכי משמע מלשונו שאמר ואין נראה לא״א וכו׳ דלא אמר וא״א כתב דכיון דגמר מדידת כל הכור וכו׳ משמע דלא כתב כך אלא דשמע ממנו דאין נראה לו דברי ה״ר יונה בזה: א״ל כור בל׳ סאה בסלע כו׳. פי׳ דמספקא לן אי תפיס לשון ראשון או תפיס לשון אחרון וה״ה אי אמר איפכא סאה בסלע כור בל׳ נמי מספקא לן והילכך אם נתן הלוקח מעות והמוכר מדד לו בתוך כליו של לוקח בסימטא או בחצר של שניהם אין אחד מהם יכול לחזור בו ולהוציא מיד המוחזק דהמע״ה אבל אם לא נתן המעות כתב הרמ״ה הלוקח יכול לחזור בו פי׳ קודם שמדד לו סאה אחרונה בכלים של לוקח בסימטא פשיטא דלא יכול לחזור בו אפי׳ לא א״ל סאה בסלע כלל כדלעיל ופשוט הוא:

יב שאלה לא״א הרא״ש וכו׳. כלל ק״ב דין א׳ ותשובה זו צריכה ביאור וכך פי׳ דהשיב הרא״ש דאע״פ דיכול לחזור בו מהיין שבחבית כיון שלא משך מ״מ צריך לשלם כל ההפסד שיגיע ליין שבחבית כגון שיחמיץ או יתקלקל מפני שאין החבית מלאה דגיריה דיליה הוא כיון שנטל ממנה מקצתה וכדאיתא ס״פ המפקיד שע״י שנוטלין מן החבית מחמיץ או מתקלקל ולפיכך צריך ליקח כולה לרשותו אע״פ שלא משך שהרי ההפסד שלו יהיה אם לא יקח את כולה אמנם מאחר דלא קנאו ליין כולו כיון שלא משך אלא שהוא חייב באחריות היין אין הלוקח חייב ליטפל ביין כלל ויכול לומר למוכר טול אתה היין שבחבית ותטפל עמו למכרו מיד דהיינו שישומו היין שבחבית כמה הוא שוה המדה עכשיו למכרו מיד ואם יהיה הפסד וחסרון במדה אשלם וכו׳ פי׳ אם ישומו כל מדה בפחות ממה שקנה לפי שיש בו חשש חימוץ או קלקול אשלם אותו הפסד וחסרון במדה כגון אם היו בחבית מאה מדות וקנה כל מדה בזוז ולקח ממנה חמשים מדות ועכשיו החמשים הנשארים בחביות אין שוין אלא ארבעים זוז ישלם הלוקח ששים זוז דהשתא פורע דמי החבית כפי מה שהיה שוה כשקנה ממנו וכן אם נמצא חסרון במדה כגון שלקח מן החבית חמשים מדות ועכשיו לא נמצא בנשאר כי אם ארבעים מדות דנחסרו עשרה מדות שהלכו לאיבוד ע״י שלקח היין מן החבית בברזא גם כן חייב לשלם שההפסד וחסרון גיריה דידיה אהנו ביה אבל אם הוזל היין אין אחריות זה על הלוקח דלאו גיריה דידיה הוי וכן אין הלוקח חייב לשלם ההפסד שיגיע עוד ביין לאחר שומת ב״ד דלאחר שומת ב״ד הוא באחריות המוכר מיהו בתשובת הרא״ש לא כתוב האי לשון יפסיד ויחסר אלא כך כתוב שם טול אתה היין שבחבית בשומת בית דין ומה שיחסר אשלם וכו׳ ומ״מ לפי הל׳ שכתב רבי׳ משמע דתרתי קאמר וכדפי׳:

יג הכניס הלוקח את החמורים וכולי. ברייתא פרק הספינה: ומ״ש שאז יקנה לו ביתו לכשיפסוק וכו׳. קצת קשה דהא קאמר תחלה אפילו אם פסק הדמים וכו׳ ועלה קאי ואמר דלא קנה אא״כ פרקם וכו׳ ותו לא איצטריך לומר לכשיפסוק ובמקצת נוסחאות כתוב שאז יקנה לו ביתו לכשיפרוק וכו׳ ונוסחא זו מתוקנת יותר:

יד היה המוכר מודד במדת הסרסור וכו׳. ברייתא שם וכבר הציג ב״י כל לשון התלמוד: ומ״ש וקונה לו אם הוא בסימטא או בחצר שאינה של שניהם וכו׳. כך הוא בכל הספרים וכך הוא בברייתא פרק הספינה (בבא בתרא דף פה) ומפרש בגמרא מאי חצר שאינה של שניהם נמי דלא דהאי כולה ולא דהאי כולה אלא דתרווייהו: ומ״ש ואם הסרסור מודד להם בשכר וכולי. משנה שם היה סרסור ביניהם נשברה החבית נשברה לסרסור והסכים הרא״ש לפריב״ם שכתב דמיירי במודד להם בשכר וקמ״ל שהוא ש״ש אף על החבית אע״פ שאין מקבל שכר אלא על המדידה וכגון שנשברה ע״י המדידה ולא מחמת אונס אלא על ידי שלא נזהר יפה במדידה ורבינו נקט נשברה המדה במקום נשברה החבית לפי שתחלת דבריו בדינים הנוגעים במדה נקט הכא נמי מדה אבל ודאי דלפי הדין אין חילוק בין נשברה החבית ובין נשברה המדה דכיון דנוטל שכר על המדידה כל שלא נזהר יפה במדידה ונשברה ע״י כך החבית או המדה חייב לשלם והרב בספר ב״ה לא הבין כך והשיג על רבינו ושרי ליה מאריה:

טו הנוטל כלי מבית האומן וכו׳. מימרא דשמואל פרק הספינה ופרק ד׳ נדרים פי׳ לבקרו שאם אין בו מום יקחנו וחשוב כשלו כאילו לקחו שאין המוכר יכול לחזור בו ומש״ה חייב באונסין ואעפ״כ יכול לחזור בו אם לא ייטב בעיניו שהרי על תנאי זה לקחו מתחלה אבל לעיל בסימן קפ״ו בלאו האי טעמא קאמרינן דחייב באונסין דכיון דלקחן לשלוח בבית חמיו בההיא הנאה שיחזיקו לו טובה שפקדם בסבלונות נעשה כשואל דכל הנאה שלו וחייב באונסין: ומ״ש אלא שמדת חסידות הוא וכולי. איכא לתמוה כיון דהתנה שאינו לוקח אלא לבקרו ואם לא ייטב בעיניו יחזירנו א״כ אף ממדת חסידות יכול להחזירו ולא דמי לגמר בלבו לקנותו בלי תנאי דמדת חסידות הוא לקיים בנפשיה ודובר אמת בלבבו אבל בתנאי ליכא משום מדת חסידות ונראה

דאע״ג דהתנה דלקחו לבקרו ואם לא ייטב בעיניו יחזירנו מ״מ ודאי אפי׳ ייטב בעוניו וגמר בלבו לקנותו אלא שחוזר בו מטעם אחר כגון שאין צריך לו או דחוק למעות וכיוצא בזה נמי יכול לחזור בו ועל זה קאמר דמדת חסידות הוא שלא לחזור וכו׳ ודו״ק:

טז ומ״ש ואם גילה בדעתו וכו׳. נראה דדעת י״א דדין הנוטל לבקרו כדין הנוטל לשגרן לבית חמיו דבחזרה חשוב כש״ש וכדלעיל בסי׳ קפ״ו ולהרמ״ה דוקא בנוטל לשגרן לבית חמיו הואיל ונהנה שנתפאר בהם חשוב כש״ש בחזרה אבל בנוטל לבקרו דליכא הנאה דנתפאר בו לא הוי בחזרה ש״ש אלא ש״ח ולרשב״ם דחייב הכא באונסין צ״ל דלא דמי לנוטל לשגרן לבית חמיו דאינו אלא ש״ש דהתם התנה עמו דכשאין מקבלין ממנו יתן לו כפי מה שנהנה מהם הילכך לא חמור כולי האי לחייבו באונסין אף בחזרה אבל בנוטל לבקרו דאם לא ייטב בעיניו מחזיר ואינו נותן כלום אינו נפטר מן האחריות של אונסין שקבל עליו עד שיחזירנו לבעליו ועיין בב״י שכתב טעמים אלו כדפרישית: ומ״ש וכן דעת א״א ז״ל והוא שיהיה דבר וכו׳. נראה דעת רבינו מדכתב הרא״ש בפרק האומנין הך דלשגרן לבית חמיו בהליכה חייב ובחזרה פטור מפני שהוא נושא שכר ואח״כ כתב וז״ל גרסינן בנדרים אמר שמואל הלוקח כלי מבית האומן לבקרו ונאנס בידו חייב וה״מ דקיצי דמיה ובזבינא חריפא דאז כל הנאה ללוקח אבל בזבינא דרמא על אפיה לא דהנאת מוכר הוא עכ״ל מדכתב כאן בלבקרו בסתם ונאנס בידו חייב ולא פירש לחלק בין הליכה לחזרה אלמא דבחזרה נמי חייב באונסין בזבינא חריפא: כתב ב״י כאן הך דפ״ק דקידושין בעי רבא הילך מנה ואקדש אני לך וכו׳ וסוף דבריו ולא נודע למה השמיט לה הרי״ף וגם הרמב״ם לא כתבה בפ״א מה״מ עכ״ל וכבר התבאר כל הצורך בס״ד בתחלת סי׳ ק״צ ע״ש ומיהו שמעינן דבמטלטלין נמי כשנתן המוכר לאדם חשוב כסף שיקנה בו חפץ שלו קנה כמ״ש הר״ן והביאו ב״י ע״ש וה״ה שאר חילוקי דינים שנתבארו בסימן ק״צ גבי קרקע כן הדין במטלטלין ולכך לא כתבם רבינו גבי מטלטלין ונסמך על מ״ש לשם גבי קרקע: אמרינן פ״ק דמציעא ד׳ אמות של אדם קונות לו בכל מקום חוץ מבר״ה או בשדה חבירו דלא קנו וכתב הר״ן דהראשונים אמרו דוקא בזוכה מן ההפקר דלא ליתו לאינצויי וכולי אבל בירושלמי דגיטין משמע דכ״ש במתנה דאיכא דעת אחרת מקנה אותו מיהו דוקא כשעומד תחלה ואח״כ נתנו לו תוך ד׳ אמותיו הא קדם כלי לא זכו לו לפי שמקומו של כלי קנוי לו לבעל הכלי וכתב ב״י שכן כתב הרא״ש ותלמידי הרשב״א דד׳ אמות קונות גם במכר ומתנה וכן כתב ר״י נ״י ח״ב ועי׳ באשיר״י פרק מי שהוציאוהו וע״ל בסימן ק״ך:

סימן רא

א יש עוד דבר וכו׳. ה״א פרק א״נ אלא דאסיקנא התם דקנה לקבולי מי שפרע ובאתרא דנהיגי למיקני ממש קני וכן כתב הרמב״ם בפ״ו ממכירה וכ״כ הרי״ף ורא״ש לשם ורבינו כתב כאן דין אתרא דלא נהיגי למיקני ביה ממש ובסימן ר״ד כתב דין אתרא דלא נהיגי למיקני ביה ממש אלא לקבולי מי שפרע ע״ש: ומ״ש וכתב הרמב״ם דוקא כשרשם לפני המוכר וכו׳. פשוט הוא דלא עדיף רשם ממשיכה וחזקה וכתב הרמב״ם עוד שם ודוקא שפסקו הדמים והיינו נמי מהך טעמא דלא עדיף ממשיכה ושאר קניינים דאינו קונה מקמי פיסוק דמים כמבואר בסי׳ ר׳ סעיף י׳:

ב ומ״ש בשם ר״ח כ״כ הרא״ש בשמו לשם וכתב בהג״מ פרק א׳ ופ״ז ממכירה דמסירת המפתח נמי קונה הסחורה לזה אגב הבית כאילו שכר מקומה כעין שכירות הבית דאם שכר הבית ומסר לו המפתח וא״ל לך חזק וקני ואח״כ החזיק דקנה ה״נ כשמכר לו סחורה ומסר המפתח הרי זה כמו שא״ל לך חזק וקני הסחורה אגב הבית כאילו שכר מקומה וע״ל בסי׳ ר׳ סעיף ד׳ מ״ש בזה. ועכשיו נהגו במסירת מפתח ורובא דרובא נהגו בתוקע כפו לכף חבירו מיהו נראה דאין המנהג אלא במטלטלין אבל לא בקניית קרקע ושכירות קרקע והכי משמע מלשון רבינו שכתב יש עוד דבר שהמטלטלין נקנים בו וה״ט דבמטלטלין דאיכא משא ומתן טובא ואין פנאי להזמין עדים לקנות לחליפין ואצ״ל דאין פנאי למשוך כל הסחורה לרשותו וע״כ נהגו בתקיעת כפם זה לזה א״נ בנתינת פשוט ומסירת מפתח וכיוצא בדבר קל אבל בקרקע אין מנהג והילכך אפי׳ תקעו כפם זה לזה אינו כלום:

סימן רב

א מטלטלין ניקנין אגב קרקע וכו׳. משנה פ״ק [דקידושין] נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להן אחריות בכסף בשטר ובחזקה ובגמרא איתא דקאמר רבא ל״ש אלא שנתן לו דמי כולן אבל לא נתן לו דמי כולן לא קנה אלא כנגד מעותיו ורבינו לא כתב חילוק זה וגם הרמב״ם פ״ג ממכירה לא כתבו וכבר תמה הרב המגיד על זה וכתב מה שכתב והנכון מה שפירש ב״י דנראה מדברי הרי״ף והרא״ש דהך דרבא לא קאי אלא אברייתא דמכר לו עשר שדות בעשר מדינות דכתב רבינו לעיל בסי׳ קצ״ב סעיף י״ג ע״ש: ומ״ש אפי׳ אינן בתוך הקרקע וכו׳. מסקנא דגמרא לשם והלכתא צבורין לא בעינן אגב וקני בעינן:

ב והרמב״ם כתב וכו׳. נראה דטעמו דבגמ׳ ה״א איבעיא להו בעינן צבורין או לא ופשטינן ש״מ לא בעינן צבורין ובתר הכי קאמרינן איבעיא להו מי בעינן אגב או לא מדשינה כאן בלשון דהו״ל לומר בעינן אגב או לא ולא קאמר הכי אלא קאמר מי בעי אגב או לא אלמא משמע דלא הוי קמיבעיא לן בעינן אגב או לא אי הוה אמר דבעינן צבורין דפשיטא דלא לומר אגב אלא השתא דפשט לן דלא בעינן צבורין איבעיא לן כיון דלא בעינן צבורין מי בעינן לפחות דיאמר לו קני קרקע וקני מטלטלין אגבה או לא בעינן נמי הא: ומ״ש רבינו וכן יראה מדברי א״א הרא״ש. היינו מדכתב בסתם והלכתא צבורין לא בעינן אגב וקני בעינן כלומר צריך המקנה לומר לקונה קני האי ארעא וקני אגבה וכו׳ ולא חילק כדחילק הרמב״ם אלמא דאפילו בצבורין בעינן אגב וקני ואע״ג דהרא״ש לא כתב כאן אלא כלשון האלפסי מ״מ לא כתב רבינו שכן נראה גם דעת האלפסי לפי שאפשר לומר דהאלפסי לא נקט אלא לשון הגמרא אבל לעולם מפרש כהרמב״ם אבל הרא״ש שראה דברי הרמב״ם אי איתא דס״ל כוותיה דהרמב״ם הו״ל לפרש ולחלק כדכתב הרמב״ם מדכתב בסתם אלמא דלא ס״ל לחלק בכך ועל דרך זה כתבתי לפרש דעת רבינו בתחלת סימן קצ״ב אצל מ״ש בחזקה בגדר שצריך להשלימו לעשרה ע״ש והעיקר דכך נראה מדברי הרא״ש פ״ק דב״ק דבצבורין בתוכו נמי בעינן דאמר להו אגב וקני כמו שאבאר דבריו בסמוך סעיף ז׳ גבי הקנה עבדים בקרקעות וכו׳ וע״ש והב״י כתב פירוש אחר בדברי הרמב״ם עיין עליו:

ה היה לאחד עציץ וכו׳. בפ״ב דגיטין (דף כ״ב) עציץ של אחד וזרעים של א׳ מכר בעל עציץ לבעל זרעים כיון שמשך קנה מכר בעל זרעים לבעל עציץ לא קנה עד שיחזיק בזרעים (פי׳ רש״י עציץ הוי תלוש ומיקני במשיכה זרעים הוי מחוברין דינן כקרקע ועד שיחזיק דניכש או עידר דהוי חזקה) עציץ וזרעים של אחד ומכרן לאחר החזיק בזרעים קנה עציץ זו היא ששנינו נכסים שאין להן אחריות נקנים עם נכסים שיש להם אחריות וכו׳ החזיק בעציץ אף עציץ לא קנה עד שיחזיק בזרעים (ופי׳ רש״י החזיק בעציץ ולא משכו לקנות אלא עשה בו שום מלאכה במקומו אף עציץ לא קנה דמטלטלין לא מיקני בחזקה) ורבינו כתב כלשון הרמב״ם פ״ג דמכירה החזיק בעציץ לקנות הזרעים ותימה למה שינו ממה שכתב בגמרא ותו דבגמרא הקדים דין החזיק בזרעים להחזיק בעציץ והרמב״ם ורבינו הקדימו החזיק בעציץ להחזיק בזרעים ונראה לפע״ד דהרמב״ם ורבינו באו להורות דכשהחזיק בעציץ לקנות גם הזרעים התם הוא דאף העציץ לא קנה אבל משך בעציץ לקנות גם הזרעים קנה אף הזרעים ולא שהקרקע נקנית אגב מטלטלין אלא כיון דזרעים צריכין לעציץ קנה הזרעים עם משיכת העציץ דנקנה זה עם זה ומש״ה כתבו תחלה בעציץ של אחד וזרעים של אחד הקנה העציץ לבעל הזרעים כיון שמשך קנה ובהקנה הזרעים לבעל העציץ קנה עד שיחזיק בזרעים עצמן כלומר דלא קנה הכא הזרעים במשיכת העציץ ואע״ג דבבא שאחריה היכא שהעציץ והזרעים לאחד והקנה שניהם לאחר אמרינן דבמשיכת העציץ נקנו לו אף הזרעים התם ודאי כיון דהמשיכה היא מועלת שקונה את העציץ עם זה קונה אף הזרעים הצריכים לעציץ אבל היכא שהעציץ הוא שלו ולא מהניא משיכה לקנות העציץ שהוא כבר שלו התם אינו קונה לזרעים במשיכת העציץ אא״כ החזיק בזרעים עצמן ולכך כתבו ב׳ דינים אלו סמוכין זה לזה לומר דאם הקנה בעל הזרעים זרעיו לבעל העציץ לא קנה במשיכת העציץ את הזרעים עד שיחזיק בזרעים עצמן משא״כ בדין שאחריו כשהיו העציץ והזרעים שבו הכל לאחד דדוקא החזיק בעציץ לקנות הזרעים אף העציץ לא קנה אבל אם משך בעציץ קנה אף הזרעים כדפירש׳ ובהכי ניחא דל״ק מה שהקשה הר״ן דהדין הראשון דלא קנה הזרעים עד שיחזיק בזרעים עצמן הוה ליה לאשמועינן גם בעציץ וזרעים של אחד ולימא הכי עציץ קנה במשיכה וזרעים לא קנה עד שיחזיק בהן ואע״פ שהם בתוך העציץ שלו שקנאו במשיכה וכו׳ ולמאי דפרישית לא קשיא ולא מידי דקושטא הכי הוא דבעציץ וזרעים לאחד ומכרן לאחד קנה במשיכת העציץ גם את הזרעים דכיון דמשיכה זו מהני לקנות את העציץ קונה אגבה גם את הזרעים שצריכין לעציץ ודלא כדברי הר״ן דאף העציץ לא קנה והביא ראיה מכור בל׳ אני מוכר לך וכולי דיכול לחזור בו אפי׳ בסאה אחרונה וכו׳ ואינה ראיה כלל דכור בל׳ שאני דקפיד שלא למכור אלא כור שלם לא פחות מכור ולא יותר מכור שע״כ הקפיד ואמר כור בל׳ וכו׳ אבל במכר בסתם עציץ עם הזרעים שבתוכו ליכא הוכחה דקפיד ודינם כדין הקנה עבדים ומטלטלין לאחד החזיק בעבדים לא קנה מטלטלין אבל העבדים קנה והיינו משום דמכרן סתם וליכא הוכחה דקפיד:

ז הקנה עבדים וקרקעות לאחד וכו׳. כך עולה מן הסוגיא דפ״ק דב״ק (דף י״ב) דבין ללישנא דעבדי כמקרקעי דמי ובין ללישנא דעבדי כמטלטלי דמי החזיק בעבדים לא קנה קרקעות החזיק בקרקעות לא קנה עבדים אא״כ עומדים בתוך הקרקע דאז קני אפילו למ״ד עבדי כמטלטלי דמי וכתב הרא״ש לשם דהלכה כרב נחמן בדינא דאמר עבדי כמטלטלי דמי בכל מילי דרבנן לגבות מן היתומים ולענין פרוזבול ולענין קנין אגב דאם העבדים עומדים בתוך הקרקע נקנין עם הקרקע בקנין אגב דלא דמי לבהמה דאמר בפ״ק דקידושין בעובדא דמדוני דנקנין אג״ק אע״ג דאין עומדים בתוכה דשאני בהמה דאע״ג דניידי אין בהן דעת אבל עבדים דיש בהן דעת צריך שיהא עומדין בתוכה ואז נקנין עם הקרקע בקנין אגב וכתב עוד הרא״ש וגם בקנין חזקה אם החזיק בקרקע קנה עבדים כההיא דשמואל דאמר מכר לו עשר שדות בעשר מדינות כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולם ועבדים דניידי בעינן שיהו עומדין בתוך הקרקע ואף על גב דקיימא לן כרב נחמן דאמר עבדי כמטלטלי דמי במילי דאורייתא מודה רב נחמן דעבדי כמקרקע דמי וקנין חזקה דאורייתא עכ״ל פי׳ קשיא ליה היאך קונה בעבדים כשהחזיק בקרקע בלאו קנין אגב אפילו עומדין בתוכו מטעמא דשמואל דאמר מכר לו עשר שדות

וכו׳ הא ודאי דשמואל לא קאמר אלא בעשר שדות וכו׳ התם הוא דבהחזיק באחד מהן קנה כולם משום דסדנא דארעא חד הוא אבל במטלטלי לא קאמר שמואל דבהחזיק בקרקע קונה הוא מטלטלין בלא אגב אפילו צבורין בתוכו ואם כן עבדים נמי דקיימא לן כרב נחמן דעבדי כמטלטלי דמי אמאי יהא קונה בעבדים כשהחזיק בקרקע ואפילו עומדין בתוכו בלאו קנין דאגב ומאי שנא משאר מטלטלין ומתרץ דבמילי דאורייתא דקנין חזקה דאורייתא היא מודה רב נחמן דעבדי כמקרקעי דמי והילכך בלא אגב נקנים העבדים בשהחזיק בקרקע אלא דבעינן שיהיו עומדין בתוכו משום דניידי ונראה שלזה נתכוין רבינו שכתב החזיק בקרקעות אם העבדים בתוכן קנה ואם לאו לא קנה אפי׳ שיאמר לו קנה אותן אגב קרקע דקשה טובא דלמאי שכתב בסעיף ב׳ דאפילו הם צבורין בתוכו אינם נקנין אגביו אא״כ דא״ל קנה אותן אגב קרקע ודלא כהרמב״ם א״כ לא שייך לומר אפילו דהא ליכא שום קנין מטלטלין עם קרקע אא״כ דא״ל אגב וכך הקשה ב״י ולא תירץ כלום אבל למאי דמובן הפשט באשיר״י וכדפרישית ניחא דכך הוא פירוש דברי רבינו דמ״ש החזיק בקרקעות אם העבדים בתוכן קנה כלומר קנה בכל ענין בין בקנין אגב דרבנן בדא״ל קנה אותן אגב קרקע בין בקנין חזקה דאורייתא מדשמואל אפילו בדלא א״ל קנה אותן אגב קרקע ומ״ש ואם אין עומדין בתוכן לא קנה פי׳ לא מיבעיא דלא קנה מטעם קנין חזקה דאורייתא מדשמואל דאמר מכר לו עשר שדות וכו׳ דהתם סדנא דארעא חד הוא אבל הכא דאין עומדין בתוכן וניידי ליכא הכא קנין מדשמואל אלא אפילו אמר ליה קנה אותן אגב קרקע נמי לא קנה מטעם קנין אגב דרבנן דכיון דיש בהן דעת לא קנו בקנין אגב אא״כ עומדין בתוכן וע״ל בסי׳ שס״ג סעיף א׳:

ח הקנה עבדים וכו׳. גם זה שם ואסיקנא והלכתא בכפות והתוס׳ כתבו וצ״ל נמי דמיירי בישן וכו׳ וכ״כ הרא״ש וז״ל ומטלטלין נקנים עם העבדים בעודן עליו אם העבד כפות וישן מטעם חצר עכ״ל וכך כתב רבינו:

ט א״ל משוך בהמה זו וכולי. בפ״ק דמציעא (דף ט׳) בעי רבי אלעזר האומר לחבירו משוך בהמה זו וקני כלים שעליה מי מהניא משיכה דבהמה לאקנויי כלים או לא אמר רבא אי א״ל קני בהמה וקני כלים מי קני חצר מהלכת היא וחצר מהלכת לא קנה וכ״ת כשעמדה והא כל שאילו מהלך לא קנה עומד ויושב לא קנה והילכתא בכפותה ופי׳ רש״י דבמקח וממכר קמיבעיא ליה במוכר לו את הכלים ולא את הבהמה והתוס׳ והרא״ש פי׳ הא דקמיבעיא ליה בבהמה משום דמשיכת הבהמה שהולכת מעצמה לא שייך בכלים דמשיכת כלים ע״י גרירה ואע״ג דבכפותה נמי איירי מ״מ סתם קניית הבהמה ע״י הילוך ומש״ה לא קמיבעיא ליה אלא בבהמה אבל בדא״ל משוך קופה זו וקני כלים שבתוכה פשיטא ליה דקני כיון דמשיכת קופה וכלים הכל בגרירה והא דקאמר רבא אי א״ל קני וכו׳ ה״פ הא ודאי דאפי׳ אם א״ל קני בהמה וקני כלים נמי קמיבעיא ליה מי מהניא משיכת בהמה לכלים או לא מהניא כיון דמשיכת בהמה לא שייכא בכלים ומדלא קמיבעיא לך אלא במוכר כלים בלא בהמה מכלל דבמוכר שניהם פשיטא לך דאף על פי דלא קנה כלים מטעם משיכת בהמה דלא מהניא לכלים מ״מ מדקני בהמה קני כלים מתורת חצר והא מהלכת היא וכולי ומסיק הא דפשיטא ליה במוכר שניהם דקני גם כן כלים בכפותה הוא דפשיטא ליה אבל במוכר כלים בלא בהמה אפילו בכפותה קמיבעיא ליה דכיון דלא קני כלים מטעם חצר שהרי חצר של מוכר הוא קמיבעיא ליה אי קנה מטעם משיכה מי מהניא משיכה דבהמה לכלים ולפ״ז באינה כפותה נמי קמיבעיא ליה אפילו אי אמר קני בהמה וקני כלים שעליה מי מהניא משיכה דבהמה לכלים או לא מהניא והא דקמיבעיא ליה במוכר כלים בלא בהמה היינו משום דקמיבעיא ליה בין בכפותה בין שאינה כפותה אבל במוכר שניהם לא הוי קמיבעיא ליה אלא באינה כפותה אבל בכפותה פשיטא ליה דקני גם הכלים מטעם חצר וכיון דבעיין לא איפשיטא פסק הרא״ש דבמקח וממכר אי א״ל משוך בהמה זו וקני כלים שעליה לא קני הכלים שעליה במשיכת הבהמה ואפילו בכפותה וכיון דבעיין לא איפשיטא אוקי ממונא בחזקת מרא קמא אבל במציאה והפקר אי אמר אני מושך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעליה קנה דכיון דמספקא לן הרי הוא מוחזק מספק ואם תפסה אחר מוקמינן לה בחזקת מרא קמא שהוא מוחזק בה מספק ותפיסת ספק מיקריא תפיסה כנגד אחר שאין לו בה שום טענה וכולי ובמקח וממכר אם א״ל קני בהמה וקני כלים שעליה מחמת משיכת הבהמה לא קנה הכלים ומחמת חצר נמי לא קנה דחצר מהלכת היא ואפילו עמדה נמי לא קנה אבל אם הבהמה כפותה קנה הכלים מטעם חצר עכ״ל והדבר פשוט דמ״ש הרא״ש דבמציאה והפקר אי אמר אני מושך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעליה דקנה וכו׳ לאו דוקא באומר דרוצה לזכות בשניהם דהוא הדין באומר אני מושך בהמה זו לקנות כלים שעליה בין באינה כפותה בין בכפותה נמי קנה דכיון דאין כאן קנייה אלא מטעם משיכת הבהמה דמהניא לכלים ובהך מילתא קמיבעיא לן ולא איפשיטא וכיון דמספקא לן ה״ה מוחזק מספק ואם תפסה אחר מוציאין מידו אם כן אין חילוק בין בזוכה מן ההפקר בשניהם באינה כפותה ובין אינו רוצה לזכות אלא בכלים ע״י שמושך בבהמה בין כפותה בין אינה כפותה דבכל הני קמיבעיא לן ולא איפשיטא ורבינו נמשך על פי דברי הרא״ש ולכן כתב תחלה דלא מיבעיא במוכר כלים בלא בהמה אלא אפילו במוכר שניהם לא קנה הכלים במשיכת הבהמה והיינו משום דכיון דקמיבעיא לן ולא איפשיטא אוקי ממונא בחזקת מרא קמא שהוא המוכר ומטעם חצר נמי לא קנה אלא אם כן היתה כפותה דאז הויא כחצירו פי׳ היכא דמוכר שניהם ובכפותה התם הוא דקנה גם הכלים מטעם חצר אבל במוכר כלים בלא בהמה ליכא קנייה מטעם חצר שהרי החצר של מוכר הוא ולא של לוקח ומ״ש אבל במציאה שאמר אני מושך וכו׳ פי׳ אפילו אינה כפותה ולאו דוקא באומר שזוכה בשניהם אלא אפילו באומר שאינו רוצה לזכות בכלים אלא ע״י

משיכת הבהמה כדפי׳ ודוק: כתב ב״י הא דבהמה בכפותה לחוד הויא חצירו ולעיל גבי עבד כתב דכפות וישן בעינן וכמ״ש הרא״ש והתוס׳ י״ל דבעבד שהוא בן דעת לא סגי בכפות ובעינן נמי שיהא ישן אבל בהמה שאינה בת דעת בכפותה סגי ופשוט הוא:

סימן רג

א מטלטלין קונין זה את זה וכו׳. משנה בריש הזהב ורצונו לומר שאפילו רואה המקנה שנותן לו הקונה טלטל שאינו שוה אלא פרוטה אפ״ה הוא מקנה לו בו חפץ שוה מנה כי אין כוונתם בחליפין אלו אלא לקיים המקח שאין אחד מהם יכול לחזור בו אבל אח״כ משלם לו דמי החפץ אבל מכור לי באלו קנה דכתב רבינו בריש סימן קצ״ט אינו חליפין אלא שמוכר לו בדמים אלו הן רב הן מעט שאין המוכר יודע כמה הן: ומ״ש ופירות נמי וכו׳. נראה דדוקא בתורת חליפין לא אבל חליפין שהם בתורת שיווי דמים עושין בפירות וכ״כ ב״י בשם הרמב״ם פ״ה ממכירה ובשם ר״ת בתוס׳ ושכן דעת הרשב״א ושיש חולקים כמ״ש ה׳ המגיד לשם ודעת מהרש״ל כדעת הרמב״ם ור״ת וכן נראה עיקר:

ג מטבע אין קונין בו ולא נקנה בקנין כיצד מכר לו פרה וכו׳. תחלה מפרש רבינו הא דאין קונים במטבע כיצד כגון מכר לו פרה וכו׳ אע״פ שקבל המעות לא נקנה החפץ ללוקח ואח״כ אמר וכן אם בא להקנות לחבירו מטבע שבידו וכו׳ שזהו שאמר שאין מטבע נקנה בקנין ואח״כ אמר אבל יכול לשעבד נכסיו וכו׳ כלומר שבדרך זה נקנה מטבע בקנין על ידי שמשעבד נכסיו לגבות בהן סך מעות כך וכך א״נ בדרך זה נקנה מטבע בקנין שהלוקח משך החפץ ונתחייב למוכר סך מעות כך וכך ומיהו אין זה אלא דוקא בתורת דמים דהיינו שלא יחד לו המעות אבל כשיחד לו המעות וא״ל קנה מעות אלו שבידי בחליפו החפץ שמשכתי מידך השתא ודאי כיון שיחדם ואינו חייב באחריותם אם אבדן תורת חליפין עליהם וכשם שלא זכה המוכר במעות דלא סמכה דעתיה וכו׳ דמטבע אינו נקנה בחליפין כך לא קנה הלוקח החפץ אע״פ שמשכו לרשותו ואע״ג דמטלטלין קונין זה את זה אפילו יחדם ואם אבדו אינו חייב באחריותם התם שאני דנקנו בחליפין דבר תורה מדכתיב לקיים כל דבר אבל מטבע דאינו נקנה בחליפין גם זה בכלל דין דאינו נקנה בקנין כיון שיחדם וכו׳ ומהרו״ך כתב כאן חילוק בין אבדה ומיתה ובין צורתא דעבידא דבטלה ושארי ליה מאריה:

ד בד״א שמכר כל שאר המטלטלין באחד מכל המטבעות שבעולם וכו׳ כך היא דעת האלפסי והרא״ש בפ׳ הזהב וכ״כ הרמב״ם פ״ה ממכירה ודלא כמ״ש בתוס׳ בשם ר״ח לשם דדהבא הוי פירא אפילו לגבי מטלטלין ומיקני בחליפין כשאר מטלטלין דליתא: (ה) ומ״ש אבל המוכר מטבע במטבע וכו׳. בריש הזהב תנן הזהב קונה את הכסף והכסף אינו קונה את הזהב הנחושת קונה את הכסף והכסף אינו קונה את הנחשת: ומ״ש כיצד זהב גבי כסף וכו׳. ברייתא לשם והביאו האלפסי והאשיר״י ואיכא לתמוה דבפרק קמא דקידושין קאמר ל״ב איסרין בדינר כסף והכא בהזהב קאמר נמי כ״ד איסרין בדינר כסף ובברייתא זו תני ל׳ איסר בדינר כסף וה״א בתוספתא פ״ג וי״ל דזימנין דזל איסרי וזימנין דאוקיר ועיין בתוס׳ בד״א אחד משמנה (דף מ״ד): ומ״ש וחייב ליתן לו כ״ה דינרי כסף כפי מה שפסק עמו וכו׳. הכי מתרצינן בגמרא דהא דתניא הזהב קונה כסף בכל מקום שהוא כמות שהוא א״ל דאי א״ל מארנקי חדשה יהיבנא לך לא מצי יהיב ליה מארנקי ישינה אע״ג דעדיפא מינייהו מ״ט דא״ל ליישנן בעינא להו: הנחשת גבי זהב פיר״י וכו׳. עיין באשיר״י לשם כתב טעמו של ר״י וטעמו שחלק עליו:

ו מעות הרעות שנסדקו וכו׳ משנה שם וכפי פירוש הרא״ש ורש״י ותוס׳ דמעות הרעות פירוש שנסדקו ואסימון פי׳ שאין עליו צורה וצריך להגיה בלשון רבינו אסימון והוא מטבע שאין עליו צורה מתחייב במשיכתו המטבע ומטבע אפילו מעות הרעות און מתחייב במשיכת אסימון: ומ״ש וכולם יש להם דין מטבע לגבי שאר מטלטלין. נראה דחזר וכתב כך לאורויי דאפילו אסימון ואין צריך לומר מעות הרעות יש להם גם כן דין מטבע לגבי שאר מטלטלין:

ח (ט) וכולן זה כנגד זה וכו׳ בד״א כשיוצאין בהוצאה וכו׳. כ״כ לשם הרא״ש דדוקא מטבע שאינה יוצאה בהוצאה קונין זה את זה כגון זהב בזהב וכו׳ דחד לגבי חבריה טיבעא הוי ולא קני טיבעא לטיבעא ואף ע״ג דלגבי הלואה חשיב דהבא לגבי דהבא פירא ואסור ללוות דינר זהב בדינר זהב שאני התם כיון דהיוקר והזול תלוי בו ולא בדינר כסף הוי כמו סאה בסאה. ואיכא לתמוה במ״ש רבינו דאם אין יוצאין בהוצאה ל״ש פסלתן מלכות וכו׳ דקונין בהם בתורת ק״ס כיון שנפסלה צורתן ונמשך בזה אחר דברי הרמב״ם בפ״ו ממכירה שפסק כך ולא משמע הכי באשיר״י שהרי כתב לשון האלפסי ודינרין דאמר דהוי טיבעא לגבי פירא ושאר מטלטלין היינו דוקא דינרין דסגיין וכו׳ עד וכיון דלא סגיין הוי ליה פירא ומיקני בחליפין וכתב הרשב״א על זה ואע״ג דאין הלכה כר״ל דאיהו סובר כרב ששת דפירא עבדי חליפין מ״מ שפיר מייתינן ראיה מינה דמטבע דלא סגיא הוי פירא ודוקא מטבע דלא סגיא קונין זה את זה וכו׳ עכ״ל אלמא להדיא דלית הלכתא כר״ל דמעות שנפסלו עושין חליפין אלא שיש להו דין פירא דנקנין בחליפין וקונין זה את זה דקאמר אינו אלא בתורת דמים אבל לא בתורת חליפין והא דכתב שאם הם יוצאין בהוצאה אין קונין זה את זה כגון זהב בזהב לומר

דאפילו בתורת דמים אין קונין דזה לגבי זה דין מטבע יש להם אבל אין קונין בהם בתורת ק״ס אפילו נפסלה צורתן וצ״ע: (י) המטבע אין יכולין לקנותו אג״ק. בריש הזהב רב פפא הוה ליה י״ב אלפי זוזי בי חוזאי אקנינהו לרב שמואל בר אחא אגב אסיפא דביתיה: ומ״ש בשם הרמב״ם דוקא פקדון. כ״כ בפ״ז ממכירה:

יא ומ״ש וא״א הרא״ש כתב שכותבין הרשאה גם על ההלואה. כלומר כיון דאין המורשה יכול לכוף ללוה שישיב לו טענה דמצי למימר לאו בעל דברים דידי את ואפילו היה הש״ח ביד המורשה אינו יכול לתבעו אלא א״כ ע״י כתב הרשאה שהמרשה הקנה לו כח זה שכתב בש״ח אג״ק וכתב ליה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך אלמא משמע דאפילו בחוב יכול לקנותו אג״ק דלא כהרמב״ם מיהו המעיין בדברי הרא״ש בפרק מרובה יראה להדיא דגם הרא״ש ס״ל כהרמב״ם דלא קנה החוב אג״ק מדינא אלא דאר״ת דה״ט שיכול להרשות משום דקיי״ל דשליח שוייה ונהי דאין יכול ליתן הלואתו במתנה שליח מצי לשוייה ויש סמך למנהג זה וכולי והאריך בזה ומסקנתו אלא ע״כ תקנה היא שעשו לענין שליחות כאילו היה עצמו קונה קנין גמור ועוד כתב ז״ל והרב החסיד אומר טעמא כדי שלא יהא כל אחד מוליך מעות חבירו למד״ה וכופר בהן ועשו תקנה להוציאה ממנו בעל כרחך וכו׳ ונראה לתרץ דלא בא רבינו לומר שהרא״ש חולק על דברי הרמב״ם אלא שבא לגלות שלא נבין מדברי הרמב״ם דלא יועיל הרשאה כי אם על הפקדון ולא על הלואה דליתא דהרא״ש כתב דאף ע״פ דלא מצי להקנות חובו במתנה אג״ק מ״מ כותבין הרשאה גם על הלואה ומטעם תקנה כדכתב בפ׳ מרובה וגם הרמב״ם מודה בזה כמפורש בדברי רבינו בסימן קכ״ג סעיף ב׳ ע״ש. והרב בספר ב״ה כתב וז״ל ואין דברי רבינו מכוונים שמ״ש הרמב״ם שאם הקנה לחבירו ע״ג קרקע חוב שיש לו על חבירו לא קנה אינו ענין לכתב הרשאה שאפילו מי שסובר שכותבין הרשאה גם על הלואה יודה שאם הקנה לו חוב על גבי קרקע לא קנה שאין כאן דבר מסויים שיקנה אג״ק וכן מבואר בדברי הרא״ש פרק מרובה וכתבתיו בסימן קכ״ג עכ״ל ולמאי שכתבנו לפרש דברי רבינו הם מכוונים מאוד:

סימן רד

א אע״פ שמעות אינן קונות וכו׳. משנה בריש הזהב: ומ״ש בין המוכר ובין הלוקח. כ״כ רמב״ם פ״ז ממכירה וכתב ב״י ופשוט הוא דכיון דטעמא לפי סאינו עומד בדיבורו מה לי מוכר מה לי לוקח עכ״ל ויש להשיב דדילמא יד המוכר על העליונה כיון שהוא מוחזק אבל נלפע״ד דתלמוד ערוך הוא בסוף פרק איזהו נשך (בבא מציעא דף ע״ד) דקאמר מאי מ״מ לאו דל״ש לוקח ול״ש מוכר מקבל עליו מי שפרע:

ב ואפי׳ לא נתן כל המעות וכו׳. שם פלוגתא דרב ור׳ יוחנן ופסקו הפוסקים כר׳ יוחנן דכנגד כולו הוא קונה במטלטלין לענין מי שפרע: ומ״ש שיאמר לו הדיין וכו׳. שם איתמר אביי אמר אודועי מודעינן ליה רבא אמר מילט לייטינן ליה ופי׳ רש״י אודועי מודעינן ליה דע שאם תחזור סופך להפרע ממך וידוע דהלכה כרבא וכ״פ הפוסקים. וקצת קשה דכתב רבינו בשם הרא״ש שיקללנו לנוכח דאע״פ שכתב כך בתחלה דהכי משמע מדקאמר לייטינן ליה דהקללה היא לנוכח הלא אח״כ כתב הרא״ש אבל הרמב״ם כתב שיאמר לו הדיין הוא יפרע ממי שאינו עומד בדיבורו דמשמע מלשונו דכיון דהרמב״ם כתב שלא יקללנו אלא שלא לנוכח אין לנו להחמיר ולקללו לנוכח וכן כתב ב״י ע״ש תלמידי רשב״א והכי נקטינן לקללו שלא לנוכח וכלשון המשנה והברייתא ובמרדכי החמיר עוד לומר לו ברבים דהיינו שהש״ץ עומד על המגדל ואומר לו מי שיפרע וכו׳ ואין המנהג כך אלא ב״ד שהוא דן לפניהם א״ל כך וכך בין שנמצאים לשם רבים באותה שעה בין אין שם רבים. ועיין לקמן בסימן רכ״ז סוף סעיף ז׳ כתבתי דין מי שפרע היכא דאיכא אונאה בשתות:

ג ומ״ש אבל כל זמן שלא נתן המעות א״צ לקבל עליו מי שפרע. כלומר אע״פ שלשון הקללה הוא על מה שאינו עומד בדיבורו אפ״ה לא תקנו לקללו אא״כ נתן לו המעות דכיון דהמעות קנות ד״ת אין לו לחזור אבל בלא נתן לו המעות לא תקנו לקללו ומ״מ אין רוח חכמים נוחה הימנו כמ״ש בסמוך סעיף י״א:

ד ואם רשם המקח וכו׳. בפרק א״נ וע״ל סימן ר״א:

ה אבל אם נתן משכון וכו׳. בפ״ק דקידושין בעובדא דבני רב הונא דזבין אמתא וכו׳ אמר להו רב אמי פריטי אין כאן נסכא אין כאן ומשמע דאפי׳ מי שפרע ליכא וכן כתב האלפסי פ׳ הזהב וכתב ב״י בשם העיטור דאי בעידנא דזבינא יהיבי משכון הו״ל כמעות וקאי במי שפרע ואיכא מ״ד אפילו נתן לו המשכון אחר שעת המכר איכא נמי מי שפרע עכ״ל וכתב הרב בספר ב״ה וז״ל ומדברי הפוסקים אין נראה לא כדברי זה ולא כדברי זה אלא אע״ג דבעידנא דזבינא אותיבו משכון יכול כל אחד מהם לחזור וליכא מי שפרע עכ״ל והכי נקטינן וע״ל בסימן ק״צ סעיף ט׳ וכמ״ש לשם וכתב בנ״י פרק הזהב דאיתא בירושלמי הנותן ערבון טבעת לחבירו ורצה לחזור בו חוזר ואינו מקבל עליו מי שפרע רבי זעירא בעי קומי רבי אבהו זהוב א״ל טבעת

א״ל מה בין זהוב לטבעת א״ל זהוב עשוי להשתנות טבעת בעינה הוי פירוש דאם נתן לו זהובים למשכון צריך לקבל מי שפרע משום דלפעמים קונין לו בתורת דמי׳ משא״כ טבעת דלעולם חוזרת בעינה:

ו ומ״ש מחלוקת הרמב״ם והרא״ש בדין קניית מטלטלין בעד חוב שעליו ע״ל בסי׳ קצ״ט בב״י ומ״ש לשם. ומ״ש בשם הרא״ש דלא קנה פי׳ אפילו מי שפרע ליכא:

ט וכתב א״א הרא״ש שא״צ לקבל עליו מי שפרע אלא כשחוזר משום יוקרא וזולא וכו׳. כ״כ בפרק הזהב וכ״כ התוס׳ לשם ע״ש ר״ת (בדף מ״ז) בד״ה אי אמרת ונ״י לשם כתב שכן דעת הראב״ד וה״ר ירוחם כתב שכן דעת רבינו האי גאון ור״ת מיהו הב״י כתב ע״ש הר״ן דדעת רבינו האי גאון כדעת הגאונים דדוקא בחוזר בו מחמת שנאנס אינו מקבל מי שפרע אבל מפחד האונס ועדיין לא הגיע האונס מקבל מי שפרע שכך היה דעת ר״ח וכן כתב במרדכי ריש הזהב ע״ש ר״ח וכ״כ בהגהותיו לשם וכ״כ ב״י עוד דאפשר אפי׳ היכא שאנסוהו סובר המרדכי שמקבל מי שפרע מטענה שכתב דבמה יפטור ממי שפרע והכי משמע מדברי הרמב״ם פ״ז ממכירה שלא הזכיר דינים הללו כלל משמע דאפילו נאנסו אם בא לתבוע מעותיו צריך לקבל מי שפרע עכ״ל ובספר ב״ה חזר בו וכתב וז״ל ויותר נראה שהוא סובר כדעת הגאונים שהרי כתב פ״ג ממכירה שאם נתן דמי המקח ונאנס קודם שיקחנו וא״ל תן לי מקחי או החזר לי מעותי אע״פ שיש עדים שנאנס באונס ולא היה כח במוכר להצילו ולא נתרשל בדבר ה״ז מחזיר את הדמים עכ״ל וה״ז כלשון הגאונים שכתבו אינו מקבל מי שפרע כיון דלא יהיב ליה מידי וכן יש לפרש דברי הרי״ף שגם הוא כתב שא״ל הלוקח תן לי מקחי או לי מעותי עכ״ל ומ״מ נלפע״ד דבדוכתא דאיכא פלוגתא דרבוותא קולא לנתבע וחומרא לתובע ואפילו לא הגיע אונס אלא חששא דשמא יפסיד הכל א״צ לקבל מי שפרע וכדעת הרא״ש ודעימיה: אע״פ שבדברים בלא מעות וכו׳. שם רב כהנא יהבו ליה זוזי אכיתנא אייקר כיתנא אתא לקמיה דרב א״ל במאי דנקיטת זוזי הב להו ואידך דברים נינהו ודברים אין בהם משום מחוסרי אמנה דאיתמר דברים רב אמר אין בהם משום מחוסרי אמנה ור׳ יוחנן אמר יש בהם משום מחוסרי אמנה מיתיבי ר״י בר׳ יודא אומר מת״ל הין צדק והלא הין בכלל איפה היא אלא לומר לך שיהא הן שלך צדק ולאו שלך צדק אמר אביי ההוא שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב ובתר הכי פרכינן ומי א״ר יוחנן הכי והא״ר יוחנן האומר לחבירו מתנה אני נותן לך מותר לחזור בו אמר רב פפא ומודה ר״י במתנה מועטת דסמכה דעתיה פירוש ואינו מותר לחזור בו וכי אמר מותר לחזור בו במתנה מרובה קאמר דלא סמכה דעתיה דמקבל דליקיימיה לדיבוריה וכתבו התוספות ומודה ר״י במתנה מועטת ויוקרא נמי הוי כמו מתנה מועטת עכ״ל ונראה דרב נמי לא קאמר דאין בהם משום מחוסרי אמנה אלא בתרי תרעי פירוש שנשתנה השער ואייקור וכמ״ש התוס׳ בפ׳ הזהב (בבא מציעא דף מז) בד״ה אי אמרת והכי מוכח מדמייתי להך פלוגתא דרב ור״י אעובדא דכיתנ׳ דאייקור וכפרש״י בפירוקא דאביי אליבא דרב וז״ל שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב בשעה שהוא אומר הדיבור לא יהא בדעתו לשנות אבל אם נשתנה השער לאחר זמן והוא חוזר בו לפי שינוי השער אין כאן חסרון אמנה עכ״ל מדלא פירש רש״י דלא קאמר רב אלא דבשעה שאומר הדיבור לא יהא בדעתו לשנות אלא דאח״כ חוזר בו ואפילו לא נשתנה השער נמי שרי אלמא דע״כ לא קאמר רב אלא היכא דנשתנה השער ואייקור כעובדא דכיתנא ותו מוכחא סוגיא הכי מדפריק רב פפא מודה ר״י במתנה מועטת פירוש ור״י נמי דקאמר בדאייקור דאית ביה משום חסרון אמנה הוי כמו מתנה מועטת כמ״ש התוספות אלמא דפלוגתייהו בדאייקור והתם הוא דקאמר רב אין חסרון אמנה אבל בדלא אייקור מודה רב דאית ביה חסרון אמנה וה״א בפרק א״נ (ד׳ ע״ד) לגבי דברים ואיכא בהדייהו מעות לענין מי שפרע דמחלק בין חד תרעא לתרי תרעי ודכוותיה לרב בדברים וליכא בהדייהו מעות דאיכא לחלק בין חד תרעא לתרי תרעי ויש להקשות דא״כ מאי דוחקיה דאביי לפרוקי דקרא דהן צדק לאחד בפה ואחד בלב אתא הו״ל לאוקמי כדס״ד דמקשה אלא דקרא מיירי בחד תרעא ורב בתרי תרעי וי״ל דקרא ליכא לאוקמי לרב דלא מיירי אלא בחד תרעא דמקרא מלא דבר הכתוב וכן לר״י ליכא לאוקמי קרא דוקא במתנה מועטת דקרא סתמא כתיב הן שלך צדק ומשמע בכל ענין ולפיכך צריך לפרש דבין לרב ובין לר׳ יוחנן קרא לא אתא אלא לאחד בפה ואחד בלב דזה אסור בכל ענין ופלוגתא דרב ור״י אינה אלא בסברא מבחוץ דלרב ליכא חסרון אמנה אלא בחוזר בו בחד תרעא ולר״י אפילו בתרי תרעי נמי אית ביה חסרון אמנה דמשום יוקרא הוי כמו מתנה מועטת דלא שרי לחזור בו כמ״ש התוס׳ והכי משמע להדיא מדברי הרא״ש דמפרש להא דכתב האלפסי פירושא דאביי שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב דלרבי יוחנן דהלכתא כוותיה נמי צריך להך פירושא דאי קרא לא אתא לר״י אלא למתנה מועטת קשיא ודאי דלא מסתבר לחלק בקרא בין מתנה מרובה למועטת ע״ש. מיהו איכא לתמוה טובא דבתר הכי מייתי האשיר״י הא דבעל המאור פירש דר״י לא קאמר דאית ביה משום חסרון אמנה אלא בחד תרעא וכו׳ והוא חולק אפירש״י ותוספות דמבואר מדבריהם דמשום יוקרא הוי כמו מתנה מועטת ולא פליגי רב ור״י אלא בתרי תרעי אבל בחד תרעא מודה רב דאית ביה משום חסרון אמנה וכדפירש׳ והיאך שבק דעת רש״י ותוס׳ ותופס דעת בעל המאור גם על דברי רבינו איכא לתמוה טובא דכתב תחילה בסתם דמשמע בכל ענין אם חוזר בדברים אין רוח חכמים נוחה הימנו אפילו חוזר בו משום יוקרא וזולא וכפירש״י והתוספות ואח״כ הביא דעת בעל המאור החולק עליהם ולכאורה נראה דפירש״י והתוס׳ עיקר והב״י כתב ג״כ שכך דעת הראב״ד והרשב״א והר״ן דאפילו בתרי תרעי אית ביה משום חסרון אמנה וכ״כ הרב המגיד שכך

הוא העיקר וכ״כ הרב בהגהות ש״ע סוף סימן זה מיהו בנ״י פ׳ הספינה אמתניתין ד׳ מדות במוכרים הביא הירושלמי ופירשו דרבי יוחנן קאמר היכא דנשתנה השער יכולין לחזור בהן לגמרי ואין בו משום מחוסר אמנה ע״ש לפ״ז ודאי נר׳ יותר להשוות הבבלי על הירוש׳ ודלא כפרש״י ותוס׳ וצ״ע:

סימן רה

א מי שאנסוהו למכור וכו׳ הכי אסיקנא בפרק חזקת (בבא בתרא דף מ״ח) והא דאיתא סוף פרק הכונס דלא אמר רב הונא תלוייה וזבין זביני׳ זבינא אלא בדאמר רוצה אני אבל בדלא אמר רוצה אני הו״ל חמסן דרבנן ולאו זביניה זביני ופסול לעדות מדרבנן וכך פסק לשם ברא״ש צריך לפרש דוקא בדאמר בפירוש שלא מכר מרצונו אלא מחמת אונס אבל בדשתיק ולא אמר כלום וקיבל דמים רוצה אני קרינן ביה וז״ש רבינו בסתם מי שאנסוהו למכור ומכר וקבל הדמים דהיינו דלא אמר כלום ה״ז מכר וכן פי׳ ב״י: ומ״ש בין במקרקעי בין במטלטלין כ״כ הרמב״ם פ״י מה״מ ונראה דלמדו כך מעובדא דאיתא בפרק חזקת טאבי תלי לפאפי אכינרא דכתב רשב״ם בל״א שתלה אותו בשביל הכינרא שימכרנו לו משמע שלקח ממנו הכנור דלפי פירוש זה מוכח להדיא דבמטלטלי נמי אמרינן אגב אונסיה גמר ומקנה וב״י כתב מה שכתב: ומ״ש אלא שהר״י חולק כו׳ איכא למידק הא פשיטא היא דכיון דקנין זה קיים דינו כשאר קניינים דבמטלטלין איכא אונאה ובקרקע ליכא אונאה וי״ל דסד״א דכיון דאגב אונסיה גמר ומקנה לגמרי מקנה אפילו איתא ביה אונאה במטלטלין קמ״ל דלא: ומ״ש ונראה לפרש דבריו וכו׳ נראה דלא הוצרך רבינו להאי פירושא היכא דאמר בפירוש שאינו מוכר מרצונו בדמים אלו דהתם פשיטא הוא דאין כאן תורת מקח אלא אתא לאשמועינן דאפילו בדשתק ולא אמר כלום וקיבל דמים אלו ע״י שכפוהו ליתן לו בפחות משויו אע״פ כן אין כאן תורת מקח דהו״ל כמו שאנסוהו ליתן שאינה מתנה וכ״כ נימוקי יוסף בשם הריטב״א והרנב״ר ומביאו ב״י וכתב עוד שכך הוא דעת רשב״ם ע״ש ועיק בתשובת מהרי״ק שורש קפ״ו מ״ש בזה: וכתב הריב״ש בסימן קכ״ז דאף על גב דבהנאה מועטת שקיבל הנותן דינו כמתנה ולא אמרינן אגב אונסיה גמר ומקני מ״מ לענין זה דמי למכירה דבעינן שידעו העדים באונסו כמו במכירה דכיון דמקבל הנאה ליכא למימר הכא דאפילו אם אינו אנוס כיון שאמר שאינו נותן מדעתו וכו׳ כדלקמן סעיף י״ב:

ב בד״א שראו עדים שקיבל המעות כתב ב״י שרבינו פסק כך משום דס״ל דבהא מילתא הלכה כרב ביבי אע״ג דלא קי״ל כרב ביבי במאי דקאמר תלויה וזבין זביניה לאו זביני דהלכה כרב הונא דתלויה וזבין זביניה זביני מ״מ במאי דקאמר רב ביבי דכי אמרו עדים בפנינו הודה שקיבל מעות והלה אומר לא קבלתי מעולם ומחמת יראה הודיתי כן מהימנינן ליה וכדרב כהנא וכו׳ לא נדחו דבריו וכו׳ עכ״ל ואיכא לתמוה דא״כ מנ״ל לרבינו לפרש כך ודילמא לגמרי נדחו דברי רב ביבי אלא בכל ענין זביניה זביני דכיון דלא מסר מודעא אפילו בהודאה בלחוד נמי אינו נאמן לומר שמפני היראה הודה וכמו שהוא לדעת הרמב״ם לפי מה שפירש ה׳ המגיד ומביאו ב״י ותו קשה טובא דכתב ב״י תחלה שכך הוא דעת הרמב״ם פ״ט מהלכות גזילה דפוסק כרב ביבי ושהוא נאמן לומר דמחמת היראה הודה אפילו כשלא מסר מודעא היפך מדברי ה׳ המגיד שהביא בית יוסף אחר כך בסתם ולא חלק עליו. ולפעד״נ דדעת רבינו כדעת הרי״ף והרא״ש בפרק הניזקין שכתבו דלמסקנא בעינן דיהיב זוזי וכדאמרינן מודה שמואל היכא דיהיב זוזי דאלמא אפילו היכא דלא מסר מודעא לא קנה בשטר או בהודאה בפני עדים אלא בדיהיב זוזי פי׳ דיהיב זוזי בפני עדים וכך פירש הראב״ד דבעינן דיהיב ליה בפני עדים דאז לא מצי א״ל לא יהבית לי מידי כמ״ש בהשגותיו פ״י דמכירה ונראה עוד דאפילו מודה המוכר שקבל הדמים מ״מ מאחר שקבלם שלא בפני עדים לא אמרינן אגב אונסיה גמר ומקנה אלא אמרינן דעל זה נסמך המוכר מימר אמר כיון דמצינא למימר לא יהבית לי מידי לא גמר ומקנה ולפיכך אע״ג שעכשיו מודה המוכר בפני ב״ד שקבל הדמים לא קנה הלוקח ולהרמב״ם קנה אפילו לא לקח המוכר הדמים בפני עדים מאחר שמודה שקבלם ומפרש להא דקאמר מודה שמואל היכא דיהיב זוזי דהיינו לומר אפילו יהיב שלא בעדים מאחר שהמוכר מודה עכשיו בפני ב״ד שקבלם אבל אי לא מודה לא קנה אפילו לא מסר מודעא דליכא למימר הכא אגב אונסיה גמר ומקנה כיון דאיכא ספק אם קבל הדמים אם לאו. עוד נראה לומר לדעת הרי״ף והרא״ש דלא הוו גרסי בגמרא הא דאיתא בספרים ולרב ביבי דמסיים בה וכו׳ דרב ביבי מימרא הוא ומימרא לרב הונא לא ס״ל הך קושיא ופירוקא דידה לא הוו גרסי כל עיקר דהכי מוכח להדיא מדהביאו להא דרב ביבי בפסקים ומפרשי לה דמיירי מדמסר מודעא אזביני אלמא דס״ל דהך דרב ביבי לא פליגא אדרב הונא משום דהא רב הונא מיירי בדלא מסר מודעא ומש״ה זביניה זביני ודרב ביבי איירי בדמסר מודעא ומש״ה זביניה לאו זביני והיינו דקאמר קרקע אין לו מעות יש לו וכו׳ גם הרמב״ם פ״י מה׳ מכירה כתב להך דרב ביבי להיכא דמסר מודעא וכ״כ רבינו בסמוך סעיף ח׳ ועיין במ״ש בסעיף י״ג: כתב ב״י דלפי מה שפי׳ הראב״ד בדברי הרי״ף דלא קנה אלא א״כ דלקח דמי המכר לפי זה דעת הרמב״ם שוה לדעת הרי״ף דלעולם בעינן שיקח דמי המכר הא כל שלא לקחם עדיין אע״פ שכתב שטר לא הויא זביניה זביני עכ״ל וצריך לבאר דבריו דאע״ג דלפי׳ הראב״ד בדברי הרי״ף בעינן שיקח דמי המכר בפני עדים ולהרמב״ם קנה אע״פ שלא לקחם בפני עדים מ״מ בדבר זה הם שוים דבשטר לחוד לא קנה לאפוקי ממה שפירש ב״י בדברי הרי״ף לדעתו דאפילו בלא לקיחת דמים כל עיקר קנה בשטר לחוד דלפי זה לא יהיו דברי הרי״ף והרמב״ם שוים כל עיקר:

ג והיכא שראו נתינת המעות וכו׳ הכי אסיקנא התם והלכתא בכולהו הוו זביניה זבינא:

ד לא שנא אנסוהו אונס הגוף וכו׳ פירוש לא מיבעיא אונס הגוף דכיון דאנסיה יסורים גדולים אגבייהו גמר ומקני אלא אפילו בלא יסורין כגון אונס ממון אפילו על ידי ישראל כההיא דמשכן פרדיסא וכו׳ נמי חשיב אונס וזביניה זביני אי לא מסר מודעא וראיה מהך עובדא דאסיקנא גמרא דחשיב אונס לבטל המקח כשמסר מודעא מכלל דחשיב נמי אונס גמור היכא דלא מסר מודעא לענין דאמרינן דאגב אונסיה גמר ומקנה וזביניה זביני וכן מפורש בדברי הרא״ש (דף קצ״ז ע״א) ולא כמו שפירש בית יוסף דהאי לא שנא הוא מקושר עם מ״ש לבסוף ואם מסר מודעא וכו׳. נראה דהוה קשיא ליה למה הוצרך להביא ראייה מדאסיקנא דחשיב אונם וכו׳ דליהוי זביניה זביני הא ודאי דכל שכן אי לא חשיב אונס דהמקח קיים והא לא הויא קושיא כלל דאיכא למימר דדוקא בתליוה וזבין דאיכא יסורין התם הוא דאגב אונסיה גמר ומקנה אבל בשאר אונס לא גמר ומקנה כיון דליכא יסורין ואע״ג דאיכא אונס קמ״ל דלא שנא וכן כתבו התוספות להדיא בד״ה אמר רבא הילכתא (בדף מ״ח סוף ע״א) ע״ש: והך דמשכן פרדיסא שם (דף מ׳ ע״ב) וכתב לשם רשב״ם בהא דאמר התם דאע״ג דרבא קאמר לא כתבינן מודעא אזבינא משום דבסתם שדה לא מהניא מודעה ובשדה זו לא צריך מודעא אלא דלידעו אונסיה מודה רבא היכא דאניס וכמעשה דפרדיסא דכה״ג כתבינן מודעא דפי׳ ר״ח היאך ידעו העדים באונס של בעל הפרדס דאזל בעל הפרדס גבי סהדי ואודעינהו שזה רוצה לגוזלו פרדס שלו בטענותיו ואל אנא תבענא להו קמייכו ושמעו מיניה דטעין זבנת ניהלי זה שלש שנים ולית לך עלי ולא מידי ובתר הכי א״ל בחשאי אנא מזבנינא לך ואביא לך שטר מכירה ותן לי הדמים וכו׳ ופי׳ ב״י דהיינו טעמא דכתיבנא מודעא לרבא בעובדא דפרדיסא אף על גב דשדה זו היא ולרבא בשדה זו לא צריך למיכתב מודעא משום דאי לאו דמסר מודעא לא אפשר לן למידע אם מוכר מרצונו או בעל כרחו והאריך בזה ואיכא לתמוה דלפירושו גם כן ודאי בלא מסירת מודעא נמי כיון דאתא מריה דפרדיסא גבי סהדי ואודעינהו שרוצה זה לגוזלו לפרדיסו וקא״ל אנא תבענא ליה קמייכו וקטעין זבינתא ניהלי זה ג׳ שנים ובתר הכי מפיק שטר מכירה מהיום השתא ידוע הוא דאנוס היה במכירת פרדס זה ואע״ג דלא מסר מודעא דאין לפרש דאי לאו דמסר מודעא איכא למימר דילמא בשעת מכירה גמר והקנה דא״כ בעלמא נמי בשדה זו דס״ל לרבא דלא בעינן דמסר מודעא נמי נימא דבשעת מכירה גמר והקנה אלא ודאי לרבא בשדה זו כיון דידעינן באונסיה לא הויא זביניה זבינא הכא נמי בפרדיסא כיון דהויא שדה זו וידעינן באונסיה לא הויא זביניה זבינא ולא חיישינן לומר דבשעת מכירה גמר והקנה ואין לומר דבפרדיסא אי לאו דמסר מודעא לא חשבינן ליה דידעינן באונסיה א״כ בדמסר מודעא נמי לאו מפיו אנו חיין שהוא נאנס אלא בע״כ כיון דקאמר באפי סהדי לית לך עלי ולא מידי כי זבינתיה מינך זה ג׳ שנים והשתא הוא דמפיק שטר מכירה דנכתב מהיום בהא ודאי ידעינן דאנוס היה עכשיו במכירת פרדס זה א״כ לא צריך מסירת מודעא לרבא כיון דהך עובדא שדה זו הוה. ולכן נראה לפע״ד ברור ופשוט דלר״ח ורשב״ם רבא הוא דס״ל לחלק בין תלויה וזבין דאנסוהו אונס הגוף ובשדה זו לא צריך מודעא אלא דלידעו אונסיה אבל באונס ממון כעובדא דפרדיסא אע״ג דשדה זו היא כיון שלא הפחידוהו אלא באונס ממון לא חשוב אונס כולי האי וזביניה זבינא אי לא מסר מודעא אבל אי מסר מודעא גלי אדעתיה דאינס גמור הוא לו ואין בלבו למכור לגמרי אלא עד שינצל מן הפחד שמפחידין אותו להפסיד הפרדס חנם בלא דמים וכה״ג כתבינן מודעא ומיהו אנן תפסינן מסקנת התלמוד דל״ש אונס הגוף ל״ש אונס ממון נ״ש שדה זו ל״ש שדה סתם אי לא מסר מודעא זביניה זבינא ואי מסר מודעא לא הוה זביניה זביני דלית הלכתא כרבא: כתב הרי״ף בפרק חזקת הך דרבא דמחלק בין שדה זו לשדה סתם והלכתא בכולהו זביניה זבינא וכו׳. והביא ג״כ עובדא דטאבי דתלה לפפי אכינרא וכו׳ וכחב אח״כ וז״ל ושמעינן מינה דאע״ג דאניס זביניה זביני ואי מוסר מודעא לא הוי זביניה זביני וכו׳ עד כגון מעשה דפרדיסא דשמעת מינה דאע״ג דאנוס בזבינא צריך מודעא לבטוליה וכן הלכתא עכ״ל. ונראה דתחלה אתא לאשמועינן דאע״ג דאניס איזה אונס שיהיה אפילו אונס כל דהוא על ממון ואינו אונס הגוף דתלוהו וזבין והוה אמינא דבאונס קל לא אמרינן אגב אונסיה גמר ומקני וקמ״ל דאפ״ה זביניה זביני וגמר ומקני אלא דאי מסר מודעא לא הוי זביניה זביני וכדפירשתי בסמוך אצל ל״ש אנסוהו אונס הגוף וכו׳ ושכ״כ התוס׳ והרא״ש ובסוף דבריו אתא לאשמועינן איפכא דאע״ג דאנוס בזביניה אונס גדול של יסורין הגוף ואפילו בשדה זו צריך מודעה לבטוליה דלא כרבא והב״י נתקשה בלשונו ונדחק בישובו ומה שכתבתי הוא פשוט:

ה ואם מסר מודעא תחלה וכו׳ כך פי׳ רשב״ם ע״ש ר״ח שכתב היאך ידעו העדים באונס של בעל הפרדס וכו׳ וקודם שכתב ומסר השטר מכירה אמר לעדים אתם שמעתם וכו׳ וכ״כ הרמב״ם והגהות פ״י דמכירה וכ״כ גם המרדכי פרק חזקת וכ״כ עוד רשב״ם (בדף מ׳) אהא דאמר מודעא בפני ב׳. ומשמע מדברי רבינו דאין חילוק בין אונס לאונס דבכל אונס שבעולם מהני מסירת מודעה ואם לא מסר מודעה זביניה זביני אע״ג דידעינן באונסיה וכך היא דעת הרי״ף והרא״ש והרמב״ם ורוב פוסקים ויש חולקים ומחלקין בין שדה זו לשדה סתם וכבר האריך ב״י בזה אבל המסקנא דאין חילוק וכמ״ש רבינו: כתב הריב״ש דאף לדברי האחרונים דאף בעובדא דפרדיסא בעינן דמסר מודעא י״ל דוקא בכה״ג שבא הפרדס לידו בהיתר ועביד אינש דגזים ולא עביד אבל מי שתוקף המקח בזרוע ואח״כ קונה אותו הא קא חזינן דגזם ועבד עכ״ל. ועיין בנ״י (בדף ק״פ) במ״ש אהך עובדא דפרדיסא:

ו ודווקא באונס דאתא ליה מאחריני וכו׳. נראה שרבינו למד כך מהא דקאמר רב הונא תליוה וזבין זביניה זביני וקאמר עלה מ״ט אילימא משום דכל דמזבין אינש אי לאו דאניס לא הוה מזבין ואפ״ה זביניה זביני ודילמא שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני וה״פ אילימא משום דכל דמזבין אינש וכו׳ והשתא קאמר רב הונא דאפילו מסר מודעא נמי זביניה זביני אף על גב דלא גמר ומקנה ודלמא שאני אונסא דנפשיה דהתם ודאי איכא למימר דגמר ומקנה ולכך אין במודעתו כלום וכו׳. והכי נמי משמע ממאי דקאמרינן התם אליבא דרב מודעא דמאי אי דגיטא וכו׳ ואי דזביני והאמר רבא לא כתבינן מודעא אזביני פי׳ משום דודאי גמר ומקנה ואין במודעא כלום ומשני לעולם דזביני מודה רבא היכא דאניס וכמעשה דפרדיסא פי׳ כי קאמר רבא דאין במודעתו כלום ולא כתבינן מודעא אזביני היינו דוקא באונס דאתי ליה מנפשיה אבל באונס דאתיא ליה מאחריני לא מיבעיא אונס הגוף אלא אפי׳ אונס ממון כמעשה דפרדיסא נמי כתבינן מודעא. ואע״ג דפירוש זה לא נמצא בדברי הראשונים מ״מ פי׳ מרווח הוא ואין עליו קושיא וכך היה מפרש רבינו ולפיכך פסק דוקא שאנסוהו למכור וכו׳. דלא מקרי אונסא אלא דומיא דעובדא דפרדיסא על כל פנים שוב נראה מדברי ב״י שכך היה מפרש העיטור שהרי כתב לעיל וז״ל ויש לדקדק לדברי הרי״ף מאי האי דקאמר מודה רבא היכא דאניס דמשמע דמאן דפליג עליה סבר דאע״ג דלא אניס כתבינן מודעא וזה לא עלה על הדעת ונ״ל דלהרי״ף וכו׳. אי נמי הוא ז״ל מפרש דכי אמר רבא לא כתבינן מודעא אזביני באונסיה דנפשיה קאמר וכו׳ ופרקינן מודה רבא היכא דאניס כמעשה דפרדיסא כלומר באונסא דאתי מאחריני כתבינן וכבר נזכר בעיטור פי׳ זה וכו׳ עכ״ל: כתב במרדכי הארוך אם הוציא שטר מודעא סתם שאין בו זמן ויוצא על איזה שטר מכירה או מתנה אפ״ה המודעא כשירה ומבטלת המכר או המתנה עכ״ל. וכתב בהגהת ש״ע דהטעם הוא מאחר דידעינן באונסיה מסתמא מסר מודעא קודם לכן עכ״ל. ולא נהירא אלא נראה דהטעם הוא דכיון דאיכא ספק אי נעשית קודם המכירה או אחר כך אין להוציא מיד המוחזק ואוקי קרקע בחזקת מרא קמא והמכירה בטילה:

ז ואפילו אם עידי המודעא עצמם חתמו על המכר וכו׳ שם בעובדא דטאבי תלה לפפי וכו׳ חתם רבה בר בר חנא אמודעא ואאשקלתא וכו׳: ומ״ש אפילו א״ל ברצוני אני מוכר וכו׳ שם דף מ״ז אמר רב כהנא אי לאו דאודי ליה הוה ממטי ליה לדידיה ולחמריה לשחוור וממה שכתב רבינו ואפי׳ אם עידי המודעא עצמם וכו׳. משמע דמכל שכן אם עדים אחרים חתומים על המודעא דעדיף טפי וכ״כ גם הרמב״ם פ״י דמכירה ושאר פוסקים ודלא כדמשמע ממ״ש בהגהות מיימוני פ״י דמכירה בשם רבינו אפרים דאם עדים אחרים מעידים על המודעא אינו כלום וכבר האריך ב״י בזה ומיהו נראה דלכתחלה כדי שתהא המודעא מודעא אליבא דכולי עלמא יש לדקדק שאותם עדים שיחתמו על המכר הם עצמם יהיו עידי מודעא אם אפשר אבל אם הם עדים אחרים נמי כשירה המודעא וכדעת רוב פוסקים וע״ל סוף סי׳ מ״ו אם העדים החתומים על השטר מכירה אומרים בע״פ מודעא היו דבריהם אם נאמנים אם לאו:

ח ואם העדים מעידים שבפניהם מנה לו וכו׳. כבר נתבאר בסעיף ב׳ ועיין במ״ש לשם בס״ד:

ט וצריך שידעו העדים שהוא אנוס מימרא דנהרדעי שם וכתב נ״י דמשמע דלא בעינן שידעו איזה אונס היה והכי משמע מלשון הרמב״ם פ״י ממכירה. ורשב״ם בפירושו אורחא דמילתא נקט דמסתמא כשמכירים שהוא אנוס יודעים איזה אונס הוא והרמב״ן כתב דהא פשיטא היא דבעינן דידעי שהוא אנוס אלא צריך שידעו שמחמת האונס מכר דדילמא אע״פ שאנסו למכור היה יכול לינצל ממנו כשמכר לו ולפיכך צריך שיכתבו לו דמחמת האונס מכר ולא נתרצה לו. וכתב עוד הרמב״ן דבעובדא דפרדיסא כיון דליכא אונסא עליה מחמת דבר אחר אלא מההוא מידי גופיה דלא מצי לאפוקיה מידיה כתבינן מודעא בלא שימסור מודעא אבל אין כן דעת שאר פוסקים אלא גם בעובדא דפרדיסא בעינן שימסור מודעא וכדמשמע מדברי רבינו והכי נקטינן:

י וכתב ה״ר יונה אפי׳ יאמר וכו׳. וטעמו משום דחיישי׳ לב״ד טועין שידונו ע״פ מודעא זו אע״פ שלא יביא ראיה שאנסוהו למכור וכ״כ הרא״ש בפ׳ מ״ח דחיישינן לב״ד טועין ונ״י וה׳ המגיד פ״י דמכירה כתבו דהראב״ד והרשב״א חולקין מיהו אף הר״ר יונה מודה דאם עברו העדים וכתבוהו ואחר כך מברר האונס בראיה המודעא כשרה ועיין בב״י:

יא ולפיכך כל מודעא וכו׳ לאו אדברי הר״ר יונה דסמיך ליה קאי אלא אדלעיל קאי דקאמר וצריך שידעו העדים וכו׳ ולפיכך מודעא שאין כתוב בה וכו׳ אינה מודעא עד שיברר שהיה אנוס:

יב בד״א במודעא של מכר וכו׳ שם אמימרא דנהרדעי שקלינן וטרינן דבמתנתא וגיטא לא בעינן אלא גילוי מילתא בעלמא ופי׳ בו רבינו שאפילו אם אינו אנוס וכו׳ וכך הוא דעת רוב פוסקים ודלא כפרשב״ם דה״ק דמהימנינן ליה דמסתמא ודאי אנוס הוא אע״ג דלא ידעינן באונסיה אבל אם נודע אחר כך דלא היה אנוס המתנה קיימת דליתא וכבר האריך ב״י בזה ויש להקשות מהא דאסיקנא בריש השולח דגילוי דעתא בגיטא לאו מילתא הוא דהלכה

כאביי ביע״ל קג״ם. וי״ל דהתם הגילוי דעת הוא לאחר מעשה כתיבת הגט הלכך לאו מילתא הוא אבל הכא מיירי דמוסר מודעא מקמי כתיבת הגט הלכך בגילוי מילתא בעלמא שאינו נותן הגט ברצון מילתא הוא לבטולי לגט:

יג כתב הרמב״ם במה ד״א שצריך מודעא בחמסן וכו׳ כתב ב״י דקשה טובא דבסוגיא משמע להדיא דכרב הונא קי״ל ולא כרב ביבי וכ״כ הרי״ף והרא״ש ושאר פוסקים דאפילו בגזלן זביניה זביני אם לא מסר מודעא כרב הונא ולא כרב ביבי. והרמב״ם פסק כרב הונא דתלויה וזבין זביניה זביני. וגם פסק כרב ביבי דבגזלן לא הוה זביניה זביני וכבר השיגו הראב״ד והאריך ביישוב זה ולפע״ד נראה מדברי הרי״ף והרא״ש והרמב״ם דלא היו גורסים בגמ׳ לא הך קושיא ולרב ביבי דמסיים בה וכו׳ ולא פירוקא דידה אלא דלהרי״ף והרא״ש והנמשכים אחריהם אין חילוק בין גזלן לחמסן דבכל ענין קנה לוקח אם לא מסר מודעא ומפרשים דרב ביבי לא קאמר אלא היכא דמסר מודעא ולהכי קרקע אין לו מעות יש לו וכו׳ וכמפורש בדבריהם אבל הרמב״ם מפרש דרב ביבי ודאי מיירי בין בגזלן בין בחמסן אלא דבתרי גווני קאמר ולצדדין בחמסן להיכא דמסר מודעא ובגזלן אפילו לא מסר מודעא ובין בזו ובין בזו לא קנה לוקח והיינו דרב ביבי מסיים בה בסתם קרקע אין לו וכו׳ ומפרש דבתרתי גווני קאמר והיינו טעמא דגזלן דכיון שהוא מחזיק כבר בשדה זו בגזילה בלא דמים הלכך אף על פי דאחר כך נתן דמים לא קנה אפילו לא מסר מודעא כמבואר פ״ט מגזילה משא״כ בחמסן ובזה התיישבו דברי הרמב״ם ולא קשיא מה שהקשו עליו הראשונים וכל האחרונים ולא השיגו דבר נכון ליישב דבריו אבל למאי שכתבנו מתיישב בטוב טעם ודעת עוד נראה לפרש דאף דעת הרי״ף והרא״ש כך הוא שהרי כתבו על דברי רב ביבי ודוקא בדמסר מודעא אזביני וכו׳ דיש לדקדק דלא הו״ל למימר אזביני אלא הו״ל למימר ודוקא בדמסר מודעא אבל וכו׳ אלא ודאי משום דס״ל דרב ביבי מיירי בתרתי גווני בגזלן ובחמסן ובגזלן אפילו לא מסר מודעא לא קנה ולפיכך כתבו ודוקא בדמסר מודעא אזביני לאורויי דדוקא בחמסן שבא על שדה זו מתחלה בתורת זביני ליתן דמיה התם הוא דבעינן דליהוי מוסר מודעא משא״כ גזלן דלא בא על שדה זו בתורת זביני מתחלה התם ודאי לא בעינן דמסר מודעא וכך נראה דברי רבינו שכתב כאן דברי הרמב״ם ולא כתב שהרא״ש לא כתב כך כדכתב לעיל סוף סימן קנ״א אלמא משמע דכהרמב״ם ס״ל עיקר א״נ ס״ל דלא נחלק עליו הרא״ש כדפי׳ וחזר בו ממ״ש בסימן קנ״א ודלא כמו שפירש ה׳ המגיד פ״ט מגזילה דהרי״ף חולק אהרמב״ם ודלא כמהרו״ך שמחלק בין מ״ש רבינו כאן ובין מ״ש בסימן קנ״א ועיין לעיל בתחילת סימן זה סעיף א׳ וב׳:

יד ואם מסר מודעא ובטלה וכו׳ וא״ת הלא תלמוד ערוך הוא בפרק האומר משקלי עלי דמהני כשמבטל ליה למודעא קמא והרי״ף הביאו בר״פ השולח וי״ל דס״ל לרב האי דדוקא בגט מהני הביטול ואפילו ידוע דהאונס דאנסי׳ למיהב גיטא הוא דאנסיה נמי בביטול המודעא אפ״ה הגט כשר כדין גט מעושה בישראל דכשר אבל בזביני לא מהני ביטול באונס ידוע משום דההוא אונסא וכו׳:

טו ומ״ש שכ״כ רב אלפס אפשר דבתשובה כתב כך כי לא נמצא בספרי הרי״ף שבידינו ומ״ש שכ״כ הרמב״ם קשה טובא דהלא בספ״י דמכירה מפורש בדבריו שכתב וז״ל העידו עליו עידי המכר שביטל המודעא הרי המודעא בטילה ותירץ ב״י דכיון דכתב הרמב״ם עוד דאם מסר מודעא על ביטול מודעא המכר בטל אע״פ שקנו מידו לבטל המודעא וזה דלא כדעת הרא״ש דכתב דכשמבטל הכל לבסוף המכר קיים לפיכך כייל רבינו להרמב״ם בהדי רב האי והרי״ף והרמ״ה לומר שהצד השוה שבהם דכי מסר מודעא על הביטול המודעא קיימת ושלא כדברי הרא״ש עכ״ל: ומ״ש וכ״כ הרמ״ה ז״ל וכו׳ או שהודה וכו׳ כתב ב״י תמיה לי דכיון שהוא אנוס מה מועלת הודאה זו הא איכא למימר אי לאו דאודי ליה הוה ממטי ליה ולחמריה לשחוור וכדאמרינן גבי הודה שנתן לו מעות וכו׳ עד כאן לשונו ולפי עניית דעתי נראה דהכי קאמר שיעידו העדים שידעו בסילוק המודעא או עד שיעידו העדים שהודה הנגזל בפניהם בתורת הודאה שלא בפני הגזלן והחמסן דהשתא ודאי ליכא למימר דמפני היראה הודה. ומ״ש שהודה לו לאו למימרא שהודה לו בפניו אלא שהודה ללוקח שלא בפניו ולא קשה דהוה ליה לאשמועינן דאם בטל המודעא שלא בפניו דהמכר קיים די״ל דרבותא קאמר דלא מיבעיא אם הוא מבטל המודעא שלא בפניו דפשיטא דמהני אלא אפילו הודה ואמר שלא מסר מודעא והו״א דמפני היראה הודה בכך שהרי העדים מעידים שמסר מודעא בפניהם קמ״ל דהודאתו הודאה דהודאת בע״ד כק׳ עדים דמי כיון שהודה שלא בפניו ולא חיישינן דמפני היראה הודה שלא בפניו ויותר נראה דאיירי בשהודה כדין הודאה דהיינו בב״ד דהא פשיטא היא כיון דבא לב״ד ליכא למימר דמפני היראה הודה בב״ד שלא בפניו דהא ודאי דב״ד לא יגידו לגזלן שהיה מוסר מודעא כל זמן שבידו לאנסו וידו תקיפה על הנגזל וא״כ למה לו להורות שלא מסר מודעא אם לא היה האמת כך:

טז אבל א״א הרא״ש וכו׳ בפ׳ חזקת וכ״כ לשם התוס׳ וכ״כ הר״ן ר״פ הכותב דצריך לכתוב בשטרו׳ בביטול כל מודעי ומודעי דמודעי עד עולם דהשתא אפילו מסר מודעא על ביטול מודעא כשמבטל לבסוף מהני הביטול וכך היא דעת האחרונים בתשובותיהם והכי נהיגינן ועיין במ״ש בסוף הסימן בדין מתנה: כתב הרמב״ם פ״י ממכירה דפשרה דינה כמכירה ומחילה דינה כמתנה ומיהו דוקא באחד שיש לו דין על חבירו ואינו יודע אם יהא זוכה בדין אם לאו והו״ל כאילו מוכר כ״א לחבירו כל זכות שיש לו בתביעה זו בסך שמתפשרים ביניהם אבל אם ראובן תובע משמעון תביעה שידוע שאינו זוכה

בה בדין והפחידו שאם לא יתן לו אותן מעות שילשין אותו ועשו פשרה ביניהם בקנין וביטול מודעא פשרה כזו הו״ל כתליוה ויהיב והקנין וביטול מודעא הכל היה מחמת אונס וחייב להחזיר לו מה שנתן לו ע״פ פשרה זו וכ״כ ב״י ע״ש הרשב״א בסוף סימן זה מחודשים סעיף ח׳. ואין להקשות דלעיל בסימן ס״ח סעיף ו׳ כתב רבינו בדין ערכאות דשטרי מחילות ופשרות דינן שוה דהתם טעמא הוי דבמאי קני ליה להני זוזי דמחילה ופשרה בהאי שטרא דנעשה בערכאות האי שטרא חספא בעלמא הוא ולפיכך דין פשרה כדין מחילה ומתנה משא״כ כאן דפשרה כמכירה כדפי׳. כתב הריב״ש סימן ר״ן דמתנה שכתוב בה אחריות נכסים דינה כמכר ומה שקשה על זה ממ״ש רבינו בתחלת סימן רמ״ב יתבאר לשם בס״ד: כתב הרב בספר בדק הבית כתב הריטב״א בפרק איזהו נשך הנשבע לתת מתנה לחבירו ובשעת המתנה מוסר מודעא כי מפני חיוב השבועה הוא שעושה קרוב הדבר שאין מתנתו כלום עכ״ל: כתב בהגהות מרדכי דפרק חזקת דבמתנה שנתן ע״י שכפהו ליתן וידעינן באונסיה אם מדעתו ביטל המודעא גמר ומקנה כיון דבלא אונס קא מבטל אבל אם היה הביטול ע״י אונס אין הביטול מועיל ומה שאנו כותבין בשטרי מתנה ביטול מודעא משום דמהני כשמבטל מדעתו עכ״ל. וזה שלא כדעת הרא״ש דמשמע דס״ל היכא דידעינן באונסיה שנותן המתנה ע״י אונס אפילו אם ביטל מדעתו בלא אונס לא מהניא ביטול דכיון דאנוס הוא במתנה אפילו לא מסר מודעא לא הוה מתנתו מתנה דאי לא תפרש הכי אלא ס״ל להרא״ש ג״כ דדוקא כשהיה הביטול ע״י אונסא לא מהני הביטול אבל שלא על ידי אונס מהני הביטול והמתנה קיימת א״כ למה כתב הרא״ש דמה שנהגו למכתב ביטול מודעא במתנה הוא משום היכא דמסר מודעא ולא ידעינא באונסיה הלא אפילו ידעינא באונסיה נמי כתבינן כיון דמהני כשמבטל מדעתו וכדכתב בהגהות מרדכי אלא ודאי דלהרא״ש היכא דידעינא דאנוס על המתנה אפילו ביטל מדעתו לא הויא מתנתו מתנה והכי נקטינן חדא דפלוגתא דרבוותא אוקימנא נכסי בחזקת מרא קמא ותו דרבינו נמי הסכים לדבריו:

סימן רו

א האומר לחבירו וכו׳ כשאמכור כו׳. ה״א בסוף פרק בתרא דע״ז ומביאו האלפסי ס״פ בית כור והרמב״ם בפ״ח מה׳ מכירה כתב דמיירי בדא״ל מעכשיו וקנו מידו וכ״כ האלפסי לשם וז״ל וקי״ל דכל הני שמעתתא כולהו בדא״ל מעכשיו וקנו מידו עכ״ל ונראה דטעמו דכיון דבעינן קנין דבלא קנין לא קנה זה בדברים בלא מעות אלא בע״כ דקנו מיניה בקנין וכך פי׳ רש״י להדיא ואי לא אמר מעכשיו לאימת חייל הקניין לכשימכרנו באותה שעה הדרא סודר למריה הילכך בעינן דלימא מעכשיו וכדין מי שקונה בק״ס לאחר ל׳ דצריך לומר מעכשיו ולאחר ל׳ וכדלעיל בסימן קצ״ה סעיף י״א. והב״י בשם העיטור כתב דרבוותא כתבי הא דבעי מעכשיו משום דאסמכתא לא קניא ומסתברא דלאו אסמכתא הוא דלא קאמר מלתא יתירתא אלא שימכרנו לו בשויו קודם לאחר וכ״כ הרא״ש פ״ד נדרים ע״ש רש״י אבל דעת הרא״ש והתוס׳ והסמ״ג והמרדכי פרק זה בורר והגהות מיימוני פ״ח משכירות כדעת הרמב״ם דאפילו לא גזים ולא אמר מילתא יתירתא הוי אסמכתא וכמו שיתבאר בסימן ר״ז בב״י בד״ה והוי יודע ולפי זה ניחא הא דבעינן הכא מעכשיו דלא ליהוי אסמכתא. אבל למאי דפי׳ ניחא טפי דבעינן הכא מעכשיו אליבא דכ״ע: ומ״ש דחשוב כאילו אנסוהו וכו׳ ה״א לשם בגמרא וז״ל הרמב״ם מכרה ביותר על מנה קנה אחרון שלא א״ל אלא כשאמכור שיהיה מוכר מדעתו תחלה וזה לא היה רוצה למכור ולא מכר אלא מפני התוספת שהוסיף זה על שויו ונמצא כמי שנאנס ומכר עכ״ל. ונראה דדבריו מבוארים דר״ל שכשמכר בשויו אין ספק שהמוכר התחיל להודיע שרוצה למכור קרקעו בשויה דאין דרך שהלוקח יתחיל לתבוע לאחרים שימכרו לו קרקעו אלא המוכר הוא שמוכר מדעתו תחלה ושואל מאחרים שיקנו ממנו אבל כשמכרה ביותר משויה הדבר ידוע שהקונה הוא שמתחיל לתבוע מן המוכר שאם ירצה למכור קרקעו יתן לו הוספה יותר משויה כך וכך אם כן זה לא היה רוצה למכור ולא מכר אלא מפני התוספת וכו׳. ופירוש זה פשוט ומהרו״ך כתב פירושים זרים ושארי ליה מארי׳: ומ״ש בשם הרא״ש ה״א בפסקים סוף פרק בתרא דע״ז ודע שהרב המגיד כתב ע״ש הרשב״א בשם רבי׳ האי דמיירי דהקרקע היא ביד הלוקח וכ״כ בית יוסף ע״ש העיטור דומיא דפרקן והכניסם לתוך ביתו דמייתי בגמרא עליה דהך מימרא אבל האלפסי והאשיר״י והרמב״ם לא כתבו כך וכך הם דברי רבינו:

ג ומ״ש אבל אם לא הזכיר לו סכום וכו׳ שם בגמרא וטעמא משום דלא סמכה דעתייהו דשמא המוכר יעלה בדמיה והלוקח ימעט בדמיה: ואם אמר כשאמכרנה אמכרנה לך וכולי. נראה דהחילוק הוא בין דאמר כדשיימי בי תלתא ובין דאמר כדאמרי בי תלתא דלישנא כדשיימי משמע שישומו אותו כפי הדין וכדאמרי משמע שיאמרו דרך פשרה שלא מן הדין וה״א להדיא בתוספות פ״ק דסנהדרין (דף ו׳) בד״ה ביצוע בג׳ ובדין אזלינן בתר רובא ובפשרה לא אזלינן בתר רובא עד שיסכימו שלשתן לדעת אחת וע״ש ולפי זה ה״ה בדאמר כדשיימי תלתא ולא אמר בי תלתא נמי די בשנים מהשלשה אבל מלשון רבינו ברישא משמע דוקא בדאמר כדשיימי בי תלתא ומלשונו בסיפא משמע איפכא וחדא לאו דוקא ונראה דרישא לאו דוקא ואפילו בדלא אמר אלא כדשיימי תלתא די בשנים מהשלשה שכך נראה דעת הפוסקים ואיכא למידק דממה שאמר רבינו ואם אמר כשאמכרנה וכו׳ מבואר דמפרש דהא דקאמר בגמר אמר ליה כדשיימי בי תלתא וכו׳ דקאי אהיכא דאמר ליה כשאמכרנה אמכרנה לך כפי מה שישומו בי תלתא דלעיל מיניה וכפי׳

הרמב״ם בפ״ח מה׳ מכירה ותימה היאך תלה זה בזה בלאו הך דכשאמכרנה אמכרנה לך אלא האומר לחבירו אני מוכר לך שדה זו כפי מה שישומו שלשה או ארבעה וכו׳ וקנו מיניה נמי הוי דינא הכי ונראה דסבירא ליה לרבינו דודאי בלאו דאמר ליה כשאמכרנה אמכרנה לך נמי הוי דינא הכי אלא דלפי דבהך דכשאמכרנה אמכרנה לך קאמר בגמרא דאם לא פסק דמים אלא כשאמכרנה לא אמכרנה אלא לך ומכרה לאחר קנאה השני דכיון דלא קצב לו דמים לא סמכה דעתיה אפילו לא קנו מיניה בקנין וסד״א דאפילו אמר ליה כשאמכרנה אמכרנה לך כדשיימי בי תלתא נמי לא קנה הראשון אם מכרה לשני כיון דלא קצב לו דמים קמ״ל דבזו אף על גב דלא קצב לו דמים קנה ראשון דבהא ודאי סמכה דעתיה דלוקח דבי דינא לא ירבו בדמיה גם המוכר סמכה דעתיה דלא ימעטו בדמיה אלא ישומו אותה בשוייה וה״ה כדאמרי בי תלתא סמכה דעתיה דכל אחד וא׳ שישומו אותה בשוייה והכי משמע ממ״ש בית יוסף בסוף סימן זה ע״ש הרשב״א והרמב״ן: כתב בהגהת מרדכי דאיזהו נשך ע״ש ר״י דאם התנה להדיא דכשאמכרנה לא אמכרנה אלא לך בדמים כך וכך אפילו אוכל למכור אותה ביותר מהני תנאו וקנה ראשון וכך כתב הרב המגיד ע״ש הרמב״ן והרשב״א ומביאו בית יוסף והא דאמר בפרק איזהו נשך (בבא מציעא דף ס״ה) משכן לו בית משכן לו שדה ואמר ליה לכשתרצה למוכרה לא תמכרם אלא לי בדמים הללו אסור היינו בדלא אמר ליה מעכשיו אבל בדקנו מיניה ואמר ליה מעכשיו תהא קנויה לך אם אמכרנה ואפילו אם אוכל למכרה ביותר ויאנסוני זוזי לא אמכרנה אלא לך בכך וכך קנה ראשון והכי משמע מדברי התוספות לשם בד״ה לא תמכרם וכ״כ מהרי״ק בשורש ב׳ ע״ש:

ה שמוה שלשה או ארבעה ואמר המוכר ישומו אותה אחרים שבקיאין יותר בשומא אין שומעין לו בסוף ע״ז ה״א אמר ליה כדשיימי בי תלתא ואתו שלשה ושמוה וא״ל אידך ליתי שלשה אחריני דקים להו טפי אמר רב פפא דינא הוא דמעכב אמר ליה רב הונא בריה דרב יהושע ממאי דהני קים להו טפי דלמא הני קים להו טפי והלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע מדקאמר תלמודא ואמר ליה אידך וכו׳ משמע דאין חילוק בין שהמוכר אמר כך ובין שהלוקח אמר כך ואם כן תימה למה כתב רבי׳ ואמר המוכר וכו׳ גם הרמב״ם כתב ואמר המוכר וכו׳ ואפשר דכיון דתחלת דין זה הוא דא״ל מוכר כשאמכרנה וכו׳ וכל חילוקי דינים הנמשכים כתב רבינו והרמב״ם בדאמר המוכר כתב גם כאן בדאמר המוכר וה״ה בדאמר כן הלוקח אי נמי רבותא קאמר דאפילו למוכר דמוחזק בקרקע אין שומעין לו כ״ש דאין שומעין ללוקח. ואיכא למידק בדברי הרמב״ם שכתב וז״ל אין שומעין לו שהרי קנו מידו תחלה שמכר מעכשיו עכ״ל משמע מלשון זה דר״ל דמיד ששמו אותה ג׳ זכה הלוקח למפרע בשדה זו משעה שקנו בקנין מעכשיו ואם מכרה לשני הראשון קנה והכי משמע מתשובת הרשב״א שהביא ב״י בסוף סימן זה דהשתא לפי זה אפילו היכא דידוע היה דהני אחריני קים להו טפי מהני דשמוה נמי לא מצי אידך למימר ליתי ג׳ אחריני דקים להו טפי דכבר זכה בה הראשון מיד ששמוה אלו ג׳ אף על גב דלא הוו קים להו טפי ובגמרא איתא להדיא דלא קאמר רב הונא אלא מטעמא דממאי דהני קים להו טפי וכו׳ דמשמע שאם היה הדבר ברור דהנך בתראי קים להו טפי אי נמי ברור הוא דקמאי לא קים להו כולי האי דדינא הוא דמעכב וי״ל דהרמב״ם מפרש דלא קא״ל רב הונא לרב פפא הכי אלא משום דרב פפא קאמר בסתם דינא הוא דמעכב דמשמע אפילו אינו ידוע דהני אחריני קים להו טפי נמי מעכב וקא״ל רב הונא דלדידך ודאי קשיא היכא דאינו ידוע ממאי דהני קים להו טפי וכו׳ אבל לרב הונא גופיה אין חילוק דאפילו ידוע דהני אחריני קים להו טפי אפילו הכי אין שומעין לו דכבר זכה הראשון למפרע מיד כששמו אותה הני תלתא:

סימן רז

א המקנה לחבירו בין קרקע בין מטלטלין וכו׳ הם דברי הרמב״ם בר״פ י״א ממכירה ור״ל דלא מיבעיא מטלטלין שמשכם הלוקח לרשותו דפשיטא דאם נתקיים התנאי נתקיים המקח אלא אפילו קרקע דבחזקת בעליה עומדת אם קנה הקרקע בא׳ מן הדרכים שקונין בהם עכשיו בשעת התנאי אם נתקיים התנאי נתקיים המקח ושוב אין המוכר יכול לחזור בו והיינו דכתב הרמב״ם מיד בד״א בשקנה בדרך מן הדרכים וכו׳ והביאו רבינו לקמן בסעיף י״ד וע״ש: ומ״ש שאפשר לקיימו מפורש ס״פ הפועלים במשנה ובגמרא ואף על פי דבעינן נמי תנאי כפול והן קודם ללאו וכו׳ כדלקמן בסימן רמ״א וסעיף י״א לא הזכיר הרמב״ם ורבינו כאן כי אם שאפשר לקיימו לאורויי דאף על גב דאפשר לקיימו לא סגי בהכי ולא אמר בהא כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו אלא אף על פי דאפשר לקיימו אם נתקיים התנאי נתקיים המקח ואם לא נתקיים התנאי לא נתקיים המקח. וכתב הרמב״ם בין שהתנה המקנה או הקונה עד כאן לא היה לרבינו לכתוב זה בשם הרמב״ם דהא פשיטא היא אלא לפי שהרמב״ם כתבו הביא הדברים בשמו. וכתב עליו וצריך לחלק בדבר וכו׳:

ב וצריך לחלק בדבר וכו׳ כתב ב״י דהרמב״ם לית ליה לחלק בין אם אתני מוכר בין אם אתני לוקח אלא דאם התנו קודם גמר המכר כל תנאי שהתנה איזה מהם קיים ואם לא התנו אלא לאחר גמר המכר לאו כלום הוא אא״כ קנו מידו ועיין לקמן סעיף ט׳ שכתב כן ב״י ע״ש בעה״ת שער מ״ו ח״ג בשם ה״ר יצחק גם כאן כת׳ ב״י כך ע״ש תלמידי הרשב״א שהראשונים פירשו דאין חילוק בין מתנהו מוכר ללוקח וכו׳: ומ״ש כההוא דזבין ארעא לחבריה

שלא באחריות וכו׳ בפרק איזהו נשך סוף (בבא מציעא דף ס״ה): ומ״ש ומיהו כתב הרא״ש דוקא וכו׳ וכיוצא באלו וכו׳ נראה דר״ל ה״ה אפילו לא נתן דמים אלא קודם כל דבר כשהיו עסוקים בענין מכירת קרקע זה בהתחלה התנו ביניהם שהוא מוכר לו קרקע זה שלא באחריות דכיון דמתחלה התנו ביניהם לקנותו שלא באחריות ונתרצו בכך אע״פ שאמר ליה המוכר אחר כך קודם גמר המקח שמקבל עליו אחריות אינו תנאי וכך נראה ממ״ש התוס׳ לשם בתחלת (דף סו) וכ״כ הנימוקי יוסף ע״ש הראב״ד והרשב״א ז״ל ועיין במ״ש הרב המגיד פ״ו ממלוה: כתב ב״י ע״ש תלמידי הרשב״א הא דאמר פטומי מילי בעלמא נינהו ה״מ כשאומר דרך סיפור דברים בעלמא אבל אם א״ל על תנאי כך וכך אני מוכר לך דאי יטרפו לך מגבינא שבחא וכו׳ לאו פטומי מילי בעלמא הוא אלא תנאי גמור עכ״ל. אבל בהגהות מרדכי דפרק איזהו נשך מבואר דהשיב ר״י לרבינו אלחנן דהיכא דאמרינן פטומי מילי נינהו אף על גב דמתני בתנאי כפול לא מהני וע״ש. כתב המרדכי ס״פ הפועלים ע״ש מהר״ם כל תנאי ממון שהתנה עליו מתחלה בשעת מעשה תנאו קיים בלא קנין ומשתעבד מדין ערב בשעת מתן מעות כל היכא דלא גזים וכך פסק מהרי״ק בשורש קצ״ג ומביא בית יוסף כל זה במחודשין סעיף כ׳ וסעיף כ״ט:

ג ואין התנאי מבטל המקח אא״כ התנה וכו׳ כתב הרשב״א בתשובה כל קנין ה״ה כמעכשיו וכל שיש בו זמן ה״ה כמעכשיו וכל שיש בו מעכשיו אין צורך לתנאי כפול וכו׳ ומביאו בית יוסף במחודשים סעיף ט״ז. אבל בתשובת הרא״ש שהביא רבינו סוף סימן רמ״א משמע דאף על גב דכתוב בשטר מעכשיו או כתוב בו זמן דמוכיח עליו דנעשה מעכשיו אפילו הכי בעינן תנאי כפול וכו׳:

ד ומיהו יש דבר שא״צ אפילו להתנות וכו׳ כההוא דזבין וכו׳ בפ״ק דקידושין סוף (דף מ״ט):

ה ומ״ש בשם פרש״י שם כתב רש״י לנכסיה מקרקעי עכ״ל ולמד הרא״ש מפירושו דלא היה צריך לפרש כך אם לא ללמד דדוקא במקרקעי הוא דמהני אם אמר בשעת המכר שלדעת כן הוא מוכר לפי שאין דרך בני אדם למכור קרקעות וכו׳ דדוקא כשלא אמר בשעת המכר כלום אע״ג דגלי אדעתא מעיקרא וגם ידוע לכל שלדעת כן מכר בעינן גילוי דעתו בשעת מעשה המכירה שיאמר שע״ד כך הוא מוכר דדברים שבלב אינן דברים כלל אבל אם גילה דעתו בדבריו בשעת מעשה שלדעת כך הוא מוכר לא נתקיים המעשה אף על גב שלא התנה והבית יוסף כתב וז״ל בפירושי רש״י שבידינו אינו כתוב דבר זה אבל הרא״ש כתב כן בשמו וכו׳ עכ״ל הבין דמ״ש הרא״ש לפי שאין דרך בני אדם וכו׳ הוא לשון רש״י. וליתא דרש״י לא פי׳ אלא לנכסיה מקרקעי והרא״ש הוא שמבאר פי׳ רש״י דר״ל דוקא במקרקעי לפי שאין דרך בני אדם וכו׳ ובכל ספרים שבידינו כתוב פי׳ רש״י לנכסיה מקרקעי וק״ל:

ו ואם פי׳ בשעת המכר וכו׳ עובדא שם (בד׳ נ׳) ופסק כלישנ׳ בתרא וכפי׳ הרא״ש ואם יארע לו סכנה וכו׳ גם זה עובדא לשם ופסק הרא״ש גם בזה כלישנא בתרא וכך פסק רבינו:

ז וכן הדין נמי במוכר חפץ וכו׳ בר״פ אלמנה ניזונית אסיקנא והלכתא זבין ולא אצטריכו ליה זוזי הדרי זביני וס״ל לרבינו דאף על גב דבזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל פרש״י דוקא במוכר קרקעותיו אבל לא במטלטלין התם הוי טעמא לפי שפעמים אדם מוכר מטלטלין אפילו שדעתו לישאר כאן משום דאצטריכו ליה זוזי אף על גב דאנן לא ידעינן לאיזה צורך מכרן אבל כאן דידעינן לאיזה צורך מכר נכסיו אלו לצורך כך וכך השתא ודאי אין חילוק בין מכר מקרקעי למכר מטלטלין כיון דגלי דעתי׳ בשעת מעשה המכירה שמכר נכסיו לקנות בדמיו דבר ידוע ולא אצטריכו ליה זוזי הדרי זביני וזהו שכתב רבינו כאן וכן הדין נמי במוכר חפץ וכו׳ והא דפירש רש״י זבין ולא אצטריכו ליה זוזי מכר שדהו ואנו יודעים שהיה חפץ לקנות שדה פלוני או פרגמטיא פלוני וכו׳ ס״ל לרבינו דלאו דוקא נקט רש״י מכר שדהו דה״ה נמי מכר מטלטלין אלא לפי דעובדא דההוא גברא דזבין ארעא לרב פפא ועובדא דנהרדעא דזבינהו כ״ע לאפדנייהו דמייתי עלה איירי בשדה ובית כתב רש״י בפירושו נמי מכר שדהו ולא דמי להא דבפ״ב דקידושין בההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל. דכתב רש״י לנכסיה מקרקעי עכ״ל. משום דהתם לא היה צריך לשום פירוש דהא פשיטא דבין מקרקעי בין מטלטלי קרינן להו בשם נכסי בע״כ דאתא לאורויי דוקא מקרקעי וכו׳ כדפי׳ לעיל אבל כאן דקאמר תלמודא בסתם זבין ולא אצטריכו ליה זוזי דצריך לפרש מאי האי דקאמר זבין וכו׳ פרש״י מכר שדהו ואנו יודעים וכו׳ ולאו דוקא שדהו דה״ה מטלטלין כך היא דעת רבינו ולפי זה הו״ל לרבינו לומר ור״ח כתב דוקא במוכר קרקע וכו׳ דמשמע דחולק אמ״ש תחלה לא וכתב ר״ח אלא שאין דרכו של רבינו לדקדק בכך כמבואר בהרבה מקומות בספרו ותימא דרבינו כתב ע״ש ר״ח דבמטלטלין המקח קיים ובמרדכי פרק אלמנה ניזונת כתב וז״ל דוקא במקרקעי אבל במטלטלי ספק הוא ואין מוציאין מיד הלוקח כך מצאתי בספר החכמה משם פירוש ר״ח בפרק האומנין עכ״ל וכ״כ בהגהות אשיר״י לשם וי״ל דדברי ר״ח שכתב רבינו נמי הכי דייקי דרצונו לומר דכיון דספק הוא אין מוציאין מיד הלוקח וז״ש אלא כיון שמשך קנה ושוב אין המוכר יכול לבטלו דמדהזכיר משיכה ולא קנייה אחרת גם כתב ושוב אין המוכר יכול לבטלו משמע דדוקא בדמשך דהשתא מוחזק הוא הלוקח ושוב אין המוכר יכול לבטל מטעם ספק משום דאין מוציאין מיד המוחזק בדוכתא דאיכא ספק וכן לעיל סוף סימן ר״ב בדין משוך בהמה זו וקני כלים שעליה פסק רבינו והרמב״ם בסתם דלא קנה הלוקח

דאין מוציאין מיד המוכר דהוא מוחזק ואע״ג דבעיין לא איפשיטא ואינו אלא ספק אפ״ה פסק בסתם והכי נמי בדברי ר״ת הכא כך כוונתו כיון דספק הוא קנה במשיכה ואין מוציאין מידו כנ״ל. הקשה ב״י דהרא״ש בתשובה כלל פ״א דין א׳ כתב דיש מקומות דאפילו גילוי דעת לא בעינן אלא אזלינן בתר אומדנא ודברים שבלב כיון דאיכא אומדנא דמוכח כגון שטר מברחת ובידוע שאם בנו קיים ומתנת ש״מ בכולהו וזבין ולא איצטריכו ליה זוזי וכיוצא בהם. וזה סותר למ״ש התוספות והרא״ש בר״פ אלמנה דבזבין ולא איצטריכו ליה זוזי לא הדרי זביני אלא דוקא היכא שגילה דעתו בשעת המכר דלצורך כך וכך הוא מוכר וצ״ע עכ״ל. ואין ספק דדברי הרא״ש בתשובה אינם אלא על פי פרש״י שכתב וז״ל זבין ולא אצטריכו ליה זוזי מכר שדהו ואנו יודעין שהיה חפץ לקנות שדה פלונית או פרגמטיא פלונית באותם מעות ולא אצטריכו ליה זוזי שחזרו בהן המוכרין עכ״ל משמע להדיא דסבירא ליה דכיון שאנו יודעים שלצורך כך וכך הוא מוכר כגון שגילה דעתו מעיקרא קודם המכר אף על גב דבשעת המכר לא גילה דעתו דלצורך כך וכך הוא מוכר אלא מכר בסתם אפ״ה מאחר שאנו יודעין וכו׳ הדרי זביני דלא דמי להולך מן העיר לילך לא״י דאי לא גלי דעתיה בשעת המכר לא הדרי זביני אף על גב דגלי דעתיה מעיקרא ואנו יודעים וכו׳ כדאיתא פרק ב׳ דקידושין דהתם שאני כיון דלא נשאר בעיר אמרינן מסתמא דהיה דעתו בשעת מכירה למכרה לגמרי והלכך אפילו לא עלה המקח קיים. אבל היכא דנשאר בעיר ולא מכר אלא מפני שהיה צריך לדבר ידוע לקנות בדמיו אפילו לא גלי דעתיה בשעת מכר אלא שאנו יודעים וכו׳ אי לא איצטריכו ליה זוזי הדרי זביני דאומדנא דמוכח הוא דאין אדם מוכר נכסיו אם נשאר בעיר אם לא לצורך גדול וכיון שא״צ למכור אין המכר קיים ודמו לשטר מברחת וכו׳ זאת היא דעת רש״י גם המרדכי פ׳ אלמנה ניזונית כתב כך ע״ש הר״ם בספר יריאים מטעם אחר שיש דברים סתומים שאנו דנין אותם כמפורשים ואזלינן בתר מחשבה דהתם לא מטעם מחשבתו דדברים שבלב אינן דברים אלא מטעם דדבר סתום נדון כמפורש שבאותו דבר לשון העולם מדבר בסתם כדאמר זבין ולא איצטריכו ליה זוזי הדרי זביני וכו׳. וה״פ שסתם המוכרים משום צריכות זוזי מוכרים סתם ואין דרכם לפרש אם לא יצטרך למעות יבטל המקח והוי סתמו כפירושו וכו׳ עכ״ל וכתב כך לפי שהיה תופס פרש״י עיקר וכך היתה דעת הרא״ש בתשובה שפרש״י עיקר ועל פי פירושו כתב כך בתשובה אבל בפסקיו חזר בו וכתב על פי דברי התוספות שהסכימו דאף על פי דבהך דזבין ולא איצטריכו ליה זוזי אמרינן בגמרא בסתם דהדרי זביני אפ״ה צריך לפרש דאין זה אלא כשגילה דעתו בשעת מעשה המכירה שלצורך כך וכך הוא מוכר אבל לא גילה דעתו אלא מכר בסתם לא הדרי זביני וכדאיתא להדיא בפ״ב דקידושין גבי ההוא דזבין אדעתא למיסק לארעא דישראל ולא מפלגינן בין הך דהתם לדהכא כלל. וכפסקיו שהם האחרונים נקיטינן נ״ל: ודוקא דלא איצטריכו ליה זוזי משום דבר שנתחדש וכו׳ אבל אם הוא בעצמו חזר בו וכו׳ כ״כ הרא״ש בפרק אלמנה ניזונית והכי משמע מפרש״י שכתב ולא איצטריכו ליה זוזי שחזרו בהם המוכרים עכ״ל. דלא היה צריך לפרש כך אם לא לאוריי דדוקא בכה״ג אבל אם הוא בעצמו חזר כו׳ וכו׳ לא הדרי זביני וכן פי׳ ה׳ המגיד לדברי הרמב״ם בפי״א ממכירה כשכתב לפיכך אם ירד המטר וכו׳ וז״ל ודוקא כשהמונעים אינם מחמת רצונו אבל לא היה שם מונע אלא שהוא אינו רוצה לעשות קנה הלה שאין זה כדין תנאי גמור וכו׳ עכ״ל וע״ש: ועיין עוד שם במ״ש הרא״ש דג׳ חילוקים בדבר יש דברים דאין מועיל בהן גילוי דעת אלא צריך שיתנה בפירוש וכיון דבעינן תנאי בעינן תנאי כפול ויש דברים שאפילו גילוי דעת אין צריך דאנן סהדי דלהכי אתכוין כגון שטר מברחת ויש דברים דלא בעינן תנאי אלא גילוי דעת בשעת מכר כי הא דזבין ולא אצטריכו ליה זוזי וההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל וכו׳. וכן כתב בתשובה כלל פ״א דין א׳ ובזה אין אנו צריכין למ״ש בית יוסף וז״ל ואיכא למידק בהני עובדי במאי עסקינן וכו׳ והאריך בזה ע״ש הר״ן ודברי הרא״ש הם דברי התוספות בפרק אלמנה ניזונית ופ״ב דקידושין:

ח כתב הרמב״ם מי שהקנה לחבירו והתנה עליו על מנת שתתן מקח זה או תמכרנו לפלוני וכו׳ בפי״א ממכירה וכ׳ ה׳ המגיד זה פשוט דכל תנאי שבממון תנאו קיים ונלמד מהסוגיא שאמרו בפרק המגרש ה״ז גיטך על מנת שתינשא לפלוני ה״ז לא תינשא לו ואמרינן בגמרא מאי טעמא גזירה שמא יאמרו נשיהם נותנים במתנה זה לזה וגבי ד״מ ליכא למיחש להך גזירה עכ״ל. ונ״ל להוסיף על דבריו דאף על גב דפשיטא הוא כיון דבד״מ ליכא חששא דגזירה ולא היה צריך לכתבו דצריך לקיים התנאי אפילו הכי אתא לאשמועינן חידושא דתנאי זה אפשר לקיימו הוא ולא אמרינן דכיון דאם פלוני לא יקבל ממנו מקח זה במתנה ולא ירצה לקנותו ע״כ לאו בידו הוא והתנה בתנאי שאי אפשר לקיימו על כל פנים אלא אמרינן שפיר הו״ל תנאי שאפשר לקיימו מצד עצמו אם פלוני רוצה לקנותו או לקבל מתנה זו. ובזה יש ראיה מהך דהמגרש דלא אמרינן דא״צ לקיים התנאי ואסורה לינשא לפלוני אלא משום גזירה אבל לא מטעם דהוה ליה תנאי שאי אפשר לקיימו דשמא פלוני לא יתרצה לישאנה אלא ודאי דלא בעינן אלא דיהא אפשר לקיימו מצד עצמו:

ט מכר קרקע והתנה המוכר וכו׳ בפ׳ א״נ סוף (דף ס״ה) מכר לו בית מכר לו שדה וא״ל לכשיהיה לי מעות החזירם לי אסור (פי׳ דא״ל מוכר ע״מ כן אני מוכר לך דכיון שהתנה אין זה מכר ואסור לאכול פירות) לכשיהי׳ לך מעות אחזירם לך מותר (פי׳ הלוקח א״ל מאליו כן מותר) ומפרש רבא בדא״ל מדעתיה (דהלוקח א״ל אם ארצה אחזירם ולא שתתבעני בדין הלכך מותר לאכול פירות דאי נמי חזר וקיבל מעותיו עד עכשיו שלו היתה וחוזר ומוכרה

לו אבל רישא שעל כרחו רצה להחזיר מעיקרא לאו מכר הוא) ובתר הכי מפרש תלמודא דאף על גב דלא אמר הלוקח בפירוש מדעתי נעשה כמאן דא״ל מדעתי דכיון דמוכר בעי ליה לאתנויי שיחזיר לו השדה כשיהיה לו מעות ולא אתני והלוקח קא״ל מנפשיה אף על גב דלא אמר בפירוש מדעתי כמאן דפריש דמי ואין עליו לכיפו הלכך אי נמי מהדרינה השתא הוא דהדר זבין להו ורבינו מפרש דיש לחלק בדבר דכשמכר לו סתם והלוקח א״ל מנפשיה אחזירנו לך כשתרצה היינו פשט הסוגיא דנעשה כמאן דא״ל מדעתיה ואין כאן תנאי כיון דהמוכר לא התנה כלום.

י אם המוכר התנה עליו תחלה וא״ל הלוקח כן אעשה איכא כאן תנאי גמור אא״כ דא״ל הלוקח כן אעשה אם לא תשתנה דעתי וכו׳ דהכא צריך הלוקח לפרש ולומר מדעתי והיינו דקאמר רבא סיפא דאמר ליה מדעתי דמשמע בדא״ל בפירוש מדעתי דמיירי בכה״ג והא דמוקי לה תלמודא בתר הכי דנעשה כמאן דא״ל מדעתי אין זה אלא כשלא התנה המוכר כלום ולא אמר ולא מידי אלא דהלוקח מעצמו אמר ליה כשיהיה לך מעות אחזירם לך אין זה תנאי אפילו לא אמר בפירוש מדעתי דנעשה כמאן דאמר מדעתי ומדברי הרא״ש בפסקיו למד רבינו לפרש כך וע״ש:

יא לשון הרמב״ם ז״ל מכר לו סתם וכו׳ ואיני מבין דבריו וכו׳ ולא קשיא ולא מידי הרמב״ם מפרש סיפא דומיא דרישא דכי היכי דברישא כשא״ל המוכר לכשיהיה לי מעות החזירה לי אסור מיירי כשהתנה המוכר תנאי גמור בשעת מכירה אף סיפא בדא״ל לוקח לכשיהיה לך מעות אחזירם לך דמותר מיירי במחייב עצמו בתנאי גמור דהיינו בדקנו מיניה שיחזירנה למוכר אלא דמיירי בדא״ל מדעתי פירוש השדה קניתי ממך בסתם בלא תנאי אלא שמרצוני הטוב אנכי חוזר ואמכור לך השדה כשתביא לי המעות וקנו מיניה ומש״ה אע״פ דחייב להחזיר לו השדה מותר לאכול פירות וכ״כ בהגהות אשיר״י לשם וז״ל ור״ח פי׳ סיפא שמכר לו מכירה גמורה ואחר כך נתנדב הלוקח מעצמו והבטיח למוכר וא״ל לכשיהיה לך מעות אחזירם לך מותר והוא דקנו מיניה דהאי עכ״ל. ולא קשה על מה שלא פירש כך הרמב״ם להדיא דכבר נודע דרכו דאינו משנה לישנא דתלמודא וכיון דתלמודא נקטה בסתם גם הוא כתבה בסתם והב״י האריך בזה וגם הוא פי׳ כן ע״ש. ונראה דגם מ״ש הרמב״ם קודם זה וז״ל וכן המוכר או הלוקח שהתנה שיחזיר לו המקח בזמן פלוני או כשיתן לו המעות הרי המכר קיים ויחזיר כשהתנה עכ״ל. ומשמע דהמכר קיים לגמרי והלוקח אוכל פירות היינו כשקנה הקרקע בסתם בלא תנאי ואח״כ התנה המוכר או הלוקח שיחזיר לו המקח קרי ליה מקח לפי שכבר לקחה בסתם והתנה אח״כ וקנו מידו לקיים התנאי הרי המכר קיים ויחזיר כשהתנה ומ״ש הרב אחר כך מכר קרקע לחברו והתנה וכו׳ מיירי דבשעת מכירה קודם גמר המקח או בהתחלה התנה שיחזיר לו הקרקע כשיביא לו המעות הרי הפירות של מוכר וכך משמע להדיא בדברי ה׳ המגיד ומהרו״ך נדחק בפירושו ודחה דברי ה׳ המגיד ושארי ליה מאריה ועיין במ״ש ה׳ המגיד פ״י ממלוה בדין זה:

יג הלוהו על שדהו וכו׳ משנה בפ׳ א״נ הלוהו על שדהו וא״ל אם אי אתה נותן לי מכאן ועד ג׳ שנים ה״ה שלי ה״ה שלו וכתב רב אלפס ואוקימנא למתניתין בדא״ל קני מעכשיו אבל אי לא א״ל קני מעכשיו לא קני דכל דאי אסמכתא היא ולא קניא וכתבו התוספות והרא״ש ואף על גב דבפרק ד׳ נדרים מוכח דאסמכתא לא קניא במעכשיו אלא בבית דין חשוב האי אסמכתא עדיפא לפי שהקנה לו המשכונא על מעותיו והוי כעין מקח וממכר וגם עשה לו טובה בהלואה הילכך בדעתו לקיים התנאי שיהא שלו אחר ג׳ שנים ולא להסמיכו על דבריו אמר כן ור״ת מחלק משום דתפיסה דהכא עדיפא שהקרקע ביד המלוה עצמו אבל בנדרים התפיסה ביד בית דין ותפיסה דגט פשוט ביד שליש עכ״ל וכך הם דברי רבינו: ומ״ש והוא שוה יותר. הכי משמע בפרש״י דלא הוי אסמכתא אלא כשהוא שוה הרבה התם הוא דקאמר דהבטחה בעלמא היא לסמוך על דבריו שאם לא ימלא דבריו יתן לו שוה מאתים במנה והכי משמע בפלוגתא דרב הונא ור״נ בשעת מתן מעות קנה הכל וכו׳ מיהו התוס׳ והסמ״ג ומרדכי פ׳ ז״ב והג״מ פ״ח דשכירות תופסין דעת הרמב״ם דאפילו לא גזים ולא אמר מילתא יתירתא הוי אסמכתא ועיין בב״י בד״ה והוי יודע דבפרק איזהו נשך וכו׳: ומ״ש ואם בתחלה כשלוה ממנו הקפיד שלא למשכן אלא שדה זו וכו׳. שם מימרא דרב פפא אי קפיד בארעא ודאי קני ופירש בה רבינו כפירוש התוס׳ והרא״ש דלא כפירוש רש״י: ואם אמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו וכו׳. שם מימרא דרב פפא וכפירש״י וכטעם שנתן הרא״ש דכיון שאינו יכול להגבותו ממקום אחר וכו׳ חשוב כקנוי מידו אפילו לא אמר לו מעכשיו ועיין בב״י כתב עוד פי׳ אחר: וכל היכא שלא קנה השדה וכו׳. שם א״ר נחמן השתא דאמור רבנן אסמכתא לא קניא הדרא ארעא והדרי פירי ודברי רבינו בהך סוגיא כמו שפירש הרא״ש בפסקיו והיא דעת התוס׳ לשם וכבר האריך ב״י בזה ועיין במ״ש בסוף סימן זה ע״ש הריטב״א:

יד כתב הרמב״ם בד״א וכו׳. בפי״א ממכירה כתב ה׳ המגיד שהרבה חולקים על הרמב״ם ועיקר ראייתם מדתנן הלוהו על שדהו וכו׳ דמשמע שהחזיקו למלוה בשדהו וכדפי׳ רש״י לשם להדיא ומלוה נמי אוכל פירות משמע ואפ״ה אמרינן דוקא בדא״ל מעכשיו הא לאו הכי לא קנה ויש ליישב דהרמב״ם מפרש להך דהלוהו על שדהו בשלא החזיקו למלוה בה היא ומשום הכי דוקא בדא״ל מעכשיו אי נמי אפילו בשהחזיקו למלוה בה ומיירי דהמוכר אוכל פירות ולפיכך לא קנאו מלוה לאחר ג׳ שנים אלא דוקא בדא״ל מעכשיו וכתב הרב המגיד שכן כתב הרמב״ן לדחות ראיה זו אבל מכל מקום הוא חולק

על הרמב״ם מכח התוספות דאפילו במה שבידו שייך דין אסמכתא וכו׳ עכ״ל וא״ת אע״ג דיש לדחות ראיית החולקים מ״מ מנ״ל להרמב״ם להורות כך דבמה שבידו לא שייך דין אסמכתא ויש לומר דהרמב״ם אזיל לטעמיה דכל האומר קני מעכשיו וקנו מידו על כך אין כאן אסמכתא כלל וקנה אע״פ שאינו מוחזק בבית או בשדה אלא שקנו מידו במעכשיו כמו שיתבאר בסעיף י״ט בס״ד ואם כן כשהוא מחזיקו מעתה למה לא יועיל יותר משא״ל מעכשיו והלא חזקה זו מעכשיו הוא מחזיק בו וכך כתב הרב המגיד לשם עוד כתב דהרמב״ם מחלק דבהלוהו על שדהו לא החזיק בשדה ע״ד לקנותו שהרי הוא מוחזק כבר מחמת מעותיו שהלוהו ונמצא שלא נוסף לו דבר מחמת שהוא מקנה לו אחר ג׳ שנים ומש״ה דוקא בדא״ל מעכשיו אבל כשהחזיקו המקנה ע״ד לקנות הדבר אם יתקיים התנאי שזה קנין חזק הוא אין בזה דין אסמכתא עכ״ל:

טו ומ״ש לפיכך הנותן ערבון וכו׳. ברייתא פ׳ הזהב דר׳ יוסי אמר נתקיימו תנאים ר״י לטעמיה דאמר אסמכתא קניא רבי יהודא אמר דיו שיקנה כנגד ערבונו ומפרש הרמב״ם דהמוכר מקבל עליו קנס שאם יחזור בו יתן לו קרקע שוה כפל כנגד ערבונו ונחלק ר׳ יהודא על זה ואמר דיו שיהא קונה הלוקח בקרקע כנגד ערבונו אבל בא זכה בקנס שקיבל המוכר לכפול ערבונו אבל אם חוזר בו הלוקח מודה ר׳ יהודא דערבונו מחול לו דזכה המוכר במה שתחת ידו:

טז ומ״ש וכן כל תנאים וכו׳. כלומר לא מיבעיא דבהתנו כך בדברים בלא עדים ושטר דלא קנה באסמכתא אלא אפילו בעדים ושטר ואף ע״פ שקיים התנאי לא גמר והקנה אלא אסמכתא היא כיון שלא החזיקו בה מיד: ומ״ש והראב״ד השיג עליו וכו׳. וכן פרש״י שאף הלוקח אינו מוחל אם חוזר בו. וטעמם דס״ל כדעת החולקין דשייך אסמכתא אפילו הוא תחת ידו ואע״ג שיאמר אם אני חוזר בי אני מוחל לך ערבונך לא אמר כך אלא דרך קנס לסמוך על דבריו אבל אינו מוחל לו דכללא הוא דכל דאי בקנס אסמכתא היא ולא קניא אם לא דא״ל מעכשיו וכפי מה שיתבאר: ומ״ש ובמה שכתב אם יהיה ולא יהיה ולא חילק בין היכא שהוא בידו אם לאו תימה דבגמרא מחלק בזה. פי׳ דבס״פ א״נ (סוף דף ע״ג) אמרינן במי שנותן לחבירו דמים לקנות לו יין בזול והתנה עמו שאם לא יקנה לו יפרע משלו אסמכתא היא ולא קניא הואיל ולא קנו מידו ופרכינן מ״ש מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא ומשני התם בידו הכא לאו בידו ומיהו יש לפרש דהרב רבינו משה בר מיימוני ס״ל דלפי האמת לא קיי״ל כהך שינויא אלא כסוגיא דפ׳ המקבל דמוכח התם דטעמא דהך דאוביר משום שכך כותב לו וכתנאי ב״ד דמי ומשום הכי אע״פ שלא כתב ככתב דמי וכדכתב ה׳ המגיד בפ״ח מה׳ שכירות בשם רב האי גאון והר״י אלברצילונ״י והרמב״ן והרשב״א אבל בעלמא הוי אסמכתא ואין חילוק בין בידו בין לאו בידו וב״י נדחק ליישב דעת הרמב״ם בזה כאשר יראה הרואה ומה שכתבנו נראה קרוב: ומ״ש ור״י חילק וכו׳. כ״כ התוס׳ בפ׳ א״נ ובפ׳ זה בורר בשמו: ומ״ש לפיכך כשהמוכר מקנה ללוקח וכו׳. כלומר אע״פ שמתנה בדבר שביד הלוקח לעשות ולא גזים לאו בלוקח תליא מילתא אלא במאן דמקנה ומתנה התנאי לצרכו וכיון דהמוכר מקנה ומתנה ע״ת כך וכך הויא אסמכתא כיון שקיום התנאי אינו בידו אלא ביד הלוקח ולא דמי למשחק בקוביא דאינו ביד שניהם כלל ואדעתא דהכי קא עבדי שירויחו או זה או זה התם ודאי גמר ומקני אבל הכא דהוי בידו של לוקח ואינו בידו של מוכר שמקנה ע״ת כך וכך לא גמר ומקני אלא שסמכו על דבריו ותופס רבינו בזה סברת הרמב״ם שכתב אבל אם התנה ואמר אם תלך למקום פלוני ביום פלוני או תביא לי דבר פלוני וכו׳ לא קנאו שזו אסמכתא היא וכולי וכתב ה״ה המגיד שם שכך היא דעת הר״י ן׳ מיגא״ש ז״ל אבל הרמב״ן חלק על זה ואמר דאין דין אסמכתא אלא כשתולה המקנה בדעת עצמו אם לא באתי אם לא אלך אם לא אעשה כך וכך דסבור לקיים תנאו ואחר כך לא קיים ומעיקרא לא גמר ומקנה אבל כשהמקנה תולה תנאו בדעת הקונה אם תלך אם תעשה לי דבר פלוני כיון דלא ידע אי עביד לה אם לאו לאו אסמכתא היא וגמר ומקנה וכבר האריך בית יוסף להביא דברי הרמב״ן במ״ש בזה בפרק גט פשוט ותמה על רבינו ואין כאן תימה שדעת רבינו כדעת הרמב״ם והר״י ן׳ מיגא״ש ומ״ש ב״י שאין כן דעת התוספות והרא״ש לא ידעתי למה כתב כך כי אין גילוי בדבריהם היפך זה דממשחק בקוביא אין ראיה כלל כדפרישית וכדמוכח מדברי רבינו שכתב דברי ר״י דבמשחק בקוביא אין בו דין אסמכתא וכשהמוכר מקנה ללוקח על תנאי אם תעשה לי דבר פלוני הוי אסמכתא מיהו נראה דאע״ג דהרמב״ם כתב דין זה בסתם דאף בתולה בדעת אחרים איכא אסמכתא יש לחלק בדבר דדוקא היכא דקאמר מילתא יתירתא וגוזמא כגון דהבית שוה מנה ואמר ליה אתן לך בית זה אם תלך למקום פלוני או תעשה לי כך וכך וההליכה והעשייה אינו שוה אלא דינר אחד התם הוא דלא קנה דהדבר ידוע ומשמע דבריו דלא אמר כך בדוקא אלא דרך אסמכתא כמשחק ומהתל ואפילו הכי היכא דהחזיקו בו עתה אם קיים תנאו אפילו אינו שוה אלא דינר והבית שוה מנה קנה אבל אם לא החזיקו בו עתה לא קנה דהוה ליה אסמכתא אבל אם היה תנאי זה כמנהג העולם שמתנה אדם עם חבירו ואומר לו אם תעשה כך אף אני אעשה כך וכך דמשמע שאומר ומתנה בדוקא ודעתו הוא בקיום המעשה אין זה אסמכתא והיינו תנאי דבני גד ובני ראובן אם יעברו ונתתם שדעתם של משה וישראל היתה שיעברו ושתנתן להם ארץ הגלעד ולפי שהוא דבר פשוט לא היה צריך הרמב״ם לפרש אותו וכ״כ כל הגדולים דלא הוי אסמכתא אלא כשאומר התנאי בדרך קנס דמשמע דבריו שאינו אומר בדוקא וה״ה באומר דרך גוזמא ומילתא יתירתא הוה ליה כאילו אומר בדרך קנס וכאילו היה משחק ומהתל וכבר האריך בזה בית יוסף והביא דברי הרשב״א וספר החינוך ודברי נימוקי יוסף והר״ן שכתבו כן ואם כן לפי זה צריך גם כן לפרש

דברי הרמב״ם דיש לחלק בדבר וכדפי׳ וב״י לא פי׳ כן דברי הרמב״ם ולפעד״נ עיקר כדפירשתי ולקמן בס״ס רמ״א הביא רבינו תשובת הרא״ש משמע להדיא דס״ל כדפי׳ ע״ש. אמנם בדברי רבינו צ״ע שכתב לפיכך כשהמוכר מקנה ללוקח וכו׳ דכיון דתופס דברי ר״י אם כן האי לפיכך דקאמר מיירי בדלא גזים וליכא מילתא יתירתא דאי גזים אפילו היה תלוי ביד המוכר הויא אסמכתא אלא ודאי בדלא גזים אלא כי הך דאוביר אשלם במיטבא ואפ״ה קאמר בתולה בדעת אחרים הוי אסמכתא מטעם דלא הוי בידו וקשיא טובא א״כ היאך נמצא ידינו ורגלינו על כל תנאי בני אדם זה עם זה שכולם בלשון אם הם ותולה בדעת חבירו וכך התנו משה וישראל עם בני גד וב״ר אם יעברו ונתתם וי״ל דסובר רבינו דבתנאי בני אדם זה עם זה צריך ליזהר שיהיה בדרך שלא יהא בו חששא דאסמכתא כגון במעכשיו או קנין בב״ד חשוב ומתנאי בני גד ובני ראובן ודאי ל״ק דהתם הוי משה וישראל ולא הוי ב״ד חשוב בישראל מעולם כמוהו אי נמי דהוי במעכשיו אי נמי כל דין אסמכתא דלא קניא אינו אלא מדרבנן אבל דאורייתא ודאי אסמכתא קניא כי היכי דערב משתעבד דאורייתא בלשון אסמכתא וכדכתב רבינו לעיל תחילת סימן קכ״ט והשתא ליכא קושיא מבני גד וב״ר דהתנאי היה חל דבר תורה אפילו את״ל דהוי אסמכתא זה נראה לומר לדעת רבינו והתיישבו הדברים על אמתתם ובזה נתיישבו גם דברי הרמב״ם בטוב טעם ואין צורך לחלק בדבריו הסתומים כמ״ש בתחילה גם התיישב דלא קשה מדרך בני אדם שמתנים זה עם זה וכך עמא דבר בכל תנאים שמתנים זה עם זה ליזהר שלא יהא בו חששא דאסמכתא ותימה מהגדולים שהתעוררו על ספק זה ול״ק ולא מידי ואולי הניחו לי מקום להתגדר בו:

יט וכתב הרמב״ם כל האומר מעכשיו וכו׳ בפי״א: ומ״ש ואם קנו מידו בב״ד חשוב קנה וכו׳. ג״ז שם והרמב״ם לא כ׳ דברים אלו סמוכים כמו שהעתיקם רבי׳ אלא הפסיק בין זה לזה בכמה חילוקי דינים ורבינו הסמיכם יחד לאורויי דהרמב״ם ס״ל דאסמכתא בקנית באחד משני דרכים או שקנו מידו במעכשיו אם לא באתי מכאן עד ל׳ יום קנה בית זה וכו׳ או כשמסר שטרותיו ביד בית דין וקנו מידו בב״ד חשוב והך דקנו מידו במעכשיו איתיה בפרק איזהו נשך דתנן הלוהו על שדהו וכו׳ ונתבאר לעיל סעיף י״ג והך דמסר שטרותיו בב״ד וכו׳ איתיה בפרק ד׳ נדרים ההוא גברא דאתפיס זכוותיה בב״ד וכו׳ ואסיקנא והלכתא אסמכתא קניא והוא דלא אניס והוא דקנו מיניה בב״ד חשוב וכתב האלפסי בפ׳ ג״פ וקאמר גאון דהאי דינא ליתיה אלא במתפיס זכוותיה בלחוד ומסתברא כוותיה עכ״ל ולדעת הרמב״ם ה״פ האי דינא דאסמכתא קניא בב״ד חשוב ליתיה כלומר לא מהני ולא קנה אא״כ דמתפיס נמי זכוותיה בב״ד אבל אי לא מתפיס זכוותיה בב״ד לא קנה אפילו קנו מיניה בב״ד חשוב וזהו שכתב הרמב״ם אסמכתא שקנו מידו בב״ד ה״ז קנה והוא שיתפיס זכוותיה בב״ד וכו׳. ומדברי הריב״ש בסימן של״ה מבואר דלהרמב״ם הגאון כך אמר דהאי דינא דמהני קנין בב״ד חשוב ליתיה בעלמא דאפילו קנו מיניה בב״ד חשוב הוי אסמכתא אלא דוקא במעכשיו וקנו מיניה לא הוי אסמכתא אבל קנין בב״ד חשוב לא מהני אלא דוקא במתפיס זכוותיה דשלא מדעתו ורצונו הזקיקוהו לכך הילכך בעינן ב״ד חשוב לאפקועי ממונא ומהני בלא מעכשיו וכן פירש ה׳ המגיד ויש להקשות דבהך דהלוהו על שדהו אמרינן בגמרא דבדא״ל קני מעכשיו קנה אפילו לא קנו מידו על כך וכ״כ הרמב״ם בפ״ו ממלוה וכאן כתב הרמב״ם דבמעכשיו לחודיה לא מהני אלא א״כ קנו מידו וי״ל דבהלוהו על שדהו כיון דהחזיקו בה בשעת מתן מעות הילכך א״צ שיקנו מידו ואפ״ה בעינן מעכשיו כדי שיהא נוסף בו דבר מחמת שהוא מקנה לו אחר ג׳ שנים כמ״ש ה׳ המגיד וכתבתיו לעיל סעיף י״ד אבל היכא דלא החזיקו בה מיד בעינן מעכשיו ובעינן ג״כ דקנו מידו דבמעכשיו לחוד ליכא קנייה ובקנו מידו לחוד אע״ג דאיכא קנייה מ״מ הכא דקאמר אם לא באתי מכאן עד ל׳ יום לא משמע לאינשי דקני מעכשיו אלא לאחר ל׳ יום הילכך צריך לפרש דקנו מידו דליקני מעכשיו אם לא יבוא לאחר ל׳ יום אבל בעלמא כשמקנה סתם בלא תנאי סתם קנין הוי במעכשיו וא״צ לפרש מעכשיו וכ״כ הריב״ש בסימן של״ה: ומ״ש וכ״כ א״א הרא״ש וכו׳. נראה דהכי פירושו דגם הרא״ש כתב כמו הרמב״ם דאסמכתא נקנית באחד משני דרכים או בקנו מיניה בב״ד חשוב או במעכשיו קונה בלא ב״ד חשוב אלא דבזה חולק על הרמב״ם דאילו להרמב״ם אפילו קנו מידו בב״ד חשוב בעינן נמי שיתפיס זכוותיה בב״ד אבל אי לא התפיס שטרו בב״ד לא מהני קנו מידו בב״ד חשוב אבל להרא״ש אם קנו מידו בב״ד חשוב קונה אפילו לא התפיס שטרו וטעם מחלוקת זו דלהרמב״ם וע״פ דברי הגאון האי דפסק תלמודא והלכתא אסמכתא קניא והוא דקנו מיניה בב״ד חשוב קאי אעובדא דההוא גברא דאתפיס זכוותיה בב״ד דבאתפיס זכוותיה בעינן ב״ד חשוב ומשמע דבלא אתפיס זכוותיה לא מהני ב״ד חשוב והרא״ש כתב בפ׳ ג״פ על דברי הגאון וז״ל והתוס׳ פסקו דאפילו בלא מתפיס זכוותיה קניא אסמכתא בב״ד חשוב וס״ל לפרש דהא דפסיק תלמודא הלכתא אסמכתא קניא והוא דקנו מיניה בב״ד אכל דין אסמכתא קאי דמהני בהו כשקנו מיניה בב״ד חשוב אפילו לא אתפיס זכוותיה בב״ד והא דכתב רבינו ע״ש הרא״ש דבמעכשיו הוא קונה אפילו בלא ב״ד חשוב אינו אלא באסמכתא דהלוהו על שדהו דלא דמי לכל שאר אסמכתא חדא דעדיפא טפי לפי שתחלת המשכנתא הוי קצת כעין מקח וממכר כשהקנה לו הקרקע להשתעבד לו על מעותיו בתורת משכון ולא דמי להך דאתפיס זכוותיה בב״ד דליכא התם כעין מקח וממכר ותו דגם עשה לו טובה בהלואה ולא דמי לערבון דפ׳ הזהב דאע״ג דהוי מקח וממכר לא עשה לו טובה והך דאתפיס זכוותיה אע״ג דגם כן עשה לו טובה שהלוה לו מ״מ אין שם מקח וממכר כלל הילכך בעינן דקנו מיניה בב״ד חשוב אבל בהלוהו על שדהו וכו׳ דאיכא תרתי דהוי כעין מקח וממכר וגם עשה לו טובה הילכך במעכשיו לחוד קנה וכ״כ הרא״ש בפ׳ איזהו נשך וזהו דכתב רבינו ע״ש

הרא״ש דאם קנו מיניה בב״ד חשוב או מעכשיו קונה כלומר בב״ד חשוב בשאר כל אסמכתא או מעכשיו בהלוהו על שדהו דבזה אינו חולק הרא״ש על הרמב״ם אלא דמכל מקום חולק על מה שכתב הרמב״ם דבעינן שיתפיס שטרותיו בבית דין ולהרא״ש אפילו לא התפיס שטרותיו בבית דין קנה כדפרישית וע׳ במ״ש למעלה בסימן נ״ד ובסימן כ״א. ומ״ש רבינו על שם הרא״ש או במעכשיו בסתם לצדדין קאמר במעכשיו בלא קנו מידו כגון בהלוהו על שדהו וכו׳ שהחזיקו בשדה עתה מיד או אפילו לא החזיקו אלא שקנו מודו וגם אמר במעכשיו וכ״כ הרא״ש בתשובה הביאו רבינו בסימן ע״ג סעיף י״ד דע כי אסמכתא היא ואינה נגבה אלא בקנין ומעכשיו ובב״ד חשוב עכ״ל ור״ל דבקנין ומעכשיו היכא דלא החזיקו בו עתה א״כ בלא מעכשיו אלא בקנין ובב״ד חשוב והאי ובב״ד חשוב פי׳ או בב״ד חשוב ותשובה זו כתבה רבינו בסימן זה סעיף כ״ג וז״ל ואסמכתא לא קניא אלא באומר מעכשיו ובב״ד חשוב כלומר או בב״ד חשוב וכן נראה לפרש הא דכתב רבינו בסימן קי״ג בדין הקנה לו מטלטלי אג״ק דצריך לכתוב דלא כאסמכתא דאם א״ל מעכשיו א״צ לפרש דלא כאסמכתא שכל קנין מעכשיו קונה אפילו באסמכתא ובב״ד חשוב פירושו או בב״ד חשוב וכדכתב הכא דלהרא״ש בקנו מידו בב״ד חשוב או במעכשיו קונה וכ״כ רבינו בסימן קל״א סעיף י״ד שכל קנין מעכשיו אין בו משום אסמכתא ואע״ג דלא כתב כן אלא לפרש דברי הרמב״ם מ״מ משמע מדבריו מדלא כתב דלדעת הרא״ש אינו כן אלא בעינן נמי ב״ד חשוב אלמא דאין בזה מחלוקת דגם הרא״ש תופס כך דבקנו מידו ובמעכשיו קנה בלא ב״ד חשוב וכן בקנו מידו בב״ד חשוב ולא א״ל מעכשיו נמי קנה מלבד בהלוהו על שדהו וכו׳ דבמעכשיו לחוד בלא קנו מידו כלל וליכא נמי ב״ד חשוב קנה כדפי׳ ותדע דהכי הוא דאל״כ אלא להרא״ש בכל דוכתא בעינן דקנו מיניה בב״ד חשוב א״כ למה לי דאמר מעכשיו הלא לא קאמר תלמודא אלא והלכתא אסמכתא קניא והוא דקנו מיניה בב״ד חשוב ומנ״ל דצריך לומר עוד מעכשיו אלא ודאי כדפי׳ דאו בב״ד חשוב קאמר ודוק:

כ כתב הרמב״ם כשהיו רוצין חכמי ספרד וכו׳. תימה דלמה הוצרכו לכך הלא פסק הרמב״ם דכל האומר קני מעכשיו וקנו מידו אין בו אסמכתא כלל אפילו באומר אתן לך כמ״ש רבינו בשמו בתחלת י״ט מטעם שאילו לא גמר לו להקנותו לא הקנהו מעכשיו וא״כ ג״כ כשהקנה לו בקנין להתחייב לו מנה מעכשיו אם תעשה כך וכך אין בו אסמכתא ונ״ל דלפי דבפרק ד׳ נדרים אסיקנא והלכתא אסמכתא קניא והוא דקנו מיניה בב״ד חשוב וחכמי ספרד מפרשים דלא קאי בדוקא אעובדא דלעיל מיניה היכא דאתפיס זכוותיה אלא אכל שאר אסמכתות קאי דבכולן בעינן דוקא דקנו מיניה בב״ד חשוב וכיון דכל קנין הו״ל כאילו מעכשיו כדאיתא בנדרים פ׳ השותפין ואפ״ה בעינן ב״ד חשוב אלמא דבקנו מידו ובמעכשיו נמי לא מהני בלא ב״ד חשוב דכיון דכל קנין הוי במעכשיו אין חילוק בין א״ל מעכשיו ללא א״ל מעכשיו אם לא בהלוהו על שדהו וכו׳ דהתם הוא דאמרינן דאפילו בלא ב״ד חשוב ולא קנו מידו אלא דא״ל מעכשיו קנה מטעם שנתבאר בסמוך סעיף י״ט אבל בעלמא לא קנה אלא א״כ קנו מידו בב״ד חשוב דוקא ואפילו בדא״ל מעכשיו והיה דבר קשה להקנות בב״ד חשוב בכל פעם על כן היו עושין כך קונין מזה שהיה חייב לו מאה זהובים וכו׳ דהשתא ליכא למ״ד דליהוי דין אסמכתא גבי מחול לך ואע״ג דקיי״ל מחילה א״צ קנין הצריכו הכא קנין משום דחששו למ״ש ה״ר ישעיה שהביא רבינו לעיל בסימן י״ב דבמחול לך ותפיס שטרא צריך קנין והצריכו ג״כ דיאמר מעכשיו משום דחששו לאותן מפרשים דיש קנין בלא מעכשיו כמ״ש הרב המגיד לשם באותו פרק והשתא ניחא דאע״ג דלהרמב״ם מדינא אפילו באתן לך קנה בקנו מידו ובמעכשיו בלא ב״ד חשוב ואין ספק דכך תפסו חכמי ספרד להלכה מ״מ לענין מעשה חששו להך פירושא דקצת גדולים כדכתיבנא דלפי פי׳ זה לעולם לא קנה אא״כ דקנו מידו בב״ד חשוב ולפיכך כ׳ הרמב״ם מנהגם לאורויי דלכתחלה יש לנהוג כך לאפוקי נפשינו מפלוגתא אבל בדיעבד הדין הוא כמ״ש תחלה דבמעכשיו וקנו מידו אע״ג דליכא ב״ד חשוב או בקנו מידו בב״ד חשוב בלא מעכשיו קנה מדינא אפילו באתן לך זה נ״ל ישר ונכון לפרש בדברי הרמב״ם ועיין בב״י שהביא מ״ש הרב המגיד והקשה עליו ופי׳ בדרך אחר:

כא וא״א הרא״ש כתב שקנס שעושין בשידוכין וכו׳. בתשובותיו ובפסקיו פ׳ ד׳ נדרים והוא מדברי ר״י בפ׳ איזהו נשך ובכמה מקומות ועי׳ באבן העזר סוף סימן נ׳ ובמ״ש לשם בס״ד:

כב ושנים שהתנו ביניהם וכו׳. כן כתבו התוס׳ והרא״ש בפ״ק דקדושין אהא דאמרי׳ התם מנה אין כאן משכון אין כאן ואע״ג דהם כתבו דין זה בעושין שידוכין שינה רבינו דבריהם וכתב שנים שהתנו ביניהם משום דבסמוך כתב המסקנא שכתב הרא״ש דבשידוכין אע״ג דגזים לא הוי אסמכתא כלל וע״ל בסימן ק״ץ סעיף ט׳ ובסימן ר״ד סעיף ה׳: ומ״ש דלא כאסמכתא ובב״ד חשוב. צריך למחוק הוי״ו וכ״כ באשיר״י דלא כאסמכתא בב״ד חשוב כלומר הקנין יהא בדרך שלא יהא בו אסמכתא דהיינו דקנו מידו בב״ד חשוב. ויש להקשות במ״ש דאם א״ל תזכה בכך וכך ממון בגוף חפץ זה דקנה ומאי שנא מהך דא״ל ערבוני מחול לך דמקנה לו הערבון שיהא חלוט לו ואפ״ה להראב״ד ורש״י לא קנה דהוי אסמכתא כדכתב לעיל בסעיף ט״ז וי״ל דהתם ה״ט דלא קנה דלא גמר ומקנה לו הערבון אלא אדעתא דהכי שאם יחזור בו המוכר יכפול לו ערבונו וכיון דאין התנאי קיים לגבי הכפל ג״כ אינו קיים לגבי קנין הערבון לבדו אבל כאן ששניהם שוין זה כמו זה אמרינן כל אחד גמר ומקני לחבירו שאם יהא חוזר בו יקנה לו בגוף החפץ כך וכך. וע׳ בב״י בד״ה ומ״ש לפיכך הנותן ערבון וכו׳:

כג וששאלת שטר שכתוב בו וכו׳ אלא באומר מעכשיו ובבית דין חשוב וכו׳. כבר כתבתי בסמוך דר״ל דקנו מיניה ואמר מעכשיו או דקנו מיניה בב״ד חשוב אבל אין לפרש דר״ל באומר מעכשיו ובב״ד חשוב ובדלא קנו מידו דא״כ אין כאן קנייה כיון שאין שם אלא דברים בעלמא ותו דבסימן ע״ג סעיף י״ד כתב רבינו תשובה זו וכתוב בה אלא בקנין ומעכשיו ובב״ד חשוב וכ״כ בגוף התשובה סוף כלל ע״ב וז״ל ואסמכתא לא קניא אלא בקנין מעכשיו ובב״ד חשוב. עוד נראה דקרוב לפרש דברי הרא״ש בתשובה זו וכפי מה שהביאה רבינו בסימן ע״ג וכן במ״ש בסימן קי״ג דאינו ר״ל דבעינן שלשתן דקנו מיניה ואמר מעכשיו וגם שיהא בב״ד חשוב אלא הכי קאמר דאסמכתא לא קניא אלא בקנין שהוא מן הסתם מעכשיו ובב״ד חשוב קנו מידו ולפ״ז כאן צריך להגיה אלא בקנין מעכשיו ובב״ד חשוב ומלת באומר צריך למחקו ולעיל בסי׳ ע״ג צריך למחוק הוי״ו ממלת ומעכשיו ובסימן קי״ג הכי קאמר דאם בקנין מטלטלי אגב מקרקעי א״ל מעכשיו אין צריך לפרש דלא כאסמכתא שכל קנין שהוא מעכשיו קונה אפילו באסמכתא ובב״ד חשוב א״כ היכא דקנו מיניה ואמר ג״כ מעכשיו נמי קונה אפילו בלא ב״ד חשוב דהני תרתי שקולין הן להרא״ש קנו מיניה בב״ד חשוב בסתם בדלא אמר מעכשיו אי נמי קנו מיניה בלא ב״ד חשוב ואמר נמי מעכשיו והמעיין יבחר את הנראה לו׃

כד שאלה לא״א הרא״ש ראובן היה לו פרה וכו׳ ואם תמצא כשרה תן לי כך וכך. כצ״ל ובס״א כתוב ואם תמצא כשרה אתן לך כך וכך וכן כתב בגוף התשובות וראשון עיקר וכדמוכח מסוף התשובה שכתב מ״מ כיון שהתנה שמעון תן לי בכך וכך אדעתא דבעי למיקני גמר ומקנה דרצונו לומר כיון שהעמיד שמעון עמו מקח שאם תמצא כשרה יתן לו ראובן הבשר בזול בכך וכך אע״פ ששוה יותר ואם תמצא טריפה יתן שמעון לראובן כך וכך אע״פ שאינו שוה כל כך השתא ודאי אדעתא דבעי שמעון למיקני אם תהא כשרה גמר ומקנה אם תהא טריפה ולהכי אם משכה מחיים לרשותו או הגביה הבשר קנה בהגבהה או במשיכה ע״ד התנאי שהתנו ביניהם. אכן קשיא דאפילו לא משכה מחיים ולא הגביה הבשר מ״מ כיון דע״פ תנאי זה שחטה על פיו לא גרע מעושה שליח לקנות לו או למכור דכל מעשיו קיימין ואינו יכול לחזור בו כיון דעל פיו עשה מה שעשה וי״ל דלא דמי דגבי שליח על פיו עשה בממונו של המשלח הילכך מעשיו קיימים אבל הכא על פיו עשה ראובן מעשה בממון עצמו איהו דאפסיד אנפשיה שלא היה לו לשחטה כיון דמצי שמעון לחזור ממקח זה דנעשה בדברים בעלמא בלא קנין׃

כו כתב הרמב״ם המחייב עצמו לאחר וכולי שדבר זה מתנה הוא ואינו אסמכתא. פי׳ דאע״פ דלא קנו מידו אלא אומר כך בפני עדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה ואע״פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום וסד״א דמצי לחזור בו ולטעון לא אמרתי כך אלא דרך אסמכתא קמ״ל דלא שייך אסמכתא אלא בתולה הבטחתו בתנאי׃

כז חייב עצמו בדבר שאינו קצוב וכולי. כבר האריך ב״י בזה כאן ולעיל בסימן ס׳ סעיף ט׳ ועיין במ״ש לשם בס״ד׃ כתב הרב בספר בדק הבית כתב הריטב״א הא דקתני אם אין אתה נותן לי מכאן עד שלש שנים ה״ה שלי ה״ה שלו יש מי שפירש שאם מת אחד מהם שוב אינו יכול לקיים תנאו וזכה הלוקח בקרקע דאתה ולא יורשיך לי ולא ליורשי משמע כדאמר בנותן גט לאשתו ע״מ שתתני לי ר׳ זוז וכ״כ הרמ״ה ואין זה נכון חדא שלא נאמרו דברים הללו אלא בנותן גט או נותן מתנה דמדעתיה יהיב ומגרש דילמא קפיד בלשון תנאו שאינו רוצה לגרש ולא לתת מתנה אלא באותו לשון אבל בכאן שהוא דרך מכר וכמו שקונס את עצמו אנן סהדי דליכא קנסא אלא בשלא באו המעות לידו או ליד יורשיו וכל שפרע המוכר או יורשיו ללוקח או ליורשיו זכה ולא עוד אלא דהא קי״ל דיש טענת אונס בממון והתם מוכח דמיתה אונס הוא הילכך כשמת אחד מהם ואינו יכול לקיים לשון תנאו אונס הוא ופטור וכן דעת רבותי עכ״ל׃ כתב במרדכי פ׳ שור שנגח ד׳ וה׳ ע״ש מהר״ם דנדר ושבועה ות״כ מהניא אפילו באסמכתא דרובן ע״י דאי הם וכו׳ וכ״כ ב״י ע״ש הגהות מיימוני ופסק כן בש״ע ובסימן ר״ט כתב בש״ע דבנשבע לקיים המקח אע״פ שלא בא לעולם צריך לקיים שבועתו ומיהו אינו נקנה בקנין ולפיכך אם מת או נשאל על שבועתו היורשים פטורים ומינה דהוא הדין בדין אסמכתא וכ״כ הריב״ש בסימן של״ה ומהרו״ך מחלק והבין מדברי הריב״ש שלא כתב כן אלא לאותן גאונים דס״ל דקנין בב״ד חשוב לא מהניא אלא במתפיס זכוותיה דכיון שב״ד כופין אותו דלא לישתמיט מן דינא בעינן ב״ד חשוב לאפקועי ממונא אבל בשאר תנאים שאחד מתנה עם חבירו לא מהני קנין בב״ד חשוב אלא דוקא בקנו מידו ובדאמר מעכשיו א״כ אי לא אמר מעכשיו אע״ג דקנו מידו ונשבע אין השבועה שנשבע הוי כמעכשיו ואין הקנין כלום אלא דכופין אותו לקיים שבועתו וכיון שמת או נשאל על שבועתו אין כופין לשלם וכן אין ב״ד יורדים לנכסיו אבל לר״ת דקיי״ל כמותו דקנין בב״ד חשוב מהני בלא מעכשיו מהני השבועה דהוה ליה כמו קנין בבית דין חשוב ושרי ליה מאריה דלא פסק כך הריב״ש מעולם אלא שכתב כן דרך משא ומתן להשואל דכתב דכיון דנשבע אין לך ב״ד חשוב ככח השבועה ועל דבריו השיב הריב״ש אפשר שהוא כן לפי שיטתך כר״ת דסגי בבית דין חשוב אבל לשיטת הגאונים דבעינן מעכשיו אין השבועה שנשבע כמעכשיו וכו׳ הרי מבואר שלא בא לפסוק כך אלא לומר דלדידך אפשר לומר כך אבל לדידן אי אפשר לומר כן ואם כן היאך נוציא ממון מסברא בלי ראיה ולומר דכח השבועה הוי כב״ד חשוב ונכוף אותו לשלם אם נשאל על שבועתו וכן אם מת לכוף ליורשים לשלם ותו דהריב״ש גופיה חזר וכתב בסימן שמ״א להשואל דלדידך שהלכת בשיטת ר״ת אפשר שיהיה כן וכולי ובסוף אותה תשובה האריך לבאר וכתב בסתם דאין השבועה

מקיימת הקנין אלא אע״ג דאין הקנין מועיל חייב להשלים מכח שבועתו וכופין אותו וכ״כ עוד בסימן שד״מ כבר כתבתי לך פעם אחרת דאין השבועה מקיימת הקנין אלא שחייב להשלים מכח שבועתו כדי שלא יעבור עליה וכו׳ מלשונו משמע להדיא דבמסקנתו חזר בו ממ״ש בתחלה אפשר שיהיה כך לר״ת דכח השבועה יהא כב״ד חשוב אלא אין השבועה מקיימת הקנין כלל והילכך אפי׳ היכא דקנו מיניה וגם נשבע לקיים אית ביה משום אסמכתא אע״ג דכופין אותו לקיים שבועתו מ״מ אין יורדין לנכסיו וכן אם נשאל על שבועתו או מת אין כופין אותן לשלם ואפילו את״ל דלא חזר בו הריב״ש ממ״ש אפשר שיהיה כך לר״ת מ״מ כיון דאין לו ראיה בזה מן התלמוד ופסקי הגאונים כי אם סברא וגם זה ספק שהרי כתב אפשר שיהא כך המע״ה ואפי׳ אי תפס מפקינן מיניה דלא כמהרו״ך כנ״ל: נשאלתי במי שנשתעבד בשטר לקיים המקח בת״כ ובקנס ומשלם הקנס אם יש לכופו עוד לקיים המקח מכח ת״כ ונראה דכיון דלא פירש דהקנס לא יפטור השבועה איכא למימר דדעתו היה בקנס ליפטר מהשבועה ויד בעל השטר על התחתונה אפי׳ היכא דמשמע קצת כדברי בעל השטר וכדכתב מהרי״ק בשורש ז׳ ואע״ג דב״י כתב לעיל בסי׳ י״ב דהרשב״א בתשובה כתב דהיכא דקיבל עליו בקנין ובקנס אינו נפטר בקנס אלא חייב לקיים הפשרה מכח הקנין כאן ודאי כיון דיכול להתיר שבועתו אע״פ שהיתה להנאתו של חבירו בדיעבד הותר לר״ת אם כן עיקר המקח הוא מכח הקנס כנ״ל: חייב עצמו בדבר שאינו קצוב פסק בש״ע דמשתעבד דלא כהרמב״ם וכן פסק לעיל בסימן ס׳ וכ״פ בסימן קל״א דערב משתעבד בדבר שאין לו קצבה ותימה דבסימן רל״ב פסק בש״ע גבי מום דבמוכר לו ע״מ שאין אתה חוזר עלי במום ה״ז חוזר עד שיפרש המום שיש בממכרו וימחול הלוקח והם דברי הרמב״ם ופירש שם רבי׳ שטעמו לפי שהוא דבר שאין לו קצבה וא״כ הפסקים סותרים זה את זה ונ״ל ליישב דיש לחלק דבתולה בדעת עצמו בלחוד כגון שחייב עצמו לחבירו כפי רצונו או נעשה ערב לחבירו כפי רצונו התם ודאי משתעבד אפילו בדבר שאינו קצוב שכך הוא רצונו וכן פסק גבי חנוני לעיל בסימן צ״א דכשא״ל בעה״ב תן לפועלים מה שצריכין דנוטל מבעה״ב בלא שבועה דכיון דתלה בדעת עצמו להשתעבד בכל מה שיאמר החנוני אע״פ שלא נתן קצבה שפיר משתעבד אבל במוכר לחבירו על מנת שאי אתה חוזר עלי במום דהמכירה תולה בדעת שניהם המוכר אין דעתו למכור בדמים אלו אלא ע״ת שלא יהא חוזר עמו בשום מום והלוקח אין דעתו לקנות אלא במום כך וכך שראוי למחול עליו אבל לא בשאר מומים הגדולים ולפיכך חוזר עד שיפרש המום כך וכך כמו המפרש האונאה שהמוחל לחבירו צריך שידע הדבר שהוא מוחל לו בו ואם לא פירש מצי אמר לא היה דעתי למחול לך על פי דעתך כמו שאתה רוצה אלא ע״פ דעתי ואינני רוצה למחול אלא כך וכך וזה יאמר להיפך דעתי היה שתמחול לי ביותר מכך וכך וע״ד כן מכרתי ודו״ק:

סימן רח

א מקח שנעשה באיסור כגון שהוסיף בשיווי המקח בשביל המתנת המעות. פירוש דהשתא לוקח נותן ריבית. או שפסק קודם שיצא השער ולא הוה ליה למוכר פירות אלו שמכר לו כגון שמכר לו מאה מדות וקיבל דמי כל הק׳ מדות להעמיד הפירות בידו לאחר ששה חדשים ולא הוה ליה אלא חמשים מדות דהשתא המוכר נותן ריבית בשביל שמקדים לו המעות ואין צריך לומר אם לא היה למוכר פירות כלל: ומ״ש ונתקיים בקנין. קאי אהיכא שפסק קודם שיצא השער וכו׳ אבל ברישא שהוסיף הלוקח בשיווי המקח בשביל המתנת המעות א״צ קנין אחר שכבר קנה הפירות כשמשכם לרשותו וכן מ״ש המקח קיים ויתן כשער של היתר קאי אהיכא שפסק קודם שיצא השער וכו׳ דכיון דהלוקח לא קיבל הפירות עדיין מיד המוכר מצי אמר אני לא אתן לך הפירות אלא כשער ההיתר דהיינו כשער של עכשיו שהוא ביוקר והיינו דמסיק דאין אחד מהם יכול לחזור וכו׳ והריבית שבו אין מוציאין אותו מיד המוכר כלומר דאע״ג דבזבינא אין שם אלא אבק ריבית מדרבנן אין מוציאין אותו מיד המוכר לכתחלה וכן ברישא כשהוסיף בשיווי המקח בשביל המתנת המעות אין מוציאין מיד הלוקח לכתחלה אע״ג שאינו אלא אבק ריבית מיהו ודאי בין ברישא אם כבר קיבל המוכר מיד הלוקח המעות ובין בסיפא כשקיבל הלוקח כבר הפירות מיד המוכר אין מוציאין הריבית מידם דאבק ריבית אין יוצאה בדיינין ורבינו קיצר כאן בדין זה שכבר מבואר בי״ד סימן קע״ג קע״ד קע״ה ודין זה שכתב רבינו כתבו הרא״ש בפרק איזהו נשך בשם רבי׳ האי אלא שכתב לשם ונתקיים המקח בקניין ולא נתייקר השער וכו׳ ונראה דט״ס הוא וצ״ל אפילו נתייקר השער וק״ל. שוב מצאתי כן בספר בדק הבית וז״ל ואפשר שתיבת ולא הוא שיבוש וצריך להגיה ולכתוב ונתייקר השער דמש״ה מערער המוכר לומר שהוא ריבית דאילו לא נתייקר השער לא היה מערער שהרי אין כאן ריבית עכ״ל. כתב ב״י ע״ש תלמידי הרשב״א דהמקח שנעשה באיסור קיים בין על הלוקח בין על מוכר ומיהו הלוקח ודאי יכול לחזור בו שלא ליתן בהן כשער היוקר שהרי לא לכך ירד שמתחלה כשער הזול פסק עמו עכ״ל וכך פסק בש״ע ורצונו לומר דאע״פ דאין אחד מהם יכול לחזור בו היינו דצריך לשלם כפי השער שיצא לאחר שפסקו ביניהם ואין הלוקח יכול לומר אינני משלם אלא כפי הפסיקה שהיה קודם שיצא השער שהיה בזול יותר אבל אם המוכר אינו רוצה למכור אלא כפי השער היוקר שיהיה בזמן ו׳ חדשים שקבע עמו שיעמיד לו הפירות באותו הזמן ודאי יכול לחזור בו הלוקח שהרי לא לכך ירד וכו׳ והב״י הבין דרצונו לומר שהלוקח יכול לחזור בו לגמרי וכתב עוד שדברי הרא״ש אפשר לפרש כן אבל רבינו כתב דאין אחד מהם יכול לומר דהמקח בטל עכ״ל

וכי ניים מר אמר להדא מילתא שהרי גם תלמידי הרשב״א כתבו כמו רבינו דהמקח קיים בין על הלוקח בין על מוכר וכו׳ אלא ודאי כדפי׳ כך הוא האמת ואין מי שחולק עליהם והכי נקטינן דנותן לו כשער ההיתר דהיינו השער שיצא מיד לאחר הפסיקה לא כפי שפסק עמו בזול יותר קודם שיצא השער וגם אין המוכר יכול לשלם לו כשער היוקר שיהא בשעה שיעמיד לו הפירות לאחר ששה חדשים וכיוצא ונראה שגם הב״י חזר בו בש״ע ושארי ליה מאריה למהרו״ך במה שכתב כאן דברים שלא במשפט. כתב בהגהת מרדכי סוף פ״ג דשבועות פסק הר״י בר׳ פרץ מי שנשבע או קבל בחרם שלא יתן דבר או לא ימכור או ימחול חובו או שאר דברים ועבר שבועה ומכר או נתן אין במעשיו כלום כדאמר בכתובות (פ׳ האשה שנפלו דף פ״א) כיון דאמור רבנן לא לזבין אי זבין לא הוי זביניה זביני ומסתמא אין אמירה דרבנן גדולה משבועתו וא״כ אין במעשיו כלום דע״י עצמו איבד כחו וזכותו בנדר ובפ״ק דתמורה (דף ו׳) אמר אביי כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני ורבא אמר לא מהני והתם מייתי פירכי טובא בין לאביי בין לרבא ומשני כולהו ומ״מ הלכה כרבא לגבי אביי בר מיע״ל קג״ם עכ״ל והב״י כתב עליו וממה שנתבאר בסמוך דמקח שנעשה באיסור המקח קיים נדחו דברים הללו עכ״ל גם ממ״ש התוס׳ בפ״ק דתמורה משמע דלא ס״ל הכי שהרי אהא דקאמר תלמודא סתם והשתא דשנינן כל הני שינויי אביי ורבא במאי פליגי וכו׳ כתבו התוס׳ וא״ת נימא דפליגי בהכי כגון אדם שנשבע שלא לגרש את אשתו ואח״כ עבר וגירשה דלאביי מהני ולרבא לא מהני גירושיה כיון דעבר אמימרא דרחמנא וי״ל כיון שאין האיסור כמו לא יוכל לשלחה אלא הוא בדה את האיסור בכה״ג לא אמר רבא דלא מהני עכ״ל אלמא דס״ל דלרבא דוקא כל היכא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני וה״ה נמי כל היכא דאמור רבנן לא תזבין אי זבין לא הוי זביניה זביני אבל איסור שהוא גרם לעצמו ע״י שישבע מדעתו שלא על פי ב״ד שהשביעוהו בהא מודה רבא דאי עבר ועבד מהני ולמעשה נראה ודאי דבפלוגתא דרבוותא אין להוציא מיד המוחזק ובש״ע כתב הרב בהגהתו כאן כמ״ש ב״י ודלא כהגהות מרדכי וביי״ד סימן ר״ל כתב דברי המרדכי בלשון יש אומרים וכו׳. נראה דלדעתו אינה הלכה פסוקה אלא דיש לחוש לה שלא להוציא מיד המוחזק והכי נקטינן ובין שהמוכר מוחזק במקח דקנו מיניה בלחוד ועדיין המקח ברשותו ובין שהלוקח והמקבל מוחזק שמשכו כבר לרשותו אמרינן לעולם המע״ה כנ״ל ודלא כמ״ש מהרו״ך לדחות דברי התוס׳ בדברים שאין בהם ממש:

סימן רט

א כתב הרמב״ם המקנה וכו׳ ויש להם אונאה וכו׳ ריש פרק כ״א ממכירה וכתב ב״י דיש ללמוד כן מהא דאמר רב הונא בפרק הזהב מכור לי באלו קנה ומחזיר אונאה אך ק״ל מדתניא בא״נ ההולך לחלוב עיזיו ואמר ליה מה שעזי חולבות מכור לך מותר משמע דקנה אפילו יהיה יותר על דמיו והרי אינו דבר המסויים ולפי מ״ש הרמב״ם לא קנה אלא כנגד מעותיו ושמא לא כ״כ הרמב״ם אלא בדבר שיש לו שער קבוע כמו החטים וכיוצא אבל חלב וגיזה שאין להם שער ידוע אלא כ״א קונה כמו שחפץ לית ביה אונאה עכ״ל. ותימה דלפירושו לא הו״ל להרמב״ם בפי״ג ממכירה לומר בדין מכור לי באלו כגון שחפץ במעות וא״ל מכור לי פרתך באלו וכו׳ קנה ומחזיר אונאה דהא ודאי דפרה אין לה שער ידוע אלא ודאי דאף בדברים שאין להם שער ידוע קנה ומחזיר אונאה וכן גיזה וחלב והך ברייתא דתני מה שעיזי חולבות מכור לך מותר ולא תני בה דין אונאה לא אתיא אלא לאורויי דאין בה איסור ריבית ובאונאה לא קמיירי דפשיטא דיש בה דין אונאה ופשוט הוא. ויש להקשות דבסימן רכ״ז סעיף כ״א כתב רבינו דהרא״ש מספקא ליה בדין מכור לי באלו אם יש לו עליו אונאה וכאן לא הביא דעת הרא״ש ולשם פי׳ דל״ק מידי: ומ״ש ואין זה אלא כמשחק בקוביא יש להקשות דהלא פסק רבינו בסימן ר״ז סעיף ט״ז דמשחק בקוביא גמר ומקני. וכאן הביא דברי הרמב״ם דלא קנה וי״ל דמ״ש הרמב״ם ואין זה אלא כמשחק בקוביא לא אמר כך אלא על הלוקח. וז״ש ואין זה פירוש זה הלוקח דאיהו דמי למשחק בקוביא כיון דאינו יודע מה שיש בבית והמוכר הוא יודע אם כן לא גמר ומקני ובהא מודים כ״ע דאף למאן דס״ל משחק בקוביא גמר ומקני היינו דוקא היכא דשניהם אינן יודעים כמבואר מדברי רבינו בסימן ר״ז:

ג אין אדם מקנה דשלב״ל וכו׳ ג״ז מדברי הרמב״ם רפכ״ב ממכירה ודקדק רבינו לומר אפילו היתה הפרה או השפחה כבר מעוברת וכו׳ כלומר דוקא בפרה או בשפחה דהכי משמע בסוגיא פ״ג דקידושין סוף (דף ס״ב) דהכי הילכתא וכדכתבו לשם התוס׳ אבל באילן שחנטו פירותיו במקצת שפיר קרינן ביה שבא לעולם וכן פירש״י להדיא פרק א״נ סוף (דף ס״ו) ומביאו ב״י:

ו כתב בעל העיטור וכו׳ בפ׳ המוכר את הבית ארעא ודקלי אני מוכר לך חזינן אי אית ליה דקלי יהיב ליה תרי דקלי ואי לא זבין ליה תרי דקלי וכו׳ וכתב באלפסי ישן וז״ל מהא שמעינן דמאן דמזבין ליה לחבריה מידי דשכיח למיזבן אע״ג דליתיה לההוא מידי ברשותיה מיחייב למיזבן ולמיתן ליה וקי״ל נמי פוסקין על שער שבשוק ואע״ג שאין לו ותניא נמי בתוספתא המוכר פירות לחבירו בחזקת שיש לו ונמצא שאין לו לאו כל הימנו לאבד זכותו של זה עכ״ל. וכן נראה מהשגת הראב״ד שכך היה גירסתו באלפסי שעל מה שכתב הרמב״ם פכ״ד ממכירה האומר לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך אפילו לא היו לו דקלים אם רצה לקנות לו ב׳ דקלים ה״ז נקנה המקח וכו׳ כתב עליו הראב״ד וז״ל הרב חייב לקנות לו שני דקלים ועיקר עכ״ל וכ״כ

ה״ה שם שכך כתוב בהלכות וכמו שהוא בדפוס קטן שעם כסף משנה וניחא לפי זה מ״ש ה״ה על זה וז״ל וז״ש הר״א ז״ל והרב בעל העיטור כתב בשם רבינו נסים ז״ל דלא אמרו דשלב״ל אלא כגון פירות דקל דשניהם יודעים ומתנים וכו׳ עכ״ל וכמ״ש רבינו בשמו אבל לפי מ״ש במגיד משנה לשון ההלכות כמו שהוא בידינו בדפוס גדול. וז״ל ואיכא מאן דשמיע ליה מהאי מימרא דמאן דמזבין לחבריה מידי דשכיח למיזבן אע״ג דליתיה להההוא מידי ברשותיה מיחייב למיזבן ולמיתן ליה ואנן לא ס״ל הכי דכל מידי דלאו ברשותיה דשלב״ל הוא והא דאמר הכא זבן ליה תרי דקלי לאו חיובי מחייבינן ליה וכו׳ עכ״ל לפ״ד קשה מאי האי דכתב עליה וז״ש הר״א ז״ל הלא הר״א כתב דהרב ז״ל חייב לקנות לו שני דקלים אלא כדפרישית דה״ה היה גורס באלפסי כגירסת אלפסי ישן וכגי׳ הראב״ד וע״פ זה יובן מ״ש בעל העיטור דלא חשיב דשלב״ל אלא כגון פירות אילן וכו׳ דהיינו כמ״ש הגירסא באלפסי ישן וא״ת הלא מהראיה שהביא מהא דקי״ל פוסקים על שער שבשוק ואע״ג דאין לו משמע דוקא בשיצא השער הא לאו הכי לא ואיהו פסק בסתם דמאן דמזבין לחבריה מידי דשכיח וכולי מיחייב למיזבן ולמיתן ליה וכו׳ וי״ל דדוקא לענין איסור ריבית החמירו דלא יפסוק על הפירות אלא כשכבר יצא השער שבשוק דאם לא יצא השער אסור לפסוק בדברים שיש להם שער ידוע אבל המקח ודאי קיים אפי׳ לא יצא השער כיון שהוא דבר הנמצא בשוק ושכיח טובא למיזבן ותו דג״כ אין בו משום איסור ריבית כשהוא דבר שאין לו שער ידוע והיינו דקתני בתוספתא דהמוכר פירות לחבירו בחזקת שיש לו ונמצא שאין לו לאו כל הימנו לאבד זכותו של זה והיינו בדברים שאין להם שער ידוע ונמצא בשוק טובא: ומ״ש ואין כן דעת א״א הרא״ש הוא ממה שכתב בס״פ המוכר את הבית ליזבן ליה תרי דקלי פי׳ כדי לעמוד בדבורו ולא שיהא מחוייב לקנות לו ב׳ דקלים דאין אדם מקנה דשלב״ל וכו׳ אלמא דאע״פ דדקלי הוי דבר דשכיח טובא למיזבן וגם אין לו שער ידוע אפ״ה כיון שאין לו דקלים ברשותו הו״ל דשלב״ל והיה גורס באלפסי כגירסת ספרים שלנו שסובר כך. וכמ״ש רבינו להדיא לקמן בסימן רט״ז סעיף ה׳. מיהו נראה בפוסק על שער שבשוק גם הרא״ש מודה דחייב לקנות וליתן ללוקח מה שפסק אם קנו מידו ואם לא קנו מידו מקבל מי שפרע וכ״כ הרמב״ם בפכ״ב ממכירה ומביאו רבינו בסימן רי״א סעיף ה׳ וע״ש בב״י ובמ״ש לשם בס״ד:

ז כשם שאין אדם מקנה דשלב״ל כך אין אדם משייר דבר שלא בא לעולם וכו׳ ר״פ המוכר את הבית ת״ר בן לוי שמכר שדה לישראל וא״ל על מנת שמעשר ראשון שלי מעשר ראשון שלו וכולי ופריך אמאי הא אין אדם מקנה דשלב״ל ומשני כיון דא״ל על מנת שמעשר ראשון שלי שיוריה שייריה למקום מעשר אלמא דס״ל לתלמודא דאין אדם מוכר ומשייר דשלב״ל אפילו בדלא שייר אלא מקצת פירות לעצמו כי התם דלא שייר לעצמו אלא המעשר אלא אם כן דמשייר למקום מעשר והחילוק דבין שייר לעצמו ובין שייר לשמעון מפורש בגמרא פרק מי שמת (בבא בתרא דף קמ״ח): ומ״ש רבינו ורואין כאילו שייר לו מקום הפירות והוי דבר שיש בו ממש לכאורה קשה דהו״ל לומר והוי דבר שבא לעולם וכן כתב ב״י שהלשון אינו מדוקדק ולפעד״נ דרבינו דקדק מדברי הרמב״ן שכתב אהך דבן לוי שמכר וכו׳ וז״ל דאע״ג דשיורא הוא דשייר בגוף קנין גמור לפירות מ״מ גוף ודאי ללוקח וכיון שלא שייר דבר מסויים הו״ל כתנאי וכו׳ עכ״ל ומביאו ב״י השתא ודאי ליכא למימר דשייר לעצמו דבר שבא לעולם שהרי כל שבא לעולם הוי ללוקח ולא שייר לעצמו דבר מסויים ואין לנו לומר אלא כיון דבעין יפה משייר רואין כאילו מקום צימוח הפירות הוי דבר שיש בו ממש ונמשך מזה דהו״ל נמי כדבר שבא לעולם דאם לא היה נחשב כדבר שיש בו ממש ליכא כאן דבר שבא לעולם כיון שכל הגוף שבא לעולם הוי ללוקח:

ח ומ״ש ואפילו מכר ללוקח וכו׳ שם בברייתא דבן לוי שמכר וכו׳:

יא ומ״ש ואע״פ שצריך ליתן לו הפירות וכו׳ כן כתב הרא״ש לשם בפסקיו:

יג ומ״ש וכן אם מכר או נתן דקל לאחד ופירותיו לאחר ראשון קנה דקל ופירות ושני לא קנה כלום כלומר לא מיבעיא במכר דקל לאחד ושייר מקצת פירות לאחר דלא קנה האחר כלום דלא אמרינן דשייר בעין יפה לאחר אלא אפילו הקנה כל הפירות לאחר לא אמרינן דהשתא חזינן דלראשון מכר בעין רעה ולשני בעין יפה אלא אמרינן כל לגבי אחר לא שייר מקום פירי וכדאיתא להדיא פרק מי שמת (בבא בתרא דף קמ״ח) ומבואר לשם בתוס׳ דאיכא דגרסי דקל לאחד ופירותיו לאחר מהו מי שייר מקום פירי או לא שייר את״ל לאחר לא הוי שיור שייר לעצמו מהו ואיכא דגרסי את״ל דקל לאחד ופירותיו לאחר לא הוה שיור חוץ מפירותיה מהו והיא היא ולכן כתב רבינו אבל אם אמר לאחד קני דקל זה חוץ מפירותיו וכו׳ לאורויי דאפילו לא אמר בפירוש דשייר פירות לעצמו אלא שאמר קני דקל זה חוץ מפירותיו נמי שייר לעצמו מקום הפירות שהם הענפים דלגבי עצמו ודאי בעין יפה משייר ואין ללוקח אלא הגזע לכשייבש:

סימן רי

א כשם שאין אדם מקנה וכו׳ בפ׳ מי שמת אסיקנא הילכתא המזכה לעובר לא קנה והרמ״ה מפרש דתלמודא פסק כרבי יוחנן דאמר התם דלעובר אחר לעולם לא קנה אפילו אמר לכשתלד אא״כ דמזכה לבנו דדעתו של אדם קרובה אצל בנו וגמר והקנה בכל לבו. ור״ח מפרש דפסק כרב נחמן דבעובר אחר נמי אם אמר לכשתלד קנה וע״ש (בדף קמ״ב): ומ״ש ולזה הסכים א״א הרא״ש והוא שלא מת וכו׳ עד בשעה שנולד העובר כל זה מדברי הרא״ש לשם:

ב ופסק ר״ח דה״ה נמי בירושתו וכו׳ וכ״כ הרמ״ה טעמו דפסקו כחכמים דפליגי אר׳ יוסי בפרק אלמנה לכ״ג ודעת הראב״ד והרא״ש דהלכה כר׳ יוסי שיש לעובר קנייה בירושת אביו והרא״ש האריך בזה בפסקיו פ׳ אלמנה לכ״ג ע״ש. ודעת התוס׳ בפ׳ מי שמת כדעת הראב״ד והרא״ש וכתב הרא״ש בפ׳ מי שמת דהרמב״ם פסק כר׳ יוסי ותמה עליו ב״י שהרי הרמב״ם פסק להדיא כחכמים פ״ח מה׳ תרומו׳ וע״ש ולפע״ד ברור ופשוט הוא דט״ס הוא בדברי הרא״ש וצריך להגיה הריב״ם במקום הרמב״ם וכך מראים הדברים שהתוספות פסקו כך ע״ש ריב״ם מכח אותה ההוכחה שכתב הרא״ש מפרק אלמנה לכ״ג בשם הרמב״ם ותו שהרי הרמב״ם כתב פסקיו בלי ראיה והוכחה ואיך יאמר הרא״ש דהרמב״ם פסק כר׳ יוסי דהכי מוכח פרק אלמנה לכהן גדול וכו׳ דמשמע הלשון שהרמב״ם הביא ראיה זו בדבריו והא ודאי ליתא אלא ט״ס הוא וצריך להגיה הריב״ם במקום הרמב״ם וק״ל. ואיכא למידק דמנ״מ אם יש לו זכייה בירושתו הא ודאי לדברי הכל כשנולד יש לו חלק בירושה ודוחק לומר דנ״מ לענין שאם הוא כהן דפוסל לעבדים מלאכול בתרומה כדאיתא פ׳ אלמנה לכ״ג ומביאו ב״י ונ״ל דנ״מ בפירות שגדלו בקרקע מקמי שנולד דאם אין לעובר זכייה אין לו בפירות כלום נ״ל:

ג ואם זיכה לעובר שלו קנה וכו׳ שם שנינו אם ילדה אשתי זכר יטול מנה ילדה זכר יטול מנה ומפרש בגמרא דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ומשמע מדברי רבינו דאפילו בבריא דלא כהרמב״ן דדוקא בש״מ כדי שלא תטרוף דעתו וכבר נחלק עליו הרא״ש בזה בפרק אלמנה לכ״ג ונמשך רבינו לדעת הרא״ש וע״ל בסימן רנ״ג סעיף מ״ב:

ד ודוקא במזכה לעובר שלו שכבר נתעברה אשתו וכו׳ עד סוף הסימן בריש פ׳ מי שמת והלכה כרב נחמן דאמר קני כחמור לא קנה קני את וחמור קנה מחצה:

סימן ריא

א אין אדם מקנה דבר שלא בא ברשותו כגון מה שאירש מאבא וכו׳ ברייתא פרק קמא דמציעא (דף י״ו). ונראה דצריך לפרש שדה שאירש מאבא מכור לך דאם לא כן הוה ליה דבר שאין מינו ידוע וכדלעיל ריש סימן ר״ט ואסיקנא התם דהא דלא אמרו הכא מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו היינו טעמא משום דלא סמכה דעתיה דלוקח דקאמר מי יימר שיירש מאביו כלום שמא ימכור אביו נכסיו בחייו: ופי׳ ר״ת דוקא בשדה סתם וכו׳ כן כתבו התוספות והרא״ש בריש פרק מי שהיה נשוי וטעמא דמילתא דהיכא דפירש ואמר שדה זו שאירש מאבא מכור לך דמברר המכר סמכה דעתיה דלוקח טפי: היה אביו גוסס וצריך למכור וכו׳ שם בגמרא ופי׳ שהבן עני ואם ימתין עד שימות וימכור ישתהה המת ויתבזה. וכן כתב הרמב״ם להדיא והכי משמע מלשון רבי׳ שכתב וצריך למכור וכו׳ דאלמא שאין לו לבן להוציא לצורך קבורת אביו אעפ״י שאינו עני כ״כ דצורך קבורה מרובה היא. אבל אצל מה שתעלה מצודתי וכו׳ כתב רבינו וכן אם היה עני וכו׳ דלשם מיירי בעני ביותר שאין לו מה יאכל היום:

ב ומ״ש אפילו אמר מה שאירש מאבא היום וכו׳ בסוף פ׳ מי שמת שלחו מתם בן שמכר בנכסי אביו ומת בנו מוציא מיד הלקוחו׳ וזו היא שקשה בד״מ ולימרו ליה אבוך זבין ואת מפיק ומאי קושיא דילמא מצי אמר אנא מכח אבוה דאבא קאתינא והתוס׳ הקשו בהא דקאמר ולימרו ליה אבוך זבין ואת אמאי מפקת הא ודאי כיון שמת בחיי אביו דמעולם לא זכה בהן בנו מוציא מיד הלקוחות אפילו לר״מ דאדם מקנה דשלב״ל כל שכן לדידן דאין אדם מקנה דשלב״ל ופי׳ ריב״ם דודאי המכר אינו מכר אלא לענין חזרת מעות איירי הכא שבנו מוציא השעבוד שהיה להם ללקוחות מן הדין מהם כי אין להם אפילו שעבוד בקרקע בשביל מעותיהם וכ״כ הרא״ש בן הבן מוציא מיד הלקוחות ואף המעות שקבל עליו אביו אינו מחזיר והיינו כדמסיק דמצי אמר אנא מכח אבוה דאבא קא אתינא ומיהו ודאי דוקא כשהבן הוציא המעות ואינן בעולם התם הוא דאע״ג דהני לקוחות אינן אלא כשאר ב״ח של אביהן אין בן הבן צריך לשלם לב״ח כל שלא ירש כלום מכחו של אביו אלא מכח של אבי אביו אבל אם היו המעות בעין פשיטא דצריך להחזירם ללקוחות וכן אם נפלו לבן נכסים לאחר מיתה מאבי אמו נמי בן הבן חייב לשלם ללקוחות שהן ב״ח של אביהן אי ב״ח גובה בראוי כבמוחזק. וע״ש בתוספות ובהגהת אשירי. ואיכא לתמוה במ״ש רבינו אפילו אמר מה שאירש מאבא היום מכור לך וכו׳ דאלמא דמפרש הך דינא במוכר לצורך קבורת אביו כשהיה גוסס וכ״כ בש״ע להדיא. ונראה דהכריחו לפרש כך משום דקשיא ליה למה לי טעמא דאנא מכח אבוה דאבא קא אתינא בלאו האי טעמא

נמי אין המכר קיים כלל דהא קי״ל דמה שאירש מאבא מכור לך לא קנה כלום ולפיכך פי׳ דמיירי במוכר לצורך קבורת אביו כשהיה גוסס. ותימה חדא דהלא תקנת חכמים היא שהוא מכור משום כבוד אביו ושוב אין כח לבן הבן להוציא מיד הלקוחות ותו דקושיא זו מעיקרא לא הוי קושיא דאע״ג דמה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום אפ״ה אצטריך לאשמועינן האי טעמא דאנא מכח אבוה דאבא קאתינא לאורויי דאפילו הדמים שקבל הבן א״צ להחזיר דאי הוה אתא מכח אבוה היה צריך להחזיר הדמים ללקוחות דכי היכא דאבוה אי הוה חי הוי מפיק מלקוחות ויהיב דמי ה״נ בנו אי הוה אתא מכח אבוה היה חייב למיהב דמי ללקוחות שהם ב״ח ותו קשיא טובא דהלא מה שכתב רבינו דפר״ת לחלק בין שדה סתם לשדה זו עיקר ראייתו מדמפרש טעמא דאנא מכח אבוה דאבא קאתינא ולא קאמר משום דאין אדם מקנה דשלב״ל אלמא דמיירי בדאמר שדה זו שאירש מאבא דלא חשיב כולי האי דשלב״ל כיון דהירושה עתידה ליפול מאליה וגם מברר המכר וכדכתב הרא״ש בר״פ מי שהיה נשוי ונראה שם דהרא״ש סובר כר״ת א״כ לפ״ז לא הו״ל לרבינו לפרש הך דאמר אנא מכח אבוה דאבא קאתינא דמיירי במכר לצורך קבורת אביו כשהיה גוסס דהלא לפר״ת מיירי בדאמר שדה זו מיהי בקושיא זו איכא לתרץ דאף על גב דנראה מדברי הרא״ש דס״ל דחילוקו של ר״ת הלכ׳ היא מ״מ בפירוש השמועה בהך דאנא מכח אבוה דאבא קאתינא לא ס״ל כפי׳ רבינו תם דמיירי בדאמר שדה זו דסתמא קאמר תלמודא בן שמכר בנכסי אביו ומשמע בין בשדה סתם בין בשדה זו והלכתא צריך לפרש דמיירי במוכר לצורך קבורת אביו וס״ל דלא תקנו חכמים שהוא מכור אלא בדלא מת הבן בחיי אביו וה״ט דכיון דאיכא תנאים דס״ל דאדם מוכר דשלב״ל אע״ג דאנן קי״ל דאין אדם מוכר דשלב״ל מ״מ מפני כבוד אביו תקנו חכמים שהוא מכור אבל במת הבן בחיי אביו דאפי׳ למ״ד אדם מקנה דשלב״ל אינה מכירה כלל כדכתבו התוס׳ ס״פ מי שמת (בבא בתרא דף קנ״ט בד״ה ולימרו ליה) הלכך אפילו לצורך קבורת אביו לא תקנו חכמים שהוא מכור ומה שהיה קשה דהו״ל לרבינו לפרש דהא דבעינן טעמא דאנא מכח אבוה דאבא קאתינא אתא לאורויי דאפילו הדמים שקבל הבן אין בן הבן חייב להחזיר יש לתרץ דס״ל לרבינו דהך פירושא אינו אלא לריב״ם שבתוס׳ ולהרא״ש ולשאר גדולים אבל לפרשב״ם דלא פירש חזרת דמים אלא לענין מכירת גוף השדה ודאי דקשה למה לי טעמא דאנא מכח אבוה דאבא קאתינא תיפוק לי׳ דהו״ל מה שאירש מאבא מכור לך דלא אמר כלום ולכך פי׳ רבינו דמיירי במוכר לצורך קבורה אביו דפי׳ זה עולה יפה לדעת כל הגדולים דבלא מת הבן בחיי אביו המכר קיים אבל במת הבן בחיי אביו בן הבן מוציא מיד הלקוחות:

ג כתב רבינו האי ראובן שלוה מיעקב וכו׳ ה״נ צריך לפ׳ דמיירי דחנוך לא ירש מאביו כלום אלא מה שירש מאבוה דאבוה דאל״כ היה צריך לשלם ללוקח מאביו דהו״ל ב״ח של אביו וכן אם היו המעות בעין כדלעיל:

ד אבל הכותב נכסיו וכו׳ משנה פי״נ (דף קל״ו) ובפלוגתא דר׳ יוחנן ור״ל בגמרא ופסק כר״ל דקנין פירות שנשאר לו לאו כקנין הגוף דמי:

ה כתב הרמב״ם ז״ל הפוסק על שער שבעיר וכו׳ בפכ״ב ממכירה וכתב ה׳ המגיד זה מבואר ר״פ א״כ עכ״ל והקשה ב״י דבפ׳ א״נ אינה שנויה אלא לענין ריבית מניין לו ללמוד משם לענין קיום המקח עכ״ל ולכאורה אין טעם לחלק בין איסור ריבית לקיום המקח אלא כיון דלית ביה משום איסור ריבית מטעם דכל שפסק על שער שבשוק חשוב יש לו ברשותו של מוכר אף לענין קיום המקח חשוב יש לו ברשותו ואפשר נמי דכ״ש הוא דכיון דאפילו לגבי איסורא דחמור חשוב יש לו ברשותו כל שכן לגבי ממונא הקל מיהו נראה דשפיר קאמר ב״י דשמא דוקא גבי איסור ריבית דרבנן כי הכא דהוי במקח וממכר אין להחמיר ביצא השער אבל לענין קיום המקח דנימא דהמקח קיים ד״ת דמעות קונות כשיצא השער ד״ת ואם חוזר בו עומד במי שפרע מנא לן וע״ל בסימן ר״ט סעיף ו׳ ובמ״ש לשם בס״ד:

ו מי שנתן לחבירו וכו׳ עד במעמד שלשתן גם זה מדברי הרמב״ם פרק הנזכר:

סימן ריב

א אין אדם מקנה וכו׳ מימרא דרב נחמן פ׳ מי שמת (בבא בתרא דף קמ״ז):

ב ומ״ש וכן המוכר אויר וכו׳ כלומר אפי׳ בכה״ג שמקנה לו אויר חצרו להכניס לו זיזין והכנסת זיזין דבר שיש בו ממש הוא לאו כלום הוא והכי איתא בירושלמי ובתוספתא:

ג וכן המוכר רחל וכו׳ כלומר ל״מ חצר ובית דלא ניידי אלא אפילו בהמה ושפחה דניידי הוי מכר וגם זה בירושלמי ובתוספתא. ומ״ש ל״ש מכרן או נתנן לזמן קצוב וכו׳ ארישא דחצר ובית כמי קאי דל״ש וכך מבואר בדברי הרמב״ם ר״פ כ״ג ממכירה:

ד ומיהו אם מכרם לאחר ושייר הדירה וכו׳ פשוט הוא דאין חלוק ביו דשלב״ל ובין דבר שאין בו ממש:

ה ואפי׳ לא הזכיר לו שיור וכו׳ פי׳ כיון דבמוכר הבית בסתם לא מכר לו את הדיוטא ולא היה צריך לומר על מנת שהדיוטא שלי ולא נצרכא אלא להוצאת זיזין מהדיוטא לחצר וע״ל בסימן רי״ד סעיף י״א:

ז ומה הפרש יש בין קונה שדהו זו לפירותיה ובין השוכר שדה וכו׳. והשוכר אינו רשאי להשכיר וכו׳ יש להקשות שהרמב״ם עצמו כתב בפ״ה משכירות שלא אמרו אין השוכר רשאי להשכיר אלא במטלטלים וכו׳ וכך הביאו רבינו לקמן בסימן שי״ו וכך הקשה ב״י ונראה דס״ל דכיון דאף בקרקע אינו רשאי להשכירו אלא כמנין ביתו השתא הא דקאמר והשוכר אינו רשאי להשכיר וכו׳ ה״ק דאף בקרקע איכא צד דאינו רשאי דאם הם ד׳ לא ישכירנו לה׳ א״כ שפיר איכא הפרש בין שוכר לקונה דהקונה מקנה לאחר כל מה שקנה אפילו הם ד׳ וה׳ ויותר ממה שהוא אצל הקונה:

ח וכתב עוד דין העניים וכו׳ פי׳ דאף ע״ג דגבי הדיוט אם אמר מה שיוציא אילן זה או מה שתלד בהמתי זו יהא לפלוני יכול לחזור בו ואין בזה משום מחוסר אמנה גבי עניים והקדש אינו כן אלא אף על גב שאינו מתקדש לפי שאין אדם מקדיש דשלב״ל ולא זכו בהן העניים מ״מ חל עליו תורת נדר וחייב לקיים דבריו משום כל היוצא מפיו יעשה ואין להקשות דכיון דחייב לקיים נדרו אם כן היינו זכו בהן עניים די״ל דכיון דיכול לשאול על נדרו כדתנן נשאלין להקדשות א״כ לא זכו בהן העניים עכ״פ דשמא ישאל על נדרו:

ט ואמר הרמב״ם והואיל וכן הוא שחייב לקיים דבריו מדין נדר א״כ כשהיה ש״מ וצוה כך ומת זכו בו העניים דכיון דלא נשאל על נדרו בחייו חל החיוב על היורשים לשלם הנדר שנדר מורישם כשם שהיה הוא חייב לשלם אם היה חי ולא נשאל על נדרו כך חייבים היורשים לשלם מהעזבון אבל דעת הגאונים דאף בש״מ לא זכו העניים דאע״ג דאם היה חי היה חל עליו דין נדר וקיים נדרו מ״מ עכשיו שמת ליתיה בעולם והיורשים לא נדרו ולא חל עליהם נדר מורישם וטעמא דמסתברא הוא דכיון דאין הנכסים משועבדים במה שהקנה לעניים בדשלב״ל ואין החיוב אלא על גוף הנודר שחייב לקיים דבריו א״כ במותו נפטר מחיובו שהיה חייב וכיון שבמותו נפלו נכסי קמי יתמי אין החיוב חל עליהם מיהו כשהנודר קיים מודים הגאונים שחייב לקיים דבריו משום כל היוצא מפיו יעשה וראיה לדבר זה מ״ש יעקב וכל אשר תתן לי עשר אעשרנו לך ונאמר אשר נדרתי לי שם נדר כמ״ש הרמב״ם סוף פרק ו׳ מערכין והראב״ד הודה לו ואמר הראיה מיעקב היא ראיה והגאונים ג״כ לא חלקו עליו בזה אלא דס״ל דבש״מ לא זכו בהן העניי׳ וכדפי׳ והב״י נתן טעם לדעת הרמב״ם בש״מ דכיון דשמעו היורשים שאמר מורישם כל מה שיוציא אילן זה לעניים ושתקו סבור וקבול והו״ל כאילו נדרו הם בעצמם וחייבים לקיים נדרם עכ״ל ואין ספק שזה דוחק ויותר נראה דכיון דדברי ש״מ ככתובים ומסורים דמי כדי שלא תטרף דעתו כ״ש במה שנדר לעניים חיישינן לטרוף דעתו ואף ע״ג דנדר במה שלא בא לעולם אפ״ה חל השעבוד על נכסיו. וז״ל הרב המגיד שאף במתנת ש״מ אע״פ שאין הנודר קיים מצוה לקיים דברי המת כמו שהוא מחוייב אם היה קיים ועיקר עד כאן לשונו:

י ומ״ש ודעת א״א הרא״ש נוטה לדברי הגאונים וכו׳ איכא לתמוה דאדרבה משמע דדעת הרא״ש דלא כשניהם שהרי לדברי שניהם כשהנודר קיים חייב לקיים מתורת נדר ולהרא״ש אין עליו שום חיוב נדר דלאו כלום הוא ונראה דרבינו הכריח מדכתב הרמב״ם על דברי הגאונים ואין דעתי נוטה לדברים אלו שאין אדם מצווה להקנות והוא מצווה לקיים דבריו בצדקה או בהקדש כמו שהוא מצווה לקיים הנדר עכ״ל ואי איתא דהגאונים אינן חולקים אלא בש״מ אבל כשהנודר קיים חל הנדר עליו א״כ אין בדברי הרמב״ם שום תשובה על הגאונים כיון שגם הם מודים דהוא מצווה לקיים דבריו בצדקה ובהקדש מדין נדר אם הוא קיים ולא נחלקו אלא בש״מ ומת אלא ודאי בע״כ שכשחלקו הגאונים ואמרו שאין העניים זוכים אלא בדברים שהדיוט קונה בהן ולפיכך לא יזכה בדבר שלא בא לעולם על הכל נחלקו בין כשהנודר קיים בין כשאינו קיים ונדר כשהיה ש״מ דבין בזו ובין בזו אין להם שום זכות דאפילו באינו קיים אין כאן נדר ולכן כתב רבינו ודעת א״א הרא״ש נוטה לדברי הגאונים ומיהו נראה ודאי דלא כדברי רבינו אלא כדפי׳ דמדכתב הרמב״ם יש גאונים שחולקים על דבר זה ואומרים שאין העניים זוכים וכו׳ מדקאמר שחולקים על דבר זה משמע דוקא על דבר זה דסליק מיניה דהיינו כשצוה שהוא ש״מ הם חולקים ואומרים שאין העניים זוכים כשמת אבל כשהנודר קיים מודים דחל הנדר על עצמו וחייב לקיים משום ככל היוצא מפיו יעשה ותשובת הרמב״ם עליהם הוא דכיון דמודים הגאונים דחל עליו הנדר אם כן הוא מצוה לקיים דבריו בצדקה או בהקדש והשעבוד חל על נכסיו שזכו בהן העניים בחיי הנודר והיורשים חייבים לשלם כל מה שנדר בצדקה או בהקדש מכח הטעמים דפרישית בסמוך לדעת הרמב״ם:

יא ומ״ש והראב״ד השיג ג״כ וכו׳ פי׳ דברי הרא״ש נוטים לדברים הגאונים דבין כשהנודר קיים ובין כשהנודר אינו קיים לא אמר כלום דאין כאן נדר כדפי׳ לדעת רבינו והראב״ד השיג ג״כ עליו בחד צד היכא דהנודר אינו קיים וז״ש דדוקא כשחייב את עצמו אתן מהפירות שיצאו בכרם שלי הרי חייב עצמו ויתן בין כשהוא קיים בין כשאינו קיים חל השעבוד על הנכסים וחייבים היורשים לשלם אבל אם אמר ינתן כך וכך מפירות שבא לעולם או שאמר לבניו תנו דהיינו כשהיה ש״מ ציוה ואמר ינתן וכו׳ או תנו וכו׳ לא קנו עניים אבל כשהנודר קיים לא אמר בו הראב״ד כאן דעתו אם חייב לקיים דבריו מדין נדר אם לאו ולכאורה משמע דמודה בזו לדעת הרמב״ם דחל עליו דין נדר וכמו שהוא מבואר בהשגתו פ״ו דערכין והרב המגיד תמה עליו והיה

נראה לו דדברי הראב״ד סותרים וליתא אלא כדפירש׳ הוא עיקר וכבר כתבתי בסמוך שהגאונים ג״כ לא נחלקו אלא בש״מ שנתן אבל כשהנודר קיים מודים דחייב לקיים דבריו מדין נדר וכמו שהוא לדעת הראב״ד כך היא דעת הגאונים ודוק ולענין הלכה ודאי היכא דהנודר קיים חייב לקיים דבריו כמו שהוא מצווה לקיים הנדר דכך הוא דעת הרמב״ם והגאונים והראב״ד דלא כדעת הרא״ש וכדפי׳ אבל כשאין הנודר קיים נראים דברי הגאונים והראב״ד והרא״ש דאין היורשים חייבים לשלם ודלא כהרמב״ם שהוא יחיד בדבר זה גם המרדכי פרק מי שמת כתב ע״ש מהר״ם בתשובה המתחלת נשאל לר״מ באלמנה שלא הו״ל בנים וכו׳ וז״ל בסוף התשובה ועוד נראה לר״מ דאפילו אמרה אתן כך וכך לצדקה לאחר מותו לא נעשה נדר ומצי למיהדר ולא דמי לאמר סלע זה לכשיבא לידי אתננו לצדקה דפי׳ ר״מ פ״ד וה׳ דנעשה נדר ויש לו לקיים דבריו דהתם לכשבאת לידו חי הוא ובר קיומיה לנדריה הוא הלכך בההוא שעתא א״ל קיים נדרך אבל ש״מ בעידנא דהוי לנדריה למיחל ולקיים אותו כבר מת ונעשה חפשי מן המצות וכו׳ עכ״ל הרי שהסכים דבש״מ לא זכו העניים ודלא כהרמב״ם והכי נקטינן והרב בהגהת ש״ע נמשך אחרי דברי רבינו שדעת הרא״ש כדעת הגאונים וכתב דדוקא כשאמר כשתלד בהמתי או יוציא אילן פירות אתננו להקדש חייב לקיים דבריו מטעם נדר אבל באומר מה שתלד בהמתי לעניים אין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם וממילא דבריו בטלים ואינו חייב לקיים מדין נדר וליתא אלא אע״ג דכך הוא דעת הרא״ש אין כך דעת הגאונים והרמב״ם והראב״ד והכי נקטינן דחייב לקיים דבריו מדין נדר כדעת רוב גדולים: שאלה להרא״ש ואמר שמואל גמר בלבו צריך להוציא בשפתיו וכו׳ וכן כתב בי״ד סימן ר״י דאין הנדר חל עד שיוציא בשפתיו וכמ״ש הרא״ש בריש שבועות דנדר דין שבועה יש לה לענין זה דצריך להוציא בשפתיו ותימה דבאורח חיים סי׳ תקס״ח פסק כר״ת דכל ענייני נדרים חייב לקיים בגמר בלבו גם על הרא״ש קשה דבפ״ק דתענית הסכים לראיית ר״ת בגמר בלבו להתענות בשעת תפלת המנחה דהוי שפיר קבלה ובא״ח הארכתי על זה בס״ד:

סימן ריג

א המוכר פירות שובך וכו׳ עד סוף הסימן הוא ל׳ הרמב״ם בפכ״ג ממכירה וכתב ב״י הוא נלמד מדתנן פ׳ הספינה הלוקח פירות שובך מפריח בריכה ראשונה וכו׳ מדמפרש דיני מכירתם אלמא דקנה וכתב הרמב״ם דטעמא משום דאינו מוכר יונים שיולדו וכו׳ אלא דאכתי איכא למיבעיא מ״ש דכי היכי דבמוכר פירות שובך או פירות כוורת אמרינן דהוי כמוכר שובך או כוורת לפירותיה הכי נמי במוכר פירות דקל נימא דקנה משום דאינו אלא כמוכר דקל לפירותיו ואיפשר דכיון דמוכר פירות אילן או פירות שדה אין לו רשות ליכנס בקרקע שלא ברשות בעל השדה אלא בשעת אסיפת הפירות לא משמע שמכר לו רק הפירות מה שאין כן בלוקח פירות שובך שהוא צריך ליכנס שם בכל יום להאכיל היונים ולוקח פירות כוורת גם הוא צריך לבקר בכל יום וכו׳ הו״ל כמוכר שובך לפירותיו וכ״כ בספר כסף משנה והאריך בזה ואני לא ידעתי ליישוב זה שום יד ורגל בגמרא ובפוסקים ועוד כתב ב״י וז״ל ועי״ל דכיון דשובך וכוורת הם טפלים לגבי פירותיהם דסתמן אינן שוים כל כך הוה ליה כמוכר שובך וכוורת לפירות מה שא״כ במוכר פירות אילן ושדה שהם טפלים לגבי אילן ושדה עכ״ל ולפע״ד דאין זה אמת שהרי שנינו בפ׳ הספינה מכר כוורת מכר דבורים מכר שובך מכר יונים משום דדבורים בטלי לכוורת דקביע וכן היונים בטלים לשובך דקביע ולהכי מכר פירות כוורת לא מכר כוורת מכר פירות שובך לא מכר את השובך וכדמשמע ממאי דתנן התם הלוקח פירות שובך מפריח בריכה ראשונה פירות כוורת נוטל שלשה נחילין וכו׳ דאלמא דלא בטל השובך לגבי יונים ולא הכוורת לגבי דבש וכן פי׳ רשב״ם להדיא במשנת מכר כוורת מכר דבורים וכו׳ וכתב דמילתא דפשיטא היא ולא איצטריך למתני. אלא נראה ליישב הקושיא בדרך זה דכאן דאמרינן דמוכר השובך לפירותיו מיירי במפרש שמכר כל פירות הכוורת ופירות השובך בלא שום שיור דהשתא ודאי אמרינן בזה מכר פירות כוורת מכר גם הכוורת מכר פירות שובך מכר גם השובך וכדאיתא בתוספתא הביאה הרא״ש לשם וכמו שיתבאר לקמן בסימן ר״ך סעיף י״ט וכ׳ וזהו שכתב הרמב״ם ורבינו ואין זה מוכר דבר שלא בא בעולם שאינו מוכר היונים שיולידו והדבש שיבא לכוורת כלומר שאינו מוכר אותם בלבד אלא מוכר גם הכוורת והשובך דכיון שמפרש שמכר כל פירות הכוורת וכל פירות השובך אין דרכן של בני אדם למכור כל הדבורים וכל היונים כשדעתו לשייר הכוורת והשובך אלא ודאי מדמכר כל פירות השובך וכל הכוורת בעל כרחך דמכר גם הכוורת והשובך ואמרינן דהוה ליה כאילו אמר בפירוש דמוכר השובך לפירותיו והכוורת לפירותיו והרי הוא כמוכר אמת המים לחבירו שהוא נהנה בכל מה שיצוד בה לפי שמוכר לו בלא שיור וכמוכר אילן לפירותיו דמיא אבל במוכר פירות דקל אעפ״י שמוכר לו כל הפירות בלא שיור אפילו הכי לא מכר האילן לפי שדרכן של בני אדם למכור כל פירות האילן ולשייר האילן לעצמו: והבצים והאפרוחים שהם עתה בשובך וכו׳ בסוף חולין לוי בר סימון אקני פירות שובכו לרב יודא אתא לקמיה דשמואל א״ל זיל טרוף אקן דליתגבהו וקנינהו. למאי אי למקניא ניקנינהו ניהליה בסודר הנהו פירי חדתי הוו דלוי בר סימי גופיה לא הוה קני להו וה״ק ליה זיל טרוף אקן דליתגבהו וליקנינהו לוי בר סימי והדר ליקנינהו ניהלך בסודר. וכתב ב״י דלהרמב״ם כשלא עמדה מעליהם אסור לזכות בבצים או באפרוחים ואע״ג דלא מיתסר מדאורייתא כשאינו רוצה לזכות גם באם דהתורה לא אסרה אלא שלא ליקח האם על בנים אבל חכמים אסרוהו גזירה שמא יבא

ליקח האם על הבנים אבל אם האם עמדה מעליהם אפילו שעה אחת זכתה לו חצרו ושלא פרחו דנקט הרמב״ם לאו דוקא דאע״ג דלא פרחו אם עמדה האם מעליהם זכתה לו אלא אורחא דמילתא נקט דכל שלא פרחו אין דרך האם לעמוד מעליהם וה׳ המגיד שכתב ופירש המחבר פירי חדתי שלא פרחו ורש״י פי׳ בצים שהטילה אותם האם ולא עמדה מעליהם עכ״ל דמשמע מדבריו דלהרמב״ם אפילו עמדה האם מעליהם כל זמן שלא פרחו לא זכתה לו חצרו ולא נראו דבריו בעיני עכ״ל. ושרי ליה מאריה כי הדברים ברורים ופשוטים שאין כאן שום מחלוקת בין פירוש רש״י למה שפירש הרמב״ם ז״ל אלא שהרמב״ם ז״ל בא לבאר דאע״ג דרב יודא אמר רב לא אמר בסוף חולין אלא שאסור לזכות בבצים כשהאם רובצת עליהן לאו דוקא בבצים אלא ה״ה נמי אפרוחים שלא פרחו וכדמשמע מן האסמכתא דמייתי התם שנאמר שלח תשלח את האם והדר הבנים תקח לך דבנים דקרא איירי נמי באפרוחים שלא פרחו והא דנקט שלא פרחו משום דתנן התם היו שם אפרוחין מפריחין או בצים מוזרות פטור מלשלח ואם כן מותר לזכות באפרוחים שפרחו אפילו כשהאם רובצת עליהם ואינו אסור אלא באפרוחים שלא פרחו דאותן דוקא דינם כביצים וזהו שאמר הרב המגיד דרש״י פירש פירי חדתי בצים שהטילה אותם האם ולא עמדה מעליהם כלומר ולא פירש דמיירי באפרוחים שלא פרחו והרמב״ם פירש פירי חדתי שלא פרחו כלומר ביאר בדבריו שאף האפרוחים שלא פרחו איכא בהו הך איסורא דגזרו חכמים שאסור לזכות בהם כשהאם רובצת עליהם משום חששא דשמא יהא זוכה גם באם ועובר משום לא תקח האם על הבנים ומשום הני צריך לטפח על השובך כדי שיגבהו האמהות מעליהם ואז זכתה לו חצרו לבצים ולאפרוחים שלא פרחו ואחר כך יקנה וכו׳ והיינו ודאי דכיון שעמדה אפילו שעה אחת כבר זכתה לו חצרו וכו׳. ומ״ש הרמב״ם בפ׳ י״ג מהלכות שחיטה שהביא בית יוסף איירי נמי באפרוחים שלא פרחו וכמבואר באותו פרק ע״ש:

סימן ריד

א המוכר בית סתם לא מכר היציע שהוא כמו בנין קטן אצלו בריש פ׳ המוכר את הבית [המוכר את הבית] לא מכר את היציע אע״פ שהיא פתוח לתוכו ולא את החדר שלפנים הימנו ובגמרא מאי יציע הכא תרגימו אפתא רב יוסף אמר בדקא חלילא מאן דאמר אפתא לא מזדבנא כל שכן בדקא חלילא ומאן דאמר בדקא חלילא אבל אפתא מזדבנא וכתב הרב אלפס וסוגיין כרב יוסף ונראה דהרב אלפס אזיל לשיטתיה שפירש לשם וזה לשונו אפתא כגון עלייה שעושין אותה על גבי הבית ואין לו פתח מבחוץ אלא עושין לו ארובה במעזיבה שע״ג הבית שהיא קרקעיתה של אותה עלייה וממנו נכנס ויוצא וזה הוא פתחה וכדאמר בס״פ חזקת מאי עלייה אפתא כלומר שהאפתא אין לה פתח בתוך החצר כמו פתח העלייה שהיא עשוייה לדירה וכו׳ אלא פתח שלה בתוך הבית הוא לפי שאינה עשוייה לדירה ובדקא חלילא הוא כמו חדר שעושין סביבות כתלי הבית מבחוץ כמו שהיה במקדש כדכתיב היציע התחתונה חמש באמה וגו׳ ויש שעושין כך בתוך עוביו של כותל עכ״ל ויהיה טעמו של דבר דאפתא אעפ״י שאינו עשוי לדירה אלא להניח שם חפציו מ״מ הוא עשוי לתשמיש והוא תשמיש גדול לבית אלא שאינו דומה לתשמיש בית ממש והיא כגון עלייה שעושין אותה ע״ג הבית ופתוח לבית ועולין לו דרך ארובה אותו היציע הוא בכלל הבית אבל יציע שהוא חוץ לבית סביבות הכתלים שעל הרוב תחלת עשייתה אינה אלא לקרר והיא ג״כ נקראת עלייה קטנה כמ״ש הר״ר ירוחם נתיב י״א ח״א והוא כגון היציע שהיה סביב ב״ה אלא שזה של בתים חלול מלמטה ואין משתמשין אלא בגובה מלמעלה ולכן קורין אותה בדקא חלילא לפי שהיא חלולה מלמטה אותה יציע אע״פ שהיא פתוחה לבית אינה בכלל בית ולפי דסוגיין בכל דוכתא דיציע הוא חדר שסביב הכתלים מבחוץ כמו שהיה במקדש לפיכך פסק הרי״ף כרב יוסף דיציע דמתני׳ אינו עלייה שקורין אופתא ובזה מתיישב נמי דבס״פ חזקת תנן ובונה עלייה וכו׳ ומפרש בגמרא דהיינו אפתא ולפי שהיא ע״ג הבית ככל שאר עליות נקראת בשם עלייה סתם והכא תנן יציע דהיינו בדקא חלילא שהיא סביבות הבית כגון יציע דב״ה. אבל למאן דאמר דיציע דהכא הוה אפתא קשיא אמאי קרו ליה לאפתא בס״פ חזקת עלייה וכאן קרי ליה יציע. ומעתה יתבארו דברי רבינו שהוא ג״כ תופס פירושו של הרי״ף ולכן כתב תחילה לא מכר היציע שהוא כמו בנין קטן אצלו כלומר שהוא בית הבית וסביבותיו דכיון שאותו בנין על הרוב אינו עשוי לתשמיש אלא לנוי ולקרר ולכן עושין אותו בנין קטן סביבותיו איננו בכלל בית ואח״כ כתב ובעלייה כתב הרמב״ם שאם היא פחותה לבית בארובה במעזיבת הבית שהוא בכלל הבית והיינו אפתא שהוזכרה בגמרא שהיא עלייה ע״ג הבית ועשויה לתשמיש ודקדק הרמב״ם לומר שהיא פתוחה לבית בארובה וכו׳ כלומר אבל עליה שע״ג הבית שיש לה פתח מבחוץ בתוך החצר ועשוייה לדירה איננה בכלל הבית וכמו שמבואר בדברי הרי״ף שהבאתי. ומ״ש וי״א שאיננה בכלל בית נראה בעיני די״א תופסים נמי פירושו של הרי״ף אלא שתופסים עיקר כמ״ד דאפתא לא מזדבנא כ״ש בדקא חלילא ולפיכך כתב דאף בעלייה שפתוחה לבית בארובה וכו׳ דאינה בכלל הבית והרמ״ה חילק וכו׳ נראה שהרמ״ה ג״כ תופס פירוש של הרי״ף ופסק דלא כי״א אלא שתופס נמי פירושו של רב שרירא גאון שהביאו נ״י ר״פ המוכר את הבית וגם הערוך הביאו ערך אפתא הראשון דפירש אפתא הוא שמקרין באמצע הבית תחת קירוי שלמעלה וטחין אותו ומשתמשין בו ונקרא אפתא וז״ש הרמ״ה שאם היא עשויה בחלל הבית כעין אוצר אז היא נמכרת עמו דהיא בכלל הבית ואפילו יש בה ד׳ אמות וגובה עשרה ויש לה פתח גם בצד אחר מבחוץ אפ״ה מזדבן בכלל בית כיון שהיא עשויה בחלל הבית תחת הקירוי של מעלה ומינה דאם היא בנויה כשאר עלייה שעשוייה ע״ג תקרת הבית אפי׳ איננה פתוחה אלא לתוך הבית אינה בכלל הבית סתמא. ודוקא שיש בה ד׳ אמות דאם אין בה ד׳ אמות לא עדיף מבדקא חלילא דבטל לגבי בית אם אין בה ד׳ אמות ודוקא שיש בה נמי גובה עשרה טפחים הא לאו הכי לא היה מקום חשוב בפני עצמו ובטיל לגבי הבית שהרי אפילו לענין רה״י דשבת לא הוה מקום חשוב בפני עצמו אלא בגובה עשרה טפחים וכיוצא בזה כתב רשב״ם במשנה ר״פ בית כור. וכל זה דלא כמ״ש ב״י בפירוש לדברי הרמ״ה ודע דמפרשב״ם משמע שחולק על פי׳ הרי״ף ודעימיה וס״ל דאפתא הוא בנין נמוך מצידיו או מאחוריו והוא נמי סביבות הבית כמו בדקא חלילא אלא עשוי לתשמיש ובדקא חלילא עשוי חלונות לנוי ושניהם הם כעין יציע דב״ה סביב הבית ולפיכך קרי ליה יציע במתניתין דהמוכר את הבית ומאי דקרי ליה עלייה בסוף פרק חזקת היינו משום דהתם מיירי שחלקו רחבו של ביתו לשנים בגובהו ועשו ב׳ חדרים קצרים ואח״כ בנה מעזיבה באמצעית גובהו של חדר שלפנים מביתו ונמצאת עלייה בנוייה מאיליה והיינו יציע שהרי עלייה זו היא ג״כ סביבות ביתו בגובה וכן מבואר בפרשב״ם ס״פ חזקת ודלא כמו שפי׳ נ״י ר״פ המוכר את הבית לדעת רשב״ם עיין עליו אלא כדפרישית ולפי׳ רשב״ם ודאי למאי דפסקינן הילכתא כרב יוסף דאפתא כיון שעשויה לתשמיש מזדבנא אעפ״י שהיא סביבות הבית א״כ עלייה שהיא ע״ג הבית ממש דהוא תשמיש גדול לבית ופתוחה לבית בארובה וכו׳ אין צריך לומר דפשיטא דמזדבנא ודלא כמ״ש ב״י דלרשב״ם לא איתפרש דין עלייה שע״ג הבית גם לא כמה שפי׳ לדעת רבינו דמשמע דמפרש כלישנא דרשב״ם דליתא אלא רבינו מפרש כהרי״ף והרמב״ם וכדפי׳ דכל שהיא סביבות הבית לא מזדבנא דלא כפירשב״ם ויותר נראה לומר דאע״ג דמר מפרש כך ומר מפרש כך לענין הדין אין חילוק ביניהם דגם הרי״ף ודעימיה מודים לפירשב״ם דאם היציע עשויה לתשמיש אפילו היא סביבות הבית נמי הוי בכלל בית

דע״כ לא קאמר בגמרא דבדקא חלילא שהיא סביבות הבית לא הוי בכלל בית אלא לפי שתחלת עשייתה אינו אלא לנוי ולקרר כדפי׳ ורשב״ם נמי מודה דבדקא חלילא אפילו אינה עשויה חלונות חלונות סביביו אלא עשויה לנוי ולקרר לא הוי בכלל בית. ומ״ש חלונות חלונות וכו׳ לא בא אלא לפרש לישנא דבדקא חלילא. ותלמודא נמי נקט אורחא דמילתא דכל שתחלת עשייתה לנוי עושין אותה חלונות חלונות ואה״נ דאפילו אם אינו עשוי חלונות חלונות כל שהוא עשוי לנוי ולקרר לא הוי בכלל בית. וכן נ״ל מלשון נ״י ורבינו ירוחם דלא פליגי לענין דינא באפתא אלא בין כך ובין כך נמכר הוא סתם בהדי בית כיון שהוא תשמיש גדול לבית וממילא משמע דלא פליגי נמי לענין דינא בבדקא חלילא וכדפרישי׳ אכן מלשון הרי״ף והרמב״ם ורבינו שלא הזכירו ההבדל שביניהם בין עשוי לתשמיש לעשוי לנוי אלא סתמו וכתבו דיציע שסביבות הבית אינה בכלל בית ועלייה שע״ג הבית היא בכלל בית משמע דכל שהיא סביבות הבית לא הוי בכלל בית אפילו עשוי לתשמיש ומ״מ אפשר לומר שסתמו דבריהם בזה כמו שסתמו בגמרא לפי שהוא דבר פשוט דזיל בתר טעמא דכל שהוא עשוי לתשמיש הוי בכלל בית וכל שאינו עשוי לתשמיש אינו בכלל בית אלא דאורחא דמילתא הכי הוה דע״ג בית עשוי לתשמיש וסביבות הבית עשוי לנוי ואי הוה איפכא היה הדין בהפך וכן נראה עיקר ויש ידים מוכיחות לזה מדלא הביא רבינו כאן מחלוקת זו דבפירשב״ם והרמב״ם כדרכו להביא כל הדיעות ובפרט פירשב״ם אלמא דס״ל דלענין דינא לא פליגי: ולא את החדר שלפנים הימנו אפילו עומדים בין המצרים ה״א בגמרא לגבי חדר והתוס׳ כתבו ע״ש ר״י דמספקא ליה ביציע אי אמרינן נמי מצרים הרחיב לו ממשנה יתירה או שמא דוקא בחדר העשוי לשמירת ממונו ואין תשמישו דומה לשל בית אבל יציע דתשמישו שוה לבית קנה והרא״ש כתב ומסתברא דלא שנא: ומ״ש והוא שיש בהן ד׳ אמות אז אין נמכרין עמו אפילו אינן פתוחים אלא לתוך הבית דין ד׳ אמות מימרא דמר זוטרא לשם ביציע וסובר הרמב״ם דדוקא ביציע נאמרו הדברים דאם לא כן אמאי לא אמר מר זוטרא מילתא אתרווייהו איציע ואחדר ולימא הכי והוא דהוה להו ד׳ אמות וכ״כ ב״י ע״ש הר״ן בשם הרשב״א וכ״כ המרדכי בשם הר״מ פרק המוכר פירות ע״ש אבל הרא״ש אחר שכתב שתי ספיקותיו אי הוה שוה דין חדר לדין יציע כתב בסוף ומסתברא דלא שנא ומשמע דאין חלוק בין יציע לחדר כל עיקר וכ״כ הרמב״ן והביא ראיה מן הגמרא כמו שהעתיק בית יוסף: ומ״ש אפילו אינן פתוחין אלא לתוך הבית הכי משמע מדברי הרי״ף שפירש דאפתא אין לו פתח מבחוץ אלא עושין לו ארובה במעזיבה וכו׳ דאלמא דלמ״ד אפתא יהיה פי׳ מה ששנינו אע״פ שהיא פתוחה לתוכה כלומר אע״פ שאינה פתוחה אלא לתוכה. וא״כ ממילא למ״ד בדקא חלילא יהיה פירושו ג״כ אע״פ שאיננה פתוחה אלא לתוכה דבהא לא פליגי והכי מוכח בגמרא דפריך השתא יציע לא מזדבן חדר מיבעי׳ ולא משני דאיצטריך חדר לאשמועינן אף ע״פ שאיננו פתוח אלא לתוך הבית ככל סתם חדר שלפנים ממנו דאינו פתוח אלא לתוך הבית אלמא דס״ל לתלמודא דגם מה ששנינו ביציע אף על פי שהיא פתוחה לתוכה היינו לומר אע״פ שאיננה פתוחה אלא לתוכה. ומש״ה כתב הרמ״ה גם כן בעליה שהיא עשויה על גבי תקרת הבית אפילו אינה פתוחה אלא לתוך הבית אינה נמכרת עמו: ומ״ש אבל אם אין בהם ד׳ אמות אז נמכרין עמו אפילו פתוחים למקום אחר זה אינו מפורש לא בהרי״ף ולא ברמב״ם ונ״ל דדקדק לפרש כן מדפריך בגמרא אמר זוטרא אלא מעתה גבי בור דתנן לא את הבור ולא את הדות אף על פי שכתב לו עומקא ורומא הכי נמי אי הוו ד׳ אמות אין אי לא לא ולא קמשני שאני בור ודות דכיון דאינן בתוכו של בית אלא בנינים בפני עצמן הן וכמו שפרשב״ם בגמרא בברייתא דהמוכר את הבית לא מכר את הדלת ע״ש (בדף ס״ה ע״ב) ועוד שאין דרך הבית להיות בו בור ודות ועוד דאין תשמיש הבית ובור ודות שוה וכמ״ש ה״ה בפכ״ה מה״מ ומביאו בית יוסף בתחלת סימן רט״ו והלכך אינו בכלל הבית סתמא כיון דאין פתח הבור פתוח לבית לבדו אלא פתוחין לכל המקומות אלמא דס״ל לתלמודא דלמר זוטרא נמי ביציע אם אין בה ד׳ אמות בטל הוא לגבי בית אפילו פתוחים למקום אחר והכי מוכח מדלא מפליג מר זוטרא מידי באין בה ד׳ אמות ולהכי קשיא ליה אלא מעתה גבי בור וכו׳. ומ״מ נראה דדוקא כשפתוחים נמי לבית אבל אם אין פתוחים לבית כל עיקר דהוה תשמיש באפי נפשיה אפילו אין בה ד׳ אמות לא בטל לגבי בית וכמו שכתב הרמ״ה אצל עלייה שהיא עשוייה בחלל הבית וכו׳ וזהו שדקדק רבינו וכתב אז נמכרים עמו אפילו פתוחים למקום אחר ולא כתב אפילו אינן פתוחים אלא למקום אחר כמ״ש ברישא אהיכא שיש בהן ד׳ אמות וה״ט דכיון דהא תשמישתא לחוד וביתא תשמישתא לחוד לא בטל לגבי בית והכי מוכח בגמרא למאי דמשני אבור ודות הכי השתא התם הא תשמישתא לחוד והא תשמישתא לחוד הכא אידי ואידי חדא תשמישתא היא אי הוו ד׳ אמות חשיב ואי לא לא חשיב. ולא תימא דוקא אבור ודות אלא אפילו יציע שהרי בגמרא בברייתא דהמוכר את הבית מכר את הדלת כו׳ קתני בזמן שא״ל הוא וכל מה שבתוכו הרי כולן מכורין בין כך ובין כך לא מכר את הבור ולא את הדות ולא את היציע ואילו חדר שבפנים שייריה אלא צריך לומר דמיירי ביציע שאינה פתוחה לבית שאותה יציע ודאי דינה כבור ודות שאפילו אין בה ד׳ אמות אינה בכלל בית ומש״ה חדר שבפנים שייריה דכיון דאינו פתוח אלא לבית מכור בכלל בית מאחר שכתב הוא וכל מה שבתוכו ומכאן הוציא הרמ״ה מה שפסק בעלייה דאם אינה פתוחה לבית אפילו אין בה ד׳ אמות לא מזדבנא שהרי יש לה תשמיש בפני עצמו ולפי שאין ספק היכא שהוא קטן כל כך דלא לתשמיש בפני עצמו דבטל הוא לגבי בית על כן כתב הרמ״ה כל היכא דאית ליה שיעורא דחזי לפום מנהגא לאשתמושי בה באפי נפשיה לא מזדבנא. והב״י הביא דברי הר״ן בשם הרשב״א ליישב ברייתא זו דמשמע מינה דיציע אינה בכלל בית והחדר שלפנים ממנו הוי בכלל בית דהיינו משום דיציע פירושה עלייה שע״ג הבית ומכאן הוכיח דיציע

דמתניתין הוה עלייה שע״ג הבית כמו שפירש הרי״ף דלא כפרשב״ם יציע בנין נמוך אצל הבית מצדיו או מאחוריו והאריך בזה ולא הבנתי דבריו האיך תולה פירושו זה בדברי הרי״ף הלא הרי״ף פסק כרב יוסף דיציע דמתני׳ הוא בדקא חלילא. אבל אפתא שהיא עלייה ע״ג בית מזדבנא אלמא דיציע דמתני׳ היא סביבות הבית ואם נאמר דהרשב״א פוסק כמ״ד אפתא אכתי ק׳ ולרב יוסף מי הוה ניחא מברייתא וצריך לומר דהרשב״א ס״ל דבדקא חלילא הוי נמי עלייה ע״ג הבית אלא שאינה לתשמיש כי אם לנוי ולהקר. וכעין זה פירש בית יוסף לדברי הרמ״ה אך ק׳ דפי׳ זה הוא דלא כמ״ש הרי״ף שהרי הרי״ף פ׳ בדקא חלילא היא סביבות הבית כעין יציע שבב״ה וכן היא דעת כל המחברים המפורסמים דבדקא חלילא היא סביבות הבית לכל הדיעות אלא הדבר ברור דיציע דברייתא מיירי באינה פתוחה לבית דדינה כבור ודות. לא מכר את הגג וכו׳ משנה שם. ומ״ש ויש בו רוחב ד׳ אמות הם דברי הרמב״ם בפכ״ה מה׳ מכירה וכתב ה׳ המגיד לא מצאתי בגמרא שיעור רוחב לגג אולי למדה הרב מהיציע עכ״ל ובית יוסף הקשה על זה דכיון דהרמב״ם לא כתב בחדר שצריך שיהיה בו ד׳ אמות ולא יליף לה מיציע היכי נימא דיליף גג מיציע דמ״ש גג מחדר ואפשר לומר דס״ל להרמב״ם מאחר דבגמרא מחלק דבור ודות דתשמישתיה לחוד וביתא תשמישתיה לחוד לפיכך אפילו אין בבור ודות ד׳ אמות לא הוי בכלל בית אבל יציע ובית דאידי ואידי חדא תשמישתא היא אי הוי ד׳ אמות חשיב ואי לא לא חשיב א״כ לפ״ז גם חדר דבין תשמישו כשל בית שאינו עשוי אלא להצניע שם חפציו לשמור כעין תיבה כמו שפי׳ רשב״ם הלכך אפילו אין בו ד׳ אמות אינו בכלל בית אבל גג ובית חדא תשמישתא היא מקום דירה אי הוי ד׳ אמות חשיב ואי לא לא חשיב ובהכי ניחא דלא פריך עלה דגג השתא יציע לא מזדבן גג מיבעיא דליכא לשנויי הכא כדמשני אחדר דמצר ליה מצרים אבראי שאין המצרים מוכיחים בו כלל וכענין שכתב הר״ן ע״ש הרשב״א לפי פירושו ביציע דהוא גג שע״ג הבית שאין המצרים מוכיחים בו כלל והביאו ב״י: ולא את הבור והדות החפורים בקרקע וכו׳ משנה שם ולא את הבור ולא את הדות אף על פי שכתב לו עומקא ורומא. ובגמרא מפרש אחד הבור ואחד הדות בקרקע אלא שהבור בחפירה והדות בבנין ורבינו כתב בסתם החפורים בקרקע ולא האריך לבאר פה ההבדל שבין בור ודות לפי שלא בא אלא להורות בדבריו טעמו של דבר מפני מה אין בור ודות בכלל בית אפילו אין בה ד׳ אמות וכמו שפרשב״ם בסתם בור לא הוי ד׳ אמות רחב דבור קצר הוא ואמר שזה לפי שחפורים בקרקע ואם כן אין תשמישו כשל בית כדאיתא בגמרא התם הא תשמישתא לחוד והא תשמישתא לחוד: ומ״ש אפילו עומדין בין המצרים וכתב לו עומקא ורומא וכתב לו ג״כ ולא שיירית בזביני אילין כלום אפ״ה אין כל אלו נמכרין כך כתב הרא״ש בר״פ המוכר את הבית והביא ראיה לדבר ומחלוקת רשב״ם ור״י מבואר לשם אמימרא דרב דימי (בדף ס״ג ע״ב): ומ״ש וגם כשאינו גבוה עשרה וכו׳ משמע דאלה הם נמי מדברי הרמ״ה דס״ל דלא מהני רומא לגג גבוה י׳ טפחים אבל לגג שאינו גבוה עשרה טפחים מהני וא״כ מינה נשמע דגם כשאינו גבוה עשרה אינו קונה אותו מן הסתם עד שיכתוב לו רומא דאל״כ מאי מהני ליה מ״ש רומא דהא ודאי כיון דבסתם קני לגג שאינו גבוה עשרה כ״ש דקני לאויר שעל גביו. והכי משמע פשטא דגמרא דקאמר עומקא ורומא בסתמא לא קני משמע דלא קני רומא בסתמא כל עיקר אפילו לענין האויר שעל גביו ואצ״ל דלא קנה לגג פחות מעשרה טפחים דאין לו באויר שע״ג הבית ולא כלום שלא קנה אלא עד תקרת הבית. ומיהו רשב״ם כתב בהדיא בפירושו ז״ל ומיהו גג שאין לה מעקה גבוה י׳ קנה מסתמא להשתמש על הגג דאין זה בכלל רום אלא בכלל גוף הבית ממש כעליות הבית ובית יוסף כתב ג״כ דמדעת שאר הפוסקים משמע דס״ל דכל שאין הגג גבוה לא חשיב ובטל לגבי בית ושכ״כ הרמב״ן בהדיא ע״ש ר״י הלוי: ומ״ש מכל מקום קרקעיתו של גג קנה ואי אפשר למוכר להשתמש בו אפילו בדריסת הרגל כלומר ואין צריך לומר דאינו יכול לבנות תחילה על הכתלים שמכר או להגביה מעקה הגג יותר ממה שהיה קודם המכירה. אלא שאם בא מוכר להשתמש בגג בונה לו קרקע אחרת באויר ע״ג עמודים בענין שלא יכביד על הכתלים. ומ״ש אבל היכא שגבוה י׳ שאינו מכור מפני חשיבותו שחשוב בפני עצמו גם קרקעיתו אינו מכור כלומר באינו גבוה עשרה כיון דאינו חשוב דינו כמו אויר שע״ג הבית דאם כתב לו רומא קנה שניהם ואם לא כתב לו רומא לא קנה לא זה ולא זה וכי היכא דלענין אויר אפילו כתב לו רומא אינו יכול לבנות עלייה אלא ע״ג עמודים דאין לו בתקרת הבית ולא בכתלים שמכר ולא כלום הכי נמי בגג שאינה גבוה עשרה דכיון דאין חשוב לא עדיף מאויר גרידא אבל בגבוה עשרה דלא קנה לוקח אפי׳ כתב לו רומא לפי זה צריך לומר דשייר לעצמו הגג להשתמש בו וכיון דחשיב כולי האי א״כ גם קרקעיתו אינו מכור וכתב בית יוסף דהרמ״ה תופס גירסא אחרת בגמרא שמתוכה הוציא דינין אלו:

ב ומ״ש על כן לא מהני כו׳ דברי רבינו הם ואדלעיל קאי וה״פ מאחר דאפי׳ בכתב לו עומקא ורומא אין בור ודות מכורים לכ״ע ולר״י והרמ״ה גם הגג הגבוה עשרה טפחים אינו מכור א״כ לא מהני מ״ש לו עומקא ורומא אלא לענין האויר שעל גביו וכו׳ ואע״פ דמהני ליה רומא גם לגג שאינו גבוה עשרה כדלעיל כבר התבאר דגג שאין לו גבוה עשרה כיון דלא חשיב דינו ממש כמו האויר שעל גבי הבית אם כן בכלל אויר הוא ודברים אלו שכתב רבינו כתבם רשב״ם בפירושו בהדיא וכתבם רבינו בסתם משום דס״ל דר״י אינו חולק ע״ז אלא שהרמ״ה לבד כתב דאפי׳ לא כתב לו עומקא ורומא אינו יכול לחפור תחתיו וה״ט דשמא סבור הוא שלא יזיק ושלא במתכוין יזיק אלא יכול להשתמש בהכנסות קורות תחת הקרקע שבזה אין חשש היזק וכ״כ:

ג וכ״כ הר״י הלוי שאין המוכר יכול לחפור וכו׳ והביא רבינו מסקנת דבריו מפני שנמצא בהם חידוש שאם חפר הלוקח בורות שיחין ומערות הרי הן של מוכר: ומ״ש לפיכך אם מכרם לו בפי׳ וכו׳ שם מימרא דרב דימי:

ד ומ״ש ומיהו אם כתב לו מארעית תהומא וכו׳ כ״כ הרא״ש שם:

ה כתב הרשב״א המוכר חצר סתם ולא כתב לו עומקא ורומא וכו׳ נראה דאע״ג דהרשב״א נקט תרוייהו מ״מ עיקר דבריו הן דבחצר לא קנה הרום ובשדה לא קנה העומק אבל העומק בחצר ודאי קנה שהרי קנה בור ודות ושיחים ומערות כדלקמן בר״ס רט״ו ובשדה קנה הרום ולא העומק והכי דייק לישניה דרשב״א ולישנא דה״ר יונה דפליג עליה וטעמו של הרשב״א דכיון דאמרו בגמרא לגבי מכירת בית עומקא ורומא בסתמא לא קני ה״ה לגבי חצר לא קנה הרום אלא עד ראש כותל החצר דהוי נמי מקום מסויים כמו תקרת הבית משא״כ חורבה דעומדת לבנות דקנה באויר כדי סתם בית פירוש כדי סתם רומו של בית דהיינו כדי דנקט איסורייתא דמחוזא והדר דהכי איתא בפ״ק דב״ב (דף ז׳) פי׳ כדי שיקח אדם חבילות קנים על ראשו ויכניס ויוציא ומחזיר עצמו לכל צדדין ולא יצטרך לכוף ראשו ודעת הר״ר יונה דבבית דוקא אמרו בגמרא דלא קנה עומקא ורומא בסתמא משום דבבית הוה מקום מסויים למעלה אבל לא בחצר דראש כתלי החצר לא מקרי מקום מסוים למעלה אלא דוקא תקרת הבית הוה מקום מסוים: ומ״ש וכן דעת הרא״ש כו׳ צ״ע אנה מצא שכן דעת הרא״ש:

ו וכתב הרמב״ן ז״ל וכו׳ בפ׳ המוכר את הבית והדין הראשון הוא פשוט שהרי האויר משוייר הוא למוכר ומפני שנפלה לא נתרוקנה רשות ללוקח: (ז׳) והדין השני טעמו דכיון דלא קנאה לוקח א״כ אותו אויר של עלייה שיוריה שיריה וכיון דשיירו משויר אפילו נפלה חוזר ובונה אותה:

ח והדין השלישי טעמו דבראשונה היה אויר העלייה משוייר למוכר ממילא דלא דמי למוכר דקל דהתם כיון דאין הפירות ששייר בעולם אי אפשר לשייר לעצמו פירות דקל אא״כ דשייר הגוף לפירות משא״כ במשייר האור לעצמו דהאויר הוא בעולם ואין צורך לשייר גוף לאויר א״כ הגוף מכר לגמרי ולא שייר לעצמו אלא האויר לבדו ולפיכך אפילו אם חזר ומכר גוף לאויר לא עשה ולא כלום שהרי אין לו למוכר בגוף כלים כי אם באויר שאין בו ממש ואין יכול למכרו בלא גוף וכמו שכתב הרשב״א בתשובה הביאה בית יוסף בסמוך וא״כ מעתה נמשך כשבא למכור העלייה לאחרים לא קנה הלוקח קנין הגוף אלא אותן עצים ואבנים הוא שקנה וכשנפלה אזדא ליה ונתרוקנה למוכר שהרי כבר שייר המוכר אויר עלייה לעצמו ולא יצאה מתחת רשותו בנפילה כמו שנתבאר בטעם הדין הב׳:

ט והדין הרביעי טעמו כיון דקנה קנין הגוף נפלה חוזר ובונה אותה. ומ״ש רבינו על הדין הג׳ דאינו מבין דבריו לא ירד לדקדק לחלוק זה שכתבנו:

י בירה שהוא בית גדול כו׳ מימרא דרב נחמן אמר רבה בר אבוה בר״פ המוכר את הבית ועל פי פרשב״ם וריב״א שכתבו התוספות לשם ומשמע דאין חילוק בין היכא שהרוב קורין לבירה בירה ולבית בית ומיעוטא הן דקורין לבירה בית אי נמי פלגא ופלגא לבין דמיעוטא קורין לבירה ולבית בית ורובא דקורין לבירה בית בכל ענין אם מצר לו מצרים החיצונים וכתב לו ולא שיירית בזביני אילין כלום קנה כולה לא כתב ולא שיירית בזביני אילין כלום לא קנה כולה אעפ״י שמצר לו מצרים החיצונים וגרסינן בגמרא לא צריכא דאיכא דקרו לה לבית בית וכו׳ אבל הרמב״ם בפכ״א מה״מ כתב וז״ל ואע״פ שיש שם מעט שקורין לבירה בית לא קנה אלא הבית בלבד שהמצרים הוא שהרחיב לו וכולי נראה לדעתו שאם היה הרוב קורין לבירה בית הכל מכור אם מצר לו מצרים החיצונים אפילו לא כתב לו ולא שיירית בזביני אילין כלום וכן פי׳ הרב המגיד ונראה דגרסתו בגמרא לא צריכא דרובא קרו לה בית בית וכו׳ וכן הוא בספרים שלנו והתוס׳ בריש המוכר פירות הביאו שני הגרסאות לגבי צמד ובקר ויש לדקדק לדעת רבינו מפני מה לא חילק כאן בין כשהרוב קורין לבירה בירה וכו׳ כמו שחילק לגבי צמד וכו׳ לקמן בסימן ר״ך ע״ש הרמ״ה וי״ל דשאני התם דאיכא הודעת דמים לגבי הרוב אבל לגבי בירה לא שייכא הודעת דמים דפעמים אדם קונה קרקע הרבה יותר ממה שהיא שוה כמו שכתבו התוספות לשם ומצרים החיצונים נמי לאו הוכחה היא דמצרים הרחיב לו כדאיתא בגמרא ופרשב״ם שלא ידע לפרש ולומר חדר שלי הוא ממערבו של בית דאין זה מצר הניכר לאנשי העיר והלכך כתב מצרים הניכרים עכ״ל: ומ״ש ואם אין שום אדם קורא לבירה בית אז אין מכורה אפילו מצר לו מצרים החיצונים וכתב ולא שיירית וכו׳ כן הוכיח הרא״ש לשם וכ״כ ה׳ המגיד בשם המפרשים ומ״ש דאיכא נמי דקרו לבירה בית ולבית בירה צ״ע דלאיזה צורך כתב דקרו נמי לבית בירה ובגמרא לא קאמר אלא דאיכא דקרו לבירה בית ותו לא:

יא מכר הבית והתנה ע״מ שהדיוט׳ עליונה שלי וכו׳ מימרא דריש לקיש פ׳ המוכר את הבית ופרשב״ם שהדיוטא עליונה הוא גג שיש לו מעקה גבוה עשרה שאינו מכור עם הבית ולא היה צריך לזה התנאי שבלאו הכי אינה מכורה וצריך לקיים ייתור לשונו שמועיל לשום דבר וקאמר רב זביד שמועיל להוציא זיזין לחצר פי׳ שאם מכר החצר עם הבית וכו׳ כל זה פירש רשב״ם וכתב עוד דלאו דוקא באומר על מנת שהדיוטא עליונה שלי וכו׳ אלא אפילו

באומר חוץ מדיוטא עליונה וכו׳ דצריך לקיים ייתור לשון וכו׳ וכן מוכח בפרק מי שמת (בבא בתרא דף קמ״ח) וכן פירשי התוס׳ שם לפי שיטתם ע״ש. ומ״ש וכן אם לא מכר החצר יכול להוציא זיזין ממנה על הדיוטא פי׳ דאף ע״פ שמכביד על הכותל ופירוש זה כתבוהו התוספות והרא״ש על שם ר״ת: ומ״ש ורב פפא אמר דמהני ייתור לשון שאם נפלה הדיוטא חוזר ובונה אותה ג״ז מפי׳ רשב״ם:

יב ומ״ש ופי׳ רשב״ם דרב זביד ורב פפא פליגי וכו׳ כלומר תרווייהו פליגי אהדדי דכי היכא דלרב פפא לא מהני תנאיה לשייר לו מקום בחצר להוצאת זיזין אלא להכי אהני תנאיה שאם תפול חוזר ובונה אותה הכי נמי לרב זביד לא מהני תנאיה לחזור ולבנותה אם תפול דלא מסיק אדעתיה לעתים רחוקות אלא להכי אהני תנאיה להוצאת זיזין דכיון שצריך לו מיד אסיק אדעתיה: והלכה כרב זביד ולפיכך אם נפלה אין חוזר ובונה אותה. והרמב״ן כתב וכו׳ פי׳ לדידהו רב זביד לא פליג ארב פפא דמודה רב זביד לרב פפא שאם נפלה חוזר ובונה אותה אלא מוסיף עליו דאף אם רצה להוציא בה זיזין מוציא אלא דרב פפא הוא דפליג אדרב זביד בהוצאת זיזין והלכה כרב זביד דמוציא בה זיזין וכ״ש אם רוצה לבנות ע״ג וכן כתב הרי״ף להדיא וכן מבואר בדברי הרמב״ם:

יג ומ״ש וא״א ז״ל כתב כרשב״ם נראה דמשמע ליה מדכתב הרא״ש פרשב״ם במה שפירש מסוגיא דגמרא בשלמא לרב זביד היינו דקתני זאת אומרת וכו׳ וכתב נמי מה שפירש הר״ר יונה לפרשב״ם ואחר כך כתב והלכה כרב זביד דגרסינן בפרק מי שמת וכו׳ משמע דלגמרי תופס פירשב״ם אף במה שפירש דלרב זביד אם נפלה אינו חוזר ובונה אותה:

יד והיכא שמכר לו סתם שאין בור ודות נמכר וכו׳ משנה שם פלוגתא דר״ע וחכמים ומסקנת אמוראים בגמרא דהלכה כר״ע דהמוכר בעין יפה מוכר: ומ״ש ואי א״ל חוץ מבור ודות וכולי משנה שם ומודה ר״ע בזמן שא״ל חוץ וכו׳ דכיון דתנאי שלא לצורך הוא שהרי אינן בכלל אלא לטפויי מילתא שייר לו דרך:

טו ומ״ש והמוכר בור ודות לבד משנה שם פלוגתא דר״ע וחכמים והלכה כר״ע דאין צריך הלוקח ניקח לו דרך לבור ודות שקנה דמוכר בעין יפה מכר לו. בגמרא האריכו לבאר דאצטריכו כל הני משניות דתני בהו פלוגתא דרבי עקיבא וחכמים ע״ש. ועיין לעיל בסימן ר״מ סעיף ב׳ כתב דקי״ל מוכר בעין יפה מוכר וכתבתי ליישב זה בס״ד:

טז מי שיש לו ב׳ בתים וכו׳ מימרא בפ׳ המוכר את הבית וטעמו של דבר דכל היכא דלא עיכב לעצמו כלום כ״ע מודו דלזה מכר ונתן כל החיצון ולזה מכר ונתן כל הפנימי ואין לפנימי על החיצון כלו׳ דלא תהיה עינו יפה לזה ורעה לזה ואצ״ל אם נתן לחיצון במתנה ולפנימי במכר דבמתנה בעין יפה הוא נותן יותר ממוכר דלההוא דיהיב ליה מתנה לדידיה רחים ליה. ודוקא כשהקנה לשניהם כא׳ וכו׳: ומ״ש ואם מכר וכו׳ פי׳ דאפי׳ כשהקנה לשניה׳ כאחד מ״מ אם מכר לחיצון ונתן לפנימי יש לפנימי דרך על החיצון שנותן בעין יפה הוא נותן יותר ממוכר כדפרישית:

יז המוכר את הבית וכו׳ בפרק המוכר את הבית ודלת משנה ובריית׳ ומנעול ברייתא והאיצטרובל משנה ובריייתא ופי׳ רשב״ם עיגול שסביב הרחים ודבר קבוע הוא ואין מזיזין אותו ממקומו. ומכתשת הקבוע משנה. והתנור והרחים אם קבועים הם גירסת ספרינו כך הוא וכן גירסת הרא״ש ולא מכר לו את התנור ולא את הכיריים ולא את הריחיים ופירש רשב״ם משום דכל הנך מיטלטלין הן אבל יש ספרים דגרסין מכר תנור מכר כיריים אבל לא את הרחיים ומיירי במחוברים לקרקע וחבור הרחיים לא חשיב כולי האי חבור וכמו שפי׳ התוס׳ ועל כן פי׳ רבינו דמכר התנור והריחיים אם קבועים הם כלומר דגם ברחיים אם קבועים הם מכר בכלל הבית ודלא כיש ספרים שהביאו התוס׳ גם דלא כמ״ש התוס׳ בשם הרשב״א דלאותן דגורסין לא מכר אפי׳ במחובר לקרקע לא מכר דאין חיבורן חשיב חיבור לענין טומאה כדתנן בפ׳ ד׳ דכלים וגורר את הטפילה עד שיהא בארץ ומייתי לה בהעור והרוטב בסוף (דף קכ״ג) דליתא אלא כל הנך מכורים אם קבועים הן. ויש לתמוה מפני מה השמיט רבינו כיריים שהוזכר במשנה ובברייתא גם השמיט נגר שהוזכר בברייתא ואפשר דס״ל דנגר בכלל מנעול וכיריים בכלל תנור אבל הרמב״ם הביאו הכל כתיקונו: ולא מכר המפתח אפילו הוא קבוע בדלת משנה וגמרא שם ופרשב״ם שיש מפתחות שאין מזיזין אותם ממקומם כגון של בני הכפרים ואפ״ה לא מכר את המפתח וטעמו דתשמיש קל הוא ונוח לטלטלו ופעמים שמיטלטלת אבל לא תדיר: ולא המכתשת המיטלטלת ולא הקלת משנה ובברייתא שם ופרשב״ם קלת. אפרכסת ומיטלטלת היא והרמב״ם פי׳ הוא הכלי שהקמח יורד לתוכו שהוא כמו כפיפה של עץ. ואם א״ל הוא וכל מה שבתוכו כל אלו מכורים משנה ובברייתא שם. אבל לא גג ויציע וכו׳ בברייתא שם בין כך ובין כך לא מכר לא את הבור ולא את הדות ולא את היציע וס״ל לרבינו דכיון דמחילות דינן כבור ודות לענין עומקא ורומא כדלעיל וכן גג גבוה י׳ טפחים ורחב ד׳ אמות דינו כבור ודות ומחילות לענין עומקא ורומא אליביה דר״י והרמ״ה דדבריהם עיקר א״כ גם כאן אין חילוק ביניהם ומ״מ נראה דדוקא בגג שאין פתח שלו בתוך הבית דומיא דיציע ובור ודות וכבר הארכתי בזה בתחילת סימן זה ע״ש: לשון הרמב״ם ז״ל כו׳ בפכ״ה מהלכות מכירה אלא דבנוסחאותינו בדברי הרמב״ם לא כתב רחיים גם רשב״ם כשהעתיק גירסת מכר תנור וכיריים שהיא גירסת

הרמב״ם לא הזכיר ריחיים והתוס׳ בהעתקתם לגירסא זו כתבו בפירוש אבל לא הרחיים ודין המלבנות איתיה בפ׳ המוכר את הבית בעי ר״א מלבנות של פתחים מהו היכא דמחברי בטינא לא מיבעיא לך דהא מחברי כי תיבעי לך דנקיטי בסיכי מאי תיקו ולכן כתב הרמב״ם דמכר מלבנות הפתחים המחוברי׳ בטיט שאם ביתידות כיון דלא אפשיטא לא קנה דהמע״ה. ותו איבעיא ליה לרבי זירא מלבנות של חלונות מהו מי אמרי׳ לנוי בעלמא הוא דעביד א״ד כיון דמחברי מחברי תיקו. ופירש הרשב״ם דלא איבעיא ליה אלא בדנקיטי בסיכי אבל במחוברים בטיט לא איבעיא לן דפשיטא דמכורין אבל הרמב״ם פירש דאף במחוברים בטיט קא מיבעיא ליה וכיון דלא אפשיטא לא קנה ויש לדקדק בלשון הרמב״ם שכתב בזמן שהן לנוי דמשמע אם אינן לנוי מכורים בכלל הבית ובגמ׳ משמע דכל מלבנות החלונות לנוי עבידי וכן משמע בספר הרמב״ם שבידינו שכתוב בהן מפני שהן לנוי ואפשר לומר לפי הנסחאות אלה שדעתו שהדין משתנה לפי הזמנים דבזמן חכמי התלמוד היו כולן עשויין לנוי ולפיכך לא איפשיטא להו ולא קנה מספק אבל בזמן שאינן עשויין לנוי ודאי דלא גרעי ממלבנות פתחים דאין לך להורות בדין זה אלא הכל לפי הזמן והשעה ותו איבעיא לן לר׳ ירמיה מלבנות כרעי המטה מהו כל היכא דמטלטלי בהדה לא תיבעי לך דהא מטלטלי כי תיבעי לך היכא דלא מיטלטלי מאי תיקו. ופי׳ רשב״ם דבמוכר המטה קא מיבעיא ליה אי מכורין עם מטה או לא ורמב״ם פי׳ דלענין מוכר את הבית היא השאלה ופירוש׳ דכל היכא דמיטלטלא בהדי המטה לא תיבעי לך דלא מזדבנא בהדי ביתא כי תיבעי לך היכא דלא מיטלטלי בהדי מטה דאיכא למימר דבטילי לגבי קרקע ונמכרים בהדי ביתא שהרי קבועין הם בקרקע וכיון דלא איפשטא לא קנה וכתב ה׳ המגיד שכך פירשה אב״ן מגא״ש ומה שהשיב רבינו על פירוש זה ואמר ולא ידענא וכו׳ והיינו לפי שתפס פרשב״ם עיקר ואינה תשובה דאדרבה פי׳ הרמב״ם הוא עיקר שמפרש דכל הני דקא מיבעיא להו במוכר את הבית קא מיבעיא להו דהכי משמע טפי פשטא דסוגיא. ודע שמ״ש הרמב״ם אע״פ שהן מחוברים בטיט בזמן שהן לנוי אינו חוזר כי אם על מלבנות החלונות דאילו מלבנות כרעי המטה אם הן מחוברין בקרקע בטיט לא קא מיבעיא לן דפשיטא דהוי בכלל בית כיון שאינן לנוי כלל כשהם בקרקע ודוקא כשאינן מחוברין בטיט הוא דקא מיבעי׳ לן והכי משמע להדיא מדהוצרך לבאר ולומר כל היכא דמיטלטלי בהדה לא תיבעי לך וכו׳ דמשמע דלא איבעיא לן אלא היכא דלא מיטלטלי בהדי המטה אבל מ״מ אינן מחוברין בטיט בקרקע ופשוט הוא ושרי ליה מאריה למהרו״ך שכתב כאן דברים שלא ניתנו ליכתב ע״ש:

יח האומר לחבירו בית אני מוכר לך יכול ליתן לו עלייה וכו׳. משנה וגמרא פרק הנודר מן הירק ועל פי מה שפי׳ בו הרא״ש:

יט ואם אחר כך נפל וכו׳. במנחות פ׳ הרי עלי עשרון והרמב״ם מפרש לה בענין אחר כמו שהעתיק הב״י ע״ש הר״ן עיין עליו:

כ המוכר מקום וכו׳. כן כתב הרמב״ם בפ׳ כ״א מה״מ והוא משנה בפרק המוכר פירות המוכר מקום לחבירו לעשות לו בית וכן המקבל מחבירו לבנות לו בית חתנות לבנו או בית אלמנות לבתו בונה ד׳ אמות על ו׳ דברי ר״ע רבי ישמעאל אומר רפת בקר היא זו הרוצה לעשות רפת בקר בונה ד׳ אמות על ו׳ בית קטן ו׳ על ח׳ ומפרש הרמב״ם דרבי ישמעאל ה״ק רפת בקר היא זו שאתה מודה שהרוצה לעשות רפת בקר עושה ד׳ אמות על ו׳ וכיון שכן הוא בית קטן הוא ח׳ על ו׳ ור״ע סבירא ליה אע״פ שרפת בקר היא פעמים שאדם עושה דירתו כרפת בקר וכדאיתא בגמרא ללישנא קמא וא״כ לפ״ז לר״ע דהלכתא כוותיה בית סתם או רפת או בית חתנות כולן שיעורן ד׳ על ו׳ אבל רשב״ם פירש דלא פליגי ר״ע ור׳ ישמעאל אלא במפרש בית חתנות והתם קיי״ל כר״ע דפעמים שאדם עושה דירתו כרפת בקר וסגי בד׳ על ו׳ אבל מה ששנינו בית קטן ו׳ על ח׳ דברי הכל היא ור״ע נמי מודה בה דכיון דלא אמר ליה בית חתנות אלא בית סתמא לעצמו קבעי ליה וצריך להיות גדול מבית חתנות וז״ש רבינו וי״א דברפת סגי בד׳ על ו׳ ובבית סתם צריך שיהיה ו׳ על ח׳ והיא סברת רשב״ם ומה שנמצא בכל ספרי רבינו וי״א דברפת סגי בד׳ על ד׳ טעות סופר הוא וצריך להיות ד׳ על ו׳ ולא בא לחדש בסברת י״א אלא דבבית סתם ו׳ על ח׳ וה״ק אע״פ דרפת סגי בד׳ על ו׳ ולפעמים עושה אדם דירתו כרפת בקר מ״מ בבית סתם צריך שיהיה ו׳ על ח׳ וזהו שלא הזכיר בית חתנות לפי פי׳ זה כמה הוא לפי ששיעורו כשיעור שהזכיר לפירושא קמא ולא הזכיר שיעור׳ דרפת בקר בסברת י״א אלא להודיע דאע״פ דרפת בקר סגי בד׳ על ו׳ אפ״ה בבית סתם וכו׳ וכדפרי׳ וכיוצא בזה כתב ב״י ומה ששנינו בית חתנות לבנו וכו׳ מפרש בגמ׳ מילתא אגב אורחא קמ״ל דלאו דרכיה דחתנא למידר בי חמוה כדאיתא בס׳ בן סירא קל מסובין חתן הדר בבית חמיו וכו׳: מכר לו מקום בית גדול וכו׳. משנה שם ובזו אפילו ר״ע מודה כיון שאמר בפירוש בית גדול וכו׳ אף לפירושא קמא: ותרבץ אפדני. פרשב״ם חצר גדול שעושין שרים בתוך אפדני שלהם וע״ש שמרביצין אותן תמיד במים להשכיב האבק קרי לה תרבץ וז״ל הרמב״ם תרבץ של חצר וכו׳ וכתב ה״ה שמדבריו נראה שעושין אותו לפני החצר ע״כ: וכל שיעורים הללו לבד עובי המחיצות. שם תניא אחרים אומרים רומו כקירותיו ולימא רומו כרחבו א״א בית מעילאי רווח וא״א משום דאיכא בי כוי ואי אמרת דשיעורין הללו דארכן עם רחבן עם עובי המחיצות קאמר מאי קא פריך ולימא רומו כרחבו הא שיעורא דרחבו עם עובי המחיצות הוא וא״ת דשיעורא דקורותיו הוא נמי כשיעורא דרחבו עם עובי המחיצות א״כ מאי משני ביתא מעילאי רווח וכו׳: וגובה כל בית ובית כחצי ארכו וכחצי רחבו. משנה שם ואע״ג דאחרים פליגי בברייתא וללישנא בתרא רשב״ג נמי פליג עליה אפ״ה הלכתא כת״ק וכן פסק הרמב״ם:

סימן רטו

א המוכר את החצר וכו׳. מפורש מן המשנה והברייתא והגמרא ומה שהאריך התנא כאן ואמר בורות שיחין ומערות ולא נקט בור ודות נראה דבור ודות לפעמים הם בבית עצמו ולכך אצל המוכר את הבית נקט בור ודות לומר דאף אותו בור ודות העומד בבית אינו מכור בכלל בית ואצ״ל שאר בורות שיחין ומערות דאין דרכן כל עיקר אלא בחצרות אבל במוכר את החצר האריך לומר שהכל מכור ומאי דלא נקט נמי אצטרובל וכו׳ נראה דאיצטריכא ליה לאשמועי׳ דכל מידי דרוב תשמישייהו בחצר א״נ דרך החצרות להיות בהם נמכרים עם החצר והילכך כל הדברים הקבועים כגון איצטרובל וכו׳ לא איצטריך לאשמועינן דכיון דמכר כל הבתים אצ״ל דמכר כל הני דנמכרים בכלל הבית ומשמע דגג אפילו גבוה י׳ ורחב ד׳ ויציע מכור בכלל החצר וז״ש כל הבתים החיצונים והפנימים: ומ״ש אבל לא מכר כל המטלטלים. הם תשמישי הבית שאינן קבועין שאינן נמכרים בכלל בית אינן נמכרין נמי בכלל חצר ואם אמר היא וכל מה שבתוכה הכל נמכר עמה מה שהוא תשמישי הבית בר מחיטי ושערי כן מפורש ברשב״ם ודע דבגמרא איכא תרי לישני ללישנא קמא המוכר את החצר לא מכר בורות ובתים וכו׳ אלא היכא דאמר באותו לשון שרגילין לקרותו חצר דהיינו דירתא או דרתא התם הוא דאמרינן דחצר ובתים מכר לו שהכל ביחד קרוי דירתא או דרתא אבל היכא דא״ל חצר זו אני מוכר לך הכל מודים דלא מכר אלא אוירה של חצר אבל בתים ובורות וכו׳ לא מכר כלל ולישנא בתרא אפי׳ א״ל חצר זו מכר את הבתים דילפינן לה מחצר המשכן דכתיב אורך החצר מאה באמה ורוחב חמשים בחמשים ובכלל אלו ק׳ אמה קודש הקדשים ואהל מועד שהם כמו בתים וקראן הכתוב חצר מכאן שהבתים בכלל חצר. ורבינו סתם דבריו כלשון המשנה וכן כתב הרמב״ם בסתם וכן הרי״ף והרא״ש והיינו משום דס״ל דהלכתא כלישנא בתרא וכן פסק רשב״ם ומ״מ העליתי דברים אלו על ספר שלא נטעה לומר דלישנא דרתא או דירתא לא משמע אלא ביתא בלא חצר דליתא אלא אדרבא בהני לישני פשיטא לן דהכל מכור. ודין עומקא ורומא במוכר חצר סתם ולא כתב לו עומקא ורומא כתב רבינו בסי׳ רי״ד סעיף ה׳ דפליגי בה הר״ר יונה והרשב״א ולא פליגי אלא לענין הרום בחצר אבל בעומק פשיטא דאפי׳ בור ודות ושיחין ומערות הכל מכור בכלל החצר וכמ״ש לשם בס״ד ודלא כמו שפי׳ מהרו״ך לחלק בין מכירת חצר שמדבר בו הרשב״א וה״ר יונה דמיירי במוכר קרקע רחבה לחצר ובין מוכר חצר ולא דק:

ד המוכר בית הבד מכר וכו׳. שם משנה ובברייתא: ומ״ש מכר את האבן וכו׳. היינו ממל שהוזכר במשנה ומפרכת שהוזכר בברייתא וכן פרשב״ם שממל ומפרכת הכל אחד ועוד פרשב״ם ממל אבן נקובה שמכניסין בה עץ ומפרכים בה זיתים בבית הבד דהיינו דומיא דמכתשת וי״א דהיינו העץ עצמו שמפרכים בו את הזיתים ולשון ראשון מפירושי ר״ח ועיקר. ונראה בעיני שמ״ש גם הרמב״ם המוכר את בית הבד מכר את האבן הגדולה הבנויה בארץ שטוחנים עליה זיתים זהו הממל שהוזכר במשנה ואע״פ שהזכיר ג״כ המפרכת שהוזכר בברייתא הרב ס״ל דשני כלים הם אלא שהם מענין אחד ודלא כמ״ש ה׳ המגיד האבן הגדולה זה כתב במקום ים הנזכר במשנה דליתא שהרי ים הנזכר במשנה הוא בכלל היקבים שהוזכר בברייתא וכיון שהזכיר הרמב״ם היקבים שוב לא היה צריך להזכיר ים. וב״י תמה על רבינו למה לא כתב שמכר את המפרכת ולא דק דהדבר ברור שהאבן הגדול שכתב רבינו הוא המפרכת שהזכירה הברייתא: ומ״ש ואת הים וכו׳. זה הים שהוזכר במשנה ויקבים שנזכר בברייתא: ומ״ש והכלונסות וכו׳. הם הבתולות שהוזכר במשנה: ומ״ש ואת הלוחות וכו׳. זהו הנסרים שהוזכר בברייתא: ומ״ש ולא מכר רחיים העליונה כך מפורש בברייתא: ומ״ש ולא את הקורה. פלוגתא דת״ק ור״א במשנה ובברייתא ופסק כת״ק. ויש לתמוה למה לא כתב רבינו ג״כ מה ששנינו במשנה אבל לא מכר את העבירים ואת הגלגל והב״י כתב דאיכא למימר דמשמע ליה שכל זה בכלל רחיים העליונה ולא נהירא דמה ענין אלה הכלים לרחיים העליונה אבל נראה בעיני דלפי שגירסת הספרי׳ בברייתא דהעבירים והגלגל לא מכר אפילו אמר היא וכל מה שבתוכה וכן הובא הברייתא באלפסי וכן פסק הרמב״ם ופסק זה תימה גדולה דהלא במשנתינו שנינו בפי׳ דאם אמר היא וכל מה שבתוכה אף העבירים והגלגל מכורין ומשנתינו היא עיקר וכן תמה הרא״ש על פסק זה והרב בעל נ״י כתב שר״ח ורבינו האי ג״כ פסקו שאף העבירים והגלגל מכורין ויש כתבו שכן נראה מדברי הרי״ף שכתב כן סתם וכו׳ ע״ש ועוד נמצא הגירסא מוחלפת בברייתא במקצת ספרים מסכמת עם המשנה על כן לא רצה רבינו להכניס ראשו בספיקות הגירסאות והשמיט מדבריו כלים אלו ולא כתב רק הרחיים וקורה וס״ל לרבינו דשני הכלים הללו לד״ה מכורין אם אמר היא וכל מה שבתוכה ולא היה גורס בברייתא קורה כל עיקר וכן הוא בספרים שבידינו ודלא כגירסת האלפסי והרמב״ם והב״י תמה על הרמב״ם דפסק דלא כמתניתין ודלא כברייתא דהא בברייתא לא קתני דלא מכר אלא עבירין ואילו גלגל וקורה לא קתני ולא עיין כלל לא בהאלפסי ולא באשיר״י שהעתיקו הברייתא בלשון שכתב הרמב״ם ממש ולא היו גורסים כגירסתינו בגמ׳ ודוק. ולענין הלכה נראה דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא וספיקא דגירסאות הממע״ה דלא כהרב בהגהת שולחן ערוך דכתב דנ״ל עיקר דכולן מכורים דליתא: ומ״ש חוץ משקים ומרצופי׳ וכו׳. כך הוא בברייתא ולא מצינו במשנה שנחלקה על זה: א״ל בית הבד וכל תשמישיו וכו׳. שם עובדא דרב יוסף ומסקנא דרב אשי חזינן אי אמר ליה בית הבד וכל תשמישיו ואילן מצרנאה קני ואי לא לא קני וכתב רשב״ם דגירסא זו עיקר וכן כתב הרי״ף והרא״ש וכתב עוד רשב״ם וקיי״ל כרב אשי דהוא בתראי וכן פסקו הרי״ף והרמב״ם והרא״ש:

ה המוכר את המרחץ מכר המקום שמצניעין שם הנסרים וכו׳. ברייתא שם ופי׳ רבינו בנסרים כפי׳ רשב״ם והרמב״ם אבל התוס׳ בשם ר״י פי׳ בע״א ויתבאר בסמוך: ומ״ש ובית היקבים וכו׳. כך היא גירסת הרי״ף והרא״ש בברייתא אבל רשב״ם גורס בית היקמים וכתב על זה שני פירושים ע״ש והרמב״ם כתב ז״ל ואת בית היקמים שנוטלים בהם המים: ומ״ש ובית הספסלין וכו׳. כך היא גירס׳ הרי״ף והרא״ש במשנה ובברייתא וכ״כ הרמב״ם ודלא כגירסת רשב״ם הספלים וההבדל שבין נסרים לספסלים מבואר ברמב״ם דאותן שיושבין עליהן בב״ה כשהם ערומים נקראו בשם נסרי׳ לפי שנותנין אותן ע״ג קרקע המרחץ ואין להם רגלים אבל אותן שיושבין עליהן בחצר ב״ה כשהן לבושין נקראים בשם ספסלים לפי שיש להן רגלים ומדברי התוס׳ בשם ר״י נראה דלא התיישב להם חילוק זה ולכן פירשו דהיינו נסרים שמכסין בהן את החמין כדאשכחן בפ׳ כירה דאילו הנסרים שיושבין עליהם בב״ה היינו הספסלים: ומ״ש ובית הוילאות וכו׳. שם בברייתא ופי׳ בו רבינו כפרשב״ם שהוא תופס עיקר וכ״כ הרמב״ם: ומ״ש אבל לא מכר את הנסרים וכו׳. משנה ובברייתא שם: ומ״ש ואם א״ל היא וכל מה שבתוכה כו׳. משנה ובברייתא שם: ואם א״ל היא וכל תשמישי׳ וכו׳. שם בעובדא דרב יוסף בבית הבד דלעיל משו׳ התלמוד מרחץ לבית הבד בדין זה וכן מבוא׳ בגירסת רשב״ם ובפירושו אבל מדברי הרמב״ם נראה דבמרחץ כל שהוא חוצה לה אפילו לא כתב לו אילין מצרנאה נמי כולן מכורין ורבי׳ תפס לו גי׳ רשב״ם עיקר:

ו המוכר את העיר מכר בתים בורות שיחין ומערות ומרחצאות ושובכין ובית הבדין ובית השלחין. משנה פ׳ המוכר את הבתים וחצרות אע״פ דלא תנא ליה במשנה ולא בברייתא נקט ליה רבינו לפי שנמשך אחר פרשב״ם שכתב וז״ל וחצרות לא איצטריך ליה למיתני דהיינו עיקר עיר דעיר משמע אויר העיר. ופי׳ בית השלחין איכא תרתי לישני בגמרא ללישנא קמא פירושו גינוניתא שנאמר שלחיך פרדס רמונים ופרשב״ם גנות הסמוכים לעיר שבתוך העיר דשייכי לעיר טפי מבאגי פירוש שדות שהרי גן ראוי לטייל בו כמו בבית אבל שדות שסביב העיר אינן מכורין בכלל העיר וללישנא בתרא פי׳ בית השלחין באגי כלומר אף השדות שנאמר ושולח מים על פני חוצות ופסק רבינו כלישנא בתרא דהכי מיתניא בברייתא דקתני אבל לא שיירה ולא בנותיה ולא חורשין המוקצין ממנה ופירש שיירה פיסקי באגי הם חתיכות שדה שאינן ידועות לעיר פיסקי באגי הוא דלא מזדבני הא באגי עצמן מזדבני וזהו שביאר דבריו וכתב ובית השלחין שבה הסמוכין לה והשדות הידועות לה כלומ׳ בית השלחין הם הגנות שבתוך העיר והסמוכין לה כמו שפרשב״ם וגם השדות הידועות לה לאפוקי פיסקי באגי שאינן ידועות לה ואע״פ דקיי״ל כלישנא בתרא דבית השלחין פי׳ אף באגי מ״מ אילו לא כתב רבינו כי אם ובית השלחין בלחוד ולא היה מבאר לומר עוד והשדות וכו׳ הייתי טועה לפרש מאי בית השלחין גינוניתא אבל באגי לא לכך ביאר עוד וכתב והשדות הידועות לה כלומר לא מיבעיא בית השלחין שבה והסמוכים לה דהיינו גינוניתא אלא אף השדות הידועות לה דהיינו באגי כך הוא לשונו של הרמב״ם ומה שכתב ה׳ המגיד דבמאי דקאמר בית השלחין הכל נכלל שדה בית הבעל וגינוניתא לא נתכוין לפרש כך דברי הרמב״ם אלא לפרש בית השלחין דמשנתינו קאמר דהכל נכלל בה אבל בית השלחין דהרמב״ם אינו אלא גינוניתא שהרי כתב ג״כ והשדות הידועות דהיינו באגי: ומ״ש והביברים של חיה ועוף שפתוחים כנגדה וכו׳. שם רמי תרתי מתנייתא אהדדי ומשני הא דפתוחים כנגדה נמכרין עמה הא דאין פתוחים כנגדה אין נמכרים עמה וס״ל לרבי׳ מדלא מחלק בין סמוכים לרחוקים אלמא דכשפתוחין כנגדה אע״פ שרחוקים ממנה נמכרים עמה: ומ״ש אבל לא קנה המטלטלין שבה. משנה שם: ומ״ש לא את כפריה. בברייתא הנזכר ולא בנותיה. ומ״ש ולא ביברי חיה ועוף שאין פתוחין כנגדה. כבר נתבאר דהכי איתא בגמרא: ומ״ש ואם אמר היא וכל מה שבתוכה כו׳. משנה שם ויש לתמוה דמדברי רבינו משמע דאם אמר היא וכל מה שבתוכה וכו׳ אף כפריה וביברי חיה ועוף שאין פתוחין כנגדה נמי מכורין ובתוספתא פ״ג תני להדיא ואף ע״פ שא״ל היא וכל מה שבתוכה אני מוכר לך לא מכר את שייריה ולא את בנותיה ולא את החורשין המוקצין בפני עצמן ולא את הביברים של חיה ועוף ודגים וכך הביא רשב״ם תוספתא זו אמאי דפריך בגמרא ומי מצית אמרת דר׳ יהודא כרשב״ג ס״ל והא ר״י כרבנן ס״ל דקתני אבל לא שייריה ולא בנותיה ואילו רשב״ג קאמר מכר את העיר מכר בנותיה דיש להקשות עליה אמאי לא קמשני דרשב״ג לא קאמר דמכר את בנותיה אלא היכא דא״ל היא וכל מה שבתוכה אני מוכר לך וצ״ל דר׳ יהודא דקאמר ולא בנותיה אפי׳ בא״ל היא וכל מה שבתוכה אני מוכר לך וכדתניא להדיא בתוספתא וכדי לתרץ קושיא זו הביא רשב״ם לשון של התוספתא בפירושו וכן פסק הרמב״ם בפכ״ו מה׳ מכירה וכך טען ב״י ז״ל על דברי רבינו וצ״ל דהטור נסמך על מה שדקדק בלשונו לבאר דהיכא דא״ל היא וכל מה שבתוכה הכל מכור אפי׳ בהמה ועבדים ושאר כל המטלטלין שבה כלומר דוקא הללו שהן בה ובתוכה הוא דמכורין אבל כפריה וביברי חיה וכו׳ שאינן בה אינן מכורין דאל״כ היה לו לומר בסתם ואם א״ל היא וכל מה שבתוכה הכל מכור ותו לא אלא ודאי דהכל מכור אינו חוזר אלא על בהמה ועבדים וכל המטלטלין דלקמיה אבל אינו חוזר על הכפרים והביברים ויש לדקדק מפני מה השמיט רבינו הא דתני בברייתא ולא חורשין המוקצין ממנה וכדמחלק בגמרא דדוקא המוקצין ממנה הוא דאינו מכור אבל חורשין המוקפין לה מכור וכדכתב הרמב״ם ואפשר לומר דנסמך על מה שכתב חילוק זה אצל ביברים דמינה נשמע לחורשין וכדמשמע בגמ׳ דכהדדי נינהו אבל עדיין יש לדקדק מפני מה השמיט הא דתני היה לה חלק אחד בים וחלק אחד ביבשה נמכרים עמה ואפשר

דטעמו לפי שיש גירסאות דגורסי׳ אין נמכרים עמה וכמו שכתב הרמב״ם ומספקא ליה איזו גירסא עיקר מש״ה השמיטם וכן פי׳ הב״י ומה שקשה מאי אפילו דנקט אפילו בהמה ועבדים מפרש בגמרא אפילו בהמה ועבדים דניידי וסד״א דלא מיבטלי אגב מתא קמ״ל דמיבטלי:

ז המוכר שדה מכר את מצריו וכו׳. בפ׳ המוכר את הבית סביב אמר רב משרשיא מכאן למצרים מן התורה ופרשב״ם שהקונה את השדה קנה את המצרים עצמן וכל אילנות הנטועים במצר דהכי משמע וכל העץ אשר בגבולו סביב כל אילנות הנטועים בקרקע המצר שהוא סביב השדה קנה אברהם וכן פי׳ הרא״ש ויש לתמוה מפני מה השמיטו הרי״ף והרמב״ם דין זה ואפשר שהם היו מפרשים מכאן למצרים מן התורה לענין שצריך שיעשה מצרים סביב השדה אבל לא לענין מכירה: ומ״ש ואת האבנים כו׳. שם במשנה ואת האבנים שהם לצרכה ופירשו בגמרא הכא תרגימו אבנא דאכפא והוא דמחתן עולא אמר אבנים הסדורות לגדר והוא דסדרן פי׳ עולא מוסיף דאף האבנים הסדורות לגדר נמי מכרן וכ״ש אבנא דאכפא ופסק רבי׳ כמ״ד אבנא דאכפא אבל אבנים הסדורות לגדר לא מכרן אבל הרמב״ם פסק דאף אבנים הסדורות לגדר נמי מכר: ומ״ש והוא שהונחו פעם אחת על העמרים. כן פי׳ התוס׳ בשם ר״י בההיא דמחתן ודלא כפרשב״ם בההוא דמחתן שמונחין בתוך השדה ולא חוץ לשדה ומשמע דכשהן מונחין בתוך השדה אפילו לא הונחו מעולם על העמרים הן בכלל המכירה גם לא כנראה מדברי הרמב״ם דבעינן שיהו מונחים עכשיו על העמרים אבל אם אינן מונחים עכשיו על העמרים אינן בכלל המכירה אע״פ שכבר הונחו פעם אחת על העמרים דליתא דמה אנו צריכין שיהיו מונחים על העמרים הואיל והעמרים שהן תלושין אינן מכורים ועיין בתוס׳: ומ״ש ואת הקנים החלקים. שם במשנה ואת הקנים שבכרם שהם לצרכו ומפרש בגמרא אמרי דבי רבי ינאי קנים המחולקין שמעמידין תחת הגפנים והוא דמוקמן ופי׳ רשב״ם המחולקין מפוצלים אבל בתוספות נראה דגרסינן המוחלקין ופירשו קנים חלקים שהסירו הקליפות כדי שלא יתליעו וכן פי׳ רש״י בפרק המקבל (סוף בבא מציעא דף ק״ג) וכן נראה מדברי הרמב״ם שכתב ומכר את הקנים החלקים המונחים תחת הגפנים ובערוך ערך חלק הראשון כתב שני הפירושים ע״ש ויש לתמוה מפני מה השמיט רבינו הא דאמר בגמ׳ והוא דמוקמן ואפ״ל דנסמך על מ״ש בחלוקה השנית שלא מכר את הקנים שבכרם שלא הועמדו עדיין תחת הגפנים אע״פ שהן משופין וחלקים ומוכנין לכך דמינה שמעינן דמ״ש מתחלה דמכורין אינו אלא שהועמדו תחת הגפנים וכן אצל חרוב שאינו מורכב ובתולת השקמה השמיט ולא כתב אף ע״פ שהן עבים וכמו שאמרו בגמרא אע״ג דאלימי אלא נסמך על מ״ש בחלוקה השנייה דלא מכר חרוב המורכב ולא סדן השקמה אפילו הן דקים כנ״ל ליישב אם אינו ט״ס אבל לבי אומר לי ההשמטה זו היא טעות סופר: ומ״ש ואת התבואה וכו׳ וחיצת הקנים וכו׳. שם משנה וגמרא: ומ״ש ואת השומירה שאינה טוחה בטיט. שם משנה וגמרא וכגירסת רשב״ם ויש לתמוה על רבינו הלא הרי״ף והרא״ש והרמב״ם גורסין בהיפך דשומירה העשויה בטיט הוא בכלל המכירה אע״פ שאינה קבועה ושומירה שאינה עשויה בטיט אינה מכורה אע״פ שהיא קבועה בארץ גם התוס׳ כתבו שכך היא גירסת רבינו חננאל וא״כ לא היה לו לפסוק כדברי רשב״ם נגד כל הני רבוותא ותו דהלא דברי ר״ח דברי קבלה: ואת החרוב וכו׳ ואת בתולת השקמה. שם במשנה וכפי׳ רשב״ם: ומ״ש אבל לא מכר וכו׳ עד סופה. שם משנה וגמרא: ומ״ש ולא את הבור. ג״ז משנה שם:

ח וצריך המוכר ליקח לו דרך וכו׳. שם במשנה פלוגתא דר״ע וחכמים ופסק הלכה כר׳ עקיבא וכבר נתבאר כל זה [סימן ריי״ד] סעיף י״ד ע״ש גם לשם נתבאר דמכרן לאחר א״צ ליקח לו דרך ע״ש וכתב ה״ה בפכ״ו שהרשב״א כתב דלאילנות המשויירים א״צ דרך ור״ש כתב דאף לאילנות צריך עכ״ל ובסימן שלאחר זה סעיף ד׳ סתם רבינו כדברי הרא״ש דצריך ע״ש:

ט וכל אלו שאינן נמכרים וכו׳ וכן המחזיק בנכסי הגר זכה בכולן. כל זה משנה שם וכבר האריכו על זה ה׳ המגיד והר״ן ובית יוסף הביא דבריהם ע״ש:

י כתב הרמב״ם אף במוכר וכו׳. בסוף פ׳ כ״ו והכי איתא בתוספתא במקום שנהגו הכל כמנהג המדינה:

סימן רטז

א אע״פ שהמוכר שדה סתם מכר כל האילנות שבה טוב הוא לפרש וכו׳. פי׳ משום שופרא דשטרא דאפילו אי אתו לפני ב״ד טועין יהבי ליה שהרי מפורשים בתוך השטר והוא מימרא דרב יהודא בפ׳ המוכר את הבית מיהו נראה דאין דעת רבינו שיכתוב בשטר סתם שמכר כל האילנות שבה דכיון שהמוכר שדה סתם לא מכר חרוב וסדן השקמה א״כ יבואו ב״ד טועין לומר שהכל מכר אלא דעת רבינו היא שיכתוב בפירוש כל האילנות שמכר וכדאיתא בגמרא צריך למיכתב קני לך דקלין ותאלין והוצין וציצין ורבינו קיצר במקום שהיה לו לפרש אבל הרמב״ם נזהר לפרש כמ״ש בגמרא:

ב ומ״ש וכן המוכר קרקע טוב הוא שיכתוב ולא שיירתי לי בזביני אילין כלום. כלומר גם בזה אע״פ שאינו לשופרא דשטרי שהרי יש צד שאם לא כתב ולא שיירתי וכו׳ לא קנה כגון דאיכא דקרו לבירה בירה ולבית בית וכו׳ כמפורש בסימן ריי״ד סעיף י׳ אפ״ה תקנו לכתוב כן כדי להסתלק מן הדינין והטענות והיינו דכתב וכן המוכר קרקע דמשמע רבותא דאף המוכר קרקע וכו׳ והוא מימרא דרב מרי ר״פ המוכר את הבית ויש לדקדק דהאמוראים

אמרו צריך לכתוב וכו׳ ורבינו כתב לשון טוב דמשמע דא״צ ואפשר דרבינו ס״ל דהאי צריך לאו דוקא אלא כלומר טוב הוא לפרש דאין ראוי להצריכו ולחייבו בשביל שופרא דשטרי או כי היכי דליסתלק מן הדיינין והטענות אבל הרמב״ם בפרק כ״ד כתב כלשון הגמרא:

ג מכר השדה וכו׳ ואמר חוץ מדקל פלוני וכו׳. שם בגמרא וכפרשב״ם וכ״כ הרא״ש: ומ״ש בשם הרמב״ם דלא קנה מהדקלים כלל. הוא בפכ״ד ומדברי הר״ן שהביא ב״י מבואר דטעמו דלא נחית למידק כולי האי ולברר הרע שבכולן ואיהו אכלהון איכוין:

ד מכר לו השדה וכתב לו חוץ מאילנות וכו׳ עד מכר הדקלים ושייר הגפנים. כל אלו הדינין מפורשים שם בגמרא בלי מחלוקת זולתי מ״ש שאם כולן דקים לא מכר מהם כלום הוא מפרשב״ם וכ״כ ה׳ המגיד בשם אב״ן מיגא״ש והביא ראיה לדבר ויש לדקדק דמאי שנא דבדקלים בלחוד ובגפנים בלחוד אמרינן דשניהם נתפשים בלשון אילני ומשויירין וכשיש שם דקלים ואילנות או גפנים ואילנות לא אמרו שהכל משוייר אלא מה שראוי להקרא אילן סתם כבר פי׳ הרמב״ם דלפי שהמוכר בעין יפה הוא מוכר ואין כוללין בשיורו כל מה שאפשר לכלול והראב״ד חולק עליו וע״ש: היו בה חרובים וכו׳. שם בעיא דאיפשיטא וכן פסק הרא״ש אבל הרי״ף והרמב״ם השמיטוה והטעם נתבאר בדברי הרמב״ן שהעתיק הב״י:

ה א״ל קרקע ודקלים אני מוכר לך פר״י וכו׳. שם א״ל ארעא ודקלי חזינן אי אית ליה דקלי יהיב ליה תרי דקלי ואי לית ליה זבין ליה תרי דקלי ואי משתעבדא פריק ליה אבל התוס׳ גרסי בגמרא אי אית בה דקלי יהיב ליה תרי דיקלי וכתבו וז״ל אע״ג דאם לא אמר דקלי בסתמא היו כולן מכורין מיהו השתא גרע וז״ש רבינו בשם ר״י דאפילו יש בו דקלים הרבה אינו נותן לו אלא ב׳ דקלים אבל רשב״ם הביא גירסא זו ופירושה והשיג עליה וכתב דה״ג אז אית ליה דקלי יהיב ליה תרי דקלי ופי׳ דב׳ מכירות הן שדה זו אני מוכר לך וקנה השדה והדקלים שבתוכו ודקלי נמי מזבנינא לך במקום אחר אי אית ליה דקלי יהיב ליה תרי דקלי לבד אותן שבשדה המכורים בכלל שדה דמכירה אחרת היא זו ומיעוט דקלי שנים ואי לא זבין ליה תרי דקלי שלא יהא מחוסר אמנה שכך התנה לו אני מוכר לך אילנות שאקנה לצרכך או יחזיר לו מן המעות כנגד דמי שני דקלים עכ״ל וז״ש רבינו בשמו צריך ליתן לו כל השדה כמו שהיא עם כל הדקלים שבה ועוד מכר לו ב׳ דקלים אם יש לו ב׳ דקלים וכו׳ פירוש דכיון דמכירה אחרת היא אם יש לו צריך ליתנם לו אבל אם אין לו א״צ לקנותם כדי ליתנם לו שאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו כלומר שאינו צריך לקנותם כדי ליתנם לו מדינא אלא כדי שלא יהא מחוסר אמנה וממילא משתמע דאם אינו קונה אותם יחזיר לו מן המעות כנגד דמי שני דקלים: ומ״ש ואם אין בו דקלים כלל וכו׳. כלומר כשאין גם בשדה דקלים כלל יראה שא״צ לקנות לו דקלים כדפרישית: והקרקע קנוי לו כמו שהוא וכו׳. פי׳ לא תימא מאחר שא״צ לקנות לו דקלים כדי לקיים מכירת דקלים השנייה וגם בשדה שהיא מכירה הראשונה אין בה דקלים א״כ יוכל לחזור בו הלוקח ולבטל גם מכר הקרקע ולומר אני לא קניתי אלא על דעת שיהיו לו עכ״פ ארעא ודקלי ועל זה אמר רבינו דיראה לו לפי׳ רשב״ם שא״צ לקנות דקלים לקיים מכירת דקלים עכ״פ מטעם דפרישית שאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו והקרקע קנוי לו בע״כ כמות שהיא אע״פ שלא יעמיד לו דקלים כלל ששתי מכירות הן שאין מכירת הקרקע תלויה במכירת דקלים ולא יוכל לחזור בשדה בשביל שלא העמיד לו דקלים. ומ״ש בספרי רבינו ועוד פי׳ מילת פי׳ ט״ס הוא וכצ״ל ועוד מכר וכו׳ וכוונתו כמו שביארנו. ויש לדקדק מפני מה השמיט רבינו מה שאמרו בגמרא ואי משתעבדא פריק ליה והלא הרי״ף והרא״ש הביאוהו ונראה דס״ל דמאחר דלבתר שאמרו בגמ׳ זבין ליה תרי דקלי אמרו ואי משתעבדא פריק ליה משמע דלא פריק ליה אלא שלא יהא מחוסר אמנה אבל מדינא ודאי כיון דהוי משתעבד׳ למלוה אינו ברשותו ואין הקנין נתפס בהם דאל״כ אלא מיחייב לפרוק להו מדינא הכי הוה ליה למימר אי אית ליה דקלי יהיב ליה ואי משתעבדא פריק ליה והדר לימא ואי לית ליה זבין ליה ב׳ דקלי אלא כדאמרן ולפי שורבינו לא כתב בפירוש דין זבין ליה שלא יהא מחוסר אמנה שהרי לא כתב כי אם אבל אם אין לו אין צריך לקנותה כדי ליתנם לו וכו׳ לא היה צריך שוב להורות לנו דאי משתעבדי פריק להו שלא יהא מחוסר אמנה וק״ל גם הרמב״ם השמיטו מטעם זה: ומ״ש אבל הרמב״ם וכו׳. בפכ״ד וטעמו דיכול הלוקח לומר לא הייתי קונה הא׳ בלא חבירו ולפיכך אם אינו נותן לו שני דקלים כל עיקר גם מקח הקרקע בטל: וכן פי׳ רב אלפס. כן הוא לפי הספרים שלנו בפ׳ המוכר את הבית אבל מדברי הראב״ד בהשגותיו מפורש שהאלפס תופס סברא שלישית דמחייב לקנות לו ב׳ דקלים וכן ראיתי בנוסחאות אלפסי ישן בפ׳ המוכר את הבית וע״ל בסימן ר״ט סעיף ו׳ ושם הארכתי בזה בס״ד ובב״י האריך כאן על זה:

ו ואם א״ל קרקע בדקלים כו׳. שם בגמרא:

ז ומ״ש ומיהו אם יש בו דקלים קנאם. כך פרשב״ם וכ״כ המגיד בפכ״ד:

ח הקונה ג׳ אילנות וכו׳. משנה בפ׳ הספינה פלוגתא דר״מ וחכמים ופסקו כחכמים: ומ״ש בשם הר״ר יונה וכו׳. נראה דטעמו משום דבגמרא קאמר דתרתי בעינן חשיבות אילנות והוא דלא מזדרעא והילכך תלת היגי רומייתא אע״ג דלא מזדרעא בינתייהו לא קנה קרקע כיון דלא חשיבי וכיון דחזינן בגמרא בפרק המוכר את הבית לגבי שיור דקאמרינן דדקלים שאין עולין להם בחבל ואילנות שהעול כובשן לא חשיבי ולא הוי שיור כמ״ש רשב״ם

לשם וז״ל כל שעולין לו בחבל ללקט פירותיו חשיב אילן וכו׳ ואם העול כופף את האילן ועובר השור לדרכו ואין האילן מעכב את השור לא חשיב א״כ ממילא אנו שומעין דה״ה לגבי מכירת ג׳ אילנות כיון דלא חשיבי לא קנה קרקע דהיינו בשאר אילנות כשהעול כובשן ובדקלים כל שאין עולין עליהן בחבל וג׳ בדי אילן שאמרו בגמרא דקנה קרקע מיירי כשאין העול כובשן ובברייתא דקתני ה״ז קנה קרקע ואת אילנות שביניהן משמע נמי כדברי ה״ר יונה דבמוכר ג׳ אילנות גדולים קא עסקינן והילכך קנה גם אילנות קטנות שביניהן דכיון דקטנים הן בטלי לגבי גדולים ולא ממעטינן שיעורא דד׳ אמות עד י״ו וכפרשב״ם ואת האילנות הקטנים אבל להרמב״ם דל״ש גדולים ול״ש קטנים קשיא אמאי קנה האילנות שביניהן הלא האילנות שביניהן ממעטין שיעורא דד׳ אמות עד י״ו והו״ל רצופים ולא קנה אפילו קרקע וצ״ל לדעת הרמב״ם דשיעורא דמד׳ אמות עד י״ו לא ניתן אלא לג׳ אילנות שטוענין פירות ואין אנו חוששין לרצופין דאילנות הסרק שביניהם וכ״כ התוס׳ בפ׳ המוכר את הבית ואת האילנות שביניהן כגון אילנות סרק ומשום אותן אילנות לא חשבינן להו רצופין דכיון שאין טוענין פירות עומדין ליעקר טפי מן השאר כדאמר בהספינה היה ארז ביניהם מהו וכו׳ א״ל קנה וקנה דלא חשיב רצופין עכ״ל: ואם קנה ג׳ יוצאין משורש אחד וכו׳. שם בעיא דר׳ ירמיה דאיפשיטא ועל פי פירשב״ם והרמב״ם כתב בסתם כלשון הבעיא ואפילו היו שלש נטיעות קטנות או ג׳ בדי אילן הרי יש ללוקח קרקע משמע מלשונו דמוקמי לה בג׳ אילנות ומכר לו בד בכל אחד ואע״פ שהרשב״ם דחה פירוש זה דכיון דשייר לעצמו רוב בדי כל אילן ואילן שייר ג״כ הקרקע לעצמו הרב לא חש לקושייתו: יבש האילן וכו׳. שם משנה ובברייתא: וקונה כל האילנות הקטנות שביניהן. שם בברייתא וכפרשב״ם אילנות קטנות אבל גדולות לא קנה קרקע כל עיקר דהו״ל רצופין וכסברת ה״ר יונה אבל להרמב״ם ל״ש גדולות [ל״ש] קטנות ואין חילוק אלא בין טוענין פירות לאילני סרק כדפי׳ ולפי שרבינו הסכים לסברת ה״ר יונה על כן סתם דבריו וכתב אילנות קטנות. ויש לתמוה מפני מה השמיט רבינו ההיא דרבי דהיה ארז ביניהם דקנה וקנה לאוריי דאף ע״פ דארז חשיב אפ״ה לא חשבינן להו רצופין דכיון שהוא בין אילנות שטוענים פירות עומדין ליעקר וכמו שפירשו התוס׳ בפרק המוכר את הבית אבל להרמב״ם שכתב סתם דקנה האילנות שביניהם וכוונתו כגון אילן סרק כדפירש׳ א״ש דשוב לא היה צריך לכתוב עוד דין ארז אבל לרבינו קשה וצ״ע: וכמה קרקע קונה עמהן תחתיהן וכו׳ שם מימרא דרבי חייא בר אבא א״ר יוחנן תחתיהן וביניהן וחוצה כו׳ ותניא כוותיה ודקדק רבינו שכתב וכל מה שביניהן שלא נטעה לומר דביניהן אינו חוזר אלא על הקרקע מגולה שבין נוף לנוף באותו אילן אבל לא בקרקע מגולה שבין נופות אילן זה לנופות אילן זה לכך הודיענו דליתא אלא קנה כל מה שביניהן וכפרשב״ם ופי׳ אורה לוקט: וזה המקום שחוצה להן אין האחד מהן רשאי לזרעו שם תניא כוותיה דאביי: ומ״ש אבל מה שביניהן ותחתיהן הלוקח זורעו אם ירצה לא היה צריך לכתבו דפשוט הוא אלא למידק מיניה אבל המוכר אינו רשאי לזורעו אם ירצה בלא דעת חברו. דלא תימא דלא קנה לוקח תחתיהן וביניהן אלא ליטע בו אילנות בלחוד קמ״ל דהלוקח קנה קרקע לגמרי דחשיב שדה אילן בפני עצמו ולכך אם ירצה יכול אף לזורען ואצ״ל דיכול לנוטען: ואם פירש ששייר הקרקע לעצמו וכו׳ בפ׳ חזקת (בבא בתרא דף ל״ו) מכר אילנות ושייר קרקע לפניו פלוגתא דר״ע ורבנן וכו׳ וכיון דהלכה כר״ע דאמר מוכר בעין יפה מוכר אית ליה ללוקח מקום האילנות על הקרקע ליטע אחרים במקומן כשימותו ופירש הרי״ף בסוף פרק המוכר את הבית להך שמעתא והוא דהוי תלתא וכן פירשו התוספות בפ׳ חזקת וז״ל לכך יש לפרש להא דשמעתין בג׳ אילנות ואף על גב דבעלמא בג׳ קנה קרקע שאני הכא דמיירי כגון שאין שם קרקע אלא לצורך האילנות ופירש בהדיא שמשיירת הקרקע לעצמו או בשדה גדול ואומר בפירוש שכל הקרקע משייר ולכולי עלמא לא קנה בגוף הקרקע כלום אלא למ״ד מוכר בעין יפה מוכר יכול ליטע אחר׳ במקומו כשייבש וכו׳ ויש לדקדק על דברי רבינו שכתב לא שנא אם יש שם קרקע הרבה יותר וכו׳ דמשמע מדבריו דאפילו בשדה גדול אם משמר בהדיא הקרקע לעצמו לא קנה הקרקע אע״פ שלא פירש שכל הקרקע משייר וזה שלא כדברי התוספות דבשדה גדול קנה הלוקח קרקע אם לא שפירש להדיא ששייר כל הקרקע לעצמו ונראה בעיני דס״ל לרבינו דבשדה גדול נמי כיון דתנאי שלא לצורך הוא שהרי אפי׳ לא התנ׳ לא קנה קרקע טפי מתחתיהן וביניהן וחוצה להן כמלא אורה וסלו הלכך כשהתנה ואמר ששייר הקרקע לעצמו לטפויי מילתא אתי ושייר לעצמו גם הקרקע שתחתיהן וכו׳ וכדלעיל בסי׳ רט״ו לגבי דיוטא בסעיף י״א ולגבי דרך דבור ודות בסעיף י״ד ודבריו נכונים: בד״א וכו׳ שנטועין כחצובה וכו׳ שם פלוגתא דרב ושמואל ויש גורסי׳ ר׳ יוחנן במקום שמואל ופסקו הפוסקים כשמואל ורבי יוחנן בדיני: ומ״ש ושיהיה בין אילן לאילן לא פחות מד׳ וכו׳ שם אסיק רבא הכי ותניא כוותיה ודברי רבינו כפי׳ התוס׳ דעד י״ו וי״ו בכלל לא חשיבי מפוזרים: ומ״ש ואלו הד׳ והי״ו מודדין אותם ממקום יציאת האילן מן הארץ וכו׳ בעיא דרבי ירמיה דאפשיטא ועל פי פירוש התוספות והרמב״ם בפכ״ד ולא כפירשב״ם שמודדין מאמצעו של אילן: ומ״ש אבל אם אינן עומדין בצורה זו וכו׳ כל זה ל׳ הרמב״ם וכבר התבאר ממה שקדם: ומ״ש או שמכרן בזה אחר זה וכו׳ שם בברייתא: ומ״ש או שמכר לו שנים בתוך שדהו וכו׳ כל זה שם בעיא דסלקא בתיקו וכל תיקו חומרא לתובע וקולא לנתבע ודע דרשב״ם בפרק בית כור בסוף (בבא בתרא דף ק״ד) כתב וז״ל נראה בעיני דגרסינן דרך הרבים מהו כגון שיש כאן שביל של י״ו אמה שהולכים ממנו לשדות אבל ר״ה ממש איכא למימר דאין לך הפסק גדול מזה ע״כ אבל מדברי שאר כל הפוסקים משמע דאין חילוק: ומ״ש ואצ״ל אם לא מכר לו אלא ב׳ אילנות לבד וכו׳ פשוט שם במשנה ולא היה צריך לכתבו אלא כדי לאורויי לן בסמוך דבנקצץ וגזעו מחליף

אפילו בב׳ אילנות הוא משל בעל האילן: ומ״ש לפיכך לא קנה אילנות קטנים שביניהם וכו׳ שם בברייתא: ומ״ש והוא שאין גזעו מחליף וכו׳ כ״כ הרא״ש לשם בשם ה״ר יונה ופי׳ רשב״ם לר״ע וכו׳ בפרק חזקת (בבא בתרא דף ל״ז) ובפרק המוכר את הבית (בבא בתרא דף ע״ב) ופ׳ הספינה (בבא בתרא דף פ״ב): אבל ר״י וכו׳ שם בתוס׳: וכ״כ א״א ז״ל בפ׳ הספינה הכריע כן: ופר״י אע״ג וכו׳ כ״כ התוס׳ בפ׳ הספינה בד״ה מדברי רבינו וכו׳ (דף פ״ב) וע״ש בפרשב״ם. וה״ר יונה כתב וכו׳ כלומר הר״ר יונה כתב עוד והוסיף שאין המוכר רשאי לזרוע תחתיהן וכולי נ״ל שלמד ה״ר יונה דין הקרקע שתחתיהן בקונה ב׳ אילנות מדין מקום אורה וסלו בקונה ג׳ אילנות דכי היכא דלשם זה וזה אינן רשאין לזורעה זה לפי שאינו שלו וזה שלא יטנפו פירות הנושרין הכי נמי בקרקע שתחתיהן בקונה ב׳ אילנות לוקח אינו רשאי לזורעה לפי שאינו שלו ומוכר אינו רשאי לזורעה דמטנפי פירי ופירוש דמטנפי פירי לפי שיהיו שם מים להשקות הזרעים שהם כטיט על העפר כ״כ נ״י: ובשלשה שקנה קרקע אם הגדילו וכו׳ שם במשנה הגדילו ישפה ופירש רשב״ם ישפה המוכר דאינו מניחן ליכנס בשלו מאחר שמזיקין לו שהצל רע לבית השלחין ונראה דאע״ג דלישנא דמתניתין משמע דישפה הלוקח אפ״ה כתב רשב״ם ישפה המוכר לאורויי דעביד דינא לנפשיה במקום דאיכא פסידא כדקי״ל בהמניח. וכן ברישא כתב רשב״ם לא ישפה לא יקצוץ אותן בעל הקרקע וכו׳ כונתו דלא עביד דינא לנפשיה אע״פ שהצל רע לבית השלחין דכיון דאין לו קרקע לבעל האילנות הרי שיעבד לו שדהו לצורך האילנות כל צרכן שעל מנת כן לקחו אבל אין פירוש לא ישפה הלוקח שהרי אסיקנא בגמרא דמחוייב לוקח לקצץ לפי דיש לחוש דילמא מסקא ארעא שירטון וכולי אלא שהמוכר אינו רשאי לקוצצן דלא הותר לו למיעבד ליה דינא לנפשיה בכה״ג כך היא דעתו של רשב״ם בפירושו זה וכך משמע בהג״ה מיימוני פכ״ד שהבין כך מדבריו ע״ש וכן נראה מדברי הרמב״ן בסמוך שכתב אינו יכול לומר כיון שאמרו ישפה על המוכר להביא ראיה וכו׳ אבל רבינו כתב צריך לקוצצם דעתו לפרש ישפה הלוקח וכך כתב הרמב״ם כל מי שקונה שלש אילנות וכו׳ הגדילו והוציאו חוטר יקוץ כדי שלא ימעט הדרך על בעל השדה וכן לא ישפה דתנן לגבי ב׳ אילנות היינו לומר דהלוקח אין צריך לקצצו ומה שאמרו בגמרא דחייב הלוקח לקוצצן היינו דוקא בשריגים העולים מצד הגזע דילמא מסקא ארעא שירטון וכו׳ אבל הענפים שנתפשטו למעלה אפילו הרבה אין צריך לקצצם וכן פירש בסמ״ג: ושני הטעמים שהצל רע וכו׳ שכתב רשב״ם ושלא ימעט הדרך וכו׳ שכתב הרמב״ם מבואריו סוף פרק לא יחפור ע״ש: וכתב הר״ר יונה אפילו לא הגדילו אלא תוך מלא אורה וסלו וכו׳ בנימוקי יוסף חולק על זה ע״ש: ומסתברא כדברי הר׳ יונה דסתם שנינו הגדילו כל שהגדילו אפי׳ במקצת: ואם נחלקו לאחר זמן כתב הרמב״ן כו׳ כ״כ גם ה״ה ונ״י משמו וכתבו שהרשב״א והריטב״א היה נראה להם שעל המוכר להביא ראיה אלא שביטלו רצונם מפני דעת הרמב״ן. וכל השריגים וכו׳ שם במשנה: ובשנים שלא קנה קרקע וכו׳ שם במשנה ובגמרא: ומ״ש אבל צריך לקוצצן וכו׳ שם בגמרא א״ר נחמן יקוץ וכן א״ר יוחנן יקוץ ודעת רבינו לחלק בין העולים מן הגזע דצריך לקוצצן ובין אותן שנתפשטו למעלה כמ״ש הסמ״ג ונתבאר בסמוך ויש לתמוה דלפי מ״ש הרמב״ן בסמוך היכא דנחלקו לאחר זמן בענפים שעל הלוקח להביא ראיה אם כן למה צריך לקוץ מיד הלא אין הלוקח נאמן אלא בראיה ואפשר לומר דמ״מ מייתי ליה לידי דינא ודיינא וכן פי׳ בנימוקי יוסף. ועוד נראה לי עיקר דלא כתב הרמב״ן דעל הלוקח להביא ראיה אלא היכא דנחלקו תוך ג׳ שנים ואעפ״י כן כתב הרשב״א והריטב״א דהלוקח נאמן בלא ראיה דמאחר דהלה מודה שמכר לו ג׳ אילנות הללו ואנו רואין ענפי האילן נוטים עד כאן הן עדות על מכירת הקרקע והמוכר שטוען שגדלו ולא היה כאן בשעת המכירה עליו הראיה אבל דעת הרמב״ן שהמוכר נאמן במגו דאי בעי אמר לא מכרתי לך כלום ואין הענפים עדים גמורים דנימא מגו במקום עדים לא אמרינן אבל לאחר ג׳ שנים גם הרמב״ן מודה דעל המוכר להביא ראיה ולפי זה אתא שפיר מה שאמרו בגמרא בשנים דצריך לקוצצן לכתחילה פן יצאו מן הגזע סמוך לארץ וכו׳ פי׳ דחוששין שמא יטעון הלוקח לאחר ג׳ שנים לקחתי ג׳ אילנות ויש לי קרקע עמהן דלאחר ג׳ שנים ודאי נאמן הלוקח לד״ה דבבא מחמת טענה באילן אחד כמי נאמן לומר אתה מכרתי לי האילן והקרקע שתחתיו ליטע אחר במקומו כדאסיק רבא בפ׳ חזקת וכן פסק רבינו למעלה בס״ס קמ״א ע״ש: ואם קנה דקל וכו׳ שם מימרא דרב נחמן. מכר את הקרקע ושייר לעצמו האילנות וכו׳ בפרק חזקת פשיטא מכר הקרקע ושייר אילנות לפניו יש לו קרקע ואפי׳ לר״ע וכו׳ ופרשב״ם ואפי׳ אינם אלא שנים יש לו קרקע כדי מחיית האילנות וצרכן וגם אם יבשו יטע אחרים במקומן: ומ״ש בשם הרמב״ם הוא בפכ״ד וז״ל המוכר הקרקע ושייר אילנות הרי יש לו חצי הקרקע כולה שאילו לא שייר בקרקע הרי אומר לו הלוקח עקור אילנך ולך וכן אם שייר שני האילנות בלבד יש לו קרקע הראוי להם שאילו לא שייר בקרקע הרי אומר לו הלוקח עקור אילנך ולך. המוכר את האילנות ושייר את הקרקע יש לבעל האילנות קרקע הראויה להם כמו שביארנו מכר את הקרקע לאחד ואת האילנות לאחר והחזיק זה באילנות וזה בקרקע זה קנה האילנות עם חצי הקרקע וזה שהחזיק בקרקע קנה חצי הקרקע בלבד עכ״ל. ומפרש רבינו בדברי הרמב״ם דבשכל הקרקע צריך לאילנות קאמר והלכך המוכר קרקע ושייר כל האילנות יש לו חצי הקרקע כולה דהיינו חצי הקרקע הצריך להם שאם אתה אומר מוכר בעין יפה מוכר ולא שייר לעצמו אפי׳ חצי קרקע הצריך להם היה א״ל הלוקח עקור אילנך ולך וכן אם אתה אומר ששייר לעצמו כל הקרקע הצריך לאילנות אם כן לא קנה הלוקח כלום בקרקע ובמה תתקיים מכירת הקרקע והלכך אין לו למוכר אלא חצי הקרקע ויש גילוי לפירוש זה מלשון הרמב״ם שאמר חצי הקרקע כולה דלשון כולה אך למותר אלא כלומר שבכל הקרקע כולה הצריך

לאילנות יש לו החצי לפחות שאילו לא שייר הקרקע וכו׳ ומטעם שכתבנו ולכן כתב בחלוקה השנית וכן אם שייר שני אילנות בלבד יש לו קרקע הראוי להם שאילו לא שייר הקרקע וכו׳ מבואר מדברי הרב שמחלק בין שייר לעצמו כל האילנות להיכא דשייר ב׳ אילנות דבשייר כל אילנות אין לו אלא חצי הקרקע הצריך להם דאילו אתה אומר דיש לו כל הקרקע הראוי להם א״כ לא נשאר ללוקח בקרקע ולא כלום ולא תתקיים מכירת הקרקע כל עיקר אבל בשייר שני אילנות יש לו קרקע הראוי להם שהרי מכירת הקרקע תתקיים במה שנשאר ועם כל זה השיג עליו רבינו וכתב ולא נהירא משום דפשטא דגמרא משמע דבשייר אילנות לפניו יש לו קרקע הצריך להם בכל עניין ואע״פ שכל הקרקע כולה צריך לאילנות יש לו למוכר כל הקרקע ולא קני לוקח קרקע אלא לענין שיכול לחפור תחתיהם דקני ליה עד תהומא וגם הראב״ד השיגו אלא שהבין מדברי הרב דאף כשהחצי הקרקע היא יותר מכדי הצריך לאילנות אמרינן דיש לו חצי הקרקע ולכן השיג עליו ואמר דאין לזה שורש מן הגמרא אלא כשמכר הקרקע ושייר אילנות לפניו אין לאילנות קרקע אלא תחתיהן וביניהן וחוצה להן כמלא אורה וסלו עכ״ל. וגם ה׳ המגיד הבין כך מדברי הרמב״ם ורצה לפרש דעתו ולבסוף לא עלה בידו ומהרו״ך האריך לפרש זה ואין פירושו נראה ואני אומר לא עלה על דעת הרמב״ם מעולם לומר שיהיה למוכר קרקע יותר ממה שצריך להם אלא היה דעתו כמו שהבין רבינו ומה שהשיג עליו אינה השגה דס״ל להרמב״ם שצריך שתתקיים המכירה בקרקע גם לענין פירות דמוכר בעין יפה הוא מוכר והלכך אין לו אלא חצי הקרקע הצריך לאילנות ובהכי מתיישב ג״כ מה שכתב אח״כ המוכר את האילנות ושייר את הקרקע יש לבעל האילנות קרקע הראויה להם דמיירי נמי שכל הקרקע צריך לאילנות ואפ״ה אמר מוכר בעין יפה הוא מוכר ולא שייר לעצמו קרקע אלא לחפור תחתיהן אבל במוכר קרקע ושייר אילנות לפניו לא אמר דשייר לעצמו כל הקרקע ולא מכר בקרקע אלא לחפור תחתיהן אלא דאמרינן דמוכר בעין יפה מוכר וכו׳ כדפי׳:

• מכר לב׳ כאחת וכו׳ מסקינן זה קנה אילנות וחצי קרקע וזה קנה חצי קרקע בפ׳ חזקת: ומ״ש ופי׳ רשב״ם וכו׳ שם. ור״י פי׳ וכו׳ שם בתוס׳. ויש לדקדק מפני מה לא הביא רבינו כאן סברת הרמב״ם שכתב בדין זה זה קנה האילנו׳ עם חצי הקרקע וזה שהחזיק בקרקע קנה חצי הקרקע בלבד וגם הראב״ד בהשגותיו הודה לו בדין זה דכל אחד קנה חצי הקרקע ממש אלא חלק עליו ואמר שאפי׳ בב׳ אילנות כן הדין ואם לא היה נראה לרבינו סברתו היה לו להשיג עליו כמו שהביא דבריו במוכר קרקע ושייר אילנות והשיג עליו. ונראה בעיני דלפי שראה רבינו שכתב הרב בפי״ב מטוען בדין זה לענין חזקה דלא קנה בעל האילנות אלא כפי הצריך לו א״כ יש מקום לומר שמ״ש בה׳ מכירה בדין זה לענין מכר דקנה חצי הקרקע לאו דוקא חצי קרקע ממש אלא כפי הצריך לו אלא שכתב כלשון הגמ׳ סתם כמנהגו ובהלכות טוען ביאר כוונתו ואעפ״כ מ״ש הרב תחלה במוכר קרקע ושייר אילנות כו׳ אי אפשר לומר דנקט חצי הקרקע כלשון הגמרא שהרי בגמרא לא הזכירו באותו דין חצי קרקע אלא אדרבה סתמא אמרו יש לו קרקע ולא היה להרב לומר בלשונו חצי הקרקע ועוד מדכתב אח״כ וכן אם שייר שני אילנות כו׳ מדשינה דתחלה כתב חצי הקרקע וכאן כתב יש לו קרקע הראוי להם צריך לומר דבאותו דין חצי קרקע ממש קאמר וכמו שפירשנו דבריו למעלה ולכן הביא רבינו דבריו באותו דין והשיג עליו ובדין זה כאן לא הביא דבריו ולא השיג עליו לפי שאפשר לומר דגם דעת הרב בדין זה דלאו דוקא חצי קרקע ממש אלא כמו שפרשב״ם ולא קשה ג״כ א״כ היה לו לרבינו לומר על פרשב״ם וכ״כ הרמב״ם די״ל דס״ל לרבינו דכבר אפשר לומר ג״כ שלא כתב הרמב״ם כך בפ״ה דטוען אלא לענין חזקה דג׳ שנים אבל במוכר לב׳ אפשר דחצי הקרקע ממש קאמר ולפי שנסתפק בדבריו לכך לא הביא דעתו של הרב בדין מכר לב׳ כל עיקר כנ״ל לפרש דעת רבינו. אכן נראה לי ברור דדעת הרמב״ם היא דההיא סוגיא דזה החזיק באילנות וזה החזיק בקרקע דמסקנא זה קנה אילנות וחצי הקרקע וזה קנה חצי קרקע מדברת בין בחזקת דג׳ שנים בין במכר לשנים וזה החזיק דרפק בה פורתא ובעל האילנות פשחינהו כו׳ אלא שאין דיניהם שוה לגמרי דבמכר לשנים כו׳ כיון שמכר לשנים כאחד וא״ל זכו בשדה זו ואיליניה ודאי כיון שיש בכלל אילנות שדה שאי אפשר להם בלי שדה הרי לשניהם אמר זכו בשדה זו. והלכך כל אחד זכה בחזקתו בחצי הקרקע וכדכתב הראב״ד ואין חילוק בין אם כל הקרקע צריך לאילנות לבין שחצי הקרקע יותר מהצריך לאילנות בכל ענין זכה כל אחד בחצי הקרקע ממש שהרי שניהם זכו בשדה בשוה אבל בחזקה דג׳ שנים ודאי דאין לבעל האילנות בקרקע אלא כדי הצריך להם שבזה לבד זכה מכח חזקתו באילנות אבל במה שלא החזיק כגון שאר הקרקע שהרי חברו החזיק בכל הקרקע ג׳ שנים וטוען שהכל שלו ואני לקחתיו אין לו לבעל האילנות כלום בשאר הקרקע ואם כל הקרקע צריך לאילנות הדבר פשוט דכיון ששניהם החזיקו בקרקע ג׳ שנים זה זכה באילנות עם חצי הקרקע וזה זכה בחצי הקרקע הנה נתיישבו דברי הרב בטוב טעם מה שהניח הרב המגיד בצ״ע ולא עלה בידו יישוב. ואולי דגם רבינו היה מפרש כך דברי הרמב״ם אלא שלא הביא דבריו לפי שהיה נראה בעיניו פרשב״ם ור״י עיקר דהא דאסיקנא בגמ׳ חצי הקרקע לאו דוקא חצי הקרקע וכו׳ אבל בדין המוכר קרקע ושייר אילנות לפניו מאחר דלא הזכירו בגמ׳ חצי הקרקע כל עיקר הביא דברי הרב והשיג עליהם מסברתו גם בלא פרשב״ם ור״י וק״ל: ומ״ש וכ״כ הרא״ש צ״ע היכי איתיה דבפסקיו לא מצאנו גילוי שהסכים לפי׳ ר״י גם ממה שכתב למעלה בסימן קמ״א פי׳ רשב״ם ופיר״י ולא כתב הסכמת הרא״ש נראה שלא מצא להרא״ש בזה דעתו ואולי באיזה תשובה כתב כך הרא״ש דבמכר לשנים לא קנה בעל אילנות בגוף הקרקע כלומר דסתם מוכר קרקע בעין יפה מוכר משא״כ בחזקת ג׳ שנים דכל אחד זכה במה שהחזיק לפי שכל אחד בא בטענה:

יא הקונה אילנות וכו׳ בזיתים וכו׳ משנה בפרק הספינה זיתים לקוץ מניח שתי גרופיות פירוש ענפים וחוזר וצומח: ומ״ש ובבתולת שקמה כו׳ עד סוף הסי׳ ברייתא שם:

סימן ריז

א המוכר לחבירו מקום וכו׳ בפ׳ המוכר פירות אמר רב יהודה אמר שמואל אמה בית השלחין אני מוכר לך נותן לו שתי אמות לתוכה אמה מכאן ואמה מכאן לאגפים. חמה בית הקילון אני מוכר לך נותן לי אמה אחת לתוכה חצי אמה מכאן וחצי אמה מכאן לאגפיה כך היא גי׳ הרא״ש אמה מכאן בלא וי״ו וכך כתב רשב״ם בשם רבי יעקב בר יקר ועיקר. פירוש דאמת בית השלחין נותן לו שתי אמות לתוכה של שדה לתקן אגפיה דהיינו אמה מכאן ואמה מכאן אבל שיעור רחבה הוי נמי אמה ולא יותר דלכך היא קרויה אמה לפי שרחבה אמה וא״כ כל רחבה עם אגפיה אינו אלא ג׳ אמות וכן בקילון נותן לו אמה אחת לתוכה של שדה לתקן אגפיה דהיינו חצי אמה מכאן וחצי אמה מכאן וס״ל לרבינו דכי היכי דבקילון הוה שיעור אגפיה חצי שיעור דאגפי בית השלחין ה״נ שיעור רחבה דקילון הוה חצי השיעור דרוחב בית השלחין. ומה שהיא קרויה אמה משום דעומקא אמה אבל הרמב״ם גורס נותן לו שתי אמות לתוכה ואמה מכאן וכו׳ בוי״ו וכך היא גירסת הספרים וכפי׳ הראשון שכתב רשב״ם לפי זה יהיה פי׳ שני אמות לתוכה לחפור בקרקע ולהרחיב אמת המים שתהא רחבה ב׳ אמות ומה שהיא קרוייה אמה משום דעומקא אמה וכן פי׳ התוספות לפי גירסא זו וכיוצא בזה יהיה הפי׳ בקילון דנותן לו אמה לחפור בקרקע ולהרחיב אמת המי׳ שתהא רחבה אמה וכו׳ ותמהני על ב״י שכתב שלא מצא חבר לגירסת רבינו והלא מפורש בגמ׳ כמו שכתבנו: וכתב רשב״ם אמה מכאן וכו׳ לאגפיה כדי לתקן מאותו קרקע אגפיה של אמת המים אם יפלו עכ״ל ולא ידעתי מי דחקו לפרש כך ולמה לא פירש כפשוטו דמניח אגפיה כענין שמניח כותל לבור כמו שיתבאר בסמוך סעיף ו׳ ואף כאן מניח אגפיים כדי שלא ישים לשם בנין כל דבר שמכביד שמקלקל האגפיים שיפלו ויקלקל אמת המים ולפיכך אין לו לבעל השדה לעשות שם שום תשמיש אלא נטיעה או זריעה כמו שפי׳ הוא עצמו לבסוף וק״ל:ומ״ש ואותן השפות נוטען וכו׳ שם פלוגתא דרב יהודה ור״נ ופסק כר״נ בדיני דנוטעים אבל לזורען לא: ומ״ש שהזרעים מלחלחים וכו׳ כ״כ הרמב״ם בפכ״א מה׳ מכירה אבל גי׳ הספרים חלחולי מחלחלי ונראה דפירושו שהזרעים מחלידין הקרקע במקומן ומעלין עפר תיחוח ומתמוטט הקרקע לצדדין וכדאמר בפ׳ לא יחפור (בבא בתרא דף י״ט ע״ב) ע״ש: ומ״ש ואם נפלו השפות וכו׳ שם מימרא דרב יהודא ופי׳ רשב״ם ואע״פ שנתן לו כבר אמה מכאן ואמה מכאן לאגפיה כיון דכלו להו מתקנן עדיין מעפר השדה מיהו להכי אהני לו מה שנתן לו מתחילה אמה מכאן וכו׳ דאין לו לבעל השדה לעשות שם שום תשמיש שקלקול האגפיים וכו׳ אבל מן האמה לפנים יעשה בתוך שלו מה שירצה עכ״ל:

ב המוכר לחבירו דרך וכו׳ שעור דרך יחיד נפסקה הלכה בגמרא שם כדייני גולה שאמרו ב׳ גומדין ומחצה ופירוש גומדין אמות ומצינו בכתוב גומד ארכה וכן פי׳ רשב״ם שי״מ כן וכן פי׳ הרמב״ם ומפורש בגמרא דשעור זה הוא כדי שיעבור חמור במשאו וע״ל בסי׳ קצ״ב סעיף ח׳:

ג מכר לו דרך לעבור מעיר לעיר וכו׳ שם ברייתא כדי שאם יפגעו ב׳ עגלות זו בזו שלא יתעכבו זו בזו וז״ש רבינו בכל אורך הדרך כדי שלא נטעה לומר דוקא בסמוך לעיר הוא דבעינן ח׳ אמות מפני העוברים ושבים וכך הם דברי הרמב״ם: דרך רשות הרבים וכו׳ ברייתא שם דרך הרבים י״ו אמה וכך הם דברי הרמב״ם: ומ״ש רבינו דרך ר״ה ולא כתב דרך הרבים אפשר שבא להוציא מהרשב״ם שמחלק בין דרך הרבים לדרך ר״ה כמו שהבאתי למעלה בסי׳ רט״ו סעיף ח׳ לכך נקט בכל דוכתא דרך ר״ה: מכר לו מקום לעשות מעמד וכו׳ פי׳ מקום שהיו עומדים בו העם בשובם מן הקבר סמוך לבה״ק ומשנה היא שם ושיעורא דבית ד׳ קבין ברבוע צא ולמד מסאתים בחצר המשכן תמצא בית ד׳ קבין ברבוע מ׳ אמות וד׳ טפחים ושלש אצבעות הגדולים שארבעה מהם בטפח וג׳ רביעית אצבעות ומשהו:

ו מכר לו בורו כותלים וכו׳ ברייתא ריש פרק לא יחפור:

ז המוכר וכו׳ מקום לקבורה וכו׳ משנה שם פלוגתא דת״ק ור״ש ופסק כת״ק:

ח המוכר קברו וכו׳ ברייתא שם ומפרש טעמא משום פגם משפחה דגנאי הוא להם שאין לקרוביהם מקום לקבורה:

סימן ריח

א האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך וכו׳ משנה ריש פרק בית כור האומר לחבירו בית כור עפר היו שם נקעים עמוקים י׳ טפחים או סלעים גבוהים י׳ טפחים אינן נמדדים עמה פחות מכאן נמדדים עמה ופר״ש לאו מקום הראוי לזרוע כור תבואה קאמר אלא לפי חשבון סאתים בחצר המשכן

והוא בריבוע רע״ד אמות חסר טפח פחות משהו והמשהו פחות מחצי רוחב אצבע ויתר על שליש דוק ותשכח: ומ״ש ואפי׳ אם ראוי לזריעה מפורש שם בגמ׳ אמר רב פפא אעפ״י שאין מלאין מים מ״ט אין אדם רוצה שיתן מעותיו במקום אחד ויראו לו כב׳ או ג׳ מקומות אלא שיש לדקדק דבגמ׳ מבואר דסלעים ודאי לאו בני זריעה נינהו כל עיקר ורבינו כתב בסתם אפי׳ אם ראוי לזריעה אף אסלעים ואפשר דלכך שינה רבינו מלשון המשנה וכתב הרים סלעים כלומר הרים קשים דאיכא עפר על גבי הסלעים דבני זריעה נינהו: ומ״ש בשם רשב״ם דוקא ברחבים ד׳ וכו׳ שם במשנה ויליף לה מרה״י דשבת: ומ״ש בשם הרמב״ם בפכ״ח מה״מ: ומ״ש בשם הרמ״ה שמחלק בין אית בהו רובע הקב וכו׳ נראה דטעמו דכיון דאית בחד מינייהו דבר חשוב בפחות שבשעורין שהוזכר בגמרא לגבי בית כור דהיינו רובע הקב שוב לא הוו טפילי לגבי שדה וכו׳ ויותר נראה לומר דתופס גירסת רבינו האיי בסלע יחידי אפי׳ בית רובע אין נמדד עמה וכדאיתא בירושלמי ובסלע ששלחו בית רובע אין נמדד עמה אלמא דרובע הוי דבר חשוב ולא טפילא אגב שדה. ומיהו ודאי דוקא להרמב״ם והרמ״ה דשקיל להו לוקח בלא דמים לפיכך אי אית ביה רובע הקב לא מזדבני ואין הלוקח נוטל אותם אבל לפי׳ רשב״ם והרא״ש שנשארו למוכר אין חלוק בין פחות מרובע הקב לרובע הקב ויותר: ומ״ש בשם רשב״ם ז״ל במשנה אין נמדדים עמה אלא נותן לו בית כור שלם מקרקע חלק דכיון דעמוקים י׳ או גבוהים י׳ הוה מקום חשוב וכו׳ ומשמע ליה לרבינו דה״ק אלא נותן לו קרקע המישור שביניהן כשיעור בית כור שלם ואין הסלעים והנקעים נמדדים עמה ואם כן הסלעים והנקעים ישארו למוכר וכתב שכן נראה מדברי הרא״ש ומצאתי למהרש״ל שכתב וז״ל ואני לא אדע איך מובן מזה שהוא של מוכר וכי מפני שכתב ואינו יכול לומר אינו רוצה וכו׳ י״ל דה״ק דמפני שהיא מופסקת בסלעים שאינן ראויים לזריעה אינו רוצה כלל בשדה זו ולעולם קאמר דשלו הן ולא של מוכר עכ״ל ולי נראה דדעת רבינו מדכתב אין מודדין עמה אלא קרקע המישור שביניהן וכו׳ נראה מדברים אלו דעל כל פנים מודדין לו בית כור שלם מקרקע חלק אלא דסד״א דימדדו לו בלא הפסק סלעים קמ״ל דמודדין עמה הקרקע המישור שביניהם וצריך לקבלו וכו׳ וממילא משתמע דהסלעים והנקעים ישארו למוכר כפי׳ רשב״ם: ומ״ש הרא״ש דשיעור הפסק כשלא יוכל המחרישה לעבור ביניהם נראה דלמדו מהירושלמי שהזכיר שיעור זה שכך אמרו שם כל שהמחרישה סובבתו זהו אמצע אין המחרישה סובבתו זהו הצד ע״ש: ומ״ש בשם הראב״ד תימה דמנ״ל הא אי משום דתנן יותר מכאן יעשה חשבון מה הוא מחזיר לו מעות וכו׳ לשם ודאי דבר ראוי הוא מה שהוא קונה אבל כאן איך נכריחהו לקנות סלעים ובקעים כ״כ הרב המגיד על שם הרשב״א ז״ל ולי נראה דהראב״ד דקדק מלשון אין נמדדים עמה דמשמע דיוקא עמה הוא דאין נמדדים לקבל אותן בדמי קרקע מישור אבל צריך ליקח אותן בדמיהן ותקנת חכמים היא מפני שהן כדברים אבודין ביד המוכר. ועוד נראה עיקר דהרב למדו מדין בית כור עפר אני מוכר לך הן חסר הן יתר דאם יש במותר פחות מט׳ קבין כופין ללוקח לקנות שלא יהא נפסד המוכר ההוא מיעוט קרקע דכופין על מדת סדום כמו שפי׳ רשב״ם וע״ל בסעיף ח׳:

ב ומ״ש בשם רשב״ם דוקא דא״ל בית כור עפר וכו׳ שם במשנה דאל״כ למה ליה למיתני בית כור עפר גם מ״ש בשם ר״י שם בתוס׳ במשנה דנקט עפר משום רבותא דסיפא דאעפ״י דאמר בית כור עפר אפ״ה בפחות מעשרה טפחים נמדדין עמה. וכתב הרא״ש דהכי מסתברא כו׳: לא היו הבקעים עמוקים י׳ וכו׳ מפורש במשנה שהבאתי:

ג והוא שלא יהיה בכולן אלא שיעור ד׳ קבין וכו׳ פי׳ שיעור ד׳ קבין לכור אחד וכך אמרו לשם בפסקא פחות מכאן נמדדים עמה אמר רבי יצחק טרשין שאמרו בית ד׳ קבין פי׳ טרשין שאינן ראויין לזריעה והוא הדין לנקעים מלאים מים: ומ״ש אבל יש בהם יותר מד׳ קבין אין נמדדין עמה ואפילו ראויין לזריעה ואינן גבוהין י׳ הכי משמע בגמ׳ דממה שאמרו והוא שיש בהן ד׳ קבין התם הוא דנמדדין עמה אבל כשיש בהם יותר מד׳ קבין אין נמדדין עמה אלמא דביותר מד׳ קבין דינן כגבוהים י׳ דאינן נמדדים עמה וכי היכי דבגבוהים י׳ הוה פי׳ אינן נמדדין עמה אפילו ראויים לזריעה משום שאין דעתו של אדם לקנות שדה אחד ויהיה לו טורח כב׳ וג׳ שדות לחרוש ולזרוע בב׳ מקומות למעלה ולמטה וכדמפרש בגמרא ה״נ ביש בהן יותר מד׳ קבין דהני תרתי מילי גבוהים י׳ ואין בהן יותר מד׳ קבין א״נ אינן גבוהים י׳ ויש בהן יותר מד׳ קבין דינן שוה דבשניהם אית בהו טירחא וק״ל: ומיהו היה אומר א״א הרא״ש כו׳ לא נמצא כן לא בפסקיו ולא בתשובותיו ואולי ע״פ היה אומר כן ודבר פשוט הוא דכל פחות מג׳ כארעא סמיכתא היא וכיון שראויין לזריעה נמדדין עמה דלא אית בהו טורח כב׳ וג׳ מקומות אבל באינן ראויין לזריעה אפי׳ בפחות מג׳ אינן נמדדין עמה דכיון שהוא יותר מד׳ קבין כולי האי לא מחיל אינש ועיין בפרשב״ם אברייתא דאם היה סלע יחידי כו׳ כתב לשם בשם רבותיו כעין שהיה אומר הרא״ש: וכתב הרמב״ן הא דנמדדין וכו׳ כתב ב״י דעד י׳ אמות ט״ס הוא וצריך להגיה ד׳ במקום י׳ דכן כתב בחדושי הרמב״ן ע״ש ופירושו שרחבן מד׳ טפחים עד י׳ טפחים א״נ עד ד׳ אמות ודין זה למדו מן הירושלמי דאמרינן התם רחבין כמה רבי חגי אמר עד ד׳ אמות רבי יוסי בר רבי בון אמר עד י׳ טפחים ופסק כרבי חגי דאף ברחבן ד׳ אמות נמדדין עמה אבל ביותר מכן לא שהרי יש להן שם בפני עצמן וכיון שמלאין מים אין נמדדין ומשמע דאם הם פחותים מד׳ טפחים אפילו יותר מד׳ קבין נמדדים עמה דכל שאינו רחב ד״ע אין לו שם בפני עצמו: ואם א״ל כבית כור עפר וכו׳ משנה ריש פרק בית כור: ומ״ש בשם רשב״ם מפורש שם במשנה דכבית כור עפר משמע כמות שהיא בין סלעי׳ בין עפר כלומר כבית כור עפר ולא בית כור עפר ממש ומיהו אהני מאי דא״ל

עפר דראוי לחרישה ולזריעה בעינן ואי הוי יותר מד׳ קבין אין הלוקח מקבל אותן ובסמוך סעיף ה׳ יתבאר דהרמב״ם חולק בזה: וקאמר רב עוקבא וכו׳ שם בגמרא: ומ״ש בשם רשב״ם מפורש שם בדבריו: ור״י אומר וכו׳ שם בגמרא: ומ״ש בין אמר בית כור ובין שאמר כבית כור פי׳ אתרווייהו קאי בין לר׳ יוחנן ובין לרב עוקבא. לרב עוקבא היכא דמכונסין בפחות מה׳ קבין דאין נמדדין עמה לא שנא באומר בית כור ובפחות מי׳ ולא שנא אמר כבית כור ובגבוהים י׳ ולרבי יוחנן נמי לא שנא אמר בית כור ובפחות מעשרה ואינם נבלעים ברובה של שדה ולא שנא אמר כבית כור ובעמוקים עשרה ואינם ברובה של שדה בכל ענין אין נמדדין עמה וזה הולך על פי פי׳ רשב״ם דלעיל דבאומר כבית כור בגבוהים י׳ דינו כמו באמר בית כור ובפחות מעשרה: ומ״ש בשם רשב״ם דר״י פליג ארב עוקבא שם בגמ׳: ומ״ש שכן פי׳ ר״י הלוי כן כתב גם הרב המגיד בשמו: ומ״ש בשם הראב״ד דלא פליג וכו׳ כן כתב גם הרב המגיד בשמו: וכתב עוד שגם הרי״ף נראה שסובר כן וכן נראה מדברי הרמב״ם בפכ״ח מהלכות מכירה: ומ״ש בשם הרמ״ה הוא דבר ברור: ומ״ש ומסתברא פי׳ רשב״ם כתב ב״י טעמו דאי לאו דאתו לאפלוגי הכי הו״ל למימר א״ר חייא א״ר יוחנן: לא היו מובלעים בשוה וכו׳ שם קא מיבעיא להו הנך בעיא כאשר סדרם רבינו ועל פי פי׳ רשב״ם ודלא כהרמב״ם זולתי בעיא דעפר מלמטה וכו׳ שפירש בה רבינו כהרמב״ם ולא כהרשב״ם דקאי אהא דאמר התם אם היה סמוך למצר אפי׳ כל שהוא אין נמדד עמה וכן מיבעיא הם אם עומדים בעגול. או בשורות הרבה זה אצל זה. או כקרני השור. או בעקלתון. ואע״ג דבגמ׳ גרסינן כשורה מהו מפרש רבי׳ דלא קמיבעיא ליה אלא לשורות הרבה דאילו בשורה אחת שפיר יכול לחרוש ואין הסלעים מעכבין ודו״ק: ומ״ש ולפיכך אם כבר נתן המעות וכו׳ כ״כ הרא״ש שם:

ה ואם הוא סלע יחידי כו׳ ברייתא שם ועל פי פי׳ רשב״ם אבל הרמב״ם גורס אם הוא סלע יחידי אפילו בית רובע וכ״כ התוס׳ בשם ר״ת ע״ש אבל דברי רבינו בזה כגירסת הרא״ש והיא גירסת רשב״ם: ומ״ש ויראה מדברי הרמב״ם וכו׳ נראה דלפי שכתב הרמב״ם תחלה כל החלוקות שהוזכרו במשנה ובגמרא היכא דנמדד עמה והיכא דלא נמדד עמה ואח״כ כתב א״ל כבית כור עפר כו׳ הרי אלו נמדדין עמה משמע דבכל ענין נמדדין עמה דאל״כ היה לו לחבר חלוקה כבית כור עפר בגבוהים י׳ ובעמוקים י׳ עם חלוקה בית כור עפר בפחות מעשרה: ומ״ש דהרא״ש כתב כסברא הראשונה זהו ממ״ש וז״ל ברוב הספרים כתוב לפני ר׳ יצחק פסקא דמתני׳ פחות מכאן נמדדין עמה ועלה קאי מילתי׳ דרבי יצחק ורב אלפס לא כתב הפסקא בהלכותיו ואעפ״י שדרכו תדיר להביא הפסקא תמיד ורמז לנו דרבי יצחק קאי אכל נמדדין עמה דקתני במתניתין גם אסיפא דקתני ואם אמר כבית כור עפר וכו׳ וקאמר דדוקא בית ד׳ קבין וכן פי׳ רשב״ם עכ״ל מבואר מדבריו שסובר דדין כבית כור עפר בגבוהים י׳ ובעמוקים י׳ שוה לדין בית כור עפר פחות מי׳:

ו וכל זה מיירי וכו׳ שם בתוס׳ הקשו אההיא דרבי יצחק טרשין שאמרו בית ד׳ קבין ממתניתין דבית כור עפר וכו׳ פיחת רובע לסאה הגיע וכו׳ וכתבו שני תירוצים ופירוש זה שהביא רבינו כתבוהו על שם רבינו שמשון ע״ש בד״ה אלא לאו ש״מ סתמא נמי וכו׳ (בדף ק״ד ע״א) והרא״ש הביא דברי רבינו שמשון בלבד. כתב ב״י וז״ל ומ״ש רבינו בשם הר״י הלוי אבל בית כור סתמא נמי וכו׳ לא אפי׳ עומד בתוכו וכו׳ כתב המרשים גדולה מזו נראה מפי׳ רשב״ם דאפילו באומר בית כור וסיים השדה אם הקונה איניש דלא קים ליה במדת הקרקע חזר הדין לדין משנתינו דאמרינן פחות משתות הגיעו עכ״ל ונראה דהכי משמע מפרשב״ם בעובדא דרב פפא דזבין ארעא מההוא גברא וכו׳ (בדף ק״ו) ויתבאר בסי׳ זה סעיף י״ג בס״ד:

ז א״ל בית כור עפר מדה בחבל וכו׳ משנה שם ופר״ש מדה בחבל כלומר בצמצום ואע״ג דאמר רבא בפ׳ הספינה כל דבר שבמדה אפי׳ פחות מכדי אונאה חוזר ומוכח בריש פ׳ ב׳ דקדושין דאף במקרקעי אם טעו במסתמא מקח טעות הוה פי׳ התוס׳ דהיינו דוקא כשמדדו והטעהו במדה אבל הכא לא מדדו עדיין אלא בבאין למדוד ומתחילה היה נמי יודע שאינו מיכוון כ״כ שלא יהא פחות או יותר ולא א״ל מדה בחבל אלא כדי לנכות לו אם יפחות ולהחזיר לו אם יותיר אבל המקח יהיה קיים וכיוצא בזה כתב ג״כ הרב המגיד ע״ש הרשב״א בפכ״ח מהל׳ מכירה ושזו היא דעת הרמב״ם בפ׳ ט״ו אבל יש חולקים ואומרים דהכא ינכה או יחזיר לאו דוקא אלא בשרוצין שניהם להעמיד מקחן:

ח והיכא דא״ל וכו׳ ה״ה נמי אפי׳ אלף רבעי׳ וכו׳ שם פלוגתא דרב ור״נ ופסק כר״נ בדיני דנותן ז׳ קבין ומחצה לכל כור וכור דל״ש רובע אחד לסאה אחד ול״ש אלף רבעין לאלף סאין הוי מחילה וכן פסקו הרי״ף והרא״ש: היה הפחת וכו׳ עד צריך לקבל התוספת בקרקע שם במשנה ובברייתא ואוקמתא דגמרא: ומ״ש ואף ע״פ שלא הגיע התוספת לט׳ קבין ומה מחזיר לו רואין וכו׳ שם בגמרא ואי איכא מילתא יתירתא דהוי ט׳ קבין הדר ופי׳ רשב״ם כלומר אם יש משהו יותר מרובע לכל סאה כו׳ הכל כמ״ש רבינו דלא כי״מ שצריך ט׳ קבין יותר על כל הרבעים והיא סברת הרמב״ם בפכ״ח גם לא כי״מ קב ומחצה צריך תוספת על הרבעים של בית כור האחד דכיון דבבית כור האחד הוי ט׳ קבין הדרי כולהו דליתא והאריך רשב״ם לדחות פירושים הללו ע״ש: וכן אם נשאר למוכר שדה וכו׳ ברייתא שם: ואם היה מפסיק ביניהם וכו׳ מיבעיא ולא איפשיטא ולקולא: ומחזיר לו מה שירצה. נראה דה״ק דאף על פי שהמוכר רוצה בייפוי כוחו שתקנו לו חכמים שיתן לו הלוקח מעות אפ״ה הרשות ביד הלוקח להחזיר לו מה שירצה דהלוקח הוא מוחזק במעות והמוכר בא להוציא ממנו אבל אם המוכר רוצה שיחזיר לו קרקע פשיטא שאין ביד הלוקח לומר אני מוחזק בקרקע ואיני רוצה ליתן לך

כי אם מעות שהרי מן הדין הוא דמחזיר לו קרקע שהרי לא קנה לוקח אלא בית כור ולא אמרו דמחזיר לו מעות אלא לייפות כחו של מוכר בתקנת חכמים והאיך יעלה על הדעת שיכוף אותו לקבל מעות ועוד דקרקע בחזקת המוכר עומדת וכיון דמיבעיא ולא איפשטא אין לנו להוציא הקרקע מחזקתו. ועוד דאפי׳ דהיכא דלא נשאר למוכר שדה אצל הנמכרת דינא הוא דאם אין בתוספת ט׳ קבין הדבר תלוי ברצון המוכר אם ירצה יחזיר לו קרקע ואין הלוקח יכול לכופו לקבל מעות כמו שנתבאר בסמוך כ״ש היכא דיש לו שדה וכו׳ אלא הדבר ברור כדפי׳ דמחזיר לו מה שירצה דקאמר רבינו אינו אלא היכא שהמוכר רוצה במעות ונמשך בלשונו זה אחר דברי הרא״ש שכתב לשון זה ממש בבעיא דשדה ונעשים גינה בסמוך וגם לשם הוה פירושו כדאמרן וק״ל. אבל מתוך דברי הב״י שכתב וז״ל ולקולא ומחזיר לו מה שירצה דכל תיקו דממונא הוי קולא לנתבע ולוקח הוי נתבע שהוא מוחזק בקרקע משמע שמפרש דאפי׳ רוצה המוכר בקרקע אין הלוקח נותן לו אלא מה שהוא רוצה לפי שהוא מוחזק בקרקע וזה לפי שהבין לשון ומחזיר לו מה שירצה כמשמעו ולא דק. ויש לדקדק מפני מה השמיטו הרי״ף והרא״ש והרמב״ם כאן הני בעיות. ואפשר דמאחר דכבר הביאו כל הני בעיות בדין הקונה שלש אילנות לא רצו שוב להאריך גם בכאן דכיון לא איפשטא התם אי הוה הפסקה בכל הנהו אם כן הו״ל ספיקא בכל דוכתא ולקולא אבל רבינו דקדק לכתבם גם כאן על דרך שנשאלו בגמרא בשתי מקומות: היה שדה וכו׳ שם בעיא דרב אשי ופירושו היה שדה יבשה ואח״כ נעשית גינה שגדל נהר לכאן או גנה שהיה נהר בכאן ואח״כ נתייבשה ונעשית שדה. ומ״ש ולא איפשטא ולקולא ומחזיר לו מה שירצה כ״כ הרא״ש וכבר כתבתי שכונת לשון זה לומר שאין המוכר יכול לכופו שיתן לו מעות וכ״כ הרב המגיד על מ״ש הרמב״ם מכר שדה ונעשית גנה וכו׳ ה״ז ספק וז״ל ולא ביאר מה נעשה ונראה שאין כופין הלוקח ליתן דמים שהמע״ה עכ״ל. ויש לדקדק למה לא כתב הרי״ף לבעיא זו ומצאתי בנ״י שכתב דהרי״ף לא הביאה משום דהיא מילתא דלא שכיחא עכ״ל: ומ״ש בשם רשב״ם דלא מפלגינן וכו׳ שם במשנה כתב כן: ומ״ש רבינו ונראה וכו׳ דברים פשוטים הן:

ט אמר לו בית כור וכו׳ מספקא לן וכו׳ משנה שם הלך אחר ל׳ אחרון דברי בן ננס ובגמרא אמר רב יהודה אמר שמואל זו דברי בן ננס אבל חכ״א הלך אחר פחות שבלשונות ופי׳ רשב״ם שהולכים אחר אותו הלשון שמפחית כוחו של לוקח דמספקא להו אי תפוס לשון ראשון או אחרון ויד המוכר שהוא מוחזק בקרקע שלו על העליונה וכו׳ וז״ל הרמב״ם הלך אחר פחות שבלשונות ואין לו אלא כדין אם חסר אם יתר והרב המגיד הביא פרשב״ם וכתב עליו וזה דעת המחבר וכן נ״ל וכו׳ נראה שהוא מפרש בדברי הרמב״ם שכך כוונתו הלך אחר פחות שבלשונות ואין לו אלא כדין כלומר כדין המוציא מחבירו שעליו הראייה דהלכה כחכמים שאומרים זה כלל גדול בדין המע״ה והלכך בין שהיה שם חסרון או יתרון לעולם אין לו אלא כדין וזהו שסיים בלשונו אם חסר אם יתר וזה עולה כפי׳ רשב״ם אבל רבינו היה מפרש הלשון ביחד כמשמעו דאין לו אלא כדין מי שאמר הן חסר או יתר בלחוד ולא אמר מדה בחבל ודלא כפי׳ רשב״ם וזה ודאי תימה גדול דלמה קורא לשון הן חסר או יתר פחות שבלשונות טפי מלשון מדה בחבל הלא גם בלשון מדה בחבל איכא קולא וחומרא כמו בלשון הן חסר או יתר גם מדקדוק לשון הרמב״ם שכתב באותו פרק בכל מקום הן חסר הן יתר וכאן כתב אם חסר אם יתר משמע שהוא לשון הרמב״ם עצמו שהוא פוסק שאין לו אלא כדין המוציא מחבירו שעליו הראייה בכל ענין שהוא אם חסר אם יתר וכפרשב״ם ודלא כמו שעלה על דעת רבינו ואולי נוסחא שלו ברמב״ם גרמה לו זה שהיה כתוב בה ואין לו אלא כדין הן חסר הן יתר ומ״מ אף ללשון זה צריך לפרש כוונתו כמו שפירשתי דזולת זה אין לדבריו שום מקום ודלא כהבנת רבינו גם לא כמ״ש מהרו״ך:

י א״ל בית כור עפר אני מוכר לך כמו שהוא בתוך סמניו וכו׳ שם במשנה וכרב הונא בגמ׳ ולא כר׳ יודא וכן פסקו הרי״ף והרא״ש והרמב״ם: ומ״ש והוי דינא כדלעיל גבי הרבעים וכו׳ כ״כ גם הרמב״ם:

יא וכתב הרמ״ה וכו׳ נראה דטעמו דכי היכי דבאומר בית כור עפר בסימניו ובמצריו אמרינן דשתות הגיעו ולא אמרינן דסגי ברובע לסאה כמו באומר הן חסר הן יתר והיינו טעמא דהא כיון דאמר בית כור עפר כהן חסר הן יתר דמי והשתא דאמר בית כור בסימניו ובמצריו כיון דסיימה במצריו מטפינן שיעורא וכו׳. א״כ ממילא ה״ה באומר בית כור עפר זה ומצר לו מצריו אהני ליה זה כאילו סיימה במצריו. דמתרתי בעינן דמצר לו מצריו. וגם דסיימה במצריו וזהו ששנינו בסימניו ובמצריו:

יב אבל לא מצרו לו מצריו אף ע״פ שאמר זה א״נ מצר לו מצריו ולא א״ל זה וגם לא סיימה במצריו כבית כור עפר סתמא דמי וסגי ברובע לסאה כאומר הן חסר הן יתר. ונראה בעיני שלמדו הרב ממ״ש בר״פ המקבל מדקאמר זה מכלל דקאים בגוה עסקינן בית השלחין למה ליה למימ׳ דקא״ל בית השלחין כדקיימא השתא וא״כ דכותא באומר בית כור עפר זה דמכלל דקאי בגוה ומצר לו מצרים למה לי אלא כמות שהיא קא״ל בין קטן בין גדול אלא דאהני מה דא״ל בית כור שיהא קרוב לבית כור שאינו חסר יותר משתות וכן דלא ליהוי מותר יתר על שתות:

יג המוכר שדה לחבירו ואמר לו בסימניו ומצריו והלוקח מכירה כו׳ שם עובדא דרב פפא: וכתב הרמ״ה ה״מ וכו׳ ויש לתמוה דלקמן בסי׳ ר״ך כתב רבינו ע״ש הרמ״ה דאם טעה בכדי שאין הדעת טועה לא הוה מקח טעות שזה מתנה נתן לו. אם כן כ״ש הכא שהיה הלוקח מכירה ואת מצריה ולא היה

טועה דודאי מתנה נתן לו וצריך לומר דהרמ״ה מפרש מה שאמרו בגמרא מר כיון דקים ליה בגווה סביר וקביל היינו לומר דהוי קים ליה בגווה לענין מדתה בלחוד אבל לא הוה קים ליה בדמיה וא״כ שפיר הוה מקח טעות אבל רשב״ם פי׳ דלהשביח מקחו א״ל: ויראה מדבריו וכו׳ קשה מאי ויראה דקאמר הלא רשב״ם כתב בפי׳ דלהשביח מקחו א״ל כך וי״ל דאפשר לפרש דבריו דלא יהיב טעמא אלא דלא הוי מקח טעות מפני שא״ל שמדתה ר׳ ואינו אלא ק״ן דלהשביח מקחו א״ל כך שהיא שוה כאילו היה בה ר׳ ומיהו ודאי צריך שיהא שוה ר׳ לכך כתב רבינו ויראה מדבריו מלשון שאמר דלהשביח מקחו א״ל שלא לשם תנאי א״ל כן אלא להשביח מקחו גם מדברי הרמב״ם שכתב המוכר לחבירו שדה שהלוקח יודע אותה ואת מצריה וכבר הורגל בה וכו׳ עד וזה שהזכיר לו החשיבות כלומר שהוא יפה כמו שדה אחרת שיש במשיחתה מאתים משמע להדיא שסובר כפרשב״ם דלהשביח מקחו אמר כן ומש״ה בש״ע דכתב כלשון הרמב״ם לא כתב הרב בהג״ה כנגד זה כלומר משום דס״ל דהעיקר כפי׳ רשב״ם ורבינו והרמב״ם וליתא להרמ״ה מקמייהו ומה שתמה מהרו״ך בכאן אינו כלום:

יד האומר לחבירו בית כור וכו׳ עד כרם ופרדס ברייתא בריש פ׳ המקבל: ומ״ש בית כור שיש לי במקום פלוני כ״כ גם הרמב״ם וטעמם דאל״כ אלא אמר סתם בית כור עפר אני מוכר לך לית לן למימר שלא אמר לו אלא שמא דודאי מן הסתם בית כור עפר ממש קא״ל. וא״ת אכתי אמאי הגיעו הרי הטעהו דסבר היה שיש לו במקום פלוני בית כור ממש. ואפשר לומר דמיירי כגון שהלוקח יודע שיש לו במקום פלוני קרקע שקרוי בית כור והלכך מצי א״ל שמא זביני לך. אך קשה דאם כן אפילו לא אמר במקום פלוני אלא באומר סתם בית כור עפר אני מוכר לך מצי א״ל שמא זביני לך וכמו שנראה להדיא מדברי התוס׳ שכתבו בריש פ׳ השותפין וז״ל והוא דקרי ליה בית כור וכגון שהלוקח יודע שיש לו קרקע שקרוי בית כור דאל״כ הרי הטעהו ואפילו אם רואה בשעת מכירה שאין שם בית כור יכול לומר סבור הייתי שהיית משלים לי בית כור כו׳ כלומר וכן בכרם ופרדס סבור הייתי שהיית עושה לשם כרם או פרדס מבואר מדבריהם דס״ל דאפילו באומר בית כור זה ורואה שאין שם בית כור היה יכול לומר סבור הייתי כו׳. כיון שלא ידע שיש לו קרקע שקרוי בית כור. ועובדא דרב פפא דאמר בגמרא דכיון דהוה קים ליה בגוה דלית ביה אלא ק״ן לא מצי למימר סבור הייתי שהיית משלים לי מאתים ואעפ״י שלא היתה קרויה בשם מאתים שאני התם דכיון דסיים לו ג״כ בסימניה ובמצריה וכמו שפירש רשב״ם אמרינן סביר וקביל אבל כשהלוקח יודע שיש לו קרקע שקרוי בית כור מצי א״ל שמא בעלמא זביני לך ואף על פי שלא אמר ליה לא בית כור זה ולא בית כור במקום פלוני אלא בית כור סתם וצ״ל דס״ל להרמב״ם ולרבינו דכיון שאומר בית כור שיש לי במקום פלוני אעפ״י שאין הלוקח יודע שיש לו קרקע שקרוי בית כור מ״מ הו״ל לאסוקי אדעתיה לאתנויי ולפרושי דליהוי בית כור ממש ומדלא פירש סביר וקביל הלכך מצי א״ל שמא זביני לך ואצ״ל אם א״ל בית כור זה כו׳. אע״פ שלא אמר לו בסימניו ובמצריו דמצי למימר ליה שמא זביני לך כיון דמתקריא בית כור: לפיכך צריך המוכר להביא ראיה שנקרא בית כור כ״כ גם הרמב״ם ופשוט הוא:

טז ומ״ש בשם הרמב״ם דבמקום שיש מנהג כו׳ בס״פ כ״ח מה״מ:

יז האומר לחבירו חצי שדה וכו׳ משנה סוף פ׳ בית כור וביאורה בגמרא ועל פי פי׳ רשב״ם דיד הלוקח על התחתונה ולפיכך לעולם נותן לו המוכ׳ ללוקח המקום הגרוע שבאותו שדה ואפילו.

יח אמר לו חצי בדרום מצי א״ל מה ששוה חציה בדרום אני נותן לך באיזה מקום שארצה. ודלא כפי׳ רמב״ם ס״פ כ״א מה׳ מכירה אבל הר״ן השיג על פירוש רשב״ם והסכים לפירושו של הרמב״ם גם הרב המגיד כתב שלפי׳ הסכים הר״א והרשב״א וכן מצאתי למהר״ש לוריא ז״ל. והמוכר נותן לו מחצה הנשאר וכו׳ עד מקום טפח הכל שם במשנה הנזכרת ובגמרא וצורך שני החריצים האלו נתבאר שם דאם לא נעשה רק חריץ רחב ששה טפחים איידי דרחב ו׳ טפחים נכנסת החיה לתוכו ונמשכת מעט לאחוריה וקופצת על הגדר ואם לא נעשה רק חריץ קצר שלשה טפחים דמעתה אין לחוש שתכנס החיה לתוכו מ״מ יש לחוש שתעמוד החיה אשפתו ותהיה קופצת וא״ת נעשה שני חריצים כ״א רוחב ג׳ טפחים וי״ל דקים להו לרז״ל דהחיה קופצת אשפתו עד ט׳ טפחים טפי מט׳ אינה קופצת והלכך השתא שבין הכל הוא רחב י׳ טפחים לא חיישי׳ למידי. וא״ת אכתי נעשה חריץ אחד רוחב י׳ טפחים י״ל דכל שכן שיש לחוש שתכנס החיה לתוכו כו׳. וא״ת מפני מה אמרו חריץ רחב מבחוץ וחריץ קצר מבפנים ולא בהפך י״ל דאם היה הרחב מבפנים היתה החיה עומדת אשפתו של הקצר וקופצת לתוך הרחב ואח״כ תהיה קופצת מתוך הרחב על הגדר אבל כשהרחב מבחוץ ליכא למיחש נמי שמא תכנס לתוך הרחב דאף אם תכנס לתוכו לא אפשר אליה שתהיה קופצת ממעמקי החריץ על הגדר כיון שחריץ אחר מפסיק בינה לגדר: ראובן וכו׳ מימרא דרבה מפורשת ר״פ המוכר את הבית ומבואר לשם דאין הפרש אלא בין פלגא דאית לי בארעא לבין פלגא בארעא דאית לי ולכן מה שנמצא בספר רבינו כתב לו פלגא דארעא וכו׳ הוא טעות וצריך להגיה פלגא בארעא בבי״ת: היה לו בקעה גדולה וכו׳ מימרא דרב נחמן אמר רבה בר אבוה ר״פ המוכר את הבית אלא דמבואר לשם דדין זה אינו אלא היכא דאיכא דלשדה קרו ליה שדה ולבקעה בקעה ואיכא נמי דלבקעה נמי שדה קרו להו

ומדהוה ליה למיכתב ולא שיירית בזבינא אילין קדמאי כלום ולא כתב ליה ש״מ שיורי שייר אבל אי כתב ליה ולא שיירית וכו׳ כולה זבין ליה והיכא דכ״ע קרו ליה לבקעה שדה אפי׳ לא כתב ליה ולא שיירית וכו׳ נמי כולה זבין ליה והיכא דלא קרו ליה לבקעה שדה כל עיקר אפילו כתב ליה ולא שיירית וכו׳ שדה זבין ליה בקעה לא זבין ליה. ויש לתמוה למה קיצר רבינו בדינים אלו וב״י כתב שסמך על מ״ש בסי׳ רי״ד בדין מוכר בית לחבירו בבירה גדולה. וסעד לדבריו שגם הרמב״ם בפ׳ כ״א מה׳ מכירה קצר בדין בקעה וסמך על מ״ש קודם זה בדין בירה אלא דהוא ז״ל דקדק שכתב דינין אלו סמוכים משא״כ רבינו שדין בירה כתבו בסי׳ רי״ד ודין בקעה כתב בסי׳ רי״ח וצ״ע:

כא האומר לחבירו ארעא וכו׳ שם עובדא דרב אשי. ומ״ש מהפחות שבהן כן פרשב״ם משום דיד בעל השטר על התחתונה וכן פסק הרמב״ם בפ׳ כ״א:

כב ומ״ש בשם הרמ״ה ה״ה נמי אם אמר ארעתאי וכו׳ נראה דכתב כן להוציא ממי שמחלק בלשונות אלו לפי שקשה להם דכאן אמר ארעתאי תרתי משמע ובס״פ השואל אמר האי מאן דא״ל לחבריה אושלן מרא למירפק ביה פרדיסא רפיק ואזיל כל פרדסי דאית ליה ולא אמרינן פרדיסי תרתי משמע וכדי לתרץ קושיא זו מחלקין בין פרדסי לפרדסאי באל״ף ואמרי התם פרדסאי גרסינן ופרדסאי כולן במשמע וכמו שהביא ב״י דברי המפרשים בזה וא״כ לפי תירוץ זה היכא דאמר ארעתאי באל״ף נמי כולן במשמע וה״ה לאומר ארעתא דילי שהכינוי שהוסיף מורה שמכר לו כל הקרקעות ולכן ביאר הרמ״ה דאין חילוק אלא בין בכינוי ובין בלא כינוי תרתי משמע. וההיא דהשואל שאני כיון דהשואל מוחזק א״נ שאני שאלה ממכירה דבשאלה דרך הוא שאדם משאיל לחבירו לכל מה שצריך. אבל אין דרך שימכור כל שדותיו. וכמ״ש התוס׳ כל זה ועוד אפשר לומר תירוץ אחר והוא דבס״פ השואל משמע הלשון דמיירי דהשואל אמר למשאיל אושלן מרא כו׳. ובפרק המוכר את הבית משמע הלשון דהמוכר אמר ללוקח מזבנינא לך וכההיא דפ׳ המקבל הא דא״ל מחכיר לחוכר הא דא״ל חוכר למחכיר ואע״ג דרבינא נדא ליה מההוא תירוצה וקי״ל כרבינא הנה הרמ״ה תופס עיקר דאף לרבינא א״ל מוכר למחכיר קפידא ויתבאר לקמן בסי׳ ש״ך בס״ד. וב״י פי׳ דברי הרמ״ה בענין אחר ואין פירושו מתקבל לפע״ד עיין עליו: ואם א״ל כל ארעתא כו׳ שם בגמרא: ומ״ש בשם ה״ר יונה דוקא כשאומר ארעתא וכו׳ דברים ברורים הם:

כג ואם א״ל זהיראי וכו׳ שם בגמ׳ ופי׳ רשב״ם כל הקרקעות קרויים כן: ומ״ש בשם רשב״ם אבל מטלטלי וכו׳ שם בפירושו: ומ״ש בשם ה״ר יונה כ״כ הרא״ש שם בשמו והתוס׳ פירשו עוד דיש לחלק בין נכסיי בשני יודין לנכסי ביו״ד אחת דנכסי בב׳ יודין משמע ריבוי יותר מנכסי ועוד דבמתנה הוה נכסי ריבוי אף למטלטלי דנותן בעין יפה נותן משא״כ במכר וגם הרא״ש הביא דבריהם ויש לתמוה מפני מה לא כתבם רבינו וי״ל דס״ל לרבינו דמאחר שהביא הרא״ש במסקנתו דברי ה״ר יונה דפליג אדברי התוס׳ משמע דהלכה כמותו ודע דבספרי הרי״ף שבידינו בדפוס הגי׳ היא כספרי הגמרא אבל באלפסי ישן כתובה גירסא אחרת וז״ל ואי א״ל כל ארעתא אפילו תרתי ותלת לבד מפרדיסי ובוסתאני ואי א״ל נכסי אפילו פרדיסי ובוסתאני לבד מבתי ועבדי ואי א״ל כל נכסי אפילו בתי ועבדי ע״כ גם ה״ה בפכ״א מה״מ כתב שכך היא גירסת ההלכות וכך פסק הרמב״ם לשם ולפי גי׳ זו ודאי מאחר דאפילו בתי ועבדי אינן בכלל נכסי כ״ש מטלטלי וצריך לפרש ההיא דמי שמת דמטלטלי בכלל נכסי היינו דוקא לגבי מתנה דנותן בעין יפה הוא נותן כו׳:

כד האומר לחבירו נכסי דבי פלוני וכו׳ עובדא דרב נחמן ר״פ חזקת וס״פ מי שמת ופסקו ר״ח ורשב״ם כמותו ולא כרבא דפליג עליה. ומ״ש ואם אין לו אלא שדה אחת וכו׳ זהו פשוט דאע״ג דאין סתמא קרויה דבי פלניא אלא אותה שקנה מפלוני מ״מ כיון דאין לו אלא אותה שדה שקרוייה דבי פלניא ולא קנאה ממנו האי דקאמר דבי פלניא מאותו שדה קאמר ודכוותה ר״פ המוכר את הבית א״ל לבר מאילני וכו׳ אי אית ליה דיקלי לבר מדיקלי ע״ש ונתבאר למעלה בתחילת סימן רי״ו:

סימן ריט

א האומר לחבירו שדה פלוני כו׳ כ״כ הרא״ש בר״פ המוכר את הבית אמימרא דרב נחמן המוכר שדה לחבירו בבקעה גדולה וכו׳ וכמו שנתבאר בסי׳ שקודם זה סעיף כ׳ וכ״כ עוד הרא״ש באותו עמוד אמימרא דמצר לו מצר אחד ארוך וכו׳ וז״ל והאומר לחבירו שדה זו אני מוכר לך ולא מצר לו מצרים קנה כל השדה ואפילו כאנטוכיא כל זמן שאין המצר מפסיק: ומ״ש ואם סיים המצרים והזכיר מצר מזרחי ומערבי ולא הזכיר צפוני ודרומי וכו׳ כ״כ הרא״ש שם ודלא כדמשמע מפרשב״ם דבעינן נמי שהזכיר צפוני ודרומי דאל״כ לא קנה אלא תלם אחד דליתא: הזכיר מצרי מזרח ומערב ודרום ולא הזכיר צפוני וכו׳ שם בפלוגתא דרב ושמואל ורב אסי ופסק רבא הלכתא כרב דקנה הכל חוץ ממצר רביעי: ומ״ש בשם ה״ר יונה דברים ברורים הם: בד״א שלא קנה מצר רביעי וכו׳ שם איכא תרי לישני במאי דפסק רבא ומסקנא דגמרא כמ״ש רבינו וכ״פ הרמב״ם בפכ״א ובספר בדק הבית הקשה וז״ל ויש לתמוה למה פסק בה שודא דדייני הו״ל לפסוק כשאר תיקו דדינין בהו קולא לנתבע וחומרא לתובע עכ״ל: מצר לו מיצר מזרח כולו וכו׳ שם מצר

לו מצר אחד ארוך ומצר אחד קצר אמר רב לא קנה אלא כנגד הקצר א״ל רב כהנא ורב אסי לרב ויקנה כנגד ראש תור שתיק רב ומודה רב היכא דאיכא מצר ראובן ושמעון מחד גיסא ומצר לוי ויהודה מהאי גיסא מדהו״ל למיכתב ליה מצר ראובן כנגד לוי ולא כתיב ליה ש״מ כנגד ראש תור הוא דא״ל ופרשב״ם ומודה רב מקמי דאישתיק אבל בתר דאישתיק אודי בתרווייהו וכן הסכימו התוספות והרא״ש והיא דעת ה״ר יונה: ומ״ש בשם הרמב״ם דוקא שמצר הארוך היא של שני׳ וכו׳ בפכ״א וטעמו משום דס״ל ז״ל דהא דשתק רב משום דלא חש להשיב הוא והלכה כרב: ומ״ש רבינו אפילו לא מצר מצר צפון ודרום נתבאר בדברי הרא״ש ודלא כפרשב״ם וכמו שנתבאר בראש סימן זה: ומ״ש ואם מצר לו כו׳ פלגינן לה בתרי ראש תור כלומר באלכסון משני צדדיה וזהו דבר פשוט דמה לי חד ראש תור ומה לי תרי ראש תור. ופי׳ תור כתב רש״י בפ״ק דסוכה (דף ז׳) וז״ל ראש תור היא תלם מענה של סוף שדה שהתלמים כלי׳ והולכין באלכסון זה ארוך מזה מעט עכ״ל. ובזה מתיישב מה שהוצרך רבינו להודיענו דפלגינן לה בתרי ראש תור לאשמועינן דלפעמים התלמים כלי׳ בסוף השדה והולכין באלכסון משני צדדין כזה ?. ולא כתב רבי׳ שאם כל הד׳ מצרים קצרים דפלגינן לה בארבע׳ ראש תור לפי שכיון שאין דרך ראש תור אלא בסוף שדה ולא בתחלה לא פלגינן ליה אלא בתרי ראש תור ולא בארבעה ראש תור ואין לדקדק על זה דא״כ למה כתב רבינו ומצר דרום ארוך די״ל דבא להודיע דאם המצר דרום ארוך לא פליג ליה בתרי ראש תור אלא במצר צפון לאפוקי אם גם מצר דרום קצר הרשות ביד המוכר למפלג ליה בתרי ראש תור בדרום או בצפון כל היכא דבעי דיד הלוקח על התחתונה: לא סיים לו אלא ד׳ מצרים שבד׳ קרנות וכו׳ כל הנך בעיות עלו בתיקו ריש פ׳ המוכר את הבית: ומ״ש ובלבד שיהיו ט׳ קבין כ״כ הרא״ש שם:

ב היה מצר ראובן במזרח ומערב וכו׳ שם בגמרא: ומ״ש ונראה דה״ה וכו׳ אבל הרמ״ה וכו׳ דברים ברורים הם לכל אחד לפי סברתו:

ג היה לו שדה ומכר ממנה סתם וכו׳ שם אסיקנא הכי אליבא דאביי:

סימן רכ

א המוכר את הספינה מכר לו את התורן וכו׳ עד שמעמידים אותו בה משנה ריש פרק הספינה: ומ״ש ואת כל המשוטים שמנהיגים אותה בהם כ״כ הרמב״ם בפכ״ז וזה לשון המשנה ואת כל המנהיגים אותה ובגמרא אר״א אלו המשוטות שלה וכה״א אלונים מבשן עשו משוטיך וכו׳ ופרשב״ם סד״א חבלים המושכים הספינה ליהוו עיקר מנהיגים אבל משוטות לא מזדבני קמ״ל נראה מפי׳ דכל אתא לרבות אף המשוטות שהם העצים שרחבים בראשם שמנהיגים בהם האניה ואצ״ל החבלים אבל רבינו והרמב״ם שכתבו ואת כל המשוטות משמע שיש שני מיני משוטות עשוין מעץ ומרבה את הכל ואפשר דאתי לרבות אף המשוטות הקטנים שמשיטין בהם כשאין המים עמוקים ואין צ״ל העצים הארוכים שהם עיקר מנהיגיה ובגמר׳ נמי יליף דעיקר מנהיגיה הן משוטות מדכתיב ירדו מאניותיהן כל תופסי משוט ומרובה כל תופסי משוט אף תופסי משוטות קטנים. ואת הכבש וכו׳ שם ברייתא מכר את האסכלא ופרשב״ם כבש וכו׳ ובאלפסי ישן כתב הגה״ה וז״ל אסכלא פי׳ כמין דף יוצא ממנה ויושבים עליו לפנות עכ״ל וכ״כ ה׳ המגיד בשם אבן מאג״ש בית הכסא וכו׳. ואת בור המים שבה ג״ז ברייתא עם: ומ״ש אבל לא מכר הביצית וכו׳ שם בברייתא ר׳ נתן אמר מכר את הביצית סומכוס אמר מכר את הדוגית וכתב הרי״ף והרא״ש ולית הילכתא כוותייהו ובגמרא אמר רבא ביצית היינו דוגית ר״נ דבבלאה הוא קרי לה ביצית סומכוס דבר א״י הוא קרי לה דוגית ופי׳ רשב״ם ביצית ודוגית היינו ספינה קטנה שקושרין לספינה גדולה ועולין ממנה ליבשה דוגית ע״ש שצדין דגים דקלה היא ע״פ המים נראה מפירושו דספינה קטנה משתמשין בה מיציאה לעלות ממנה ליבשה וע״ש כך נקרא ביצית ומשתמשין בה ג״כ לצוד דגים וע״ש כך נקרא דוגית אלא שבבבל קורין אותה ביצית ובא״י קורין אותה דוגית לכך כתב רבינו והרמב״ם שלא מכר את הביצית ולא את הדוגית וכו׳ דמאחר דבגמרא מפרש דכשמשתמשין בה לשני עניינים איננה בכלל המכירה א״כ כ״ש כשאינן משתמשין בו אלא לדבר אחד בלבד לעלות בו ליבשה א״נ לצוד בה דגים דאצ״ל דאינו מכור וא״צ לחילוק שכתב ב״י דבבבל הימים נמוכים אצל שפתם וכו׳: ולא העבדים המשמשין אותה וכו׳ משנה שם אבל לא מכר לא את העבדים ופי׳ רשב״ם עבדים שיש לו לבעל הספינה להנהיגה ולשמור פרקמטיא שלו שבתוכה דקדק לבאר שאין העבדים המנהיגים את הספינה בכלל ואת כל המנהיגים אותה שהם בכלל המכירה אלא אפי׳ מנהיגים אותה לא מכר אותם ורבי׳ והרמב״ם כתבו בסתם העבדים המשמשין אותה: ולא המרצופים וכו׳ ולא את הסחורה כו׳ שם משנה וא״ת כיון דמרצופין אינן מכורין כ״ש סחורה עצמה וי״ל דתני ליה משום סיפא דבזמן שא״ל היא וכל מה שבתוכו אף הסחורה מכורה וכן פי׳ התו׳:

ב המוכר הקרון וכו׳ משנה שם:

ג ומ״ש ואם קשורין וכו׳ שם תני רב תחליפא מכר את הקרון מכר את הפרדות ואסיקנא כשאדוקין בו פי׳ קשורין ביחד בשעת המכירה והרא״ש והרמב״ם פסקו כך ויש לתמוה מפני מה השמיטו הרי״ף ובאלפס ישן מצאתי שהגיהו בו הך מסקנא. ומ״ש רבינו דגם בקשורין בו מכר את הפרדות לא

מכר את הקרון הכי משמע מלשון הרמב״ם שכתב המוכר את הקרון לא מכר את הפרדו׳ בזמן שאינן קשורות עמו. מכר את הפרדות לא מכר את הקרון דמדלא הזכיר תנאי זה שכתב בזמן שאינה קשורות עמו בתר שתי החלוקות שמעינן דבמכר את הפרדות לא מכר את הקרון אפי׳ קשורות עמו אלא שיש לתמוה דמנ״ל הא ואי משום דרב תחליפא לא נקט בברייתא כי אם חלוקת מכר את הקרון מכר את הפרדות איכא למימר חדא מינייהו נקט א״נ רבותא נקט ואין צ״ל במוכר את הפרדות דמכר את הקרון וכן מבואר בנ״י דאין חילוק שהרי כתב וז״ל אבל אם הן אדוקין יחד הכל בכלל המוכר דפשיטא שעל הכל נתכוונו כיון דאיכא דמים יתירים אע״ג דאין נקראים בשם אחד עכ״ל מיהו מלשונו מבואר דאף במוכר קרון לא מכר הפרדות אא״כ בדאיכא דמים יתירים ולא ידעתי מנין לו ובמב״ם מפורש דאין הדמים ראייה בכל אלו הדברים והעיקר דאין חילוק בין איכא דמים יתירים לליכא דמים יתירים ובין מכר הקרון למכר הפרדות אלא בין קשורים לשאינן קשורים והכי משמע מדברי הר״י הלוי שכתב לגבי צמד ובקר אם אדוקין יחד שניהם מכורים ולא חילק בין מכר הצמד למכר הבקר ודכוותיה נמי לגבי קרון ופרדות נ״ל. מיהו אפשר דשאני פרדות דראוין לעשות בהן מלאכה בלא קרון כגון לרכוב עליו לפיכך אפי׳ בקשורין מכר הפרדות לא מכר את הקרון אבל בקר בלא צמד אינו ראוי לשום מלאכה דאין רוכבין עליו לפיכך בקשורין הכל מכור דאין ראוי לזה בלא זה: בד״א במכר אבל במשכיר וכו׳ כ״כ הרא״ש וז״ל מכר את הקרון לא מכר את הפרדות אבל שוכר את הקרון שוכר את הפרדות דבמכר אדם קונה קרון מאחד ופרדות מאחר אבל אין דרך שוכר בכך עכ״ל ומשמע ליה לרבינו אפילו אינן אדוקין בו דאי באדוקין בו אף במוכר את הקרון מכר את הפרדות ומ״מ לפי שיטת רבינו משמע דדוקא בשוכר את הקרון התם הוא דשכר את הפרדות אבל בשוכר את הפרדות לא שכר את הקרון דדין שוכר באינן אדוקין כדין מוכר באדוקין אבל לפי שיטת נ״י אין חילוק וכ״כ להדיא וז״ל אבל בשכירות הכל בכלל ואפי׳ אינן אדוקין דאין דרך לשכור עגלה מאחד ופרדה מאחר וכן עיקר כמו שביארנו בסמוך והוא שיטת ר״י הלוי:

ה המוכר את הצמד וכו׳ שם במשנה מכר את הצמד לא מכר את הבקר וכו׳ ר״י אומר הדמים מודיעים וכו׳ וחכ״א אין הדמים ראיה והלכה כחכמים: ומ״ש לא מיבעיא וכו׳ מבואר בגמ׳: ומ״ש ואפי׳ משך הלוקח וכו׳ כ״כ ב״י ע״ש הר״ן ושכ״כ הרמב״ן וטעמא דכל היכא דקתני לא מכר לאו משום ספק הוא אלא דינא פסיקא קתני עכ״ל אבל רשב״ם בר״פ המוכר פירות כתב להדיא דהא דלא מכר את הבקר טעמא הוי משום דכבר קבל המוכר את הדמים הלכך המוציא מחבירו עליו הראיה דאיכא למימר האי לוקח הוי מהנהו דקרו לבקר בקר והילכך על הלוקח להביא ראיה שהוא מאותן הרגילין לקרוא לבקר צמד ומדלא מייתי ראיה מפסיד וכן מבואר מדברי התוספות לשם בד״ה וליחזי וכו׳:

ו ומ״ש אלא אם טעה בכדי שהדעת טועה וכו׳ כ״פ רשב״ם ור״ח והרמ״ה וטעמא דפסקו כלישנא בתרא דגמרא וכן פסקו הרמב״ם והרמב״ן ודעת רב האי לפסוק כלישנא קמא: ומ״ש וא״א הרא״ש כתב כדברי רשב״ם הב״י ז״ל נדחק לפרש דמתוך שכתב הרא״ש הני תרתי לישני סתם משמע שפוסק כלישנא בתרא ולא נהירא דא״כ לא הו״ל לרבינו לומר וא״א הרא״ש כתב כדברי רשב״ם כיון שלא כ׳ כן בפירוש אלא היה לו לומר ומסקנת א״א הרא״ש כרשב״ם א״נ הו״ל לומר ומדברי א״א הרא״ש נראה כדברי רשב״ם. ולכן נראה לי דע״פ תשובתו כלל ק״ב סוף סי׳ ד׳ כתב רבינו כך וז״ל שם וגם אם זלזל במכירתו יותר מכדי שהדעת טועה שניכר שמפני דחקו הוצרך לזלזל אינו יכול לחזור כי ידע ומחיל עכ״ל והביאו רבינו לקמן בסי׳ רכ״ז סי״א וע״פ זה כתב כאן דא״א הרא״ש כתב כדברי רשב״ם דהלא מפורש כתב כדברי רשב״ם שפסק כלישנא בתרא: ומ״ש בשם רשב״ם אפי׳ היו קשורין ביחד אינן מכורין כ״כ שם בגמרא אמאי דקאמר צמד זבין בקר לא זבין: ומ״ש בשם הר״י הלוי דוקא כשאינן קשורים וכו׳ כן כתב גם ה״ה ונ״י על שמו וע״ש הרמב״ן דתנא דברייתא תני בקרון וה״ה לצמד דחד טעמא אית להו: ואם הכל קורין לבקר צמד ל״מ וכו׳ שם בגמרא אילימא דקרי לצמד צמדא ולבקר בקר פשיטא צמדא זבין ליה ובקר לא זבין ליה ופרשב״ם פשיטא דאף הדמים אינן ראיה ואלא דקרו נמי לבקר צמדא כוליה זבין ליה ופי׳ רשב״ם אמאי לא הוה דמים ראיה ומשני לא צריכא באתרא דקרו לצמדא צמדא ולבקר בקר ואיכא נמי דקא קרו לבקר צמד ר״י סבר הדמים מודיעים ורבנן סברי אין הדמים ראיה ומשמע ליה לרבינו דע״כ לא קאמרינן דבעינן הודעת דמים היכא דקרו נמי לבקר צמדא סתמא אלא באתרא דקרו לצמדא נמי צמדא סתמא אבל באתרא דקרו ליה לבקר צמדא סתמא ולצמדא קורין בפירוש צמד לבדו והוא מכר לו צמד סתם התם פשיטא דהכל מכר אפי׳ בלא הודעת דמים וראיה לדבריו בירה שהרי לשם אין הדמים ראיה ואפילו לר׳ יהודא לפי שפעמים אדם קונה קרקע ביותר מדמים הרבה כמו שנתבאר בסי׳ רי״ד סעיף י׳ וקאמרי׳ דהיכא דקרו לבירה בית סתם ולבית אין קורין בית סתם עד שיפרש בית לבדו הכל מכר וה״ה לגבי צמד ובקר: ומ״ש ואפילו אם אין הכל קורין לצמד בקר אלא הרוב קורין לצמד בקר כתב הרמ״ה שהדמים מודיעים וכו׳ טעמו מדגרסינן בגמרא לא צריכא באתר׳ דרובא דקרו ליה לצמדא צמדא וכו׳ ונשמע לפי גירסא זו דע״כ לא פליגי אלא בדאיכא רובא דקרו לצמד צמדא ולבקר בקר ואיכא נמי מיעוטא דקרו לבקר צמדא ואצ״ל היכא דאיכא פלגא ופלגא התם הוא דאמרי רבנן אין הדמים ראיה אבל היכא דרובא קרו לצמדא בקר מודו רבנן דהדמים מודיעים אבל לספרי׳ דגרסי ל״צ באתרא דקרו לבקר צמדא ואיכא נמי דקרו לבקר צמדא וכו׳ לפי גי׳ זו אין חילוק דבין אם הרוב קורין לצמד צמד׳ ולבקר בקר ומיעוטא הוא דקורין לבקר צמד ובין אם הרוב קורין לבקר צמד ומיעוטא דקורין צמד צמד ולבקר בקר בכל ענין ס״ל לרבנן דאין הדמים ראיה אלא א״כ הכל קורין

לבקר צמד התם הוא דמודו רבנן דהדמים ראיה ושתי גירסאות הזכירו התוספות בר״פ המוכר פירות וע״ל סימן רי״ד לגבי בירה ובמ״ש לשם בס״ד: ומ״ש והא דאמרי׳ מכר הבקר לא מכר הצמד דוקא בסתמא וכו׳ נראה דגם זה מדברי הרמ״ה ואפשר לומר שטעמו דכל ייתור לשון אהני ליפות כחו של לוקח כדלעיל בסי׳ רי״ד והאי דקאמר לרדיא נמי לייפות כחו ומכר לו גם הצמד ודכוותא כתב הרמ״ה בסמוך אצל המוכר חמור שאם פי׳ למשאוי מכר לו שק ודסקיא בעודן עליו אעפ״י שלא א״ל היא וכל מה שעליה דאהני ליה ייתור לשון שא״ל בפי׳ למשאוי וה״נ דכוותא ולהכי גבי קרון ופרדות אע״ג דסתמא דפרדות ודאי אינם לשחיטה כי אם להוליך הקרון אפי׳ הכי כיון דליכא ייתור לשון לא מכר את הקרון כך היה נראה אלא דקשיא לי אמ״ש ודוקא בסתמא דאיכא למימר לשחיטה הלא אפילו היכא דליכא למימר לשחיטה כגון בגברא דלא זבין אלא לרדיא נמי לא מכר את הצמד בסתמא כיון דליכא יתור לשון לפיכך צ״ל דלאו משום ייתור לשון הוא דאפילו בסתמא נמי היכי דבריר לן דזבין לרדיא כגון בגברא דלא זבין לשחיטה נמי מכר את הצמד דהו״ל כאילו פירש לרדיא: ומ״ש דוקא בסתמא דאיכא למימר לשחיטה וכו׳ כלומר בגברא דזבין להכי ולהכי התם הוא דתנן בסתמא לא מכר את הצמד אבל אם פירש לרדיא מכר את הצמד ופרדות אף ע״ג דלא מצי למימר לשחיטה זבניה מכל מקום מצי למימר לרכוב עליה זבניה וכן לגבי חמור אם לא פירש למשאוי סתם חמור לרכוב קאי אבל בקר דלאו לרכיבה קאי אלא למשוך בעול וצמד או לשחיטה כל היכא דבריר לן דלאו לשחיטה קא זבניה מכר גם את הצמד וכן הוא עיקר:

ז כתב הרמב״ם המוכר את העול וכו׳ בפ׳ כ״ז מה׳ מכירה והכי איתא בתוספתא ויש להקשות הלא פרשב״ם צמד הוא העול וא״כ מאי שנא הא דהמוכר את הצמד שהוא העול דלא מכר את הבקר מהמוכר את העול שמכר את הפרה וכן יש להקשות מ״ש:

ח הא דהמוכר את הקרון הוא העגלה כמו שפי׳ רשב״ם דלא מכר את הפרדות מהמוכר את העגלה שמכר את הבקר. וכתב ב״י וז״ל אפשר אע״ג דבפרדות אינן בכלל קרון בקר הן בכלל עגלה ואע״ג דאין בקר בכלל צמד פרה לבדה היא בכלל עול בלשון בני אדם ובספרו כ״מ הוסיף ואמר דאפשר דחילוף צורת קרון הפרדות מצורת עגלת הבקר מחייב כן ועול וצמד אינם דבר אחד וכו׳ ע״ש ועל מ״ש ותימא היאך תמכר הפר׳ אגב העול וכו׳ אפשר לומר דתוספת׳ מיירי באתרא דקרו ליה נמי לפרה עול וכדאמר בגמרא אמכר את הצמד לא מכר את הבקר וכו׳ ואלא דקרי ליה נמי לבקר צימדא כוליה זבין ליה ואעפ״כ מכר את הפרה לא מכר את העול דלא קרו אינשי לעול פרה ומיהו אעפ״י שיש ליישב התוספתא בכך מ״מ בדברי הרמב״ם שכתב אצל מכר את הצמד לא מכר את הבקר וכו׳ ואפי׳ במקום שקורין מקצתן לצמד בקר ואח״כ כתב בסתם המוכר את העול מכר את הפרה וכו׳ משמע דמיירי נמי בכה״ג שמקצתן קורין לפרה עול ואפ״ה מכר את הפרה דאי כשהכל קורין לפרה עול קאמר א״כ בכה״ג אפי׳ מכר הצמד נמי מכר את הבקר ואמאי כתב דלא מכר ולכן השיגו עליו רבינו והראב״ד:

ט המוכר את החמור מכר את האוכף בפ׳ הספינה תנן המוכר את החמור לא מכר כליו נחום המדי אומר מכר כליו וכתב הרי״ף דלית הילכתא כנחום המדי דאוקימנא ליה בשיטה וכן פסקו כל המחברים. ובגמרא אמר עולא מחלוקת בשק ודסקיא וכומני דת״ק סבר דסתם חמור לרכוב קאי ונחום המדי אמר סתם חמור למשאוי קאי אבל אוכף ומרדעת ד״ה מכורים מאי כומנא א״ר פפא בר שמואל מרכבתא דנשי. איבעיא להו בעודן עליו מחלוקת אבל בשאין עליו מודי ליה נחום המדי א״ד בשאין עליו מחלוקת אבל בעודן עליו מודו ליה רבנן לנחום וכתבו התוס׳ הכי נמי הומ״ל או דילמא בין בזו ובין בזו מחלוקת וז״ל הרי״ף ואיבעיא לן האי שק ודסקא וכומני דאיפלגו בהו רבנן ונחום המדי בעודן עליו מחלוקת וכו׳ א״ד בשאין עודן עליו מחלוקת כו׳ א״ד בין בזו ובין בזו מחלוקת ולא איפשטא הילכך בין בזו ובין בזו אינן מכורין דכל המע״ה מדהאריך הרי״ף בלשונו וכתב איבעיא לן האי שק ודסקיא וכומני דאיפלגו בהו רבנן וכו׳ ולא כתב כלשון הגמרא מבואר דכוונתו לבאר לנו דלא קא מיבעיא לן אלא בשק ודסקיא וכומני במאי דאיפלגו בהו רבנן ונחום המדי אבל באוכף ומרדעת דלא אפליגו ביה לא קא מיבעיא לן דפשיטא דאפילו באין עודן עליו מכורין וכמו שפסק הרמב״ם בפ׳ כ״ז להדיא גם הרא״ש כתב וז״ל אבל באוכף ומרדעת אעפ״י שאין עליו קונה דאפסריה דחמור נינהו וקני להו כל היכא דאיתנהו וכתב הרב המגיד שזו היא דעת הר״י אב״ן מאג״ש וכן פי׳ התוספות וז״ל אבל באוכף ומרדעת אפילו אין עודן עליו קנה דטכסיסי דחמור הוו וקני להו כל היכא דאיתנהו ודלא כמו שפי׳ רשב״ם וזהו שכתב רבינו כך פסק רב אלפס ור״י שהרי באלפסי מוכרח אתה לפרש כך כדאמרינן. והתוס׳ גם כן פסקו כך להדיא והם דברי ר״י: ומ״ש ואפילו א״ל חמורך זה כלומר לאפוקי מר׳ יהודא דמפליג במשנה בין א״ל חמורך זה לאומר חמורך הוא דלית הילכתא כוותיה: ומ״ש ואפי׳ א״ל חמור וכליו כו׳ ברייתא שם: והרמ״ה כת׳ דאוכף ומרדעת אם עודן עליו מכורין וכו׳ טעמו דמפרש בסוגיא דבגונא דפליגי רבנן בשק ודסקיא וכומני וקאמרי דאינן מכורין אפילו בעודן עליו בכהאי גוונא דוקא קא מודו באוכף ומרדעת דמכורין דהיינו דוקא בשעודן עליו אבל באינן עליו אפי׳ אוכף ומרדעת אינן מכורין דדין אוכף ומרדעת לרבנן כדין שק ודסקיא וכומני לנחום המדי וכך פי׳ רשב״ם וכך כתב הרב המגיד ע״ש הרשב״א: ומ״ש או כל מה שראוי להיות עליו שם בגמרא למאי דקאמר באינן עליו מחלוקת מוקמינן דמודו רבנן דבזמן שא״ל הוא וכל מה שראוי להיות עליו אף שק ודסקיא וכומני מכורין אעפ״י שאינן עליו ומינה שמעינן דאף למאי דאמר בעודן עליו מחלוקת וס״ל לרבנן דעודן עליו דינן כמו שאין עליו מ״מ באומר

הוא וכל מה שראוי להיות עליו אהני ליה ייתור לשון דליקני כולהו ופשוט הוא: ומ״ש בד״א בסתם וכו׳ אבל אם פירש לו לרכיבה שק ודסקיא אינן מכורין אפילו הן עליו פירוש בכל ענין אינן מכורין אפי׳ הן עליו ואף על פי שא״ל היא וכל מה שעליה דכיון דפי׳ לו לרכיבה אין בכלל הרכיבה שק ודסקיא ודכוותה שנינו בברייתא בבית הבד ובזמן שא״ל היא וכל מה שבתוכו הרי כולן מכורין בין כך ובין כך לא מכר את העבירים וכו׳ וכן במוכר את השדה תנן בזמן שא״ל הוא וכל מה שבתוכו הרי כולן מכורין בין כך ובין כך לא מכר לא חיצת הקנים וכו׳ כדלעיל בסי׳ רט״ו ואף כאן אף על פי שא״ל היא וכל מה שעליה מכל מקום לא מכר לו שק ודסקיא וכומני אפילו הן עליו: ומ״ש ואם פי׳ לו למשאוי שק ודסקיא אם הן עליו מכורין. פי׳ בכל ענין הם מכורין אם הן עליו ואע״פ שלא א״ל הוא וכל מה שעליה דאהני ליה ייתור לשון שפירש לו למשאוי למקני שק ודסקיא אבל אם אינן עליו חומרא לתובע וקולא לנתבע נראה דלא כתב כן משום דקא מיבעיא לן בגמרא ולא איפשטא דא״כ גם בכל החלוקים הראשונים היה לו לפסוק כך אלא ודאי כיון דפסקינן הלכתא דאינן מכורין דינא פסיקא קתני אלא נראה דכאן כתב כך לפי שנסתפק לו להרמ״ה מי נימא שכיון שפירש למשאוי קנה שק ודסקיא אפילו אינן עליו או שמא לא אהני ליה ייתור לשון זה אלא למיקנינהו בעודן עליו דוקא והלכך מספיקא פסק הרמ״ה חומרא לתובע וקולא לנתבע: ומ״ש ואוכף ומרדעת אם אינן עליו אינן מכורי׳ טעמו דכיון דבמכר לו בסתם אוכף ומרדעת אינן מכורין באינן עליו כל שכן היכא דפי׳ לו למשאוי: ומ״ש ואם הן עליו חומרא לתובע וכו׳ טעמו בזה ג״כ משום דמסתפקא ליה מי נימא כיון שפי׳ לו למשאוי אוכף ומרדעת אינן מכורין אפילו הן עליו דכלים הללו מיוחדים לרכיבה או דילמא כיון דלפעמים גם במשאוי משתמשים באוכף ומרדעת גם המה מכורין בעודן עליו: ומ״ש ואם פירש בין לרכיב׳ ובין למשאוי וכו׳ מתוך מה שכתבנו נתבאר גם זה דכיון דפירש לרכיבה ולמשאוי אהני ליה ייתור לשון דכולן מכורים בעודן עליו ואפי׳ לא אמר היא וכל מה שעליה אבל באינן עליו מספקא ליה מי מהני ליה יתור לשון למקנינהו אפילו באינן עודן עליו א״ד לא מהני והלכך שק ודסקיא ואוכף ומרדעת כולהו חד דינא אית להו כך הוא פי׳ דברי הרמ״ה ודלא כמ״ש ב״י דמ״ש ואם פירש לו לרכיבה שק ודסקיא אינן מכורין אפילו הן עליו כדי נסבא וכו׳. ומ״ש חומרא לתובע וכו׳ הטעם דכיון דאיבעיא לן וכו׳ ושארי ליה מאריה וגם במה שתמה על מ״ש רבינו וא״א הרא״ש כתב כדברי רב אלפס אגב חורפיה לא דקדק בדברי הרי״ף ולא עיין בדברי הרא״ש וכבר נתבאר בס״ד: המוכר פרה וכו׳ משנה ואוקמת׳ בגמ׳ בפ׳ הספינה וטעמא דחמור׳ כיון שאין צורך לחלבה האי דא״ל מניקה שיש לה ולד קאמר ועם הולד מוכרה לו וכמאן דפריש בהדיא הוא ובנה דמי. ואם א״ל חמורה או פרה מעוברת וכו׳ ושפחה דינא כפרה וכו׳ תוספת׳ כתבוה הרי״ף והרא״ש בפ׳ הספינה וכן פסק הרמב״ם בפכ״ז וטעמו כתב הר״ן משום דדרך בני אדם לקנות שפחה מניקה להניק לו את הולד ופשוט הוא. ומ״ש בשם הרא״ש שם בפסקיו ומשמע שחולק על התוספתא ורבינו ביאור דבריו שלא היתה כוונתו ז״ל אלא לבאר דבאומר פרה זו וחמורה זו ושפחה זו אעפ״י שלא אמר מעוברת אלא סתם אם הן מעוברת מכר העובר דלא מסתבר כלל לפרש התוספתא דלא קנה הולד אלא א״כ אמר מעוברת דוקא דודאי אפי׳ באומר סתם איכא גוונא דקונה הולד כגון שאמר זו ובדלא אמר זה גם הרא״ש מודה דלא קנה הולד כיון שלא אמר מעוברת ונראה ודאי דגם הרמב״ם והרי״ף מודים לדברי הרא״ש דבאומר זו קנה גם הולד ואפי׳ בסתם ולא הוצרכו לבארו דפשוט הוא ואפשר דמטעם זה שהוא פשוט קיצר הרב בהגהת ש״ע וכתב די״א דאם מכר לו שפחה ופרה סתם אם הם מעוברות הולד מכור עכ״ל ור״ל דאמר שפחה זו ופרה זו והכי משמע מלשונו שאמר אם הם מעוברות דאלמא דבאמר זו קאמר דאם הם מעוברות וכו׳:

יא המוכר שפחה לחבירו מכר לו כל הכלים וכו׳ תוספתא כתבוהו הרי״ף והרא״ש בפ׳ הספינה והרמב״ם בפ׳ כ״ז:

יב כתב הרמב״ם האומר לחבירו ראש עבד וכו׳ שם ודברים אלו לקחם הרב מדתני׳ ריש ערכין ראש עבד זה הקדש הוא והקדש שותפין בו ראש עבד מכור לך משמנין ביניהם ראש חמור זה הקדש הוא והקדש שותפין בו ראש חמור מכור לך משמנין ביניהן ראש פרה מכור לך לא מכר אלא ראשה של פרה ולא עוד אלא אפי׳ ראש פרה הקדש אין להקדש אלא ראשה ואמר רב פפא מ״ט דהא מזדבן רישא דתורא בבי טבחא ופי׳ רש״י משמנין ביניהם כמה שוה ויחלקו דמיו ומיבעיא לי אמאי נקט התם שותפין והכא משמנין עכ״ל אבל מדברי הרמב״ם פ״ה דערכין מבואר שהוא מפרש דמה שאמרו לגבי הקדש הוא והקדש שותפין בו אין פירושו שהוא והקדש חולקי׳ כסת׳ שותפין מחצה ומחצה אלא פירושו שיש להקדש שותפות בו במקצת אבל אינו חייב אלא בדמי ראשו ורואין כמה שוה אותו אבר אילו היה נמכר ויביא בדמיו קרבן ואילו לגבי מכירה קתני משמנין ביניהם לשון שומא יהא ביניהם דשמין כמה שוה הראש בלא שאר כל הגוף וכמה שוה שאר כל הגוף בלא הראש וכיון שהאחד בלא חבירו אינו שוה כלום א״כ שקול הוא הראש כמו שאר כל הגוף וכההיא דתנן בפ׳ בית כור משמנין ביניהן ונוטל חצי שדהו וכו׳ כך מפרש הרמב״ם ודלא כמו שכתבו התוספו׳ בריש ערכין בהפך דבהקדש נקט שותפות לומר שחולקים בשוה דמקדיש בעין יפה הוא מקדיש אבל לגבי מכירה משמנין אותו אבר שמכר בלבד לאיזו מלאכה הוא ראוי ולפי שוייה יטול וכן פי׳ הראב״ד בהשגות וזה א״א דא״כ מהו זה שאמר ראש הפרה מכור לך לא מכר אלא ראשה של פרה דמהי תיתי שימכור בפרה יותר מבעבד וחמור הלא אף בדידהו דלא מזדבן רישא בבי טבחא לא מכר אלא הראש אבל לפי׳ הרמב״ם דמשמנין ביניהם פי׳ חולקין שוה בשוה אתי שפיר דאיצטריך לאשמועינן דבפרה לא מכר אלא הראש בלבד ומאי דאיצטריך ליה למימר לגבי הקדש ולא עוד אלא אפילו ראש פרה

הקדש אין להקדש אלא ראשה היינו משום דהוה אמינא כיון דחזיא להקרבה תפשוט קדוש׳ בכוליה קמ״ל דאפי׳ בהקדש אין להקדש אלא ראשה כדאיתא לשם בגמרא דבמקדיש חד אבר תרי מגו לא אמרינן אלא שיש לדקדק מנ״ל להרמב״ם לחלק בדין מכירה בין דבר שהנשמה תלויה בו וכו׳ ואפשר דדקדק הוא ז״ל במאי דקתני בבריית׳ ראש עבד מכור לך ראש חמור מכור לך ולא נקט נמי יד עבד מכור לך וכו׳ אלמא כי היכי דלגבי הקדש מפלגינן בין אבר שהנשמה תלויה בו וכו׳ כדאיתא התם ובפ׳ האומר משקלי עלי ה״נ לגבי מכירה לא אמר דמכר חציו אלא במוכר הראש שהוא אבר שהנשמה תלויה בו אבל בדבר שאין הנשמה תלויה בו לא מכר אלא אותו אבר בלבד אך ק׳ דכיון דפי׳ משמנין ביניהם לדעת הרמב״ם הוא שעושין שומא ביניהם ומכר חציו לא היה לו לומר במוכר יד עבד ויד החמור לשון משמנין ביניהם שהרי לשם לא מכר חציו ועוד למה יגרע הקדש דלא הקדיש אלא אבר אחד הלא בפ׳ המוכר את הבית אסיקנא דמקדיש בעין יפה הוא מקדיש טפי ממוכר ואף למה שחילק רשב״ם בר״פ הספינה דלגבי מטלטלין כשם שלא מכר כמו כן לא הקדיש ולא נתן מ״מ למה יגרע הקדש ממוכר. ואפשר לומר דבקדשי מזבח במידי דלא חזי להקרבה כגון שאמר ראש חמור זה או ראש עבד זה לדמי עולה דאינו נידון בכבודו דכי כתיב נפשות לגבי ערכין כתוב דקדשי בדק הבית נינהו כדאיתא התם הלכך בקדשי בדק הבית דנידון בכבודו אמרינן בעין יפה הוא מקדיש אבל בקדשי מזבח אמרי׳ בעין רעה הוא מקדיש וז״ש הוא והקדש שותפין בו כלומר יש לו שותפות בו לפי שויו של אותו אבר שהקדיש כלומר דלא משגחינן בשאר כל הגוף אלא באותו אבר בלבד שהקדיש אבל לגבי מכירה אמרינן מוכר בעין יפה הוא מוכר ושומא יהיה ביניהם ואם מכר הראש הנה לפי השומא שוה הראש כל כך כמו שאר כל הגוף כדפרישי׳ ואם הקדיש היד שמין כמה היה החמור שוה כשהוא שלם וכמה הוא שוה בלא יד וכך יתן לו. ולפי זה לשון משמנים ביניהם נופל כשהשומא היא דמשגחינן באותו אבר שהקדיש לגבי שאר כל הגוף אבל לשון הוא והקדש שותפין בו הוה פירושו דלא משגחינן אלא באותו אבר שהקדיש ומעתה התיישבו כל דברי הרמב״ם על נכון׃

יג המוכר הראש וכו׳ משנה בפ׳ הספינה וכו׳ ופירש רשב״ם הקנה היא הריאה ונקראת ע״ש קנה שלה אלא דקשה לפירושו דהו״ל לומר בפי׳ מכר הריאה כו׳ לכן נראה כפי׳ התו׳ דקנה היא הריאה עם הלב ולפי זה אף בבהמה דקה מכר הריאה לא מכר הכבד דדוקא במכר הקנה שהיא הריאה עם הלב התם הוא דקתני בבהמה דקה שמכר גם הכבד אלא שיש לדקדק אמאי לא תנן נמי במכר הריאה אם מכר הלב ובמכר הלב אם מכר הריאה ואפשר דהתם לא איצטריכא ליה למיתנא דפשיטא כיון דשניהם תלויים בקנה נמכרי׳ ביחד אבל בתוס׳ כתבו דמספקא לר״י אם מכר הריאה מכר הלב ובהגהת אשיר״י מא״ז תוספת׳ מכר את הראש לא מכר את הלחי ואם היה טבח כהן הרי זה מכר ולא הוזכרה תוספת׳ זו בשאר פוסקים עוד הביא ה׳ המגיד הירושלמי ר׳ יצחק שאל מכר חצי הראש וכו׳ אם מכר חצי הוה מכר ופשיט ליה דהוה מכר וכתבו הרשב״א׃

יד ומ״ש וכל זה לא איירי אלא במקום שאין מנהג וכו׳ תוספתא כתבוהו שם רשב״ם והרא״ש ונימוקי יוסף׃

טו כתב רשב״ם כל אלו הדברים וכו׳ בריש פרק הספינה כתב כן וטעמו דאל״כ אלא דאין חלוק בין מטלטלין למקרקעי הוה ליה לקבוע מה ששנינו בד״א במוכר אבל בנותן מתנה נותן את כולה וכו׳ בפרק הספינה בתר משנת מכר את הראש וכו׳ כי היכי דליהדר אכולהו מתניתין׃

טז מכר בור מכר מימיו מכר אשפה מכר זבלה הכי תנן סתמא בפ׳ הספינה׃

יז ומ״ש בשם רב אלפס והרמב״ם דלא מכר טעמייהו משום דלא קי״ל כהך סתמא דמדקאמר רבא בגמרא מתניתין יחידאה היא משמע ודאי דאתי לאשמועינן דמשום דיחידאי היא לא קי״ל כוותה. ורשב״ם דחה ראיה זו בפירושו וכתב הרא״ש וכן מסתבר׃

יח ומ״ש ואם מכר המים והזבל כתב הרמב״ם שלא מכר הבור והאשפה ט״ס הוא וצ״ל רשב״ם במקום רמב״ם דכן כתב רשב״ם בפירושו במשנה אבל ברמב״ם לא נמצא מזה כלום וכן מצאתי בספרי׳ מדוייקים׃

יט מכר כוורת מכר דבורים וכו׳ משנה בפ׳ הספינה׃ ומ״ש וכן איפכא וכו׳ תוספתא כתבה הרא״ש בפרק הספינה ופירשה כדברי רבינו ועי׳ במ״ש למעלה בסי׳ רי״ג בס״ד׃

כ ומ״ש אבל אם מכר סתם פירות הכוורת וכו׳ שם במשנה הלוקח פירות כוורת נוטל ג׳ נחילין ומסרס במה מסרסן אמר רב יהודה וכו׳ ונחלקו בפירושו ופסק כפי׳ הברייתא דתנא נוטל ג׳ נחילין בזה אחר זה מכאן ואילך נוטל אחת ומניח אחת גם הרי״ף והרא״ש והרמב״ם פסקו כהך אוקימתא דמתניתין ולא כאידך אוקימתא דאמוראי׃ ומ״ש ואם מכר סתם פירות השובך וכו׳. שם במשנה ובברייתא ואוקימת׳ דרב כהנא ועל פי פרשב״ם וכמו שהביא ב״י. ומ״ש בשם הרמב״ם הוא בפ׳ כ״ג מה׳ מכירה ומפרש בסוגיא פי׳ אחר וכמו שהעתיק ב״י ע״ש הר״ן ומן הראוי שהיה לו לרבינו לכתוב והרמב״ם כתב דלישתמע דלאפלוגי אתא אלא דאין דרכו לדקדק בכך במקצת מקומות. וצריך שתדע שמ״ש וכל הנולד מאותן שתי בריכות וכו׳ ר״ל וכל הנולד מן הבנות שהיו מקמי מכירה לאחר שהולידו שתי בריכות וכן כל הנולד מהאמהות לאחר בריכה ראשונה שהולידו האמהות לאחר המכירה הרי אלו של

הלוקח וכן מבואר בדברי הרמב״ם שכתב וכל הנולד מאחר וכו׳ גם אפשר לפרש דס״ל להרמב״ם דכל הנולד מאחר שתי בריכות של בנות והבריכה הראשונה של אמהות הרי אלו של הלוקח דאף מה שנולד מהשתי הבריכות של בנות והבריכה הראשונה של האמהות וכן כל הנולד מולדות ולדות הכל שלו והטעם הוא לפי שלקח ממנו פירות שובך זה מכל מה שיהא נולד בשנה זו וכמו שפי׳ רשב״ם וא״כ כל הפירות הם ללוקח אלא שצריך להניח כדי שלא יחרב השובך דהיינו ב׳ בריכות לבנות ובריכה אחת לאמה וזולת כל זה הכל ללוקח ואין חלוק כלל בין הלשון שכתב רבינו וכל הנולד מאותן ב׳ בריכות וכו׳ ובין מ״ש בספר הרמב״ם וכל הנולד מאחר ב׳ בריכות וכו׳ הכל אחד אין הכוונה אלא לומר שאלו בלבד הוא מניח למוכר אבל זולת זה כל הנולד הוא של לוקח׃

סימן רכא

א מי שבקש לקנות מקח מחברו וכו׳ תוספתא כתבה הרי״ף בפ״ק דקידושין והרמב״ם ז״ל בפ״ב מה׳ מכירה׃

סימן רכב

א שנים שחלוקים על המקח וכו׳ ברייתא בפ״י יוחסין ומ״ש מחלוקת רב אלפס ור״ת בדין זה נתלה בפי׳ הסוגיא במאי דפריך התם ונחזי זוזי ממאן נקט ומשני לא צריכא דנקט מתרווייהו ואמר חד מדעתאי וחד בעל כרחאי ולא ידיע הי מדעתיה הי בעל כרחיה דרב אלפס בפרק שנים אוחזין מפרש כפרש״י דבזמן שמקחו בידו נאמן משום דרמי עליה למידק ולאסהודי למי מכר ומדכר דכיר אבל בזמן שאין מקחו בידו כיון דלא רמיא עליה לאסהודי לא דק כולי האי להיות נזכר ופריך אסיפא אאין מקחו בידו אמאי אינו נאמן וליחזי זוזי ממאן נקיט וקס״ד שלא קיבל מעות אלא מאחד מהם והא ודאי מידכר דכיר זוזי דמאן קיבל ומשני דנקיט זוזי מתרווייהו ולא ידיע וכו׳ פי׳ הא מילתא לא ידיע לסהדי מהי נקיט בעל כרחיה ומהי מדעתיה אבל לא גרסי׳ ולא ידע דבזו אפי׳ אמר המוכר שידע אינו נאמן משום דלא רמיא עליה למידק כיון דנקיט מתרווייהו ולפי שיטה זו מבואר דבזמן שמקחו בידו נאמן אפילו נקיט מתרווייהו ואצ״ל היכא דלא נקיט אלא מחד מינייהו דנאמן דכל זמן שמקחו בידו מידכר דכיר ומשמע לרבינו דאפילו איכא עדים המוכר נאמן כבי תרי דאל״כ אמאי לא פריך נמי מרישא אבזמן שמקחו בידו אמאי נאמן וליחזי זוזי ממאן נקט דאם אתה אומר דלא פריך הכי משום דאיכא לאוקמי בדליכא עדים א״כ מסיפא נמי מאי פריך הא איכא לשנויי דליתא למוכר קמן דנישייליה ועוד דאי בדליכא עדים פשיטא שיכול לומר לא מכרתיה ויכול לומר לזה מכרתי מגו דאי בעי אמר לא מכרתי מעולם ולא שקלי דמי מינייהו ומאי אתא לאשמועינן ברישא דבזמן שמקחו בידו דנאמן הא פשיטא הוא אלא ע״כ בדאיכא עדים א״כ יבואו העדים ויעידו ואמאי קתני רישא בזמן שמקחו בידו נאמן ומדלא פריך ארישא שמעינן דאפילו איכא עדים נאמן וכ״כ הרמב״ן בספר המלחמות בפ׳ שנים אוחזין לדעת רש״י שפי׳ הסוגיא דאסיפא פריך משום דליכא שום צד לאוקמי קושיא ופירוקא ארישא דאפי׳ נקט המוכר מאחד בפני עדים ברצונו נאמן לומר לחבירו מכרתי קודם לכן או אחר כן וקנה חבירו גופו של טלית במשיכה או בחליפין שכיון שהודה לו נוטל טליתו והוא ידון עם האחר ויקבל עליו מי שפרע שאין מי שפרע מעכב הדין לגבי הודאה דחבריה כלל וכו׳ עיין עליו שם ובמ״ש בפ׳ י׳ יוחסין וזהו שכתב רבינו בסברת רב אלפס ורש״י דבזמן שמקחו בידו נאמן בכל ענין ואפי׳ אם ידוע בעדים וכו׳ וכן מדוקדק בדברי הרא״ש ר״פ שני׳ אוחזין שלאחר שכת׳ סברת רב אלפס ורש״י וסברת ר״ח ור״ת ור״י כתב לשיטת ר״ח ודעימיה וז״ל כללא דמילתא דהיכא דידוע ממי קבל המעות ע״פ עדים או על פי הלוקחים הוא זוכה במקח והמוכר אינו נאמן לומר שנתרצה לאחר אפילו מקחו בידו דהוי כמגו במקום עדים מדהזכיר הרא״ש דידיע ע״פ עדים בסברת ר״ח ודעימיה מבואר דדוקא לשיטתם כך הדין אבל לרב אלפס ורש״י לעולם נאמן המוכר בזמן שמקחו בידו אפי׳ ידוע בעדים וכו׳ ומעתה התיישב בס״ד מה שהיה תמוה בעיני הרב ב״י וכתב זו איני יודע מנין לו שיהא הוא נאמן להכחיש את העדים וכו׳ גם בספר ב״ה הקשה על דברי הרא״ש שהבין מדברי הרי״ף דאפי׳ נקיט זוזי מחד ואמר שלאחר נתרציתי נאמן דמנין לו לומר כן והאריך בקושיותיו על הרא״ש ואמר דנ״ל דלרי״ף כי נקיט זוזי מחד אע״פ שמקחו בידו אינו נאמן לומר לאחר נתרציתי דאנן סהדי דלאותו שנתן מעות נתרצה וכו׳ ולא נהירא דהדברים מבוארים כמו שכתבנו. איברא דהר״ן בפרק עשרה יוחסין מפרש לפי שיטת רש״י דהיינו טעמא דנאמן המוכר היכא דלא נקיט זוזי אלא מחד מינייהו ואע״פ שאין מקחו בידו ולא הוי כעד אחד דעלמא משום דכי היכא דנאמן הדיין לומר לזה זיכיתי ולזה חייבתי בזמן שבעלי הדינין עומדים לפניו ואף על גב דליכא מגו מ״מ כיון דזימנין טובא ליכא סהדי הימנוהו רבנן הכי נמי הימנוהו למוכר אפילו בזמן שאין מקחו בידו מהאי טעמא ומיהו מסתברא דדוקא כשהלוקחין עומדין לפניו אבל הלכו להם אינו נאמן כדאמרינן בדיין זו היא שיטת רש״י עכ״ל מבואר מדבריו דלא הימנוהו למוכר באין מקחו בידו כבי תרי אלא משום דזימנין טובא ליכא סהדי וכדאמרינן בדיין משמע להדיא אבל היכא דאיכא תרי סהדי דמכחשי למוכר אין דבריו של אחד במקום שנים ודכוותיה בדיין נמי אי אכחשו ליה תרי סהדי אין הדיין נאמן וכמו שנתבאר למעלה בסימן כ״ג אכן דעת רבינו דלגבי מוכר אינו כן אלא כדעת הרמב״ן

וכדפרישית גם לא כמו שכתב הר״ן דשיטת רש״י הוא דאינו נאמן המוכר באין מקחו בידו אלא כשהלוקחים עומדין לפניו ובאמת יש לתמוה על פירושו זה אלא כתב רש״י בפירוש ר״פ שנים אוחזין וז״ל בדנקיט זווי מתרווייהו וכו׳ לא דק כולי האי להיות נזכר ומשהלכו לפניו וכו׳ אבל היכא דלא קבל דמים אלא מחד מידכר דכיר לה עכ״ל שמעינן דס״ל לרש״י דהיכא דלא נקיט אלא מחד נאמן אע״פ שהלכו מלפניו ואולי כוונת הר״ן אינו לומר שרש״י עצמו מפרש כן אלא דיש מי שפי׳ כן ע״פ שיטת רש״י וכן משמע גם מדברי ה׳ המגיד בפ״כ מה״מ כל זה לפי שיטת רב אלפס ורש״י אבל התוס׳ בפ׳ יוחסין הקשו על פי׳ רש״י האיך קס״ד דמקשה דבאין מקחו בידו יהא נאמן המוכר טפי מע״א דעלמא הלא כיון דאין מקחו בידו לא שייך לומר מגו כדי להאמינו לכן פי׳ ר״ת דבזמן שמקחו בידו אינו נאמן אלא מטעם מגו דמצי למימר לא מכרתי או חזרתי ובאין מקחו בידו אינו נאמן דלא שייך מגו ופריך אריש נהי נמי דמקחו בידו ליחזי זוזי ממאן נקיט דאנן סהדי דלאותו שנתן המעות נתרצה והוי כמגו במקום עדים ומשני דנקיט זוזי מתרווייהו וכו׳ והוא מה שכתב הרא״ש ורבינו על שם ר״ח ולפי זה היכא דנקיט זוזי מחד מינייהו אפילו מקחו בידו אינו נאמן לומר שנתרצה לשני במגו וכו׳ דאנן סהדי שנתרצה לאותו שנתן המעות דהוי כמגו במקום עדים ול״ש אם ידוע על פי עדים וכו׳ ואי נקיט זוזי מתרווייהו ומקחו בידו ואין ידוע מאיזה מהם מדעתו אלא על פי המוכר נאמן לומר מזה קבלתי מדעתי במגו וכו׳ אבל אין מקחו בידו אינו נאמן אלא כעד אחד דעלמא וכו׳ דלא שייך מגו: ומ״ש רבינו ואם שניהם תופסין במקח וכו׳. זהו פשוט לפי שיטה זו והכי מיפרשא הסוגיא בר״פ שנים אוחזין דפריך וליחזי זוזי ממאן נקיט וכמו שמבואר באשיר״י ובתוס׳ לשם ובפ׳ י׳ יוחסין: ומ״ש ואי נקיט זוזי מתרווייהו ואינו יודע למי נתרצה וכו׳ נשבעין שניהם וכו׳. זהו מבואר בדברי הרי״ף שפירש הסוגיא דריש שנים אוחזין בטלית לאו אכולה מילתא קאי אלא אמציאה בלחוד אבל אמקח וממכר בדאיתיה בידא דמוכר הוא ומש״ה אמר לא ידע מי הוא מדעתיה ומי הוא בע״כ הא ידע מהימן אבל ליתיה בידא דמוכר אלא שניהם אדוקין אין בעל המקח נאמן לחודיה לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי אלא עד דמצטרף אחרינא בהדיה כשאר עדות דעלמא עכ״ל מבואר מדבריו דהיכא דהמקח ביד המוכר ולא ידע למי נתרצה אי נמי אינו בידו אלא שניהם אדוקין בו נשבעין שניהם כתקנת חכמים וכו׳ ומשמע דה״ה באומר דלשניהם נתרצה דאין כאן דינו כאילו לא ידע ומה שכתב רבינו דין זה בסברת ר״ת כדי לאורויי דבשניהם אדוקין נמי אין נשבעין שניהם אלא דוקא היכא דלא ידע המוכר למי נתרצה דאילו ידע למי נתרצה אותו שמסייע לו פטור מן השבועה כדלעיל על פי שיטת ר״ח ודעימי׳ אבל מדברי הרי״ף משמע דבשניהם אדוקין אפילו ידע למי נתרצה שניהם נשבעים ולא האריך רבינו בראשונה לבאר סברת הרי״ף בזה לפי שהוא תופס עיקר כסברת ר״ח ודעימיה. וברמב״ם בפרק כ׳ מה״מ מבואר נמי כשיטת ר״ח ודעימיה וכל דבריו אינן אלא בדנקיט מתרווייהו דאז אם ידע המוכר ממי לקח מדעתו וממי לקח בע״כ ומקחו בידו נאמן ואם אין מקחו בידו אינו נאמן אלא כע״א דעלמא ואם לא ידע המוכר וכו׳ בין שמקחו בידו בין ששניהם אדוקין בו שניהם נשבעין בנק״ח ונוטל כ״א חצי הדמים וחצי המקח והיכא דלא נקיט זוזי אלא מחד לא איירי בזה הרמב״ם ומשמע דדבר פשוט הוא דאין המוכר נאמן כלל דאנן סהדי דלאותו שקבל מידו המעות נתרצה והיינו כפר״ח וכ״כ בספר כסף משנה במסקנתו וחזר בו ממ״ש כאן ב״י דדברי הרמב״ם הם כדברי הרי״ף ויש קצת הוכחה לזה מדכתב הרמב״ם שהרי אינו נוגע בעדותו שאין זה אלא בדנקיט זוזי מתרווייהו דאי לא נקיט זוזי אלא מחד הא פשיטא דבאין מקחו בידו הרי הוא נוגע בעדות ודוק וע״ש ובמ״ש ה׳ המגיד:

ב לקח מקח מחמשה וכו׳ עד מפני שעבר עבירה. כך פסק הרמב״ם בפ״כ מה״מ וכתב הרב המגיד פסק הרשב״א וכסתם משנה דיבמות פרק האשה שלום דלא נחלקו ר״ע ור״ש בלוקח שמניח דמי מקח ביניהם ומסתלק וכן הוא בהלכות ופירשו ז״ל שמניחין ביד ב״ד וז״ש ויהיו הדמים מונחים הכוונה בב״ד: ומ״ש ואם הוא חסיד נותן דמים וכו׳ בזה חולקין עליו הרמב״ן והרשב״א ז״ל ואומרי׳ דבמקח אפילו בא לצאת ידי שמים מניח ביניהם ומסתלק וכ״כ בפ׳ המפקיד:

ג ומ״ש לקח מקח וכו׳ וכפר בו ונשבע וכו׳ זה מתבאר בפ׳ הגוזל עצים בסוגיא דאמרינן התם ואס״ד דנשבע מה לי גזל מה לי מקח הרי דבנשבע גזל ומקח שוין עכ״ל ויש לדקדק למה האריכו הרמב״ם ורבי׳ שכתבו וכל אחד תובעו וכו׳ ולמה לא כתבו כלשון המשנה לקח מאחד מהם ואינו יודע מאיזה מהם לקח מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק ונראה בעיני דס״ל דדוקא היכא דקא תבעי ליה דלפי דבריהם אינהו דייקי שפיר וכיון דהלוקח אינו יודע הוה ליה ברי ושמא ברי עדיף ולפיכך חייב ליתן לכל אחד וא׳ בבא לצאת ידי שמים אבל אי לא תבעי ליה אלא הוא אומר אחד מכם מכר לי וכו׳ כיון דשמא ושמא הוא אינו חייב אפי׳ בבא לצאת ידי שמים משום דהמוכר עצמו הו״ל למידק וכ״כ הרא״ש לגבי פקדון באומר אחד משניכם הפקיד אצלי ואיני יודע איזהו דפטור אפי׳ בבא לצאת ידי שמים וכמ״ש לקמן בסימן ש׳. אלא שיש לתמוה דהיכא דקא תבעי ליה אמאי מניח ביניהם ומסתלק ישלם לכ״א ואחד מדינא דהא הו״ל פושע דהו״ל למידק וכדאמרינן לגבי פקדון ונראה ברור דבפקדון נמי אינו חייב מדינא אלא דוקא בשני כריכות כגון שהפקיד זה שלא מפני זה וכמ״ש לקמן בסי׳ ש׳ התם הוא דאמרינן דהו״ל לנפקד למידק אבל כאן קאמרינן לקח מאחד מחמשה וכו׳ משמע הלשון דמיירי שכל החמשה היו ביחד כשקנה מאחד מהם דנעשה כאילו הפקידו בכרך אחד דא״ל אתון גופייכו לא קפדיתו אהדדי שלא חשדו זה את זה לומר

שמא חבירו יתבע דמי המקח אנא אקפיד בתמיה ומאחר דליכא למימר דהלוקח הו״ל למידק לפיכך מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק ותדע דהכי הוא שהרי בגמרא מדמי ליה לגזל אח׳ מחמשה אלמא דמיירי דומיא דגזילה דלא שייך התם לומר הו״ל למידק אלא דבגזילה הוא חייב לשלם לכ״א ואחד מטעם כיון דעביד איסורא קנסוהו שישלם לכ״א ואחד מדינא נ״ל ועיין במ״ש למעלה בסי׳ ע״ו ולקמן בסי׳ ש׳ בס״ד:

ד כתב הרמב״ם הרי שטען לחבירו וכו׳. בפ״כ מה׳ מכירה: ומ״ש או משכתי ולא ראיתי מכר זה. ט״ס הוא וצ״ל ולא ראיתי מום זה וכו׳ וכל מה שכתוב בדין זה הוא פשוט דזה כלל גדול בדין המע״ה:

סימן רכג

א המחליף פרה בחמור וכו׳. משנה בפ׳ השואל המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה וכו׳ זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וז״א משלקחתי ילדה יחלוקו ופירש״י לשם הא דנקט חליפין בפרה ומשיכה בשפחה משום דמכר בפרה בעי משיכה דמעות אינן קונות וכיון דמשך מידע ידע אם ילדה כבר או לא ילדה וליכא לספוקי אבל בחליפין כיון שזכה בעל הפרה בחמור זכה בעל החמור בפרה בכל מקום שהיא ולפיכך נולד הספק ביניהם אבל שפחה נקנית בכסף וכשנתן הכסף היתה באגם או בביתו של מוכר ואינו ידוע אם נתן הכסף קודם שילדה ע״כ וצריך לפרש דלא היה התנאי אלא בסתם שפחה ופרה ולא אמר שפחה זו ופרה זו ולא שפחה ופרה מעוברות דאל״כ אין ספק שזכה בשפחה ובולדה ובפרה ובולדה כדלעיל בסי׳ ר״ך סעיף י׳ ובגמ׳ אמאי יחלוקו ליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה אר״ח בר אבא אמר שמואל בעומדת באגם שפחה נמי דקיימא בסימטא ונוקמה בחזקת מרא קמא וליהוי אידך המע״ה הא מני סומכוס הוא דאמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה אימור דאמר סומכוס בשמא ושמא בברי וברי מי אמר ואסיק רבא תני זה אומר שמא עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר שמא משלקחתי ילדה ותו בברייתא בגמרא המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר ברשותי וזה שותק זכה זה אומ׳ איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו זה אומר ברשותי וזה אומר ברשותי ישבע המוכר שברשותו ילדה לפי שכל הנשבעין בתורה נשבעין ולא משלמין דברי ר׳ מאיר וחכמים אומרים אין נשבעין לא על העבדים ולא על הקרקעות משמע דעד כאן לא פליגי חכמים עליה דר״מ אלא דאין נשבעין לא על העבדים ולא על הקרקעות אבל במאי דקאמר ר״מ בזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע דיחלוקו לא פליגי עליה ואע״ג דאין ההלכה כסומכוס בשור שנגח את הפרה והתם נמי שמא ושמא הוא שאני התם דהא איכא חזקת ממון ברשות אחד מהם אבל בסוגי׳ דהשואל מיירי דקיימא באגם הילכך כיון דאין הולד ברשות אחד מהן וגם כ״א ואחד טוען שמא בהא ודאי קיי״ל כסומכוס דיחלוקו והכי נמי משמע מפ׳ חזקת בסוגיא דההיא ארבא דהוו מינצי עליה בי תרי דאמר כל דאלים גבר דפרכינן עלה ומ״ש מהא דתנן המחליף פרה בחמור וכו׳ יחלוקו דמדפריך מינה אלמא דבההיא דהמחליף הלכה כסומכוס וכל מה שהביאו התוס׳ לשם מפ׳ שור שנגח ומפ׳ השואל דאין הלכה כסומכוס אין ממנו ראיה כל עיקר להההיא דהמחליף כיון דאיכא תרתי למעליותא חדא דאין הולד ברשות אחד מהן ותו דכ״א טוען שמא הילכך יחלוקו וכך מבואר למדקדק בדברי האלפסי שהרי בר״פ שור שנגח כתב א״ר יהודה אמר שמואל זו דברי סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין המע״ה וקיי״ל דיחיד ורבים הלכה כרבים ובפ׳ השואל נמי אמתיתין דשאולה או שכורה מתה תנן זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו כתב האלפסי ג״כ וז״ל הא מני סומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקין אבל חכ״א המוציא מחבירו עליו הראיה ואמתני׳ דהמחליף פרה בחמור וכו׳ כתב האלפסי וז״ל ואמאי יחלוקו ליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך הממע״ה א״ר חייא בר אבא אמר שמואל בפרה העומדת באגם ושפחה דקיימא בסימטא ונוקמה אחזקה דמרה קמא וליהוי אידך המע״ה ואוקימנא כסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין ותני זה אומר שמא עד שלא מכרתי וזה אומר שמא משלקחתי אבל בברי וברי או בברי ושמא אע״ג דקיימא באגם ובסימטא מוקמינן לה אחזקה דמרה קמא והוי אידך המע״ה ותני נמי בכה״ג המחליף פרה בחמור וכו׳ עד וחכמים אומרים אין נשבעין לא על העבדים ולא על הקרקעות הנה עין השכל רואה מדהאריך הרי״ף בכל זה ולא כתב כאן ג״כ הא מני סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין אבל חכמים אומרים המע״ה שמעינן דבההיא דהמחליף כסומכוס קיי״ל ולכן כתב ואוקימנא כסומכוס וכו׳ כלומר דהכי הוי מסקנא כמו דאוקימנא כסומכוס ודוקא בשמא ושמא דכיון דעומדת באגם דאין הולד ברשות אחד מהן וגם כ״א טוען שמא הילכך יחלוקו אבל בברי וברי או בברי ושמא אע״ג דקיימא באגם ובסימטא מוקמינן לה אחזקה דמרא קמא והוי אידך המע״ה ומביא ראיה מברייתא דתנא נמי כה״ג דע״כ ל״פ חכמים עליה דר״מ אלא דאין נשבעין על העבדים וכו׳ אבל במאי דקאמר שמא ושמא יחלוקו לא פליגי עליה והיינו נמי בכה״ג דקיימא באגם ובסימטא ומשום הכי דקדק האלפסי בפ׳ חזקת בההיא דארבא שהביא בדברי המקשה הך ברייתא שמפורש בה זה אומר איני יודע וכו׳ דהא לפי שיטה זו לא קיי״ל כסומכוס אלא דוקא בעומדת באגם ובשמא ושמא ע״ש וזו היא דעת הרמב״ם שבכל מקום פסק כחכמים דהמע״ה זולת בהמחליף שכתב וז״ל זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינם ברשות אחד מהן יחלוקו זה אומר ברשותי ילדה והאחר שותק זכה הטוען בולד עכ״ל בפ״כ מה׳ מכירה כתב כלשון הברייתא ופירשה דמיירי בכה״ג

שעומדת באגם וכדכתב הרי״ף. ומעתה נבוא לבאר דברי רבינו שמ״ש המחליף פרה וכו׳ עד על הלוקח להביא ראיה אפילו אין הפרה והשפחה ברשות המוכר אלא עומדת באגם זה דבר פשוט בסוגיא דברי ובררי המע״ה: ומ״ש ואפי׳ אם הלוקח טוען ברי והמוכר טוען שמא. פי׳ אע״פ שעומדת באגם וגם הלוקח טוען ברי והמוכר טוען שמא אפילו הכי אוקימנא ממונא בחזקת מרא קמא והמע״ה משום דקיי״ל דאין הלכה כסומכוס בשום מקום וכמו שכתב בסמוך בפירוש וכן היא דעת הרא״ש דבההיא דהמחליף קיצר דברי הרי״ף ושינה וכתב וז״ל ואוקימנא כסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין ותני זה אומר שמא עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר שמא משלקחתי ילדה אבל בברי וברי או בברי ושמא אע״ג דקיימא באגם ובסימטא מוקמינן לה אחזקת מרה קמא והוי אידך המע״ה ולית הלכתא כסומכוס אלא כרבנן דאמרי המע״ה עכ״ל כלומר דלית הלכתא כסומכוס בשום מקום אלא כרבנן דאמרי המע״ה בכל מקום בין בשמא ושמא ובין בברי ושמא וממילא אפילו לוקח טוען ברי ומוכר טוען שמא ואפילו עומדת באגם נמי אוקימנא אחזקת מרא קמא והוי אידך המע״ה: ומ״ש ואם הלוקח מוחזק אז צריך המוכר להביא ראיה. זה פשוט מדפריך אמאי יחלוקו וניחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך המע״ה אלמא דס״ל לתלמודא דלמאי דקס״ד השתא דמתניתין אתיא אפילו כרבנן כל היכא דאיכא חזקה אפי׳ לגבי לוקח הוה המוכר המוציא מחבירו ועליו הראיה ולא אמר דאוקימנא לה בחזקת מרא קמא דפשיטא דחזקת מרא קמא לאו כלום הוא כנגד הלוקח כשמוחזק בממון אלא מיהו כתבו התוס׳ לשם דהיינו דוקא בשטוען הלוקח ברי אבל בטוען שמא אע״פ שהוא מוחזק אין תפיסתו כלום דקיי״ל הגודרות אין להם חזקה וע״ש והא דפריך ונוקמא בחזקת מרא קמא היינו דוקא למאי דמשני דקיימא באגם אבל מעיקרא דקס״ד דקיימא ברשותא דחד מינייהו לא אזלינן בתר חזקת מרא קמא היכא דהלוקח מוחזק בממון וטוען ברי: ומ״ש בשם הרמב״ם. זה לשונו בפ״כ מהלכות מכירה המחליף פרה בחמור וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה אפילו אמר המוכר איני יודע על הלוקח להביא ראיה אף ע״פ שהפרה עומדת באגם והשפחה עומדת בסימטא הרי הן בחזקת המוכר עד שיביא הלוקח ראיה לא הביא ראיה ישבע המוכר בנקיטת חפץ על ולד הפרה וכו׳. ויש לתמוה דהאיך כתב תחלה במוכר אומר איני יודע דעל הלוקח להביא ראיה ומשמע אפילו לוקח טוען ברי אפ״ה עליו להביא הראיה ואם אינו מביא ראיה אינו נוטל כלום ואח״כ כתב דבשמא ושמא יחלוקו הלא כ״ש הוא דבשמא ושמא על הלוקח להביא ראיה. וז״ל ה׳ המגיד מ״ש המחבר אפי׳ המוכר אמר איני יודע שישבע המוכר שאינו יודע לאו למימרא דכשהלוקח טוען ברי ולא הביא ראיה לדבריו והמוכר אומר איני יודע שישבע המוכר שאינו יודע ותהיה שלו שהרי יתבאר לפנינו שאם שניהם טוענין שמא יחלוקו כ״ש כשהלוקח טוען טענת ברי והמוכר אומר איני יודע שאינו נוטל המוכר בשבועה שאינו יודע אלא הכוונה שצריך הלוקח להביא ראיה ואין אומרים כיון שהוא טוען ברי והמוכר שמא יטול הלוקח בלא ראיה: ומ״ש לא הביא ראיה ישבע המוכר וכו׳ כבר בארתי שאין זה אלא כשהמוכר טוען טענת ברי אבל כשהמוכר טוען טענת שמא יחלוקו עכ״ל מבואר מדבריו שמפרש לדעתו הרמב״ם דבברי ובררי אשמועינן דלא אמרינן יחלוקו אלא הרי הן בחזקת המוכר ועל הלוקח להביא ראיה ואם לא יביא ראיה נוטל המוכר בשבועה וכשהמוכר טוען איני יודע והלוקח טוען ברי אשמועינן דלא אמרינן דיטול הלוקח בלא ראיה אלא צריך להביא ראיה ואם לא יביא ראיה לא היה צריך להשמיענו דיחלוקו דהא פשיטא הוא במכל שכן משניהם אומרים שמא אלא שנראה מתחלת דבריו דאף עפ״כ צריך שישבע המוכר שאינו יודע ולפי זה מ״ש הרמב״ם לא הביא ראיה ישבע אתרווייהו קאי אבל מסוף דבריו שאמר כבר בארתי וכו׳ נראה דישבע לא קאי אלא אברי ובררי אבל כשהמוכר טוען שמא חולקין בלא שבועה וכן נראה עיקר שהרי לסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה קאמר דחולקין כדאיתא להדיא בפרק השואל א״כ כל היכא דאמר יחלוקו בלא שבועה יחלוקו וברפ״ק דמציעא אמר וכי מאחר שזה תפוס ועומד וזה תפוס ועומד שבועה זו למה א״ר יוחנן שבועה זו תקנת חכמים היא וכו׳ אלמא דבעלמא חולקין בלא שבועה. גם נראה לומר שטעות סופר הוא בתחלת דברי ה׳ המגיד וכן צריך להגיה ומ״ש המחבר אפילו המוכר אומר איני יודע וכו׳ לאו למימרא וכו׳ כך מצאתי הנוסחא בדפוס חדש שעם כסף משנה ואיך שיהיה מ״מ כבר נתבאר כוונת הרב המגיד ודלא כמו שהבין הב״י מדבריו והקשה עליהם והניחם בצ״ע. אכן נ״ל ברור שאין דעת הרמב״ם כאשר פירשם ה׳ המגיד אלא כך פירושם דמ״ש הרמב״ם תחלה המחליף פרה בחמור וכו׳ אפילו אמר המוכר איני יודע על הלוקח להביא ראיה היינו כפשוטו שאם אינו מביא ראיה אין הלוקח נוטל כלום ומיירי כשעומדת ברשות המוכר דהכי הוה סתמא דמילתא והילכך אפילו אמר המוכר איני יודע והלוקח טוען ברי על הלוקח להביא ראיה ואח״כ כתב הרמב״ם אע״פ שהפרה עומדת באגם וכו׳ פי׳ אתא לאשמועינן דאיכא גוונא דאפי׳ עומדת באגם נמי ה״ה בחזקת המוכר עד שיביא הלוקח ראיה והיינו בברי ובררי וזהו שלא כתב הרמב״ם ואע״פ וכו׳ בוי״ו אלא אע״פ וכו׳ משום דמילתא חדתא קאמר דתחלה אשמועינן בעומדת ברשות המוכר אפילו המוכר אמר איני יודע דעל הלוקח להביא ראיה ואחר כך אשמועינן בעומדת באגם ובששניהן טוענין ברי דעל הלוקח להביא ראיה ואחר כך כתב אהני תרתי מילי לא הביא ראיה ישבע המוכר וכו׳ דבתרווייהו ישבע ואין הלוקח נוטל כלום והיינו משום דבחלוקה הראשונה כיון שהמוכר מוחזק אפילו טוען שמא אין להוציאו מידו אלא בראיה ובחלוקה השנייה נמי אף על פי שעומדת באגם מכל מקום כיון שטוען ברי אוקימנא להו בחזקת מרא קמא ואין להוציאו אלא בראיה ולפי זה אתי שפיר מה דכתב בזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע דיחלוקו דהתם מיירי בעומדת באגם כאשר מפורש

בדבריו שכתב ואינם ברשות אחד מהם והילכך יחלוקו פי׳ בלא שבועה ואצ״ל במוכר טוען שמא והלוקח טוען ברי דיחלוקו כיון שעומדת באגם א״כ יכול להיות דס״ל להרמב״ם דדוקא בששניהם טוענין שמא התם הוא דיחלוקו בעומדת באגם אבל במוכר טוען שמא ולוקח טוען ברי ברי עדיף כיון שעומדת באגם דדוקא כדי להוציא ממון מחזקתו התם הוא דלא אמרינן ברי עדיף אבל כשאינה ברשות אחד מהם התם ודאי ברי עדיף וזה עיקר: ומ״ש רבינו ולא נהירא דאין הלכה כסומכוס. כבר נתבאר דס״ל לרבינו כסברת הרא״ש וכוותיה דרבא דסומכוס לא אמר אלא בשמא ושמא וע״פ דברי התוס׳ ע״ש רשב״ם דמדלא קאמר אלא הא מני סומכוס היא משמע דלא הדר ביה ממאי דאוקמוה בדקיימא באגם ולא אמר סומכוס אלא כשאין מוחזק לא זה ולא זה וזה טוענין שמא התם הוא דס״ל לסומכוס יחלוקו ופליגי רבנן עליה ומוקמינן לה בחזקת מרא קמא והו״ל לוקח המע״ה והלכה כחכמים אלמא אפילו בדקיימא באגם ושניהם טוענין שמא מוקמינן לה בחזקת המוכר וה״ה בלוקח טוען ברי והמוכר טוען שמא דס״ל נמי לסומכוס דיחלוקו היכא דקיימא באגם א״כ לחכמים מוקמינן לה בחזקת מרא קמא זו היא דעת רבינו. אכן נראה ליישב דברי הרמב״ם דמפרש דסומכוס אפי׳ במוכר מוחזק ושניהם טוענין ברי נמי יחלוקו היכא דאיכא דרא דממונא כדמוכח להדיא בסוף המניח וכמו שהקשו התוס׳ בפ׳ השואל אפרשב״ם והילכך אע״ג דלא אמר תלמודא אלא הא מני סומכוס הוה כמו אלא דהכי אשכחן בתלמודא טובא ולמאי דמוקי למתניתין כסומכוס אפילו קיימא ברשותא דחד מינייהו וזה טוען ברי נמי יחלוקו ולרבא דקיי״ל כוותיה לא קאמר סומכוס אלא בשמא ושמא ורבנן לא פליגי עליה דסומכוס נמי ושמא אלא היכא דקיימא ברשותא דחד מינייהו אבל בדקיימא באגם ובשמא ושמא מודו רבנן לסומכוס דיחלוקו והכי משמע להדיא בסוגיא דלמאי דמשני מעיקרא דקיימא באגם לא קשיא ליה אלא דנוקמא בחזקת מרא קמא ולא קשיא ליה נמי סיפא דזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו אלמא דלרבנן נמי היכא דקיימא באגם ובשמא ושמא ניחא דיחלוקו ולא קשיא ליה אלא בעומדת באגם ובברי וברי נוקמא בחזקת מרא קמא אלמא דהלכתא הכי לרבנן דפליגי אסומכוס וקיי״ל כוותייהו דהיכא דקיימא באגם ובשמא ושמא דיחלוקו ואם שניהם טוענין ברי מוקמינן בחזקת מרא קמא כנ״ל ליישב דברי הרמב״ם ברווחא. ולענין הלכה הנה גם בהגהות מיימוני בפ״ב מה׳ מכירה כתב בתוס׳ והרא״ש דבשום מקום אין הלכה כסומכוס וכך תפס ה׳ המגיד ולכך גם הוא תמה על הרמב״ם אבל כבר התבאר דהרמב״ם רוח אחרת עמו וס״ל דאע״פ דהלכה כחכמים מ״מ בההיא דהמחליף פרה בחמור בלחוד הלכה כסומכוס דיחלוקו כששניהם טוענין שמא ובעומדת באגם וחכמים נמי מודו בהא לסומכוס כדפרישית בסמוך והיא סברת הרי״ף וכן עיקר:

ב היו לו ב׳ שדות וכו׳. משנה ואוקימתא דגמרא בפ׳ השואל וכ״פ הרמב״ם והטעם לפי שאין נשבעין על הקרקעות ולא על העבדים ד״ת אלא היסת והילכך כשאינו טוענו עמרים וכסות אלא שדה ועבד המע״ה לא הביא ראיה נשבע המוכר היסת אבל כשטוען שדה גדולה בעומריה וכו׳ כיון שנשבע שבועת התורה על המטלטלין זוקקין הנכסים שאין להם אחריות את הנכסים שיש להם אחריות לישבע עליהם ואע״ג דתנינא להא במתני׳ דקדושין אפ״ה סד״א כסות עבד כעבד דמי ועמרי השדה כשדה דמי וחדא מילתא היא ולא תחייביה שבועה קמ״ל: ומ״ש ועבד קטן בכסות קטן מאותו כסות שהוא טוען. שם בגמרא כסות מה שטענו לא הודה לו מה שהודה לו לא טענו ופי׳ התוס׳ בשלמא שדה שהלוקח אומר מכרת לי מ׳ עמרים ומוכר אמר כ׳ דהיינו עמרי גדולה וקטנה הוה שפיר מה שטענו הודה לו אבל כסות ששואל סרבל גדול ומודה לו בסרבל קטן אינו מודה לו כלל מה שטוען ומוקי לה רב פפא בדלייפי ופי׳ נ״י שהבגד הוא כולו מחובר בחתיכה אחת ולוקח אומר ג׳ אמות דבגד זה לצורך כסות עבד גדול מכרת לי ומוכר אומר שתי אמות לצורך כסות עבד קטן וא״כ הלה מודה מקצת בגד זה דטוען ליה ומ״מ לאו הילך הוא כיון שאין הבגד שתובע לו מסויים אלא יתן לו שתי אמות מהבגד ממקום שירצה ונראה דבעמרים נמי לאו הילך הוא מהאי טעמא: ומה שחילק בין יש עסק שבועה וכו׳. מפורש שם בסוגיא:

סימן רכד

א המחליף וכו׳. בפ׳ המדיר אסיק רמי בר יחזקאל משמיה דשמואל כל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה ונחלקו בפירושו. האלפסי והרמב״ם והסמ״ג מפרשים דה״ק דעל בעל החמור שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה שהרי החמור עדיין ברשותו הוא כיון שלא משכו בעל הפרה מרשותו בעודו חי ואף ע״פ שלא נתבאר בדבריהם חילוק זה שכ׳ רבינו בין עומד בבית בעל החמור לעומד בסימטא מ״מ כבר פירש הרא״ש לדעתם דאין זה אלא כשמת החמור ברשות בעל החמור אבל בעומד בסימטא על בעל הפרה להביא ראיה והוא ז״ל חלק ע״ז ופירש דאפילו מת החמור ברשות בעל החמור על בעל הפרה להביא ראיה דכבר החמור עומד ברשות בעל הפרה מיד לאחר משיכת הפרה וא״כ הספק נולד ברשותו: ומ״ש רבינו ואין ידוע אם מת קודם משיכה וכו׳. משמע מדבריו דה״ק דאין ידוע לנו אע״פ שכל אחד טוען ברי יודע אני אפ״ה על בעל החמור להביא ראיה וכן פרש״י זה אומר עד שלא משכתי את פרתי מת חמורך וזה אומר משמשכת מת ואצ״ל בששניהם טוענין שמא וכההיא דהוגלד פי המכה דהוה ספק לשניהם אם היה כן בשעה שקנאה אבל ה׳ המגיד כתב בשם קצת מפרשים דאם היה בעל החמור טוען ברי על בעל הפרה להביא ראיה וכבר האריך ב״י עיין עליו.

ואין להקשות לפי דעת הרא״ש א״כ לעיל בסי׳ רכ״ג נמי נימא כה״ג דמשמשך בעל הפרה את החמור מיד הפרה עומדת ברשות בעל החמור ונימא דבספק על בעל הפרה להביא ראיה דהא פשיטא כיון דבע״כ צ״ל דלא קאמר ליה פרה מעוברת ולא פרה זו דא״כ אין כאן ספק דפשיטא דזכה בעל החמור בפרה ובולד א״כ אע״פ שהפרה עומדת מיד ברשות בעל החמור מ״מ הולד עומד ברשות בעל הפרה דהחליפין לא הוי אלא חמור בפרה סתם ובמשיכת החמור אין הולד עומד ברשות בעל החמור כיון שהחליפין לא היו רק על הפרה ולולד אית ליה חזקת מרא קמא:

ב ול״מ וכו׳. ג״ז שם בברייתא וכמו שפי׳ התוס׳ והרא״ש דעל הלוקח להביא ראיה אף על פי שלא נתן עדיין מעות וכן פסק הרמב״ם בספ״ב מה״מ:

סימן רכה

א המוכר לחבירו בין מקרקעי בין מטלטלי חייב באחריות וכו׳. בברייתא פרק חזקת מכר לו בית מכר לו שדה אין מעיד לו עליה מפני שאחריותו עליו מכר לו פרה לו טלית מעיד לו עליה מפני שאין אחריותו עליו ופרכינן עליה מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא ומשני רישא בראובן שגזל וכו׳ אלמא דס״ל לתלמודא דאין חילוק בין מטלטלי למקרקעי ובכל ענין חייב באחריותן והיינו משום דסתמא דמילתא לא יהיב אינש זוזי בכדי ול״מ מטלטלי אלא אפי׳ מקרקעי דסד״א עביד אינש דזבין ארעא ליומיה אפ״ה חייב באחריותו ול״מ בקנה בסתם אלא אפילו קנה בשטר דסד״א דכיון שלא נכתב האחריות בפירוש ודאי נמלך ביה במוכר ולא קיבל עליה אפ״ה חייב באחריות וכדאסיק רבא בפ״ק דמציעא דאחריות טעות סופר הוא בין בשטרי הלואה בין בשטרי מקח וממכר וכן כתב הרמב״ם בפ׳ י״ט מה׳ מכירה וז״ל כל המוכר קרקע או עבד או שאר מטלטלין ה״ז חייב באחריותן וכו׳ אע״פ שלא פירש הלוקח דבר זה אלא קנה סתם אפי׳ מכר הקרקע בשטר וכו׳ אלמא דס״ל דבלא שטר יותר מסתברא לומר דחייב באחריותו וכ״כ הסמ״ג במצות לא תונו ע״ש אכן בעל התרומות בשער מ״ז כתב לענין משועבדים בהיפך דדוקא במוכר בשטר התם הוא דטורף ממשועבדים אפילו לא נכתב האחריות דאחריות ט״ס הוא אבל במוכר שדהו בעדים בלא שטר אינו גובה ממשועבדים דכיון דזביני קלילי הוו דלא כתיב ביה שטרא ה״נ אמרינן דאחריות לא קביל אם לא שקבל בפירוש בפני עדים ומ״מ נראה דאף לפי סברתו מבני חרי מיהא גובה ואיך שיהיה לא קיי״ל כמותו אלא כדברי נ״י בפ״ק דמציעא בשם הרשב״א והר״ן דאפילו במוכר בפני עדים ולא פירש אחריות כלל גובה ממשועבדים וכדמשמע מלישנא דהרמב״ם ורבינו דבלא שטר מסתברא טפי למימרא דחייב באחריות מן הסתם והא דמשמע מדברי רבינו דאף ממטלטלים שמכר הלוה יכול הב״ח להוציא מיד הלוקח היינו דוקא במטלטלי שהיו בידו בשעה שלוה וכתב ליה אגב קרקע ולדינא דגמרא ועיין לעיל סי׳ ס׳ וסי׳ רי״א:

ב בד״א שהוציאו המקח מידו וכו׳. בפרק חזקת פליגי אמוראי היכא דאתי עכו״ם וקא אניס לה מיניה רבא ס״ל דינא הוא דאתי מוכר ומפצי ליה מיניה פי׳ ידון עם העכו״ם אולי יוציאנו מידו בדין דעכו״ם צייתי דינא הם וכשדן עמהם בדיניה׳ וזכה העכו״ם בדין חייב המוכר להחזיר ללוקח מעותיו ואמימר ס״ל דאינו חייב לפצות מידע ידיע דסתם עובד כוכבים אנס הוא ואין ספק דשלא כדין יוציאו בדיניהם ובעדות עכו״ם ולפיכך אין המוכר חייב באחריותן ופסקו הפוסקים דהלכה כאמימר וממילא נשמע דה״ה בישראל דקא אניס ליה שלא כדין נמי אינו חייב המוכר באחריותן וכ״כ ה״ה ומה שמחלק בין ישראל לעכו״ם ולא קמחלק בישראל במיניה וביה היינו משום דלא שכיח מילתא שיהיה כח לישראל לגזול לחבירו בלא עדים ובלא ראיה:

ג ומ״ש ואפי׳ הוא חמור וכו׳ ולא לקח האוכף וכו׳. שם מפורש בגמרא:

ד ואם קבל עליו כל אונס וכו׳. בפרק מי שאחזו מפורש דשטפה הנהר וכו׳ כיון דאונסא דלא שכיחא הוא לא קבל עליו וממילא משמע דהיכא דאתי עכו״ם וקא אניס לה דאונסא דשכיחא הוא קבל עליו וכן פסק הרמב״ם בפי״ט והסמ״ג במצות לא תונו:

ה וכתב הרמב״ם והוא הדין וכו׳ שם: ומ״ש כההיא דרב פפא וכו׳. בפרק מי שאחזו:

ו ואם פירש המוכר וכו׳. בפרק חזקת ופסק כרב זביד וכן פסקו הרב אלפס והרא״ש והרמב״ם וכן כתב הספר מצות גדול במצות לא תונו בשם הרמב״ם מיהו אח״כ כתב וזה לשונו אבל ר״י פסק כרב פפא שחולק על רב זביד ואומר דנמצאת שאינה שלו חוזר עליו דאינו מכר כלום מאחר שהנגזל טורף קרן ופירות אבל בב״ח שאינו טורף פירוש כל זמן שלא טרפה נחשב המכר מכר וכן מוכח בפרק קמא דמציעא גבי הכיר בה שאינה שלו ולקחה שנחלקו בו רב ושמואל ואמרו שהמעות פקדון או מתנה וא״כ מדבר שלא באחריות מכלל דדומיא דהכי בלא הכיר בה לד״ה יש לו מעות מן המוכר עכ״ל וע״ל בסימן ל״ז סעיף ח׳ וט׳ ובמ״ש לשם בס״ד:

סימן רכו

א ראובן שמכר שדה לשמעון אפילו שלא באחריות וכו׳. מימרא דאביי פ״ק דב״ק ופ״ק דמציעא ופ׳ מי שהיה נשוי: ומ״ש אפילו שלא באחריות. פסק כאיכא דאמרי דהתם אפילו שלא באחריות וכן פסק הרמב״ם בפ׳ י״ט מה׳ מכירה: ומ״ש ונ״מ וכו׳. בפ״ק דמציעא (דף י״ד) כתבו התוס׳ תימה מנ״מ דהא כל מה שיכול לטעון ראובן טוען שמעון דטוענים ללוקח וכו׳ פי׳ דאי ליכא נפקותא א״כ פשיטא דהדין עם לוי דמצי א״ל לראובן לאו בעל דברים דידי את בדבר זה קרקע שמעון אני נוטל אם יש לך תביעה עלי העמידני בדין ודאי אם אתה באת לטעון בשביל שמעון ולהיות מורשה ואנטלר שלו אתה רשאי דאין כאן טעמא שלא יהיו שומעין טענת שקר מפי מתורגמן או שאין אדם מעיז בפני ב״ח דכל הטענות שטוען שמעון אינו אלא לפטור את ראובן וא״כ למה לא יטעון ראובן בעד שמעון אלא שאין לוי רוצה שיטעון בעד עצמו כיון דלאו בעל דברים דידי את כיון שאינני תובעך ובזה הדין עם לוי אי ליכא נפקותא וקאמר רבא דאיכא נפקא מינה וכו׳ וכן כתב הרא״ש בפ״ק דמציעא הנך נפקותות דכתב רבינו ולא כתב כלל הני נפקותות דכתבו התוספות והשתא ניחא דקאמר תלמודא דאע״ג דאיכא טעמא לכל צד לוי טוען לאו בעל דברים דידי את וראובן ושמעון טוענים אית לן פסידא אי לא טען ראובן והכריעו חכמים דדינא הוא דראובן טוען בהדי לוי דכיון דאמר לא ניחא לי דליהוי לשמעון תרעומות עלי חשיב ליה מה״ט בעל דינו של לוי וחילוקי דינין אלו דאפותיקי ודשבחא ובין כשהמוכר מסלק לבעל חוב לבין כשהלוקח מסלק לב״ח הכל מתבאר לשם בסוגיא ובדברי הרא״ש:

ב ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות וחזר ראובן ולקחה וכו׳. מימרא בפ׳ מי שהיה נשוי ופסק כרבא. אבל אם ב״ח של אביו דראובן וכו׳. פי׳ כגון ששדה זו באה לראובן בירושה מאביו והוא מכרה לשמעון שלא באחריות וחזר וקנאה ממנו באחריות וטרפה ב״ח של אבי ראובן חייב שמעון לסלקו מ״ט ב״ח דאביו כב״ח דעלמא דמי וגם זה מפורש שם ובאלפסי והרמב״ם שם. ואיכא למידק דבגמרא קאמ׳ רבא נהי דאחריות דעלמא קיבל עליה אחריות דנפשיה לא קיבל עליה דאלמא דתלה ליה להאי דינא בקבלת שמעון ורבינו תולה אותו בקבלת ראובן שאמר דנהי שלא קיבל ראובן וכו׳ איברא דהכי כתב גם הרמב״ם בס״פ י״ט ממכירה ונראה דהרמב״ם ורבינו באו לפרש דהא דמחלק רבא דאחריות דעלמא קיבל עליה ואחריות דנפשיה לא קיבל עליה דמנ״ל הא ודילמא שמעון קיבל עליה אף אחריות דנפשיה דהא קיבל עליה אחריות בסתם וקאמר דהיינו טעמא דראובן גופיה כשמכר לשמעון שלא באחריות אין פירוש אחריות אלא שאם יבואו אחרים ויטרפוה ממנו שלא יחזור על ראובן אבל אין במשמעות זה שהוא עצמו יקח ממנו השדה דפשיטא דאחריו׳ דנפשיה קיבל עליו והשתא כשחזר ראובן וקנה משמעון באחריו׳ אינו אלא באותן אחריות של אחרים שראובן לא קיבל לשמעון חזר שמעון וקיבל עליו אחריות של אחרים לראובן אבל אחריות דנפשיה במקומו עומד שקיבל עליו ראובן מתחלה כנגד שמעון שלא יהא ראובן המוכר לו חוזר ומוציא ממנו כי הכא שהבעל חוב דראובן בא להוציא מיד ראובן אותה הקרקע בשביל שחייב לו ראובן ויחזור ראובן על שמעון להוצי׳ מידו מה שהוצי׳ ב״ח של ראובן מיד עצמו בשביל חובו א״כ הוא המוכר והוא המוציא:

ג ראובן שמכר קרקע לשמעון ונתקיים המקח בקנין וכו׳. ג״ז שם ופ״ק דקמא ופ״ק דמציעא אמר אביי ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליו עסיקין עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו אבל משהחזיק בה אינו יכול לחזור בו דא״ל חייתא דקיטרי סברית וקבילת מאימתי מחזיק בה מכי דייש אמצרי א״ד אפילו באחריות נמי דא״ל אחוי טירפך ואשלם לך פי׳ ללישנא קמא באחריות אפילו החזיק בה יכול לחזור בו וללישנא בתרא אינו יכול לחזור משהחזיק בה אפילו באחריות ופסק רבינו כלישנא בתרא וכן נראה מדברי הרי״ף והרא״ש שהביאו ללישנא בתרא בפסקיהם בפ״ק דמציעא וכן הרמב״ם בפי״ט מה׳ מכירה אבל הסמ״ג הביא הלשון הראשון בלבד במצות עשה פ״ב: ומ״ש רבינו ונתקיים המקח בקנין או בא׳ מדרכי ההקנאות ועדיין לא נתן המעות. כ״כ הרא״ש פ״ק דמציעא ובתשובה כלל צ״ז והוא מדברי התוס׳ וכ״כ התוס׳ בפ״ק דמציעא ע״ש ריב״א אבל הרמב״ם כתב וז״ל המוכר קרקע לחבירו ואחר שקנה הלוקח באחד מן הדרכים שקונין בהם קודם שנשתמש בה יצאו עליה מערערים ה״ז יכול לחזור בו שאין לך מום גדול מזה וכו׳ לפיכך יבטל המקח ויחזיר המוכר את הדמים וכו׳ מבואר דמיירי נמי בנתן מעות וכיוצא בזה פי׳ ריב״ם כמו שהביא הסמ״ג וז״ל והר״י בר מרדכי פי׳ שמדבר בנותן מעות וגם כתב שטר ודעתו של אדם כל זמן שלא הלך לראותו ולא תיקן גבולי השדה שיוכל לחזור בו אם יבוא שם שום ערעור עכ״ל וכ״כ הגהות מיימוני שדברי הרמב״ם כדברי ריב״ם ומשמע מדברי כולם דכי דייש אמצרי שוב לא יכול לחזור בו אע״פ שלא יצאו עליה עסיקין אלא לאח״כ ותימא על מ״ש רבינו דדוקא כי דייש אמצרי לאחר שיצאו עליה עסיקין דזו מנין לו ואפשר דדקדק במ״ש התוס׳ פ׳ מי שהיה נשוי וז״ל וריב״ם מפרש שראובן מכר שדה לשמעון וקנה ממנו קנין גמור עד שלא החזיק בה אותה חזקה שתהא גילוי דעת שלא יחזור יכול לחזור בו דכי היכי דתיקנו רבנן שיהא אדם יכול לחזור בו כ״ז שעסוקים באותו ענין מפני שלדעת כן הוא קונה ומקנה שיחזור כ״ז שירצה וכל זמן שעסוקים באותו ענין ה״נ דעתו לחזור בו אם יצאו עליה עסיקין קודם חזקה בגילוי דעתו משהחזיק בה אינו יכול לחזור בו ואימתי הויא חזקה דאמרינן גילה דעתיה שקיבלה בכל ענין מכי דייש אמצרי לידע מה היא צריכה עכ״ל מדהאריך וכתב ה״נ דעתו לחזור בו אם יצאו עליה עסיקין קודם חזקה בגילוי דעתו

שמעינן דאפילו בחזקה דדייש אמצרי אם הוא קודם שיצאו עליה עסיקין יכול לחזור בו דההיא חזקה לא הוי חזקה בגילוי דעתו שמקבלה בכל ענין שהרי עדיין לא יצאו עליה עסיקין אבל מכי דייש אמצרי לאחר שיצאו עליה עסיקין התם הוא דמיקרי חזקה בגילוי דעתו דמקבלה בכל ענין אכן דקדוק זה חלוש דכבר אפשר לומר דלפי דאיכא חזקה דקנין דהוא נעל וגדר ופרץ על כן קורא לחזקה דדייש אמצרי חזקה בגילוי דעתא אבל לעולם אפי׳ דייש אמצרי קודם שיצאו עליה עסיקין נמי הוי חזקה בגילוי דעתו דמקבלה בכל ענין ועוד קשיא טובא דהיאך יהיה תופס רבינו לפרש מקצתו כפי׳ ריב״ם ומקצתו שלא כפי׳ ריב״ם שהרי לריב״ם מיירי בנתן מעות כמ״ש הסמ״ג והגהות מיימוני ורבינו פירשה בלא נתן מעות אלא צריך לומר דרבינו נמשך בכל דבריו אחר פירוש הרא״ש ודקדק בדבריו שכתב פ״ק דמציעא מכי דייש אמצרי פי׳ שהלך סביב למצרי השדה לראות ולעמוד על ענין השדה שכך נהגו הקונים לקיים המקח לאלתר באחד מן הקניינים ומעכב המעות בידו עד שילך לראות ענין השדה אם היא באותו ענין שאמר לו המוכר ומתוך שנגמר המקח יצא לו קול ומי שיש לו ערעור יודע ערעורו ויוכל לחזור בו עד דדייש אמצרי וכו׳ הנה מבואר שמפרש ההיא דדייש אמצרי דאינו אלא לאחר שיצא הקול דמתוך שנגמר המקח יצא לו קול ומי שיש לו ערעור יודע הלוקח ערעורו ויכול לחזור בו עד דדייש אמצרי אבל מדדייש אמצרי לאחר שנודע לו ערעורו שוב לא יכול לחזור בו והכי משמע לישנא דגמרא חייתא דקיטרי סברית וקבילת משמע דידע הערעור וסבר וקיבל כיון דדייש אמצרי אלא דקשיא לי לפי שיטתם זו דא״כ ללישנא קמא אמאי באחריות יוכל לחזור בו אפילו דייש אמצרי הלא כיון שנודע לו ערעורו ואפילו הכי דייש אמצרי כבר גילה דעתו שרוצה לקיים המקח לכן נראה עיקר כדמשמע מכל דברי שאר המחברים דמיירי בדייש אמצרי קודם שיצאו עליה עסיקין ודוק ומ״ש ב״י דדברי רבינו בפי׳ מימרא זו כפירוש ריב״ם שכתבו התוס׳ בפרק מי שהיה נשוי הוא שלא בדקדוק: ומ״ש רבינו ואם לא הלך על מצרי השדה וכו׳ הוי כמו מקח טעות דלא סגי דלא צריך טירחא לבית דין וכו׳. כלומר אע״פ שלא יפסיד מעותיו שהרי קנאה באחריות והמוכר אמיד אפילו הכי כיון דלא סגי דלא צריך טירחא לבית דין וכו׳ להוציא מן המוכר יכול לעכב המעות וכו׳ ומשמע מדבריו דבלא אחריות אינו יכול לעכב המעות אע״פ שלא הלך על מצרי השדה אבל רבינו ירוחם כתב בפירוש דאפילו קנאה שלא באחריות נמי יכול לחזור בו ואפשר לומר גם כן דרבינו נמי הכי סבירא ליה אלא דכתב דאפילו בקנאה באחריות ואין צריך לומר בקנאה בלא אחריות ויש לדקדק אמאי נקט ויצאו עליה עסיקין תיפוק ליה דבא לחזור מטעם שהוזלה אי נמי רוצה שיעשה לו אחריות או רוצה לחזור מצדדים אחרים ואפשר לומר דאם בא לחזור מטעם שהוזלה או מטעם שקנאה בלא אחריות אינו יכול לחזור מאחר שכבר קנאה באחד מדרכי ההקנאות אפי׳ לא דייש אמצרי וכ״כ ה״ר ירוחם על שם הרמ״ה אבל כתב עוד דנראה עיקר כשיטת התוספות והראב״ד ורוב המפרשים דאף ברוצה לחזור מטעם שהוזלה או שרוצה שיעשה לו אחריות נמי יכול לחזור כל זמן שלא דייש אמצרי וצ״ל לפ״ז דיצאו עליו עסיקין דנקט לרבותא אע״פ שלא נתברר עדיין הערעור כו׳: וכתב אדוני אבי הרא״ש ז״ל דמיירי שלא נתברר עדיין הערעור וכו׳. בפ״ק דקמא אלא שלא נמצא בספרינו מה שכתב רבינו בשמו שאם לא יצא אלא קול וכו׳ עד לא יעכב מעותיו של ראובן גם רבינו ירוחם העתיק לשון הרא״ש כמו שהוא בספרינו. שוב מצאתי שכך כתב הרא״ש בתשובה סוף כלל צ״ז ופירש דבריו דג׳ תלוקות הן. חדא הך דיצא עליה עסיקין דקאמר בגמרא דמכי דייש לא מצי לחזור מיירי שלא נתברר וכו׳ פירוש שאינו בא בשטר שבידו ולא הביא עדים אלא הציע בלבד דבריו לפני ב״ד וחזקה אין אדם חצוף להציע דברים שאינן לפני ב״ד אלא דמ״מ לא נתברר הערעור. ב׳ אם לא בא אדם לפני ב״ד אלא שיצא קול וכו׳ אינו יכול לעכב מעותיו אפילו לא דייש אמצרי כיון שקנאה באחד מדרכי ההקנאות. ג׳ אם יראה לב״ד אמתלא בדברי המערער כגון שהביא שטר ואינו שואל זמן לקיימו כ״א עד ל׳ יום לא יוציא שמעון המעות מתחת ידו אפי׳ דייש אמצרי ואפילו המוכר הוא אמיד שיכול לחזור עליו שהרי אינו מעכב מעותיו יותר על זמן ב״ד והא דכתב הרא״ש בפסקיו פ״ק דב״ק כגון שהביא שטר שאינו מקויים ואומר שרוצה לקיימו או אם הוא אומר שיביא עדים וכו׳ האי או טעות סופר הוא וצריך למחקו אלא כדברי רבינו וכמ״ש בתשובה וכבר כתבתי בזה בסימן ע״ג סעיף י״ז בס״ד. שוב ראיתי שהרב בהגהת ש״ע כ׳ וז״ל וכל זה מיירי בערעור שלא נתברר עדיין לגמרי אבל ב״ד רואין שיש אמתלא בדברי המערער אבל אם יצא רק קול וכו׳ עכ״ל משמע שהבין שאין בדברי הרא״ש כי אם ב׳ חלוקות: ומ״ש בסוף אבל אם יראה לב״ד אמתלא וכו׳ הוא לפרש תחלת דבריו שאמר דמיירי שלא נתברר עדיין הערעור וכו׳ ושארי ליה מאריה דלא דק כלל:

ד כתב הרמב״ם אסור לו לאדם וכו׳. בריש פי״ט מה״מ וז״ל הסמ״ג במצות לא תונו בפ׳ שבועת העדות גרסינן אמר שמואל ואשר לא טוב עשה בעמיו זה הלוקח שדה שיש לו עסיקין וכן מן הדין אסור למכור לחבירו קרקע או מטלטלין שיש עליהן עסיקין ע״י עוררין ויש בהן דין עד שיודיעהו וכיוצא בזה כתב ה״ה דהרמב״ם הוציא דין איסור מכירה מההיא דשמואל. ומ״מ נראה דוחק שלא יכתוב הרמב״ם בספרו הדין המפורש בגמ׳ אשר לא טוב עשה הלוקח ויכתוב האיסור על המוכר שלא נזכר בגמ׳ כל עיקר ולכן נראה דבדרשת ואשר לא טוב עשה בעמיו ס״ל להרמב״ם עיקר כרב דאמר זה הבא בהרשאה וכמו שמפורש בדבריו פ״ג מה׳ שלוחין. ומ״ש שאסור למכור קרקע שיש עליה עסיקין עד שיודיעוהו ממצות לא תונו אתינן עליה שה״ז כמו מקח טעות וג״ז נזכר בדברי ה׳ המגיד:

ה שאלה לא״א הרא״ש וכו׳. בסוף כלל צ״ז ונראה בעיני שאין תשוב׳ זו חולקת על מ״ש הר״ר ירוחם בנ״ט ח״ב ע״ש הרשב״א וז״ל ודוקא עוררין בגוף הקרקע אבל אם יצאו עליו חובות אפילו לא החזיק אינו יכול לחזור דהתם מדבר כשהמוכר אמוד והילכך כשיצאו עליו חובות ויוכל הלוקח לדחות הבעלי חובות בטענת הנחתי לכם מקום אינו יכול לחזור אבל בדאיכא עוררין בגוף הקרקע אע״פ שהמוכר אמוד כיון שלא יוכל לסלקו מגוף הקרקע יכול לחזור כל זמן שלא החזיק וכן הרשב״א בתשובה העתיקה ב״י דההיא דיצאו עליה עסיקין מדברת כשהמוכר אמוד והילכך משהחזיק בה אינו יכול לחזור בו דבאינו אמוד אפילו החזיק בה יכול לחזור וכ״כ הרא״ש בפ״ק דקמא ע״ש תשובת רב אלפס וכ״כ הר״י לשם וא״כ בכה״ג כתב הרשב״א דוקא בדאיכא עוררין בגוף הקרקע התם הוא דיכול לחזור כשלא החזיק בה אפי׳ בדאמוד אבל אם יצאו עליו חובות אינו יכול לחזור כיון שהוא אמוד אבל תשובת הרא״ש מדבר כשאין המוכר אמוד ויש לחוש שיפסיד הלוקח מעותיו הילכך יכול לחזור בו כל זמן שלא החזיק:

ז ומ״ש הרא״ש דהתם המקח בטל משום דעייל ונפיק אזוזי וכו׳. לטעמיה אזיל כמו שנתבאר בסימן ק״ץ ויש חולקין עליו ע״ש:

סימן רכז

א אסור לאדם להונות וכו׳. ברייתא בת״כ ומביאה בפ׳ הזהב (בבא מציעא ד׳ נ״ח) וכי תמכרו ממכר אל תונו איש את אחיו באונאת ממון הכתוב מדבר שהרי באונאת דברים כתוב מקרא אחר לא תונו איש את עמיתו ויראת מאלהיך (ובדף נ״א) שנינו אחד הלוקח ואחד המוכר יש להן אונאה ובברייתא וכי תמכרו ממכר לעמיתך אל תונו אין לי אלא שנתאנה לוקח נתאנה המוכר מנין ת״ל או קנה אל תונו ואיצטריך למיכתב לוקח ואיצטריך למיכתב מוכר דאי כתב רחמנא מוכר משום דקים ליה בזבינתיה כמה נתן בה ובמזיד הוא עושה אבל לוקח דלא קים ליה בזבינתיה ובשוגג הוא עושה אימא לא אזהריה רחמנא וכו׳ משם יש ללמוד דבין מוכר ובין לוקח עובר בלאו אם הוא במזיד ואם הוא בשוגג הוא באיסור לאו כמ״ש רבינו: ומ״ש ואין לוקין עליו לפי שבכלל לאו דלא תגזול וכו׳. האריך בזה משום דאינו מפורש בלאו דלא תונו שניתק לעשה דהשבון ולפיכך הוצרך לומר דבכלל לאו דלא תגזול הוא כדאמר ר״פ א״נ אמר רבא ל״ל דכתב רחמנא לאו ברבית לאו בגזל לאו באונאה ילמדו זה מזה שבכולן חסרון ממון הוא שמחסר את חבירו וקאמר התם דצריכי אלמא דבכלל לאו דלא תגזול הוא וכיון דלאו דלא תגזול ניתק לעשה דהשבון ה״נ לאו דלא תונו וכן מפורש סוף פ׳ הזהב רשב״ג אומר גדול אונאת דברים מאונאת ממון שזה ניתן להשבון וזה לא ניתן להשבון: ומ״ש ובלבד שאינהו במעה. בפ׳ הזהב איפליגו אמוראי רב כהנא אומר אין אונאה לפרוטות ולוי אומר יש אונאה לפרוטות וכתב הרי״ף דלית הלכתא כוותיה ופי׳ נ״י שכוונתו דכל שהוא יתר מפרוטה חייב להחזיר וכמו שפסק הרמב״ם בפי״ב מה״מ וכן נראה מדברי ה׳ המגיד דהרי״ף והרמב״ם שניהם תופסים דכל שהוא יתר מפרוטה חייב להחזיר אבל הרא״ש כתב דלמ״ד אין אונאה לפרוטות אינו פחות ממעה כסף וז״ש רבינו ובלבד שאינהו במעה וכו׳ וכן פסק רב אלפס וכו׳ כלומר דמאחר דפסק רב אלפס כמ״ד דאין אונאה לפרוטות א״כ כיון דאפיקתיה מפרוטה אינה פחותה ממעה שהיא מטבע הקטנה הנמצא מכסף אכן רש״י כתב ז״ל אין אונאה לפרוטות בפחות מאיסר שהוא מטבע של כסף עכ״ל והכי משמע בסוגיא ר״פ הזהב דעל מה ששנינו הנחושת קונה את הכסף אמרינן סד״א הני פריטי באתרא דסגיא וכו׳ ותו תניא התם הפורט סלע ממעות מעשר שני דהיינו פרוטות של נחושת שנקראו בשם מעות בסתם וכדפי׳ רשב״ם פ׳ בית כור ולא הוזכר נחושת בסוגיא אלא לגבי פרוטות דשמעת מינה דליכא נחושת בכל המטבעות דסלע צורי כי אם הפרוטות אבל הדינרי׳ והמעות והפונדיונות והאיסרי כולן של כסף הן ובפ׳ ג״פ נמי משמע מדקא משני באתרא דלא סגי פריטי דכספא אלמא דוקא פרוטות אין עושין של כסף אבל כל היתר מפריטי עושין של כסף ונתבאר לעיל בסי׳ מ״ב. והרא״ש הקשה על פירש״י וז״ל נ״ל דלא דק דאין מטבע של כסף פחותה ממעה והכי קתני במתני׳ האונאה ד׳ כסף מכ״ד כסף לסלע ולא פירש שם המטבע לפי שידוע היה להם שאין מטבע של כסף פחותה ממעה והא דאמרינן נמי ההודאה שתי כסף זהו שתי מעות דדרשינן בפ׳ הדיינין מדכתיב כסף או כלים מה כלים שנים אף כסף שנים ואם היה מטבע של כסף פחותה ממעה אמאי בעינן ב׳ מעות נפרש מטבע הפחותה עכ״ל ול״נ דאין מכל אלה ראיה לדחות דברי רש״י המאיר עיני ישראל בפירושו דאיכא למימר דכיון דאי אתה מוצא מטבע כסף מוזכר בתורה בפחות ממעה שהוא גרה אין לך לחייב בפחות ממטבע זה וכן פי׳ הר״ן לשם שזהו פירוש מה שאמרו בירושלמי סוף מטבע כסף מעה ובזה אפשר נמי ליישב הקושיא הראשונה דלכך נקראת המעה כסף בסתם כסף בלשון משנתינו לפי שלא נזכרה מטבע כסף בתורה בפחות ממעה ומה שהקשה עוד מדתניא בתוספתא הנחושת קונה את הכסף כיצד נתן לו ל׳ איסר בדינר כסף וכו׳ אינה ראיה דכשם שיש שני מטבעות שנקראין בשם מעה האחד נקרא מעה כסף דשש מהן בדינר והאחר נקרא בשם מעה בסתם והם הפרוטות כמו שפי׳ רשב״ם בפ׳ בית כור כך יש שני מיני איסר האחד נקרא איסר האיטלקי והוא של כסף שהוא אחד מכ״ד בדינר של כסף כדתניא בפ׳ הזהב פרוטה שאמרו אחד מח׳ באיסר האיטלקי למנ״מ לקדושי אשה איסר א׳ מכ״ד בדינר של כסף אבל יש איסר אחר שהוא של נחשת והוא אחד מל׳ בדינר כסף ולכן נראה עיקר כפי׳ רש״י. ולא קשה כמ״ש הרא״ש דלרב

כהנא אין אונאה אלא למעה כסף אמאי קאמר אין אונאה לפרוטות לישמעינן רבותא דאין אונאה לאיסרין וכ״ש פרוטות די״ל דלרבותא דלוי קאתי לאורויי דאפי׳ לפרוטות איכא אונאה:

ב ומ״ש בשם הרמ״ה דאפי׳ פרוטות נמי חייב להחזיר. טעמו דפסק כדלוי והאריך הרא״ש בטעם מחלוקתם והסכים להרמ״ה:

ג כמה תהיה האונאה שחייב להחזיר שתות בין שתות במקח וכו׳. משנה שם (דף מ״ט) האונאה שתות למקח ובגמרא אמר רב שתות מקח דוקא שנינו ושמואל אמר שתות מעות נמי שנינו שוי שיתא בחמשה שוי שיתא בשבעה כ״ע ל״פ דבתר מקח אזלינן ואונאה הויא כי פליגי שוה חמשה בשיתא ושוה שבעה בשיתא לשמואל דאמר בתר מעות אזלינן אידי ואידי אונאה הויא לרב דאמר בתר מקח אזלינן שוי חמשה בשיתא ביטול מקח הויא שוי ז׳ בשיתא מחילה הויא ושמואל אמר כי אמרינן מחילה וביטול מקח היכא דליכא שתות מב׳ צדדים אבל היכא דאיכא שתות מצד אחד אונאה הויא ופסקו הפוסקים כשמואל דתניא כוותיה וזהו שדייק רבינו וכתב בין שתות במקח וכו׳ כלומר ל״מ שתות במקח אלא אפי׳ שתות במעות. ודע דבמסקנא (סוף ד׳ נ׳) איתא אמר רבא הלכתא פחות משתות נקנה מקח יותר על שתות בטל מקח שתות קנה ומחזיר אונאה ופירש״י שתות קנה. ואין אחד מהן יכול לחזור ומחזיר אונאה ולית ליה לרבא ידו על העליונה דמתני׳ דס״ל כר׳ נתן דברייתא וכו׳ ואע״ג דר״ת הקשה כמה קושיות על פרש״י ופר״ת דרבא דאמר שתות קנה היינו אם רצה קנה אם רצה חוזר ולא חש רבא לפרש וכו׳ ע״ש בתוספות אנן לא קיי״ל בהא כר״ת אלא כרש״י דרב אלפס הסכים עמו שכתב על מתני׳ מי שהוטל עליו אונאה ידו על העליונה וכו׳ מתני׳ רבי יהודה הנשיא היא ולית הלכתא כוותיה דהא פסיק רבא שתות קנה ומחזיר אונאה עכ״ל וכ״כ הרא״ש וכ״נ מדברי שאר הפוסקים:

ד היתה האונאה פחותה מכן כל שהוא כגון שמכר שוה ס׳ דינר בחמשים דינר ופרוטה וכו׳. כ״כ הרמב״ם בפי״ב ממכירה וה״ה תמה בזה דהיאך פסק דהויא מחילה והלא נתאנה יותר מוכר בזה משאם מכר שוה שבע בשש דהוי שתות במעות ובמוכר שוה ס׳ בנ׳ ופרוטה הוי יותר משתות במעות ואמר שט״ס הוא וכן יש להקשות במ״ש גבי יותר משתות כשמכר שוה ס׳ בע׳ ופרוטה דפסק דהוי ביטול מקח ואמאי הלא הוא פחות משתות במעות. ומ״ש הוא ממכר שוה חמשה בששה דליכא אלא שתות במעות והמקח קיים אכן לדעת התוס׳ והמרדכי לשם ל״ק ולא מידי דנראה מן הסוגיא דלשמואל דוקא כשטעות שתות בשוה בין במקח בין במעות אז המקח קיים ומחזיר האונאה ואע״ג דבחד צד הוה ביטול מקח או מחילה לא תלינן הטעות אלא בשתות דטעי אינשי בשתות אבל כשאין שם שתות בשוה לא במעות ולא במקח אלא בצד אחד הויא מחילה ובצד שני הויא ביטול מקח אזלינן בתר מקח בין לענין מחילה בין לענין ביטול מקח דדרך לטעות בדמי החפץ שצריך שומא ולא במעות דא״צ שומא ואין אונאה וטעות תלויה בהם ע״ש בתוס׳ בד״ה שתות מעות נמי שנינו ובסוף (דף נ״א) בד״ה שני פונדיונות ובמרדכי שם בד״ה מצאתי מכר שוה נ״א וכו׳ ומביאו ב״י ובש״ע סעיף ג׳ כתב וז״ל היתה האונאה פחותה מזה כל שהוא כגון שמכרו שוה ע׳ בס׳ ופרוטה אינו חייב להחזיר כלום שכל פחות משתות דרך הכל למחול עכ״ל הנה שינה לשון הרמב״ם שכתב כגון שמכר שוה ס׳ דינר בנ׳ ופרוטה לפי שהקשה ה״ה על זה דהו״ל יותר משתות במעות ולכך אמר ה״ה שיש להגיה בדברי הרמב״ם כגון שמכרו שוה ע׳ בס״ט ופרוטה דהשתא הוי פחות משתות מכל צד במקח ובמעות אבל אין צורך דהדבר ברור ופשוט כדפרישית וכך נראה מדברי הרב בהגהת ש״ע שכתב דברי המרדכי בסתם בהלכה פסוקה ולא חשש הרב כלל לכתוב כלום כנגד מ״ש למעלה כגון שמכרו שוה ע׳ בס׳ כיון שאינו משמע כלל הלשון שכתב כן לדיוקא דפשט הלשון משמע דלאו דוקא כה״ג אלא ה״ה כגון שמכר שוה ס׳ דינר בנ׳ ופרוטה וכך הוא העיקר והכי נקטינן כמ״ש הרמב״ם ורבינו ואין כאן ט״ס אלא הטעם כמ״ש התוס׳ והמרדכי ומהרו״ך האריך בכאן בחשבונות שלא לצורך והניח הגהות הרב בצ״ע ול״ק ולא מידי. והא דשביק הרמב״ם ורבינו מנין חמשה וששה ושבעה דפתח ביה וסיים במנין חמשים וששים ושבעים ופרוטה נראה דאתא לאורויי רבותא דאע״פ שהטעות הוא סך חשוב כיון שהוא בפחות משתות כל שהוא אע״פ שהוא דבר מועט הויא מחילה וכן לגבי ביטול מקח הוי רבותא דאפי׳ בדבר מועט יותר משתות הוי ביטול מקח:

ה וכתב א״א הרא״ש ז״ל ויראה וכו׳. שם בפסקיו וכוונתו דבמטבע ליכא ספק דמותר לכתחלה להוציאה ביפה אף לירא שמים אבל בסחורות ובחפצים איכא לצדד להיתר ולאיסור וירא שמים יוצא ידי שתי הסברות ונזהר שלא יכניס עצמו בספק איסור:

ו היתה האונאה יתר על שתות וכו׳ אלא אם המתאנה תובע אונאתו וכו׳. כן כתבו התוספות בשם ריב״ם בפרק הספינה (תחלת דף פ״ד) ומביאו הרא״ש לשם וכתב עוד דכך היא דעת רב אלפס לשם ואף על גב דלאח״כ כתב הרא״ש דא״צ לפרש כך בדברי רב אלפס אלא איכא לפרש דבלא תובע אונאתו אמר רב אלפס דאין המאנה יכול לחזור אם המתאנה נתרצה במקח וכמ״ש ה״ר יונה אפילו הכי נראה לו לרבינו עיקר כמ״ש הרא״ש תחלה:

ז ומ״ש רבינו אבל ה״ר יונה כתב אפילו אם אין המתאנה תובע אונאתו וכו׳. משמע דה״ק דל״מ אם המתאנה תובע אונאתו דפשיטא דיכול המאנה לבטלו ולאו כל כמיניה לקיים המקח ושיחזירו לו האונאה וכרב אלפס והרמב״ם אלא אפילו היכא דהמתאנה שותק ואינו שואל אונאתו מאיזה טעם

דס״ל לרב אלפס והרמב״ם דאין המאנה יכול לבטלו כלל ואע״פ שעדיין לא עבר הזמן שיוכל המתאנה לחזור בו דמ״מ גרע כח המאנה שאין בידו לבטלו כיון שאין המתאנה שואל אונאתו אבל הר״ר יונה ס״ל דאע״פ שאינו שואל אונאתו כיון שיכול המתאנה לחזור יכול גם המאנה לחזור אם לא שנתרצה המתאנה בפירוש שאמר בפני עדים שהוא רוצה במקח וקבלו עליו אז אין המאנה יכול לחזור וכן בנתאנה לוקח ושהה בכדי שיראה וכו׳ כיון שנתקיים המקח ללוקח גם המוכר אינו יכול לחזור אפי׳ הוקר אח״כ ותימה שהרי כשכתב הרא״ש לדברי הר״ר יונה בפ׳ הספינה דאין לפרש כפי׳ ריב״ם דחזרת המאנה הוא כשהמתאנה תובע אונאתו מכח הקושיא שהקשה על פירושו כתב עוד הרא״ש ע״ש ה״ר יונה שכתב וז״ל וטפי הוה מסתבר דהיכא דתובע אונאתו הרי גילה בדעתו שחפץ בקיום המקח אלא שתובע להחזיר לו דמי אונאתו וכיון שחפץ בקיום המקח לא מסתבר שהמאנה יבטל המקח עכ״ל הרי מבואר דלא סבירא ליה להר״ר יונה כהרי״ף ורמב״ם דכשהמתאנה תובע אונאתו דיוכל המאנה לבטלו אלא ס״ל איפכא דהמתאנה היה חפץ בקיום המקח אלא שתובע אונאתו לא יוכל המאנה לבטלו אח״כ וא״כ אמאי כתב רבינו אבל הר״ר יונה כתב אפילו אם אין המתאנה תובע אונאתו וכו׳ דמשמע דמודה הר״ר יונה לרב אלפס והרמב״ם היכא דתובע אונאתו דיוכל המאנה לבטלו אלא דמוסיף עליהם דאפי׳ היכא דאין המתאנה תובע אונאתו והא ליתא וצ״ל דהאי אפי׳ אם אין המתאנה תובע אונאתו ה״פ אפילו אם אין המתאנה תובע בעד אונאתו לומר למאנה אני חוזר במקח שהטעיתני ביותר משתות דהשתא ניחא דה״ק ל״מ היכא דהמתאנה היה חוזר במקח דפשיטא דגם המאנה יוכל לחזור בו אם הוקר אח״כ אלא אפי׳ היה שותק ולא היה תובע בעד אונאתו יכול המאנה לחזור בו כל זמן שהמתאנה יכול לחזור בו ולפי זה לא כתב רבינו דין היכא דהמתאנה רוצה לקיים המקח אלא דתובע שיחזיר לו האונאה אם המאנה יכול לחזור בו אליבא דהר״ר יונה וה״ט משום דהר״ר יונה לא פסק בזה הוראה פסוקה אלא דכתב בקושייתו אפירוש ריב״ם וטפי היה מסתבר וכו׳ ואפשר דלהלכה היה מסתפק כנ״ל ליישב דברי רבינו אע״פ שהוא קצת דוחק שלא יהא משמעות לשון אם אין המתאנה תובע אונאתו האחרון כמשמעות הראשון: גרסי׳ בפ׳ הספינה א״ר חסדא מכר לו שוה ה׳ בו׳ והוקרו ועמדו על ח׳ מי נתאנה לוקח לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר מ״ט דא״ל אי לאו דאוניתן לא מצית הדרת בך השת׳ דאוניתן מצית הדרת בך וכתב רב אלפס דלא קיי״ל כרב חסדא במאי דקאמ׳ שוה ה׳ בו׳ לוקח יכול לחזור בו דהא קיי״ל כרבא בפרק הזהב דבשתות קנה ומחזיר אונאה ולא יוכל לחזור בו והביא ג״כ מה שפי׳ הגאון לתרץ הקושיא דרב חסדא ודאי מודה לרבא דבשתות ליכא ביטול מקח אלא דרב חסדא מיירי במכר לו שוה ה׳ בו׳ ונתן לו מעות ולא משך וקאמר דלוקח יכול לחזור בו וליכא מי שפרע כיון דטעה בשתות ולא מוכר אלא צריך לקבל מי שפרע ונראה דמה שפסק הגאון הלכתא היא ואע״ג דהאלפסי השיג עליו ואמר וכד מעיינין בהא שמעתא לא סלק בהאי סברא כל עיקר עכ״ל לא השיג עליו אלא לפי דלדעת הגאון היכא דמכר ד׳ בה׳ דהוי ביטול מקח משמע דשניהם חוזרין כדאיתא בפ׳ הזהב ומוכר ולוקח שוין בה והשיג עליו האלפסי דכיון דתלמודא לא איירי שפרע אלא בדין קנייה גמורה והיכא דמשך השתא לא בטלה הא דרב חסדא והיכא דמכר ד׳ בה׳ או ה׳ בד׳ כיון דאיכא ביטול מקח המתאנה יכול לחזור בו אבל לא המאנה והא דקיי״ל בביטול מקח שניהם חוזרים היינו דוקא כשהמתאנה שואל אונאתו וכמו שנבאר בסמוך אבל דינו של הגאון אמת ואין חולק על הדין דכשנתאנה בשתות ונתן דמיה ולא משך המתאנה יכול לחזור בו וא״צ לקבל מי שפרע אבל המאנה אינו יכול לחזור בו עד שקיבל מי שפרע אבל בפחות משתות שניהם עומדים במי שפרע והכי נקטינן נ״ל:

ט לשון א״א הרא״ש ז״ל ואם נתעצל וכו׳ ויש לדקדק בלשונו וכו׳. כתב ב״י איני יודע למה הוצרך רבינו להוציאו מדיוק לשונו שהרי מבואר הוא בדבריו עכ״ל ואפשר ליישב דאיכא לפרש דהרא״ש לא אמר אלא דבלא עיכוב אונס פשיטא הוא דמחיל אבל בעיכוב אונס לא פשיטא לן והמע״ה אבל רבינו הכריע מדקדוק לשונו דפשיטא הוא דבעיכוב אונס יכול לחזור בו עדיין ומוציאין מיד המוכר דאל״כ לאיזה צורך כתב כלל בלא עיכוב אונס דהו״ל לומר ואם נתעצל ולא חקר לידע אם נתאנה מחל על אונאתו ומסתמא ודאי מיירי דאין שם עיכוב אלא שנתעצל אלא ודאי לא בא הרא״ש להוסיף בלא עיכוב אונס אלא לדיוקא דדוקא בלא עיכוב אונס אבל כשאירעו אונס יכול לחזור בו עדיין ומוציא מיד המוכר ואין זה אלא כשמברר דבלא בירור מנ״ל דאירעו אונס המע״ה: גרסינן בפ הזהב (דף נ״א) ההוא גברא דהוי נקיט ורשכי (פי׳ קישורי משי) לזבוני ושאל בדמיהם ששה זוזים ואי הוו יהבי ליה חמשא ופלגא הוה שקיל אתא ההוא גברא ואמר אי יהבינא ליה ה׳ ופלגא הויא מחילה אתן ליה שיתא ואתבעיה לדינא אתא לקמיה דרבא א״ל ל״ש אלא בלוקח מתגר אבל בלוקח מבע״ה אין לו עליו אונאה ותו הוה עובדא דכוותיה בגברא דנקיט כיפי לזבוני ופסק רב חסדא ג״כ הכי וכתב במרדכי בשם ראבי״ה אם ידע הלוקח ושתק עד לאחר זמן ותבעו לדין לא הויא שתיקתו מחילה כדחזינן הכא בורשכי וכיפי שהרי רבא ורב חסדא לא פטרו משום דידע אלא משום דב״ה העשוי למכור כליו הוה אבל מפני שידע הלוקח כשלקח שנתאנה לא פטרוהו עכ״ל ונראה דמ״ש אם ידע הלוקח וכו׳ פי׳ אם ידע בשעת לקיחה וע״ז הביא ראיה מורשכי וכיפי דאע״פ שידע הלוקח בשעת לקיחה דאינו שוה אלא ה׳ וקנאו בששה כדי לתבעו בדין לא אמרינן דידע ומחיל ומ״מ ודאי צריך לומר דלא איירי אלא דומיא דהני עובדא שאמר הלוקח בפני עדים אתן לו שיתא ואתבעיניה לדינא התם ודאי כיון שנתברר דידע ולא מחיל אע״פ ששתק בשעת לקיחה אין שתיקתו מחילה אבל אם לא נתברר דהיה דעתו לתבעו אח״כ אע״ג דנתברר דידע הלוקח

שאינו שוה אלא ה׳ וקנאו בשש אמרינן מתנה הוא דיהיב ליה דהא אפילו היכא דטעה בכדי שאין הדעת טועה פסק הרא״ש דאמרי׳ דידע ומחיל כדלקמן בסעיף י״א ומפורש כך בפ׳ הספינה (בבא בתרא דף ע״ח) וכדלעיל בסימן ר״ך סעיף ו׳ כ״ש היכא שנתברר שידע בשעת לקיחה שאינו שוה אלא ה׳ ולקחו בו׳ דאמרי׳ ידע ומחיל אלא בע״כ הך דראבי״ה צ״ל דאמ׳ בפני עדים אתן לו ו׳ ואתבעיניה לדינא ולפי זה ודאי דאפילו תבעו לאחר בכדי שיראה וכו׳ נמי צריך להחזיר דהא טעמא דזמן בכדי שיראה אינו אלא למאן דלא ידע וטעה ביוקר וקבעו לו זמן לחקור ולידע אם נתאנה ואם נתעצל ושהה יותר מבכדי שיראה ולא חקר מחיל אבל האי דידע בשעת לקיחה שאינו שוה אלא ה׳ וקנאו בו׳ לתבעו לדין ולא מחל שהרי אמר בפני עדים אתן לו ו׳ וכו׳ התם ודאי יכול לתבעו אף לאחר בכדי שיראה וזהו שכתב ראבי״ה אם ידע הלוקח ושתק עד לאחר זמן ותובעו לדין דלא הוי שתיקתו מחילה דאפילו לאחר זמן הרבה יותר מבכדי שיראה נמי מוציאין האונאה מיד המוכר כיון דידע בשעת לקיחה ולא מחיל לא בתחלה ולא בסוף כנ״ל והב״י הביא דברי ראבי״ה וכתב וז״ל ואיני מבין דבריו שזה היפך מה ששנינו עד מתי מותר להחזיר וכו׳ עכ״ל ואיכא לתמוה דאם הבין ב״י דראבי״ה מיירי בידיעה דלאחר שטעה במקחו אם כן מאי קאמר כדחזינן הכא גבי ורשכי וכיפי דמה ענין זה לזה אלא בע״כ דלא דן ראבי״ה אלא על הידיעה דבשעת לקיחה דומיא דעובדא דורשכי וכיפי דהתם ידע ולא קמחיל ומוציא ממנו אף לאחר זמן בכדי שיראה וכדפי׳ וא״כ ניחא ולא קשיא מידי והרב בהגהת ש״ע הבין כפירושינו דראבי״ה מיירי בידיעה בשעת לקיחה אלא שפי׳ מ״ש ושתק עד לאחר זמן היינו לאחר המכירה תובעו תוך זמן בכדי שיראה לתגר ושרי ליה מאריה דא״כ לאיזה צורך אמר ושתק עד לאחר זמן אדרבה הו״ל למימר ושתק עד תוך בכדי שיראה לתגר ותבעו לדין ותו הא ודאי מסתמא כיון דידע דאית ביה אונאה שתות וקנאו מתנה הוא דיהיב ליה דלא דמי לעובדא דורשכי וכיפי דאמר מקודם לקיחה בפני עדים אתן ששה ואתבענו לדין דגילה דעתו בפני עדים דלא מחיל אבל מסתמא ודאי מחיל אלא כדפי׳ הוא עיקר דראבי״ה מיירי נמי בכה״ג דאמר בפני עדים אתן ששה ואתבענו לדין דכיון דגילה דעתו בפני עדים דלא מחיל מוציאין האונאה מיד המוכר אפילו לא תבעו אלא לאחר זמן הרבה מבכדי שיראה לתגר שוב ראיתי שמהרו״ך האריך בזה בדברים דחויים והאמת הוא מאי דפרישית והכי נקטינן:

יב מכר לו שדה ד׳ בה׳ וכו׳ אפ״ה אינו יכול לחזור בו והלוקח יכול לחזור בו. אע״ג דלעיל סעיף ז׳ כתב ע״ש הרא״ש דהסכים לה״ר יונה דכל זמן שהמתאנה יכול לחזור המאנה ג״כ יכול לחזור אין זה סותר לכאן דהתם לא מיירי שהוקר ועמד על שבע והמתאנה יכול לחזור מטעם אחר ואפשר וקרוב שיחזור המתאנה הילכך גם המאנה יכול לחזור אבל הכא כיון דהוקר דמסתמא אין הלוקח עומד לחזור בו שוב אין המאנה יכול לחזור בו אלא דמכל מקום לוקח יכול לחזור בו אע״פ שאין כאן עוד אונאה ולא אמרי׳ דלאלתר כשהוקרו כמי שנתרצה בפירוש דמי דטוב לו שיהא בידו לחזור אם ירצה וכן כתב הרא״ש בפ׳ הספינה:

יג כשם שיש אונאה להדיוט וכו׳. משנה פרק הזהב ופירשו בגמ׳ הדיוט זה בעל הבית המוכר סחורה העומדת לימכר אבל בחפציו אין בו דין אונאה כמ״ש סעיף כ״ז:

טז ואף במטבע יש בו אונאה. משנה שם: ומ״ש יתר מכן בטל מקח פחות מכן מחילה. פי׳ יתר מכן בכ״ח ופרוטה פחות מכן בכ׳ ופרוטה דבתר דמי החפץ שהוא המטבע אזלינן דטעה בשומא דידה והילכך בכ׳ ופרוטה הוי מחילה אע״ג דמצד אחר הוי ביטול מקח ודלא כהרב המגיד דפי׳ יתר מכן בכ״ט פחות מכן י״ט נמשך לדעתו שכתב דבעינן דוקא ביטול מקח מכל צד ומחילה מכל צד וליתא אלא כדעת התוס׳ וכבר נתבאר לעיל סעיף ד׳:

יח ושיעור חזרה וכו׳ עד ע״י הדחק. משנה שם עד אימתי מותר להחזיר בכרכים עד כדי שיראה לשלחני בכפרים עד ע״ש אם היה מכירה אפילו לאחר י״ב חודש מקבלה ממנו ואין לו עליו אלא תרעומות ונותנה למעשר שני ואינו חושש שאינו אלא נפש רעה ופי׳ רש״י שאינה מדה זו של פוסלי מטבע בשביל חסרון מעט אלא נפש רעה ובגמרא אסיקנא הא דתנן אם היה מכירה וכו׳ א״ר חסדא מדת חסידות שנו כאן הא אחר אע״פ שאין מקבלה ממנו אין לו עליו אלא תרעומות א״ר פפא ש״מ האי מאן דמוקים אזוזי מיקרי נפש רעה וה״מ הוא דסגי להו פירוש דיכול להוציאה ע״י הדחק וכ״כ רב אלפס והרא״ש השתא שמעינן דכולה מתני׳ ביוצאה ע״י הדחק היא ומש״ה מדת חסידו׳ היא דמקבל׳ אפי׳ אחר י״ב חודש ואחר שאין מקבלה ממנו אין לו עליו אלא תרעומות דמדינא א״צ לקבלו לאחר הזמן כיון דיוצאה ע״י הדחק ומשמע אבל באינה יוצאה אפי׳ ע״י הדחק לעולם חייב להחליפה מדינא אפי׳ לאחר הזמן וכ״כ הרמב״ם וז״ל הנותן סלע לחבירו אם היה מכירה אפילו לאחר י״ב חודש ה״ז מחזירה ואם היה אפשר להוציא ע״י הדחק אינו יכול להחזירה לאחר זמן אא״כ קבלה ממנו במדת חסידות עכ״ל משמע דברישא דקאמר דמחזירה לאחר י״ב חודש בשאינה יוצאה אפי׳ ע״י הדחק הוא ומדינא חייב להחזירה אבל אם יוצאה ע״י הדחק אינו יכול להחזירה לאחר זמן מדינא אא״כ קבלה ממנו בתורת חסידות וכן פי׳ ה״ה אלא שהקשה עליו ממאי שנראה לו בגמרא דאפי׳ אינו יכול להוציאה ע״י הדחק נמי אינו חייב להחליפה מדינא עכ״ל נראה דס״ל דמתני׳ דאם היה מכירה וכו׳ סתמא תנן ומשמע בין ביוצאה ע״י הדחק בין באינה יוצאה ע״י הדחק והא דקתני ונותנה למעשר שני וכו׳ לא קאי אסיפא דאם היה מכירה אלא ארישא דמתני׳

דלעיל קאי דקתני עד כמה תהא חסירה ולא תהא בה אונאה א״כ סלע יפה הוי ומי שאינו מקבלה הוי׳ נפש רעה וכן כתבו התוס׳ ע״ש ריב״ם וכן פי׳ בנימוקי יוסף מיהו תמוה לי טובא על רב גדול כמוהו הלא ראה מ״ש האלפסי להדיא וז״ל ואם היה מכירה וכו׳ פרישנא הכי אם היה מכירה אפי׳ לאחר י״ב חודש מקבל ממנו במדת חסידות ואם לא קיבלה ממנו אין לו עליו אלא תרעומת שאינו אלא נפש רעה א״ר פפא ש״מ האי מאן דמוקים אזוזא מיקרי נפש רעה וה״מ דנפיק ע״י הדחק עכ״ל אלמא דקאי נמי אסיפא אאם היה מכירה וכו׳ ואחריו נמשך גם הרמב״ם וכך היא דעת רבינו ומ״ש בסוף ובלבד שתצא ע״י הדחק פי׳ התם הוא דאינו מקבלה לאחר זמן אלא ממדת חסידות אבל באינה יוצאה אפי׳ ע״י הדחק חייב מדינא להחליפה אפי׳ אחר י״ב חודש וכל זה נראה פשוט דלהרי״ף ולהרמב״ם והרא״ש ורבינו מפורש בגמרא דכולה מתניתין ביוצאה על ידי הדחק היא ובזו דוקא תנן דמדת חסידות היא אבל באינה יוצאה ע״י הדחק לא איירי מתני׳ כלל ומשמע דחייב להחליפה מדינא אף לאחר זמן הרבה דבזו לא קבעו חכמים זמן. שוב ראיתי למהרו״ך שהפך הקערה על פיה ופירש דעת רבינו דמדת חסידות היא להחליפה אם יוצאה ע״י הדחק אבל באינה יוצאה ע״י הדחק אפי׳ במדת חסידות א״צ להחליפה ושרי ליה מאריה כי לא ירד לאמיתו של הפשט כלל:

כא מכור לי באלו כתב הרמב״ם שיש בו אונאה וכו׳. בר״פ הזהב אמר רבה א״ר הונא מכור לי באלו קנה ויש לו עליו אונאה קנה אף ע״ג דלא משך דכיון דלא קפיד קנה דכי חליפין דמו ויש לו עליו אונאה דמכור לי באלו קא״ל ר׳ אבא אמר רב הונא מכור לי באלו קנה ואין עליו אונאה ומשמע דס״ל לרבי אבא דאע״ג דא״ל מכור עשאוהו כדין חליפין לגמרי גם לענין דאין לו עליו אונאה ומפרש בגמ׳ דכ״ע ס״ל אין מטבע נעשה חליפין והני לאו חליפין נינהו אלא דמים דהא מכור לי קאמר אלא דדמים כה״ג דלא שכיחי עשאוהו כחליפין וטעמו של הרמב״ם דפסק כרבה א״ר הונא ולהרא״ש מספקא לי׳ דדילמא הלכה כרבי אבא ומספיקא לא מפקינן ממונא מיד המאנה ויש להקשות דלעיל בריש סי׳ ר״ט כתב רבינו דברי הרמב״ם דבאומר ערימה זו של חטין אני מוכר לך בנך וכך מרתף זה של יין אני מוכר לך בכך וכך וכו׳ דקנה ויש עליו אונאה דהיינו דין זה שכתב כאן מכור לי באלו דמ״ש כשאין הדמים שבחפציו ידועים ומ״ש כשאין הפירות ידועים ואעפ״כ לא כתב שם דהרא״ש נחלק ע״ז וכאן כתב דהרא״ש נחלק ונ״ל דרבינו סובר דדוקא בתופס מעות בלא מנין ואומר מכור לי פרתך או חפץ שלך באלו התם הוא דדמי לחליפין וס״ל לר׳ אבא דלגמרי דינו כחליפין וכין דמספקא ליה להרא״ש אי הלכתא כוותיה לא מפקינן מיד המאנה אבל גבי ערימה ומרתף של יין אני מוכר לך בכך וכך וכו׳ כיון דא״ל בכך וכך לא דמו לחליפין אפי׳ לר׳ אבא והילכך יש לו עליו אונאה לדברי הכל:

כד אמר המוכר וכו׳ אין זה תנאי. כלומ׳ תנאי זה בטל וה״א בפ׳ הזהב אמר רב ענן משמיה דשמואל ע״מ שאין בו אונאה הרי יש בו אונאה אלא שרשב״ם מפרש דהו״ל כאילו לא התנה שום תנאי וחזר הדבר לדין תורה דבשתות קנה מחזיר אונאה אבל לפרש״י ה״פ דאין זה לשון מחילת אונאה כמו שנתכוין אלא הלשון משמע איפכא שלא יהא בו תביעת אונאה דהיינו שימכרנו לו בשויו ולפיכך אם הונהו הרי עבר על התנאי והמקח בטל אפי׳ לא הונהו אלא בפחות משתות וחוזר בו אם ירצה והיינו דכתב רש״י חוזר בו לגמרי דלשון לגמרי משמע דאפי׳ פחות משתות חוזר אם ירצה:

כה ומ״ש ואפי׳ אם התנה וכו׳. שם פלוגתא דרב ושמואל ופסקו הפוסקים כרב דאמר הכי וטעמא דמי ידע דאיכא אונאה דמחיל הוא סבר דאין בו אונאה ומש״ה תניא בד״א בסתם אבל במפרש וכו׳ אין עליו אונאה דהא ידע דאיכא אונאה ומחיל וע״ל בסי׳ רל״ב סעיף ז׳ ובמ״ש לשם בס״ד: ומ״ש ומיהו כתב הרמב״ם וכו׳. בפט״ו כתב המוכר שפחה וא״ל גידמת היא חיגרת היא סומא היא וכו׳ ולא היו בה מום מאלו המומין שמנה ונמצאת נכפית ה״ז מקח טעות מכאן אני אומר המוכר חפץ לחבירו בק׳ דינרין ואמר חפץ זה אינו שוה אלא זוז אחד וכו׳ כלומר לכך אמר שאין שוה אלא זוז להשליך מעליו תרעומת שלא יתרעם עליו אח״כ מכרת לי ביוקר וכיוצא משאר חסרון בחפץ כי הלא ישיב לו דבר לאמר הלא גליתי לך בתחלה שאין שוה אלא זוז והיינו פי׳ להשביח דעתו פי׳ להשקיט דעתו מלשון משביח שאין ימים שפי׳ ענין השקט והנחה דהיינו שלא יהא עליו תרעומת שמכר לו דבר שאינו חשוב מאוד על כן הודיעו מתחלה שיש בו מום וכמו שפירש״י בפ׳ האומנין (בבא מציעא דף פ׳) גבי פרה זו נשכנית היא וכו׳ וע״ל בסי׳ רל״ב סעיף ח׳ ומיהו אם הוא בכדי שאין הדעת טועה הוי מתנה כמ״ש למעלה סעיף י״א ובסי׳ ר״ך סעיף ו׳:

כו בעל הבית המוכר כליו ואינה וכו׳. שם (דף נ״א) בעובדא דורשכי וכיפי קאמר רבא ורב חסדא הכי והכי אמר רב דימי ור׳ אלעזר ודוקא במאני תשמישתיה דיקירי עליה אבל לא בסחורות העומדים לימכר כמו בגדי קנבוס: ומ״ש ומיהו פי׳ ר״י וכו׳. כ״כ הרא״ש בשמו וטעמו משום דהני עובדי דורשכי וכיפי הכי הוה באונאה בשתות ואמרו עלה ל״ש אלא בלוקח מן התגר אבל בלוקח מבעה״ב אין לו עליו אונאה אבל ביתר משתות לא אשכחן דמחלק תלמודא בהכי ואמרי׳ הבו דלא לוסיף עלה שתות גופיה חידוש הוא אין לך בו אלא חידושו ובס׳ ב״ה כתב וז״ל ומדברי הרמב״ם שכתב אין לו אונאה יש לדקדק דס״ל כתוס׳ והרא״ש עכ״ל מיהו נראה מדכתב הרמב״ם בפי״ב שאילו לא הרבה לו הדמים לא היה מוכר כלי תשמישו אלמא משמע מלשונו דאפילו הרבה ביותר משתות וכ״כ ה״ה בשם המפרשים. ומספק אין להוציא מיד המאנה נ״ל:

כח ומ״ש ופי׳ א״א הרא״ש דוקא שהלוקח יודע וכו׳. פי׳ דהשתא ניחא דאיכא למיהב טעמא דפי׳ רש״י ע״ש השאילתות דהו״ל כאילו היה מפרש הבעה״ב ללוקח יודע אני שיש בו אונאה כך וכך ע״מ שלא יהא לך עלי אונאה ואם לא ידע א״נ קנאו מסרסור אע״ג דידע הלוקח שהוא של בעה״ב מ״מ הבעה״ב מסרו לסרסור ומכרו בסתם וליכא למימר הכא דהו״ל כמפרש וקשיא לי היאך כתב הרא״ש ע״ש ר״י דמחלק בין שתות ליתר משתות דכיון דטעמו הוי דהו״ל כמפרש וכו׳ אפי׳ ביתר משתות נמי איכא למימר דהו״ל כמפרש וי״ל דאע״ג דלגבי מוכר ודאי אפילו ביתר משתות הוה ליה כמפרש מ״מ לגבי לוקח לא אמרינן דסבר וקיבל אלא עד שתות אבל ביתר משתות אינו מקבל עליו הטעות כל כך שיהא המקח קיים לגמרי ודוק:

כט וכתב הרמ״ה וכו׳. נראה דדעתו דאע״ג דבגמר׳ קאמר משום דמאני תשמישתיה יקירי עליה לא מזבין להו וזה מיירי בנתאנה לוקח מבעה״ב מעשה שהיה כך היה אבל ודאי ה״ה איפכא כשנתאנה הבעה״ב דקנה כלים ביוקר דמאני יקירי עליה ולוקחן ביוקר אם הם מקובלין בעיניו להשתמש בהן וכן כתב במרדכי ע״ש ר״ת ומביאו ב״י וכן היכא דלקח ואינה איכא טעמא שאם לא היה מוצא כלים בזול לא היה מוציא מעותיו שהוא נושא ונותן בהם לקנות כלים שונים שיש לו בביתו וכן היכא כשנתאנה הבעה״ב ומכר בזול איכא למימר דמפני דוחק שצריך למעות להוצאת ביתו מכר כליו בזול וכל זה לא שייך בסתמא לגבי תגר הקונה מתגר:

לד ששאלת על סרסור וכו׳ אבל אם הוא בעה״ב וכו׳. איכא למידק ומה בכך ששמעון הוא בעה״ב הלא מכר החפץ על ידי הסרסור ויש לו על הסרסור אונאה כדכתב הרא״ש לעיל סוף כ״ח ולשם ודאי איירי אע״פ דיודע הלוקח שהחפץ של בעה״ב אפ״ה יש בו דין אונאה כיון שלקחו מן הסרסור כדפי׳ לשם וי״ל דהנחה זו שהניח הרא״ש ואמר אבל אם הוא בעל הבית אין לו אונאה בכלי תשמישו וכו׳ לא מיירי אלא בלוקח שלקח מבעל הבית עצמו ע״פ הדין המפורש בגמרא בלוקח מבעל הבית וכשלא היה שם תנאי התם הוא דאין אונאה בכלי תשמישיו ואחר כך אמר זהו לדינא דגמ׳ אבל בנדון זה וכו׳:

לז הנושא והנותן באמונה אין לו דין אונאה ופירש הרמב״ם שא״ל וכו׳ וי״מ אפילו לא א״ל בכך וכך לקחתיו וכו׳. כתב ב״י וז״ל משמע לרבינו שהוא פי׳ מחודש ולי נראה דבכלל דברי הרמב״ם הוא עכ״ל ולא נהירא דלפע״ד הדברים מבוארים דלהרמב״ם צריך הוא שיודיענו מתחלה קודם משיכה בכך וכך לקחתיו וכך וכך אני משתכר בו התם הוא דאין בו דין אונאה שאם יטעון לאחר משיכה איני נותנו בכך וכך אין שומעין לו ומשמע דאם לא הודיע קודם משיכה בכך וכך לקחתיו אלא א״ל תן לי חפץ זה כמו שקנית אותו ואני מאמינך במה שתאמר וכו׳ ומשכו ואח״כ כשהודיעו בכך וכך לקחתיו תובעו אוניתני כי לא ידעתי בשעת משיכה שיהא בו אונאה יש בו דין אונאה אבל ליש מפרשים אפילו לא הודיעו עד אחר שמשכו אפ״ה מאחר שאמר לו תן לי חפץ זה כמו שקנית אותו ואני מאמינך וכו׳ ומשכו ואחר כך הודיעו בכך וכך לקחתיו אין בו דין אונאה אפילו אם נתאנה לוקח ראשון דאדעתא דהכי משכו לוקח שני ליתן לראשון כמו שאמר דבכך וכך לקחו וכך פי׳ בהגהות אשיר״י לשם כי״מ אבל מדברי התוס׳ לשם נראה כמ״ש הרמב״ם ע״ש:

לח והנושא והנותן באמונה לא יחשוב הרע באמונה והיפה בשויו וכו׳. איכא לתמוה טובא והיכי ס״ד למיעבד הכי הא ודאי שקר הוא ולא לאמונה ונראה דהכי פי׳ כגון אם קנה עשר יריעות וכו׳ ובא חבירו וא״ל אני רוצה בחמש יריעות כמו שקנית אותן ואתן לך עוד שכרך מעה לכל יריעה לא יתן לו ה׳ יריעות הרעות ויאמר הרי לקחתים בדינר דינר ואיני משקר לו כלום ואח״כ ימכור לו היפות בשויין אלא יאמר לחבירו אם אתה רוצה לישא וליתן באמונה קנה כל העשרה ביחד בעד עשרה דינרין וכך וכך תוסיף לי שכר על כולן או קנה לך בשווין הן רע הן יפה מה ששוה וכך מפורש להדיא בדברי ה׳ המגיד פי״ג ממכירה וכ״כ התוספות (בדף נ״א):

מא וכתב הרמב״ם אפילו מכר לו שוה אלף בדינר וכו׳. כבר הביא ב״י טעם שתי הדיעות באורך וע״ל בסימן ס״ו סעיף ל״ח וסימן קע״ה סעי׳ י״ד ודע דבפ׳ בית כור (ק״ו) במשנה בסימניו ובמצריו תופס בפשיטות כרב אלפס ע״ש וצ״ע במ״ש רבינו ע״ש ר״ת והרא״ש דעד פלגא ולא פלגא בכלל דבהטעהו בכפל המקח בטל וכ״כ בסימן ס״ו סעיף ל״ח והתוספות פ״ק דב״ק (דף י״ד) כתבו אהא דאמר התם דמאי דתנן שוה כסף זה קרקע דבר השוה כל כסף שנותנים עליו משום דאין אונאה לקרקעות וז״ל דבר השוה כל כסף לאו דוקא דיתר מפלגא יש להם אונאה כדמשמע פ׳ הזהב אלא שוה כל כסף יותר ממטלטלי עכ״ל הרי דבכפל ממש המקח קיים וכן כתב בפרק הזהב (בבא מציעא דף נ״ז) בד״ה א״ר נחמן וז״ל וקשה לר״ת דבפ׳ התקבל אמר זבן בר׳ ושוה ק׳ סבור מינה וכו׳ א״ר נחמן אין אונאה לקרקעות אלמא אפי׳ ביטול מקח איו להם ותירץ ר״ת דאין אונאה עד פלגא אבל מפלגא ואילך מיקרי ביטול מקח ויש להם וכו׳ עכ״ל וי״ל דהרא״ש מפרש להדיא דהך דזבן בר׳ ושוה ק׳ לאו דוקא ר׳ אלא מעט פחות מר׳ או שוה ק׳ ומעט יותר ולפ״ז הא דקאמר אבל מפלגא ואילך מפלגא ופלגא בכלל מיקרי ביטול מקח וכן הא דכתבו בב״ק דיתר מפלגא יש להם אונאה ר״ל יתר מפלגא

ופלגא בכלל יתר יש להם אונאה ומ״ש הרב בהגהת ש״ע וז״ל וי״א דדוקא עד פלגא אבל יתר מפלגא כגון שמכר לו אחד יותר משנים הוה אונאה עכ״ל לא דק דלא בעינן יותר אלא בהטעהו בכפל שוה נמי הוה אונאה:

מב ובחטין שזרען בקרקע וכו׳. בפ׳ הזהב (סוף בבא מציעא דף נ״ו) בעי רבא חטין וזרען בקרקע מהו יש להם דין אונאה או אין להם אונאה ואסיקנא כגון דאמר איהו שדאי בה כדבעי לה ואגלאי מילתא דלא שדא ביה כדבעי ופי׳ רש״י יש להם אונאה. אם מכרן עכ״ל משמע דמפרש לה במי שזרע חטים בקרקע ומכר הזרעים לחבירו לקצור התבואה כשתגדל וא״ל שדאי בה כמה דבעי לה ואגלאי מילתא דלא שדא בה כדבעי לה ובשעה שמכר הזרעים לא השרישו וקמיבעיא לן כמאן דשדי בכדא דמיין ויש להם אונאה א״ד בטלינהו אגב ארעא ולית להו אונאה והתוס׳ הקשו היינו מקח טעות דבעי לה שיתא והוא לא שדא אלא ה׳ וי״ל דהמוכר מודה דלא שדא אלא ה׳ ואמר דלא בעי אלא ה׳ וקרקע זו אם זרעה כדבעי לה שוה אותם דמים ואגלאי מילתא דבעי שיתא וא״ת למה לא תחשב זו אונאת קרקע כיון שלא טעה לא במדת מנין החטין ולא בשומא [א״כ] לא טעה אלא במה שלא הושבח הקרקע כדבעי לה וי״ל דאי הוה שדא בה כדבעי לה כמו שאמר היו שוין אותם דמים נמצא שהאונאה מן החטין ולא מן הקרקע עכ״ל אבל רבינו כתב כגון שמכר לחבירו קרקע ואמר זרעתיו כראוי וכו׳ נראה שכך היה מפרש דברי רש״י שכתב יש להם אונאה אם מכרן דהיינו שמכרן לחבירו עם הקרקע ומה שלא היה מפרש במכר הזרעים בלבד לקצור התבואה כשתגדל כדפירש׳ היינו משום דהוה קשיא ליה דזו פשיטא היא דכיון דלא השרישו בקרקע כמאן דשדי בכדא דמיין ויש להם אונאה דליכא למימר הכי בטלינהו אגב ארעא כיון שלא מכר לו גם הקרקע אלא הזרעים בלחוד אבל כשנפרש דמכר הקרקע עם הזרעים ניחא דאיכא למימר דבטלינהו אגב ארעא מיהו אין א׳ משאר הגאונים שפי׳ כך שמכר הקרקע דהרמב״ם ס״פ י״ג ממכירה פי׳ בשכרו לזרוע לו קרקע וכו׳ וה״ה ע״ש ר״ח פי׳ במי שמכר לחבירו החטין שזרען בקרקע ומיבעיא ליה במכרן ביותר מדמיהן או בפחות ולא גרס ואשתכח דלא שדי בה כדבעי לה ולזה הסכים הרמב״ן מיהו התוס׳ דחו פי׳ זה שכתבו וז״ל וא״ת לימא דידע דשדא שיתא ומכרו יותר משויו וכיון דזרעינהו דלמא בטל אגב קרקע וי״ל בענין זה פשיט׳ דיש אונאה שהמכר אינו תלוי בקרקע אלא בחטין שבשוק עכ״ל מיהו נראה דלמה שפירש רבינו שמכר הקרקע עם הזרעים לפי זה אם לא היתה האונאה כ״א במה שמכרן ביותר מדמיהן או בפחות לא מיבעיא לן דפשיטא דאין בה אונאה דאע״ג דאת״ל דבזרעים יש אונאה מ״מ כיון שמכר הקרקע עם הזרעים בתר קרקע אזלינן דלית בה אונאה הכי נמי בזרעים הנמכרים ולא קמיבעיא ליה אלא היכא דאשתכח דלא זרעה כדבעי לה ואע״ג דבת״ה סימן שי״ח מסיק דלא אמרינן מגו דלגבי פועל ליכא אונאה לגבי בהמה נמי ליכא אונאה ואע״ג דשכירות פועל ושכירות בהמה נכללין בסך אחד איכא לחלק דשכירות פועל שכרו ידוע בכמה ליום כדאיתא פרק האומנין דחזינן הירא מיתגרי פועלי׳ בההוא מתא ואזלינן בתריה כדמסיק בסוף אותה תשובה משא״כ הכא בשמכר הקרקע עם הזרעים:

מה וכתב עוד השוכר את הפועל וכו׳. הא דמחלק בין פועל לקבלן לענין אונאה הקשה ה״ה הלא קי״ל דאין אומן קונה בשבח כלי וקבלנות הרי היא כשכירות לענין בל תלין עכ״ל ר״ל דכיון דאומן דהוא קבלן שקיבל עליו לתקן כלי בכך וכך אינו קונה בשבח כלי א״כ דין פועל יש לו וכן כיון דבקבלן נמי עובר על בל תלין א״כ נקרא פועל מיהו כבר כתב מהרא״י בת״ה סימן שי״ח דה״ט דלגבי פועל אמר בפ׳ האומנין דיכול לחזור בו אפילו בחצי היום משום דכתיב כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים וקבלן אינו יכול לחזור מה״ט אלמא פועל דמי לעבד ולא קבלן והכי מדמה ליה במרדכי שם בדין מלמד שכיר לדין עבד עברי דגופו קנוי כל כמה דלא הדר ואע״ג דעבד כנעני הוקש לקרקעות שאין בהן אונאה ועבד עברי לא איתקוש מ״מ הא אשכחן נמי בפ״ק דקדושין דע״ע נמי דין קרקע יש לו לענין שבועה ע״ש (בדף כ״ח) וה״ה לענין אונאה:

מח שליח שמכר וטעה אין בו דין אונאה וכו׳. כלומר אפילו פחות משתות מקחו בטל וכ״כ בא״ה סי׳ ק״ד ע״ש וכן מ״ש רב האי דאם אינה הוא את הלוקח שמכרו בטל היינו נמי לומר שבטל בכל שהוא וכ״כ בא״ה בשמו בפירוש וכ״כ לעיל בסי׳ קפ״ב סעיף ט׳ ואע״ג דרבינו האי כתב דמכרו בטל בשתות והרא״ש בפרק אלמנה ניזונית השיב עליו כבר כתבתי בסי׳ קפ״ב דלא נעלם מעיני הרא״ש דלרב האי מכרו בטל אפילו בפחות משתות ולא השיב עליו אלא שלא הו״ל להזכיר בדבריו שתות וע״ש במ״ש בס״ד. וקצת קשה דבסי׳ ק״ט סעיף י״ג ובסי׳ קפ״ב סעיף ט׳ כתב רבינו דהרא״ש הסכים לדעת הר״ר יונה וכאן ובא״ה סימן ק״ד לא הזכיר דעת הרא״ש כלל:

סימן רכח

א כשם שיש אונאה במקח וכו׳ משנה בפ׳ הזהב ולפי דאונאה במקח כתוב בפירוש וכי תמכרו ממכר לעמיתך וגו׳ אל תונו איש את אחיו אבל אונאת דברים דרשי׳ לה מדכתיב קרא יתירא ולא תונו איש את עמיתו ויראת מאלהיך והוה אמינא דלא חמירא כל כך לכך שנינו כשם שאונאה במקח וכו׳ ובמרדכי הארוך הביא הא דדרש רב הונא בריה דרב אידי מ״ד לא תונו איש את עמיתו עם שאתך בתורה ובמצות אל תוניהו דמדכתיב האי קרא באונאת

דברים אלמא דלענין אונאת ממון אע״ג שאין מקיים המצות אסור להנותו דאל תונו איש את אתיו כתיב ולא כתיב את אחיך כך א״ל מורי הכהן ואני אומר א״כ מצינו אונאת ממון חמור מאונאת דברים ואנן הא קאמרינן גדול אונאת דברים מאונאת ממון וכו׳ ואפשר דלא ממעט הכא כי אם אונאת עובד כוכבים מתרווייהו אבל ישראל לא אפילו אין עושה מעשה עמך ומיהו מדקתני לעיל אם היה בעל תשובה לא יאמר לו וכו׳ משמע דאם אינו בעל תשובה אין בו משום אונאת דברים ספר החכמה עכ״ל ובפרק מי שמת אהא דתנן (בדף קנ״ו) בני רוכל תקברם אמם דלפי שהיו רשעים שהיו מקיימין קוצי׳ בכרם לא היו חוששין לקיים צוואת אמם הקשה לשם בשם הר״א מרעגנשפורג היכא מצינו שבשביל שעובר על ד״ת שמותר לגזול ממונו ותירץ דאה״נ היכא דאין בידינו לכופו בע״א לקיים ד״ת דהשתא גופו היו מכין לקיים מצות ממונו לא כ״ש עכ״ל לפי זה הך דרשא דרב חנינא לענין אונאת דברים איתאמרה דמותר להנותו אם אינו מקיים ד״ת ומכ״ש אונאת ממון דמותר ולענין מעשה צ״ע:

ב וגדולה אונאת דברים וכו׳ עד מי הוא נקי אבד. הכל שם ברייתא ומימרא דאמוראי:

ג היו חמרים מבקשים לקנות תבואה וכו׳. אפשר לפרש שנתכוין לבייש לבעה״ב ששלחם אצלו לומר שהוא מוכר תבואה והוא לא מכר מעולם וכן נראה מדברי רש״י בהזהב א״נ נתכוין לבייש לחמרים שישאלו תבואה מאותו בעה״ב והלה א״ל וכי מוכר תבואה אני שבאתם אלי לשאול ונמצאו מתביישים כ״כ בכסף משנה:

ד ויזהר אדם מלכנות שם רע לחבירו. ג״כ שם:

ו ואף אם הוא עובד כוכבים לא ימכור לו בשר נבלה בחזקת שהוא שחוטה. בפ׳ ג״ה (דף צ״ד) אמר שמואל אסור לגנוב דעת הבריות ואפילו דעתו של עובד כוכבים ולאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר דשמואל הוה קא עבר במברא א״ל לשמעיה פייסיה למבוריה פייסיה ואיקפד מ״ט איקפד אמר אביי תרנגולת טרפה הואי ויהבה ניהליה במר דשחוטה ופרש״י האי טרפה לאו דוקא דטרפה בשחוטה לא מיחלפא אלא כלומר טרפה שחוטה נתן לו במר דכשרה שחוטה עכ״ל וזהו שדקדק רבינו וכתב לא ימכור לו בשר נבלה וכו׳ כלומר שנתנבלה בשחיטה בחזקת שהיא שחוטה כשרה דאף זה הוי גניבת דעת שמחזיק לו טובה חנם וכתב הרא״ש לשם וההיא דשמואל דפייסיה למבוריה לא הוי מתנה דבמתנה לא חיישינן לגניבת דעת אלא כמין מכר הוא ואסור והכי מוכח ממ״ש התוספות בד״ה אמר אביי (דף צ״ד) ואע״ג דעובד כוכבים הוא ומשמע בסי׳ רכ״ז סעיף ל״ו דאין איסור כלל אפילו מדרבנן התם העובד כוכבים לא ידע דמאנה אותו ואף אם נודע לו אח״כ מחיל מדלא תבעו אבל הכא דגורם דמחזיק לו טובה בחנם אסור מדרבנן:

ז ואף לגנוב דעת הבריות אסור וכו׳. כל זה בפ׳ גיד הנשה שם ואין זה אלא לישראל אבל לעובד כוכבים לחנופי ליה אין איסור בדברים: ומ״ש שלא יסרהב וכו׳. משמע דוקא הפצרה טובא אסור אבל אמירה גרידא פעם ושתים מפני הכבוד אין שם איסור וכך נוהגים: ומ״ש אבל בסתם אסור וכו׳. דכך פי׳ התוס׳ והרא״ש דלא כפרש״י דבסתם שרי ואין איסור אלא כשמשקר לו שבשבילו פתחו דודאי גונב דעתו: ולא ימכור מנעל של עור בהמה מתה וכו׳. ברייתא שם מפני ב׳ דברים אחד מפני שמטעהו דשל מתה אין עורה חזק כשל בריאה שחוטה וא׳ מפני הסכנה שמא מחמת נשיכת נחש מתה והארס נבלע בעור ועכשיו שאין נחשים מצויין בינינו ליכא איסור אלא מפני שמטעהו ונראה דאפילו אינו נוטל ממנו אלא דמי מתה אפ״ה איכא טעות כיון דאינו חפץ בשל מתה כלל דכוותיה בכל הני דקחשיב מאין מפרכסין וכו׳:

ח אין מפרכסין וכו׳ משנה וגמ׳ בס״פ הזהב:

ט אין מערבין מעט פירות רעים וכו׳. ג״ז משנה שם: ופי׳ רש״י אבל ישנים מותר וכולי. איכא לתמוה טובא דהא בריש פרק הזהב (סוף בבא מציעא דף מ״ה) אמרינן לגבי מטבע אי א״ל מארנקי חדשה יהיבנא לך לא מצו יהיב ליה מארנקי ישנה אע״פ דעדיפי מינייהו מ״ט דאמר ליה ליישנן קא בעינא להו וכדלעיל בסימן ר״ג סעיף ה׳ א״כ כ״ש בפירות דמצי א״ל ליישנן קא בעינא להו והישנים מתקלקלין אם הם מתיישנים עוד וכ״כ הרמב״ם בפי״ח ממכירה אין מערבין פירות בפירות אפילו חדשים בחדשים ואצ״ל ישנים בחדשים וכו׳ ונראה שכך היה גורס בסדר המשנה ואצ״ל ישנים בחדשים ולא כספרים שלנו שכתוב בהן ואצ״ל חדשים בישנים ואפילו לגי׳ ספרים שלנו הלא באלפסי הובאה ברייתא דתני׳ בה בהדיא אין צריך לומר חדשות משלש וישנות מארבע וקא מזבין מחדשות דאין מערבין אלא אפילו חדשות מד׳ וישנות מג׳ וקא מזבין מחדשות אין מערבין מפני שאדם רוצה ליישנן הילכך נראה עיקר כהרמב״ם והרא״ש ודלא כפירש״י:

י ויין ביין מותר לערב בין הגתות וכו׳. משנה שם וכדמוקי לה ר״נ בין הגתו׳ שנו ועל פי מ״ש הרא״ש דהרך מותר לערבו בקשה לעולם אפי׳ שלא בין הגתות דהרך משביח לקשה לעולם ודלא כפירש״י דרך לא יערב בקשה אם פסק עמו קשה לא יערב בו את הרך דליתא:

יא אין מערבין מים ביין ומי שנתערב וכו׳. משנה שם מי שנתערב מים ביינו לא ימכרנו בחנות וכו׳:

יב ובין הגתות וכו׳. ברייתא ומימרא דרב שם וכל זה כתב גם ברמב״ם בפי״ח ממכירה רק דדין היתר בדבר הנטעם כתבו הרמב״ם אצל דין עירוב יין לקשה ברך וכך הוא בגמרא ואיכא לתמוה אדברי רבינו שלא כתבו אדין עירוב יין קשה ברך וכתבו כאן אצל דין עירוב מים ביין ונראה דרבינו למד להורות כך מהא דאיתא התם רבה אמזיג ליה חמרא שדריה לחנוואה א״ל אביי והתנן ולא לתגר אע״פ שמודיעו א״ל מזיגה דידי מידע ידיע שאני נותן בו מים הרבה וכ״ת דמייתי חמרא חיא ומערב ביה עד שלא יהא ניכר טעם המים א״כ דלכולי האי חיישינן אין לדבר סוף שאף המים לבדם אסור למכור לחנוני שמא יערבם ביין ולא חשו אלא בזמן שאני מוכר לו דבר העשוי לרמות בו כמו שהוא עכשיו והשתא מדקאמ׳ רבה מזיגה דידי מידע ידיע כלומר דבטעימתו ניכר טעם המים וליכא למיחש לרמאו׳ כמות שהוא עכשיו אלמא דבמקומו הם נוהגים לטעום דאי לא נהגו לטעום אע״ג דמידע ידיע מזיגה דידיה מאי הוי סוף סוף עשוי לרמות בו אחרים אלמא דבעירוב מים ביין נמי היכא דנהגו לטעמו וטעמו ניכר מותר לערב וס״ל לרבינו דבעירוב יין קשה ברך נמי אם היה טעמו ניכר דמותר לערב שלא בין הגתות היינו דוקא במקום שנהגו שהקונה טועמו תחלה ומש״ה המתין רבינו וכתב דין היתר העירוב בדבר הנטעם לאחר שכתב דין עירוב יין קשה ברך ודין עירוב מים ביין לאורויי דאתרווייהו קאי שמותר לערב בדבר שטעמו ניכר ומרגיש הקונה אותו במקום שהכל נוהגים לטעמו ודוק: ודע דבש״ע סעיף י״ב כתב וז״ל לעולם אין מערבין מים ביין וכו׳ והאי לעולם ט״ס הוא וצריך להגיה בסוף סעיף הקודם לו וצ״ל ולפיכך מותר לערב אותו לעולם כלומר דכיון שטעמו מרגיש הלוקח לפיכך מותר לו למוכר לערב אותו לעולם אבל אי אפשר לומר דלעולם אין מערבין מים ביין שהרי אחר כך כתב דבין הגתות מותר לערב כשיעור שדרכם לערב ופשוט הוא:

יג אין מערבין שמרי יין ביין וכו׳ משנה ואוקימתא דגמרא שם ומשמע בגמרא דאפילו מודיעו שהוא מערב שמרי חברי זו בחבית זו אסור שמא ירמה בו אחרים אבל יכול לערב השמרים עם היין שבתוך אותה חבית אפילו לא הודיעו:

יד התגר נוטל מה׳ גרנות וכו׳ עד ואין בני השוק יכולין לעכב עליו. משנה וגמרא שם:

יח הקונה מחבירו חבית יין או של שמן וכו׳. חזר וכתב דין זה משום שמן לומר דכשם שהדין ביין בדבר זה כך הוא בשמן ועוד לפי שכתב כאן אפילו אם הוא מוכר בשעה שהוא צלול דהכי איתא בפ׳ המפקיד (בבא מציעא דף מ׳) גבי שמן וקאמר רבינו דה״ה גבי יין והדין הראשון הוא ס״פ הזהב גבי יין ולהכי פלגינהו רבינו לתרתי בבי אבל לדינא אין לחלק בין יין לשמן וכמ״ש הרא״ש במסקנת דבריו בפרק המפקיד ומביאו ב״י:

יט אבל אם מכר לו הרבה שמן ביחד ונותן לו מעט מעט וכו׳. משנה בפרק המפקיד מי שהפקיד שמן אצל חבירו וערבו עם שלו אם היה שמן מזוקק אינו מוציא לו שמרים ר׳ יודא פליג ואמר דמוציא לו שמרים וכשם שאמרו שמרים במפקיד כך אמרו במוכר שהמוכר שמן לחבירו ונותן לו מתוך חביותיו כשהוא מסתפק תמיד והוא מזוקק הרי הלוקח מקבל עליו לפחות לו לוג ומחצה מחמת שמרים למאה לוג ובגמרא פליג רב פפא אדאביי ומפרש לדברי חכמים מותר לערב שמרים פי׳ המוכר שמן לחבירו סתם בעת שהוא מזוקק ששקעו ושקטו שמריו מותר לו לערב ולבלבל השמרים המשוקעים שיחזרו ויתערבו ויצאו עם השמן בתוך המדה והיינו טעמא דלא מקבל דא״ל מדלא ערבת לי אחולי אחלת לי ולדברי ר׳ יודא אסור לערב שמרים שבחזקת מזוקק לקחו ממני וזה מקלקלו וה״ט דמקבל עליו לוקח לוג ומחצה שמרים בשלא ערבו ונתנו לו מזוקק דא״ל מוכר אי בעינא לערובי לא שרי לי לערובי לך קבולי נמי לא מקבלת עלך חסרון השמרים בתמיה אם כן מה אשתכר הרי השכר כלה בשמרים וכתב הרא״ש והלכה כרב פפא דבתראה הוא ומותר החנוני לערב ובלבל השמן וכו׳ עד אלמא אפי׳ בשעה שהשמן הוא מזוקק מותר לערב בו שמריו ולמכרו עם השמן עכ״ל והיינו משום דהלכה כחכמים לגבי ר׳ יודא ומותר לערב לכתחלה כשהוא מודד לו ואם לא ערבם תו לא מקבל לוג ומחצה למאה לוג דמדלא ערבו לו מחל לו וז״ש רבינו אבל אם מכר לו הרבה שמן ביחד וכו׳ דאע״פ דהיה יכול לערב לו השמרים כשמכרו לו מ״מ עכשיו שלא ערבם הרי מחל לו מיהו משמע מלשון רבינו שכתב אבל אם מכר לו הרבה שמן ביחד ונתן לו מעט מעט וכו׳ דהיינו דלקח ממנו להסתפק מעט מעט והשמן איננו בעין התם הוא דאינו מנכה לו בשביל השמרים אבל אם השמן הוא בעין ביד הלוקח לא הויא מחילה כיון שעדיין יכול לערב השמרים בשמן וכ״כ התוס׳ וז״ל (בד״ה לדברי חכמים) ולרב פפא דאמר דטעמייהו משום מחילה סבר דהשמן אינו בעין דאילו הוה בעין לא שייך ביה מחילה עכ״ל אלא דכתבו עוד אי נמי סבר דאע״פ שהוא בעין שייך ביה מחילה כיון דמדדו מזוקק עכ״ל אבל מדברי רבינו שדקדק לכתוב ונתן לו מעט מעט משמע שבא לומר דכיון דהסתפק ממנו מעט מעט ואינו בעין לפיכך הוי מחילה הא לאו הכי לא הוי מחילה וכשינויא קמא דתוס׳: ומ״ש אבל מנכה לו בשביל הקמחים וכו׳. ברייתא ואוקימתא דגמרא בפ׳ המפקיד:

כ והרמב״ם כתב אסור לערב שמרים וכו׳. נראה דפוסק כסתם משנה דס״פ הזהב אין מערבין שמרי יין ביין אבל נותן לו את שמריו ותנא ביין וה״ה בשמן וכדמפרש לה רב יהודא דאסור לערב שמרים של חבית זו בחבית זו אפי׳ של אמש בשל היום ושל היום בשל אמש ולא מיבעיא שמרים ביין ובשמן אפילו כל שהוא דאסור אלא אפילו שמרים בשמרים אסור לערב דלא שרי אלא כדקתני סיפא דמתני׳ אבל נותן לו את שמריו פירוש דבמערה

מכלי אל כלי נותן שמריו לתוכו וה״ה במוכר סתם בשעה שהוא צלול דלא יערב בשעת מדידה וימדוד הכל ביחד דזה נמי ודאי אסור וכדתנן אין מערבין שמרי יין ביין וה״ה בשמן ומתני׳ דהמפקיד דפליגי בה ר׳ יודא וחכמי׳ מפרש לה הרב במפרש ואומר שמן מזוקק אני מוכר לך והתם הוא דהלכה כחכמים דאינו מקבל עליו לוג ומחצה שמרי׳ למאה לוג כיון שפירש לו שמן מזוקק משמע דאין מקבל עליו שמרי׳ ופסק כאביי דלדברי חכמים אסור לערב שמרים וכסתם מתני׳ דס״פ הזהב אבל מכר לו שמן סתם אע״פ שמכר לו בעת שהוא מזוקק מודו רבנן שמקבל עליו לוג ומחצה לכל מאה לוג ואע״פ שכבר נתן לו מעט מעט ונתן לו הכל צלול ואינו בעין אפ״ה מנכה לו בשביל השמרים והשתא בהא פליגי דלהרא״ש אפי׳ אם מוכר לו בשעה שהוא צלול מותר למוכר לערבו כדי שיתערבו השמרים וימדוד הכל ביחד ולהרמב״ם אסור לערב השמרים אלא ימדוד לו הכל צלול. אידך להרא״ש אם מדד לו מעט מעט צלול ואינו בעין אין מנכה לו לוג ומחצה למאה לוג ולהרמב״ם כיון שמכר לו בסתם שלא פירש שיהא מזוקק מנכה לו לוג ומחצה לכל מאה לוג. אידך להרא״ש הא דמחלק תלמודא בין תשרי לניסן היינו בין שהקדים לו הדמים בתשרי מנכה לו בשביל הקמחים ובין שלא נתן לו הדמים עד ניסן דאין מנכה לו בשביל המקחים אבל להרמב״ם בהקדים לו המעות בתשרי אם מקבלו בניסן במדה הגדולה מנכה לו מן הקמחים אבל אם מקבלו במדת ניסן שהיא קטנה אינו מנכה לו בשביל הקמחים אלא בשביל השמרים בלבד לוג ומחצה לכל מאה לוג ודו״ק:

סימן רכט

א המוכר לחבירו חטים וכו׳. בפ׳ המוכר פירות שנינו המוכר פירות לחבירו ה״ז מקבל עליו רובע טינופת לסאה תאנים מקבל עליו עשר מתולעות למאה ופרש״י המוכר פירות תבואה ה״ז הלוקח מקבל עליו רובע הקב של טינופת לכל סאה דסתם תבואה דרכה להיות בה רובע טינופת אבל יותר מרובע לא כדמפרש אי משום דינא אי משום קנסא מתולעים דאורחייהו בהכי וה״ה אחת לעשר עכ״ל ובגמרא תאנא רב קטינא רובע קטנית לסאה ועפרורית לא והאמר רבה הבורר צרור מגרנו של חבירו נותן לו דמי חטין קטנית רובע עפרורית פחות מרובע ועפרורית רובע לא והא תניא המוכר פירות לחבירו חטין מקבל עליו רובע קטנית לסאה שעורים רובע נישובת לסאה (פי׳ קש שניזרה בנישוב) עדשים מקבל עליו רובע עפרורית לסאה מאי לאו ה״ה לחטי׳ ולשעורים שאני עדשים דמעיקרא עקרי להו ולא קוצרין הילכך שכיחי בהו עפרורית טפי ומסקנא דשמעתתא דבחטים רובע קטנית לסאה ובשעורים רובע נישובת לסאה ובעדשי׳ רובע עפרורית לסאה וה״ה שאר קטנית דמיעקר עקר להו אבל בחטין ושעורין ושאר תבואה דקוצרין אותן אינו מקבל רובע עפרורית אלא פחות מרובע מקבל עפרורית עכ״פ וכדמוכח מהך דהבורר צרור וכו׳ דצריך לומר דמיירי בפחות מרובע צרור דהיינו עפרורית אבל רובע לא מקבל אלא בקטנית והשתא ניחא דל״ק מה שהקשה ב״י דאמאי לא כתבו הפוסקים דבכל המינים מקבל עפרורית פחות מרובע דמאחר שכל הפוסקים כתבו הך דהבורר צרור וכו׳ שמעינן דאפילו בחיטין מקבל עפרורית כ״ש בשאר מינים ואין זה אלא בפחות מרובע ומשמע נמי דבשאר מינים כגון שיפון וכוסמים ושעורים ושיבולת שועל נמי מקבל רובע קטנית לסאה שהרי מתני׳ סתמא תנן המוכר פירות מקבל עליו רובע טינופת ומפרש רב קטינא דהאי רובע טינופת פירושו רובע קטנית ובכל פירות קאמר ובריייתא דתני חטין מקבל עליו רובע קטנית לסאה ודאי ה״ה לשאר מינים אלא דאתא למעט שאין מקבל עליו בחטים רובע נישובת כמו שמקבל עליו בשעורים וכן בשעורים אתא למעט שאין מקבל עליו רובע נישובת אבל לא רובע עפרורית כמו בעדשים אבל רובע קטנית דמקבל עליו בחטים כל שכן בשאר מינים וכדמשמע מדתאני רב קטינא כדפי׳ ולפי זה איכא לתמוה טובא על מה שכתב הרמב״ם דבשאר פירות מקבל עליו רובע טינופת לכל סאה ולפי׳ מה היא טינופת דאי עפרורית קאמר הא ודאי לא מקבל אלא פחות מרובע ואי נישובת קאמר הא ודאי משמע דבשעורים דוקא דשכיחי נישובת קאמר דמקבל רובע נישובת אבל שאר מינים לא דאל״כ אמאי תניא שעורים טפי ואי קטנית קאמר כ״ש דהו״ל לפרש דלא נטעה לומר טינופת ממש ונראה דהרמב״ם ס״ל דמדתניא בחטין רובע קטנית ובשעורים רובע נישובת אלמא דבשאר מינים כל מה שנמצא בתוכו משערים ברובע כגון מקצת קטנית ומקצת נישובת ומקצת שאר טינופת מקבל עליו בין הכל רובע ולפי דפשט הסוגיא לא משמע הכי אלא בכל המינים מקבל רובע קטנית ולא שאר טינופת וכדפרי׳ לכך הביא רבינו דברי הרמב״ם בזה לגלות דמפרש פירוש מחודש בסוגיא אבל ב״י כתב דרבינו כתבה בשם הרמב״ם משום דרשב״ם פי׳ המוכר פירות תבואה ולדבריו אין דין שאר פירות מפורש לא במשנה ולא בברייתא והרמב״ם סובר דהמוכר פירות איירי בשאר פירות בר מחטים ושעורים וקטנית וכו׳ ושארי ליה מאריה דהא ודאי דגם הרמב״ם אי אפשר לו לפרש המוכר פירות אלא בתבואה כדמוכח הסוגיא דמייתי בגמ׳ עלה הך דרב קטינא לפרושי מתני׳ ושקלינן וטרינן עלה ועפרורית לא והאמר רבא הבורר צרור וכו׳ אלא כדפרישית ושוב ראיתי בפי׳ המשנה להרמב״ם שכתב וז״ל טינופת מטונפת בעפר עכ״ל משמע דר״ל דבשאר מינים מקבל מאותו מין רובע מטונף בעפר לסאה: ואם יראה ללוקח וכו׳ שם מימרא דרב הונא אם בא לנפות מנפה את כולו א״ל דינא וא״ל קנסא ופסק הרא״ש וכיון דאיכא תרי לישני עבדינן כלישנא דקנסא לקולא ואי ידעינן דלא עריב לא קנסינן ליה וכתב עוד וללישנא דקנסא אי אשתכח

טפי מרובע וידיע דאיהו לא עריב לא קנסינן ליה עכ״ל נראה דר״ל דלא קנסינן ליה בכוליה אלא מקבל אלו השעורים והמותר ינכה לו וכך כתב רבינו בתחלה בסתם ומדברי הרא״ש למד כך ואח״כ הביא פי׳ רשב״ם דצריך לקבל הכל ודהכי מסתברא:

ב הבורר צרור וכו׳. פי׳ רשב״ם דכשבורר צרור ומשליך לחוץ היזק בידים הוא שאותן צרורות היו שוין לו כמו חטין וחייב משום דינא דגרמי אלא שאין ההיזק ניכר אבל לחזור ולערב אינו יכול דהשתא עושה עולה בידים וכתיב לא תעשו עול וגם לוקח לא מחיל אלא מה שנתערב מעצמו עם התבואה בע״כ של מוכר עכ״ל ולא דמי לשמרים דאם. הלוקח נטל ממנו יין ושמן צלול והוא בידו בעין דלא מחיל מוכר ויתן לו מוכר ללוקח לוג ומחצה שמרים שיערב עדיין וימכור כדכתבו תוס׳ פרק המפקיד וגם מדברי רבינו נראה דסובר כך כדפי׳ בסי׳ רכ״ח סעיף י״ט דשאני שמרים שמגוף היין והשמן קאתו אלא שנפרדו ונשקעו בשולי החבית ומש״ה יכול לערב שמריו לתוך אותה החבית וכדתנן ס״פ הזהב אבל נותן לו את שמריו מה שאין כן צרור דמעלמא אתא:

סימן רל

א האומר לחבירו מרתף של יין אני מוכר לך למקפה כו׳. הכי אסיקנא בגמ׳ דדוקא בדא״ל למקפה: ומ״ש או אפי׳ לא הזכיר לו יין וכו׳. כן פי׳ רשב״ם דהיכא דא״ל למקפה ל״ש אמר מרתף של יין למקפה ל״ש אמר מרתף למקפה דלמקפה משמע מיין טוב דלא היו רגילין למקפה כי אם ביין טוב ואת״ל היו רגילין נמי לתת חומץ למקפה אפ״ה אין לומר מרתף למקפה אני מוכר לך בשביל חומץ דכל חומץ מתקיים הוא ומחמיץ יותר ומרתף חומץ היה לו לומר עכ״ל: א״ל מרתף זה של יין ולא אמר למקפה נותן לו מיין הנמכר בחנות. הכי מוקמינן לברייתא בגמ׳ דלהכי אהני זה כלומר כמות שהוא ופי׳ המפרשים דיין הנמכר בחנות היינו קוססות שהתחיל קצת להחמיץ: אמר לו מרתף זה וכו׳ עד אפילו כולו חומץ. ברייתא שם ואוקימתא דגמרא שם: א״ל מרתף זה של יין למקפה וכו׳. הכי אוקימנא לה לדרב זביד בגמרא בדא״ל למקפה ופרשב״ם דהיכא דא״ל למקפה ל״ש אמר מרתף של יין למקפה ל״ש אמר מרתף למקפה דלמקפה משמע יין טוב וכו׳ כדפי׳ בסמוך ואהני מאי דא״ל זה שמקבל עשר קוססות למאה והיכא דא״ל מרתף של יין סתם ולא אמר זה וגם לא אמר למקפה פליגי בה רב אחא ורבינא אי מקבל עליו עשר קוססות לק׳ ופסקו הפוסקים קולא לנתבע שהוא המוכר וחייב הלוקח לקבל י׳ קוססות לק׳: ובמוכר חבית אחת וכו׳. בברייתא דר׳ חייא וכדאסיקנא שאני חבית דכולה חד חמרא הוא וז״ל הרמב״ם בפי״ז דמכירה א״ל מרתף של יין אני מוכר לך למקפה או שא״ל חבית של יין אני מוכר לך נותן לו יין שכולו יפה וראוי לתבשיל עכ״ל הנה שהשוה דין חבית יין סתם לאומר מרתף של יין למקפה דנותן לו כולו יפה כדי להסתפק ממנו מעט מעט לתבשיל: ובחבית זה של יין כתב הרמ״ה שדינו כמרתף של יין וכו׳. פי׳ כאומר מרתף זה של יין ולא א״ל למקפה דאהני ליה זה ליתן לו יין כמות שהוא הנמכר בחנות שהתחיל קצת להחמיץ ואי א״ל למקפה נותן לו יין שכולו יפה דבמרתף כה״ג מקבל עליו י׳ קוססות לק׳ אבל הכא דחבית יין מחד חמרא משמע נותן לו כולו יפה דבאומר חבית זה למקפה דינו כאומר חבית של יין סתם ולא אמר לא זה ולא אמר נמי למקפה דבמרתף נמי דין מרתף זה למקפה שוה לדין מרתף של יין סתם היכא דלא אמר לא זה ולא אמר למקפה: לקח יין כדי למכרו בחנות וכו׳. מימרא דרבא שם ודברי רבינו כפי׳ ר״י בתוס׳ דהחנוני לקח היין במכר גמור וכן כתב הרמב״ם בפי״ז ממכירה דלא כפרשב״ם דהחנוני אינו אלא שליח וחמרא ברשותא דמוכר קאי דליתא: ומ״ש דהוי כאילו א״ל למקפה וכו׳. כן כתבו התוספות והרא״ש ואין פירושו דדין זה כלוקח למקפה דא״כ היה צריך ליתן לו יין שכולו יפה וכאן אין דינו אלא שיתקיים מעט עד שימכר אלא ה״פ דהוי״ל כאילו אמר מכור לי יין שאמכור בחנית לצורך מקפה ליה מעט ולזה מעט דא״צ להתקיים זמן רב כיון שמוכר להרבה בני אדם לכל אחד לצורך מקפה קצת אבל בלוקח יין למקפה לשלחנו בלבד צריך לו יין יפה שיתקיים הרבה ימים ודוק: וכל זה לא איירי אלא בשלא עירה וכו׳. משנה שם המוכר יין לחבירו והחמיץ אינו חייב באחריותו ובגמרא אר״י ב״ח ל״ש אלא בקנקנים דלוקח אבל בקנקנים דמוכר א״ל הא חמרך והא קנקניך וכי קנקני דמוכר מאי הוי לימא ליה לא איבעי׳ ליה לשהוויי ל״צ דא״ל למקפה ופליגא דר׳ חייא בר יוסף דאמר חמרא מזליה דמרא גרים דכתיב ואף כי היין בוגד גבר יהיר וכו׳ ופסק הרי״ף והרא״ש הלכה כר״י ב״ח ומקמי הכי איפליגי רב אמר המוכר חבית יין לחבירו והחמיצה כל ג׳ ימים ברשות מוכר מכאן ואילך ברשות לוקח ושמואל אמר חמרא אכתפא דמרא שוור ובתוך ג׳ ימים נמי הוי ברשות לוקח עבד רב יוסף עובדא כוותיה דרב בשיכרא וכוותיה דשמואל בחמרא ופירשב״ם חמרא אכתפא דמרא שוור על כתף האדם הוא מדלג כלומר מזלו גורם והרי״ף והרא״ש כתבו וז״ל והא דשמואל אי בקנקנים דמוכר קאמר בדלא א״ל למקפה הוא ואי בקנקנים דלוקח קאמר אע״ג דא״ל למקפה כי היכא דלא תיקשי אדר״י ב״ח דתרווייהו הלכתא נינהו ולא קשיין אהדדי עכ״ל ומעתה נתבארו דברי רבינו דמ״ש דבכליו של מוכר הוא דחייב מוכר באחריות כשא״ל למקפה אבל בכליו של לוקח אינו חייב באחריות אפי׳ א״ל למקפה היינו כר״י ב״ח דהלכתא כוותיה לגבי ר׳ חייא בר יוסף ומה שהשוה רבינו היכא דלקחו למכור בחנות לא״ל למקפה נתבאר בסמוך דכ״א לפי דינו דהיכא דלקחו בחנות צריך שיתקיים מעט למכרו להרבה בני אדם לזה מעט ולזה מעט למקפה ובדא״ל למקפה לשלחנו צריך הוא שיתקיים הרבה:

ומ״ש רבינו כליך גרם לו להחמיץ. נראה דאם היה נודע שהקנקנים משובחים ביותר חייב המוכר באחריותו וזהו ע״פ פרשב״ם אבל לפי׳ ר״ת בההיא דחמרא אכתפא דמרא שוור דהנענוע והעירוי שהריקו היין מכלי אל כלי קשה ליין השתא אפילו הקנקנים משובחים אין המוכר חייב באחריותו וכדכתב הר״ן וב״י אבל דעת רבינו אינו כן אלא כפרשב״ם ויתבאר בסמוך בס״ד: ומ״ש ואפי׳ החמיץ תוך ג׳ ימים וכו׳. זהו כשמואל בחמרא דאפילו תוך שלשה ימים ברשות לוקח הוא דחמרא אכתפא דמרא שוור כשעירו אותו לקנקנים דלוקח אפילו אמר ליה למקפה וכן נמי בכליו של מוכר ולא א״ל למקפה והוסיף רבינו ואמר שאנו אומרים יין היה כשמכרו המוכר ומזל הלוקח גרם לו להחמיץ וכו׳ דס״ל כפרשב״ם דחמרא אכתפא דמרא שוור ר״ל מזלו גורם אע״ג דלית הלכתא כרב חייא בר יוסף דאמר חמרא מזלא דמריה גרם אין זה אלא בדא״ל למקפה ואיתיה לחמרא בקנקנים דמוכר התם הוא דמוכר חייב באחריותו ולא תלינן במזל הלוקח אבל כשעירו אותו לקנקנים דלוקח אי נמי בדאיתיה בכליו של מוכר ולא א״ל למקפה תלינן במזל הלוקח ומשום הכי לא מיבעיא היכא דטעמו מתחלה והוי בסיס דפשיטא שאין המוכר חייב באחריותו אלא אפילו לא טעמו תלינן לומר יין היה כשמכרו המוכר ומזל הלוקח גרם לו להחמיץ והיינו דכתב רבינו לקמן בסעיף ו׳ השכר אין דינו כדין היין שהיין תלוי במזל האדם טפי וכו׳ ועיין במ״ש לשם בס״ד מיהו נראה דוקא היכא שכבר נתן המעות אמרינן מזל הלוקח גרם ומשמכרו החמיץ והמע״ה אבל כשלא נתן המעות אין המוכר יכול להוציא מידו בלא ראיה כיון דלא טעמו מתחלה וכי היכא דלגבי שכר לאחר ג׳ ימים אי לא טעמו המע״ה אם לא נתן המעות ה״נ גבי יין תוך ג׳ ימים כשלא נתן המעות אא״כ כנשעשה חומץ חזק דהתם אפילו טעמו והוי טעמא חמרא אמרינן ודאי לא טעמו שפיר וכו׳ דהלכה כר׳ יהושע בן לוי לגבי ר׳ יוחנן כמ״ש התוס׳ בפ׳ בני העיר ועיין בב״י הביא פלוגתא דר״י וריב״ל בנעשה חומץ חזק והלכה כריב״ל אבל באינו חומץ חזק אפילו לא טעמו תלינן דברשות הלוקח החמיץ והיינו דקאמר שאנו אומרין יין היה וכו׳ ואע״ג דפרשב״ם בפלוגתא דרב ושמואל מפורש דלא פליגי אלא היכא דטעמיה לוקח וס״ל לרב אימר לא טעמיה שפיר ומשמע דאהא פליג שמואל ואמר דברשות לוקח הוא אבל אי לא טעמיה כלל מודה שמואל דברשות מוכר הוא ס״ל לרבינו דאף על גב דלרב אפילו טעמו ברשות מוכר הוא כל ג׳ ימים הראשונים אפ״ה לשמואל ברשות לוקח הוא אפילו לא טעמו כלל דתלינן במזל הלוקח דגרם לו להחמיץ ודוק. כנ״ל דעת רבינו וכדמוכח מלשונו ודלא כמו שפי׳ בית יוסף עיין עליו: והיכא שידוע שיינו של מוכר מחמיץ וכו׳. משנה שם ופי׳ רשב״ם ואם ידוע שמחמיץ בכל שנה מצי א״ל לא איבעי לך לשהויי אלא לשתותו דהא לא א״ל למקפה וכו׳:

ב האומר לחבירו יין מבושם וכו׳. משנה שם: ומ״ש אבל אם עירהו הלוקח וכו׳. כ״כ הרא״ש לשם בפסקיו: יין ישן וכו׳. ג״ז משנה שם. צריך שתדע דכל היכא דשינה הלוקח כגון שעירה היין לקנקנים אי נמי שינה בו נקב אין המוכר חייב באחריות אפילו לא שהה לוקח טפי ממאי דראוי ליה לשהויי אבל היכא שהוא בכליו של מוכר ולא א״ל למקפה דמצי א״ל לא איבעי לך לשהויי אין זה אלא היכא דמשהה ליה טפי ממאי דראוי לשהויי וכו׳ כגון דאפי׳ ג׳ ימים הוה שהייה יתירא לפום מאי דחזו ליה להאי אינש וכו׳ וכדכתב רב האי לעיל בסמוך:

ד המקבל יין מחבירו בעסקא ע״מ שיוליכנו למקום פלוני וכו׳. שם מימרא דרבא ופירושה דהנותן התנה עמו שלא יהא רשות למקבל למכרו בכאן אפילו אם יוקיר כאן אלא נותנו לו ע״מ שיוליכנו למקום פלוני לפיכך אם הוזל או החמיץ וכו׳ האחריות על המוכר דמצי א״ל המקבל לא איבעי לך לשהויי:

ה וכתב הר״ר יונה וכו׳. פי׳ דמדנקט תלמודא האי מאן דקביל וכו׳ משמע דוקא במקבל בעסקא אבל לא לוקח דלא דמי למוכר ע״ד לעלות לא״י וכו׳ אבל ר״ח כתב דאין חילוק בין מוכר ללוקח וס״ל לתלמודא דנקט האי דינא במקבל מחבירו בעסקא לאו דוקא דה״ה בלוקח והרמ״ה גם הוא ס״ל דה״ה בלוקח אלא שכתב ליישב הא דנקט תלמוד׳ האי דינא במקבל בעסקא ואומר שאין זה אלא דתלמודא נקט מילתא דפסיקא דבמקבל בעיסקא דלעולם אחריות הזול או החומץ על המוכר כיון שהתנה עמו שלא למכרו כאן כלל אלא במקום פלוני אבל בלוקח איכא לחלק דדוקא בשהתנה שלא יתן הדמים עד שיוליכנו למקום פלוני וכו׳:

ז שכר אין דינו כדין היין וכו׳. שם בגמ׳ עבד רב יוסף עובדא כרב בשיכרא וכשמואל בחמרא וכ״כ הרי״ף והרא״ש ולא הביאו בפסקיהם הא דאיתא בספרים שלנו אח״כ והלכתא כוותיה דשמואל נראה דלא היה כתוב כן בספרים שלהן ופסקו הלכה כרב יוסף דעבד עובדא ומעשה רב ומכאן יש ראיה לפרשב״ם דחמרא אכתפא דמרא שוור היינו לומר דמזלא דגברא גרים דאל״כ למה עבד רב יוסף בשיכרא כרב ובחמרא כשמואל אלא ודאי דס״ל דטעמא דשמואל לא שייך אלא בחמרא ואע״ג דשמואל גופיה ס״ל שלא לחלק בין חמרא לשיכרא וכן רב לא חילק מ״מ רב יוסף הכריע לחלק ביניה׳ וכ״פ הרמב״ם בפי״ז להדיא כדברי רבי׳ והיא דעת הרי״ף והרא״ש וכ״כ הר״ר ירוחם והב״י כתב שאין כן דעת הרי״ף מדהביא אחר ההיא דעבד רב יוסף כרב בשיכרא הך והלכתא כוותיה דשמואל וגם הרמב״ם בפ׳ י״ז לא חילק ביניהם עכ״ל ודבריו תמוהים דבספרי האלפסי כולם לא כתוב הך והלכתא כשמואל וגם הרמב״ם חילק בפירוש בין יין לשכר דביין כתב בסתם דכשלא א״ל למקפה א״ל הו״ל לשתותו ולא לשהותו ומדכתב בסתם

משמע דאפילו החמיץ תוך ג׳ ימים אין המוכר חייב באחריותו ובשכר כתב לחלק בין תוך ג׳ ימים לאחר ג׳ ימים ופי׳ הרב המגיד שפוסק כרב יוסף דעבד עובדא בשיכרא שוב ראיתי בכסף משנה שהאריך להחזיק דבריו ולא נהירא: ומ״ש לפיכך המוכר חבית של שכר לחבירו והחמיץ וכו׳ ואפילו קיבל המעות וכו׳. כל דברי רבינו בזה הם מדברי התו׳ בפ׳ המוכר פירות על שם פי׳ הקונטרס בד״ה כל ג׳ ימים (דף צ״ו) שכתבו בדין מוכר יין והחמיץ אליבא דרב וז״ל כל ג׳ ימים הראשונים ברשות מוכר ואפי׳ נתן לו הלוקח מעות יחזיר דכיון דנראה חומץ גמור תוך ג׳ שנמכר בידוע שכבר משעת מכירה ריחיה חלא ואהאי חמרא לא יהבי אינשי דמי ואע״פ שטעמו והוה ריחיה חמרא ודאי לא טעמי׳ שפיר כיון דאחמיץ בתוך ג׳ מכאן ואילך ברשות לוקח ואפי׳ לא נתן מעות חייב ליתן ומיהו נראה דאיכא דלא טעמיה בשעת לקיחה דאמרינן המע״ה דספיקא הוא והא דתנן המוכר יין לחבירו והחמיץ אינו חייב באחריותו מיירי לאחר ג׳ א״נ בקנקנים דלוקח כר״י ב״ח כן פ״ה עכ״ל ורבינו כתב כאן כל זה גבי שיכרא למאי דקיי״ל כרב בשיכרא וכרב יוסף דעבד הכי עובדא: ומ״ש רבינו ומיהו אי לא טעמיה המע״ה היינו דלא טעמיה כלל ולא הו״ל להאי שיכרא שום חזקת שכר טוב אבל אי טעמיה פעם אחת קודם לקיחה והוה בסים לא אמרינן המע״ה אלא אמרינן כל שהספק נולד ברשותו עליו להביא ראיה כדלעיל בסי׳ רכ״ד לפי פי׳ הרא״ש וכך השיב מהרי״ל בתשובה למהרא״י בעל ת״ה וז״ל בסימן ק״ע והיין שנמצא חומץ אחר שנקנה ללוקח הלכה רווחת בישראל כל שהספק נולד ברשותו עליו להביא ראיה וכן בסי׳ רל״ב הביא רבינו בסעיף י״ג תשובת הרא״ש גבי גבינות שנמצאו מרוקבות ביד הלוקח דאם הדבר ספק אם נעשה הריקבון בבית המוכר המע״ה ואע״ג דהספק נולד ברשותה לוקח אפי׳ הכי אם היה הלוקח מוחזק כגון שלא נתן המעות אמרינן דהמוכר הוא המוציא ועליו הראיה וה״ט משום דהגבינה לא היה לה חזקת גבינה טובה כלל ודוק:

סימן רלא

א אסור לרמות לחבירו וכו׳. אריכות לשון זה נראה ליישב דה״ק אסור לרמות בענין המדה והמשקל וכדכתיב לא תעשו עול במדה ובמשקל ובמשורה אלא מיהו כיון שלא התבאר באיזה ענין היתה אזהרה זו לכך חזר ואמר אלא צריך שיהו המדות וכו׳ כלומר בשני דברים הזהיר הכתוב האחד שיהו המדות והמשקלות ישרות ומצודקות לא חסר קצת ולא יתר קצת ואמר לשון ישרות על המדות ומצודקות על המשקלות והשני שלא ירמה בהן דכבר אפשר שבמדה ישרה ומשקל צדק יכול לרמות ג״כ ועיין בסמוך סעיף כ״ד:

ב חייבים ב״ד וכו׳ עד סוף הסי׳. הכל בפרק הספינה משנה ואוקימתא דגמ׳:

ג אסור לאדם להשהות מדה חסרה וכו׳ מותר להשהותה. ואע״ג דאמרי׳ תו בגמרא ובאתרא דלא חתימי נמי לא אמרן אלא דלא מהנדסי (פי׳ דאין הולכים ממונים לבדוק את המדות) אבל מהנדסי לית לן בה הא דחינן לה וקאמר ולא היא זימנין דמיקרי ב״ה ומיקרי ושקיל והאי ולא היא לא קאי אלא אמאי דמפליג בין מהנדסי ללא מהנדסי אבל לא קאי למאי דמפליג בין חתימי ללא חתימי וכן פי׳ רשב״ם דמתרמי ב״ה שהכל טרודין ואין רואהו עכ״ל כלומר ואין רואהו למהנדסי וזהו טעמן של האלפסי והאשיר״י שלא הביאו הך דמפליג בין מהנדסי ללא מהנדסי כיון דדחו אותו בגמ׳ וכ״כ הרמב״ם ריש פ״ז מה׳ גניבה ע״ש:

ד אבל אין עושין קביים וכו׳. ולא קשה א״כ דטעו אינשי ריבעא שלישית ההין ורביעית ההין לא ליעבד כבר תירצו בגמרא דהוו במקדש לא גזרו בהו רבנן והקשו במקדש נמי ליגזור ותירצו כהנים זריזין הן וכתבו הרמב״ם:

ז וכשמודד דבר לח וכו׳ עד שאין ברתיחה וכו׳. שם כ״כ הרמב״ם שהרי התורה הקפידה על המדות בכל שהוא וכו׳ דאם לא כן קשה פשיטא דגזל גמור הוא ותיפוק ליה משום לא תגזול והתוס׳ פירשו דאפי׳ איכא ש״פ אתא קרא לחייב משעת הרתיחה ואע״פ שעדיין לא מדד לתוך כליו של לוקח וכה״ג אמר בפרק א״נ דאמרינן שלא יטמין משקלותיו במלח האי גזלה מעלייתא היא לעבור עליו משעת עשייה:

ח הסיטון וכו׳. משנה שם הסיטון מקנח מדותיו א׳ לל׳ יום ובעה״ב א׳ לי״ב חודש רשב״ג אומר חילוף הדברים חנוני מקנח מדותיו פעמיים בשבת וממחה משקלותיו פעם אחת בשבת ומקנה מאזניים על כל משקל אמר רשב״ג בד״א בלח אבל ביבש אין צריך ופרשב״ם ת״ק סבר בעה״ב שאינו מוכר תדיר כסיטון די בפעם אחת בשנה שאינו נדבק בו כ״כ ורשב״ג אמר חילוף הדברים סיטון פעם אחת בשנה דכיון שמוכר תדיר אין המשקה נקרש בתוכו החנוני מקנח י״מ אתאן לת״ק וכו׳ פי׳ דלפי שהחנוני תדיר למכור יותר מסיטון ובעה״ב לפיכך מקנח פעמיים בשבת והיינו כת״ק ודלא כרשב״ג וכך נמצא בפירוש במקצת פירושים וא״כ סתם לן תנא הלכה כת״ק ולא כרשב״ג וכך היא דעת הרמב״ם שפסק דלא כרשב״ג ואע״ג דקיי״ל הלכה כרשב״ג במשנתינו אלא לפי דכאן סתם לן תנא בסיפא דלא כרשב״ג גם בהא דמחלק רשב״ג וקאמר בד״א בלח אבל ביבש אין צריך פסק הרמב״ם דלא כוותיה ולכן כתב בפ״ח מגנבה בסתם לקנח המדות והמשקלות ולא חילק בין לח לדבר יבש וכ״כ בפי׳ המשניות בסוף משנה זו ואין הלכ׳ כרשב״ג וזה הו׳

טעמו של הרמ״ה שפסק דאף לדבר יבש צריך דס״ל להלכה כת״ק ולא כרשב״ג כלל אבל רבינו נמשך אחר פרשב״ם דכתב דרשב״ג נמי מודה בחנוני דאע״פ שמוכר תדיר כיון שאינו חייב להטיף ג׳ טיפין נקרש בתוכו יותר ופסק כת״ק ברישא דלא כרשב״ג דקאמר חילוף הדברים אבל בסיפא דקאמר רשב״ג בד״א בלח אבל ביבש אין צריך פסק כרשב״ג אפשר דס״ל דהאי בד״א לפרש אתא ולא לחלוק את״ק והכי משמע לישנא דקאמר אמר רשב״ג וכו׳ וברישא תנן רשב״ג אומר אלמא דברישא בא לחלוק ובסיפא לפרש והב״י נתקשה לו למה פסק הרמב״ם דלא כרשב״ג גם הקשה אדברי הרמ״ה דכתב דאף בדבר יבש צריך ול״ק ולא מידי׃

ט במקום שנהגו למדוד בדקה לא ימדוד בגסה אפי אם יתן לו ג׳ גסות בשביל ד׳ דקות. משנה שם ואיכא לתמוה דרשב״ם פי׳ דקה קב גסה סאה וא״כ מהו זה שאמר רבינו אפילו אם יתן לו ג׳ גסות בשביל ד׳ דקות וכו׳ דג׳ גסות הוו י״ח קבין וד׳ דקות אינן אלא ד׳ קבין ונראה דרבינו מפרש דקה וגסה הכל במדה אחת כגון מדת תשרי ומדת ניסן שהביא רבינו סוף סי׳ רכ״ח ע״ש הרמב״ם דמדת תשרי היא גדולה שמודדין בה שמן בתשרי כשהשמן עכור בפקטים גם מדברי הרב המגיד סוף פ״ח מגנבה נראה שיש לפרש כך שהרי כתב וז״ל מקום שנהגו למוד בדקה משנה שם ויש מי שפירש דקה כגון מדת הקב גסה כגון מדת הסאה וכו׳ מכלל דבריו נשמע שיש לפרש דקה וגסה הכל במדה אחת וכדפרישית׃

יא המשקלות עושין וכו׳ אבל לא פחות. ואע״ג דבמדות קטנות אמרי׳ בגמ׳ פקיעי בהו אינשי דמתוך קטנותן יודעין בו לשער כמה מחזיק ולא אתי לרמות התם ודאי איכא היכר טובא בחלל שזה חללו מרובה מזה אבל במשקלות שהוא עשת אתו למיטעי טפי׃

יז והמאזנים צריכין שיהיו מיושרים וכו׳ והחוט שהמאזניים תלויין בו יהיה ארוך ג׳ טפחים וכו׳. ברייתא שם נפש המאזניים תלויה באויר ג׳ טפחים וכו׳ ופרשב״ם נפש המאזניים הוא ברזל החלול שהלשון קבוע בו תלוי באויר ג׳ טפחים שיהיו ג׳ טפחים מן הקנה לגג הבית שלא תגיענה בגג כשיכריעם עכ״ל׃

יח ואורך הקנה וכו׳ י״ב טפחים ואורך החוט שהכף תלוי בו י״ב טפחים. בברייתא שם וקנה ומיתנא שלה י״ב טפחים ורשב״ם פי׳ י״ב טפחים ד׳ טפחים הקנה וד״ט כל אחד מן החבלים וכו׳ ויש להקשות לפי פירושו דא״כ לאיזה צורך צריך שיתלה באויר ג׳ טפחים כדי שלא יגע בגג אפי׳ בב׳ טפחים רחוק מן הגג [ליסגי] ולפיכך צריך לפרש שיטתו דאין הטעם שלא יגע בגג אלא דכשהחבל קצר למעלה באויר בקל יש להטות המאזניים אילך ואילך וכ״כ להדיא בפי׳ אחרים אבל לפי דעת רבינו דהקנה בלבדו י״ב טפחים והמיתנא ג״כ י״ב טפחים ניחא טפי והיא דעת הרמב״ם בפ״ח מגניבה ורבי׳ נמשך אחריו והוא עיקר׃

כד כתב הרמב״ם אחד הנושא ונותן וכו׳. בפ״ז מגניבה וכתב ה״ה דכיון דגזל העכו״ם וגניבתו אסור המשקל הוא כגזל וע״ל ריש סי׳ שמ״ח וריש סי׳ שנ״ט ואע״ג דעובד כוכבים הוא התם גלי לן קרא מדכתיב אל תונו איש את אחיו וכו׳ אבל משקלות וגזל וגניבה דליכא קרא להיתרא אסור כמו לישראל ומשמע דלהרמב״ם איסורא דאורייתא נמי איכא ועובר בל״ת אבל דעת רבינו שאין בגזל עובד כוכבים כי אם איסור דרבנן ולכך כתב בתחלת סי׳ זה אסור לרמות לחבירו וכו׳ ואם אינו עושה כן עובר בלא תעשו עול וכו׳ כלומר דלחבירו כ״ע מודו דעובר בלא תעשו עול וכאן כתב ע״ש הרמב״ם דס״ל דבעכו״ם נמי עובר בלא תעשה וחייב להחזיר׃

כו חייבים ב״ד להעמיד ממונים וכו׳ אבל הוקר השער וכו׳ פירוש כגון אם לקח בשעת הגורן ועכשיו הוקר ישתכר אפילו כפלים כפי שהשער הולך עכ״ל רשב״ם׃ הקשה ב״י על מ״ש הרמב״ם בפי״ד ממכירה בסתם שלא ישתכר המוכר יתר על שתות דמפני מה לא פסק כההוא דפרק המפקיד בעובדא דרב יודא דבחנוני דמוכר על יד על יד ואית ליה טורח רב דיכול להשתכר יתר על שתות ונראה לי דהרמב״ם ז״ל דחי להך דהמפקיד מהלכה משום דאיתא בפ׳ הספינה ת״ר אין משתכרין פעמי׳ בביצים ופליגי בה רב ישמואל חד אמר על חד תרין וחד אמר תגר לתגרא דקשיא למ״ד על חד תרין דאלמא דאם אינו משתכר על חד תרין שרי להשתכר אפילו ביתר משתות וזה סותר למה דאמר שמואל אין משתכרין יתר על שתות ותירצו התוס׳ בשם ריב״ם דמיירי הכא בביצים דטרח והיכא דאיכא טירחא יכול להשתכר יותר משתות כדאיתא בפרק המפקיד והרמב״ם פסק לשם כמ״ד תגר לתגר שהרי כתב וז״ל ואין משתכרין פעמיים בביצים אלא התגר הראשון והוא מוכרן בשכר והלוקח ממנו מוכרן בקרן בלבד עכ״ל אלמא דלא ס״ל כמ״ד על חד תרין משום דלדידיה משמע דוקא על חד תרין לא אבל ביותר משתות מותר להשתכר כיון דאיכא טירחא טובא לחזר בעיירות לקנות ביצים והרמב״ם ס״ל כאידך מ״ד דאפילו בביצים נמי אף על גב דאיכא טירחא אסור להשתכר יותר משתות וא״כ צריך לומר הא דאין משתכרין פעמיים בביצים היינו תגר לתגרא אבל אין חילוק בין איכא טירחא טובא לליכא טירחא טובא לעולם אין משתכרין ביותר משתות ודלא כהך דרב יהודא בפ׳ המפקיד ולפי זה ס״ל להרמב״ם דביצים נמי יש בהם חיי נפש כמו יינות שמנים וסלתות ואין משתכרין בהם ביותר משתות ודלא כפרשב״ם ורבינו ויתבאר בסמוך בס״ד׃

כח בד״א בדברים שיש בהם חיי הנפש וכו׳. כ״כ הרמב״ם בפ׳ י״ד ממכירה וכ״כ רש״י בפ׳ המפקיד (בבא מציעא דף מ׳) וז״ל והאמר שמואל המשתכר בדברים שיש בהם חיי הנפש אל ישתכר יותר על שתות הא שתות ישתכר ולמה לא ישתכר רב יודא עד שתות עכ״ל ונראה דמה שהכריחו לרש״י לפרש כך הוא משום דקשיא ליה מאי פריך תלמודא אדרב יודא דילמא ס״ל דהך דשמואל בשאין בהן חיי נפש הילכך יכול להרויח שתות אבל ביין שנמכר בחנות דהוי חיי נפש אין לו להרויח שתות אלא ודאי קים ליה לתלמודא דבאין בהם חיי נפש יכול להרויח מה שירצה ואין פוסקין להם שער השתא בע״כ הך דשמואל דאל ישתכר יותר משתות לא קאמ׳ אלא בדברים שיש בהם חיי נפש כנ״ל והרב המגיד נדחק ואמר שדימה הרמב״ם דין זה למה שאמרו שם אין אוצרין פירות בא״י דברים שיש בהם חיי נפש וכולי וראיה מדלא אמר תסתיים דשמואל הוא דאמר תגרא בתר תגרא וכו׳ עכ״ל וכל זה דוחק וגם ב״י השיב על דבריו ע״ש: אין משתכרין בביצים הכפל וכו׳. פסק כמ״ד על חד תרין אין משתכרין בביצים וכ״פ רשב״ם דעד הכפל ולא כפל בכלל משתכרין ואע״ג דהוי יותר משתות לפי שביצים אין בהם חיי נפש דלא מיקרי חיי נפש אלא דברים שאי אפשר לאדם מבלעדם כגון יין ושמן וסולת וכך היא דעת ה׳ המגיד ולא הו״ל לב״י להשיג עליהם בסברתו ולומר דביצים נמי מדברים שיש בהם חיי נפש הם והפריז על המדה לומר דכל שהוא מאכל אדם בכלל דברים שיש בהם חיי נפש הם ושרא ליה מאריה דודאי אפילו פירות שאין בהם צורך כל כך להחיות נפש כל חי הם וכהוראת ברכת בורא נפשות אלא דהכא לא אמרו דברים שיש בהם חיי נפש אלא על דברים שחייו תלוי בהם ואי אפשר לו מבלעדם וזהו פירוש בורא נפשות רבות וחסרונם מה שהוא חסרון לחייו אם לא בראם כגון יין ושמן וסולת:

ל רשאין בני העיר לפסוק לכל השערים וכו׳. פי׳ לכל דבר שירצו לפסוק לו שער רשאין הם לפסוק ולומר דבר פלוני בכך וכך וכו׳ וכדאיתא בפ״ק דב״ב רשאין בני העיר להתנות על המדות וכו׳:

סימן רלב

א המוכר לחבירו דבר וכו׳. מימרא דרבא ריש פ׳ האיש מקדש ור״ל דלאחר שנודע לו דטעה חוזר בו מיד אפי׳ לא נודע לו הטעות עד זמן מרובה אבל אם נודע לו הטעות ושתק והשתמש בו וכיוצא בו דגלי דעתיה דלא קפיד הוה מחילה ושוב אינו יכול לחזור בו כמו שיתבאר בס״ד: אבל אם אין החשבון יוצא לפי המנין וכו׳ אין צריך להחזיר וכו׳. וכתב הרא״ש פ׳ א״נ ודוקא אי לא אתי אינו חייב להחזיר וסמיך אהבלעה אבל אי אתי איהו ואמר טעיתי במנין חייב להחזיר לו וכ״כ ב״י ע״ש הר״ר ירוחם ואיכא לתמוה למה לא הביא רבינו דין זה בשם הרא״ש ונראה דרבינו דק בלשונו שכתב תחלה וכן אם טעה במנין המעות וכו׳ חוזרין לעולם לתבוע היתרון או החסרון משמע מלשונו זה דבכל ענין חוזר לתבוע טעותו וזה חייב להחזיר לו ואח״כ כתב ואפילו אם תבעו היתרון אם הוא בכדי שהדעת טועה חייב להחזיר וכו׳ אבל אם אין החשבון יוצא לפי המנין שרגילין למנות בו א״צ להחזיר וכו׳ והיינו דוקא היכא דלא תבעו דעליו קאי האי אבל אם אין החשבון יוצא וכו׳ אבל היכא דתבעו להחזיר לו הטעות כבר כתב זה בתחלה בסתם דחוזרים לעולם לתבוע היתרון והיינו כמ״ש הרא״ש מיהו בהגהות מרדכי שם כתב ע״ש הר״ב בשהבליע לו בחשבון בכדי שאין הדעת טועה אפי׳ אם בא הנותן לאחר מכן לשאול המעות ממנו נראה דלא יהיב ליה כלום וכן מצאתי בתוס׳ וראיה ממכר לו את הצמד וכו׳ ודוקא התם פליגי ר״י ורבנן משום דהדמים מודיעים אבל הכא דאין הדמים מודיעים לא וע״ש עכ״ל וראיה זו איני מכיר דהתם איכא טענה דמכר לו אבל הכא אין כאן אלא טעות או הבלעה וכיון שזה תובע טעותו היאך יחזיק במה שאינו שלו בלא טענה הילכך דברי הרא״ש עיקר מיהו התוס׳ כתבו (תחלת דף ס״ד) וז״ל הם היו רגילין בחמשה כמו שאנו מונין אחד אחד ולדידן הוי בכל ענין בכדי שהדעת טועה עכ״ל וכ״כ בהגהת מיימוני בלשון התוס׳ אבל בהגהת אשר״י ע״ש ר״י כתב בסתם דלדידן הוי בכל ענין בכדי שהדעת טועה וצריך להחזיר לעולם אפי׳ לא תבעו והכי נהוג עלמא להחזיר הטעות בכל ענין שרגילין למנות:

ב כתב הרמב״ם אפילו קנו מידו וכו׳. ריש פ׳ ט״ו מה׳ מכירה ואתחלת הסי׳ קאי היכא דטעו במדה או במשקל דחוזר לעולם אפילו קנו מידו וכו׳ כלומר שהמקח קיים ומחזיר לו הטעות:

ג וכתב הראב״ד פעמים וכו׳. פי׳ דברישא דא״ל שק זה בדינר ויש בו סאה וכו׳ דכיון דאמר שק זה לא היה דעתו לקנותו אא״כ דאית ביה בשק זה סאה שלמה ולא ע״ד שישלים לו ולפיכך אפילו הכיר בו שאין שם סאה ה״ז חוזר אבל סיפא דלא אמר זה אלא א״ל הנה לך סאה של אגוזים בדינר קנה וישלים דכיון דהכיר שלא היה בו סאה ע״ד שישלים לו נטלו אבל לא הכיר שלא היה בו סאה אפי׳ לא א״ל שק זה נמי חוזר דמצי א״ל לא הייתי קונה אלא ע״ד דאית ביה סאה שלמה ולא ע״ד שישלים לו סאה ולא קשה מהא דכתב בסי׳ רי״ח סעיף י״ג דכשהכיר בה שאין במדתה אלא ק״ן והמוכר א״ל יש במדתה מאתים דאינו חוזר כיון שהכירה וקבלה משום דרצונו לומר שהיא יפה כאחרת (ששוה) מאתים שאני התם דא״א לו שישלים שהרי מכר לו

השדה בסימניה ובמצריה אבל כאן אפשר לו שישלים ואדעתא דהכי קנה שישלים לו החסרון וע׳ במ״ש בסמוך סעיף ד׳ בס״ד וע׳ בב״י שהאריך בחילוק זה בין אפשר להשלים לאי אפשר להשלים בשם כמה גדולים. כתב ב״י נראה שהראב״ד אינו חולק על דברי הרמב״ם אלא שחידש לנו דין אחר שלא נזכר בדבריו ודברי טעם הם ואפשר שגם הם יודו בו ודלא כהרב המגיד שהבין דהראב״ד חולק על דברי הרמב״ם ורבו גם במגדל עוז משמע דמפרש דהראב״ד אינו חולק אדברי הרמב״ם בזה ע״ש:

ד מכר חפץ לחבירו וכו׳. כן כתבו הרי״ף והרא״ש בפרק הזהב והרמב״ם בפרק ט״ו ממכירה: ומ״ש והוא שלא נשתמש במקח וכו׳. ברמב״ם שם וכתב הרב המגיד דלמד כך מדין אשה שנמצאו בה מומין דדין מקח וממכר שוים לאשה בדינים אלו: אין מחשבין פחת המום וכו׳ כ״כ הרמב״ם לשם וצריך לפרש דדוקא באומר אחזיר לו כשיעור פחת המום התם הוא דאינו יכול דיאמר הלוקח בחפץ שלם אני רוצה אבל אם החפץ מקבל תיקון שיחזור לקדמותו אין הלוקח יכול לחזור בו לפי מ״ש הרא״ש בסמוך בתשובה גבי בתים דבמום שמקבל תיקון אין זה מום ותימה א״כ אמאי כתב הראב״ד גבי שק של אגוזים דבהכיר בו דוקא אמר דע״ד שישלים לו נטלו אבל לא הכיר בו חוזר וכי גרע חסרון אגוזים ממום גמור היכא דלא ידע בו דבמום עובר שמקבל תיקון החוזר לקדמותו אינו יכול לחזור בו וכאן שבידו להשלים הסאה יכול לחזור בו ואפשר לומר דהראב״ד נמי לא אמר אלא היכא דהלוקח נותן אמתלא לדבריו שהיה צריך לסאה של אגוזים לשעה ושוב אין לו צורך בהם ואדעתא דהכי שהמוכר יחזר אחר אגוזים להשלים הסאה ולהמתין לו עד שישלים לא הייתי קונה דשוב אין לי צורך באגוזים ודכוותיה בקונה חפץ או קרקע שהיה צריך לשעה ולאחר שעה אין לו צורך בהם דיכול לחזור בו ולומר דלא לקחו ע״ד שימתין עליו עד שיתקן המום אפילו הוא מום עובר והרא״ש בתשובה לא מיירי דהיה צריך לאותן בתים לשעה: וכן אם ירצה הלוקח לקחת פחת המום הרשות ביד המוכר וכו׳. כתב מהרו״ך לפי מ״ש רבינו בסי׳ רכ״ז סעיף ו׳ ע״ש הר״ר יונה דאם לא גילה המתאנה דעתו שרוצה לקיים המקח ומסתמא יחזור בו הרשות ביד המאנה ג״כ לחזור בו נ״ל דה״נ ביש מום במה שקנה עכ״ל לא נראה כן לפע״ד דבאונאה ביתר משתות מסתמא ודאי אין אדם מוחל על הפסד ממונו לקנות שוה ד׳ בה׳ אבל אמום קל שנמצא בממכרו אין דרך רוב בני אדם להקפיד ומחיל אינש וע׳ בסעיף ז׳ במ״ש בזה:

ז ואפילו אם פירש המוכר וכו׳. כ״כ הרמב״ם פ׳ ט״ו ממכירה ומסיים בו וז״ל שהמוחל צריך לידע הדבר שימחל לו בו ויפרש אותו כמו המפרש בהונייה עכ״ל. וכתב ה״ה לא ידעתי זה מבואר אלא מדמיון זה לאונאה למד כן ומק״ו שהרי המום לעולם חוזר אע״פ שאין האונאה חוזרת אלא לזמן ידוע עכ״ל: ומ״ש רבינו וזה נוטה לצד דבריו וכו׳. תימה הלא מפורש בדברי הרמב״ם דמדמהו לאונאה לאיזה צורך הבין רבינו דהרמב״ם תולה דין מחילת מום בדין מקנה דבר שאין לו קצבה ונראה דרבי׳ סבור דאין מחילת מום דומה לאונאה כלל דבאונאה אין אדם מוחל כלל מן הסתם למכור שוה ו׳ בה׳ וכן לקנות שוה ו׳ בז׳ וכדתניא להדיא בפ׳ הזהב (בבא מציעא דף נ״א) דבא״ל בסתם ע״מ שאין לך עלי אונאה יש לו עליו אונאה כיון דלא ידע שיהא שם אונאה שיהא מוחל עליה ומן הסתם ודאי לא מחיל וכן פסקו הפוסקים וגם הרא״ש פסק כך וכ״כ רבינו בסי׳ רנ״ז סעיף כ״ו ואין שם מחלוקת דתלמוד ערוך הוא אבל כשאין שם אונאה אלא מום דיש כמה בני אדם שאין מקפידין במקצת מומין ויש שמקפיד בכל מום איכא למימר דאפי׳ בסתם נמי שאינו מפרש המום שבממכרו ולא ידע המום שבו מחיל ואינו מקפיד על המום שבו ולכך אין ללמוד דין מחילת מום מדין מחילת אונאה אלא בע״כ דס״ל להרמב״ם דכי היכא דאין אדם יכול להקנות מדעתו ומרצונו דבר שאין לו קצבה דאין הקנין חל עליו כך אינו יכול למחול דבר שאין לו קצבה ואע״פ שרצונו הוא שלא להקפיד על המום שיש לו בממכרו אפ״ה מדינא לא יכול למחול וס״ל לרבינו לפ״ז דלהרא״ש דיכול להקנותו ה״ה שיכול למחול לפי זה מ״ש הרמב״ם ויפרש המום כמו המפרש בהונייה לא כתב כן משום דלמד דין מחילת מום מדין אונאה אלא שאמר שדיניהם שוים אבל ודאי דין מחילת מום לא למדו אלא מדין מקנה דבר שאין לו קצבה והק״ו שעשה ה׳ המגיד הוא ק״ו פריכא דמה ענין זמן שניתן לאונאה בכדי שיראה ולמום שנמצא בממכרו דחוזר בו לעולם לדין מחילה דבאונאה ודאי אין אדם דמחיל מן הסתם אבל במום יש מי שאינו מקפיד ויש מי שמקפיד ולענין הלכה פסק בש״ע כדברי הרמב״ם וכ״כ ב״י בשם הרמ״ה ומביאו ב״י ועבמ״ש בס״ס ר״ז בס״ד ליישב דלא קשיין הפסקים אהדדי ומהרו״ך כתב כאן דברים שלא במשפט ולא ראיתי להאריך בזה:

ח המוכר פרה לחבירו וכו׳. פ׳ האומנין (פ׳) א״ר יוחנן המוכר פרה לחבירו וא״ל פרה זו נגחנית היא נשכנית היא בעטנית היא רבצנית היא והיה בה מום א׳ וסנפו בין המומין ה״ז מקח טעות מום זה ומום אחר אין זה מקח טעות א״ל רב אחא בריה דרבא לרב אשי היו בה כל המומין הללו מהו א״ל רב מרדכי לרב אשי הכי אמר משמיה דרבא היו בה כל המומין הללו אין זה מקח טעות ופרש״י היה בה מום אחד מן המומים הללו וסנפו בין מומין אחרים שלא היו בה סנפו חיברו הרי זה מקח טעות לפי שהכיר הלוקח בשאר מומין שאינן כסבור הוא שבכולן משקר אלא להשליך מעליו תרעומת אמר כן מום זה ומום אחר שפירש לו שם אותו מום לבדו וא״ל מום זה בה ועוד מומין אחרים אין זה מקח טעות דכיון דאותו המום הזכיר לו לבדו בו הו״ל לבדוק היו בה כל המומין הללו ואינו מקפיד אלא על האחד ובא וטוענו כסבור הייתי שאתה כולל בה מה שאין בה ומה שיש בה ואילו ידעתי שזה בה

לא הייתי לוקחה מאי אפי׳ לא גרסינן וה״ג היו בה כל המומין הללו אין זה מקח טעות עכ״ל פי׳ קמיבעיא ליה אירישא היכא דסנפו בין המומין והיו בה כל המומין דילמא בזו נמי הוי מקח טעות ופשיט ליה דבזו לא הוי מקח טעות ורישא לא מיירי אלא בסנפו בין המומין ולא היו בה שאר כל המומין התם הוא דהוי מקח טעות כסבור היה שבכולן משקר וכו׳ ומש״ה כתב רש״י אפילו לא גרסי׳ וכך פירשו התוס׳ להדיא ואין חילוק בין פרש״י לתוס׳ אלא דבפי׳ רש״י משמע דסיפא דתני מום זה ומום אחר היינו דאותו מום הזכיר לו לבדו ואמר מום זה בה ועוד מומין אחרים ואין חילוק בין אומר בסתם ועוד מומין אחרים ובין מפרש שאומר ועוד מומין מום פלוני ומום פלוני דמכל מקום כיון שהזכיר שם אותו מום לבדו בו הו״ל לבדוק אבל בתוספת מבואר דלא קאמר אלא ועוד מומין אחרים יש בה ולא פירש אותן מומין כלל ע״ש אבל הרי״ף והרא״ש תפסו להם שיטה אחרת ובין [ברישא בין] בסיפא בסנפו בין המומין מיירי אלא דרישא מיירי בשאין בה אלו המומין הניכרין אבל היה בה מום אחר שאינו ניכר ומנאו המוכר עם אלו המומין שאינן בה הרי זה מקח טעות כסבור כשם שאין בה אלו המומין כך אין בה זה המום האחר ובסיפא איירי בהראהו המום שהוא ניכר ונראה לעינים ואמר ליה פרה זו יש בה מום זה ומום פלוני [ומום פלוני] ולא היו נראים לעין ואחר כך נמצאו בה אלו המומין שאינם ניכרים אין זה מקח טעות שהרי לא אמר ליה אלא מומין שבה ורב אחא הוה קמיבעיא ליה אסיפא דילמא אף על פי שהראהו המום שהוא ניכר וסנפו בין שאר מומין שאינן ניכרין מכל מקום אם היו בה כל המומין הוי מקח טעות דמצי אמר מסתמא ליתנהו לכולהו מומין ואם הייתי יודע דכולהו איתנהו בה לא הוינא זבין ומסיק אפי׳ היו בה כל המומין הללו אין זה מקח טעות שהרי לא הטעהו ולא אמר ליה אלא מומין שבה וגרסי׳ אפילו וה״א באלפסי ישן וכן כתב הרא״ש אפילו היו בה כל המומין וכו׳ ומדברי הרמב״ם פרק ט״ו נראה שהוא מפרש כפי׳ הרי״ף והרא״ש בין ברישא ובין בסיפא ובעיא דרב אחא קאי ארישא וגם אסיפא ומסיק אם היו בה כל המומין אין זה מקח טעות ולא גריס אפילו ולפיכך כתב הרמב״ם דין היו בה כל המומים אין זה מקח טעות ברישא היכא שמנה המוכר מומין גלויין ומומין שאינן ניכרין ולא הראה לו המום שיש בה דאם היו בה כל המומין שמנה אין זה מקח טעות וחזר וכתבו בסיפא היכא דהראה לו המום שיש בה וא״ל מום זה יש בה ועוד מום פלוני ומום פלוני אע״פ שאינן נראין ונמצאו בה כולן או מקצתן אין זה מקח טעות כלל העולה דבכל ענין לא הוי מקח טעות אלא א״כ שמנה מומין גלויין ומומין שאינן ניכרין ולא היו בה המומין הגלויין כלל ונמצאו בה מום מאותן מומין שאינן ניכרין הרי זה מקח טעות דהלוקח אומר כסבור הייתי כשם שאין בה אלו המומין וכו׳. ורבינו כתב ברישא כדברי הרמב״ם דבהזכיר גלויין ואינן ניכרין ולא היו בה המומין הגלויין כלל ונמצא בה מום שאינו ניכר הרי זה מקח טעות וכו׳ אבל אם היו בה המומין הגלויין בין מקצתן בין כולן ונמצא בה מום שאינו ניכר אין זה מקח טעות דכמו שמחל על הניכר כך מחל על שאינו ניכר אבל בסיפא כשהיה בה מום אחר ניכר והראהו לו וכו׳ נקט גירסת הרי״ף והרא״ש ואמר אפילו היו בה כל המומין וכו׳ כלומר דל״מ כשלא היו בה כל המומין שאינן ניכרין שהזכיר דאין זה מקח טעות דהו״ל לאסוקי אדעתיה דלוקח כיון שהראה לו המוכר מום זה הניכר כך יהא נמצא בה מאלו המומין שאינן ניכרין שהזכיר אלא אפילו היו בה כל המומין שאינן ניכרין שהזכיר וטעין הלוקח כסבור הייתי שהוא מזכיר מומין שיש בה ושאין בה דמסתמא ליתנהו לכולהו וכיון שנמצאו בה כל המומין אדעתא דהכי לא זבנית קמ״ל דאפילו הכי אין זה מקח טעות שהרי לא הטעהו שלא הזכיר לו אלא מומין שבה ולענין דינא שוין הן הרי״ף והרא״ש והרמב״ם ורבינו אלא דבפירושא דשמעתתא איכא הפרש ביניהם כדפירש׳ אבל כולן לא ס״ל שיטת רש״י ותוספות והכי נקטינן כהסכמת רבינו. ובש״ע סעיף ט׳ כתב בלשון רבינו היה בה מום אחד ניכר וכו׳ אפילו היו בה כל המומין שהזכיר שהרי לא הטעהו שלא הזכיר לו אלא מומין שבה עכ״ל ומהרו״ך למד מלשון זה דיוקא וכתב וצ״ע הא אם הזכיר לו גם מומין שאין בה הוה מקח טעות ומאיזה מומין כ״כ וכו׳ והוציא דין שאינו אמת דבהזכיר במומין הגלויין מקצת מומין שאין בה ובמומין שאינן ניכרין שהזכיר נמצאו כולן הרי זה מקח טעות ושרא ליה מאריה שאין להוציא מלשון רבינו שום דיוק אלא הלשון ברור ופשוט דכשהראה לו מום אחד ניכר והזכיר לו ג״כ מומין שאינן ניכרין ל״מ אם לא נמצאו כולן שאינן ניכרין דפשיטא דאין זה מקח טעות דאין לו כלל טענה ללוקח דהו״ל להעלות על דעתו כשם שנמצא בה מום זה הניכר כך ימצאו בה שאינן ניכרין אלא אפילו נמצאו בה כל המומין שאינן ניכרין שהזכיר דאיכא טענה ללוקח לומר אילו הייתי יודע שכולן ימצאו בה לא הייתי לוקח אפילו הכי אין זה מקח טעות ואין להאריך בדברים פשוטים. וקצת קשה דהרמב״ם ורבינו קוראי׳ למום נשכנית רבצנית מומין שאינן ניכרין והרי״ף והרא״ש קוראים אותן גלויין ונראה דודאי כאשר נודע דנשכנית ורבצנית ובעטנית היא מעתה קוראי׳ אותם בשם מומין הניכרים והרמב״ם ורבינו מיירי בסתמא בשאינו נודע מומין אלו בפרה זו השתא ודאי אתה קורא אותם מומין שאינן ניכרין משא״כ עורת וחיגרת דמפורסם וגלוי לכל רואה דאית בה מומין אלו:

ט המוכר עבד או שפחה וכו׳. ברייתא פ׳ המוכר פירות ובפ׳ אע״פ: ומ״ש או מוכתב למלכות. פירש״י מוכתב למלכות. ליהרג שיהרגנו כל מוצאו והרמב״ם בפט״ו ממכירה כתב וז״ל וכן אם נמצא מוכתב למלכות ה״ז מום ומחזירו מפני שהמלך תופסו למלאכתו בכל עת שירצה והי״מ תופסים פי׳ רש״י שהרי כתבו דגונב נפשות חשוב כמו מוכתב למלכות משמע דשניהם חייבים מיתה למלך:

יא כיצד קנה בגד וכו׳. פי׳ כיצד הוא המום שעשה בו שדרכו ליעשות כגון קנה בגד וקרעו לעשות ממנו חלוק וכו׳ אלא דקצת קשה דכבר אמר כגון זה ששחט הטרפה וכו׳ אבל בספרי הרמב״ם שבידינו לא כתוב מלת כיצד ונוסח׳ זו עיקר דאמ״ש קנה בגד וקרעו וכו׳ לא אתא אלא לאורויי דין השביח דנוטל את שבח התפירה וכו׳:

יב המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה וכו׳. נראה דל״מ היכא דהמוכר קבל כבר הדמים דפשיטא דהלוקח ישלם הפירות שאכל דכיון דהמוכר מבטל המקח א״כ אין כאן מקח כלל והמעות הלואה הן ביד המוכר ואם לא יחזיר הפירות שכר מעותיו הוא נוטל ואית ביה משום רבית וה״א פרק א״נ דאם המקח בטל הדרא ארעא והדרי פירי וע״ל בסימן ר״ז סעיף ט׳ י׳ י״א י״ב י״ג ולא דמי להיכא דלא קנה השדה משום דהוי אסמכתא דלא הוי אלא אבק רבית לדעת מקצת פוסקים משום דהתם המקח מקח אלא דאית ביה אסמכתא אבל בנמצא בו מום לא היה מקח כלל ורבית דאורייתא היא אלא אפילו לא קיבל המוכר דמי המקח ואין כאן משום רבית אפ״ה חייב הלוקח לשלם דכיון דאין כאן מקח כלל אם כן הפירות שאכל גזל הן בידו וכן בדר בחצר וכו׳:

יג ששאלת ראובן שמכר לשמעון גבינות וכו׳. ע״ל ס״ס ר״ל כתבתי בס״ד ליישב תשובה זו ודלא כב״י שכתב כאן דדין זה נלמד מדין המוכר לחבירו פרה ושחטה וכו׳ דאדרבא כאן אין הדין כך:

יד ששאלת שמעון שקנה שתי נודות של שמן וכו׳ או ישומו כמה דמיו פחותים וכו׳ צריך לפרש דהיינו דוקא כשהלוקח רוצה בכך אבל אם אינו רוצה לוקח יכול לחזור בו דלא עדיף מחטין יפות ונמצאו רעות דלקמן סי׳ רל״ג ע״ש שוב ראיתי בספר בדק הבית שכתב וז״ל יש לתמוה שיכול לומר הלוקח איני רוצה שמן עכור וי״ל דהב״ע כשהלוקח רוצה לקחתו אם יפחתו לו מדמיו א״נ מיירי הכא כשאותו שמן יכול ליעשות צלול ע״י שיניחו אותו וירדו שמריו ועכירות שבו למטה עכ״ל וע״ל בסי׳ רל״ג במ״ש בדין מוכר בשר איל מסורס:

טו המוכר לחבירו וכו׳. בפ׳ המפקיד (בבא מציעא דף מ״ב) ההוא אפוטרופא דיתמי דזבן להו תורא ליתמי ומסרי׳ לבקרא לא הו״ל ככי ושיני למיכל ומית א״ר בר חמא היכי נידיינו דייני להאי דינא נימא ליה לאפוטרופא זיל שלים אמר אנא לבקרא מסרתיה נימא ליה לבקרא זיל שלים אמר אנא בהדי תוראי אוקימתי׳ אוכלא שדאי ליה ולא הוה ידעינא דלא אכל מכדי בקרא ש״ש דיתמי הוא איבעי ליה לעיוני אי איכא פסידא דיתמי ה״נ הב״ע דליכא פסידא דיתמי דאשכחוה למריה דתורא ושקיל יתמי זוזי מיניה אלא מאן קא טעין מריה דתורא קטעין איבעי ליה לאודען מאי מודעין ליה מידע ידע דמקח טעות הוא בספסירא דזבן מהכא וזבין להכא הילכך משתבע איהו פי׳ ספסירא משתבע דלא הוה ידע ומשלם בקרא דמי בשר בזול ורבינו הקשה על הרמב״ם דפוטר לסרסור ובגמרא קאמר דשקול יתמי זוזי מיניה דאע״פ שלא הכיר בו מ״מ הטעה אותם והחכם המרשים כתב לתרץ דהרמב״ם מפרש שנתנה המוכר מרצונו ולא שמחוייב בזה והקשה ב״י דהלשון לא משמע הכי והב״י תירץ דשקול יתמי זוזי מיניה לאו שקול ממש אלא כיון דמוכר קמן תו ליכא פסידא ליתמי וכו׳ ותימה הא ודאי אפי׳ לא הוה מכר קמן ליכא פסידא ליתמי דכיון דבקרא ש״ש הוא חייב לשלם כל דמי השור ותו דמעיקרא קאמר דמצי למישקל דמי תורא מיניה ובתר הכי קאמר דספסירא הוה ומיפטר וא״כ קשיין דברי רמי בר חמא אהדדי ולפעד״נ ליישב דברי הרמב״ם בלי שום דוחק והוא דודאי מודה הרמב״ם דאע״פ שלא הכיר בו המוכר הוי מקח טעות דאע״ג דנתאנה הוא מ״מ בשביל זה אין לו להונות אחרים כדכתב הרא״ש גבי ביצים מוזרות וכפשטא דעובדא דשקול יתמי זוזי מיניה דאע״ג דספסירא הוה ולא הכיר בו ונתאנה מ״מ אין לו להונות אחרים והכי משמע מדברי הרמב״ם גופיה ס״פ כ׳ ממכירה שפסק דאם הוגלד פי המכה תוך ג׳ ימים הוי מקח טעות ואע״ג דגם המוכר לא הכיר ולא ידע במום זה אפ״ה בשביל זה אין לו להונות אחרים ומש״ה שקול יתמי זוזי מיניה דספסירא דאיהו אטעינהו ליתמי אלא דהרמב״ם מחלק בין הך עובדא דיתמי לשאר ספסירא שמוכר לחבירו והניחו הלוקח עם הבקר שלו ומת וכו׳ דבעובדא דיתמי ליכא למימר דאפוטרופוס פשע דהו״ל לבדוק השור ולהחזירו לספסר דכיון דמסריה לבקרא לאו פושע הוא דלא הו״ל לידע ולבדקו אם אוכל כיון דאין השור אצלו דמסריה לבקרא ולפיכך הספסר חייב להחזיר הדמים דאטעינהו ליתמי אבל במוכר שור לחבירו והניחו עם הבקר שלו דהוה ליה לידע ולבדוק השור ולהחזירו לספסר ולא הודיעו אם כן פושע הוא הלוקח דכיון שהשור היה אצלו ויכול לבדקו אם הוא אוכל אם לאו ולא בדקו איהו דאפסיד אנפשיה וכ״כ המרדכי על שם מהר״ם בפרק המפקיד אעובדא דמכר חפץ לחבירו בתורת זהב ושברו והיה בו בדיל וקאמר מהר״ם דמה ששברו לאו פשיעה הוא דלא הו״ל למידע שיש בו עופרת וכדאמר בהך עובדא דתורא דלא הו״ל ככי ושיני דאף ע״ג דספסירא לא ידע מ״מ כיון דאפוטרופוס לא הוה ליה לידע דאיהו לבקרא מסריה פטור האפוטרופא והספסירא חייב וכו׳ ולפי זה ניחא היכא דמכר הספסירא לחבירו והניחו עם הבקר שלו והניח מאכל לפני כולן ולא בדק בשור זה אם הוא אוכל הלוקח הוא הפושע כנגד הספסירא שהיה לו ללוקח לידע ולהודיע לספסירא והלוקח הוא דאפסיד אנפשיה ובזה התבארו דברי הרמב״ם ברווחא בלי דוחק בס״ד ודוק וע״ל בסעיף כ׳ במ״ש בזה אדברי הרמ״ה בס״ד:

יח המוכר לחבירו זרעוני גינה וכו׳. משנה ריש פ׳ המוכר פירות ופסק כמ״ש רשב״ם דכולה מתני׳ רשב״ג היא ולא איירי ביציאה מידי ובברייתא תנא מה הוא נותן לו דמי זרע ולא הוצאה וי״א אף הוצאה והלכה כת״ק דאינו נותן לו הוצאה וכן פסקו הרי״ף והרא״ש והרמב״ם פי״ו ממכירה. ומ״ש בשם הרמ״ה דבזרעוני פשתן אם הלוקח מוחזק אין מוציאין מידו כיון דרובא וחזקה מסייעין לו אין מוציאין מידו נראה דהאמת נקט אבל לדינא אפילו כי הדדי נינהו חזקת ממונא עדיפא והמע״ה כדכתב רבי׳ ע״ש הרמ״ה גופיה בסמוך סעיף כ״א:

יט וכתב הרמב״ם מכאן אתה למד וכו׳ ואפילו הוא נגנב או נאבד אחר שהודיעו וכו׳. הב״י תמה ואם לא הו״ל שהו׳ להודיעו אמאי הוא ברשות הלוקח ומתוך קושיא זו הוציא הלשון ממשמעו ואמר דה״ק מאחר שהודיעו שרוצה להוליכו למדינה פלונית וא״כ ס״ל דבלא הו״ל שהות להודיעו אם נגנב או נאבד ברשות מוכר נאבד ולא נהירא שהרי הרמב״ם גופיה כתב בפ״ז ממכירה בנתן מעות ולא משך וחזר בו הלוקח אפ״ה אם נגנב או נאבד המוכר חייב באחריותו עד שיאמר תא שקול זוזך כדאיתא בפ׳ הזהב וכדלעיל בסי׳ קצ״ח ותו דלא גרע האי לוקח מנוטל כלי מבית האומן לבקרו דבחזרה אע״פ שאינו חפץ בו ש״ש הוא אלא דלהרמ״ה הו״ל ש״ח ורוב פוסקים חולקים עליו כדלעיל ס״ס ר׳ ועיין עוד לעיל ס״ס קפ״ז וסי׳ ק״ך וסי׳ ע״ד לשם התבארו חילוקי דינים אלו ועל כן הלשון שכתב הרמב״ם כמשמעו הוא דלא כלתה שמירתו עד שיודיע למוכר ולומר לן טול את שלך וכשלא הודיעו חייב הלוקח באחריותו אם נגנב או נאבד כדין ש״ש שהרי אם נזדמן לו מי שרוצה ללקחו מידו הוה מזבין ליה הילכך חייב באחריותו עד דמודע ליה ואין חילוק בין אית ליה שהות להודיעו ללית ליה שהות ועוד יתבאר בסמוך בס״ד:

כ הלוקח מקח ונמצא בו מום וכו׳. כתב ב״י בספר כ״מ וז״ל יש לעיין כשנמצא בו מום ואח״כ אבד שהוא ברשות הלוקח במאי עסקינן אי בשהודיעו שיש בו מום מ״ט לא הוי ברשות מוכר ומ״ש מהתליע וכו׳ ואי דוקא בשלא הודיעו הרי דינו שוה להתליע ונפסד ואמאי לא ערבינהו וליתני הכי הלוקח מקח ונמצא בו מום ואבד או נגנב או התליע ונפסד ה״ז ברשות מוכר ואם הו״ל להודיע למוכר ולא הודיעו ה״ז ברשות לוקח וצ״ע עכ״ל ולמאי דפי׳ בסמוך והוא האמת ל״ק ולא מידי דבנגנב או נאבד לעולם הוא ברשות הלוקח אפילו לא הו״ל שהות להודיעו דברשות לוקח הוא עומד ולא כלתה שמירתו עד דא״ל טול את שלך אבל בהתליע ונפסד מחמת עצמו הוא דאיכא לחלק דאם לא הו״ל שהות להודיע ה״ז ברשות מוכר ואם הו״ל להודיע ולא הודיע הרי פשע בשמירה וחייב הלוקח באחריות ההפסד שע״י התלעה דאם היה מודיעו היה המוכר מצילו שלא יגיע לידי הפסד ומ״ש מהרו״ך בדין זה ובדין הקודם לזה אין דבריו נראין וע״ש: והרמ״ה כתב ואם המוכר ידע שהיה בו מום וכו׳. נראה דה״ק רבינו דעל מ״ש הרמב״ם בהודיעו שמוליכו למדינה פלונית וכו׳ נחלק עליו הרמ״ה ומחלק דאם המוכר ידע במום חייב אף בהוצאה וכו׳ דלא כהרמב״ם דלא הזכיר חיוב ההוצאה ואם תפרש דהרמב״ם אינו מדבר אלא במן הסתם דאף המוכר לא ידע במום זה דלאו ברשיעי עסקינן דידע במום שבו ולא יודיענו קודם מכירה אלא ודאי גם המוכר לא ידע במום זה ולהכי לא הזכיר חיוב ההוצאה אכתי נחלק הרמ״ה על דבריו דלהרמב״ם אע״ג דהמוכר ג״כ לא ידע חייב להחזיר הדמים ללוקח והמוכר מטפל בו להביאו וכו׳ אבל להרמ״ה הלוקח חייב ליטפל בה ולטרוח להביאו אלא דההוצאה להביאו היא על המוכר וא״כ ממה נפשך נחלק על הרמב״ם אבל במאי דס״ל להרמ״ה דאע״ג דגם המוכר לא ידע שהיה בו מום מקח טעות הוא וחייב להחזיר הדמים ללוקח בזה ודאי גם הרמב״ם מודה ולא נחלק אדם מעולם על זה והא דכתב הרמב״ם גבי שור דלא הו״ל ככי ושיני דאם היה ספסר ולא ידע דהלוקח אפסיד אנפשיה היינו משום דהלוקח פושע הוא דהו״ל למידע ולבדוק בשור אם אוכל או לאו ולהחזירו וכו׳ כמבואר בדברי הרמב״ם אבל בשאר מקח דלא הו״ל לוקח פושע חייב המוכר להחזיר דמים ללוקח אע״ג דאיהו נמי לא ידע וכבר הארכתי בזה לעיל סעיף ט״ו בס״ד ובש״ע פסק בסעיף י״ח כדברי הרמב״ם ובהגה״ה כתב ויש חולקין וכו׳ נמשך אחר דברי רבינו ולא דק דאין כאן מחלוקת כלל ודוק:

כא המוכר שור לחבירו וכו׳. ר״פ המוכר פירות פליגי בה רב ושמואל ופסקו הפוסקים כשמואל בדיני דיכול לומר לשחיטה מכרתיו ואסיקנא דמיירי בגברא דזבין להכי ולהכי ואוקר בישרא וקם בדמי רדיא ולפיכך לא מצי טעין מקח טעות דלא מטרחנא לשחטו ולמכור הבשר אלא המקח קיים: ומ״ש אע״ג דרובא זבני לרדיא מ״מ לא אזלינן בתר רובא וכו׳. ה״א התם והתוס׳ רפ״ק דסנהדרין (דף ג׳) הקשו מדאמרי׳ התם כיון דאפי׳ בדיני נפשות אזלינן בתר רובא אפי׳ ברובא דליתיה קמן כל שכן בדיני ממונות וכתבו וז״ל וצ״ל דרובא לרדיא זבני לא חשיב כי הנך רובא הילכך לא סמכינן אהך רובא בדיני ממונות עכ״ל משמע דבכל שאר רובא אזלינן בתר רובא בד״מ וא״כ קשה בזרעוני פשתן דאינו חייב באחריותן אמאי לא אזלינן בתר רובא דאינשי דזבני לזריעה וי״ל דדעת התוס׳ היא דלאו דוקא הך רובא דלרדיא זבני אלא ה״ה הך רובא דלזריעה זבני ודכוותייהו דאינו חשוב רוב ממש וטעמא דמילתא דאע״ג דרוב זרע פשתן שבעולם נזרע איכא הרבה בני אדם שלוקחין לדברים אחרים למאכל ולרפואה וכנגד אדם אחד שקונה י׳ סאין לזריעה יש מאה בני אדם שקונין מיהת סאה אחת למאכל ולרפואה ואיכא נמי רוב לוקחים לאכילה וכדאיתא בפרשב״ם ר״פ המוכר פירות (בבא בתרא דף צ״ג) וע״ד זה גבי שור כנגד אדם א׳ שקונה ק׳ שוורים לרדיא איכא ק׳ בני אדם שקונין י׳ שוורים לאכילה: ומ״ש אבל אם עדיין המעות ביד הלוקח כתב הרמ״ה וכו׳ עד סוף הסי׳. הכל מדברי הרמ״ה: ומ״ש ואם הוא גברא וכו׳. הכי מוכח מדאקשינן וליחזי אי גברא דזבין לנכסתא וכו׳ ולא

פרקינן בגברא דזבין לנכסתא ויהיב דמי רדיא אי נמי גברא דזבין לרדיא ויהיב דמי בישרא אלא בע״כ דבגברא דזבין לרדיא הוי מקח טעות אפי׳ לא יהיב אלא דמי בישרא ובגברא דזבין לנכסתא לא הוי מקח טעות אפי׳ יהיב דמי רדיא ותו מדנטר בהך קושיא דאקשינן וליחזי דמי היכי נינהו עד לבתר דפרקינן בגברא דזבין להכי ולהכי מכלל דבגברא דלא זבין אלא לרדיא ליכא הוכחה בדמי אלא אפילו לא יהיב אלא דמי בישרא הו״ל כאילו פירש לרדיא וכן בגברא דלא זבין אלא לנכסתא אפי׳ יהיב דמי רדיא הו״ל כאילו פירש לנכסתא: ומ״ש והמוכר מכירו. כ״פ רשב״ם לשם ופשוט הוא:

כב ומ״ש ואי זבין לרדיא ולשחיטה ואיכא הוכחה בדמי וכו׳. הכי מוכח בסוגיא דלבתר דפרקי׳ בגברא דזבין להכי ולהכי אקשינן וליחזי דמי היכי נינהו אלמא דאי זבין לרדיא ולשחיטה איכא הוכחה בדמים: ומ״ש ואי גברא דלא זבין אלא לשחיטה וכו׳ ודיניה כשאר זביני לענין אונאה וביטול מקח. כלומר דבגברא דלא זבין אלא לרדיא ליכא דין אונאה וביטול מקח דרגילות הוא להוסיף דמים על שור מעולה ויפה כחו לרדיא אבל בזבין לשחיטה הכל שוה: ומ״ש ואע״ג דקיי״ל כרבנן וכו׳. כיוצא בזה כתבו התוס׳ ריש פ׳ המוכר פירות וע״ש:

סימן רלג

א המוכר לחבירו מין ממיני פירות וכו׳ משנה פ׳ הספינה וכתב בת״ה סימן שכ״ב ראובן ששואל לקנות בשר מאיל מסורס ונמצא מאיל שאינו מסורס דריחו נודף ואינו טוב לאכול כמו מסורס אינו יכול לחזור בו לגמרי אלא יחזיר לו דביני וביני ודבר תימה פסק דאין לך מום גדול מזה ותו דהאיך מאכילים לאדם בע״כ דבר שאינו מקובל על נפשו ותו דהלא התנה עמו בפירוש שיהא מאיל מסורס וכשאינו מסורס אינו חפץ לקנותו ודמי לחטין יפות ונמצא רעות דלוקח יכול לחזור בו דאין טעם היפות כטעם הרעות ואפילו היה טעמן שוה אין דעתו ניחא אלא ביפות וכן מי שאמר לחבירו למכור לו חבית דגים מלוחים גדולים ונמצאו קטנים אפי׳ אין ההונאה אלא בפחות משתות בטל המקח לגבי לוקח דהו״ל כמו שינוי מחפץ לחפץ וראיה שהביא בת״ה מפ״ק דביצה מההוא דא״ל ביעי דפחיא למאן וכו׳ אינה ראייה כלל לפי מקצת נוסחאות דגורסין לשם אותבינהו ולא אפרוח כמ״ש הרמ״ה והסכים עמו הר״ן בפ׳ האיש מקדש וכתב שאף לאותן שאינן גורסים לשם אותבינהו ולא אפרוח על כרחך צריך לפרש כן מפני שלא יעלה כלל על הדעת לומר במי שדעתו לקנות דבר חשוב שיהא בידו של מוכר להשלים לו בהרבה מן הגרוע או בדמים וכן עיקר הלכה למעשה וע״ל בסי׳ רל״ב סעיף י״ד ובמ״ש לשם בס״ד:

סימן רלד

א המוכר בשר וכו׳ משנה בבכורות סוף פרק פסולי המוקדשין וכ״כ הרי״ף והרא״ש בפ׳ המוכר פירות והרמב״ם בפ׳ י״ו ממכירה והטעם דברישא כשאכלוהו הלוקחים דגרם להו איסורא קנסוהו דאף מה שאכלו יחזיר הדמים ללקוחות אבל בסיפא כשמכרוהו לעכו״ם או השליכו הבשר לכלבים דלא גרם להו איסורא ישלמו לו דמי בשר טרפה בזול ומש״ה חזר ושנה במציעתא דבנשאר יקבר ויחזיר להם הדמים דאע״ג דלא גרם להם איסורא והלקוחות קברו הבשר והו״ל כאילו השליכוהו לכלבים אפ״ה חייב המוכר להחזיר הדמים ללקוחות כיון דדינא הכי הוא דיקבר לא פשעו דלקוחות במידי ובמוכר בשר טרפה נמי אשמועינן דמה שאכלו אכלו ויחזיר להם הדמים משום קנס ובנשאר אשמועינן דאין הלוקחים חייבים ליטפל בטרפה למכרה והמוכר ישלים מה שחסר ללקוחות מן הדמים אלא יחזיר הבשר לטבח ויחזיר ללוקח הדמים: ומ״ש לא יפרע למוכר אלא דמי טרפה. אין הלשון מתוקן שהרי כבר קבל המוכר יותר דמי הבשר מיד הלוקח וכדכתב אח״כ ומה שקבל המוכר יותר מדמי הטרפה צריך להחזיר אלא לאו דוקא קאמר לא יפרע וכו׳ אלא כלומר לא ינכה למוכר אלא דמי טרפה אבל הרמב״ם דק בלשונו שכתב וז״ל יחשוב עם הטבח על דמי הטרפה ויחזיר לו הטבח את המותר:

סימן רלה

א קטן דבר תורה אין מקחו מקח וכו׳. משנה וגמרא פרק הנזקין דמבן שש ואילך תקנו חכמים שיהא מקחו מקח וכו׳ לא בפחות מבן שש ומבן שש ושבע ותמניא ותשע ועשר כל חד וחד לפום חורפיה ומפרש הרמ״ה דהיינו לומר דעד עשר צריך שיבדקוהו אם הוא חריף ומכאן ואילך סתמיה בחזקת חריף אבל חריף מיהא צריך אפילו אחד עשר ואם אינו חריף אין ממכרו ממכר ולהרא״ש הבדיקה היא שאם הוא חריף מקחו מקח בפחות מעשר מבן ו׳ ואילך כל חד וחד לפום חורפי׳ אבל מעשר ואילך אין צריך שיהא חריף רק שלא יהא שוטה: ומ״ש רבינו על שם הרמב״ם דעד י״ב שנה אין הקנאותיו כלום. כתב ב״י ספר מוטעה נזדמן לרבינו דהנוסחא האמיתית ברמב״ם הוא בזה הלשון קטן עד שש שנים אין הקנייתו לאחרים כלום ומשש שנים עד

שיגדיל וכו׳ וכדאיתא בגמרא: בד״א שאין לו אפוטרופא וכו׳. מימרא בפרק מציאת האשה והטעם דכיון שאין לו אפוטרופס אית ביה משום כדי חייו וביש לו אפוטרופוס כיון שהם יכולין למכור לצורך היתומים במשא ומתן דהא ליכא טעמא דכדי חייו והקשה הראב״ד היאך תקנו חכמים דפחות משתות הוי מחילה הא אמר בפ׳ אלו מציאות יתמי לאו בני מחילה נינהו והרב המגיד דחה קושיא זו דכיון דהיתה התקנה משום כדי חייו תקנו גם כן שיהא דין טעותן כדין גדול:

ב ומתנתו נמי הוי מתנה וכו׳. בפרק הניזקין בעי אביי מתנתו מאי במטלטלין משום כדי חייו הוי זבינא אין מתנה לא או דילמא מתנתו נמי מתנה דליעבדו ליה נייח נפשיה ואסיקנא מתנתו מתנה אחת מתנת שכ״מ ואחת מתנת בריא אחת מתנה מרובה ואחת מתנה מועטת ואיכא למידק לרב האי שלא ימכור אלא כדי חייו וכי גרע מכירה ממתנה דאפילו מתנה מרובה הוי מתנה ונראה דרב האי דייק איפכא מדהוצרך התלמוד למיפשט דאפילו מתנה מרובה נמי מכלל דבמקח וממכר דוקא בכדי חייו ולהכי איצטריכו למימר דבמתנה אפילו מרובה הוי מתנה וטעמא דמילתא משום דמתנה לא שכיחא דיהיב אינש מתנה חנם אלא אם כן דעבד ליה חבריה נייח נפשיה הילכך אפילו מתנה מרובה נמי אבל מקח וממכר כיון דינוקא מיקרבא דעתיה לגבי זוזי חיישינן טפי דילמא מאבד את כל אשר לו על ידי מקח וממכר הילכך לא ימכור אלא כדי חייו ותדע שהרי התוס׳ והרא״ש הוצרכו לדייק מדלא קאמר נמי אחת מתנת מטלטלין ואחת מתנת קרקעות מכלל דדוקא במטלטלין הוי מתנתו מתנה ולא במקרקעי אלמא דאיכא סברא בפעוטות דבמתנה אפילו במקרקעי הוי מתנה אע״פ דבמקח וממכר אין ממכרו ממכר ומקחו מקח אלא במטלטלין ולא במקרקעי אלא ודאי דבמתנה יש להקל טפי ומטעמא דאמרינן ותו דבפ׳ מי שמת (בבא בתרא דף קנ״ו) איתא בהדיא דאלים כח מתנה מכח מכר במקרקעי דאע״ג דאין ממכרו ממכר בפחות מבן עשרים משום דינוקא מיקרבא דעתיה לגבי זוזי וכו׳ אבל מתנה אי לאו דהו״ל הנאה מיניה לא הוה יהיב ליה וכו׳ וכמו שכתב רבינו בסמוך סעיף י״ג והך סברא ס״ל נמי לרב האי גבי פעוטות מבן שש וכו׳ דבזבינא לא הוי זביניה זבינא אלא בכדי חייו אבל מתנתו מתנה אפילו במתנה מרובה:

ג ומ״ש ודוקא במטלטלי אבל במקרקעי לא אפילו נתנו לו במתנה וכו׳. כ״כ הרא״ש בתשובה סוף כלל פ״ה דלא תימא הא דתנן הפעוטות מקחן מקח במטלטלין אבל לא במקרקעי היינו דוקא במה שירש מאביו דכיון דלא טרח בה איכא למיחש טפי שמא יפסיד נכסי אביו אבל בנתנו לו מתנה דמסתמא גם הוא עביד לנותן נייחא דנפשיה אי נמי שקנאו לו אפוטרופוס בדמים הו״א דיכול ליתן הפעוט אותה קרקע במתנה דלא חיישינן הכא שמא יפסיד נכסיו באותן שבאו לו ע״י טורח קמ״ל דאין חילוק והאריך הרא״ש באותה תשובה וכן בסוף כלל א׳ כתובה אותה תשובה וחסר ממנה הרבה. ואיכא למידק במאי דקאמר או שקנאו לו אפוטרופוס דאי ביש לו אפוטרופא א״כ אפילו במטלטלין אין במכירתו ומתנתו כלום וי״ל דה״ק דקודם זה היה לו אפוטרופא וקנה לו קרקע זו ועכשיו בשעה שנותן מתנה אין לו אפוטרופא דנסתלק ממנו:

ד וכתב הרא״ש בתשובה וכו׳. סוף כלל פ״ה כתב דאע״ג דשטר הוי כמקרקעי לענין קנייה מ״מ לענין זה דמתנת פעוטות הוי כמטלטלי דדוקא במקרקעי תקנו שלא יהא ממכרו ומתנתו כלום כדי שלא ישחית נחלתו אבל שטר כיון דאפילו בדבר שגופו ממון יכול ליתן כ״ש שטר שאין גופו ממון ועיין במ״ש בסמוך סעיף י״ב. ור״ח כתב וכו׳. נראה דה״ק דלסברא הראשונה אין חילוק בפעוטות בין מכירה למתנה וכי היכי דבמכירה מטלטלין דוקא אף במתנה מטלטלין דוקא א״כ לפי זה משמע נמי כי היכי דמכירה לא הויא מכירה אלא אם כן בשאין לו אפוטרופא ה״נ במתנה אבל ר״ח כתב דבדבר זה אלים כח מתנה טפי ממכירה דאפילו יש לו אפוטרופא מתנתו מתנה במטלטלין וה״ט דבמכירה כיון שיש לו אפוטרופא שהוא מוכר ולוקח נסתלק כח היתומים אבל מתנה דאין האפוטרופסי׳ רשאין ליתן משל יתומים כלום אם כן אין חילוק דכי היכי דהיתומים יכולין ליתן מתנה במטלטלין בשאין להם אפוטרופוס ה״ה ביש להם אפוטרופוס:

ה וכתב הרמב״ם אין מקח הקטן קיים וכו׳. איכא למידק טובא בדבריו חדא שכתב וכן אם קנו מיד הקטן או השכיר וכו׳ ולא קיהיב טעמא אלא על הקנין לפי שהקנין כשטר וכו׳ ועל השכירות לא קיהיב טעמ׳ אידך קש׳ במ״ש וכן קטן שקנה מטלטלין מאחרים וקנה מידם או שכר את מקום המטלטלין וכו׳ וקא יהיב טעמא על שאין השכירות מועיל לקטן לפי שאין חצרו קונה לו ועל הקנין לא קא יהיב טעמא אידך קשה דבקטנה קונה אם קנתה מידן או בשכירות מקום ולא קיהיב טעמא מפני מה מועיל קנין בקטנה יותר מבקטן. ומ״ש ויראה לי שקטן שקנה וכו׳ קשה קצת דאין לו קשר עם הקודם ותו קשה דכיון דתנן דהפעוטות מקחן מקח במטלטלין אבל לא במקרקעי ואפ״ה ס״ל להרב דקנה מטעם שזכין לאדם שלא בפניו א״כ למה כתב קודם זה דקטן שקנה מטלטלין וקנה מידם או שכר את מקום המטלטלין דלא קנה ואמאי לא אמרינן נמי דהקטן חשוב כאילו אינו בפנינו וזכין לו שלא בפניו ונראה דברישא כשקנו מיד הקטן או השכיר מקום המטלטלין וחזר בו הקטן לא היה צריך לפרש דיכול לחזור בו מהשכירות דהא פשיטא הוא דשכירות מכירה ליומא היא ואין ממכרו ממכר במקרקעי וכ״כ ה׳ המגיד והוא מבואר כדברי הראב״ד בסמוך סעיף י״א אלא דעל הקנין היה צריך לפרש דהטעם הוא דהקנין בשטר וכו׳ אבל אצל קטן שקנה מטלטלין מאחרים וקנה מידם או שכר מקום המטלטלין וכו׳ קיהיב טעמא על השכירות ועל הקנין

ביחד דאינו מועיל לו והיינו משום דחצרו משום שליחות אתרבאי וקטן כיון שאין עושה שליח אין חצרו קונה לו ולא יהיה הקנין או שכירות המקום גדול מחצרו כך מפורש ברמב״ם שם ורבינו קיצר דבריו במובן מעצמו אבל הטעם שאמר הרמב״ם ברישא כשקנו מיד הקטן דאם חזר בו לא קנה הלוקח שהקנין כשטר לא שייך כאן היכא דהקטן קנה מיד האחרים והעדים חותמין על שטר אדם גדול שהקנה כך וכך לפלוני בין שהקונה גדול או קטן הו״ל לקנות אלא דצ״ל דכיון דחצרו לא קנה לו כ״ש קנין או שכירות מקום ומה שקשה למה לא יועיל לקטן כששכר מקום המטלטלין מטעם שזכין לאדם שלא בפניו י״ל דאף את״ל דמטעם זכייה זכה הקטן במקום ששכר מ״מ אין לו זכייה במטלטלין שבמקום אם לא מטעם שחצרו קונה לו במטלטלין והא לא אפשר כיון דחצרו נתרבה מדין שליחות והא ל״ק נימא שהמוכר זוכה לו המטלטלין ע״י שכירות וזוכה לו שלא בפניו במקום ששכר וגם במטלטלין שבתוכו הא ודאי ליתא דבמקום ודאי איכא למימר דע״י הדמים שנתן כששכר המקום והחזיק בו כמ״ש בסמוך זיכה לי המוכר המקום שלא בפניו אבל במטלטלין שבתוך המקום לא קעביד חזקה ולא מידו ובמה יזכהו המוכר במטלטלין אם לא מטעם חצרו והשתא ניחא הא דקאמר בקטנה דכיון דנתרבה מידה ויש לה חצר וקנתה המטלטלין בשכירות המקום דהוי חצרה הילכך גם בקנין שקנתה מידן קנתה המטלטלין דהא עיקר הטעם בקטן אינו אלא לפי שאין הקנין ושכירות מקום גדול מחצרו וא״כ בקטנה דחצרה קונה גם שכירות המקום והקנין קונה שהרי העדים חותמים בשטר על אדם גדול שהקנה כך לפלוני בין שהזוכה קטן או גדול קנה בקנין זה (ועיין דין חצר קטן וקטנה לקמן ס״ס רס״ח):

י ומ״ש ויראה לי וכו׳. כך פירושו אל יהא קשה עליך מ״ש דאין מועיל שכירות מקום המטלטלין לקטן משום דחצרו לא נתרבה אלא מדין שליחות ולפיכך אין חצרו קונה לו המטלטלין ולמה לי כל זה תיפוק ליה דאף מקום גופיה לא קנה כלל דכיון דשכירות מכירה ליומא היא ואין מקחו מקח במקרקעי א״כ לא קנה המקום ואין לו חצר כלל ע״ז אמר ויראה לי שקטן שקנה קרקע וכו׳ פי׳ אע״ג דהפעוטות אין מקחן מקח אלא במטלטלין אבל לא במקרקעי אין זה אלא מטעם קנייה שלא קנה הקרקע והקטן יכול לחזור בו אבל מטעם זכייה שלא בפניו זכה בקרקע כשנתן דמים והחזיק בה ואין המוכר יכול לחזור בו ולפיכך הייתי צריך לומר דאעפ״כ לא קנה המטלטלין שבתוכו ולפי שאין חצרו קונה לו וכו׳ ודעת הראב״ד דבקנין אין חילוק בין קנה הקטן מיד אחרים או אחרים קנו מידו אין אחד מהם יכול לחזור בו דתקנת חכמים היא דהפעוטות מקחן מקח במטלטלין ואין חילוק בין משך והמשיך או קנה מידם והם קנו מידו שהמקנה מקנה לו כל קניינו ואינו יכול לחזור אבל אם הוא השכיר מקום הפירות לא קנה האחר ממנו דשכירות כמכר הוא ליומיה ואין ממכרו ממכר במקרקעי ויכול הקטן לחזור בו אבל אם אחרים שכרו לו מקום הפירות זכה בשכירות מקומו מטעם זכייה שזכין לו שלא בפניו ואין המוכר יכול לחזור בו אם אין הקטן חוזר בו וכיון שזכה בשכירות מקומו זכה גם במטלטלין שבתוכו מטעם בחצרו קונה לו וכשאמרו אין לו חצר לענין מציאה בלבד אמרו זהו פי׳ דברי הראב״ד ולפי שהרמב״ם והראב״ד שניהם מסכימים דכשאחרים הקנו לו קרקע והחזיק בה הקטן דאין המוכר יכול לחזור מטעם דזכין לו שלא בפניו על כן כתב רבינו (סעיף יב) ויראה מדברי אדוני אבי הרא״ש דבמקרקעי אין מקחו מקח ואין ממכרו ממכר עד שיגדיל כלומר דאפילו הקנו לו אחרים קרקע ונתן דמים והחזיק בה כשם שאין קניינו כלום ויכול לחזור בו כך המוכר יכול לחזור בו ולא אמר דזכה בו הקטן מיד מטעם דזכין לאדם שלא בפניו: ומ״ש רבינו ומשהגדיל דהיינו משהביא ב׳ שערות וכו׳ הוא התחלת דבר שכותב הדין היוצא על פי הסוגיא במוכר משהגדיל וכו׳ דעד כאן כתב דין קטן שמכר ועכשיו כותב דין גדול שמכר אבל ב״י הבין דהאי ויראה מדברי א״א הרא״ש וכו׳ הוא מקושר עם מ״ש דאם קנה קרקע יכול למכרו מיד לאחר שהגדיל וכו׳ ולא נהירא אלא כדפי׳ והאי ומשהגדיל הוא התחלת דיבור ודוק. ויש להקשות למה שהביא רבינו ע״ש הרמב״ם וכן אם קנו מיד הקטן וכו׳ שהקנין כשטר ואין העדים חותמים אלא על שטר אדם גדול א״כ האיך הביא רבינו בסעיף ד׳ תשובת הרא״ש דהקטן יכול ליתן ש״ח של אביו לאחר בכתיבה ומסירה הלא צריך שהעדים חותמים שבפניהם מסר לו שטר זה וכתב לו קני לך איהו וכל שעבודיה דאית ביה וכדלעיל בסי׳ ס״ו ואין העדים חותמין אלא בגדול י״ל דהך דאין העדים חותמין אלא בגדול אינו אלא במכירת קרקע או בקנו מיניה שמתחייב בכך וכך ואית ביה שעבוד קרקעות אבל בנותן שטר לחבירו בכתיבה ומסירה דשטרות הו״ל מטלטלין יכולין העדים לחתום אפילו היה קטן וכבר האריכו בזה הרב השואל והרא״ש המשיב לו דבנדון זה יכולין העדים לחתום אפילו היה קטן ע״ש סוף כלל פ״ה מיהו בתשובת הריטב״א שהביא ב״י במחודשים סעיף ו׳ כתב ומיהו בש״ח אין מתנתם כלום דהא בעינן אגב או כתיבה ומסירה וקטן לאו בר הכי הוא וכו׳. ומשהגדיל דהיינו משהביא ב׳ שערות אחר שהיו לו י״ג שנים. פירוש דאילו הביא ב׳ שערות קודם שהי״ל י״ג שנים עדיין קטן הוא וחשיב שומא כמבואר בא״ע סי׳ קנ״ה וסי׳ קס״ט דלא הוי גדול בב׳ שערות אלא כשהביאן לאחר י״ג: ומ״ש אם הוא חריף וכו׳. פי׳ ל״מ דמקחו מקח אלא אפילו ממכרו ממכר אף במקרקעי וכדאיתא בס״פ מי שמת דכך השיב רבא לגידל בר מנשיא ואפילו שירש מאביו ואי לא חריף אז לא הוי ממכרו ממכר וכו׳ עד שיהא בן כ׳ וכו׳ ולא כמ״ד עד שיהא בן י״ח כדאסיקנא התם:

יג ומיהו אם קנה קרקע מקחו מקח כך הכריע הרא״ש לשם: ומ״ש ואם הוא בן כ׳ ולא הביא שערות וכו׳. מבואר שם בסוגיא וכן פסק הרי״ף והרא״ש והרמב״ם בפרק כ״ט ממכירה וכתב הרמב״ם בפ׳ ב׳ מאישות דרוב שנותיו הוי בן ל״ה שנה ויום א׳: ומ״ש אם קנה קרקע וכו׳. כ״כ הרא״ש לשם בסתם

וכתב עוד וכן פי׳ רב אלפס ואע״פ שאח״כ כתב ור״ת פי׳ דאורחא מילתא נקט אביו וה״ה נמי אם קנה קרקע אין יכול למכרו וכו׳ נראה לרבינו עיקר כדעת רב אלפס שכך מוכח מתשוב׳ הרא״ש סוף כלל פ״ה: ומ״ש רבינו דבנותן לו מתנה דינו כקנה קרקע. טעמו דאי לאו דטרח קמיה ועביד ליה דנייח נפשיה לאיהיב ליה א״כ לאו ממילא אתי ליה כמו ירושה וקפיד בהו: ומ״ש ואפילו קרקע שירש יכול ליתנו וכו׳. שם אמר אמימר ומתנתו מתנה ומפרש שם טעמא דאלים כח מתנה ממכירה: ומ״ש ורב אלפס כתב וכו׳ וא״א לא הסכים לדבריו אלא לסברא הראשונה. כלומר אע״ג שהסכים לדבריו לחלק בין קרקע שירש מאביו דאין יכול למכרו ובין קנה קרקע דיכול למכרו דלא כר״ת דאפי׳ קנה קרקע אין יכול למכרו מ״מ לא הסכים לדבריו בזה אלא ס״ל להרא״ש דכשהוא חריף ויודע בטיב משא ומתן יכול למכור אף בנכסי אביו מיד לאחר שהגדיל דהיינו שהביא ב׳ שערות אחר י״ג שנה כמ״ש בסברא ראשונה וכמבואר בס״פ מי שמת בדברי הרא״ש:

יד וכתב הרמ״ה איכא מרבוותא דאמרי וכו׳. ע׳ בב״י שכל הראשונים והאחרונים לא ס״ל כהני רבוותא אלא כל דין ירושה אחת היא ואין במכירה כלום עד שיהא בן עשרים והכי נקטינן בכל מה שפסק הרמ״ה:

טו כתב הרמב״ם פחות מבן כ׳ וכו׳. ספכ״ט מה׳ מכירה כתב כך ומשמע דאף להרמב״ם אם מיחה קודם בן כ׳ או מיחה מיד כשנעשה בן כ׳ חוזר ומוציא הקרקע וכל הפירות שאכל אבל בתשובה להרמב״ן סימן ב׳ ומביאו ב״י במחודשים סעיף ד׳ כתב דהפירות שאכל מקודם שמיחה אין מוציאין מידו ואפילו חזר בו לאחר שלקטן ועדיין לא אכל וצ״ע:

יז מי שמכר בנכסיו וכו׳. מבואר ס״פ מי שמת מעשה בבני ברק וכו׳:

יח קטן שלוה מאחרים כתב הרמ״ה שחייב לשלם כשיגדיל. נראה דס״ל להרמ״ה כרב האי דלא ימכור במטלטלין אלא כדי חייו וה״ה בהלואה כדי חייו נמי הלואתו הלואה אבל הר״ר יונה ס״ל כהרמב״ן דלא פלוג בתקנתם בין מוכר למוכר והיכא דתקון תקון אבל הלואה לא אשכחן דתקון הילכך לא פלוג רבנן ואין חייב לשלם כלל שאם נפרעים ממנו הלואתו א״כ אתה עושה דין הלואה כדין מכר ואפילו ביותר מכדי חייו ויבזבז כל ממונו בקטנותו אבל דעת הרא״ש להכריע דאע״ג דלא פלוג רבנן בתקנתם בין מוכר למוכר וכהרמב״ן מ״מ גבי הלואה יש לחלק שאם ידוע שלוה לצורך מזונותיו וכו׳ וכל זה בקטן שהגיע לעונת הפעוטות ומהרו״ך נדחק לפרש דמיירי בקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות ולא נהירא: כתב רשב״ם פרק חזקת (בבא בתרא לג.) וכי גדלי יתמי דהוי בני מיעבד דינא דהיינו מי״ג ואילך שמחוייבים במצות אשתעי דינא בהדייהו על ש״ח שיש לך על אביהם ותשבע ותטול כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים קטנים וכו׳ והא דאמר פ׳ מי שמת ולמכור בנכסי אביו עד שיהא בן כ׳ ה״מ שמוכר לצורך הוצאה אבל לפרוע חוב אביהם ב״ד מוכרין מבן י״ג ואילך ואפילו במלוה ע״פ הוא כי גדלי יתמי לישתעי דינא בהדייהו וישבע ויטול וה״מ שיש עדים שהלוהו וישבע שלא פרעו ויטול עכ״ל והובא בהגהות מרדכי דב״ב והביאו ב״י כאן ללמד דלא אמרו ולמכור בנכסי אביו עד שיהא בן כ׳ אלא במוכר לצורך הוצאותיו אבל לפרוע חוב אביהם מוכרין מבן י״ג ואילך אבל במ״ש רשב״ם דאף במת תוך זמנו נשבע ונוטל כיון דקטנים היו כשמת אביהם וזאת היא דעת ר״י בפ״ק דב״ב (סוף דף ה׳) בד״ה ואפילו מיתמי וכ״כ בהגהות אשיר״י לשם אנן לא קיי״ל הכי אלא כמ״ש האשיר״י (דף קפ״ו תחלת ע״ד) דאפילו שביק יתומים קטנים גבי בלא שבועה במת תוך הזמן דלא חיישינן לצררו אפילו ביתומים קטנים במת תוך הזמן וכך היא דעת רוב הגאונים וכדלעיל בסי׳ ק״ח סעיף א׳ והכי נקטינן:

יט החרש דינו כקטן וכו׳. משנה פ׳ הניזקין חרש רומז ונרמז ובן בתירא אומר קופץ ונקפץ במטלטלין פי׳ בן בתירא מיקל דאפילו בקפיצת פיו דאינו סימן ניכר כרמיזה מקחו מקח במטלטלין ומשמע דהלכה כת״ק דאף במטלטלין אין מעשיו קיימין אלא ברמיזה באצבעותיו וכן פסק הרמב״ם ר״פ כ״ט ממכירה וכ״כ הרא״ש אלא דמשמע ליה להרא״ש שרב אלפס פוסק כבן בתירא מדהביא בהלכותיו הני תרי לישני דר״נ לפרש הך דבן בתירא אי דוקא במטלטלין קאמר אבל בגטין מודה דברמיזה אי נמי אף במטלטלין קאמר בקפיצה וה״ה בגטין בקפיצה אבל לת״ק לא איצטריך הך דר״נ ותימה לי הא ודאי איצטריך דרב נחמן נמי לפרושי לדת״ק דת״ק לא קאמר ברמיזה אלא במטלטלין אבל במקרקעי אפילו ברמיזה לא ואי לאו דר״נ הו״א דת״ק קאמר חרש רומז ונרמז בין במטלטלין בין במקרקעי ובין בתירא פליג בתרתי דאפילו קפיצת פיו הוי סימן ברמיזה ועוד דדוקא במטלטלין אבל לא בקרקעי אפי׳ ברמיזה השתא דקאמר ר״נ לפרושי בלישנא קמא מחלוקת במטלטלין אבל בגטין ד״ה ברמיזה שמעי׳ דת״ק נמי לא אמר במטלטלין ומטלטלין דבסיפא את״ק נמי קאי וללישנא בתרא דר״נ כמחלוקת במטלטלין כך מחלוקת בגטין נמי שמעי׳ דת״ק לא קאמר אלא במטלטלין והב״י נדחק ליישב בע״א ע״ש ומה שכתבתי הוא ברור ופשוט וכן פרש״י ובקרקעות לא ברמיזה ולא בקפיצה דהכא הוה משום כדי חייו תקון רבנן כדלקמן גבי קטן וזו היא דעת רבינו שכתב הרא״ש דינו כקטן שמעשיו קיימין במטלטלין פי׳ כמו קטן שלא תקנו אלא משום כדי חייו ומש״ה דוקא במטלטלין ולא במקרקעי ה״נ גבי חרש וכ״כ הרמב״ם חרש וכו׳ מוכר ולוקח המטלטלין ברמיזה אבל לא בקרקע וכו׳ וכך היא דעת רב אלפס ולא כמו דהוה

משמע ליה להרא״ש מדברי רב אלפס ולפי זה היכא דלרב האי בקטן לא תקנו אלא כדי חייו ה״ה בחרש דוקא כדי חייו טפי לא: ואחד חרש גמור וכו׳ וא׳ נשתתק וכו׳. צ״ע במאי פליגי הרמב״ם ורבינו דלהרמב״ם גרע חרש שאינו שומע ומדבר ודינו כחרש גמור ואין מעשיו קיימין כשבודקין אותן אלא במטלטלין אבל בשומע ואינו מדבר מעשיו קיימין אפי׳ במקרקעי כשבודקין אותו ולרבינו שומע ואינו מדבר דינו כחרש גמור ומעכשיו קיימין במטלטלין כשבודקי׳ אותו ובמדבר ואינו שומע דינו כפקח ומשמע דמעשיו קיימין אפי׳ במקרקעי וא״צ בדיקה ותו דהקושיא שהקשה ה׳ המגיד על דברי הרמב״ם מברייתא דתני בה שומע ואינו מדבר זהו אלם מדבר ואינו שומע זהו חרש וזה וזה הרי הן כפקחין לכל דבריהם והניחו בצ״ע קושיא זו קשיא גם אדברי רבינו ומ״ש ב״י לתרץ קושיית הרב המגיד נראה דוחק ע״ש ולע״ד נראה לפרש בלי דוחק והוא הדין נשתתק משנה ר״פ מי שאחזו נשתתק א״ל נכתוב גט לאשתך והרכין בראשו בודקין אותו ג״פ וכו׳ וסובר רבינו דפירוש נשתתק היינו שאינו מדבר ושומע ותניא כשם שבודקין אותו לגטין (ופרש״י אנשתתק והרכין בראשו קאי) כך בודקין אותו למשאות ולמתנות ולעדיות ולירושות ואסיקנא לעדיות לעדות אשה משום עגונה ולירושות בנו ומשאות ומתנות דידיה (פי׳ רש״י למשאות ולמתנות למכור בנכסיו) אלמא דבנשתתק נמי צריך בדיקה למכור בנכסיו ובברייתא זו הביאה האלפסי והרא״ש לשם לפסק הלכה וכתבו עלה וכי קאמרינן דבודקין לגטין דוקא למי שנשתתק אבל לחרש לא (וכי׳ הר״ן אבל לחרש לא כשא״מ וא״ש) דת״ר חרש לא הלכו בו אחר רמיזותיו ואחר קפיצותיו ואחר כתב ידו אלא במטלטלין אבל לא בגטין והאי חרש דלא בדקינן נענין גטין דוקא כשנשא כשהוא פקח ואח״כ נתחרש אבל חרש מעיקרו בדקינן ליה וכו׳ עכ״ל ומשמע ודאי דהאי חרש דברייתא מירי באינו שומע ואינו מדבר דומיא דחרש מעיקרו וכמ״ש הר״ן שמעינן דבלמכור נכסיו אפילו חרש שאינו שומע ואינו מדבר בין כשהיה פקח ונתחרש בין חרש מעיקרו הולכין בו אחר רמיזותיו במטלטלין לבתר דבדקינן ליה וכן בנשתתק שאינו מדבר ושומע אבל במדבר ואינו שומע לא פסק הרי״ף והרא״ש כלום ולא הביא הך ברייתא דתנינא בה מדבר ואינו שומע זהו חרש שומע ואינו מדבר זהו אלם וזה וזה הרי הן כפקחין לכל דבריהם משמע דאפילו בדיקה לא בעינן אלא מעשיהן קיימין בלא בדיקה ואנן תנן בנשתתק דהיינו אלם אלא דנשתתק היה מדבר מעיקרו ואחר כך נשתתק ע״י חולי ואלם לא היה מדבר מעיקרו ותנן בנשתתק דבודקין אותו ג״פ ותניא נמי כשם שבודקין אותו לגטין וכו׳ ואנשתתק קאי כדפי׳ ומשמע אבל בהא דתניא דמדבר ואינו שומע הרי הוא כפקח לכל דבריו לא אשכחן מאן דפליג עלה ובודאי שכך הלכה ולכן לא כתבו הרי״ף והרא״ש דצריך בדיקה אלא בחרש גמור ובנשתתק ולא הזכירו דבר מדין מדבר ואינו שומע משמע דדינו כפקח גמור והיינו דכתב רבינו ויראה שהמדבר ואינו שומע דינו כפקח והיינו מטעמא דאמרינן: ומ״ש ואין דעת הרב רבינו משה בר מיימוני ז״ל כן שכתב חרש שאינו שומע ואינו מדבר או מדבר ואינו שומע וכו׳ עד הרי החמיר יותר במדבר ואינו שומע ואינו נראה כן כלומר דלהרמב״ם במדבר ואינו שומע אין מעשיו קיימים אלא במטלטלין ובנשתתק ואלם שאינו מדבר ושומע מעשיו קיימין אף במקרקעי ואמר רבינו שאינו נראה כן אלא איפכא מסתברא דחמיר טפי נשתתק ממדבר ואינו שומע וכדי ליישב דעת הרמב״ם ברווחא נראה לפע״ד דהרמב״ם מפרש ממש להיפך מדעת הטור וסובר דהך ברייתא דתני בה חרש לא הלכו בו אחר רמיזותיו ואחר קפיצותיו ואחר כתב ידו אלא במטלטלין אבל לא בגיטין ומביאו האלפסי לפסק הלכה בכל חרש קאמר בין בחרש גמור שאינו לא שומע ולא מדבר בין במדבר ואינו שומע דזהו ג״כ נקרא חרש בסתם באידך ברייתא דקתני בה מדבר ואינו שומע זהו חרש והשתא בכל מי שקרוי חרש קתני בהך ברייתא דלא הלכו ברמיזותיו אלא במטלטלין אבל לא במקרקעי אבל בנשתתק דהוא שומע ואינו מדבר קיל טפי דהולכין אחר רמיזותיו אפילו במקרקעי ולהכי לא תני בהך ברייתא אלא חרש לאורויי דדוקא חרש במטלטלים אין במקרקעי לא אבל נשתתק אפילו במקרקעי ומיהו ודאי בעי בדיקה כדתנן ר״פ מי שאחזו מי שנשתתק וכו׳ בודקין אותו ג״פ ותניא נמי כשם שבודקין אותו שנשתתק לגיטין כך בודקין אותו למשאות ולמתנות כשבא למכור נכסיו והיינו לומר שמוכר על ידי בדיקה אפילו במקרקעי כדפרישית והיינו דתניא באידך ברייתא מדבר ואינו שומע זהו חרש שומע ואינו מדבר זהו אלם וזה וזה הרי הן כפקחין לכל דבריהם כלומר דהרי הן כפקחין דאף במקרקעי מעשיו קיימין ואף על גב דלית הלכתא הכי בחרש שמדבר ואינו שומע דאין הולכי׳ אחר רמיזותיו אלא במטלטלין כדתני באידך ברייתא מכל מקום בנשתתק קי״ל דה״ה כפקח ומעשיו קיימין אפילו במקרקעי דבהא לא אשכחן מאן דפליג עליה זו הוא דעת הרמב״ם ובזה נחה ושקטה תלונות ותמיהת הרב המגיד ורבינו והב״י על דברי הרמב״ם גם נתבארו דברי רבינו על פי שיטתו בדברי האלפסי והרא״ש ודו״ק:

סימן רלו

א עכו״ם אנס וכו׳ משנה פ׳ הנזקין ר׳ הושיב ב״ד ונמנו שאם שהתה לפני הסקריקין י״ב חדש כל הקודם ליקח זכה אבל נותן לבעלים רביע ופסקו הפוסקים כשמואל דאמר רביע הקרקע עצמו נותן לו או שליש מעות שנתן לאנס: ומ״ש אם ירצו הבעלים וכו׳. שם ברייתא ויד בעלים על העליונה כו׳: ואם אינו מאמין לו כו׳ ישבע לו בכמה קנאה ול״ק ישומו אותה ג׳ שמאין מה שהקרקע שזה עכשיו דאין לשומה אלא לפי הזמן והשער שנמכרין עכשיו כדלעיל בסי׳ ק״ג ושמא בשעה שקנה זה קרקע זו היה שער זול או יוקר טפי וטעמו דהלוקח מוחזק במקחו דקנאה מדינא דתלוה וזבין

זביניה זביניה והבעלים באו להוציא המע״ה הלכך נשבע הלוקח: ומ״ש ואם קנאה מן העכו״ם תוך י״ב חדש וכו׳ הכי משמע מדהושיב ר׳ ב״ד דלאחר י״ב חדש כל הקודם ליקח זכה. אבל קודם י״ב חרש אינו נותן לבעלים רביע אלא בזמן שאין בידן ליקח אבל יש בידן ליקח הן קודמין לכל אדם כדתנן ב״ד של אחריהם אמרו וכו׳ ורבי בא לתקן דלא יהא נוהג דין זה אלא תוך יב״ח:

ב ומ״ש ואפי׳ תוך י״ב חדש אם קנאה מהבעלים תחילה וכו׳ משנה שם למשנה ראשונה ורבי לא בא לבטל דין זה אלא לתקן דלאחר י״ב חדש כל הקודם ליקח זכה: ומ״ש או שהודה או יש עדים וכו׳ פי׳ שהודה בפני ב״ד או בפני עדים בתורת הודאה גמורה שלא בפני הלוקח והסקריקון דהשתא ודאי ליכא למימר דמפני היראה הודה דמי הכריחו להודות שלא בפניהם או יש עדים שראו שקבל ממנו מעות והאי שקבל ממנו מעות אתרווייהו קאי כלומר שהודה שקבל ממנו או יש עדים שבפניהם קבל המעות ולמד רבינו דין זה מדין מסירת מודעא ע״ל בסי׳ ר״ה סעיף ט״ו וממ״ש לשם בס״ד: ומ״ש ואפילו עשה לו שטר וכו׳ פי׳ שהבעלים עשו לו שטר ללוקח ואומר שמפני יראת הסקריקון עשה לו שטר שהסקריקון חפץ בכך שיתן לו שטר אבל אם קבלו הבעלים אחריות שבזה אינו חושש הסקריקון אם מקבל עליו אחריות אם לאו והבעלים נשתעבדו באחריות מדעת עצמן לפיכך מקחו קיים: כתב הר״ר ירוחם בירושלמי אמרו בעלים בידינו היה והלקוחות אמרו לא היה בידכם ליקח המע״ה ומביאו ב״י פי׳ תוך י״ב חדש אם יש בידו ליקח הן קודמין לכל אדם וטענו הבעלים בפני ב״ד לאחר י״ב חדש שהיה בידן ליקח תוך י״ב חדש והלוקח לא רצה להחזיר להם הקרקע תוך י״ב חדש ובעל כרחנו לקחנו מידו רביע בקרקע והלקוחות אמרו לא היה בידכם ליקח וברצון לקחתם הרביע המע״ה ונשבעין הלקוחות שכדבריהם כן הוא ונפטרים: (ג) לקח א׳ מן העכו״ם ושהתה בידו שלש שנים וכו׳ ברייתא שם:

ד לקח העכו״ם והבעלים קרקע בחובו ומכרה לאחר כתב הרמב״ם אין הבעלים יכולין להציא וכו׳ בפ״י מה׳ גזילה וכתב לשם ה׳ המגיד שכך מפרש הרמב״ם לברייתא דקתני בה הבא מחמת חוב ומחמת אנפרות וכו׳: ומ״ש וא״א כתב שמוציאו מיד הלוקח וכו׳ נראה שלמד רבינו כך מדבריו פרק הכונס דפורע חובו של חברו הוי מבריח ארי שאין מצילו מהפסד אעפ״י שהיה צריך לפורעו אם לא פרעו זה אין זה הפסד שהרי נתחייב לו אלא מצילו מצער בעלמא שהוא מצטער שאין יכול לפרוע לו עכ״ל משמע מכאן דאם לקח העכו״ם בית בחובו דמציל ממונו הוא חייב לשלם לו כל מה שפרע בשבילו ואף לאידך טעמא שכתב לשם הרא״ש וז״ל אי נמי כדמפרש טעמא בירושלמי דנדרים מפייסנא הוינא ליה ומחיל ליה ואפילו במשכון אמר מפייסנא ליה ויהיב לי משכוני עכ״ל אין זה אלא במשכנו בשעת הלואתו אבל הכא שהעכו״ם הלוהו בלא משכנתא ואח״כ בא ולקח ממנו קרקע בחובו ופשיט׳ הבעלים הוו מפייסים אותו שלא יקח קרקעו ולא קא מיפייס ולקח ממנו הקרקע בחובו אם כן מי שלקחה מהעכו״ם מצילו מן הפסד הקרקע ונותן לו מה שפרע בשבילו והך ברייתא דהבא מחמת חוב ומחמת אנפרות יתבאר בסמוך פירושה לפי דעת הרא״ש:

ה בא העכו״ם בעקיפים וכו׳ ברייתא הנזכרת הבא מחמת חוב ומחמת אנפרות אין בה משום סקריקין פי׳ רש״י אין בו משום סקריקון אם שהה בידו י״ב חדש לתת רביע לבעלים אלא מחזיר לו הקרקע בחנם כו׳ ואע״ג דרש״י ס״ל דלאו דוקא בבא בעקיפין דהיינו בא באנפרות אלא ה״ה בבא מחמת חוב משום דכיון דלא היה שם אונס מיתה לא גמר ומקני ואין מכירת העכו״ם מכירה כלל רבינו לא הביא בשם רש״י דין הבא מחמת חוב לפי שקודם זה הביא דעת הרמב״ם דהבא מחמת חוב אין הבעלים יכולין להוציא מיד הלוקח אם העכו״ם טוען אמת ושהרא״ש כתב שמוציאו מיד הלוקח אלא דנותן לו מה שפרע בשבילו א״כ נדחו דברי רש״י במה שכתב בבא מחמת חוב שמחזיר לו בחנם דהא להרמב״ם והרא״ש אין מחזיר לו בחנם. אבל בבא העכו״ם עליו בעקיפין ס״ל לרבינו דיש פנים לומר דמחזיר לו בחנם כפרש״י אלא דרבינו גרשם כתב דמשלם לו מה שההנהו ושגם ר״י הסכים לפסוק רבינו גרשם כדכתב הרא״ש פ׳ הכונס: ומ״ש ואם יש שופטים בארץ וכו׳ שם א״ר יוסף אין דין אנפרות בבבל מ״ט כיון דאיכא בי דוור ולא אזיל קביל אימר אחולי אחיל. ומ״ש ולזה הסכים הרא״ש פי׳ הסכים לדעת ר״ג דלא כרש״י וכדכתב בפרק הכונס במסקנתו דר״י הסכים לפסק דר״ג. ואיכא לתמוה דהו״ל לרבינו לכתוב הסכמת הרא״ש מקמי שכתב הך דאם יש שופטים בארץ וכו׳ דהוא תלמוד ערוך ונראה דרבינו ס״ל דלפרש״י דהבא מחמת אנפרות צריך הלוקח להחזיר הקרקע לבעלים בחנם א״נ אפשר לומר דהך דאין דין אנפרות בבבל משום דאיכא בי דוור היינו לומר דאין זה נוהג שם להחזיר הקרקע בחנם דמדלא אזיל קביל אימור אחולי מחיל לענין זה דהקונה ממנו צריך ליתן לו מה שפרע בשבילו דהיינו דשמין כמה הוא רוצה ליתן לעכו״ם וכו׳. אבל צריך להחזיר לו הקרקע לבעלים אבל לר״ג דהבא מחמת אנפרות אין צריך להחזיר בחנם אלא שמין כמה הוא רוצה ליתן לעכו״ם וכו׳ וא״כ היכא דאיכא בי דוור ודאי נתייאש וישאר ביד הלוקח ולא יתן לבעלים כלום וכיון דלר״ג דוקא הוה כך פי׳ והא דאם יש שופטים בארץ וכו׳ לא יתן הלוקח לבעלים כלום לכך כתב רבינו ולזה הסכים א״א הרא״ש בתר הך דאם יש שופטים בארץ דלא יתן הלוקח לבעלים כלום דלהרא״ש דהסכים לר״ג הוה כך פי׳ לאפוקי לרש״י הוה פי׳ דיתן לבעלים כמה היה רוצה ליתן לעכו״ם וכו׳:

סימן רלז

א המחזר אחר דבר לקנותו רפ״ג דקדושין בעובדא דרב גידל דהוה מהפך בההיא ארעא פי׳ מחזר עליה לקנותה אמרי׳ עלה עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה נקרא רשע ופרש״י עני המהפך בחררה מחזר אחריה לזכות בה מן ההפקר או שיתננה לו בעה״ב נקרא רשע שיורד לחיי חברו עכ״ל נראה דהוקשה לו למה נקט עני ותו דלמה נקרא רשע ופירש דנקט עני לאורויי דאפילו בהפקר או מתנה נמי נקרא רשע והא דנקרא רשע לפי שיורד לחיי חברו ובפ״ק דקדושין (דף כ״ח) תניא הקורא לחברו רשע יורד עמו לחייו ופירש רש״י מותר לשנאותו אף למעט פרנסתו ולירד לאומנותו וא״כ בדין הוא שהיורד לחיי חבירו נקרא רשע כשם כשקורא לחברו רשע יורד עמו לחייו. אבל התוס׳ בשם ר״ת הקשו על פירש״י מהא דתנן פ״ק דמציעא ראה את המציאה נפל לו עליה או שפירש טליתו עליה ובא אחר ונטלה ה״ה שלו עכ״ל והא לאו קושיא היא דהתם דינא תנן דה״ה שלו ואה״נ דלאו שפיר עבד דהו״ל עני המהפך בחררה ונקרא רשע אבל הקשו עוד מדתנן גבי פאה מי שליקט מקצת פאה ופירש טליתו עליה מעבירים אותה הימנו משמע דמתיר לכתחלה להעבירה ממנה ואמאי עני המהפך בחררה הוא וקושיא זו בלבד הביאה הרא״ש ולכך פי׳ ר״ת דבהפקר ומציאה לא מקרי רשע לפי שאינן מצויין בכל מקום וכל הזריז לקדם ולזכות בה מותר ודוקא במכר או שכירות שיוכל למצוא לקנות או להשתכר במקום אחר כי הך עובדא דרב גידל והיינו נמי עני המהפך בחררה שממציא עצמו אצל בעה״ב לעבדו כדי שיתן לפעמים חררה כי זה יכול למצוא גם הוא במקום אחר ורבינו לפי שראה שהתוספות והרא״ש דחאוה לפרש״י לפיכך כתב בסתם כפי׳ ר״ת מיהו נלפע״ד דקושיא זו דפאה לאו קושיא היא דכיון דדין עני המהפך בחררה תקנות חכמים היא ולאו מדינא מש״ה גבי פאה דזכתה תורה לכל העניים לא תקנו דבר והניחו אותן על דין תורה והר״ן לשם כתב ע״ש הרמב״ן שסובר כפרש״י ע״ש ומביאו ב״י ומחלק דבמציאה לא נקרא רשע אלא דוקא בעני המהפך בחררה אבל בעשיר המהפך במציאה ובא אחר ונטלו לא נקרא רשע. ולפי זה ניחא נמי הך דפ״ק דמציעא דמיירי בעשיר או בינוני דלאו עני דנפל על המציאה או שפרש טליתו עליה ובא אחר ונטלה ה״ה שלו ולא נקרא רשע עוד מחלק דבקרקעות אפילו בעשיר הבא ליקח שייך נמי עני המהפך בחררה לפי שאין הקרקעות מצויים ליקח:

סימן רלח

א כותבין שטר למוכר וכו׳ משנה ס״פ גט פשוט ומ״ש וכגון שמכירם וכו׳ דמשמע שצריך להכיר גם את הלוקח וכ״כ הרמב״ם בר״פ כ״ד ממלוה וכתב הטעם דשמא יבואו שנים ויעשו קנוניא וישנו שמותיהן בשמות אחרים ויודו זה עכ״ל ומשמע דדוקא בבאו שניהם לפניהם חיישינן לקנוניא דהשתא העדים מחייבים לפלוני לקנות קרקע זו בכך וכך ושמא אין חפץ כלל לקנותה או יודה לזה בדמים יקרים אבל כשבא המוכר לבדו כותבין אעפ״י שאין מכירין את הלוקח דהא העדים לא יכתבו רק שבא פלוני לפניהם והקנה לפלוני השדה ואם לא יחפוץ לקנותה הרשות בידו ואפשר כיון דבמוכר צריך שיכירוהו בין כשבא עם הלוקח ובין כשבא בלבדו לכך לא כתב רבינו בפי׳ אלא דאל״כ איכא למיחש שמצווה על אחר לכתוב שמכר שדהו לפלוני דאין טעם זה מפורש אלא שצריך להכיר את המוכר לעולם אבל שצריך שיכיר את הלוקח לא כתב הטעם בפירוש אלא ברמז בלשון שמצווה על אחר לכתוב שמכר שדהו לפלוני כלומר מחייבים לפ׳ לקנות ואותו פלוני איננו חפץ לקנותה כלל ואין זה אלא כשבאו שניהם לפנינו ודו״ק וע״ל בסימן ל״ט סעיף ח׳ וי״ו ובסימן מ״ט סעיף ב׳ ובמ״ש לשם בס״ד:

ב וכתב הרמב״ן האי מלתא דפשיטא הוא וכו׳ מה שקשה על דברי רבינו שהביא דברי הרמב״ן ע״ל סימן ל״ט ס״ד והא דקשה להרמב״ן האי מילתא דפשיטא וכו׳ לפי מ״ש ה׳ המגיד בפכ״ג ממלוה יש ליישב בע״א דאתא לאשמועינן דאפילו יאמר הלוקח יהא השטר בידכם וכשיבא המוכר ויאמר לכם כי כן הוא האמת קנו מידו ותתנוהו לי ואם לאו תקרעוהו אע״פ כן אין כותבין דבשעת כתיבה הוא שקר ויש לחוש אולי מערים הוא: והלוקח נותן שכר הסופר שם בגמרא פשיטא ל״צ במוכר שדהו מפני רעתה פרשב״ם מום גדול שבה או רחוקה ממנו וסד״א יתן הוא שכר קמ״ל דלא דהנאה דידיה הוא וכדכתיב הקונה אל ישמח והמוכר אל יתאבל וכדאמר אינשי זבנת קנית זבין אוביד עכ״ל:

ג ואף למוכר אין כותבין וכו״ עיין בדברי הרב המגיד ר״פ כ״ד מהלכות מכירה מ״ש בזה מחלוקת הגדולים אי כותבין שטר למוכר בלא לוקח בלא קנין וע״ל סוף סימן ל״ט כתבנו דאף לר״י דוקא בסתם אבל בא״ל כתבו וחתמו ותנוהו לידי אם לא בא בידו בזמן הכתוב בו פסול מטעם מוקדם וע״ש:

ד וכתב הר״י הלוי וכו׳ כבר התבאר דבריו בסימן ל״ט והתיישב מה שקשה ע״ש בסעיף י״ט:

ה והרמ״ה כתב עוד שאפילו העיד על עצמו וכו׳ איכא למידק למה לא כתב הרמ״ה דין זה גבי לוה ומלוה ואם כתבו גם לשם למה לא הביאו רבינו בשמו בסי׳ ל״ט אבל מה שלא הביא דברי הר״י הלוי לעיל סימן ל״ט לא קשיא דכבר גילה רבינו דעתו לשם שאינו נראה שבכתיבת השטר יתחייב להלוות לו בע״כ עכ״ל בסעיף י״ט אלמא דאפי׳ ידוע שהתנדב לו להלוות ונכתב השטר מדעתו יכול לחזור בו ואין אנו כופים אותו להלוות לו בע״כ

דשמא חושש שירד הלוה מנכסיו תוך הזמן ויפסיד ממונו אם כן לא ס״ל לרבינו כהר״י הלוי בדין לוה ומלוה. אבל בדין לוקח ומוכר ס״ל לרבינו דיש פנים לומר דאם נכתב השטר מדעתו חייב לקבל אותו לקיחה דהרי אין לו הפסד ולכך הביא דבריו כאן ושהרמב״ן נחלק על דבריו אבל אדברי הרמ״ה קשה דגבי לוה ומלוה נמי איכא למימר דלא ניחא ליה למלוה דליפוק עליה קלא וכו׳ ולמה לא הביא דבריו לעיל בדין הלואה:

סימן רלט

א מי שבא ואמר אבד לי שטרי וכו׳ ברייתא פ׳ ג״פ כותבין חוץ מן האחריות שבו ומפרש בגמרא דהיינו דכותבין שטרא דנן דלא למיגבא ביה וכו׳ ומ״ש בשם ר״י שם בתוס׳ בד״ה אבל בשטרי מקח וממכר (דף קס״ח ע״ב) וא״ת והלא מלשון שטרא דנן דלא למיגבא ביה וכו׳ משמע שלא נכתב שטר זה אלא מפני שאמר אבד לי שטרי וכו׳ ולא לפי שחזר ולקחו מהמוכר. וי״ל דהלוקח מצי טעין דחזרתי ולקחתי השדה שלא באחריות ולכך כתבו לי כך ולא מפני שאבד שטרי מיהו נראה אם כתב בשטר שני בפירוש שטרא דנן שנכתוב לו כתבינן ליה משום דא״ל פב״ב אמר לנו אבד שטרי וכו׳ ודאי כותבים אפילו מזמן שני ועיין בתוס׳ בסוף דבור הנזכר:

ב אע״ג דש״ח המאוחרים כשרים וכו׳ מימרא דרב המנונא בפ׳ ג״פ (קע״א) ופי׳ דהמכירה היתה בניסן ובו ביום כתבו הזמן בשטר מתשרי שאחר ניסן:

ג ומ״ש אלא יכתבו מזמן שלקח בקנין אפילו אם אחרו וכו׳ פי׳ ל״מ דאם כותבין השטר בו ביום שנעשה הקנין שלא יכתבו בו הזמן מאוח׳ לאותו יום בכדי מטעם הך חששא אלא אפילו לא כתבו השטר בו ביום אלא אחרו לכתוב השטר ושהו וכו׳ אם זוכרין זמן הקנין יכולין לכתוב מאותו הזמן ואם אינן זוכרין יכתבו זמן הכתיבה דחיישינן שמא יקדימו לכתוב בו זמן מקמי שלקח הקנין ויהא שטר מוקדם ופסול וה״א בפ׳ ג״פ דא״ל רבה בר שילא להנהו דכתבי שטרי כי כתביתו שטרי אקנייתא אי ידעיתו יומא דקניתו ביה כתיבו ואי לא כתבו יומא דקיימיתו ביה כי היכי דלא מתחזי כשיקרא ואע״ג דהשתא איכא למיחש שמא בין זמן המכירה וזמן הכתיבה חזר המוכר וקנה הקרקע מהלוקח וכו׳ ומה״ט פסלינן שטרי מכר המאוחרים התם ודאי כיון דאפשר לכתוב הזמן שלקח בקנין למה לן לכתבו מאוחר בכדי הלכך פסלי׳ ליה מהך חששא אבל כאן דא״א לכתוב מזמן שלקחו בקנין כיון שאין זוכרין כותבין בו זמן הכתיבה ואין דנין שא״א מאפשר ובגמרא אמרי לגבי שטרא הלואה ושובר דרבי אבא אמר לספרא כי כתביתו שטרי מאוחרי כתבו הכי שטרא דנן לא בזימניה כתבנוהו אלא אחרנוהו וכתבנוהו ומסיק והאידנא לא עבדינן הכי רבנן תקוני תקינו מאן דעביד עביד מאן דלא עביד איהו הוא דאפסיד אנפשיה ע״ש ותקון זה איכא נמי בשטרי מכר היכא דשהו ואינן זוכרין היום שלקח בקנין והב״י לא כתב כך ולא נראין לי דבריו ע״ש:

סימן רמ

א מי שהוציא ב׳ שטרות וכו׳ מימרא דר״נ פרק נערה שנתפתתה ב׳ שטרות היוצאים בזא״ז ביטל השני את הראשון ומפרש בגמרא דהיינו דוקא בשניהם במכר או שניהם במתנה מ״ט רפרם אמר אימור אודויי אודי ליה בעל השטר שהראשון מזויף היה ונתרצה על האמת לקנות מזמן שני רב אמר אימור אחולי אחליה לשיעבודיה מאי בינייהו א״ב אורועי סהדי ולשלומי פירי ולעסקא ופרש״י אורועי סהדי החתומים בראשון לרפרם פסולים לרב אחא כשרים ולשלומי פירי שאכל לוקח בין זמן ראשון לשני לרפרם משלם ולטסקא לפרוע מס למלך מזמן ראשון לזמן שני לרפרם על המוכר לפרוע לרב אחא על הלוקח לפרוע וכתב ב״י דהרא״ש כתב ע״ש הרמ״ה דהלכה כרב אחא וכ״כ הר״ן ע״ש הרמב״ן אבל הרמב״ם פ״ה מה׳ זכייה פסק כרפרם משום דקרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת ולא ידעתי למה השמיט רבינו זה עכ״ל ושגגה יוצאה מתוך הקולמוס דהלא מדכ״ר והמוכר או הנותן נוטל הפירות עד זמן שטר השני בזה הודיע שהלכה כרפרם וכדפסק הרמב״ם ומ״ש רבינו נוטל הפירות לאו דוקא נוטל דמשמע שהן בעין אלא אפילו אכלן הלוקח והמקבל צריכין לשלם וכדקאמר תלמודא לשלומי פירי שאכל הלוקח וכדפי׳ רש״י להדיא וכ״כ הרמב״ם כל הפירות שאכל וכו׳. אלא דאיכא לתמוה למה לא כ״ר גם כן דאתחזקו העדים החתומי׳ בראשון בפסולים ושהמוכר או הנותן ישלמו המס מזמן הראשון לשני כיון דפסק כרפרם וי״ל דרבינו נמשך אחר הרמב״ם דפסק כרפרם ואפ״ה לא כתב הך דאורועי סהדי נראה שלא היה כתוב בגירסתו וכן נראה ממ״ש הרב המגיד לישנא דתלמודא איכא בינייהו לשלומי פירי ולטסקא ולא הביא הך דאורועי סהדי בהך דלטסקא אע״ג דכתבו הרמב״ם לא כתבו רבינו משום דכל שכן הוא כיון דאפילו פירות שאכל משלם הלוקח והמקבל מזמן ראשון עד זמן שני כ״ש שאין חיוב תשלומי מס אלא על המוכר והנותן שאין חיוב המס אלא בשביל אכילת פירות ותלמודא דקאמר לטסקא אף על גב דשמעינן לה מכלל לשלומי פירי דהא בהא תליא ניחא לה לפרושי כל מאי דנפקא מינה בין רפרם לרב אחא. ועי״ל בהא דלא הביא רבינו הך דאורועי סהדי אליבא דרפרם והוא משום דהתוספות בשם ר״י כתבו דתימא גדול הוא לפסול העדים בענין זה לרפרם כפירוש הקונטרס ונראה לר״י דאם יש למקבל מתנה שום שטר אחר שהעדים אלו חתומין בו מרעין ליה לשטרא הואיל והוא הודה

שהן פסולין אי נמי לפסול חתימתן קאמר משום דאימור זיופי זייף הואיל והוא מודה שהשטר הוה מזויף עכ״ל וכ״כ הרא״ש אבל הר״ן לא כתב אלא כתירוץ השני של תוספות ומפני הספק בין פרש״י לתוספות והתוספות גופייהו איכא ספק בין שינויא קמא לשינויא בתרא על כן השמיט רבינו דין אורועי סהדי אליבא דרפרם ולא כתבו כלל כי כן דרכו של רבינו להשמיט בכל מה שנסתפק בו כמ״ש כמה פעמים: ומ״ש וכן אם לוה המוכר וכו׳ כ״כ התוספת והרא״ש לשם ובין לרפרם ובין לרב אחא דינא הכי ולא ידעתי למה לא כתב רבינו עוד מ״ש התוס׳ והרא״ש דאם קנה המוכר או הנותן שדה אצל שדה זו בין זמן ראשון לשני דלא מצי הלוקח והמקבל לסלקו מטעם שהוא בן המצר כיון דביטל השני את הראשון: ואם יש שום תוספת וכו׳ שם מימרא דרב פפא וע״פ פי׳ הרא״ש ודלא כפרש״י והאלפסי בתשובה אלא כפי׳ הר״ר יצחק ב״ר ברוך וכך הוא דעת הרמב״ם לשם וכתב ה׳ המגיד שכ״כ רוב המפרשים וב״י הביאם ואם הראשון של מכר והשני של מתנה וכו׳ שם בגמרא: ומ״ש וצריך שלא יראה וכו׳ כ״כ התוס׳ והרא״ש אבל הר״ן וה׳ המגיד כתבו ע״ש רב נטרונאי גאון וע״ש הרשב״א דאפילו מראה אותו לית לן בה ע״ש ובית יוסף מביאו ומיהו משמע מדבריהם דהעיקר דצריך שלא יראה אותו וכו׳: (ב) ואפילו אי לא שייך ביה יפוי כח דדינא דבר מצרא וכו׳ כ״כ התוס׳ והרא״ש אלא דאינהו כתבו דנ״מ לענין דרך אפילו למ״ד מוכר בעין רעה מוכר נותן בעין יפה נותן ורבינו כתב כגון לענין דרך דקי״ל מוכר בעין רעה מוכר ונותן בעין יפה נותן והא ליתא דהא קי״ל כר״ע דמוכר בעין יפה מוכר וכמבואר בסימן רי״ד סעיף י״ד וט״ו ויש ליישב דכל מאי דמצינן לפרושי דלא ביטל השני את הראשון ולא נתכוון במתנה אלא ליפוי כח טפי ניחא לן ולפיכך אף על גב דאנן קי״ל דמוכר בעין יפה מוכר מ״מ תלינן דאיהו דנתן במתנה בשטר שני הוה סבירא ליה דקי״ל מוכר בעין רעה מוכר כחכמים דפליגי אר״ע ולכך כתב לו במתנה ליפות כחו דכולי עלמא מודו דנותן בעין יפה נותן והקנה לו גם את הדרך ומשום הכי לא ביטל שני את הראשון: ומ״ש וכל שכן אם הראשון של מתנה וכו׳ ג״ז שם בגמרא ורבינו כתב דהוי כל שכן משום דהשני של מכר אינו יפוי כח בלחוד אלא הוה לי׳ כאילו הוסיף לו דקל כדמסיק ע״ש הרמ״ה: ומ״ש בשם הרא״ש דגם בזה צריך שלא יראה וכו׳ שם כ״כ ומ״ש בשם הרמ״ה וכו׳ כתב ב״י דברים נכונים הם וצריך לתת טעם למ״ש הרא״ש דגם בזה צריך להראות השטר שני לבדו וכו׳ עכ״ל ואפשר כיון דגם האחריות אינו אלא ספק באם יבא ב״ח לטרוף ממנו אינו אלא יפוי כח בלבד כמו יפוי כח דדינא דב״מ אם יצטרך לכך ולא דמי להוסיף דקל דהוא ודאי הוספת דררא דממונא:

ג שני שטרות שיוצאים על שדה א׳ וכו׳ ס״פ מי שהיה נשוי אתמר ב׳ שטרות היוצאים ביום אחד רב אמר חולקים ושמואל אמר שודא דדייני ופסקו הפוסקים כשמואל בדיני דלא כמ״ש במרדכי דר״ב כתב בשם גאון דכאן הלכה כרב מדקי״ל ממון המוטל בספק חולקין וכו׳ וע״ש וכתב הרא״ש דבשטר מכר או מתנה על שדה א׳ מיירי אבל שטרי הודאו׳ והלואות היוצאים ביום א׳ חולקין דהתם שעבודא איכא ואינו חל אלא משעה שמוכח מתוך השטר שחל השעבוד דהיינו ממחרת יום שנכתב בו וביום שנכתב השטר אין הוכחה בו מתי התחיל השעבוד בבקר או בערב הלכך חולקין אבל קניית מכר או מתנה כל הקודם בקנין זכה עכ״ל וזש״ר ואין בהם קנין משום דאי הוה בהו קנין כל הקודם בקנין ע״פ בירור עדים זכה כמו שכתוב בסמוך והיינו עובדא דאימיה דרמא בר חמא ומר עוקבא בר חמא דאיתא התם דאמר בה ר״נ שודא דדיינא דלא היה שם אלא כתיבה בשטר במתנת בריא בלא קנין לזה בבקר ולזה בערב ולא נודע למי נמסר השטר תחלה דאי אית בה קנין הוה קיימא בידיה דמאן דקדים קניינו אפילו שעה אחת וכמו שכתבו הרי״ף והרא״ש והרמב״ם לשם: וכתב ר״ח דלא אמרי שודא דדייני אלא במקרקעי כו׳ פי׳ אבל במטלטלי לא אמרינן שודא אלא אמרינן ממון המוטל בספק חולקין וכ״כ בערוך ערוך שד. ונראה דטעם דבר זה משום דבמטלטלין איכא למימר אי איתא דלאותו שהוא אוהבו יותר בודאי לו מסר השטר תחלה לא הו״ל לנותן לעשות בכתיבת שטר אלא הו״ל ליתן המטלטלין ביד אוהבו ולהחזיקם ברשותו ולכך מספק חולקים אבל במקרקעי א״א אלא בשטר ואמרינן שפיר שודא:

ד וכתב הרמ״ה וכו׳ והוא ברשות אחד ממקבלי מתנה וכו׳ כלומר השתא כיון שאין המוכר והנותן טוענים כלל שתחזור המתנה לידם אלא אדרבה יצאת המתנה מרשות המוכר או הנותן והוא עומדת ביד א׳ ממקבלי המתנה לאותו שנמסר השטר בידו תחלה אלא שאין אנו יודעין למי נמסר תחלה הלכך כיון דאין זה מוחזק בה יותר מזה דשניהם שוין שכ״א מתנה בידו ואין שום אחד מהם מוחזק בנכסים אמר בהו שודא וכו׳: כתב ב״י ומ״ש ואינו ידוע למי נמסר תחלה היינו למי נמסר יום אחד או יותר קודם חברו דאילו נמסרו לשניהם ביום אחד אפילו ידוע שנמסר לזה בבקר ולזה בערב אין בהם דין קדימה וכדאיתא בפ׳ הנזכר אימיה דרמי בר חמא וכו׳ עכ״ל. נראה מדבריו שהבין מ״ש למי נמסר תחלה פירושו למי נמסר הכתיבה תחלה כלומר למי כתב תחלה ולכך כתב לפרש דהיינו למי נמסר יום אחד או יותר וכו׳ דאילו ביום אחד אין בהם דין קדימה בכתיבה דלאו בירושלים יתבינה דכתבינן שעות וכדאמר רב נחמן בהך עובדא דאימיה דרמי בר בר חמא וכו׳ ושרא ליה מאריה דהדבר פשוט דפירוש אינו יודע למי נמסר תחלה היינו למי נמסר השטר בידו תחלה דאם היה ידוע בעדים היה זוכה בו אותו שנמסר בידו השטר תחלה אפילו נכתב לבסוף ואפילו נמסר לכל א׳ השטר שלו ביום אחד אותו שידוע בעדים שנמסר לו תחלה זכה בה דדוקא בכתיבה אין חלוק מי קודם בכתיבה אפילו ידוע בעדים שנכתב לו בבקר ולחברו בערב דלאו בירושלים יתבינן דכתבי שעות אבל במסירת השטר אפילו היה נמסר לזה ולזה ביום אחד אותו שנמסר השטר בידו תחלה זכה בנכסים והכי משמע

להדיא מדברי הפוסקים אבל היכא דאיכא קנין אותו שקדם קניינו אפילו שעה אחת זכה בנכסים אפילו ידוע שנמסר השטר לחבירו תחלה דקנין אינו חוזר לאחר שאינן עסוקין באותו ענין:

סימן רמא

א כדרך שנקנה המקח וכו' כל זה לשון הרמב"ם בריש פ"ג מהלכות זכייה: ומ"ש יכול לחזור בו ממתנתו ר"ל שאין במתנה אף משום מחוסרי אמנה אם לא במתנה מועטת לעני כדלעיל בס"ס ר"ד:

ג ומ"ש אבל המוחל לחבירו וכו' פירוש דקיימא לן מחילה אין צריך קנין וכבר נתבאר לעיל בסימן י"ב סעיף ט':

ה ומ"ש וכתב הרמב"ם וכן הדין בנותן פחדון וכו' דקדק בלשונו דאצל חוב כתב לשון מחילה ואצל פקדון שהוא חפץ בעין כתב לשון נותן משום דאין לשון מחילה מהני אלא בתוס' כדלעיל בסימן ע"ג סעיף ל"ב בתשובת הרא"ש וה"ה בקרקע לא מהני לשון מחילה ועיין במ"ש לשם בס"ד ומה שהביא בית יוסף כאן במחודשים סעיף ג' בתשובת הרשב"א שכתוב בה וכתב לו שטר שמחל לו אותו קרקע במאה דינרין וכו' צריך לומר שלא כתב לו באותו לשון אלא שמחל לו כל תביעה שהו"ל על אותו קרקע אבל לשון מחילה ודאי לא מהני בקרקע שהוא בעין כמו בחפץ שהוא בעין דמ"ש:

ו כתב הרמב"ם כשם שהמוכר צריך לסיים וכו' ואני כתבתי למעלה שגם במכר יכול להקנות וכו' איכא לתמוה דהלא רבינו העתיק לשון הרמב"ם בדין מוכר דבר שאינו מסויים בריש סימן ר"ט כל מה שבתיבה זו אני מוכר לך וכו' אין כאן קנין כלום ולא נחלק עליו הרי דסבירא ליה כהרמב"ם לחלק בין מינו ידוע לאין מינו ידוע וכמו שכתב הרמב"ם בר"פ כ"א ממכירה ואפשר דרבינו רצה לומר דבר שאינו קצוב דכתב הרמב"ם דלא משתעבד דאין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה דעל זה נחלק רבינו בסוף סימן ר"ז בשם הרא"ש אבל לשון רבינו לא משמע הכי ומה שאמר רבינו וגם איני מבין מה שחילק בין קרקע מנכסי וכו' גם כן תימה מה היה קשה לו מטעם סברא הא ודאי דמסתברא דבאומר קרקע מנכסי קנויה לך אין כאן דבר מסויים כלל דלא פירש כמה קרקע מקנה לו הרבה קרקע או מעט וגם לא סיים לו איזה קרקע אבל באומר חלק כך וכך משדה פלוני הרי שסיים השדה וגם נתן קצבה למתנתו חלק כך וכך כגון ט' קבין או בית כור בשדה פלוני אע"פ דלא מסיים לו במזרחו או במערבו הרי נוטל הפחות שבאותו שדה דזה סיים במתנתו קרינן ביה: ומ"ש ועוד דהא דאמרינן במנחות בית בביתי אני מוכר לך נותן עלייה וכו' נקט לישנא דתלמודא משמיה דעולא במנחות וכבר כתב רבינו המסקנא דמסקינן בנדרים מאי עלייה מעולה שבבתים לאפוקי עלייה דגריעא מיהו בית הגרוע שיש לו יכול ליתן לו כדכתב רבינו בסוף סימן ריי"ד סעיף י"ח אלא דאף לפי זה השיג רבינו עליו דמכל מקום לא סיים ממכרו ואפ"ה קנה ואין זו השגה לפע"ד דזה ודאי הוי סיים ממכרו דמדאמר ליה בית מבתי אני מוכר לך סתם בית הוי ד' אמות על ד' אמות לא פחות כדתניא פ"ק דסוכה משא"כ קרקע בנכסי קנוי לך דלא סיים כלל קנייתו כדפירש' ואף לפי פשט מימרא דעולא דנותן לו עלייה משום דגריעא הוי נמי סיים ממכרו דעכ"פ נותן לו בית או עלייה ד' אמות על ד' אמות לא פחות הו"ל כמו חצי שדה אני מוכר לך דמשמנין וכו' דכונתו לומר שיעור חצי שדה דהיינו ד' קבין וחצי קב דהו"ל ג"כ סיים בקנייתו חלק כך וכך בשדה פלוני ואע"ג דלא סיים לו מצר אותו חלק במזרחו או במערבו ועיין במ"ש ה"ה ומביאו ב"י מקצתו ובספר כסף משנה הליץ ג"כ בעד הרמב"ם ליישב מה שהקשו על דבריו ע"ש:

ז הנותן מתנה לחבירו אינה מתנה וכו' כך הוכיח הרא"ש מסוגיא דפרק יש נוחלין בעובדא דיונתן בן עוזיאל ושמאי ע"ש סוף (ד' קל"ג) ובהרא"ש (דף ר"ט) ורצונו לומר דאינה מתנה כלל אפי' לא עבר על דעת הנותן במה שנזכר מתוך מחשבתו שאינו נותן לו אלא כדי שלא יעשה כך וכך דכיון דנתן לו בסתם דמשמע שיעשה בה כל חפצו וזה הפך המחשבה הניכרת מתוך מעשיו הלכך אינה מתנה אבל אם פירש שלא יעשה כך וכך הויא מתנה אם קיים התנאי ואם לא קיים המתנה בטלה כמ"ש בתשובת הרא"ש בסמוך סעיף י"ב:

ט והנותן מתנה על מנת להחזיר וכו' לפיכך הנותן שור וכו' פ' יש נוחלין סוף (בבא בתרא ד' קל"ז):

יא וכן כל מתנה שהיא על תנאי וכולי כ"כ הרמב"ם כ"ג מה' זכייה וע"ל בסימן ר"ד שכתב רבינו בסעיף ב' דצריך לחלק בדבר בין התנה המוכר לטובת הלוקח ובין התנה הלוקח ולשם בארתיו בס"ד:

יב שאלה להרא"ש וכו' ריש כלל פ"א עד שאם המתנה קיימת יעשה בה כל מה שירצה פי' דהשתא לפי זה דהאי לא יוכל למכור אינו תנאי אלא רוצה שתהא המתנה קיימת עכ"פ אלא דמתנה שאם ימכור תהא המכירה בטלה דבר זה ודאי אין בידו להתנות שאם רוצה שתהא המתנה קיימת בין ימכור בין

לא ימכור היאך מתנה שתהא המכירה בטל דכיון דהמתנה קיימת עכ״פ א״כ שוב אי אפשר לומר שאם ימכור שיהא המכר בטל אלא בע״כ האי לא יוכל למכור הוא תנאי שלא תהא מתנה זו חלה מעכשיו אלא כשיקיים תנאי זה שלא ימכור אותה דאם יעבור וימכור הרי המתנה בטילה למפרע:

טז וששאלת אלמנה וכו׳ כלל ע״ב דין ג׳ ולשם הביא כל המקומות שאמרו בתלמוד דהוי אסמכתא דמירי דמתנה עם חבירו שאם לא יעשה כך וכך שמקבל עליו הפסד כך וכך זהו אסמכתא ודאי כי לא קבל עליו הפסד בלבו ולא נתכוין בדעתו למה שאמר כי אמר בלבו לא יבא לידי כך כי ודאי אעשה דבר זה כי אפשר הוא לעשותו בקל אבל בנדון זה שלא קבל עליו הפסד אלא תנאי גרידא הוא שנתנה לאחד מבניה מתנה על תנאי אם לא יתרצה בנה הקטן בפשרה שעשו בין הבנים אין כאן ענין אסמכתא כלל וע״ל בסי׳ רנ״ג סעיף מ״ב השיג ג״כ רבינו על האלפסי והר״י הלוי גבי אם ילדה זכר יטול מנה דכתבו ז״ל דאסמכתא היא כיון דאמר אם ילדה וכתב רבינו דאסמכתא ליכא הכא אלא ככל מתנה שהוא על תנאי שמתנה אם תעשה כך שתהיה מתנה וכו׳ ואמר עוד הרא״ש וכי מתנה שנתן משה וכו׳ כלומר דאי איתא דכל מתנה באם יהיה כך וכו׳ הויא אסמכתא א״כ מתנת משה לראובן וגד דקאמר גם כן אם יעברו ואם לא יעברו תהיה אסמכתא אלא ודאי תנאי בעלמא הוא ולא הויא אסמכתא אלא במקבל עליו להפסיד בכך וכך ונראה לי דהרא״ש ז״ל רצונו לומר דלא הוי אסמכת׳ בשום תנאי אא״כ דהדבר ידוע ומשמעו׳ דבריו הוא שלא אמ׳ כך בדוקא ושיהי׳ כך כמו שאמר אלא שאומר כך דרך קנס לקבל עליו הפסד זה אם לא יעשה אבל כל תנאים שבעולם דמתנה בדוקא ורצונו הוא בקיום המעשה אין זה אסמכתא וכן היה תנאי שהתנה מרע״ה עם בני גד ובני ראובן שדעתו ורצונו היה בקיום המעשה שיעברו ושתנתן להם ארץ הגלעד והיא דעת הרמב״ם וכבר הארכתי בזה בסימן ר״ז סעיף י״ו וכתבתי לשם שלדעת רבינו צריך לפרש הך דבני גד ובני ראובן דלא הוי אסמכתא משום דהוי בב״ד חשוב אי נמי מדאורייתא אסמכתא קניא אלא דמדרבנן לא קניא וע״ש:

סימן רמב

א הנותן מתנה מחמת אונס שאנסוהו ליתן אינה מתנה פירוש היכא דאנן ידעינן באונסיה דמחמת אונסיה נתן לו אע״ג דאיהו שתיק ולא אמר מידי דאי הוה זביני המקח קיים אבל במתנה אינה מתנה: ומ״ש בשם הר״ר יונה אפילו אם קבל עליו אחריות וכו׳ היינו נמי בכה״ג היכא דידעינן באונסיה ושתיק וכתב לו אחריות נכסים בשטר ואפ״ה לא אמר מסתמא ודאי לא היה כופהו על האחריות וכדאמר גבי סקריקון בסי׳ רל״ו סעיף ב׳ אלא אמרינן ודאי היה כופהו גם על האחריות והא דכתב הריב״ש בסי׳ ר״ן וז״ל והטענה שטען שמעון שהיה אנוס על ההקנאה אינה טענה דהא לא ידעינן ביה באונסיה ושיהיה האונס כדאי לבטל המתנה וגם אינו מראה שטר מסירת מודעא גם אפשר כיון שהמתנה היא באחריות ה״ה כמכר וכו׳ הרי מפורש בדבריו דמתנה באחריות דינה כמכר דזביניה זבינא אם לא מסר מודעא ולא אמרינן דהאחריות שכתב לו הוי נמי באונס כדכתב הר״ר יונה ל״ק ולא מידי דהתם לא ידעינן ביה באונסיה א״כ האחריות שנכתב במתנה דינה כמכר ולפיכך אפי׳ היה נאנס במתנה זו כמו שטען הנותן המתנה קיימת אבל ה״ר יונה מיירי בדידעינן ביה באונסיה שאנסוהו למתנה וו הלכך אמרינן מסתמא היה כופהו גם על האחריות ודבר פשוט הוא:

ב לפיכך המוסר מודעא וכו׳ בפ׳ חזקת אי דגיטא ודמתנתא גילוייא מילתא בעלמא היא וכמ״ש הרא״ש לשם ודלא כפרשב״ם וכבר נתבאר באריכו׳ בסי׳ ר״ה סעי׳ י״ב בס״ד:

ג והיכא דידעינן באונסיה ומסר מודעא וכו׳. כ״כ הרא״ש בפרק חזקת ומביאו רבינו בסוף סימן ר״ה ולשם נתבאר בס״ד דהיכא דידעינן. באונסיה ומסר מודעא אפילו בטל המודעא לא מהני ביטול ודלא כהגהות מרדכי ע״ש:

ד וכל מתנה וכו׳ צריך שתהא גלויה ומפורסמת וכו׳ הכי אסיקנא בפרק חזקת (בבא בתרא ד׳ מ״א) והלכתא חיישינן ואסתמא קאי פירוש דא״ל סתם כתובו ולא א״ל איטמרו ולא אמר ליה כתבוהו בברא וחיישינן לטמירתא ופי׳ רשב״ם ולא מגבינן בה ואי מגבינן לא מהדרינן עובדא והיינו דלא קאמר דלא מגבינן אלא חיישינן דספק הוא והיכא דקיימא ארעא תיקום עכ״ל פסק דאפי׳ החזיק בקרקע לא מפקינן מיניה אבל הרא״ש כתב אמר רב יודא האי מתנתא טמירתא לא מגבינן ביה ואפי׳ אם תפס מפקינן מיניה וכו׳ ואח״כ כתב הא דאסיקנא בסתמא והלכתא חיישינן ומשמע להדיא מדבריו דאפילו בסתמא נמי אפילו תפס מפקינן מיניה דאפילו את״ל דבסתמא הוי ספיקא דדינא אי קנה לא מהניא תפיסה דתפיסת ספק לאו תפיסה היא דאוקי ממונא בחזקת מריה כדאמר פ״ק דמציעא תקפו כהן מוציאין מידו עכ״ל הרא״ש. וכך הם דברי רבינו דתחלה כתב באמר לעדים תתחבאו אפילו אם תפס מפיקנן מיניה ואח״כ כתב דאפילו אמר סתם וכדאסיקנא בתר הכי דבסתמא נמי חייש והיינו נמי לומר דאפי׳ תפס מפקינן מיניה וזהו דלאחר שהביא דברי הרמ״ה בדלא כתבו לו העדים שא״ל כן וכו׳ דהיינו בסתם דלא מפקינן מיניה במטלטלין כתב אבל א״א הרא״ש כתב דמפקינן מינה וכך העלה ב״י במסקנתו: ומ״ש רבינו וכל מתנה בין של בריא בין של ש״מ צריך שתהא גלויה וכו׳ דאלמא דס״ל דאפילו בש״מ לדינא דגמרא צריך שיאמר

כתבוהו בשוקא וכו׳ אבל סתמא לא מגבינן בה כן נראה מסתמא דתלמודא ומדברי הרא״ש וכ״נ מבואר מדברי הרי״ף שם והרמב״ם רפ״ה מזכייה ועיין פ״ט משמע דמחלק הרב בין ש״מ למצוה מחמת מיתה וכבר האריך ב״י לבאר דבריהם מיהו האידנא לא נפקא לן מידי דאפי׳ בברי מגבינן ביה בסתמא כל שכן בשכיב מרע ועי״ל בסי׳ רנ״ג סעיף ז׳ ובמ״ש לשם בס״ד:

ו כתב הר״ר יוסף הא דמתנתא טמירתא וכו׳ ואיכא נמי למימר וכו׳ כלומר לכאורה נראה דאי מקני ליה בקנין לא איכפת לן אי לא א״ל כתבוהו בשוקא מיהו איכא נמי למימר דאפי׳ אי קנו מיניה לא הוה אלא כאילו א״ל כתובו דסתם קנין לכתיבה עומד וכיון דבא״ל כתובו סתמא לא מגבינן ביה ה״נ בקנין דהוי״ל כאילו אמר כתובו ולא אמר ליה כתובו בשוקא דכמאן דא״ל כתבו ולא כתבוהו בשוקא דמי ולא מגבינן ביה. ומדכתב סברא זו באחרונה משמע דהכי ס״ל להר״ר יוסף וכ״כ הרמב״ן להדיא משמו דבשעת קנין צריך שיאמר דמתנה פרהסיא היא ואי לא אמר הכי חיישינן לסתמא ולא קני וכ״כ הר״ן וה״ה ומביאו ב״י: ומ״ש ולזה הסכים הרא״ש צ״ע היכא איתיה דבפ׳ חזקת לא כתב מזה כלום:

ז וכתב הר״ר יונה אם לא צוה וכו׳ נראה דהר״ר יונה בא לפרש הא דכותבים בשטרות ואמר ליה כתבוהו בשוקא וחתמוהו בברא דאין דין הכתיבה כדין החתימה דאילו הכתיבה אינה מעכבת ואי צוה לחתום בפרהסיא השטר כשר אפילו לא צוה לכתוב בפרהסיא אבל החתימה מעכבת דאי לא צוה לחתום בפרהסיא אע״ג דצוה לכתוב בפרהסיא השטר פסול:

ח וכתב א״א הרא״ש האידנא וכו׳ כלומר כל הא דלעיל הוי לדינא דגמרא אבל האידנא דלא כתבינן בשטר כתבוה בשוקא וכו׳ כלומר הא דלא חיישינן אי אתא שטרא דמתנה לקמן דלא כתוב ביה וא״ל כתבוה בשוקא וחתמוה בברא ומגבינן ביה ה״ט משום דנהיגי לכתוב בכל שטרי מתנה הכי הלכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה בסתם דעתו היה שיכתבוהו כמנהג הסופרים אלא דסופר זה טעה דלפי שזה א״ל כתוב שטר מתנה לפלוני בכך וכך וא״ל בסתם כתב איהו בסתם והלכך מגבינן ביה דחזר דין זה האידנא לדין אחריות דקי״ל אחריות ט״ס הוא ה״נ האידנא אי אתא שטר לקמן דלא כתיב ביה וא״ל כתבו בשוקא וכו׳ תלינן בט״ס ומגבינן ביה:

ט מתנה טמירתא לא חשיבה וכו׳ מבואר שם בגמ׳ ופי׳ הר״ר יוסף הלוי וכו׳ נראה דהר״י הלוי מפרש בגמ׳ הא דקאמר ולא היא וכו׳ ה״פ דלא אמר דמתנתא טמירתא הויא מודעא לחברתה אלא היכא דאיכא אונס בבתרייתא אונסא דמוכח כי הא דהך איתתא אבל היכא דליכא אונס בבתרייתא ניחא ליה דליקני בתרא וקשיא ליה א״כ דאיכא אונס בבתרייתא למהלי מתנתא טמירתא דקמייתא תיפוק לי דאיכא אונס בבתרייתא ולא גמר בלבו להקנות לה אלא עד שישאנה ויחזור בו ומתרץ דלא חשיב הך אונסיה דמחמת נפשיה כאונס דאתא מחמת אחרינא אבל ר״ח לא ס״ל לחלק בין אונסא דנפשיה לאונסא דאחריני ומפ׳ הא דקאמר בגמרא ולא היא ה״פ דמתנתא טמירתא קמייתא ודאי לא הויא מודעא לחברתה דכמאן דליתיה הוא והא דקאמר רבא דהך איתתא לא קנייה נכסי אף על גב דכתבי לה בשוקא ובברא ה״ט משום דמוכחא מילתא דמחמת אונסא הוא דכתב לה אבל היכא דליכא אונסא בבתרייתא קנה הך בתרא אף על גב דקמא לא קני אבל ודאי דקמייתא לא הויא מודעא לבתרייתא בין דאניס בבתרייתא בין דלא אנוס זו היא דעת רבינו חננאל מיהו רשב״ם ז״ל פירש להדיא כפירוש הר״ר יוסף הלוי ע״ש בסוף (דף מ׳) וכן פסק בש״ע:

סימן רמג

א המזכה לחבירו וכולי. ה״א סוף פ״ק דגיטין (דף י״ד) ויד המקבל על העליונה וכו׳ יתבאר בסימן רע״ה באריכות בס״ד:

ב בד״א שאמר זכה וכו׳ מימרא דאביי בר״פ השולח: ואם המקבל עני וכו׳ אשגרת לישן הוא דאין כאן אמירה לגבוה דעני נמי הדיוט הוא וכ״כ ב״י בסי׳ קנ״ה סעיף ו׳:

ג ואפילו אמר ליה זכי אינו קונה אא״כ הוא ברשותו וכו׳ פירוש על כל פנים תהא המתנה מקודם ברשותו של השליח הזוכה דאז זכה בשביל המקבל אף על פי שלא מסר לו הנותן מידו ליד השליח בשעה שאמר ליה זכה אלא מקודם היתה ברשותו ואין הנותן יכול לחזור בו ומשמע דאפילו לא היתה ביד השליח בשעה שא״ל זכה לפלוני אלא היתה מתנה זו בחצרו של השליח או יבא לרשותו בסוף גם כן זכה בו ואין הנותן יכול לחזור לאחר שיבא ברשותו וכ״כ רבינו בסימן קכ״ה סעיף ח׳ לפי׳ ר״ת אבל להרמ״ה משמע דוקא כשהחפץ תפוס בידו של שליח הא לאו הכי אפילו איתיה לפקדון בחצרו של השליח לא קנה המקבל ורבינו סתם דבריו כאן כמ״ש לפר״ת:

ו אמר לשנים זכו בשדה זו לפלוני וכתבו שטר עליה מימרא דרב בפרק הספינה ובפרק קמא דקידושין ומ״ש והחזיקו בשדה וכו׳ פירוש והם החזיקו בשדה לצרכו קנה המקבל ואין המזכה יכול לחזור בשדה ואפילו הכי חוזר בשטר דשתי שליחות נינהו חדא שיזכו בשדה לפלוני ומזה אינו יכול לחזור

כיון שעשו כבר שליחותם והחזיק בו לצורכו אידך שיכתבו לו שטר ויתנו לידו וכל זמן שלא נתנוהו לידו יכול לבטל שליחותו שלא יתנוהו לידו כפרשב״ם וטעמא דמילתא דמצי אמר לא ניחא לי דליפשו שטרי עילואי דזיילי נכסיה כמ״ש התוס׳ והרא״ש: ומ״ש אע״פ שהקנה לו השדה על ידם בקנין. זו היא דעת התוס׳ והרא״ש דאפי׳ בקנין יכול לחזור בו כדלעיל בסי׳ ל״ט סעיף ז׳ אבל בתשובת הרשב״א סי׳ אלף ל״ד פסק דכיון דסוף קנין לכתיבה עומד כותבין בעל כרחו ואין הפרש בין שטר מכר למתנה ובין שטר מלוה וחיוב ושכן דעת הגאונים ובעל העיטור והרמב״ן ז״ל וע״ל בסי׳ ל״ט:

ח אבל אם אמר ע״מ שתכתבו לו השטר ה״ק לא יזכה בשדה עד שיבוא השטר לידו וכיון שחוזר בשטר נתבטל התנאי ונתבטלה גם המתנה כיון שלא נתקיים התנאי. וכתב הרא״ש יש מקשים אמאי חוזר בזה ובזה יכתבו השטר בעל כרחו ויתקיים המקח מידי דהוה אשאר תנאים דעלמא דאילו אמר זכו בשדה זו לפלוני ע״מ שתתנו לו ק״ק זוז לא מצי למיהדר ולומר לא תתנו לו ולא יתקיים המקח אלא בעל כרחו יתנו לו ויתקיים המקח למפרע דקיי״ל כל האומר ע״מ כאומר מעכשיו דמי עכ״ל נראה דמאי דפשיטא ליה טפי דבאומר ע״מ שתקנו לו ק״ק זוז דלא מצי למיהדר וכו׳ היינו משום דשנינו בפרק מי שאחזו ה״ז גיטך ע״מ שתתני לי מאתים זוז ה״ז מגורשת ותתן וקיי״ל כרב הונא דמפרש והיא תתן דמיד הוי גיטא דתנאה בעלמא הוא וכי מקיימים לתנאה איגלאי מילתא למפרע דמשעת נתינה הוי גיטא דכל האומר ע״מ כאומר מעכשיו דמי וא״כ בע״כ מקיימת התנאי אע״פ שחוזר בו הבעל וה״נ ודאי דכשיתנו לו ק״ק זוז נתקיים המקח למפרע דכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי ופשיטא דאין חילוק בין אומר ע״מ שתתן לי ר׳ זוז ובין ע״מ שתתן לפלוני ק״ק זוז דומיא דעל מנת שתכתבו לו השטר שהוא להנאת המקבל והשתא ודאי מזה אנו לומדין דה״ה בע״מ שתכתבו לו השטר דבין בזו ובין בזו התנאי הוא לטובת הלוקח ויכתבו השטר בעל כרחו זאת היא כוונת הקושיא ומתרצים דלא דמי דעל מנת שתתנו לו ק״ק זוז לא הוי חובתו של מזכה אבל בעל מנת שתכתבו לו השטר שהוא חובתו יכול לבטל השליחות וכתב הרא״ש דנראה לו דאפי׳ בתנאי דעל מנת שתתנו לו ק״ק זוז דאינו חובתו נמי יכול לחזור בו מטעמא אחרינא משום דתנאי זה פטומי מילי בעלמא הוא דמתנה לטובת הלוקח ועליה דידיה רמיא לאתנויי ולא על המוכר וכדאיתא בפרק איזהו נשך וכו׳ ומעתה נתבארו דברי רבינו דלסברא הראשונה שהסכים הרא״ש עליה יכול לחזור בו בין בעל מנת שתכתבו לו השטר בין בע״מ שתתנו לו ק״ק זוז דכיון דתנאי זה שמתנה המוכר לטובת הלוקח הוא אינו אלא פטומי מילי בעלמא ולאו דוקא בעל מנת שתכתבו לו השטר דהוי לחובתו יכול לחזור בו אבל על מנת שתתנו לו ק״ק זוז שאינו לחובתו לא יכול לחזור בו. וכתב ב״י שדעת הרמב״ן והר״ן והרב המגיד כדברי הרא״ש ז״ל וכן כתב בסי׳ רמ״א סעיף י״א ולפעד״נ דאפשר לומר דעל כרחך לא אמר הרמב״ן והר״ן פ״ק דקדושין והרב המגיד בפ״ו ממכירה דאע״פ שהתנאי לטובת הלוקח והנאת המקבל הוי תנאה ולפיכך האומר לחבירו שדי מכורה לך ע״מ שאתן לך מאתים זוז חוזר בזה ובזה אלא דוקא בכה״ג שהוא לחובתו דומיא דע״מ שתכתבו לו השטר אבל בע״מ שתתנו לו מאתים זוז שאינו לחובתו שמא אינו יכול לחזור בו אלא בעל כרחו יתנו לו המאתים זוז:

ט ובזכו לו וכו׳ כתב ר״ת דוקא בשטר מתנה וכו׳. כך כתבו התוס׳ והרא״ש בפ׳ זה בורר ובפ׳ חזקת ופרק הספינה וה״ט דבמתנה מדעתו קא יהיב ועבדינהו שלוחין דידיה הילכך מצי לאהדורי ולבטל השליחות אבל במכר דשלוחי דקונה נמי נינהו אין יכול לחזור ולבטל השליחות בלא דעת הקונה דמסתמא אדעתא דנכתביה לשטרא קנה מיהו בהגהת אשיר״י פרק הספינה בשם ריב״א כתוב איפכא דבשטר מכר דוקא קאמר דחוזר בשטר ויד לוקח על העליונה אם רצה יעמוד במקחו בלא אחריות ואם רוצה לחזור בו חוזר אבל בשטר מתנה אף בשטר אינו חוזר ע״כ ונרא׳ דטעמו דבמכר דחייב באחריות איכא טענה למוכר דלשטר אית ליה קלא טפי מדאיכא לקנין בלא שטר ולא ניחא לוה דליפשו שטרא עילויה דזיילי נכסיה דסבורי׳ דכל נכסיו משועבדים ולא יוכל לא ללות ולא למכור ואת רצה הלוקח יעמוד במקחו בלא אחריות וכו׳ אבל מתנה דליכא אחריות אדרבה מצוה לכתוב שטר כדי שלא יכפור הנותן ולהכי במתנה אינו חוזר אף בשטר: ומ״ש ור״י פירש וכו׳. שם בתוס׳ והרא״ש:

י ומ״ש והר״ר יונה כתב וחילק וכו׳. סבירא ליה לרבינו מדהביא הר״י סברת י״א במסקנת דבריו משמע דהכי סבירא ליה וטעמו דמדקאמר רב שני שטרות הן זכו בשדה זו לפלוני וכתבו לו את השטר חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה וכו׳ והוה ליה לאשמועינן האי דינא בלוקח ומקבל גופייהו אלמא דוקא באומר לעדים זכו לפלוני אבל באומר [ללוקח ומקבל] עצמו זכה ואכתוב לך השטר אינו יכול לחזור בו דמסתמא אדעתא דהכי החזיק בשדה שיכתוב לו השטר כמו שהתנה עמו אבל באומר לעדים זכו לפלוני וכו׳ יכול לחזור משליחותו וק״ל:

יט וי״א שאם אמר כתבו וזכו לו בשטר וכו׳. נראה די״א ס״ל דכי היכי דבאומר לשלוחו זכה בחפץ פלוני לפלוני דאפילו אינו ברשותו מ״מ לכשיבוא לרשותו של שליח זכה בשבילו לכשיבוא ברשותו אם לא יחזור בו הנותן קודם שיבוא לרשותו ואע״ג דדין דבר שלא ברשותו דדין דבר שלא בא לעולם כדלעיל בסימן ר״י ריי״א ואפי׳ הכי זכה בו המקבל לפר״ת לעיל בסי׳ קכ״ה סעיף ח׳ ובסימן זה סעיף ג׳ ה״נ באומר כתבו וזכו לו בשטר שמיד שכתבוהו

זכו לו בשטר אם לא חזר בו קודם כתיבה דשוב אינו יכול לחזור בו לאחר הכתיבה אבל הרמ״ה אזיל לטעמיה דבאומר זכה בחפץ פלוני לפלוני לא זכה בו המקבל אפי׳ בא כבר לרשותו וחצרו של שליח אלא א״כ החפץ הוא עתה בידו של שליח בשעה שא״ל המקנה זכה בחפץ פלוני כדלעיל בסימן קכ״ה סעיף ט׳ א״כ כ״ש בשטר דדבר שלא בא לעולם דפשיטא הוא דלא קנה המקבל דקצת קשה אמאי קאמר משום דדשלב״ל הוא תיפוק ליה אפילו כבר נכתב השטר ואינו בידן בשעה שא״ל זכו לו בשטר נמי לא קנה ויש לומר דאורחא דמילתא נקט הרמ״ה דכשמצוה לכתוב השטר ולזכות בו בשביל המקבל אומר אותו באמירה אחת ובציווי א׳ קודם כתיבת השטר כתבו וזכו לו בשטר ואה״נ דלהרמ״ה אפי׳ צוה להם לאחר כתיבת השטר זכו בו לפ׳ אם אינו בידן לא זכה המקבל מיהו כבר כתבתי לעיל בסעיף ג׳ דרבינו סתם דבריו כאן לדעת הר״ת דלא כהרמ״ה אלא דהכא דמזכה בדשלב״ל הסכים רבי׳ לדעת הרמ״ה וכתב [והכי מסתברא] והכי נקטינן כהכרעת רבינו:

יט אין מזכין למקבל וכו׳. בגיטין פרק התקבל צרור וזורקו אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרי׳ וכן אמר רבא התם ומבואר שם דכל שאין לו דעת זה דצרור וזורקו וכו׳ אינו זוכה אף לעצמו ולאחרים אינו זוכה אלא א״כ שיביא ב׳ שערות אחר שיהא לו י״ג שנה וכן כתב לשם הרי״ף והרא״ש והרמב״ם פ״ד מזכייה:

כ ומ״ש וכן החרש וכו׳. כ״כ הרב רבי׳ משה בר מיימוני לשם וכמבואר לעיל בסימן רל״ה דהחרש דינו כקטן אבל השוטה אין מעשיו קיימין כלל מיהו המזכה לשוטה על ידי בן דעת זכה דלא גרע מקטן בן יומו:

כג וכתב הרמב״ם אחד האיש ואחד האשה וכו׳. כתב הרב המגיד דאם הבעל הוא המזכה אין האשה זוכה מידו בעד אחרים אלא א״כ יש לה זכות בדבר כגון שהבעל נותן מנה לאשתו ולפלוני ונתן המנה ליד אשתו זכה פלוני במחצית המנה מדין מגו דזכי לנפשיה זכי לאחרינא וכן עבד ושפחה אם רבן הוא המזכה אינן זוכים בעד אחרים דיד עבד כיד רבו ולא יצא מתחת יד המזכה כלל. ועובד כוכבים דאינו זוכה מבואר פ׳ איזהו נשך:

כה נתן המתנה בחצר וכו׳. פ״ק דמציעא ואיכא שם ב׳ אוקימתות רב פפא ס״ל דבמתנה הואיל ואיכא דעת אחרת מקנה אותה לא בעינן עומד בצד שדהו אפי׳ בחצר שאינה משתמרת וזו היא דעת הרא״ש אבל לאוקימתא קמא דהיא סתמא דתלמודא אין חילוק בין מתנה למציאה ובאינה משתמרת אינו קונה אא״כ עומד בצד שדהו וזה דעת הרי״ף והרמב״ם:

כו נתן המתנה בד׳ אמותיו וכו׳. מסקנא דתלמודא פרק קמא דמציעא:

כז וקטנה יש לה תורת חצר וכו׳. ג״ז שם ופסק הרי״ף כהך לישנא דחצר דקטנה משום ידה אתרבאי דכתיב ונתן בידה וכו׳ וילפינן מגט אבל חצר דגברא משום שליחות אתרבאי וקטן הואיל ואין לו שליחות אין לו חצר ואין לו ד׳ אמות דלא ילפינן קטן מקטנה וע״ל סי׳ רל״ה סעיף ה׳ בדברי הרמב״ם ולקמן בסוף סי׳ רס״ח:

כט הזורק ארנקי וכו׳ עד סוף הסימן. בפ״ק דמציעא בעי רבא זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר מהו אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי או לא: ומ״ש רבינו וחזר בו בעודו בבית וכו׳. רצונו לומר דאף בחזר בו בעודו בבית קמיבעיא ליה דשמא כמונח דמי וא״כ קודם חזרה בדבר כבר זכה בו בעה״ב אבל ודאי אי לאו כמונח דמי אפילו לא חזר בו עד שיצא מפתח ביתו נמי לא זכה בו בעה״ב ותו דמדקאמר אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי או לא אלמא דבסופו לנוח לא קמיבעיא ליה דפשיטא דזכה בו בעה״ב אע״ג דחזר בו בעודו באויר דכשר זכה בו קודם חזרה ש״מ דמיירי בחזר בו בעודו באויר ובספר ב״ה כתב וז״ל ומ״ש רבינו אין בעה״ב יכול להוציאו מידו אינו מדוקדק דמשמע דדוקא כשהוא ביד הנותן אבל אם הוא ביד בעה״ב אין הנותן יכול להוציא מידו והא ליתא דאפי׳ הוא ביד בעה״ב מוציאין מידו ונותנים לנותן דמוקמינן לה ביד מרא קמא עכ״ל ויש ליישב דאין ה״נ דאין מוציאין מידו והכי פי׳ אין מוציאין מרשותו דאוקמינן לה בחזקת מרא קמא אפי׳ היא ביד בעה״ב. וכתב עוד שם ומ״ש אבל אם הפקירו וזכה בו אחר בעודו באויר מוציאין אותו מידו וכו׳ גם כן אינו מדוקדק דמאי איריא זכה בו בעודו באויר אפי׳ זכה בו אחר שיצא מהפתח האחר נמי עכ״ל והא לאו קושיא היא דאדרבה רבותא אשמועינן דאף על פי דזכה בו אחר בעודו באויר אפ״ה מוציאין מידו משום דבעה״ב זכה בו תחלה מספק ואין צ״ל היכא דלא זכה בו אחר אלא לאחר שיצא מפתח האחר וק״ל:

סימן רמד

א האומר לשנים כתבו וכו׳. פלוגתא דרב ושמואל בפ׳ כל הגט ופסקו הפוסקים דהלכה כשמואל דמתנה כגט וטעמא דשמואל בגט משום דמילי נינהו וכו׳: וכתב הרמב״ם שאם אמר לי׳ וכו׳. בפ״ד מזכייה וטעמו דס״ל דבאומר אמרו בגט פסול ומתנה כגט ולפיכך אף אם אמרו הג׳ לאותן העדים כתבו

וחתמו למקבל כלומר ותנו למקבל והם עשו כך וכתבו וחתמו ונתנו לא קנה וכן כתב הרמב״ם לשם להדיא וז״ל ואם אמרו לאותן העדים וכתבו ונתנו למקבל לא קנה והוסיף הראב״ד על דבריו וכ״ש את חתמו הם בעצמם נראה דהאי כ״ש נלמד מלשון הרמב״ם דמדכתב תחלה אינו כלום שוב לא היה צריך לפרש ואם אמרו לעדים וכו׳ אלא לרבותא נקט הרמב״ם הכי דל״מ אם לא אמר לעדים אלא כתבו והם בעצמם חתמו דלא קנה אלא אפילו כאשר צוה דאמרו לעדים כתבו וחתמו ותנו וכו׳: ומ״ש וה״ה אם אומר להם תנו. פי׳ שאמרו לג׳ אמרו לעדים שיכתבו ויחתמו והם בעצמם יתנוהו לפלוני וכן עשו נמי לא קנה דכיון דעשאן שלוחים שיאמרו לעדים לכתוב ולחתום מילי נינהו: ומ״ש אבל הרמב״ן כתב וכו׳. אדלעיל קאי אגוף הדין דאומר אמרו דסבירא ליה דבהא לא הוה דין מתנה כגט דאע״ג דבגט פסול במתנה כשר וז״ל ה״ה ומיהו באומר אמרו לפ׳ ופ׳ יש סוברים שאף בגט כשר וכ״ש אם חתמו הם עצמם וה״ה במתנה עכ״ל וצ״ע בפי׳ דבריו במ״ש וכ״ש אם חתמו הם עצמם דאדרבה בחתמו הם עצמם גרע טפי כמ״ש רבינו ע״ש הראב״ד:

סימן רמה

א כתב בשטר נתתי שדה פלוני לפלוני וכו׳. בפרק השולח (גיטין דף מ׳) ת״ר האומר נתתי שדה פלוני לפלוני נתתיה לפלוני ה״ה שלו אתננה לפלוני ר״מ אומר קנה וחכמים אומרים לא קנה א״ר יוחנן וכולן בשטר ופי׳ רש״י וכולן בשטר. האי האומר דקתני כותב הוא שכתב לו א׳ מן הלשונות הללו ומסר לו אבל באמירה בעלמא לא מיקניא ארעא ור״מ סובר באתננה משמע בשטר זה שאני מוסר לו עכשיו ולפיכך קנה וח״א לא קנה שאין זה אלא שמבטיח שיתננה לו אחר זמן ועדיין לא עשה עכ״ל האומר נתתי שדה פלוני לפלוני והוא אומר לא נתן לי חיישינן שמא זיכה לו ע״י אחר כתבתי ונתתי לו פי׳ נתתי לו בידו והוא אומר לא כתב ולא נתן לי הודאת בע״ד קק׳ עדים דמי מי אוכל פירות רב חסדא אמר נותן אוכל פירות ורבה אמר משלשין את הפירות ול״פ הא באבא הא בברא. ופי׳ רש״י הודאת בע״ד. מקבל המתנה כיון דאמר לא קבלתי נאמן ויכול זה לחזור ולזכות בו אם ירצה דאמרינן טעה וכסבור שקבלה זה מידו: משלשין. ביד שליש נאמן עד שיבוא אליהו: הא באבא הא בברא. אם מקבל מתנה עצמו בחייו אמר לא נתן לי נאמן ואוכל הנותן את הפירות אבל אם מת ובנו אומר לא ניתן שדה זו לאבא משלשלין דשמא יבואו עדים שמסרה לאביו וזה לא ידע עכ״ל ונראה דהרמ״ה דקדק כיון דחכמים לא פליגי באתננה אלא מטעם שאין זה אלא מבטיח כפי׳ רש״י אלמא כל שאינו מבטיח אלא שאומר תהא נתונה לו או תהא שלו קנה ומאי דתני בברייתא נתתיה וכו׳ לאו באומר בדרך הודאה נתתיה בלשעבר דוקא קתני דלא קתני הכי אלא לאשמועינן דאפילו בלשון עבר לא מהני באמירה מטעם הודאת בע״ד אלא דוקא בשטר כדפירש ר׳ יוחנן וה״ט דהכא בבא להקנות השדה עכשיו בלשונות הללו עסקינן ולכך בעינן שטר וכדפירש הר״ן לשם והשתא לפי זה ה״ה באומר תהא נתונה לו נמי קנה ע״י שטר וס״ל דה״ה בקנו מידו נמי קנה כמו בשטר ואדרבה קנו מידו עדיף משטר בעלמא כמו שיתבאר בס״ד וס״ל עוד בא״ל אתננה מעכשיו בין בשטר בין בקנין קנה לאלתר וכו׳ דאין זה לשון הבטחה אבל בלא מעכשיו לא קנה אפי׳ קנו מידו דקנין דברים הוא כיון דאינו אלא הבטחה כי היכי דלא קנה בשטר דס״ל דשטר וקנין שוין לכל דיניהם אבל שאר גאונים והרשב״א מכללם סוברים שאם קנו מידו מהני אפי׳ באומר אתננו דעדיף קנין משטר ועיין בב״י בסי׳ קצ״ה במחודשים סעיף כ׳ ובמ״ש לשם גם בתשובת מהרי״ו סי׳ קמ״ג הזכיר מחלוקת זו וכנראה מדבריו שלא הכריע שהרי כתב ועל מי שכתב לאשתו בשעת קנס ויעשה כך וכך לכתובה וכו׳ עד אף על גב דיש מרבותינו דפליגי ואמרי באתן לך מהני קנין סידור היינו משום דכיון דקבל עליו בק״ס צריך ליתן ולקיים מה שקבל עליו בק״ס וצריך לעשות לה כתובה כמו שהתנה אבל כל זמן שלא נתן לא זכתה האשה עד כאן לשונו ולכן איכא לתמוה על הרב בהגהת ש״ע שכתב כאן ומהרי״ו פסק כסברא הראשונה ולכן כתב דהפוסק לאשתו וכו׳ שהרי מפורש במהרי״ו שפסק דינו הוא אף לדברי רבותינו דמהני ק״ס באתן לך וכו׳ ואע״ג דבתשובתי כתבתי ליישב דבריו מ״מ העיקר הוא כמ״ש דאין הכרעה בדבריו וכ״כ ב״י בש״ע וז״ל י״א שאם קנו מידו מהני לשון אתן עכ״ל מדלא פסק בסתם שמעינן דאיכא ספיקא אלא דאי תפס לא מפקינן מיניה דמצי למימר קים לי כהרשב״א ודעימיה אבל אינו בדין להוציא מיד המוחזק והכי נקטינן. מיהו לפי המנהג שכותבין בשטרות כל הנ״ל קבלו עליהם בח״ח ובש״ד וביחוד בשידוכין דמפרשים והקנס לא יפטור את החרם וכו׳ כ״ע מודו דבעי לקיים מכח השבועה כדלעיל בסי׳ ר״ז סעיף כ״ד. ומיהו אם מת אין היורשים חייבים כדלעיל בסימן ר״ט וגם על זה הארכתי בתשובה בס״ד. וקשה דלעיל בסימן קנ״ז סעיף ד׳ כתב רבינו ע״ש הרמ״ה ב׳ דיעות דהיכא דקנו מיניה לתת כך וכך לבנין הכותל אי הוי קנין דברים אי לאו ותיפוק ליה דקנו מידו לא מהני באומר אתננה וה״ה באומר לתת דמ״ש וי״ל דדוקא בנותן מתנה לא מהני קנו מידו באומר אתננה דאינו אלא מבטיח אבל במחייב עצמו לבנות בכותל דאינו מתנה מהני אתננה דאינו הבטחה אלא דמכל מקום פליגי בה רבוותא אי הוי קנין דברים אי לא ודוק:

ו האומר נתתי שדה פלוני לפלוני וכו׳. ברייתא כתבתיה בסמוך וסבירא ליה לרבינו מדתני בה חיישינן שמא זיכה לו על ידי אחר אלמא ספיקא היא הילכך אם אינו נשאר ביד הנותן ממה לפרוע לב״ח לא מהני הודאתו לחוב לב״ח כיון שב״ח קדם והקרקע היה עד עתה בחזקתו וכהא דבפ״ב דכתובות באומר על שטר שבידו אמנה הוא דאינו נאמן בדיבורו לחוב לאחרים כדלעיל בסי׳ מ״ז וה״נ דכוותיה מיהו קשה דהתוס׳ והרא״ש לשם כתבו דהאי

חיישינן הוי ודאי וכ״כ רבינו בי״ד סי׳ רס״ז בה׳ עבדים כדברי הרא״ש דהוי ודאי ויראה לי דרבינו סובר דהתוס׳ והרא״ש לא כתבו כך אלא לגבי שחרור עבדים דתני בברייתא באותה בבא האומר עשיתי עבדי פלוני ב״ח והוא אמר לא עשאני חיישינן שמא זיכה לו ע״י אחר דהתם הוא דאפשר שהעבד לא ידע והאדון ידע וטוען ודאי הילכך ה״ה ב״ח ומותר אפילו לישא ישראלית דהא ליכא למימר התם דאינו נאמן בדיבורו לחוב לאחרים בעלי חוביו דהא קיי״ל כדרבא דהקדש חמץ ושחרור מפקיע מידי שעבוד אלמא דאפילו לחוב לב״ח יכול הוא לשחררו מעכשיו וכיון שכן נאמן ג״כ לומר עשיתיו כבר ב״ח ואמרינן דודאי זיכה לו ע״י אחר ואפילו לישא ישראלית אבל מתנה באינו יכול לחוב לאחרים וליתן מתנות מעכשיו א״כ באומר נתתי כבר שדה פלונית לפלוני נמי אינו נאמן לחוב לאחרים. ותמיהני על מ״ש הרב המגיד סוף פ״ד מזכייה דנראה מדבריו דאף לענין מתנה אמרינן ודאי זיכה לו על ידי אחר ונסתייע מלשון התוספתא ואפשר דלענין ב״ח של המקבל אמר הרב המגיד דאין בדברי המקבל כלום דאיהו לא ידע דזיכה לו ע״י אחר ולכך ב״ח גובה ממתנה זו אבל ב״ח של נותן אם אין לנותן ממה לפרוע מודה הרב המגיד דלא מהני הודאתו לחוב לב״ח וכדברי רבינו כנ״ל: ואם אומר נתתיה לו בידו וכו׳. פי׳ דכיון דאומר נתתיה לו בידו ליכא למימר דזיכה לו על ידי אחר והא דלא אמר גבי נותן הודאת בע״ד כק׳ עדים דמי ויפסיד הפירות היינו משום דהמקבל זכור הוא יותר מן הנותן לפי שהנותן שקדמה לו מחשבה לתת טעה וכסבור שקבלה זה מידו כ״כ התוס׳ והרא״ש ושאר מפרשים וכך הוא מבואר בפירש״י ע״ש:

ז ומ״ש ואם המקבל מת וכו׳ ודוקא כשהבן אומר וכו׳. דברים ברורים הם וראויין לרבינו ז״ל:

ח כתב הרמב״ם מקבל שטען וכו׳. בסוף פ״ד מזכייה והוא מימרא דרב ששת פרק השולח מקבל מתנה שאמר לאחר שבאה המתנה לידו מתנה זו מבוטלת היא תיבטל אי איפשי בה לא אמר כלום בטלה היא אינה מתנה דבריו קיימים ומפרש הרמב״ם דסיפא באומר אינה מתנה דבריו קיימים פי׳ דאמר מתנה זו שתחת ידי אינה מתנה בידי אלא שומר אני אליה וכיוצא בזה ובטלה היא פי׳ בטלה מעיקרא כדאסיקנא בר״פ השולח אמר אביי בטל ב׳ לשונות משמע וכו׳ גבי מתנה לישנא דמהני בה קאמר והיינו דבטלה מעיקרא ולפיכך דבריו קיימים והדרא למרה והא דאמר ברישא מבוטלת היא וכו׳ כתבו גם הרמב״ם לשם בתחלת הפרק ובסמוך יתבאר בס״ד: ומ״ש ונשבע שבועת היסת. היינו בתבעוהו ב״ח ולא היה בידו לפרוע ואמר ליה אתה מערים בזה כדי להפקיע מתחת ידינו נשבע ע״ז היסת ואע״ג דתקנת הגאונים בטענת אין לי דנשבע בנק״ח כעין דאורייתא אין זה אלא כששבועתו כוללת שאין לו כלום יתר על הדברים שמסדרים לו ושלא החביא וכו׳ כדלעיל בסימן צ״ט ולפיכך כששבועתו כוללת על כמה דברים החמירו בה דבעינן חפץ אבל כאן שהשבועה היא על דבר פרטי על שדה זו בלחוד לא נשבע אלא היסת ומיהו אפילו על ספק נשבע היסת ולא סגי בחרם סתם מאחר דהשבועה היא באה על שאין לו לפרוע כעין שבועת התקנה וכן בדין האומר על שבידו שטר אמנה הוא ואין בו נאמנות כתב בעה״ת בזה ב׳ סברות די״א דמחרים סתם וי״א דאשתבע שבועה חמורה בנק״ח כדין הטוען אין לי והביאו ב״י לעיל סימן מ״ו והרמב״ם ז״ל הכריע כאן דנשבע היסת ואף בספק ודלא כב״י שפי׳ דדוקא בטענת ודאי וכו׳ דליתא אלא אפילו בטענת ספק ס״ל להרמב״ם דנשבע היסת מטעמא דפי׳:

ט ומ״ש טען הנותן שומר אתה עליה וכו׳. הכי משמע מדקאמר רב ששת בסיפא מקבל מתנה שאמר וכו׳ אינה מתנה דבריו קיימים דדוקא כשאמר כך המקבל אבל נותן שאמר כך לאו כל כמיניה אלא מקבל שהוא מוחזק בשדה שני חזקה נשבע היסת ונפטר ואם הם מטלטלין שתחת ידו לאלתר הוי חזקה ונשבע ונפטר: ומ״ש רבינו ואיני מבין וכו׳. גם הראב״ד השיגו וכבר נתבאר דאין כאן קושיא:

י שאלה לא״א הרא״ש. כלל ס״ח דין כ״ח:

יא מקבל מתנה וכו׳. מימרא הזכרתיה בסמוך ופי׳ רש״י דבאמר מבוטלת הוא וכו׳ כל אלה לשון עתיד הן והואיל וקבלה אינו יכול לחזור בו:

יב אבל [אם אמר] בטלה. משמע בטלה היתה מעיקרא מקמי שקבלתיה הודאת בע״ד כק׳ עדים דמי והוא אומר שלא זכה בה וחוזרת לנותן: ומ״ש דבריו קיימים אם קבלה הוא בעצמו וכו׳. היינו לפי שאם לא קבלה הוא בעצמו חיישינן שמא זיכה לו על ידי אחר והמקבל לא ידע כדלעיל: וכתב הראב״ד דוקא שאינו חב לאחרים וכו׳ נראה דלהראב״ד דדבריו קיימין באינו חב לאחרים היינו לענין זה דהדרא מתנה למרה וב״ח דנותן גובה ממנה אפילו אם נשאר ביד הנותן ממה לפרוע אלא שהיא זיבורית וזו היא בינונית אי נמי דמה שנשאר לנותן הוא במקום אחר וזו היא במדינה עמו אבל באומר מבוטלת היא וכו׳ אין ב״ח של נותן גובה ממנו אפילו לא נשאר בידו ממה לפרוע אבל לגבי ב״ח של המקבל אין חילוק ובכל ענין גובה הימנה ואין המקבל נאמן לחוב לאחרים מאחר שכבר באה המתנה לידו ולרש״י המקבל נאמן אפילו לחוב לאחרים כיון שלא היתה בחזקתו עד עתה וכך היא דעת הרמב״ם אלא דמצריך היסת למקבל כעין שבועת התקנה כמו שנתבאר לעיל בסמוך: ומ״ש וכן דעת א״א הרא״ש ז״ל. צ״ע היכא איתיה להך דהרא״ש בפסקיו או בתשובותיו:

יג כתב הרמב״ם ז״ל דכשאומר אי איפשי בה וכו׳ בריש פ״ד מה׳ זכייה ודבריו מבוארים בכריתות פרק המביא אשם תלוי אר״ל הנותן מתנה לחבירו ואמר הלה אי איפשי בה כל המחזיק בה זכה בה אלא שהרמב״ם ז״ל הוסיף לבאר דהיינו באומר כך לאחר שבאה לידו וה״ט משום דבצווח מעיקרו אשתכח דלא נפקא מרשותיה דנותן כדפסק בפ׳ יש נוחלין ויתבאר בסמוך א״כ צ״ל הכא שכבר היתה תחת ידו איזה זמן בשתיקה ואח״כ צווח ואמר אי איפשי התם הוא דהוי הפקר: ומ״ש ורש״י חילק. שם בכריתות פריך אהך דר״ל ומ״ש מהא דאמר רב ששת מקבל מתנה שאמר לאחר שבאה המתנה לידו מתנה זו מבוטלת היא וכו׳ מאי לאו דבריו קיימים והדרא למרה לא דבריו קיימים ולא קני לה ולמרה נמי לא הדרא אלא כל המחזיק בה זכה כך היא גי׳ רש״י ופירש דאמאי לא פריך אדר״ל מאי איפשי דלא אמר כלום ה״ט דכי אר״ל במתנת מטלטלין וכו׳ והביאו ב״י והבין הרא״ש מדברי רש״י שכך הוא הדין אף למסקנא לחלק בין מטלטלין לקרקעי ואחריו נמשך רבינו ולי יראה מדברי התוספות בריש פרק השולח לפי מ״ש ע״ד רש״י דמאי דפריך תו בכריתות אדר״ל מידי מסולקת הימנה בשדה שלו דלא אמר כלום היינו משום דהוי נמי לשון הפקר מפני שאי אפשר לומר שר״ל בע״א וא״כ מוכח דאף לפרש״י איכא למימר בשדה דהוי לשון הפקר והשתא קשיא למסקנא דר״פ השולח דקאמר בטל ב׳ לשונות משמע וכו׳ ולישנא דמהני ביה קאמר גבי אי איפשי בשדה שאינה שלו נמי אמאי לא אמר כלום הלא אפשר לפרשו לשון הפקר אף בשדה ואע״ג דיש לפרשו ג״כ בע״א כלומר איני חפץ שתהא המתנה קיימת והא יותר קרוב בלשון מ״מ נימא דלישנא דמהני ביה קאמר אלא נראה דלמסקנא דסיפא דמילתא דרב ששת באומר מבוטלת היא וכו׳ היינו לומר דדבריו קיימים והדרא למרה דכיון דמודה שלא זכה בה מעולם הוי דמרה דכי יהיב אינש אדעתא דמקבלי לה מיניה כדכתבו התוס׳ לשם וההיא דר״ל שאני דכיון שכר זכה בה הוי הפקר לפי זה הא דקאמר רב ששת באי איפשי דלא אמר כלום היינו לא אמר כלום דליהדרא למרא אלא הוי לשון הפקר וכל הקודם בה זכה בה ודוקא דלמאי דמשני מעיקרא לא דבריו קיימים ולא הדרה למרה אלא הוי הפקר התם הוא דצריך לפרש הא דלא פריך מאי איפשי היינו משום דר״ל איירי במטלטלין ורב ששת איירי בשדה ולא אמר כלום היינו שחוזרת לנותן ואינו לשון הפקר אלא אומר איני חפץ שיהא המתנה קיימת דאכתי לא אסיק אדעתיה מסקנא דבפרק השולח דלישנא דמהניא ביה קאמר אבל למסקנא דלישנא דמהניא ביה קאמר אין ה״נ דאף בשדה הוי אי איפשי לשון הפקר ולא אמר כלום היינו דלא הדרא למרה והא דבאומר אינה מתנה בטלה היא דבריו קיימים היינו לומר דהדרא למרה ואם כן לענין דינא לא פליגי הרמב״ם ורש״י ז״ל נ״ל ודו״ק: לשון הרמב״ם ברפ״ד מה׳ זכייה המקבל את המתנה וזכה בה ואחר שבאה לידו והוא שותק חזר בו ואמר איני רוצה בה או איני מקבלה או ה״ה בטלה או שאמר מום זה נראה לי בה לא אמר כלום וכשם שאין הנותן יכול לחזור בו כך המקבל אינו יכול לחזור בו אחר שזכה מתנה זו שאמר המקבל איני רוצה בה אחר שבאה לידו ה״ה הפקר וכל הקודם בה זכה בה שהרי הפקירה המקבל אחר שזכה בה אבל אם היה צווח מעיקרו לא קנה המקבל וחוזרת לבעלים הראשונים עד כאן לשונו ופירש הרב המגיד שדעתו שלא להכניס עצמו במחלוקת הסוגיות וכו׳ וכבר השיג עליו הב״י עין עליו אבל לפעד״נ ליישב דברי הרמב״ם ברווחא בלי דוחק והוא דהיה גורס במימרא דרב ששת בכריתות כמו בהשולח וכגירסת רש״י שהבאתי לעיל אלא דהיה גורס בלשון המקשן בכריתות מאי לאו לא אמר כלום וקנה לא לא אמר כלום דלא הדרא למרה ואיהו נמי לא קנה לה וכל המחזיק בה זכה גם הר״ן בפ׳ השולח כתב שיש נוסחאות דגורסים כך גם ב״י כתב גירסא זו לדעת הרמב״ם ועתה אבאר דעת הרב ז״ל דמ״ש חזר בו ואמר איני רוצה בה היינו אי איפשי בה ומ״ש או איני מקבלה היינו תיבטל ומ״ש או הרי היא בטלה או שאמר מום זה נ״ל בה היינו מבטלת דשתי לשונות משמע משמע דר״ל ה״ה בטלה ומשמע נמי מבוטלת בעצמה מטעם מום שנ״ל בה בכל אלו הלשונות לא אמר כלום לענין שתחזור לבעלים הראשונים אלא ה״ה הפקר וכדאסיקנא בכריתות באי איפשי בה לא אמר כלום דלא הדרא למרה ואיהו נמי לא קנה וכל המחזיק בה זכה דלפי זה ודאי אף באומר תיבטל או מבוטלת היא כך הדין דהא אכולהו קאמר דלא אמר כלום שפירושו אלא ה״ה הפקר וסיפא דמילתיה דרב ששת באומר בטלה היא אינה מתנה דבריו קיימין כתבו הרב בסוף אותו פרק שכתב מקבל מתנה שטען מתנה זו שתחת ידי אינה מתנה בידי אלא שומר אני עליה וכו׳ והביאו רבינו לעיל ומה שתמה הרב המגיד דלא שמענו חילוק בין ה״ה בטלה לבטלה היא נראה בעיני דאין תמיהתו כלום שהרי מבואר בפרק השולח לגבי גט דהרי הוא חרס משמע להבא כמו ה״ה הקדש ה״ה מופקר וממילא במתנה נמי באומר הרי היא בטלה להבא משמע ואינה הודאה לשעבר מה שאין כן באומר בטלה הוא דאסיקנא להדיא לשם דבמתנה משמעו לשעבר ע״ש: ומ״ש הרמב״ם ואחר שבאה לידו והוא שותק חזר בו וכו׳ וכן בסוף הפרק כתב זו שתחת ידי וכו׳ אף על גב שאינו מפורש כך בסוגיא דהשולח ודכריתות מכל מקום צריך לפרש כך משום דקשיא למאי דפסק בפ׳ יש נוחלין בצווח מעיקרו דלא קנה שפירושו לא קנה והדרא למרה דכיון שלא רצה לקבלה אשתכח דלא נפקא מרשותיה וכדאמר בהגוזל בתרא בחמרא דרב ספרא וכמו שהסכים ונימוקי יוסף לשם ודלא כפירוש רשב״ם א״כ לפי זה בעל כרחך הא דאסיקנא בכריתות לא אמר כלום ולא הדרא למרה אלא הוי הפקר היינו דוקא בשותק מתחלה ואחר כך צווח דאי בצווח מעיקרא הוי דבריו קיימין והדרא למרה וא״כ סיפא נמי באומר בטלה היא אינה מתנה דדבריו קיימים אפילו בשותק מעיקרא ודבריו קיימים מטעם דהודאת בע״ד כמאה עדים דמי ולכך כתב הרב ז״ל בסוף הפרק זו שתחת ידי אינה מתנה וכו׳ כלומר שכבר היא תחת ידו איזה זמן בשתיקה ועכשיו צווח ואמר אינה מתנה וכו׳ והרב בספר בדק הבית

נתקשה לו ואמר איני יודע מנין לו ואין טעם בדבר וכו׳ ע״ש ולפע״ד התיישב בטוב טעם: הכותב נכסיו. מימרא דשמואל סוף פ׳ יש נוחלין ואעיקנא דבצווח מעיקרא לא קנה ובשתק ולבסוף צווח קנה: או נתן מתנה לפלוני. מימרא דר״ל בריש פ׳ בתרא דכריתות בנותן מתנה לחבירו ואמר הלה אי איפשי בה כל המחזיק בה זכה דמפרש הרא״ש דהיינו בשתק ולבסוף צווח דכיון דשתק קנה לו וכשצווח ואמר אי איפשי בה הפקירה וכל הקודם בה זכה והכי מוכח בכריתות דר״ל בשתק ולבסוף צווח מיירי: ומ״ש לחלק בין מקרקעי למטלי. היא על פי דעת הרא״ש שהבין כך מפירוש רש״י וכבר כתבתי דלפע״ד אינו כן:

יד ואם זיכה לו ע״י אחר וכו׳ כתב הרמב״ם שהוא ספק וכו׳. בפ״ד מזכייה וכתב כך משום דבתלמודא ס״פ י״נ ור״פ בתרא דכריתות קאמרי׳ דהך דינא תליא בפלוגתא דת״ק ורשב״ג בברייתא אי אמרי׳ הוכיח סופו על תחילתו אם לאו ובפרק השוחט מוכח דתלמודא מספקא ליה אי אמרינן הוכיח וכו׳ אבל דעת הרא״ש כיון דאיכא ספיקא הדרינן לכללא דיחיד ורבים הלכה כרבים והלכה כת״ק דלא אמרינן הוכיח וכו׳ דהלכה כרשב״ג במשנתינו אמרי׳ ולא בברייתא ויש להקשות דבסוף סי׳ רמ״ג בזורק ארנקי לבית ויצא מפתח זה לפתח אחר דמספקא לן אי אמרינן דהוי כמונח או לא כתב רבינו דאם הפקירו וזכה בו אחר מוציאין אותו מידו ומ״ש הכא דאין מוציאין וי״ל דלעיל בעה״ב חשוב מוחזק מקודם שתפס האחר דמיד שבא לאויר הבית לאחר שהפקירו חשוב מוחזק מספק דשמא כמונח דמי משא״כ הכא דהאחר מוחזק בה ראשונה אחר שנולד הספק ברשות המקבל אך קשה דכתב כאן דאם חזרו בעלים ראשונים ותפסוה מיד זה שזכה בה אין מוציאין מידן משום דמוקמינן ממונא בחזקת מרא קמא ושמא הוכיח סופו על תחלתו שלא זכה בה המקבל לעולם ומ״ש מההוא ארבא דמינצו עליה בי תרי דלעיל בסי׳ קל״ט דדינא הוא דכל דאלים גבר דאם לאחר שהחזיק בה האחד גברה יד האחר להוציאה מיד המוחזק אין ב״ד מניחים אותו וי״ל דהתם כל אחד טוען ברי ולפיכך כיון שגברה יד אחד והחזיק בה חשבינן ליה כאילו נתברר בב״ד שהיא שלו דהא טוען ודאי ומוחזק בה עכשיו ושוב אין חבירו יכול להוציאה מידו בגבורת יד אלא בראיה אבל הכא שזה לא החזיק בה אלא מספק דשמא היא הפקר ולפיכך אם חזרו הבעלים הראשונים ותפסוה מיד זה אין מוציאין מידם דבספק כי הא ביד הבעלים הראשונים קיימים ומשמע דאם אח״כ חזרה וגברה יד האחר לתפסה מיד הבעלים הראשונים מוציאין אותה מידן דמיד שבאה ליד הבעלים הראשונים שוב אין מוציאין אותה מידן מספק דברשות הבעלים הראשונים קיימא וה״ט דבספק בכור תקפו כהן מוציאין אותו מידו דתפיסה מספק לא הויא תפיסה. וראיתי בספר בדק הבית שכתב על מ״ש בשם הרמב״ם דספק הוא וז״ל ולא חילק הרמב״ם בין אם היא מתנת שכ״מ לאם היא מתנת בריא כמו שחילקו הרי״ף והרא״ש עכ״ל נראה דס״ל דכי היכי דס״ל להרי״ף והרא״ש דהאי דינא דכותב נכסיו לאחר ושתק תחלה ואח״כ צווח דאמרינן דזכה בה מיד וכשחזר ואמר אי איפשי בה הפקירה וכל הקודם בה זכה בה אינו אלא בשכיב מרע אבל לא בבריא ה״נ בזיכה לו ע״י אחר בפניו ושתק ואח״כ אמר איפשי בה דמשמע מדברי הרי״ף והרא״ש מדהביאו פלוגתא דרשב״ג ורבנן בברייתא בסתם דהלכה כרבנן דזכה בה המקבל נמי אינו אלא בשכ״מ דדבריו ככתובים וכמסורין דמי אבל בבריא לא זכה בה אלא עד שיגיע השטר לידו במקרקעי או שיגיע החפץ לידו במטלטלי ועל פי דעתו זאת כתב בש״ע על דין זיכה לו ע״י אחר דהרי זה ספק וכו׳ כלשון הרמב״ם ואח״כ כתב וי״א שאם היתה מתנה כיון ששתק בשעה ששמע קנה ור״ל בהאי י״א הרי״ף והרא״ש דכיון ששמע בשעה ששתק מיד קנה המקבל וכי אמר אח״כ אי איפשי בה הפקירה וכל הקודם בה זכה בה והרב בהגהת ש״ע נחלק עליו ע״ש:

סימן רמו

א אף על פי שהנותן נותן בסתם וכו׳. ברייתא פ׳ מי שמת אליבא דר״ש בן מנסיא ולקמן סעיף י״ב בכתב כל נכסיו וכו׳ ע״ש:

ג וכתב הרמ״ה וה״ה נמי בריא וכולי. ס״ל דהך דמי שהלך בנו למד״ה וכו׳ מיירי בין בשכ״מ בין בבריא כדכתב להדיא בסוף דבריו ומשם נלמד נמי להיכא דברח דבכולהו הוי הטעם דכיון דלא כתב הנכסים לאחרים אלא לפי שהיה סובר דא״צ לנכסיו דשכ״מ סובר למות ולכן כותב כל נכסיו דא״צ להם ובריא ששמע שמת בנו א״צ לנכסיו אלא עד יום מותו להתפרנס מהם ולכן כותב כל נכסיו לאחרים גוף מהיום ופירות לאחר מיתה ומש״ה בשכ״מ שעמד דצריך לנכסיו חוזר וכן בשמע שמת בנו ואח״כ בא בנו דצריך לנכסיו להורישם לבנו אין מתנתו מתנה וה״ה זה שברח דאין צריך לנכסיו כשכותב לאחרים כיון שנדחה השעה מפניו וצריך הוא לנכסיו כשחוזר למקומו בטלה מתנתו והרמב״ן ס״ל דהך דמי שהלך בנו למדינת הים וכו׳ אף על גב דלא כתב כל נכסיו אלא גוף מהיום ופירות לאחר מיתה מ״מ היאך שביק לנפשיה דילמא יהא צריך למכור הגוף לצרכו בחייו וכיון דשביק לנפשיה ויהיב לאחר לבריה נמי שביק ולכך צריך לומר דלא אמרו בבא בנו דאין מתנתו מתנה אלא בשכ״מ אבל בבריא אפי׳ בא בנו מתנתו מתנה וה״ה ברח כיון דבריא הוא לא בטלה מתנתו כשעשה פשרה כנ״ל ודלא כהר״ן דמסתפק בזה אליביה דהרמב״ן ומביאו ב״י גם לא כב״י דהרמב״ן מודה בברח דלא משמע הכי כלל:

ד וכן הכותב כל נכסיו לאחד מבניו וכו׳. מסקנא דתלמודא פ׳ י״נ דאפי׳ קטן המוטל בעריסה ור״ל דל״מ גדול דאף לאחר מיתת האב ילפינן מכבד את אביך לרבות אחיך הגדול ודאי אפוטרופא שוייה כדי שיכבדוהו אלא אפי׳ לאחד מבניו נמי אע״ג דלא היה דעתו שיכבדוהו כיון דאינו גדול איכא למימר דעשאו אפוטרופא משום דהאב הבין בקטן שהוא חריף במשא ומתן ומטעם לא פלוג אפי׳ קטן מוטל בעריסה נמי. ובשכ״מ פשיטא לן דלא עשאו אלא אפוטרופא אבל בבריא מיבעיא לן ולא איפשיטא וכתב הרי״ף ולקולא עבדינן ולא עשאו אלא אפוטרופא וכן כתבו הפוסקים:

ה בד״א שכתבם לו בלשון מתנה. שם הקשה רשב״ם (דף ק״ל ע״א) אהא דפסקינן הלכה כר׳ יוחנן בן ברוקא דהאומר על בן בין הבנים פלוני יירשני דבריו קיימים והכא פסק דלא עשאו אלא אפוטרופא ותירץ דבאומר או כותב לשון מתנה לא עשאו אלא אפוטרופא דיש נותן מתנת אפוטרופסות דנמי מתנה קרינן לה אבל באומר בלשון ירושה ליכא למימר דעשאו אפוטרופא דא״כ לא הוריש לו כלום אלא ודאי ר״ל שיהא קם תחתיו לקנות נכסיו להיות שלו לגמרי וכתב רבינו בלשון ירושה קנה אם הוא שכ״מ דהכי משמע בסוגיא (ד׳ קל״ג) שם אהא דאמר רב הונא שכ״מ שכתב כל נכסיו לאחר וכו׳ דר״י בן ברוקא בשכ״מ קאמר וכן בדין דלשון ירושה לא שייך אלא בשכ״מ וכ״כ הרי״ף: ומ״ש ודוקא בכותב לבן בין הבנים וכו׳. כבר הציע ב״י דברי הרי״ף והרא״ש ע״ש: ומ״ש ע״ש הרמ״ה בן בין הבנות אע״ג דחזיין למישקל וכו׳. פירוש אם הבנות עדיין לא בגרו דחייבים היורשים ליתן להם מזונות הילכך אפילו כתב כל נכסיו לבן בין הבנות והבן קנה כל הנכסים דלא אמרינן דשוייה אפוטרופא אלא למתנה גמורה קא מיכוין אפ״ה לא מצי לאפקועי מזונות בנותיו:

ו וכתב ה״ר יונה איכא מ״ד וכו׳ ונראה דאיירי במיפה את כחו וכו׳. הלשון מבואר דהר״י דקדק בלשון המ״ד דקאמר כיון שייפה כחו בקנין וכו׳ דלאיזה צורך הזכיר לישנא דיפוי כח לא הו״ל למימר אלא אבל אי כתב לו בקנין קנה דכותב דוקא קאמר אלא בע״כ דהך דכותב דלא עשאו אלא אפוטרופא מיירי במיפה את כחו דאמר תנו את כל נכסי לפלוני ואף כתובו ואפילו הכי לא קנה אלא אמרינן דלא עשאו אלא אפוטרופא ומש״ה דאין זה אלא בדלא כתב לו בקנין אבל אי כתב לו בקנין כיון שכל כך ייפה את כחו שכתב לו בקנין קנה לגמרי ולפי שקשה היא גופה מנ״ל למ״ד דתלמודא מיירי במיפה את כחו דקאמר תנו ואף כתובו דילמא לא מיירי אלא בדאמר כתבו ותנו לבני כל נכסי לפיכך קאמר הר״י ואם אמר כתבו ותנו לו כל נכסיו ואינו מייפה את כחו אפילו אפוטרופא לא עשאו וכו׳ וא״כ בע״כ צריך לפרש דהאי דינא לא מיירי אלא במיפה את כחו: ומ״ש ואפי׳ האריך בלשון וכו׳. כלומר לא תימא כיון דיפוי כח דקנין מהני דקנה לגמרי א״כ כשהאריך בלשון דיפוי כח נמי קנה לגמרי ליתא דאין כל יפויים אלו אלא לשופרא דשטרי ולא דמי ליפוי כח דקנין דאלים טובא וקנה לגמרי:

ח ומיהו אם פירש בשטר וכו׳. התם ודאי קנה לגמרי אפי׳ ליכא קנין דאין זה לשופרי דשטרי אלא הקנאה גמורה הקנה לו. וכ״כ נ״י והרב המגיד פ״ו מזכייה ע״ש הר״י ן׳ מיגא״ש ז״ל וכ״כ הרא״ש לתרץ הקושיא שהקשה רשב״ם דהך דר״י בן ברוקא דדבריו קיימים איירי דפירש בהדיא שאינו עושהו אפוטרופא אלא רוצה שיירש והך דלא עשאו אלא אפוטרופא לא מיירי שפירש אלא בכותב סתם ואע״ג דהרא״ש כתב מה שתירץ ר״ח דר״י בן ברוקא באומר ולפיכך קנה לגמרי והכא בכותב ולפיכך לא עשאו אלא אפוטרופא דהכתיבה לא היה צריך אלא להוציא קול לאחשוביניה דעשאו אפוטרופא כדי שיכבדוהו ועוד תירץ דהכי מיירי בכל הנכסים ולהכי לא עשאו אלא אפוטרופא ור״י בן ברוקא לא אמר אלא בריבה לאחד ומיעט לאחד מ״מ כיון שהקשה הרא״ש על שני תירוצים אלו והסכים לתירוצו של רשב״ם ולהך תירוצא דר״י בן ברוקא מיירי בפירוש נמשך גם רבינו אחריו ופסק כך הלכה ולא הזכיר החילוק בין כותב לאומר אע״ג דהרי״ף כתב כמו ר״ח ותירץ הקושיא שהקשה הרא״ש אפילו הכי תפס עיקר כהרא״ש שגם הרב ן׳ מיג״ש נחלק עליהם כמ״ש ה׳ המגיד פ״ו מזכייה ומביאו ב״י ע״ש. והב״י כתב לפרש דברי הר״ר יונה דמ״ש ונראה דאיירי במיפה את כחו וכו׳ שכתב כן לחלוק על איכא מ״ד וכו׳ והפך הקערה ואמר דיותר מסתברא ביפוי כח דאמר ואף כתובו בלא קנין מיפוי כח דקנין ושארי ליה מאריה וגרם לו לפרש כך לפי שראה בנ״י שכתב דאפילו בקנין לא עשאו אלא אפוטרופא לפיכך נדחק לפרש גם דברי הר״י בכך וליתא אלא להר״י ודאי יפוי כח דקנין עדיף וקנה לגמרי דלא כנ״י וכדפי׳ לשונו כך הוא האמת והכי נקטינן דביפוי כח דקנין קנה לגמרי וכן כתב הרשב״א בתשובה ע״ש הראב״ד ובתשובה אחרת הסכים עם הראב״ד הביאן ב״י להדיא:

ט ואם כתב כל נכסיו לבנו ולאחר וכו׳ עד בכותב לשני בניו. כל זה כתב הרא״ש בפרק י״נ (דף ר״ח סוף ע״ג) לפרש הא דקאמר תלמודא פשיטא בנו ואחר בלבד מ״ש רבינו ואפילו הראשון נמי שנתן לו חצי הנכסים יש לו חלק בחצי האחר כאחד מן האחין שזה לא נמצא בספרי הרא״ש שבידינו היום ובנ״י כתב שיש לדון בדבר:

יב ודוקא בכותב כל נכסיו וכו׳. הכי משמע מלישנא דברייתא דתני בה כל נכסיו וכן כתב הרמב״ם בפ״ו מה׳ זכייה:

סימן רמז

א השולח חפצים וכו׳. בפ׳ מי שמת (בבא בתרא דף קמ״ג) ההוא דשדר פסקי דשיראי לביתיה א״ר אמי הראויין לבנים לבנים הראויין לבנות ולא אמרן אלא דל״ל כלתא אבל אית ליה כלתא לכלתיה שדר ואי בנתיה לא נסיבן לא שביק בנתיה ומשדר לכלתיה ואיכא למידק על דברי רבינו אפוכי דברי רבי אמי למה ליה דהקדים דין חלוקת בנות נשואות וכלותיו ובנות שאינן נשואות ואיחר דין חלוקת בנים ובנות לכ״א הראוי לו ויש לומר שעשה רבינו כך כדי להביא דברי הרמ״ה שמפרש להך בבא דרבי אמי דקאמר הראויין לבנות לבנות דאין זה אלא בראוי לבנות ולא (לבנות) [לבנים] אבל אם הם ראויין לבנים כמו לבנות יחלקו ביניהם בשוה וזהו שלאחר שכתב רבינו ויחלקו בין הבנים והבנות לכ״א הראוי לו הביא מ״ש הרמ״ה ואם יש בו דברים הראויין לבנים ולבנות יתנו לשניהם פי׳ דכיון דראויין לאלו כמו לאלו חולקים שניהם בשוה ודלא כמו שהבין ב״י דהרמ״ה מיירי בהך דקאמר ר׳ אמי דהראויין לבנים לבנים והראויין לבנות לבנות דר״ל הראויין לבנים ולא לבנות והראויין לבנות ולא לבנים ולכן כתב דלא הוצרך הרמ״ה להשמיענו זה שפשוט הוא בדברי ר׳ אמי ושרי ליה מאריה דהרמ״ה דין חדש השמיענו שכשהוא ראוי לאלו כמו לאלו חולקים שניהם בשוה וזהו שכתב יתנו לשניהם דלשון בזה לא אמרי ר׳ אמי אלא בע״כ כדפי׳ דיתנו לשניהם בשוה קאמר אך קשה דא״כ חולק הוא הרמ״ה אדברי הרמב״ם שמביא רבינו בסמוך דאם הוא דבר הראוי לבנים ולבנות יתנו אותו לבנים והיאך הביא רבינו דברי שניהם בסתם כאילו אין ביניהם מחלוקת ונראה דס״ל לרבי׳ דאין כאן מחלוקת כלל דהרמב״ם לא איירי אלא בשולח ואומר בפירוש ינתנו לבניי כדאיתא בירושלמי פ׳ שני דייני גזרות והתם הוא דאע״ג דגם בנותיו בכלל בני אין זה אלא במה שאינו ראוי לבנים אלא לבנות אבל במה שראוי לאלו כמו לאלו לא יתנו אלא לבנים דכיון דהלשון ינתנו לבניי משמע טפי לבנים מדמשמע לבנות אמר דדעתו היה שיתנו לבנים כל מאי דהוא ראוי להם אע״ג דראוי הוא גם לבנות אבל הרמ״ה לא מיירי במפרש אלא בשולח סתם ליתנם לבני ביתו במאי דאיירי תלמודא דידן ולשון בני ביתו משמע בנות כמו בנים הילכך אם הם דברים שהם ראויין לאלו כמו לאלו חולקים שניהם בשוה וגם הרמב״ם מודה בזה דלא אמר הרמב״ם דיתנו אותו לבנים אלא במפרש ואמר ינתנו לבניי כמפורש בדבריו פ״ו מהלכות זכייה ומביאו ב״י והכי נקטינן כהרמ״ה וכהרמב״ם וכדפי׳: ומ״ש הרמ״ה וה״מ דלית ליה איתתא. נראה באין ספק דהאי וה״מ לא קאי אדין חדש דחידשו הרמ״ה אלא אדין חלוקה דרבי אמי קאי ואמר הא דאמרינן דבשולח סתם דאיכא דין חלוקה ה״מ במי שאין לו אשה התם הוא דאמר דאין דעתו בשליחותו בסתם אלא שיחלקו החפצים הראוי לבנים לבנים והראוי לבנות לבנות ואין לבנות נשואות כלום במקום כלות ואין לכלות כלום במקום בנות שאין נשואות דאם לא היתה דעתו שיחלקו ביניהם לאיזה צורך שלחם לביתו ולמה לא החזיקם בידו במקום שהוא שם אלא ודאי לא שלחם לביתו אלא כדי שיחלקו החפצים ביניהם אבל אם יש לו אשה ושלח החפצים בסתם אין דעתו כלל לשום חלוקה הילכך בכל ענין ינתן לאשתו ולא ינתן לא לבנים ולא לבנות בין נשואות בין אינן נשואות ולא לכלותיו שום דבר אלא הכל ינתן לאשתו דכל מה שיש לו לאדם שולח לידו אשתו דכשהוא ביד אשתו כאילו הוא בידו ממש כיון דאשתו כגופו דמיא ולא היתה דעתו כלל לשום חלוקה שיחלקו ביניהם והכי משמע בנ״י דהכי ס״ל ע״ש והכי נקטינן:

ב שלח ואמר יתנו לבני בנותיו בכלל וכו׳. ירושלמי הביאו הרב אלפס והרא״ש שם והרמב״ם בפ״ו מזכייה: וכתב הרמב״ם וכו׳. כבר כתבתי בסמוך דהרמב״ם לא כתב כך אלא במפרש ואמר ינתנו לבניי אבל בשולח סתם חולקין בנים ובנות החפצים בשוה כמו שכתב הרמ״ה ונראה ודאי דבמפרש אפי׳ אין לו אשה נמי איכא דין חלוקה דליכא למימר ודאי לדידה שדר אלא בשולח בסתם אבל במפרש ינתנו לבניי הרי הוא מפרש שנתנו לבניו ואית בהו דינא דחלוקה דר׳ אמי ודירושלמי והדבר פשוט דאע״ג דבשולח לבני ביתו בסתם כשאין לו אשה דגם כלותיו בכלל ועדיפי מבנות נשואות מכל מקום במפרש ינתנו לבניו אין בכלל כלותיו אלא דוקא בנותיו ומשום הכי לא הזכירו הפוסקים במפרש דין כלותיו משום דאינן בכלל המתנה כלל ומהרו״ך כתב דבמפרש ינתנו לבניו דגם כן ינתנו לכלותיו ונראה לי דטעה בזה:

ג בד״א בבריא וכו׳. הכי איתא בירושלמי הנזכר: ומ״ש אפילו שאין לו אלא בן אחד אין הבנות בכלל אע״פ שאמו בניי לשון רבים. והכי אסיקנא בתלמודא דידן פ׳ מי שמת וראיה מדכתיב ובני פלוא אליאב ובני דן חושים:

ד ומ״ש וכן אין בן הבן בכלל וכו׳. גם זה שם וכתבו התוס׳ וא״ת כיון דקרו אינשי לברא בניי א״כ למה הוצרך לומר נכסי לבניי פשיטא שהוא לבנו וי״ל דאיצטריך שאם מצא דייתיקי או מתנה שלא יהיה כלום עכ״ל וב״י מביאו בשם הר״ן:

ה שאלה לא״א הרא״ש וכו׳ כדי שיהא להן קופצין. מדבריו נראה דהא דאמר בירושלמי בנותיו בכלל אינו אלא בבנות שאינן נשואות כדי שיהא להן קופצין אבל בנות נשואות אינן בכלל אפילו בדברים שאין ראויין לבנים אלא לבנות וטעמו משום דלישנא דינתנו לבניי משמע טפי לבנים מדמשמע לבנות הילכך בנות נשואות דמוטלות על בעליהן לפרנסן אינן בכלל אבל בנ״י כתב ומביאו ב״י אהא דקאמר דבבריא בנותיו בכלל טעמא דמילתא

משום דבחייו רוצה לכבד בנותיו כדי שיהיו חביבות על בעליהן וכו׳ אלמא דס״ל דגם בנות הנשואות בכלל ואם יש שם דבר שראוי לבנות ולא לבנים ינתנו לבנות והכי מסתברא׃

ז הנותן מתנה לחבירו וכו׳. בפ׳ מי שמת עובדא דאתא לקמיה דרב יוסף ואמר קנה פלגא כדתניא והיתה לאהרן ולבניו מחצה לאהרן ומחצה לבניו׃ ומ״ש וכן אם הנפרטים מרובים וכו׳ עד סוף הסימן. הכל דברי הרא״ש ז״ל שם׃

סימן רמח

א הנותן מתנה לחבירו או שכתב לו כל נכסיו וכו׳. ברייתא סוף פ׳ י״נ (דף קכ״ט) נכסי לך ואחריך יירש פלוני ואחריו יירש פלוני מת ראשון קנה שני מת שני קנה שלישי ופר״ש נכסי לך היינו לשון מתנה וכו׳ ובאותה סוגיא מייתי הא דתניא תנו שקל לבני בשבת וכו׳ וז״ש רבינו הנותן מתנה לחבירו דהיינו דאמר בפירוש לשון מתנה כי הא דתנו שקל וכו׳ או שכתב לו כל נכסיו בסתם כי הא דתניא נכסי לך וכו׳ דבמסתמא נמי הוי לשון מתנה׃ וא״ל ואחריך לפלוני ואחריו יירש פלוני מת ראשון קנה שני. כל זה אף בבריא שכתב כך כמו שיתבאר בס״ד׃ ומ״ש וכגון שאין הראשון ראוי לירשו וכו׳. ה״א לשם שלח רב אחא בר עויא למאי דקיי״ל כר״י בן ברוקא נכסי לך ואחריך לפ׳ וראשון ראוי לירשו אין לשני במקום ראשון כלום שאין זה לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק וה״פ דאע״פ דאמר בפי׳ לשון מתנה אין זה לשון מתנה וכו׳ והא דקאמר שאין זה הו״ל כאילו אמר שאין בזה לשון מתנה דאף ע״פ שאמר בפי׳ מתנה חשבינן ליה כאילו אמר בפי׳ לשון ירושה וכך פי׳ הר״ן ע״ש הגאונים ומביאו ב״י וכך היא דעת הרמב״ם בפ׳ י״ב מזכייה וכך היא דעת רבינו ודלא כפרשב״ם דאם אמר לשון מתנה בפירוש אע״פ שהוא ראוי לירשו מתנה היא ויש לה הפסק והיינו כפשטא דלישנא דקאמר שאין זה לשון מתנה וכו׳ ולית הלכתא הכי. ודין וה שכתב כאן דאם הוא ראוי לירשו אין לה הפסק אין זה אלא בשכ״מ אבל בבריא שאמר כך נכסי לפ׳ ואחריך לפ׳ אין לשני אלא מה ששייר ראשון אפי׳ היה הראשון ראוי לירשו ודוקא בדאמר נכסי לך בסתם אי נמי אמר בפי׳ לשון מתנה אבל אם אמר בלשון ירושה לא מהני דהבריא אינו יכול ליתן בלשון ירושה וכל זה מבואר ברמב״ם שם וכ״כ ב״י בשם כמה גדולים וע״ל בסימן רנ״ג סעיף ל״ג אצל תנו לבני שקל בשבת ובמ״ש ב״י לשם׃

ב ואם מת שני בחיי ראשון וכו׳. בברייתא הנזכרת מסיים בה ואם מת שני בחיי ראשון יחזרו נכסים ליורשי ראשון׃ ומ״ש רבינו שלא זיכה לשלישי וכו׳. ה״א באלפסי ובאשיר״י וז״ל ה״ט דסבר אחריך שאני דהיכא דאמר נכסי לך ואחריך לפלו׳ אין לשני לא גופא ולא פירי אלא אחריו של ראשון ולא אמר פירי לחד וגופא לחד אלא היכא דאמר מעכשיו ובהא מודה רשב״ג שאם מכר הראשון שהשני מוציא מיד הלקוחות וכו׳ וז״ש רבינו שהרי כל זמן שהוא ברשות הראשון הכל שלו גוף ופירי וכו׳ כלומר שאם לא היה לראשון אלא פירי אפילו מת השני השלישי זוכה בגוף שנשאר לשני אחר מיתת הראשון אבל כיון שאין השני זוכה בגוף דלאו כאומר מעכשיו דמי מש״ה אין לשני כלל אפילו בגוף אלא מה ששייר הראשון ולפיכך אם מת שני אי אפשר לשלישי לזכות כלום ועיין בסמוך סעיף ו׳ ובמ״ש לשם בס״ד׃

ג ואפילו היו בהם עבדים וכו׳ ואפי׳ היו בהם כלים וכו׳. שם בגמרא (דף קל״ז) ופי׳ דשווינהו להנהו נכסי איסורי הנאה וסד״א דמצי א״ל דלא יהבית לך לעשות באיסורין קמ״ל ובנ״י פי׳ דמיירי דזרק על המת יותר מהצריך למת דליכא מצוה ומפסיד חנם ואפ״ה מעשיו קיימים׃ ומ״ש אבל אם נתן הראשון לאחר במתנת שכ״מ וכו׳. ג״ז שם מימרא דר׳ יוחנן (דף קל״ז) וע״ש הטעם בפירשב״ם דשכ״מ אינו זוכה לאחר מיתה אבל הראשון זוכה מיד בתחלת מיתה אף על גב דעדיין לא מת׃ ומ״ש בשם הרמב״ם. בפי״ב מה׳ זכייה וכתב כן משום דכך מפרש הא דקאמר התם (דף קל״ז) בעובדא דרב ביבי דאף רשב״ג לא קאמר אלא באחר אבל לעצמו לא דר״ל דאם מכר או נתן לבנו שהוא כעצמו לאו כל כמיניה והטעם דא״כ שיכול לתתם לבנו או ליורשיו שוב לא תמצא לעולם דתיהני ליה האי ואחריך שיזכה בו השני אחריו דפשיטא שיתן לבנו כל הנכסים אבל לאחר לא חיישינן למתנה דאין אדם חוטא ולא לו ומכר נמי לא שכיח דיעבור על דעת הנותן דמה לו למקבל להחזיק בנכסים אלו בעצמן ומה לו בדמיהן אבל רבינו לא עלה בדעתו פירוש זה אלא היה מפרש דאף רשב״ג לא אמר אלא באומר אחריך לאחר אבל באומר אחריך לעצמי מודה רשב״ג דאין לו למקבל אלא פירי אבל הגוף שייר לעצמו וליורשיו ואם קדם הראשון ומכר מוציאין הן מיד הלקוחות ולפ״ז לא משמע דאיכא לחלק בין מוכר ונותן לאחר ובין מוכר ונותן ליורשיו ולכן כתב רבינו ואיני מבין וכו׳ ומיהו לענין הלכה שני הפירושים עולין לענין דינא דאע״פ דלפירוש הא׳ אין ראיה לדין היוצא מפירוש השני וכן איפכא מ״מ שניהם אמת והכי נקטינן דבמוכר או נותן לבנו לא עשה ולא כלום וכשהנותן משייר לעצמו לא זכה המקבל כי אם בפירות כל ימי חייו ולא בגוף כלל ואם מכר או כתן מוציאין מיד הלקוחות ועיין בסמוך סעיף ח׳ וט׳׃

ד וכתב עוד היה חוב על הראשון וכו׳. פירוש דלא אמרו אלא מכר או נתן לאחר שאי אפשר לסלק הזוכה במעות התם הוא דאין לשני כלום במה שמכר או נתן הראשון אבל שעבוד שנשתעבדו הנכסים לבעל חוב או לאשה בכתובתה דיכול לסלקם במעות זכה השני בנכסים ואין בית דין מגבין אותם מנכסים אלו בין שבאו לגבות בעוד הראשון קיים בין שבאו לאחר שמת הראשון:

ה והר״מ מרוטנבורק לא כתב כן וכו׳. וגם בעה״ת כתב כך דכשם שאם מכר ממכרו ממכר ה״נ אם שעבד חל שעבודו עליו ומגבין למלוה חובו וכולי ומביאו ב״י ופשיטא דלהר״מ מרוטנבורק לאו דוקא במת הראשון אלא ה״ה בחייו כשבא ב״ח לגבות מנכסים אלו וכן גרושתו שבאה לגבות כתובתה בחייו דמגבין מנכסים אלו שאין לחלק בין שעבוד למכר ומ״ש הרמ״מ דינו גבי אלמנה מעשה שהיה כך היה ועוד דכל שכן הוא דאפילו כשמת גובין דזכה בהם האחריך כ״ש כשהוא קיים: וכתב ה״ר יונה לאו משום דא״ל ואחריך וכו׳. כלומר דאין דין תלוי בלשון ואחריך דוקא וא״כ היכא דלא אמר ואחריך אלא ואם מת לפלוני אם מכר מוציאין מיד הלקוחות הא ליתא דהוא הדין נמי אם אומר נכסי לפלוני ואם מת לפלוני ונראה דראייתו בזה הוא מדתניא האומר תנו שקל לבני וכו׳ דתני בסיפא ואם אמר אם מתו יירשו אחרים תחתיהם בין שאמר תנו בין שאמר אל תתנו אין נותנין להם אלא שקל אלמא דאפי׳ לא אמר לשון ואחריך לפלוני אלא אם מתו יירשו אחרים תחתיהם הו״ל כאילו אמר ואחריך דעיקר טעמא הוי משום דנכסי לך לשון מתנה גמורה משמע וכולי: ומיהו וכולי. כלומר דבאמר לעשר שנים ליכא למימר דלמתנה גמורה נתכוין וכל זה מדברי הר״ר יונה:

ו ואם אמר נכסי לך ואחריך מהיום וכו׳. דכיון שאמר לשני מהיום לא זכה הראשון כי אם בפירי ולא בגוף והילכך מוציא מיד הלקוחות: וכן אם מת שני וכו׳. ה״ט דלסוף כשמת גם הראשון זוכין יורשי השני בגוף למפרע מהיום שכתב לו ואחריך מהיום לפלוני וזו היא דעת האלפסי והאשיר״י כדפי׳ בסמוך סעיף ב׳: ומ״ש ואם הם ג׳ וכו׳ והוא שבאו ליד השני תחלה הילכך אם מת שני בחיי ראשון יחזרו ליורשי נותן. תימה דכאן כתב דברי הרמ״ה בסתם ולעיל בסעיף ב׳ כתב דהא דלא זכה השלישי אלא מכח שני וכיון שלא בא ליד שני אי אפשר לשלישי לזכות וכו׳ היינו טעמא משום דהשני לא זכה לא גוף ולא בפירי דלאו כאומר מעכשיו דמי מכלל דאם אמר מעכשיו דזכה השני בגוף אפי׳ אם מת שני בחיי ראשון מ״מ כיון דזכו יורשי שני בגוף מהיום לאחר שימות הראשון אף השלישי זוכה בגוף לאחר שימותו יורשי שני אם אמר לשלישי ג״כ מהיום וזה סותר לדברי הרמ״ה דבכאן ואפשר לומר דלעיל לא כתב רבינו אלא לתת טעם מפני מה אין יורשי השני מוציאין כלל הגוף מיד יורשי הראשון ואע״פ שמת שני בחיי ראשון מ״מ יורשי שני עומדין במקומו ואמר דהטעם הוא שהרי כל זמן שהוא ברשות הראשון הכל שלו גוף ופירי וכו׳ דהשתא ודאי ניחא דאין ליורשי שני כלום להוציא אף הגוף מיד יורשי הראשון ועדיין צ״ע:

ז אע״ג דקיי״ל היכא דלא א״ל ואחריך וכו׳. מסקנא דגמ׳ שם: והמשיא ועצה וכו׳. מימרא דאביי שם:

ח בד״א שאמר ואחריך לפלוני אבל אמר ואחריך יחזור לי וכו׳. זהו לפי פירוש רבי׳ בעובדא דרב ביבי וכן פי׳ רשב״ם וכבר כתבתי בס״ג דהרמב״ם מפרש בו פי׳ אחר ולענין דינא תרווייהו הילכתא נינהו:

ט ואם אמר אחריך ליורשי והיה לו בת וכו׳. שם (דף קכ״ה) ההוא דא״ל נכסאי לסבתא ובתרא לירתאי הויא ליה ברתא דהוה נסיבא שכיבא בחיי בעלה ובחיי סבתא בתר דשכיבא סבתא אתא בעל וקא תבע אמר רב ענן לירתאי ולא לירתי ירתאי ואסיקנא הלכתא כרב ענן ולא מטעמיה דאילו רב ענן סבר אע״ג דהו״ל ברא לברתא לא ירית ולא היא דאילו הו״ל ברא לברתא ודאי ירית ובעל ה״ט דלא ירית משום דהוי ליה ראוי ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק וס״ל לרבי׳ דע״כ לא קאמ׳ תלמודא דליתי׳ לדרב ענן אלא במאי דקאמר דאע״ג דאית ליה ברא לברתיה לא ירית דהא ודאי ליתא דזרעה ודאי עומד במקומה ליטול כשימות המקבל ומסתמא ודאי כשאמר ובתרא לירתאי היתה דעת הנותן גם על ירתי ירתאה כגון זרעה ובעלה אבל לא היתה דעתו על אחי אביה ובני אחי אביה דאינן בכלל סתם ירתאי בלשון בני אדם תדע שהרי אף בני (בני) בנים שהם כבנים אפ״ה כשאמר ינתנו לבניי אין בני בנים בכלל בניי אם לא כשאין לו בן בלחוד כדלעיל בסעיף ד׳ כ״ש באומר לירתאי דאין בלשון בני אדם בסתם ליורשי אלא בנו וזרעו העומד במקומו וכשיש לו בת הוי בכלל ליורשי גם הבעל דאשתו כגופו ונקראת שארו ולהכי איצטריך לטעמא דהו״ל ראוי ובזה התיישב תמיהת ב״י שכתב דכיון דנותן אמר ובתרא לירתאי כי לית ליה לברתיה זרע מאי הוי הרי אחיו או בני אחיו ירתי דידיה ויחזרו להם הנכסים וצ״ע עכ״ל והכי משמע מפרשב״ם בהך עובדא דסבתא כמ״ש ב״י אבל למאי דפירש לדעת רבי׳ ניחא ולא קשיא מידי ומדברי הרמב״ם בפ׳ י״ב מזכייה נראה כדברי רבינו שכתב בהך עובדא דסבתא דאין הבעל יורש נכסים אלו מפני שהן ראויין וכו׳ אבל אם הניח הבת בן או בת היו יורשין הנכסים שמשמע יורשין אפי׳ יורשי יורשין עכ״ל ואי איתא דס״ל אפי׳ אחי אביה או בני אביה לאיזה צורך כתב דאם הניח הבת זרע דיורשין משמע אפי׳ יורשי יורשין אפי׳ לא הניח הבת זרע נמי והו״ל למיכתב בסתם אין הבעל יורש נכסים אלו וכו׳ אלא יורשי הבת יורשין אותן ואע״ג שיש לדחות ולומר דהרמב״ם נקט לשון הגמרא כדרכו מ״מ נראה לפע״ד עיקר כדפי׳ והכי נקטינן כדברי רבי׳ המפורשין. ואיכא לתמוה טובא דלמאי שכתב רבי׳ בסמוך קודם זה דאם אמר ואחריך לי אם מכר מוציא

הנותן מיד הלקוחות דאלמא דלא זכה המקבל אלא בפירות ולא בגוף וא״כ כאן דאמר ואחריך ליורשי דמסתמא ודאי אין דעת הנותן אלא שהמקבל יאכל הפירות בחייו ואחריו ליורשיו ואין המקבל יוכל למכרו וכיון שכן אף הבעל יורש אותן הנכסים דלא הו״ל ראוי אלא מוחזק בגוף הנכסים כיון שאין המקבל יכול למכרם דהכי אמרי׳ בגמ׳ להדיא דהא דאמר דהוי ליה ראוי לגבי בעל ה״ט דאי קדם סבתא וזבנה זבינה וכיון דאפילו היתה הבת קיימת לא תטול כלום כיון דקדמה סבתא ומכרה נמצא שאף גוף הקרקע לא הוחזק לבת בחיי סבתא אלא ראוי הוא וצ״ל דרבינו סובר דתלמודא מחלק בין דאמר ואחריך לי כיון דלעצמו שייר אין דעת הנותן שיהא זוכה המקבל אלא בפירות ולא בגוף אבל באומר ואחריך ליורשי אין דעתו של אדם כל כך קרובה לגבי יורשיו כמו לעצמו ולמתנה גמורה נתכוין שאף אם מכר או נתן מעשיו קיימים ולישנא דתלמודא בעובדא דרב ביבי הכי דייק דקאמרי׳ אפי׳ רשב״ג לא קאמר אלא לאחר אבל לעצמו לא משמע דוקא לעצמו לא אבל יורשי׳ כאחר דמיין זה נראה לי לומר לדעת רבינו מיהו הרב המגיד כתב דמהך עובדא דסבתא מוכח שאין פירוש זה שפירש רשב״ם ורבי׳ בעובדא דרב ביבי אמת ותופס בפשיטות דאין חלוק בין דאמר ואחריך לי ובין דאמר ואחריך ליורשי וכן כתב הר״ן הביאו ב״י אבל דעת רבינו כדפרישית:

י ומ״ש אבל נכסיי לפלוני ואחריו מעכשיו ליורשי וכו׳ כן כתב הרמב״ם לשם וכתב ה״ה שכ״כ הרי״ף ור״ח וכך הוא דעת הרא״ש שם ואחריה׳ נמשך רבי׳ ולא כיש חולקין:

יב שאלה לא״א הרא״ש וכו׳ איכא למידק לאוזה צורך הביא רבינו תשובה זו בחבורו דאי כדי ללמוד ממנה דאפי׳ בנותן מתנה במקצת דינה כאילו נותן כל נכסיו והיינו דהשיב מתנה טובה היא דהו״ל כנכסי לך ואחריך לפ׳ כו׳ כלומר דאפי׳ במקצת נמי מתנה טובה היא כאילו נתן לו כל נכסיו הלא כבר כתב כן בתחלת הסימן בסתם הנותן מתנה לחבירו או שכתב לו כל נכסיו וכו׳ ועיין לשם וי״ל דאתא לאורויי דלא תימה דזה שאמר שאם ימות אחד מבניו בלי זרע שיפול חלקו לאחיו וכו׳ לא היה צריך לפרש דפשיטא דאחיו יורשין אותו ואם אין אחין אחיותיו יורשים אותו כל הקודם בנחלה אלא לישנא יתירא לטפויי אתא כאילו התנה שלא ימכור ולא יתן לאחרים כדי להעמיד הנחלה ביד בניו וקמ״ל דליתא אלא מתנה טובה היא ויכול למכור וכו׳ וה״א בתשובה באריכות וב״י מביא מקצתו:

טו בריא או ש״מ וכו׳ בפ׳ מי שמת פשיטא אמר מטלטלי לפלניא כל מיני תשמישתיה קני לבר מחטי ושערי על מטלטלי לפלניא אפילו חטי ושערי ואפילו רחיים העליונה קנה לבר מרחים התחתונה כל דמטלטל אפי׳ רחיים התחתונה קנה איבעיא להו עבדא כמטלטלי דמי או כמקרקעי דמי ולא אפשיטא ופי׳ ר״ש לבר מחטי ושערי וה״ה לבר מבהמותיו והרמ״ה הוסיף דה״ה שאר מיני סחורות וכו׳ וכתב ב״י דפשיטא היא כיון דאינם בכלל מני תשמישתיה ואפשר דאפילו את״ל דפשיטא היא כתבו הרמ״ה לאורויי דכשאמר כל מטלטלי אף הסחורות בכלל ובעבדים כתב הרמ״ה כיון דלא איפשיטא לא קנה המע״ה והאלפסי והרא״ש סוברים דאפשיטא בדוכתא אחריתי בפרק יש נוחלין דאסיקנא אין גובין מן העבדים אלמא דכמטלטלי דמי והרמ״ה אמר דאין מכאן ראיה כדפי׳ רשב״ם ונ״י כ״כ ב״י: ואם אמר נכסי לפלוני וכו׳ שם אמר נכסי לפלניא וכו׳ לפיכך אם תפס אין מוציאין מידו והא דלא כתב כך בעבדים משום דסבירא ליה עיקר כאלפסי והאשיר״י:

טז שאלה לא״א הרא״ש וכו׳. תשובה ודאי שטרות בכלל נכסים הן וכו׳ פי׳ שטרות אינן נקני׳ אא״כ דאיכא כל תלתא מסירה וכתיבה ודכתב ליה קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה ובש״מ שנתן חשבינן ליה כאילו הוי ביה הני תלתא וקנה וכבר האריך בזה הרב המגיד פרק ט׳ מזכייה ודלא כהרשב״א דצריך שהש״מ יאמר בפירוש קני לך הוא וכל שעבודו אבל בבריא אע״פ שהקנה לו בקנין וחשיב כאילו כבר כתב לו דהקנה לו השטר דסתם קנין לכתיבה עומד מ״מ כיון שלא היה מסירה לא קנתה ואע״ג דאפי׳ כתיבה ליכא הכא כדינא שהרי לא כתב ליה קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה מ״מ קאמר הרא״ש דאפי׳ את״ל דלא חיישינן להכי כיון דאיכא שום שטרא מיהו מסירה ליכא הכא כל עיקר:

יז אח״כ אמר אע״פ שפסק רשב״ם דאין שטר צריך כתיבה כלל אלא במסירה לחודה קנה ולא צריך למכתב קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה ולא שום שטרא ולפי דבריו נקנין ג״כ בקנין חליפין לחודיה דהוה ליה ככתיבה בלא מסירה רבים חולקים עליו וכו׳:

יח אח״כ אמר ואע״פ שפסק רב אלפס שנקנין אגב קרקע כלומר דהשתא איכא כתיבה דסתם קנין לכתיבה עומד ואגב קרקע תשיב כמסירה דבמה שהחזיק בקרקע כאילו מוחזק בשטרות דמי אין זה אלא בהקנה לו בקנין אגב וא״ל ג״כ קני לך איהו וכל שעבודיה הילכך הכא לא קנתה דינה שטרות אלו דאע״פ שהיו בבית וכו׳ וא״כ איכא כתיבה ומסירה אפי׳ הכי לא כתב לה קני לך אינהו וכל שעבודא דאית בהו:

סימן רמט

א הנותן מתנה לחבירו וכו׳. כלומר האומר לחבירו ומבטיחו ליתן לו מתנה וחוזר בו ה״ז ממחוסרי אמנה בד״א במתנה מועטת וכ״כ בסוף סימן ר״ד ולשם כתב ב״י דכל זה דוקא בעשיר אבל בעני שאין לו ר׳ זוז נעשה נדר וכופין אותו לקיים אף במתנה וע״ש ועיין עוד בריש סימן רמ״ג:

ב אסור ליתן מתנת חנם לעע״ג רתב ב״י לאו לאפוקי גר תושב דהיינו שקבל עליו ז׳ מצות בני נח וזהו שאנו מצוים להחיותו עכ״ל. ולפי דבריו קשה למה לו לרבינו לכתוב לעע״ג ולתת מכשול שיבינו למעט ישמעאלים:

סימן רנ

א במה דברים אמורים וכו׳ האי בד״א מקושר עם מ״ש בסי׳ רמ״ט דבמתנה מרובה לא הוי אפילו ממחוסר אמנה אם חוזר בו דלא סמכה דעת המקבל עד שיקננה לו בקנין או באחד מדרכי ההקנאות ועלה קאי ואמר בד״א שמתנה צריך קנין וכו׳: ומ״ש שדברי ש״מ ככתובין וכמסורין דמו בין אם כתב או אמר וכו׳ כ״כ רשב״ם במשנה פ׳ מי שמת (בבא בתרא דף קמו) דתנן ש״מ שכתב כל נכסיו וכולי וז״ל וה״ה אם חילק על פיו בלא כתיבה שאמר נכסי לפלוני כדתנן (בדף קנו) באמן של בני רוכל שמתה וקיימו חכמים את דבריה וכו׳ עכ״ל ופירוש ככתובים וכמסורים דבקרקע דצריך שטר הוה ליה ככתובים ובמטלטלים דלא בעי כתיבה הו״ל כמסורין: ומ״ש וקנה לכשימות למפרע וכו׳ כתב ב״י ק״ל שהרי אמרו מתנת ש״מ אינה קונה אלא לאחר מיתה עכ״ל. ולפעד״נ דודאי אינה קונה אלא לאחר מיתה ולפיכך מוציאין מיד המקבל למזון האשה והבנות כדלקמן ריש סי׳ רנ״ב אלא דמכל מקום צריך לומר דלכשימות קונה מטעם דחשבינן ליה ככתובין וכמסורין למפרע משעת נתינה דכשנתן ואמר נכסי לפלוני בעוד שהיה חי חשוב כאילו אז בשעה זו כתב ומסר לו שיהא קונה בה לאחר מיתה ולאפוקי דלא אמר ככתובים וכמסורים לאחר מיתה דמי דא״כ לא קנה דאין שטר לאחר מיתה ומשום הכי כתב במרדכי סוף יש נוחלין דפסק ר״ג מ״ה על אחד שציוה לאפוטרופסים שמינה בחייו שהם יחלקו הנכסים כמו שירצו דאין בדבריו כלום דחשבינן ליה כאילו ציוה שיכתבו וימסרו לאחר מיתה ואין שטר לאחר מיתה ואע״ג דרשב״ם האריך לחלק לשם על דבריו הכא ודאי אף רשב״ם מודה דאי אמרינן דככתובים וכמסורים לאחר מיתה דמי לא קנה כלום ולפיכך צ״ל דככתובים וכמסורים למפרע משעת נתינה שיקנו לאחר מיתה דמי ודו״ק וכ״כ רבינו למעלה סוף סי׳ קכ״ה סעיף י״ב ע״ש. ומ״ש אפילו בלא קנין צריך לפרש דה״ק אפילו בלא קנין עם יפוי כח ואצ״ל דקונה בקנין במיפה את כחו דאילו בקנין גרידא הא ודאי דלא קנה כדלקמן בסי׳ זה סעיף כ״ח כ״ט וכן מ״ש ואם עמד חוזר אפילו אם היתה בקנין היינו לומר בקנין במיפה את כחו והיינו דוקא במתנת ש״מ בכולו כמו שיתבאר בס״ד:

ב ואין צריך לומר בפירוש וכו׳ כ״כ הרא״ש בפרק מי שאחזו ובפ׳ מי שמת: ומ״ש וה״מ כשנתרפא לגמרי וכו׳ בפ׳ מי שאחזו א״ר אליעזר משמי׳ דרב שכ״מ שניתק מחולי לחולי מתנתו מתנ׳ וכך הביאו הרא״ש בפסקיו ופרש״י שניתק מחולי אל חולי ואין זו עמידה אא״כ בא לכלל רפואה שעה אחת. ואיכא לתמוה על דברי רבינו במ״ש דבניתק מחולי זה לחולי אחר אם מחמת חולי הראשון מת מתנתו מתנה דזו מניין לו חדא דהרא״ש כתב בסתם מימרא דרב ולא פירש דבעי אומדנא אם מחמת חולי הראשון מת אלמא דאפי׳ לא מת מחמת חולי הראשון נמי מתנתו מתנה ותו דרש״י פי׳ להדיא מתנתו מתנה אם מת מחולי האחר דהא לאו עמידה הוא לגבי גט דמתני׳ הוא דבעיא אומדנא משום דמחולי זה קאמר לה עכ״ל וכן בדין דלגבי מתנה לא נפקא לן מידי אם מת מאותו חולי שצוה מחמתו או ניתק לחולי אחר ולא מת מחמת חולי הראשון דמכל מקום כיון שלא עמד מחליו מתנתו מתנה ולפענ״ד דהאי אם מחמת חולי הראשון מת ט״ס הוא. וצ״ל אפי׳ לא מת מחמת חולי הראשון ומ״ש בשם רב אלפס בפ׳ מי שאחזו כתב כן וטעמו דבשלא עמד והלך בשוק על משענתו הא ודאי דמתנתו מתנה כיון דלא עמד ואפי׳ לא מת מחולי ראשון אלא מחולי אחר דמ״מ כיון דלא עמד אינו חוזר ואם עמד והלך על משענתו בשוק בעינן אומד ואם מחמת חולי הראשון מת א״כ אין זה עמד ואם לאו הו״ל עמד מחולי הראשון ומתנתו אינה מתנה ואם הלך בשוק בלא משענת הא ודאי דהו״ל עמד וא״צ אומד ומתנתו אינה מתנה. ואיכא למידק דבאלפסי כתב וז״ל בשלא עמד והלך על משענתו ורבינו כתב כשלא עמד ולא הלך על משענתו ונראה דרבינו ר״ל לא עמד או לא הלך ולא זו אף זו קאמר לא מיבעיא כשלא עמד כלל אלא אפילו עמד והלך בביתו אנה ואנה אבל לא הלך בשוק כלל אף על משענתו לא הלך התם אין צריך אומד דלא עמד קרינן ביה וכ״כ המרדכי פרק מי שמת שאם עמד והלך על משענתו לא נתבטלה מתנתו דבעינן שעמד והלך על משענתו בשוק והביאו ב״י:

ג בד״א בנותן מתנה אבל אם הודה וכו׳ בפ׳ מי שמת (בבא בתרא ד׳ קמט) איבעיא להו ש״מ שהודה מהו ופרשב״ם מי אמרי׳ שהוא אומר כן שלא להשביע את בניו א״ד כיון דאודי אודי ומסקנא דהודאתו הודאה והא דאמרי׳ בפ׳ זה בורר במסקנא דאדם עשוי שלא להשביע את בניו היינו דוקא באומר פלניא ופלניא אסקו בי זוזי כיון דעושה עצמו עבד לוה לאיש מלוה ודאי להחזיק עצמו כעני היה עושה אבל כאן שהממון בעין והוא מודה של פלוני הוא י״ל שהפקידו אצלו וכו׳ עכ״ל והתוס׳ הקשו דאדרבה כ״ש הוא דיותר יש לנו לומר שאומר אמת במלוה כיון שמשעבד עצמו אבל גבי פקדון עושה שלא להשביע את בניו ונראה לר״י לפרש ש״מ שהודה מהו מי שהודה שיש לפ׳ מנה בידו אע״פ שאנו מוחזקין בו שאין לו מי אמר דקני במתנת ש״מ ואם עמד חוזר א״ד קנה לגמרי ואם עמד אינו חוזר ופשיט מאיסור גיורא דקנה לגמרי במתנת בריא ע״י הודאתו וכו׳ וכן פי׳ הרא״ש ותימה גדולה היאך כתב רבינו בסתם דבהודה אפי׳ אם עמד אינו חוזר ואמאי לא נימא דשלא להשביע את בניו אמר הכי ואפי׳ לא טען אנן טענינן ליה וההודאה תתבטל מיד אפילו אינו טוען כלום כדמוכח פ׳ ז״ב וס״פ ג״פ וכדלעיל סי׳ ל״ב וסי׳ פ״א והכי משמע בתוספות להדיא שם בד״ה ש״מ שהודה מהו דדוקא גבי איסור גיורא שהודאתו היתה אמת כדי שיזכה בה רב מרי בריה דלא שייך לומר מידי שלא להשביע אבל בעלמא ודאי אמרינן שלא להשביע:

ואין לפרש דרבינו ס״ל כפרשב״ם לחלק בין מלוה לפקדון וכן פסק במרדכי פרק מי שמת בשם ראב״ן וכן פי׳ נימוקי יוסף ודלא כדברי התוס׳ הא ודאי ליתא דהא לקמן בסי׳ רנ״ה סעיף ד׳ הביא רבינו דברי הרא״ש בתשובה דמוכח מתוכה דאף בנכסים שהן בעין אמר שלא להשביע את בניו אמר כך ולא קנאם וכך יש להקשות אמ״ש רבינו סוף סי׳ רנ״ב בפירוש דש״מ שהודה על נכסיו שהם של פלוני בידו בתורת פקדון בין שאמר כך בכל נכסיו בין במקצתן הויא הודאה ואם עמד אינו חוזר ואמאי הא איכא למימר דלא להשביע אמר כן מיהו לקמן יש לומר דמיירי דכשעמד הודה בעצמו דלא אמר כך שלא להשביע אלא להודאה גמורה נתכוין הלכך אינו יכול לחזור אבל כאן דכתב רבינו ואפילו אם יעמוד אינו חוזר דאלמא דכ״ש דאם מת דהודאתו הודאה ואמאי הא טענינן ליתומים דשלא להשביע את בניו אמר כן מיהו בהגהת אשירי פ׳ מי שמת אהא דפשטינן דהודאה לא הוי כמתנה ואם עמד אינו חוזר כתב וז״ל ומשמע אפי׳ בלא קנין רק בהודאה ודוקא כעין הודאה דאיסור גיורא דקים לן דלזכותו נתכוין אבל בעלמא לא קני מידי בהודאה היכא דשייך למימר אדם עשוי שלא להשביע את בניו וכו׳ עכ״ל וא״כ אפשר לפרש גם כן דברי רבינו דמיירי בהודאה דכעין איסור גיורא דוקא וכו׳ וכגון שההודאה היתה ע״י תביעה דליכא למימר טענת שלא להשביע וטענת השטאה נמי ליכא דאין אדם משטה בשעת מיתה אי נמי אפילו בהודה בעצמו אלא דאמר לעדים הוו עלי עדים גמורים שאני מודה בפניכם שכל נכסים שבידי הם בתורת פקדון ושל פלוני הם דליכא שוב טענה שלא להשביע והלכך בין עמד בין לא עמד מתנתו מתנה ומה שלא כתב רבינו כך בפירוש מפני שסמך על מ״ש כבר דלא הוי הודאה אא״כ דליכא למימר דשלא להשביע אמר כך ואפשר לדקדק כך מלשונו כמו שהאריך ואמר אבל אם הודה על נכסיו שהם של פלוני וכו׳ וקנאם זה שהודה שהם שלו דחזר וכתב שהודה שהם שלו לאורויי דמיירי בהודאה דאין ספק בה דודאי הם שלו דליכא טענת שלא להשביע את בניו אמר כן ובכה״ג מיירי בסוף סימן רנ״ב וע״ש:

ד ואם הקדיש וכו׳ בפ׳ מי שמת קמיבעיא ליה באת״ל בהקדיש לא גמר ומקני הפקיר כל נכסיו מהו מי נימא כיון דאף לעניים כעשירים גמר ומקני דלעניים גמר ומקני טפי מלהקדש ואת״ל בהפקר נמי לא גמר ומקני חילק על נכסיו לעניים מהו מי אמרינן צדקה ודאי גמר ומקני דהא אין לעשירים דבר בממונו כי אם לעניים כולו. כך היא גירסת ספרים ישנים ולגירסת רשב״ם איפכא קמבעיא ליה באת״ל גמר ומקני ובהפקיר לא קמבעיא ליה משום דאף לעניים כעשירים אלא הכי קמבעיא ליה את״ל בהקדיש הכל מוקדש דגמר ומקני הפקיר מהו. ואת״ל גבי הפקר כיון דאינו חושש בזה הממון הואיל והפקירו הוציאו מדעתו לגמרי דאינו חפץ בחזרתו שאינו רוצה ליהנות עוד ממנו חילק נכסיו לעניים מהו מי לימא יד עניים כיד הקדש ואם עמד אינו חוזר או לא ומ״ש בשם הרמ״ה דחוזר בו כ״כ הרמב״ם בפ״ט מהלכות זכייה גם רבינו כתב כך בשמו בסי׳ רנ״ה והרא״ש לשם הביא ראיה לדבריו ואיכא לתמוה על תמיהת ב״י אדברי הרא״ש מסברת עצמו ולא השיב דבר על ראייתו. ואיכא למידק אמאי לא קמבעיא להו הנך בעיא אדר״ש בן מנסיא במי שהלך בנו למ״ה ושמע שמת וכתב נכסיו לאחרים ואח״כ בא בנו דחוזר כדלעיל בריש סי׳ רמ״ו הקדיש הפקיר חילק לעניים מהו ואפשר דהתם בבריא דכותב גוף מהיום ופירי לאחר מיתה כדפי׳ לשם לא שייכא הך בעיא דהפקיר להכי לא קמבעיא ליה אלא הכא דשייכא גם בהפקיר ואה״נ דבהקדיש וחילק לעניים דשייכא התם נמי קמבעיא ליה:

ה ואם מכר וכו׳. מימרא דרב יודא אמר רב בפרק מי שמת (בבא בתרא דף קמ״ט):

ו בד״א בנותן כל נכסיו וכו׳ משנה שם (דף קמ״ו) ש״מ שכתב כל נכסים ושייר קרקע כל שהו מתנתו קיימת לא שייר קרקע כל שהוא אין מתנתו קיימת ובגמרא אסיקנא מתנת ש״מ במקצת בעי קנין ואע״ג דמית: וכמה הוא השיור וכו׳ דעת רב אלפס דלית הלכתא כרב יהודה דאמר פרק מי שמת (בבא בתרא דף קמט) קרקע כדי פרנסתו והרא״ש פסק כרב יודא וקרקע לאו דוקא אלא אפילו במטלטלי ועיין באשיר״י: וכתב בספר ב״ה וצ״ל לדעת רב אלפס והרמב״ם שאע״פ שאין בשיור כדי פרנסתו שמא דעתו לחיות חיי צמצום מאז והלאה:

ז וכל ג׳ ימים הראשונים וכו׳ כן כתב הרא״ש פ׳ מי שמת והביא ראיה מהירושלמי דפאה:

ח לשון הרמב״ם וכו׳ בפ״ח מזכיי׳ פירוש מלשונו משמע דבתשש כחו ונפל על המטה נקרא ש״מ ואין חלוק בין ג׳ ימים ראשונים לאח״כ מיהו בקפץ עליו החולי כתב גם הרמב״ם בפ״ט מזכייה דהוי מצוה מחמת מיתה: ומ״ש וא״א הרא״ש כתב כסברא הראשונה פירוש דמחלק בין ג׳ ימים לאחר ג׳ ימים דלא כהרמב״ם ואם נשתתק וכו׳ ע״ל בסי׳ רל״ה סעיף י״ט:

י וגוסס וכו׳ עיין בא״ע סי׳ קכ״א והמסקנא דגוסס ה״ה כחי ומתנתו מתנה:

יא בד״א שמתנת ש״מ וכו׳ בפרק מי שמת סוף (בבא בתרא דף קנא) והילכתא מתנת ש״מ במקצת בעיא קנין ואף על גב דמית. מצוה מחמת מיתה לא בעיא קנין והוא דמית עמד חוזר ואף על גב דקנו מיניה ואיתא התם בעובדא דאחתיה דרב דימי בר יוסף אמר ליה ר״נ לסהדי היכא הוה מעשה א״ל

אמרה הכי ווי דקא מיתא הך איתתא אמר ליה אם כן הוה מצוה מחמת מיתה ומצוה מחמת מיתה חוזר ופי׳ רשב״ם אמרה כששלחה בשביל אחיה ווי כי מתיא הך איתתא ולא תראה את אחיה שאינו רוצה לבא אלי וכו׳ עכ״ל וע״פ פירושו כתב הרא״ש אצל מניין למתנת ש״מ מן התורה וז״ל כדחזינן באחתיה דרב דימי דאמרה ווי ווי דקמייתא הך איתתא וקרי לה מצוה מחמת מיתה אף על גב דלא הכירה מיתה בשעת המתנה דבגלויי מילתא בעלמא סגי עכ״ל וז״ש רבי׳ אבל אם פירוש מחמת מיתה כלומר בשעת המתנה או אפילו לא פירש בשעת המתנה וכו׳ והיינו דוקא תוך ג׳ ימים דאילו לאחר ג׳ ימים כבר כתב למעלה לדעת הרא״ש דבסתמא יש לו דין מצוה מחמת מיתה:

יב ור״ש בן חפני פירש מי שמזכיר מיתה כלומר בשעת המתנה מזכיר מיתה הוא הנקרא מצוה מחמת מיתה אבל לא פירש בשעת המתנה אינו נקרא מצוה מחמת מיתה ולדעתו צריך לפרש דאחתיה דרב דימי בשעת המתנה אמרה ווי ווי דמיתה הך איתתא דלא כפירוש רשב״ם והרא״ש והבית יוסף לא הבין כך: ומ״ש ובעל העיטור כתב מסוכן שחוליו קשה וכו׳ פירש אפילו לא הזכיר מיתה כלל לא בשעת המתנה ולא קודם לכן ולא היה מתאונן על מיתתו וכיוצא בזה אפ״ה דינו כמצוה מחמת מיתה כיון שניכר שצוואתו מחמת מיתה היא דלא כסברא הראשונה ור״ש בן חפני דבעינן עכ״פ שיזכיר מיתה בתחלה או בסוף ואם אינו מסוכן שחליו קשה וכו׳ כל ג׳ ימים הראשונים נקרא ש״מ במצוה בסתם ואם הוא מזכיר מיתה אפילו בג׳ ימים הראשונים נקרא מצוה מחמת מיתה ואמר רבינו וזהו כדעת א״א הרא״ש דלעיל סעיף ז׳ אלא דבזה איכא קצת ספק דלרבינו מיד בקפץ עליו חולי כל צואתו סתמא מחמת מיתה היא כתב כלשון הירושלמי אבל בדברי הרא״ש משמע דוקא מסוכן שתקף עליו החולי ונטוי למו׳ וכו׳ ותו דלרבינו משמע דאם לא קפץ עליו החולי אף על גב דמסוכן וחליו קשה אינו אלא ש״מ ולבעל העיטור ג״ז הוי מצוה מחמת מיתה ומיהו אפשר דאין שום חילוק ביניהם אלא בין כך ובין כך הוי מצוה מחמת מיתה ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי וכן עיקר. וע״ל סעיף כ״ט דבמצוה מחמת מיתה ובקנין אם מת הקנין מגרע כחו ולא קנה אלא במיפה את כחו:

יג כתב רב אלפס דיוצא בקולר וכו׳ עיין באשיר״י פרק מי שמת אצל מניין למתנת ש״מ מן התורה:

יד כתב הרמב״ם הא דמתנת ש״מ וכו׳ בפ״ח מה׳ זכייה ומ״ש ואף אם יש בה קנין אינו קונה אלא במיפה את כחו פי׳ אע״פ דיש בה קנין אין לה דין מתנת בריא שיהא קונה אף אם עמד אלא אדרבה הקנין מגרע כחו אא״כ היה מיפה כחו בקנין כגון שכתב וקנינא ממנו מוסיף על מתנה זו כדלקמן סעיף כ״ט שאז יש לו דין ש״מ אבל אם אינו במיפה כחו לא קנה כלל בין מת בין עמד וכך מפורש בל׳ הרמב״ם שם:

טז אף על פי שנתן ש״מ כו׳ בפ׳ מי שמת (בבא בתרא דף קמ״ח) אמר רב נחמן ש״מ שכתב כל נכסיו לאחרים ועמד אינו חוזר חיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת ואלא מתניתין דקתני לא שייר קרקע כ״ש אין מתנתו קיימת היכא משכחת לה אמר רבי חמא באומר כל נכסיי ור״ח גורס באומר כל נכסיי אלו הן מר בר רב אשי אמר במוחזק לן דלית ליה:

יז אין חילוק במתנת שכיב מרע בכולה וכו׳ מימרא דרב נחמן שם (דף קמא): ומ״ש אם לא הפסיק וכו׳. קנו כולם אפילו בלא קנין פירוש ומכ״ש בקנין במיפה את כחו שיש לו דין שכיב מרע ולפיכך אם עמד חוזר בכולם אפילו בקנין במיפה את כחו אבל בקנין בלא מיפה את כחו אפילו מת לא קנו כלום: ומה שאמר אחר זה ואם הפסיק וכו׳ שצריכין קנין אפילו אם מת וכו׳ היינו קנין גרידא כדין מתנת בריא ומה שאמר אחר זה והאחרון הוה מתנת ש״מ בכולה וקונה אם מת אפילו בלא קנין וכו׳ ומשמע ומכל שכן בקכין היינו במיפה את כחו דאי בקנין בלא מיפה את כחו לא מהני דהוה ליה האחרון מתנת ש״מ בכולה שכתוב בה קנין דאמר שמואל לא ידענא מאי אידון בה וכו׳ והקנין מגרע גרע ולא קנה כלום ורבינו קיצר במובן מעצמו וכבר האריכו בזה ה׳ המגיד בפ״ח מזכייה והר״ן ומביאו בית יוסף:

יח ש״מ שנתן כל נכסיו וחזר במקצתן וכו׳ שם (דף קמח) איבעיא להו חזרה במקצת הוי חזרה בכולה או לא ואסיקנא והלכתא חזרה במקצת הויא חזרה בכולה ונמשכו מזה חלוקי דינים אלו שכתב רבינו:

יט ומ״ש לפיכך אם יש בה קנין וכו׳ היינו אפילו קנין גרידא ואם אין בה קנין וכו׳ פירש אין בה קנין כלל:

כ נתן מקצתו לראשון בקנין פירוש אפילו בקנין גרידא. ואם מת קונה אפילו בלא קנין פירוש אפילו בלא קנין כלל ואצ״ל דקונה בקנין במיפה את כחו אבל בקנין בלא מיפה את כחו אינו כלום ולא קנה עמד לא קנה אפילו הוא בקנין פי׳ אפילו במיפה את כחו בקנין. ולכאורה איכא למידק דמ״ש רבינו כאן נתן מקצתו לראשון בקנין זכו׳ הוא ממש הדין שכתב למעלה בסמוך סעיף י״ז דאם הפסיק בין אחד לחברו וכו׳ ותרתי למה לי ולא קשה מידי דלמעלה אתא לאשמעי׳ דאם נתן לראשון בקנין לא אמרינן דלא חיישינן להפסקה דמעיקרא נמי היה בדעתו לחלוק את הכל ולחזור בו כשיעמוד מחליו והא דהפסיק ושתק בנתים עיוני מעיין מה יתן לכל אחד ואחד ואם כן אם עמד אף ראשון לא קנה אע״ג דהוי בקנין ואם מת כולם קנו אפילו לא היה שם

קנין כלל קמ״ל דלא משום דסתמיה דש״מ מידק דייק והדר יהיב ואין לו לשתוק בין זה לזה ומדשתק נמלך הוי והראשון שהיה בקנין קנה אפי׳ עמד כדין מתנת ש״מ במקצת וכדאיתא להדיא בגמ׳ וא״כ עיקר חידושי׳ דהראשון קנה אפילו עמד ומש״ה כשכתב לעיל והאחרון הוה מתנת ש״מ בכולה וכו׳ קיצר ולא כתב אלא דקונה אם מת אפי׳ בלא קנין ואם עמד חוזר אבל כאן עיקר חידושיה דהשני לא קנה אם עמד אפי׳ היה בקנין במיפה את כחו דהכי תניא התם בסיפא מקצתן לראשון וכולן לשני ראשון קנה שני לא קנה והכי פירושו דנתן מקצת נכסים לראשון וחזר ונתן כל מה ששייר שלא נתן לראשון נתן את הכל לשני ראשון קנה כדין מתנת ש״מ במקצת שני לא קנה כלל אם עמד ומיהו צריך לפרש דכאן נמי לא איירי במחלק נכסיו לראשון ולשני בזה אחר זה אלא בהפסיק וכדמשמע מפירוש רשב״ם שכתב לפרש סיפא דבריתא מקצתן לראשון וחזר ונתן כולן לשני וכו׳ מדהוסיף לשון וחזר משמע דהפסיק וחזר ונתן וכ״כ הרמב״ם בפ״ט מזכייה וז״ל נתן מקצת נכסיו וקנו מידו ואחר כך נתן כולן לאחר וכו׳ מדכתב ואחר כך אלמא להדיא דדין זה מיירי נמי בהפסיק ואח״כ נתן ובפרק ח׳ שכתב דין מחלק ונמלך כתב ג״כ וז״ל ש״מ שכתב כל נכסיו לאחרים רואים אם כמחלק כתבם מת קנו כולן עמד חוזר בכולן ואם כנמלך אחר ששייר חזר וכתב וכו׳ ודו״ק שוב ראיתי דמהרו״ך לא פירש כך ואין דבריו נ״ל אלא כדפירש עיקר׃

כא שכיב מרע שכתב כל נכסיו וכו׳ שם (דף קנב) שלחו ליה מבי רב לשמואל ילמדנו רבינו ש״מ שכתב כל נכסיו לאחרים וקנו מידו מהו שלח להו אין לאחר קנין כלום סבור מינה ה״מ לאחר אבל לעצמו לא א״ל רב חסדא כי אתא רב הונא מבי כופרי פירשה בין לעצמו בין לאחרים ופרשב״ם ילמדנו רבינו כתב וזיכה לראשון שמסר לו השטר לראיית זכותו וקנו מידו מאי שלח להו כיון שזיכה לו וקנו מיניה קנה ואין יכול לחזור במתנתו וכ״ש להקנותה לאחר ואין אומרים בזה שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה דכולי האי לא הוי עביד אלא לייפות כחו וקנה׃ וז״ש רבינו שכיב מרע שנתן כל נכסיו וכו׳ דלפירוש רשב״ם כדאיכא תרתי דכתב ומסרו לידו דהיינו פירוש דכתב וזיכה יכול לחזור בו אבל בדאיכא תלתא כתב ומסר וגם קנו מיניה אינו יכול לחזור. ור״י הקשה על פי׳ רשב״ם כמ״ש התוס׳ והאשיר״י לשם ופירשו זיכה היינו זיכה לו על ידי אחר ולכן אפי׳ איכא הני תלתא דכתב לו שטר ומסרו לידו וגם לקח לו בקנין אפילו הכי יכול לחזור וכן נמי בכתב ומסר וזיכה יכול לחזור בו אם אין בו קנין אבל בדאיכא נמי קנין אינו יכול לחזור בו בין לעצמו בין לאחר וכן אפילו אין בו קנין והגיע המתנה ליד המקבל ומיהו כשהגיע ליד המקבל עדיף טפי מקנין דאילו בלא הגיע ליד המקבל אפילו דאיכא הני תלתא כתיבה וזכוי וקנין לא קנה אבל בהגיע ליד המקבל היכא דכתב לו שטר ומסרו לידו אפי׳ לא קנו מיניה קנה ופשיטא דא״צ שוב זכוי ע״י אחר דכיון שהגיע המתנה ליד המקבל עומד לו במקום זכוי ע״י אחר ובמקום קנין ומ״ש וכן היא מסקנת א״א הרא״ש ז״ל היינו דאסיק כפר״י דלא כפירשב״ם כמפורש לשם בפסקיו׃ ומ״ש לפיכך וכו׳ חזר וכתב דין זה לפרש בו החלוקים חדא דאם שנים הוציאו כ״א שטרו וכו׳ השני קונה שהרי חזר בו מהראשון ודוקא במיפה כחו דשני וכו׳ והאי ודוקא וכו׳ קאי אהיכא דכתב לו שטר ומסרו לידו זיכה לו ע״י אחר אלא דלא הקנה לו בקנין דקנה השני אע״ג דגם לראשון כתב במיפה את כחו בכתיבה מ״מ קנה שני כיון דיכול לחזור בו מן הראשון וכ״כ הרא״ש לשם׃

כג אידך דהביא דברי הרמב״ם במתנת ש״מ במקצת והשיג עליו ותימה הלא דברי הרמב״ם מפורשין דכתב תחלה היכא דכתב וזיכה וחזר וכתב וזיכה לאחר האחרון קנה שיש לו לחזור בין בכל בין במקצת כיון שלא קנו מידו אבל אם כתב וזיכה וקנו מידו אין יכול לחזור בו בין בכל בין במקצת ומביאו ב״י ואיכא למימר דבמקצת וקנו מידו מודה דמתנת בריא היא לכל דבר ואינו יכול לחזור בו וכמ״ש להדיא בפ״ח וז״ל שייר כלום לעצמו וכו׳ ה״ז מתנה במקצת וכו׳ לפיכך אינו חוזר והוא שקנו מידו וכו׳ והא דכתב בפ״ט דבעינן כתב וזיכה וקני מידו דמשמע אבל כתב וקנו מידו ולא זיכה לא קנה לא כתב כן אלא היכא דכתב לו כל נכסיו התם הוא דלא קנה אלא בדזיכה לו ג״כ ולא היה צריך לבאר את זה בפירוש כאן בפ״ט כיון דכבר כתב בפ״ח דבמתנה במקצת בקנין הו״ל מתנת בריא וא״כ בע״כ הא דכתב בפ״ק דבכתב וזיכה וקנו מידו אינו יכול לחזור בו בין שנתן מקצת אינו אלא לומר דבדאיכא כל תלתא אינו יכול לחזור בו אפי׳ בנתן הכל משא״כ בכתב וקנו מיניה ולא זיכה דיכול לחזור בו בנתן הכל אבל בנתן מקצת וקנו מיניה פשיטא דאינו יכול לחזור אפי׳ לא זיכה והוא לפע״ד דבר פשוט לא ידעתי מה עלה על דעת רבינו לכתוב על דבריו ולא נהירא גם על ב״י איכא לתמוה טובא שנדחק לפרש דברי הרמב״ם בכאן דמיירי בפירש שנותנו לו בתורת מתנת ש״מ וכו׳ ולא שם לבו לדבר פשוט שכתבנו לפי הנוסחא בדברי הרמב״ם שהעתיק ב״י גופיה ומדברי ה׳ המגיד שכתב כך אצל הדין הכתוב בסמוך סעיף כ״ח למד ב״י לפרש כך גם כאן ולא היה צריך לזה כדפי׳ ועיין במ״ש בסמוך סעיף ל״א׃

כד ומ״ש אבל אם כתב לו השטר וכו׳ מבואר הוא לפי פי׳ ב״י ומסקנת הרא״ש דבדאיכא כל הני ארבעה אינו יכול לחזור בו׃

כה וכתב הרמ״ה דמצוה מחמת מיתה וכו׳. מיהו ה״ה בפ״ט כתב וז״ל אבל ש״מ וכו׳ מפורש שם אין לאחר קנין וזכוי כלום והוא דאיכא תרתי אבל האחד בלא חברו לא ומצוה מחמת מיתה אפילו בשניהם חוזר עכ״ל. וכ״כ נ״י ע״ש הר״י מאג״ש ומשמע דאין חילוק דאפילו בכגון דאמר ווי דקא מיית

נמי חוזר. ונראה דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא נכסי בחזקת יורש קיימי:

כח מתנת ש״מ בכולה וכו׳ בפרק מי שמת (בבא בתרא דף קנ״ב) פלוגתא דרב ושמואל ופסקו הפוסקים כשמואל דאמר שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה: ומ״ש ל״ש אם כתב לו שטר וכו׳ כך פי׳ רשב״ם לשם: ומ״ש ואפילו מסר לו השטר מחיים לא קנה וכו׳ זה מבואר מדין כתב וזיכה לזה וכתב וזיכה לזה וכו׳ לפי פירש ר״י ומסקנת הרא״ש דאפילו מסר לו השטר וקנו מיניה לא קנה אא״כ כתב ומסר וזיכה וקנה וע״ל סעיף כ״ב:

ל ומ״ש ומיהו הא דאמרינן וכו׳ כל זה כתב שם הרא״ש בפסקיו. והב״י הבין דהאי ומיהו הא דאמר וכו׳ קאי אדסמיך ליה אמתנת ש״מ בכולה בקנין דלא קנה ולכן כתב ויש לתמוה כיון דכשיש בה קנין חיישי׳ שמא לא גמר להקנותו אלא בקנין ואין קנין אלא לאחר מיתה כשהשטר כתוב בלשון צואה ומסרו לו מחיים היאך מוציאנו מידי אין קנין לאחר מיתה ועוד ק״ל מ״ש כשאין השטר כתוב בלשון צואה אלא בלשון מתנה דאז הוי מסירת השטר כמו קנין ואי במתנה שיש בה קנין עסקינן מה צורך למסירת השטר שיהיה כמו קנין עכ״ל אבל נראה ברור דרבינו לא קאי אדסמיך ליה היכא דאיכא קנין אלא לאחר שכתב דין ש״מ שכתב כל נכסיו מסעיף כ״א עד כאן חוזר על מ״ש בסעיף כ״ב לפיכך אם שנים הוציאו כ״א שטרו וכו׳ ודוקא במיפה כחו דשני כדלקמן וכו׳ דהיינו דמיפה כח בכתיבה שכתב תנו לו כך וכך ואף כתבו לו כדפי׳ לשם ומיירי לשם בדכתב שטר בלא קנין וקאמר רבינו עלה דהא דצריך יפוי כח גבי שטר בלא קנין ובלא יפוי כח לא קנה אפילו כתב ומסר לו השטר והגיע ליד המקבל היינו כשכתב השטר בלשון מתנה אבל אם נכתב בלשון צואה וכו׳ אם הגיע ליד המקבל מחיים קנה וכו׳ ולפי זה ניחא דלא תיקשי דלעיל אמר דאפילו מסר לו השטר מחיים לא קנה אא״כ דכתב לו במיפה את כחו ולקמן סל״ד אמר דלא בעינן יפוי כח בכתיבת השטר אלא היכא שמת הנותן קודם שנכתב השטר אבל בשנכתב ונמסר בחייו לא בעינן יפוי כח. וכדי שיתיישב זה צריך לחלק דלעיל איירי בשלא היה כתוב בלשון צואה אלא בלשון מתנה וכו׳:

לא ומ״ש גם בכאן כתב הרמב״ם דמתנת ש״מ במקצת שיש בה קנין אינו קונה אלא במיפה את כחו ולא נהירא וכו׳ וז״ל הרמב״ם בפ״ח מזכייה מתנת ש״מ שכתוב בה קנין בין שהיתה במקצת נכסיו בין שהיה בכל נכסיו חוששין לה שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר והואיל ומתנה זו לא תקנה אלא לאחר מיתה אין שטר לאחר מיתה והרי המתנה בטלה עכ״ל וכשנעריך לשון זה עם הלשון שכתב באותו פרק שייר כלום לעצמו וכו׳ ה״ז מתנה במקצת כו׳ שקונה מזמן הכתיבה לפיכך אינו חוזר והוא שקנו מידו וכו׳ עכ״ל יראה הרואה דהרב מחלק בין מתנת ש״מ במקצת שכתוב בה הקנין בשטר לשאין כתוב הקנין בשטר דלא כפי׳ רשב״ם דל״ש דפי׳ וכתב הקנין בשטר ל״ש נתן לו בע״פ וכו׳ ודייק הכי מדאמר לשם מתנת ש״מ שכתוב בה קנין בי רב משמי׳ דרב אמרי ארכביה אתרי רכשי ושמואל אמר לא ידענא מאי אידון בה שמא לא גמר להקנותו וכו׳ מדלא אמר מתנת ש״מ שיש בה קנין אלא מתנת ש״מ שכתוב בה קנין אלמא דוקא בדכתב בשטר הקנין התם הוא דחוששין כיון שמתנה זו לא תקנה אלא לאחר מיתה שמא לא גמר להקנותו בקנין הכתוב בשטר אלא לאחר מיתה אבל בכתב שטר בסתם וקנו מידו ולא כתב בשטר שקנו מידו משמע שהקנה לו עכשיו במתנת בריא כנ״ל דעת הרמב״ם אבל הרב המגיד פירש שהרב רבינו משה בר מיימוני מיירי כאן במגלה דעתו שמחמת מיתה נותנן עכ״ל ומשם למד בית יוסף לפרש כך דבריו גם בפ״ט שהביא רבינו לעיל סעיף כ״ג וכבר כתבתי שדוחק הוא פי׳ זה גם הרב המגיד לא הוקשה לו דבר בפ״ט אלא כאן הוקשה לו ותירץ מה שתירץ אבל לפע״ד עיקר כדפי׳: הב״י הביא במחודשים תשובה להרמב״ן דאם קנו מידו במיפה את כחו לא נתיפה וכו׳ והשיג עלה וז״ל תמיהא לי דא״כ כשאמרו במתנת שכ״מ שכתוב בה קנין שאם קנו מידו במיפה כחו מהני היכי משכחת לה וצ״ע עכ״ל ולא ידעתי מאי קשיא ליה הלא מבואר מדבריהם דצריך לכתוב וקנינא מיניה מוסף על מתנתא דא כדאיתא בגמ׳ אבל שאר לשונות שכותבין והריני נותן ומקנה לו כמיפה את כחו או שאר לשון אינו כלום שלא כתב ואף קנו ממני וכו׳ וכן נראה דעת התוס׳ בר״פ אע״פ ומביאו ב״י כאן בסעיף זה:

לב ואם כתב לאחד והקנה לו וכו׳. תימה לי דכתב תלינן למימר וכו׳ דהלא כיון שאמרו רבנן דמתנת שכ״מ בכולה בקנין לא קנה מטעם דשמא לא גמר להקנותו אלא בקנין לאחר מיתה עדיין חששא זו במקומה עומדת דשמא לראשון ולשני לא גמר להקנות להם אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה אלא דחזר בו מן הראשון ונתן לשני וכיון דחיישינן שמא לא גמר להקנות אלא לאחר מיתה אף השני לא קנה ולכן נלפע״ד כיון דנכסי בחזקת יורש קיימי אין להוציא מידם ע״פ סברא זו שהם דברי יחיד ועי׳ במ״ש בסמוך סעי׳ ל״ג ונרא׳ נמי דאף לסברא זו היכא דנתן מקצתו לראשון בקנין והמותר לשני בלא קנין אם לא הפסיק בנתיים הוה ליה מחלק נכסיו ואם לא עמד ראשון לא קנה ושני קנה ואם עמד חוזר בשניהם דאפי׳ את״ל דלשני לגרועי אתא כיון שלא הקנה לו בקנין מ״מ גם לראשון חיישינן שמא לא גמר להקנותו אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה והילכך ראשון לא קנה בין עמד בין לא עמד ושני קנה אם לא עמד ואם עמד לא קנה ועיין במ״ש לעיל סעיף כ׳:

לג ומ״ש ולפי זה וכו׳. פי׳ לפ״ז ודאי כי היכי דכתב הרמ״מ בהקנה לו בקנין הכי נמי היכא דליכא קנין אלא דכתב ומסר לו שטר וזיכה ע״י אחר כיון דבכתב בלשון מתנה לא קנה אפילו מסר לו שטר כל היכא דלא מיפה כחו בכתיבה לומר ואף כתבו וכו׳ א״כ היכא דחזר זכתב ומסר וזיכה לשני שני קונה אף בלא יפוי כח וכו׳ דתלינן לומר דקנין דשני בשטר שמסר לו בלא יפוי כח לאו לגרועי אתא וכו׳ וכוונת רבינו בזה לבאר דכיון דלפי זה ודאי צריך לפרש כך א״כ חולק הוא הרמ״מ אמ״ש רבינו לעיל בסעיף כ״ב לפיכך אם שנים הוציאו וכו׳ השני שהרי חזר בו מהראשון ודוקא במיפה את כחו וכו׳ שהרי לדברי הרמ״מ השני קונה אפי׳ בלא מיפה את כחו וק״ל ותמיה לי כיון דהרא״ש כתב להדיא אהך דכתב ומסר וזיכה לזה וכתב ומסר וזיכה לזה דהשני קנה ומיירי במיפה כחו דבלא מיפה כחו אף שני לא קנה כדאמר שמואל וכו׳ עכ״ל א״כ לית ליה להרא״ש להא דהרמ״מ ולאיזה צורך הביאו רבינו להך דהרמ״מ כיון דלא ס״ל כוותיה וכדכתב רבינו בסתם לעיל סעיף כ״ב כדברי הרא״ש דדוקא במיפה את כחו וכו׳ אלמא דס״ל הכי לפסק הלכה וכאן הביא דברי הרמ״מ החולק על פסק הרא״ש ואפשר דרבינו נתכוין להביא דברי הרמ״מ ולכתוב עליהם ולפי זה וכו׳ לאורויי כיון דלפי זה צריך לומר דחולק הוא אפסק הלכה דלעיל א״כ לית הלכתא כוותיה דהרמ״מ אף במ״ש בהקנה לו בקנין ואלמלא שלא הביא דברי הרמ״מ בזה אפשר שלא היה עולה על הדעת האי לפי זה שכתב רבינו ולא היה מובן שחולק הוא הרמ״מ על דברי הרא״ש והי׳ פוסק כדברי הרמ״מ במ״ש בהקנה לו בקנין דקנה שני אף בלא יפוי כח לכך הביא דבריו לגלויי דחולק הוא כדי לדחות דברי הרמ״מ מהלכה ודוק כנ״ל ובסמוך כתבתי דאף בלאו הכי אין להוציא ממון ע״פ דברי הרמ״מ:

לד וכן אם צוה שכ״מ וכו׳. כלומר כי היכי דחיישינן במתנת שכ״מ בכולה בקנין שמא לא גמר להקנותו אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה ה״נ בלא קנין אלא בשטר גרידא נמי חיישינן שמא לא גמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה ולא קנה אלא א״כ במיפה כחו וכדאיתא ס״פ י״נ שלח רבין וכו׳ עד ה״נ דאמר אף כתבו וחתמו והבו ליה ופסק תלמודא דכך הלכה ופר״ש דאע״ג דהאי דשלח רבין אינו אלא בשכ״מ דאמר כתבו ותנו לאו דוקא דה״ה אם אמר תנו וכתבו ולא אמר כיון שאינו מזכיר שיתנו לו את השטר לא נתכוין בצוואת כתיבת השטר אלא לזכרון דברים וכו׳ וכדס״ל להר״ר יונה בסמוך אלא אין חילוק וכתב רשב״ם דהכי מוכח מדלא חשיב לו מיפה את כחו לקנות בלא שטר עד דא״ל תנו ואף כתבו אלמא דלאו דוקא כתבו ותנו אלא אפילו תנן וכתבו וכו׳ אבל דעת ה״ר יונה דתלמודא מחלק מיניה וביה דגם בדאמר כתבו ותנו כותבין ונותנים לאחר מיתה היכא דאמר תנו ואף כתבו לו שטר דהשתא ודאי דלא נתכוין להקנות בשטר אלא אמר כך ליפוי כח אבל בתנו וכתבו לא איירי תלמודא דפשיטא הוא דלא נתכוין בכתיבת שטר אלא לזכרון דברים בעלמא: וכתב הראב״ד אם לא יפה את כחו וכו׳. נראה מלשונו דדוקא בדלא נמסר לו השטר מחיים אין מוסרין לו לאחר מיתה אף ע״ג דנכתב מחיים אבל בדכתב ונמסר לו מחיים קנה מיד לאחר מיתה מאחר שלא נכתב השטר בלשון מתנה אלא בלשון צוואה וכדכתב רבינו לעיל סעיף ל׳ ואין כאן מחלוקת וכך היא דעת ב״י דהראב״ד לא בא להשיג אדברי הרמב״ם בפ״ח מזכייה אלא לבאר ודלא כמו שהבין הרב המגיד מדברי הראב״ד דבנכתב ונמסר לו מחיים דלא קנה ובא להשיג אדברי הרמב״ם דליתא:

לה ודוקא דאמר כתבו ותנו וכו׳. כ״כ בסמ״ג והביאוהו האחרונים לפסק הלכה ועיין בב״י שהביא דברי האחרוני׳ בזה: ומ״ש בשם הר״ר יונה. כבר נתבאר דעתו: כתב בתשוב׳ הרשב״א שכ״מ שנתן קרקעותיו ואגבן כל נכסיו לא זכה במטלטלין מפני שלא קנה קרקעות עד לאחר גמר מיתה והרי זה כמקנה מטלטלין אגב קרקעות של עצמו שלא קנה והביאו ב״י במחודשין סעיף ח׳ וז״ל הר״ר ירוחם בנתיב כ״ד בשם הרשב״א דמתנת שכ״מ דכתב בה אגב לא קנה דמאחר שאינו קונה אלא לאחר מיתה אז הקרקע אינו שלו ונמצא [הקנין] ע״ג קרקע שאינו שלו עכ״ל ונראה דר״ל דאם היה קונה קודם מיתה דאז הקרקע של נותן הוה ניחא דכיון שקנה קרקע באחד מדרכי ההקנאות נקנו המטלטלין עמו אבל כיון שאינו קונה הקרקע והמטלטלין אלא לאחר מיתה שאז הקרקע אינו של נותן דעם מיתתו נפלו נכסי קמי יתמי היאך אפשר שיהא קונה לאחר מיתה המטלטלין על גבי קרקע שאינו של נותן ומ״ש וה״ז כמקנה מטלטלין אגב קרקעות של עצמו ר״ל של המקבל ולאו דוקא אלא כלומר אגב קרקעות שאינן של נותן אלא האמת נקט דהקרקעות הן של המקבל מיד לאחר מיתה והמטלטלין כשהן נקנין לאחר מיתה אגב קרקעות אלו נמצא שנקנית ע״ג קרקע שאינו שלו וכ״כ הרב בהגהות ש״ע עם הקרקע של המקבל ושארי ליה מאריה למהרו״ך שהשיג על זה והאריך בדברים דחויים:

לח ובריא שאמר כתבו ותנו וכו׳. מבואר בגמרא בההיא דשלח רבין וכו׳: ומה שכתב בשם ר״י דבדאמר תנו ולא אמר כתבו נותנין וכו׳ ועדיף טפי מדאמר כתבו ותנו אפילו במיפה את כחו מבואר בפירוש רשב״ם (סוף דף קל״ה) שכתב וז״ל ומיהו בריא אע״פ שמיפה את כחו כענין יפוי שכ״מ דקאמר תנו אף כתבו אפילו הכי אין כותבין ונותנין לאחר מיתה דבבריא אמרי׳ משום דדבריו אינן ככתובים הוצרך לזכות לו בשטר ולא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה עכ״ל פי׳ לפירושו דבבריא אין חילוק בין אמר כתבו ותנו ובין אמר תנו ואף כתבו וכו׳ לעולם אין כוונתו להקנות באמירה גרידא אלא על ידי שטר ואין שטר לאחר מיתה אבל בדאמר תנו ולא אמר כתבו הא קא חזינן דלא היתה דעתו אלא להקנות באמירה בלא שטר ולפיכך אם מת מצוה לקיים דברי המת וא״ת א״כ מתנת שכיב מרע במקצת דדינו כמתנת בריא ואינה נקנית אלא בקנין ואפילו אם מת לא זכה במתנה

במקצת בלא קנין ואמאי לא קנה מטעם מצוה לקיים דברי המת לפר״י דשייך אף בבריא אפילו לא אתפסיה ביד שליש ויש לומר דאה״נ דמטעם מלד״ה כופין אותו אפילו במתנה במקצת בלא קנין אלא דמטעם דברי שכ״מ ככתובים וכמסורים דמילא קנה וג׳ חילוקים איכא בין מלד״ה ובין דברי שכ״מ ככתובים וכמסורים דמי ויתבארו בסי׳ רנ״ב סעיף ב׳ בס״ד:

לט והרמ״ה כתב וכו׳ הביא דבריו לחלוק אדין מלד״ה שכתב ר״י וע׳ בסי׳ רנ״ה ושאר דברי הרמ״ה מבוארים זולת מה שמחלק בין מנה לשדה צריך לבאר דה״ט דמנה אין נקנה אלא במשיכה או בהגבהה ולא בשטר דכתב ליה הוא או עדים בשליחותו משא״כ שדה דנקנה בשטר הילכך כשאמר לעדים כתבו ותנו שדה לפלוני כותבים ונותנים מחיים בשליחותו וקנה המקבל כאילו כתב הנותן בעצמו בשטר שדי נתונה לך ונתן לו בפני עדים דזכה בו המקבל ה״נ כשכתבו העדים שטר בשליחותו נמי קנה המקבל:

מב מי שמת ונמצא קשורה וכו׳. משנה פ׳ י״נ (דף קל״ה) והרשב״ם [פי׳] דתנא קשורה לרבותא דליכא למימר אחר כתב ונתנה לשם כדי לזכות בנכסי המת: ומ״ש או שחפורש בו מהיום וכו׳. כ״כ לשם התוס׳ בד״ה כל שכתוב בה: ומ״ש פרשב״ם אם זיכה בו לאחר וכו׳. שם: וכתב הרב המגיד דמדכתב הרמב״ם בפ״ט מה׳ זכייה ואם זיכה בה לאחר וכו׳ כל הדברים שבה קיימים וכו׳ אלמא דאם זיכה במקצת לאחר אף כל השאר קיים שהרי גילה בדעתו שהוא רוצה בה ולא ראיתי כן לאחד מן המפרשים שהיה מפרש זה כדבריו בכאן עכ״ל ומביאו ב״י אבל בספר ב״ה כתב דנ״י פ״ק דמציעא חולק בהבנת הרמב״ם בזה ועיין בהריב״ש בסי׳ קס״ה כי הכריח מדברי הרמב״ם בפרק ח׳ כדברי הרב המגיד עכ״ל ומשמע דהכי נקטינן כפי׳ הרב המגיד להרמב״ם:

מד כתב הרמב״ם וכן מי שכתב ש״ח על עצמו וכו׳. פירוש כי היכי דבנמצא צוואה קשורה וכו׳ חיישינן דכתב ונמלך ה״נ בש״ח חיישינן דילמא כת׳ ללות ונמלך ולא לוה:

מה וכתב א״א ז״ל בתשובה וכו׳. פירוש דבמתנת בריא שהקנה בקנין בפני שני עדים ונתנו לשליש וא״ל יהא זה אצלך ולא פירש לו כלום אי נמי א״ל הנח עד שאומר לך מה תעשה ומת קנה המקבל דמשעת הקנין קנהו המקבל והשטר אינו אלא לראיה וא״ת אכתי ניחוש דשמא מתחלה כשהקנה בקנין התנה עם העדים שיקנו מידו ויכתבו שטר מתנה לפלוני בכך וכך ויתנו השטר לידו שמא יהא נמלך מליתן וכן היה דלאחר שנתנו לשליש חזר ונמלך וצריך לומר דהרא״ש מיירי בידוע דהקנה בסתם ולכך בשט״ח מן הסתם נמי חיישינן שמא לא לוה אבל במתנה מן הסתם קנה המקבל אבל ודאי אם אינו יודע דהקנה בסתם לא קנה המקבל דאיכא למיחש שמא התנה מתחלה עם העדים. ועדיין יש להקשות דהכא אמרינן דבשט״ח בין להרמב״ם בין להרא״ש אינו כלום אלמא דמחזיר אותו ליורשי לוה ולעיל בסימן נ״ה סעיף י׳ כתב רבינו דאין מחזירין לא לזה ולא לזה וי״ל דלעיל מיירי בשט״ח בקנין כמפורש לשם דמטעם שיש בו קנין לא יחזירנו גם ליורשי לוה והכא מיירי בשטר דלית ביה קנין אך לפי זה קשה דלא הו״ל להרא״ש לחלק בין ש״ח למתנה בקנין דבש״ח גופיה הוה ליה לחלק בין יש בו קנין לאין בו קנין וי״ל דהרא״ש השיב להשואל במעשה שהיה במתנה ורצה השואל להשוותו למ״ש הרמב״ם בש״ח שנמצא ביד שליש שאינו כלום דה״נ במתנה שנמצא ביד שליש והשיב לו הרא״ש דלא אמר הרמב״ם אלא דוקא בש״ח לפי שכותבים ללוה אע״פ שאין הלוה עמו וכו׳ אבל ודאי ס״ל להרא״ש דאע״ג דבשטר שאין בו קנין אינו כלום מ״מ בשטר שיש בו קנין אין מחזירין לא לזה ולא לזה: כתב הרשב״א בתשובה היכא דטען היורש שהמטלטלין שנתן מורישם מעכשיו ולאחר מותו שמא לא הוו ליה בשעת המתנה דאמרו משמן של גאונים על היורש להביא ראיה דמסתמא כאן נמצאו כאן היו וכל שטען חרש עליו הראיה עכ״ל (פי׳ כל שטען איני יודע עליו להביא ראיה דלשון זה כותבים על מי שאינו יודע וכ״כ הרמב״ם פ״ח מהלכות עדות הרי הן כחרשים) מיהו לעיל בסי׳ קי״ב כתב רבינו בשם הגאונים דהיינו דוקא בדלא נודע שקנה נכסים אח״כ ע״ש וכתב עוד רבינו שם דיש חולקים והכי מסתברא דלעולם על המקבל מתנה להביא ראיה ונראה לפי הטעם שכתב שם דאין חילוק בין נתן מטלטלין לנתן קרקע ובין טוען היורש ודאי לטוען שמא לעולם על המקבל להביא ראיה דלא כמ״ש הרשב״א בשם הגאונים דבמטלטלין והיורש טוען שמא על היורש להביא ראיה. ולפי זה קשה דכאן פסק בש״ע כדעת הרשב״א דעל היורש להביא ראיה ובסי׳ קי״ב הביא בש״ע שתי הדיעות והכריע הרב בהגהותיו דהעיקר על המקבל להביא ראיה וכן פסח בסי׳ פ׳ סעיף ו׳ ויש לומר דבסי׳ ס׳ ובסימן קי״ב מיירי בטוען המחזיק ברי ובין שהנותן חי ובין שמת היורש טוען ברי ולכן הכריע הרב דעל המקבל להביא ראיה וכאן מיירי ביורש טוען שמא הילכך על היורש להביא ראיה:

סימן רנא

א מתנת שכיב מרע בקנין במקצת וכו׳. בפרק מי שמת (בבא בתרא דף קנ״ג) ההיא מתנתא דהוה כתוב בה בחיים ובמות רב אמר הרי היא כמתנת שכיב מרע ושמואל אמר הרי היא כמתנת בריא אמרי נהרדעי הלכתא כוותיה דרב ופי׳ רשב״ם דליכא לאוקמי במתנת בריא דהיכי לימא רב הרי היא כמתנת

שכ״מ למיתני לאחר מיתה והלא אין שטר לאחר מיתה אלא במתנת שכ״מ במקצת שכתוב בה קנין וקונה לד״ה בין עמד בין לא עמד דהוה כתיב בה בחיי ובמותי רב אמר הרי היא כמתנת שכ״מ ואם עמד חוזר וכל שכן אם מתנת שכ״מ בכל שהוא בלא שיור דלא קני אלא עד לאחר מיתה עכ״ל וזאת היא דעת רבינו שכתב מתנת שכ״מ בקנין במקצת כלומר אפילו בקנין במקצת וכל שכן בלא קנין ובכולה דכיון דהזכיר מיתה וכו׳ הו״ל מצוה מחמת מיתה דאפילו במיפה כחו בקנין אם עמד חוזר וזה שאמר רבינו יש לה דין שכ״מ פי׳ דין שכ״מ דמצוה מחמת מיתה אבל הרמב״ם בפ״ה מזכייה כתב בסתם ולא הזכיר קנין וטעמו דהא למאי דקיי״ל כרב אין חילוק בין יש שם קנין לאין שם קנין ונראה דאף רשב״ם לא היה צריך לפרש כך אלא משום דשמואל קאמר ה״ה כמתנת בריא ואם עמד אינו חוזר ופשיטא דבבריא לא קני אלא בקנין אבל לרב אין חילוק ורבי׳ לא נקט כפרשב״ם אלא לאורויי רבותא כדפי׳: ומ״ש או מחיים ובמות. שם קאמר רבא דאי כתוב בה מחיים קנה ופרשב״ם דמשמע דוקא מעתה התחיל לקנות ואסיקנא דלית הלכתא כרבא:

ב כתב הרמב״ם אבל בריא וכו׳. בסוף הלכות זכייה והכי משמע מפרשב״ם שהבאתי דלא מיירי רב במתנת בריא דא״כ היאך אמר דה״ה כמתנת שכ״מ למיקני לאחר מיתה דפשיטא דקנה מחיים ולפי זה נראה כיון דפשיטא היא דקנה מחיים אין חילוק בין אמר מחיים או אמר בחיים וכן נראה מדברי ה״ה שם ומיהו ודאי דוקא בהקנה בקנין דאין מתנת בריא קונה אלא בקנין וכדלעיל סוף סימן ר״ן בתשובת הרא״ש וע״ל סוף סימן רנ״ז:

ג מתנת שכ״מ שכתב בכולה. משנה פרק מי שמת פלוגתא דר״מ וחכמים ובברייתא פלוגתא דרבי יעקב ורבי נתן ובמימרא פלוגתא דרבה ואביי ופסק רשב״ם כרבה ורבי נתן ור״מ דבתר השתא אזלינן ורב אלפס פסק כאביי וכרבי יעקב וחכמים דהמע״ה וראיה בעדים ואם לא מצא ראיה נשבע היסת ונפטר וכו׳ והיינו כשעמד הנותן אבל אם מת אין היורשים צריכין לישבע כדי ליפטר כדלעיל בסוף סימן ס״ט ובסי׳ ק״ח: ומ״ש רבינו דהרא״ש. הסכים לדעת הרי״ף. השיג עליו בספר ב״ה וז״ל אינו מוכרח אדרבה משמע מדבריו שפסק כרבה ומ״מ לענין הלכה מאחר שהרי״ף והרמב״ם מסכימים לדעת אחת הכי נקטינן:

סימן רנב

א מתנת שכ״מ אינה קונה אלא לאחר מית׳ לפיכך מוציאין מיד המקבל וכו׳. הכי אסיק רבא בפ׳ יש נוחלין (בבא בתרא דף קל״ג) וכמו שפירשו הרי״ף והרא״ש דלא כמקצת רבוותא וכן היא דעת הרמב״ם בפרק ח׳ מזכייה וכתב ה״ה הא דמוציאין לכתובת האשה פי׳ כתובת בנין דכרין שאינה טורפת ממשועבדים אחרים וטורפת משעבוד מתנת שכ״מ אבל כתובת אשה שהיא בחיים אפילו ממשועבדים גמורים טורפת. ועוד כתב ע״ש ן׳ מיגא״ש דמלוה ע״פ כיון דגובה מן היורשים ק״ו שגובה ממתנת שכ״מ עכ״ל וכ״כ הרא״ש לשם ומביאו ב״י: ומ״ש שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים וכו׳. כך הוא לשון הרמב״ם ומיהו לא משמע הכי מדברי הרי״ף שכתב לשם דהא דמוציאין למזון האשה והבנות וכו׳ ממתנת שכ״מ לא קשיא מהא דתנן אין מוציאין למזון האשה וכו׳ מנכסים משועבדים ההיא ממשעבדי מחיים כגון מתנת בריא ומכירה אבל מתנת שכ״מ דלא מיקניא אלא לאחר מיתה כדאמרינן מתנת שכ״מ אימתי קונה אביי אמר עם גמר מיתה ורבא אמר לאחר גמר מיתה והלכה כרבא לא דחיא תקנתא דרבנן לתקנתא דרבנן דמזונות אלמנה ומתנת שכ״מ תרווייהו תקנתי דרבנן נינהו ובהדי הדדי קאתו לאחר גמר מיתה הילכך לא דחיא חדא מיניייהו לחברתה ותרווייהו קנו עכ״ל אלמא דסבירא ליה דתרווייהו לא קנו אלא לאחר מיתה ותרווייהו קנו היכא דאית להו נכסים ליורשים לגבות מהן מזון האשה וכו׳ אלא דהיכא דלית להו נכסים ליורשים תקינו דמזון האשה והבנות קודמים אבל רבינו נמשך אחר דברי הרא״ש שכשכתב דברי הרי״ף השמיט זה מדבריו אלמא דלא ס״ל האי טעמא שכתב הרי״ף אלא ס״ל טעמא דהרמב״ם דבמתנת שכ״מ הוא דאיפליגו אביי ורבא והלכה כרבא דלא קניא אלא לאחר מיתה אבל מזון האשה והבנות וכו׳ דלא איפליגו בה ודכ״ע דמוציאין ממתנת שכ״מ מכלל דהני זכו בנכסים מיד עם גמר מיתה ולפיכך הן קודמים למתנת שכ״מ דאינה אלא לאחר גמר מיתה:

ב קיי״ל מצוה לקיים דברי המת אפילו בבריא וכו׳. ה״א ס״פ מציאת האשה וסוף פ״ק דגיטין: ומ״ש בד״א שנתנו ביד שליש וכו׳. כ״כ התוס׳ וכל האחרונים בשם ר״ת וכ״כ רבינו לעיל סוף סימן ר״ן סעיף מ׳ על שם הרמ״ה וכ״כ הריטב״א ע״ש אב״ן מיגא״ש ומביאו ב״י. עוד כתב הריב״ש בסימן ר״ז ע״ש הרמב״ן דאפילו בלא מסר ליד שליש מצוה לקיים דבריו כל שאמר ליורשים תנו לו או עשו כך וכך שהוא אינו נותן דבר אלא שמצוה לאחרים לתת או שא״ל תנתן כך וכך והרי הוא כאילו אמר תנו ובזו מצוה לקיים דבריו אבל שכ״מ שנתן מעצמו ואומר הריני נותן אין אומרים בזה מלד״ה וכו׳ ע״ש. ועוד כתב הריטב״א בתשובה ומביאו ב״י סוף סימן זה דלא אמרי׳ מלד״ה אלא שצוה או למי שסיפוק בידו לעשות וקבל עליו או שתק יש בו משום מלד״ה וכופין עליה לקיימה אבל אם צוה ליורשים שלא בפניהם אין בו משום מלד״ה וכו׳:

ג שכ״מ שהודה וכו׳. הקשה ב״י כיון שכבר כתב כל זה בסימן ר״ן סעיף ג׳ לא ידעתי למה חזר ושנאו כאן ואפשר דלעיל מיירי בסתם נכסים שהן קרקעות דכיון שהודה מיד יצאו מרשותו ועומדים ברשות המקבל אבל מטלטלין שהם בידו סד״א דאע״פ שהודה שהם בידו בתורת פתדון לא זכה בהם המקבל כיון שלא הוציאם מתחת ידו ונתנן ביד שליש קמ״ל דלא בעינן שליש אלא מיד שהודה שוב אינו יכול לחזור בו והשתא ניחא דכתב דין זה כאן לאחר שכתב דין מלד״ה כשנתנו ביד שליש כלומר אע״ג דבמתנ׳ בעינן דנתנו ביד שליש בהודאת מטלטלין לא בעינן ביד שליש אלא אפילו הם תחת ידו בשעת הודאה לא מצי לחזור בו אם יעמוד ועיין במ״ש עוד על זה בסימן ר״נ סעיף ג׳:

סימן רנג

א חולה שצוה לפני ג׳ וכו׳ מימרא דרב יודא אמר רב פרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קי״ג) ג׳ שנכנסו לבקר את החולה רצו כותבין רצו עושין דין א״ר חסדא לא שנו אלא ביום אבל בלילה אפילו ג׳ כותבין ואין עושין דין מ״ט דהוו״ל עדים ואין עד נעשה דיין וכתבו התוס׳ והרא״ש דבע״כ של בנים נעשים דיינים ולא מצי למימר לא אדון לפניכם דיליף לה מקרא והיתה לבני ישראל לחוקת משפט דמה שאדם מנחיל את בניו כדילפינן מדכתיב והיה ביום הנחילו את בניו ניתנה רשות להנחיל לכל מי שירצה וקאמ׳ דביום נגמרה הנחלה בדיבורו של מת על פי העומדים שם לפי שנעשו דיינים ביום ולא בלילה ולהכי נקט ג׳ שנכנסו לבקר את החולה דל״מ אם צוה החולה שיבואו שם ג׳ ויצוה בפניהם דאיכא למימר דלפיכך צוה שיבואו שם ג׳ כדי שיהיו דיינים על צוואתו אלא אפי׳ נכנסו מעצמן לבקר נעשים דיינים: ומ״ש נעשו כדיינים אם ירצו להחזיק לכל אחד ואחד בשלו. כך פרש״י פ׳ א׳ ד״מ: ומ״ש ולדון על כל דבר ספק וכו׳. כ״כ הרא״ש פ׳ י״נ: ומ״ש ל״ש אם חולק נכסיו לבניו וכו׳ ל״ש אם צוה ליתן כל נכסיו לאחרים. כ״כ לשם הרא״ש ע״ש הר״ר יונה: ומ״ש בד״א וכו׳ ואפי׳ אם דנו בדיעבד אין דינם דין. כ״כ לשם הרא״ש ודלא כפרשב״ם: ומ״ש וכתב רשב״ם דוקא וכו׳ ור״י פי׳ שאין חילוק ולזה הסכים הרא״ש וכו׳. הכל שם בתוס׳ והרא״ש: ומ״ש ופי׳ עוד רשב״ם וכו׳ דעת רשב״ם דליכא לפרש דאיירי במתנת שכיב מרע בכולה בלא קנין דכיון דיכול לחזור בו אין עושין דין אבל רבי׳ סבור דבמקצת בקנין דין מתנת בריא היא ולא יכול לחזור בו אפי׳ עמד ובהא לא איירי קרא דלא קרי לה נחלה כלל ואין יכולין לעשות דין דביום הנחילו כתיב ועלה קאי והיתה לבני ישראל לחוקת משפט דלגבי נחלה עשאן תורה דיינים וזו אינה נחלה אלא דין מתנת בריא לכל דבר אלא ודאי מיירי במתנת שכ״מ בכולה במחלק נכסיו ובעל כרחן צריך לפרש דמיירי נמי באינו יכול לחזור בו דאם יכול לחזור בו אין עושין דין ואם כן צ״ל דקרא קאמר במחלק נכסיו ובקנין והיינו דקאמר בפירוש אני מקנה בקנין לכל אחד ואחד מעכשיו אם ימות דהשתא לא מצי לחזור בו קודם מיתה לא לעצמו ולא לאחר ואם לא עמד מחליו המתנה קיימת וכיון דלא יכול לחזור בו וכדמפרש התם דמשהה לבתר דסליק לגמרי ההוא עניינא הילכך עושין דין והא דקרי לה קרא נחלה ועושין דין לפי שאינו קונה למפרע אלא לאחר מיתה אבל אם עמד חוזר בו וכמבואר להדיא בתוס׳ בד״ה אורעא כל הפרשה ומביאו ב״י ושארי ליה מאריה לב״י שכתב על דברי רבי׳ שלא היה מדקדק בכאן כי דבריו הם בדקדוק מופלג וכדפי׳: ומ״ש ואם דנו פרשב״ם וכו׳ אבל ר״י פירש שם בתוס׳ (דף קי״ד) בד״ה ניחוש וע״ש:

ב שכ״מ שאמר יטול פלוני וכו׳. פ׳ מי שמת (סוף בבא בתרא דף קמ״ח): וכתב הרמ״מ ה״ה בשכ״מ וכו׳. נראה דס״ל כמ״ש ה׳ המגיד פ״ב ממכירה דהני לשונות משמען יטול להבא ובשכ״מ הוא שמדבר לאחר מיתה אבל בבריא צריך שיאמר לו קנה עכשיו בשעה שמשך או הגביה או החזיק וכן יחלוק וכו׳ דהוי נמי להבא לא מהני בבריא וכן נכסי לך דמהני בשכ״מ דמשמעו נכסי יהיו נתונים לך לאחר מיתה לא מהני בבריא עד דאמר מכורין או קנויין לך דמשמע דעכשיו מיד מקנה אותם למקבל ומשמע דאפילו בקנין לא מהני בבריא דאי בלא קנין אפילו אמר מכורין או קנויין לך לא קנה אלא ודאי בקנין ואפ״ה לא קנה דקנין דברים הוא מאחר שאינו נותן לו עכשיו כלום. וכ״כ הרמ״ה. דבדאמר אתננה לו אפילו קנו מידו קנין דברים הוא כדלעיל בריש סי׳ רמ״ה ה״נ בהני לשונות דלהבא נמי קנין דברים הוא בבריא. אבל הרמב״ן ס״ל שאין קנין דברים אלא באומר אתן לך או אמכור לך אבל האומר יטול יזכה משמע שיטול עכשיו במתנה זו בקנין או במשיכה זו: ומ״ש שהרא״ש כתב כיון דמהני בשכיב מרע כל שכן בבריא טעמו כיון דשכיב מרע לא קנה לאחר מיתה אלא מטעם דלכשימות קונה למפרע משעת נתינה אפי׳ בלא קנין דככתובים וכמסורין דמי כ״ש בבריא שיש עמו קנין וכל קנין מעכשיו מקנה לו דלאחר זמן לא מהני קנין כיון דהדרא סודרא למרה ולא קשיא מהא דאיתא פ״ק דמציעא (דף ט׳) בעי ר״א האומר לחבירו משוך בהמה זו לקנות כלים שעליה מהו ואקשינן לקנות מי אמר ליה קנה דלכאורה משמע דהקושיא היא דלקנות משמע להבא ולא קני וכמו שפי׳ הרב המגיד שם לדעת הרמב״ם דהא ודאי דהרא״ש מפרש כפי׳ רש״י לשם וז״ל לקנות מי קאמר ליה קני לקנות משמע אתה התכוין לקנות אני איני מקנה לך עכ״ל אבל היכא דמקנה לו אלא דמשמע לישנא דלהבא כגון יטול יחזיק וכו׳ היכא דאיכא קנין משמע שיטול עכשיו במתנה זו בקנין:

ז כתב הרמב״ם מצוה מחמת מיתה וכו׳. כ״כ בריש פ״ט מזכייה ומשמע לשם לכאורה דדוקא במצוה מחמת מיתה א״צ לומר גלו וכו׳ אבל בשכ״מ צריך לפרש שיגלו אותה לאחר מיתה והכי משמע מדברי רב האי גאון שהביא האלפסי פרק חזקת וכן פי׳ ב״י לעיל סוף סי׳ רמ״ב וע״ש ונראה דה״ט

דבמתנת שכ״מ בלא מצוה מחמת מיתה ליכא אומדנא דמוכח כולי האי דכיון דרוב חולין לחיים והוא לא צוה מחמת מיתה איכא למיחש טפי למתנתא טמירתא וסעד קצת לזה פירוש רשב״ם פ׳ מי שמת (סוף בבא בתרא דף קמ״ו) על ענין אחר ע״ש אבל מדברי רבי׳ משמע דאין חילוק אלא בין בשכ״מ בין בשכ״מ שמצוה מחמת מיתה לא חיישינן למה שצוה בסתם וקנה אלא דהיכא דאמר אל תגלו התם הוא דצריך לומר שיגלו אותה לאחר מיתה והכי משמע מדברי הרא״ש בפ׳ חזקת וכן עיקר:

י שכ״מ שא״ל נכסיך למי וכו׳. ברייתא פרק מי שמת (ריש בבא בתרא דף קמ״ז): ומ״ש אפי׳ שמת הבן וכו׳. כ״כ הרמב״ם בפ״ט מזכייה ואיכא למידק דהלא משמע בפרק מי שמת דאפילו לרבנן דפליגי אר״ש בן מנסיא במי שהלך בנו למ״ה ושמע שמת בנו ועמד וכתב נכסיו לאחר ואח״כ בא בנו דמתנתו מתנה אעפ״כ מודו הכא דאין מתנתו מתנה דכיון דקאמר כמדומה שיש לי בן וכו׳ אלמא דתולה מתנתו במיתת בנו וכמפרש דאם בנו קיים לא יהא קונה המקבל א״כ לפי זה כיון שפסק רבינו בריש סי׳ רמ״ו דאפי׳ בנותן סתם ולא אמר כמדומה וכו׳ אם בא בנו מתנתו בטלה וכר״ש בן מנסיא כ״ש באומר כמדומה וכו׳ ולא היה צריך לפרש וי״ל דאתא לאשמועינן דאפי׳ היכא שמת הבן או הפילה אשתו אח״כ נמי אין מתנתו מתנה:

יא שכ״מ שאמר נכסי לפלוני או שא״ל נכסיך למי וכו׳. הא דנכסי לפלוני מימרא דרב הונא פרק י״נ (דף קלג) והא דא״ל נכסיך למאן וכו׳ ג״ז שם עובדא דההוא דהוה קא שכיב א״ל נכסיה למאן וכו׳ וכבר נתבאר זה בריש סי׳ רמ״ח וכן מ״ש בד״א שנוטלו משום ירושה בבת וכו׳ כבר נתבאר בסי׳ רמ״ו אלא שסידר כאן פסקי דינים דשכ״מ בהדי הדדי ואיכא למידק דלעיל כתב אבל לדעת הרא״ש דבת בין בין הבנים בין בין הבנות לא קנתה דאינה אלא אפוטרופא ושכ״כ הרמ״ה אלמא דהכי ס״ל דלא כהאלפסי דדוקא בבן בין הבנים וכאן כתב בסתם כדעת האלפסי ונראה ליישב לשון רבינו כאן דלצדדין קאמר בבת או אח וכו׳ כלומר בבת לדעת האלפס דלא אמר עשאה אפוטרופא אלא דוקא בבן בין הבנים או אח להרא״ש והרמ״ה דבאח בין האחים מודו דלא עשאו אפוטרופא:

יב שכ״מ שאמר תנו מאתים זוז לפלוני בני בכורי כראוי לו וכו׳. ברייתא פרק י״נ (דף קל״ח) ומפרש בגמרא הא מני ר״ע היא דדייק לישנא יתירא ה״נ האי לישנא יתירא כראוי לו לטפויי אתא ליפוי כח שנתן לו ר׳ זוז בכורתו וכתובתה וחובו:

יג ומ״ש ואם אמר תנו מאתים זו לבני בבכורתו וכו׳. ג״ז שם בברייתא ופי׳ רשב״ם דה״ה אם אמר תנו ר׳ זוז לבני סתמא ולא אמר בבכורתו דידו על העליונה כדפרי׳ לקמן וכו׳ והאי דנקט הכא בבכורתו אתא לאשמועינן דאע״ג דפריש בהדיא בבכורתו אפ״ה יטול כל בכורתו אם הוא יותר מר׳ זוז דידו על העליונה עכ״ל ועל הך דאם אמר בכתובה דידה על העליונה פי׳ רשב״ם וכגון שלא מחלה לו בכך עכ״ל כלומר ולאפוקי היכא דעשאה שותף בין הבנים דכתב לה קרקע כל שהוא ושתקה דמחלה לו כתובתה בכך ואין ידה על העליונה וכדאסיקנא ביש נוחלין (דף קל״ב):

יד ומ״ש אבל אם אמר תנו מאתים זוז לפלוני בני שהוא פשוט בירושתו אין לו אלא מאתים זוז. נראה דלמד כך מדאמר פ׳ יש נוחלין (בבא בתרא דף ק״ל) אבא חנן אמר משום ר״א לא יוכל לבכר מת״ל פירוש והלא כתיב בתריה הבכור בן השנואה יכיר לפי שנאמר ביום הנחילו את בניו שיכול ומה פשוט שיפה כחו שנוטל בראוי כבמוחזק התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה בכור שהורע כחו שאינו נוטל בראוי כבמוחזק לא כל שכן ת״ל לא יוכל לבכר וכו׳ השתא ניחא דבאומר תנו ר׳ זוז לפלוני בני בבכורתו דידו על העליונה ה״ט שהרי אינו יכול לגרוע מבכורתו כדנפקא לן מלא יוכל לבכר וכן פי׳ רשב״ם (דף קל״ח סוף ע״א) א״כ דעתו שתהא ידו על העליונה אבל פשוט דהתורה נתנה רשות להרבות או למעט מביום הנחילו את בניו איכא למימר שמא דעתו היה למעט שלא יטול אלא מאתים והמע״ה ולפיכך אינו נוטל אלא ר׳ זוז:

טו וכתב רשב״ם וכו׳. כבר הבאתי לשונו בסמוך וכתב ה׳ המגיד בפי״א מזכייה שכן עיקר: ומ״ש בשם הרא״ש. אומר שם בפסקיו. וא״ת דמשמע מלשון רבינו שכתב ע״ש הרא״ש אבל אמר לבני סתמא וכו׳ מתנה נתן להם חוץ מן הבכורה וכו׳ דאלמא דדוקא בדאמר על הבכור תנו ר׳ זוז לפלוני בני סתמא מתנה נתן לו חוץ מן הבכורה אבל כשהוא אמר כך על בנו פשוט אין לו אלא ר׳ זוז למה יגרע בנו מאשתו ובעל חובו דבאומר לאשתי לבעל חובי סתמא אמרינן מתנה נתן ולפלוני בני סתמא לא אמרינן מתנה נתן לו כשהוא פשוט. ומיהו בלשון הרא״ש גופיה דכתב וז״ל ולי נראה דודאי אי אמר תנו ר׳ זוז לבני בכורי נוטלן בבכורתו מדהזכיר בכורה וכן לפלוני בחובו אבל אם אמר לפלוני בני סתמא או לפלונית אשתי מתנה נתן להם יותר על הראוי להם עכ״ל משמע ודאי דאפי׳ באמר על בנו פשוט תנו ר׳ זוז לפלוני בני סתמא מתנה נתן לו מלבד חלק פשיטותו וכך היא ודאי דעת רבינו והא דכתב אבל אם אמר לבני סתמא וכו׳ מתנה נתן להם חוץ מן הבכורה וכו׳ לאו דוקא בבכור אלא הוא הדין בפשוט אלא כיון דקאי בבכור נקט בכורה ולאו דוקא והא דכתב תחלה דבפשוט אין לו אלא ר׳ זוז אינו אלא באומר בפירוש תנו ר׳ זוז לפלוני בני בירושתו התם הוא דאין לו אלא ר׳ זוז אבל באמר סתם תנו לפלוני בני ר׳ זוז ודאי מתנה נתן לו בין שהוא בכור בין שהוא פשוט ויש לו ר׳ זוז מלבד חלק ירושתו והא דאם אמר ר׳ זוז לבני פלוני שהוא פשוט בירושתו אין לו אלא ר׳ זוז אינו ר״ל שהשכ״מ אומר שהוא פשוט אלא לשון הספר הוא ור״ל שעל בנו שהוא פשוט הוא אומר כן והיינו דאומר

תנו ר׳ זוז לפלוני בני בירושתו והתם הוא דאמר דאין לו אלא ר׳ זוז דכיון דאמר בירושתו ליכא למימר דמתנה נתן לו וכיון דאיכא למימר נמי שמא דעתו הוה למעט לזה הילכך אין ידו על העליונה אלא אין לו אלא ר׳ זוז דהמע״ה:

טז ומ״ש וי״א לפלוני בחובו אין לו אלא חובו וכו׳. כ״כ ה׳ המגיד בפי״א מזכייה ע״ש הרשב״א ומביאו ב״י והכי משמע לי מלישנא דברייתא דתני סיפא אם אמר בבכורתו ידו על העליונה וכו׳ אם אמר בכתובתה ידה על העליונה וכו׳ ואם אמר בחובו נוטלן בחובו מדלא תני הכא ג״כ ואם אמר בחובו ידו על העליונה אלמא דלא אמרינן הכא ידו על העליונה משום דהו״ל כרבית מאוחרת אלא אינו נוטלן אלא בחובו ג״כ אינו אלא ר׳ זוז ואם חובו פחות מר׳ זוז אינו נוטל אלא שיעור חובו ואם חובו יותר מר׳ זוז צריך למלאות לו עד כדי חובו אבל אם אמר לב״ח כראוי לו אמרי׳ כראוי לו שעשה עמו נחת רוח ולא מיחזי כרבית כיון שלא אמר בחובו דאילו אמר בחובו אפי׳ אחר גם כן כראוי לו מיחזי כרבית וכן היכא דאמר לפלוני בעל חובי ולא אמר בחובו ולא אמר כראוי לו ידו על העליונה דאין אומרים דמשום חובו נוטל יותר ומיחזי כרבית כיון שלא אמר בחובו וכן נמי אין אומרים דנוטלן ונוטל את חובו כיון שלא אמר כראוי לו אלא נוטל את חובו מתוך המתנה ונוטל המותר משום מתנה: ומ״ש והרמ״ה כתב דלא מיחזי כרבית. היא הסברא הראשונה שכתב רבינו תחלה בסתם דבאמר לבעל חובי בחובו ולא אמר כראוי לו ידו על העליונה שכ״כ הרא״ש להדיא וע״ש שהיה גורס בברייתא גבי לפלוני בעל חובי בחובו ידו על העליונה אבל האלפסי גורס כגירסתנו בחובו אין לו אלא חובו וכ״כ הרמב״ם בפי״א אין לו אלא חובו ורבינו תופס עיקר דעת הרא״ש ולפיכך כתב בסוף דבריו והרמ״ה כ׳ דלא מיחזי כרבית לפי שהוסיף על דברי הרא״ש ודחה הטעם דרבית אבל בספר בדק הבית כתב דנקטינן כגירסת הרי״ף והרמב״ם והיא סברת י״א שכתב רבי׳:

יז שכיב מרע שאמר תנו ר׳ זוז וכו׳. ברייתא פרק י״נ (דף קל״ח) וה״ה בבריא כמ״ש בסמוך סעיף כ״ב וכן לעיל בסימן קי״א והיינו כשאין הדבר ידוע למי מקנה תחלה כגון שזיכה להן על ידי אחר ולא נקט שכיב מרע בברייתא אלא לפי דשכ״מ מחלק נכסיו בדיבור פיו לזה כך ולזה כך ומסתמא אין ידוע למי מקנה תחלה מה שאין כן בבריא דרגיל ליתן לכל אחד בפני עצמו והדבר ידוע למי מקנה תחלה וכך פרשב״ם: ומ״ש ומיירי שנתן להם קרקע וכו׳. היינו לדינא דגמרא דאילו האידנא לתקנת הגאונים מטלטלי נמי משתעבדי לב״ח:

יח מתנת שכיב מרע כיורש שוויוה רבנן ואע״פ וכו׳ הא דנקט תחלה מתנת שכיב מרע כיורש וכו׳ הוא כדי לומר אח״כ דאע״פ שהוא כיורש אין אומרים דהו״ל כב׳ יורשין וב״ח גובה משניהם אלא ב״ח קודם לגבות מהיורש וב״י כתב דהא דכתב מתנת שכ״מ כיורש וכו׳ הוא נתינת טעם למ״ש תחלה שאילו גבו מטלטלי וכו׳ ואין צורך לפירוש דחוק זה:

כ ואם אמר תנו ר׳ זוז לפלוני ואחריו כו׳. ברייתא שם:

כב ומ״ש ופר״י וכו׳. כ״כ הרא״ש לשם. ומ״ש וה״ה נמי בבריא וכו׳. כך פי׳ רשב״ם ונתבאר בסמוך:

כג כתב הרשב״א מי שאמר וכו׳. כ״כ גם הרב המגיד משמו פ״י מזכייה:

כד שכ״מ שאמר תנו ר׳ זוז וכו׳. מעשה בפ׳ שני דביצה הביא האלפסי בפרק מי שמת ופירש כך דלישנא קמא לישנא דמתנה בין בזוזי בין בברתיה וכו׳ וכ״כ הרמב״ם פי״א מזכייה ולפי זה ודאי אם אמר בפירוש תנו ר׳ זוז לפלוני אם ישא את בתי לא יתנו לו המעות אם לא ישא את בתו וא״ת הא אפי׳ אמר בלשון תנאי נמי המתנה קיימת והתנאי בטל כיון דהמעשה קדם לתנאי דאין לפרש דאין ה״נ דהמתנה קיימת וא״צ ליקח את הבת דא״כ לאיזה צורך קאמר דב׳ מתנות הן אפי׳ אינה אלא מתנה אח׳ בתנאי נמי המתנה קיימת וצריך ליתן לו המעות אפילו לא ישא את הבת וכן פי׳ התוס׳ ובעל המאור לשם דהטעם הוא משום דמעשה קדם לתנאי דהתנאי בטל דלפ״ז ודאי אפילו אמר בפירוש תנו ר׳ זוז לפלוני אם ישא את בתי דיתנו לו המעות וא״צ ליקח את הבת וכ״כ הרמב״ן בספ׳ המלחמות לשם שיש סוברים כן וליתא דמעולם לא אמרו תנאי כפול בשכ״מ שכל דברי שכ״מ ככתובים וכמסורים דמי בין במעשה בין בתנאי שלא יהא צריך לדקדוקי התנאים ותטרף דעתו עליו מיהו כתב שא״צ לזה והביא דברי הראב״ד שכתב חס ושלום לא תהא כזאת בישראל וחיזק דבריו מהירושלמי וכלל העולה מדבריו הוא שכל מה שאמרו חכמים בתנאי כפול ותנאי קודם למעשה וכו׳ כל אלו לא נאמרו אלא כשהמעשה נעשה מיד כעין נתינת גט וחליצת יבם שאין התנאי מבטל המעשה למפרע אלא א״כ נעשה כראוי כתנאי בני גד וכו׳ אבל בדבר שלא בו שום מעשה כגון זה שאמר תנו לפלוני ר׳ זוז אם יקח בתי לית דין ולית דיין שאם לא יקח לא יטול והוא האמת ולכן אמר בו האלפס דהטעם הוא דמאתים זוז שקיל וברתיה אי בעי נסיב אי בעי לא נסיב משום דב׳ מתנות הן וכו׳ ושפתים ישק משיב דברים נכוחים:

כה שכ״מ שאמר יתנו לפלוני שוה ר׳ זוז מייני וכו׳. בגטין פ׳ התקבל (גיטין דף ס״ו) גניבא יוצא בקולר הוה אמר תנו ת׳ זוז לר׳ אבינא מחמרא דנהר פניא ופרש״י דאי הוה אמר הבו ליה ת׳ זוזי חמרא דהיינו כלומר חמרא שוה ת׳ זוז אם החמיץ קצתו היה א״ל שלך החמיץ ופי׳ התוס׳ והרא״ש דעת

רש״י דהיה מפסיד לפי חשבון ואי הוה אמר הבו ליה ת׳ זוזי מדמי חמרא ומכרו ממנו קצת ונאבדו המעות א״ל אבדו מעותיך השתא דאמר ת׳ זוזי מחמרא זוזי מחמרא קאמר דניתבו ליה וכי עושין מעות מיין אלא כדי ליפות כחו אמר כך שיהא היין ודמיו הכל אחריות לו ונראה דס״ל לרבינו דהיכא דא״ל שוה ר׳ מייני נמי מפסיד לפי חשבון דאע״ג דאמר מייני לא אמרי׳ דליפות כחו אמר כך אלא דוקא היכא דאמר ר׳ זוז מייני ומטעם דכיון דאין עושין מעות מיין בע״כ ליפות כחו אמר כך אבל באומר שוה ר׳ זוז מייני אין כאן הוכחה דיפוי כח ויכול לו שלך החמיץ ודינו כאילו א״ל תנו לפלוני ת׳ זוזי חמרא דמשמעו ג״כ חמרא שוה ת׳ זוז ומה לי אם הלשון משמע כך או א״ל כך בפירוש וז״ל הרא״ש וריצב״א היה אומר דפרש״י עיקר דאדם המקנה לחבירו עשר חביות בחביותיו והחמיצו מקצתן מצי למימר שלך החמיצו כדאמרי׳ פ״ב דבכורות (דף י״ח ע״ב הכל מודים באחד שהפקיד אצל חבירו טלה ומת אחד דמצי למימר ליה שלך מת דהמע״ה וכו׳ ונראה לי דלא דמי דודאי כשהפקיד דבר מבורר אצל חבירו מצי למימר ליה שלך מת אבל אם הקנה לו בחביותיו עשר חביות לא נתברר חלקו מעולם הילכך הוי שותף בכל היין עכ״ל ולפ״ז חולק הוא הרא״ש אמ״ש רבי׳ סעיף כ״ג בשם הרשב״א דבנותן לו דבר מסויים כמו תנו חבית יין מחביותי לפלוני דאם נאבדו נאבדו אצל המקבל מתנה וכ״כ ה״ה פי״א מזכייה להדיא דהרשב״א הסכים לדעת התוס׳ דכיון דלא סיים לו מנין חביות אינו מפסיד אלא לפי חשבון אלמא דבסיים מנין חביות מפסיד הכל דיכול לומר חביות שלך החמיצו וכמ״ש ריצב״א וכ״כ הרב המגיד עוד בפ״י ע״ש הרשב״א וכן היא דעת הר״ן ומביאו ב״י ואיכא לתמוה על מ״ש ב״י ודעת הרשב״א כדעת הרא״ש ז״ל ויש לומר דלא כתב בית יוסף כך אלא אמה שכתב הרא״ש דאין דעת רש״י לומר דבדא״ל חמרא דמפסיד הכל אלא דמפסיד לפי חשבון וכדעת התוס׳ על זה אמר ב״י דכך היא דעת הרשב״א כדעת התוס׳ וכמ״ש ה׳ המגיד להדיא בפי״א ע״ש הרשב״א שהסכים לדעת התוס׳ בזה דלא כיש מפרשים לדעת רש״י דמפסיד הכל וכמ״ש ריצב״א והר״ן ע״ש הרמב״ן אבל במסיים לו מנין חביות ודאי אין דעת הרשב״א כדעת הרא״ש וכדפי׳:

כז ומ״ש ואם נתייקר לעולם הריוח ליורשין באיזה ענין שאמר וכו׳. בסוף פ׳ נערה שנתפתתה הביא הרא״ש דעת הראב״ד דלא אמרינן הריוח ליתומים אלא דוקא בדאמר מדמי חמרא אבל אמר מחמרא רווחא למקבל מתנה והשיג עליו דל״ש עכ״ל ומפרש רבינו דל״ש היינו בכל ענין שאמר בין שאמר מדמי חמרא בין שאמר חמרא בין שאמר מחמרא לעולם הריוח ליורשים וכן אם הוזל ההפסד ליורשים:

כח שכ״מ שאמר תנו לפלו׳ בית המחזיק מאה חביות וכו׳. בס״פ המוכר את הבית וכרב אשי דאסיק הכי ופרשב״ם דלא הו״ל בית אחר של ק׳ ונראה דה״ה אפי׳ הו״ל בית אחר של ק׳ אלא דאמר בית פלוני של ק׳ ונמצא שמחזיק ק״כ דזוכה בו וכו׳ ולא אמרינן דטעה בין בית לבית אלא דסבור היה שלא היה מחזיק בית פלוני יותר מק׳ דעבידי אינשי דטעו בהכי וכתב ב״י ונראה דדוקא במחזיק ק״כ הוא דאמרינן הכי משום דעבידי אינשי דטעו בין ק׳ לק״כ אבל טפי מהכי לא עכ״ל וכ״כ בנ״י ע״ש הריטב״א והשיג עליו דאם כן היכי דייק רב אשי ממתני׳ עד עשרים ולא טפי ומהיכן נפק ליה האי שיעורא דוקא עכ״ל וכתב עוד והא דלא אמרינן דליזבנו ליה ביתא בת מאה משום דמסתמא מדידיה קאמר תנו ומנכסיו אית להו למיתן היכא דאפשר עכ״ל:

כט שכ״מ שאמר תנו לבתי וכו׳. בב״מ פ׳ המקבל (בבא מציעא דף ק״ד) אסיקנא דל״ש לכתובתה ל״ש בכתובתה ת׳ דאינון מאתן עד דא״ל הבו לה סתמא פי׳ ל״מ בכתובתה דמשמע ודאי לכתוב לה ת׳ בשטר כתובתה דאינון מאתן בגוביינא אלא אפילו אמר לכתובתה דאיכא למימר דמשמע דלגוביינא קאמר שיגבו ת׳ וא״כ נכתוב בשטר ת״ת ואפ״ה אמר המע״ה ות׳ דאינון מאתן קאמר עד דאמר להו הבו לה ת׳ סתמא דהכא ודאי לגוביינא קאמר וכותבין ת״ת:

ל ואם אמר תנו לבתי וכו׳. בס״פ נערה שנתפתתה ואע״ג דכבר כתב רבינו דין זה בסמוך סעיף כ״ז אצל הנותן מתנה לאחר חזר וכתבו רבינו אצל הבת משום דגוף הדין איתמר בגמרא אצל הבת ומשם למדו ג״כ בנותן מתנה לאחר ואצל הבת אשמועי׳ דאע״ג דדעתו קרובה אצל הבת אפ״ה הריוח הוא ליתומים ולא לבת ואצל האחר אשמועי׳ דאע״ג דאין דעתו קרובה אצל האחר אפ״ה ההפסד הוא ליתומים וב״י לא פי׳ כך ע״ש:

לב שכ״מ שצוה לתת לבניו שקל וכו׳. מסקנא דגמרא ס״פ מציאת האשה וקאמר תלמודא דה״ט דמינח ניחא ליה שיתנו להם כל צרכם והא דקאמר הכי אל תתנו אלא שקל לזרוזינהו שיחזרו אחר מזונותיהם ולא יהיו רעבתני׳ ואיכא למידק אמאי נקט רבינו שכ״מ דהך ברייתא סתמא תניא האומר תנו לבני שקל וכו׳ והכי מוכח מדברי התוס׳ לשם דאהא דפריך התם אמסקנא דאפי׳ אמר אל תתנו אלא שקל נותנין להם כל צרכן הא קיי״ל מצוה לקיים דברי המת וכו׳ כתבו בתוס׳ אפי׳ בבריא קיי״ל הכי וכו׳ אלמא דקשיא להו לתוס׳ דמאי פריך ממלד״ה דאומר תנו לבני שקל דתני סתמא ומיירי בבריא ומיישבי׳ דאפי׳ בבריא קיי״ל הכי כדמוכח שילהי פ״ק דגיטין ונראה דרבינו למד לפרש כך דהך ברייתא בשכ״מ דדוקא קאמר מדהקשו הגאונים עלה דהיאך תני בה ואם אמר ואם מתו יירשו אחרים תחתיהם אין נותנין להם אלא שקל והלא ירושה אין לה הפסק ותירצו ע״ז מה ששייר ראשון אפי׳ היה הראשון בריש סי׳ רמ״ח והשתא קשה ודאי כיון דהך דירושה אין לה הפסק אינו אלא בשכ״מ אבל בבריא אין לשני אלא מה ששייר ראשון אפי׳ היה הראשון

ראוי לירשו א״כ לא היה קשה כלום מהך דירושה אין לה הפסק אהך דהאומר תנו לבני שקל בשבת אלמא דס״ל להגאונים דהך דתנו לבני שקל נמי לא איירי אלא בשכ״מ ומשמע להו הכי מדתני לישנא דתנו לבני וכו׳ דתני ליה הך לישנא גבי שכ״מ וע״ל בריש סי׳ רמ״ח במ״ש ב״י דלכולהו פוסקים הך דתנו לבני שקל מיירי בשכ״מ והכי משמע להדיא ברמב״ם פי״ב מזכייה:

לד שכ״מ שאמר תנו מנה וכו׳ מימרא דרב סוף פ״ק דגיטין מנה סתם אין נותנין חיישינן למנה קבור והלכתא לקבורה לא חיישינן ודברי הרמ״ה נכונים בטעמם:

לה שכ״מ שאמר הלואתי ופקדוני וכו׳. בפרק מי שמת (בבא בתרא דף קמ״ז) אסיקנא אליבא דרב אחא בריה דרב איקא דמילתא דאיתא בבריא איתא בשכיב מרע דליתא בבריא ליתא בשכ״מ ולפיכך באמר ידור פלוני בבית זה או יאכל פירות דקל וכו׳ דליתיה בבריא דדבר שאין בו ממש הוא ליתיה נמי בשכ״מ אבל הלואתי ופקדוני דאיתיה בבריא במעמד שלשתן איתיה נמי בשכ״מ דדבריו ככתובין וכמסורין דמי ואין צריך מעמד שלשתן: כתב במרדכי פרק מי שמת דהא דאמר הלואתי לפלוני נותנין דוקא בהלואה של ישראל אבל בהקפות של עכו״ם לא סמכה דעתיה ולא קנין אפי׳ במתנת שכ״מ וכו׳ וכתב ב״י דקשה מאי איכפת לן אי סמכה דעתיה דמקבל מתנה או לא מ״מ דברי שכ״מ ככתובים וכמסורים דמי וכן נ״ל שהוא דעת הפוסקים שלא חילקו בכך עכ״ל ולי נראה שכך פירושו דכיון דאין מעמד ג׳ בעכו״ם כדפי׳ ר״ת וכמ״ש לשם במעשה שנתן האפוטרופוס חובות הערבונות לראובן ושמעון וכו׳ א״כ ליתיה בבריא לפיכך ליתיה בשכ״מ והיינו דקאמר דבהקפות של עכו״ם לא סמכה דעתיה כלומר כיון דלגבי בריא שנתן לחבירו חובות של עכו״ם לא סמכה דעתו של מקבל דליהוי קניינו קנין דכיון דאין מעמד ג׳ בעכו״ם במאי יהא קונה הילכך לא קנה אפי׳ במתנת שכ״מ מטעם דכל דליתיה בבריא וכו׳ ואע״פ דיש לו משכון של עכו״ם בידו אפ״ה כיון דישראל מעכו״ם לא קני משכון א״כ לא מצי מקני לחבירו גוף המשכון שבידו דאיהו גופיה לא קני והו״ל החוב כמו הקפה ולא מצי מקנה לחבירו החוב במעמד ג׳ בבריא ומיהו ודאי היכא דמקנה לחבירו במתנת שכ״מ המשכון כדי לגבות החוב קני במתנת שכ״מ גם החוב דדברי שכ״מ ככתובין וכמסורין הם וכי היכי דבבריא מקנה לו המשכון באחד מדרכי ההקנאות לגבות בו החוב קנה ה״נ בשכ״מ קנה בדיבורו אבל באינו מקנה לו המשכון כי אם החובות בלבד לא קני במתנת שכ״מ ועיין במעשה שנתן האפוטרופוס חובות וכו׳ שבמרדכי לשם ולפי זה התיישב מה שהיה קשה לב״י והכי נקטינן כמו שפסק ראבי״ה בשם הר״א ממי״ץ וע״ל ריש סי׳ רנ״ה:

לו וכן אם נתן לפלוני שט״ח וכו׳. בפרק מי שמת (בבא בתרא דף קנ״א) בעובדא דאימיה דרב עמרם חסידא אסיק רב נחמן הכי אלא דצ״ע בלשון רבינו דאמר א״צ לכתוב לו וכו׳ משמע דוקא כתיבה א״צ אבל אמירה ודאי צריך שיאמר השכ״מ קני לך איהו וכל שעבודיה דאית ביה ואמירתו חשובה ככתיבה וכמסירה וכדעת הרשב״א הביאו ה״ה רפ״י דזכייה מיהו אפשר דלאו דוקא א״צ לכתוב לו קאמר דאפי׳ אמירה נמי א״צ אלא כיון דבבריא צריך כתיבה ומסירה קאמר דבשכ״מ א״צ לכתוב וה״ה דאמירה נמי לא צריך והכי משמע להדיא בתשובת הרא״ש כלל פ״ג סי׳ ד׳ והכי נקטינן וכ״כ הר״ן ומביאו ב״י וכן משמע מל׳ הרמב״ם פ״י דזכייה: ומ״ש ואין היורש של נותן וכו׳. מימרא דשמואל פ׳ מי שמת (בבא בתרא דף קמ״ז):

לח צוה שיתנו דקל וכו׳. פרק שני דייני גזרות (סוף דף ק״ט) אסיק תלמודא דקרו אינשי לתרי פלגא דיקלי דקלא ופי׳ רש״י דאפי׳ יש לו דקלים הרבה נותנין לו אלו הב׳ חצאי דקלים שיש לו בשותפות שיש טורח בהן יותר וכן הסכים הרא״ש וליש מפרשים בשיש לו דקל שלם צריכין ליתן לו אחד שלם ותלמודא לא מיירי אלא בדלית ליה דקל שלם וקמ״ל דאפי׳ הכי נותן לו מטעם דקרו אינשי להו דקלא ולא אמרינן דלית ליה ולא מידי:

לט שכ״מ שאמר תנו ר׳ זוז לעניים וכו׳. נתבאר בס״ד בי״ד סי׳ רנ״ח:

מ מי שאמר יחלוק וכו׳. פרק המוכר את הבית (בבא בתרא דף ס״ג) פשיטא אמר יחלוק פלוני בנכסי פלגא תנו חלק פלוני בנכסי מאי ת״ש דתניא האומר תנו חלק לפלוני בבור סומכוס אומר אין פחות מרביע לחבית אין פחות משמינית לקדרה אין פחות מי״ב לטפיח אין פחות ששה עשר וכתב הרא״ש והא דתניא בתוספתא האומר תנו חלק לפלוני יטול כאחד מן הבנים התם מיירי בשכ״מ שמחלק נכסיו והכא בבריא והיינו דכתב רבינו דמי שאמר יחלוק פלוני בנכסי בין הוא בריא וכו׳ דכיון דהכא דקמיבעיא ליה בתנו חלק וכו׳ מיירי בבריא אם כן הא דקאמר נמי פשיטא אמר יחלוק פלוני בנכסי איירי נמי בבריא ומסתמא ה״ה בשכ״מ דיטול חציים אבל באומר יטול חלק בנכסי כתב אם שכ״מ ומחלק נכסיו וכו׳ היינו הך דתני בתוס׳ יטול כאחד מן הבנים דמפרש לה הרא״ש בשכ״מ אבל אם הוא בריא פשיט תלמודא דבאומר תנו חלק לפלוני בנכסי יהבינן ליה ריבעא כמו הנותן בבור חלק סתם דנותנין לו ריבעא כ״כ רב אלפס וגם רשב״ם פירש כך דנותן ריבעא אלא מטעם אחר דסבירא ליה דבאומר תנו חלק מספקא לן אי הוי מלשון חלוקה ופלגא דנכסי קאמר או חלק כ״ש משמע ופשיט תלמודא דממון המוטל בספק חולקין לסומכוס והלכתא כוותיה דסומכוס והילכך נותן לו ריבעא דהוי פלגא דפלגא אבל רב אלפס פסק כרבנן דבספק המע״ה והכא לא הוי טעמא דסומכוס בבור משום דבממון המוטל בספק חולקין אלא משום דלשון חלק בבור לא משמע פחות מריבעא וא״כ ה״ה חלק בנכסי נמי משמע ריבעא: ומ״ש רבינו או אפי׳ שכ״מ ואמר תנו חלק לפלוני מנכסי

והשאר ינתן לפלו׳ וכו׳. הוא ע״פ הרשב״ם דמקשה הך קושיא דהרא״ש מהך דתוספתא דהאומר תנו חלק לפלו׳ מנכסי יטול כא׳ מן הבנים אהך דהכא ומתרץ דאידי ואידי בשכ״מ אלא דהתם בשכ״מ דמחלק נכסיו והכא בשכ״מ דאמר תנו חלק לפלוני מנכסי והשאר ינתן לפלוני שאין הבנים חולקים בנכסים וס״ל לרבינו דלענין דינא הנך תרתי שינויי דהרא״ש ודרשב״ם הלכתא נינהו: ומ״ש ולר״י נוטל חלק אחד כל שהוא. טעמו דאיהו מפרש דבתנו חלק מספקא לן אי פלגא אי כל שהוא ופשט תלמודא דלסומכוס נותן לו ריבעא משום דהך פלגא הו״ל ספק וממון המוטל בספק חולקין וכפרשב״ם וא״כ למאי דקיי״ל דהלכה כרבנן דהמע״ה וכרב אלפס נמצא דדינא הכי הוא דבהך פלגא נמי דמספקא לן המע״ה ואינו נוטל אלא חלק אחד כל שהוא:

מא אמר תנו לו חלק בבור וכו׳. כבר נתבאר דלפי׳ רשב״ם מספקא לן אי חלק משמע פלגא או כל שהוא ומספק חולקין ונותן לו חציה דפלגא דהיינו ריבעא ולחבית צריך ריבעא ובאומר תנו חלק לחבית דמספקא לן נמי אי ריבעא קאמר או חלק כל שהוא משמע ומספק נותן לו פלגא דריבעא דהיינו שמינית וכן ע״ד זה בכל השאר דס״ל לפי׳ רשב״ם דהלכה כסומכוס דממון המוטל בספק חולקין אבל רב אלפס אע״ג דבספק הלכה כרבנן דהמע״ה ואין חולקין אפ״ה הכא הלכה כסומכוס ולא מטעם דהוי ספק וחולקין אלא הני שיעורין בקיאי אינהו בהו דהכי והכי צריך לכל חד וחד ולר״י דמפרש לעיל דבכולהו איכא ספק ולסומכוס בכל חד וחד אמרי׳ ממון המוטל בספק חולקין אבל לרבנן דהמע״ה כיון דספיקא הוא בכל חד וחד דילמא חלק לא הוי אלא כל שהוא א״כ מספק אמרינן המע״ה ולית ליה אלא כל שהוא כדלעיל בסמוך ולזה הסכים הרא״ש:

מב שכ״מ שהיתה אשתו מעוברת וכו׳. משנה פ׳ מי שמת (בבא בתרא דף ק״מ) האומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה ילדה זכר יטול מנה אם נקבה ר׳ וילדה נקבה נוטלת ר׳ אם זכר מנה אם נקבה ר׳ וילדה זכר ונקבה זכר נוטל מנה נקבה נוטלת מאתים ופי׳ רשב״ם דאו או קאמר וכו׳ ואיכא למידק דמתני׳ סתמא תנן האומר ומשמע בין בבריא בין בשכ״מ והכי הוה מסקנת רבינו בסמוך וא״כ למה אמר רבינו שכ״מ שהיתה אשתו מעוברת וכו׳ וי״ל דכיון דבבריא נחלקו הגאונים ע״כ אמר רבינו תחלה שכ״מ וכו׳ כלומר בשכ״מ הכל מודים אבל בבריא נחלקו הגאונים כן נראה דעת רבינו אבל הרמב״ם פ״ח מזכייה כתב וז״ל שכ״מ שצוה לתת מתנה לעובר שבמעי אמו זכה העובר מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו כמו שביארנו משמע דוקא שכ״מ וכדעת רבותיו הרי״ף והר״י הלוי וכן פי׳ הרב המגיד והא דכתב הרמב״ם בפ׳ כ״ב ממכירה דין זה בסתם אין זה אלא לפי שלא כתב לשם דין זה אלא אגב אחריני דמקני לדשלב״ל נקט בקצרה אבל כאן בה׳ זכייה הוא עיקר דין זה ביאר דעתו דדוקא בשכ״מ ואיכא לתמוה דה׳ המגיד בה׳ מכירה כתב דדעת הרמב״ם דאין לחלק בדין זה בין בריא לשכ״מ דסתם אמרו דלא כי״א דדוקא בשכ״מ דהיינו דלא כהרי״ף והר״י הלוי ובהלכות זכייה כתב דדעת הרמב״ם דדוקא בשכ״מ וכדעת רבותיו ז״ל ודבריו סותרים את דבריו ודבריו האחרונים עיקר וכדפרישית: ילדה טומטום וכו׳. משנה שם ילדה טומטום אינו נוטל ובגמ׳ אקשינן מדתנן ברישא הניח בנים ובנות וטומטום דוחין אותו ומשמע דשקיל מיהא בפחות ואמר אביי דוחין אותו ואין לו דבריה הוא ואינו לא זכר ולא נקבה ורבא אמר דוחין אותו ויש לו דנוטל בפחות דלאו בריה הוא אלא ספק זכר ספק נקבה וסיפא דתנן ילדה טומטום אינו נוטל דאלמא דבריה הוא אתאן לרשב״ג דס״ל גבי קדשים ילדה טומטום ואנדרוגינוס אין קדושה חלה עליהן דבריה הוא ואינו לא זכר ולא נקבה כלומר ולית הלכתא כרשב״ג אלא כרבנן דפליגי עליה ואמרי דטומטום ואנדרוגינוס ספיקי נינהו והלכה כחכמים וכך פסק הרי״ף והרא״ש בפ׳ מי שמת והרמב״ם בפ״ח מזכייה דטומטום ואנדרוגינוס יטלו כפחות שבשניהם וכ״כ רבינו: פי׳ רב אלפס והר״י הלוי ז״ל וכו׳. איכא למידק דמשמע מדבריהם דבמקרקעי ובדליכא אסמכתא ובדלא הוי קנין דברים מודה הרי״ף דקנה העובר אף בבריא בדאיכא קנין ולא משמע הכי מדברי הרא״ש בפ׳ אלמנה לכ״ג דהביא לשם דברי הרמב״ן לקיים דברי הרי״ף דכתב דטעמו של הרב אלפס דבשכ״מ חששו שמא תטרף דעתו עליו ודעתו של אדם קרובה אצל בנו אבל בבריא בכל ענין לא קנה העובר אלמא דאפילו בקרקע ובדליכא אסמכתא ובקנין המועיל נמי ס״ל להרי״ף דלא קנה בבריא ואע״ג דהרא״ש דחה דברי הרמב״ן לשם ואמר דחכמים לא יפו כח שכ״מ בדיבור אלא בזה שאמרו דברי שכ״מ ככתובים וכמסורים דמו וכל דבר הנקנה בבריא בקנין נקנה בשכ״מ בדיבור אבל דבר שאין בו קנין לבריא גם בשכ״מ אינו נקנה מ״מ הו״ל לרבינו להביא חילוקי דיעות אלו והסכמת הרא״ש כדרכו בכל הפסקים וע״ל בסי׳ ר״י: ומ״ש דאפי׳ אם קנו מידו קיי״ל אין מטבע נקנה בחליפין. נראה דלא נעלם מעיני הרי״ף והר״י הלוי ליישב דמתני׳ מיירי בבריא ובכגון דמחייב עצמו ליתן מנה וכו׳ וכמ״ש רבי׳ אלא דס״ל דמתני׳ סתמא תנן ומשמע אף באומר יטול מנה זו שהוא בעין נמי יטול והא ליתא אלא בשכ״מ וניחא לן לאוקמי בשכ״מ ומיירי בין במחייב עצמו במנה ובין במנה בעין: ומ״ש ועוד דאסמכתא היא וכו׳. נראה דס״ל דאין זה דומה לשאר תנאים אם תעשה כך שתהיה מתנה וכו׳ דמתנה על דבר שבידו לעשות ורוצה הוא שיתקיים התנאי והמעשה אבל כאן דתולה בדבר שאין ביד האדם לעשותו דקאמר אם תלד זכר יטול מנה אם תלד נקבה תטול ר׳ אין דעתו כלל ליתן להם כלום דהא ודאי תלד או זכר או נקבה וא״כ זו ודאי אסמכתא היא אבל דעת רבינו שאין בזה משום אסמכתא כיון דאינו מפסיד וע״ל בסי׳ רמ״א סעיף י״ו בתשובת הרא״ש ובמ״ש לשם בס״ד: ומ״ש ועוד דקנין דברים הוא וכו׳. ודאי כך הוא דמ״ש יטול ומ״ש חלוקת חצר דאמר בריש בתרא דהו״ל קנין דברים מיהו הרב המגיד ע״ש הרשב״א בפ״ח מזכייה כתב ג״כ דיטול לא הוי קנין דברים ומביאו ב״י:

מג שאלה לא"א הרא"ש ז"ל. בסוף כלל פ"א ולשם הקשה מהך דהאומר אם תלד אשתי zכר וכו' לעיל סעיף מ"ב דאם ילדה זכר ונקבה דיטול הזכר מנה והנקבה ר' ואע"פ דלא התנה על תאומים אלא על זכר לבד ותירץ דלא דמי דהתם לא עשתה הלידה התנאי לדבר אחר אלא התנאי במקומו עומד דריבה לזכר וכשילדה תאומים חביבים עליו ורוצה שיתנו כפי תנאו אבל בנדון זה הלידה עשתה התנאי לדבר אחר דצריך לחלק הממון לז' חלקים ולחלק ביניהם כפי ערך הצוואה ואם כן לא יתקיים התנאי שהתנה וכיון שלא יתקיים התנאי נתבטלה המתנה וחזר הדבר לדין תורה ופשוט הוא:

מד שכ"מ שצוה וכו'. בפ' הכותב (כתובות ד' פ"ה): ומ"ש ואפי' אם יש טוביה אחר שראוי להסתפק בו וכו'. נראה דקשיא ליה הא פשיטא דנותנין לזה שבא לפנינו ולא לאחר שלא בא ואינו שואל דבר לפיכך פי' דאתא לאשמועי' אפי' אם יש טוביה אחר שראוי להסתפק בו וכו' וכן כתב הרא"ש לשם:

מו ומ"ש והאי שכן וכו'. כן כתב הרא"ש שם ומשמע מלשונו דבחבירו ורגיל עמו במשא ומתן אפי' אינו דר אצלו וכך הם דברי רבינו: ומ"ש אלא בשכן חבירו וכו'. כלומר האי שכן דקאמר היינו חבירו וכו' וכך הוא לשון הרא"ש אלא שכן היינו שהוא חבירו ורגיל אצלו תמיד במשא ומתן דכיון שהוא רגיל אצלו תמיד נקרא שכן על שם שהוא שוכן אצלו תמיד וכדאמר בפ' א"נ משכנתא דשכונה גביה והב"י הבין מדברי רבינו דבעינן תרתי שיהא דר אצלו וגם שהוא חבירו ולא נהירא: ומ"ש וי"א דהאי קרוב מיירי שאינו ראוי לירשו וכו'. פי' שאינו ראוי לירשו עכשיו שיש קרוב יותר ממנו שיהא יורשו ואין שמו טובי' דהשתא כיון דמעביר הנחלה מהיורש ונותנה לטוביה אמרי' דת"ח קודם וכן שכן קודם אבל אם טוביה זה הוא הקרוב הראוי לירשו שאין קרוב יותר ממנו ל"מ אם יש ג"כ שאר קרובים שראויין לירשו כמוהו כגון שטוביה זה הוא בן אחיו ויש לו עוד בני אחים דפשיטא שהוא קודם דלא היתה כוונתו אלא להעביר הנחלה משאר בני אחים אלא אפי' אין שם יורש קרוב כמוהו אלא טוביה זה ולא היה צריך לצוות עליו איכא למימר דשמא קודם זה נתן למתנת שכ"מ במצוה מחמת מיתה מקצת נכסיו או כולן לאחר ועכשיו חזר בו ונתן לקרובו טוביה זה דהשתא אין אנו מוציאין דבריו לבטלה דהוצרך לצוות עליו: ומ"ש רבינו על זה ולא נהירא וכו'. אין נראה אלא כדעת י"מ עיקר: שניהם שכנים וכו'. מיהו ודאי אף בשניהם ת"ח אם היה אחד חבירו ורגיל עמו בד"ת תמיד או במשא ומתן תמיד הוא קודם ואין כאן דין שודא ולא היה צריך לפרש כך דממילא משמע הכי מתוך חילוקי דינים הנאמרים תחילה:

מז שכ"מ שצוה שלא יספידוהו וכו'. בפ' נגמר הדין קמיבעיא להו הספידא יקרא דשכבי או יקרא דחיי נ"מ להיכא דפקיד דאל יספידוהו דאי יקרא דחיי אין שומעין לו ואי יקרא דשכבי שומעין לו ואסיקנא דיקרא דשכבי הוא ושמעין לו: ואם צוה שלא יקברוהו וכו'. מימרא בפרק נערה שנתפתתה:

מח שאלה לא"א הרא"ש. כלל פ"ו סי' ו' וסוף תשובה זו כתב רבינו בסוף סי' רפ"ט: ומ"ש כי מממונו הנשאר וכו' ואם אמר אל יקברוהו מנכסיו שומעין לו. נראה דכך פירושו דמאי דנתן מממונו לאחרים כבר זכו בו במתנת בריא ואינו בכלל ממונו שיהא ב"ד נזקקין להוציאו מידן ולקברו בו אלא כיון דנשאר ממונו אחרי מותו ביד היורשים מוציאין מידן ואם אין היורשים רוצים לקברו מהעזבון שהגיע להם אלא מה שנתן לאחרים במתנת בריא הרי זה כאילו לא רצו לקברו דאין שומעין להם דאפי' אם אמר הוא בעצמו אל יקברוהו מנכסיו אין שומעין לו כ"ש דאין שומעין ליורשיו:

מט ששאלת על שכ"מ וכו' עד ומה שאמר לשני מנה לפלו' שמא היה בידו מאתים וכו'. איכא למידק הניחא שאין אנו מוציאין דבריו לבטלה במ"ש לשני מנה לפלוני אע"ג דהוא יורש כל הנכסים דאיכא למימר דמנה זו אינה משלו ואין בה דין ירושה שאין בע"ח גובה ממנה ואין מוציאין ממנה למזון האשה והבנות אבל היאך מתיישב לאיזה צורך אמר לשני שיהא יורש כל הנכסים הא ודאי מדאמר לראשון שלא יהא יורשו מכלל דהשני יורשו דאטו קשא דמתא יהא יורשו ואפשר דלהך קושיא לא היה צריך לפרש הישוב דפשיטא דאיכא למימר דשמא נתן לאחר מתנה במצוה מחמת מיתה ועכשיו חוזר בו ואומר שהשני יהא יורש כל הנכסים וכמ"ש לעיל סעיף מ"ו לדעת י"מ ודלא כדעת רבינו לשם: כתב ב"י ע"ש תשובה להרמב"ן סי' פ"ג צוואת שכ"מ אם אמרו היורשים פרענו נאמנים כי שטר צוואה אינו שטר אלא זכרון דברים בעלמא וכ"כ בתשובת הרשב"א סי' תתקע"ח ומביאו ב"י לעיל בסי' מ"א ופסק בש"ע הרב בהגהה סי' מ"א ס"ג וכאן ג"כ פסק כך בהגהה סוף הסי' והוא סותר לתשוב' הרא"ש שהביא רבי' בסי' רנ"ה ס"י ופסק כך בש"ע לשם ס"ו והפסקים סותרים זה את זה גם מדברי ב"י בסימן רנ"ה מבואר שהרא"ש חולק הוא אהרמב"ן והרשב"א בדין זה והביא דברי נ"י ע"ש הריטב"א והרא"ש הלוי כדבריהם ואפ"ה פסק בש"ע סי' רנ"ה כהרא"ש שהוא יחיד כנגד כל אלו הגדולים דס"ל דהיורשים נאמנים לומר פרענו ולא מצי אידך למימר שטר צוואה בידי מאי בעי דאיננו אלא כמלוה ע"פ שאינו נכתב אלא למזכרת שלא יאמרו היורשים להד"ם ואין לדחוק ולפרש דהרא"ש איירי בהודאת חוב שהרי כתב וז"ל וראובן שצוה מחמת מיתה ליתן מנה לשמעון וכו' אלמא מיירי בנותן מתנה מחמת מיתה ותו דאי איתא דהרא"ש איירי בהודאת שכ"מ בחוב שהוא חייב תלמוד ערוך הוא ומביאו למעלה בסי' ר"נ סעיף ג' ולאיזה צורך חזר וכתבו רבינו בסי' רנ"ה ע"ש הרא"ש הא ודאי כיון דשטר בידו שחתומים עליו שני עדים שהודה לפני מותו שחייב לו כך וכך דין שטר גמור יש לו ולא מצו יורשים לומר פרענו אבל האמת יורה דרכו דהרמב"ן בתשובה לא איירי אלא כשהעדים כתבו שטר הצוואה לאחר שמת הנותן כמפורש לשם בשאלה והתם הוא דקאמר הרב

דאינו אלא זכרון דברים בעלמא וכן התשובה ברשב״א סי׳ תתקע״ח וסי׳ אלף מ״ד נמי מיירי בדלא נכתב אלא לאחר מיתה ופשיטא דה״ה בשכתבו העדים מעצמם למזכרת בעודו חי נמי אין לו דין שטר אפילו נתנו העדים השטר ליד המקבל אין לו דין שטר ויכולין היורשין לומר פרענו אבל תשובת הרא״ש מיירי במצווה מחמת מיתה והנותן מסר לו למקבל השטר מחיים והשטר נכתב כלשון צוואה כדרך שמצוה אל ביתו דאינו עומד אלא לראיה ואם עמד חוזר אלא דכיון דהגיע ליד המקבל מחיים קנה אם לא עמד ואמרינן דדעתו היה שתתקיים צוואתו במסירת השטר וכדכתב רבינו בסי׳ ר״נ סעיף ל׳ ושטר צוואה זו בעדים ודאי דין שטר גמור יש לו דלא מצו יורשים לטעון פרענו דכיון דידוע ליורשים שאביהם מחיים מסר שטר צוואה זו ליד המקבל לא הו״ל לפרוע עד שיחזיר להם השטר זהו דרך ישר וכשר ליישב הפסקים דאינן סותרים זא״ז גם התיישב שהרב ב״י פסק בש״ע לתשובת הרא״ש בסימן רנ״ה דבשטר צוואה זו ודאי הכל מודים דדין שטר גמור בעדים יש לו דאין נאמנים לומר פרענו כנ״ל ודלא כמ״ש מהרו״ך עיין עליו׃

סימן רנד

א אף על פי שמתנת שכ״מ וכו׳. מימרא דרבי לוי בפרק מי שמת (בבא בתרא דף קנ״ו) וטעמא דהתירו איסורא דרבנן הוא כדי להפיס דעתו שלא תטרף לפיכך קונין ממנו דהשתא סמכה דעתו ופי׳ רשב״ם דאפי׳ במתנת מקצת נכסים דצריך קנין קונין בשבת שלא תטרף דעתו והתוספות ג״כ הסכימו לפירושו אבל הרא״ש דחה פירוש זה ופסק דבמקצת שאינו נותן מחמת דאגת מיתה כיון דמשייר לא חיישינן לטירוף הדעת ולפיכך אפי׳ בקש שיקנו ממנו אין קונין ממנו בשבת וז״ש רבינו אע״פ שמתנת שכ״מ א״צ קנין דהיינו בכל הנכסים אם בקש שיקנו ממנו אפי׳ בשבת דאלמא דבמקצת דצריך קנין אין קונין ממנו בשבת והא ודאי דבכל הנכסים דקונין ממנו בשבת כדי שלא תטרף דעתו צריך ליזהר שיהא הקנין ביפוי כח דאם לא ייפה כחו מיגרע גרע ולא קנה ואיכא למיחש לטירוף הדעת אם יהא נודע לו דלא קנה המקבל׃ ומ״ש בשם הרמב״ם. הוא בפ״ח מה׳ זכייה. ומ״ש ומשמע מדבריו וכו׳ עד סוף הסימן. מבואר מדברי הרא״ש לשם ומביאו ב״י׃

סימן רנה

א שכ״מ שאמר יש לי מנה וכו׳. בס״פ י״נ (דף קל״ח) ת״ר שכ״מ שאמר מנה יש לי אצל פלוני העדים כותבין אע״פ שאין מכירין לפיכך כשהוא גובה צריך להביא ראיה דר״מ וחכ״א אין כותבין אא״כ מכירין לפיכך כשהוא גובה א״צ להביא ראיה ומפרש בגמ׳ דטעמא דמ״ד אין כותבין משום דחיישינן לב״ד טועין שיהיו סבורין שהעדים לא כתבו וחתמו אלא אם כן מכירין שדבריו אמת ולא יצריכו ליורשין להביא ראיה ואסיקנא אמר רב דימי הלכתא אין חוששין לבית דין טועין דאף על גב דבי דינא בתר בי דינא לא דייקי בי דינא בתר עדים דייקי׃ ומ״ש בשם הרמ״ה. נראה דטעמו דאי איתא דמיירי בכתיב גרידא שצוה שיש לו ביד פלוני מנה ותו לא אמאי פליג ר״מ וקאמר דכותבין דכיון דחכמים חיישי לב״ד טועק דילמא ב״ד לא דייקי בתר עדים למה ליה לאיפלוגי עלייהו ולמימר דכותבין בכדי היכא דליכא זכות ליורשין בהך כתיבה ותו קשה לישנא דתני לפיכך כשהוא גובה לא הו״ל למיתני אלא לפיכך צריך להביא ראיה אלא ודאי דמיירי במצווה מנה שיש לי בידך פלוני תנתן לפלוני והיינו דקאמר לפיכך כשהוא גובה פירוש המקבל מתנה כשגובה מפלוי ומה״ט נמי פליג ר״מ וקאמ׳ דכותבין הזכות דאית ליה למקבל אי מודה ליה וכו׳ ולא חיישינן לב״ד טועין ולגרוע הזכות שיש לו למקבל׃

ב שכ״מ שאמר מנה לפ׳ בידי ואותו לא תבעו. פי׳ הודה מעצמו בלא תביעה דאיכא טענת דשלא להשביע דאם תבעוהו והודה ליכא למיטען שלא להשביע אלא טענת משטה אני בך וכ״כ התוס׳ בפ׳ ג״פ (ד׳ קע״ד) בד״ה אדם עשוי וכ״כ כל הפוסקים וכדלעיל בסי׳ ל״ב ובסי׳ פ״א׃ או שהקדיש נכסיו וכו׳. מימרא דרב הונא לשם (דף קע״ד) ורבינו לא זו אף זו קאמר דל״מ בלא הקדיש אלא אפילו הקדיש דמשועבדים לגבוה אפילו הכי אם השטר מקיים אי נמי אינו מקויים או אפילו אין לו שטר כלל כיון דאמר תנו נותנין וגובה אף מן ההקדש וכך פסק הרי״ף והרא״ש לשם ע״פ סוגיית התלמוד וכתבו התוס׳ לשם קשה לר״י הא דבעי פרק מי שמת הקדיש נכסיו מהו תפשוט מהכא דאם עמד אינו חוזר דאי חוזר חוזר נמי במתנתו וא״כ פשיטא דנאמן לומר מנה לפלוני בידי ומאי קנוניא שייך והלא היה יכול לחזור בו מיד ונראה לר״י דמיירי בשכ״מ כשהקדיש כשהיה בריא את נכסיו ואמר השתא נמי מנה לפלוני בידי נאמן והאי דנקט שכ״מ משום דדוקא השתא מהימן כדאמרינן בפרק שום היתומים ופ׳ הדיינים דאין אדם חוטא ולא לו אבל בבריא ודאי חיישינן עכ״ל ובהגהות אשיר״י לשם כתב כן לפסק הלכה וכן פסק במרדכי לשם וכ״כ הרמב״ן בחידושיו פ׳ גט פשוט ובספר המלחמות לשם. והוסיף הרמב״ן בס׳ המלחמות פג״פ וכתב דהכא לא אירי אלא בשכ״מ שהקדיש נכסיו ע״ד רבים שאם הקדיש סתם אפילו אדם עושה קנוניא על ההקדש ואפילו בבריא נאמן במגו דאי בעי מיתשיל אכוליה הקדש דקיי״ל כב״ה דיש שאלה להקדש וכדאיתא בפ׳ שום היתומים אבל

המקדיש ע״ד רבים אין לו התרה ומש״ה קאמר חזקה וכו׳ ומיהו צריך ג״כ לומר דמיירי בשכ״מ שהקדיש מעכשיו או שהקדיש כשהיה בריא ונעשה שכ״מ דאי בשהקדיש כשהיה שכ״מ ולא הקדיש מעכשיו תיפוק ליה דכיון דאם עמד חוזר חוזר נמי במתנתו ולמה לי חזקה וכו׳ ואם אתה אומר דאם עמד אינו חוזר א״כ מאי קמיבעיא בפ׳ מי שמת הקדיש נכסיו מהו אלא ודאי דבשכיב מרע שהקדיש מעכשיו או בריא שהקדיש סתם פשיטא לן דאינו חוזר ולא קמיבעיא לן אלא בשכ״מ שהקדיש סתם בלא מעכשיו כל זה כתב הרמב״ן והוא ע״ד התוס׳ בשם ר״י אבל מדברי הרי״ף והרא״ש והרמב״ם פ״ז מה׳ ערכין משמע דמיירי בשכיב מרע שהקדיש נכסיו בסתם בלא מעכשיו וקושיית ר״י יש לתרץ דאפי׳ את״ל עמד חוזר איצטריך ליה למימר דנאמן מטעם דחזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש וה״ט דהכא אינה חזרה ודאי דדילמא לא אמר כך אלא שלא להשביע את בניו ואפי׳ נקט שטר מקויים בידיה א״נ אמר תנו איכא למימר דאינו גובה מן ההקדש אלא בשבועה דדילמא לא הודה אלא שלא להשביע אבל מטעם חזקה וכו׳ ניחא דגובה אפי׳ בלא שבועה:

ד וכתב א״א הרא״ש ז״ל בתשובה וכו׳. אע״ג דרבינו כבר הביא תשובת הרא״ש בזה לעיל בסי׳ פ״א סעיף כ״ג לשם כתבה בדין הודאת מלוה והכא מיירי בהודאת חפצים שהן בעין שהן בידו בפקדון וס״ל להרא״ש דאף בפקדון אמרינן טענת שלא להשביע אלא דבהודאה בכתב ידו לא אמרינן שלא להשביע ודלא כפרשב״ם והמרדכי בשם ראב״ן ונ״י דבפקדון לא טענינן כלל טענת שלא להשביע דליתא וכן כתב הרמב״ם פ״ט מזכייה והסמ״ג בעשה פ״ב (דף קס״ב) שכ״מ שהודה כלי פלו׳ פקדון הוא בידי אם אמר תנהו לא טענינן ליה דשלא להשביע אמר כן והוא דעת מהר״ם שכתב המרדכי פרק מי שמת ושכ״כ רבינו האי גאון וע״ל בסימן ר״ן סעיף ג׳ מקור דין זה ובמ״ש לשם:

ה תבעוהו מנה והודה וכו׳. כתב הרמב״ם ז״ל בפ״י מזכייה שכ״מ שהודה שיש לפלוני בידו מנה ואמרו יתומים חזר וא״ל אבינו פרעתיו נאמנים ונשבעין ע״ז שבועת היסת אמר תנו ואמרו יתומים חזר וא״ל אבינו פרעתיו אין נאמנין אמר מנה לפלו׳ בידי ואמרו יתומים נתננו אין נאמנין שהרי לא אמר תנו ומנין יודעים שחייבים ליתן אמר תנו ואמרו יתומים נתננו נאמנין ונשבעין שבועת היסת שנתנו עכ״ל וטעמו מדאיתא ס״פ ג״פ אמר רבא מנה לפלו׳ בידי ואמרו יתומים פרענו נאמנין תנו מנה לפלוני ואמרו יתומין פרענו אין נאמנין כלפי לייא איפכא מסתברא אמר תנו מנה כיון דפסקא אבוהון למילתא איכא למימר דפרעיה מנה לפלוני בידי כיון דלא פסקא אבוהון למילתא ליכא למימר דפרעיה אלא אי איתמר הכי איתמר שכ״מ שאמר מנה לפלוני ואמרו יתומים חזר וא״ל אבא פרעתי נאמנין מ״ט דילמא אידכורי מידכר תנו מנה לפלוני ואמרו יתומים חזר ואמר אבא פרעתי אין נאמנין דאם איתא דפרעיה לא הוה אמר תנו ופשט הסוגיא משמע כדברי הרמב״ם דאם אמרו היתומים פרענו אמר מנה לפלוני בידי אין נאמנין ופי׳ הרמב״ם דכיון דלא אמר תנו מנין יודעים שחייבים ליתן דאע״ג דאביהן אמר אמת דמנה לפלוני בידו דילמא יש לאביהם אצל פלוני כנגד זה כסות או כלים שוה מנה או יש לאביהם שאר דין ודברים בענין שלא יהא חייב לו כלום אבל באומר תנו נאמנין דהא ודאי אין לו טענה כנגד מנה זה מדא״ל תנו והיינו דקאמר איפכא מסתברא דכך הוא האמת אבל דעת הראב״ד דהא דקאמר איפכא מסתברא אין האמת כך דהא פשיטא דאפילו באמר מנה לפלוני בידי נאמנין היתומים לומר פרענו דאם הבינו מאביהם שהוא מודה בהודאה גמורה א״כ יודעים שחייבים ליתן ונאמנים ואם הודה כמערים שלא להשביע את בניו הרי שאין חייבים כלום והא דאמר תלמודא איפכא מסתברא ה״פ אי איתא דבכי הא נאמנין ואין נאמנין איתמר איפכא היה לן למימר אלא האמת הוא דבהך בין הכי ובין הכי נאמנין ולאו הכי איתמר אלא הכי איתמר וכך הוא דעת הרשב״א כמ״ש הרב המגיד לשם והכריח כך מהסוגיא ע״ש. וכך היא דעת התוס׳ מטעם אחר והוא דפשיטא הוא דבאומר מנה לפלוני בידי דנאמנים היתומים לומר פרענו כי היכא דאביהם נאמן לומר פרעתי קודם לכן ושכחתי בשעה שאמרתי מנה לפלוני בידי ואח״כ נזכרתי במגו דאי בעי אמר פרעתי אח״כ הכי נמי יתומים נאמנים לומר פרענו אח״כ והא דאמר תלמודא אין נאמנים כיון דלא פסקא למילתיה היינו דטפי מסתברא לומר שם אין נאמנין מתנו מנה לפלוני עכ״ל והיינו כפי׳ הראב״ד והרשב״א דהא דקאמר איפכא מסתברא אין כך האמת אלא כלומר לדידך הסברא היא הפוכה אבל לדידי בין כך ובין כך נאמנים לומר פרענו ולאו הכי איתמר אלא הכי איתמר וכו׳. וצל״ע דהרמב״ם כתב בסתם שכ״מ שהודה שיש לפלוני בידו מנה וכו׳ ורבינו פירש דבריו דלא כתב כך אלא בתבעוהו והודה וטעמו משום דאי הודה מעצמו אין בהודאתו כלום דפשיטא דטענינן ליה דשלא להשביע את בניו אמר כך וא״כ מאי האי דקאמרינן אין נאמנים וצריכין לשלם הלא פטורין הם מלשלם כיון דטענינן להו דשלא להשביע את בניו אמר כן אבל אי איירי בתבעוהו והודה דלא מצי טעין שלא להשביע וגם טענת משטה ליכא בשכ״מ דאין אדם משטה בשעת מיתה א״כ חייבים לשלם ואין נאמנים לומר פרענו זו היא דעת רבינו בהבנת דברי הרמב״ם ותימה דא״כ כ״ש דקשה דמאי אין נאמנים מטעם דמנין יודעים שהן חייבים ליתן כיון דלא אמר להם תנו הא פשיטא כיון דבתבעוהו והודה לא מצי טעין לא טענת משטה אני בך ולא טענת שלא להשביע א״כ יודעים שהן חייבים ליתן ובדוחק יש ליישב דלפי זה כך אנו אומרים ליתומים דאע״ג דדינא הכי הוא שחייבים אתם לשלם מכל מקום מנין אתם יודעים שחייב אביכם ליתן הלא לא אמר תנו ודילמא יש לו דין ודברים עם פלוני שיהא פטור מלשלם מנה זו שבידו אלא ודאי שקר אתם טוענין וחייבים לשלם. אבל הרב המגיד פירש דברי הרמב״ם דה״ק ומנין יודעים שהן חייבים ליתן דשמא שלא להשביע את בניו

איכוון ואע״ג דמייתי ההוא פלוני ראיה דקושטא קאמר אבוהון ודרך הודאה קאמר אמאי מהימני לומר פרענו אטו מי הוו ידעי דמייתי ההוא פלו׳ ראיה דקושטא קאמר אבוהון ולאו שלא להשביע את בניו איכוין כי היכי דליפרעו ניהליה עכ״ל מבואר מדבריו דלא מיירי בתבעוהו והודה דא״כ ליכא למיטען שלא להשביע אלא ודאי כולה סוגיא בהודה מעצמו דאיכא למטען טענת שלא להשביע והיינו דאמר הרמב״ם ומנין יודעים שהן חייבים כלומר דדילמא דשלא להשביע אמר כך גם מדברי הראב״ד שאמר שאם הודה כמערים שלא להשביע את בניו הרי שאין חייבים ליתן וכו׳ אלמא דמפרש הסוגיא בהודה מעצמו וכך הוא העיקר בהבנת דברי הרמב״ם כדפי׳ הרב המגיד ולא כמ״ש רבינו בשמו דמיירי בתבעוהו וכו׳. זהו מ״ש בגמ׳ אלא אי איתמר הכי איתמר וע״ש דברי התוס׳ דחזר וא״ל אבא פרעתי קודם לכן קאמרי וכדקאמר דילמא אידכורי מידכר ונאמן לומר פרעתי אח״כ וע״פ דברי הרא״ש שכתב וז״ל ושמעינן מינה דאי לא אמרו יתומים חזר וא״ל אבא פרעתיו דנותנין ואע״ג דלא אמר תנו ואי קשיא לך הא דרב ושמואל דאמרי תרווייהו אמר תנו נותנין לא אמר תנו אין נותנין התם הוא דלא אמר בתורת הודאה פי׳ שלא תבעו אדם שיהא נראה כמודה לדבריו אלא מעצמו אמר מנה לפלוני בידי הילכך אמרינן דשלא להשביע אמר כך הכא דאמר בתורת הודאה פי׳ שתובעו אדם והודה לדבריו דאין דרך אדם להודות כשתובעין אותו בשביל שלא להשביע אבל משטה אני בך שייך ע״י תביעה וכו׳ אע״ג דלא אמר תנו נותנין עכ״ל וז״ש רבינו דברישא שאומר שפרעו קודם שהודה לו אלא שלא נזכר בשעה שהודה נאמנים דמסתמא כל שכ״מ אין דעתו מיושבת עליו ולא נזכר בשעה שהודה ואח״כ רמא אנפשיה ומידכר ומש״ה אמר רבא שכ״מ משום דבבריא כה״ג אינו נאמן לומר שלא נזכר בשעה שהודה ומדברי התוספות למד רבינו כך בד״ה אלא אי איתמר ובש״מ נמי דוקא דטענו חזר וא״ל אבא פרעתי הא לאו הכי. אע״ג דלא אמר תנו נותנין כיון שתבעוהו והודה אבל סיפא דאמר תנו אין נאמנים לומר חזר וא״ל אבא פרעתי קודם לכן דאם איתא דפריעה לא הוה אמר תנו ומדקאמר תנו אלמא דברור לו דלא פריעה ולהכי אין היתומים נאמנים לומר דאביהם חזר וא״ל פרעתי אבל אם אמר שפרעתי אח״כ נאמנים אע״ג דא״ל בתחלה תנו:

ח ומ״ש אבל הרמ״ה כתב וכו׳. איכא למידק הלשון דקאמר תלמודא מ״ט דילמא אידכורי מידכר וכן הא דקאמר דאם איתא דפריעה לא הוה אמר תנו דלא יתיישב אפרעון שפרעו לאחר שאמר תנו ויש ליישב דה״ק דבדלא אמר תנו נאמנין לומר חזר וא״ל אבא פרעתי מ״ט אידכורי מידכר שלא צוה לבניו לומר להם תנו וחושש שמא יהיו דוחים אותו מלפרוע לפיכך פרע להם בעצמו אבל כשא״ל תנו דהשתא סומך הוא על בניו שהם יפרעו לו אין נאמנים לומר דחזר אבא וא״ל פרעתי אח״כ דאם איתא דפריעה א״כ לא היה סומך על בניו שהם יפרעו ולאיזה צורך א״ל תנו אלא ודאי בע״כ מדא״ל תנו הי׳ סומך על בניו שהם יפרעו לו וא״כ ודאי דלא פריעה בעצמו כיון שסמך על בניו ולפיכך מה שטוענים חזר אבא וא״ל פרעתי הוא שקר וחייבים לשלם: ומ״ש וה״מ דאיכא סהדי דשמיעי לאבוהון דאמר מנה לפלוני בידי וליכא סהדי דחזר ואמר פרעתי וכו׳ איכא לתמוה טובא בהא דכתב וליכא סהדי דחזר ואמר פרעתו הא ודאי לפי דעתו שכתב דאיהו גופיה לא הוי מהימן וכו׳ אין חילוק בין ליכא סהדי דחזר ואמר פרעתי ובין איכא סהדי דכיון דאודי הודאת בע״ד כק׳ עדים דמי ובמקום עדים לא אמרינן מה לי לשקר ואין נאמן לומר פרעתי קודם לכן ונראה דהא דקאמר הרמ״ה וליכא סהדי דחזר ואמר פרעתי ה״פ דאפילו אהא ליכא סהדי דחזר ואמר פרעתי א״כ כ״ש דליכא סהדי דמסהדי אהא דחזר ואמר פרעתי שכך היה דפרעו קודם לכן ואשמועינן הכא דאי הוי סהדי דמסהדי הכי אע״ג דהודה לאו הודאה היא כיון דאיכא סהדי דמסהדי דבטעות הודה וק״ל: ומ״ש אבל כי ליכא סהדי לא בקמייתא ולא בבתרייתא וכו׳. פי׳ דהשתא ודאי כיון דאביהם היה נאמן לומר לא חששתי להודות כיון שלא היו שם עדים ונאמן לומר פרעתי קודם לכן במגו וכו׳ בניו נמי נאמנין לומר דחזר וא״ל אבא פרעתי במגו: כתב הרמב״ם בפ״י מה׳ זכייה שכ״מ שאמר מנה לפלוני בידי אם אמר תנו נותנים לא אמר תנו אין נותנים שמא לא אמר מנה יש לפלוני בידי אלא כדי שלא יאמרו על יורשיו שיש להם ממון לפיכך אם אמר זה דרך הודאה לא הוה שם חשש הערמה נותנים אע״פ שלא א״ל תנו כיוצא בו ראו את אביהם שהטמין מעות בשדה וכו׳ אם כמוסר דבריו קיימין אם כמערים לא אמר כלום וכו׳ ואיכא למידק דברפ״ז דטוען כתב הרמב״ם דמודה בפני ב׳ שיש לפלוני אצלו מנה וא״ל בדרך הודאה ולא בדרך שיחה וכו׳ טען כשבאו אלו העדים ואמר שלא להשביע את עצמי הודיתי נאמן ונשבע היסת וכו׳ ונראה לחלק בין הודאה דלא היה שם חשש הערמה להודאה דאיכא חשש הערמה דהיכא דליכא חשש הערמה כעין הודאה דאיסור גיורא דקים לן דלזכותו נתכוין אפילו לא אמר תנו נותנים ונראה שזאת היתה דעת הרי״ף ס״פ ג״פ על הך דרבא דאסיקנא אלא אי איתמר הכי איתמר וז״ל ושמעי׳ מהא דרבא דהיכא דלא אמרו חזר וא״ל פרעתי דנותנים ואע״ג דלא אמר תנו ואי קשיא לך הא רב ושמואל דאמרי תרווייהו אמר תנו נותנים לא אמר תנו אין נותנים התם דלא אמר בתורת הודאה ודמי להההיא דהרי שראו אביהן שהטמין מעות בשדה וכו׳ אם כמוסר דבריו קיימים ואם כמערים לא אמר כלום עכ״ל ופי׳ מ״ש הרי״ף אבל הכא דאמר בתורת הודא׳ כלומ׳ דברור לן דליכא הערמ׳ וכההיא דראו שהטמין אביהם וכו׳ ובשיטה זו כתב גם הרמב״ם כיוצא בו ראו את אביהם שהטמין מעות וכו׳. וכן כתב הסמ״ג לשם (בדף קס״ג) ונראה דגם הרא״ש לא נחלק בזה דאע״ג דלא פי׳ כך דברי הרי״ף כדפי׳ אלא פירש הא דקאמר הרי״ף אבל הכא דאמר בתורת הודאה פי׳ שתבעו אדם והודה לדבריו וכו׳ והבאתי לשונו לעיל סעיף ז׳ מ״מ אין ספק דהיכא דקים לן דליכא בהודאה זו שום הערמה וכעין עובדא דאיסור גיורא לא שייכא טענת

שלא להשביע ואע״ג דהרא״ש חולק אדברי הרמב״ם לגבי משטה אני בך וס״ל דאפילו אמר דרך הודאה ולא שיחה לא מהני אא״כ דאמר אתם עדי דלא כהרמב״ם כדלעיל סי׳ ל״ב סי״ז וסי׳ פ״א סי״ד היינו דוקא בסתם הודאה דאית בה חשש הערמה אבל בדליכא חשש הערמה ליכא מאן דפליג דפשיטא דהודאתו הודאה והא דכתב רבינו לעיל בסי׳ ר״ן סעיף ג׳ ובסי׳ רנ״ב סעיף ג׳ דהודאת שכ״מ הויא הודאה היינו דוקא היכא דקים לן דלזכותו נתכוין כעין הודאה דאיסור גיורא וכדמשמע מדבריו להדיא בסי׳ רנ״ו סעיף ב׳ אי נמי היכא דבשעה שהודה אמר תנו א״נ בדאמר שכ״מ אתם עדי דמהני לדעת רבינו דלא מצי טעין שלא להשביע ודלא כדעת הראב״ד לעיל בסי׳ פ״א סעיף כ״א ועיין במ״ש בסי׳ ל״ב וסי׳ פ״א וסי׳ ר״ן:

י שאלה לא״א הרא״ש וכו׳. הב״י הביא כמה גדולים דנראה מדבריהם דחלקו אתשובה זו וס״ל דשטר צוואה אינה אלא זכרון דברים ונאמנים לומר פרעתי ואע״פ כן פסק בש״ע כתשובת הרא״ש זו והוא תימה ולפעד״נ דלפי דאין סברא שיחלוק הרא״ש אכל הגדולים דס״ל לדבר פשוט דאין בשטר צוואה דין שטר דלא נכתב אלא למזכרת שלא יטענו היורשים להד״ם על כן פי׳ ב״י דהרא״ש בתשובה זו לא איירי אלא היכא דהנותן צוה לכתוב שטר צוואה דנותן לפלוני כך וכך והחתים עליו עדים ומסר הנותן השטר ליד המקבל התם הוא דקאמר הרא״ש דדין שטר גמור יש לו דאין היורשים יכולין לומר פרענו דא״כ שטרך בידי מאי בעי ובזה התיישבו גם ההגהות בש״ע בסי׳ מ״א ובסוף סי׳ רנ״ג ולשם הארכתי בס״ד:

יב ראובן שהטמין אביו מעות וכו׳ עד סוף הסימן. ברייתא פ׳ זה בורר (סנהדרין דף ל׳): ומ״ש ואם כמערים שלא יחזיקוהו בעשיר. פי׳ שהוא מתיירא שבניו יטלו מעות אלו בחייו שיחזיקוהו בעשיר או שיוסיפו על יציאותיו לבזבז ממון להיותו מוחזק בעשיר בעיניהם וכן פי׳ רש״י:

יג וכן אם בא אחד וכו׳ עד ואם לאו אינו נאמן. כתבו התוס׳ וליכא למימר דליהימניה במגו דאי בעי שתיק דאין זה מגו דאי שתיק מנחי התם ולא יבואו ליד פלוני עכ״ל ובהגהות אשיר״י כתב לשם ומיירי נמי כגון שאמר ברי לי שלא פינן ושם אחרים שם דאל״כ הוה טענינן ליורשים דאביהם היה לטעון פניתי אותם מעות והחזרתים לו וה״נ טענינן ליורש עכ״ל:

סימן רנו

א גר שנתן מתנת שכ״מ וכו׳. בפ׳ מי שמת (בבא בתרא דף קמ״ט) קאמר רבא מתנת שכ״מ כירושה שוויוה רבנן כל היכא דאיתיה בירושה איתיה במתנה כל היכא דליתיה בירושה ליתיה במתנה: ומ״ש רב אלפס ע״ש רב האי. שם כ״כ וז״ל במתנת יורש בלחוד הוא דקאמר רבא הכי ועיקרא דמילתא משום דקיי״ל דלגבי יורש לשון [מתנה ולשון] ירושה חד טעמא נינהו כדאמרינן אמר רב ששת וכו׳ ושמעת מינה דלשון מתנה ולשון ירושה לגבי יורש חדא מילתא ומכאן אמר רבא מתנת שכ״מ כירוש׳ שוויוה רבנן אבל מתנת שכ״מ למי שאינו יורש ואפילו לגר דעלמא קני דקיי״ל דדברי שכ״מ ככתובים וכמסורים דמי והכי שדר רבינו האי גאון זצ״ל עכ״ל וכ״כ הרמב״ם בפ״ט מזכייה והסמ״ג בעשה פ״ב (דף קפ״ב ע״ד) וז״ל שלשון ירושה ומתנת שכ״מ לגבי יורש אחד הוא וא״ת יקנה נמצא זה כאילו ירש את אביו לפיכך אם נתן לגר משאר הגרים מתנתו קיימת עכ״ל ואע״פ דהסכמת גדולי הפוסקים לדברי הגאון אין צריכין חיזוק מכל מקום נלפע״ד להכריח כך מדברי רבא גופי׳ חדא דקשה מנא ליה לרבא הא ודילמא אע״ג דמתנת שכ״מ אינה חלה אלא לאחר גמר מיתה ודינה כירושה דמוציאין מהם למזון האשה והבנות כדלעיל בר״ס רנ״ב מ״מ לגבי מתנת גר שכיב מרע דבריו נמי ככתובין וכמסורין דמי כדי שלא תטרף דעתו ותו קשה הלא כל גר איתיה בירושה אם הוליד בנים בקדושה ומאי האי דקאמר דליתיה בירושה אבל לדברי הגאון דבמתנת יורש בלחוד הוא דקאמר רבא הכא ניחא דה״ק דכיון דליתיה בירושה להאי ברא דהורתו שלא בקדושה ליתיה נמי להאי ברא במתנת שכ״מ דלשון מתנה בשכ״מ הוי לשון ירושה כאילו אמר דהאי ברא יהא יורשו וכיון דליתיה בירושה ליתיה נמי במתנה דהו״ל כאילו ירש את אביו אבל לאחר דליכא למימר שיהא יורשו מתנה גרידא היא וקיימת דכל דברי שכ״מ ככתובין וכמסורין נינהו וכך הוא העיקר ודלא כהראב״ד והרשב״א החולקים על הגאון: כתבו התוספות לשם (סוף דף קמ״ט) דהא דאמר רבא כל היכא דאיתיה בירושה איתיה במתנה וכו׳ נ״ל דאם היו לגר בנים איתיה במתנת שכ״מ אע״ג דהמקבל גר וליתיה בירושה דעל הנותן הוא דאיכא קפידא ולא על המקבל וכו׳ עכ״ל ונראה דר״ל דדוקא בגר שלא הוליד בנים בקדושה דעם מיתתו נכסיו הפקר הילכך ליתיה במתנת שכ״מ דכיון דאין המקבל זוכה במתנה אלא לאחר מיתה כבר נעשו הפקר מיד עם יציאת נשמתו אבל כשהוליד בנים בקדושה דבניו יורשים אותו שפיר איתיה נמי במתנת שכ״מ אע״ג דהמקבל גר ולא נמצא חילוק זה בפוסקים:

ה ומ״ש שעבד חייב במצות. כתב ב״י וז״ל מבואר שהוא וליתן טעם היאך מותר ליתן לו גופו במתנה כיון דאינו ישראל גמור קאמר דכיון דחייב בקצת מצות שרי ולא אסרו ליתן מתנה אלא לעכו״ם גמור עכ״ל ותימה מהיכא תיתי לן דאסור ליתן מתנה לעבד דבעכו״ם דוקא גלי לן קרא לגר בנתינה ולעכו״ם במכירה כדכתב הרמב״ם בפ״ג מזכייה אבל עבד ודאי אין איסור ותו דלאיזה צורך אמר הרמב״ם שעבד ישנו במקצת מצות אפילו אינו במקצת מצות אלא שאינו עובד עכו״ם לא גרע מגר תושב דאוכל נבלות אלא שאינו עובד עכו״ם אתה מותר לתת לו מתנה כדכתב הרמב״ם בפ״ג

מזכייה ותו איכא לתמוה טובא דהביא ב״י דברי ה׳ המגיד בפ״ח מזכייה שכתב ע״ש הרשב״א דהא דשומעין לו לשחררו אע״ג דעובר בעשה לפי שאומדין אותו שעשה לו טובה שהוא חייב לו על גמולו והרי הוא כמוכרו לו עכ״ל והשתא לפי זה קשה חדא דא״כ לא היה צריך לטעם שעבד ישנו בקצת מצות אפילו לא היה בקצת מצות יכול ליתן לו מתנה אפילו גופו כיון שעשה לו טובה שהוא חייב לו על גמולו אידך קשה דאי איירי הכא בדעשה לו טובה וכו׳ א״כ אף לעכו״ם מותר ליתן לו מתנה דהרי הוא כמוכרו לו לפיכך נראה דהרמב״ם לא ס״ל הא דהרשב״א ופשיטא דלא איירי בדעשה לו טובה מדמחלק בין עובד כו״ם לעבד אלמא דבדלא עשה לו טובה מיירי הרמב״ם ומש״ה לעכו״ם אסור ולעבד שרי ליתן מתנה דלא גרע מגר תושב כדפי׳ ומ״ש הרמב״ם שעבד ישנו במקצת מצות לא כתב זה אלא כדי ליישב הקושיא שהקשו המפרשים כיון דקיי״ל דהמשחרר עובר בעשה היאך שומעין לו לעבור על ד״ת דמ״ש ממי שצוה ליתן מתנה לעכו״ם דאין שומעין לו כיון דאיכא עבירה ה״נ איכא עבירה ואמר הרמב״ם דלא דמי דבמתנה לעכו״ם איכא עבירה וליכא מצוה אבל בשחרור עבד אע״ג דאיכא עבירה דעובר בעשה איכא נמי מצוה דכיון דישנו בקצת מצות מצוה לשחררו לקיים כל המצות ודמיא להא דאמרינן בנזיר גדולה עבירה לשמה מצוה שלא לשמה:

ו ופרש״י שכופין וכו׳ כלומר להרמב״ם אין פירוש קורת רוח הוא השחרור אלא קורת רוח בעבודה וא״כ אין כופין אותם לשחררה אבל רש״י פי׳ דאין לך קורת רוח גדול משחרור ומדלא פי׳ ודאי על הקורת רוח היותר גדול צוה ליורשים לעשות לה ולפיכך כופין לשחררה והו״ל לרבינו לכתוב ורש״י פי׳ ולא ופרש״י שהרי הביא פירש״י כדי להורות שהוא חולק אדברי הרמב״ם אלא דאין דרכו לדקדק בכך כיון דמובן כן מדבריו:

ז שאלה לא״א הרא״ש וכו׳. כלל ט״ו סימן א׳ וב׳ ולטעמיה אזיל דהשיג על האלפסי דגר ליתיה במתנת שכ״מ כלל אפילו אין המקבל יורש שלו וכך מפורש לשם בתשובתו דהביא דעת האלפסי והשיג עליה:

י ומ״ש לאו מילתא שהרי מ״מ כיון לזכות לה וכו׳. ע״ש בתשובה שהביא ראיה מהא דאיתא ביבמות פ׳ ר״ג העודר בנכסי גר זה וסבור של גר אחר הוא קנה דמ״מ כיון לזכות בנכסי הגר וכן בנדון זה כיון לזכות ליתומי׳ באלו הנכסים אם לא תזכה מכח מתנה תזכה מכח הפקר. ודין עודר בנכסי גר זה וכו׳ כתבו רבי׳ לקמן בסי׳ ער״ה סעיף י״ח:

סימן רנז

א הכותב נכסיו לבנו הגוף מהיום וכו׳. משנה סוף פרק י״נ (דף קל״ו וסוף דף קל״ח) הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו האב אינו יכול למכור מפני שהן כתובים לבן והבן אינו יכול למכור מפני שהן ברשות האב מכר האב מכורים עד שימות מכר הבן אין ללוקח בהן כלום עד שימות האב תולש ומאכיל לכל מי שירצה ומה שהניח תלוש ה״ה של יורשין והאי דתנן הכותב לבנו לאחר מותו צריך לפרש אליבא דרבי יוסי דקיי״ל כמותו דזמנו של שטר מוכיח עליו דמהיום קאמר דלצדדין תנן דאם יש בשטר זמן אע״פ שלא כתב בו מהיום ואם אין בו זמן צריך שיכתוב בו מהיום דאי לא כתב מהיום אינו כלום דאין מתנה לאחר מיתה אבל בכתב בו מהיום ולאחר מיתה משמע הגוף מהיום ולאחר מיתה תהא נגמרת המתנה שתאכל גם הפירות לאחר מיתתו כדלקמן בסי׳ רנ״ח וזה שכתב רבינו כאן הכותב נכסיו לבנו הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה לא שצריך לכתוב זה הלשון בשטר אלא ר״ל שכתב לשון השטר דמשמע הכי כגון שכתב אחד משני דרכים או שכתב בשטר זמן וכתב בו שנותן לו לאחר מיתה או דלא כתב זמן וכתב בפירוש מהיום ולאחר מיתה: ומ״ש האב תולש וכו׳ נראה דלפי דהוי קס״ד דלא הניח הפירות לעצמו משום כדי חייו וא״כ אין לו רשות להאכיל לאחרים אלא לעצמו בלבד והמותר הוא של הבן שנתגדלו בגוף הקרקע לפיכך תנן דליתא אלא האב אוכל ומאכיל לכל מי שירצה: ומ״ש ומה שהניח תלוש וכו׳. כ״כ הרא״ש דבהגיע זמן ליתלש דינן כתלוש ומתני׳ דתנא האב תולש וכו׳ כשנתלשו קודם זמנן דלא כפרשב״ם וכ״כ הרמב״ם סוף הלכות זכייה היו תלושין או שהגיעו להבצר הרי הן של יורשין אלא דקשה הא דפריך בגמרא תלוש אין מחובר לא והתניא שמין את מחוברין ללוקח אמר עולא לא קשיא כאן בבנו כאן באחר הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו ולהרמב״ם והרא״ש לא הוי פריך מידי דאיכא למימר מחוברין העומדים ליבצר נמי של אב ולא תנא תולש אלא לאורויי דתלושין אפילו קודם זמנן נמי ליורשין. ונראה דכדי ליישב הך קושיא פי׳ רשב״ם במתני׳ במה שמחובר לקרקע בשעת מיתתו אע״פ שעומד ליתלש ה״ה של בנו מקבל מתנה אבל להרמב״ם והרא״ש קשיא. ויש ליישב דס״ל דתלמודא מדקדק דכי היכי דתנא תלושין שלא הגיע זמנן ליתלש הכי נמי הו״ל למיתני מחוברין שהגיע זמנן ליתלש ומשני מחוברין שהגיע זמנן ליתלש לאו מילתא דפסיקא הוא דאיכא חילוק בין בנו לאחר דלאחר אפילו במחוברים שלא הגיע זמנן ליתלש הרי הן ליורשים ולפיכך לא איירי ביה תנא דמתני׳:

ב בד״א בנותן לבנו וכו׳. היינו הא דמשני עולא ל״ק כאן בבנו כאן באחר וכו׳ ועל פי פרשב״ם אבל האלפסי והרמב״ם סוף הלכות זכייה פירשו בע״א והרב המגיד כתב עוד פי׳ אחר בשם פרש״י ומביאן ב״י ולפעד״נ דלענין דינא כולהו הלכתא נינהו:

ג האב אינו יכול למכור וכו׳. נראה דאע״פ דהבן מוציא מיד הלקוחות אפ״ה אין לו לאב למכור לכתחלה דשמא לאיש קשה ימכרנו שלא יוכל הבן להוציא מידו והו״ל מזיק שעבודו ומטעם זה דקדק הרמב״ם וכתב עבר האב ומכר וכו׳ מיהו נראה דלהשכיר יכול להשכירו לאחר וכדלקמן בסי׳ שט״ו ע״ש סעיף ג׳ וכן אצל הבן כתב עבר הבן ומכר וכו׳ והוא לפי שהאב שמוסר השדה ליד אחר ללקוט הפירות פשיטא שהוא עובר ע״ד חכמים שאמרו האב אינו יכול למכור פי׳ אינו רשאי וכן הבן אע״פ שאין השדה בידו אלא מוכר לו הזכות שיש לו בגוף לאחר מיתת האב ג״כ אינו רשאי דשמא לא ניחא ליה לאב שהבן ימכור בחייו לאחרים מה שנתן לו במתנה: ומ״ש כשימות האב הולך הבן ומוציא מהלקוחות כדרך שהיה עושה אם לא מכר האב. כלומר דלא תימא דלא זכה הבן לאחר מיתת האב בגוף מהיום אלא היכא דלא מכרו האב אבל כשמכר האב בחייו חזר בו ממתנתו שנתן לבן דאינה חלה אלא לאחר מיתה דליתא אלא כדרך שהיה עושה אם לא מכר האב כך הוא עושה אם מכר האב דנוטל הבן גוף גם פירות דהגוף כבר קנוי לבן לגמרי משעה שכתב לו האב והילכך אפילו מת הבן ואח״כ האב יורשיו עומדין במקומו לירש מתנתו ומוציאין מיד הלקוחות וכך פי׳ רשב״ם:

ה מכר הבן וכו׳ יקח הלוקח הכל אפי׳ מת הבן. פלוגתא דר״י ור״ל והלכה כר״ל דקנין פירות שיש לאב לאו כקנין הגוף דמי והילכך כי זבין הבן דידיה זבין והלוקח קנה הקרקע לכשימות האב והאי הוא חד מתלת שמעתתא דהלכה כר״ל:

ו כתב הרמב״ם מתנת בריא וכו׳. בפ׳ יש נוחלין (בבא בתרא דף קל״ה) ופרק קמא דמציעא (דף י״ט) תניא איזו היא מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע דלא קני אלא לאחר מיתה כל שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה ופי׳ רשב״ם הכי גופו קנוי לך מהיום ופירי לאחר מיתה דומיא דמתנת שכיב מרע שאינו קונה אלא לאחר מיתה ומיהו בהכי עדיפא משכיב מרע דמתנת שכיב מרע יכול לחזור בו וליתן לאחר אבל מתנת בריא דמהיום ולאחר מיתה אינו יכול למכור עוד הגוף כל ימי חייו אלא פירות עד כאן לשונו והתוספות הקשו על פירושו ופירשו דהך מהיום ולאחר מיתה היינו מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה ומיירי כגון שפירש בפירוש מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה דהך מתנת בריא הוי כמתנת שכיב מרע דלא קני עד לאחר מיתה ויכול נמי לחזור בו בין לעצמו בין לאחר עכ״ל והרמב״ם נקט בקצרה ולא פי׳ אם ר״ל דיכל לחזור בו כמתנת שכיב מרע או אינו ר״ל אלא דאינו זוכה בפירות אלא עד לאחר מיתה אבל אינו יכול לחזור בו במה שנתן לו הגוף מהיום ולכך הביא רבינו דברי הרמב״ם וכתב עליהם ולפיכך הגוף קונה מיד ואינו יכול לחזור בו ופירות לאחר מיתה כלומר דעת הרמב״ם ודאי בפירוש הברייתא כפי׳ רשב״ם ושאין יכול לחזור בו והיכא דכתב לו מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה ודאי דמודה בה הרמב״ם דהוי לגמרי כמתנת שכ״מ וכו׳ והוא הפי׳ שכתבו התוס׳ להך ברייתא ולענין דינא לא פליגי אלא בפירושא דשמעתתא פליגי וכ״כ ה׳ המגיד בסוף ה׳ זכייה דלענין הדין אין בין הפירושים כלום והב״י תמה על רבינו למה כתב דין זה על שם הרמב״ם שהרי דבריו מבוארים בברייתא לפי פיר״ש וכו׳ ואין כאן קושיא כלל דהרי לפניך דהרמב״ם לא כתב אלא לשון הברייתא וכפי פי׳ רשב״ם ולא כתב דין תורה כלל לכן הביא רבינו דבריו וביארם וכדפרישית:

סימן רנח

א הנותן מתנה לחבירו וכו׳. משנה ס״פ י״נ (דף קל״ו) הכותב נכסיו לבניו צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה ד״ר יהודא ר׳ יוסי אומר אינו צריך ומפרש בגמרא לר׳ יהודא דבכותב מהיום ולאחר מיתה משמע טפי דהכי קא״ל קני גופו מהיום ופירי לאחר מיתה ולא אמרינן דנתכוין לתנאי שיהא קונה מעכשיו גוף ופירי אם ימות אי נמי תחלה אמר שיהא קונה מעכשיו ואח״כ חזר בו שלא יהא קונה אלא לאחר מיתה ואין מתנה לאחר מיתה אלא כיון דאיכא לאוקמי תרוייהו שפיר [מוקמינן] ור׳ יוסי דאמר א״צ טעמיה משום דזש״ש מוכיח עליו דמאותו זמן התחילה המתנה דאלת״ה זמן שנכתב בשטר בחנם נכתב אלא ודאי להקנות מאותו היום נכתב ופסק רב בגמרא דהלכתא כרבי יוסי:

ג ומ״ש אם יש בו קנין וכו׳. שם בעא מיניה רבא מר״נ בהקנאה מהו ואסיקנא בהקנאה אינו צריך ופרשב״ם בהקנאה מהו בשטר שכתב בו קנין מי פליג ר׳ יהודא ומצריך למיכתב מהיום אבל הרא״ש כתב דאפי׳ לרבי יוסי קמיבעיא ליה היכא שאין כתוב זמן בשטר אי מצריך רבי יוסי בהקנאה מהיום ולאחר מיתה ואסיקנא דלא מצריך וכך הם דברי רבי׳ אלא דאיכא למידק אמ״ש רבינו וכן אם יש בו קנין וכו׳ דמשמע מלשון וכן דלא זו אף זו קאמר דאפילו בקנין בלא זמן נמי אין צריך מהיום וזה היפך פירשב״ם דבקנין פשיטא דאין צריך לא מהיום ולא זמן אפילו לר׳ יהודא אבל בלא קנין אלא דכתב בו זמן פליגי דלר׳ יהודא צריך שיכתוב מהיום ולר׳ יוסי אין צריך ויש ליישב דלפי דהרמ״ה ס״ל דקנין גרע טפי כמו שיתבאר בסמוך בס״ד לכן כתב תחלה וכן אם יש בו קנין וכו׳ כדי שיביא עליו והרמ״ה כתב דוקא דכתיב ביה זמן וכו׳: ומ״ש כשיגיע השטר לידו. תמה עליו ב״י וכתב תימה כיון דאיכא קנין מה צריך שיגיע השטר לידו עכ״ל ויש לומר דכיון דאיכא ריעותא דהקנה לו לאחר מיתה חיישינן שמא צוה לעדים שיחזיקו בשטר ולא יזכה בו המקבל עד שימסור לו הנותן מידו ליד המקבל: ומ״ש בשם הרמ״ה דוקא דכתיב ביה זמן וכו׳. יש לתמוה דכיון דפסק כר׳ יוסי דאפילו בלא קנין

זמנו של שטר מוכיח עליו א״כ בקנין דעדיף טפי לא צריך לא מהיום ולא זמן כדפירש רשב״ם להדיא וכך פירשו כל המפרשים ואפשר ליישב ולומר דהוה קשיא ליה לפרש דאליבא דרבי יהודא דלית הלכתא כוותיה קמיבעיא ליה בהקנאה מאי אלא ודאי דאליבא דרבי יוסי דהלכתא כוותיה קמיבעיא ליה וסבירא ליה לתלמודא דשמא בשטר דוקא כיון דאקניה ליה בשטר לאחר מיתה וכתב ליה בשטר זמן שפיר מוכיח על השטר דאקני ליה מעכשיו דאם לא כן זמן בשטר למה אבל באקני ליה בקנין לאחר מיתה בעינן מידי דמוכח בשעתא דאקני ליה בקנין דמעכשיו אקני ליה ולא לאחר מיתה ואע״ג דכתב ליה בתר הכי שטר וכתב בו זמן דילמא לא מהני האי זמן לאוכוחי עליה דקנין דקדים דאקני ליה מחיים והילכך בעינן דלימא מהיום בשעה שקנו מיניה אפילו לרבי יוסי או דילמא אף בהקנאה א״צ מהיום וסגי בזמנו של שטר דמוכיח לרבי יוסי אף באקני ליה בקנין ואסיקנא דבהקנאה א״צ מהיום מיהו זמן ודאי צריך כי היכי דליהוי הוכחה דלא אקני ליה לאחר מיתה אלא מעכשיו דלא עדיף קנין משטר זו היא דעת הרמ״ה לפי הנענ״ד ודלא כמו שפי׳ ב״י: (ד) כתב עוד הרמ״ה ז״ל הא דאמרי׳ זמנו של שטר מוכיח וכו׳. איכא לתמוה דכיון דהרמ״ה פוסק כר׳ יוסי דקאמר זש״ש מוכיח עליו ושמעינן לרבי יוסי סוף פרק מי שאחזו דאין לחלק בין בכותב לאחר מיתה ובין בכותב לאחר ל׳ יום א״כ מנ״ל להרמ״ה לחלק בכך והוא דעלה דהך דתנן הרי זה גיטך אם לא באתי מכאן ועד י״ב חודש ומת בתוך י״ב חודש דאינו גט קאמר בגמרא תנא רבותינו התירוה להנשא מאן רבותינו אמר ר״י אמר שמואל ב״ד דשרו משחא ס״ל כרבי יוסי דאמר זש״ש מוכיח עליו ומביאו בריש כתובות ופי׳ רש״י לשם זש״ש מוכיח עליו שכך א״ל אם לא באתי לאותו זמן יהא גט למפרע מהיום דאי לא משוי ליה גט אלא לאחר י״ב חודש למה כתב יום שנכתב הגט בתוכו לכתוב אם לא באתי לר״ח פלוני יהא גט אלמא דלרבי יוסי אף באומר לאחר ל׳ יום נמי זמנו של שטר מוכיח עליו דמעכשיו קאמר ונראה ליישב ולומר דדעת הרמ״ה דהקושיא שהקשה הרב אלפס בפרק י״נ מדרב אדרב קושיא חזקה היא אבל אינה מתיישבת בתירוצו והוא דקשיא אדרב דפסק כרבי יוסי בפרק יש נוחלין דזמנו של שטר מוכיח עליו מהא דאיתא בסוף פרק המגרש אתקין רב מיומא דנן ולעלם לאפוקי מדרבי יוסי דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו ותירץ הרב אלפס דבאיסורא החמיר רב וכן פי׳ רשב״ם בפ׳ יש נוחלין והביא הרב רבינו אשר שם פירושו וטעמו דדוקא גבי גט אשה הואיל ואין בו דבר קנין מש״ה הוא דאתקין לרווחא דמילתא משום חומרא דעריות אבל גבי ממונא הלכה כרבי יוסי כי י״ל שלא אמר רב הלכה כרבי יוסי אלא בשטר שיש בו קנין עכ״ל ורצונו לומר במה שכתב כי י״ל וכו׳ לתת טעם על מה שהחמיר בגטין לפי די״ל שלא אמר רב הלכה כר״י אלא בשטר שיש בו קנין ובגיטין אין בו קנין ואע״ג דבסוף פי״נ איתא להדיא דרב הונא בריה דרב יהושע ורב הונא קאמרי דרבי יהודא ור״י לא פליגי אלא בשטר שכתוב בו דוכרן פתגמי דהוה באנפנא אבל ביש בו קנין אפילו לרב יהודא סגי בקנין אפי׳ אין בו לא מהיום ולא זמן כדפי׳ רשב״ם גופיה לשם אפ״ה כיון דלא אמרו כך רבי יהודא ורבי יוסי בפירוש איכא למימר דרב לא סבירא לי׳ כהני אמוראי אלא ס״ל לפרש דלא פליגי ר׳ יהודה ורבי יוסי אלא בשטר שיש בו קנין אבל באין בו קנין מודה רבי יוסי דצריך לכתוב מהיום בפי׳ הילכך בגט דלית ביה קנין אזלינן לחומרא בעריות ולא מדינא כל עיקר אלא חומרא בעלמא זאת היא דעת רשב״ם בפי׳ והוא נמי דעת הרי״ף אבל הרמ״ה נראה לו דוחק לתרץ בכך משום דס״ל דהא דאתקין רב מן יומא דנן ולעלם לאפוקי מדר״י וכו׳ משמע להדיא דאתא לאפוקי מהלכתא קאמר ואפ״ה ל״ק מדרב אדרב אלא דס״ל לרב דלא קיי״ל כר׳ יוסי אלא בההיא דיש נוחלין בכותב לאחר מיתה דכיון שהמיתה מבררת הזמן מה צריך לכתוב בו זמן ע״כ להקנות לו מאותו הזמן אבל מאי דאתקין רב בגיטין לאפוקי מדר׳ יוסי לא קאי אזה גיטך לאחר מיתה אלא קאי אמתני׳ דס״פ מי שאחזו באומר ה״ז גיטך אם לא באתי מכאן ועד י״ב חודש ומת תוך י״ב חודש דאינו גט ותנא עלה רבותינו דס״ל כרבי יוסי דזש״ש מוכיח עליו והתירוה לינשא בהא קאמר רב דלא קיימא לן כרבי יוסי דמסתברא כיון דצריך לברר הזמן מאימתי מתחילין הני ל׳ יום אין לומר זש״ש מוכיח עליו ואע״ג דהיה יכול לומר בל׳ אחר מ״מ אין כאן הוכחה גמורה דמעכשיו הוא מגרשה ולא קיי״ל כרבי יוסי אלא בכותב לאחר מיתה דכיון שהמיתה מבררת הזמן וא״צ לכתוב זמן כלל הוי הזמן הוכחה גמורה דמעכשיו הוא מגרשה וה״ה והוא הטעם גבי ממונא דאין לומר זמנו של שטר מוכיח עליו אלא בכותב לבנו לאחר מיתה אבל בכותב לאחר שלשים יום לא אמרי׳ זש״ש מוכיח עליו דמדינא אין לחלק בין ממון לאיסורא זו היא דעת הרמ״ה בפסק דינו מתוך ישובו להא דקשיא מדרב אדרב נ״ל: אבל בשטר שיש בו קנין וכו׳. פירוש בשיש בו זמן עם הקנין ולא היה צריך לפרש כאן שכבר פי׳ תחלה ועיין במ״ש בסמוך בס״ד:

סימן רנט

א הרואה את האבידה חייב ליטפל בה וכו׳. נראה דלפי שאפילו רואה את האבידה בשדה חייב ליטפל ולהביאה לעיר כדלקמן בסימן רס״ג וגם אפילו רואה מרחוק חייב ליטפל אחריה ובגמרא ס״פ ב׳ (דף ל״ג) נתנו שיעור רו״ס אמה ראייה שיש בה פגיעה ויליף לה מכי תפגע דכתיב לגבי אבדה ומכי תראה דלגבי פריקה אלמא דחד דינא אית להו ותדע דהא לשם (דף ל״ב) עבד צריכותא לקראי דאבדה ופריקה וטעינה. לפיכך כתב רבינו סתם הרואה

את האבדה חייב ליטפל בה וכו׳ ונסמך על מ״ש שיעור רו״ס אמה וב׳ שלישי אמה לגבי פריקה לקמן בסימן רע״ב סעי׳ ו׳ וצ״ע למה לא כתבה רבינו גבי השבת אבדה גם הרמב״ם לא כתבה אלא גבי פריקה בפי״ג מה׳ רוצח:

ב ואם נטלה ע״מ לגוזלה וכו׳ בפ׳ אלו מציאות אמר רבא ראה סלע שנפלה נטלה לפני יאוש וכו׳ ואע״ג דחזרה לאחר יאוש מתנה הוא דיהב ליה ואיסורא דעבד עבד ופי׳ התוס׳ והרא״ש דודאי בחזרה תיקן הלאו דלא תגזול דניתק לעשה כדכתיב והשיב את הגזילה וגם עשה דהשב תשיבם תיקן בחזרה אלא דעל הלאו דלא תוכל להתעלם שעבר קאמר דלא תיקן דכיון שלא החזיר קודם יאוש מתנה הוא דיהב ליה וז״ש רבינו ואפי׳ אם יחזירנה אחר היאוש כבר עבר משום לא תוכל להתעלם דלאו זה לא תיקן בחזרה:

ה כיצד המוצא מציאה וכו׳ שם בברייתא וסוגי׳ דגמ׳ וכדפסק האלפסי והרא״ש והרמב״ם דלא כהראב״ד ועיין בב״י כל הסוגיא:

ח מצא חבית צפה בנהר כו׳ מימרא דרב ושמואל בפרק לא יחפור (כ״ד) והלכה כרב באיסורי דכנגד עיר שרובה ישראל מותר ולא חיישינן לרוב עכו״ם היושבים על הנהר למעלה ויכולה החבית לבא משם לכאן דעקולי ופישורי הוו טבעי לה: ומ״ש אפילו מצא קרוב לבית העכו״ם כ״כ התוספות לשם (בדף כ״ג) בד״ה רוב וקרוב הלך אחר הרוב:

ט ונודות של יין הנמצאים במקום וכו׳. שם הנהו זיקי דחמרא דאשתכחן בי קופאי וכו׳ ופירשו התוס׳ ע״ש הערוך בי קופאי מקום וכו׳ ולא כפי׳ רש״י טמונים בין גפנים שבכרם דאם כן לא היו נמצאים דרך נפילה וכך הם דברי רבינו שכתב הנמצאים במקום שרוב מוכרי יין ישראל כלומר שנמצאים דרך נפילה:

יג המציל מן הארי וכו׳ עד אז לא הוי יאוש דברי רבינו צ״ע וכבר נבוכו בם רבים ולי נראה להגיה מלת או בסוף דבריו וכצ״ל או אם עמדו שם כששטף וכו׳ ודבריו בזה הם בנויים ע״פ גירסת התוס׳ ופירושם בד״ה שטף נהר (דף כ״ב) וזה דמתחלה כתב רבינו אם הבעלים מרדפים אחריהם אז הוכחה שהן שלהם ומחזיר להם והוא שיהיה בענין שאם היו עומדין שם וכולי דהיינו סיפא דברייתא דתני אם היו בעלים מרדפים אחריהם חייבין להחזיר דפירושה אליבא דאביי דהלכה כמותו כלומר שהיה יכול להציל בקל בשעת שטיפה אף ע״פ שאין בו סימן לפי שיעכבם המכשולות שבנהר ויקחום מיד אילו היו הבעלים עומדים שם במקום ששטף ונמצא שודאי לא נתייאשו הבעלים ואע״פ שלא היו זריזים כ״כ להציל מיד שהרי אחרים הקדימום ולקחום מ״מ כיון שהיו הבעלים מרדפים אחריהם מיד ניכר שהוא בעליו ומחזירין להם אחר כך כתב או אפילו אם אינן שם כששטף וכו׳ פירוש השתא דמיירי בענין שהיה יכול להציל מיד ודאי אפילו לא היו שם הבעלים כלל ולא ידעי ששטף עד לאחר שכבר בא אחר והצילו לא זכה בו האחר אפילו נתייאשו בעליו אח״כ כיון שלא היה ראוי להתייאש אין בזה דין המציל מזוטו של ים ומשלוליתו של נהר דה״ה שלו מפני שהיא ראוי להתייאש דאבוד ממנו ומכל אדם משא״כ כאן דאינו ראוי להתייאש והו״ל יאוש שלא מדעת דלא הוי יאוש ודין זה שמעינן ליה מדיוקא דרישא דברייתא דתני שטף נהר קוריו עציו ואבניו ונתנן בתוך שדה חבירו אם נתייאשו הבעלים ה״ה שלו ודייקינן דוקא שהיו שם הבעלים בשעת שטיפה ונתייאשו שלא רדפו אחריו הוי יאוש אבל אם לא היו שם הבעלים ולא ידעו עדיין ששטפו נהר לא הוי יאוש וכאביי והנה אחר שכתב רבינו ב׳ חלוקות דלא הוי יאוש וחייב להחזיר חזר וכתב ב׳ חלוקות דהוי יאוש והרי הוא של מוצאו וזהו שכתב ואם הוא בענין שלא היו הבעלים יכולים להציל מיד וכו׳ דהשתא בין שהיו שם הבעלים בשעה ששטף בין לא היו שם ראוי להתייאש הוא דאע״פ דכשילך למרחוק דאית ביה עקולים ומכשולים האחרים יכולין להציל מ״מ לא יחזירם לבעליו לפי שאין בהם סימן ואין כאן הוכחה שהן שלהם ודין זה שמעינן ליה מדיוקא דסיפא מדקתני אם היו הבעלים מרדפים אחריהם חייבים להחזיר טעמא דהיה יכול להציל מיד במקום ששטף לפי שיעכבם עקולים ומכשולים אלא שאחרים הקדימום ולקחום התם הוא דחייב להחזיר דניכר שהוא בעליו לפי שרדף מיד אבל אם אין שם עקולים ומכשולים אלא למרחוק דליכא הוכחה במה שמרדף למרחוק שהן שלהם אינו חייב להחזיר אח״כ כתב או אם עמדו שם כששטף ונתייאשו וכו׳ פי׳ או אפילו היה בענין שהיו יכולים להציל מיד במקום ששטף אלא שעמדו שם ונתייאשו דהיינו שלא רדפו אחריו דכיון שלא רדפו אחריו בודאי נתייאשו והיינו הא דתני ברישא אם נתייאשו הבעלים ה״ה שלו דכתבו התוס׳ דה״פ דהיינו שהיו שם בשעת שטיפה ולא רדפו דאפילו אומרים שאינן מתייאשין אין בכך כלום דודאי הן מתייאשין בלבן ואחר זה חזר וכתב חלוקה אחת דלא הוי יאוש וצריך להחזיר ואמר אם סתמא הוא וכו׳ פי׳ דכשהוא בענין שהיה יכול להציל מיד במקום ששטף אלא שאנחנו לא ידענו אם היו שם בעלים ולא רדפו אחריו דהשתא ודאי נתייאשו או שמא לא היו שם כששטף דהשתא לא הוי יאוש כיון שלא היה ראוי להתייאש השתא מספק לא הוי יאוש ודין זה ג״כ נשמע מדיוקא דרישא מדקתני אם נתייאשו ה״ה שלו שמעינן דדוקא היכא דודאי נתייאשו דידענו שהיו שם ולא רדפו אחריו הרי הוא שלו הא סתמא דלא ידענו לא הוי יאוש וב״י כתב דמ״ש רבינו ואם סתמא הוא שלא ידענו וכו׳ היינו מאי דאיפסיקא הלכתא כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש עיין עליו ושרי ליה מאריה

שהלא רש״י פירש להדיא דיאוש שלא מדעת הוא שהבעלים לא ידעו שנפל מהם כשמצאו זה ורבינו מדבר בכאן שהבעלים יודעים אלא דאנן לא ידעינן דאין כאן מי שיכול להעיד בדבר זה אלא כדפרישית:

סימן רס

א המוצא בגל וכו׳ עד אפ״ה היא של מוצאו. כ״כ הרא״ש בפרק אלו מציאות מטעם דכיון דאית ליה למיתלי דמימות האמוריים היו שם ולא הוחזק ישראל בממון זה מעולם ה״ה של מוצאו עכ״ל כלומר ואינו חייב להכריז אפילו אם יש בו סימן וכדין מי שמצא מציאה במקום שרוב העוברים שם עכו״ם וכ״כ הרא״ש להדיא אמתני׳ דמצא בחנות ה״ה שלו ואפי׳ בדבר שיש בו סימן דומיא דגל וכותל ישן וכו׳ וכ״כ בנ״י הביאו ב״י. וכתבו התוספות והרא״ש וא״ת וליקני ליה חצרו לבעל הגל א׳ לבעל הכותל ויש לומר דאין חצר קונה בדבר שיכול להיות שלא ימצאנו לעולם וכו׳ וכ״כ בהגהות מיימוני והגהות אשיר״י והמרדכי פרק אלו מציאות ע״ש ראבי״ה והאריכו בזה. עוד כתב הרא״ש ועי״ל מה שנשאר מן האמוריים לא היה לאותו שנפל הקרקע לחלקו כי השלל היה מתחלק לכל ישראל ואחר שעמד שם ה״ה כאבוד מכל ישראל וה״ה של מוצאו וכ״ת תקנה ליה חצרו אחר שנתייאשו ישראל לא עדיפא חצרו מידו דאילו בא לידו קודם יאוש תו לא קני הואיל ובאיסורא בא לידו הילכך חצרו נמי בכהאי גוונא לא קניא ליה וכיון דהראשון לא קנאה ה״ה בנו ובן בנו לא קנא׳ עכ״ל וטעם זה האחרון כתבו הרמב״ם פי״ו מה׳ גזילה והסמ״ג בעשה ע״ד הביאו וגם הביא הטעם הראשון ועוד כתב טעם שלישי ע״ש ריב״ן דפי׳ דהוי חצרו הבאה לאחר מכאן שהכלי היה טמון מימי האמוריים ועדיין לא היה חצרו עד לאחר מכאן. מיהו בכותל חדש דמחציו ולחוץ ה״ה שלו קשה דאמאי לא אמרינן תקנה לו חצרו דה״ה עתיד להמצא ואינה אבודה אלא ממנו חצרו נמי היה מתחלה ואח״כ הניח בעליו שם הכלי וי״ל דהתם טעמא אחרינא איכא משום דקודם יאוש הוי התם ולא עדיפא חצרו מידו וכו׳ כדכתב הרא״ש גבי מצאו בגל ועיין בנ״י שכתב כך להדיא. עוד כתב במרדכי פרק א״מ ע״ש ה״ר ברוך ממגענצ״א דלא אמרינן חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אלא בהפקר גמור אבל לא גבי אבידה ואפי׳ היכא דאיכא יאוש כיון דאילו הוה ידע לה לא היה מפקירה ועיין עוד שם בתשובת הר״א כ״ץ: וכותל חדש וכו׳. מפשט דברי רבינו משמע דגבי סכין או כיס אזלינן בתר המוכיח אפי׳ ממלא כל הכותל וכך משמע בש״ע אכן מלשון הרמב״ם מבואר דבסכין וכיס נמי אם ממלא כל הכותל חולקין ולא אזלינן בתר מוכיח אלא באינו ממלא כל הכותל ונראה דס״ל דכיון דברייתא סתמא קתני אם היה כותל ממולא מהן חולקין משמע אפי׳ בסכין וכיס דאיכא מוכיח נמי חולקין והיינו טעמא דעד כאן לא אזלי׳ בתר מוכיח אלא היכא שאין החפץ מונח אלא בחציו בלבד כגון שהקתא מלגו אפי׳ מונח בחציו ולחוץ אין המוצא זוכה בו מאחר דאיכא מוכיח בגוף החפץ דהוה של ב״ה וה״ה איפכא כשהקתא מלבר אפילו נמצא מחציו ולפנים ה״ה של מוצאו אבל בממלא כל הכותל הו״ל כשנים אוחזין בטלית דחולקין ולא אזלינן בתר מוכיח כיון שאין כאן הוכחה בגוף אותו חלק מן החפץ עצמו המונח מחציו ולחוץ דמה שמוכיח אינו מונח אלא בחציו ולפנים א״נ איפכא ויש קצת ידים מוכיחות לזה הפירוש מדקבע התלמוד הך ברייתא דאם היה הכותל ממולא מהן חולקין בתר מימרא דסכינא בתר קתא וכו׳ וכך הוא בהלכות ואם היתה כוונת הסוגיא דגם בממלא אזלי׳ בתר מוכיח הוה ליה לתלמודא לקבוע ברישא הך ברייתא אמתני׳ ובתר הכי מימרא דרב אשי סכינא בתר קתא וכו׳ דהוה משמע להדיא דבכל ענין אזלינן בתר מוכיח בין בממלא בין באינו ממלא אלא בע״כ הך ברייתא דחולקין בממלא בכל גווני חולקין בין במוכיח בין בלא מוכיח ולכך קבעוה בסוף הסוגיא כנ״ל שוב ראיתי דהרב המגיה ספר הרמב״ם כתב דט״ס הוא בדברי הרמב״ם והך בבא דאם נמצא תוך הכותל מלא מהן חולקין צ״ל אחר הבבא של מטה דמחלק בלשונות של זהב בין חציו ולחוץ ובין חציו ולפנים וע״ז קאי ואם נמצא תוך הכותל מלא עכ״ל והרב בכ״מ הביא לשונו נראה שהסכים לדבריו ושרי להו מאריהו דהלא הסמ״ג כתב כלשון הרמב״ם ולא הביא כלל הך בבא דמחלק בלשונות של זהב בין חציו ולחוץ ובין חציו ולפנים א״כ אי אפשר לפרש לשם דקאי אהך בבא דלשונות של זהב שלא הזכיר בדבריו ואע״ג דמהר״א שטיין פי׳ כך הוא דבר שאין לו שחר אלא בע״כ כדפרישית הוא האמת דהרמב״ם והסמ״ג סבירי להו דבממלא כל הכותל חולקין אפילו היכא דאיכא מוכיח ומטעמא דאמרן ודלא כדברי רבינו:

ב המשכיר ביתו וכו׳. כך פי׳ רש״י בפ׳ א״מ בהא דפריך דניזיל בתר בתרא ודלא כפי׳ התוס׳ דהוי של ב״ה דעדיין נשאר בביתו באחרונה דליתא אלא ה״ה של שוכר הדר בו באחרונה וכך פי׳ הרא״ש והגהת אשיר״י דאם היה משכירו לאחרים ישראלים דהרי הוא של שוכר אחרון ודוקא דבר שאין בו סימן אבל דבר שיש בו סימן נוטל ומכריז וכגון דלא שתיך טפי עכ״ל ורצונו לומר דבין אין בו סימן ובין יש בו סימן אי שתיך טפי ה״ה של מוצאו דאיכא יאוש בעלים כדפרש״י ותוס׳ בהא דתנא מחציו ולחוץ שלו וכדלעיל בסעיף א׳:

ג שאלה לא״א הרא״ש וכו׳ והוי כמו חצר השותפין וכו׳. מיהו הרמב״ם בפ״ו משכירות בדין זבל שבחצר חולק על זה וס״ל שאפי׳ חצר השכורה ביד אחרים קונה למשכיר אבל דעת הרא״ש כדעת הראב״ד שהשיג עליו לשם בדין זה וכך הוא לדעת רש״י וכמו שיתבאר לקמן בסימן שי״ג בס״ד ואיכא

לתמוה טובא על הרב בש״ע שכאן פסק כתשובות הרא״ש ולקמן בסימן שי״ג פסק כדברי הרמב״ם והפסקים סותרים זה את זה ולענין הלכה נקטינן כהרא״ש והראב״ד ופרש״י נ״ל:

ד המוצא בחנות וכו׳ ואינו נראה כך מתוך הגמרא וכו׳. כבר כתב ב״י מה שכתב דלהרמב״ם ס״ל לתלמודא דדין חנוני ושולחני שוים הם ויש להקשות לפי פירושיו דא״כ אמאי קאמר להר״א אשולחני דסיפא דאפילו מונחין ע״ג השולחן ה״ה שלו ולא קאמר לה ארישא בחנוני דאפי׳ ע״ג התיבה היה שלו ולפיכך נראה דס״ל להרמב״ם דלטעמא קמא דר״א דקאמר מאי איריא דתני בין הכסא לשולחני וכו׳ ודאי בחנוני נמי ע״ג התיבה ה״ה שלו דאם לא כן מאי איריא דתני בין התיבה לחנוני ניתני על גבי התיבה לחנוני אלא דלפירו׳ האי נמי ניתני מצא בשולחנות וכו׳ דהשתא לא ס״ל טעמא קמא בעל כרחך דדוקא ע״ג השולחן ה״ה שלו אבל ע״ג תיבה הוי לחנוני והשתא ניחא דלהכי קבע ר״א דבריו אשולחני כלומר דהא פשיטא לן דע״ג השולחן ה״ה שלו בין לטעמא קמא בין לטעמא בתרא משא״כ בחנוני דאיכא ספיקא דלא הוי ע״ג התיבה שלו אלא לטעמא קמא אבל לטעמא בתרא הוי על גבי התיבה לחנוני וכיון דלפי זה בעל גבי התיבה ספוקי מספקא ליה לר״א פסק הרמב״ם דעל גבי התיבה נמי הוי של מוצאו דאין לנו להוציא מידו מספק דזה כלל גדול בדין המע״ה אבל מדברי הרא״ש דלא כתב טעמא קמא בפסקיו אלא טעמא בתרא מבואר דס״ל דבחנוני אפילו מה שעל גבי התיבה הוי נמי לחנוני דלא כהרמב״ם ואחריו נמשך רבינו:

ו המוצא קציעות וכו׳. פירוש בקציעות שהדבר מראה שהן ממנו אינו ספק אלא מחזיקינן להו בודאי שממנו הן ואפ״ה ה״ה של מוצאן וקאמר בגמרא דטעמא לאביי דאגב דחשיבי ממשמש בהו א״כ מעיקרא ידע ואייאש תאנה נמי כיון דמיד בנפילתה נמאסת מעיקרא ידע ואייאש ומפקיר לה משא״כ זיתים וחרובים דליכא למימר ידע ואייאש והו״ל יאוש שלא מדעת ואסורים ואיכא למידק ניזיל בתר רוב עוברי דרכים דרוב וקרוב הלך אחר הרוב אפילו קורבא דמוכח כמו שפי׳ התוס׳ ע״ש בפרק לא יחפור (בבא בתרא דף כ״ג) וכמ״ש סעיף ט׳ וי״ל דהכא ודאי היא דממנו נפל כיון שהאילן נוטה על אם הדרך ואין כאן ספק וכדפרישית:

ט המוצא גוזלות בדרך וכו׳. בפ׳ לא יחפור (בבא בתרא דף כ״ג) ולמאי שכתב רבינו בסמוך דמיירי במדדה וכדאסיקנא בגמרא הוי טעמא דחוץ לנ׳ אמה שלו משום דכיון דאין מדדה יותר מנ׳ וזה יצא חוץ לנ׳ נפקא ליה מתורת מדדה וקם ליה בתורת מפריח ואיכא למיזל ביה בתר רובא דעלמא כך פרש״י והוא דוחק גדול וכי אין עינינו רואות שהוא מדדה ואינו מפריח אבל מדברי הרמב״ן בחידושיו למדנו דה״ט דיונים דרובא דעלמא לאו יוני שובך נינהו ואיכא למימר דאיכא הרבה קינים של יונים בחורי׳ שבארץ שאין להם בעלים והרי הן הפקר ומאותן חוזרים היונים מדדין כל אחת תוך נ׳ אמה לחור שלה ולפיכך חוץ לנ׳ אמה של שובך ה״ה של מוצאו דתלינן ביוני דעלמא של הפקר שהם הרוב אבל בשביל של כרמים דע״י הכרמים הוא מדדה חוץ לנ׳ אמה מן השובך תלינן בשובך: ומ״ש בד״א בשיוני השובכים שוין במניינם וכו׳. דקדק רבינו וכתב האי בד״א לאחר שכתב מחצה על מחצה יחלוקו לאורויי דהך בבא נמי בדשוין קאמר דיחלוקו דאי בדנפיש חד מחבריה אע״פ ששוין בקורבא מכל מקום אזלינן בתר רובא דרוב וקרוב הלך אחר הרוב אלא ודאי דהאי מחצה על מחצה יחלוקו מיירי בדשוין בקורבא בין במנין היונים והילכך יחלוקו אבל אם יוני האחד רבים הולכים אחר הרוב אפילו הוא רחוק דהלכה כר׳ חנינא דרוב וקרוב הלך אחר הרוב אפילו בקורבא דמוכח ובזה התיישבה הקושיא שהקשו התוס׳ בד״ה מצאו בין ב׳ שובכין על הא דקתני מחצה על מחצה ע״ש:

י המוצא דבר במקום המשתמר וכו׳ עד יהא מונח עד שיבוא אליהו. כל זה כתב הרא״ש בפסקיו פא״מ אמתניתין דמצא אחר הגפה ודע דבספרי רבינו איכא טעות וצ״ל אפילו אם יש בו סימן ואצ״ל אם אין בו סימן ותו איכא השמטה בהעתק וכצ״ל ואם נטלן להוליכן לביתו ולא הוליכן יחזירן למקומן דכיון שאינן אבידה לא מתחייב בשמירתן בהגבהתן ואם נטלן והוליכן לביתו לא יחזירם וכו׳ ומ״ש רבינו בסוף דבריו כבר נתחייב בהשבה מעליא ולא יחזירנו למקומו אלא יהא מונח עד שיבוא אליהו אע״ג דבאשיר״י לא כתב להדיא דיהא מונח עד שיבוא אליהו מ״מ ממילא הוא מובן שכך היא דעת הרא״ש מדכת׳ לא יחזירנו למקומו דנתחייב בהשבה מעליא מכלל דיהא מונח עד שיבוא אליהו ותו דרש״י פי׳ כך להדיא בפרק המפקיד (בבא מציעא דף ל״ז) אהך דר׳ אבא בר זבדא אמר רב כל ספק הינוח לכתחלה לא יטול ואם נטל לא יחזיר דכתב רש״י וז״ל מצא דבר שאין בו סימן בצד מקום המשתמר קצת וכו׳ עד דהאי לא יחזיר לא שיהא שלו קאמר דהא מעיקרא באיסורא אתא לידיה אם הינוח הוא וע״ש ומתוך פירש״י דהכא מובן דעת הרמב״ם דאיהו מפרש ואם נטל לא יחזיר כמשמעו שאין צריך להחזירו דשלו הוא ואע״ג דבאיסורא אתא לידיה מ״מ כיון דאין ממון זה יש לו בעלים בודאי אינו בדין שיהא מונח עד שיבוא אליהו דלא אמרו כך אלא היכא שיש לו בעלים ולא נודע מי הוא ודוק:

סימן רסא

א המוצא דבר שניכר וכו׳. כל זה וגמרא ס״פ א״מ: ומ״ש בשם הרמב״ם אע״פ שאין לרואה ליטלה לעצמו וכו׳. בפי״א מה׳ גזילה כתב כך על המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו כיצד הניח פרתו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך לו השליך כיסו לר״ה והלך לו וכל כיוצא בזה ה״ז אבד ממונו לדעתו ואע״פ שאסור לרואה ליטול דבר זה לעצמו אינו זקוק להחזיר שנאמר אשר תאבד פרט למאבד לדעתו עכ״ל ונרא׳ פשוט דהרמב״ם מצא דרשה זו בדברי רז״ל והשתא מדאיצטריך אשר תאבד דאין נזקקין למאבד לדעתו מכלל דאסור ליטלנה דאי הוי שרי ליטלנה לא איצטריך קרא דאין נזקקין ליטפל בה להשיבה לבעליה דהשתא שרי ליטלה לעצמו כ״ש שאין חייב להשיבה ולפי זה אין מקום להשגת רבינו. גם מ״ש רבינו דאבידה מדעת הפקר היא קשה הלא בסימן רע״ג הביא רבינו לשון הרמב״ם שכתב ומהו הפקר שיאמר נכסי אלו יהיו הפקר לכל בין מטלטלי בין מקרקעי מכלל דבדלא אמר לא הו״ל הפקר מן הסתם והכי מוכחי שמעתתא בדוכתי טובא אלא כדברי הרמב״ם עיקר ועיין במ״ש בסימן רע״ג על זה בס״ד:

סימן רסב

א כל אבידה שאינה ש״פ בשעת אבידה ובשעת השבה איכי חייב בה וכו׳. בפרק א״מ אסיק רבא פרוטה שהוזלה א״נ פרוטה שהוקרה לכ״ע פטור כי פליגי ת״ק ורבי יהודא בפרוטה שהוקרה והוזלה וחזרה והוקרה ת״ק סבר אשר תאבד איכא ור׳ יהודא סבר ומצאתה בעינן דאיכא שיעור מציאה משעת אבידה ועד שעת מציאה והלכה כת״ק ואיכא לתמוה אדברי רבינו ששינה לשון התלמוד מלשון מציאה ללשון השבה דאלמא דס״ל דאפילו היתה ש״פ בשעת אבידה ובשעת מציאה אם הוזלה מקמי השבה אינו חייב בה ותימה דזו מנין לו דבקרא לא מידכר כ״א אבידה ומציאה כדדרשינן אשר תאבד ומצאתה ואפשר לומר דס״ל לרבי׳ דומצאתה דסיפא דקרא מקושר עם השב תשיבם דרישא דקרא וה״ק קרא דאשר תאבד מאחיך ומצאתה השב תשיבם ולפיכך בעינן שתהא שוה פרוטה בתחלה בשעת אבידה ובסוף בשעת השבה ובסמוך יתבאר בס״ד דדברי רבינו מוכרחים מסתמא דתלמודא בפרק הזהב ופרש״י לשם:

ב אפי׳ היתה ש״פ בשעת אבידה וכו׳ כ׳ הרמב״ם היתה שוה פרוטה בשעת מציאה והוזלה חייב להכריז עליה ע״כ. וכתב הרב המגיד דעת הרב ז״ל דאע״ג דאסקינן בגמרא דבעינן שתהא ש״פ בשעת אבידה ובשעת מציאה לכ״ע כיון דשוה בשעת מציאה פרוטה חייב בכך והכי משמע התם באלו מציאות עכ״ל והרב בס׳ כסף משנה כתב וז״ל דברי ה״ה תמוהין שכתב שדעת הרב היפך מאי דאסיקנא עכ״ל גם פה בספר ב״י כתב על דבריו וצ״ע וכל זה לפי שהבין מדברי הרמב״ם דלא מצריך אלא שיהא ש״פ בשעת מציאה אע״פ שלא היה ש״פ בשעת אבידה היפך מאי דאסיקנא בגמרא ולפעד״נ דלא עלה זה ע״ד הרמב״ם ולא ע״ד הרב המגיד דפשיטא הוא דבעינן שתהא ש״פ בשעת אביד׳ דאם לא היתה ש״פ בשעת אבידה אינו חייב להחזי׳ כיון שלא נאבד ממנו שום ממון אע״ג דחזרה והוקרה ומעיקרא קא טעה תלמוד׳ וקס״ד פרוטה שהוקרה איכא בינייהו דת״ק ור׳ יהודה ולא הוה קס״ד דחייב אפילו לא היתה ש״פ בשעת אבידה אלא דכתיב לכל אבדת אחיך כדכתבו התוס׳ אבל לפי האמת לכל אבדת אחיך איצטריך לכדדרשי׳ בספרי אין לי אלא אלו בלבד שאר אבידה מנין ת״ל לכל אבידת אחיך אבל לא צריך קרא שתהא ש״פ בשעת אבידה ולכן לא דיבר מזה הרמב״ם ולא אתא אלא לאוריי דאם היתה ש״פ בשעת מציאה אע״פ דהוזלה בין מציאה להכרזה חייב להכריז עליה וכתב כן מהא דאיתא בפרק הזהב דתנא דידן דתנא ה׳ פרוטות ותני גזל ותני אבידה איצטריכא ליה למיתני גזל דש״פ יוליכנו אחריו אפילו למדי ואיצטריכא ליה נמי למיתני אבידה דהמוצא ש״פ חייב להכריז ואע״ג דזל ופי׳ רש״י ואע״ג דזל בין מציאה להכרזה דאלמא דאפילו לא חזרה והותרה מקמי הכרזה חייב להכריז עליה וזאת היא דעת ה״ה שכתב דאע״ג וכו׳ כלומר דאע״ג דלכ״ע בעינן שתהא ש״פ בשעת אבדה ובשעת מציאה אפ״ה כיון ששוה בשעת מציאה פרוטה חייב בכך להכריז עליה אע״ג דהוזלה ולא חזרה והוקרה מקמי הכרזה דאין לנו אלא שתהא ש״פ בשעת אבידה ובשעת מציאה אע״ג דהוזלה בתר הכי. אכן אכתי קשה מדברי רבינו דמפרש דבעינן שתהא ש״פ בשעת השבה דאם כן חולק הוא אדברי הרמב״ם שהביא כאן בסתם ולא כתב עליו שום השגה ויש לומר דסבירא ליה לרבינו דגם הרמב״ם ס״ל דשעת מציאה דקאמר תלמודא היינו שעת השבה ואם בשעת השבה אינו ש״פ אינו חייב להחזיר אלא מיהו אע״ג דלא חייב להחזיר אא״כ ש״פ בשעת השבה מ״מ לענין הכרזה חייב להכריז עליה אע״ג דזל מקמי השבה דדילמא תחזור ליקרותה ותהיה ש״פ לבתר ההכרזה ולכן הביא דברי הרמב״ם ולא השיג עליו דסבירא ליה לההוא דהזהב כך פי׳ דחייב להכריז עליה אף על גב דזל בין מציאה להכרזה משום דדילמא תחזור ליקרותה בתר הכרזה ותהיה ש״פ בשעת השבה ומכאן הכריח רבינו דבתר השבה אזלינן דאל״כ הא דקאמר תלמודא המוצא ש״פ חייב להכריז עליה אע״ג דזל היכי מפרשינן לה דאם ר״ל כיון דשוה בשעת מציאה פרוטה חייב להחזיר אפילו לא חזרה והוקרה לא היה צריך לומר חייב להכריז

עליה אלא הו״ל לומר המוצא ש״פ חייב להחזיר אע״ג דזל ואם ר״ל דאינו חייב להחזיר כיון דהוזלה אחר המציאה אם כן למה צריך להכריז עליה כשהוזלה בתר מציאה והדברים ברורים כשמש ודברי רבינו עיקר והם מכוונים עם דברי הרמב״ם ואין כאן טעות ודוק:

ג ואפילו אבדה וכו׳. פי׳ דהיכא דאית ביה שוה ב׳ פרוטות חיישינן דילמא שותפין נינהו וכל חד מינייהו אחליה למנתיה לגבי אינך תרתי אבל אי לית ביה שוה ב׳ פרוטות אפילו את״ל דכל חד מינייהו אחליה למנתיה לגבי אינך תרתי אכתי לית ביה ש״פ לכל חד מתרתי והא דלא חיישינן דילמא תרי מחלי לגבי חד נראה דכיון דלא שמעינן להו דמחלי אלא דאנן הוא דאמדינן דעתייהו כיון דשותפי נינהו ולא קפדי אהדדי דילמא אחליה למנתיה אם כן מסתמא כי אחליה למנתיה לתרווייהו אחליה בשוה דתרווייהו שותפין דידיה הוו ולא עדיף חד מחבריה ודכוותיה בכל חד מינייהו אמרינן דילמא אחליה למנתיה לגבי אינך תרתי והכי משמע להדיא לישנא דגמרא מדקאמר אע״ג דלית ביה אלא שוה ב׳ פרוטות דהול״ל אע״ג דלית ביה אלא ש״פ אלמא דוקא ב׳ פרוטות: ומ״ש ואם אח״כ נודע וכו׳. נראה דהכי משמע ליה לרבינו מדין קציעות ותאנה דאע״ג דבשעת מציאה לא נודע לו דבעל התאנה ידע דנפלה ומייאש מ״מ כיון דלסוף נודע לו ה״ה שלו:

ד אין המוצא מציאה וכו׳. משנה וגמרא ר״פ א״מ: ומ״ש כגון שיכריז אבידה פלונית מצאתי וכו׳. הכי איפסיקא הלכתא כרב נחמן דאמר גלימא מכריז ויתבאר בס״ד בסימן רס״י סעיף ד׳:

ט ומ״ש לפיכך המוצא מעו׳ וכו׳ ועיגולי דבילה וככרות ומחרוזות מידי דמיכל הוא וכו׳. כ״כ שם הרא״ש ואיכא לתמוה דבגמרא מותבינן עליה דאביי דאמר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מעיגולי דבילה וככרות של נחתום דהרי אלו שלו אמאי והא לא ידע דנפל מיניה ופריקו התם נמי אגב דיקירי מידע ידע בהו ופרש״י דיקירי כובד משאם עכ״ל והשתא מאי דוחקיה דהרא״ש ז״ל ששינה מה שפרש״י ומה שכתב ב״י כיון דבמחרוזות ליכא כובד וצריך ליתן טעם משום דמידי דמיכל הוא חשיבי ההוא טעמא סגי לעיגולי דבילה ותו לא צריך בהו לטעמא דיקירי עכ״ל לא ידענא מי הגיד לו דבמחרוזות ליכא כובד דפשטא דסוגיא משמע דהמקשה דנקט בקושיא עיגולי דבילה וככרות של נחתום לאו דוקא הני אלא מכולהו דקחשיב להו במתניתין קא מקשה ומאן דפריק אכולהו פריק אגב דיקירי מידע ידע בהו אכן לפעד״נ דדברי הרא״ש ז״ל בנויים על פי דברי התוספות בדיבור הראשון פרק אלו מציאות שבאו ליישב מ״ש דבכריכות לא הוי שלו אלא בר״ה אבל לא ברה״י ובעיגולי דבילה וכל הנך דקחשיב במתניתין הוי שלו אפילו ברה״י ומפרשים דאליביה דרבא דקי״ל כמותו דסימן העשוי לידרס הוי סימן ומקום נמי הוי סימן מיירי הכא בכריכות ליכא סימן ובר״ה מקום נמי לא הוי סימן משום דמינשתפי אבל ברשות היחיד הוי מקום סימן דמיירי דאשכח דרך הינוח אבל עיגולי דבילה וכולהו דקחשיב אין בהם סימן והוי שלו אף ברה״י ומיירי דמצאם דרך נפילה ולכך לא הוי מקום סימן וא״ת ואמאי נקט כריכות דאשכח דרך הינוח טפי משאר דאיירי דרך נפילה ויש לומר דכריכות איידי דיקירי אינו הווה שיפלו שלא מדעת אלא כשעומד לפוש מניח לארץ ושכחם שם עכ״ל ולפ״ז צריך לומר דעיגולי דבילה וכל הנך דקחשיב במתניתין דהוי שלו אפילו ברה״י היינו משום דהוי דרך נפילה לפי שאין דרך להניחם על הארץ אפילו עומד לפוש אלא פורס טלית על הארץ ומניחן עליו וכיון שמצאן על הארץ בודאי נפלו שלא מדעת ואיירי בדלא יקירי דהווה הוא דיפלו שלא מדעת וכל זה אליבא דרבא והא דמשני אגב דיקירי מידע ידע בהו אינו אלא לאביי ולא לרבא כך היא דעת התוס׳ וקשיא ליה להרא״ש דכיון דקיימא לן כרבא דמקום הוה סימן [וסימן] העשוי לידרס הוי סימן וקי״ל נמי כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש השתא ליכא למימר דטעמייהו דעיגולי דבילה וכל הנך דקחשיב במתני׳ הוי משום כובד משאם דאם כן מאי שנא מכריכות דאינן שלו אלא בר״ה ולפיכך סבירא ליה להרא״ש דצריך לפרש טעמא אחרינא דעיגולי דבילה וכל אינך אינו אלא כיון דמידי דמיכל נינהו אי נמי מידי דחשיבי כמו לשונות של ארגמן קא ממשמש בהו ואפשר נמי דלמסקנא היינו דקמשני אגב דיקירי כלומר אגב דחשיבי ויקירי בעיניו קצתם מטעם דמידי דמיכל וקצתם דחשיבי טובא אף ע״ג דלאו מידי דמיכל נינהו מידע ידע בהו והא דפי׳ רש״י יקירי כובד משאם אינו אלא למאי דקס״ד מעיקרא דלא הוה קשיא לן אלא לאביי אבל למסקנא דקי״ל נמי כרבא דמקום הוי סימן וסימן העשוי לידרס הוי סימן צריך לדחוק ולפרש יקירי מל׳ יקר וחשובות כנ״ל דעת הרא״ש ואחריו נמשך רבינו אלא דאכתי קשיא טובא בדברי הרא״ש והטור שפירשו בגיזי צמר ואניצי פשתן דטעמם דמחמת כובדן מרגיש בנפילתן דהשתא קשיא מאי שנא מכריכות דדוקא בר״ה הוי שלו אבל לא ברשות היחיד דאינו הווה שיפלו שלא מדעת מחמת כובדן וכו׳ א״כ בגיזי צמר ואניצי פשתן נמי נימא הכי דאם באת לחלק ולומר דכיון דליכא למימר בהו דמחמת כובדן אינו הווה שיפלו שלא מדעת אלא כשעומד לפוש מניח לארץ שהרי אין דרכן להניחן בארץ אם כן בע״כ שנפלו ממנו שלא מדעת אלא דמחמת כובדן מרגיש בנפילתן א״כ גם בעיגולי דבילה וכל אינך נפרש כך כמו בגיזי צמר ואניצי פשתן ותו דמאי דוחקייהו לפרש בגיזי צמר ואניצי פשתן טעם אחר הוה להו לפרש בהו נמי טעמא דמשום דחשיבי ממשמש בהו כל שעה כי היכי דקאמר גבי לשונות של ארגמן דהשתא הוי ניחא טפי דליכא טעמא דמחמת כובדן אינו הווה שיפלו וכו׳ אלא בכריכות בלחוד וצ״ע: ומ״ש והרמב״ם כתב מצא פירות מפוזרים וכו׳ ולא נהירא וכו׳. ע׳ בב״י שכתב בשם כמה גדולים

דמפרשים דלמסקנא דמשני לאביי אגב דיקירי מידע ידע בהו תו לא צריכינן להך אוקימתא דמכנשתא דבי דרי אלא אף בפירות מפוזרים אם מצאם דרך נפילה לאביי הרי אלו שלו דאיידי דיקירי מרגיש בנפילתן ומתייאש מהן ובזה התיישבה השגת רבינו:

יד וסימן הבא מאליו וכו' והרמב"ם כתב דהוי סימן ואיני יודע למה פסק כרבי יהודא וא"א פסק כחכמים. נראה דהרא"ש לא היה גורס במשנה דברי ר' מאיר אלא סתמא תנן וכיון דהוה ליה רבים דפליגי אר"י הלכתא כוותייהו וכן נראה מהסוגיא (בדף כ"ג ע"א) דקאמר לימא כתנאי ר' יהודא אומר וכו' מכלל דתנא קמא סבר הרי אלו וכו' מדלא קאמר תלמודא מכלל דר' מאיר סבר וכו' אלמא דסתמא תנן אבל הרמב"ם גורס במשנה דברי ר"מ ור"מ ור"י הלכה כרבי יהודא וכן כתב ה"ה בפט"ו מה' גזילה דטעמו דפסק כר"י דלא כר"מ וכ"כ ב"י:

טו המכוין משקל הדבר או מדתו וכו' לפיכך המוצא מחטין וכו'. הקשה בית יוסף אמאי כתב הרמב"ם במצא שנים חייב להכריז מ"ש ממצא ב' מטבעות דאפילו עשוי כמגדל אינו חייב להכריז וגם לפרש"י יש לתמוה ב' בדין אמאי חייב להכריז דילמא דרך נפילה הם כדאמרינן במצא ב' מטבעות ואי נמי מצא ג' ואינם עשויים כמגדלים וצ"ע עכ"ל ולפעד"נ דהרמב"ם מודה דבמצא ב' בלחוד הרי אלו שלו כמו במצא ב' מטבעות אלא דמצא שנים שנים או יותר קאמר הרמב"ם דהיינו דמצא ב' זוגות כל אחד של שנים דהשתא מכריז מחטין מצאתי וזה נותן סימן במנין ד' או ו' או יתר והוה ליה כדין ג' מטבעות העשויין כמגדל דכיון שמצאן זוגות זוגות מורה שהן דרך הינוח והסימן הוא המנין אבל במצאן אחת אחת דרך נפילה הן והוי של מוצאו ורבינו שינה מלשון הרמב"ם וכתב וכן אם מצא מחטין הרבה וכו' והיינו במונחין אלו על גבי אלו דהוי נמי דרך הינוח כיון שאינן מפוזרות אחת הנה ואחת הנה וה"ה. ודאי אם מצאן שנים שנים מונחין זוגות זוגות דפשיטא דהוי דרך הינוח כמו ג' מטבעות כמגדל וכן לפרש"י בשני בדין דמונחין ביחד דהוי נמי דרך הינוח ולא דרך נפילה בד אחד כאן ובד אחד כאן הילכך מכריז מחטין מצאתי וזה נותן סימן מנין הבדין ולא דמי לב' מטבעות כמגדל דאע"ג דמונחין ביחד ומראה שהוא דרך הינוח מ"מ כיון דצריך להכריז מטבעות מצאתי כדקיימא לן גלימא מכריז אם כן לא יוכל ליתן בהן סימן מנין דמיעוט מטבעות שנים והרי הן שלו ופשוט הוא:

יט וכן כלי ופירות וכו' עד וכן כתב א"א הרא"ש ז"ל. כתב ב"י והרא"ש כתב פרש"י ופי' התוספות ולא הכריע ולכן אני תמה על מה שאמר רבינו על דברי ר"י וכ"כ א"א הרא"ש ז"ל עכ"ל ולפע"ד נראה דמוכרח הוא לפרש דס"ל כפי' ר"י מדכתב אח"כ ונקטינן לחומרא מכל הני שינויי וכו' עד דרב פפא לא פליג אשינויא דרב זביד דמפליג בין כובא וכיתנא ובין צנא ופירי עכ"ל דצריך ביאור דלאיזה צורך כתב דר"פ לא פליג וכו' ונראה ודאי דרצונו לומר דהא דפסק לקולא בדאית ליה אוגנים אפילו מהדר אפיה לפירי בדלא אשתייר ביה היינו טעמא משום דרב זביד משני למשנתינו ובריייתא דתני נמי בה דכלי ולפניו פירות הרי אלו של מוצאן בצנא ופירי דהשתא איכא הוכחה שלא היו הפירות בכלי שאם היו בכלי לא היו נופלים מתוכו לגמרי אלא היה נשאר בו קצת שהאוגנים היו מעכבין אותו ומסתמא ודאי ר"פ לא פליג עליה בהא אלא דאתא לאוקמי אידך ברייתא דתנא חייב להכריז נמי בצנא ופירי וכגון דאישתייר ביה א"נ דלא אישתייר ביה ובדלית ליה אוגנים ולישנא מציעא דמפליג בין מהדר אפיה ללא מהדר אפיה היינו נמי בדלית ליה אוגנים אבל בדאית ליה אוגנים ולא אישתייר ביה אפילו מהדר אפיה לפירי הרי אלו [של מוצאן] זאת היא דעת הרא"ש במ"ש דר"פ לא פליג וכו' ליתן טעם לפסקו וכיון דטעם זה אין לו מקום אם לא ע"פ פר"י ולא ע"פ פרש"י דמפרש דרב זביד מוקי ליה למתני' בכובא וכיתנא מכלל דהסכים הרא"ש לפר"י דרב זביד מוקי למתניתין בצנא ופירי ודוק:

כ המוצא דבר שאין בו סימן וכו' עד סוף הסימן. נראה דאע"ג דבמוצאו במקום שאין ת"ח מצויין שם וכו' אינו חייב להכריז מ"מ אם הת"ח מרגיש שאבד דבר ששבעתו העין אינו מתייאש ואם יבוא ויאמר אע"פ שאיני יכול ליתן סימן יש לי בו טביעות עין בכלי שאבדתי חייב להראותו לו ואם אמר שלי הוא מחזירין וכך נראה מבואר מפשט דברי הרמב"ם הביאו ב"י והסכים לזה:

סימן רסג

א המוצא דבר שהוא מתבייש להחזירו וכו'. משנה שם מצא שק או קופה אם אין דרכו ליטול ה"ז לא יטול ולכאורה משמע דהכי קאמר אם הוא אדם חשוב שאין דרכו לטלטל קופה ושק ה"ז לא יטול כלל אבל רש"י פירש דלא קאמר אלא באדם שאין דרכו להכניסה מן החוץ לבית שימור דהשתא כיון דאפילו בשלו היה מניחה בחוץ אף ע"פ שתגיע לידי הפסד ולא היה מחזירה לבית שימור הילכך פטור ג"כ מלהשיב לחבירו והיינו דקאמר רבא בגמרא כל שבשלו מחזיר בשל חבירו נמי מחזיר כלומר אפילו אם הוא אדם חשוב ואין דרכו כלל לטלטל שק וקופה מכל מקום מפני הפסד ממון היה נוטלה ומכניסה מן החוץ לבית שימור שלא תאבד זה חייב ג"כ בהשבת אבדת שק וקופה אבל אם היה מניחה שתגיע לידי הפסד גם בשל חבירו אין צריך להחזיר וכך הם דברי הרמב"ם ורבינו: ואם אין דרכו ליטפל בה בעיר וכו' עד סוף הסי' כתב ב"י שדעת הרא"ש היא ט"פ גירסת הספרים שאפילו בשדה

אינו חייב להחזיר ורבינו שכתב לדעתו יחזירנה מן השדה וכו׳ לא דק עכ״ל ושרי ליה מאריה דמדהביא הרא״ש דברי האלפסי וגירסתו ופי׳ דבריו במסקנתו ודאי הכי ס״ל להרא״ש כי זה הוא דרכו של רבינו בפסקיו שכך הוא מסקנתו כאשר הביא באחרונה: ומ״ש אלא יחזירנה מן השדה עד שיביאנה לעיר ואז יניחנה. לא קשיא מהכישה נתחייב בה דלא אנקטה נגרי ברייתא דאדרבה הוליכה למקום המשתמרת יותר מבשדה כ״כ באשיר״י ע״ש:

סימן רסד

ב הניח אבידתו וכו׳ אין לו אלא שכרו. וא״ת ולימא ליה מהפקירא קא זכינא כדאמר בסמוך סעיף ו׳ גבי דבש כבר פי׳ רש״י בפ׳ בתרא דב״ק דמיירי הכא דגם בעל החמור היה יכול להציל חמורו ע״ש (בדף קט״ו תחלת ע״ב) וכ״כ התוס׳ בפ׳ א״מ (דף ל״א) בד״ה אם יש שם ב״ד וז״ל דהא דאין לו אלא שכרו ואינו משלם לו דמי חמורו שטבע י״ל כשהיה יכול להציל ע״י הדחק דאי לאו הכי מצי א״ל מהפקירא קא זכינא ועי״ל כיון שבעל החמור שם יכול לומר הייתי שוכר פועלים להצילו עכ״ל ומתירוץ השני נראה מבואר דס״ל לתוספות דאפילו לא היה הוא יכול להציל כלל לא מצי האי למימר מהפקירא קא זכינא ולא דמי לדבש דלא היה אפשר להצילו כל עיקר על ידי שום אדם מה שאין כן הכא דהיה שוכר פועלים להצילו וכך נראה מדברי רבינו שכתב בסתם כשהיה בעל החמור שם ולא התנה אין לו אלא שכרו ולא חילק אלמא דאפילו לא יכול להצילו כלל נמי אין לו אלא שכרו ומשום הכי כשלא היו הבעלים שם דלא מצי למימר הייתי שוכר פועלים להצילו צריך ליתן לו דמי חמורו דשכר זה הוא מן הראוי מאחר שהפסיד על ידו את חמורו וכ״כ הרא״ש ס״פ א״מ ולמדה מהשבת אבדה כשאין הבעלים שם דאם הוא עסוק במלאכה והניח מלאכתו דשמין כמה אדם רוצה לפחות משכרו ויניח מלאכתו ולטרוח בהשבת אבדה זו ונותנים לו אפילו עלתה השומא עד כדי דמי אבדה שזה הוא מן הראוי וכדכתב רבי׳ בסמוך בסימן רס״ה ה״נ הוא מן הראוי לשלם לו דמי חמורו שהפסיד על ידי שהציל את חמור חבירו והניח את שלו ולא קשה כיון שאין הבעלים לשם ואין מי שישכור פועלים אם כן לימא מהפקירא קא זכינא כמו בדבש דשאני דבש שהוא נפסד מיד ואין לו הצלה אלא ע״י זה הילכך הוי הפקר אבל חמור שטבע שאפשר להצילו ע״י כמה פועלים אין זה אלא כשאר אבדה שאפשר להציל וכל ישראל מחוייבים להציל בחנם אם אין לו הפסד ביטול מלאכה ואם יש לו הפסד משלם לו כפועל בטל שזהו מן הראוי הילכך כאן נמי משלם לו הראוי דהיינו הפסד חמור בלבד ועיין במ״ש בסימן שאחר זה:

סימן רסה

א הרואה את האבידה וכו׳ עד סוף הסימן. הכל מפסקי הרא״ש סוף פ׳ א״מ ואיכא למידק דכאן כתב ואם אינו שם ולא ג׳ שלו קודם ופי׳ התוספות בפרק א״מ דהטעם הוא לפי שאם ישיב לא ישלם לו כל מה שהיה משתכר במלאכתו אלא משלם לו כפועל בטל בלבד ומאי שנא משטף נהר את חמורו וכו׳ בסימן הקודם דאם אינו שם ולא ג׳ חייב לשלם לו כל דמי חמורו ויש לומר דכי היכי דבעוסק במלאכה תקנו חכמים שישלם לו כפועל בטל אם אינו שם ולא ג׳ דזהו מן הראוי הכי נמי גבי שטף נהר חמורו מן הראוי הוא לשלם לו הפסד חמורו וכאן וכאן אינו חייב לא להניח את מלאכתו ולא להפסיד את חמורו אלא אם רצה בכך ועושה מעצמו מיהו איכא לפלוגי בינייהו דבעוסק במלאכה באומר לו השב ואתן לך כל שכרך חייב להשיב אף אם לא ירצה אבל גבי חמור אפילו באומר לו הצל את חמורי ואתן לך כל הפסד חמורך או אפילו אתן לך יותר ממה ששוה חמורך יכול הלה לומר בחמור שלי אני רוצה ודכוותיה גבי חבית של יין אפילו יאמר לו שפוך יינך והצל את דבשי ואשלם לך דמי יינך יכול הלה לומר ביין שלי אני רוצה דלא דמי למלאכה שאינה אלא לשכרה ולא צריך לגופה של מלאכה אבל כאן הוא צריך לגופו של חמור וגופו של יין מיהו ודאי היכא שהוא עושה סחורה בחמור וביין דין חמור ויין כעושה מלאכה וכשמשלם לו הפסד חמורו והפסד היין חייב להשיב אף אם לא ירצה והשתא ניחא דלא קשיא למה לא כתב רבינו דין זה דחייב להשיב אף אם לא ירצה אצל חמור ויין והיינו משום דלא פסיקא ליה דאיכא לפלוגי בין שהוא צריך לגוף החמור והיין לבין עושה סחורה בהם בלבד וכן גבי דין מעבורת והיה צייד איכא לפלוגי בין צריך לדגים לעושה מלאכת צידה להשתכר בלבד נראה לי ודוק:

סימן רסו

א אבידת כותים היתה מותרת כצ״ל: ואם יש חילול השם וכו׳. פירוש כגון שנודע שישראל מצאה ואיכא חילול השם אם לא יחזיר שיאמרו כותים ראו שאין אמונה בישראל שהם משקרים וגוזלים ומשמע דהיכא דלא נודע שישראל מצאה דליכא חילול השם אם לא יחזיר לא היה חייב להחזיר: ומ״ש בשם הרמב״ם דאם מחזיר ה״ז משובח. למד כך מעובדא דשמעון בן שטח דאיתא בירושלמי וסבירא ליה להרמב״ם דההיא דפרק הנשרפים דאסור

להחזיר אבדה וכו׳ היינו דוקא היכא דאינו עושה כך אלא כדי להחזיר לכל אחד את שלו דמראה בעצמו שאינה חשובה לו השבת אבדה למצות בוראו שאף להם עושה כן שלא נצטוה עליהם אבל אם עושה כך לשם מצוה כדי לקדש את השם שיפארו את ישראל הרי זה משובח׃

ה מי שמודר הנאה וכו׳. עד או איפכא יפול השכר להקדש. בכאן קיצר רבינו וכתב כלשון סתם משנה בפ׳ אין בין המודר המודר הנאה מחבירו שוקל לו את שקלו ופורע לו חובו ומחזיר לו את אבידתו מקום שנוטלין עליה שכר תפול הנאה להקדש ע״כ במשנה אלא דבגמ׳ אסיקנא דדוקא בששניהם אסורים זה ע״ז התם הוא דבעינן שתפול הנאה להקדש אבל כשהאחד בלבד הוא שאסור על חבירו איכא תקנתא אחריתא וכדכתב רבינו כבר בביאור בי״ד סימן רכ״א ועל כן קיצר כאן ונקט מילתא דפסיקא דבמה שיפול שכר להקדש ניחא בכל גווני׃

ו חתול רע וכו׳. איכא למידק דכיון שאמר רבינו דאין בו משום גזל למה צריך למימר דאין צריך להשיבו לבעליו וכה״ג פריך תלמודא בס״פ מרובה ופריק רבינא לעורו ופי׳ התוספות לומר שאם מצאו מת אין חייב בהשבת העור ורבינו כיון דכתב דזוכה בעורו אם כן לא צריך לפרש דא״צ להשיבו לבעליו וי״ל דזוכה בעורו שכתב רבינו אינו אלא לאורויי דאף כשהורגו זוכה בעורו. ומ״ש תחלה דא״צ להשיבו לבעליו היינו לומר דכשמצאו מת א״צ להשיבו לבעליו משום עורו אלא דאח״כ אמר עוד שכשהוא חי אין בו משום גזל ואם כן פשיטא דמותר להרגו ולא היה צריך לפרש אלא דמ״מ קאמר דמותר להרגו לאורויי דכל המוצאו הורגו וגם כשהורגו זוכה בעורו דלא תימא כיון שהורגו בידיו חייב להשיב העור קמ״ל דלא ובזה בא רבינו ליישב מה שהקשו התוס׳ וז״ל וקצת תימה כיון דאשמועינן דאין בו משום גזל למאי איצטריך הך דמותר להרגו עכ״ל דלפי דברי רבינו ניחא דאתא לאורויי דהורגו וזוכה נמי בעורו ודו״ק׃

סימן רסז

א כיצד מצות השבה וכו׳. הא דכתב בשם הרמב״ם איתיה בפ׳ הכונס (בבא קמא דף נ״ז) וכך פסק בהגהות אשיר״י סוף פ׳ אלו מציאות וע״ל בסי׳ רס״ג במ״ש ב״י לדעת הרמב״ם בדין טיפול בעלי חיים׃

ג ואם אינו מכיר את הבעלים מכריז עליה ותניא וכו׳. פי׳ מביא ראיה שצריך עכשיו להכריז עליה דכיון דלא התקינו דסגי בהודעה לשכניו אלא מפני האנסין א״כ היכא דליכא למיחש לאונסא צריך להכריז׃

ד וכיצד מכריז וכו׳ ותניא וכו׳. פי׳ מביא ראיה דמחזיר בסימן מובהק לכל אדם שהרי בברייתא קתני בראשונה היה נותן סימן ונוטלה משמע סתם סימן אפי׳ אינו מובהק והתקינו שיביא עדים שאינו רמאי ויטול בסימן שאינו מובהק מכלל דבסימן מובהק מחזירין לכל אדם והרמב״ם מפרש דברייתא בסימן מובהק קאמר אבל הרא״ש חולק על דבריו וז״ל ת״ר בראשונה וכולי הבא עדים שאין אתה רמאי וטול אבל בסימן מובהק יראה שמחזירין לכל אדם ולא איירי אלא בסימן שהיו מחזירין בהן בראשונה עכ״ל וסימן מובהק דקאמר הרב רבינו אשר הכא היינו סימן מובהק גמור דחשיב טובא כאילו היו עדי אריגה דאפי׳ לרמאי מחזירין׃ ומ״ש הרא״ש קודם זה דלרב נחמן דקיי״ל כמותו דגלימא מכריז מתניתין דקתני אמר את האבדה ולא אמר סימניה פירוש דלא אמר סימנים מובהקין שראוי להחזיר על ידם אבדה אלא סימן חיורי וסומקי דאלמא דאפילו באינו רמאי מצריך סימן מובהק לאו מובהקין ממש קאמר וכ״כ התוס׳ (דף כ״ז) בד״ה ואנא יהיבנא ע״ש ועלה דהני דלאו מובהקין ממש תני בסיפא והרמאי אע״פ שאמר סימניה לא יתן לו אבל בסימנין מובהקין ממש לא איירי מתניתין דפשיטא דאפילו לרמאי מחזירין אלא דאיכא לתמוה במ״ש התוס׳ קודם זה אהא דפשיט תלמודא דסימנין דאורייתא מדתניא והיה עמך עד דרוש אחיך אותו וכי תעלה על דעתך שיתננו לו קודם שידרשנו אלא דרשהו אם רמאי הוא או אינו רמאי מאי לאו בסימנין לא בעדים והבינו התוס׳ שם דה״ק מאי לאו דלרמאי לא יחזיר אלא בסימנין ולכן הקשו דהא במתני׳ דריש מהאי קרא דלא יחזיר אף בסימנין ונדחקו לפרש דקרא דקדריש במתני׳ אסמכתא היא כדקתני עלה בברייתא משרבו הרמאים התקינו אבל הכא משמע ליה שהוא דרשה גמורה מדקאמר וכי תעלה על דעתך וכו׳ ועוד יש לומר דבמתני׳ מיירי בידוע שהוא רמאי לכך צריך עדים אבל הכא מיירי בסתם בני אדם עד כאן לשונו ותימה היאך קס״ד דלרמאי לא יחזיר אלא בסימנים מכלל דלאינו רמאי יחזיר אפילו בלא סימנין דאם כן למאן דאמר גלימא מכריז אמר איהו גלימא ואמר איהו גלימא היאך יחזיר לו בלא סימנין דאם תפרש דאמר איהו חיורי וסומקי אם כן מתניתין דתנן אמר את האבדה ולא אמר סימניה דמפרש בגמרא דלא אמר סימנין מובהקין דידה כי אם כסימנים דסומקי וחיורי כמו שפי׳ התוספות אלמא דבאינו רמאי לא יחזיר בסימנין דסומקי וחיורי והשתא כי היכי דקשיא להו לתוס׳ קושיא זו דמשנה אברייתא ברמאי כך הוה להיו להקשות באינו רמאי וצריך לדחוק ולומר דאה״נ דבכח קושייתם ברמאי הוי נמי הך קושיא באינו רמאי ובתירוצם מיתרצא נמי הך קושיא אכן לפע״ד קושייתם אין לה התחלה ואינה צריכה לתירוץ ותלמודא הכי קאמר מאי לאו הך דדרשהו אם הוא רמאי בסימנין קאמר דאם הוא רמאי לא ישיב לו בסימנין אלמא דסימנין דאורייתא מדחייב להחזיר בסימנין לאינו רמאי ופריק לא

בעדים וקרא הכי קאמר דלרמאי לא תחזיר לו אלא בעדי נפילה ולאינו רמאי תחזיר לו אפי׳ בעדי אריגה אבל בסימנין לא יחזיר אפילו לאינו רמאי דסימנין לאו דאורייתא ולהך אוקימתא מתניתין נמי הכי קתני אמר את האבידה ולא אמר סימניה מובהקין ממש דידה דהוי כמו עדי אריגה כגון נקב יש בצד אות פלונית וכיוצא בזה לא יתן לו והרמאי אף בכך לא יתן לו עד שיביא עדי נפילה והשתא ניחא דהתיישב בלי דוחק ולפי זה הא דקאמר תלמודא ומאי לא אמר סימניה דלא אמר סימנין מובהקין דידה דפירשו התוס׳ דלאו סימנין מובהקין ממש קאמר ואליבא דמסקנא דסימנין לאו דאורייתא ומתני׳ דרשא גמורה קאמר ולאו אסמכתא ובאינו רמאי בעינן מובהקין ממש כמו עדי אריגה וברמאי לא מהני מובהקין ממש ולא עדי אריגה ולא יחזיר אלא בעדי נפילה כנלפע״ד שהיא דעת הרמב״ם שכתב באינו רמאי לא יחזיר עד שיאמר סימנין מובהקין פירוש מובהקין ממש דהוי כמו עדי אריגה וברמאי אף על פי שאמר סימנין מובהקין אין מחזירין לו עד שיביא עדים שהיא שלו פירוש עדי נפילה ומ״ש הראב״ד וז״ל סימנין מובהקין וכו׳ א״א לאפוקי חיורי וסומקי קאמר ועל שהיא שלו וכו׳ א״א סימן מובהק לגמרי עכ״ל אין זה אלא השגה על הרמב״ם דסבירא ליה להראב״ד דבאינו רמאי סגי בסימנין מובהקין חשובים כגון מדת ארכו ורחבו אע״פ שאינן מובהקין ביותר וקרינן להו מובהקין לאפוקי חיורי וסומקי וברמאי סגי בסימן מובהק לגמרי כגון נקב יש בצד אות פלונית ולא בעינן עדי נפילה והיא דעת הרא״ש ז״ל אבל הרמב״ם לא ס״ל הכי אלא דבאינו רמאי בעינן סימן מובהק לגמרי וברמאי בעינן עדים שמעידין שהיא שלו וכך הבין רבינו והוא האמת והכי נקטינן ועיין בדברי ה״ה שנראה מדבריו שלא הבין כך מדברי הרמב״ם והראב״ד׃

ט נתנו שניהם סימנים וכו׳ ומיהו א״א הרא״ש כתב אותו שהעד מעיד כנגדו ישבע וכו׳. בפ׳ א״מ כתב כך מיהו בנ״י חולק על זה וכתב דמדקאמר כמאן דליתיה דמי אינו מחוייב שבועה לומר שהכלי שלו אע״פ שזה מעיד כנגדו משום דאפילו ישבע להכחישו לא נעמיד הכלי בידו ואמאי ישבע אלא כמאן דליתיה הוא עכ״ל והכי מסתברא׃

יז מצא כסות וכו׳ אפי׳ לצרכה לבד שמא תגנב. אע״ג דבגמ׳ קאמר דמיקלי קלי לה אי משום עינא אי משום גנבי וכ״כ הרי״ף והרא״ש רבינו נמשך אחר דברי הרמב״ם בפי״ג מגזילה שלא כתב אלא טעם שמא תגנב שהוא יותר מתקבל׃

יח כלי עץ ישתמש בהן לצרכן וכו׳ אע״ג דבברייתא לא תני לצרכן אלא סתמא תני המוצא כלי עץ משתמש בהן כדי שלא ירקבו וכ״כ הרמב״ם בסתם ס״ל לרבינו מדתני הכא טעמא כדי שלא ירקבו אלמא דאתא לאורויי דדוקא לצרכן כדי שלא ירקבו ואם לאו לא ישתמש בהם כלל ולכן לא ישתמש בהן אלא מעט דבהכי נפקא מחששא דרקבון ולא קשה דמדתני הכא דבכלי עץ ישתמש בהן וכן בכלי נחושת וכסף ומגרפות וקרדומות דאלמא דלצרכו ולצרכה שרי ומ״ש דבכסות נקטינן דכיון דלא איפשיטא בעיין אזלינן לחומרא יש לומר דגבי כסות הוי טעמא דאיסורא דשמא לאחר שיספיק לה השיטוח לצרכה אסח דעתיה מינה ויניחנה כך שטוחה לצרכו ובקל תתקלקל אבל בכלים שאין משתמש בהם אלא לצרכן לא אסח דעתיה מינייהו ולא ישתמש בהם יותר מכדי צרכן והכי משמע באשיר״י עיין שם ורבינו כתב גבי כלי עץ שלא ישתמש בהן אלא לצרכן מעט והוא הדין בכלי נחושת וכסף ומגרפות וקרדומות ודכוותייהו בספרים דשרי לקרות בהו כדי שלא יחעפשו דהיינו לצרכו ולצרכה ובלבד שלא יהא בענין שיבוא להשהותו לפניו יותר מכדי צורך הספר׃

יט ומ״ש וכדרך וכו׳ כך אמרו בפקדון שהלכו בעליו למ״ה. וכתב עליה הרא״ש דאי ישנו בעיר אין הנפקד חייב ליטפל בו מאחר שהמפקיד יכול לשמור חפציו שלא יתקלקלו עכ״ל נראה מדבריו שכל שהוא בעיר אחרת חייב הנפקד ליטפל בו ותלמודא דנקט מ״ה לאו דוקא מ״ה והכי מוכח ממ״ש בסמוך סעיף כ״א שכתב וכן הכין נמי במי שהפקידוהו ספר ואין הבעלים בעיר׃

כ מצא ספרים וכו׳ ולא יהיו ב׳ קורין וכו׳ אבל ג׳ בשני עניינים אין קורין נראה דלאו דוקא שני עניינים קאמר דא״כ האחד קורא בענין אחד ושנים קורין בעין אחד ופשיטא דלא דאכתי ב׳ קורין ביחד בע״א אלא רצונו לומר דג׳ אפילו בהרבה עניינים אין קורין אף על פי דכל אחד מהג׳ קורא בפני עצמו בענין מיוחד דכיון דג׳ הן איכא משמוש וטשטוש מרובה וחיישינן לקריעה טפי׃

כב מצא בעלי חיים וכו׳ עגלים וסייחים וכו׳ כתב הרא״ש רב אלפס גורס בעגלים וסייחים ובאווזים ותרנגולים מוכרן בבית דין ולא ידענא טעמא מאי עכ״ל. וב״י כתב דטעמו דבבהמה גסה וכן כל דבר שעושה ואוכל שם דמיהן עליו והרי הוא שלו ושל בעלים בשותפות והשכר לאמצע כדכתב הרמב״ם אבל בעגלים וסייחים וכל דבר שאינו עושה ואוכל אין לומר בהם שם דמיהן למחצה שכר מפני איסור רבית וכדאיתא בפרק א״נ הילכך צריך לגרוס מוכרן בב״ד ולפי זה הא דכתב רבינו ע״ש הרמב״ם דשם דמיהם עליו וה״ה בשותפות אינו אלא בפרה וחמור וכל דבר שעושה ואוכל כגון תרנגולת המטלת ביצים אבל בעגלים וסייחים ואווזים ותרנגולים זכרי׳ מוכרן בב״ד וכן כתב הרמב״ם להדיא שם ורבינו קיצר במקום שהיה לו לבאר ומצאתי

להרב מהר״ל מפראג שכתב טעם אחר לדברי רב אלפס דבדבר שאינו עושה ואוכל דטיפולו מרובה ויכול למוכרן אפילו בפחות צריך ב״ד אבל דבר שעושה ואוכל אין למכרו אלא בשייו א״צ ב״ד ע״כ:

כד מה יעשה בדמים וכולי. וזהו לשיטתו וכו׳. פירוש כיון דבאבדה עצמה הוי ש״ש ממילא אע״פ שאינו רשאי להשתמש בה א״כ בדמי אבדה שהוא יכול להשתמש בהן אנו מעלין אותו מדרגה אחת וחייב באונסין שהרי הן אצלו כשאלה כדכתב בפי״ג מגזילה אבל במוכר פקדון דבפקדון עצמו הוי ש״ח בדמי פקדון שהוא יכול להשתמש בהן סגי אם נחייבנו כש״ש מפני שיכול להשתמש בהן כדכתב בפ״ד דשאלה אבל להרא״ש דאינו אלא שומר חנם על האבדה דין האבדה ודין הפקדון שוה דבדמיהן שהוא יכול להשתמש בהן סגי אם נחייבנו כש״ש:

סימן רסח

א המוצא מציאה וכו׳ פי׳ חכמים תקנו שיקנו לו ד׳ אמותיו מדין חצר ובבאו שנים כא׳ קנו מידו מדין חצר של שניהם ומש״ה כתב הראב״ד דבהלך לא תקנו דס״ל חצר מהלכת דלא קנה אבל סברת הרא״ש כיון דמשום דלא ליתו לאינצויי תיקנו רבנן דליקני אין חילוק דאל״כ אכתי אתו לאנצויי:

ו ומ״ש ואצ״ל וכו׳. אריאשא דמילתא קאי דד״א קונות בתקנת חכמי׳ מדין חצר ואצ״ל חצרו ממש דקונה לו: אבל אם אינו יכול להגיען אז אינן משתמרין וכו׳ כצ״ל: ובספר ישן איתא אבל אם אינו יכול להגיען שאינן משתמרין וכו׳: והרמב״ם כתב אפילו (עוד) בתוכו וכו׳ כצ״ל. וכך הוא בסי׳ רע״ג סעיף י״ב בדברי הרמב״ם ע״ש:

סימן רסט

א המגביה מציאה וכו׳ או אפי׳ הגביה הגביה האחד ראש האחד תחלה ובא הב׳ והגביה ראש השני קנאוה שניהם. פי שהראשון לא הגביה אלא ראש האחד והראש השני לא היה מוגבה ג״ט מן הקרקע מכחו דהו״ל כאילו ראש השני מונח ע״ג הקרקע הילכך כשבא השני והגביה ראש השני הו״ל כאילו שניהם הגביהו ביחד ואצ״ל אם ראש השני לא היה מוגבה מן הקרקע מכח של ראשון כל עיקר אבל אם היה גם ראש השני מוגבה מכחו ג״ט מן הקרקע כבר קנאה הראשון אע״פ דאח״כ נפל ראש השני על גבי הקרקע אין לשני שום זכייה בה ויתבאר בסמוך סעיף ד׳:

ג הגביה חרש לפקח לא קנה ולא עוד וכו׳. פי׳ לא מיבעיא דהגבהה דחרש לא מהני לפקח כשלא הגביה אלא לפקח לבדו אע״ג דלחרש גופיה מהני הגבהה דנפשיה לו בלבדו אלא אפילו לנפשיה נמי לא מהני כגון שהגביהו חרש ופקח ביחד דמתוך שלא קנה פקח לא קנה חרש וכ״כ הרמב״ם פי״ז מגזילה ואיתא בפ״ק דמציעא (דף ח׳) וכ״ת מ״ש מב׳ חרשין דעלמא התם תקינו להו רבנן דלא ליתו לאינצויי הכא מימר אמר פקח לא קני אנא אקנה: ומ״ש ואם חטפה אחר מידם קנהו. כ״כ הרא״ש ופשוט הוא: ומ״ש ופי׳ הראב״ד דוקא שלא הגביה פקח וכו׳. נראה דר״ל דכשלא הגביה פקח כדי שאם יניח אותה החרש שתיעקר מע״ג הקרקע התם הוא דפקח לא קנה וחרש נמי לא קנה אפילו הגביה החרש כ״כ כדי שאם יניח אותה הפקח שתיעקר מע״ג הקרקע אבל אם הגביה אותה הפקח כ״כ כדי שתיעקר מע״ג קרקע אם יניח אותה החרש השתא קנה הפקח בחד צד דהיינו היכא שהחרש לא הגביה כ״כ דלא אתו לאינצויי כיון דאיכא למיהב טעמא מפכי מה קנה פקח ולא חרש אבל אם גם החרש הגביה כ״כ כמו הפקח לא קנה לא זה ולא זה דכיון דשניהם שוין בהגבהתה אי אמרינן דפקח קנה וחרש לא קנה אתו לאינצויי נ״ל:

ד טלית שמונח חציה ע״ג עמוד שגבוה ג״ט וכו׳. בפ״ק דמציעא (דף ט׳) ס״ל לתלמודא בפשיטות דאע״ג דיכול לנתקה כל כמה דלא נתקה לאו הגבהה היא ומש״ה צריך שהעמוד גבוה ג״ט דאם אינו גבוה ג״ט אפילו נתקה לאו הגבהה היא כיון שלא הוגבה מכחו ג״ט מן הקרקע וכ״כ התו׳ והרא״ש שם אלא דמ״ש רבינו דאם הטלית מונח ע״ג דף וכו׳ איכא למידק דמתחלה כתב ועלה מכחו ג״ט קנה ואח״כ כתב אבל לא עלה מכח הכאתו למעלה וכו׳ משמע דאם עלה למעלה אפי׳ במקצת נמי קנה והכי משמע מדברי התוס׳ דכתבו דדין זה נפקא לן משילהי שילוח הקן דקאמר זיל טרוף אקן דליגבינהו וליקנינהו דהתם נמי הוגבהו על ידו יותר ממה שהיה תחלה שהרי קצת מפריחים למעלה לכך קני עכ״ל אלמא דלא צריך שיעלו מכחו ג״ט וכ״כ הרא״ש בסתם דמוכח מההיא דקן דקני כיון שהוגבהו וכו׳ וי״ל דרבי׳ לא קאמר והכה בדף ועלה מכחו ג״ט אלא בדף המונח ע״ג הקרקע הילכך בעינן שיעל׳ מכחו ג״ט מן הקרקע דליהוי הגבהה. ומ״ש אחר זה אבל לא עלה מכח הכאתו. למעלה דאלמא דבעלה למעלה קצת קנאו היינו כשהדף גבוה ג״ט מן הקרקע כמבואר בדבריו דהשתא אפי׳ בעלה מכחו קצת היה מוגבה מכחו ג״ט מן הקרקע ולהכי בקן שהוא גבוה מן הקרקע דבטריף אקן דמפריחן קצת למעלה קני כיון שהוגבהו ג״ט מכחו מן הקרקע ואז אפי׳ נפל אח״כ לארץ כבר זכה בהם מיד כשעלו קצת מכחו אבל לא עלו כלל אלא דרך ירידה נפל מן הדף לארץ אפילו שהדף גבוה ג״ט לא קנה דהיינו דין עני המנקף בראש הזית דלא קנה אע״פ שהוגבה מכחו ג״ט כיון דלא עלה

מכחו כלום וגם אין ראש האחד עדיין בידו ולא דמי לטלית שנתקו מע״ג העמוד שגבוה ג׳ דקנאו אע״ג דלא עלה מכחו כלל דהתם הראש האחד עדיין בידו כשהוגבה מכחו ג״ט ודו״ק:

ו ראה את המציאה וכו׳ ואין המגביה נאמן לומר לצרכי הגבהתיה. אע״ג שזה אינו מפורש בסוגיא מוכרח הוא מדמפליג במשנתינו לגבי תנה לי בין אמר אני זכיתי בה מקמי שנתנה ליד הרואה לאמר אחר שנתנה ולא קא מפליג נמי באומר לחבירו זכה לי בין הגביה בסתם ובין אמר דמגביה לצורך חבירו ואידי ואידי מקמי שנתנה מכלל דאין חילוק אלא בין תנה לי לזכה לי דבתנה לי לא זכה בה חבירו אפילו הגביה בפירוש לצורך חבירו ובזכה לי זכה בה אפילו בסתם והכי משמע ממ״ש ה״ה רפי״ז דה׳ גזילה דהטעם כיון שאמר זכה וזה שתק ה״ז מגביה מציאה לחבירו וקנה חבירו ביאור לדבריו דכיון דשתק הרי הודה לשליחותו וכשהגביה בסתם בודאי לחבירו הגביהה ושוב לא מצי הדר ביה ואפילו לגבי איסורא אמר ריש פ׳ האשה רבה בע״א אמר אכלת חלב והלה שתק דשתיקה כהודאה דמיא ומיחייב קרבן ואינו נאמן לומר אח״כ לא אכלתי ולא מייתי חולין לעזרה והכי מוכח ר״פ המפקיד דכל היכא דלא מצי למימר טעמא דמתקבל לעיני ב״ד מפני מה שתק אמרינן דשתיקה כהודאה דמיא וכך פסק בהגהות אשיר״י לשם והכי כתב נ״י פ״ק דב״ק מדשתיק רב אלמא דחזר בו והודה דשמין לשואל דכתב הרמ״ה עלה זה אב בכל התלמוד דשתיקה כהודאה דמיא עכ״ל:

סימן רע

א מציאת חרש שוטה וקטן וכו׳. בפרק הניזקין:

ג מציאת בנו ובתו הסמוכים על שולחנו וכו׳. פסק כרבי יוחנן בפ״ק דמציעא (דף י״ב) ור״ל דבין בגדולים בין בקטנים כשסמוכים על שולחנו הן שלו בכל ענין אבל באינן סמוכין על שולחנו איכא צד שאפילו בבתו הקטנה אינן שלו כגון שנשאת ונתאלמנה או נתגרשה דכיון דנשאת שוב אין לאביה רשות בה דקרינן לה יתומה בחיי האב וז״ש רבינו בסמוך ובנו ובתו שאינם סמוכים על שולחנו אפי׳ הן קטנים וכו׳: ומ״ש ומציאת בתו נערה אפילו אינה סמוכה על שולחנו. כתבו התוס׳ לשם דטעמא משום איבה שלא יקדשנה למנוול ומוכה שחין: ומ״ש ואפילו היתה מכורה לאחר לאמה. כלומר ואפילו היא קטנה ומכורה לאחר לאמה שאינה סמוכה על שולחנו אפ״ה מציאתה לאביה מהך טעמא דאי בעי מסר לה למנוול ומוכה שחין כגון שלא יעדה האדון לו או לבנו דהלכה כת״ק דרבי שמעון דמוכר אדם את בתו לאישות ושונה לשפחות ושונה לאישות אחר שפחות אבל לא לשפחות אחר אישות וכך פסק הרמב״ם פכ״ד דהלכות עבדים ופרש״י לאישות אחר שפחות מכרה בקבלת קידושין אחר שמכרה לשפחות ויצאה וחזרה אליו אלמא דאפי׳ מכורה לאחר לאמה היא ברשות אביה למסרה למוכה שחין ולפיכך מציאתה לאביה וה״א להדיא בפ״ק דמציעא:

ד ומציאת פועל נמי לעצמו וכו׳ עד סוף הסימן. כבר האריך ב״י בפי׳ דברי הרמ״ה ואין ספק שכאשר כתב ב״י כן הוא האמת דהרמב״ם ס״ל דהא דמציאת פועל לעצמו כששכרו בסתם אינו אלא במצא מציאה בשעה שעוסק במלאכתו אבל בהוליכו ללקט מציאות אע״פ ששכרו סתם מציאותיו לבעל הבית אלא דצריך לבאר מנ״ל להרמ״ה לחלק ודילמא דוקא דשכרו מתחלה ללקט מציאות התם הוא דקאמר רב פפא דמציאתו לב״ה אבל בשכרו סתם אימא לך דמציאתו לעצמו אפילו הוליכו ללקט מציאות ונראה דהוקשה לו להרמ״ה בהא דתניא מציאת פועל לעצמו בד״א בזמן שא״ל נכש עמי היום עדור עמי היום אבל אם א״ל עשה עמי מלאכה היום מציאתו לב״ה דלאוקימתא דר׳ פפא דהא דמציאתו לב״ה כגון ששכרו ללקט מציאות אם כן ברישא לא איצטריך למימר בד״א בזמן שא״ל נכש עמי וכו׳ כיון דאפילו בדא״ל עשה עמי מלאכה סתם נמי הוי לעצמו דהא אינו של בע״ה אא״כ בדשכרו ללקט מציאות בפירוש ולכך ס״ל להרמ״ה דרב פפא ה״ק הא דתניא בא״ל עשה עמי מלאכה היום מציאתו לבע״ה היינו ודאי בשכרו סתם אלא שלאח״כ הוליכו ללקט מציאות דדינו כאילו שכרו ללקט מציאות בפירוש דמציאתו לבע״ה אבל בא״ל נכש עמי היום אפילו הוליכו ללקט מציאות הרי אלו שלו והתוס׳ לשם ג״כ הקשו מהך דקתני בד״א שא״ל נכש עמי היום דלא ניחא לשינויא דרב פפא ונדחקו בפירושם ע״ש אבל למה שפי׳ הרמ״ה מתיישב ברווחא:

סימן רעא

א בהמה של הפקר וכו׳. נתבאר לעיל בתחלת סי׳ רמ״א שכדרך שנקנה המקח כך נקנית המתנה ע״ש ובנדרים פ״ד (דף מ״ג) מבואר דהפקר דינו כמתנה:

סימן רעב

א מי שפגע וכו׳. משנה וגמרא סוף פרק אלו מציאות וע״פ דברי הרא״ש לשם

ז ולאחר שפרק וטען צריך ללכת עמו מיל תימה דבברייתא (ד׳ ל״ג) איתא בכל הספרים תנא ומדדה עמו עד פרסה ואפשר דרבינו היה גורס עד מיל אבל בספר ב״ה כתב שט״ס הוא בדברי רבינו:

ח היה כהן והבהמה בבה״ק. משנה שם לגבי השבת אבידה ותימה למה לא כתב זה רבינו בדין השבת אבידה וכתבו כאן גבי פריקה וטעינה והרמב״ם כתבו בפי״ז מגזילה גבי השבת אבידה וכתב גם כן בפ׳ י״ג מהלכות רוצח גבי פריקה וטעינה ואפשר דכיון דכתבו גבי פריקה דאיכא נמי צער בעלי חיים דפטור ממילא נשמע דכ״ש דפטור בהשבת אבידה ודוחק: ומ״ש וכן אם הוא זקן ואינו לפי כבודו וכו׳. לאו דוקא זקן אלא לפי שסתם זקן אינו כבודו שיפרוק ויטעון נקט הכי ולגבי השבת אבידה תניא בהדיא דלזקן ואינו לפי כבודו איצטריך קרא והתעלמת פעמים שאתה מתעלם אלא דמ״מ ס״ל לרבינו דוקא היכא שאם היה שלו היה מניחו וכו׳ דאפילו בזקן נמי חייב לפרוק ולטעון היכא דבשלו לא היה מניחו וכ״כ הרמב״ם להדיא לשם ולהכי גם רבינו בסי׳ רס״ג לא הזכיר זקן ואינו לפי כבודו אלא סתם וכתב אם הוא בענין שאילו היה שלו היה מחזירו חייב ליטפל בו וכולי וטעם דבר זה הוא דהאי זקן לאו שקנה חכמה קאמר דה״ה למכובד בעלמא ואי קשיא כיון דצער ב״ח דאורייתא זקן ואינו לפי כבודו למה אינו פורק תירץ בנ״י דכיון דצער ב״ח הותר לתשמישן של בני אדם כ״ש לכבודם בשב ואל תעשה דגדול כבוד הבריות עכ״ל ובזה התיישב דלא קשה לרבינו דפסק דבעוסק במלאכה רשאי ליטול שכר של בטלתו אפילו בפריקה ואינו מחוייב לפחות משכרו ולפרוק אע״ג דצער ב״ח דאורייתא אלא ודאי דלהנאתו הותר צער ב״ח והיא דעת הרא״ש ודלא כמ״ש בנ״י ע״ש הר״ן ומביאו ב״י ע״ש:

י הפוגע בשנים וכו׳ כדי לכוף את יצרו. כתבו התוס׳ בפ׳ אלו מציאות וא״ת כיון דבע״פ מוקי להאי קרא דכי תראה חמור שונאך בישראל שמותר לשנאותו כגון שראה בו דבר ערוה מה שייך בו לכוף את יצרו וי״ל דלא איירי בהך ברייתא בשונא דקרא אלא בשונא דעלמא עסקינן דעביד ביה איסורא כדסני ליה וכ״כ בנ״י ע״ש הרמב״ן אבל בתוס׳ פ׳ ע״פ (ד׳ קי״ג ריש ע״ב) כתבו דברייתא נמי בשונא דקרא איירי אלא דכיון שהוא שונאו גם חבירו שונא אותו דכתיב כמים הפנים לפנים כן לב האדם לאדם ובאין מתוך כך לידי שנאה גמורה ושייך כפיית יצר עכ״ל וכ״כ הרמב״ם סוף הל׳ רוצח וכ״כ הסמ״ג בעשה ס״ס פ׳ פ״א והכי נקטינן דאפי׳ בשונא שמצוה לשנאותו שנראה בו דבר עבירה והתרה בו ולא חזר אעפ״כ הזהירה התורה לרחם עליהם ולעזרם בשעת הצורך: בגמרא פ׳ א״מ איתא ברייתא שונא שאמרו שונא ישראל ולא שונא כותי ומביאו האלפסי שם בפסקיו וה״א בפ׳ ע״פ וכן כתב הרמב״ם סוף הלכות רוצח וא״ת כיון דקיי״ל צער ב״ח דאורייתא מה לי שונא ישראל מה לי שונא כותי וי״ל כיון דקיימא לן וכו׳ לא יהא ממונו וכו׳ והיינו דוקא כשהכותי שם ויתבאר בסמוך בס״ד:

יא קיי״ל צער ב״ח דאורייתא וכו׳. ה״א בפרק א״מ אלא דמדקאמר התם בגמרא לעולם צער ב״ח דאורייתא מי סברת פטור פטור לגמרי דילמא פטור וחייב בשכר וה״ק רחמנא כי איתיה למריה בהדיה עביד גביה בחנם וכי ליתיה למריה בהדיה עביד גביה בשכר ולעולם צער ב״ח דאורייתא משמע להדיא דאי לא בעי למיהב ליה שכר לא מיחייב לפרוק אע״ג דאיכא צער ב״ח וכן כתוב בסמ״ג אבל מלשון רבינו משמע דעכ״פ חייב לפרוק משום צער ב״ח אלא דרשאי אח״כ לקבל שכר ואם לא יתרצה הלה ליתן לו שכר לא מיפטר מלפרוק ומדברי הרא״ש למד כך ע״ש:

יב אין חיוב טעינה אלא בישראל וכו׳. פירוש בטעינה אם אין הכותי שם דליכא נמי משום איבה פטור אבל בפריקה אע״ג דאין הכותי שם וליכא איבה אפ״ה חייב משום צער ב״ח וכשהכותי שם פשיטא דחייב דאיכא משום איבה אבל משום צער ב״ח ליכא דשונא שאמרו שונא ישראל ולא שונא כותי כדפרישית:

טו כתב הרמב״ם בהמת הכותי וכו׳ ואין דבריו מובנים וכו׳. ונראה דדעת הרמב״ם היא דליכא איבה אלא בבהמה ומשאה הכל של כותי אבל בהמת כותי והמשא של ישראל ליכא איבה דמימר אמר כותי על ישראל חבירו אינו חס עלי דידי יהא חס ולפיכך אם כותי מחמר אחר בהמתו אין זקוק לו דליכא משום איבה ובפריקה נמי ליכא משום צער ב״ח כשהכותי שם דשונא שאמרו שונא ישראל וכו׳ כדפי׳ אבל אם ישראל שם חייב לפרוק ולטעון משום צער ישראל דצריך לשהות שם כך פירש״י והא דלא קאמר דחייב לפרוק משום צער ב״ח דאורייתא וכן בסיפא דהבהמה של ישראל והמשא של כותי דקאמר דחייב לפרוק ולטעון משום צער ישראל שצריך לשהות שם ואע״ג דבפריקה איכא נמי משום צער ב״ח נקט טעם דצער ישראל דאיתיה בין בפריקה בין בטעינה ובזה התיישבה השגת רבינו שעל הרמב״ם: כתב ב״י על רבינו יש לתמוה למה לא הקשה על הרישא דליחייב לפרוק משום צער

ב״ח עכ״ל ול״ק מידי דלמאי דפרישית ליכא משום צער ב״ח בבהמת כותי אלא בשאין שם הכותי אבל כשיש שם הכותי רחמנא פטריה דשונא ישראל וכו׳ ומה שלא אמר הרמב״ם טעם צער ב״ח גבי פריקה כשיש הכותי שם היינו משום דנקט חד טעמא לפריקה ולטעינה כדפי׳:

טז חמרים וכו׳ אין חביריו רשאין להקדים ולעבור מעליו וכו׳. וכך הוא ברמב״ם סוף ה׳ רוצח וכן בסמ״ג פ׳ פ״א בעשה אבל בריי״ף ובראי״ש פ׳ אחד דיני ממונות הגירסא ולעבור עליו וכ״נ מהשגות הראב״ד שכתב פי׳ אין חביריו רשאין לדרוס עליו ולעבור אבל אם נפל רשאין ודוקא בחמרו אבל באדם לא עכ״ל לפ״ז נראה דעליו הוא דאין רשאין לדרום אבל רשאין הן לילך מעליו ולהניחו לבדו ואין צריכין להמתין עליו אבל להרמב״ם והסמ״ג ורבי׳ צריכין להמתין וכן הוא בקיצור פסקי הרא״ש:

יח ומ״ש וכן שתי ספינות וכו׳ והאחת קרובה לעבור יותר תדחה לאחוריה אותה שאינה קרובה לעבור. לפי דברי רבינו נראה דקרובה לעיר שהולכת שמה קאמר אבל ברמב״ם ובאלפסי ובאשיר״י גורסין קרובה ורחוקה תדחה קרובה מפני שאינה קרובה ולפ״ז ר״ל קרובה לעירה וכן פי׳ בנ״י:

יט שיירא המהלכת במדבר ועמד עליהם גייס לטרפה וכו׳. כתב במרדכי פ׳ הגוזל ומאכיל תני בירושלמי שיירא שנפל גיים עליה מחשבין לפי ממון וכו׳ כתב הר״י מווינא וז״ל מדלא קתני בירושלמי לטרפה כדקתני הכא בתוספתא אלמא משמע דבטרפה הגייס עסקי׳ ואע״פ שיש לפרש שעמד עליה גייס לטרפה ונתפשרו עמו כמו התוספתא עכ״ל א״ז נראה דמסקנתו דאף ע״פ שכבר טרפו מזה הרבה ומזה מעט אי נמי טרפו ממקצתן בלבד אפילו הכי מחשבין אח״כ לפי ממונם ולא דמי למ״ש מהר״ם במושל שמעליל וברחו מקצתן דפטורין כדלעיל בסי׳ קס״ג דהתם ודאי הבורחין אינן בסכנה אבל בגייס שעמד לטרוף את השיירא כולם בסכנה שאין יכולין לברוח מפניהם הלכך כולם חייבים ליתן כפי החשבון אף על פי שלא טרפו אלא ממקצתן והכי נקטינן:

כ רשאין החמרים וכו׳ ואם אומר תנו לי דמי חמורי שאני רוצה ליקח חמור אחר וכו׳. פי׳ חיישי׳ שמא לא יקח לו חמור והדמי׳ יוציא לצרכים אחרים אלא חביריו לוקחים לו חמור ונותנים לו ואע״פ שיש לו חמור אחר וא״כ בע״כ ישמור עם חביריו אפ״ה יותר מוסר נפשו לשמור על שנים ואיכא גירסא אחרת בספרי רבינו ואם אומר תנו לי דמי חמורי שאיני רוצה ליקח חמור אחר ואיני רוצה לשמור עמכם כבתחלה וכו׳ והיא גי׳ האלפסי והאשיר״י סוף קמא וגי׳ רמב״ם פי״ג מה׳ גזילה וגירסא זו עיקר דלפ״ז ניחא מאי דפריך בגמ׳ פשיטא משא״כ לגירסא הראשונה דלא הוה פריך מידי ועיין בגמ׳ ובפי׳ רש״י סוף קמא:

סימן רעג

ג כתב הרמב״ם ההפקר הרי הוא כנדר ואסור לחזור בו. פירוש שיחזור ויאמר אני חוזר מדיבורי כיון שלא עשיתי קנין אלא הרי הוא כנדר דכתיב בו לא יחל דברו ואע״פ שהוא עצמו יכול לזכות בהן זהו מדין הפקר אבל לא מתורת חזרה:

ד ומ״ש ומהו הפקר שיאמר נכסי אלו יהיו הפקר לכל וכו׳. דנראה מלשונו זה דבדלא אמר אע״פ שהשליך כיסו בר״ה לא הוי הפקר לטעמיה אזיל שכ״כ בפי״א מה׳ גזילה והבאתי לשונו בסימן רס״א אלא דקשיא עליה מהא דקאמ׳ ר״פ א״מ במכנשתא דבי דרי עסקי׳ קב בד׳ אמות דנפיש טירחייהו לא טרח אינש ולא הדר אתא ושקיל להו אפקורי מפקיר להו וכו׳ ותו קאמר התם הכא במכנשתא דבי דרי עסקינן דאבידה מדעת היא אלמא דבסתמא נמי אמרינן דמפקיר להו ואפשר דשאני התם דכיון דנטל לאחר דישה את העיקר ונותרו אלו ולא נטלן גלי דעתיה דלא חשיבי ליה אי נמי נפיש טירחייהו לקבצן וחשוב כאילו אמר בפירוש שיהיו הפקר לכל דמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו שהפקירן אבל בעלמא בסתמא לא הוי הפקר אלא אם כן מפרש דליהוו הפקר ועיין במ״ש בסימן רס״א בס״ד:

ז אמר דבר זה הפקר וכו׳. וכתב עוד ד״ת אפי׳ הפקר בפני אחד וכו׳. פסק כריב״ל לגבי רבי יוחנן בפ׳ אין בין המודר ואיכא לתמוה לדעת הרא״ש דאפילו בינו לבין עצמו הוי הפקר מן התורה דא״כ לא הו״ל לריב״ל לומר ד״ת אפילו באחד הוי הפקר אלא עדיפא מיניה הו״ל לאשמועינן דאפילו בינו לבין עצמו הוי הפקר ד״ת וי״ל דלא קמיירי התם אלא לענין שיהא זוכה בו אחר ואם לא הפקיר בפני שום אדם אלא בינו לבין עצמו לא ידעו בו שיהיו זוכים בו והרא״ש לא קאמר דבינו לבין עצמו הוי הפקר ד״ת אלא להיכא שהשאיל בהמתו לעכו״ם ולא החזירה לו קודם שבת דבמפקירה בינו לבין עצמו אינו עובר עליו אבל לענין זכייה ודאי א״א שיהא זוכה בו אחר כיון שאינו נודע לשום אדם שבעליו הפקירו:

ט דבר של הפקר וכו׳. כך הוא לשון הרמב״ם ספ״ב דנדרים ונראה דגירסתו סוף פרק בתרא דמציעא הבטה בהפקר לא קני אכן מלשון רש״י שכתב שם וז״ל כגון לשמור או להשליך מעלייה לארץ דליכא הגבהה וכו׳ משמע דגורס חבטה בחי״ת וה״א באשיר״י לשם ומבואר כך בתוס׳ ר״פ אין צדין דאהך

דתניא והמקושרין והמנוענעין בכל מקום אסורים משום גזל דפי׳ רש״י דאסורין למוצאן משום גזל דהראשון שקשרן או נענען קנאן בהגבהתן שהפקר נקנה בהגבהה הקשו תוס׳ דלא שייך כאן הגבהה דקישור ונענוע לאו הגבהה הוא ולכך פירשו דה״ט דקנו דחבטה קונה בהפקר הואיל ומתעסק בהן קצת ובריש מציעא (דף ב׳ בסוף ע״א) כתבו נמי דהבטה בהפקר דקני היינו שעשה מעשה כל דהו כגון שגדר גדר קטן אלמא כיון דבעיא מעשה קצת דגרסינן חבטה בחי״ת אלא דמ״מ קשיא דמשמע דס״ל דהלכתא כלישנא קמא דרבא דחבטה בהפקר קנה וזה שלא כדעת כל המחברים דפסקו כלישנא בתרא דלא קנה ותו קשיא אמאי לא הביאו הפוסקים הך ברייתא דהמקושרים והמנוענעין דאסורים משום גזל ואפשר דס״ל דהך ברייתא ס״ל דחבטה בהפקר קנה דלא כהלכתא ולפי זה צ״ל דס״ל כדעת התוס׳ דאילו לפי׳ רש״י דמקושרין ומנוענעין קנאן לבהגבהה הלכתא היא מיהו צ״ע בפ״ב דב״ק (דף י״ט ע״ב) שפי׳ רש״י לגבי ?דלי קשרו אדם חייב הקושר דקנייה בהגבהה ויש לו להאי דליל בעלים עכ״ל אלמאי דקושר איכא הגבהה איברא דהתוס׳ גם לשם נחלקו על פרש״י אלא דנחלקו מטעם אחר ע״ש וע״ל בסימן קל״ט במ״ש על שם הרמב״ם משמע דביושב אצל הערימה ומביט בה חשיב בה מוחזק ויש לחלק דהתם בשאינו הפקר אלא באומר השלי הוא ע״ש אבל גבי הפקר בין השליכו לארץ בלא הגבהה דהיינו חבטה בין ששב אצלו והביט בו לא קנה וכ״כ רבינו בסימן רס״ט סעיף ה׳ דאם הטלית מונח ע״ג דף דחבטה בלא הגבהה לא קני ונפקא ליה ממה ששנינו בפרק הניזקין עני מנקף בראש הזית ע״ש ויתבאר בסמוך סעיף י״ד וע״ל בסימן של״ו סעיף ג׳ ובמ״ש לשם בם״ד:

יא כתב הרמב״ם אע״פ באין אדם רשאי וכו׳ נראה דאפילו אם עומד בצד שדהו וכו׳. כבר כתב רבינו מחלוקת זה בסימן רס״ח וחזר וכתבו כאן לאוורויי דאף בכה״ג שהפורס המצודה גרם להיות ניצודין במצודה שלו והמצודה יש לה תוך דאיכא למימר דכליו קונין לו אפ״ה בעל השדה הוא שקנה דבר הניצוד במצודה זו להרמב״ם כדאית ליה ולרבינו כדאית ליה:

יד מי שפירש מצודה וכו׳ והנוטלן ממנה גזלן הוא. פי׳ גזלן דאורייתא אבל אם אינן ככלי אינן אלא גזל מדרבנן וכ״כ לקמן בסימן ש״ע סעיף ט׳ ואיכא למידק דהכא משמע דאינו גזל אא״כ כבר צד ובפרק לא יחפור (בבא בתרא ד׳ כ״א) תניא מרחיקין מצודת הדג מן הדג כמלא ריצת הדג וכמה עד פרסה וקאמר טעמא שאני דגים דיהבי סייארא ופרש״י דגים נותנים עין בהבטתם להיות רגילין לרוץ למקום שיראו שם מזונות הילכך כיון שהכיר זה חורו ונתן מצודה ומזונות בתוך מלוא ריצתו בטוח הוא שילכדנו והוה ליה כמאן דמטא לידיה ונמצא חבירו מזיקו אלמא דהוי גזל מדרבנן אפילו לא לכדו וי״ל דהתם במכיר את חורו אבל בשאר דגים אינו גזל אפי׳ מדרבנן כל זמן שלא צדן: עני המנקף וכו׳. עיין בסימן רס״ד סעיף ח׳ בדין טלית המונח ע״ג דף דנפקא ליה מדין עני המנקף:

טו שחלים הגדלים. מימרא דרב יהודא פרק המקבל (בבא מציעא דף ק״ד) ומשמע דוקא בשחלים שהן מאכל אדם אינן הפקר אלא א״כ מפסידין וכו׳ אבל כל שאר עשבין שאינן מאכל אדם הן הפקר מתנאי יהושע כמו שיתבאר בתחלת הסימן שאחר זה:

טז כל שדה שיש בו כלאים וכו׳ ה״ה הפקר. בריש שקלים תנן באחד משמיעין על הכלאים ובט״ו בו היו מפקירין כל השדה שיש בו כלאים כתב ב״י ויש לתמוה על רבינו למה כתב הרי הוא הפקר דמשמע דממילא הוי הפקר והתם משמע דבית דין מפקירין אותו שדה אבל ממילא לא הוי הפקר עכ״ל ואין זו קושיא שהלא לא נמצא במשנה לשון זה שהעתיק הרב ובט״ו בו היו מפקירין אלא כך שנינו בט״ו בו קורין את המגלה וכו׳ ויוצאין אף על הכלאים אמר ר׳ יהודא בראשונה היו עוקרין וכו׳ התקינו שיהו מפקירין כל השדה כו׳ פי׳ דהתקינו שלאחר שהשמיעו באחד באדר שיהיו נזהרין לנקות השדה מהכלאים אז ילכו אח״כ שלוחי ב״ד לבדוק בשדות וכל שדה שימצאו שם כלאים יהיו מפקירים כל השדה א״כ כל מי שילך לבדוק בשדות ועושה שליחות ב״ד תע״ב שכבר התקינו שכל שלוחי ב״ד ילכו בשדות לבדוק והכי מוכח להדיא בתוס׳ סוף מרובה (בבא קמא דף פ״א) בד״ה כאן לזירים שכתבו התוס׳ וז״ל וא״ת כיון דאיכא איסור כלאים אמאי אסור ללקט והאמרינן בפ״ק דמ״ק התקינו שיהיו מפקירין כל השדה שיש בו כלאים וי״ל דהכא בדליכא שיעורא עכ״ל אלא דס״ל לתוס׳ דבדאיכא שיעורא דכלאים דהיינו אחד מכ״ד ממין אחר מותר לכל אדם ללקט אפילו נטע זה התלתן לזירים שהרי כל השדה הוא הפקר אם כן בע״כ דס״ל לתוס׳ כדס״ל לרבינו שמתחלה התקינו כך שאחר שישמיעו על הכלאים ושלוחי ב״ד יוצאין ומוצאין דאיכא שיעורא דכלאים הרי כל השדה הפקר לכל אדם וכל מי שמוצא כלאים בשדה הוא נעשה שליח ב״ד דשלוחי מצוה נינהו וכך הוא באשיר״י סוף מרובה אלא דמ״מ קשה דמשמע ודאי דאין עושין הפקר אלא א״כ הזהירו והשמיעו תחלה באחד באדר ואחר כך יוצאין שלוחי ב״ד מט״ו ואילך לבדוק בשדות ומפקירין כל שדה וכן כתב הרמב״ם סוף פרק שני דכלאים ורבינו לא כתב שום זמן ויש לומר דזמן שהוזכר במשנה אינו אלא בא״י אבל בח״ל אין התבואה גדילה באדר הילכך אין תלוי דין הפקר במה שמשמיעין תחלה בא׳ באדר אבל פשיטא שאין לשדה דין הפקר אלא א״כ הזהירו תחלה עליו בבתי כנסיות דאין עונשין אלא א״כ מזהירין ולפי שהוא דבר פשוט לא היה צריך לפרש:

סימן רעד

א עוד יש דברים וכו׳ משום תקנת יהושע שנוהגת אף בחוצה לארץ נראה מלשונו דסבירא ליה דיהושע ודאי לא התנה תנאיו אלא בארץ ישראל וכדמשמע מדקאמר תלמודא שעל מנת כן הנחיל להן את הארץ אלא דמכל מקום כבר נהגו לקיים תנאיו גם בחוצה לארץ והיינו כשמואל סוף פרק מרובה דהלכתא כוותיה בדיני דקאמר אפי׳ בחוצה לארץ וכן פסקו האלפסי והרמב״ם והרא״ש:

ב ומ״ש ואלו הן שיהא כל אדם רשאי לרעות בהמתו ביער חבירו ודוקא בהמה דקה וכו׳. פירש״י דקה ביער גסה אינה מכלה את האילנות: ומלקטין קוצים לחים וכו׳. פי׳ רש״י בתלושין אחרי שטרח ב״ה עליהן ותלשן אסור ליטלן דדעתיה עלייהו יבשין דעתו עליהן לאור ויש לתמוה דבגמרא אמרו ובלבד שלא ישרש ולמה לא כתבו רבינו ואפשר שלא היה כתוב כך בגירסתו גם הרא״ש לא הביאו אבל הרמב״ם בפרק ה׳ מהל׳ נזקי ממון כתבו:

ג ומלקטין עשבים וכו׳. פירוש העשבים העולים מאליהם ואינם ראויין אלא לבהמה דאילו זרעם לבהמה אסורות לכל אדם וכ״כ הרמב״ם להדיא העולים מאליהם: ומ״ש והוא שזרען לאכול הקנים וכו׳. שם בגמרא מפרש שכשאינו עשוי ערוגות מוכיח שהוא לבהמה ואיכא למידק בעשוי ערוגות שמוכיח שהוא לאדם אכתי מנא ידעינן אם עומדין לאכול הקנים או עומדין לזרע וי״ל דמספק ודאי אין ללקוט העשבי׳ כשהקנים רכים וראויין לאכול ואין היתר לעשבים אלא לאחר שהוקשו תלתן לזרע הוצרכו לפרש אלא להך אוקימתא דאינו מחלק בין זרען לאכול קני׳ ובין זרען לזרע אלא בין זרען לאדם דשרי ובין זרען לבהמה דאסור דלפ״ז אין להם היתר אלא בעוד שהתלתן רכין דראויין לאדם אבל לאחר שהוקשו קצת דאינן אלא לבהמה אסורין לפי זה ודאי קשיא מנא ידעינן הלא מספק לא יהא לעשבים היתר כלל ומפרש שכשעשוי ערוגות מוכיח שהוא לאדם ושרי אבל רבינו דחשש לחומרא למאי דמוקמינן נמי לחלק בין זרען לאכול קנים לזרען לזרע לפיכך קאמר דאין להם היתר אלא לאחר שהוקשו לזרע ודוק:

ד וקוטמין וכו׳ חוץ מבגרופיות. פי׳ רש״י הקוצץ זיתיו לשרוף מניח ב׳ גרופיות מלוא ב׳ אגרופין והן מחליפות ומוציאין בדין ומשם אין לקטום נטיעה מפני שמפסיד את הגרופיות עכ״ל ומשמע דבגרופיות אין לקטום כלל: ומ״ש בזית כביצה וכו׳ היינו אילן שלם שלא נקצץ וז״ש רבינו וכאשר יקטום וכו׳ פירוש כאשר יקטום באילנות שלמים שלא נקצצו כך דיניהם אם הוא זית לא יקטום מן הבדין היוצא ממנו אלא אם כן יניח כשיעור גובה ביצה מלמטה סמוך לגזע ופירש רבינו דהיינו כביצה גובה על פני הקרקע מניח כל הבדין שלא יקטום אותן כלל אלא הבדין שיוצאין למעלה מגבוה ביצה יקטום אותן וכן כתב הרא״ש כך היא דעת רש״י אבל דעת הרמ״ה דבהנחת עיקר הענף קאמר שיניח כשיעור גבוה ביצה מעיקר הענף סמוך לגידועו מן הזית ואפילו גבוה הרבה מן הקרקע לא יחתוך הענף סמוך לחיבורו בזית אלא יניח כביצה כדי שיחזור ויחליף להוציא ענף וכן בקנים וכו׳ וכך פי׳ בנ״י ומדברי הרמב״ם נראה דמפרשו על שיעור אורך הקטימה דבזית לא יקטום יותר מאורך גובה ביצה ובקנים ובגפנים מן הפקק ולמעלה:

ו ומחכין וכו׳. פי׳ דרך ציידים לתקוע יתדות ולעשות גדרי קנים במים להלכד שם דגים [ואסור] מפני שמעכב ומעמיד את הספינה וזה אסור אף לבעל הים ודברי רבינו בזה כדעת רוב המפרשים דלא כמ״ש הרמב״ם לשם וע״ש בדברי ה״ה:

ז ונפנין וכו׳. ובגמרא קאמרינן א״ר חסדא ואפילו בשבת וכך פסק הרא״ש אבל רבינו שהשמיטו נמשך אחד האלפסי והרמב״ם שלא [העתיקוהו] ונראה דס״ל דבפרק במה אשה משמע דלא התירו אלא לטלטל אבנים מוקצים מפני כבוד הבריות אבל לא התירו סתירת אוהל שהוא אחד מאבות מלאכות אע״ג דליכא איסורא דאורייתא אלא בסותר ע״מ לבנות מ״מ שם סתירה איכא דאית ביה איסורא דאורייתא ועיין בא״ח בסי׳ שי״ב:

ט ומסתלקין לצדי הדרכים מפני היתדות. פירש רש״י בי״ח יבש הטיט ונעשה כיתדות מקום דריסת אדם ובהמה שדרסו שם בימות החורף ונעשו כשחיתות עכ״ל:

יא ומת מצוה וכו׳ על המצר. פרש״י מוטל ברוחב הדרך ועוברין ומאהילין עליו עושי טהרות ומיטמאים עכ״ל: איתא בגמרא אמרי עשרה הני י״א הוויין ופריקו מהלכי בשבילי הרשות שלמה אמרה וכו׳ וכ״כ הרמב״ם שם אבל הרא״ש כתב בסתם כלשון הברייתא ואחריו נמשך רבינו נראה דס״ל דיהושע ודאי התנה גם תנאי זה מקמי דאתא שלמה אלא דיהושע לא תיקן אלא בארץ אבל בח״ל לא תיקן ואין חיוב כלל לקיימן בח״ל וקאתי שלמה ותיקן דאף בח״ל נקרא רע אם ימנע טוב מבעליו ולא יניח להלוך בשבילי הרשות והשתא הא דמני להו לכל י״א בתנאין שהתנה יהושע לאורויי דבארץ כופין עליהן לקיימן אלא דבח״ל ליכא אלא עשרה שאינן אלא מנהג והרשות בידו מדינא ואינו חייב אבל בשבילי הרשות נקרא רע אם עבר עליו אף בח״ל:

יב רבי יהודה אומר וכו׳ ומיהו אם הזיק חייב לשלם. נראה דר״י גופיה ס״ל דאפילו הזיק פטור כדמוכח בפ׳ המניח ופ׳ הבית והעלייה אלא רבינו הוא דפוסק בהזיק דלא כר״י דאע״ג דהלכה כמותו דיכול להוציא הזבל ולצברו כל שלשים יום כמו שפסק הרא״ש מ״מ במאי דפוטר ר״י אם הזיק לא קיי״ל

כמותו וכן מבואר באשיר״י פרק המניח ובהגוזל בתרא. ומ״ש רבינו דרב אלפס כתב דאין הלכה כר״י ואינו רשאי להוציא הזבל אפילו בשעת הוצאת זבלים. כ״כ הרא״ש משמו לשם והכי משמע מפשט דברי הרי״ף בהגוזל בתרא מיהו מלשונו פרק המניח שאמר ואפ״ה ליתא לדר״י דפטר בשעת הוצאת זבלים דהא אוקימנא ליה בשיטה וכו׳ משמע דבמה שפוטר מלשלם לית הלכתא כוותיה אבל רשאי להוציא ולצברו כל ל׳ יום דאי הוה ס״ל לרי״ף דלית הלכתא כר״י כל עיקר ואינו רשאי להוציא זבלים כלל א״כ דין שעת הוצאת זבלים שוה לשלא בשעת הוצאת זבלים ופשיטא דחייב לשלם אפילו לר״י גופיה והכי משמע מדברי ה״ה שמפרש דברי הרי״ף דבמה שפוטר ר״י מלשלם בלבד פסק דלא כר״י שהרי הרמב״ם פי״ג מנזקי ממון פסק דרשאי להוציא בשעת הוצאת זבלים ולצברו כל ל׳ יום ואע״פ כן אם הזיק חייב לשלם וכתב עליו ה״ה שכן כתב בהלכות וצ״ל לפי זה דמ״ש הרי״ף בהגוזל בתרא דלית הלכתא כר״י משום דיחידאה הוא היינו דוקא לענין שפוטר מלשלם ואע״ג שהרי״ף לא הזכיר לשם מדין פיטור תשלומין איכא למימר דבמאי דקאמר ר״י צוברו שמעי׳ דאי אזיק פטור מלשלם כמו שכתב בנ״י פ׳ המניח וכך צ״ל הסוגיא דפרק המניח ופרק הבית והעלייה דמעיקרא הכי אסיק אדעתיה דמדקאמר צוברו וכו׳ שמעינן דאי אזיק פטור ואע״ג דדחי ליה תלמודא דמודה ר״י דאם הזיק חייב לשלם מ״מ למסקנא דס״ל לר״י דפטור מלשלם כדתניא ור״י פוטר הדרינן למאי דסלקא דעתך מעיקרא דמדקאמר ר״י צוברו אלמא דס״ל לר״י דאי אזיק פטור ובהא לחוד פסק רי״ף בהגוזל דלית הלכתא כוותיה כך היא דעת הרב המגיד בפי׳ דברי הרי״ף אבל דעת הרא״ש דהרי״ף פסק דלא כר״י ואינו רשאי להוציא הזבל אפילו בשעת הוצאת זבלים כפשט דבריו בהגוזל בתרא ומ״ש בפרק המניח ה״פ דאע״פ דאינו רשאי להוציא הזבל אפי׳ בשעת הוצאת זבלים מ״מ רשאי הוא להוציא הזבל בשעת הוצאת הזבלים ולהוליכו מיד לשדה דאילו שלא בשעת הוצאת הזבלים אסור להוציאו כלל וכמו שפי׳ בנ״י סוף פ׳ הבית והעלייה ועל אותה שעה מועטת שיש לו רשות להניח הזבל בר״ה בשעת הוצאת הזבלים להוליכו מיד לשדה כסתם מתני׳ בסוף פ׳ הבית והעליי׳ כתב הרי״ף בפ׳ המניח דאם הזיק חייב לשלם ואף ע״פ שהוציא ברשות ודלא כר׳ יהודא דפוטר מלשלם דלית הלכתא כוותיה בהא זאת היא דעת הרא״ש ורבינו בפירוש דברי הרי״ף ועיין במ״ש בסימן תי״ד בס״ד: רבי ישמעאל אומר וכו׳ והרואה את חבירו וכו׳ וחבירו אומר לו שפוך יינך וכו׳. בברייתא לא תניא הכי להדיא אלא ותנאי בית דין הוא שיהא זה שופך יינו ומציל דובשנו של חבירו וכו׳ אלא דלפי שהתוס׳ סוף פרק מרובה פי דמיירי דחבירו שופך לו יינו בע״כ של חבירו אלא שנותן לו דמי יינו מתוך דובשנו כתב ג״כ רבינו וחבירו א״ל שפוך יינך וכו׳ אלא דאיכא לתמוה טובא מה שכתב רבינו עליה דהך דרב אלפס כתב דאין הלכה כר׳ ישמעאל דהלא לא כתב רב אלפס דרבי ישמעאל מדבר בחבירו א״ל שפוך יינך וכו׳ ושאף ע״פ כן אין הלכה כמותו אלא הביא בהגוזל בתרא הך ברייתא דרבי ישמעאל כצורתה וכתב עלה דכיון דבס״פ מרובה קאמר ביחידאה לא קאמר אלמא דלאו הלכתא היא אלא קיימא לן כמתניתין דתנן אין לו אלא שכרו ומפשט דברי האלפסי לא משמע אלא דהיכא דשופך את יינו מדעתו כדי להציל דובשנו של חבירו דס״ל לר׳ ישמעאל דבהא נמי נותן לו דמי יינו וקאמר האלפסי דליתא אלא קיימא לן כמתני׳ דאין לו אלא שכרו אבל כשחבירו א״ל שפוך יינך וכו׳ גם האלפסי מודה דנותן לו דמי יינו וכמו שכתב גם רבינו למעלה בסימן רס״ד בסתם ולא כתב דהאלפסי חולק על זה ולפי הנראה דאין שום פוסק נחלק על זה וצריך לומר דלא בא רבינו כאן אלא לומר דרב אלפס כתב שאין הלכה לא כרבי יהודא ולא כר׳ ישמעאל אבל בפירוש דברי ר׳ יהודא ור׳ ישמעאל לא מיירי כל עיקר ויכול להיות שהאלפסי מפרש דברי ר׳ ישמעאל בשופך יינו מדעתו ובזו דוקא אין הלכה כמותו אלא אין לו אלא שכרו אבל בא״ל שפוך יינך וכו׳ מודה דנותן לו דמי יינו כדפרישית:

סימן רעה

א גר שמת ולא הוליד בישראל וכו׳. פירוש לא הזריע בישראל שלא היתה הורתו בקדושת ישראל כדמוכחא בדוכתי טובא דאפי׳ לידתו בקדושה אינו יורשו אלא אם כן דהוי נמי הורתו בקדושה:

ד שאלה לא״א הרא״ש וכו׳ עד דמחיים לא חל שעבוד זה שאם בא ב״ח כו׳ פי׳ לא מביא ראיה מב״ח אלא להוכיח דשעבוד קבורתו לא חל על נכסי המת מחיים דאם היה חל מחיים היה שעבוד בשניהם בשוה ולא היה ב״ח זוכה בכל נכסיו בחובו אלא במחצה נכסיו בלבד ואידך מחצה לקבורה אלא ודאי לא חל שעבוד קבורה על נכסיו מחיים וכן דן מהר״ם וכיון דלא חל מחיים ובמיתתו נסתלק רשות הגר מנכסיו ונעשו הפקר כל הקודם בהן זכה ואינו מחוייב בקבורתו יותר מכל ישראל זאת היא דעת הרב ויש לתמוה דהלא אף ע״פ דשעבוד קבורתו חל על נכסיו מחיים מכל מקום בעל חוב הוא קודם דשעבודא דאורייתא היא אפילו במלוה על פה כדאיתא בפרק גט פשוט בסופו ואם כן הב״ח חשוב מוחזק בנכסים וכל שכן כתובת אשה או מלוה בשטר דקיימא לן שטר העומד לגבות כגבוי דמי ונמצא דאין למת שום נכסים שיחול שעבוד קבורתו על נכסיו דהכל הוא של ב״ח ושל האשה אבל גבי גר פשיטא דשיעבוד קבורתו חל על נכסיו מחיים ושלא יזכה בהן שום אדם מתורת הפקר עד לאחר הקבורה ותו דאפילו גבי בעל חוב כתב בסמ״ק צורכיר במצות לקדש אשה דמהר״ר חיים השיב דאף ע״פ דכתבו הגאונים דשומעים לאלמנה שלא לקבור את בעלה מנכסיו כשאין בהם כדי כתובה

מ״מ דעת האחרונים מכרעת דיקבר מנכסיו שהן משועבדין לקברו ומפקיעין ירושה דאורייתא כדאמרינן בכתובות פרק נערה האומר אל תקברוני מנכסי אין שומעין לו עכ״ל צורכיר העתיקו מהר״ש לוריא בביאוריו לסמ״ג ואע״ג דאין נראין דבריו בזה שהרי בתוספתא דכתובות מפורש דהאשה כתובתה וב״ח גובה חובו והוא נקבר מן הצדקה וכן פסקו הרמב״ן בתשובה סימן ס״ד והרשב״א סימן אלף ק״ג וריב״ש סי׳ ק״ד מטעם הך תוספתא מ״מ מתוך מ״ש דשעבוד נכסים לקבורה מפקיע ירושה דאורייתא שמעינן לגבי גר גם כן דשעבוד נכסים לקבורה מפקיע הפקר נכסי הגר שלא יהא זוכה שום אדם בנכסיו עד שיקברוהו תחלה דאינו דומה כלל לבעל חוב בחובו ולכתובת אשה כדפרישית ותו דהלא כל המטלטלין שהן בבית שמת שם חשוב כאילו הכל הוא בתוך ארבע אמותיו של מת וכיון דתיקון רבנן דארבע אמותיו קונות לו לאדם בכ״מ כי היכי דלא ליתו לאינצויי כל שכן שהמת קונה לו נכסיו תוך ארבע אמותיו לקבורה ובין לטעמא דקבורה משום בזיון ובין לטעמא משום כפרה קבורה בארון ותכריכין ובקבר דאורייתא היא כדאיתא בפרק נגמר הדין ואם כן כל מה שהוא בבית שמת שם חשוב הוא כארבע אמות שזוכה בהם המת לקבורתו שהיא דאורייתא ותו שהרי מת תופס ד׳ אמות לקריאת שמע כל שכן שזוכה במה שתוך ד׳ אמות לקבורה ותו דאיכא הכא אינצויי ביתר שאת שאלו באין ומבזבזין נכסיו ואחרים יתחייבו לקברו והתורה אמרה דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום לכן נלפע״ד שורת הדין שיקשרוהו תחלה ואח״כ יבזבזו איש לו ואם קדמו ובזבזו יקברוהו המבזבזים וכל א׳ מהם יתן כפי החשבון שבזבו איש לו כנ״ל:

ו היה לגר הרבה שדות וכו׳. פסק כרב בפרק חזקת דרב הונא עביד עובדא הכי דכיון שהכיש בה מכוש אחד קנה כולה ואע״ג דהתם איירי בשדה המסויימת במצריה מ״מ מדרבי יוחנן דאמר שתי שדות ומצר אחד ביניהן החזיק באחת מהן לקנות אותה ואת חברתה אותה קנה חברתה לא קנה וכתבו רבינו בסמוך סעיף ז׳ שמעינן דדוקא במצר אחד ביניהן אבל אם אין שם דבר המפסיק ביניהם כשהחזיק באחת מהם כדי לקנות אותה ואת כל שאר השדות שאצלה קנה את כולם: ומ״ש לא פירש וכו׳ כך פי׳ התוס׳ והרא״ש דלא כפרשב״ם וכ״כ ה״ה ע״ש הרשב״א ושכך היא דעת הרמב״ם ואיכא לתמוה במ״ש רבינו ע״ש הרמב״ם שאם אין ביניהם דבר המפסיק והיא בקעה. גדולה קונה במכוש אחד כל מה שנקרא ע״ש הגר שזה סותר להא דקאמר בגמרא ושאינה מסויימת במצריה עד כמה א״ר פפא כדאזיל תיירא דתורי והדר ותו לא והרמב״ם גופיה כתב קודם זה כך להדיא וז״ל ואם אינה מצויינת במצריה קונה ממנה באותו מכוש כדי שילך הצמד בשעת חרישה ויחזור עד כאן לשונו וכאן כתב דבמכוש אחד קונה כל הבקעה הנקרא על שם אותו הגר וב״י תירץ דכאן בשנתכוין לקנות במכוש זה כל הבקעה והכי מוכח לשון הרמב״ם שכתב ובא אחד והחזיק במקצת הבקעה לקנות את כולה וכו׳ וההיא דכתב הרמב״ם קודם זה דלא קני אלא כדי שילך הצמד בשעת חרישה ויחזור בשנתכוין לקנות סתם ולא פירש שכוונתו לקנות את כולה עכ״ד אבל מדכתב רבינו על דברי הרמב״ם וא״א ז״ל כתב כסברא הראשונה צ״ל דלא היה מפרש כך דברי הרמב״ם דא״כ לא היה כאן שום מחלוקת דהלא רבינו ג״כ כתב בתחלת דבריו דבהרבה שדות זו אצל זו ואין דבר מפסיק ביניהם ונתכוין במכוש אחד לקנות כולם קנה כולם גם מה שתירץ ה׳ המגיד דהרמב״ם מחלק בין כשקנה במכוש אחד דאינו קונה אלא כדי שילך הצמד וכו׳ אבל כאן הוא שהחזיק בחזקה אחרת א״א דרבינו יחלק בכך שהרי העתיק כאן דברי הרמב״ם שכתב קונה במכוש אחד כל מה שנקרא ע״ש אותו הגר ונראה ודאי דרבינו מפרש בדברי הרמב״ם כאן דדוקא בנתכוין לקנות כולם במכוש זה קאמר דקנה את כל מה שנקרא ע״ש אותו הגר אבל אם לא נתכוין לקנות כולם לא קנה אלא כדי שילך הצמד ולא כל מה שנקרא על שם אותו הגר ואפילו בבית השלחין דקרו לה בי גרגותא דפלניא ס״ל הכי מדלא חילק בין בית הבעל לבית השלחין אבל להרא״ש ורבינו בבית השלחין דקרו לה בי גרגותא דפלניא קנה במכוש אחד כל מה שנקרא ע״ש אותו הגר אפי׳ לא נתכוין לקנות כולם אלא לקנות סתם קנה כולם והיינו דכתב רבינו וא״א ז״ל כתב כסברא הראשונה פי׳ דמחלק בין בית הבעל לבית השלחין אלא דמכל מקום היה ראוי לרבינו להעתיק בדברי הרמב״ם מה שכתב כאן והחזיק לקנות את כולם דבהא תליא עיקר המחלוקת שבין הרמב״ם להרא״ש ודוק:

ט כיצד היא החזקה וכו׳ עד ניקה השדה וכו׳ וכתב הרמ״ה וכו׳. נראה דהרמ״ה לא קאי אלא אניקה השדה וכו׳ וכן אכרת הגפנים וכו׳ וכן אהשוה פני השדה וכו׳ אבל אאכילת פירות וכו׳ ואמוצא שדה גר חרושה וזרעה וכו׳ מודה גם הרמ״ה דאע״ג דבגר לא הוי חזקה בלקוח הוי חזקה: ומ״ש דאי בפניו כו׳. פי׳ דאם אינן עסוקים באותו ענין אפי׳ בפניו צ״ל לו לך חזק וקני דכיון שכבר הפסיקו מאותו ענין לא מוכחא מילתא דאדעת׳ למיקני קעביד ויש לתמוה דכאן כתב רבינו בסתם דאכילת פירות גבי לוקח הויא חזקה כדעת הרמב״ם ובסי׳ קצ״ב סעיף י״א הסכים להראב״ד דלא הויא חזקה וי״ל דהכא הכי קאמר דאפילו למאן דס״ל דבלוקח הויא חזקה באכילת פירות בגר מודה דלא הויא חזקה ולא נחית הכא לפסוק בדין לוקח דכבר התבאר פסק דינו בסי׳ קצ״ב אלא נחית לאורויי דין גר בלחוד אליבא דכ״ע:

י הבונה פלטרין וכו׳ וכגון שעשה הדלת ונעלה וכו׳. כ״כ הרא״ש בפרק חזקת ותימה דבסימן קצ״ב סעיף ב׳ כתב רבינו ע״ש הרא״ש דהעמדת דלת לחוד אפילו לא נעלה נמי קנה וכך הקשה בב״י למעלה ע״ש ולפע״ד מבואר באשיר״י לשם דדוקא בנכסי הגר קאמרי׳ דהעמדת דלתות לא עדיף מבנין פלטרין גופיה משום דליבני בעלמא הוא דאפיך כיון שיכולין ליכנס כל זמן שלא נעל אבל במוכר ולוקח כי היכי דתיקון מנעול כדי לנעול קנה כיון

שאין מחוסר אלא נעילה ה״נ בהעמדת דלתות קנה בלא נעילה כיון שדעת אחרת מקנה אותו ולא דחה הרא״ש פי׳ רשב״ם אלא במ״ש דאפילו סגר דלת ונעלו במפתח לא הוי חזקה דאין זה אלא כמבריח ארי דצריך בנין דליתא אלא אפילו בנעילה בלא קנין קנה אבל במה שפסק דבנין קנה בלא נעילה לא נחלק עליו אלא דבגר לא קנה כיון דאפוכי ליבני בעלמא הוי אבל בעלמא קנה:

יט משכונו של ישראל וכו׳ וה״ה נמי אם יש לו שטר על משכונות קרקע וכו׳ כצ״ל. והוא בב״ת סוף שער מ״ט ופירושו שהשטר משכנתא היא מופקדת ביד ישראל אחר וקאמר דאין הישראל האחר יכול לזכות במשכנתא זו ע״י שטר זה דמיד שמת הגר מופקע שעבודו ומשמע דבמטלטלין כה״ג שהם מופקדים ביד אחר זכה בהם האחר דלא דמי לשטר משכנתא דאין גופו ממון ולכן כתב בתחלה משכונו של ישראל ביד הגר וכו׳ דדוקא כשהוא ביד הגר אמרינן דכשמת הגר פקע שעבודו וחזר לבעליו אבל לא כשהמשכון הוא ביד ישראל אחר:

כג החזירו ואחר כך שמעו וכו׳ המחזיקים בשנייה קנו וכו׳. כתב הרב המגיד והטעם שכיון שלא החזיקו אלא מחמת שמועה ולסוף שמעו שאין חזקתן כלום ונסתלקו מן הנכסים והחזירו נפקעה חזקתם עכ״ל בפרק שני מהלכות זכייה וגבי אבילות לא הוי דינא הכי כמו שכתב רבינו ביורה דעה סימן ש״מ על שם הרמב״ן ע״ש:

סימן רעו

א מפני שאין לו בן מעבירין את הנחלה לבת. נראה דרבינו בא לתת טעם למה שהאב קודם לכל יוצאי ירכו ובקרא לא כתיב אב אלא אח ומשמע לכאורה דהאח קודם לאב ומיישב דנפקא לן מדכתיב והעברתם ולא כתיב ונתתם גבי בת כדכתיב בכולהו דמעביר משמע לשון העברה שמעבירין נחלה ממקום הראוי לירש מן הדין למקום שאינו ראוי בע״כ והקרוב שהיה ראוי להקריבו לבת היינו האב לפי שמת יוצא ירכו ואין לך קרוב יותר ראוי ממנו וה״ק קרא במקום בת אתה מעביר נחלה מן האב ואי אתה מעביר נחלה מן האב במקום אחין וה״א בברייתא דדרש ר׳ ישמעאל בר ר׳ יוסי ר״פ י״כ (דף ק״ט) ע״ש ובמ״ש לשם התוס׳ והיינו דקאמר רבינו מפני שאין לו בן מעבירין את הנחלה מן האב לבת אבל אין מעבירין את הנחלה מפני שאין לו בן ובת מן האב לאחין אלא האב הוא קודם לאחין. ועי״ל דרבינו בא להוציא מחכמי האומות דאומרי׳ בן ובת שוים כאחת דאינון דרשי ובן אין לו הא אם יש לו שניהן שוין כדאיתא בירושלמי ריש י״נ ודרש לשם רבי ישמעאל שינה הכתוב שבכולן כתיב ונתתם וכאן כתיב והעברתם עיבור הדין הוא שתהא הבת יורשת דהשתא דגלי לן קרא דעיבור הדין הוא שתהא יורשת שמעינן דאינה יורשת כלל במקום בן אלא דמפני שאין לו בן הכרח הוא שנעבור על הדין ולהעבירה לבת הא אם יש לו בן אין לעבור על הדין אלא הכל לבת ופי׳ זה בדברי רבינו יראה עיקר. עוד איתא בירושלמי לתשובת המינין התיבון והכתיב ואם אין לו בת הא אם יש לו שניהם שוין ואתון מודין דליתא בר אף הכא ליתא בר פי׳ וכי אי אתם מודים שאין האח נחשב לבן במקום בת אלא נחשב כנכרי ואינו יורש כלום עם הבת אף הבת אינה נחשבת כבן במקום בן ואינה יורשת כל עיקר במקום בן:

ו אבל האיש יורש את אמו. הו״ל לומר הבן יורש את אמו אלא לישנא דמתני׳ נקט ריש פרק י״נ האיש את אמו והאיש את אשתו ומתני׳ נקט הכי לאורויי דכי היכי דהאיש את אשתו ניסבת הנחלה ממטה אביה על ידי איש נכרי ה״נ גבי אמו ניסבת ע״י בן זה כאילו לא היה הבן יורשה אלא איש דעלמא ובגמרא (דף קי״ד) קאמר להדיא אשה את בנה דומיא דאשה את בעלה מה אשה את בעלה אין הבעל יורש את אשתו בקבר אף אשה את בנה אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב:

ז אין הבן יורש לאמו בקבר להנחיל לאחין מן האב. ה״א בפ׳ מי שמת (בבא בתרא דף קמ״ב) ופרק יוצא דופן (נדה דף מ״ד) ולאו דוקא לאחין מן האב דה״ה לאביו אלא דבאביו לאו מילתא דפסיקא הוא דדוקא בנתגרשה אמו דבלא נתגרשה האב הוא היורש את האם אבל באחין מן האב שאין להם שום שייכות לירש את אמו ולא באו לירש כי אם את הבן בלבדו להכי נקט מילתא דפסיקא:

ח ומ״ש וגם עובר במעי אמו וכו׳. פי׳ אע״ג דחזינן דלאחר שתמות האם הולד מפרכס בבטן האם אין זה חיות מידי דהוה אזנב הלטאה דמפרכסת ואין בה חיות דקיי״ל דהוא מיית ברישא וכדאיתא בערכין פ״ק דאיידי דזוטרא חיותיה עייל ליה טיפתא דמלאך המות ומחתכי ליה לסימנין מיהו התוס׳ בפרק מי שמת ופרק יוצא דופן הוכיחו דכשאמו נהרגה אי נמי מתה ע״י מלאך המות אלא שנעקר הולד לצאת כגון שישבה על המשבר ומתה אמו מחמת לידה דאפילו בשבת מחתכין אותה ומוציאין הולד התם ודאי אפי׳ עובר נוחל ומנחיל והא דנקט בן יום אחד משום דפסיקא ליה אבל עובר לא פסיקא ליה מיהו בתוס׳ פרק יוצא דופן כתבו עוד דבן יום אחד דנוחל ומנחיל לרבנן אפילו לא שהה שלשים יום ואפי׳ לא קים לן שכלו לו חדשיו ולרשב״ג דוקא דקים לן שכלו לו חדשיו היינו דוקא בנפל מן הגג או אכלו ארי אבל פיהק ומת אפילו לרבנן הוי נפל כדאמרינן בפ׳ ר״א דמילה והשתא בן יום אחד דנוחל ומנחיל נמי לא פסיקא ליה ואיכא לתמוה על מה שכתב רבינו בסתם דעובר אינו נוחל ובן יום אחד נוחל ומנחיל ולא חילק בחילוקים

שכתבו התוס׳ דנראה דהלכה פסוקה היא כמו שכתבו התוס׳ ואפשר דלפי שראה רבינו בדברי הרא״ש פ׳ יש נוחלין שכתב ג״כ בסתם והרמב״ם פסק בפ״א דנחלות דבן יום א׳ אפי׳ לא כלו לו חדשיו נוחל ומנחיל ומשמע דאפי׳ פיהק ומת נוחל ומנחיל לפיכך כתב גם רבינו בסתם ונראה דלענין מעשה הנכסים בחזקתם ואין להוציא מיד המוחזק בחזקת נכסים וע׳ במ״ש ה״ה שהאריך על זה והעתיקו ב״י:

סימן רעז

א הבכור וכו׳. ברייתא פ׳ יש נוחלין (סוף בבא בתרא דף קכ״ב):

ב ודוקא שנולד בחיי האב וכו׳. בפ׳ מי שמת (בבא בתרא ד׳ קמ״ב) ופ׳ יוצא דופן (נדה דף מ״ד) מ״ט יכיר אמר רחמנא והא ליתיה דיכיר ופירש״י דבראוי להכירו סגי דכל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו:

ג ואם יצא רוב פדחת וכו׳. ר״פ יש בכור אמר ר״ל פדחת פוטרת בכל מקום חוץ מן הנחלה מ״ט יכיר אמר רחמנא ור׳ יוחנן אמר אפילו לנחלה ופירש״י דלר״ל ליכא יכיר במצח אלא בפרצוף פנים ור״י ס״ל דבפדחת נמי הוי היכרא וכתב הרא״ש לשם והלכתא כרבי יוחנן וכן פסק הרמב״ם רפ״ב דנחלות וכתב ב״י ואע״ג דההיא דר״י לענין מילתא אחריתא איתמר מ״מ יש ללמוד ממנו לענין זה עכ״ל פי׳ אינהו פליגי בבא אחריו אם בכור לנחלה וכיון דקיי״ל כר׳ יוחנן דמשהוציא פדחתו בלבד והחזירו ויצא אחיו הראשון הוה בכור לנחלה וכדפרישית ממילא ודאי ידעינן דבהוציא פדחתו בחיי האב בלבד ה״ה כילוד דקרינן ביה יכיר דראוי להיכרא אלא דצ״ע אמ״ש רבינו רוב פדחתו דבגמרא קאמר פדחתו משמע דבעינן כולו וכ״כ הרמב״ם ואם יצא פדחתו בחיי אביו אע״פ שלא יצא כל ראשו לאחר מיתת האב הרי זה נוטל פי שנים עכ״ל משמע דפדחת כולו בעינן לכך נראה למחוק מלת רוב והכי משמע מדמסיק בסוף לשונו אע״פ שלא יצא כל ראשו לאויר העולם דכל ראשו לא בעינן אבל פדחת כולו בעינן אבל ברוב פדחת ליכא היכרא כיון דליכא רוב ראשו דפדחת כולו הו״ל רוב ראשו כמ״ש בסמוך והכי תנן בפרק המפלת (נדה דף כ״ח) בדין טומאת לידה יצא כדרכו עד שיצא רוב ראשו ואיזהו רוב ראשו משיצא פדחתו מיהו בגמ׳ (ד׳ כ״ט) בברייתא תניא ואיזה רוב ראשו ר יוסי אומר משיצא צדעיו אבא חנן משום רבי יהושע אומר משיצא פדחתו וי״א משיראה קרני ראשו ופי׳ רש״י קרני ראשו גובה ראשו שאצל העורף עכ״ל:

ד בכור שנולד טומטום וכו׳. פרק י״נ (סוף דף קכ״ו) מ״ט דאמר קרא והיה הבן הבכור עד שיהא בן משעת הויה ופי׳ ר״ש והיה קרא יתירא הויה לידה והיינו דכתב רבינו דבעינן שיהא זכר משעת לידה אבל ברמב״ם שם משמע דמוילדו לו בנים נפקא לן בין לבכור בין לפשוט עד שיהא בן משעת לידה וה״א בסמ״ג להדיא בעשה צ״ו:

ה בכור שילדה עמו נפל תחלה אפי׳ שיצא ראש הנפל חי וכו׳ כצ״ל. והוא משנה ר״פ יש בכור ומוכח בגמ׳ דה״ה אפי׳ נולד הנפל כולו או רובו נמי זה שנולד אחריו הוי בכור לנחלה דטעמא דגבי נחלה כתיב ראשית אונו מי שלב אביו דוה עליו אם מת יצא נפל דלאו בר קיימא הוא ואין לבו דוה עליו אלא לפי דלענין כהן פטור האי ולד אחרון דבפטר רחם תליא מילתא והרי הראשון פטר את הרחם להכי קמ״ל דאפי׳ הראש בלחוד חשיב לענין כהן דאין הבא אחריו בכור לכהן ולאפוקי מדשמואל וע״ש: וכן בן ט׳ שיצא ראשו מת זה שנולד אחריו בכור לנחלה. כל זה חסר במקצת ספרים והוא משנה לשם ומביאו גם הרמב״ם לשם:

ו אבל בן תשעה שיצא ראשו חי וכו׳. מבואר במשנה לשם והרמב״ם כתב שם בן ט׳ שהוציא רוב ראשו חי הבא אחריו אינו בכור ולמד כך מדתנן בפ׳ המפלת יצא כדרכו עד שיצא רוב ראשו ואיזהו רוב ראשו משתצא פדחתו אלמא דברוב ראשו חשבינן ליה כילוד והיינו משתצא פדחתו כולו וכן כתב הסמ״ג ותימה מפני מה לא כתב כך רבינו ולפע״ד נראה דמלת רוב שנכתב למעלה בטעות ראוי שיהא נכתב כאן וטעה הסופר וכתבו שלא במקומו:

ז המפלת כמין בהמה וחיה ועוף אפי׳ שיש בה צורת אדם. בס״א כתוב אפי׳ שיש בחציים צורת אדם וכן הוא בי״ד סי׳ קצ״ד בדין טומאת לידה וכן גבי פדיון הבן ופשוט הוא דליכא למימר דבכולה הוי צורת אדם שהרי הפילה כמין בהמה חיה ועוף א״כ בע״כ אין בה צורת אדם אלא במקצתו וצ״ל דכאן איירי אפילו הוא בן ט׳ חדשים ויצא ראשו חי נמי הנולד אחר כל אלו הוי בכור לנחלה דאילו בשאינו בן ט׳ אי נמי בן ט׳ שהוציא ראשו מת אפילו ולד גמור הבא אחריו בכור לנחלה כדלעיל ותו לא איצטריך למיתני הני והא דקתני המפלת זהו דלפי שאינו מין אדם אין שייך בו לשון לידה:

ח יוצא דופן והנולד אחריו שניהם אינם בכור לנחלה כצ״ל. והכי איתא במשנה פ׳ יש בכור:

ט הבכורה תלויה באב וכו׳. ג״ז משנה שם:

י כותי שהיו לו בנים בגיותו וכו׳ אבל שיש לו בן משפחה או מכותית בן הנולד לו אח״כ מישראלית הוא בכור לנחלה ואפילו נתגיירה הגיורת מעוברת וכן השפחה נשתחררה בעודה מעוברת וילדה אח״כ אין הולד בכור לנחלה כצ״ל. ובס״א נמצא חסר וכל זה הוא משנה ר״פ יש בכור:

יב היה הבכור ממזר וכו׳. כ״כ הרמב״ם מדכתיב כי את הבכור בן השנואה יכיר זו ששנואה בנישואיה וה״א ביבמות פרק שני ולא תימא דוקא דחייבי לאוין אלא אפילו בחייבי כריתות ומיתות ב״ד דסתמא קאמר ששנואה בנישואיה והיינו דמסיק ואצ״ל אם היה בן גרושה או בן חלוצה דליכא אלא חייבי לאוין:

יג ספק בכור וכו׳ וטעמא משום דכתיב יכיר דבעינן שהוכרו מתחלה ולפיכך. בחלק פשיטות יכולין לכתוב הרשאה אפילו לא הוכרו מתחלה דיכיר לא כתיב אלא גבי חלק בכורה וכ״כ ב״י בשם ר׳ ירוחם:

טו שלשה נאמנין על הבכור וכו׳. מימרא דרב נחמן בפרק י׳ יוחסין (קידושין דף ע״ד):

טז ומ״ש אפילו אומר על מי שלא הוחזק שבנו הוא זהו בכורי נאמן. כ״כ הרמב״ם בפ״ב מהלכות נחלות אבל רשב״ם לא פירש כך אלא דוקא היכא דידעינן שהוא בנו נאמן לומר שהוא בכורו ויתבאר בסי׳ רע״ט בס״ד: ומ״ש ונוטל פי שנים אפי׳ בנכסים שיפלו כשהוא גוסס. בפרק י׳ יוחסין (קידושין דף ע״ח) ופ׳ י״נ (ד׳ קכ״ד) וע״פ פר״ש הוי הטעם לומר דאע״פ דכשנותן עכשיו הנכסים שיפלו לו כשהוא גוסס אינו כלום דגוסס אינו יכול לדבר מ״מ קרא דיכיר גלי לן דנאמן לומר זהו בני בכורי ונוטל פי שנים אפילו בנכסים שיפלו כשהוא גוסס אבל בנותן נכסים כשהוא גוסס ויכול לדבר מתנתו מתנה ולזה הסכים ר״י בתוספות והרא״ש בפ׳ י׳ יוחסין אבל לפרש״י לשם וכן פר״ח הוי טעמו כפשוטו דאע״פ דגוסס אין מתנתו מתנה אע״פ שמדבר אפ״ה אתא קרא דיכיר דנאמן לומר זהו בכורי ונוטל פי שנים אפילו בנכסים שיפלו כשהוא גוסס ועיין בתוס׳ פרק י׳ יוחסין ובאשיר״י לשם ולעיל בסימן ר״ן סעיף י׳ ולקמן תחלת סי׳ רע״ט:

יז ומ״ש וכן אמר על המוחזק לנו בבכור וכו׳. בפ׳ י״נ (דף קכ״ז סוף ע״א) היו מוחזקין בזה שהוא בכור פי׳ רשב״ם וז״ל לאו בעדים שמעידין שראו שנולד קודם לאחיו דא״כ אין האב נאמן אלא בקול בעלמא כעין שאמרנו למעלה דהוה קרי ליה בוכרא עכ״ל וס״ל דהקול היה ע״פ האב דהוה קרי ליה בוכרא כדאיתא התם:

כא טומטום שנקרע וכו׳. פ׳ י״נ (תחלת דף קכ״ז): וכן בן הנולד לאחר מיתת האב וכו׳. פ׳ מי שמת (בבא בתרא דף קמ״ב) ופרק יוצא דופן (נדה דף מ״ד) וכדי לפרש המיעוט בחלק בכורה ולא בחלק פשיטות בין נולד בחיי האב לנולד אחר מיתת האב נקט רבינו ומת וכן הוא בפרשב״ם לשם:

כג מת הבכור בחיי האב וכו׳. משנה פרק יש נוחלין בנות צלפחד נטלו ג׳ חלקים (סוף דף קי״ו) ומה שתלה רבינו חלק בכורה בחלק פשיטות וכתב יורשיו עומדים במקומו ליטול חלק בכורתו כדרך שנוטלין חלק פשיטותו דאלמא דחלק פשיטותו פשוט הוא וחלק בכורתו יליף ליה בהיקשא מחלק פשיטותו נראה דע״פ הירושלמי פי״נ כ״כ דאיתא התם ואם היה אביו בכור כשם שנוטל מנכסי אביו כך נוטל בנכסי אבי אביו ר״ל בשם אבא (בר דלייה) [כהן ברדלא] נאמר משפט לענין כפילה ונאמר משפט לענין פשוטה מה לענין פשוטה אתה רואה את הבן כאילו קיים ליטול פשיטות אביו אף לענין כפילה אתה רואה את הבן כאילו קיים ליטול כפילת אביו ומייתי לה רשב״ם במשנת בנות צלפחד ע״ש ולענין פשיטות יליף התם דאפילו בת בן ובת בת מ״מ ובתלמוד שלנו יליף ליה מאין לו עיין עליו והדר יליף בהיקישא בכורה מפשיטות:

כד לשון הרמב״ם וכן הדין וכו׳ ואיני מבין וכו׳. נראה שרבינו הבין מלשון הרמב״ם דרצונו לומר כשימות איש ואין לו לא בן ולא בת ולא אב ולא אח ולא אחי אב אלא בני אחין יורשין אותו א״נ בני אחי האב אזי אם אחד מן האחין של מת היה בכור הנה אותו הבן של אותו האח הבכור נוטל חלק הבכורה שלו מעזבון של המת וכן הדין בבני אחי האב ובכל היורשין וע״ז השיג רבינו דלא שייך בכורה אלא בבן היורש את אביו ולא בשאר היורשין ויש לתמוה הפלא ופלא איך עלה על דעת רבינו לפרש כך לשונו של הרמב״ם דאפי׳ בר בי רב דחד יומי לא טעי בכך וה׳ המגיד גם הוא האריך בזה ופירש דבריו בדוחק כאשר העתיק בב״י מקצתו ומהר״א שטיין בביאורו לעשה (דף קפ״ה ע״א) האריך בקושיא שהקשה ה׳ המגיד ולא כתב שום ישוב על דבריו ע״ש ואני תמה על הגדולים כי לפע״ד לשון הרב הוא דבר ברור ופשוט וראשר כתב בפ״א בחלק הפשיטות דאין חילוק בין ירושה שנייה לירושה ראשונה כ״כ בפ״ב בחלק הבכורה דאין לחלק בין שנייה לראשונה דהוקש כפילה לפשוטה לכל דבר וכדאיתא בירוש׳ שהבאתי וז״ל הרב בפ״א מי שהיו לו ב׳ בנים ומתו הב׳ בנים בחייו והניח הבן האחד ג׳ בנים והניח הבן השני בת אחת ואח״כ מת הזקן נמצאו ג׳ בני בנו יורשין חצי הנחלה ובת בנו יורשת החצי שכ״א ואחד מהן יורש חלק אביו וע״ד זה חולקין בני האחים ובני אחי האב עד ראש הדורות עכ״ל וכתב כן על פי ההיקש דהוקשו הירושות להדדי ופי׳ ירושה ראשונה ושנייה הוא כמו שפי התוס׳ דירושה ראשונה הוי אותן המפורשין בכתוב וירושה שנייה הוי בן הבן ובת

הבן בן הבת ובת הבת והיקשא קאי אכולהו אכל הנך דכתיבי בקרא בפירוש וקאי נמי אהנך דאינן מפורשים אע״ג דמדברי ה׳ המגיד נראה שלא פירש כן דברי התוס׳ עיקר כל זה ברור ופשוט לדעת הרב בחלק הפשיטות וכך היא דעתו בחלק הבכורה וז״ש בפ״ב מי שהיו לו ב׳ בנים בכור ופשוט ומתו שניהם בחייו והיניחו בנים הבכור הניח בת והפשוט הניח בן הרי בן הפשוט יורש בנכסי זקן שליש הוא חלק אביו ובת הבכור יורשת ב׳ שלישים שהוא חלק אביה וכן הדין בבני אחין ובני אחי האב ובכל היורשין אם היה אבי אחד (מן היורשין) (ס״א מן אחין) בכור נוטל חלק בכורה שלו זה היורש מחמתו עכ״ל וכוונתו לומר שאם היה לו לזקן בנים הרבה ואחד מהן בכור ומתו כולם ובאו בני האחין מזרעו של כל אחד מבניו ובאו גם שאר יורשין משאר בנים של זקן אפילו עד עשרה דורות לירש יחד בנכסי זקן שמת עתה ולחלוק בנכסיו אי נמי באו בני אחי האב מזרעו של אחד מבניו או שאר יורשין שלו לירש ולחלוק בנכסי זקן עם שאר יורשין שבאו ג״כ משאר בניו הנה אם היה אחד מבני הזקן בכור נוטל זה היורש שבא מחמתו ומזרעו של בכור חלק בכורה שלו מנכסי זקן דהוקשו הירושות להדדי בחלק בכורה כמו שהוקשו להדדי בחלק פשיטות דהיקשא קאי אכולהו כדפרישית ועיין בתוספות לשם בד״ה מקיש ירושה (דף קי״ג) והסמ״ג בעשה צ״ו העתיק לשון הרמב״ם במ״ש בפ״א בחלק פשיטות גם מ״ש בפ״ב בחלק הבכורה ולא השיב עליו כלום ולא הוקשה לו דבר כי היו בעיניו דברים פשוטים כדפי׳ והוא האמת באין ספק:

סימן רעח

א אין הבכור נוטל וכו׳ ולא נוטל פ״ש בשבח וכו׳ עד או שהיתה רועה באפר וילדה אינו נוטל פי שנים לא בולד וכו׳ כצ״ל. ובס״א כתוב לא בה וכו׳ ופי׳ ג״כ אינו נוטל פ״ש לא בולדה ולא בשבח שהשביח גוף הפרה ולא בשכירות הפרה שכל זה הוי שבח ששבחו הנכסים מעצמן אבל בפרה גופה בקרן שלה ודאי דנוטל פ״ש ודיקלא ואלים נמי כיון דשמו עליו חשבינן ליה קרן ולא שבח ונוטל פ״ש וכן ארעא ומסקא שירטון ותימה שלא כתבו רבינו אבל הרמב״ם בפ׳ ג׳ מנחלות כתבו:

ד ומ״ש ור״ח פסק שנוטל פ״ש בשבח. ע׳ בתו׳ פי״נ (דף קכ״ד) בד״ה מספקא ליה משמע דר״ת הוא דפסק הכי דנוטל פי שנים בשבת דהלכה כרבי ואולי ט״ס הוא בדבעי רבינו וצ״ל ר״ת במקום ר״ח:

ה ומ״ש והרמב״ם כתב שאינו נוטל פ״ש בשבח. פי׳ דס״ל דאין הלכה כרבי: ואפי׳ הכי בבהמה מוחכרת וכו׳. היינו משום דס״ל דדינו כדיקלא ואלים וארעא ומסקא שירטון דאע״ג דמעיקרא קס״ד דתלמודא דהך דפרה מוחכרת רבי היא ולא רבנן אבל לבתר דשמעינן לרב פפא בדיקלא ואלים דאפילו לרבנו נוטל פי שנים ה״ה פרה מוחכרת דדמיא ליה נמי וכן כתב הרב המגיד ואפשר לומר עוד דהרמב״ם מפרש הא דקאמר מני רבי היא קוביא היא פירוש תלמודא קשיא לים דדוחק לומר דסתמא דברייתא דפרה מוחכרת רבי היא ולא רבנן ומתרץ רב פפא דדיקלא ואלים כולי עלמא לא פליגי וה״נ פרה מוחכרת דדמיא ליה אפילו רבנן מודו דנוטל בה פ״ש ובברייתא ד״ה ולא רבי היא: ומ״ש שחט אחד ממכירי כהונה וכו׳ ה״א פרק י״ג דאשתחיט בחיי אבוהון וקסבר מתנות שלא הורמו כהורמו דמיין:

ו ומ״ש ואם מיחה וכו׳ מבואר בפרק י״נ (דף קכ״ו) אלא דמ״ש באם נתקלקלו הענבים הבצורים על ידי דריכה משלמים דמי הענבים כמו שהיו קודם הבציר לא משמע הכי בפרשב״ם שכתב נוטל פ״ש בענבים בצורים אלמא דנוטל בשבח הבצורים וכ״כ ב״י ע״ש הר״ן להדיא ואפשר שדעת רבינו כיון שמיחה הבכור בפשוטים ולא שמעו לו והפסידו א״כ מיד משעברו על מחאתו קנאום לשבח ולהפסד והילכך אין משלמים אלא דמי הענבים קודם בצירה ואינו נוטל בשבח הבצירה:

ז ומ״ש ואינו נוטל פ״ש במלוה וכו׳ אבל במשכון פי׳ רשב״ם וכו׳. שם (בדף קכ״ד) כתב וז״ל ובזה הכל מודים דמלוה שהניח משכון עליה שקול פ״ש דב״ח קונה משכון וכן פסק ר״ח עכ״ל ואע״ג דהך דב״ח קונה משכון אינו אלא במשכנו שלא בשעת הלואתו כדאיתא פרק האומנין (בבא מציעא דף פ״ב) י״ל דהכי קאמר כיון דשלא בשעת הלואתו קונה לגמרי מדרבי יצחק בשעת הלואתו נמי דליכא קנין אלא שעבוד אלים שעבודיה ליחשב מוחזק ליטול פי שנים וכיוצא בזה פי׳ התוספות פרק האומנין דף פ״א בד״ה והא אידי והביאו ראיות לזה ע״ש: ומ״ש ואם המלוה על משכונא של קרקע באתרא דלא מסלקי וכו׳. פי׳ שנוהגין לאכול המשכונא שנים הקצובות למנהגן ואילו הו״ל זוזי ללוה לא מצי מסלק ליה תוך הזמן כל אותן השני׳ כמכר הוא אצלו ושקיל בה פ״ש אבל באתרא דמסלקי במקום שנהגו להלוו׳ סתם ומלוה אוכל פירות ונהגו לסלק את המלוה ממנה בכל עת שתשיג יד הלוה למעות השתא ליכא הכא אלא מלוה ולא שקיל בה פי שנים ופי׳ הר״י הלוי דאפילו באתרא דלא מסלקי כיון דמטא זימנא בחיי אבוהון תו לא הוי כמכר אלא מלוה ולא שקיל פ״ש אבל רשב״א כתב כל היכא דלא הוה מצי לסלוקי ליה אם ירצה אפילו היכא דסתם משכנתא שתא דהו״ל האי שתא כמכר תו

לא פקע כח המכר ואע״פ דמטא זימנא בחיי אבוהון שקיל פ״ש דהוה ליה מוחזק בנכסים שכשיבוא הממשכן לפדותם הו״ל כאילו חוזר ולוקח מיד המלוה ואצ״ל באתרא דלא מסלקי׃

ח ואם היה לאביהם מלוה ביד בנו הבכור נוטל ממנה חצי חלק הבכורה. בפי״נ (דף קכ״ו) ומלוה שעמו פלגי ופירש רשב״ם דהו״ל ממון המוטל בספק וחולקין והתוספות לשם הקשו על פי דהא לא קיי״ל כסומכוס וכמו שהאריכו ע״ז דפ׳ חזקת (בבא בתרא דף ל״ה) בד״ה ומ״ש מהא דתנן המחליף פרה ובפ׳ המוכר את הבית (בבא בתרא דף ס״ב) בד״ה איתמר אלא תקנת חכמים היא ובכל דוכתא שמפורש בהדיא דחולקין [חולקין] והיכא דלא מפרש תלמודא מידי המע״ה וע״ל בסי׳ רנ״ג סעיף מ׳ ולמאי דמחלק תלמודא בפ׳ חזקת דהיכא דליכא למיקם עלה דמילתא אמרינן יחלוקו ה״נ בהאי ספק דליכא למיקם עלה דמילתא אמרינן דפלגי׃

ט יצא עליהם ש״ח וכו׳. פי׳ לא תימא דליכא נפקותא במ״ש איני נוטל פ״ש ואיני פורע פ״ש דבע״כ ה״ה שלו כשמת אביו עד שיפקירם או ימכרם או יתנם לאחרים וצריך לשלם פ״ש לב״ח של אביו דליתא אלא שפיר איכא נפקותא דאין ב״ח יכול לגבות ממנו חלק בכורה בע״כ אבל בחלק פשיטות יורש הוא בע״כ ואינו יכול לומר איני נוטל ואיני פורע וטעמא דמילתא דבחלק בכורה כתיב לתת לו פ״ש דמתנה קרייה רחמנא הילכך אם הוא מוחה ואינו חפץ לקבל אין מזכין לו לאדם מתנה בע״כ משא״כ חלק פשיטות דירושה היא ונראה דאפילו כשהוא מפקירה כדין הפקר או ימכרנה או יתננה לאחרים נמי הב״ח גובה ממנו כיון דהוא ירש הנכסים עליו מוטל לשלם לב״ח אינו נפטר מן החוב במה שהפקירם או מכרם ונתנם ולא כתב רבינו בסוף סימן זה דיכול למכרם או ליתנם אלא כשלא בא ליפטר מבע״ח׃

יא כתב הר״ר יוסף הלוי דדוקא וכו׳ עד והראב״ד כתב וכו׳ וכי פרעו אחי בזוזי וכו׳. נראה שדקדק לומר בזוזי שאם היו פורעים בקרקע לא מצי הדר לומר אפרע לכו זוזי דכיון דמעצמם אגבו ליה שומא לא הדרה אלא א״כ גבו ליה בית דין כדלעיל בסימן ק״ג סעיף י״ח׃ ומ״ש ובמתנה כיון דקאמר אי איפשי בה דבריו קיימין. איכא למידק דמשמע דבחלק פשיטות דאינה מתנה אפילו אמר אי איפשי בה לאו כלום הוא ולעיל בסימן רמ״ה כתוב דאי איפשי הוי לשון הפקר וי״ל דהיינו דוקא לאחר שבא לידו וקנאו כמבואר לשם אבל כאן מיירי דלא בא לידו הילכך בחלק פשיטות לאו לשון הפקר הוא וע״ל דמחלק בין מטלטלי למקרקעי׃

יב בכור שמכר וכו׳ לפיכך אם חלק עם אחיו וכו׳ פירוש כיון דיש בו זכות קודם חלוקה שיכול למכור חלק בכורה אם כן ה״ה אם מחל חלק בכורתו מקמי שבא לידו אפילו רק גילה דעתו שמוחל עליה אינו נוטל אלא כפשוט וטעמא משום דמתנה קרייה רחמנא כדפרישית מצי מסתלק ממנה בדיבור בעלמא משא״כ חלק פשיטות דכיון דירושה היא לא מצי מסתלק ממנה אלא א״כ מפקירה כדין הפקר או ימכרנה ויתננה כדין לאחרים זו היא דעת רבינו והיא דעת התוספות פרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ״ו) בד״ה לא עשה וכל זה בשלא יצא ש״ח על אביהם דאם יצא עליהם ש״ח לא מצי להסתלק מחלק פשיטות אפילו הפקירה בדין הפקר כדפרישית׃

סימן רעט

א האומר על אחד וכו׳. משנה פ׳ י״נ זה בני נאמן ופריך לירשו פשיטא ופירש רשב״ם ולא מצי לאוקמי בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן דלא מהימן כיון דליכא מגו ואע״ג דלעיל גבי בכור מוקמינן יכיר אפילו בנכסים שהוא גוסס ה״מ גבי חלק בכורה דידעינן שהוא בנו אך אינו ידוע אם בכור הוא אם לאו אבל היכא דלא ידעינן אי בנו הוא לא מהימנינן ליה אלא לנכסים שיש לו עכשיו דאיכא מגו עכ״ל (דף קל״ד) וכך פירשו התוס׳ בד״ה לירשו פשיטא אבל הרא״ש ע״ש רבו מהר״ם השיג עליו ופסק דאפילו לא ידעינן שהוא בנו נאמן אפילו בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן ולפי זה כ״ש לגבי הכרת בכורה דכתיב יכיר דאפילו לא ידעינן שהוא בנו נאמן לומר שהוא בכור וכדכתב רבינו בסימן רע״ז סעיף י״ו ולא אזכיר לשם רבינו דעת רשב״ם דדוקא בידעינן שהוא בנו דס״ל דפי׳ זה דחוי הוא דסתמא תניא יכיר יכירנו לאחרים דמשמע להדיא אפילו לא ידעינן ליה שהוא בנו וכדכתב הרמב״ם להדיא בפ״ב מנחלות ולא הביא רשב״ם כאן אלא במה שמחלק בין נכסים שנפלו לו כשהוא גוסס דנחלק עליו הרא״ש להדיא וע״ל בסי׳ ר״ן סעיף י׳׃

ה אמר זה בני וכו׳. מימרא דרבי יוחנן פרק י״נ (דף קכ״ז) ואין להקשות דהא בפרק י״נ דף קכ״ט פסק הלכתא כל תוך כ״ד כדיבור דמי לבד מעכו״ם וקידושין דכבר פרשב״ם לשם דהיינו דהדר ביה בהדיא ואמר חוזרני בי אבל כשמדבר ב׳ דברים הסותרים זה את זה כגון מדה בחבל הן חסר הן יתר וכו׳ יש מהן תפוס לשון ראשון וכו׳ וע״ש׃ ומה שאמר עבדי וחזר ואמר בני נאמן וכו׳ ונאמן אפילו אינו משמשו תשמיש של עבד. פירוש דמאחר דסוף סוף משמשו קרי ליה עבד אבל ברמב״ם פ״ד דנחלות כתב אף על פי שהוא משמשו כעבד נאמן שזה שאמר עבדי כלומר שהוא לי כעבד ותימה לפי זה מאי פריך בגמרא אדרבי יוחנן מדתניא היה משמשו כעבד ובא ואמר עבדי הוא וחזר ואמר בני הוא אינו נאמן דילמא התם במשמשו תשמיש של עבד

לפיכך אינו נאמן ורבי יוחנן דקאמר נאמן באינו משמשו תשמיש של עבד אבל לרבינו אליבא דפי׳ רשב״ם ניחא וצ״ע: והרמ״ה כתב וכו׳. איכא למידק ומ״ש מהא דכתב הרמב״ם אפילו יש לבן בנים דאינו נאמן לענין יוחסין נאמן הוא לענין ירושה ואם כן ה״נ נימא אף ע״ג דאינו נאמן לענין יוחסין ואין מחזיקין אותו בעבד נאמן הוא לענין ירושה ולא יירשנו ואפשר דכיון שאי אפשר שיהא זה עבד אלא א״כ שאמו היא שפתה ועל אמו אינו נאמן כיון דאתחזק אימיה בבת ישראל לאו כל כמיניה לאחזוקי בבת שפחה אפילו לענין ירושה אבל באומר בני זה ממזר הוא התורה האמינתו ואינו פוסל את אמו להוציאה מחזקת יוחסין דאתחזק בה עד שאינו אומר אלא שעברה עבירה הילכך נאמן לענין ירושה אע״ג דאינו נאמן לענין יחוס הבנים:

ו כתב הרמב״ם מי שהיתה לו שפחה וכו׳ ויש מי שלא חילק בין כשרין לשאר העם לענין שלא ימכרו אותו אחיו בלבד. פירוש בדבר זה בלבד אין חילוק דבין כשרין ובין שאינן כשרין אין אחיו מאביו רשאין למכור אותו אבל בכל שאר הדינים מחלקין בין כשרין לאינן כשרין וכמ״ש הרמב״ם ויש מי שהורה שאפילו לירשו לא נחלוק בישראל שאפילו באינן כשרין הוא גם כן יורשו דלענין ירושה נאמן לומר בני הוא זה ובספרי הרמב״ם כתוב יש מי שלא חילק בין כשרין לשאר העם אלא לענין שלא ימכרו וכו׳ לפי גירסא זו ה״פ דיש מי שלא חילק כלל דאפילו בכשרין הוי בחזקת עבד לכל דבריו אלא שלא ימכרו הוא דמחלק דבכשרין אין אחיו יכולין למכרו אבל באינן כשרין יכולין למכרו ויש מי שהורה שאפילו לירשו לא נחלוק בישראל פירוש דאפי׳ באינן כשרין הוא יורשו כיון שאמר עליו זהו בני ומכ״ש שאין אחיו מאביו יכולין למכרו אפילו באינן כשרין:

סימן רפ

א אחד מהאחין וכו׳ כתב הרמ״ה היכא שנטל הספק וכו׳. פי׳ שנטל הספק נכסים מאחיו דאודי ליה וקנה בעד נכסים אלו שאר נכסים ממקום אחר דהשתא כיון דידוע דנכסים אלו אתו מחמת הנכסים שנטל מאחיו דאודי ליה אע״ג דלא הניח אלא נכסים אלו שקנה שקיל האי אחא דאודי ליה מהנהו נכסים וכו׳ והיינו דקאמר הילכך וכו׳ דל״ש שביק הני נכסי גופייהו ל״ש נפלו לו ממקום אחר חליפי הני נכסים של אחיו ל״ש דאותן חליפין אינן אלא כשיעור נכסים דשקל מהאי אח ל״ש טפי מהכי דינא הוא דשקיל וכו׳ כיון דידוע דהני נכסים אתו מחמת הני נכסים דשקיל מהאי אח דאודי ליה אבל אי לא ידיע דאתו מחמתייהו כל הנכסים הן בחזקת כל האחים וחולקין כל הממון בשוה זהו דעת הרמ״ה וב״י הניחם בתימה ואין כאן שום קושיא ועי׳ לעיל בדין דאתו מחמתייהו במ״ש בסי׳ צ״ו סכ״ג ובסי׳ ק״ח ס״ז:

ב הרי שהיה יושב בנחלתו וכו׳. פי׳ נאמן ואין צריך שבועה כלל אע״פ שזה טוען ברי אתה מכיר אותי שאני אחיך וזה טוען איני מכירך: ואפי׳ שיצא קול וכו׳. ולא דמי למנה לי בידך והלוה טוען איני יודע דנשבע היסת שאינו יודע דהתם הוה ליה לידע אם חייב אם לאו הילכך איכא למיחש לרמאות וצריך לישבע שאינו יודע אבל הכא שבא ממ״ה אין לו לידע שהוא אחיו לא תקנו על טענה כזו שבועה כלל:

ג (ד) כל יורש וכו׳ ומיהו אינו ממעט חלק הנקבות אלא מוציאין תחלה מזונו׳ לבנות עד שיבגרו ואח״כ יתנו לטומטום כשיעור הזה. תימה דמאי קאמר אינו ממעט דבמרובים אין שם מיעוט ותו דמאי איכפת להו לבנות אם יוציאו למזונותם תחלה או אם יזון הטומטום עמהם מאחר שיש לזה ולהן וכך הקשה ב״י ונראה ליישב דכיון דבמרובים אין מחייבים את הבנים להפריש חלק הבנות עד שיבגרו אלא ישארו הנכסים בחזקתן והם יפרנסו הבנות מתחת ידם וכדתנן סוף פ׳ יש נוחלין שהבנות ניזונות על ידי הבנים אם כן עכשיו דאיכא טומטום שדוחין אותו אצל הנקבות איכא פתחון פה לבנות לומר דשמא המרובים יתמעטו דאחר המיעוט גם כן יש להם דין מרובים ואם יהיה הטומטום ניזון עמהם ע״י הבנים כבר אפשר שיתמעט חלק הבנות על ידי טומטום זה שהוא ספק הילכך מוציאין תחלה מזונות לבנות עד שיבגרו ואח״כ יתנו לטומטום כשיעור הזה דהשתא אם יתמעט לאיזה מהם חלקו יתמעט לו לבדו וזהו שאמר רבינו ומיהו אינו ממעט חלק הנקבות וכו׳ וע׳ באבן העזר סי׳ קי״ב: ומ״ש ואם הנכסים מועטים וכו׳ עד נוטל בו חלק עם הבנים ממה נפשך. איכא למידק דהוה ליה לפרש גם כאן דנוטל שלשה חלקים פלגא ממ״נ ואידך פלגא הוה ליה ממון המוטל בספק וחולקין כדכתב בתר הכי ויש לומר דכתב רבינו כאן בסתם לפי שיש לחלק דהיכא דלאחר שנסתלקו הבנות לא נשאר אלא כדי שיהא ניזון הטומטום עד שיבגר אם הוא נקבה אז הטומטום נוטל שלשה חלקים דכיון שנסתלקו הבנות אין כאן אלא טומטום ובן דכתב רבינו בסמוך דבמועטים נוטל הטומטום שלשה חלקים אבל היכא דלאחר שנסתלקו הבנות יהא נשאר בנכסים יותר משיעור מזון הטומטום עד שיבגר אם הוא נקבה אז הטומטום ניזון ואינו יורש כדכתב רבינו בסמוך דבטומטום ובן במרובים הטומטום ניזון ולא יורש וזה שאמר רבינו בסתם ואם יש מותר וכו׳ דנוטל בו הטומטום חלק ממה נפשך כלומר דלפעמים נוטל חלק גדול ולפעמים חלק קטן לפי המותר שנשאר או הרבה או מעט וכל זה דלא כמו שפי׳ בית יוסף ע״ש:

ה בד״א בטומטום אבל באנדרוגינוס דבריה הוא וכו׳. נראה דרבינו סבירא ליה דההיא דסוף פרק הערל דאמרי בי רב משמיה דרב הלכה כרבי יוסי באנדרוגינוס דאר׳ יוסי דברייתא קאי כדקאמר רב ליתא למתניתין מקמי ברייתא וכדמוכח מתוך דברי רב אלפס לשם ובברייתא תניא רבי יוסי אומר

אנדרוגינוס בריה בפני עצמו הוא ולא הכריעו חכמים אם זכר אם נקבה ופי׳ ר״י בתוס׳ דבריה דקאמר הכא היינו שהוא ספק כדקאמר ולא הכריעו וכו׳ וטומטום שהוא ג״כ ספק אינו כן אלא ספק שהוא איש ודאי או אשה ודאית אלא שהוא מכוסה ואינו ניכר ואם קידש אשה ונקרע ונמצא זכר איגלי מילתא דמתחלה היה זכר ודאי וכן אם נתקדשה ונמצאת נקבה וכ״פ התוס׳ בפרק המפלת (נדה דף כ״ח) בד״ה אמר רב נחמן והשתא לפי פסק זה כתב רבינו כאן באנדרוגינוס דבריה הוא דהיינו שהוא ספק מחמת שהוא בריה משונה דיש לו זכרות ונקבות והוא ספק לעולם אם הוא זכר או נקבה הילכך אם הוא עם הבן אין לו כלום דירושה פשיטא דאין לו במקום בן ודאי דאין ספק מוציא מידי ודאי ומזונות נמי אין לו כבת שאין לבת מזונות אלא בתנאי ב״ד בנן נוקבן דיהוו לך מנאי אינון ליהוו מיתזנן וכו׳ וב״ד לא תיקנו אלא היכא דעכ״פ הוא איש ודאי או אשה ודאית וכמ״ש רבינו גבי טומטום דאית ליה מזונות במקום בן בין בנכסים מרובים בין במועטים ממה נפשך אבל אנדרוגינוס שהוא ספק לעולם אין לו כלום במקום בן ודאי לא במרובים ולא במועטים ואם הוא עם הבת אם הנכסים מרובין יורש עמה דספק הוא לעולם ולא גרע לענין ירושה משאר נקבה ואם הן מועטים אינו ניזון עמה דלא תקינו ליה בתנאי ב״ד מיהו אם יש שם מותר משיעור מזון הבת עד שיבגרו פשיטא דנותני׳ לו: ומ״ש ואם אין שם אלא הוא יטול הכל. משנה ר״פ מי שמת גבי טומטום לרשב״ג דטומטום נמי בריה הוא ולא נפיק מכלל בן אין לו עיין עליו אם אין לו בת עיין עליה א״נ משום דקרינא ביה הקרוב אליו ממשפחתו וירש אותה כדפרשב״ם ומדרשב״ג לגבי טומטום נשמע לדידן לגבי אנדרוגינוס דבריה כרבי יוסי דברייתא והרב בב״י נתקשה בזה והנראה לפע״ד כתבתי:

ז נפל הבית וכו׳ ל״ש אם היה לה עוד בן וכו׳. כתב כן להוציא ממה שפסק רבינו שמואל דדוקא כשאין לאם בן אחר אלא יורשי האם היינו אחיה דהשתא הם ספקות בשוה אלו כמו אלו אבל אם היה לה בן מאיש אחר הו״ל האי בן יורש האם ודאי והבן זה שנפל עליו הבית ספק כי שמא מת קודם אמו והו״ל ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי וכו׳ וכבר נחלקו עליו ר״י ור״ת וריב״א כמ״ש בתוס׳ בפרק מי שמת (דף קכ״ח) בד״ה נפל עיין שם:

ח נפל הבית עליו ועל בן בתו וכו׳. דעת הר״ר ישעיה היא דכיון דקיי״ל כר״ע בנפל עליו ועל אמו דהנכסים בחזקת יורשי האם ה״ה כאן הנכסים בחזקת יורשי האב ודעת רמב״ם כיון דפשטינן בגמרא מהך ברייתא דבבן בתו יחלוקו דילמא הכי הלכתא וכתב הרא״ש בתשובה כלל פ״ד לחלק בין נפל עליו ועל אמו דאם מת הבן תחלה ואחר כך האם באו הנכסים ליד קרוביה בלי משמוש לאלתר הילכך הנכסים בחזקת יורשי האם אבל בבן בתו דהנחלה ממשמשת בקבר לבת שהיא קרובה לבת וספק מת האב תחלה ומן הבן תמשמש הנחלה לבת וספק מת בן הבת תחלה ותחזור ותמשמש למעלה למעלה לקרוב קרוב קודם הילכך הואיל וממ״נ ממשמשת הנחלה מן האב לבת אע״פ שהיא עדיין בחזקת אותו שבט הואיל ויצאה מחזקת מי שהיתה עד היום וספק תורידנה למטה או תעלנה למעלה יחלוקו עכ״ל מספר מדוייק:

סימן רפא

א האומר איש פלוני בני לא יירשני וכו׳. משנה פרק י״נ ופירושו משום דמתנה על מה שכתוב בתור׳ אבל בן בין הבנים התורה נתנה רשות לאב להרבות לאחד או להנחיל לכל מי שירצה בראוי לירשו מדכתיב והיה ביום הנחילו את בניו יכול אפילו אחד מהן בכור ת״ל לא יוכל לבכר ודוקא חלק בכורתו אבל חלק פשיטותו יכול להנחיל דבחלק פשיטות כולן שוין:

ו ואפילו בחלק בכורה וכו׳ עד אבל ב׳ שדות וב׳ בני אדם וכתב וכו׳. פי׳ דכיון שאמר לשון מתנה באמצע וגם כן אמר שנתתי להם במתנה דאיכא תרתי זימני לשון מתנה אם כן לשניהם הוי לשון מתנה ומהני אפילו לאחר כדי דיבור אפילו להרשב״ם ולא נחלק אלא היכא דאמר שנתתי להם במתנה בסוף או בתחלה אי נמי אפילו באמצע אלא דלא אמר תרתי זימני כי אם חדא זימנא אמר באמצע ותנתן להם בהא ס״ל לרשב״ם דלא מהני לאחר כ״ד ולרב יוסף הלוי ס״ל דאפי׳ באומר חדא זימנא לשון מתנה בתחלה או בסוף נמי מהני אפילו בב׳ בני אדם וב׳ שדות ואפי׳ לאחר כדי דיבור ומיהו אף לפרשב״ם לא אמר דלא מהני אלא דלא מהני לתרווייהו אבל לאותו שאמר עליו לשון מתנה ודאי מהני עיין בפירושו שכתב כך להדיא ועי׳ בדברי הרב המגיד פ״ו דנחלות שהאריך ע״ז:

ח (ט) שאלה אחרת וכו׳ ודבריו קיימים אפילו במקום בת אע״פ שלא שייר לבת כלום וכו׳. תימה דמשמע דאם שיור כל שכן שדבריו קיימים ובפרק מי שמת קאמרינן דלא אמרינן דמתנת שכ״מ ככתובין וכמסורין אלא בכולה אבל שייר בעי קנין וכדלעיל בסי׳ ר״ן מיהו בתשובה זו מפרש דמצוה מחמת מיתה הוא דאפילו שייר מהני ומכל מקום קשה מאי דקאמר אע״פ שלא שייר ויש לומר דה״ק לא מיבעיא דאם שייר לבת כלום דלא הוי מתנה על מה שכתוב בתורה אלא אפי׳ לא שייר לבת כלום אלא מיהו בתשובת הריב״ש סי׳ קס״ח כתב וז״ל הבאת תשובת רבינו האי דהכותב נכסיו לאחרים לא שלא יניח כלום דא״כ מתנה ע״מ שכתוב בתורה ואיני מבין כוונתו שאם בלשון ירושה אפילו שייר לבניו לא עשה כלום ואם בלשון מתנה אפילו בכל נכסיו

דבריו קיימים אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו עכ״ל ומביאו בית יוסף בסימן שאחר זה ומ״מ אע״פ שהאמת כך הוא דבלשון מתנה לא הוה ליה מתנה על מה שכתוב בתורה מ״מ שייך לומר לשון אפילו וכדפי׳:

סימן רפב

ג שאלה לא״א הראש וכולי ושוב השיב וכו׳. פי׳ מתחלה השיב שעון הוא לעשות כך ואחר כך השיב דאי עביד לא מהני אלא בענין זה וכו׳ ולפי שהיו מקצת אוחזים במנהג זה היה מוכרח ללמד באיזה ענין מועיל ובאיזה ענין לאו כלום הוא. ומ״ש רבינו להביא ראיה מדברי רז״ל שלא ישנה אדם לבן בין הבנים דאלמא שלא יתן לאחרים ויניח את בניו כדי שלא להטיל קנאה אין נ״ל כלל ראיה דהתם בחייו קאמר שלא ישנה וכן כתב הרמב״ם להדיא בסוף פ״ו דנחלות אבל קודם מיתתו רשאי לשנות וכדילפינן מביום הנחילו את בניו דרשאי לרבות לאחד ולמעט לאחד דאם לא כן יהיו דברי רז״ל סותרים זה את זה:

סימן רפג

א הכותי יורש וכו׳ וכתב הרמב״ם ואם באו בית דין לאבד ממונו וכו׳. בספרי הרמב״ם שבידינו כתוב ואם ראו בית דין ודקדק בתרומת הדשן דמשמע מלשון זה דצריך הענין דרישת בית דין אם מומר לישמעאלים זה ראוי לקנסו ולאו מילתא דפסיקא הוא בכל המומרים דפקע ירושתם וע״ש: ומ״ש וא״א ז״ל כתב טוב ליתנה וכו׳. לאיפלוגי אדברי הרמב״ם כתב כן דלדידיה אם אין לו בנים קונסים אותו אבל להרא״ש יתנוהו ביד בית דין אולי ישוב אכן לדברי ת״ה איכא למימר דל״פ דהרמב״ם מדבר במומר דאביק מיבק במינות דלית ביה בטחון שישוב בתשובה ולפיכך קונסים אותו ובהא מודה גם הרא״ש אבל במומר דאית ביה בטחון שישוב בתשובה מודה גם הרמב״ם להרא״ש שיתנוהו ביד בית דין ולכן אמר הרמב״ם ואם ראו בית דין וכו׳ דתליא בראייתם ובדרישתם אם יש בטחון במומר זה אם לאו:

ה שאלה לא״א הרא״ש וכו׳. נראה דאין תשובה זו סותרת למ״ש הרא״ש טוב ליתנם ביד בית דין ואם יחזור בתשובה יתנוה לו דודאי מן הסתם יתנוה ביד בית דין אבל בנ״ד דהחומר זיכה ירושתו לאמו דהשתא כיון שא״צ ליתנה ביד בית דין כיון שהמומר עצמו אינו חפץ בה ואין עלינו לדון אלא בן אמו לבתו סמך הרא״ש על תשובת ר׳ משולם דתקנת חכמים היא שלא יהא יורש את מורישו וא״כ אין לו זכייה בהן ליתן לאמו ומיד כשמת מורישו זכתה בו הבת מיהו קשה דלא היה צריך לזה דאפילו את״ל דהמומר יורש אביו מד״ת ומד״ס אפ״ה מה שזיכה לאמו ירושת אביו בחיי אביו לאו כלום היא דאין אדם מקנה דבר שלא בא לטולם וכיון שלא חפץ המומר בירושת אביו ממילא זכתה בו הבת וז״ל שהרא״ש השיב לשואל שאפילו יבוא המומר לחזור ולזכות לאמו הירושה אחר מיתת אביו אפ״ה לא זכתה בו האם:

סימן רפד

א כל היורשין יורשין בחזקה וכו׳. משמע להדיא דכשמביא עדים שהוא מקרובים שבאים לירש אין צריך להביא ראיה שאין מעולם קרוב יותר ממנו והכי משמע בעובדא דרב אידי בר אבין פרק חזקת (בבא בתרא דף ל״ג) וע׳ בב״י:

ד כתב הרמב״ם מי שטבע במים וכו׳. לכאורה איכא למידק דנראין הסברות הפוכות ויש לומר דהיכא דהאשה עצמה מעידה שמת בעלה אי נמי כותי מל״ת או ע״א או אשה מעידה התם הוא דמתירין אותה לינשא דמתוך חומר שהחמרת עליה בסופה דייקא ומינסבא אבל לנחלה אין לנו לירד אלא בעדות ממש אבל היכא דעדים מעידים דטבע בפניהם במים שאין להם סוף אי סמכינן אעדים להתירה לינשא ליכא חומר בסופה ולא דייקא ומינסבא דקסמכה אעדים התם הוא דהחמירו באיסור כרת שלא להשיאה אבל שממון סמכו אדברים שחזקתן למיתה ומיהו דוקא בששמעו בו אחר כך שמת כדכתב סוף ואף על פי שבתחלת דבריו לא הזכיר דבעינן נמי ששמעו בו שמת אסוף דבריו סמכינן והכי נקטינן:

סימן רפה

א שבוי שנשבה וכו׳ בפרק המפקיד מדרבן שמעון בן גמליאל נשמע דמורידין קרוב לנכסי שבוי מדרבנן נשמע דאין מורידין וממאי דילמא עד כאן לא קאמר וכו׳ ונראה דהכי קאמר כיון דנשמע ממשנתינו דפליגי תנאי בהא מילתא אם כן קשיא הא דפליגי בה אמוראי אי מורידין או לא מורידין לימא רב

הלכה כחכמים ושמואל הלכה כרבן שמעון בן גמליאל וקאמר תלמודא לדחויי להך קושיא וממאי דילמא עד כאן לא קאמר רבן שמעון בן גמליאל הכא וכו׳ כך נראה מפי׳ רש״י ע״ש וכיון דקיימא לן כשמואל בדיני הלכה דמורידין וטעמא דמילתא דהוה ליה השבת אבידה דמ״ש חפץ האבוד מבעלים ואפי׳ אבדת קרקע כדלעיל בסימן רס״א ומ״ש כשהבעלים אבודים מנכסים דעל כל ישראל מוטל ליטפל באבדה זו והילכך מוטל על הבית דין לשקוד בתקנתו וכן מבואר מדברי הרמב״ם שבסמוך סעיף י׳ דמדין השבת אבדה נגעו בו והרא״ש כתב וז״ל מדרבן שמעון בן גמליאל נשמע דמורידין קרוב לנכסי שבוי דכי היכי דלגבי פירות חייב הנפקד להשתדל בתקנתן כמו כן חייבים בית דין להשתדל בתקנת השבוי ולהוריד קרוב הראוי לירש בנכסיו וכו׳ ואע״ג דנפקד גופיה לא מיחייב להשתדל בתקנתן אלא מדין השבת אבדה מ״מ כיון דהשבת אבדה אינה אלא בחפץ האבוד מבעלים ומדרבן שמעון בן גמליאל שמעינן דה״ה כשהבעלים אבודין מחפץ שלהם אם כן מדרבן שמעון בן גמליאל נשמע נמי לשבוי וע׳ לקמן בסי׳ רצ״ב סעיף י״ז בדין מפקיד: ומ״ש אבל דבר זה אינו מצוי וכו׳. שם אפוטרופא לדיקנני לא מוקמינן ופרש״י אין בית דין טורחין לבקש אפוטרופא לאנשים גדולים וכו׳ נראה מפירושו דסבירא ליה דכיון דלא ימצאוהו איכא זילותא דבית דין אם יטרחו לבקשו ולא ימצאוהו הילכך אפילו רצו לטרוח ולבקשו אינן רשאין וזהו שאמר אין טורחין דמשמע דמוזהרין שלא לטרוח אחר אפוטרופוס מיהו אם נמצא מי שימציא עצמו להשתדל לתועלת השבוי ובא לב״ד להיות אפוטרופוס משמע דמחוייבים בית דין להעמידו אם הוא הגון לזה שהרי אין טורחין לבקש אבל הרמב״ם כתב אין בית דין חייבים להעמיד אפוטרופוס לגדולים שהם בני דעת עד כאן לשונו נראה דסבירא ליה דלא מיבעיא שאין טורחין אחריו אלא אפילו אין חייבים כלל להעמיד אפוטרופוס לגדולים אפילו בא מעצמו וזהו דעת הסמ״ג בעשה צ״ו שכתב תחלה כלשון הרמב״ם ואח״כ כתב וגם לא ימצאו בקל כמו ליתומים שיש שם מצוה רבה עד כאן לשונו נראה שבא לבאר דאף ע״פ דמלשון הרמב״ם משמע דחיובא הוא דליכא אבל אם רצו רשאין אפילו לטרוח אחריו מ״מ מטעמו של רש״י שכתב לפי שלא ימצאוהו בקל וכו׳ משמע שאינן רשאין כדפרישית אבל במי שבא לב״ד מעצמו להיות אפוטרופוס ודאי דרשאין להעמידו בין לפירש״י בין להרמב״ם וכ״כ ה״ה ע״ש הרשב״א ומבואר לשם דאין שומעין לקרוב אם בא למחות ביד ב״ד שלא להעמידו ודוקא היכא שלא שמעו בו שמת אבל שמעו בו שמת שומעין ליורש ומדברי רבינו שכתב לפיכך אין ב״ד מצווין לבקש ע״ז כי לא ימצאו נראה דאם רצו לבקש ע״ז רשאין וכדמשמע מדברי הרמב״ם אבל ממ״ש ע״ש הרא״ש נראה דאפילו בא מעצמו לב״ד יכול היורש למחות שלא למנותו אפילו לא שמעו בו שמת ודלא כהרשב״א גם בנימוקי יוסף כתב שהרא״ה חלק ארשב״א ושהר״ן הביא כל זה ולא הכריע ובית יוסף הביא בסעיף י״א תשובת הר״י בן הרא״ש שפסק דבבא מעצמו להשתדל בענין זה חייבים בית דין למנותו אפוטרופא על הנכסים ואפשר דהיינו דוקא כשאין הקרוב מוחה על יד בית דין:

ג לפיכך בין שמעו בו שמת וכו׳ ולא שימכרם וכו׳. ר״א אומר ממשמע שנאמר וחרה אפי והרגתי אתכם בחרב וכו׳ איני יודע שנשותיהם אלמנות ובניהם יתומים מת״ל והיו נשיכם וכו׳ מלמד שבניהם רוצים לירד לנכסי אביהם ואין מניחין אותן ומוקי לה לירד ולמכור תנן דאין מניחין אותן והרמב״ם כתב בפרק ז׳ מה׳ נחלות ז״ל שבוי שנשבה ושמעו שמת וירדו יורשיו לנחלה וחלקו אותה ביניהם אין מוציאין אותה מידן וכן הבורח מחמת סכנה אבל היוצא לדעת ששמעו בו שמת וירדו יורשיו לנכסיו וחלקום מוציאין מידם עד שיביאו ראיה שמת מורישם שבוי שנשבה ובורח מחמת סכנת נפשות חייבים בית דין להתעסק בנכסיו כיצד עושין כל המטלטלין יהיו מופקדים ביד נאמן על פי בית דין ומורידין לתוך הקרקעות קרובים הראויין לירושה וכו׳ ולכשיבואו השבוי והבורח שמין אלו הקרובים שהורידו מה שעשו ומה שאכלו כמנהג כל האריסין של אותה המדינה והראב״ד בהשגות הקשה דמה צורך היה לומר שאם ירדו אחר ששמעו שמת שאין מוציאין מידם הלא אף לכתחלה מורידין אותם אפילו לא שמעו בו שמת ומפני קושיא זו פירש הרב המגיד דמ״ש הרמב״ם תחלה דאין מוציאין מידם בשמעו בו שמת היינו בנכנסו ע״ד לירד ולמכור ואין מוחין על ידם ופלא גדול דמחמת קושיא פירש דברי הרמב״ם היפך כל הסוגיא והברייתא המפורשת דאין מניחין לירד ולמכור אפילו שמעו בו שמת שהרי מדתני מלמד שנשותיהם מבקשות לינשא וכו׳ ואי אפשר לינשא אם לא שמעו בו שמת ועל זה אמר גם כן ובניכם יתומים שרוצים לירד לנכסי אביהם למכור ואין מניחין אותם אף על פי ששמעו בו שמת והקושיא יש לתרץ ברווחא דהרמב״ם כתב תחלה דין השנוי בברייתא ביורש היורד לנכסי שבוי לעבוד הקרקעות שאין מוציאין אותן מידם וכתב וכן הבורח מחמת סכנה שהרי רב נחמן אמר בורח הרי הוא כשבוי ואין הכי נמי דבשבוי ובורח אפילו לא שמעו שמת נמי אין מוציאין מידו כרבן שמעון בן גמליאל בברייתא דקאמר שמעתי שהנטושין כשבויין אלא דכתב ושמעו בו שמת לאורויי בסוף דבריו ביוצא לדעת אפילו שמעו שמת נמי מוציאין וסבירא ליה להרמב״ם דמ״ש בסיפא דברייתא היורד לנכסי רטושין מוציאין אותם מידו אפילו שמעו שמת קאמר והכי מוכח ממאי דפריך אהא דתני וכולם שמין להם כאריס אהייא אילימא ארטושין והא מוציאין אותם מידם קתני ולא משני דמוציאין בלא שמעו שמת ושמין להם כאריס בשמעו אלמא דברטושין לעולם מוציאין אפילו שמעו שמת ועוד נראה דעת הרב דאע״ג דכתב אחר כך דלכתחלה בית דין מורידין קרוב אפילו לא שמעו שמת אפילו הכי איצטריך ליה גם כן לאשמועינן דבשמעו שמת אין מוציאין מידם דאי לא אשמועינן ליה הוה אמינא מאחר שירדו לנחלה וחלקו אותה ביניהם מעצמם בלי רשות בית דין איכא למיחש שיפסידו גם כן הנכסים ולא יהא להם בושה לפי שכל אחד יאמר בשלי אני עושה

כיון ששמעו שמת ואם כן ראוי שיוציאו מידן להכי כתב הרב דאפילו הכי אין מוציאין מידם ואצ״ל בלא שמעו שמת דאם יפסידו יהא להם בושה שמפסידין נכסים אחרים דפשיטא דאין מוציאין וסברא זו תמצאנה בנימוקי יוסף ועוד נראה גם כן דס״ל להרמב״ם לחלק דבירדו לנחלה מעצמם אין מוציאין מידם ושוב אין בית דין מכניסין בעניינם כשיבוא השבוי והבורח לשום להם כאריס אבל כשהבית דין מורידין לקרוב אז נזקקין להם כשיבואו לשום להם כאריס ומאי דתני וכולם שמין להם כאריס אינו אלא כשהבית דין מורידין את הקרוב לנחלה אבל לירד ולמכור פשיטא דאינן רשאין כלל לא במטלטלין ולא בקרקע ומ״ש הרמב״ם וירדו יורשיו לנחלה וכו׳ היינו דוקא בקרקע שנקרא נחלה ולפע״ד הדברים פשוטים דלא כמו שכתב הרב המגיד ושארי ליה מאריה: ומ״ש בשם הרא״ש דאם יש לו שנים ושלשה קרובים וכו׳. הכי מוכח מההיא סבתא וג׳ בנתהא בסמוך סעיף ט״ו: ומ״ש ואם מקצתן עובדי אדמה וכו׳. טעמו שזהו תקנת השבוי דהעובד אדמה ישביח הנכסים דכשימות השבוי יהיו הנכסים שלו:

ד בא השבוי וכו׳ ופרש״י שמחשבין עמו בכל שנה וכו׳ ויש להקשות שהרי כתב וז״ל שמין להם כאריס אם יבואו הבעלים יטלו אלו בשבח קרקעות ופירות כמנהג אריסי המקום עכ״ל משמע להדיא דאין מחשבין אלא לבסוף כשיבואו הבעלים וכהרמב״ם וכך כתב עוד רש״י בפי׳ לעיל מיניה וז״ל כיון דאמר לקמן וכולם שמין להם כאריס אם יבואו הבעלים שמין לזה חלקו בכל שנה שעבד בה כמנהג אריסי העיר אם מחצה אם שליש אם רביע ונראה ליישב דעת רבינו דהבין ממ״ש רש״י עוד באותה סוגיא וז״ל אבל הכא דלא שמעו בו שמת לאו אדעתא דכולה פירי נחית אלא ליטול כאריס בכל שנה ושאר פירות יהו מונחים עכ״ל אלמא דאינו נוטל אלא חלק אריסותו וחלק הבעלים יהא מונח דאדעתא דהכי נחית מעיקרא ליטול חלקו בכל שנה ושנה והשאר יהא מונח אלא דס״ל לרש״י דבכלל שמין להם כאריס הוי נמי אם לא הניח חלק הבעלים אז כשיבואו הבעלים לבסוף מחשבין עמהם ולכן פרש״י תחלה אם יבואו בעלים וכו׳ אכן מדברי הרא״ש שכתב מדרבן שב״ג נשמע דמורידין וכו׳ מבואר דמפרש דלרש״י נמי הקרוב אוכל פירות וכשיבואו הבעלים לבסוף מחשבין עמו והיינו כדעת הרמב״ם ולפי זה הא דכתב רש״י דלאו אדעתא דכולה פירי נחית וכו׳ היינו לומר דלא נחית אלא ליטול פירות כאריס בכל שנה על פי החשבון עם הבעלים כשיבואו לסוף ושאר הפירות יהיו לבעלים ומונחים דקאמר לאו דוקא שיהיו מונחים משעה ראשונה וכן בכל שנה ושנה אלא כלומר יהיו נתונים לבעלים כשיבואו: ומ״ש בשם הרמב״ם. בפ״ז מנחלות כתב בסתם דשמין כמנהג כל האריסין וכו׳ ומשמע לרבינו דבין בפירי בין בשבח יטול כשאר אריס: ומ״ש ע״ש ר״י. כן כתב בהגהת מיימוני לשם בשם ר״י וכן כתבו התוספות והיא דעת הראב״ד בהשגות: ומ״ש ולכאורה נראה שאין חילוק וכו׳. שם בברייתא היורד לנכסי שבוי אין מוציאין אותן מידו ולא עוד אלא אפילו שמע שממשמשין ובאין וקדם ותלש ואכל הרי זה זריז ונשכר ואלו הן נכסי שבויין כששמעו בו שמת היורד לנכסי נטושין מוציאין אותן מידו ואלו הן נכסי נטושין בלא שמעו בו שמת ארשב״ג שמעתי שהנטושין כשבויין היורד לנכסי רטושין מוציאין אותן מידו ואלו הן נכסי רטושין כשהלך מדעתו ואינו יודע להיכן הלך תנא וכונן שמין להם כאריס ופריך אהייא אלימא אשבויין השתא זריז ונשכר הוי מאי דאשבח מיבעיא פי׳ הא פשיטא דשמין להן כאריס ולא איצטריך למיתנייה אלא ארטושין והא מוציאין אותן מידו קתני אלא אנטושין למאן אילימא לרבנן הא אמרי מוציאין אותן מידו אי רשב״ג הא אמר שמעתי שהנטושין כשבויין ופריק כשבויין ולא כשבויין כשבויין דאין מוציאין אותן מידו ולא כשבויין דאילו התם זריז ונשכר ואילו הכא שיימינן ליה כאריס ופריך ומ״ש מהא דתנן המוציא הוצאות על נכסי אשתו הוציא הרבה ואכל קימעא קימעא ואכל הרבה מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל ומשני הא לא דמיא אלא להא דתנן המוציא הוצאות על נכסי אשתו קטנה כמוציא על נכסי אחר דמי אלמא כיון דלא סמכה דעתיה תקינו ליה רבנן כי היכי דלא ליפסדינהו הכי נמי תקינו ליה רבנן כי היכי דלא ליפסדינהו אלמא משמע דאין חילוק בין שמעו שמת ללא שמעו שמת לעולם שמין להם כאריס כי היכי דלא ליפסדינהו ותדע דהרי מעיקרא פריך אלא השתא זריז ונשכר הוי מאי דאשבח מיבעיא ולא פריך אמאי שמין להן כאריס הרי שמעו בו שמת אלמא דפשיטא ליה לתלמודא דשמין ליה כאריס לעולם אלא דהרא״ש ס״ל דלבתר דמסיק טעמא דלא סמכה דעתיה וכו׳ ממילא ידעינן דבשמעו בו שמת דסמכה דעתיה דינו כמוציא הוצאות על נכסי אשתו גדולה אבל מדברי שאר מחברים נראה שאין לחלק וכן עיקר. ויש לתמוה אמאי לא כתבו הרמב״ם והרא״ש ורבינו החילוק דבשמעו שמת אם שמע שממשמשין ובאין וקדם ותלש ואכל ה״ז זריז ונשכר אבל בלא שמעו שמת שיימינן ליה כאריס אבל אינו זריז ונשכר כדאיתא בסוגיא להדיא והב״י הניח דבר זה בתימה ולפע״ד נראה דס״ל דלמסקנא לא איצטריך לשינויא כשבויין ולא כשבויין אלא הנטושין כשבויין לכל דבר דאפילו זריז ונשכר הוה ול״ק השתא זריז ונשכר הוי מאי דאשבח מיבעיא דאיצטריך דסד״א דדיניה כמוציא הוצאות על נכסי אשתו גדולה דמה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל קמ״ל דדיניה כמוציא על נכסי אשתו קטנה דכיון דלא סמכה דעתיה תקינו ליה רבנן דשיימינן לי׳ כאריס כי היכי דלא ליפסדינהו גם האלפסי זכרונו לברכה כתב הברייתא דהנטושין כשבויין בסתם ולא הביא שינויא כשבויין ולא כשבויין וטעמו דלמסקנא הנטושין כשבווין לכל דבר ולכן כתבו גם הרמב״ם והרא״ש ורבינו בסתם דמורידין קרוב לנכסי שבוי ואוכל הפירות ואח״כ שמין לו כאריס ומשמע אפילו קדם ותלש ואכל הרי זה זריז ונשכר בין שמעו שמת בין לא שמעו שמת וכל זה דלא כמ״ש בהגהת אשיר״י ובנ״י פ׳ המפקיד לפסוק כההיא אוקימתא דכשבויין ולא כשבויין דליתא ודוק:

י וכיצד דין נכסי זה וכו׳. יש להקשות דכיון דברטושין נמי מורידין הקרוב לנכסים בשמעו בו שמת א״כ הו״ל לתלמודא לתרץ דוכולן שמין להם כאריס ארטושין ובשמעו בו שמת וכך הקשו הרשב״א והר״ן ותירץ בנ״י דמ״ש הרמב״ם כאן ויהיה בהם כאריס היינו לומר דמתחלה מורידין אותו בתורת אריסות שבכל שנה ושנה מחשבין עמו ונותנין לו חלק אריסותו כשאר אריסי העיר וכיון שאנו רואין אותו בכל שנה היאך הוא מתעסק בהם תו ליכא למיחש לדילמא מפסדינהו כלל והא דתנאי וכולן שמין להם כאריס היינו לומר שבתורת ירושה מורידין אותו אלא לבסוף כשבאו הבעלים שמין לו כאריס וא״כ אי אפשר לומר דוכולן שמין להם כאריס ארטושין קאי שהרי ברטושין כשירד להן בתורת ירושה מוציאין מידו אפילו שמעו בו שמת ודברים אלו מוכרחים הם דאל״כ סותרין דברי הרמב״ם אהדדי דתחלה כתב דביוצא לדעת ושמעו בו שמת מוציאין אותן מידן ואח״כ כתב דמורידין להו קרוב אלא בע״כ דדוקא בירדו בתורת ירושה קאמר דמוציאין מידן אבל כאן אמר דמורידין להם קרוב ויהיה בהם כאריס שבכל שנה ושנה מחשבין עמו אבל מדברי הרא״ש משמע דס״ל דמורידין אותו בתורת ירושה שהרי סתם וכתב אבל שמעו בו שמת נראה שמורידין ותימה שזה היפך משמעות הסוגיא דפריך אילימא ארטושין וכו׳ כדפי׳ הילכך כדברי הרמב״ם עיקר וכדפרישית וכמ״ש בנ״י אכן מתוך דברי רבינו שהשוה בזה דעת הרא״ש לדעת הרמב״ם יראה מבואר דלא נחית לחלק בכך בדברי הרמב״ם ומה שכתבנו ע״פ דברי נ״י הוא האמת:

יב כשמורידין קרוב לנכסיו וכו׳ מימרא דרב הונא בפרק המפקיד אין מורידין קטן לנכסי שבוי ופי׳ רש״י ואפילו הוא ראוי לירשו דקא מפסיד להו ומוטב שיורידו להם איש נכרי: ומ״ש ואם אין קרוב אלא קטן וכו׳. שם ההיא סבתא וכו׳ שמביא רבינו בסעיף ט״ו דקאמר אביי היכי נעביד לוקמינהו לנכסי בידא דאחתא דילמא שכיבא סבתא ואין מורידין קרוב לנכסי קטן משמע דאי ודאי לא שכיבא סבתא הוה יהבינן כל נכסי לאחתא ולא הוה מוקמינן פלגא לינוקא ע״י אפוטרופוס דבכל ענין אין מורידין קטן דכיון שהקטן אדון דאפוטרופוס אוני ישמע לקטן שלא לחרוש ושלא לזרוע וכ״כ התוס׳ לשם בד״ה ומוקמינן (דף ל״ט) וזהו שכתב רבינו ואם אין קרוב אלא קטן וכו׳ דאלמא דאי הוה עוד קרוב ראוי לירשו כמו הקטן הוה יהבינן ליה כל נכסי ולא הוה מוקמינן אפוטרופא לפלגא דקטן דמוקמינן ליה לסתם שבוי בחזקת חי כדתנן בס״פ כל הגט ולא דמי לסבתא וכו׳ וכמו שיבאר כל זה בסמוך בס״ד ואין להקשות היאך מעמידין אפוטרופוס הלא אין על ב״ד להעמיד אפוטרופא לגדולי׳ דהכא העמדת האפוטרופוס הוי לתועלת חלק הראוי לקטן דאם ימות השבוי הנכסים לקטן וז״ש רבינו מעמידין לו אפוטרופוס כלומר דאפשר דהעמדה זו יגיע לצרכו של קטן אלא דמ״מ אין אפוטרופסות זו להאכיל הכל לקטן אלא שיתנם ביד אריס והאפוטרופוס ישמור חלק השבוי וכמו שפי׳ ר״י גבי ההיא סבתא לקמן בסעיף ט״ו ע״ש:

יג ומ״ש וצריך שלא יהא האפוטרופא קרוב וכו׳. שם מימרא דרב הונא וכתב הרא״ש ואפי׳ בתורת אפוטרופסות כלומר ל״מ בתורת ירושה לאכול כל הפירות דפשיטא דלא אלא אפילו בתורת אפוטרופסות דסד״א כיון דהב״ד לא ביררו כ״א נאמן תו לא חיישינן שיבוא להחזיק בנכסי קטן קמ״ל דלא אלא בכל ענין חיישינן וכ״כ הר״י בנכ״ו ח״א אכן הרשב״א בתשובה ע״ש העיטור פסק דבתורת אפוטרופסות מורידין קרוב והביא ראיה מפ׳ הניזקין כדכתב ב״י כאן אבל בסי׳ ר״ץ סעיף ב׳ במחודשין הביא תשובת הרשב״א שכתב דלא מצא לו חבר בכל המחברים משמע דס״ל כהרא״ש ולקמן בסי׳ ר״ץ יתבאר בס״ד. ומ״ש שמא יחזיק בהן וכו׳ עד שזה הקטן אינו יודע שימחה. פי׳ לא ידע למחות בקרוב ולומר שדה זו של אבי ולא הגיע לחלקך דסבור שאומר אמת שהרי של אביהם היה השדה ולא אסיק אדעתיה לומר לו אייתי ראיה אבל לנכרי מסיק אדעתיה למימר אייתי ראיה עדי מכירה עיין בתוס׳ לשם: ומ״ש ואפילו הוא קרוב מחמת קרוב וכו׳. ג״ז מימרא דרב הונא לשם וע״פ פי׳ הרא״ש דלא כפי׳ רש״י:

יד כתב רב אלפס בשם ר״צ גאון. בפ׳ המפקיד כ״כ וכ״כ בהגמ״ר לשם ע״ש ר״ח ור״י הזקן וכ״כ בהגהת מיימוני פ״ח ופ״י מנחלות וכ״כ הסמ״ג בשם הר״י: ומ״ש דלא פלגי רבנן בין קרוב בין רחוק. פי׳ דגבי מטלטלין אין סברא לחלק ביניהם דאם יש לחוש בקרוב דבאורך הזמן תשתכח הדבר ויאמר שלי הם גם ברחוק איכא למיחש להכי ואין תקנה אלא בשטר המונח ביד ב״ד או בפנקס שלהם א״כ ה״ה קרוב אבל בקרקע איכא סברא לחלק דהרחוק אי אפשר שיאמר שלי הוא או של אבותי כיון דאיכא עדים שהוא של אבותיו של קטן ולא מצי למימר נמי שקנה ממנו דאין מחזיקין בנכסי קטן כדלעיל בסימן קמ״ט סעיף כ״א אבל קרוב מצי טעין שהוא חלק ירושתו. ואיכא למידק אמאי לא כתבו המחברים דין זה אצל מורידין קרוב לנכסי שבוי דאינו אלא במקרקעי אבל מטלטלי יהיו ביד נאמן ע״פ ב״ד בין קרוב בין רחוק וי״ל דכ״ש הוא דכיון דאפילו בקטן דאין מורידין קרוב במקרקעי בתורת ירושה אפי׳ הכי במטלטלי מורידין קרוב בתורת אפוטרופסות אי אינש מהימן הוא כל שכן בשבוי דמורידין קרוב במקרקעי בתורת ירושה דפשיטא דמורידין קרוב במטלטלי בתורת אפוטרופסות אי אינש מהימן הוא ותו דהראיה מפרק א״נ מיירי במעות יתומים קטנים דמעיינינן אינש דשפו נכסיה אבל ודאי דה״ה לדין קרוב היורד לנכסי שבוי:

טו ההיא סבתא וכו׳ שמא מתו שתי השבויות וכו׳. אף על גב דבגמרא קאמר דילמא שכיבא סבתא רבינו ס״ל דבמסקנא משמע דאין לחלק בין סבתא לברתא ונמשך ע״פ דברי התוספות בפרק כל הגט (גיטין דף כ״ח) שכתבו לחלק בין חולה וזקן דמעמידין אותן בחזקת חיים והכא חיישינן דילמא

שכיבא סבתא דילמא שכיבא ברתא וטעמא דבשבויות חיישינן טפי למיתה עכ״ל תוס׳ ומפרש רבינו דקשיא להו לתוס׳ דלבתר דשכיבא סבתא אמאי לא מוקמינן לברתא בחזקת חיים וניתב הך תילתא דשבויה בידא דאחתא כדין ב׳ קרובים א׳ גדול וא׳ קטן דיהבינן כולה נכסי ביד הגדול ולא מוקמינן אפוטרופא כלל וכדלעיל בסעי׳ י״ב וה״ט דמוקמינן לשבוי בחזקת חיים דלא דמי לסבתא שבויה דחיישינן למיתה דאיכא תרתי לריעותא זקינה ושבויה אבל בברתא שבויה קשיא מאי שנא משאר שבויין ומתרצין התוספות דבשבויות חיישינן למיתה טפי פי׳ דכיון שעושין להן יסורין אין הנקבה יכולה לסבול היסורין והמכות כמו שיכול לסבול הזכר והילכך אפילו בילדה חיישינן למיתה טפי בשבויות וכיון דחיישינן שמא מתה גם ברתא א״כ אין מורידין האחתא לפלגא דינוקא דאין מורידין קרוב לנכסי קטן אלא מוקמינן ליה אפוטרופא ומגו דמוקמינן אפוטרופא לפלגא דינוקא מוקמינן אפוטרופא לכולה אבל בשבויין זכרים לא חיישינן למיתה כלל ומוקמינן ליה בחזקת חיים והיכא דאיכא קרוב גדול וקרוב קטן לא מוקמינן אפוטרופא כלל אלא יהבינן להו לכולהו נכסי ביד הגדול כנ״ל דעת רבינו ומש״ה העתיק הך עובדא דסבתא כדאיתא בגמרא משום דס״ל לחלק בין שבויין לשבויות כדברי התוס׳ וכדפרישית ודוק ודלא כנראה מדברי הר״ר ירוחם דכתב דאפי׳ בשבוי זכר ואיכא קרוב גדול וקטן מעמידין אפוטרופא לכל הנכסים אפי׳ לחלק הגדול ולמד כך מהך עובדא דסבתא ולא נחית לחלק בין זכר לנקבה:

טז שאלה לא״א הרא״ש וכו׳ וכל ימי חייה הנכסים בחזקתם. פי׳ בחזקה שהיו הנכסים מעולם וכדתנן בפ׳ מי שמת נכסים בחזקתן ור״ל כאן שהם בחזקת הסבתא ליתן אותן למי שתרצה אבל אין פי׳ בחזקת ב״ד דכיון דאין לב״ד זכות בהן אין להם שום תפיסת יד בנכסים אלו לא לרבות ולא למעט לשום אדם:

סימן רפו

א מי שמת וכו׳ וכתב הר״ר ישעיה אפילו שתקו וכו׳. אע״ג דלעיל בסי׳ קע״ו סעיף י״ג מחלק גבי שותפין ואחין בין בלה ואבד לגמרי וכו׳ וכן כתב לקמן בסימן רפ״ח היינו דוקא בכולם גדולים דמדשתקי מחלי אבל הכא דאיכא גדולים וקטנים פשיטא דקטנים כיון דלא ידעי למחויי יכולים לתבוע לגדולים אפי׳ בלו לגמרי ואפי׳ שעל בניהם ובנותיהם וכיון שהקטנים יכולין לתבוע לגדולים דלאו בני מחילה נינהו א״כ הגדולים נמי יכולים לתבוע לקטנים דאל״כ לא יהא הדין שוה:

ד נשאו הגדולים וכו׳. משנה וגמרא פרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קל״ט) ואיכא למידק מאי קמ״ל הא פשיטא דמה שנשאו הגדולים לאחר מיתת אביהן מתפיסת הבית קודם חלוקה דישאו גם הקטנים כמו כן קודם חלוקה וי״ל דאתא לאשמועינן דאע״ג דהאב אמר בחייו שיתן לבנו כך וכך כההיא דרב גידל בשטרא פסיקתא כמה אתה נותן לבנך כך וכך כמה אתה נותן לבתך כך וכך עמדו וקדשו קנו הן הן הדברים הנקנים באמירה כדאיתא ר״פ הנושא אפ״ה לגבי אחין לאו כלום הוא דלא זכה הבן בנכסים אלא לאחר הנשואין וכיון שלא היו הנשואין אלא לאחר מיתת האב ישאו גם הקטנים מן האמצע:

ה כתב הרמב״ם השיא וכו׳. משנה ובריייתא פ׳ מי שמת (בבא בתרא דף קמ״ה) ופירושו דמנהגם היה כשנושא אחד אשה דמריעיו ומיודעיו שולחין לו מעות כדי שיתחזק על ההוצאה שמוציא במשת׳ ואלו המעות נקרא שושבינו׳ ואינן מתנה גמורה אלא שאם ישא הוא אשה יחזיר וישלח לו לפיכך אם נשא זה אשה ולא החזיר לו השושבינות הרי זה תובעו בב״ד ומוציא ממנו וכתב הרמב״ם דאם נשתלחה לזה הבן בחיי האב כשהיתה הוצאת משתה משל אב א״כ האב קיבל השושבינות להתחזק על ההוצאה לפיכך תחזור מן האמצע דנכסי האב הם היו משועבדים בחייו להחזיר השושבינות כשאר מלוה שלו שחייב לאחרים אבל אם הבן הוציא וכו׳ הבן קיבל השושבינות א״כ חייב הבן להחזיר לו משלו ועי׳ באבן העזר סי׳ ס׳:

ו שלח האב שושבינות וכו׳. ברייתא שם וע״פ פי׳ רשב״ם והרמב״ם: כתב בדרך אחרת וכו׳ וטעמו דכיון דשלח בשם בניו בסתם הרי לכולם יש חלק בחזרת שושבינות ואע״פ שזה שנשתלחה לו אינו מחוייב להחזיר לו אלא עם מי ששמח עמו בלבד מכל מקום כיון שהאב זוכה השושבינות לכל בניו הרי חלק זה שהחזיר בלבד הוי לאמצע לכל האחין:

סימן רפז

א מי שמת והניח בנים גדולים וקטנים וכו׳. משנה פרק מי שמת (סוף בבא בתרא דף קמ״ג) וכתבו התוס׳ והרא״ש לשם ע״ש ריב״ם דה״ה גדולים וגדולים אלא דאורחיה דמילתא נקט והרא״ש הוסיף דברישא אשמועינן רבותא דאפילו לקטנים מחיל כ״ש לגדולים דמימר אמר איטרחנא השתא וגם הם יטרחו היום או מחר ועוד וכו ובסיפא כיון דגבי קטנים אמרינן כיון דאודעיה הוי מחילה כ״ש לגדולים דבני מחילה נינהו וגם היה בהן דעת לחלוק

ולא חלקו וכדכתב רבינו בשמו סעיף ד׳ מיהו נראה מדברי התוספות לשם דמאי דאמרינן בשבחו נכסים מחמת עצמן דהשביחו לעצמן אין זה אלא בגדולים וקטנים שהרי כתבו דבשבחו מחמת נכסים כגון דשכרו פועלים משל אביהם דהוי לאמצע היינו טעמא דאי הוי אמרי ראוי וכו׳ היו אוהבי הקטנים או קרוביהם שוכרים להם פועלים משל אביהם בשבילם ומדלא אודעינהו אחולי אחלי גבייהו כו׳ אבל בשבחו מחמת עצמן שהוציאו משלהן וטרחו בגופן שאפילו היו מודיעים לקטנים לא היו יכולין לעשותו גם אוהביהם וקרוביהם לא היו מוציאים משלהם או טורחים בגופן בשביל הקטנים הילכך השבח לעצמן אפילו לא אמרו ראו וכו׳ לפי זה ודאי דבגדולים וגדולים כיון שהגדולים היו יכולין לעשותו להוציא משלהם ולטרוח בגופן כל מה שהשביחו מן הסתם ולא אודיעינהו לגדולים השביחו לאמצע והכי מוכח להדיא ממאי דקאמר תלמודא שאני אודייני דלנטירותא הוא דעבידא ואפילו קטנים נמי מצי מנטרי ליה וכמו שכתב רבינו בסמוך ואם השביחו בדבר שאם היו מודיעים אותו לקטנים וכו׳ דלפ״ז בגדולים וגדולים כיון שגדולים יכולים גם כן לעשותו כמו אלו גדולים השבח לאמצע אע״פ שטרחו בגופן וכן מבואר מדברי רבינו שכתב ואם יאמרו ראו וכו׳ עד ול״ש שיטלו כל השבח לעצמן כשיפרשו עכ״ל דמדבר בשבחו הנכסים מחמת הנכסים בלבד שע״ז כתב דעת הי״א דמחלק בין קטנים וגדולים לגדולים וגדולים ושהרא״ש כתב שאין חילוק אבל בשבחו הנכסים מחמת עצמן שהוציאו משלהן וטרחו בגופן שאפי׳ היו מודיעים לא היו יכולים לעשותו וכיון שהם קטנים בזה לא דיבר רבי׳ מאומה ונסמך על מ״ש גבי קטנים שאם היו יכולין לעשותו השבח לאמצע אף ע״פ שטרחו הגדולים בגופן כיון שלא אודיעינהו דמזה נשמע לחלק בין קטנים וגדולים לגדולים וגדולים היכא שטרחו בגופן דהקטנים לא היו יכולין לעשותו והגדולים יכולין לעשותו ודוק:

ומ״ש כגון שלקחו מן השותפים ושכרו פועלים אע״פ שטרחו בשכירות וכו׳ וכן אם טרחו בשכירות הבתים או בסחורה השבח לאמצע. נראה שכתב רבינו כך להוציא מפירוש ריב״ם שהביא בהגהות אשיר״י דמחמת נכסים לא הוי אלא כמו שדה בורה שהעלה שירטון ע״י עידור וזיבול אפי׳ טרחו בגופן רק שלא הוציאו משלהן אלא מתפיסת הבית ומחמת עצמן כגון שהנכסים הם כמו שהיו מעולם אלא שעל ידם נשתכרו כגון שהיו בתים ולא היו שוכרים והם טרחו אחר הצריכים והקטנים לא היו יכולים לעשות זה ור״ת מפרש מחמת נכסים כגון בוסתני ופרדיסי דשתל ומחמת עצמן היינו שהניח להן מתכות ועשה מהן כלים ועורות ועבדום עכ״ל דכיון דהתוס׳ כתבו ועוד יש פי׳ ר״ת ופי׳ ריב״ם ולא ישרו בעיני ר״י לפיכך דחה רבי׳ פירושים אלו וכתב כפר״י. וסחורה דהוי לאמצע מפורש בדברי התוס׳ לשם דאוהבי הקטנים הוי נמי מוצאין להשתכר דאין טורח למכור ולקנות ומבואר כך מעובדא דרב ספרא דאיתא התם (דף קמ״ד):

ג ואם אמרו ראו מה שהניח לנו אבינו וכו׳. שם במשנה: ומ״ש והרמב״ם כתב וכו׳ ושהראב״ד השיג עליו. בריש פ״ט דנחלות ה״ט וכתב שם שהיה גורס בתירוץ קושיית אודייני אלא אי איתמר הכי איתמר ל״ש אלא ששבחו נכסים מחמת נכסים אבל שבחו נכסים מחמת עצמן השביחו לאמצע ופירוש מחמת נכסי׳ מחמת הוצאה מנכסים אחרים ומחמת עצמן פי׳ מחמת עצמן של אותם נכסים עכ״ל פי׳ ואסיפא דמתני׳ קאי דקתני אם אמרו ראו וכו׳ השביחו לעצמן וקאמר דה״מ בשבחו הנכסים מחמת נכסים וכו׳ ומה שלא פי׳ הרב המגיד דהיה גורס כך מקמי קושיית אודייני דאם כן לא היה קשה כלום מאודייני דקאמרינן דהשכר לאמצע דהשבח דאודייני לא היה מחמת הוצאה שאין שם אלא שכר שמירה שהשומר יושב שם ומשמר וא״כ בדין הוא דהשכר לאמצע זו הוא דעת ה״ה אבל מלשון רבינו שכתב ע״ש הרמב״ם נראה שהיה גורס איפכא ל״ש אלא ששבחו נכסים מחמת עצמן אבל שבחו נכסים מחמת נכסים השבח לאמצע ומחמת עצמן פירוש מחמת הוצאה שהוציא משלהן ומחמת הנכסים פירוש מחמת עצמן של נכסים ואסיפא דמתני׳ קאי והיה גורס כך בתירוץ קושיית אודייני כמו שכתב ה״ה ודוק:

ה וכן הדין אם אשת המת וכו׳. משנה שם וכן האשה שהשביחה את הנכסים וכו׳ ובגמ׳ אשה בנכסי יתמי מאי עבידתה א״ר ירמיה באשה יורשת ורברי רבינו בפי׳ אשה יורשת כדברי הרי״ף דהשתא ניחא לישנא דמתניתין דקתני ראו מה שהניח לי בעלי וניחא נמי לישנא דתלמודא דטרחה קמי יתמי אבל לפרשב״ם וכן לפי׳ התוס׳ לא יתיישב ע״ש:

ו מי שמת אביו וכו׳ דברי רבינו בזה כדברי הרי״ף והרא״ש בעובדא דמרי בר איסק בפרק המפקיד דבקטן אפילו לא היה יודע בו דליכא למימר דאחולי קא מחיל ליה לקטן אפ״ה כיון דאין מורידין קרוב לנכסי קטן אין דינו כיורד ברשות דשיימינן ליה כאריס אלא השבח לאמצע אבל אם הוא גדול אי לא ידע ביה דלא מחיל ליה שיימינן ליה כאריס ונראה ודאי דדין זה אע״פ דאין ניזונין יחד והא דכתב רבינו ע״ש הראב״ד דבאין ניזונין יחד אינו נוטל אלא כיורד שלא ברשות וידו על התחתונה ונלמד ג״כ מהך עובדא דמרי בר איסק כדכתב הרא״ש בפרק המפקיד התם מיירי בדידע בהו באחוה דהשתא הו״ל כיורד שלא ברשות אבל היכא דלא ידע באחוה הו״ל כיורד ברשות:

סימן רפח

א האחין שבאין לחלוק. מימרא דר״א פ״ק דב״ק (דף י״א) וגירסת הספרים ומה שעל נשיהם ובנותיהם אין שמין וכך גורס הרא״ש לשם אבל גירסת התוס׳ מה שעל בניהם ובנותיהן אין שמין וכן גירסת האלפסי וכן נראה מדברי הרמב״ם פרק עשירי דהלכות נחלות אלא שכתב וכן מה שעל נשותיהן וכ״כ רבינו בסי׳ קע״ז סעיף י״ב ותימה על מה שכאן לא כתב אלא גירסת תוס׳ ואלפסי ולא הזכיר נשותיהן: ומ״ש דהטעם הוי מפני שמתביישין וכו׳. כך פי׳ רש״י לשם ולפי טעם זה כתב נ״י לשם דמבגדים של חול שמעינן דהיכא דיהיב חד מן האחים מתנה לאינש אחרינא מתפיסת הבית וחזו אחין ושתקי דמחילה הוי עכ״ל וכתב בשלטי הגיבורים לשם ובס״פ יש נוחלין דדעתו דאינו דומה לבגדי שבת דאע״ג דשתקי לא מחלי דשאני התם דיש לתלות שתיקתן בדבר ולומר דשתקי מאחר דהבגדים ברשותם הם ובשעת חלוקה ישומו אותם והוי כמו השאלה דבהשאלה לא קפדי אינשי אבל בנותן מתנה לאינש אחרינא דיוצא מרשותם לגמרי בודאי מאחר דשתקי מחלי כמו בגדי חול דאמרינן מאחר דאיכא ביוש להביאם לב״ד לא היה להם לשתוק מתחלה ומדשתקי מחלו והכי נמי דכוותיה ועוד האריך ע״ש. ומ״מ דין זה רחוק לפע״ד דנראה דדעת רש״י והרא״ש היא לומר דלפי דזלזול הוא לבנים ולבנות להביאן לב״ד הילכך מעיקרא מחלי אהדדי וכבר זכו בהן לעצמן הילכך אין שמין מה שעליהן וכ״כ הרמב״ם פי׳ שכבר זכו בהן לעצמן משא״כ בגדי שבת דכיון דלא יגיע להן שום זלזול לא מחלי מעיקרא ואינן אלא שאלה בלחוד ולא זכו בהן לעצמן אבל בדיהיב חד מן האחין מתנה לאחר אע״ג דחזו ליה אחין ושתקי אין לנו לומר דמחלי ליה בכדי והא דשתקי מימר אמרי איהו שקיל ויהיב לפלוני אנן נמי נשקול כנגד זה כשנצטרך:

ד ומ״ש ובגדול אחין וכו׳. שם אמר רב פפא פעמים אף מה שעליהם אין שמין משכחת לה בגדול אחי דניחא להו דלישתמעון מיליה ומביאו האלפסי והרא״ש וכתב ב״י והרמב״ם בפ״י מנחלות השמיט הא דרב פפא משמע ליה דרבי אליעזר דסתם ואמר שמין מה שעליהם אף בגדול האחים קאמר ופסק כוותיה עכ״ל ושרי ליה מאריה דאין כאן מחלוקת ורב פפא לא קאמר אלא פעמים שאף מה שעליהן שמין ותו דהא בסוף פרק יש נוחלין קאמר רבא האי גדול אחי דלבש ואכסי מביתא מאי דעביד עביד ופריך מדתנן אין הגדולים מתפרנסין ע״י הקטנים ופריק מתני׳ בשרכא פי׳ אדם בטל שאין להם ריוח בדבר ופריך שרכא פשיטא ופריק מהו דתימא ניחא להו דלא לינוול קמ״ל ומביאו האלפסי והרא״ש גם הרמב״ם כתב כן סוף פ״ט דנחלות וכן הביאו ב״י למעלה תחלת סי׳ רפ״ו ע״ש וכן כתב עוד הרמב״ם פי״א דנחלות גבי אפוטרופוס בשיש הנאה בנכסי יתומי׳ שיהיו דבריו נשמעין יש לו ללבוש ולהתכסות מנכסי יתומים כדי שיהא מכובד ויהיו דבריו נשמעין כל שכן גדול האחין לפיכך נראה דבר פשוט דאין כאן מחלוקת אלא נסמך על מ״ש בסוף פ״ט גבי גדול האחין ופי״א גבי אפוטרופוס דכשיש ליתומי׳ הנאה דלובשין מתפיסת הבית לאפוקי שרכא דאין להם הנאה ממנו ולכן לא היה צריך לחזור ולכתבו כאן כנ״ל: ומ״ש ומיהו לכתחלה יכולין למחות בו. פירוש בתחלה בשעה דלביש ומכסי דאז מגלי דעתייהו דלא ניחא להו והילכך אפי׳ נאבדו או בלו מנכין לו דלא עדיף גדול האחין משאר אחין היכא דמיחו לו אבל אם לא מיחו מתחלה שוב אין יכולין למחות ואפי׳ מה שלא בלה ולא נאבד אין מנכין לו דכיון דלא מיחה לו מתחלה מסתמא ניחא להו דלישתמעון מיליה אבל אי אפשר לפרש דבגדול האחין נמי יכולין האחין למחות כל אימת שירצו היכא דעדיין לא בלה ולא נאבד דא״כ מאי איכא בין גדול אחי לשאר אחי אלא ודאי בע״כ בגדול אחי אם לא מיחו בתחלה בשעה דלביש שוב אין יכולין למחות אפילו לא בלה ולא נאבד וכ״כ בנ״י מיהו אין זה אלא היכא שיש לאחין הנאה בנכסיהם במאי דלביש ומיכסי כדי שיהיו דבריו נשמעים כדפי׳ ונראה דכל זה בבגדים נאים כפי מנהג בעיר אבל לא בבגדים חשובים ויקרים כגון בגדי משי דאפי׳ מן הסתם לאמחלי אחין וכך נראה להדיא מדברי האלפסי דכתב אתירוצא דשרכא ויש שפירשו שרכא מלבוש של משי עכ״ל ויש לתמוה למה לא כתבוהו הפוסקים ואפשר משום דמילתא דפשיטא הוא:

ה צוה האב ליתן וכו׳. בפ׳ בתרא דכתובות אמתניתין דמי שאבדה לו דרך שדהו דחכמים אומרים יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר קאמרינן ההוא דא״ל דקלא לברתא אזול יתמי פלוג לנכסי לא יהבו לה דקלא סבר רב יוסף למימר היינו מתניתין דאזלה גבי כל חד וחד ומצי מדחי לה כרבנן א״ל אביי מי דמי התם כל חד מצי מדתי ליה אין לך אצלי כלום וכן כ״א ואחד הכא דקלא גבייהו הוא שהרי כל הנכסים היו יחד בשעת צוואה ועל כלם הטיל הדקל ולא פי׳ איזהו מאי תקנתייהו ליתבו לה דקלא וליהדרו וליפלגו מרישא וכתב הרא״ש וליפלגו מרישא אם אין א׳ מהם רוצה ליתן אחד מדקליו בשביל מעותיו עכ״ל פירוש דאם אחד מהן רוצה ליתן אחד מדקליו וחבירו יתן לו מעות הרשות בידו ואין חבירו יכול לבטל החלוקה וטעמא דמילתא דכיון דמעיקרא היו יודעים שחייבים ליתן לברתא דקל אחד ואפ״ה חלקו מקמי שנתנו לה הדקל מסתמא אדעתא דהכי חלקו כדי לפייס אותו במעות וכיון שאחד מהם רוצה להתפייס וליתן אחד מדקליו ולקבל מחבירו מעות שוב אין יכול לבטל החלוקה כיון דאדעתא דהכי חלקו ובזה התיישב דלא קשה מהך דהכא אמ״ש רבינו בתחלת סימן קע״ה דכ״א יכול לבטל החלוקה דהתם שאני דכיון דלא ידעו שיש להם אח במ״ה החלוקה היתה בטעות משא״כ הכא דכיון דהוה ידעי ואדעתא דהכי חלקו לפייס לברתא במעות הילכך אפי׳ לא נתפייסה הבת במעות אלא בדקל מ״מ כיון שאחד מהם

רוצה ליתן לה דקל וליקח מחבירו מעות כך לי פיוס אחד מן האחין כפיוס הבת ואין יכולין לבטל החלוקה ואיכא לתמוה דבתלמודא מיירי בצוה ליתן דקל בסתם ומש״ה קס״ד דרב יוסף דמצי מדחי לה ואסיקנא דאפ״ה לא מצי מדחי לה ורבי׳ כתב שדה פ׳ או אילן פ׳ דאיכא למיטעי ולמימר דבצוה ליתן דקל סתם מצי מדחי לה וכרב יוסף ואפשר לומר דרבינו אתא לאורויי רבותא דאע״פ שאמר שדה פלוני ואילן פלוני ואותו שדה או אילן נפל לחלק חבירו ואחד מן האחין רוצה לפייס לפלוני וליתן לו משלו וכו׳ אפ״ה לא מצי חבירו לעכב ולומר כיון שאותו שדה ואותו אילן נפל לחלקי א״כ חייבין אנחנו ליתן לו כאשר צוה האב וממילא צריכין לחזור ולחלוק אלא כיון דפלוני מתפייס בשדה או אילן שנתן לו אחד מן האחין אין האחין יכולין לבטל החלוקה כלל כיון דאדעתא דהכי חלקו כדי לפייס את פלוני מעות והרי נתפייס וכדפרישית ודו״ק

סימן רפט

א האחין שיש בהם גדולים וקטנים וכו׳. מימרא דרב נחמן בפרק אלמנה ניזונית (כתובות דף ק׳) ופרק האיש מקדש (קידושין דף מ״ב) יתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהם ב״ד מעמידין להם אפוטרופוס ובוררין להם חלק יפה הגדילו אין יכולין למחות והסכימו הפוסקים דמיירי בדאיכא גדולים וקטנים ומבקשים הגדולים לחלוק דאי בכולם קטנים אין חולקים עד שיגדלו כולם ואף על פי שר״י רצה לפרש לשון בוררים דהחלוקה תלוי בדעתו והוא הדין דחולקין בדבר דשייך גוד או אגוד כגון ב׳ חפצים דתרווייהו צריכי להאי וצריכי להאי כדאיתא בפרק קמא דבתרא ולעיל בסימן קע״א וחולקין נמי בלא גורל ובלא שומת ב״ד לסוף הודה לפי׳ ר״ת דדוקא בגורל ובשומת ב״ד ואין חולקין בדבר השייך בו גוד או אגוד: ומ״ש הגדילו אין יכולין למחות. פריך בגמרא כיון דלא טעו במאי יכולין למחות ומשני יכולין למחות ברוחות וכתבו התוספות דהוי מצי למימר יכולין למחות כשטעו בפחות משתות אלא רבותא נקט דאפי׳ ברוחות יכולין למחות וקמ״ל דאין יכולין למחות לא ברוחות ולא בטעו בפחות משתות אבל אם חלקו בדבר דשייך בו גוד או אגוד יכולין למחות ורבינו נמשך אחר דברי התוס׳ בשם רבינו תם וכך נראה דעת הפוסקים:

סימן רצ

א מי שמת וכו׳. כ״כ הרמב״ם בפ״י מנחלות:

ג ומ״ש ואין ב״ד ממנין אפוטרופוס לא נשים וכו׳ ברייתא פ׳ הניזקין (דף כ״ב) אין עושין אפוטרופין נשים ועבדים וקטנים ואם מינן אבי יתומים הרשות בידו ופי׳ רש״י נשים אין דרכן לצאת ולבא ולטרוח עבדים אין נאמנים. קטנים אינן בני דעת עכ״ל. ודין עם הארץ בפסחים פ׳ אלו עוברין. ולכאורה משמע מפי׳ רש״י היכא דידוע דאשה זו נותנת ונושאת בטוב והוא בעלת מחיה כמו שנמצא לפעמים אף יותר מאיש יכולין להעמיד אותה אפילו לכתחלה דאינה דומה לעבדים וקטנים אכן בפרק הכותב אמתניתין דר״ש אומר כל זמן שתובעת כתובתה יורשים משביעים אותה וכולי קאמר בגמרא ר״ש אהייא מבואר לשם באותה סוגיא דמדינא אין מעמידין אשה אפוטרופוס כל עיקר וכ״כ לשם התוס׳ להדיא ומשמע לשם שגם אשת המת אין מעמידין אפוטרופוס והב״י הביא גם כן ע״ש הר״ש בר צמח דכ״ש אשת המת דלא דרוצה להרבות בכתובתה מנכסי יתומים גם מלשון רבינו שכתב שהן בחזקת חשודין וכו׳ מבואר דבנשים נמי קאמר שהיא בחזקת חשודה דאכולהו קאמר שהן בחזקת חשודין ואפשר דסבירא ליה לרבינו דסתם אשה לא עדיפא מעם הארץ ומוריא היתרא לנפשה אכן ברמב״ם שם כתב אין ב״ד ממנין לא אשה לא עבד ולא קטן ולא עם הארץ שהוא בחזקת חשוד על העבירות וכו׳ נראה דבע״ה קאמר שהוא בחזקת חשוד על העבירות כדאיתא באלו עוברין ואצ״ל דעבד הוא חשוד על כל העבירות שהרי הן בחזקת שיש בהן כל הרעות כדאיתא בפרק אף על פי (כתובות דף נ״ח) נמצא גנב או קוביוסטוס הגיעו אבל סתם אשה אינה בחזקת חשודה וטעמא דאשה להרמב״ם הוי כפירוש רש״י דאין דרכה לצאת ולבוא ולטרוח ונראה דלדברי הכל היכא דידוע דע״ה הוי בחזקת כשרות ממנין אותו ב״ד וכן נראה עיקר: ומ״ש ולא קרוב וכו׳. נראה מדברי הרמב״ם ורבינו דאין למנות קרוב כלל לירד בקרקעות ודלא כמ״ש ב״י על שם הראב״ד ובעל העיטור לחלק בדין זה בכמה חילוקים ועיין בסימן רפ״ה: כתב הרא״ש בתחלת כלל ס״ב אדם שמינה אפוטרופוס על נכסיו בחייו ומת אינו אפוטרופוס על נכסי היתומים אלא ב״ד ימנו להם אפוטרופוס כי אדם מאמין נכסיו לאחד ואינו ירא שיעשה לו עול לפי שהוא ירא ממנו וגם אדם בקי ומכיר בנכסיו וירגיש אם יעשה לו עול אבל אינו נאמן בעיניו להשליטו על ממון יורשיו עכ״ל ואע״פ שסברא זו אמיתית היא יש להביא ראיה לזה ונראה לי דדין זה פסוק במתניתין דהלכה מקבר בעלה לבית אביה וכו׳ דמבואר לשם דאע״פ דלשעבר היתה נעשית אפוטרופא בחיי בעלה אם לא מינה בעלה אפוטרופא לאחר מיתה אינה אפוטרופא לעסוק בנכסי יתומים ע״ש בסוגיא בפרק הכותב (כתובות דף פ״ז):

ה וכאשר ימנו אותו וכו׳. כ״כ המפרשים על שם העיטור (דף נ׳ ונ״א) שכתב דאפי׳ במינהו אבי יתומים דאין משביעין אותו בטענת שמא אבל בטענת ברי משביעין ליה לכי גדני יתמי לפיכך צריכין ב״ד לחשוב עמהן ולכתוב חשבון המטלטלים והקרקעות וכל דבר שבא לידן כדי שידעו מה שקיבלו להשביען אח״כ בטענת ברי וכך הם דברי רבינו שכתב וכאשר ימנו אותו וכו׳ כלומר כאשר נתמנה אפילו אבי יתומים צריכין ב״ד לחשוב וכו׳ ואין צריך לומר דצריך לחשוב כשנתמנה מפי ב״ד דכיון דאפילו בטענת שמא משביעין ליה צריך שידעו מה מקבל ועוד י״ל דה״ק דאע״פ דבמינוהו ב״ד נמי לא משביעינן ליה בטענת שמא אלא בטענת ב׳ כסף מ״מ על טענת ברי משביעינן ליה אפילו בפחות׃

ז והאפוטרופא רשאי ללבוש בגדים וכו׳. ע״ל בסי׳ רפ״ח סעיף ד׳׃

יג ומ״ש ובמעות יתומים כתב וכו׳ עד או שליש השכר או חציו או רביע השכר ליתומים וכו׳. נראה דתחלה נקט שליש השכר דהוה שיעור דשוה לתרווייהו למקבל וליתומים ואח״כ אמר דאם אפשר שישתדלו נאמן שיתן חצי ליתומים פשיטא דעושין ואם א״א שיתרצה הנאמן כי אם ברביע ליתומים אפ״ה אם יראו תקנה להם עושין וכו׳ וה״א ברמב״ם להדיא׃ ומ״ש רבינו ונראה שצריך למנות אפוטרופא על המעות וכו׳. הוא חוזר על מה שכתב הרמב״ם דבמעות יתומים א״צ למנות עליהן אפוטרופא וכו׳ דנראה דצריך דב״ד אין יכולין לטרוח ולבקש אדם הראוי ליתנם לו המעות כאשר האפוטרופא יטריח בכל המקומות לבקש אחר אדם הגון וקאמר רבינו דאף על פי דתלמודא קאמר דמותבינן ליה בבית דין וכו׳ דלאו למימר׳ דלא יהבינן לאפוטרופוס אלא לאפוקי דלא יהבי להו בעיסקא וכו׳׃

יד ומ״ש ופירש רש״י הטעם כלומר אין להקשות כיון שמבקשים אדם נאמן אם כן למה לי בית דין דכבר פירש רש״י הטעם כדי שלא יהא בו איסור רבית מפני שיש כח לב״ד להפקיר וכו׳׃

טז מי שיש בידו מנכסי יתומים וכו׳ לא יאמר אעשה בהן כמו שהייתי עושה בשלי וכו׳ לאו דוקא שהייתי עושה דמשמע דעכשיו אינו עושה בשלו כלום אלא אפילו עכשיו עושה בשלו כך וכך לא יאמר אעשה בהן כמו שאני עושה בשלי וה״א להדיא בפרק אלמנה ניזונית בעובדא דרבינא דקמיבעיא ליה מהו למישקליה בהדאי וכו׳ ומביאו ב״י וכתב בעיטור דהא דא״ל רב אשי זיל לא עדיף מדידך דוקא מידי דאי שביק ליה מפסיד כגון חמרא אבל דבר שהוא יכול לעמוד אין לשנותו במקום דאיכא חשש אפילו ברשות ב״ד וכ״כ ב״י ע״ש הר״ן לשם וה״ה בפי״א מה׳ נחלות׃ ומ״ש רבינו ונראה דזה לא איירי וכו׳. איכא למידק סוף סוף היינו יתומים שסמכו אצל ב״ה לקמן בסעיף ל״א דדינו כאפוטרופוס לכל דבר וי״ל דשאני הכא שאין היתומים סמוכין אצלו אלא שממון יתומים באו לידו בתורת נאמנות או על ידי איזה סבה הילכך אין דינו כאפוטרופא. כתב בעיטור ב״ד שמינו אפוטרופסים ולא חשבו עמהם צריכים להוציא הכל (מודים) בשבועה כבתחלה ולכתוב הכל עכ״ל׃

יז האפוטרופא רשאי למכור עבדים וכו׳ ברייתא בפ׳ הניזקין׃ ומ״ש והרמ״ה פוסק כת״ק וכן דעת א״א ז״ל. כתב ב״י איני יודע היכן פסק כן עכ״ל ונראה דרבינו למד מפסקיו שכך היא דעתו מדכתב הברייתא דפרק הניזקין דברישא ת״ק ורשב״ג בדין למכור עבדים וליקח שדות ובסיפא פליגי רבי ורשב״ג אם צריך לחשוב עמהם באחרונה וכתב אח״כ אהך פלוגתא דבסיפא מה שכתב הרי״ף חזינן לגאון דקא פסיק הלכתא כרשב״ג וקאמר דלא אמרינן הלכתא כרבי אלא לגבי חבירו אבל לא לגבי אביו עכ״ל מדפסק כרשב״ג בהך פלוגתא מטעם דלית הלכתא כרבי לגבי אביו מכלל דברישא הלכתא כת״ק דיחיד ורבים הלכה כרבים דלא אמרו אלא הלכה כרשב״ג במשנתינו ולא בברייתא אבל דעת הרמב״ם דגאון אפלוגתא דר׳ שב״ג ות״ק דברישא נמי קאמר דהלכה כר׳ שב״ג אלא כיון דאיכא קושיא עליה בסיפא כיון דקיימא לן הלכה כרבי מחבירו הו״ל לפסוק הלכתא כרבי לפיכך הוצרך ליישב ולומר דלא אמרינן הכי אלא לגבי חבירו אבל לגבי אביו לא אמרינן הכי הילכך בסיפא נמי הלכה כרשב״ג ובכל מאי דקאמר רשב״ג בהך ברייתא הלכתא כוותיה בין ברישא בין בסיפא כנ״ל׃

יח היה לאדם תביעה וכו׳. ברייתא שם ואע״פ שרש״י פירש דאם ירד לדון ונתחייבו אין היתומים דנכסים ולא כתב כן רבינו זהו לפי שהוא דבר פשוט דכיון דאין רשאין לדון פשיטא דאם עברו ודנו ונתחייבו דלא עשו כלום אלא דסלקא דעתך אמינא כי היכא דאם נתחייבו לא הפסידו הכי נמי אם זכו לא הרויחו דאין דין זה דין כלל קמ״ל דאם זכו הדין קיים׃

יט ואין רשאי להוציא עבדים לחירות וכו׳. שם בברייתא פליגי בה ת״ק ור׳ והרי״ף והרא״ש כתבוה בסתם וס״ל לרבינו דסמכו על הא דקיימא לן הלכה כרבי מחבירו ולא מחביריו וכן פסק הרמב״ם פרק י״א מנחלות וכן היא דעת שאר מחברים דלא כהראב״ד ועיין ב״י׃ ומ״ש בשם הרמ״ה קאי אכל הדברים שאין האפוטרופים רשאין לעשות דאינו אלא שלא ברשות ב״ד וכו׳ וכן כתב ה״ה על שם הרמב״ן והרשב״א ודהכי איתא בתוספתא׃

כג וכתב הראב״ד מסתברא וכו׳. ואיכא לתמוה הא פשיטא הוא דהב״ד רשאין לעשות כל מה שיראה להם שהוא תועלת ליתומים כדכתב רבינו בסמוך ע״ש הרמ״ה ואין חולק על זה וכדכתב ה״ה גם ע״ש הרמב״ן והרשב״א ודהכי איתא בתוספתא וא״כ היאך כתב כאן רבינו ע״ש הראב״ד דאין ב״ד יכולין למנות אפוטרופוס להאמינו בלא שבועה וכו׳ דמשמע דאפי׳ יראה לב״ד שהוא תועלת היתומים וכו׳ ודלא כהרא״ש ונראה לפע״ד דודאי מודה הראב״ד שאם לא ימצאו בענין אחר דרשאין למנותו וכדכתב רבינו ע״ש הרא״ש אלא דס״ל להראב״ד שלא נפטר בזה האפוטרופוס מן השבועה דלכי גדלי יתמי ותובטים ממנו השבועה צריך לישבע דאין ב״ד יכולין למנות אפוטרופוס להאמינו בלא שבועה דנכסי דיתמי נינהו ולא מהניא בהו פיטור דידהו וזהו שדקדק בלשונו שלא כתב שאין ב״ד רשאין למנות וכו׳ דודאי רשאין הן למנותו כיון שנראה להם בזה תועלת היתומים כדכתב הרא״ש אלא שאין יכולין להאמינו שלא יתחייב שבועה כשיתבעו ממנו שבועה ורבינו נמי לא הביא דברי הרא״ש לחלוק אמ״ש הראב״ד אלא הביא דברי הרא״ש דמתוכם נלמד לפרש דברי הראב״ד דאינו ר״ל דאין רשאין ב״ד למנותו להאמינו בלא שבועה דפשיטא דרשאין אלא שאין יכולין להאמינו לפטרו בלא שבועה אף כשיתבעו ממנו היתומים לכי גדלי ומ״מ ודאי איכא נפקותא במאי דרשאין ב״ד למנותו להאמינו בלא שבועה דהשתא רחוק הוא שהיתומים יתבעו ממנו השבועה כיון שפטרוהו ב״ד מתחלה אבל ודאי אם באו היתומים לתבוע ממנו השבועה חייב לישבע ואין מועיל לו הפיטור שפטרוהו ב״ד והכי משמע לפע״ד בסוגיא דפ׳ הכותב (כתובות דף פ״ח) דקאמר ר״ש הא דתנן ר״ש אומר אם אינה תובעת כתובתה אין היורשים משביעין אותה קאי אהא דהלכה מקבר בעלה לבית אביה או שחזרה לבית חמיה ולא נעשית אפוטרופא אין היורשין משביעין אותה ואם נעשית אפוטרופא יורשין משביעין אותה על העתיד לבוא ואין משביעין אותה על שעבר ואתא רבי שמעון למימר כ״ז שתובעת כתובתה יורשין משביעין אותה אינה תובעת כתובתה אין יורשין משביעין אותה וקמיפלגי בפלוגתא דאבא שאול ורבנן דתנן אפוטרופוש שמינהו אבי יתומים ישבע מינוהו ב״ד לא ישבע אבא שאול אומר חילוף הדברים מינוהו ב״ד ישבע מינהו אבי יתומים לא ישבע ר״ש כאבא שאול ורבנן כרבנן וכתבו התוס׳ ומתני׳ כגון שמינה בעלה לאחר מיתה דבציווי ב״ד ליכא לאוקמי דאין מעמידין נשים אפוטרופא כו׳ עכ״ל ועוד נ״ל להוסיף על דברי התוס׳ מדקאמר ולא נעשית אפוטרופא וכו׳ דאי בציווי ב״ד הו״ל למימר ולא עשאוה אפוטרופא ואם עשאוה אפוטרופא אלא רצה לומר ולא נעשית כבר אפוטרופא בחיי בעלה ואם נעשית אפוטרופא בחיי בעלה והשתא כיון דלרבנן מינהו אבי יתומים ישבע אע״פ שפטרה הבעל משבועה על העתיד לבוא דכתב לה נדר ושבועה אין לי ולא ליורשי עליך וטעמא הוה משום דלאו מכח בעלה באה שבועה זו אלא מנכסי יתומים וכיון דהשתא נכסי דיתמי נינהו לא מהניא בהו פיטור דידיה ולא חיישינן לדילמא אתי לאימנועי ולא הויא אפוטרופוס דאי לאו דהוה לה הנאה מיניה בחייו לא הוה ממנה לה כדאיתא בהניזקין ה״נ לאבא שאול במינוהו ב״ד דישבע אפילו כשפטרוהו ב״ד משבועה צריכין לישבע לכי גדלי יתמי ויתבעו ממנו השבועה מה״ט גופיה דנכסי דיתמי נינהו כמבואר לשם בפ׳ הכותב ותו דכיון דטעמא דאבא שאול במינוהו ב״ד ישבע הוי משום דבההיא הנאה דנפיק עליה קלא דאינש מהימכא הוא דקא סמוך עליה ב״ד משום שבועה לא אתי לאימנועי כדאיתא בהניזקין א״כ כל שכן היכא שהב״ד פטרוהו והאמינוהו בלא שבועה דנפיק עליה קלא טפי דמהימן להו לבי דינא ולא מימנע אע״ג דידע דמצי יתמי לאשבועי בתר הכי לכי גדלי ואין כח ב״ד יפה בדבר זה לעשות חובה ליתומים לכתחלה דלא יכלי יתמי להשביעו לאפוטרופוס דידהו לכי גדלי כנ״ל דעת תורה ולזה התכוין הראב״ד בדבריו שכתב מסתברא וכו׳ ולא נחלק על מ״ש רבינו ע״ש הרא״ש כאשר יראה לכאורה מדברי רבינו ודוק:

כד כתב הרמ״ה דאין משביעין וכו׳. הא דכתב כגון דטעניה קטן אין להקשות הלא אין נשבעין על טענת קטן דכבר התבאר בסי׳ צ״ו דבטענת שמא כגון של שותפין ואפוטרופא נשבעין אף לקטן ע״ש סעיף ז׳ והא דכתב עד דאיכא ב׳ כסף ולא בעי׳ הודאה טעמו דכיון דשבועה זו שבועת המשנה היא כדתנן בהניזקין הוי כעין דאורייתא ועד דאיכא ב׳ כסף וא״צ הודאה דאי איכא הודאת פרוטה אפילו במינה אבי יתומים ישבע כדתנן בהנשבעין ואלו נשבעין שלא בטענה השותפין והאריסין והאפוטרופסים וכו׳ ובגמ׳ אמר רב נחמן והוא שיש טענה בינייהו ב׳ כסף וכדעת הרמ״ה כפי׳ רש״י לשם דהיינו בהודאה במקצת דקרובה היא לש״ד אלא דטענת שמא היא ומשמע ליה להרמ״ה דהך אפוטרופוס מיירי בין בממנה אותו להיות אפוטרופא בביתו בחייו בין בממנה אותו להיות אפוטרופוס ליורשין הקטנים אחרי מותו ומש״ה בעינן הודאה במקצת אבל במינוהו ב״ד ישבע אפילו ליכא הודאה במקצת מטעמא דבההיא הנאה דנפיק עלה קלא דאינש מהימנא הוא לא אתא לאימנועי וזהו שלא הזכירו ההיא דרב נחמן בהניזקין משום דלגבי מינוהו ב״ד אפילו ליכא הודאה במקצת ישבע וכדלעיל בסי׳ צ״ג סעיף ב׳ ע״ש אבל דעת הראב״ד דבמינוהו ב״ד נמי בעינן הודאה במקצת כיון דהוי כעין דאורייתא אבל במינהו אבי יתומים אפילו הודה במקצת לא ישבע מטעמא דאי משביעין ליה מימנע ולא עביד ולפי זה מתניתין דהנשבעין לא איירי אלא באפוטרופוס שממנה בביתו בחייו כפרש״י: ומ״ש הרמ״ה ואם יש לאפוטרופוס חלק בריוח וכו׳. פשוט הוא דכיון דנעשו שותפין בעסק לא נפקא ליה מדין שאר שותפין דתנן בהנשבעין דמשביעין אותו בטענת שמא:

כו וכשמינהו אבי יתומים וכו׳. כבר התבאר לעיל סעיף ה׳ דבטענת ברי משביעין אותו אפי׳ מינהו אבי יתומים ולפי שאין נשבעין על טענת חש״ו בטוענין ברי לכך כתב כגון דגדלי יתמי וכו׳: וכתב הרמ״ה דאפי׳ בטענת שמא וכו׳. איכא לתמוה דמאי אתא לאשמועינן הא פשיטא הוא דמשביעינן ליה שבועת שומרין אפילו בטענת שמא כדכתיבי קראי ותו תימה דכתב וכ״ש היכא דאיכא טענת ברי ואיכא עסק שבועה דאורייתא וכו׳ הלא במודה מקצת אי נמי ע״א משתבע אפי׳ בטענת שמא להרמ״ה כדלעיל בסי׳ צ״ג סעיף ב׳ ותו מאי אתא לאשמועינן דבטענת ברי ומודה מקצת או ע״א דמשתבע ש״ד בלאו אפוטרופסות הא פשיטא הוא ולאיזה צורך כתבו גבי אפוטרופסים כיון דאפי׳ בלאו אפוטרופסות משביעינן ליה ונראה דכך היא הצעת דברי הרמ״ה דאפילו בטענת שמא עיכב משלהם כלום בידו נמי משכחת לה דמשביעין במינהו אבי יתומים כגון היכא דאניס גביה מידי וכו׳ דהשתא כיון דמיחייב לישבע שבועת שומרין חייב לישבע מדין גלגול אף על מה שטוענין עליו טענת שמא מחמת האפוטרופסות דמגלגלין אפי׳ שמא על שמא כדלעיל בסי׳ צ״ד את״כ אמר וכ״ש היכא דאיכא טענת ברי ואיכא עסק ש״ד כמודה מקצת או בע״א וכו׳ דהשתא כי קא משתבע לא מחמת אפוטרופסות קמשתבע דפשיטא הוא דמגלגלין עליו מה שטוענין עליו טענ׳ שמא מחמת אפוטרופסו׳ אע״פ שמינהו אבי יתומים דמגלגלין שמא על ברי במכל שכן וק״ל:

לא יתומים קטנים וכו׳ וכן כתב הרמ״ה וכתב הא דיש לו דין אפוטרופוס דוקא שהקטן בן ט׳. נראה דר״ל ויום א׳ דבא לכלל עשר דהשת׳ מסתמא הוא חריף וסמיכתו אצל ב״ה הוי סמיכה [וא״צ לבדקו אם הוא חריף] אבל פחות מבן ט׳ לא מהני סמיכתו מן הסתם ואם הוא חריף (ואין צריך לבדקו אם הוא חריף) אפילו מבן שש ואילך מהני סמיכתו דהא יש לו רשות למכור במטלטלי וע״ל בסימן רל״ה סעיף א׳ אלא דהרמ״ה מדבר בסתם קטן:

לה שאלה וכו׳. פי׳ השואל שאל דכיון דלב״ה אפוטרופוס מעיד ה״ה יכול להיות דיין או שמא אע״פ שמעיד לא ידון מידי דהוה משונא דמעיד ואינו נעשה דיין והשיב אם אינו מקבל פרס ואינו נוגע בדבר פשיטא דמעיד ומטעם זה נמי יכול לדון כיון דאינו נוגע בדבר.

לו ראובן היה אפוטרופא וכו׳ עד יראה לי שאין להוציא מהיתומים בטענת הפנקס עכ״ל. נראה דמ״מ הויא לה טענת ברי והיתומים נשבעים היסת ולגבי הודאה הויא מודה מקצת ואינו כמשיב אבדה כמ״ש רב האי לעיל סי׳ ע״ה וכבר כתבתי בדין פנקס למעלה בסי׳ צ״א והארכתי בחילוקי דיניו בס״ד ע״ש:

סימן רצא

א כי יתן איכא למידק מנ״ל לרבינו הא דכתב וגם משמיענו וכו׳ בין בש״ח בין בש״ש ודילמא קרא לא אתא אלא לאשמועינן חדא ונראה דלפי דבר״פ השואל אמר דפרשה שנייה בש״ש שכן חייב בגנבה ואבדה ופריך אדרבה ראשונה בש״ש שכן משלם תשלומי כפל בטוען טענת גנב ומהדרינן אפ״ה קרנא בלא שבועה עדיפא מכפילא בשבועה ובפרק המפקיד קאמרינן דר׳ יוחנן ור״א לית להו הך סברא ולדידהו קשה מנ״ל דראשונה בש״ח ושנייה בש״ש איפוך אנא וכתבו התוספות לשם (דף מ״א) בד״ה קרנא דרבינו שמואל פי׳ מדכתב בראשונה כסף או כלים דרגילות הוא לשמרם בחנם דליכא בהו טרחא ובשנייה כתוב בהמה דאיכא טרחא ורגילות לשמרה בשכר והשתא לסוגיא דר״פ השואל דנפקא לן הכי מדקרנא עדיפא ולא מדכתב בראשונה כסף וכלים ובשנייה בהמה בע״כ דאית לה פירוקא אחרינא אהא דשינה וכתב בראשונה כסף וכלים (וכו׳) [ונראה] לרבינו דלהך סוגיא צריך לומר דבראשונה משמיענו דאע״פ שאין בהם כ״כ טורת וכו׳ אפ״ה פטור ובשנייה משמיענו אע״פ שיש בהם טורח וכו׳ אפ״ה חייב והשתא ניחא דכתב רבינו לכך פי׳ בה כסף או כלים וכו׳ אליבא דר״י ור״א בפ׳ המפקיד וכתב גם משמיענו אליבא דסוגיא דר״פ השואל: ומ״ש ונחלקו בו חכמים וכו׳ כתב ב״י דבפ׳ הפועלים ופ׳ האומנים נחלקו בו ר״מ אומר כש״ח ור׳ יהודא אומר כש״ש וידוע דהלכה כר״י עכ״ל ויש להקשות דהלא בפ׳ האומנים קאמרינן רבה בר אבוה מחליף ר״מ אומר כש״ש רבי יהודא אומר כש״ח ואפ״ה פסקו האלפסי והרמב״ם ריש הלכות שכירות כמ״ד ש״ש ונ״ל דטעמייהו משום דבפ׳ המפקיד מייתי התם ת״כ דר׳ יוחנן השוכר פרה מחבירו ונגנבה ואמר הלה הריני משלם ואיני נשבע ואח״כ נמצא הגנב משלם תשלומי כפל לשוכר ותו אמר ר׳ ירמיה גבי שואל ושוכר פעמים ששניהם בחטאת וכו׳ והכי משמע בפ׳ אלמנה לכ״ג וכך פסקו לשם התוס׳ וגם הסמ״ג הוכיח כך מסתמי משניות דפרק בתרא דשבועות ודפ׳ הפועלים עיין עליו בעשה תחלת סי׳ פ״ט:

ב ש״ח הוא שהפקיד וכו׳. פי׳ המפקיד נתנו לנפקד ואמר בפירוש שמקבל עליו לשמרו או אפילו אינו אומר כך בפירוש אלא א״ל הנח לפני נמי הוי ש״ח וכדתנן סוף פרק האומנים ומשמע ודאי דמתני׳ אפי׳ לא אמר בפירוש שמקבלו עליו לשמרו אפ״ה הוי שומר חנם ואצ״ל מקבלו עליו לשמרו ולא קשה דהו״ל למימר אפילו היכא דלא אמר כלום אלא שמשכנו לרשותו הוי ש״ח דכיון דכתב בסמוך דלהרמב״ם אינו חייב אם פשע אלא א״כ משך אם כן להרא״ש ור״י דמחייבים באומר הנח לפני אע״ג דלא משך כל שכן במשך אע״ג דלא אמר כלום: ומ״ש אבל אם אמר לו הנח לפניך. מימרא דרב

הונא בפרק האומנים ובהנח סתמא מיבעיא וכתב הרי״ף כיון דלא איפשיטא עבדינן לקולא ופטור ובהגהות מיימוני כתוב ע״ש ראבי״ה דאם תפס משלו הוי תפיסה מספק ולא מהני ע״כ: ומ״ש ע״ש הרמב״ם אבל מחרים וכו׳. בפרק ב׳ מהלכות שכירות וכתב הרב המגיד לשם וכ״כ הסמ״ג שזהו תקנת הגאונים:

ג שאלה לא״א הרא״ש. בכלל צ״ד סי׳ ב׳ וד׳ ואיכא לתמוה דבפ׳ האומנין (בבא מציעא דף פ״א) איתא דהנח לפניך והנח סתמא לא איירי אלא בשוק ואיכא למימר דעד כאן לא פליגי ר׳ ורבנן אלא בהכניס שורו ברשות בעל החצר בסתם דלרבנן בחצר דבת נטורי היא עייל ואנטר קאמר ולרבי בתצר דלעיולי רשותא בעי למישקל מיניה כי יהיב ליה רשותא לעיולי תיב ונטר לך קאמר וא״כ היאך כתב הרא״ש בתשובה זו דהנח לפניך והנח סתמא זהו בבית הנפקד היפך התלמוד לכאורה ויש ליישב דמ״ש הרא״ש זהו בבית הנפקד שהוא מקום המשתמר כוונתו לומר זהו כשהנפקד בביתו שהוא מקום המשתמר למפקיד שהרי המפקיד יכול לשמור בעצמו כשישב במקום שהניחו אצל הנפקד בשוק דהוי מקום המשתמר ע״י השומר לאפוקי דכשהוליך הנפקד את הפקדון עמו בדרך אשר הולך והמפקיד נשאר בביתו א״כ ודאי דכשהנפקד נתרצה לקבל הפקדון לרשותו ולהוליכו עמו קיבל עליו ג״כ שמירתו דמי ישמרנו בדרך אם לא הנפקד וכן נראה מדברי הרמב״ם בפ״ד דשאלה שכתב הפקיד אצל חבירו כספים בדרך להוליכם לביתו או ששלח עמו מעות ממקום למקום צריכים שיהו צרורין ומונחין בידו וכו׳ וקודם זה כתב כיצד דרך השומרים הכל לפי הפקדון וכו׳ וא״כ מנעלים הללו כיון שקבלם הנפקד להוליכן עמו בדרך צריך שיקשרם ולא יפלוג מהם: ומ״ש הא דאמר הא ביתא קמך וכו׳. בפרק הזהב (בבא מציעא בדף מ״ט):

ד בקש מחבירו וכו׳. משנה בפ׳ הפרה (דף מ״ו) והאלפסי פסק שם כשמואל דהלכה כר׳ וכן פסק הרמב״ם בפ״ז מנזקי ממון וכתב רבינו דעתו לקמן בסוף סי׳ שצ״ח אבל התוס׳ כתבו וז״ל לכאורה נראה דהלכה כשמואל בדיני וצ״ע דרבא קאמר לעיל הכנים שורו וכו׳ וז״ש רבינו ור״י פסק כחכמים דמדכתבו לכאורה נראה וכו׳ אלמא דהאמת אינו כך וכ״כ הרא״ש לאחר שהביא דברי הרי״ף כתב וז״ל והתוספות כתבו צ״ע משום דרבא דהוא בתרא סבר כחכמים וכו׳ אלמא משמע דכוונתו לחלוק אפסק דאלפסי ועוד דלאחר שהביא דברי התוס׳ כתב לחזק סברא זו מדעתו וז״ל וכן סתמא דתלמודא וכו׳ ועוד דאח״כ כתב הרא״ש בעיא היכא דקביל עליה נטירותא וכו׳ והביא פרש״י ונחלק עליו ופירש דדוקא לרבנן קמיבעיא ליה וכו׳ וכתב במסקנתו הילכך אם נכנס שור מעלמא והזיקו לא מפקינן מבעל החצר הרי מבואר דפסק כרבנן אלא דאח״כ כתב א״נ נוכל לקיים פי׳ רש״י כי היכא דתיהוי בעיא זו אליבא דהלכתא לפסק רב אלפס וכו׳ אלמא דאיהו גופיה לא ס״ל כרב אלפס ז״ל ולפי זה התיישב דלא קשה קושיית הב״י דמנין לו לרבינו דמסקנת הרא״ש כר״י דהא פשיטא דכיון דהביא דברי התוס׳ לאחר שהביא דעת האלפסי אלמא דמסקנתו כמ״ש באחרונה דזהו דרכו בפסקיו ומה שמקשה עוד ב״י דהתוס׳ לא פסקו כחכמים כו׳ אינו קשה דמדכתבו לכאורה נראה דהלכה כשמואל בדיני וצ״ע וכו׳ מוכח להדיא מלשון לכאורה נראה דהאמת אינו כך כדפי׳ עוד כתב לתרץ קושיית התוס׳ לדעת רב אלפס עיין עליו אבל מ״מ דעת ר״י דלית הלכתא כרבי אלא כרבנן וכ״כ רבינו ירוחם וז״ל ודוקא בשוק אבל בחצר אם א״ל עול עול ואנטר קאמר עכ״ל ומביאו ב״י והיינו כדפסק ר״י והרא״ש כרבנן: ומ״ש ודוקא בהיזק דאתי ליה מיניה וכו׳. שם קא מיבעיא לן בהיזק דאתי ליה מעלמא וכיון דלא איפשיטא מספיקא לא מפקינן ממונא:

ה ומ״ש דאינו חייב אלא כפי שיווי החפץ וכו׳. מימרא דרבא ס״פ הכונס הנותן דינר זהב לאשה וכו׳ הביאו הרי״ף והרא״ש וכתב בנ״י ע״ש הרא״ה דלאו דוקא אשה דה״ה לאיש והא דנקט אשה משום דמרגליה בפומיה גבי קדושין:

ו והשומר הזה מיד וכו׳. כ״כ התוס׳ והרא״ש בפרק השואל אמימרא דרב הונא השואל קורדום וכו׳ וכ״כ עוד הרא״ש בפ׳ האומנים אהא דתנן שמור לי וא״ל הנח לפני ש״ח דמשמע דאע״פ שלא משכו השומר וכו׳: ומ״ש דהרמב״ם מצריך משיכה דוקא. הכי משמע בפ״ב משכירות ופ״א וג׳ משאלה וראייתו מדאמר בפ׳ מרובה ופרק השואל כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים ומפרש לה הרמב״ם דאף להתחייב באונסין אינו חייב עד שימשוך וההיא דהנח לפני ש״ח מוקי לה שהניחו בסימטא בד׳ אמותיו א״נ איירי בבהמה ובא״ל הכישה במקל והיא תבוא כדאמר בפרק השואל הכישה וכו׳ וכ״כ ה׳ המגיד פ״ב משכירות ע״ש הראב״ד והרשב״א וכ״כ נ״י בהאומנין בשמם ומביאו ב״י לעיל סעיף ב׳ ולא כתב כך אלא אליבא דהרמב״ם דמצריך משיכה אבל לר״י והרא״ש ל״ק מידי דאינהו סברי דבדיבורא דידיה מסתלקי הבעלים משמירתם ולפיכך חייב אם פשע אפי׳ לא משך:

ז וצריך לשמור כל דבר וכו׳ כ״ז בפרק המפקיד (בבא מציעא דף מ״ב) וכתב הרי״ף לשם דוקא בכהאי גוונא דאפשר שאם לא פש מתחלה לא היה נארע האונס של גנבה אבל בעלמא שהאונס לא בא מחמת הפשיעה פטור ועי׳ בסמוך בפשע בה ויצאה לאגם:

ח שאל המפקיד פקדונו וכו׳ עובדא דכיפידאתא לקמי׳ דר״נ ריש המפקיד (ל״ה) ועובדא דזוזי דאתא לקמיה דרבא ס״פ המפקיד (בבא מציעא ד׳ מ״ב) ואמרו כל לא ידענא פשיעותא הוא זיל שלים ומהנך תרתי עובדא שמעינן דל״מ זוזי אלא אפילו כלים דאורחייהו לטלטלינהו ממקום למקום אפ״ה הוי

פשיעותא זהו שכתבו הרמב״ם והסמ״ג בין כלים בין מעות וראייתם מהנהו עובדא דכיפי וזוזי וכ״ע הסמ״ג דחייב לשלם מיד פי׳ שאין יכול לדחות ולטעון המתן עד שאבקשנו ואמצאנו והכי מוכח מהך דכיפי דלסוף אשתכחו כיפי ואפ״ה אגבייה ר״נ מעיקרא לאפדנא מיניה ולא המתין לו זמן מה עד שימצאם והכי משמע מלשון הרמב״ם פ״ד משאלה וכ״כ המרדכי ר״פ המפקיד ומביאו ב״י:

ט באו עליו גנבים וכו׳. ס״פ (השואל) [הפועלים] איבו אפקיד כיתנא בי רוניא אזיל שבו שמטיה וקאמר ר״נ דאע״ג דלסטים מזויין היה חייב לשלם דכיון דהיו לשם אנשי שלטון אי הוה רמא קלא הוו אתו ומצילין ליה: ומ״ש ודוקא בחנם וכו׳. שם שומר שהי״ל לקדם ברועים ובמקלו׳ ש״ח בחנם וש״ש בשכר ולא קדם חייב:

י פשע השומר וכו׳. פלוגתא דאביי ורבא בפ׳ המפקיד (בבא מציעא דף ל״ו) והלכה כרבא דפטור דמלאך המות מה לי הכא מה לי התם ול״ד לצריפא דאורבני (דף מ״ב) דע״י שלא שמר כדין שמירתן נאבדו המעות ואם שמרן כדין לא נאבדו אבל בהמה זו אם היתה בבית נמי היתה מתה:

יא אבל גנבה הגנב מן האגם משעת גנבה אבודה היא מן הבעלים מודה בה רבא דהחיוב בא לו על שעת הגנבה דאע״ג דש״ח פטור מגנבה הכא כיון דפשע בה שיצא לאגם חייב על גנבה זו שהגיעה מחמת פשיעה שיצאה לאגם ונגנבה מן האגם וה״א בגמרא:

יב העלה הבהמה לראש ההר וכו׳. משנה סוף פרק הפועלים עלתה לראשי ונפלה הרי זה אונס העלה לראשי הצוקים ונפלה אינו אונס משמע דבהעלה אע״פ שהיה אנוס בנפילה הויא פשיעה בכל ענין אפי׳ העלה אותה למרעה שמן וטוב ודרך הרועים להעלות שם בהמות לרעות פשיעה הוא כיון דלא הוה ליה יכולת למנעה מן הנפילה לא הו״ל להעלותה דשאר רועים בטוחים הם בכחם למנעה מנפילה אבל זה שאין בכחו למנעה מנפילה לא הו״ל להעלותה דהו״ל לחוש מתחלה פן תפול ולא יהא לו יכולת למנעה מנפילה אבל במתה שם כדרכה פטור משום דמ״ה מה לי הכא מה לי התם כרבא:

יג ומ״ש לא העלה וכו׳ עד אלא דומה לגנבה. כלומר אע״פ שהיה בידו למנעה מלעלות אפ״ה אין זו פשיעה דאין מוטל על ש״ח לאחוז בזנבה שלא תעלה מאליה ודומה לנגנבה דאילו בש״ש אפילו בכה״ג חייב אבל בש״ח פטור כיון דאנוס בנפילה ועי׳ במ״ש בסוף סי׳ ש״ג בס״ד:

יד הניח הבהמה ונכנס לעיר וכו׳. בסוף פרק הפועלים רועה שהיה רועה עדרו והניח עדרו ובא לעיר ובא זאב וטרף ארי ודרס אין אומרים אילו היה שם היה מציל אלא אומדין אותו אם היה יכול להציל חייב ואם לאו פטור וכתב הרי״ף בפרק המפקיד דלרבא דהלכתא כוותיה אפילו על בעידנא דעיילי אינשי אי הוה יכול להציל אפילו על ידי רועים ומקלות חייב וכ״כ הרמב״ם בפ״ג משכירות ופירש הרב המגיד ע״ש הרמב״ן והרשב״א דדוקא בש״ש אבל בש״ח שנכנס בעת שדרך הרועים ליכנס ודאי פטור שאין זו פשיעה וז״ש רבינו כאן בש״ח דפטור אפילו היה יכול להציל כשנכנס בשעה שדרך הרועה ליכנס: ומ״ש ואם נכנס בשעה שאין דרך בני אדם ליכנס כתב רב אלפס וכו׳. כ״כ בפרק המפקיד וכ״כ הרמב״ם בפ״ג משכירות ואע״ג דסבירי להו דאפילו בש״ש פטור כמבואר מדבריהם וכדלקמן בסי׳ ש״ג ס״ח אפ״ה כתב רבינו בשמו כאן בדין ש״ח משום דלהראב״ד דפליג עליה אפילו בש״ח חייב ודברי הראב״ד כתבם נ״י בשמו שם ובס״פ הפועלים גם הרא״ש כתב כן בפ׳ המפקיד וז״ל ועי״ל דהתם בא האונס מחמת הפשיעה דדילמא אי הוה התם הוי מקיים ביה גם את הארי גם הדוב הכה עבדך וכו׳ ונראה דלפי דהרא״ש כתב האי ועי״ל אחר דברי הרי״ף נראה לרבינו שכך תופס עיקר ולכן כתב וכן עיקר ודלא כב״י שדחה דברי רבינו:

טו כל דבר וכו׳ כתב הרמב״ם כיצד וכו׳. בפ״ד משאלה ונראה דלמד כך מדאמר שמואל כספים אין להם שמירה אלא בקרקע משמע דוקא דינרי כסף וה״ה דינרי זהב דאין מתקלקלים בקרקע וגנבי נמי מסרי נפשייהו טפי עלייהו אבל שאר מטלטלים שמתקלקלים בקרקע ושאר כלי מתכות אפילו כלי כסף וכלי זהב כיון דלא מסרי גנבי נפשייהו לא בעי שמירת קרקע וכ״כ בהגהות מיימוני שם והכי משמע בדברי הרא״ש לשם:

טז ומ״ש השומר שהניח הפקדון במקום שאינו ראוי לו וכו׳. נלמד מעובדא דצריפא דאורבני וצ״ל דמיירי בגוונא דאם היה מניחו במקום הראוי לו אפשר שלא היה נארע האונס דאי איתא דאף אם הניחו באותו בית במקום הראוי לו היה נשרף בכלל שריפת כל בית א״כ דמיא לבהמה שיצאה לאגם ומתה דפטור מטעם דמ״ה מה לי הכא מה לי התם אלא בע״כ דהיה מקום בבית שאם היה מניחו שם לא היה נשרף א״נ ה״ק שכל הבית אינו מקום ראוי אלא היה לו לקברם בקרקע:

יז ומ״ש אע״פ שהניח הפקדון עם שלו וכו׳ ירושלמי כתבוהו הרי״ף והרא״ש בפרק המפקיד:

יח כספים וכו׳. מימרא דשמואל שם ובגמרא איתא והאידנא דשכיחי גשושאי (פי׳ דמגששין בקרקע בשפודין של ברזל להכיר מקום שתחתיו חלל) אין להם שמירה אלא בשמי קורה ולא הביאו לא הרי״ף ולא הרמב״ם גם לא הביאו הא דקאמ׳ והאידנא דשכיחי פרומאי (שוברי התקרה) אין להם שמירה אלא בכותל ונראה דס״ל דמדקמיבעיא ליה לרב אשי בתר הכי מי בעינן כיסוי עפר ג׳ טפחים כמו גבי חמץ או לא ופשטינן דסגי בטפח אלמא דמיירי

בדקברינהו בארעא דאילו בכותל ודאי לא בעינן ג״ט דלא דמי לחמץ שנפלה עליו מפולת ותו דבעובדא דההוא דאשלמינהו לאימיה דאתא לקמיה דרבא אמר נימא ליה לאימיה ז״ל שלים אמרה לא א״ל דלאו דידיה נינהו דאקברינהו אלמא דבימי רבא ורב אשי היו נוהגין לשמור הכספים בקרקע ולא חששו לגשושאי ומדקאמר נמי רבא ומודה שמואל בכותל דמשמע דה״ק דאע״פ שלא נתנם ביני אורבי ש״ד ולא חיישינן לפרומאי וכפי׳ הרא״ש א״כ לית לן למיחש אלא לטפוחאי דמטפחים בכותל זו היא דעת הרי״ף והרמב״ם ואחריהם נמשך רבינו ונתיישב מה שהיה קשה לב״י: ומ״ש ויתן עליהם עפר טפח. שם מסקנא דרב אשי אלא דנראה שאין זה אלא דוקא כשמקברם בקרקע אבל במטמין בכותל אין שיעור לדבר וכך מבואר מלשון הרמב״ם שלא הזכיר טפח עפר אלא במקברם בקרקע והכי מסתברא דבכותל סגי באיכסויי מינא ולא דמי לקוברם בקרקע דע״י דריסת רגלי בני אדם נישוף העפר בפחות מטפח אבל רבינו נמשך אחר לשון הרי״ף והרא״ש שכתבו להדיא דבכותל נמי בעיא לעמוק טפח ולכסות עליהם עפר טפח: ומ״ש לא הטמינם כראוי וכו׳. כ״כ הרמב״ם לשם ופשוט הוא דאפילו נגנבו או נאבדו באונס נמי חייב דהוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס ודמי לצריפא דאורבני דבסמוך ורבינו קיצר במובן: ואם הופקדו אצלו בע״ש וכו׳. שם אמר רבה ומודה שמואל בע״ש ב״ה דלא אטרחוהו רבנן ואי שהה למ״ש שיעור למיקברינהו ולא קברינהו מיחייב ואי צורבא מרבנן הוא סבר דילמא מיבעי ליה זוזי לאבדלתא ופי׳ הרא״ש דב״ה לאו דוקא אלא סמוך לערב ולא ב״ה ומש״ה כתב רבינו בע״ש סמוך לחשכה ובמרדכי כתב עוד דלאו דוקא ב״ה אלא מחצי היום ואילך ובפי׳ ר״ח לא היה כתוב ב״ה עכ״ל ונראה דטעמו דמחצי היום אסור לעשות שום מלאכה שאינו לצורך השבת ולשאר פוסקים צ״ל דמשום הפסד מרובה ודאי שרי אא״כ בדאיכא סמוך לחשכה ואיכא למידק דהרא״ש כתב דאם המפקיד ת״ח אין חייב עד אור הבוקר וכ״כ הר״י בנ״ל ח״ב ורבינו לא הזכירו וי״ל דרבינו נמשך אחר פשט התלמוד דקאמר באינו ת״ח חייב מיד היכא דשהה למ״ש שיעור למיקברינהו ולא קברינהו ועלה קאמר דבת״ח שהוא זהיר במצות הבדלה לא מיחייב בהאי שיעורא אלמא משמע דוקא בהאי שיעורא לא מיחייב דנותנים לו זמן שיבדיל תחלה אבל טפי מהאי שיעורא ודאי חייב אפילו בת״ח אי שהה כשיעור קבורה לאחר שיבדיל ונאבדו דהוי פושע והכי משמע מלשון הרי״ף ומפרש כך ברמב״ם פ״ד דשאלה. וכתב ב״י ותמוה לי דאפילו לא הוו לא מפקיד ולא נפקד ת״ח אמאי מחייבים לנפקד אי לא קברינהו קודם הבדלה ולהרא״ש שפירש דבמפקיד ת״ח זימניה עד הבוקר ניחא עכ״ל ולא הבינותי דבריו הלא גם הרא״ש כתב כלשון הגמרא דבאינו ת״ח אי שהה למ״ש שיעור למיקברינהו ולא קברינהו חייב דאלמא דאין נותנין לו זמן להבדיל קודם קבורה אלא הדבר ברור דבאינו ת״ח דאינו חרד על המצות בריר לן דעוסק הוא בצרכיו קודם הבדלה א״כ לגבי פקדון נמי חייב אי לא קברינהו קודם הבדלה: ומ״ש והראב״ד כתב זה השיעור כשהנפקד ת״ח איכא למידק. לפי זה מאי האי דקאמר בגמרא ואי צורבא מרבנן הוא סבר דילמא מיבעי ליה זוזא וכו׳ ונראה דגירסתו ואי צורבא מרבנן הוא אימור דילמא בעי זוזי לאבדלתא וה״פ אנן הוא דתלינן לומר משום הכי לא קברינהו דהוה טרוד ללוות מאחרים זוזי לאבדלתא וכך הוא גירסת הרי״ף:

יט כתב הרמב״ם הורו וכו׳. שם בפ״ד ומחלק הרב בין לשונות של כסף ושל זהב דשמירתן בקרקע לכלי כסף וזהב דהקרקע מאבדת אותן ושמירתן בתיבה או במגדל ונועל עליהם:

כא ואם התנה וכו׳. פשוט הוא דכל תנאי שבממון קיים ואף כשהניח את שלו במקום שאינו ראוי לשמירה וכ״כ במרדכי פרק המפקיד והגהת מיימוני פ״ד דשאלה:

כב צרר המעות בסדינו וכו׳. משנה וגמ׳ פרק המפקיד ופי׳ הרא״ש דמדכתיב וצרת הכסף בידך נפקא לן דיהיו כמו בידך שעיניך תמיד עליהם כגון צררן בסדינו התלוי לפניו ואיכא לתמוה הלא קיימא לן כספים אין להם שמירה אלא בקרקע ואפשר דכאן איירי כשהוליכם בדרך להביאם לביתו אי נמי מוליך כספים ממקום למקום דאורחא דמילתא הכי וקרא נמי בדרך הוא דכתיב וכך מבואר מדברי הרמב״ם פ״ד דשאלה ורבינו דקדק וכתב שצריך שיהיו בידיו עד שיטמנם כלומר אם הוא בדרך צריך שיהיו בידיו עד שיבוא לביתו ויטמנם מיד ואם בא לביתו ולא טמנם אפילו היו בידיו או צרורים לפניו על בטנו ונאבדו מיחייב ומהרי״ק בשורש ו׳ בשם בעל העיטור מפרש דהך וצרת איירי נמי בביתו ומיירי במעות כגון פרוטות שניתנו להוצאה סגי בצרורין בידו אבל כספים וזולתם שלא ניתנו להוצאה קיי״ל דאין להם שמירה אלא בקרקע והא דגרסי׳ בירושלמי נתנו בשידה תיבה ומגדל פטור הוא במעות עכ״ל מיהו אין כל הפוסקים מודים לו אלא אין חילוק בין מעות לכספים דבכולם צריך שמירה בקרקע וההיא דוצרת איירי בדרך כדפי׳:

כג נתן המעות או הפקדון בידו וכו׳. משנה וגמרא פרק המפקיד (בבא מציעא דף ל״ז): ואם לא שמרו כראוי וכו׳ כתב הרמב״ם וכו׳. בפ׳ ד׳ משאלה והביא ראיה מעובדא דההוא גברא דנתן מעות הפקדון לאמו ונתנתן בארגז וכו׳ (בדף מ״ב) ומביאו רבינו בסעיף כ״ו דמשמע מינה להרמב״ם כדבריו ואין דעת הרב דאם לא הודיעם שהם פקדון דמחייבינן לנפקד דהא בההוא עובדא משמע דמצי טעין אמרתי דכל שכן שתהא נזהרת בהן אם תהא סבורה שהן שלי כדלקמן אלא אתא לאורויי לן דמאחר שהודיעם שהן פקדון דין המפקיד עמהם וכו׳ מיהו ר״ת דתה ראיה זו כמ״ש התוס׳ לשם וכ״כ

בהגהת מיימוני ובסמ״ג בשמו בעשה פ״ח וכך היא הסכמת הרא״ש והמרדכי וכולהו רבוותא מחייבין ליה לנפקד מטעמא דאל״ת הכי כל פקדון וכו׳ ומ״מ למ״מ אף לדידהו היכא דידוע לכל דכל פקדון שמפקידין בידו מוסר אותו לשל תחתיו ואין משמרו בעצמו כלל אז ודאי דנסתלק הנפקד לגמרי ואם פשע מי שהפקדון בידו פטור הנפקד לגמרי וראיה מדאמר בפ׳ הכונס מסרה לרועה נכנס הרועה תחתיו ומוקי לה בגמרא דאורחא דרועה למימסר לברזילא ומשמע שהברזילא נכנס תחתיו ורועה הראשון פטור לגמרי והיינו ברועה גדול דידוע לכל דאינו מרעה כלל בעצמו וכ״כ במרדכי בשם הר״ש מקוצי שהשיב לר״י א״ז לפי דעת ר״ת:

כד מסר הפקדון לבניו או בנותיו הקטנים וכו׳. משנה שם (דף מ״ב): ומ״ש או ליד עבדו וכו׳. כ״כ הרמב״ם שם ונראה דטעמו מדאמר בפ׳ אע״פ סמפון בעבדים ליכא נמצא גנב או קוביוסטוס הגיעו וכ״כ הרב בפט״ו ממכירה ואע״ג דהנפקד עצמו מוסר את שלו לעבדו אפ״ה אין לו רשות ליתן הפקדון לעבדו וכדאיתא בירושלמי נתנן במקום שנהג ליתן את שלו אם ראוי לשמירה פטור ואם לאו חייב והיינו מטעם דכתב הרב לשם בשלו הוא רשאי ואינו רשאי בשל אחרים ומ״ש במרדכי שמצא כתוב דאם מסרן לעבדו פטור נראה בעיני דהכותב לא דק בלשונו אלא ר״ל משרתו ישראל דבלשון בני אדם קורין אותו עבד אבל אם מסרו לעבדו כנעני פשיטא דחייב וכדברי הרמב״ם ואצ״ל עבדו עכו״ם: כתב במרדכי דשכירו או שותפו של אדם שדרך בני אדם להניח את שלהם בידם דינם כבניו ובני ביתו הגדולים ונראה בעיני דהיינו לומר אפי׳ אינו ידוע שדרכו של נפקד זה להניח את שלו ביד שכירו ושותפו אפ״ה מן הסתם כל המפקיד ע״ד שלא יהא השומר נמנע מלמסרן לשכירו ושותפו ולאנשי ביתו הגדולים ונאמנים לו הוא דמפקיד אבל אם מסר הפקדון לאחר שאינו שרוי עמו בבית ואין סמוך על שולחנו ואינו לא שכירו ולא שותפו אפי׳ הוא אחד מקרוביו חייב לשלם דליכא למימר הכא דעל דעתו הוא דמפקיד וכ״כ הרמב״ם: כתבו התוס׳ (בדף ל״ו) דלרב דשומר שמסר לשומר פטור אלא דלכתחלה אסור כדתנן פ״ג דגטין (דף כ״ט) מ״מ באנשי ביתו הגדולים מותר אפי׳ לכתחלה מטעם דע״ד אנשי ביתו הגדולים הוא דמפקיד ונראה דאף למאי דקיי״ל כרבי יוחנן דשומר שמסר לשומר חייב מ״מ באנשי ביתו הגדולים מודה דמותר למסור בידן אף לכתחלה מטעם דכל המפקיד ע״ד אשתו ובניו הוא דמפקיד ומ״ש רבי׳ במסרן לגדולים שלא פשע במה שנתן לידם וכו׳ לאו דוקא שהרי אפילו לכתחלה שרי אלא משום דכתב בבניו הקטנים חייב דס״ל פושע כתב דבגדולים לא פשע:

כה דשומר שמסר לשומר חייב וכו׳. מימרא דרבא בפרק המפקיד (בבא מציעא דף ל״ז): ומ״ש ואפילו נאנס ביד השומר השני וכו׳. פי׳ ל״מ בנגנבה ונאבדה ביד השני דפשיטא דחייב הראשון לשלם אע״פ שהוא ש״ח דכיון דהשני ש״ש וחייב לשלם אין הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו וכדתנן התם (דף ל״ו) והלכה כרבי יוסי וכדלקמן בסי׳ ש״ז סעיף ה׳ אלא אפילו היכא דטוען השני שנאנסה בידו ונשבע על כך ליפטר מן הראשון חייב הראשון לשלם למפקיד דא״ל את מהימנת לי וכו׳ ואני אומר שישנה בידו או אכל או פשע בה וכן פרש״י: ומ״ש וכן אם יש עדים וכו׳. מבואר בדברי הרי״ף ונראה דאפי׳ בש״ש שמסר לש״ח דגרועי גרעיה לשמירתו דאין מוסר נפשו כ״כ לשמור אפ״ה אי איכא עדים ששמר כראוי ונאנסה לא מיחייב הראשון ולא מיקרי פשיעה במאי דגרעיה לשמירתו כיון דמסרה לבן דעת ודלא כר״ח דפסק כאביי אליבא דר׳ יוחנן דמחשב ליה פשיעה גם התוס׳ ושאר פוסקים חולקין אר״ח בהא וע׳ בב״י: ומ״ש ולא נשאר עליו שום שבועה וכו׳. כלומר כא שבועה שלא פשעתי אלא שמרה כראוי וגם שלא שלח בה יד ושאינה ברשותו אלא נאנסה כי על הכל איכא עדים ונראה ודאי דכי איכא עדים שנאנסה דמתה כדרכה שוב אין עליו לא שבועה שאינה ברשותו ולא שבועה ששמרה כראוי ושלא פשע בה שהרי אפילו היה פושע בה בשום פעם מ״מ לא מיקרי תחלתו בפשיעה וסופו באונס דחייב כיון שלא בא האונס מחמת פשיעה דמלאך המות מה לי הכא מה לי התם כדלעיל אלא יש עליו שבועה שלא שלח בה יד בלבד וה״ה אם המפקיד מודה בכל אלה שאז ודאי ג״כ נפטר הראשון וכן אם השומר הראשון היה שם בשעה שנאנס הפקדון ויכול לישבע נמי פטור והכי מוכח בגמרא דקא מהדר ליה רבא לאביי לדידי דאמינא אנת מהימנת לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה ליכא לאותובי כלל ופי׳ רש״י ליכא לאותובי כלל שהרי שוכר עצמו נשבע לו אלמא דאע״פ שאין שם עדים מ״מ כיון שהראשון נשבע על כך שוב אינו חייב לשלם וכ״כ ה״ה ופשוט הוא: כתב הרמב״ם בפ״א מה׳ שכירות דאע״ג דנתנו ביד מי שהמפקיד רגיל תמיד [להפקיד] בידו מ״מ אם מיעט שמירתו כגון ש״ש שמסר לש״ח פושע הוא ומשלם ע״כ ונראה ראיה לזה מדאמר רבא הלכתא שומר שמסר לשומר חייב ל״מ ש״ש וכו׳ דלמה ליה להדורי ולמימר בהלכתא האי ל״מ ש״ש וכו׳ דקאמר תלמודא מעיקרא אלא ודאי ה״ק ל״מ ש״ש שמסר לש״ח דפשיטא דחייב אפילו היכא דליכא למימר את מהימנת לי בשבועה וכו׳ כגון שהיה רגיל המפקיד להפקיד ביד השני משום דגרועי גרעיה לשמירתו והו״ל פושע דאיכא למימר כיון שמסרו לש״ח שאינו מוסר נפשו כ״כ לשמור נארע האונס ואם לא היה מוסרו לידו לא היה נארע אונס זה אלא אפי׳ ש״ח שמסר לש״ש נמי חייב מטעמא דא״ל אנת מהימנת לי בשבועה וכו׳ והר״י נ״ל ח״ב כתב שרוב פוסקים תמהו על הרמב״ם בזה ומביאו ב״י ולמאי דפירש׳ ניחא גם הסמ״ג פסק כדבריו וכן עיקר: כתב מהרי״ק בשורש ע״ז לפרש תשובת מהר״ם שבמרדכי דלרבא דקיי״ל כוותיה דמצי א״ל את מהימנת לי בשבועה וכו׳ אם המפקיד רגיל להפקיד ביד השומר השני אפילו לא היה רגיל להפקיד אותו פקדון עצמו אלא עניינים אחרים פטור הראשון אבל מל׳ הרמב״ם שכתב לפיכך אם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר ה״ז השומר השני ה״ז השומר הראשון פטור

מלשלם שהרי הוא אומר לבעלים זה הדבר שהפקדתם אצלי או השאלתם אמש הייתם מפקידין אותו אצל זה שהפקדתי אני אצלו וכו׳ משמע דדוקא עד אותו שיעור שהיה דרכו להפקידו אצלו הוא דפטרינן לזה אבל יותר מכך לא פטרינן ליה ע״כ ונראה לפע״ד דהרמב״ם אזיל לטעמיה דכל היכא דמיעט שמירתו לא נפטר הראשון מידי חיובו וגם זה בכלל מיעט שמירתו הוה דלמה ליה להאמינו לשני ביותר מאותו שיעור שרגיל המפקיד להאמינו והו״ל פושע וחייב והכי מוכח מעובדא דגינאי דקאמר רב חסדא דה״ט דרב דפטריה משום דכל יומא נמי אינהו גופייהו גבה דההיא סבתא מפקדי להו מדלא קאמר בסתמא מפקדי אלא אמר מפקדי להו פי׳ להו למרייהו אלמא דוקא באותו ענין שהיו הבעלים מפקידין ולא בעניינים אחרים יותר מאותו שיעור וכן עיקר: כתב מהרי״ו בסי׳ ל״א דמדכתב הרמב״ם להפקיד תמיד משמע דוקא שהאמינו תמיד ולא שהאמינו לפרקים עכ״ל והכי משמע מל׳ הרא״ש שכ׳ הילכך כל היכא דידעינן שהמפקיד רגיל להאמין לשומר הב׳ לא מצי למימר לא מהימן לי וכ״כ רבינו רגיל תמיד וכו׳ והכי דייק לישנא דרב חסדא דכל יומא נמי אינהו גופייהו וכו׳ ולא קאמר בסתמא אינהו גופייהו גבה דההיא סבתא הוו מפקדי להו אלמא דוקא היכא דרגיל תמיד כל יומא ומ״מ ודאי אין פירושו אלא שבכל יום ויום כשהיה מפקיד פקדון והיה השני מצוי אצלו היה מפקיד תמיד בידו לאפוקי אם היה מפקיד בידו פעם א׳ או ב׳ ואח״כ בפעם ג׳ לא הפקיד בידו אע״פ שהיה מצוי אצלו אלא הפקיד ביד אחר איכא למימר דלא היה שוב נאמן אצלו וז״ש הרמב״ם שהרי הוא אומר לבעלים וכו׳ אמש הייתם מפקידים אותו אצל זה דמשמע דאיירי דוקא בכה״ג שלא היה הפסק בין זה לזה בפקדון אחר שהיו מפקידין בעלים אצל אחר אע״פ שזה השני היה מצוי אצלו דהיינו דומיא דעובדא דגינאי דקאמר דכל יומא הוו מפקדי גבה דההיא סבתא וכו׳ דמשמע דבכל יומא כשהיתה הסבתא אצלם היו מפקידים אצלה ולא אצל אחרים שאם היו מפקידים אצל אחרים אע״פ שהיתה הסבתא אצלם לא היה פוטרו רב אלא דכיון דבכל יומא כשהיתה הסבתא אצלם היו מפקידין בידה ולא ביד אחא וההוא יומא דלא היתה הסבתא אצלם הפקידו ביד אחר מש״ה פטרו רב וכך ראיתי הגירסא באלפסי ישן יומא חד לא הות סבתא אפקידו גבי חד מינייהו וכו׳ ולפי זה ודאי אפילו לא הפחידו המפקיד אצל השני אלא פעם א׳ או ב׳ ושוב לא הפקיד פקדון ביד שום אדם עד עכשיו שהפקיד ביד זה הראשון ולא היה השני מצוי אצלו וחזר הראשון ומסרו לשני א״נ אפי׳ היו הבעלים קודם זה ג״כ מפקידין ביד אחרים כשלא היה השני אצלו שפיר איכא למימר שהרי היה נאמן אצלו מתחלה להפקיד בידו ואין חילוק בין פעם אחת לב׳ פעמים או יותר מאחר שאין הוכחה ורגלים לדבר ששוב לא היה נאמן אצלו ונשבע השני ששמרו כראוי ופטור הראשון כנ״ל והוא האמת לפע״ד וב״י כתב מה שכתבעיין עליו: כתב ב״י ע״ש הריטב״א דהא דפטור הראשון דוקא שלא העני השני ולא נעשה חשוד בנתים עכ״ל והיינו לומר דאע״פ דקודם זה לא הפקידו הבעלים ביד אחר כשהי׳ זה השני מצוי אצלם אלא ביד זה השני הפקידו תמיד אפ״ה מאחר דמשעה שהעני או משנעשה חשוד שוב לא הפקידו הבעלים ביד השני אע״ג שגם ביד אחרים נמי לא הפקידו מ״מ לא הוה ליה לראשון למסרו ביד השני משהעני או משנעשה חשוד והוי פושע וחייב לשלם:

כו ההוא דאפקידו גביה וכו׳. מעשה זה איתיה בפרק המפקיד (דף ס״ב) ולשם מבואר דאמו היא בכלל אנשי ביתו הגדולים דאמרי׳ כל המפקיד וכו׳ ואין זה פשיעה דלא א״ל לאמו שפקדון הם והיתה קוברתן בקרקע דמימר אמר דיותר תהא זהירה לקברן בקרקע אם סבורה שהם שלי דמסתמא היה לה להבין דלא הייתי צריך למעות אלו להוצאה כיון שהפקדתים בידה ואפי׳ לא היה ודאי אצלה שלא צריך להוציאם מספק נמי הו״ל לקברן ואמו נמי לא פשעה דמציא טוענת כיון דלא א״ל שפקדון הוא משל אחר היתה סבורה דמעות אלו שלו הן ועומדין לו להוצאה ומש״ה נתנן בארגז ששומרים בהן מעות המיוחדין להוצאה ולפיכך הוא ישבע וכו׳ והיא תשבע וכו׳ ופי׳ ה׳ המגיד בשם הרמב״ן והרשב״א דבזוזי דוקא שאין האם יודעת אם הני זוזי היו מעות פקדון של זה לפיכך צריך גם הבן לישבע אבל בדבר מסויים כגון כלי או כסות וכיוצא באלו נשבע שני ולא ראשון ע״כ וכ״כ ע״ש הר״ן וכתב עוד בשמו דדוקא זה שהוא נפקד נפטר בהאי טענה אבל ש״ש לא מיפטר שהו״ל לפרש לאמו שהן פקדון כדי שתקברם וכ״כ עוד בשמו לגבי עובדא דכשותא בסמוך דאם היה ש״ש הו״ל לפרש ולמימר ומהא לא תרמי:

כז ההוא דאפקידו גביה כריא דכשותא וכו׳. ג״ז שם בסוף הפרק: ומ״ש כגון שהיה רחוק וכו׳. לאו דוקא רחוק דה״ה אם היה קרוב יותר משלו אלא משום דבגמרא סיפרו המעשה שא״ל הנפקד מהאי רמי פי׳ מזה הכשות תטיל לתוך השכר דאלמא דכשות שלו היה במקום קרוב שיוכל להורות עליו באצבע מזה הכשות שלפניך: ומ״ש הרמב״ם ובין כך ובין כך השומר צריך לישבע שכך אירע. פי׳ בין שנעשה חומץ ובין לא נעשה חומץ מ״מ מאחר דאיכא הפסד למפקיד דאין הנפקד משלם אלא מה שנהנה לפיכך צריך השומר לישבע שכך אירע דהטיל משל הפקדון בשוגג דחיישינן דילמא השומר לקח לרשותו הכשות או מכרו או אבדו ולא הטילו לתוך השכר וכתבו התוספות ומביאו בהגהת אשיר״י דמיירי שהיו בבית אחד וגם מין אחד ולכך לא הוי קפידא עד דא״ל ומהא לא תרמי אבל אם ב׳ מינין הם או אפי׳ מין א׳ והוא בב׳ מקומות אפי׳ בסתמא הוי קפידא ומיחייב השליח לשלם והביא ראייה לדבר:

כח בד״א שאינו חייב אלא בפשיעה וכו׳. ברייתא ס״פ הפועלים: ומ״ש אפילו בדברים בלא קנין. שם וכר׳ יוחנן ולא כשמואל וכך פסק הרי״ף שם והרמב״ם בפ״ב משכירות:

כט ואם בשעה שקבל עליו הנפקד לשמור וכו׳. בר״פ השואל יליף דדין בעליו עמו דכתיב לגבי שואל ה״ה לשאר שומרים ודקדק רבינו ואמר ואם בשעה שקבל עליו הנפקד לשמור וכו׳ לאורויי דאע״ג דלא משך הפקדון מ״מ מיד שסילק המפקיד שמירתו מעליו מדעת השומר דקם ליה ברשות השומר לשמרה וחייב עליה אם פשע אע״ג דלא משך לר״י והרא״ש לעיל סעיף ו׳ הה״נ אם בעליו עמו באותה שעה פטור הנפקד אבל להרמב״ם דאינו חייב בפשע אא״כ משך בפקדון גם בבעליו עמו אינו נפטר אא״כ היה עמו בשעה שמשך וכ״כ להדיא בפ״א משכירות: ומ״ש רבינו אחר כך בשעה שמשך הפקדון לשמרו וכו׳ לאו דוקא משך דה״ה נמי אפי׳ לא משך אלא קבל עליו לשמרו כמ״ש בתחלת דבריו אלא נקט משך לאורויי דבחדא מתרתי סגי או בקבל עליו בפירוש לשמור אע״ג דלא משך או במשכו בסתם אע״ג דלא קבל עליו בפירוש לשמור ודלא כמ״ש ב״י: ומ״ש בין בחנם וכו׳ עד סוף הסי׳. הכל משנה ובריייתא פרק השואל:

סימן רצב

א אין הנפקד רשאי לשלוח יד וכו׳. פי׳ מדכתיב שבועת ה׳ תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו דמשמע הא שלח נתחייב שוב במיתתה ובשבירתה מכלל דאין הנפקד רשאי לשלוח בה יד ואיסורא דאורייתא איכא דאין בה מלקות וכהאי גוונא פירש״י (בד׳ מ״א): ומ״ש ואם שלח בו יד וכו׳ אפילו אינו מכוין הבעה״ב לגזלו וכו׳. כלומר ל״מ אם נטלו ע״מ לגזלו כולו דודאי חייב מיד באונסין ואף למ״ד שליחות יד צריכה חסרון אין זה אלא בשולח יד ליטול מקצתה ולא נטל דלא הויא גזלה אבל הכא כיון דהגביהו ומכוין לגזלו כולו קם ליה ברשותיה וחייב באונסין מיד אלא אפילו אינו מכוין לגזלו כולו אלא להשתמש בו תשמיש שמחסרו כגון חבית שהגביהה ליטול ממנה רביעית או בהמה שמשך אותה להשתמש בה תשמיש שמכחישה קם ליה ברשותיה כולו והויא גזלה וחייב באונסים אע״פ דעדיין לא נשתמש בה דשליחות יד אינה צריכה חסרון וכו׳ וכתב רבינו כל זה מדאיתא התם דהא דתנן המפקיד חבית אצל חבירו ולא יחדו לה בעלים מקום וכו׳ דפליגי בה אמוראי ר׳ יעקב בר אבא אוקמה כשנטלה ע״מ לגזלה כולה אבל לא כשנטלה ע״מ לשלוח בה יד דס״ל שליחות יד צריכה חסרון ור׳ נתן בר אבא אוקמה אף בשנטלה ע״מ לשלוח בה יד דשליחות יד א״צ חסרון וקיי״ל כר״נ ב״א כדפסק הרי״ף והרא״ש משום דרבא דהוא בתרא הכי ס״ל וכ״כ הרמב״ם בפ״י מה׳ גזלה וכ״כ סמ״ג בעשה ע״ג וז״ש רבינו אפילו אינו מכוין לגזלו כולו כלומר דהתם פשיטא דחייב כאוקימתא דרבי יעקב ב״א אפילו אינו מכוין לגזלו כולו נמי חייב כאוקימתא דר״נ ב״א: ומ״ש אבל הגביהו לעשות תשמיש שאינו מחסרו וכו׳. שם אוקימתא דרב ששת ופסקו הפוסקים כמותו ומפרש רבינו דאינו חייב מטעם שואל שלא מדעת אלא משעת תשמיש וכן נראה מבואר מלשון הרמב״ם והסמ״ג שם ונראה דה״ט דכיון דבשליחות יד גופיה אי לאו קרא יתירא דמלמד דאינה צריכה חסרון לא היה חייב מבחוץ אלא דוקא בדאיכא חסרון כדאיתא להדיא בפ׳ המפקיד א״כ בשואל שלא מדעת סברא הוא דלא מיקרי גזלן אלא א״כ דנשתמש בה והכי מוכח מדברי התוס׳ לשם (בסוף דף מ״א) בד״ה חדא לומר דא״צ חסרון שכתבו וז״ל וא״ת ונילף משואל דאינה צריכה חסרון דמשעת משיכה חייב באונסיה אע״ג דלא נשתמש כדאמר [בפ׳] השואל גבי השואל קורדום מחבירו כ״ש שומרין שמושכין להשתמש שלא מדעת בעלים שחייבים ויש לומר בשואל דין הוא כיון דמושך לדעת בעלים חשוב כאילו נשתמש בה דלדעת כן שאלה ולאו לאוקמה בכילתא אבל שלא לדעת אינו חשוב כאילו כבר נשתמש בשביל משיכה לבדה לכך לא ילפינן משואל אלא משיכה שיש בה חסרון עכ״ל הרי מבואר דבשואל שלא מדעת אינו חשוב כאילו כבר נשתמש בה בשביל משיכה או הגבהה בלחוד והכי משמע בשמעתא דהמפקיד מעות אצל שולחני דהיתר תשמיש הוא דמחייב באונסין אבל כשאסור לו להשתמש אינו חייב באונסין כל זמן שלא נשתמש בהן כנ״ל ודלא כמ״ש נ״י במתני׳ דהמפקיד חבית וכו׳ דכשהגביהה ע״מ להשתמש בה ואע״פ שלא נשתמש בה הוי גזלן עליה וחייב באונסין וזה נקרא שואל שלא מדעת בעלים דהוי גזלן עכ״ל דליתא: כתב במרדכי סוף קמא ובהג״מ פ״ד דגנבה בשם הר״ר חזקיה דבשואל בפקדון שלא מדעת ונשתמש בו פי׳ תשמיש שאינו מחסרו אם החזירה למקום שנטלה משם חזר להיות דינו כשומר מאחר שלא היה עליו מתחלה כי אם שואל בעלמא שלא היה דעתו לגזלו או לשלוח בה יד ואע״ג דבסמוך סעיף י״א כתב רבינו דאם נשתמש במעות חייב גם באונסין אפי׳ לאחר שהחזירם למקומם עד שיחזירם לבעליהם יש לחלק דבמעות כיון שלא החזיר המעות שהופקדו אצלו אלא שם אחרים תחתיהן יש להם דין מלוה ככל שאר מלוה דחייב באחריות עד שיחזיר לבעלים והכי משמע מלשון הרמב״ם פ״ז משאלה ועיין במ״ש בסמוך סעיף י״א. אך קשה דבפרק המפקיד משמע להדיא דלאוקימתא דרב ששת לא אתיא מתני׳ אלא כר׳ ישמעאל אבל לר״ע אפילו טלטלה להביא עליה גוזלות והחזירה למקומה צריך דעת בעלים אלמא דלא חזר דינו להיות כשומר אע״ג שלא היה עליו בתחלה כי אם שואל בעלמא וכן מההיא דפרק הספינה בשולח בנו אצל חנוני וכו׳ מיהו בהך דהספינה איכא למימר כיון דלא הופקד הכלי אצלו אלא נטלו מיד בנו או מיד עבדו חייב דצריך דעת בעלים דכיון דלא היה שומר עליו ליכא

למימר גביה דעת שומר כדעת בעלים אבל מהך דהמפקיד קשיא טובא ואפשר לומר דלא אמ׳ הר״ר חזקיה אלא בדברי׳ דאורחיה למישאל חד מחבריה ולא קפדי התם הוא דאיכא למימר כיון שאינו מחסרו לא כלתה שמירתו ודעת שומר כדעת בעלים אבל במתני׳ דחבית של חרס שטלטלה להביא עליה גוזלות לעלות עליה כדרך העולם בסולם בכה״ג ודאי קפדי אינשי ולא מושלי יש לו דין גזלן לר״ע אפילו החזירה למקומה וה״ה בכיוצא בזה כגון ספרים דקפדי אינשי ולא מושלי וכדלקמן בסעיף כ״ב:

ב הטה את החבית וכו׳. משנה ס״פ המפקיד ופרש״י ונשבר לאחר זמן כלומר שאילו נשברה מתוך ידו כשהטה פשיטא דחייב כיון דלצרכו הטה ליטול ממנה רביעית וכדתנן התם להדיא אם מתוך ידו נשברה לצרכו חייב וכו׳ וכך דקדקו הרמב״ם והסמ״ג שכתבו כאן אם נשברה אחר שנטל:

ג ומ״ש אבל הגביהה כדי ליטול רביעית חייב אפילו לא נטל. מימרא דשמואל לשם ואיכא למידק לאיזה צורך חזר רבינו וכתב דין זה בחבית הלא בתחלת הסימן כתב בסתם רק שיגביהנה כדי להשתמש בה תשמיש שמחסרה אז מיחייב כאילו חסרה ויש לומר דהוה אמינא דוקא כגון בהמה דא״א ליטול ממנה מקצת אבל בחבית דאפשר ליטול ממנה מקצת אינו חייב בהגבהה אא״כ הגביהה לגזול את כולה קמ״ל דאין חילוק וכך היא דעת כל הפוסקים דבחבית נמי אפי׳ לא נתכוין ליטול ממנה אלא רביעית חייב בכולה אפי׳ לא נטל ממנה כלום ודלא כהראב״ד בהשגות דפירשה דוקא בשהגביהה לגזול את כולה ולא קיי״ל כוותיה. ועוד נראה דהא דחזר וכתב דין חבית משום דבגמרא קא אמרינן דבחבית אפילו למ״ד ש״י צריכה חסרון מ״מ הכא ניחא ליה דתיהוי האי חבית כולה בסיס להאי רביעית יין פי׳ כיון דיין אינו משתמר אלא בכלי מלא הו״ל כמו שנטלו והניחו עם השאר להשתמר ונעשה שואל על כל שאר החבית ולפיכך חייב בכולה אע״פ שלא נטל ממנה כלום אבל למאי דקיי״ל ש״י אינה צריכה חסרון ודאי דחייב בכולה אף בשאר דברים דליכא למימר בהו ניחא ליה דתיהוי בסיס כו׳ וז״ש בסמוך סעיף ה׳ אבל שאר פירות וכו׳ דאלמא דבהגביהן אפילו בשאר פירות נמי חייב בכולה ולפי זה ודאי ה״ה בהגביה ארנקי ליטול הימנו דינר דחייב בכל הכיס ואע״ג דבגמרא מבעיא ליה לרב אשי בארנקי ואסיק בתיקו ההוא אליבא דמ״ד שליחות יד צריכה חסרון וזאת היא דעת הרי״ף והרא״ש שהשמיטו בעיא דארנקי אבל הרמב״ם והסמ״ג הביאו וכתבו דה״ז ספק אם נתחייב בכל הכיס או לא נתחייב אלא בדינר בלבד וכבר השיגו הראב״ד ז״ל והרב המגיד הליץ בעדו אבל העיקר כהרי״ף והרא״ש והראב״ד:

ו אמר שרוצה לשלוח יד וכו׳. משנה ס״פ המפקיד פליגי בה ב״ש וב״ה ב״ש דרשי על כל דבר פשע ללמד על המחשבה כמעשה וב״ה דרשי ליה ללמוד על השליח שאם אמר לשלוחו לשלוח יד בפקדון חייב המשלח ואע״ג דקיימא לן אין שליח לדבר עבירה כדלעיל סי׳ קפ״ב ס״ד הכא גלי לן קרא על דבר פשע וה״א להדיא פרק האיש מקדש דפריך ונילף ממעילה דיש שליח לדבר עבירה ומשני משום דהוי מעילה ושליחות יד ב׳ כתובים הבאים כאחד ואין מלמדים ואקשינן הניחא לב״ה אלא לב״ש דמוקמי ליה להאי קרא במחשבה כמעשה נילף ממעילה ומשני משום דהוי מעילה וטביחה ומכירה ב׳ כתובים הבאים כא׳ ואין מלמדין ושארי ליה מאריה למהרו״ך שכתב דהכא איירי שלא ידע השליח שהוא פקדון וכו׳ אלא אפי׳ ידע חייב המשלח מגזירת הכתוב:

ח דין השולח יד בפקדון וכו׳ סוף פרק המפקיד אוקימנא לפלוגתא דבית שמאי וב״ה ור״ע שבמשנה לגבי שולח יד בפקדון דבשבח גזלה קמיפלגי ופסקו הפוסקים כרבא דאמר הלכה כבית הילל דגזלה חזרה בעיניה ושבח גזלה דגזלן הוה וכן פסק רש״י בפרק המפקיד: ומ״ש ואפילו היתה טעונה וכו׳. כ״כ הרא״ש בפרק הגוזל עצים ויתבאר בסימן שנ״ה וסי׳ שס״ב:

ט וכן לענין יוקרא וזולא וכו׳. שם אמר רבה האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה מעיקרא שויה זוזא השתא כשיצאה מן העולם שויה ד׳ תברה או שתיה משלם ד׳ כשעת הוצאתה מן העולם איתבר ממילא משלם זוזא כשעת הוצאתה מבית בעלים ובגמרא מוכח דה״ה בשולח יד בפקדון וזה שאמר רבינו וכן לענין יוקרא וזולא וכו׳ כלומר דין הש״י בפקדון הוי כשאר גזלן גם לענין יוקרא וזולא דאע״פ דרבה קאמר לה בגזלן ה״ה בשולח יד: ומ״ש דאם בשעה ששלח בה יד שוה ד׳ זוז וכו׳. כ״כ הרי״ף והרא״ש שם וכן מפורש להדיא בסוגיא ע״ש:

י שלח יד בחבית וכו׳. משנה וע״פ סוגיית הגמ׳ ס״פ המפקיד והרי״ף האריך לשם בפסקיו ומסקנתו דהלכה כרבי עקיבא דלצרכו חייב אפילו הניחה במקום המיוחד לה וטעמא דצריך דעת בעלים דמדשקליה קם ליה ברשותיה ובגזלה כתיב והשיב ולא הויא השבה מעליא עד שיודיע לבעלים לומר להם נטלתיה והחזרתיה ואם לא הודיעם חייב באחריותה וכן פסקו הפוסקים אבל הסמ״ג בעשה ע״א כתב ע״ש ר״י דפסק כרבי ישמעאל וכ״כ בהג״מ פ״ד דגנבה וכן נראה דעת רש״י שכתב בפרק המפקיד (בבא מציעא דף מ״א ע״א) וז״ל הא שקלינהו ואי נמי ש״י חשיבא הא הדר אהדריה כשנטל הימנה ואנן אוקמינן לעיל סתם מתני׳ כרבי ישמעאל דאין צריך דעת בעלים עכ״ל: ואם טלטלה לצורך מקומה כתב הרמ״ה וכו׳. נראה דעת הרמ״ה מדתנן לצרכה פטור ולא קתני שלא לצרכו פטור אלמא דאינו פטור אלא אם כן טלטלה לצרכה שוהיתה במקום התורפה וקרובה להשתבר אבל אם אינו לצרכה אע״פ שאינו ג״כ לצרכו להשתמש בה אלא לצורך מקומה אינו פטור לגמרי דאע״ג דלא נעשה גזלן דלא חשב לשלוח יד להשתמש בגוף

הפקדון מ״מ פושע הוא שטלטלה מן המקום שיחדו לה הבעלים ואם אירע שום אונס מחמת פשיעתו חייב אבל לא יחדו לה הבעלים מקום אין בשינוי המקום שום פשיעה:

יא היה הנפקד שולחני וכו׳. משנה שם ועל פי סוגיית הגמרא והרי״ף כתב ע״ש רב האי גאון דמאי דהלכה כרב נחמן דמותרים אינו חייב באונסין דוקא קודם שישתמש בהם אבל אם השתמש בהם חייב גם באונסין ופי׳ הרא״ש לשם דאתא לאורויי לן דאע״ג דהחזירם למקומם דמדינא לא בעינן דעת בעלים אפילו לר״ע כיון דברשות שלח ידו בהם אפילו הכי חייב באחריות כיון שכבר נהנה מהם ועוד מצפה ליהנות אם תזדמן לו סחורה וסברא נכונה היא עכ״ל ועם השבח ששבח סברא זו קשיא דאם כן תו לא אשכחן כלל דליהוי פטור מאחריות כששולח יד בהם ברשות הבעלים אף כשהחזירם למקום מטעם שכתב כיון שכבר נהנה בהם ועוד מצפה וכו׳ דטעם זה שייך בכל הדברים אבל נראה דהלכה כדבריו ולא מטעמיה אלא כיון שהחליף המעות שהפקידו אצלו אע״פ שהניח מעות אחרות במקומן כבר נעשו עליו מלוה גמורה ככל מלוה שבעולם והכי משמע בהגהת מרדכי דפרק המפקיד והיינו דאמר בירושלמי דדמאי הביאו הסמ״ג אר״י הדא אמרה הנותן מעות לחבירו והחליפן ואבדן חייב באחריותן פי׳ מאחר שהחליף המעות אפילו הניח מעות אחרים במקומן ונאבדו הוה ליה ש״ד בפקדון וחייב משום דדינו כמלוה ככל שאר מלוה דחייב באחריות עד שיחזיר לבעלים ודוקא במעות אבל כל שאר דבר שחוזרין בעין אם השתמש בהם ברשות בעלים או אפילו שלא ברשות כגון שהשתמש בו בתורת שאלה שאינו מחסרו והחזיר החפץ למקום שהיה מונח בתחלה לא בעינן דעת בעלים וכדפסק במרדכי סוף קמא ועיין במ״ש סימן זה בס״ד:

יב באו אנסים על הנפקד וכו׳. עובדא בסוף קמא וכתבו התוס׳ וז״ל ואע״ג דבעלמא אם נשא ונתן ביד חייב שומר שאני שלדעת כן הפקידו אצלו שיציל עצמו בו אם יבואו עליו אדעתא דפקדון וכן כתב הרא״ש לשם וכן כתב הרב המגיד לדעת הרמב״ם בפ״ה משאלה ודלא כהרשב״א ומביאו ב״י:

יג הופקד אתו ממון של פדיון שבויים וכו׳. גם זה עובדא בסוף קמא: ומ״ש בשם הרמ״ה. כ״כ גם התוספות לשם ותימה למה כתב רבינו בשם הרמ״ה ולא בשם התוס׳:

יד הופקדו אצלו פירות לא יערבם עם פירותיו וכו׳. כ״כ הרמב״ם פ״ה משאלה וכתב ה״ה זה פשוט שאין לו לערבם לכתחלה וכן כתב ז״ל שמשנתינו בשעבר וערבן הוא עד כאן לשונו ולפעד״נ להביא ראיה מדל״פ רבן שמעון בן גמליאל וחכמים במשנתינו בפירות אבודין של פקדון אם ימכרם הנפקד אם לאו אלא ביתר מכדי חסרונן אבל בפחות מכדי חסרונן ד״ה דלא ימכרם דבזה הכל מודים לרב כהנא שאדם רוצה בקב שלו וכו׳ כמו שיתבאר סעיף י״ז א״כ מטעם זה נמי אין לו לערבם לכתחלה דאדם רוצה בקב שלו וכו׳: ערבם עם שלו וכו׳. משנה ובברייתא פרק המפקיד ועל פי סוגיית הגמרא: ומ״ש אחר שישבע וכו׳. כן כתב הרמב״ם ונראה דדוקא כשנחסרו ביותר ממה שרגילין להתחסר אבל בכדי חסרונן אין כאן שבועה ומה״ט לא כתב הרמב״ם אצל דין נסתפק ואינו יודע כמה נסתפק וכו׳ דישבע וכן נראה מדברי ה״ה שכתב על מה שכתב הרמב״ם אחר שישבע וז״ל ובודאי שיש לו לישבע שהרי זה כטוען נאנסו עכ״ל ואין זה אונס אם לא נחסרו יותר מכדי חסרונן: בד״א שהופקדו אצלו בימות הגורן וכו׳. ברייתא לשם ומשמע דבין פחות מעשר כורין בין ביתר הכל שוה דכשמחזיר בימות הגורן מוציא חסרונות לכל כור וכור וכן לכל שנה ושנה שיעור הראוי להתחסר אבל ביה״ג אינו מנכה לו כלום וזהו שלא הזכירו הרי״ף והרא״ש לא דברי ר״י בן נורי ולא דברי ר׳ יהודא אלא כתבו בסתם וכן לכל כור וכור וכן לכל שנה ושנה בד״א שמדד לו בימות הגורן וכו׳ וכך מבואר ברמב״ם פ״ה דשאלה ודלא כהרשב״א שהניח הדבר בספק משום דמצא בתוספתא דרב יהודא אמרה גם לא כנ״י שנדחק לפרש ברייתא זו על פי התוספתא דמיתניא אליבא דרב יהודא ודוקא בעשרה כורין אמרינן דתופסות ומותירות ביה״ג כשיעור החסרון אבל לא בפחות ושבזה מודים חכמים לרבי יהודא דלא קיי״ל הכי: הופקר אתו יין וכו׳. משנה שם יוציא לו שתות ליין ר׳ יהודא אומר חומש וכתבו הרי״ף והרא״ש והלכה כת״ק וכ״כ הרמב״ם פ״ה דשאלה ואיכא לתמוה דבגמרא אמרו ולא פליגי מר כי אתריה ומר כי אתריה באתריה דמר חפו בקירא ולא מייץ טפי באתריה דמר וחפו בכופרא ומייץ טפי ונראה דסביר׳ להו לפוסקי׳ מאחר דאיתא תו התם איב״א מושם גרגושתא הא מייצא טפי הא לא מייצא טפי לפי זה איכא לספוקי בכל קרקע שעושים ממנה חבית אי מייצא טפי כקרקע דאתריה דר״י או לא מייצא טפי מקרקע דאתריה דת״ק הילכך מספיקא לא מפסידינן למפקיד שהרי הנפקד הוא דגרם ספק זה שערבו עם שלו ועל כן ידו על התחתונה ולעולם אינו מנכה לו אלא שתות וכתנא קמא. ונראה מדכתבו הפוסקים בסתם דמנכה לו שתות ולא חילקו בין כלי ישן לחדש אלמא דאפילו בישן נמי מנכה לו שתות דאף על גב דבשמן אינו מנכה לו בשביל בליעת הכלי כשהוא ישן יין בלע טפי וכן כתבו תוספות לחד תירוצא בד״א במזופפות (דף מ׳):

טו כתב הרמב״ם הפקיד אצל חבירו פירות וכו׳: בפ״ה משאלה וז״ל הסמ״ג בעשה פ״ח אם הפקיד אצלו כיס מלא דינרין והמפקיד אומר מאתים דינרים היו בו והנפקד אומר ודאי דינרין היו בו אבל איני יודע כמה בדין זה אני אומר שאין כאן אלא שבועה דרבנן מאחר שאינו מודה דבר שבמנין כך וכך

דינרין היו בו ומן השאר איני יודע ובשבועה דרבנן אין אומרים מתוך שאינו יכול לישבע משלם עכ״ל וכבר נזכרה טענה זו בדברי הראב״ד בהשגותיו לשם וה״ה האריך בזה ומביאו ב״י גם הרא״ש והר״ן האריכו ע״ש בפרק שבועת הדיינין ועיין לעיל בסימן צ׳ ולקמן בסימן רצ״ח:

יז לא עירב וכו׳. משנה שם דפליגי בה רבן שמעון בן גמליאל וחכמים ופסק רי״ף ורמב״ם בפרק ז׳ משאלה כר״נ דהלכה כחכמים דלא יגע בהן למכרן ופסקו ג״כ כר׳ יוחנן דבחסר ויתר מכדי חסרונן אף חכמים מודים דיכול למכרן והרא״ש פסק כשמואל ורבי יוחנן דהלכה כרשב״ג דימכור בב״ד מפני השבת אבדה לבעלים ואיכא לתמוה דהא מפשט הסוגיא משמע דלרשב״ג לעולם מוכרן מפני השבת אבדה לבעלים א״כ למה כתב רבינו בסברת הרא״ש דכיון שחסרו כדי חסרונן וכו׳ דאלמא דבפחות מכן אינו יכול למכרן והלא לרשב״ג אין חילוק ונראה דדקדק בדברי הרא״ש שהביא מאי דאיתמר בגמרא עלה דהך פלוגתא דרשב״ג וחכמים וז״ל מאי טעמא אמר רב כהנא אדם רוצה בקב שלו מט׳ קבין של חבירו ורב נחמן בר יצחק אמר חיישינן שמא עשאן תרומה ומעשר על מקום אחר נראה דהלכה כרב נחמן בר יצחק דבתראה הוא כי תלמידו של רבא היה וא״כ בזמן הזה מודו רבנן דימכרם ומיהו מסתבר כפירוש רבינו תם שפירש דרב נחמן בר יצחק אית ליה טעמא דרב כהנא לפי שטעמו של רב נחמן בר יצחק אינו מספיק אלא לפירות שאינן מתוקנין ומתניתין בכל פירות איירי אלא שבא רב נחמן להוסיף בטעמו אפילו ביותר מכדי חסרונן עכ״ל דאיכא להקשות דכיון דרב כהנא ורב נחמן בר יצחק לא פליגי אלא אליבא דחכמים והרא״ש פסק כרשב״ג אם כן ליכא נפקותא בפסק זה ולאיזה צורך כתבו ומיישב רבינו דנ״מ דכיון דבין לרב כהנא ובין לרב נחמן בר יצחק קמיפלגי רשב״ג וחכמים בפירות מתוקנים כשלא חסרו אלא בכדי חסרונן דלחכמים לא יגע בהן משום דאדם רוצה בקב שלו וכו׳ ולרשב״ג דלית ליה אדם רוצה וכו׳ יכול למכרן כשחסרו בכדי חסרונן וכדקאמר ר׳ יוחנן מחלוקת בכדי חסרונן משמע ודאי דבפחות מכדי חסרונן לכולי עלמא לא ימכור וכ״כ התוס׳ להדיא דלמאי דאמר מחלוקת בכדי חסרונן בפחות מכדי חסרונן לכ״ע לא ימכור ונ״ל דטעמייהו מדלא קאמר מחלוקת עד כדי חסרונן אלמא דל״פ אלא בכדי חסרונן ממש אבל בפתות מכדי חסרונן לכולי עלמא לא ימכור דבהא כולי עלמא מודו דרוצה אדם בקב שלו אם כן איכא נפקותא בפסק זה דאף לרנב״י ולרשב״ג דהלכתא כוותייהו אפ״ה בפחות מכדי חסרונן לא ימכור אף בזמן הזה: לא חסרו אלא כדי חסרונן וכו׳. שם א״ר יוחנן מחלוקת בכדי חסרונן וכו׳ ופרש״י בכדי חסרונן כדרך שאר תבואות עכ״ל וכתבו בתוספות דהקשה ריב״ם וכי פליגי במשהו דבפחות מכדי חסרונם לכ״ע לא ימכור עכ״ל כלומר דכיון דכל הפירות ראויים להתחסר כשיעור זה א״כ כך לי פחות מכדי חסרונם כמו בכדי חסרונם אין זה משיב אבדה אבל איתר מכדי חסרונן אפילו משהו ל״ק דדין הוא למכרם שהרי הוא משיב אבדה כיון דאין ראויין להתחסר כל כך ועוד הקשה דאם כן מ״ט דרשב״ג ויש לומר דפליגי בנתחסר בחודש או בב׳ חדשים ט׳ חצאי קבין לכור שהוא בכדי חסרונם לשנה שלמה עכ״ל פי׳ דהשתא דמצא אותם אבודים בפעם אחת בכדי חסרונם לשנה בחודש א׳ או ב׳ או אפילו בחצי שנה הא ודאי הוי משיב אבידה לרשב״ג דכיון דחסר כ״כ בזמן מועט כך יחסר תמיד ויהיה יותר מכדי חסרונם לשנה ורבנן אמרי לא יגע בהם דשמא לא יתחסרו עוד בשנה זו אבל אי לא מצאם שחסרו בכדי חסרונם לשנה קודם תשלום השנה אף רשב״ג מודה דלא ימכרם דלא נקראי אבודי׳ דאפשר שבתשלום השנה לא יהא נחסר כי אם בכדי חסרונן וה״ה בפ״ז משאלה כתב ע״ש הרמב״ן דכתב כדברי התוספות ואפשר שאף זה דעת הרמב״ם עכ״ל ודעת רבינו מפורשים כדעת התו׳:

יח הופקד אתו יין והחמיץ וכו׳. ברייתא בפרק המפקיד ופסק כחכמים דפליגי אר״מ וכן פסק הרי״ף והרמב״ם בפ״ז משאלה ואף על גב דהרא״ש כתב אחר פסק הרי״ף ומסתברא לי כי״א דרבנן קיימי אכולה מילתא דר״א גם אפירות והרקיבו סבירא ליה לרבינו דלא בא הרא״ש לחלוק על הרי״ף אלא בפירושא דשמעתא ונ״מ לענין דינא למאן דפסק כרב אלפס דלית הלכתא כרשב״ג דמתני׳ לדידיה נמי ליתא לחכמים דברייתא אבל למאי דפסק הרא״ש גופיה כרשב״ג דמתניתין א״כ גם הוא תופס לענין דינא כרב אלפס דיכול למכרן שלא יפסיד הכלי דלהפסד מועט חששו בכל ענין בין הפסד מועט דריקבון בכדי חסרונן בין הפסד מועט דקנקנים ועוד נראה והוא העיקר דנ״מ לענין דינא דלרב אלפס דס״ל דלא שייכא פלוגתא דר׳ מאיר וחכמי׳ דברייתא בפלוגתא דרשב״ג וחכמי׳ דמתני׳ ומש״ה פסק כחכמי׳ דברייתא אם כן גם במ״ש וכשהוא מוכרן מוכרן לאחרים ואין מוכרן לעצמו הלכתא הכי דאהא לא פליגי עלייהו חכמים דמתניתין אבל להרא״ש דמסתבר לו כי״א וחכמים אכולה מילתא קאי גם אפירות והרקיבו אם כן כי היכי דלענין פירות והרקיבו קיימא לן כרשב״ג דמתני׳ דאומר ומכרם בב״ד מפני השבת אבדה לבעלים ומשמע דמוכרם אפי׳ לעצמו דסתמא קתני מוכרן בב״ד וא״כ ה״ה לענין קנקנים ולא קיי״ל כחכמים דברייתא דמוכרן לעצמו דמתני׳ עדיפא מברייתא ואע״ג דבגבאי צדקה וגבאי תמחוי קיימא לן דאין מוכרן לעצמו התם אין מכירתן בבית דין ואיכא חשדא אבל הכא דמוכרן בבית דין ליכא חשדא והשתא ניחא דכאן כתב רבינו בסתם שימכרו על פי בית דין ובי״ד סימן רנ״ז בדין גבאי צדקה וגבאי תמחוי כתב שאין פורטין לעצמן ואין מוכרין לעצמן והכי מוכח לעיל תחלת סימן ע״ב וסוף סי׳ רס״ז כדפי׳ לשם בס״ד והכי מוכח מדברי רבינו לעיל בסימן ר״צ סעיף ט״ו שכתב אדברי הראב״ד דגנאי הדבר שיקח האפוטרופוס מעות היתומים בתורת עסק משום לזות שפתים ולא כתב שאסור אלמא דאין אסור אלא בגבאי דאינו עושה על פי ב״ד אבל על פי בית דין אין איסור אלא דלפי שהראב״ד כתב שלוקח האפוטרופוס מתחלה לעצמו ואחר כך יודיע הדבר לב״ד ע״כ כתב רבינו דאיכא לזות שפתים אבל אם מתחלה הניח המעות בפני בית דין והם

מסרום לאפוטרופוס בתורת עסק אף לזות שפתים איך כאן וכדהכא לגבי פקדון שמוכרן בבית דין דהיינו שהב״ד מוכרין אף לעצמו וליכא חשדא ואף רבינו מודה בזה ולפי זה התיישב הא דכתב ב״י כאן ולא ידעתי למה השמיטו רבינו גם מה שהשיג ב״י על דברי רבינו בסימן ר״ץ התיישב בטוב טעם:

כב הופקדו אתו ספרים וכו׳. בפ׳ א״מ תנן מצא ספרים קורא בהן אחת לל׳ יום ובברייתא השואל ס״ת וכו׳ וכן המפקיד ס״ת אצל חבירו גוללו כל י״ב חודש וכו׳ סומכוס אומר בחדש ל׳ יום בישן י״ב חודש ראב״י אומר אחד זה ואי זה ל׳ יום ופרש״י ומתני׳ נמי דקתני קורא בהן א׳ לל׳ יום ולא מפליג בין ישן לחדש ראב״י היא עכ״ל וס״ל לרבינו דהכי נקטינן כסתם מתני׳ וכראב״י והרי״ף והרא״ש שהביאו מתני׳ דידן בסתמא הכי ס״ל ולא הביאו רישא דברייתא דתני בה י״ב חודש כדי לפסוק כך הלכה דהא ודאי ליתא דהלכתא כסתם מתני׳ אלא הביאו לפסוק הלכה במאי דתני בה פותחו וקורא בו ואם בשבילו פותחו אסור וע״כ השיג רבינו על הרמב״ם דפסק כמ״ד אחת לי״ב חודש ומחלק בין מציאה לפקדון דבפי״ג מגזלה לגבי מציאה פסק א׳ לל׳ יום ובפקדון פסק א׳ לי״ב חודש אבל על הרי״ף והרא״ש לא השיג מיהו הסמ״ג תפס שיטת הרמב״ם דלגבי פקדון בעשה פ״ח פסק א׳ לי״ב חודש ובעשה ע״ד לגבי מציאה פסק א׳ לל׳ יום והעיקר כדעת רבינו וכן פסק לעיל בסי׳ רס״ז ס״ב: ומ״ש ואם פתח וקרא בו לצורך עצמו ה״ז שולח יד בפקדון. כ״כ גם הרמב״ם לשם ואיכא למידק דלמ״ש ה״ר חזקיה במרדכי דאם שאל חפץ מן הפקדון והחזירו למקומו דאינו חייב באונסים ומטעם דפי׳ לעיל בתחלת הסי׳ דכיון דמתחלה לא היה עליו אלא שואל א״כ כשמחזירו למקומו בעין אינו עליו אלא שומר א״כ בספרים נמי נימא הכי דמ״ש חפץ מחפץ ולהסמ״ג קשה יותר דאיהו כתב בה׳ גנבה ע״ש ר״י דהלכה כרבי ישמעאל דלא בעינן דעת בעלים ואפ״ה כתב לגבי ספרים דה״ז שולח יד ומהר״א שטיין כתב דאיכא לאוקמי דדוקא כשנאנסו בשעה שלומד בספרים אבל לאחר שהחזירם למקומם אה״נ דפטור עכ״ל וזה דוחק גדול דהרי כתב בסתם ה״ז ש״י בפקדון ונתחייב באונסין משמע בכל אונסין שיולדו אח״כ חייב בהן בכל ולי נראה דלא אמר המרדכי והר״ח אלא בדברים דרגילי אינשי לאושלינהו ולא קפדי בהו התם הוא דבהחזירם למקומן בלא חסרון חזר לחזקת פקדון כבתחלה אבל בספרים וכיוצא בהן דקפדי אינשי ולא אושלי משום שמתקלקלים במשמוש וטשטוש ועשן וקריעה אם לקחם הנפקד וקרא בהם חשיב ש״י בפקדון דנקרא גזלן ואפי׳ החזירן למקומן נתחייב באונסין דלא חזר דינו להיות כשומר ואפילו לרבי ישמעאל משום דא״א שלא יהיה מחסרו במקצת וכיון שמחסרו אף ר״י מודה שלא נפטר מן האונסים במה שהחזירו למקומו דכבר קם ליה ברשותיה משעה שמחסרו ואצ״ל לר״ע דאפילו לא היה מחסרו כלל מ״מ צריך דעת בעלים כיון דקפדי ולא מושלי אכן בתוספות פ״ק דמציעא (דף ו׳) בד״ה שבועה שלא שלחתי משמע דלרבי ישמעאל פטור אם החזירו למקומו אפילו השתמש בדבר שמחסרו וכ״ה בסמ״ג ריש סי׳ פ״ח בעשה ולא ידעתי למה וצ״ע

סימן רצג

א אין המפקיד יכול לתבוע פקדונו וכו׳. ברייתא סוף קמא מלוה ניתנה ליתבע בכל מקום אבדה ופקדון לא ניתנו ליתבע אלא במקומן ויש להקשות אם ישנם בידו אפילו אבדה ופקדון נמי ואי אינם בידו אפילו מלוה נמי לא ואפשר דמיירי ביש בידו מטלטלין ולפיכך מלוה ניתנה ליתבע בכל מקום ואף על גב דזיילי נכסי ע״י שהוא דחוק לפרוע אבל אבדה ופקדון אע״ג דאינהו מעות ויש בידו ג״כ מעות א״נ אינהו מטלטלין ויש בידו גם כן מטלטלין כיוצא בהם אין מחייבים אותו ליתן משלו בעד פקדונו ואבידתו אבל בעה״ת בשער ל׳ תירץ דבמלוה יכול להשביעו שאין סיפוק בידו לפרוע לו חובו אבל על אבדה ופקדון אפילו יאמר לו אולי בידך הוא אין לו להשביעו דמסתמא לא הביא עמו עכ״ל וצ״ע לפי זה אם יכול להחרים סתם חרם:

ב אבל בכ״מ שירצה הנפקד וכו׳. הכי משמע מפירוש רש״י שכתב אמתניתין דהפקיד בישוב לא יחזיר לו במדבר כיון דלאו מקום שימור הוא משמע שאם היה מקום משומר יכול לכופו וכן כתבו התוספות פרק מי שאחזו (גיטין בדף ע״ה) וכ״כ הרא״ש לשם וכ״כ הרמב״ם פ״ז דשאלה וע״ל בסי׳ ע״ד כתב רבינו דמלוה דאפי׳ יש כמה מדברות קודם שיגיע למקומו יכול לכופו לקבל כיון שמחזיר לו במקום ישוב ונראה דה״ה גבי פקדון נמי דינא הכי אלא שנסמך על מ״ש לעיל וקיצר כאן:

ג ומ״ש ואם כשהפקידו אצלו א״ל אני רוצה וכו׳. שם במשנה ע״מ לצאת במדבר יחזיר לו במדבר ובגמרא פשיטא ל״צ דא״ל ליהוי האי פקדון גבך דאנא למדבר נפיקנא וכו׳ והרי״ף לא הביא אלא המשנה כצורתה ונראה דגירסתו כגירסת ה״ג דגריס אמרי ע״מ להחזיר במדבר לא קתני אלא ע״מ לצאת במדבר כגון דא״ל ליהוי האי פקדון גבך וא״ל למדבר קא אזילנא וא״ל אנא נמי למדבר קא אזילנא והכי קא״ל דאי מהדרת לה ניהלי במדבר מקבילנא ממך עכ״ל ובעל המאור כתב דהכי גרסי׳ בספרי דווקנאי דספרד ועל גירסא זו סמך הרי״ף דלפי זה מתני׳ כפשטה היא דאמר הנפקד ע״מ לצאת במדבר כלומר דבשעה שא״ל ליהוי האי פקדון גבך א״ל הנפקד למדבר קא אזילנא פי׳ איני מקבל עלי פקדונך אלא ע״מ לצאת למדבר לכשתצא גם כן למדבר שאחזירנו לך במדבר וא״ל המפקיד טוב הדבר אנא נמי למדבר קא אזילנא ותלמודא לא אתא אלא לפרש אמאי לא תני על מנת להחזיר

במדבר דאילו לגירסתינו דפריך פשיטא ומתרץ לא צריכא וכו׳ מגיה המשנה ולא מיירי דא״ל ע״מ לצאת במדבר דאפילו לא א״ל ע״מ נמי כאילו פירש לו ע״מ דמי אבל לגי׳ הרי״ף דוקא בדא״ל ע״מ לצאת למדבר וכדפי׳ אלא דאדברי הרמב״ם בסוף פ״ו דשאלה קשיא טובא דלא כתב כלל אפילו לשון המשנה דע״מ לצאת במדבר וי״ל דס״ל להרמב״ם כגירסת הרי״ף וכיון דמתני׳ כפשטא היא דא״ל הנפקד איני מקבל עלי הפקדון אלא על מנת לצאת שנינו במדבר דהיינו לומר שתקבלנו מידי במדבר א״כ דבר פשוט הוא שצריך לקבלו מידו במדבר דכל תנאי שבממון קיים ולא צריך לפרשו בחיבורו וס״ל דמתני׳ נמי לא תנא לסיפא אלא איידי דתנא רישא וקצת יש לדקדק דבסי׳ ע״ד כתב רבינו וצריך לקבל במדבר וכאן כתב ויכול להחזיר לו במדבר אמאי שינה בלשונו ואפשר דרבינו נתכוין לתלות הדבר במי שגילה דעתו שעושה כך ע״מ לצאת למדבר דכיון דגילה דעתו בכך הו״ל כאילו התנה בפירוש ולפיכך בפקדון דהמפקיד שאל חבירו שיקבל פקדונו לפי שרוצה לצאת למדבר והנפקד השיב לו גם אני רוצה לצאת למדבר גילה בדעתו שע״מ כן קבל פקדונו שיכול לחזור לו במדבר לפיכך נופל הלשון לומר דיכול להחזיר לו במדבר כאשר גילה לו דעתו דהוי כמו תנאי ובהלואה דהלוה ביקש ללוות מחבירו לפי שצריך הוא למעות למדבר ואע״פ כן גילה המלוה דעתו שגם הוא רוצה לצאת למדבר כלומר איני מלוה לך אלא ע״ד שתפרע לי במדבר אם כן תשובת המלוה הוי כאילו התנה עמו לקבל מיד הלוה הלואתו לפיכך תלה בדידיה ואמר וצריך לקבל במדבר׃

סימן רצד

א תבעו הפקדון וכפר בו מיד נעשה גזלן וכו׳. פי׳ מיד אע״ג דלא נשבע וכדמסיק כשיש עדים שבשעה שכפר בו היה ברשותו וכו׳ דהוחזק כפרן על פי עדים ויש לו דין גזלן ופסול לעדות ולשבועה וה״א פרק קמא דמציעא (דף ה׳)׃

ב וכתב הרמ״ה וכו׳. איכא לתמוה היאך פוטרו משבועת שומרין במגו דאם כן עקרת לשבועת שומרין מן התורה היכא דאיכא מגו וזו לא שמענו ותו דלקמן ריש סי׳ רצ״ו כתב רבינו ע״ש הרמב״ם דלא אמרינן מגו לפטרו מן השבועה והרב המגיד כתב דכך הוא דעת הרמ״ה ומביאו ב״י לשם ואף להרא״ש דאמר מגו לפטרו משבועה מ״מ בטענת אונסין דמעיז ומעיז לא אמרינן מגו וכתב ר״ת בפרק הגוזל עצים וא״כ הכא ודאי דמעיז לומר נאנסה של פקדון כיון דמסייעי ליה עדים שראו שנאנס מידו גלימא ודאי דלא אמרינן מגו אף לדעת הרא״ש ותו קשה דבפ׳ המפקיד תניא מי נשבע מי שהפקדון אצלו שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון וכו׳ ופריך עלה ואי איתא לדרב הונא כיון דמשתבע מלוה שאינה ברשותו היכא מצו מפיק לה ומשני רבא אמר רב יוסף שיש עדים שנשרפה ופריך א״ה מהיכא מייתי לה אלא א״ר יוסף שיש עדים שנגנבה ולהרמ״ה מאי קושיא נימא דרבא ה״ק דעדים ראו שנשרפה ואינם יודעים דשל המפקיד היתה ואפילו הכי פטור משבועה דשל המפקיד נשרפה מטעם מגו ומש״ה איכא למימ׳ שמא יוציא הלה את הפקדון ויאמר טעיתי כי שלי נשרף ושל פקדון לא נשרף אלא ודאי דכל כה״ג חייב שבועה ודלא כהרמ״ה מיהו י״ל דלא ניחא ליה לתלמודא לאוקמי בפה״ג דיוציא הפקדון ויאמר טעיתי דטענה גרועה היא ונראה דהרמ״ה ז״ל מפרש ההיא דפ״ב דבכורות דהכל מודים באחד שהפקיד טלה אצל בעה״ב שהמע״ה דהיינו דאיכא עדים שמת טלה אחד אצל בעה״ב ובעה״ב אומר של מפקיד מת דאמרינן המע״ה ופטור בעה״ב לגמרי דאפילו שבועה אין צריך ולפי זה ודאי ה״ה היכא דהמפקיד מודה שנאנס מיד הנפקד אלא דאינו יודע אם שלו נאנס אם לאו נמי פטור הנפקד משבועה וצ״ל דשבועת שומרים אינה מן התורה אלא היכא שלא נודע שנאנס אצל הנפקד אבל בנודע בעדים או המפקיד מודה בכך אף על פי דאינו יודע דשל פקדון נאנס פטור משבועת שומרין ועוד ס״ל להרמ״ה דאפי׳ שבועת היסת לא צריך כיון דאינו בא עליו אלא בטענת שמא׃

ד ואם אין עדים מצויין. פ״ק דמציעא (דף ו׳) אמר רב ששת ג׳ שבועות משביעין אותו שבועה שלא פשעתי בה שבועה שלא שלחתי בה יד שבועה שאינה ברשותי והטעם דאי נשבע שלא פשע איכא למימר דילמא שלח בה יד דחייב אע״פ שלא פשע ובנשבע ג״כ שלא שלח בה יד אכתי דילמא ברשותו היא ובאמת נשבע הילכך נשבע ג׳ שבועות ולא הזכיר רבינו כאן אלא שבועה שנאנסה ושלא פשע ושלא שלח בה יד דהן דאורייתא וביאר חילוקי דיניהם אבל שבועה שאינה ברשותו דהיא תקנת חכמים לא כתבה בהדי הנך ובסי׳ רצ״ה כתבה. ונראה מדברי הפוסקים וכך היא דעת רבינו דעיקר השבועה היא שישבע תחלה שהוא כדבריו דנאנסה ואינך משביעין ליה ע״י גלגול וז״ש ויכלול בשבועתו שלא פשע וכו׳ ולא שלח בו יד וכו׳ ומה שהאריך רבינו ואמר שצריך שיחזיר ויאמר ואירעו זה שטוען וכו׳ הוא לפי שאם לא נצריך אותו אלא לישבע שאירעו זה שטוען שהיא עיקר השבועה ויכלול בה שלא פשעתי בה איכא צד רמאות שיהא מתכוין לישבע שלא פשע בה אחר שנאנסה ומש״ה קאמר רבינו סדר השבועה תחלה נשבע שנאנסה ואחר כך נשבע שלא פשע ויחזור ויאמר דשמרה כראוי ואירעו זה שטוען שהוא עיקר השבועה והא דכתב רבינו שבועה שלא שלח בה יד שאם שלח בה יד חייב כוונתו להוציא מדעת הסמ״ג בעשה ריש סימן פ״ח והתוס׳ פרק קמא דמציעא שכתבו דבנשבע שלא שלח בה יד בענין שיהא חייב דהיינו כשלא החזירה למקומה נמי מיפטר וכרבי ישמעאל דלא בעינן דעת בעלים דליתא אלא צריך שישבע שלא ש״י בה כלל שאם שלח בה יד חייב אפילו החזירה למקומה דהלכה כרבי עקיבא דבעינן דעת בעלים וכדפי׳ בסימן רצ״ב סעיף י׳׃

ה ומ״ש ופר״י וכו׳. כ״כ התוספות בפ״ק דמציעא (דף ו׳) בשינויא בתרא וכ״כ בהגהת אשיר״י לשם וראייתם מדאיסי הא יש רואה יביא ראיה ויפטר דמשמע דלגמרי מיפטר ואפילו שבועה אין צריך: ומ״ש אבל בירושלמי יש וכו׳. הביאוהו הרי״ף והרא״ש פרק המפקיד והפירוש שכתב רבינו הוא מהרא״ש ולהירושלמי צ״ל דההיא דאיסי אינו אלא לאורויי דיוקא דאם אינו מביא ראיה חייב אבל אם הוא מביא ראיה אינו חייב ומיהו שבועה צריך דשמא פשע מתחלה ותחלתו בפשיעה וסופו באונס מחמת הפשיעה וחייב וע״י גלגול ישבע נמי שלא שלח בה יד: כתב ה״ר ירוחם דמשביעינן ליה דלא פשע אבל לא סגי שנשבע שנעשה שלא בכוונה דלשון זה משמע דמודה דפשע ולא נזהר לשמרו כראוי לנעול בפני׳ אלא שלא עשה כן בכוונה וה״א להדיא בס״פ האומנין: ואיכא לתמוה אמאי לא רבינו פירושו של ר״ת בתוספות פרק קמא דמציעא והג״א והאגודה לשם וכתבו גם הסמ״ג והגהת מיימוני דלא משביעין ליה שלא שלח בה יד לעשות מלאכתו אלא שלא שלח בה יד לאכלה דאינה בכלל שבועה שלא פשעתי ושאינה ברשותי אבל אי ידעינן שלא אכלה כגון שמתה לפנינו אין מגלגלין עליו שלא שלח יד מתחלה לעשות בה מלאכתו דלא חשידי אינשי בהכי אלא דנשבע שלא פשע בה אלא שמרה כראוי ויש לומר דכיון דהרמב״ם והרא״ש ור״י ס״ל דמגלגלין עליו שלא שלח בה יד כלל אף לעשות מלאכתו אידחי ליה פירושא דר״ת ולהכי לא הביא הרא״ש פירושו דר״ת בפסקיו מיהו נראה דהכל מודים לר״ת דשבועה שלא אכלה אינה בכלל שבועה שלא פשעתי בה ושאינה ברשותי ולכן צריך ליזהר דכשמשביעין אותו שלא שלח בה יד צריך לפרש בשבועתו תרווייהו שלא שלח בה יד לעשות בה מלאכתו וגם לא שלח ידו לאכלה. ותו איכא לתמוה מנלן לרבי׳ דר״י לא ס״ל כהירושלמי דהלא התוס׳ כתבו שם ז״ל אבל קשה משילהי האומנין אין רואה הא יש רואה יביא ראיה ויפטר והא שמא שלח בה יד וי״ל שיפטר משבועה שנאנסה אך ישבע שלא שלח בה יד א״נ שלא שלחתי בה יד אינו נשבע אלא ע״י גלגול שלא פשעתי בה וכשיש רואה שנאנסה פטור לגמרי עכ״ל ומשמע דמ״ש וכשיש רואה שנאנסה פטור לגמרי היינו שיש רואה שנאנסה ושלא פשע בה פטור לגמרי וכך פי׳ ה׳ המגיד לדברי הרמב״ם בפ״ו דשאלה אבל היכא דליכא עדים אלא שנאנסה ולא ידע אם האונס היה מחמת פשיעה אם לאו צריך לישבע דלא פשע בה וע״י גלגול נשבע ג״כ שלא שלח בה יד והיינו ממש כהירושלמי וכפי׳ הרא״ש בפ׳ המפקיד (דף קל״ז ע״ב) ונראה דרבי׳ דק בדברי ר״י מדחזר בו משינויא קמא בע״כ דלא ניחא ליה לפרש יביא ראיה ויפטר משבועה שנאנסה אבל נשבע שלא שלח בה יד דיביא ראיה ויפטר לגמרי משמע ואינו נשבע כלל לפי זה ודאי אי אפשר לפרש בשינויא בתרא כפי׳ הירושלמי דאינו פטור כשיביא ראי׳ דנאנסה אלא דוקא במעידין דנאנסה בלא פשיעה דהשתא ליכא עליה נמי שבועה דשליחות יד דאין כאן גלגול דא״כ קשה כיון דאם לא היו מעידין כי אם שנאנסה ולא ידעי אם פשע אם לאו לא היה פטור שהרי צריך לישבע שלא פשע וע״י גלגול נשבע. נמי שלא שלח בה ידו א״כ למה חזר משינויא קמא הלא גם לשינויא בתרא צריך לומר דיביא ראיה דנאנסה ויפטר לא דפטור לגמרי בכל ענין כיון דאיכא חילוק בין מעידין שנאנסה בלחוד ובין מעידין שנאנסה ולא פשע בה וטפי ניחא שינויא קמא דלא צריך לדחוק ולומר דשבועה דשליחות יד אינה אלא ע״י גלגול כמו שצריך לפרש לשינויא בתרא אלא בע״כ דבשינויא בתרא כשיביא ראיה שנאנסה בלחוד אע״ג דאין מעידין שלא פשע אלא דלא ידעי אם פשע אם לאו פטור מכל שבועות דכיון דעדים מעידים שנאנסה אין לנו לחוש לפשיעה שמחמתה הגיע האונס כיון דלא ידעי עדים משום פשיעה בשעה שנאנסה לפניהם וכיון דא״צ שבועה שלא פשע פטור נמי משבועה שלא שלח בה יד דאינה באה אלא ע״י גלגול שבועה שלא פשע א״כ בע״כ דר״י מפרש תלמודא דידן דלא כהירוש׳ כנ״ל דעת רבי׳ בהבנת דברי ר״י שבתוס׳ באמת ויושר:

ז ואם אחר שנשבע וכו׳ אע״פ שלא שלח בו יד תחלה וכן אם שלח בו יד תחלה וכו׳. בפרק הגוזל עצים (בבא קמא דף ק״ז) פליגי בה אמוראי רב חייא בר יוסף קאמר דאינו חייב בטוען טענת גנב כפל וד׳ וה׳ אא״כ דשלח בה יד קודם שבועה כגון שעשה בה מלאכתו ויליף לה מדכתיב ונקרב ב״ה אל האלהים אם לא שלח וגו׳ אשר ירשיעון אלהים ישלם שנים לרעהו דמשמע שמצאוהו רשע על מה שנשבע לשקר שלא שלח בה יד שהרי שלח בה יד ורב ששת סבר איפכא דהטוען טענת גנב בפקדון כיון ששלח בה יד פטור מ״ט ה״ק רחמנא ונקרב ב״ה אל האלהים אם לא שלח ידו וגו׳ ישלם שנים הא אם שלח ידו פטור ולית הלכתא לא כדברי זה ולא כדברי זה אלא כר״ח בר אבא אר״י דבין בזו ובין בזו חייב ולכן אמר רבי׳ תחלה דמשלם כפל וד׳ וה׳ אע״פ שלא שלח בו יד תחלה ולאפוקי מדרב חייא בר יוסף דפוטר בזו ואח״כ כתב וכן אם שלח בו יד תחלה וכו׳ לאפוקי מדרב ששת דפוטר בזו אלא בכל ענין חייב וכדפסק לשם הרא״ש והרמב״ם חולק ולקמן ריש סי׳ שנ״ב הביאו רבינו:

ט נגנב באונס כגון בלסטים מזויין וכו׳. בפרק הגוזל עצים (סוף בבא קמא דף ק״ח) פליגי בה אביי ורבא ופסק כרבא ומ״ש בלסטים מזויין כך פירש״י משום דבש״ס נמי קאמר ואי בגנב מאי עושה דין דקאמר אש״ס הלא חייב לשלומי אלא בלסטים מזויין קאמר דש״ס נמי פטור ואפ״ה עושה עמו דין אבל בש״ח אפילו גנב גרידא נמי עושה דין:

יא ומ״ש ואם נשבע קודם שהוכר הגנב אם ש״ח הוא עומד בשבועה ואם ירצה יטרח וכו׳. איכא למידק מאי אתא לאשמועינן דאם ירצה יטרח לא הוה ליה לומר אלא עומד הוא בשבועה וא״צ להעמידו לדין וי״ל דה״ק רצה עומד בשבועה ואינו מבטל מצות השבת אבדה שכבר נפטר ממנו בשבועה ולא

קרינן ביה השתא דמצוה הוא לחזר אחר אבדה זו כמו קודם שנשבע ואם ירצה יטרח וכו׳ כלומר ומקבל שכר על טרחו דאף אם כבר נשבע קצת מצות השבה מוטל עליו טפי מאינש דעלמא ואין זה בכלל הפטור מן הדבר ועושהו נקרא הדיוט א״נ הוי בכלל מתעבר על ריב לא לו ובכלל אשר לא טוב עשה בעמו זה הבא בהרשאה ובלא הרשאה מצי לטעון לאו בעלים דברים דידי את להכי כתב רבינו דליתא לכל זה הכא אלא אם ירצה יטרח וכו׳:

סימן רצה

א טען הנפקד וכו׳. בפ׳ המפקיד (בבא מציעא דף ל״ד) א״ר הונא משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו מ״ט חיישינן שמא עיניו נתן בה ופרש״י אמתני׳ קאי אע״פ שהוא משלם כדקתני שילם ולא רצה לישבע משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו עכ״ל והרי״ף גורס א״ר הונא אמר הריני משלם משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו וכו׳ וכ״כ הסמ״ג בעשה פ״ח וכך מורה לשון הרמב״ם פ״ו דשאלה שכתב וז״ל ש״ח שאמר הריני משלם ואיני נשבע וכו׳ חוששין שמא עיניו נתן בו ומשביעין בתקנת חכמים שבועה בנק״ח ואח״כ משלם עכ״ל נראה דהוא ז״ל מפרש דלהכי נקט רב הונא אמר הריני משלם לומר דדוקא בשלא שילם אלא אמר הריני משלם התם הוא דמשביעין אותו וכו׳ ואח״כ משלם אבל כשכבר קבל התשלומין מידו לא מצי להשביעו דאנן סהדי שלא נחשד בעיניו וכאילו מחל לו השבועה בפי׳ דאל״כ לא היה מקבל מידו התשלומין והרא״ש ז״ל בר״פ המפקיד דחה פי׳ זה ואמר דמסתבר טפי למימר שקבלתי התשלומין כדי שלא יחזור בו עכ״ל וקשיא לי היאך יוכל לחזור בו הא הכא מיירי באומר בב״ד הריני משלם כמו שיתבאר בס״ד דשוב אינו יכול לחזור בו נ״ל:

ב ומ״ש והרמב״ם חילק וכו׳. רפ״ו משאלה וכ״כ בסמ״ג שכך הורו הגאונים וכתב ה׳ המגיד חילוק הזה שכתב רבינו אע״פ שלא נתבאר בגמ׳ נראה נכון דודאי כל זמן שהדבר אינו שוה למה יחשד הלה וכו׳ עכ״ל ולי נראה דנתבאר חילוק זה בגמרא פ׳ אלו מציאות דפריך תלמודא אהא דקאמר שמואל המוצא תפילין שם דמיהן ומניחן לאלתר מדתנן מצא ספרים קורא בהן אחת לשלשים יום וכו׳ אלמא דצריך ליטפל בהן ולשמרן ומשני אביי תפילין בי בר חבו מישכח שכיחי ופירש״י בי בר חבו. העושה תפילין מצויין למכור ויחזור ויקנה מן הדמים והתם בסוגיא מדמה דין מוצא אבדה לדין מפקיד עכ״ל סי׳ רס״ז ס״כ וסוף סי׳ רצ״ב אלמא כל מידי דשכיח לא אמרינן אדם חפץ בשלו יותר וה״ה דלא חיישינן שמא עיניו נתן בו וחפץ בו יותר ולפי זה לא אמר הרב אלא בכגון פירות או יריעות וקורות וכו׳ שהזכיר בדבריו אבל שאר חפצים אדם חפץ בזה יותר מבאחר והכי משמע מדברי הרא״ש פרק א״מ שכתב תפילין שכיחי בכל עידן בבית האומן אבל שאר אבדות אדם חפץ בשלו יותר עכ״ל ונראה דה״ה לענין חששא דשמא עיניו נתן לו דאפילו שכיחי בבית האומן לפעמים נותן עיניו בזה יותר:

ג טען שנגנב אבל אמר אני רוצה לשלם או אפילו אמר פשעתי בשמירתו והריני משלם ושילם ואח״כ נמצא הגנב אע״פ שלא נשבע עדיין שאינו ברשותו או נשבע שאינו ברשותו אף על פי שעדיין לא שילם ואח״כ נמצא הגנב משלם הכפל לנפקד. כך הוא בנוסחאות המדוייקות ובסוף ספרי רבי׳ איכא כאן השמטה וט״ס הוא וכל זה מבואר ר״פ המפקיד א״ר יוחנן לא שילם שילם ממש אלא כיון שאמר הריני משלם אע״פ שלא שילם ותניא כוותיה ודין אמר פשעתי בשמירתו הוא מימרא דרב פפא דאע״ג דלא דמי לטוען שנגנב דמצי פטר נפשיה בשבועה ואפילו הכי עושה עמו טובה ומשלם לפנים משורת הדין הילכך מקני ליה כפילא אבל באומר פשעתי דמדינא חייב לשלומי סד״א דלא מקני ליה כפילא קמ״ל דכיון דאי הוה בעי פטר נפשיה בגנבה השתא נמי דאמר פשעתי מקני ליה כפילא וז״ש רבינו או אפילו אמר פשעתי וע׳ פ׳ הגוזל עצים (בבא קמא דף ק״ח) וסובר רבינו דבאומר פשעתי נמי דוקא באומר הריני משלם דכיון דהניח דעתו בדיבורו מקני ליה כפילא דהכי תניא השוכר פרה ונגנבה ואמר הלה הריני משלם וכו׳ משלם תשלומי כפל לשוכר אלמא דאע״ג דהשוכר חייב בגנבה אפ״ה לא מקני ליה כפילא אא״כ בדא״ל הריני משלם דהניח דעתו בדיבורו וה״ה בש״ח בדאמר פשעתי דבעינן שיאמר הריני משלם ולשון רבינו שאמר ואפי׳ אמר פשעתי בשמירתו והריני משלם ושילם וכו׳ אינו ר״ל דבעינן תרתי והא ודאי בשילם לחוד סגי אלא האי ושילם פירושו או שילם וה״ק בין שטען שנגנב או אמר פשעתי או אמר הריני משלם אי נמי שילם ואח״כ הוכר הגנב משלם הכפל אלא דבזה יש חילוק דאם אמר הריני משלם ולא שילם צריך דנשבע שאינו ברשותו ואם שילם אע״ג דאינו נשבע שאינו ברשותו ודין זה כתבו רבינו בסתם והוא חידוש לא נמצא אלא בדברי הרא״ש ר״פ המפקיד לפי גירסת הרי״ף בהא דאמר רב הונא אמר הריני משלם משביעין אותו שבועה שאינו ברשותו וב״י תמה עליו והאריך ע״ש מיהו ה״ר ירוחם גם הוא נמשך אחר דברי הרא״ש בזה: ומ״ש ל״ש וכו׳. כ״כ הרא״ש דמתני׳ ובריייתא משמע כלישנא קמא דרבא דאפילו עומדת באגם בשעת גנבה קני כפילא משעת מסירה וכתב ב״י וכן נראה דעת הרי״ף שכתב המשנה סתם ולא חילק בין קיימא באגם לקיימא ברשותיה וכו׳ וכתב כך לפי נוסחאתו בספרי הרי״ף ונוסחא זו עיקר שכן נמצא בספרים ישנים ודלא כנוסחאות שלנו שכתוב בה ב׳ הלשונות דרבא ודאיכא ביניהו לגנבה דקיימא באגם הגה״ה היא ונדפסה בפנים בטעות: בד״א שקונה הכפל וכו׳. כבר התבאר שזהו ע״פ דברי הרא״ש שדקדק כך מגירסת הרי״ף בהך דרב הונא וחזר וכתבו כאן לפי דבסמוך כתב דבשילם או נשבע שאינו ברשותו זוכה הנפקד בכפל והוה אמינא

דבלא שילם וגם אינו נשבע שאינו ברשותו אע״ג דאינו זוכה ודאי בכפל ספיקא מיהא הוי ואי תפס לא מפקינן מיניה כיון דאמר הריני משלם לכך אמר בד״א וכו׳ לאורויי דהיכא דלא שילם וגם לא נשבע שאינו ברשותו אע״פ דאמר הריני משלם אינו זוכה בכפל ואפילו תפס מפקינן מיניה מיהו משמעות הפוסקים דלא כהרא״ש אלא כל שאמר הריני משלם זוכה בכפל אע״ג דלא שילם ולא נשבע שאינו ברשותו וכדכתב ב״י: ומ״ש ואפי׳ שילם וכו׳. שם בעובדא דכיפי אמרינן הכא אטרחיה לבי דינא ופי׳ הרי״ף דהא הדר אגבייה לאפדנא מיניה בעל כרחיה עכ״ל ומשמע דס״ל דלא מיקרי אטרחיה לב״ד בשביל שהטריחו לבוא לב״ד בשביל השבועה אלא דוקא בהטריחו לגבות ממנו בע״כ והכי מוכח בהגוזל עצים דהיכא דתבעוהו בעלים לשומר ונשבע ושילם ואח״כ הוכר הגנב דקיימא לן כרבא דהכפל לשומר ואע״פ דאטרחיה לבית דין בשביל השבועה דלא מיקרי אטרחיה בהכי וכ״כ התוס׳ והרא״ש בפ׳ המפקיד וכ״כ בהגמ״ר ע״ש ראבי״ה דדקדק כך מדברי האלפסי ומדברי ראב״ן ודלא כי״מ דבאטרחיה לבוא לב״ד בשביל השבועה נמי מיקרי אטרחיה וההיא דתבעוהו בעלים וכו׳ דקיי״ל כרבא שאני התם דלפנים משורת הדין שילם כיון דנשבע דליתא להך סברא: ומ״ש ואם גבו מהשומר קרקע וכו׳. ה״א בהך עובדא דכיפי דאע״ג דהמפקיד אורתה או זבנה או יהבה במתנה דבעלמא שומא כי האי לא הדרא לעולם כיון דבטעות הוה שהרי נמצא הפקדון והוא חוזר בעינו לבעליו ולכן גם הקרקע חוזר לבעליו בכל ענין ואין חילוק בין אם נאבד הפקדון או נגנב ואח״כ נמצא ובין שלא היה יודע הנפקד היכן הניחו ברשותו ואח״כ מצאו וכ״כ הרמב״ם בספ״ח משאלה וה״ה שם ע״ש הרמב״ן והיא דעת רבינו דלא כיש מחלקים בכך:

ד אמר איני משלם וכו׳ כל הסוגיא ר״פ המפקיד (בבא מציעא דף ל״ד) ובספרים שלנו בעיא אחרת שילם לבנים מהו ופירשה רש״י בשמתו הבעלים ואח״כ נגנבה ואמר השומר לבנים הריני משלם או שילם מהו וכתב ה״ה ספ״ח משאלה ע״ש הרשב״א דנראה מתוך פי׳ רש״י שאם נגנבה בחיי האב ושילם שומר לבניו דפשיטא שזכה בכפל עכ״ל:

ה ומ״ש אמר בב״ד הריני משלם וכו׳. כך פי׳ הרא״ש דכל הני אמר הריני משלם דבשמעתין לא מצי הדר ביה דאי מצי הדר ביה לא הוה אמרינן דבדיבורא מקני ליה כפילא כיון דלא סמכה דעתיה עד שישלם אלא ודאי כיון דאמר בפני ב״ד הריני משלם הוי כפסק דין ולא מצי הדר ביה וכו׳ וכ״כ בנ״י ומ״ש רבינו בכאן אמר בב״ד וכו׳ יותר מבכל השאר ה״ט דבהך בעיא הוה אמינא דדוקא בדלא אמר בב״ד קמיבעיא ליה מי כימא מיהדר קא ביה א״ד במילתיה קאי ודחויי קא מדחי ליה וכן אידך באומר הריני משלם ומת ואמרו בניו אין אנו משלמין דמיבעיא ליה נמי מי נימא מיהדר הדרי בהו א״ד במילתייהו קיימי ודחויי קא מדחי להו דאילו אמר בב״ד לא קמיבעיא להו דפשיטא דקני כפילא דהא לא מצי למיהדר ביה ולהכי פי׳ רבינו בהנך תרתי דאף בדאמר בב״ד נמי קמיבעיא להו אע״פ שאינו יכול לחזור מ״מ מאחר שהוא רוצה לחזור דילמא לא קני כפילא: וכתב רב אלפס דהמפקיד והנפקד חולין וכו׳. שם כתב הרי״ף כל אלו עלו בתיקו וחולקין דקיי״ל ממון המוטל בספק חולקין וכתב הרא״ש ותמיה לי על רב אלפס שכתב כאן דקיי״ל ממון המוטל בספק חולקין ובפ׳ הפרה פסק כרבנן דהמע״ה וכו׳ וכן פסקו התוספות דהלכתא כרבנן עכ״ל ולכן כתב רבינו ור״י פסק דהמע״ה וכו׳ פי׳ דמאחר שפסקו התוספות דהלכה כרבנן לגבי סומכוס והמע״ה א״כ כאן נמי הנפקד חשוב כמוציא. ובהגהות מרדכי שם כתב גם כן דהא״ז תמה על האלפס דכאן משמע דס״ל להאלפס בכל תיקו דספק ממונא דאזלינן בה לקולא אמר חולקין ולגבי שומא דהדרא בפלוגתא דרב אחא ורבינא בפרק המפקיד היכא דאגבייה איהו מדעתיה בחובו כתב האלפס וכל היכא דפליגי רב אחא ורבינא הלכה כדברי המיקל הילכך אי אגבייה הלוה למלוה מדעתיה דנפשיה שלא בבית דין לא הדרא ולא פסק דחולקין כך היא כוונת קושיית הא״ז אע״פ שאין זה לשונו ע״ש ולפע״ד דכך יש לתמוה אמה שפסק האלפס בפ׳ השואל גבי היורד לחורבתו של חבירו וכו׳ דכתב לשם דלא יהא אלא ספק הא קיי״ל דספק ממונא חומרא לתובע וקולא לנתבע ולא פסק דחולקין אכן נ״ל דל״ק מידי שהרי האלפס עצמו כתב בפ׳ כל הנשבעין דלא אמרינן ממון המוטל בספק חולקין אלא היכא דליתא לממונא בידא דחד מינייהו אבל היכא דאיתא לממונא גבי חד מינייהו לא אמר הו״ל ממון המוטל בספק חולקין אלא המע״ה וכו׳ והשתא ניחא דהא דפסק בפרק הפרה כרבנן דהמע״ה היינו דוקא בכגון דשור שנגח את הפרה וכו׳ דאיכא ממונא גבי חד מינייהו וכן הך דפ׳ המפקיד דאגביה איהו מדעתיה וכן הך דפ׳ השואל אבל בהנך דאיבעיא לן לענין כפל דאין הכפל ביד הנפקד ולא ביד המפקיד אלא ביד הגנב פסק דחולקין ומ״ש דקיי״ל ממון המוטל בספק חולקין דממון המוטל בספק שאין מוחזק בו לא התובע ולא הנתבע חולקין והא דכתב דקיי״ל לאו משום דאיכא פלוגתא ופסק כמ״ד חולקין כמו שעלה ע״ד הרא״ש אלא משום דהלכה רווחת היא מההיא דפ׳ החולץ סבא ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא דכל ממון שאין מוחזק לא תובע ולא נתבע דחולקין ולכן כתב האלפסי דקיי״ל וכך מבואר מדברי הרמב״ם בסוף ה׳ שאלה שכתב וז״ל כל אלו ספק והרי הכפל מוטל בספק ואינו תחת יד אחד מהן לפיכך חולקין הכפל ונראה ודאי דגם ר״י דפסק כרבנן דהמע״ה תופס גבי כפל דחולקין מטעם שאין הכפל תחת יד אחד מהן והכי נקטינן ודלא כהרא״ש וע״ל בסימן צ׳ סעיף י״ד וסימן רכ״ד ס״א מ״ש בזה בס״ד: ומ״ש או ששאל מהאשה פרת נ״מ וכו׳. כך פרש״י הני תרתי בעיות דבנ״מ קמיבעיא ליה אי הוו בעלים כיון שיש לו פירות ותשלומין מעליא נינהו או לאו ודלא כפי׳ התוספות ופי׳ ריב״ן ע״ש ועל פרש״י. ורבינו איכא לתמוה

טובא דהכא לא איפשיטו הני תרתי בעיות ובפרק השואל לגבי בעליו עמו פשטינן כר״ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי וכך פסק רבינו בסי׳ שמ״ו סעיף י״א וע״ש תמצא ישוב לזה במ״ש בס״ד:

ו כתב הרמב״ם וכו׳ ע״ל בסימן פ״ת סעיף ז׳ ובמ״ש לשם בס״ד: ומ״ש דא״צ הודאה במקצת. כ״פ הרי״ף בס״פ הגוזל כר׳ חייא בר יוסף וליתא לדרמי בר חמא מיהו בתוס׳ ע״ש ר״ת איתא דדוקא בטענת אונסין מתחייב בפקדון בלא הודאה במקצת דאין כאן חזקה דאין אדם מעיז כי בטענת אונס מעיז ומעיז כיון שאין חבירו יודע בשקרו אבל בטענת להד״ם או החזרתי לך ודאי גם בפקדון אינו חייב אלא במודה מקצת מטעמא דאינו מעיז כמו במלוה וכתבו רבי׳ למעלה סימן פ״ז סעיף ב׳ ע״ש הרמב״ם ור״י והרא״ש דלא כפרש״י ויתבאר עוד בסימן שאחר זה סעיף ב׳ ועי׳ בהג״מ פ״ב דשכירות ובהג״מ דספר משפטים סי׳ נ״ח:

סימן רצו

א אין חילוק וכו׳ ופי׳ הרמב״ם וכו׳. בפ״ב משכירות דאל״כ קשה יהא נאמן במגו או נילף מהכא דלא נימא מגו בעלמא וכה״ג פי׳ התוספות רפ״ק דמציעא (דף ג׳) על מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע וכו׳ דהקושיא היא יהא נאמן במגו דאי בעי כופר הכל או נילף מהכא דלא נימא מגו בעלמא אך קשה לפי התוספות דמאי קושיא במודה מקצת דיהא נאמן במגו דכופר הכל כיון דלא אמרי׳ מגו להפטר משבועה וי״ל דאע״ג דאין אומרין מגו להפטר משבועה היינו דוקא כששתי הטענות שוות דבשניהם פטור ממנו לגמרי כגון בשומרין דבב׳ הטענות נפטר השומר לגמרי אבל במודה מקצת דמשיב אבדה הוא דאי הוה בעי כופר הכל לא היה מתחייב בכלום ועכשיו שהוא מודה מקצת ודאי דמסתברא לפטרו משבוע׳ במגו דכופר הכל: ומ״ש וא״א הרא״ש כתב ודאי וכו׳ משום דהוי מגו דהעזה וכו׳. איכא להקשות דא״כ בהכותב בדין פוגמת כתובתה ניהימנה בלא שבועה במגו דאי בעיא כופרת הכל ואמרה לא נפרעתי כלל דהתם ליכא מגו דהעזה דליכא עזות דהא קא מסייע לה שטרא דכתובתה דבידה דלא נפרעה כלום וי״ל דלא שייך התם מגו הואיל וטעמא משום דלא דייק הוא כדאמר התם דפרע דייק דמיפרע לא דייק ורמו רבנן שבועה עלה כי היכי דתידוק והואיל וטעמא משום דלא דייק הוא היא סבורה שדקדקה ולא דקדקה ואין כאן מגו וכן פירשו התוס׳ לשם (דף פ״ז) בד״א דמיפרע.

ב ומ״ש ומיהו וכו׳ נתבאר בסוף סימן הקודם: ומ״ש אפי׳ הפקיד אצלו בשטר וכו׳ בפרק המוכר את הבית בעיא דאיפשיטא והרי״ף הביאה סוף פרק המפקיד: ומ״ש ששבועה זו ש״ד היא. כ״כ הרי״ף לשם והרמב״ם לשם ודלא כמ״ש התוספות בפרק המוכר את הבית דשבועה זו מדרבנן ונתקנה קודם שבועת היסת והגהת אשר״י לשם מייתי לה לפסק הלכה דליתא דהתוס׳ לא כתבו כך לשם אלא למאן דס״ל דקיי״ל דאף בטענות נאנסו בעינן הודאה במקצת א״כ לפ״ז בהך שבועה נמי לא הוי אלא שבועה דרבנן כאילו היה טוען נאנסו דליכא שבועה דאורייתא כיון שלא הודה במקצת אבל למאי דקיי״ל אנן דלא בעינן הודאה במקצת בטענת נאנסו א״כ גם שבועה זו ש״ד היא וע״ש בתוס׳ בד״ה סוף סוף (דף ע׳) מיהו משמע דאין כאן ש״ד אלא בהפקיד אצלו בשטר התם ודאי כיון דאינו נאמן לומר החזרתי דא״כ שטרך בידי מאי בעי אלא מטעם מגו דנאנסו הוא דנאמן הילכך כי היכא דבנאנסו חייב ש״ד ה״נ בהחזרתי אבל אי ליכא שטר אלא הפקיד לו בעדים כיון דאסיקנא בפ׳ חזקת המפקיד אצל חבירו בעדים א״צ להחזיר לו בעדים אם כן היכא דטען החזרתי נשבע היסת ונפטר וכן נראה מדברי הרא״ש בפ׳ חזקת (דף קצ״ו ע״ג) וכן נראה מדברי רבינו וכ״כ ה׳ המגיד פ״ב משכירות:

ג וכתב עוד הרמב״ם וכו׳ כיצד ק׳ כורין וכו׳. מלשונו משמע דאע״פ דהפירות שהוא מודה בהן הן בעין חייב ש״ד ואינו כמו הילך וכמ״ש ה׳ המגיד שם ומביאו ב״י ומבואר כך בספ״ג דטוען שכתב מנה וכלי יש לי בידך אין לך בידי אלא כלי והילך ה׳ ז פטור וכו׳ אלמא דאף בכלי שהוא פקדון אם לא א״ל והילך הו״ל מודה מקצת וחייב ש״ד אע״ג שהכלי הוא בעין וא״כ איכא לתמוה דהביא רבינו דברי הרמב״ם כאן בסתם דמשמע דהכי ס״ל ולעיל בסי׳ ע״ב סעיף כ׳ כתב איפכא בסתם דאם המלוה והלוה חלוקים בפחת אע״ג דלפי טענת המלוה הוא מודה במקצת אפי׳ הכי אינו נשבע כ״א היסת ובע״כ דטעמו דשל משכון הוא ברשות הלוה שאין למלוה עליו אלא שעבוד והו״ל הילך אע״ג דלא טעין הילך כ״ש כלי שהוא פקדון ואין עליו אפי׳ שום שעבוד וכן שאר פקדונות דפשיטא דאין עליו אלא שבועת היסת ועוד כתב רבינו בסי׳ פ״ח סכ״ח גבי פקדון דדוקא כשאינו בעין כגון פירות שהרקיבו בפשיעה הוא דחייב ש״ד הא לאו הכי הו״ל הילך ופטוור ואפשר דדעת רבינו כיון לדברי הרמב״ם שכתב כאן כיצד ק׳ כורין של חטין וכו׳ אפשר לפרשן דמיירי דמה שהודה בו נרקב ואינו בעין אע״ג דהרמב״ם גופיה לא ס״ל הכי כדמוכח מדבריו שכתב במקום אחר מ״מ כיון שדבריו אלו אפשר לפרשן ע״ש דעת רבינו לא חשש והביאן בחיבורו ונסמך על מה שנתבאר למעלה בפירוש דלדעתו כל משכון ופקדון הו״ל הילך ככהוא בעין אע״ג דלא אמר בפירוש והילך ודוחק:

ה טען שהפקיד אצלו והנפקד אומר לא אמרתי אלא הנח לפניך וכו׳. פי׳ דכיון דטען דלא נעשיתי שומר כלל אם כן לא נתחייב ש״ד אלא היסת שלא קבלו אלא כדרך שאמר ומגלגלין עליו שיכלול בשבועת היסת זו שלא שלח בו יד ושלא גרם לו שיהא חייב לשלם דאע״ג דא״ל הנח לפניך ולא נעשה שומר עליו מ״מ אם שלח בו יד או אבדו בידים או גרם לו שיאבד חייב לשלם מדין גזלן ומדין מזיק ואי לאו שנתחייב לו היסת שלא א״ל אלא הנח לפניך לא היה חייב על מה שטוען שישבע לו שלא שלח בו יד וכו׳ כיון דאין טוען עליו בברי אלא שמא שלח בו יד וכו׳ אבל עתה שנשבע היסת מגלגלין עליו אף בתובעו שמא כדלעיל בסי׳ צ״ד:

ו טען הנפקד תנאי היה בינינו וכו׳. פי׳ מאחר שמודה הנפקד שנעשה שומר עליו אלא שהיה תנאי וכו׳ אם כן חייב הוא לישבע ש״ד כדין שומרין שלא שלח בו יד ושאינו ברשותו ומגלגלין עליו שהיה זה התנאי ביניהן וה׳ המגיד תמה על הרמב״ם ואמר שהרי דין זה כתב פ״ב משכירות טען שהפקיד אצלו וזה אומר לא אמרתי אלא הנח לפניך וכו׳ והביאו בית יוסף ויש לתמוה על תמיהתו וכי מה ענין זה לזה דבטוען לא אמרתי אלא הנח לפניך לא נעשה כלל שומר אבל כאן דטוען דנעשיתי שומר אלא תנאי היה בינינו שלא אצטרך לשמרו כדרך השומרים דהתנה דאע״ג דלפי הדין דבר זה פשיעה הוא לא יהא חייב לשלם הכא ודאי כיון שנעשה שומר חייב לישבע ש״ד שלא שלח בה יד וכו׳ וכדפי׳ והוא דבר פשוט לפע״ד ולא קשיא ולא מידי אלא אי קשיא הא קשיא לי בדברי הרמב״ם שהרי כתב באותו פ׳ דשבועה שלא שלח בה יד אינו נשבע אלא א״כ כשנתחייב לישבע ששמר כדרך השומרים ולא פשע בשמירתו ואז כולל הוא בשבועה זו שלא שלח בה יד ושאינה ברשותו ולפיכך ש״ח שהביא ראיה שלא פשע פטור משבועה ואין אומרים שמא שלח בו יד קודם שיאבד וא״כ כאן דטען תנאי היה בינינו וכו׳ דלא משתבע שבועה שלא פשעתי א״צ לישבע שלא שלח בה יד ושאינה ברשותו ואין כאן גלגול כלל לש״ד שיהא נשבע שלא היה תנאי ביניהן אלא היסת בלבד ואפשר ליישב דכיון דלא פטרינן ליה משבועה שלא פשעתי אלא מטעם מגו שיכול לומר נאנסתי א״כ כי היכי דאם היה טוען נאנסה היה מתחייב לישבע שלא פשע ושלא שלח בה יד ושאינה ברשותי ה״נ עכשיו שטוען תנאי היה בינינו שלא יהא מתחייב בפשיעה לא נפטר משבועה דש״י ושאינה ברשותו כאילו היה נשבע שלא פשע דשבועה זו רנשבע שהיה תנאי זה ביניהם היא במקום שבועה שלא פשעתי בה: ומ״ש והראב״ד השיג על זה וכו׳. הרב המגיד כתב ליישב דמיירי שהעדים לא ידעו אלא שזה פקדון הוא ולא ידעו אם היה שם תנאי אם לאו ולפיכך השומר נאמן בשבועה מטעם מגו עכ״ל וצריך לפרש דבריו דאע״ג דהעדים מעדים שהפקיד בסתם כבר אפשר שמתחלה התנו ביניהם בכך וכך ואח״כ מסר לו הפקדון בפני עדים סתם על סמך התנאי שהיה ביניהם מתחלה ונאמן השומר בטענה זו מטעם מגו:

ז כתב עוד הרמב״ם הביא המפקיד עדים שפשע וכו׳. נראה דטעמו כיון דאינו נאמן לומר חנאי היה בינינו שלא אצטרך לשמרו כדרך השומרים ובשבועה אלא מטעם מגו דאי בעי טעין שמרתי כדרך השומרים ונאנסתי דפוטר עצמו בשבועה ה״נ בשטוען תנאי היה בינינו וכו׳ פוטר עצמו בשבועה א״כ עכשיו דאיכא עדים דפשע דלית ליה מגו שהרי לא מצי טעין שמרתי כדרך השומרים ונאנסתי כיון שיש עדים שפשע השתא נמי לא מצי למיפטר נפשיה בטענה שתנאי זה היה ביניהם כיון דאיכא עדים שהפקיד בפניהם בסתם ולא נעלם טעם זה מעיני הראב״ד אלא דהוי קשיא ליה דאם כן דמיירי בדאיכא עדים שהפקיד בפניהם בסתם קשיא קושיא הראשונה דכיון דהעדים לא שמעו התנאי איך יהא נאמן לומר תנאי היה בינינו:

סימן רצז

א המפקיד אצל חבירו שלא בעדים וכו׳ אע״ג דדבר פשוט הוא כתבו רבינו להורות דה״ה נמי אי טעין לקוח הוא בידי או אתה נתתו לי במתנה נאמן בשבועת היסת אע״ג דאיכא סהדי שזה החפץ היה שלו דנאמן במגו דלהד״ם והאי או נתתו לי במתנה שכתב רבינו בסוף קאי נמי אתחלת דבריו כלומר בין שהפקיד בלא עדים דמצי טעין להד״ם ובין שהפקיד בעדים דלא מצי טעין להד״ם אבל מצי טעין החזרתיו לך בין בזה ובין בזה נאמן גם כן לומר נתתו לי במתנה במגו דלהד״ם או במגו דהחזרתיו לך וברישא מיירי היכא דלא מצו טעין החזרתיו כגון דאיכא ראה ואפילו הכי נאמן במגו דלהד״ם וה״א בפ׳ חזקת וע״ל בר״ס קל״ג:

ב ומ״ש ואפילו לא אמיד הנפקד וכו׳. קאי אריש בהפקיד שלא בעדים וכ״כ התוספות והרא״ש בפ׳ הכותב וטעמא דאימר מציאה אשכח א״נ מתנה נתנו לו והר״ן כתב דאיכא למימר נמי דלא הוי מפרסם נפשיה: ומ״ש ואפילו אם טוען הפקדתי בידך חטין וכו׳. קאי אסיפא בהפקיד בעדים וה״א פ׳ האשה שלום בעובדא דשומשמין הביאו הרי״ף סוף פרק המפקיד ואסיקנא דסימנא דמנין לאו סימן הוא אימור חושבנא איתרמויי הוא דאיתרמי ליה וחיישינן שמא פינן והני אחריני נינהו ומשמע דאם היה בהן סימן מובהק לא היה נאמן לומר החזרתיו לך וכתבו התוס׳ אר״י דאיירי בהפקיד אצלו בעדים ולכך היה נוטל בסימן מובהק דאי ליכא עדים מה מועיל הסימן הא יכול לומר לקוחין הן בידי וז״ש רבינו אפילו הפקידו בעדים משום דמנין לא הוי סימן. ונראה מדכתב רבינו סתם בכל הני נאמן אלמא דלא צריך אלא היסת ודלא כהרמב״ם שמצריך בדין שומשמין שבועה בנק״ח וכבר השיגו

הראב״ד והסכים עמו ה׳ המגיד שבודאי כן הוא דכיון דקיי״ל המפקיד אצל חבירו בעדים א״צ להחזיר לו בעדים אין כאן אלא היסת וזה דעת רבינו. ואפשר ליתן טעם לדברי הרמב״ם בהך דשומשמין דכיון שמודה דנעשה שומר אלא שפוטר עצמו בטענת החזרתי חלה עליו שבועת שומרים דכי היכי דבטוען תנאי היה בינינו דס״ל להרמב״ם דכיון שהוא מודה שהוא שומר חייב לישבע ש״ד שלא שלח בה יד וכו׳ וכמו שנתבאר בסי׳ רצ״ו סעיף ו׳ ע״ש ה״נ היכי דמודה שהוא שומר אלא שטוען החזרתי לך נמי חייב לישבע ש״ד שאינה ברשותו אלא שהחזיר לו פקדונו מיהו לענין הלכה נקטינן כהראב״ד שהסכימו עמו האחרונים:

ג אבל אם עדים מעידין וכו׳. כ״כ הרי״ף ס״פ המפקיד והרא״ש פ׳ חזקת (בדף קצ״ו ע״ג) וכ״כ לעיל ר״ס קל״ג דבדאיכא עדים וראה אינו נאמן לומר לקוח הוא בידי ודוקא שהעדים מעידים שבא לידו בתורת פקדון אבל מסרו לידו סתם יכול לומר בתורת מכר או מתנה נתנו לי ע״ש ס״ו: ומ״ש ולא מיבעיא אם הוא חי וכו׳ אלא אפילו אם מת וכו׳. כ״כ הרי״ף בפ׳ המפקיד דהכי מוכח מהני עובדי דפ׳ הכותב:

ד דלא מיבעיא אם העדים מכירין החפץ ורואין אותו עתה בידו אלא אפי׳ לא ראו וכו׳. החילוק שכתב כאן בין כשאביהן מת לא מצאתיו מפורש אבל נראה שנלמד זה מהא דא״ל אביי לרבא פ׳ חזקת (בבא בתרא דף מ״ו) תא ואחוי לך רמאי דפומבדיתא מאי עבדי א״ל הב לי סרבלאי א״ל להד״ם הא אית לי סהדי דחזיוהו גבך א״ל ההוא אחרינא הוא אפקיניה וניחזיניה א״ל איברא לא אפיקנא ליה אמר רבה שפיר קא״ל מ״ט ראה תניא וכו׳ ופרשב״ם דהעדים לא הכירוהו יפה אם זה הוא והדין עמהם דאפי׳ כשרי׳ שבישראל יכולין לטעון כן שאינו רוצה להראותו כי היכי דלא משוי ליה ראה דאע״פ שראוהו עדים לא הכירוהו אם זה הוא וס״ל לרבינו דכיון דמצי טעין להד״ם דהיינו על החפץ זה שראו העדים בסימניו ולא הכירוהו יפה טוען להד״ם דלא נתת לי חפץ זה מעולם וחפץ שנתת לי בפני עדים החזרתיו לך ונאמן כיון דליכא ראה ממש שלא הכירוהו יפה ה״נ נאמן לומר על החפץ זה לקוח הוא בידי במגו דהחזרתיו לך וכו׳ והיינו כדפי׳ דאי בעי הוה טעין החפץ שמסרת לי בעדים החזרתיו לך וזה שראוהו עתה העדים בסימניו אינו שלך אלא שלי שהרי לא הכירוהו יפה ואע״ג דלעיל בסימן קל״ד כתב גבי אומן לחלק דבטוען לא נתתו לי מעולם נאמן אבל לקוח במגו דלא נתתו לי מעולם אינו נאמן שאני התם דבאומן לא הוי מגו טוב שירא לומר כן דכיון שעדים ראו חפץ כיוצא בזה בידו מסתמא של בעה״ב הוא שנתן בידו לתקן אותו אבל באחר שאינו אומן הוי מגו טוב וס״ל לרבינו שאין זה אלא דוקא כשאביהן חי דטענתו ברי ונאמן בין בטוען לא נתתו לי מעולם וזה שראו עדים בסימנים שלי הוא ובין בטוען לקוח הוא בידי נאמן ג״כ במגו ואין מחייבין אותו להראותו בפני עדים קודם שיפסקו לו הב״ד פסק דין אבל גבי יתומים דאינן יודעים וטענתן שמא הילכך כיון דאיכא רגלים לדבר שהמפקיד אומר אמת שהרי יש לו עדים שהפקיד בידו חפץ שסימנו כך וכך ואנו רואים אותו ביד היתומים באותו סימן שהוא אומר צריכים להראותו וכו׳ ולא טענינן להו לקוח הוא ביד אביהן כיון דלא שכיח שהמפקיד ימכור לנפקד החפץ שהפקיד בידו דפקדון עומד לחזרה ולא למכירה וכדכתב הרא״ש בר״פ הגוזל בתרא גבי גזלן דלא טענינן ליתמי שחזר ולקחה מהנגזל ומשמע לשם דה״ה במפקיד ומשמע לי דמשם למד רבינו לחלק בין כשהוא חי וז״ש רבינו עוד אף על פי שאם היתומים בעצמם היו טוענין וכו׳ נאמנין בשבועה וכו׳ דאלמא מ״ש תחלה דמחייבים ליתומים להראות החפץ ולהשוותו ראה אינו אלא משום דטענתם שמא ואין לב״ד לטעון בשבילם מילתא דלא שכיחא אבל אם היתומים בעצמם טוענין ברי אין מחייבין אותם להראות ודינן כאילו אביהם היה חי וזה כתבו הרא״ש בפ׳ הכותב אצל דהני תרי טעמי שייכי אהדדי וכו׳ ודוקא היכא שהיתומים טוענים שמא אבל אי טוענים ודאי אבינו א״ל שהיו שלו משתבעי דקושטא קאמרי ולא מפקינן מידייהו וכו׳ ע״ש:

ה לא אמרו היתומים וכו׳. בפ׳ הכותב (כתובות דף פ״ה) ההוא גברא דאפקיד שב מרגניתא דציירי בסדינא בי ר׳ מיאשא ולא פקיד אתא לקמיה דרבי אמי א״ל חדא דידענא בר׳ מיאשא דלא אמיד ועוד הא קיהיב סימנא ולא אמרן אלא דלא רגיל דעייל ונפיק להתם אבל רגיל דעייל ונפיק להתם אימור אינש אחרינא אפקיד ואיהו מיחזא חזא ומייתי עובדא אחרינא בכסא דכספא ועובדא דמטכסא ובכולהו פסקו דינא הכי וכתבו התוס׳ אין לפרש ועוד אפי׳ אמיד דאי אמיד מה מועיל הסימן דילמא זבנה מיניה אע״ג דהאי סימנא דציירי בסדינא אין רגילות לידע אם לא שהפקיד אצלו מ״מ בכסא דכספא ומטכסא ליכא סימן אלא בגופם וההוא לא הוי סימן שהפקיד דאיכא למימר דזבנה מיניה אלא יש לפרש דהנך תרי אין מועילין זה בלא זה דבעינן דלא אמיד וסימן והא דאמר בהאשה שהלכה ההוא דאפקיד שומשמי וכו׳ ומשמע התם דאי הוה יהיב סימנים מובהקים הוה מהימן ולא מהימן אידך במגו דלקוח הוא בידי וכו׳ התם איירי כשיש עדים שהפקיד אצלו וכו׳ עכ״ל מבואר מדברי התוס׳ דאף בסימן מובהק דשבע מרגניתא דציירי בסדינא טענינן לקוח הוא בידו ולהכי בעינן תרי טעמי ולפי זה נמשך הקושיא מהך דשומשמין ותירצו דהתם בשהפקיד בעדים והכא בהפקיד שלא בעדים הילכך בעינן תרתי טעמי דהך טעמא דלא אמיד מפיק מחששא דשמא הוא של נפקד והך טעמא דסימן מפיק מחששא דשמא מציאה אשכח א״נ נתנו לו במתנה א״נ לא הוי מפרסם נפשיה אבל מאחר שזה נותן סימן אפילו סימן בגופם נמי הוי סימן מובהק ומכ״ש סימן דשבע מרגניתא דציירי בסדינא דהוי סימן מובהק לגמרי ולא טענינן ליתמי דילמא מציאה אשכח וכו׳ דמילתא דלא שכיחא הוא ויהבינן לזה שנותן סימן וכ״כ הרא״ש בפ׳ הכותב דהני תרי טעמא שייכי אהדדי וכו׳. ואי אמיד הנפקד או דלא יהיב ביה המפקיד סימן וכו׳ ומוכרין אותו אם ירצו. פי׳ היכא דלא אמיד וקיהיב סימנא אלא דרגיל דעייל

ונפיק להתם דאמרינן אימר אינש אחרינא אפקיד ומיחזא חזא לפ״ז לא הו״ל ליתומים להשתמש בו ולמכרו דשמא של אחרים הוא וקאמר רבינו דליתא דלא אמרינן בזה שיהא מונח עד שיבוא אליהו דכל זמן שלא בא עליהן טוען טענת ודאי בסימן מובהק אמרינן שמא מציאה אשכח וכו׳ והרי הוא בחזקת היתומים להשתמש בו ולמכרו אם ירצו וכ״כ הרא״ש לשם ע״ש הר״ר יונה. ומה שקשה דכאן לא הזכיר רבינו דאותו שנותן סימן הוא אמוד לזה החפץ ולמעלה בסימן ט״ו סעיף ד׳ הביא דברי הרמב״ם דמשמע מלשונו שהנותן סימן צריך שיהא אמוד כתבתי ישוב לזה בס״ד ע״ש:

ו כתב הרמב״ם אם באו עדים וכו׳. משמע מדברי רבינו דהכי ס״ל מדלא כתב מאן דפליג עליה ולפעד״נ דהרי״ף חולק על זה שהרי בס״פ המפקיד כתב על הני עובדא דפ׳ הכותב למימרא דהלכ׳ רווחת היא ולית בה פלוגתא אלמא דאפילו האידנא דיינינן ליה הכי וטעמו דלאו דוקא קאמ׳ ידענא בר׳ מיאשא דלא אמיד דמשמע דתלי באומד הדיין אלא אפילו בעדים מעידים דחין הנפקד אמוד חותכין הדין על פיהם ומוציאים מן היתומים כמו שחותכין הדין ע״פ עדים בכל הדינים ואין לחלוק בין האידנא ובין חכמי התלמוד ולא אמר גאון דהאידנא לית ליה לדיין למימר קים לי בגויה אלא דוקא לאורועי שטרא אי נמי לאפוכי שבועתא דתליא מילתא באומד הדיין דוקא הילכך לית לן למימר האידנא הכי אבל להוציא מן היתומים ע״פ עדות העדים אין חילוק אבל להרמב״ם דס״ל דדוקא דהדיין ידע דלא אמוד אבל אומד דעת העדים אינו אמוד הילכך הוה ליה דין זה כדין היפוך שבועה ואורעת שטרא דתלוי באומד הדעת דדיין דוקא והאידנא לית לן לסמוך אאומד הדיין וכבר כתבתי זה למעלה סוף סימן ט״ו ע״ש וקשיא לי דא״כ בנגזל דנשבע ונוטל דוקא בדברים שהוא אמוד בהן כמ״ש הרמב״ם בפ״ד מגזלה וכ״כ בדין המזיק סוף פ״ז דחובל וא״כ גם לשם נימא כיון דאומד דעת של העדים אינו כלום אלא צריך אמוד דעת של הדיין והאידנא לית ליה לדיין לומר קים לי בגויה לא לידייניה האידנא להאי דינא ויש ליישב דנגזל ומזיק דנשבעים ונוטלים לאו מדינא אלא בתקנת חכמי איכא למימר דכך תקנו שאפילו אומד העדים הוי אומד:

סימן רצח

א כתב הרמב״ם וכו׳. בפ׳ ה׳ משאלה: ומ״ש והוא שיטעננו בדבר שהוא אמוד. ה״א בפרק הכונס (בבא קמא דף ס״ב) גבי ההוא גברא דבטש בכספתא ושדייה בנהרא וכו׳ ומביאו לעיל בסימן צ׳ סעיף י״ז ואין להקשות מאי שנא דכאן בעינן שיטעננו בדבר שהוא אמוד בו ולעיל בסימן הקודם במפקיד לא בעינן אלא שהנפקד לא יהא אמוד דשאני התם דכיון דיהיב סימנא בודאי שלו הוא אע״ג דלא אמיד ואין ספק דמציאה אשכח וכו׳ אבל בעלמא בעינן דהתובע צריך שיהא אמיד במה שהוא טוען אלא דמ״מ קשה מעובדא דבר זיזא ירושלמי שמביא האלפסי סוף פ׳ הכונס דנאמן אפי׳ לא אמיד הטוען משום דאיכא גברא דלא מפרסם נפשיה אבל הרא״ש לשם חולק וכתב דשאני התם דכדי לאחזוקי ממונא בחזקת המפקיד אמרינן אדם עשוי שלא להשביע את עצמו אבל לענין אפוקי ממונא מן המזיק אזלינן בתר אומדנא ובעינן דיהא הניזק אמיד בכך במה שהוא טוען וע״ש ולפעד״נ דבמפקיד ודאי דינא הכי הוא דאפי׳ לא אמיד מחזירין לו הפקדון דאימור מציאה אשכח א״נ מתנה יהיבי ליה א״נ לא הוה מפרסם נפשיה אבל גבי מזיק דעשו שם תקנת נגזל דהניזק נשבע ונוטל לא תקנו חכמים אלא דוקא היכא דהנגזל או הניזק אמיד במה שטוען ולהכי נמי אף האידנא סומכים על אומד הדעת להרמב״ם ועיין במ״ש בסימן הקודם:

ב ומ״ש ואם גם המפקיד טוענו שמא וכו׳. נראה דדוקא היכא דאיכא עליה שבועה שאינו ברשותו אז חייב ג״כ לישבע מדין גלגול שלא ידע שהיה בו יתר וכו׳ אבל היכא דאיכא עדים שנאבדה מן העולם כהך עובדא דפ׳ הכונס דבטש בכספתא וכו׳ אין כאן שבועה כלל אלא חרם סתם מיהו לצאת ידי שמים ודאי צריך להתפשר עמו וכדכתב רבינו לעיל בסימן ע״ה סעיף כ״ד כ״ה ועיין עוד בסימן פ״ב סעיף ו׳ וסוף סימן קמ״ה סעיף י״א:

ג ומ״ש ועובדא דירושלמי וכו׳ פי׳ הרמב״ם גופיה מקשה על הא דלעיל שכתב להפקיד בידו כיס מלא זהובים ופשע דהו״ל מחוייב שבועה ואיל״מ וא״כ הכא נמי נימא הכי בהאי חד שק צרור דמאי שנא ותירץ דשאני הך דשק צרור דאם היה טוען ברי לא היה חייב אלא היסת דהו״ל טענו חטים והודה לו בשעורים הילכך בטוען אני יודע נשבע התובע ונוטל ואע״ג דבטענו חטין והשיב איני יודע אם חטין או שעורים כתב הרמב״ם בפ״א מטוען דנשבע היסת שאינו יודע ומשלם שעורים ומביאו רבינו בסימן פ״ח סעיף י״ט שאני הכא דכיון דפשע בו הנפקד ונאבד ע״י פשיעתו עשו בו חכמים תקנתא דעשו בגזלן ובמזיק דנשבע הנגזל והניזק ונוטל והכי נמי נשבע המפקיד ונוטל וכ״כ המרדכי ע״ש ראבי״ה בפ׳ הכונס וכבר התבאר כל זמן בסימן פ״ח סי״ט בס״ד:

ד ומ״ש וא״א הרא״ש וכו׳. אתחלת הסימן קאי בהפקיד בידו כיס מלא זהו׳ דלהרמב״ם נוטל המפקיד בלא שבועה משום דהו״ל נפקד מחוייב שבועה וכו׳ ולהרא״ש לא הו״ל מחוייב שבועה וכו׳ ומדינא נשבע נפקד היסת דאינו יודע ונפטר אלא תקנת חכמים היא דעשו תקנת נגזל בפקדון דהמפקיד נשבע ונוטל ולא לגמרי כנגזל וכו׳ משום דגזלן עבר על לא תגזול עשו תקנה דנגזל נשבע ונוטל אע״פ דהגזלן טוען ברי אבל בנפקד לא עשו תקנה אלא

כשהנפקד טוען איני יודע וכיון שאינה אלא תקנה אין חילוק בין כשההודאה ממין הטענה ובין כשאינה ממין הטענה אלא דכיון דהנפקד טוען שמא והמפקיד ברי נשבע המפקיד ונוטל. ועיין בדברי הרא״ש ס״פ הכונס שהאריך בזה: ומ״ש וכ״כ הראב״ד בהשגות. פי׳ דגם הוא כתב כך דהמפקיד כיס מלא זהו׳ ופשע ונאבד וכו׳ דלעיל לא אמרינן ביה מחוייב שבועה וכו׳ מטעם דכתב הרא״ש דלא הו״ל למידע אלא דינא הוא דנשבע המפקיד ויטול כההיא דשק צרור:

סימן רצט

א שנים שהפקידו וכו׳ זה נלמד מהירושלמי פרק שבועת הפקדון הביא ב״י לעיל ר״ס ע״ז וכ״כ רבינו לשם ס״ס ע״ז ב׳ שהלוו או הפקידו לאחד ובא אחד מהם ליטול חלקו אין שומעין לו וכתב דאפי׳ מחצה הפקדון אין נותנים לו ומה שמחלק בין חבירו בעיר וכו׳ הוא מימרא דרב הונא ס״פ מי שהיה נשוי הני תרי אחי או שותפי דאית להו דינא בהדי חד ואזיל חד מינייהו בהדיה לדינא לא מצי למימר ליה את לאו בעל דברים דידי את אלא שליחותיה עביד ואסיקנא דוקא היכא דאיתיה במתא אבל לא איתיה במתא לא אמרינן שליחותיה עביד ומשם נלמד דכן הדין בשנים שהפקידו וע״ל בסימן קכ״ב סעיף י״ח וסימן קע״ז סעיף כ״ט וסוף סימן ע״ז:

סימן ש

א שנים שתובעים לאחד וכו׳. משנה פ׳ המפקיד (בבא מציעא דף ל״ז) אמר לשנים גזלתי לאחד מכם מנה ואיני יודע איזה מכם או אביו של אחד מכם הפקיד לי מנה ואיני יודע איזה הוא נותן לזה מנה ולזה מנה שהודה מפי עצמו ומפרש בגמ׳ דה״ק כיון שאין אדם תובעו כלום אלא שהוא הודה מפי עצמו ובא לימלך לצאת ידי שמים מן העונש ולא מן הדין לפיכך נותן לזה מנה ולזה מנה וכתב לשם הרא״ש דהא דתנן אביו של אחד מכם וכו׳ משום דליכא למימר הכא דהמפקיד הו״ל למידק אלא הנפקד הו״ל למידק מש״ה חייב ליתן לכ״א מנה בבא לצאת י״ש אבל באומר אחד מכם הפקיד אצלי מנה ולא תבעי ליה פטור אף לצאת י״ש משום דהמפקיד הו״ל למידק אבל היכא דתבעי ליה הי״ל ברי ושמא ומדינא חייב לשלם לכ״א מנה לר״ע בס״פ האשה שלום בגזל אחד מחמשה ואינו יודע איזה מהן גזל דחייב לשלם לכ״א ואחד היכא שתובעים אותו דאע״ג דהתם לא שייך לומר הו״ל למידק אפ״ה חייב משום דקנסוהו דקעביד איסורא ובפקדון אף על גב דלא קעביד איסורא אפ״ה כיון דהו״ל למידק מי הוא שהפקיד אצלו ולא דק פושע הוא וחייב לשלם לכ״א מדינא. ותו תנן בסיפא שנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים זה אומר ק״ק שלי וזה אומר ק״ק שלי נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח עד שיבוא אליהו א״ר יוסי א״כ מה הפסיד הרמאי אלא הכל יהא מונח עד שיבוא אליהו ופסקו הפוסקים הלכה כת״ק והך סיפא נמי מיירי בדלא תבעי ליה אלא בבא לצאת י״ש ודוקא בכרך אחד כדמוקי לה רבא כגון דאפקידו תרווייהו בהדי הדדי בחד זימנא דא״ל אתון גופייכו לא קפדיתו אהדדי אנא קפדינא אבל אי הוה בב׳ כריכות אפי׳ לא תבעי ליה חייב ליתן לכל א׳ מאתים בבא לצאת י״ש דבב׳ כריכות הוה ליה למידק וכ״פ הרא״ש ודלא כמ״ש התוס׳ בד״ה התם דקא תבעי דלר״ע דהלכה כמותו בכרך אחד פטור מלתת מאתים לזה ומאתים לזה אפילו לצאת י״ש ואפילו תבעי ליה דאיכא ברי ושמא ע״כ וקשה דהא באומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דליכא למימר התם הו״ל למידק דאפשר דלא נטל מידו כלום ואפ״ה כיון דתובעים אותו והו״ל ברי ושמא חייב בבא לציי״ש כדאיתא סוף הגוזל בתרא א״כ הכא ודאי נמי אפילו בכרך אחד דלא הו״ל למידק היכא דתובע אותו דהו״ל ברי ושמא חייב ליתן לכ״א מאתים בבא לצאת י״ש אלא דכשאינן תובעים אותו ובכרך אחד תנן בסיפא דנותן לכל א׳ מנה והשאר יהא מונח אף בבא לצאת י״ש אבל היכא דתובעים אותו ובב׳ כריכות חייב מדינא ליתן ק״ק לכל אחד ואחד דהו״ל למידק ואם הוא בכרך א׳ אינו חייב מדינא אלא מנה לכ״א מיהו לצאת י״ש חייב ליתן ק״ק לכ״א ואחד כיון דתובעים אותו והכי מוכח בפ׳ הגוזל בתרא בתובעו גזלתני או הפקדתי אצלך והוא מודה אלא שטוען איני יודע אם החזרתיו לך דחייב מדינא מטעמא דכיון דודאי דעביד הכי וספק אם החזיר לא אתא ספק ומוציא מידי ודאי וכדכתב הרי״ף לשם האי טעמא א״כ ה״נ הכא דמודה בפקדון וספק של מי הוא אי נמי ספק מי הוא בעל הק״ק חייב לשלם ק״ק לכ״א מדינא היכא דאיכא ב׳ כריכות ותובעים אותו דהו״ל למידק וכ״כ התוס׳ בפ׳ המפקיד אליבא דר״ע בד״ה ומי אמר רבא והביאו ראיה אחרת מלקח מחמשה בני אדם וכו׳ והכי מוכחת הסוגיא בפ׳ המפקיד. ורבינו נמשך בכל דבריו אחר דברי הרא״ש. ומה שקשה מכאן למה שכתב סוף סי׳ רכ״ב בדין לקח מה׳ וכו׳ כתבתי לשם וע״ל סימן ע״ו:

ד ורועה וכו׳. כתבו התוספות דה״ט דאפי׳ בכרך א׳ הו״ל לרועה למידק דלא שייך למימר אתון לא קפדיתון משום דלא יוכלו לתקן דאפי׳ הפקידו זה שלא בפני זה יראה חבירו הטלאים כשהולכים במרעה ושואל של מי הם עכ״ל כלומר דהשתא איכא למיחש שיאמר שלי הוא זה שמסרתי לרועה ועל

הרועה למידק של מי הוא טלה זה ולמי הוא טלה זה:

סימן שא

א כל דין השומרים וכו׳. משנה פ׳ הזהב ופ׳ הדיינים:

ב וכתב הרמב״ם שלא פטר בהם אלא גניבה כו׳. בפ״ב משכירות כתב וז״ל אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל פושע מזיק הוא וכו׳ וכבר הקשו שהוא סותר למ״ש רפ״ה מטוען לענין שטר שאפילו פשע בו ואבד הרי זה פטור וכבר התחבט בזה ה״ר ירוחם סוף נתיב י״ד ואמר שלא יכול להבין דברי ולפע״ד נראה לדקדק בלשונו שבהלכות שכירות כתב אבל אם פשע בה חייב לשלם היינו לומר שע״י שפשע בה אינה בעולם כגון מלוגא דשטרי דפשע ביה ואשדיה לנהרא וכיוצא בזה שע״י פשיעתו נפסד לגמרי ואיננו בעולם התם ודאי הוה ליה מזיק אע״ג דלא הזיקו בידים אלא ע״י פשיעתו נפסד לגמרי שכל פושע כזה מזיק הוא אבל בפ״ה מטוען כתב שאפילו פשע בו ואבד פטור הלשון משמע שאין שם אלא אבדה ואפשר שימצאנו וא״כ אין כאן מזיק מיהו מדכתב רבי׳ כאן בשם הרמב״ם דאם פשע בהם ונאבדו חייב לשלם וכו׳ נראה דלא ס״ל לחלק בכך מיהו ישוב נכון ומתקבל הוא דלא סתרי דברי הרמב״ם ז״ל: ומ״ש אבל נשבעין עליהן מדרבנן. ע״ל בסימן צ״ה ס״ח אם גם בהקד כשבעים עליהן מדרבנן אם לאו גם בדין שבועה שאינו ברשותו דאיכא פלוגתא ביש הפוסקים בכל זה ועי׳ במ״ש לשם ס״ז:

ד והמוסר לחבירו וכו׳ ואפילו ענבים. התבאר דין זה על נכון בסימן צ״ה בס״ד ע״ש:

ה הופקדו אתו מעות של עניים וכו׳. בסוף פרק החובל תניא לשמור ולא לחלק לעניים פירוש דוקא בנותן פקדון לשמור אותו להשיבו ליד המפקיד התם הוא דחייב עליהם אבל לא במוסר לו מעות לחלק אותם לעניים דכיון דאמר לו חלקהו תו לאו דמפקיד נינהו ועניים נמי לא מצו תבעיה דמצי אמר לכל חד וחד לאו לדידך יהיבנא אלא לאחריני והוה ליה ממון שאין להם תובעים אבל אם יש לכ״א מעניי העיר קצבתו ידועה א״כ הו״ל ממון יש לו תובעים דכל אחד בא לתבעו לתת לו קצבתו והרב המגיד דקדק בדברי הרמב״ם פ״ה משאלה דתרתי בעינן שיהיו אנשים ידועים ויהיה חלק כ״א ידוע עכ״ל ואיני מבין מה צורך שיהיו אנשים ידועים כיון שהקצבה היא ידוע לכל עני ועני הפושט יד יתנו כך וכך לכל שבת ושבת הרי ממון שיש לו תובעים הוא דכל עני תובע הקצבה המגיע לו. והא ל״ק אפילו קצבתן ידוע ליפטר מדכתיב רעהו ולא של הקדש די״ל דשל עניים בכלל רעהו הוא וכ״כ המרדכי פרק המפקיד:

ו ומעות של יתומים וכו׳. ה״א בפרק א״מ מיהו משמע דוקא מעות של יתומים דלא טרח בהו אבל דמי מטלטלין וקרקעות שטרח בהו ועשאן דמים משמע דמותר להשתמש בהם דומיא דדמי אבדה ודמי פקדון ועיין במ״ש רבינו לעיל בסימן רס״ז סעיף כ״ז:

ז וכתב הרמב״ם הפקיד הקדש ופו׳. בפ״ה משכירות וכתב ה״ה דה״א במכילתא מדכתיב כי יתן איש אל רעהו בשעת נתינה רעהו וכתיב ישלם שנים לרעהו בשעת תשלומים בעינן רעהו ורעהו אתא למעט הקדש ועכו״ם דלאו רעהו נינהו:

ח אין השומר חייב וכו׳. ס״פ החובל תני׳ לשמור ולא לאבד וכו׳:

סימן שב

א אחד האיש ואחד האשה בדין השומרים וכו׳. אף על גב דממעטינן מאיש אל רעהו ולא להקדש ולא אחרים פי׳ עכו״ם אפ״ה לא אימעוט אשה ולפיכך בין איש לאשה ובין אשה לאיש הוי בכלל איש אל רעהו וכ״כ הרמב״ם בפ״ב משכירות:

ב ומ״ש וכתב הרמב״ם קטן שהפקיד וכו׳. ג״ז שם ולעיל בסי׳ צ״ו נתבאר מחלוקת זו:

סימן שג

א שומר שכר הוא שנותנים לו בהמה או כסף או כלים לשמור וכו׳ כלומר אע״ג דבש״ח כתיב כסף או כלים ובש״ש כתיב בהמה לאו דוקא דה״ה כסף או כלים בש״ש דינו כבהמה וכ״כ בסימן רצ״א דבש״ח ה״ה בהמה כמו כסף או כלים: ומ״ש ודינו כש״ח לענין שאינו מתחייב וכו׳ כלומ׳ להרמב״ם

ודאי כיון דאפילו בש״ח אינו מתחייב בפשיעה עד שימשוך וכו׳ כ״ש בש״ש דחייב אף בגנבה ואבדה דאינו מתחייב עד שימשוך וכו׳ אלא אף לר״י דמתחייב מיד בש״ח כשקיבל עליו לשמור וכו׳ אף בש״ש נמי מתחייב מיד וכו׳ וע״ל בסי׳ רצ״א סעיף ו׳ ולקמן ר״ס ש״ז׃

ב וכיון שנוטל שכר על שמירתו וכו׳ פי׳ ל״מ היכא דשמר כראוי בענין דא״א שיהא נאבד אלא נגנב דודאי גנבה זו היא קרובה לאונס אלא אפילו אונס גמור כגון שנתן הכספים תחת הקרקע וכו׳ וכ״כ ר״י בתוס׳ בר״פ הכונס (בבא קמא דף נ״ז) בד״ה כגון שטוען טענת לסטים מזויין ואע״ג דהתוס׳ כתבו על פירושו ודוחק מ״מ כיון שהרא״ש הביא דבריו והחזיק אותה מהירוש׳ ומהשאלתות נמשך רבינו אחריו וטעמא דמילתא דכיון דחייבה התורה לש״ש בגנבה דקרובה לאונס אין חלוק בין אונס גדול לקטן כל שנגנב באונס חייב ולא מיפטר אלא ע״י אונס בגוף הפקדון שנשבר או נשבה ע״י גזלן התם הוא דפטור אפילו לא היה שם כדלקמן גבי רועה ס״ה אבל כל שנקרא בשם גניבה לא מיפטר באומד הדעת ולומר כיון דאפילו היה שם לא יכול להציל פטור אלא כיון דלא היה שם חייב ואומרים אם היה שם אפשר שהיה יכול להציל מגנבה׃

ד ואיזהו אונס וכו׳ בעיא דאיפשיט׳ ס״פ הפועלים ודוקא לסטים מזויין אבל לסטים שאינו מזויין אע״ג דרועה ג״כ אינו מזויין אין זה אונס דאוקי גברא להדי גברא ה״א התם להדיא ורבינו קיצר במובן ופי׳ מזויין שבידו כלי זיין כגון חרב או שאר כלי זיין דהיינו נמי מזויין מקרי דרועה ודאי לא מסר נפשיה בסכנה כדי להציל וכ״כ בהגהת אשיר״י לשם׃ זאב אחד וכו׳ משנה שם פליגי ת״ק ור׳ יודא בזאב אחד בשעת משלחת זאבים ופסיק כת״ק דאינו אונס אבל ב׳ זאבים הוי אונס לכ״ע אפילו שלא בשעת משלחת זאבים׃ כלב א׳ וכו׳ משנה שם כלב אחד אינו אונס ב׳ כלבים אונס ידוע הבבלי אומר משום ר״מ מרוח אחת אינו אונס מב׳ רוחות ה״ז אונס וס״ל לרבינו דאע״ג דברישא ר׳ יהודה לא אתא לפרש אלא מיפלג פליג כדמוכח בגמרא מ״מ בסיפא דאיכא למימר דלא פליג ידוע הבבלי אלא לפרש לדת״ק הוא דאתא ניחא לן טפי למימר דלא פליג דאי איתא דפליג לא הוו שתקי בגמרא מלאודועי דמפליג פליג כי היכי דגלי לן ברישא בפלוגתא דת״ק ור״י אבל הרמב״ם מפרש דבסיפא נמי מפלג פליגי והלכה כת״ק דאפי׳ משני רוחות לא הוי אונס מיהו משמע דלדברי הכל ג׳ כלבים הוי אונס ואפילו מרוח אחת ואפילו להרמב״ם ע״ש׃

ה כתב הרמ״ה כל מה דאמרי׳ וכו׳ נראה ודאי דהדעת מכרעת כדבריו ועוד יש להביא ראיה מדמחלק תלמודא בין לסטים מזויין והרועה גם הוא מזויין דהוי אונס ובין שניהם אינן מזויינין דאין זה אונס דאוקי גברא להדי גברא והשתא אי איתא דנשתדל להציל ואינו יכול א״כ כי היכא דבשניהם מזויינין הוי אונס ה״ה בשניהם אינן מזויינין דמ״ש אבל אי מיירי בשלא נשתדל להציל כלל ניחא דבמזויינים היה הרועה ירא להשתדל להציל וליכנס בסכנת נפשות אבל באינו מזויין למה לא נשתדל ללהצי דמה היה הפסד בדבר כיון דליכא סכנה באינו מזויין ושמא אם היה משתדל הוה מציל וכיון דלא נשתדל חייב׃ הארי וכו׳ עד ולוקח מבע״ה מה שנתן להם הכל משנה וגמרא ערוכה ס״פ הפועלים׃

ו ומ״ש ואם לא עשה כן וכו׳ עד ולקנות בהמה אחרת כ״כ הראב״ד בהשגות פ״ג משכירות וה״ה כתב ע״ש הרמב״ן וז״ל ואם לא היה יכול לקדם אלא בכדי דמיהן אינו משלם אלא שומת כושרא של בהמה א״נ דמי טירחא עכ״ל. כתב כב׳ הלשונות דאיתאמרה בגמרא ונראה ודאי דאף כשלא היה צריך הבעל בית לנכות כל דמי הבהמה בעד השכר כגון שהיה שם מותר אעפ״כ צריך לשלם לו ג״כ שכר טירחא דלמה יפסיד שכר טירחא בכדי בשיש שם מותר מכשאין שם מותר׃

ח רועה שהיה רועה בהמות וכו׳ עד וכאשר כתבת כן עיקר נתבאר בסי׳ רצ״א סעיף י״ד מאיזה טעם כתב רבינו שהן עיקר וכתב ב״י ויש לתמוה על רבינו שכתב דין זה בסי׳ רצ״א בשם הרי״ף וכאן כתבו בשם הרמב״ם והו״ל לכתבו בשני המקומות בשם שניהם עכ״ל ואין זו קושיא דבש״ח נמשך אחרי דברי הרא״ש שכתב כך בפרק המפקיד דהביא דברי רב אלפס ושכתב אחר זה ועי״ל וכו׳ להורות שהעיקר כדברי האלפס וכאן הביא דברי הרמב״ם המפורשין בש״ש אבל רב אלפס לא כתב כלום בש״ש ואיכא למימר דס״ל לרב אלפס דדוקא בש״ח פטור אם לא היה יכול להציל אילו היה שם אפילו על בעידנא דלא עיילי אינשי אבל בש״ש חייב בדעל בעידנא דלא עיילי אינשי אפילו לא היה יכול להציל אילו היה שם וכדברי רבינו ועל כן לא הזכיר כאן דעת רב אלפס בש״ש כיון שלא דיבר ממנו כלום׃

י סגפה ומתה וכו׳ משנה ס״פ הפועלים. ומ״ש אפילו לא מתה מיד וכו׳ דאל״כ קשה פשיטא דפשיעה גמורה היא ומאי אתא תנא לאשמועי׳ וכ״כ התוס׳ וכתבו עוד דאפי׳ יש לתלות ולומר שמתה גם בשביל דבר אחר אפילו הכי חייב דלא הו״ל לסגפה עכ״ל כלומר ומדסגפה אינו יכול לישבע שלא מתה בפשיעתו דשמא באותו יום שסגפה נולד באחד מאברים הפנימיים חולי שממנו מתה אחר זמן וכ״כ הרב המגיד ס״פ ג׳ משכירות ועוד נראה דהכי פי׳ ומדסגפה עליו להביא ראיה דלא מתה מחמת הסיגוף אלא מחמת דבר אחר וכשאינו מביא ראיה תלינן דמאותה שעה התחילה להתקלקל דמן הסתם ודאי מחמת סיגוף מתה והו״ל כי הא דכתב הרמב״ם שהביא רבינו סוף ס״ח דעל השומר להביא ראיה שלא היה יכול להציל. כתב ה׳ המגיד דסגפה ומתה אפילו ש״ח נמי חייב כיון דפשיעה היא אלא איידי דתנא רישא מתה כדרכה הרי זה אונס תנא סיפא סגפה ומתה אינו אונס עכ״ל׃

יא העלה לראש ההר וכו׳ משנה סוף פרק הפועלים וע״פ סוגיית התלמוד בפרק המפקיד וכתב רבינו בסתם לאורויי דבהעלה פשיעה וכן בעלתה מעצמה והיה יכול למונעה ולא מנעה פושע ולפיכך אפילו היה אנוס בנפילה חייב שכל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב ואין חלוק דאפילו העלה אותה למרעה שמן וטוב נמי פשיעה היא לפי שהיה לו לחוש פן תפול ולא יהיה יכולת בידו לחזקה ואע״ג דבפ׳ המפקיד אמרי׳ דבהעלה אותה למרעה שמן וטוב לאהוי פשיעה שינוייא הוא דקא משנינן אליבא דאביי כי היכא דלא תיקשי עליה ממתני׳ אבל לרבא דהילכתא כותיה לא אצטריך למדחק בהכי ומתניתין כפשטא מיתוקמא דבהעלה אותו חייב בכל ענין אפילו העלה אותה למרעה שמן וטוב דלא הו״ל להעלות אותה פן תפול גם הרמב״ם פ״ג משכירות לא חילק וע״ל בסימן רצ״א סעיף י״ב:

יב העלה לראש ההר ומתה שם כדרכה וכו׳ פלוגתא דאביי ורבא בפ׳ המפקיד ופסק כרבא וקאמר התם ומודה רבא כל היכא דגנבה גנב באגם ומתה כדרכה בי גנב דחויב וכו׳. וכ״כ לעיל בסי׳ רצ״ה ס״י ואיכא לתמוה הכא בש״ש מאי איריא דגנבה גנב מן האגם אפילו גנבה מביתו של שומר נמי חייב כיון דש״ש הוא וברמב״ם ספ״ג משכירות דקדק וכתב בלשון זה אבל אם גנבה גנב מהאגם וכו׳ חייב אעפ״י שהוא ש״ח וכו׳ נקט אגם משום ש״ח אבל רבינו שכתב דין זה בסי׳ רצ״א בש״ח וכתבו גם כאן בש״ש לא הו״ל להזכיר כאן אגם אלא אפי׳ בבית נמי ואפשר דלאו דוקא אגם אלא לישנא דנקטה תלמודא גבי ש״ח נקטה רבינו ג״כ גבי ש״ח ועי״ל דמיירי הכא בגונא דאילו היה שם לא היה יכול להצילו מן הגנב ולפיכך נקט אגם דכיון דיצאה לאגם ומן האגם נגנבה חייב הש״ש אע״ג דלא היה יכול להציל כיון שלא היה שם ואפילו לא פשע בה במה שיצאת לאגם וכדלעיל בסעיף ג׳ דאילו גנבה מביתו שהיה שם השומר ולא היה יכול להציל פטור השומר אעפ״י שהוא ש״ש:

סימן שד

א המעביר חבית וכו׳ ה״א סוף האומנים דנתקל שלא במקום מדרון לא מצי משתבע דלא פשע ואפילו ש״ח חייב ומ״ש ומ״מ מצוה הוא וכו׳ שם עובדא דר״ב ב״ח דאתא לקמיה דרב ומשמע דאם יש להם כדי סעודת היום אע״ג דאינן צריכים לשלם ההפסד מ״מ א״צ לשלם להם שכר אבל אם אין להם אפילו לאכול צריך ליתן להם שכרן וכך הם דברי רבינו ולעיל בסימן י״ב סעיף ד׳ הארכנו בדין זה דמשמע דרב הוה כייף ליה לר״ב ב״ח למיעבד לפנים משורת הדין. ומ״ש ואם נתקל במקום מדרון וכו׳ שם אסיקנא הכי אליבא דר׳ יוחנן שבועה זו תקנת חכמים היא שאם אי אתה אומר כן אין לך אדם שמעביר חבית וכו׳:

ב אדם הנושא חבית וכו׳ שם דדרו באגרא ואיתבר משלם פלגא בריגלא משלם כולה וכו׳ ופרש״י לפי הנוסחא המדוייקת דדרו באגרא מוט כפוף באמצעו ונותנו על כתפו ונותן ב׳ בדים בב׳ ראשיו ונושא בו משא כבד וכו׳ עכ״ל. והיינו כזה ואחריו נמשך רבינו אלא שכתב ב׳ כדין וכו׳ בכף אבל בדפוס בפרש״י שכתב ונושא ב׳ כדין ט״ס הוא וצ״ל ונותן ב׳ בדים בבית כדפי׳. ומ״ש רבינו תחלה אדם הנושא חבית גדול שהוא כבד למשא אדם וכו׳ אם דעתו כפרש״י צ״ל דהכי פי׳ כבד למשא אדם אחד דחבית זה א״א לנושאו אלא ע״י ב׳ בני אדם והיינו פי׳ בריגלא כשעשה שלא כדרך בני אדם שקשר בו משא ב׳ בני אדם וס״ל לרבינו דכיון דטעמא דחייב לשלם כולה משום דפושע הוא שהרבה במשא לב׳ בני אדם א״כ אין חלוק בין נשאו בעץ שקורין ריגלא או בענין אחר ס״ס כיון דפושע הוא דהרבה במשא לב׳ בני אדם חייב לשלם הכל אבל האי דרדי באגרא דמשלם פלגא חיוביה דפלגא ולא כולה תליא נמי במה דדרי באגרא דע״י שהעץ כפוף באמצעו ומחלק המשא לשנים דרך בני אדם להתחזק ולטוענו באחד והלכך לאו פשיעה גמורה היא אלא דמי נמי לאונס ומשלם ולכן כתב רבינו צורת אגרא כדאיתא בגמ׳ וע״פ פרש״י דתרתי בעינן שיהא קל משא זה לב׳ ודרי לה באגרא אבל בעץ אחד כיון שהוא כבד לא׳ חייב לשלם כוליה וקרוב לומר דמ״ש רבינו אדם הנושא חבית גדול פי׳ שהוא כבד למשא אדם אחד אע״ג דקל הוא לב׳ נמי משלם כוליה דכיון דאינו נושאו באגרא פושע גמור הוא שמשא זו לא היה מחלקו לב׳ אלא נשאו כאחדלפי שהוא חבית אחד וא״א לחלקו לב׳. ופי׳ בריגלא עץ מפוצל בראשו וכו׳ וכשעומד לפוש מציגו בקרקע כמו שפרש״י ומביאו ב״י והיינו כזה. וע״ש שראשו אחד ארוך כרגל קרוי ריגלא ורבינו לא הביא צורת עץ זה וכתבתי טעמו בסמוך:

ד לשון הרמב״ם אם נשאו ב׳ החבית וכו׳ פ״ג משכירות והוא פי׳ למ״ש דדרו באגרא ואתבר משלם פלגא מ״ט נפיש לחד וזוטר לתרי דדרו באגרא משמע דשנים נושאין ביחד דלא כפרש״י דדרו בדעלמא קאמר ולא מיירי אלא באחד שנושאו:

סימן שה

ה ואם נשבר החבית וכו׳ מימרא דרבא פרק השואל סוף (דף צ״ט) ולפרש״י משמע דאין חלוק בין נשבר בשאר הימים בין נשבר ביום השוק דכשמשלם לו דמים יכול לומר לו לדידי שוה ה׳ שהייתי מחזיקו ומוכרו ביום השוק ומוכרו בה׳ אלא שכשמשלם לו חבית יין יש חלוק דאם נותן הוא לו קודם שעבר יום השוק ראשון שיכול למוכרה ביום השוק שיגיע ראשון צריך לקבלו מידו אבל אם לאחר שעבר יום השוק ראשון נותן לו חבית יין בשאר הימים קודם שיגיע יום השוק השני א״צ לקבלו מידו אלא נותן לו ה׳ דמצי א״ל אי לא איתבר לי ההוא חביתא הייתי מוכרו ביום שוק הראשון בה׳ ולא אמרן אלא היכא דלא הו״ל חמרא לזבוני ביום השוק שעבר אבל אי הו״ל חמרא לזבוני ביום השוק שעבר ולא זבין מהדר ליה נמי השתא חביתא דחמרא לשומרו ליום השוק השני ולא מצי למימר ליה אילו הוה גבאי ביום השוק הראשון שעבר משה הוי שוה שהרי היה לו יין אחר באותו יום השוק ולא מכרו כל זה פי׳ רש״י ותוספות לשם אבל הרא״ש לא פי׳ כך אלא ס״ל דכשנשבר בשאר הימים לא משלם ליה אלא ד׳ שכך היו דמיה בשעת שבירה ופי׳ בו פי׳ אחר גם על ולא אמרן אלא דלא הו״ל חמרא לזבוני כו׳ כתב פי׳ אחר וכך הם דברי רבינו כפי׳ הרא״ש וכך היא כוונתו שאם שברו ביום השוק משלם לו ה׳ ואינו נפטר במה שיתן חבית יין אחר שעבר יום השוק שיאמר לו אילו לא שברת וכו׳ אבל אם פורע לו ביום השוק ל״מ באותו יום השוק ששבר פרע לו חבית של יין ויכול למוכרו דנפטר אלא אפילו עברו כמה ימי השוק וכו׳ ודין זה כשעברו כמה ימי השוק ופורע לו ביום השוק דנפטר בחבית של יין אינו אלא היכא דבאותו יום השוק שפורע לו יין אחר למכור אבל כשיש לו יין אחר למכור אינו נפטר בחבית של יין: ומ״ש וי״א וכו׳ גם זה באשר״י לשם והוא ע״ד פי׳ רש״י ותוס׳. ומ״ש ולא נהירא להרא״ש וכ׳ שם בפסקיו וטעמו דכיון שהי׳ שוה בשעת שבירה ה׳ נתחייב לו לשלם ה׳ כשעה שאבדה מן העולם ואין חילוק בין היה לו יין אחר באותו יום השוק ולא מכר או לא הו״ל יין כלל: ומ״ש ובין כך ובין כך מנכה לו וכו׳ שם ומנכה לו אגר טירחיה ודמי ברזנייתא ורש״י פי׳ על ברזנייתא ב׳ פירושי׳ ו ותרוייהו אמת ורבינו ג״כ כתב כשני הפירושי׳ ולהוציא עליה לכרוז ולעשות נקב בחבית גם כתב מנכין לו כדי דמי הטורח דהיינו אגר טירחא דקאמר בגמרא: \nמשד\n

ו שומר שכר דינו וכו׳ ויכלול בשבועתו שלא שלח בה יד ושאינה ברשותו לכאורה קשה כיון שנשבע שנאנסה לאיזה צורך ישבע שבועת חנם שאינה ברשותו וי״ל דהיכא דטען נאנסה ע״י לסטי׳ מזויין שלא היה יכול להציל התם צריך שישבע גם כן שלא חזרה לידו ולרשותו לאחר שעבר האונס ושאינה עתה ברשותו ואע״ג דעיקר שבועה של אינה ברשותו איננה אלא במשלם ואינה רוצה לישבע א״נ אף בש״ח אף ע״ג דנשבע שלא פשע בה ושלא שלח בה יד צריך גם כן לישבע דאינה ברשותו כדקאמר רב ששת ג׳ שבועות משביעין אותו וכדלעיל סי׳ רצ״ד ס״ד אבל בש״ש שנשבע שנאנסה משמע שלא תקנו דישבע שאינה ברשותו אפ״ה מדין גלגול חייב לישבע ולכלול בשבועתו שאיננה עתה ברשותו דשמא אף על פי שנאנסה בלסטים מזויין חזרה לרשותו לאחר האונס אבל בטוען שנאנסה דמתה כדרכה א״צ לישבע שאינה ברשותו אלא דבדין שואל ר״ס שמ״ד מבואר דאף במתה מחמת מלאכה צריך לישבע שאינה ברשותו וצריך לומר דנשבע על הנבלה ועורה שהכל אבד ולא הגיעה לרשותו כלום וע״ש: נמצא הגנב הכפל שלו וכל הדינים וכו׳ פי׳ כל הדינים שכתב בסימן רצ״ה לענין כפל בש״ח נוהגים נמי בש״ש:

ז ואם נגנבה בלסטים מזויין והוכר הגנב וכו׳ נתבאר למעלה סוף סי׳ רצ״ד:

ח היו הבעלים עמו במלאכתו וכו׳ כדפי׳ לעיל בש״ח עיין בסי׳ רצ״א סעיף כ״ט ל׳:

ט ואם קיבל עליו השומר להתחייב אף באונסין עיין לעיל בסי׳ רצ״א סעיף כ״ח:

י שומר שכר שמסר לאתר ל״מ וכו׳ ע״ל בסי רצ״ה סעי׳ כ״ה: ומ״ש אלא שפעמים פטור כשמסרו לש״ש כגון שהבעלים רגילים להפקיד בידו וכו׳ משמע דדוקא כשהש״ש זה מסרו לש״ש אחר פטור כשהבעלים רגילים להפקיד בידו אבל כשהש״ש מסרו ליד ש״ח לעולם חייב וכן נראה מדברי הרמב״ם בפ״א משכירות וביאר ה״ה טעמו ומביאו ב״י וע״ש כי כתב דברים נכונים בענין זה: ומ״ש אלא אפי׳ מסרו לש״ש חייב איכא למידק דהו״ל למימר אפי׳ מסרו לשואל דחייב באונסין נמי חייב ול״ק מידי דאדרבא התם פשיטא דחייב הש״ש באונסין דכיון דהשואל נתחייב באונסין לשלם לש״ש היאך יהא הש״ש עושה סחורה בפרתו של חברו ותו דפושע הוא דכיון דאינו אלא שומר בלבד היאך מסרה ליד אחר לעשות בה מלאכתו מיהו בהא איכא למימר דהו״ל לאשמועינן היכא דמסרה לשומר אחר שלא יעשה בה מלאכתו אלא שישמרנה בלבד והתנ׳ עמו להתחייב אף באונסין כדין שואל דאפי׳ בבה״ג חייב אלא צ״ל כדפי׳ דהתם פשיטא היא דחייב מטעם דהיאך עושה זה סחורה בפרתו של חברו וק״ל:

יא שמור לי ואשמור לך הוי שמירה בבעלי׳ וכו׳ משנה פ׳ האומנין שמור לי ואשמור לך ש״ש ובגמרא ואמאי שמירה בבעלים א״ר פפא דא״ל שמור לי היום ואשמור לך למחר משמע דאם אינו אומר בפירוש שמור לי היום ואשמור לך למחר אלא סתם משמע שמור לי היום ואשמור לך ג״כ בשעה שתהא

שומר לי ולכן כתב רבינו דשמור לי ואשמור לך בסתם הוי שמירה בבעלים ומ״ש כדפירש׳ לעיל בש״ח רצונו לומר דבמ״ש בסי׳ רצ״א סעיף כ״ט וז״ל ואם בשעה שקבל עליו הנפקד לשמור היה המפקיד עושה לו שום מלאכה וכו׳ פטור הנפקד וכו׳ משמע נמי שמירה דהיינו שהמפקיד עושה לו מלאכת שמירה נמי פטור דהיינו שמור לי ואשמור לך:

יב אמר השאילני כליך וכו׳ ברייתא שם וע״פ פרש״י דבסמוך דאין כאן שמירה בבעלים אעפ״י דבשעה שזה שומר לו חברו משאיל לו: ומ״ש רבינו וזה ניחא וכו׳ עד לא הוא ולא כליו לכאורה דבריו תמוהין דהיכא א״ל שמור לי ואשאילך כתב דכליו של המפקיד עמו של נפקד במלאכתו והיכא דא״ל השאילני ואשמור לך אין המשאיל עם השואל לא הוא לא כליו ומאי שנא וי״ל דדעת רבינו היא דכשא״ל תחלה שמור לי ואשאילך תחלה דמשעה שהתחיל זה לשמור שקיבל עליו השמירה ונסתלקו הבעלים חזרו הבעלים והשאילו כליהם לשומר הוו כליו של מפקיד עם השומר במלאכתו אבל כשא״ל תחילה השאילני ואשמור לך דבשעה שהשאיל לו כליו ונתחייב באונסיה עדיון לא נעשה שומר שלו אלא דלאח״כ הפקיד המשאיל לנפקד פקדון ונעשה שומר שלו א״כ אין המשאיל עם השואל כלל לא הוא ולא כליו כיון דכליו היו שאולין לו קודם שנעשהשומר שלו וע״ל בסי׳ שמ״ו: שאלה לא״א הרא״ש וזו כדברי הרמ״ה כלומר דלפרש״י אין כאן בעליו עמו במלאכתו דאין כאן אלא שאלת כלים מזה לזה וש״ש הן וחייב בגנבה ואבדה אלא דקשיא לי דהך עובדא דהרא״ש אף לפרש״י פטור כיון דאינן אלא ש״ש זה לזה לא נתחייב באונסי׳ דלסטים באו עליו ונטלו ממנו גלימא של חברו והנשארת היא של בעלים הראשונים וי״ל דוודאי הך עובדא דהרא״ש אף לפרש״י הנשארת היא של בעלים הראשונים כדפי׳ אלא דמ״מ קא חזינן דלא ס״ל להרא״ש בתשובה זו כפרש״י אלא כדברי הרמ״ה וצ״ל דמה שדחה הרא״ש פרש״י מהלכה הוא לפי שגם הרמב״ם פסק כך בפ״י משכירות ונראה לפע״ד דס״ל דלא בעינן בדוקא שיהא גוף הבעלים עמו במלאכה אלא כל שאחד עושה עם חברו כמו שהוא עושה עמו בין בגופו בין בכליו ואין חלוק בין שמור לי ואשאילך ובין אשאילך ושמור לי הכל אני קורא בו בעליו עמו ולפי זה לא קשיא מידי והכי משמע מפשטא דעובדא דחד ארוך וחד גוץ ומהך עובדא איכא לאקשויי אפרש״י אלא דרש״י גופיה כתב ליישב וכמו שהביא ב״י אבל להרמב״ם והרמ״ה והרא״ש א״צ יישוב דלא קשיא ולא מידי והכי נקטינן:

סימן שו

א כל האומנים וכו׳ משנה בפ׳ האומני׳ (דף פ׳) כל האומני׳ ש״ש הם ופרש״י כל האומנים קבלנים המקבלים עליהם לעשות המלאכה בבתיהם עכ״ל ופי׳ כך משום דבגמרא קאמר בההיא הנאה דתפיס ליה אאגריה דלא בעי למיעל ולמיפק אזוזי הוי עליה ש״ש אפי׳ למ״ד שוכר כש״ח אלמא דמיירי באומן קבלן דעושה בביתו ותפוס בכלי ויש לו דין ש״ש וכן פי׳ התוספות אבל שאר אומנים שעושין מלאכה בבית בעה״ב אין להו דין שומר כלל אפילו ש״ח לא הוי דהא לא נסתלקו בעלים משמירתן כיון שאין האומן רשאי להביא הכלי לביתו ולתקנו שם וכך הם דברי רבינו אע״ג דלא כתב בפי׳ לעשות המלאכה בבתיהם מ״מ מדהו״ל למכתב כל האומני׳ שמתקנים בקבלנות וכו׳ ולא כתב כך אלא כל האומנים שנותנים להן לתקן בקבלנות מאריכות לשון שנותנים להן משמע דמיירי באומנים שנותנים להם הכלים לעשות המלאכה בבתיהם ולשם דוקא הוא ש״ש אבל בעושים מלאכה בבית בעה״ב אינו שומר כלל כדפי׳ והא דכתב רבינו לתקן בקבלנות נראה ודאי דלענין שהם כש״ש אפי׳ היו שכירי יום נמי הוו ש״ש כיון שנותנים להם לביתם אלא סתם אומנים הן אותן שעושין בקבלנות והעיקר דרבינו נקט קבלנות משום דכתב בסמוך דאין אומן קונה בשבח כלי דלא איירי בשכיר יום דהתם ליכא למ״ד שיהא קונה בשבח כלי אבל באומן שעושה בקבלנות איכא פלוגתא ופסק כמ״ד אין אומן קונה בשבח כלי. ומ״ש וזהו שכרן וכו׳ כתב כן למאי דאסיקנא דשוכר כש״ש הואיל שלהנאתו הוא אצלו אע״פ שנותן שכר פעולתו כדפרש״י לשם הכי נמי אומנים הואיל שנהנים שמשתכרים שנותנים להם לתקן וליטול שכר אף ע״פ שטורחין במלאכתן ומוציאין הוצאות הם ש״ש וכתב רבינו כן להורות דהא דתנן דכל האומנין ש״ש הן אינו אלא בעושין פעולתן בשכר אבל אם עושים בחנם אינן אלא ש״ח כיון דאין נהנין:

ב ואם אמר לבעה״ב טול את שלך וכו׳ משנה ומסקנא דתלמודא שם לאפוקי ממאי דקס״ד דגמרתיו אפי׳ ש״ח לא הוי וז״ש רבינו אינו עוד ש״ש עליו אלא ש״ח כלומר ולא אמרינן דאפי׳ ש״ח נמי לא הוי:

ד וקי״ל דאין אומן קונה בשבח כלי וכו׳ כך פסק האלפסי פ׳ הגוזל עצים ואע״ג. דהרא״ש לשם הביא דברי הרי״ף וכתב עליו ואין ראייתו ראייה וכו׳ אין משם ראיה שחולק אפסק האלפסי דלא כתב אלא לדחות הראיה אבל לדונא ס״ל להרא״ש דאין אומן קונה בשבח כלי וכדכתב בהמקבל לענין בל תלין והביאו רבינו לקמן בסימן של״ט ס״ה. וקשה דבא״ע סימן כ״ח כתב רבינו דמסקנת הרא״ש כר״י דאומן קונה בשבח כלי וי״ל דדוקא גבי קידושין מטעם חומרא דא״א דחמיר טפי כתב דיש להחמיר שלא לפטרה בלא גט ולשם כתבתי באריכות בס״ד:

ו הנותן צמר לצבע כו׳ משנה שם: ומה שכתב כיצד נתן לו צמר וסממנים שוה י׳ וכו׳ כ״כ התוס׳ והרא״ש ע״פ הירושלמי דהיינו דהבע״ה נתן הצמר והסממנין משלו שוה י׳ ושכר הצבע דקרי לה יציאה הוי נמי י׳ לפי שמוציא הצבע הוצאות וטורח ויהיה שכרו י׳ ואילו צבעו כמו שאמר לו היה שוה כ״ה ונמצא שהיה בע״הב מרויח חמש שהשביח הצמר לאחר שצבעו שהרי הוציא בין הכל כ׳ והצמר הצבוע שוה כ״ה ואותן ה׳ של שבח הראוי לבא אם לא שינה חשוב כחרן ולפיכך עכשיו ששינה אם אינו שוה אלא ט״ו אין לו לפועל כלום שהרי אין הצמר שוה אלא קרן שלו דהיינו שנתן עשרה בעד הצמר והסממנים והה׳ שהיה ראוי להשביח אילו לא שינה דהוי נמי קרן ובין הכל ט״ו אבל אם הוא שוה יותר מט״ו אם השביח כ״כ שבין הכל שוה כ״ו נותן לו י׳ שכרו דהיינו דקרי ליה היציאה ואם אינו שוה אלא כ״ד דהיינו היציאה יתירה על השבח נותן לו השבח דהיינו ט׳ וכו׳. וא״ת לפי זה למה לא יהיה כאן הדין כמו בנוטע שלא ברשותו וכדלקמן בסימן שע״ה וי״ל דגבי אומן שאני דכיון שנתן לו לצבוע כל מה שהיה עתיד להשביח חשוב כאילו כבר השביח ואומן שפשע ושינה חייב לשלם לו הכל. והתוס׳ כתבו וז״ל דנעשה כאן כאילו כן התנו עמו א״נ קנסא הוא משום דשינה ממה שציוה לו עכ״ל:

ח המוליך חטים לטחון וכו׳ שם (דף צ״ט) כך עולה מן הסוגיא ומ״ש רבינו ונראה דוקא שנתקלקלה בשחיטתו וכו׳ איכא למידק דמשמע דאי ידעינן ודאי דבעור נפגמה חייב הטבח לשלם ואמאי הלא אונס הוא וכן משמע מתשובות הרשב״א שהביא ב״י דפטרו דאימור בעור נפגמה ולא מפני שלא בדק יפה קודם השחיטה אלמא דאי ודאי הוא דבעור נפגמה פטור י״ל דרבינו סבור דכל סכין הבדוק יפה ונפגמה בעור אינו אלא לפי שהברזל הוא רך ואינו הגון לשחוט בו כי צריך שהברזל יהא קשה וצרוף יפה וזה ודאי הוי פשיעה שלקח סכין לשחיטה שהברזל רך ומצוי הוא לפגום בעור והכי מסתברא כדברי רבינו:

י המראה דינר וכו׳ ג״ז שם בסוף (דף צ״ט) וכתבו התו׳ אע״ג דבטבח לא מפלגינן אלא בין אומן להדיוט והכא באומן גופיה מפליג בין אומן ובקי גדול ובין אינו בקי גדול היינו משום דבהכרת מטבע צריך בקיאות גדול ולית ליה למחזי אם אינו בקי גדול דלא צריך למיגמר ולפיכך אפילו אומן נמי חייב אפילו בחנם אם אינו בקי גדול וכ״כ הרא״ש:

יא כתב הרמב״ם טבח ששחט בחנם וכו׳ כתב ה״ה בפ״י משכירות דה״א בגמרא בטבח דא״ל ר״י אייתי ראיה דמומחה את ואפטרך וק״ו הוא לשלחני כיון דאפילו טבח דרוב המצויין אצל שחיטה מומחים הן עליו להביא ראיה שולחני לא כ״ש עכ״ל. ולפי זה קצת קשה דכתב הרמב״ם וכן שולחני דמשמע אפי׳ שולחני והא ליתא וי״ל דנקט הרב טבח תחלה משום דה״א בגמ׳ ואח״כ אמר וכן שולחני וכו׳ דאע״ג דלא אמרו בה כלום בגמרא נלמדנו במכ״ש מטבח.

יב שתל וכו׳ בפרק המקבל (בבא מציעא דף ק״ט) מוכחא הסוגיא דאע״ג דמסתלק אם הפסיד מ״מ נוטל חלק בשבח שהשביח. ומ״ש על שם הרמב״ם טעמו משום דבעובדא דרוניא דא״ל לרבא הא לא התרה בי א״ל לא צריך להתרות קאמר תלמודא רבא לטעמיה דאמר רבא מקרי דרדקי שתלא טבח׳ ואומנא וספר מתא כולן כמותרי׳ ועומדי׳ דמי וכו׳ מדקא חשיב כל הני דהעמידו אותם צבור עליהם אלמא דשתלא דקחשיב בהדייהו נמי מיירי דהעמידו צבור עליה׳ והא דקאמר תלמודא רוניא שתלא דרבינא הוה וכו׳ לא תלי ליה ברבינא אלא לפי שהיה חבר העיר ולא עשאו אנשי העיר דבר בלא דעתו ורבינא העמידו לרוניא שיהא שתל של כל בני המדינה לכך אמר שתלא דרבינא הוה והאי דקאמר נמי אפסיד אין פירושו שהפסיד לרבינא אלא שהפסיד לכמה בני המדינה שהרי אף על גב דהתראה לא צריך מיהו צריך שהוחזק בכך שהוא מפסיד ב׳ לרבי וג׳ לרשב״ג דכ״כ ה׳ המגיד ונ״י ומביאו בית יוסף ונתיישבה השגת רבינו על הרמב״ם ובית יוסף פי׳ בע״א ולא נהירא:

סימן שז

א השוכר וכו׳ כאן כתב רבינו גם כן דבשוכר אין חלוק בין בהמה לכלים כדין ש״ש וכדלעיל בריש סי׳ רצ״א וריש סי׳ ש״ג:

ב ומ״ש אבל המשכיר יכול לחזור כו׳ נלמד ממ״ש בפ׳ שואל א״ר הונא השואל קורדום מחברו בקע בו קנאו ולא מצי משאיל למיהדר לא בקע בו לא קנאו ומצי משאיל הדר ביה ופליגא דר״א דאמר כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים וכרבי אליעזר קיימא לן ומשום דבשואל קאמרי׳ המשאיל יכול לחזור בו דאילו שואל לא צריך למימר דמצי להחזיר החפץ לבעליו כל אימת דבעי לכך נקט רבינו ג״כ גבי שוכר דהמשכיר יכול לחזור בו וה״ה ודאי דהשוכר מצי לחזור בו מקמי משיכה ותו דלרבותא אליבא דהרא״ש דכתב דמשעה שנסתלקו הבעלים חייבים באונסים וא״כ הו״א כיון דהשוכר נתחייב באונסים לא מצי משכיר למיהדר קמ״ל דאפילו הכי מצי הדר ביה כל זמן שלא משך ואין צריך לומר דהשוכר מצי הדר ביה כיון דלא משך:

ה ואם השאילה לאחר וכו׳ משנה בפ׳ המפקיד והלכה כר׳ יוסי דאמר היאך עושה זה סחורה בפרתו של חברו. וע״ל סי׳ ש״ה סעיף ה׳ כתבתי ליישב מפני מה לא אמרו דין זה גבי ש״ש אם מסרה לשומר אחר שקיבל עליו להיות דינו כשואל להתחייב באונסין ונאנסה דחייב להחזיר לבעלים הראשונים וע״ש: ומ״ש ואפי׳ אם המשכיר יודע שמתה כדרכה וכו׳ הכי משמע מ״ש שרא״ש לשם דטעמא דרבי יוסי משום דחשוב שוכר כאילו השאילו בשליחות המשכיר הלכך דין המשכיר עם השואל עכ״ל אלמא דלרבי יוסי אין דינו של משכיר כלל עם השוכר ואפי׳ יודע שמתה כדרכה השואל חייב לשלם למשכיר ולא לשוכר וכן גראה עוד מ״ש הרא״ש דהך שקלא וטריא דרבי זירא ושאר אמוראים נפקא מינה גם לרבו יוסי כגון היכא דמשכיר אמר לשוכר אם תרצה תשאילנה ויהי׳ דיני עמך וכו׳ ולא קאמר בפשיטות דנ״מ גם לר׳ יוסי היכא דהמשכיר יודע שמתה כדרכה דמודה בה ר״י דהשואל משלם לשוכר אלא בע״כ דלהרא״ש אין ר׳ יוסי מודה בזו. ודלא כמ״ש בתוספות ונראה דאם המשכיר עצמו היא שם בשעה שמתה דרבי יוסי מודה דהשואל ישלם לשוכר ע״כ ואפשר דהתוס׳ לא כתבו כך דרך פסק דין אלא דנראה כך אבל לא למעשה והכי משמע בהגהות אשיר״י שכתבו דברי תוס׳ הללו ע״ש ר״י בלשון אפשר דמודה רבי יוסי דהשוכר פטור והשואל משלם לשוכר עכ״ל וכדברי הרא״ש ורבינו עיקר דרבי יוסי אינו מודה בכך: ומ״ש ומיהו אם אמר לשוכר אם תרצה וכו׳ כ״כ הרא״ש ותימא על דברי רבינו מאי אתא לאשמועינן הא פשיטא היא אבל אדברי הרא״ש ל״ק דודאי דין זה פשוט דכל תנאי שבממון קיים ולא אתא הרא״ש אלא לומר דאיכא נפקותא בהך שקלא וטריא דקאמר תלמודא אליבא דרבנן דרבי יוסי דרבי זירא קאמר פעמים שהבעלים משלמין כמה פרות לשוכר וכו׳ ומר בר רב אשי אמר אין לו עליהן אלא שתי פרות וכו׳ כל הך סוגיא נ״מ גם לרבי יוסי כגון היכא דמשכיר אמר לשוכר אם תרצה תשאילנה ויהיה דינך וכו׳ אבל רבינו דלא אתא אלא להורות דכשא״ל כך חייב השואל לשוכר והא ודאי פשיטא היא. ונראה דרבינו דקדק בדברי הרא״ש מדהאריך וכתב ויהיה דינך עם השואל ויהיה דיני עמך כאילו לא יצאת מרשותך עכ״ל. דאלמא משמע דוקא בכה״ג אמרינן דגם לר׳ יוסי חייב השואל לשלם לשוכר אבל אם לא אמר אלא אם תרצה תשאילנה ויהיה דינך עם השואל ותו לא אמר טפי איכא לפרש דאינו בא אלא ליתן לו רשות להשאילה ושתדון אתה עם השואל ולא אני אבל מה שיתחייב השואל בדין ישלם למשכיר ובזו נמי אמר ר׳ יוסי כיצד הלה עושה סחורה וכו׳ ואין ר׳ יוסי מודה אלא היכא דאמר ויהיה דינך עם השואל ויהיה דיני עמך ואע״ג דהרא״ש כתב ויהיה דיני עמך כאילו לא יצאת מרשותך ס״ל לרבינו דהאי תוספת ביאור הוא מדברי הרא״ש לומר שכך כונתו במ״ש ויהיה דיני עמך לא שצריך המשכיר לומר לו ויהיה דיני עמך כאילו לא יצאת מרשותך ומש״ה לא הביא רבי׳ לשון זה ומ״מ צ״ע מנ״ל לרבי׳ לפרש כך בדבריו ושמא לא אמר הרא״ש אלא דוקא היכא דאמר בפירוש ויהיה דיני עמך כאילו לא יצאת מרשותך:

ז כתב א״א הרא״ש השוכר מחברו פרה ונולד בה וכו׳ כ״כ בר״פ השואל וע״ל בסימן ש״מ ור״ל דנתקלקלה הבהמה חדש או ב׳ חדשים או יותר לאחר שכלו ימי שכירותו דאין המשכיר עושה בה מלאכה מחמת מכה זו ואפ״ה פטרוהו חכמי צרפת כיון דסופה להתרפאות דהו״ל שבת וכך פסק בהגהות אשיר״י פ׳ החובל (דף קל״ט ע״ד). וקצת קשה גם בש״ח וש״ש הו״ל לאפלוני היכא דפשע בה דהעלה לראשי צוקין ונפלה ונולד בה מכה מחמת נפילה זו שסופה להתרפאות אם חייב השומר לשלם מדין נזק או פטור לפי שאינו אלא שבת בבהמה. ואפשר דמחלוקת חכמי צרפת אם שכנגדן הגיע ע״י מעשה באחד ששכר בהמה מחברו ואה״נ דלאו דוקא שוכר אלא ה״ה ש״ח וש״ש אלא מעשה שהיה כך היה:

סימן שח

א השוכר בהמה וכו׳ ברייתא וגמרא פרק האומנים ומ״ש והיא מעוברת ומניקה פי׳ אע״ג דאיכא תרתי שהיא מעוברת וגם היא מניקה דאיכא תלתא גופא דכיון דסתמא קאמר לרכוב עליה אשה מרכיב עליה כל אשה וכיון דאיכא דמעוברת וגם מניקה יכול להרכיב אותה עליה וה״א בגמרא:

ד וכתב הרמ״ה וכו׳ ואם אין השוכר בעצמו הולך עמה וכו׳ נראה דס״ל דהא דאמר בשוכר לרכוב עליה איש בסתם יכול להרכיב עליה כל איש אפילו הוא גדול מאד וכן בשוכר לרכוב עליה אשה סתמא יכול להרכיב עליה כל אשה שירצה וכו׳ היינו דוקא שהשוכר הולך עם הבהמה בדרך כי הוא נעשה שומר עליה לבעלים א״נ אם אין השוכר הולך אלא שהבעלים הולכין עמה אבל אם אין השוכר הולך וגם אין הבעלים הולכין בעצמן אפילו מכבד לקל נמי לא ישנה פי׳ אף אם השכירה להרכיב עליה אשה לא ירכיב עליה איש אף על גב דמשנה מכבד לקל א״נ משנה מאיש גדול לאיש קטן דהוי נמי מכבד לקל אפ״ה אסור משום דאין השוכר רשאי להשכיר וזה לא השכיר הבהמה אלא לו ומצי משכיר למימר את מהימנת לי אידך לא מהימן לי אע״ג דהשכיר לו להרכיב עליה אשה מ״מ לא עשה את האשה שומר על בהמתו כי אם אותו ואפילו איש אחר לא מהימן ליה והלכך צריך שילך השוכר עם הבהמה כשמרכיב עליה איש במקום אשה דההוא איש דמרכיב על הבהמה אינו נאמן לו אלא דמ״ש או שאין הבעלים הוא מגומגם דלאו דוקא או ממש קאמר אלא כלומר בין כך ובין כך לא ישנה שהרי אין איסור עליו לשנות אפילו מכבד לקל אלא בדאיכא תרתי דאין השוכר בעצמו הולך עמה וגם אין הבעלים בעצמן הולכים עמה. א״נ י״ל דהאי דנקט או משום דאתא לאורויי דיוקא דבהולך עמה השוכר או הבעלים יכול לשנות במשא שאינה כבדה ממה שהתנה. ומ״ש רבינו ור״ל וכו׳ קאי אמ״ש הרמ״ה תחלה אבל שכרה לאשה זו אינו רשאי לשנותה לאשה אחרת דמשמע אפילו אינה כבדה ממנה לא כדמוכח ממ״ש אא״כ שכרה האשה לעצמה וכו׳ עד בלבד שלא תהא כבדה ממנה אלמא דבאחר ששכרה ואמר לאשה זו דאינו רשאי לשנות אפי׳ אינה כבדה ממנה וקאמר רבינו דהרמ״ה רצונו לומר בזה דהטעם הוא לפי שהשוכר בהמה למשא ידוע אינו יכול לשנות וכו׳ אפילו אינה כבד ממנו כדאמ׳ גבי ספינה זו ויין זה לקמן בסימן שי״א סעיף ב׳ ג׳ וכך כתב רבי׳ לשם ג״כ בשם הרמ״ה והלכך אף כאן בדאמר לאשה זו אינו יכול לשנות אפילו אינו כבדה ממנו אבל י״א דאפילו אמר לאשה זו יכול לשנותו אם אינה כבדה ממנו דהאי דאמר לאשה זו היינו כלומר זו וכיוצא בזו וכן דעת א״א הרא״ש וכ״כ רבינו בסימן שי״א סעיף ג׳ ולא דמי לספינה זו ויין סתם דמצאה קפידא לנוח ונחה ולפי זה עלו דברי הרמ״ה ודברי רבינו כהוגן והב״י השיא דבריהם לדעת אחרת ולא עלה בידו ומאי דפי׳ אמת ונכון כתב המרדכי פרק האומנין פסק ריב״א דכ״ש אם הרכיב עליו עכו״ם דגרע מאשה כי אינו חס על ממונו של ישראל והיכא דשינה השוכר מתנאו אם נפחת הסוס פושע הוא וחייב לשלם כל מה שדמי הסוס נפחתי׳ יותר מבתחילה אם ידוע שויו ע״פ עדים כשרים ואם אין ידוע וזה אומר בכה וזה אומר בכה ישבע הנתבע ויפטר ואם המשכיר אומר נפחת סוסי והשוכר אומר איני יודע אם נפחת אם לאו ישבע שאינו יודע ויפטר דמנה לי בידך והלה אמר איני יודע פטור אלא שצריך היסת עכ״ל. והב״י הביאו כאשר הוא בספרי הדפוס בטעות ונ״ל דלחכמי הצרפת בסי׳ הקודם ס״ו צריך לפרש כאן דהמשכיר טוען דנפחת הסוס שלא ישוב להתרפאות עוד להגיע לכחו הראשון:

ה ובמקום שמוצאין לקנות מזון בכל מלון ומלון כו׳ ברייתא פרק האומנין ופי׳ בכל מלון ומלון היינו מלון דלילה דאי אפילו בחצי היום א״כ למה מניח החמר מזונו של כל היום וכן פי׳ רש״י ותוספות ע״ש ומשמע דאע״פ דהמזונות הם יותר ביוקר הרבה בדרך שהוא הולך וכן בעיר שהולכין לשם הוא ביוקר אפ״ה כל אחד מעכב על חבירו שלא להניח יותר משיעור שאמרו חכמים: השוכר חמור סתם וכו׳ משנה שם (דף פ) להביא עליה לתך חטים והביא לתך שעורים פטור ואם מוסיף על משאו חייב וכמה יוסיף על משאו ויהא חייב סומכוס אומר משום ר״מ סאה לגמל שלשה קבין לחמור אלמא מדתני ואם מוסיף על משאו וכו׳ שלתך של חטים הוא משאו של חמור וכן פי׳ רש״י במשנה שמשא החמור לתך חטין חצי כור וכן פי׳ עוד בגמרא בברייתא ומביאו ב״י ופשוט הוא ונתקשה בו ב״י ולא ידעתי למה הרי מפורש במשנה בלשון משאו שזהו שיעור משאו:

ו הוסיף עליו ג׳ קבין חייב פי׳ רש״י במשנה חייב בקלקולה עכ״ל. ונראה דחייב בניזקין אלו בין באדם בין בבהמה מדינא דגרמי דכיון דהוסיף במשא בידים הו״ל כאילו הזיקו בידים. ולא ידעתי מה היה קשה להרמב״ן כמ״ש וז״ל כסבור חולשא הוא דנקיט ליה משמע דחייב משכיר בניזקין תמהני וכי שומר הוא על גופו שישלם לו וכו׳ ומביאו ב״י וצ״ע:

ח שיעור משא אדם ל׳ קבין וקאמר בגמרא מכדי וכו׳ תמוה לי דמשמע דאביי ורב אשי לא פליגא אדרבא דמדינא ודאי דצריך להוסיף בשכרו אם הוסיף במשאו אלא דהא פשיטא היא ולא היה צריך התנא להשמיענו ולהכי מוקי לה אביי דלענין דחייב המשכיר בקלקולו קאמר דבהוסיף קב לכתף חייב בקלקולו אבל פחות מקב פטור והא דקשה מכדי בר דעת הוא וכו׳ תריץ כשחבטו לאלתר אבל אי לא חבטו לאלתר פטור ורב אשי פליג דאפילו לא חבטו לאלתר נמי חייב אבל למיהב ליה אגרא יתירא פשיטא דיהיב ליה כדרבא וליכא מאן דפליג וא״כ קשה על מ״ש הרא״ש ולאפוקי מדרבא דלא בעי

למיתב ליה אגרא יתירא דמניין לו לפסוק כך ואף דברי הרמ״ה שכתב וליתא לדרבא דאוקמיה לאגרא יתירא איכא לפרש דה״ק הא דרבא דאוקמיה לאגרא יתירא דשמעינן מיניה מדלא אוקמיה כדרב אשי קסבר חולשא נקיט ליה אלמא דס״ל לרבא דאינו חייב בקלקולו אם לא חבטו לאלתר וכדקאמר רבא להדיא אפילו תימא בשלא חבטו לאלתר לא נצרכה אלא לאגרא יתירא אלמא דלרבא לא אשכחן חיובא בדלא חבטו לאלתר אלא חיובא דאגרא יתירא וליתיה לדרבא בהא אלא אפילו בדלא חבטו לאלתר חייב בקלקולו דקסבר חולשא נקיט ליה כרב אשי אבל אגרא יתירא ודאי חייב כך נראה לפרש דברי הרמ״ה כפשטן. וכדי ליישב קושיא זו בדברי הרא״ש נראה לפרש דבריו בהפך ממה שמובן לכאורה וז״ל הרא״ש רב אשי אמר קסבר מחמת חולשא הוא והלכתא כוותיה ולאפוקי מרבא דלא בעי למיתב ליה אגרא יתירא וכ״ש דאין הלכה כאביי עכ״ל והאי וכ״ש ה״פ והלכתא כוותיה דרב אשי ולאפוקי מרבא משום דאביי ורבא הלכתא כבתראי וביום שמת רבא נולד רב אשי וכ״ש דאין הלכה כאביי כנגד רב אשי דהא לית הלכתא כאביי כנגד רבא וכ״ש דלית הלכתא כאביי כנגד רב אשי דכיון דהלכתא כותיה דרב אשי כנגד רבא כ״ש כנגד אביי ולפיכך הוא דאמר אביי דאינו חייב בקלקוליו אלא בחבטו לאלתר דמשמע דיוקא הא לא חבטו לאלתר פטור ליתא דאפילו לא חבטו לאלתר נמי חייב בקלקוליו וע״ד זה אמר ג״כ דלית הלכתא כרבא בהא דאמר לא נצרכה אלא לאגרא יתירא דמשמע דיוקא דוקא בהוסיף קב הא לא הוסיף קב לא בעי למיתב ליה אגרא יתירא דליתא אלא אפילו פחות מקב נמי בעי למיתב ליה אגרא יתירא לפי מה שהוסיף במשאו בין רב בין מעט וז״ש הרא״ש ולאפוקי מרבא דלא בעי למיתב וכו׳ הכי פירושו ולאפוקי מרבא דס״ל דלא בעי למיתב ליה אגרא יתירה דהיינו כשהוסיף פחות מקב דליתא אלא צריך לשלם לפי מה שהוסיף במשאו וכך מבואר מלשון הרמב״ם בסמוך שפסק כך דאפילו הוסיף פחות מג׳ קבין נותן לו שכר התוספות ולפי זה לא אצטריך לן למימר דהרמב״ם לא ס״ל הא דהרמ״ה ודהרא״ש אי נמי לחלק בין אדם לבהמה. הכי נקיטינן דבין בהוסיף ג׳ קבין לחמור וקב לאדם בין פחות מכאן צריך להוסיף בשכרו לפי מה שהוסיף במשאו:

סימן שט

א השוכר בהמה וכו׳ משנה פ׳ האומנין השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה בבקעה והוליכה בהר אפילו זו י׳ מילין וזו י׳ מילין ומתה חייב ובגמרא מוקים לה דבי רבי ינאי דמתה מחמת אויר ופי׳ רש״י דיכול לומר לו לא מתה זו אלא מחמת אויר דלא היתה למודה ליגדל באויר הר וקשה לה או לא היתה למודה באויר בקעה וקשה לה עכ״ל. והתוס׳ לא ניחא להו לפרש דבטענה זו שאינה מבוררת יוציאו ממון מיד המוחזק ולפיכך פירשו שידוע שאותו יום היה אויר משונה בהרים יותר מבבקעה או איפכא משלג או ממטר והוי תחילתו וסופו בפשיעה ולהכי נקט להוליכה בהר והוליכה בבקעה ולא נקט להוליכה בהר זה והוליכה בהר אחר משום דאין רגילות להשתנות האויר אלא מהרים לבקעה אבל מהר להר ומבקעה לבקעה אין דרך אויר להשתנות עכ״ל כלומר ואה״נ דאם היה שנוי אויר בהר זה ולא בהרים אחרים וכן בבקעה וכו׳ והוא שינה מהר להר אי נמי מבקעה לבקעה נמי חייב וע״פ דברי התוס׳ כתב רבינו בסתם ולא הזכיר הר ובקעה אלא כתב אם אויר המקום שהוליכה לשם משונה מאויר המקום וכו׳ וכ״כ הרא״ש: ומ״ש או שהנחשים מצויין שם והכישה יחש הכי מוקים לה רבה התם להך מתניתין כגון שהכישה נחש ופי׳ התוס׳ והרא״ש דהיינו שהנחשים מצויין שם יותר מבמקום שהו״ל להוליכה וכמו שהוא הפי׳ גבי אויר: ומ״ש אפילו שהדרך קצר כו׳ כך פי׳ התוספות והרא״ש דאע״ג דמתני׳ תני זו י׳ מילין וזו י׳ מילין לאו דוקא אלא אפילו היה הדרך קצר דכיון דחייב מחמת שינוי המקום אין חלוק אלא דתנא דמתניתין לא חש להאריך וע״ש אבל אם אין האויר משונה שם ואין נחשים מצויין בדרך שהוליכה פטור פירוש פטור לעולם אפי׳ שינה מהר לבקעה ומבקעה להר ולא מצי טעין אוירא דהר קטלא א״נ אוירא דבקעה קטלה לפי שלא היתה למודה בהך אויר וכמו שהוא לפרש״י דליתא:

ב ואם שינה מהר לבקעה ומבקעה להר ונתייגעה וכו׳ הכי מוקי לה ר״י בר חנינא להך מתני׳ כגון שמתה מחמת אובצנא פי׳ עייפות ויגיעה מחמת משאה ודברי רבינו כפרש״י ותוספות והרא״ש: ואם שינה להוליכה לבקעה וכו׳ משנה שם והתוס׳ הקשה אהך דקתני אם הוחמה בהר פטור דמנא ידעינן דשלא מחמת המעלה הוחמה וי״ל דראינו שלא הוחמה בעלייתה שעלתה בלא טורח והלכה אח״כ הרבה ולא היתה מזיעה ובתר הכי הוחמה ואם כן שלא מחמת מעלה היה ופטור עכ״ל. עוד הקשו אהך דקתני אם הוחמה בהר פטור הלא תחלתו בפשיעה היה לענין הוחלקה וי״ל דלא מחייב אלא באונס שיש לתלות שאם לא היה משנה אפשר שלא היה בה האונס וכו׳ אבל הכא כי הוחמה בהר כ״ש דאם לא שינה והיה הולך בבקעה דהוה הוחמה ע״ל בסי׳ רצ״א ס״ז וס״י:

ג שאלה לא״א הרא״ש ז״ל וכו׳ בכלל צ״ב סי׳ ב׳. ונראה דחשובה זו היא אף לדעת התוס׳ שהסכים עמהם הרא״ש בפסקיו הלא תלינן דמחמת אוירא דהר מתה אי נמי מחמת אוירא דבקעה אא״כ בידוע שהיה באותו יום אויר משונה בהרים וכו׳ הא לאו הכי לא מצי טעין דהיה מכיר בבהמתו שלא היתה למודה ליגדל באויר הר ולכן לא השכירה אלא להוליכה לבקעה ואפ״ה לא קשיא אהא דכאן פסק הרא״ש דיכול לומר דהיה מכיר בבהמתו שלא היתה

יכולה לחזור ביום אחד אע״פ ששאר בהמות יכולים לחזור דלא דמי דודאי בטענה דלמודה באויר דהר ולא באויר דבקעה דלא שכיחא דתמות הבהמה מחמת דלא למודה באויר דהר או באויר דבקעה לא מפקינן ממונא בטענה זו שאינה מבוררת אבל טענה זו דהייתי מכיר כח בהמתי שאין לה כח לטירחא זו לילך ולשוב ביום אחד לטולטילא היא טענה מבוררת והו״ל כמו שמתנה שיחרוש בבקעה וחרש בהרים דהוי נמי טענה מבוררת וכן היכא שהאויר משונה בהרים מחמת שלג ומטר ולא בבקעה דהוי טענה מבוררת דמפקינן ממונא ע״פ טענה זו. וה״נ דכוותה:

ד השוכר את הפרה וכו׳ משנה שם ורבותא אשמועינן דאע״פ דשינה השוכר מהר לבקעה מ״מ פטור משום דבהר כ״ש שהיה נשבר שהרים קשים לחרוש שהסלעים שם ודינו כאילו לא שינה. ומ״ש ואם היא שדה מלאה אבנים וכו׳ צריך לומר דהשתא מיירי בשינה מהר לבקעה אע״פ שהבקעה מלאה אבנים אפ״ה בהר היה קשה יותר לחרוש מפני שהסלעים שם דאל״כ למה פטור השוכר והא דכתב בין שניהם משלמין כל אחד החצי פירש״י וז״ל שהו״ל ליזהר מאוד ובדבר מועט שעיות אף המנהיג הוא נשבר והוי דבר המוטל בספק עכ״ל והתוספות הקשו על פירושו וז״ל ואין נראה דלא קי״ל כסומכוס אלא כרבנן דהמע״ה ואי הוה ספק היו שניהם פטורים אלא צ״ל דהכא שניהם פשעו כיון דמוחזקת באבנים הוא נשבר מאוד בקל והיה לכ״א ליתן לב על חבירו כמו על עצמו להזהירו ואחר שלא הזהירו גם הוא פשע עכ״ל. וכ״כ הרא״ש ולפ״ז היה נראה דאם אחד היה תמיד מזהיר את חבירו ונזהר במלאכתו והשני לא היה מזהיר השני חייב אבל רבינו כתב סתם ונראה דס״ל דלענין דינא אין חילוק בין הפירושים ובכל ענין שניהם משלמין: ומ״ש וא״א הרא״ש ז״ל כתב שהם פטורים וכו׳ כ״כ התוספות דהכי מוכח מדקא בעי תלמודא היכא דלא שינה בה דהשוכר פטור מאן משלם למשכיר המנהיג את הפרה משלם או האוחז את היתד מכלל דהיכא דשינה מבקעה להר דהשוכר חייב פשיטא הוא דהמנהיג והאוחז היתד שניהם פטורים מלשלם לשוכר אבל להרמב״ם שדין השוכר עם הנערים צריך ליישב ולומר דס״ל להרמב״ם דתלמודא אריישא קאי היכא דשכרו לחרוש בהר וחרש בבקעה ונשבר היתד דהשוכר פטור דקרי ליה תלמודא דלא שינה כיון דשינוי זה אין קרוי שינוי וה״ה דבסיפא היכא דשינה מבקעה להר נמי קמיבעיא ליה מאן משלם לשוכר ולכן כתב הרב שדין השוכר עם הנערים:

סימן שי

א השוכר את החמור ונסתמא וכו׳ משנה פ׳ האומני׳ וע״פ סוגיית הגמרא (בדף ע״ח ע״ט): ומ״ש רבינו ומיהו נראה וכו׳ טעמו דכל ששכרו לרכיבה או לכלי זכוכית אפילו נסתמא או התליעו רגליה כיון דאינה ראויה לרכיבה ולכלי זכוכית דינו כאילו מת או נשבר שיתבאר בסמוך ומשמע לי מפרש״י דבא״ל חמור סתם דחייב להעמיד לו חמור אחר המשכיר חייב לטפל בו או ימכור חמור זה וישכיר לו אחר או יקנה לו חמור אחר אבל בא״ל חמור זה אומר לו הרי שלך לפניך והשוכר צריך לטפל בו למכור אותו ולהשכיר לו חמור אחר ואין המשכיר חייב לטפל בו. וכ״כ ב״י בסוף סימן זה ע״ש הרמב״ן ז״ל:

ב והרמב״ם חילק וכו׳ ואיני מבין מה חלוק בין שכרו למשא או לרכיבה וכן השיג עליו הראב״ד ונראה ליישב דס״ל להרמב״ם דכיון דא״ר ב״ר הונא אמר רב השוכר את החמור לרכוב עליה ומתה לו בחצי הדרך וכו׳ מבמע דהאי דינא דחייב ליקח בדמי הנבלה חמור או ישכור וכו׳ אינו אלא בשכרו לרכוב וכמו שהוא כתוב בגירסתינו בגמרא לרכוב ולא כגי׳ הרב המגיד וכ״כ ב״י ועל השגת רבינו שכתב איני מבין מה חלוק בין שכרו למשא או לרכיבה זו קושיא היא וצריך ליישבה בטוב טעם. ונראה דה״ט בשכרו לרכוב כיון דאי הוה א״ל חמור סתם אמרינן דאי נסתמא או התליעו רגליה חייב להעמיד לו חמור אחר א״כ השתא דא״ל חמור זה אמרינן דלא א״ל זה אלא משום דאסיק אדעתיה במא תהיה חולה או נסתמה ויתליעו רגליה וכיוצא בזה דשכיחא ולכן אמר חמור זה התנה עמו שלא יתחייב להעמיד לו חמור אחר אע״פ שהשכירו לרכיבה אבל לא אסיק אדעתיה שמא ימות דלא שכיח וכיון דלא התנה עמו על המיתה לפיכך אם מת או נשבר בחצי הדרך אם יש בדמיה ליקח בהמה אחרת יקח וכו׳ אבל בשכרו למשא דאפי׳ לא א״ל חמור זה אלא חמור סתם אם חלתה או נסתמה אין חייב לו להעמיד חמור אחר בע״כ הא דהתנה וא״ל חמור זה אין זה אלא דאסיק אדעתיה שמא ימות ולכך א״ל חמור זה דאינו משעבד לו אלא חמור זה כמו שהוא עכשיו חי אבל לא אם ימות שאם ימות לא יקח בדמי הנבלה חמור אחר וכ״ש שלא ישכור בדמיה חמור אחר כי לא נבתעבד לו אלא חמור זה בעודו חי. ומיהו בזה צריך להרמב״ם היכא דשכרו לרכיבה וא״ל חמור זה ונסתמא או התליעו רגליה ויש בדמי זה להשכיר אחר אם יכול השוכר למכרו ולהשכיר אחר כיון שחמור זה נשתעבד לו וכדסבירא ליה לרבינו שכתב לעיל ומיהו נראה אם יש בדמי זה לבכור וכו׳ וכך הוא להרמב״ם או שמא כיון דא״ל חמור זה שלא להתחייב לו בחמור אחר אמרינן דלפטור עצמו לגמרי נתכוין בין שיהא בדמי זה לשכור חמור אחר בין לא יהא בדמיו לשכור חמור אחר בכל ענין יהא פטור שלא ימכרנו כלל ועיין בדברי הרמב״ם ריש פ״ה דשכירות דלא גילה הרמב״ם דעתו בדין נסתמא וחלתה היכא דא״ל חמור זה ולא כתב מדין זה כלום: ומ״ש והא דאמרי׳ שנותן לו שכרו וכו׳ עד אינו נותן לו כלום משכרו כ״כ התוספות בד״ה אלו עד הכא ראש (דף ע״ט): ומ״ש ונראה שכל היכא וכו׳ ומדברי רש״י יראה וכו׳ לשון רש״י בזה כתבתי בתחלת סעיף זה ומ״ש

ולא נהירא דכל זמן שיש בדמיה לשכור וכו׳ מדברי רבינו משמע שהבין מדברי רש״י שכתב כך אהיכא דא״ל חמור זה וכך הבין הרא״ש וכתב עליו שהוא מגומגם וכו׳. ולפעד״נ דלא עלה על דעת רש״י מעולם לפרש כך דדבר פשוט היא דמתניתין בדא״ל חמור סתם היא כדתנן מתה או נשברה חייב להעמיד לו חמור אחר. ואין זה אלא בדא״ל חמור סתם כדאיתא בגמרא וכדכתב הרא״ש גופיה אלא דרש״י בא לפרש דבסיפא כיון דהמשכיר אינו רוצה להפסיד משכרו כלום לכך חייב להעמיד לו חמור על ידי שיוסיף מעות על הנבלה ויקנה לו חמור אחר או ישכור לו אחר בדמי נבלה ומ״ש שהרי חמור זה שיעבד לו אין רצונו לומר דא״ל חמור זה דודאי חמור סתם קא״ל. אלא דעכ״פ חמור זה שיעבד לו ואף יותר מזה נשתעבד להעמיד לו חמור אחר אם ימות זה וכיון שחפץ בשכרו הלכך חייב לעשות אחת משתים או יקנה חמור אחר או ישכור מיהו אם יחזיר לו שכרו פטור דפשיטא דלא נשתעבד להעמיד לו חמור אלא בשביל שכרו וכשמחזיר לו שכרו לפי שנאנס דמת החמור אין המשכיר חייב כלום. מיהו דעת רבינו נכון היכא דהנבלה שוה הרבה אע״פ דאינו מוצא לשכור אלא ביוקר גדול דצריך המשכיר לשכור לו ואינו יכול לומר אחזיר לך מעותיך והנבלה תהא שלי כיון דחמור זה שיעבד לו ואין חלוק בין דא״ל חמור סתם בין א״ל חמור זה דמ״מ חמור זה שיעבד לו עכ״פ ומנבלתה יוכל להשכיר ולפעד״נ פשוט דאף רש״י מודה בזה ולא אמר רש״י דיוכל להחזיר לו שכרו אלא היכא דאין בנבלה בכדי לשכור לו חמור אחר דאז יחזיר לו שכרו ופטור ולשון רש״י ודאי משמע דה״ק דאם יש בדמי נבלה והעור כדי להעמיד לו חמור אז חייב המשכיר למכור העור והנבלה וכו׳ או אם אין בנבלה להעמיד לו חמור אחר ואינו רוצה להוסיף מעות אז יחזיר לו שכרו ואין ללשון רש״י זה משמעות אחר ולפי זה האי אז יחזור לו שכרו מירי כשהנבלה שוה קצת דכתב רבינו דינו בסמוך וכמו שיתבאר בס״ד ולא היה כדאי לכתוב על פרש״י ולא נהירא דודאי פירושו נהיר ובהיר וכדפי׳. ומ״ש רבינו דבשאין הנבלה שוה כלום וכו׳ שלא שעבד לו מנכסיו כלום אלא זה החמור וכו׳ דברים ברורים הם שהשכר מחצי הדרך שהלך הם נכסיו כשאר נכסים שלו שבביתו וכיון שהנבלה אינו שוה כלום אין לשוכר עליו כלום דלא נשתעבד שיתן לו מביתו: ומ״ש ואם הנבלה שוה קצת וכו׳ עד לזה לא נשתעבד לו להוסיף לו מביתו כיון שאין הנבלה שוה כל כך כבר כתבתי דבחלק זה מדברי רש״י ונראה דה״ק רבינו דאם ישכור לו ביוקר בדמי הנבלה ובחצי השכירות הנשאר השתא ודאי כשהעמיד לו חמור שמוליכו למקום שנשכר לו א״כ השכירות הם נכסיו כשאר נכסיו שבביתו והרי לא נתחייב לו אלא להוסיף ולצרף מן השכירות עם דמי הנבלה עד חצי שכירות כפי מה שהיה בשעה ששכרה ומה שמשלם יותר מזה בשביל היוקר הוא מקרי מוסיף מביתו שהוא שכירותו. ואמר טעם לזה כיון שאין הנבלה שוה כ״כ כלומר דאם הנבלה שוה הרבה ודאי יכול לשכור אפילו ביוחר גדול כיון שהשכירות הוא מדמי הנבלה שלזה נשתעבד לו משא״כ בשוה קצת וצריך להוסיף מן השכירות וה ודאי מוסיף מביתו הוא ודו״ק:

ג ששאלת וכו׳ פשיטא שצריך ליתן לו שכירות כל יום ויום וכו׳ צ״ע אי ר״ל שכירות כל יום ויום וכל הימים בשוה או שמא דביום שעמדה בלא מלאכה א״צ לשלם אלא כפועל בטל ולקמן יתבאר בס״ד ריש סי׳ של״ד ומ״ש אי לא היה ראוי להתגדל וכו׳ גם זה יתבאר בסי׳ של״ד:

סימן שיא

א השוכר הספינה להוליך בה יין למקום פלוני וטבעה וכו׳ ברייתא פרק האומנין וכפי מה שעלה מהסוגיא ומ״ש אפי׳ קיבל כל השכירות צריך להחזיר לו שיאמר לו הבא ספינה וכו׳ ולא קשה מ״ש ממת החמור בחצי הדרך דנותן לו שכרו של חצי הדרך אע״ג דא״ל חמור זה ולא מצי א״ל הא קאימנא וחמורך מת וכדלעיל בסימן ש״י סעיף ב׳ דשאני התם דכבר נהנה השוכר שבא לכאן וכדקאמרינן אילו בעית למיתי עד הכא לאו אגרא בעית למיתב אבל הכא לא נהנה כלום שהרי נטבע כ״כ התוס׳ והרא״ש: א״ל ספינה סתם וכו׳ וכן כתב הרמב״ם אלא שכתבו וכו׳ כצ״ל אבל לא כספרים שכתוב בהן אלא שכתב דמשמע שהרב רבינו משה בר מיימוני הוא דכתב כך ולא הרי״ף והא ליתא דגם הרי״ף כ״כ ע״ש:

ג ומ״ש ודקדק מכאן הרמ״ה וכו׳ כלומר מדחזינן דבספינה זו א״נ יין זה הוי קפידא ואינו יכול ליתן לו אחר למדנו מי ששוכר וכו׳ וי״א דודאי בעלמא יכול לשנות דמה לו יין זה שהתנה או אחר אלא דהיכא דטבעה ספינתא ויש לו ריוח בקפידא זו מצא מקום לטעון ולומר אני מקפיד לקיים תנאי זה שהתנתי עמך דוקא ספינה זו אי נמי דוקא יין זה וז״ש מצאה כאן מקום קפידא לנוח ונחה כיון דאיכא נפקותא בקפידא זו משא״כ בעלמא דלא נפקא מינה בקפידא. וע״ל בר״ס ש״ח ס״ד: ומכאן ראיה וכו׳ ע״ל סימן של״ג:

סימן שיב

א המשכיר לחבירו בית וכו׳ כך כתב הרא״ש דהא דאיתא בס״פ השואל נפל ביתו של משכיר לא עדיף השוכר ממנו ויצא לא איירי אלא בסתם שלא השכיר לו לזמן קצוב אבל השכיר לזמן קצוב אין יכול להוציאו תוך הזמן כדמוכח בירושלמי: ומ״ש והמקח קיים וכו׳ כלומר לא תימא כיון דמכרו תוך

הזמן הו״ל כאילו מוכר דבר שאינו ברשותו וכדשלב״ל ואין המקח חל לכך אמר דלא דמי דהכא גוף הבית שלו אלא דהשוכר משתמש בו עד זמן קצוב והו״ל ככותב נכסיו לבנו לאחר מיתה גוף מהיום ופירי לאחר מיתה דאם מכר הבן אין ללוקח בהם כלום עד שימות האב והמקח קיים כדלעיל בסימן רנ״ז. כ״ש כאן דהמקח קיים וצריך להניחו ביד השוכר עד שישלים זמנו וגם דין זה כתב הרא״ש לשם ודה״א בירושלמי וכ״כ התוס׳ פרק א״נ (דף ע״ג) בד״ה השתא נשקול מר ועיין שם כי הקשו על זה ופירשו דבמשכנת׳ אין יכול למכור אלא מה שהוא יתר על החוב:

ג ומ״ש ואם הקדים לו השכר אפילו לזמן מרובה וכו׳ פי׳ לא השכירו לזמן קצוב אלא הקדים לו השכר וכו׳ קנה בבית כנגד מעותיו שקיבל מידו אע״פ שלא קצב עמו זמן וגם זה כתב הרא״ש לשם ודהכי איתא בירושלמי ומ״ש וכ״כ הרמב״ם וכו׳ איכא לתמוה מה ענין זה לזה ויש ליישב בדוחק דמדכתב בסתם משמע דאע״פ שמכרו מפני דוחק עניות שאין לו מה יאכל אפי׳ הכי חייב להשכיר לו בית אחר כיון שמכרו לאנס תוך זמן הקצוב ומשמע נמי דבמכרו לחבירו שאינו אנס אינו יכול להוציאו דאל״כ למה נקט אנס מיהו אין נראה שיאמר על דיוק כזה וכ״כ הרמב״ם ותו קשה טובא דלמה לא הבא רבינו מ״ש הרמב״ם בפי׳ פ״ו משכירות וז״ל המשכיר בית או חצר או מרחץ או חנות או שאר המקומות עד זמן קצוב ה״ז כופהו לצאת בסוף זמנו וכו׳ דאלמא דבתוך זמנו אינו יכול לכופו לצאת כלל וכדמוכח להדיא ממ״ש אחר כך כל הני דשמעתין דמיירי דמשכיר בסתם וכדכתב הרא״ש דכולה שמעתין מיירי בסתם ולבי אומר לי דטעות סופר איכא הכא וכצ״ל וכן כתב רבינו מאיר כתב הרמב״ם וכו׳ וכדאיתא להדיא באשיר״י שכל זה כתב לו רבינו מאיר בתשובה ומביאו ב״י ואח״כ מביא רבי׳ הא דכתב הרמב״ם במוכר לאנס או עכו״ם:

ה ומ״ש וכן אם משכנו לשנים ידועי׳ כו׳ גם זה כתב הרא״ש לשם ודהכי איתא בירושלמי דעובדא הוה דביתיה הוה ממושכנת בחד רומי ולא הו״ל למיפרקיה. ופי׳ הרא״ש מעשה שהיה כך הוה שהיה ביתו של אחד ממושכן אצל יהודי אחד במשכנתא דסורא או כל ימיו בכך וכך לשנה כל זמן שלא יפדנה ולא הו״ל מעות לפדותה ובזה הורה כרבי אמי שיצא מיד אבל משכיר בית לשנה וצריך למוכרה מחמת דוחקו צריך להניח שוכר בבית עד שישלם זמנו כר׳ זעירא ור׳ אילא עכ״ל וסובר רבי׳ דהאי שיצא מיד היינו מיד לאחר כלות השנה ולא אמרינן דהו״ל כמוכר תוך הזמן הקצוב שהרי השכינו אצלו כל ימיו א״נ במשכנתא דסורא דהיינו לשנים ידועים כגון לעשר שנים וא״כ תוך עשר שנים הו״ל תוך זמנו הא ליתא דכיון שהתנה עמו כל זמן שלא יפדנה א״כ המכירה היא לו כמו פדיון מיהו תוך השנה אין יכול להוציאו שהרי השכיר לו כל שנה ושנה בכך וכך ומיד שדר בו בתחלת השנה ל׳ יום אין יכול להוציאו כדפסק הרא״ש בתשובה הביאו רבינו בסמוך סעיף י״ג אלא מיד בכלות השנה קאמר אבל אחר השנה יכול ליקחנו ואין זה נקרא תוך הזמן הקצוב אבל ב״י כתב דרבינו למד דין זה מפ׳ איזהו נשך מעובדא דרב מרי בר רחל ורבא (דף ע״ג) ולא הבנתי דבריו דהתם לא קאמר אלא במשכנתא בסתם וכדאמר רב מרי דסתם משכנתא שתא אי בעי עכו״ם לסלוקי לי לא הוי מצי מסלק לי וכו׳ אבל הכא במפ׳ לשנים ידועים במשכנתא דסורא ואין ראיה זו ענין לנדון זה אלא כדפי׳ עיקר: כתב הרא״ש וז״ל וכן נמי אם נפל ביתו של משכיר או כלליה לבריה נראה שאין יכול להוציאו דשכירות לזמן קצוב כמכר דמיא אבל אם אין לו מה יאכל יכול למכרו אפילו בתוך הזמן וה״א בירושלמי וכו׳ וט״ס הוא שהרי בסוף דבריו כתב אבל משכיר בית לשנה וצריך למוכרה מחמת דוחקו צריך להניח לשוכר בבית עד שישלם זמנו אלא כצ״ל דשכירות לזמן קצוב כמכר הוא אפילו אם אין לו מה יאכל אבל יכול למכרו אפי׳ בתוך הזמן וה״א בירושלמי וכו׳ והיינו כמו שכתב בסוף דהמכר שמכר תוך הזמן המקח קיים ואינו כמוכר דבר שאינו ברשותו אבל אינו יכול להוציאו תוך הזמן וכדי להסיר מכשול מן המעיינים בב״י שהביא לשון הרא״ש כמו שהוא נדפס בטעות כתבתי תיקונו: לנשואין אין פחות מל׳ יום כצ״ל וכך הוא באלפסי ובאשר״י פ׳ השואל וברמב״ם פ״ו מה׳ שכירות וכ״כ רבינו בסי׳ שמ״א סעי׳ ג׳ וגם זה בירושלמי:

ח השכירו לו סתם בכך וכך לחדש וכו׳ משנה ואוקמתא דגמרא ס״פ השואל והסכימו הפוסקים דכולה שמעתין איירי בסתם דהיינו דהשכירו לו בכך לכל חדש וחדש כל זמן שידור בו והתם הוא דצריך להודיעו ודלא כפרש״י דמיירי בהשכירו לזמן קצוב והגיע זמנו וצריך להודיעו קודם שיגיע הזמן ל׳ יום דליתא לפירושו דכיון דקצב לו זמן כמאן דהודיעו דמי ואפי׳ באמצע יה״ג מוציאי מיד בסוף הזמן אפי׳ לא הודיעו. ומ״ש ואפי׳ כשיגיע הפסח אינו יכול להוציאו וכו׳ איכא למידק לאיזה צורך יחזור ויודיעו ל׳ יום קודם פסח הלא כבר הודיעו אחר הסוכות אלא שלא היה הדין עם המשכיר להוציאו כל יה״ג א״כ יודע כבר השוכר דבכלות יה״ג צריך ליצא מן הבית וי״ל דמצי טעין השוכר אמרתי מה שהודעתני אחר הסוכות הוא לפי שעלה ע״ד שתוכל להוציא אותי קודם יה״ג וגם היה לך אז אדם אחר שישכיר בית זה אבל לאחר שהיה הדין נותן שלא תוכל להוציאני כל יה״ג שוב אין דעתך להוציאני כי אין לך איש אחר שיבקש לדור בבית זה והא ראיה שלא הודעתני כל יה״ג ולכך צריך לחזור ולהודיעו מט״ו באדר. בד״א בעיירות וכו׳ שם במשנה ופרש״י בכרכים שהם מקום השווקים שהכל נמשכים לגור שם והבתים מצויים לשכור ובחניות שהחנווני מקיף הקפות למכירים ושוהים מלשלם לו ימים רבים וכשמביאים לו מעותיו באין על הפתח החנות שהקיפו שם ואם הלך למקום אחר אינה יודעים אנה ימצאוהו אין יכול להוציאו כל י״ב חדש ובחנות של נחתומים וצבעים הקיפן מרובה לזמן ארוך: וכשם שהמשכיר צריך להודיע וכו׳ משמע דוקא בעיירות ובכרכים צריך השוכר

להודיע אבל בחנות א״צ להודיע י״ב חדש וסגי בל׳ יום דהאי טעמא דהתנוונו מקיף הקפותיו לא שייך אלא לענין דצריך המשכיר להודיע אבל לא השוכר ולכן לא הזכיר רבינו בדין זה שהשוכר צריך להודיע כי אם עיירות וכרכים ולא הזכיר חנות אבל ב״י כתב דאין חלוק בין משכיר לשוכר והאריך עוד בחלוקי דינים אלו ע״ש:

יד השוכר בית בסכום ידוע לשנה משנה ס״פ השואל המשכיר בית לחברו לשנה נתעברה השנה נתעברה לשוכר השכיר לו לחדשים נתעברה השנה נתעברה למשכיר מעשה בצפורי באחד ששכר מרחץ מחברו בי״ב דינר זהב לשנה מדינר זהב לחדש ובא מעשה לפני רשב״ג ורבי יוסי ואמרו יחלקו את חדש העיבור. וכתב הרשב״א ז״ל בד״א כשעמד בר״ה וכו׳ משמע מדברי הרשב״א דבאומר שנה אחת אין לו אלא י״ב חודש בין שעומד באמצע השנה או בר״ה דאזלינן בתר רוב השנים שאינן מעוברות דעל דעת סתם שנה שאינה אלא י״ב חדשים השכיר לו בית זה ומתני׳ דפרק השואל לא מיירי אלא בעומד בר״ה ואמר שנה זו או השנה התם הוא דנתעברה לשוכר ולא קשה לפלוג וליתני בדידיה בין אומר שנה זו או השנה לבין אומר שנה אחת די״ל דמפליג בין משכיר לשנה ובין משכיר לחדשים משום דבעי למיתני בסיפא דאם אמר שתי הלשונות דחולקין את חדש העיבור לרשב״ג ורבי יוסי ומשמע להדיא דדוקא בעומד בר״ה ואמר שנה זו או השנה אבל בעומד אחר ר״ה או באמצע החורף ואומר שנה זו או השנה לא השכיר לו אלא עד תשלום השנה דהיינו עד תשרי וכמו שהוא לענין נדרים דבעומד בתוך השנה ואמר קונם עלי יין שאני טועם שנה זו אינו אסור אלא עד תשרי כ״כ הר״ן בפרק קונם יין דבנודר בר״ח שבט ואומר קונם יין שאיני טועם השנה פשיטא דהשנה עד ר״ה משמע ואף על פי דבנדרים תנן ר״פ קונם יין נדר שנה אחת אסור מיום ליום מפרש הרשב״א דאין ר״ל אלא י״ב חדש אפילו השנה מעוברת וז״ל הר״ן לשם דבאומר שנה אחת סתם אין חדש העיבור בכלל אע״פ דאותה שנה שנדר בה מעוברת והוסיף עוד הרשב״א דאפי׳ באומר שנה אחת מיום זה אין חדש העיבור בכלל ואינו נ״ל אלא כל שקדם הנדר לחדש העיבור ואמר שנה אחת מיום זה מונין י״ג חדש ואני חוכך עוד לומר דאפי׳ בנדרו שנה אחת סתם אסור בעיבורה דמסתמא שנה זו משמע וכו׳ עכ״ל. וגם רבינו בי״ד פסק בסימן ר״ך דבאומר שנה אחת או שנה סתם אם השנה מעוברת אסור י״ג חדשים מיום ליום ומ״מ הרשב״א לא סבירא ליה הכי אלא בנדרים לעולם אינו אסור אלא י״ג חדש אא״כ בעומד בר״ה ואומר זו או השנה דאז אסור י״ג חדש והוא הדין למשכיר אלא דקצת קשה דבי״ד פסק בסתם דבאומר שנה אחת בסתם אסור י״ג חדשים וכאן הביא דברי הרשב״א דאינו אלא י״ב חדש ולא כתב הפך זה ונראה ודאי דאע״ג דהרשב״א גופיה ס״ל דדין משכיר ושוכר כדין נדרים מ״מ רבינו מחלק ביניהם וסבירא ליה דדוקא בנדרים הלך אחר לשון בני אדם וכשאומרין שנה אתת אוסרים עליהם י״ג חדשים כמו השנה שעומדין בה שהיא מעוברת אבל בעלמא שנה אחת אינו משמע אלא שנה מרוב השני׳ שאינן אלא י״ב חדש ולכן במשכיר (ושואל) [ושוכר] אינו אלא י״ב חדש: השכיר לו חדש ושנה כו׳ הכי אסיק רב נחמן בגמרא דמספקא לן אי תפוש לשון ראשון או לשון אחרון וקרקע בחזקת בעליה קיימת ופרש״י ואפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר שהספק לא נולד עכשיו אלא מתחלת החדש נולד והעמד קרקע על חזקתו ונמצא דר בשל חברו וצריך להעלות לו שכר אבל בהך דכור בשלשים סאה בסלע אני מוכר לך דראשון ראשון קנה התם משום דתפיס הלוקח כל סאה וסאה כשנמדד לרשותו ואין בנו כח להוציא מידו והעמד דבר על חזקתו ועיין לעיל בסימן ר׳ סוף סעיף י״א ולא דמי למדה בחבל הן חסר הן יתר לעיל בסי׳ רי״ח סעיף ט׳ דקרקע היא ונחלקו בה הגדולים ולשם התבאר דבכל אחד מב׳ הלשונות איכא קולא וחומרא ועיין שם:

טו וכתב הרמב״ם וכן אם אמר בעה״ב וכו׳. פי׳ גם בטענות אלו אמרינן דהמשכיר מוחזק בקרקעו אע״ג דהשוכר דר בו כגון דהבעל הבית טוען דלזמן זה השכרתי לך והיום או למחר הוא סוף הזמן והשוכר אומר סתם השכרתני ולא תוכל להוציא אותי כל יה״ג ואפי׳ ביה״ח צריך להודיע קודם כשיעור שנתנו חכמים או שאמר השוכר לזמן ארוך השכרת לב׳ וג׳ שנים המשכיר נאמן בשבועת היסת דקרקע בחזקת בעליה קיימת:

טז נפל הבית לאחר שהשכירו וכו׳. ס״פ השואל: ומ״ש בשם הרמ״ה וכו׳ שהם יש בעציו ואבניו וכו׳. למד כך מדין השוכר את החמור ומת שנתבאר בסימן ש״י ס״ב אבל הרא״ש מפרש כפר״י בתוס׳ פרק האומנין (בבא מציעא דף ע״ט) בד״ה ואם יש בדמיו וכו׳ דמדאמרו גבי בית היכא דנפל אזדא לה ולא אמר אם יש בדמיו ליקח יקח וכו׳ אלמא דבית שאני דאינו עומד למכור אלא להוסיף עליו ולחזור ולבנותו כבתחלה וכיון דא״ל בית זה ונפל אין למכרו וגם לא קבל עליו להוסיף יציאה בבנין בית זה אלא בית זה כמו שהשכיר לו לדור בו כל זמן שיוכל וכי נפל אזדא אבל חמור אינו עומד אלא למכרו בדמים ולכך אם יש בדמים ליקח יקח לשכור ישכור ומכאן למד הרא״ש בתשובה כלל ל״ה סי׳ ה׳ דאם נתקלקלו הקורות דמסתמא עומד הוא ליתקן לא שייך לומר אזדא ליה ודמי לההוא דחמור הילכך חייב המשכיר ליתן עכ״ל הרא״ש והביאו רבינו כאן ונראה לפע״ד דלהרמב״ם דמחלק דדוקא בהשכירו לרכיבה הוא דאמרינן דאם יש בדמיה ליקח יקח וכו׳ אבל בהשכירו למשא אפילו יש ליקח לא יקח וכפי׳ טעמו כי טוב הוח לעיל בסי׳ ש״י ניחא לדידיה נמי הא דאמר הכא אי נפל אזדא ולא אמרינן אם יש בדמי עצים ואבנים ליקח יקח וכו׳ והיינו משום דאמרינן דאין ספק דלא עלה ע״ד להתנות אלא באם יפול דלא יתחייב לו להעמיד בית אחר בדמי עציו ואבניו אבל לא אמרינן דאתני לענין זה שאם יתקלקלו הקורות והתקרה שלא יתחייב המשכיר לתקנו דאפילו לא אתני נמי אין חייב לתקנו כיון דאפשר לדור בו כך בלא סכנה וכן הדין בחמור בהשכירו למשא ומת דאין אומרים אם

יש בדמיו ליקח יקח וכו׳ ע״ש: ואם המשכיר סותר את הבית חייב ליתן לו אחר. כ״כ הרמב״ם בפ״ה משכירות וז״ל אבל אם סתרו חייב להעמיד לו בית אחר וכו׳ ופי׳ ה׳ המגיד בודאי שהשוכר מעכב עליו שלא יסתרנו בזמן שכירותו אבל אם עמד וסתרו ודאי חייב להעמיד לו בית עד כאן לשונו וא״כ לפי זה צריך לפרש דמ״ש רבינו ואם המשכיר סותר את הבית היינו שהתחיל כבר בסתירתו עד שאי אפשר לדור בו עוד דאל״כ הלא השוכר מעכב עליו שלא יסתרנו:

יז א״ל בית סתם וכו׳ משנה וגמרא ס״פ השואל: א״ל בית כזה וכו׳. שם פריך אהא דתנן אינו יכול לשנותו ומוקי לה דא״ל בית כזה אני משכיר לך ואכתי מאי למימרא לא צריכא דקאי אגודא דנהרא מה״ד מאי כזה דקאי אגודא דנהרא קמ״ל ופרש״י דאכולי מילתא אתני עכ״ל משמע מפירושו דכשאומר לו בית כזה לא יכול לשנות בכלום ממה שהיה בתחלה ודלא כנ״י לשם:

יח ומ״ש בשם הרמ״ה דאין יכול לכופו לבנות לו בית או לשכור לו וכו׳. היינו דוקא בדא״ל בית סתם דאי א״ל בית זה יכול לכופו לבנות לו בית אם יש בדמיו ליקח כדכתב הרמ״ה לעיל הי״ו: ומ״ש ולפי מ״ש א״א הרא״ש וכו׳ ה״נ כיון שקנו מיניה וכו׳. כתב בית יוסף וז״ל אפילו בלא קנין משהחזיק בבית על התנאי ההוא חייב לבנות או להשכיר בית אחר עד כדי בית ראשון ולא כתב רבינו קנין אלא לענין אם צריך לבית השני יותר מדמי ראשון עכ״ל ולפעד״נ קרוב דרבינו ה״ק דכיון שקנו מיניה אע״ג דלא החזיק בבית נשתעבדו לו נכסיו בקנין ואה״נ דאם החזיק בבית לשם קנייה אע״ג דלא קנו מידו נשתעבדו כל נכסיו אך צריך לעיין הא דכתב הרמ״ה דבקנו מיניה להשכיר לו או לבנות לו לא היה בעולם תיפוק ליה דלבנות הו״ל קנין דברים כדכתב רבינו בשמו בסימן קנ״ז ס״כ וי״ל דכאן כתב הרמ״ה דאפילו היכא דקנו מיניה דמיחייב ליתן כך וכך דרך הודאה א״נ דרך שעבוד דמשעבד נפשיה להכי ולאו קנין דברים הוא אפ״ה לא חל הקנין כיון שלא היה בעולם ובסי׳ קנ״ז ליכא למימר לא היה בעולם דפשיטא הוא דבמשעבד נפשיה לבנות המחיצה מגויל וגזית במקום שנהגו לעשות מהוצא ודפנא דבר שהוא בעולם הוא אלא דוקא כאן דהחיוב הוא לכשיפול הבית שיבנהו זהו דבר שלא בא לעולם ולא חל עליו הקנין ועל כן הוצרך רבינו לומר דאף להרא״ש דבלבנות לא הוי קנין דברים כלל כדלעיל בסימן קנ״ז מ״מ כאן הוי דבר שאינו בעולם אלא צ״ל דהקנין הוא דחל על הנכסים שנשתעבדו לו כל נכסיו להשלים תנאו אפילו לבנות לו בית אחר ומיהו בהחזיק בבית על התנאי הוא חייב לבנות או לשכור בית אחר עד כדי דמי בית הראשון אפילו לא קנו מיניה ואפילו הכי נשתעבדו לו כל נכסיו בחזקה זו כמו גבי שוכר חמור דבמה שמשכו נשתעבדו הנכסים ליתן לו חמור אחר אפילו לא קנו מיניה להרא״ש דלא כהראב״ד לעיל סימן ש״י ס״ב ע״ש ועי״ל דהא דנקט רבינו כיון שקנו מיניה היינו כשכבר דר באותו בית ולא נתכוין לקנות במה שהחזיק בבית דאז צריך קנין וראשון עיקר:

יט (כ) מי שיש לו בית ועלייה וכו׳ משנה וגמרא פ׳ הבית והעלייה: ומ״ש ונותן לו שכירות כפי הזמן שדר בו. כ״כ התוספות והרא״ש כתבו עוד דהא דלא אמרינן הכא אם יש בדמיה ליקח יקח ולשכור ישכור כדאמר גבי חמור מפורש הטעם גבי המשכיר בית לחבירו ונפל ע״נ בסמוך סעיף י״ו: לפיכך אם נפחתה ד׳ טפחים וכו׳. שם פלוגתא דרב ושמואל דרב אמר ברובה אבל בד׳ לא דכיון שאינו מחוסר אלא מקום כלי אחד כגון תיבה או מגדל כנגדו יתן כלי אחד למטה וכשירצה להשתמש בו ילך למטה וישתמש בו אבל דירתו בעלייה היא ושמואל אמר אפילו נפחתה בד׳ יורד ודר למטה דאין אדם דר חציו למעל׳ וחציו למטה ופסקו הפוסקים כשמואל דהלכה כמותו בדיני: ומ״ש ואם לא יתקנו השוכר ירד השוכר וידור עם בעה״ב ונכנס ויוצא דרך פתח הבית וכו׳. שם קמיבעיא ליה באת״ל ופסק הרא״ש דהני את״ל הלכתא נינהו וידור עם בעל הבית ולא לבדו כדמעיקרא ונכנס ויוצא דרך הפתח אבל לא דרך גגים לעלות מבחוץ דרך סולם הקבוע לכניסת פתח העלייה כדמעיקרא ויכנס לעלייה הנפחת ומשם ירד לבית בסולם דעלייה קביל עליה וירידה לא קביל עליה: ומ״ש אבל אם נפל הבית והעלייה וכו׳. פירוש דלית גפן מודלית על אילן שפירותיו אפרסקין הכי איתא בגמרא אהא דמוקי למתני׳ דא״ל עלייה זו שע״ג בית זה אני משכיר לך דהא שיעבד בית לעלייה ומייתי ראיה עליה מעובדא דדלית שע״ג פרסק ונראה שמה שהביא רבינו הך עובדא דלכאורה לא היה צריך לכתבו דאי להורות דין דלית שע״ג פרסק הו״ל לכתבו דין בפני עצמו ולא לומר כההוא דאמר לחבריה לתלות בדין שלפניו אלא לפי שמביא אחריו מ״ש הרמ״ה בדין עלייה על גבי קונדיסין ולחלק בינו לבין פרסק לכך הביא תחלה מאי דקאמר תלמודא ואייתי ראיה מדין דלית ע״ג פרסק לדין עלייה זו ע״ג בית זה דמתוכו יובנו דברי הרמ״ה על נכון ומהאי טעמא נמי אע״ג דמ״ש רבינו הך דפרסק אריש קאי וכדפי׳ וכן כתב ב״י לא כתבו רבינו אלא בסוף כדי להביא עליה דברי הרמ״ה דמחלק בדין עלייה שע״ג קונדיסין לבין פרסק ועוד יתכן לפרש דאסיפא נמי קאי אהא דכתב לפניו אבל אם נפל הבית והעלייה א״צ לבנות לו אחר כיון שאמר לו בית זה ועל זה מביא ראיה נמי מהך דפרסק אסיקנא חייב להעמיד לו פרסק כל זמן שהדלית קיימת דמשמע דאם שניהם אינן קיימין לא הדלית ולא הפרסק דפשיטא דא״צ להעמיד לו כלום וה״ה נפלו שניהם הבית והעלייה דא״צ לבנות לו כלל: והרמ״ה כתב דוקא נפחתה העלייה וכו׳. דין זה ג״כ נלמד מהך דפרסק דמדאמר כל זמן שהדלית קיימת אין חייב להעמיד לו פרסק וכ״כ ה׳ המגיד פ״ד משכירות ע״ש הרשב״א בטעם מספיק ומביאו ב״י ע״ש: ומ״ש ואפילו היכא דנפחתה לו העלייה וכו׳. דעתו דבדעת בעל הבית הדבר תלוי דאם אינו רוצה לתקן העלייה אין השוכר יכול לכופו להוציא הוצאות לבנין אלא ידור עמו בביתו כל זמן שהבית קיים עד

סוף זמן השכירות ואם רוצה לתקן לו העלייה חייב השוכר לצאת מן הבית אבל דעת רבינו אינו כן וחולק עליו בתרתי חדא בנפחתה העלייה וס״ל דהא דתנן יורד ודר למטה עד שיתקן לו העלייה ה״פ עד שיעור שיוכל לתקן לו העלייה בתוך אותו הזמן דכיון דהיה דר לבדו מעיקרא אין יכול לכופו שידור עמו בבית כיון שהיה לו זמן לתקן העלייה אלא בעה״ב יוצא מביתו בע״כ והשוכר דר בו לבדו דאפי׳ בתוך זמן התיקון של עלייה קמיבעיא ליה לתלמודא אם ידור בו השוכר לבדו והבעה״ב יוצא מביתו בעל כרחו ונהי דקיי״ל כאת״ל דידור עמו בביתו הבו דלא לוסיף עלה שאינו חייב לדור עמו אלא בתוך זמן תיקון העלייה אבל לא יותר והכי ודאי מסתברא אידך חלק על דבריו במ״ש אם נפלה העלייה כולה דהיינו כותלי העלייה לא שיעבד הבית לעלייה אלא בעודה קיימת ורבינו ס״ל דכיון דא״ל עלייה זו שע״ג בית זה כל זמן שהבית קיים חייב לתקן לו העלייה ל״ש נפחתה ל״ש נפלה כולה ולא אמרו בגמרא אי דא״ל עלייה זו אזדא אלא בדלא א״ל עלייה זו ע״ג בית זה אלא סתם עלייה זו אבל עלייה זו ע״ג בית זה שיעבד לו הבית לעלייה כל זמן שהבית קיים והא דתנן נפחתה רבותא אשמועינן דאפי׳ נפחתה וכ״ש נפלה העלייה כולה זו היא דעת רבינו והב״י הקשה על דברי רבינו ולא דק ע״ש: כתב ב״י דהא דכתב הרמ״ה לגבי פרסק לאהדוריה לדוכתיה היינו לומר שהשוכר יחזירנו למקומו ולא יוכל המשכיר לעכב על ידו אבל אין לפרש שיחזירנו המשכיר למקומו שהרי כתב בסמוך לא להחזירו למקומו וכו׳ בענין שהשוכר יכול להחזירו עכ״ל ופשוט הוא: ומ״ש אלא שלא היה רשאי להבריחו כצ״ל. ובס״א כתוב להכריתו במקום להבריחו: כתב ב״י וז״ל כתב בתשובות הרשב״א סי׳ אלף וכ״ח שנשאל על ראובן שהשכיר בית לשמעון לשנה או יותר ומת שמעון אחר ב׳ וג׳ חדשים שדר בו אם בנו יכול לומר ביתך איני רוצה ושכירות איני משלם לך אלא לפי חשבון שדר בו אבי והשיב שאינו יכול דשכירות לזמניה ממכר הוא בין ידור או לא ידור וכן דעת התוספות בפרק חזקת עלה נ״א ולאפוקי ממ״ש המרדכי פ׳ האומנים עכ״ל ולפע״ד אין ראיה זו דשכירות לזמניה ממכר הוא מכרחת להוציא מיד היורשין דבתוס׳ בפ׳ הזהב כתב דדוקא לגבי אונאה דרבייה קרא דעובר על לאו דלא תונו בשכירות כמו בממכר אמר דלזמניה ממכר הוא אבל בעלמא שכירות לאו ממכר לזמניה חשיב ליה ד״ת ולפיכך אמרי׳ בפ״ק דע״ז דלא ישכיר ביתו לעובד כוכבים לבית דירה וישראל ששכר פרה לכהן לא יאכילנה כרשיני תרומה וטעמא דשכירות לא קניא ד״ת והילכך בנ״ד אינו בדין שיוציא מיד היורשין כיון דד״ת לא קניא שכירות וכין דמת אין לך אונס גדול מזה דאין צריך לו ופטורין היורשין וכדפסק מהר״ם במרדכי פ׳ האומנים והא דכתבו התוספות בפ׳ חזקת אינו אלא לענין זה שהבית מושכר ליורשיו ואין המשכיר יכול לדחותו שהרי כתבו לשם וז״ל ואומר ר״ת דגדול קניינו של שוכר מזה שאפילו מת בתוך הזמן המקום מושכר ליורשיו עד הזמן משא״כ באשה שאם מכרה ונתנה הבעל מוציא מיד הלקוחות עכ״ל אלמא דלא אמרו התוספות אלא דהמקום מושכר ליורשיו ואין המשכיר יכול לדחותו אבל אם אין היורשים חפצים בבית הדין עמהם וכנ״ל עיקר:

סימן שיג

א המשכיר בית לחבירו וכו׳. פ״ק דבתרא (דף ו׳) וכרבא:

ג השכיר לו בית בחצר וכו׳. משנה סוף פ׳ השואל הזבל של בעה״ב ואין לשוכר אלא היוצא מן התנור ומן הכירי׳ בלבד ואוקימנא בחצר דמשכיר ותורי דאתו מעלמא קמו בה ופרש״י חצר דמשכיר. שלא השכיר את החצר ותורי דאתו מעלמא וסתם גללים אפקורי אפקרינהו בעלים דקניא ליה חצרו ואפי׳ קדם שוכר והגביהו לא זכה בהן עכ״ל וכך הם דברי רבינו שכתב השכיר לו בית בחצר כלומר אבל לא השכיר לו את החצר. וכו׳ כל הזבל המתקבץ בו משאר הבהמות הוא של המשכיר כלומר אפי׳ משאר בהמות ואצ״ל מבהמות דמשכיר ומשמע אבל אם השכיר לו גם את החצר ושניהם משתמשים בו הו״ל כחצר של שותפין והזבל דמעלמא שבחצר הוא של שניהם וכמ״ש הרא״ש בתשובות שהביא רבינו בסימן ר״ס ס״ג דהשוכר בית ודר עם המשכיר בביתו המציאה הבא אל הבית היא של שניהם דהוי כמו חצר השותפין ואם היה צבי שבור וכו׳ נכנסים לבית היו זוכים בהן שניהם כי חצרם היה קונה להם ואף זבל זה דאתי מעלמא לחצר זה דהוא הפקר זכו בו שניהם המשכיר והשוכר אבל אם השכיר לו החצר שיהא הוא לבדו משתמש בו הא פשיטא דהזבל דמעלמא הכל הוא לשוכר שזכתה לו חצרו דשכירות לזמניה ממכר הוא מדברי סופרים ואין למשכיר בזבל דמעלמא כלום: ומ״ש אבל המתקבץ מבהמות השוכר וכו׳. הוצרך להודיע דאע״פ דהו״ל חצר של שותפין אינו אלא לגבי מציאה והפקר דזכו בו שניהם כגון זבל מתורי דאתו מעלמא וצבי שבור דמדמי להו סוף פ׳ השואל להדדי אבל תורי דשוכר לא הפקירן השוכר וכן מה שמוציא זבל מביתו לחצר הוא שלו זו היא דעת רבי׳ וע״ד פי׳ רש״י ז״ל אבל הרמב״ם מפרש בחצר דמשכיר ותורי דאתו מעלמא דהזבל של משכיר הוא אע״פ שהיא שכורה ביד אחרים וכבר פי׳ ה״ה דעתו ומביאו ב״י ע״ש: ומ״ש ופי׳ הרמ״ה וכו׳. נראה דהרמ״ה נמי מפרש כפרש״י וכרבינו דאי כהרמב״ם הא ודאי דשל המשכיר הוא הזבל שנעשה מתנור וכירה העומדים בחצר כיון דחצרו של משכיר אע״פ ששכורה ביד אחרים קנתה לו חצרו שלא מדעתו:

סימן שיד

א המשכיר וכו׳. משנה ס״פ השואל המשכיר חייב בדלת בנגר ובמנעול ובכל דבר שמעשה אומן אבל דבר שאינו מעשה אומן השוכר עושהו ובברייתא משכיר חייב להעמיד לו דלתות ולפקוח לו חלונות נראה דאי ממתני׳ לא שמעי׳ אלא דחייב בדלת אבל העמדתה בבית על השוכר היא קמ״ל דעל המשכיר להעמידה ג״כ ולשון ולפתוח לו חלונות אתא לאורויי דדוקא בשצריך לאורה וזהו לפתוח לו כלומר לצרכו כדי שיהא לו אורה והראב״ד דקדק מלשון לפתוח דמיירי אפילו יש לו אורה אם יש בו חלונות שנסתמו ולא נפרצו פצימיהן צריך לחזור ולפתחן דכיון דלא פרץ פצימיו גלי דעתיה לפתחן לאחר זמן וכדלעיל בסי׳ קס״ב סעיף ח׳ וכדאיתא בפ״ק דבתרא:

ב ומקום המזוזה והמזוזה. כך הוא בספרים המדוייקים: ואם נפחתה המעזיבה והתקר׳ בד׳ טפחים חייב לתקנה. פלוגתא דת״ק ור׳ יוסי בס״פ הבית והעלייה גבי משכיר לחבירו עלייה וכדלעיל בסי׳ שי״ב סי״ט ולמד משם רבינו דכיון דלת״ק חזוקי תקרה הוא א״כ מעשה אומן הוא לפיכך המשכיר בית לחבירו ונפחתה המעזיבה והתקרה בד׳ טפחים חייב המשכיר לתקנו אבל לר׳ יוסי דאשוויי גומות הוא אינו מעשה אומן ועל השוכר לעשותו:

סימן שטו

א כשם שהקרקע נקנה בכסף וכו׳. מימרא דר״א בפרק מרובה (בבא קמא דף ע״ט) ותנ״ה ודוקא שכירות קרקע אבל שכירות מטלטלי לא מיקני בשטר אלא בכספא ולקבולי מי שפרע ובמשיכה וקנו לגמרי:

ב וכשם שמתנה אדם כל תנאי וכו׳. כ״כ הרמב״ם רפ״ז דשכירות.

ג ומ״ש אלא א״כ יש לו פירות בלבד באותו קרקע ה״ז משכיר ואינו מוכר. נראה דכ״כ משום דתנן ס״פ י״נ (דף קל״ו) הכותב נכסיו לבנו לאחר מיתה האב אינו יכול למכור מפני שהן כתובים לבן וכו׳ דמפרש הרמב״ם שאין האב רשאי להוציא הקרקע מידו ולמכרה לאכילת פירות כל ימי חייו אלא דאם עבר האב ומכר מכורין עד שימות וכדכתב סוף הל׳ זכייה ולזה כתב הרמב״ם כאן דמי שמוחזק בקרקע ואין לו אלא פירות באותו קרקע ה״ז משכיר הפירות לאחר אבל הקרקע לא יוציא מתחת ידו ליד השוכר לאכול פירותיה וז״ש ה״ז משכיר ואינו מוכר אלא הקרקע תהא תחת ידו וע״ל בס׳ רנ״ז סעיף ג׳ כתבתי טעם לדבר שאסור למכור הקרקע לפירותיה ולמסרה ליד הלוקח וע״ש:

סימן שטז

א כתב הרמב״ם ז״ל וכו׳. פרק ה׳ משכירות: ומ״ש אבל בקרקע וספינה שהרי בעליה עמה. האי שהרי בעליה עמה לא קאי אלא אספינה אבל בקרקע איפכא הוא דוקא בשאין בעליה עמה אבל כשבעליה עמה אין יכול להשכירו לאחר אפי׳ יש לו דיורין פחותים ממנו כי יכול לומר לו אותך יכול אני לקבל וכו׳ כמ״ש הרא״ש הביאו רבינו בסמוך ודוקא בספינה שאינא עומדת אלא לכך לקבל את הכל ובעליה עמה תמיד לפיכך אינו יכול לומר אותך יכול אני לקבל אבל אחר איני יכול לקבל דאנן סהדי דשקורי קא משקר ולא אמרו שיש עליו תרעומת אלא משום שינוי דעתא אי נמי לאשלא יתירא וכדלעיל בסי׳ שי״א סעיף ה׳. ומה שקשה דבסימן רי״ב כתב הרמב״ם דאף בקרקע אין השוכר רשאי להשכיר י״ל דאינו אלא היכא דאם הם ד׳ לא ישכירו לה׳ וכמ״ש לשם:

ב וגם אינו יכול לכופו לחלוק וכו׳. מה שקשה מכאן למ״ש ס״ס קע״א דיכול לכופו לחלוק הרמב״ם וכ״פ לשם בש״ע וכאן פסק בש״ע כהרא״ש והפסקים סותרים זא״ז כתבתי יישובו למעלה ע״ש ודלא כמהרו״ך דמחלק בין חצר ושדה ובית: כתב במרדכי ס״פ האומנים וז״ל מכאן מוכיח ר״מ ראובן שהשכיר בית לשמעון דשמעון יכול להשכיר את לוי תחתיו וכו׳ והאריך אבל בפ׳ חזקת כתב המרדכי איפכא ונראה דתשובות הרמב״ן היא וז״ל מצאתי ראובן השכיר ביתו ללוי לעשר שנים ונתן לו לוי השכירות של עשר שנים והיה באותו בית שתי שנים וקנה לוי בית אחר ונכנס בו והשכיר אותו בית שהיה מושכר לו לשמעון ועכשיו תובע ראובן לשמעון מה אתה עושה בביתי ושמעון משיבו מלוי שכרתי ששכרו ממך וראובן אומר אין זה רצוני שתהיה בביתי דין זה פשוט מההוא עובדא דא״ל לחבריה מאי בעית בהאי ארעא וכו׳ ה״נ דינא קא״ל ראובן וכו׳ והיינו כדברי הראב״ד בהשגות ולפע״ד הנכון כמו שהכריע הרשב״א בתשו׳ שאם יראה לב״ד שיתרבה ההפסד בכך אינו רשאי וכו׳ ומביאו ב״י בס״ס שט״ו וע״ש:

סימן שיז

א אמר השוכר פרעתי וכו׳. ס״פ השואל אסיקנא הכי ומשמע דביומא דמישלם זימניה נאמן השוכר אפילו תבעו בתחלת היום כל שהיה שהות ביום לפרעו היום מיהו אינו נאמן בתחלת היום לומר פרעתיך תוך הזמן במגו דפרעתיך היום דאין זה מגו טוב דאין רגילות לפרוע בתחלת היום אלא דאי טעין בתחלת היום פרעתיך היום נאמן בשבועה אבל תבעו בסוף היום נאמן לומר פרעתיך תוך הזמן במגו דפרעתיך היום וכבר התבאר כל זה בסי׳ ע״ח בס״ד:

ב השכירו לו בשטר לעשר שנים וכו׳ מימרא דרב נחמן ס״פ השואל ופרש״י וכן בתוס׳ ע״ש ר״ח דלא כתוב בשטר לא תחלת השנים ולא סופן והשטר ביד השוכר וטוען המשכיר עיקר השטר נכתב בשבילי שלא תאמר לקוח הוא בידי ואין השטר בידך אלא כדי שלא אכחיש לך חשבון השנים כמה היו מ״מ עיקר השטר בשבילי נכתב שע״י כן יש קול שבמשכנתא הוא אצלך אע״פ שהשטר בידך עכ״ל וכ״כ הריף והרא״ש וכך הם דברי רבי׳ ונראה דאף כאן אם המלוה דר בו ג׳ שנים וכבש השטר נאמן במגו כדכתב רבינו בסוף סי׳ זה אלא דרבינו כתב לשם כלשון הגמ׳ דה״א בפ׳ המקבל. עוד כתבו התוס׳ ולשון שני פר״ח י״א דינרים בכל שנה ואחר ה׳ שנים טען השוכר ואמר למשכיר נקיטת שכירות ה׳ שנים נראה עיקר [וכו׳] דלפי זה השטר ישנו במשכיר עכ״ל התוס׳ ותימה דכיון דר״ח כתב דמסתברא כי האי פירושא בתרא וגם התוס׳ כתבו דכן עיקר למה לא הביאו רבי׳ דאע״ג דהרי״ף והרא״ש כתבו פירושא קמא משום דהכי משמע להו לישנא דתלמודא טפי מ״מ הדין ודאי דין אמת דאע״ג דהשטר ביד המשכיר כיון דהשטר לא נעשה לגוביינא אלא כדי שלא יחזיק השוכר ויטעון לקוח הוא בידי נאמן השוכר בשבועה לומר שפרעו כל ה׳ שנים שדר בהן כבר וי״ל דרבינו נסמך על מ״ש קודם זה תבעו לאחר זמנו השוכר נאמן בשבועה ואין חילוק בזה בין היה שכירות ע״פ או בעדים או בשטר ורצונו לומר דאפילו בשטר שביד המשכיר על כמה שנים השכירו כיון דלאו לגוביינא נעשה השטר אלא כדי שלא יחזיק השוכר בה נאמן בשבועה ונראה דגם הרא״ש ז״ל שלא הביא הך פירושא בתרא בפסקיו היינו משום דנסמך על מ״ש קודם זה הא דקאמר תלמודא אימת אי בתוך זמנו תנינא ואי לאחר זמנו תנינא וכו׳ דלאחר זמנו בחזקת שנתן עד יאמרו לו שלא נתן וסתמא משמע בין בע״פ בין בשטר והכי נקטינן דאפי׳ יש שטר ביד המשכיר נאמן השוכר לומר פרעתי על כל השנים שעברו ובשבועה:

ג השכיר לו הבית בשטר וכתב בו שנים וכו׳. פי׳ והשטר ביד השוכר וקדם השוכר ודר בו ג׳ שנים אין מוציאין מידו וכו׳: לפיכך כתב א״א הרא״ש וכו׳. נראה דלעיל בהשכירו לו בשטר לי׳ שנים והשטר ביד השוכר והמשכיר אומר כבר כלו הי׳ שנים לפני שנה דהיינו שדר בו י״א שנה אין שומעין למשכיר אפילו לא יוכל השוכר לברר ואין מוציאין מיד השוכר דשאני הכא דהשטר שכתוב בו שנין סתמא מסייע למשכיר שלא השכיר לו אלא לשתי שנים דאי טפי הו״ל לפרש אבל כאן אדרבה השוכר נאמן אצל שטרו דלא כלו כבר הי׳ שנין. ומה שקשה מכאן למ״ש רבינו בתחלת סי׳ קל״ז נתבאר לשם בס״ד גם לשם הביא ב״י דין זה שכתב רבינו כאן:

ד ואם דר בו השוכר כבר ג׳ שנים וכו׳ נאמן במגו וכו׳. רבינו נמשך אחר הסכמת הרי״ף והרא״ש שכתב לעיל סוף סי׳ ק״ן דנאמן לומר שטר היה לי ואבד במגו דלקוח הוא בידי ודלא כהר״ר יונה ע״ש:

סימן שיח

א ראובן השכיר ריחים וכו׳ בפ׳ הנושא ההוא גברא דאוגר ריחיא וכו׳ ואסיקנא דאם שמעון מוצא הרבה למי יטחון בענין שלא יפסיד בדבר צריך ליתן לו דמים דכופין על מדת סדום זה נהנה וזה לא חסר לא היו עושין טובה: ומ״ש ואם גם ראובן אינו מוצא לטחון לדעת ר״י יכול לחזור בו וכו׳. כ״כ לשם התוס׳ והרא״ש הביא דבריהם ונחלק עליהם ומביאו ב״י ותמוה לי על דברי התוס׳ דמה לו לשוכר לפסידא דמשכיר כיון שגם השוכר נפסד וכיון דהשוכר משך הריחים לרשותו זכה בריחים ולא יוכל המשכיר להוציאם מידו ואפי׳ לדעת התוס׳ שכתבתי בס״ס שי״ב דשכירות לזמניה לאו ממכר הוא ד״ת מ״מ מד״ס ממכר הוא ואינו יכול לחזור בו דאפילו פועל גופיה נשתעבד כשמשך הבעה״ב כלי אומנות שלו כדכתבו התוס׳ בשם ר״ת ר״פ הזהב ופסק כך רבינו בריש סימן של״ג כ״ש הכא שהריחים השכיר לזה דשוב לא יחזור בו אם משך אפילו דאית ביה פסידא ואפילו את״ל דהך ריחים אינו מיטלטל אלא קבוע כגון של חמור וכדמשמע בגמ׳ דקאמר לסוף איעתר זבן ריחיא וחמרא וכו׳ דמשמע דאותה שהשכיר הויא ג״כ של חמור וליכא הכא משיכה מ״מ קשה וכי עדיף ריחים מבית וחצר וחנות דאע״ג דאית ליה פסידא למשכיר טובא כגון שהעני ואין לו מה יאכל וצריך למכור את ביתו א״נ נפל ביתו של משכיר ואפ״ה לא יוכל להוציאו מביתו כיון שהחזיק בה השוכר כדלעיל בר״ס שי״ב ומ״ש הך ריחים דיכול לחזור בו המשכיר משום דאית ליה פסידא וכדי ליישב דברי התוס׳ נראה דס״ל כיון דלשוכר ליכא פסידא אם חוזר בו המשכיר אלא מניעת ריוח דמיא לההוא דזבין לנכסיה

אדעתא למיסק לארעא דישראל ואמר שלדעת כן הוא מוכר ולא עלה דלא נתקיים המקח במוכר מקרקעי וכן היכא דזבין קרקע למיזבן חטי ולא איצטריכו ליה זוזי דהמכר בטל כדלעיל בסימן ר״ז סעיף ד׳ ה׳ ו׳ ז׳ וה״נ איירי בריחים של בנין כריחים של חמור ושל מים ובשעת שכירות אמר שלדעת כן אינו נוטל בשכרה דמים לפי שצריך הוא לטחון לצורך מאכל ביתו לפיכך אם העשיר ואיננו צריך לטחון אצלו כי יש לו ריחים צריך ליתן לו דמים ואם לאו יוכל לחזור בו דהשכירות מעיקרא בטל דאדעתא דהכי ודאי לא השכיר לו ריחים שלו ולא דמי לשוכר בית וחצר וחנות דהשוכר נפסד הרבה אם יוציאנו מן הבית תוך הזמן דלא אשכח לאגורי תוך הזמן דלא הי׳ השכירות להרויח כדהכא גבי ריחים:

סימן שיט

א מי שבקש מחבירו וכו׳. עובדא ס״פ השואל וכתב ב״י בסי׳ שי״ב מס״ג מצאתי כתוב על ראובן שהיה דר בבית לאה ורצה להחזיק הבית ולא עלה בידו והיא טוענת שאינה יכולה לדור עמו שפיר טענה דדמי עליה כאריא ארבא ע״פ כל אלה התואנות והקנטורים שנעשו ביניהם אין אדם דר עם נחש בכפיפה עכ״ל ונראה דמכאן למד דין זה מדקאמר תלמודא הכא אלא אפי׳ חצר דקיימא לאגרא א״ל לכ״ע ניחא לי לאגורי ולך לא ניחא לי דדמית עלי כאריא ארבא ומשמע ודאי דאפי׳ תוך זמנו יכול להוציאו היכא דנעשה שונאו שהעביר השוכר הדרך על המשכיר ופשע נגדו במעשה שלא כהוגן אבל בנ״י כתב וז״ל דוקא כה״ג דהך איתתא שלא היה מדעתה לאוגורי להאי אלא מפני שקידשה הא אילו השכירה לו סתם קודם ואח״כ קידשה לאו כל כמינה למיעבד 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 ז״ל עכ״ל והרב בהגהת ש״ע פסק כמותו בסי׳ שי״ב סעיף ט׳ ע״ש: ומיהו צריך להודיעו וכו׳. כ״כ הרא״ש לשם דאם לא הודיעו שהשליכן לשוק ונאנסו חייב מדינא דגרמי ומזיק בידים ממש אבל הודיעו לאחר שהשליכן לשוק ולא השגיח להצילן ונאנס פטור דבדין עשה שהשליכן לשוק כיון דעשה עמו שלא כהוגן להטעותו בהכנסת פירותיו לרשותו: ומ״ש וכתב הרמב״ם ומדת חסידות הוא וכו׳. נראה דהרמב״ם אינו חולק כלל על מ״ש רבי׳ תחלה דתלמוד ערוך הוא שיכול להשליכו לשוק והא דכתב הרא״ש דצריך להודיע ודאי דמודה בה הרמב״ם דאם לא הודיע חייב מדין מזיק כדפי׳ אלא דס״ל להרמב״ם דמדת חסידות הוא דמקודם שישליכם לשוק יודיע לב״ד וכו׳ כדי שלא יהא צריך להשליכן לשוק דשמא בין ההשלכה לשוק ובין ההודעה יגיע איזה אונס בפי׳ ויתחייב בדיני שמים וניחא השתא דאמר רבינו וכתב הרמב״ם וכו׳ דלא פליג אמ״ש תחלה ודלא כמו שהבין ב״י דלהרמב״ם א״צ להודיע אלא ממדת חסידות דליתא. ומיהו אם אותו שהכניס פירותיו הלך מיד מן העיר דאי אפשר להודיעו פשיטא דחייב מדינא להודיע לב״ד ולאו ממדת חסידות שהרי אם לא יודיע לב״ד וישליכם לשוק יפסידו והו״ל מזיק בידים:

סימן שכ

א החוכר שדה מחבירו וכו׳. כ״כ הרמב״ם ברפ״ח משכירות וכתב ה״ה זה מפורש בברייתא במסכת דמאי מה בין שוכר לחוכר השוכר במעות והחוכר בפירות:

ד ומ״ש והדלי והכד שדולין בו כ״כ הרמב״ם והדלי והכד וכיוצא בהן שדולין בהם המים וכתב כן משום דאיתא בר״פ המקבל במימרא דרב יוסף ודוולא וזרנוקא ופי׳ רש״י ודוולא דלי להשקות שדה וזרנוקא נוד למלאות במקום שנוהגים לדלות בנודות עכ״ל אלמא דהכל לפי מנהג המקום ולפעד״נ דטעות נפל בספרי רמב״ם ורבינו וצ״ל והדלי והנוד והסופר כתב כד במקום נוד כי פי׳ זרנוקא בכל מקום אינו אלא נוד: וכתב הרמ״ה דה״ה נמי בחכירות. נראה דטעמו דכיון דאמר רב פפא הני תרתי מתניתא קמייתא משכחת לה בין בחכרנותא בין בקבלנותא א״כ כל דקבע לה תלמודא אהני תרתי מתניתא קמייתא איתיה נמי בין בחכירות בין בקבלנות דאל״כ הו״ל לקבעה אמתניתא דאיירי בקבלנות ולא בחכירות וא״כ הך מימרא דרב יוסף דכל מה שהוא מעיקר עבודה דבעה״ב וכו׳ נמי מיירי בחכירות ואע״ג דהא דתנן בקמייתא דין חולקין אינו אלא בקבלנות כדפי׳ רש״י ותו׳ מ״מ עיקר מילתא דהיינו רישא מיירי בין בחכירות בין בקבלנות כדכתבו התוס׳ אבל דעת י״א ורבי׳ כיון דקבעה תלמודא הך מימרא דרב יוסף אפיסקא דכשם שחולקים בתבואה וכו׳ דלא איירי אלא בקבלנות א״כ משמע דמימרא דרב יוסף נמי דוקא בקבלנות:

ה ובין בחוכר ובין במקבל במקום שנהגו לקצור וכו׳. משנה ראשונה ובבריית׳ ר״פ המקבל ובגמ׳ קאמר ר״פ דהך מתני׳ בין בחוכר בין במקבל תני לה וקאמר טעמא גבי בעה״ב דאיכא דניחא ליה בעקירה שתהא קרקעו נקייה שאינה צריכ׳ לזבל ואיכא דניחא לי׳ בקצירה שישאר הקש בקרקע ונעשה זבל לשנה הבאה וכן באריס איכא דניחא ליה בקצירה דליכא בה טורחא כמו בעקירה ואיכא דניחא ליה בעקירה לפי שצריך תבן לבהמותיו ואין רצונו שישאר בקרקע כלום: ובמקום שנהגו לחרוש וכו׳. פי׳ החרישה הוא לעקור שרשים של עשבים הרעי׳ וכשהוא מנכש ועוקר עשבים הרעים בעוד

שהתבוא׳ היתה מחוברת בקרקע שוב אין צורך כ״כ בחרישה אחר הקצירה: והרמ״ה כתב שאם פי׳ וכו׳. וקשה למה כתבו רבינו ע״ש הרמ״ה הלא תלמוד ערוך הוא דקאמר התם אמתני׳ דתנן לחרוש אחריה יחרוש אחריה פשיטא ל״צ באתרא דלא מנכשי ואזיל איהו ונכיש מה״ד א״ל האי דנכישנא אדעתא דלא כריבנא לה קמ״ל דאיבעי ליה לפרושי ליה ותירץ ב״י דהרמ״ה קמ״ל דאפי׳ לא הודה לדבריו אלא שתק כהודה דמי ומ״מ לא יתיישב דהו״ל לרבינו לכתוב תחלה בסתם דכשפירש דמנכש כדי שלא יחרוש אין חייב לחרוש ואח״כ יאמר וכתב הרמ״ה ואפי׳ שתק בעל השדה גלי אדעתיה דניחא ליה ולפעד״נ דרבינו היה מסופק בפירושא דלישנא דתלמודא דקאמר קמ״ל דאיבעי ליה לפרושי ליה אי ר״ל דהו״ל לפרושי ליה בשעה שקיבל השדה ממנו בקבלנות או שמא אפילו קיבלו בסתם כשמפרש בשעה שמנכש סגי ולכן הביא דברי הרמ״ה דמשמע להדיא מדבריו דבמפרש בשעת ניכוש סגי וא״צ שיפרש דוקא בשעה שקיבל ממנו השדה: ואם נוהגים שהחוכר שדה סתם נוטל חלקו באילנות וכו׳. גם כאן קאמר תלמוד׳ קמ״ל דאיבעיא ליה לפרושי ליה ולפי דעת [הרמ״ה] דבסמוך אם פירש עכשיו ושתק בעל השדה גלי אדעתיה דניחא ליה ואפי׳ לא פירש כך בשעת קבלנות:

סימן שכא

א החוכר או מקבל שדה מחבירו וכו׳ משנה שנויה ריש פ׳ המקבל ופי׳ רש״י בית השלחין קרקע יבישה דלא דיה במי הגשמים וממעין שבה משקה אותה או בית האילן ובשביל האילן ההוא חביבה על האריס שנוטל חלק בפירות בלא טורח עכ״ל: ומ״ש שלא נשאר בהם ממטע עשרה לבית סאה. הכי מוכח בירושלמי שהביא הרא״ש שם: ומ״ש ויבש כל הנהר הקטן. הכי אסיק רב פפא דיביש נהרא זוטא דא״ל איבעי לך לאתויי בדוולא ופרש״י נהרא זוטא. אמת המים שהמשיכו מן הנהר הגדול אצל הבקעה להשקות ממנה וכתבו התו׳ (בריש דף ק״ד) וז״ל דאפשר לאתויי בדוולא וא״ת אפי׳ לא אפשר לאתויי בדוולא נמי אמאי מנכה לו דכיון דלא יביש נהרא רבא תו לא הוי מכת מדינה וי״ל דנקט ה״ט לאשמועינן דאפי׳ יבשו נמי שאר יאורי שדות אחרים דהשתא הוי מכת מדינה אפ״ה אינו מנכה לו כיון דאפשר לאתויי בדוולא מנהרא רבה דדוקא באכלה חגב או נשדפה שאין יכול לתקן הקלקול ע״י שום טורח מנכה לו עכ״ל וכ״כ תלמידי הרשב״א ומביאו ב״י ועוד כתבו התוס׳ תירוץ אחר ואכתבנו בסמוך: ומ״ש ואם יבש גם הנהר הגדול וכו׳ בין אם הוא בחכירות בין בקבלנות וכו׳. זה לשון התוס׳ דאע״ג דקתני מנכה לו מן חכירו בקבלנות נמי איירי כדקאמר רב פפא דהני תרתי מתניתין קמייתא בין בחכירות בין בקבלנות משכחת לה ואע״ג דבאכלה חגב תנן אם מכת מדינה היא מנכה לו מחכירותו ולא איירי אלא בחכירות דבקבלנות אינו מנכה לו אלא נוטל שליש או רביע כמו שהתנה כדפי׳ בקונט׳ מ״מ הכא דאמר בית השלחין זו דכיון דקאי בגויה בית השלחין למה ליה למימר ש״מ שרוצה לומר כל זמן שתהא בית השלחין כמו שהיא עכשיו שיש בה מעין עכ״ל. ואיכא לתמוה אדברי רבינו דמדברי התוס׳ משמע דדוקא בעומד בתוכה וא״ל בית השלחין זו דאפי׳ יבש הנהר הקטן מנכה לו מן חכירו התם הוא דכתבו התוס׳ דבקבלנות נמי איירי אבל ביבש הנהר הגדול דמכת מדינה היא דוקא בחכירות מנכה לו אבל לא בקבלנות דומיא דאכלה חגב וכ״כ ה׳ המגיד ע״ש הרמב״ן והרשב״א ומביאו ב״י וזה היפך דברי רבינו שכתב דאף ביבש הנהר הגדול אפילו בקבלנות נמי מנכה לו ונראה דרבינו נמשך אחר מ״ש התוס׳ בד״ה דאפשר לאתויי בדוולא שכתבו בשינויא בתרא וז״ל י״ל דודאי בחכירות לא היה צריך לטעם זה דאפילו דלא אפשר לאתויי בדוולא אתי שפיר אבל משום קבלנות איצטריך שלא יוכל לומר לא אתעסק בה ואפ״ה לא אשלם במיטבא לפי שאינו מחוייב להביא מנהרות אחרים הרחוקים ביותר וע״כ הוצרך לומר דלא יבש נהרא רבא ומצית לאתויי בדוולא ולכך מתוייב לעשות בקבלנות עכ״ל אלמא להדיא ביבש הנהר הגדול דלא אפשר לאתויי אפי׳ בקבלנות אינו מחוייב להביא מן שאר נהרות היותר רחוקים ומנכה לו מקבלנותו וכן בהגהות אשיר״י ר״פ המקבל פסק כתרתי שינויי דתוס׳ וצ״ל לפ״ז דלא דמי אכלה חגב דהגזרה היתה על השדות דליכלוה חגב או דתשתדף וכיון דקבלן יש לו חלק ידוע מן היוצא מהשדה אינו מנכה לו אלא יטול שליש או רביע בפירות היוצאות מן השדה כמו שהתנה אבל ביבש הנהר הגדול דלא היתה הגזרה על השדה שהרי אפשר להביא מים משאר נהרות אין חילוק בין חכירות לקבלנות אלא כיון דמכת מדינה היא מנכה לו כנ״ל ליישב דעת רבינו ע״פ דברי התוס׳ ואינו סותר למ״ש התוס׳ במתני׳ בד״ה מנכה לו מחכירו והבאתי דבריהם בסמוך דלשם לא באו התו׳ אלא לומר דבעומד בתוך השדה ואומר בית השלחין זו פשיטא הוא דבקבלנות נמי מנכה לו דלא דמי לאכלה חגב וכו׳ ולא צריך להאי טעמא דכתיבנא לחלק בין אכלה חגב דהגזרה היתה על השדה לייבש המעין דבלאו הכי נמי ניחא כיון דלא איצטריך ליה למימר בית השלחין אבל ביבש הנהר הגדול נמי ס״ל לתוס׳ דבקבל נמי מנכה לו מהך טעמא דאיכא לחלק בין אכלה חגב דהגזרה וכו׳ כדמוכח מדבריהם בשינויא בתרא דכתבו בד״ה דאפשר לאתויי וכדפי׳ והכי נקטינן דלא כהרמב״ן והרשב״א נ״ל: ומ״ש שאם קבלה ממנו ברביע וכו׳. דמשמע שהבעה״ב נוטל ב׳ חלקים או ג׳ חלקים והמקבל נוטל רביע או שליש ולעיל בס״ס ש״ך אצל מ״ש ואם נוהגים שהחוכר שדה סתם נוטל חלקו באילנות וכו׳ משמע בגמ׳ איפכא שהאריס נוטל ב׳ חלקים או ג׳ חלקים והבעה״ב נוטל רביע או שליש וכמ״ש ב״י לשם כבר פי׳ התוס׳ בדיבור השני ר״פ המקבל דהיכא דאריס נותן זרע נוטל ב׳ או ג׳ חלקים ובעה״ב חלק רביע או שליש והיכא דבעה״ב נותן זרע או בכרמים ופרדסים שא״צ זרע אז נוטל הבעה״ב ב׳ או ג׳ חלקים והאריס

נוטל רביע או שליש: היה עומד בתוכה וכו׳. היינו סיפא דמשנה שנייה ומנכה לו מחכירו דקתני לאו דוקא דבקבלנות נמי מנכה לו ולא כתבו רבינו בפי׳ כיון דנלמד במכ״ש מיבש הנהר הגדול כדמוכח מתוך מה שכתבתי לעיל ודברי רבי׳ בפי׳ הסיפא כאוקימתא דרבינא מדקאמר זו מכלל שקאי בגויה עסקינן בית השלחין למה ליה למימר דקא״ל בית השלחין כדקיימא השתא וכן פסקו הפוסקים וז״ש רבינו היה עומד בתוכה וא״ל בית השלחין זו וכו׳ דכיון דעומד בתוכה ואמר שדה זו לא איצטריך ליה למימר בית השלחין אבל בית השלחין בלא זו לא מצי למימר דא״כ לא הודיעו איזה בית השלחין חוכר ממנו אם זו או אחרת והוא רוצה להודיעו דזו ולא אחרת והשתא כיון דצריך לומר שדה זו לא היה צריך לומר בית השלחין והיינו דקא מסיים אבל אם אינו עומד בתוכו אע״פ שאמר בית השלחין וכו׳ פי׳ דכיון דאינו עומד בתוכו א״כ אינו חושש איזה בית השלחין היא ואינו א״ל אלא סתם בית השלחין: ומ״ש שלא נשאר בו ממטע עשרה לבית סאה וכו׳. כך הוא בירושלמי הביאו הרא״ש וכתב ב״י דהרי״ף והרמב״ם לא הביאוהו וגמגם בישוב זה ולי נראה דהיינו משום דמסתמא הכי משמע דאיירי שיבש המעין בענין שאין בו כדי להשקות השדה וכן האילנות נקצצו בענין שאין נקרא שוב שדה אילן דהיינו שלא נשאר בו ממטע י׳ לבית סאה כדאמרינן בדוכתא אחריתא: ומ״ש ופי׳ הרמ״ה וכו׳ דוקא כי אמר מחכיר לחוכר וכו׳ וא״א ז״ל כתב שאין חילוק וכו׳. עיין בתו׳ (דף ק״ד) בד״ה אידי ואידי כתבו דלכאורה משמע כמ״ש הרמ״ה ומסקי אבל אי אפשר לומר כן וכו׳ אלא אין חילוק ודברי הרא״ש הן הן דברי התוס׳: ומ״ש רבינו דבתוספתא משמע כדברי הרמ״ה ועוד מחלק בתוספתא וכו׳. תוספתא זו הביאה הרא״ש בסוף דבריו ותימה דכיון דמהתוספתא משמע שלא כדברי הרא״ש היאך הביאה לפסק הלכה ותו דדברי הרא״ש סותרים זא״ז דתחלה פסק דאין חילוק ומשמע דס״ל דאפי׳ כי אמר חוכר למחכיר אי לא אמר בית השלחין זו אינו מנכה לו מחכירו דשמא בעלמא א״ל ואח״כ פסק דבדא״ל חוכר למחכיר בית השלחין אני חוכר ממך חייב להעמיד לו בית השלחין אחר וכו׳ ומביא ראיה מן התוספתא ובעל כרחך דלפי פירוש הרא״ש בדברי רבינא לית הלכתא כתוספתא זו והכי כתב ה׳ המגיד בשם הרמב״ן והרשב״א שמפרשים כהרמ״ה ומביאין ראיה מן התוספתא דמבואר בה כדבריהם וכ״כ נ״י והאריך ומביאו ב״י ע״ש ויש ליישב ברווחא דדעת הרא״ש היא דלשמואל אין חילוק אלא בין א״ל מחכיר לחוכר ובין א״ל חוכר למחכיר דבדא״ל מחכיר לחוכר שמא בעלמא א״ל אפילו א״ל שדה בית השלחין זו ומתניתין בדא״ל חוכר למחכיר ואפי׳ לא א״ל זו קפידא ומנכה לו מן חכירו ורבינא קאמר דאף בדא״ל מחכיר לחוכר נמי אשכחן קפידא אי א״ל בית השלחין זו דבדאמר ליה בית השלחין זו אין חילוק בין אמר ליה חוכר למחכיר ובין אמר ליה מחכיר לחוכר מיהו בדא״ל בית השלחין בסתם איכא חילוק בין א״ל חוכר למחכיר ובין א״ל מחכיר לחוכר דבדא״ל חוכר למחכיר אינה קפידא אלא לענין זה דחייב ליתן לו בית השלחין אחר וכשנותן לו אחר אינו מנכה לו מחכירו משא״כ בדא״ל בית השלחין זו דהוי קפידא ואפי׳ נותן לו בית השלחין אחר אין החוכר חייב לקבלו מידו אלא מנכה לו מן חכירו אלא דהכא דא״ל חוכר בסתם בית השלחין כשמעמיד לו אחר נמי אינו מנכה לו מן חכירו אבל בדא״ל מחכיר לחוכר בסתם א״צ להעמיד לו אחר דשמא בעלמא קא״ל ודברי רבינו ג״כ הם ע״פ הבנה זו בדברי הרא״ש אבל אינו ברווחא כל כך ולפיכך כתב תחלה היה עומד בתוכה וא״ל בית השלחין זו וכו׳ ולא הזכיר מי אמר למי ואח״כ כתב דפי׳ הרמ״ה דוקא כי אמר מחכיר לחוכר אבל אמר חוכר למחכיר מנכה לו אע״פ שאינו עומד בתוכה ומשמע מדברי הרמ״ה דאין כאן חילוק אלא דלעולם מנכה לו בדא״ל חוכר למחכיר וא״א כתב דאין חילוק וכו׳ פי׳ דבעומד בתוכו וא״ל בית השלחין זו הוא דמנכה לו בין א״ל חוכר למחכיר בין א״ל מחכיר לחוכר אבל באינו עומד בתוכו אפי׳ כי א״ל חוכר למחכיר אין מנכה לו על כל פנים אלא דין אחר יש לו וכתב רבינו אחר זה ובתוספתא משמע כדברי הרמ״ה כלומר אע״ג דלהרא״ש לא משמע ליה הכי מיהו לדידי משמע הכי כדברי הרמ״ה ועוד מחלק בתוספתא וכו׳ כלומר וחילוק זה פסק ג״כ הרא״ש והא דס״ל להרא״ש דאף בדא״ל חוכר למחכיר בסתם בית השלחין אני מוכר לך אין מנכה לו אין פי׳ האי מנכה לו כפי׳ אין מנכה לו בדא״ל מחכיר לחוכר דאילו החם שמא בעלמא א״ל ואין מנכה לו כלל וא״צ ליתן לו בית השלחין אחר אבל בדא״ל חוכר למחכיר אין מנכה לו בנותן לו בית השלחין אחר כנ״ל ליישב דעת הרא״ש ודברי רבינו

סימן שכב

א החוכר שדה בין בפירות בין במעות וכו׳. משנה שם המקבל שדה מחבירו ואכלה חגב או נשדפה אם מכת מדינה היא מנכה לו מן חכורו אם אינה מכת מדינה אין מנכה לו מן חכירו ר׳ יהודא אומר אם קיבלה ממנו במעות בין כך ובין כך אינו מנכה לו מן חכירו ואמרינן בגמ׳ לית ליה דחש להא דר״י ופי׳ רש״י והא ליתא אלא בחכרנותא דאי בקבלנותא מאי מנכה איכא מה שימצאו יחלוקו. אינו מנכה דא״ל מזלך גרם. בין כך ובין כך אפי׳ היא מכת מדינה אינו מנכה שעל המעות לא נגזרה הילכך לא עליה היתה פורענות זו עכ״ל. וכיון דהלכה כת״ק כתב רבינו החוכר שדה בין בפירות בין במעות ולאפוקי מדר׳ יהודא וכתב החוכר לאפוקי מקבל וכמו שפירש״י אבל הרמב״ם בפ״ח משכירות כתב השוכר או המקבל שדה מחבירו ואכלה אגב או נשתדפה אם אירע דבר זה לרוב השדות של אותה העיר מנכה לו מחכירו וכו׳ ותמה ה׳ המגיד איך הביא המקבל הא בע״כ בחכירות איירי ואולי מפני שלשון המשנה המקבל אחז לשון המשנה ופי׳ מקבל בשכירות או בחכירות ומ״מ היה לו לבאר עכ״ל פי׳ לפירושו דלשון חוכר אינו אלא השוכר

בפירות לא במעות וכיון דלת״ק אין חילוק לכך תני המקבל דמשמע בין מקבל בשכירות דהיינו מעות ובין מקבל בחכירות דהיינו בפירות ולכן כתב הרמב״ם השוכר או המקבל פי׳ השוכר במעות או המקבל בפירות וכמ״ש בתחלת הפרק [*] דהשוכר במעות הוא הנקרא שוכר והשוכר בפירות הוא הנקרא חוכר כצ״ל] דהשוכר במעות הוא הנקרא חוכר הוא הנקרא שוכר והשוכר בפירות) והכי משמע מדמסיק התנא בדבריו ואמר מנכה מחכירו ואינו מנכה מחכירו דאלמא דבחכירות איירי ולא נקט רישא המקבל אלא לאורויי דאין חילוק בין מקבל בפירות למקבל במעות דלא כר׳ יהודא והרמב״ם גם הוא אחז לשון המשנה וביאר יותר ואמר השוכר או המקבל וכדפרישית: ואיזו היא מכת מדינה וכו׳. שם ה״ד מכת מדינה א״ר יהודא כגון דאשתדוף רובא דבאגי עולא אמר כגון שנשתדפו ד׳ שדות מד׳ רוחותיה ופסקו הפוסקים כר׳ יהודא אבל הראב״ד פסק כעולא משום דאיתא התם אמר עולא בעו במערבא נשדף תלם אחד ע״פ כולה מהו וכו׳ משמע להדיא דעולא מביא ראיה לדבריו מדבעו הנך בעיא במערבא מכלל דס״ל דאפי׳ לא נשתדפו אלא ד׳ שדות מד׳ רוחותיה נמי הוי מכת מדינה ודלא כר׳ יהודא ומדס״ל במערבא כעולא אלמא דהלכתא כוותיה ובזה נדחו דברי הרא״ש שכתב לשון הרי״ף וסוגיין כרב יהודא ואח״כ כתב ובעיין דמערבא עולא קאמר להו עכ״ל דאדרבה עולא מביא ראיה לדבריו מבני מערבא דס״ל כוותיה וליכא מאן דמכחיש להא דאמר עולא דאין ספק דהכי קמיבעיא להו לבני מערבא כנ״ל דעת הראב״ד: לא לקו רוב השדות וכו׳ שם בעיות דאיפשיטו דבלקו כל שדותיו של מחכיר לא תלינן במזלו של מחכיר דאם כן היה משתייר ליה פורתא כדכתיב כי נשארנו מעט מהרבה והיינו דכתב רבינו שלא אמרינן מזלו גרם פי׳ לא אמרינן דמזלו של מחכיר גרם אלא תלינן במזלו של חוכר ואשתייר ליה למחכיר פורתא דהיינו הך חכירות דחייב חוכר לשלם למחכיר ואינו מנכה לו כלום וכן בלקו כל שדותיו של חוכר אפי׳ לקה רוב הבקעה תלינן במזלו של חוכר וליכא למימר אבל חוכר דמיקיים ביה כי נשארנו מעט מהרבה דהא חזינן דלא נשאר לכלום כך פירשו התוס׳ (דף ק״ו) בד״ה אי חזית ובמקצת ספרי רבי׳ כתוב דאמרינן מזלו גרם פי׳ מזלו של חוכר גרם: ואם המחכיר התנה עמו וכו׳. הך דהתנה חטין וזרע שעורים או לא זרע כלל הלכה פסוקה היא לשם והך דזרעה ולא צמחה היא דעת רב אלפס ומסקנת הרא״ש לשם דאם זרעה ואכלה חגב אע״ג שהזמן עדיין ראוי לזריעה באותו מקום מנכה לו מחכירו וא״צ לזרעה עוד ודלא כפרש״י וב״י האריך בזה: ומ״ש חייב ליטפל בה כל זמן שראוי לזריעה. איכא להקשות מהא דתנן ר״פ המוכר פירות ורבינו כתבו לעיל סימן רצ״ב סעיף י״ח זרעוני גינה שאינן נאכלין חייב באחריותן דתלינן ריעותא בזרעים ויש לומר דשאני הכא דמכת מדינה היא דכולה באגי נמי לא צמחו לית לן למימר שכל בני באגי זרעו דרע שאינו ראוי לזריעה ועיין בפרק המוכר פירות בתוספות ואשיר״י: כתב בנ״י דהא דחייב ליטפל בה ולחזור ולזרעה וכו׳ היינו דוקא בקבלנות אבל בחכירות אינו חייב לחזור וליטפל לזרעה דנותן לו חכירותו ופטור ממנו משא״כ בקבלנות דאינו רוצה אלא בפירות משדה שלו:

סימן שכג

א החוכר שדה מחבירו וכו׳. משנה שם ופרש״י זו בחכירות הוצרך לשנותה דאי בקבלנות פשיטא דכ״א זוכה ומתחייב בחלקו ומ״ש דאפי׳ לא לקו במחובר וכו׳ וכן בענבים אפילו הקריסו אחר שנבצרו. מימרא דרב אשי שם ואתא לאשמועינן דלא תלינן הליקוי דאחר הקצירה ואחר הבצירה במזלו של חוכר אלא תלינן הליקוי בגידול הקרקע אבל ביין והחמיץ בחבית תלינן במזלו של חוכר דמזלו רע שהחמיץ היין דקיי״ל חמרא אכתפא דמרא שוור וכדלעיל בסי׳ ר״ל וע״ש אימתי תלינן במזלו:

סימן שכד

א החוכר שדה מחבירו ע״מ שיזרענה שעורין וכו׳. משנה שם אליבא דת״ק וכן פסק הרמב״ם בפרק ח׳ דהלכות שכירות ואע״ג דרשב״ג פליג ואוסר לשנות אפי׳ מחטין לשעורים ומקטנית לתבואה והלכה כרשב״ג במשנתינו כאן מוכרחת הסוגיא דלית הלכתא כרשב״ג מדאמר בגמרא מתני ליה רב יהודא לרבין תבואה יזרענה קטנית א״ל והאנן תנן תבואה לא יזרענה קטנית א״ל לא קשיא הא לן הא להו ולרשב״ג אין חילוק בין לן בין להו לעולם אסור כדרבה וכו׳ פירוש דטעמא דרשב״ג דשמא אשתקד זרעה שעורים וכשזורעים אותה ב׳ שנים רצופים חטין או שעורים מתקלקלת כמו שפירשו התוס׳ והרא״ש לדברי רבה ורבה בבבל היה וקאמר האי מאן דניחא ליה דתיתבר ארעיה ליזרע שתא חטי ושתא שערי וכו׳ ע״ש (ריש דף ק״ו): ומ״ש רבינו [בד״א] בחכירות היא ע״פ פרש״י:

סימן שכה

א החוכר שדה וכו׳ משנה שם ופי׳ דזרע פשתן מכחיש הארץ הרבה ואינה חורת ליושנה עד ז׳ שנים וכן ענפים של אילן סרק שקורין שקמה שקוצרין לקורות הבנין אינן חוזרין ליגדל וליעשות קורות בפחות מז׳ שנים הילכך זה שקבל שדה זו לפחות מז׳ שנים לא יזדענה פשתן ואין לו בקורת שקמה דלאו אדעתא דקורות נחית אלא לזרוע אותה: ואפילו בשבח וכו׳. פירוש אע״פ דאיכא למימר דאדעתא דהך שבח נמי נחית כיון שאין אילן זה טוען פירות קמ״ל דלא נחית כלל אלא אדעתא דזריעה ופליגי בה אביי ורבא והלכה כרבא דאמר הכי: ומ״ש בין אם ירד לתוכה (בתוך) שבע וכו׳. כ״כ הרא״ש לשם:

ב קבל השדה לזרעה וכו׳ עד סוף הסימן. מימרא דאמוראי שם וע״פ פי׳ התוס׳ ומביאו ב״י:

סימן שכו

א המקבל שדה מחבירו לזרעה שומשמין וכו׳ מעשים הובא לשם בגמרא (דף ק״ד) ופירש רש״י במעשה ראשון קבלנות היתה וכו׳ ובמעשה השני כתב לשון חכירות אלמא דאין חילוק וז״ש רבינו אלא יחלקו לפי תנאם אם הוא בקבלנות ויתן לו כל מה שקבל עליו אם הוא בחכירות: לשון הרמב״ם וכו׳ אין לו עליו אלא תרעומת. פירוש אין לו למקבל על הנותן אלא תרעומת על מה שאין מנכה לו כלום בשביל שלא הכחיש קרקעו ולא ידעתי מנין לו לרמב״ם שיש לו עליו תרעומת הרי הנותן לא קעביד מעשה שמכחו יהיה לו עליו תרעומת וצ״ע ומ״ש הרמב״ם לשון המקבל אע״ג דמשמע ודאי דה״ה בחוכר אחז לישנא דתלמודא דקאמר ההוא גברא דקביל וכו׳:

סימן שכז

א המקבל שהגיע זמנו להסתלק וכו׳. הא דלא הגיע יום השוק אוקימתא דגמרא היא אליבא דרבא (דף ק״ט) והא דלא נגמרו איתא בתוספתא כתבה הרב המגיד פ״ח משכירות ומביאו ב״י גם הרמב״ם כתב לשם הני תרתי מילי:

ב וכשם שחולקים וכו׳. סיפא דמשנה ראשונה פרק המקבל הוא ופירש״י ותוס׳ דאינה אלא בקבלנות דאי בחכירות לא שייכא חלוקה: ומ״ש ואם אחד מהן עשאן לבדו יקחם האחד לבדו. כן כתב הרמב״ם שם ואיכא למידק הא פשיטא הוא ובגמרא נמי אקשינן אהא דתנן דחולקים בקנים ושניהם מספקין את הקנים למה לי פשיטא כיון דתנא דלשניהם הן וחולקין בהן ממילא שמעינן דשניהם מספקין את החדשים דאי לא יהיב מעיקרא אמאי פליג בישנים ומשני מה טעם קאמר מה טעם שניהם חולקים בקנים משום דשניהם מספקים את הקנים וא״כ שמעינן דפשיטא הוא דאין חולקין אלא אם כן עשאם בשותפות ונראה דהרמב״ם ורבינו קשיא להו אהך שינויא דאכתי למה לי למיתני מה טעם הא פשיטא הוא וניחא להו דאתא לאשמועינן במה טעם דלכתחלה מחוייבים שניהם להספיק אם הקנים ולא מצי חד דחי לחבריה תספיק אתה הקנים וקח אותם לבסוף אלא על שניהם מוטל לקנותן בתחלה וזהו שאמר מה טעם חולקים לבסוף דמשמע דפשיטא הוא דשל שניהם הן הקנים משום דשניהם מספקין את הקנים כלומר משום דשניהם מחוייבים בזה לספקם בתחלה ולא מצי חד דחי לחבריה וזה שאמר הרמב״ם ואם הן משל אחד מהן זה שקנה אותן ה״ה שלו כלומר דוקא אם אירע כך אבל לכתחלה על שניהן לקנותן ולא מצי דחי חד לחבריה וכך הם דברי רבינו:

סימן שכח

א המקבל שדה מחבירו ורוצה להסתלק וכו׳. משנה ובריייתא פרק המקבל (בבא מציעא דף ק״ה) ופסק כר׳ ינאי וכר״ל ובפתות מכן אינו חייב ליטפל בה ונראה דמיירי בסתם שדה שאינה פחותה מט׳ קבין אבל שדה גדולה בעיא ב׳ סאין לכל ט׳ קבין:

ב לא עבדה אלא הובירה וכו׳. משנה שם (דף ק״ד) וכתב ב״י ע״ש תלמידי רשב״א לא איצטריך תנאה אלא לביטול קרקע אבל מה שהקרקע נפסדת בעמידתה בורה מדינא חייב וכו׳ עכ״ל ונראה דתופסים פרש״י שכתב (ריש דף ק״ז) דכשתעמוד בורה תתקלקל הקרקע אבל התוס׳ והרא״ש חלקו על פירושו והוכיחו דנהפוך הוא דכשזורעין שנה תחזור לכחה ע״ש בד״ה האי מאן (ובדף ק״ד) בד״ה סבר רב כהנא למימר מנכה ליה כחשא דארעא כתבו התו׳ ומתני׳ גבי מקבל שדה והובירה דקתני אומדין כמה היתה ראויה ליעשות היינו בר מכחשא דארעא שמעינן דלרב כהנא מנכה לו מה שלא נכחש ארעא ע״י שהובירה אלמא דס״ל לתוס׳ דלא כתלמידי רשב״א וא״כ למסקנא דקיי״ל דלא כרב כהנא ואינו מנכה לו כחשא דארעא ה״ה במקבל שדה

אעביד אשלם במיטבא דהתם לא גזים הכא כיון דאמר מילתא יתירתא גוזמא בעלמא הוא דקא גזים: ומ״ש וכמו דלא כתב לו דמי וישלם לו לפי מה שראוי לעשות כ״כ שם הרי״ף דלא אמר רבא דהוי אסמכתא אלא מאי דגזים אבל שיעור מאי דאוביר לא הוי אסמכתא ומאי דאוסיף על שיעורא דראויה לעשות הוא דהוי אסמכתא ולא שעבד נפשיה אבל שיעורא דראויה לעשות איתא בכלל אלפא זוזי שעבודי משעבד נפשיה ומיתייב ביה והביא ראיות לדבר וכן פסק הרמב״ם בפ״ח מה״ש ואע״פ שהרא״ש חלק על ראיות הרי״ף כתב דהלכתא כוותיה ולא מטעמיה משום דכיון דקי״ל דכיון שנהגו לכתוב כן אף אם לא כתב מחוייב לשלם מאי דאפסיד הילכך ה״נ כשתסלק דבריו העמידהו על דיגו וישלם מאי דאפסיד עיין בנ״י:

סימן שכט

א המקבל שדה מחבירו לזמן ידוע וכו׳ לא יאמר לבן תן לי מה שאכל אביך וכן הבן לא יאמר לו תן לי מה שעשה אבי וכו׳ בפרק המקבל (בבא מציעא קט.) רב יוסף הו״ל ההוא שתלא שכיב שבק חמש חתנותא א״ל אי ניחא לכו דשקליתו שבחייכו מוטב ואי לא מסלקנא לכו בלא שבחא דאמר רב יהודה האי שתלא דשכיב מסלקי׳ ליה בלא שבחא ולאו מילתא היא וכ׳ הרא״ש ולא מילתא היא פירוש הא דקאמר מסלקינן ליה בלא שבחא אבל אי בעי יהיב לי׳ שבחא ומסלק ליה דאינו ממון להורישו לבניו והכי איתא בתוספתא דפרקין המקבל שדה מחבירו לא יאמרו לו תנו לנו מה שעשה אבותינו אלא שמין ונותנין לו וכ״כ הרמב״ם אחד מן השותפין או מן המתעסקין שמת בטל השותפות או העסקא אפי׳ התנו לזמן קבוע וכזה הורו הגאונים עד כאן לשונו :

סימן של

א המקבל שדה מחבירו שיטענה לו צריך בעל השדה לקבל י׳ אילנות בורין לכל (סאה) מהם ואם יש לו בהן יותר מכן מגלגלין עליו את הכל וכו׳ בפ׳ המוכר פירות (בבא בתרא צה.) תניא המקבל שדה מחבירו ליטע ה״ז מקבל עליו עשר בוריות למאה יותר מכאן מגלגלין עליו את הכל ופרשב״ם פועל שמקבל עליו ליטע כל שדה חבירו כשיעור שיכולי׳ ליטע כגון ממטע י׳ לבית סאה מקבל בעל השדה י׳ בוריות למאה אם יש עשרה אילנות שאין עושין פירי לא יצטרך מקבל ליטע אחרים תחתיהם דאורחייהו דאילנות להיות בהן בוריות כ״כ ומחיל יתר מכאן כגון י״א מגלגלין עליו את הכל יטע לו י״א אילנות תחתיהם דהשתא ליכא מחילה כלל עכ״ל והרמב״ם בפ״ה מהלכות שכירות גורס י׳ בוראות לסאה וכתב ה״ה שכך היא גירסת הרב ן׳ מיגא״ש ופי׳ מקבל עליו עשר שורות מבויירות לסאה א״נ יש לפרש י׳ נטיעות מבויירות לסאה עכ״ל ן׳ מיגא״ש:

ב (ג) נטע והשביח נטע והפסיד ועדיין יש שבח בנטיעות רואין כמה הוא המנהג שיש לו ליטול בשבח ומנכין לו מחלקו כשיעור שהפסיד וכו׳ ואפילו אם התנה על עצמו ע״מ שלא יטול בהם כלום וכו׳ אין מנכין לו אלא מה שהפסיד בפרק המקבל (בבא מציעא קט:) ההוא שתלא דאמר ליה אי מפסדנא מסלקנא אפסיד אמר רב יהודה מסתלק בלא שבחא רב כהנא אמר מסתלק ושקיל שבחא ומודה רב כהנא דאי אמר אי פסידנא מסתלקנא בלא שבחא רבא אמר אסמכתא היא ולא קניא ולרבא מאי שנא מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד התם מאי דאפסיד משלם והכא מאי דאפסיד מנכינן ליה ואידך יהבינן ליה ופסקו הפוסקים כרבא דבתרא הוא:

ד שתל שרוצה להסתלק אם המנהג שבכל שנה נוטל הבע״ה החצי והשתל החצי ואריס היורד לשדה נטועה נוטל השליש צריך לראות שלא יפסיד בעל השדה כיצד אם יש שם שבח י״ב דינרים יטול בעל השדה חציה וכו׳ שם (קט:) ההיא שתלא דאמר ליה הב לי שבחי דבעינא למיסק לארעא דישראל אתא לקמיה דרב פפא בר שמואל אמר ליה הבו ליה פלגא דשבחא אמר ליה עד האידנא הוה שקיל ב״ה פלגא ושתלא פלגא השתא בעי למיתב מנתא לאריסא אמר ליה ריבעא דשבחא קא אמינא סבר רב אשי למימר ריבעא דההוא דנקא דאמר רב מניומי בריה דרב נחומי באתרא דשקיל שתלא פלגא ואריסא תילתא האי שתלא דבעי לאסתלוקי יהבינן ליה שבחא כי היכי דלא נמטייה הפסד לב״ה אא״ב ריבעא דההוא דנקא שפיר אא״א ריבעא ממש קא מטי ליה פסידא לב״ה פלגא דנקא אמר ליה רב אחא בריה דרב יוסף לרב אשי ולימא ליה אנת מנתא דילך הב לאריסא ואנא מנתא דילי מאי דבעינא עבידנא ביה אמר כי מטית לשחיטת קדשים תא ואקשי לי ופרש״י האי שתלא. דבעי לאסתלוקי שיימינן ליה כי היכי דלא נפסיד ב״ה כלומר מעיינינן במילתא למיתב ליה כי היכי דלא נמטייה פסידא לב״ה בסילוק זה וכתב הרי״ף והרא״ש יהבינן ליה שבחא כי היכי דלא נמטייה הפסד לב״ה והיכי דמי כגון דהוה ליה כוליה שבחא י״ב סלעי לשתלא שיתא ולמרי ארעא שיתא ואי בעי שתלא לאסתלוקי שקיל אריסא דנחית בדוכתיה תילתא דאינון ד׳ סלעי פשי להו תמניא שקיל מרי ארעא מינייהו שיתא סלעי דאינון מנתא דידיה פשו להו תרי סלעי דאינון ריבעא דתמניא ודנקא דתריסר שקיל לה שתלא והיינו דקאמר ריבעא דהוא דנקא ואהא דקאמר כי מטית לשחיטת קדשים תא ואקשי פרש״י י״מ דדחויי דחייה רב אשי לרב אחא ולא הוא דע״כ

קבלה מיניה דסברא טובה היא ורב אלפס פסק כרב אשי וכתב הרא״ש וכ״כ הראב״ד ופירש כי מטית לשחיטת קדשים כלומר אחר שתתחכם ותלמוד בכל מקום תוכל להקשות לי כי עתה אין ראוי להקשות לי שאם יאמר השתל נחלוק הכרם ואעבוד חלקי וחלקך אין שומעין לו ואינו חולק אלא בפירות וכן מסתבר דהלכה הכי ואף ע״ג דקאמר סבר רב אשי למימר וכן מצינו בריש בתרא סברוה דמתקיים עכ״ל וכן פסק הרמב״ם בפ״י מהלכות שכירות. המקבל שדה מחבירו עד אימתי אינו יכול להסתלק עיין בתוספתא כתבו נימוקי קדשים תא אקשי לי כלומר מה לך להקשות עלי בסברתך בשחיטת קדשים דכולה תלי במקראות ובי״ג מדות שתורה נדרשת בהם תא ואקשי לי ואשיב לך: כל שתל וכו׳. שם מימרא דרב מניומי בריה דרב נחומי והטעם פירש״י דגפנים דאורחייהו בהכי להזקין אדעתא דהכי נחית וחולקין כמו שחולקין בזמורות אבל שטפה נהר וכו׳ דלאו אורחייהו בהכי דינו כי שתלא המסתלק בלא זימניה דשקיל ריבעא דהוא דנקא פירוש אין לו בהן אלא השתות:

סימן שלא

א השוכר את הפועלים במקום שיש מנהג ידוע אינו יכול לשנות וכו׳ משנה ריש הפרק והיינו בששכרם בסתם וא״ל לאחר ששכרם כבר לשנות ממנהג המדינה לפי שהוסיף על שכרם ואפילו הכי אינו יכול לשנות בין לענין מזונות בין לענין המלאכה להשכים ולהעריב דמצו א״ל הא דהוספת על השכר משאר פועלים כדי שנעשה מלאכה יפה וטובה וכך עשינו אבל התנו בפירוש על המזונות ועל ענין המלאכה להשכים ולהעריב הכל לפי תנאו וכ״כ התוס׳ ע״ש ר״י בדיבור הראשון וז״ש רבינו אינו יכול לכופו להשכים ולהעריב אפילו שמוסיף להם על שכרם כיון שלא התנה כן בשעה ששכרן אלמא דאי התנה כך בשעה ששכרן הבל לפי תנאו:

ב ומ״ש ולכאורה נראה שהלכה כת״ק וכו׳. פי׳ כיון דת״ק נמי קאמר הכל כמנהג המדינה אלא דהכא שפסק להם בפירוש שיתן להם מזונות ולא היה צריך לאתנויי ואתני בע״כ דמזוני יתירי קאמר אם כן ת״ק טעמא קאמר ורשב״ג לא קאמר טעמא ולפיכך נראה דהלכה כת״ק והרמ״ה פסק כרשב״ג ס״ל כיון דלא מוכחא בתלמודא דסביר לן כת״ק תפסינן כללא דא״ר יוחנן כל מקום ששנה רשב״ג במשנתינו הלכה כמותו:

ד בד״א שיש מנהג ידוע וכו׳ שם אר״ש בן לקיש פועל בכניסתו משלו ביציאתו משל בעה״ב ופרש״י דבכניסתו לביתו מוותר משלו ועושה מלאכה בשדה עד צאת הכוכבים וביציאתו מביתו מוותר משל הבית ואינו יוצא מביתו אלא בזריחת השמש וכדכתיב תזרח השמש יאספון וגו׳ יצא אדם לפעלו ובגמרא אוקימנא להא דר״ל בעיר שאין מנהג ידוע ואיבעית אימא דא״ל דאגריתו לי כפועל דאורייתא וכתב רבינו כתרתי אוקמתא דס״ל דלעניין דינא לא פליגי וכ״כ הרא״ש:

ה ירושלמי בד״א בחול וכו׳ וז״ל הירושלמי תנאי ב״ד הוא שתהא השכמה משל פועלים והערבה משל בעה״ב ומ״ט תשת חשך ויהי לילה גו׳. תזרח השמש יאספון יצא אדם לפעלו ע״ש בין השכמה בין הערבה משל בעה״ב עד איכן עד כדי למלאות לו חבית מים ולצלות לו דגה ולהדליק לו נר פירוש הירושלמי סובר דתנאי ב״ד הוא שתקנו חכמים שהפועל יצא למלאכתו מעלות השחר שיוותר משלו ובכניסתו לביתו יוותר משל בע״הב שיפסיק ממלאכתו שבשדה קודם צאת הכוכבים ויבא לביתו עם צאת הכוכבים ומביא ראיה מן הכתוב שזה קרוי ויתר שהרי בקרא כתוב דמדינא לא צריך לצאת מביתו בהשכמה אלא בזריחת השמש וכן עבודתו בשדה היא עד צאת הכוכבים דכתיב תזרח השמש יאספון יצא אדם לפעלו ולעבודתו עדי ערב אלא דתנאי בית דין הוא בהפך שתהא השכמה משל פועלים והערבה משל בעה״ב והגהות אשיר״י הביא הירושלמי. ומכאן הביא ר״ח ראיה לפרושי בתלמודא דידן בהא דקאמר ר״ל בכניסתו משלו וכו׳ דפירוש בכניסתו למלאכתו משלו וביציאתו ממלאכתו משל בעל הבית ופי׳ שכן משמע בב״ר ואין ספק שכך היתה גירסתו בב״ר וכדאיתא בירושלמי שזה תלמוד ירושלמי וזה אגדת ירושלמי ומי שמעיין בהם יודע כבר שאין שינוי ביניהם והתוספות הקשו לשם עליו ואמרו ואדרבה שם משמע כפי׳ קמא וזהו לפי שנמשכו אחר גירסת הב״ר שבידינו דהוי כפי׳ קמא וכפרש״י אבל אינה קושיא כלל כדפירש׳ והשתא נראה דהא דקאמר ע״ש בין השכמה בין הערבה משל בעה״ב דלכאורה משמע דעיקר רבותא משום השכמה דאע״ג דבחול השכמה משל פועלין מ״מ בע״ש השכמה נמי משל בעה״ב. וקשה לפי זה הא דקאמר עד איכן דמשמע דעל הערבה קאמר עד היכן ובהערבה לא קא אשמועינן מידי דפשיטא דהיא משל בעה״ב כמו בחול אלא דבהשכמה אשמועינן דבע״ש היא נמי משל בע״הב וא״כ מאי עד איכן דקאמר ולפיכך נראה עיקר דבהערבה נמי אשמועינן דבע״ש צריך לוותר משל בעה״ב בהערבה יותר מבחול לבא לביתו קודם צאת הכוכבים והשתא ניחא דקאמר עד איכן צריך לוותר בהערבה וניחא נמי דלא קשה בדברי רבינו שהביא סופה דהך ירוש׳ בד״א בחול אבל בע״ש בין השכמה בין הערבה משל בעה״ב וקאמר עלה פירוש שאין צריך להעריב כמו בחול דלכאורה קשה הלא גם בהשכמה אתא לאשמועינן דאין צריך להשכים מעלות השחר כמו בחול ואדרבה עיקרו לא אתא אלא לאשמועינן בהשכמה אלא ודאי דלפי שהיה קשה לרבינו כיון דלכאורה משמע דלא אתא אלא לאורויי דאף ההשכמה היא משל בעל

הבית א״כ קשה הא דקאמר עד היכן דקאי אהערבה ולפיכך כתב רבינו דמ״ש בין השכמה בין הערבה משל בעל הבית בהערב׳ נמי אשמועינן שאין צריך להעריב כמו בחול אלא צריך שיקדים עצמו לבא לביתו קודם צאת הכוכבים ולפיכך אמר עד היכן צריך להקדים ואמר כדי למלאות לו חבית מים וכו׳ וכדפי׳ ואף על פי דרבינו כתב דבחול חייבים לצאת בזריחת השמש וכו׳ וזהו כפירוש רש״י מכל מקום הביא הך דירושלמי משום דסבירא ליה דכיון דלא אשכחן בתלמוד׳ דידן דקאמר דינא דערב שבא היכא הוי דיניה מסתמא לא פליג אירושלמי ולפיכך אף על גב דבחול צריך לעשות מלאכה בשדה עד צאת הכוכבים ולא יבא לביתו עד לאחר צאת הכוכבים אבל בערב שבת מקדים עצמו לבא לביתו אף קודם צאת הכוכבים בכדי שיוכל למלאות לו חבית מים וכו׳ ודו״ק. ובהגהת ש״ע כתב הרב למלאות לו חבית של מים ולצלות לו דג קטן אפשר שדקדק בלשון הירושלמי שכתב ולצלות לו דגה ואמרו בפרק הנודר מן המבושל דג שאני טועם אסור בגדולים ומותר בקטנים דגה שאני טועם אסור בקטנים ומותר בגדולים ומביאו רבינו ביורה דיעה סי׳ רי״ו:

סימן שלב

א האומר לשלוחו וכו׳ משנה ר״פ האומני׳ השוכר את האומנים והטעו זה את זה אין להם זה על זה אלא תרעומת ובגמרא חזרו זה בזה לא קתני אלא הטעו זה את זה דאטעו פועלים אהדדי היכי דמי וכו׳ וכתבו הרי״ף והרא״ש כללא דנקטינן מהך שמעתתא וכו׳ כמ״ש רבינו והנוסחא האמיתית בספרי רבינו וחוזר ונוטל מבעל הבית מה שההנהו דהכי אוקימנא למתני׳ לחד שינוייא ופי׳ רש״י וז״ל דאי מתגרי פועלים בד׳ ע״כ דבעה״ב ניתיב ד׳ אע״פ שלא צוהו שהרי ההנהו בכך עכ״ל ולא כנוסחאות שכתוב בהן וטטל מבעה״ב מה שהתנה דט״ס הוא אלא צ״ל מה שההנהו כדתניא השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חברו נותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מבע״ה מה שההנהו דאי ההנאה ד׳ דמתגרי פועלים בד׳ נוטל ד׳ ואי מתגרי בג׳ וחצי נוטל ג׳ ואפילו אי מתגרי בג׳ אם עשו מלאכה שוה ד׳ נוטל מבעה״ב ד׳ דכיון דמלאכתם שוה ד׳ מה שההנהו מיקרי וע״ז כ׳ הרמ״ה דוקא עד ד׳ וכו׳ פי׳ היכא דהמלאכה שוה יותר מד׳ לא אמר מאחר שההנהו בתמש או שש נוטל מבעה״ב כל ההנאה ואע״ג דלא מיחייב השליח ליתן לפועל אלא ד׳ הא ליתא דהלכה כר׳ יוסי בפ׳ המפקיד דקאמר כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו כדלעיל בסי׳ ש״ז ס״ה ואף כאן אין השליח זוכה ליטול מבעה״ב יותר ממה שנותן לפועלים בשכרן שקצב להם אם ד׳ ד׳ אם ה׳ ה׳ אע״פ שההנהו ביותר. והב״י לא הבין כך וכתב מה שכתב ולא דק. עוד כתב ב״י דמ״ש הרי״ף והרא״ש והיכא דא״ל בעה״ב בג׳ וא״ל איהו בד׳ אי א״ל שכרכם עלי שקלי פועלי׳ מיניה ד׳ והדר איהו ושקיל ג׳ מבעה״ב כדתניא השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חברו דנותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מבעה״ב מה שההנהו עכ״ל דפירוש דבריהם הוא דאפילו לא מתגרו פועלים בבציר מד׳ אינו נוטל מבע״ה אלא ג׳ כמו שא״ל דמאי דא״ל בעה״ב למיגר ביה קרי הכי מה שההנהו עכ״ל ב״י ולא ידעתי למה לו לדחוק בכך הרי פשט דבריהם מבואר דנוטל מבעה״ב כל מה ששוה ההנאה ומ״ש והדר איהו ושקיל מבע״ב ג׳ היינו לומר אם אין ההנאה רק ג׳ כמ״ש בעה״ב ועל זה הביאו הא דתניא השוכר את הפועל וכו׳ לאורויי דמה שאינו נוטל ממנו אלא ג׳ הוא ההנאה שההנהו וגם דברי הרמב״ם בפ״ט משכירות שכתב בסתם ונוטל מבעל הבית ג׳ ומפסיד אחד מכיסו כך כוונתו דנוטל ג׳ אם אין ההנאה כ״א ג׳ אבל אם ההנאה שוה ד׳ או ה׳ ודאי דלא גרע מהא דתניא השוכר את הפועל וכו׳ ונסמך הרמב״ם על מ״ש בסוף אותו פרק הא דתניא השוכר את הפועל וכו׳ וחוזר ולוקח מחבירו מה שנהנה בזו המלאכה דפשיטא דלא גרע האי שליח מאילו לא היה שליח דחוזר ונוטל מה שנהנה בזו המלאכה ולפי שהדבר פשוט סתם וכתב ולא פירש גם הסמ״ג אחז דרכו וכתב כלשונו ממש והיא דעת רש״י והרמ״ה ורבינו ואין בזה חולק אלא שהרמ״ה בא לבאר דאינו נוטל מבעה״ב יותר ממה שנותן לפועלים אפילו שוה המלאכה יותר שלא יהא זה עושה סחורה בפרתו של חברו והוא ג״כ דבר ברור אין חולק על זה: וקאמר הרמ״ה אפי׳ שאמר בעה״ב איני יודע וכו׳ פי׳ לא אמרונן דהו״ל כאומר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהו״ל מחוייב שבועה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם דדוקא בטוענו ברי מנה לי בידך דרמיא עליה לידע אי חייב לו מנה אי לאו התם הוא דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם אבל הכא לא רמיא עליה לידע אפילו אמר איני יודע לא הו״ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע. ומשמע דפטור לגמרי אף משבועת היסת כיון דאין טוענו ברי אתה חייב לי:

ב ואם בע״ה א״ל בג׳ והוא א״ל בד׳ ואמרו כמ״ש בעה״ב וכו׳ שם פשיטא אי א״ל בעה״ב בג׳ ואזיל איהו ואמר בד׳ וא״ל כמ״ש בעה״ב דעתייהו אעילויא אלא אי א״ל בעה״ב בד׳ ואזיל איהו א״ל בתלתא ואמרי כמ״ש בע״ה מאי אדיבוריה דידיה סמכי דא״ל מהימנת לן דהכי אמר בע״ה א״ד אדיבוריה דבעה״ב קא טמכי ולא אפשיטא ופסקו הפוסקים לקולא דלית להו אלא ג׳ והרי״ף כתב וז״ל פשיטא אי א״ל בעה״ב בג׳ ואזל איהו וא״ל בד׳ וא״ל כמ״ש בעה״ב דעתייהו אעילויא ואי שוי עבידתייהו ד׳ שקלי ד׳ מבע״ה אלא אי א״ל בעה״ב בד׳ ואזל איהו וא״ל בג׳ וא״ל כמ״ש בעה״ב מאי וכו׳ וכתב הרא״ש על זה דמ״ש הרי״ף דעתייהו אעילויא ואי שוי עבידתייהו ד׳ שקלי ד׳ לא מיחוור לי דאפילו לא עבדי עבידתא אלא כשאר פועלים שקלי ד׳ כמ״ש להם השליח דדעתייהו אעילויא אי א״ל בעה״ב טפי מד׳ ואין לפחות ממ״ש להם השליח אף אם א״ל בעה״ב בפחות הלכך אפי׳ לא

עבדי אלא כשאר פועלים שקלי ד׳ דלא בעינן דליעבדו עבידתא שפירתא אלא היכא דאיכא דמיתגרי בתלתא ואיכא דמיתגרי בד׳ וא״ל בעה״ב בג׳ וא״ל בד׳ וא״ל שכרכם על בעה״ב. ומיהו נראה דיפה כתב דע״כ מיירי דא״ל שכרכם על בע״ה ואיכא דמיתגרי בג׳ ואיכא דמיתגרי בד׳ ובטלה שליחות כיון דשינה וס״ד כיון שאמר כמ״ש בע״ה הוו כאילו שכרן בע״ה בג׳ ואפי׳ אי עבדו עבידתא שפירתא לא יהיב להו אלא ג׳ קמ״ל דדעתייהו אעילויא והוי כאילו לא אמר כמ״ש בעה״ב עכ״ל הרא״ש והבין רבינו מדברי הרא״ש דמפרש בסוגי׳ דבאומר כמ״ש בעה״ב מהני לפועלים יותר מאילו לא אמרו כמ״ש בע״ה מדקמיבעיא ליה בא״ל בע״ה בד׳ וא״ל בג׳ מי נימא דשקלי ד׳ אלמא דאף על גב דהיכא דלא א״ל כמו שאמר בעה״ב לא שקלי אלא ג׳ דסבור וקיבל מ״מ היכא שא״ל כמ״ש בעה״ב איכא למימר דשקלי ד׳ וממילא נמי הא דקאמר פשיטא אי א״ל בעה״ב בג׳ ואזל איהו וא״ל בד׳ וא״ל כמ״ש בעה״ב דעתייהו אעילויא מיירי נמי בהכי דאם לא א״ל כמ״ש בעה״ב לא היה נוטל ד׳ אבל השתא דא״ל כמ״ש בעה״ב נוטל ד׳ דבמ״ש כמ״ש בעה״ב מהני להו לפועלים דגלו דעתייהו אעילויא ובעל כרחך לפי זה צ״ל דהאי פשיטא דקאמר תלמודא איירי בדא״ל שכרכם על בעה״ב ואיכא דמתגרי בתלתא ואיכא דמתגרי בד׳ ובטלה שליחות ולפיכך היכא דלא הוו אמרי כמ״ש בעה״ב לא הוו שקלי אלא ג׳ ובדאמרי כמ״ש בע״ה דעתייהו אעילויא מי א״ל בע״ה טפי מד׳ ואין לפחות ממ״ש השליח אף אי א״ל בעה״ב בפחות דאין לפרש בדא״ל שכרכם עלי דהתם אפי׳ לא א״ל כמ״ש בעה״ב דלא גלו דעתייהו אעילויא נמי קא שקלי ד׳ ומה צ״ל דפשיטא דשקלי ד׳ משום דדעתייהו אעילויא בלאו ה״נ שקלי ד׳ אלא ודאי דאיירי תלמודא בדאמר להו שכרכם על בעה״ב וז״ש הרא״ש דע״כ מיירי דא״ל שכרכם על בעה״ב ואיכא דמתגרי וכו׳ ודלא כשיטת ר״י ור״ח שבתוספות ובסמ״ג שכתבו דמיירי באומר שכרכם עלי אבל בא״ל שכרכם על בעה״ב לא מהני ליה במאי דקאמרי כמ״ש בעה״ב ודעתייהו אעילויא דמ״מ בעה״ב לאישלם להם אלא מה שהתנה ע״ש דלהרא״ש ליתא להך פירושא אלא ודאי מהני מאי דקאמרי כמ״ש בעה״ב ופירוש דברי הרא״ש שכתב ולא מיחוור לי וכו׳ עד סופם לדעת רבינו כך הוא דכיון דדעתייהו אעילויא אי א״ל בעה״ב טפי מד׳ ואין לפחות ממ״ש השליח אף אי א״ל בעה״ב פחות א״כ אפילו אי לא עבדי אלא כשאר פועלים שקלי ד׳ דלא בעינן דליעבדו עבידתא שפירתא אלא כיון דאיכא דמיתגרו בג׳ ואיכא דמיתגרו בד׳ וא״ל בעה״ב בג׳ וא״ל בד׳ וא״ל שכרכם על בעה״ב שקלי ד׳ דמהני מאי דאמרי כמ״ש בעה״ב דגלו דעתייהו אעילויא שלא לפחות ממ״ש השליח. אח״כ אמר ומיהו נראה דיפה כתב דע״כ מיירי דא״ל שכרכם על בעה״ב ואיכא דמיתגרי בג׳ ואיכא דמיתגרי בד׳ ובטלה שליחות כיון דשינה כמ״ש לעיל דהכי מוכחת הסוגיא לפי דעת הרא״ש וא״כ נימא נמי דאיירי דוקא היכא דעבדו עבידתא שפירתא והא דקשה הא אפילו לא עבדי עבידתא שפירתא נמי שקלי ד׳ דדעתא אעילויא איכא למימר דהיינו דוקא היכא דאיכא דמתגרי בד׳ ואיכא דמתגרי בג׳ אבל היכא דליכא דמיתגר טפי מג׳ ודאי לא מהני מאי דאמר כמ״ש בעה״ב למישקל ד׳ כיון שאמר שכרכם על בעה״ב אבל אי עבדי עבידתא שפירתא שקלי ד׳ אפילו היכא דליכא דמיתגר טפי מג׳ אפילו אמר שכרכם על בעה״ב ומאי דקשיא א״כ מה צורך לומר דפשיטא דשקלי ד׳ משום דדעתייהו אעילויא תיפוק ליה בלאו הכי נמי שקלי ד׳ כיון דעבדי עבידתא שפירתא על זה קאמר וס״ד כיון שאמר כמ״ש בע״ה הוי כאילו שכרן בעה״ב וכו׳ עד והו״ל כאילו לא אמר כמ״ש בעה״ב דמאחר דקא עבדי עבידתא שפירתא שקלי ד׳ כאילו לא אמר כמ״ש בעה״ב והיינו אפי׳ אמר שכרכם על בע״ה ואפילו ליכא דמיתגר בטפי מג׳ כדלעיל בסוגיא וא״כ לא אמר הרא״ש דאע״פ שא״ל כמ״ש בעה״ב הו״ל כאילו לא א״ל כמ״ש בעה״ב אלא בזו דקא עבדי עבידתא שפירתא ולכך פסק רבינו דבא״ל כמ״ש בע״ה ודאי לא היה דעתם לפחות וכו׳ ואי אמר שכרכם עלי נותן להם ארבעה וחוזר ונוטל מבע״ה פי׳ מה שנהנה בזו המלאכה כדלעיל להיכא דלא אמר כמ״ש בעה״ב דלא גרע זכותייהו במאי דקא אמרי כמ״ש בעה״ב דודאי לא היה דעתו לפחות ממ״ש להם השליח ואם אמר להם שכרכם על בעה״ב נותן להם ד׳ אם יש שנשתכרו בג׳ ויש שנשתכרו בד׳ דאע״ג דהיכא דלא א״ל כמ״ש בעה״ב לא שקלי אלא ג׳ כאן שאמרו כמ״ש בע״ה עדיפא זכותייהו דקאמרי דדעתייהו אעילויא ומשמע אבל אם כולם נשכרים בג׳ לא מהני מאי דקאמרי כמ״ש בעל הבית ולמישקל ארבעה אלא אע״ג דדעתייהו אעיליא מ״מ מאחר שאמר השליח שכרכם על בעה״ב ובעה״ב קאמר בג׳ וליכא מאן דמיתגר בטפי מג׳ לא שקלי טפי מג׳ ואם מלאכתן שוה ד׳ אפילו כולן נשכרין בג׳ שקלי ד׳ דלא גרעו זכותייהו במאי דקאמרי כמ״ש בעה״ב והו״ל כאילו לא אמרו כמ״ש בעה״ב דשקלי ד׳ כשמלאכתן שוה ד׳ אפולו כולן נשכרין בג׳ ושיטה זו ישרה וברורה. אבל ה״ר ירוחם ז״ל הביו מדברי הרא״ש דמ״ש הלכך אפילו לא עבדי עבידתא אלא כשאר פועלים שקלי ד״ דלא בעינן דליעבדו עבידתא שפירתא אלא היכא דאיכא דמיתגרי בג׳ וכו׳ דכוונתו לומר דדוקא היכא דאיכא דמיתגרי בג׳ ואיכא דמיתגרי בד׳ וא״ל בעה״ב בג׳ וא״ל בד׳ וא״ל שכרכם על בעה״ב ואמרי אינהו כמ״ש בעה״ב התם הוא דלא שקלי ד׳ אלא היכא דעבדי עבידתא שפירתא אבל היכא דליכא דמיתגר בבציר מד׳ אפי׳ לא עבדי עבידתא שפירתא שקלי ד׳ ואע״ג דא״ל כמ״ש בעה״ב לא גרעו זכותייהו אלא דעתייהו אעילויא אי א״ל בעה״ב טפי מד׳ ואין לפחות ממ״ש השליח אף אם א״ל בעה״ב בפחות מאאר דליכא דמיתגר בבציר מד׳ ואח״כ כתב הרא״ש ומיהו נראה דיפה כתב דע״כ מיירי דא״ל שכרכם על בעה״ב ואיכא דמיתגרי בג׳ ואיכא דמיתגרי בד׳ ובטלה שליחות כיון דשינה והלכך אי לא עבדו עבידתא שפירתא לא קא שקלי ד׳ כיון דשינה אבל בדעבדו עבידתא שפירתא שקלי ד׳ ומאי דקשיא כיון דקא עבדי עבידתא שפירתא למה ליה למימר כמ״ש בעה״ב בלאו הכי נמי שקלי על

זה מסיק וס״ד כו׳. זאת היא דעת הר״ר ירוחם בהבנת דברי הרא״ש עיין עליו בנכ״ט ולפי זה הבין דאף בזו דאיכא דמיתגרי בג׳ ואיכא דמתגרי בד׳ וא״ל שכרכם על בעה״ב כיון דא״ל בעה״ב בג׳ והשליח שינה וא״ל בד׳ וא״ל כמו שאמר בע״ה לא מהני לפועלים מידי והו״ל כאילו לא א״ל כמ״ש בעה״ב ואין להם אלא ג׳ ולא נהירא אלא כדעת רבינו עיקר זה כתבתי קרוב לשלשים שנה ועתה ראיתי שכתוב מהרו״ך שדעת הרא״ש היא דאין חילוק כלל בין כשא״ל הפועלים כמ״ש בעל הבית או לא אמרו כך דאפילו אמרו הו״ל כאילו לא אמרו ולכך היכא דא״ל בעה״ב בג׳ ושינה השליח וא״ל בד׳ ושכרכם על בעל הבית והם אמרו כמו שאמר בעל הבית ואיכא דנשכר בג׳ ואיכא בד׳ דאינו נוטל ד׳ אלא אם כן דמלאכתן שוה ד׳ או כל הפועלים נשכרים בד׳ וכך צריך להגיה בהטור עכ״ד הבין מדברי הרא״ש כמו שהבין הר״ר ירוחם וחשב שבודאי גם רבינו תופס כך ונמשך מזה דצריך להגיה בדברי רבינו ושרי ליה מאריה. שוב ראיתי בספר בדק הבית שהקשה בדברי רבינו מתחלת דבריו שכתב היכא דלא אמרו כמ״ש בעה״ב אסוף דבריו שכתב כשא״ל כמ״ש בעה״ב ומתוך קושיא זו אמר להגיה בדברי רבינו ואין ספק דשגגה יצאה מלפני השליט דתקפה עליו משנתו בכבוד היא מנוחתו ואין כאן טעות אלא כדפירשתי הוא האמת׃

סימן שלג

א השוכר את הפועל וכו׳ ברייתא ר״פ האומנים ופירש״י ותביעת ממון ליכא דהא דברים בעלמא נינהו. וע״ל סימן ר״ד דכתב דאית ביה ממחוסר אמנה וכאן לא דיבר מזה אלא לענין תביעת ממון אם חוזר בו ונסמך על מ״ש למעלה דין מחוסר אמנה אימתי הוא. ואע״ג דשכיר יום יכול לחזור בו אפילו בחצי היום הכא אשמועינן פועל שהוא קבלן חזר בו קדם שהתחילו במלאכה ולא משך בעה״ב את כלי האומנות שלו׃ ומיהו כתב ר״ת וכו׳ בפרק הזהב (בבא מציעא דף מ״ח) בד״ה והא בעי׃ וכתב א״א הרא״ש לאו דוקא הלכו וכו׳ עד שפסק עמהם שם בפסקים ומ״ש או ישכירו עצמם כשאר פועלים וכו׳ פירוש הרשות ביד הפועלים שאם הבע״ה א״ל שישכירו עצמם והוא ישלים להם כפי התנאי והם אינה רוצים חייב לשלם להם כפועל בטל לפי התנאי הגדול שפסק עמהם ואם אינם רוצים להפסיד דבר ישכירו עצמם כשאר פועלים והוא ישלים להם כתנאי שפסק ביניהם וכל מה שנזכר כאן שיהיו נשכרין לאחר אינו אלא במלאכה שאינה כבידה מזו שנשכר עליה וכ״כ תלמידי רשב״א ומביאו ב״י׃

ב ומ״ש בד״א כשלא התחילו במלאכה וכו׳ ברייתא ר״פ האומנין. ומ״ש כ״ז שאינו גורם להם הפסד נראה דרצונו לומר דהיינו דוקא שלא היו יכולים להשכיר עצמם אמש כששכרם אבל אם היו נשכרים אמש ועכשיו אינם נשכרים כלל ה״ז גורס להם הפסד בתורה זו וכ״כ ה׳ המגיד בפ״ט משכירות בשם הרמב״ן והרשב״א ומביאו ב״י׃ והפועל אם הוא שכיר יום וכו׳ שם ברייתא ת״ק ס״ל יד פועל על העליונה אפילו הוא קבלן ור׳ דוסא סובר יד פועל על התחתונה אפילו הוא שכיר יום ורב אמר הלכה כר׳ דוסא בקבלן דידו על התחתונה אבל שכיר יום יכול לחזור בו וידו על העליונה ומ״ש אפי׳ אם נתייקרה המלאכה וכו׳ שם בברייתא תנא היכא דנתייקרה המלאכה והרא״ש שם כתב דה״ה אם הוזלה המלאכה׃ ומ״ש בשם ר״י דוקא כשחוזר בו סתם וכו׳ נראה דטעמו דכיון דשכיר יום לא מצי חוזר אלא משום דכתיב עבדי הם ולא עבדים לעבדים א״כ דוקא בחוזר בסתם דתלינן שאינו חפץ לעבוד יותר אבל אם חוזר בו מחמת היוקר אם כן גלי דעתיה דניחא ליה בעבדות אם ישלם לו בעה״ב כפי היוקר ואין שומעין לו והכי מסתברא׃ ומ״ש לפיכך אם התחיל במלאכה וחוזר בו אע״פ שהלך וכו׳ כתב ב״י וז״ל כלומר ל״מ אם התחיל במלאכה ממש ונתייקר וחזר בו שאינו משלם לו מכיסו ודיו שהפסיד מה שהתחיל לעשות אלא אפי׳ הלך וכו׳ וזה דוחק דפתח בתרתי א׳ התחיל במלאכה ב׳ אם הלך ומסיים בא׳ שאמר אין מפסיד אלא טורח הליכתו וכו׳ אבל הנוסחא האמיתית בדברי רבינו הוא לפיכך אם לא התחיל במלאכה וחוזר בו אע״פ שהלך וכו׳ דהשתא לא איירי אלא בהלך בלחוד אבל בהתחיל במלאכה לא מיירי דפשיטא היא דדיו שהפסיד מה שהתחיל לעשות. עוד כתב ב״י וז״ל ומ״ש כיון שאינו תופס משלו דמשמע דאם היה תופס משלו היה צריך לשלם בעל הבית כל מה שהפסיד הוא ע״פ מ״ש ה״ה בפרק ט׳ משכירות דבכלי אומנתו בידו אפילו בדבר שאינו אבד שוכר עליהם עד כדי שכר המלאכה אפי׳ נתיקרה בנתיים וכו׳ עכ״ל. וכך פי׳ מהרז״ן ע״כ פסק דאם היה תופס הבעל הבית משל פועל יכול לשכור עליו. והא ליתא דהא רבינו לא ס״ל הכי מדכתב בסמוך בדין דבר האבד דאם הי׳ בידו משלהם יכול לתופסו לשכור בו הפועלים לגמור מלאכתו שלא תפסד וכו׳ אלמא דוקא בדבר האבוד יכול לתופסו אבל לא בשאינו דבר האבוד דאל״כ הו״ל לפרש כאך בדין דבר שאינו אבד ג״כ דאם תפס משל פועל דיכול לשכור עליו אבל הדבר פשוט דמ״ש רבינו כאן כיון שאינו תופס משלו אין פירושו שאין הבעה״ב תופס משל פועל כמו שהבין ב״י אלא ה״פ כיון שאין הפועל תופס בידו משל בעה״ב דאם היה הפועל תופס דבר משל בעה״ב כגון שקיבל שכירותו מידו היה חייב הפועל להחזיר הכל כדכתב לעיל בסמוך אבל כיון שלא תפס הפועל משלו כלום אין הפועל חייב ליתן לו מכיסו כלום ואפילו היה בע״ה תופס משל פועל צריך להחזיר לו מה שתפס׃

ג בד״א שפועל יכול לחזור בו יותר מקבלן כשאין הדבר אבוד וכו׳ ברייתא שם׃ ומ״ש בשם הרא״ש לחלק בין כשבא האונס בתחלת היום לבא בסוף היום כ״כ לשם בפסקיו דהיינו הא דפ״ק דקידושין דעבד שחלה ג׳ ועבד שלש א״צ להשלים דכיון דאחר חליו קיבלו בעה״ב למלאכתו ולא אמר לנכות

לו מה שחלה מסתמא מחל לו אבל היכא שהחולי היה בסוף זמנו אין הוכחה שמחל לו עכ״ל. וז״ש רבינו בשמו ואחר שעבר האונס קבלן הבע״ה למלאכתן סתם נותן להם כל שכרן וכו׳ דמשמע דוקא בקבלן סתם אבל אם כשחזר וקבלן היה מפרש שרוצה לנכות להם מה שבטלו בשביל האונס הרי גילה דעתו שלא מחל ומנכה להם: ואם אינו יכול להטעותן שוכר פועלים וכו׳ פי׳ כגון אם שכרן בח׳ דינרים יוסיף לאחרים על שכרם ח׳ דינרין דהיינו בין הכל י״ו דינרין והיינו כפל שכר הראשונים ותוספות זה נוטלו מפועלים הראשונים והיינו דאמרינן בגמרא עד כמה שוכר עליהן אמר רב נחמן עד כדי שכרן: ומ״ש ואם היו בידו משלהם וכו׳ שם מותיב רבא לרב נחמן מהא דתניא עד מ׳ וחמשים זוז אמר ליה כי תניא ההיא בשבאתה חבילה לידו: ובכל זה אין חילוק בין פועל לקבלן וכו׳ הכי משמע דבדין דבר האבד אין חלוק בין פועל לקבלן: ומ״ש במה דברים אמורים וכו׳ ושמין לשכיר יום מה שעשה לפי שידו על העליונה כו׳ ה״א בברייתא דכשידו על העליונה שמין מה שעשה ובידו על התחתונה שמין לו מה שעתיד לעשות נמשך לפ״ז דבשכיר יום שמין מה שעשה וכו׳:

סימן שלד

א השוכר הפועל לחפור וכו׳ ר״פ האומנים אסיקנא דהא תניא הלכו פועלים ומצאו שדה שהיא לחה נותן להם שכרן כפועל בטל היינו בדלא סיירא לארעא מאורתא ותו איתא התם אמר רבא האי מאן דאגר אגירו לרפקא ואתא מטרא ומליא מיא אי סיירא לארעא מאורתא פסידא דפועלים לא סיירא לארעא מאורתא פסידא דבע״ה ופרש״י בהך אוקמתא וז״ל הא דסיירא לארעא. פי׳ הוליך הפועלים וראוה ולא הבינו שהיתה לחה או שירדו גשמים בלילה לית להו כלל וכו׳ ורש״י לא זו אף זו נקט דל״מ היכא דלא הבינו שהיא לחה כדקתני בברייתא דהטעו את עצמם דחזו אינהו גופייהו ולא הו״ל לילך בבקר אלא אפילו לא היתה לחה אלא שירדו גשמים בלילה כי הך דרבא ג״כ פסידא דפועלים דהו״ל להכיר מעצמם שהמטר שירד על שדה זו בלילה לחלח אותה שלא תהא ראויה לחפור ולא הו״ל לילך ולפי זה ניחא הא דלא כתב רבינו הא דפירש רש״י וראוה ולא הבינו שהיתה לחה שדבר פשוט הוא אלא אשמועינן רבותא דאפילו ירד עליה מטר בלילה נמי פסידא דפועלים היא: ומ״ש והרמב״ם כתב אם ביקר בע״ה מלאכתו וכו׳ טעמו דהוא ז״ל מפרש דסיירא לארעא מאורתא קאי לבע״ה כלומר שהוא עצמו ביקר שדהו אם כן אנוס הוא ופסידא דפועלים לא ביקר פושע הוא ונותן להם שכר כפועל בטל וז״ל הרמב״ם הלכו פועלים ומצאו שדה כשהיא לחה או ששכרן להשקות השדה ומצאוהו שנתמלא מים אם ביקר בעה״ב מלאכתו וכו׳ ולא כתב להך דרבא דאגר אגירי לרפקא ואתא מטרא נראה שלא היה גורס להך דרבא אלא לאידך דרבא בלחוד האי מאן דאוגיר אגורי לדוולא ואתא מטרא וכו׳. ולפי זה אפשר לומר דמודה הרמב״ם דאם הכירו הפועלים שדה של בע״ה שאם ירד עליה מטר לא תהיה ראויה לחפור אפילו לא ביקר בעל הבית מלאכתו מבערב פסידא דפועלים היא אלא דוקא היכא דלא ירד המטר בלילה ומצאוה שהיא לחה התם הוא דאיכא לחלק דאם לא ביקר בעה״ב אפילו הכירו הפועלים את השדה מניין יהיו יודעים שהיא לחה עכשיו ולפיכך נותן להם שכרן כפועל בטל דכיון דלא ביקר פשע ואם ביקר בעל הבית וכו׳ אנוס הוא ופסידא דפועלים:

ב השוכר הפועל להשקות שדהו וכו׳ שם מימרא דרבא ועל פי מה שפירש הרא״ש לשם:

ג ומ״ש לפיכך אם שכרו להשקות שדהו ובא מטר בלילה וכו׳ פי׳ דכיון דאין שניהם יודעים שירד מטר בלילה פסידא דפועל היא ואינו נותן לו כלום: ומ״ש וכן אם בא בחצי היום וכו׳ מימרא דרבא שם האי מאן דאגר אגירי לדוולא ואתא מיטרא פסידא דפועלים אתא נהרא פסידא דבעל הבית ויהיב להו כפועל בטל ופרש״י פסידא דבעל הבית. דפועלים אינן יודעים שמנהג שדהו שיהא נהר עולה להשקותו אך הוא היה יודע עכ״ל והתוספות כתבו דאיכא ספרים דגרסי ואתא מיטרא בלילה פסידא דפועלים וצ״ל דמיירי בסיירא לארעא דבלא סיירא לא הוה פסידא דפועלים כדאמר רבא לעיל. נראה מדבריהם דלספרים דידן דלא גרסי בליליא דמשמע דבא בחצי היום ניחא דקאמר דהוי פסידא דפועלים ולפי דהתוספו׳ כתבו ועוד י״ל דהכא גבי דוולא אפי׳ לא סיירא הוי פסידא דפועלים ולהכי לא מפליג בה בין סיירא ללא סיירא כבאידך דהתם אי לא סיירא לא הוי פסידא דפועלים לפי שהפועלים אין להם לידע שהמטר ימנע קרקעו מריפקא אבל בדוולא רוב השדות מתמלאות בהם יאורים על ידי המטר ולא הו״ל לירא יותר מפועלים ולא פשע במה שלא הוליכם שם עכ״ל לפיכך כתב רבינו בסתם בבא מטר בלילה לפי שתופס עיקר כשינויא בתרא דתוספות דהכא גבי דוולא אפי׳ לא סיירא הוי פסידא דפועלים וכתב ג״כ וכן אם בא בחצי היום כספרים דידן דלא גרסי בליליא: ומ״ש אבל אם עלה הנהר והשקה השדה פסידא דבע״ה כתבו התוס׳ יש להקשות אמאי לא מפליג בין רגיל למיתי ללא רגיל למיתי ובין בני ההוא מתא לבני מתא אחריתי ויש לומר דסתמא עביד למיתי שעל כן יש בו חריצין להוליך המים בכל השדה ולא מפליג בין בני ההוא מתא וכו׳ דאפילו איתנהו בההוא מתא הוי פסידא דבע״ה דאין להם לידע ענין שדהו אם בא מן הנהר לתוכה אבל אם פסק הנהר יודעים כל בני העיר עכ״ל:

ד בד״א בפועל אבל מי שהתנה עם אריסו וכו׳ התוס׳ ר״פ האומנים והרא״ש פרק מי שאחזו כתבו חילוק זה בין פועל לאריס אבל לא מטעם שהאריס כשותף בשדה אלא דשאני שכירי יום דאין להם כלום אם לא עשו מלאכ׳ אבל בפ׳ מי שאחזו כתבו התו׳ טעם זה דהאריס יש לו חלק בקרקע כמו בעל השד׳ וכו׳ וכ״כ האלפסי טעם זה בפ׳ מי שאחזו וע׳ בב״י שהאריך בזה מדברי הפוסקים:

סימן שלה

א השוכר הפועל למלאכה יודוע כגון לעדור וכו׳ מימרא דרבא ר״פ האומנים האי מאן דאגיר אגירי לעבידתא ושלי׳ עבידתא בפלגא דיומא אי איתא עבידתא דניחא ליה מינה יהיב להו א״נ דכוותה מפקיד להו וכו׳ וכתב הרא״ש דהיינו בשכרו למלאכה ידועה אבל בשכרו למלאכה בסתם יכול לשנות ממלאכה קלה למלאכה כבדה עכ״ל וכ״כ ב״י ע״ש שאר מפרשים וז״ש רבי׳ השוכר הפועל למלאכה ידועה וכו׳. דאילו בשכרו למלאכה בסתם כופיהו לעשות כבדה ממנה שהרי אם רצה היה מוסר לו הקשה בתחלה וכמ״ש בסמוך ואם שכרו סתם וכו׳:

ב השוכר הפועל וכו׳ תוספתא כתבוה הרי״ף והרא״ש בר״פ האומנין השוכר את הפועל להביא שליחות ממקום למקום והלך לו ולא הביא נותן לו שכרו משלם השוכר את הפועל להביא קנים ודוקרנים לכרם והלך ולא הביא נותן לו שכרו משלם השוכר את הפועל להביא ענבים ותפוחים ורמונים ודומרסקין לחולה ובא ומצאו שמת או שהבריא לא יאמר לו טול מה שהבאת בשכרך אלא נותן לו שכרו משלם ומפרש רבינו דמציעתא להביא לו קנים אינו נותן לו אלא כפועל בטל דאל״כ קשיא הך ברייתא דרבי דוסא דתניא נותן לו שכרו משלם אבל אינו דומה הבא טעון להבא ריקם דהכא נמי הו״ל להביא קנים ודוקרנין ובא ריקם אלא הך מציעתא תנא לישנא קטיעא כאילו אמר להדיא נותן לו שכרו משלם אבל אינו דומה הבא טעון וכו׳ כדקתני בהך ברייתא דר׳ דוסא אבל רישא דלא הלך אלא לשליחות שאין בו טורח הבאה כגון להביא אגרת וכיוצא חייב לשלם לו כמו שהתנה עמו ממש ואינו מנכה לו כלום: כתוב במרדכי פ׳ האומנים שליח שהיה נושא אגרות בשכר ומצא תגר וחזר נראה דהוי פסידא דפועל בין היה לשניהם לידע האונס וכו׳ אבל הכא לא נהנה כלום ודומה לספינה זו ויין סתם דפריך תלמודא מה שנתן אמאי לא יטול עכ״ל. ומדברי הרב בש״ע נראה דמפרש תגר סוחר כלומר שהשליח פגע ומצא זה שאליו נשלחו האגרות וחזר השליח כיון דאליו נשלחו האיגרות ותימא לפי זה למה פסק דהוי פסידא דפועל כיון שהבע״ה לא נהנה כלום הלא בשולח להביא תפוחים לחולה אע״פ שהבריא או מת ולא נהנה כלום צריך ליתן לו שכרו משלם והכא נמי צריך לשלם לו מה שהלך בחצי הדרך ותו דלפי׳ הרב מהו זה שבסוף הגהות מרדכי דמציעא ד״ק בסימן תרמ״א כתב על פסק זה דמצא תגר וז״ל ולי הכותב לא נראה מהא דאמרינן בפרק הזהב בני העיר ששקלו שקליהן ונגנבו או שאבדו מידי השלוחין וקאמר נשבעין שלוחין ליטול שכרן מבני העיר אלמא אע״ג דאין נהנין בני העיר שהרי צריכין לשקלים אחרים אפ״ה נוטלין שכרן וכו׳ ע״ש אלמא דמצאו תגר גרסינן פי׳ שמצאו לשליח בדרך בעל מלחמה שקורין אותו בל״א בעל תיגרא ולקח ממנו כל אשר היה בידו וגם האגרת לקח ממנו ולכן חזר השליח ועל כן השיג בהגה״ה ואמר דאע״ג שהגיעו אונס בדרך שנאבד האגרת לא הפסיד שכרו גם מהרו״ך כתב כיוצא בזה וכן הוא האמת דכשמצא השליח בדרך מי שנשתלח אליו לא הפסיד שכרו אבל אם נאנס בדרך שגזלו מידו האגרת לא יטול וכן פסק בהגהות מרדכי דקידושין שליח שהיה נושא האגרות בשליחות ונאנס נראה דלא יטול כלום עכ״ל. ומה שהקשה בהגהות מההיא דבני העיר ששקלו שקליהן וכו׳. הלא הוא בעצמו כתב דיש לחלק:

סימן שלו

א השוכר הפועל לעשות בשלו וכו׳. ברייתא ר״פ האומנים הובאה בסי׳ של״ב ולשם נתבאר ע״ש הרמ״ה דאינו נוטל מחבירו יותר על מה שנותן לפועל אע״פ שהנהו ביותר מכך. ומ״ש ואינו יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך וכו׳ משנה סוף פ׳ הבית והעלייה השוכר את הפועל לעשות עמו בתבן וקש וא״ל תן לי שכרי וא״ל טול מה שעשית בשכרך אין שומעין לו משקבל עליו א״ל הילך שכרך ואני אטול את שלי אין שומעין לו. ובגמרא טול מה שעשית בשלך אין שומעין לו והתניא שומעין לו וא״ר נחמן לא קשיא כאן בשלו כאן בשל חברו א״ל רבא לר״נ בשלו מ״ט דא״ל אגראי עליך בשל חברו נמי שכרו עליו דתניא השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חברו נותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מבעל הבית מה שההנהו אלא אמר רב נחמן ל״ק כאן בשל הפקר ופרש״י בשל הפקר שומעין לו דא״ל קני בי׳ את דלדידיה לא קני ליה ר״נ לטעמיה דאמר המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו נמצא שאין פעולתו עליו ואין כאן בל תלין ולא דמי לשל חברו דהתם ליכא למימר זכי ביה את וכי לא א״ל שכרך על בע״ה על כרחו שכרו עליו אבל הכא לא עכ״ל דעתו ז״ל ליישב מאי דקשה דכי היכא דהוא קשיא ליה אשינוי׳ קמא דהוה משני דבשל חברו שומעין לו מהא דתניא השוכר את

הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חברו וכו׳ ה״נ קשיא אהך שינויא דבשל הפקר וקאמר רש״י דלא דמי לשל חברו וכו׳ מיהו אין ספק דלא קאמר רש״י אלא בהך דשל חברו דאיירי ביה בשינוייא קמא דהיינו בשכרו לעשות בשלו והראהו בשל חברו.

ב אבל בשכרו סתמא לעשות בשל חברו התם פשיטא דשומעין לו כיון דאין שכרו עליו וכדכתבו התוספות לשם להדיא וכך הם דברי רבינו ומה שאמר ב״י דמדברי רש״י שהבאתי משמע שחולק אדברי התוס׳ ורבינו נראה שהבין דרש״י מדבר בשכרו בסתם לעשות בשל חברו וזה כשגגה שיוצאה מלפני השליט דלא איירי רש״י אלא בשל חברו דאיירי ביה בשינוייא קמא דהיינו בשכרו לעשות בשלו והראהו בשל חברו וע״פ פרש״י הללו כתב רבינו השוכר הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חברו אינו וכו׳ לומר טול מה שעשית בשכרך אפי׳ לא אמר שכרך עלי אלא שכרו סתם דהיינו דכתב רש״י ולא דמי לשל חברו וכו׳ וכי לא א״ל שכרך על בעה״ב ע״כ שכרו עליו: ומ״ש רבינו עוד אבל אם שכרו לעשות בשל חברו סתם יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך וכו׳ היינו מ״ש התוס׳ בשם ר״י דהא פשיטא היא דבשכרו לעשות בשל חברו בסתם דיכול לומר טול מה שעשית בשכרך כו׳ ומינה דדוקא בסתם אבל אם א״ל שכרך עלי אע״פ ששכרו לעשות בשל חברו אין יכול לומר טול מה שעשית בשכרך ודו״ק:

ג השוכר את הפועל לעשות בשלו וכו׳ שם אהך שינויא דקאמר אלא ל״ק כאן בשלו כאן בשל הפקר מותבינן עלה מדקי״ל המגביה מציאה לחברו קצה חברו וכ״ש הכא דשכרו ללקט מציאות ממש ואסיקנא אלא אר״נ ל״ק כאן בהגבהה כאן בהבטה פי׳ אידי ואידי בשל הפקר מתניתין כששכרו ללקט תבן וקש בהגבהה דפועל ועל כרחו שכרו עליו כיון דזכה בה בהגבהתו של פועל ובורייתא כששכרו למלאכת הבטה כגון לשמור או להשליך מעלייה לארץ דליכא הגבהה דא״ל אכתי לא זכאי ביה אנא זיל את זכי בה וז״ש רבינו לעשות בשלו או ללקט לו דבר של הפקר דכיון דשכרו ללקט לו דקני לה בע״ה בהגבהתו של פועל הו״ל שלו ושכרו עליו אם כן דינו דין שוכר פועל לעשות בשלו ממש ואינו יכול לומר טול מה שעשית בשכרך אבל שכרו לשמור לו דבר של הפקר דלא זכה בו בע״ה ואין שכרו עליו יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך ואע״ג דרש״י כתב או להשליך מעלייה לארץ לא כתב רבינו כן משום דרש״י פי׳ פירושו לשתי גרסאות למאן דגריס הבטה פי׳ לשמור ולמאן דגריס תבטה פי׳ להשליך מעלייה לארץ אבל רבינו תופס עיקר הגירסא דגריס הבטה כדכתב לעיל סי׳ רע״ג ס״ט לכך כתב כאן לשמור ועיין במ״ש בס״ד למעלה בסי׳ רע״ג: ואם נתרצה הפועל ליטלו בשכרו וכו׳ משנה שם הבאתי לעיל׳ בסמוך וה״ט דכיון דאית ליה אגריה גביה משקיבל עליה מיד קנייה באגריה ופשיטא דלא מצי הדר ביה ולא דמי להא דתנן באותה משנה מי שהיה כותלו סמוך לגינת חברו וכו׳ דכתב רבינו לעיל בסי׳ קס״ו דאפי׳ נתרצה בעל גינה בכך מצי הדר ביה כל זמן שלא פינה דהתם לית ליה אגרא גביה הילכך לא קנה חצרו שלא כיון אלא לדחותו אבל הכא דאית ליה אגריה גביה מיד כשקבל עלי׳ קנייה באגריה ולא מצי הדר ביה מיהו קשה באיזה דרך מדרכי ההקנאות קני ליה דלא מצי בע״ה למיהדר ביה ונראה דמש״ה כתב הרמ״ה דוקא דעבד משיכה וכו׳: ומ״ש ואם שכרו לשמור וכו׳ כבר נתבאר בסמוך: ומ״ש וכתב הרמ״ה וכו׳ ואין נראה וכו׳. כתב ב״י דברי רבינו נכונים על פי פרש״י והרמ״ה אפשר שהיה מפרש בענין אחר עכ״ל. והנכון דהרמ״ה נמי מפרש כפרש״י אלא דמ״מ כיון דשכרו בכך וכך לשמור לו דבר של הפקר שרוצה לזכות בו ויכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך דבכל דוכתא שוה כסף ככסף אלא דהכא גבי פועל בל תלין שכרו אתך כתיב מאי דאתני בהדיה משמע כדפרש״י במתניתין אפ״ה כיון דעדיין לא זכה בה מצי למימר ליה זיל אנת זכי בה מכל מקום ודאי מאי דאתני בהדיא ליתן שכרו וכך וכך חייב המשכיר למלאות לו שלא יחסר לו וזהו שכתב הרמ״ה ה״מ דליכא מידי אחרינא גבי בע״ה לאשתלומי מיניה הלכך מצי למימר ליה טול מה שעשית בשכרך ואע״ג שלא יהיה שכרו משלם כמ״ש לו כך וכך אבל אי איכא מידי אחרינא לאשתלומי מיניה אע״ג דמצי א״ל טול מה שעשית בשכרך אפ״ה חייב להשלים לו מכיסו מה שחסר משכרו ומ״ש או מידי דקפיץ עליה זביני טפי פי׳ אפילו אם התבן והקש שוה עכשיו כשיעור שכרו שקצב עמו בכך וכך אלא דלא קפץ עליה זביני טפי ואם ישמור אותו עד יום השוק או עד שימצא לוקח יתקלקל ולא יהיה שוה כשיעור שכרו שקצב עמו השתא כיון שמפסיד על ידו אי איכא לבע״ה מידי דקפיץ עליה טפי אין שומעין לבע״ה לומר לפועל טול מה שעשית ושיפסיד ע״י כך ולא יהיה שכרו בשלימותו אלא הבע״ה חייב למיתב ליה ההוא מידי דקפיץ עליה זביני:

סימן שלז

א פועל וכו׳ כלומר אע״ג דקרא סתמא כתיב כי תבא בכרם רעיך וגו׳ וכתיב כי תבא בקמת רעך לא דבר הכתוב אלא בפועל כדתניא ר״פ הפועלים סוף (בבא מציעא דף פ״ז). ומ״ש אפי׳ אינו מזיז וכו׳ משנה שם (דף נ״א) דלא כר״י ב״ר יודא דאמר עד שיעשה בידיו ורגליו כי שור דהא אקשינן חוסם לנחסם ריש (דף פ״ט) אלא כת״ק דדריש כי תבא בכרם רעך בכל מאי דעביד:

ב ומ״ש ומיהו אם חסמו שלא לאכול פטור שם (דף צ׳) אסיקנא אלא כנפשך מה נפשך אם חסמת פטור אף פועל אם חסמת פטור: ומ״ש פרש״י בין אם קצוץ כו׳ שם כתב וז״ל אם חסמת קצצת דמים שלא לאכול או בחזקה עכ״ל ומ״ש ודוקא לענין מלקות וכו׳ הכי משמע מדקאמר פטור דמשמע פטור אבל אסור אבל תימה דמהיקישא דכנפשך אתיא נמי דמותר דמה נפשך מותר לחסום אף פועל מותר לחסום ומנ״ל דפטור אבל אסור וי״ל כיון דאיכא ק״ו ומה שור שאי אתה מצווה להחיותו אתה מצווה על חסימתו אדם שאתה מצווה להחיותו א״ד שאתה מצווה על חסימתו ולא מיפרך ק״ו אלא מקרא דכנפשך הלכך מסתייה דלא נפקא לן מכנפשך אלא דמלקי לא לקי אבל איסורא ודאי איכא מק״ו כנ״ל ולפי זה ס״ל לרבינו כיון דאיסורא איכא חייב לשלם דהא תניא (דף צ״א) החוסם את הפרה ודש בה לוקה ומשלם ואקשינן והא אינו לוקה ומשלם דהוו״ל ב׳ רשעיות וכתיב כדי רשעתו ואסיק רב פפא משעת משיכה איחייב לה במזונותיה ומלקא לא לקי עד שעת חסימה וכ״כ רבינו בסימן של״ח ס״ה א״כ באדם דאינו לוקה פשיטא דמשלם אם חסמו בע״כ וע״ז מביא רבינו ראיה דכ״כ הרמ״ה דבע״כ לא מצי למיחסם וכו׳:

ג בד״א שאוכל וכו׳ משנה שם (דף פ״ז ובדף פ״ט) ת״ר דיש מה דיש דבר שהיא גידולי קרקע וכו׳. והתוספות כתבו וז״ל בריש בכל מערבין חשיב ב״ח גדולי קרקע דדריש ונתת הכסף בבקר ובצאן מה הפרט במפורש פירי מפירי וגידולי קרקע התם קרי להו גידולי קרקע לפי שניזונין מן הקרקע אבל הכא מפיק שפיר חולב ומגבן דלא הוי בכלל דיש שהיא גדל וצומח מן הקרקע עכ״ל. ומ״ש קודם שיגמר סוף מלאכה המחייבת אותו בחיוב האחרון שבו פירוש כגון חטים דבסמוך ס״ה והכי אסיקנא התם (דף פ״ט סוף ע״א) ומ״ש ואפילו המנכש בבצלים שם (דף פ״ט):

ד כתב הרמב״ם וכו׳ ואיני יודע וכו׳ עיין בב״י האריך להביא דעת הגדולים בזה:

ה העושה בתלוש וכו׳ ואפילו האידנא וכו׳. ה״א התם (דף פ״ט) מידי מעשר קא גרים גמר מלאכה קא גרים ופרש״י מלאכה קא גרים כדיליף מדיש ל״ש בזמן מעשר ול״ש בלא זמן מעשר וכו׳. וכ״כ התוס׳ והבודל בתמרים אע״פ דליכא מעשר אלא מדרבנן חשובה גמר מלאכתו למעשר כיון דאי הוה בהו מעשר מדאורייתא הוה אזלינן בתר גמר מלאכתו למעשר עכ״ל. ובמקצת ספרי רבינו כתוב כאן השוכר הפועל לקצור בתאנים אוכל מהן שעדיין לא נגמרה מלאכתן למעשר ע״כ ובבא שאינה צריכה היא דכבר התבאר זה במ״ש רבינו מקודם: נפתחו חביותיו וכו׳ פי׳ בגמרא (דף צ״ב) נתפרסו עיגוליו שפיר מחזי כמקח טעות שכשא״ל השתכרו לו לדרוס בעיגולין סבורין היו שזו תחלת דריסתן ועדיין לא גמרה מלאכתן ואלמלא הודיעין לא היו נשכרין לו אבל נפתחו חביות יין שניטלו מגופותיהן קשיא הא אין כאן מקח טעות דמידע ידעי דמשירד לבור הוי יין למעשר וצריך לומר שנפתחו החביות ונשפכו לבור וסבורים היו שלא הוציאוהו משם משירד מן הגת לתוכו וע״ש עוד בסוגיא:

ט היה עושה בתאנים לא יאכל בענבים אפילו שכרו לעשות בשניהם אבל מונע עצמו מלאכול עד שיגיע למקום היפות ואוכל משנה שם והאי אבל מונע עצמו וכו׳ הכי פי׳ בתאנים ותאנים יכול למנוע עצמו עד שיגיע למקום היפות אבל בתאנים וענבים אפי׳ שכרו לעשות בשניהם ועושה עכשיו בתאנים לא יאכל בענבים כלל אלא כשעושה בענבים אוכל בענבים וכשעושה בתאנים אוכל בתאנים דאם לא כן הו״ל עושה במין זה ואוכל במין אחר כדאמרינן בדורך ענבים בגת והכי משמע להדיא מדבעי למיפשט הך בעיא דעושה בגפן זה מהו שיאכל בגפן אחר מדתנן אבל מונע. את עצמו עד שיגיע למקום היפות ואוכל ואי אמרת עושה בגפן זה אוכל מגפן אחר ליזל וליתי למקום שהוא עושה וליכול ולמה ליה למנוע ואי איתא דבשכרו לתאנים וענבים ועושה עכשיו בתאנים יכול למנוע את עצמו עד שיגיע למקום היפות דענבים ויאכל א״כ מאי דייק ליזול וליתי וליכול הא ודאי דמשום תאנים וענבים תני לה אבל מונע וכו׳ דבתאנים וענבים ליכא למימר דליזל וליתי וליכול דהא פשיטא היא דהו״ל עושה במין זה ואוכל במין אחר אלא בע״כ דבתאנים וענבים אינו רשאי אף למנוע עצמו וכו׳ אלא דוקא בתאנים ותאנים כדפי׳. ומהרו״ך כתב דה״ה בתאנים וענבים נמי רשאי למנוע וכו׳ ונראה דלא דק:

י לפיכך הפועלים עד שלא הלכו שתי וערב וכו׳ פי׳ כיון דבעושה בתאנים לא יאכל בענבים א״כ הדורך בגת ולא הלך שתי וערב דאין מלאכתו ניכרת בתירוש אלא בענבים לפיכך אינו שותה יין דהו״ל עושה במין זה ואוכל במין אחר:

יא ומיבעיא לן אם עושין בגפן זה וכו׳ ולא קשיא דמדתנן היה עושה בתאנים לא יאכל בענבים מכלל דתאנים ותאנים דומיא דתאנים וענבים אוכל דאיכא לאוקומי הך במודלית דתאנה על גבי תאנה יאכל אבל תאנה על הגפן וגפן על תאנה לא יאכל אבל גפן וגפן נמי אי תאנה ותאנה בדלא מודלית קמיבעיא לן גמרא:

טו איסי בן יודא אומר וכו׳ פירוש בבאו מעצמו לעשות מלאכה בסעודתן ואין הלכה כמותו דניחא ליה לאיניש לאוגר אוגורי וניקטפוה לפרדיסיה ולא ניתו כ״ע ואכלו ליה:

טז ומ״ש וי״א אם כבר נטלו בידו וכו׳ נראה דדייק מלשון התלמוד וברייתות דבכולן אמרו תנו לאשתי ולבני דמשמע דוקא שאומר לבע״ה תן לאשתי ולבני אין שומעין לו אבל אם כבר נטלו בידו לאכול יש לו רשות ליתנו ודעת רבינו דהלשון לאו דוקא ואיכא למימר דרחמנא לא זכי ליה אלא מה שהוא נותן לתוך פיו:

יח כתב הרמב״ם המבטל מלאכתו וכו׳ כתב ב״י ויש לתמוה שכתב כאן דברי הרמב״ם בלא מחלוקת ולעיל בסימן זה חלק עליו וכתב ואיני יודע למה לא יאכל בעוד שמתעסק בבצירה וקצירה עכ״ל. ולפי דבריו יותר קשה בדברי הרמב״ם למה כתב הדין פעמים וגם שינה דתחלה כתב דאינו אוכל אלא כשיגמור עבודתו דאלמא דאין בו כי אם איסורא בעלמא וכאן כתב דעובר בלא תעשה אלא הדבר ברור דכאן דמבטל ממלאכתו קאמר דעובר בלא תעשה וז״ש מפי השמועה למדו שכל זמן שהוא עוסק בבצירה לא יניף חרמש לאכילתו היינו נמי דווקא בעוסק בבצירה ומבטל ממלאכתו להניף חרמש לאכילתו ה״ז בל״ת שנאמר וחרמש לא תניף ומ״ש תחלה דאינו אוכל אלא כשתגמר עבודתו היינו באינו מבטל ממלאכתו אלא עסוק במלאכתו ואוכל ולשם לא כתב הרמב״ם דעובר בל״ת אלא דאיסורא מיהא איכא ועל זה השיג רבינו ואמר ואיני יודע למה לא יאכל בעוד שמתעסק בבצירה וכו׳ דאפילו איסורא ליכא הכא אבל במבטל ממלאכתו מודה רבינו דעובר נמי בל״ת גם רש״י פי׳ כך במשנה וכולן לא אמר שיאכל אלא בשעת מלאכה פי׳ בשעה שהוא עוסק במלאכה ולא שישב לו ויאכל לומר הרי מנעתי עצמי עד כאן ולא בטלתי לאכול עכשיו אשב לי ואוכל עכ״ל. ומביאו רבינו לעיל סעיף י״ב. וכתב ה׳ המגיד פי״ב משכירות שקרובין דבריו לדברי הרמב״ם וכך הוא דעת רבינו שלא השיג על הרמב״ם בדין המבטל מלאכתו:

סימן שלח

א כדרך שפועל אוכל וכו׳ ואוכלת ממשאוי שעליה בשעת הליכתה וכו׳ משנה לשם ובחמור כשהיא פורקת ומוקמינן לה דהכי קתני עד שתהא פורקת אוכלת בהליכתה ממשאוי שעל גבה כל זמן שהיא טעונה ואתא לאורויי דיוקא דלאחר פריקה צריך למנוע ממנה האכילה. ומדברי התוספות משמע דאתא לאשמועינן דלא תימא טעמא דחסימה משום דחזיא ומצטער הוא דוקא כשהיא רואה הגפן בפניה אבל כשהגפן עליה או בעגלה שאיננה רואה ואינה מצטערת אינה אוכלת קמ״ל דטעמא לאו משום דחזיא ומצטערת אלא משום דמעלי לה הוא וכדאסיק רב ששת לבעיא דאוכלת ומתרזת דבסמוך סי״א אפילו הגפן עליה או בעגלה אוכלת:

ה חסמה ודש בה אע״פ שלוקה משלם וכו׳ ברייתא שם וטעמא קאמר רב פפא משעת משיכה איחייב במזונותיה ומילקא לא לקי עד שעת חסימה ולדעת רבי׳ משיכה לאו דוקא דהא מיד שנסתלקו הבעלים משמירתה חייב הוא בשמירתה ובמזונותיה כדלעיל בריש סימן רצ״א סעיף ו׳ ובריש סימן ש״ג לדעת ר״י וריש סי׳ ש״ז וסימן ש״מ ס״ח ולא נקט הכא משיכה אלא לומר שאינו בשעת חסימה ואינו לוקה ומשלם על מעשה אחד:

ו ועכו״ם הדש בבהמות ישראל וכו׳ שם (דף צ׳) ופרש״י חסום פרתי ודוש בה דישה שלך והתוספות חלקו וכתבו פירוש ודוש בתבואתי דמרויח באמירה לעכו״ם דבתבואת עכו״ם פשיטא דשרי כיון שאין ישראל נשכר בחסימה אלא אדרבה מפסיד כמו דפשיטא שמותר לומר לעכו״ם אכול נבלה ומהאי טעמא נמי מותר לומר לעכו״ם בשבת הילך בשר ובשל לצורכך כשאין מוטל עליו לזונו דאין מרויח באותה אמירה כלום ומיהו אמר ר״י דלא דמי לאומר לעכו״ם אכול נבלה דלא שייך התם אמירה לעכו״ם שהישראל עצמו יכול ליתן נבלה בפיו אבל הכא דאותו דבר שאומר לעכו״ם לעשות הוא אינו יכול לעשות כמו לבשל או לחסום עכ״ל. וכ״כ הרא״ש בדברי ר״י. ומשום הכי כתב רבינו פרש״י במסקנת דבריו לאורויי דהילכתא הכי:

ח ובישב לה קוץ וכו׳ בכולן מבעיא אם לוקה אם לאו ולא אפשיטא ואינו לוקה אבל איסורא איכא כתב ב״י וכיון דמלקות אין לנו בזמן הזה לא הו״ל לרבינו לכתוב אינו לוקה אלא שנמשך אחר דברי הרמב״ם ז״ל בסוף הלכות שכירות עכ״ל. ולי נראה דרבינו נתכוין לומר דכיון דאינו לוקה אבל איסורא איכא אם כן חייב לשלם ארבע קבין לפרה ושלשה לחמור אבל אי הוה לוקה לא היה לוקה ומשלם דמשום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום ב׳ רשעיות וע״ל בסי׳ של״ז סעיף ב׳: עוד כתב ב״י וז״ל ויש לתמוה על רבינו שהשמיט העמיד בנה מבחוץ ושמא י״ל דלא חשש דממילא הוא נלמד משאר דברים שהזכיר עכ״ל. ולא נהירא דלמה לו לרבינו ללמדו ממילא כיון דתלמודא גופיה לא למדו אבל נראה נכון כיון דאיכא דגרסי עמד בנה מבחוץ מהו אבל העמיד לא קמיבעיא ליה דפשיטא דחסימה מעלייתא היא ואיכא דגרסי העמיד בנה מבחוץ מהו אבל עמד בנה מבחוץ לא קמיבעיא ליה דפשיטא דלאו חסימה היא וכדכתבו התוספות להדיא לכך מפני חלוף הגרסאות נסתפק רבינו בהלכה זו והשמיטה. עוד כתב בית יוסף דעל הרמב״ם יש לתמוה שכתב הרביץ לה ארי מבחוץ ובגמרא אמרינן דחסימה מעלייתא היא ונ״ל שטעות סופר הוא וצ״ל רבץ לה ארי מבחוץ עכ״ל. אבל לשון הרמב״ם לא משמע הכי שהרי כתב וז״ל ישב לה קוץ בפיה ודש בה והרי אינה אוכלת הרביץ לה ארי מבחוץ או שהרביץ בנה מבחוץ הרי שצמחה וכו׳. ואם היה ט״ס היה לו לכתוב רבץ לה ארי מבחוץ עם ישב לה קוץ בפיה בבבא אחת ולומר ישב לה קוץ בפיה רבץ לה ארי מבחוץ ודש בה

והרי אינה אוכלת הרביץ בנה מבחוץ וכו׳. אבל נראה דכך היתה גירסת הרמב״ם דלא פריך תלמודא אלא אהושיב לה קוץ בפיה חסימה מעלייתא היא אבל אהרביץ לה ארי מבחוץ ואהעמיד לה בנה מבחוץ לא פריך מידי דכיון דאינו עושה מעשה בגוף הפרה ניחא דקמיבעיא ליה בהו ולכך חיבר הרב שתי בעיות אלו במדרגה אחת וכתבם בבבא אחת כנ״ל. ואין כאן ט״ס:

סימן שלט

א מצוה לתת שכר שכיר בזמנו ואם אחרו עובר בלאו נראה דהכי פירושו מצוה לתתו בזמנו כדכתיב ביומו תתן שכרו ולפי פשטו לשון ביומו פירוש בזמנו בין שכיר יום בין שכיר לילה מצוה היא לתת שכירותו בזמנו ואם אחרו עובר בלאו שכיר יום עובר משום לא תלין ושכיר לילה עובר משום לא תבא עליו השמש וקיצר רבינו בכאן לפי שנסמך על מה שמבואר מדבריו בסמוך אבל הרמב״ם רפי״א משכירות כתב מצוה לתתו בזמנו שנאמ׳ ביומו תתן שכרו ואם אחרו עובר בלא תעשה שנאמר ולא תבא עליו השמש ותימה מפני מה תפס בדבריו הכתוב הזה שהוא בשכיר לילה יותר מהכתוב האחר שהוא בשכיר יום וז״ל ה׳ המגיד ואף על פי שהכתוב הזה הוא בשכיר לילה נראה שדעת רבינו לומר שבלילה עובר אף בשל יום וביום עובר אף בשל לילה וזהו שסתם ואמר דעשה דביומו תתן שכרו הוא על כל שכיר ולמטה יתבאר עכ״ל. ואיכא למידק דכאן כתב רבינו ואם אחרו עובר בלאו דמשמע דאינו עובר אלא בלאו אחד וכמ״ש הרמב״ם להדיא עובר בל״ת שנאמר ולא תבא עליו השמש ואחר כך כתב דהכובש ש״ש עובר בה׳ לאוין גם ברמב״ם יש להקשות כך ויש לומר דאחרו היינו לומר בדא״ל המתן לי ומתר אתן וזה אינו עובר אלא בלאו דלא תבא או דבל תלין שהרי אינו עושקו ולא גוזלו אבל הכובש דהיינו דאמר ליה נתתיו לך אי נמי יש לך בידי ואינו נותן לך אי נמי לא שכרתיך מעולם דזה עושקו וגוזלו לפיכך עובר בכל ה׳ לאוין ועיין בפרק המקבל (בבא מציעא דף קי״א) אצל איזהו עושק איזהו גזל:

ב ועל שכר קרקע כתב הרמ״ה וכו׳ פי׳ דמדכתיב לא תעשוק שכיר עני ואביון מאחיך או מגרך אשר בארצך בשעריך דרשינן מיעוטא אשר בארצך ולא ארצך כלומר שכיר מטלטלין שהם בתוך הארץ ולא שכר הארץ עצמה וכתב כך הרמ״ה משום דבפרק המקבל (בבא מציעא דף קי״א) דרשינן בברייתא אין לי אלא שכר אדם מניין לרבות בהמה וכלים ת״ל בארצך כל שבארצך כלומר אשר בארצך לא אצטריך ולא אתא אלא לרבות בהמה וכלים והשתא קשה למה לא תני בברייתא נמי שכר קרקע דמרבינן ליה מיתורא דאשר בארצך כל אשר בארצך וניחא ליה להרמ״ה דלא דרשינן אלא כל אשר בארצך דהיינו כל השכר בדבר המיטלטל בתוך ארצך שהיא הקרקע אבל אין בכלל דרשא זו ארצך עצמה דבשכר קרקע אינו עובר:

ג ומ״ש ועובר בחמשה לאוין בגמרא שם אקשינן הני דאיכא ביממא ליכא בליליא דאיכא בליליא ליכא ביממא אמר רב חסדא שם שכירות בעלמא ופרש״י יש מהן בשכירות יום ויש מהן בשכירות לילה עכ״ל. אבל מדברי ה״ה שכתבתי בסמוך נראה דלהרמב״ם דכשהוא כובש ביום או בלילה עובר על כולם דשם שכירות בעלמא חד הוא וכן פי׳ ב״י אלא שנראה מדבריו דאין זה דעת ה׳ המגיד ולפי דעתו זאת היא דעת ה׳ המגיד שכתב בתחלת הפרק דעשה דביומו תתן שכרו הוא על כל שכיר ולמטה יתבאר עכ״ל דהיינו מ״ש כאן סתם דעובר בכולן דמשמע דבין בשכיר יום בין בשכיר לילה עובר בכולן:

ה נתן טליתו לאומן וכו׳ ברייתא פרק י] המקבל (דף קי״ב) ותימה בהא דקאמר נתנה לו בחצי יום משקעה עליו החמה עובר משום בל תלין דמה שייך כאן בל תלין היה לו לומר דעובר משום ביומו תתן שכרו ולא תבוא עליו השמש כדקאמר תחלה יצא ביום גובה כל אותו היום ולפי מ״ש בסמוך ניחא קצת דלפי דבין בשכיר יום ובין בשכיר לילה עובר בכולן לכן לא דק ונקט חדא וה״ה לאידך. ומה שקשה דכאן פסק רבינו דאין אומן קונה בשבח כלי ובא״ע כתב בהפך ע״ש סימן כ״ח כתבתיו בא״ע לשם ולעיל בסימן ש״ו סעיף ד׳:

ו האומר לשלוחו וכו׳ ברייתא שם ופרש״י זה לפי שלא שכרו ולא קרינא ליה שכיר גביה וזה לפי שאין פעולתו עליו ולא קרינא ביה פעולתו אתך עכ״ל. ואף על גב דבכל התורה כולה שלוחו של אדם כמותו והכי נמי ודאי שניהם אינן יכולין לחזור לא השכיר ולא הבע״ה אפ״ה לעבור עליו בבל תלין אינו עובר אא״כ דקרינא ליה שכיר גביה:

סימן שמ

א השואל מחבירו בהמה או כלים וכו׳ גם כאן כתב רבינו דאין חלוק בין בהמה או כלים כאשר כתב בדין ש״ח וש״ש ושוכר וכך הוא הלשון ברמב״ם פ״א דה׳ שאלה אלא שרבינו כתב תחלה ונאנסו בידו וכו׳ כדכתיב קרא וכי ישאל גו׳ ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם וכדי שלא נבין דדוקא בנשר או מת דמשבורה ומתה לא ילפינן דמה לשבורה ומתה דלא אפשר למטרח ואתויי תאמר בגנבה וכו׳ לכך כתב דקרא רבותא אשמועינן דאפילו

נשבר או מת ואין צריך לומר שחייב בגנבה ואבדה היינו טעמא דילפינן להו בק״ו מש״ש כדאיתא ר״פ השואל ריש (דף צ״ה) אבל הרמב״ם כתב תחלה השואל כלים וכו׳. ואבד או נגנב ואפי׳ נאנס אונס גדול וכו׳: ומ״ש אבל כל קלקול וכו׳ מימרא דרבא פרק השואל סוף (דף צ״ו) ונראה דלפי דקס״ד דכיון דאפילו במתה שלא מחמת מלאכה חייב כל שכן במתה מחמת מלאכה דשואל גופיה קא גרים לה דמתה דפשיטא דחייב להכי קאמר רבא דליתא אלא ל״מ אם הוכחשה מחמת מלאכ׳ דהדרא בריא דפטור השואל שע״ד כך השאילה המשאיל שיעשה בה מלאכה ומסתמא תהא כחושה מחמת מלאכה אלא אפילו מתה נמי פטור דלא הוה ליה להשאילה למלאכה כל שאינו יודע בה שתוכל לסבול אותה מלאכה והיינו דקאמר התם לאו לאוקמא בכילתא שאילתה ומדברי הרמב״ן למדנו לפרש כך הביאו ב״י:

ב ומ״ש והוא שלא ישנה וכו׳ ה״א התם אייתי סהדי דלא שניית ביה ואיפטר. פי׳ ואי לא מייתי סהדי ישבע השואל שלא שינה וכדלקמן בתחלת סימן שד״מ:

ג ומ״ש וכן נכחש הבשר מאליו וכו׳ פסק כחכמי צרפת שהביא רבינו דבריהם ודברי החולקים לעיל בסימן ש״ז סעיף ו׳:

ה כתב הרמב״ם וכו׳ ומתה תחתיו באותו הדרך וכו׳ כצ״ל וה״א להדיא ברמב״ם שם. ומ״ש ויראה מדבריו וכו׳ כך הבינו כל הגדולים מדבריו והשיגו עליו כמו שהשיג רבינו משם הרא״ש:

ו כתב הרמ״ה מי ששואל בהמה וכו׳ אע״פ שלא הרגתה המלאכה גופה נראה דר״ל דעיקר שאלת השונרא לעשות בה מלאכה היא כדי שתהא הורגת את העכברים לא שתאכל אותם ואף על פי שאוכלת אותם לאחר הריגתם לא לכך שאלה וכיון שלא מתה אלא מחמת שאכלה עכברים טובא אין זה מתה מחמת מלאכה ואפ״ה פטרינן ליה לשואל ללישנא בתרא כיון שבמלאכה ששאלה לצרכה מתה בגרמתה כנ״ל ודלא כפירוש ב״י. אלא דלפי זה קשה דא״כ אין מקום לקושיית הרא״ש שאמר דלא דמי לשונרא דבאותה מלאכה עצמה נאנסה וכו׳. שהרי לא נאנסה במלאכת הריגת העכברים ונראה ליישב דהרא״ש תרתי קאמר חדא דאין נראה מה שמדמהו לשונרא דאכלה עכברים טובא ללישנא בתרא דהתם אין השואל פטור מטעם מתה מחמת מלאכה שהרי המלאכה הוא הריגת עכברים והיא לא מתה מחמת הריגתם אלא ה״ט דפטור השואל משום דהשונרא פשעה בעצמה שאכלה עכברים טובא ולא דמי לנשבר ומת שהגיע ע״י אונס מבחוץ והבהמה לא פשעה בעצמה משא״כ כאן דפשעה בעצמה והיינו דאמר עלה בגמרא גברא דנשי קטלוה לא דינא ולא דיינא ופי׳ רש״י בעל בעילות הרבה ומת אלא דאכתי איכא למימר דדמי ללישנא קמא דחבור עליה עכברי וקטלוה ועל זה אמר הרא״ש דלא דמי דהתם באותה מלאכ׳ עצמה נאנסה פי׳ דבמלאכת הריגת העכברים נאנסה שנתחברו העכברים עליה וקטלוה והוי כשואל בהמה למהלך יום אחד ומחמת ההילוך מתה הכי נמי מחמת שבאת להרוג העכברים מתה שנתחזקו עליה העכברים והרגוה וזה ודאי הוי מתה מחמת מלאכה אבל אם נאנסה ממנו בדרך אונס אחר הוא וכו׳ ובתרומת הדשן סימן שכ״ח לא הבין כך ע״ש:

ח השואל את הפרה מיד כשנסתלקו הבעלים וכו׳ כבר נתבאר בריש סי׳ רצ״א וריש סי׳ ש״ג. וריש סי׳ ש״ז שזה דעת ר״י והרא״ש דחייב בשמירתה מאותה שעה וחיוב מזונותיה תלוי בחיוב שמירתה והא דאמר ר״פ בפרק הפועלים (בבא מציעא דף צ״א) משעת משיכה איחייב לה במזונותיה היינו כשלא נסתלקו הבעלים משמירתה אי נמי לאו דוקא משיכה אלא כלומר שאינו בשעת חסימה כדפי׳ בסימן של״ח סעיף ה׳ ע״ש:

ט ואם שלח לו המשאיל ע״י עבדו וכו׳ משנה בפרק השואל: והך שליח וכו׳ ה״א בפ׳ הגוזל עצים וע״ל בסי׳ קכ״א מדין זה: ואם א״ל השואל שלח וכו׳ משנה פ׳ השואל:

י כתב הרמב״ם וכו׳ דעת הרמב״ם לפסוק כשמואל דס״ל פטור והרא״ש פסק כרב דחייב כדאיתא פרק השואל ומבואר בב״י ע״ש:

יא ומ״ש וכן בחזרה וכו׳ משנה שם ודין אם החזיר ליד אשת המשאיל כתב בית יוסף ע״ש הרשב״א דלאו חזרה היא וחייב השואל וכבר הארכנו בדין זה למעלה בסימן ע״ב סכ״ה בס״ד ע״ש:

יב בד״א שהוא ברשות השואל וכו׳ נתבאר דין זה ריש סימן ש״ז ע״ש:

סימן שמא

א השואל מחבירו חפץ סתם כתב ר״ת וכו׳ כ״כ הרא״ש פ״ק דמכות:

ה הניח להם אביהם פרה שאולה וכו׳ מימרא דרבא ר״פ הגוזל בתרא ולא דמי להך דתני בתוספתא לא יאמר לבניו וכו׳ ומייתי לעיל בסי׳ שכ״ט דהתם המקבל שותף הוא בשדה ויכול לומר אין לי חשבון עם כל אדם אלא עם אביכן אבל שאלה דכל הנאה שלו וכאילו היא מכורה לו כל ימי השאלה לפיכך משתמשין בה כל ימי שאלתה ועיין בסימן קע״ו סעיף ל״ט האריך ב״י בזה בשם כמה גדולים. וכ׳ א״א הרא״ש ומיהו חייבים בגנבה ואבדה וכו׳ כלומר מדקאמר רבא מתה אין חייבים באונסים משמע דוקא אונסין אבל בגנבה ואבדה חייבים דהואיל ונהנין לעשות בה מלאכה חייבים בשמירתה כדין ש״ש וכדאמרינן בסוף האומנים (בבא מציעא דף פ״א) בלקח כלים מבית האומן דבחזרה הוי כש״ש הואיל ונהנה כדלעיל בסי׳ קפ״ו וכדין שואל שהחזיר לאחר ימי שאלתה דחייב בגנבה ואבדה הואיל ונהנה וכדכתב רבינו בסוף סי׳ הקודם והכי נמי חייבים בגנבה ואבדה הואיל ונהנים וכ״כ התוס׳ ע״ש ר״י בפרק אלו נערות סוף (כתובות דף ל״ד) בד״ה מתה אלא דבאונסים פטורים דאינהו לאו שואלים נינהו עלה ולא קבילו עלייהו נטירותא כל זה פשוט וכתב הרא״ש ע״ז ויראה לי וכו׳:

ו היו סבורים דשל אביהם היתה וכו׳ שם במימרא הנזכרת והטעם דלא ישלמו כל הדמים דאי הוו ידעי דבעי שלומי לא הוי אכלי בישרא אבל העור ישלמו כולו דאין להם הפסד וכן פרש״י: ומ״ש ואם הניח להם אחריות נכסים שם במימרא הנזכרת ופי׳ הרא״ש דה״ה מטלטלין האידנא ואיכא תרי לישני בגמ׳ ללישנא קמא אפי׳ מתה מאליה נמי חייבים לשלם דאשתעבוד נכסי דאבוה משעת שאלה לחיוב אונסיה וכן פסק הרמב״ם וללישנא בתרא דוקא בטבחוה אשתעבוד נכסי בחיי אביהן משעת פשיעתו שלא הודיע לבניו שהיא שאולה ולפיכך חייבים לשלם כל הדמים אבל אם מתה פטורים מלשלם כלום. וה׳ המגיד תמה על הרמב״ם שדבריו סותרים זה את זה בפסקיו דבפ״ג מגנבה פסק כרב פפא ובפ״א משאלה פסק כלישנא קמא דלא כרב פפא וכדי שלא להאריך להביא לשון הגמרא כי כבר הביאו ב״י אבא בקצרה ונראה דהרמב״ם אינו תופס פרש״י אלא מפרש בדרך אחר והוא דהא דאמר רבא הניח להם אביהן פרה שאולה משתמשין בה ימי שאלתה הוא הרישא ומאי דקאמר מתה אין חייבים באונסיה טבחוה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול הוא הסיפא וקאמר מאן דמתני לה ארישא פי׳ דאפי׳ היכא דלא מתה ולא טבחוה אם הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבים לשלם כלומר אינן רשאים להשתמש בהם כל ימי שאלתה אלא מיד אחר מיתת אביהם חייבים להחזיר הפרה משום דמתחלה לא השאילה לו אלא לפי שהו״ל אחריות נכסים וכיון שמת נפלי נכסי קמי יתמי ופקעא שאלה וחייבים להחזיר כ״ש אסיפא היכא דמתה או טבחוה דחייבים לשלם משום דמחיים נשתעבדו הנכסים משעת שאלה שאם תיאנס דיגבה מאותה נכסים ופליגא דרב פפא דאמר דההיא שעתא דמטו לה אונסין הוא דאתי חיובא ולא בדלא מטו לה אונסין כגון היכא דלא מתה ולא טבחוה ומאן דמתני לה אסיפא אמתה או טבחוה אבל ארישא היכא דלא מתה ולא טבחוה לא פירש אינם חייבים להחזיר הפרה אלא משתמשין כל ימי שאלתה והיינו דרב פפא דאמר דלא רמיא עלייהו תשלומין אלא לכי מטו לה אונסים דמיתה או טביחה אבל לא מטו לה אונסין כלל אינם חייבים להחזיר אלא משתמשים בה כל ימי שאלתה ולפי זה אין חילוק בין אונס מיתה או טביחה לעולם חייבים היורשים לשלם כל דמי הפרה אבל לא הגיע לה אונסין משתמשים בה כל ימי שאלתה וכך פסק הרמב״ם בהלכות גנבה ובהלכות שאלה ואין הפסקים סותרים כלל. וראיתי שהרב בס׳ כסף משנה כתב שהרמב״ם לא היה גורס ופליגא דרב פפא ולא והיינו דרב פפא דמשמע דההיא דרב פפא אינה ענין לכאן וכו׳ ע״ש ואין צריך לדחוק בכך אבל הנכון כדפי׳:

ח שואל אדם מחבירו בטובו לעולם. מימרא דרב נחמן סוף פרק השואל ופי׳ רבנו בה כפירש״י והרא״ש:

ט ומ״ש ורב אלפס כתב בשם גאון וכו׳. פי׳ הגאון מפרש להאי בטובו דהיינו דאמר לחבירו השאילני כלי זה בטובתך וכו׳ והשיג הרא״ש על זה משום דלשון בני אדם הוא כך עשה עמי טובה והשאילני כליך ובשביל כך לא יצא מכלל שאלה סתם שאינה אלא ל׳ יום ולפיכך ס״ל להרא״ש דר״נ לא מיירי אלא היכא דאמר השאילני כלי זה בטובו דמשמע בטובו של כלי כלומר כל זמן שהכלי הוא טוב שראוי למלאכה ולפיכך שאול היא לעולם. ומ״ש ומספקא להראב״ד וכו׳. ספק זה חוזר הוא על האומר בטובו דשאול הוא לעולם אם יכול המשאיל לקחת שלא בשעת מלאכתו של שואל דמסתמא לא השאילו לו אלא להשתמש בו תמיד כשצריך לתשמישו: ומ״ש והרמ״ה כתב מסתברא וכו׳ ותו דחיישינן וכו׳ איכא למידק מאי ותו הא בכלל אין השואל רשאי להשאיל הוו נמי הא דילמא מיתבר ביד השואל השני וי״ל דה״ק אפילו את״ל דכאן רשאי השואל להשאיל כיון דהשואל יכול להשתמש בו עד שיכלה הברזל א״כ ליכא נפקותא אם ישאילנו לאחר ויכלנו דמה לי הוא מה לי אחר וקאמר דאיכא נפקותא דאי הוה רשאי להשאיל לאחר אפשר דמפסיד לקתא ואין הראשון חייב לשלם כיון דעשה ברשות אבל השתא דאין רשאי להשאיל אינו מפסיד לקתא:

י האומר לחבירו וכו׳ מה שקשה מ״ש מהא דאמר בפרק המוכר את הבית ארעתא תרתי משמע תירצו התו׳ בפ׳ השואל שני תירוצים ובפ׳ המוכר את הבית דחו התוס׳ תירוץ השני וע״ל בסי׳ רי״ח סעיף כ״ב ובמ״ש לשם בס״ד: אמר לחפור בו כרמים וכו׳. וא״ת מ״ש דבדא״ל כרם סתם חופר בו איזה שירצה אפי׳ אינו כרם שלו ובדא״ל כרמים אינו חופר בו אלא כרמים שלו ולא של אחרים וי״ל דאע״ג דהשאיל לו בסתם לחפור בו כרמים בעל כרחך

דלא השאילו לו לעולם דהא לא א״ל בטובו ואם הו״ל רשות לחפור בו גם כרמים אחרים א״כ היה משאיל לו עד שיכלה הברזל דאי אפשר לחפור כל כרמים שבעולם בשנה זו בקורדום אחת שלא יכלה הברזל וא״כ בע״כ לא השאילו אלא לכרמים שלו:

סימן שמב

א אין השואל רשאי להשאיל אפילו שאל ס״ת וכו׳. אע״ג דס״ת נוח להתקלקל בטשטוש וקריעה ומאי אפי׳ מ״מ כיון דעושה מצוה רבה בשאלתה סד״א דשרי טפי דניחא ליה לאינש דליעבד מצוה בממוניה קמ״ל דלא ומיהו נראה דוקא ס״ת דנוח להתקלקל אבל דבר שאינו נוח להתקלקל כגון טלית של מצוה ותפילין יכול להשאיל דניחא ליה לאינש דליעבד מצוה בממוניה היכא דליכא חששא דקלקול:

סימן שמג

א השואל חפץ וכו׳ ה״א בסוף האומנים (בבא מציעא דף פ״א) וכבר כתב רבינו דין זה סוף סי׳ ש״מ סעיף י״א:

סימן שמד

א טען השואל וכו׳ ושלא שינה בו. פירוש שבאותה שעה שמתה לפניהם מחמת מלאכה לא שינה בה לפניהם שאם שינה אז ודאי שהיו רואים ששינה בה: ומ״ש ואם הוא במקום שאין עדים [מצויין] ישבע וכו׳. איכא לתמוה כיון שנשבע שמתה מחמת מלאכה מה צריך שישבע עוד שאינה ברשותו שבועת חנם היא ולפירוש הרמ״ה ניחא דלעיל בסימן ש״מ סעיף ו׳ כתב בשמו דאם אנסוה לסטים בדרך ידוע ששאל בהמתו לילך בה הוי נמי מתה מחמת מלאכה א״כ צריך לישבע שנאנסה מחמת מלאכה ושלא חזרה לרשותו לאחר שנאנסה וכדפי׳ בסי׳ ש״ה. אבל להרא״ש דלא ס״ל להא דהרמ״ה קשה טובא ואפשר אהיכא שטען אבהמה שמתה מחמת מלאכה ושגם הנבלה והעור הכל כלה ואבד וכן על כלי כגון דלי שנקרע בשעת מלאכת הדלייה ונפל לבור ובאבדו גם השברים על זה וכיוצא בזה אמר שישבע שמתה מחמת מלאכה ולא נשאר דבר ממנו ברשותו:

ג לא רצה לישבע וכו׳ ה״א בריש המפקיד דבשואל הואיל דכל הנאה שלו בדיבורא לא מקני ליה כפילא. ומ״ש ומיהו אם שילם ואחר כך נמצא הגנב קנה הכפל נראה דה״ה אם נשבע ולא שילם נמי קנה הכפל כדלעיל בסימן רצ״ה ס״ג ורבינו כאן חדא מינייהו נקט:

ד וכאשר ישלם שמין לו השברים וכו׳ הכי אסיקנא פרק השואל ועיין בדין זה בסי׳ שנ״ד סעיף ה׳ ובסי׳ ת״ג:

ה שאלה להרא״ש וכו׳ ואינו נקרא משואי״ל שמשלם נראה דטעמו משום דלא אמרי׳ דהו״ל משואי״ל שמשלם אלא בדאיכא טענת רמאות כגון היכא דהו״ל למידע אבל נפקד לא הו״ל למידע כדלעיל בסי׳ רצ״ח סעיף ד׳ וה״נ בשואל דלא הו״ל לידע כיון דהיה לו להחזירה אחר ימי שאלתה:

ו השואל פרה מחברו יום א׳ ע״ת וכו׳ הקשה הרב המגיד סוף פ״ג משאלה נימא דהשואל שאומר איני יודע הו״ל משואי״ל ומשלם שהרי חייב לישבע שלא נגנבה ולא פשע בה אלא שמתה כדרכה ויגלגל עליו המשאיל שישבע ששכורה מתה ומתוך שיל״מ שגלגול שבועה מן התורה י״ל כיון שעיקר התביעה שיש לו לישבע היא שמא למשאיל שאינו טוען הפכה בבריא אף ע״פ שהגלגול שהוא מגלגל וטוען שאולה מתה או ביום שהיתה שאולה הוא טוען כן בבריא כשהשואל טוען אינו יודע אינו חייב לשלם אלא נשבע שאינו יודע ונפטר ואין דינו כדין מודה מקצת ומחויב שבועה על השאר ואינו יכול לישבע שמשלם כך תירצו ז״ל עכ״ל. וכבר האריכו בזה התוס׳ פרק השואל (דף צז) בד״ה ביום שהיתה שאולה ע״ש:

סימן שמה

א שאל ממנו ב׳ פרות היום וכו׳ משנה וגמרא פ׳ השואל ועיין במ״ש בסוף סימן הקודם:

סימן שמו

א השואל פרה והיה המשאיל עם השואל במלאכתו וכו׳ מבואר במשנה ומימרא דאמוראי ריש פרק השואל:

ג ומ״ש אבל משך תחילה ואחר כך השקהו וכו׳ לאו דוקא משך שהרי אפי׳ בנסתלקו הבעלים משמירתה חייב השואל כדלעיל בסי׳ ש״מ סעיף ח׳ אלא לישנא דגמרא נקט בריש פרק השואל פרה במשיכה ובעלים באמירה:

ו וכ״כ הרמ״ה אלא שחילק וכו׳ אבל כשא״ל לעשות מלאכה ידועה וכו׳ איכא למידק כיון שכתב תחלה דוקא שלא פירש לו זמן וכו׳ א״כ היה לו לומר אבל אם פירש זמן וכו׳ וי״ל דאתא לאורויי דבעי תרתי שלא פירש לו זמן וגם שא״ל בסתם שיעשה לו מלאכתו ולא פירש לו איזה מלאכה דהשתא אימתי שירצה השואל יעשה לו המשאיל מלאכתו ונמצא שמעתה הוא שאול לו למלאכתו כגון שיאמר לו עכשיו מיד השקיני מים וכיוצא בזה. אבל כשא״ל לעשות מלאכה ידועה אפילו לא פירש לו זמן אפ״ה כל זמן שלא התחיל לעשותה מיד אינו קרוי במלאכתו ואצ״ל אם פירש לו זמן ואין זמנה עכשיו אלא לאחר שעה דהא פשיטא היא דאינו עמו במלאכתו:

ז השאיל לו פרתו וכו׳ אע״פ שמעצמו נשאל לו כו׳ בפ׳ השואל מר בר חנינ׳ אוגר כודנייתא בי חוזאי נפק לדלויי טעונה בהדייהו פשעו בה ומית אתא לקמיה דרבא חייבינהו א״ל רבנן לרבא פשיעה בבעלים היא איכסיף לסוף אגלאי מילתא דלמיסר טעונה הוא דנפק ופירש״י דלמיסר. לראות שלא ירבו במשאה עכ״ל מדלא נפק אלא כדי שלא ירבו במשאה א״כ ודאי מעצמו הלך להנאתו ולא לסייעו את השוכר ואפ״ה למאי דקס״ד דהלך לסייע את השוכר איכסיף רבא משום דהו״ל פשיעה בבעלים ופטור אע״פ דמעצמו נשאל לו והכי משמע פשטא לישנא דקאמר נפק לדלויי טעונה דמשמע נפק מדעתיה. והכי משמע נמי מדא״ל רבנן לרבא שאיל לן מר למלאכתנו ללמוד לנו תורה שיושב ומלמד לנו כל היום ואם נשאל ממנו בהמה ומתה נפטר אלמא דאף ע״פ שרבא מעצמו היה מלמד תורה לרבנן דאתו קמיה קס״ד דהו״ל בעליו ודלא כמ״ש במרדכי וז״ל וכן מצאתי דאין זה נקרא עמו במלאכתו אלא היכא דהשואל בקש מן המשאיל עשה לי דבר פלוני וכן אשקיין מיא אפי לן אבל אם עשה מעצמו אין זה עמו במלאכתו עכ״ל. דאין ראייתו ראיה כלל. דההוא דאשקיין מיא ודזיל אפי לן מעשה שהיה כך היה אבל ודאי ה״ה כשמעצמו נשאל לו הוי נמי עמו במלאכתו כדמוכח מהך עובדא דמר בר חנינא ודרבא ורבנן:

ח א״ל שמור לי ואשמור לך וכו׳ איכא למידק אמאי לא כתב רבינו ג״כ השאילני ואשאילך וי״ל דלעיל בסי׳ ש״ה סעיף ו׳ ז׳ כתב דנחלקו בה רש״י והרמ״ה לא הכריע כדברי מי ולכך השמיטה כאן: ומ״ש אבל אם אמר לו שמור לי היום וכו׳ והה״נ אם א״ל שמור לי היום ומחר וכו׳ ונראה דדוקא אותו שהוא שומר היום הוא חייב אם נאנס מידו אבל אם נאנס אותו שהוא שומר למחר הוא פטור דעמו במלאכתו הוי חברו וכן כתב רבינו להדיא לעיל בסי׳ קע״ו סי״א והוא מדברי התוספות והמרדכי פרק חזקת:

ט האומר לשלוחו צא והשאל עם פרתי פסק רב אלפס דלא הוי שאלה בבעלים וכו׳ ר״פ השואל פשטינן דכי היכא דפליגי ר׳ יאשיה ור׳ יונתן דלר׳ יאשיה אין הבעל עושה שליח להפר נדרי אשתו דכתיב אישה יקימנו ואישה יפירנו ולר׳ יונתן בכ״מ שלוחו של אדם כמותו הכי נמי פליגי בדין בעליו עמו ורב אלפס פסק כר׳ יאשיה ולא הוי שאלה בבעלים על ידי שלוחו דהכי מוכחת הסוגיא לדעתו. וכתב נ״י דהראב״ד דחה ראייתו וכך הסכימו הרמב״ן והרשב״א גם הרא״ש השיב על ראייתו וזאת היתה דעת הרמ״ה שפסק כר׳ יונתן וכתבו התו׳ וא״ת היכא מדמה שאילה בבעלים לנדרים דהא שום דרשא איכא לר׳ יאשיה דלא הוי שליח כמותו דבעלמא לא פליג וי״ל דטעמא דרבי יאשיה התם משום דכתיב תרי זימני אישה יקימנו ואישה יפרנו למעוטי שלוחו וה״נ כתיב בעליו תרי זימני א״נ משום דלשון בעליו ואישות משמע ליה הוא דוקא ולא שלוחו עכ״ל. וא״ת לר׳ יונתן מ״ש נדרים ושאילה בבעלים מבל תלין דלכ״ע אין שלוחו של אדם כמותו לעבור עליו בבל תלין דכיון דלא שכרו לא קרינן ליה שכיר גביה וכדלעיל בסי׳ של״ט סעיף ו׳ וצ״ל דאיכא שום דרשא בבל תלין דלא הוי שליח כמותו ולענין הלכה כתב נ״י ע״ש הר״ן דנקטינן לחומרא ולגבי נדרים לא מצי למיפר על ידי שליח וגבי שאלה בבעלים פטור כיון דספיקא הוא והמע״ה:

י שותפין ששאלו זה מזה פי׳ אחד מהם שאל מחברו או חברו שאל ממנו לצורך עצמו לא לצורך שותפות ואפילו הכי הו״ל שאלה בבעלים כיון שכל אחד וא׳ במלאכת חברו הוא במה שהם שותפין בו וכן השואל מאשתו לצורך עצמו:

יא שאל מהאשה פרת נכסי מלוג וכו׳ שם פשטינן דפלוגתא דר״י ור״ל היא וקי״ל בר״פ החולץ כר״ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי והלכך בהני תרתי לאו שאלה בבעלים היא. ואיכא לתמוה דלעיל בסי׳ רצ״ה ס״ה הביא רבינו הא דקא מיבעיא ליה ריש פ׳ המפקיד בדין כפל שאל מן האשה ושילם לבעלה מאי ששאלה ושילם בעלה מאי דפי׳ רש״י בנכסי מלוג מי אמרינן כיון דאוכל הבעל פירות בעלים הוי עלייהי ותשלומין הן או לאו תשלומין הן כיון דקרן לאו דבעלים הן. וכ״כ רבינו לשם בנכסי מלוג כפרש״י ופסק דלרב אלפס והרמב״ם חולקים ולר״י והרא״ש המע״ה והו״ל לפסוק כר״ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ולאו תשלומין הן ולא קני כפילא ואתלמודא גופה נמי קשיא אמאי לא פשטינן להני תרתי בעיות כדפשטינן להו בפ׳ השואל מיהו למ״ש התוס׳ לפ׳ המפקיד דלא קמיבעיא ליה בנכסי מלוג ניחא. ויש ליישב דדוקא לענין שיהא קרוי בעליו עמו פשטינן הכא דלא הוי בעליו עמו

כיון דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי א״כ אין זה בעליו עמו אבל לגבי כפל טעמא הוי דכיון דהוי תשלומין מעליא זכה בכפל ומש״ה קמיבעיא ליה בבעל כיון דאפוטרופוס הוא על הנכסים ואוכל פירותיה תשלומים מעליא נינהו וזכה בכפל אע״פ דקי״ל כר״ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי אפי׳ הכי לענין כפל בעל הוו עלייהו ותשלומין מעליא נינהו וזכה בכפל או לאו:

יב שאל פרה לרבעה וכו׳ בר״פ השואל וע״פ פרש״י אם יש לו דין כפי׳ הרמב״ם דלא קמיבעי׳ ליה אלא אם הוי שאלה בבעלים או לא. וכתב א״א הרא״ש דלא מיחייב בדין שואל אבל אי איכא שו״פ לשואל חייב בגנבה ואבדה וכו׳ לטעמיה אזיל שכך כתב בדין הניח להן אביהן פרה שאולה וכו׳ כדלעיל בסימן שמ״ה סעיף ה׳ וכן כתב הרמ״ה כו׳ כצ״ל וכך הוא בנוסחאות המדוייקים.

יג ואיני מבין וכו׳ כתב הרב המגיד בפ״ב משאלה דעתו ז״ל שהפושע כמזיק כמ״ש בפ״ב משכירות וכיון שהוא כמזיק ואין שם ראיה ברורה לפטרו חייב לשלם וכבר כתבתי שחלקו עליו עכ״ל:

יד מקרי דרדקי וכו׳ מימרא דרבא פ׳ השואל ומ״ש אם בני העיר שואלים מהם בכל פעם הוי שאלה בבעלים פי׳ אם שואלים מהם בני העיר אין חלוק בין אם הוא עוסק באותה שעה במלאכתו של השואל או אינו עוסק במלאכתו אפ״ה בכל פעם הוי שאלה בבעלים כיון שאם יצטרך לו באותה שעה יצטרך לבא לעשות מלאכתו וכו׳ ואע״ג דהרמ״ה לעיל בס״ו כתב דכשא״ל לעשות מלאכה ידועה וכו׳ לא הוי עמו במלאכתו היינו דוקא שבשעה ששאלה ממנו לא התחיל המשאיל לעשותה כלל אבל מקרי דדרקי וכל הני דכבר התחילו לעשות מלאכה לשאר בני עירו א״כ בשעה ששאלו ממנו היה חייב לעשות מלאכת השואל אם היה מצטרך לו באותה שעה ולפיכך הוי שאלה בבעלים אע״פ שאינו עוסק במלאכתם ודלא כהרמב״ם דלא הוי שאלה בבעלים אלא א״כ דבשעת שאלה עסוק עמו במלאכתו:

טו הרב השונה לתלמידו וכו׳ עובדא דרבא ורבנן בפ׳ השואל וכפי פי׳ הרא״ש לשם:

טז שאל פרה בבעלים וכו׳ ואפשיטו דהויין בבעלים בפ׳ השואל (דף צ״ז) וקמבעי׳ ליה בהנך תרתי וקאמר בכל חדא את״ל דהו״ל שאלה בבעלים כפי גירסת התוספות והרא״ש ובתרתי בעיא בתרייתא לא קאמר את״ל ולפיכך כתב הרא״ש וז״ל ולפי מה שאמרו הגאונים דכל את״ל פשיטותא לבעיא קמייתא לא סליק בתיקו אלא תרין בעיא והנהו נמי כיון דסלקי בתיקו לא מפקינן מיניה ממונא דשואל עכ״ל וב״י כתב ע״ז דיש לתמוה על רבינו שהרי אין דרכו של הרא״ש לפסוק כדברי הגאונים שסוברים דכל את״ל הוא פשיטותא לבעיא קמייתא ומ״ש כאן הוא לדברי הגאונים וליה לא ס״ל דלדידיה כולהו הוו ספיקא אפי׳ לקמייתא וכ״כ ברמזים עכ״ל. ויש ליישב דרבינו תופס עיקר בדברי הרא״ש דכאן פוסק כדברי הגאונים דהכי מוכח בסוגיא מדקאמר בתרין קמייתא את״ל בתרין בתרייתא לא קאמר את״ל אלמא משמע דתרין קמייתא אפשיטו דהויין בבעלים כאת״ל וכך מורין דברי הרא״ש שלא הזכיר כאן סברא אחרת מכלל דהלכתא הכי כמו שכתב כאן לדברי הגאונים:

יז ומ״ש ואי תפס לא מפקינן מיניה כצ״ל ור״ל דאי תפסו בעלים לא מפקינן מינייהו וכדפסק לעיל בסעיף י״ג בבעיא דשאל מב׳ שותפין וכו׳ דלא אפשיטא: ומ״ש בשם הרמב״ם דכולהו ספק מלבד בעיא הראשונה טעמו דלא היה גורס את״ל אלא אאבעיא קמייא או כ״כ המגיד וב״י ונראה ודאי דלהרמב״ם בבעיות אלו דספק שמירה בבעלים הן אינו פטור אלא בגנבה ואבדה ומתה אבל פשע בה ה״ז משלם כמ״ש תחלה בבעיא דשאל מן השותפין וכו׳ דה״ז ספק אם היא שאלה בבעלים ואם מתה אינה משלם ואם פשע בה ה״ז משלם דמינה נילף גם בבעיות אלו דמאי שנא:

יח שכרה בבעלים וכו׳ פי׳ התוס׳ מדלא קמיבעיא ליה בתרין קמייתא אלא בחדא בשאלה וחדא בשכירות אלמא משמע דשכרה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים פשיטא דשכירות כדקיימא קיימא עכ״ל: וז״ש רבינו ג״כ פשיטא כיון דהוי שניהם בשכירות הוי שנייה בבעלים כמו הראשונה כלומר פשיטא היא ולא קמיבעיא לן בזו ונראה ודאי דה״ה בשניהם בשאלה פשיטא דהוי שניה בבעלים כמו הראשונה ומה שהזכירו התוס׳ בדבריהם שכירות טפי זהו לפי שהקשו אח״כ משכירות אשכירות מדאמר התם דאתיא שכירות בבעלים ומפקעת שכירות שלא בבעלים אלמא אין שניה מתחברת עם הראשונה וי״ל דגזרת הכתוב הוא דכל היכא דאיכא בעלים או בראשונה או בשנייה פטור עכ״ל ואחריהם נמשך רבינו דכתב בשכירות דהוי שנייה בבעלים כמו הראשונה מה שאין כן כשהראשונה בשכירות שלא בבעלים לא אמר דהראשונה תגרור לשנייה וכו׳ אבל ודאי דכמו שהדין בשניהם בשכירות ה״ה בשניהם בשאלה דלא קמיבעיא לן בתרין בתרייתא אלא בדאיכא הפסקה בשכירות בין שאלה לשאלה או איפכא:

יט בעל בנכסי מלוג וכו׳. בפרק השואל (דף צו): ומ״ש ואפילו היו שאולין או שכורים בידו קודם שנשאה שלא בבעלים וכו׳. היינו הך דכתבו התוס׳ דאמר התם דשכירות בבעלים אתיא ומפקעת שכירות שלא בבעלים מגזרת הכתוב דכל היכא דאיכא בעלים בראשונה או בשנייה פטור:

כ ומ״ש ואפי׳ שכרה פרה מאחר וכו׳. פי׳ בזו אינו פטור אלא מטעם דהוא חשוב לוקח דאם היה שואל היה חייב לשלם לבעלים הראשונים אפילו אם מתה דהלכה כרבי יוסי דאמר היאך עושה הלה סחורה בפרתו של חבירו ודינא דבעל דשואל הוא בהדי המשכיר הוא וכאילו שאלו ממנו וכן אם היה שוכר הוה דינו עם המשכיר היה חייב בגניבה ואבדה אבל כיון שהוא חשוב לוקח ממנה אין דינו של משכיר עם הבעל כי אם עם האשה ששכרה ממנו והבעל פטור והיא תשלם לכשתאלמן או תתגרש: ומ״ש בשם הרמב״ם שאם הודיעה לבעל שהיא שכורה ה״ז נכנס תחתיה. נראה דטעמו דגם זה בכלל היאך עושה זה סחורה בפרתו של חבירו וכ״ש שזה לוקח מהאשה דבר שאינו שלה וכדין הלוקח מגנב כשיודע שהוא גנוב מחבירו והילכך אפילו לא קבל הבעל על עצמו בשכירות חייב לשלם וכך הוא בספרי רבינו המדוייקים שכתוב בהן והשיג עליו הראב״ד וכולי דאלמא דלהרמב״ם כל שנשתמש בה אחר ידיעתו הרי זה נכנס תחתיה וכך הבין הרב המגיד ודלא כמקצת ספרי רבינו שכתוב בהן והגיה עליו הראב״ד דמשמע דהראב״ד מפרש לדברי הרמב״ם ושגם הרמב״ם תופס כך לדעת רבינו וליתא דלהרמב״ם ודאי כשהודיעה אותו נכנס תחתיה מיד כשנשתמש בה מטעם דהיאך עושה סחורה וכו׳ כדפי׳ נ״ל. ומיהו איפשר דהראב״ד לא קאמר אלא היכא דלא נשתמש בה לאחר שהודיעה אותו דאז לא נתחייב הבעל אלא א״כ כשקיבל עליו בשכירותה ובזה אף הרמב״ם מודה דכיון דלא נשתמש בה אחר הודעתה לא נתחייב אלא אם כן קבל עליו: כתב ר״י אף על גב כו׳. כן כתבו התוספות לשם בשם ר״י בד״ה בעל בנכסי אשתו (דף צ״ו) וכן כתב הרא״ש ואיכא לתמוה ומנ״ל לר״י לחייבו בכך ודילמא באותן שלשים יום הוא שלו במקח לגמרי ופטור גם מפשיעה ולכאורה משמע דר״י דקדק בלישנא דרבא דקאמר בעל לא שואל הוי ולא שוכר הוי אלא לוקח ראשון וכו׳ דאע״ג דקמיבעיא ליה בעל שואל הוי או שוכר הוי מ״מ הו״ל לרבא לומר בקיצור בעל לא שומר הוי אלא לוקח וכו׳ מדהאריך ואמר לא שואל הוי ולא שוכר הוי משמע דוקא שואל ושוכר הוא דלא הוי אבל שומר חנם מיהא הוי וכיון דליכא נפקותא בנכסי אשתו צריך לומר דרבא אתא לאורויי לן נפקותא בלוקח בהמה לשלשים יום וכו׳ ומיהו צ״ע דמסתמא ודאי בלוקח בהמה לשלשים יום התנה עמו שיחזירהו לו לאחר ל׳ יום וכיון דאמר החזירהו לי אפילו הקדישו אינו קדוש כדאמר בס״פ י״נ וכתבו רבינו לעיל סי׳ רמ״א סעיף י׳ א״כ כ״ש אם נגנבה או נאבדה וכ״כ הרא״ש בפ׳ לולב הגזול דבמתנה ע״מ להחזיר ל״מ דחייב בגניבה ואבדה אלא אפי׳ באונסין נמי חייב ואפילו במתה מחמת מלאכה חייב שהרי קיבל עליו להחזירו ואם לא החזירה המתנה בטלה ונהי דשואל לא הוי מיהו בנפקד ושולח יד בפקדון שלא ברשות הוי גזלן ואע״פ שברשות ירד הוא ביטל אותו רשות בשלא קיים תנאו ועשה את עצמו גזלן למפרע עכ״ל וא״כ לפי זה ה״ה בלוקח בהמה ע״מ שיחזירהו לו לאחר ל׳ יום אם לא החזירו נתבטל המקח והוי גזלן למפרע ששלח בה יד והשתמש בה ואפילו מתה מחמת מלאכה חייב לדעת הרא״ש דמ״ש מתנה ומ״ש מכר וכאן כתב הרא״ש דאינו אלא ש״ח ואינו חייב אפי׳ בגנבה ואבדה וכ״ש באונסין דפטור והוא על דעת ה״ר ישעיה שהביא הרא״ש בפ׳ לולב הגזול דבמתנה ע״מ להחזיר אינו חייב באונסין וכתב הרא״ש לפי דבריו פטור נמי מגנבה ואבדה אי לאו משום דאמרינן הואיל ונהנה מהני כדאמרינן גבי הנוטל כלים מבית האומן וכו׳ והשתא קשה תרתי חדא דלשם פסק הרא״ש במתנה ע״מ להחזיר לאחר ל׳ יום חייב באונסין ובגנבה ואבדה וכאן בלוקח בהמה ע״מ להחזיר לאחר ל׳ יום פסק דפטור ואינו חייב אלא בפשיעה אידך קשה דאפי׳ לה״ר ישעיה כתב הרא״ש דחייב בגנבה ואבדה הואיל ונהנה מהני וכאן פסק דאינו חייב אלא בפשיעה:

סימן שמז

א שאל פרה בסתם וכו׳ עד סוף הסימן. פשוט הוא בפ״ק דב״ק (סוף דף י״ג):

ב ומ״ש ואם קיבל שמירתו שלא יזיק אבל לא שלא יוזק והזיקו שורו של שואל וכו׳. נראה דאין פירושו שהתנה עמו בפירוש שלא קיבל עליו שמירתו שלא יוזק אלא ר״ל דאם קיבל עליו שמירתו שלא יזיק א״כ מסתמא משמע שלא קיבל עליו שלא יוזק דאל״כ לא הו״ל להתנות כל עיקר דמסתמא צריך לשמרו שלא יזיק ושלא יוזק אלא בעל כרחך מדפי׳ שקיבל שמירתו שלא יזיק מכלל דלא קיבל עליו שלא יוזק: ואי אזיק לתורא דעלמא וכו׳. כצ״ל ואי בוי״ו לא דאי בדל״ת. ומ״ש ואם קיבל עליו לשמרו שלא יוזק אבל לא שלא יזיק. ר״ל נמי שלא פי׳ אלא שקבל עליו שלא יוזק ומסתמא משמע דלא קבל עליו שלא יזיק כדפי׳ בסמוך: ומ״ש והזיק לשורו של שואל וכו׳. איכא למידק מאי איריא של שואל אפילו לשור דעלמא נמי וי״ל דרבותא אשמועינן דלא תימא נהי דלא קבל עליו שלא יזיק אינו אלא להיכא דאם יזיק הוא לשור דעלמא שלא יתחייב לשלם אבל אם יזיק לשורו מזה ודאי יש לו לשמרו כיון שהוא בביתו קמ״ל דלא אלא אפילו הזיק לשורו של שואל נמי חייב לשלם תם וכו׳ וכ״כ הרא״ש בפ״ק דב״ק:

סימן שמח

א אסור לגנוב אפי׳ כל שהוא. הכי משמע בפ׳ ד׳ מיתות (סנהדרין דף נ״ז) דקאמר רב פפא לא נצרכה אלא לפחות מש״פ דכותי בישראל אסור דאע״ג דישראל מחיל ליה בתר הכי מ״מ צערא בשעתיה אית ליה הילכך גזל הוא ופי׳ רש״י דישראל בישראל נמי אסור אלא דמיעבר לא עבר דכתיב לא תגזול והשיב את הגזילה מידי דהשבון קרי גזל ואידך לא אבל בעכו״ם וכו׳ לא נפיק פחות מש״פ מכלל פרוטה ואפילו מישראל דמחיל ליה בתר הכי ותו אמרינן התם אהא דקאמר ליכא מידעם דלישראל שרי ולכותי אסור והרי פחות מש״פ ומשני התם משום דלאו בני מחילה נינהו ופי׳ רש״י שאף ישראל נצטוו על הגזל אלא דפחות מש״פ אינו נחשב גזל בעיניהם שעוברין על מדתם שרחמנים הן ומוחלין על דבר קל אבל כותים אכזריים הם עכ״ל אלמא דאסור מדין תורה לגזול ולגנוב אפילו כל שהוא וכן פסק הרמב״ם פ״א מהלכו׳ גנבה והסמ״ג לאוין סי׳ קנ״ה: ומ״ש וכל הגונב וכו׳ עובר על לאו דלא תגנובו. פי׳ דההוא קרא בגנבת ממון כתיב אבל לא תגנוב די׳ דברות בגונב נפשות הכתוב מדבר דבר הלמד מענייננו כדאיתא במכילתא ובת״כ פ׳ בהר:

ב אחד הגונב מישראל וכו׳. ה״א בפ׳ הגוזל ומאכיל (בבא קמא דף קי״ג) דגזל הכותי או גנבתו אסור אבל טעותו של כותי היה שרי ובלבד שלא יוודע לו מפני חילול השם: כתבו התוס׳ בשם ר״י וכן פי׳ בערוך אע״ג דטעות כותי מותר אסור להטעותו במקום שהכותי יודע שגוזל ועושה עצמו כלא יודע:

ד ואיזהו גנב וכו׳. פי׳ איזה גנב דחייב כפל ואיזה גזלן דאינו חייב כפל כגון הלוקח בסתר וכו׳ בפ׳ מרובה:

ו ומ״ש (ואפי׳) הכניסו לרשות אפי׳ לגגו וכו׳ אם היא משתמרת. היינו משום דחצר משום יד אתרבאי ואין לו חצר אלא א״כ משתמרת א״נ אינו משתמר ועומד בצידו אבל אם אינו משתמר ואינו עומד בצדו אין לו תורת חצר שיהא קונה לו כדלעיל בסי׳ רס״ח:

ז בד״א שבאו עדים שגנב וטבח ומכר וכו׳ ובלבד שמחייב עצמו בקרן כגון שהודה שגנב וטבח ומכר וכו׳. איכא למידק לאיזה צורך קאמר שהודה ג״כ שטבח ומכר הא ודאי אפי׳ בהודה שגנב בלחוד ואח״כ באו עדים שגנב וטבח ומכר נמי פטור מד׳ וה׳ דכיון שהודה דגנב ואינו חייב בכפל תו לא מיחייב ד׳ וה׳ דכד מדלת כפל מינייהו הו״ל תשלומי ג׳ וד׳ והני לא כתיבי וכן פירש רש״י להדיא בפ׳ מרובה (בבא קמא דף ע״ה) אברייתא דתני בה ואמר גנבתי אבל לא טבחתי ולא מכרתי אינו משלם אלא קרן דרבותא אשמועינן דאע״ג דאטביחה לא הודה ונמצא דטבח או מכר דבאו עדים פטור ונראה ליישב דמל׳ רבי׳ משמע מדלא כתב כגון שהודה שגנב וגם טבח ומכר אלמא דה״ק שהודה שגנב ואע״פ שטבח ומכר ג״כ לא הודה אלא בגנבה בלחוד ואפילו הכי פטור והיינו כברייתא שהבאתי: ומ״ש אבל אם אמר לא גנבתי וכו׳. מימרא דר׳ יוחנן שם גנבתי ובאו עדים שגנב פטור שהרי חייב עצמו בקרן אבל אמר לא גנבתי ובאו עדים שגנב וחזר ואמר טבחתי ומכרתי ובאו עדים שטבח ומכר חייב שהרי פטר עצמו מכלום וא״ת למה ליה למימר לא גנבתי אפי׳ לא אמר כלום נמי אם באו עדים שגנב אע״פ שאחר כך הודה שטבח לא הוי מודה בקנס אלא חייב וי״ל דודאי לא צריך שיאמר לא גנבתי ולא נקט הכי אלא לאורויי דברישא דאמר גנבתי הוי מודה בקנס ופטור אע״ג דאמר לא טבחתי ולהכי נקט בסיפא דאמר לא גנבתי כלומר דדוקא בדאמר לא גנבתי הוא דלא הוי מודה בקנס אע״ג דאמר טבחתי ומכרתי אבל בדאמר גנבתי הוי מודה בקנס ופטור אע״ג דאמר לא טבחתי ואח״כ באו עדים דטבח ומכר וכדפי׳ בסמוך: ומ״ש ומיהו אין מודה בקנס פטור אלא דוקא בפני ב״ד. שם בעובדא דר״ג שסימא את עין טבי עבדו וכו׳:

ט ואלו התשלומין וכו׳. פירוש במטלטלין כל מילי מיטב הוא דאי לא מזדבני בהאי מתא מזדבני במתא אחריתא אבל במקרקעי כתיב מיטב שדהו ודין גנב וגזלן (דינו) ג״כ לשלם ממיטב כדאיתא פ״ק דב״ק:

יא שאלה לא״א הרא״ש וכולי ואף על מה שסייע לאשת ראובן להוליך הבגדים אין לחייבו וכולי. ובתשובה האחרת כתב וגם ניכר הדבר שכיון לסייע לקרובתו לגזול חמיה וכולי ולכאורה התשובות סותרות זא״ז ולא קשיא ולא מידי דבתשובה הראשונה האשה כבר הגביהה החפצים והשליכה דרך החלון לחצר אחרת א״כ כבר קנאתם וזה אינו גנב אלא מסייע לה להוליכם מחצר אחרת ועוד מטעם אחר שהרי טען שמעון שבדין לקחה החפצים ועוד אני אומר וכו׳ אבל בתשובה האחרת שבא שמעון לחדרו ואילו לא לקח הספרים לא היתה יכולה האשה להוציאם מפני הכובד א״כ שמעון הוא שגנב מרשות ראובן וק״ל:

סימן שמט

א אחד האיש ואחד האשה וכו׳. בפ״ק דב״ק (דף ט״ו) נפקא לן מקרא ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם השוה הכתוב אשה לאיש לכל דינין שבתורה ולפי דבפרשת שומרים איש כתיב ללמד איש ולא קטן כדלעיל ריש סי׳ צ״ו לכך הוצרך לפרש דאחד האיש ואחד האשה:

ב שאלה לא״א הרא״ש וכו׳. תימה גדולה היאך פסק הרא״ש דאחרי שבאו החפצים לביתו צריך לישבע שאינם ברשותו וכו׳ הלא אפי׳ א״ל הנח לפניך אינו אפי׳ ש״ח ופטור מפשיעה כמ״ש בסימן רצ״א כ״ש כאן דלא א״ל אפי׳ הנח לפניך ונ״ל דדין זה דימהו הרא״ש למ״ש הרמב״ם ומביאו רבי׳ סוף סי׳ שמ״ו דכשהאשה שאלה או אגרה פרה מקמי שנשאת ואח״כ נשאת דבעל בנכסי אשתו לוקח הוא ואם נגנבה או נאבדה הפרה פטור הבעל מלשלם דאינו נעשה לא שואל ולא שוכר ואפ״ה אם הודיעה לבעל שהפרה שאולה או שכורה ה״ז נכנס תחתיה אף כאן מאחר שאשתו שאלה חפצים ונעשית שואל עליהם והיא הודיעה לבעלה וקבל עליו שתתקשט היא בהם אע״ג שאינו נעשה לא שואל ולא שוכר אפ״ה ש״ח מיהא הוי ועל כן חייב לישבע כל הג׳ שבועות שחייב בהן ש״ח לישבע וז״ש הרא״ש אחרי שהודה שבאו אלו החפצים לביתו כלומר והסכים עם אשתו שתתקשט בהם דאם לא הסכים עמה הו״ל להשיבם ליד אשת ראובן ומדלא השיבם הסכים עם אשתו שתתקשט בהם ובעל בנכסי אשתו דין לוקח יש לו ודינו כש״ח כדפסק ר״י לעיל לכן חייב לישבע כדין ש״ח ודוק נ״ל:

ג קטן שגנב פטור מהכפל וכו׳. ברייתא פ׳ הגוזל קמא (סוף בבא קמא דף ק״ו) כי יתן איש אין נתינת קטן כלום ואין לי אלא שנתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא קטן וכו׳ והסוגיא מוכחת לשם דלענין כפל ממעטו הכתוב אבל קרן ודאי חייב לשלם אם ישנו בעין וכו׳ עיין שם וע״ל בסי׳ צ״ו:

סימן שנ

א גנב שטבח וכו׳. פסק כרב נחמן בפרק מרובה (בבא קמא דף ס״ח) דלא מיבעיא לאחר יאוש דאהנו מעשיו דבמכר קני ליה לוקח ביאוש ושינוי רשות ובטבח קני ליה ביאוש ושינוי מעשה אלא אפילו לפני יאוש דלא אהנו מעשיו דלא קני ליה נמי חייב ומכרו אמר רחמנא והא זבין ל״ש לפני יאוש ל״ש לאחר יאוש: היו מעידין אותו שגנב וכו׳. משנה שם ואסיקנא בגמרא (דף ע׳) דאפי׳ לר״ע דאמר דבר ולא חצי דבר הכא מודה דדבר קרינן ביה דאע״ג דעדי טביחה צריכין לעדי גנבה כיון דעדי גנבה לא צריכי לעדי טביחה דבר קרינן ביה: היו שני עדים על הגנבה וכו׳. משנה שם וא״ת תינח דאיצטריך דעל פי עצמו אינו משלם ד׳ וה׳ לאורויי דמודה בקנס פטור אבל כשאין על השחיטה אלא ע״א והוא מכחישו פשיטא דאינו חייב ע״פ ע״א ותו קשה למה ליה למימר היו שני עדים על הגנבה הול״ל גנב וטבח ע״פ ע״א או ע״פ עצמו אינו משלם אלא הקרן וי״ל דמתני׳ אתא לאשמועינן ע״פ עצמו דומיא דעל פי ע״א מה ע״פ ע״א כי אתא עד אחר מצטרף בהדיה ומיחייב אף ע״פ עצמו נמי כי אתו עדים מיחייב דהא דמודה בקנס ואח״כ באו עדים דקיי״ל כרב דפטור אינו אלא היכא דחייב עצמו בקרן מתחלה דאמר גנבתי ואח״כ באו עדים שגנב וטבח ומכר אבל גנב ע״פ שנים דלא הודה מעצמו מתחלה לומר גנבתי אלא היו שני עדים על הגנבה דלא מחייב עצמו בקרן התם הוא דאמרי׳ ע״פ עצמו דומיא דע״פ ע״א וכי אתו עדים מיחייב וכדכתב רבינו לעיל בסי׳ שמ״ח והכי אסיקנא בגמרא אליבא דרב דהלכתא כוותיה (בדף ע״ה):

ב גנב שור של שותפין. שם (בדף ע״א) בעא מיניה רבא מר״נ גנב שור של ב׳ שותפין וטבחו והודה לא׳ מהן מהו חמשה בקר אמר רחמנא ולא ה׳ חצאי בקר א״ד חמשה בקר אמר רחמנא ואפי׳ ה׳ חצאי בקר ואסיקנא חמשה בקר ואפי׳ ה׳ חצאי בקר ופרש״י והודה לא׳ מהן. על חלקו מהו לחייבו לשלם לחבירו את חלקו כשיבואו עדים עכ״ל ופי׳ רבי׳ דמיירי בהודה לא׳ מהן כשתבעו בב״ד וכפר לשני כשתבעו בב״ד אחר דאל״כ לא יתחייב לשני דמסתמא כיון דהודה לא׳ מן השותפין כאילו הודה גם לשני אלא מיירי בדכפר לשני בב״ד לפיכך כשבאו עדים חייב לשלם לשני ה׳ חצאי בקר ותו בא רבינו לבאר דאע״ג דלא קמיבעיא ליה אלא בטבח לאו דוקא דה״ה במכר והכי משמע בסוגיא:

ג גנב ונתן לאחר במתנה וכו׳. שם ברייתא (תחלת דף ע״ט) והטעם בכל הני דחשבינן ליה כאילו מכר בדמים:

ד עשה שליח שימכרנה וכו׳. בבריית׳ הנזכרת ומפרש בגמרא אשמועינן דיש שליח לדבר עבירה אע״ג דבכל התורה כולה אין שליח לדבר עבירה הכא יש שליח לדבר עבירה מ״ט וטבחו ומכרו מה מכירה לא אפשר דלאו ע״י אחר אף טביחה ע״י אחר מיחייב:

ה כתב הרמב״ם וכו׳. שם ברייתא (דף ס״ח) וטבחו או מכרו מה טביחה שאינה חוזרת אף מכירה שאינה חוזרת ואקשינן מינה לרב נחמן דקאמר דבמכר לפני יאוש חייב ד׳ וה׳ אע״ג דחוזרת לבעל הבית ותרגמא ר״נ פרט לשהקנה לו לשלשים יום ופרש״י האי אינה חוזרת למעוטי היכא דלא מכר גנב ללוקח אלא לעשות בה מלאכה ל׳ יום דהויא כשכירות בעלמא עכ״ל אבל הרמב״ם לא ס״ל הך פירוש דהא פשיטא הוא דאפילו שוכר לא אלא ש״ח בעלמא כדלעיל בס״ס שמ״ו במ״ש בשם ר״י בלוקח בהמה לל׳ יום אלא ה״פ פרט לשהקנה לו לל׳ יום כלומר לאחר ל׳ יום ולפי שקשה דקרא סתמא כתיב או מכרו ומה לי מכרו מיד או מכרו ולא הקנה לו אלא עד לאחר ל׳ יום לכך פי׳ הרמב״ם דקרא אתא להיכא דהוכר הגנב בתוך ל׳ יום דמקמי שחלה המכירה נודע שגנב דאינו חייב ד׳ וה׳:

ו מכרה חוץ מחלק אחד ממאה שבה וכו׳. משנה שם (דף ע״ש): או חוץ מידה ברייתא שם ותרווייהו איצטריכו דחוץ מאחד ממאה איכא שיור בכל אבר ואבר חלק ממאה שבו אבל חוץ מידה ליכא שיור אלא ידה בלבד דאינו מעכב בשחיטה ולרבי לא הוי שיור וכן חוץ מרגלה מן הארכובה ולמטה ולא זו אף זו קתני למאי דקיי״ל דאף בזו איכא שיור ובגמרא מייתי פלוגתא דרב ולוי והרמב״ם פסק כרב והיא הסברא הראשונה שכתב רבינו והרא״ש פסק כלוי וכרבנן דברייתא דאפי׳ גוזותיה דלמיגז קיימי הוי שיור וכ״ש קרנה דלאו למיגז קיימ׳ ואצ״ל בשייר ידה ורגלה או כל דבר הניתר בשחיטה דוטבחו כולו בעינן ומכרו כולו בעינן דליכא שיור כלל:

ז גנב קיטעת וכו׳. ברייתא שם ופרש״י קיטעת אע״ג דליכא כולה חייב דמאי דגנב הא זבין כוליה: ומ״ש או טרפה מבואר שם בסוגיא (דף ע״ז) דלרבנו שחיטה שאינה ראויה שמה שחיטה גנב טרפה וטבחה חייב וכן במכר את הטרפה דלא כר״ש דשחיטה שאינה ראויה לאו שמה שחיטה וכיון דליתיה בטביחה ליתיה במכירה ולית הלכתא אלא כרבנן: ומ״ש או שגנב מהשותפין. ברייתא שם: ומ״ש אבל אם הו״ל שותפות בה וכו׳. משנה שם ופרש״י דלא קרינן ביה ומכרו באיסורא ופטור מד׳ וה׳ אפי׳ מחלק חבירו:

ח ומ״ש לפיכך גנב משל אביו וכו׳. משנה שם (סוף דף ע״ד):

ט גנב שלמה וכו׳ מיבעיא וכו׳. שם (סוף דף ע״ד) ודעת הרמב״ם בכל תיקו דממונא אי תפס לא מפקינן מיניה אבל דעת הרא״ש כדעת הראב״ד דקנס שאני דאין אדם זוכה בו אלא עד שעת העמדה בדין כ״כ ב״י וצל״ע דא״כ אפי׳ ליכא ספק לא ליהני תפיסה בקנס כיון דלא זכה בו אלא בשעת העמדה וכיון דלהרא״ש מהני תפיסה בקנס כמ״ש רבינו בס״ס שמ״ט א״כ לפ״ז גם בספק נימא דאי תפס לא מפקינן מיניה ותו קשה דלקמן בסי׳ שנ״ב ס״ח פסק רבי׳ כהרמב״ם דלא כהרא״ש וע׳ במ״ש לשם בס״ד:

י שותפין שגנבו וכו׳. שם אסיקנא ל״ק כאן בשותף שטבח לדעת חבירו כאן בשותף שטבח שלא לדעת חבירו ופי׳ רש״י לדעת חבירו משלמין בין שניהם דאיכא וטבחו כולה בחיובא דהטובח חייב על חלקו וחבירו עשאו נמי שליח והא רבינן דיש שליח לדבר עבירה שלא לדעת חבירו דליכא וטבחו כולה בחיובא דבההוא פלגא דחבריה לא נעשה שליח ואע״ג דאמרן לעיל ואפי׳ ה׳ חצאי בקר ה״מ היכא שגנב בהמת השותפין וטבחו ואח״כ הודה לאחד מהם על חלקו דבשעת טביחה הוה כוליה בחיובא וה״א בהגוזל (דף ק״ו):

יא גנב ועמד בדין וכו׳. שם (סוף דף ס״ח) מימרא דרבא צא תן לו טבח ומכר פטור מ״ט כיון דפסקוהו למילתיה וטבח ומכר הו״ל גזלן וגזלן אינו משלם ד׳ וה׳ חייב אתה ליתן לו וכו׳ אכתי גנב הוא:

יב שחטה הגנב ונתנבלה וכו׳. משנה שם (דף ע״ח) פרש״י פטור אפי׳ לרבנן דשחיטת טרפה אע״פ שאינה ראויה שמה שחיטה דהא לאו שחיטה היא כלל:

יג ומ״ש אבל השוחט לרפואה וכו׳. משנה שם (דף ע׳) ופי׳ רש״י דלרפואה ולכלבים שחיטה ראויה היא דאי בעי מצי אכיל מיניה עכ״ל ובנמצאת טרפה פליג ר״ש ולית הלכתא כוותיה ולעיל סעיף ז׳ כתב דין מכר את הטרפה וכאן כתב דין טבח ונמצאת טרפה דבמכירה לא שייך לומר ונמצאת טרפה לאחר מכירה דהא חזי לה בשעת מכירה דטרפה היא והו״ל כאילו אמר רבינו דבמכירה ליכא לאשכוחי אלא בטרפה שמכר אבל לא בנמצאת טרפה לאחר מכירה אבל בטביחה איכא לאשכוחי אף בנמצאת טרפה וק״ל. ולא דמי שחט את הטרפה לשוחט בשבת משום דשוחט בשבת כיון שאינה ראויה לאכילה כר״י הסנדלר הו״ל כאילו לא שחטה כלל אבל טרפה ששחטה שחיטה הגונה היא אלא דבר אחר גרם לה שאינה ראויה לאכילה לפי שהיא טריפה: ומ״ש וכן השוחט כלאים חייב. ברייתא שם (דף ע״ו):

יד גנב ברשות בעלים. משנה שם (דף ע״ט) ופי׳ גנב הבהמה ולא הוציאה מרשות בעלים אלא החביאה ברשות הבעלים ואח״כ טבח ומכר חוץ מרשות בעלים דכשהוציאה חוץ מרשותו נעשה עליה גנב וקנאה או שגנב חוץ מרשות בעלים קנאה במשיכה מיד ונעשה עליה גנב ואח״כ טבח ומכר ברשות בעלים אבל גנב וטבח ומכר הכל ברשותן פטור דלא נעשה עליה גנב וכתבו התוס׳ ובשלא הגביה עסקינן דבהגביהה היה קנאו וחייב:

טו היה העדר ביער וכו׳. מימרא דר״א לשם וע״ל סימן שמ״ח סעיף ד׳:

טז גנב ומכר בשבת וכו׳. משנה שם (דף ע׳): ואם נעשית המכיר באיסור וכו׳. שם בגמרא: וכן הטובח בשבת או לעכו״ם וכו׳ שם (סוף דף ע״ד): ומ״ש אפילו לא התרו בו וכו׳. הכי אסיקנא בפ׳ אלו נערות (כתובות דף ל״ה) מהיקשא דתנא דבי חזקיה מכה אדם יומת ומכה בהמה ישלמנה מה מכה בהמה לא חלקת בה בין שוגג למזיד לפטרו מתשלומין אלא לחייבו בתשלומין אף מכה אדם לא תחלוק בו לחייבי בתשלומין אלא לפטרו מתשלומין: ומ״ש ואפי׳ היתה גנובה לו קודם שבת וכו׳. שם (דף ל״ד) אמרינן לר׳ מאיר בהיתה גנובה לו קודם שבת וכו׳ חייב לשלם קנס דכיון דחידוש הוא אמרינן אדם

מת ומשלם אבל בהיתה שאולה לו מודה רבי מאיר דפטור דכיון דפטור מקרן פטור נמי מקנס דד׳ וה׳ אמר רחמנא ולא ג׳ וד׳ ואנן קיי״ל כרבנן דלא אמרינן מת ומשלם אפי׳ גבי קנס הילכך אפילו היתה גנובה לו קודם שבת פטור ואצ״ל בהיתה שאולה לו וכו׳ וטעמא דשאולה דמודה בה ר״מ היינו משום דבשאולה לא איחייב באונסיה משעת שאלה דכיון דכל כמה דאיתא לפרה הדרא בעינא ההיא שעתא דקא טבח לה קא גזיל לה ומיתה וממון באין כאחד וע״ל בסי׳ שמ״א סעיף ה׳ ו׳ ועיין עוד בסי׳ של״ח סעיף ה׳ ובמ״ש לשם בס״ד: ומ״ש רבינו דאין חיוב בא בשבת אלא חיובו של כפל וד׳ וה׳. כתב ב״י דט״ס הוא וצריך למחוק תיבת כפל שהרי משעת גנבה איחייב ליה בכפל ואין בא בשבת אלא חיוב ד׳ וה׳ עכ״ל ודבריו צריכין ביאור והוא דבהיתה גנובה קודם שבת אינו פטור אלא מד׳ וה׳ אבל חייב לשלם תשלומי כפל אבל בהיתה שאולה פטור אף מן הכפל וכן כתב הרמב״ם בפ״ג מגנבה להדיא:

יז הטובח ביה״כ והתרו בו פטור וכו׳. אבל לא התרו בו דינו כחייבי מלקיות שוגגין דכיון דאינו לוקה משלם ולא דמי לחייבי מיתות שוגגין דפטורין הכי אסיקנא בפ׳ אלו נערות וכן פסק הרמב״ם ריש פ״ב דגנבה:

יח עשה שליח לשחוט וכו׳. פי׳ הרמב״ם סובר כיון דאין הגנב חייב מיתה על השחיטה ששחט שלוחו וממון ודאי מתחייב שהרי בטביחה יש שליח עברה וליכא למיפטריה משום שחיטה שאינה ראויה לאכילה דלית הלכתא כר״י הסנדלר אלא אפי׳ שחט בשבת במזיד הוא לא יאכל עולמית אבל אחרים אוכלים א״כ הגנב חייב לשלם ד׳ וה׳ והרא״ש פוסק כר״י הסנדלר דבמזיד לא יאכל עולמית לא לו ולא לאחרים א״כ שחיטה שאינה ראויה לאכילה היא ולא שמה טביחה ופטור דהו״ל שחיטה זו כשוחט ונתנבלה בידו דה״נ לאו שחיטה היא כלל כיון שאינה מותרת לאכילה בשחיטה זו ותימה להרא״ש בטובח ביה״כ אפי׳ לא התרו בו נמי יהא פטור אם שחט במזיד דשחיטה שאינה ראויה לאכילה היא אבל בטבח בשבת או לע״ז אשמועינן דאפי׳ לא התרו בו וקאמר דשחט בשוגג דהו״ל שחיטה ראויה לאכילה אפ״ה פטור מטעם דבחייבי מיתות שוגגין גלי לן קרא דפטור מתשלומין אבל גבי יה״כ קשיא וצ״ל להרא״ש דאה״נ דפטור אם טבח במזיד אפי׳ לא התרו בו והא דאמרי׳ דבלא התרו בו חייב היינו דוקא כשעשה כך בשוגג ותימה דכאן במרובה משמע בדברי הרא״ש בשני מקומות בדין זה דס״ל דהלכה כר״י הסנדלר וכמ״ש רבינו בשמו ובפ״ק דחולין משמע דס״ל דהלכה כר׳ יהודא וכ״כ ב״י בא״ח סי׳ שי״ח ואפשר דאע״ג דלגבי איסור אכילה נמשך אחר רוב פוסקים כר״י מ״מ לאפוקי ממונא מגנב אזיל לקולא כיון דמשמע מפלוגת׳ דרב אחא ורבינא דסבירי להו כר״י הסנדלר:

יט גנב שגנב מן הגנב וכו׳. משנה ר״פ מרובה והעולה מן הסוגיא (בדף ס״ח) כדברי רבינו וכ״כ הרמב״ם ספ״א דגנבה וז״ל לגנב הראשון אינו משלם שהרי דין הבהמה הזאת לחזור בעינה לבעלים ולא קנאה הגנב ולבעלים אינו משלם הכפל או ד׳ וה׳ מפני שלא גנבה מרשותן ובגנב וטבח ובא גנב אחר וגנבה וכו׳ הטעם פשוט דיאוש כדי לא קני אבל יאוש ושינוי רשות קני ושינוי מעשה לבד נמי קונה:

כב וכן הגונב עבדים וכו׳. משנה פרק הזהב (בבא מציעא דף נ״ו) ובריייתא ריש מרובה ופרק הזהב (בבא מציעא דף נ״ז): ומ״ש וכן הגונב את העכו״ם וכו׳. כ״כ הרמב״ם ריש פ״ב דגנבה וטעמו דכיון דאמר בגמ׳ רעהו ולא הקדש כ״ש דאימעוט של עכו״ם וכדדרשינן אצל לא יראה לך שאור בפ״ק דפסחים שלך אי אתה רואה אבל אתה רואה של אחרים ושל הקדש של אחרים פי׳ עכו״ם וכן וכי יזיד איש על רעהו ולא על עכו״ם:

כד הגונב חלבו וכו׳. פרק אלו נערות (כתובות דף ל׳ ל״א) א״ר חסדא מודה ר׳ נחוניא בן הקנה בגונב חלבו של חבירו ואכלו שהוא חייב שכבר נתחייב בגנבה קודם שיבוא לידי איסור חלב דמעידנא דאגבהיה קנייה נתחייב בנפשו לא הוה עד דאכיל ליה: וכתב הראב״ד בהשגות פ״ב דמשלם לו כפל דמי חלבו וכתב ה׳ המגיד דגם הרמב״ם מודה בכך ולא חשש לבארו בפי׳ כיון דדבר פשוט הוא:

סימן שנא

א יש גנב שפטור מלשלם וכו׳ כלומר בסי׳ ש״נ קאמר יש גנב שטבח ומכר דפטור מלשלם ד׳ וה׳ מפני שמיתה ותשלומין באין כאחד וכאן אמר דיש ג״כ גנב מטלטלין דאינו משלם אלא כפל ופטור מהתשלומין כשיש עמו מיתה כגון הגונב כיס וכו׳ והכי אסיקנא בפרק אלו נערות: ומ״ש וחבר ידו למפתן הבית וכו׳. פירוש דהיה מגרר בידו אחת ונפלה לתוך חבירתה ודוקא בשחברה תוך ג׳ לארץ דחשיב כאילו מונח בר״ה דתוך ג״ט כלבוד דמי וידו קניא ליה ואם כן איסור גנבה ואיסור הוצאה מרה״י לר״ה באין כאחד דבשעה שנפל הכיס לתוך ידו השנייה הויא הנחה בר״ה ובאותה שעה קני לה אבל אם חבר ידו למעלה מג׳ היה קונה אותו קודם שנעשה הנחה בר״ה ולא היו באים כאחד וכל זה ע״פ דברי ריב״ם בתוס׳ ויש עוד פירושים ע״ש אבל זה עיקר לדעת רבינו:

ב וכן הבא במחתרת וכו׳. בפ׳ בן סורר ומורה אמר רב הבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור מ״ט בדמי קנינהו אמר רבה מסתברא מילתיה דרב בששיבר דליתנהו אבל נטלן לא וכו׳ ופרש״י הבא במחתרת חתר את הבית ממש פטור מלהחזירם אע״פ שהם קיימין בדמי קנינהו בדמי נפשות קנאן הואיל ונתחייב מיתה בלקיחתן מסתברא מילתא דרב דפטור בששבר בין עכשיו בין לאחר זמן דליתנהו ותשלומין מדידיה לא מצינן לחיובי׳ה במקום מיתה אבל נטלן לא מסתברא מילתא דרב דפטר בה דכיון דקיימין הן כל היכא דאיתנהו דמרייהו נינהו ואין זה חייב בתשלומין דפקדון בעלמא נינהו גביה והכי הוה מסקנא והך דהגונב כיס דפטור מלשלם נמי דשדינהו בנהרא אבל איתנהו חייב להחזירם וז״ש רבי׳ ודוקא שאין הכלי בעין וכו׳ וכן כתב הרמב״ם בפ״ג מגנבה ואיכא למידק דאיתא התם רבא אגניבו ליה דיכרי במחתרתא אהדרינהו ניהליה ולא קבלינהו אמר הואיל ונפק מפומיה דרב אלמא דהלכתא כרב דאמר אפי׳ הן בעין פטור מלהחזירם וי״ל דההיא מדת חסידות הואי ולכבודו דרב הואיל דנפיק מפומיה ואין למדין ממנה לעיקר הדין וכ״כ בעל המאור מיהו בתוס׳ כתבו דהא דפטור מתשלומין כי איכא חיוב מיתה בהדיא היינו דוקא בדיני אדם אבל בבא לצאת ידי שמים חייב לשלם וכן כתבו התוס׳ בפרק השוכר את הפועלים (בבא מציעא דף צ״א) בד״ה בבא לצאת ידי שמים וע״ש: ומ״ש בשם ה״ר ישעיה דוקא בשברם בעודו במחתרת וכו׳ והכי מסתברא. תימה דהכריע דלא כפי׳ רש״י והתוס׳ שכתבו להדיא דאפי׳ שבר וכ״כ בעל המאור ואפשר דלפי שראה רבינו להרמב״ן שחלק עליו וגם מדברי הרמב״ם בפ״ב מגנבה ובסוף הלכות גנבה נראה שתופס כך שהרי כתב גבי כיס עד שהוציאו מרשות הבעלים שהוא רשות היחיד לרשות הרבים ואבדו שם משמע דוקא אבדו שם אבל אם היה הנהר רחוק חייב ובסוף ה׳ גנבה כתב גם כן כל גנב שיש לו דמים אם שבר כלים בביאתו חייב בתשלומין אבל מי שאין לו דמים ששבר כלים בביאתו פטור אלמא דאינו פטור אלא א״כ בששברם בעודו במחתרת וכתב הרב המגיד שזה דעת הרמ״ה וכך היא שיטת הרמב״ן ועל כן גם רבינו הסכים עמהם וכתב דהכי מסתברא ודלא כמו שהבין ה׳ המגיד מדברי הרמב״ם שדעתו כפירוש רש״י דליתא:

סימן שנב

א הטוען על הפקדון וכו׳. משנה פרק הגוזל קמא ודין טבח ומכר מימרא דר׳ יוחנן לשם ומייתי לה ר״פ מרובה:

ב כתב הרמב״ם וכו׳. פסק כרב ששת פ׳ הגוזל קמא (בבא קמא דף ק״ז) והאריך ה׳ המגיד בטעמו ב״י אבל הרא״ש פסק כר׳ יוחנן ולעיל בסי׳ רצ״ד סעיף ה׳ סתם רבינו דבריו כדעת הרא״ש ודעת הראב״ד בהשגותיו לפי שלא כתב לשם דין זה אלא אגב גררא קיצר ולא כתב אלא המסקנא וכאן שהוא מקום דין זה האריך בו וכתב גם דעת הרמב״ם:

ו כתב הרמב״ם הפקיד לשנים וכו׳ ואין נראה כן בגמ׳ וכו׳. הב״י הסכים עם רבי׳ ואמר דקשי׳ על הרמב״ם דכיון דבעיא דרמי בר חמא איפשיטא דממון המחייבו כפל פוטרו מן החומש א״כ היאך אפשר לומר בבעיא דרבינא דפשיטא לן דמשלם חומש ולא מספקא לן אלא אי משלם כפל דהא כפל מוציא מידי חומש שמענו בבעיא דרמי בר חמא אבל חומש מידי כפל לא שמענו וצ״ע עכ״ל ובודאי כך משמע הסוגיא כולה דכפל ודאי חייב וממון המחייבו כפל פוטרו מן החומש אלא דבתרי גברי קמיבעיא ליה אי כפל פוטרו לאידך מן החומש או אינו פוטרו מן החומש אלא חייב נמי בחומש א״כ לא קמיבעיא ליה בכפל אלא בחומש ותו דמאי דחקו להרב לפרש בדרבינא איפכא מברמי בר חמא אבל לפעד״נ דהרמב״ם ז״ל דקדק בלשון התלמוד דבבעיא דרמי בר חמא קאמרינן ממון המחייבו כפל פוטרו מן החומש א״ד שבועה המחייבתו כפל פוטרתו מן החומש וה״ד כגון שטען טענת גנב ונשבע וחזר וטען טענת אבד ונשבע ובאו עדים אקמייתא והודה בבתרייתא מאי ממון המחייבו כפל פוטרו מן החומש והא איחייב ליה עילויה כפילא א״ד שבועה המחייבתו כפל פוטרתו מן החומש והא שבועה בתרייתא הואיל דלא קא מחייבא ליה כפילא תחייבו חומש ת״ש וכו׳ ש״מ ממון המחייבו כפל פוטרו מן החומש הנה הזכיר בבעיא זו שבאו עדים תחלה דכשנשבע היתה אצלו לחייבו כפל והדר הודה איהו אבתרייתא וכמו שפרש״י להדיא ואילו בבעיא דרבינא קאמר איפכא וז״ל חומשא וכפילא בתרי גברי מאי ה״ד כגון שמסר שורו לשני בני אדם וטענו בו טענת גנב חד נשבע והודה וחד נשבע ובאו עדים מאי מי אמרינן אחד גברא קפיד רחמנא דלא משלם חומשא וכפילא אבל בתרי גברי האי ישלם כפילא והאי ישלם חומשא א״ד עילויה חד ממונא קפיד רחמנא דלא ישלם עלה חומשא וכפילא וה״נ חד ממונא הוא תיקו וס״ל להרמב״ם דכשבאו עדים תחלה לחייבו כפל אם הודה אח״כ נדחה החומש מפניו אבל כשהודה בתחלה ואח״כ באו עדים השתא כיון דבשעה שהודה מיחייב חומש אם באו עדים אח״כ נדחה הכפל מפניו ובעיא דרבינא היא בהודה תחלה והיינו דקאמר חומשא וכפילא וכו׳ חד נשבע והודה וחד נשבע ובאו עדים דהזכיר חומשא ברישא וכן חד נשבע והודה ברישא ולפי זה בחומש לא קמיבעיא ליה דפשיטא דאותו שהודה ברישא מיד איחייב ליה בחומש אלא דקמיבעיא ליה באותו שבאו עליו עדים אח״כ אי מיחייב לשלומי כפילא מי נימא כיון דחד ממונא הוא וזה משלם חומש אידך לא משלם כפילא א״ד דאחד גברא קפיד רחמנא דלא משלם חומשא וכפילא אבל בתרי גברי האי בתרא ישלם כפילא אע״ג דהודה תחלה משלם חומשא ובודאי דרבינא מודה דאם באו עדים תחלה דמיד איחייב ליה

בכפילא ואיכא לספוחי אם השני שהודה אח״כ חייב בחומש אם לאו אלא דלפי דבבעיא דרמי בר חמא הזכיר תחלה שבאו עדים ואח״כ הודה קאתי רבינא לאורויי דה״ה בהודה תחלה ואח״כ באו עדים והשתא ניחא דברי הרמב״ם שכתב גם כן בלישנא דקאמר רבינא דקאמר ונשבעו שניהם והודה האחד ועל השני באו עדים דקראו שני לפי שבאו העדים עליו לאחר שהודה הראשון דזה שהודה תחלה משלם החומש כשאר הנשבעים שבועת הפקדון שהודו מעצמן אלא דקמיבעיא ליה בשני שבאו עליו עדים אח״כ אם משלם הכפל אם לאו כדפי׳ וכיון דלא איפשיטא אם תפס בעל הפקדון את הכפל אין מוציאין מידו ופשיטא דלהרמב״ם אם באו עדים תחלה ואח״כ הודה השני דהראשון משלם כפל וזה שהודה ספק אם חייב לשלם חומש אם לאו ואם תפס לא מפקינן מיניה וחדא מכלל חבירתה נפקא לן ודו״ק. לכן נראה דדקדוקו של הרמב״ם אמת ודינו אמת ודלא כמו שעלה על דעת רבינו והב״י דאין חילוק אלא לעולם חייב בכפל אותו שבאו עליו עדים אפילו אי חבירו הודה בתחלה דליתא:

ז תבע המפקיד פקדונו מנפקד וכו׳. בפ׳ הגוזל עצים (בבא קמא דף ק״ח) תבעוהו בעלים לשומר ונשבע והוכר הגנב תבעו שומר והודה תבעוהו בעלים וכפר והביאו עדים מי נפטר הגנב בהודאת שומר או לא נפטר הגנב בהודאת שומר אמר רבא אם באמת נשבע נפטר הגנב בהודאת שומר אם בשקר נשבע לא נפטר הגנב בהודאת שומר בעי רבא עמד לישבע בשקר ולא הניחוהו מהו תיקו רב כהנא מתני הכי רב טביומי מתני הכי בעי רבא נשבע לשקר מהו תיקו כך היא גירסת רש״י ודחה הגירסא דגריס איפכא אם באמת נשבע לא נפטר הגנב וכו׳ דליתא והא דקאמר רב טביומי מתני הכי פי׳ רב טביומי מתני דה״ק רבא אם באמת נשבע נפטר הגנב בהודאת שומר בעי רבא נשבע לשקר מהו ולפי זה פסק הרמב״ם פ״ד מגנבה כרב טביומי דאם באמת נשבע השומר קאמר רבא דנפטר הגנב מן הכפל בהודאתו לשומר ואם בשקר נשבע כיון דקמיבעיא ליה לרבא ולא איפשיטא אם תפסו הבעלים הכפל אין מוציאין מידן וכ״כ ה׳ המגיד וז״ל וגירסתו ז״ל כגירסת רש״י והספרים והר״א וטעם הדבר כיון שהשומר נשבע באמת עדיין לא כלתה שמירתו דכיון דגברא מהימנא הוא ניחא להו לבעלים דתיקום בשמירתו והילכך כשתובע הונב הו״ל כבעלים התובעים ופטור ומ״ש ואם לשקר פסק כרב טביומי דאמר דרבא בעי לה וסלקא בתיקו עכ״ל ה׳ המגיד ורבינו שהבין דהרמב״ם היתה לו גירסא אחרת הוא לפי שהיה נראה לו לפי גירסת רש״י דרב טביומי מודה להא דאמר רב כהנא דרבא קאמר אם באמת נשבע נפטר הגנב אם בשקר נשבע לא נפטר הגנב אלא דפליג אדרב כהנא דקאמר דבעי רבא עמד לישבע בשקר ולא הניחוהו לרב טביומי קאמר דרבא בעי בנשבע לשקר מהו והיינו דלאחר שנשבע בשקר והוכר הגנב תבעו לשומר והודה ובאו עדים מי אמרינן אכתי עליה רמיא דכיון דלשקר נשבע סופו להתחרט ולשלם הילכך תביעתו תביעה ונפטר הגנב בהודאת שומר או לא כדפירש״י ובעיא זו אינה אלא היכא דהשומר תבעו לגנב והודה אבל הבעלים לא תבעוהו לגנב אלא לאחר שהודה הגנב לשומר באו עדים והא דקאמר רבא אם באמת נשבע וכו׳ אם בשקר נשבע וכו׳ היינו דלאחר שהודה הגנב לשומר תבעוהו בעלים לגנב וכפר ואח״כ באו עדים התם הוא דפשיטא לן דאם בשקר נשבע השומר דלא נפטר הגנב בהודאת שומר שעל כן חזרו הבעלים ותבעוהו לגנב דלא ניחא להו לבעלים דליהוי תביעת שומר תביעה והילכך כשכפר הגנב לבעלים ואח״כ באו עדים מוציאין הכפל מיד הגנב ורב טביומי נמי מודה בזה זו היא דעת רבינו בפשט ההלכה ובאמת דקשה לפי׳ הרמב״ם דכיון דמעיקרא קמיבעיא ליה בסתם מי נפטר הגנב בהודאת שומר אם לאו ומשמע דבין דהשומר נשבע באמת ובין בנשבע בשקר קמיבעיא ליה א״כ לא הו״ל לרבא אלא לומר אם באמת נשבע נפטר הגנב וממילא מובן דאם בשקר עדיין בספק עומד דלא איפשיטא ומה צורך לרבא לחזור ולומר דקמיבעיא ליה בנשבע לשקר זה ודאי קשה לרב טביומי לפי׳ הרמב״ם ואע״ג דאיכא ליישב מ״מ לרבינו לא קשיא ולא מידי אבל דעת הרמב״ם ג״כ נכון דגורס כגירסת רש״י וכדפי׳ לעיל והיא דעת ה׳ המגיד וכ״כ ב״י: ומ״ש בספרי רבינו ואח״כ תבעו המפקיד וכפר ונשבע ובאו עדים וכו׳. מלת ונשבע ט״ס הוא וצריך למחקו וכך הוא בנוסחאות המדוייקים:

ח תבע המפקיד לנפקד ושילם וכו׳. שם בעיא דלא איפשיטא ופסק רבינו בהך בעיא כדעת הרמב״ם דאם תפס לא מפקינן מיניה ואיכא לתמוה טובא דהא בסי׳ ש״נ סעיף ט׳ כתב רבינו דלהרא״ש גבי ספק קנס אפי׳ תפס מוציאין מידו וכאן כתב בסתם כדעת הרמב״ם ולעיל בסי׳ זה סעיף ו׳ דכתב רבי׳ הרמב״ם ואין נראה כן בגמ׳ אלא כפל פשיטא דמשלם ובחומש מיבעיא איכא לפרש דר״ל בחומש מיבעיא ולהרא״ש אפי׳ תפס מפקינן מיניה אבל כאן דפסק בסתם דאם תפס הנפקד אין מוציאין מידו קשיא וצ״ל דרבינו לא היה מפרש טעמו של הרא״ש לעיל בסי׳ ש״נ סעיף ט׳ כמו שפי׳ ב״י שדעתו כדעת הראב״ד לחלק בין ספיקא דממונא לספיקא דקנס אלא טעמא אחרינא אית ליה להרא״ש וצ״ע:

ט הטוען טענת גנב בפקדון של קטן וכו׳. ברייתא פרק הגוזל עצים (סוף בבא קמא דף ק״ו) כי יתן איש אין נתינת קטן כלום אין לי אלא נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא קטן נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול מנין ת״ל עד האלהים יבא דבר שניהם עד שתהא נתינה ותביעה שוין כאחד ופי׳ רש״י איתקוש נתינה והעמדה בדין להדדי דבתרווייהו בעינן איש עכ״ל ור״ל דה״ה כשנתנו כשהוא גדול ותבעו כשהוא קטן כגון שהמפקיד מת ותבעו היורש קטן נמי פטור:

י וכתב הרמב״ם וכו׳. בפ״ד מגנבה: ולפי מ״ש למעלה וכו׳. ע׳ בסוף סי׳ רס״ז סעיף כ״ז כ״ח:

סימן שנג

א נשתנית שם הגנבה וכו׳. בפרק מרובה (בבא קמא דף ס״ו) אמר רבא טלאים כדמעיקרא ופירש״י כלומר בא לשלם טלאים כדמעיקרא סגי דטלה גנב וטלה משלם ובסוף (דף ס״ה) א״ר אילעאי גנב טלה ונעשה איל עגל נעשה שור נעשה שינוי בידו וקנאו טבח ומכר שלו הוא טובח שלו הוא מוכר ופסק כך הרי״ף והרא״ש לשם ובפרק הגוזל עצים:

ב ומ״ש וכן כל שינוי וכו׳ אבל שינוי החוזר אינו קונה. כתב הרא״ש ר״פ הגוזל עצים וז״ל אבל שינוי החוזר ס״ל לרב אשי אינו קונה אף מדרבנן וכן הלכתא וכו׳ עכ״ל ונראה לי דראייתו מדקאמר אביי דמתניתין מיתוקמא בשינוי החוזר דקני מדרבנן וקאמר רב אשי עלה דליתא אלא מתניתין נמי בשינוי שאינו חוזר וקני מדאורייתא משמע אבל שינוי החוזר לא קני אפילו מדרבנן דאם לא כן מאי דוחקיה דרב אשי דפליג אדאביי ומוקי למתני׳ דלא מיירי אלא בבוכאני ובנמטא בדוקא:

ג ואם נתייאשו הבעלים וכו׳. כל זה כתב הרא״ש ר״פ מרובה ואיכא למידק אמה שכתב רבינו דהאשה צריכה גט מספק דשמא קונה מדרבנן דלא כתב הרא״ש כך אלא כתב דקיימא לן כרבה דיאוש. קני מדרבנן ואם קידש אשה בגזילה אחר יאוש צריכה גט דרבה סבר לכל הפחות קני מדרבנן וכו׳ אלמא דודאי יאוש קונה מדרבנן ואין בו ספק ונראה דסבירא ליה לרבינו דבע״כ איכא ספק דלעולא ושאר אמוראים דסבירי להו דיאוש כדי לא קני שמא סבירי להו דלגמרי לא קני דאפילו מדרבנן נמי לא קני ואם כן לית הלכתא כרבה אלא כרב יוסף וכן כתב בהגהות אשיר״י פרק מרובה ע״ש והכי מוכח מלשון הרב רבינו אשר גופיה שכתב וקיימא לן כרבה וקני יאוש לחומרא בעורות של גזלן וגנב וכו׳ אלמא דלא קאמר הרא״ש אלא דקיי״ל כרבה לחומרא כלומר דמספקא לן דשמא עולא ושאר אמוראים לא ס״ל דלא קני יאוש אלא מדאורייתא אבל מדרבנן מודה דקני וא״כ איכא ספק שמא קונה מדרבנן ולהכי קיי״ל כרבה לחומרא וממילא הא דצריכה גט אינו אלא מספק ודוק ומשמע ודאי דאפי׳ לא החזיר לבעלים עדיין דמיה צריכה גט מספק דכיון דקונה מדרבנן א״כ הדמים אינן עליו אלא חוב בעלמא אבל גוף הגניבה קני לה מדרבנן ביאוש לחודיה ולרבינו ספק הוא אם קונה מדרבנן וצריכה גט מספק אפי׳ לא החזיר לו הדמים: ומ״ש ואפילו אין ידוע בודאי וכו׳. בפרק מרובה (בבא קמא דף ס״ו) מייתי מתניתין דעורות פלוגתא דת״ק ור״ש וקיי״ל הלכה כת״ק דסתם גניבה יאוש בעלים ומייתי לה בפ׳ הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי״ד) ולשם פסק הרא״ש להדיא כרבנן ע״ש (בתחלת דף קמ״ה):

ד ואם יש עם היאוש שינוי השם אפי׳ הוא גרוע וכו׳. כ״כ הרא״ש ר״פ מרובה דשינוי השם מעליא כגון טלה ונעשה איל קונה מדאורייתא בלא יאוש כיון שאינו חוזר לברייתו אבל שינוי השם גרוע דהיינו חוזר לברייתו אי איכא יאוש בהדיה קונה מדאורייתא והוא מדברי התוס׳ (דף ס״ו) בד״ה מי איכא למ״ד:

ה ומ״ש ואם יש עם היאוש שינוי רשות קונה פי׳ הא פשיטא דקונה מדאורייתא: ומ״ש פי׳ שמכרה או נתנה לאחר כלומר לאפוקי שינוי רשות דיורש דלאו שינוי רשות הוא כדכתב בסוף הסימן א׳. בא אחר ונטלו מבית הגנב כדלקמן בסי׳ שס״א: ומ״ש בשם ר״י שקנה נגמרי וכו׳. כ״כ התוספות (בדף ס״ז) בד״ה אמר עולא בסוף הדיבור שכתבו וז״ל ותירץ ר״י דברייתא ע״כ וכו׳ עד ויאוש גרידא נמי לא קני אפי׳ לרבה כיון דבאיסורא אתי לידיה וצריך להחזיר הדמים אבל מתניתין איירי לעולא בידוע שנתייאש מקמי דאתא לידיה וכי אתא לידיה הו״ל יאוש ושנוי רשות עכ״ל הרי ביאוש לחודיה צריך להחזיר הדמים אבל ביאוש ושינוי רשות אין צריך ליתן אפילו הדמים ולא קשה מ״ש מיאוש ושינוי השם גרוע אי נמי שינוי השם מעליא אפי׳ בלא יאוש דקנה נמי מדאורייתא וצריך להחזיר דמיה דהא פשיטא הוא דכיון דגנבה הוא ביד הגנב שלא מכר או נתן צריך להחזיר הדמים קרן וכפל כעין שגנב דאף על פי שקנאה מדאורייתא וא״צ להחזיר גוף הגנבה הדמים מיהא חייב לשלם אבל יאוש ושינוי רשות כיון שהגנבה ביד האחר קאמר ר״י דקנאה לגמרי ואין האחר צריך להחזיר הדמים אלא הבעלים תובעים את הגנב וכתב ב״י שכך כראה דעת רש״י בפרק הגוזל בתרא על משנת המכיר כליו וספריו ביד אחר עכ״ל וז״ל שכתב בפירושו לשם (דף קט״ו) באוקימתא דרב זביד אליבא דרב משום ר׳ חייא אמר הדין עם הראשון ל״ש יאוש ואח״כ שינוי רשות ול״ש שינוי רשות ואח״כ יאוש קני וכתב רש״י וז״ל לא שנא דקני לגמרי ואפי׳ בדמי לא מהדר לו עכ״ל ואע״ג דמ״ש ואפי׳ בדמי לא מהדר לו ר״ל שאפי׳ רוצים הבעלים להחזיר ללוקח הדמים שנתן לגנב אין חייב להחזיר להם גוף הגנבה ואיכא למימר דמ״מ הלוקח חייב ליתן לבעלים דמיה כדעת הרמב״ם והרמב״ן אפי׳ הכי נ״ל מלשון רש״י שכתב דקני לגמרי דאפי׳ דמיה א״צ ליתן דאל״כ לא הוי קני לגמרי:

ו ומ״ש ודוקא שנתייאשו הבעלים וכו׳. פסק כאוקימתא דרב זביד אליבא דר׳ יוחנן משמיה דר׳ ינאי בפ׳ הגוזל בתרא דאמר הדין עם השני יאוש ואח״כ שינוי רשות קני שינוי רשות ואח״כ יאוש לא קני דרב ור׳ יוחנן הלכה כר׳ יוחנן ולדעת הרמב״ם כתב ה״ה שדעתו לפסוק כאוקימתא דרב פפא דהוא בתרא דמוקים לפלוגתייהו דרב ור״י באוקימתא אחריתא ולדידיה אין חילוק דכל יאוש עם שינוי רשות קונה אפי׳ שינוי רשות תחלה ואח״כ יאוש ומביאו ב״י:

סימן שנד

א השביחה הגנבה וכו׳. כך פסקו הרי״ף והרא״ש ר״פ הגוזל עצים הלכה כר״י ואליבא דר״פ דשבח דגזלן הוי: ומ״ש לא מיבעיא וכו׳. משנה שם ר״פ הגוזל עצים: ומ״ש אלא כמו שהיו שוות הפרה וכו׳. פי׳ אם גנב פרה ריקנית וכו׳ משלם כמו שהיתה שוה בשעת הגנבה (מעוברת משלם מה שהיתה שוה) כשהיתה ריקנית ואם היתה [מעוברת משלם מה שהיתה שוה] בשעת הגנבה כשהיתה מעוברת ולפי שקשה למה לא יאמר הנגזל החזר לי פרה ריקנית כמו שגנבת ממני ריקנית וכן כשהיתה מעוברת החזר לי פרה ריקנית ושלם לי עליה שבח העיבור וטעינת הגיזה על כן אמר דאין צריך להחזיר לו הפרה גופה דקנאה הגזלן בשינוי דהוי שינוי גמור כמו טלה ונעשה איל דה״נ נשתנה גופה דהיתה מעוברת וילדה וטעונה וגזזה ואח״כ אמר דהיכא דגזל פרה ריקנית לא מיבעיא היכא דילדה וגזזה כבר ובאו הבעלים לתבוע הפרה דאינו משלם אלא כמו שהיתה שוה בשעה שגנבה שהיתה ריקנית ואין צריך להחזיר לו הפרה דקנאה בשינוי דילדה וגזזה אלא אפי׳ תבעוה בשעה שהיא מעוברת וטעונה אין צריך להחזיר הפרה והרחל לפי שקנאה בשינוי גמור דהיתה ריקנית ועכשיו מעוברת וטעונה והשבח הוא של הגזלן. מיהו בגנב מעוברת וטעונה ובאו הבעלים ותבעוה ממנה בעודה מעוברת וטעונה מקמי שילדה וגזזה חיב להחזיר גוף הבהמה כיון דליכא הכא שינוי ולא קנאה כלל והבעלים נוטלין הבהמה כמו שהיא דברשותיה אשבח:

ב והרמב״ם חילק וכו׳. וצריך שתדע דהרמב״ם ס״ל דגנב כבשה מעוברת וטעונה וילדה וגזזה אצלו זה נקרא שינוי קצת כיון דהיתה מעוברת וטעונה ועכשיו היא ריקנית ולפיכך קנאה ודוקא היכא דגם כן נתייאשו הבעלים אחר שנגנבה הימנו שאז אין צריך להחזיר הכבשה עצמה אלא משלם דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל העומדת ליגזז אבל גזל או גנב פרה ריקנית ונתעברה אצלו ורחל ונטענה אצלו אין זה שינוי כל עיקר דריקנית היתה ומחזיר לו ריקנית ולכן חייב להחזיר הפרה והרחל בעצמה אפילו נתייאשו הבעלים אלא דבזה איכא חילוק בין נתייאשו ללא נתייאשו דבנתייאשו השבח לגזלן ובדלא נתייאשו השבח לנגזל וז״ש השביחה וכו׳ משלם אותה וכו׳ והאי משלם היינו חזרת בהמה עצמה: ומ״ש אפילו אם נטענה וכו׳ ה״ה ברשות בעלים. כלומר וכל השבח הוא של בעלים כיון שאין הטעינה והעיבור נקרא שינוי כלל בגוף הבהמה ואם אחר יאוש השביחה משלם כשעת הגנבה והשבח הוא לגזלן והאי משלם הוי נמי חזרת הבהמה עצמה שלא קנאה כיון דלא נשתנית: ומ״ש כיצד גנב או גזל פרה מעוברת וכו׳ משלם דמי פרה העומדת לילד וכו׳. היינו אפילו אם הבעלים רוצים בחזרת פרה עצמה ולהשלים עליה שבח העיבור והגיזה אפ״ה אין הגנב חייב להחזיר הפרה עצמה אלא משלם דמי הפרה וכו׳ מיהו אף ע״ג דגנב מעוברת וילדה אצלו חשיב שינוי כיון דמלאה היתה ונעשית ריקנית שינוי גרוע הוא ולא קנאה אלא דוקא עם היאוש משא״כ בגנב פרה ריקנית ונתעברה אצלו דאין זה שינוי כלל כיון דריקנית גנבה וריקנית מחזירה וז״ש גזל או גנב פרה ריקנית וכו׳ משלם כשעת הגזלה פי׳ מחזיר הבהמה עצמה כיצד אם ילדה כבר וכו׳ פי׳ כיון דנתייאש השבח של הגזלן ואם עדיין לא ילדה וכו׳ השבח גם כן של הגזלן ושמין וכו׳: ומ״ש וא״א הרא״ש ז״ל כתב כסברא הראשונה. פי׳ חולק על הרמב״ם בתרתי חדא דלהרא״ש ריקנית ונתעברה אצלו או נטענה חשיב שינוי כמו מעוברת וילדה וטעונה וגזזה ובשניהם הוי שינוי גמור וקנאה מן התורה כמו טלה ונעשה איל וא״צ להחזיר הבהמה עצמה בין בזו ובין בזו אפי׳ לפני יאוש ואידך דאין חילוק בין שבח דממילא ובין שבח דעל ידי הוצאה:

ג גנב בהמה או כלים ובשעת גנבה היה שוה זוז וכו׳. בפרק מרובה (בבא קמא דף ס״ה) אמר רב קרן כעין שגנב תשלומי כפל ותשלומי ד׳ וה׳ כשעת העמדה בדין והעולה מן הסוגיא לדעת הרא״ש הוא דאם בשעת גנבה היה שוה זוז ובשעת העמדה בדין שוה ד׳ אם אבדה בידים משלם הקרן והכפל כשעת העמדה בדין דאע״ג שאילו היתה בעין חוזרת לבעלים ונמצא דההיא שעתא דשחטה ושברה בידים היא שעת חיובו אפ״ה לגבי קרן וכפל לא מיחייב עד שעת העמדה בדין משום דבשעת העמדה בדין אם היה מודה שגנב היה מיפטר והילכך כשיוויו עתה כשיגמר הדין כך הוא חיובו לשלם קרן וכפל אבל ד׳ וה׳ דלא מהני הודאה למיפטריה כיון דכבר באו עדים שגנב וחייבוהו הקרן דלא הויא הודאה לפטרו בקנס אלא במחייב עצמו בקרן כדלעיל בסי׳ ש״נ ס״י הילכך אין חיוב ד׳ וה׳ תליא בהעמדה בדין אלא חיובו בשעת טביחה היא כגון דבשעת גנבה היתה שוה זוז ובשעת טביחה היתה שוה ג׳ או ה׳ ובשעת העמדה בדין ארבעה אההיא שעתא דטביחה הוא דקא מיחייב קנס ולא אשעת העמדה בדין אלא דתמיהא לי טובא מה ענין קרן לכפל דבכפל ודאי כיון דאי מודה מיפטר הילכך בשעת גמר דין חל חיובא דכפל אבל קרן לא תלוי בגמר דין אלא בשעה שאבדה מן העולם וא״כ כי היכי דקנס דד׳ וה׳ חיובו בשעת טביחה הכי נמי חיובא דקרן הוי כשעת טביחה ושבירה ודכוותיה בסמוך היכא דשוה ד׳ בשעת גנבה וכן בשעת טביחה

ושבירה שוה ד׳ והוקר או הוזל בשעת העמדה בדין נמי דינא הכי הוא דקרן כשעת טביחה וכפל כשעת העמדה בדין ולא אמרינן דקרן וכפל כשעת העמדה בדין וליכא לפרש דהא דקאמר הכא דקרן כשעת העמדה בדין היינו דוקא כששעת טביחה הוי כשעת העמדה בדין דא״כ מאי קאמר בתר הכי וד׳ וה׳ כשעת טביחה הלא קרן נמי כשעת טביחה כשאינו כשעת העמדה בדין ולמה שינה לומר דקרן כשעת העמדה בדין וד׳ וה׳ כשעת טביחה הלא בשניהם דין אחד וצ״ע. ואם מתה מאליה ונשבר הכלי מאליו כיון דבשעת שבירה ומיתה לאו מידי קעביד אשעת גנבה הוא דקא מחייבת ליה קרן וכפל וההיא שעתא לא הויא שויא אלא זוז אינו משלם קרן וכפל אלא זוז:

ד ומ״ש ואם היה שוה ד׳ בשעת גנבה וכו׳. היינו מימרא דרב דאוקמוה בהכי דקרן כעין שגנב דקאמר היינו דחייב לשלם ד׳ כשעת גנבה והיינו אפי׳ נשברה ומתה מאליה דכיון דבשעת שבירתה לאו מידי עביד אשעת הגזלה קמחייבת ליה וההיא שעתא הויא ד׳ וכ״ש אי איבדה בידים דמשלם קרן ד׳ דאל״כ מצינו חוטא נשכר אבל כפל כשעת העמדה בדין מטעם דלעיל וד׳ וה׳ כשעת טביחה כדלעיל ואע״ג דרב קאמר תשלומי כפל ותשלומי ד׳ וה׳ כשעת העמדה בדין מפרש הרא״ש דהאי כשעת העמדה בדין לצדדים מפרשינן ליה דלגבי כפל כמשמעותו כשיוויו עתה כשיגמר הדין ואע״ג דלא הוי כשעת טביחה אבל לגבי ד׳ וה׳ שמין כמה היה שוה בשעת טביחה ומכירה ולא אמרינן דד׳ וה׳ הוי כשעת העמדה בדין אלא היכא דהוי שעת טביחה כשעת העמדה בדין אבל אם לא הוי שעת טביחה כשעת העמדה בדין משלם כשעת העמדה בדין: ומ״ש ואם הוקר או הוזל בין טביחה או שבירה וכו׳. פירוש כאן אינו מדבר בדין קנס דכפל וד׳ וה׳ אלא לענין קרן קאמר היכא דהיתה שוה ד׳ בשעת גנבה ובשעת טביחה או שבירה היתה ג״כ שוה ד׳ אלא שאח״כ הוזל או הוקר בין טביחה או שבירה להעמדה בדין וקאמר דהתם לעולם בתר טביחה או שבירת הכלי אזלינן דההיא שעתא היא שעת חיוב דקרן בין הוזל אח״כ או הוקר והכי מוכח באשיר״י להדיא דדין זה בקרן הוא דקאמר והא פשיטא דלענין כפל כשעת העמדה בדין כדלעיל וד׳ וה׳ כשעת טביחה דהוי נמי כשעת גנבה ולא צריך לפרש דלא הוי כשעת העמדה בדין דכבר כתב כן: ומ״ש ואם הכלי בעין אף ע״ג דמחזיר הקרן בעין הכפל הוי כשעת העמדה בדין מטעם דאי הוה מודה וכו׳ כדלעיל: ומ״ש וכחשה ופטמה דהוי ממילא וכו׳. השתא מירי דשעת גנבה ושעת טביחה ומכירה ושעת העמדה בדין הכל שוה ביוקרא או בזולא ואין חילוק אלא דבשעת גנבה היתה כחושה ובשעת טביחה ומכירה היתה פטומה הילכך משלם הכל לפי מה ששוה בשעת טביחה ומכירה דכיון דאיבדה בידים ומוציאה מן העולם אההיא שעתא מיחייב בקרן וכפל וד׳ וה׳ ולא כשעת גנבה שהיתה כחושה וכתב הרא״ש שכך היא דעת רב אלפס דלא כתוספות שכתבו דמצי אומר לו וכי שמנה גנבי מינך וכו׳ חנינא דכיון דהלכה כר׳ אילעאי דטלה ונעשה איל עגל ונעשה שור נעשה שינוי בידו וקנאו וכו׳ מכלל דאי לאו האי טעמא לא מצי אומר לו וכי תורא גנבי מינך אם כן כאן בהיתה כחושה ונתפטמה מאליה דליכא שינוי לא מצי למימר וכי שמנה גנבי מינך וחייב לשלם הכל כשעת טביחה ומכירה ולית הלכתא כר׳ חנינא: ומ״ש היתה שמנה והוכחשה וכו׳. נתבאר מתוך מ״ש לעיל דלגבי קרן כדמעיקרא דאל״כ יהא חוטא נשכר אבל כפל ד׳ וה׳ כדהשתא בשעת טביחה והעמדה בדין דהשתא מירי דהכל שוה ביוקרא וזולא: ומ״ש אבל כחושה והשמינה וכו׳. ברייתא בפרק מרובה (בבא קמא דף סה) וקאמר בגמרא דה״ט דא״ל אנא פטימנא ואת שקלת ובשמנה והכחישה אמרינן ליה מה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגא:

ה גנב כלי שברו וכו׳. פ״ק דב״ק (דף י״א) אסיקנא והלכתא אין שמין לא לגנב ולא לגזלן ופרש״י כדברי רבינו וכ״כ התוס׳ והרא״ש לשם דישלם כלי שלם או דמיו ומיישב הירושלמי ע״פ זה אבל הסמ״ג כתב פי׳ ר׳ שמואל שיחזירו הגנב והגזלן השברים והנבלה לבעלים אלא שמקבלין עליהן הפחת שמשעת מיתה ושבירה עד שעת העמדה בדין ואין שמין לגנב ולגזלן כמו ששמין לניזקין דהניזק מקבל הפחת ושכן הוא בירושלמי וכו׳. אבל רש״י פי׳ לך שלם לו גרזן שלם והשברים יהיו שלך וזה לא יתכן שהרי בפ״ק דב״ק (דף ה׳) מדמה תשלומי גנב וגזלן ושואל לתשלומי נזק וא״כ אפי׳ סובין יכול לשלם עכ״ל ופי׳ רבינו שמואל שהסכים עמו הסמ״ג הובא באריכות בתוס׳ פרק השואל (דף צ״ו) בד״ה זיל שלים ושכך פריב״ם וכן בתוס׳ פ׳ מרובה (בבא קמא דף ס״ח) בד״ה מה טביחה גם בהגהות אשיר״י פ״ק דב״ק כתב פי׳ ר׳ שמואל וכתב שר״י מיישב פרש״י מן הירושלמי ולא הכריע. ונראה דבפלוגתא דרבוותא אין להוציא מן המוחזק ויכול ליתן לו הנבלה והשברים וישלים ודלא כמו שפסק בש״ע: ומ״ש ואם ירצו הבעלים כו׳. וכ״כ הרמב״ם ספ״ב דגזלה וז״ל גזל כלי ושברו וכו׳ ואיכא לתמוה דמנ״ל להרמב״ם דין זה וה׳ המגיד והב״י לא גילו ע״ז דבר ולפעד״נ דקשיא ליה להרב ב׳ מאמרים בירושלמי דסותרין זה את זה דבפ״ק דקמא (דף א׳ ע״ג) משמע משם לפי פשוטו כפרש״י דישלם כלי שלם או דמיו ובירושלמי דפרק קמא דקדושין (דף ס׳ ע״ג) הובא אותו מאמר בלשון אחר דמשמע מיניה שיתן לו השברים אלא דפחת דנבלה הוא על הגנב והגזלן דה״א התם מנין שאין הבעלים מטפלים בנבלה אר״א בר ממל חיים שנים ישלם ולא מתים אלמא משמע דהבעלים נוטלים הנבלה אלא שהטיפול שהוא פחת הנבלה משעת מיתה עד שעת העמדה בדין על הגנב והגזלן ולא על הבעלים והתוספות בפרק השואל הביאו גם כן הך ירושלמי דקידושין ולא כתבו ישוב לפרש״י ודעת הרמב״ם היא כפרש״י ומיישב הך ירושלמי דקדושין להיכא שהבעלים רוצים ליטול הנבלה והשברים ושישלים עליהם דשומעים לבעלים ואשמועינן דלא מצי אמר הגנב והגזלן כיון שאתה רוצה בנבלה אם כן פחת הנבלה משעת מיתה שלך היא וקאמר ר׳ אבא דליתא אלא אין הבעלים

מטפלים בנבלה כשהם רוצים בנבלה וז״ש הרמב״ם ספ״ב דגזלה בסתם ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור נוטלין ומשלם הפחת משמע דמשלם כל הפחת אף מה שנפחת משעת שבירה עד שעת העמדה בדין אבל אם לא רצו הרשות בידן וצריך ליתן להם כלי שלם וכדאמר בפ״ק דב״ק זאת היא דעת הרמב״ם בלי ספק והקשה ה׳ המגיד לשם על דין זה שכתב הרמב״ם וז״ל וצ״ע למה לא קנה גזלן בשינוי מעשה ואולי בששמו עליו עכ״ל ולא משמע הכי כלל שהרי הרמב״ם כתב בסתם שאם ירצו הבעלים ליטול הכלי השבור נוטלין ומשלם הפחת משמע בין ששמו עליו בין אין שמו עליו אבל נראה דליכא הכא קושיא דכבר כתבו התוס׳ ליישב אליבא דפי׳ ר״ש וריב״ם הך דר״א במרובה (דף ס״ח) דמשמע דטביחה אהנו מעשיו דשינוי מעשה קונה ור״א גופיה בפ״ק דב״ק קאמר דשמין לגנב ולגזלן והפחת לבעלים אלמא דשינוי מעשה אינו קונה ותירצו בחד שינויא דהא דשינוי מעשה לא קני היינו במתה מאליה או נרגא דאיתבר מאליו אבל בידים כגון טביחה קני בשינוי מעשה כ״כ התוס׳ בפרק השואל ובפרק מרובה והשתא הרמב״ם נמי ס״ל כהך שינויא דתוס׳ ול״ק כלל מה שהקשה ה״ה וז״ש הרמב״ם גזל כלי ושברו וכו׳ דמיירי כששברו בידים:

סימן שנה

א הגונב מן וכו׳ משנה סוף ב״ק הגונב טלה מן העדר והחזירו ומת או נגנב חייב באחריותו ואם לא ידעו הבעלים לא בגניבתו ולא בחזירתו ומנו את הצאן והיא שלימה פטור מלשלם ואיפליגו בה רב ושמואל ור׳ יוחנן ופסקו הפוקים כר׳ יוחנן דמפרש למתני׳ הכי הגונב טלה מן העדר וידעו בגניבתו והחזירו ולא הודיעם בחזרתו ונגנב ומת חייב באחריותו ואם לא ידעו הבעלים לא בגניבתו ולא בחזרתו אי נמי ידעו בגניבתו אלא שמנו את הצאן והיא שלימה פטור מלשלם ולפי זה האי ומנו את הצאן כלומר או מנו את הצאן אפילו הויא ידיעה פטור וכן פירש״י ותו איכא אוקימתא דרב חסדא ומתני׳ אם לא ידעו קתני בלא וי״ו לא ואם בוי״ו והאי ומנו הוי כמו ואם מנו וה״פ הגונב טלה וכו׳ חייב באחריותו אם לא ידעו וכו׳ דכיון דלא ידעו לא בגנבתו ולא בחזירתו אפי׳ מנו את הצאן חייב וכדמפרש רבה לטעמיה הואיל ואנקטה ניגרא ברייתא צריכה שימור יפה וכיון דלא ידעו בעלים לא מזדהרי בה ואם מנו וכו׳ כלומר ואם ידעו שנגנבה והחזיר ומנו את הצאן עכשיו יזהרו בה הילכך מנין פוטר אפילו לא הודיעם הגנב שהחזירה ופסקו הפוסקים גם כן דהלכתא כרב חסדא וכרבה דמפרש לטעמיה דרב חסדא דהני תרתי אוקימתי דר׳ יוחנן ודרב חסדא הלכתא נינהו דהא דר׳ יוחנן הלכתא היא בגונב חפץ שאינו ב״ח ודרב חסדא הלכתא היא בגונב ב״ח וז״ש רבינו הגונב חפץ וכו׳ והיינו כאוקימתא דר׳ יוחנן:

ב ומ״ש לפיכך גנב לו מעות וכו׳. שם בגמרא על פי גירסת ספרים דידן והיא גירסת הרא״ש וכפי פרש״י והרא״ש: ומ״ש ואם לא ידעו הבעלים וכו׳. היינו כאוקימתא דר׳ יוחנן: ומ״ש בד״א וכו׳. היינו כאוקימתא דרב חסדא ורבה:

ג בד״א שנפטר וכו׳. שם אוקימא דרב זביד דבהכי פליגי ר׳ ישמעאל ור״ע והל׳ כר״ע דכלתה שמירתו וכן פסק הרי״ף בפ׳ המפקיד ולשם בפ׳ המפקיד הקשה בשלטי הגבורים אמאי לא הוי חזרה דשומר חזרה הא כיון שהחזירו חזר בתשובה וחזרה שמירתו למקומה כבראשונה וי״ל דכיון דאיכא עליו עדים שגנבו כמ״ש הרמב״ם בספ״ד דגנבה אמרינן דכיון דראה עדים לכך החזירו למקומו ולא משום שחזר בתשובה ודע דהסמ״ג בעשה ע״א לאחר שכתב דין זה דשומר שגנב מרשותו ודהלכה כר״ע דכלתה לו שמירתו כתב עוד וז״ל ורבי׳ יצחק פוסק כר׳ ישמעאל שאנו מעמידין בפ׳ המפקיד סתם משנה כמותו וכ״כ בהגהות מיימוני פ״ד מגנבה:

סימן שנו

א אסור לקנות וכו׳. בפ׳ הגוזל בתרא משנה ובריייתא:

ג ומ״ש שאין שינוי רשות קונה אא״כ שהי׳ היאוש קודם וכו׳. סתם דבריו כדעת הרא״ש לעיל סי׳ שנ״ג:

ד ומ״ש והבעלים נותנין ללוקח מעותיו וכו׳. שם אסיקנא הלכתא דעשו בו תקנת השוק והאלפסי פסק כאוקימתא דרב פפא ולר׳ יוחנן אפי׳ הוכר הגנב עשו בו תקנת השוק והלכה כר׳ יוחנן: ומ״ש ואין חילוק בו וכו׳. פי׳ לא אמרינן בשוה ק׳ בק״ק כי היכי דק׳ יתירי׳ מתנה מאה דשויה נמי מתנה הוי אי נמי שוה ק״ק בק׳ מוכחא מילתא דגנוב הוא ולא הו״ל לקנותו אלא אמרי׳ עביד אינש דמוזיל וזבין: בד״א בגנב שאינו מפורסם וכו׳ מימרא דרבא שם אלא דר״י דקדק מלישנא דתלמודא דלית הלכתא כרבא אלא אף בגנב מפורסם עשו בו תקנת השוק אא״כ ידע הלוקח דדבר זה שהוא לוקח ממנו גנוב הוא אתו אז צריך להחזיר בחנם ואפי׳ אינו גנב מפורסם כי לא הו״ל ליקח דבר גנוב כ״כ הרא״ש ע״ש התוס׳:

ה כתב הרמב״ם נתייאשו הבעלים מהגנבה וכו׳. הב״י הרבה להשיב תשובות על דברי הרמב״ם כפי נוסחא זו וזה הגיע לו לפי שהבין מ״ש אלא נותן להן דמיו הוא שהלוקח נותן לבעה״ב דמי החפץ שלו שקנה מן הגנב אבל אין ספק דנותן לו דמיו ר״ל דבעל הבית נותן ללוקח דמיו שנתן בעד החפץ כלומר שמנכה לו מן דמי החפץ שהלוקח חייב ליתן לב״ה כפי הדמים שנתן לגנב ואמר שזהו מפני תקנת השוק ואמר עוד שדין זה הוא כשהמוכר אינו גנב מפורסם אבל אם לקח מגנב מפורסם אז אין הב״ה נותן ללוקח כלום אלא הלוקח צריך להחזיר הכל בלא דמים כלומר צריך לשלם לבעה״ב בעד החפץ כל דמיו בלא ניכוי דמים מה שנתן הלוקח לגנב דלא עשו תקנת השוק בגנב מפורסם ולעולם החפץ עצמו קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות אפילו היה גנב מפורסם כיון שלא ידע דדבר זה גנוב הוא דאילו ידע היה צריך להחזיר הגנבה עצמה לבעלים דבהא ליכא מאן דפליג אלא בדלא ידע שדבר זה הוא גנוב קאמר דהשתא הגנבה עצמה קנאה ביאוש ושינוי רשות ואין חילוק אלא דבגנב מפורסם חייב הלוקח לשלם כל דמי החפץ לבעלים בלא ניכוי דמים מה שנתן לגנב ויפסיד הלוקח הדמי׳ שנתן לגנב כיון שלקח מגנב מפורסם אבל באינו מפורסם אין הלוקח מפסיד כלום דכשמשלם לבעלים דמי החפץ מנכה מן הדמים מה שנתן לגנב כי הבעלים חייבים ליתן ללוקח הדמים שנתן לגנב מפני תקנת השוק כיון שקנה מגנב שאינו מפורסם ולפי זה מ״ש בספרים וצריך להחזיר לו הכלי צריך להגיה וצריך להחזיר לו הכל ולא כמ״ש ב״י דספר מוטעה נזדמן לרבי׳ דליתא אלא דהלשון אינו מתוקן כ״כ אבל הפשט מובן בפשיטות ונכון ג״כ לתקן הלשון ולהגיה ג׳ תיבות ולומר שצ״ל אלא נותן להן ״דמיה ״ומנכה ״מהן דמיו וכו׳ ועל הלוקח אמר דאינו מחזיר הגנבה עצמה לבעלים אלא נותן להן דמיה ומנכה מהן וכו׳ כלומר מנכה הלוקח מן דמי החפץ שניתן לבעלים דמיו שנתן לגנב מפני תקנת השוק וכו׳ והשאר כדפי׳ לעיל וגם בסוף דבריו יש לתקן הלשון וצריך להחזיר לו הכל בלא ניכוי דמים מיהו אף בלא שום תיקון בלשון מובן הפשט כדפי׳ וגם הדין היוצא מנוסחא זו הוא על פי ההלכה בלי שום גמגום אבל לפי הנוסחא שכתב ה׳ המגיד ואינו מחזיר הגנבה עצמה לבעלים אלא נותן להם הדמים אם לקח מגנב מפורסם או אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים אם לא היה זה גנב מפורסם ופי׳ ב״י דבגנב שאינו מפורסם מן הדין היה צריך להחזיר הדמים אלא שמפני תקנת השוק אפילו דמים אינו צריך להחזיר עד כאן לשונו ותימה רבה אנה מצא בתלמוד תקנת השוק בזה ותו דמאי תקנת השוק איכא הכא יחזיר לו הדמים וינכה מה שנתן לגנב בעד החפץ דהשתא לא יפסיד הלוקח ואיכא תקנת השוק ודוחק הוא לפרש דאף לגירסת ה׳ המגיד וב״י בדברי הרמב״ם כך פירושו דאם הוא גנב שאינו מפורסם אינו מחזיר לו כל הדמים אלא מחזיר לו מקצתם ומנכה מן הדמים מה שנתן לגנב אבל בגנב מפורסם יתן כל הדמים לבעלים ולא ינכה כלום דלשון זה שאמר או אינו נותן לו כלל לא חפץ ולא דמים לא משמע הכי כלל אלא משמע דאינו נותן לו כלום וכך הבין בית יוסף כדמוכח מדבריו ר״ס שנ״ז כמו שאבאר לשם בס״ד והוא ודאי תימה אלא ודאי דכך כתב הרב רבינו משה בר מיימוני בפירוש וכפי הנוסחא שכתב רבינו והיא העיקר וכדפי׳ ותו קשה לפי נוסחתו הא דכתב רבינו בסי׳ שנ״ג דהרמב״ם כתב ביאוש ושינוי רשות צריך ליתן דמיה צריך לומר דלא איירי אלא בגנב מפורסם והא ודאי ליתא דבסתם גנב קמיירי תלמודא בפ׳ מרובה דמשם למד הרמב״ם דינים אלו כמו שנתבאר לשם ותו דבסי׳ שנ״ז כתב גם כן בדין המכיר כליו וכו׳ שהראב״ד סובר ג״כ ביאוש ושינוי רשות דא״צ להחזיר הגנבה אלא הדמים אבל לדעת ר״י וכו׳ והתם בגנב שאין מפורסם קאמר מדלנו בתוך ביתו ותו דבסי׳ שס״ח כתב ג״כ דעת הראב״ד ור״י החולק וכן בריש סימן שס״ט ולשם מבואר להדיא דבגזלן שאינו מפורסם חייב הלוקח להחזיר הדמים לבעלים וכל זה קשיא ותמוה אם היה תופס רבינו ג״כ נוסחא זו שכתב ה׳ המגיד וב״י כמו שנדפסו מחדש ספרי רבינו בקרימונא [*)ועיין פרישה שהביא הנוסחא הזאת מספרי הרמב״ם ומה שהאריך עליה (ויש ט״ס וכצ״ל ואינו מחזיר [הגנבה] עצמה לבעלים וכו׳)] ע״פ דברי ב״י אבל הנוסחא שכתב רבינו היא העיקר ודוק: והא דכתב רבינו והוא הולך לשיטתו וכו׳. כלומר שתופס שיטתו שכתבתי למעלה בסי׳ שנ״ג: אבל דעת ר״י וכו׳. עיקר כוונת רבינו היא דלר״י אפילו בגנב מפורסם כיון דאיכא יאוש ושינוי רשות קנה הלוקח ואין צריך להחזיר הדמים כלל. ומה שהקשה ב״י על לשון והוא הולך לשיטתו אינו כלום למאי דפירשתי דלא נתכוין רבינו אלא לומר דהרמב״ם הוא דהולך לשיטתו אבל דעת ר״י אינו כן ולפיכך אפילו בגנב מפורסם אין הלוקח מחזיר לו הדמים כלל:

ו כתב הרמב״ם וכו׳. זה פשוט דהתופס חפץ של חבירו ונשבע כמה יש לו עליו ונוטל צריך נק״ח כדלעיל בסי׳ ע״ב (כלומר) [במלוה] על המשכון וכך שנינו אצל המכיר כליו וספריו וכו׳ ישבע לו לוקח כמה נתן ויטול וכמ״ש בסי׳ שנ״ז ס״א גם פשוט דכנגד הגנב שהוא חשוד על השבועה מהפכין השבועה ונשבע התובע ונוטל:

ח משכן הגנבה וכו׳. בגמרא איתא היכא דמשכן בפחות משויה או שוה בשוה ורבינו נמשך אחר מ״ש הרמב״ם דה״ה ביותר משויה דמשכונא כמכר הוא ובמכר אפילו ביותר משויה כדלעיל בסימן זה סעיף ד׳:

י ראובן שקנה וכו׳ עד סוף הסי׳. רבי׳ תופס כדעת הראב״ד דבגנב מפורסם נמי נוטלין הבעלים הגנבה בלא דמים מיד הלוקח השני שלקח מן התגר אבל אין כן דעת הרמב״ם אלא חייבים הבעלים לשלם ללוקח שני דמיו שנתן לתגר ואח״כ יוציאו מן התגר שלקח מגנב מפורסם. ומיהו מה שכתב רבינו כאן דין גנב מפורסם דלא עשו בו תקנת השוק אף על גב דר״י והרא״ש ס״ל דאף בגנב מפורסם עשו בו תקנת השוק כדלעיל בס״ד איכא למימר דנ״מ היכא

דידע הלוקח שהוא גנוב דאף לר״י והרא״ש אף בגנב שאינו מפורסם לא עשו בו תקנת השוק כדין גנב מפורסם לרב אלפס והרמב״ם והיכא דידע הלוקח הראשון שהוא גנוב לא חל המקח ולפיכך מוציאין הבעלים הגנבה מיד הלוקח השני בלא דמים כיון דאין בגנבה זו קנין כלל:

סימן שנז

א המכיר כליו וספריו וכו׳. משנה סוף קמא (סוף דף קי״ד) המכיר כליו וספריו ביד אחר ויצא לו שם גנבה בעיר ישבע לוקח כמה נתן ויטול ואם לאו לאו כל הימנו שאני אומר מכרן לאחר ולקחן זה ממנו ובגמ׳ אמר רבא ל״ש אלא בעה״ב העשוי למכור כליו אבל בעה״ב שאינו עשוי למכור כליו לא צריך לאהדורי עליה כולי האי פי׳ דמוקמינן למתני׳ דיצא לו שם גנבה ע״י שלנו בני אדם בביתו ובלילה עמד וצווח כלי נגנבו ועדים ראו אותם בני אדם שיצאו מביתו דרך מחתרת החתורה בקיר וחבילה על כתפיהם ובעינן נמי שעדים מעידים שאלו הכלים והספרים שזה הכירם הן אותן שראו נושאים אותן שחתרו בקיר כלים כך וכך וספר פלוני ופלוני אין זה אלא בבעה״ב העשוי למכור את כליו אבל בבעל הבית שאין עשוי למכור את כליו לא צריך כולי האי שיעידו עדים שאלו הכלים והספרים וכו׳ אלא במכיר אותם בעל הבית סגי אע״פ שאין עדים מעידים שאלו הכלים והספרים הן אותן וכו׳ ולפי שאין אנו יודעין דאלו כלים וספרים הם שלו ושהכירן אלא ע״י סימן שנותן בהן כמו במי שאבד כלים ומצאן אחר דאינו מחזירן אלא ע״י סימנין לפיכך כתב רבינו וזה נותן בהם סימן ודבר פשוט הוא שאין חילוק בין בע״ה העשוי למכור כליו לאינו עשוי למכור כליו אין אני קורא בו המכיר כליו וספריו אלא ע״י שנותן בהן סי׳ דאם לא כן אין אני קורא בו מכיר וכו׳ ודין נותן בהן סימן הוא מפורש למעלה בסי׳ רס״ב ע״ש ומה שתמה ב״י מנין לו דכשיתן בהם סימן סגי לשנדע שהיו שלו קודם שיצא לו שם גנבה דילמא ראה אותם ביד אחר והכיר סימניהם וכו׳ איכא לתמוה על תמיהתו ולמה לא קשיא ליה עדיפא מינה שמא מכרן לאחר ולקחן זה הימנו כמו ששנינו אלא ודאי דמצרפי׳ יחד דלזה ודאי נעשה גנבה ואלו בני אדם הם גנבים אלא שצריך שיהא ידוע שאלו הכלים שנמצאו ביד הלוקח הם אותם שנגנבו לו דשמא אלו הכלים הם של הגנבים ומה שנגנבו מבעה״ב לקחו בידם והלכו להם עם הגנבה אבל במה שהכיר בע״ה כלים אלו שנמצאו ביד לוקח זה אנו יוצאין מידי כל ספק ולפי שאין נקרא מכיר אלא ע״י שנותן בהם סימן מבחוץ כך וכך ונמצא כך כמו שאמר לפיכך כתב רבינו וזה נותן בהן סימן כלומר שבזה נקרא מכיר אבל סימן לחודיה פשיטא דלא מהני דשמא מכרן לאחר וכו׳: והראב״ד כתב וכו׳. פי׳ דסבר כהרמב״ם דאפי׳ ביאוש ושינוי רשות צריך לשלם הדמים לבעלים ואם כן הך דמכיר כליו איירי בין בלפני יאוש ולהחזיר הגנבה עצמה ובין לאחר היאוש ולהחזיר הדמים ולנכות מה שנתן לגנב בעד הכלים אבל לדעת ר״י לא מיירי אלא בלפני יאוש שאם נתייאשו וכו׳ ודלא כב״י דכתב לפרש דלהראב״ד דבעלמא ביאוש ושינוי רשות צריך לשלם הדמים כאן מחזיר הגנבה וכתב שדבר זה הוא מפני תקון העולם ופי׳ רחוק הוא ותו דלא נזכר תיקון העולם לא בתלמודא ולא בדברי הראב״ד ותו דלמה יתקנו בגנבה זו יותר משאר גנבה שהרי בריש סי׳ שס״ח כתב רבינו להדיא ע״ש הראב״ד דקונה גוף הגנבה וא״צ להחזיר אלא הדמים. עוד כתב ב״י דלהרמב״ם מיירי בלפני יאוש דאי לאחר יאוש אין הלוקח צריך להחזיר כלום וכו׳ עכ״ל ורצונו לומר דבגנב שאינו מפורסם א״צ ליתן לו כלום לא החפץ ולא הדמים כמ״ש בפ״ה דבבגנבה ופ״ה דגזלה והכא איירי בסתם גנב שאינו מפורסם מדנתן להם לינה בתוך ביתו ותימה דא״כ מאי מביא רבינו כאן דעת ר״י הלא לפי שיטתו ר״י אמר אפילו בגנב מפורסם אלא הדבר ברור דליתא לפירושו דב״י אלא דבין בגנב מפורסם ובין באינו מפורסם צריך להחזיר הדמים להרמב״ם אלא דבאינו מפורסם מנכה הלוקח הדמים שנתן בעד החפץ כמפורש בנוסחת הרמב״ם שהביא רבינו בסי׳ הקודם ואין ספק שאף לנוסחת ה׳ המגיד ובית יוסף צריך לפרש כך להרמב״ם אע״ג דהלשון דחוק וכבר הארכתי בס״ד בזה בסימן הקודם וכאן כתב רבינו ע״ש הראב״ד שגם הוא סובר כהרמב״ם ולכן פי׳ דמיירי הכא אפילו לאחר שנתייאשו וכו׳ ולצדדין וכדפי׳ אבל הרמב״ם גופיה לא פי׳ כאן כלום אלא כתב כלשון הגמ׳ ומשמע פשט הסוגיא דלא אייאוש וצריך להחזיר הגנבה עצמה: כתב הרמב״ם כשאינו עשוי למכור כליו כו׳. הב״י האריך ואני אפרש בקצרה דהרמב״ם ז״ל מפרש דמתני׳ מיירי בכל גווני והא דיצא לו שם גנבה בעיר פי׳ לצדדין אם עשוי למכור את כליו מתפרש שיצא לו שם גנבה בעיר על ידי שיעידו שבאו בני אדם ולנו בביתו וצעק בלילה וכו׳ וכל התנאים שנזכרו שם והכל אומרים הללו כליו וספריו של פלוני ה״ז נאמן ואם אינו עשוי למכור את כליו ח״צ לכל אלו התנאים אלא ביצא לו שם גנבה בעיר בלאו אלו התנאים אמרינן ודאי אמת הוא שנגנבו ממנו דאין ספק שלא מכר כליו כיון דאין עשוי למכור את כליו וכיון שיש עדים שמכירים את כליו ביד זה דקנאן מיד אחר חייב להחזירן לבעלים ואע״ג דרבינו כתב תחלה ע״פ פרש״י דאף באינו עשוי למכור את כליו בעינן כל התנאים האלה דלנו בני אדם וכו׳ ושיצאו דרך מחתרת וכו׳ אלא דא״צ שיעידו העדים שאותן כלים שביד פלוני הם אותן כלים שראו נושאין אותם שחתרו בקיר וכו׳ ס״ל לרבינו דאע״פ דרש״י והרמב״ם מחולקים בפירוש הסוגיא מ״מ לענין דינא לא פליגי דהרמב״ם נמי מודה לפרש״י דבעינן כל הני תנאים אף באינו עשוי למכור את כליו היכא דליכא עדים שמעידין שהן כליו של זה ורש״י נמי מודה להרמב״ם דהיכא דאיכא עדים שמעידין שהן כליו של זה א״צ שיעידו בכל אלו השנאים שלנו בני אדם וכו׳ וחתרו בקיר וכו׳ מש״ה כתב תחלה הדין ע״פ פרש״י ותוס׳ ואח״כ הביא דברי הרמב״ם וע״פ פירושו בהלכה וכתב דהכי מסתברא וניחא

השתא דאמר רבינו כתב הרמב״ם וכו׳ ולא והרמב״ם כתב משום דלא פליגי לענין הדין כל עיקר ונתיישב בזה מה שהיה קשה לב״י על דברי רבינו והאריך ולא קשה כלום. ונ״ל עוד דמ״ש רבינו וזה נותן בהן סימן אינו אלא לפי פרש״י דאף בשעשוי למכור את כליו אין העדים מעידין אלא שהכלים הנמצאים ביד זה הלוקח הם אותן הכלים שראו נושאין אותן שחתרו בקיר ואם כן מנין לנו שהן כליו של בעה״ב דילמא הכלים הללו הן של הגנבים עצמן משלהן וכליו של בעל הבית הוליכו הגנבים עמהם ולפיכך צריך לפרש שזה נתן בהם סימן כדפרישית למעלה אבל להרמב״ם דסבירא ליה דבין בעשוי למכור את כליו בין באינו עשוי למכור את כליו מיירי בדאיכא עדים מעידים על אלו הכלים שנמצרו ביד פלוני הם כליו של בעל הבית חלא דאיכא למיחש שמא מכרן הילכך באינו עשוי למכור את כליו סגי בשיצא לו שם גנבה בלחוד בלאו כל אלו התנאים ובעשוי למכור את כליו בעינן כל אלו התנאים השתא הא דתנן המכיר את כליו הוא כפשוטו שלאחר שראה אותם הכירם ולא נתן בהם סימן אי נמי ליכא בהו סימן אלא שהכירם בטביעות עין ושעל כן הוא תובעו לדין ודו״ק: ומ״ש וכתב עוד שאם הם כלים העשויין להשאיל ולהשכיר אפילו לא יצא לו שם גנבה בעיר נאמן וכו׳. אע״ג דהרמב״ם בפ״ה דגנבה כתב בפירוש וז״ל בעל הבית שאינו עשוי למכור את כליו ויצא לו שם גנבה בעיר והכיר כליו וספריו ביד אחרים או שהיה עשוי למכור והיו כליו אלו שהכיר מכלים העשויין להשאיל ולהשכיר אם באו עדים שזה כליו של זה ישבע זה שהן בידו בנק״ח בכמה לקח ויטול מבע״ה ויחזיר לו כליו ופי׳ הרב המגיד וז״ל פי׳ והוא טוען נגנבו ממני ויצא לו שם גנבה דאי לא יצא לו שם גנבה אף על גב דאית ליה מגו דמצי לומר שאולין הן בידו ונאמן בשבועה אף עכשיו דטען גנובין נאמן בשבועה לא אמרינן מגו כי האי דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן אם לא יצא לו שם גנבה עכ״ל אפ״ה רבינו לא פירש כך דברי הרמב״ם אלא מפרש דמ״ש או שהיה עשוי למכור וכו׳ היינו אפי׳ לא יצא שם גנבה דבעשוי להשאיל ולהשכיר אין חוששין כלל שמא מכרן וכי היכי דאי הוה טעין שאולין הן נאמן בשבועה ולא חיישינן לשמא מכרן ה״נ בטען גנובין הן דנאמן בשבועה והכי משמע לישנא דהרמב״ם מדלא כתב חדא בבא אתרווייהו דהו״ל לומר בעה״ב שאינו עשוי למכור את כליו או עשוי למכור והיו כליו אלו שהכיר עשויין להשאיל ולהשכיר ויצא לו שם גנבה בעיר אם באו עדים שזה כליו של זה וכו׳ מדעשה ב׳ בבות ובראשונה כתב דיצא שם גנבה בעיר ובשנייה לא כתב כך אלמא דבשנייה מיירי אפי׳ לא יצא שם גנבה בעיר וכן כתב בנימוקי יוסף ואפי׳ את״ל דהאי או שהיה עשוי למכור וכו׳ מיירי נמי ביצא לו שם גנבה בעיר אפ״ה א״צ שיצא לו שם גנבה בעיר אלא כדי לפטרו משבועה שגנב הוא מביתו אבל ודאי אפי׳ לא יצא לו שם גנבה נמי נאמן במגו אלא דצריך שבועה וכ״כ הראב״ד בהשגותיו וז״ל א״א אם היו כלים אלו מדברים העשויין להשאיל ולהשכיר לא היה צריך לשם גנבה אלא להפטר משבועה שלא השאילן ושלא השכירן ושלא מכרן עכ״ל וסובר רבינו דכך היא דעת הרמב״ם ושלא כמו שהבין ה״ה מדברי הרמב״ם דחולק הוא אהראב״ד. ומה שהקשה ה׳ המגיד על האי מגו מהא דאמר בסוף שבועות אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן אינה קושיא דהתם כשאומר אתה גנבת לי אמרינן אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן אבל הכא דאמר אחר גנבן ומכרן לך הא כמה גנבי איכא בשוקא ושפיר אמרינן הכא מגו וראשון נראה יותר עיקר וב״י כתב על דברי רבינו בזה שהוא טעות ושרי ליה מאריה: ומ״ש ולא נהירא לא״א הרא״ש ז״ל. כ״כ בסוף שבועות:

סימן שנח

א כל דבר וכו׳. משנה פ׳ הגוזל בתרא ולא קשה מהא דכתב רבינו ריש סי׳ שס״ק דבגזלן כשמיעוט ממונו אינו גזול מותר ליהנות ממנו דהתם מיירי בגזלן ידוע וידוע ג״כ שמיעוט ממונו אינו גזול אבל הכא אין ידוע שזה הרועה הוא גנב וגם אין ידוע שכל הרועים או רובם מיעוט ממונם אינו גנוב אלא שאותו דבר שקונה ממנו יש לחוש שהוא גנוב הילכך אזלינן בתר רוב הדבר ההוא וכו׳ ועיין בדברי הרב המגיד פ״ו דגנבה וכ״ה דגזילה:

ב אבל אם הוא תפור מותר לפי שקנאו בשינוי. כן פרש״י וכ״כ הרא״ש וב״י כתב ע״ש הרשב״א דאינו מחוור דתיפוק ליה משום שטוואו ולבנו וארגו ועוד בגדים מאן דכר שמייהו ונראין דברי הראב״ד שפי׳ גיזין תפורים זה עם זה שאם היו גנובים לא היה תופר אותם אלא היה מוכר אותם מעט מעט כדי שלא יהא בו הרגשה עכ״ל וכדי ליישב פירוש רש״י והנמשכים אחריו נראה דלא קשיא דדוקא נגדים תפורים אבל טווי ואריג איכא למימר דשל בעה״ב הוא שטוואו ולבנו וארגו וזה לא עשה בו שום שינוי אבל בגדים תפורים כולי האי לא חיישינן שימכור הבגדים תפורים של בעה״ב וניחא נמי דל״ק בגדים מאן דכר שמייהו דתנא נקט סתם לוקחים מהם תפורים לאורויי דיוקא דכל שאינן תפורים אפילו טווי ומלובן ואריג אין לוקחין מהן: ומותר ליקח מהאריס לפי שיש לו חלק בפירות. כלומר לא דמי להא דתנן דאין לוקחין משומרי פירות כדרבא סוף קמא דמשני וקאמר דשומר שאני דלית ליה בגופא דארעא מידי אבל אריס דאית ליה בגוויה אימור מדנפשיה קא מזבין: ומ״ש בד״א בסתם וכו׳. כ״כ על פי דברי התוס׳ בפרק אלו מציאות (בבא מציעא דף כ״ב) בעובדא דאמימר ומר זוטרא ורב אשי דאיקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק אייתי אריסיה פירי קמייהו אמימר ורב אשי אכלי מר זוטרא לא אכל דהקשו התוס׳ אמאי לא אכל האמר רב אריסא מדנפשיה קא זבין וי״ל דהתם שהביא האריס מביתו דמסתמא ממה שהגיע לחלקו מביא אבל הכא שהביא מן הפרדס היה חושש מר זוטרא שמא בשעת חלוקה לא יאמר לבעל הפרדס תטול כנגד מה שנתתי להם ורב אשי לא

היה חושש לזה וכו׳ והרא״ש לשם הביא דבריהם ולמד רבינו מדברי הרא״ש דאי איתא דהוה ס״ל דהלכה כאמימר ורב אשי לא הוה ליה להביא הך עובדא בפסקיו ולא מה שכתבו התוס׳ עליה דלא איצטריך לפסק הלכה והיה לו לסמוך על מ״ש בסוף קמא הך דרבא דמאריס לוקחין דתלינן דמנפשיה קא זבין ומסתמא משמע דבכל ענין שרי וכמ״ש האלפסי הך דרבא ולא הביא הך עובדא בפרק אלו מציאות אלא בע״כ דס״ל להרא״ש דהלכה כמר זוטרא דמסתבר טעמיה דדוקא ממה שבביתו של אריס שרי דמסתמא ודאי הגיע לחלקו אחר חלוקה אבל לא מה שהביא מן הפרדס קודם חלוקה ואין ראיה ממה שאמימר ורב אשי היו אוכלים שהיו סומכין על זה דאריסא מחלקו יהיב להו ויתן לבעלים אחרים כנגדן דאין לנו להכניס עצמינו בספק איסור ולסמוך על דבר שאינו בידינו אלא ביד האריס ומה שהשיג ב״י על דברי רבי׳ בפסק זה לא ירד לדקדק בדברי התוס׳ והרא״ש גם בש״ע פסק ב״י בסתם דמותר ליקח מהאריס וליתא אלא העיקר כמ״ש הרב בהגהה וז״ל וי״א דוקא לאחר שחלקו דסתם שלו הוא מוכר וכו׳ והיינו כדברי רבינו ואינו ר״ל דידוע שחלקו אלא אפילו בסתם כשמביא מביתו תלינן לומר שכבר חלקו אלא אתא להוציא כשמביא מן הפרדס כגון שהוא תולש פירות מן האילן ומביא לפניו לאכול כי הך עובדא דידעינן שלא חלקו בפירות אלו כלל התם הוא דאסור אבל כל שאפשר לומר שכבר חלקו שרי וזה פשוט ודלא כמהרו״ך שהבין שהרב בהגהה תופס סברא שלישית: ומ״ש לוקחין מן הנשים וכו׳ עד סוף הסימן. הכל משנה ובריייתא סוף קמא: ומ״ש ועגלים בשרון. פרש״י ברחבה לעין כל מאחר שמוכרים בפרהסיא לא גנבום ל״א שרון שם מקום ומקום גידול עגלים הוא ולוקחים עגלים בזול ומגדלים אותן ושלהן הן ולשון זה עיקר וכו׳ וכן דעת רבינו שהרי כתב על זה וכן בכל מקום ומקום וכו׳: ומ״ש ואפילו הוא מנומר וכו׳. פרש״י ואע״פ דרגלים לדבר שגנב הצמר מן בגדים שארג לוקחין מהן דקנינהו בשינוי מעשה עכ״ל. ויש להקשות כאן הא שינוי החוזר לברייתו הוא אם היה הצמר טווי ועשה מהן בגד דאי בעי סתר להו והוו חוטין כדמעיקרא וכדאמר ריש פ׳ הגוזל קמא וה׳ המגיד בפ״ו דגנבה על קושיא אחרת תירץ דהכא אפילו בשינוי החוזר לברייתו הוי שינוי דאין זה גזל ודאי אלא מספק אתה בא לאסרו הילכך בשינוי כל דהו מותר ומביאו ב״י וע׳ בזה סוף סי׳ ש״ס ובמ״ש לשם בס״ד. ובטווי פי׳ רש״י דקאי אהני אירין דאמרן לא יקח דאם טואן הגרדי לוקחין דקני להו בשינוי עכ״ל: ומ״ש אבל לוקחין מהן בגד וצמר צבוע. כתב ב״י אינו מכוון דבברייתא הכי איתא אבל לוקחין ממנו בגד צבוע וכו׳ ופירש רש״י דבגד שלם לא גנב ואי נמי גנבו קנייה בשינוי עכ״ל כלומר בשינוי דצבע קנאו ומשמע דוקא בגדים אבל צמר צבוע אסור לקנות ממנו כך היא כוונת ב״י בקושייתו ולפעד״נ דרבינו תופס עיקר מה שפירש רש״י א״נ גנבו קנייה בשינוי דהיינו שצבעו אם כן לפי זה הוא הדין צמר צבוע נמי לוקחין דקנייה בשינוי דכך לי בגדים כמו צמר כשגנבן וצבען דבשניהם קנייה בשינוי דצביעה ואע״ג דבריש הגוזל קמא קאמר רבא אליבא דכולי עלמא דשאני צבע הואיל ויכול להעבירו על ידי צפון א״כ הוי שינוי החוזר לברייתו הלא כתב ה׳ המגיד דאפי׳ חוזר לברייתו קונה שינוי כל שהוא כיון שאין זה גזל ודאי ועיין לקמן סוף סי׳ ש״ס כתבתי דהעיקר דליתא לדברי הרב המגיד בזה:

סימן שנט

א אסור לגזול אפילו כל שהוא וכו׳. עיין תחלת סימן שמ״ח מ״ש בזה בס״ד:

ג ואסור לגזול אפי׳ ע״מ לשלם. ה״א פרק הכונס (סוף בבא קמא דף ס׳) ויתאו דוד ויאמר מי ישקני מים וכו׳ רבנן אמרו קא מיבעיא ליה מהו ליטול גדישין של שעורים של ישראל ליתן לפני בהמתו על מנת לשלם גדישין של עדשים דפלשתים שלחו ליה חבול ישיב רשע גזלה ישלם אע״פ שגזלה משלם רשע הוא וכו׳: ומ״ש בשם הרא״ש. שם בפסקיו: ומ״ש ודוקא שידוע וכו׳. זהו מדברי רבינו דמפרש דאין אומרים זכין אדם שלא בפניו אלא דוקא בידוע שזכות הוא לו דאם אינו ידוע שמא חוב הוא לו ואין חבין לאדם שלא בפניו ואין להקשות דבגנבה אסור ע״מ לשלם אפי׳ זכות הוא לו כגון על מנת לשלם תשלומי כפל כדאיתא ר״פ א״נ רבינו ריש סי׳ שמ״ח כתב סתם דאסור דהתם ה״ט כדי שלא ירגיל עצמו בכך כדכתב הרמב״ם ריש הלכות גנבה וכ״כ רבינו לעיל סי׳ שמ״ח וטעם זה לא שייך אלא בגנבה שהיא בסתר ושכיחא ליה טובא משא״כ בגזלה בפרהסיא דלא שכיחא:

ד ומ״ש ואפי׳ הוא בסכנת מות וכו׳. שם רב הונא אמר גדישים דשעורים דישראל הוו ומיטמרי פלשתים בהו וקא מיבעיא ליה מהו להציל עצמו בממון חבירו שלחו ליה אסור להציל עצמו בממון חבירו ופירשו התוספות והרא״ש דאיבעיא ליה מהו למיקלייה דאע״ג דמילתא דפשיטא היא דשרי למיקלייה להצלת ישראל דאין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש אלא ג׳ עבירות קמיבעיא ליה אי חייב לשלם כשהציל עצמו מפני פיקוח נפש ופשטו ליה דאסור להציל עצמו אדעתא דליפטר אלא יציל עצמו וישלם:

ה ואפילו הלוקח מחבירו בתורת שאלה וכו׳. ע״ל בריש סי׳ רצ״ב.

ו וכתב הרמב״ם אפי׳ החוטף וכו׳. בספ״ג מגזילה כתב כך ה״ז גזלן אע״פ שהוא חייב לו וכדאיתא סוף שבועות הנגזל כיצד נכנס למשכנו שלא ברשות וכו׳ והראב״ד שם בהשגותיו אמר התם הוא דאשתכח דלא הוי חייב אבל היכא דיכול לברר דחייב לו אין זה גזלן אם משכנו שלא ברשות:

ט ואפילו אם כופהו וכו׳ אם הוא שלא מרצונו אסור. פי׳ דאמר בפי׳ שמוכר שלא מרצונו אלא מחמת אונס אבל בדשתק וקיבל דמים רוצה אני קרינן ביה כדלעיל ריש סי׳ ר״ה ע״ש: כתב הרמב״ם כל החומד וכו׳ במכילתא לא תחמוד יכול בדברים ת״ל לא תחמוד כסף וזהב עליהם ולקחת לך עד שיעשה מעשה ומכאן למד הרמב״ם דבלא תחמוד דוקא דגלי לן קרא דעד שיעשה מעשה מכלל דבלא תתאוה דלא גלי לן קרא אפילו במתאוה בלב בלחוד בלא מעשה נמי עובר בלאו והסמ״ג בסי׳ קנ״ח בלאוין השיג עליו ואמר ולא יתכן לומר כן כי כתוב בדברות לא תחמוד אשת רעך ולא תתאוה בית רעך ולפי דבריו החמיר בבית מבאשת איש אלא החימוד והתאוה הכל אחד ואינו עובר אלא עד שיעשה מעשה ואפשר דהרמב״ם ז״ל כדי ליישב קושיית הסמ״ג דקדק וכתב תחלה כל החומד עבדו או אמתו או ביתו וכליו של חבירו או כל דבר שאפשר לו שיקנהו ממנו וכו׳ כלומר קרא דבדברות הראשונות דכתיב לא תחמוד אשת רעך ועבדו וגו׳ אתא לאורויי דאף בבית ועבד ואמה דאפשר לו שיקנהו ממנו וכו׳ כלומר שיקנהו ממנו בהיתר על ידי הפצרת רעים שיכבידו עליו אפ״ה עובר בלא תחמוד כשקנה החפץ שחמד כל שכן אשתו שאי אפשר שיקחנה לרשותו אלא באיסור ואח״כ כתב כל המתאוה ביתו או אשתו וכליו של חבירו וכן כל כיוצא בהן משאר דברים שאי אפשר לו לקנותן ממני כיון שחשב בלבו וכו׳ כלומר קרא דבדברות האחרונות שכתוב בו ולא תחמוד אשת רעך ולא תתאוה בית רעך מיירי בחמדת הלב ומיירי אפי׳ דומיא דאשתו שאי אפשר שיקחנה ממנו אלא באיסור וכך הם שאר דברים היכא דאי אפשר אלא באיסור ואפילו הכי עובר בחמדת הלב וכ״ש היכא דאפשר בהיתר מפני שיגיע מזה בקרוב דיבוא מן תאות הלב לידי חימוד במעשה. ובמקצת ספרי רבינו כתוב משאר דברים שאפשר לו לקנותו וכך הוא בספרי הרמב״ם שבידינו ולפי זה רצונו לומר דקרא דקאמר לא תתאוה בית רעך הוא לפי שדבר זה הווה תמיד שאדם יעלה על לבו לקנות דבר שאפשר לקנותו ולעולם ה״ה דבר שאי אפשר לקנותו כגון אשתו נמי קא עביר על לא תתאוה כיון שחשב בלבו היאך יקנה דבר זה וכו׳. ואין חילוק בדין בין הנוסחאות:

סימן שס

א מצות עשה וכו׳ ומיהו אם גזל ג׳ אגודות וכו׳. בפרק הגוזל קמא (בבא קמא דף ק״ה) אמר רבא גזל ג׳ אגודות בג׳ פרוטות והוזלו ועמדו על ב׳ חייב להחזיר לו אחת פי׳ אם ישנה בעין מחזיר אותה ואם לאו משלם לו ש״פ כמו שהיתה שוה בשעת הגזילה ותנא תונא גזל חמץ ועבר עליו הפסח א״ל הרי שלך לפניך טעמא דאיתיה בעיניה הא ליתיה בעיניה אע״ג דהשתא לאו ממונא הוא כיון דמעיקרא ממונא הוא בעי שלומיה אע״ג דהשתא לאו ש״פ בעי שלומיה וכתבו התוס׳ וה״ה באחת שגזלה והוזלה שמחזיר לו אגודה או דמיה אלא רבותא נקט דאפי׳ בג׳ דקיים מצות השבה בתרתי אפ״ה חייב להחזיר לו אחת אע״ג דמהאי תונא דמייתי לא משמע מינה אלא היכא דגזל אחת והוזלה דההיא דמיא לגזל חמץ ועבר עליו הפסח ההיא רבותא דג׳ קאמר רבא מסברא עכ״ל וא״כ מ״ש רבינו חייב להחזיר גם השלישית היינו אם ישנה בעין וכן השתים שיחזיר היינו דוקא אותן שגזל אבל אם אינן בעין משלם לו ג׳ פרוטות ואינו יכול לשלם לו אגודה אחרת ומה שכתוב בספרים שבידינו חייב להחזיר לו אחרת ט״ס הוא וצ״ל חייב להחזיר לו אחת: ומ״ש וכ״ש אם גזל ב׳ אגודות וכו׳. בא לתרץ למה נקט ג׳ אגודות והוזלו ולא נקט ב׳ אגודות והוזל וקאמר לרבותא נקט ג׳ וכ״ש ב׳. ומיהו אם לא הוזלו כגון דגזל ג׳ אגודות שוות ב׳ פרוטות והחזיר לו ב׳ מהן כתבו התוס׳ דפשיטא הוא דלא מיחייב להחזיר לו השלישית כיון דמעיקרא בשעת גזילה לא הוי ממונא ולשמא אייקור לא חיישינן ורצונם לומר דאפילו נמייקרה ועמדה השלישית על פרוטה אינו חייב להחזיר כיון דמעיקרא לא הוי ממונא וכ״כ רבינו להדיא בשם ר״י בסי׳ שס״ז ס״ג ועיין במ״ש לשם בס״ד: גזל ב׳ אגודות ש״פ והחזיר לו אחת קאמרינן גזלה אין כאן השבה אין כאן. הקשה ב״י דבגמ׳ אקשינן עלה אי גזלה אין כאן השבה יש כאן אמרי ה״ק אע״פ שגזלה אין כאן מצות השבה אין כאן ואם כן הו״ל לרבינו לומר אע״פ דגזלה אין כאן מצות השבה אין כאן דהכי אסיקנא בהדיא ולכן אמר ב״י חסרון הניכר יש כאן בלשון רבינו ולי נראה דאין כאן חסרון ובגמ׳ נמי אינו מגיה כלל אלא דהקשו לפי פשט הלשון כיון דקאמר גזלה אין כאן א״כ השבה יש כאן ולמה אמר השבה אין כאן ומפרש דה״ק אע״פ דגזלה אין כאן והשבה יש כאן אפ״ה מצות השבה אין כאן. דאע״פ דאין כופין אותו על ההשבה מ״מ מצות השבה לא קיים כתיקונה וכמו שמרומז בלשון התוס׳ ולפי זה רבינו נמי נקט הלשון דפשטו בני הישיבה לא פחות ולא יותר ונסמך על הפי׳ שכתב אחר זה על שם הרמ״ה. ואיכא לתמוה דהרא״ש כתב עוד פירוש אחר על שם הרמ״ה ולמה השמיט הראשון והביא השני וז״ל פי׳ הרמ״ה אע״ג דגזלה אין כאן ואין ב״ד כופין אותו להחזיר כיון דאין בו ש״פ ודאי אם לא החזיר האחת מדעתו אלא בציווי ב״ד כופין אותו להחזיר את השנייה כההיא דתניא הוזקקו ב״ד לש״פ גומרים אף בפחות מש״פ אלא השתא דההחזיר א׳ מדעתו גזלה אין כאן דאין ב״ד נזקקין לפחות מש״פ מצות השבה אין כאן ומעצמו חייב להחזיר לקיים מצות השבה ואין ב״ד נזקקין לכופו עכ״ל ונראה דלפי דהרא״ש בפ׳ הזהב לא פסק הכי אלא אפילו הוזקקו ב״ד לש״פ אין גומרין אותו בפחות מש״פ וכמ״ש גם רבינו בשמו לעיל סי׳ ו׳ על כן

דחה פי׳ זה ולא כתב אלא הפירוש השני: ומ״ש וכ״כ הרמב״ם גזלה אין כאן השבה אין כאן כצ״ל. ופי׳ ה׳ המגיד דהיינו לומר דאע״פ שאין כאן גזלה מ״מ מצות השבה אין כאן עד שיחזיר הכל וכמו שהוא מרומז בתוס׳ והוא הפי׳ שכתבנו למעלה והוא העולה מפי׳ הראשון של הרמ״ה שלא הביאו רבינו ומה שהאריך ב״י בפי׳ דברי הרמב״ם פי׳ רחוק הוא והאמת כמו שפי׳ הרב המגיד והנוסחא האמיתית בספרי הרמב״ם ובספרי רבינו שהביא דבריו גזלה אין כאן השבה אין כאן דהיינו דפשטוה בגמ׳ בלשון זה וקאמרינן דה״ק אע״פ דגזלה אין כאן מצוה השבה אין כאן ואינו מגיה כלל אלא מפרש בלבד כדפי׳ וכ״כ הרמב״ן בספר המלחמות פרק הגוזל עצים וז״ל ור״ח פי׳ מצות השבה אין כאן שלא קיים מצות השבה ולא השיב מה שגזל וכ״כ בה״ג ועיקר עכ״ל אבל בעל המאור לשם כתב וז״ל ה״ג לה וה״א בספרי ספרד אמרי גזלה אין כאן מצות השבה אין כאן כלומר שאינו מצווה להשיבה מאחר שאין גזלה בידו עכ״ל ולפי זה לא גרסינן אע״פ שגזלה אין כאן וכו׳ אלא ה״ג אמרי ה״ק גזלה אין כאן מצות השבה אין כאן ונראה דכך היתה גירסת הרמב״ם ולכן לא כתב אע״פ שגזלה אין כאן וכו׳:

ב ומהו משלם הגזלן לנגזל הקרן. כלומר אבל לא הכפל ובקרן ל״ש הודה מעצמו וכו׳: ואם הגזלה בעין וכו׳. ע״ל סוף׳ סי׳ שע״א וסוף סי׳ שע״ו:

ג נשתנית הגזלה וכו׳ עד סוף הסי׳. הכל בפ׳ הגוזל עצים:

ד גזל עפר ועשה לבנה כן צריך להיות: ומ״ש טיוי ועשאו בגדים קנה. כ״כ הרמב״ם בפ״ב מגזנה וכתב ב״י ויש לתמוה עליהם דהא אמרינן בר״פ הגוזל עצים דטווי ועשאו בגדים שינוי החוזר לברייתו הוא דאי בעי סתר ליה ולא קני והא דתנן התם דצמר ועשאו בגדים קני מוקי לה בנמטי דלא הדר לברייתו הוא וצ״ע עכ״ל וקושיא זו קשיא גם על הסמ״ג עשה ע״ג שכתב שינוי החוזר לברייתו גזל עצים ודבק אותם במסמרים ועשה מהן תיבה דאפשר לפרקן וחוזרין להיות כשהיו א״נ גזל לשון של מתכת ועשאן מטבע שאם יתיך המטבע יחזור ללשון כשהיה וכו׳ ולא כתב טווי ועשה בגדים דהוי נמי שינוי החוזר לברייתו דאי סתר ליה יחזור לחוטין כשהיה ובספר מישרים נל״א ח״ד כתב בפי׳ דגזל צמר טווי ועשאו בגדים הוי שינוי כמו לבינה ועשאה עפר או מעות והתיכן גם האלפסי ר״פ הגוזל עצים כ׳ וז״ל שמעינן מהא דרב פפא דשינוי החוזר לברייתו לא הוי שינוי ולפיכך לא קני וכן הלכתא הילכך מתני׳ דקתני הגוזל עצים ועשאן כלים משלם כשעת הגזלה עצים ושיפן נינהו כגון בוכאני וכדאוקמא רב אשי דהוא בתרא עכ״ל ועל צמר ועשאו בגדים דאוקמא רב אשי נמי דבגדים דקתני היינו נמטי לא פי׳ האלפסי דכך הלכתא מכלל דס״ל לרב אלפסי דכל צמר ועשאו בגדים אפילו טווי ועשאו בגדים נמי הוי שינוי שאינו חוזר לברייתו דלבתר דסתר להו לא הוי החוטין כדמעיקרא ורב אשי מוקים למתניתין בנמטי לדבריו דאביי קאמר דאפילו לדידך דטווי ועשאו בגדים הוי שינוי החוזר לברייתו דאי בעי סתר איכא לאוקמא מתניתין בנמטי אבל לפי האמת טווי ועשאו בגדים הו״ל שינוי שאינו חוזר לברייתו ומה שהכריחו להאלפסי. פרש כך הוא מדתניא סוף קמא לוקחין מן הסורק כר מלאה מוכין וכסת מלאה זוכין מ״ט קנינהו בשינוי אלמא דאף אלו שאינן אריג קנינהו בשינוי מכלל דהו״ל שינוי שאינו חוזר לברייתו דהמוכין נשתנו כשהושמו בכר וכסת והתפירה הולכת ועוברת עליהן ובתוכן שתי וערב כ״ש בטווי ועשאו אריג דאין החוטין חוזרין לקדמותן לבתר דסתר להו ותו תניא דלוקחין מן הגרדי בגד מנומר וטווי שאינו אריג ואריג שאינו טווי משום דקנינהו בשינוי מעשה אלמא דכל הני שינויים אינן חוזרין לברייתן א״כ מתני׳ דריש פרק הגוזל עצים דתנן צמר ועשאו בגדים נמי בטווי ועשאו אריג קאמר וכדפי׳ וזה דעת הרמב״ם ורבינו וסמ״ג וה״ר ירוחם הנמשכים אחריו והא דפי׳ ה׳ המגיד פ״ו מגנבה אמ״ש הרמב״ם דין כר מלאה מוכין וכו׳ דהו״ל שינוי החוזר לברייתו והא דלוקחין מהן ה״ט משום דאין זה גזל ודאי וכ״כ הריב״ש סי׳ רכ״ג ליתא אלא ה״ט דכר מלאה מוכין דהו״ל שינוי שאינו חוזר לברייתו ואין חילוק בין ודאי גזל לדבר שחזקתו גזל כנ״ל. ומ״ש רבי׳ צמר ולבנו בגפרית וצבעו בענין שאינו חוזר לברייתו קנה. היא דלא כהרמב״ם שכתב וז״ל או שגזל צמר וצבעו או נפצו ולבנו וכו׳ ה״ז שינוי ס״ל דבצמר וצבעו אע״פ שיכול להעבירו ע״י צפון וכן צמר ולבנו אפי׳ שלא ע״י גפרית הו״ל שינוי שאינו חוזר לברייתו דאע״ג דחוזר אינו חוזר לקדמותו לגמרי אבל רבינו נמשך אחר דברי הרא״ש בזה שכתב ר״פ הגוזל עצים דבצמר ולבנו פליגי ר״ש ורבנן בנפצי נפוצי וסרקי סרוקי ובחוורי חוורי אבל בכבדי כבדויי בגפרית להתלבן יפה מודו רבנן דהוי שינוי אלמא דלרבנן דהלכה כמותם דוקא לבנו בגפרית וכ״כ בספר מישרים לשם דוקא לבנו בגפרית אבל שלא בגפרית לא קנה אלא דכתב דבצמר וצבעו אע״ג שיכול להעבירו ע״י צפון קנה דלא כרבינו וצ״ע דמנ״ל לחלק בין צביעה לליבון ומ״מ קצת תימה דהרא״ש כתב להדיא דמתני׳ דתני צמר ועשאו בגדים היינו בנמטי כדרב אשי ורבינו לא הזכיר דעת הרא״ש אביו בזה אלא כתב כהרמב״ם בדין טווי ועשאו בגדים ובדין ליבון כתב כהרא״ש ודין צמר וצבעו לא הזכירו הרא״ש ופסק דלא כהרמב״ם:

סימן שסא

א כל זמן שלא נשתנית הגזלה וכו׳ ולדעת הרמב״ם צריך ליתן הדמים. ז״ל הרמב״ם רפ״ב מגזלה מכרה הגזלן או נתנה במתנה אף על פי שלא נשתנית הגזלה אינה חוזרת בעצמה מיד הלוקח הואיל ונתייאשו הבעלים בין לפני מכירה ונתינה בין לאחר מכירה ונתינה קנאה הלוקח ביאוש ושינוי רשות עכ״ל ומשמע ליה לרבינו דהכי קאמר הגזלה אינה חוזרת בעצמה מיד הלוקח אבל דמיה חייב לשלם ותימה דבפ׳ ח״ה (דף מ״ד) קא פריך תלמודא וסיפא נמי דתני מכר לו פרה מכר לו טלית דמעיד לו הנגזל ללוקח עליה כנגד המערער אמאי מעיד נהי דמייאש מגופה מדמי מי מייאש פי׳ וכי מוחל הוא לגזלן והלא נתחייב לו הגזלן דמיה והילכך ניחא ליה דתשאר ביד הלוקח שיחזור ויטול דמים מן הגזלן אבל אם יזכה בה המערער נמצא שלא הוה ליה לנגזל חלק בהך פרה וטלית ולא היה גובה מן הגזלן כלום ואם כן נוגע בעדותו הוא ואמאי מעיד ומשני לא צריכא דמית גזלן דתנן הגוזל ומאכיל את בניו והניח לפניהם פטורים מלשלם פי׳ דהשתא אפילו מדמי מייאש דיורשין פטורין מלשלם וכ״ש הלוקח דקנייה ביאוש ושינוי רשות דבהיתרא אתי לידיה הרי מבואר דהלוקח פטור מלשלם אפילו דמיה וכ״כ הרמב״ם פ״ה מגנבה דביאוש ושינוי רשות קנה הלוקח ואינו נותן לא חפץ ולא דמים אם לא היה המוכר גנב מפורסם ויש לומר דההיא דפ׳ ח״ה מיירי בלוקח שקנה הפרה והטלית בדמי שויה דהשתא כיון דבגזלן שאינו מפורסם עשו תקנת השוק אם כן הנגזל חייב ליתן ללוקח הדמים שנתן בעד החפץ והלוקח חייב לשלם דמי החפץ לנגזל ויצא זה בזה ואין לאחד על חבירו כלום ובכה״ג איירי דפ״ה דגנבה שכתב הרב קנה הלוקח ואינו נותן לא חפץ ולא דמים וכו׳ אבל הד דפ׳ ב׳ דגזלה שכתב הרב אינו חוזרת בעצמה מיד הלוקח דאלמא דהדמים צריך לשלם היינו אם לקח החפץ בזול שוה מאתים במאה דמנכה הלוקח ק׳ שנתן לגזלן בעד החפץ ומשלם ק׳ לנגזל ואי נתנו במתנה משלם כל דמי החפץ לנגזל שהרי אינו מפסיד כלום דבחנם הגיע לידו בלא שום דמים וכל זה איירי בגזלן סתם שאינו מפורסם דאילו בגזלן מפורסם לא עשו בו תקנת השוק וצריך לשלם כל הדמים לנגזל ואינו מנכה לו כלום:

ד ומ״ש רבינו אבל ר״י פי׳ שאפי׳ הדמים א״צ ליתן. פי׳ אפי׳ בגזלן מפורסם וכ״כ הרשב״א הביאו הב״י למעלה בסי׳ שנ״ג וחלק על הראב״ד שכתב דאע״ג דיאוש ושינוי רשות קני דמים מיהו בעי לאהדורי משום דבאיסורא אתא לידיה דיאוש כדי לא קני עכ״ל ומשמע דאף באינו מפורסם צריך ליתן דמיה להראב״ד מיהו מדברי ה׳ המגיד רפ״ה דגנבה משמע שהבין מהשגות הראב״ד דאפילו בגנב מפורסם אין צריך ליתן דמיה שכתב וז״ל ואפשר שגם ע״ז תמה הר״א ז״ל שכיון שקנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות למה יתן דמים אפי׳ היה גנב מפורסם וצ״ע עכ״ל ואיך שיהיה דעת הראב״ד מ״מ דעת ר״י והרשב״א דאפי׳ בגזלן וגנב מפורסם אין הלוקח חייב להחזיר דמים כלל דקנייה ביאוש ושינוי רשות: ומ״ש ולא הוי שינוי רשות אא״כ שמכרו או נתנו לאחר. נראה דדוקא בלא ידע הלוקח שהוא הדבר הגזול דאילו ידע אפילו אינו גזלן מפורסם צריך להחזירו בחנם כמו שנתבאר למעלה בדין גנבה בסי׳ שנ״ו סעיף י׳ עיין במ״ש לשם בס״ד ומש״ה כתב רבינו דאם בא אחר ונטלו מבית הגזלן שלא מרצונו וכו׳ לא שנא שידע השני שהיה גזול ביד הגזלן ל״ש שלא ידע וכו׳ דכיון שנטלו שלא מרצונו אפילו לא ידע חייב לשלם ואפי׳ אם אכלו השני חייב לשלם לבעלים וע״ל בסימן שס״ט: כתב בהגהות אשיר״י ר״פ הגוזל בתרא בבא אחר ונטלו מבית הגזלן וכו׳ רצה מזה גובה רצה מזה גובה פר״י דדוקא בלא נתייאש אבל נתייאש בהו נהי דגבי משני מדרבי נתן מטעם גזלה מיהא לא הוי גבי ונ״מ שאם מחל לו גזלן ראשון לשני או שפרע השני לראשון פטור השני מן הנגזל עכ״ל והוא מדברי המרדכי ר״פ הגוזל בתרא ור״ל דכיון דאינו גובה מהשני אלא מדרבי נתן אם מחל לו או פרע לו ליח ליה לראשון לגבי שני כלום וזהו שאמר רבינו בד״א שלא נתייאשו אבל נתייאשו ובא אחר ואכלו פטור וכו׳ דכיון דנתייאשו אינו גובה מטעם גזלה אלא מדר׳ נתן הילכך דוקא כשהוא בעין אבל אם אינו בעין פטור וה״ה נמי אם מחל לו או פרע לו דפטור ומש״ה כתב רבינו בחלוקה הראשונה היכא דלא נתייאש דאפילו פרע או מחל אינו כלום דבלא נתייאש אין דינו של שני אלא עם הבעלים מכלל דבנתייאש אין דינו של שני אלא עם הראשון:

י ומ״ש ואין חילוק בין אם הם גדולים או קטנים וכו׳. כ״כ רבי׳ למעלה בסי׳ ק״י סט״ו ולשם נתבאר:

סימן שסב

א השביחה וכו׳. כתבתי למעלה בסי׳ שנ״ד: כגון עפר ועשאו לבינים. ע״ל בסימן ש״ס בב״י:

ב ומ״ש או הורישה לבנו אפי׳ וכו׳. מימרא דרבא בפ׳ הגוזל קמא (בבא קמא דף צ״ו) וע״ל בסי׳ שצ״ד סעיף ב׳ ובמ״ש לשם בס״ד וא״ת הא פשיטא הוא כיון דהשבח הוא של גזלן הוי נמי ללוקח וליורש ממנו ולהרמב״ם ניחא דהגזלן עצמו לא קנה השבח לפני יאוש אלא אם כן בנתייאש אבל לוקח ויורש קנו אפילו לפני יאוש אבל להרא״ש ורבינו דגם הגזלן קנה השבח לפני יאוש קשיא ויש לומר דהוה אמינא דוקא לגזלן משום תקנת השבים

קמשמע לן דאפילו לוקח ויורש ממנו נמי שלהן הוא והראב״ד כתב בהשגות פ״ב דגזלה וזה לשונו מכר והוריש איצטריכא ליה סד״א כיון דלית ליה פסידא לגזלן דהא לא קיבל עליה אחריות ואי קיבל איהו דאפסיד אנפשיה אימא לא ליעביד תקנתא ללוקח עד כאן לשונו:

ג ומ״ש והוא הולך לשיטתו כו׳ אף על גב שהרמב״ם לא הזכיר בדבריו אלא גיזה ולידה מ״מ כיון שאחר זה פירש דבריו וכתב בארנו כבר שהגזלה שהשביחה אחר יאוש או אחר שנשתנית השבח לגזלן כו׳ כיצד גזל פרה וכו׳ גזל רחל וכו׳ הוה ליה כאילו הזכיר גם כאן גיזה ולידה:

ד ומ״ש וכן אם השביחה הלוקח. שם בעיא דרבא דשמא אע״פ דשבח של גזלן עשו בו תקנת השבים אפילו מכרה או הוריש מ״מ אם השביחה הלוקח או היורש ליכא הכא תקנת השבים ובתר דבעיא הדר פשטה מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו:

ז ומ״ש בד״א שהשבח של גזלן בגיזה וולדות ופיטום שע״י הוצאה וכו׳. כבר נתבאר באריכות בסי׳ שנ״ד בס״ד ע״ש: ומ״ש אבל נתייאשו הבעלים קודם שנתייקרה או שנתפטמה הוי של גזלן. ט״ס הוא וצ״ל אפי׳ נתייאשו הבעלים קודם שנתייקרה או שנתפטמה הוי של נגזל:

ח לפיכך גזל חבית של יין וכו׳. ע״ל בסי׳. שנ״ד ועיין במרובה (דף ס״ה) ופ׳ המפקיד (בבא מציעא דף מב):

י הגוזל כלי ושברו וכו׳. ע״ל בסי׳ שנ״ד:

סימן שסג

א גזל פרה והזקינה או כחשה וכו׳. פירוש ל״מ הזקינה ממש אלא אפילו כחשה כעין הזקינה דלא הדרה בריא דלא הויא שנוי כולי האי דלא אשתני כולה גופא והכי מפרש לה רב פפא למתניתין בפ׳ הגוזל קמא (בבא קמא דף צ״ו): ומ״ש או יין והחמיץ. משנה שם ופרש״י יין והחמיץ נמי נשתנה ריחו וטעמו ולא מצי למימר ליה הרי שלך לפניך ונראה דכל שכן הוא מטלה ונעשה איל ועגל ונעשה שור דליכא אלא שינוי השם בלבד כ״ש בפרה וכחשה דשינוי הניכר הוא אי נמי יין ונעשה חומץ דאיכא שינוי השם וריחו וטעמו והכי משמע בסוגיא לשם: ומ״ש או פירות והרקיבו כולן. שם (בדף צ״ח) מייתי תלמודא ברייתא פירות והרקיבו אומר לו הרי שלך לפניך ואקשינן והתנן פירות והרקיבו משלם כשעת הגזלה אמר רב פפא כאן שהרקיבו כולן כאן שהרקיבו מקצתן: ומ״ש הוי כמו שגזל כלי ושברו הוא לשון הרמב״ם בפ״ג מגזלה: ומ״ש אבל אם כחשה וכו׳. כבר נתבאר: ומ״ש או גזל חמץ וכו׳. משנה שם: ומ״ש בד״א שהוא בעין וכו׳. ה״א בגמ׳ לשם (דף ק״ה) והבאתי הלשון בריש סי׳ ש״ס ע״ש: גזל מטבע ונסדק משלם כשעת הגזלה. משנה שם: ואם נפסל כתב הרמב״ם וכו׳. טעמו דפסק כרב יהודא דמפרש למתני׳ פסלתו מלכות שלא יצא לו במדינה זו ולא במדינה אחרת היינו נסדק דכיון דלא נפיק לגמרי היזק גמור הוא ומשלם כשעת הגזלה אלא ה״ד נפסל דקתני מתניתין הרי שלך לפניך כגון שפסלתו מדינה זו בני המדינה פסלוהו מעצמן ויוצא במדינה אחרת שיכול לומר לך והוציאו שם וכ״כ בנ״י והלכתא כרב יהודא אבל הרא״ש הוכיח בראיה דהלכה כרב הונא דאמר נסדק נסדק ממש נפסל פסלתו מלכות דאפילו פסלתו מלכות א״ל הרי שלך לפניך דכיון שהמטבע בעין שלא נשתנה כלל הו״ל כמו גזל חמץ ועבר עליו הפסח ולא דמי לנסדק שנשתנה שינוי שניכר וקנייה בשינוי כדפרש״י במתני׳ (דף צ״ו) וכדמשמע בסוגיא והכי מסתברא וכמ״ש הרא״ש: ובגזל עבדים וכחשו וכו׳. שם פלוגתא דתנאי במשנה ובריייתא ואיתא בגמ׳ א״ר חנינא בר אבדימי אמר רב הלכה כר״מ דבעבדים נמי א״ל הרי שלך לפניך כמו בבהמה וכתב הרי״ף עלה ולית הלכתא כוותיה דקיי״ל עבדי כמטלטלי דמי והרא״ש השיג עליו וכתב ע״ש רשב״ם דלא אמרינן עבדי כמטלטלי דמי אלא במילי דרבנן אבל במילי דאורייתא חשיב כמקרקע והכא נמי מילי דאורייתא הוא להשיב הגזלה אשר גזל ובעל המאור הביא דבריו בפ׳ יש נוחלין והרמב״ן גם הוא כתב בספר המלחמות בפ׳ הגוזל קמא שזה עיקר ויש לסמוך עליו וכ״כ נימוקי יוסף בפרק הגוזל קמא וע״ל בסי׳ ר״ב סעיף ז׳ לשם הבאתי דברי הרא״ש בזה בפ״ק דב״ק ולשם נתבאר בס״ד: ומ״ש רבינו שהרמב״ם כתב כרב אלפס. לא נמצא כך בספרי הרמב״ם שבידינו אלא אדרבה כתב שם כהרא״ש והטעם שדין עבדים בגזלה כדין הקרקע וכדפשיט רב בגמרא וכך היתה גירסת ה׳ המגיד וכתב עלה וז״ל וכבר כתבו המפרשים דבכל דין תורה דינם כקרקע עכ״ל ועיין במה שכתבתי בסמוך ס״ג:

ב גזל בהמת חבירו וכו׳. בפרק הגוזל קמא (בבא קמא דף צו) בעובדא דאתא לקמיה דר״נ דהוה בבבל וקאמר דבעינא דאיקנסיה דישלם כפי מה שנהנה מבהמתו דאי חרש בה חרישה אין שמין כל השבח אלא פלגא דכי היכי דתורא אשבח ארעא נמי אשבח אבל אם רכב עליה או נשא בה משא או דש בה משלם כל השבח:

ג התוקף עבדו של חבירו וכו׳. שם מימרא דרב (בדף צ״ז): ומ״ש חייב לשלם דעבדי כמקרקעי דמי ואינו נגזל. משמע מדברי רבינו דאתא לאשמועינן דהאי טעמא מהני דמחייבינן ליה לשלם כולי שבחא שהשביח העבד כדין גוזל קרקע דברשותיה דמריה קאי כדלקמן בסי׳ שע״א ס״ז אבל הרמב״ם

בפ״ג מגזלה כתב משלם לו כפועל משמע דאינו משלם לו כולי שבחא וכך צריך לפרש לדעת רב אלפס דפסק בעבדים והזקינו משלם כשעת הגזלה דעבדי כמטלטלי דמי ובתוקף עבדו כתב דאינו פטור אלא כשלא בטלו ממלאכה אלמא דאע״פ דעבדי כמטלטלי דמי ומשלם כשעת הגזלה אפ״ה צריך לשלם לנגזל אם בטלו המלאכה מדינא דגרמי דמזיקו בידים והיינו דמשלם לו כפועל אבל לא כולי שבחא דכיון דכמטלטלי דמי אינו משלם לו אלא כשעת הגזלה שהיה עומד לעשות לו מלאכה כפועל אלא דקשיא לפי גירסתינו בספרי הרמב״ם דבגזל עבדים והזקינו א״ל הרי שלך לפניך דמשמע דס״ל דעבדים דינן כקרקע וכדפי׳ הרב המגיד וכמו שנתבאר בסמוך א״כ לפי זה בתוקף בעבדו של חבירו ובטלו ממלאכה הוה מדינא דחייב לשלם כולי שבחא אבל לפי הנוסחא של רבינו בדברי הרמב״ם דדין עבדים והזקינו כדין בהמה וכמ״ש רב אלפס ניחא דהכא נמי אינו משלם לו אלא כפועל ולפי דרבינו נמשך אחר דברי הרא״ש כתב כאן האי טעמא דעבדי כמקרקעי דמי ואינו נגזל לאורויי דלפ״ז משלם כולי שבחא דלא כרב אלפס והרמב״ם נ״ל. ולפי זה בהמה והזקינה דמשלם כשעת הגזלה לדברי הכל מיירי בדלא עשה בה מלאכה דאילו עשה בה מלאכה ובטלה ממלאכת חבירו היה חייב לשלם כדרך שוכרי בהמה למלאכה וכדין תוקף ספינה דבסמוך ודוק:

ד התוקף בספינתו וכו׳. שם מימרא דרב ושמואל ולא פליגי וה״פ דאם אין עומדים להשכיר א״כ גזלן הוא ואפילו שכרה גדול מפחתה לא יהיב ליה אלא פחתה ואי ליכא פחתא אין משלם כלום דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה ואם עומדים להשכיר ונטלו זה ע״ד ליתן שכר לאו בתורת גזלן דיינינן ליה ונותן שכרה על כרחו אם יתר הוא על דמי פחתה ואם פחתה יתר על שכרה נוטל דמי פחתה דהא ע״כ שקלה וגזל הוא דלא נטלה ע״ד ליתן שכר אפי׳ שכרה גדול מפחתה לא יהיב אלא פחתה כיון דנחית לה אדעתא דגזלנותא וכל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה:

ה ומ״ש וכן הדין אם נטלו ע״ד שאלה דשואל שלא מדעת הוי כגזלן. בפ׳ המפקיד ונתבאר למעלה תחלת סי׳ רצ״ב וע״ש: וכתב הרמ״ה וכו׳. כתב ב״י וז״ל כתב החכם המרשים שהטעם משום דאל״כ נמצא לפעמים הגזלן משתכר ולקתה מדה״ד עכ״ל ובעיני יפלא פסק דינו של הרמ״ה דקיי״ל כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה מה לי עשה בה מלאכה בעצמו מה לי השכירה לאחר ואדרבה השכירה לאחר עדיף משום דאית בה שינוי רשות דשכירות ליומיה ממכר הוא ומ״ש החכם המרשים דלקתה מדה״ד אינה טענה דהא עדיפא מינה אשכחן שבח גזלה דגזלן הוי עכ״ל ושרי ליה מאריה דהא המרדכי בר״פ הגוזל בתרא כתב על שם הר״א ממיץ שהיה דן והסכימו עמו כל הגדולים שכל ממון שלא נקנה ביד מי שהוא ה״ה ברשות בעלים ונמצא דהשכירות שלו כאילו הבעלים עצמן השכירוהו וכתב עוד שם שלא נקרא שאלה בבעלים אלא למי שהממון שלו והאריך בראיות ברורות והב״י גופיה מייתי ליה בסוף סי׳ שס״א והיינו ממש כדברי הרמ״ה והרוצה לעמוד על עיקרן של דברים יעיין לשם במרדכי והכי נקטי׳ כהמרדכי וכהרמ״ה וכהסכמת הגדולים ולא כב״י וע״ל סי׳ ש״ז סעיף ה׳ בדין השוכר פרה והשאילה לאחר ומתה דהתשלומין חוזרים לבעלים הראשונים דאין הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו וכר׳ יוסי במשנה פ׳ המפקיד:

ו הדר בחצר חבירו וכו׳. בפ׳ כיצד הרגל (דף כ״א) מוכח בסוגיא דבחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר פשיטא דפטור ובחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר פשיטא דחייב ובחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר איבעיא לן ואסיקנא דפטור ובחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר לא אמרו בגמ׳ כלום מה דינו וכתבו התוספות לשם דפטור וזהו שכתב רבינו דפי׳ ר״י דפטור וכתב בנ״י בפ׳ המקבל דכל האחרונים הסכימו לדעת התו׳ דפטור אבל רב אלפס כתב דחייב וכן הסכים הרא״ש וכתב דהכי מוכח בשמעתין וכו׳ וכ״כ נ״י לשם דכל הגאונים הסכימו לדברי הרי״ף: ומ״ש רבינו פירוש שרואהו דר בו ולא א״ל כלום שאם א״ל צא וכו׳. נראה דלפי דלכאורה משמע דהיכא דלא א״ל כלום פשיטא דשתיקה כהודאה דמיא דמדלא א״ל צא מחצרי א״כ הסכים שידור בחצרו חנם ואפי׳ בחצר דקיימא לאגרא פטור אלא הכא איירי בדא״ל צא מחצרי ובחצר דלא קיימא לאגרא ואסיקנא דכיון דלא חסרו כלום נמי פטור ולכך ביאר רבינו דליתא דבדאמר ליה צא ולא יצא ודאי חייב ליתן לו כל שכרו אפי׳ בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר אלא הכא מיירי בדרואהו דר בו ולא א״ל כלום ולפיכך אינו פטור לרב אלפס והרא״ש אלא בחצר דלא קיימא לאגרא אבל בחצר דקיימא לאגרא חייב ולא אמרינן דהא שתיקה כהודאה דמיא דכיון דחסריה דכל זמן שרואין את זה עומד בביתו אין מבקשין ממנו להשכיר כדכתבו התוס׳ לשם (בדף כ׳) בד״ה זה נהנה א״כ איכא למיהב טעמא לשתיקתו דמימר אמר הלא כבר חסריה ומה יועיל אם אומר לו עכשיו צא מן הבית אחר שכבר חסרו דכיון דכבר חסרו צריך לשלם לו שכירות לא אמרינן בהא שתיקה כהודאה דמיא וכ״כ הגהות אשיר״י בפ׳ המפקיד דכל היכא דאיכא למיתלי שתיקתו מטעם כך וכך דמקובל לעיני ב״ד לא אמרינן שתיקה כהודאה דמיא ונראה דרבינו למד לפרש כך מדבעיא תלמודא למיפשט הך בעיא מדתנן 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 וקשיא דילמא שאני התם דשתק מקיף ולא אמר דגודר הרביעית ע״מ שישלם לו הניקף אבל בעיין דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו אינה אלא בדא״ל צא מחצרי אלא ודאי דפשיטא ליה לתלמודא דבא״ל צא מחצרי דחייב לשלם בכל ענין ולא קמיבעיא לן אלא בדרואהו דר בו ולא א״ל כלום דומיא דגדר מקיף ושתק: ומ״ש והרמ״ה הוסיף וכו׳. כ״כ גם הנ״י בפ׳ כיצד הרגל דשבת שלא במקום נזק נמי כגון דאדקיה לחבריה באנדרונא חייב

כדאיתא פ׳ החובל (בבא קמא דף צ״א ע״ב) דאיכא הרעת אחרים במהדק ליה באנדרונא וכ״כ הרמב״ם בפ״ב מחובל וכן פסק הסמ״ג עשה ע׳ (דף קמ״ו ע״ד) וז״ל אסרו בחדר נותן לו דמי שבת בלבד וכן כל כיוצא באלו עכ״ל (הרמב״ם) ומשם יש ללמוד נמי למי שגזל חצר שעומד להשכיר אף ע״פ שלא דר בו חייב לשלם ולא חשבינן ליה לגרמא בנזקין אלא דינא דגרמי הוא דמזיקו בידים וקשה לי ומאי שנא הא מתוקף עבדו של חבירו ועושה בו מלאכתו דכתב רבינו אם היה עושה מלאכת רבו ובטלו ממנה חייב לשלם דאלמא דוקא דעושה בו מלאכתו אבל אם לא עשה בו מלאכתו אלא מהדק ליה באנדרונא פטור אע״ג דבטלו ממלאכת רבו ותלמוד ערוך הוא בפ׳ הגוזל קמא וי״ל דס״ל להרמ״ה דרב דניאל ברב קטינא אמר רב בפ׳ הגוזל קמא לא אתא אלא לאורויי דבתוקף עבדו של חבירו כשאינו עושה מלאכת רבו דפטור אפי׳ עשה בו מלאכה דניחא ליה דלא ליסתרי עבדיה ומדיוקא נשמע דאם עושה מלאכת רבו ובטלו ממלאכתו חייב ואה״נ דאפילו לא עשה בו מלאכה אלא אהדקיה באנדרונא נמי חייב להרמ״ה ודברי הרמב״ם שכתב וז״ל התוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה ולא בטלו ממלאכה אחרת פטור שנוח לו לאדם שלא יבטל עבדו ואם בטלו ממלאכה אחרת משלם לו כפועל עכ״ל שפיר משמע דה״ק ואם בטלו ממלאכה אחרת משלם לו כפועל אפילו לא עשה בו מלאכה כלל וכהך דאהדקיה באנדרונא אבל לשון רבינו קשה דמשמע דוקא בעשה בו מלאכה חייב ואין לפרש דלא כ״כ אלא אליבא דהרא״ש דחלק אהרמ״ה וסבירא ליה דבאהדקיה באנדרונא פטור דהא בסי׳ ת״כ סי״ב כתב רבינו להדיא כהרמב״ם והסמ״ג דאהדקיה באנדרונא חייב וצ״ל דרבינו לא דק בלשונו ואה״נ דבבטלו ממלאכת רבו חייב אפי׳ אהדקיה באנדרונא וגם הרא״ש מודה בזה כדכתב להדיא בפ׳ החובל (דף קל״ט תחלת ע״ג) אלא דכתב דדוקא שהכניסו לחדר וסגרו בתוכו אבל אם היה כבר בחדר וסגר עליו הפתח גרמא בניזקין הוי וע״ש שהביא ראיות לדבריו ולפי זה אפשר ליישב ג״כ דברי רבי׳ הא דכתב דעשה בו מלאכתו וגם בטלו ממלאכת רבו דהתם מילתא דפסיקא הוא דחייב אע״פ שהיה כבר בחדר וסגר עליו הפתח אבל בלא עשה בו מלאכתו אינו חייב אלא שהכניסו בחדר וסגרו בתוכו ולאו מילתא דפסיקא הוא והא דכתב הרא״ש בפ׳ כיצד הרגל וז״ל דאפילו גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא ולא מיחייב אלא כשעת הגזלה וכ״כ המרדכי ע״ש ר״י צריך לחלק בין אהדקיה באנדרונא דהו״ל מזיק בידים כשהכניסו לחדר וסגרו בתוכו דהתחיל ההיזק מיד בידים ממש ובין גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו דלא התחיל ההיזק עכשיו מיד אלא לאח״כ כשלא יוכל להכניס דיורין בתוכו מפני נעילתו ואלמותו ודו״ק: ומ״ש ואם אין החצר עומד להשכיר וכו׳. שם פשטינן מדתנן הבית והעלייה של ב׳ שנפלו אמר בעל העלייה לבעה״ב לבנות והוא אינו רוצה הרי בעל העלייה בונה בית ויושב בה עד שיתן לו בעה״ב יציאותיו ובעל העלייה צריך להעלות שכר לבעה״ב דברי ר׳ יהודא ש״מ זה נהנה וזה חסר חייב ודחינן שאני התם משום שחריתא דאשייתא והשתא למאי דאסיקנא דזה נהנה וזה לא חסר פטור האי דדחינן שאני התם משום שחריתא דאשייתא הלכתא היא ומשמע מדלא קאמר תלמודא שאני התם דאיכא שחריתא דאשייתא אלמא דה״ק דמשום דמשחיר לו הכתלים וחסר הוא דבר מועט מגלגלין עליו לפרוע לו כל השכירות ככל מה דאתהני מיניה וכ״כ הרא״ש וע״ש בתוס׳ (דף כ״א) בד״ה ויהבי להו ליתמי וכ״כ במרדכי ע״ש ר״י וכ״כ ב״י ע״ש הרשב״א וה״ר ירוחם ע״ש: ומ״ש ודוקא שלא גילה וכו׳. כ״כ התוס׳ לשם (דף כ׳) בד״ה טעמא דניקף ע״ש וכ״כ המרדכי ע״ש ר״י:

ז ומ״ש ואצ״ל בחצר דלא קיימא לאגרא וכו׳ אדלעיל קאי שכתב ואם אין החצר עומד להשכיר א״צ לתת לו כלום אפי׳ שהיה זה הדר בו צריך לשכור וכו׳ והשתא מסיים בה ואצ״ל וכו׳: ומה שאמר ואפילו אם שכרו מאחר וכו׳ שם (תחלת דף כ״א) מימרא דאמוראי משמיה דרב: ומ״ש ואפילו אם נתנו לזה ששכרו ממנו צריך להחזירו. כך פסק בנ״י ודלא כמ״ש ב״י ע״ש הרשב״א דמסתפק בזה: ומ״ש ובחצר דקיימא לאגרא וכו׳. כל זה כתב גם בנ״י שכתב הרא״ש בשם ה״ר יונה ז״ל ושכן כתב הריטב״א ז״ל: ומ״ש רבי׳ פעם שנית ויחזור ויתבע מראובן מה שנתן לו ט״ס הוא ובס״א אינו: כ׳ ב״י ע״ש הרשב״ץ בתשובה דבאומר לחבירו דור בחצרי סתם דור בחצרי בחנם קאמר מדלא פירש דור בחצרי בשכר ונראה דל״מ בגברא דלא עביד למיגר אפי׳ בחצר דקיימא לאגרא אלא אפי׳ גברא דעביד למיגר וחצר דקיימ׳ לאגרא נמי פטור וה״ט דהא מה שצריך להעלות לו שכר בעלמא אינו אלא משום דא״ל אם לא היית דר בו היו באים אחרים לשכרו ועכשיו שראו אותך דר בו לא באו לשכרו כדכתבו התוס׳ וטענה זו אין לה מקום אא״כ כשנכנס בה שלא מדעת בעל החצר דהשתא חסריה הדר בו שהרי לא היה יכול להשכירו לאחר מחמתיה וחסריה ואכל חסרונו אבל אם א״ל דור בחצרי איהו הוא דחסריה אנפשיה מיהו מהרא״י בת״ה סי׳ שי״ז כתב דהיכא דזה נהנה וזה חסר אפי׳ מדעת נמי אינו מוחל על חסרונו ושכן פסק מהרי״ח ע״ש רבינו אפרים על מי שאמר לחבירו אכול עמי ואכל עמו חייב לשלם לו דמי מזונו וכו׳ וכ״כ ב״י בי״ד סי׳ קס״ו ע״ש תלמידי הרשב״א דבחצר דקיימא לאגרא והלוהו ודר בחצרו דאע״ג דאבק ריבית הוא ואינה יוצאה בדיינים מטעם ריבית מ״מ חייב להעלות לו שכר דחסריה ממונא ואפי׳ ידע בעל החצר שדר בה ושתק לא משמע שיהא דעתו שידור בה בחנם וכן אם א״ל כשהלוהו דור בחצרי צריך להעלות לו שכר וכו׳ ועוד האריך ע״ש ונראה לי דבפלוגתא דרבואתא המע״ה ואם הדר בו מוחזק מצי למימר קים לי כרשב״ץ דדור בחצרי חנם קאמר ופטור מלתת שכירות ואם בע״הב מוחזק מצי למימר קים לי כמהרי״ח ומהרא״י וכך העליתי בתשובה על הלכה למעשה ולשם הארכתי בס״ד ודלא כהרב בהגהת ש״ע שפסק כהרשב״ץ בסתם נ״ל: כתב ב״י ע״ש

תשובת הרשב״א ב׳ שותפים בבית והשכירו א׳ מן השותפים שלא מדעת חבירו אין השוכר משלם למי שהשכירו לו אלא החצי וכו׳ עכ״ל והיינו דוקא שאחד מן השותפים השכיר כל הבית לאחר אבל אם לא השכיר לו אלא חלקו אין השוכר משלם אלא למי שהשכיר ואין השותף השני יכול להוציא ממנו כלום ופשוט הוא וכן פסק הרב בהגהות ש״ע:

ח מי שהיה לו צמר וסמנין שרויין וכו׳ בפרק הגוזל עצים (בבא קמא דף ק״א) בעיא דלא איפשיטא ומש״ה פסק דאם תפס הנגזל לא מפקינן מיניה כדין ספיקא דממונא וכן פסק הרמב״ם פ״ג דגזלה וע״ש בהשגות הראב״ד:

סימן שסד

א נגזל נשבע ונוטל כתבתי למעלה בסי׳ צ׳ וכו׳ כבר נתבאר לשם: ומ״ש אבל אם ראו עדים וכו׳ כך פסק הרי״ף בפ׳ כל הנשבעים שער העשירי וכ״כ הרא״ש לשם וכ״כ הרמב״ם בפ״ד דגזילה:

ב ואם אין שם אלא ע״א וכו׳ ואם מודה שלקח וכו׳ נראה דאם לא היה שם ע״א אף על גב דמודה שלקח וחשוד בגזלן כיון שכל מה שהוא בבית אדם ה״ה בחזקתו אפי׳ הכי נאמן בשבועה במגו דלהד״ם אבל כיון דאיכא ע״א לא מצי טעין להד״ם וצריך לומר דאיכא עדים שעדיין החפץ תחת ידו דאל״כ אפי׳ בדאיכא ב׳ עדים נאמן במגו דהחזרתיו לך וכדלעיל בסי׳ קל״ג:

ה כתב הרמב״ם וכו׳ עד טענת ודאי הכל בפ״ד מגזילה: ומ״ש והראב״ד השיג עליו וכו׳ כתב הרב המגיד דעת הרמב״ם ז״ל שנשבעים בע״א בטענת שמא ולא על מודה מקצת אלא בטענת ודאי וזה של מודה מקצת הוא מוסכם ובזה נסתלקה ההשגה עכ״ל ותימא שהרי גם הראב״ד סובר דנשבע ע״פ ע״א אעפ״י שטענו בספק על פי העד שא״ל כך כמבואר לעיל סי׳ ע״ה סעיף ל״ג אלא נ״ל שהראב״ד מחלק בין כשהעד מעיד בבירור שכך וכך גנב או גזל השתא הו״ל טענת התובע כאילו היה טוען ברי ע״פ העד שהרי הוא מאמין לדברי העד שכך וכך גזל או גנב ממנו אבל כאן שאף העד אינו יודע כמה נטל השתא טענת בעה״ב ע״פ העד נמי אינה טענת ודאי כמה נטל אם כן לא יתחייב ש״ד דאשר יאמר כי הוא זה כתיב שטוענו בברי כך וכך או ע״פ עצמו או ע״פ העד שמאמין לדבריו ומעתה לא נסתלקה ההשגה בדברי ה״ה אכן נ״ל ליישב דהרמב״ם ס״ל דאע״ג דבעלמא היכא דטענו בספק ע״פ העד שא״ל שלקח משלו כך וכך והוא כופר בכל והביא העד דאינו חייב לישבע ש״ד וכסברת הר״י הלוי והר׳ אפרים לעיל בסי׳ ע״ה שאני התם דכיון דכופר בכל הוי טענת התובע בספק שהרי אינו יודע מי אומר אמת או העד או בעל דינו אבל כאן שבעל דינו מודה מקצת לדברי העד שהרי אומר לא נטלתי אלא י׳ זהו׳ והיו שלי א״כ באותן עשרה הו״ל טענת התובע טענת ברי שהרי הוא יודע שהם שלו ולפיכך בזו הו״ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם ותדע שהרי למעלה בסי׳ צ״ז הבין רבינו מדברי הרמב״ם דאין נשבעין היכא דטענו בספק ע״פ העד א״כ בעל כרחו צ״ל לרבינו אליבא דהרמב״ם דהכא דמודה במקצת לא מקרי טענתו בספק וכדפי׳ נ״ל:

סימן שסה

א הגוזל לאחד מה׳ וכו׳ משנה פרק האשה שלום (יבמות דף קי״ח) פליגי בה ר״ט ור״ע והלכה כר״ע דישלם גזלה לכ״א ואחד וכ״כ האלפסי בפרק המפקיד וע״ל בסי׳ ע״ו וסוף סי׳ רכ״ב ובסי׳ שי״ן ובמ״ש לשם בס״ד:

סימן שסו

א גזלן וכו׳ ברייתא פרק הגוזל קמא (בבא קמא דף צ״ד) והא דלא נקט רבינו כלשון הברייתא הגזלנים ומלוי בריבית שהחזירו אין מקבלין מהן וכמ״ש הרמב״ם פ״ד ממלוה היינו משום דמלשון זה משמע אע״ג שהחזירו מחמת שהנגזל תובעו והא ליתא לפיכך שינה רבינו הלשון וכתב גזלן הבא לעשות תשובה ולהחזיר הגזילה כלומר דחזרת הגזילה אינה לפי שהנגזל תובעו אלא דבא מעצמו לעשות תשובה וכדמסיק לסוף דבריו: ומ״ש ומיהו אם רצה לצאת ידי שמים וכו׳ שם מוקמינן לתרתי מתניית׳ דתני בהו מחזירין דה״ק מחזירין ואין מקבלין מהם ואלא למה מחזירין לצאת ידי שמים והקשה לו לרבינו דאכתי קשיא למה מחזירין לצאת ידי שמים כיון שאין מקבלין מהן ומפרש דה״ק דאע״ג דאם באו להחזיר כדי לצאת בדינא דאדם אין מקבלין מהן דב״ד מוחין לנגזל מלקבל אפ״ה מחזירין כדי לצאת ידי שמים אולי יקבל הנגזל מידו דאין ב״ד מוחין על זה דיכול לקבל והכי משמע מדברי התוס׳ לשם בד״ה הא אביהם חייב להחזיר וע״ש: ופר״י שלא תקנו חכמים וכו׳. כ״כ לשם התוס׳ ע״ש ר״י ובמקצת נוסחאות כתוב ופרש״י וט״ס הוא: ומ״ש ואפילו בגזלן מפורסם וכו׳. שם אוקימתא דר״נ (תחלת דף צ״ה): ומ״ש והוא בא מעצמו לעשות תשובה וכו׳. כ״כ לשם הרא״ש ואיכא לתמוה

אהא דלא חשש הרא״ש לקושיית התוס׳ שדחו פי׳ זה וכתבו ועוד שכל אדם יכול להערים שיעשה תשובה ויחזיר מעצמו ולא יקבלו ממנו ונראה ליישב דמ״ש הרא״ש אחר זה ועוד י״ל דתקנת רבי מיירי באדם שרוב עסקיו וכו׳ איננו פירוש בפני עצמו אלא ר״ל וגם י״ל וכו׳ וס״ל דתרתי בעינן שיחזיר מעצמו וגם שרוב מחייתו בגזל וברבית אבל אי ליכא אלא חדא באקראי בעלמא אפילו יחזיר מעצמו מקבלין מידו אי נמי רוב מחייתו ברבית ובגזל ואינו מחזיר מעצמו מוציאין מידו והכי משמע מדברי רבינו כאן דתרתי בעינן וכן פי׳ רבינו בי״ד בסי׳ קס״א וכ״כ נ״י לדעת הרא״ש פ׳ הגוזל עצים ע״ש:

ב הרועים וכו׳. ברייתא שם (סוף דף צ״ד) מחזירים למכירין ושאין מכירין יעשה בהן צרכי צבור שיהנו מהן הנגזלים ופי׳ רש״י הרועים גזלנים הם לרעות בשדות אחרים גבאים של מלך [לגבות] כסף גולגלתם וארנונא ושקלי טפי תשובתן קשה שגזלו הרבים ואין יודעין למי לחזור עכ״ל ואיכא לתמוה דבגמ׳ אסיקנא דדוקא בגזלה קיימת אבל באין קיימת אין חייב להחזיר וכ״כ הרא״ש ורבינו כתב בסתם וי״ל דכיון דבגזלה קיימת מחזיר אפי׳ בגזלן מפורסם שעסקו בכך ובאין הגזלה קיימת דוקא בגוזל באקראי אי נמי בגזלן מפורסם ואין הגזלה קיימת אלא שעומד במרדו בכל אלו תלתא מקבלין לפיכך כתב רבינו בסתם וסמך על מ״ש תחלה ודע שמה שפי׳ רש״י הרועים גזלנים הם לרעות בהמות בשדות אחרים היינו למאי דמיירי באין הגזלה קיימת אבל למאי דמסיק בגזלה קיימת איירי ברועה בהמה של אחרים וגנב מהן גיזה וחלב ולא משום דחשוד לרעות בשדות אחרים דכיון דאין הבהמה שלו אין אדם חוטא ולא לו וכ״כ התוס׳ (בתחלת דף צ״ה):

ג עשה תשובה החזיר וכו׳. ע״ל סי׳ שנ״ה בדין גנב וה״ה לגזלן אלא דבגנב אפשר דלא ידע בננבתו וגזלן אי אפשר דלא ידע בגזלה אלא דלא ידע בחזרה:

ד ומ״ש לפיכך גזל מעותיו וכו׳. בפ׳ הגוזל בתרא וכן הוא ע״פ גירסת רש״י והרא״ש ופירושם: ומ״ש בשם הרמב״ם. הוא ע״פ גירסת האלפסי ופירושו הביאו ב״י לעיל בסי׳ שנ״ה:

ה ומ״ש וכן החוטף כלי וכו׳. משנה וגמ׳ בפרק הספינה ונתבאר לעיל בסי׳ קפ״ח:

ו הגוזל את חבירו בישוב וכו׳. משנה סוף ב״ק ועיין לעיל בסי׳ ע״ד:

סימן שסז

א אין הנגזל וכו׳. משנה פרק הגוזל קמא (בבא קמא דף ק״ג) הגוזל את חבירו ש״פ ונשבע לו יוליכנו אחריו אפילו למדי ובגמרא נשבע לו אין לא נשבע לו לא ואסיקנא אמר רבא מתני׳ ד״ה היא ולא דמיא לפלוגתא דר״ט ור״ע בגזל אחד מה׳ ואין ידוע מאיזה מהן בפרק האשה שלום (יבמות דף קי״ח) וכדלעיל בסימן שס״ה דהכא כיון דידע למאן גזליה ואודי ליה כיון דאפשר לאהדורי ממונא למריה הו״ל כמ״ד ליה יהיו לי בידך הילכך נשבע אע״ג דקא״ל יהיו לי בידך כיון דבעי כפרה לא סגי עד דמטי לידיה הא לא אשתבע הוי גביה פקדון עד דאתי ושקיל ליה ומפרש רבינו דדוקא בהודה לו קודם שהלך למדי אבל כפר בו ולא הודה בפניו אלא לאחר שהלך למדי הודה בפני ב״ד אע״ג דאינו חייב להוליכה אחריו למדי מ״מ צריך שיודיענו לומר כך וכך גזלתיך וכו׳ וכ״כ הרא״ש לשם (דף קמ״ג תחלת ע״ג) אבל הרמב״ם כתב בסתם ולא הצריך שיודיענו ע״ש ספ״ז דגזלה. ופי׳ ממציא לו שליח ע״ל בסימן קכ״א סעיף ד׳:

ג החזיר לו כל הגזילה חוץ מש״פ וכו׳. משנה שם וכלישנא בתרא דרב פפא ואיכא לתמוה מאי דוחקיה דר״י להוציא לשון לשמא תתייקר לא חיישינן מפשוטו שהרי משמעו הוא שאם תתייקר צריך לילך אחריו למדי בנשבע לו וכהרמ״ה ונראה דהכריח ר״י לפרש כך מדקאמר התם (דף ק״ה) אמר רבא גזל ג׳ אגודות בג׳ פרוטות והוזלו ועמדו על ב׳ אם החזיר לו ב׳ חייב להחזיר לו אחת דקשיא אמאי נקט והוזלו הלא אף בלא הוזלו משכחת לה בגזל ג׳ אגודות שוות ב׳ פרוטות והחזיר לו ב׳ מהן דמיחייב להחזיר לו שלישית אם הוקרה ותעמוד על פרוטה אלא ודאי בע״כ פשיטא ליה לרבא דלא מיחייב [להחזיר] ליה שלישית אפי׳ הוקרה ועמדה על פרוטה כיון דמעיקרא בשעת גזילה לא הוי ממונא דהכל הולך אחר שעת הגזילה דאם היה ש״פ בשעת גזילה חייב להחזיר אפילו הוזלה ואם לא היתה ש״פ בשעת גזילה אין חייב להחזיר אפילו הוקרה השתא לפ״ז בע״כ צריך לפרש הא דאמר רב פפא לשמא תתייקר לא חיישינן היינו לומר שאפילו נתייקרה אינו צריך להוליכה אחריו זאת היא דעת ר״י ומרומז שם בתוס׳ בד״ה אמר רבא ולעיל בתחלת סימן ש״ס הבאתי לשונם ולכאורה לא היו מובנים דברי התוס׳ שזאת היא דעתם ורבינו בעומק שכלו גילה לנו האמת בדעת ר״י דדברי התוס׳ הללו הם דברי כסתם כל דברי התוס׳ שהם דברי ר״י.

ד מת הנגזל וכו׳. משנה [שם:

ה הגוזל מאביו וכו׳. משנה] שם ה״ז משלם קרן וחומש לבניו או לאחיו ואם אינו רוצה או שאין לו לוה וב״ח באים ונפרעים ודברי רבינו כפי׳ רש״י אבל הרמב״ם רפ״ח מפרש לבניו של הגזלן או לאחיו של הגזלן וס״ל דלאו דוקא נקט תחלה לבניו דפשיטא הוא דלכתחילה אחיו קודמים לבניו שהרי חייב לקיים מצות השבה ליורש של הנגזל ולא ליורש היורש שאינו יורש אותו אי נמי הרמב״ם היה גורס במשנה לאחיו או לבניו גם פי׳ או שאין לו ר״ל שאין לו לא אחים ולא בנים ואין שם ראוי לירש לוה ופורע בחובו וכ״כ ה״ה: ומ״ש רבינו ואין זה מדרך המשנה. טעמו משום דמתניתין תני תחלה לבניו ואח״כ או לאחיו ואין זה קושיא כדפי׳ ותימה למה לא הביא רבינו מה שפי׳ התוס׳ לבניו של גזלן או לאחיו של גזלן כלומר תחלה לבניו אם יש לו דהם קודמים לכל אדם בחלק המגיעו וכו׳ דלפי׳ זה הוי מדרך המשנה והגהות אשיר״י הביא פירש״י ופי׳ זה דתוס׳ ע״ש הר״ש משנ״ץ בר אברהם ואפשר דכיון דהרא״ש לא הביאו א״כ מן הסתם תופס פרש״י עיקר: ומ״ש רבינו וגם מ״ש ויעשה חשבון וכו׳. הכי משמע מלישנא דמתני׳ מדתנא בתר הכי ואם אינו רוצה וכו׳ דלמה לא יהא רוצה אם חוזר ועושה חשבון ונוטל חלק בגזלה אלא ודאי דה״ק שאינו רוצה להפסיד חלקו וכדפרש״י אלמא דבנותן לאחיו לקיים מצות השבה מפסיד חלקו ואין דעתי העניה נוחה במ״ש הרב המגיד לפרש להרמב״ם דה״ק הרי זה משלם קרן וחומש לבניו או לאחיו אם אינו רוצה ולא גרסי׳ ואם בוי״ו אלא אם אינו רוצה בלא וי״ו ואריש קאי ור״ל משלם קרן וחומש ומעכב בידו משאר נכסים כפי חלקו בגזלה אם אינו רוצה לתת חלקו ואח״כ אמר או שאין לו לא אחים ולא בנים לוה ופורע בחובו וכו׳ דמחתך הבבא דתנא ואם אינו רוצה וכו׳ לשנים גם מוסיף על הרי זה משלם קרן וחומש ומעכב בידו משאר נכסים מה שלא נזכר במשנה אפילו ברמז ולפי ע״ד דהרמב״ם לא היה גורס כלל ואם אינו רוצה אלא ה״ג משלם קרן וחומש לאחיו או לבניו ואם אין לו לוה וכו׳ והכי משמע להדיא מפירושו בסדר המשנה גם מחיבורו שלא הזכיר כלל בדבריו הך לישנא דאם אינו רוצה ולפי זה הא דתנן הרי זה משלם קרן וחומש לאחיו וכו׳ היינו כדי לקיים מצות השבה בלבד אבל ודאי החוזר ותובע חלקו בכל נכסי אביו אף בגזלה זו ולא צריך לפרש דפשיטא הוא אלא היכא דאין כאן יורש אלא הוא התם הוא דלוה וכו׳ ודברים אלו ברורים: כתב ב״י אהא דתנן הגוזל אביו ונשבע לו וז״ל משמע דאי לא נשבע לא היה צריך להוציא חלק ירושתו מהגזלה ואפשר דה״ה לא נשבע לו ונשבע דקתני משום סיפא דלוה וב״ח באים ונפרעים לאשמועינן דאפילו נשבע שרי בהכי וכ״כ אצל הגוזל הגר ונשבע דאפשר דנקט ונשבע לאשמועינן דאם לא נשבע זכה מן ההפקר ואין צריך להוציאו מידו ואפשר דה״ה בלא נשבע ונשבע דקתני להודיעך כחו דר״י הגלילי עכ״ל ולא נהירא דא״כ הרמב״ם ורבינו שלא הביאו הך דר״י הגלילי למה נקטו ונשבע אלא ודאי נשבע דוקא קאמרינן ומאחר דאצל גזל הגר דוקא נשבע קאמרי ה״ה בגוזל אביו נמי דוקא נשבע קתני:

סימן שסח

א הלכתא וכו׳ פלוגתא דר״ש ות״ק פ׳ כ״ו דכלים ומייתי לה במרובה (דף ס״ו) ובהגוזל בתרא (דף קי״ד) ופסקו הפוסקים כת״ק דאמר סתם גנב הוי יאוש בעלים וסתם גזלן לא הוי יאוש בעלים דלא כר״ש דסבירא ליה איפכא:

ג ומ״ש ולפיכך תנן הקונה מן הגנב קנה. בפ׳ הגוזל בתרא תנן נטלו מוכסין את חמורו ונתנו לו חמור אחר גזלו לסטים את כסותו ונתנו לו כסות אחרת הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשים מהם ולסטים היינו גנב ובגמרא אפלוגתא דר״ש ות״ק דלעיל אמר עולא מחלוקת בסתם אבל בידוע פירוש דשמעיניה דאייאש ד״ה יאוש קני (ופרש״י ד״ה יאוש כדי קני ואפי׳ גנב לר״ש וגזלן לרבנן) רבא אמר בידוע נמי מחלוקת ומותבינן ממתני׳ דתנן נטלו מוכסין וכו׳ דמוכס הוא גזלן ולסטים הוא גנב מני מתני׳ אי רבנן קשיא גזלן אי ר״ש קשיא גנב בשלמא לעולא דאמר בידוע קני ה״נ בידוע וד״ה אלא לרבה דאמר בידוע נמי מחלוקת הא מני לא רבנן ולא ר״ש ופריק הב״ע בלסטים מזויין ור״ש היא א״ה היינו גזלן תרי גווני גזלן ופסק הרא״ש ז״ל לשם כעולא והביא ראיות לדבר ובפ׳ מרובה כתב הרא״ש דקיימא לן כרבה לחומרא דיאוש כדי קני מדרבנן דאם קדש בו האשה צריכה גט מספק ונראה דהכי מוכח מפי׳ רש״י דגרס בדעולא בפ׳ הגוזל בתרא אבל בידוע ד״ה יאוש כדי קני ובפ׳ מרובה קאמר עולא דיאוש כדי לא קני וצריך לתרץ דבהגוזל בתרא לא קאמר אלא דמדרבנן יאוש כדי קני אבל בפרק מרובה קאמר דמדאורייתא יאוש כדי לא קני ובין בגזלן ובין בגנב יאוש כדי קני מדרבנן והיכא דשמעיניה דאייאש בגזלן קני ובגנב אפילו בסתם וכדלעיל בסימן שנ״ג סעיף ג׳ והתוס׳ בפ׳ מרובה (בבא קמא דף ס״ז) בשם ר״ת תירצו קושיא זו דבכ״מ יאוש קונה רק לענין קרבן אינו קונה משום מצוה הבאה בעבירה וכו׳ מ״מ מודה ר״ת לפרש״י דיאוש כדי קונה בכ״מ לענין קידושין מיהו ר״י בתוס׳ פ׳ מרובה לשם חולק ומפרש ההיא דהגוזל בתרא נמי מיירי ביאוש ושיטי רשות אבל יאוש כדי לא קני כל עיקר וכן הוא דעת בעל המאור לשם וכתב דה״ג אבל בידוע יאוש קני ולא גרסינן יאוש כדי: ומ״ש ופי׳ הראב״ד שקונה גוף הגנבה וכו׳ ור״י פי׳ שקונה לגמרי וכו׳. גם זה נתבאר בסימן שנ״ג והא דכתב רבינו דין גניבה כאן כדי ללמוד ממנו דין גזלה דלהראב״ד בגנבה צריך ליתן דמיה אלא דקנה גוף הגנבה אם כן בגזלה לא קנה כלום אפילו גוף הגזלה ולר״י דבגנבה קונה לגמרי א״כ בגזלה לא קנה לגמרי וצריך ליתן דמים אבל גוף הגזלה קנה:

ד ומ״ש וי״מ הא דבגנב וכו׳. שם תנן המציל מן הגייס או מן הלסטים אם נתייאשו הבעלים הרי אלו שלו ובגמרא אם נתייאשו הבעלים אין סתמא לא אמר רב אשי לא שנא אלא בלסטים עכו״ם משום דדייני בגייתי אבל לסטים ישראל כיון דאמרי מימר אפי׳ סתמא נמי מייאש וכך פסקו הרי״ף והרא״ש לשם והרמב״ם ריש פ״ו דגזלה. והאי לסטים היינו גנב לעולא כדמוכחא מסוגיא שהבאתי דקאמר בשלמא לעולא וכו׳ אלמא דלעולא לסטים היינו גנב בין ברישא דתני נטלו לסטים את כסותו וכו׳ ובין בסיפא דתני המציל מן הגייס ומן הלסטים לסטים היינו גנב ועלה איתמר דרב אשי דדוקא בלסטים עכו״ם וכו׳ וכיון דהלכה כעולא השתא ודאי בגנב ישראל סתמיה הוי יאוש בעלים ולפי זה לרבנן דקיימא לן כוותייהו דסתם גנבה הוי יאוש בעלים וסתם גזלה לא הוי יאוש בעלים בישראל קאמר והיא דעת בעל המאור סוף פ׳ הגוזל בתרא:

ה ומ״ש רבינו ולפי זה בלסטים אפילו אם הוא ישראל סתמא לא הוי יאוש. פירוש האי לסטים גזלן קאמר דבלשון בני אדם קורין לגזלן לסטים לא כלישנא דמתניתין דלסטים היינו גנב לעולא: ומ״ש אבל מדברי א״א הרא״ש יראה וכו׳. איכא למידק דמהיכא למד רבינו לפרש כך בדבריו ויראה דלפי דכתב הרא״ש בתחלת מימרא דרב אשי דדוקא בלסטים עכו״ם וכו׳ ובתר הכי כתב פלוגתא דעולא ורבה דאמר עולא מחלוקת בסתם וכו׳ כדלעיל וכתב ולית הלכתא כרבה דא״כ לא משכחת יאוש בגזלן אליבא דרבנן ור׳ יוחנן אמר גזל ולא נתייאשו הבעלים וכו׳ אלמא דמפרש הרא״ש דלעולא נמי הני לסטים דתנן במתני׳ מיירי בגזלן ועלה איתמר דרב אשי ומפליג בין עכו״ם לגזלן ישראל דבגזלן ישראל אפילו סתמא הוי יאוש דאל״כ הו״ל לבאר דלרב אי הוי הלכתא כוותיה ההוא לסטים מיירי בגזלן ולעולא מיירי בגנב אלא ודאי דאף לעולא מיירי בגזלן וכ״כ הרמב״ם להדיא רפ״ז דגזלה וצ״ל לפי שיטה זו דלהרמב״ם והרא״ש אע״ג דמעיקרא קס״ד דמוכח הוא גזלן ולסטים הוא גנב מ״מ למאי דאסיק הב״ע בלסטים מזויין אי הכי היינו גזלן תרי גווני גזלן השתא הדר ביה תלמודא ממאי דהוה קאמר מעיקרא ואף לעולא בלסטים מזויין קתני מתני׳ ותרי גווני גזלן ועלה קאמר רב אשי לא שנא אלא בלסטים עכו״ם וכו׳ פי׳ בגזלן עכו״ם אלא דיש להקשות על זה דאיתא בפ״ב דקדושין בעובדא דההיא איתתא דהוה קא משיא כרעא בשיכלא דמיא אתא ההוא גברא חטף זוזי מחבריה ושדא לה א״ל מיקדשת לי אתא ההוא גברא קמיה דרבא א״ל לית דחש להא דר״ש דאמר סתם גזילה יאוש בעלים הוה והלא לא קאמר ר״ש אלא בגזלן עכו״ם אבל גזלן ישראל אפי׳ סתמא נמי מייאש אבל ליש מפרשים ניחא ונראה דההיא דפרק ב׳ דקידושין לא איירי אלא לענין קידושין דאורייתא ומדאורייתא ודאי אין לחלק בין גזלן כותי לגזלן ישראל ולית דחש להא דר״ש וסתם גזלה לא הוי יאוש בעלים ולא הוי קידושין דאורייתא עד דשמעיניה דמייאש והא דרב אשי דמחלק בין לסטים עכו״ם ללסטים ישראל אינו אלא מדרבנן דכיון דאמרי מימר אפי׳ סתמא נמי קא מייאש ולגבי ממונא יאוש כדי קני מדרבנן לגבי גזלן ישראל וכן לענין קידושין קני מדרבנן ובעי גט נ״ל ובתשובה הארכתי יותר בס״ד:

סימן שסט

א אסור לקנות וכו׳. ע״ל בסי׳ שנ״ו דכתב ע״ש ר״י והרא״ש דאפילו בגנב מפורסם עשו בו תקנת השוק וא״כ צריך טעם מאי שנא גזלן דלא כתב רבינו כן ע״ש ר״י והרא״ש ונראה דר״י והרא״ש מודו דבגזלן מפורסם פשיטא דלא עשו בו תקנת השוק משום דכל מה שנמצא בידו בחזקת שהיא גזולה דגזלה בחזקה ובפרהסיא שכיחא ליה טובא משא״כ בגנב דלפעמים אינה גנבה דלאו בכל שעתא שכיחא ליה גניבה:

ד כתב הרמב״ם אסור ליהנות וכו׳. פרק ה׳ דגזלה:

ה מי שהוחזק גזלן וכו׳. בסוף ב״ק פלוגתא דרב ושמואל והלכה כשמואל בדיני דאפילו מיעוט משלו שאינו גזול מותר ליהנות ממנו דתלינן ואמרינן האי מידי דיהיב ליה מדידיה הוא ודעת ר״ח דכיון דתנינן בסוף הגוזל בתרא אין לוקחים מן הרועים צמר וחלב וגדיים וכו׳ משום דחזקתו גנוב או רוב הדבר הוא גנוב וכדלעיל בתחלת סימן שנ״ח אידחיא לה הך דשמואל וקיי״ל כרב דבעינן שיהא הרוב משלו כסתם מתני׳ א״נ ס״ל דהך פלוגתא דרב ושמואל מאימתי מותר ליהנות ממנו וכו׳ מידי דאיסורא הוא והלכה כרב באיסורא וכ״כ הרב המגיד ברפ״ו דגנבה דזהו דעת ר״ח והגאונים ואיכא לתמוה על מ״ש ב״י וז״ל ומ״ש רבינו שר״ח פסק עד שיהא רוב ממונו גזול איני יודע לו טעם עד כאן לשונו דהלא הרב המגיד פירש טעמו לשם ומ״מ להרמב״ם והרא״ש ליכא תיובתא מהך מתני׳ כדפירש לעיל סי׳ שנ״ח ע״ש ועיין עוד בדברי הרב המגיד פ״ו דגניבה ופ״ה דגזילה.

ז נטלו לו מוכסין וכו׳. משנה פרק הגוזל בתרא הבאתיה ריש סימן שס״ח. ומוכס גזלן ולי״מ שכתב רבינו בסימן שס״ח איירי בידוע שהתייאש דהכי קאמר נמי תלמודא דלעולא הא דתנן מפני שהבעלים מתייאשים מהן איירי בידוע וא״כ הכי נמי לשון רבינו דאמר מפני שהבעלים מתייאשים מהן איירי בידוע אבל בסתם לא הוי יאוש אפי׳ בגזלן ישראל ולהרא״ש איירי הכא אפילו בסתם ובמוכס ישראל ואפילו הכי הוה יאוש ורבינו כתב כאן בסתם ונסמך על מ״ש בריש סימן שס״ח: ומ״ש והרי הוא ממונו כאילו מכרו לו. הוא לפי דבעינן יאוש עם שינוי רשות אבל יאוש כדי לא קני לכך אמר רבינו שזה שהחליף נותן לו כסות אחרת וחמור אחר חליפין אלו הויא כמכירה וא״כ איכא יאוש ושינוי רשות: ומ״ש בשם הרמב״ם דאם ת״ח ותיק וכו׳. ה״א

התם בברייתא בלשון אחרון ואיכא למידק בדברי הרמב״ם דבפ״ה כתב נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו אחרת הרי אלו שלו מפני שזו כמכירה היא וחזקתה שנתייאשו בעלים ממנה ואינו יודע בודאי שזו גזולה ואם היה ותיק וכו׳ ובפ״ו כתב המציל מיד לסטים ישראל וכו׳ ומחלק בין ישראל לעכו״ם כדקאמר רב אשי בגמ׳ וא״כ למה לא חילק בפ״ה ג״כ בין ישראל לעכו״ם אלא כתב בסתם חזקתה שנתייאשו בעלים ממנה ומשמע בין עכו״ם בין ישראל ותו דכתב אח״כ בד״א שהמוכס כלסטים בזמן שהמוכס היה כנעני או מוכס העומד מאליו וכו׳ אלמא דבין בעכו״ם ובין בישראל קאמר חזקתה שנתייאשו בעלים ממנה ותו לאיזה צורך כתב בפ״ה מפני שזו כמכירה היא וחזקתה וכו׳ ואינו יודע בודאי שהיא גזולה ובפ״ו גבי המציל לא אמר שהוא שלו אלא מטעם שנתייאשו ממנו דבהכי סגי ונראה דהצלה שאני דכיון דכבר נתייאשו ממנה הבעלים המציל מידו של גזלן כאילו מציל מן הנהר דמי ואפי׳ יודע שהיא גזולה זכה בה וא״צ מכירה ומש״ה שנינו במשנתינו המציל מן הנהר או מן הגייס או מן הלסטים אם נתייאשו הבעלים הרי אלו שלו דאתא לאורויי דהו״ל כמציל מן הנהר וה״ה המציל מיד המוכס דלסטים הוא כשאר גזלן וכדכתב הרמב״ם להדיא אבל בנטלו לו כסותו או חמורו ונתנו לו כסות או חמור אחר דאינו מציל מידם בע״כ אלא מרצון טוב נתנו לו התם לא קנה הכסות האחרת או החמור האחר אלא א״כ ביאוש ושינוי רשות ושינוי רשות אינו אלא כשמכרו או נתנו לו כדלעיל בסי׳ שנ״ג סעיף ה׳ לא כשבא אחר ונטלו מבית הגנב והגזלן כדלעיל בסי׳ שס״א ס״ו ולפיכך כתב הרמב״ם בפ״ה דאע״ג דאין כאן לא מכירה ולא מתנה מ״מ חילוף זה כמכירה הוא וא״כ איכא שינוי רשות אלא לפי דקשה הלא אין כאן יאוש במוכס עכו״ם לפיכך אמר עוד וחזקתה שנתייאשו הבעלים ממנה ונראה שטעמו לומר דאע״ג דבעלמא במוכס עכו״ם מסתמא לא אמרינן דמייאש ממנה אלא אם כן בידוע אין זה אלא היכא דהבעלים מרדפים אחריה לתבעו למוכס בפני דייני עכו״ם אבל הכא חזקתה שכבר נתייאשו ממנה ואין מרדפים לתבעו דאי איתא דמרדפים לתבעו לא היה המוכס מוציאה מתחת ידו ולתתו לזה תחת כסותו ותחת חמורו אלא לפי שאכתי קשה הלא כשיודע שדבר זה גנוב הוא אפי׳ אינו גנב או גזלן מפורסם צריך להחזירו בלא דמים ואפי׳ ודאי נתייאש כיון דאין כאן שינוי רשות דלא הו״ל ליטלו כיון שיודע שכסות זה הוא גזול לכך אמר הרמב״ם ואינו יודע בודאי שזו גזולה וב״י האריך בדבריו על מה שאמר הרמב״ם הרי אלו שלו מדינא ולפרש לשון הרמב״ם גם מהרו״ך האריך בזה ולא נהירא והנכון מה שכתבתי וע״ל בסימן שנ״ו ובמה שכתבתי לשם בס״ד:

ח בד״א שהמוכס הוא כגזלן וכו׳. בפ׳ הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי״ג) וע״פ מה שכתבו הרמב״ם והרא״ש:

יא גבאי המלך וכו׳. בפ׳ חזקת (בבא בתרא דף מ״ה):

יב ואם צוה המלך וכו׳. שם (דף נ״ד) ופ׳ איזהו נשך (בבא מציעא דף ע״ג): המלוה לחבירו על משכון בלא רבית או על משכון של עכו״ם ברבית אם יש בו דינא דמלכותא שאין זקוק לשמור יותר משנה והביא ב״י על זה תשובת ה״ר יעקב ישראל בסוף סימן זה וכבר נתבאר למעלה סי׳ ע״ג סעיף כ״ג ע״ש:

סימן שע

א כתב הרמב״ם דברים רבים וכו׳. בפ״ו דגזילה והא דאינו גזל אלא מדבריהם פירש״י פ׳ ז״ב (דף כה) משום דלא זכה בהן בעל השובך דממילא קאתו ורבו להתם: ומ״ש דה״ה בכל מיני בהמה בישוב דמשמע דגם בבהמה אינו גזל אלא מדבריהם אינו בשור הבר דדומה לחיה ולרבנן בהמה הוא כדתנן שור הבר מין בהמה הוא ר״י אמר מין חיה ולרבנן אם מגדלו בביתו הולך למדברות ומטעה החיות לבוא אחריו ויש בהן גזל מפני דרכי שלום שמביא אותן מן הביברין כדפרש״י לשם:

ג ואין פורסין רשתות ליונים וכו׳. משנה וגמרא ס״פ מרובה:

ד ומ״ש ומרחיקין השובכין מן העיר כו׳. בפ׳ לא יחפור וע״ל בסי׳ קנ״ה סעיף ל׳:

ו משחקי בקוביא וכו׳. פרק ז״ב וע״ל בסימן ל״ד סעיף כ״ה כ״ו:

ט הפורס מצודה וכו׳. ס״פ הנזקין וע״ל סי׳ רע״ג:

סימן שעא

א קרקע אין דינ׳ כמטלטלי וכו׳. כן כתב הרמב״ם ספ״ח דגזל׳ וכתב ה׳ המגיד כרבנן דהגוזל עצים עכ״ל ולפעד״נ דט״ס הוא וצריך להיות כרבנן דהגוזל בתרא והוא דתנן התם (דף קיז) הגוזל שדה מחבירו ושטפ׳ נהר א״ל הרי שלך לפניך ובגמ׳ ת״ר הגוזל שדה מחבירו ושטפה נהר חייב להעמיד

לו שדה אחר דר״א וחכ״א א״ל הרי שלך לפניך במאי קמיפלגי ר״א דריש ריבוי ומיעוט ורבנן דרשי כלל ופרט. וכתב בהגהת מיימוני לשם דבירושלמי אמרו יש יאוש לקרקע ותלמוד שלנו עיקר ע״כ והיינו הנך רבנן דברייתא דסתם מתני׳ כוותייהו וז״ש רבינו לפיכך אם אירע בה קלקול כגון ששטפה נהר וכו׳ ועיין במ״ש בס״ד בזה בסי׳ ל״ז סעיף י׳:

ח וכתב א״א הרא״ש בתשובה וכו׳. כתב ב״י תמיהני על זה דכיון שיש עדים שגזל שמעון כרם זה הו״ל חשוד על השבועה והיאך משביעים אותו עכ״ל ומהר״ם איסרלש תירץ וז״ל ואפשר דמיירי דעשה תשובה א״נ בדלא ידע שמעון שהיה של גזל דהיה סבור שהוא שלו ולכן לא נפסל משבועה עכ״ל ור״ל דומיא דעובדא דמרי בר איסק דאתא ליה אחא לחלוק בנכסים כדאיתא בפרק המפקיד וכדכתב הריב״ש בסי׳ תקט״ו ע״ש הרמב״ן ומביאו ב״י בסי׳ שע״ה ולי נראה דשמעון טען כרם זה של אבותי היה וראובן הביא עדים דשל אבותיו היה ואם כן בגזלה אכל הפירות לא נפסל שמעון כיון דטעה וחשב דשל אבותיו היה ואפשר דתירוץ זה הוי בכלל דברי מהרמ״א שכתב א״נ בדלא ידע שמעון וכו׳:

ט (י) עוד לשון א״א הרא״ש בתשובה וכו׳. כלל צ״ה סימן א׳. אבל מקרקעי נתמעטה מדין גזלן. כלומר לרבנן דדרשי כלל ופרט אימעוט קרקע כמו שטרות. ומ״ש או בית וכו׳ גרמא בניזקין הוא. ע״ל בסי׳ שס״ג ס״ו והא דכתב רבינו לעיל בסי׳ שנ״ט דעובר בשני לאוין בלא תחמוד ולא תתאוה ולא קאמר שחייב משום דיבור נראה דאף על גב דעבירה איכא נמי בדיבור מכל מקום לאו לא אשכחן בדיבור אלא במחשבה כתיב לא תתאוה ובמעשה כתיב לא תחמוד ואמחשבה גרידא נמי אינו חייב אא״כ קנה החפץ והוציא מחשבתו לפועל התם הוא דעובר משום לא תתאוה ומשום לא תחמוד משום דהתאוה היא היתה גורמת שעשה מעשה וק״ל:

סימן שעב

א כשבא הנגזל וכו׳. פי׳ שהפסידה הגזלן בידים שחפר בה בורות שיחין ומערות וכו׳ כדלעיל סי׳ שע״א סעיף ג׳ דאילו הפסד שבא מאליו פטור: ומ״ש דהו״ל כמלוה ע״פ וכו׳. ה״ט לפי שאין לו קול כמה הפסיד אבל עמד בדין מעשה ב״ד יש לו קול כך וכך חייב לשלם:

סימן שעג

א מכר הגזלן וכו׳ ואינו נותן לו כלום וכו׳. הא דכתב דאינו נותן לו כלום היינו לפי שההוצאה שנותן לו אין זה נתינה לו שהרי גם הנגזל היה צריך להוציא הוצאה זו אם לא היה גוזלה הגזלן מידו וכיון דאין לו ללוקח בשבח כלום ואפילו היה השבח יותר על ההוצאה הרבה א״כ אינו נותן לו כלום קרינן ביה ואיכא לתמוה דדין זה איתא בפ״ק דמציעא פלוגתא דרב ושמואל ואסיקנא אמר רבא הלכתא לא הכיר בה לוקח שאינו שלו יש לו מעות ויש לו שבח מן הגזלן ואע״פ שלא פירש לו את השבח הכיר בה שאינה שלו ולקחה מעות יש לו שבח אין לו מן הגזלן והרי המרדכי בפ׳ הגוזל בתרא כתב דבקונה דגזלן וגנב וידע ומכיר בהם שגזלן או גנבן לא עשו בו תקנת השוק ואפילו מגנב ומגזלן לא יגבה הלוקח מעותיו למ״ד הכיר בה שאינה שלו ולקחה וכו׳ ונתן לשם מתנה ובזה מטלטלין וקרקעות שוים דבתרווייהו שייך האי טעמא עכ״ל וקשה דהיאך פסק דמגנב ומגזלן לא יגבה הלוקח מעותיו היפך מסקנת התלמוד דפסק רבא הלכתא דהכיר בה שהיא שלו דמעות יש לו מן הגזלן ואין לפרש דלא כתב המרדכי כך אלא למ״ד דנתן לשם מתנה דהיינו שמואל דס״ל הכי אבל לרב דפסק רבא כוותיה דלא נתן לו אלא לשם פקדון מעות יש לו ללוקח מן הגזלן והגנב דאם כן לא הו״ל למרדכי לכתוב ואפילו מגנב וגזלן לא יגבה הלוקח למ״ד וכו׳ כיון דאנן לא קיי״ל כהך מ״ד אלא הו״ל לכתוב בהיפך דמגנב וגזלן יגבה הלוקח למ״ד גמר ונתן לשם פקדון דהכי הלכתא כהך מ״ד ונראה דהמרדכי לא הביא ראיה מדשמואל אלא דלדידיה כיון דבמקרקעי ס״ל אדם יודע שקרקע אין לו וגמר ונתן לשם מתנה והא דלא א״ל בפירוש לשם מתנה כסיפא ליה מילתא א״כ ודאי ה״ה במטלטלי שייך נמי האי טעמא דנתן לו לשם מתנה ולא א״ל בפירוש לשם מתנה משום דכסיפא ליה מילתא ואף כ״ש הוא במטלטלין כמו שאפרש והשתא שמעינן דלרב נמי דאמר במקרקעי אדם יודע שקרקע אין לו וגמר ונתן לשם פקדון והא דלא א״ל בפירוש לשם פקדון סבר לא מקבל לשמרו אין זה אלא במקרקעי דהתם הכל יודעים דקרקע גזולה לא מהני בה יאוש ואינה קנוייה לו והלוקח חייב להחזירה בלא דמים ולמה קנאה אלא ודאי גמר ונתן לשם פקדון ולמתנה לא חיישינן אבל במטלטלין דעשו בו תקנת השוק ליכא למימר הכל יודעים שאינו קנוי לו דאע״פ דיודע שהוא גנבה וגזלה מ״מ סבר לא אפסיד הדמים שנתתי לגנב וגזלן כיון דעשו בהם תקנת השוק דאין הכל יודעים שכשידוע שדבר זה הוא גנוב וגזול דלא עשו בו תקנת השוק הילכך שפיר אמרי׳ במטלטלין דלא עלה על דעת לוקח מטלטלין אלו ליתן דמים לגנב וגזלן לשם פקדון ולחזור ולהוציאם מידו אלא גמר ונתן לטיבועין כמי שנותן מתנה לחבירו שאינו חוזר ותובעו בהם שהרי קסבר הלוקח שהנגזל ישיב לו הדמים אם יבקש להשיב לו החפץ שקנה מהגזלן וא״כ לא יפסיד הדמים שנתן לגזלן אבל לא היה דעתו כלל לתת דמיו לגזלן

לשם פקדון אלא כאילו נתן לו מתנה שלא יוכל לחזור ולתבעו בהם כך אפשר לפרש בדוחק דעת המרדכי שפסק דאף למאי דקיי״ל בקרקע מעות יש לו אפ״ה במטלטלין אין לו וכ״פ הרב בהגהות ש״ע בסי׳ שנ״ו ה״ב. מיהו אפשר וקרוב לפרש דהמרדכי הכי קאמר דבלוקח מגזנן ומגנב ויודע ומכיר שגזלן או שגנבן לא עשו בו תקנת השוק שהרי אפילו מגנב ומגזלן עצמו אינו גובה הלוקח מעותיו למ״ד גמר ונתן לשם מתנה א״כ אין ספק דלמ״ד גמר ונתן לשם פקדון וגובה מגנב וגזלן עצמו מ״מ מודה דמבעל הבית אינו גובה כלום דלא עשו בו תקנת השוק דאל״כ היה זה פלוגתא רחוקה ולפי זה ס״ל למרדכי דאפילו הכיר בה גובה מגזלן ומגנב עצמו ודלא כמ״ש הרב בהגהה סי׳ שנ״ו: ומ״ש קרן מנכסים משועבדים אפילו אם לא כתב לו אחריות וכו׳. כ״כ התוספות פ״ק דמציעא (דף י״ד) בד״ה שעבוד צריך לימלך דטעמא דמילתא דכיון דיש לו ללוקח שטר מקח והרי בטל שגזולה היתה והו״ל שטר הלואה דאמרי׳ ביה אחריות ט״ס הוא וכו׳ וע״ש: ומ״ש בשם רב אלפס ושר״י והרא״ש חולקים עליו. בפ״ק דמציעא וכתב הרא״ש שכך פי׳ ה״ר זרחיה הלוי כמ״ש התוס׳: ומ״ש וכתב הרמ״ה ה״מ דלא קביל עליה אחריות השבח בפירוש וכו׳. טעמו משום דבפ׳ קמא דמציעא (דף ע״ו) אקשינן וסבר שמואל לוקח מגזלן לית ליה שבחא והא א״ל שמואל לרב חיננא וכו׳ אלמא דלית ביה משום רבית אמר ר״י הב״ע כגון שיש לו קרקע לגזלן זה שמגבהו ללוקח קרקע ולא מעות דהשתא לא מיחזי כרבית א״ד א״ר יוסף הב״ע כגון שקנו מידו על השבח דהו״ל מחוייב משעת המכר קודם שיש שכר המתנת מעות ואסיקנא דאע״ג דאסור ללוות סאה בסאה אפי׳ יש לו קרקע ואפי׳ קנו מידו התם הלואה אבל הכא זבינא ושרי וס״ל להרמב״ם דלרב בהכיר בה שאינו שלו במעות יש לו שבח אין לו כמו לא הכיר בה שהוא שלו לשמואל דאע״ג דלשמואל התם מעות יש לו ושבח אין לו אפ״ה אם פירש לו את השבח וקנו מידו או יש לו קרקע יש לו שבח ה״נ לרב בהכיר בה שאינו שלו אבל הרא״ש סובר דאכתי מיחזי כרבית כיון דלא הוה זבינא כלל אפילו ליומיה וה״ה פ״ט דגזלה כתב סברת הרמ״ה וכ״כ הר״י בר ששת בתשובה סי׳ ר״ץ בשם הרשב״א וע״ש וכן פסק הרשב״א בתשובה סי׳ אלף קנ״ה וכ״כ הרז״ה פרק קמא דמציעא אבל הרמב״ן חלק עליו וכתב כדברי הרא״ש ושזה דעת הרי״ף ע״ש בספר המלחמות וב״י כתב ב׳ הסברות ולפיכך בספיקא דדינא אין להוציא מיד המוחזק:

ב ואם יטעון המוכר וכו׳ כתב הרמ״ה שעל המוכר להביא ראיה. טעמו דמסתמ׳ ודאי לא ידע דאי ידע לא היה קונה שדה גזולה ולפיכך על המוכר להביא ראיה דידע לוקח שהיא גזולה: ומ״ש ופירות שאכל הלוקח וכו׳ עד סוף הסימן. הם דברי הרמב״ם פרק ט׳ דגזלה וע׳ במ״ש הרב המגיד וב״י הביאו:

סימן שעד

א הגוזל שדה וכו׳. פסק כרב אשי דאמר ניחא ליה דליקום בהימנותיה בפרק קמא דמציעא (סוף דף ט״ו): ומ״ש לפיכך וכו׳ עד סוף הסי׳ הם דברי הרמב״ם כפ׳ ט׳ מהל׳ גזילה וכתב ה״ה שאינו אם לא קנאה עד שתבעו הלוקח בדין וכו׳. פסק כרב פפא שם (דף י״ז):

ב וכן אם אחר שמכרה הגזלן וכו׳. שם וכפרש״י: ומ״ש בשם הרמב״ם. הוא בפרק ט׳ דגזילה ואפשר שטעמו כמו שכתב הר״ן ע״ש הראב״ד וב״י מביאו דכיון דלאחר שלקחה מיד זבנה או אורתה גלי אדעתיה דלאו לאוקמי קמי לוקח ראשון קנאה. עוד כתב ב״י ישוב אחר לדברי הרמב״ם והוא דוחק ע״ש:

ג כתב א״א הרא״ש וכו׳. שם בפסקיו:

ד נפלה לפניו בירושה וכו׳. שם בגמרא: ומ״ש ואם נתנה הגזלן לנגזל וכו׳. שם פלוגתא דרב אחא ורבינא ובכל דוכתא דפליגי אזלינן לקולא ופסק הרא״ש דאזלינן לקולא כמאן דאמר מתנה כירושה דהא ממילא הוא ולא מפקינן ממונא מחזקת הגזלן ועל הלוקח להביא ראיה אבל דעת הרמ״ה שהלוקח מוחזק בקרקע טפי מגזלן והיינו לקולא דלא מפקינן מחזקת לוקח ועל הגזלן להביא ראיה:

סימן שעה

א היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעו אינו יכול לומר נטיעותי אני נוטל. סוף פרק השואל ופסק כלישנא דמשום כחשא דארעא ופי׳ רש״י שכבר הכחישו נטיעות את השדה שינקו ממנה וממונא אפסדיה ואפילו בח״ל נמי אין שומעין לו: ומ״ש ואם בעל השדה א״ל עקור נטיעותיך ולך י״א וכו׳. שם מימרא דרב ושמואל דבשדה שאין עשויה ליטע שמין לו וידו על התחתונה ובשדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה פי׳ כשאר שתלי העיר ודעת י״א דבעשויה ליטע אפי׳ אמר ליה קח נטיעותיך ולך אין שומעין לו אלא צריך לשלם לו כשאר שתלי העיר דאנן סהדי דמשקר במאי דקאמר עקור נטיעותיך דודאי ניחא ליה בהני נטיעות וכאילו ירד מדעתו וזו היא דעת נ״י וה״ה בשם הרמב״ם והרשב״א ובסמוך הבאתי לשון נ״י

אבל הרא״ש דמצי אמר לדידי ניחא לי טפי בשדה לבן ולפי דמלשון עקור נטיעותיך ולך לא משמע אלא דא״צ לשלם לו כלום מיהו אין מחייבים אותו לעקרן לכך כתב הרמ״ה דמחייבים לוה נמי למיגר אגירי וכו׳ משום דבעל השדה טוען אני חפץ לזרוע תבואה בשדה זו ומפני אילנותיך לא אוכל לזרוע:

ב אמר בע״ה שחפץ בנטיעות וכו׳. שם עובדא דההוא דאתא לקמיה דרב א״ל זיל שום ליה א״ל לא בעינא ופי׳ רש״י איני חפץ בנטיעתך שדה לבן היתה לי א״ל זיל שום ליה וידו על התחתונה א״ל לא בעינא לסוף חזייה דגדרה וקא מנטר לה א״ל גלית אדעתך דניחא לך זיל שום ליה וידו על העליונה ופרש״י גלית אדעתך דניחא לך ועשיתה שדה העשויה ליטע וידו על העליונה וכו׳ וז״ל נ״י א״ל זיל שום ליה בשדה שאינה עשויה ליטע הוה אלא דרב לא הוה ידע אם אין עשויה ליטע או עשויה ולפיכך אמר סתמא שום ליה וכשאמר לא בעינא סבר שמא ה״ק לא בעינא דשדה שאינה עשויה ליטע היא ולפיכך א״ל שום ליה וידו על התחתונה וכשא״ל לא בעינא שתק שמא ה״ק יטול נטיעתו וילך לו וש״מ דבשדה שאינה עשויה ליטע מצי למימר ליה הכי שאל״כ לא הוה שתיק רב דהא אמר רב בשדה שאינה עשויה ליטע ידו על התחתונה אלא משום דהיינו בשלא אמר כן יטול וכו׳ אבל כשאמר ודאי אין שמין לו ומיהו בשדה העשויה ליטע אין שומעין לו דסתמא הו״ל כמאן דגדר לה ומנטר לה כן דעת הרמב״ן ז״ל והסכימו עמו האחרונים ז״ל עכ״ל אבל הרא״ש כתב וז״ל א״ל זיל שום ליה פי׳ וידו על העליונה דשדה העשויה ליטע היתה א״ל לא בעינא יקח נטיעותיו וכו׳ והשיג על רוב מפרשים [המפרשים] דהך עובדא שדה שאינה עשויה ליטע הוה וכבר התיישבו קושיותיו במ״ש נ״י וגם ב״י כתב ליישב הקושיות והם כמ״ש נ״י:

ג (ד) והיורד לשדה חבירו ברשות וכו׳ ובעל בנכסי אשה כיורד ברשות דמי. ז״ל הרמב״ם פרק י׳ דגזלה ובעל בנכסי אשתו והשותף הבשדה שיש לו חלק בה כיורד ברשות הן ושמין להן וידם על עליונה וכ״כ הסמ״ג בעשה (דף קל״ב ע״ב) ותימה רבה דבפ׳ האשה שנפלו מבואר דלאו כיירד ברשות הוא וכך פסק הרמב״ם בפכ״ג מאישות ורבינו בא״ע סי׳ פ״ח ואם כן הפסקים סותרים זה את זה וה״ה סוף ה׳ גזילה כתב ודברי הרב בבעל בנכסי אשתו כיורד ברשות הוא באשתו קטנה כדאמר התם עכ״ל ולא נהירא חדא שהרי מלשון הרב מבואר דמטעם שיש לו חלק בקרקע כמו שותף הוא דאמר ידו על העליונה ואילו באשתו קטנה אמרינן התם עבדו בה רבנן תקנתא כי היכי דלא ניפסדינהו ועוד שהרי הסמ״ג לא כתב בספרו דין אשתו קטנה וא״כ על מה נסמך במ״ש בסתם דבעל בנכסי אשתו כיורד ברשות דמי דמשמע בין גדולה בין קטנה הילכך נ״ל דודאי כך הוא דבכל ענין קאמרי דהוי כיורד ברשות ואפ״ה ל״ק מידי דדוקא בנ״מ שהבעל אוכל פירות בעודה תחתיו מפליגינן בגמרא בין אשתו קטנה ומיאנה לגדולה וגירשה דבגדולה וגירשה הוי כיורד שלא ברשות וידו על התחתונה ואפילו בשדה העשויה ליטע וכדכתב הר״ן בפרק האשה שנפלו וז״ל ותמה אני אם היתה שדה העשויה ליטע למה לא ישומו לו כאריס ונ״ל דה״ט משום דכיון שהוא אוכל פירות ולא היא הו״ל כולהו שדות לגבי דידה כאילו אין עשויין ליטע עכ״ל אבל באותן נ״מ שאין הבעל אוכל הפירות כגון שניתן לה מתנה ע״מ שאין לבעליך רשות בהן אלא מה שתרצי עשי בהם בזה כתב הרמב״ם דהבעל כיורד ברשות הוא כמו שותף שיש לו חלק בה דה״נ יש לו כמו חלק בגוף הקרקע שהרי כשמתה יורשה דעכשיו זוכה בכל מכח ירושה ובזה אין חילוק בין גירשה ללא גירשה ולכך כתב הרמב״ם והסמ״ג ורבינו דין זה בה׳ גזלה מפני כאינו נוגע בענין אישות כשאר נ״מ דבגדולה ידו על התחתונה ובקטנה ומיאנה שמין לו כאריס אבל הכא אין חילוק אלא דינו כדין שותף וידו על העליונה בין גירשה בין לא גירשה שהרי הפירות שלה הן אלא דמחשבינן ליה כיורד ברשות ודבר זה אינו מפורש בגמרא ולמדה הרב ז״ל מדין שותף דכי היכי דשוק בדין לענין חזקה ה״נ שוין בדין יורד ברשות:

ה הבונה חורבתו של חבירו. שם אסיקנא דבונה חורבתו של חבירו יכול לומר עצי ואבני אני נוטל וכתב הרי״ף ואי א״ל בעל הקרקע טול עציך ואבניך שדרו ממתיבתא דשומעין לו אבל אי שביק ליה בעל הבנין ואזיל ליה וחזינן לבעל הקרקע דקא גדר ומנטר ליה מחייבינן ליה בדמי בנין עד גמירא וידו על העליונה וכו׳ מכלל דאי לא קא גדר ומנטר ליה ידו על התחתונה גם ה״ה כתב שכן נראה בהלכות וכמו שפסק הרמב״ם פ״י דגזלה:

ט כתב הרמב״ם החצרות וכו׳. פי׳ דגזלה: ומ״ש וכן זה שנוטל השבח בלבד והיתה ידו על העליונה א״צ שבועה. פי׳ היכא דידו על העליונה וההוצאה יתירה על השבח דנוטל ההוצאה בשבועה וטען לא אבקש ליטול ההוצאה ולישבע אלא אטול השבח בלבד א״צ שבועה שהרי ידוע הוא שההוצאה יתירה על השבח אלא שאין ידוע כמה היא יתירה והיה צריך שבועה עכשיו שאינו נוטל אלא השבח בלבד אין צריך שבועה:

סימן שעו

א המסיג גבול וכו׳. פי׳ עובר גם כן בלאו דלא תסיג מלבד מה שעובר בלאו דגנבה או גזלה ומדכתיב בנחלתך אשר תנחל שמעינן דאינו עובר בלאו דלא תסיג אלא בארץ וכך מפורש ברמב״ם בספ״ז דגנבה: כתב בית יוסף ע״ש הרשב״א בתשובה לא עשו תקנת השבים רק במטלטלין כגון גזל מריש ובנאו בבירה אבל בקרקע לא אמרו שימכור זה את שלו וישחית את נחלתו ע״כ וכ״כ בית יוסף בסי׳ שע״א בשם ספר מישרים וע״ל בסי׳ ש״ס סעיף ב׳:

סימן שעז

א מי שהיה דרך הרבים עוברת וכו׳. משנה פ׳ המוכר פירות (בבא בתרא דף צט) והטעם כדקאמר רב אשי כל מן הצד דרך עקלתון הוא קרובה לזה ורחוקה לזה ולפיכך לא היה בידו ליטול לעצמו הדרך שהיה עובר בשדהו וליתן להם מן הצד ואע״פ כן מה שנתן נתן דכיון דנתן להם מן הצד והחזיקו בו רבים מחל להם ושוב אינו יכול לחזור בו:

סימן שעח

א כשם שאסור וכו׳. כלומר לא תימא דליכא איסורא אלא לגנוב ולגזול כדכתיב בקראי אבל להזיק ממון שלו אין בו איסור אם משלם לו ההיזק אלא איסורא נמי איכא אלא דקשיא לי הלא אפילו ממון עצמו איכא איסורא כדתנן ס״פ החובל הקוצץ נטיעותיו אע״פ שאינו רשאי פטור אחרים חייבים ופרש״י אינו רשאי דעובר בבל תשחית: ומ״ש אפילו שאינו נהנה וכו׳. ריש ב״ק אמרי קרן אין הנאה להיזקו אלמא דאפי׳ ממונו שהזיק חייב עליו אפילו אין הנאה להיזקו כ״ש אדם עצמו שהזיק וכן שנינו ס״פ כיצד הרגל (דף כ״ו) סימא את עין חבירו ושיבר את הכלים משלם נזק שלם: ומ״ש בין במזיד בין בשוגג חייב לשלם. משנה שם אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד בין ער בין ישן: ומ״ש ובלבד שלא יהא אנוס וכו׳. תימה דבגמ׳ קאמר מה״מ דנזק חייב אפי׳ שוגג תנא דבי חזקיה אמר קרא פצע תחת פצע לחייב על השוגג כמזיד ועל האונס כרצון ותו אמר התם נפל מראש הגג ברוח שאינה מצויה והזיק חייב על הנזק ופטור בד׳ דברים וכך פסק רבי׳ בסי׳ תכ״א סי״ג וכך הקשה ב״י ונראה דרבינו כאן רצונו לומר ובלבד שלא יהא אונס גמור דהתם פטור אף מן הנזק כדכתב ה״ה בפ״א מחובל בשם המפרשים ומ״ש כגון אם נפל מן הגג ברוח שאינה מצויה והזיק וכו׳ אין כוונתו דנפל מן הגג ברוח שאינה מצויה בענין שלא היה אונס גמור כמו שאמרו בגמרא אלא ר״ל דנפל בענין שהיה אונס גמור ומהרו״ך כתב לחלק בין הזיק אדם להזיק כלים ושארי ליה מאריה דבמשנה ובגמרא מפורש דאין חילוק בין הזיק אדם להזיק כלים אלא כדפי׳ עיקר דברוח שאינה מצויה גופי׳ איכא לחלק בין אונס גמור כגון שהיה רוח סערה גדולה וחזקה מפרק הרים ומשבר סלעים לשאינו כ״כ חזקה וק״ל: כתב הרמב״ם היה עולה בסולם וכו׳. ר״פ אלו הן הגולין היה עולה בסולם ונשמטה השליבה מתחתיו תני חדא חייב ותניא אידך פטור מאי לאו בהא קמיפלגי דמ״ס ירידה היא ומ״ס עלייה לא דכ״ע עלייה היא ול״ק כאן לנזקין חייב כאן לגלות פטור וא״א הא והא לגלות ול״ק הא דהתליע הא דלא התליע וא״א הא והא דלא התליע ול״ק הא דמיהדק והא דלא מיהדק וכתב ה״ה ונראה שהרמב״ם היה גורס וא״א הא והא לנזקין וכן נראה מתוך מ״ש פ״ו מה׳ רוצח עכ״ל ר״ל מדלא חילק בדין גלות בין התליע ללא התליע ובין מיהדק ללא מיהדק אלמא דלענין גלות אין חילוק דבכל ענין פטור דירידה שהיא צורך עלייה פטור ותלמודא אינו מחלק במיהדק והתליע אלא לנזקין ואפשר נמי לומר דהרמב״ם היה גורס בסתם וא״א הא דהתליע והא דלא התליע דכך תפסו התו׳ בד״ה וא״א הא דהתליע וכו׳ ומפרש הרמב״ם דה״ק וא״א הא והא לנזקין ובדלא התליע ומיהדק פטור משום דאנוס גמור הוא אבל בדהתליע אפילו מיהדק אי נמי בדלא מיהדק אפילו לא התליע לאו אונס גמור הוא וחייב בנזקין ופרש״י מיהדק. השליבה מילאה הנקב שהיא תחובה בו ואחוזה יפה עכ״ל והיינו דכתב הרמב״ם אם לא היתה חזקה כלומר שהתליעה אי נמי היתה חזקה דלא התליעה אלא שלא היתה מהודקת חייב דאין זה אונס גמור ולפי זה וי״ו ומהודקת כלומר אי לא היתה מהודקת ואם היתה חזקה ומהודקת פטור שזו מכה בידי שמים היא. ומ״ש רבינו והתליעה ט״ס הוא שהרי אינו פטור אלא דוקא בהיתה חזקה ולא התליעה ובספרי הרמב״ם כתוב או שהתליעה וגם זה ט״ס הוא ולפעד״נ שצ״ל שלא התליעה במקום או שהתליעה וה״ק ואם היתה חזקה ומהודקת שלא התליעה וק״ל וגם הראב״ד היה גורס טעות זה בספרי הרמב״ם והשיג עליו ואמר בגמרא משמע דלא התליע אונס דאי התליע לאו אונס עכ״ל: ומ״ש רבינו דהראב״ד השיג עליו וכו׳. נראה דדעת הראב״ד דאין אונס זה דשליבה חזקה ומהודקת מכה בידי שמים ליפטר בה יותר מרוח שאינה מצויה דחייב וס״ל דהגירסא בפ׳ אלו הן הגולין וא״א הא והא בגלות כגירסא שלנו וכפרש״י דבדלא מיהדק אי נמי בדאיתלע נכפפת השליבה והו״ל דרך ירידה חייב גלות אבל בדלא איתלע וגם מיהדק דאחוז׳ יפה יפה אינה נכפפת השליבה ולא הויא דרך ירידה ולפיכך פטור אבל לנזקין בכל ענין חייב דלא הוי אונס גמור מנפל הגג ברוח שאינה מצויה ומ״ש בספרי רבינו מרוח מצויה ט״ס הוא וצ״ל מרוח שאינה מצויה:

ב ואפילו לגרום נזק לממון חבירו אסור. בפרק לא יחפור (סוף בבא בתרא דף כ״ב) א״ר טובי בר מתנא זאת אומרת גרמא בנזקין אסור ופרש״י ואע״פ דפטור מלשלם אסור לגרום וכשבא להעמיד גרמא להזיק חבירו מעכב עליו עכ״ל וכן פי׳ התוס׳ לשם וה״א פ׳ כיצד הרגל (דף כ״ג) דרב יוסף קאמר לאביי דליזיל ולימא ליה למרייהו דעיזי דליצנעינהו ולא ליפסדו ליה ואע״ג דאביי השיב לרב יוסף דלא מיחייבי למצנעינהו דיחויא בעלמא הוא והלכתא כרב יוסף כדפסק רב אלפס וכך כתבו התוס׳ לשם:

ד (ה) כל מקום שמזיק חייב לשלם. פירוש אין חילוק בין מקום למקום אלא בכל מקום שא׳ מזיק לממון חבירו חייב המזיק לשלם ההיזק בין שהזיקו ברשות הרבים וכו׳ וטעמו לומר דאע״ג דבנזקי שור איכא חילוק בין מקום למקום כמו שיתבאר בסי׳ שפ״ט ס״ד ה״ו אפילו הכי בנזקי אדם עצמו אין חילוק דבין ברשות הרשים בין ברשות הניזק ואפילו ברשות המזיק אם הזיק לממון חבירו אע״פ שהכניסו שלא ברשות חייב לשלם וכך כתב רבינו בסימן תכ״א והוא מימרא דרבא פרק הפרה (דף מ״ח) הכניס שורו לחצר ב״ה שלא ברשות והזיק את ב״ה או ב״ה הוזק בו חייב ופרש״י הוזק בו. שנתקל בו ואמר רבא נכנס לחצר ב״ה שלא ברשות והזיק את ב״ה או ב״ה הוזק בו חייב הזיקו ב״ה פטור א״ר פפא לא אמרן אלא דלא הוה ידע ביה אבל הוה ידע ביה הזיקו ב״ה חייב משום דא״ל נהי דאית לך רשותא לאפוקי לאזוקי לית לך רשותא וס״ל לרבינו דהא דקאמר רבא הזיקו ב״ה חייב לאו דוקא באדם עצמו אלא ה״ה בשורו שהכניסו שלא ברשות והזיקו ב״ה חייב דאין חילוק בזה בין הוא עצמו לממונו וכן הא דמחלק רב פפא בין לא ידע לידע אין חילוק בין אדם עצמו לממונו. ודעת הרמ״ה הוא לפרש דכיון דרב פפא מפרש לסיפא דמימרא דרבא הזיקו ב״ה פטור דאיירי דלא ידע ביה א״כ רישא נמי היכא דהזיק את ב״ה או ב״ה הוזק בו חייב איירי נמי בדלא ידע ביה ב״ה שנכנס בחצר ולפיכך חייב הנכנס שלא ברשות אפילו הוזק בו ב״ה בשוגג אבל אם ידעו בו ולא הוציאו והוזק בו בשוגג פטור הנכנס אע״פ שנכנס שלא ברשות דב״ה אפסיד אנפשיה דהו״ל להזהר שלא יהא נתקל בנכנס כיון דידע בו שנכנס לחצר ולא הוציאו ואיכא לתמוה במ״ש רבינו ומיהו דוקא במזיקו במזיד אבל אם בשגג הוזק בו פטור ב״ה שזה היפך משמעות הסוגיא דדוקא בהוזק בו פטור דהיינו שזה עמד במקומו ובא זה ונתקל בו אבל אם הזיקו בידים אפילו בשוגג שאינו מתכוין הו״ל כאילו היה מתכוין וחייב וכן פרש״י והראב״ד בהשגות. וכתב ב״י שכן פי׳ הרשב״א ואע״ג דגם הרמב״ם כתב דבשוגג פטור וכתב המ״מ לפרש הסוגיא אליביה דוחק גדול להוציא משמעות לשון התלמוד מפשוטו ותו קשה טובא דכאן כתב רבינו בסתם כדברי הרמב״ם דאם בשוגג הזיקו בלא מתכוין פטור ב״ה אע״פ שהכניס כליו ברשותו מדעתו וכמו שפי׳ הרב המגיד דבריו ומביאו ב״י ודלא כהראב״ד ובסוף סי׳ שע״ט תמה על דברי הרמב״ם בזה והסכים לדעת הראב״ד ומיהו בקושיא זו י״ל דרבינו ס״ל דלא אמר הרמב״ם כן דבשוגג בלא מתכוין פטור בעה״ב אלא בהכניס שלא ברשות ומ״ש לקמן בסי׳ שע״ט דמיירי בהכניסו ברשות ואפ״ה פטרו הרמב״ם תמה עליו רבינו ודוק:

ו היו שניהם ברשות וכו׳. שם מימרא דרבא ורב פפא ופרש״י שניהם ברשות בר״ה שלא ברשות כגון ששנים רצים והקשו התוס׳ דהיינו מתני׳ בפ׳ המניח ונראה לפרש כגון שנכנסו לחצר ב״ה שלא ברשות או ברשות דאית ליה לאסוקי אדעתיה כמו שנתנו לו רשות כמו כן נתנו לאחר רשות או כמו שהוא נכנס שלא ברשות שמא גם אחר נכנס שלא ברשות ולכך חייב כשהזיקו זה את זה אפילו הזיקו שלא מדעת אבל אחד ברשות ואחד שלא ברשות האי דשלא ברשות אית ליה לאסוקי אדעתיה בהאי והאי דברשות לית ליה לאסוקי אדעתיה בהאי ואם שלא מדעת הזיקו ברשות פטור שלא ברשות חייב עכ״ל וכך הם דברי רבינו.

ח היה אחד רץ וכו׳. משנה וגמרא פרק המניח ודע דרש״י קשיא ליה בפ׳ הפרה הא דקאמר הזיקו זה את זה חייבים ובפ׳ המניח תנן שנים שהיו מהלכין בר״ה והזיקו זה את זה פטורין ותירץ ההוא הזיקו הוזקו הוא ולא דק בלישניה עכ״ל אבל הרמ״ה מפרש דשפיר דק בלישניה ומיירי דתרווייהו עבדי מעשה והזיקו זה את זה הו״ל כאילו הוזקו זה בזה ופטורין והא דקאמר הזיקו זא״ז חייבים היינו דוקא כשהמזיק עשה מעשה שהוזק זה והניזק לא עשה כלום וכך פי׳ ב״י: כתב הרא״ש ומודה איסי ברץ בע״ש ב״ה שפטור שרץ ברשות למהר לטרוח ולהכין לכבוד שבת וכתב עלה בהגהות אשיר״י וז״ל וכן פרש״י מתוך כך יש ללמוד דלאו דוקא ב״ה אלא משעה שמתחילין לתקן צרכי שבת לאפות ולבשל ולצלות ה״ה ברשות דהיינו מחצי היום ולמעלה שמתחיל היום להעריב ודוקא בלא מתכוין אבל אם הזיקו במתכוין חייב עכ״ל ובנ״י כתב דבסתמא דיינינן ליה דרץ לצורך שבת אבל אי בריר לן דלא רהיט אלא לשאר חפציו דלא שייך בזה צורך שבת חייב כמו בחול עכ״ל:

ט שאלה לא״א הרא״ש חתן היוצא מחופתו וכו׳. מיהו המרדכי ס״פ הישן ובאגודה פרק לולב וערבה כתבו דבחתן וכיוצא בו שנהגו להזיק זה את זה מתוך שמחה פטורין מלשלם ומהרא״י בכתביו כתב דהב״ד יכולים לעשות גדר שלא יזיקו זה את זה ע״ש בסי׳ ר״י ומביאו הרב בהגהת ש״ע ונראה דתשובת הרא״ש דהכא דינא קאמר היכא דלא נהגו אבל היכא דנהוג נהוג:

סימן שעט

א שנים שמהלכין בר״ה זה בחביתו וכו׳. משנה פרק המניח (סוף בבא קמא דף ל״א) זה בא בחביתו וזה בא בקורתו ונשבר כדו של זה בקורתו של זה פטור שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך ודקדק רבינו שכתב שנים שמהלכין בר״ה דבמ״ש שנים שמהלכין אתא למעוטי אם היה בעל הקורה רץ ובעל חבית מהלך דהואיל והוא רץ שלא ברשות חייב אע״פ שבעל החבית עצמו הטיח החבית ובמ״ש בר״ה אתא למעט דאם היה זה בחצר בעל

החבית דכיון שאין לו רשות לבעל הקורה להלך אין לבעל החבית ליזהר ממנו וחייב וכ״כ התוס׳ לשם (בדף ל״ב) בד״ה תרווייהו: ומ״ש ודוקא שסייע וכו׳. כך פרש״י והתו׳ לשם: ומ״ש היה בעל קורה ראשון וכו׳. שם במשנה ופירש״י פטור שזה מהלך כדרכו והוא מיהר ללכת: ומ״ש ואם עמד בעל הקורה לנוח מכובד משאו וכו׳. שם מסקנא דגמרא אליבא דר׳ יוחנן דבעומד לפוש מכובד משאו משונה הוא דאין ר״ה עשויה לכך חייב אבל בעומד לכתף לתקן הקורה על כתפו הוא כדרך נושאי משאוי אורחיה הוא ופטור ופסק הרי״ף כרבי יוחנן: ומ״ש אפילו אם אין הקורה ממלאה את כל הדרך. כלומר וא״כ הו״ל לבעל החבית לנטות אנה ואנה אפ״ה חייב וכ״כ הרא״ש פ׳ המניח דכך הלכה דלא כאוקימתא דגמרא אליבא דר״ל ושזו היא דעת רב אלפס ע״ש: היה בעל חבית ראשון וכו׳. שם במשנה וכמו שנתבאר בסמוך דעומד לפוש משונה הוא ועומד לכתף אורחיה הוא:

ב כתב הרמב״ם מי שמילא וכו׳ ותימה הוא וכו׳. הרב המגיד כתב דהרמב״ם אזיל לטעמיה שכתב למעלה דכל זמן שאינו מתכוין להזיק אפילו ברשות כיון שהוא ברשותו פטור עכ״ל והיינו מ״ש בפ״ו דחובל בתחלת הפרק דברשות המזיק אם בשוגג הזיק בו פטור ב״ה וכמ״ש גם רבינו בסי׳ שע״ח ס״ד ופי׳ בו ה״ה שדעת הרמב״ם לפטור המזיק ברשותו אע״כ שהניזק הכניס כליו שם מדעתו עכ״ל ודברי ה״ה. הללו הביא ב״י בסי׳ שע״ח וגם כאן ותימה גדולה דאם כן יהיו סותרים דברי רבינו במ״ש בסי׳ שע״ח בסתם כדברי הרמב״ם וכאן השיג על הרמב״ם והסכים להראב״ד ונראה דרבינו לא ס״ל מה שפירש ה״ה בזה אלא ס״ל דמ״ש בתחלה באותו פ׳ דאם הזיק בשוגג פטור לא איירי אלא בהכניס שלא ברשות ולפיכך פטור אפילו הזיקו בידים שלא במתכוין ולזה הסכים גם רבינו אבל כאן במילא חצר חבירו דמיירי בהכניסן ברשות השיג על הרמב״ם והסכים לדעת הראב״ד וכבר כתבתי זה בסימן שע״ח סעיף ד׳:

סימן שפ

א כתב הרמב״ם האומר לחבירו קרע וכו׳. משנה וגמ׳ ס״פ החובל וכ״פ הרי״ף והרא״ש:

ב ומ״ש וא״א הרא״ש כתב אפילו לא אמר הוא בפירוש וכו׳. כלומר הרא״ש הוסיף על הרמב״ם בזה דאפילו לא א״ל בפי׳ ודברי הרא״ש בזה כפי׳ התוס׳ על הך דתניא יש הן כלאו וכו׳ דלא כפרש״י ומ״ש ובשל חבירו וכיוצא בזה חייב נראה דצ״ל כיוצא בזה בלא וי״ו וה״פ דבשל חבירו בין בנזקי גופו בין בנזקי ממונו כיוצא בזה דלא אמר בפי׳ ע״מ לפטור חייב אבל אם אמר בפי׳ ע״מ לפטור פטור אפילו אמר לו עשה כן לאיש פלוני ומתני׳ דעשה כן לאיש פלוני חייב איירי בדלא אמר כן בפי׳ אלא בהן שהוא כלאו דומיא דרישא סמא את עיני וכו׳ ע״מ לפטור חייב דלא מיירי באמר בפי׳ אלא בהן שהוא כלאו אבל אמר בפי׳ אפילו בנזקי גופו פטור וכדכתב רבינו להדיא בסי׳ תכ״א סי״ח ע״ש הרא״ש וה״ה באמר עשה כן לאיש פלוני וכו׳ ודו״ק:

ו וכתב הרמב״ם ספינה שטבעה וכו׳ והראב״ד השיג עליו וכו׳ עד סוף הסי׳. כך הוא בסוף ה׳ חובל ודעת הראב״ד דלא הו״ל רודף אלא כגון מעשה דחמרא פ׳ הגוזל בתרא שהיה ידוע שהוא בא לטבוע הספינה והו״ל רודף ממש אבל ספינה שטענוה הסוחרים ביחד דלא מצינו למימר זהו הגורם שתטבע הספינה הו״ל כנחשול שבים שאין זה גורם יותר מזה וכל אחד בממונו בחלקים שוים ואפילו הטיל משל אחד מחשבים על כפי משאם ויש ליישב דברי הרמב״ם דלא איירי הכא אלא כעין עובדא דחמרא כגון דידוע היה מי הוא הטוען האחרון שהטעינה יותר מדאי שהוא הגורם לספינה להטבע ולפיכך קאמר הרמב״ם דמי שבא והשליך טעינה זו האחרונה בים מצוה רבה עשה שהשליך והושיעם מן הרודף שזה האחרון כמו רודף הוא אבל בטענוה הסוחרים ביחד וליכא למימר זהו הגורם אה״נ דמודה בה הרמב״ם דהוה ליה כנחשול שבים וכמ״ש הראב״ד דמחשבים לפי משאם אע״פ שהטילו מאיש אחד: כתב בת״מ דס׳ נזיקין סי׳ כ׳ וכ״כ במרדכי פרק הגוזל בתרא דאם הרגילות הוא להכניס החמורים בספינה כמו שעושים עתה ואחר כך היה החמור מקרטע ובא לטבוע הספינה אם השליכוהו בנהר חייבים לשלם דבעל החמור אנוס הוא ולא רודף הוא עכ״ל ור״ל דכיון דאנוס הוא אע״ג דודאי מותרים להציל עצמן ולטבעו לחמור כדי שלא תטבע הספינה מ״מ צריכין לשלם לו החמור בין כולם דומיא דעמד עליהם נחשול שבים דאע״ג דמותרים להטיל המשא לים להקל מעליהם להציל עצמן אפ״ה כולם חייבים לשלם לאותו איש שהטילו משאו לים והוא הדין כאן ולפי זה התיישב דל״ק מה שהקשה בית יוסף:

סימן שפא

א כתב הרמב״ם חמשה וכו׳ פ״ק דב״ק (דף י׳) תניא ה׳ שישבו על ספסל אחד ולא שברוהו ובא אחד וישב עליו ושברו האחרון חייב ואמר רב פפא כגון פפא בר אבא ופרש״י שהיה בעל בשר ואסיקנא דמיירי דבלאו איהו הוה מיתבר בתרי שעי והשתא איתבר בחדא שעה ומיירי נמי דנסמך עלייהו שלא היו יכולין לעמוד קודם שנשבר מפני סמיכתו ולפיכך האחרון חייב דכחו כגופו דמי ולפי זה משום הכי קאמר שהיה זה האחרון כבד כפפא בר אבא

דאילו אחר (לא יניחו) [יכולין] לעמוד מפני סמיכתו וכולן חייבים וכ״כ הסמ״ג בדף קמ״ז ע״ד ע״ש ר״י וכ״כ בהגהות אשיר״י ע״ש פר״י וכ״כ התוספות והרא״ש ע״ש ה״ר עזריאל ור״ת דכולם חייבים בדלא נסמך עליה׳ אבל הרא״ש גופיה הסכים לפרשב״ם דסתם בני אדם כולם פטורים. ואם בני אדם גדולי׳ ושמנים כיון שהוא משונה וכבד משאר בני אדם סתמא אין שאול לו וחייב וכל החילוקים שכתב רבינו ע״ש הרא״ש הוא מבואר בגמרא וכמו שהוא הדין לפרשב״ם בבני אדם גדולים ושמני׳ כך הוא הדין להרמב״ם ור״י בסתם בני אדם דלא אמרו בברייתא דהאחרון חייב אלא היכא שלא הניחם לעמוד מפני סמיכתו הא לאו הכי כולם חייבים אם ישבו כולם כאחד אבל בזה אחר זה אם לא היה נשבר וכו׳ וכדכתב רבינו להרא״ש:

סימן שפב

א הקוצץ נטיעותיו וכו׳ משנה וגמרא ס״פ החובל אלא דבמשנה ה״א הקוצץ נטיעותיו אע״פ שאינו רשאי פטור אחרים שקצצו חייבים ורבינו השמיט מלת פטור ונראה דט״ס הוא ואפשר ליישב דה״ק הקוצץ נטיעותיו כלומר מי שדרכו לקצוץ נטיעותיו אע״פ שאינו רשאי והוי אמינא כיון שהוא בעצמו דרכו לקצוץ נטיעותיו א״כ גם אחרים שקצצו פטורין דמה לי הוא עצמו מה לי אחרים אפ״ה אחרים שקצצו חייבים:

סימן שפג

א כשם שחייב וכו׳. בעיא דאיפשיטא ספ״ק דב״ק וכתב שם נ״י ודוקא עבד גדול אבל עבד קטן דינו כשור ולקמן בסי׳ תי״ח בסופו יתבאר בס״ד:

ג שור שעלה ע״ג שור חבירו להרגו בין אם הוא תם או מועד ובא וכו׳. כך הוא בספרים המדוייקים ומבואר כך בר״פ המניח וכ״כ הרמב״ם בפ״ו דחובל:

ו היתה בהמת חבירו במים וכו׳. בפ׳ הנשרפים ופסקו הפוסקים כרבינא דמצמצם בבהמה חייב מדינא דגרמי׳ ומ״ש ודוקא שאחזה בידו וכו׳. לישנא דמצמצמא הכי משמע דוקא שאחזה בידו וע״ל סי׳ שע״ה ס״ט ובסי׳ שס״ג סעיף ו׳ הארכתי בזה ע״ש:

סימן שפד

א אדם המזיק הוא א׳ מאבות נזיקין וכו׳. ריש ב״ק:

ד החוצב וכו׳. ס״פ הבית והעלייה פי׳ סתת הוא המרבעה ומחליקה והוא מוסר אותה לחמר שמוליכה למקום שבונין שם ומוסרה לכתף המושיטה לבנאי העומד על מעמד החומה העשוי להילוך האומנים והבנאי מוסרה לאדריכל הוא אבי האומנים שהוא מדקדק בהנחת האבן לצדדה על מושבה ומי שהאבן בידו ונפלה מידו והזיקה הוא לבדו חייב אבל אם אחר שסדרה האדריכל על מושבה נפלה והזיקה כולן חייבים אם הם קבלנים דעל כולן לשמור ואם הם שכירי יום האחרון חייב וכולן פטורין:

סימן שפה

א המזיק לחבירו היזק שאינו ניכר וכו׳. פלוגתא דחזקיה ור׳ יוחנן בפ׳ הנזקין (גיטין דף נ״ג) ופסקו הפוסקים כר׳ יוחנן: המנסך יין חבירו לעכו״ם וכו׳. איכא למידק דבי״ד סי׳ ד׳ כתב דנחלקו בזה הרמב״ם והרא״ש ובי״ד סי׳ קמ״ה פסק בסתם כהרא״ש דאפי׳ יש לו חלק בה אינו אוסר שודאי אינו מכוין אלא לצערו וכאן פסק בסתם כהרמב״ם ונראה ליישב דס״ל לרבינו אע״ג דלענין איסור הנאה אין לנו לאסרו בהנאה כיון דאיכא הרא״ש דפסק דאפי׳ אית ליה ביה שותפות אין אדם אוסר דבר שאינו שלו מ״מ כיון דלאכילה מודה הרא״ש דאסורה וכדכתב הר״ן שכל שיש בו סרך לעכו״ם מיתסר באכילה וכמו שנתבאר בי״ד סי׳ ד׳ וסי׳ קמ״ה הילכך הכא בדין מזיק פסק דחייב לשלם כהרמב״ם ולא מצי למימר ליה קח לך ההין שלך שהוא מותר בהנאה ואשלים לך ההיזק מה שאסרתיו לך בשתייה אלא כיון דגרם לו בידים היזק דאסור לו ליהנות לדעת הרמב״ם חייב המזיק ליקח היין לרשותו ולשלם ואם רוצה המזיק ליהנות בו כדעת הרא״ש הרשות בידו אבל אינו יכול לכוף לניזק ליהנות בו כדעת הרא״ש כיון דאיכא הרמב״ם דאסרו בהנאה ושארי ליה מריה למהרו״ך דכתב לחלק בין בהמה ליין וחילוק זה לא שערו הראשונים:

סימן שפו

א יש צד במזיק וכו׳ בפ׳ הגוזל קמא (בבא קמא דף ק׳) אסיקנא דס״ל כר״מ דדאין דינא דגרמי:

ב ומ״ש לפיכך כתב הרמב״ם הדוחף מטבע וכו׳. כלומר אע״ג דרבה קאמר התם (דף צח) דבדוחף מטבע וכו׳ וכן הפוחס מטבע פטור היינו משום דלית ליה דינא דגרמי אבל למאי דקיי״ל כר״מ דדאין דינא דגרמי הדוחף וכן הפוחס חייב: ומ״ש אע״פ שלא הגביהו וכו׳ כלומר דבהגביהו חייב לשלומי מדינא אליבא דכ״ע דכיון דבעלמא הגבהה קונה בכל מקום הו״ל כאילו גזלו ונטלו לרשותו וחזר והשליכו לים דחייב לשלם וכן אם שייפיה בשופינא (נל״א פיי״ל) וחסרו הו״ל מזיק ממון בידים ממש וחייב לכ״ע. ופסק מהרש״ל בספר יש״ש פ׳ הגוזל קמא סי׳ י״ז דהא דהפוחס מטבע וכו׳ איירי נמי דלא שקליה בידים אלא מזיקו במכת קורנס ואין כאן חסרון דהוא במשקל הראשון ישוה לנסכא כמתחלה ומנח לקמיה אכא דהוזל מעט מחמת פחס צורתו אבל היכא דשקליה בידים מגזל גזליה ובעי השבה מעלייתא כדין הזורק מטבע של חברו לים הגדול עכ״ל: ומ״ש וכגון שמאמין למלוה וכו׳ פי׳ כיון דמיירי שאין עדים יודעים וכו׳ כדכתב בסמוך א״כ צ״ל כגון שמאמין וכו׳ דאי אינו מאמין אין עליו אלא שבועת היסת בכופר הכל וש״ד במודה מקצת. וכ״כ ב״י בשם בעה״ת וכ״כ הרא״ש וז״ל ולא מהימן בעל השטר בשבועה כי היכא דעשו תקנת נגזל באשו אפילו היכא דלא קלייה בידים דדוקא עשו תקנה היכא דקלייה לממוניה אבל הכא גרמא בעלמא הוא וכו׳ עכ״ל: וכן הזורק כלי מראש הגג וכו׳ ספ״ב דב״ק אמר רבה זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות ובא אחר וסלקן פטור מ״ט בעידנא דשדייה פסוקיה מפסקי גיריה והרי״ף והרמב״ם פסקו דלא כרבה משום דרבה אזיל לטעמיה דלא מיחייב בדינא דגרמי בשורף שטר של חברו אבל אנן דקי״ל כר״מ דדאין דינא דגרמי חייב בשורף שטר חברו וכן בזורק כלי וכו׳. ואפילו בא אחר וסילקן חייב הזורק וכ״ש אם הוא בעצמו סילקן:

ג ומ״ש בשם ר״י שם בתו׳ ואשי״רי וס״ל דבזורק כלי וכו׳ שאני דאפי׳ למאן דדאין דיני דגרמי ומחייב בשורף שטר של חברו שאני התם דעושה מעשה בגוף השטר דשורף אותו אבל הכא דאינו עושה מעשה בגופו אפי׳ הוא עצמו קדם וסילק הכרים והכסתות פטור דגרמא בנזקין הוא ופטור לכ״ע וכן הדוחף מטבע חברו עד שנפל לים ופחס צורתו פטור משום דלא הוי דינא דגרמי אלא גרמא בניזקין כיון דלא גזליה ושקלוה בידים אלא הוה מנח קמיה אי נמי היו בידו בתורת פקדון ומיהו בדוחף מטבע של חברו לים לא קאמר רבה דפטור אלא אם כן במים צלולים דאיתיה קמיה וקחזי ליה אלא דבעי למיתב זוזא לבר אמוראה פי׳ היודע לשוט תוך המים ויוציאנו ואינו אלא גרמא שגורם לו להפסיד אותו שכר וגרמא בניזקין פטור אבל עכורים דלא קחזי ליה מודה רבה דחייב ואיכא לתמוה למה לא הביא רבינו חלוק דבין צלולים לעכורים לדעת ר״י והרא״ש דפסקו כרבה וכדאיתא להדיא בגמרא ואפשר דכיון דכתבו התוספות והרא״ש דלאו דוקא צלולים ועכורים אלא כל היכא דמצי למישקלא בר אמוראה פטור ואי לא חייב וכו׳ נסתפק רבינו בדבריהם אי איתיה להאי לאו דוקא אי ליתיה ולכך לא הזכיר כלל חלוק דצלולין ועכורין אלא כתב סתם מימרא דרבה דהדוחף מטבע לים פטור או שפיחס צורתו ומשמע הלשון דהדוחף הוי דומיא דפיחס דאיתיה קמיה ומצי למישקליה: ומ״ש והנותן סם המות לפני בהמת חברו וכו׳ כל הני איתנהו ריש פרק הכונס דפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים אלא דמ״ש רבינו והטומן קמת חברו מפני הדליקה הא אוקמתא דרב אשי דאמר טמון איתמר פירוש ראובן שלח את הבעירה ובא אחר וכיסה קמת חבירו בסדינין כשראה דליקה אצלה ושויה טמון באש וגרם להפסיד את הניזק ולפטור את המבעיר דפטור טמון באש אבל לאוקימתא קמייתא איתמר הכופף קמתו של חברו בפני הדליקה פירוש שכפף הקמה לצד הדליקה כדי שתבער בה האש ומירי דלא הוה מטיא ליה ברוח מצויה אלא הוה מטיא ליה ברוח שאינה מצויה דמידי דלא אסיק אדעתיה הוא ולכך פטור מדיני אדם: והכי איתא במקצת ספרי רבינו והכופה קמת חברו בפני הדליקה: ומ״ש והמבעית את חברו או שתקע באזנו וחרשו איתיה בסוף פ׳ החובל (בבא קמא דף צ״א). ומ״ש וליבה וליבתה הרוח איתיה בפרק הכונס (בבא קמא דף ס׳) ומ״ש ושיסה בו את הכלב איתיה בפרק כיצד הרגל (דף כ״ג) ואף ע״ג דאיכא לשם נמי שיסה בו את הנחש לא נקט ליה משום דלא שכיחא והעושה מלאכה במי חטאת בפרק הניזקין. וצורם אוזן פרה דמטיל בה מום ואינה ראויה לקרבן כל הני לא דנהיגי האידנא ואף על גב דאיכא נמי נהגי נשברה כדו ולא סילקה דפרק המניח והשוכר עדי שקר והיודע עדות ואינו מעיד וכו׳. לא היתה כונתו לפרש כל הגרמות דפטור בהו אלא נקט הני ודדמי להו:

ד כתב הרמב״ם הזורק כלי של חברו וכו׳. וז״ל הרמב״ם פ״ז דחובל כל הגורם להזיק ממון חבירו חייב לשלם אף על פי שאינו הוא המזיק זה הנזק עצמו באחרונה הואיל והוא הגורם הראשון חייב. כיצד הזורק כלי שלו מראש הגג ע״ג כרים וכסתות ובא אחר וקדם וסלק את הכרים מעל הארץ ונשבר חייב נזק שלם כאילו שברו בידו שסילוק הכרים והכסתות גרם לו שישבר וכן כל כיוצא בזה הזורק כלי של חברו וכו׳. ויש להקשות דמ״ש כשהכלי שלו דחייב המסלק לבדו וכשהכלי אינו שלו דחייב הזורק והמסלק כל אחד מחצה ולמה לא נאמר דגם כשהכלי שלו אין המסלק חייב אלא המחצה ועוד מפני מה פסק דכשהכרים הם של המסלק דחייב הזורק לבדו וכשהכרים אינן של המסלק חייבי׳ בין שניהם הזורק והמסלק ועוד מפני מה לא כתב

הרב בזורק כלי שלו למי הם הכרים כמו שכתב אח״כ בזורק כלי של חברו ונראה דס״ל להרמב״ם בזורק כלי שלו אין חלוק בין אם הכרים הם של הזורק או של איש אחר כל שבא איש אחר שאין הכרים שלו וסלקן חייב המסלק כאילו שברו בידו דהזורק כלי שלו לא הו״ל לאסוקי אדעתיה שיבא איש אחר שאין הכרים שלו ויסלקן וכיון שהו״ל ידיעה שלא יבא בעל הכרים ויסלקן כגון שהיה נודע לו שאינו בביתו או כיוצא בזה א״כ אין הזורק כלי שלו גורם כלל בשבירתו כיון שהיו כרים תחתיו מובטח היה שלא יהיו נשברין א״כ המסלק הוא הגורם הראשון בשבירת הכלי ואצ״ל אם היו הכרים של הזורק שהוא בעל הכלי דפשיטא דחייב המסלק הכרים של הזורק וגורם שנשבר הכלי אבל בזורק כלי של חברו ע״ג כרים של בעל הכלי אז יש לחלק דאם בעל הכלי עצמו סלקן הזורק חייב לשלם נזק שלם דהא ודאי דבעל הכרים אין חייב שלא לסלקן כדי שלא יגיע היזק להזורק כלי דיש לו רשות ליטול כרים שלו כל שעה שירצה ודוגמתו מצינו במכסה בור בכיסויו של חברו וכו׳ כדלקמן בסימן ת״י סעיף י״ד אבל הזורק אין לו רשות לזרוק כלי של חברו ע״ג כרים שאינן שלו אם אינו מובטח שלא יבא בעל הכרי׳ ויטול כרים שלו אבל אם אותו שסילק הכרים אינו בעל הכרים אז ודאי גם הוא גורם ההיזק שזה זורק כלי שאינו שלו וזה מסלק כרים שאינו שלו ושניהם עושים שלא ברשות ולפיכך שניהם חייבים ששניהם הזיקוהו לבעל הכלי ביחד ואין זה גורם ראשון יותר מזה ואע״ג דהיה יכול לחלק חלוק זה כשזורק כלי של חברו וגם כשהכרים אינן של בעל הכלי דאם בא איש אחר שאין הכרים שלו וסלקן שניהם חייבים ואם בעל הכרים בא וסלקן חייב הזורק לבדו אלא דרבותא אשמועינן דאפילו הכרים הם של בעל הכלי וקדם וסלקן ולא חשש לשבירת כלי שלו דאפ״ה חייב הזורק לבדו מטעמא דאפי׳ דיש לו רשות לסלק כרים שלו ולזורק אין לו רשות לזרוק כלים של חברו כל זמן שאיננו מובטח שלא יסלק בעל הכרים כרים שלו: ומה שכתב רבינו ואני תמיה איך מחייב הראשון דבהדיא אמרי׳ בגמרא בעידנא דשדא פסוקי מפסק גיריה וכו׳ טעמו דבס״פ כיצד הרגל איתיה אמר רבה זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים או כסתות ובא אחר וסילקן או קדם וסלקן פטור מ״ט בעידנא דשדייה פסוקי מפסקי גיריה ומפרש רבינו דהאי טעמא לא קאמר תלמודא אלא כדי שלא תקשה למה לא נחייב הזורק שהוא העושה מעשה ממש וקאמר טעמא דכיון דבשעה שזרק הכלי היו הכרים תחתיו א״כ מזריקתו אין סופו לישבר עד שינטלו הכרים ואם כן בשעה שסילק את הכרים כבר פסקו גירי הזורק ולפיכך פטור הזורק. אבל על מה שפטור המסלק לא קא יהיב תלמודא טעמא דפשיטא הוא דפטור דגרמא בנזקין הוא ולפי זה הא דכתב הרי״ף והרא״ש מסתברא לן דלית הלכתא בהא כרבה משום דס״ל דלא דיינינן דינא דגרמי דהא הוא דאמר בפרק הגוזל קמא השורף שטרות של חברו פטור מד״א וחייב בדיני שמים וקי״ל דלית הלכתא כותיה אלא כי היכי דאמרינן אכפייה רפרם לרב אשי ואגבייה כי כשורה לצלמי עכ״ל רצונם לומר דאע״ג דלית הלכתא כוותיה במאי דפוטר להמסלק מטעמא דהוי גרמא בנזקין אלא המסלק חייב אע״ג דליכא אלא גורם כמו השורף שטר שאינו אלא גורם בנזקין לדעת האלפס וז״ש הרא״ש על דברי האלפס ור״י פי׳ דגרמא בנזקין הוי כיון שלא עשה מעשה בגוף דבר הניזק והכי מסתבר עכ״ל רצונו לומר דאע״ג דלית הלכתא כרבה בשורף שטר דהו״ל דינא דגרמי כיון דעשה מעשה בגוף השטר מ״מ בהא הלכה כרבה דפטור המסלק כיון שלא עשה מעשה בגוף הכלי אבל מה שפטור הזורק שהא ליכא פלוגתא דאף להרי״ף ודאי פטור הזורק משום דמפסקי גירי׳ וליכא מאן דפליג אהא וכן כתב נ״י לפרש דברי הרי״ף דס״ל דהזורק פטור והמסלק חייב ומבואר כך מדברי הרא״ש וכדפי׳. ולכן תמה רבינו על הרמב״ם שפסק לחייב הזורק דבהדיא אמרינן בגמרא דפטור הזורק ומה שכתב רבינו אלא ודאי הזורק פטור לעולם אם סלקו זהו סוף תמיהתו על דברי הרמב״ם ומ״ש אח״כ ואם סלקו הוא וכו׳ אין זה השגה על הרמב״ם אלא כתבו הדין היכא דהזורק עצמו סילק הכרים שלא כתבו הרמב״ם ובא רבינו להודיע דבדין זה נחלקו דלרב אלפס חייב הזורק שהוא המסלק ולא מטעם זריקה דכבר פסקו גיריה אלא על הסלוק הוא דחייב משום דינא דגרמי ולר״י פטור אף על הסילוק דלא הוי אלא גרמא בנזקין וכדכתב הרא״ש. ומ״מ נראה לי ליישב דעת הרמב״ם דס״ל דתלמודא ודאי לא קיהיב טעמא בהא דפוטר רבה המסלק דפשיטא דפטור כיון דהוא גורם האחרון אלא קיהיב טעמא בהא דרבה פוטר הזורק הלא הוא הגורם הראשון וקאמר דטעמא הוי משום דבעידנא דשדייה פסיקי מפסקי גיריה והאלפסי דקאמר דלית הלכתא כרבה הכי קאמר דלית הלכתא כותיה דהזורק פטור אלא כי היכא דקי״ל דהשורף שטריו של חברו חייב מדינא דגרמי הכי נמי הזורק כלי חייב מדינא אע״ג דמפסק גיריה. אבל במסלק איכא לחלק בין זורק כלי שלו ובא אחר שאינו בעל הכרים וסלקן חייב נזק שלם דאיהו הוה הגורם הראשון אבל בזורק כלי של חברו אם באיש אחר שאינו בעל הכרים וסלקן חייבים בין שניהם הזורק והמסלק כל אחד מחצה הנזק דביחד עשו הנזק אבל אם בעל הכרים עצמו סילקן אפילו הוה הכלי של בעל הכרים חייב הזורק שהוא הגורם הראשון וכמו שכתבתי טעם דברי הרמב״ם בסמוך. ומה שלא כתב הרמב״ם דין קדם הזורק עצמו וסילקן כבר יישבו ה׳ המגיד בישוב מספיק הנה התבאר דעת הרמב״ם ודעת רבינו בטוב טעם וברי לי שאילו שם הרב ב״י את לבו לדברים שכתבנו לפרש דברי רבינו לא היה כותב טל דבריו ואין ממנה השגה להרמב״ם שהוא סובר שהוא דלא כהלכתא וכו׳ עיין עליו:

ה הזורק כלי מראש הגג וכו׳ מימרא דרבה ספ״ב דב״ק ופירש רש״י זרק בעל הכלי מראש הגג פטור זה ששברו במקל קודם שבירתו שהרי סופו לישבר עכ״ל. והרא״ש הקשה על פירושו וכתב דהא מלתא דפשיטא היא דפטור המשבר דאבדה מדעת היא אלא בזרקו אחר מירי וז״ש רבינו בסתם הזורק

כלי מראש הגג וכו׳ דמשמע אפי׳ זרק כלי של חברו הזורק חייב והמשבר פטור מיהו הנ״י כתב ר״פ כיצד הרגל בשם הריטב״א שדעתו דכיון דאיתא התם סוף (דף י״ז) דהך מילתא דפשיטא ליה לרבה דזרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו פטור מיבעיא ליה לרבא הלכך כיון דמספקא ליה לרבה שניהם פטורים דהמע״ה ולא אמרינן הכא אין ספק מוציא מידי ודאי כדכתב הרא״ש והרמ״ה אלא כשאינו בדור אחר אבל רבא שהוא בתראה יש לחוש לספקו ושניהם פטורים ע״ש: עוד כתב שם נ״י ע״ש הרא״ש מיהו אם זרק אבן או חץ על הכלי ובא אחר וקדם ושברו דיש לחלק בין ענין זה לזורק כלי עצמו עכ״ל. ור״ל דבזורק כלי עשה הזורק מעשה בגוף הכלי שזרקו לארץ חשבינן ליה מנא תבירא ואם קדם אחר ושברו פטור המשבר אבל בזורק אבן או חץ דלא עשה מעשה בגוף הכלי אם קדם אחר ושברו חייב המשבר והוא מדברי התוס׳ שם בסוף (דף י״ז) בד״ה זרק כלי והפי נקטינן:

סימן שפז

א כאשר ישלם המזיק וכו׳ בפרק קמא דב״ק (דף י״א) דבנזקין הכל מודים דשמין הנבלה והשברים לניזק דלא נתחייב המזיק אלא כמה שהזיק וכדכתיב והמת יהיה לו ולא פליגי אלא בגנב וגזלן וע״ל סוף סימן שנ״ד ובמ״ש לשם בס״ד:

סימן שפח

א כמו שהנגזל נשבע ונוטל כך ניזק וכו׳ ס״פ הכונס ומ״ש בשם הרא״ש כיון דספיקא דדינא הוא אין מועיל בו תפיסה כ״כ ר״פ כיצד הרגל תחלת (דף קכט) ומביאו רבינו בסימן ש״ץ ס״א וס״ב ע״ש וע״ל סי׳ ש״ן ס״ט ועיין עוד בסימן זה ס״ד. ומ״ש ודבר זה מבואר יותר למעלה בסימן צ׳ פי׳ דבר זה דנגזל וניזק נשבע ונוטל וכל דין שבועה זו נתבאר בסי׳ צ׳ כי שם מקום דין זה דאיירי בדיני שבועה ועיין במה שכתבתי לשם:

המוסר ממון חבירו וכו׳. בפרק הגוזל בתרא (סוף דף (ק״י) [קי״ו] ודף קי״ז):

ומ״ש ודינו כשאר מזיק לכל דבר. פירוש דמשלם ממיטב ואם מת גובה מיורשיו דאין זה היזק שאינו ניכר שפטרו היורש מלשלם כדלעיל בסימן שפ״ה (ס״א) וכ״כ הרמב״ם ריש פ״ח דחובל ותו אתא לאורויי דנקרא מזיק ויש לו דין מזיק ומדינא חייב המסור לשלם וגמרינן מיניה לשאר גרמי דנזקין דעלמא ולא מקנסא משום דרגיל הוא בכך כדאיתא בהגוזל קמא (דף צ״ו ב) דקאמר רב נחמן גזלן עתיקא הוא ובעינא דאיקנסיה ואם כן לא גמרינן מיניה אלא אפילו אינו רגיל למסור אלא עכשיו מסר פעם זה בלבד חייב לשלם מדינא כשאר מזיק וכדאיתא להדיא מסקנא דגמרא (סוף דף קי״ו):

ומ״ש אף על פי שלא נשא ונתן ביד במה דברים אמורים וכו׳. שם מימרא דרבה אם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי:

ומ״ש או שאנסוהו להראות שלו והראוהו שלו ושל חבירו. שם (דף קי״ו ב) בלישנא אחרינא והביאו האלפסי (מב ב) והרא״ש (סי׳ כו):

ומ״ש או שיסרו אותו וכו׳. נראה שכתב כן משום דאיתא במשנה (סוף דף קי״ו) הגוזל שדה מחבירו ונטלוהו מסיקין אם מחמת הגזלן חייב להעמיד לו שדה אחר ואסיקנא בלישנא קמא לא צריכא דאחוי אחוויה ומפרש רבינו דהיינו שאנסוהו מסיקין ויסרו אותו ולא אמרו ליה על מה והראה ממון חבירו או קרקעו ואמר (ליה) [להו] טלו [ממון או] קרקע זו ונפטר מידם בכך חייב. ובית יוסף כתב דהכי משמע מעובדא דכסא דכספא ולא נהירא דלשם נטל ונתן ביד כדאמר שקלא ויהבו ליה אבל אחוויי מנ״ל:

ומ״ש אבל אם אנסו האנס וכו׳. ברייתא שם (דף קי״ז) ישראל שאנסוהו גוים והראה ממון חבירו פטור ואם נשא ונתן ביד חייב ומפרש האלפסי והרא״ש והרמב״ם דהכי פירושו דאם אנסוהו גוים להראות ממון חבירו והראה להם בלבד פטור אבל אם מתחלה כשאנסוהו להראות או להביא ממון חבירו הלך ונטל ונתן ביד חייב ואף על גב דאניס כיון שהאנס לא היה יודע היכן הוא ממון חבירו שיטלנו משם ואנס את זה להראותו לו או להביא לו ונטל ונתן ביד חייב אבל אם האנס ידע היכן הוא ממון חבירו והיה יכול לטלנו משם אלא שאנס את זה להביא לו והביא לו פטור דכיון שידע היכן הוא כבר אבד וכאלו כבר נשרף וכן אפילו לא ידע האנס היכן הוא ואנס את זה להראותו לו והראהו לו ואז לאחר שהראה לו ויכול האנס ליטלנו חזר זה המוסר ונטל ונתן ביד פטור דעל מה שהראהו לו פטור כיון שהוא אנוס ולא עשה מעשה ועל מה שנטל ונתן אח״כ פטור דכיון דהאנס עמד עליו שידע היכן הוא הממון מקלי קלייה כבר:

אבל הראב״ד כתב דאפילו לא ידע האנס היכן הוא ונטל ונתן ביד פטור כיון דיחדו לו בפירוש להביא לו ממון חבירו אין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש וטעמו הלא הוא מפורש בדברי בעל המאור בפרק הגוזל בתרא (מג א) בשם הר׳ אפרים באריכות וגם הרמב״ן (מלחמת ה׳) האריך לשם על זה עיי״ש ובתשובת הרשב״א בסימן תתק״פ כתב הנכון כמו שכתב הראב״ד דאם אנסוהו אונס ממון להביא והביא חייב שזה כמציל עצמו בממון חבירו והיינו ברייתא דאמר לו אנס הושט לי פקיע עמיר זה חייב אבל אנסוהו אונס גוף להביא ממון חבירו פטור דהיינו כסא דכספא דרב אשי עכ״ל ויש לדחות דאף על פי דאנסוהו אונס הגוף ולא קא עביד איסורא להציל עצמו בממון חבירו מכל מקום חייב לשלם והיינו דרב הונא בפרק הכונס (דף ס׳ ב)

דקאמר דקמבעיא ליה לדוד מהו להציל עצמו בממון חבירו ופירשו התוספות (ד״ה מהו) והרא״ש (סי׳ יב) לשם דקמבעיא ליה אי חייב לשלם כשהציל עצמו מפני פקוח נפש ואסיקנא דחייב לשלם וכסא דכספא דפטרו רב אשי היינו משום דפקדון היה ושומר פטור מאונסין (אי נמי האנס היה יכול ליטלנו בעצמו) דאדעתא דכספא קאתי עליה כדאיתא התם [אי נמי האנס היה יכול ליטלנו בעצמו] ולפיכך נראה דלא קיימא לן הכי אלא כאלפסי והפוסקים הנמשכים אחריו:

לשון ב״י כתב החכם המרשים על זה שכתב רבינו בשם הרא״ש נראין דבריו כשידע מקום הממון דלא הוי כקאי בתרי עברי נהרא הא לאו הכי לא עכ״ל ונראה דלפי דכתב הרא״ש הא דאנסוהו לילך לבית פלוני להביא ממונו דפטור כגון שידע האנס הממון שבבית אותו פלוני ואנסוהו להביא עכ״ל בא המרשים להוציא מדקדוק לשון הרא״ש זה דאין פירושו דכשידע האנס שיש ממון בבית פלוני דאז פטור המוסר אף על גב שלא ידע מקום הממון דליתא דאינו פטור אלא כשידע מקום הממון הא לאו הכי אינו פטור דהוי כקאי בתרי עברי נהרא דאין האנס יכול ליטלנו כיון שלא ידע מקום הממון וז״ש הרא״ש כגון שידע האנס הממון שבבית אותו פלוני דה״ל ידיעה בממון שבבית פלוני היכן הוא מקומו ודו״ק נ״ל:

ב שנים שמריבים וכו׳ שם (דף קי״ז) ההוא שותא דהוו מינצי עליה בי תרי:

ג ראובן שהיה חייב מעות לכותי וכו׳ נתבאר לעיל בסי׳ קכ״ח:

ד מסור מיבעיא לן וכו׳ ע״ל בסי׳ צ׳ סי״ד ובמ״ש לשם בס״ד:

ה כתב הרמב״ם אין המוסר בעלילה נשבע וכו׳ אבל אם אנסוהו להראות או להביא אותו ונשא ונתן ביד כצ״ל וכן הוא הלשון ברמב״ם ובמקצת ספרים השמיט הסופר מלות ונשא ונתן:

ו שאלה לא״א הרא״ש וכו׳ וקשה שהרי בסמוך הביא דברי הרמב״ם דאין מוסרין שבועה למלשין בשקר שהוא רשע ופסול לשבועה וי״ל דהך תשובת הרא״ש איירי שראובן לא נתכוין למסרה אלא תפסה להוציא ממונו מידו והיא היתה טוענת שמסרה ביד אנס וכו׳. וכיון דלא היה זה כלל מסור פסק הרא״ש דישבע וכו׳ וכן פי׳ ב״י וכך מבואר בגוף התשובה ע״ש: ומ״ש הרא״ש ובהוכחות אין נרא׳ לחייבו ולאפוקי ממונא נראה דאין זה אלא בהוכחות שאינן ברורים כל כך אלא יש צד לדחותם שאינן הוכחות אבל אומדנות והוכחות ברורים שאין לדחותם מחייבינן ליה ומפקינן ממונא וכ״כ הרא״ש גופיה בפרק הכונס (דף קל״ו סוף ע״ג) בעובדא דההוא גברא דבטש בכספתא דלאפוקי ממונא מן המזיק אזלינן בתר אומדנא וכדי שלא תקשה דידיה אדידיה צריך לחלק בין אומדנא דמוכח ללא מוכח וכ״כ מהר״ר מנחם מ״ץ בתשובה וז״ל אף באומד הדעת נאמנים על המלשין בשק׳ אע״פ שאין שומעין שהלשין רק רואים שמדבר עם האנס ואז צוה האנס מיד על הנלשן לתופסו או שאר אמתלאות כה״ג עכ״ל ומביאו מהרש״ל בפ״ק דב״ק סוף סימן מ״א וכ״כ רבינו לעיל סימן צ״ט וסימן ס״ה ע״ש תשובת הרא״ש דאזלינן בתר אומדנא. והיינו באומדנות ואמתלאות המוכיחות שאין לדחותם כדפי׳ מיהו נראה ודאי דלענין כמה הפסיד אצל האנס לא סמכינן אאומדנות דאיהו הוא דאפסיד אנפשיה שלא הזמין עדים כשרים ואם לא היה אפשר להזמין מזליה גרים אבל לענין המוסר כדי להעיד עליו שהוא הוא המוסר אפילו בהוכחות ואמתלאות נאמנים עליו לפי שאין פנאי להזמין עדים כשרים על כך ועוד שהרי המלשין נזהר שאין מוסר אלא בצינעא ועל הרוב אי אפשר לידע שהוא המוסר אלא על ידי הוכחות ואמתלאות ואם לא היינו סומכין אאומדנות לא היה נידון שום מוסר לאנסים בדין מלשין בשקר ולא שבקת חיי לכל בריה הלכך סומכין על אמתלאות ברורות לדון עליו ולאפוקי ממונא מידו כשיתברר בעדים כמה הפסיד מכח מסירתו וגדולה מזו כתב רבינו בסימן ב׳ שאפילו עונשין אותו אף על פי שאין כאן עדות ברורה אלא רגלים לדבר וקלא דלא פסיק כל שכן לענין ממון שסומכין על האמתלאות ואומדנות והא דכתב המרדכי בפרק החובל על שם מהר״ם שהמסור נשבע להכחיש את העד היינו כשאין שם אומדנות ואמתלאות אלא עד א׳ בלבד מיהו בתשובת מהר״י קולום שורש קע״ט כתב דאפי׳ אשה יחידה או קרוב או קטן נאמנים בענין מלשינות בעלילה וכו׳ נראה שאין זה אלא תקנה ולא ניתקנה אלא לפי שעה ולא לדורות. וכן כתב בסוף תשובת מהרי״ו (דף ק״ד ע״א) כי ר״ת תיקן בדורו לחייב המלשין בשקר על פי עד אחד וז״ל תשובת הרב פלטיאל בהגהת מרדכי סוף קידושין אע״פ שאין עדים שציוה בפירוש לתופסו מ״מ רגלים לדבר יש ואמתלא וכו׳ מיהו בדיני ממונות אזלינן בתר אומדנא כי ההוא דרבי אחא גמל האוחר בין הגמלים בידוע שזה הרגו וגם במילי דמלשינות אין לכוין עדות ברורה כמו בשאר עדות ובפרק שבועת העדות אמרינן דבדיני ממונות מתקיים העדות בידיעה בלא ראיה ובראיה בלא ידיעה דכתיב והוא עד או ראה או ידע וכו׳ ונראה דבדין זה הכל לפי ראות עיני הדיין וצריך להתיישב בדבר ועיין במ״ש מהרש״ל בספרו פ״ק דב״ק סי׳ מ״א:

סימן שפט

א כשם שאסור וכו׳ ריש פ״ק ארבעה אבות נזיקין השור והבור וכו׳ הצד השוה שבהן שדרכן להזיק ושמירתן עליך וכשהזיק חב לשלם תשלומי נזק במיטב הארץ: ומ״ש אבל עבד ישנו בן דעת וכו׳ משנה במסכ׳ ידים ומייתי לה ריש ב״ק (דף ד׳) וטעמא רבה אית בהו שמא יקניטנו רבו וילך וידליק גדישו של חברו ונמצא זה מחייב את רבו ק׳ מנה בכל יום ויום וכתבו התוס׳ דאפי׳ באין כונתו להזיק דלא שייך טעמא דיקניטנו רבו נמי אינו חייב משום דפעמים דנתכוונו ויאמרו לא נתכוונו מש״ה פטירי בכל ענין שכוונתן גורם הפטור: ומ״ש בהמה דכתיב כי יגוף שור וגו׳ ותנן אחד השור וכו׳ איכא למידק טובא דבפרק הפרה (דף נ״ד ע״א) פריך בגמרא ואימא ונפל כלל שור וחמור פרט אין בכלל אלא מה שבפרט שור וחמור אין מידי אחרינא לא ומסקנא כסף ישיב לבעליו לרבות כל דאית ליה בעלים וכו׳ ובאותו (דף ע״ב) שנינו אחד שור ואחד כל בהמה לנפילת בור וכו׳ וכן חיה ועוף כיוצא בהם א״כ למה נאמר שור וחמור אלא שדבר הכתוב בהווה וכו׳ ומוכח בסוגיא דלא גמרינן בכל מקום שור שור משבת אלא בתלתא דוכתי חסימה ופריקה וכלאי׳ דבהני איכא קראי דמופנה לג״ש אבל לנפילת בור לא למדנו משבת אלא מיתורא דלבעליו דהול״ל כסף ישיב מדכתב ישיב לבעליו לרבות כל דאית ליה בעלים וא״כ היאך כתב רבינו דכי יגוף שור כל בהמה וחיה במשמע דאין לו גמרא ומ״ש ב״י וז״ל וכיון שכן בנזקי שור דכתיב לשון בעלים דרשינן נמי כל דאית ליה בעלים עכ״ל הוא פירוש תמוה דרבינו ידרוש מדעתו מה שלא נזכר במשנה ובתלמוד ונראה ליישב דרבינו דקדק מהמכילתא אצל וכי יגח שור את איש וגו׳ אין לי אלא שור מניין לעשות כל הבהמה כשור הריני דן נאמר כאן שור ונאמר להלן שור מה שור האמור בסיני עשה בו כל בהמה כשור אף שור האמור כאן דין הוא שנעשה בו כל בהמה כשור ואין פירוש האמור בסיני בהפרשת הר סיני דהלא לשם לא הזכיר שור אלא אם בהמה אם איש אלא ר״ל האמור בסיני בדברות האחרונות ושורך וחמורך וכל בהמתך וגו׳ דמריבויא דוכל מרבינן אפי׳ שאר בהמות טמאות וחיה ועוף והשתא צריך לפרש דהסוגיא דפרק הפרה דלא נפקא לן בג״ש משור דשבת אלא חסימה ופריקה וכלאים דאיכא יתורא דקרא דמופנה לג״ש אבל פלוני שור וכל הנך דקחשיב במשנתינו בכל חדא איכא קרא דנילף מיניה אחד שור ואחד בהמה חיה ועוף במשמע אבל בשור שהזיק דליכא יתורא דקרא דוקא שור קאמר ליתא אף על גב דליכא קרא וליכא מופנה לג״ש ילפינן לה שור שור משבת בבנין אב והיכא דאיכא קרא דמופנה אתיא בג״ש ואין משיבין עליה והיכא דליכא קרא דמופנא אתי׳ בבנין אב ואם יש להשיב משיבים עליה וס״ל למכילתא דהכא ליכא מידי להשיב עליה ואתיא בבנין אב והכי משמע להדיא בפ׳ מרובה (בבא קמא דף ס״ז) דפריך תלמודא אהא דתנן התם דמדת תשלומי ד׳ וה׳ אינה נוהגת אלא בשור ושה בלבד ואמאי נילף שור שור משבת מה להלן חיה ועוף כיוצא בהן אף כאן חיה ועוף כיוצא בהן אמר רבא אמר קרא שור שור ושה שור ושה שני פעמים שור ושה אין מידי אחרינא לא אלמא דס״ל לתלמודא דאי לאו שור ושה שני פעמים הוה ילפינן משור דשבת אף על גב דליכא מופנה ואין זה אלא בבנין אב וכדמוכח במכילתא שהבאתי והשתא ניחא דכתב רבינו דקרא דכי יגוף כל בהמה וחיה בעוף במשמע דגמרינן ליה בבנין אב שור שור משבת וכדמוכח במכילתא ובפ׳ מרובה וכ״כ הרמב״ם ריש פ״א מה׳ נזקי ממון וכ״כ הסמ״ג עשה ס״ו ס״ז:

ג ואלו מועדין מתחלה וכו׳ משנה ספ״ק דב״ק ופסק כת״ק דלא כר״א דאמר אם הן בני תרבות אינן מועדין אלא אפי׳ בני תרבות שאדם גידלן בביתו מועדין הן: ומ״ש אפי׳ בהמה גדולה מהן לא ידעתי למה הוצרך לכתבו ואפשר דלפי דבפרק אלו טרפות מחלק תלמודא בדין דריסה דנץ בין בדכוותייהו ובין בדרברבי מינייהו ובדזוטרא מינייהו לכך כתב דלגבי מזיק אין חלוק דאפי׳ בהמה גדולה מהן חייב לשלם הכל והעיקר נראה דלפי דבספ״ק (דף ט״ו) קאמר תלמודא דכלבא דאכל אמרי רברבי שונרא דאכלה תרנגולים רברבי משונה הוא דאין דרך כלב וחתול להורגן מכלל דאלו שהן מועדין אפילו בדרברבי נמי מועדין הן דאי לא היינו כלב. ומ״ש בשם הרמב״ם שכולם חייבים לשלם נ״ש בכל מיני היזק שיזיקו כלומר בין שהמיתו או שהזיקו בנגיחה או בנשיכה ודריסה וכיוצא בהן שאינו מעשה שן ורגל אלא מעשה קרן בין ברשות הניזק בין בר״ה חייב נ״ש וכ״כ הרב המגיד פ״א מנזקי ממון ע״ש וכן הסמ״ג עשה ס״ו ס״ז וכן פי׳ רש״י במשנה ז״ל והרי כלו מועדין אפי׳ בנשיכה ובכל נזקין ומשלמים בעלים שלהן נ״ש והאלפסי גם כן לא הביא אלא המשנה כצורתה ולא הביא הא דאמר שמואל ארי בר״ה דרס ואכל פטור טרף ואכל חייב וטעמו מדאקשינן עלה דשמואל מברייתא דתני בה וכן חיה שנכנסה לחצר הניזק טרפה בהמה ואכלה בשר משלם נ״ש אלמא דאורחיה הוא לטרוף ולאכול כמו לדרוס ולאכול ותולדה דשן הוא וברשות הניזק משלם נ״ש ובר״ה פטור לגמרי ואע״ג דמשני לה רנב״י אשינויא דחיקא לא סמכינן ולפיכך פסק כסתם משנה וכפשטא דברייתא ואין חלוק בין ארי וזאב ונחש זאת היא דעת האלפס הרמב״ם והסמ״ג אבל התוס׳ והרא״ש פסקו כהך דשמואל דלאו בכל ענייני היזקי חשיבי מועדים וכו׳ אבל קשה דרבינו בסי׳ שצ״א סעיף ב׳ פסק בסתם חיה שטרפה בהמה ואכלתה וכו׳ אורחיה הוא וחייב נ״ש והיינו כהך ברייתא שהבאתי וזה שלא כדעת התוס׳ והרא״ש דארי שטרף ואכל לאו אורחיה הוא וי״ל דרבינו נסמך על מ״ש כאן מחלוקת הרמב״ם ור״י והרא״ש דממילא צריך לפרש הא דכתב בסי׳ שצ״א לצדדים מפרשינן ליה להרמב״ם איירי בכל חיה שבעולם ולר״י והרא״ש לא מיירי אלא בכל חיה חוץ מהארי ואע״ג דתלמודא דפריך מהך

ברייתא דתני בה וכן חיה לא מוקמי לה בזאב משום דחיה סתם קתני בין בארי בין בזאב אפ״ה בדברי רבינו שכבר גילה כאן מחלוקת הרמב״ם ור״י והרא״ש בעל כרחך צריך לומר שמ״ש בסי׳ שצ״א לצדדין מפרשינן ליה נ״ל׃

ה ומיהו פועלים וכו׳ בפ׳ המניח (בבא קמא דף ל״ג) ת״ר פועלין שבאו לתבוע שכרן מב״ה ונגחן שורו של ב״ה ונשכן כלבו של ב״ה ומת פטור אחרים אומרים רשאין פועלין לתבוע שכרן מב״ה ואסקינא דאי שכיח ב״ה בשוקא כ״ע מודו דפטור דהוי״ל להמתין עד שימצאהו בשוק ואי שכיח בביתו ולא בשוק לכ״ע חייב ולא פליגי אלא בגברא דשכיח ולא שכיח וקרא אבבא לבעל הבית והשיב לו אין ת״ק סבר אין קום אדוכתך משמע ולא נתן לו רשות לכנוס והלכך פטור ואחרים סברי אין עול תא משמע תניא כמ״ד אין קום אדוכתך משמע דתניא פועל שנכנס לתבוע שכרו מבע״ה ונגחו שורו וכו׳ פטור אע״פ שנכנס ברשות אמאי פטור אלא לאו דקרי אבבא וא״ל אין וש״מ אין קום אדוכתיך משמע ונראה לפע״ד דמתניא בהך ברייתא אע״פ שנכנס ברשות מכלל דלא מיירי בדשכיח ב״ה בשוק דהא ודאי שלא ברשות נכנס וליכא נמי למימר דאיירי בדשכיח בביתו ולא בשוק דא״כ למה פטור הא ודאי אין עול תא משמע כיון דאינו שכיח בשוק וכדכתבו התוס׳ אי נמי אפילו את״ל דקום אדוכתך משמע אף בדלא שכיח בשוקא כלל מ״מ אית ליה רשותא למיעל דמאי הו״ל למיעבד ועוד דרחמנא יהב ליה רשותא למיעל ולמשכוניה וכ״ש לתבוע שכרו כדכתב נ״י ע״ש הרמ״ה אלא ודאי דמיירי בדשכיח ולא שכיח וקרי ליה נכנס ברשות כיון דשכיח נמי בביתי כמו בשוק ואפ״ה פטור דאין קום אדוכתך משמע מכלל דבשכיח ולא שכיח אי לא קרי אבבא וא״ל אין אלא נכנס מעצמו נכנס ברשות הוי וחייב וזהו שלא הזכיר רבינו דקרי אבבא וא״ל אין אלא כתב דבין שהבעה״ב אינו רגיל לצאת לשוק ובין שהורגל לצאת לפעמים בשוק אם פועל נכנס לביתו נכנס ברשות הוא וחייב בעה״ב בנזקיו אם נגחו שורו או נשכו כלבו והכי מוכח להדיא מדברי התו׳ שכתבו דאי שכיח בשוקא פשיטא דקום אדוכתך משמע ואי לא שכיח ודאי עול תא משמע וברייתא דתניא קום אדוכתיך משמע ע״כ בדשכיח ולא שכיח דאי בשכיח זה לא היה קורא נכנס ברשות דפשיטא דקום אדוכתך משמע עכ״ל זע״פ זה יבואו דברי רבינו על נכון שלא הזכיר בדבריו דקרי ליה אבבא וא״ל אין אלא בנכנס בביתו בלא קריאה כלל ושרי ליה מאריה לב״י שהקשה על רבינו וז״ל ויש לתמוה על רבינו שפסק בשכיח ולא שכיח חייב והיינו כאחרים עכ״ל דהלא לא אמרו אחרים דחייב אלא בקרי לי׳ אבבא וא״ל אין דעול תא משמע ובהא לא קי״ל כאחרים אלא קום אדוכתיך משמע ורבינו לא הזכיר דין זה לפי שאפשר דבזמן הוה נשתנה משמעות הלשון כשא״ל אין אי משמע קום אדוכתיך או משמע עול תא אבל בדלא קרי לב״ה אבבא אלא נכנס לביתי בסתם כיון דשכיח ולא שכיח נכנס ברשות היא וחייב ב״ה בנזקיו כנ״ל דעת רבינו והיא מתיישבת ע״פ הסוגיא אבל דעת הרמב״ם פ״י מנזקי ממון קשיא טובא שכתב בנכנס לרשותו לב״ה וקרי אבבא וא״ל אין דקום אדוכתיך משמע ולא חילק בין שכיח ובין לא שכיח אי נמי שכיח ולא שכיח וכך הקשה ה׳ המגיד ונראה ליישב דהרמב״ם מפרש הא דקאמר בגמרא לא צריכא בגברא דשכיח ולא שכיח וקרא אבבא וא״ל אין מ״ס אין עול תא משמע ומ״ס אין קום אדוכתיך משמע אינו תירוץ אחד כפי׳ התו׳ והרא״ש וכנראה משאר מחברים אלא שני תירוצים הם האחד דמוקי לפלוגתייהו בשכיח ולא שכיח ונכנס לביתו בסתם תירוץ השני דמוקי לפלוגתייהו בדקרי אבבא וח״ל אין וכו׳ ואין חלוק כלל בין שכיח בשוקא בין שכיח בביתו ולא בשוקא מכל מקום כיון דקאי אבבא וא״ל אין קום אדוכתיך משמע ולשון וקרי אבבא הוא כאילו אמר אי נמי קרי אבבא וכו׳ ופסק הרמב״ם כתירוץ השני ולכן פסק בסתם דמשמע בין שכיח בין לא שכיח אי קרי אבבא וא״ל אין קום אדוכתיך משמע כנ״ל דעת נכונה וברורה ליישב בו דברי הרמב״ם׃ ומ״ש וכתב א״א הרא״ש בזמן הזה מנהג פשוט וכו׳ יש מקשים איך היה מנהג מקודם זה בישראל שלא יכנס אדם לבית חברו שצריך אליו הפך מוסר דז״ל יהי ביתך פתוח לרווחה ויהיו עניים בני ביתך ולפעד״נ דלא קשיא כלום דבשכיח בשוקא ודאי אין לאדם הגון ליכנס לבית חבירו משום חשד אשתו וכדתנן בפ׳ המוכר פירות מי שיש לו בור לפנים מביתו של חברו וכו׳ זה עושה לו פותחת ומפרש בגמרא דבעה״ב עושה לו פותחת לבורו משום חשד אשתו וכדלעיל בסי׳ קס״ט׃

ו ושן ורגל אין חייבים וכו׳ פ״ק דב״ק (דף י״ד) ת״ר ארבעה כללות היה רשב״א אומר וכו׳ על השן ועל הרגל אינו חייב אלא ברשות הניזק משום דבעינא ובער בשדה אחר. ומ״ש ואצ״ל ברשות המזיק משנה שם (דף ט׳) חוץ מרשות המיוחדת למזיק ובגמרא דא״ל תורך ברשותי מאי בעי. ומ״ש ומיהו אם התיז אבנים וכו׳ פ׳ כיצד הרגל (דף י״ט) וז״ל הרא״ש שם ומסקינן דהתיזה בר״ה והזיקה בר״הי חייב וכו׳ דגלי קרא ברגל ובער בשדה אחר והביעור היה בחצר הניזק׃ ומ״ש או עץ ארוך וכו׳ ברפ״ק דב״ק כתב הרא״ש ושן ורגל פטורין בר״ה דאורחיה הוא וכו׳ ונ״מ מטעם זה שאם היה עץ ארוך מונח מקצתו בר״ה ומקצתו בר״הי ודרסה עליו בר״ה ושברה בר״הי כלים כיון שדרכה לילך ולדרוס עליו פטורין ור״י בר שמואל לא פי׳ כן לקמן גבי שור יוכיח שברשות עכ״ל וס״ל לרבינו דכיון דכתב הרא״ש בסוף דבריו דריב״ש לא פי׳ כן א״כ דין עץ ארוך כדין התיזה בר״ה וכו׳ וחייב בין בזו ובין בזו אבל תימה דבתוס׳ שלנו (דף ו׳ סוף ע״א) בד״ה תאמר בהני לא הזכירו כלל עץ ארוך אלא התיזה בר״ה וכו׳ אבל בעץ ארוך משמע דפטור כיון דדרסה בר״ה כי אורחה וכל מה שמונח לפניה היא הולכת עליו וכסברא הראשונה שכתב הרא״ש וכן עיקר ודלא כרבינו וכך פסק מהרש״ל פ״ק סי׳ ד׳ והאריך ע״ש. ומ״ש וחצר שאינה של שניהם וכו׳ כל זה שכתב רבינו הוא עולה מתוך הסוגיא אהך ברייתא דארבעה כללות והטעם דבחצר שאינה של

שניהם פטור בה שן ורגל משום דבעינן ובער בשדה אחר וליכא וכן כשהיא של שניהם לפירות ולשוורים הו״ל חצר השותפין לגבי שן וליכא ובער בשדה אחר וכן כשהיא של שניהם לשוורים ואין שום אחד מהם רשאי להכניס בו פירות אם הכניס אחד מהם פירות ואכלן שורו של חבירו הו״ל מכניס פירות לחצר המזיק דפטור אבל אם של שניהם לפירות ולא לשוורים לשום אחד מהם אם נכנס שורו של אחד מהם ואכל פירות חברו הו״ל כאילו נכנס לרשות הניזק שלא... הו״ל להכניס לשם שורו כיון שאין לו רשות להכניס שם שורו דלא דמי לר״ה שהרשות בידו להכניס שם שורו וכן כשהיא של שניהם להכניס בה שוורים ולאחד מהם לפירות ג״כ חייב דלגבי שן הו״ל חצר הניזק שהרי אין רשות לשני להכניס בה פירות וא״כ הו״ל לחבירו לשמור שורו שלא יאכל פירות בחצר הניזק ומזה הטעם ג״כ אם הוא של א׳ מהם לפירות ולא לשוורים ושל שני לשוורים ולא לפירות והזיק אותו שהוא לו לשוורים לאותו שהוא לו לפירות בשן ורגל הו״ל שן בחצר הניזק דהו״ל לשמור שורו שלא יזיק בשן בחצר הניזק אבל אם הזיקו בקרן כגון שנגח לשורו של אותו המיוחד לו לפירות פטור דלגבי קרן הו״ל חצר המזיק כיון שהחצר הוא שלו לשוורים ולא לחברו לשוורים ואם הזיק אותו שהוא שלו לפירות לאותו שהוא שלו לשוורים בקרן חייב דהו״ל לגבי דידיה חצר הניזק ובשן ורגל פטור דלא הו״ל להכניס פירותיו כיון שאין לו רשות אלא לשוורים ולא לפירות והו״ל חצר המזיק: ומ״ש וראובן שהכניס וכו׳ ר״פ הפרה דכיון שהכניס הפירות שלא ברשות הו״ל שן בר״ה ושן בר״ה פטור אבל אם הכניס הפירות ברשות הו״ל שן ברשות הניזק וחייב: וחצר שהוא של שניהם לשוורים וכו׳ בפ״ק (דף י״ד) שנינו שום כסף מפרש בגמרא שום זה לא יהא אלא בכסף תנינא להא דת״ר פרה שהזיקה טלית וטלית שהזיקה פרה אין אומרים תצא פרה בטלית וטלית בפרה אלא שמין אותם בדמים ומפרש הרא״ש שיכולים להיות בענין אחד כגון חצר של שניהם המיוחד לשוורים לשניהם ולא׳ מהם לשאר דברים וכו׳ וכך הם דברי רבינו ודלא כפי׳ רש״י:

ז קרן ורגל נקראים אבות וכו׳ כלומ׳ אף ע״פ שאין הנאה להיזקן: ומ״ש ל״ש על כלים גדולים וכו׳ ספ״ק דב״ק (דף י״ו) בלישנא בתרא דר״א אמרינן אפי׳ קטנים לאו אורחיה הוא וכתב הרא״ש שכן נראה דעת רב אלפס אבל הרמב״ם פסק כלישנא קמא דר״א דפכים קטנים אורחיה הוא:

סימן שצ

א רגל הוא אב וכו׳ ריש פרק כיצד הרגל הרגל מועדת לשבר בדרך הלוכ׳ וכו׳ ומפרש בגמרא דה״ק הרגל מועדת היא בכך שמשברת דרך הלוכה והיינו אב והבהמה מועדת להלך כדרכה ולשבר בגופה דרך הילוכ׳ היינו תולדה כגון שנכנס׳ לחצר הניזק והזיקה דרך הילוכה ולא ברגל אלא בגופה הזיק׳ א״נ בשערה הזיק׳ או בשליף שעליה פי׳ המשאוי. וכן באוכף שעליה ובפרומביא שבפיה פי׳ הרסן ובזוג שבצאורה דכל דבר שהוא מחובר בגופו הן שמחובר לגמרי או מחובר במקצתו וכן עגלה המושכת בקרון והוליכה הקרון על הכלים ונשברו כחו הוא ולא צרורות וכן תרנגולים ששברו כלים בכנפיהם ממש לא ברוח שבכנפיהם או שהיו מהדסים וכו׳ פי׳ מרקדין דכיון דהזיקו בגופם או במה שמחובר בגופם תולדה דרגל הוא ודינן כמו רגל לשלם נ״ש בחצר הניזק דשן ורגל דחייבה תורה בבהמה אפילו חיה ועוף במשמע כדלעיל ריש סי׳ שפ״ט: ומ״ש במקצת ספרים או במשאוי שעליה הוא ט״ס וצריך למחקו כי כבר אמר או בשליף העליה כשכשה בזנבה (דף י״ט) כשכשה בזנבה מהו א״ל וכי יאחזנה בזנבה וילך א״ה קרן נמי נימא וכי יאחזנה בקרן וילך הכי השתא קרן לאו אורחיה הא אורחיה וכי מאחר דאורחיה מאי מבעי׳ ליה כשכוש יתירה מיבעיא ליה והרמב״ם מפרש דמ״ד ליה וכי יאחזנה בזבנה וילך לא הבין דבכשכוש רב קמבעיא ליה אלא דבכישכוש כדרך הבהמות קמיבעיא ליה ולפיכך אמר וכי יאחזנה בזנבה וילך ודאי דפטור בר״ה דפשיטא דאורחיה הוא ופריך עליה א״ה קרן נמי ופריק קרן לאו אורחיה הא אורחיה ואקשינן וכי מאחר דאורחיה מאי מבעיא ליה הא פשיטא דפטור בר״ה ופרקינן דכשכוש יתירה קמבעיא ליה אי אורחיה או לא ואבעיא זו לא נפשטא אבל הרא״ש מפרש דמעיקרא הבין דבכשכוש יתירה קמיבעיא ליה ופשיט ליה דאפ״ה פטור והיינו דקאמר וכי יאחזנה בזנבה וילך ופרכינן א״ה קרן נמי ופרקינן קרן לאו אורחיה הא אורחיה ופי׳ הסוגיא דקאמר וכי יאחזנה בזנבה וילך ה״ק הא ודאי דבכשכוש כי אורחא לא תבעי לך דפשיטא דפטור אלא בכשכוש יתירה מבעיא לך ופשיטנא אנא לך דכיון דאינו חייב לאחוז בזנבה ולילך דהלא יש רשות לכשכש כי אורחא השתא אף אכשכוש יתירה נמי פטור ול״ד לקרן דליכא כי אורחא בקרן כלל חייב הוא לשמרה ולנעול דלת בפניה שלא תלך ותזיק בקרן אבל משום כשכוש אינו חייב לנעלה כיון דאורחה הוא בלא כשכוש יתירה והיינו דקאמר קרן לאו אורחיה כלומר לאו אורחיה כלל הא אורחיה היכא דליכא כשכוש יתירה הלכך בכשכוש יתירה נמי פטור ותלמודא הוא דמפרש לן בתר הכי להך בעיא דלאו אכשכוש כדרך כל הבהמות מיבעיא ליה דהא פשיטא היא אלא בכשכוש יתירה קמבעיא ליה ופשיט ליה דכשכוש יתירה נמי פטור כנ״ל לפרש הסוגיא ומלשון הרא״ש משמע דמפרש כפשוטו דאכשכוש יתירה נמי פשיט ליה דאורחיה הוא דלא הו״ל שינוי כלל והוי כמו רגל ומכל מקום איך שיהיה הפירוש בסוגיא כמו שפסק הרא״ש כך הוא העיקר ודלא כפירוש הרמב״ם: ומ״ש אבל כשכשה באמתה וכו׳ שם. ומ״ש בשם הרמב״ם דאם תפס הניזק גובה וכו׳ כ״כ בספ״א מהל׳ נזקי ממון ומ״ש ור״י פי׳ וכו׳ כ״כ לשם הרא״ש. ומ״ש אפי׳ אם הזיק לאדם אחד וכו׳ ואינו יכול

לומר וכו׳ צ״ע מנ״ל לרבינו להורות כך ומדברי הרמ״ה בסימן רס״ח משמע בהפך גבי בעיא דכליו של מוכר ברשות לוקח או כליו של לוקח ברשות מוכר דקמיבעיא לן ולא אפשיטא דפסק דאי מתרמי תרווייהו גבי חד לוקח וחד מוכר וכו׳ דאתי לוקח עליה ממה נפשך וכן בתרי תובעים וחד נתבע היכא דכתבי הרשאה זה לזה גבי חד מינייהו ממה נפשך כדלעיל בסי׳ מ״ג סעיף י״ט וסי׳ מ״ט סעיף י״ג ע״ש. ואחר העיון נראה דרבינו דקאמר אפי׳ הזיק לאדם אחד בר״ה וברשות הניזק וכו׳ לא מיירי אלא בב׳ בהמות שהזיקו דכיון דלא איפשיטא לן אי אורחיה דהאי בהמה בהכי או לאו אורחיה הוא הלכך בהך בהמה דהזיקה בר״ה פטור לגמרי דדילמא אורחיה הוא והוי תולדה דרגל דפטור בר״ה ובהך בהמה דהזיקה ברשות הניזק אמרינן דילמא לאו אורחיה הוא והו״ל קרן ברשות הניזק ואינו משלם אלא ח״נ אבל בבהמה אחת מודה רבינו דבא עליו ממ״נ ודלא כמהרו״ך שאמר דכיון דשורו הזיק ולא הוא עצמו הולכים בשניהם להקל דדברים אלו אין להם לא שורש ולא ענף אלא כדפרי׳ ומש״ה לא כתב רבינו דין זה אלא כאן דמספקא לן אי אורחיה דבהמה בהכי אי לא אבל בבעיא דאי יש שינוי לצרורות וכו׳ דהויא ספיקא דדינא אתא עליה ממ״נ אפי׳ בשתי בהמות וה״ה בכל מקום דאיכא ספיקא דדינא ודו״ק: ומ״ש רבינו אם תפס גוף המזיק וכו׳ היינו משום דתם אינו משתלם ח״נ אלא מגופו הלכך אם תפס דבר אחר אינו גובה כלום וכמו שנתבאר לעיל סי׳ א׳ סוף סעיף ו׳ מתשובת מהרי״ק בשורש קס״א ע״ש וכ״כ בסי׳ שצ״א סעיף א׳ בדין לחם בסל:

ב בהמה שהלכה בר״ה והתיזה וכו׳ ריש בבא קמא (דף ג׳) אסיקנא דפשיטא ליה לרב פפא דצרורות דהלכתא גמירי לה דהיא תולדה דרגל ופטור בר״ה משלם ח״נ מן העלייה אם הזיק בחצר הניזק וכך פסקו כל הפוסקים דלא כרבא דקמבעיא ליה והכא מיירי בהתיזה ברשות הניזק והזיקה לשם בצרורות דהתם פשיטא דחייב ובסמוך כתב דאפי׳ התיזה בר״ה והזיקה ברשות הניזק נמי חייב. ומ״ש וכן כל כיוצא בזה וכו׳ ל״ש תרנגולין וכו׳ ר״פ כיצד הרגל (דף י״ז): בהמה שהטילה גללים וכו׳ שם: בהמה שהלכה בר״ה והתיזה שם צרורות והלכו לרשות הניזק וכו׳ הכי אסיקנא בפ״ב (דף י״ט) בבעיא דר׳ ירמיה דהיתה מהלכת בדרך והתיזה צרורות בר״ה והזיקה ברה״י נמי חייב ולא אמרינן הואיל ועקירה הואי במקום פטור פטור: היתה מהלכת ברשות הניזק וכו׳ על הראשון משלם נ״ש וכו׳ משנה ר״פ כיצד הרגל וכתבו התוס׳ בשם ר״י דאיצטריך לאשמועינן דסד״א דמשונה הוא כיון דדרסה כ״כ בחוזק שניתז השבר על כלי אחר ושברו ומסתמא להזיק נתכונה עכ״ל: ואין חלוק בין כחו לכח וכו׳ כך כתב הרא״ש שם דהכי מוכח מבעיא דרב אשי כח כחו לסומכוס ככחו דמי או לאו ככחו דמי: דרסה על הכלי ולא נשבר ונתגלגל וכו׳ שם בעיא דרבא אי בתר מעיקרא אזלינן כשדרסה עליו וכאילו נשבר אותה שעה וחייב נ״ש א״ד בתר תבר מנא אזלי׳ והוי צרורות ואינו משלם אלא ח״נ ואסיקנא דפשיטא ליה לרבא דבתר מעיקרו אזלינן וכתב הרא״ש דהאלפסי פסק כרבה משום דפשיטותא דרבה מוציאה מידי ספק דרבא ועוד דרבא תלמידו דרבה עכ״ל. הלכה ברשות הניזק ובעטה וכו׳ שם בעי רב אשי יש שינוי לצרורות לרביע נזק ופרש״י לרבנן דפליגי אסומכוס ואמרי צרורות כי אורחיה ח״נ היכא דשינה בהן כגון בעטה ברגלה ומחמת בעוט התיזה צרורות ושברה כלים מי חשיב שינוי וכו׳. ומ״ש בשם הרמב״ם כ״כ בפ״ב מנזקי ממון. ומ״ש רבינו וזה במקום שדנין קנס וכו׳ שם כתב הרא״ש וז״ל ומיהו תימה למה לא הביא רב אלפס הך בעיא דרב אשי אם יש שינוי לצרורות לרביע נזק וסלקא בתיקו ואפשר דסבר דאין נפקותא בהך בעיא משום דלא מצינו בכל צרורות דבעוט דהוי משונה וקנסא הוא אלא א״כ תפס לא מפקינן מיניה עד דמשלם ח״נ כיון שעלתה בתיקו והוא מוחזק הלכך אין נפקותא בבעיא זו דבלא תפיסה לא דיינינן וכי תפס גובה ח״נ מיהו תימה כיון דספיקא דדינא הוא מאי מהניא תפיסה וכו׳ וכן נוטה דעת ר״י בעל התוספות ז״ל בפ״ב דכתובות הלכך נראה דאם בעטה והתיזה אפי׳ אם תפס לא גבי אלא רביע נזק ואידך מפקינן מיניה עכ״ל. ומ״ש רבינו דהך בעיא דרב אשי בהלכה ברשות הניזק היינו כפי׳ רש״י שהבאתי אבל מדברי הרמב״ם ומביאו ב״י מבואר דבהלכה בר״ה והזיק׳ בר״ה נמי מבעי ליה אם יש שינוי לצרורו׳ ומשלם רביע נזק כתולדה דקרן או אין שינוי לצרורות ותולדה דרגל היא ובר״ה פטור לגמרי ופסק דאי לא תפס פטור לגמרי ואי תפס משתלם רביע נזק מיהו לר״י ודאי אפי׳ אם תפס פטור לגמרי ומוציאה מידו מה שתפס ונראה דלפי דרבינו תופס עיקר כדעת ר״י והרא״ש לפיכך לא כתב כאן דין הלכה בר״ה והזיקה בר״ה דפטור לגמרי אלא כתב דין הלכה ברשות הניזק וכו׳ ע״פ פרש״י בבעיא זו דלהרמב״ם אם תפס ח״נ אין מוציאין מידו ולר״י לא גבי אלא רביע נזק אפי׳ אם תפס: ואם הלכה במקום שאי אפשר וכו׳ שם בעיא דר׳ אבא בר ממל ומדברי הרא״ש משמע דבעיא זו במהלכת בר״ה היא וכ״כ רבינו דלא כמ״ש התוס׳ דאין לפרש בעי׳ זו במהלכה בר״ה ע״ש: ומ״ש בשם הרב רבינו משה בר מיימוני שם וכ״כ הרא״ש לשם למאן דס״ל דכל תיקו דתפס לא מפקינן מיניה ואע״ג דאיכא הכא ספק ספיקא לח״נ דדילמא אורחיה הוא ופטור לגמרי בר״ה ואת״ל השתא מחמת ביעוטא קאתי דילמא יש שינוי בצרורות לרביע נזק אפ״ה אי תפס ח״נ לא מפקינן מיניה אבל לר״י אי בר״ה אפילו תפס מפקינן מיניה ואי ברשות הניזק גובים ממנו רביע נזק אם תפס המזיק עצמו דכיון דתולדה דקרן הוא אינו משתלם אלא מגופו: וכשם שחייב וכו׳ שם סוף (דף י״ח) בעי רבא יש העדאה לצרורות פי׳ בדאייעד בצרורות כי אורחיה ג׳ זימני משלם נ״ש או אין העדאה לצרורות ואינו משלם אלא ח״נ ת״ש דתני רמי בר יחזקאל תרנגול שהושיט ראשו לאויר כלי זכוכית ותקע בו ושברו משלם נ״ש וא״ר יוסף אמרי בי רב סוס שצנף וחמור שנער ושיבר את הכלים משלם ח״נ מאי לאו כגון דעבד ג׳ זמני ובהא קמפלגי מ״ס יש העדאה ומ״ס אין העדאה לא בחד זימנא ובפלוגתא דסומכוס ורבנן קמיפלגי ופריך והא משונה הוא התרנגול

שאין דרכו לתקוע בכלי ופריק דאית ביה בזרוני דאורחיה להכניס ראשו בתוכו ולאכול זרעים וכיון דאורתיה לאכול אורחיה נמי לצעוק וכתב הרא״ש דאין הלכה כדתני רמי בר יחזקאל דסבר כסומכוס אלא כרב יוסף אמרי בי רב דסבר כרבנן וצרורות ת״נ הוא דמשלם ודוקא בדאית ביה זרעי׳ דצרורות כי אורחיה הוא כששיבר הכלי כשתקע בו אבל לית ביה זרעים הו״ל צרורות בשינוי ורביע נזק הוא דמשלם וכתב שכך היא דעת רב אלפס וכך הם דברי רבינו ותמה על הרב רבינו משה בר מיימוני דפסק דאפי׳ אין בו זרעוני׳ משלם ח״נ שהוא משונה וכמו שהשיג עליו הראב״ד וה׳ המגיד כתב ליישב דעת הרמב״ם וסוף דבריו ועדיין צ״ע ומביאו ב״י וקשיא לי על דברי ה׳ המגיד דלפי פירושו בדברי הרב רבי׳ משה בר מיימוני דלא אמרינן יש שינוי לצרורות אלא דוקא בשיש שינוי בגוף המעשה כגון התזת צרורות ע״י ביעוט אבל כשאין שנוי בגוף המעשה כגון תקיעת תרנגול אע״פ שאין דרכו להכניס ראשו לאויר הכלי אין זה שינוי בצרורות אלא תולדה דקרן הוא עכ״ל א״כ לפי זה לא הו״ל לה׳ המגיד לדחוק ולפרש דקושיית והא משונה הוא לסומכוס בלבד הקשו ולא לרבנן אלא איכא למימר דבין לסומכוס ובין לרבנן הקשו והא משונה הוא כלומר מאחר שאין שינוי זה בגוף המעשה אין זה שינוי בצרורות אלא סתם משונה הוא ותולדה דקרן הוא ולא צרורות ע״י שינוי ומשלם ח״נ בלבד כקרן תמה בין לסומכוס ובין לרבנן ואמאי קא אמר׳ דלסומכוס משלם נ״ש ולרבנן ח״נ ומשום צרורות ופריקו אליבא דתרוייהו דשדי בה בזרוני ודרכו בכך הלכך אית ביה משום צרורות כי אורחיה לסומכוס כדאית ליה ולרבנן כדאית להו אבל בדלית ביה ביזרוני תולדה דקרן הוא לדברי הכל ושיטה זו ברורה וישרה ולפעד״נ דבשיט׳ זו הלך גם רב אלפס בהלכות דהביא הך דתני רמי בר יחזקאל דמשלם נ״ש וכתב עלה והוא דהוו ביה בזרוני אבל לא הוה ביה בזרוני משונה הוא וח״נ הוא דמשלם והביא נמי הך דרב יוסף אמרי בי רב סוס שצנף וחמור שנער ושבר את הכלים משלם ח״נ דהדבר פשוט דלא הביא להך דתני רמי בר יחזקאל לקבוע הלכה כמותו דא״כ לא הו״ל להביא דברי רב יוסף אמרי בי רב דפליג עליה אלא ודאי הלכה כרב יוסף אמרי בי רב ובתרנגול אפי׳ הוו ביה בזרוני נמי אינו משלם אלא ח״נ כדין צרורות כי אורחיה לרבנן ולא הביא להך דתני רמי בר יחזקאל אלא לאוריי לן דאין לו דין צרורות אלא דוקא דהוו ביה ביזרוני דהו״ל צרורות כי אורחיה אבל אי לא הוו ביה בזרוני משונה הוא ותולדה דקרן הוא ומשלם ח״נ כקרן תמה ככל הקנסות ולא מדין צרורות וכמ״ש הרמב״ם להדיא כך היא דעת האלפסי ודלא כהרא״ש ונ״י דס״ל דרי״ף סובר דלרבנן בדלית ביה בזרוני רביע נזק הוא דמשלם אלא כדפרישית עיקר ונתיישבה השגת רבינו והראב״ד על דברי הרמב״ם ולא קשיא ולא מידי׃

ג תרנגול שהיה הולך וכו׳ משנה ר״פ כיצד הרגל פי׳ וחייב נ״ש משום דהו״ל רגל׃ היו חוטין וכו׳ אם גררה ושברו׳ דרך הלוכו הוו כגופו ומשלם נ״ש טעמו דדבר המחובר לגופו בגופו דמי וכמו עגלה המושכת בקרון לעיל ר״ס זה׃ זרקו ושבר בה את הכלי משלם ח״נ כלומר דאם לא היה קשור בגופו אלא נטלו וזרקו א״נ אפי׳ קשור בגופו אלא בזריקתו נתלש מגופו והזיק הו״ל צרורות ומשלם ח״נ מן העליה וקאמר בד״א דיש לו דין צרורות בחוט של הפקר וכו׳ כ״כ הרא״ש דאם התיזה ממון בעלים צרורות אלו הם אש והוא כאבנו וסכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו דמשלם נ״ש הכא נמי חייב נ״ש משום הדליל שלא הצניעו׃ ומ״ש אבל הצניעו בעליו וכו׳ חזר וכתב זה כדי לכתוב עליו ואם הזיק החוט אחר שנח פטור וכו׳ פי׳ דאם לא הזיק בשעת זריקתו לדליל אלא דלאחר דנח הדליל מזריקתו הזיק הדליל פטור דכיון דלא הזיק בהליכתו דהו״ל רגל וגם לא הזיק בזריקתו דהו״ל צרורות אלא הזיק החוט לאחר שנח מזריקתו והו״ל בור שכרה התרנגול וכתיב כי יכרה איש בור וכו׳ ומ״ש לפיכך החוט שיש לו בעלים כו׳ כלומר לפי זה נמשכו חלוקי דינים אלו דאם הדליל יש לו בעלים וכו׳ והתרנגול של הפקר חייב בעל הדליל נ״ש בין שבר דרך גרירה דהו״ל רגל בין זרקו ושבר בו דהו״ל צרורות כיון דהתיז דבר שיש לו בעלים הו״ל כאבנו וסכינו ומשאו וכו׳ דחייב משום אשו נ״ש וכ״כ הרא״ש ואם לא הזיק הדליל אלא לאחר שנח מזריקתו כתב הרמ״ה השתא כיון דהבעלים לא הצניעו את הדליל הו״ל בורו המתגלגל ופטור בכלים ואם בהדי דאזיל אזיק חייב בו משום אשו פי׳ ואפי׳ הזיק כלים נמי חייב ואע״ג דגם מדברי הרא״ש משמע כך דבדליל דבעל התרנגול ולא אצנעיה אע״ג דאדייה אדויי משלם נ״ש כאבנו וסכינו וכו׳ ומשמע ודאי דחייב בו אף על הכלים משום אשו וכדפרישית בסמוך מ״מ כתב רבינו כך ע״ש הרמ״ה לפי שהוא כתב בפי׳ חלוק זה בדבריו׃ ומ״ש רבינו ואם יש לחוט בעלים כלומר ולא אצנעיה גם לתרנגול בעלים והרי הם שותפים בהיזק זה אם ההיזק דרך גרירה משלם כ״א החצי אבל אם הזיק בו דרך זריקה דהו״ל צרורות ומשלם ח״נ וכיון דהם שותפים אין בעל התרנגול חייב אלא המחצה דהיינו הרביע ובעל החוט ג׳ חלקים כרבי נתן דאמר כי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי ואם הזיק לאחר שנח מזריקתו פטור בעל התרנגול משום דכתיב כי יכרה איש בור ולא שור בור וחייב בעל החוט הכל דכיון דלא אצנעיה הו״ל בורו המתגלגל ולא היה צריך כאן לחזור ולפרש דפטור בו הכלים שכבר כתב כן ע״ש הרמ״ה׃ ומ״ש ואם קשר אדם החוט וכו׳ כ״כ הרא״ש והטעם דהקושר הוא שכורה בור ברגל התרנגול והו״ל בורו המתגלגל ברגלי אדם וברגלי הבהמה ואין חלוק בין חוט של הפקר וכו׳ וכתבו התו׳ דה״ה אם היה החוט מונח במקום מוצנע והניחו אדם במקום תורפו וע״י זה נקשר בתרנגול הו״ל כאילו קשרו בידים ומביאו ב״י. כתב מהרש״ל על דבר הרמ״ה וז״ל ולא נהירא לי כי אבנו וסכינו ומשאו שנפלו ברוח מצויה והזיקו בהליכה דחייב משום אשו בפ״ק היינו שהניחן בראש גגו דהיינו ברשותו כסתם אש הנאמר בתורה אבל האי דלא אצנעיה היינו שהשליכו ברשות הרבים וכל תקלה ברשות הרבים בור

הוא ועוד דבקשרו אדם אמרינן בגמ׳ משום מאי מחייב משום בורו המתגלגל ולא אמרינן משום אשו והיינו משום דכל תקלה בר״ה בור הוא ומ״מ אם קושר אדם הדליל בתרנגול בביתו והלך לחוץ והזיק הוי כאשו וחייב נמי בכלים בין הזיק בהליכתו בין בזריקתו ואם הזיק אחר שנח חייב משום בור ופטור בכלים עכ״ל בפרק שני סימן ח׳:

ד תרנגול שהיה מחטט בחבל וכו׳ ברייתא פ״ב סוף (דף י״ז) ואסיקנא דאם העיסה דבוקה בחבל אפי׳ היה חבל חדש וחזק אפילו הכי כיון דמדובקת בו עיסה מחטט בו טובא ובחוזק עד שנפסק החבל ונתגלגל הדלי ונשבר והאי אורחיה הוא וחייב נ״ש בין על החבל בין על הדלי אע״ג שלא נשבר הדלי אלא במקום שנתגלגל בתר מעיקרו אזלינן כדלעיל בדין דרסה על הכלי ולא נשבר ונתגלגל וכו׳ אבל כשאין בו עיסה ואין מחטטין אלא למצוץ המים שבחבל אם הוא חדש וחזק אי אפשר למצוץ המים ממנו ואם נפסק על ידי חטיטה משונה הוא דלאו אורחיה לחטוט בו כל כך ואינו חייב אלא ח״נ בין על הדלי בין על החבל אבל אם הוא בלוי שדרכו לחטוט בו טובא למצוץ המים ואורחיה הוא לפסוק ע״י חטיטה זו חייב נ״ש בין על החבל בין על הדלי ואם החבל חדש ומחטיט בחבל והולך אחר הדלי לשתות ממנו וגבלגלו עד המקום שנשבר שם חייב נ״ש על הדלי אבל על החבל אינו חייב אלא ח״נ כיון דמשונה הוא שיהא נפסק החבל חדש ע״י חטיטה זו היא דעת הרא״ש לשם בשם הראב״ד בפירושו הראשון אבל בפי׳ השני כתב דאם הוא הולך אחר הדלי לשתות מים מן הדלי אפי׳ על החבל משלם נ״ש דרוצה להפסיק החבל כדי שיפול הדלי וישתה מן המים שבו הלכך כיון דאורחיה לשתות מן הכלי אורחיה נמי למיחטט בחבל ורבינו כיון שראה לשני הפירושים לא כתב בפי׳ היאך דינו של חבל אלא כתב סתם דאם הולך אחר הדלי ומגלגלו עד המקום שנשבר שם חייב נ״ש משמע מלשונו דלא כתב דחייב נ״ש אלא על הדלי אבל מדין תשלומי חבל לא כתב בו כלום והוא לפי שנסתפק אי כפי׳ הא׳ או כפי׳ הב׳ נ״ל:

ה הכלב והגדי וכו׳ משנה וגמרא שם והחלוק בין כלי ארוך לשאינו ארוך כתבוהו התו׳ והרא״ש. ומ״ש ואם דלגו מלמטה למעלה ושברו כלים אנוס הוא ופטור לגמרי שם ברייתא ממטה למעלה פטורים ופי׳ התו׳ והרא״ש פטורים לגמרי אפי׳ ח״נ אינו משלם אפי׳ גדיא בזקירא וכלב בשריפה דאנוס הוא אבל ריי״ף כתב פטורים מנ״ש וחייבים בח״נ וכן פרש״י: ומ״ש בד״א מלמעלה למטה וכו׳ שם ת״ר הכלב והגדי שדלגו ממטה למעלה פטורים מלמעלה למטה חייבים והתניא הכלב והגדי שדלגו בין מלמעלה למטה בין מלמטה למעלה פטורים תרגמא רב פפא דאפיך מיפך כלב בזקיר׳ גדיא בסריכא א״ה אמאי פטורים פטורים מנ״ש וחייבים בח״נ לפי גירסא זו מבואר דבדלגו מלמעלה למטה כי אורחייהו חייבים נ״ש ואי אפיך חייבי׳ ח״נ אבל מלמטה למעלה אפי׳ כי אורחייהו פטור לגמרי משום דאניס הוא לפי דעת התו׳ והרא״ש ולריי״ף לאו אנוס הוא אלא משונה ומשלם ח״נ ואיכא לתמוה דמשמע מדברי הרא״ש ורבינו דבדלגו מלמעלה למטה ס״ל לריי״ף דבדלגו כי אורחייהו חייבים נ״ש ואי אפיך חייב ח״נ כדעת התוס׳ והרא״ש ולא נחלק ריי״ף אלא בדלגו ממטה למעלה והא ליתא שהרי כתב וז״ל ת״ר הכלב והגדי שקפצו מראש הגג מלמעלה למטה ושברו כלים חייבים ממטה למעלה פטורים מנ״ש וחייבים בח״נ ודוקא בדאפיך מיפך כלבא בזקירא וגדיא בסריכא אבל כלבא בסריכא וגדיא בזקירא בין ממעלה למטה בין ממטה למעלה חייבים בנ״ש עכ״ל הרי דס״ל דבלמעלה למטה אפי׳ כי אפיך מיפך חייב נ״ש ואי דלא כי אורחייהו אפי׳ מלמטה למעלה חייב נ״ש וכך פסק הרמב״ם בפ״ב מנזקי ממון להדיא ונ״ל שהם היו גורסים בגמרא והתניא הכלב והגדי שדלגו בין מלמעלה למטה בין מלמטה למעלה חייבים דהשתא משני רב פפא דהך ברייתא דתני בה מלמטה למעלה פטורים בדאפיך מיפך ופטורים מנ״ש וחייבים בח״נ אבל מלמעלה למטה חייבים בח״נ אפי׳ כי אפיך מיפך ואידך ברייתא דאפי׳ מלמטה למעלה נמי חייבים מיירי בדלגו כי אורחייהו וחייבים נ״ש וצ״ל דהו״ל להרא״ש ורבינו נוסחא אחרת בדברי ריי״ף. וכך צ״ל דהו״ל לרבינו נוסחא אחרת בדברי הרמב״ם ויתבאר בסמוך: ומ״ש ואדם ותרנגול וכו׳ ברייתא שם אדם ותרנגול שדלגו בין מלמעלה למטה בין מלמטה למעלה חייבים והקשו התו׳ והרא״ש מה חידוש באדם דחייב דפשיטא דאדם מועד לעולם ותירצו דאתא לאשמועי׳ דאם הפקיד ביתו לשמור וכו׳ ואינו יכול לטעון דאנוס היה כמה שדלגו מלמטה למעלה דאורחיה דאדם הוא לדלג גם ממטה למעלה:

ו ומ״ש והרמב״ם כתב קפצו וכו׳ ולא נהירא דהיאך יתחייבו ע״י שינוי טפי מכי אורחיה אין ספק שכפי הנוסחא בספרי רבינו אין מקום למה שאמר ולא נהירא דאפי׳ בר בי רב דחד יומא לא יהא טועה לומר דברים כאלו שאין להם שחר וכמו שכתב בב״י וכך תפסו עליו שאר אחרונים אבל הדבר ברור שטעות נפל בספרי רבינו וצריך להיות אבל אם נסרך הכלב וקפץ הגדי בין מלמעלה למטה בין ממטה למעלה חצי נזק. שכך היתה נוסחת הרמב״ם לפני רבינו ולכך השיג ואמר ולא נהירא דהיאך יתחייבו ע״י שינוי טפי מאורחיה כלומר ואין ספק דאיכא ט״ס בדברי הרמב״ם והלומדין שהיו מלפנינו הגיהו נ״ש במקום ח״נ לפי שכך היא הנוסחא האמיתית בדברי הרמב״ם והגהה זו גרמא בנזקין היתה להרהר על דברי רבינו שכתב ולא נהירא והמדקדק בתחלת לשון הרמב״ם שהביא רבינו יבין מתוכם שסוף לשון הרמב״ם הוא ח״נ ואין להאריך ולבאר זה:

סימן שצא

א שן הוא אב וכו׳ משנה רפ״ב דב״ק. ומ״ש בין אם אכלתן וכו׳ רפ״ק דב״ק:

ב ומ״ש בד״א שאוכלת דבר הראוי לה וכו׳ בפ״ב (דף י״ט וכ׳) כל הסוגיא ומ״ש חיה שטרפה בהמה ואכלתה וכו׳ ברייתא שם ולמ״ש רבינו בסי׳ שפ״ט ס״ג ע״ש ר״י והרא״ש מיירי הכא בכל חיה חוץ מהארי ולהרמב״ם מיירי אפי׳ ברי ע״ש: כתב מהרש״ל יש מקשים אהא דקאמר וחזיר שאכל חתיכת בשר הלא אסור לגדל חזירים וי״ל כגון שקבל עליו ארור דרבנן אי נמי דקבלן העכו״ם בחובו דשרי וכגון צייד דנזדמנו לו עופות או חיות טמאים דשרי למוכרה וקודם שמכרו הזיק עכ״ל ועי״ל שהישראל הוא שומר חזיר לעכו״ם או רועה שלו דאינו בכלל ארור כיון דאין החזיר שלו אבל לענין נזקין חייב השומר: ומ״ש בשם הרא״ש דוקא בפחת שפחתה מיתה וכו׳. בפ״ק דב״ק אמתני׳ אכלה כסות או כלים משלם ח״נ דקדק כן וכך פסק בש״ע אבל מהרש״ל השיג עליו ואמר דכיון דהתחלת ההיזק משונה דכלב המית אמרי רברבי ושונרא תרנגולים אף על האכילה שאכל לאחר שהמית אינו משלם אלא ח״נ והאריך בראיותיו בפ״ב סי׳ ט׳ ודבריו נכונים וכך משמעות שאר פוסקים דלא כהרא״ש ולכן אין להוציא מיד (הניזק כלום) [המזיק]:

ג אין חיוב השן וכו׳ כ״כ התוס׳ דהכל תלוי באכילה ולא בלקיחה ע״ש בפ״ב (כ״ג) בד״ה תפשוט דפי פרה ומ״ה כתב הרמ״ה דלקחה בר״ה והלכה ואכלה ברשות הניזק דאזלינן בתר אכילה: פי פרה כחצר הניזק דמי. הכי משמע לשם בסוגיא דהכי נקטינן ולפי שקשה תיפוק ליה דהבהמה עומדת בחצר הניזק ונוטלת המאכל בפיה ואוכלת בחצר הניזק וקרינן ביה ובער בשדה אחר ולאיזה צורך קאמרי׳ דפי פרה כחצר הניזק דמי לפיכך כתבו התוס׳ והרא״ש דנ״מ אפי׳ במקום שאין לחייב על הנטילה וכו׳ וה״ה דאיכא למימר דנ״מ אם לקחה בר״ה המאכל בפיה והלכה ואכלה ברשות הניזק דאי פי פרה כרשות מזיק דמי פטור ואי פי פרה כרשות הניזק דמי חייב וכדכתב הרמ״ה בסמוך אלא דחדא מינייהו נקט: לשון הרמב״ם כלב וכו׳. בפ״ג מנזקי ממון וכתב שם דבנטלו מחצר הניזק והוציאו משם בין לר״ה ובין לחצר אחרת אינו משלם אלא מה שנהנה וכשאכלו ברשות הניזק אפילו בשדה שלו כאילו אכלן בתוך החצר שנטלו משם וכל זה מוכח בסוגיא דחררה וגדיש ולא כתבו בשם הרמב״ם אלא לפי שמה שצריך לשלם מה שנהנה לא הוזכר בסוגיא אלא בנטלו בר״ה ואכלו בר״ה והרמב״ם כתב זה אף בנטלו מרשות הניזק ואכלו בר״ה או בחצר אחרת ועוד נראה דהעתיק לשון הרמב״ם לפי שאפשר להבין מדבריו דדוקא בנטלו מחצר הניזק ואפילו בשדה של בעל החצר משנם נ״ש אבל נטלו מר״ה ואכלו בשדה של ניזק או בחצרו פטור דלא כהרמ״ה דלעיל דאל״כ למה לו להרמב״ם לומר כלב שנטל בחצר הניזק והוציאו לר״ה וכו׳ כיון דאפילו בנטלו בר״ה ואכלו בר״ה נמי משלם מה שנהנה אלא נקט שנטל בחצר הניזק לאורויי דבסיפא באכלו ברשות הניזק אינו חייב אלא בנטלו בחצר הניזק אבל נטלו מר״ה ואכלו בחצר הניזק פטור משום דלא אזלינן בתר אכילה אלא להקל על המזיק כגון שנטלו מרשות הניזק ואכלו בר״ה אבל להחמיר עליו בנטלו בר״ה ואכלו בחצר הניזק לא אזלינן בתר אכילה: כל מה שנקרא חצר הניזק לגבי רגל כפי מה שפי׳ למעלה וכו׳ כלומר דבסי׳ שפ״ט ס״ו כתב בהלכות רגל איזה הוא חצר הניזק חייב בו ג״כ על השן וב״י התרעם על לשון רבינו ול״ק מידי:

ד אכלה בר״ה משלם מה שנהנית פליגי בה רבה ורבא וכו׳. בפ״ב דב״ק (דף כ׳) ונראה דגם הרמב״ם היה מסופק אי הלכה כרבה או כרבא וכדכתב רב אלפס ולכך כתב דמשלם דמי עמיר או שעורים דאיזה מהם שהוא פחות משלם ולפ״ז פי׳ עמיר אינו כפירש״י תבן או קש אלא שעורים בשבלים קודם דישה כן פי׳ ה׳ המגיד והוא הנכון דלא כמ״ש ב״י: ומ״ש דמסקנת הרא״ש כהראב״ד. לפי שהביא דבריו באחרונה נראה שכך היא מסקנתו וזו היא דעת רבינו בספרו שקורא מסקנת הרא״ש מ״ש באחרונה. וכתב מהר״ם איסרל״ש דכיון דכתב נ״י דהרמ״ה וריטב״א פסקו כרבא הכי הלכתא ודלא כב״י שכתב דכיון דהרי״ף והרמב״ם מסופקים נקטינן קולא להנתבע ואינו משלם אלא דמי עמיר פי׳ תבן כפרש״י דלא שבקינן פשיטותא דהאחרונים ורבים מקמי ספיקא דהרי״ף והרמב״ם עכ״ל וכך פסק מהר״ש לוריא בסי׳ ט״ו והכי נקטי׳. וכתב עוד דפירוש דמי שעורים בזול היינו אם אכלה שעורים משלם שליש פחות אם היה גם הוא קונה לה שעורים לפעמים אע״פ שאינו רגיל דאנן אומדין דעתו שהיה קונה לו גם עכשיו בזול אבל אם לא היה מאכילה אלא תבן או דשא כל ימיה אע״פ שאכלה עכשיו שעורים אינו משלם אלא דמי עמיר דרבא נמי מודה בה ובריייתא דת״כ דרבא הכי משמע אכלה קב או קביים אין אומרים לשלם דמיהם אלא אומרים כמה אדם רוצה להאכיל לבהמתו דבר הראוי לה אע״פ שאינו רגיל ובכלל אע״פ שאינו רגיל משמע נמי אע״פ שאינו רגיל בזה השיעור אלא פחות או יותר אזלינן בתר שיעורא דרוב בני אדם בין לקולא בין לחומרא דהכל תלוי בשיעור הראוי לה ובדבר שהוא ראוי לה ע״ש:

ה היו הפירות מונחים בצידי הרחבה. משנה שם (דף י״ט) ובגמרא (דף כ״א) פליגי רב ושמואל במחזרת פי׳ שהחזירה ראשה מרחבה ואכלה פירות בצידי רחבה דלרב משלמת מה שהזיקה דהו״ל כמו בהמה שעומדת בר״ה ואכלה מתוך חצר הניזק ולשמואל אינו משלם אלא מה שנהנית דכיון דיכולה לאכול ע״י חיזור אין לו רשות לשטוח שם פירות וחשיב כאילו אכלה בר״ה והלכה כשמואל בדיני ואע״ג דללישנא בתרא במחזרת כ״ע לא

פליגי דחייבת כי פליגי במקצה מקום וכו׳ כבר פסקו הרב אלפס והרמב״ם והרא״ש כלישנא קמא וכשמואל דאפילו במחזרת פטור ואינו משלם אלא מה שנהנית אלא אם כן דשבקה לרחבה ואזלה וקמה בצידי הרחבה שאין דרך שוורים ללכת שם הילכך כרשות [הרבים] דמי ומודה שמואל דמשלם מה שהזיקה ודקדק רבינו ואמר כל מה שהזיקה לאורויי דמה דשבקה לרחבה ואכלה מצידי הרחבה אורחיה הוא ומשלם נ״ש דלא כפי׳ רש״י דמשונה הוא ותם משלם ח״נ וכן פי׳ ב״י: ומ״ש אכלה מפתח החנות וכו׳. משנה שם ומשמע בסוגיא דלא מיבעיא היכי דקיימא בקרן זוית דאפי׳ לרב פטור כיון דאכלה בלא חיזור אלא אפילו דקיימא באורך המבוי דלא משכחת לה דאוכלת מפתח החנות אלא במחזרת את ראשה אפ״ה פטור לשמואל ואינו משלם אלא מה שנהנית אבל אכלה מתוך החנות משלם מה שהזיקה דהיינו רשות הניזק גופיה:

ו הקצה מקום וכו׳. פי׳ שכנס לתוך שלו ובנה והניח מקרקעו לר״ה ושטח שם פירות ונכנסה שם בהמה דרך הילוכה ואכלתן דאמר בלישנא בתרא דלרב פטור ולשמואל חייב ופסקו מקצת גדולים כלישנא בתרא וכשמואל בדיני דחייב דהוה ליה שן ברשות הניזק והרא״ש הביא ראיה מסוגיא דתלמודא דהלכה כלישנא קמא וכשמואל דאפילו במחזרת פטור וכ״ש במקצה מקום ע״ש:

ז היתה מהלכת ברשות הרבים וכו׳. שם (דף כ׳) מימרא דאילפא באכלה מעל גבי חבירתה ומימרא דר׳ אושעיא בעמדה ואכלה ברשות הרבים ובריית בהיתה קופתו מופשלת לאחוריו דחייב אינו אלא בקופצת ופי׳ הרא״ש דהיינו שאי אפשר לה ליטלם אלא א״כ תקפוץ וכך פסק רב אלפס וכן נראה מדברי הרמב״ם בפרק ג׳ מנזקי ממון ודעת הרמ״ה כדעת בעל המאור הביאו הרא״ש דמעל גבי חבירתה או מתוך הקופה אפילו בלא קופצת חייבת דהוה ליה כאוכלת ברשות הניזק אבל ברשות הרבים בלא על גבי חבירתה ובלא מתוך הקופה איכא לאיפלוגי בין קופצת ללא קופצת וכבר האריך ב״י ע״ש:

ח מתגלגל מיבעיא וכו׳. שם ופרש״י כגון דקיימא עמיר ברשות הניזק ובהמה ברשות הרבי׳ ומגלגלת ואתי מרה״י לר״ה מאי בתר אכילה אזלינן ופטור או בתר דשקלא ליה אזלינן וחייבת והה״נ אי בהמה ברשות הניזק ועמיר ברשות הרבים וגילגל מר״ה לרה״י אי בתר אכילה אזלינן חייבת ואי בתר דשקלא ליה אזלינן פטור עכ״ל וכתבו התוספות וקשה דגבי כלב שנטל חררה והלך לגדיש פשיטא לן דאי אכלה בגדיש דעלמא דפטור ועוד דלשון מתגלגל לא משמע הכי ונראה לר״י כגון דקיימי פירי ברשות הניזק ומגלגלי ואתו לר״ה דאי לאו שהבהמה מעכבתן בפיה ואכלתן שם היה סופן להניח בר״ה ומיבעיא ליה אי חשיבי כמונחים בר״ה או לא עכ״ל ונראה דלפירוש ר״י הא דקתני בברייתא משאוי מקצתו בפנים ומקצתו בחוץ אכלה בפנים חייב אכלה בחוץ פטור ומוקי לה בגמרא במשאוי שהוא ארוך ולא מיירי במתגלגל אלא מקצתו מונח בפנים ומקצתו בחוץ ואזלינן בתר אכילה לא קשיא הא פשיטא הוא דאזלינן בתר אכילה וכדמוכח גבי כלב דאיכא לתרץ דאצטריך סד״א ניזיל בתר רוב עלה שבפנים או בחוץ וע״ש בתוס׳: כתב ב״י ומ״ש ואם תפס אין מוציאין מידו הוא לדעת הרמב״ם אבל לדעת ר״י בספיקא דדינא לא מהניא תפיסה ואי תפס מפקינן מיניה כמו שנתבאר בסי׳ ש״ץ עכ״ל וכן נראה מדברי הרב בהגהת ש״ע אבל תימה דא״כ למה לא כתב רבי׳ כאן דעת ר״י והרא״ש כדכתב לעיל בכל דוכתא דאיכא ספיקא דדינא ונראה ליישב דכאן ס״ל לרבינו דאף ר״י והרא״ש מודה דמהניא תפיסה דדוקא בדוכתא דקאמר תלמודא תיקו דאין לה פשיטותא לא מהניא תפיסה אבל הך בעיא אף ע״ג דלא נפשטה לא אמרו בה תיקו ויש כח לגדול הדור להביא ראיה ממשנה או מברייתא ולפשוט הבעיא הילכך מהניא לה תפיסה ומצי לומר קים לי כסברא האחת שהדין עמי אח״כ מצאתי שמהרש״ל כתב חילוק זה בפ״ב דב״ק סימן ה׳ והאריך בזה ע״ש ולפעד״נ דכאן מוכח מדברי רבינו שחילוק זה אמת ומהרו״ך כתב לחלק דהכא כיון דמהני תפיסה לשלם מה שנהנית מהני תפיסה גם לשאר והא ליתא דהא בסימן ש״ץ סעיף ב׳ גבי בעטה כתב דלר״י לא מהני תפיסה אלא לרביע נזק ולא אמר דמהני גם לשאר אלא כדפרי׳ עיקר לחלק בין בעיא דעמדה בתיקו ובין בעיא דלא נפשטה ולא עמדה בתיקו:

סימן שצב

א כלב שנטל חררה וכו׳ משלם על החררה נ״ש ועל הגדיש ח״נ. משנה פ״ב דב״ק (כ״א): ומ״ש ואם הניח החררה וכו׳. כלומר הא דתנן על הגדיש ח״נ איכא לחלק בין אם הניח החררה וכו׳ ובין אם זרקה על הגדיש וכו׳ ופליגי בה ר״י ור״ל שם ר״י אמר אשו משום חציו ור״ל אמר אשו משום ממונו ולר״ל לא אשכחן דחייב על הגדיש ח״נ אלא בזרקה על הגדיש דהשתא על מקום גחלת חייב ח״נ דצרורות של כלב הן ועל גדיש כוליה פטור דאשו משום ממונו והאי לאו ממונו דבעל הכלב הוא וצרורות ליכא למימר דהא ממקום גחלת ואילך דלקה אש ממילא אבל לר״י בזרקו חייב ח״נ משום חציו בכוליה גדיש דהיינו צרורות ואם הניח החררה חייב נ״ש אמקום גחלת דאורחיה הוא ובידים עבד ועל שאר הגדיש ח״נ דחציו הוא והיינו צרורות והלכה כר׳ יוחנן וכך הם דברי רבינו ובסימן תי״ח יתבארו שרשי הדברים בס״ד: כתב הרמב״ם וז״ל כלב שנטל את החררה והלך לו לגדיש אם הניחו

בגדיש ואכל את החלה והדליק את הגדיש על החלה ועל מקום החררה משלם נ״ש ועל הגדיש ח״נ ואם היה מגרר את החלה על הגדיש והולך ושורף משלם על החררה ועל מקום הגחלת ח״נ ועל שאר הגדיש פטור עכ״ל והשיגו הראב״ד על מ״ש ואם היה מגרר וכו׳ דעל שאר הגדיש פטור דליתא דצרורות ע״י שינוי מרביע נזק מיהא לא מיפטר עכ״ל וה״ה כתב וז״ל ואולי שהוא ז״ל סובר שכיון שהניח כלו חציו ושוב אינו מחוייב על הגרירה כיון שלא נשרף הגדיש אלא מחמת הגרירה וצ״ע עכ״ל וכתב ב״י ונראה מדבריו שהוא ז״ל מפרש שמ״ש ואם היה מגרר את החלה וכו׳ מיירי בשהניח החררה תחלה ואח״כ גירר ואין נ״ל כן אלא כשמשעה ראשונה לא הניח אלא היה מגרר והולך מיירי והיינו אדייה אדויי דאמר בגמ׳ וכדברי הרמב״ם ז״ל מבואר בדברי התוס׳ שכתבו ורבי יוחנן בדאנחה אנוחי לא מצי למימר בדאדייה אדויי ועל כל הגדיש ח״נ דאי כח כחו לאו ככחו דמי הוי על שאר הגדיש פטור עכ״ל ונראה מדברי ב״י דעת התוס׳ היא דלרבנן דפליגי אסומכוס וקיי״ל כוותייהו דבצרורות ח״נ משלם נמי מיבעיא ליה לרב אשי אי כח כחו ככחו דמי אם לאו וכיון דעמדה בתיקו פטור אכח כחו והא ליתא דהא בהדיא קאמרי׳ בעי רב אשי כח כחו לסומכוס ככחו דמי או לא וכו׳ מבואר להדיא דלרבנן פשיטא ליה דכח כחו ככחו דמי ומשלם ח״נ אלא דלסומכוס קמיבעיא ליה מי גמיר הלכה למשה מסיני בח״נ צרורות ומוקי לה בכח כחו או לא גמיר דאפי׳ בכח כחו נמי משלם נ״ש וכן פי׳ הרא״ש דלרבנן פשיטא ליה דככחו דמי וכדפסק רבינו בסי׳ ש״ץ ס״ב דאין חילוק בצרורות בין כחו לכח כחו ומשלם ח״נ אלא דברי התוס׳ הללו תלויים בסוגיא דלעיל מיניה (דף י״ח) דר״א קאמר בברייתא דעל הגדיש משלם נ״ש ופליג אמתני׳ התם דר״א ס״ל כסומכוס דצרורות נ״ש משלם ואפי׳ את״ל דס״ל לר״א כר״ט דאמר משונה קרן בחצר הניזק נ״ש משלם והכא כגון דשני בגחלת שנטלה בפיו והניחה דהיינו שינוי ומש״ה ס״ל לר״א דנ״ש משלם וכר״ט אפ״ה צ״ל דס״ל כסומכוס דאי הוה ס״ל כרבנן דצרורות כי אורחייהו ח״נ א״כ בצרורות ע״י שינוי לא יתחייב נ״ש כיון דבצרורות שן ורגל בחצר הניזק אין משלם אלא ח״נ לרבנן גם צרורות דקרן לא ישלם כי אם ח״נ אלא בע״כ ס״ל כסומכוס דצרורות כי אורחייהו בחצר הניזק משלם נ״ש הילכך בצרורות בשינוי דהוי קרן נמי משלם נ״ש ברשות הניזק דס״ל כר״ט וכמ״ש התוס׳ להדיא (בדף י״ח) בד״ה בין לרבנן וכו׳ והשתא לפ״ז דר״א ס״ל כסומכוס אי איתא דכח כחו לסומכוס לאו ככחו דמי קשה אמאי ס״ל לר״א דמשלם נ״ש על הגדיש דכיון דפליג אמתני׳ ולא ס״ל ח״נ משלם א״כ על כל הגדיש פטור אלא ודאי כח כחו לסומכוס ככחו דמי ולכן ס״ל לר״א דעל הגדיש משלם נ״ש וא״כ תפשוט מיניה דכח כחו ככחו דמי לסומכוס וקאמרי התוס׳ דלהכי לא מוקי לה לרבי יוחנן באדייה אדויי אלא באנחי אנוחה דהשתא על כל שאר הגדיש ליכא אלא כחו בלחוד וניחא דס״ל לר״א דעל הגדיש נ״ש משלם וכסומכוס דסבר דצרורות דהיינו כחו בלחוד נ״ש משלם ופליג ר״א אמתני׳ דתנן על הגדיש משלם ח״נ אלא משלם נ״ש אבל כח כחו לסומכוס מיבעיא ולא איפשיטא אבל למאי דקיי״ל כרבנן וכר״י פשיטא הוא דהיכא דזרקה על הגדיש משלם ח״נ על כל הגדיש דכח כחו לרבנן ודאי ככחו דמי וכדפי׳ וא״כ אין שום יישוב לדברי הרמב״ם בדברי התוס׳ כמו שעלה ע״ד ב״י: ומ״ש בד״א כששמר בעל הגחלת וכו׳. שם (בדף כ״ג) מאן חייב בעל הכלב וליחייב נמי בעל הגחלת כששימר גחלתו אי כששימר גחלתו מאי בעי כלב התם בשחתר א״ר מרי בריה דרב כהנא זאת אומרת סתם דלתות חתורות הן אצל כלב ולא אמרינן משונה הוא שחתר את הדלת ופלגא נזקא משלם אלא אורחיה הוא ומשלם נ״ש ופשט הלשון דקאמר תלמודא וליחייב נמי בעל הגחלת משמע דבלא שימר גחלתו בעל הגחלת חייב ג״כ על שאר הגדיש וכפרש״י והראב״ד בהשגות והיינו כדברי רבינו דעל מקום החררה משלם כ״א החצי ועל שאר הגדיש דהוי חציו דהיינו צרורות משלם בעל הכלב רביע שהרי שותף הוא עם בעל הגחלת בחצי נזק דצרורות ובעל הגחלת משלם ג׳ חלקים מדר״נ דאמר כל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי וכדלעיל גבי דליל בסימן ש״ץ ס״ג אבל הרמב״ם והרמ״ה היו גורסים וליחייב בעל הגחלת וכדפי׳ ה״ה ע״ש וס״ל לתלמודא דבאשו כיון דכתיב כי תצא אש אפילו מעצמה כל שלא שימר גחלתו בין שדלקה ע״י רוח מצויה או ע״י חש״ו או ע״י כלב חייבתו התורה לשלם נ״ש על שלא שימר את אשו ויש להקשות דכיון דהגחלת יש לו בעלים אין כאן דין צרורות כמ״ש בסימן ש״ץ ס״ג גבי דליל ותו קשה מאי קאמר דבעל הגחלת נמי חייב על הגדיש הלא בגמרא קאמר דאכלה היכא אילימא דאכלה בגדיש דעלמא הא בעינא וביער בשדה אחר וליכא ל״צ דאכלה בגדיש דבעל חררה וא״כ כיון דבעל החררה והגחלת הוא בעל הגדיש מאי קאמר דליחייב בעל הגחלת על הגדיש דנפשיה וצ״ל דהלשון לאו דוקא אלא ר״ל דבעל הכלב הוא פטור מחלקו של בעל הגחלת דאשו הוא שהדליק את גדישו ולא ישלם בעל הכלב כי אם רביע על שאר הגדיש ועל מקום החררה המחצה לדעת רבינו והיא דעת רש״י והתוס׳ ע״ש ולהרמב״ם והרמ״ה הא דאמר דליחייב בעל הגחלת כלומר בעל הכלב לא ישלם כלום:

סימן שצג

א הכניס פירותיו וכו׳. משנה ובריית׳ פרק הפרה (דף מ״ז): ומ״ש ואפי׳ אם בעל החצר טוחן ונכנס זה וכו׳. לאו דוקא איש שנכנס לטחון אלא אפילו אשה וה״א להדיא בברייתא האשה שנכנסה לטחון וכו׳ דטחינה לא בעיא צניעותא ולא דמי לאשה דנכנסה למיפא דבעיא צניעותא שמגלה זרועותיה בשעת אפייה וה״א בגמרא (דף מ״ח):

ג ומ״ש ואם נתן בעל החצר רשות וכו׳ לדעת ר״י דבסתמא מקבל עליה נטירותא כדלקמן וכו׳. יתבאר בסי׳ שצ״ח בס״ד וכ״כ בסימן רצ״א ס״ד ע״ש:

ה ומ״ש וכיוצא בזה מי שהגדיש וכו׳. משנה וגמ׳ סוף פרק הכונס (בבא קמא דף נ״ט) ואע״ג דהאי אוקימתא דנטר בי דרי אוקמוה בגמרא לר׳ ורבינו לעיל סימן רצ״א ס״ד ולקמן ס״ס שצ״ח כתב ע״ש ר״י והרא״ש דבנתן לו ב״ה רשות בסתם להכניס פירותיו קבל עליו שמירתן בהיזק דאתי ליה מיניה כחכמי׳ דפליגי עליה דרבי אפ״ה גם חכמים מודו דכ״ש בא״ל נטר בי דרי עייל וגדוש עייל ואנטר לך הוא אלא כי היכי דלא תהפך הסברא ותאמר דבנטר בי דרי גרע טפי דאפי׳ נתן לו רשות ליכנס חייב הוא בנזקי בעל השדה כיון דבעל השדה בעצמו לא נתן לו רשות לכך כתב רבינו דבנטר בי דרי כ״ש דפטור בדא״ל עייל וגדוש דפשיטא דעייל ואנטר לך קאמר ואע״ג דהרא״ש פי׳ דלחכמים היכא דהכניס שלא ברשו׳ נטר בי דרי כלומר שלא נתן לו רשות אלא שלא מיחה בו הוי כסתמא דעלמא דהיינו שא״ל כנוס והגדש ולא אמר ליה ואשמרם והעלהו מעלה אחת וחייב בעל השדה כשאכלה בהמת בעל השדה פירותיו דבריו דברי נביאות הן לא נסמך רבינו על זה להורות כך ותו דהרא״ש גופיה לא כתב כך אלא בל׳ אפשר אלמא דלא ברירא ליה למפסק כך הלכה ובזה נסתלק תרעומת ב״י על רבינו דלמה השמיט זה

סימן שצד

א המעביר בהמתו וכו׳. משנה ר״פ הכונס נפלה לגינה ונהנית משלמת מה שנהנית ירדה כדרכה והזיקה משלמת מה שהזיקה ופי׳ הרא״ש ע״פ סוגיית הגמ׳ דאם יכולה לירד כדרכה אפילו נפלה באונס משלמת מה שהזיקה דהוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס והא דקתני ירדה כדרכה לאו דוקא אלא אם יכולה לירד כדרכה אם נפלה משלמת מה שהזיקה ומשום אורחא דמילתא נקט ירדה וה״ה נפלה כיון שיכולה לירד עכ״ל והוא מדברי התוס׳ (סוף דף נ״ז) בד״ה נפלה לגינה: ומ״ש בין על ידי אכילה וכו׳. שם בגמרא (תחלת ד׳ נ״ח) ואשמועינן דאין זה מבריח ארי מנכסי חבירו שהעשבים הצילוה שלא תחבט בקרקע דמבריח ארי מדעתו האי שלא מדעתו א״נ מבריח ארי לית לי׳ פסידא האי איתי ליה פסידא: ומ״ש ואפי׳ ילדה וכו׳. שם בגמ׳: ומ״ש ואפילו שא״א לה שתרד ונפלה שלא באונס משלם וכו׳. הכי משמע לשם בסוגיא דכשפשע בנפילה חייב לשלם מה שהזיקה: ומ״ש ואפילו שהתה כל היום וכו׳. פלוגתא דרב כהנא ורבי יוחנן שם ופסק כר״י:

ב ומ״ש אבל אם יצאה משם וכו׳ מימרא דרב פפא שם:

ג ומ״ש ומהו נקרא אונס וכו׳. שם פלוגתא דרב כהנא ורבא ורב אלפס והרמב״ם פסקו כרב כהנא דדחפוה פשיעה היא ור״י והרא״ש פסקו כרבא דדחפוה נמי לאו פשיעה היא ועיין בדברי הרא״ש שם שהאריך ועיין עוד במ״ש התוס׳ בפ׳ הפועלים (צ״ג) בד״ה איבעי לך וכתב ב״י ולענין הלכה נקטינן כהרי״ף והרמב״ם שהם מוסכמים ועוד דפשטא דגמ׳ כוותייהו עכ״ל ותימה דבסמוך גבי יצאה וחזרה פסק דבנעל בפניה כראוי פטור מלשלם דכיון דאפוקי ממונא הוא נקטינן לקולא לנתבע וכאן פסק לחומרא לנתבע אלא העיקר דגם כאן נקטינן כר״י והרמ״ה והרא״ש שלא להוציא ממון מיד בעלים אף בדחפוה חברותיה:

ד המעמיד בהמת חבירו וכו׳. כ״כ הרמב״ם בפ״ד מנזקי ממון והוא מימרא דרב ר״פ הכונס (בבא קמא דף נ״ו) המעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו חייב מעמיד פשיטא לא צריכא דקם לה באפה פירש״י שלא משכוה אלא אמד בפניה לכל צד שלא תלך אנה ואנה אלא לקמה לאכול מעמיד משמע שאוחזה בידה ומוליכה לקמה א״ל אביי לרב יוסף הכישה אמרת לן ופרש״י הכישה במקל אמרת לן בההיא דהמעמיד ומש״ה חייב עכ״ל כלומר אבל בקם לה באפה אינו חייב וזו היא דעת הרמב״ם ורבינו שלא הזכירו דבקם לה באפה נמי חייב אבל הראב״ד בהשגות מפרש דבקם לה באפה פשיטא דחייב דכיון שלא תלך אנה ואנה אלא לקמה לאכול חשבינן ליה כאילו משכוה אלא דאביי קאמר דהכישה אמרת לן דחייב ומשמע דלא בעינן דוקא דקם לה באפה אלא אפי׳ בהכישה נמי חייב ולא קיי״ל הכי אלא כמשמעות כל הפסקים דלא כתבו אלא הכישה: כתב הרב המגיד שם דהעמיד. או הכישה אפילו בר״ה חייב דהוה ליה כמזיק בידים וכ״כ ב״י וכ״כ הרשב״א והכי נקטינן ודלא כמ״ש התוס׳ לשם בד״ה המעמיד ע״ש:

ה בהמה שאכלה וכו׳. פלוגתא דאמוראי פרק הכונס (בבא קמא דף נ״ח) ופסקו כל הפוסקים כחזקיה דאמר הכי: ומ״ש בשם הרא״ש ושהרמ״ה נחלק עליו. נתבאר בדברי הרא״ש לשם באריכות: ומ״ש ואם אכלה פירות שנגמרו וכו׳ פסק כר״ש לשם במשנה ר״פ ומה שקשה בדין זה נתבאר בסימן צ״ה ובסימן קט״ו קצ״ג רנ״ז ע״ש:

ו (ז) הפסיד האילן וכו׳ שם (דף נ״ה) וע״פ דברי הרא״ש לשם דבדיקלא ארמאה בס׳ פי׳ שלא נגמרו גידוליו ובדיקלא פרסאה דשמין בפני עצמו פי׳ נגמרו גידוליו ואח״כ הביא לשון הרמב״ם שמתוכו מובן דמפרש דיקלא ארמאה בס׳ היינו פירות שאינן יפין ודיקלא פרסאה בפני עצמן היינו פירות

שהן יפין וכך פרש״י:

סימן שצה

א המשסה כלבו וכו׳. כן כתב הרמב״ם ספ״ב מנזקי ממון והוא מימרא דרבא פרק כיצד הרגל (דף כ״ד) אלא דקאמר סתם פטור והרמב״ם ורבינו מפרשים בו פטור מד״א וחייב בד״ש והכי משמע מפירוש רש״י לשם שכתב פטור דגרמא בנזקין הוא וכבר נתבאר בסימן שע״ח ס״ב דגרמא בנזקין פטור אבל אסור וכיון דאיסורא קעביד ודאי דחייב בדיני שמים ותו דבר״פ הכונס דתניא א״ר יהושע ד׳ דברים העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ואלו הן הפורץ גדר וכו׳ פי׳ רש״י פטור מדיני אדם קסבר גרמא בנזקין פטור אלמא דגרמא בנזקין פטור מד״א וחייב בדיני שמים: ומ״ש בשם הרמב״ם דבעל הכלב חייב ח״נ. פי׳ ה״ה דאפילו במועד אינו משלם אלא חצי נזק כיון שלא עשה מעצמו אלא על ידי שיסוי וכדאמרינן בדין מיתת האדם שור האיצטדין פטור דכתיב כי יגח ולא שיגיחוהו אף כאן דינו כתם ואינו משלם אלא ח״נ עכ״ל

סימן שצו

א שור המועד וכו׳ פסק כר׳ יהודא במתני׳ סוף פ׳ שור שנגח ד׳ וה׳ דמועד סגי ליה בשמירה פחותה ושן ורגל אמרינן ר״פ הכונס תנא ד׳ דברים התורה מיעטה בשמירתם ואלו הן בור ואש ושן ורגל ומייתי ליה מקראי: ומ״ש ואיזהו שמירה מעולה וכו׳. ה״א ריש פרק הכונס בברייתא: ומ״ש וחייב אפי׳ לא נפלה הדלת וכו׳ עד כדי לאבדה פטורים. הכל שם במשנה וגמ׳ וע״פ דברי התוס׳ והרא״ש:

ד הפורץ גדר וכו׳. ברייתא שם הפורץ גדר לפני בהמת חבירו פטור מד״א וחייב בד״ש ה״ד אילימא בכותל בריא בד״א נמי ליחייב אלא בכותל רעוע ופירש״י והתוס׳ דהא דפריך בד״א נמי ליחייב אכותל פריך דליחייב מיהא דהא בידים עבד ואבהמה ליכא למימר דחייב בפריצת גדר בעלמא דאין זה אלא גרמא בעלמא וכדתנן פרצוה לסטים פטור דאף הלסטים פטורים אלא א״כ הוציאוה לסטים בידים דאז חייבים ולמאי דמסיק דכותל רעוע כתבו התוס׳ דלא קאי חייב בדיני שמים אכותל רעוע אלא אבהמה קאי דאם נפסדה הבהמה ע״י פריצה זו דכותל רעוע חייב בד״ש וכ״כ הרא״ש וכתב עוד א״נ אף אכותל חייב בד״ש לפי שהיה ראוי לעמוד יום או יומים עד שימצא פועלים וצרכי בנין עכ״ל ודעת רבינו כהאי אי נמי ולכן כתב בסמוך דבכותל רעוע חייב בד״ש בסתם דמשמע מלשונו דבין על הבהמה בין על הכותל חייב בד״ש: ומ״ש ע״ש הרמב״ם דבכותל בריא חייב גם על הבהמה לשלם בהמתו היכא שנאבדה והוזקה. טעמו שהוא מפרש הא דפריך בדיני אדם נמי ליחייב אבהמה נמי קאי דאין זה גרמא בנזקין אלא כמזיק בידים ולא דמי להא דתנן פרצוה לסטים והזיקה דפטורים הלסטים דהתם ודאי גרמא הוא דע״י שפרצוה לסטים הלכה והזיקה לאחר אבל אם הבהמה גופה הוזקה הו״ל היזק בידים וכתב ה׳ המגיד שכן פירשו אחרים וכן דעת הראב״ד בהשגות וכן דעת האחרונים ז״ל: ומ״ש והרמב״ם כת׳ שחייב בנזקי בהמה אם הלכה והזיקה. טעמו שהוא מפרש הא דפריך בד״א נמי ליחייב אבהמה נמי קאי והיינו היכא דהלכה והזיקה ול״ק מדתנן פרצוה לסטים פטור דשאני לסטים שלא נתכוונו אלא לגנוב ולא לפרוץ גדר והאריך בתשובתו לחכמי לוני״ל שהעתיק במגדל עוז ע״ש:

ה הניחה בחמה וכו׳. משנה שם ואסיקנא אמר רבה ל״מ היכא דלא חתרה דכולה בפשיעה היא אלא אפי׳ חתרה וכו׳: ומ״ש אפי׳ היתה קשורה בקשר חזק וכו׳. פי׳ שהחש״ו שאין בהן דעת דרכן לשחוק בהן ולהתיר הקשר וכן לקמן בסי׳ ת״י סט״ו גבי כיסוי כ״כ הרמב״ם בפ״ד וה״ה הביא ראיה לדבריו מפ״ק דב״ק (דף ט׳) ע״ש: ומ״ש בשם הראב״ד. שם בהשגות: ומ״ש ודעת א״א כסברא הראשונה. אפשר דלפי שכתב הרא״ש בסתם בהניחה בחמה דכל מאי דעבדה פשיעה היא משמע נמי דאפי׳ קשורה בקשר חזק:

ו מסר שורו לחמשה וכו׳ בפ״ק דב״ק (ד׳ י׳) וע״פ פי׳ הרא״ש לשם:

ז מסרו לש״ח וכו׳. מימרא דר״א ס״פ שור שנגח ד׳ וה׳ וכדאסיקנא התם בגמרא דבשור נגחן מסתמא לא אסיק אדעתיה דליזקוהו אחרינא שהרי אין שור מתייצב לנגדו מפחדו ולא קיבל עליה מסתמא לשמרו יוזק: כתב הרמב״ם שמרוהו כראוי וכו׳ ואיני מבין וכו׳ כבר כתב ה״ה ליישב דבריו ומביאו נ״י והיינו דמיירי בקרן תמה דהבעלים חייבים אפילו בשמירה מעולה עכ״ל וצ״ע דהלא בפירוש אמרו לר׳ יהודא דהלכה כוותיה דתם מועיל לו שמירה מעולה וכמ״ש רבינו בתחלת סימן זה דאם הבעלים שמרוהו שמירה מעולה פטור ותו דמ״ש ה״ה כמו שיתבאר בפ״ז ולשם מבואר דבשמירה פחותה קאמר דחייב אבל בכ״מ כתב וז״ל וחכמי לוני״ל שאלו מהרמב״ם על מה זה הבעצים חייבים כיון ששמרוהו השומרים שמירה מעולה והשיב להם שט״ס הוא וכך הוא החמתית ויצתה והזיקה השומרים פטורים שמרוה שמירה פחותה אם ש״ח הוא פטור והבעלים חייבים ואם ש״ש הוא תו שוכר או שואל חייבים ע״כ:

ח מסרו השומר לשומר והוזק וכו׳ נתבאר למעלה בסימן רצ״א מסעיף כ״ג עד סוף הסימן: ואם הזיק כתב הרמב״ם הראשון חייב לשלם וכו׳ והראב״ד השיג עליו וכו׳. כתב ב״י דגם הרמב״ם לא כתב הראשון חייב לשלם אלא אם אינו נוח לו לדון עם השני אבל אם נוח לו דינו ג״כ עם השני ולא כתב כאן דהראשון חייב לשלם אלא לאפוקי אם מסר לבנו או למסעדו דאז דינו עם השני ולא עם הראשון: ולמעלה בדין השומרים כתבתי וכו׳. בסי׳ שמ״ז:

סימן שצז

א מי שבהמתו רגילה וכו׳. בפ״ב דב״ק (דף כ״ג) בעובדא דהני עיזי דבי תרבו וכו׳ כתבו התוס׳ דהלכה כרב יוסף ושכך פסק רב אלפס וליתיה לדאביי דדיחויא בעלמא הוא וכ״כ הרא״ש לשם וכתב עוד ומ״כ בשם ר״ח דפסק הלכה כאביי ומחלק בין עיר לשדה ומה שכתבו התוספות להביא ראיה מדתנן אכלה מתוך החנות משלמת וכו׳ ולא אמרינן הו״ל לנעול חנותו וכן אכלה מצידי הרחבה וכן בכלב שאכל חררה אין כלל ראיה לדברי ר״ח דס״ל דאביי לא קאמר אלא בשדה אבל חנותו שהיא בעיר אין אדם חייב לנעול את ביתו וכן ברחבה וכלב ומדכתב דברי ר״ח באחרונה כתב רבינו שכך היא מסקנתו ודלא כב״י שכתב איני רואה הכרע בדבריו:

ב הקצבים וכו׳. שם מכריז רב יוסף ואי תימא רבה הני עיזי דשוקא דמפסדי מתרינן במרייהו תרי ותלת זמנין אי ציית ציית ואי לא אמרינן ליה תיב אמסחתא וקבל זוזך ופי׳ רש״י הנהו עיזי דשוקא דקצבי דקיימי לשחיטה אלא דמשהי להו עד יומא דשוקא. מתרינן במרייהו אי מפסדין אפילו בר״ה. וקביל זוזך אפי׳ ביומא דלאו דשוקא שחיט להו הואיל ולשחיטה קיימין עכ״ל וכן פירשו התוספות דדוקא בהנהו דקיימי לשחיטה אבל עז לחלבה וכו׳ כמ״ש רבינו ע״ש הרא״ש:

ג לשון הרמב״ם בהמה שהיתה רועה וכו׳. כתב ב״י דמ״ש אע״פ שעדיין לא הזיקה איני יודע מנין לו ומ״ש מתרין בבעלים ג״כ תמיהני דבגמרא לא אמרו אלא מתרין בהו ואפשר שהוא היה גורס כן עכ״ל ויש לתמוה דבכל ספרי הגמרא איתא מתרין במרייהו תרי ותלת זמנין והיינו תרי לרבי דבתרי זימני הויא חזקה ותלת לרשב״ג והרמב״ם כתב ג׳ פעמים להקל לנתבע וכך הוא באלפסי מתרין בהו זימני תרי ותלתא איברא דבאשיר״י כתב בסתם מתרין במרייהו ומה שכתב עוד איני יודע מנין לו דאע״פ שלא הזיקה נראה דהכריח כך מדמצריך להתרות בו ג״פ מכלל דעדיין לא הזיקה דאי הזיקה פעם אחת בהתראה אחת סגי דאם לא ציית שוחטין אותן ואין ממתינין לו עד שיזיק פעם שנייה וכ״כ התוס׳ הנהו עיזי דשוקא וכו׳ דוקא בהנהו דקיימי לשחיטה ואע״ג שישלמו מה שהזיקו לא בעי למיקם בהדייהו לדינא וזמנין נמי דליכא סהדי אבל עז לחלב ורחל לגיזותיה יכול לומר כשיזיק ישלם וכו׳ עכ״ל אלמא דמקודם שהזיקו מתרין בהו וכדכתב הרמב״ם והב״י בש״ע השמיט הא דכתב הרמב״ם אע״פ שלא הזיקה ונ״ל דלא דק אלא העיקר כדברי הרמב״ם והסכמת התוס׳:

סימן שצח

א הכניס שורו וכו׳. משנה וגמרא פ׳ הפרה (ד׳ מ״ז מ״ח).

ב הזיק שור הנכנס וכו׳ דינו כאילו הזיק בר״ה וכו׳. וכ״כ הרמב״ם בפ״ז . כלומר אע״פ שלא נכנס השור מאליו אלא הבעלים הכניסוהו לא הו״ל רשות המזיק ופטור אלא רשות הניזק הוא ודינו כאילו הזיקו בר״ה וכו׳ וכדלעיל בסימן שפ״ט סעיף ד׳:

ג קלקל את החצר וכו׳ מימרא דרבא שם ופירש״י בעל החצר חייב בנזקי הבור אם הפקיר רשותו ואע״ג דכתיב כי יכרה איש בור ולא שור בור ה״מ בבור בר״ה דלאו עליה דידיה רמיא למלוייה דהכא כיון דאית ליה למלוייה מקמי דליפקריה דהא בור דידיה כי אפקר בתר הכי נותן תקלה בר״ה וע״ל בסימן ת״י ס״ג וד׳:

ד נפל לבור שבחצר והבאיש מימיו כו׳. משנה שם וכדאמר רבא לא שנו אלא שהבאיש בשעת נפילה דהוי מזיק ממש ולא דמי לבור אבל אם הבאישם אחר נפילה דהו״ל כשאר תקלה כמו דליל לבתר דנח וכן אבנו וסכינו שנפלו מראש הגג לבתר דנח דחשוב כבור ומים חשובי׳ ככלי׳ דכל חפצים ככלים ובור פטור בנזקי כלים דלא חיוב בבור על המיתה אלא על נזקי בהמה ושאר חפצים היזקן זו היא מיתתן:

ה ואם הכניס ברשות בעל החצר פטור בעל השור וכו׳. כלומר בזה כ״ע מודו דפטור בעל השור ולא פליגי אלא היכא דהזיק שור של בעל החצר לשור הנכנס לאחר שנתן לו רשות וכו׳ כדכתב בסמוך ומה שהראב״ד מחלק בין נגיחה להבאיש מימיו הוא תימה גדול דאי כחצר השותפין הוא וחייב אהבאשת מימיו אף אנגיחה חייב כדלעיל בסי׳ שפ״ט ש״ו ומשום קושיא זו כתב ה״ה דט״ס הוא בדברי הראב״ד אלא ס״ל דאף אנגיחה חייב ולפעד״נ

דאין כאן ט״ס אלא עיקר טעמו לחייבו יותר אהבאשת מימיו הוא לפי שהוא חצר הניזק לגבי מי בור כדמסיק בדבריו וה״ק הא דאינו פטור אהבאשת מימיו טעמו הוי משום דאינו חצר המזיק בלבד לגבי מי בור אלא כחצר השותפים הוא ולא עוד אלא לגבי מי הבור חצר הניזק בלבד הוא וכו׳ אבל אנגיחה כיון שהכניסו ברשות הו״ל כאילו התבה עם בעל החצר שבשעה שיהא השור הנכנס בחצר לא יהא שור של בעל החצר בחצר או יקשרנו בקשר חזק וישמרנו בשמירה מעולה ולכן פטור בעל השור אנגיחה דבשעה שהשור הנכנס הוא בחצר חשוב הוא כאילו חצר המזיק בלחוד ודוק:

ו ואם הזיק שורו של בעל החצר וכו׳. ע״ל בסימן רצ״א ס״ד:

סימן שצט

א אף על פי שהתם וכו׳. מימרא דרבא פרק הפרה (דף מ״ז) פרה שהזיקה גובה מולדה מ״ט גופא הוא תרנגולת שהזיקה אינו גובה מביצתה מ״ט פירשא בעלמא הוא ופרש״י משתלם כולי חצי נזקא מולד כי ליתה לפרה פירשא דבר המופרש ממנה עכ״ל ונראה דר״ל דאי איתא לפרה והפרה לאחד והולד לאחר כל אחד משלם רביע אלא דכי ליתא לפרה משתלם כולי ח״נ מולד מדרבי נתן דכי ליתא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי ונראה עוד דמדקאמר תלמודא האי לישנא פירשא בעלמא הוא מכלל דדוקא ביצה בקליפתה שהוא מובדל ומופרש ממנה אבל באינו מופרש אלא מעורה בשלל של בצים שלם גובה מביצתה וכך משמע מלשון הרמב״ם ומביאו ב״י:

ג פרה מעוברת וכו׳. ר״פ הפרה פליגי סומכוס וחכמים ופסקו הפוסקים הלכה כחכמים דהמע״ה ולא כסומכוס דקאמר ממון המוטל בספק חולקין: ומ״ש אין הפרה לפנינו. כלומר דאם הפרה לפנינו פשיטא דגובה מן הפרה ולא מן הולד אפילו פרה דחד וולד דחד דהפרה חייבת והולד ספק אלא אפילו אין הפרה לפנינו אין אומרים כיון דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי וכו׳ נתן אלא כיון דהולד ספק לא יטול מן הולד אא״כ יביא עדים שנגחה קודם שילדה:

ד ומ״ש וכן שור שנגח את הפרה וכו׳ משנה וגמרא שם: ומ״ש ואפילו שאין המזיק מוחזק וכו׳ טעמו דמוקמינן ליה אחזקת מרא קמא וע״ל סי׳ רכ״ג: ומ״ש ואם לא יביא ראיה פטור אפי׳ משבועה וכו׳. נראה דה״ק אפי׳ אם המזיק טוען ברי ואצ״ל דאם המזיק טוען שמא דפשיטא דלא אמרי׳ כיון דמודה במקצת בנזק דפרה ובנזק הולד טוען איני יודע מתוך שאינו יכול לישבע משלם דלא רמינן שבועה אנתבע וכו׳: וכתב הרמ״ה דאפילו תפס בלא סהדי וכו׳. איכא לתמוה דמשמע דאפלג׳ ניזקא קנסא דאיירי בה השתא נמי קאמר הרמ״ה דלא מהני תפיסה ותימה דהא מדברי הרא״ש ע״ש הרמ״ה ספ״ק דב״ק ומביאו רבינו למעלה סוף סי׳ שמ״ט מבואר דלא קאמר הרמ״ה אלא דלא מהני תפיסה בקנסא בטפי מנזקיה כגון כפל וד׳ וה׳ ומפקינן מיניה אלמא דפלגא ניזקא קנסא דהוא בציר מנזקיה לא מפקינן מיניה אי תפס וכדכתב הרא״ש לשם להדיא וצ״ע ומיהו להרא״ש אפילו בטפי מנזקיה כגון כפל וד׳ וה׳ נמי מהני תפיסה כדלעיל בסימן שמ״ט ובסימן א׳:

ה שור שנגח פרה מעוברת וכו׳. מימרא דרבא שם (דף מ״ז): היה הפרה לאחד וכו׳. שם פשיטא פרה דחד וולד דחד פיטמא לבעל פרה ניפחא מאי רב פפא אמר לבעל הפרה רב אחא בריה דרב איקא אמר חולקין והלכתא חולקין:

סימן ת

א שור שהיה רודף וכו׳. משנה וגמרא ס״פ המניח: ומ״ש בשם הרמב״ם. פ״ט מנזקי ממון: ומ״ש ואם טען הניזק אתה יודע וכו׳ דמשמע דאם לא טוען אתה יודע א״צ לישבע וכ״כ בפרק י׳ משלוחין אצל ראובן שהטיל לכיס ת׳ דינרין וכו׳ טוען ראובן שמעון יודע בודאי בפחת זה וכו׳ אלמא דאי לא טען דיודע בודאי אינו חייב שבועה וכ״כ רבי׳ לעיל סי׳ צ״ג ס״ב בשם הרמב״ם ותימה דבסוף קמא באומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע קיי״ל דמשתבע דלא ידע כמ״ש לשם הרי״ף ולא מצריכים דטוען אתה יודע בודאי שיש לי בידך מנה וכ״כ הרמב״ם בפ״א מטוען ולא הוצרך דקטעין אתה יודע בודאי וי״ל דבטוען מנה לי בידך שהלויתיך מסתמא ידע ודאי שלוה הילכך לא צריך דטעין אתה יודע בודאי אבל הכא גבי שור שהיה רודף מסתמא לא ידע וכן אצל ראובן שהטיל לכיס ת׳ דינרין מסתמא לא ידע ששותפו הפסיד כך וכך א״צ לישבע אא״כ דטעין אתה יודע וכבר כתבתי זה למעלה בסימן ע״ה ס״ו ע״ש:

ב היו שנים רודפין. שם במשנה ובגמ׳ מוקי להא דאם היו של איש א׳ שניהם חייבים בתמי׳ וכר״ע דאמר שותפים נינהו וטעמא דאיתנהו לתרווייהו דלא מצי מדחי ליה אבל ליתנהו לתרווייהו וכו׳ וטעמא דגאון דקיי״ל כר״ע דיוחלט השור ומשעת נגיחה קם ליה ברשותיה דניזק וממה נפשך אית ליה חלק

באחד מהם אלא שאינו ידוע וא״כ הוו להו המזיק והניזק כשותפין בשני השוורים ובעלמא בשותפות בשני שוורים אם נאבד האחד נאבד לשניהם וא״כ הפסיד הניזק רביע נזק מאותו שנאבד או מת ועדיין יש לו רביע נזק באותו שנשאר חי שהוא שותף בו עם המזיק והרא״ש דחה דבריו דתלינן דאותו שור שהוחלט לו נאבד או מת ולית ליה כלום באותו שנשאר חי ואינו גובה מגופו כלל: ומ״ש רבי׳ והם תמים פטור. לאו דוקא שניהם תמים דה״ה אחד תם ואחד מועד ונאבד התם דפטור דא״ל הבא ראיה שזה המועד הזיקך אלא נקט שניהם תמים משום דבאחד מועד ואחד תם ונאבד המועד גובה ח״נ מזה התם העומד ממה נפשך דאם תם נגחו הוא גובה ממנו בדין ואם מועד נגחו גובה ג״כ חתם כיון שהוא נכסיו דמועד משתלם מכל נכסיו:

ג היו שנים הרודפי׳ וכו׳ וכו׳. שם במשנה ומשמע דלא אמר הרמב״ם דמשלם מה שאומר המזיק אלא כשעדים מעידין שאחד מהם הזיק אבל אם אין שם עדים כלל המזיק פטור לגמרי שהרי הוא דומה לחטים ושעורים אבל כשיש עדים שא׳ מהם הזיק אינו דומה לחטים ושעורים דטעמא דחטים ושעורים הוי משום דחשיב כאילו הודה לו התובע שאינו חייב לו שעורים אבל כשיש לו עדים שאחד מהם לוה ודאי אינו מודה לו ולפי זה ס״ל להרמב״ם הכא גבי שור סברת בעה״ת גבי חטים ושעורים דכתב דאפילו יש לו עדים על השעורים פטור כדכתב רבי׳ בשמו בסימן פ״ח סי״ד אלא ס״ל להרמב״ם דביש לו עדים חייב על הקטן והתם דאינו מודה לו כיון שיש לו עדים ומשום הכי נמי לא קשה בתם הרי מודה בקנס פטור דכיון דאיכא עדים אין הודאתו פוטר אותו מקנס לפי שלא הודה אלא לפי שידע שיש לו עדים מיהו הרא״ש ס״ל כבעה״ת דאפילו אי איכא עדים שאחד מהם הזיק הו״ל כדין חטים ושעורים ופטור: ומ״ש רבינו ובודאי כן הוא כדבריו וכו׳. פי׳ לדעתו של רבינו אין מקום לדברי הרמב״ם ולומר דמשלם מה שהמזיק אומר אלא כשאין הניזק מברר דבריו וכו׳ אבל ירא׳ מדברי הרמב״ם שאף כשטוען הניזק ברי נוטל כדברי המזיק כשאין לו עדים כלומר שאין לו עדים שמעידים שהמועד או הגדול הזיק אלא מעידים שא׳ מהם הזיק ולפיכך נוטל כמה שהמזיק אומר כדפרישית: כתב הרמב״ם טען הניזק וכו׳ והגיה עליו הראב״ד וכו׳ ולדעת א״א ז״ל אין כאן שבועה כלל וכו׳ פי׳ באחד גדול ואחד קטן דלהרמב״ם אין כאן מודה מקצת אבל שבועת היסת מיהא איכא אבל להרא״ש אין כאן אפילו שבועת היסת אבל בתם ומועד מודה הרא״ש דאיכא ש״ד דהו״ל מודה מקצת גמור ודלא כמ״ש מהרו״ך ע״ש:

ד היו הנזקין שנים וכו׳. משנה שם: ומ״ש אין שם ראיה פטור לגמרי אם הניזק טוען ברי וכו׳. פי׳ דאם אינו טוען ברי נוטל כמו שאומר מזיק אבל בטוען ברי גרע טפי דאינו נוטל כלום דחשבינן ליה כאילו הודה שלא הזיק הקטן לגדול ולא גדול לקטן ומזה שטוען שהזיקו מכחישו המזיק הילכך פטור לגמרי כדלעיל דהוי כמו טענו חטין והודה לו בשעורים ומיהו דוקא שאין שם עדים כלל אבל אם יש עדים שהזיקו שניהם אלא שאינם יודעים איזה הזיק לגדול ואיזה הזיק לקטן אין זה דומה לחטין ושעורים להרמב״ם כדפי׳ רבינו בסמוך וכ״כ ה׳ המגיד. ורבינו דכתב כאן בסתם דמשמע אפילו איכא עדים אלא דאין יודעים בירור הדברים נמי פטור הוא לפי שתופס דברי הרא״ש עיקר דאפי׳ בדאיכא עדים נמי פטור מדמי שעורים כדלעיל כשהיה הניזק א׳ וה״ה בשהיו שנים ניזקין:

ה ומ״ש ובזה כתב א״א הרא״ש וכו׳. כלומר אע״ג דבהיה הניזק אחד ס״ל להרא״ש דאפילו תפס מפקינן מיניה מ״מ כאן דהיו הניזקין שנים וכו׳ מודה הרא״ש ואפי׳ ליכא עדים כלל שמעידין שניזוקו שוורים דניזק מאלו שוורים דמזיק וזה שחידש הרא״ש דאע״ג דבגמרא אמרו דבתפס שקיל כדאמר מזיק אפשר לפרש דהיינו דוקא בדאיכא עדים מעידים שניזוקו מאלו השוורים אלא שאינן יודעים בירור הדברים אבל מדברי הרא״ש משמע להדיא דאפילו ליכא עדים כלל דמדכתב תחלה דהתם דעדים מעידים שיצא חבול מתחת ידי שניהם אלא שאינן יודעים איזו מהן הזיק ואפ״ה אם תפס וכו׳ וכאן כתב בסתם אלמא דכאן בהיו שנים ניזוקין אפי׳ ליכא עדים כלל אי תפס שקל כדאמר מזיק ונתיישב בזה מה שהיה קשה לב״י ואמר שאין לשון רבינו מכוון וכו׳ ע״ש:

סימן תא

א שור שנגח וכו׳. משנה ר״פ ד׳ וה׳ וכר״ע דהלכתא כוותיה דהמזיק והניזק שותפין נינהו בשור תם שהזיק אבל תפסו ניזק וכו׳. פי׳ רב אלפס ורש״י מפרשים דאותו שתפס נעשה שומר על הכל ואחרים לא הפסידו כיון שלא פשעו בשמירתו ור״י והרא״ש מפרשים דלר״ע כיון דשותפים נינהו הוי כמו חפץ שהוא של שניהם שלפעמים זה שומרו ולפעמים זה שומרו ולעולם אחריותו על שניהם וכתב ב״י והרמב״ם פ״ט כתב כרב אלפס ורש״י והכי נקטינן. וכתב נמ״י לשם ריש הפרק ובמועד אם תפסו לכ״ע הוי ש״ש וע״ש:

סימן תב

א שני שוורים תמין וכו׳. משנה בפ׳ המניח: ומ״ש כגון וכו׳. כתב נמוקי יוסף דה״א בתוספתא וקמ״ל דאע״ג דקיי״ל כרב נחמן בסוף כתובות דזה גובה וזה גובה היכא דלזה עידית ובינונית ולזה זיבורית וכדלעיל בסימן פ״ה סעיף ג׳ מ״מ גבי ניזקין כ״ע אית להו דלא אמרינן זה גובה וזה גובה דכיון דזכי להו רחמנא למיגבי ממיטב זהו מיטב שלהם שיעמוד כ״א בשלו אי נמי נפקא מיניה היכא דשניהם תמין ואבד האחד שאינו יכול לומר בעליו לחבירו שלם אתה לי כי שלי אבד ואינך יכול להשתלם אלא מגופו אלא כיון שהזיק זה לזה יצא נזק זה בזה הרא״ה ז״ל עכ״ל ועוד כתב נ״י דאם שור שוה ר׳ נגח לשור שוה ק׳ והכחישו שמונים וחזר האחרון והכחישו לראשון מנה לא אמרינן הכא יצאו שמונים בשמונים ויגבה הראשון מן האחרון עשרה במיתה חצי נזקו דאם כן לקתה מדת הדין שהרי האחרון שהכחישו לראשון מנה אינו שוה אלא עשרים זוו ואין לו לראשון להשתלם אלא מגופו אלא דין הוא שנוציא עשרים כנגד עשרים דהוא שיעור מאי דאית להו לאשתלומי מהדדי ויגבה האחרון מהראשון כ׳ שהוא מותר הארבעים שהוא ח״נ שהיה שמונים וראשון שמותר חצי נזקו שלשים אין לו להשתלם מן האחרון כלום כיון דאינו שוה כל כך נמצא שפעמים שהניזק שנזקו מועט גובה יותר מחבירו שנזקו מרובה עכ״ל: ומ״ש כגון אם הזיק מועד בתם מאה והתם לא הזיקו אלא חמשים משלם לו ע״ה. איכא למידק דהו״ל לומר בקצרה דהתם ג״כ הזיקו למועד במאה דיצא נ׳ בנ׳ והנ׳ הנותרים משלם לו המועט ונראה דנ״מ לפרש״י שכתב בסמוך דבהתחילו בבת אחת גם התם משלם נזק שלם דלפי זה כשהתם הזיקו למועד ג״כ במאה יצאו ק׳ בק׳ ואינו משלם זה לזה כלום א״כ הא דתנן מועד בתם משלם במותר נ״ש בעל כרחך דאיירי לפרש״י דהמועד הזיקו לתם בק׳ והתם לא הזיקו אלא חמשים דאע״פ שהתחילו בבת אחת יצא נ׳ בנ׳ והמועד משלם במותר נ״ש דהיינו חמשים ותו לא ומש״ר משלם ע״ה היינו כשלא חבלו זה את זה בבת אחת אלא בזה אחר זה דבין לפרש״י ובין לפר״י משלם ע״ה ולא נקט רבינו חשבון זה אלא משום דאיכא נפקותא לפרש״י היכא דחבלו בבת אחת וכדפרי׳ ודוק:

סימן תג

א שמין השברים וכו׳ מימרא דשמואל פ״ק דב״ק (דף י״א) וע״ל בדין זה סימן שמ״ד ס״ד וסוף סימן שנ״ד באריכות ועיין עוד בסימן שס״ב ובסימן שפ״ז:

ה ומ״ש וה״ה נמי אם הוזלה וכו׳. לא ידעתי מנין לו זה ואפשר דלמדו מדין גנב בהמה או כלי והוזל בין גנבה והעמדה בדין דמשלם הקרן כדמעיקרא כדלעיל בסימן שנ״ד ס״ד וה״ה גבי נזקין דהוזלה כדמעיקרא בשעה שנודע לו מיהו בנ״י פ״ק דקמא (דף ו׳ ע״א) בדפוס גדול כתב ע״ש הרמ״ה דאפי׳ לא נודע לו הזול ההפסד לניזק הוא חדא דלא ידע דזילא ולאו פשיעותא היא ועוד דכיון דאיתא לנבלה בעין ישיב לבעליו והמת קרינן ביה ולא חמיר מגזלן דאע״ג דשהייה גביה עד דזילא כי אהדרה פטור דוהשיב את הגזילה אשר גזל קרינן ביה עכ״ל:

סימן תד

א שור שוה מאתים וכו׳. ברייתא וגמרא פ׳ המניח (בבא קמא דף ל״ד) ויש להקשות דבאותו דף קאמר התם גבי שבח נבלה דאע״ג דלא שקיל המזיק שבחא דנבלה כשעלה יתר מהיזקו מיהו המזיק אין משלם כלום והכא חייב המזיק לשלם כשעת הנזק וי״ל דבנבלה דהשביחה ע״י שהוקרה ודאי אין המזיק משלם כלום כיון דלא הפסיד כלום ע״י המיתה אבל כאן שהפסיד על ידי הנגיחה שהרי הפתיתו שהיה שוה ר׳ וע״י נגיחה שוה נ׳ חייב לשלם כשעת הנזק דמה שנשתבחה אח״כ שנתפטמה ממילא או ע״י פיטום פנים חדשות באו לכאן ואין זה השור דמעיקרא משא״כ בנבלה דלא נשתנית אלא היא עתה כמו שהיתה בשעת מיתה אלא שהוקרה לא הזיקו כלום במיתה ולפיכך פטור המזיק מלשלם כלום כנ״ל ודלא כמ״ש מהרו״ך בסימן ת״ג:

ג השביח המזיק וכו׳. שם ברייתא וגמרא: ומ״ש ואם מחמת הוצאה וכו׳ כ״כ לשם התוס׳ אלא דהם כתבו דכיורד ברשות דמי ורבי׳ כתב כיורד שלא ברשות ואפשר דלענין זה הו״ל כיורד שלא ברשות דאם ההוצאה יתירה על השבח אין הניזק חייב ליתן בהוצאה כלום כיון דהו״ל כיורד שלא ברשות ע״ל בסימן שע״ה:

סימן תה

א שור שחבל באדם וכו׳. בפרק המניח (ל״ג) שנינו דפליגי רבנן ור״ע והלכה כרבנן דתם שחבל באדם ח״נ ולא כר״ע דתם באדם משלם נ״ש:

ב ומ״ש פטור מצער וכו׳. משנה פרק החובל (פו):

סימן תו

א שור של ישראל וכו׳. משנה פרק ד׳ וה׳ דשור רעהו כתיב ולא של כותי אבל של כותי שנגח לשל ישראל אע״ג דלאו רעהו הוא למדוה מקרא בב״ק (דף ל״ח):

ב ומ״ש ושל הפקר פטור. פ״ק דב״ק וטעמו דדרשינן והועד בבעליו והמית איש עד שתהא מיתה והעמדה בדין וגמר דין שוין כאחד כלומר שיהיו לו בעלים משעה שהזיק עד גמר דין:

ה הוחזקו נגחנים וכו׳. פי׳ הרא״ש דאין מעמידין אפוטרופוס לתם לגבות מגופו דכיון דחס רחמנא אתם שאין משתלם אלא חצי נזק ואותו ח״נ אין משלם אלא מגופו הילכך גבי יתמי מרחמין עליהם וכן בהלכו בעליו למ״ה אקילו בה רבנן ואם הוחזקו נגחנים ב״ד מעמידין להם אפוטרופא ומשוינן להו מועד דכי הדר נגח משלם מן העלייה ואף ע״ג דאין נזקקין לנכסי יתומים אלא א״כ רבית אוכלת בהן וכו׳ הכא נזקקין משום דנזקין שאני דלטובת העולם שלא ירבו להזיק נזקקין לנכסיהם אפילו כשהן קטנים וכו׳ עכ״ל:

סימן תז

א שור תם וכו׳ עד סוף הסי׳ מבואר בסוגיא פרק המניח (בבא קמא דף ל״ד) ואליבא דר״ע דאמר הוחלט שור לניזק ואינו כמו ב״ח דאין עליו אלא שעבוד אלא גופו שלו הוא ולפיכך אם מכרו המזיק ונשתמש בו הלוקח שחרש בו צריך לשלם לניזק דמי החרישה ואם שחטו המזיק הוה ליה מזיק שעבודו של חבירו דקיימא לן דחייב לשלם מדינא דגרמי:

ב ומ״ש היה המזיק חייב לב״ח וכו׳. שם. אסיקנא דניזק קדים משום דא״ל אילו גבך הוה לא מינך הוה גבי ליה דהאי תורא דאזקן מיניה משתלמנא וכתבו התוס׳ תימה אז הוא בדין שיגבה שפשע בשמירתו וי״ל דלא קאמר אלא כלומר דאין גוף השור משועבד לב״ח כמו שהוא משועבד לניזק וכן פי׳ בקונטרס ריש פרק ד׳ וה׳ שכתב וז״ל דאמר בהמניח קדמו ב״ח והגביהו לא עשו ולא כלום התם הוא דא״ל ניזק לב״ח מהאי תורא דאזקן מיניה משתלמנא וב״ח לא מצי למימר ליה הכי הילכך ב״ח יטול נכסים אחרים עכ״ל מבואר להדיא דדוקא בדיכול ב״ח לגבות ממקום אחר וז״ש רבינו כיון שהב״ח יכול לגבות ממקום אחר וכו׳ ומפרש״י למד להורות כך:

ג ומ״ש לפיכך וכו׳. פי׳ השתא כיון שגוף השור ג״כ משועבד לב״ח כמו לניזק וחב להם קודם שהזיק אם קדם ב״ח ותפס אין הניזק גובה ממנו ומ״מ אם הניזק קדם לב״ח אפילו אם תפס ב״ח הניזק גובה ממנו וה״ט דהכא גבי שור זה שיש לכל אחד שיעבוד בגוף השור ושור תם שהזיק כמקרקעי דמי כיון דאית ליה קלא דתורא נגחנא קרי ליה וכ״כ התוס׳ ר״פ מי שהיה נשוי בד״ה ש״מ ע״ש וה״א בפרק המניח (בבא קמא דף ל״ג) דקאמר כיון דנגח קלא אית ליה דתורא נגחנא קרי ליה: ומ״ש דב״ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה. כלומר כאן דדמי לקרקע לא מהני מה שקדם ב״ח מאוחר וגבה אבל במטלטלי אין דין קדימה במטלטלין אפילו עשאו אפותיקי מפורש כדלעיל בסימן קי״ז וב״ח מאוחר מה שגבה גבה ומ״ש ב״י כאן איננו מובן לפע״ד:

סימן תח

א כשם שאין דנין וכו׳. משנה פ״ק דב״ק (דף מ״ד):

ב ומ״ש ופר״י שבא להשמיענו (כת״ק) וכו׳. כ״כ הרא״ש לשם בפסקיו: לשון הרמב״ם אין הניזקין וכו׳. בפ״ה מנזקי ממון וע״ל באורך בדין זה סוף סימן ל״ה:

ג שור שהיה רועה וכו׳. פסק בפ׳ המוכר פירות ולא כרבי אחא דאמר בידוע שזה הרגו דרבנן לא אזלי בתר אומדנא ומה שכתב רבינו בסי׳ ס״ה סעיף כ״א דהרא״ש בתשובה הביא ראיה מדרב אחא דאזלינן בתר אומדנא אין כוונתו לשם אלא לומר כיון דאשכחן תנא דאזיל בתר אומדנא אף על גב דלית הלכתא כוותיה מ״מ באומדנא דמוכחא טובא כי התם מודה אף ת״ק דאזלינן בתר אומדנא:

סימן תט

א מפני שהבהמה דקה וכו׳. משנה בס״פ מרובה ושאר חילוקי דינים שכתב רבינו בסימן זה הכל מבואר לשם וכתב ב״י בספר בדק הבית סימן ל״ד וז״ל האידנא דליכא לישראל שדות בא״י נ״ל דמגדלי בהמה דוקא בא״י נמי כשרים לעדות עכ״ל:

סימן תי

א בור הוא מאבות נזקין. רפ״ק דב״ק ארבעה אבות נזיקין השור והבור וכו׳ ופרש״י להנך דכתיבין בקרא בהדיא אבות קרי להו וז״ש רבינו דכתיב כי יכרה איש בור פי׳ דלהכי קרייה אב כיון דכתיב בהדיא בקרא וכ״כ רבינו בר״ס ש״צ גבי רגל ובר״ס שצ״א גבי שן: ומ״ש שאחר שחפרו וכו׳. פרק המניח (בבא קמא דף כ״ט) פליגי בה רב ושמואל והלכתא כוותיה דשמואל בדיני דבין אפקריה בין לא אפקריה הוה בור: ומ״ש אלא ששפך מים. שם פרק המניח:

ב אחד הכורה וכו׳ בפרק הפרה (מ״ט): חפר אחד בור וכו׳. בפ׳ המניח שם וכתב ה׳ המגיד פי״ב מנזקי ממון דאפילו ראה שכיסהו זה ולא ידע שגילהו חייב דלא הו״ל לסמוך אכיסויו דשמא יחזור ויגלהו כיון שאין לו חלק בבור והו״ל לידע אם חזר וגילהו משא״כ בב׳ שותפין כדלקמן בסימן זה סעיף י׳: אחד החופר או הלוקח וכו׳. כן כתב הרמב״ם שם: אבל אם ממונו עשאו וכו׳. מימרא דרבא בפרק הפרה (דף מ״ח): כתב הרמב״ם אפי׳ נחפר מאליו וכו׳. שם ונראה דטעמו דכיון דכי כרה שור בור פטרי׳ רחמנא ואפ״ה כי חפר ברשותו חייב בנזקי הבור משום דכיון דהו״ל למלוייה ולא קא מלייה כמאן דכרייה דמי א״כ ה״ה בנחפר מאליו ברשותו הו״ל למלוייה וכו׳:

ג אחד החופר בור בר״ה וכו׳. משנה ובברייתא בפ׳ הפרה (סוף דף מ״ט) ואליבא דרבה דבור בר״ה כ״ע לא פליגי דחייב כי פליגי בבור ברשותו והפקיר רשותו ולא הפקיר בורו דרבי ישמעאל פוטר ור״ע מחייב דכתיב בעל הבור ישלם בבור דאית ליה בעלים נמי עסקי׳ וקיי״ל כרבה וכר״ע ופרש״י האי דנקט ולא הפקיר בורו דאם הפקיר אף בורו הו״ל בור בר״ה עכ״ל כלומ׳ דבהא כ״ע מודו דחייב אבל התוס׳ בשם ר״י פ׳ המניח (בבא קמא דף כ״ח) בד״ה הני מילי חלק עליו דדוקא בהפקיר רשותו ולא הפקיר בורו הוא דחייב כיון דאיהו בעל הבור א״כ עליה רמיא למלוייה וכו׳ כדלעיל אבל הפקיר רשותו ואף בורו פטור לכ״ע כיון דלאו איהו בעל הבור אע״ג דבור בר״ה חייב על הכרייה אע״פ דלאו בעל הבור הוא שאני התם דהכרייה היתה באיסור אבל חופר ברשותו דחפר בהיתר ועכשיו דהפקיר רשותו ובורו אינו בעל הבור פטור וכ״פ הרא״ש בפ׳ הפרה דלא כפי׳ רש״י וכן פסק הרמב״ם בפי״ב מנזקי ממון וכך הם דברי רבינו: ומ״ש או ברשותו בתוך ד׳ טפחים סמוך לר״ה. כ״כ התוס׳ פ׳ המניח באותו דיבור וז״ל וכן חפר בור ברשותו סמוך לר״ה באיסור חפרו וכתבו הרא״ש בפ׳ הפרה ואיכא טעות בדפוס וכצ״ל א״נ פתחה פתוח בתוך ד״ט לר״ה וכו׳ ושיעורא דד׳ טפחים הוא מדאיתא בפרק הפרה (דף נ׳) דתני בברייתא והחופר בור ברה״י הסמוכה לר״ה וכו׳ או עד שירחיק ממקום דריסת רגלי אדם וממקום דריסת רגלי בהמה ד׳ טפחים ובמקצת ספרים כתוב ד׳ אמות והעיקר ד׳ טפחים דהו״ל רשות בפני עצמו לענין שבת וסגי בהכי והכא לא צריך לפרש דהפקיר רשותו אלא אפילו לא הפקיר רשותו כיון דמתחלה סמכיה לר״ה חייב ולא בעינן דהפקיר רשותו אלא היכא דפתחו לרה״י באמצע רה״י וכ״כ התוס׳ והרא״ש בפרק הפרה: ומ״ש או שחפר ברשותו ופתחו לרשות חבירו וכו׳. משנה שם בפ׳ הפרה ברה״י ופתחו לרה״י אחר חייב ופרש״י לרה״י אחר. חצר אחר שהוא ג״כ שלו ור״י פי׳ פתחו לרשות חבירו ואיצטריך דלא תימא פתחו לר״ה הוא דחייב דשכיחי רבים ומיתזקי אבל ברה״י דליכא למיחש אלא לנזק יחיד פטור קמ״ל דחייב אלא דקשה למה הוא חייב בנזקי בעל החצר הא כיון שהחופר חייב לשלם בנזקי בעל החצר על בעל החצר מוטל למלאותו עכ״ל אבל רבינו מתרץ קושיא זו דמיירי קודם שנודע לבעל החצר מש״ה תנן דחייב וכן פי׳ בנ״י: ומ״ש דכיון שהוא חייב בנזקי בעל החצר וכו׳. כלומר דההוצאה שיוציא בעל החצר למלאות הבור הוא ג״כ בכלל נזקי בעל החצר וחייב זה לשלם לו א״כ עליה דידיה רמיא למלאותו שלא יהא ניזק ביותר וזה יפרע לו וכו׳: ומ״ש אבל החופר באמצע רשותו וכו׳. נראה דהא דכתב רבינו מפני שאין לו בעלים וכו׳ הוא צריך להיכא דהפקיר רשותו ובורו אבל בהפקיר רשותו ולא בורו בלאו האי טעמא נמי פטור דכיון דלא הפקיר רשותו מצי למימר מאי בעית ברשותי וכדפרש״י להדיא במשנה (סוף דף מ״ט). ומ״ש וכן החופר בר״ה לצורך רבים וכו׳. ברייתא שם (דף נ׳) וז״ל הרא״ש ואם חפר בור בר״ה לצורך רבים ומסר להם דליו פטור עכ״ל: כתב (הרמ״ה) [הרמב״ם וכו׳] אי לית ליה כיסוי. נראה דדקדק מדתני בברייתא סתמא ומסרה לרבים ולא תני בהדי׳ ומסר דליו לרבים אלמא במסירת הודעה לרבים שרוצה להסתלק ממנו פטור: ומ״ש עוד וה״מ שחפר לצורך רבים וכו׳. נראה דטעמו מדתני בברייתא חפר ופתח ומסר לרבים פטור חפר ופתח ולא מסר לרבים חייב וסיפא לא איצטריך אלא לאשמועי׳ דאפילו חפר מעיקרא ופתח לצורך רבים אלא דלא מסר לרבים חייב אלמא דרישא נמי דומיא דסיפא קתני דוקא בחפר ופתח מעיקרא לצורך רבים ומסר לרבים הוא דפטור אבל בחפר ופתח לצורך עצמו והדר מימלך וכו׳ פשיטא דחייב דבדיבורא בעלמא דמסתלק ומסר לרבים לא מיפטר:

ד האומר לחבירו לחפור בור וכו׳. מבואר בפ׳ הפרה (דף נ״א) משום דאין שליח לדבר עבירה:

ה הבונה סמוך לר״ה וכו׳. שם (דף נ׳) ת״ר החופר בור ברה״י הסמוכה לר״ה כגון אלו החופרים לאושין פטור פי׳ לאושין יסוד לחומת ביתו ע״פ כל רוחב הבית אצל ר״ה ואסיקנא הא לאו לאושין חייב כגון דארווח ארווחי לר״ה ופי׳ רבינו דהכי פירושו דהרחיב החפירה בענין שחופר בר״ה והילכך בלאו לאושין חייב לכ״ע דאפילו רבי ישמעאל דסובר בחופר בור ברשותו פטור הכא חייב אבל לאושין דעושה ברשותו פטור אפי׳ הרחיב החפירה ואין ספק דכך היתה גירסתו בפי׳ רש״י דארווח בה ארווחי לר״ה דהו״ל חופר בור בר״ה והילכך טעמא דלאושין הא לאו לאושין חייב עכ״ל בספרי הדפוס אכן בספרים ישנים כתוב בפי׳ רש״י וז״ל דארווח בה ארווחי לר״ה כגון מקצה מקום מרשותו לר״ה דהו״ל חופר בור בר״ה והילכך טעמא דלאושין הא לאו לאושין חייב עכ״ל והאי כגון מקצה מקום מרשותו לר״ה נדפס בטעות אחר זה בד״ה ברה״י הסמוכה לר״ה כגון מקצה מקום מרשותו לר״ה דהוה ליה הפקיר רשותו ופטור עכ״ל ושיבוש הוא דבסמוך לר״ה חייב אפילו אינו מקצה מקום מרשותו כלל אלא משום דהוי כחופר בור ברשותו והפקור רשותו אלא בע״כ טעות הוא והשוורות מהופכות דהאי כגון מקצה וכו׳ מקומות הוא בדבור הקודם המתחיל דארווח ארווחי וכו׳ ולפי זה דוקא בבונה לתוך שלו והקצה מקום מרשותו לר״ה ובאותה כניסה חפר התם הוא דלאושין פטור הא לאו לאושין חייב דכיון דלצורך ביתו הקצה מקום זה עד שיתקן היסוד פטור אבל במרחיב החפירה בענין שחופר בר״ה אע״פ שעושה כן לצורך היסוד חייב דאין לו רשות לאדם לחפור בר״ה אפי׳ לצורך היסוד ואם חפר והזיק חייב דלא כמו שפסק רבינו וכ״כ מהרש״ל בפרק הפרה סימן כ״א והביא ראיה מדתניא בפרק הבית והעלייה (בבא מציעא דף קי״ח) כל אותן המקלקלים בר״ה אפילו עשו ברשות ב״ד אם הזיקו חייבים והכי הלכתא וקושיא זו נדפסת בגליון ספרי רבינו בדפוס קרימונא שנת שי״ח והכי ודאי עיקר דאסור להרחיב חפירת היסוד בר״ה והכי נקטינן דלא כרבינו:

ו אחד החופר בור שיח ומערה וכו׳. משנה שם (דף נ׳): ומ״ש אפילו שנפל בוהשור מעומד. שם בלישנא קמא קאמרי׳ דרבא לית ליה דרב נחמן ואין חייב אפילו נפל השור מעומד והרמ״ה פסק כלישנא בתרא דאסיקנא לרב נחמן דבנפל בו מעומד חייב: ומ״ש וא״א ז״ל כתב כסברא הראשונה. כתב ב״י איני יודע מנין לו וכו׳ ומהרש״ל כתב וז״ל ואפשר שקבלה היתה בידו מפיו אי נמי דייק מלישנא שכתב הרא״ש וז״ל אמר רב בור שחייבה עליו תורה להבלו ולא לחבטו וכו׳ ושמואל אמר להבלו וכ״ש לחבטו ואיכא בינייהו דעביד תל גבוה בר״ה וכו׳ והרא״ש הוסיף בלישניה וכתב תל גבוה י׳ וכו׳ ומשמע דפחות מי׳ פטור אפילו נפל כדרכו וה״ט דס״ל המשנה כפשוטו בלא איגנדור וכו׳ עכ״ל וע״ל סי״ח:

ז היה עמוק ט׳ טפחים וטפח מים וכו׳. כ״כ הרמב״ם פי״ב מנזקי ממון ובגירסת ספרים שבידינו מוחלפת השיטה וכך הוא באשיר״י ואעפ״כ נמשך רבינו אחר דברי הרמב״ם:

ח חפר אחד ח׳ ובא חבירו וחפר בו טפח שניהם חייבים. כ״כ הרא״ש בפרק הפרה ורבינו מפרש דבריו כל אחד לפי מה שחפר: ומ״ש וכן אם חפר עשרה ובא אחר והשלימו לעשרים וכו׳ כ״כ לשם הרא״ש דתרווייהו מחייבי בין מיתה בין נזקין דלא איירי רבנן דאחרון חייב אלא כשחידש האחרון מיתה דהראשון חפר ח׳ ובא אחר והשלימה לעשרה וה״א בפרק הפרה (דף נ״א) ובריייתא תניא להדיא אחד החופר בור עשרה ובא אחר והשלימה לכ׳ ובא אחר והשלימה לל׳ כולם חייבים ומשמע דדוקא בכה״ג דכל אחד חפר שיעור בו שיש בו ג״כ שעור מיתה אבל חפר א׳ עשרה והשני י״א או אפילו י״ט האחרון פטור לגמרי וכן פסק מהרש״ל בסימן כ״ז בפרק הפרה ע״ש: ולדברי האומר דמהניא תפיסה וכו׳ ע״ל בסי׳ ש״צ ס״א וב׳: חפר א׳ בו ובא חבירו והרחיבו וכו׳ ותימה הוא היאך פוסק כתרי לישני וכו׳. אין כאן תימה דהדבר פשוט דס״ל להרמב״ם דלישני לא פליגי אלא מר אמר בהאי לישנא ומר אמר בהאי לישנא ולישנא קמא מודה דאע״ג דמיעט הבלא אי מההיא גיסא נפל הרי קירב היזקא שאם לא הרחיב לא היה נופל הילכך אפילו מת בהבלא חייב ולא קאמר בלישנא קמא דאם מחמת הבלא מת פטור ואם מחמת חבטא מיית חייב אלא בדנפל מאידך גיסא ולישנא בתרא דקאמר אי מאידך גיסא נפל הרי מיעט הבלא ופטור אינו אלא במת מחמת הבלא אבל במת מחמת חבטה אפי׳ נפל מאידך גיסא חייב וכיוצא בזה כתב ב״י ע״ש:

ט כיסהו כראוי. משנה שם (דף נ״ב): כיסהו כיסוי שיכול לעמוד בפני שוורים וכו׳. שם איבעיא להו ופסק כאיכא דאמרי וע״פ מ״ש התוס׳ והרא״ש שם:

י בור של שני שותפין וכו׳. משנה שם (דף נ״א) ומפרש בגמרא משכחת לה כגון שהפקירו רשותן ולא הפקירו בורן לה״ג רש״י עבר עליו הראשון ולא כיסהו השני ולא כיסהו השני חייב ופירשו בגמרא פשיטא לן הני עבר דקתני מתני׳ נשתמש קאמר דאי כדקתני מתניתין שעברו עליו שניהם זה אחר זה אמאי ראשון פטור הרי גם הוא פשע וכ״כ הרא״ש דהשני חייב כשהניחו הראשון משתמש הא לאו הכי שניהם חייבים ורי״ף דגרס הראשון חייב ה״פ אף הראשון חייב וכו׳ עכ״ל ור״ל כשלא הניח הראשון לשני משתמש וגם לא מסר לו הכיסוי הילכך אף הראשון חייב ואין חילוק בדין בין שתי הגירסאות וכך הם דברי רבינו ולא ידעתי למה כתב בית יוסף על פי׳ רש״י דאין נראה כן מדברי הפוסקים דפשיטא דלא נקט רש״י עבר דקתני נשתמש

דוקא בנשתמש דה״ה אפילו לא הניתו משתמש אלא מסר לו דליו נמי השני חייב והראשון פטור והא דנקט משתמש לאפוקי שעברו עליו שניהם זה אחר זה וכו׳ דשניהם חייבים וכדעת הפוסקים כך היא דעת רש״י׃

יא וכן הדולה מבור וכולי לשון הרמב״ם. וכו׳ ולא נהירא וכו׳. אע״ג דהרא״ש כתב לפרש לגירסת המשנה להרי״ף דהראשון חייב דר״ל אף הראשון חייב מ״מ לא ראה רבינו לפרש כך בדברי הרמב״ם דפוסק מפרש הוא והו״ל לפרש ומיהו ודאי דעת הרמב״ם אינו אלא לאורויי דאין הראשון חייב אלא עד שמסר הכיסוי לשני אבל משמסר דליו לשני נפטר הראשון ונתחייב השני אבל הא פשיטא דבעברו עליו שניהם זה אחר זה דשני פשיטא דחייב אלא אף הראשון חייב דהוא עיקר חידוש. כיסהו הראשון וכו׳ כדי שידע שהוא מגולה וישכור פועלים וכו׳. כך היא גירסת הרא״ש בדברי רבי יוחנן דהלכה כמותו לגבי רב ושמואל וז״ל רבי יוחנן אמר בכדי שידע וישכור פועלים וכו׳ וז״ל הרמב״ם ועד אימתי יהיה השני לבדו חייב עד שידע הראשון שהבור מגולה וכדי שישכור פועלים וכו׳ וכתב עליו הראב״ד וז״ל אין בגמ׳ עד כדי שידע הראשון אלא בכדי שידע משמע שיעור מנהגו שיחזור לדלות מבורו עכ״ל ורבינו הביא לשון הרא״ש דגרס בדברי יוחנן בכדי שידע והביא פי׳ הראב״ד עליו דמשמע שיעור מנהגו וכו׳ ודחה דברי הרמב״ם גם דחה גירסתינו בגמ׳ בדברי ר׳ יוחנן בכדי שיודיעוהו וישכור פועלים וכו׳ דמשמע דאין משערי׳ בשיעור מנהגו וכו׳ בלבד אלא מוסיף בשיעור דאינו חייב אלא עד שיודיעוהו וישכור פועלים וכו׳ והא ליתא אלא חייב מיד בשיעור מנהגו וכו׳׃ ומ״ש ופרש״י וכו׳ כ״כ הרא״ש ע״ש פרש״י ותוס׳ והסכים לדברי התוס׳ אבל בפרש״י שלנו כתוב וז״ל אבל לשני שבא ונשתמש בו לא יהבינן שיעורא כולי האי דהו״ל לאותובי שומרים עילויה עכ״ל לפי זה ניחא דכיון שנשתמש בו חייב לאותובי שומרי׳ עליה ועל פי׳ זה לא הקשו בתוס׳ שלנו שום קושיא וכמו שהוא בפרש״י שלפנינו כך כתוב בנ״י׃ כתב הרמ״ה וכו׳ מדלא קאמר ויקנה ארזים. ולפעד״נ דאין זה דיוק אלא הדבר פשוט דהיכא דמוצא לקנות ארזים חייב לקנות מיד אפילו אינו מוצא לקנותם אלא ביוקר דכיון דהאי בור תקלה דידיה הוא דכרייה אי נמי הפקיר רשותו ולא הפקיר בורו והא דקאמר למיקץ ארזים רבותא אשמועי׳ דלא תימא דכיון דאינו מוצא לקנותם פטור דליתא אלא חייב לשכור פועלים לקצוץ ארזים מן הלבנון אפילו הוא רחוק מלבנון והדרך מקולקל אפילו הכי חייב לשכור פועלים וכו׳׃

טו המוסר בורו לשמור וכו׳. פי׳ חש״ו כיון שאין בהם דעת הם עצמם יגלו הכיסוי וכדלעיל בסימן שצ״ו ס״ה גבי מסר שור קשור בקשר חזק לחש״ו׃

טז בענין חיוב בור בר״ה וכו׳. פי׳ בור בר״ה אינו חייב לרב משום חבטה דקרקע עולם שאין לה בעלים הזיקתו אבל בור ברשותו דקרקע דידיה הזיקתו חייב משום חבטה אפילו לרב ומ״ש דהרא״ש הסכים לפסוק כשמואל אע״ג שכתב תחלה שהדבר שקול וספק לנו כמאן הלכתא מ״מ מדכתב גבי הא דא״ל רב שיזבי לרבא הרחיב׳ מהו ורב אשי ס״ל כשמואל דמחייב אחבטה עכ״ל אלמא דס״ל להרא״ש דהלכה כשמואל וכדכתב רבינו לעיל סעיף ט׳ בדין בא חבירו והרחיבו דקאמר בגמרא עלה תרי לישני וכתב הרא״ש דקיי״ל כלישנא בתר׳׃

כג וכתב הרמ״ה אבל אדם פקח שנפל אפי׳ ביום והוזק חייב וכו׳. נראה מדברי הרמ״ה דדוקא אדם אבל בהמה פקחית ביום שהוזקה פטור דבהמה דרכה להתבונן בדרכי׳ וזה דלא כהרמב״ם דמחייב נ״ש בהוזקה בהמה פקחית אפי׳ ביום דליתא אלא כהראב״ד והרשב״א שחלקו עליו ועיין בפי״ב מנזקי ממון והכי נקטינן דלא כהרמב״ם בזה

כד בכור שנפל לבור וכו׳ מימרא דרבא בפרק הפרה בשור פסולי המוקדשין שנפל לבור פטור מ״ט אמר קרא והמת יהיה לו במי שהמת שלו יצא זה שאין המת שלו דאסור ליהנות ממנו אף לאחר פדייה כדאיתא פרק שני דבכורות תזבח ולא גיזה בשר ולא חלב ואכלת ולא לכלביך והרא״ש כתב עוד דבכור בעל מום שנפל לבור פטור ואע״ג דמותר לזרים לאחר שחיטה מ״מ קודם שחיטה אסור בכל הנאות מהאי קרא והמת יהיה לו וכו׳ דאפילו פסולי המוקדשין שנפדו פטור אם נפלו לבור כ״ש בכור בעל מום שאין לו פדייה. וכתבו התוס׳ פ״ק (דף י׳) בד״ה שהשור וא״ת למה לי שור ולא אדם תיפוק ליה מוהמת יהיה לו מי שהמת שלו כדפטרינן שור פסולי המקדושין דמת אסור בהנאה וי״ל דוהמת יהיה לו משתעי בשור ולא ממעטינן מיניה אדם ועוד י״ל דשור ולא אדם איצטריך לעבד ולנכרי הקנוי לישראל שנפל לשור דשרי בהנאה עכ״ל

כה בור שכרוי ועומד וכו׳. משנה פרק הפרה (דף נ״ב) נפל לפניו מקול הכרייה חייב לאחריו מקול הכרייה פטור ופי׳ רש״י בור כרויה ונכנס כורה שכיר לתוכו להרחיב וכו׳ ובגמרא אמר מר נפל לפניו מקול הכרייה חייב ואמאי נימא כורה קא גרם ליה א״ר שימי בר אשי הא מני רבי נתן דאמר בעל הבור היזקא קא עביד וכל היכא דלא אפשר לאשתלומי מהאי משתלם מהאי ופי׳ רש״י בל׳ אחר שהוא עיקר דכשאין הכורה בעל הבור עסקינן אלא שכיר הנכנס לתוכו להרחיב וכו׳ דאי האי שכיר כרייה הוה כורה חייב דאין שליח לדבר עבירה דאסור לקלקל ר״ה וכיון דנפל מקול הפטיש גרמא בעלמא הוא וגרמא בנזקין פטור ומשני בעל הבור היזקא עביד כלומר בתוך שלו נמצא הנזק וכל היכא דלא אפשר לאשתלומי הכורה דקול גרמא בעלמא הוא

משתלם מיניה דבעל הבור ותו אמר התם דלשמואל כשנפל בבור בין לפניו דמת מתוך הבל בין לאחוריו דמת בחבטה חייב ומתני׳ דלאחריו מקול הכרייה פטור כגון דנתקל בבור ונפל לאחורי הבור חוץ לבור וכך הם דברי רבינו למאי דקיי״ל כשמואל לעיל סעיף י״ח:

כז ושור שדחף בהמה לבור אפילו היא פקחית וביום וכו׳. כך פרש״י לשם (דף נ״ג) ודלא כפי׳ התוס׳ והגהות אשיר״י ס״פ הפרה דוקא בשוטה או מהלך בלילה וכ״כ הרמב״ם אע״פ שהיא גדולה ופקחית כיון שנדחפה ה״ז כמו שנפלה בלילה וכו׳ ע״ש פי״ב והכי נקטינן:

כח ואם אדם ושור דחפו אותה לבור והיה אדם שלא בכוונה וכו׳. כ״כ התוס׳ לשם לא שדחף אדם בכוונה דא״כ בעל הבור אמאי חייב דאטו אם ישים אדם טליתו של חבירו באש לחבירו וכי יתחייב בעל האש וא״ת אי שלא בכוונה אמאי יתחייב בבושת ויש לומר כגון שידע האדם בשעת נפילת חבירו וחשיב בכוונה מידי דהוה אנתהפך דסוף כ״ב עכ״ל פי׳ דאמרינן התם במי שנפל מן הגג ברוח מצויה דחייב בארבעה דברים ופטור על הבושת כיון דלא נתכוין לביישו ואם נההפך לאחר שהתחיל לנפול דנתכוין לנפול על האדם להנאתו תייב אף על הבושת ואע״פ שלא נתכוין לשם בושת והכי נמי כיון שידע האדם בשעת נפילת חבירו ולא נזדרז להצילו מנפילה חייב אף על הבושת אע״פ שלא נתכוין לבושת ויש להקשות דהתוס׳ בפרק קמא (דף ו׳) בד״ה לאתויי בור כתבו דהאי ד׳ דברים היינו נזק צער ריפוי ושבת אבל בושת פטור היפך מ״ש בפ׳ הפרה ומיהו אין זה קושיא דאיכא לתרץ בחדא מתרי שינויי מיהו לשון רבינו קשה שאמר ואם דחפו בו אדם והוזק שלשתן חייבים בנזק ובשאר דברים חייב האדם לבדו משמע דאפיכו על הבושת נמי חייב אע״פ שלא נתכוין ואפשר ליישב דלצדדין קאמר דאי לא ידע בשעת נפילת חבירו חייב בשאר דברים חוץ מבושת ואי ידע חייב נמי על הבושת והיינו כמ״ש התוס׳:

ל שור שדחף בהמה לבור האידנא וכו׳. פירוש כיון דלא גבינן האידנא קנסות אין בעל הבור משלם אלא ג׳ חלקים והרביע מפסיד הניזק דליכא למימר הכא כיון דליכא לאשתלומי מהאי וכו׳ דהא איכא מקום לאשתלומי מיניה מדינא היכא דתפס וכ״פ בהגהת אשיר״י ס״פ הפרה: כתב מהרש״ל שמצא באשיר״י ישן בהג״ה וז״ל כתב בה״ג תשובה בשם גאון ז״ל שאם ישראל וכותי היו שותפים בעיסקא ועשו סחורה עם יהודי אחר ואינהו לישראל דעבד סחורה בהדייהו יותר משתות דינא הוא דמיחייב בכל האונאה אע״ג דליכא לאשתלומי מהכותי משתלם מישראל כר״נ וצ״ע עכ״ל ולא דמי לברח או העני דאפשר לאשתלומי מיניה אם יתעשר ותו דהישראל שנתאנה נסמך על הישראל שיהא נזהר מאונאה והוה כאילו הוא לבדו הזיקו ומ״מ היכא דנתאנה במקח טעות דאפילו בדיניהם מוציאין מיד המאנה כגון שחמתית ונמצאת לבנה כסף ונמצא בדיל התם ודאי אין הישראל משלם את הכל עכ״ל בפ׳ הפרה

סימן תיא

א תולדות הבור אבנו וכו׳. ה״א פ״ק (דף נ׳) ופרק המניח (בבא קמא דף כ״ח) ואליבא דשמואל דאבנו וסכינו ומשאו שהניחן בר״ה וכן כל תקלה בר״ה בין אפקרינהו בין לא אפקרינהו מבורו למדנו ופטר בהו כלים דלא כרב דאמר אפקרינהו נפקא לן מבורו בר״ה דהוי הפקר אבל לא אפקרינהו משורו למדנו מה שור שהוא ממונו ואם הזיק חייב אף כל ממונו אם הזיק חייב (ואפילו הזיק חייב) דלא קיי״ל כרב אלא כשמואל בדיני: ומ״ש והזיקו במקומם. כלומר דאילו הזיקו שלא במקומם איכא לחלק מדכתב בסמוך: ומ״ש לחייב נזק שלם מתחלתו וכו׳. כלומר לאפוקי לרב דבדלא אפקרינהו משורו למדנו דאינו חייב מתחלתו נ״ש אלא לאחר שנעשה מועד בג׳ פעמים: ומ״ש בין נתקל באבן וכו׳. מימרא דרבי אלעזר פרק המניח שם וכדר׳ נתן דאפילו נתקל בקרקע עולם דלית ליה בעלים וליכא לאשתלומי מן הקרקע משתלם מבעל האבן אבל נתקל באבן ונחבט בקרקע וניזוק בה פטור אפילו לשמואל דלא מחייב שמואל אלא בחבטה דקרקעות בורו: ומ״ש ופטור בו ממיתת אדם ונזקי כלים. כ״כ הרא״ש בריש ב״ק דלא כמקצת גדולים שכתבו דאבנו וסכינו בתר דנייחי למדנו במה הצד מבורו ואשו ולא מיחייב אלא מה שחייב בשניהם ופטירי מנזקי כלים וממיתת אדם כמו בור ופטירי מטמון כמו אש וליתא אלא כל דין בור להם ע״ש: ומ״ש וכן אם הניחם ברשותו והפקיר רשותו וכו׳ פשוט שזהו דין בור: ומ״ש וניזק בתקלה זו והוזק וכו׳. כלומר בין שניזוקה בהמתו או מתה בין הוזק הוא עצמו חייב בעל התקלה: ומ״ש ואם נפלו ברוח שאינה מצויה וכו׳. פ׳ המניח (בבא קמא דף כ״ט) פליגי בה ר״מ ור״י והלכה כר״י דבשעת נפילה או אפילו אחר נפילה ולא הו״ל פנאי לסלקו אנוס הוא ופטור אבל לאחר מכאן דלאו אנוס הוא חייב אבל במפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס פטור אפילו לא הפקירם אלא לאחר שהיה לו פנאי לסלקם: ואם הניחן בר״ה ולא הזיקו במקומם וכו׳. כ״כ הרא״ש בריש ב״ק ומביאו ב״י:

ב הכניס שורו לחצר חבירו שלא ברשות והטילה בו גללים וכו׳. מימרא דרבא פ׳ הפרה (דף מ״ח) וכדפירשה רב פפא:

סימן תיב

א המניח את הכד וכו׳. משנה ריש פ׳ [המניח] את הכד ברשות הרבים ובא אחר ונתקל בה ושברה פטור ואם הוזק בה בעל החבית חייב בנזקו ומפרש רב פפא היינו כד היינו חבית נ״מ למקח וממכר שביד המוכר לתת לו איזה שירצה ואפילו התנה עמו חבית דמשמע גדולה נותן כד שהיא קטנה דאין הולכין בממון אחר הרוב ובגמרא פריך אמאי פטור האי ששברה איבעי ליה לעיוני ומיזל אמרי בי רב משמיה דרב בממלא ר״ה כולה חביות ושמואל אמר באפילה שנו ר׳ יוחנן אמר בקרן זויות א״ל רבי אבא לרב אשי לא תימא באפילה או בקרן זויות אלא אפילו באורה פטור הנתקל ודקשיא לך אבעי ליה עיוני ומיזל אין דרך בני אדם להתבונן בדרכים הוה עובדא בנהרדעא וחייב שמואל בפומבדיתא וחייב רבה ופריך בשלמא בשמואל כשמעתיה אלא רבה לימא כשמואל ס״ל א״ר פפא קרנא דעצרי הוי דכיון דברשות קעבדי איבעי ליה עיוני ומיזל ומשמע דה״פ לימא כשמואל ס״ל דמחייב באורה והא ודאי דליתא לדשמואל אלא כדא״ל ר׳ אבא לרב אשי דאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים ולפיכך אפילו באורה פטור ואיכא לתמוה טובא אמ״ש הרא״ש לשם וז״ל מדקא מתמה תלמודא לימא רבה כשמואל ס״ל אלמא דליתא לדשמואל וכ״ש לדר״י דקרן זויות לא הוי כ״כ אונס כמו אפילה וכיון דליתא לדשמואל ודר״י דהלכתא כוותייהו לגבי רב כ״ש דליתא נמי לדרב עכ״ל משמע דמפרש דליתא לדשמואל דפוטר באפילה דאפילו באפילה חייב וכ״ש בקרן זויות דלאו אונס גדול הוא כמו אפילה דחייב ולפ״ז מתהפכת הסוגיא על פיה דמשמעות הסוגיא כפי פשוטה היא בהיפך דליתא לדשמואל במאי דקאמר דאפילו באורה פטור ולפע״ד נראה דס״ל להרא״ש מדקא מתמה תלמודא וקאמר לימא כשמואל ס״ל משמע דאמאי דמפליג בין אפילה לאורה קמתמה וקאמר דהא אנן לית לן לדשמואל דאי באורה חייב דהו״ל לעיוני ומיזל באפילה נמי חייב דהו״ל לעיוני ולמיזל לאט לאט שלא יזיק דאדם מועד לעולם בין ער ובין ישן בין באורה ובין באפילה אלא ודאי אפילו באורה נמי פטור משום דאין דרך בני אדם להתבונן בדרכים ולא חייב רבה אלא בקרנא דבי עצרי דכיון דברשות קא עבדי איבעי ליה עיוני ומיזל והתם אפי׳ באפילה נמי חייב וכ״ש דחייב בקרן זויות דלא מפליגינן כלל בין אפילה לכאורה דכל היכא דלא עביד ברשות כגון בר״ה אפילו באורה פטור וכל היכא דעביד ברשות אפילו באפילה חייב וכ״ש קרן זויות או בממלא שם כולה חביות דחייב זו היא דעת הרא״ש ומשמע מדבריו דהכי ס״ל לרב אלפסי אבל רבינו נמשך אחר דברי הרמב״ם בפי״ג מנזקי ממון וכפשטא דשמועה דלא קא מתמה תלמודא אלא מאי דקאמר שמואל דבאורה חייב דליתא אלא אפילו באורה נמי פטור לפי שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים ואינו חייב באורה אלא בקרנא דבי עצרי אבל באפילה ליכא מאן דפליג דפטור אפילו בקרנא דבי עצרי מיהו לית הלכתא כר׳ יוחנן דפוטר אף בקרן זויות אלא דוקא באפילה פטור אבל באורה חייב אפי׳ בקרן זויות דהלכה כשמואל דאינו פוטר אלא באפילה:

ג ומ״ש ואם מילא כל הדרך כדים וכו׳. פי׳ היכא דלא מילא ובאורה אינו פטור אא״כ נתקל בו ושברה ומשום דאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים והו״ל אונס גמור כעין גנבה כדכתבו התוספות לשם בד״ה ושמואל ושמואל אמר באפילה ומשום הכי אפילו בקרנא דבי עצרא דקא עביד ברשות נמי פטור באפילה ולא דמי להא דקיי״ל אדם מועד לעולם בין ער בין ישן וכו׳ דהתם קרוב לפשיעה אבל הכא הוה ליה אונס גמור וכן פסק בתשובת מיימוני דספר נזיקין סימן י״ח מיהו אם לא נתקל אלא שברו בידים ודאי חייב כיון דליכא אונס אבל מילא כל הדרך כדים וכו׳ אפי׳ שברו בידים פטור ונראה מדברי רבינו מדכתב דין זה כאן אחר שכתב דין הניח את הכד במקום שיש לו רשות להניחו כגון בקרנא דבי עצרי אלמא דאפילו היכא דקא עביד ברשות אם מילא כל הדרך כדים נמי פטור אפי׳ שברו בידים וכ״כ הרמב״ם שם להדיא והכי משמע פשט הסוגיא דפשיטא ליה לתלמודא דבמילא כל הדרך כדים אפי׳ לא נתקל אלא שבר נמי פטור והא דקתני נתקל לרב איידי דבעי למיתני סיפא נתקל וכו׳ ע״ש ומשמע מסתמא דאין חילוק בין דקעביד ברשות ובין לא קעביד ברשות לעולם פטור.

ו מי שהיה טעון כד וכו׳. משנה שם (דף כ״ח) ומסקנא דתלמודא דהלכה כחכמים והוא ר״י דמתניתין דנתקל לאו פושע הוא הילכך הזיק לאחרים בשעת נפילה פטור אפילו מדיני שמים דמאי הוה ליה למיעבד אבל לאחר נפילה חייב בדיני שמים אם היה לו פנאי לסלקם ונראה דלפי זה כשהוחלק במים ונפל חייב אפילו לא נחבט אלא בקרקע חוץ למים דמ״מ הוה ליה לסלקם ומדלא סלקם חייב בד״ש אבל בסמוך בשופך מים לר״ה והוחלק בהם אדם ונפל לארץ והוזק דחייב אף בדיני אדם אינו חייב אא״כ בנחבט בקרקע והוזק שם במקום שפיכת המים אבל הוחלק במים ונחבט בקרקע חוץ למים פטור דאפילו שמואל לא ס״ל דחייב בחבטת קרקע אלא בנחבט בקרקע דכריית בורו אבל בנתקל בבור ונפל אחורי הבור אפי׳ לשמואל פטור וכמ״ש התוספות בפרק המניח (בבא קמא דף כ״ח) בד״ה ונישוף באבן וכ״כ לשם הרא״ש וע״ל בסימן תי״א ס״א:

סימן תיג

א שני קדרין וכו׳. משנה פרק המניח ב׳ קדרין וכו׳ הראשון חייב בנזקי שני ובגמ׳ א״ר יוחנן מתני׳ אפילו לרבנן דנתקל לאו פושע הוא אלא אנוס הוא ופטור הכא חייב שהיה לו לעמוד ולא עמד ר״נ בר יצחק אמר אפילו תימא לא הו״ל לעמוד הו״ל להזהיר ולא הזהיר ור״י אמר כיון דלא הו״ל לעמוד לא הו״ל להזהיר דטריד ופסק האלפסי כר״י והרא״ש פסק כר״נ בר יצחק וע״ש בטעמו ומיהו כיון דהרמב״ם פרק י״ג מנזקי ממון והגהות אשיר״י בשם מהרי״ח והא״ז פסקו כר״י וכרי״ף הכי נקטינן: ומ״ש ואם היה יכול לעמוד וכו׳ כתב רב אלפס שגוף הראשון חשוב כאדם המזיק וכו׳ וכ״כ הרמב״ם. דברי רבינו בזה הוא ע״פ מה שהבין הרא״ש מדברי רי״ף והוא פי׳ דחוק גם מ״ש על זה וכ״כ הרמב״ם ליתיה בספרי הרמב״ם שבידינו פי״ג דנזקי ממון אלא כ״כ לשם הראשון חייב בנזקי גופו של שני בין שהוזק בגופו של ראשון שמוטל בארץ בין שהוזק במשאו והשני חייב בנזקי גופו של שלישי אם הוזק בגופו של שני אבל אם הוזק במשאו של שני שנפל פטור שהרי א״ל השני בור זה שהוא משאי אין אני הכורה אותו שהרי הראשון הפיל השני עם משאו עכ״ל וכך הוא הפירוש בדברי רב אלפס שכתב ראשון חייב בנזקי שני בין דאיתזק בגופו בין דאיתזק בממונו (פי׳ בין שהוזק גוף השני בגופו של ראשון המוטל בארץ בין שהוזק גוף השני בממונו של ראשון אבל בהוזק ממונו של שני אפי׳ בגוף הראשון פטור שלא מצינו בור שחייב עליו הכלים והאי ראשון שמוטל לארץ בורו הוא ולא אדם המזיק) ומ״ש רב אלפס אח״כ ושני חייב בנזקי שלישי בדאיתזק בגופו אבל לא בדאיתזק בממונו מ״ט דא״ל האי בירא לאו אנא כריתיה (ה״פ דשלישי שהוזק גופו בשני המוטל לארץ אין השני חייב אלא בדאיתזק בגופו של שני אבל לא בדאיתזק בממונו של שני מ״ט דא״ל השני בור זה שהוא ממוני אין אני הכורה אותו שהרי הראשון הפיל השני עם משאו) והראב״ד בהשגות הקשה על מ״ש רב אלפס והרמב״ם שהראשון חייב כשהוזק גוף השני במשאו של ראשון הלא קיי״ל דנתקל אנוס הוא וא״כ משאו של ראשון אינו בורו ותירץ ודאי אם הפקיר משאו הו״ל מפקיר נזקיו מתוך האונס ופטור אלא הכא דחייבו רב אלפס והרמב״ם לא מיירי אלא בשלא הפקיר הראשון משאו לאחר נפילת אונס ומש״ה חייב בנזקי גוף השני אף אם הוזק במשאו דכיון שלא הפקירו בורו הוא ומעתה אחרי האמת והצדק בפי׳ דברי רב אלפס והרמב״ם אין מחלוקת ביניהם ובין הרא״ש שהרי כך היא ג״כ דעת הרא״ש וכמ״ש רבינו בשמו: ומ״ש היו ג׳ וכו׳ בין אם הוזק בו השלישי בגופו בין אם נשתברו בו כליו וכו׳ כצ״ל: ומ״ש ולדבריו אם היה מוטל לאורך הדרך ולא באלכסון לא היה חייב וכו׳ כצ״ל וכ״כ ב״י ורצונו לומר דלדברי הרא״ש שהביא מה שפי׳ התוס׳ דפליגי רב פפא ורב זביד וצ״ע כמאן הלכתא א״כ לדבריו אין לחייב את הראשון בנזקי שלישי אא״כ דהיה מוטל הראשון באלכסון דאיכא למימר כשנתקל השני בראשון אותו שבא אח״כ ונתקל בסופו לא ראהו אבל היה מוטל לרוחב הדרך לא היה הראשון חייב בנזקי שלישי דהו״ל להזהיר כשראה השני שנפל וכיון דאיכא ספיקא דדינא המע״ה ואפי׳ תפס מפקינן מיניה אבל לרב אלפס רב פפא ורב זביד מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי:

סימן תיד

א אין אדם רשאי להוציא זבלו לר״ה. משנה ס״פ הבית והעלייה המוציא זבל לר״ה המוציא מוציא והמזבל מזבל דאינו רשאי להשהותו שם אלא זה מוציאו מן הרפת לר״ה והנושאו יהא מזומן לנשאו לשדה ולגינה לזבל ועל פי פי׳ הראשון דתוס׳ לשם ובפרק המניח (בבא קמא דף ל׳) דפשיטא ליה לתלמודא דמתני׳ איירי שלא בשעת הוצאת זבלים ויש לו רשות שעה קטנה להניח שם זבלו כדי להוציא מיד לשדה ולגינה ואם הזיק משלם מה שהזיק אבל לא כפי׳ השני דתוס׳ לשם דמתניתין מיירי בשעת הוצאת זבלים מדקתני והמזבל מזבל משמע בשעה שרגילין לזבל ושפיר יש לו רשות להניח ל׳ והא דאמר המזבל מזבל עצה טובה קמ״ל דמזבל לאלתר שלא יצטרך לשלם מה שהזיק דלפי זה איכא למימר דשלא בשעת הוצאת זבלים אינו רשאי להוציא וכ״כ בנ״י להדיא וכן נראה מדברי הרמב״ם פי״ג מנזקי ממון שלא כתב היתר להוציא שלא בשעת הוצאת זבלים משמע שאינו רשאי להוציא כלל לר״ה אבל דעת רבינו אין כן אלא כפי׳ הראשון דתוספות ופירוש שעת הוצאת זבלים נראה מדברי התוס׳ דהוא שעה שרגילין לזבל ומוציאין הזבלים לשדה ולגינה ועיין במ״ש בסימן רע״ד בס״ד: אבל בשעת הזבלים יש לו רשות וכו׳. ברייתא בפרקים הנזכרים שעל כן הנחיל יהושע את הארץ ועיין לעיל בסימן רע״ד דהרי״ף חולק בזה וכאן סתם רבינו דבריו ע״פ דעת הרא״ש ונראה מדכתב הרמב״ם ורבינו הזבל והגלל אלמא דאתא לאורויי דאפילו בדאיכא גללים הרבה ומעלים ריח רע ומיאוס רשאין להניחן ברשות הרבים ולא דמי לקוטרא ובית הכסא דאסור כדלעיל בסימן קנ״ו דמידי דקביע הוא לימים מרובים אבל הכא צריך לפנותו לאחר שלשים יום ועוד דכאן לא סגי בלאו הכי שהרי צריך הוא שיהא נישוף בר״ה ברגלי אדם וברגלי בהמה אבל קוטרא וב״ה יכול הוא לעשות בשלו בענין שלא יגיע כלל נזק לחבירו: ומ״ש ולצברן כל ל׳ יום וכו׳. ז״ל רש״י בסוף הבית והעלייה וצוברו כל ל׳ יום מל׳ לל׳ יום חוזר וצוברו כדי שיהא נישוף יפה עכ״ל אבל בתוס׳ לשם ובפרק המניח איתא להדיא דמפרשים כל ל׳ יום בלחוד יש לו רשות להניחם לשם לא יותר וכך הוא בהגהות אשיר״י פרק המניח על שם פר״י וכן נראה מפרש״י פרק המניח שכתב וז״ל כל ל׳ יום רשאי להניחם שם

עכ״ל אלמא דלהניחן בר״ה קבעו זמן ל׳ יום לא על מה שיהא צוברן מל׳ לל׳ וכן נראה מבואר מל׳ הרמב״ם שם שכתב יש לכל אדם להוציא את הזבל והגללים לר״ה בשעת הוצאת זבלים ולצבור אותן שם ל׳ יום כדי שיהא נישוף ברגלי אדם וברגלי בהמה עכ״ל אלמא דלהוציאן לר״ה ולצבור אותם שם קבעו זמן ל׳ יום אבל לאחר ל׳ הכל אסור גם דברי רבינו אפשר לפרש כך וכך הבינם בעל שלטי הגיבורים בס״פ הבית והעלייה וכן עיקר:

ב ואסור לאחר לזכות בו ויש בו משום גזל וכו׳. ברייתא שם: ומ״ש ומיהו אם הזיק וכו׳. שם:

ג ומ״ש בד״א בזבל וגלל וכו׳. פסק כאוקימתא דרב אשי לשם דתבן וקש הוא דאסור להוציאם כלל:

ד ומ״ש ואם הוציאם וזכה בהן אחר וכו׳. פסק כאוקימתא דגמ׳ דכ״ע רב וזעירי קנסו גופן משום שבחן והכא בהלכה ואין מורין כן פליגי והלכה כרב דהיכא דאיכא שבחא הלכה דקנסינן גופן משום שבחן ואין מורין כן לקנוס בגופן אבל בשבחן מורין לו כן אבל היכא דלית ליה שבחא לא קניס בגופן: ומ״ש ואם התרו וכו׳. שם אוקימתא דגמ׳: ומ״ש בשם הרמ״ה ואין מוציאין אותו מידו. טעמו דס״ל כהרמב״ם דבספיקא דדינא נמי אם תפס אין מוציאין מידו והרא״ש אזיל לטעמיה דבספיקא דדינא מוציאין אותו מידו וכמבואר לעיל בתחלת סימן שפ״ח ס״א וס״ד ובסי׳ ש״צ ס״א וס״ב וע״ל בס״ס שצ״א כתבתי לדעת רבינו דמחלק בין בעיא דלא איפשיטא ובין בעיא דאסיקנא בתיקו:

סימן תטו

א הגודר וכו׳ משנה וגמרא פרק המניח (בבא קמא דף ל):

ב המצניע וכו׳. ברייתא שם וכדפי׳ ר׳ יוחנן דבכותל רעוע חייב המצניע דהו״ל לאסוקי אדעתיה דכותל זה עומד לסתרו ויפול לר״ה ופשע בשמירת נזקיו: ומ״ש אם הזיקו בשעת נפילה חייב בעל הכותל בכל ענין. אפי׳ בכותל רעוע. נראה דלמד כך מדברי הרא״ש דכתב דבכותל רעוע ה״ט דפטור בעל הכותל משום דלא עשה מעשה שראוי להתחייב כי סתר את כותלו וממילא נפלו לר״ה והראשון הו״ל כאילו השליכן לר״ה כמו אבנו וכו׳ שנפלו ברוח מצויה לר״ה והזיקו לאחר נפילה עכ״ל אלמא דדוקא כשנפלו ממילא לר״ה התם הוא דפטור דלא עשה מעשה שראוי להתחייב אבל כשסתר את כותלו והזיקו בשעת נפילה עשה מעשה בידים שראוי להתחייב בה ודמי למוצא בור מגולה וטעמו וחזר וחפרו דפטור הראשון וחייב השני דבמה שחזר וחפרו עשה מעשה בידים שראוי להתחייב בה כמ״ש הרא״ש לשם: ומ״ש דבכותל רעוע בעל הקרן ואין בעל הכותל צריך להודיעו. פי׳ אפילו כשידוע לבעל הכותל מי שהצניע קוצותיו אפ״ה סותר את כותלו כיון שהוא רעוע וא״צ להודיע שיבוא ויטול קוצותיו והכי אסיק רבינא התם דהמכסה בורו בדליו של חבירו בא בעל הדלי ונוטל את דליו ולא איבעי ליה לאודועי לבעל הבור אף ע״ג דידע ליה דהמכסה הוא הפושע בתחלה דהו״ל למידע שבעל הדלי יבוא ויטול דליו וה״נ בעל הקרן פשע בתחלה דהו״ל למידע שזה יבוא ויסתור כותלו הרעוע העומד ליסתר אבל בכותל בריא דלא פשע בעל הקרן בשמירת נזקיו כיון דאין הכותל עומד ליסתר בעל הכותל חייב דפושע הוא במה שלא הצניע הקוצים והזכוכית מקודם שיסתר כותלו. ועיין בנ״י דין נפלה כותל מאליו והיה רעוע או בריא:

סימן תטז

א הכותל והאילן וכו׳. משנה ס״פ הבית והעלייה הכותל והאילן שנפלו לר״ה והזיקו פטור מלשלם פרש״י דמאי הו״ל למיעבד אנוס הוא עכ״ל נתנו לו זמן לקוץ את האילן ולסתור את הכותל פי׳ שראוהו ב״ד שהיה נוטה וא״ל סתור ונפל בתוך הזמן פטור לאחר הזמן חייב ופי׳ הרא״ש דחייב משום בור דכיון דלא סתרו בתוך הזמן א״כ פושע הוא שהניחו במקומו וכמי שנותן תקלה בר״ה דכל תקלה בר״ה בור היא ולפיכך אין חילוק דאפי׳ הזיקו בשעת נפילה חייב והלכה כשמואל דאפי׳ לא אפקרינהו הוי בור: ומ״ש ואם לא התרו בו וכו׳. טעמא דכולהו משום דאנוס הוא ואפי׳ לאחר נפילה אנוס הוא אם הזיק קודם שנודע לבעלים שנפל וכן אפי׳ נודע ולא הו״ל פנאי לסלק אנוס הוא ואפילו נודע והיה לו פנאי אם הפקירו הו״ל מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס ופטור כל זה למד מדברי הרא״ש ריש פ״ק דבבא קמא ומדברי התוספות (דף ו׳) בד״ה היינו בור ע״ש:

סימן תיז

א לא יזרוק אדם וכו׳. בפ׳ הפרה (דף נ׳) ת״ר לא יסקל אדם מרשותו לר״ה ופרש״י לא יסלק לפנות אבנים:

ב אין עושין חלל וכו׳. משנה סוף פרק חזקת פלוגתא דר״א וחכמים והלכה כחכמים דחיישינן לשמא תפחת הכיפה ולאו אדעתיה דעובר בר״ה ויעבור ויפול:

ג ומ״ש ואין מוציאין זיזין וכו׳ משנה שם ופירשו הרי״ף והרא״ש דוקא למטה מגמל ורוכבו אין מוציאין וכו׳:

ד ומ״ש אבל במבוי וכו׳. נראה דלא קאמר רבינו אלא במבוי שאינו מפולש דכיון שאין רבים בוקעים בו יכול להוציאן מדעת מבוי אבל מבוי מפולש דינו כר״ה ומ״ש משא״כ בר״ה שאין לו בעלים לאו דוקא דה״ה מבוי מפולש אין לו בעלים וכ״כ בנ״י ס״פ חזקת ותדע דכך היא דעת רבינו דאל״כ קשיא דלמעלה בסימן קנ״ה סעיף ל״ט הביא רבינו דברי הרמ״ה בסתם דגבי זיז נמי אם הוציא למעלה מגמל ורוכבו אין יכולין לעכב עליו כאילו הרמ״ה ז״ל חידש הדין ההוא וכאן כתב רבינו בסתם ואין מוציאין זיזין בר״ה אלא א״כ הוא למעלה מגמל ורוכבו דמשמע דהלכה זו פסוקה מוסכמת מכל הגאונים אלא בע״כ צריך לפרש דבהוצאה לר״ה הלכה זו פסוקה ומוסכמת מכל הגאונים אבל במוציא למבוי דאפשר לומר דאי מחלי ליה בני מבוי יוכל להוציא אפי׳ למטה מגמל ורוכבו ואין שאר העוברים ובוקעים בו יכולין לעכב לפיכך הביא דברי הרמ״ה שכתב ל״ש במבוי ל״ש בר״ה דדין מבוי כדין ר״ה והשתא בע״כ דבמבוי מפולש קאמר הרמ״ה דאי אינו מפולש כבר מבואר ס״פ חזקת בעובדא דר׳ אמי דאין שאר העוברים יכולין לעכב עליו אי מחלי ליה בני מבוי וההיא דסוף מרובה עשרה דברים נאמרו בירושלים וחד מינייהו אין מוציאין בה זיזין וגזוזטראות מפני אוהל הטומאה ומשום דלא ליתזקו עולי רגלים צ״ל דמיירי במבוי שאינו מפולש ומוציא בה מדעת בני המבוי ואפ״ה אין להוציא בה זיזין למטה מגמל ורוכבו משום דלא ליתזקו בה עולי רגלים אפי׳ אי ליכא משום אוהל הטומאה כגון בזיז פחות מטפח מ״מ אית ביה משום דלא ליתזקו וכו׳ וכן היכא דליכא למיחש דליתזקו בה עולי רגלים כגון למעלה מגמל ורוכבו נמי אין להוציא ברחב טפח מפני אוהל הטומאה:

סימן תיח

א אש הוא אב דכתיב וכו׳. פי׳ מאי דכתיב בקרא בהדיא אב קרי ליה כדלעיל בסימן ש״ץ שצ״א ת״י: ומ״ש אפי׳ לא שרפה אלא עציו ואבניו או שליחכה נירו שהוא דבר שאינו ראוי לו חייב לשלם הכל וכו׳. משנה סוף פרק הכונס השולח את הבערה ואכלה עצים או אבנים או עפר חייב שנאמר כי תצא אש וכו׳ ופרש״י או עפר ליחכה נירו ונתקלקל עכ״ל ובגמרא שדה למה לי לאתויי ליחכה נירו וסכסכה אבניו והדבר פשוט דהא דקתני ואכלה עצים לא איצטריך דסתם עצים ראוי לו אלא כלומר אין חילוק בין עצים שהוא ראוי לו ובין אבנים ועפר שאין ראוי לו חייב על שאינו ראוי כמו על הראוי ולא אמרינן אנוס היה כיון שאינו ראוי לו כדאיתא התם ולפי זה מ״ש רבינו אפילו לא שרפה אלא עציו ואבניו וכו׳ האי אפי׳ אינו חוזר אלא על אבניו ונירו דאע״פ שאינו ראוי לו דינם כמו עציו: ומ״ש וכמה שיעור הרחקה וכו׳ עד אפילו עברה כמה מילין חייב. הכל שם וע״פ מה שפי׳ לשם הרא״ש:

ב נפלה דליקה בחצרו והיה גדר וכו׳. מבואר בפרק כיצד הרגל בסוגיא אשו משום חציו ומסיים בה הרמב״ם פי״ד מנזקי ממון וז״ל למה הדבר דומה לשורו שיצא והזיק שהו״ל לשמרו ולא שמרו עכ״ל:

ג השולח הדליקה וכו׳ וכן אם מסר הבעירה ביד שומר וכו׳. כ״כ לשם הרמב״ם וכתב ה״ה שיצא לו ז״ל מדין שאר המזיקים שהשומרים נכנסים תחת הבעלים וע״ל בסי׳ שצ״ו מסעיף ו׳ עד סוף הסימן דין מסר שור לשומר וחילוקי דיניו:

ד הביא האחד עצים וכו׳. משנה שם וע״פ דברי התוספות והרא״ש וכ״כ הראב״ד בהשגות: ומ״ש בא אחד וליבה המלבה חייב. כלומר והשנים הראשונים אחד שהביא את האור ואחד שהביא את העצים פטורים ודוקא כשלא היתה מתלבה ברוח מצויה בלא ליבויו של מלבה אבל אם בלא ליבוי היה מתלבה ברוח מצויה פטור המלבה והאחרון משנים הראשונים חייב הרמב״ם כתב בסתם ליבה וליבתו הרוח חייב ומשמע לכאורה דס״ל אפילו יש ברוח לבדו כדי ללבות ובליבויו גם כן כדי ללבות א״נ אין בכל אחד כדי ללבות לבדו אלא ע״י שניהם חייב וכבר כתב הרב המגיד ליישב דבריו וכן הב״י ולא נקטינן הכי אלא כדברי רבינו ע״פ דברי התוס׳ והרא״ש וכאוקימתא דרב אשי ופשטא דברייתא:

ז גמל שהיה טעון פשתן וכו׳. נראה מדכתב סתם בעל הגמל חייב שפשע וכו׳ אלמא דאפילו עמדה להטיל מים דאנוס הוא בעל הגמל ואפילו לא היה הולך הגמל ומסכסך וכו׳ חייב בעל הגמל דכיון דתחלתו בפשיעה במה שהרבה במשאה כ״כ עד שנכנס לתוך החנות ואילו לא הרבה במשאה אלא כדרך שאר כל הטוענים על הגמל לא הדליקה הבירה אפילו היתה עומדת א״כ פושע הוא שהרבה במשאה ואף ע״ג דסופו באונס חייב אלא דבלא סכסך על מקום הדליקה חייב נ״ש דהיזק בידים הוא ועל השאר ח״נ דחציו דגמל הן כצרורות אבל אם סכסכה על כל הבירה חייב נ״ש: ומ״ש ואם הניח

[החנוני] נרו וכו׳. פסק כת״ק דרב יהודא דאפי׳ בנר חנוכה חייב מיהו בהולך ומסכסך אף בעל הגמל חייב וכל אחד משלם מחצה דמי הבירה אבל אם עמדה להטיל מים אנוס הוא אפי׳ הולך ומסכסך פטור בעל הגמל והחנוני משלם הכל כל זה עלה מן הסוגיא פ״ב דב״ק:

ח הלכתא טמון באש פטור וכו׳. כל זה מבואר סוף פ׳ הכונס (סוף דף פ״א) ועל פי דברי התוס׳ והרא״ש:

ט המשאיל מקום וכו׳ ברייתא שם (ס״ב) ולא היה צריך למיתני להגדיש חטין והגדיש שעורין וכן שעורין וחיפן חטין דפשיטא דאינו משלם יותר ממה שהזיק אלא כלומר דאין חילוק בין זה לזה כי היכי דאינו משלם אלא שעורין בהשאיל להגדיש חטין והגדיש שעורין וכן שעורין וחיפן חטין הכי נמי בהשאיל להגדיש שעורין והגדיש חטין א״נ הגדיש חטין וחיפן שעורין אינו משלם אלא שעורין דלא קביל עליה אלא נטירותא דשעורין:

י ראה אחד הדליקה וכו׳. ברייתא ר״פ הכונס הכופף קומתו של חבירו בפני הדליקה פטור מדיני אדם וחייב בד״ש ומוקי לה דמטיא ליה ברוח שאינה מצויה רב אשי אמר טמון איתמר דשוייה טמון באש ורבינו לעיל בסעיף ו׳ פסק כאוקימתא קמא וכאן פסק כאוקימתא דרב אשי ס״ל דהאוקימתות לא פליגי אלא מר שמיע ליה מרביה הכי ומר שמיע ליה מרביה הכי ותרווייהו הילכתא נינהו וע״ל בסי׳ שפ״ו ס״ג ונראה מדברי התוס׳ לשם דמיירי במאן דידע דטמון פטור באש והתם אפי׳ נתכוין לטובה שלא ימהר לשרוף ויוכל להציל בעל הבית בתוך כך אפ״ה בד״ש חייב דאיבעי ליה לאזדהורי ולאסוקי אדעתיה שלא יבוא לו הפסד בכך אלמא דאי לא ידע דטמון באש פטור וליכא למימר דהו״ל לאזדהורי וכו׳ אנוס הוא ואפי׳ בדיני שמים פטור:

יא הלכתא אשו משום חציו וכו׳. כך עולה מן הסוגיא פ״ב דב״ק (דף כ״ב כ״ג) ופי׳ רש״י ד׳ דברים נזק צער ריפוי שבת אבל בבושת לא דאינו חייב בבושת עד שיהא מתכוין וכו׳ עכ״ל אבל הרמב״ם כתב בסוף פי״ד מנזקי ממון דחייב נמי בבשתו כאילו הזיקו בידו אע״פ שאשו ממונו הוא ה״ה כמי שהזיק בחציו עכ״ל ולפי זה צריך לפרש הא דקאמר תלמודא ד׳ דברים היינו צער ריפוי שבת בושת דחייב בהו משום חציו דאילו משום ממונו פטור מד׳ דברים אלו אבל נזק לא קא חשיב בהדייהו משום דאפילו למ״ד משום ממונו חייב בנזק כי היכא דחייב בהזיק שורו או בורו:

יב הניח לחבירו גחלת על לבו וכו׳. ספ״ב דב״ק אמר רבה הניח לו גחלת על לבו ומת פטור על בגדו ונשרף חייב ואסיקנא עבדו כגופו דמי ואם הניח אדם גחלת על לב עבדו פטור שהוה ליה לעבד לסלקה שורו כממונו שאין בו דעת לסלקה כך פי׳ רש״י ומשמע דמיירי בעבד ושור שאינן כפותין אבל התוס׳ והרא״ש לשם פירשו דמיירי בכפותין ועבד פטור כיון דהעבד חייב במצות סמך על זה שלא יניחנו לשרוף כדי שישלם לו זה עבדו אבל שורו כממונו וחייב עכ״ל וכתב בנ״י עבדו כגופו ופטור וה״מ בגדול אבל בקטן דלאו בר דעת הוא הו״ל כשורו שהוא חייב דכממונו הוא עכ״ל ונראה דאין זה אלא לפי׳ רש״י דבעבד פטור משום דהו״ל לעבד לסלקה א״כ עבד קטן דלאו בר דעת הוא לסלקו הו״ל כשורו וחייב אבל להרא״ש ותוס׳ דאפי׳ בשור שאינו כפות פטור דדרכו לברוח מהאש ה״ה בעבד קטן נמי פטור וכיון דעבד כפות אם רבו אצלו פטור משום דעבד חייב במצות ודאי רבו יסירנה מעליו עבד קטן נמי פטור דיגיע לחיוב מצות כשיהיה גדול:

סימן תיט

א כשבאין להגבות וכו׳. נראה דרבינו למד לפסוק כך מההיא דפ״ק דב״ק דרמי ליה אביי לרבה כתיב מיטב שדהו אין מידי אחרינא לא והתניא ישיב לרבות שוה כסף ואפי׳ סובין ואסיק רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע כל מילי מיטב הוא דאי לא מזדבן הכא מזדבן בדוכתא אחריתא לבר מארעא דליתיב ליה ממיטב כי היכא דליקפוץ עליה זבינא אלמא דמטלטלין הוי טפי מיטב ממקרקעי ואפי׳ סובין ואע״פ שהניזק חפץ יותר בקרקע מצי א״ל מזיק אנא יהיבנא לך כדינך ממיטב דהיינו מטלטלי ואפי׳ סובין אלא דאם אין לו מטלטלין יהיב ליה ממיטב שדהו דהיינו עידית אבל אם המזיק חפץ ליתן לו קרקע והניזק חפץ במטלטלין אין הניזק יכול לכופו אלא נותן לו עידית קרקעותיו כדכתיב קרא מיטב שדהו [ומיטב כרמו] ישלם ומזה לא כתב רבינו כלום דפשיטא הוא בניזקין דע״כ לא כתב הרא״ש פ״ק דב״ק ורבינו לעיל בסימן ק״א אלא בב״ח דאם חפץ מלוה במטלטלין אין הלוה יכול לכופו ליקח ממנו קרקע דכיון דזוזי יהיב שקיל מידי דמיקרב לזוזי טפי והיינו מטלטלין אבל בנזקין אין הניזק יכול לכופו ליתן לו מטלטלין ולא כתב רבינו אלא היכא דהמזיק חפץ ליתן לו מטלטלין והניזק אינו חפץ אלא בקרקע כדכתיב קרא מיטב שדהו וקאמר דחייב ליקח מטלטלין כדכתיב נמי קרא ישיב אפי׳ סובין ודלא כנראה מדברי ב״י דהבין מדברי רבינו דכוונתו לומר דכפינן ליה למזיק ליתן לו מטלטלין והא ליתא אלא כדפירש׳ דיד המזיק על העליונה וכך מפורש בדברי ה׳ המגיד רפ״א דחובל ובפ״ח דה׳ נזקי ממון:

ב ומ״ש ואם יש לו שני עידית וכו׳ וצריך ליתנם לו כפי מה שהיא שוה עתה. כך כתב הרא״ש פ״ק דב״ק ולא דמי למלוה דצריך לקבל כיוקרא דלקמיה כדלעיל בסימן ק״ב ס״ד דשאני מלוה דאין דינו אלא בבינונית הילכך לא אלים כחו בעידית טפי משא״כ ניזקין דדינן בעידית אלים כחו דניזק טפי

בעידית:

ג מת המזיק וכו' עד מהן ומן הזיבורית. ע"ל ס"ס ק"ח סל"ו דפסק לחלק בין גדולים לקטנים ולכך כתב כאן בסתם דמגבין מן הזיבורית ונסמוך על מ"ש למעלה דבניזקין דוקא בקטנים גובין מן הזיבורית:

סימן תכ

א אסור לאדם וכו'. בפרק אלו נערות (כתובות דף ל"ג) פריך בגמרא חובל בחבירו דע"כ בממון נדון אם כן ביטלת לא יוסיף פן יוסיף שהוא אזהרה למכה חבירו משמע דמפן יוסיף נפקא לן אזהרה למכה חבירו אבל לא יוסיף לגופיה אתא שלא יוסיף על מנין הארבעים וכן על כל אומד ואומד שאמדוהו ב"ד כדאיתא בספרי ס"ל לא יוסיף מ"מ ומייתי לה בפרק אלו הן הלוקין (מכות דף כ"ג) וכדפרש"י לשם וכ"כ הרמב"ם רפ"ה דחובל וז"ל אסור לאדם לחבול וכו'. שנאמר לא יוסיף להכותו אם הזהירה תורה מלהוסיף בהכאת החוטא ק"ו למכה את הצדיק אלמא דלא יוסיף קאי על הכאת החוטא שלא יוסיף על האומד ואיסורא הוא דנפקא לן מק"ו כדכתב להדיא בפי"ו מה"ס אבל דלקי במכה צדיק לא נפקא לן אלא מפן יוסיף וכדברי רבינו ורש"י שכתב בחומש לא יוסיף מכאן אזהרה למכה את חבירו עכ"ל רצונו לומר מקרא דכאן נפקא לן אזהרה למכה את חבירו והוא מדכתיב פן יוסיף דכל מקום שנאמר השמר פן ואל אינו אלא ל"ת ואין בזה שום מחלוקת דכולהו מודו דמפן יוסיף נפקא לן אזהרה למכה חבירו וכדכתב רבינו: ומ"ש רבינו ואם הקפידה תורה וכו'. הוי כאילו אמר ועוד אם הקפידה תורה וכו' כלומר עובר בלאו שנאמר פן יוסיף ועוד אפי' אין בו לאו זה מ"מ למדנו איסור דבר זה בק"ו דאם הקפידה תורה וכו' ואח"כ אמר שכל זה אף בהכאה שאין בה חבלה וכ"ש שאסור לחבול בחבירו:

ד ומ"ש ואם הכהו מכה שאין בה ש"פ וכו' בפ' אלו נערות אהא דפריך ח"ב ביטלת לא יוסיף מתרץ איכא לקיומיה כגון שהכהו מכה שאין בה ש"פ בכל החמשה דברים כגון שלא פיחתו מכספו וממלאכתו וריפוי לא הוצרך ולא צער היה בה ובשוטה שאין לה בושת כן פי' רש"י:

ה ומ"ש ואפילו הכה עבד כנעני של חבירו וכו'. כן כתב הרמב"ם לשם ובפי"ו מה"ס וכתב ב"י ותמיהני למה הצריך שיהא העבד של אחרים דאפי' אם הוא שלו למה לא יתחייב מלקות על הכאה שאין בה ש"פ שאע"פ שהוא עבדו כיון שהוא חייב במצות לא ניתן לו רשות להכותו והרמב"ם בפי"ו מה"ס לא הזכיר של אחרים אבל בפ"ה מחובל הזכיר של אחרים עכ"ל ונראה לי הא דנקט עבד חבירו אינו אלא כדי לומר דבהכאה שאין בה ש"פ אפילו הכה בעבד חבירו לוקה דאילו בעבד שלו אין חילוק שהרי אפילו בהכאה שיש בה ש"פ נמי לוקה כיון דאינו משלם כדלקמן בסי' תכ"ד ס"ד גם הרמב"ם לזה נתכוין שכתב פ"ה דחובל דאפילו הכה עבד של חבירו הכאה שאין בה ש"פ לוקה וכו' דבא לומר אבל בעבד שלו לוקה אפילו יש בה ש"פ גם בסוף פי"ו מה"ס נראה מלשונו דבעבד של חבירו קאמר דלוקה בהכאה שאין בה ש"פ כיון שאין בה תשלומין אבל יש בה ש"פ אינו לוקה ומשלם וקיצר שם וכתב בסתם עבד דנסמך עמ"ש תחלה בהלכות חובל דבעבד של חבירו דוקא קאמר והכי משמע פשטא דמתניתין פרק החובל (בבא קמא דף פ"ז) דתנן והחובל בעבד כנעני שלו פטור מכולן דממילא שמעינן דכיון דפטור מתשלומין א"כ חייב מלקות ומהרו"ך היפך הקערה על פיה ואמר דבעבד כנעני שלו פטור ממלקות אפי' אין בה ש"פ ואם יש בה ש"פ פטור לגמרי מתשלומין וממלקות והבין מ"ש הרמב"ם פ"ד מחובל דהחובל בעבד כנעני שלו פטור היינו לומר פטור מתשלומין וממלקות וליתא דהרמב"ם לא איירי לשם מדין מלקות אלא מתשלומין בלחוד קאמר דפטור אבל מלקות ודאי חייב אפי' יש בה ש"פ כ"ש בשאין בה ש"פ דכיון דבעבד שלו ליכא תשלומין א"כ פשיטא דחייב מלקות וכדפרישית ודוק:

יב אסרו בחדר וכו'. בפ' החובל (בבא קמא דף צ"א) קאמר אין דמהדק ליה באנדרונא וע"ל בסי' שס"ג סעיף ו' הארכתי בזה בס"ד:

יג גילח שער ראשו וכו'. הכי אסיקנא התם (דף פ"ו) דאפי' יודע לרקד ולנענע בשער ראשו אינו נותן לו שבת זה אלא א"כ סכו בסם שאין סופו לחזור אבל בגילוח שסופו לחזור כיון שלא ביטלו משאר מלאכה אינו חייב ליתן לו שבת זה דנענוע שער ראשו כיון שסופו לחזור:

יד ומ"ש סכו בסתם וכו' פי' כיון דאין סופו לחזור איכא נזק דהא אפחתיה מכספיה דמום הוא ואית ליה צער דהבקעים בראשו מכאיבים לו מחמת חוזק הסם וריפוי דצריך לשלם לרופא לרפאות אותן הבקעים ושבת דהיה יודע להרויח בריקוד ונענוע שער ראשו ובושת אין לך בושת גדול מזה ונמשך רבינו אחר דברי הרמב"ם שכתב ומשלם לו שבת שהרי הוא ראוי לרקד ולנדנד דלת ראשו בשעת ריקוד ונמצא בטל ממלאכה זו עכ"ל אבל גירסת ספרים שלנו שבת דהוה מרקיד בי כובי דבעי מחוי גוני ארישא ולא מחוי מהנהו קרטופני משמע דמחמת הכאב שבראשו עד שיתרפא מהבקעים לא מצי מחוי וכן פי' רש"י וס"ל דהנענוע בשעת ריקוד אינו אלא בראשו בין שיש בו שערות או אין בו שערות ואין כך דעת הרמב"ם ורבינו אלא הנענוע בשערות הוא ולא הוי גורסים ולא מחוי מהנהו קרטופני אלא ולא מחוי בלחוד:

טז ואפי׳ חסרו כשעורה מעור בשרו וכו׳. כ״כ הרמב״ם בפ״ב דחובל וז״ל לפי שהעור אינו חוזר אלא צלקת לפיכך החובל בחבירו וקרע העור חייב בכל ה׳ דברים וכתב ה״ה וההיא סוגיא דהחובל בבתו צריך עיון דמשמע דלאו בכל מקום משלם נזק אלא במקום הנראה כגון פנים עכ״ל ואינני מבין דבריו דאי בחובל בבתו של אחרים קאמר הלא מפורש התם דלר׳ יוחנן דהלכה כמותו דוקא אם פצעה בפניה דאפחתה מכספה והרי בידו למכרה הוי של אב אבל לא פצעה בפניה אע״ג דאפחתה מכספה הוי לדידה וכן פציעה דלא אפחתה מכספה לא זכה בה האב ולדידיה הוי וא״כ בחובל לחבירו אין חילוק פצע בפניו או שלא בפניו כל שנעשה מקומו צלקת חייב בכל ה׳ דברים ואי בחובל בבתו הקטנה קאמר הלא מפורש התם בברייתא בתרייתא בבניו ובנותיו שלו פטור ובקמייתא תני בה החובל בבתו קטנה פטור וע״ש:

יז וכיצד משערין וכו׳ עד שמין אותו כאילו היה עבד נמכר בשוק כמה היה שוה קודם וכו׳ כ״כ הרמב״ם רפ״א דחובל ואיכא לתמוה בפרש״י בדיבור הראשון פרק החובל שכתב אהא דתנן נזק כיצד סימא את עינו וכו׳ רואין אותו כאילו הוא עבד נמכר בשוק ושמין כמה הוא יפה וכו׳ דכתב רש״י וכמה הוא יפה שהרי הזיקו והפסידו ממון זה שאם היה צריך היה מוכר עצמו בעבד עברי עכ״ל וכך הביאו נ״י וקשה דהא בסוגיא קאמר דבעי למישיימיה כעבדא משמע דבעבד כנעני קאמר וכן פי׳ הרא״ש והכי מוכח להדיא בהא דקאמר תניא רבי אליעזר אומר עין תחת עין ממש וקאמר רבה דהיינו לומר שאין שמין אותו כעבד א״ל אביי אלא כמאן כבן חורין בן חורין מי אית ליה דמי אלא אמר רב אשי לומר שאין שמין אותו בניזק אלא במזיק וכן פי׳ רש״י להדיא גבי פגם דשיימין בשפחה כנענית ונראה דודאי גם רש״י מודה בכך אלא דמ״מ כיון דאיכא דזילא ביה מילתא למישיימיה כעבדא כדאיתא התם בעובדא דההוא חמרא דקטע לידא דינוקא אמר ליה אבוה דינוקא לא בעינא דזילא בי מילתא אי בעי ניזק דלישיימוהו לפחות כאילו היה מוכר עצמו לעבד עברי שיוצא בשש הרשות בידו דהא פשיטא דעבד כנעני דנמכר לעולם דמיו מרובין מע״ע הנמכר לשש והשתא המזיק נשכר בשומא זו בשנישום כע״ע שנמכר לשש בלחוד והיינו כשהניזק זילא ביה מילתא זה נ״ל דין אמת וצדק ולזה נתכוין רש״י בפירושו: פר״י כששמין הצער וכו׳. כ״כ התוס׳ בשמו פרק אלו נערות (כתובות דף ל״ט) בד״ה צער דמאי וכתבו עוד (רבינו שמשון בר אברהם חלק עליו ורבינו כתב דכך היא מסקנת הרא״ש ונראה דטעמו משום דבתשובה כלל ק״א סי׳ ב׳ כתב תחלה פר״י ואח״כ כתב ורבינו שמשון דחה אותה ראיה שהביא ר״י וכו׳ ואח״כ כתב ועתה יראה לומר אע״פ שר״ש דחה ראיית ר״י מ״מ סברת ר״י נוטה לומר כן משום דצער דבתר הכי דמי לגרמא בנזקין מידי דהוה אבושת וכו׳ וס״ל לרבינו דמדכתב הרא״ש במסקנתו דר״ש דחה ראיית ר״י וכתב עוד אע״פ שר״ש דחה ראיות ר״י מ״מ סברת ר״י היא נוטה לפטרו מלשלם צער בתר הכי דדמי לגרמא בנזקין אלמא דהרא״ש מסקנתו כר״ש דאין לפטרו מצער דבתר הכי אלא דכתב ליישב דעת ר״י דאע״פ דאמת הוא כדדחה ר״ש לראיית ר״י מ״מ ר״י יש לו להחזיק סברתו מטעם דדמי לגרמא בנזקין ודוק ובזה נתיישב דל״ק מה שהקשה ב״י לדברי רבינו דבתשובה זו משמע דכר״י ס״ל דליתא אלא כדס״ל לרבינו: לא אמדוהו וכו׳ והרמב״ם כתב וכו׳ ולא נהירא וכן הסיג עליו הראב״ד. בפרק החובל (בבא קמא דף פ״ה) ת״ר עלו בו צמחים מחמת המכה או נסתרה המכה חייב לרפאותו וחייב ליתן לו דמי שבתו שלא מחמת המכה אינו חייב לרפאותו ואינו חייב ליתן לו דמי שבתו רבי יהודא אומר אף מחמת המכה חייב לרפאותו ואינו חייב ליתן לו דמי שבתו וחכ״א שבתו ורפואתו כל שחייב בשבת חייב בריפוי ושאינו חייב בשבת אינו חייב בריפוי פירוש הקישן הכתוב וזה שאין חייב בשבת אינו חייב בריפוי אף במחמת המכה ורבנן קמאי מחייבי ליה לתרווייהו וכתבו התוס׳ והרא״ש בשלא אמדוהו מיירי דאי באמדוהו הא אמר לקמן אמדוהו והיה מתנונה והולך אין נותנין לו אלא כמו שאמדוהו ופסק רבינו כרבנן קמאי דבמחמת המכה חייב בשבת ובריפוי ושלא מחמת המכה פטור מתרווייהו והרמב״ם סוף פ״ב דחובל פסק דמחמת המכה חייב בשבת ובריפוי ושלא מחמת המכה חייב לרפאותו ואינו נותן לו דמי שבתו ותמהו עליו דהא לא כמאן דאף ר״י לא קאמר אלא דבמחמת מכה חייב בריפוי ופטור משבת אבל שלא מחמת המכה מודה דפטור אף מריפוי ולכך אמר ה׳ המגיד דט״ס הוא וצריך להיות אינו חייב לרפאותו ואינו נותן לו דמי שבתו מיהו דוחק גדול הוא לשבש כל ספרי הרב וקרוב לומר שהרמב״ם היה גורס בדת״ק עלו בו צמחים שלא מחמת המכה חייב לרפאותו ואינו חייב ליתן לו דמי שבתו ולפי זה ניחא הא דרב יהודא אומר אף מחמת המכה וכו׳ דמלשון אף משמע דא״ל רב יהודא לרבנן קמאי כי היכי דס״ל בשלא מחמת מכה הכי נמי לדידי אף במחמת המכה דחייב בריפוי ופטור משבת ובאידך ברייתא קתני מנין שאם עלו בו צמחים מחמת המכה שחייב לרפאותו וליתן לו שבתו ת״ל רק שבתו יתן ורפוא ירפא פי׳ שנה הכתוב בריפוי לחייבו אף על הצמחים שעלו בו והקיש הכתוב שבת לריפוי יכול אפילו שלא מחמת המכה ת״ל רק וקאמרינן עלה אמר מר יכול אפילו שלא מחמת המכה ת״ל רק שלא מחמת המכה בעי קרא פי׳ קס״ד דרק לא אתא אלא למעט שלא מחמת המכה משבת דגבי שבת הוא דכתיב רק למעטו אבל ריפוי כיון דשנה בו הכתוב משמע דמקרא מלא דיבר הכתוב לחייבו אפילו בשלא מחמת המכה והשתא קשה דלמה לי קרא בשבת הא פשיטא הוא כיון דלא שנה קרא בשבת ולא מיחייב בשבת בעלו בו צמחים אלא מהיקשא דשבת לריפוי לא הקישן אלא מחחת מכה דאיירי ביה קרא גופה אבל בשלא מחמת מכה דריפוי גופיה אינו אלא מריבוי מדשנה הכתוב בריפוי א״כ בשבת דלא שנה בה הכתוב אין לחייבו אלא במחמת מכה במה שהקישו הכתוב ומהדרינן מאי שלא מחמת המכה כדתניא הרי שעבר על דברי הרופא וכו׳ יכול יהא חייב לרפאותו ת״ל רק פי׳ מיעוטא דרק

לא איצטריכא לשבת שלא מחמת מכה וכדקאמרת אלא איצטריכא ליה להיכא דעבר על דברי רופא ולמעטו גם מריפוי אבל בדלא עבר על דברי רופא אלא שהעלו צמחים אף שלא מחמת מכה חייב לרפאותו מדשנה הכתוב ברפוי אבל משבת פטור דלא הוקש שבת לריפוי אלא במאי דאיירי גופא דקרא כשעלו מחמת מכה אבל לא קאי היקשא בשלא מחמת המכה דלא שמעינן ליה אלא מריבויא בריפוי גופיה כדפי׳ ולא איצטריך מיעוטא דרק להכי אלא אתא לפטרו מריפוי היכא דעבר על דברי הרופא זהו הדרך הישר ליישב בו דברי הרמב״ם וב״י כתב מה שכתב ואין דבריו נ״ל ע״ש: עבר על דברי הרופא וכו׳. היינו ברייתא דבסמוך דקאמר תלמודא איצטריך קרא דרק להיכא דעבר על דברי הרופא כגון שאכל דבש ומיני מתיקה והעלה מכתו גרגותני פי׳ בשר מת דאפילו הכי אינו חייב לרפאותו אבל העלו צמחים שלא מחמת המכה בלאו קרא דרק פשיטא הוא דאינו חייב לרפאותו כך הוא לדעת רבינו אבל הרמב״ם ס״ל דהסברא הפוכה דבעלו צמחים שלא מחמת מכה חייב לרפאותו ובעבר על דברי הרופא מזיד פושע בנפשו הוא ואינו חייב לרפאותו: בושת הכל לפי המבייש וכו׳. משנה ר״פ החובל ודברי רבינו כפי׳ רש״י לשם וכ״כ הרמב״ם רפ״ג דחובל אבל בפ׳ אלו נערות (מ׳) במשנה דתנן איזהו בושת הכל לפי המבייש והמתבייש פירש״י אדם בינוני המבייש בושתו קשה מאדם זולל ומאדם חשוב ואפשר דבאונס ומפתה דוקא קאמר רש״י אבל הר״ן בפרק אלו נערות הביא לשון רש״י והשיג עליו ואמר וז״ל ובודאי דבמילי אחרינא הכי הוא אבל באונס ומפתה נראין הדברים שכל שהוא זולל יותר בושתו מרובה עכ״ל ס״ל דהסברא הפוכה אבל הרמב״ם ורבינו ס״ל דאין חילוק בין בושת דחובל לבושת דאונס ומפתה דגם לשם כתבו כלשון שכתבו כאן עיין בפרק ב׳ דהלכות נערה ובא״ע סי׳ קע״ז: הכה את חבירו באזנו וחרשו וכו׳. מימרא דרבא פ׳ החובל (בבא קמא דף פ״ה) ובסמוך סעיף כ״ב כ׳ דאם לא הכהו ולא אחזו ותקע באזנו וחרשו פטור מד״א וחייב בד״ש ע״ש: ומ״ש בשם הרא״ש דוקא בסתם בני אדם כ״כ לשם התוס׳ בחד שינויא ופסק הרא״ש כהך שינויא: קטע ידו ולא אמדוהו וכו׳. שם בעיא דרבא ולענין נזק ודאי אין חילוק דאפילו אמדוהו כל חדא וחדא אינו משלם כ״א דמי כולו שהרי בכל אבר ואבר שמין כמה נחסרו דמיו בשביל אותו אבר עד שחרשו ויצטרפו כל אבריו יחד שאינן עולין אלא דמי כולו ולענין שבת נמי פשיטא דאינו משלם כלום דכיון דחרשו ומשלם לו דמי כולו כמאן דקטליה דמי ושוב אין לו דמי ה״א בגירסת ספרים שבידינו וכפרש״י אבל הרא״ש כתב בהיפך דלענין שבת פשיטא שנותן לו שבתו שבין הכאה להכאה כי עדיין הוא ראוי למלאכה כשיתרפא וכו׳ וכמ״ש רבינו בשמו וצ״ל דלא היה בגירסתו כמאן דקטליה דמי אבל בתוס׳ כתבו כפרש״י דנזק ושבת דין הוא שלא יתן שכל זה בכלל דמי כולו והכי מסתברא ולא קמיבעיא ליה לרבא אלא לענין צער וריפוי ובושת ולכאורה משמע דקמיבעיא ליה אם צריך לשלם לו צער ריפוי ובושת על כל אבר ואבר בפ״ע או לא ישלם לו כלל דהא קא יהיב ליה דמי כולי בהדי הדדי לאחר שחרשו והכי משמע מדברי הרמב״ם שהביא רבינו בסמוך דמפרש כך אבל התוס׳ הקשו כמה קושיות וס״ל דפשיטא דצריך לשלם צער ריפוי ובושת על כל מכה ומכה בפני עצמה ולא מיבעיא ליה אלא אומדים הכל ביחד וכו׳ וכמ״ש הרא״ש ואסיקנא את״ל בלא אמדוהו יהיב ליה דמי כולו בהדי הדדי פי׳ ישומו כאילו עשאן כולן ביחד לפירוש התוס׳ והרא״ש אמדוהו מהו וכו׳ ואסיקנא בתיקו ופסק הרמב״ם והרא״ש דבלא אמדוהו לא יהיב ליה אלא דמי כולו כאת״ל אבל באמדוהו פסק הרמב״ם כפי שיטתו בבעיא דלא איפשיטא דאין גובין ואם תפס אין מוציאין מידו אבל הרא״ש פסק כיון דאמדוהו כמאן דגבוי דמי וכמו שפסק רבינו דנותן לו כפי מה שאמדוהו על כל מכה ומכה וכבר השיג עליו מהרש״ל דאין לנו לפשוט מה שנחתם בתלמוד בתיקו אלא דינו כשאר תיקו שבתלמוד וכמו שפסק הרמב״ם לפי סברתו דאם תפס אין מוציאין מידו אבל לפי דעת ר״י והרא״ש דבספיקא דדינא אפי׳ תפס מוציאין מידו והכי נקטינן הכי נמי אפי׳ אמדוהו אינו משלם לו צער ריפוי ובושת דכל חדא אלא כאילו עשה את כולן בבת אחת דכל ספיקא דדינא קולא לנתבע וחומרא לתובע: ומ״ש הרמב״ם כתב וכו׳. פי׳ הרב המגיד דהאי שכתב ואם תפס הניזק נזק של כל אבר ואבר ודמי כולו אין פירושו דמי כולו כמו שהיה בריא מתחלה קודם שחבל בו כלל דאם כן היאך אמר דאם תפס דמי האברים ודמי כולו כמו שהיה בריא אין מוציאין מידו דהא ודאי מפקינן מיניה אלא ר״ל דמי כולו אחר שנגרעו דמיו מחסרון עינו וידו ורגלו אבל מ״ש בתחלה אין גובין ממנו אלא דמי כולו בלבד האי דמי כולו פירושו דמי כולו כמו שהיה בריא מתחלה וק״ל:

יח כשב״ד מגבין לנחבל ד׳ דברים וכו׳. נקט ד׳ דברים משום דריפוי דהוא תקנה למזיק אם אמר המזיק אין רצוני בתקנה זו אלא ארפאנו דבר יום ביומו שומעין לו כדכתב הרמב״ם בפ״ב דחובל ומביאו רבינו לעיל סעיף י״ז אבל שאר ד׳ דברים מחייבין אותו ליתן מיד והא דמחלק רבינו בין בושת דחבלה שאין נותנין לו זמן לשאר בושת דנותנין זמן כ״כ הרמב״ם שם סוף פ״ב ונראה דהכי מוכחא הסוגיא דפריך עליה דר״ע דנתן זמן לאותו שפרע ראש האשה ומי יהבינן זמן והא״ר חנינא אין נותנין זמן לחבלות ומשני כי לא יהבינן ליה זמן לחבלה דחסריה ממונא לבושת דלא חסריה ממונא יהבינן וקשה דמאי פריך מחבלה אבושת וצ״ל דמדקאמר לחבלות בלשון רבים משמע ליה חבלה ממש וחבלה דבושת ומשני דאין זה אלא היכא דאיכא חבלה ממש התם אין נותנין זמן אף לבושת אבל בבושת גרידא נותנין זמן ודוק:

כא החובל בעצמו וכו׳ כתב הרמ״ה שאינו הלכה אלא האדם רשאי לחבול בעצמו. נראה דטעמו מדמסיק בפרק החובל (בבא קמא דף צ״א) דחובל בעצמו תנאי היא ומאן דסבר אינו רשאי האי תנא הוא דתניא אר״א הקפר ברבי מת״ל וכפר עליו מאשר חטא על הנפש וכו׳ ובסוגיא דפ״ק דשבועות

(דף ח׳) משמע דרבנן הוא דפליגי עליה דר״א הקפר וס״ל דקרא דוכפר לא בא על החטא דאפי׳ נטמא באונס דלאו חוטא הוא לרבנן מביא קרבן ומאשר חטא על הנפש הוי לרבנן לשון חסרון כמו והייתי אני ובני שלמה חטאים וכמ״ש התוס׳ לשם וכיון דרבנן פליגי עליה דר״א הפקר יחיד ורבים הלכה כרבים:

כד (כה) המבייש את הערום וכו׳. בפרק החובל תנן המבייש את הערום חייב ובגמ׳ ת״ר ביישו ערום חייב ואינו דומה ביישו ערום לבייש לבוש ביישו המרחץ חייב ואינו דומה ביישו בביתו בבית המרחץ לבייש בשוק אמר מר ביישו ערום חייב ערום בר בושת הוא א״ר פפא מאי ערום דאתא זיקא וכרכינהו למאניה ואתא הוא דלינהו טפי ובייישיה ופי׳ רש״י ערום בר בושת הוא. בתמיה כיון דאין מקפיד לילך ערום בפני בני אדם מי הוי בר בושת עכ״ל משמע דס״ל דאפילו רקק בו או סטרו פטור דכיון דאינו מקפיד לילך ערום בשוק לאו בר בושת הוא כלל והא דפריך אברייתא ולא פריך אמתני׳ י״ל ערום דמתני׳ ערום בבית המרחץ קאמר ולא בשוק אבל ברייתא דתני סיפא ביישו בבית המרחץ וכו׳ בע״כ דרישא ביישו ערום בשוק קאמר אבל התוס׳ כתבו וז״ל ונראה לפרש דאמתני׳ לא פריך דפשיטא דערום בר בושת הוא אם רקק בו או סטרו אבל לשון הברייתא משמע ליה ביישו ערום שמביישו במה שמגלהו ומערימו וכו׳ ופריך ערום בר בושת הוא אם הוא ערום היאך הערימו וכו׳. והנה רבינו כתב תחלה ע״פ פרש״י וכך היא דעת הרמב״ם המבייש את הערום דהיינו דרקק בו או סטרו פטור אבל נשבה בו הרוח וכו׳ דהיינו דתנן המבייש את הערום חייב וכדאסיקנא בגמ׳: ומ״ש ור״י פי׳. מבואר בדברי התוס׳ שהבאתי דהא דקאמר תלמודא ערום בר בושת הוא בתמיה היינו לומר דכיון שהוא ערום לא משכחת ליה דמביישו בהפשטת הבגדים דאם הוא ערום היאך הערימו וז״ש רבינו בשם ר״י אלא לענין להתבייש בהפשטת בגדי׳ לא משכחת להו בושת בכה״ג דכיון שכבר הוא ערום היאך ביישו במה שהערימו וגילהו הלא אינו לבוש בגדים אלא ערום בלא לבוש הוא וקשיא לי לפרש״י והרמב״ם אהא דתנן לשם (בדף צ׳) א״ל ר״ע לא אמרת כלום החובל בעצמו אף על פי שאינו רשאי פטור אחרים שחבלו בו חייבים ומפרש בגמרא דבחבלה דבושת קאמר וה״ק ל״מ בושת דאדם רשאי לבייש את עצמו דפשיטא דאי ביישו ביה אחרים דלא מפטרו בהכי אלא אפי׳ חבלם וכו׳ א״כ מאי פריך הכא ערום בר בושת הלא אע״ג דאדם רשאי לבייש את עצמו מ״מ אחרים שמביישים אותו חייבים וי״ל דערום שאני דכיון דמבזה את עצמו כ״כ שהולך ערום בשוק אינו מקפיד כלל על שום בושת משא״כ בהך דר״ע דמיירי בקצת בושת דומיא דההיא אשה שגילתה את ראשה בלחוד: ומ״ש נשבה בו הרוח וכו׳ וכן הגביה בגדיו לירד לנהר וכו׳. שם אסיקנא הא דתניא ביישו בבית המרחץ חייב שביישו על גב הנהר ופי׳ רבינו כגון שהגביה בגדיו לירד לנהר או שעלה מן הנהר ואתא הוא ודלינהו טפי ובייישיה ומהרש״ל פי׳ שע״ג הנהר מקצתם ערומים ובא זה וגילהו חייב ואינו דומה לגילהו בשוק שכולם לבושים עכ״ל:

כו ביישו כשהוא ישן ומת וכו׳. שם (דף פ״ו) בעי רבי אבא בר ממל ביישו ישן ומת ופי׳ רב זביד דמיבעיא ליה משום כיסופא פי׳ חפיית פנים הוא והא מית ליה ולית כיסופא א״ד משום זילותא שמזלזל בו בפני רבים ואע״פ שלא שם על לבו והא אוזליה ופשטה דמשום זילותא היא דאי משום כיסופא היא קשיא הא דתני רבי חרש וקטן יש להן בושת וכי קטן בר כיסופא ודחי לה תלמודא קטן ה״ט כדאמר רב פפא דמכלמי לים ומיכלם ה״נ דמכלמי ליה ומיכלם רב פפא אמר הכי קמיבעיא ליה משום כיסופא דידיה הוא והא מיית ליה א״ד משום בושת משפחה ופשטה מהך ברייתא דר׳ דמשום בושת משפחה הוא דאי משום כיסופא קטן בר כיסופא הוא אמר רב פפא אין דמכלמי ליה ומיכלם וכדתניא וכו׳ משמע דרב פפא דחי לה דלא איפשיטא בעיין ואע״ג דתניא קטן דמכלמי ליה ולא מיכלם אין לו בושת איכא למימר דהיינו לומר דלא מיחייב משום בושת דידיה אבל משום בושת דבני משפחה דמיכלמו מיחייב דאילו בקטן דמיכלמי ליה ומיכלם מיחייב תרתי משום בושת דידיה ומשום בושת דבני משפחה ותמיה לי טובא דבתוספות משמע לשם דמברייתא מוכח דבעיין נפשטה דלא מיכלם אין לי בושת כלל אפילו דבני משפחה וכ״כ הרא״ש והא ליתא למאי דפירש׳ ונראה דס״ל דמדלא קאמר תלמודא דבקטן יש לו בושת אלא במכלמי ליה ומיכלם מכלל דבדלא מיכלם ליכא בושת כל עיקר אפילו דבני משפחה מיהו פשט הסוגיא לא משמע הכי וכ״כ הרמב״ם בפ״ג דחובל דבעיין לא איפשיטא והכי משמע מדקאמר תלמודא אאוקימתא דרב זביד דלא מצינן למיפשט בעיין דאיכא למימר כדרב פפא וכיון דאדרב פפא מייתי סייעתא מברייתא ואפילו הכי קאמר דלא מצינן למיפשט מידי אלמא דמברייתא ליכא למיפשט בעיין וכן עיקר נ״ל:

כט רקק בחבירו חייב. משנה (דף נ׳) רקק והגיע בו רוקו ובגמרא אמר רב פפא ל״ש אלא בו אבל בבגדו לא וליהוי כי ביישו בדברים אמרי במערבא משמיה דרב יוסי בר אבין זאת אומרת ביישו בדברים פטור מכולם ונראה דדוקא בסתם אדם קאמר דפטור ברקק בבגדו כי היכא דבושת דברים אינו אלא בסתם אדם דאינו בת״ח קנסינן ליה ליטרא דדהבא וה״נ ברקק בבגדו ונתכוין לרוק בו הוי זילותא לת״ח וחייב והכי איתא בנדרים ס״פ ר״א אומר פותחין (דף ס״ו) ההוא דאמר לדביתהו קונם שאי את נהנית לי. עד שתרוקי בו ברשב״ג אתת ורקקה אלבושיה ושריה א״ל רב אחא מדפתי לרבינא והא האי לזילותא קא מיכון א״ל מירק על מאניה דרשב״ג זילותא רבתא היא מיהו ודאי דלא קנסינן ליה ליטרא דדהבא אלא היכא דאפקיר ביה דהיינו

חוצפא ואפקירותא אבל רקיקה בבגדו דאינו אלא זילותא וביוש בעלמא לא אלא חייב קצת לפי ראות עיני הב״ד ולפי מה שהוא אדם חשוב שרקק בבגדו.

לד כתב הרמב״ם יש הכאות רבית וכו׳ פ״ג דחובל וכתב בהג״מ לשם ע״ש א״ז היינו לעני שבישראל אבל אחר הכל לפי המבייש והמתבייש ע״כ וכן כתב נ״י על שם הרמ״ה אבל דעת הרמב״ם ונמ״י ע״ש הרא״ש והר״א הלוי הוי איפכא דדוקא בגדול שבישראל ועיין באשיר״י: ומה שכתב ובכללן הוי דמי הצער והריפוי וכו׳ רש״י בפרק המניח (בבא קמא דף כ״ד) לא פירש כן אהך דלרכובה שלש וכו׳ וז״ל הבועט את חבירו בארכובתו של בועט ג׳ סלעים לבושת לפי שגדולה בושת מכח הארכובה מדחיפת היד לבעיטה ברגל חמש לסנוקרא אוכף של חמור שהכה בו את חבירו י״ג סלעים לבשתו לבד חיוב שאר דברים עכ״ל ודעת רש״י היא דאי בכללן גם שאר דברים קשיא מ״ש צער ושבת וריפוי דמכה זו יותר מזו והכי משמע מהא דת״ר כל אלו שאמרו דמי בושתו וכו׳ ומייתי ליה לקמן סימן תכ״ב אבל הרמב״ם נשמר מקושיא זו ולכן כתב דעיקר הקנס הוא תשלומי הבושה אלא דבכללן הוה נמי דמי הצער והריפוי והשבת: וכמה הוא משלם הבועט בחבירו משלם ה׳ סלעים. פי׳ הבועט ברגלו וכן הוא במימוני להדיא ונראה דהסופ׳ השמיט מדברי רבי מלת ברגלו וצריך להגיהו: ומ״ש קבץ אצבעותיו. הוא פי׳ סנוקרא דלא כפי׳ רש״י: ומ״ש תקע חבירו בכפו. משנה פ׳ החובל (בבא קמא דף צ׳) התוקע לחבירו נותן לו סלע ר״י אומר משום ר״י הגלילי מנה ופסק כת״ק אבל רש״י פי׳ התוקע לחבירו הכהו על אזנו לשון מורי ל״א תוקע ממש נותן לו סלע משום בושת עכ״ל כלומר לבד חיוב שאר דברים וכמו שפירש בפרק המניח: ומ״ש סטרו כלאחר יד וכו׳. משנה פרק החובל סטרו נותן לו ר׳ זוז לאחר ידו נותן לו ד׳ מאות זוז וכיון דסלע הוא ד׳ זוז א״כ ר׳ זוז עולה לחמשים סלעים וד׳ אמות זו עולה למאה סלעים ופי׳ סטרו בסתם הוא שהכהו בפס ידו על פניו על הלחי וסטרו על פניו כלאחר יד הוא שהכהו באחר ידו והוא קלון יותר ולפי פי׳ השני שפירש הערוך דסנוקרת הוא שהכהו כלאחר יד כמ״ש בהג״מ משמו צריך לומר דאין זה אלא בהכהו כלאחר ידו בשאר מקומות שבגופו אבל סטרו על פניו כלאחר ידו ק׳ סלעים הוא דמשלם: ומ״ש צרם אזנו וכו׳. משנה שם: ומ״ש והסלע יש בו חצי דינר וכו׳. הכי אסיקנא התם דסלע מדינה תנן דאין בו כסף כי אם חלק שמינית מסלע צורי והשאר הוא נחושת וא״כ כשנתחייב ק׳ סלע מדינה אינו משלם כי אם השמינית בכסף דהיינו י״ב סלעים ומחצה כסף נקי ושאר ז׳ חלקים הוא נחושת: ומ״ש דרב אלפס כתב שאלו דמים הקצובים וכו׳. כ״כ נ״י ע״ש רב אלפס בפרק המניח וצריך לומר דכך היו גורסים בספר רב אלפס אבל בגירסתינו בספר רב אלפס נראה דעתו כדעת הרמב״ם וכ״כ בהגהת מיימוני לשם דהכי ס״ל לרב אלפס דהוי דמי הכל וכדברי הרמב״ם וכ״כ ב״י ואפשר ג״כ לומר דמ״ש אלפס קמפרשי רבנן דהני דמי הצער בלחוד הוא לבר מדמי בושת ורבנן אחריני אמרי האי דמי הכל הוא וכו׳ עכ״ל האי דמי הכל שאמר אין בכללו אלא צער ובושת שהזכיר קודם זה דקמפרשי רבנן דדמי צער בלחוד ולא דמי בושת ורבנן אחריני אמרי דדמי הכל הוא של צער ושל בושת ואינו ר״ל דמי כל ה׳ דברים כך היא דעת הרא״ש ונ״י בהבנת דברי האלפס נ״ל:

סימן תכא

א (ב) אין חייבים וכו׳. משנה שם בפרק החובל (בבא קמא דף פ״ו) וישן שבייש פטור משום דלא מתכוין ולכך אפילו אינו ישן ולא נתכוין נמי פטור ולא תני ישן אלא משום דברישא תני המבייש את הישן חייב תני סיפא ישן שבייש פטור:

ג ומ״ש ואם כיון לבייש הקטן וכו׳. ברייתא שם ול״ק וכי קטן בר בושת הוא דכשמכלמי ליה מיכלם בר בושת הוא: ומ״ש נותן לב״ח דמי בושתו של עבד. אפילו תימא ר׳ יהודא וכי קאמר ר״י אין לעבדים בושת למיתב להו אבל למישם שיימינן בהו בכמה יתרצה עבד זה ויעשו לו בושת זה ואותו שומא יתן לבן חורין זה כדפי׳ רש״י לשם:

ד ומ״ש אבל צער וכו׳. ס״פ כיצד הרגל תנן אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד וכו׳ ובגמ׳ מפרש דדוקא נזק חייב בשוגג אבל ד׳ דברים לא מיחייב אלא או מזיד או קרוב למזיד ולאו דוקא כל ד׳ דברים אלא צער ריפוי ושבת אבל בושת אפילו מזיד אינו חייב עד שיכוין לביישו:

ו ומ״ש בד״א שישן חייב וכו׳. ירושלמי כתבו הרא״ש לשם ולשון רבינו בזה כלשון הרמב״ם בפ״א דחובל ובס״פ האומנין כתבו התוס׳ הא דאדם מועד לעולם אינו אלא באונס דכעין גנבה ואבדה אבל באונס גמור פטור אדם המזיק ומשום הכי קאמר בירושלמי דאם היה ישן ובא חבירו וישן אצלו והזיקו זה את זה הראשון פטור והשני חייב דהראשון אונס גמור הוא:

ח בכל מקום שחבל לחבירו וכו׳. כבר נתבאר חילוקי דינים אלו בס״ד בסימן שע״ח ע״ש:

י הנכנס לחנותו של נגר וכו׳. ברייתא פרק המניח (בבא קמא ד׳ ל״ב) ופסק כלישנא בתרא דקאמר דאף שלא ברשות חייב בד׳ דברים: ומ״ש ופירש״י ודוקא כשראהו וכו׳ כלומר הא דמחייבינן ליה לנגר אף בנכנס שלא ברשות [פי׳ רש״י] טעמו דהתם נמי פושע הוא דכיון דחזייה דעייל איבעי ליה לעיוני עכ״ל אלמא דס״ל לרש״י דאם לא ראהו שנכנס פטור וכו׳:

יא המבקע ברה״י וכו׳. משנה פרק המניח (בבא קמא דף ל״ב) תנן סתמא חייב ופירש רבינו דאינו חייב אלא בד׳ דברים אבל מבושת ודאי פטור כיון שאינו מתכוין:

יב היתה אבן מונחת לו בחיקו וכו׳ עד הזורק אבן. מימרות דרבה ס״פ כיצד הרגל:

טו הזורק אבן וכו׳. בפרק המניח (בבא קמא דף ל״ג) תניא ומצא את רעהו פרט לממציא את עצמו מכאן אראב״י מי שיצאה אבן מחמת ידו והוציא הלה את ראשו וקיבלה פטור וקאמר עלה ר״י בר חנינא לחד לישנא פטור מגלות וחייב בד׳ דברים ופסק הרי״ף דלית הלכתא כהך לישנא אלא כלישנא דקאמר דבהא פטור הוא לגמרי וכך נראה מדברי הרא״ש ספ״א דחובל וכתב בנ״י דדוקא בנכנס בחנותו של נגר וכו׳ הוא דחייב בד׳ דברים משום דידע ביה דחזייה ופושע הוא אבל הכא פטור לגמרי קאמר כיון דלא ידע ביה בניזק כלל עכ״ל וצריך לומר דס״ל דהכא הוי אנוס גמור כמו היה ישן ובא חבירו וישן אצלו דהראשון פטור אף מנזק דבאונס גמור פטור אדם המזיק והשתא נמי אונס גמור הוא אבל רבינו כתב דחייב בנזק ותימה גדולה שפסק היפך מדעת האלפס והרא״ש והרמב״ם:

יז כתב הרמב״ם האומר לחבירו קטע ידי וכו׳. ס״פ ה׳ דחובל וה״א במשנה סוף פרק החובל (בבא קמא דף צ״ב) ופסק כסתם משנה וכרבא דמפרש לפי שאין אדם מוחל על ראשי איברים שלו ודלא כמו שפירש ה״ה אבל הרא״ש פסק כר׳ יוחנן דאדם מוחל על הכל ואי א״ל בפירוש ע״מ ליפטר פשיטא דפטור ומתני׳ דלא א״ל בפירוש אלא החובל א״ל ע״מ ליפטר וא״ל הן דיש הן שהוא כלאו וכו׳ וע״ל בסי׳ ש״פ לשם נתבאר מקצתו:

יט שנים שחבלו זה בזה וכו׳. משנה בפרק המניח (בבא קמא דף ל״ג): ומ״ש בשם הרא״ש. שם בפסקיו ולא כתוב שם תיבת מיד ורבינו לרבותא נקט מיד דמדכתב הרא״ש וכן ב׳ אנשים שהתחילו כאחת או אחר זמן אבל אם התחיל האחד השני פטור וכו׳ אלמא דאינו פטור אלא כשהכהו השני להציל את עצמו מיד ולאחר שהתחיל האחד אבל לא הכהו השני להציל את עצמו אלא לאחר שכבר חבל זה בחבירו חזר גם הוא וחבל בו אע״פ שחבל בו מיד משלמים במותר נ״ש כיון דלא היתה חבלת השני להציל את עצמו ומהרו״ך כתב דמלת מיד ט״ס הוא ולא נהירא:

סימן תכב

א אף על פי שהחובל וכו׳. אין מתכפר לו מן הצער של הבושת שביישו וכו׳ כצ״ל. וכך הוא בנוסחאות המדוייקות וה״א בברייתא ס״פ החובל (בבא קמא דף צ״ב) ת״ר כל אלו שאמרו דמי בושתו אבל צערו אפי׳ הביא כל אילי נביות שבעולם אין נמחל לו עד שיבקש הימנו שנא׳ השב אשת האיש כי נביא הוא ויתפלל בעדך ופי׳ רש״י כל אלו שאמרו סלע מנה ומאתים וד׳ מאות דמי בושת הן אבל צערו שדואג על בושתו אינו נמחל לו עכ״ל אלמא דעל צער של הבושת קאמר דאינו נמחל לו עד שיבקש ממנו ונפקא לן מדקא״ל רחמנא לאבימלך שיתפלל אברהם בעדו דלא איצטריך אלא ודאי דהכי קאמר תבקש ממנו שימחול לך על צערו שדואג על בושתו שלקח מרשותו אשתו ותפייסנו כדי שיהא אוהבך ויתפלל בעדך:

ב ומ״ש וכאשר יפייסנו לא יהא אכזרי וכו׳. כ״כ הרמב״ם פ״ה דחובל בלשון שכתב רבינו וה״א במשנה פרק החובל: ומ״ש אלא כיון שיבקש ממנו פעם ראשונה ושנייה וכו׳. נראה דכיון דבפרק יוה״כ אר״י בר חנינא כל המבקש מטו מחבירו אל יבקש ממנו יותר מג׳ פעמים שנאמר אנא שא נא ודוקא בחבירו אבל רבו מפייס ליה עד דמיפייס לפיכך קאמר כאן דאל יתאכזר שלא ימחול עד שיבקש ממנו ג׳ פעמים אלא כיון שיבקש ממנו פעם ראשונה כשהוא חבירו ופעם שנייה כשהוא רבו ימחול לו מיד שאע״פ שהוא רבו לא יצער אותו מלמחול לו עד שיבקש ממנו פעם שלישית ואצ״ל יותר מג׳ עד דמתפייס:

סימן תכג

א הנוגף האשה וכו׳. משנה פ׳ הפרה (סוף דף מ״ח) ור״ל שאין שמין מה שנפחתה האשה מחמת ההכאה שהפילה הולד שזה הוא נזק שהוא לאשה אלא שמין כאילו הפילה הולד בלא הכאה דכמה נפחתו דמיה עכשיו מחמת שהפילה ונותן לבעל דהתורה זכתה לו דכתיב בעל האשה:

ב כתב הרמב״ם נגף האשה וכו׳. שם (דף מ״ט) פליגי רבה ורב חסדא באשת הגר דלרבה חבל בה לאחר מיתת הגר זכתה האשה בדמי ולדות ולרב חסדא לא זכתה האשה והרי אין לחבלה זו לאחר מיתה תובעים ופטור החובל ופסק הרמב״ם כרבה דזכתה בה האשה וה״ה באשת ישראל אם נגפה לאחר מיתת הבעל זכתה בה האשה והשיג עליו הראב״ד ואמר דאין זה מחוור דרבה נמי לא קאמר אלא באשת הגר שאין לו יורשין דקיימא איהי וזכיא בגווייהו אבל אשת ישראל שיש לו יורשים לעולם הם ליורשיו ע״כ וכתב עליו ה׳ המגיד ובאמת לא מצאתי טענה ברורה לרבינו להסמך עליו והסוגיא שבפ׳ ד׳ וה׳ אינה מכרעת לאחד מן הצדדים ואפשר שהוא סובר כאשר ישית עליו בעל האשה בזמן שהוא בעולם בשעת נגיפה אבל אם מת לאשה דומיא דאשת גר וצ״ע עכ״ל ועוד נלפע״ד דלהרמב״ם ס״ל דהא דקאמר תלמודא אבל חבל בה לאחר מיתת הגר זכיא לה איהי בגווייהו ומחוייב לשלומי לה לדידה אין פירושו כיון דגר אין לו יורשין קדמה איהי וזכיא בגווייהו כמו שפי׳ הראב״ד אלא ה״פ כיון דחבל בה לאחר מיתת הגר א״כ לא זכה בה הבעל בחייו ולפיכך אפילו הוה ליה יורשים אין ליורשיו זכות בה מכח הבעל כיון דבעל גופיה לא זכה בה דענוש יענש כאשר ישית עליו בעל האשה כתיב דפירושו כשיתבענו הבעל בב״ד להשית עליו עונש על כך ואין זה אלא כשחבל בחיי הבעל אבל לאחר מיתת הבעל זכתה האשה בדמי ולדה ולפ״ז ה״ה באשת ישראל ולא פליגי באשת גר אלא לאורויי דלרב חסדא באשת גר פטור דכיון דאין לה תובעים זכה בה החובל בין חבל בה בחיי הגר ומת הגר בין חבל בה לאחר מיתת הגר דאילו באשת ישראל אפי׳ חבל בה לאחר מיתת הבעל זכו בה יורשי הבעל ואצ״ל אם חבל בה בחיי הבעל ומת אחר כך דזכו בה יורשיו והסוגיא דפרק ד׳ וה׳ מכרעת כך כדברי הרמב״ם דמהך ברייתא דתני בה הכה את האשה ויצאו ילדיה נותן נזק וצער לאשה ודמי ולדות לבעל אין הבעל נותן ליורשיו אין האשה נותן ליורשיה פי׳ אם אין הבעל קיים נותן החובל דמי ולדות ליורשיו ולא לאשה ואם אין האשה קיימת נותן החובל דמי נזק וצער ליורשיה פריך מינה תלמודא להא דמוקמינן התם דבשאר נזקין דלאו כופר ירית לה בעל דהא בהך ברייתא תני בה דאף בשאר נזקין דלאו כופר הוי נמי נזקיה ליורשיה ולא ירית לה בעל ומשני רבה דהך דאין האשה נותן ליורשיה בגרושה אבל ביושבת תחת בעלה נזקיה דבעל וכופר שאני כיון דהוה ליה ראוי אין הבעל נוטל בראוי ונזקיה ליורשיה ומותבינן עליה דרבה גרושה נמי תפלוג בדמי ולדות ומהדר רב פפא התורה זכתה דמי ולדות לבעל אפילו בא עליה בזנות מאי טעמא אמר קרא כאשר ישית עליו בעל האשה פירוש בעל האשה משמע דאבועלה קפיד ואפילו בא עליה בזנות וכיון דבזנות בעל כרחך ליכא למימר דהוי לבעל אלא אם כן חבל בה בחייו ותבעו בב״ד להיות עליו עונש דאי לא חבל בה אלא לאחר מיתת הבעל מי הוא שיתבענו דהיורשים אין טענתן בברי שזה הולד של מורישן הוא דדילמא כי היכא דאפקרה נפשה לגבי האי אפקרה נפשה נמי לגבי אידך אלא בע״כ קרא דכאשר ישית עליו בעל האשה לא מיירי אלא בחבל בה בחיי בועלה ותבעו בב״ד בברי אם כן דכוותה אף בבעל האשה בנישואין נמי לא קאמר קרא דדמי ולדות לבעל וליורשיו אא״כ חבל בה בחיי הבעל אבל חבל בה לאחר מיתת הבעל דמי ולדות לאשה הוא כי היכא דפשיטא דהוי לאשה בבא עליה בזנות דולדה דידה הוא ה״נ בבעל האשה בנשואין דמקרא מלא דיבר הכתוב אין לפרשו לצדדין בבא עליה בזנות כך ובנשואין כך אלא הכל בצד אחד כנ״ל ליישב דעת הרמב״ם גם הסמ״ג בעשה ע׳ (דף קמ״ז ע״ב) פסק כדעת הרמב״ם ע״ש:

ג היתה נשואה לגר וכו׳. כבר נתבאר דהרמב״ם פסק כרבה והרא״ש פסק כרב חסדא ולפ״ז נמשכה מחלוקתן גם בהיתה שפחה או כותית וכו׳:

סימן תכד

א החובל באביו ואמו וכו׳. משנה פרק החובל: ומ״ש אפי׳ הוא שוגג. כבר נתבאר בסוף סימן הקודם בב״י דקיי״ל בהם כדתני דבי חזקיה שאין חילוק בין שוגג למזיד דכיון דאיכא מיתה היכא דעבד במזיד אף בשוגג פטור מתשלומין ויליף לה מקרא בפרק אלו נערות ופ׳ ד׳ מיתות:

ג החובל בחבירו בשבת. משנה פרק החובל ובפרק אלו נערות מפרש דבפירוש ריבתה תורה חובל בחבירו היכא דליכא מיתה דמשלם ואינו לוקה מכדי כתיב כאשר עשה כן יעשה לו כן ינתן בו למה לי דבר שיש בו נתינה ומאי ניהו ממון וכן פסק הרמב״ם פ״ד דחובל:

ד החובל בעבד כנעני שלו פטור. משנה פרק החובל: חבלו בו אחרים וכו׳. פ״ק דגיטין (דף י״ב) מימרא דר׳ יוחנן דשבת ורפואתו לרבו והיינו בדעבדו ליה סמא חריפא כדאוקימנא לה התם בגמרא ופרש״י והתוס׳ והרא״ש דלרבנן דיש לעבדי׳ בושת הוי נמי בשתו לאדון ואיכא לתמוה דמדכתב רבינו בסתם החובל בעבד כנעני שלו פטור משמע דפטור אף מדמי רפואתו לגמרי ורפואתו היא מן הצדקה ואע״ג דבחבל בו אחר צריך לשלם לרופא הוא שחבל בעבדו פטור שכבר זכה בכל וכתירוץ הראשון של תוס׳ פ״ק דגיטין והיא מסקנת התוס׳ בפ׳ החובל וקשה דפסק דלא כהרא״ש בגיטין שכתב דדין הרב שחבל בעבדו כדין אחר שחבל בעבדו ואינו פטור הרב אלא היכא דעבד ליה סמא חריפא דפטור מן המותר והוא תירוץ שני של תוס׳ בגיטין ואפשר ליישב דכיון דהרמב״ם כתב ג״כ בסתם החובל בעבד כנעני שלו פטור משמע דס״ל דלגמרי פטור וכמסקנת התוס׳ דפ׳ החובל פסק גם רבינו כך בסתם ודלא כהרא״ש:

ו מי שח״ע וחב״ח וכו׳. בפ׳ השולח (גיטין דף מ״א) שנינו דלמשנה ראשונה ח״ע וחב״ח עובד את רבו יום א׳ ואת עצמו יום א׳ ולמשנה אחרונה כדי שלא יבטל מפריה ורביה כופין את רבו ועושה אותו ב״ח וכתב שטר על חצי דמיו ובגמרא (דף מ״ב) נגחו שור המועד לח״ע וחב״ח יום של רבו לרבו יום של עצמו לעצמו ת״ש המית מי שחציו עבד וחב״ח נותן חצי קנס לרבו וחצי כופר ליורשיו במאי ה״נ לימא יום של רבו לרבו יום של עצמו לעצמו ומשני שאני הכא דקא כליא קרנא ואלא ה״ד דלא קא כליא קרנא כגון שהכהו על ידו וצמתה ידו וסופה לחזור איבעיא להו מועכב גט שחרור יש לו קנס או אין לו קנס כסף שלשים שקלים יתן לאדוניו אמר רחמנא והאי לאו אדון הוא א״ד כיון דמחוסר גט שחרור אדון קרינן ביה ופי׳ רש״י מעוכב גט שחרור. כגון מקדיש או מפקיר את עבדו דיצאו לחירות ואין לרבו עליהן אלא שצריכין גט שחרור וכן מי שח״ע וחב״ח דתנן כופין את רבו ת״ש המית מי שח״ש וחב״ח נותן חצי קנס לרבה וחצי כופר ליורשים מאי לאו כמשנה אחרונה ואפ״ה שקיל קנס כל זמן שלא נכתב הגט ודחינן לא כמשנה ראשונה ובעיין לא איפשיטא וכתבו התוס׳ והרא״ש האי נגחו שור יום של רבו לרבו וכו׳ היינו למשנה ראשונה דלמשנה אחרונה מעשה ידיו שלו דמדמי ליה למעוכב גט שחרור ומיהו נ״מ אף למשנה אחרונה כגון בשל יתומים קטנים בני כפייה נינהו או בח״ש וחב״ח ולא נהגו בה מנהג הפקר דכיון דאינה מצווה בפריה ורביה אין כופין את רבה לשחררה דהתם דינא הוא דנגח שור יום של רבי וכו׳ ודוקא היכא דלא כליא קרנא וכו׳ וזהו דעת רבינו בסברא הראשונה והיא דעת הרא״ש והראב״ד בהשגות פרק ב׳ דחובל וכ״כ ה׳ המגיד לשם בשם הרמב״ם והרשב״א ועיקר טעמא דס״ל דכיון דכופין את רבו לשחררו א״כ מעשה ידיו לעצמו הוא ואין כאן יום של רבו ותמיה לי דזה אינו מפורש בסוגיא ואיכא למימר דאע״ג דכופין אותו לשחררו משום ביכול פריה ורביה מ״מ כל זמן שעדיין לא שחררו עבדו הוא וחצי מעשה ידיו של רבו הוא כל זמן שהוא עבדו וקרינן ביה יום של רבו לרבו ולא דמי למפקיר ומקדיש דכיון דלאו עבדו הוא כלל מעשה ידיו לעצמו אע״ג דמחוסר גט שחרור אבל ח״ע וחב״ח דעבדו הוא יום של רבו לרבו הוא ולא מדמי ליה ח״ע וחב״ח למעכב גט שחרור כגון מפקיר ומקדיש אלא לענין קנס דשמא כיון דאדון הוא לענין קנס בח״ע וחב״ח ה״ה נמי במקדיש ומפקיר דקרינן ביה שלשים שקלים יתן לאדוניו אבל לענין מעשה ידיו לא מדמי להו להדדי דלאו לכל מילי דמו תדע דהרי בח״ע וחב״ח אע״ג דכופין אותו לשחרו כותב שטר על חצי דמיו ובמקדיש או מפקיר אין כותב לו שטר על דמיו אלמא דלא מדמי להו תלמודא להדדי אלא לענין בעיא דקנס מי נימא כיון דבח״ע וחב״ח כופין את רבו לשחררו לאו אדון קרינן ביה א״ד כיון דמחוסר גט שחרור אדון קרינן ביה ונראה שזו היא דעת הרמב״ם שכתב בדין חבלה בח״ע וחב״ח דיום של רבו לרבו דהשתא הך דנגחו שור יום של רבו לרבו היינו אף למשנה אחרונה כפשט הסוגיא ותו דאיתא התם בדף מ׳ ההוא עבדא דבי תרי קם חד מינייהו ושחרריה לפלגי׳ אמר אידך השתא שמעי בי רבנן ומפסדי ליה מינאי אזל אקנייה לבנו קטן שאין ראוי לכופו בב״ד ואי כדעת התוס׳ והרא״ש דלמשנה אחרונה מעשה ידיו שלו מה הרויח דאקנייה לבנו קטן והא מכי שחרריה חבריה לפלגיה מיד זכה העבד בעצמו והו״ל מעוכב גט שחרור ואין יכול להקנות לבנו אלא מה שיש לעצמו בו אבל טפי לא אלא ודאי בח״ע וחב״ח אע״ג דכופין אותו לשחררו כל זמן שלא שחררו חצי מעשה ידיו לרבו הוא ויום של רבו לרבו והתוס׳ כתבו לדחות ראיה זו וז״ל ושמא הקנה לבנו קודם ששחררו חבירו לפי שהיה יודע שחבירו היה רוצה לשחרר חלקו עכ״ל וזה ודאי דוחק להוציא לשון קם חד מינייהו ושחרריה לפלגיה מפשוטו ולפרשו שהיה רוצה לשחררו ועדיין לא שחררו ותו דלמה קאמר עליה גמולו ישיב לו בראשו דמה עשה שהקנהו לבנו קטן כל זמן שלא נשתחרר אלא ודאי כדברי הרמב״ם עיקר ולהכי כתב הרמב״ם הך עובדא דאקנייה לבנו קטן בספ״ז דהלכות עבדים כלישנא דתלמודא דלא כמ״ש רבינו בי״ד בה׳ עבדים הך עובדא ע״פ דברי התוס׳ גם כתב לשם דחציה עבד וחציה בן חורין בעוד שלא כתב לו שטר שחרור מעשה ידיו לעצמו על פי דברי התוס׳ והרא״ש ולפעד״נ דדברי הרמב״ם עיקר:

ז עבד שיצא לחירות וכו׳. בפ׳ השולח בעיא דלא איפשיטא והילכך המוציא מע״ה: ומ״ש והראב״ד ז״ל הגיה עליו וכו׳. כלומר אין זה השגה דשמא גם הרמב״ם מודה בזה אלא שלא כתבו בפירוש כיון דתלמודא לא מיירי בהכי ועי׳ לעיל בסימן ש״צ סוף סעיף א׳ מ״ש בענין הדומה לכאן בס״ד:

ח החובל בעבד עברי וכ׳. בפ׳ החובל (פ״ז) פלוני בה אביי ורבא והלכה כרבא דשבת גדולה ושבת קטנה הכל ינתן לעבד וילקח בהם קרקע והרב אוכל פירות כך הוא גי׳ הספרים וגירסת רב אלפס והרמב״ם אבל התוס׳ והרא״ש הסכימו לגירסת ר״ח דגורס בדרבא דהכל ינתן לרב פירוש שבת קטנה הכל להרב ושבת גדולה ילקח בהן קרקע והרב אוכל פירות וכו׳:

י החובל בבתו הקטנה וכו׳. בפ׳ החובל (בבא קמא דף פ״ז) בעא עיניה ר״א מרב החובל בבת קטנה של אחרים חבלה למי מי נימא כיון דשבח נעורים לאב מדכתיב בנעוריה בית אביה חבלה נמי דאבוה הוי מ״ט דהא אפחתה מכספה א״ד שבח נעורים הוא דאקני ליה רחמנא דאי בעי מסר לה למנוול ומוכה שחין אבל חבלה דאי בעי מחבל בה לא מצי חביל לא קנייה ליה רחמנא כך פי׳ רש״י ונראה דאע״ג דהמסקנא בריש קדושין ופ׳ אלו נערות דקרא בנעוריה בית אביה בהפרת נדרים כתיב מ״מ ר״א היא גופא קמיבעיא ליה מרב מי נימא דמבנעוריה נפקא לן דכל שבח נעוריה לאביה כדקס״ד התם מעיקרא דמבנעוריה נפקא לן דכל שבח נעוריה לאביה ואפילו חבלה דאבוה היא דהכי מסתברא כיון דאפחתה מכספה א״ד דלא נפקא לן כסף קידושיה

אלא מאת בתי נתתי דאי בעי מסר לה למנוול וכו׳ אבל לא ומהדר ליה רב המסקנא דלא נפקא לן מבנעוריה וכו׳ והילכך חבלה לא הוי דאב ורבי יוחנן פליג דחבלה הויא דאב ואפילו פצעה בפניה היכא דאפחתה מכספה הויא נמי דאב ופסקו הפוסקים כרבי יוחנן ומודה דצערה ובושת שלה היא וכן מותר הרפואה מסמא חריפא דמצטערא בו דידה היא: ומ״ש ובשבת כתב הרמב״ם וכו׳. אע״ג דהרמב״ם לא כתב כך בפירוש פי׳ ב״י מדכתב וכן שבתה של אב שהרי מעשה ידיה וכסף מכירתה של אביה הוא אלמא דמיירי בסמוכה על שלחנו דאל״כ אין מעשה ידיה שלו: ומ״ש בשם הרא״ש. הכי מוכחא הסוגיא דבמידי דאתא לה מעלמא לא קפיד האב אע״פ דסמוכה על שלחנו וממילא נשמע דאם חבל בה הוא פטור דהא ודאי קפיד:

יא החובל בבנו גדול וכו׳. ברייתא ואוקימתא דגמ׳ שם: ומ״ש ואם הם סמוכים על שלחנו כתב הרמב״ם חבל בהם הוא פטור וכו׳. דאלמא דפטור מכל ה׳ דברים הכי משמע ודאי פשטא דברייתא אבל הרא״ש נמשך אחר דברי התוספות לשם בד״ה וקתני ולא עוד וז״ל ועוד נוכל לפרש דהא דקתני בבניו ובנותיו פטור היינו דוקא בשבת וסברא הוא דלית לן למפטריה משום דסמוכים על שלחנו אלא משבת ולא משאר דברים וכו׳ עכ״ל:

יב החובל בחש״ו וכו׳ שם במשנה:

יג ומ״ש לפיכך שמין וכו׳. שם באשיר״י: ואם יש לאשה נכסי מלוג וכו׳. הכל מבואר שם בסוגיא:

סימן תכה

א מצוה לדון וכו׳ ועתה אין אנו דנין ד״נ שאף בזמן הבית וכו׳. פי׳ לגבי רוצח לא היו דנין איתו ד״נ סמוך לחורבן משום דנפישי רוצחים וכ״ש עתה וכו׳:

ב וכן יש תשובה לגאון וכו׳. כך היא הנוסחא המדוייקת בתשובת גאון וזה לשונו אך העמידו ב״ד והכו וענשו למיגדר מילתא כי הך וכגון שהיה רוכב בשבת ומטיח באשתו מיגדר מילתא בכל ישראל ולא כמו שפירשו רבותינו דמשום מיגדר מילתא דיחידאה לא קנסינן אלא אם כן לעשות גדר לדבר שיש בו צורך רבים קנסינן לפי צורך השעה עכ״ל פירש הגאון השיב שיכו ויענשו לזה שהרג את חבירו בפורים כדי שלא יתנו יד לפושעים שכל שונא לרעהו יעמוד ויהרגהו ויאמר שוגג הייתי והביא ראיה מהך עובדא דהיה רוכב בשבת וסקלוהו אע״פ שלא היה חייב מיתה ומהך דהטיח באשתו תחת התאנה והלקוהו אף ע״ג שלא היה חייב מלקות אלא חוצפא בעלמא קעביד אפ״ה משום מיגדר מילתא בכל ישראל שלא יתפרצו רבים לחלל שבתות ולהרגיל עצמם במדת העזות והחוצפא עשו שלא כדין תורה למיגדר מילתא ה״נ בהאי רוצח יעשו למיגדר מילתא להכותו ולענשו כפי ראות עיני ב״ד ואמר הגאון על זה ולא כמו שפי׳ רבותינו וכו׳ כלומר דמקצת גדולים סוברים דדוקא כשרואין בית דין שהעם פרצו בדבר והיינו שהתרבו פריצים בדבר זה עושין גדר אבל לא כשאין שם אלא יחיד דליתא אלא אפילו מילתא דיחידאה נמי עושין גדר וע״ל סי׳ שפ״ז סעיף י׳ י״א דמחלק הרמב״ם במלשין בעלילה בין מיצר לרבים למיצר ליחיד ועיין עוד לעיל סי׳ ב׳ ובמקצת נוסחאות כתוב אך העמידו ב״ד וכו׳ כמו שפירשו רבותינו וכו׳ ולפי זה תופס הגאון לחלק במיגדר מילתא בין יחיד ובין צורך רבים וכמו שפירשו רבותינו:

ה וכן הרודף אחר כל אחת מהעריות לאונסה וכו׳. משנה שם (ע״ג א) ופירש רש״י מצילין אותן. מן העבירה: בנפשן. ניתנו ליהרג לכל אדם כדי להצילן מן העבירה: אבל הרודף אחר בהמה. [לרבעה] וכו׳ דלא ניתן להצילו בנפשו אלא מדבר שהוא ערוה ויש בה קלון ופגם לנרדף כגון זכור ונערה המאורסה ומיהו רוצח בהדיא כתיב ביה והאי דנקט בהמה משום דדמיא לעריות וכו׳ עכ״ל:

ומ״ש אפילו לחלל שבת או לעבוד עבודה זרה וכו׳. שם (דף ע״ד א) תניא רבי שמעון בר יוחאי אומר העובד עבודה זרה ניתן להצילו בנפשו מקל וחומר ומה פגם הדיוט ניתן להצילו בנפשו פגם גבוה לא כל שכן וכי עונשין מן הדין קסבר עונשין מן הדין תניא רבי אלעזר ברבי שמעון אומר המחלל את השבת ניתן להצילו בנפשו סבר לה כאבוה דאמר עונשין מן הדין ואתיא שבת חלול חלול מעבודה זרה וכדי להוציא מדעת התנאים הללו אמר רבינו אפילו לחלל שבת ולעבוד עבודה זרה:

וכל אותן הנהרגים דוקא קודם וכו׳ עד רק שהערה בה אין רשאין להרגו. שם (דף ע״ג ב) פרכינן אהא דקאמר חייבי כריתות דהעריות ניתן להצילו בנפשו מהא דתנן (כתובות כ״ט א) אלו נערות שיש להן קנס הבא על אחותו ואי ניתן להצילו בנפשו אמאי משלם קנס הרי מיתה ותשלומין באין כאחד ומשני משעת העראה דפגמה איפטר ליה מקטלא ממונא לא משלם עד גמר ביאה ופירש רש״י משעת העראה קרי ליה נבעלה ואפגימה במקצת ושוב אין מצילין אותה מגמר ביאה בנפשו וקנסא לא מחייבי אלא משום גמר ביאה דהיינו הכנסת עטרה והך שינויא הלכתא היא ואף על גב דתלמודא מקשי עלה ומוקמינן לה באוקימתא אחריתא:

ויש להקשות דמלשון רבינו שאמר וכל הנהרגים דוקא קודם שיעשו העבירה וכו׳ לא משמע דאין מצילין אלא אם כן כבר עשה הרודף העבירה עם

האשה הנרדפת והא ליתא שהרי אפילו אפגימה לה על ידי אחר נמי אין מצילין וכך פירש רש״י לשם אהא דתני בברייתא נעבדה בה עבירה אין מצילין אותה בנפשו וז״ל נעבדה בה עבירה. כבר: אין מצילין. דהא אפגימה לה וקרא אפגימה קפיד וכו׳ עכ״ל אלמא דכל שנעבדה בה עבירה דאפגימה כבר אפילו על ידי אחר אין מצילין אותה והכי משמע לישנא דנעבדה בה עבירה מדלא אמר עבד בה עבירה אלמא דאף על ידי אחר נמי וכך יש להקשות בדברי הרמב״ם (הל׳ רוצח פ״א הי״ב) שכתב רדף אחר הערוה ותפשה ושכב עמה והערה אף על פי שלא גמר ביאתו אין ממיתין אותו עד עמדו בדין עכ״ל ואפשר דמשמע להו ז״ל דהא הוי רבותא טפי דלא מבעיא היכא דאפגימה כבר על ידי אחר והרודף עדיין לא בא עליה דפשיטא דאין מצילין אותה בנפשו אלא אפילו לא אפגימה כבר אלא הרודף הוא דאפגמה ועדיין לא גמר ביאתו אפילו הכי אין ממיתין אותו:

ומ״ש אם אמרה הניחוהו ואל תהרגוהו אין שומעין לה. שם בברייתא רבי יהודה אומר אף האומרת הניחו לו שלא יהרגנה אין מצילין אותה בנפשו ובגמרא במאי קמפלגי אמר רבא במקפדת על פגמה ומניחתו שלא יהרגנה רבנן סברי אפגמה קפיד רחמנא והרי מקפדת על פגמה ורבי יהודה האי דקאמר רחמנא קטליה משום דמסרה נפשה לקטלא הא לא מסרה נפשה לקטלא וידוע דהלכה כתנא קמא. וכתב בית יוסף ומשמע דטעמא דאמרה הניחו לו שלא יהרגנה דמקפדת על פגמה אלא דלא מסרה נפשה לקטלא אבל אם אומרת הניחו לו ואל תהרגוהו אין מצילין אותה בנפשו שהרי אינה מקפדת על פגמה ולפי זה מה שכתוב בספרי רבינו ואם אמרה הניחוהו ואל תהרגוהו אין שומעין לה טעות סופר הוא ומיהו אפשר לקיים גירסא זו דה״נ מקפדת על פגמה היא אלא שאינה רוצה שיהרג על ידה עכ״ל. והא ליתא דכיון דלא אמרה הניחוהו כדי שלא יהרגנה אם כן בטוחה היא שלא יהרגנה אם כן במאי דקאמרה הניחוהו ואל תהרגוהו כדי שלא יהרג על ידה ובודאי שתיבעל לו בע״כ דאינה מקפדת על פגמה היא כיון דרוצה היא שתיבעל ולא יהרג על ידה אכן נראה דאין הפשט כמו שהבין בית יוסף דמלשונה שאמרה הניחוהו שלא יהרגנה אמדינן דעתה דמקפדת על פגמה אלא דלא מסרה נפשה לקטלא אלא הכא פירושו דוקא היכא דידעינן בבירור שהיא צנועה ומקפדת על פגמה אלא דלא מסרה נפשה לקטלא התם הוא דניתן להצילה בנפשו והכי משמע מלשון פירוש רש״י שכתב וזה לשונו במקפדת על פגמה דאי בשאינה מקפדת לא קאמרי רבנן למיקטליה וכו׳ עכ״ל והשתא היכא דידעינן דמקפדת על פגמה אין לחלוק בין אמרה הניחו לו שלא יהרגנה ובין אמרה הניחו לו ואל תהרגוהו דהא אנן ידעינן בהך איתתא דמקפדת על פגמה אלא דאיכא למידק לפי זה דה״ל לרבינו לפרש בדבריו דמיירי בדידעינן דמקפדת על פגמה היא וי״ל דנסמך רבינו על מ״ש תחלה וכן הרודף אחר כל אחת מהעריות לאונסה וכו׳ אלמא דמיירי בכהאי גוונא דאנן ידעינן שהוא לאונסה דמקפדת על פגמה ועלה דהך איתתא קאמר השתא דאי אמרה היא הניחוהו ואל תהרגוהו אין שומעין דכיון שהוא לאונסה ומקפדת על פגמה ניתן להצילו בנפשו נ״ל:

ו הבא במחתרת וכו׳. בפרק בן סורר מבואר כך בברייתות ואוקימתא דגמרא (דף ע״ב):

ז כתב הרמב״ם אחד הבא במחתרת או שנמצא בתוך גגו וכו׳. ברייתא שם וסובר הרב דאם זרחה השמש עליו אינו כפשוטו לומר כשתזרח השמש ביום יהיה לו דמים דאם כן מאי עליו וכי עליו בלבד זרחה אלא משל הוא אם ברור לך הדבר כשמש וכו׳ ואין חלוק בין יום ובין לילה כל שאין שם עדים או בני אדם הגנב בא על עסקי נפשות:

ח ומ״ש אבל הבא במחתרת בתוך שדהו וכו׳. הכי משמע מדקרי ליה רודף לפי שיודע שאין אדם עומד על ממונו וכו׳ ואין זה אלא בביתו וגגו וחצרו וקרפיפו שבעל הבית מצוי שם. ודעת הראב״ד דאם זרחה השמש משמע פשוטו כשתזרח השמש ביום יש לו דמים דאין ספק דלא בא על עסקי נפשות ביום אלא מדכתיב עליו דרשינן אם ברור לך כשמש וכו׳ והך דרשה אינה אלא בבא במחתרת בלילה:

ומ״ש רבינו ומטעם זה גם כן יש לומר דאפילו בלילה וכו׳. כך מפורש בפירוש רש״י לשם אהך ברייתא דתני בה אין לי אלא מחתרת גגו חצירו וקרפיפו מנין תלמוד לומר ימצא הגנב מכל מקום אם כן מה תלמוד לומר מחתרת מחתרתו זו היא התראתו ופירש רש״י שאין צריך התראה אחרת אלא הורגו מיד דכיון דטרח ומסר נפשיה לחתור אדעתא דהכי אתא דאי קאי לאפאי קטלינא ליה ואמרה תורה כיון דרודף הוא אין צריך התראה אלא מצילין אותו בנפשו אבל נכנס לחצרו וגגו דרך הפתח אינו הורגו עד שיתרו בו וכו׳ מיהו לאידך ברייתא דתני בה אם כן מה תלמוד לומר מחתרת מפני שרוב גנבים מצויין במחתרת וכדכתב הרמב״ם לפי זה אין חלוק בין בא במחתרת ובין בא דרך פתחים. ולענין הלכה יש להחמיר כדעת הראב״ד דביום אין רשאי להורגו ובלילה נמי בבא דרך פתחים אינו רשאי להורגו כהך ברייתא וכדפירש רש״י וכדכתב רבינו:

ט הבא על הגויה וכו׳. עיין באבן העזר סימן י״ו:

י מיני ישראל וכו׳ עד סוף הסימן. הם דברי הרמב״ם בפרק ד׳ מהלכות רוצח:

סימן תכו

א הרואה את חבירו וכו׳ ברייתא בסוף פרק בן סורר ומורה (סנהדרין דף ע״ג): ומ״ש ומיהו אם יש לו ממון וכו׳. כ״כ הרא״ש לשם:

ב ומ״ש והרמב״ם כתב הרואה וכו׳. נראה דלפי דמלשון הברייתא משמע דחייב להצילו אפילו אינו ברור לו שיוכל להצילו חייב להכניס עצמו בספק סכנה להצילו אבל הרמב״ם כתב ויכול להצילו וכו׳ דמשמע דדוקא בדאין ספק שיכול להצילו אבל אינו חייב להכניס עצמו בספק סכנה להצלת חבירו לכך אמר והרמב״ם כתב וכו׳ כנראה שחולק על מ״ש תחלה מיהו בהגהת מיימוני ישנים נמצא לשם שכתב וז״ל בירושלמי מסיק אפי׳ להכניס עצמו בספק סכנה עכ״ל ומביאו ב״י: