ספר

ערוך השלחן

חלק שני מן סימן קפ״ט הלכות מקח וממכר עד
ס״ס תכ״ז הלכות חובל בחבירו

כאתי יחיאל מיכל הלוי עפשטיין החונה בק״ק נאוורדאק
בעהמ״ח ס׳ אור לישרים עה״ ספר הישר לר״ת וס׳ ערוך השלחן על שו״ט

וואדשא

בדפוס ר׳ נתן שריפטניססער נ״י

שנת תרנ״ג לפ״ק

קפט [דין המקח נגמר בדברים ובו ג׳ סעיפים]*

א אין המקח נגמר בדברים שהאומר לחבירו היאך אתה נותן לי חפץ זה וא״ל בכך וכך ונתרצו שניהם ופסקו הדמים יכול כל אחד מהם לחזור בו ואפילו היה זה בפני עדים ואפילו אמרו להעדים הוו עלינו עדים שראובן מכר ושמעון קנה אין זה כלום עד שינמר המקח ע״פ קניין כל דבר ודבר כראוי לו קרקע לפי קנייניו וטלטלים לפי קניניהם ולאחר הקניין אין אחד מהם יכול לחזור בו אפילו לא היה עדים בדבר דבדיני ממונות לא אימרו סהדי אלא לשיקרי כמ״ש בסימן רמ״א ואם היה הקניין בקרקע ע״פ שטר אין ביכולת לבטל המכירה אפילו כשהחזיר הלוקח את השטר להמוכר דאין זה כלום [ב״י] ואפילו מחלו זל״ז אח״כ אינו מועיל בין שאמר הנני מוחל לך הקניין בין שאמר הנני מוחל לך המקח דלשון מחילה אינו אלא בחוב ולא בקרקע ולא בחפצים אלא בממון שת״י הנמחל כמ״ש שם ואין אדם מסתלק ממה שת״י אלא באחד מדרכי הקנאה כמו בטלטלין שיחזור המוכר וימשכם או יגביהם ובקרקע שיעשה המוכר חזקה בהקרקע או שהלוקח יכתוב לו שטר מכירה או קניין כסף או קניין חליפין מיהו אם נשבע או נתן ת״כ או קיבל בקב״ח למכור חפץ זה או קרקע זו לפלוני אף דמחוייב לקיים כפני השבועה כמ״ש בסי׳ ר״ם מ״מ כיון שאין זה קניין אם אותו פלוני מחל לו השבועה הוי מחילה ונפטר משבועתו וצריך לומר הריני כאלו התקבלתי כעניין שנתבאר בי״ד סימן רל״ב [ב״ל]:

ב בכל הקניינים צריך הלוקח לכוון לקנות והמוכר להקנות אבל אם משך או הגביה או עשה חזקה ולא נתכוון לקנות לא קנה [נד״ה] וע׳ בסימן ר״ם סעיף ב׳ דבלא כוונת קניין הוי מעשה קוף בעלמא ובמה ישתנה החפץ או הקרקע מרשות לרשות וכן אם יש לראובן פקדון ביד שמעון וראובן גילה דעתו שרצונו למוכרה בסכום כך וכך רק שלא מצא קונה ועתה נתרצה שמעון לעכבו במקח זה אינו יכול לקנות בלהי ידיעת ראובן אף שידוע לנו שראובן רצונו למוכרו במקח זה כיון שלא הקנה לו עתה [ב״ח] ואם ראובן אומר אני מקנה לך בכך וכך מיד נקנה החפץ לשמעון דרשותו קונה לו דלא כיש מי שחולק בזה ום״ל דגם בכה״ג לא קנה משום דכיון דנתן לו רשות שיפקיד אצלו הוי מקום החפץ ברשות המפקיד דכיון דמקנה לו החפץ ממילא דנקנה לו גם מקומו כיון ששלו הוא וחצירו וקנייתו באין כאחד וה״ה אם נתן לו במתנה קנה בכה״ג דחצירו ומתנתו באין כאחד [פ״ת סימן ר׳ וכ״מ עכ״י וכ״ח וכ״כ מהרי״ע] וכן בקדושין כשאמר לאשה התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך כמ״ש באה״ע סימן כ״ח ואם הפקדון הוא ביד אחר לא קנה אף כשהמוכר א״ל שיקנה עד שישכור המקום או ימשכנה לרשותו או יגביהו כמ״ש בסימן ר׳ ויכול לעשות שליח שיקנה בעדו כמ״ש שם:

ג ואע״ג דדברים אינם קניין מ״מ ראוי לו לאדם לעמוד בדיבוריו וכל החוזר מדבריו ה״ז מחוסר אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו וי״א דאף אם נשתנה השער מקרי מחוסר אמנה ויתבאר בסימן ר״ד בס״ד:

קצ [דיני קניית קרקע בכסף ובו כ״ח סעיפים]

א קרקע נקנה באחד מד׳ דברים בכסף ובשטר ובחזקה ובקניין סודר וכל קניינים אלו למדנו מן התורה כסף למדנו מדכתיב בירמיה [ל״ב] שדות בכסף יקנו ושטר למדנו מדכתיב שם ואקח את ספר המקנה ש״מ דיש קניין אף בספר לבדו דהוא השטר מכירה וחזקה למדנו מדכתיב שם [מ׳] ושבו בעריכם אשר תפשתם ותפשתם קאי על שבו כלומר בס״ת תפשתם בישיבה דהיינו חזקה שהחזיקו בה ובתורה כתיב וירשתם אותה וישבתם בה כלומר בסה ירשתם בישיבה וק״ם למדנו מקרא דרות שלף איש נעלו דבעז קנה השדה ע״י ק״ם וכמו דמקח קרקע נקנה באחד מארבעה דברים הללו כמו כן שבירות קרקע נקנה בהם לכל ימי השבירות דשבירות ליומא מסכר הוא לזמן השבירות לעניין קניין וכן שאלת קרקע ומשכנתא נקנה בהם כמ״ש בסימן קצ״ה:

ב כיצד היא קניין כסף לאו דוקא שיתן לו כל דמי המכירה אלא אפילו מכר לו בית או שדה באלף זוז ונתן לו פרוטה או שוה פרוטה לתשלומין על הקניין והשאר זקף עליו במלוה קנה ואין אחד מהם יכול לחזור בו ואם לא זקף עליו במלוה יש חילוק בין עייל ונפיק אזוזי או לא כמו שיתבאר אבל פחות מפרוטה לאו מכון הוא ואין זה קניין כסף ולא עוד אלא אפילו מכר לו קרקע ששוה הרבה בפחות מש״פ ונתנה לו אף דזהו כל דמי הקניין מ״מ אין זה קניין כסף והוה כמתנה וצריך לקנות בקניין אחר ואע״ג דבק״ם הוי קניין אף בכלי שאין

---

*(וזהם לדעת, שכל הפסקי דיוק המלוים בזה סיוע מלא למקומות שבהם בני ישיבתל מתנהגים ע״פ ד״ת, ומלא בתרעומתו שבהן ממהו מתויגים לגמוג ע״פ דיעת דמלכותא, כידוע).

שאין בה ש"פ כמ"ש בסימן קנ"ה והו לקנין חליפין דהתורה לא קפדה רק שיהיה כלי כדכתיב שלף איש נעלו ולא על שיויו אבל בקניין כסף שלמדנו משדות בכסף יקנו דקפדה התורה על חשיבותא דכסף ופרוטה מפרוטה לאו בלום היא וגם כלי השוה פחות מש"פ לאו כלום הוא דשוה כסף לא עדיפא מכסף בכל מקום לבר חליפין ודע דפרוטה הוי חשיבות מקום בכל מקום ובכל זמן דכל שיעורי חז"ל נתקבלו איש מפי איש עד מרע"ה שקבלה מפי הקב"ה מסיני והרי גם עתה אנו רואים ברוב הישוב שבעד פרוטה יקנו כזית לחם או בצל או

מחט וכיוצא בזה דלא כיש מי שמפקפק בזה:

ג זה שאמרנו דבקניין כסף א"צ שיתן כל דמי הקנין זהו דעת רוב הפוסקים ראשונים ואחרונים וכן מתמו רבותינו בעלי הש"ע וכ"מ מהש"ס קדושין [יג] וה"ה בקניין חזקה דאף דהחזיק במקצת הקרקע קנה כל הקרקע ועוד דקי"ל בשארי מקומות דכתיב בכסף הוה מקצת כסף [כתובות ל"ז] וה"נ דכתיב שדות בכסף יקנו הוה מקצת בכסף בכל וכן עיקר לדינא [ומיין למוס למ"ם בם"ת ס"ב ע"ז: בסס מסו' נל"ף והלכם כר"י בקזסב מ"ח: ול"ק אמ"ם סרמב"ם פ"ת מממימה דסימי על המסכון מממם וכ"ם מדמי ז"ו דלסיסוך מדמיק ועי' פו"ת סימן מ"ז ס"ק י"נ ומסמנו' לין נלמיס ווין"ק]:

ד זה שאמרנו דמקצת כסף קונה וזהו כשנתן לו בתורת פרעון אבל אם נתן לו בתורת עירבון בעין קנס כגון שא"ל הרי לך מקצת מעות ואם אחזור בי יאבדו מעותי אינו קונה רק כנגד המקצת שנתן דוהו רק בערבות שלא יחזור בו ויו שוקנה בנגד ערבונו ולכן יש ליזהר כשגותן אוף נאב שקורין ואדאמא"ק שיתנם בתורת פרעון שיאמר לו הרי לך מקצת מעות כך וכך והמותר אתן לזמן פלוני ולא יאמר אם לא אתן לך לזמן פלוני יאבדו מעותי אלו שנתתי ואם עשה כן שניהם יכ'לים לחזור בהם על המותר אם לא היה קניין אחר ולא קנה רק נגד מעותיו ומן הגרוע שבשדה זו כדין מי שקונה חלק מחבירו בשדהו דנותן לו מן הזיבורית כמ"ש בסי' ר"ח ואם אמר הלוקח הנני נותן לך עירבון זה שאקנה בו כל הקרקע קונה כולה אבל אם לא פירש כל הקרקע אלא שאקנה סתם לא קנה אלא כנגד מעותיו וי"א דאף אם פירש הלוקח שיקנה בו כל הקרקע אינו כלום אא"כ שהמוכר פירש כן דסביר וקביל [סמ"ע] ורבינו הרמ"א סתם כדיעה ראשונה:

ה אמרו חו"ל [כ"מ ע"ז:] דכל זמן שלא שילם לו כל המעות וא"א זקפן עליו במלוה אם המוכר יוצא ונכנס אצל הלוקח להביע מעותיו לא נגמר הקנין אפילו אם קנה בבל הקניינים בשטר וחזקה וק"ם מ"מ כיון שיוצא ונכנס אחר המעות ניכר הדבר שעיקר מבירתו היתה מפני דוחקו להמעות ולכן כל זמן שלא שילם לו כל המעות לא קנה אף שנשאר רק מעט ראגן פחדי דכל זמן שלא קיבל כל המעות לא נמר המוכר בלבו להסנות לו וכן הדין במטלטלין אפילו אם משכם לרשותו אינו קונה בכה"ג ולדעת הרמב"ם בפ"ח ממבירה אין המקח קיים אפילו כנגד המעות שנתן דהרי נצרך לכל המעות ואדעתא דהכי לא מכר ומ"מ נרעו רי"ל את כח החוזר בו דהשכנגדו ידו על העליונה כגון אם הלוקח חזר בו יד המוכר על העליונה רצה אומר לו הילך מעותיך שנתת לי ואם רצה אומר לו קח מהקרקע כנגד המעות ומהזיבורית שבה ואם המוכר חזר בו יד הלוקח על העליונה רצה אומר לו תן לי מעותי רצה נוטל כנגד מעותיו מהעידית שבקרקע זו ודעת הרא"ש והטור כל זמן שלא חזרו בהם המקח קיים כנגד המעות שנתן וכשחזר אחד מהם המקח בטל ויד השני על העליונה כמו שנתבאר [סנ"ם] ולשני דיעות אלו כשמקבל קרקע מקבלו בשער של עבשיו ולא כשער שפסקו כיון שהמקח בטל גם לדיעה שנייה משעה שחזר בו אחד מהם ממילא נתבטל גם השער שפסקו אז [סס] ונ"ם בין שני דיעות אלו לעניין אם קירש הלוקח אשה בקרקע זו שכנגד מעותיו או הקנה אותה לאחרים בעוד שלא חזרו בהם דלהרא"ש והטור הוה כשלו וקדושין וקרושין ומקחו קיים ולהרמב"ם אינו כלום דעדיין לא היתה שלו:

ו אבל הרמב"ן והרשב"א והר"ן והגמ"י ס"ל דהקרקע שכנגד המעות קנה לגמרי ואין אחד מהם יכול לחזור בו וכבטלו [סס] והטעם דאע"ג דעייל ונפיק אוזוי מ"ם במקצת המעות שנתן היה דעתם שכנגד זה ישאר הקנין והחוזר בו יד שכנגדו על העליונה כמ"ש אלא שכשנוטל קרקע נוטל כפי השער שפסקו כיון שהמקח קיים לדיעה זו [סס] ואם שניהם חוזרים בהם וצריך ליטול מעותיו ואין לו מעות צריך לשלם לו בשוה בכסף במטלטלין או בקרקע בינונית כדין בע"ח ובשער של עכשיו דכיון דשניהם חוזרים בהם וודאי דבטל המקח לגמרי [סס ס"ק ע"ו]:

ז וי"א דכן הוא הדין כשהמוכר חוזר בו נגד המעות שלא נתן עדיין יד הלוקח על העליונה בקיום המקח כנגד המעות שנתן אבל אינו נוטל רק מזיבורית שבה כדין מוכר חצי שדה דאינו נוטל רק מזיבורית וכפי השער שפסקו ואם ירצה יכול לומר כיון שחזרת בך נגד הדמים שלא נתתי גם אני אחזור בי נגד הדמים שנתתי ותן לי מעותי ואם אין לו המעות יכול לכופו שיתן לו מעידית שבה בשער של עכשיו דכיון דרצונו לקבל המעות ואין לו יפה כחו מבע"ח אבל כשרצונו בקיום המקח כנגד מעותיו אינו נוטל אלא מזיבורית ובשער שפסקו ואם הלוקח חוזר בו כנגד המעות שלא נתן יד המוכר על העליונה דאם רוצה מקיים המקח כנגד הדמים שקיבל ונותן לו מזיבורית שבה כפי השער שפסקו ואם ירצה מחזיר לו מעותיו ואם אין לו מגביהו מזיבורית שבנכסיו מכל זיבורית שהמוכר רוצה [נ"ם לסרמ"ם יסר"ן וכדברי סרמ"ם בסמיף י' יש מ"ם וכזיבורית ל"ל בשער שפסקו ובעידית בשער של עכשיו ודו"ק]:

ח וכל מה שנתבאר לכל הדיעות דכשהמוכר חוזר בו יד לוקח על העליונה זהו דוקא כשהלוקח רוצה ליתן עהה המעות בשלימות ועכ"ז חוזר בו המוכר אבל אם הלוקח אין לו מעות ומבקש שימתין לו עוד זמן כמה יכול המוכר לבטל כל המקח ואין יד הלוקח על העליונה דבדין עביד ומחזיר לו מעותיו ואם אין לו משלם לו מבינונית כמו בע"ח [סס] :

ט הא דאמרינן דכי עייל ונפיק אווזי לא קנה היינו בדידעינן דלא מזבין אלא מפני שהוצרך להמעות והבל לפי ראות עיני הדיין דלפעמים ארם כשהוא בע"ח ביכר קודם זמן פרעון כדי שלא יראוהו שהוא דחוק למעות וידלדל מבחרו ואינו רוצה לקבל דמי המקח מהקונה עד שיצטרך לפרוע חובותיו פן יוציאם כשיהיה אצלו ולכן קבע זמן לפרעון ובהגיע הזמן דוחקו להקונה לפרוע לו מעותיו והקונה דוחה אותו והדיין רואה שהוא מוכרח עתה להמעות ועייל ונפיק אווזי לא קנה :

י יש מי שאומר דעייל ונפיק אווזי היינו שהלך לבקש מעותיו שני פעמים ולא שנא מצאו ובקש ממנו ולא שנא לא מצאו רק שנילה דעתו שהלך לבקשו ודוקא דעייל ונפיק ביום שקבע לו שיפרענו או ביום הקודם אבל קודם זמן זה אפילו הלך כמה פעמים אם לא הלך ביום קביעת הזמן או ביום הקודם אינו כלום ואפילו עייל ונפיק למחר אחר יום קביעת הזמן המקח קיים ואין יכולין לחזור בו עוד דכן אמרו חז"ל דעתו דאלמלי היה מוכרח להמעות היה בא ביום הקביעות או ביום הקודם וכן להיפך כשבא בימים אלו אפילו שתק או בעת שהקונה השיבו שאין לו המעות עדיין ולאחר כמה ימים חזר בו המוכר הרשות בידו דמאו שהבעו נתבטל המקח כשלא נתן לו המעות וביום הקבוע להפרעון יש לו להלוקח זמן כל היום ואפילו היה אצלו המוכר הרבה פעמים ביום זה ולא נתן לו וקודם חשיכה הביא לו המעות נתקיים המקח ואין יכולין לחזור בו עוד ואין להקשות למה לן מעמא בביטול המקח מפני דעייל ונפיק אווזי והרי כיון שקבעו יום זה לפרעון ולא פרע לו ממילא דנתבטל המקח די"ל דוודאי אם המוכר היה מתנה שישלם לו לזמן פלוני ואם לאו יתבטל המקח היה דמקח בטל גם בלא מעם דעייל ונפיק אווזי אבל כשלא היה תנאי ברבר רק שקבע לו זמן לפרעון לא נתבטל המקח בזה שלא נהן לו להזמן שקבע אלא משום דעייל ונפיק אווזי ובלא טעם זה לא היה דעתו שבשביל המשכת הזמן יהבטל המקח וכסעיף מ"ו יתבאר עוד בזה בס"ד :

יא לפי מה שנתבאר מקרי עייל ונפיק אווזי באחד משני דרכים או שהב"ד יודעים שלא מכר אלא מפני שהיה מוכרח להמעות לאותו זמן שקבע או שנתברר להם שלא מכר אלא מפני הפרחיותו להמעות לאותו זמן שקבע כמו בסעיף ט' ואז א"צ להפרטים שנתבארו בסעיף הקודם או אף שלא נתברר זה לב"ד רק שראינוהו הולך לבקש מעותיו שני פעמים ביום שקבע או ביום הקודם דכוה עצמו נתברר שעיקר מכירתו הוא מפני הפרחיותו להמעות דאל"כ לא היה הולך שני פעמים ביום אחד ולכן אם יש לתלות סיבת הליכתו לבקש המעות בטעם אחר תלינן כיצר כגון שמכר שדהו מפני רעתה אף שהוא יוצא ונכנס ותובע הדמים קנה הכל ואין יכולין לחזור בהן שזה שרודף אחר המעות לא מפני שעיין לא נמר והקנה אלא דחדר שלא יחזור בו הלוקח ואע"ג דאם לא היה עייל ונפיק אווזי כ"ש שהלוקח לא היה יכול לחזור בו מ"מ ירא לנפשו שלא ידחנו הלוקח בלך ושוב וימצא תואנה לבטל המקח ולכן ממהר לקבל המעות וכן מי שמכר נכסיו מפני שרוצה לעקור דירתו מכאן ולדור בעיר אחרת כמוכר שדהו מפני רעתה דמי דהוא בהול לאסוף מעותיו וכן סחורה העשויה להתקלקל כמו פירות ויינות וכיוצא בזה הוה כמוכר מפני רעתה דלבו חרד שלא יתקלקלו וימצא הלוקח תואנה לחזור בו ולכן רוצה לקבל מעותיו [סנ"ע] :

יב לקח שוה מנה במאתים ונתן לו מקצה דמים והמוכר נכנס ויצא לתבוע שאר המעות ה"ז ספק אם זהו כמוכר מפני רעתה אם לאו מפני ש"ל דמפני שמכר לו ביוקר ירא שהלוקח לא יחזור בו ומן הדין אינו יכול לחזור בגון שאין בזה דין אונאה ומ"מ מתירא שהלוקח לא ימצא תואנה לבטל המקח או אפשר דאין לחוש לזה ואין המוכר שם לבו לדרוש אחר מעותיו מטעם זה ולפיכך אחר משניהם הבא לחזור בו אינו יכול מפני שהמכירה היא וודאית והקניין נגמר והביטול הוא ספק ונם המוכר אינו יכול לבטל את המכירה אם נתייקרה הרבה אף שיש לו חזקת מרא קמא [ע"ז] ואף אם נם הלוקח אינו מוחזק בהקרקע או בהחפץ כיון שנם המוכר אינו מוחזק אין המוכר יכול לבטל במקח ברור כזה מיהו אם תפס המוכר מהמקח שטבר כנגר הטעית שנשאר לו אין מוציאין מידו דתפיסתו מהני בזה כיון שפוען ברי שהיה דחוק למעות [סס] ויאע"ג דבקרקע לא שייך תפיסה מ"מ כיון שתפסה ומחזיקה ת"י אין בנו כח להוציא מידו ואם ביכולתו לבטל נם מה שכנגד המעות שכבר קיבל תלוי בהדיעות שנתבארו בסעיף ה' וסעיף ו' אבל הפיסה אחרת בגון שיתפוס דבר א"ר של הלוקח אין ביכולתו לבטל המקח בתפיסה כזו [סמ"ג] ולהלוקח לא מהני שום תפיסה כשבא לבטל המקח דהא לא יוכל למעון ברי מה היה בלבו של רמכר [סס"מ] :

יג וכן אם בקש למכור שדה במאה זוז ולא מצא קונה על מאה והוצרך למכור שדה של מאתים וקבל קצת מהדמים ועייל ונפיק אשאר הדמים לא קנה ושניהם יכולים לחזור בהם דוודאי הוצרך למעות כדי לקנות לו שדה במאה ואם הוא בעניין שאם היה רוצה למרוח היה מוצא למכור במנה ולא מרח ומכר במאתים ה"ז ספק אם הוא כמוכר שדהו מפני רעתה שגם בזה נראה שהיתה רעה בעיניו מדלא מרח למכור במאה ואינה מבטלת המכירה כמה דעייל ונפיק אווזי או אפשר שלא היתה

היתה רעה בעיניו רק שהטירחא קשה עליו ולכן עייל ונפיק אזוזי כדי לקנות אחרת של מאה לפיכך הדין כמ"ש בסעיף הקודם:

יד כבר בארנו בסעי' ה' דברין עייל ונפיק אזוזי דין הממלטלין בקרקעות שאפילו משכן, והבניין לביתו והמוכר עייל ונפיק אזוזי לא קנה ואדרבא בממלטלין יש חומר יותר דבקרקעות נתבאר שם דכנגד מעותיו שנתן המקח קיים ובממלטלין אין זה רק בדבר שראוי לחלוק כמו הבואה וימיני סחורות הראויים לחלוק אבל מה שאינו ראוי לחלוק כגון בעל חי וביוצא בזה בטל המקח לגמרי אף כנגד הדמים שנתן לפי שלחלוק א"א ובשותפות אין השני מתרצה ובקרקע אפילו אם אין בהקרקע שכנגד המעות שיעור הראוי שנתבאר בסימן קע"א ס"ם קוטה השיעור הזה לפי שראוי להצטרף לקרקע אחרת [סמ"ע] ויש חולקין בזה דבכה"ג הוי כממלטלין שאין בה דין חלוקה [ס"ק] אבל כשאמר ערבוני יקון שנתן לו בתורת עירבון כמ"ש בסעיף ד' בזה אין חילוק בין קרקע לממלטלין בכל עניין וקונה כנגד מעותיו כמ"ש שם:

טו לפיכך עצה טובה למי שקונה קרקע או ממלטלין ואינו נותן דמי המקח בשלימות בשעת הקנייה יראה הלוקח שהמוכר יזקוף עליו המעות הנשארים במלוה דאז הוי כדבר בפ"ע ואינו שייך להקנייה ואף כי עייל ונפיק אזוזי או אף אם לא יסלק לו כלל אין הקנייה בטילה [המ"מ מהע"ז סימן קיך סק"ם] אבל אם לא זקף במלוה וקבע זמן לתשלום המעות ולא שילם כלל בטלה המכירה אבל אם רק המשיך וסוף סוף שילם לו אין המכר מתבטל בכך ויש מי שאומר דגם בהמשכת הזמן בטלה המכירה ולא נהירא לי דאין זה אלא אם מכר לו שיתן המעות מיד ולא נתן רבוה וודאי דבטלה המכירה ונזל הוא ביד הלוקח דבין שא"ל לשלם לו מיד וודאי בוונת המוכר היה שאם לא יתן לו מיד שלא תהא מכירתו מכירה כלל אבל לא כשקבע לו זמן ולא התנה בפירוש שאם לא יתן להזמן שתתבטל המכירה [כ"מ מהמ"מ פס ודבכי סמקס"ע סק"ז ל"ע ומוטת הכי"ק ל"ל כת"ס כדמוכח לסדין ממ"ם בסוס"ע סעיף מ"ז ודו"ק]:

טז הקונה דבר מחבירו ונתן לו הדמים ומעה במניין המעות ולאחר זמן תבעו המוכר ואל מאה שנתת לי אינם אלא צ' ובירר שכן היה נקנה המקח ומחזיר לו העשרה אפילו אחר כמה שנים בין בממלטלין בין בקרקע ואע"פ שהקניין לא היה אלא בכסף לבד [ס"ך] ודוקא כשהיה זה אחר זמן אבל אם היה זה ביום המכירה שבא אליו ובירר לו שלא היה אלא צ' ועייל ונפיק אזוזי כמ"ש לעיל [סמ"ע]:

יז יש לפעמים שקניין כסף בקרקע הוא אף שהמוכר אינו מקבל המעות ביצר הרי שראובן אמר לשמעון תן מנה ללוי וקנה לך קרקע שלי קנה כשנתן המעות ללוי דכמו דערב משתעבד באלמא קודם מתן מעוה כמ"ש בסימן קכ"ט כמו כן לא גרע ראובן מערב דעל דיבורו נתן ללוי ונתחייב ראובן למסור לי שדהו וא"צ שמעון לומר לראובן שדה שלך תקנה לי במה שנתתי מנה ללוי דדי באמירת המוכר [סמ"ע]:

יח וכן יש לפעמים דאף שאין הלוקח נותן המעות להמוכר אלא אחר נתן המעות נקנה השדה להלוקח כיצד הרי שראובן אמר לשמעון הילך מנה ותהיה שדך מכורה ללוי כיון שקבל שמעון המנה נקנית השדה ללוי ודין זה נלמד מקניין עבר הכמו שאם אחד אומר לארנן העבד הרי לך מנה וישתחרר עבדך כיון שקבל הארנן המעות יצא העבד לחירות כמ"ש בי"ד סימן רס"ז כמו כן לעניין מכר ואם ראובן זה נתן כל דמי השדה משלו זוכה הלוקח אף אם לא ידע כלל מזה דזכין לאדם שלא בפניו [קלמ"ם] אבל אם היתר על המנה צריך הלוקח ליתן אף שמנה זו נותן לו ראובן במתנה לא זכה הלוקח בלי ידיעתו ולא קנה אא"כ ידענו שהלוקח חפץ בקנייה זו כגון שעשאו שליח או שאמר להמוכר שדך קנויה לי בהמעות שנתן לך ראובן וי"א דאף אם כל המעות משל ראובן ונתנם במתנה להלוקח צריך דעת הלוקח [נמ"מ] ולדינא העיקר כריעה ראשונה ועמ"ש בסימן קפ"ב:

יט וכן יש לפעמים אף אם הלוקח אינו נותן מעות והמוכר אינו מקבל מעות ולא עוד אלא אפילו הלוקח עצמו מקבל מעות ונקנה לו השדה כיצד הרי שאמר ראובן לשמעון תן מנה ללוי ותהיה שדי מכורה ללוי כיון שקבל לוי המנה משמעון נקנית לו ללוי עצמו השדה של ראובן דמה שהמוכר אינו מקבל המעות נלמד מערב ומה שהלוקח אינו נותן המעות נלמד מעבד ומה לי אם היתה דבר דבר בפ"ע או שהיו שניהם כאחד ואם צריך לזה רצון הלוקח דינו כמ"ש בסעי' הקודם:

כ ולא עוד אלא אפילו לפעמים המוכר נותן דמים ללוקח וזהו הקניין כנון שהלוקח הוא אדם חשוב ויש לו להמוכר כבוד בזה שהלוקח מקבל ממנו מתנה וא"ל המוכר להלוקח הילך מנה ובזה תהי שדי מכורה לך כיון שזכה הלוקח בהמעות נקנה לו השדה דמה לי אם המוכר נהנה בקבלת מעות או שנהנה במה שהלוקח מקבל ממנו מתנה וא"צ הלוקח לומר שדך קנויה לי בקבלתי המנה כיון שמדבר עם המוכר עצמו די באמירת המוכר לבד כמו בסעיף י"ז [סמ"ע] וכן הדין בקדושין כמ"ש באהע"ז סימן כ"ז וי"א דאף בממלטלים הדין כן דאע"ג דכסף בממלטלין אינו קניין רק לעניין מי שפרע מ"ם בכה"ג קנה דדמי לחליפין דכמו דקונה בחליפין מפני הנאת קניין המוכר שהמוכר תופס כמו כן הנאה זו שהלוקח מקבל ממנו מתנה הוי כחליפין [כ"ע פ"ק דקדושין] וזה אינו רק לריעה שיתבאר בסימן ר"ג דחליפין שוה בשוה לא בעינן כלי דוקא ולכן אם נותן לו כל שדהו בער קבלת מתנה זו הוי כחליפין שוה בשוה אבל אם כסף זה שנותן להלוקח אינו רק לקניין והמותר צריך הלוקח לשלם להמוכר אינו קונה בכה"ג בממלטלין רק לעניין מי שפרע דבחליפין בעינן כלי והנאה זו לא עדיפא

מכסף עצמו כשמקבל המוכר והרי מעות אינו נעשה חליפין מגזירת הכתוב [פ"מ] ולדיעה אחרת שיתבאר שם דאף בשוה בשוה בעינן כדי דוקא אין קניין זה כלל במטלטלין לגבי למי שפרע כדין כסף [פם] :

כא ראובן שהיה חייב לשמעון מנה והניע זמן הפרעון ואמר שמעון לראובן אמכור לך קרקע במנה ונתרצה ראובן ונתן לו מנה על קניין הקרקע ה"ז נקנה הקרקע לראובן ואין שמעון יכול לומר לא היתה כוונתי כלל למכור הקרקע אלא לגבות החוב כי לא יכולתי לגבות ממך באופן אחר דכיון דקרקע אין ביכולת ראובן להבריח ויהיה ביכולת שמעון לגבות תמיד חובו אמרינן דכוונתו היתה למכר גמור אבל במטלטלין כה"ג יכול לעכב המעות בחובו וא"צ לקבל מי שפרע כיון שהניע זמן הפרעון אמנם אם רצון הלוה לשלם לו גם החוב והמכר יתקיים הרשות בידו ובשהמלוה אינו מתרצה בזה מקבל מי שפרע והטעם בב"ז דכל מה שאנו יכולים לקיים הדברים צריכים לקיים ומה שאומר מה שחשב בלבו הם דברים שבלב רק במקום שאומדנא מוכחת להדברים שבלב כמו במטלטלין ואין רצון הלוה לשלם את החוב אנו מבטלים הדברים דוודאי היתה כוונתו להציל חובו ולכן י"א שאם מיד כשקבל המלוה את המעות מהלוה א"ל דע לך שרצוני רק לגבות חובי ולא למכור קרקע שלי הדין עמו [פ"מ] דכיון דא"ל תיכף אחר קבלות המעות נראה להדיא שכוונתו היתה רק לגבות חובו ועמ"ש בסימן פ"ה :

כב קניין כסף אינו אלא דוקא בכסף או שוה כסף מזוטנים אבל במלוה אינו קונה כגון שראובן היה חייב לשמעון מנה וקנה שמעון מראובן קרקע במנה זו שחייב לו וקניין אחר לא היה ביניהם אין זה קניין כסף אע"ג דההלוואה עדיין היא בעין דהא מלוה להוציאה ניתנה ואין לשמעון עליו רק חוב בעלמא ואין לו במה לקנות וכמו דקיי"ל לעניין קדושין באהע"ז סימן כ"ח דהמקדש במלוה אינה מקודשת כמו כן במכירה ולכן בפקדון שיש להלוקח אצל המוכר והפקדון בעין או מקצתו בעין יכול לקנות בזה דכיון דפקדון לאו להוצאה ניתנה הוי כמוזטן וכן בשאלה שהשאיל לו חפץ דהדדא בעינה יכול לקנות בו אף כשהוא עדיין בתוך ימי השאלה דנהוסף לו עתה הנאה בהחפץ שיכול גם למוכרו [כ"ע] :

כג הקונה מחבירו קרקע ופסקו הדמים והניח משכון עליהם לא קנה וכל הרוצה לחזור משניהם חוזר וכך אמרו חז"ל מנה אין כאן משכון אין כאן דמשכון אינו אלא לבטוחות על החיוב שקרם להמשכון כמו הלואה או שהקניין היה בדבר אחר ונתחייב לו מכון והחזיק בהמשכון לבטוחות בעד חיובו בהסמן שנתחייב לו אבל שיקנה בהמשכון עצמו שיהיה ככסף או שוה כסף אינו כלום כיון דבלא המשכון אין כאן קניין כלל ולכן אם א"ל קנה בנוף המשכון כפי מעותיך קנה דקנה נוף החפץ ואינו בתורת משכון כלל וזה מועיל לכל הפוסקים [קמ"ח] ונם בקדושין הוי קדושין בכה"ג כמ"ש באה"ע סימן כ"ט :

כד נתן להמוכר שמ"ח על מעות הקנייה יש בזה מחלוקת הפוסקים אי הוה ככסף או לא די"א דכיון דנשתעבד בהשט"ח ונשתעבדו נכסיו הוי ככסף וקנה בו וי"א דאע"ג דנכסיו נשתעבדו מ"מ כיון דעדיין לא יצא מעולם הכסף מרשיהו לרשות מוכר אין זה ככסף [עקלמ"ח] וכן נראה עיקר דבכל מקום שיעבוד אינו כשלו והרי יש דברים שמפקיעין השיעבוד כמו הקדש חמץ ושיחרור אלמא דאינו כשלו ואם נתן לו שט"ח שיש לו על אחרים י"א דאינו קונה בשיכול למחול להלוה [ס"ך] וי"א דקנה דהא אף אם יכול למחול להלוה הכא יצטרך לשלם לו מדינא דגרמי כמ"ש בסימן ס"ו ואע"ג דבאשה כה"ג אינה מקודשת כמ"ש באהע"ז סימן כ"ח היינו מעמא מפני שהאשה בושה לתבוע ולא סמכה דעתה אבל המוכר יתבענו אם ימחול [קנ"ח] ובשטר ממרנ"י שנכתב לכל המוציאו אף לדיעה ראשונה הוי קניין [ב"ך] ולא דמי שט"ח של אחרים לשט"ח שנותן להמוכר עצמו דבשל אחרים כבר יצא הכסף מרשותו אלא שיש לו שיעבוד נכסים על הלוה וכשמוסר לו השט"ח נמסר גם השיעבוד להמוכר ובכל מה שהאשה מתקדשת בהם קידושי ככסף כמו בהנאת מחילת מלוה גם לעניין מכר קנה [תוס' ב"מ מ"ו] :

כה אמרו חז"ל דזה שנכסף לבדו קונה בקרקע בד"א במקום שאין דרך לכתוב שטר אבל במקום שדרך לכתוב שטר לא קנה עד שיכתוב את השטר ושניהם יכולים לחזור בהם דלא סמכה דעתיה דלוקח עד בתיבת השטר בין שהשטר הוא שטר קניין בין שהוא שטר ראיה רק בשטר ראיה כשכותב השטר קונה לכפרע משעת נתינת המעות ובשטר קניין אינו קונה רק משעת השטר [ב"י] ולכן במקום שהמנהג שבל זמן שלא בא קיום מערכאות לא נגמרה המכירה אין הקניין נגמר ער שיתקיים בהערכאות וכשנגמר קונה לכפרע משעת הקניין בלא זה הכל לפי תנאם ואף גם במקום שנהגו לכתוב שטר אם התנה הלוקח ואמר אם ארצה אקנה בכסף ואם ארצה אקנה בשטר ונתן הכסף על תנאי זה ה"ז קיים ואין המוכר יכול לחזור בו והלוקח יכול לחזור בו וכן אם התנה המוכר בזה תלוי בו ולא בלוקח ובחזקה וק"ס א"צ שטר כמו שיתבאר בס"ר :

כו ובמקום שנהגו לכתוב שטר ונתן מקצת המעות שבארנו דלפעמים אינו קונה רק כנגד מעותיו אין זה בשטר דשטר אינו קונה לחצאין דדוקא בכסף בלחוד הוא דאמרינן דמקצת חכסף קנה מקצת הקרקע אבל כיון שהקניין הוא בכסף ושטר כל שלא קנה כולה לא קנה גם מקצתה מיהו אין זה רק בשטר קניין ולא בשטר ראיה [ל"ל] ואם התנו הכל לפי תנאם דכלל גדול הוא דכל תנאי שבממון קיים :

כז המכר שלא היה מכר ואח"כ נהרגו שתהיה מכר צריך לעשות קנין מחדש והקנין שלפניו אינו כלום כגון מי שהעלילו עליו ורצו המעלילים ליקח בגזילה קרקעותיו ובקש אחד מאוהביו שיעשה לו שטר מכירה בעדים על קרקעותיו והיה ביניהם אמנה שלא יעכבם רק עד שתעבור הסכנה אע"פ שקבל המעות בפני עדים מ"מ כיון שגם הלוקח מודה שלא היתה רק להברחה בעלמא מהמעלילים בטל המקח אף כשנהרגו אח"כ שהרי המכר קיים וצריכים לעשות קנין אחר ופשיטא שהשטר שעשו מקודם ה"ל טוקדם ופסול גם בלא זה הטעם שנתבאר:

כח אם המוכר אומר שהיתה אמנה ביניהם והמכר לא נעשה רק להברחה והלוקח מכחישו ואין עדים בדבר אין המוכר נאמן דלאו כל הימנו לעקור קנינים בדברים באלו בלא ראיה אא"כ יש א מרנא דמוכח שלא נעשה רק להברית בעניין שנתבאר באהע"ז סימן צ' שלא שייר לעצמו כלום והיה מוכרח לעשות כן בעניין שבסעי' הקודם וכיוצא בזה ואין הלוקח אובל הפירות [ומע"ב דכב"ם סס סקל"ח מבואר דלוקח לוכל פירות זהו דלא"כ לוך מבריח מבעלא מטמ"כ כמן]:

קצא דין קניית קרקע בשטר ובו ח סעיפים

א בשטר כיצד כתב לו שדי מכורה לפלוני בן פלוני כיון שהגיע השטר ליד הלוקח קנה אע"פ שאין שם עדים כלל רק ח"י המוכר לבד דלא איכרו סהדי בר"מ אלא לשיקרא כדי שלא יוכל לכפור וכיון שמורה המוכר שזו היא חתימתו או שיש עדים על החתימה ששלו היא נגמר הקניין וצריך לכתוב איזה שדה שמוכר לו וכן במתנה כיון שכתב לו שדי נתונה לפלוני בן פלוני קנה כם"ש בסימן רס"ה ואם כתב סתם שדי מכורה או נתונה לך ולא פירש שם הלוקח או המקבל מתנה ובא ראובן בזה השטר ואומר שהוא הוא הלוקח או המקבל מתנה נאמן כיון דתופס השטר ולא חיישינן שמא נתן לאחר ונפל ממנו ומצאו זה דלנפילה לא חיישינן כמ"ש בסימן נ' לעניין הלואה ואע"ג דבשם יש חילוק בין שטר בעדים לשטר בחתימ"י והו מפני שעל כת"י נאמן לומר פרעתי ולכן נאמן נ"כ לומר שנתנו לאחר במיגו דפרעתי אבל במכירה ומתנה לא שייך זה ואם רק נתקיימה חתימתו נותנין השדה להתופס הזה ואם ראובן מודה שנמכרה לאחר והאחר מסרה לידו אינו כלום כשאין לו שטר מכירה מהאחר וכן אם כתוב בשטר לכל מוכ"ז אינו כלום אף דבהלואה מהני זהו מפני שיעבוד הגוף אבל במכירה ומתנה דצריך קניין אין זה קניין ואם המוכר אינו חתום בהשטר צריכים שני עדים לחתום עליו אבל עד אחד אינו כלום אף שהמוכר מודה דעד אחד בשטר לאו כלום הוא כשאין שם קניין אחר לבד השטר הלזה ואם העד השני אומר שבפני שניהם נמסר השטר אע"פ שאין חתום בו אלא אחד הוי קניין להפוסקים דס"ל עידי מסירה כרתי ואף אם שניהם אינם חתומים בו הוי שטר נמור כמ"ש בסימן נ"א סעיף ב' ושטר ששני עדים חתומים בו וכל אחד לא ידע מחתימת חבירו מ"מ הוה שטר נמור דאע"ג דבהלואה אינו כשטר לעניין משעבדי כמ"ש שם והו מפני שלגבות ממשעבדי צריך יציאה קול ובכה"ג ליכא קלא אבל בשטר קניין א"צ הוצאת קול [כ"ל]:

ב אע"ג דבשטר הלואה צריך לכתוב על דבר שאינו יכול להזדייף כמ"ש בסימן מ"ב אבל שטר קניין יכול לכתוב על מה שירצה דרוקא שטר העומר לראיה צריך שיהא ראוי להתקיים ימים רבים אבל שטר קניין א"צ אלא לקנות בו לשעתו [סמ"ע] ולכן בין שכתב לו על הנייר ובין שכתב לו על החרס ואפילו על עלה של זית או של שאר פירי אף שאינו שוה כלום [הגר"ם] מ"מ הוי קניין וכיון שהגיע השטר לידו קנה והנייר והדיו צריך להיות של המוכר והנותן כדכתיב בספר המקנה ושכר הסופר יהן הלוקח כמ"ש בסימן רל"ח ויש מי שאומר דזהו רק כשהשטר הוא רק שטר ראיה על ימים רבים אבל בשטר קניין צריך המוכר ליתן השכר או שיקנה השכר להלוקח [קלס"ם] ולא נראה כן מכל הפוסקים ורק הנייר והדיו צריך להיות משל מקנה ולא שכר הכתיבה [נס"מ] או אפשר דשכר כתיבה אקניי אקניי רבנן להמוכר [רמע"ן] אבל עכ"פ הלוקח או המקבל מתנה נותן שכר דסופר וכן עיקר לדינא [וכ"מ בב"ב קס"ח. דפריך פסיקא ודו"ק] ואם כותבין שטר למוכר בלא לוקח או ללוקח בלא מוכר יתבאר שם בס"ד:

ג אמרו חו"ל דזה ששטר לבדו קונה בלא כסף בר"א במוכר שדהו מפני רעתה או שרצונו לעקור דירתו לעיר אחרת כמ"ש בסימן ק"ן סעיף י"א רבבה"ג וודאי ניחא ליה למוכר להקנות להלוקח שדהו ע"י השטר לבדו כדי שלא יחזור בו הלוקח אבל בשארי קרקעות אף שהגיע השטר ליד הלוקח ובעדים מ"מ לא קנה עד שיהן דמים משום דלא סמכה דעתו דמוכר עד נתינת הדמים וצריך ליתן כל הדמים ווה שנתבאר שם דבמקצת דמים קונה הכל היכא דלא עייל ונפיק אווזי זהו דוקא בנותן הדמים לשם קניין אבל דמים הללו לא לשם קניין הן שהרי קנה בשטר אלא לפרעון נתן לו וכל זמן שלא נתן לו כל המעות אין כאן הוכחה דניחא ליה להמוכר שיקנה ולכן אינו קונה אף נגד מעותיו דכיון דהקניין הוא בשטר אין קניין למחצה [ב"י בשם סר"ן] ודוקא בקניין שטר הדין כן אבל בחזקה קונה לגמרי גם בלא נתינת מעות ובלא שטר אם לא עייל ונפיק אווזי מפני שעשה מעשה בגוף הקרקע

הקרקע [סמ ס"ק דקמזמין] וכן בקניין חליפין קונה ג"כ בלא מעות ושטר דאלים קניינא דק"ם [סמ] מפני שקונה בו גם בממלטלין והחליפין הם כמו כסף ממש ובממלטלין לא שייך שטר דממלטלי לאו בני שטרא נינהו [ב"ק ע"ט:] וא"א לחלק בק"ם בין ממלטלין לקרקעות דמחר קרא נפקי [כ"ל] ואם מכר לו קרקע בער חוב שחייב לו מכבר וכתב לו שטר שדי מבורה לך קנאה לגמרי דהא א"צ לקבל דמים [סמ"ג] ולכן אם הלוקח צריך להשלים לו מעות שהחוב אינו כנגד כל הקרקע לא קנה עד שישלים לו וכן אם החוב היה בשטר לא קנה עד שיחזור לו שטרו [כ"ל]:

ד אם התנה הלוקח שיקנה בשטר לחזר מהני אפילו באינו מוכר מפני רעתה [כ"מ] ואף אם המוכר שתק דבכה"ג שתיקה כהודאה דמי [כ"ל] וכן אם נשבע המוכר או נתן ת"ב או קבל בנדר שלא יחזור בו קנה בשטר לחזר [סמ] וכן אם זקף המוכר את המעות על הלוקח במלוה ג"כ קנה בשטר לחזר ובכסף בלא שטר אינו קונה אף במוכר מפני רעתה במקום שדרך לכתוב שטר דהלוקח לא סמכה דעתו דנתן מעות ואין לו מה להראות [סמ]:

ה עיקר נוסח קניין שטר שיכתוב בלשון הזה שדי מכורה לך דמשמע להדיא שמוכר לו בשטר זה ולא יכתוב מכרתי דמשמע שכבר מכר ואינו אלא לשון הודאה ום"ם כתבו רבותינו דשטרי דידן אף שנהגו לכתוב בלשון עבר מ"ם מדמבואר בהם עניין המכירה בפרטות ומשאר לשון השטר מוכח שמוכרו לו עתה אין קפידא בזה שכותב מכרתי ויש לפרשו גם בלשון הזה כדכתיב נתתי בכסף השדה קח ממני ופירושו הנני נותן שהרי אח"כ נתן אברהם לעפרן את הכסף דבעניין מקח כיון שהדבר נגמר ידברו בהווה כאלו כבר עבר אמנם אם כתב לו בפירוש בלשון השטר שהוא רק לראיה בעלמא אין הקרקע נקנית על ידו וצריך קניין אחר וזהו רק במקום שקונין בשטר לחזר אבל במקום שקונים בכסף וכותבים שטר ג"כ מהני ג"כ שטר ראיה להכסף וקונין בו [סמ"ע] דגם בשטר כזה סמכה דעתו דלוקח ואדרבא בשטר הזה קונה למפרע כמ"ש בסימן ק"ן סעיף ב"ה:

ו אם יש בנתינת המעות הכחשה בין המוכר להלוקח שהמוכר אומר לא נתת לי עדיין המעות והלוקח אומר נתתי לך אע"ג שיש להמוכר חזקת מרא קמא על הקרקע זו והמעיה מ"ם אם דרך המקום לקבל המעות מהלוקח ואח"כ לכתוב שטר וכתוב בשטר שהמוכר קיבל המעות נאמן הלוקח דברור הוא שאם לא היה מקבל המעות לא היה כותב את השטר ופשיטא שלא היה כותב שקבל המעות אבל במקום שכותבין שטר ואח"כ נותנים מעות צריך הלוקח להביא ראיה דהקרקע היא בחזקת המוכר ומה שכתוב בהשטר שקבל המעות כותבין על שם העתיד וכן אם לא הוזכר בשטר כלל מקבלת המעות אף במקום שנותנים מעות ואח"כ כותבים שטר הדין עם המוכר כיון שיש בו ריעותא שלא הוזכר בו נתינת המעות יש לחשוש ששינה מהמנהג וכתב מקודם את השטר ולכן לא הוכיר מהמעות [סמ"ע] וי"א דזהו רק בשטר קניין אבל אם הקניין היה ברבר אחר כמו בק"ם או בחזקה או במקצת מעות והשטר הוא לראיה בעלמא לעולם הלוקח נאמן אף שאינו כתוב בשטר שקבל המעות [סמ] והטעם דכיון דכבר קנה באיזה קניין עומדת הקרקע ברשות הלוקח והמוכר הוא המוציא ועליו הראיה וי"א עוד דגם בשטר קניין אין המוכר נאמן רק במקום שיש לבטל גוף המכירה כגון במקום שאין קונים בשטר לחזר וכשהמוכר אומר שיצדיין לא קבל המעות בטל המקח לפי דבריו והוה כטוען על גוף המכר ומוקמינן הקרקע בחזקתו ועל הלוקח להביא ראיה אבל במקום שקונים בשטר לחזר כגון שזקף המעות במלוה או במוכר מפני רעתה שהמקח קיים ואין טענת המוכר רק על הדמים היה במלוה ע"פ והלוקח נאמן בהיסת [מהריי"ט וכ"מ מקמו' סלסב"ם סמוכ"פ גב"י] וכן אם הלוקח החזיק כבר בהשדה נאמן גם בלא שטר החזקה שלא היה המוכר מניחו לירד להשדה עד שיתן לו הדמים ולכן אם ידוע שהלוקח החזיק בה גם קודם המכירה כגון ששכרה וכיוצא בזה או שהחזיק שלא בפני המוכר אין חזקתו ראיה וכן אם הביא הלוקח עידי קניין ולא זקף המעות במלוה ואין שטר ביד הלוקח נאמן המוכר לומר שעדיין לא קבל המעות ועל הלוקח להביא ראיה [סמ"ג] וכל זה דברי טעם הן ובכל מקום שעל האחר להביא ראיה יכול להשביע להשני היסת ולומר לו השבע שכדבריך כן הוא והיה כדבריך ובכל מקום שנזכר שטר צריך להיות השטר מקויים א' שיכול לקיימו ובלא זה אין שם שטר עליו:

ז מכר לו קרקע בשטר וא"ל קני לך לאחר שלשים יום ונקרע השטר או נשרף או נאבר היך השלשים יום אם א"ל קני לך מעכשיו ולאחר שלשים יום קנה דהא הקניין התחיל מיד ובשעה שחל הקניין היה השטר בעולם אבל אם לא אמר מעכשיו לא קנה דהרי הקניין התחיל לאחר ל' ואז לא היה השטר ובטה יקנה או וה"ה בקניין חזקה אם היה חלות הקנייה לאחר ל' יום וכשהגיע הזמן לא מינכרא חזקתו כגון שהחזיק בנעילת דלת או ברפיקת קרקע אינו קונה אבל כשהחזקה קיימת כגון שעשה גדר וכה"ג וודאי דקנה [כ"מ כרים סמפקול] וכן בקניין חליפין אינו קונה בכה"ג [ס"ך] דהרי המודר שקנה בו הוחזר מיד לבעליו כנהוג בק"ם אבל בקניין כסף קנה גם בכה"ג ואפילו אבל המעות או נאבדו בתוך הזמן דכיון דאם לא יתקיים המקח חייב להחזירן להלוקח הוה כאלו הם בעין וי"א דאם לא נשתמש המוכר בהמעות ונאנסו מידו תוך הזמן לא קנה בלא מעכשיו דכיון שלא השתמש בהמעות אינו חייב באונסין ואין הקניין קיים לאחר הזמן [מקלה"מ ומ"מ]:

ח יש מקומות שנוהגין כשאחד מוכר בית או חנות או קרקע לקבל בק"ם גם מאשת המוכר ומקבלין קניין

ממנה תחלה ואח"כ מבעלה וכותבין בהקנין שהיה קניין אשה והדר בעלה והטעם כדי שלא תאמר נתת רוח עשיתי לבעלי כמ"ש באהע"ז סימן צ' ואע"ג דבעיקר קנייה אין בה צורך כלל דאין על האשה לעכב המכירה דאין לה רק שיעבוד על כתובתה כשיגיע זמנה לגבות במיתת בעלה או כשינרשנה ולא יהיה לה ממקום אחר לגבות אבל כל זמן שהבעל בחיים ולא גירשה אין ביכולתה לעכב כמ"ש שם מ"מ נהגו כן ולפי המנהג אין ביכולתה לערער אף בהגיע זמן גבייתה מפני שסילקה שיעבודה מקרקע זו אבל זה פשיטא שאינה חייבת באחריות כשטרפוה מהלוקח ואף שלפי לשון השטר משמע שנם היא בכלל אחריות מ"מ מבורר הדבר דכוונת האחריות אינו רק על האיש ולא עליה [ב"ש שם ס"ק ס"ג] אא"כ כתוב מפורש שהיא קבלה אחריות בפירוש:

סימן קצב [דין קניית קרקע בחזקה ובו י"ח סעיפים]:

א בחזקה כיצד מכר או נתן לחבירו בית או שדה כיון שעשה חזקה בגוף הקרקע כמו חרישה וזריעה או אפילו שלא בגוף הקרקע כגון שעשה גדר סביבה ואפילו גדר כל שהוא אם היה תועלת בזה קנה ולא עוד אלא אפילו עשה פירצה בגדר הקדום והיתה לתועלת להקרקע כפי שיתבאר קנה ולא עוד אלא אפילו בנעילת דלת קנה לפעמים כאשר יתבאר וכך אמרו חז"ל [ב"ב מ"ב:] נעל גדר פרץ כל שהוא הוי חזקה וכן כשנופו נהנה מן הקרקע כמו שיתבאר קנה דכמו דבעבד הוי חזקה כשמשמש לרבו כמו כן הקרקע כששימשה לגופו קנה ולדעת הרמב"ם בפ"א ממכירה קנה אפילו בהעמדת בהמה או בשטיחת פירות וכיוצא בזה דכיון ששימש בהקרקע לתשמישו הוי חזקה:

ב כל חזקה צריך להחזיק בפני המוכר או הנותן או שיצוה לו להחזיק ומועלת החזקה גם שלא בפניו אלא דבפניו אף כשלא א"ל להחזיק כיון שלא מיחה בו מסתמא הוה ניחא ליה שיקנה בזה ואם מסר לו המפתח היו באוסר לו לך חזק וקני דוהו ברשיון שעשה חזקה ולכן מועיל אף שלא בפניו וכ"ש אם שלח לו שליח או מכתב שיעשה חזקה דמהני אבל מסירת המפתח בעצמה אינה חזקה בעצמה שיקנה ע"י זה ואף שיש מרבותינו דס"ל דמסירת מפתח הוי חזקה אין הלכה כן דאין שום מעשה בזה וכן המוכר בור לחבירו כיון שמסר לו כיסויו או הדלי ששואבין בו הוה כאומר לו לך חזק וקני וכן בקרקע כשמסר לו תשמישי הקרקע הוה כלך חזק וקני ומועלת החזקה גם שלא בפניו:

ג נעל כיצד כתב שם הרמב"ם ז"ל מכר או נתן לו בית או חצר והיה הפתח פתוח ונעל הלוקח את הפתח וחזר ופתחו קנה ע"ל דבנעילה לחוד אינו ניכר שעושה לשם קניין אבל כשנועל ופותח מיד ניכר שהנעילה היא מפני החזקה [ב"י] והרבה מרבותינו חולקים עליו וס"ל דכני בנעילה לחוד אך הנעילה אינה מתימת דלת בלבד אלא שצריך לנעול במפתח שלא יובל אדם ליכנס שם דזה הוא מלאכת בעה"ב והוא דבר המועיל שאחרים לא יכנסו בלא רשותו ואין לשאול בזה הרי קי"ל דסיכוך הזק אינו קניין ולכן המבריח ארי מנכסי חבירו אין זה קניין ולמה תהיה הנעילה קניין דאין זה דמיון דהנועל דלת מוכחא שהבית היא שלו [רמ"ס פ"ח דגימין] וי"א דבעינן שתהא הבית משומרת גם בלא נעילה וז ובלא זה אינו רק כסבריח ארי [ר"ן סס] ודוקא כשכובר או נותן לאיש שלא היה לו שיכות בבית זה עד עתה אבל כשמוכר או נותן לאשתו או לבנו או לבן בתו לא קנה בנעילה לחוד דכיון דהם רגילים בבית בודאי דרכם לנעולה לפרקים ולא מינכרא החזקה אלא עד שינעול ויפתח מיד כמ"ש הרמב"ם [רמ"ס סס]:

ד העמדת דלתות בלא נעילה אינו קניין [טוש' סס ס"ג] דלהקרקע אין בזה תועלת וגם הבית פתוחה שכל אדם יכול ליכנס בה ואין זה רק כמהפך בעצים ואבנים וכמ"ש בסימן ער"ה לעניין חזקה בנכסי הפקר וי"א דקנה ואפילו רק עשה מגעול לדלת הוי חזקה דמעשה גרולה היא [רסב"ס] ורבינו הרמ"א פסק כדיעה זו ולא דמי לנכסי הפקר דכיון שיש דעת אחרת שמקנה לו אין מעשה נדוכה מזו [סמ"ע] וי"א דנם כאן בעינן סגירת דלת אלא דלא בעינן סגירת מנעול ודי בסגירה קלה [מ"ז]:

ה גדר כל שהוא כיצד היה שם גדר והיו עולים בו בנחת מפני שהיה נמוך והוסיף עליו כל שהוא והשלימו לעשרה ועתה אין עולין רק בדוחק הרי הועיל שמנע דריסת הרגל וקנה וי"א דאו דוקא שהשלימו לעשרה טפחים אלא כל שע"י תוספתו מונע דריסת הרגל כגון שהיה מקום מדרון לפני הגדר דבהוספה קצת קשה ליכנס לתוכה קנה וכ"מ בירושלמי פ"נ דב"ב וכן פרץ כל שהוא קנה כיצד אם היתה שם פירצה קטנה שהיו נכנסים בה בדוחק והרחיבה קצת עד שעה נכנסים בריוח הרי הועיל להקרקע שיכולים הבעלים ליכנס בה וקנה:

ו לפעמים אף בדבר קל הוי חזקה אם היתה תועלת להקרקע כגון שהיה מים בהשדה והיא צריכה למים להשקותה ונעשה סדק בהגדר שיצאו ממנו המים ונטל צרור וסתם הסדק וחיבר בזה המים להשדה הרי עשה תועלת וקנה וכן כשהשדה היתה צריכה להמים שחוצה לה והגדר עיכבה ונטל צרור מהגדר ונכנסו המים קנה אבל כשהמים מזיקים להשדה כגון שנכנס לה אמת המים שמקלקלת הקרקע ונטל צרור ופתח ויצאו המים ממנה או שראה אמת המים באה להזיק השדה ונתן צרור ומנע

ומנע מלהויק לא קנה שסילוק היזק אינו קונה דוהו רק כמבריח ארי מנכסי חבירו ודמי למשיב אבידה דמוטל על כל אחד להציל ממון חבירו אבל הבאת תועלת אינו מוטל רק על הבעלים ולכן הוי קניין:

ז נופו נתנה מן הקרקע כיצד הרי שהציע מצעות בהבית או בהשדה שקנה ושכב עליהם ה"ז קנין ודוקא שהציע בעצמו ושכב עליהם דכשאין המעשה בנוף הקרקע בעינן חזקה חשובה [מוס' סס ל"ב:] ולכן כששכב על הקרקע אין זה כלום ואפילו מצא שמה מצעות ושכב עליהם אין זה חזקה וכן אם ערך שולחן בעצמו ואכל ה"ז חזקה ולא עוד אלא אפילו לא שימשה את נופו בעצמו אלא שנתן הלוקח כליו לתוך הבית או צבר בה פירות תראוים לצבור קנה דהרי הבית שימשה לצרכיו ויראה לי דוהו רק בבית אבל בשדה אין זה חזקה דאינה עומדת לכך ויש לזה ראיה מירושלמי אבל ששיחת פירות לייבשם מועיל בשדה דדרך לייבש בשדה וכ"כ הרמב"ם שם היתה הקרקע צחיח סלע שאין בה לא גדר ולא פירצה ואינה בת זריעה החזקה שקונה אותה ששיחת פירות או העמדת בהמה וכיוצא בזה משארי התשמישים עכ"ל וכן אם אסף פירות האילן או זמרן קנה כיון דהקרקע שימשה לצרכיו ולא עוד אלא אפילו אם המוכר אסף סל של פירות משדה זו ונתנה ללוקח קנה לוקח דבזה מראה שגמר והקנה לו השדה עם הפירות ואע"ג שלא היה כלל על הקרקע מ"מ הרי קרקע זו שימשה לו ואכל פירותה:

ח וכ"ז הוא דעת הרמב"ם אבל יש מרבותינו דס"ל דאין קונין בחזקות אלו לא באכילת פירות ולא בהעמדת בהמה וכיוצא בזה שאינו מועיל לקרקע וכתב רבינו הרמ"א דהכי מסתברא ואפילו הציע מצעות ושכב עליהם ששימשה הקרקע להגוף אין זה חזקה [הגר"מ] ולא דמי לעבר דקרקע אינה עומדת לתשמיש נוף האדם וי"א דבשימוש הנוף גם לדיעה זו הוי חזקה [סמ"ע] ולא פליני אלא בשימוש צרכיו ולא בשימוש הנוף אבל סלשון רבינו הרמ"א בדרכי משה משמע דגם בשימוש הגוף אינה חזקה לדיעה זו:

ט המוכר שדה לחבירו ונכנס בה הלוקח וזרעה או נרה קנה דאין לך חזקה גדולה מזו שעשה מעשה רבה בגוף הקרקע וכן אם היה גבשושית ונטלה והועיל בזה להקרקע או שהיתה גומא וסתמה והועיל הוי חזקה ודוקא חפירה המועלת להקרקע אבל סתם חפירה אינה קניין אלא בשדה העומדת לחרישה וחפר בה בדרך שחופרין לחרישה אפילו כל שהוא הוי חזקה ובשדה העומדת להובירה לא מהני חרישה [נמ"ח] וכן בשחפר בור של מים הצריכה להשדה או בחצר אין לך חזקה גדולה מזו וגם בבית אם החפירה מועלת כמו להעמיד תנור וכיוצא בזה הוי חזקה וכן כל תועלת שעשה בהבית אפילו קבע מסמורות שהבית צריכה לזה הוי חזקה ואין זה דומה להעמדת דלתות דבהעמדת דלתות בלי נעילה אינו מוסיף תועלת משא"כ מסמורות ראוים לתלות חפיצים בללו של דבר כל מה שעושה ויש בהעשייה תועלת להבית הוי חזקה וצריכין ב"ד להבין לפי העניין וכן בקרקע כשבנה בה בניין הראוי להעמדת בהמה או תרנגולים וכ"ש כשראוי לדירת אדם דהוי חזקה וכחפירת יסודות לבניין נחלקו האחרונים אם הוי חזקה בנכסי הפקר ויתבאר בסימן ער"ה ובכאן נ"ל דוודאי הוי חזקה כיון שיש דעת מקנה קנה במה שהכין יסוד להבניין וכשמכר או נתן קרקע ובניינים בנוים על הקרקע ועשה חזקה באחד מהבניינים או בהקרקע קנה הכל דכדבר אחד הם כיון שהבניינים הם קבועים בקרקע זו ובקביעות מזוזות יש להסתפק אף דהוא תועלת גדולה להבית דבלא זה אסור לדור בו מ"מ אפשר דדבר מצוה אינה חזקה מיהו בעשיית מעקה נראה דהוי חזקה אף דמצוה היא כיון שהוא תועלת להשתמש על הגג בלי פחד [ב"ל]:

י הילוך אינה חזקה אפילו הלך בשדה לארכה ולרחבה אינו כלום רשדה אינה עשויה להילוך ומה שאמר הקב"ה לאברהם קום התהלך בארץ לארכה ולרחבה כי לך אתננה לא צוהו על ההילוך מפני חזקה אלא לחביבותיה שיראה המתנה בעיניו ושלא יחשב בגזל ביד בניו [ב"ב ק':] ואם עשויה להילוך כמו שביל של כרמים או פרדס של שרים שנעשים למיול קנה בהילוך שוהו דרך תשמישו ומ"מ יש חילוק בין קניין הילוך למעשה בנוף הקרקע דבמעשה כל שהוא קונה כל הקרקע ובהילוך קצתו אינו קונה כל הקרקע רק מקום הילוכו [כ"מ סס ממדר"מ בשמע לרבנו ורו"ק] ובשביל של כרמים דההילוך עשוי לישא משא זמורות על כתפו אמרו חז"ל דקונה קרקע כל כך כדי מעינת המשא שיהיה יכול ליסוב בהטעינה לשני הצדדין שלא יעכבנו הגדר אם יעשה המוכר וזהו כשעתה אין שם גדר אבל אם יש שם גדר לא קנה רק עד הגדר ואפילו פירש לו שמוכר לו קרקע כך וכך והוא סעבר מ"מ בהילוכו לא קנה רק עד הגדר ולא קנה רק כדי שיגביה רגל ויניח רגל בצדה אף שאין בה כדי מעינת משא שנתבאר וחוץ לגדר צריך לעשות חזקה אחרת וי"א להיפך דאם יש גדר קנה עד כדי מעינת המשא שנתבאר דבלא זה אינו ראוי לתשמיש זה וממילא דצריך המוכר להרחיק את הגדר עד שיעור זה ואם אין שם גדר לא קנה רק עד כדי שיגביה רגל ויניח רגל בצדה דהמשא יהיה ביכולתו למעון אף כשהקרקע שבצדה אינה שלו כיון שאין שם גדר המעכבו ואף אם יורע המוכר בצד הילוכו לא יעכבנו נשיאת המשא שבאויר ורק גדר אין ביכולת המוכר לעשות ולכן אם פירש לו שמוכר יותר מהילוך רגל צריך לעשות חזקה על כל מדרך כף רגלו [כ"ל לפי' ס' עד סמ"ע סכן מיקר כמ"ס הכ"מ]:

יא בסימן ער"ה יתבאר לעניין נכסי הפקר דיש חילוק בין שדה המסויימת במצריה דקונה בחפירה אחת כל השדה ושאינה מסויימת אינו קונה כולה אבל במכר קנה בחפירה אחת כל השדה שמכר לו אף כשאינה מסויימת

מסויימת אם כל הקרקע רצופה בלי הפסק [רמב"ם פ"ד] והטעם דבנכסי הפקר שקונה מעצמו ואיך יקנה כל הקרקע בחפירה אחת כשאינה מסויימת אבל במכר הלא המוכר מקנה לו כך וכך קרקע וממילא כשהחזיק במקצתה הולכת החזקה עד כולה לכל מה שהמוכר מכר לו כשהיא רצופה:

יב בחזקת קרקע לא בעינן שהלוקח בעצמו יעשה החזקה אלא אפילו אם צוה למי שאינו ראוי לשכירות כמו קטן וכותי שיעשו ועשו ה"ז כעשיית עצמו ואף דאין להם שליחות דדוקא שארי קניינים כמשיכה והגבהה וק"ם דהוי זכיה וקניין צריך בן שליחות ליה אבל חזקת קרקע דהקניין הוא מפני שתקנה מה לי שתקנה בן שליחות או אינו בן שליחות סוף סוף נתקנה על ידו [מ"מ פ"ג מה"ד ונ"מ בתמו'] ובקניין כסף אם הלוקח אמר לחמוכר תקבל מהקטן או מהכותי כך וכך מעות על חשבוני מהני דהמוכר הוא שלוחו של הלוקח לקבל מעותיו אבל אם לא אמר להמוכר אלא אמר להקטן או להכותי תן לפלוני מעות אינו כלום דאין להם שליחות [ל"ל]:

יג מעשה באחד שקנה בית ישן ע"מ לסותרו ולבנות במקומו בית חדש ולא עשו שום קנין רק שהלוקח הלך בידיעת המוכר לסתור ולבנות הבית ואחר שסתר שני כתלים פינה מקומם והפיר העפרורית כדי לבנות הכתלים החדשים גם הביא סמוכות להעמיד ולסמוך עליהן תקרת הבית והגג שלא יפלו מחמת סתירת הכתלים ואח"כ חזר בו הלוקח וטען המוכר שהלוקח קנאו בחזקה במה שסתר הכתלים ופינה המקום מעפרורית דוהו כמו הסרה גבשושית שבמעיף ט' וגם בהעמדת הסמוכין הוי קניין והלוקח טען שאין זה חזקה ונחלקו בזה הגדולים י"א שהדין עם הלוקח ואין זה חזקה דהעמדת הסמוכין הוה כמבריח ארי והסרת עפרורית לא דמי להסרת גבשושית דוהו בעפר המחובר ולא בעפר התלוש ובפרט להפסקים דס"ל דחפירת יסודות לבניין לא הוי חזקה כמ"ש שם וודאי דלא קנה בנטילת העפר ובסתירת הכתלים לבניין אלא אפילו החולקים שם מודים בזה דסתירה ע"מ לבנות הרי בשעת הסתירה אינו משביח וארבא מקלקל בעת עשייתו ועוד דגם לדיעה זו צריך לחפור כל היסודות [נ"מ] וי"א דניקוי דעפרורית הוי חזקה כהסרת גבשושית דלא בעינן דוקא עפר מחובר ואע"ג דהוא עצמו סתר להבניין ומתוך כך נתרבה העפרורית ולמה יועיל התקון מהקילקול שעשה בעצמו מ"מ ביון דנתן לו רשות לסתרו הוי חזקה בתקונו [קי"ס מהמו'] ונ"ל עיקר כדיעה זו דכל שעשה איזה תועלת בהעניין הוי חזקה וכאן התהלת התועלת הוא בסתירת הבניין ובנקיון העפר ואפילו להפוסקים דס"ל דהעמדת יסודות לא הוי חזקה והו רק בנכסי הפקר ס"ל דלא קנה הקרקע מפני רצונו לבנות בניין ביון דהבניין אינו בהקרקע לע"ע אבל במוכר שמקנה לו הקרקע לכל צרכיו בכל מה שרצונו לעשות בתוכה והתחיל בתקון זה שפיר הוי חזקה והעמדת סמוכין לא דמי ג"כ למבריח ארי דזהו רק דרך בע"ב לעשות כן ומבריח ארי אינו רק בהיזק הבא מאליו ולא במה שעושה קילקול בעצמו ע"מ לתקן [נ"ל]:

יד בסימן ער"ה יתבארו כמה מיני חזקות התלוים בכוונה שאם עשאן לכוונה זו קני ואם עשאן לכוונה אחרת לא קני כמו במלקט עצים מהשדה אם כוונתו לתקן הקרקע קנה ואם כוונתו להעצים לא קנה וכן במפצל זמורות ובמשוה פני הארץ ובפותח מים כמ"ש שם וזהו הכל בנכסי הפקר אבל במכר ומתנה קנה בכל עניין דלעולם איכא הוכחה שעושה על דעת לקנות לא מיבעי בפני המוכר כשעסוקין בעניין המכירה והמתנה דכשעושה מוכחא להדיא דעושה לקנות ואף אם כוונתו גם לדבר אחר מ"מ עיקר עשייתו הוא להקניין ואע"ג דלא עביד ארעתא דארעא כיון דלא סגי דלא מהני לארעא כל שהוא הוי חזקה [טור בסס גמון] דבודאי כוונתו לקנות אלא שעושה המעשה שלא כאדם העושה רק להועלת הקרקע ואפילו שלא בפני המוכר כיון דא"ל לך חזק וקני מסתמא שליחותו עביד ואף שיש חולקים בזה ס"ל דאין חילוק בין מכר להפקר בזה מ"מ מסתברא כדיעה זו [סס]:

טו המוכר לחבירו עשר שדות בעשר מדינות כיון שהחזיק באחד מהם קנה כולם דכמו דבחזקה כל שהוא קונה כל השדה אין חילוק בין שדה אחת לשדות מפוזרות דסדנא דארעא חד הוא וכיון שיש דעת אחרת שמקנה לו מסתמא החזיק על דעת כולם וגם המוכר מסתמא הקנהו כן ואפילו אחת היתה גבוה והאחה מצולה ואין תשמישין שוה מ"מ הרי כולם קרקעות הן בד"א שנתן להמוכר דמי כולן דאז מסתמא היה דעתם על כולם אבל אם לא נתן דמי כולם לא קנה רק נגד מעותיו אא"כ א"ל המוכר מפורש שיקנה נגד כולם וכנגד מעותיו קנה אפילו עייל ונפיק אווזי [סמ"ע] וה"ה עשרה בתים ובתים ושדות דינם שוה דכל המחובר לקרקע באחת נחשבות עם הקרקע אף שהם במקומות מפורדות וי"א דבשלא נתן דמי כולם לא קנה אפילו בשדה אחת אלא כדי שילך הצמד בשעת חרישה ויחזור כמ"ש בסימן ער"ה ובשהשדה גדולה יותר מזה השיעור הוי בשתי שדות ואינו קונה בחזקה אחת עד שיהן כל הדמים [סמ"ע] ומהמזר משמע כדיעה ראשונה:

טז כיון שיש חילוק בין נתן דמי כולן ללא נתן דמי כולן לפיכך אם היה הכל במתנה קנה כולם ויש חולקין בזה דאדרבא כיון שאינו נותן דמים מסתמא דעתו של הנותן שהברירה יהיה בידו ולכן אם פירש לו הנותן שיקנה הכל בחזקה זו קנה ואם לאו לא קנה רק השדה שהחזיק בה ובשבירות הכל מודים דקנה הכל בחזקה אחת אף שלא נתן כלום דשבירות אינה משתלמת אלא לבסוף ובודאי הסכימו השוכר והמשכיר שיקנה הכל וכ"ש אם נתן מעות אף מקצת מעות דקנה הכל [סמ"ע]

ו"א דשכירות דמי למתנה ואינה קונה רק נגד מעותיו להיש חולקין [הגרי"פ] ואם היו מקצתן במכר ומקצתן במתנה ומקצתן בשכירות כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולם מיהו לעניין המעות כל חד וחד כדיניה ובמגביהו בחזבו וודאי דקנה הכל בחזקה אחת כיון דכבר קבל מעותיו [נמ"ע]:

יז חזקה קונה בלא כסף ובלא שטר כל היכי דלא עייל ונפיק אזוזי ואפילו במקום שנהגו לכתוב שטר מפני שעשה מעשה בגוף הקרקע [ר"ן פ"ק דקדושין] ואם התנה ש"א יקנה בלא שטר הכל לפי תנאו וכן במקום שהמנהג שלא לקנות בלא שטר אינו קונה בהחזקה וכן כשהמנהג לקיים בהערכאות לחזקף העניין אינו קונה בלא זה:

יח מכר לו מקום בבה"ב הוי חזקה כשישב על המקום בעת התפלה כיון שתשמישו בכך [ע"ן] וחזקת מרחץ כשרחץ בה וחזקת תנור כשאפה בה ובית ההבן ובית העצים ובית הבקר כשהכניס להיכה תבן או עצים או בהמה דכל דבר ודבר הוי החזקה לפי תשמישו וב"ש כשמכר בית ודר בה שעה אחת כדרך דירה דהוי חזקה וי"א דבשכירות בית הוי חזקה אפילו אם רק הכניס לתוכה כלי בית ואפילו הוציא כלים אלו יכול להכניס אחרים תחתיהם אבל לעניין שההיה כחצירו לקנות מציאה או מקח שתהיה לגמרי כשלו לזמן השכירות צריך חזקה גמורה [נמ"מ]:

סימן קצג [המחובר לקרקע דינו כקרקע ובו ב' סעיפים]:

א כל המחובר לקרקע דינו כקרקע ונקנה בכסף ושטר וחזקה בין שקונה המחובר ובין שקונה גם הקרקע ועושה חזקה בהקרקע וקונה גם המחובר או שעושה חזקה בהמחובר וקונה גם הקרקע ולא עוד אלא אפילו קנה הקרקע רק להפירות והחזיק בהקרקע לקנות הפירות המחוברין בה או נתן כסף בער הקרקע כדי לקנות הפירות המחוברים בה קנה אע"פ שלא קנה הקרקע ואין שום חילוק בכל זה ויש מי שאומר דכשמוכר אילנות לבדם ועושה חזקה בהם צריך לעשות חזקה בכל אילן ואילן [סמ"ע] וכא נהירא לי דמ"ש ממוכר עשר שדות בעשר מדינת דקונה בחזקה אחת כמ"ש בסימן הקודם סעי' ט"ו ואם לא נתן מעות כנגד כולן הלא גם בקרקע לא קנה בבה"ב כמ"ש שם:

ב פירות המחוברים לקרקע דינם בקרקע בזמן שצריכים קצת לקרקע אבל כשא"צ לקרקע כלל כמו העומדות להחלש וענבים העומדות ליבצר והבואה העומדת ליקצור ה"ז כמטלטלין לקניין ולדין אונאה שבסימן רכ"ז ולכפירה והודאה שבסימן צ"ה רק לעניין שומרין דינם בקרקע אף בשא"צ לקרקע כלל כיון שנתן לו לשומרם כך כמ"ש בסימן ש"א וי"א דלכל הדברים דינן בקרקע אפילו א"צ לקרקע כלל וכן עיקר לדינא [ס"ך] וכבר לעניין בע"ח משום דלא סמכה דעתו על זה כמ"ש בסימן קט"ו וכן בכותב נכסיו לבנו דינן כמטלטלין משום דלא היה דעת הנותן על זה כמ"ש בסימן רנ"ז וכן בנוקי בהמה בסימן שצ"ד כשאבלה פירות גמורין דינן כמטלטלי משום דהשתא תלושין נינהו אבל לכל מילי דינן בקרקע ובסימן צ"ה נתבאר עוד מזה ולפי דיעה זו המוכר בית לחבירו ע"מ שיסתרנה הליוקח לקבל העצים והאבנים מ"מ דינה בקרקע לחזקה ולאונאה דזהו כפירות העומדים להתלש ויראה לי דהטוכר לחבירו מעיין מים או בור מלא מים דינו כמחובר אבל כשמוכר לו שיקבל רק המים דינן כמטלטלי דהא אין מחוברין לקרקע רק כשהם בהמעיין שם מחובר עליהן [וסף דנעטו"ם מ"מ דין סמים כמחובר להדיוט זהו מפני שמין בסם מפסיק יפי מדם ודרק]:

סימן קצד [דין קניין כותי ובו י"ג סעיפים]:

א נהב הרמב"ם בפ"א מוכייה דכותי אינו קונה קרקע מישראל אלא בשטר ואינו מקנה אלא בשטר מפני שאין דעתו מומכת אלא על השטר ואינו קונה בחזקה ולא בכסף אלא בשטר הוא שקונה עם נתינת הכסף [פ"ת מתכירס] דלא עדיף מישראל שאינו קונה בשטר בלא נתינת דמים כמ"ש בסימן קצ"א [מ"מ סס] וכן הקונה מכותי לא סמכה דעתו עד שיהא שטר עם הכסף ואפילו במקום שאין דרך לכתוב שטר דחושש הקונה שהכותי לא יערער ויבטל המקח אבל בשטר סמכה דעתו [כ"מ סס] ולפ"ז מעיקר הדין שוה בקניין קרקע כישראל אלא מפני סמיכת דעת הוא שאטרו הז"ל שבלי שטר אין קניין בכותי [ופתי כתב"י ולא כתם"ס כמ"ם תנר"מ כתם ר"ם נמון לך מ"ם דמדיתת כן הוא קתם סלא ארמב"ם כתב מפורש מפני סמיכת דעתם]:

ב ויש מרבותינו שסוברים דקניינו בקרקע הוא רק בכסף או מפני שכל קנייתו הוא בכסף כדכתיב מכסף מקנתו [רתב"ם כ"ד:] או מפני שמצינו בשדה עפרון שהקניין היה בכסף [מוס' סס] ולכן במקום שאין כותבין שטר קונים זה מזה בכסף בלבד אבל במקום שכותבין שטר לא קנה ישראל מכותי עד שיכתוב לו את השטר דלא סמכה דעתו בלא שטר כמו ישראל מישראל כמ"ש בסי' ק"ן אבל כותי מישראל קונה בכסף לחוד דשטר אינו קניין בכותי

בכותי דקניין שטר למדנו ממפר המקנה דירמיה ותתם ישראל היה [סס] וגם בחוקה אין לו קניין בקרקע כשקנה מישראל דחוקה ילפינן מוירישתם אותה וישבתם בה ולישראל נאמרה [רמ"י ניסין ל"מ]:

ג לפיכך ישראל שלקח שדה מכותי ונתן לו הדמים ועדיין לא כתב לו את השטר ובא ישראל אחר והחזיק בה כדרך שמחזיקין בנכסי הפקר יכה האחרון במקום שאין שם חזק המלכות בזה מפני שהכותי מעת שלקח מעותיו סילק רשותו מהשדה והקונה לא קנה עד שיגיע השטר לידו ונמצאו נכסים אלו בנכסים שאין להם בעלים וכל המחזיק בהם זכה ולדיעה שבסעי' ב' אין דין זה רק במקום שמותבין את השטר ולדעת הרמב"ם הוא בכל מקום דכאחר שהכותי אינו קונה ולא מקנה לישראל רק בשטר והכותי כשקבל הדמים וודאי דסילק רשותו ואינו חושש מה שהישראל לא קנה עדיין ממילא דנשארה כהפקר ודוקא כשהקונה עדיין לא החזיק בה אבל אם החזיק בה קודם שהחזיק בה האחר פשימא שהקונה קנה מטעם חזקה בנכסי הפקר ולא גרע מאחר [י"מ סס] ו"א דאפילו החזיק הקונה אחר נתינת המעות אם לא אמר שמחזיק בה בתורת נכסי הפקר זכה האחרון דהקונה מסתמא לא סמכה דעתו על שום קניין זולת השטר כדי שהמוכר לא יערער דהרי הוא רוצה להיות בטוח מפני המעות שנתן אבל השני שלא נתן מעות וודאי כוונתו לזכות מן ההפקר [סמ"ע] ולכן אם הקונה החזיק קודם שנתן המעות זכה לכל הדיעות דכיון שעדיין לא נתן מעות לא גרע מהשני ורבינו הרמ"א הכריע כדיעה זו:

ד וכתבו רבותינו דכשהשני קנה מדינא חייב ליתן להקונה הדמים שנתן להכותי דאף דלא קנה הקרקע מ"מ בתורת משכון היא בידו עד שיחזירו לו את דמיו ומשכון א"צ קניין ואף שיש חולקים בזה מפני שלא ירד לה בתורת משכנתא מ"מ כן עיקר לדינא ועכ"ז אף שנתן המעות להקונה אין האחריות על הקונה אלא על הכותי המוכר ואם בא אחר והוציא מיד המחזיק אין ביכולתו לחזור על הקונה דהרי לא מרצונו קבל המעות אלא אם יכול לחזור על המוכר יחזור ויתבע ממנו:

ה ואע"ג דמדינא שייך להשני מ"מ נקיא רשע דלא גרע זה מעני המהפך בחררה שבסימן רל"ז ואפילו לדיעה שיתבאר שם דבמציאה לא מקרי רשע מ"מ כיון שחייב להחזיר המעות להקונה אין זה כמציאה ומ"מ אסור לו להקונה להשתדל ע"י אלמוה להוציא מהשני כיון שנותן לו מעותיו אבל אם אינו נותן לו מעותיו ביכולתו להשתדל להוציא ממנו השדה:

ו יש מי שאומר שיזהר הקונה שהכותי יכתוב לו שטר קודם שיתן לו מעותיו דאם יכתוב אחר קבלת המעות אפילו אם כתב לו השטר קודם שאחר יחזיק בו אינו כלום כיון שכבר נסתלק בקבלת מעותיו הרי הוא כאחר ולהי"א שבסעי' ג' לא יועיל אפילו אם יחזיק הקונה קודם חזקתו של השני מטעם שנתבאר שם:

ז כתב רבינו הרמ"א דשכירות מן הכותי קונה בכסף לחוד וכן אם התנה הלוקח לו בכסף לחוד קונה מיד עכ"ל וכ"ש כותי מישראל ואפילו לדעת הרמב"ם שבסעי' א' דאין קניין לכותי אלא בשטר אין זה מעיקר דין אלא משום ממיכת דעת כמו שנתבאר ובשכירות מעשים בכל יום דסמכה דעתייהו וכן אם התנה הלוקח הרי סמכה דעתו [ומ"ם כל מס שנקצו עליו וסנר"ח בס"ק י"ח מזר בו ממ"ש מקודם בדעת הרמב"ם בכסף ול"ג דגס בהזקה כן סוא ודו"ק]:

ח יש מי שאומר דכל זמן שהכותי לא כתב לו את השטר גם הכותי המוכר יכול לחזור בו [מל"מ סס] אבל יש הולקין בזה דנגר המוכר והקונה הוי קניין גמור רק דבין דעדיין לא זכה בו לגמרי הוי כהפקר לעניין שאם בא אחר והחזיק בה זכה בה [נה"מ] וכותי מכותי קונה קרקע בחזקה [לס"י סס] וגם בכסף בכשדה עפרון וי"א דאינו קונה רק בחזקה של כיבוש מלחמה [סוס סס]:

ט כל אלו הדברים הם רק במקום שאין בזה משפט קבוע בדינא דמלכותא אבל אם ע"פ דינא דמלכותא הוא שלא יוכה בקרקע אלא מי שכתוב בשטר או הנותן דמים דינא דמלכותא דינא וכ"כ הרמב"ם והטור והש"ע:

י כל זה הוא בקרקע ובמטלטלין דעת רוב רבותינו דקניינו הוא רק במשיכה ודעת רש"י ז"ל דקניינו הוא רק בכסף [בכורות נ':] ודעת הרמב"ם בפ"א מזבייה דקונה בין בכסף בין במשיכה והעיקר לדינא כדעת רוב הפוסקים ובי"ד סימן ש"ך חששו רבותינו הטור והש"ע בבכור גם לדעת רש"י והוא חומרא בעלמא [הגר"ח סק"ח] ספני חובר קדשים בחוץ ושם סימן קמ"ו כתבו כדעת רוב הפוסקים דמשיכה קונה והטעם בין דישראל מישראל קונה בכסף מן התורה וכתיב או קנה מיד עמיתך משמע דיש חילוק בין עמיתך לאינו עמיתך ומדעמיתך בכסף מסתמא שלא לעמיתך במשיכה ואין לומר בין בכסף בין במשיכה דמדלעמיתך בחדא שלא לעמיתך נמי בחדא [סם י"ג:] ואין חילוק בין ישראל מכותי או כותי מישראל [ס"ך] וקניין מסירה ג"ל דאינו בכותי דזהו הקנתא דרבנן כמ"ש בסי' קצ"ו ולא מצינו שתקנו בכותי ויש מהגדולים שכתבו דבמקום שא"א לעשות משיכה קונה קניין כסף [הג"ח פ"ד דמ"מ וחסו' מיימוני קניין סוסן ס' בסס סר"י מיונה] וכדאי הגדולים האלו לסמוך עליהם בפרט שלדעת רש"י ורמב"ם מעיקר הדין כן הוא ויש להסביר דבר זה דבמו בישראל דמן התורה אינו קונה רק בכסף מ"מ במקום דלא שייך כסף בגון במתנה קונה במשיכה כן התורה כמו כן בכותי דקנינו מן התורה במשיכה במקום שא"א בגון שהמכורה היא בריחוק מקום וכה"ג קונה בכסף וכן בשטובר דבר דאין שייך בו משיכה:

יא קניין חליפין בכותי לא מצינו מפורש בגמ' ודעת רבותינו בעלי התוס' דמהני ור"ת עשה מעשה כן כמ"ש בסימן קכ"נ סעיף י"ד [תוס' קדושין נ"ל ס"ס וסס] וזה שבתוב ברות שלף איש נעלו ונתן לרעהו ומאת התעורה

ההעודה בישראל אין הכוונה שתעודה זו היא רק בישראל אלא דהפסוק מפרש למה עשה בעז קנין חליפין ולא קניין אחר מפני שקניין זה היה מנהג קבוע בכל ישראל ולאשר שבעז רצה ששום איש לא יערער על מעשיו לכן עשה קניין הידוע לכל ישראל וכן משמע בירושלמי פ"ק דקדושין הלכה ה' ובמדרש רות ואף שיש חולקים בזה אמנם המנהג פשוט להקנות לבותי בחליפין וגם קניין ממטלטלין אג"ק מהני בבותי [ומ"ש הקצה"מ דלדעת המחבר דלעיל מלא מלבבן לחום להסמ"ע סימן ס"ו במכירת שערות מין זה דמיון וכ"י בחפ"ע סימן כ"ח הכריע דמה שהקנו בקנין בקניין מעות סוי כלסוריית וכ"מ בירושלמי מע"ש פ"ד סל' נ' כרם כרבן דהכא וכו' פחר לם בסימת תפיוטות ע"ש ודו"ק]:

יב קניין חצר בבותי שתקנה לו רשותו מבואר מהראשונים דקנה ואחר מגדולי אחרונים פקפק בזה ממעם דקניין חצר כשאין הבעה"ב עומד אצלו הוי ממעם שליחות ואין שליחות לבותי [רמ"ק בתשו' ס"ק] ויש מאחרונים שנמשכו אחריו ולענ"ד נראה ברור דיש לו חצר דהא בגמ' [ב"מ י:] אמרינן דחצר דקטנה משום יד איתרבאי ודקטן משום שליחות וא"כ מאן לימא לן דחציר לאו מידו איתרבאי והרי במלחמת סיחון בתיב ויקח את כל ארצו מידו ונקרא רשותו ידו וכשם שיש לו יד כמו כן יש לו חצר [ערכ"י סס] ועוד דלהראב"ד פב"ם ממכירה גם בקטן אין זה רק במציאה ולהרי"ן אף חצר דאיש הוי משום יד ולה"א"ש בעומד בצדו הוי משום יד ועוד אפשר דחו"ל לא אמרו זה רק בקטנים לפי שאין להם דעת וצריך טעם למה קונה רשותם אבל בבותי לא נרע חצירו מכל הקניינים ואע"ג דסתמא אמרו חז"ל חצר משום שליחות א'תרבי וגם לגבי גדולים כמו חצר דגניבה [סס] הכוונה דלא גרע משליחות וכן אמרו שם [יב:] חצר איתרבאי משום יד ולא גרעה משליחות אבל עדיף משליחות ועוד דלרעיה שבארנו בסימן קפ"ח דכותי לכותי יש לו שליחות פשיטא דחצר לא גרע מזה ועוד דאיך אפשר לומר דהוי ממש כשליחות הא בשליחות בעינן בני ברית וכי חצר בן ברית הוא אלא הכוונה דהוי כשליחות ולא כיד דלא בעינן שיהא עומד בצדו וכן עיקר לדינא ובקניין אודיתא יש מי שאומר דהוי קניין [קצ"מ] ונראה דאודיתא אין זה קניין אלא הודאה והלוי בנאמנות המודה ויפסקו הדיינים כפי ראות עיניהם:

יג כל מה שנתבאר דקורם חזקה וכה ישראל אחר כשהחזיק אין זה אלא בקרקע אבל בממטלטלין שקנה ישראל ממנו ונתן לו מעות ולא משך עדיין ובא אחר ומשכה מוציאין אותה ממנו דכל זמן שלא משך עדיין היא ברשות המוכר דאין הקניין אלא במשיכה [נה"מ] ובממטלטלין לא שייך לומר מכי ממא זווי לידו אימתלק ליה כיון שהם ת"י משא"כ בקרקע אבל כותי שהיה לו פקרון ביד ראובן ונתנו לשמעון בשמר או שהיה לו משכון ביד ראובן ונתן העודף על החוב לשמעון וכה ראובן במה שבידו דמיד שנתן לשמעון הרי סילק א"ע מזה ושמעון אינו קונה בהשטר דממטלטלין אין להם קניין בשטר [נ"ק ע"מ:] ובלא משיכה אינו קונה והוי כהפקר ווכה בו ראובן ולכן כשרוצה ליתנה לשמעון יקננו לו בק"ם או שיבקשנו שיקבלה מראובן וכשלא עשה כן אפסיר אנפשיה ואם ישאל הכותי משמעון אם ראובן נתן לו מותר לו להשיבו שלא נתן לו [סמ"ע] ואפשר גם בלא שאלתו מותר לו לשמעון להשתדל אצל הכותי שיוציאנה מראובן את המותר ויתן לו [נה"מ] ווה שנתבאר בסימן פ"ו סעיף י"ג דשמעון יכול לפדות המשכון מראובן זהו פשוט דהא הכותי לא נתנה לו לשמעון בשטר ועדיין המותר הוא של הכותי ולכן שמעון ביון שגם הוא בע"ח זכה בהמותר [ל"ל]:

קצה [דיני קניין חליפין ובו ט"ז סעיפים]:

א קניין חליפין הוי קניין בין בקרקע בין בממטלטלין כדכתיב לקיים כל דבר שלף איש נעלו ונתן לרעהו כיצד הוא הקניין יתן הקונה להמקנה כלי או חפץ כל שהוא ויאמר לו קנה זה חלף הקרקע או חלף המטלטלין שמכרת או שנתת לי ולאו דוקא שיאמר לו אלא כיון שנותן לו על כוונה זו הוי קניין וכן נוהגין בכל קניין סודר שאינו אומר אלא שנותן לו הסודר והמקנה אוחז בו דהרי אדעתא דהכי נתן לו כיון שדברו קודם זה אודות המכירה או המתנה וע' בריש סימן רמ"א וכיון שהמקנה תפס הסודר נקנה הקרקע או הממטלטלין להלוקח או להמקבל מתנה בכל מקום שהוא אע"פ שלא החזיק ולא נתן מעות ולא כתב שטר ולא משך ואין אחד מהם יכול לחזור בו אחר גמר הענין כמו שיתבאר אם לא דעייל ונפיק אזוזי כמ"ש בסימן ר"ץ ואפילו אין עדים בדבר אם רק מודים שהיה קניין ביניהם דלא אבדו סהדי בד"ם אלא שלא יכפרו זה בזה וכן אם קבלו קניין בפני עדים פסולים הוי קניין כיון שא"צ עדים כלל:

ב הקניין צריך להיות דוקא בחפץ של הקונה ולא של המקנה דלכך נקרא קניין חליפין שהוא חילוף שהקונה נותן לו הסודר והמקנה מקנה לו הקרקע או הממטלטלין וכן אם אחר הקנה סודרו להסובר כדי שיקנה הלוקח זכה הלוקח ואפילו הקנהו שלא בפני הקונה אם רק ידוע שהקונה מתרצה במקח זה ובמתנה יכולים להקנות שלא בידיעת המקבל כלל דודאי ניחא ליה וזכין לאדם שלא בפניו אבל במקח שאפשר שאינו חפץ לקנות לא קנה כשלא ידע מזה כלל ואפילו אם נתגלה אח"כ שרצונו בכך

בכך כיון שבשעת הקניין לא נתברר שרוצה בזה לא הוי קניין כלל אבל כשידוע בשעת הקניין שרצונו בכך קונין בעדו אף שלא עשהו לשליח כיון שרצונו בכך זכות הוא לו ולפעמים גם שלא בידיעתו כלל קונין בעדו כגון שהמוכר אומר לאחר זכה במקח זה בכך וכך מעות בעד פלוני וזה נותן סודרו ומקנה בק"ם להמוכר בעד אותו פלוני ויתבאר בסימן רל"ה דהלוקח יכול לחזור בו ולא המוכר וכיון שביד הלוקח לעשות ברצונו הוי כולו זכות וזכין שלא בפניו [נ"מ] וי"א עוד דאם המקח שוה יותר מהדמים שהמוכר מבקש יכול אחר לזכות להקונה שלא בידיעתו כלל ואף שלא יהא ביכולתו לחזור בו משום דבבה"ג הוי זכות וזכין שלא בפניו [קלט"מ] אמנם זהו דוקא בשוה יודע שהקונה צריך עכ"פ למקח כזה ואז אע"פ שאינו יודע לו שרצונו לקנות מהמוכר הלזה יכול לזכות בעדו אבל אם אינו יודע לו כלל שצריך למקח כזה ודאי דאין קנייניו כלום דהדבר יודע שכמה אנשים

כשא"צ דלהחפץ לא יקנוהו אף בזול [כ"ל]:

ג לפי מה שנתבאר דקניין חליפין הוא שנותן להמקנה הסודר והוא מקנה לו הקרקע או הממטלטלין אין לתמוה על מנהג שלנו דבבל ק"ם אין המקנה מעכב הסודר לעצמו אלא שאוחז בידו ומחזירו תיכף דגם בזמן חכמי הש"ס היה המנהג כן [כפ"ס דגמרים] ויעיקר קניין הסודר הוא ע"מ להחזירו ואין המקנה יכול לעכבו אא"כ פירש שיעכבנו דכיון דהמנהג כן מסתמא כשנתרצה בק"ם לא היתה כוונתו לעכבו לעצמו [נמק"ן ונמ"ם ור"ן סס] וכ"כ רב האי גאון בספר המקח אבל יש מרבותינו דמשמע מדבריהם בשרצון המקנה לעכב הסודר לעולם יכול לעכבו [רמ"ו קדושין כ"ו: ומוס' סס ו': ורמב"ם פ"ה ממכירה דין ז' ודברי סר"ן סס ל"פ ורו"ק]:

ד כפי שנתבאר בסעי' ב' דבינולת להקנות גם שלא בפני הקונה לכן הורגלו לעשות הקניין בהסודר של העדים אפילו בפני הקונה לפי שרוב הקניינים הם שלא בפני הקונה כן כתב רבינו הרמ"א ואף שבימינו רוב הקניינים הם בפני הקונה מ"ם לא נהגו לדקדק שהקונה בעצמו יקח סודרו ולהקנות להמקנה אלא אחד מהדיינים או מהעדים נופל סודרו ומקניהו להמקנה ואין להם הפסד בזה דהרי אין המקנה מעכבו כמ"ש:

ה אע"פ שלא תפס המקנה כל הכלי אלא מקצתו וקצתו נשאר ביד הקונה קנה בו והוא שיאחזו מכנו שיעור כלי שהוא ג' אצבעות על ג' אצבעות דשם כלי על זה לעניין טומאה בבגד צמר ופשתים כמ"ש הרמב"ם בפכ"ב מכלים והגם דבשארי בגדים צריך ג' טפחים כמ"ש שם זהו מגזירת התורה ולא משום דאין חשיבות בפחות מזה והרי יש מהתנאים שסוברים דבשארי בגדים אף שלשה טפחים אין מטמאין כמבואר בפ"ב דשבת ואעו אין בהם חשיבות אלא שהוא גזירת התורה [ומ"ש דבספ"ג סס מבואר דלעסיר אין חשיבות בפחות מג"ט זהו במדים ולא לסתרי טומאות כמ"ש הרי"ם פ"ש דכלים מ"ח] ואם אחז פחות מג' אצבעות אינו מועיל אא"כ שאוחז בחוזק כל כך שיכול לנתק כל הכלי ולהביאו אצלו וכגון שהשני אינו אוחזה בחוזק יד דאז נחשב כאלו כולו בידו וי"א דגם זה אינו מועיל דאין זה מקרי אחיזה במה שיכול לנתקה ולהביאה ורק בנתינת גט מעכב אם הבעל יכול לנתקו משום דאין זה כריתות אבל לא מפני הניתוק נחשבת כשלו:

ו כבר נתבאר דלרוב הפוסקים אין המוכר יכול לעכב הכלי או לחתוך קצתו דסתם ק"ם הוא ע"מ להחזיר הכלי ומ"מ אין מקנין בכלי שלא מדעת בעל הכלי ויהיאך יקנה כלי של אחר אפילו לרגע שלא מדעת הבעלים ולכן מי שלקח סודר חבירו בלא דעתו ומקנה בו אינו קניין וי"א אפילו בכלי שאולה אינו קניין אא"כ השאילו כדי להקנות בו וכן הכריע רבינו הרמ"א ויש מי שאומר דאפילו סודר של הקונה אין ליטול אלא מדעתו או בפניו ולא נראה כן:

ז אין קונין אלא בכלי כסו סודר או שאר חפץ או כלי עשויה נגמרת לאפוקי חתיכה סחורה או חתיכה מהבות שאינה כלי אין קונין בו ולמדנו מדכתיב שלף איש נעלו אלמא דבעינן כעין נעל דהיא כלי עשויה ונגמרת שנושאין אותו ברגל ואע"פ שאין בו ש"פ דלא הקפידה תורה על שיוויה אלא על שם כלי ובלבד שיהא עשוי מדבר חשוב לאפוקי כלי העשוי מגללי בקר אין קונין בו דבעינן דומיא דנעל שעשוי מעור שהוא דבר חשוב וכן כל מיני כלים אף שהם פחותים מעור מ"מ כיון שהם חשובים לבריות ומשתמשים בהם אפילו כלי חרס קונים בהם וכן אין קונין בכלי שתשמישו לבזיון כמו עביט של מי רגלים [ממק"י] וכן אין קונין בדבר שהוא אסור בהנאה ואין קונין בפירות דאינן לתשמיש רק לאכילה אע"ג דפירות ווראי דבר חשוב אך בעינן שם כלי דומיא דנעל וגם לא במטבע דאינה ככלי ואע"ג דיכולה לשמש כמשקל לשקול דבר אחר כנגדה דהמטבע משקלה ידוע וכן ראויה להלוותה ביואר בתו לגני מ"מ כיון דאינה מיוחדת לאלו התשמישים ועיקרה נעשית להוצאה אינה כלי ולכן מטבע שנפסלה ואינה יוצאת בהוצאה הוי ככלי לפי שמייחד אותה לאיזה תשמיש ויתבאר בסימן ר"ג אבל בעל חי מקרי כלי וקונים בהם דכיון דמגדלין השור למלאכתו ושלה לצמרו וגדי לחלבה ותרנגולת לביצתה ונהנים בהם תדיר דומין לכלי ושארי ממלטלין שאינם ראוים לתשמיש כלל והוה כפירות ולא ככלי ואין קונים בהם וכן מטבע פסולה שאינה ראויה לשום תשמיש אינה ככלי [כ"ל] ואע"ג דלעיסקא גם בעלי חיים מקרי פירי כמ"ש ביו"ד סימן קע"ו ומקרא מלא הוא ופרי בהמתך וכן לעניין מעשר שני קרוים פירי כמבואר רפ"ג דעירובין זהו וודאי כיון דגולדים גוף מגוף דמיין לפירות מיהו כיון שיש בהם גם חשיבות כלים חשובים לקניין כמו כלים מיהו יראה לי דתרנגול ואיל זכר וכלב וביוצא בהם שאין עושין מלאכה בהם לא מקרו כלי והרי יש מהראשונים שכתבו דגם סלה אינה כלי [סג"מ פ"ד דכ"מ] ונהי דלא

קי"ל כן מפני שראוים לגזיזה וחלב אבל עכ"פ אלו שאינם ראוים לזה ולא למלאכה אין דינם כבלים ובבמה מהראשונים לא מצינו רק שור וחמור [טלטום ומסמ"ע כתבו בטעמא דממעט מפני דלוהמ עבידת דנפלת ולרמ"י ותוס' כ"מ מ"ס: אין זה רק למ"ד לא בעי כלי]:

ח יש מי שנתן כלל בזה מה נקרא כלי ומהו פירי דכל דבר שנעשה בידי אדם הוי כלי וכל דבר שנעשה בידי שמים הוה כפירי [סמ"ע] לבר בע"ח ומטבע מטעם שנתבאר ולכן אין קונין בשושנה ההלושה אע"ג שהיא דבר חשוב ואינה עשויה לאכילה רק להריח בה וכיוצא בזה ולכן המנהג לכתוב בסוף השטר וקנינא מיניה במנא דכשר למקניה ביה במנא לאפוקי פירי ומטלטלין שאינם כלי דכשר לאפוקי איסורי הנאה והעשוי מגללי בקר דכשר הוא לשון חשיבות למקניה הכוונה להוראות שהקנו בכליו של קונה דלמקניה משמע לקנות בזה מה שקנה ויש מי שכתב דאם אינו כתוב זה בשטר אין מוציאין ממון בשטר זה ומיטיני לא שמענו מי שמקפיד ע"ז ובבמה שטרות אין כותבין כלל לשון זה והמנהג פשוט עתה לקבל ק"ם בלא שום חשש מפני לשון זה ואף כשכותבים השטר אין מקפידים כלל על לשון זה:

ט י"א שאין קניין מועיל אא"כ מקנה לו החפץ הנמכר מיד אבל אם א"ל הקונה קנה סודר זה והקנה לי חפצך פלוני או קרקע פלונית לאחר שלשים יום לא קנה מפני שבשעה שיש להקונה לקנותה כבר הוחזר הסודר אבל אם א"ל קנה ע"מ שתקנה לי החפץ והקרקע מעכשיו ולאחר שלשים יום קנה כיון שהקניין מתחיל מעכשיו וכן אפילו לא א"ל מעכשיו רק ע"מ סני דכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי וכן במעכשיו בלא על ע"מ סגי [ס"ך] ואם קבל קניין בסתם מועיל דמסתבא היתה הכוונה מעכשיו דללא תועלת לא הוה עביד ולכן אף שהתנה לו המוכר שלא יקח המקח לרשותו עד אחר שלשים יום מ"מ אמרינן שכוונתו היתה שהקניין הוא מיד רק לרשותו לא יקחנו עד אחר שלשים יום והוקא כשאמר לא תקנה עד לאחר שלשים יום לא קנה [נ"מ] וכשהקנה לו בלשון ע"ז צריך הדיין לידע איך היתה כוונת הלשון:

י מעשה בראובן שהיה לו בהמות לשחוט ומכר העורות לשמעון בק"ם ובעור שהוליכם לשחיטה כרחו בהמות ונאבדו ופסק הרא"ש ז"ל דההפסד הוא על שמעון ואפי' א"ל עורות אלו אני מוכר לך ליתן אותם לך אחר השחיטה אין הכוונה שהקניין יהיה לאחר השחיטה אלא שאין יכול ליתן אותם לו עד אחר השחיטה והפשט אבל הקניין הוא מיד [מ"ז] ועש"ש בסימן קצ"ם אם נתן דינר למבח ליתן לו בשר שחוטה ומת השור דמפסיד הדינר:

יא אע"ג דק"ם אלים מכסף ושטר כמ"ש בסימן קצ"א סעיף ג' מ"מ בדבר אחר קיל משארי קניינים דבכל דרכי הקניה אין אחד מהם יכול לחזור בו אחר כדי דיבור ובק"ם אמרו חז"ל דכל אחד מהם יכול לחזור בו כל זמן שעסוקים באותו עניין [ב"ב קי"ו] ואפילו רק עסוקים בהפרטים של המכירה ולא בעיקר המכירה יכולים לחזור בו"ם ואם הפסיקו מהענין מכל וכל או נתקיים הדבר ואין אחד מהם יכול לחזור בו והטעם מפני שראו חז"ל שקניין זה עושים פתאום בלי התבוננות מפני שאין בה טורח נתנו להם זמן לחזרה כדי שיתיישבו ויתבוננו בזה ואם יתחרטו יתחרטו אבל שארי קניינים כמו בסף ושטר וחזקה מתבוננים היטב בין שהקניין בגוף הדבר ושטר צריך ישוב ודעת בכתיבתו וכן בקניין מעמד שלשתן אף שאינו בגוף הדבר ונעשה ברגע אחד מ"מ כיון שנתאספו כולם ויודע המקנה שהיכף יסתלקו זה מזה מסתמא התבונן מקודם היטב [לבוש בסוספת סעש ומ"ם סכל ודו"ק]:

יב יש מי שכתב שאם פירש בשעת ק"ם בלא חזרה או שכתבו שטר על הק"ם או שקבלו דיינים לפשרה בקניין אע"פ שעסוקים באותו עניין אין יכולים לחזור בהם אחר כ"ד דכל הנאי שבמתן קיום ובשטר אין בו חזרה ובפשרה אין סברא לומר שאחר שביררו דיינים וקבלו בק"ם לקיים מה שיעשו יהיה ביכולתם לחזור בהם ואין זה דרך כבור לדיינים [לבוש] ובודאי התבוננו מקודם ולפ"ז אם קבלו בק"ם שיסמכו על דיינים שיבררו ביכולתם לחזור בהם כ"ז שעסוקין באותו עניין אמנם הלא נתבאר בסימן י"ב סעיף ז' דבפשרה צריכים מקודם לברר את הדיינים ואח"כ לקבל בק"ם לממוך עליהם:

יג כשם שהקרקע נקנית באחד מד' קניינים שנתבארו כמו כן שבירות קרקע נקנה בהם בגון שהשכיר לו ביתו או חנותו או שדהו משנתן לו כסף או כתב לו שטר שמשכיר לו ומסר לו את השטר או שהשוכר החזיק בה אין אחד מהם יכול לחזור בו דשבירות לזמן השבירות הוי במכר לכמה דברים וכן שאלת קרקע נקנית באחד מאלו הדרכים וכסף קונה בשבירות ובשאלה בלא שטר אפילו במקום שבמכירה אינם קונים בלא שטר כמ"ש בסימן ק"ן דכיון דאין זה קניין עולם מסתבא דעדיותו בלא שטר ג"כ ויראה לי דבמקום שע"פ דינא דמקבותא היושב בחנות ובבית בלא שטר מהמשכיר יכול לומר שלו הוא ובאלו מקומות הרבה מהמשכירים נזהרים שלא להשכיר בלא קבלת שטר מהשוכר אין הקניין נגמר עד כתיבת זה השטר ושהשטר יבא ליד המשכיר וי"א דקניין חליפין אינו מועיל בשבירות ושאלה וכן במתנה ע"מ להחזיר דכל דבר החוזר לבעלים בלי הפסד הוי כמו מובת הנאה דאינו ממון לקנות בחליפין [תוס' ערכין ל"] ושאלת ושבירת משלטלין דנפתחין בהשמישן וכן המשכיר קרקע לחזור בה נקנה בחליפין לכ"ע [נ"מ] וי"א עוד דמתנה על מנת להחזיר בכל עניין נקנה בחליפין דזהו כמתנה גמורה לשעתה [קלח"ם ולכן הסמיטם הרמ"ח]:

יד וכשם שמכר אינו נקנה במלוה כמו כן שבירות

ומשכנתא

ומשכנתא משם דהוויין כמכר ואין קונים במלוה אפילו בתורת כסף דשכירות ליומא ממכר הוא וענין משכונא נתבאר ביו"ד סי' קע"ב ובהנאת מחילת מלוה שיתבאר בסי' ר"ד נקנה בשכירות ג"כ [סמ"ע]:

קצז בתבו גדולי האחרונים דתוקע כף אל כף שקורים האגט שלאק לקיים המקח או המתנה או השכירות במקום שמנהג הסוחרים לעשות כן כמ"ש בסי' ר"א דהוי קנין דינו כמו ק"ם דכ"ז שעסוקין באותו ענין יכולים לחזור בהם ודברי טעם הן וכן עיקר לדינא:

קצז קונין ק"ם אפילו בלילה וי"א דצריך להיות לפני אור הנר או הלבנה כדי שיכירו העדים מי המה הקונה והמקנה [סמ"ע סימן ס'] ואינו לעיכובא דהא קנין א"צ עדים כמ"ש ובשבת ויו"ט אסור לעשות קנין ומכין העושין מכת מרדות ואם קנו אף שעשו עבירה מ"מ הקנין קיים כמ"ש בסי' רל"ה ובחוה"מ בדבר האבד מותר ויתר דיני קנין חליפין יתבאר בסי' סימן ר"ג:

סימן קצו [דין קניית עבד בימים קדמונים ובו ג' סעיפים]:

א עבד כנעני דינו כקרקע לקנייה ונקנה בכסף בשטר וחזקה וק"ם דכתיב והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם לרשת אחוזה הקישו הכתוב לאחוזה וכך קנייני אחוזה נוהג בהם ושטר אינו מועיל רק מישראל כמ"ש בסימן קצ"ד [סמ"ע] ובמשיכה נקנה העבד ג"כ כמטלטלין כיון ששייך בו משיכה ובקרקע לא שייך מ"מ משיכה ובשם שתקנו קנין משיכה במטלטלין כמו כן בעבד ואף דיש למצא גם בקרקע קנין משיכה ועכ"ז אינו קנין כנון זרעים בעציץ נקוב כמ"ש בסימן ר"ב והו מפני שבכל הקרקעות לא שייך משיכה לא רצו לתקן בשביל זה בלבד אבל בעבדים דבכולם שייך משיכה למה לא יקנו בו ועוד דבמילי דרבנן עבדא כמטלטלי דמי [תוס' ב"ק י"ב] וכן נקנה בקנין חצר כשמשתמר לדעת הבעלים ולא לדעת עצמו כגון שהוא כפות ויושן [כ"מ בתוס' שם ד"ה למה לי]:

ב כיצד היא המשיכה תקפ' להעבד והביאו אצלו קנאו אבל אם קראו ובא אצלו או שא"ל רבו הראשון לך אצל הלוקח והלך אצלו לא קנאו ולא דמי לבהמה דקנה בכה"נ כמ"ש בסימן קצ"ז משום דהעבד הוא בר דעת והולך לדעת עצמו ומרצונו ולכן אם העבד הוא קטן או חרש דאין לו דעת קנה בכה"נ דנמשך אחר קריאתו כבהמה אבל כשרבו הראשון א"ל לך אצל הלוקח והלך אצלו לא קנה דהרי הילך מחמת המוכר ואין זה קנין להלוקח כן הסכימו גדולי אחרונים דלא כיש מי שחולק בזה:

ג במה היא החזקה בקנין עבדים שישתמש בו בפני רבו הראשון כדרך שמשתמשין בעבדים ואם החזקה היתה שלא בפני רבו הראשון צריך שיאמר לו לך חזק וקני וכיצד הוא השימוש התיר לו העבד מנעלו או שהנעיל לו מנעלו או שהוליך כליו אחריו לבית המרחץ או הפשימו או סכו או גרדו או הלבישו או הגביה את רבו החדש קנאו ויראה לי דה"ה אם עשה אחר מהשימושים לאחד מבני ביתו ע"פ ציווי הוי קנין וי"א דה"ה אם הגביה הרב להעבד דהוי קנין דאין חזקה גדולה מהגבהה שקונה במטלט"ין בכ"מ כמו שיתבאר והרי אפילו במשיכה קנאו וכ"ש בהגבהה ומלאכה שעושה לו העבד כעין אומנות ולא שימוש הגוף כגון שתפר לו בגד וכיוצא בזה י"א שקנה וי"א דזהו דרך אומנות ולא דרך עבדות ולא קנה:

סימן קצז [דין קניית בהמה גסה ודקה ובו ט' סעיפים]

א הבעלי חיים והמטלטלין נקנין בששה קנינים בהגבהה ובמשיכה ובמסירה ובק"ם ובקנין חצר וד' אמות ובאגב קרקע אבל בכסף ובשטר ובחזקה אינם נקנים והטעם דכסף תקנו חז"ל שלא יהיה קנין בהם מהטעם שיתבאר בסימן קצ"ח ושטר משום דלא עבדי אינשי שטרא למטלטלי [ב"ק ע"ט:] וכדברים בעלמא הן [רמ"י סס] וחזקה לא שייך דהגבהה ומשיכה ומסירה היא חזקתן ודיני ק"ם כבר נתבאר וקנין החצר יתבאר בסי' ר' וקנין אגב בסימן ר"ב ודיני הגבהה ומשיכה ומסירה יתבאר לפנינו ובסימן קצ"ח ואודיה"א אינו קנין אלא התחייבות ואינו בגדר קנין רק בשם המושאל:

ב הגבהה קונה בכל מקום גם כשעומד ברה"ר או ברשות אחר דבין שמגביה בידו או מבחו [קנ"מ] מביאה לרשותו דבל שהוא ביד האדם או בבחו הרי הוא כאלו מונח בביתו כמ"ש בסי' רס"ט ומשיכה אינה קונה אלא כשמושכה לרשותו או לחצר של שניהם דבין שהוא שותף בחצר הרי יש לו רשות להניח שם חפיציו אבל לא ברשות שאינו שלו ואם בעל החצר נתן לו רשות ה"ז כחצר השותפים כיון שבעל החצר נתן לו רשות להניח שם החפץ וכן אינו קונה במשיכה לרה"ר דאין לשום אדם רשות להניח כליו ברה"ר לזמן ואף אם בני רה"ר נתנו לו רשות דרה"ר שייך לכל העולם ואין לשום איש כח ליתן רשות על זה וכן במבוי מפולש אבל באינו מפולש מהני רשות מבני המבוי [כ"נ] ובמימטא שהיא מצד רה"ר והוא בקרן זוית הסמוכה לרה"ר ואינו מקום הילוך לרבים אם לא בשעת הדחק ויש רשות לאדם להניח שם חפיציו לזמן לא מרובה ולכן קונה במשיכתו לשם והוא לענין קנין ברשותו והמשיכה צריך שימשוך החפץ

החפץ מלא לרשותו מכל המקום שהיה בו ולמשוך אותו לרשותו או לרשות של שניהם או לסימטא וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד ממכירה דבר הנקנה במשיכה אם היה ברה"ר ומשכו הלוקח לרשותו או לסימטא כיון שהוציא מקצת החפץ מרה"ר קנה עכ"ל וביאור דבריו דאע"ג דבמשיכה בעינן שימשוך את כל החפץ והו דבעינן שיזוז כולו ממקום שהיה מונח אבל כיון שהוזיז כולו ממקום שהיה מונח אע"ג שלרשות שבו הקניין מועיל לא משכו לשם אלא מקצתו ליה לן בה [ציון שמא ל"ב נמסכת ובמ"ע ועי"ג] וכ"ש כשמשכו מרה"ר לרשותו אף שלא הוזיז ברשותו אף כל שהוא קנה [ס"מ בסס רמב"ן כסוגות ל"ה: וע"ע על ס"מ סס וה"ק] ומכירה הוי היפך במשיכה דאינה [illegible] ברשות שאינו שלו ולא ברשות המוכר [קור] והטעם דעניין מכירה הוא שמוסר לו מיד ליד והלוקח אוחז בה ו[illegible] מכירה מקרקעי [illegible] מכירה מיד ליד אלא כיון שאומר לו קנה במכירה והוא אוחז בה או בחבל הקשור בה להנהיגה הוי מכירה וקנה ולפן ברשות שאינו שלו הוי כהכנסה לרשותו באחיזתו שאוחז בה אבל אם היתה ברשותו לא נשתנית כלל באחיזתו כיון דקודם המכירה עמדה ג"כ ברשותו ואינו מזיזה ממקומה וכן ברשות המוכר אינה הוצאה לרשותו באחיזתו [illegible] דא"כ בכל קניין משיכה כשתחיל למשוך מרשות שאינו שלו לרשותו למה לו למשוך לרשותו הלא כיון שאוחז בה ברשות שאינו שלו ליהוי מכירה די"ל דכיון דכוונתו היתה לקניין משיכה אינו מועיל קניין אחר דכלל גדול הוא דבכל קניין צריך כוונה לקנותה בהקניין שעושה וגם יש דברים דלא מהני מם רה כמו שיתבאר ולמה תקנו קניין מכירה מפני שיש דברים גדולים שא"א להגביהו ולא למשכן לרשותו כמו ספינה וכיוצא בה וכן יש רשויות שהמשיכה אינה מועלת בהם כמ"ש לכן תקנו קניין מסירה ובכל הקניינים אינו מועיל בלא ציוי המוכר כמ"ש בסימן קצ"ב ודע דבהפקר ומציאה לא שייך קניין מסירה דמי מוסר לו הלא אין כאן דעת אחרת המוסר לו וע' מ"ש בסי' הבא סעי' ח':

ג לפי מה שנתבאר הני משיכה קניין חשוב יותר ממסירה דמשיכה מבנסנה לרשותו משא"כ מסירה והגבהה חשובה משניהם שמגביהנה בידיו ותקנו חז"ל שתהא כל דבר נקנה כדרך שרגילין להשתמש בו וכל זמן שלא קנאה בדרך זה יכולין שניהם לחזור בהם [נסוס] ולכן הרבה מרבותינו סוברים דבהמה בין דקה בין נסה אינה נקנית בממסירה מפני שאין דרכה בכך אלא במשיכה שכן דרך הבעלים להוליכה ממקום למקום וא"צ להגבידם וי"א דבגמה מסירה קונה מפני שכן דרך למוסרה זה לזה וי"א דגם ברקה מהני מסירה אם היא בפני המוכר שמקנה לו בכך דגם דקה הדרך לפעמים למסור מיד ליד ועוד דבנענוע כל דהוא נמשכים ממקום וממסירה דידהו הוי כמשיכה ואע"ג דמשיכה אינה ברה"ר מ"מ כיון שיש בזה טורח הקילו [סמ"ע] בממסירה ז שיש גם שם משיכה על זה ולפ"ז נם בעופות מהני מסירה [כ"ל] אבל בכך המטלטלין שביכולת למשוך לרשותו לא מהני מסירה כמ"ש בסימן קצ"ח ובהגבהה וזראי דבהמה נקנית בין דקה בין נסה ואע"נ שאין מדרך להגביה אותן ואין דרך שימשון בכך ואין יקנה בכך זהו בקניין הנרוע כגון דברים שדרכן להגביהן אין נקנין במשיכה ומסירה ודברים שדרכן במשיכה אין נקנים במסירה אבל ממסירה למשיכה וכ"ש להגבהה פשיטא דמועיל אף בשאין דרכן בזה אא"כ שינה מדעת המוכר דבזה אינו מועיל אף מקנין נרוע לקנין חזק כגון בבבים שדרכן במסירה ומשיכה וא"ל המוכר לקנות במשיכה ושינה בין לגריעותא למסירה או למעליותא להגבהה לא קנה שהרי [illegible] [illegible] בקניין שאמר לו לקנות:

ד כיצד קונין את הבהמה במשיכה אין צ"ל אם משכה והלכה או רכב עליה והלכה ועקרה יד ורגל ממקומה אלא אפילו רק קראה אותה ובאה לקולו או הכישה במקלו ורצתה בפניו או שהגביהה בקול שנער בה ונתקה ממקומה כיון שעקרה יד ורגל קנאה דכשעקרה יד ורגל נעקר כל הגוף ממקומו שעמד בו ודוקא שימשוך בפני הבעלים ואם משך שלא בפני הבעלים צריך שיאמר לו לך חזק וקני ובסימן רע"א נתבאר עוד מדינים אלו במציאה:

ה מכר לו עשרה בהמות אם היה הקניין במסירה והיו כל הבהמות קשורין באפסר אחד ומסר לו האפסר ונפל החבל ואחז בה ונתן לו דמי כולן קנה כולם ואם לא מסר לו אלא דמי מקצתן לא קנה אלא כנגר מעותיו במ"ש בסימן קצ"ב בקרקע ואם היה הקניין במשיכה צריך למשוך את כולן לרשותו אפילו נתן דמי כולם דהני נפרדים הם זה מזה ועיין בסימן ר"נ סעיף ה' וצריך למשוך בפני הבעלים או שיאמר לו לך משוך וקני כל הבהמות אבל המוכר עדר לחבירו או שנתן לו במתנה אע"נ דבמשיכה צריך למשוך את כולן מ"מ לעניין אמירת המוכר כיון שמסר להלוקח את המשכוכית והיא הבהמה המהלכת בראש העדר והבל נמשכים אחריה א"צ לומר לך משוך וקני ואם משך הערד אפילו שלא בפניו קנה דמסירת משכוכית הוה כמסירת מפתח שנתבאר בסימן קצ"ב דא"צ לומר לך חזק וקני ודוקא במשכוכית וכיוצא בזה הדין כן מפני שיש לה שייכות לכל העדר אבל בדבר שאין להם שייכות ול"ז כגון שמכר לו ספר אחד שחלוק לשנים ומסר לו חצי האחד והלך הקונה ומשך או הגביה חצי השני שלא מדעת המוכר לא קנה וכיוצא בזה בשארי חפצים:

ו כבר נתבאר דמנהיג בבהמה הוי במשיכה אפילו במנהינה בקול ויש מהפוסקים דס"ל ע"פ סונית הגמ' [ב"מ מ':] דגמל נקנה רק במשיכה וחמור רק בהנהגה אבל להיפך יש באחד מהן דלא קנה מפני שאין דרכת בכך וכיון שיש ספק מי הוא האחד לפיכך לא נקנה גמל בהנהגה

בהנהגה וחמור במשיכה אבל הרי"ף והרמב"ם והש"ע לא כתבו כלל דין זה והטעם נתבאר בסי' רע"א וברכיבה לבר אי הוה קניין בכל הבהמות יש מחלוקת הפוסקים והטור פסק דאינו קונה והרמב"ם בפ"ב ממכירה פסק דקונה ורבינו הב"י כתב שרעת הרמב"ם הוא שתלך קצת ג"כ ולפ"ז אפשר דאין כאן מחלוקת ויראה לי דאפילו למאן דס"ל דקונה ברכיבה לחוד אין זה אלא בבהמות שורכן לרכוב עליהן כמו סוס וחמור אבל פרה ושור ועז ושה לכ"ע לא קנה ולכן ינהיגנה ברגליו קצת שתעקור יד ורגל ממקומה ורכיבה והנהגה קונה בכל מקום וא"צ להכניסה לרשותו דהכנסה לרשותו הוי כמשיכה [וכ"כ בס"מ] ויש חולקין בזה וע"ל עיקר בריעה ראשונה:

ז יש בני אדם שבוין להם לרכוב ברחוב ואותם בני אדם אין קונין ברכיבה במקום שבוין להם לרכוב לפיכך המוכר בהמה לחבירו או נתנה לו במתנה אע"פ קנה כדרך שבני אדם קונים או שא"ל סתם קנה אם משך לרשותו או הגביה קנה אבל אם רכב עליו כתבו רבותינו בעלי הש"ע דאם היתה הרכיבה בשדה או בסימטא קנה ואם בעיר ברה"ר במקום שאין רבים דיחקין שם לא קנה לפי שאין דרך בני אדם לרכוב בעיר לפיכך אם הי' אדם חשוב שדרכו לרכוב בעיר או אדם מוזלזל ביותר שאינו מקפיד על הכובו בעיר ורוכב כגון המטפלין בגידול הבהמות או העברים או שהיתה אשה או שהיה ברה"ר במקום שרבים דוחקים שם ה"ז קונה ברכיבה והוא שתהלך בו עכ"ל וזהו לפי מנהג מדינתם ובמדינתינו גנאי לאדם בינוני וכ"ש לאדם חשוב לרכוב על סוס בס"מ וכ"ש אשה ואין קונים ברכיבה אף בהנהגה ברגל אע"ג אנשים שדרכם ברכיבה והם דרכם לרכוב בכל מקום ובארצות הקרם גם היום הרכיבה הוא דרך הכבוד כמו בזמן הקדמון ולכן ידונו הדיינים בס"מ לפי מנהגו:

ח האומר לחבירו משוך ותקנה או חזק ותקנה והלך ומשך והחזיק לא קנה שמשמעו תקנה להבא ועדיין לא הקנה לו וה"ה בשאומר משוך ואפילו לקנותו דמשמע על להבא אלא צ"ל משוך וקני או חזק וקני דכל לשון קניין צ"ל בהוה ולא בעבר וכא בעהיד ולא דמי לשטרות שלנו שנכתבים בלשון עבר ום"ט כשירים הם כמ"ש בסי' קצ"א סעיף ה' שאני התם דלשון השטר מוכח שמקנה לו עתה כמ"ש שם והנם דבלשון הכתוב מצינו הוה בלשון עבר כדכתיב נתתי בכף השדה קח ממני וכן יש להיות הוה בלשון עתיד ס"ט בעיקר הקניין בעת הקנאתו צ"ל לשון בירור אבל בשהקונה אומר להמקנה אמשוך ותקנה לי וא"ל הן מועיל דהקונה מוכרח לומר כן דמבקש ממנו שהוא קנוי לו במשיכה זו [צמ"ח ולמ"ת פ"ג ממכירה ותיפוק מסתם הרמב"ם] אבל המקנה שאומר לו בלשון ציווי היה לו לומר וקני ולכן ל"ל דכשהקונה מסרב א"ע והמקנה מבקשו לגמור הקניין וא"ל כן דהוי קניין דכוונתו —שמבקשו שיקנה במשיכה זו:

ט האומר לחבירו משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום ומשך לא קנה דבעיה חלות הקניין בכר בלתה משיכתו ואפילו עומדת ביום השלשים בחצר הלוקח משום דאז הוי הקניין ממעט חצר ולא ממעט משיכה דמשיכה הוא כשמושך מרשות מוכר לרשותו והמוכר א"ל לקנות במשיכה ולא שחצירו תקנה לו [סמ"ג עשין ס"ג] דגם כחצר המוכר בע"כ כן הוא עתה המשוך לרשותך ולאחר שלשים יום תקנה לך חצירך שהרי יודע שאז לא ימשוך ואם א"ל קנה מעכשיו ולאחר שלשים יום קנה אפילו עומדת באגם ביום שלשים שוהו כמו שהקנה אותה מעתה על תנאי וכשנעשה התנאי נתקיים הקניין למפרע וכן במעכשיו דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ולא גרע מעכשיו בלבד מתנאי בלבד והפירוש הוא דמעכשיו מקנה לו הגוף והפירות לאחר שלשים כההיא דסימן רנ"ז ע"ש ואפילו עומדת ביום שלשים ברה"ר הוי קניין ממעט זה [ס"ק וכמ"ת ומעוין קסים סמ"ג]

סימן קצח [דין קניית ממטלטלין במשיכה ומסירה ומה דינו במעות שבידו וב ט"ז סעיפים]:

א דבר תורה מעות קונות גם במטלטלים דחזב הקנייתם נעשים בכסף ובהקדש כתיב מפורש דנקנה בכסף דבפרה שדהו מן ההקדש כתיב ויסף חמישית כסף ערכך עליו וקם לו ולא מצינו חילוק בזה בין הדיוט להקדש אבל חכמים הקנו מפני תקנת הלוקחים כמו שיתבאר שלא יקנו המטלטלים במעות אלא במשיכה ומסירה והנבהה כל חד וחד כדיניה שנתבאר בסימן קצ"ז ובזה קנה גם בלא ניתנת המעות ואין זה בעקירת דבר מן התורה דהרי בקניינים יכולים הסוחרים להנהיג ביניהם איזה קניין שירצו כמו שיתבאר בסימן ר"א דאין זה מהמצות שחובה לעשות כך ועיקר הקניין הוא ממיכת דעת הלוקח והמוכר לגמור הקניין ולכן אמסכתא לא קניא אף שהיה קניין נכור מפני שלא נמרו בלב שלם לקנות ובכל מה שהורגלו לעשות קניין סמכה דעתם בזה ולכן מפני תקון העולם אמרו רבותינו ז"ל דמשיכה בלבד קונה או הנבהה או מסירה ולא מעות ואם הקנה לו קרקע ומטלטלים במעות יתבאר בס"ד בס"ק ר"נ ובמטלטלין כשנתן מעות היום ואחר כמה ימים משך מתחיל הקניין משעת המשיכה ולא קודם:

ב ולמה תקנו כן מפני שחששו שמא יתן הלוקח דמי החפץ וקודם שיקחנו מהמוכר יאבד החפץ ע"פ איזה אונס כגון שתפול דליקה או יבואו ליסטים ואם החפץ יהיה

יהיה ברשות הלוקח יתמהטה המוכר קצת ולא יציל לפיכך העמידוהו ברשות המוכר כדי שישתדל ויציל החפץ שעריין שלו הוא וכשיאבד יתחייב להחזיר המעות ואין לומר הלא גם לפי הקנה זו יש זה הששש עצמו בהמעות דכשנתן המעות ולא משך החפץ ועריין המעות ברשות הלוקח הם כמו שיתבאר וכשיהיה איזה אונס בהמעות לא יטרח המוכר ולא יציל האמנם הדבר מובן שמעות בקל להציל ולא יתעצל אבל סחורה ופירות צריך טירחא להצילם ולכן חששו חז"ל בזה ואם תשאל למה עקרו קניין מעות לגמרי ליתקנו שדוקא משיכה ומעות יקנו ולא אחד בלא חבירו אמנם חששו לתקנת המסחור שלא יצטרכו בכל קניין לשני דברים ועוד דאם נאמר דמשיכה בלבר אינו קונה לפעמים כשימשוך הלוקח ולא יתן מעות עריין ותתהוה אצלו איזה סיבה לא יטרח להציל ויאמר להמוכר נשרפה סחורתך ונם אין להקשות דלפ"ז איך נקנה בק"ם בלבד או בסימטא דסימן ר"א או בקניין אנב ניחוש שמא לא יטרח המוכר להציל המחורה די"ל דכל ומן שלא קבל המוכר המעות בהברח לו להטריח ולהציל דיהיה קשה לו להוציא המעות מהקונה שיאמר לו אהה פשעת בוה [סמ"ע] ואם קבל בק"ם ונתן מעות ולא משך ואירע הפסד אין לנו לחשוש דמי הבריחו ליתן המעות קודם המשיכה כיון שהמעות לא היו לשם קניין:

ג וכיון שהטעם הוא מפני הפסד הלוקח לפיכך אם היה ביתו של לוקח מושכר להמוכר והמקח מונח שם העמידו על דין תורה דמעות קונות דהרי אם תארע אונס היא יטרח ויציל ואפילו אינו דר שם דהרי יטריח להציל ביתו ויצ"ל גם מקחו ובן אם המוכר השכיר ללוקח מקום בביתו והלוקח דר שם אף שהמקח מונח בחדר אחר מעות קונות דכיון שהוא אצלו יטריח ויציל [טור] וכ"ש אם הלוקח שכר המקום שהמקח מונח שם קונה החפץ ואין יכולין לחזור בו ואפילו לא נתן מעות [ס"ך] דחצירו קונה לו ורוקא שהמקום משתמר לדעת הלוקח או שעומד בצד המקום ההוא וכן כששאל את המקום שהחפץ מונח בו קנה המקום את החפץ [סס] ודוקא שהשאילו להשתמש בו אבל אם השאילו רק לדרישת הרגל ללכת דרך שם אינו כחצירו לקניין דאין לו רק רשות ליזך ולא להשתמש בו [ריטב"ם] וגם צריך שיהא משומר לדעתו או שעומד בצדו וכסימן ר' יתבאר די"א דאפילו כשהוא משומר לדעת המוכר ג"כ קנה הלוקח וי"א דדוקא כשמקודם השאילו או השכירו המקום ואח"כ מכר לו החפץ אבל אם באו שניהם באחד לא קנה וכמ"ש בסימן ר"ב [ס"ך סס סק"ג] ושם יתבאר דיש חולקין בזה:

ד יראה לי דאם המקח אינו ת"י המוכר ולא ת"י אנשי ביתו או שבירו ולקיטו אף שנם אינו ת"י הלוקח בגון שמכר לו עצים על שפת הנהר או ביער או סחורה המונחת במקום אחר ת"י רשות אחר ג"כ מעות קונות דבזה ג"כ לא שייך שהמוכר לא יטריח להציל כיון שאינו תחת רשותו כלל ולא תחת רשות המשכר לו ולא ת"י כ"ב ושכירו:

ה כתב רבינו הימ"א ד"א אם היו המטלטלין במקום דליבא למיחש לדליקה נקנו בסעות ע"כ ל וכן שארי אונסין אם לא שביחא בשם [סמ"ע] והאחרונים חולקים ע"ז דלא פלוג רבנן בהקנתא וזה שנתבאר מקודם דייש שהעמידו על דין תורה זהו ברשיה אחר ממש דחז"ל לא חששו רק בשהוא ברשות המוכר ולא כשהוא ברשות הלוקח אבל מקום שת"י המוכר אלא שמקום זה רחוק מסיבה לא פלוג רבנן ולכן אף אם הסחורה בסוחה מאש וממים בבתי הבטוחות שקורין סראנ"ץ מ"ם לא פלוג רבנן וכן הכריעו הגדולים לדינא עוד כתב רבינו הרמ"א דאם התנו בהדיא דמעות יקנו קנה במעות ע"כ ל ובין שהתנה הלוקח ובין שהתנה המוכר בהחלת המקח ושתק הלוקח כמ"ש בסימן ר"ז [סמ"ע] ויש חולקין בזה דהנאי לא מהני לעשות קניין מדבר שאינו קניין דזהו כתנאי שיקנה בדברים בעלמא דוראי אינו קונה ואין התנאי מועיל רק במקום שהקניין טוב רק שאין סמיכת דעת כמו בקניין כסף בקרקע במקום שנהנו לכתוב שטר במ"ש בסימן ק"ץ סעיף כ"ה ולא לעשית מדבר שאינו קניין שיהא קניין [ס"ך בסס ריטב"ם] ואינו דומה לקניין שנהגו הסוחרים דמועיל דזהו מנהג קבוע אבל לא מה שאיזה יחיד יעשה קניין לעצמו וי"א דבזה יש לפסוק ברבינו הרמ"א בין דמן התורה הוי בכף קניין גמור ורק חז"ל תקנו משיכה למובת הלוקח יכול לומר לא ניחא לי בהאי תקנתא וכמ"ש באה"ע סי' צ"ב [ב"מ] וכן עיקר לדינא [קלב"מ]:

ו י"א דאם ראובן השכיר מטלטלין לשמעון ושמעון נתן לו דמי השכירות ועדיין לא משכן מ"מ קונה שמעון דבשכירות אוקמוה אדין הורה דנקנה בכסף דבזה אין חשש שמא יאמר לו נשרפו מטלטלך דכיון דהנוף שלו מרח ומציל וכן עיקר לדינא:

ז י"א דאע"ג דעקרו רבנן לקניין כסף מ"מ אם קידש המוכר בכסף זה אשה חוששין לקרושין בין דמן התורה הוי קניין והמעות שלו [סמ"ע] ויש חולקין בזה דבעניני קניינים כל מה דתקנו רבנן הוי כדין תורה וכ"כ רבינו הב"י באה"ע סימן כ"ח לעניין מעמד שלשתן [ע"ם בב"ם סק"נ] וכן משמע להדיא בירושלמי דמע"ש פ"ד הל' ג' [וכ"מ מרמ"י ב"מ פ"ו: ל"ס גמגלו] אמנם כשהמוכר מוחר לו להשתמש בהמעות כפי מה שיתבאר וודאי קרושיו קרושין ולאחר שקבל אחר מהם מי שפרע פשיטא דאין קרושיו קרושין [סמ"ע] ועמ"ש באה"ע סימן כ"ח סעי' ס"ג ום"ד:

ח כבר נתבאר בסימן הקודם דהנכהה קונה בכ"מ ומשיכה צריך שימשוך לרשותו או לרשות שניהם או לסימטא וסמירה הוי להיפך דוקא ברשות שאינו שלו וכשמוסר לו ברשות של אחרים לא יתן לו אותו בעלים

רשות לקנות בו דא"כ הוי כשלו והגבהה עדיפא ממשיכה ומשיכה ממסירה ודבר הראוי להגבהה אינו נקנה במשיכה וכ"ש במסירה ודבר הראוי למשיכה אינו נקנה במסירה אבל הגבהה קונה אף ברבר שאין דרכו בהגבהה מפני שהוא קניין חשוב ושיעור הגבהה י"א דצריך ג' טפחות מג' כלבוד דמי וי"א דדי בטפח כיון שהוא בירו ה"ז כברשותו והגבהה מכחו הוי הגבהה בבידו [ט"ך] ובזה צריך וודאי ג"ט [כ"ל] ומשיכה צריך שימשוך החפץ כולו ויוציאנו מכל המקום שהיה מונח בו ואע"ג דבבע"ח די בעקירת יד ורגל והו מפני שבע"ח זז מאליו אח"כ ולבן כשהיה החפץ מונח בסימטא צריך למושכה מלא אורכה וסופו יניע למקום שהיה ראשו אבל כשהיתה ברה"ר ומשכה משם לסימטא או לרשותו אע"ג דלא משכה ברשותו ובהסימטא מקא ארכה די כיון שעקרה מכל המקום שהיתה שם בתחלה ומיהו יראה לי דמשיכה מרשות המוכר אף שמשכה כולה ממקומה מ"מ אם נשארה עדיין מקצת ברשות המוכר אינו קונה [וע"ש בזה מה שכתבתי בס"ע בלי"ט: ולו"ק] ומסירה צריך למסור מיד ליד או ע"פ ציוויו ויאחזנו בידו אף שלא זז ממקומו ודיני הגבהה יתבאר עוד בסימן רס"ט:

ט אם המוכר א"ל לקנות בקניין זה אינו מועיל קניין אחר אפילו קניין חשוב מזה שצוה לו אך המוכר אינו יכול לצוות לו לקנות בדבר שאינו קניין בזה החפץ או לקנות במסירה או במשיכה במקום שאין קונין בהם כמו משיכה ברה"ר ומסירה ברשותו:

י דברים שראוים להגביהן אין נקנין אלא בהגבהה ואפילו קיבץ דברים קטנים הרבה ועשאן אגודה אחת שאינה ראויה להגבהה יתירנה ויגביה כל אחד לברו או שתים ושלש כאחת כיצד כגון המקבץ עצים דקים או פשתן וכיוצא בהן ועשה מהן טענה גדולה אין נקנים במשיכה שהרי אפשר להתירן ולהגביהן אבל אם היה טעון שק של אגוזים ושקדים ופלפלין ותבואה וכיוצא בזה שאין דרכן לשלשל כל אחד לברו ה"ז נקנה גם במשיכה ויש חולקין גם בעצים ופשתן וס"ל דגם בהם נקנים במשיכה לפי שיש טורח להתירן ולהגביה כל אחד לברו ודבר זה תלוי לפי עניין הסחורה ובודאי הקונה סחורות המונחים רבים בכלי אחד ואת הכלי הזה צריך להוליך עוד בודאי קונה בשימשוך את הכלי המליאה כמות שהיא:

יא דברים כבדים שא"א לאדם אחד שימשכנה כמו ספינה שאינה נמשכת אלא ע"י אנשים רבים וכן קורות ועצים כשנמכרים חבילות או סחורה הנמכרת חבילה וחרכה בכך לא הצריכום משיכה אלא נקנו במסירה כשעומרים ברה"ר או ברשות שאינו של שניהם אפילו אם המוכר א"ל לך משוך וקני אינו קונה אלא במשיכה וישכור אנשים וימשוך עמהם ולפיכך אם הספינה עומדת ברה"ר ולא הקפיד המוכר במה יקנה וסתמא א"ל לך חזק וקני יאחז בידו ראש הספינה ויקנה בזה וכן בקורות ועצים וחבילת סחורה וכשא"ל משוך וקני צריך למשכה כולה ולהכניסה לרשות שהמשיכה קונה בה ואם עומדת בסימטא או בחצר שניהם בהברח לקנותה במשיכה דמסירה אינו מועיל שם ואמצע הנהר דינו כרה"ר וסמוך לשפתו דינו כסימטא וצריך למושכה לשפת הנהר [כתוספות פ"ה]:

יב וכמו דקפידת המוכר מעכבת כמו כן ההחלת מעשה הלוקח מעכבת אף אם המוכר אינו מקפיד ביצד בגון שהספינה עומדת ברה"ר וא"ל המוכר לך וקני והלך הלוקח והתחיל למשוך אותה לא קנה עד שימשכנה לסימטא דיכון שהתחיל במשיכה הרי גילה בדעתו שאינו רוצה לקנות במה שמחזיק בה דהוא קניין מסירה אלא במשיכה לכן צריך לגמור הקניין שהתחיל בו וי"א עוד דספינה אב צריך לקנותה במשיכה אינה נקנית אלא כדרך משיכתה כגון שמונחת בסים או ברקק מים שהוא בסימטא או ברשות של שניהם אבל ביבשה אינו קונה עד שיגביהנה וי"א דגם מסירה אינו מועיל בספינה ברה"ר כיבשה אא"כ מונחת על המים ולבן המוב שבקניין ספינה כשהיא על המים יאמר המוכר להלוקח אחוז בה וקנה ויאחזנה הלוקח בראשה או בצדה ויכון לקנות בזה והוי קניין מסירה:

יג לפי מה שנתבאר דמסירה אינו מועיל במקום שיש להם רשות לפיכך במקומות הגדולים שהסחורות מונחות על שפת הנהר תחת הבניינים העומדים שם או הקורות והעצים המונחים על שפת הנהר אינו מועיל שם מסירה כיון שהסחורות מונחים שם ברשות והוי כרשותו וכן בהתחנות שעל מסילות הברזל אינו מ:יעיל שם קניין מסירה כיון שיש רשות להסוחרים להניח שם סחורתם וצריכים לעשות שם הגבהה או ק"ם והלוקחים עגלה גדולה סחורה שקורין וואגאן א"א לעשות בו זולת ק"ם אמנם אם יש שם איזה מנהג בין הסוחרים בדרכי הקנייה יעשו כמנהגם כמ"ש בסימן ר"א ואפשר דא"צ במקומות ההם לשום קניין דנקנה שם ממעם חצר כיון דלפי חוק המלכות מייחדים להסוחרים מקום להניח שם סחורתם על שפת הנהר או בבתי התחנות ואין ביכולת איש אחר להריחו ממקום זה כל זמן שסחורתו מונחת שם אינו דומה לסימטא דהוא ממש בחצירו וכשמוכר הסחורה לאחר נעשה המקום חצירו של הלוקח ומקחו וחצירו באין כאחר ואף שלדעת הש"ך בסימן ר"ב סק"נ לא סהני כשבאין כאחד ובמ"ש בסעיף ג' אבל נדולי אחרונים חולקים עליו כמו שיתבאר שם אמנם הלוקח צריך לעמוד שם כי היכי דליהוי חצר המשתמרת לדעתו דאלו המקומות הם חצר שאינה משתמרת ועמ"ש בסי' ר' סעיף ח' וקניינו של כותי במטלטלין נתבאר בסימן קצ"ר [ונ"ק מכ"ם כ"נ: נרקמת דסהרת ספירס"י ומיסיו על ספת סנסר וכו' ופעמים שמסת מכ"ל ומס ליסו כחלר מס מוציל שמסת ד"ל דמללס לת סיס סמוק סזס ודו"ק]:

יד אע"פ שמעות אינן קונות מ"מ כשנתן מעות ועדיין לא

לא משך מותר לו להמוכר להשתמש בהמעות דהא קיבלם כדי להשלים להלוקח מקחו וקיבלן להוציאן לעשות בהם צרכיו ולכן חייב המוכר באחריותן אפילו כשנאנסו דהוי כהלואה ואפילו חזר בו המוכר וא"ל ללוקח בא ושול מעותיך מ"ם כל זמן שלא קבל מי שפרע חייב באחריותן דמי ייתר שיקבל מי שפרע אבל אחר שקבל המי שפרע וא"ל אח"כ בא ושול מעותיך פטור מאונסים ודוקא שא"ל אח"כ אבל א"ל קודם שול מעותיך והלכו לב"ד וקבל מי שפרע ולא א"ל אח"כ שול מעותיך חייב באונסים [ב"י] וי"א דאפילו קיבל מי שפרע וא"ל אח"כ שול מעותיך אינו נפטר מאונסים אא"כ אלו המעות שנתן לו הלוקח המה בעין אבל אם הוציאם וייחד אחרים תחתיהן חזרו מעות אלו להיות כהלואה וחייב באונסים עד שיבואו לרשות הלוקח ויש מי שאומר שאפילו הוציאם כיון שקבל עליו מי שפרע וא"ל שול מעותיך אף שלא רצה הלוקח לקבלם פטור:

טן וכ"ז כשחזר בו המוכר אבל אם הלוקח חזר בו וא"כ המוכר בא ושול מעותיך כיון שאין על המוכר מי שפרע הרי המעות אצלו כפקדון ואם נגנבו או נאבדו פטור ואין דינו רק כש"ח ובכל מקום שהמוכר כשור מאונסין בפעי' הקודם אין דינו רק כש"ח [ובב"מ מ"ט: לעין דיש לף כ"ח זהו לרבא דפסק כר"ע לגבי לדיק דקיי"ל כר"י דינו כ"ח כמ"ש סנר"פ ס"ק כ"ה] ויש מי שאומר שאין דינו אפילו כש"ח [מרדכי פ"ק דגיטין וכ"כ סרמ"ס בב"מ סס וכ"כ ריי"ץ ומימסי סגלת כתבו דיפה ז' וטיה כ"ל דסרמב"ס וסמ"ע לאו בדוקא נקטי נגיבה ואבידה וס"ס מפקיעים סגבי סממ"ע וסנר"פ לא כתבו כן] וכל זמן שלא א"ל שול מעותיך אף שהלוקח חזר בו מ"ם חייב אפילו באונסים [נ"ם] ואם כשאמר שול את שלך א"ל הלוקח יהיה פקדון בידך דינו כש"ח [סס] ובזה אין חילוק בין חזרת מוכר לחזרת לוקח ובין קבל מי שפרע ללא קיבל כיון שנתרצו שניהם להיות המעות פקדון בידו דינו כש"ח [נ"ל]:

טז כשהמקח נגמר בעניין שאין יכולים לחזור בהם והמחורה ברשות המוכר יש מן הגדולים שכתבו שהוא על המחורה כש"ח ויש שכתבו דאפילו ש"ח לא הוי דה"ל כמו הא ביתא קמך וכ"כ רבינו הב"י בשם רבינו ירוחם וכן נראה עיקר אמנם אם בעת הקנייה דברו מפורש שיונח אצל המוכר עד זמן פלוני דינו כש"ש עד הזמן שהתנו [נ"ל] וכן אם הלוקח נשאר חייב מעות להמוכר אם המקח אינו זבינא תריפא והמכירה היא טובת המוכר דינו כש"ש ואם היא זבינא תריפא פטור [נס"מ]:

סימן קצט [יש דרכים שמעות קונות ויש זמן שמעות קונות ובו י' סעיפים]:

א כבר נתבאר דרבנן בטלו לקניין כסף מפני טובת הלוקח ולא פלוג רבנן בתקנתם דכל מקום שהמחורה היא ת"י המוכר אע"פ שמקום זה בטוח מטיבות מ"ם אין מעות קונות והסברא נותנת כן דאל"כ נחלק ג"כ בין כשהמוכר איש צדיק ובודאי יסריח להציל של אחרים ויקנה במעות בלבד אלא ודאי דתקנה קבועה התקינו למובת המסחור אמנם לא תקנו זה אלא בדרך המסחור הקבוע אבל בסחור אקראי דלא שכיח לא תקנו על זה ולמה יתקנו במילתא דלא שכיחא כיון שאין דרך המסחור בכה"ג:

ב לפיכך אפרו חכמים דלפעמים מעות קונות כיצד אם היה להלוקח מעות בידו בלא מניין ובלא משקל ואמר לחבירו מכור לי חפץ שלך במעות אלו שבידי ולקחם המוכר ולא דקדק לידע מניינם נקנה החפץ להלוקח ואין יכולים לחזור בו שזהו דבר שאינו מצוי ולא תקנו בו רבנן ואפילו הלוקח ידע כמה מעות יש אצלו רק שאמר להמוכר מכור לי באלו והמוכר לא ידע י"א דקנה והסכימו לזה גדולי הפוסקים כיון דאין דרך המסחור בכך וה"ה אם המעות היו ידועים לשניהם כמה הם והמקח לא היה ידועה אפילו להלוקח לבר בנין שהיה מונח צבור פירות וא"ל קנה לך פירות אלו בכך וכך דגם זה הוי מילתא דלא שכיחא ודוקא בפירות שאין המידה ידועה להלוקח או הרבה ממלמלין צבורים זלא ידע הלוקח מה בהם אבל חפץ אחד או הרבה חפצים שרואה אותן מה הן רק שאין השומא נקבצת כמה הן שוין אינו נקנה במעות דמסחור כזה שכיח הרבה והלוקח שם אותם בלבבו כאשר ראם [נס"מ] וע' בר"ם ר"ט ובסימן קכ"ו:

ג וכן ראובן שמכר ממלמלין לשמעון במנה וקנה שמעון הממלמלים ונתחייב המעות לשלם לראובן ואח"כ היה לשמעון ממלמלים אחרים למכור וא"ל ראובן מכור לי אותם בדמים שיש לי בידך מדמי המכר וא"ל הן נקנין אותן הממלמלים לראובן בכל מקום שהן וכ"ש אם מכר לו אותן הממלמלין עצמן ואע"פ שלא משך ולא הגביה שנם זהו דבר שאינו מצוי אבל אם היה עליו חוב שלא מחמת מכר וא"ל מכור לי ממלמלין אלו בחוב שיש לי בידך ונתרצו שניהם לא קנה דאין קונין במלוה כמ"ש בסעיף ק"ץ רמלוה להוצאה ניחנה ואי קשיא דא"כ גם בחוב מחמת מכר למה קונה די"ל כיון דהוי מחמת מכר הו"ל כאלו לא נתחייב לו מעות מעולם אלא כאלו מתחלה החליפו ממלמלין בממלמלין כמו מחליף פרה בחמור דכיון שמשך האחד נקנה השני בכ"מ שהוא כמ"ש בסימן רכ"נ [מע"מ ולבוש] אבל באמת יש חולקים בזה וס"ל דזהו ג"כ כמו מלוה ולא קנה ולכן כשא"ל מכור

מכור לי בדמים שיש לי בידך לא קנה רק אם א"ל מכור לי בהנאת מחילת הדמים שיש לי אצלך קנה דנם בקדושין מקודשת בהנאת מחילת מלוה. כמ"ש באהע"ז ס"מן כ"ח משום דההנאה שוה פרוטה וה"ל באלו נותן לו פרוטה מזומנת וכיון דדבר זה לא שכיח קונה קניין גמור אבל בהנאת מחילת מלוה של חוב ולא של סחורה לא עדיפא ממעות מזומן ואינו קונה רק למי שפרע:

ד וכן אם המטלטלין שמכר מונה ת"י אחר ואמר המוכר להנפקד תנם אותם לפלוני שמכרתים לו והלוקח נתן המעות קנה בלא משיכה דאמיגן בזה תן כזכי גבי חוב ואין לדמותו למתנה דלא אמרינן בו תן כזכי כמ"ש בסימן קכ"ה דכיון שהמוכר אין לו לחזור בו בלא מי שפרע דמיא יותר לחוב מלמתנה ואין המוכר יכול לחזור בו כמ"ש בסימן רל"ה ואם היה בפני הלוקח גם הלוקח אינו יכול לחזור בו [נ"מ סימן ק"מ בסס נתן] וי"א דלא אמרינן בזה תן כזכי וצריך לומר לו וכי [ט"ך סימן ל' סק"ו וע"ש סעיף ד'] אבל אם לא אמר להנפקד תן לפלוני לכ"ע אינו קונה במעות ואע"ג דאינם ברשותו של מוכר מ"מ הרי הם ברשותו של הנפקד הבא מכחו וכמוהו אצלו דמי וכמ"ש בסימן הקודם סעיף ד' לעניין בני ביתו של המוכר:

ה עוד אמרו חז"ל דיש זמן שמעות קונות שהעמידו דבריהם על דין תורה במבירת בשר בארבעה פרקים בשנה עי"ט האחרון של סוכות ועי"ט הראשון של פסח וערב שבועות וערב ר"ה דבאלו הזמנים מרבים בסעודה והלוקחין בשר סומכין על המוכרים ולכן אם היה להטבח שור שוה מאה דינרין וקפה מהלוקח דיגר ליתן לו בשר כשישחוט את השור ולא נתקבצו לו כל דמי השור משחיטין את הטבח בע"כ וצריך לקיים מכירתו דעיקר שמחת יו"ט היה להלוקח על זה הבשר ולפיכך אם מת השור מת ללוקח ומפסיד הדיגר ביון דברשותו הוא ויש מי שכתב דה"ה לכל דבר מצוה בגון שנתן מעות של יין לקידוש אבל יש שפקפקו בזה [סגנ"ת] דאין לדמות דבר לדבר ועוד דבבשר לא היה אפשר לו להלוקח לעשות משיכה דהרי לא ישחוט אותו הטבח עד שיקבץ כל מעותיו ודעת הטבח לשוחטו ביו"ט ולכן החמירו חז"ל בזה אבל ביין לקידוש היה לו למשוך מע"ש ואולי דלכן לא תקנו חז"ל דיקנה מעות בבשר גם על שבת דהרי גם בשבת מצוה לאכול בשר אלא משום דבשבת בע"כ יהיה השחיטה בע"ש והיה לו למשוך משא"כ ביו"ט יכול לשחוט ביו"ט [ולפ"ז אם לפיס כל כך דביו"ט יותר מובח לאכול בשר לפיז סמחט מלא בשבר ומ"מ לפיכך סעיקר כמ"ש בסס סגנ"ת]:

ו יתומים נ"כ העמידו להם חכמים על דין תורה שאין קונים מהם אלא בכסף לפיכך אם האפטרופס מכר פירות של יתומים ומשכן הלוקח ועדיין לא נתן המעות ונתייקרו חזרין בהן היתומים מפני שאין נכסיהם נקנין אלא בכסף כדין תורה ואם הוזלו הפירות אין הלוקח יכול לחזור בו שלא אמרו זה רק למובת היתומים אבל לרעתן למה יגרעו משארי בני אדם וגם רק בזה הפרט כשמשכו מהם ונתייקרה העמידום על דין תורה אבל בשארי עניינים שוים לכל אדם אף שהוא לשובתן מפני המעמים שיתבארו:

ז כיצד קבלו היתומים הדמים ולא משך הלוקח את הפירות ונתייקרו חזרין בהם כשאר כל אדם ואין עליהם מי שפרע [סוס' ניכין נכי] דלא תקנו קבלה מי שפרע ליתומים ואם הוזלו ורוצה הלוקח לחזור בו חזור בו ומקבל מי שפרע ולא אמרינן שלמובתם נעמידם על דין תורה שיקנה הלוקח בהמעות מפני שיובל להניע להם רעה אם נאמר כן שאם יצטרכו מעות לא יתנו להם עד שיתנו הפירות ויהיה להם עיכוב במסחרם ואם לקחו היתומים פירות ומשכום ולא נתנו הדמים והוקרו קנאו כשאר כל אדם ואם הוזלו נ"כ לא נעמידם על דין תורה שיחזרו בהם שא"כ כשיצטרכו לקנות פירות לא ימכרו להם עד שיתנו מעות קודם ולפעמים אין להם המזומן קודם ואם נתנו מעות ולא משכו הפירות והוזלו חוזרים בהם כמ"ש ואם הוקרו המוכר חוזר בו ומקבל מי שפרע שאם נעמידם על דין תורה לאמר שקנו להם המעות יאמר להם המוכר נשרפו פירותיהם שברשותכם הן משעה שנתתם המעות [עור] ואין לומר דכשישרפו יחזרו בהם כמו בהוזלו דאין זה סברא לומר כן שהפירות ביקרותן יהיו ברשותם וכשישרפו יחזרו לרשות המוכר [סמ"ע] ואין להקשות דא"כ גם בסעיף הקודם כשמכרו ומשכן הלוקח שאמדנו דכשנתייקרו חוזרין בהם הלא יאמר להם הלוקח נשרפו פירותיכם דה"ל דבשם לא יהויה הלוקח דמיד כשמשכן הותר לו לאכול מהם ולא גרע משומר שכר דהנאה זו הוא שברו [סוס' סס] וחייב אם נשרפו שלא באונס גמור ולאונס גמור לא חששו חכמים דלא שכיח כל כך [נמוס]:

ח כתב הרמב"ם בפ"ז מערכין וסדה מיד ההקדש משך במנה ולא הספיק ליתן הדמים עד שעמד במאתים נותן מאתים שנא' ונתן את הכסף וקם לו בנתינה הכסף הוא שלו משכו במאתים ולא הספיק ליתן את הדמים עד שעמד במנה נותן מאתים לא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש והרי קנה במשיכה ונתחייב בדמים פדה במאתים ונתן הדמים ולא הספיק למשכו עד שעמד במנה כבר קנה בנתינת הכסף ומושך את שלו וכה הקדש במאתים פדהו במנה ונתן הדמים ולא הספיק למשכו עד שעמד במאתים מה שפדה פדוי ואינו נותן אלא המנה שכבר נתן ואין אומרים כאן לא יהא כח חדיוט חמור מהקדש שאפילו הדיוט אינו יכול לחזור בו עד שיקבל מי שפרע ואין הקדש ראוי לקבל מי שפרע עכ"ל וכתב עוד בפ"ם ממכירה הגיזבר שקנה להקדש או שמכר ידו על העליונה כיצד נתן דמים של הקדש אע"פ שלא משך הפירות אם הוקרו קנה בדין תורה ואם הוזלו

הוא הפירות חוזר שהרי לא משך ולא יהא כח ההדיוט חמור מכח ההקדש עכ"ל ויש חולקים בזה בין בהדיוט ג"כ יש מי שפרע גם ההקדש אינו חוזר כמ"ש הרמב"ם עצמו סברא זו [ל"ן פ"ק דקדושין] וצ"ל שה"מ סובר דהדיוט מהקדש קונה בכסף אבל הקדש מהדיוט הוי כהדיוט מהדיוט [כ"מ] עוד כתב הרמב"ם שם וכן אם מכר חפץ של הקדש ומשכו הלוקח ולא נתן דמים והוזל החפץ קנה שלא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש ואם הוקר החפץ חוזר בו שהרי לא לקח הגיובר דמים ההקדש אינו נקנה אלא בכסף שנאמר ונתן הכסף וקם לו ואין הגיובר חייב לקבל מי שפרע עכ"ל ובירושלמי פ"ג דמעשרות איתא דמקח שקבע למעשר ה ה במעות בלחור דאל"כ שמא יטול בפיו לטעום ויחזור בו ונמצא אכל טבל למפרע [ופסק"ך יו"ד סי' סל"ח ס"ק ק"ח וע"ע] :

ס כתב רבינו הרמ"א דהקדש וצדקה קונה במעות וכן אם נתן אחד דמים להקדש על המקח ונתייקר אין ההקדש יכול לחזור בו עכ"ל וה"ה איפכא אם הגבאי לקח מאחד ונתן דמים אין הגבאי יכול לחזור אף כשהוזלה כיון דגם בהדיוט יש מי שפרע ולדעת הרמב"ם שהבאנו יכול הגבאי לחזור ואין כוונת רבינו הרמ"א דהקדושת וצדקות שלנו יש להם דין הקדש דכבר נתבארבסימן צ"ה דדינם כהדיוט אלא דכוונתו דכיון דמן התורה מעות קונות ותקנת חז"ל היתה לטובת המסחור במ"ש והקדש וצדקות אינם בעלי מסחור לא היתה עליהם התקנה וכן עיקר לדינא מדלא השיגו מפרשי הש"ע עליו דלא כיש מי שחולק בזה :

י יש מרבותינו שכתבו דאע"ג דמן התורה הקניין הוא בכסף ולא במשיכה ס"מ במקום דליכא קניין כסף בגון במתנה או שמכרה לו בעד חוב קדום נקנה במשיכה מן התורה [תוס' עכו"ס ד' ע"ח] ויש מי שחולק בזה וס"ל דגם במתנה צריך מן התורה קניין אחר [ס"מ בסמ רמב"ן] :

סימן ר [דין קניית חצר במטלטלין וקניית כליו וכו כ"ה סעיפים] :

א רשותו של אדם כמו ביתו וחצרו ושדהו קונה לו מטלטלין המוזקים שם כמו שקונה בידו דרשות האדם נקרא יד כדכתיב וכל טוב אדוניו בידו וכן ויקח את כל ארצו מידו ולכן כשהמטלטלין מונחין בחצר הלוקח והמוכר יודע מזה ומכר לו ופסק עמו המקח מיד נקנה לו המקח להלוקח ואין זה קניין משיכה לרשותו דבמשיכה צריך המוכר לומר לו משוך וקני ובכל הקניינים צריך לומר כן כאשר נתבאר אבל כשהמקח ברשותו של לוקח כיון שהושוו ביניהם בהמקח קנה הלוקח מיד וכן משמע מרמב"ם רפ"ד ממכירה וב"מ בגמ' [ג"כ ס"ו· ממס דל"ל זל קמ לגל נרסוס לוקח מ"ל לומר וכ"מ מרפב"ס שם ס"ס· ד"ם קנס לוקח מיד] ולדעת ה"מ פ"י משכירות אפילו כשרשותו מושכר לאחרים קנה לו וכן פסק אחד מגדולי האחרונים [ס"ך סימן טי"נ] :

ב אין חצירו של אדם קונה לו אא"כ משתמר לדעתו כגון שהוא מוקף מחיצות אף שאינו נעול ואינו מקורה [נס"מ] או אפילו כשאינו משומר אם הלוקח עומד בשעת הקניין בצד אותו רשות ועיין בסימן רס"ח סעיף ו' והטעם דכשאינו עומד שם ואינו משתמר לדעתו אינו דומה לא לידו ולא לשלוחו דידו ושלוחו משומרים הם וזה אינו משתמר כלל אבל בשעומד שם הרי שומרו בשעת מעשה הקניין דקניין חצר ליפינן מיד ומשליחות כמו שיתבאר וי"א דבחצר שאינה משתמרת לא מהני אלא דוקא כשעומד בתוכו אבל חוצה לה לא מהני וגם לדיעה ראשונה דמהני זהו כשעומד בצדו ממש דומיא דיד אבל ברחוק קצת אף שיכול לשומרו לא מהני ואפילו בעומד בתוכו בעינן ג"כ שיכול לשומרו לפיכך שדה גדולה והמטלטלין מונחין ברחוק ממני שאינו יכול לשמרן לא קנה וכן במציאה לא זכתה לו [נס"מ] וכן כששלוחו או אחד מבני ביתו עומדים שם הוי כעצמו דשלוחו של אדם כמותו ולכן לא מהני אם קטן או כותי עומדים שם דאינן בני שליחות ואפשר דכותי מהני דלא בעינן שליחות בזה אלא שימור מדעת הלוקח ולא גרע ממנעול וכיון שהוא בר דעת מהני וכן נראה עיקר :

ג וי"א דאפילו כשהחצר משתמר לדעת המוכר שהוא עומד בתוכו אף שאינו משתמר לדעת הלוקח קנה הלוקח דרוקא בסציאה שאין שם דעת אחרת מקנה בעינן שיהא משתמר לדעת הזוכה כמ"ש בסימן רס"ח אבל במכר ומתנה שהמוכר והנותן מקניהו זוכה עיפ החצר המשומר דדעת המקנה ורבינו הרמ"א הכריע בדיעה זו ויש מי שכתב דהוה ספיקא דדינא [ס"ך] :

ד ואם היו המטלטלין ברשות המוכר או ברשות אדם אחר שהם מופקדים אצלו לא קנה הלוקח עד שיעשה אחד מן הקניינים שנתבארו מיהו אם שכר הלוקח את המקום שמונחים בו המטלטלים דהשתא הוי המקום ברשותו וקנה לו חפציו דהם שכירות כמכר לעניין זה וכן אם השאיל לו המקום ויעשה חזקה על השאלה והשכירות כדין חזקת קרקע [פסק"ך כי' ל"ב סק"נ] וברשות אדם אחר מהני אף בלא הקנאת רשות כגון שהמוכר יאמר לבעל החצר זכה בחפץ זה לפלוני ואמר שזכה בעדו נקנה מיד לפי שוכן לאדם שלא בפניו דכשם שיכול לזכות לו כמו כן חצירו זוכה לו ואפילו לא אמר זכה לפלוני אלא תנהו לפלוני וקבל עליו לתתם לו קנה הלוקח דתן זכוי [ב"י] וי"א דכיון שאינו מוסרם עתה לידו אלא מופקדים מכבר אצלו לא אמרינן תן זכוי [ס"ך] ומנהג בשעת הלוקח היה בסעמר זה וזהאי דהן מהני

דקנה מדין מעמד שלשתן וא"צ לוכייח חציו [נס"מ] ונם הלוקח לא יכול לחזור בו אבל שלא בפני הלוקח אלא שאמר זכי לפלוני או תן לדיעה ראשונה וודאי דזכה לו אבל מ"מ הלוקח יכול לחזור בו דידו על העליונה כמ"ש בסימן רל"ה [סס] ואם הלוקח עשאו שליח לבעל החצר שיזכה בו בעדו אינו יכול לחזור בו [סס] וכ"ז דוקא בציוי המוכר אבל שלא בציויו כגון שראובן קנה משמעון ממלטלין שמונחים ברשות לוי ובקש ראובן מלוי שיזכה לו חצירו לא וכה שלא מדעת שמעון המוכר ולא מהני מה שיאמר לוי תקנה חצירי לראובן עד שיאמר כן מדעת שמעון ואפילו קנה הלוקח אחר קנייתו משמעון את המקום מלוי לא אמרינן שזכה לו חצירו כיון שהמוכר לא ידע מזה בעת שמכר לו דכל קניין צריך להיות

בידיעת המקנה [ס"ל] :

ה ואם הממלטלין כוונחים ברשות המוכר אינו מועיל שיזכה בעד הלוקח שיאמר הנני זוכה בעד הלוקח ממלטלין אלו שקנה ממני או שיאמר חצירי יזכה לו עד שישביר לו המקום ולהקנותו באחד מדרכי הקנייה המועלת בקרקע והטעם מפני שאין אדם יכול להקנות לחבירו בשל עצמו שלא ע"י אחר דלעולם לא תצא הדבר מרשותו ע"י עצמו וכן אינו יכול לזכות ע"י בנו ובתו הקטנים אפילו אינם ממוכים ע"ש ובגדולים הממוכים על שולחנו וע"י אשתו יש מחלוקת בם"ש בא"ח סימן שם"ו ועמ"ש בסי' ע"ר [כ"ע] :

ו כשאחר מוכה לו ע"י חצירו צריך שהחצר יהיה משומר לדעת האחר אבל כששאל או שכר הלוקח את המקום ממנו צריך שיהא משומר לדעת הלוקח דהבעלים של הרשות צריך שהרשות יהיה משומר לדעתו ולכן אם יש נם להמשביר חפצים באותו חצר ואין הפסק מחיצה בין הדבר הנמכר לחפציו לא מקרי חצר המשתמר לגבי הלוקח השוכר [ב"י] אא"כ עומד בצד החצר אבל כשהחצר הוא של הלוקח עצמו ומונחים בו החפצים שקנת מהמוכר אע"פ שנשארו שם עוד חפצים של המוכר או של אחרים ואין הפסק בינים לבין החפצים הנמכרים מ"מ מקרי חצר המשתמר לדעת הלוקח דכיון שאין נוף החצר שלהם דיינם באכסניא שאינו יכול לבטל שמירת בעל החצר עצמו [נס"מ] אבל כשהמשביר השביר לו חצירו שהקניה מונחת שם צריך שיהיה הפסק מחיצה בין ממלטלי המוכר עצמו לבין הנמכרים דאל"כ אינו משומר לדעת הלוקח אא"כ עומד בצדו אמנם לדיעה שבסעיף ג' דמהני שיהא משומר לדעת המוכר קנה אף כשהם מעורבין יחד [ס"ך וס"ז] ואם להמוכר עצמו אין שם ממלטלין רק של אחרים שנתן להם המוכר רשות להניחם שם והם מעורבים עם הקנייה אפשר שאין מבטלין שמירת הלוקח דכיון שהמוכר השביר לו החצר הוה כבעה"ב לגבי אחרים וכן נראה עיקר וה"ה כששכר מאחרים ג"כ הדין כן [כ"ע] :

ז מדברי הגמ' [ב"מ י':] טבואר רחצר דאיש ילפינן משליחות וחצר דאשה ילפינן מיד ווהו דעת הרי"ף אבל הרא"ש ס"ל דכשעומד בצדו גם באיש קנה מטעם יד כיון דהוא סמוך לו כלידו ובמשתמרת לדעתו הוי מטעם שליחות ולדעת הר"ן בכל גווני הוי חצר מטעם יד אפי' באיש דכל דבר זכות קונה לו חצירו וכיר אריכתא דמי וכבר בארנו בסימן קצ"ד סעיף י"ב דיש חצר לכותי ולהקדש י"א דאין לה יד [תוס' ב"ב ע"ט:] ולכן אם מצא דבר בבהכ"נ וכה בו ולא אמרינן דהחצר יוכה להקדש משום דאין יד להקדש [מג"מ סימן קכ"ד] וי"א דיש זכייה להקדש דנהי דאין לה יד מ"מ תקנה מטעם שליחות דבע"ב יש שליחות להקדש דבהני שלוחי דרחמנא נינהו [תוי"ט פ"ג דתמילס] והעיקר לדינא דכתבתה וזכייה מהפקר קנה ההקדש ע"י רשותם וכ"ש ע"י הגיזבר מטעמא דשליחות אבל במציאה לא מהני שליחות כפני שחב לאחרים ולא עשאם התורה שליח לחוב לזה ולזכות להקדש ובממון צריך שיהא שלוחו של בעל הממון [נמק"י פ"ק דב"מ] ואף הגיזבר אינו זוכה במציאה בעד הקדש [נס"מ] ואע"ג דלהרי"ף בע"כ מהני שליחות במציאה בחצר כדסוכח בגמ' שם זהו מתקנתא דרבנן [ס"מ] ובהקדש לא תקנו וחצר המושכר והמושאל הוי כידו של השוכר והשואל ורק לעניין מציאה שבחצר והשוכר אינו יודע ממנה אינה נקנית להשוכר רק להמשביר דלאו אדעתא דהכי אגרה [סס] :

ח אמרו חז"ל [סס] דד' אמות של אדם קונה לו מציאה דכשהגיעה המציאה לתוך ד"א שלו קונה לו וכבר זה הוא תקנת חכמים כדי שלא יהקוטטו כמ"ש בסימן רס"ח ודוקא בסימטא או בצידי רה"ר שאין הרבים דוחקים שם או בשדה שאין לה בעלים בשם תקנו קניין ד' אמות אבל ברה"ר שרבים הולכים שם וד' אמות של זה נכנסין בשל זה אין תועלת בהתקנה ואין שם קניין זה וכן ברשות אחרים א"א לתקן שתהא הד' אמות כשלו וכן יש מרבותינו דס"ל דגם במכר ומתנה יש קניין זה וי"א דרק במציאה תקנו כדי שלא יתקוטטו במצאם מציאה [ריטב"ם וסכימו סס"ך כסי' נמ"ג] ולא במכר ומתנה ורבותינו בעלי הש"ע סתמו כדיעה ראשונה וכן עיקר דבירושלמי מפורש כן ואפילו קדמו המטלטלין להקונה [סמ"ע] ואין לשאול דא"כ למה תקנו משיכה דיש לומר דמשיכה הוי קניין דאורייתא ועוד דמשיכה מועלת גם כשעומד חוץ לד"א ומושך [נס"מ] ועוד דבמשיכה מועיל כשיעשה שליח למשוך בעדו אבל בר"א לא שייך שליחות דתקנת חכמים לא היתה אלא להעומד שם [כ"ע] ועוד דכשהמוכר קרם לתוך הד"א של החפץ שוב לא קנה הקונה באותן הד"א [סס] ולכן במה שבארנו בסימן קצ"ח סעיף י"ג יש להם קניין הד' אמות כשיקדים הקונה לך אמות של הסחורה לפי שכל המקומות שבשם דינם כסימטא [עה"ן מהריט ל"ה: ד"ה אמר רבא] סס מכומר כמ"ם] :

ט מכל מה שנתבאר למדנו דחצר שאינה משתמרת ואינו עומר בצדו אין החצר קונה דלא כיש מי שרוצה לומר כיון דבמכר ומתנה דעת אחרת מקנה אותו לא בעי שימור כלל מפני שאין שום אדם יכול ליטלו כי אם מדעת המקנה והרי הקנה אותה לאיש זה ונמצא שהיא משתמרת מצד המקנה להמקבל ואף שאינה משתמרת משארי בני אדם מ"ם הלא אין יכולין לזכות בו [קלמ"ח בשם ס"ת] דמכל הראשונים מבואר ההיפך דכיון שהחצר אינו משומר ואינו עומר בצדו אין זה קניין חצר וכ"כ רבינו הב"י ובן עיקר לדינא [ומ"ם מב"ת ק"כ: סלג הרי"ף והרמב"ם והמ"ע בסימן רס"ח המתימו זה ונם להרא"ם והטור מפסקו כן יש לחלק בפשיטות ודו"ק]:

י כשם שחצירו של אדם קונה לו כמו כן כליו של אדם כל מקום שיש לו רשות להניחם כגון בסימטא ובצידי רה"ר ובחצר של שניהם קנה לו וכיון שנכנסו המטלטלים בתוך הכלי בידיעת המוכר אף שלא דרך מדידה אין אחד מהם יכול לחזור בו והרי זה כמי שהונחו בתוך ביתו דכלים יש להם דין חצר ואפילו אם הכלי עומד ברשות שאינו משתמר קנה [כמ"ת] דהרי סימטא רשות שאינו משתמר הוא וקטן שאין חצירו קונה לו בסימן רמ"ג גם כליו אינם קונים לו לפיכך אין כליו של אדם קונים לו ברה"ר ולא ברשות המוכר אא"כ א"ל המקנה לך וקנה בכלי זה וה"ה אם נתן לו המוכר רשות להניח ברשותו את כליו קנה אף בשלא א"ל לך וקנה [ס"ך] וי"א דבלא לך וקני לא מהני [כמ"ת] וברה"ר אף כשא"ל לך וקני לא מהני דמה מועיל אמירתו במקום שגם לו אין רשות [סמ"ע]:

יא וכן אם קנה הכלי מהמוכר והגביהה ואח"כ הניחו שם ברשות המוכר וחזר וקנה ממנו הפירות כיון שנכנסו בתוך כלי זה קנה אותם שמפני הנאת המוכר במכירת הכלי אינו מקפיד על מקומו וא"צ לומר לו לך קנה אפילו לדיעה אחרונה שבסעי' הקודם דנתינת רשות לא מהני וכשם שאין כליו של לוקח קונה ברשות מוכר בלא לך וקני או בכא רשות לדיעה ראשונה כמו כן כליו של מוכר אינו קונה ללוקח אע"פ שהיא ברשות לוקח אא"כ א"ל לך וקנה דהרשות והכלי מעכבים זא"ז ומ"ם לא דמו להדדי דכליו של מוכר ברשות לוקח מהני מדידה כשמדד להכלי דהוה כאלו משאיל לו את הכלי וכלי של לוקח ברשות מוכר לא מהני מדידה אא"כ א"ל לך וקנה [כמ"ת]:

יב כל מה שנתבאר זהו דעת הרמב"ם ו"ל בפ"ד ממכירה אבל דעת הרא"ש והטור דכליו של לוקח בסימטא וכיוצא בזה כל שאינם ברשות לוקח אין כליו קונים לו אא"כ מדד לתוך כליו או שיאמר לו לך וקנה והטעם דזהאי לא היתה דעת המוכר שיקנה לו כליו כיון שעדיין מחוסרין מדידה [מור] ולכן בדבר שא"צ מדידה או שהמדה ידוע קנו לו כליו אף בלא מדידה [נסיעם] ובכליו של מוכר ברשות לוקח לא מהני אפילו א"ל המוכר זיל קני וכ"ש דמדידה לא מהני אבל כליו של לוקח ברשות מוכר מהני בשא"ל זיל קני והטעם דכשהכלי היא של הלוקח אף שאין הרשות שלו מ"ם בשא"ל זיל קני גלי ארעתיה שאינו מקפיד על מקום הנחת הכלי משא"כ כליו של מוכר ברשות לוקח אין הכלי נקנה לו בדיבורו זיל קני [מור] אא"כ הקנה לו הכלי בקניין או בהגבהה:

יג ובעיקר הדין דם"ל להרמב"ם דכליו של לוקח ברשות מוכר או של מוכר ברשות לוקח לא קנה משום דם"ל דמעיקר דינא הוא דאין הכלי בטל לגבי הרשות ולא הרשות לגבי הכלי והרא"ש סובר דזהו פפיקא דדינא אם לא בטל הרשות להכלי או הכלי לתרשות וגם זהו וודאי דחד מיניהו בטל לאידך רק דלא ידעינן הי מיניהו ולכן מה שלא קנה הוי משום ספיקא דדינא ויש בזה נ"מ לדינא אי מהרמי תרוויהו בחד לוקח ומוכר קניה אחת בכליו של לוקח ברשות מוכר והשנית להיפך קנה חד מיניהו מט"נ ויד המוכר על העליונה ליתן לו איזה קנייה שירצה ובן בשני לקוחות ומוכר אחד כשכתבו הרשאה זל"ז גובים קנייה אחת מט"נ [סס] ולדעת הרמב"ם לא קנה כלל:

יד ואע"ג דכליו של מוכר מעכבת הקנייה ט"מ משיכה או שאר קניין מהני בכליו של מוכר שאם מדד המוכר ונתן לתוך כליו ומשכו הלוקח או הגביהו בפני המוכר קנה ואפילו לא א"ל משוך הכלי וקנה מה שבתוכה ואע"ג דמשיכה היא נ"כ בסימטא וכה"ג בלא משיכה לא היה קונה במדידה אבל במשיכה קנה [נ"ל דמל"כ מהי נ"מ להרמב"ם לפמ"ם בספיק י"ח ודו"ק] וכליו של מוכר בסימטא אם א"ל לך קני אפשר דקנה להרמב"ם בקניית הכלי דהוה כאלו משאילו והרי הוא ככליו של לוקח וצ"ע לדינא ודע דחצר השותפים בלא כליו של לוקח לא קנה [כ"מ מסמ"ם ב"ב פ"ו: לפי סמסקנת פ"ם וכן משמע מהפוסקים שלח כפסו להם דל' ינעלי סתמת ודו"ק]:

טו אין הרשות קונה ולא הכלי ולא משיכה והגבהה וק"ם אא"כ פסקו תחלה המקח מהמדה בכך וכך וכל זמן שלא פסקו את המקח אינו מועיל שום קניין ואיך יועיל הקניין והרי לא סבכה דעתם רשמא לא ישתוו בהמקח ולכן אם הסחורה מקחה קצוב בין הסוחרים הוי קניין גם קודם הפסיקה וכן אם א"ל הנני מוכר לך כפי המקח שישומו ג' בקיאים או כפי מה שישום פלוני וקנה באחד מדרכי הקנאה קנה אפילו אין דמיו קצוב דהרי סמכו דעתם על שומת השלשה או הפלוני ודוקא פסיקת המקח מעכבת אבל מדידה המקח אינה מעכבת דבמה מדות שיהיה כך ישלם וכך אמרו חו"ל [כ"ב פ"ו] פסק ולא מדד קנה:

טז בד"א שאין המדידה מעכבת כשלא הזכיר לו סכום כל המקח אלא א"ל כל מדה ומדה בכך וכך ולכן כל מדה היא בדבר בפ"ע אבל אם א"ל כור תבואה אני

מוכר לך בשלשים סלעים יכול לחזור בו אפילו במדה האחרונה ואפילו הוא ברשות הלוקח ובכליו ואפילו הגביה או משך כל הכור אינו קונה אא"כ מדדה כולה כיון שגילה דעתו שאינו רוצה למכור אלא הכור ביחד לא סמכה דעת שניהם עד שימדדו כל הכור וכך אמרו חז"ל [סס] כור בשלשים אני מוכר לך יכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה וזהו שיטת רוב הראשונים ז"ל:

יז אבל שיטת הרי"ף והרמב"ם ז"ל דזה שאמרו חז"ל שיכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה אינו במקום שהיה קנין גמור דבקנין גמור וכן בכליו של לוקח ברשות לוקח אין המדידה מעכבת אפילו בכה"ג ודין זה אינו אלא בסימטא אף שמדד לתוך כליו של לוקח כיון שלא נגמרה המדידה של כל הכור לא קנה כלום אבל אם כל הכור היה בתוך כליו של הלוקח קנה אע"פ שלא מדד דלא בעינן מדידה בזה כמ"ש בסעיף י' ולכן נגמר הקנין וקנה ולדיעה שבסעיף י"ב דמדידה מעכבת בזה לא קנה אבל כליו של לוקח ברשות לוקח הוי כמשיכה וכל סאה שמודד לו לכליו קנה וכשמודד לתוך כליו של מוכר אפילו ברשות לוקח לא קנה עד שימדוד כל הכור דהא בזה המדידה מעכבת כמ"ש בסעיף י"א ולדיעה שבסעיף י"ב אפילו מדד לו כל הכור לתוך כליו של מוכר לא קנה ואף זיל קני לא מהני כמ"ש שם וזה לשון הרמב"ם [סס] היו הפירות בסימטא או בחצר של שניהם ואפילו היו ברשות לוקח והיו בתוך כליו של מוכר קבל עליו המוכר למכור והתחיל המוכר למדוד בתוך כליו של מוכר אם א"ל כור בשלשים סלע אני מוכר לך יכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה הואיל ועדיין הפירות בכליו ולא נמר כל המדה וכליו של מוכר אינם קונים ללוקח אע"פ שהוא ברשות לוקח עכ"ל דמ"ל להרמב"ם דאין דין זה רק במקום שהמדה מעכבת את הקנין לבד כליו של לוקח בסימטא אף דלדידיה אין המדה מעכבת כמ"ש בסעיף י' מ"מ כיון דעיקר הקנין בשם הוא בליו וכיון שגילה דעתא שיהיה הכל קנין אחד יכולין לחזור בהם כל שלא נגמרה המדידה לתוך כליו [סמ"ע]:

יח ואם א"ל כור בשלשים סלעין סאה בסלע אני מוכר לך או סאה בסלע כור בשלשים סלעין אני מוכר לך כיון שפסקו דמים על כל סאה ממילא כל סאה שיגביה המוכר ויערה אותה לרשות לוקח או כשהיה בסימטא ועירה לכליו של לוקח נגמרה מכירתה של אותה סאה היואיל דאין הפירות ברשות המוכר ולא ברה"ר ואלו לא היה הפירות בכליו של מוכר שהם ברשות לוקח או בסימטא בכליו של לוקח היה קונה משפסק אע"פ שלא מדד כמ"ש בסעיף י' ולכן כל סאה שעירה המוכר מכליו נגמרה מכירתה כיון שהוכיר גם כל סאה בפ"ע וכן הדין בכל הקניינים לרוב הפוסקים שבסעיף ט"ז [כמרכי לפי סי' סמ"מ לסרי"ף וסכ"מ ביאור סס לף סמדד לכליו בל מוכר ברשות סלוקח ולפמ"ש מ"ם סכל וזו"ק]

וי"א דכשאמר שני הלשונות כור בשלשים סאה בסלע או להיפך הוי ספיקא דדינא אם הפוס לשון ראשון או לשון אחרון וזה שאמרו חו"ל דראשון ראשון קנה אינו אלא מטעם שהוא מוחזק במקחו במה שמדד לו ולכן גם הוא אינו יכול לחזור בו לפיכך אם עדיין לא נתן המעות להמוכר יכול הלוקח לחזור בו מפני שהוא מוחזק במעותיו והממע"ה ודע דבטוכר דברים כפודדים הרבה כאחת אף שאמר דהמקח מכל אחת הוא כך וכך אם לפי עניין המסחור אין כדאי להמוכר כשלא נמכרם כולם יש לכולם דין מטלטל אחד:

יט י"א דכל מה שנתבאר בעניין מדידה זהו הכל כשהמוכר מדד אבל אם מדד הלוקח הוי כמשיכה ובכל מקום שמועיל משיכה מועיל מדידתו ויש חולקין ום"ל דמדידה אף שנוטלם בידיו מ"מ אינו כמשיכה מפני שגילה דעתו שקונה במדידה ולא במשיכה [סגר"ם] ודיעה ראשונה דאין גילוי דעת בזה שאין רצונו לקנות במשיכה דלעולם כוונתו למשיכה אלא רצונו לידע באגב גם המדה [כ"ל וס"ם דבדי סקוס כ"כ פ"ד]:

כ אין משיכה מועלת ע"י בני אדם שהסחורה עליהם שנושאים אותה במשא בכתף [רם"י ע"ס ע"ב] לפיכך אם הבנים הלוקח את החטרין והפועלין שהסחורה על כתפיהן להוך ביתו אפילו פסק המקח אין זה משיכה ואפילו מדדן המוכר כשהן על החטרין לא קנה אא"כ פרקן מעליהם והכנים הסחורה לביתו דאז קונה לו ביתו כשיפסוק המקח אם אינם בכליו של מוכר אע"פ שלא מדד [טור] ואף אם הפסיקה היא לאחר המשיכה אינה מועבת כיון דבשעת הפסיקה מונחת ברשות הלוקח [סמ"ג] ואם הלוקח מדדן כשהן על החטרין יש מי שאומר דנ"כ לא קנה דלמדידה בעלמא נתכוין ולא לקניין ויש חולקין וס"ל דאם מדד לוקח קנה כמ"ש דמדידת לוקח מועלת תמיד דודאי נתכוין לקנייה ואף דמשיכה גופה אינה מועלת כשהסחורה על החטרין מ"מ כשמדדן בע"כ פירק הסחורה ואף שהפריקה היתה על החטרין מ"מ עדיפא ממשיכה בחטרין וחסחורה לא נתפרקה כלל ודעת הרמב"ם שם כהיש חולקין [כנ"ל לפסס דחל"כ סוסר סרמ"ח מ"ע]:

כא ודע דבכל מ"ש מן סעיף י' שיש חילוקי דיעות בין הפוסקים וב"מ לדינא נגון שמכר לו כור בשלשים סלע ומשך כל הכור ולא מדדו כולו דלהרמב"ם קנה ולשאר הפיסקים לא קנה או בכליו של מוכר ברשות לוקח אחר המדידה דלהרמב"ם מותני מדידה ולשאר פוסקים אינו מועיל אפילו זיל קני וכן כליו של לוקח בסימטא דלהרמב"ם לא בעינן מדידה ולשאר פוסקים בעינן וכן במדידת לוקח בכ"ו הוי ספיקא דדינא והיכי דקיימי ווזי מיקום [ב"ח] דהמטע"ה ומיהו אף במקום שהלוקח יכול לחזור בו או מדין נמור או מצד ספיקא דדינא וגרם בחזרתו הפסד להמוכר חייב להצילו מההפסד כגון שבא הלוקח ליקח ממנו חבית יין ופתח המוכר בעדו

בעדו את רחבית ובשמדד לו החצי רוצה הלוקח לחזור בו ולא ליטול יותר ואומר המוכר שהמותר יחמיץ צריך הלוקח ליקח כולו או לקבל אחריות על המותר והיינו שישומו מה שהוזל המותר אם היה רוצה למוכרה תיכף מחמת חשש החימוץ ואותו הפחת צריך לשלם לו אבל אם המוכר השהה אצלו היין קודם העמדה בדין עד שהחמיץ לגמרי א"צ לשלם לו כל ההפסד דהנורם היזק לחבירו א"צ לשלם לו רק ההיזק הברי ויכול הלוקח לומר לו היה לך למכור מיד [פ"מ] וכן אם ראובן קנה סחורה משמעון והסחורה מונחת במקום אחר ופסקו המקח וצוה לו לשמעון להביא את הסחורה ועשה שמעון כן נאח"כ חזר בו הלוקח צריך לשלם לו יציאותיו דאע"ג דלא קנה עדיין מדינא מ"מ הרי המוכר מסר עליו והוציא הוצאות וגרע יותר מ"ברמי וכה"ג בכל העניינים וכל שנקנה המקח בקניין גמור אין אחד מהם יכול לחזור בו אע"פ שנפלו איזה מכסוכים בהפרטים ביניהם כגון שהמוכר אומר כך זבך משקל אי מדות היה והלוקח אומר כך וכך והמוכר לא רצה ליתן מפני זה את הסחורה מ"מ המקח קיים

וכדבר הפכסוכים יקוב הדין את ההר ביניהם:

כב כל מה שנתבאר הוא במדה של לוקח או של מוכר אבל אם המדה היתה של איש אחר שהשאיל להם למוד המקח או שהיתה של הפרסור והמכירה היתה בסימטא או בחצר של שניהם עד שלא נתמלאה המדה היא כשל מוכר ומשנתמלא המדה הרי היא כשל לוקח והטעם דהמשאיל והפרסור משתמא כן היתה כוונתו דעד המילוי יהיה שייך להמוכר כיון דקודם המילוי לא יקח הלוקח והרי היא ככלי של מוכר ואחר המילוי יהיה שייך להלוקח עד שיערה לתוך כליו ולכן עד שתתמלא יכולים לחזור בהם ואחר שנתמלאה אין יכולים לחזור בהם ואפילו יש בהמדה רשמים עד היכן חציה ושלישיתה מ"מ קודם המילוי היא ברשות מוכר [מור] ודוקא שהמשאיל השאילה לשניהם אבל אם השאילה לאחד מהם הרי היא ברשות מי שהשאיל לו תמיד [מ"ז]:

כג כתב הרמב"ם [פס] היתה הסדה של אחד מהם והיה בה רשמים לידע חציה ושלישיה ורביע וכיוצא בהן כיון שהגיע לרושם מהרשמים קנה ראשון ראשון ואע"פ שלא נתמלאת המדה שכל רושם מהן כמדה בפ"ע שהרי כל אחד מהם היא המדה והוא מומך על הרשמים שבה עכ"ל ולכן כל מקום שהמדה קונה היו כל רושם כמדה וי"א דזהו רק במדה של לוקח אבל במדה של מוכר והמוכר מודד בה לא קנה עד שיערה אותה דמסתמא לא היתה דעת המוכר שהלוקח יקנה עד שתתמלא ויערה אותה ואם הלוקח מודד בה כבר נתבאר דינו דכשהגביה בשעת המדידה הוי קניין ואם מכר לו חצי מדה מיד כשמגיע לחציה הוי כנתמלא [סמ"ע] וי"א דגם כוונת הרמב"ם כן הוא דאל"כ עדיף מדה של מוכר ממדה של פרסור דבשל פרסור לא מהני רושם ובשל מוכר מהני [ע"ז] אבל לשון הרמב"ם לא משמע כן ונראה דטעם הרמב"ם ז"ל דברוב מכירות טובת המוכר הוא למכור סחורתו ולכן גם הוא נומר בדעהו דכשתגיע עד הרושם תיהוי כמדה שלימה אבל הפרסור והמשאיל אינו חושב טובת הענין:

כד הנוטל כלי מבית האומן ע"מ לבקרה אם היה דמיה קצובין וידועין בעיר ונאנס בידו חייב שהואיל דדמיו קצובין מעת שהגביהה נעשה ברשותו ואין המוכר יכול לחזור בו והוא שיגביהנה או עשה איזה קניין אחר כדי לקנותה אם ייטב בעיניו אבל הלוקח יכול לומר לא הוטבה בעיני ויכול לחזור בו ומ"מ חייב באונסין קודם שגילה דעתו שאינו חפץ בה [סמ"ע] וי"א דאפילו לא הגביה כדי לקנותה מ"מ היא ברשות הלוקח להתחייב באונסין כל שלא גילה דעתו שאינו חפץ בה כיון שהוא דבר שנמכר בקל [סס] אבל חפץ שהמוכר קץ ורוצה למכרו הוא ברשותו עד פסיקת הדמים ויגביהנה הלוקח אחר דפסיקה או שיעשה קניין אחר ואם נילה דעתו שאינו חפץ בו וננגב או נאבד קודם שהחזירו י"א דחייב כש"ש דזהו שכרן מה שהבריחה בידו או ליקחו או להחזירו כמו נוטל כלי מבית האומן שבסימן קפ"ו וי"א שאינו רק כש"ח דלא דמי לשם שהיה לו הנאה שרצה לשולחה במתנה כמ"ש שם וי"א דחייב אף כשואל דשמירתו עליו עד שיחזירנו [עסמ"ע]:

כה אחר המושך ואחר המגביה או החזיק בקניין רשות או שאמר לאחר דהגביה או למשוך בערו או להחזיק בעדו וזה האחר עשה כן ע"פ שליחותו ה"ז זכה לו דשלוחו של אדם כמותו ויש מי שרצה לומר דגם את המוכר יכול לעשות לשליח לזכות בעדו ונדחו דבריו דע"פ המוכר עצמו א"א לצאת מרשותו לרשות הלוקח וכן בשארי דרכי הקנייה וכל הדינים של קניין כסף שנתבארו בסימן ק"ץ לעניין קרקע קונה במטלטלים לעניין מי שפרע אבד לכותי ולחרש שוטה וקטן אינו יכול לצוות לוכות בערו דאינם בני שליחות וכבר נתבאר בסימן קפ"ט דכבל הקניינים צריך הקונה לבוין לקנות והמקנה להקנות ויש מי שאומר דהיכא דאיכא דעת אחרת א"צ כוונת הקונה רק כוונת המקנה אמנם זה אינו רק במתנה שוכות גמור הוא לו ולא במכר דשמא אינו רוצה לקנות דלא כיש מי שחולק בזה [עסמ"ע מ"ש בסס סרסג"ל ומירולו סמי מיקר דכן מוכח מפוסקים ולו"ק]:

סימן רא [דיני קניינים ממנהג המחורים ובלשון הגמ' סימטתא וכו' ג' סעיפים]:

א הקניינים שנהגו המוחרים לקנות בהם והוא מנהג קבוע בעיר קונים בקניינים אלו קנייז גמור אם עשו הקניין אחר בסיקת המקח ואין אחר מהם יכול לחזור בו דהמנהג עיקר גדול בדיני ממונות וגם בומן חז"ל היה

כן וזהו שאמרו [ב"מ ע"ד] סימומתא קונה למי שפרע ובמקום שנהגו לקנות בזה קניין נמור קונה קניין נמור ופירושו שהיה מנהג בימיהם שהלוקח רשם רושם על החבית יין שקנה כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו ואע"פ שלא נתן מעות כלל מ"מ כל החוזר בו אחר שרשם מקבל מי שפרע ואם סנהג המדינה לקנות בהרושם קניין נמור ונקנה המקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו והלוקח מחוייב ליתן הדמים וזוקא שרשם בפני המוכר או שא"ל רשום מקחך או ויל קני וממתמא היתה כוונתו שיקנה בזה כפי המנהג ועמ"ש בסי' ר"ך סעי' ד':

ב וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו כנון במקום שנוהגין שהלוקח נותן ערבון שקורין האנט נעלד או במקום שנוהגים שמוסרין להקונה את המפתח לקנות בו המחורה המונחת שם וכן כל כיוצא בזה ואין בזה חילוק בין קרקע לממלטלין אם הוא מנהג קבוע [ס"ך] ויש מהאחרונים דס"ל דקניין שע"פ המנהג הוא רק קניין דרבנן אבל הרמב"ן בהב דהוי קניין מן התורה [ס"ם] ומועיל גם לענין בכור וקדושי אשה ולבר זה העיקר לרינא דקניין דרבנן מועיל גם בדבר שהוא מן התורה שכן מבואר בירושלמי כמ"ש בסימן קנ"ח סעיף ז':

ג י"א דקניין שנהגו התגרים אינו מועיל רק בקניין המועיל ע"פ הדין אבל מה שע"פ הדין אינו מועיל כנון בדבר שלא בא לעולם או שאין בו ממש או שאינו ברשותו אין מועיל שום מנהג ויש חולקים בזה דאם מנהג קבוע הוא מהני בכל מה שנהגו והרי אנו רואים שנהגו להקנות כל מיני חכירות וארענדעם דאינם ברשותו ויש בהם דברים שלא באו לעולם כלל ועכ"ו המנהג פשוט דמועיל בהם הקניין או השטר [סס] והראשונים נחלקו ג"כ בזה דהרא"ש בתשו' ומהר"ם מר"ב בסוף הגהת מרדכי דשבת כתבו דמועיל והר"י מפקפק בדבר [ומ"ם סמ"ס בכוונתו לא] משמע כן למעיין סס וזו"ק] ומהרשב"א שהביא המגיד משנה פ"ז ממכירה משמע ג"כ דמועיל בכל ענין כיון דהמנהג כן והוי דין נמור וכן עיקר לדינא ואפילו באסמכתות יש קניין אם נהגו כן וכ"ש אם המנהג הוא מצד דינא דמלכותא דפשיטא דמועיל בכל ענין דדינא דמלכותא דינא [סנגע"ת] וכל זה אחר פסיקת המקח אבל קניין שקודם הפסיקה אינו מועיל כלל וצריך לעשות הקניין הנהוג עוד פעם אחר הפסיקה [ע' במרדכי פ"ב דגיטין נגד מכירי כהגמ"ר וכמסרי"ק סורס ע"ו וכים"ם פ"ח דב"ק סימן ס']:

סימן רב [דין קניית ממלטלין אגב קרקע ועבדים וקרקע ועבד וממלטלין וכו' י"ג סעיפים]:

א יש עוד קניין אחד בממלטלין והוא שנקנים אגב קרקע שאם מכר או נתן קרקע וממלטלין לחבירו כיון שקנה חבירו את הקרקע באחד מן הדרכים שהקרקע נקנית בהם נקנו לו גם הממלטלין אגבן בכל מקום שהן אפילו אם אינם צבורים בתוך הקרקע ודבר זה למדו חז"ל מהא דכתיב בבני יהושפט ויתן להם אביהם מתנות רבות וכסף וזהב ומגדנות עם ערים בצורות ביהודה [דה"י ב' כ"ב] ומדכתיב עם משמע שנתן להם הממלטלין הנזכרים אגב קרקעות דעירים בצורות לפיכך אמרי דנקנין הממלטלין אג"ק בין שהיו שניהם במכר בין ששניהם במתנה בין שהקרקע במכר והממלטלין במתנה בין שהממלטלין במכר והקרקע במתנה או שהקרקע בשכירות או בשאלה והממלטלין במכר או במתנה [ט"ך] כיון שקנה הקרקע קנה הממלטלין וכן כשהממלטלין בשכירות או בשאלה נקנין באג"ק דאין שום חילוק בין מכר לשכירות [כ"כ ל"ל וכל"ל בהמ"ל ועמ"ך] ונם לענין שיעבוד מהני [ב"ב מ"ה:] וכמ"ש בסי' קי"ב:

ב בר"א שנקנים אג"ק בלא שום דיבור מהמוכר על הממלטלין כשהממלטלין צבורים באותה קרקע שמקנה לו דכיון שמכר לו שניהם והם סונחים שם והחזיק בהקרקע במצות המוכר ה"ל כאלו הן מנוף הקרקע אבל אם הממלטלין במקום אחר צריך שיאמר לו קנה ממלטלין פלונית ופלונית אגב קרקע זו ואפילו הוי הממלטלין במדינה אחרת מהני ואם לא א"ל כן לא קנה את הממלטלין וי"א דאפילו כשצבורין בתוכה צריך שיאמר קני אג"ק וכן הבריע רבינו הרמ"א וזהו כשאין הקרקע משוער לדעת הלוקח אבל כשמשוערת לדעתו קנה הממלטלין מתורת חצר [סמ"ע] בלא קניין אג"ק וחצירו וקניין הממלטלין ע"י החצר באין כאחר וי"א דדוקא כשמחזיק בפני המוכר את הקרקע קנה גם הממלטלין מתורת חצר אבל שלא בפני המוכר אלא שא"ל לך חזק וקני ולא א"ל שיקנה גם הממלטלין לא היתה כוונתו שיקנה בזה גם הממלטלין ותהי דקניין חצר הוי כקניין משיכה או הגבהה הא גם בהם צריך המוכר לומר לך קני והוא לא א"ל רק על הקרקע ויש מי שאומר דכשנתן לו דמי כולן א"צ לומר אגב וכשלא נתן צ"ל אגב [ב"י בשם ני"ר] דכשנתן דמי כולן מסתמא היתה כוונת המוכר שיחזיק גם בהממלטלין אבל כשא"ל קני אג"ק וודאי דלא בעינן נתינת מעות אא"כ עיין וגפיק אוזי כמ"ש בסימן ק"ן:

ג י"א דדוקא לשון אגב אבל לשון עם שיאמר לו קנה לך הקרקע וקנה לך הממלטלין עמה לא מהני דלשון עם משמע דבשניהם הקניין שוה ובאמת הקניין הוא רק על הקרקע והממלטלין נקנין באגב ומ"ש בבני יהושפט עם

עם ערים בצורות לא שהקנה להם בלשון זה אלא הבתוב מספר שנתן להם בקניין אחד אבל הקניין היה באגב [סמ"ע] ויש תולקין וס"ל דהכל אחד וגם לשון עם משמע דנקנין אגבה דעם הוא לשון טפל דטפילין להקרקע ולעניין דינא קשה להכריע עם שכל הראשונים לא דקדקו דקדוק זה [ומדברי יס"ם קדושין ס"ק סימן מ"ו משמע מפסקים לפיעם לחמוצ וכ"מ מפמ"ז] :

ד כל מיני מטלטלין נקנין אג"ק אפילו מטבעות ובעלי חיים ושטרות אבל קרקע אינה נקנית אג"ק ואפילו כשצבורה קרקע ע"ג קרקע כגון שא"ל קנה הקרקע שתחת המרתף והחזק בה ואגבה תקנה הקרקע שעל המרתף דקניין אגב לא מצינו רק במטלטלין וקרקעות נקנין כולם בלא אגב כשנתן דמי כולן כמ"ש בסי' קצ"ב :

ה ועבדים קי"ל דמראורייתא דינם כקרקע דהכתוב הקישן לאחוזה ומדרבנן כיון דאין קבועין במקום אחד כקרקעות דינם כמטלטלין ובקניין חזקה נתבאר בסימן קצ"ב ג"כ דעבדים אינם דומים לקרקעות דבקרקעות אף כשהם בעשר מקומות והחזיק באחת מהן קנה כולן כשנתן דמי כולן וקרקעות ועבדים אינו קונה את העבדים בחזקת הקרקעות אא"כ עומדין בתוכה ונתן דמי כולם והטעם מפני דניידי אין דומין לקרקע ממש וה"נ בקניין אגב קנה את העבדים ע"פ הקרקע אף כשלא נתן מעות אם עומדים בתוכה דלעניין אגב נדונים כמטלטלין ואע"ג דבמטלטלין לא בעינן שיהיו בתוך הקרקע כמ"ש מ"מ מפני דניידי אין דומים למטלטלי ממש ואע"ג דבהמות ג"כ ניידי ונקנין באגב אף כשאין עומדין בתוכה והו מפני שאין להן דעת דומין לשארי מטלטלין משא"כ עבדים ואין לשאול למה לחזקה עיקר דינם בקרקע ולקניין אגב דינם כמטלטלין דהטעם דחזקה הוא קניין המבואר בתורה ובדאורייתא דינם כקרקע אבל קניין אגב הוא מדרבנן מדברי קבלה לפיכך דינם כמטלטלי ואף על גב דלחזקה דינם כקרקע מ"מ אם החזיק בעבדים לא קנה קרקע אף שהעבדים בתוך הקרקע ואף אם נתן דמי כולן דלא אלימא חזקתן שהקרקע תקנה ע"י חזקתן וכ"ש דבאגב אין לקנות הקרקע בקניין העבדים דקרקע אינה נקנית באגב ואם מכר לו עבדים ומטלטלין אין חזקת העבדים קונים המטלטלין ולא משיכת המטלטלין קונים העבדים באגב דאין מטלטלין נקנין אגב מטלטלין אבל אם המטלטלין הן על העבד והעבד הוא של הלוקח או שמקניהו לו עתה את העבד נקנין מדין חצר דעבדו כחצירו דמי דכשם שבחצר יש לו רשות להניח שם חפציו כמו כן על עבדיו ואף אם רק מקניהו לו עהה את העבד קניין המטלטלין וחצרו באין כאחד אבנם צריך שיהא משומר לדעת הלוקח ולא לדעת עצמו כגון שהוא ישן ועומד בצדו דאל"כ כיון שהעבד הוא בר דעת שומר א"ע ואינו משומר לדעת בעליו ונם צריך שיהא כפות דאל"כ הוי חצר מהלכת וחצר מהלכת לא קנה והרמב"ם ו"ל ס"ל דלא בעינן ישן דנם כשהוא ניעור הוא משתמר לדעת בעליו ולא בעינן ישן רק בנם משום דחוב הוא לה כמ"ש באה"ז סימן קל"ט :

ו יש שוורין בבלים מיני זרעים שמשימין קרקע בכלי ונוקבין את הכלי בשוליו כדי שינק מן הקרקע וזהו שנקרא בנמ' עציץ נקוב ודינם כקרקע לכל הדברים והכלי יש לה דין מטלטלין לפיכך אם היה לאחר עציץ נקוב והזרעים שבו שייכים לאחר אם בעל העציץ הקנה עציצו לבעל הזרעים ביון שמשך קנה ואם בעל הזרעים הקנה את הזרעים לבעל העציץ לא קנה עד שיחזיק בהזרעים עצמם בחזקת קרקע ואם העציץ והזרעים שייך לאחד ומברה כולה לאחר אם החזיק בהזרעים בחזקת קרקע קנה נם העציץ בקניין אגב ואם עשה משיכה או הנבהה בהעציץ קנה העציץ ולא הזרעים ואם החזיק בהעציץ שעשה בה מלאכה כבחזקת קרקע לקנות העציץ והזרעים לא קנה לא העציץ דמטלטלין לא מקנו בחזקת קרקע ולא קנה הזרעים כיון שבהם לא עשה חזקה וזיקא עציץ נקוב אבל שאינו נקוב גם הזרעים דינם כמטלטלין ואף בנקוב אינה כקרקע רק כשעומדת על הקרקע אבל אם עומדת על יהידות וכ"ש על השולחן או על החלון או על הריצפה אין הזרעים שבה כקרקע דכן מבואר מדברי הרמב"ם פ"א מתרומות דין כ"ג ע"ש [ספסק כ"י דהלה פ"ב ובתוס' ניטין ז': ד"ה אמר ר"י] ואם העלים נוטים חוץ לעציץ על האויר מהקרקע אף אם העציץ אינו נקוב חשובין הזרעים כקרקע [מל"מ פ"ב דמכירות וכ"מ מהמ"י מולין קכ"מ: מך לסרמב"ם פ"ב מט"ח דין ט' מין סוכתה וז"ק] וכ"ז בזרעים אבל אילנות הנטועים בכלים אף שאינו נקוב כנקוב דמי דכן מתבאר מרמב"ם פ"י ממעשר שני דין ח' אבל מהרא"ש בה' ערלה ומשור יו"ד ס"ם רצ"ד נראה דנם לאילן בעי נקיבה :

ז כתב רבינו הרמ"א די"א דתנקא בשל עץ בעינן נקוב אבל של חרס אינו נקוב בנקוב דמי משום דמתלחלח והולכת דרך החרס [ת"י ניטין ז':] וי"א להיפך דשל חרס בעי נקיבה ושל עץ אינו נקוב בנקוב דמי דהעץ מושך לחלוחית הרבה [סוס' סם] ודע דהרמב"ם והטור לא חלקו כלל בין עץ לחרס ואף דבש"ם מנחות פ"נ: מבואר שיש חילוק ביניהם ס"ל דאינו אליבא דהלכתא [דזהו ל"ל ולא לר"י ע"ם ותו"ם קוטים סמוס' על רס"י וסמוך ויו"ד סם סוס בחולין ע"ם סימוסלמי ולא בזרעים ולע"נ על כרמ"ם ודו"ק] :

ח קרקע כל שהוא מקנין על גביו מטלטלין הרבה וא"צ לסיים הקרקע שמקנה על ידה אלא כשמקנה לו ע"י כסף או שטר כותב לו סתם קרקע אבל אם עושה חוקה בהקרקע ממילא יודע איזה קרקע היא ודוקא כשאינו יודע שאין לו קרקע דאז סני בכך אע"פ שאינו מסיים הקרקע אבל כשידוע שאין לו צריך לסיים הקרקע שמקנה על ידה ויכול הלוקח להקנות לו קרקע כל שהוא משלו כדי שיקניהו המטלטלין אגבן כמ"ש בסי' ק"ג לעניין

לעניין שיעבוד ואם כתב דלא כמופסא דשטרא וכ"ש אם כתב בפירוש שהודה שיש לו קרקע או שכתב ד' אמות בחצירי דהוה כהודאה מהני אפילו כשרגילין אצלו ואין יודעין לו קרקע דאדם נאמן על עצמו [תוס' ב"ב מ"ז: וכ"ה בסמ"ע] וגם יכול להקנות אגב מקומות של בהכ"נ אף שהמקום הוא רק מושאל או מושכר אצלו מאחר ולא עוד אלא אפילו המקומות שיך לרבים רק כל אחד יושב על מקום שיחדו לו הוי כשאול לו המקום ומקנה על ידו מטלטלין דשאדה ושכירות ממכר הוא לזמנו לעניין זה וכ"ש אם הקרקע שלו ומישכר לאחר דמקנה על ידה כיון שהגוף שלו [כ"ו]:

ט קניין מטלטלין אג"ק הוא כשמקנה הקרקע והמטלטלין לאחד אבל כשהקנה הקרקע לאחד והמטלטלין לאחר וא"ל קנה המטלטלין שלך אגב הקרקע שאני מזכה לפלוני ולהשני אמר קנה הקרקע לעצמך ואגבה יקנו מטלטלין אלו לפלוני לא קנה בעל המטלטלין את המטלטלין אף כשצבורים בתוכה דזהו בעיא בגמ' ולא איפשיטא וג"ל דאם בעל המטלטלין קידש בהמטלטלין אשה צריכה גט מספק כיון דהוה ספיקא דדינא וכן אם זה המקנה קידש אשה במטלטלין אלו ובא אחר וקידשה ג"כ צריכה גט משניהם ולא מיבעי להרמב"ם ז"ל שכתב דאם הפשין הלוקח אחר שחזר בו המוכר אין מוציאין מידו מפני שהוא מוחזק דשיטתו הוא דבספיקא דדינא מהני תפיסה אלא אפילו להחולקים עליו דס"ל דרק בשארי ספיקות שיכול התובע לומר קים לי מהני תפיסה ולא בספק דגמ' כיון דלחכמי הש"ס נשאר בספק אין אדם בעולם שיכול לומר קים לי מ"מ לעניין קדושין צריכה גט מספק:

י אבל אפטרופס ויתומים כאיש אחד הם לפיכך אם הקנה הקרקע להאפטרופס והמטלטלין ליתומים או איפכא קנו דאפטרופס הוא יד יתומים וכן באיש גדול שיש לו אפטרופס בביתו חשיבי כאחד וכן אפטרופס שמכר קרקע שלו ומטלטלין של יתומים לאחד וכן שליח שמכר קרקע שלו ומטלטלין של המשלח לאחד או איפכא דכאחד חשיבי [ים"מ] וכ"ש בנבאי צדקה עם העניים דחשיבי כאחד וי"א דרק בנבאי צדקה ועניים הדין כן משום דמוטלים עליהם לפרנסם ולא באפטרופס ויתומים ורבינו הרמ"א סתם כדיעה ראשונה וכן עיקר [סמ"ע בקדושין כ"ז למר בנבאי לקמ מסוס דיד עניים סוס וכ"ם דלמיל סוס יד המלמ ומפטרופס סוס יד יתומים דמפילו ב"ד מחמציס כיד יתומים כלמוכח בכ"ק ל"ו: שמדמס לזה וכ"ם לפטרופס]:

יא המקנה בהמה וכלים שע"ג באחר אע"פ שמשך הבהמה וקנאה לא קנה הכלים שעליה במשיכת הבהמה מפני שיש ספק בדבר דשמא מפני שאין משיכותיהן שוות דמשיכת בהמה עיקרה בהליכתה כמ"ש בסי' קצ"ז ומשיכת כלי הוא בגרירה ואע"ג דבשניהם שם משיכה עליהן מ"מ שמא מפני דאינן שוות אינו קונה הכלים במשיכת הבהמה ומטעם חצר נמי לא קנה שהרי הבהמה נחשבת כחצירו דאחר מהלכת לא קנה ולכן אם הבהמה כפותה ומשכה וקנאה קנה גם הכלים שעליה ולא מטעם משיכה אלא מקניין חצר דכשהיא כפותה היא כחצירו ובבהמה לא בעינן ישן כבעבד דהרי משתמרת לדעתו אף כשנעורה ובאינה כפותה י"א דלא מהני תפיסה כיון דהוא ספיקא דדינא כמ"ש בסעיף ט' להחולקים על הרמב"ם וי"א דבזה מהני תפיסה גם להחולקים עליו כיון דתפס ברשות דהא המוכר צוה לו לעשות משיכה ובציווי תפס משא"כ שם דבעל המטלטלין לא עשה מעשה כלל ובשתפס בבר חזר בו המוכר [ב"ך]:

יב אבל אם א"ל המוכר משוך בהמה זו וקני כלים שעליה ואת הבהמה לא הקנה לו אע"פ שמשכה והיא כפותה לא קנה כלים שעליה דמטעם משיכה לא קנה שאינן שוות כמ"ש ומטעם חצר נמי לא קנה דהא חצר דמוכר הוא ואע"ג דכשהיא כפותה משיכתה שוה למשיכה דכלים דהא צריך לגוררה וליקנו במשיכתה דמ"מ כיון דבמהם בהמות אין המשיכה שוה למשיכה דכלים יש ספק דשמא אין הכלים נקנו ע"פ משיכת הבהמה בכל עניין [סמ"ע] ולכן אם א"ל משוך קיפה זו ובמשיכתה תקנה מה שבתוכה קנה מה שבתוכה אע"פ שלא הקנה לו את הקופה כיון דמשיכתן שוות וכמ נתבאר בסי' ר' סעי' י"ד דמשיכה בכליו של מוכר מהני [וע' בתוס' ב"מ ט']:

ד"ה משוך]:

יג כיון שנתבאר דמה דלא מהני משיכת הבהמה להכלים הוא מפני ספיקא דדינא ולכן יש מי שאומר דדוקא במקח ומתנה לא קנה דאוקמה אחזקת מרא קמא אבל בהפקר ומציאה אם אומר אני מושך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעליה קנאם אפילו אינה כפיתה דהא קני להו מטעם משיכה ואף שהוא ספיקא דדינא מ"מ אחר שנעשה מוחזק אין מוציאין מידו וה"ה אפילו אמר רק לקנות הכלים ולא הבהמה ג"כ קנה [ב"ז] ויש חולקין בזה דדוקא כשקנה שניהם הוא מוחזק בהכלים מפני שהם ברשותו דהיינו על בהמתו שהיא כחצירו ואע"ג דחצר מהלכת היא מ"מ רשותו מיהא הוי ונקרא מוחזק אבל כשלא קנה כיון לקנות הבהמה אין כאן הפיסה דבמאי הוי מוחזק בהכלים הלא אינם ברשותו [קלח"ז] דהא בע"כ הכלים עדיין הם על הבהמה ולא משכן לרשותו דאם משכן לרשותו בלא"ה קנה מטעם משיכה עצמן או בקניין חצירו:

סימן רג [כל מיני חליפין ודיניהם ובו ט"ז סעיפים]:

א דין חליפין כבר נתבאר בסימן קצ"ה ובקניין הזה נהגו בישראל גם קודם בניין הבית כמ"ש ברות וואת לפנים בישראל וגו' לקיים כל דבר שלף וגו' דמפני שקנין זה הוא בין בקרקע בין במטלטלין ובין שהמקח לפנינו ובין שאינו לפנינו וקנין זה אין בו טורח כלל לפיכך נהגו בו וגם עד עתה רוב קנינים הם בק"ם והיא מקנית הכל אף שהקנין צריך להיות רק בכלי מ"ם מקנית הבל בקרקע ומטלטלין ובעלי חיים ופירות חוץ ממטבע שאינה נקנית בחליפין וכן שטרות כמ"ש בסימן ס"ו משום דק"ם אינו חל אלא על דבר שגופו ממון ושטרות אותיות בעלמא הן ואין גופן ממון וגם מטבע עיקר חשיבותה היא הצורה והוה כאותיות שאין גופן כמון [כמ"ש] וכן דבר שאין בו ממש אין קנין טועיל בו כגון שקנו ממנו שילך עמו למקום פלוני וההליכה אין בה ממש או שקבלו בק"ם לחלוק חצר שביניהם וחלוקה אין בה ממש ואין להקנין על מה לחול וכל ביוצא בזה בכמ"ש בסימן רי"ב וכן המקנה דבר שאינו מסויים או דבר שלב"ל שיתבאר בסי' ר"ט וכן מי שקנו ממנו בק"ם שימחול לחבירו את חובו או שיעשה לו שטר מחילה הוי קנין דברים דאינו מקנה לו כלום אלא מסתלק עצמו ממה שמגיע לו מפלוני אבל אם קנו ממנו בק"ם להחזיר לו זכיותיו שיש לו עליו לא הוי קנין דברים והקנין חל על הזכיות שיש לו מפלוני חפיצים או שטרות ואע"ג דשטרות לא מקני בחליפין זהו מפני שעיקר מכיתתו על הנכתב בהשטר לגבות מה שכתוב שמה ולא על הנייר והכתיבה הם אותיות בעלמא אבל להחזיר לו שטרותיו הלא עיקר כוונתו להחזיר לו הניירות ולשורפם וממילא דמה שכתוב שמה בטל והנייר הלא יש בו ממש כמו כל מטלטלין [ב"ל] ובסימן רמ"ה יתבאר באומר אתן דבר זה לפלוני וקבל ע"ז בק"ם די"א דאין זה רק קנין דברים דאין זה רק הבטחה על זמן הבא ואפילו לדיעה זו מ"ם בהחזרת זכיות קנה דכיון דיש להמקבל שייכות בהשטרות גם עד עתה אין זה הבטחה אלא בשטר מעכשיו [ומ"ם מ"ם כנ"ז והגר"ז על סרמ"ג] ודבר שאין בו רק טובת הנאה בנין ישראל שצריך להפריש הרומה וקנה בק"ם ליתנם לפלוני הבהן ראין זה ממונו של הישראל רק בידו ליתן לכל כהן שירצה אינה ממון להקנות בחליפין ובאג"ק וי"א דלענין חליפין ואג"ק הוה ממון [ס"ד] ובסימן ש"ן בארנו עוד בזה בפ"ד וכבר בארנו בסימן ס"ו דשטרות המלוכה היוצאים במטבע דינם כמטבע ע"ש וכן יכול אדם לשעבד בבסי בק"ם דחל הקנין על נכסיו:

ב ד' מיני חליפין הם האחת החליפין הנהוג בק"ם שעושין מקח על המחורה ומכינה אותה לו בק"ם ובזה נגמר הקנין והמעות ישלם לו אח"כ בזמן שנבלו וזהו דכתיב שלף איש נעלו וגו' והשנית שאינו קובע לו דמים כלל על המחורה אלא שמחליף חפץ זה בחפץ זה ואין מקפידין לשום שיוי הדמים בתבליה השומא אלא שכל אחד יודע ערך חפצו ואף שאין המקח שוה בשוה מ"ם כיון שזה משך החפץ נקנה חפצו של זה להשני בכל מקום שהוא [וזהו שאמרו בב"מ מ"ז מטו מליפין בטופסני עסקינן וזהו כותח ד"ח ז"ל שהכיסו בעל המחור ולמכס סימנו עליו וזו"ק] והשלישית שמקפידין לידע שיוי החפץ ומדקדקין שיהא שוה בשוה ואע"פ שהוא כעין דמים ממש מ"ם כיון שעושין חליפין כיון שמשך זה קנה זה בכ"ם שהוא [וזהו בב"מ שם פרקך בכמה וכו' חמורך בכמה] וגם טיני חליפין אלו נזכרו בפסוק דדוה כמו שכתוב שם ועל התמורה היינו שמטיר זה בזה או שמקפיד בשויו או שאינו מקפיד [וזהו שפירש"י שם חליפין דקרקע וע"ם כתוס' וזו"ק] והנפרש בין הורת דמים לחליפין השלישית דחליפין הוא כששני הדברים הם בעין ומחליפין זה בזה ותורת דמים כשקונצ דמים או חפיצים על המקח הלוה ואינו בעין תמורת המקח [רי"ף שם וזו"ק] והרביעית כשיש לאחד מין מחורה מונחת באוצר וכן להשני ומין המחורה יודוע אך בכמותה ושויוה אין ידוע לשניהם ומחליפין זה בזה וכיון שקנה האחד מחורתו של זה בקניין גמור נקנה להשני מחורתו של זה בכ"ם שהוא [וכוסלמי פ"ד דמ"ם]:

ג וזהו שכתבו הטור והש"ע כל המטלטלין קונים וא"ז בחליפין ואין צ"ל אם אין המקנה מקפיד לידע שיוי החפץ שנוטל בחליפין כעין שקונין בסידר [זהו מין מסני שכתבנו ומ"ם מסמ"ע סק"ב עם ז ווזו"ק] שזהו קנין גמור שמועיל לכל הדברים בין קרקע בין מטלטלין בין בע"ח וכו' אלא אפילו מקפיד לידע שיוי החפץ שנוטל דהשתא דומה לדמים אפ"ה נקנה כיצר היה לזה פרה ולזה חמור והעריבו אותם כמה שוה כל אחד מהם והסכימו להחליפם זה בזה כיון שמשך בעל הפרה את החמור נקנה פרתו לבעל החמור בכ"ם שהוא ואין שום אחד מהם יכול לחזור בו עכ"ל ואם מתה הפרה או נתייקרה או הוזלה אחר שמשך זה החמור הכל הוא ברשות בעל החמור וי"א עוד דבחליפין שמחליפין זה בזה קונין אף בפירות ויכולין להחליף פירות בפירות בבה"נ אף דאין קונין בפירות בק"ם והטעם דכיון דזהו כדמים אלא שנעשה כעין חליפין קונים גם בהם ויש חולקין בזה דסוף סוף שם חליפין על זה אמנם לדינא העיקר כדיעה ראשונה [הגר"מ] ונראה דאינו אלא כשמקפידים על השיוי דהוי ממש כדמים [וכ"מ מתוס' שם ד"ה נמוכה] אמנם מלשון הרמב"ם ז"ל בפ"ה ממכירה שכתב אע"פ שמקפידים על שיוי משטע דגם בשאין מקפידין על שיוי קנה ומלשון רבינו הרמ"א בסעיף א' משטע כמ"ש ובחליפין בזה אף אם

אם לא משך הסחורה האחת אלא קנה אותה באחד משארי קניינים כמו בק"ם או באג"ק נקנה הסחורה האחרת להשני [מ"מ] :

ד החליף חמור בפרה וטלה ומשך את הפרה ולא משך את הטלה לא קנה מפני שאין כאן משיכה נמוכה ויש מרבותינו שאומרים שזה שלא קנה את הפרה מפני שאין החמור שכנגדם ראוי לחלוק אבל אם אמר פרה וטלה בכור חטים ומשך את הפרה לבדה קנה זה הפרה וזה קנה החטים שכנגד דמי הפרה [רמב"ם ורי"ן ומק"ס] דכמו שנתבאר בסי' קצ"ב במכר לו עשר שדות בעשר מדינות והחזיק באחת מהם קנה כולם כשנתן דמי כולן וכשנתן דמי מקצתן קונה כנגד הדמים וה"ג דכוותיה דמ"ל לדיעה זו דקניין משיכה אינו אר שימשוך כל המחורה אלא כל מה שמשך קנה דמעיקר הדין גם קניין במקצת הוי בקניין בכולה כמו בקניין בסף בסי' ק"ץ ואם היה באמת מכוון לקניין היה קונה במשיכת המקצת את הכל רק דכאן בפרה וטלה מירתי שמשכה לפרעון ולא לשם קניין ולכן מה שמשך קנה ועל השאר לא סמכה דעתיהו כמו בעשר שדות [למ"מ פ"ם ממכירם] ואע"ג דבמכר לו כור בשלשים יכול לחזור בו אף במאה אחרונה כמ"ש בסי' ר' סעי' ט"ז זהו מפני שהקפיד שלא לקנות באופן אחר כמ"ש שם ויש מרבותינו שחולקים על כל זה ום"ל דכל זמן שלא משך הפרה והטלה אין זה משיכה כלל [עור בשם סרמ"ם] וכ"ם מרמב"ם שם דמ"ל דקניין משיכה עד שימשוך את כל המחורה אין על זה שם משיכה ואינו דומה לקניין כסף דהבסף המקצת היא ראויה נגד כל חלק וחלק מהקנייה וקניין חזקה שקונה במקצת המעשה את כל השדה דסדנא דארעא חד הוא אבל במטלטלין המפורדין במה יועיל משיכת זה המקצת להמקצת שלא נמשך [כ"ל] וגם אינו דומה לעשר שדות בעשר מדינות דהתם הקניין נגמר מחזקה ולכן על כנגד הכסף קנה ומה שלא קנה כולם משום דלא סמכה דעתו וזה שנתבאר שם דמדידה אינה מעכבת היינו בשלא פירש הסכום אבל בשפירש כך וכך אני מוכר לך כל שלא משך את כולם אינו קניין בכלל :

ה לפי מ"ש לדיעה ראשונה אם מכר הרבה מטלטלין או בע"ח בין שמשך לשם קניין אחד מהם קונה כולם ואין להקשות דהרי זה הדין לא אמרו חז"ל רק בקרקעות כשמכר לו עשר שדות והחזיק באחת דקנה כולם ולא במטלטלין די"ל דבקרקעות אפילו כשהם מפוזרים מועיל מטעמא דסדנא דארעא חד הוא ובמטלטלין כה"ג פשיטא דאינו מועיל אבל כשכל המטלטלים הם ברשות אחד מהני קניין אחר לכולם וזה שנתבאר בסי' קצ"ו סעי' ה' דמשיכת בהמה אחת אינו עולה לחבירתה זהו כשעומדים במקומות מפורדים [כ"ל לדברי הלח"מ בסי' סרמב"ם] :

ו אבל יש חולקים בזה וס"ל דגם לדיעה ראשונה אין משיכת האחת עולה להאחרת אף כשכיון לשם קניין אלא דדיעה ראשונה ס"ל דהעדר משיכת האחרת אינה מעכבת אותה שמשך וכיון שהמוכר והלוקח יודעים שאותה שמשך קנה אין יכולים לחזור בהם על מה שמשך כיון שלא גילו דעתם שלא לקנות זה בלא זה דאז אף שמכר לו במכירה אחת אותה שמשך קנה אא"כ יש אומדנא דמוכח שהכוונה היתה דווקא על כולם ביחד דאז אינו קונה זה בלא זה וכן אם הלוקח שלח שליח לקנות לו כור חבואה ומשך מהמוכר חצי כור ועל השאר חזר בו המוכר יכול הלוקח לומר איני חפץ רק בכור שלם והמוכר אינו יכול לחזור בו כיון שהיתה בפניו וכן כשהמוכר שלח שליח למכור כור מסחורתו ומשך הלוקח חצי כור וחזר בו המוכר יכול לחזור בו ולא הלוקח וכן אם מכר שני דברים והיה פיסוק דמים על כל אחד בפ"ע ואחד מן הדברים לא היה ברשותו ולא נתפס הקניין רק על האחר אף שהלוקח לא ידע מזה אינו יכול לומר במקח שלם אני רוצה ואם כלל שני הדברים בסכום אחד והם שני מינים כמו קרקע ואילנות שיתבאר בסי' רמ"ז לדעת הרמב"ם אם אין משלים לו האילנות יכול לומר במקח שלם אני רוצה כשלא ידע הלוקח שאין לו אילנות ולדעה הרשב"ם אין האחד מעכב לחבירו כיון שהם שני מינים ושם יתבאר בס"ד אבל במין אחד כשנכללו במכירה אחת ואין להמוכר כל המכר והלוקח לא ידע מזה וודאי דיכול הלוקח לומר במקח שלם אני רוצה ואם המוכר רוצה להשלים לו מה שמכר אף שעתה אינו ברשותו מ"מ כיון שרוצה להשלים לו אין הלוקח יכול לבטל הקניין של המקצת שיש להמוכר וכ"ז במקום שאין אומדנא ולא היה גילוי דעת שהכוונה בהמכירה היתה דווקא למכור או לקנות אבל אומדנא או גילוי דעת בכל נווני אין הקניין כלום עד שיגמור הקניין בכולה ובכל זמן שלא נגמר הקניין יכול כל אחד מהם לחזור בו כמו בכור בשלשים סלע שנתבאר אמנם גם בזה אם קבל מקצת דמים כנגד מה שמשך הלוקח דעת הרשב"א דאין המוכר יכול לחזור בו ואינו יכול לומר אני צריך לדמי כולה ואם מכר לו קרקע ונמצאה מקצתה גזולה דעתו ז"ל דהמקח קיים בהמקצת שאינה גזולה ודעת הר"ן ז"ל דהלוקח יכול לחזור בו מכל השדה ואחר מנחלי האחרונים הכריע כדעת הר"ן ז"ל אמנם אם נשתמש בהמקח אינו יכול לחזור בו דכשנשתמש בה ונמצאת גזולה הרי אינו חוזר על המוכר מטעם בימיל מקח אלא מפני אחריות שעל המוכר וממילא דבהמקצת המקח קיים ובמטלטלין לא שייך דין זה דכשנשתמש בהם אין דין אחריות במטלטלין אא"כ התנו כן בשעת המכירה אבל כשערעין לא נשתמש בהם אף שעשה קניין על הכל ונמצאו מקצת גזולים אינלאי מילתא שהקניין היה בטעות וחוזר על הכל [כנ"ל ד"כ"ז וכ"כ סמ"ם נסי' קנ"ב וכ"ג עיקר דדיעה סרמב"ם דסעי' ד' ולפ"ז כמ"ם בסעי' ס"ה ומה דמדמי סרמב"ם למכר עסר אחות סכווים סוף לעניו סמיכת דעת ודו"ק] :

ז המחליף קרקע בקרקע או מטלטלין במטלטלין או

מטלטלין בקרקע או קרקע בטלטלין כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו וייש מי שרוצה לומר דכשקרקע הוא הקניין אינו מועיל רק בחליפי שוה בשוה שזהו כדמים אבל באינו שוה בשוה דזהו בק"ס אינו מועיל משום דקרקע אינה כלי [קצ"ח] ולא משמע כן מכל הפוסקים ובוודאי אין לך כלי גדולה מקרקע שעושין בה כל דבר:

ח החליף ביחד דבר שנקנה בחליפין עם דבר שאינו נקנה כגון שהחליף מטלטלין ומעות או קרקע ומעות וא"ל הקונה קח סודר שלי והקנם לי י"א דהואיל דמעות אינם נקנות נתבטל גם בדבר השני ואע"ג דבסי' ר"ט נתבאר בקנו אתה והבהמה קנה מחצה אף שבהמה אינה בת קניין מ"מ בזה שכלל המעות והדבר השני כאחד בטל כולו להרמב"ם באה"ע סי' מ"א לעניין קדושין [סנ"ח וע"ע מניפיו מ': ויש לייצ] ולפ"ז אם אמר הקנה לי המעות והמטלטלין קנה המטלטלין כיון דאמרן בשני דיבורים [ומהורן קוסים סמ"ע בסק"ט] וי"א דבכל גווני הקניין קיים גם להמעות דמיגו דהוי קנין לגבי המטלטלין הוי נמי קניין לגבי המעות וזה ערוך מקני אתה והבהמה דבהמה אינה בת קניין כלל אבל מעות נקנית בשארי קניינים [סמ"ג] ולפ"ז אם הקנה דבר שיש בו ממש עם דבר שאין בו ממש או דבר שבא לעולם עם דשלב"ל אינו קונה הכל ודינו כקני אתה והבהמה [סס] וי"א דבכל עניין בין שכלל בהקניין מעות או דבר שאין בו ממש או דשלב"ל הדין כן הוא דלדבר המועיל מהני הקניין ולשאינו מועיל לא מהני ולא קנה אותה ואין דין סעיף זה נוגע לסעיף ד' בפרה ושלה דבשם הקנין ראוי לחול על שניהם אבל בזה אין הקניין ראוי כלל על הדבר השני:

ט שנים שקנו זה מזה להחליף על כל אשר להם י"א דלא מהני קניין בזה דזהו במקנה דבר שאינו מסויים שיתבאר בסי' ר"ט דהוה כאסמכתא ולכן אם היה ידוע לשניהם כל מה שיש להם בפרטית החילוף קיים ואע"פ שהכמות נעלם מהם מ"מ כיון שהאיכות ידוע להם כגון שיש להם בתים או שדות או פירות החילוף קיים דמסויימים הם מה שחלפו במ"ש שם ואם יש להם דברים הידוע להם ודברים שאינו ידוע להם הלוי בדיעות שבסעי' הקודם ואם קנו בב"ד חשוב ומעכשיו דמועיל כאסמכתא במ"ש בסי' ר"ז מועיל גם בזה והחילוף קיים דכל עיקר דין זה הוא משום אסמכתא וכתב רבינו הרמ"א די"א דמהני בזה קניין אך כל אחד יעמוד בשלו וחבירו יתן לו המותר בנכסיו דעיקר בוונתו היתה להריוח ולא להחליף ממש עכ"ל ויש חולקים בזה ום"ל דאין שום דיעה שיסבור שיועיל בלא קניין בב"ד חשוב מה שמועיל באסמכתא ואפשר דרבינו הרמ"א סובר דלפי כללי אסמכתא שיתבאר שם אין זה אסמכתא [וכ"מ מהגר"ח ע"ש]:

י כתב רבינו הרמ"א בסעי' ב' די"א דאם ראובן החליף עם שמעון ולוי ונתבטל אצל אחד בטל ג"כ נגד השני עכ"ל דהוי כמחליף חמור בפרה ושלה שנתבאר בסעי' ד' דאם לא משך את השלה לא קנה [סגר"ח] וכן בזה כיון דבטל לגבי האחד בטל גם לגבי השני ואף לדיעה אחרונה שבסעי' ח' דהקניין קיים לדבר שמועיל בו קניין מ"מ בכאן בטל אצל שניהם דבשם מתחלה לא היה ראוי לחול הקניין על הדבר השני אבל בזה שהקניין ראוי לחול ונתבטל בטל בכולו [כ"נ] ויש מי שחולק בזה וס"ל דאף כשנתבטל אצל האחד לא נתבטל אצל השני ואין זה רק לעניין קנס כגון אם אמר ראובן שאם לא יקיים דברו יתן קנס לצדקה כך וכך ואחר מחל לו נתבטל הקנס גם נגד השני [ק"מ]:

יא לשונות של זהב ושל כסף ושל שאר מיני מתכות הרי הם כשארי הטלטלים ונקנים בק"ס וקונים וא"ז בהחלפה של שוה בשוה ודינם כפירות דאין שם כלי עליהן וכבר נתבאר בסעי' ג' דפירות אף שאין קונים בחליפין נקנין בחליפין ובשוה בשוה קונים וא"ו וכן מבואר מלשון הרמב"ם פ"ו מכירה [וכ"פ מסמ"ע וכ"כ סלח"מ מקוסס ע"ש] אבל המטבעות של כסף או של זהב או של נחשת הרי כולם דמים כנגד שאר מטלטלין והנותן אחד מהם בדמי מטלטלין לא קנה דמעות אינן קינות כמ"ש בסי' קצ"ח ובק"ס אין אחד מהם נקנה בקניין ולא נעשה קניין דמטבע אינה קונה ולא נקנית בחליפין לפיכך המייחד מעות והקנה אותם לאחד בחליפי בטלטלין כיון שזה לא קנה המעות לא קנה זה המטלטלין אע"פ שמשכן דהרי ייחד לו המעות בתורת חליפין כגון שהיו המעות מונחים באיזה מקום וא"ל מעות אלו שמונחים במקום פלוני תקנה אבל בתורת דמים שלא ייחד המעות אלא שאמר המשוך המטלטלין ואחייב לך כך וכך מעות משמשך החפץ נתחייב מיד בדמיו דאין על זה שם חליפין אלא שם דמים:

יב זה שנתבאר דמעות אינם קינות ולא נקנית בחליפין בד"א נגד שארי מטלטלין כגון שמכר מטלטלין באחד ממיני מטבעות אלו דכולם שם מטבע עליהן אבל המוכר מטבע במטבע כגון שמכר דינרי זהב במטבעות כסף הזהב הם בפירות לגבי הכסף מפני שכסף חריף יותר ללכת בהוצאה מזהב וזהב שאינו חריף בכסף נחשב כפירי לגבי הכסף החריפה ויש לזה הדין כמו המוכר פירות בכסף ובעל הכסף כשמשך את הזהב קנה וחייב ליתן לו הכסף אבל בעל הזהב שמשך את הכסף לא קנה רק למי שפרע וכן מעות של נחשת דינם כפירות לגבי מטבעות כסף דכסף חריף יותר מנחשת וזהב ונחשת י"א דנחשת הוי המטבע והזהב הוא הפירי מפני שיוצאים יותר בהוצאה משל זהב וי"א להיפך דהזהב הוא המטבע והנחשת הפירי דהן אמת דשל נחשת חריפים יותר בהוצאה מ"מ במלה חשיבות חריפותן לגבי חשיבות היוקר מזהב ולא דמי לכסף וכולם יש להם דין מטבע לגבי שארי מטלטלין וכן זה בנגד זה כגון שמכר דינר זהב בדינר זהב או דינר כסף בדינר כסף או מטבע נחשת במטבע נחשת וזה שאמרנו דבמשיכת הזהב קונה

את הכסף היינו דווקא כשייחד לו את הכסף בתורת דמים בגון שלא ייחד לו מעות אלו דווקא שיקנם בתורת קניין אלא הקנם בתורת חיוב דמים דאז משמשך הזהב נתחייב לו בסכום הכסף כפי מה שפסק עמו וגם אם פסק שיהן לו חדשים יהן הדשים ואם פסק ליהן לו ישנים יהן לו ישנים והכל בתורת חיוב תשלומין ובהב רבינו הרמ"א דמעות שלנו שכסף ונחשת מעורב ביחד הוי טיבעא לגבי כסף עכ"ל ור"ל נגד מטבע כסף נקי דאינו יוצא בהוצאה כל כך ודברים אלו הלוי במנהג המדינה ושטרות מהמלוכה דינם כמטבע כמ"ש בסי' ס"ו :

יג מעות הרעות שפסלתן המלכות או המדינה או דינרים שאין יוצאין באותה מדינה ואין נושאין ונותנין בהן עד שמשנים אותם למטבע אחרת הרי הן כפירות וככלי [ס"כ] לכל דבר ונקנין בק"ם וע"י משיכתן מתחייבים לתת כעות שפסקו ואם נטלו בנגדן מעות לא נקנו וי"א דאפילו מעות הרעות שלא נפסלו לגמרי רק שאינם יוצאין בהוצאה להדיא נקראים וכן הגריע רבינו הרמ"א [עיין בהגר"ע סקל"ג] :

יד לפי מ"ש דאין מטבע נקנה בחליפין אין דרך כלל לזכות במטבע במתנה כשאין המטבע ברשות הנותן דבדרך נקח יש דרך לקנותה שהלוקח ימשוך המטלטלים ויתחייב להמוכר הדמים אבל במתנה כשאין המעות ברשות הנותן וא"א שהמקבל ימשוך אותם אין דרך לקנותם אלא אגב קרקע ויקניהו קרקע כל שהוא ואגבן כך וכך מעות או להשכיר לו קרקע כל שהוא או להשאילו ואגבן המעות וכיון שזכה המקבל בהקרקע באחד מדרכי הקנייה זכה במעות המתנה ודוקא אם המעות קיימים אף שאינם ברשותו ומופקדים במקום אחר ולא כפר המפקיד דאם חבירו כופר לו מה יקניהו ואף דהרשאה כותבין גם בדכפריה כמ"ש בסי' קכ"ג והו מפני התקנה כמ"ש שם מ"ם להקניהו לגמרי אין ביכולת וראובן שהיה לו חוב על שמעון והקנה ללוי קרקע ואגבו החוב לא קנה החוב דמלוה להוצאה ניתנה ורק במעמד שלשתן יכול להקנות לו ובסי' קכ"ו נתבאר בזה פרטי דינים ע"ש וכן יכול להקנותו ע"י מבירת השט"ח כמ"ש בסי' ס"ו ויש מי שאומר דחוב יכול להקנות בקניין אגב וצ"ע [ס"ך] וי"א עוד דדרך לזכות במטבע ע"י הודאה שיודה שיש לפלוני אצלו מעות כך וכך אע"פ שודוע שאינו כן וי"א דהודאה אינו מועיל רק בשב"ם ולא בבריא [עכ"ך סי' סקל"ג] :

טז הקנה לו קרקע ומטלטלים במעות אע"ג דמטלטלין אין נקנין במעות מ"ט כיון דמן התורה מעות קונות וכללן עם הקרקעות מינו דחייל הקניין על הקרקע חייל נמי על המטלטלין [עכ"ם סי' ל"ם סקי"ן] ואינו דומה לקני אתה והבהמה שבסי' ר"ט ולדין שבסעי' ח' מפני הטעם שכתבנו ויש מי שמסתפק בזה [מל"מ פ"י ממכירה] ולדינא נראה כדיעה ראשונה ודווקא שהקנם בשני פרוטות לא פחות אבל בפחות מזה הוה ספיקא דדינא אף לקניית הקרקע כמ"ש באהע"ז שם לעניין קידש שתי נשים בפרוטה ע"ש [כ"ל] וכן אם מכר לו מטלטלין ופסק עמו ליתן לו דבר שלב"ל ג"כ ומשך הלוקח את המטלטלין חייב ליתן לו לאחר זמן גם את הדבר שלב"ל שהתחייב עצמו דחיוב חל גם על דשלב"ל [כ"מ] ואם הבטיח לפועל חפץ בשכרו וא"ל חפץ זה יהיה שלך בשכר פעולתך כיון דאין לו בהפועל קניין הגוף לא חשיבא פעולתו רק בנתינת דמים על החפץ ולכן אם הבעה"ב חוזר בו מקבל מי שפרע וישלם לו מעות אבל אם א"ל אתן לך חפץ זה בשכרך לא הוי קניין כלל על החפץ דקניין אתן אינו קנין כמ"ש בסי' רמ"ה ויכול לסלקו במעות [שם] וכן לעניין מה שנתבאר דדמים אינם נקנים בחליפין כשהן בעין וייחדם אם אמר בלשון חיוב שמחייב א"ע ליפרע בדמים אלו או שא"ל לא יהא לך פרעון אלא מדמים אלו קנה במשיכת המטלטלין כיון דהתחייב עצמו לשלם יש לזה תורת דמים ולא תורת חליפין [שם] :

מז אין להקשות על כל מה שנתבאר בסי' זה דבשמשך אחד מהם קנה השני בחליפין את הדבר השנית ולמה לא חששו לשמא יאבר לו נשרף חפצך כמו שחששו בקניין מעות די"ל דכיון דברוב חליפין שע"י ק"ם ליכא חשש זה לא חששו בבל מיני חליפין [כם סק"נ] וגם במה שנתבאר בסעי' הקודם בהקנה לו קרקע ומטלטלין ביחד דקונה בכסף אין לחשוש חששא זו כיון דבקניית מטלטלין עצמן חששו לזה והיא רובא דרובא לכן לא חששו במיעוט כזה בהקנאת קרקע ומטלטלין וכן בכל מה שתמצא שלפעמים לא חששו לזה הוא מטעם זה [שם סי' ר"ך] :

סימן רד [דין מי שפרע בקניין מעות ומתי נקרא מחוסר אמנה ובו ט' סעיפים] :

א מי שנתן דמים ולא משך המטלטלין אע"פ שלא נקנו לו המטלטלין כמ"ש בסי' קצ"ח מ"ם כל החוזר בו בין לוקח בין מוכר לא עשה מעשה ישראל וחייב לקבל מי שפרע ואפילו לא נתן אלא מקצת הדמים ורוצה לחזור על מה שלא קיבל דמים מ"ם חייב לקבל מי שפרע דכמו דבקרקע קנה כולה במקצת כסף בדלא עייל ונפיק אזוזי במ"ש בסי' ק"ץ כמו כן במטלטלין קונה במקצת כסף את המטלטלין לעניין ההחיובות מי שפרע ויש מהגדולים שכתבו דגם בקרקע במקום שכותבין את השטר דלא קנה במעות בלבד כמ"ש שם מי שחוזר בו מקבל מי שפרע ויש חולקים בזה ום"ל דמי שפרע אינו רק במטלטלין מפני שמן התורה הוי קניין גמור ועקרוה לקניין זה לכך תקנו מי שפרע אבל בקרקעות לא הקנו [עכ"י ובתוס' כתובות ל"ג: ד"ס עד מטלטלי דיש בקרקע מס"ס] :

ב כיצד מקבל מי שפרע אוררין בב"ד ואומרים מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמירה ומבוצרים שטבעו בים הוא יפרע ממי שאינו עומד בדיבורו וי"א שאומרים לו בלשון נוכח הוא יפרע ממך אם אינך עומד בדיבורך וי"א שהש"ץ אומר לו כן ברבים בבהכ"נ ואין המנהג כן וגם אין מקללין לנוכח אלא בבית הב"ד מקללין אותו בין שיש שם רבים או לא [כ"מ] ולמה בחרו בקללה זו מפני שבאלו נראה ונתפרסם השגחת הש"י על המעשים הרעים [סמ"ע] ועוד דפיו דיבר שוא כמו אלו אשר פיהם וגו' [מהרש"ל] ועוד דשבר מצוה ועונש עבירה בהאי עלמא ליכא והרבה מבני אדם שאין חוששין לעונשי עוה"ב וכל מעיינם רק בהבלי העוה"ז לכך אומרים לו מי שפרע מאלו בעוה"ז כן יפרע ממך בעוה"ז ומזה אולי יהחרט ויקיים דברו [כ"ל] :

ג מי שאינה לחבירו בשיעור שתות דהדין הוא דקנה ומחזיר אונאה כמ"ש בסימן רכ"ו והלוקח נתן דמים ולא משך עדיין את החפץ אם הבאונה אינו רוצה להחזיר את האונאה ואומר כיון שלא היתה משיכה רצוני לחזור חייב לקבל מש"פ וכן אם המאנה רוצה להחזיר האונאה והמתאנה חוזר בו חייב לקבל מש"פ [ס"ך] וכ"ש בפחות משתות דהוי מחילה חייב החוזר לקבל מש"פ וכן אם הלוקח לא נתן מזומן רק שט"ח על עצמו והמוכר נתרצה בזה ואח"כ חזר בו אחד מהם חייב לקבל מש"פ [ס"מ] וכן אם אמר המוכר תן מנה לפלוני ותקנה לך המטלטלין שלי ונתן המנה להפלוני ואח"כ חזר בו אחד מהם חייב לקבל מש"פ [שם] דזהו ג"כ בקניין מעות כמ"ש בסימן ק"ן ויש מי שרצה לומר דבכה"ג הוי קניין גמור מטעם דלא שייך שיאמר לו נשרף מחורתך ואינו כן דלא פלוג רבנן בתקנתא ואין בזה רק מש"פ [שם] :

ד הפוסק על שער שבשוק וקבל דמים ולא היה לו א'תו המין שפסק עליו יתבאר בסי' ר"ט שאם פסק בהיתר צריך לקבל מש"פ ואם באיסור א"צ ודינים אלו נתבארו בי"ד סימן קע"ה וכן אם מכר לו בדברים כלבד ופסקו הדמים ורשם הלוקח רושמו על המקח כדי שיהיה לו סימן ששלו הוא אע"פ שלא נתן מהדמים כלום מקבל החזר בו מש"פ דחז"ל תקנו דרושם ליהוי כנתינת מעות [ב"מ ע"ד] ואם המנהג הוא שע"פ הרושם קונים קניין גמור נקנה לגמרי ואין אחד מהם יכול לחזור בו וזהו כשרשם בפני המוכר או שא"ל רשום מקחך כמ"ש בסי' ר"א ע"ש :

ה מי שהיה לו חוב אצל חבירו וא"ל מכור לי מטלטלין אלו בחוב שיש לי אצלך והושוו ביניהם י"א שזהו כנתינת דמים וכל החזר בו מקבל מש"פ ויש חולקים דמלה להוצאה ואינה קניין כלל ואינו קונה אלא בהנאת מחילת מלוה אפילו לא מחל לו לגמרי רק שהרויח לו זמן הפרעון דבכה"ג גם לעניין קדושין הוי ממון כמ"ש באהע"ז סימן כ"ח ואם עדיין לא הגיע זמן הפרעון אף שהרויח לו זמן הפרעון על יותר ממה שקבעו הזמן בשעת ההלואה מ"מ לא מקרי הנאה [סמ"ע] ראין ההנאה עתה אלא לאחר זמן ובהנאת מחילת מלוה או בהרווחת זמן כשא"ל יקנה לי חפץ שלך בהנאה זו הוי כממון והחזר מקבל מש"פ ובחוב הבא מחמת מכר נתבאר בסי' קצ"ם סעיף ג' דלכ"ע מהני ע"ש ויש חולקין בהרווחת זמן משום דהוי כריבית ובמקח של איסור אין בו מש"פ כמ"ש בסימן ר"ח [קה"ת] :

ו ראובן שהיה חייב לשמעון מנה ואמר שמעון לראובן מטלטל זה אמכור לך במנה ונתן לראובן המנה יכול שמעון לומר מנה זו אני נובה בחובי והחפץ לא אתן לך ואיני במי שפרע ואם א"ל ראובן הא לך עוד מנה ותן לי החפץ צריך ליתן או לקבל מש"פ כמ"ש בסימן ק"ץ לעניין קרקע ע"ש וכן הלוקח מחבירו קרקע או מטלטלין ופסקו הדמים והניח משכון על הדמים לא קנה ואין על החזר מש"פ דמנה אין כאן משכון אין כאן כמ"ש שם וכל מקום שיכול לחזור בו אפילו אם כופר בעיקר הדבר א"צ לישבע על זה כיון שאפילו אם יודה יכול לחזור בו [ס"ך] וכמ"ש בסימן פ"ז :

ז נתן דמי המקח ונאנס המקח קודם שלקחו הלוקח וא"ל תן לי מקחי או החזר לי מעותי אע"פ שיש ערים בדבר שנאנס המקח והמוכר לא נתרשל להציל ולא היה בכחו להצילו מ"מ מחזיר הדמים ואין כאן מש"פ דביון דעדיין לא קנה לגמרי הוה ההפסד על המוכר וי"א דה"ה למי שחוזר בו מפני שהוא מתירא שיופסד המקח ואף שעדיין לא נפסד רק שיש חששא שיפסד א"צ לקבל מש"פ כי זה לא נתקן אלא במקום שאין הפסד רק שחוזר בו מפני יוקרא וזולא בזה תקנו חז"ל מש"פ אבל במקום חשש הפסד לגמרי לא תקנו ואין המוכר יכול לומר כשיופסד אחזיר לך המעות דיכול הלוקח לומר לו לא ניחא לי למיקם עליך בדינא ודיינא וי"א דזהו דוקא כשיכול להיות ההפסד בכל המקח אבל במקצת הפסד אין לו לחזור בשביל חששא אבל כשהיה ההפסד אף במקצת וההפסד קטן יכול לחזור בו ואין כאן מש"פ כיון שעדיין לא קנה לגמרי ודלא כיש מי שחולק בזה [כנ"ל וכ"מ מהרש"ם ומ"ש סעי' מ מהי"ו אין לסיוע כלל דשניהם עב"י ודו"ק] :

ח הנושא ונותן בדברים בלבד אע"פ שיכול לחזור בו ואינו חייב במי שפרע מ"מ ראוי לו לאדם לעמוד בדיבורו אף שלא עשה שום קניין רק דברים בעלמא וכל החוזר בו בין לוקח בין מוכר אין רוח חכמים נוחה הימנו והרי זה מפחוסרי אמנה וזהו דוקא כשלא נשתנה המקח מהזמן שנמכר עמו בדברים עד עתה אבל אם נשתנה זקא אין זה ממחוסרי אמנה ולא דמי למעות דצריך החוזר לקבל מש"פ אף בהוזל או הוקר וזהו מפני שמעות הויין מדאורייתא קניין גמור אבל דברים בעלמא אין צריך לקיים במקום שיש לו הפסד משינוי המקח ואין זה מחוסר אמנה דהא לא הבטיח לו בעת שהיה

מקח כוזה וי"א דאפילו בכה"ג יש בו משום מחוסרי אמנה דכיון דבאיש אמונים הוי דברים נמר עניין סה לו לשינוי מקח ורבינו הרמ"א הכריע כדיעה זו והאחרונים נסתפקו בזה ומירושלמי משמע כדיעה ראשונה [הגר"ם] ונראה דמדינא וודאי אין בזה משום מחוסרי אמנה רק ממידת הסידות [ומ"ש בכל זה ע"ק]:

ט וכן מי שאומר לחבירו ליתן לו מתנה ולא נתן ה"ז מכחוסרי אמנה בד"א במתנה מועטת שהרי סמכה דעתו של המקבל בשעה שהבטיחו אבל במתנה מרובה אין בזה חסרון אמנה שהרי בודאי לא סמך המקבל על דברו עד שיעשה איזה קנין ואם המקבל הוא עני והבטיח לו בתורת צדקה אפילו במתנה מרובה אינו יכול לחזור בו כמו שיתבאר בעין זה בסימן רמ"ג ועי' יו"ד סימן רנ"ה [נמ"ר] וכן אם רבים אמרו ליחיד ליתן לו מתנה יש מי שאומר דנקראים מחוסרי אמנה כשחוזרים בהם אפילו אם היא מתנה מרובה ואפילו אינו עני דברבים מקרי מחוסרי אמנה אף בדבר גדול מפני שהמקבל סמך על דבריהם שבודאי יקיימו ועוד דעל כל יחיד לא יגיע מתנה מרובה [סמ"ע] ויש מי שמשמע מדבריו שאין יכולים לחזור בהם כלל דברבים הוי דברים בקניין נמור [הגר"ם סק"ח] וצ"ע לדינא:

סימן רה [דיני מסירות מודעות ומכירה ומתנה באונם ובו כ"ו סעיפים]:

א דבר ידוע ומוסכם שכל פעולה שאדם עושה באונס אין עשייתו כלום והרי גם עכירה כשעשה באונס אינו נענש על זה כדרכיב ולנערה לא תעשה דבר באונס רחמנא פטריה וכ"ש בדבר הרשות לפיכך אם אנסו לאדם שיתן קרקעו ומטלטלו אע"פ שעשה קניין ותתם בשטר אינו כלום ואפילו האנס מגזם לו שיכיהו ויהרגיהו מ"מ אינו מקנה לו בלב שלם דאומר בלבו אתבע ממני אחר זמן בדין או בערכאות ואף שהאנס הוא אלם הלא מצויין בעלי זרוע ליפול וזה שאמרו חז"ל שבעת החורבן אגב אונסייהו גמרו והקנו שדותיהם [ניטין ל"ח:] בלא דמים שאני התם שהיתה שעת מלחמה והיו מופקרים להריגה והקנו בלב שלם כדי להנצל מגזירת ההרינה אבל בכל הזמנים לא שייך דין זה [ב"י]:

ב ודוקא כשאונסים אותו שיתן בלא מעות אבל אם אנסוהו למכור ברמי שויה ונתנו לו המעות וקבלם מרצונו או אפילו נתנו לו המעות בע"כ ואמר רוצה אני מכירתו מכירה [הגר"ם] וכך אמרו חז"ל [ב"ב מ"ח] הלוהו ויבין וביניה ובינא דסברא הוא כיון שאונסין אותו ונותנין לו דמים באופן שאינו מפסיד כלום [רמב"ם] גמר ומקנה בלב שלם אבל אם אינסין אותו שיתן בפחות משויו הוי כאנסוהו ליתן מתנה [קוב] דמה לי הפסד גדול או קטן ואף שבפרטי מודעא יש חילוק ביניהם כמ"ש בסעיף ט"ו ואין חילוק בזה בין קרקע למטלטלין בעיקר הדבר רק לעניין פחות משויה בקרקע יתבאר שם דאין דינה שוה למטלטלין:

ג ודעת הרמב"ם ז"ל בפ"י ממכירה שאע"פ שלא לקח הדמים בפני העדים אלא שהודה בפני עדים שקבל המעות ועכשיו טוען המוכר שלא קבל כלל רק אנסוהו להורות אין שומעין לו דאם היה האמת כן היה לו לכסור מודעא [סמ"ע] ויש חולקין וס"ל דבעינן שיראו נתינת המעות והודאה לאו כלום הוא דכשם שאנסו על המכירה כמו כן אנסו על ההודאה וכן נראה דעת רבינו הרמ"א וע' ט"ש בסעיף כ"א וי"א עוד דבעינן חזקא נתינת מעות אבל אם נתן לו האנס שטר על המעות אינו קונה אף שבטוח הוא במעותיו דכיון דלא נתן מזומן לא נמר והקנה [סם] ויש חולקין בזה דכיון דבטוח הוא במעותיו גמר והקנה ויש מי שאומר דבנתן האנס שט"ח על המעות גם דיעה ראשונה מודה דהוי כמזומן וגמר והקנה ולא נחלקו בזה רק שנחלקו כשנתן לו המוכר שטר מכירה ואו לא נתן לו האנס מעות ועתה רוצה האנס ליתן לו המעות דס"ל לדיעה ראשונה דלא נמר והקנה בשטר לחוד והיש חולקין ס"ל כיון דכתב שטר מכירה נמר והקנה כיון שלא מסר כוודעא ויקבל עתה מעותיו [ט"ך] וכשכתב שטר עם אחריות אפשר דלכ"ע מהני וצ"ע לדינא:

ד וכל זה כשהמוכר לא מסר מודעא אבל אם מסר מודעא קודם המכירה ואמר לשני עדים דעו שזה שאני מוכר חפץ פלוני או בית פלוני או שדה פלונית לפלוני אנוס אני הרי המכר בטל בכל ענין ואפילו החזיק בה האנס כמה שנים מוציאין אותה מידו ומחזיר הדמים להאנס וא"צ גם לעשות מחאה בכל הג' שנים רכיון דמתחלה ירד בה בחמסנות וידוע זה לעדים למה לו לעשות מחאה ואף אם העדים לא כתבו המודעא הוי מודעא דכיון שמעידים שבפניהם מסר המודעא אין הכתיבה מעכבת ואם האנס עשה בה איזה תקון דיינינן ליה כיורד שלא ברשות שיתבאר בסימן שע"ה [ל"ל] ומודעא צריך להיות בפני שני עדים כשירים [ל"ל] ובפני עד אחד אינו כלום ואע"ג דהוא רק גילוי מילתא בעלמא מ"מ כיון דבלא המודעא אמרינן דגמר והקנה לכן כשמוסר המודעא ועל פיה אנו מבטלין המכר צריך להיות בפני שנים וכשירים ודוקא כשמסר מודעא קודם כתיבת השטר מכירה אבל אח"כ אין המודעא כלום דאל"כ בכל השטרות שבעולם כשיתחרט אח"כ יבא לפוסלן [רמב"ם] וכן במטלטלין אחר המשיכה אינו מועיל מודעא וכן בקרקע אחר שהחזיק באיזה חזקה אינו מועיל מודעא [ל"ל] ואע"ג דהעדים צריכים לירע האונס וא"כ נקבל המודעא גם אה"כ

אח"כ כיון שיודעים האונס מ"מ כיון שלא מסר המודעה מקודם אמרינן שנתרצה מקודם ועתה רוצה לחזור בו:

ה כשמודיע מודעאתו להעדים צריכים העדים לידע בעצמם שהוא מוכר מפני האונס ושהוא אנוס ודאי ויודעים מהו אונסו ולא שיסמכו על פיו מפני שיש כמה אונסים שמדינא לא נחשבים לאונס כאשר יתבאר ולכן כל מודעא שאין כתוב בה אנו העדים ידענו שפלוני זה אנוס הוא אינה מודעא וכשכתוב כן אמרינן דודאי ידעו שהיה אנוס באונס כזה שמבטל המכירה ע"פ הדין וכשהעדים מעידים לפני ב"ד על המודעא ידרשו ב"ד מהם אופן האונס רכל מה דאיכא לברורי מברירין ושמא לא היה אונס כלל ע"פ הדין [ל"ן] בר"א במכירה אבל במתנה או מחילת חוב אין צריכין העדים להכיר באונסו ולפנינו יתבאר המעם בזה ובמכר אם אין מכירים אונסו לא יכתבו לו מודעא ויש מי שאומר שאפילו אומר להעדים כתבו לי סתם שמסרתי מודעא בפניכם וכשיודע האונס שלי יצורף עדותכם לבטל המקח אין שומעין לו משום דחיישינן לב"ד מועין כשיראו בידו זה הכתב מהעדים לא יחקרו עוד לברר האונס מיהו אם כבר נכתבה מודעא כזו והביא אח"כ ראיה בעדים שאנוס היה בטלה המכירה דאין זה רק חששא בעלמא:

ו מה נקרא אונס אחד אונס הגוף ואחד אונס ממון בין בידי כותים בין בידי ישראל ולא אמרינן הרי אין זה אנוס כלל דיכול להובעו לדין דפעמים אין ב"ד מוכן לפניו [כסנ"ס] או מסיבה אחרת אינו יכול להובעו לב"ד וכ"ש אם הוא אלם דלא ציית דינא וכן האונס את חבירו בהבאות או תלאו עד שמכר לו או הפחידו בדבר שאפשר לו להאנס לעשות מיהו י"א דהפחדה לא מיחשב אונס דעביד אינש דנזים ולא עביד ולכן תלוי דבר זה לפי הענין וכפי ראות עיני הב"ד או העדים ולפעמים יש מין אונס מממון שאין העדים ביכולתם להכיר האונס קודם המודעא אלא אח"כ יתבוננו ויראו ויכתבו המודעא כמעשה שהובא בגמ' באחר ששכר פרדם מחבירו לעשר שנים וביד המשכיר לא היה שטר מהשוכר שהפרדם הוא אצלו רק בשכירות ואחר שאכלו השוכר ג' שנים רוהו שיעור חזקה ויכול לטעון לקוח הוא בידי כמ"ש בסימן ק"מ אמר להמשכיר בינו לבינו אם לא תמכרנו לי זה הפרדם אכבוש שטר השכירות שבידי ממך ואטעון שלקוח הוא בידי וכן אמר לפני ב"ד בשתבעו מה עשה המשכיר סיפר הדברים לפני עדים וייחר אותם במקום מוסתר שהשוכר לא יראה אותם והם ישמעו מה שידברו ושמעו שא"ל להשוכר הנני מוכרח למכור לך אחרי שאין רצונך להודות לפני עדים ששכורה היא בידך וכתב לו שטר מכירה ואח"כ תבעו לב"ד והראה השטר מכירה והעמיד המשכיר את העדים ששמעו שהוא אנוס להמכירה ועתה אינו יכול לטעון שמכורה היא לו מכבר כיון שבעצמו הראה שטר המכירה שכתב לו עתה ועל זה יש עדים שאנוס היה ואמרו הכמים כיון שמסר מודעא ונתגלה אנוסו אין המכירה כלום שהרי יש לו עדים שהוא אנוס ויש עדים שכפר בב"ד והם הם עידי המודעא וכן כל כיוצא בזה [עט"ז]:

ז באיזה אונס אמרו באונס דאתי ליה מהלוקח עצמו או מגיריה דיליה אבל באונס דאתי ליה מנפשיה כגון שמוכר מפני דוחקו למעות וכה"ג אין זה אונס דעצם המכירה היא ברצון דאל"כ רוב מוכרים אנוסים הם ואפילו באונס דאתי ליה מאחריני דוקא שאנסוהו למכור אבל אם האונס הוא על ענין אחר כגון שאנסוהו ליתן מעות ומחמת זה הוכרח למכור לאחר נכסיו ולפדות א"ע מיד האנס אין זה אונס ומכירתו מכירה כיון שמצד הלוקח לא היה לו אונס ולכן אם הלוקח עצמו הוא האנס אף שלא אנסו על מכירה זה ה"ז אנוס ואין מכירתו כלום [ס"ך] וכן אם האונס לא היה כלל עליו אלא על איש אחר שאנסו להאחר ביסורים עד שזה יכבור לו נכסיו אין זה אונס כיון שלא היה האונס על עצמו ואם אנסו את האב שהבן יכבור הנכסים או אנסו את הבן שהאב יכבור הנכסים יש בזה מחלוקת הפוסקים אי מקרי אונס דנפשיה או לא כמבואר באהע"ז סימן קל"ד ואם אנסו את אשתו וודאי דהוה כאונס עצמו דכגופו דמי [ל"ן]:

ח ולפיכך הצריכו חכמים שיתוודע האונס להעדים מפני שחששו שמא היה אונס דאתי לו מנפשיה כגון שצריך למעות ומוסר עתה מודעא ולכשירווח לו יבטל המכירה ע"י מודעא זו או שמא היתה אונס שלא על גופו אבל כשיודעים באונסו לא יקבלו מודעאתו עד שידעו שע"פ הדין הוי אנוס ונם אפילו במתנה יש לפעמים שאנוס הוא ומדינא אינו אנוס כגון שמצבו דחוקה והוא רואה שבשיתוק מתנה לזה ירווח לו מצבו ע"פ סיבת זה האיש ולכן אף שנותן המתנה מפני הכרח הענין שיש לו אבל עכ"פ המתנה היא ברצון וכן בעניני ניתין דאל"כ הרי הרבה מתנות באנוסים הן והרבה ניתין בגון מי שאשתו שונאתו והוא אוהבה ומוכרח לגרשה מפני שנאתה אותו האם נאמר שהגט הוא באונס אלא וודאי כיון שעצם הגט נותן ברצון אף שבסיבתו הוא אנוס מ"מ אין לנו לדון רק על מעשה הגט בעצמו וכן במתנות:

ט כתבו הרמב"ם והש"ע בד"א שצריך שידעו שהוא אנוס במוכר או בעושה פשרה אבל במתנה או במחילה אם מסר מודעא קודם אע"פ שאינו אנוס הרי המתנה בטילה שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן שאם אינו רוצה להקנות בכל לבו לא קנה המקבל מתנה והמחילה מתנה היא עכ"ל ולמדנו מזה שאע"פ שיודעים שאינו אנוס מ"מ כיון שאינו רוצה ליתן בלב שלם אין זה קונה המתנה והמחילה אינה מחילה וכן הסכימו הרבה מהפוסקים ויש מרבותינו שאומרים דודאי כתבינן מודעא במתנה ומחילה אף שאין יודעים אונסו אבל המעם הוא דאמרינן דמסתמא הוא אנוס דאל"כ

למה

למה מיסר המודעא אבל אם ידוע לנו שאינו אנוס אין מודעאתו כלום [רמב"ם ורמב"ן סוכה כב"י] ואין להקשות דא"כ ניחוש שמא הוא אנוס במה שע"פ הדין אינו אנוס די"ל דבמתנה וגט כל מין אונס הוי אונס כשמוסר מודעא אבל כשאינו מוסר מודעא אין זה אונס בכהיג ובש"ע לא הובא דיעה זו :

י לפי מה שנתבאר במכר אף שידעינן בבירור שהוא אנוס אם לא מסר מודעא מכירתו מכירה דמפני קבלת המעות מקנה בלב שלם וכשמוסר מודעא צריכין להביר אונסו מה שע"פ הדין הוי אונס ואם לא ידעו אונסו לא יקבלו מודעאתו וכ"ש שלא יכתבו לו את המודעא אבל בגט ובמתנה ומחילה כשמוסר מודעא כוהבין לו תמיד אף שלא ידענו אונסו ואף אם ירוע שאינו אנוס לרוב הפוסקים במ"ש בסעיף הקודם ואם ידענו שהוא אנוס אף אם לא מסר מודעא בלל במחלה הגט והמתנה והמחילה דתליוהו ויהיב לא הוי מתנה ורווקא כשאנסו אותו על המתנה עצמה אבל אם אנסהו לדבר אחר ונתן המתנה להפסר מהאונס האחר ולא מסר מודעא מתנתו קיימת אבל כשמסר מודעא המתנה במחילה וכן במחילה וגם במכר כה"ג כשמסר מודעא המכירה במחילה ואם אנסו אותו ליתן שט"ח אין בו ממש אפילו בשלא מסר מודעא דלא שייך בזה לומר גמר והקנה כיון דעדיין לא נתן מעות [סס וכל מ"ש בסעיף זס כ"כ גס הסמ"ע ומ"ש הקצה"ח ל"ע ודו"ק] :

יא כשבא מסירת מודעא לפני ב"ד צריכים ב"ד לחקור ולדרוש בזה איזה אונס היה כי רוב בני אדם אינם בקיאים מה הוא האונס המועיל ע"פ הדין ואף שבותבים והברנו באונסו יכול להיות שאינו אונס ע"פ הדין ובשהעדים מגידים האונס ונמצא שאינו אונס מן הדין אין נקראים חוזרים ומגידים דעבידי דמעי בבה"נ [מגיד] :

יב כשמסר מודעא והעדים ידעו באונסו אף אם המכירה היתה אח"כ ואינם יודעים שלא נסתלק האונס הוי מודעא אם לפי השערתם לא היתה סיבה שיסתלק האונס בעת המכירה אבל אם לפי השערתם נסתלק האונס בשעת המכירה אינה מודעא עד שיתברר הדבר אם נסתלק האונס אם לאו [מגיד] :

יג ראובן היה חייב מעות לשמעון ולא היה יכול לגבותם ומכר לראובן קרקע וקודם המכירה מסר שמעון מודעא בפני עדים ואמר להם אמכור לו הקרקע שלי נופני שראובן רוצה להבריח נכסיו לכן אמכור לו הקרקע כדי שאוכל למשכנו בחובי והעדים יודעים שכן הוא הוי מודעא [מחוסת ק"י] ויש להסתפק אם המכר בטל אם לאו [ס"ך וכמ"מ] ולי נראה מירושלמי שם שהמכר בטל דאיתא שם שיכול לגבות דוקא מקרקע זו אע"פ שיש לו לראובן אחרת כמותה ואם המכר קיים למה יכול לכופו בזה [ומ"ש סס פנע פעמך דסס ל' קרקע מכ יכול מימר דידי מנע בעי וכו' כ"ל דאכו הסמלה סס למכר קיים ומנביסו מס שילמ מו המכר בטל וגופס שט וכזס מ"ש דהכמ"ס

מיט סופר הירושלמי ותירוץ סרח"ס מוכרח והמפרשים כדחקו] סס ודו"ק] :

יד ישראל שהיה חייב לעכו"ם מעות בלא ריבית ולא היה לו מה לשלם ואנסו העכו"ם עד שהוכרח ליתן לו ריבית כדי שימתין לו ואח"כ מכר החוב לישראל אין יכול הישראל לגבות הריבית ממנו והטעם דהריבית הוא כמתנה כיון שלא פסק לו הריבית בשעת הלואה ואנוס הוא על הריבית ובמתנה סני באונס בלא מודעא כמ"ש אם לא שבשעה שנתן הישראל שטר להעכו"ם על הריבית היה ברצון טוב כגון שהעכו"ם עשה לו איזה טובה או שבשעת הלואה התחייב עצמו בהריבית ואז בשמכר את החוב לישראל צריך לשלם לו גם את הריבית שהיה חייב להעכו"ם [מ"מ] :

טו יש מי שאומר דהא דאמרינן דכשלא מסר מודעא ממכרו ממכר אם הוא בקרקעות אפילו לא נתן לו כל שווי לפי שאין אונאה לקרקעות אבל במטלטלין כיון שיש בה כדי אונאה או כדי ביטול מקח אין כאן תורת מקח וה"ס בשאינו כופהו אלא על המכירה ובסכום המעות לא היה כפיה אבל אם כפה אותו ליתן לו בפחות משויו אף בקרקע אין כאן תורת מקח והוי כמי שאנסוהו ליתן שאינה מתנה ולכן אם רק ידוע שהיה אנוס על סכום המעות מכרו בטל אף כשלא מסר מודעא בכמתנה מיהו לעניין ז' הוי כמכר דאם מסר מודעא צריכים העדים לידע באונסו דכיון דקצת דמים קבל י"ל שמא נמר והקנה אז בלב שלם וזה שאמרנו במטלטלין כשיש כדי אונאה הוי כמתנה אפילו ידע בעת המכירה מהאונאה וגם שהה כדי שיראה לתגר ס"מ אין מכירתו מכירה כבמתנה דלא גמר והקנה ואפילו לא מסר מודעא [מ"מ] ואם מסר מודעא צריכים לידע אונסו כמ"ש :

טז כתבו הרמב"ם והש"ע דוקא שנתבאר דהמוכר כשלא מסר מודעא מכירתו קיימת בר"א באונס שאנסו עתה והוא חמסן שכופה את המוכר למכור שלא ברצונו דבזה אמרינן כיון שמכר לו עתה וקבל מעות ומסר לו השדה ולא מסר מודעא קרוב הדבר שנתרצה אבל מי שגזל שדה מחבירו והוחזק בגזלן ואח"כ כפה את הגנזל ולקח ממנו שדה זו בטלה המכירה אף בלא מודעא כיון שהוחזק כבר בגולנות על שדה ולא עשה המוכר עתה מעשה להוציא עתה השדה מת"י נשאר הגולנות כמו שהיתה וכבר נתבאר בסימן קנ"א שיש חולקין בזה וי"א דבזה גם החולקים מודים דשם מיורי שמקודם יצאה השדה מת"י הגולן ובשבאה עתה ליד הגולן באה באונס כבכל אונסי מכירה ולא בגולות [סמ"ע] ויש חולקין בזה ואין חילוק בזה [ס"ז] ויש מי שחולק בעיקר דין זה ום"ל דאפילו בשלא יצאה מת"י הגולן אך אח"כ כשאנסו לא אנסו על מכירת שדה זו אלא אונס אחר ונתרצה לו במכירת אותה שדה מכירתו מכירה כשלא מסר מודעא [רמב"ן] ולדיעה ראשונה אין חילוק בין שהיה האונס

על השטה עצמה בין אונס אחר כיון שהאונס היה מהגזלן עצמו ואין דינה כמכר [ס"ל]:

יז פשטה דינה כמכר דכל פשטה היא ע"י טענות ההובע שאומר שהגזלן חייב לו כך וכך והנהבע אומר שאינו חייב לו כלל נמצא שהפשטה היא שכל אחד מוותר מקצת מענותיו כמו מכירה שזה מוותר מקחו וזה מוותר מעותיו [סמ"ע] וי"א דדוקא כשהפשטה היא מפני ספיקא דדינא או דמי למכר וצריך אונס ומודעא לבטלה אבל כשהדין ברור כאחד מהם רק השני אונסו לפשר עמו דמי למתנה שבטל מחמת אונס לחוד אבל מודעא בלא אונס אינו מבטל כיון שאינה ממש מתנה וכשהפשטה נעשית מחמת שהיה הכחשה ביניהם אם נתברר את"כ בעדים שהאמת כדברי האחר נתבטלה הפשטה גם בלא אונס ובלא מודעא דהני פשטה בטעות כמ"ש בסימן י"ב וכן כשאחד מהם הודה את"כ מעצמו שהאמת עם השני נתבטלה הפשטה [מ"מ] וכשהודה על הסכום שנתפשר עמו כגון שתבעו מנה וכפר בכל ונתפשר עמו בנ' ואח"כ הודה על אלו הנ' אינו יכול להשביעו על החששים שכפר כיון דלדבריו עכ"פ היתה הפשטה כדין לא נתבטלה וזה שאמרנו דפשטה דינה כמכר דצריך אינם ומודעא זהו דוקא כשאנסו סתם לפשר עמו אבל אם אנסו על הסכום שיתפשר עמו בכך וכך זה האונס בעצמו מבטל הפשטה אף בלא מסירת מודעא [סס] ויש מי שאומר דזה שפשטה דינה במכר זהו רק לענין שצריכין לידע שהוא אונס אבל אי ידעינן באונסיה אפילו לא מסר מודעא נתבטלה הפשטה דהוי כאנסוהו ליתן [רמב"ם] מיהו באחד שיש לו דין על חבירו והוא עצמו אינו יודע אם יוכה בדין פשטה כזו ודאי דינה כמכר לענין אונס [ב"ח]:

יח מתגה שכתוב בה אחריות נכסים דינה כמכר שבודאי היתה מכירה דאל"כ לא היה מתחייב א"ע באחריות ולכן מודעא בלא אונס אינה מבטלת אבל אונס בלא מודעא מבטלת אף שבמכר אינו כן משום דאמרינן דגם האחריות היה באונס ולא היה כאן מכר כלל [מ"ז] אם לא שידוע שכתיבת האחריות היתה בלי אונס ואז אפילו מודעא לא מהני שהרי אנו רואין שנתרצה ובזה גרע ממכר [סס]:

יט כתב רבינו הרמ"א דכל זה באנסוה למכור דאמרינן אגב אונסיה נמי ומקני אבל אנסוהו לקנות אינו קנין עכ"ל ויש חולקים בזה כמ"ש באה"ע סימן מ"ב ואדרבא דיותר קונה אדם ברצון משמוכר וגם לדעת הרמ"א אם הנאנס רוצה לקיים המקח אין המאנס יכול לבטלו [מ"מ] ואם אנסוהו למכור בעד שוה כסף הרי זה ככסף והמקח קיים וכשאנסוהו להחליף אם החליפין שוה בשוה המקח קיים להיש חולקים ואם אינו שוה בשוה דינו כבסעיף ט"ו ובאנסוהו למכור ונתן לו האנס משכון על הדמים י"א שקונה [סס] דהוה כמעות ושט"ח אינו כמעות ובסעיף ג' נתבאר ע"ש ועפק שותפות ושבירות נ"ל דדינם כמכירה:

כ עידי המודעא יכולים בעצמם לחתום גם על שטר המכירה שעליה נמסרה להם המודעא מהמוכר ולא אמרינן דמיחזי כשיקרא שחותמים על השטר מכירה והם בעצמם יודעים שאינה מכירה דאדרבא מצוה קעבדי להציל עשוק מיד עושקו וזה שכתבנו בסימן ס"ו די"א דעדים החתומים על השטר שאומרים מודעה היה דברינו אין נאמנים זהו כשאינם חתומים על שטר מודעא הנכתבת קודם המכירה אבל כשהם חתומים על המודעא שקודם המכירה פשיטא שמבטלת את המכירה וכ"ש אם אחרים חתומים על המודעא:

כא אפילו אם המוכר אומר לפני העדים בפני האנס ברצוני אני מוכר בלא אונס מ"מ המודעא קיימת דכשם שאנסו על המכירה כמו כן אנסו עד שיאמר שברצונו מוכר וכן אם הודה בפניהם אחר שמסר המודעא שלקח הדמים אין ההודעה זו כלום שיתחייב ע"י הודאה זו להחזיר הדמים להאנס דאמרינן דהאנס אנסו גם על ההודאה והרי העדים יודעים בשעת הודאתו שהוא אנוס ולכן אפילו לדעת הרמב"ם שנתבאר בסעיף ג' דהודאה על נתינת המעות הוי הודאה זהו כשלא מסר מקודם מודעא אבל כשמסר אין הודאתו כלום אבל אם ראו העדים נתינת המעות בודאי חייב להחזירם כשנתבטל המכר:

כב שטר מודעא היוצא לפנינו ואין בו זמן והעדים אינם בכאן ולא ידעינן אם נעשית קודם המכר או אח"כ המודעא כשרה ומבטלת המקח דכיון דידענו ע"פ עדים החתומים בהמודעא שאנוס היה מסתמא מסר המודעא קודם לכן דאל"כ לא היו העדים חותמים א"ע על המודעא וחזקה שכדין עשו ועוד כיון שלפנינו יש מודעא אין חזקת הלוקח חזקה ומוקמינן את החפץ בחזקת בעלים הראשונים עד שיתברר הדבר ולטעם זה בפשרה אם התובע הוציא לפנינו מודעא כזו אוקי ממונא בחזקת הנתבע [קל"מ] אבל להטעם הראשון גם בפשרה הדין כבמכר והעיקר כטעם הראשון דחזקת העדים שעשו כדין הוי חזקה נמורה ובש"ם מצינו כמה פעמים לחזקה זו [ל"ל]:

כג העידו עליו עדי המכר שבימל המודעא הרי המודעא בטילה ואע"ג דגם בזה אולי אנוס הוא מ"מ אמרינן דאגב אונסיה ונטל מעות נמר והקנה כמו בלא מסר מודעא אגב דידעינן באונסיה נמר והקנה כמו שנתבאר כמו כן במסר מודעא וביטלה ואיני דומה לאומר ברצוני אני מוכר דאין אמירתו כלום כמ"ש בסעיף ב"א דלא הזכיר ביטול מודעא אבל כשהזכיר ביטול מודעא הוי כלא מסר מודעא ויש מרבותינו שחולקים בזה וס"ל דכיון דודאי אנוס על ביטול המודעא אין הביטול כלום ודוקא כשלא מסר מודעא כלל אמרינן דמשום דקבל מעות נמר והקנה אגב אונסיה אבל כשמסר מודעא שאינו רוצה להקנות מה מועיל ביטולו דכשם שהוא אנוס על המכירה כמו כן הוא אנוס על הביטול מודעא

ואין תקנה לזה אלא כשיכתבו העדים שיודעים שבעת המכירה נסתלק האונס ורבותינו בעלי הש"ע סתמו כדיעה ראשונה ואפילו לדיעה ראשונה אם אמר לעדי המודעא הוו יודעין שכל קנין שאני לוקח לבטל המודעא הכל בטל ואיני אומר כך אלא מפני האונס שאתם יודעים הרי המכר בטל אף שקנו מידו לבטל המודעא מיהו גם בזה י"א דאם חזר וביטל כל המודעות על הביטולין שעשה בתחלה אע"פ שכל זה נעשה באונס מ"מ מועיל לקיים הטקח דסוף סוף אמדינן לדעתיה דכיון שמקבל מעות אנב אונסיה נמר ומקנה עהה בלב שלם אחר ביטולו אף שאמר מקודם מפורש שלא יועיל ביטולו ולכן נהגו לכתוב בשטרות כל מודעא דנפקא מגו מודעא עד עולם דאם לא כתב דנפקא מגו מודעא אף שכתוב עד עולם אינו מועיל דאין בכלל זה ביטול מסירת מודעא שמסר תחלה על ביטול המודעא דאח"כ [סמ"ע] :

כד יש מי שאומר דיש עוד עצה לכל הדיעות לבטל טענת אונס אף כשמסר מודעא ואף על הביטולים שיעשה כגון שיאמר הריני פוסל כל עדים שיאמרו שמסרתי מודעא על מכר זה והרי עשה אותם לגביה בעדים פסולים ואין אמירתם ועדותם כלום ואדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים מיהו אם על זה עצמו מסר מודעא מקודם ואמר דעו שמה שאפסול עדים הכל הוא מצד האונס ואין כוונתי לפוסלם אלא אהיה מוברח כן לומר בפי מפני האונס שוב אין תיעלת גם בתקנה זו [כ"י בסס סרסב"ח] ונראה דאם על הפרט הזה לא מסר מודעא ואח"כ פסל העדים אף שידענו שבכלל הענין אנוס היה ומסתמא היה אנוס גם על זה מ"מ הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וביון שעל זה לא מסר מודעא המכר קיים ויש להתיישב בזה :

כה וכ"ז במכר אבל במתנה כל זמן דידעינן באונסיה אע"ג דביטול מודעות אינו כלום ולא הוי מתנה דהא מתנה כשידעינן באונסו אף בלא מסירת מודעא מתנתו בטלה כמו שנתבאר וא"כ מה מועיל ביטולו ביון דידעינן באונסו ואינו מועיל רק אם יכתבו העדים שיודעים שנסתלק האונס והוא יבטל המודעות דבלא ביטול גם הסתלקות האונס אינו מועיל לרוב הפוסקים שנתבאר בסעיף ט' [כ"ל] אמנם גם במתנה כל זה הוא כשידעינן באונסו אבל אי לא ידעינן אונסו בלל מועיל ביטול מודעא גם במתנה ולכן נהגו לבטל מודעות בגט דכיון דלא ידעינן אונסיה לא יועיל אף אם מסר מודעא כיון שביטלה ובאה"ע סימן קל"ד נתבאר באורך כי גם בזה יש פרטי דינים הרבה וכתב רבינו הרמ"א דה"ח אם הורה באיזה דבר שאינו חייב הוי כמתנה לכל דבר ואף שאמר לפני עדים הוו עלי עדים אני חייב לפלוני כך וכך מ"מ כשנתברר שלא היה חייב לו אלא שעתה מחייב א"ע כמ"ש בסימן מ' דינו כמתנה לכל ענין המודעות :

כו כמו שמועיל מסירת מודעא על מכר ומתנה כמו כן מועיל לענין שבועה שאם נשבע לתת מתנה לאחד וקודם השבועה מסר מודעא שאנוס הוא על השבועה אף דלא ידעינן באונסו מ"מ הרי היא כמתנה עצמה דמועיל מודעא אע"ג דלא ידעינן באונסו כמו שנתבאר ודין זה הוא כשבועת אונסים שנתבאר ביו"ד סימן רל"ב ולא מצרכינן להכיר אונסו בכמכר דכיון שהיא על מתנה דינה כמתנה [זסו כוונת סס"ך בסק"ס ובנד"ס ומ"ס סמס"מ ג"ע למיך נתיר שאלס בימס שלמובמ תבירו ונס מ"ס סס שבועה מקרי לוקס בתמס ג"ע סס נשבע ברמו מס מועיל שמתחרט ומס בלוקס ולפי ליט כלוס ושעיקר כמ"ס ודו"ק] :

סימן רו [כשאמר כשאמכור אמכור לך או כשומת ב"ד ובו ד' סעיפים] :

א האומר לחבירו כשאמכור שדה זו הרי היא מכורה לך מעכשיו במנה וקנה מידו על כך ולאחר זמן מכרה לאחר במאה קנה הראשון אבל אם לא אמר מעכשיו ה"ז כקנין דברים וכאסמכתא ובמעכשיו ליכא אסמכתא כמ"ש בסימן ר"י ולכן לא הוי בקנין דברים אבל אם מכרה ביותר ממנה או שהחליף עם אחר על איזה חפץ קנה האחרון דהרי לא א"ל אלא כשאמכור שימכור מרעתו במנה והרי לא רצה למכור במנה ולא מכר אלא מפני התוספת שהוסיף זה או כפני החליפין ונמצא כמו שנאנס בהמכירה ואפילו נתייקרה אח"כ [כ"מ] ואף אם נם הוא רוצה ליתן מקח זה אין מוציאין מהשני דמכירתו של השני ננמרה והוא עדיין לא קנה אבל אם לא הזכיר הסכום רק א"ל כשאמכרנה אמכור לך אפילו אמר מעכשיו לא קנה הראשון דכיון שלא הזכיר הסכום לא סמכה דעתו כלל ולשון אמכור תלוי במ"ש

ב וכ"ז מיירי כשאמר בלשון כשאמכור אמכור לך דאינו לשון בירור ולכן צריך להזכיר סכום המעות אבל אם אמר לא תמכור אלא לי או שהמוכר אמר לא אמכור אלא לך או אינה מכורה אלא לך או שהתנה בפירוש שאף אם יתנו לו יותר ממה שקצב מכורה לו תנאי קיים דכל תנאי שבממון קיים ביון דאמר מעכשיו וקנה ממנו הרי מכורה לו מעכשיו [ולפ שמסרי"ף סוסס כ' מסמע דלמ"ל מעכשיו למסס סס מיירי בשומף] :

ג י"א דאם אמר בלשון חיוב הריני מתחייב למכור לך מהני גם בלא מעכשיו וכשכתב שמר בלשון חיוב או שקנה בק"ס על חיוב זה דהחיוב חל על גופו [נס"ם בסס ר"ם סמון] ויש חולקים בזה דחיוב אינו כלום בענין מכירה ואף מעכשיו לא יועיל ואף כשימכור לאחר בסכום שקצב עמו דחיוב אינה מכירה כלל וממילא דהאחר

זכה [פלימ פ"ב] ואף ד"ל דכשכתב שפר בלשון חיוב שימכרנו לזה ה"ל דין שפר ממש וגובה ממשעבדי וממילא כשמכרה לאחר טורף ממנה מ"ם גם חיוב הגוף צריך להתחייב מעכשיו באחריות דכשתאבד יפרע לו ממקום אחר וכיון שאין בזה חיוב אחריות לפרוע ממקום אחר אלא חיוב על הדבר שרוצה ליתן לא הוי חיוב כלל וה"ל קנין דברים [קלה"מ] :

ד וכן אם א"ל כשאמכרנה הרי היא קנויה לך מעכשיו כפי שישומו ג' אנשים הרי היא מכורה לו מעכשיו אף שלא הזכיר סכום מעות דבזה סמכה דעתייהו כפי שישומו השמאים ואפילו בששמו שנים מהשלשה רי דכיון דאמר לשון שומא הולכין אחר הרוב וכן כשהשלישי חלוק מהשנים הולכין אחר הרוב אבל אם אמר כמו שיאמרו השלשה צריכין כל השלשה להשוות עצמן מפני שלשון שומא הוא כעין שומת ב"ד דהולכין אחר הרוב משא"כ כשאומר כפי שיאמרו השלשה ודאי היה דעתו שכל השלשה ינידו דעתם וישיוו עצמן וכ"ש כשאמר כפי שישוו ב"ד של שלשה דרי אפילו בשנים מהשלשה והולכין אחר רוב דעות אבל אם אמר כמו שישומו ב"ד של ארבעה או כמו שישומו ארבעה אנשים אינו מועיל עד שישומו כל הארבעה ויסכימו לדעה אחת דכיון דירד ליותר משלשה שהם ב"ד בכ"ם מסתמא היתה כוונתו שלא לילך אחר הרוב ואע"ג שמלשון הרמב"ם בפ"ח משמע דלשון שומא אין הולכין אחר הרוב רק כשאמר בלשון ב"ד אבל במור מפורש כן וכ"ז כשלא פירשו מפורש לילך אחר הרוב או שלא לילך אחר הרוב אבל אם פירשו בכל ענין עושים כתנאם דכל תנאי שבממון קיים ואם שמו השמאים כמו שנתבאר ואמר המוכר רצוני שיבואו ג' אחרים לשום אין שומעין לו שהרי קנו מידו תחלה שמכר מעכשיו ומיד כששמו נתקיים המקח למפרע ואפילו האחרים בקיאים יותר בשומא דכן משמע מלשון כל הפוסקים שלא חילקו בזה ואע"ג שבגמ' ע"ז ע"כ] משמע דאם השנים בקיאים יותר בשומא צריכין הם לשום מחדש דהרי מטעם זה דחי הגמ' שם מענה זו דממאי דאלו בקיאים יותר שמא הראשונים בקיאים יותר ומזה משמע להדיא דאם השנים בקיאים יותר הולכין אחר שומתן ג"ל דרבותינו הפוסקים פירשו בלשון הש"ם דה"ק דאין להשניח כלל על מענה כזו דמי הניד לך שהשנים ישומו שומא זו יותר באמת מהראשונים שמא הראשונים בקיאים בשומא זו יותר מהשנים ואין הולכין אחר הידיעה היתירה בשארי שומות [עכ"י הם"ך] וכ"ז כשלא נמצא מי שנותן יותר משומתם אבל אם אחר נותן יותר קנה האחר ראותו התוספת אנסוהו למוכרו וכמ"ש בסעיף א' וכבר נתבאר דבלא מעכשיו אע"פ שקנו מידו שכשימכור יכבור לו לא קנה דהוי קנין דברים ואסמכתא וזה שנתבאר בחילוק לשון שבין שומא ואמירה הוי ג"כ במוכר לחבירו מיד וא"ל תהא מכורה לך כמו שישומו ג' או ד' כמו שנתבאר וזה שבארנו דדוקא במעכשיו קנה והו בכל הקנינים בין שהקנה לו בכסף בין בשטר וחזקה או ק"מ דאם לא אמר מעכשיו הרי יכול לחזור בו וכשמוכרו לאחר הרי חזר בו [קלה"מ] :

סימן רז [המוכר על תנאי ודיני אסמכתא והזמחיב עצמו בדבר שאינו חייב ובו ג"ג סעיפים]:

א דיני התנאים ופרשיהם נתבארו באהע"ז סי' ל"ח ואלו הן תנאי כפול והן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו ושיהיה יכול להתקיים ע"י שליח וי"א עוד דבעינן שיהא התנאי בדבר אחד והמעשה בדבר אחר אבל כשהיה התנאי והמעשה בדבר אחד אינו תנאי והבריע רבינו הרמ"א שם דבזה חיישינן לחומרא ולא לקולא וממילא דברישי ממנות דלא שייך חומרא וקולא לא חיישינן בזה הפרט ולא אזלינן בזה אחר המוחזק כיון דבלא"ה יש ורבה פוסקים דלא בעינן בד"ם כל דיני תנאים וגם יש שאומרים דבבל דבר לא בעינן כמו שיתבאר ולכן בפרט זה נראה דלא חיישינן לה [כ"כ] :

ב תנאי כפול כיצד שיאמר לו אם תעשה לי הדבר הזה הסכירה קיימת ואם לא תעשה לי אין הסכירה קיימת ולא אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן או מכלל הן אתה שומע לאו דזהו גזירת התורה דכשלא כפליה לתנאיה התנאי כמי שאינו והמעשה קיימת והן קודם ללאו כיצד שלא יאמר אם לא תעשה דבר פלוני לא תהא הסכירה קיימת ואם תעשה הסכירה קיימת ואם הזכיר הלאו קודם להן וחזר והזכיר הלאו אחר ההן הוי תנאי כאלו הזכיר ההן קודם ללאו וי"א דה"ה להיפך אם הקדים הן קודם ללאו ואחר הלאו סיים עוד פעם בהן הוי כלאו קודם להן והתנאי בטל [ב"ם מס סק"נ] והן מקרי על הדבר שעושה עתה אף שהוא נגד רצונו כגון שכ"מ שנותן גם לאשתו כרי שלא תזקק ליבם צריך שיאמר אם מתי יהא גם ואם לא מתי לא יהא גם ואע"ג דרצונו הוא שלא יפות מ"ם לענין עשיית הגם מקרי הן בדבר שהגם נתקיים וכה"ג בכל הענינים [ול"ד לסומס דנזס"ק סום להסקומס ומתוך קושם סט"ן בסק' ליוד וזו"ק] ותנאי קודם למעשה כיצד שלא יאמר הנני מוכר לך אם תעשה לי הדבר הזה אלא יאמר אם תעשה לי הדבר הזה מכור לך ותנאי שאפשר לקיימו כיצד שלא יעשה תנאי בדבר שאין ביד האדם לקיימו כגון אם תעלה לרקיע וכיוצא בזה דאם התנה תנאי כזה התנאי בטל והמעשה

והמעשה קיים וכן אם התנאי בדבר שאסור לעשות אם התנה על אחר מקרי א"א לקיימו דהאחר לא ישמע לו לעבור על ד"ת ואפילו באיסור דרבנן [כ"ל] אבל על עצמו יכול להתנות ופרטי דין זה נתבאר שם סי' קמ"ג ושיהיה יכול לעשות ע"י שליח לא שייך לבאר כאן כי בדיני ממונות כל דבר ביכולת לעשות ע"י שליח ווה אינו אלא באיסורין כמו בחליצה ונתבאר שם :

ג כשהתנו עם כל פרטי התנאים ולא נתקיים התנאי בטלה המעשה אפילו כשהיה אנוס ולא היה ביכולתו לקיים לא אפרינן אונס רחמנא פטריה דאין זה רק כשמחייב א"ע באיזה דבר ונאנס יכול לומר אדעתא דהכי לא נתחייבתי ולכן במהנה כשהתנאי היה בעשיית הנותן ונאנס פטור מהמתנה אבל במקח וממכר שתלוי בדעת שניהם יכול השני לומר אמת שנאנסת אבל אני לא נרציתי רק באופן זה ומה לי ולאונסך וכן במתנה כשהתנאי היה בעשיית המקבל וכן בקדושין הדין כן כיון דתלוי בדעת שניהם [כ"ן פ"ג דקדושין] ואין חילוק בתנאי בין תנאי דלהבא אם ועשה או לא תעשה ובין תנאי דלשעבר אם עשית או לא עשית ואע"ג דבעבר הרי כבר הדבר מבורר מ"מ כיון שלהמתנה אין הדבר מבורר הוי תנאי ויש בזה כל דיני תנאים [מל"מ פ"ו מאישות פ"ם] ובדין תנאי קודם למעשה יתבאר בסימן רנ"ג סעיף ב"א דא"צ אלא כשהמעשה נעשית מיד ע"ש :

ד יש מרבותינו שאומרים דברי מממונות לא בעינן כלל דיני תנאים כמ"ש הטור שם וז"ל י"א דלא בעי תנאי כפול ולא שאר דיני התנאים אלא באיסור בגון בקדושין וגיטין אבל בממון הוי תנאי בלא זה עכ"ל ומעם גדול יש בדבר דאיך יתכן שזה מוכר קרקע או נותנה ואומר איני מוכרה או נותנה אא"כ יעשה לי כך וכך ונוציאה מידו אף כשלא נתקיים מה שהתנה בשביל שלא דיבר הפרטים שנתבאר [רמב"ד פ"ב מזכיה] והלא אומרן דעתא הוא שלא נתרצה באופן אחר ובדיני ממונות אולינן בהרבה מקומות בהר אומדנא [רשב"ם קל"ז:] וכן הוא דעת הרי"ף שכ' בת' דאלו התנאים כ"ם א"צ אלא בגיטין וקדושין [כ"ן סם] ואע"ג דעיקרי דיני תנאי ילפינן מבני גד וב"ר שהיתה ברבר שבממון בתלוקת א"י אינו דומה זה לכל דיני ממונות שאדם מתנה בינו לבין חבירו דהתם הקב"ה נתן להם במתנה ולא נתן להם רק באופן זה [רמב"ד] ועוד דבאמת כמה מרבותינו פ"ל דגם בגיטין וקדושין א"צ מדינא לכל דיני התנאים דלא קי"ל כרבי מאיר שמצריך תנאי כפול ושארי פרטים דליף מבני גד וב"ר ורק בשם מפני חומר האיסור חששו לדיני תנאים לילך לחומרא אבל בממון אין לחוש [כ"ן סם ומפ"ק דגדליס] ויש מי שאומר דרק תנאי כפול א"צ בדיני ממונות אבל יתר דיני תנאי צריך [רמב"ן סם וכ"ע דעת רמ"י כמ"ש סכ"ן פ"ז דגיטין] ואפילו לדיעות חקודמים ראה לי דבתנאי שא"א לקיימו כ"ע מודים שאינו תנאי דזה הוא מצר המברא דבינן דמתנה עמו על דבר שאין ביכולת האדם לקיימו אין כוונתו למשל המעשה אלא הרי הוא כמפליג ברברים ואין כוונתו כלל לקיום התנאי וכן משמע בגמ' ספ"ז דב"מ וראיה ממה שיתבאר בסעי' ח' [ויש רמזים לסימם הרמב"ד מירושלמי עירובין פ"ג הל' ה' ע"ם] :

ה אבל דעת הרמב"ם בפ"ו מאישות ודעת התוס' בקדושין [מ"ם:] והרא"ש והטור וכן הוא דעת בה"ג דצריך תנאי כפול ובל פרטי התנאים גם בדיני ממונות דכן הלכה דילפינן מתנאי ב"ג וב"ר דמדבתבה התורה הפרטים האלו בתנאי שלהם ש"מ שאין שום תנאי מתקיים אלא בדרכים אלו ולכן אע"ג שהיה שם עוד פרטים הרבה מ"מ לא למדנו מהם כיון שהתורה לא גילתה לדקדק בזה ולכן לא אמרינן שתנאי לא יועיל רק בקרקעות כמו שהיה שם וכיוצא בזה ותנאי כפול למדנו ממה שהוצרך משה רבינו לכפול הדברים ואם לא יעברו חלוציים אתכם ונאחזו בתוככם בארץ כנען ותנאי קודם למעשה ילפינן מדלא אמר לאלעזר וליהושע תנו להם ארץ הגלעד אם יעברו את הירדן דהרי המה בקשו ממנו ארץ הגלעד והיה לו למשה רבינו לומר כן תנו להם אם יעברו ומדהיפך הדברים והקרים את התנאי ש"מ דרוקא הוא [ער"ן סם] וכן למרנו דהן קודם ללאו מדלא אמר תחלה אם לא יעברו אל תיתנו ואם יעברו תתנו דהרי ראינו שמשה רבינו כעם על בקשתם ואת במפורש בפ' ממות ונגד רצונו היה כמ"ש חז"ל שהיתה נחלה מבוהלת ולא היה לו להקרים הדבר שאינו הגון מקודם אלא משום דדין תנאי תלוי בזה [ל"ל] ותנאי שא"א לקיימו ידענו מצד הסברא כמ"ש ואע"ג דבכמה דברים אולינן בתר אומדנא ואין נצריך דיני תנאים כשמתנה בפירוש ודאי דכן הוא במקום דאנן סהדי שלא כן היתה כוונתו כגון מי ששמע שמת בנו יחידו וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ נודע שבנו חי דבטלה מתנתו [ב"ב קמ"ו:] דאנן סהדי דאלו ידע שבנו חי לא היה נותן נכסיו לאחרים וכן שב"מ שכתב כל נכסיו לאחרים ונמר מחליו חוזר במתנתו דאנן סהדי שלא כתב להם אלא ע"מ שימות דאיך יעשה אדם ליתן את הכל לאחרים והוא ישאר בחוסר כל וכן במוכר ביתו כדי לילך למקום פלוני שיתבאר די בנילוי דעתא בעלמא אבל במה שאחר ממיל אויה תנאי דאלמלי לא התנה לא היה לנו שום נילוי דעת בתנאי זה ודאי דאם לא התנה בכל דיני תנאי אמרינן דלאו לעיכובא אמר כן ווה לשון הרא"ש בפ"ח דב"ב [סי' מ"ח] שלשה חילוקים יש בענין ממון יש דברים שהדעת מכרעת כל כך דאולינן בתר אומדנא דדעת ואפילו גילוי דעתא לא בעי וכו' ויש דברים דבעי גילוי דעתא וכו' וסני בגילוי דעתא ואפילו תנאי לא בעי אבל בכל שאר מילי דבעינן תנאי בעי תנאי כפול ואם לאו התנאי בטל והמעשה קיים עכ"ל וכ"ב התוס' בכמה מקומות ועמ"ש באה"ע סי' פ"ה סעי' כ"ז :

וכן

ן וכן נראה דעת רבותינו בעלי הש"ע שכתבו בריש סי' זה וכבר נתבארו משפטי התנאים בשאהע"ז סימן ל"ח ש"מ דמ"ל דצריך כל דיני תנאי וכ"כ בסימן רמ"א וזה שכתבו באהע"ז שם ריי"א דלא בעי שיהיה בתנאי ד' דברים אלו אלא במקום דאתי מיניהו חומרא ולא היכי דאתי מיניהו קולא עכ"ל זהו מפני חומר האיסור חששו להדיעות שנתבארו אבל להלכה ס"ל כדעת הרמב"ם והטור [כל"ל וכ"מ מכמ"ע ומ"ם בהגהת בדבר תמר בתרטמ"ם לנו בסעיף ל"ו והרי הרמב"ם לא ס"ל נס בנו"ך ודו"ק] ויש מי שכתב דעכשיו נוהגין דבמטלטלין לא בעינן תנאי כפול רק בקרקעות כותבים כתנאי בני נד ובני ראובן ואנחנו לא שמענו מנהג זה ואף בקרקעות לא נהגו לדקדק בפרטי התנאים מפני שברוב מכירות אין כותבים תנאי כלל אלא כותבים מכירה חלוטה ואם יש איזה תנאי משלישים השטר מכירה עד שיתקיים התנאי ובזה פשיטא דלא בעינן פרטי התנאי ובגילוי דעתא סגי וי"א עוד דדוקא כשאמר בלשון אם צריך דיני תנאי אבל אם אמר לשון כשיהיה נגון שאמר כשיהיה לי דמים אחזיר לך או כשתהיה אתה במקום פלוני מכור לך או כשתתן לי חפץ פלוני מכור לך וכה"ג א"צ לכל דיני תנאי דוהו כמו שאמר לזמן פלוני מכור לך ואין זה ענין לתנאי [פ"מ] וע' מ"ש הרמב"ם ז"ל פ"ם מנירושין ויש גם תנאים שא"צ לכל דיני תנאי כגון ששייר בנוף המכר דהיינו שאמר ע"מ שדבר זה יהיה שלי ויתבאר בסימן ריי"ב וכן אם כתוב בסוף השטר וקנינא מיניה כחומר כל תנאים וקנייניים העשוים כתקחו"ל הוי כמפרש כל דיני תנאי ויתבאר בסימן רמ"א :

ז יש בתנאי עוד דבר אחד כשמהגה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל ודוקא בדבר שאינו ממון כגון המקדש את האשה ע"מ שלא יתחייב בעונה אבל בדבר שבממון כגון ע"מ שלא יתחייב לה מזונות תנאו קיים דממון ביכולתה למחול וי"א דכל מה דתיקן רבנן הוי כמו שכתוב בתורה ואף דבתנאי יבול להתנות על עצמו אף לעבור על ד"ת כמ"ש בסעיף ב' שאני התם דבאמת לא יתקיים התנאי ותתבטל המעשה אבל כשנוטר המעשה ומבטל דבר מה מדיני התורה כמו בקדושין בטל התנאי והמעשה קיים [רמב"ם סם] ואף בדבר שבממון אינו אלא דוקא כשאומר ע"מ שלא יהא לך עלי מזונות שמוחלת לו חיוב זה אבל כשאמר ע"מ שאין בקדושין אלו חיוב מזונות בטל התנאי דאיך אומר שלא יהיה חיוב זה והרי התורה חייבתו אלא שיאמר שלא תתבע ממנו שתמחול לו וכה"ג באונאה בסימן רכ"ז :

ח כתב הרמב"ן ז"ל [סם] כל האומר מעכשיו לא יצטרך לכפול תנאו ולא להקדים התנאי על המעשה אלא אע"פ שהקדים המעשה תנאו קיים אבל צריך להתנות בדבר שאפשר לקיימו ואם התנה בדבר שא"א לקיימו ה"ז כמפליג בדברים ואין שם תנאי וכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו וא"צ לכפול התנאי ולא להקדימו למעשה עכ"ל וי"א דאפילו באומר מעכשיו או ע"מ צריך להיות כל דיני תנאי [טור סם] :

ט עוד כתב הרמב"ם בפי"א ממכירה המקנה בין קרקע בין ממלטלין והתנה תנאים שאפשר לקיימן בין שהתנה המקנה בין שהתנה הקונה אם נתקיימו התנאין נקנה הדבר שהקנה ואם לא נתקיים התנאי לא קנה וכבר בארנו משפטי התנאים בד"א כשקנה בדרך מן הדרכים שקונין בהן והרי יש עליו לקיים את התנאי אבל אם לא קנה עדיין והתנה עמו שאם נתקיים זה התנאי יקנה ואם לא נתקיים לא יקנה אע"פ שנתקיים התנאי לא קנה שזו אממכתא היא שהרי ממך קנייתו לעשות כך וכך וכל אממכתא אינה קונה שהרי לא גמר בלבו להקנות כיצד המוכר בית לחבירו או נתנו לו במתנה ע"מ שילך לירושלים עמו ביום פלוני והחזיק זה בבית ה"ז קנה כשילך עמו לירושלים באותו היום ואם עבר אותו היום ולא הלך לא קנה אבל אם התנה וא"ל אם תלך עמי לירושלים ביום פלוני או אם תביא לי דבר פלוני אתן לך בית זה או אמכרנו לך בכך וכך והלך עמו באותו היום או שהביא לו אע"פ שהחזיק בבית אחר שקיים התנאי לא קנה שזו היא אממכתא וכן כל כיוצא בזה עכ"ל כ"ל להרמב"ם ז"ל דלכן אין בתנאים משום אממכתא דאממכתא אינה אלא כשאין הקנין נגמר עדיין אלא לאחר זמן כשיתקיים התנאי ולכן לא שמכה דעתו כלל אבל כשהקנין נגמר עתה וזה מחזיק בהחפץ אף שיש בה תנאי ואם לא יתקיים תתבטל הקנין מ"מ אין זה אממכתא דודאי שמכה דעתו אלא שהתנה דבר מן הצד דכשלא יקויים זה הדבר תתבטל הקנין ממילא וכמו שיתבאר לריכא אממכתא במעכשיו כמו כן בבה"ג [והעיקר כפי' רבינו סג"י ובדברי מפרשי סם"ע דמוקים מסמכתא ומ"ם קושית הרמב"ם למס מין בהמה ניתן מסוס לסמכתא ומ"ם ע"מ לשו דוקא דכתב"מ מ"ל כמ"ם ודו"ק] :

י על מה שנתבאר דכל תנאי צריך להתקיים בין שהתנה המקנה בין שהתנה הקונה י"א דודאי בתחלת המקח מהני כל תנאי אף שהתהגה התנה טובת הקונה או להיפך דהא הקונה לא קנה רק אדעתא דהבי והוה תנאי גמור אבל אם בתחלה מכר לו סתם וקודם שנגמר המקח לגמרי התנה הקונה טובת המקנה והמקנה שתק או המקנה התנה טובת הקונה והקונה שתק אין זה רק פטומי מילי בעלמא והשותק בעצמו הפסד שהמדבר דיבר רק להשקיט המית לבו דאם היה תופס דבריו לעיקר היה הוא חוזר אותם להודיע שעל תנאי כך וכך עשו אבל בתחלת המקח אפילו שתק סי שמובתו בתנאי זה הרי חבירו לא ירד רק על תנאי זה ונראה שבן הכריע רבינו הרמ"א ומה נקרא התחלת המקח ומה נקרא קודם גמר המקח הלוי בראיית עיני הדיין ואם התנו איזה תנאי אע"ג שבהשטר לא נכתב התנאי מ"ם התנאי קיים דודאי על תנאי הראשון כתבוהו אף שלא הזכירוהו וכל זמן שלא בימלו את התנאי בפירוש אינו בטל :

יא מי שמכר שדהו או ביתו ופירש בשעת המכירה שהוא מוכר בדי לילך למקום פלוני או שמוכר מפני עצירת נשמים כדי לקנות חטים ה"ז כמוכר על תנאי דהרי גילה בדעתו שמוכר מפני כך ולא בעינן דיני הנאי כמ"ש בסעיף ה' ולפיכך אם לא הלך לאותו המקום בין שהיתה המניעה מפני חירום הדרך ובין שהיתה המניעה מצד עצמו שלא נסתייע לו רצונו מפני ענין מצבו או בעצירת גשמים שירדו גשמים והוזלו חטים או שבאו הטים והוזלו או מניעה מצד עצמו הרי זה מחויר לו הדמים ויוחזר לו הקרקע או הבית שהרי פירש שאינו מוכר אלא לעשות דבר פלוני והרי לא נעשה הדבר וכן כל כיוצא בזה ודוקא שנתחדשה לו איזה התחדשות כמ"ש אבל בשלא נתחדש לו שום דבר רק שנשתנה רצונו בלא שום סיבה מצד מצב העסק או מצד מצב עצמו המקח קיים [טור] וכל כה"ג אסור לו להלוקח לאבול פירות מהמקח עד שיהוודע שהמקח קיים [סמ"ע] דשמא יתבטל המקח ונמצא שאבל הפירות בשביל מעותיו והוי רבית ואם התנה ע"מ לילך ולדור שם אפילו הלך לשם אם לא מיתדר לו מפני איזה סיבה ג"כ המקח בטל [ס"ג] וכן המוכר ביתו ואומר שמוכרה מפני שרוצה לעשות איזה עסק במקום פלויני והקך לשם ולא נתהוה העסק המקח בטל [ט"ז] וכן אם אחד קנה קרקע בעיר שאינו דר בה ופירש בשעת הקנייה מחמת שרוצה לקבוע דירתו בכאן לכן קונה כאן הקרקע ואח"כ לא נסתייע לו לדור בכאן בטל המקח דאין לך אומדנא גדולה מזו דאדעתא דהכי לא קנה [נסי"מ] :

יב וכל זה כשנגילה דעתו בשעת המכר למה הוא מוכר או למה קונה אבל המוכר סתם או קונה סתם אע"פ שהיה בלבו שמפני כך הוא מוכר או קונה ואף שנראים הדברים שהאמת כן הוא שלא מכר או קנה אלא ממעם זה הדבר וזה הדבר לא נעשה ס"מ המקח קיים ודברים שבלב אינם דברים ולא עוד אלא אפילו קודם שעת המכר אמר שהוא מוכר או קונה מפני טעם זה כיון דבשעת המכר לא אמר בלום אינו חוזר והמקח קיים מיהו אם יש אומדנא דמוכח שמכירתו או קנייתו היתה רק מפני סיבה זו ונתבטלה הסיבה בטל המקח ואזלינן בהר אומדנא כמ"ש בסעי' ה' וי"א דכל זה הוא במכר או בקנייה אבל במתנה דברים שבלב הוי דברים דרק במוכר אמרינן כיון שקיבל מעות גמר ומקנה כשלא פירש וליכא אומדנא רבתא וכ"ש בהקונה אבל במתנה אומדנא כל דהו מבטלת המתנה דזהו בעצמו אומדנא גדולה דודאי לא נמר בדעתו ליתן בחנם אלא מפני איזה טובה שיגיע לו ע"פ האומדנא וכיון דנתבטלה בטלה מתנתו ודבר זה תלוי בראיית עיני ב"ד דיש לפעמים דאהבה או קורבה מביאה לידי מתנה ולא מפני טובת הנותן וכתב רבינו הרמ"א דכל זה הוא במוכר קרקע אבל במוכר מטלטלין לא מהני גם גילוי דעת בשעת המכירה עד שיתנה ברורי תנאי שנתבאר דאין בהם אומדנא כל כך אפילו כשגילה דעתו לפי שלפעמים אדם מוכר מטלטלין גם בלא סיבה נבונה משא"כ קרקע אין אדם מוכר בלא סיבה חזקה ובמתנה יראה לי דאין חילוק בין קרקע למטלטלין אם היתה מתנה מרובה :

יג כתב השור בסי' ר"ל וז"ל כתב הר"י הלוקח יין מחבירו אע"פ שאמר דעתי להוליכה למקום פלוני והוזל קודם שהגיע לשם המקח קיים שהרי מקחו מקח נמור אע"פ שהמוכר ע"ד לעלות לא"י ולא יכול לעלות מכרו בטל במוכר בלבר אמרינן שהמוכר מתוך אונס הוא מוכר והרי נודע הדבר שלא מכר זה אלא מפני שעלה בדעתו דבר שיהא צריך למכור אבל רבינו חננאל כתב שאין חילוק בין מוכר ללוקח וכ"כ הרמ"ה ז"ל אלא שחילק דוקא שהתנה שלא יתן הדמים עד שיוליכנה למקום פלוני דכיון שקנה על דעת שלא ליתן הדמים עד שיוליכנו לאותו מקום שנמכר שם ביוקר וקודם שהגיע לשם הוזל יכול להחזירו דמסתמא דעתו היה על מנת שימצא שם השער ביוקר כמו שהורגל וכיון שהזל קודם שהגיע שמה הוי כאלו התנה על שום תנאי ולא נתקיים התנאי עכ"ל השור והר"י לא ס"ל החילוק שנתבאר בין קרקע למטלטלין :

יד מדברי רבותינו אלו למדנו בלוקח סחורה להוליכה למקום רחוק והוזלה שמה או נתהוה איזה סיבה שאין ביכולת להוליך הסחורה לשם מ"מ המקח קיים דאל"כ במלה לה כל דרכי המסחור ומזה תשובה לקצת אחרונים שרצו לומר גם במטלטלין דדינם כקרקע ולדבריהם הלוקח ספינה סחורה להוליכה למקום רחוק ונעשה קטנות המים או שעת חירום שאין ביכולת להוליכם האם יתבטל המקח והרי כל דרכי המסחור כן הוא דהלוקח יורד על הספק והוא קרוב לשכר ולהפסד והרי אין תלוי בדעת הלוקח לבדו אלא גם בדעת המוכר [תוס' כתובות מ"ז:] דאל"כ הלוקח פרה ושחטה ונמצאה טריפה נאמר שלא על דעה כן לקחה אלא ודאי שבתורת ספק זה ירד [סמ] ובקרקעות שאמרו חז"ל דהולכין אחר גילוי דעת ואומדנא זהו מפני שמכירת ולקיחת קרקע אינו מדרך המסחור אלא בשצריך להקרקע לוקחה והמוכר מוכר ג"כ מפני איזה סיבה אבל בקרקע שעושים בה מסחור כגון הלוקח יערות לחטוב מהן עצים להוליכן ברפסודות למקום רחוק וראי ג"כ אף בשנתהוה איזה סיבה שאין ביכולת להוליכם או הוזלו שמה הסחורה המקח קיים וכל בעלי מסחור עושין כן ומימינו לא שמענו שיתבע הלוקח את המוכר בטענה כזו ואף הרמ"ה לא קאמר אלא בשהתנאי היה שיהן לו שמה המעות דאומדנא דמוכח הוא ואף דעת רבינו חננאל צ"ל כן דאל"כ קשה הא איהו גופה מחלק בין קרקע למטלטלין כמ"ש השור בסי' זה משמו או אפשר כוונתו רק על קרקע ורק במקבל למחצית שכר הדין כן הוא שכשהוזלה היא ברשות המוכר כמ"ש שם [ומ"ם כה"י במתו' ל"ב ל"ל דזהו כוונתו כדמוכח מהרמ"ם מסכים וסמ"ק] ורק בלוקח שקנה בשביל איש אחר וגילה להמוכר

להמוכר דעתו בשעת המקח שקוניהו בשביל פלוני ועדיין לא נתן מעות אף שלא התנה בפירוש שאם אותו פלוני לא ירצה לקבל החפץ שיחזירנו לו פסק אחד מהגדולים דהמקח חוזר [ס"ק] אבל כשסילק להמוכר גם בכה"ג לא מהני בלא תנאי מפורש ובן עיקר לדינא :

סז ראובן שמכר שדה לשמעון והתנה עמו ע"מ ששמעון יכרנה ללוי אם מברה ללוי חל הקנין למפרע ואם לא קיים התנאי ומברה לאחר או שלא מכר ללוי בהזמן שקבע לו בטל קנייתו של שמעון למפרע דבל תנאי שבממון קיים ובלבך שיתנה בדיני תנאי שנתבאר ואף שהתנאי שיסבור ללוי לא היה בקביעת זמן אין יכול שמעון לומר כשמכרה לאחר עוד אקננה מהאחר ואמברנה ללוי לקיים התנאי דמיד שמכרה להאחר נתבטל קנייתו דכוונת ראובן היתה שלוי יהיה הלוקח הראשון [כ"מ סמ"ן] אבל כל זמן שלא מברה לאחר אין יכול ראובן להכריחו שימכור מיד ללוי כיון שלא קבע לו זמן ואם לוי אינו רוצה לקנותה אע"פ שהוא מבקש למכור לו מ"מ הרי התנאי לא נתקיים ובטלה קנייתו של שמעון [כ"ל] ולאכול הפירות נראה דמותר לו לשמעון לאכלם ולא דמי לסעי' י"א דבשם אין תלוי בו אלא בהמוכר ושמא יתבטל המכר אבל בתנאי שתלוי בו אין לנו לחוש שמא לא יקיים ונם אין לחוש שמא לוי לא יתרצה לקנותה דנם זה בידו הוא להוויל לו המקח עד שיתרצה לקנותה [כ"ל] :

סז המוכר לחבירו והתנה המוכר או הלוקח התנה בהחלת המקח שיחזיר להמוכר את המקח לזמן פלוני במתנה או שימכור לו בחזרה כשיחזיר לו מעותיו הרי המכר קיים ויחזירנו לזמן פלוני כמו שהתנה ומותר לו להלוקח לאכול הפירות דער אותו הזמן הוי כמכירה גמורה ולא גרע ממתנה ע"מ להחזיר דהוה מתנה ואפילו לאותה דיעה שבי"ד סי' קע"ב דמשכנתא באתרא דלא מסלקי אסור לאכול הפירות שאני התם דהוה בתורת הלואה אבל בתורת מקח שרי וכן כשהתנה ליתן לו במתנה לזמן פלוני הוה כמשכנתא דסורא שנתבאר שם דשרי לכ"ע [סמ"ע] אבל אם מבר לחבירו והתנה עמו סתם שיחזירנו לו כשיהיה לו מעות ולא קבע לו זמן דאז צריך להחזיר לו בכל עת שיביא לו מעותיו אסור לו ללוקח לאכול הפירות דמחזי הנך זוזי בהלואה נביה ואם אין ביד המוכר מעות מזומן ורוצה ליתן לו שוה כסף אין ביכלתו לכוף להלוקח שיקבלם ואין ביכלתו לומר דכל המכירה הוה כאסמכתא והמעות אינם רק כהלואה ויכול לשלם אף בשוה כסף דאינה אסמכתא רק מכירה גמורה בתנאי ויכול הלוקח לומר אקיים התנאי כמו שהתנית שתתן מזומן [מ"ז] ובתנאי לא שייך לומר שוה כסף ככסף דאין בתנאי אלא מה שהתנו מפורש :

ין בזה שבארנו דכשלא קבע לו זמן אסור ללוקח לאכול הפירות י"א דזהו דוקא כשלא אמר בלשון על מנת אלא אמר ובשיהיה לי מעות תחזיר לי דלאו מכירה היא כלל לזה אבל אם אמר הריני מוכר לך ע"מ שכשיהיה לי מעות תחזיר לי אפילו לא קבע זמן מותר להלוקח לאכול הפירות דזהו תנאי ככל התנאים והמכירה היא מכירה גמורה בתנאי [מ"ס] ועוד יש חילוק דכשאמר ע"מ צריך קנין מהלוקח להמוכר כשמחזיר לו המעות וכשלא אמר ע"מ א"צ קנין דנתבטלה מכירתו [כ"מ] :

יח כשהתנה המוכר להחזיר לו לזמן פלוני בשיתן מעותיו והחזיר לו בע"כ שלא מרצון הלוקח הוי נתינה ומחוייב למכור לו בחזרה ואם אינו מוכר לו הוי כביטול תנאי והמקח בטל למפרע דזה דמי לפרעון חוב שנתבאר בסי' ק"ך דנתינה בע"כ הוי נתינה אבל אם התנה עמו שיחזיר לו לזמן פלוני בחנם והחזיר לו הלוקח בע"כ והמוכר לא רצה לקבלה באותו זמן כדי לבטל המכירה הקודמת בביטול התנאי תלוי בפלונתא שבאה"ע סי' קמ"ג אי נתינה בע"כ לענין קיום התנאי הוי נתינה וכן כל תנאי שעל הלוקח ליתן איזה דבר להמוכר ונותן לו בע"כ כדי לקיים התנאי תלוי בפלוגתא זו [ס] :

יט אם הלוקח אמר מעצמו אחזירנה לך מרצון נפש כשתרצה לחזור ולקנותה ממני או לאחר שהמוכר התנה כן השיב לו הלוקח כן אעשה אם לא תשתנה דעתי אבל אם השתנה דעתי ולא ארצה להחזירה איני מחוייב להחזירה ושתק המוכר אין כאן תנאי כלל כיון דתלוי בלוקח לעשות כרצונו לפיכך יכול הלוקח לאכול הפירות שאף אם יחזירנו לו אח"כ הוי כמוכרו לו מעתה [טור] ולדעת הרמב"ם אף כשהתנאי קיים ומחוייב לקיים התנאי ולהחזירה מ"מ יש לפעמים שמותר לאכול הפירות כגון שאחר גמר המקח התנה הלוקח וקנו מידו על זה שכשיביא המוכר מעותיו יסבור לו אז בחזרה צריך לקיים התנאי מפני הקנין וס"מ מותר לו לאכול הפירות משום דכבר נגמר המקח בלא תנאי [כ"י] וי"א עוד דאפילו קודם הגמר מ"מ כיון שהמוכר לא היה המתחיל בזה התנאי אלא הלוקח ואף שהמוכר החזיר התנאי וצריך הלוקח לקיים מ"מ כיון שהלוקח היה המתחיל בזה כדי שהמוכר לא יצטער אין שם הלואה בריבית ע"ז [ס] ולדינא העיקר כדיעה ראשונה [ט"ז] :

כ מעשה באשה אחת ששלחה שליח לקנות קרקע משמעון קרובה ואמר שמעון להשליח אם יהיה לי מעות תחזיר לי קרובתי קרקע זו והשיב לו השליח אתה ופלונית קרובים כמו אחים כלומר הדבר קרוב שתחזיר לך ולא אמר מפורש שעל דעת כן קונה ממנו ובא מעשה לפני חכמים ואמרו שהקניין אינו כלום ובטלה המכירה שהרי לא סמכה דעת המוכר על דברי השליח כיון שלא השיבו תשובה נמורה והמוכר לא רצה למכור רק על תנאי זה ולא נמר והקנה ואם השליח היה משיב לו אין רצוני לקנותה על תנאי זה בע"כ או שהמוכר היה מתרצה למכור בלי תנאי זה או שלא היה מוכרו לו כלל אבל כשהשליח השיבו כרצונו ואינם דברים ברורים שיסמוך עליהם

עליהם לקח ממנו המעות אבל בלא ממיכת דעת ובטל המקח ואסור לו להלוקח לאבול הפירות דהמעות הן בהלואה כמ"ש ביו"ד סי' קע"ד ודוקא כשהמוכר אינו להשליח בדעת חלושה שרצונו שיוחזר לו המקח כשיתן המעות בחזרה אבל אם אמר בלשון שאלה התחזיר לי מקחי כשאחזיר לו מעותיה אין תשובת השליח מעכב [כ"כ] :

כא מעשה בראובן שהיה חייב מנה לשמעון ומכר לו קרקע באותו מנה וכתב לו שטר מכירה אבל שמעון לא החזיק בה וכתב לראובן שאם יפרע לו המנה תתבטל המכירה ואח"כ אמר ראובן שפרע לו ושמעון אמר שלא פרעו פסק הרשב"א ז"ל דנאמן ראובן בהיסת כבבל תביעות בע"פ כשטוען פרעתי ואין שמעון יכול לומר דלמה זה הנחת בידי את השטר מכירה דכיון שאינו ניתן אלא מחמת החוב אינו אלא כמלוה ע"פ וזה שלא קיבל השטר מידו מפני שסמך על הכתב שיש משמעון שבהפרעו יתבטל השטר והוא נאמן על הפרעון בהיסת כבבל התביעות [כ"ל] ודבר פשוט שאסור לו לשמעון לאבול הפירות כל זמן שלא החזיק בה כראוי ע"פ ראובן שא"ל לא אפרע לך המנה [כ"ל] :

כב אמרו חז"ל [כ"מ ס"ו:] כל דאי הוה אסמכתא ואסמכתא לא קנה וביאורו כגון שאמר אם תעשה כך או אם יהיה כך אתן לך מנה או אקנה לך בית וזה ואם לא יהיה כך או אם לא תעשה כך לא אתן לך או לא אקנה לך אע"פ שעשה או שהיה הדבר לא קנה שכל האומר אם יהיה אם לא יהיה לא נמר והקנה שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה ואע"פ שאמר זה לפני עדים וכתב בשטר אינו מועיל כלום [רמב"ם פי"ח] וכ"ש בקנסות שאדם קונס על עצמו כגון שכותב אם לא אשלם לזמן פלוני אשלם קנס כך וכך ולדעה הרמב"ם כשהקנין נגמר ומחזיק עתה בהחפץ ומתנה איזה תנאי דכשלא יקיים זה הדבר תתבטל העסק אין בזה אסמכתא כמ"ש בסעיף ט' והרמב"ם ז"ל אינו מחלק בין דבר שבידו לדבר שאינו בידו ותמה הטור עליו דבגמ' [סס ע"ד:] איתא להדיא חילוק זה ועוד חילקו בגמ' [סס ק"ד:] בין גוזם ללא גוזם דבלא גוזם לא הוי אסמכתא ודין זה כתבו הרמב"ם בפ"ח משכירות המקבל שדה מחבירו ואחר שוכה בה הובירה שמין אותה כמה היא ראויה לעשות ונותן לו חלקו שכך כותב לבעל הקרקע אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא ומפני מה נתחייב לשלם מפני שלא פסק על עצמו דבר קצוב כדי שנאמר הרי היא כאסמכתא אלא התנה שישלם במיטבא ולפיכך נמר ושיעבד עצמו אבל אם אמר אם אוביר ולא אעביד אתן לך מאה דינרים ה"ז אסמכתא ואינו חייב לשלם אלא נותן כפי מה שראוי לעשות בלבד עכ"ל ונראה דס"ל להרמב"ם ז"ל דכל דבר שלא נגמר העסק והעסק אינו עדיין תחת ידו כל תנאי שמתנה אף שהוא בהוגן ואינו בדרך קנס לקצוב עליו מילתא יתירתא הוה אסמכתא ודבר שנגמר והעסק ת"י אם לא קצב מילתא יתירתא לא הוי אסמכתא וכמ"ש בסעיף ט' דדרך המסחרן הוא אבל כשקצב מילתא יתירתא אינו אלא אסמכתא דלמה יתן יותר מכפי היושר והרמב"ם מפרש החילוק שאמרו חז"ל בין בידו ולאו בידו דה"פ דכשהעסק הוא כבר בידו אין בזה אסמכתא בדלא גוזם וכשאין העסק עדיין בידו יש בזה אסמכתא גם בדלא גוזם ואין הפירוש מה שבידו לעשות [ומ"ש קוטית סתום' מסכתדרין כ"ט ולו"ק] :

כג ומשחק בקוביא לא הזכיר הרמב"ם בדיני אסמכתא ולפי דבריו באסמכתא אין טעם לומר שאינה אסמכתא ויש מי שאומר דבאמת דעתו הוא שיש בזה אסמכתא [כ"מ פ"י מעדות] ובפ"ו מגזילה כתב המשהקים בקוביא ה"ז גוזל מדבריהם אע"פ שברצון הבעלים לקח הואיל ולקח ממון חבירו בחמם דרך שחוק והתול ה"ז גוזל והמשחק בקוביא עם הכותי אין בו איסור גזל אבל יש בו איסור עוסק בדברים בטלים עכ"ל ובפ"י מעדות כתב וכן משחק בקוביא והוא שלא תהיה לו אומנות אלא היא הואיל ואינו עוסק בישובו של עולם ה"ז בחזקת שהוא אוכל מן הקוביא שהוא אבק גזל עכ"ל ומבואר מזה דס"ל דאין בקוביא אסמכתא דאל"כ למה קורא לזה אבק גזל ולמה לו להתלות מפני שחוק והיתול וגם איך התיר בכותי והלא פוסק בפ"א מגזלה דגזל כותי אסור מן התורה ונראה דס"ל דקוביא אין בה אסמכתא ממעם אחר דכל מעשיו ליכא אסמכתא כמו שיתבאר וקוביא מיירי דאומר לו אם תוכה תקנה מעכשיו וגם סובר דאפילו מאן דס"ל בגמ' דאין בקוביא משום אסמכתא מטעם שבארנו ופסולו לעדות מפני שעוסק בישובו של עולם דמפני זה עשאום חכמים כגזל וגם מפני שהוא שחוק והיתול וכיון דגזל זה אינו אלא מדרבנן לכן מותר בכותי וכשר לעדות אא"כ אין לו אומנות אחרת דאז אינו מן הישוב ולמה עשאום חכמים כגזל דאל"כ לא היה מועיל האיסור ולפ"ז לדינא לדעת הרמב"ם יש איסור גמור לשחוק בקוביא והוי גזל [ומתוכן כל מה שסקטו כמ"מ וסכ"מ ע"ם ומ"ש מה לשיטת בשטת קמ"ס: שסתום' נתקטו בזה ע"ם] :

כד ויש מרבותינו שאומרים דאסמכתא אינו אלא כשאמרו דרך קנס כגון אם לא אתן עד יום פלוני אחזיר לך שטרך או אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי אבל כל שאר תנאים שאדם מתנה עם חבירו כגון אם תלך למקום פלוני או אם תעשה בשבילי דבר פלוני אתן לך כך וכך וכל מיני תנאים שבעסק ובגיטין וקדושין אין בזה אסמכתא כלל דעניים אלו אינם ע"ד קנס אלא בדוקא קאמרי ובלב שלם ואפילו אם אמר אם תלך אשתי זכר יטול פלוני מנה אין בזה אסמכתא כלל [סרסב"ח וסרס"ח סוכח בע"י] :

כה ודעת רבותינו בעלי התוס' וכמה מגדולי הפוסקים וכן הכריע רבינו הרמ"א דג' חלוקים יש בדיני אסמכתא

אסמכתא דכל מה שאין בידו של אדם לעשות והלוי ביד אחרים כגון שא"ל קנה לי יין במקום פלוני שבאותו מקום נמכר בזול וזמן המכירה רשם אינו נמשך הרבה (תוס' ב"מ ע"ג) והתחייב זה להקנות דאם לא יקנה יתחייב לו כך וכך הוה אסמכתא כיון שאינו תלוי בו דשמא לא ירצו למכור לו כיון שאין זה מקח קבוע תמיד לא נמר ומקנה בלב שלם ואומר רק לאסמכתא בעלמא ואפילו רצו למכור לו ולא קנה פטור כיון שתחלת חיובו היה באסמכתא [נ"מ] וכן כשא"ל אקנה לך חפץ פלוני מבעה"ב פלוני אף שלא קצב לו מקח והתחייב עצמו שבאם לא יקנה ישלם לו כך וכך הוה אסמכתא דמי ייסר שהבעה"ב יתרצה למכור חפצו אבל כשאמר לקנות סחורה מחנוני או מסוחר ולא קצב המקח או אפילו קצב המקח רק שמוכרים לכל הדיר על מקח זה והתחייב עצמו שבאם לא יקנה ישלם לו כך וכך לא הוי אסמכתא דוראי גמר להתחייב בלב שלם כיון שביכולתו לקנות זאת וכל דבר שבידו לעשות לנמרי כמו מה שנתבאר וכן כשלקח ממנו קרקע באריסות והתחייב א"ע שאם יוביר ולא יזרענה ישלם כך וכך אם לא התחייב עצמו בדבר נוזמא אף שהתחייב לשלם בהרווחה כגון לשלם במיטבא אין בזה משום אסמכתא אבל כשהתחייב א"ע בדבר נוזמא כגון שאמר אם אוביר ולא אעביד או שלא אקנה הסחורה אשלם לך אלף זוז הוה אסמכתא ולא קנה דוראי לא גמר בלבו לקיים זה אלא משום דסבר שבוראי אעשה כן כיון שבידו הוא ודבר זה הלוי לפי הענין ודבר שאין בידו כלל ולא ביד אחרים כגון המשחק בקוביא שאינו יודע אם ינצח אם ינוצח ואפ"ה ההנה וראי גמר ומקנה מספק דעל מה מסך בתנאו דבשלמא בחלוקה ראשונה אע"ג דגם שם אין בידו ט"מ כבידו היא קצת כיון שהוא ביד אחרים ומדמה שימכרו לו היין או החפץ וכן בדבר שבידו לנמרי מדמה שבוראי יעשה ולכן מתנה אף שאין בדעתו לקיים התנאי מפני שדומה בדעתו שלא יבא לזה אבל במה שלגמרי אין בידו כמו קוביא וכיוצא בזה או שאמר אם ירדו גשמים היום אתן לך ואם לאו לא אתן לך וכל כיוצא בזה על מה מסך בתנאו אלא ודאי דגמר והקנה בלב שלם ובקוביא יתבאר עוד בסעיף ל"ה:

כג ויש מרבותינו שנותנים כלל אחר באסמכתא דכל התולה בדעת עצמו הוה אסמכתא כגון אם אוביר ולא אעביד אף דלא נזים ומה דמשלם במיטבא זהו מתקנת חכמים כיון דהאי גברא מסך עליו והפסיד שדהו וכן כשאמר אם לא באתי מכאן עד יום פלוני תהא השדה שלך הוה אסמכתא וכן אם אמר אם לא אתן לך עד שלשים יום כך וכך מעות יחזר לך שטרך וכל כיוצא בזה אבל בתולה בדעת אחרים כגון שאמר אם אתה תעשה כך יהיה כך ואם לא תעשה כך לא יהיה כך וכן קוביא וכיוצא בזה דאין התלייה רק בדעת עצמו אלא בדעת חבירו או במעשה חבירו לא הוה אסמכתא והטעם דכשתולה רק בדעת עצמו לא נמר כלל בלבו להתחייב אף אם לא יקיים אלא דמפני שסובר שודאי יקיים ואין חשש בתנאי שלי לכן מקבל עליו את התנאי הוה אבל כשתלה בדעת אחרים דנעלם גם ממנו אם האחר יקיים אם לאו ומ"מ קיבל עליו בודאי גמר והקנה וזהו כל דרכי התנאים שבגמ' דלית בהו משום אסמכתא שהתנאי הוא על האחר וזהו תנאי בני גד וב"ר שצוה משה רבינו לישראל אם יעברו ב"ג וב"ר תתנו להם ארץ הגלעד ואם לאו אל תתנו ומה שתלו חז"ל בדין ערבות משום אסמכתא אף שתלוי בדעת הלוה מ"מ כיון שדרך האדם לשלם חובו הוה כתולה בדעת עצמו דמבור שודאי יפרע הלוה ולכן אלולי גזירת התורה שערב משתעבד היינו דנין בזה דין אסמכתא ולפ"ז במוכר ולוקח יש חילוק מי הוא המתנה ועל מי היה התנאי כגון אם המוכר התנה על עצמו אם אעשה כך יהיה כך או כשהלוקח התנה על עצמו יש בזה משום אסמכתא ואם הלוקח התנה על המוכר או המוכר על הלוקח אין בזה משום אסמכתא [רמב"ן ומגי"ב פ"ג דסנהדרין ומלמידי רשב"ם וכ"כ מרשב"ם סקס"ח]:

כד רבינו הרמ"א אחר שכתב ג' כללי אסמכתא שנתבאר בסעיף כ"ה כתב וז"ל לפיכך כשמוכר מקנה ללוקח על תנאי אם תעשה לי כך תקנה הוי אסמכתא כיון שקיום התנאי אינו תלוי ביד המוכר אלא ביד הלוקח עכ"ל וכ"כ המור והקשו עליהם דכיון דביד הלוקח לעשות מה לי אם המוכר מתנה או הלוקח [סנכ"ח] ונראה דה"פ דלפי הכללים שבשם הוא דכל שבידו לנמרי ולא גזים לא הוי אסמכתא וכל שאינו בידו לגמרי אף בגזים לא הוי אסמכתא ועיקר האסמכתא הוא כשקצת בידו ולא לגמרי ולכן כשהמוכר מתנה על הלוקח נ"כ הוא כבידו ולאו בידו דאף דאינו ביד המוכר ט"מ מדמה כיון שהלוקח קיבל עליו תנאי זה מסתמא יקיים ומ"מ אין זה ביד המוכר לגמרי דשמא לא יקיים הלוקח אבל כשהלוקח בעצמו מתנה עליו הוי בידו לגמרי וכן להיפך [ומתוכן קוסית סכ"י ע"ס] ואין להקשות דלפ"ז למה לא הוי אסמכתא בתנאי בני גד וב"ר דהוה ממש כעין זה שמשה רבינו צוה לראשי ישראל אם יעברו בני גד וגו' והוה כמוכר שמתנה על הלוקח די"ל דהא משה רבינו התנה עמהם בעצמם נ"כ והם חזרו הדברים כמבואר בקרא והוי כמוכר שמתנה על עצמו ולכן לא הוי אסמכתא ולדעת הרמב"ם פשיטא דאין שם דין אסמכתא דהעסק נגמר ע"פ הדיבור והוה התנאי מילתא באפי נפשיה כמ"ש בסעיף ט':

כה בזה שבארנו דבדבר שבידו ולא נזים לא הוי אסמכתא ובארנו דאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא לא נקרא גזים דכיון שחבירו נפסד על ידו דין הוא שישלם לו מה שהפסידו יש מי שכתב דאף במקום שאין חבירו נפסד על ידו אם נם הוא אינו מפסיד בזה לא הוה אסמכתא ולכן כשמכר לו ממלטלין על תנאי

אף אם מברן מעט יותר משויין לא מקרי גזים דהלוקח אינו נפסד בקנייתו זאת ודרך העולם כן הוא ולכן אף כשתבטל הקנייה לא יהיה להמוכר הפסד מ"ם כשתקיימה לא יהיה להלוקח הפסד לא הוה אסמכתא וה מקרי לא גזים וזוקא במטלטלין אבל מכירת קרקע על תנאי מקרי גזים והוה אסמכתא דאין אדם עשוי למכור קרקעותיו וכן תבואות שמכרן קודם שהגיע זמנן למכור כפי דרך העולם מקרי גזים ואם הקרקע אינה שוה יותר תלוי במ"ש בסעיף הבא [סמ"ת ע"פ תוס' כ"מ ס"ו:] :

כט הלוהו על שדהו או על ביתו מאה זהובים וא"ל אם לא תפרע לי עד ג' שנים תהיה השדה או הבית שלי בעד מעות אלו הוה אסמכתא ולא קנה דלדעת הרמב"ם כיון דלא נגמר המקח עתה ולדיעה שבסעיף כ"ד משום דזהו כעין קנס דהרי לא מכר לו אלא הלואה עשה עמו וקנס א"ע שאם לא יפרענו יוחלט לו ולדעת רבינו הרמ"א הוה כנזים כמ"ש בסעיף הקודם ולדיעה שבסעיף כ"ו אע"ג דתולה בדעת אחרים מ"מ זהו באונס דהמלוה מבריחו לזה והוא מוכרח להסכים על ידו [כ"ל כוונת הסמ"ע פ"ס דמ"מ פ"ס] וזהו פשיטא דדבר שלפי הראות הוא באונס בכל ענין הוה כאסמכתא לכל הדיעות וי"א דזוקא כששוה יותר ממאה זהובים אבל אם אינו שוה יותר אין בזה דין אסמכתא דנמר ומקנה וי"א דאפילו אינו שוה יותר כיון דקרקע היא הוה אסמכתא דזהו כנזים כמ"ש ולהרמב"ם בכל ענין הוי אסמכתא [ל"ל] :

ל וכ"ז בדלא אמר מעכשיו אבל אם א"ל אם לא תפרעיני עד ג' שנים תהא שלי מעכשיו קנה בכל ענין ואפילו לדיעה שיהבאר בסעיף ס"נ דבמעכשיו בלחוד אינה מסתלקת האסמכתא מ"מ בזה מודו דכיון דנתנו לידו בתורת משכון ושיבוד על מעותיו היו כעין מכירה וגם עשה לו טובה ובודאי דנמר בלבו להקנותה בקנין גמור מעכשיו כשלא יפרענו לנ' שנים [סמ"ע] ומ"מ לא יאכל המלוה את הפירות בתוך הזמן דשמא יפדנה והמעות יהיו בהלואה למפרע ונמצא שאכל ריבית [סמ] :

לא וי"א עוד דאם בתחלה כשמשכנה הקפיד שלא למשכן רק קרקע זו אף שהיה לו עוד קרקעות קנה גם בלא מעכשיו דהלא ראינו שנמר בדעתו להקנותה דאל"כ לא היה מקפיד איזה קרקע להשכין ואף במקום דהוה אסמכתא אם א"ל אם לא אפרע לך עד ג' שנים תהא שלך ואף בתוך ג' שנים לא יהא לך פרעון אלא מזו שתקח ממנה כפי חובך לא אמרינן כיון דתנאי ראשון בטל מפני אסמכתא בטל גם התנאי השני אלא השני קיים והוי אפותיקי ולא יוכל לסלקו בקרקע אחרת אלא בזו או במעות כמ"ש בר"ם ק"ז ע"ש :

לב כל היכא דלא קנה השדה מפני אסמכתא והלוקח לא ידע מזה הדין ואכל הפירות מנכה כל הפירות שאכל מפני שזהו ריבית נמור דמשכנהא בלא נכייתא ייכול לסלקו בכל עת שירצה הוי ריבית קצוצה [ריטב"ם דכ"מ] וזה אינו רק כמשכנתא על מעותיו בכיון דאינו קנין וגם לא יועיל אם עתה ינכה לו מעכ"ד זה אינו מועיל רק בתחלת המשכונא ועוד דמי שסובר דבלא נכייתא הוי ריבית גמור ס"ל דגם בנכייתא הוי ריבית ואסור לעשות כן אבל יש חולקין וס"ל דמשכנתא בלא נכייתא הוי אבק ריבית ולכן מה שאכל בתוך הג' שנים אינו מנכה לו דאבק ריבית כי אכיל לא מפקינן מיניה אמנם מה שיאכל אח"כ בתורת מכר והמכר הוא במעות משום דהיא אסמכתא הוי מחילה במעות ומחויר הפירות [תוס' סמ ס"ו: ד"ס ומם] וכן בכל דבר שלא קנה מפני אסמכתא אף שבא לידו צריך להחזיר כל הפירות שאכל משום דהוי במעות דהמוכר הניחו לאכול שסבור שנחלטה לו ושוב נורע שלא נחלטה לו וה"ל כמחילה במעות אבל מה שאכל בתוך הג' שנים הרי ידע המוכר שיש בידו לפרות לפי התנאי שביניהם ועכ"ו הניחו לאכול בתורת ריבית וכיון דאינה לדיעה זו רק אבק ריבית אינה יוצאה בדיינים כמ"ש ביו"ד סי' קס"א אא"כ בא לצאת ידי שמים וי"א דבשארי מכירות של אסמכתות לא אמרינן דהוה מחילה במעות וכיון שבא ליד הקונה קנה ורק בהלוהו על שדהו דתחלת הענין היתה בהלואה ובתוך הנ' שנים אכלה בתורת ריבית בזה שפיר אמרינן דמה שאכל אח"כ צריך להחזיר דהוי מחילה במעות אבל בשארי דברים שבתחלה ירד בתורת מכר אף דמדינא לא קנה מפני אסמכתא מ"מ הרי זה מכר וזה קנה וכיון שבא ליד הלוקח אינו מחוייב להוציאה מידו וזהו דומה למוכר דבר שלא בא לעולם כשקרם הלוקח ותפס לא מפקינן מיניה כמ"ש בסימן ר"ט :

לג ראובן שלקח שדה משמעון במאה זהובים ונתן לו ערבון עשרה זהובים וא"א אמר ערבוני יקון כל השדה דקנה לגמרי כמ"ש בסימן ק"ץ סעיף ד' אלא שנתנם כעין קנס אם יחזור בו שאמר אם אני אחזיר בי ערבוני מהול לך וה"ל העשרה זהובים לחלוטין וגם השדה תשאר לפניך והמוכר אמר אם אני אחזור בי אכפול לך ערבונך והיינו שתטול בהשדה בעד עשרים זהו' ונתבאר שם דבכה"ג לא קנה רק כנגד מעותיו וכשחזרו בהם דעת הרמב"ם ז"ל שאם הלוקח חזר בו קנה המוכר את הערבון שהרי הם בידו ואם המוכר חזר בו אין מחייבין אותו לכפול הערבון שזו אסמכתא היא ולא קנה אבל לגבי המוכר לא הוה אסמכתא כיון שהמעות ת"י דאצל המוכר נגמר הענין כמ"ש בסעיף ט' וכ"כ אבל הלוקח אין השדה מוחזקת בידו והוה אסמכתא ויש חולקין ום"ל דאף אם הלוקח חזר בו לא קנה המוכר את הערבון דלא ס"ל סברת הרמב"ם דבמה שת"י לא הוה אסמכתא כמו שבארנו ולכל שארי הדיעות הוי אסמכתא דהוה כנזים ודרך קנס וכל אחד תלה בדעת עצמו וכ"ש אם חשלישו את הערבון ביד שליש דאף להרמב"ם הוה אסמכתא כיון שאינם ת"י וזוקא כשהערבון הוא מעות אבל

אבל אם הוא חפץ בלא"ה אינו מועיל לשון מחילה אף בשדוא ח"י אלא לשון קניין כמ"ש בסי' רמ"א [ס"ק]:

לד וכן מי שפרע מקצת חובו והשליש את השטר וא"ל להמלוה בפני השליש אם לא נתתי לך עד יום פלוני כל החוב תן לו שטרו והגיע הזמן ולא נתן לא יתן השליש את השטר להמלוה שזו אסמכתא דאינו ת"י ונזיפ וכעין קנס ותולה בדעת עצמו וכן תנאים שמתנים בני אדם ביניהם אם תעשה כך אתן לך דבר פלוני אע"פ שהם בעדים ובשטר הוי אסמכתא ולדעת הרמב"ם אם השטר הוא ביד המלוה לא הוי אסמכתא ואע"ג דהוה שטר שנסחל שיעבודו כיון שנפרע קצת אמנם לעניין לגבות מבני חורין הוה שטר ועוד דסיירי שאמר שיהיו המעות שנתן מהנה [ס"ק] והשטר עומר בתקפו ולכן אם לא האסמכתא היה נובה בו גם ממשעבדי ולכן להרמב"ם כשהשטר ת"י נובה בו ממשעבדי:

לה בזה שנתבאר בסעיף כ"ה דקוביא לא הוי אסמכתא כתב רבינו הרמ"א דרוקא כששיחקים במעות מזומני אבל אם שוחקים באמנה אין מוציאין ממנו מה שהפסיד וי"א אפילו נתן לו משכון על המעות לא מהני דמעות אין כאן משכון אין כאן כמ"ש בסי' ק"ץ אבל כשמעות מוכנין על הדף אין בו אסמכתא וכו' וי"א דאינו מותר רק כשהדף שהמעות טונח עליו קנוי לשניהם עכ"ל וטעם דיעה ראשונה דנהי דלית בה אסמכתא מ"מ כששוחקים באמנה אין כאן קניין דכשהמעות מוכנים על הדף אף שאין זה קניין מ"מ הם כשותפים ספני הנאה זו ובשהתערבו מעותיהם זהו קניינם כמ"ש בר"ם קע"ו ודיעה השנייה ס"ל דאין זה עניין לשותפות כלל ולכך אף במעות מוכנים אין כאן קניין כלל אא"כ הדף קנוי לשניהם דאז הדף זוכה מקניין חצר דנעשית להווכה כרשותו דכן הוא דעתם שתהיה כשל הווכה ואם עשו איזה קניין המועיל אף כששוחקין באמנה חייבים לשלם [סנר"ח ובמוסיפות סס סנסדרין סס"ד ול"ל כתו בתוס' עירובין סס"ז ודו"ק] ויש מי שרוצה לומר דמעם שחוק אמנה הוא משום דאע"ג דאינו אסמכתא מ"מ אין זה חוב גמור שיוכלו להוציאם בדין אבל אין מעם לזה דאם היה קניין למה לא יכופו אותו שישלם והעיקר כמ"ש ובכר נתבאר בסעיף כ"ג דלהרמב"ם אסור לשחק בקוביא משום גזל ואף במעכשיו הוי גזל וגם המרדכי בהגהות פ"ו דסנהדרין פסק דקוביא הוי גזל ע"ש ומי נבר אשר לא יחוש לדברי רבותינו אלה ובפרט שיש בזה משוב לצים והרבה עבירות חמורות נמשך משחוק הקוביא ושומר נפשו ירחק מזה ותבא עליו ברכה:

לו יש מרבותינו דלא ס"ל סה שנתבאר דכל מה שאין בידו לגמרי לא הוה אסמכתא דארבא כל מה שאין בידו הוה טפי אסמכתא ולפ"ו היה צריך להיות בקוביא דין אסמכתא אלא דס"ל טעם אחר דמאחר דשניהם מתנים זה בנגד זה ובל אחד יכול להפסיד או להרויח אנב דבעי למקני גמר ומקנה דמפני רצונו להרויח אם השני יפסיד לכן גמר בלבו להקנות להשני אם הוא יפסיד ולכן שנים שהמרו זה עם זה אם קני מידן אפילו ברבר שאין בידם לגמרי אין בזה אסמכתא טטעם זה ודוקא בדבר שבהכרח הוא שאחד מהם יפסיד ואחד ירויח כמו קוביא ונהמראה אבל בשיכול להיות ששניהם לא יפסידו כמו בערבון דסעיף ל"ב דאם שניהם לא יחזרו בהם לא יפסידו לא זה ולא זה הרר הו"ל אסמכתא דדוקא כשאחר מוכרח להרויח אמרינן דמתוך שרצונו להרויח מקנה ג"כ לחבירו בשחבירו ירויח אבל בשאפשר ששניהם לא ירויחו ולא יפסידו אינו נומר בלבו להקנות כשהוא יפסיד דמימר אמר בוודאי לא אשנה וחבירי נ"ב לא ישנה והוה אסמכתא וזה שרבינו הרמ"א כתב לדיעה זו ודוקא שאין בידן נ"ב אבל מה שבידן לא כמ"ש נבי ערבון בסמוך עכ"ל כוונתו נ"ב כמ"ש דמה שבידן שלא יפסידו לא זה ולא זה הוי אסמכתא [זהו טיטת ר"ם בתוס' סס ותמורן קוסיסס מערכון וזהו כוונתם בפ"ע ובטירוגין סס סס"ד וזהו כוונם סמוך בסמיף כ"ם ום"ם סממ"ע בם"ק ל"ד בע"ע ובלפי ל"ץ ובמרדכי פמ"ג ובסגמ"י פי"ח ים סס עס"ד ודו"ק]:

לז לכל הדיעות שנתבארו לבד הדיעה שבסעי' הקודם יש בהמראות שקורין גיוועט דין אסמכתא דהדבר לא נגמר והוא דרך קנס לבד לשיטת רבינו הרמ"א שבסעיף כ"ה אם היתה ההמראה ברבר שאין בידן כלל לא הוי אסמכתא וכן אם הלו ברבר שביד אחר לעשות נ"ב לא הוה אסמכתא כמ"ש שם וע' מ"ש בסעיף מ':

לח כתב רבינו הרמ"א ואפילו בזה יש חולקין ולכן הוצרכו לתת טעמים אחרים גבי משחק בקוביא וקנסות שרוכין עכ"ל וביאור דבריו דיש חולקין על כל זה דאף שכל אחד יכול להפסיד הוי אסמכתא ולפ"ז הוי בקוביא אסמכתא כמו לדעת הרמב"ם ובקנסות שרוכים שכותבים בהתנאים שאם אחד מהצדדים יעבור ישלם להשני כך וכך לכל הדיעות הוי אסמכתא דהענייז לא נגמר והוא דרך קנס וגזים ותולה בדעת עצמו ובידו ומ"מ פסקו ר' דאין בשידוכין אסמכתא מטעמים שיתב' בם"ע מח:

לט מי שמחייב עצמו לחבירו באיזה דבר ואומר אם יהיה בחיים יתן לו ואם לאו יתן ליורשיו אין זה אסמכתא אף שתלה בתנאי דאסמכתא לא הוה אלא כשעיקר ההתחייבות הוא בתנאי ובזה תלוי לפי הדיעות והכללים שנתבארו אבל בזה שמתחייב א"ע לגמרי בלא תנאי אלא דהתנאי הוא למי יתן אין בזה אסמכתא:

מ בכל מיני המראות שקורין גיוועט אף באופן דאין בה אסמכתא מ"מ צריך קניין וק"ם לא מהני דאין מטבע נקנית בחליפין ומנהג העולם להכות כף אל כף ונ"ל דהני קניין דאין זה ת"כ אלא כהאנט שלאק שנהגו בזה הקניין בסחורה והוה כרין סיטומתא שבסי' ר"א ואפילו אם נחשב זה כת"כ ואין זה קניין מ"מ הרי צריך לקיים שבועתו דת"כ הוי כשבועה ואדרבא דבזה חייב לקיים אפילו אי הוה אסמכתא:

מא ראובן תובע משמעון מנה ושמעון אומר שהחייב הוא

הוא משחוק הקוביא באמנה ואינו חייב לשלם מפני אסמכתא אם ידוע זה בעדים או שראובן מודה לו פטור אבל אם אין עדים על זה וראובן טוען שהוא חוב נמור שלא מחמת קוביא ויש עדים ששמעון הודה לפניהם בסתם שחייב לראובן מנה אף שהם עדים פסולים כיון שלדבריהם לא היתה ההתחייבות משחוק אין הלה נאמן לומר שמפני שחוק הוי ההתחייבות ואף שיש לו מיגו שלא היה מודה כלל על החוב והעדים פסולים הם מ"מ כיון שהודה לפניהם לא אמרינן מיגו במקום עדים אף שהם פסולים אא"כ העדים עצמם אין יודעים אופן הודאת התחייבותו דאז נשבע שמעון היסת ונפטר ואף בעדים כשירים כן הוא וכן כשאין עדים כלל ויש ביניהם הבחשה נשבע הנתבע היסת ונפטר וי"א עוד דאע"ג שנתבאר בסעיף ל"ה דמשכון אינו מועיל זהו כשנתן את המשכון בשעת מעשה אבל אם נתן המשכון אח"כ מועיל ואף שההויר לו אח"כ את המשכון נזקף עליו במלוה וחייב לשלם [סמ"ע] ואף שיש מי שפקפק בזה מ"מ כן עיקר לדינא:

מב כתב הרמב"ם ז"ל כל האומר קנה מעכשיו אין כאן אסמכתא כלל וקנה שאלו לא גמר להקנות לא הקנהו מעכשיו כיצד אם באתי מכאן ועד יום פלוני קנה בית זה מעכשיו וקנו מידו על כך ה"ז קנה אם בא בתוך הזמן וכן כל כיוצא בזה עכ"ל עיר כתב דאסמכתא שקנו עליה בב"ד ה"ז קנה והוא שיתפים זכיותיו בב"ד והוא שלא יהיה אנוס כיצד הרי שהתפים שטרו או שוברו בב"ד וקנו מידו שאם לא יבא ביום פלוני ינתן שטר זה לבעל דינו והגיע היום ולא יבא הרי אלו נותנים והוא שיהיה ב"ד חשוב ואם עכבו נהר או חולי לא יתנו וכן כל כיוצא בזה עכ"ל הרמב"ם ולדבריו יש ע"פ שני דברים ביטול אסמכתא או שיקנה מעכשיו או בב"ד חשוב וישלים וכיותיו דאלו לא היה גומר בדעתו להקנותו לא היה עושה כן ואע"נ דכל קניין הוא מעכשיו כמ"ש בסימן קצ"ה דלאחר זמן הדרא סודרא למרא וכיון דמעכשיו מועיל תועיל נ"כ הקניין בלבר ולמה מצריך לומר מעכשיו יהרי דברים בעלמא אינו כלום ובע"כ צריך קניין וכל קניין הוא מעכשיו אמנם דעת הרמב"ם הוא דאע"ג דלענין קנייה הוי הקניין במעכשיו מ"מ לסלק את האסמכתא אינו מועיל בקניין סתם אא"כ פירש מעכשיו או ב"ד חשוב וטעמו כיון דכל עיקר סילוק האסמכתא הוא הגמר בלבו אינו גומר בלבו כשאינו מפרש מעכשיו או שהוא בב"ד חשוב [ע' בכ"מ פי"ח ממכירה הל' ז] וי"א דקניין בב"ד חשוב אינו מועיל לכל האסמכתות שבין אדם לחבירו אלא דוקא במתפים זכיותיו בב"ד שב"ד אנסוהו להשליש זכיותיו והוי כעין הפקעת ממון ובעינן ע"ז ב"ד חשוב דאלימי לאפקועי ממונא ולכן א"צ מעכשיו אלא קניין לבד מהני אבל בשארי תנאים שבין אדם לחבירו אין עסק לב"ד חשוב בזה ולא מעלה ולא מוריד וצריך דוקא מעכשיו [ריטב"ם פ"ו ג"ם] וי"א דבכל דבר מועיל קניין בב"ד חשוב ובהתפסת זכיות וכן נראה דעת הרמב"ם אבל מעכשיו לחוד מהני בקניין אף במה שב"ד הכריחוהו ואפילו לדיעה הקודמת [ב"ג נדלים פ"ז]:

מג ורבינו הרמ"א כתב דיש חולקין על ב"ז וס"ל דמעכשיו לחוד או ב"ד חשוב לא מהני וצריך שני הדברים מעכשיו וב"ד חשוב אבל התפסת זכיות א"צ כלל דס"ל לדיעה זו דבין דכל קניין הוא מעכשיו מה מועיל כשמפרש מעכשיו ולפ"ז די בקניין וב"ד חשוב אמנם אם החנה שלא יתחיל הקנין מעכשיו לא מהני נמי קניין דב"ד חשוב [סמ"ע] ואע"ג דבהלוהו על שדהו בארנו במעיף ל' דדי במעכשיו ולא הצרכנו ב"ד חשוב שאני התם שעשה לו טובה בהלואתו וגם בא לידו מתחלה בתורת קניין אבל בשארי אסמכתות בעוין שני הדברים [סמ"ע] וכתב עוד דהכי נהיגי עלמא דמצרכינן קניין בב"ד חשוב ומהני גם בלא התפסת זכיות וי"א דדוקא מעכשיו בעינן עם ב"ד חשוב וקניין עם ב"ד חשוב אינו מועיל [ס"ז] וזהו רק בקנסים אבל בשארי תנאים די בקניין לחוד אף בלא ב"ד חשוב [נה"מ]:

מד ואיזהו ב"ד חשוב בל שלשה דבקיאי בדיני אסמכתא מקרי ב"ד חשוב לעניין זה וי"א דבעינן ב"ד חשוב שבעיר או מומחה לרבים כמו רב קבוע שבעיר ואפילו ביחידי די [כ"מ מסמ"ם והלבוש] ואם צוה לכתוב בהשטר שקנו ממנו בב"ד חשוב אע"ג שידענו שלא היה כן מ"מ מהני דהוודאת בע"ד במאה עדים דמי וכיון שהודה הרי נמר בלבו להקנות בלב שלם [סמ"ע] ואפילו לא אמר בפירוש אלא צוה לכתוב שט"ח מהני כאלו פירש דמסתמא היה דעתו שיהיה באופן המועיל וכ"ז הוא באסמכתא שעיקר המעם הוא מפני שאינו מקנה בלב שלם לפיכך כשאמר או צוה לכתוב ש' גמר והקנה אבל בשארי דברים שאינו מועיל ע"פ הדין כגון שהקנה דשלב"ל או דבר שאינו ברשותו או שאין בו ממש או שאינו מסויים אע"פ שכתבו שנעשה באופן היותר מועיל אם העדים אומרים או המלוה מודה שלא היה רק ק"ם בטל השטר דסוף סוף אין לו במה לקנות ומה תועיל הודאתו והעדים כשמעידים כן אינם כחוזרים ומגידים שלא יהיו נאמנים דבין דדרך לטעות בזה דלאו כ"ע גמירי בדינים אלו נאמנים ולכן אף אם הבע"ד עצמו חתם ע"ז נאמן לומר טעיתי כי סברתי שקניין סודר מועיל בזה ונאמן כשיש לו עדים או סיגו אבל בלא זה אינו נאמן [נה"מ]:

מה קיי"ל בב"מ בין בד"ם בין בגיטין וקדושין דבל האומר על מנת באומר מעכשיו דמי ולכן י"א דגם לענין אסמכתא כן הוא ויש חולקין אם האסמכתא היא בדרך קנס כגון אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי או אם אחזור בי ערבוני מחול לך וכיוצא בזה אפילו אמר בלשון ע"מ אינו מועיל דבזה לא אמרינן דהאומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי והטעם דדוקא כשהתנאי היא על קיום הדבר כמו האומר הריני מוכר לך ע"מ שתלך למקום פלוני שהוא רוצה שע"י התנאי יתקיים הדבר

שפיר אמרינן בזה דדמי כמעכשיו בבניתין וקדושין אבל אם התנאי הוא לקלקול הענין וקנס א"ע בער קלקולו ולא בקלקולו [רמב"ם] :

מו אין חילוק בהנאי בין שהוא בקום ועשה כנון אם אבא ער יום פלוני תמול מנה או אם לא אלך עד יום פלוני תמול שהוא בשב ואל"ת די"א דדיקא כשהוא בשב וא"ת דאם יעשה לא יפסיד ואם לא יעשה יפסיד בזה שייך אסמכתא ובעינן מעכשיו להחייב על העדר מעשה אבל כשהתנאי הוא בקום ועשה דאם לא יעשה לא יפסיד ואם יעשה יפסיד אין בזה אסמכתא כלל ולא היה לו לעשות וכיון שעשה החייב א"ע אלא דאין חילוק בזה די"ל דנמלך היה מדעתו תראשונה ועשה וכשהבטיח לא הבטיח בלב שלם ולא נמר והקנה [סמ"ע סקל"] :

מז כתב הרמב"ם בפי"א ממכירה כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושים קונין מזה שהוא חייב לחבירו מאה דינרין ואחר שחייב עצמו קונים מבעל חובו שכל זמן שיהיה כך או שיעשה כך הרי חוב זה מחול לו מעכשיו ואם לא יהיה כך או לא יעשה כך הריני תובעו בממון שחייב עצמו בו וע"ד זה היו עושים בשירוכים ובכל הדברים הדומים להם וכן אנו נוהגים עכ"ל ולדווחא דמילתא עשו כן דכיון דמעכשיו היה להם לדעת הרמב"ם והם הוכירו בהמחילה מעכשיו היה להם לתקן שיתחייב במעכשיו ולא היו צריכים לשני קנינים אלא שלא רצו שיתראה באסמכתא כלל אפילו שלא יהא בו דין אסמכתא ובשעת החיוב יתחייב א"ע בלא שום תנאי דאם יפרש התנאי קורם אפילו הקנה אח"כ סתם אכרינן שעל תנאי הקורם הקנה ואפילו יאמרו לו העדים ההתחייב עצמך בלא הנאי והוא יחחול לך אח"כ על הנאי לא מהני דזהו ג"כ בקניין על הנאי דהא אם חבירו לא יחחול לו על תנאי הרי יכול לחזור בו מהקניין שיאמר שלא קנה רק ארעתא שחבירו יסחול לו על תנאי וכיון שחבירו חוזר חוזר בו גם הוא ולכן אין להוכיר שום צד תנאי אפילו על המוחל אלא יאמרו לו התחייב עצמך בלי שום תנאי כלל דאז אין לו טענת אסמכתא [סמ"ע] ומה שהצריכו לקנות מהשני על המחילה אע"ג דמחילה א"צ קניין מ"מ בזה שהמחילה אינה ברורה כל כך והיא תלויה בספק וחומה למחילה ע"י פשרנים שבסי' י"ב דצריך קניין [ט"ז] ודרך זה של הרמב"ם מהני בכל דבר ובכל ענין אסמכתא ובשידוכין שיש שני צדדים צריכים לעשות בכל צד כן קניין ומחילה על תנאי מצד השני ויש מקומות שנהגו לכתוב שני שטרי חובות גמורים ונותנים שתיהן לשליש ואיזה צד שיעבור יתן השליש שני השטרות להצד השני וכשמוסר השטר להשליש ואינו מוסר דבר להשני שיזכה בהשטר צ"ל להשליש זכה בשטר זה לפלוני אבל לא יאמר תן לפלוני דבמתנה לא הוה תן בזכי כמ"ש בסי' קכ"ה ואם אין רק צד אחד המחייב א"ע באסמכתא יקחו ממנו שטר חיוב ומהשכנגדו שטר מחילה וישלישום ביד שליש ולא יעשו זאת לכתחלה בשטר אחד דכיון דהמחילה כתובה בצד החיוב מיחזי כאסמכתא [סמ"ע] וגם דוקא ביד שליש ואין למסור השטר חיוב להשכנגדו והשטר מחילה להמתחייב דכשיהיה בידו השטר מחילה יפעון את"כ חיובי היתה באסמכתא והשטר מחילה יוביח על זה ולכן מוסרין הכל להשליש וכשיתחייב יסטור השליש להשכנגדו שני השטרות ויוציא עליו שטר חיוב ברור ולא יהא לו מה לערער וכ"ז לכתחלה אבל בדיעבד אין עירעור כלום כשערים מעידים אך היה המעשה דלית בה מדין אסמכתא [ב"ח] :

מח והרבה מרבותינו כתבו שקנס שעושים בשידוכים לקנוס החוזר בו לא הוי אסמכתא אע"פ שגזם נפשו בקנס מרובה כי כדאי הוא שיתחייב החוזר בו בקנס לדמי הבושת שבייש את הצד השני ואף שאין דנין בושת בזמה"ז כמ"ש בסי' א' מ"מ כשהתחייב עצמו בדמי הבושה אין בזה דין אסמכתא וכן המנהג פשוט בכל מדינות אלו דאין עושין שטרי התחייבות ום"מ מחייבין את החוזר בהקנס הכתוב בתנאים וסיהו קניין צריך דדברים בעלמא לאו כלום הוא ולכן צריך לקנוס על הקנס אך לא יקנו בק"ס על מעות דאין מטבע נקנה בחליפין אלא יקנו על שוה כסף בדבר מסויים וכמה שנרשיותו קרקע או מטלטלין [ב"י] וכן נוהגין וי"א דבשדוכין לא בעי קניין כיון שהוא דמי בושת ודמי לאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא וא"צ קניין [ש"ך] וכן אם המלמד קבל עליו בעת ששכרוהו קנס אם יחזור בו וחזר בו ולא נמצא מלמד אחר בערכו אינו אסמכתא דהוה פסידא דלא הדר וגם בזה י"א דא"צ קניין [סמ] ונ"ל דבמדינתינו המנהג כדיעה זו דא"צ קניין דהקניין שקונין בעת ההנאים אינו מועיל להקנס שקונסין א"ע בחצי נדן דמטבע אינה נקנית בחליפין אם לא שנאמר כיון שהקניין מועיל לשארי התחייבות כמלבושים ומזונות מועיל נמי על מטבע וכמ"ש בסי' ר"נ סעיף ט"ו ע"ש :

מט יש להסתפק לפי תקנת חכמי ספרד שנתבאר אם המתחייב נאנס ולא היה יכול לעשות מה שקבל עליו אם נאמר אונס רחמנא פטריה או שנדון כנגד המוחל דהוא לא התחייב א"ע למחול רק בשהלה יעשה מה שקבל עליו ומה שהלה היה אנוס אין זה טענה נגדו שיתחייב למחול במ"ש בסי' כ"א דאונס רחמנא פטריה ולא רחמנא חייביה ונראה דאזלינן בתר המוחל והמתחייב חייב אפילו נאנס בקיום התנאי [מל"מ סס] דהוא הרי התחייב א"ע בלי שום תנאי ולפי חיובו לא שייך כלל טענת אונס והמוחל מחל על תנאי ולגביה אין טענת אונס של המתחייב מחייבו למחול :

נ שנים שהתנו ביניהם לקיים דבר אחד ונתנו ערבונות לקנס שמי שיחזור בו שיוכה חבירו בערבונו [ב"י יאמר

יאמר כל אחד אם אני חוזר בי אתן לך כך וכך וה"ז משכון על הממון שאתחייב לך אם אחזור בי דבכה"ג אינו כלום דכיון דאין כאן חיוב מפני האסמכתא אין המשכון מועיל דמנה אין כאן משכון אין כאן כמ"ש סברא זו כמה פעמים אלא בתחלה יעשו חיוב גמור לסלק האסמכתא שיקנה לו בסודר . בב"ד חשוב חיוב שוה בסף כך וכך אם יחזור בו כי היכי דלא ליהוי אסמכתא ואז יתן המשכון ויחול השיעבוד על המשכון כיון דהחיוב הוא בלעדי המשכון הוה במשכון על כל חוב או שיאמר אם אחזור בי תוכה בכך וכך ממון בגוף חפץ זה מעכשיו [ע"ז] ויש מי שאומר דלא בעי בזה מעכשיו כיון שמזכה לו בגוף החפץ ול"ד לערבון דסעיף ל"ג דהמוכר לא זכה במה שת"י דכיון שהלוקח אין לו ת"י משל המוכר גם המוכר אינו זוכה משא"כ בזה ששניהם נתנו [סמ"ע] ערבונות כל אחד זוכה במה שת"י של חבירו כשחבירו יחזור בו ואף שהערבונות ביד שליש מ"מ יד השליש כיד הזוכה ובשלוחו הוא דכן היה התנאי ביניהם :

נא שטר שכתוב בו אם לא יפרע לזמן פלוני שיתחייב כך וכך ממון וכתוב בסוף השטר דלא באסמכתא ודלא כטופסי דשטרא אין זה מועיל מידי אסמכתא ולא קנה דהא חזינן דאסמכתא היא ויש חולקין בזה דכמו קניין בב"ד חשוב מסלק אסמכתא משום דאמרינן דגמר והקנה בלב שלם והודאתו מהני אף שלא היה ב"ד חשוב כמ"ש בסעיף ס"ד וה"ג כן ודיעה ראשונה ס"ל דלא דמי דבשם עכ"פ הלשון מסלק האסמכתא מדינא אבל בזה שכתב דלא באסמכתא במה מסלק האסמכתא [כ"ל] ויש מי שאומר דגם לדיעה ראשונה אם כתוב בו ושטר זה נעשה בעניין שאין בו אסמכתא מהני דהוה הודאת בע"ד ועדיף משם [ס"ז] וכתב רבינו הגר"א דהעיקר כדיעה ראשונה והסמ"ה עוד כתב די"א דאם השלישו משכנות זה כנגד זה במשפטי הערכאות קנו אפילו באסמכתא מטעם דינא דמלכותא ועמ"ש בסי' ס"ח :

נב המחייב עצמו לחבירו בלא תנאי אע"פ שלא חייב לו כלום חייב כמ"ש בסי' מ' ואין בזה משום אסמכתא דהרי התחייב א"ע בלא שום תנאי וגמר והקנה דבשלמא בתנאי סומך בלבו שיתקיים התנאי ולא יצטרך ליתן ולא גמר והקנה אבל בלא תנאי על מה סמך ואם חייב עצמו ברבר שאינו קצוב כגון שאמר הריני מתחייב לזון אותך חמש שנים ח"ו משתעבד לדעת רוב הפוסקים ונתבאר בסי' ס' ע"ש :

נג נדר ושבועה ות"כ מהני אפילו באסמכתא כמו שמצינו בתורה אם יהיה אלקים עמדי אם נתן תתן את העם הזה בידי ובסי' ר"ט יתבאר בדשלב"ל דכשנשבע צריך לקיים שבועתו ואם שאל על שבועתו פטור וכן כשמת אין בניו צריכים לקיים דהחיוב הוא רק חיוב שבועה ועליו היה חל האיסור ולא על בניו וכן הדין באסמכתות ואם המקבל מת צריך ליתן לבניו לבד במהנה בעין צדקה א"צ לשלם כשמת המקבל [קנ"ח] וי"א דאסמכתא לא דמי לשם ורק אם לא היה קניין כלל וכל החיוב היא רק על השבועה מאסמכתא הלזו דאז דיני כבשם אבל כשהיה קניין עם השבועה לא מהני לא שאלה וגם כשמת חייבין בניו לקיים דהשבועה לא נגרעה מב"ד חשוב שמסלקת האסמכתא וגמר והקנה וכ"ש דע"י שבועה ונדר ות"כ דגמר והקנה בלב שלם [סמ"ע] ואין כאן אסמכתא כלל דבדבר שלב"ל לא מהני קניין כלל אבל באסמכתא מהני קניין רק דלא גמר בלבו להקנות בלב שלם וע"י השבועה פשיטא דגמר והקנה ומעם דיעה ראשונה דשבועה אינה עניין להקניין והיא אינה מחזקת הקניין דהוי כדבר בפ"ע ועכ"פ החיוב הוא רק מצד השבועה כבדבר שלב"ל [נ"ח ונ"ז] וי"א דת"כ לא הוי כשבועה אא"כ נתן הת"כ למי שהתחייב א"ע דהוה כבריתת ברית אבל כשנתן הת"כ לאחר לא הוי כשבועה [מהרי"ן] ויש חולקים בזה וכן אם כתוב בשטר שקבל עליו בח"ח ובשד"א מהני אפילו באסמכתא וכמ"ש לענין ב"ד חשוב וכן הכריע רבינו הרמ"א אע"פ שיש חולקים בזה וי"א דאף אם ידוע שלא קבל עליו בח"ח ובשד"א מהני הודאתו כבב"ד חשוב שבסעיף מ"ד ולכן צריך שעכ"פ יאמר להעדים לכתוב שטר כשם [סמ"ע] ולהיש חולקים לא מהני בזה הודאת בע"ד דהשבועה אינה מחזקת הקנין ולא דמי להודאה דב"ד חשוב [נ"מ] ואם נדר איזה דבר באסמכתא לצדקה או להקדש קונה כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ח ואע"ג דקי"ל דאמירה לנבוה כמסירה להדיוט ולא יותר ובאסמכתא הרי המסירה אינו מועיל בהדיוט דבאמת ה"פ אמירה לגבוה כמסירה להדיוט המועיל בכל עניין ראם רק נמצא עניין המועיל בהדיוט כמו ע"י ב"ד חשוב ובדבר שלב"ל יועיל המסירה כשתבא לעולם מועלת האמירה בהקדש תמיד [מהרי"ט פ"ד דב"ק] ואם נשבע לקיים המקח וקבל עליו גם קנס כשלא יקיים ולא קיים ונתן הקנס י"א דהקנס פוטר את השבועה דכיון שנתן הקנס מסתלקת השבועה וי"א דאינה פוטרת את השבועה ושבועה שלא כתב בעצמו ולא צוה לכתוב ולא קראה בפיו אף שחתם עליה י"א שאין בה ממש ואפילו אי מועלת לעניין אסמכתא מפני שגמר והקנה אבל איסור שבועה אין כאן [קנ"ח] וצ"ע לדינא :

סימן רח [מקח שנעשה בצד איסור ובו ד' סעיפים] :

א מקח שנעשה באיסור כגון שהמקח מחמת היה מאה בטלע והוא שלם טלע ורביע במאה בשביל שהמוכר

שהמוכר יתתן לו המעות וזהו אנר נטר והוי ריבית דרבנן ולא של תורה מפני שהוא דרך מקח וממכר ולא דרך הלואה וכן כשקנה בעוד שלא יצא השער וביו"ד סימן קע"ה נחלקו דאסור לקצוב אז מקח על הזמן הבא אם אין לו לה. כר המין שמוכר משום דחיישינן שמא יתייקר השער מכפי המקח שעשה עמו ויעלה להמוכר ביוקר ונמצא שקנה כיוצא בזול בשביל המעות שהקדים לו וזהו ג"כ ריבית דרבנן ומ"מ המקח קיים ודוקא כשנתקיים בקנין או באחד משארי דרכי הקנאות כמו בחלוקה ראשונה שמשך החטים לרשותו ובחלוקה השניה בשהקדים המעות ועשו קנין דבאם לאו אינו מקבל מי שפרע בשביל המעות כיון שנעשה באיסור ואיך נקלקל בשביל ביטול המכירה אדרבא תבא עליו ברכה אבל אם נתקיים בקנין גמור המקח קיים [ולפמ"ך בסי' ר"ס סקי"ג ל"ל שסיה ע"י קיוב וחו"ק] :

ב ואע"ג דאין אחד מהם יכול לחזור מ"מ בלוקח ביוקר בעד המתנת המעות לא ישלם כפי השער שקבע עמו אלא במקח שבשוק ואין אחד מהם יכול לבטל המקח כיון שהיה או מקח קצוב וכן בהקדים לו מעות ולא יצא השער אם לא נתייקר מכפי המקח שקבעו המקח קיים ואינו בחזרה ואם נתייקר השער מהמקח שקבעו אם המוכר אין רצונו לפחות מהשער שבשוק יכול הלוקח לחזור בו שלא ליתן כשער היוקר דאיך נכוף את הלוקח לקבל ביוקר ממה שקצב עמו ואז לא היה מקח קבוע בשוק וגם את המוכר אין לכוף שיתן כפי המקח שקצב עמו דכיון שלא יצא השער אין זה מקח כלל וגם איך נכוף אותו לעשות איסור משא"כ בלוקח ביוקר בשביל המתנת המעות שפיר כפינן את המוכר כיון שהיה או מקח קבוע ובשהלוקח רוצה לשלם כשער היוקר ודאי דהמקח קיים ואם נתן לו כפי המקח שקבע עמו אין מוציאין מהלוקח דכל שאינו ריבית דאורייתא אין מוציאין בדיינים כמ"ש שם סי' קס"א וכל דרך מקח וממכר אין כאן ריבית דאורייתא ואין חילוק בין מקח למחנה או מחילה דאף שנעשה באיסור כגון בשבת ויו"ט ויוצא בזה מ"מ הענין קיים כמ"ש בסי' קצ"ה :

ג כתב רבינו הרמ"א וכן אם נשבע או נדר שלא למכור ועבר ומכר המקח קיים עכ"ל וביו"ד סימן ר"ל כתב די"א כל מי שנשבע שלא לעשות איזה דבר כגון שנשבע שלא למכור חפץ פלוני ועבר ומכרו אין במכירתו כלום הועיל ועבר על שבועתו עכ"ל והאמת שיש בזה מחלוקת הראשונים ולענין דינא כתבו גדולי אחרונים דהמקח בטל ממעם כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני וגם דעת הרמב"ם נראה כן [מל"מ פ"ם ממלוה] ואף באיסור דרבנן אמרינן כן [כתובות פ"ח:] וזה שנתבאר דהמקח קיים אף באיסור זהו דוקא כשעצם המכירה אינו באיסור אלא שיש בה פרט מאיסור והיה יכול לעשותה בהיתר כמו שלקח חטים בזול מפני שהקדים מעות להמוכר וכן במוכר קודם שיצא השער וכן במוכר בשבת שהיה יכול ליקח קנייה זו בחול או כפי השער שבשוק או שיהיה השער בשוק אבל בנשבע שלא למכור חפץ זה הרי אין במכירה זו צד היתר כלל [סמ"ע] וי"א דהוה ספיקא דדינא [ס"ך וב"ח] ואף שיש ביכלתו לשאול על השבועה אין זה נקרא שביכלתו לעשות בהיתר דפנים חדשות באו לכאן ואין כאן שבועה כלל אבל כל זמן שהשבועה על מקומה אין כה צד היתר ויש מי שאומר דהעיקר לדינא דגם בזה המקח קיים דאין האיסור בהמכירה אלא בהשבועה ולא נקרא איסור בהמכירה עצמה אלא כשצוו חז"ל שלא למכור חפץ זה [כסף לכתובות סח] ולא במה שהאיסור הוא בהשבועה [מ"ז] ועוד די"א בכל הך כללא דאי עביד לא מהני אינו אלא באיסורים שהתורה או חז"ל גזרו באיסורו ולא באיסור שבדה האדם מעצמו ועשה זה לאיסור מפני שבועתו [מוס' ממורס ו' ד"ס ופסחים] ויש שמפקים על מה שבתבנו דבמקום שיכול לעשות בהיתר לא אמרינן אי עביד לא מהני והרי בכל האיסורים שחשבה הש"ס [סס] בענין זה ביכולת לעשות בהיתר [קלפ"ח וכ"מ] האמנם דבדבר שהתורה צותה מפורש לא העשה דבר זה בפ-טית ועבר ועשה ואי דלא מהני כיון שעבר על ד"ת משא"כ במכירות כשעשה בצר איסור הרי לא צותה התורה בפרטית לא תמכור באופן זה אלא שהאיסור כלול בין האיסורים וכיון שזיזה יכול למכור בלא האיסור לא אמרינן אי עביד לא מהני [כ"ל] ויש מחלקים בין דבר שאפשר בחזרה ולבטל האיסור דבזה אמרינן אי עביד לא מהני כדי למלקו מהאיסור שעשה ובין דבר שא"א בחזרה ואיסורא דעבד עבד ואין תועלת אם נבטל הדבר בין דהאיסור כבר נעשה ואין להשיב [מהרי"מ ונ"מ] ולכן בכל מכירת איסור מקיימים המכירה ומבטלין האיסור כמו במכירת אנר נטר ומכירת שבת אי מבטלין דאיסורא דעבר עבד ולפ"ז בהקדים מעות קודם שיצא השער ונתייקר היה לנו לכוף לשניהם לבלי לקיים המקח כפי מה שפסקו ולא משמע כן מהפוסקים ולדיעה זו יש להסתפק בשבועה שלא למכור אם לבטל המקח אם לקיימו ולשאול על שבועתו ואולי זהו כוונת רבינו הרמ"א שבכאן כתב שהמקח קיים וביו"ד דמיירי באיסור שבועה כתב שהמקח בטל כלומר עד שישאול על השבועה אבל מחוייב הוא לשאול על השבועה כדי לקיים המקח ועוד אפשר לומר דודאי הלוקח ביכלתו לקיים המקח בע"כ של המוכר דמה לו ולשבועתו של המוכר אבל אם הלוקח אינו חושש בביטולו כפינן את המוכר שיבטל המקח ולא יעבור על שבועתו [ולכן לקדק לומר סמקח קיים וסס כתב מן במכירתו כלום] והעיקר לדינא כדבריו שבכאן [ולפיס ברורס ממסקס דסבועות כ' ס' שבועס שלא ממן ותמיב לס בסבועת ביטוי ומ"ד דמין בתמימתו כלום סיכי מבסחת לס שיעבור על שבועתו וכרי תף סס נתמס ומתקבל לא מחזירס כגנל הוס בידו] :

ד כיו"ד סי' קס"א נתבאר דריבית קצוצה יוצאה בדיינים ומ"מ

ומ"מ י"א דכל זמן שהריבית ת"י המלוה נחשבו המעות בשלו ויכול לקנות בהן ולקרש את האשה רק שצריך להחזיר סכום זה מפני נזירת התורה דוחי אחיך עמך וראיה לזה כיון דיורשין פמורין מלשלם כמ"ש שם בודאי המעות בשלו הם אלא שחייבתו התורה להחזיר להלוה סכום כזה [נס"מ בשם הריטב"ם] :

סימן רט [המקנה דבר שאינו ממויים או שלא בא לעולם ובו י"ח סעיפים] :

א המקנה לחבירו דבר שאינו מסויים אם היה מינו ידוע אע"פ שאין מדתו ומשקלו ידוע הרי זה קנה ואם אין מינו ידוע לא קנה כיצד עריסה זו של חטים אני מוכר לך בכך וכך מרחף זה של יין אני מוכר לך בכך וכך שק זה של תאנים אני מוכר לך בכך וכך אע"פ שאין מדת העריסה ידוע ולא מנין הקנקנים ולא משקל התאנים ה"ז ממברו קיים אע"פ שנמצא חסר או יתר על האומד שהיה בדעתם ויש להם אונאה לפי שער שבשוק אפילו לא היה ידוע להם השעה של אותו דבר [ס"ך] דודאי לא היתה כוונתם שיתקיים המקח אף בשיהאנו אלא כל אחד שיער בדעתו שכך וכך יש בהעריסה ולכן דנין בזה אונאה וזהו דומה לפסיקת מקח שנתבאר סימן ר' סעיף ט"ו דהאומד היא פסיקתם ואפילו למי שמובר בסי' רכ"ז דבמוכר אכסרה אין אונאה מודה בכאן דבשם רואה הלוקח שגם מהמוכר נעלם הסכום והמדה משא"כ בכאן מדמה הלוקח שהמוכר יודע המדה ולא נמר בלבו לקנותה בלא אונאה ולכן אף אם לא ידע המוכר מדתה כיון שהלוקח לא ידע מהעדר ידיעתו יש אונאה [כנ"ל לתרץ מ"ש בסמ"ע סס ס"ק ל"ך] ואף שיש מי שאומר שמי שמובר דאין אונאה באכסרה סובר ג"כ בזה דאין אונאה [ט"ז סס] מ"מ העיקר נראה כמו שבארנו דבכאן הכל מודים שיש אונאה וזה שנתבאר ביו"ד סימן קע"ה בהולך לחלוב את עיזו וא"ל מה שעיזי חולבות מכור לך בכך וכך דלא הוי ריבית אף שהיה הרבה ולמה לא אמרינן שם שיהיה בזה אונאה כמו בכאן די"ל דבשם כיון שהכל רואין שהוא דבר הסמוי מן העין ודאי נמרו בדעתם לקנות איך שיהיה [ג"ן] ועוד דשם לא מיירי רק בדין ריבית כשרוצים לקיים הדבר ולא מיירי כלל בדין אונאה דבלא"ה הרי זה דבר שלא בא לעולם [נס"מ] ועוד דכיון שהקרים לו מעות ודאי סברו וקבלו כמה שיהיה [סס] ולענין דינא משמע מהפוסקים דאין בשם דין אונאה :

ב אבל האומר לחבירו כל מה שיש בבית זה אני מוכר לך בכך וכך וכל מה שיש בתיבה זו או בשק זה אני מוכר לך בכך וכך ורצה הלוקח ומשך אין כאן קנין שלא סמכה דעתו של לוקח שהרי אינו יודע מה שיש בו אם תבן או זהב ואין זה אלא כמשחק בקוביא שהוא דרך שחוק והיתול וכן כל כיוצא בזה ואפילו לפי מ"ש בסימן ר"ז סעיף כ"ה דמשחק בקוביא הוי קנין זהו משום דמשניהם נעלם הדבר ונמרו והקנו להדדי משא"כ בזה שהמוכר יודע והלוקח אינו יודע ולכן אם גלוי להלוקח שגם מהמוכר נעלם מה שיש בכאן קנה [כ"מ מסמ"ע וי"א דבכאן בכל ענין לא הוי קנין דלא סמכה דעתם כלל ורק דרך שחוק והיתול עשו ואינו דומה לקוביא דדרך הקוביא כן הוא ולא במקח וממכר [כ"מ מסמ"ן והס"ך] ולכן יראה לי דאם קנו בב"ד חשוב לכ"ע הוי קנין וכן אם א"ל כל מה שיש בבית זה אני מוכר לך כפי שישומו שמאין או שיהיה המקח כפי שמוכרין בעיר הוי קנין וקנה וי"א דה"ה בשנים שהחליפו על כל אשר להם דאין בזה קנין כמו מי שאמר כל מה שבבית זה אני מוכר לך כמ"ש בסימן ר"נ סעיף ט' ובסי' רמ"א יתבאר דבמתנה לא קנה ג"כ כדבר שאינו מסויים ע"ש :

ג המוכר לחבירו בעשרה דינרים חטים ולא פסק כמה מכר לו נותן לו כשער שבשוק שהיתה בשעת המכירה וכל החזור בו אחר נתינת הדמים ולא רצה כשער שבשוק בשעת נתינת המעות מקבל מי שפרע ואם פסק עמו קודם שיצא השער אפילו יש לו חטים להמוכר אינו מקבל מי שפרע מפני שיכול לומר סמכתי עצמי שתקנה במקום אחר אם לא שא"ל הלוקח להמוכר הריני סומך עליך או שהראה עצמו לפניו בנורן דאז בודאי סמך עליו ולכן אם חזר בו מקבל מי שפרע [ס"ן] :

ד שנים שהחליפו את אשר להם וחייבו עצמם בקנס לצדקה בשלא יקיימו ואח"כ מחלו זה לזה החליפין ונשאר כל אחד עומד בשלו פטורים מהקנס דאע"נ דבצדקה לא שייך אסמכתא כמ"ש ס"ם ר"ן מ"ם כיון שבידם לקיים החליפין ולפטור מהקנס משום הכי בידם נ"כ לומר הרי הוא כאלו החלפנו אבל אם אחר חירף את חבירו וקנסו ב"ד את המחרף שיתן לו כך וכך ואמר המתחרף הנני נותן זה לצדקה אין בידו למחול להמחרף דמיד שאמר שנותנם לצדקה נסתלקה ידו מזה כמ"ש ביו"ד סימן רנ"ח [סמ"ע] :

ה שלפעמים דבר שאינו מסויים אף בטין ידוע כגון ספינה מלאה חטים שנטבעת ושקועה עדיין במים ומברה לאחר בכך וכך על הספק דיכול להיות שנשטפו וננרפו כל החטים למים ויכול להיות שלא נשטפו כולם ויכול להיות שהתחתונים לא נתקלקלו כלל ואפשר דזה דמי לקוביא כיון שסמוי מעיני כל יגמרו בלבם לעשות הקנין בלב שלם וכה"ג בתל מלח שנשרף וכמה פעמים שהמלח התחתון נשאר בשלימות ומברם על הספק בכך

וכך וכיון שמחוי מעיני כל אפשר דמחי לקוביא וגמרי ומקני להדדי וצ"ע לדינא והמוכר חלק ביתו או חלק שדהו קודם חלוקה אף שעדיין אינו מבורר חלקו מ"מ לא מקרי דבר שאינו מכויים דהרי מסויימת היא הבית או השדה [כמ"ע נמס רמב"ם כ"ו] :

ך אין אדם מקנה דבר שלא בא עדיין לעולם דאין להקנין על מה לחול בין במכר בין במתנה ואפילו במתנת שכ"מ שדבריו כבתובין וכמסורין דמי וא"צ קנין מ"מ אינו מועיל בדבר שלב"ל שלא תקנו חכמים בשכ"מ אלא במקום שבבריא מושל קנין מקנה השכ"מ בדברים בלבד אבל בדבר שקניין אינו מועיל לא עדיף דברי השכ"מ מקנינו של הבריא כמ"ש כסי' ר"ן ולכן אם אמר מה שתוציא שדה זו מכור לך או מה שתוציא אילן זה מכור לך והקנה בקנין אינו כלום וכן אם אמר מה שתלד בהמה זו או שפחתי זו מכור לך והקנה בקנין אינו כלום ואפילו היתה הבהמה והשפחה מעוברת אין זה כלום דעובר הוי כמי שאינו בעולם ואפילו הוכר העובר הוי כלא בא לעולם [טור סי' ר"י] ווה דקי"ל בקדושין כשקידש העובר והוכר עוברה דמקודשת כמ"ש באה"ע סי' מ' זהו מפני חומר א"א חיישינן דאולי הוכר העובר הוי כבא לעולם דכן כתב הרמב"ם ז"ל בפי' המשנה פ"ג דקדושין אבל מעיקר הדין הוי כלא בא לעולם [ומתורן קוסים סמע"מ סס] ובאמת אם בא אחר וקידשה אחר שתלד צריכה גט משניהם [ב"ל] ולכן גם לענין הקדש כשהקדיש את העובר לאחר שהוכר עוברה חל ההקדש מפני חומר האיסור אע"ג דאין אדם מקדיש קדושת סמון בדבר שלב"ל [ב"ב ע"ט:] דוהו בקדושי אשה ואם מעל בה אינו מביא קרבן מעילה דרק לחומרא חששו [ב"ל ומיוסב סרכס קוסיות עקלס"מ ותו"ק] וב"ל שאם מכר הבהמה לאחר והעובר לאחר כשהוכר עוברה המכירה לשניהם קיימת לכל הדיעות ואפילו לדיעה שבסי' ר"נ דלא מהני להקנות דבר שלב"ל עם דבר שבא לעולם מ"מ כיון דהם נוף אחד והוכר העובר מועיל לכל הדיעות [ומתורן מסנע קל"ס:] ויש מי שאומר דזוקא כשמכר לו בכשתלד הוי דבר שלב"ל אבל אם מכר לו העובר מיד שאף בשתסות יהיה העובר שלו הוי דבר שבא לעולם דוהו כמו שהקנה לו אחת מאיברי הבהמה [נס"מ] :

ז ואע"ג דבעובר אמרנו שאף בהוכר עוברה הוה דבר שלב"ל אבל באילן ובתביאה כיהמטו יכול למכור הפירות והתבואה ומקרי בא לעולם ולא דמי לעובר שמתכסית בנוף הבהמה אבל החנטה גלויה לכל וכל הפירות נדילים מהחנטה ועוד דבחנטה פשיטא שהחנטה עצמה יכול למכור ובעובר אף מקצתו שהוא בעין אינו יכול למכור [קנ"ס"ח] :

ח כשמכר דבר שלב"ל יכול המוכר או הלוקח לחזור בו אפילו אחר שבא לעולם כגון שילדה הפרה או שגדלו הפירות כיון דהמכירה כמי שאינה ומ"מ אם קדם הלוקח ותפס את הפירות קודם שחזר בו המוכר אין מוציאין ממנו ואפילו כ שהמוכר לא ידע כזה הדין דאין אדם מקנה דשלב"ל ויכול להיות שאלו היה יודע היה חוזר בו ונמצא דהתפיסה היא בטעות ולא נרע ממחילה בטעות דלא הוי מחילה מ"מ כיון דתפס תפס דבבה"נ הוי מחילה [רס"י ג"מ ס"ו:] דאגן סהדי דניחא ליה להמוכר להיות בעל נאמנות ואפילו היה יודע שיכול לחזור לא היה חוזר בו [פוס' סס] וזוקא כשידע המוכר שתפס [ר"ס] דאל"כ הוי מחילה שלא מדעת והוי כיאוש שלא מדעת דלא קנה [קל"ח] דלא כיש מי שחולק בזה [יעמ"ס בסי' ס"ו סוגיף מ' וכס"ע סעיף י"ז וכס"ך סס] וכ"ש כשהמוכר ידע מדין דבר שלב"ל וידע מתפיסתו ושתק ולא מיחה בו ודאי דכוונתו לקיים המכירה והנם שהקנין הראשין אינו קנין אבל התפיסה הוי קנין גמור וכישאומר אחר שתפס שחזור בו אינו נאמן דאלמלי חזר בו לא היה מניחו לתפוס או מיד שנתוודע מתפיסתו היה מוחה בו [ב"ל] וה"ה בשארי דברים שלא באו לעולם כשמכר ואחר שבאו לעולם קודם חזרתו של המוכר תפסן הלוקח או החזיק בו ולא מיחה בו דקנה ואין מוציאין מידו ואפילו לא תפס אלא שהמוכר כתב לו שטר ומסר לו הוי כמאן דתפיס בהמקח וזוקא שמסר לו את השטר אחר שהדבר בא לעולם [סמ"ס] ואף שיש חולקין בזה מ"מ כן עיקר לדינא [נס"מ] ויראה לי דבמטלטלין אינו מועיל שטר אבל שטר חיוב שהתחייב א"ע למכור לו זה הדבר מהני וכן אם המוכר נתן לו משכון אחר שהמקח בא לעולם והמשכון הוא לקיום המקח הוי כתפס ואף דמשכון לא הוי קנין מ"מ תפיסה מיהו הוי ויש מי שחולק בזה וכ"כ רבותינו בעלי הש"ע בסי' ס' ע"ש ויש מי שרוצה לומר דתפיסה לא מהני כשהיה הקנין הקודם בק"מ משום דהדרא סודרא למרא ולא ג"ל דכיון דמטעם מחילה הוא כדי שישאר בעל נאמנות קונה עתה בתפיסתו או בחזקתו וכ"ש אם המוכר ידע דין דבר שלא בא לעולם דנעשה עתה קנין גמור :

ט י"א דכל זה הוא במקנה לו סתם אבל אם א"ל שיקנה אותה כשתהיה בעולם קנה אף שעכשיו איננה בעולם ויש חולקין וכן עיקר לדינא [ט"ז וסגו"ך] ויראה לי דכשהקנה לו בקנין כסף בקרקע ונתן לו הכסף להמוכר וא"ל להלוקח תקנה הקרקע כשתהיה ברשותי או הפירות כשיגדלו דקנה כשיגדלו וכשתבא לרשותו דחשבינן להמעות כפקדון עד ומן שבא לעולם ואח"כ קונה בטעות אלו [כ"ל מקוסין כ': וס"ס מס סכסי' ל"י ולמו דיעס לסמוכ] :

י אם מכר האילן לפירותיו ושפחה ובהמה לעובריהם כגון שאמר קנה אילן זה לפירותיה שהפירות יהיה שלך או קנה פרה לעוברה אע"פ שהאילן והפרה עצמם לא מכר לו הוי כדבר שבא לעולם וקנה מיד ואין אחד מהם יכול לחזור בו דכשמכר הפירות או העובר אין להקנין

להקנין על מה לחול אבל באומר קנה האילן לפירותיו חל הקנין על האילן וקנה מיד את האילן וכשתוציא הפירות הרי מאילנו גדלו ואף שאין האילן שלו מ"מ לענין הפירות היא כשלו וקנה הנוף לשעה כשביל הפירות וחל הקנין על הנוף בשביל הפירות אבל האומר לחבירו שיקנה ממנו דמי היין כשימכור היין ואפילו אמר קנה היין להדמים שיהיה ממנו אינו קונה ולא דמי לאילן לפירותיו ובהמה לעוברה דהפירות והעובר יוצאים מנוף האילן והבהמה אבל המעות אינו יוצא מנוף היין [לקמיך סי' ז] וי"א דקנה דכיון שמקנה נוף הדבר ויש להקנין על מה לחול אע"פ שאינו מקנה לו מה שתצא מנוף זה אלא מה שיהיה ע"י זה הוי קנין [מל"מ פכ"ג] וגם הראשונים נחלקו בזה [פתוס' נימין ס"ו] ובית לדמי דירה ודאי קנה דהיא תמיד בעין ועומדת לדירה [ע"ס מ"כ: ד"ס עבד] :

יא אע"ג דאין אדם מקנה דשלב"ל מ"מ יכול להתחייב א"ע בדבר שלב"ל שהרי הוא מחייב את גופו לדבר פלוני וגופו הרי הוא בעולם כמ"ש בסי' ס' ואם יכול לשעבד לבע"ח דבר שלב"ל יש בזה מחלוקת ונתבאר שם דמהקנת חכמים כרי שלא לגעול דלת בפני לזון חל השיעבוד וגם נתבאר שם בסעיף י"ב דזה שיכול להתחייב עצמו בדבר שלב"ל והו בדבר שבידו להשיג אבל במה שאין בידו כלל כגון שמתחייב א"ע בחפצו של אחר והאחר אינו חנוני ואינו עשוי למכור חפיציו אין החיוב חל ועמ"ש בסי' ר"א סעיף ח' ומי שמקנה לחבירו דבר שלב"ל עם דבר שבא לעולם בקנין אחד י"א דדמי לקני אתה והבהמה שיתבאר בסי' ר"י ובבר בארנו זה בסימן ר"ג סעיף ח' ע"ש :

יב אם נדר או נשבע לקיים את המקח של דבר שלב"ל חייב לקיים שבועתו אף שאין הקנין חל מ"מ הלא הנדר והשבועה חל עליו ואין יורדין לנכסיו אלא כופין אותו לקיים נדרו ושבועתו [מ"ז] ואם מת אין יורשיו מחוייבים לקיים הקנין וכן אם שאל על נדרו או שבועתו ואע"ג שדבר הנוגע למובת חבירו אין נשאלין שלא מדעת חבירו מ"מ בדיעבד מותר כמ"ש ביו"ד סי' רכ"ח ועמ"ש בס"ס ר"ץ :

יג בתנאי יכול להתנות גם על דבר שלב"ל ועל דבר שאין בידו ועל דבר שאין בו ממש כגון שמוכר לחבירו קרקע ומתנה עמו ע"מ שתתן לי מפירותיה כך וכך בכל שנה או ע"מ שתתן לי חפצו של ראובן דתנאי אינו שייך לעצם המכירה אלא דקיום המקח תלוי בזה וכן יכול האדם לסלק עצמו וכחו מדבר שלב"ל כגון ששיעבד לו נכסים שיקנה ועדיין לא קנה יכול לסלק א"ע אף בלשון דין ודברים אין לי בנכסים שתקנה וכן מי שאירס את האשה ורוצה לסלק א"ע שלא יאכל מפירותיה אחר הנשואין יאמר לה דין ודברים אין לי בפירותיך כמ"ש באה"ע סי' צ"ב ומפני מה מועיל לשון זה הואיל ועדיין לא זכה בו אבל בשכבר זכה בו לא מהני לשון סילוק כמ"ש בסי' ל"ו וסי' קמ"ט ודוקא כשיש לו שיכות לנכסים אלו מועיל סילוק כמו מי שיש לו שיעבוד על הנכסים והאורם את האשה אבל אם אין לו עדיין שום שיכות כלל כגון שאין לו שום שיעבוד על חבירו לא מהני לשון סילוק כמו שאינו מועיל לשון סילוק מפירות קודם אירוסין במ"ש שם דמאיזה דבר מסלק א"ע כיון שאין לו שום שייכות ואפילו לשון מחילה אינו מועיל בזה דמחילה אינו מועיל רק כשהדבר בא לעולם וברשותו כגון שלוה ממנו ונשתעבדו נכסיו ומוחל לו חובו או שמוחל לו שיעבודו משדה זו אבל דבר שאין ברשותו כלל והענין לא בא לעולם עדיין כגון שלא לוה עדיין ממנו או שיאמר ראובן לשמעון הנני מוחל לך כל מתנות שתתן לי עד שנה מהיום אינו מועיל ואם שמעון נתן לו מתנה אח"כ בקנין אינו מועיל מחילת ראובן הקודמת דכשם שאין אדם יכול להקנות דבר שלב"ל כמו כן אינו יכול למחול דבר שלב"ל [סמ"ע סקכ"ו] וי"א דלשון סילוק מועיל אף כשלא נשתעבד עדיין רק לשון מחילה אינו מועיל [מ"ז] והעיקר כדיעה ראשונה [כה"מ] ולכן ראובן שסילק א"ע מחפיצי שמעון שלא יגבם בשילוה שמעון ממנו אינו מועיל הסילוק ואם אח"כ לוה ממנו יכול לגבותם דסילוק כשאין לו שייכות כלל אינו מועיל וגם לשון מחילה אינו מועיל בזה וכן פסק מהרי"ט באשה שהפקידה מטלטלין של בעלה והתנתה עם הנפקד שאם יהיה לו איזה משא ומתן עם בעלה שלא יתפוס אותם ואח"כ היה לו הלואה אצל בעלה ופסק דיכול לתופסם בחובו ובמקום שיכול לסלק א"ע אין חילוק בין מסתלק מדבר שהתורה זיכתה לו או דרבנן זכו לו [קה"ח] ועמ"ש באה"ע שם סעיף ה' :

יד י"א דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלב"ל מ"מ אם רוצה לקנות מקנה ג"כ דאיידי דבעי למקני גמה ומקני ולכן שנים שהקנו זה מזה בדבר מתנה שאחד מהם יקבל מאחר שלבל מי שיתן יחלוק עם חבירו דקנה כמ"ש לענין אסמכתא בסי' ר"ז סעיף ל"ז ואפילו לדיעה שבריש סי' קע"ו דבשותפין כה"ג יכולין לחזור על להבא זהו מפני שפועל יכול לחזור בו אבל בלא טעם זה ודאי דקנו [סגל"מ] ואף דשותף לא דמי לפועל מ"מ להא מילתא דסיין :

טו דבר שבא לעולם אלא שאינו ברשותו דינו כדבר שלב"ל שלא קנה ויכול כל אחד מהם לחזור בו ויתבאר עוד בסי' ר"א ובסי' רמ"ז וכתב רבינו הרמ"א דמ"מ אם טרח המוכר וקנה הדבר שמכר צריך לקיים מקחו כי אדעתא דהכי טרח וקנה כי היכי דליקום בהימנותיה עכ"ל ודוקא כשהמוכר ידע שאינו ברשותו והלוקח לא ידע אבל בשהלוקח ג"כ ידע שאינו ברשותו לא שייך סברא זו אם לא שהבטיחו בבירור להמציא לו המקח אז שייך כי היכי דליקום בהימנותיה משום ההבטחה המיוחדת [ס"ז] וכן אם המוכר לא ידע שאינו ברשותו לא שייך ג"כ סברא זו והוי מקח טעות [נס"מ]

ו"א עוד דסברא זו לא שייך רק בחפץ ידוע דאמרינן שפרח לקנות חפץ זה כי היכי דליקום בהמנותיה אבל בדבר שדרך מוכר זה לסחור בו תמיד לא שייך לומר דלמען זה פרח לקנותו כיון שדרך מסחרו בכך [כס]:

סעיף כתבו רבותינו בעלי הש"ע בסעי' ו' הפוסק על שער שבשוק וקבל דמים ולא היה אותו הסין שפסק עליו ברשות מוכר חייב לקנות וליתן ללוקח מה שפסק ואם חזר בו מקבל מי שפרע אבל אם פסק עמו עד שלא יצא השער שהמקח נעשה באיסור חוזר בו וא"צ לקבל מש"פ עכ"ל דאף שאינו ברשותו מ"מ כיון שיצא השער ומצוי לקנות חשיב כדבר שברשותו [סמ"ע] ולכן אם היה קנין גמור מועיל לקנות לגמרי ובסעי' הקודם מיירי בשלא יצא השער וי"א דאף כשיצא השער אין מועיל שום קנין לקנין גמור רק למי שפרע [ס"ך] וי"א דכשפוסק על דבר מיוחד כגון יין זה לא מהני מה שיצא השער כיון דהוי דבר שאינו מצוי דמי ייסר דבעל יין זה יתרצה למכור לו ואינו אף במי שפרע אבל כיון סתם כשיצא השער ומצוי לקנות הוי כברשותו וקנה לענין מש"פ אבל לקנין גמור אינו מועיל באיזה קנין שהוא כהי"א הקודם [נס"ח] והרבה מהגדולים הכריעו לדינא כדיעה ראשונה דבקנין גמור קונה לגמרי כשיצא השער ומצוי לקנות וכן המנהג פשוט אצל הסוחרים שמוכרים כל מיני סחורות שאינם תחה ידם רק שמצוי לקנות והשער ידוע במרינה ומעולם לא שמענו שיערערו בזה כמעם שאינו ברשותו ואף לדעת הי"א כיון שהמנהג כן לא גרע מסימומתא שבסעי' ר"א ועמ"ש שם סעי' ג' ופשיטא שאם כתבו בשטר התחייבות שמחוייב להעמיד לו כך וכך סחורה במקח כך וכך שמחויב להעמיד דהתחייבות מועיל אף לדבר שלב"ל כמ"ש בסעי' י' ובזה א"ש המנהג שנהגו הסוחרים לכתוב קאנטראקטין על מכירת סחורת אע"ג דמפלטלין לאו בני שטרא נינהו אלא משום דבהשטר הלזה מתחייב א"ע והוה חיוב על הגוף והאדם דינו בקרקע ועוד כיון דהמנהג כן הוו כסימומתא ונם מעמם דינא דמלכותא ויצא השער מקרי במה שדרך הסוחרים למכור במקח הלזה ואין מרקדקים במעט פחות מהמקח או יתר מעט כיון שדרך הממחור כן הוא [כ"ל]:

יז כשם שאין אדם מקנה דבר שלב"ל כך אינו משייר דבר שלב"ל כיצר מכר שדה לראובן ושייר מפירותיה לשמעון דבר ידוע בכל שנה שאמר שדה לראובן וכך וכך פירות לשמעון לא קנה שמעון כלום מהפירות וראובן נוטל כל הפירות והמוכר יחזיר לשמעון מעותיו וסכום אותם הדמים מחוייב ראובן ליתנם להמוכר דלמה יפסיד המוכר ממונו ואם ראובן אין רצונו ליתן אותן המעות שנתן שמעון המקח בטל אך אם רוצה ליתן אין המוכר יכול לבטל המכירה דמיד שקנה ראובן השדה קנה נם כל פירותיה ומקח מעות אין כאן כיון שאין המוכר מפסיד כלום [כ"ל ות"ם סמ"ע נס"ק כ"ד ע"ג] וכל זה הוא שמכר הפירות לאחר אבל אם שייר הפירות לעצמו כך וכך פירות לשנה שיותו שיור דאמרינן דבעין יפה שייר והיינו ששייר מקום הפירות והרי כדקל לפירותיו ואע"פ שלא פירש ולאחר לא אמרינן ששייר מקום הפירות אא"כ פירש להדיא כן ועמ"ש בסי' רי"ד סעיף ד' וכששייר לעצמו אפילו מכר לוקח זה את השדה לאחר חלקו של זה המוכר אינו יכול למכור וצריך נם השני ליתן להמוכר הראשון כל מה ששייר אבל אם אמר המוכר הראשון להלוקח הפירות שלי כל זמן ששדרה זו בידך כשמכרה לאחר פקע כחו של המוכר הראשון ואף אם אח"כ חזר הלוקח הראשון וקנאה מהלוקח השני אבר זכותו דהרי הלוקח השני מכר לזה כל זכות שהיה לו וכן אפילו בעודה ביד הלוקח הראשון אם המוכר מת אין ליורשיו כלום אא"כ פירש לי וליורשיי והטעם דהרי אין יכול להוריש דבר שאין בו ממש [סנר"ח] ועוד דכיון דאין לו רק משום דבעין יפה שייר לא מהני רק לו ולא ליורשיו [מור] וי"א דזהו דווקא כשלא שייר דבר מסויים אלא פירות דאז לא הוי רק כתנאי בעלמא ולכן צריך לפרש לי וליורשיי אבל שייר דבר מסויים כגון שמכר בית ואמר הדיוטא העליונה שלי או ששייר בהאילן ענף פלונית יורשים יורשיו אחריו אף בסתמא דהשיור לא נכנם בכלל המכר כלל ובכל מה שנתבאר אין חילוק בין מכר למהנה או מתנת שכ"ם ויש חולקין במתנת שכ"ם ום"ל דאף כששייר לעצמו לא מהני בלא דבר מסויים דכיון דהוא אינו מצפה לחיים והשיור הוא ליורשיו לא אמרינן דמשייר בעין יפה ויש מי שאומר דכששייר לעצמו ממן קצוב כגון שאמר ע"מ שהתן לי מאה זוז צריך לתנם להיורשים אם לא נתנם לו אבל אם אמר על מנת שתתן לי בכל שנה מאה זה אין כוונתו רק לו ולא ליורשיו אא"כ פירש לי וליורשיי וכן כשאמר ע"מ שתתן לי פירות משני שנים הוי כדבר קצוב ושייך נם ליורשים [עב"י]:

יח אע"פ שצריך לתן לו הפירות ששייר מ"מ אם לא נתנם לו אין המקח מתבטל בכך ויכול לתבוע ממנו הפירות בב"ד אבל קיום המקח אינו תלוי בכך כיון שלא אמר בלשון תנאי ולכן אם אמר ע"מ שתתן לי או לפלוני את הפירות כך וכך אזי קיום המקח תלוי בו ואם לא נתן בטל המקח דאף דאין אדם מקנה דשלב"ל אבל להתנות יכול כמ"ש בסעי' י"ג ובכל מה שנתבאר דלאחר לא מהני שיור ולעצמו מהני אין חילוק בין שיור מקצת פירות לשיור כל הפירות דלאחר לא הוי שיור וראשון קנה דקל ופירותיו והשני לא קנה כלו' ובששייר לעצמו שאם לאחד קנה הקרקע חזץ מפירותיו דשייר כל הפירות הוי שיור דשייר כל מקום הפירות שהם הענפים ואין ללוקח אלא הנוע לכשיתיבש:

כשם

סימן רי [המקנה לעובר שלו או של אחר וכו' ד' סעיפים]:

א כשם שאין אדם מקנה דבר שלב"ל כמו כן אינו מקנה לפי שלא בא לעולם דאין הקנין על מי לחול לפיכך המוכה לבן ראובן שיוולד אפילו היתה אשת ראובן מעוברת וגם הוכר עוברה [עור] ואמר אני מקנה דבר זה לעובר של ראובן לא קנה העובר ואף כשאמר שיקנה כשיוולד ולא חזר בו ולא מת עד שנולד ואפילו הקנין קיים כגון שאחד זיכה בהחפץ בעד העובר ומשכו לרשותו וזיכה את הרשות להעובר וכשנולד עדיין החפץ ברשות הזוכה ס"מ אינו קונה ורלא כיש חולקין ואומרים דודאי אם המקנה חזר בו קודם שנולד העובר או שמת קודם לידתו או אפילו לא חזר בו ולא מת רק הקנין היתה בק"ס או בחזקה שהזוכה זכה בעד העובר וכשנולד בבר הסתלק הקנין פשיטא דלא קנה העובר אף אם אמר לכשיולד אבל כשאחר קנה בעדו במשיכה והחפץ עדיין ברשותו של הזוכה כשנולד והזוכה זיכה לו הרשות והמקנה לא חזר בו זכה זה הנולד אם אמר לכשיולד מפני שהקנין חל עתה אחר הוולדו דלא קי"ל כן ואפי' לדיעה שבסי' ר"ם סעי' מ' דבדבר שלב"ל קנה בכה"ג זהו מפני שהקונה בעולם וכיון שהמקנה א"ל קנה לכשהדבר יהיה בעולם והקנין היה אז בשלימותו קנה אחר שהיתה הדבר בעולם משא"כ כאן כל דבריו שדבר המקנה לריק המה מאחר שהקונה לא היה בעולם כלל ומ"מ י"א שאם תפס העובר אחר שנולד קודם חורת המקנה אין מוציאין מידו כמו בדבר שלב"ל [נ"מ]:

ב אמרו חז"ל דאע"ג דהמוכה לעובר לא קנה מ"מ אם העובר היה בנו וזיכה לו מתנה ע"י אחר קנה העובר אף אם לא אמר לכשיולד משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ונמר בלבו להקנותו [ב"ב קמ"ב.] ודוקא שאשתו מעוברת בשעה המתנה ואפילו לא הוכר עוברה דעב"ם יש קריבה הדעת אבל כשאינה מעוברת וזיכה להעובר שותעבר אינו כלום ויש מי שמצריך שיעברו מ' יום לעיבורה [ס"ך] שנגמר בהם יצירת הולד וכן דוקא שנולד בן קיימא אבל אם לא היה בן קיימא אין דעתו קרובה אליו [סמ"ע] וכוייתו של הבן הוא כשנולד לפיכך אם חזר בו האב קודם שנולד או מת האב קודם שנולד אינו זוכה מפני מתנתו [כ"ס] וי"א דזה שאמרו חכמים דמזכה לעובר שלו קנה אינו אלא בשב"ם ולא בבריא משום דעובר לאו בר קנין הוא כלל רק בשב"ם תקנו כיון שדעת האדם קרובה ליציאי חלציו אם לא יתקיימו דבריו תמרוף דעתו עליו ודיעה ראשונה ס"ל דזה הוא מדינא דעובר בר קנין הוא ורק בעובר שאינו שלו לא סמכה דעתו להקנות לו בלב שלם אף לכשיולד אבל בבנו ובתו מקנה בקנין גמור וזוכה כשיוולד ולכל הדיעות דוקא בנו ובתו אבל בן בנו ובן בתו באחר דמי דאין דעתו קרובה להם כל כך והאם המוכית לעוברה קנה כמו האב שזיכה [שבו"י]:

ג הקנה מקצת נכסיו לבהמה או למי שלא בא לעולם וחזר ואמר לחבירו קנה בבהמה זו או בעובר זה לא אמר כלום דכיון דתלאו במי שאין לו קניין אף הוא אינו קונה ואמרינן דואת היתה כוונתו כמו שבהבהמה לא קנאה גם אתה לא תקנה אבל אם אמר לחבירו קנה נכסי אתה והבהמה או אתה והעובר קנה הוא מחצה אף שהקנם בקנין אחד מ"מ כיון שלא תלאן זה בזה פלגינן דיבוריה וכן אם אמר לבנו קנה אתה ועובר שלי שתעבר אשתי ממני נוטל הבן הנולד מחצה בראש ואח"כ בשימות האב חולקין הוא והעובר בהמחצה השנייה בתורת ירושה דמתנתו לגבי העובר אינו כלום כיון שאינה מעוברת וכשם שאין זכייה למי שלא בא לעולם במתנה כמו כן אין לו זכייה בשיעבוד ומיהו יכול להקנות אף לעובר של אחר בקני ע"מ להקנות שיאמר לאחד קנה עתה ע"מ להקנות להעובר של פלוני כשיוולד דזהו כתנאי ותנאי יכול להתנות בכל ענין כמ"ש בסי' ר"ם [נ"י] ויש מי שאומר דגם בבנו אינו מזכה לעובר רק במטלטלין ולא בקרקעות [ממ"י פ"ט דכ"ב] וכשם שאין זכייה לעובר כמו כן אין זכייה למת דאינו בר זכייה ומ"ם המקנה דבר למת שהוא לצורך קבורתו ובבודו צריכין לעשות לו כל מה שהתחייב בעדו ועמ"ש בסי' ר"נ סעי' ח' [מ"ם הקלס"ח בסם סמרדכי פ' מ"ם כבר בתלמו סם ומ"ל לזוחקו ודו"ק]:

ד יראה לי דכמו דאמרינן בהקנאה לדבר שלב"ל דלבנו מקנה בכל לבו כמו כן בדבר שלא בא לעולם או שאינו ברשותו או שאין בה ממש דאמרינן כששייר לעצמו בעין יפה שייר כמ"ש בסי' ר"ם סעי' י"ו ובסי' ר"ב סעי' ד' כמו כן כששייר לבנו או לבתו אמרינן נ"כ דבעין יפה שייר וזה שכתבנו בסי' ר"ם דליורשים לא שייר בעין יפה זהו בשארי יורשים ולא בזרעו [וכתי' לזה מנ"ב ס"ג. למעט לפמ"ם סם בסי' ריש"ב מין לתי' ודו"ק]:

סימן ריא [דין מקנה דבר שאינו ברשותו והכותב נכסיו לבניו לאחר מותו וכו' ט' סעיפים]:

א כבר בארנו בסי' ר"ם סעי' ט"ו דדבר שאינו ברשותו של אדם הוי כדבר שלב"ל לפיכך שניהם יכולים לחזור בהם אם מבר לו דבר שאינו ברשותו ביצד אם אמר לחבירו מה שאירש מאבא מכור לך אפילו היה אביו גוסס אינו כלום [ממ"י פ"ג מ"ז.] דלע"ע אין הנכסים ברשותו וכן כשאמר מה שהעלה מצודתי היום מהנהר מכור

מכור או נתון לך או שאמר שדה זו שאני לוקח לכשאקחנה תהא קנויה לך לא אמר כלום וכן כל כיוצא בזה ומ"מ המוכר סחורה לחבירו במקח כך וכך אם רק המקח קבוע בערך זה אף שאין המחורה ברשותו כיון שמצוי לקנותה הרי זה כברשותו וזהו דרך התגרים כמ"ש שם סעי' מ"ז ואפי' לא קבל ממנו כל המעות דרך התגרים לקיים המקח אם רק מכר לו בקנין הנהוג בין המוחרים ואין בזה חשש ריבית כשלא נתן לו כל המעות כיון שהלוקח יכול לקנות כן בכמה מקומות כמו מזה המוכר לו [כ"ל]:

ב י"א דזה שנתכאר באמר מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום אינו אלא רוקא בסתם אבל אם פירש ואמר שדה זו שאירש מאבא מכור לך קנה כיון דבירר מקחו וירושה ממילא קאתי לא חשבינן לה כולי האי לדבר שלב"ל ואע"ג דבשדה זו לכשאקחנה קנויה לך לא קנה זהו מפני שמחוסר מעשה דלקיחהו אבל ירושה ממילא נפלה [ס"ק] ואף לדיעה זו אינו אלא כשהוא יורש יחידי אבל כשיש עוד יורשים אינו מועיל אף שנפלה שדה זו לחלקו דאחין שחלקו כלקוחות דמי [פ"מ] והוי כשדה זו לכשאקחנה ואף ביורש יחידי ובשדה זו אם בא המוכר לחזור בו קודם שמת אביו יכול לחזור בו אפילו א"ל מעכשיו ויש מי שסובר דאינו יכול לחזור בו לדיעה זו ולא נהירא דנהי דלדיעה זו אין זה ממש כדבר שלב"ל מ"מ א"א לומר שהמכירה חלה מעכשיו שהרי אינה ברשותו כלל ואין חילוק בכל זה בין קרקע למטלטלין [סס]:

ג מי שהיה מורישו נוסס ונפה למות ורצה למכור מנכסיו מעט כדי להוציא הדמים בצרכי קבורה והיורש עני ואם ימתין עד שימות וימכור אח"כ ישתהא המת ויהבזה תקנו חכמים שאם מכר ואמר מה שאירש מאבי היום מכור לך ממכרו קיים ואם היורש אינו עני אינו מועיל מכירתו דלא תקנו זה רק מפני בזיון המת ואין מדקדקין אם מכר מעט יותר מצרכי הקבורה אבל הרבה יותר כ"מכר אין המכירה קיימת אם לא שאינו מוצא מי שיקנה מעט דאז יכול למכור בבדי השיעור שמוצא למכור וכן תקנו חכמים בצייד עני שאין לו מה לאכול ואמר לחבירו מה שתעלה מצודתי היום מן הגיהר מכור לך ממכרו קיים משום כדי חייו שישיג מעות על חיותו וי"א דאין לו למכור רק כדי חיי אותו היום [קוב] ולהרי"ף והרמב"ם יכול למכור אפילו כדי חיי הרבה ימים ומהקנות אלו יש ללמוד דבכל כה"ג לא יעכב המכירה מה שלא בא לעולם ואינו ברשותו [כ"ל] ואע"ג דאפשר לעשות בהתחייבות הנוף שחל מדינא אף על דבר שלב"ל כמ"ש בסי' ר"ם מ"מ לאו כ"ע דינא נמירי ומפני כבוד וצער הבריות הוכרחו חכמים להקן שיועיל המכירה [כ"ל]:

ד היה אביו נוטה למות ולא היה לו צרכי קבורה ומכר לאחד מירושתו כמ"ש ומת הבן בחיי האב ואח"כ מת האב בן הבן מוציא מיד הלקוחות מה שמכר אביו שהרי אביו כשמת לא באו עדיין הנכסים לרשותו וכשמת זקינו ירשו זה ואין מכירת אביו כלום והמעות שלקח אביו מהלקוחות אם הוציאם בצרכי הקבורה של הזקן חייב בזה בן לשלם להמוקח דהרי יורשו להזקן וצריך לשלם חובותיו ואם לא הוציאם בצרכי קבורה ומאביו לא ירש כלום א"צ לשלם חובו וכן יש מי שאומר שאם ראובן לוה מיעקב אביו ואח"כ מכר נכסיו ומתו ראובן ויעקב וירש חנוך בן ראובן השמ"ח מיעקב מוציא חנוך מיד הלקוחות את הנכסים שמכר אביו בעד חוב זה דיכול לומר אני יורש מזקיני ולא מאבי ודווקא שראובן מת תחלה דאם יעקב מת תחלה הרי ירשו ראובן ונפטר מהחוב ונשארו הנכסים ביד הלוקחים:

ה הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו שכתב לו מהיום ולאחר מיתה הרי הנוף של הבן מזמן השטר והפירות הם להאב עד שימות דזהו פירושו מהיום הנוף שלך ולאחר מיתה גם הפירות שלך וכן אם כתב לאחר פירושו כן [רסב"ם קל"ו.] ואין המקבל יכול למכור הפירות כל זמן שהנותן קיים אלא יכול למכור נ"כ מהיום ולאחר מיתת הנותן שהלוקח יזכה בהנוף מיד ובהפירות לאחר מיתת הנותן ואפילו אם המקבל מת בחיי הנותן זכה הלוקח שאין כאן מקנה דבר שלב"ל כיון שהנוף שלו ולהאב לא נשאר רק קנין פי־ות ולאו בקנין הנוף דמי והכל הוא של הבן ויכול למכור וזהו רק במהיום ולאחר מיתה אבל כשזה המקבל מכר לאחר את הקרקע רק לפירותיה ומת בחיי נותן אין הלוקח זוכה בהפירות שהרי המקבל עצמו עדיין לא זכה בהם [נס"מ]:

ו כשמקנה ממטלטלין אע"ק צריך שיהיו הממלמלין ברשותו ואף דלא מצרכינן שיהיו מונחין בתוך הקרקע כמ"ש בסי' ר"ב מיהו ברשותו בעינן ולכן מי שנתן קרקע לחבירו והקנה לו על גבה מעות או ממטלטלין לא קנה אא"כ היו המעות והממלמלין ברשותו וצריך להביא ראיה שבאותו שעה שהקנה לו הקרקע היו ברשותו ואע"ג שנתבאר בסי' ס' דלהרבה מהפוסקים אין מדקדקין לידע היאך נתן ומסתמא כדין נתן זהו כשכתוב בהשטר לשון עבר שהוא לשון הודאה שכתוב נתתי ואמרינן דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי אבל כשידוע שא"ל בלשון הזה אני נותן שאינו לשון הודאה רק לשון קנין שמקנה לו עכשיו לא מהני וצריך המקבל להביא ראיה [סמ"ע כמ"ש סכ"מן וע"ש סעיף י"ד]:

ז מי שהיה לו פקדון ביד אחר הרי מקניהו במכר ומתנה כמו שהוא בידו לפי שפקדון הוא כברשות בעליו דהרי לא ניתן להנפקד שיוציאנו והוא בחזקת שהוא קיים ואין חוששין שמא נאבד ויכול המפקיד להקנותו אף כשהפקדון הוא בעיר אחרת ואין הנפקד כאן אבל הלואה כיון שניתנה להוצאה אין המלוה יכול להקנותה לאחר ואף כשעדיין המעות הם בעין ביד הלוה לפי שאינם נחשבים כברשותו של מלוה ואין המלוה יכול להקנותם

רק בשעמד שלשתן כמ"ש בסי' קכ"ו ואם היתה מלוה בשטר מקנה את השטר בכתיבה ומסירה כמ"ש בסי' ס"ו וזה נקרא ברשותו שהרי יש כאן השטר הנמסר לקנות בו השיעבוד וזה שאמרנו שפקדון יכול להקנותו זהו דוקא כשהנפקד אינו כופר בהפקדון אבל כשכופר ואומר לא הפקדת אצלי אינו יכול להקנותו שוהו כאינו ברשותו אף שהאמת אתו ואע"ג דהרשאה יכול לכתוב גם בכפריה כמ"ש בסימן קכ"ג והו מתקנת חכמים כמ"ש שם אבל להקנותו לגמרי יכול אף שיש לו עדים שהפקיד אצלו מ"מ מדכפריה עתה אינו נחשב כברשותו [ג"ל] ומי שהיה לו משכון ביד אחרים יכול למכור את היתר על חובו רק המלוה גובה תחלה חובו והמותר יקבל הלוקח וכן יכול להקדישו ואם חל ההקדש נגד חובו של המלוה נתבאר בי"ד סי' רכ"א וכן המשכיר ביתו לאחר נקרא הבית ברשות המשכיר שיכול למוכרה ולהשכירה לאחר בתוך זמנו של השובר הראשון שכשתכלה זמנו תהיה נמכרת או מושכרת להשני ולא אמרינן שאינה נקראת ברשותו ואין השכרתו עתה כלום אלא שהויא ממש כשלו ולכן אין המשכיר יכול לחזור בו אף קודם כלות הזמן של הראשון ואפילו השבירו בסתם לא אמרינן דאין הקנין חל רק לאחר זמנו של הראשון ויכול לחזור בו עד אותו זמן אלא השכירות מתחיל מעכשיו והוי כאומר מעכשיו ולאחר זמן פלוני אם לא שאמר בפורש שלא יתחיל הקנין אלא לאחר זמנו של ראשון דאז יכול לחזור בו קודם זה הזמן דזה שאמרו חז"ל שכירות ליומא ממכר הוא אינו אלא באיזה פרטים כמו באונאה וכה"ג אבל עיקר הבית נחשבת לגמרי של המשכיר דשכירות לא קניא [עכו"ס ס"ע] וכן עיקר לדינא דלא כיש מי שמגמגם בזה ולענין הקדש דינו כפקדון ונתבאר שם [פ"ת]:

ח בסי' ר"ם נתבאר דאע"ג דאין אדם מקנה דשלב"ל ודבר שאינו ברשותו מ"מ חיוב מועיל שמחייב את גופו לזה אך גם זה בדבר שביכולתו להשיג כגון שאמר כשאקח חפץ זה אמכרנו לך וזהו ביזו למכור לזה כשיקחנו ומועיל חיובו אבל כשמתחייב עצמו לקנות חפץ פלוני ולמכור לו רואין אם חפץ זה הוא ביד הנוני א' ביד בעה"ב העשוי למכור חפיציו חל חיובו אבל כשאינו עשוי למכור חפיציו אינו מועיל חיובו ואין זה רק כאמכתא בעלמא ואפילו חייב עצמו בקנס כשלא יעמיד לו דבר זה אינו מועיל וא"צ ליתן הקנס דזהו אסמכתא וי"א עוד דאפי' כשעשה באופן שאין בו אסמכתא כמו בב"ד חשוב ומעכשיו מ"מ אם א"א לו לקנות הדבר הוה בלהי אם ישלם הרבה יותר משויו הוי כאנוס ופסור [פ"מ]:

ט מעשה בראובן שלוה משמעון מנה באחד בניסן ער י"ב חדש ועשה לו שטר מכר משרהו מעכשיו בלא שום תנאי ושיור אלא שהשליש השטר ביד לוי וא"ל אם לא אפרע לשמעון מכאן עד זמן פלוני תן לו שטר מכירה זו וראובן אוכל הפירות תוך זה הזמן ובתוך זה הזמן מכר שמעון את השדה ליהודה קודם שוכה בשטר המכר שביד השליש וכשהגיע הזמן ולא פרע ראובן נתן השליש את השטר מכר לשמעון והחזיק יהודה בהשדה ואבל פירותיה ובא ראובן להוציא את יהודה מן השדה במענה שלקחה קודם שוכה שמעון בהשטר והוי כמוכר דבר שאינו ברשותו ופסק הראב"ד ז"ל שאין שומעין לו לפי שכשהגיע השטר ליד שמעון זכה בהשדה למפרע משעה שנכתב השטר וכמ"ש בסי' ל"ט ואין בזה משום אסמכתא כדין משליש שטר שבסי' ר"ז דכיון שנעשה המכר מעכשיו בלי תנאי ובלי שיור ובקנין ואפילו היה נאבד שטר המכר לא נבטלה המכירה שבבר קנאה במעותיו משעת מתן מעות [כ"י נס"ם ל"ד] והוי השדה ברשות שמעון ומכירתו קיימת ואין זה דבר שאינו ברשותו ודוקא כשאמר מעכשיו אבל בלא מעכשיו אף שאח"כ נשארה ביד שמעון אין מכירתו הקודמת קיימת דהוה כדבר שאינו ברשותו:

י נדר ושבועה חל אף על דבר שאינו ברשותו ושלא בא לעולם כמ"ש בסי' ר"ם סעי' י"ב ואם מפקיר דבר שאינו ברשותו או שלא בא לעולם דלכשיבואו לרשותו או כשיבא לעולם יהיה הפקר יש מי שרוצה לומר דהוי הפקר דהפקר הוא מדין נדר אבל העיקר לדינא דאינו כלל מדין נדר ואין ההפקר חל [קנ"מ]:

סימן ריב [דין מקנה דבר שאין בו ממש כמו דירה ודין מקדיש דשלב"ל ובו י"א סעיפים]:

א אין אדם מקנה לאחר לא במכר ולא במתנה אלא דבר שיש בו ממש אבל דבר שאין בו ממש אע"פ שישנו בעולם וברשותו הם כיון שאין בזה ממש אין להקנין על מה לחול כיצד אין אדם מקנה לחבירו ריח הפות ולא טעם הדבש ולא עין הבדולח דרך ומעם ומראה אין ממשות בהם אלא יקנה לו התפות לירח בו והדבש למעום ממנו והבדולח ליהנות מראייתו לפיכך אם הקנה לחבירו דירת ביתו אינו נתפש בקנין דדירה אין בה ממש אלא יקנה לו ביתו לדור בו והרמב"ם ז"ל כתב בפ"ב המקנה לחבירו אכילת פירות דקל זה או דירת בית זה לא קנה עד שיקנה גוף בית זה לדור בו ונוף אילן לאכול פירותיו עכ"ל דם"ל דאע"ג דהפירות בעולם מ"מ שם אכילה הוי דבר שאין בו ממש כדירה וריח וצריך להקנות לו את הדבר הנאכל כלחם ובשר ופירות ויש חולקין וס"ל דאכילה הוי דבר שיש בו ממש ואם רק באו הפירות לעולם יכ"ל להקנות אכילתן [עור לדעת ב"י

ג"י] וכן המוכר אויר חורבתו ואויר חצרו כגון שהיה לחבירו כותל סמוך לחצרו או להורבתו והקנה לו אוירו שיכנים חבירו ויזין בהאויר שלו לאו כלום הוא בין במכר בין במתנה דאויר אין בו ממש אע"כ יקנה לו חצרו וחורבתו להוציא בו ויזין וכן שנים שיש להם חצר בשותפות וקבלו בקנין לחלוק את החצר אינו כלום דחלוקה אין בה ממש אלא יברור החלקים ויקנו שלזה שייך חלק מזרחי ולזה חלק מערבי כמ"ש בסי' קנ"ז [עסמ"ג סק"ח וס"ז ול"ג וסעיף כרביו סב"י וכ"כ סגל"ח סק"ו ודו"ק] :

ב יש להסתפק אם מועיל התחייבות הגוף לדבר שאין בו ממש כדדבר שלב"ל שנתבאר בסי' ר"ם סעיף י' או אפשר דלא דמי דדוקא אם הקנין אינו חל מפני שהדבר לא בא לעולם לזה מועיל התחייבות הגוף דהגוף הוא בעולם ומועיל ההתחייבות לכשתבא הדבר לעולם אבל כשהדבר אין בו ממש אף שיתחייב בגופו שיש בו ממש אבתי לעולם לא יצא החיוב לאור דלעולם לא יהיה ממש הדבר שהתחייב א"ע בו ובן נ"ל עיקר לדינא [ול"מ מתוס' ב"ב נ' ד"ה ק"ד ומהסוגיא גופה לקמן מלמ"ז סמי כן וזו"ק] :

ג מדינא דמלכותא או ממנהג הקבוע במדינה מועיל גם קנין לדבר שאין בו ממש כמו שהמנהג פשוט במחוזקי חבורות בשר בשר שמשתתפים עם אנשי הישוב שישלמו כך וכך בכל שנה ויכול לשחוט כרצונו בלי תשלום מכל לישרא כפי החוק וזהו דבר שאין בו ממש ולא ראינו מי שיערער בזה וכן כל כיוצא בזה בשארי הענינים ועמ"ש בסי' ר"א סעיף נ' וכן מועיל לדבר שלא בא לעולם ולדבר שאינו ברשותו ועמ"ש בסי' ר"ם סעיף ט"ו :

ד וכ"ז כשמכר או נתן לאחר אבל אם מכר לאחד בית או חורבה או חצר או אילן ושייר לעצמו דירת הבית ואויר החורבה והחצר ואכילת הפירות מהני דבעין יפה שייר והוה כאלו פירש ששייר לעצמו מקום להאויר ולהדירה ומקום בגוף האילן לאכילת הפירות וכתב רבינו הב"י דאפילו לא הזכיר שיור בחצר כלל אלא מכר לו בית וא"ל על מנת שדיומא העליונה והיא גג שיש לו מעקה י' טפחים תהא שלי אמרינן ששייר לעצמו מקום בחצר להוציא זיזין מהדיומא להחצר אם גם החצר מכר לו דכיון דלא היה צריך לזה התנאי דבלא"ה אין הדיומא העליונה נמכרת בכלל הבית כשלא פירש בהדיא כמ"ש בסי' ריי"ד אמרינן דמועיל יתור לשון להוציא זיזין מהדיומא להחצר [סס כמוב] ואע"ג דתנאי בלא"ה יוכל להתנות על כל דבר כמ"ש בסי' ר"ם סעיף י"ג והא אם התנאי היה מפורש על האויר אבל במה דדרשינן מיתור לשון לא היה מועיל התנאי אם לא אמרינן דשייר מקום לזה [עט"ז ולפמ"ש פ"ח] וכתב רבינו הרמ"א דאם שייר לעצמו זכות וגם שייר לאיש אחר אמרינן דכמו ששייר לעצמו בעין יפה ובאופן המועיל כמו כן שייר לחבירו דוראי על ענין אחר נתכוין עכ"ל ואע"ג דבהקנה דבר שמועיל בו קנין עם דבר שאינו מועיל יש בזה מחלוקת כמ"ש בסי' ר"ם שאני התם דלזה מועיל הקנין ולזה אינו מועיל כלל אבל בכאן דלשניהם אינו מועיל בלא שיור וכיון שההקנאה היתה בפעם אחת אמרינן כמו ששייר לעצמו כמו כן שייר להאחר [סמ"ע] וכששייר לעצמו ולאחר צריך שיאמר שנותן זה לאחר במתנה דשיור אינה כתנה [עט"ך ול"ע דסרמ"ח לח מיירי בזה ופסימ סכן סוח] :

ה כתב רבינו הרמ"א האומר ידור פלוני בבית זה ולא קצב זמן הדירה אפילו רק שעה אחת במשמע עכ"ל ולא דמי למ"ש בסימן ס' סעיף ו' דלכל הפחות חייב בשנה אחת שאני התם דמלשונו מוכח כן שאמר או לזונו או ליתן לו מנה לשנה הרי לשנה ודאי התחייב עצמו ועוד טעמים בארנו שם ודע דאין כוונתו שאמר בלשון זה דוה הלשון אינו מועיל אף לשעה דאין בה ממש כמו שנתבאר אלא כוונתו שאמר יקנה הבית לדירה ומ"מ יכול לומר שלא כיון רק לשעה אחת [סמ"ע] ובסי' ס' הביא עוד דיעה דכשאמר סתם משמע כל זמן שיצטרך ושם בארנו בזה בס"ד ע"ש :

ו שטר שכתוב בו וקנו ממנו שנותן לפלוני לדור בביתו אינו כלום דאז עיקר הקנין הוא על הדירה ואין בדירה ממש ואם הדירה מפורשת מקורם בהשטר ואח"כ הקנין כנוין שכתוב בו שראובן נתן לשמעון לדור בביתו וקנו ממנו ע"ז יש לנו לפרש לשון השטר שהקנין היה באופן המועיל שהקנה לו הבית לדור בו וכ"ש אם החזירו הקנין למטה בשטר שכתבו וקנינא מפלוני על כל הא דכתוב ומפורש לעיל דוראי ליפוי כח כתבו וקנו ממנו באופן המועיל ואע"ג דבכל הדברים יד בעל השטר על התחתונה מ"מ הקנין מילתא אליסתא היא וכיון שיכולין לפרש שלא יתבטל הקנין מפרשין אותי כך וכי הדין בקנין פירות כשיש לפרש הקנין בהשטר באופן המועיל מפרשין אותו וכן אם כתוב בהשטר שנתן לו כח ליקח הפירות או הדירה כתקון חז"ל אף שנכתב הקנין שלא באופן המועיל מ"מ הרי הודה שהקנה לו כתקון חכמים ויש לפרש שנתן לו באופן המועיל וכ"ש אם כתב שנתן לו בכל אופן היותר מועיל ע"פ הדין וכ"ז כשהבע"ד או העדים בקיאים בדינים אלו דאל"כ מה מועיל הכתיבה כיון שאינם יודעים איך מועיל [כ"ל] ולכן טוב לעשות שטר בב"ד דכל ב"ד מסתמא בקיאים בדינים :

ז כפי מ"ש בסי' ר"ט כשאדם רוצה למכור פירות אילנותיו בשעדיין לא גדלו לא יכלול המכור הפירות מפני שהם דבר שלב"ל אלא יכתוב האילנות לפירותיהן על זמן כך וכך ושמא תאמר דלפ"ז אין זה מכירת פירות אלא מכירת קרקע לזמן קצוב ואיזה הפרש יש בין ול"ז דבאמת יש הפרש גדול דהמוכר נוף הקרקע לזמן קצוב משתמש הלוקח בנוף הקרקע כחפצו לשטוח פירות ולעשות גורן ולהעמיד בהמות ובונה ועושה בכל זמנו הקצוב

הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם ורק בכלות הזמן תחזור הקרקע להבעלים אבל המוכר אילן לפירותיו אינו יכול לשתמש בהאילן שום תשמיש וכן בקרקע וכ"ש שאינו יכול לשנות צורתה ולא יבנה וזה שאמרנו שהקונה שדה לפירות אין לו לעשות כלום בגופה של שדה זהו דוקא בקנין פירות לזמן אבל קנין פירות לכל ימי חייו כמו בעל בנכסי מלוג של אשתו יכול לעשות בהקרקע כל מה שירצה כמ"ש באה"ע סי' צ' :

ח ואיזה הפרש יש בין המוכר שדה זו לפירותיו ובין מוכר פירות שדה זו אחר שבאו לעולם שהמוכר פירות השדה אין ללוקח להשתמש בשדה זו כלל אפילו ליכנס בה אלא בשעת לקיטת הפירות ובעל השדה משתמש בשדה זו כחפצו אבל המוכר שדה לפירותיה אין בעל השדה יכול להכנס בה אלא מדעת הלוקח ויש ללוקח להשתמש בכניסה ויציאה כחפצו ואיזה הפרש יש בין הקונה שדה לפירותיה ובין שוכר שדה מחבירו שהקונה שדה לפירותיה יש לו לנטעה או לזרעה כל זמן שירצה כל משך זמן הקצוב והשוכר אינו כן כמ"ש סי' ש"ך דהשוכר אינו רשאי לשנות ממנהגה ובשנה הנהוג להוביר אינו רשאי לזרוע ועוד יש הפרש דהשוכר אינו רשאי להשביר לאחר והקונה מקנה לאחר מה שקנה ואע"ג דלדעת הרמב"ם בפ"ה משבירות יכול השוכר להשביר בקרקע והו בבית ובשמשבירו למנין בני בית שאנם מרובים משלו כמ"ש בסי' שמ"ו ויחזיר לו בשלימותו כמו שמסרו לו ואם יקלקל יהיה הקלקול ניכר אבל בשדה חיישינן שהאחר יכחישנה בזריעתו התמידית והקלקול לא יהיה ניכר לשעתו [סמ"ע] וגם בבית יכול הקונה להקנות גם לאנשים מרובים משא"כ בשוכר ועוד יש הפרש דהמוכר שדה לפירות אין לו רשות להלוקח רק לזרוע ולנטוע ולהלך בה אבל להעמיד בהמות ולעשות גורן וראי דאין לו לעשות דלא מכר לו רק לפירות ובשוכר שדה יכול לעשות בה כל מה שירצה במשך שכירותו לבר חפירות ובניינים [ע"ע] :

ט כתב הרמב"ם ז"ל בפכ"ב דין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין הדיוט שאלו אמר ארם כל מה שתלד בחמתי יהיה הקדש לברק הבית או יהיה אסור עלי או ינתן לצדקה אע"פ שאינו כהקדש לפי שאינו בעולם הרי זה חייב לקיים דברו שנאמר ככל היוצא מפיו יעשה ואומ' והדבר כן אם צוה אדם כשהוא שכ"מ ואמר כל מה שיוצא אילן זה לעניים או שבר בית זה לעניים זכו בהם העניים עכ"ל דכיון דחל עליו הנדר ומצוה לקיים דבריו חל השיעבוד על נכסיו והיורשים לשלם [נ"מ] והוה כאלו הקנה הבית לעניים עד שיקבלו השבירות זכן האילן הקנה להם עד שיקבלו הפירות ואין בניו יורשים אותו עד שיקיימו תחלה את הנדר [סמ"ע] ויש מרבותינו שחולקים על הרמב"ם בשני דברים האחד דאין נדר חל עד שיקבלו על עצמו בנון שאמר כשתלך בהמתי או אילן זה ויוציא פירות או שכר דירת בית זה אתתנו להקדש או לעניים הוי נדר מפני שקבל על עצמו שאמר אתננו אבל כשאמר יהיה הקדש או יהיו לעניים או יגתן או תתנו לא קנו לא ההקדש ולא הצדקה דאין אדם מקדיש דבר שלב"ל ועל עצמו לא קבל הנדר אלא אמר שיהיה כן או צוה לעשות כן ואין זה נדר ודבריו בטלים והשנית אפילו כשאמר אתננו דהוה נדר אין זה רק כשהנודר קיים אבל אם מת אינו כלום שהרי אין כאן בי שהנדר מוטל עליו ואין נכסיו משתעבדים לנדרו אלא כשקיום הנ"ר היה בחייו כגון שבחייו הוציא האיך את הפירות או שכבר היתה שכירות הבית שהשוכר חייב ליתן דמי דירה אבל כשמת קודם שבאו לעולם אין על מי לחול הנדר [סמ] ודבינו הרמ"א כתב שסברא זו עיקר וכן ראוי להורות ולפ"ז שביב מרע המצוה צוואתו ורוצה להניח לצדקה הריוח מבתים וחנויות ומעות יאמר הנני מקדיש לעניים או לצדקה פלונית את הבית או החנות או המעות לפירותיהם דהוי קנין גם בבריא וקנו העניים או ההקדש ומפני נדר אין מקום לחול לפי דיעה זו בשחלות הנדר היתה לאחר מיתה אא"כ חל בחייו דאז נתחייבו נכסיו ולכן כשאמר אתן מנה מנכסיי או חפץ פלוני או קרקע פלונית חל הנדר מיד כיון שהם בעולם וכ"ש כשאמר מנה מנכסיי יהיה לפלוני או חפץ פלוני או קרקע פלונית יהיה לפלוני דוקא אותו פלוני מיד כיון שהדבר בעין ואם נשבע לקיים המקח או המתנה נתבאר בסי' ר"ט ע"ש ובשהקדיש חוב שיש לו על אחר שכשיפרע יתננו להקדש הוה ג"כ דבר שלב"ל והוה כמו פירות מאילן ותלוי בלשונו אם אמר אתננו וננבה בחייו חל הנדר ונשתעבדו נכסיו כמ"ש [ס"ק] ואם יש משכון על החוב או אחריות על נכסי הלוה שיכול לגבות מהם בערכאות ג"ל דחל הנדר מחיים דיש להנדר מקום לחול וכבר בארנו בסי' ר"ט דמעות לפירות הוי כדקל לפירותיו ועמ"ש בם"ם ס"ו :

י קנה קרקע על דעת שיעשנו הקדש ולא הוציא מפיו כלום י"א דכיון שגמר בלבו ליתן לצדקה חייב ליתן שנאמר בתרומת המשכן כל נדיב לב ובקרבן ג"כ כתיב וכל נדיב לב עולות הרי דצדקות והקדשות חיוב בלב הוי חיוב ויש מי שאומר דחולין מקדשים לא ילפינן דנם המשכן הוי בקדשים והאידנא כל ההקדשות יש להם דין חולין בם"ש בסי' צ"ה הלכך כל שלא הוציא בשפתיו אינו כלום וכתב רבינו הרמ"א דיש להחמיר כסברא הראשונה וכ"כ ביו"ד סי' רנ"ח דאע"ג דשארי דברים לא ילפינן מקדשים מ"מ כל נדרי צדקות הוי בלל נדיב לב ואין זה רק לענין נדרי צדקות אבל בנדר שלא מענין צדקות וכן בשבועת ובשארי איסורים קבלה בלב אינו כלום כמ"ש ביו"ד סי' ר"י וסי' רל"ט ובא"ח סי' תקנ"ג וסי' תר"ה דלענין קבלת התענית מבעוד יום בט"ב ויה"כ אינו כלום וזה שנתבאר שם בסי' תקס"ב דלקבלה תענית

מועיל קבלה בלב אינו לחיובא אלא דמועיל לענין שלא יהא כהענית שלא קבלו עליו מבע"י דאינו תענית כלל דכיון דמצינו בקרבנות דקבלה בלב הוי קבלה לחיובא לכן גם בתענית מועיל עכ"פ רליחשביה לתענית [כנלע"ד ופ"ם קוסית סט"ז על כעור וסגר"ח על סרמ"ח ספותריס פ"ע וכ"מ מסוס' ע"ז ל"ד ודו"ק] :

יא ממה שכתבנו בסעיף ט' נתבאר דאם אמר קרקע זו לבשאקנגה תהיה הקדש אינו כלום שאין אדם מקדיש דבר שלב"ל וגם נדר אין כאן כיון שלא אמר אקד שבה אבל אם אמר לבשאקנגה אקדישנה או אהגנה להקדש או לצדקה אע"ג דאין יכול להקדיש דבר שלב"ל מ"מ חייב מתורת נדר ובשיקתנה חייב לקיים נדרו ואם אמר קרקע זו אקנגה ואקדישנה חייב לקנותה ולהקדישה ולהרמב"ם אפילו אמר תהיה הקדש הוי נדר כמ"ש :

סימן ריג [פירות כוורת ופירות שובך באיזה ענין קנה ובו ב' סעיפים] :

א אע"ג דבמוכר פירות שדה ואילן נתבאר דלא קנה מפני שלא באו לעולם אא"כ מכר שדה לפירותיו ולא אמרינן כשהקנה לו הפירות דמסתמא הקנה לו השדה להפירות מ"מ המוכר פירות שובך לחבירו היונים שיולדו וכן המוכר פירות כוורת לחבירו הדבש שיהיה בכוורת מה אע"ג שלא אמר שובך לפירותיו וכוורת לפירותיה מ"מ קנה אף שהיונים והדבש עדיין לא באו לעולם משום דאמרינן דמסתמא היתה כוונתו כן והקנה לו השובך והכוורת לפירותיהן והטעם דלא דמי לשדה ואילן שחשובין בפ"ע גם בלא הפירות ואין בטילין לגבי פירותיהן וכיון שלא הזכירן בפירוש אינו מקנהו לו בסתמא אבל השובך והכוורת אין להן שום חשיבות בפ"ע וטפלין הן להפירות ולכן אף שלא הזכיר רק הפירות מסתמא הקנה לו גם השובך והכוורת עצמן והוה סתמא דפירות שובך וכוורת כפירושא דשדה ואיכן לפירותיהם [ש"ך] וכן המוכר דגים של אמת המים אף שלא הקנה לו אלא הדגים קנה אף שהדגים עדיין לא באו לעולם הו"ל כמו שאמר הנני מוכר לך המים לדגיהם שהמים מפלים להדגים [צ"ע] וכ"ש כשאמר אני מוכר לך שובך ליונים וכוורת לדבשו דקנה ואע"ג דאין היונים יוצאים מגוף השובך ולא הדבש מגוף הכוורת ואינו דומה לפירות קרקע ואילנות מ"מ קנה שזה דומה למוכר אמת המים לחבירו שהוא נהנה בכל מה שיצוד בה אף דהדגים אינם מגיף המים אלא נתגדלו בהמים וכן נמי ביונים ובדבש [סמ"ע] ועוד דשובך ויונים שם אחד להם ושובך בכלל יונים ויונים בכלל שובך והמוכר שובך מכר יונים והמוכר יונים מכר שובך כמ"ש בס' ר"ך משום דבלשון בני אדם כלולים בלשון אחד משא"כ באילן ופירות משום דאין יונים בלא שובך ואין שובך בלא יונים דכל יונה צריכה לשובך ועדיפא בזה מאילן ופירות :

ב הבצים והאפרוחים שהם עתה בהשובך אע"פ שהם בשובכו והוי כבהצרו מ"מ אינו יכול להקנותם מפני שגם הוא בעצמו אינו קונה אותם כל זמן שלא פרחו ודבר זה תקנת חכמים הוא שאסרו לכל אדם לזכות בבצים ואפרוחים כשהם בשובך והאם רובצת עליהן דכיון דמן התורה אסור לזכות בהאם כשהיא רובצת עליהן וחייב לשלחה דזהו מצות שילוח הקן וחששו חז"ל שאם נתיר לו לזכות בהבצים והאפרוחים יטול גם האם ולכן תקנו שלא יזכה בהם ג"כ וכיון שבעצמו לא קנאם איך יקנה אותם לאחרים לפיכך הרוצה להקנות אפרוחים ובצים אלו לחבירו ממפח על השובך כדי שיפרחו ויונבהו האמהות מעל הבנים ואח"כ יקנם לאחר בקנין אג"ק או באחת משארי דרכי הקנאות שמטלטלין נקנין בהן ואינו יכול להקנותם אלא כשידוע שאין האם רובצת עליהן דמסתמא רובצת האם על הבנים אבל כשהלבה האם אע"פ שחזרה עליהן שוב אינו חייב בשילוח כיון שהקן הוא ברשותו והוה ליה מזומן כמ"ש בי"ד סי' רצ"ב ויכול להקנותם לאחר אבל בקן שבשדה שאינו שלו והוא הפקר אסור לו לזכות בהן כל זמן שהאם רובצת כמ"ש שם :

סימן ריד [המוכר בית סתם מה נמכר עמו ובו כ"א סעיפים] :

א בפימנים אלו ער סי' רכ"א יתבארו דברים שהמוכר מכרן בסתם ולא פירש הפרטים נגון שנכתב בשטר שמוכר לו בית פלוני או חצר פלוני או שדה פלונית ופרדס וכרם ומרחץ וספינה וכיוצא בהם ולא פירש פרטיהם מה מכר עמהם ומה לא מכר יהבאר מה נמכר עמהם ומה לא נמכר עמהם ובכולהו הוי מעמא משום דקים להו לחז"ל שזה הדבר דרך בני אדם לכלול אותו בלשון זה מפני שהוא עיקר תשמישו של אותו דבר הנמכר ובודאי היה דעת המוכר להקנות לו אותו דבר הפרטי בהכללי ודע שהרמב"ם בפ"ז כתב בזה כלל נדול דאין כל אלו הדברים אמורים אלא במקום שאין שם מנהג ולא שמות ידועים לכל דבר ודבר בפ"ע אבל במקום שנהגו שהמוכר כך מכר כך ה"ז מכור וסימבים על המנהג בין בקרקעות בין בטטלטלין ווה עיקר נדול בכל

בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם באותו מקום ואחר המנהג רק במקום שאין ידוע בו מנהג ולא שמות מיוחדין אלא יש קורין כך ויש קורין כך עושים כמו שפירשו חכמים עכ"ל ועור כלל גדול יש בזה דכל זה לא מיירי אלא בשעת המכר או בשעת המתנה כשמכר או נתן סתם ולא פירש הפרטים בזה אמרו חז"ל לפי בקיאותם בלשונות בני אדם שדבר זה מכר וזה לא מכר אבל אם המכירה או המתנה לא היתה לפנינו וגם אין שטר אלא שהמוכר או הנותן הודה דרך הודאה גמורה שמכר או נתן ביתו או חצירו או כרמו ופרדיסו לפלוני כל התשמישים בכלל דבהודאה א"צ להודות רק על הכלל ולא על הפרטים משא"כ בשעת משא ומתן צריכים לפרוט כל הפרטים וכשלא פרטו אמרו חז"ל מה ששייך לזה בהכרח ולפי הלשון של בני אדם ויש מי שרוצה לומר דהודאה שהקונה קונה בהודאה זו ובלא זה לא היה הדבר ידוע בלל צריך לפרוט כל הפרטים ואם לא פרט ידונו כמו שיתבאר לפנינו ורק בהודאה דרך סיפור בעלמא א"צ לפרט [סמ"ע] והעיקר כריעה ראשונה דבהודאה א"צ לפרט אף שקונה בהודאה זו [ע"ז] ונראה דבהודאה בשטר אף שמודה שכבר מכר או נתן מ"מ כיון שכותב עתה שטר הודאה צריך לפרוט ואם לא פרט ידונו כמו שיתבאר לפנינו ורק בהודאה דרך סיפור בעלמא א"צ לפרט [סמ"ע] והעיקר כריעה ראשונה דבהודאה א"צ לפרט אף שקונה בהודאה זו [ע"ז] ונראה דבהודאה בשטר אף שמודה שכבר מכר או נתן מ"מ כיון שכותב עתה שטר הודאה צריך לפרוט ואם לא פרט צריכים לדון כמו שיתבאר וכלל הענין לפי הדינים שיתבארו שהמוכר דבר בכלל ולא פרט פרטיו ודבר זה יש לו תשמישים לא מכר את התשמישים רק הדברים שיתבארו אא"כ פרשם :

ב כיצד מכר את הבית לא מכר את היציע ומהו יציע י"א שהוא חדר שעושים סביבות כותלי הבית מבחוץ [ריטב"ם רפ"ד דב"ב] ואע"פ שהוא פתוח לתוכו שאין לה פתח אחר וכן הבית נכנסים לתוכו או שהוא בעובי של כותל אבל מה שבבית בפנים כלול בלשון בית [כ"מ פכ"ס ממכירה] וי"א שהוא בניין נמוך אצל הבית מצדו או מאחוריו ועשוי בחלונות לגוי [רמב"ם שם] בד"א כשהיה רוחב היציע ד' אמות או יותר אבל פחות מזה הרי הוא בכלל הבית אפילו אינו פתוח לתוכו וכן העלייה שע"ג הבית הפתוחה לתוכו בחלון שבגג הבית ובלשון הגמ' נקראת ארובה וגג הבית היא קרקעית העלייה ונקראת מעזיבה ואין להעלייה פתח אחר רק עולין בסולם מהבית להעליה דרך הארובה ורבי היא בכלל הבית אפילו כשרחבה ד"א אבל כשיש להעליה דרך מבחוץ כמו מרפסת אינה בכלל הבית כשרחבה ד"א [כ"ל] וכיון דיציע אינה בכלל הבית כ"ש שלא מכר את החדר שלפנים מהבית שאינה עשויה לדירה אלא להצניע שם כלים ובגדים וכמו"כ ואין תשמישו כתשמיש הבית וי"א דגם בחדר בעינן ד"א אבל פחות מזה דינו כיציע וכן עיקר לדינא ואין להקשות למה לא נראה לפי המקח דיש ליהנין לפי הדמים שנתן הלוקח אם בלולים בהבית אם לאו כמו שיתבאר סברא זו בסי' ר"ך לענין צמד ובקר דקיל"ל שם דהדמים מודיעים דיל"ל דאין זה רק במטלטלים אבל בקרקעות אין הדמים ראיה דפעמים שאדם קונה קרקע בהרבה יותר משויה [תוס' סס] ודע דבזמניהם לא היה כמו בזמנינו במזיונותינו שכל הבניינים כלולים בלשון בית ובשמוכרים בלעדי הבנינים והעליות מפרשים בפרטיות אבל בזמניהם שם בית לא כלל רק החדרים שדרים שם וגם לא עליות וכן שאר דברים שבזמנינו אינו כן לפי הלשון וכמ"ש בשם הרמב"ם ז"ל :

ג בכל אלו שאמרנו שאינם בכלל הבית אפילו מצר לו מצרים חצונים והיינו כשכתב לו מצרי הבית נתן סימני המצרים בהשטר מה שאחר כל הבנינים ובנינים אלו כלולים בתוך המצרים מ"מ אינם מכורים בכלל הבית דאמרינן דמפני שרצה לעשות סימנים הניכרים לכל הרחיב לו המצרים ולא מצר את היציע והחדר מפני שאינם ניכרים לכל אבל לעולם לא מכרן בכלל הבית דכיון דבלשון רוב בני אדם אינם כלולים בשם הבית לפי זמנם אין ביכולת הלוקח להוציאם ממנו בשביל המצרים כיון שלא פרטן ואם באמת מכרן לו הלוקח אפסיד אנפשיה מה שלא פרטן ואף שי"א דביציע כשמצר לו מצרים חצונים נכללת בהבית ויש שמסתפקים בזה אבל הרא"ש והטור הכריעו דדינו כחדר וכ"נ דעת רבינו הרמ"א :

ד וכן לא מכר לו את הגג בזמן שיש לו מעקה גבוה עשרה טפחים ויש לו רוחב ארבע אמות ואפילו הגג אינו מקורה ומנופף [במק"י סס] דגגין שלהם היה ראוי לתשמיש שהיו חלקים ותשמישן הלוק מתשמיש חבית ויש לו כל דיני יציע וחדר שנתבאר ובכל דברים אלו כיון דרובה דאנישי קורין להבית בית ולהיציע ולהחדר ולעליה כשיש לה פתח מבחוץ ולגג קורין לכל אחד שם הפרטי שלו ובשמוכירין בית אינם כלולים בו אע"ג שיש מיעוט אנשים שכוללין בל אלו בשם בית ובשמוכירים הבית כוונתם גם על כל אלו מ"מ כיון דרובה דאינשי אינם כוללים אותם בשם בית לא מהני לא הרחבת מצרים ולא הודעות הדמים [כ"מ בנמ"] ואם רוב אנשים כוללים אותם בלשון בית כמו במדינתינו וראי דבכל עניין הם מכורים בכלל בית :

ה וכן המוכר את הבית לא מכר לו את הבור והדות שהמים מכונסים שם ושואבין מהם ובור הוא בחפירה בקרקע קשה בלא כותל של בנין ודות הוא חפירה בקרקע רכה וסביבו כותל בנין כמרחפים שלנו ואף שהם תחת הבית אין נמכרין עמו לסתם מפני שיש להם שם בפ"ע ואף כשאינם רחבים ד' אמות [סמ"ע] מפני שאינו שייך כלל להבית ומ"מ אם אינם גבוהים י"ט כמלים להבית דלא חשיבי כלל [כ"ל] ובזה ג"כ אף שמצר לו מצרים חצונים כמ"ש ביציע וחדר ואף גם אם כתב ולא שיירית בובינא אלין כלום ואף גם כתב לו עומקא ורומא אינו מועיל כלום כיון שיש להם שם בפ"ע וכן הרומא אינו מועיל להגג [סס] אבל כשמצר לו מצרים וכתב לו קנה

דך כל מה שבתוכו קנה אף הבור והדות דלשון זה עדיף מלשון דלא שיריית בוגיני כלום [סס] וי"א דאם כתב לו ולא שיירית וכו' דג"כ מועיל ונמכרין בכלל הבית ורבינו הרמ"א כתב שני הדיעות ודיעות "אינו חלוקין גם ביציע וחדר ועליה וגג ולי נראה דאין כאן מחלוקת דודאי אם יש אף מיעוט אנשים שכוללים דברים אלו בלשון בית מועיל לשון דולא שיירית וכו" ואם אין אפי' מיעוט לא מהני לשון זה כיון דאין אדם שיכללם בלשון בית ודיעות אלו לא נחלקו בעיקר הדין רק דנחלקו אם יש מיעוט שכוללין אותם בלשון בית או לא [וכ"מ ממק"ע וכן מוכח בטוניג ודו"ק] :

ו אע"פ שלא מכר לו הבור והדות מ"מ יכול לעכב את המוכר שלא ילך דרך ביתו וחצירו להבור והדות וצריך המוכר ליקח לו דרך מהלוקח ולא אמרינן ששייר לו דרך לילך לבורו ודותו ואם א"ל בשעת המכר אני מוכר לך הבית חוץ מהבור והדות א"צ לקנות לו דרך כיון שהזכיר מה שלא היה צריך אמרינן דבוונתו היה לשייר דרך להם אבל בלא זה לא אמרינן דשייר לו דרך דכללא הוא דמוכר בעין יפה מוכר וכ"ש נותן ובכל מה שמכר או נתן לא שייר לעצמו כלום אף שצריך לה בשביל הדבר האחר שלא נמכר בכלל הבית אם לא הזכיר הדבר האחר מפורש [וס"ש סיוד פיכות דסי' ר"ס] והמוכר בור או דות לחבירו אין הלוקח צריך ליקח ממנו דרך אלא נכנס לתוך ביתו של מוכר עד הבור והדות דסתמא מכר לו בעין יפה שיהא לו דרך לבורו ודותו שקנה בר"א שאין ללוקח דרך אחר חוץ מזה שיתן לו אבל אם יש לו דרך אחר אין לו דרך בביתו של מוכר דאין כאן אומדן דעת שגם דרך מכר לו כשלא פירש :

ז המוכר לחבירו בית בבירה גדולה והבירה הוא בית גדול ובתים קטנים פתוחים לתוכה והרבה בע"ב דרים בהקטנים והבירה עצמה אינה לתשמיש אלא לדירה והיוך לכל הבע"ב ועמד המוכר באחד מהבתים ואמר לחבירו בית זה אני מוכר לך או נותן לך ורוב בני אדם קורין להבירה בירה ולכל אחת מהבתים קורין בית לא קנה אלא הבית הקטן שעומד בה ואף שמצר לו מצרים החצונים וגם יש מיעוט שקורין גם לבירה בית מ"מ יד הלוקח או המקבל על התחתונה כיון דרובא קרו לבירה בירה ולא בית והמצרים הרחיב לו לסימן מובהק כמ"ש בסעיף ג' ואם כתב לו בהשטר ולא הנחתי במכר זה כלום ודאי דמכר לו כל הבירה בולה כיון שמיעוט קורין לה בית אבל כשאין גם מיעוט שקורין לה בית לא קנה רק הבית שעומד בו אפי' כשכתב לו כן אמנם כשכתב לו קנה כל מה שבתוך המצרים ודאי דמכר לו הכל [כ"מ מסמ"ע סק"י] ואם רוב בני אדם קורין לבירה בית ולבית יחידי אין קורין בית עד שמפרשין אותה בפרטיות אז אפילו לא מצר לו מצרים חצונים מכור לו כל הבירה ואם קורין לבירה בית ולבית יחידי נ"כ בית או אם לא מצר לו מצרים חצונים לא קנה רק הבית שעומד בה וכשמצר לו מצרים חצונים מכור לו כל הבירה וכן במתנה [סנר"מ] ובמעיף ב' בארנו למה אין אומרים הדמים מודיעים ע"ש ולכן אין מביטין על המקח כמה שנתן דבקרקע פעמים קונין אותה בהרבה יותר משויה כמ"ש שם ולפעמים כשהמוכר דחוק מוכרה בהרבה פחות משויה ראינו יכול להוליכה לעיר אחרת כמטלטלין :

ח המוכר בית לחבירו ולא כתב לו שמוכר לו העומק והרום של הבית אלא מכר לו סתם אין לו להלוקח לא באויר שעל הגג ולא למטה תחת הרצפה בין בבית בין בחצר כשמכר לו ולא פירש העומק והרום ולא קנה ברומו של חצר רק עד ראש הכתלים וי"א דבחצר קונה בהרום כל האויר העליון אף בסתם כיון שאין האויר מסויים סלמעלה כבבית שיש גג וכתב רבינו הרמ"א שכן ראוי להורות אבל בעומק דינו כבית :

ט לפיכך אם בא הלוקח להגביה ולבנות על אויר הבית או לחפור תחת הקרקע אינו רשאי דהעומק והרום משוייר הוא להמוכר והמוכר יכול לבנות בהאויר ויסמוך את הבנין על עמודים ולא על כותלי הלוקח שלא יכביד על ביתו וכן אם בא המוכר לחפור מבחוץ לבית הלוקח או חצירו והולך וחופר גם תחת קרקע של הלוקח יש לו רשות לעשות כן ובלבד שלא יזיק בחפירתו להלוקח שיניח קרקע עבה שלא תשתקע ביתו מעט מעט כפי ראות עיני הבקיאים וכן בחצר צריך להניח קרקע עבה כדי הילוך והשמישים כבורים הרגילים אבל י"א שהחת הקרקע אינו יכול כלל לחפור דהשיעור קשה בזה ואולי יחפור מעט יותר ויהיה ההיזק קרוב ודיעה זו יש לשאול דלאיזה דבר אמרו חו"ל [נ"ב ס"נ:] דהלוקח לא קנה העומק ד"ל שאם הלוקח חפר שם בורות הרי הם של מוכר אך הלוקח יכול להבריח להמוכר שיכסה לו פי בורו בכיסוי יפה דהא השטח העליון שייך לו ואינו יכול לומר שמא יפול הכיסוי כיון שהוא בעצמו חפר [ני"ל] :

י כשכתב לו עומקא ורומא יכול הלוקח להגביה בניינו ולבנות באויר העליון או להעמיק ולחפור כרצונו אבל הבנינים שבהעומק ושבאויר כמו בור ודות וגג הגבוה י"ם ורחבו ד"א לא קנה אף שכתב לו עומקא ורומא ופחות מזה קנה אע"פ שלא כתב לו עומקא ורומא דבטל הוא להבית כמ"ש בסעיף ד' ובלשון עומק ורום אין נכללין הבנינים רק האויר העליון ועובי הקרקע ולכן כשמוכר לו גם הבנינים צריך לכתוב לו קני מארעית תהומא עד רום רקיעא ואף שלא כתב לו רק לשון זה ולא כתב לו גם עומקא ורומא נ"כ קנה גם הבנינים דכן משמע הלשון שכל הנמצא מהתהום עד הרקיע שלך הוא משא"כ לשון עומקא ורומא לא משמע רק על האויר העליון ועובי הקרקע לבד דלא כיש מי שאומר שאין חילוק בהלשונות דדוקא אם כתב שני הלשונות קנה את הבנינים משום יתור לשון [נסנ"ס] אלא דלשון

זה עצמו כולל גם הבנינים ואם כתב שני פעמים עומקא ורומא קנה ג"כ הבנינים משום יתור לשון [ממק"י סמ] :

יא וכ"כ הרמב"ם פכ"ד ממכירה המוכר בית לחבירו אע"פ שכתב הקניתי לך עומקו ורומו צריך לכתוב לו קנה מקרקע התהום עד רום רקיע שהעומק והרום אינו נקנה בסתם וכיון שקנה העומק והרום קנה הרום שהוא האויר בלבד והעומק שהוא עובי הארץ אבל לא קנה הבנינים שבעמק ושבאויר וכיון שכתב לו מקרקע התהום עד רום הרקיע קנה הבור והדות שבעובי הקרקע ומעויבות והסחילות שבין המעויבות למעלה עכ"ל והעתיקו רבינו הב"י בסעיף ג' וכתב רבינו הרמ"א דגם הגג אע"פ שיש לו גובה עשרה ורוחב ד' אבל כל שאינו רוחב ד' וגובה עשרה בכלל בית הוא ואפילו לא כתב לו עומקא ורומא קנה גג כזה עכ"ל וכמו שבארנו :

יב אע"פ שכתב לו מתהום ארעא עד רום רקיע מ"מ הבנינים והחפירות שיש להמוכר שהולכים מרשותו שנשאר לפניו לרשות הלוקח תחת קרקעו כגון ראובן שמכר בית לשמעון והיה לו לראובן בית סמוך לזה ונכנס בית הכסא מבית הנשאר לראובן אל תחת הבית שמכר או שהולך בור או מרתף מרשות המוכר לרשות הלוקח תחת ביתו שקנה אין הלוקח יכ"ל לסתום החפירה שתחת רשותו דאגן סהדי שלא מכר לו שיפסיד ביתו או תשמישו הנשאר לפניו וכן כל כיוצא בזה ודין זה נוהג בכל מקום ובכל זמן אע"פ שריני האויר ועובי הקרקע והבנינים שלמעלה ושלמטה הלוי במנהג המקומות כמ"ש בסעיף א' אבל דין כזה וכיוצא בזה נוהג תמיד [כ"ל] :

יג ואף במקום שאין הלוקח קונה את האויר העליון כגון שלא כתב לו עומקא ורומא ונשאר האויר להמוכר מ"מ אין המוכר יכול להקנות את האויר לאחרים מפני שאויר אין בו ממש שיתפס בקנין כמ"ש בסי' ריו"ב אא"כ מקנה עם האויר גם איזה בנין שלמעלה מבנינו של לוקח כמו גג או עליה שלא נמכרה להלוקח דאז מקנה לו הבנין עם האויר שלמעלה עד הרקיע לפיכך אם מכר לראובן בית ולא כתב לו עומקא ורומא שאין האויר נקנה לראובן למעלה ומכר את"כ כל הבתים שלו לשמעון והמוכר יצא מבית זה לגמרי לא קנה שמעון האויר שעל הבית שמכר לראובן אע"פ שכתב לשמעון מתהום ארעא עד רום רקיע מ"מ מאחר שכבר מכר בית זה לראובן ולא שייר לעצמו רק האויר שאין בו ממש אינו יכול להקנותו אא"כ יש גג על הבית שמכר לראובן והגג נשאר להמוכר ועתה מכרו לשמעון כיון שקונה הגג שיש בו ממש קונה גם האויר שעליו ואין לומר למה לא יקנה שמעון האויר של ראובן גם בלא הגג שיקנה אותו עם שאר הבתים די"ל מפני שאין אוירו שעל בית ראובן שייך לשארי הבתים כלל אא"כ בית ראובן עומד בחצר המוכר ומכר לשמעון החצר וכל אשר בו דאז נמכר האויר שעל בית ראובן ג"כ בכלל כל החצר דלהחצר שייך כל האויר [וחסו כוונת סרמ"ח בסעיף ס' וכצוויס סגס ממ"ס בד"מ ודברי הסמ"ע בס"ק כ"ז ל"ע ולדינא הוה כמ"ס בס"ע וצו"ק] :

יד יש מי שכתב דאע"ג דעומקא ורומא לא קני בסתמא מ"מ אם מכר לו חורבה ולא כתב לו עומקא ורומא כיון דסתם חורבות עשויות להבנות יש לו באויר כדי רומו של בית בינוני והוא כדי שיקח אדם חבילה בינונית על ראשו ויכנס ויוצא בריווח בפתח שיפתח בהבנין ולא יצטרך לכוף ראשו דזהו כאלו פירש להדיא וכן אם מכר לו שדה או כרם קונה הויס מן הסתם אע"פ שלא פירש שהרי אין עשוים לבנות על גביהן ואינו משיירו לעצמו אבל העומק לא קנה שהרי הן עשויין לחפור וי"א דגם העומק נקנה לו בסתם בשדה וכרם מפני שהקונה צריך ליניקת הזרעים והאילנות מן התהום [סמ"ע] והוה כאלו פירש להדיא :

טו כתב הטור בשם הרמב"ן המוכר לחבירו בית סתם שלא קנה עומקא ורומא פשיטא שאם נפל הבית שאין הלוקח יכול לבנות אלא כשיעור הראשון ואפי' אם כתב לו עומקא ורומא והיתה עליה בנויה ע"ג עמודים כיון שלא קנאה לוקח אם נפל חזור ובונה אותה אבל אם מברה המוכר לאחר ונפל אזדא ליה ואין הלוקח יכול לחזור ולבנותה שלא קנה קנין הגוף אלא אותם עצים ואבנים קנה אבל הקונה עליה בנויה ע"ג בית ונפלה חזור ובונה אותה עכ"ל ותמה המוזר למה אין הלוקח שקנה העליה מהמוכר יכול לחזור ולבנותה אם תפול כמו שהיה עושה המוכר שמכרה לו שהרי מכר לו כל הכח שהיה לו בה עכ"ל ורבינו הב"י העתיק דברי הרמב"ן בסעיף ו' ולא חש לקושית המוזר [עג"י] ויש מי שכתב הטעם דכיון שאין יכול להקנות האויר לא חל הקנין מתחלה רק על העצים והאבנים כל זמן שהן בעין ולא כשנפלה אבל כששייר לעצמו שייר בעין יפה לעולם אבל הקונה עליה בנויה ע"ג בית הרי גם הקרקע משועבדת להעליה כמו להבית והמקום קיים ואין שם אויר עליה [סמ"ע] אמנם מעם זה לא א"ש לפמ"ש בסעיף י"ג דדוקא אויר לבדו אינו יכול להקנות אבל כשמקנה הגג מקנה גם האויר ובכאן הרי הקנה לו העליה עם האויר [ע' לנוס ומוסו מוכן] ונ"ל דהרמב"ן ז"ל לא אמר דין זה רק במקום שכתב להראשון עומקא ורומא דהקנה לו כל האויר שלמעלה עד הרקיע רק הבנינים לא הקנה לו כמ"ש ולכן כיון שאותה עליה בנויה ע"נ עמודים ואינה מחוברת לגג הבית ויש הפסק ביניהם וממילא דכל האויר מנג הבית עד לרקיע שייך להראשון ולכן אף כשמכר להשני את העליה בע"כ לא מכר האויר דהוא שייך להראשון ואע"פ שכל זמן שהעליה עומדת אינו יכול להשתמש באויר של מקום העליה מ"מ כשנפלה כלול האויר של העליה בתוך האויר שלמעלה ושלמטה עד גג הבית אבל כשהעליה בנויה על גג הבית

שאין

שאין הפסק ביניהם לא היה האויר של העליה שייך כלל להראשון שאוירו התחיל סנג העליה ולמעלה וזה שהמוכר בעצמו יכול לחזור ולבנות לא ספני שהאויר שלו אלא דאמרינן דעת בני אדם שלעצמו וראי שייר שהיה ביכלתו לחזור ולבנות כשהפול והוה כאלו ההנו כן ולא כשימכרנה לאחר אבל אם לא כתב להראשון עומקא ורומא דאז לא שייך האויר להראשון פשיטא שבשמכר המוכר את עליתו שעל גבי עמודים ונפלה חוור הלוקח ובונה אותה:

סז המוכר בית לחבירו ופירש בהשטר מה שנשאר להמוכר שאין נכללים בהבית כמו בור ודות אמרו חז"ל דדרשינן את יתור הלשון לאיזה יפוי כח להטיבר אף גם מה שלא פירש כמו שיור דרך לבור ודות כמ"ש בסעיף ו' וכן המוכר בית לחבירו ופירש שרויטא עליונה שלו ורויטא היא גג שיש לה מעקה גבוה י' ורחב ד' דבלא"ה ג"כ נשארה להמוכר כמ"ש ולכן אמרינן דהיתור לשון הוא לענין שאם מכר לו גם החצר יכול המוכר להוציא זיזין מהרויטא לחצר ופירוש השיור כן הוא שרויטא העליונה יהיה שלו לכל מה שירצה לעשות בה גם להוציא ממנה זיזין לחצירו של לוקח וכן אם הדין הוא בהרויטא שאם נפלה אין המוכר חוזר ובונה אותה ולא דמי לעליה שנתבאר שיכול לבנותה כשתפול מהני השיור שאם נפלה חוור ובונה אותה ואחר מנדולי הראשונים כתב דהשיור מהני שיכול לבנות עליה בנין חדש שלא היה גם מקורם ונראה דס"ל דלענין לבנות כבתחלה אם נפלה גם בלא יתור הלשון רשאי [זכו טוסת כרמב"ם פכ"ד מ"ם מס סמג עלו כס"מ] וכן כל כה"ג מהני כל יתור לשון לאיזה יפוי כח כפי ראות עיני הב"ד אף שנכללו בדוחק בלשון היתור [וכ"מ מרמב"ם ס"נ:]:

ז קי"ל דמוכר בעין יפה מוכר לפיכך המוכר בית הפנימי לחבירו ולא הזכיר שיהא להלוקח דרך לילך להבית דרך הבית החצונה של המוכר מ"מ יש לו דרך דבעין יפה מכור לו ולא היה כוונתו שיצטרך הלוקח לקנות ממנו דרך או לפרוח באויר בד"א כששייר המוכר את החצונה לפניו אבל שני בתים זה לפנים מזה ומכר בפעם אחד החצונה לראובן והפנימית לשמעון ולא הקדים מכירת הפנימית להחצונה בין שמכר לשניהם ובין שנתנם במתנה לשניהם אין להפנימי דרך על החצון דכמו שמכר להפנימי בעין יפה כמו כן מכר להחצון ולא שייר במכירתו דרך להפנימי ואין צ"ל אם מכר להפנימי ונתן להחצון נותן בעין יפה יותר ממוכר ולכן אם מכר לחצון ונתן להפנימי יש לו דרך על החצון דנותן לו יותר בעין יפה ממה שמכר להחצון וכל זה כשהקנה לשניהם כאחד אבל אם מכר או נתן לפנימי ואח"כ מכר או נתן להחצון יש להפנימי דרך על החצון דמיד שזכה הפנימי יש לו דרך דלעצמו לא שייר כמו שנתבאר וכשנתן להחצון אין ביכלתו ליתן יותר ממה שיש לו וכן להיפך אם מכר לחצון תחלה אפילו נתן במתנה אח"כ להפנימי אין לו דרך על החצון דכשמכר להחצון תחלה לא שייר לעצמו דרך וכשנתן אח"כ להפנימי אין ביכלתו ליתן יותר ממה שיש לו ואל יפלא הדבר שבכל מקום אנו אומרים שכששייר לעצמו יש לו יפוי כח יותר מלאחר ובדרך אמרינן להיפך דמעם הדבר כן הוא דכשהזכיר מה ששייר ודאי שכששייר לעצמו בכל יפוי כח שיכול להיות וכדקדק לעצמו יותר מלאחר ולכן אף בשיור שאחר אינו קונה לעצמו הוי שיור וכמ"ש בסי' ר"ם אבל בשלא הזכיר מה ששייר אמרינן שודאי כל מה שמכר להלוקח מכר לו בעין יפה בלא שיור לעצמו כלום במקחו של לוקח כיון שלא הזכירו ולכן כשמכר בית החצון לא שייר לעצמו כלום במקחו של לוקח כיון שלא הזכירו ולכן כשמכר בית החצון לא שייר לעצמו כלום וממילא דאין לו דרך דאל"כ היה מזכיר שיור הדרך וכן כשמכר הפנימית ודאי מכר בעין יפה ואין מדרך העולם למכור בית ולא יהיה להלוקח דרך ליכנס בה ולכן יש לו דרך להלוקח [כ"כ] ועיין מ"ש בסעיף ו':

יח בסי' רי"ח יתבאר דכשהיה לראובן חצי שדה ואמר לחבירו חצי שיש לי בשדה זו מכור לך קנה החצי כולו וכשא"ל חצי השדה שיש לי מכור לך לא קנה אלא רביע דהחצי קאי על החלק שיש לו דמזה מכר מחציתה ולפ"ז היה צריך להיות בבית בכה"ג ג"כ כן נוהן מי שנתן לחבירו שמינית בית פלונית שיש לו ואח"כ נודע שאין לו רק חצי בית או רביעית וצריכים לחשוב שמינית מהחלק שיש לו על כל זה אין אומרים כן ונותן לו שמינית מכל הבית והטעם דבשדה יש שם שדה אפי' על חצי שדה אבל על בית אין שם בית על חצי בית ואולינן אחר לשון בני אדם ובודאי שמינית מכל הבית קאמר ואף כשאמר שמינית בית שיש לי וה"פ שמינית הבית שיש לי בבית פלוני אני נוהן לך כולה וכן בשארי דברים הולכין אחר לשון בני אדם:

יט המוכר את הבית מכר כל הדברים הקבועים בהבית אף שאינם מעצם הבנין כגון דלת וננר שהוא בריח הקבוע בכותל והאיצטרובל והוא העיגול שסביב אבן הרחים כשקבוע בקרקע הבית ומכתשת הקבוע בקרקע הבית וההנור והכירים והרחים אם הם קבועים בקרקע כתנורים שלנו ואת מלבנות הפתחים המחוברים בטיט שהיה דרכם לעשות סביבות מזוזות הבית כמו לבזכים שהדלת שוקף עליהן ודוקא כשמחוברין בטיט אבל אם הם מחוברים ע"י יתדות לא מקרי חיבור דספיקא דינא הוא ואינו קונה ספני הספק [כ"כ ס"ס] אבל לא מכר את המפתח אפילו הוא קבוע תמיד בדלת כמו במפתחות של עץ של בני כפרים שאין מזיזין אותו ממקומו מ"מ אינו מכור עם הבית בסתמא כשלא פירש מפני דתשמיש קל הוא ונוח לטלטלו ופעמים שהיא מטלטלת [נמוק] ולא מבתשת המטלטלת אף שמקומה וקביעותה תמיד בבית ולא

ולא את הקלת והוא כלי שהקמטו יורד לתוכו ולא את מלבנות כרעי המטה שהיה דרכם להניח חתיכות עצים תחת כרעי המטה שלא ירקבו הברעים ואפי' הם מחוברים בקרקע בטיט שאין להם שייכות להבית רק להמטה [סמ"ע] ולא את מלבנות החלונות אע"פ שהם מחוברים בטיט מפני שהם רק לנוי ולא דמי למלבנות הפתחים ויש מרבותינו שסובר דדין מלבנות החלונות כמלבנות הפתחים [רמב"ם סס] אבל הפוסקים כתבו כדיעה ראשונה ואפי א"ל אני מוכר לך הבית וכל מה שבתוכו הרי כל אלו הדברים מכורים אבל לא נג ויציע ובור ודות ומחילות דהריבוי אינו מרבה רק מה שבתוכו ולא חוצה לו ולא דמי למ"ש בסעיף ה' דלשון זה כולל גם אלו דזהו כיון שמצר לו מצרים חצונים וכתב לו לשון זה ממילא דהם נכללים בתוך המצרים אבל בהבית לבד אינם כלולים גם בלשון זה ולהיש חולקין דשם גם אם כתב לו ולא שיירית בזבוני אלין כלום הוה בלשון כל מה שבתוכו [ובדברי הרמ"א סעיף י"ח יש ע"ש ונ"ל לסיף וזהו כוונת הגר"א ומ"ש ססמ"ע ל"ע ולכתוב סמיעו וזו"ק] :

כ האומר לחבירו בית בביתי אני מוכר או נותן לך ולא פירש אויזה בית נותן לו הקטן שבהם ואם נפל אחד מהם אחר מכירתו מראה לו זה שנפל דיד המקבל על התחתונה אבל אינו נותן לו עליה כיון שאמר בית בביתי משמע מהבתים ולא מהעליות דלשון זה משמע על המיוחר יותר בשם בית אבל אם אמר רק בית אני מוכר לך או נותן לך יכול ליתן לו גם עליה דהיא נמי בשם בית וה"ה לאומר שור משוורי אני מוכר או נותן לך יכול ליתן לו הקטן וכן בכל הדברים מפני שהמוכר הוא מוחזק ובכל ספק ידו על העליונה והביא צריך להחזיק ד' אמות על ד"א וא"צ ליתן לו רחב יותר [סמ"ע] וי"א דגם באומר בית בביתי יכול ליתן לו עליה [כ"מ מהרמב"ם וכ"מ בתשובת ק"ס כמ"ש הר"ן בנדרים כ"ו ועסמ"ע] :

כא המוכר מקום לחבירו לעשות לו בית סהם או רפת בקר או בית חתנות לבנו או בית אלמנות לבתו שמדרכם היה שהבן היה ביחד עם האב תמיד והבת היתה תמיד אצל אבי בעלה ובשנתאלמנה היתה חוזרת לאביה בין שמכר המקום ושהלוקח יבנה עליו ובין שמקבל המוכר לבנות עושה לו ד' אמות על ששה אמות ומקום כזה יתן לו ואע"ג דבמוכר בית די בד' על ד' כמ"ש זהו במוכר בית הבנוי אבל הבא לבנות דרך לבנות ד' על שש ואם אמר בית גדול צריך שיהיה י' על ח' ואם אמר למרקלין שעשוי למושב שרים צריך להיות י' על י' ואם הזכיר תרבץ של חצר והוא חצר גדול שעושים בצד אפדנו צריך להיות י"ב על י"ב וכל השיעורים הללו הם לבד עובי המחיצות [עור] ורום כל בית ובית יהיה כחצי ארכו וחצי רחבו כגון בבית סתם שהאורך ו' והרוחב ד' והם ביחד עשר צריך להיות הגובה חמשה אמות וכן כולם וסימן לדבר מההיכל שהיה ארכו לבד הקדשי קדשים ארבעים אמות ורחבו עשרים שהם ששים ומקומתו היתה שלשים אמות ויש מי שאומר דבית סתם הוא ששה על שמנה [רמב"ם ל"ח: וכ"כ סעור בדמזס סס ובעור כתב כדעם הרמב"ם] וכבר נתבאר בתחלת הסימן שדברים אלו תלוים לפי מנהג המדינות

סימן רטו [המוכר חצר ובית הבד ומרחץ ועיר ושדה מה נמכר בכללם ובו ח' סעיפים] :

א המוכר את החצר מכר כל הבתים שבה החצונים והפנימים אף שאין הפנימים פתוחים להחצר דעוברים דרך החצונים וגם בורות ודותין ושיחין ומערות נמכרין בסתם דאע"ג דלבית אין בשלין בסתם כמ"ש בסי' הקודם אבל לחצר בשלין הם וכן אם יש בה בתים שיש בהן חול שעושין מהן זכוכית נמכר ג"כ בסתמא וחנויות הפתוחות לחצר אם מיוחדים הם רק לבני החצר שמוכרים להם צרכיהן נמכרין עמה אבל הפתוחות לרה"ר או למבוי אין נמכרות עמה ואם היו פתוחות לכאן ולכאן אם רוב תשמישן עם החצר נמכרות עמה ואם לאו אין נמכרות עמה ואין הדבר תלוי במקום שפתוחות אלא בתשמיש שאם משמשים רק לבני החצר למכור רק להם צריכים אפי' אינן פתוחות להחצר נמכרות עמה ואם משמשות לבני רה"ר או בני המבוי אף בפתוחות להחצר אין נמכרות עמה דכן משמע בגמרא [ב"ב ס"ז:] ובהפוסקים אלא דאורחא דמילתא כן הוא דהמשמשים רק להחצר פתוחים חוצה לה [ב"ן] ולענין דברים המטלטלין שוה חצר לבית וכל מה שאינו נמכר בבית אינו נמכר בחצר ובזמן שא"ל היא וכל מה שבהוכה הרי כל תשמישי הבית והחצר אף שמטלטלין הן מכורים לבר מחמים ושעורים ושארי אוכלים אף שמונחין בבורות החצר אין שייכים לחצר דאינם בכלל תשמישי החצר וכן לא מכר את המרחץ ולא בית הבד כשהם בהחצר אף שכתב כל מה שבתוכה דהם שם בפ"ע ושם החצר לא נקרא עליהם וחם כחמים ושעורים ומ"מ י"א דאם מצר לו מצרים חצונים וגם כתב לו לשון וכל מה שבתוכה או שכתב ולא שיירית בזבוני אלין כלום להיש חולקין שבסי' ר"ד סעיף ה' הכל מכור גם המרחץ והבית הבד דהם לגבי חצר כבור ודות לגבי בית וזהו דבר פשוט שהקונה חצר קונה כל האויר עד לרקיע ואפי' להחולק שם סעיף ח' אינו אלא במוכר מדת קרקע ולא בכובר חצר שלם [סמ"ע] ;

המוכר

ב המוכר את בית הבד שעושין בו שמן מויתים מכר את האבן הגדולה הבנויה בארץ שטוחנים עליה הויתים ואת הכלונסאות של ארז שסומכים הקורה בהם בעת מחינת הויתים ואת היקבים והוא הבור שהשמן יורד לתוכו בשנעצרים הויתים ואת הכלים שנותנים בהם הויתים הכתושין ובגמ' נקראת מפרכסת ואת הלוחות שנותנים סביב להויתים שלא יתפזרו דכל אלו הן מחוברין וקבועין בהגת אבל לא מכר את הרחים העליונה שאינו מחובר להגת ובזמן שאמר הוא וכל מה שבתוכו הרי כולם מכורין ובין כך ובין כך לא מכר את הכובשות שמכבשין בהן הויתים ולא את הנגלל ולא את הקורה מפני שאלו מטלטלין גמורין הן וי"א דגם אלו מכורין כשאמר הוא וכל מה שבתוכו כיון שהן השמישי הגת וכמו בחצר מכורים התשמישים כשאמר כל מה שבתוכה אף שמטלטלים גמורין הן וכן הכריע רבינו הרמ"א אבל לא מכר את השקים ולא את המרצופים והן שקים של עור שנותנים בהם הזתים ואינם נכללין במה שכתב וכל מה שבתוכו דאינם תשמישי בית הבד אלא תשמישי הזתים והרי הזתים עצמן אין מכורין במכירת בית הבד ומ"מ אם א"ל או כתב לו בית הבד וכל תשמישיו אני סוכר לך נכללים הן ג"כ מפני שמונחים תמיד בבית הבד ואם היה חוץ לבית הבד חנויות ששוטחים בהם זתים או שומשומים ומוכרין בהם ג"כ שארי דברים שאין להם שייכות כלל לבית הבד כמו לחם ויין וכה"נ אינם נמכרין במה שאמר כל תשמישיו דאינם מיוחדים להשמישי הבד אא"כ נם מצר לו מצרים החצונים [סמ"ע] דאז קנה גם אותן כיון שמשתמשין גם להבד והמצרים המה חוצה להם ואם לאו לא קנה אלא מה שבתוכה:

ג המוכר את בית המרחץ מכר את בית הנסרים והוא החדר שמצניעין בו הנסרים ויושבין עליהן כשהם ערומים ואת בית היקמים והם ספלאות של עץ שנותנים בהם מים לפני כל אחד כבמרחץ שלנו ובימיהם היה חדר מיוחד להספלים שמונחים שם שלא בעת רחיצה ואת בית הספסלים שיושבים עליהם בחצר המרחץ כשהם לבושים ואת בית הוילאות שמפתפגים בהם ובימיהם היה לכל אלו חדרים מיוחדים אבל לא מכר את הנסרים עצמן ואת ה קמים עצמן ולא את הספסלים עצמן ולא את הוילאות עצמן ואע"ג דהם תשמישים נמורים להמרחץ וקבועים תמיד במרחץ מ"מ כיון שהן מטלטלין אינם נמכרים בכלל המרחץ ובזמן שא"ל הוא וכל מה שבתוכו הרי כולם מכורים ולא דמי לשקים ומרצופים דבית הבד שאינם שייכים למלאכת הבד אלא שהם תשמישי הבד להביא בהם זתים משא"כ דברים אלו שייכים למלאכת המרחץ וכ"ש אם א"ל מרחץ וכל תשמישיו אני מוכר לך שהם מכורים ואף כשא"ל הוא וכל מה שבתוכו לא מכר את הבריכות המספקות מים למרחץ ואע"נ שמספיקות לכל השנה ביומות החמה ובימות הגשמים ושייכים תמיד להמרחץ מ"מ כיון שאינם בבית המרחץ אינם מכורים עמו ולא בית כינום העצים וכ"ש שהחים והעצים עצמם אין מכורים ואם א"ל מרחץ וכל תשמישיו אני מוכר לך הרי כולם מכורים אף שהם חוצה לו כיון שהם התשמישים הנמורים להמרחץ ולכן אע"פ שלא מצר לו מצרים חצונים מכורים הם ולא דמי לחנויות של בית הבד שהם תשמישים גם לדברים אחרים ויש מי שכתב דזיקא כשהם בין המצרים וכתב לו אלין מצרנהא וכתב לו כל תשמישיו [טור]:

ד המוכר את העיר מכר בתים וחצירות בורות שיחין ומערות מרחצאות ושובכות ובית הבדים וכל השדות שבה וגם השדות הידועים שהם שייכים להעיר וכל הגינות ושדות בית הבעל שבה והסמוכים לה ואת החורשים המוקפים לה והם יערים וביברים של חיות ועופות ודגים שפניהם כנגד העיר אע"פ שרחוקים ממנה אבל לא מכר המטלטלין שבתוכה אפי' תגורים וכירים המטלטלין ובזמן שא"ל היא וכל מה שבתוכה אני מוכר לך הרי כולם מכורין אפי' בהמות ועבדים ושארי מטלטלין דנהי דלחצר אינן בטילין מיהו לעיר לגודל כמותה בטלין אצלה וגכללין בה בשאמר מה שבתוכה דבן דרך לפעמים למכור עמה כל המטלטלין ובין כך ובין כך לא מכר את שיריה והם חתיכות בקעה הסמוכה לעיר אלא שמופלגת ממנה קצת שיש הפסק סלעים קשים בנתים ולא את בנותיה והם הכפרים הסמוכים לה ולא את החורשים המוקצים והם הרחוקים ממנה וכן לא מכר את שומר העיר [רי"ף] ואם עומדת אצל הים או נהר ויש להעיר חלק שמה אין החלק מכור לו וכן אם יש להעיר איזה חלק ביבשה במקום רחוק הרבה מן העיר אינו מכור לו ולא את ביברי חיה ועופות ודגים שאין פניהם כנגד העיר ואפי' א"ל כל מה שבתוכה אינם מכורים [ב"י] כיון שאינם בתוך העיר ואפי' אמר כל תשמישיו דאינם תשמישי העיר כלל [כ"ל] ויראה לי שאם מצר לו מצרים חצונים ואלו הם בתוך המצרים אפי' לא א"ל כל תשמישיו וכל מה שבתוכה הרי אלו מכורים דבעיר לא שייך לומר מצרים הרחיב לו וצ"ע:

ה המוכר את השדה מכר את האבנים הסדורות לגדר ואת האבנים המונחים על גבי העמרים ואם הונחו פעם אחת שייכים הם להשדה מפני שהן צורך השדה ואף שהם מטלטלים מ"מ כיון דקבועים ומיוחדים לשדה זו חשיבי כהשדה עצמה ועדיפי מכלי בית המרחץ וכן מכר את הקנים החלקים המונחים תחת הנפנים כדי להעמידם ומכר את התנואה והפירות המחוברים לקרקע ולהאילנות אע"פ שהגיעו להקצר ולהתלש וכן מכר את חיצת הקנים והם קנים הרבה הנדילים בקלח אחד ודוקא שהמקום פתוחה מבית רובע קרקע דאז בטלים להשדה אף שהקנים עבים וארוכים ומכר את השומירה והיא בית דירה העשוי לשומר השדה ודוקא שעשויה בטיט על גבה וסביבות הבתלים אע"פ שאינה קבועה ומחוברת בקרקע

בקרקע אבל כשאינה עשויה בטיט נחשבת כמטלטל נמור אף שהיא קבועה ומחוברת בארץ דאינה נחשבת בקרקע כלל בבה"ג וי"א להיפך דכשעשויה בטיט אף שמחוברת לקרקע אינה נמכרת עמה דחשיבא כדבר בפ"ע וכשאינה עשויה בטיט נמכרת עמה אע"פ שאינה מחוברת דבטילה היא להשדה [טור] והעיקר ברייעה ראשונה [ט"ך] וכן מכר את החרוב שאינו מורכב והיינו קודם שהזקין החרוב וכן מכר את בתולת השקמה והוא אילן שעושה סין תאנים ובבחרותו שעדיין לא נכרתו ענפיו נקרא בתולת השקמה וכשיזקין ויכרתו ענפיו להחליפה נקרא סרן השקמה ולכן בתולת השקמה אף שהם עבים אינה נחשבת כשדה בפ"ע אבל סרן השקמה אפי' הם דקים חשיבי כשדה בפ"ע ואינם נמכרות עמה וכן מכר כל הדקלים שבה וכל האילנות אפילו העומדים על המצר וכ"ש שמכר את המצרים עצמם אבל לא מכר את האבנים שאינם סדורות לגדר ולא את האבנים שאינם מונחים על העמרים אע"פ שהם מוכנים לכך אם לא הניחו אף פעם אחת אבל כשהונחו פעם אחת לשם תשמיש שיהא מונחים כן תמיד מכורים הן [וכ"ל לכ"ע מודיע ז"ה ודו"ק] וגם לא מכר את הקנים שבכרם שאינן מונחין תחת הגפנים אע"פ שהם משופין וחלקים ומוכנים לכך ולא את התבואה העקורה מהקרקע אף שעדיין צריכה לשדה לייבשה שם ובזמן שא"ל היא וכל מה שבתוכה הרי כולם מכורים ובין כך ובין כך לא מכר מחיצת הקנים שהיא ביה רובע אף שהקנים דקים וקטנים ולא מכר ערוגה קטנה של בשמים שיש לה שם בפ"ע כגון שקורין לה בי וורדא דפלניא ולא השומירה שנתבאר לפי הדיעות שבארנו ולא מכר החרוב המורכב ולא סרן השקמה ולא מכר את הבור שבה ולא את הגת ולא את השובך בין שלימים בין חרובים דכל אלו הם כדבר בפ"ע וצריך המוכר ליקח לו דרך מהלוקח כדי לילך להבור ולהדות ולהגת ולהשובך שנשארו לו בתוך השדה דמוכר בעין יפה מוכר ולא שייר לעצמו כלום במה שמכר כמ"ש בסימן רי"ד סעיף ו' ואם פירש ואמר חוץ מאלו א"צ ליקח לו דרך כמ"ש שם ובכל מה שנתבאר לא מהני מצרים כיון שבתובה עומדים אלא שיש להם שם בפ"ע ומה יועילו המצרים [כ"ל]:

ו בד"א שאין כל אלו בכלל השדה במוכר ואף שמוכר בעין יפה מוכר אין זה אלא במה שמכר לא שייך לעצמו כלום אמנם במה שלא פירש בהמכר למה נאמר שמכרם ולמה לא פירשם הלוקח מפורש אבל הנותן מתנה קנה את כולן כל הנמצא מחובר לקרקע בין בבית בין בשדה בין בחצר בין בבית הבר וטעם הדבר דכל המחובר לקרקע בתוך מקום המכר אף שיש להם שם בפ"ע מ"מ יש פנים לומר דנכללו דאל"כ היה לו לפרש ששיירם כדי שלא לטעות אלא דבמכר אמרינן להיפוך דבין דהלוקח אינו מתבייש מהמוכר למה לא צוה להמוכר להזכירם בפירוש ולכן הרעת יותר נוטה שלא מכרן לו אבל במתנה דנותן יותר בעין יפה ממכירה והמקבל יש לו בושה להזכיר להנותן שיזכירם בפירוש לכן כל מחובר שבתוכה שייך להמתנה כללו של דבר הנותן קרקע קנה המקבל כל המחובר לה עד שיפרש ודוקא מה שהוא בתוך הדבר הניתן אבל מה שהוא חוץ ממנו כמו יציע וחדר וכדומה אין חילוק בין מכר למתנה וכן במטלטלין אין חילוק כמ"ש בסימן ר"ך וכן דברים התלושים שבתוך הקרקע אין חילוק בין מכר למתנה:

ז וכן האחים שחלקו וזכה אחד מהם בשדה וכה בכולם כמו במתנה דכיון דבאו לחלוק וזה לקח שדה זו וזה האחרת נסתלקו זה מזה לנמרי בכל שהוא קבוע במחובר ועומד בתוך קרקע זו וכן בבית וחצר ובית הבד וכן המחזיק בנכסי הגר והחזיק בשדה או זכה בכל הנמצא מחובר באותה קרקע והחזקה מהקרקע עולה לכל הנמצא שם במחובר דאפי' בשני שדות כשאין מצר ביניהם קונה בחזקה אחת כמ"ש בסי' ער"ה וכן המקדיש את השדה הקדיש את כל המחובר לקרקע כבמתנה דמקדיש בעין יפה לגמרי מקדיש ומרלא שיירם מפורש מסתמא הקדישם ועתה רוצה לחזור בו:

ח ואף במוכר ולוקח אין כל אלו הדברים אמורים אלא במקום שאין שם מנהג ולא שמות ידועים לכל דבר וברבר בפ"ע אבל במקום שנהגו שהמוכר שדה או בית או חצר מכר כך וכך ה"ז מבור וסומכין על המנהג בין בקרקעות בין במטלטלין שהמנהג עיקר גדול בכל משא ומתן ותולבין אחר לשון בני אדם של אותו מקום כמ"ש בריש סי' רי"ד ע"ש:

סימן רטז [המוכר שדה חוץ מדקל פלוני וקרקע לזה ואילנות לזה וכתיבת השטר ובו ט"ז סעיפים]:

א אע"פ שהמוכר שדה בסתם מכר כל האילנות שבה מ"מ מוב לפרש בהשטר שמכרה עם כל האילנות שבה וכן המוכר פרדס לחבירו יכתוב לו קני לך דקלים וחמרים והוצין והן ענפי דקל ואף שקונה אותם גם אם לא פירש מ"מ ויו חשטר הוא כדי להסתלק מן ערעורין ואף כשיבא השטר לפני ב"ד שאינם בקיאים בדין לא יטעו בזה כיון שהן מפורשין בהשטר וכן המוכר קרקע לחבירו יכתוב לו ולא הנחתי לפני במכר זה בלום כדי להסתלק מדינים ומענות והגם שיש לחוש להיפך שב"ד שאינם בקיאים יתגו להלוקח מה שא"צ ליתן לו כמו

חרוב המורכב וסדן השקמה האמנם בזה אין חשש דהב"ד שאינם בקיאים רגילים להחמיר נגד הלוקח מפני שכל ספק מעמידים ביד המוכר מפני שהוא מוחזק דבזה אין לך דיין שאינו בקי והחשש הוא שלא יתנו ללוקח מה שצריך ליתן לו [סמ"ע] וראיה לזה ממה שנתבאר בסי' רי"ד סעיף ו' ובסימן רט"ו סעיף ה' דכשהמוכר פירש מה ששייר לעצמו ולא היה צריך יש תועלת שא"צ ליקח לו דרך מהלוקח ואם נאמר דגם בזה שייך שופרא דשטרא אין ראיה בפרישתו ונאמר המשום נוי השטר כן אלא ודאי מה שאמרו חז"ל לפרש מפני נוי השטר אינו אלא רק לדבר שמגיע להלוקח ולא להמוכר [ב"ל] ודע דשופרא דשטרא אינו רק בשטר ולא באמירה בע"פ [חוס' ב"ב ס"ט:] וא"כ אין ראיה גמורה משם ומ"מ כן עיקר לדינא [ב"ל] :

ב המוכר שדה לחבירו והיו בה דקלים וא"ל חוץ מדקל פלוני רואים אם אותו הדקל הוא מהטובים או מהבינונים נשאר להמוכר דקל זה וכל השאר ללוקח ורצון המוכר היה ליהנות מעט ושייר לפניו דקל אחר [רמב"ם פט וכ"מ מכל הרא"שופים ומ"ם הלבוש ל"ע ותו"ק] אבל אם הדקל ששייר הוא רע כנון שאינו עושה קב פירות אין מברא לומר שרק דקל זה שייר לפניו דבמה נחשב הוא אלא ממתמא לא מכר הדקלים כלל וזה שהזכיר דקל זה כמי שאומר דאפילו דקל זו שהיא רעה לא מברתי לו וכ"ש הטובים ממנה וממילא דגם הרעים ממנה לא קנה דעיקר כוונתו הוא שהדקלים לא מכר ותפס זה הדקל הרע לרמיון ויש חולקים וס"ל דרק הטובים ממנה לא קנה אבל כיוצא בה וכ"ש הפחותים ממנה קנה דכיון דמדינא נמכרים עם השדה אלא דיש לנו משמעות מהשיור אין זה הכרח רק על הטובים אבל השאר אין לנו להוציאם מכל השדות הנמכרות שגם האילנות נמכרות עמהם וי"א עוד דוהו רק במין האילן ששייר בנון ששייר דקל תמרים גרוע אינו קונה כל הדקלי תמרים או הטובים ממנה אבל שארי מיני אילנות הנמצאים שמה כמו זתים וחרובים וגפנים כיון שאינם מהמין ששייר קנה הלוקח הכל בכמתם שדות הנמכרות :

ג בזמן חכמינו ז"ל היו העולם קוראים לכל אילני פירות כמו זתים ורמונים ותאנים ותפוחים וכיוצא בהן אילנות סתם לבד אילנות גפנים ותמרים לא היו קורין אותן בשם אילן סתם אלא לגפנים היו קורין גופני או גפנים ולתמרים היו קורין דיקלי אך לפרקים היה מי שקראו אותן גם בשם אילן סתם לפיכך אם מכר לו שדה וא"ל חוץ מאילנות אם יש שם כל מיני אילני פירות וגם גפנים ודקלים לא מכר כל האילנות אבל הגפנים והדקלים מכורין הן דאינן בכלל סתם אילנות אבל אם אין שם אלא גפנים או דקלים בע"כ דהשיור הוא עליהם ואם היו בה גפנים ודקלים ולא מין אחר אמרו חז"ל דהגפנים שייר והדקלים מכר והטעם דאע"ג דשניהם אין נקראין אילן סתם אלא על צד המקרה ט"ם יותר נקראים גפנים אילן סתם מדקלים וזה לא אמרינן ששייר את הגפנים והדקלים דכבר נתבאר דמוכר בעין יפה מוכר וכל מה שנוכל לומר שלא שייר בהמכירה אמרינן שלא שייר וי"א הטעם ששייר הגפנים והדקלים מכור משום שגפנים הם יותר חשובים ודאי דשיירן לעצמו ובוה יד בעל השטר על התחתונה דכיון דבע"כ שייר מהן מין אחד הממע"ה וכן אם מכר אילנות שבשדהו שאסר לחבירו כל אילנות שבשדי מכור לך אם היו שם שארי אילנות וגופני ודיקלא שייר הגופני והריקלא לעצמו דאינן בכלל אילנות אלא במקרה כשאין אחרים ואם לא היה שם אלא גופני או דיקלא מכורים הם ואם היו שם גופני ודיקלי מכר הגופני והדיקלי שייר לעצמו ולהי"א הוי להיפך דהממע"ה [ב"ל וי"ח מלו מוכח בכמב"ם ס"ם: וקוסימו ים למרן וזסו דעמ הרמביים בכמ"ד כמ"ם סס"מ בסם ר"י מג"ם ע"ם ומ"ם הם"ן ל"ע ותו"ק] :

ד אמרו חז"ל [סם] דכששייר אילנות לא שייר אלא אילנות שאין העוץ כובשן וכל שהעוץ כובשן הרי הוא של לוקח ונחשב בכלל השדה וה"פ דדרכם היה לתרוש סביבות האילנות ואם העוץ של המחרישה כופף את האילן והשור עובר לדרכו שאינו מתעכב על ידי אין זה בכלל אילן וכקרקע היא מיהו אם כולן אילנות דקין שהעוץ כובשן בע"כ דאותם הוא ששייר ושייר כגון וכששייר דקלים אמרו חז"ל דלא שייר אלא כל דקל שעולין לו בחבל שהוא גבוה כל כך שאין ביכולת לעמוד על הארץ וללקט הפירות שבראשו דמפני שאין לדקל עניפים כלשארי אילנות לעמוד עליהם לכך עולין לו בחבל והשאר שאין עולים להם בחבל הרי הם של לוקח מיהו אם כולם כן בע"כ ששייר אותם ובבישת עול לא שייך בדקלי דאפי' אם בביש ליה העול חשוב הוא אם עולין לו בחבל [רמב"ם] ושיעורא דחבל לא שייך בשארי אילנות דעולין על הענפים [סם] ואע"ג דגבי שביעית נקראת אילן כל שיצאה מכלל נטיעה כמ"ש הרמב"ם בפ"ג משמיטה מ"מ במכירות אמרו חז"ל זה השיעור שכתבנו ואפשר ששיעור אחד הם וכשמכר אילנות הולכים ג"כ אחר זה השיעור שנתבאר וכשמכר אילנות והיו שם רובי אילני מאכל ומיעוט אילני סרק לא נתבאר אם גם הסרק נמכרים עמהם ונראה דנמכרין דהם ודאי בכלל סתם אילנות וכן לענין שיור וכבר נתבאר בסי' הקודם דחרוב המורכב וסדן השקמה לא נמכר בכלל השדה דחשובין הן ויש להם שם בפ"ע ואם היה שם הרבה תרובין מורכבים וסרני שקמות וא"ל חוץ מחרוב פלוני חוץ מסדן פלוני לא אמרינן שכל השאר מכורים הן דתרי אינם בכלל השדה ואינו דומה לשיור דקל שבסעיף ב' אלא צ"ל שמה שהזכיר לזה הוי יתור לשון ומועיל שיש לו דרך לאותו החרוב או הסדן אבל אם אמר על חרוב שאינו מורכב ועל בתולת השקמה חוץ מחרוב פלוני וחוץ משקמה

משקמה פלונית אין כאן יתור לשון והשאר שבמוהם שייכים להלוקח כבכל אילנות [סמ"ע] :

ה האומר לחבירו קרקע של דקלים אני מוכר לך אפילו אין דקלים בהקרקע המקח קיים דפירושו הוא קרקע הראוי לטעת בה דקלים ומיהו אם יש דקלים שם קנאן אף כשאבר בלשון זה דהרי אפילו מכר קרקע סתם קונה הדקלים ולשון זה יש לפרש קרקע של דקלים שהדקלים שבה טובים הם ושוענין פירות הרבה [לבוש] ואם א"ל קרקע בדקלים אני מוכר לך אם היה שם לפחות שני דקלים קנה ואם לאו ה"ז מקח טעות דהא אמר שיש בה דקלים ואם א"ל קרקע ודקלים אני מוכר לך י"א ששני מבירות הן וקנה הקרקע עם הדקלים שבה וגם צריך ליתן לו עוד שני דקלים משדה אחרת שיש לו ואם אין לו דקלים במקום אחר יקח שני דקלים ויתן לו בדי לקיים דברו ומדינא א"צ לקנות שאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו ויכול להחזיר לו מעות כפי שיוי שני דקלים ום"מ אין המכר בטל דס"ל לריעה זו דכשמכר שני מבירות בפעם אחת רק שמכרן בשני דיבורים כמו זה שאמר קרקע ודקלים אף שדיבור אחר בטל מדינא אין השני שיכול להתקיים בטל ואין תלוים זה בזה וכן אם אין בהקרקע אף דקל אחד המבירה קיימת דהא לא א"ל קרקע בדקלי [רמב"ם ורמ"ם סס] וי"א שאינו נותן לו אלא שני דקלים ולא יותר אפילו אם יש בהקרקע הרבה דקלים דפירושא דקרקע ודיקלי הוא הקרקע עם שני דקלים ממנה ואע"ג דאם לא היה מזכיר כלל הדקלים היה קונה כל הדקלים מ"מ השתא שהזכירם גרע טפי ואם אין שם כלל דקלים נותן לו דקלים שבמקום אחר כלדיעה הקודמת [תוס' סס] והרמב"ם ז"ל כתב בפב"ד האומר לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך אפילו לא היו בו דקלים אם רצה לקנות לו שני דקלים ה"ז נקנה המקח ואין הלוקח יכול לומר איני לוקח אלא קרקע שיש בו דקלים עכ"ל דס"ל דמבירה אחת היא ואם יש בשדה ז' דקלים א"צ לקנות אחרים [סמ"ע] אלא אף כשאין בה דקלים ויכול לקנות ממקום אחר וליתן לו ואין כופין אותו לזה דהא אינו ברשותו והמכר בטל ואם רצונו לקנות אין הלוקח יכול לבטל המבירה מפני טענת שמכר לו דבר שאינו ברשותו דכיון דמצוי לקנות אינו חשוב ממש כדבר שאינו ברשותו [כ"מ סס] ועוד דעכ"פ בקניית הקרקע יכול לכופו כשרוצה לקנות לו שני דקלים [סמ"ם] ור"א שמחוייב לקנות שני דקלים כשאין לו ואין זה דבר שאינו ברשותו דכיון דמצוי לקנות הוי כבא לעולם כפוסק על שער שבשוק שנתבאר בסימן ר"ם סעיף ט"ז [רמב"ד סס] ודעת הרמב"ם דאין זה מקרי מצוי כמטלטלין שעומדין למבירה ורק לענין זה מקרי מצוי שאין הלוקח יכול לבטל המכר כשרצון המוכר לקנות כמ"ש ואם יש הרבה דקלים בהקרקע אם צריך ליתן לו כולם או רק שני דקלים אינו מבואר ברמב"ם ורבינו הרמ"א כתב כדיעה ראשונה :

ו לפי מה שנתבאר לדיעה ראשונה המוכר לחבירו שני דברים אחת בא לעולם והשנית לא בא אינו בטל מבירה האחת מפני השנית ואף לדעת הרמב"ם אינו מבואר שחולק בזה דלדידיה מבירה אחת היא כמ"ש ונדולי אחרונים הפסו כדעתו ז"ל דחולק בזה ום"ל שגם השני בטל בביטול האחד ולא ידעתי מאין להם דמה שבכאן מכרו בטל כשאינו נותן לו דקלים זהו מפני שהיא מבירה אחת לדעתו אלא שא"צ שהדקלים יהיה דווקא בקרקע וו וכבר בארנו פרטי דין זה בסי' ר"ג סעיף ו' וסעיף ח' ע"ש :

ז אמרו חז"ל דהמוכר אילן אחד או שני אילנות אין לו להלוקח קרקע עולמית אלא כל זמן שעומדים האילנות והמוכר שלשה אילנות בשנטועים כמו שיתבאר אפילו כשיוצאין משורש אחד תחת הקרקע ולמעלה מהקרקע נפרדין לג' יש לו קרקע [טור] ולפיכך המוכר ג' אילנות בתוך שדהו אפילו נטיעות קטנות או שלשה בדי אילן שיוצאין משורש אחד יש להלוקח קרקע דראוי להם כפי שיתבאר ואפי' יבשו או נקצצו נוטע אחרים תחתיהם וכן הוא קונה כל אילנות הקטנות שביניהם וי"א דאם האילנות דקין שהעול כובשן ובדקלים כשאין עולין להן בחבל לא קנה קרקע שביניהן דלא על אילנות כאלו אמרו חז"ל דקנה קרקע וכ"כ רבינו הרמ"א :

ח כמה הוא הקרקע הראוי להם תחתיהם וביניהם וחוצה להם כמלא אורה וסלו והוא שהמלקט הפירות יוכל לעמוד עם הסל שנותן בו הפירות בצד האילנות והקרקע שביניהם שייך להלוקח לגמרי ויכול אפילו לזרוע ביניהם אבל מה שחוצה להם כמלא האורה וסלו אינה שלו לגמרי אלא משועבדת לו ללקיטת הפירות אבל אינו יכול לזורעה וגם המוכר אינו יכול לזרוע שמה כדי שלא יטנפו הפירות שיפלו מהאילנות על העפר שנחרשה ונתרכבה ולבן אין אחר מהם יכול לזרוע שמה בלא דעת חבירו ואף אם התנה המוכר בעת המבירה שהקרקע שביניהם שייך לעצמו מ"מ מקום האילנות עצמם שייך ללוקח לעולם ויכול לנטוע אחרים בשיתייב שו או יקצצם אא"כ פירש להדיא שלא יטע אחרים תחתיהם :

ט ואין יהיה עמידתם של האילנות ומרחקן זה מזה שיהיו עומדים כמו פפטפוטי בירה שהוא כסגול דכשעומדים בדרך זה אין המחרישה יכול לעבור ביניהם וכיון שאין הקרקע ראוי לזריעה מסתמא שייכין להאילנות אבל אם עומדים בשורה אחת מסתמא שיירה המוכר לעצמו ויזרענה עד כדי אורה וסלו מבל אחד כיון שיכול לעבור במחרישה ואין לו קרקע אפי' התחתיהן ובשיתייבשו או יקצצו אין לו ליטע אחרים [רמב"ם ושור] ולפ"ז זה שאמרו חז"ל דבשני אילנות אין לו קרקע משום דלא חשיבי שדה אילן ה"ת גם בג' כה"ג דהא בשנים א"א להיות כמו סגול אלא דהאמת הוא דבשנים גם בלא טעם זה אין להם חשיבות [ל"ע] וכמה יהיה המרחק בין אילן לאילן

לאילן מד' אמות ועד ט"ז אמה דפחות מד"א אין להם יניקה כפי הצורך ובעקורים דמי ויתר מט"ז אין הקרקע במילה אצלם מפני גודל המרחק וגם בכלאי הכרם אין שם כרם על זה כשנוטעין במרחק יותר מט"ז אמה כמבואר בסמ' כלאים פ"ד וזהו דעת הראב"ד בפ"ז מה' כלאים ואף דהרמב"ם פסק שם כמי שאומר דיותר על שמנה אין שם כרם על זה ולמה פסק בכאן בפכ"ד ממכירה ער ט"ז והרי הש"ס [כ"ב ס"נ.] מדמה כלאים למכר נ"ל דמ"ל להרמב"ם ז"ל דלמסקנא דסוגיא אינו כן דבלא"ה לא דמו לגמרי דבכלאים ט"ז כיותר מט"ז ובמכירה הוי כפחות [תוס' סה ד"ס כמ וסרמב"ם מפרש מה דאמר רבא סלכתא מד"א ועד י"ו דלא כהראב"ם סה לטלס כרבנ מלא דס"ק רבא במכירה תופסין סטיעור סגדול שבכלאים וסקשן שבו]:

ו מהיכן מודדין האמות מהעיקר הרחב של האילנות שהוא מקום יציאת האילן מן הארץ שהיא עבה ואם האילנות עומדים כסגול או שהיו מקורבים פחות מד"א או מרוחקים יותר מט"ז או שלקחן זה אחר זה או שמכר לו שנים בשדהו ואחד על המצר או שנים בתוך שלו ואחר בתוך של חבירו כגון שיש לו שני אילנות בקצה שדהו ויש לו עוד אילן אחד שקנה בשדה חבירו הסמובה להן עם הקרקע ומכר אלו השלשה לאחר [כ"ב ס"ס] או שיש הפסק בור או אמת המים או רה"ר בין האילנות הרי זה אין לו קרקע וכן כשהפסיק ביניהם הרכבת דקלים הרבה [נמ'] לא קנה הקרקע ובכל אלו לבד כשאין עומדים בסגול בעיא היא בנמ' ולא איפשיטא וכל ספק מוקמינן בחזקת המוכר ותפיסה לא מהני בקרקע שתמיד עומדת בחזקת בעלים הראשונים [סה"מ] ואפי' אם נטען הלוקח לאחר שיבשו ואבל הפירות מוציאין מידו אפי' לדעת הפוסקים דמהני תפיסא בספיקא דדינא דכיון דבאילנות אין לו תפיסה ממילא דהפירות ברשות המוכר הן [כ"ל] ובכל אלו לא קנה גם האילנות הקטנות שביניהן ואם יבשו האילנות או נקצצו ילך לו ובכל מקום שנתבאר שאם יבשו האילנות אין לו ליטע אחרים תחתיהן זהו דווקא כשנקצצו ואין נוטן מחליף וצריך ליטע אחרים אבל אם נועו מחליף אין זה אילן חדש אלא כעולה מן הגוזע דמי ושייך לבעל האילן:

יא כל מי שקנה ג' אילנות ויש לו קרקע אם הגדילו הענפים ונתפשטו חוץ משיעור הקרקע שיש לו צריך לקוצצם ואפי' לא הגדילו אלא בתוך מלא אורה וסלו דאם לא יקצצן שמא יבא להחזיק כמלא אורה וסלו חוץ להענפים [טור] ואף אם ירצה ליתן בכתב שאין לו רק כך וכך קרקע מ"מ יכול לכופו מפני שמטעם לו הדרך וגם אינו יכול לכופו ששטור הכתב [ל"ל] וכל השרשים והטעיפים, העליונים היוצאים מהם ואפי' היוצאים מהשרשים שתחת הקרקע הרי הם של בעל האילנות שהרי יש לו קרקע ומקרקעו גדילים משא"כ בשני אילנות כמו שיתבאר ואם המוכר אומר שהגדילו והלוקח ואמר שלא הגדילו על הלוקח להביא ראיה דהמוכר מוחזק [כ"ל]:

יב הקונה אילן אחד או שני אילנות בתוך שדה חבירו אין לו קרקע לפיכך אם יבש האילן או נקצץ ואין נועו מחליף אין לו כלום ואם הגדילו האילנות והוציאו שורשים וסעיפים צריך לקוצצם מיד דשמא יצאו מהנוע הסמוך לארץ ויתכסו אח"כ בקרקע עד שיראו כשלשה וימעון הלוקח לקחתי ג' אילנות ויש לי קרקע ואע"ג דכשהמוכר יכחישנו על הלוקח להביא ראיה מ"מ לא ניחא לו לירד בדינא ודיינא [סמ"ע] אבל אם נתפשטו הענפים אף למרחוק א"צ לקוץ ואף שהצל רע להמוכר להזרעים שזורע מ"מ אין יכול להכריחו לקוץ ובזה קילא שנים משלשה והטעם דבשלשה שיש לו קרקע כשיצאו ענפיו מקרקעו צריך לקוץ אבל באחד או שנים שאין לו קרקע אלא שהמוכר שעבר לו קרקע שלו כל זמן שיעמדו האילנות א"כ אין גבול כמה קרקע משועבדת לו וכן יש לו ללוקח במלא אורה וסלו וכ"ש תחתיה ללקט הפירות ואין המוכר יכול לזרוע שם כדי שלא ימנעו פירותיו כמ"ש בנ' אילנות וכן יש לו דרך לילך דרך שדה המוכר לצורך אילנותיו דמוכר בעין יפה מוכר ואין חילוק בין שנים לשלשה בזה וכמ"ש בסימן ריי"ד בכור ודות ואע"ג דבאחד או בשנים אינה מכירה ריי"ד בכור ודות זמן שהאילנות עומדים מכירה גמורה היא ועוד דלא גרע ממשאיל מקום לחבירו להניח שם כליו דיש לו גם דרך לילך לכליו [טור]:

יג כל העצים שקוצץ בעל אילן אחד או שני אילנות דינם כך הוא דהעצים העולים מהנוע והוא מקום הגבוה בהאילן שרואה פני החמה הם של בעל האילנות אבל העולה מהשורש והוא מקום שאינו רואה פני חמה הם של בעל השדה מפני שיציאתם הוא מהקרקע רק שמסתעפים מהאילן והקרקע אינו שך בעל האילן ובדקל אין לו לבעל הדקל מן העולה כלום שאין לדקל נוע דענפיו הם רק בראשו ולכן עולין לו בחבל ואין דרכו להוציא נוע ולא עלה על דעת הלוקח שיוציא נוע ויקצצו ולכן אפי' אם אירע שהוציא נוע הרי הוא של בעל הקרקע [כסב"ס] וכ"ז בדקל אחד או שנים אבל בשלשה כל היוצא מהם הם ללוקח כיון שקנה הם וכל סביבותיהם [סמ"ע]:

יד כבר נתבאר בסימן ר"ט רכששייר לעצמו שייר בעין יפה יותר מכשמוכר לאחר לפיכך המוכר קרקעו לאחר ושייר אילנות לפניו אף שלא שייר רק אילן אחד או שנים מ"מ יש לו קרקע תחתיהן שאם יתיבשו או יקוצו יטע אחרים ונם יש לו כמלא אורה וסלו ללקוט פירותיו ויכול ג"כ לזרוע סביב האילן דלעצמו שייר קרקע זו לעולם [תוס' ע"פ:] ואע"ג דבארנו בסי' ריי"ד בכור ודות דבבכל מה שמכר לחבירו מוכר בעין יפה ולכן אין להמוכר דרך להבור והדות ששייר ולמה לא נאמר גם כאן כן דבאמת לא דמי דהתם לא שייר לעצמו בהקרקע אף שיור

שיור כל דהוא אבל בכאן בע"כ ששייר לעצמו כח בקרקע כל ימי עמידת האילנות דאל"כ יאמר לו הלוקח עקור אילנותיך ולך וכיון דנחית לשיורא וודאי שייר בעין יפה ולעולם וכל מה שצריך להם [סמ] והו כהחלוק שכתבנו שם בסעיף י"ז בין דרך הבור לשיור פירות דסימן רי"ט ולכן כששייר שלשה אילנות לפניו יש לו חצי הקרקע דכיון דבע"כ דשייר לו תחתיהן וביניהן וחוצה להן כמלא אורה וסלו דפשיטא דלא גרע מאחר ממילא כיון שהוכרח לשייר אמרינן ששייר לעצמו יותר בעין יפה מלאחרים וזהו דעת הרמב"ם ז"ל שכתב דשייר ג' אילנות לפניו יש לו חצי הקרקע וכן פסק במכר לזה קרקע ולזה אילנות [סם בפכ"ד] דיש לזה חצי קרקע ולזה חצי וס"ל דכמו דכשייר שני אילנות לפניו יפה כחו מאחר כמו כן בששייר ג' לפניו יפה כחו מאחר ואם נאמר דאין לו קרקע רק כפי הצריך לאילנות לא יפה כחו מאחר ועוד דכיון דבע"כ הוי כמו שמפורש התנה ששייר קרקע לפניו ה"ל כמי שאומר לחבירו אני מוכר לך קרקעי וגם לי יהיה חלק דבוודאי זה נוטל מחצה וזה מחצה אבל במכר ג' אילנות לאחר לא מכר לו קרקע וא"צ ליתן לו רק מה שצריך לאילנות משא"כ בשייר לפניו אם נאמר דלא שייר קרקע כלל יאמר לו עקור אילנותיך ולך ובע"כ הוי כמו שאמר מפורש הנחתי קרקע לפני ובע"כ דיש לו חצי כמו שנתבאר וזהו הנראה לי ברעת הרמב"ם ז"ל ומ"מ הרבה מרבותינו חולקים עליו וס"ל דבג' אילנות אין לו יפוי כח יותר מלאחר ואין לו רק הצריך להם ובזה לא שייך עין יפה וכ"כ רבינו הרמ"א :

טז מכר לשנים כאחד לזה הקרקע ולזה האילנות והחזיק זה באילנות וזה בקרקע אמרו חז"ל [ב"ב ל"ו.] דזה קנה האילנות וחצי קרקע וזה קנה חצי קרקע והנה הרמב"ם ז"ל פסק בפשטא דלישנא דבעל האילנות קונה חצי הקרקע וצ"ל בטעמו כמ"ש בסעיף הקודם דכיון דבע"כ הוי כמו שהוכיר קרקע לבעל האילנות דאל"כ יאמר לו בעל הקרקע עקור אילנותיך ולך וכיון דהוי כמו שהזכיר לו קרקע הוי במכר לזה ולזה קרקע דחולקין הקרקע ביניהם דכשמכר לאחר ג' אילנות אף דנחשב כמו שהוכיר לו קרקע הרי ידו של הלוקח על ה'תחתונה וא"א לו ליטול החצי משא"כ בששניהם לוקחים כשם שזה נוטל חצי כך זה וכ"ש בששייר לפניו אמנם הרבה מרבותינו פירשו דלאו דווקא הוא אלא דבעל האילנות אינו קונה רק קרקע הצריך לאילנות ואפי' לא מכר לו רק שני אילנות [מור] דכיון שלשניהם מכר מכר להם בעין יפה לשניהם והקרקע שצריך להאילנות מכר לו לעולם ויש שאומרים להיפך דאף בג' אילנות אין לו ביניהן רק תחתיהן שאם ימותו יש אחרים תחתיהן וכן בשני אילנות או אילן אחד דכיון דלשניהם מכר בעין יפה לא מכר לבעל הקרקע מקרקע שתחת האילן כלום ולא מכר לבעל האילן שום קרקע שאינה תחת האילן וכדעיה זו כתב רבינו הרמ"א ומ"ש נ"ל דגם לדעיה זו יש לו כמלא אורה וסלו ללקישת הפירות דהא לא סני בלאו הכי והיא כהאילן עצמו ודעת הרמב"ם כבר בארנו דס"ל דזה נוטל חצי הקרקע וזה החצי ונראה דזהו רק בג' אילנות דלא עדיף דין זה מששייר לפניו ובחזקה שלא ע"י מבירה כגון שזה החזיק באילנות וזה בהקרקע נתבאר בס"ם קמ"א דכשזה טוען בולה שלי וזה טוען בולה שלי קנה בעל הקרקע כל הקרקע ובעל האילנות לא קנה רק האילנות והקרקע שצריך להם וכן פסק הרמב"ם עצמו בפי"ב מטוען ויראה לי בדעתו ז"ל דס"ל דלא דמי למכר לזה אילנות ולזה קרקע דהתם אמרינן דעתו של המוכר כן מפני שזהו כמו שהוכיר מפורש קרקע לבעל האילנות כמו שבארנו אבל בחזקה בעלמא הרי לא קנו רק מפני חזקתם ולא שייך חזקת הקרקע לחזקת האילנות ורק הקרקע שצריך לאילנות הויין באילנות עצמן [ומסרס מ"ם בכ"ב סס זס מחזיק האילנות וזס בקרקע במכר ולא בחזקה ובחזקה מסברא כתב כן דכל אחד עומד בחזקתו וח"ם כל מס שמחזקו בדבריו וגם מ"ם מס שהרמ"א לא הגיע בם"ם קמ"ח בכללן ודו"ק) :

יז הקונה אילנות לקוצצן לשריפה לא מכרן לו להשחיתן לגמרי אם נוען מחלוף ואמרו חז"ל [שם פ'.] דהלוקח זתים מחבירו לקוץ מניח מהאילן שמוך לארץ שני גרופיות והיינו שני ענפים הסמוכין לארץ וקוצץ לקח בתולת שקמה שלא נקצצה מעולם מניח ג' טפחים מן הארץ וקוצץ וסרן של שקמה שנקצצה פעם אחת מניח שני טפחים מן הארץ וקוצץ ובשארי אילנות מניח טפח וקוצץ ובקנים ובנפנים יניח להמוכר מן הפקק ולמטה שהוא מהקשר התחתון וגם הקשר עצמו יניח דקים להו לחז"ל דכשיניח שיעורים אלו יהיה נוען מחלוף אבל ברקלים וארזים חופר ומשרש דקים להו לחז"ל שאין נוען מחלוף ולכן וודאי מברן שיקצצם ויעקרם מן השורש ובזה טובה גם להמוכר שתשאר לו הקרקע נקייה לזריעה ו'נטיעה ויראה לי דזה שאמרו חז"ל חופר ומשרש אינו חובה על הלוקח אלא דיכול לשרש אבל אין המוכר יכול לכופו לשרשן וכן המנהג בזמנינו כשמוכרין עצי היער סתם אין החוב על הלוקח לעקרן ולשרשן [כ"ל] :

סימן ריז [המוכר את השלחים ודרך יחיד ודרך רבים ומקום לקבורה ובו ה' סעיפים]

א המוכר לחבירו מקום בתוך שדהו שהלוקח יעשה בה אמת המים להשקות ממנו בית השלחין והיא שדה שאינה מספקת כמי גשמים לבר צריך ליתן לו משך ד' אמות על ד"א דמשך חפירת האמה הוי שני אמות ומכל

ומכל צד צריך אמה לאנפיה כדי לתקן מאותה קרקע של האנפים את האמה אם יפלו כותליה וי"א שדי בג' אמות דמשך האמה עצמה אינה אלא אמה על אמה [פור] ואם מכר לו אמת המים להשקות בו בקילון והוא להשקות בהמות ולרחוץ בגדים שאינו צריך משך כל כך נותן לו שתי אמות אמה לעיקר האמה וחצי אמה מכל רוח לאנפים לתקן ולהי"א א"צ רק אמה וחצי דהיא עצמה אינה רק חצי אמה [סמ] ואלו האנפיים אינם לחלוטין של בעלי האמות אלא הם של בעל השדה רק שאינו רשאי לזרען מפני שהורעים מחלחלין את הקרקע ויקלקלו האמות אבל ילנטען רשאי דנטיעות אין מקלקלין לשעתן ואע"פ שייחדו את האנפיים לבעלי האמות לתקן מהם את האמות מ"מ אם כלו האנפיים יכול בעל האמה לתקן אותה בהעפר שלהלאה מן האנפים רחז"ל אמרו שעל מנת כן קבל עליו המוכר שזה יעשה אמת המים בשדהו שיתקן אותה מהעפר שבשדהו אלא דלכתחלה תקנו האנפים שהמוכר לא יזרעם ולא יעשה שם שום דבר שביכולת לקלקל את האמה מפני דע"פ רוב די בשיעור זה אבל כשאינו מספיק יכול לתקן מהעפר שבכל השדה ווה שמבואר בגמ' [כ"מ ק"ז] דשפתי אינרא הם ד אמות והו יאור וגדול הרבה יותר מאמת המים [מוס' ב"ב ל"מ:] לפיכך גם אנפיה גדולים יותר:

ב יש להסתפק כשכלו המים מהאמה שאין ביכולת עוד לאסוף מים להוכה אם מקום האמה שייך להלוקח או אפשר כיון שלא מכר לו רק לצורך המים אפשר כשכלו המים הדרא ארעא למרא ובן במדינותינו כשקונה אדם לחפור באר ברשותו של חבירו ובמשך זמן כלה המעין אם הדרא ארעא או לא ונראה דשי"ך להלוקח [וכ"מ ממ"ע סק"ב ע"ס]:

ג האומר לחבירו בור וכותליה אני מוכר לך נותן לו רוחב הכותל ג' טפחים דוהו שיעורו וכמ"ש בס' קנ"ה:

ד המוכר לחבירו דרך בתוך שדהו ולא פירש כמה יהיה הרוחב אם מכר לו דרך היחיד כנון שילך בדרך זה לביתו או לשדהו נותן לו שתי אמות ומחצה רוחב כדי שיעמוד שם חמור במשאו ויעבור בדרך זה בלי עיכוב דוהו עדך רוחב החמור והמשא הכולם ממנו ואם קנה הדרך כדי ליסע בו בעגלה צריך ד' אמות רוחב ואם הוא רק לילך ברגל די באמה רוחב [כ"ע] ווה שדי לחמור במשאו שתי אמות ומחצה והו כדלא סימי מחיצתא כלומר שאין שם מחיצות נבוהות משני הצדדים דאז אף אם המשא תהיה בולטת מעט יותר לית לן בה אבל אם יש מחיצות מן הצדדין צריך ליתן יותר כפי ראות עיני הבקיאים ואם מכר לו דרך לנסוע מעיר לעיר נותן לו שמנה אמות שלא יפגעו שתי עגלות יחד [סמ"ע] ואם מכר לו דרך הרבים נותן לו רוחב ט"ז אמה שזהו דרך רה"ר לענין שבת כמבואר בא"ח סי' שמ"ה ואם מכר לו למעמד והוא מקום שעומדים שם בשוכם מקבורת מת כפי מנהגם שהיה לזה מקום מיוחד נותן לו בית ארבעת קבין ואצלנו אין מקום מיוחד לזה:

ה המוכר מקום לחבירו לעשות לו מקום קברות או המקבל מחבירו לעשות לו מקום קברות עושה מערה ופותח לתוכה שמנה קברים שלשה מכאן ושלשה מבאן ושנים בכותל שכנגד בניסת המערה ומדת המערה ד"א על שש וכל קבר הוא ד"א אורך ורוחב ששה טפחים ורומו שבעה טפחים ונמצא שבין כל קבר וקבר שמן הצדדים אמה וסחצה ובין שנים האמצעים ב' אמות ועושה חצר על פתח המערה שש אמות על שש אמות וכן יעשה מערה כזו לצד השני של החצר כנגד המערה הראשונה [טור] וזהו הכל לפי מנהגם שכל משפחה היה לה מקום קברות מיוחד ששם קבורים כל בני המשפחה והיה להם גנאי שאחר מן המשפחה יקבר במקים אחר שלא בין קברי משפחתו ולכן אמרו חז"ל [נ"ב ק':] המוכר קברו ודרך קברו מקום מעמדו ומספדו באים בני משפחתו וקוברים אותו בע"כ של הלוקח ונותנים לו דמי הקבר וע' ביו"ד סימן שס"נ ובזמנינו במדינתנו אין זה נוהג כלל:

סימן ריח [המוכר בית כור עפר ויש בו סלעים ובקעים ובו כ"ה סעיפים]:

א האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך והיה בתוך השדה נאיות קטנות עמוקות י' טפחים ורחבן ד' טפחים אף שאין בהן מים וראוין לזריעה או סלעין גבוהין י' ורחבן ד' אף שיש הרבה עפר עליו וראוי לזריעה ס"ם אינם נכללין בתוך הבית כור מפני שאין אדם רוצה ליתן מעותיו על מקום אחד ויתראה כשנים או שלשה מקומות דיש יותר מירחא בהעבודה מבמקום אחד וה"ה אם אמר בית כור סתם או בית כור קרקע ואף שיש מרבותינו שכתב דדוקא כשאמר עפר דגילה דעתו דצריך לזריעה אבל כשלא הזכיר עפר אפי' כולו סלעים הגיעו דיכול המוכר לומר שלא קנית לבנות או לשטוח פירות ויד הלוקח עה"ת [רמב"ם רפ"ו דמ"ב] ולא קיי"ל כן מפני שרובא דרובא קונים לזריעה ושיעור בית כור הוא ל' סאין ובית סאה היא חמשים אמות על חמשים אמות ובית כור הוא אלף ות"ק אמה אורך על חמשים רוחב ובשאתה מרבעו תהיה רע"ג אמות וחמשה טפחים ואצבע קטנה על רע"ג אמות וחמשה טפחים ואצבע קטנה ולא נשאר רק דבר מועט שאין ממש בחלוקתה כיצד אם הכפול אלף ות"ק על חמשים יצא ע"ה אלף וכשתכפול רע"ד על רע"ד יצא ע"ה אלף ושבעים ושש"ה וכשתסיר

מזה טפח פחות אצבע יוסר המותר עם דבר מועט ודע דלפי המדה דמדינתינו רוסיא כל ד' אמות שבנמ' הם שלשה ארשין שלנו שהוא שבעה רגל שהוא סאתן אחד וכל טפח הוא שני ויערסקעס :

ב וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ח ממכירה דהלוקח לוקח אלו הגאיות והסלעים שבתוך הבית כור בלא רמים והמוכר ישלים לו המדה מקרקע חלקה והגאיות והסלעים בטלים להבית כור ודוקא כשאין באחד מהם רובע הקב אבל כשיש רובע הקב באחד מהם אינו נוטלו בלא רמים וי"א דאף בפחותים מרובע אין הלוקח נוטלם ונשארו להמוכר והמוכר משלים לו מקרקע חלקה ואין הלוקח יכול לומר לא אקח קרקע מופסקת בגאיות וסלעים אלא צריך ליקח ובלבד שהמחרשה תוכל לעבור ביניהם שאינן מפסיקין בכל אורך השדה וכ"כ רבינו הרמ"א ודע דשיעור בית רובע הוא אחד מכ"ר לבית סאה דהסאה היא ששה קבין ודע דהטור הביא בשם הראב"ד שכופין את הלוקח ליקח הגאיות וסלעים מפני שביד המוכר הם כאבודין ויש מי שתמה עליו איך נכופו לקנותם [הס"מ סס] וג"ל שדעתו ז"ל שיקנם בזול ביכולת לכופו דכיון דבאמת אין להמוכר מה לעשות בהם דהרי אין לו דרך לשם הוי האי דינא ביתומים שאכלו פרה שאולה של מורישם בטעות שמשלמים בזול והוא שליש פחות מהמקח מפני שאנן סהדי דעל מקח כזה היה קונה אף מי שא"צ לזה כמ"ש בסי' שמ"א וכא ראיתי מפורש שהפוסקים יחלקו בזה :

ג היו הגאיות או הסלעים פחות משיעור זה אפי' אינם ראוים לוריעה שהגאיות מלאות מים והסלעים הם בלא עפר מ"מ נמדדין עמה דאין לך שדה בלא טרשין ובכל דבר יש מעט פסולת בד"א בזמן שלא היה בין בולם אלא בית ד' קבין לכל הכור ובשסכר רביעית כור יהיה הטרשין קב שזהו לא יותר מחלק מ"ה מן הקרקע דבזה אדם מוחל אבל יותר מזה אינו מוחל וינכה הכל [ג"ל] ואפילו כשלא היה רק ד' קבין לכור אינו אלא דוקא שמובלעין בתוך חמשה קבין ואלו החמשה קבין מובלעין ברובה של שדה כגון שהיא רצועה ארוכה וקצרה שמחזקת רובה של שדה וברצועה זו מובלעין אלו הד' קבין אבל אם ד' קבין אלו מובלעין בפחות מחמשת קבין או שהיו מפוזרים ביותר הרבה מחמשת קבין או שהחמשת קבין אינן מובלעין ברובה של שדה אלא בפחות מרוב השדה אזי אע"פ שאין בהם השיעור שנתבאר אינם נמדדים עמה דבכה"ג קפדי אינשי ליקח הטרשין וכתב רבינו הרמ"א דדוקא כשהטרשין גבוהין ג' טפחים אבל פחות מזה נמדדין בכל ענין דא"א לשדה שתהיה שוה ממש ופחות מג' ארעא סמיכתא היא אמנם זהו דוקא כשראוי לוריעה עכ"פ אבל כשאינו ראוי לוריעה אפי' אין גבוה ג' אין נמדדין עמה ביותר מהשיעור שנתבאר [טור] :

ד לפי מה שנתבאר מגיע לכל בית סאה מהרצועה רובע טרשין דרובה של שדה הוי ט"ו סאין אורך וד' קבין טרשין מגיע לבית סאה רובע קב טרשין ויש בעיא בגמ' [ב"ב ק"ג:] כשנבלעים רובן במיעוטן ומיעוטן ברובן כגון שהרצועה של הט"ו סאין אינה הולכת בשוה אלא במקום אחד רחבה הרבה ובמקום אחד קצרה הרבה ויניע רובע הטרשין במיעוטה של הרצועה ומיעוט הטרשין ברובה של הרצועה או שהיו הטרשין כחוט שוה ומחלקת את הקרקע שאין המחרשה נכנס ביניהם או שהיו הטרשין כמו עיגול או כמו משולש או שהיו בהם בליטות בהצדדים שהטרשין מכוסין במקום אחד אלא שיוצאין מהם בליטות הרבה ובתוך הבליטות נכנסת השדה אם זהו כמפורש ועולה בחשבון או הוי כמבונם ואינו עולה או שהיה דרך עקלתון שהטרשין מדובקין זה לזה בעקלתון והשדה נכנסת בין העקמומית כל אלו נשארו בספק והמע"ה ולכן אם כבר נתן הלוקח המעות עליו לקבלה ואם עדיין לא נתן א"צ לקבלה [סס לדעת סרמב"ם] וכן אם היה עפר מלמעלה וסלע מלמטה או סלע מלמעלה ועפר מלמטה ה"ז ספק ואע"ג דבארנו דגם כשיש עפר על הסלע לא מהני זהו כשהסלע עצמו גבוה י' טפחים וכאן מירי שהסלע עצמו אינו גבוה י"ט רק בצירוף העפר לפיכך הוא ספק ואם היה בו סלע יחידי אפי' בית רובע לכור אין נמדד עמה דדוקא טרשין כעין צרורות צריך לקבל אבל סלע ממש כרובע א"צ לקבל ופחות מרובע צריך לקבל [ג"ל] וכן אם היו הטרשין סמוך למצר אפי' כל שהוא אין נמדד עמה דא"צ לקבל רק כשהם באמצע השדה אבל כשהם במצר ימדוד לו מעבר השני של הטרשין והטרשין יניח לעצמו ואם יש הספק עפר קצת בין סלע למצר ה"ז ספק :

ה כל מה שנתבאר בשני הסעי' זהו דעת הרמב"ם ז"ל וכתב רבינו הרמ"א שיש דעות אחרות בזה ולא ביאר מפורש ובאמת יש מרבותינו שחולקים על הרמב"ם במה שפסק דהארבעה קבין יהיו מובלעין בחמשה קבין והחמשה קבין יהיו כרצועה והם ס"ל דהארבעה קבין טרשין צריכין להיות דוקא מפוזרין ברוב כל השדה והיינו במשך ט"ו סאין ולא פחות אבל בפחות משיעור זה אין נמדדין עמה [כל"י סס] ומניע לכל בית סאה רובע הקב והספק הוא כשרוב הד' קבין מפוזרין במיעוט הט"ו סאין כגון שמפוזרין בו' סאין ומיעוטן מפוזרין בתשעה סאין ועוד ס"ל דהספק עפר בין המצר לטרשין הוי הספק ונמדדין עמה [דמספקי בעינן דני"ת בחת"ל דטוי ספסק וכל חת"ל סלקה סיח] והספק דעפר מלמעלה וסלע מלמטה ולהיפך מפרשי דוהו כשיש הספק עפר בין מצר לטרשין אלא שזה העפר מלמעלה וסלע מלמטה או להיפך [רסב"ם ומור וס"י סלוי] :

ו א"ל כבית כור עפר אני מוכר לך אפילו היו בה גאיות עמוקים י"ט או יותר או סלעים גבוהים י"ט או יותר הרי אלו נמדדין עמה דבין שאמר כבית כור משמע כערך בית כור ולא בית כור ממש וי"א דדוקא בשאין בהן

בהן יותר על ד' קבין דלשון זה אינו מועיל רק שיהא דינו בפחות מעשרה טפחים :

ז וכל אלו הדינים שנתבארו זהו כשאין הלוקח עומד בתוך השדה אבל אם היא בהשדה ויודע שבית כור זה מוכר לו מקבל כמה טרשין שיהיו אע"פ שלא א"ל בית כור זה אני מוכר לך דכיון שידע שמוכר לו בית כור זה למה לנו אמירתו [סמ"ע] דהא אפי' אם חסר מהמדה לגמרי ז' קבין ומחצה קנה בכה"ג כמו שיתבאר וכ"ש שמקבל טרשין דזהו כמו שא"ל בית כור עפר אני מוכר לך הן חסר הן יתר שיתבאר :

ח א"ל בית כור עפר אני מוכר לך ואין הלוקח עומד בתוכה אם חסר מהמדה כל שהוא אם א"ל שמדתה כך וכך אמות בטל המקח דכל דבר שבמדה אף בפחת כ"ש בטל מקח כמ"ש בסי' רל"ב ואם לא א"ל שמדתה כך וכך אלא סתם בית כור כל שלא פיחת יותר מאחד מכ"ד מהכולל שהוא רובע הקב לבית סאה ולכור הוי ז' קבין ומחצה לא בטל המקח ואינו מנכה לו מהדמים דבפחת קטן כזה לא בטל שם בית כור ממנה ואם חסר יותר דינו כבהן חסר או יתר שיתבאר ואם א"ל בית כור עפר מרה בחבל אני מוכר לך אם פיחת אפי' כל שהוא ינכה לו מן הדמים ואם יתר כל שהוא יוסיף לו על הדמים דלשון זה משמע שיהא בצמצום כמו שמודדין בחבל ומ"מ אין דינו כמו אם א"ל שמדתה כך וכך אמות שהמקח בטל אלא המקח קיים ויפחות או יוסיף דמים [סמ] ואם א"ל בית כור עפר אני מוכר לך הן חסר הן יתר דינו ג' כסתם בית כור אם פיחת אחד מכ"ד או יותר אחד מכ"ד הניעו יתר על כן יעשה עמו חשבון על כל הרבעים שחסרו או הותירו וכל שפיחת מבית כור ינכה מהדמים דכיון שבא לחשבון יחשוב על הכל דכל זמן שלא בא לחשבון הוי מחילה אבל כשבא לחשבון שאינו בכלל מחילה בעבה שיעשה חשבון על הכל כמו באונאה שיתבאר בסי' רכ"ט וי"א דבבית כור סתם כשאינו עומד בתוכה אין דינו כהן חסר או יתר אלא כשחסר אפי' קב צריך להשלים לו ואפי' ע"י ניבוי אינו חייב לקבלו בע"כ דיכול לומר בבית כור שלם אני חפץ [כ"ס כרמ"ם ודכרי סמור מדוקדקים ומ"ש בסמ"ע נסקכ"ז ל"ע ודכרי סתום' ק"ד לריך לפרש כדכרי סרמ"ם] ודוקא כשאמר בית כור עפר זה הוה דינו כהן חסר או יתר אף כשאינו עומד בתוכה כיון דמראה לו מרחוק סביר וקביל ודעה ראשונה היא דעת הרי"ף והרמב"ם [וקוסים סתום' מירן הממק"י סס וסרמ"ם סמניס קיבת זס על לכרי סמחבר מסום סס"ל כן לדיוק ולא נלס לסמריך ודו"ק] :

ט י"א דוה שנתבאר דאם חסר יתר מהשיעור יעשה חשבון והמקח קיים זהו דוקא כשעכ"פ נקרא בלשון בני אדם בית כור אבל אם החסרון גדול כל כך עד שבלשון בני אדם אינו נקרא כלל בית כור בטל המקח וכתב רבינו הרמ"א דכל זה שנתבאר הוא דוקא כשאין לו קרקע יותר אבל מכר לו בית כור בשדותיו נותן לו בית כור שלם אף כשאמר הן חסר הן יתר [וזהו פירוש סמנק"י שכתבנו ולפ שסמימו סלבום ולמנס סמס עליו הסמ"ע ולדיוק יכול לסיות כן נס לדעת סתום' והרמ"ס ודו"ק] :

י כשיש יותר מאחד מכ"ד שצריך הלוקח להחזיר הכל להמוכר כמו שנתבאר מה מחזיר לו דמים או קרקע אמרו חז"ל [סס] דאם היתרון בכולל אינו מגיע לשיעור שדה שנתבאר בסי' קע"א שהוא תשעה קבין בשדה וחצי קב בגינה נתנו חז"ל יפוי כח להמוכר שביכלתו לכוף את הלוקח שיקנהו כיון שלעצמו אין כאן שיעור והמקח הוא כפי מה שקנה ממנו אם לא נשתנה המקח מיום הקנייה אבל כשנשתנה המקח בין מיוקר לזול ובין מזול ליוקר אינו יכול לכופו שיקבל רק כשער הזול דכיון דמיפינן כחו של מוכר שהברירה בידו או לקבלה לעצמו או לכוף את הלוקח שיקבלה דין הוא שעל המקח יהיה יפוי כח להלוקח לקבלה כשער הזול אם נשתנה המקח ואם כל התוספת מגיע לשיעור שדה בגון השעה קבין בשדה וחצי קב בגינה אין כופין את הלוקח לקנות ויכול להחזיר לו הקרקע וא"צ שומא כשנשתנה המקח כיון שמחזיר לו הקרקע והמוכר יכיל לקבל קרקע גם כשאינו מגיע לשיעור כמ"ש דליפות כחו אמרו חז"ל שיכול לכוף להלוקח ולא להורע כחו ולדעה זו מחשבין לשיעור שדה את כל המותר בין הרובע לכל סאה ובין הנשאר רכשאין שיעור שדה מיפין כחו של מוכר בכפיה וכחו של לוקח כמקח וכשיש שיעור שדה אין כאן כפיה כלל ואם הלוקח רוצה בהקרקע יכול המוכר לבקש כמה שירצה ועוד אמרו חז"ל דאף באין שיעור שדה או גינה אם היה להמוכר שדה או גינה אחרת סמוכה לתוספת זה אינו יכול לכוף את הלוקח שיקבל הקרקע כיון שביכלתו לחברם לשדהו ולגינתו וזהו דעת רוב רבותינו וכן פסק רבינו הרמ"א :

יא אבל דעת הרמב"ם אינו כן דס"ל דלשיעור שדה או גינה אין מחשבין הרבעים כלל ואע"ג דצריך להחזיר גם הרבעים כשיש יותר מ"ט כיון דבלא התוספת היו נשארים הרבעים אצל הלוקח לפיכך בחשבון השיעור שדה אין מחשבין רק התוספת על הרבעים אם יש בהם שיעור שדה וכשאין בהתוספת שיעור אף שבכולל יש שיעור מ"ט דינו כאין שיעור ועוד ס"ל להרמב"ם ז"ל דבאין שיעור כופה המוכר את הלוקח לקבל הקרקע כפי המקח של שעת המכירה וכשיש שיעור בהתוספת מיפינן כחו של מוכר בהמקח וכחו של לוקח בהחזרה שביכלתו להחזיר דמים או קרקע אבל בהמקח לעולם כח המוכר יפה כיצד אם הלוקח מחזיר דמים מחזיר לו כשעת היוקר כשנשתנה המקח בין מיוקר לזול ובין להיפך ואם מחזיר לו קרקע מחזיר לו כשעת הזול כשנשתנה המקח ואם יש להמוכר שדה סמוכה או אף באין שיעור לא נכוף את הלוקח לקבל קרקע והברירה בידו מה שירצה כן

ויד בעל השטר עה"ת ויד המוכר על העליונה והאומר לחבירו שדה ראובן אני מוכר לך וכשבא הלוקח להשתמש בה א"ל המוכר לא זו היא השדה שהיתה של ראובן אלא בשמה היא קרויה כך ומעולם לא היתה של ראובן ומראה לו שדה אחרת שמברר שהיתה של ראובן וקנה ממנו ואומר שאותה מכרתי לך על המוכר לברר שזו שנקראת בשם שדה ראובן לא היתה מעולם של ראובן ואם מביא ראיה שכן הוא אזי מסתמא מכר לו השנית שמברר שקנאה מראובן אף שאינה נקראת שדה ראובן אבל אם אינו מברר כן אינו נאמן ואע"פ שהיא טובה יותר מהשנית ותמיד יד הלוקח עה"ת מ"מ ביון דשניה אינה נקראת שדה ראובן והראשונה נקראת אמרינן דגם אותה קנה מראובן ואותה מכר לזה וזכה בה הלוקח ואף גם כשמברר מ"מ אם הלוקח מברר שלא ידע כלל מהשדה השניה שקנאה מראובן וברור שכוונתו היתה שדימה שמוכר לו אותה שנקראת בשם ראובן יכול לבטל המכירה [ני"ל] וכלל דבורים אלו תלוים בלשון המדברים לפי מנהג המדינה ולשונה:

כה האומר לחבירו שדות אני מוכר לך קנה שתי שדות דמיעוט שדות שתים ולא יותר דיד הלוקח עה"ת ואם א"ל כל שדות קנה כל השדות שיש לו אפי' הרבה חוץ מגנות ופרדסים שאינן בכלל שדות ואם א"ל נכסים אני מוכר לך אפי' גנות ופרדסים מכורים אבל לא בתים ועבדים ואם א"ל כל נכסים אפי' בתים ועבדים וכל המטלטלין הידועין לו ואפי' הפילין שבראשו בכלל המכר הם וזה שיתבאר בסי' רמ"ח דמטלטלין הן בכלל נכסי אף כשלא אמר כל נכסי זהו במתנה דנותנה יותר בעין יפה ממכר [ס"ך] ודוקא שאמר כל נכסי אבל כשאמר נכסי דבי פלניא ואפ' אמר כל נכסי דבי פלניא [טור] לא מכר לו המטלטלין שקנה מאותו פלוני אלא הקרקעות שקנה ממנו מפני שאין מטלטלין נקראין על שם המוכר ויש חולקין באומר כל נכסי [ס"ך] וכן אם לא קנה מאותו פלוני רק מטלטלין בהכרח שקנה המטלטלין ולשון קרקע כולל גם בתים ולכן כשאמר כל קרקעותי אני מוכר לך גם בתים בכלל וכשאמר קרקעות קונה שני קרקעות שירצה המוכר ליתן וכבר נתבאר שאין הדמים מוריעים בקרקע בין לזול בין ליוקר אבל במטלטלין הדמים מוריעים אמנם בקרקעות ומטלטלין יחד אין הדמים ראיה דיש לחשוב מיעוט הדמים או ריבוין על הקרקעות [ני"ל] ובעיקר דין זה אם הדמים ראיה במטלטלין יתבאר בסימן ר"ך סעיף ז' בס"ד:

סימן ריט [כיצד מסיימין המצרים ואם לא סיים מה דינו ובו ו' סעיפים]:

א האומר לחבירו שדה פלוני אני מוכר לך קנאה בולה אפי' היא גדולה הרבה אע"פ שלא סיים המצרים כל זמן שאין מצר מפסיק וכשמצר לו מצרים אפי' לא מצר לו רק מצר מזרחי ומערבי ולא הזכיר צפוני ודרומי קנה כל השדה ולא אמרינן שהשדה לא מכר לו כלל אלא תלם אחד במזרח ותלם אחד במערב כשיש בהם שיעור שדה המבואר בסי' קע"א דניכרים הדברים שכל השדה מכר לו וקיצר בהמצרים ומודדין משפתי מזרח ומערב וכל מה שבתוך המצרים קנה ועדיף מאם היה מצר לו ג' מצרים שיתבאר דהמצר הרביעי בעצמו לא קנה דבבאן ניכר שהיה דעתו לקצר [סמ"ע]:

ב מצר לו מצר ראשון ומצר שני ומצר שלישי ולא מצר מצר הרביעי קנה כל השדה עם המצרים בכל ענין אבל את המצר הרביעי בעצמו לא קנה דלהכי אהני מה שלא מצר אותו דאם לקצר נתכוין לא היה לו להזכיר שני מצרים אלא שני המצרים הנוכחים זל"ז בלבד בר"א דלא קנה מצר רביעי כשאינו מובלע בין ה צרים שמכאן ומכאן אלא הולך על פני שניהם ויש עליו רכב דקלים שהוא הרכבת הרבה דקלים או שיש בו תשעה קבין שכשהוא כן הוי דבר חשוב בפ"ע ואינו נמכר בכלל השדה אבל אם היה מובלע בין המצרים ואין עליו רכב דקלים וגם אין בו תשעה קבין בטל הוא לגבי השדה וקנה גם אותו ואם יש בו חדא לטיבותא וחדא לגריעותא בגון שהיה מובלע ויש עליו רכב דקלים או שיש בו תשעה קבין או שלא היה מובלע ואין עליו רכב דקלים וגם אין בו תשעה קבין בזה אמרו חו"ל [ב"ב ס"ב:] דהוה שודא דדייני שהדבר ממור לב"ד כפי מה שיראו לאיזה דרך היה נוטה דעת המוכר והלוקח ולפי הדמים וכפי מנהג המדינה שיהא מבור או אינו מבור כן יעשו [בגם'] ואע"ג דבב"מ אמרינן דיד הלוקח על ההחתונה מ"מ בכאן היה נראה לחכמים לפסוק שודא דדייני [תי' סס] מפני שהוא דבר רחוק שלא ימבור המצר הרביעי לפיכך מסרו הדבר לב"ד:

ג מצר לו מצר אחד אריך ומצר אחד קצר כגון שמצר מזרחי ארוך מאה אמות ומצר מערבי נ' אמה אם היה הארוך של איש אחד לא קנה גם מן המזרח רק כנגד הקצר דיד הלוקח עה"ת ואמרינן דמצרים הרחיב לו אבל אם היה של שנים וכתב לו שדות של ראובן ושל שמעון הם מן המזרח ושל לוי הוא מצר מערב ושל ראובן הוא כנגד לוי ושל שמעון יוצא הלאה הוי כמפורש שבארוך קנה הכל דאל"כ למה הזכיר של שמעון כלל ולכן קנה כנגד ראש תור שהוא באלכסון במזרח עד האריר וכמערב עד הקצר והולכין בחוט באלכסון ממצר מזרח

ומכל צד צריך אמה לאגפיה כדי לתקן מאותה קרקע של האגפים את האמה אם יפלו כותליה וי"א שדי בג' אמות דמשך האמה עצמה אינה אלא אמה על אמה [מור] ואם מכר לו אמת המים להשקות בו בקילון והוא להשקות בהמות ולרחוץ בגדים שאינו צריך משך כל כך נותן לו שתי אמות אמה לעיקר האמה וחצי אמה מכל רוח לאגפים לתקן ולהי"א א"צ רק אמה וחצי דהיא עצמה אינה רק חצי אמה [סם] ואלו האגפים אינם לחלוטין של בעלי האמות אלא הם של בעל השדה רק שאינו רשאי לזרען מפני שהזרעים מחלחלין את הקרקע ויקלקלו האמות אבל ילנטען רשאי דנטיעות אין מקלקלין לשעתן ואע"פ שייחרו את האגפיים לבעלי האמות לתקן מהם את האמות מ"מ אם כלו האגפיים יכול בעל האמה לתקן אותה בהעפר שלהלאה מן האגפים דחו"ל אמרו שעל מנת כן קבל עליו המוכר שזה יעשה אמת המים בשדהו שיתקן אותה מהעפר שבשדהו אלא דלכתחלה תקנו האגפים שהמוכר לא יזרעם ולא יעשה שם שום דבר שביכולת לקלקל את האמה מפני דע"פ רוב די בשיעור זה אבל כשאינו מספיק יכול לתקן מהעפר שבבל השדה וזה שמבואר בגמ' [ב"מ ק"ז:] דשפתי אינרא הם ד' אמות והו יאור וגדול הרבה יותר מאמת המים [תוס' ב"ב ל"ט:] לפיכך גם אגפיה גדולים יותר:

ב יש להסתפק כשכלו המים מהאמה שאין ביכולת עוד לאסוף מים לתוכה אם מקום האמה שייך להלוקח או אפשר כיון שלא מכר לו רק לצורך המים אפשר כשכלו המים הדרא ארעא למרא וכן במדינותינו כשקונה אדם לחפור באר ברשותו של חבירו ובמשך זמן כלה המעין אם הדרא ארעא או לא ונראה דשייך להלוקח [וכ"מ מסמ"ע סקי"ב ע"ס]:

ג האומר לחבירו בור וכיוצא אני מוכר לך נותן לו ריוחב הכותל ג' טפחים דהיו שיעורו וכמ"ש בסי' קנ"ה:

ד המוכר לחבירו דרך בתוך שדהו ולא פירש כמה יהיה הרוחב אם מכר לו דרך היחיד כגון שילך בדרך זה לביתו או לשדהו נותן לו שתי אמות ומחצה רוחב כדי שיעמוד שם חמור במשאו ויעבור בדרך זה בלי עיכוב דיהו ערך רוחב החמור והמשא הכולם ממנו ואם קנה הדרך כדי ליסע בו בעגלה צריך ד' אמות רוחב ואם הוא רק לילך ברגל די באמה רוחב [כ"ל] וזה שרי לחמור במשאו שתי אמות ומחצה והו כדלא סיימי מחיצתא כלומר שאין שם מחיצות גבוהות משני הצדדים ראו אף אם המשא תהיה בולטת מעט יותר לית לן בה אבל אם יש מחיצות מן הצדדין צריך ליתן יותר כפי ראות עיני הבקיאים ואם מכר לו דרך לנסוע מעיר לעיר נותן לו שמנה אמות שלא יפגעו שתי עגלות יחד [סמ"ע] ואם מכר לו דרך הרבים נותן לו ריוחב ט"ז אמה שזהו דרך רה"ר לענין שבת כמבואר בא"ח סי' שמ"ה ואם מכר לו למעמד והוא מקום שעומדים שם בשובם מקבורת מת כפי מנהגם שהיה לזה מקום מיוחד נותן לו בית ארבעת קבין ואצלנו אין מקום מיוחד לזה:

ה המוכר מקום לחבירו לעשות לו מקום קברות או המקבל מחבירו לעשות לו מקום קברות עושה מערה ופותח לתוכה שמנה קברים שלשה מכאן ושלשה מבאן ושנים בכותל שכנגד כניסת המערה ומדת המערה ד"א על שש וכל קבר הוא ד"א אורך ורוחב ששה טפחים ורומו שבעה טפחים ונמצא שבין כל קבר וקבר שמן הצדדים אמה ומחצה ובין שנים האמצעים ב' אמות ועושה חצר על פתח המערה שש אמות על שש אמות וכן יעשה מערה כזו לצד השני של החצר כנגד המערה הראשונה [טור] וזהו הכל לפי מנהגם שכל משפחה היה לה מקום קברות מיוחד ששם קבורים כל בני המשפחה והיה להם ננאי שאחר מן המשפחה יקבר במקום אחר שלא בין קברי משפחתו ולכן אמרו ח"ל [נ"ב ק':] המוכר קברו ודרך קברו מקום מעמדו והמפדו באים בני משפחתו וקוברים אותו בע"כ של הלוקח וגותנים לו דמי הקבר וע' ביו"ד סימן שם"ג ובזמנינו במדינתנו אין זה נוהג כלל:

סימן ריח [המוכר בית כור עפר ויש בו סלעים ובקעים ובו כ"ה סעיפים]:

א האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך והיה בתוך השדה נאיות קטנות עמוקות י' טפחים ורחבן ד' טפחים אף שאין בהן מים וראוין לזריעה או סלעין גבוהין י' ורחבן ד' אף שיש הרבה עפר עליו וראוי לזריעה מ"מ אינם נכללין בתוך הבית כור מפני שאין אדם רוצה ליתן מעותיו על מקום אחד ויהיראה כשנים או שלשה מקומות דיש יותר טירחא בהעבודה מבמקום אחד וה"ה אם אמר בית כור סתם או בית כור קרקע ואף שיש מרבותינו שכתב דדוקא כשאמר עפר דגילה דעתו דצריך לזריעה אבל כשלא הזכיר עפר אפי' כולו סלעים הגיעו ריכול

המוכר לומר שלא קנית לבנות או לשטוח פירות ויד הלוקח עה"ת [רמב"ם רפ"ז דמ"ב] ולא קי"ל כן מפני שרוב הרובא קונים לזריעה ושיעור בית כור הוא ל' סאין ובית סאה היא חמשים אמות על חמשים אמות ובית כור הוא אלף ות"ק אמה אורך על חמשים רוחב ובשאתה מרבעו תהיה רע"ג אמות וחמשה טפחים ואצבע קטנה על רע"ג אמות וחמשה טפחים ואצבע קטנה ולא נשאר רק דבר מועט שאין ממש בחלוקתה כיצד אם הכפול אלף ות"ק על חמשים יצא ע"ה אלף ובשתכפול רע"ד על רע"ד יצא ע"ה אלף ושבעים ושמה ובשתסיר

מזה טפח פחות אצבע יוסר המותר עם דבר מועט ודע דלפי המדה דמדינתינו רוסיא כל ד' אמות שבנמ' הם שלשה ארשין שלנו שהוא שבעה רנל שהוא סאזען אחד וכל טפח הוא שני ויערסקעס :

ב וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ח ממכירה דהלוקח לוקח אלו הגאיות והסלעים שבתוך הבית כור בלא רמים והמוכר ישלים לו המדה מקרקע חלקה והנאיות והסלעים בטלים להבית כור ודוקא כשאין באחד מהם רובע הקב אבל כשיש רובע הקב באחד מהם אינו נוטלו בלא רמים וי"א דאף בפחותים מרובע אין הלוקח נוטלם ונשארו להמוכר והמוכר משלים לו מקרקע חלקה ואין הלוקח יכול לומר לא אקח קרקע מופסקת בגאיות וסלעים אלא צריך ליקח ובלבד שהמחרשה תוכל לעבור ביניהם שאינן מפסיקין בכל אורך השדה וכ"כ רבינו הרמ"א ודע דשיעור בית רובע הוא אחד מכ"ד לבית סאה דהסאה היא ששה קבין ודע דהמטור הביא בשם הראב"ד שכופין את הלוקח ליקח הגאיות וסלעים מפני שביד המוכר הם כאבודין ויש מי שחמה עליו איך נכופו לקנותם [ס"מ סס] וג"ל שדעתו ז"ל שיקנם בזול ביכולת לכופו דכיון דבאמת אין להמוכר מה לעשות בהם דהרי אין לו דרך לשם הוי האי דינא ביהומים שאכלו פרה שאולה של מוריש בטעות שמשלמים בזול והוא שליש פחות מהסקת מפני שאנן סהדי דעל מקח כזה היה קונה אף מי שא"צ לזה כמ"ש בסי' שמ"א ולא ראיתי מפורש שהפוסקים יחלקו בזה :

ג היו הגאיות או הסלעים פחות משיעור זה אפי' אינם ראוים לוריעה שהגאיות מלאות מים והסלעים הם בלא עפר מ"מ נמדדין עמה דאין לך שדה בלא טרשין ובכל דבר יש מעט פסולת בד"א בזמן שלא היה בין כולם אלא בית ד' קבין לכל הכור ובשכבר רביעית כור יהיה הטרשין קב שזהו לא יותר מחלק מ"ה מן הקרקע דכוה אדם מוחל אבל יותר מזה אינו מוחל וינכה הכל [ב"י] ואפילו כשלא היה רק ד' קבין לכור אינו אלא דוקא שמובלעין בתוך חמשה קבין ואלו החמשה קבין מובלעין ברובה של שדה כגון שהיא רצועה ארוכה וקצרה שמחזקת רובה של שדה וברצועה זו מובלעין אלו הד' קבין אבל אם ד' קבין אלו מובלעין בפחות מחמשת קבין או שהיו מפוזרים ביותר הרבה מחמשת קבין או שהחמשת קבין אינן מובלעין ברובה של שדה אלא בפחות מרוב השדה אזי אע"פ שאין בהם השיעור שנתבאר אינם נמדדים עמה דבבה"ג כפרי אינשי ליקח הטרשין וכתב רבינו הרמ"א דדוקא כשהטרשין גבוהין ג' טפחים אבל פחות מזה נמדדין בכל ענין דא"א לשדה שתהיה שוה ממש ופחות מג' ארעא סמיכתא היא אמנם זהו דוקא כשראוי לוריעה עכ"פ אבל כשאינו ראוי לוריעה אפי' אין נבוה ג' אין נמדדין עמה ביותר מהשיעור שנתבאר [טור] :

ד לפי מה שנתבאר מגיע לכל בית סאה מהרצועה רובע טרשין דרובה של שדה הוי מ"ו סאין אורך וד' קבין טרשין מגיע לבית סאה רובע קב טרשין ויש בעיא בגמ' [ב"ב ק"ג:] כשנבלעים רובן במיעוטן ומיעוטן ברובן בגון שהרצועה של הט"ו סאין אינה הולכת בשוה אלא במקום אחד רחבה הרבה ובמקום אחר קצרה הרבה ויניע רוב הטרשין במיעוטה של הרצועה ומיעוט הטרשין ברובה של הרצועה או שהיו הטרשין כחוט שוה ומחזקת את הקרקע שאין המחרשה נכנס ביניהם או שהיו הטרשין כמו עיגול או כמו משולש או שהיו בהם בליטות בהצדדים שהטרשין מכונסין במקום אחד אלא שיוצאין מהם בליטות הרבה ובתוך הבליטות נכנסת השדה אם זהו כמפורש ועולה בחשבון או הוי כמבונם ואינו עולה או שהיה דרך עקלתון שהטרשין מדובקין זה לזה בעקלתון והשדה נכנסת בין העקמומית כל אלו נשארו בספק והממ"ה ולכן אם כבר נתן הלוקח המעות עליו לקבלה ואם עריין לא נתן א"צ לקבלה [סס לדעת סרמב"ם] וכן אם היה עפר מלמעלה וסלע מלמטה או סלע מלמעלה ועפר מלמטה ה"ז ספק ואע"ג דבארנו דגם בשיש עפר על הסלע לא מהני זהו כשהסלע עצמו גבוה י' טפחים וכאן מיירי שהסלע עצמו אינו גבוה י"ט רק בצירוף העפר לפיכך הוא ספק ואם היה בו סלע יחידי אפי' בית רובע לכור אין נמדד עמה דדוקא טרשין כעין צרורות צריך לקבל אבל סלע ממש אפי' כרובע א"צ לקבל ופחות מרובע צריך לקבל [ל"ל] וכן אם היו הטרשין סמוך למצר אפי' כל שהוא אין נמדד עמה דא"צ לקבל רק כשהם באמצע השדה אבל כשהם במצר ימדוד לו מעבר השני של הטרשין והמרשין יניח לעצמו ואם יש הספק עפר קצת בין סלע למצר ה"ז ספק :

ה כל מה שנתבאר בשני הסעי' והו דעת הרמב"ם ז"ל וכתב רבינו הרמ"א שיש דעות אחרות בזה ולא ביאר מפורש ובאמת יש מרבותינו שחולקים על הרמב"ם במה שפסק דהארבעה קבין יהיו מובלעין בחמשה קבין והחמשה קבין יהיו כרצועה והם ס"ל דהארבעה קבין טרשין צריכין להיות דוקא מפוזרין ברוב כל השדה והיינו במשך ט"ז סאין ולא פחות אבל בפחות משיעור זה אין נמדדין עמה [כל"י סס] ומגיע לכל בית סאה רובע הקב והספק הוא כשרוב הד' קבין מפוזרין במיעוט הט"ז סאין בגון שמפוזרין בז' סאין ומיעוטן מפוזרין בתשעה סאין ועוד ס"ל דהספק עפר בין המצר למרשין הוי הספק ונמדדין עמה [ממפרשי בבמיס דל"ה בממ"ל דסוי ספסק וכל מת"ל סלכה סיח] והספק דעפר מלמעלה וסלע מלמטה ולהיפך מפרשי דהוו כשיש הספק עפר בין מצר למרשין אלא שזה העפר מלמעלה וסלע מלמטה או להיפך [ביסס ומור וי"ו סלוי] :

ו א"ל בבית כור עפר אני מוכר לך אפילו היו בה גאיות עמוקים י"ט או יותר או סלעים גבוהים י"ט או יותר הרי אלו נמדדין עמה דכיון שאמר בבית כור משמע בערך בית כור ולא בית כור ממש וי"א דדוקא כשאין בהן

בהן יותר על ד' קבין דלשון זה אינו מועיל רק שיהא דינו כפחות מעשרה טפחים :

ז וכל אלו הדינים שנתבארו והו כשאין הלוקח עומד בתוך השדה אבל אם היא כהשדה ויודע שבית כור זה מוכר לו מקבל כמה טרשין שיהיו אע"פ שלא א"ל בית כור זה אני מוכר לך דכיון שידע שמוכר לו בית כור זה למה לנו אמירתו [סמ"ע] דהא אפי' אם חסר מהמדה לגמרי ז' קבין ומחצה קנה בכה"נ כמו שיתבאר וכ"ש שמקבל טרשין דהוו כמו שא"ל בית כור עפר אני מוכר לך הן חסר הן יתר שיתבאר :

ח א"ל בית כור עפר אני מוכר לך ואין הלוקח עומד בתוכה אם חסר מהמדה כל שהוא אם א"ל שמדתה כך וכך אמות במל המקח דכל דבר שבמדה אף בפחת כ"ש במל מקח כמ"ש בסי' רל"ב ואם לא א"ל שמדתה כך וכך אלא סתם בית כור כל שלא פיחת יותר מאחד מכ"ד מהכולל שהוא רובע הקב לבית סאה ולכור הוי ז' קבין ומחצה לא במל המקח ואינו מנכה לו מהדמים דבפחת קמן כזה לא במל שם בית כור ממנה ואם חסר יותר דינו כבהן חסר או יתר שיתבאר ואם א"ל בית כור עפר מדה בחבל אני מוכר לך אם פיחת אפי' כל שהוא ינכה לו מן הדמים ואם יתר כל שהוא יוסיף לו על הדמים דלשון זה משמע שיהא בצמצום כמו שמודדין בחבל ומ"מ אין דינו כמו אם א"ל שמדתה כך וכך אמות שהמקח במל אלא המקח קיים ויפחות או יוסיף דמים [סמ] ואם א"ל בית כור עפר אני מוכר לך הן חסר הן יתר דינו ג"כ כסתם בית כור אם פיחת אחד מכ"ד או יותר אחד מכ"ד הגיעו יתר על כן יעשה עמו חשבון על כל הרבעים שחסרו או הותירו וכל שפיחת מבית כור ינכה מהדמים דכיון שבא לחשבון יחשוב על הכל דכל ומן שלא בא לחשבון הוי מחילה אבל כשבא לחשבון שאינו בכלל מחילה בעכה שיעשה חשבון על הכל כמו באונאה שיתבאר בסי' רכ"ט וי"א דבבית כור סתם כשאינו עומד בתוכה אין דינו כהן חסר או יתר אלא כשחסר אפי' קב צריך להשלים לו ואפי' ע"י ניכוי אינו חייב לקבלו בע"כ דיכול לומר בבית כור שלם אני חפץ [כ"ם ברמ"ם ובדברי סמור מדוקדקים ומ"ם בסמ"ע בסקס"ז ל"ע ובדברי סתום ק"ך צריך לפרש כדברי סרמ"ם] ודוקא כשאמר בית כור עפר זה הוה דינו כהן חסר או יתר אף כשאינו עומד בתוכה כיון דמראה לו מרחוק סביר וקביל ודעה ראשונה היא דעת הרי"ף והרמב"ם [וקוסית סתום' חיכך בסמק"י סס וסרמ"ם סכניס קיבס זס על דברי סמחבר מכוס דס"ל כן לדינא ולא לכס לסלרין ודו"ק] :

ט י"א דוה שנתבאר דאם חסר יתר מהשיעור יעשה חשבון והמקח קיים והו דוקא כשעכ"פ נקרא בלשון בני אדם בית כור אבל אם החסרון גדול כל כך עד שבלשון בני אדם אינו נקרא כלל בית כור בטל המקח וכתב רבינו הרמ"א דכל זה שנתבאר הוא דוקא כשאין לו קרקע יותר אבל מכר לו בית כור בשדותיו נותן לו בית כור שלם אף כשאמר הן חסר הן יתר [וזהו מילוץ סנמק"י סכמפנו ולכן סממיטו סלכוס ולמנס תמס עליו הסמ"ע ולדינא יכול לסיות כן נס לדעת סמוס' והרמ"ס ודו"ק] :

י כשיש יותר מאחד מב"ד שצריך הלוקח להחזיר הכל להמוכר כמו שנתבאר מה מחזיר לו דמים או קרקע אמרו חז"ל [סס] דאם היתרון בכולל אינו סניע לשיעור שדה שנתבאר בסי' קע"א שהוא תשעה קבין בשדה וחצי קב בגינה נתנו חז"ל יפוי כח להמוכר שביכלתו לכוף את הלוקח שיקנהו כיון שלעצמו אין כאן שיעור והמקח הוא כפי מה שקנה ממנו אם לא נשתנה המקח מיום הקנייה אבל כשנשתנה המקח בין מיוקר לזול ובין מזול ליוקר אינו יכול לכופו שיקבל רק כשער הזול דכיון דמיפנין כתו של מוכר שהבדירה בידו או לקבלה לעצמו או לכוף את הלוקח שיקבלה דין הוא שעל המקח יהיה יפוי כח להלוקח לקבלה כשער הזול אם נשתנה המקח ואם כל התוספת סניע לשיעור שדה בגון תשעה קבין בשדה וחצי קב בגינה אין כופין את הלוקח לקנות ויכול להחזיר לו הקרקע וא"צ שומא כשנשתנה המקח כיון שמחזיר לו הקרקע והמוכר יכיל לקבל קרקע גם כשאינו סניע לשיעור בס"ש דליפות כחו אמרו חז"ל שיכול לכוף להלוקח ולא להורע כחו ולדעה זו מחשבין לשיעור שדה את כל המותר בין הרובע לכל סאה ובין הנשאר דכשאין שיעור שדה מיפין כחו של מוכר בכפייה וכחו של לוקח במקח וכשיש שיעור שדה אין כאן כפיה כלל ואם הלוקח רוצה בהקרקע יכול המוכר לבקש כמה שירצה ועוד אמרו חז"ל דאף באין שיעור שדה או גינה אם היה להמוכר שדה או גינה אחרת סמוכה לתוספת זה אינו יכול לכוף את הלוקח שיקבל הקרקע כיון שביכלתו לחברם לשדהו ולגינתו וזהו דעת רוב רבותינו וכן פסק רבינו הרמ"א :

יא אבל דעת הרמב"ם אינו כן דס"ל דלשיעור שדה או גינה אין מחשבין הרבעים כלל ואע"ג דצריך להחזיר גם הרבעים כשיש יותר מ"ם כיון דבלא התוספת היו נשארים הרבעים אצל הלוקח לפיכך בחשבון השיעור שדה אין מחשבין רק התוספת על הרבעים אם יש בהם שיעור שדה וכשאין בהתוספת שיעור אף שבכולל יש שיעור מ"ם דינו כאין שיעור ועוד ס"ל דהרמב"ם ז"ל דבאין שיעור כופה המוכר את הלוקח לקבל הקרקע כפי המקח של שעת המכירה וכשיש שיעור בהתוספת מיפינן כחו של מוכר בהמקח וכחו של לוקח בהחזרה שביכלתו להחזיר דמים או קרקע אבל בהמקח לעולם כח המוכר יפה כיצד אם הלוקח מחזיר דמים מחזיר לו כשעת היוקר כשנשתנה המקח בין מיוקר לזול ובין להיפך ואם מחזיר לו קרקע מחזיר לו כשעת הזול כשנשתנה המקח ואם יש להמוכר שדה סמוכה אז אף באין שיעור לא נכוף את הלוקח לקבל קרקע והבדירה בידו מה שירצה כן נ"ל

ג"ל בדעת הרמב"ם שנעתיק דבריו והטעם בכל זה נ"ל דביון דבאין שיעור בופין את הלוקח לקבל הקרקע ממילא הוי כנמכרה לו מכבר ולכן המקח הוא בשעת המבירה בין הוקרה מאו בין הוזלה אבל ביש שיעור דנתנו חז"ל בהחזרה יפוי כח לחלוקח דאם רצונו להחזיר לו קרקע יחזיר לו ועכ"ו יש רשות בידו לקבל הקרקע בע"ב של המכור ולא רצו חז"ל ליתן רשות להמוכר לקבל הקרקע בע"כ של הלוקח דאולי יגיע להלוקח הפסד בזה כשיטלו ממנו מקצת מהשדה דיכתרך לשמירה יתירה וכה"ג ולכן נתנו לו חז"ל את היפוי כח שיקבל הקרקע אם ירצה וכיון שלו נתנו היפוי כח בהחזרה ממילא דבהמקח נתנו היפוי כח להמוכר ואם הלוקח מקבל הקרקע ומחזיר לו מעות משלם כשעת היוקר בין שבע"כ נוטלה ממנו ובשמחזיר לו הקרקע מחזיר לו כשעת הזול בכל ענין דאם נאמר שיחזיר לו כשעת היוקר הרי יבחר לו תמיד הטוב לו והרע להמוכר ואין זה מהצדק [וכזה פ"ם מ"ם בכ"ב ק"ד ליפות כמו כל מוכר וכל ליקח דים יפוי לפיכם לזה במקח ולזה בזכרה ומ"ם שם מי מרעא יסיבא לי' סירוסו סלוקח לסמוכר ומפרבי סרמב"ם מפסח דגם לדידי' לם סמוכר רלוזו ליקח הקרקע סרכוש בידו ותתסו עליו ולדבריהו פ"ם וזה שפיהו בהמפסה מסו מחזיר לו מעות ומם רלם מחזיר לו קרקע ולמם לתרו מחזיר לו מעות ליפות כמו כל מוכר ור"ל דהמזכה שיש ברכוש סלוקח ויפוי כח דמוכר סוא על המקח כמכותר בגמרא ומזר בו מסירוסו למפסה כידוע בכ"מ ומ"ם מ"ם בגמ' כופין לת סמוכר למכור ומת סלוקח ליקח כפשטא דמם סמוכר כופין למכור הקרקע כסלוקח רולם גם ומת סלוקח ליקח כפשע סיוקר] :

יב וזה לשון הרמב"ם שם ורבינו הב"י העתיק דבריו בסעיף ט' ומה הוא מחזיר לו אם היה התוספת פחות מט' קבין מחזיר לו דמים בשעת המבירה ליפות כח המוכר [שיוכל לכוף לסלוקח] ואם היתה התוספת כמובה לשדה אחרת של מוכר מחזיר לו אותה תוספת קרקע שהרי סומך אותה לשאר שדותיו ואינו מפסיד בלום היתה התוספת יתירה על ט' קבים נותנים [ר"ל מפעריס] רובע לכל סאה וסאה והנשאר יתר על הרבעים אם יש בו ט' קבין נותן בל הרבעים כולם עם היתר מהקרקע ונותנו לו כשעה שלקחו ממנו בד"א כשהיתה בזול בשעת ממכר והוקירה בשעת החזרת היתר [וכממחזיר מעות פפיטא שמעם כפשע סיוקר לפרי עפם סיא סלקיחה] אבל אם היתה ביוקר והוזלה אומרים ללוקח אם רצית ליתן לו דמי התוספת כולה תן לו דמים כפי הממכר ואם רצית ליתן לו קרקע תן לו כמו ששוה עכשיו [ומפורש בציד סלוקח סבריתם] ודין חצי קב בגינה כדין ט' קבין בשדה שאם הותיר בגינה פחות מחצי קב על הרבעים אינו מחזיר לו אלא דמים הותיר חצי קב מחזיר לו בל הרבעים עם היתר בדמים [כמ"ם בפדפ] או קרקע בשעת הזול של עת החזרה עכ"ל :

יג היתה שדה בשעת מבירה והיה בהמותר מעט יותר מחצי קב ושני מאין מכר לו ובזה יד המוכר על העליונה כמו שנתבאר ונעשית גינה כגון שעלה בה מעין קודם שהחזיק הלוקח בהמותר וקם בדין תורת חזרה או לתיפך שהיתה גינה בשעת מבירה והיה בדין חזרה ונתיבש המעין ונעשית שדה ה"ז ספק אם מחשב לו כדין שבשעת המכר או כמו שהיא עתה והלוקח נקרא ברין זה מוחזק ומחזיר להמוכר מה שירצה [סמ"ע] :

יד האומר לחבירו שני לשונות שסותרים זא"ז כגון שא"ל בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל בין חסר בין יתר או בין חסר בין יתר מדה בחבל הוי ספיקא דדינא אם תפוס לשון ראשון או לשון אחרון והמוכר הוא מוחזק והולכין לטובתו אחר הפחות שבלשונות ואם הותיר אפי' כל שהוא יחזיר למוכר ואם פיחת עד רובע לסאה הגיעו ואפי' כשהלוקח לא נתן מעות עדיין והמוכר תובע ממנו המותר מ"מ נקרא המוכר מוחזק דקרקע בחזקת בעליה עומדת [טוש] וי"א דאם לא נתן מעות עדיין נקרא הוא מוחזק [רמב"ד] אם המוכר רוצה שיקח המעט היתר ויתן מעות בעדה אבל אם רוצה לעכב הקרקע לעצמו ודאי דבחזקתו היא [ס"ך] ואפשר דיגם דעה ראשונה מודה בזה ואין כאן מחלוקת :

טו א"ל בית כור עפר אני מוכר לך כמו שהוא בתוך סימניו ומצריו ועמד בתוכו או שא"ל בית כור זה [סמ"ע] דיש בזה יתור לשון דבלא סימניו ומצריו ה"ל כמו הן חסר הן יתר כמו שנתבאר לכן הוסיף במה שאמר בסימניו ובמצריו דאפי' פיחת שתות או הותיר שתות הגיעו דכשאמר לשונות אלו היתה כוונתו בית כור איך שיהיה מירו ביותר משתות אין שם בית כור עליו וינכה לו בל הפחת מהדמים והמקח לא בטל וכן אם הוסיף לו יתר על שתות יתן לו דמים או קרקע הכל לפי השיור אם הנשאר בשדה הוא פחות מתשעה קבין ובגינה פחות מחצי קב ולא היתה סמוך לשדה או לגינה אחרת של המוכר מחזיר לו דמים כפי המקח שקנה :

טז המוכר שדה לחבירו וא"ל בסימניו ומצריו והלוקח מכיר אותה ואת המצרים וכבר הורגל בה אפילו א"ל יש במדתה מאתים אסות ולא נמצא אלא ק"נ או פחות מזה הרבה [סס] הגיעו ואין כאן אונאה שהרי ידעה וסבר וקביל ומה שא"ל מאתים יש לו לתרץ דבריו שכוונתו היתה שהיא שוה כמו אחרת שיש במדתה מאתים וי"א שצריך שתהיה עכ"פ שדה טובה משדה אחרת [רמ"ס] וי"א דא"צ לזה דלהשביחי מקחו אמר כן [כסב"ס ומור] ואפי' לא היה מכיר איכותה המובה היא אם לא דבהכיר איכותה גם דעה ראשונה לא תחלוק בזה [כ"ל] :

יז האומר לחבירו בית כור פלוני אני מוכר לך ושמו כן הוא שנקרא בית כור פלוני אע"פ שאין במדתו אלא לתך שהוא חצי כור הגיעו שלא מבר לו אלא מקום הנקרא בית כור והמוכר צריך להביא ראיה שנקרא בפי רוב בני אדם במקום זה בית כור ואפילו

יש פחות מלהך הניעו [ל"ל ומיש מכרס ופרדס] :

יח וכן האומר לחבירו כרם שלי שבמקום פלוני אני מוכר לך אע"פ שאין בו גפנים הניעו ורוקא שרוב אנשים שבשם קורין אותו כרם וכן האומר לחבירו פרדס זה אני מוכר לך אפי' אין בו רמונים הניעו כשרוב אנשים קורין אותו פרדס שלא מכר לו אלא השם כיון שקורין אותו כך וכן כל כיוצא בזה ויראה לי שרוקא כשידוע זה להלוקח אבל כשאינו ידוע לו אין לך אונאה גדולה מזו ועוד נ"ל דלדעת רבינו הרמ"א שיתבאר בסי' שכ"א אין זה אלא כשהמוכר אמר להלוקח לשון זה דלא מכר לו רק השם שקורין אותו אבל כשהלוקח אמר להמוכר הוי קפידא ואם אין הדבר ברקדוק כפי מה שאמר בטל המקח [וכ"מ מכ"מ ק"לי לפי מילון שמואל למי שפוסק כמותו וחו"ק] :

יט וכתב רבינו הב"י דכל אלו הדברים במקום שאין שם מנהג אבל במקום שיש מנהג הלך אחר המנהג ואחר לשון רוב אנשי המקום שהמנהג עיקר גדול במשא ומתן וכבר נתבאר זה בסי' ר"ר ורמ"ו ורוב בלא מנהג יכול המוחזק לומר אני מן המיעוט [ל"ל] :

כ האומר לחבירו חצי שדה אני מוכר לך ולא פירש איזה חצי שמין כמה שוה כל השדה ונותן לו מהבחוש שבה מה ששוה חצי הדמים של כל השדה דשמא כוונתו היתה על חצי שויה ולא על חצי מרתה ויד המוכר על העליונה ויתן לו הרבה זיבורית ולעצמו יניח מעט עידית ואם ידוע לפי הלשון הנהוג דכוונתו היתה על חצי מרתה יסדוד לו חצי שדה שוצה ונותן לו [ל"ל] וכבר נתבאר בסי' ר"ר דבקרקע לא אמרינן הדמים מוריעים וכן אם א"ל חציה ברוחם אני מוכר לך שמין לו רמי כולה ונותן לו ברזומה כחצי כל הדמים דאפשר היתה כוונתו למכור בצד דרום כפי שווי החצי דכל השדה וי"א דרואין כמה שה חציה שבדרום ונותן לו מהגרוע שבשדה דשמא זה שאמר חציה שבדרום היא על השומא [רסב"ס וי"ח ומור] ובש"ע לא הובא רק דעה ראשונה ויראה לי דגם בזה הולכין למובת המוכר שהוא מוחזק דאם חציה שבדרום שוה יותר מחצי השדה בכולל כגון שחציה שבצפון גרוע משבדרום נותן לו בדעה ראשונה ואם החציה שבדרום גרוע נותן לו כהי"א דודאי הלשון סובל שני הפירושים וצריכין לדון בזה למובת המוחזק עוד נ"ל דבכל הדברים שבסעיף זה לא מקרי המוכר מוחזק כשעדיין לא קבל הדמים להי"א שבסעיף י"ד ואינו יכול לכוף להלוקח שיקבל הגרוע ויכול לבטל המקח :

כא כשמוכר לחבירו חלק בשדהו וצריכים לעשות גדר ביניהם מקבל עליו הלוקח לעשות בחלקו מקום הגדר ומאחורי הגדר מטוך לה חריץ קמן רחב ג"ם וחוצה לה חריץ אחד גדול רחב ששה טפחים ובין שני החריצין רחב שפח וכל זה הוא כדי שלא תקפוץ הנמייה והיא חיה קמנה שאוכלת ומפסדת התבואה והיה דרכם לעשות שני חריצין אחד גדול ואחר קמן דבהגדול לבד לא סגי מפני שהחיה העמוד בתוך החריץ ותקפוץ ובהקמן לבד לא סגי דמפני שהוא קצר העמיד על שפתו ותקפוץ [ספ"ז דכ"ב] והטעם ששייך זה על הלוקח בארנו בסי' קנ"ח סעיף ד' לענין הגדר שצריך לעשות על הוצאותיו וכן משמע בירושלמי וי"א דהמוכר נותן מקום מחלקו לעשות בו כל אלה דסתם מוכר חצי שדה מוכר לו כל צרכיה [רסב"ס] אבל כשמכר לו את כל השדה מה יתן לו יותר [שם] ולכן אף כשיש להמוכר קרקע אחרת בצד זו א"צ ליתן לו מקום [סמ"ע] ולענין הגדר תלוי במנהג בם"ש שם ובמקום שצריך לעשות גדר ויעשנה הלוקח על הוצאותיו ובחצי שדה נ"ל דלדעה זו על שניהם לעשות הגדר במקום שנהגו לגדור :

כב ראובן שהיה לו שדה בשותפית עם שמעון ומכרה ללוי ולא פירש כמה מכר לו ממנה אלא כתב לו חצי שיש לי בשדה מכרתי לך קנה החצי כולו ואם כתב לו חצי השדה שיש לי לא קנה אלא רביע דהכי משמע חצי ממה שיש לי דשם שדה שייך אפי' על מקצת שדה משא"כ בבית כמ"ש בסי' ר"ר סעיף י"ח ואע"ג דבבית גם לשון זה משמע על חצי כל הבית כמבואר שם מ"מ בשדה דלא קנה אלא רביע אין הטעם משום דהמוכר מוחזק דא"כ כשהלוקח לא נתן מעות עדיין ואומר שחצי מכל השדה מכר לו לא נוכל לכופו ולא משמע כן מהש"ם והפוסקים אלא ודאי בשדה לא משמע לשון זה אלא רביע דא"כ היה לו לכתוב חצי שיש לי בשדה ובבית לא שייך לדקדק כן מפני שא"א לפרש בענין אחר [ל"ל] :

כג היה לו בקעה גדולה שכתוכה שדות רבות וכל אחת חלוקה במצר שלה והיה עומד באחת מן השדות ואמר לחבירו שדה אני מוכר לך אע"פ שמצר לו מצדי הבקעה מ"מ לא קנה רק שדה אחת שעומד בתוכה ואמרינן דמצדים הרחוב לו ורוקא כשרובא דאינשי אין קורין שדה לבקעה אלא בקעה ולשדה אחת קורין שדה ואע"ג דמיעוטא קורין גם לבקעה שדה אין חוששין למיעוטא אבל אם הרוב קורין גם לבקעה שדה וכן אם אפילו רק מיעוטא קורין לה שדה אך שכתב לו ולא שיירית בובינו אלין כלום ומצר לו מצדים חיצונים קנה כל הבקעה כמ"ש בסי' ר"ד סעיף ז' לענין בית בבירה ושם נתבארו עוד דינים השייכים לזה ע"ש וכל זה כשמצר מפסיק בין שדה לשדה אבל אם מצר מפסיק אף שלא מצר לו מצדים חיצונים קנה הכל דכל המוקף במצר אחד נקראת שדה אחת כמו שיתבאר והטעם שאין אומרים בזה נראה לפי הדמים נתבאר שם הטעם דבקרקע לא אמרינן הדמים מודיעים :

כד האומר לחבירו שדה ראובן אני מוכר לך וכוונתו הוא על שדה שקנה מראובן והיו לו שתי שדות שקנה מראובן או שא"ל שדה הנקראת בשם פלוני אני מוכר לך והיו לו שתי שדות הנקראים בשם כזה לא קנה אלא הפחות שבהם דשדה משמע אחת ולא שתים

ויד בעל השטר עה"ת ויד המוכר על העליונה והאומר לחבירו שדה ראובן אני מוכר לך ובשבא הלוקח להשתמש בה א"ל המוכר לא זו היא השדה שהיתה של ראובן אלא בשמה היא קרויה כך ומעולם לא היתה של ראובן ומראה לו שדה אחרת שמברר שהיתה של ראובן וקנה ממנו ואומר שאותה מכרתי לך על המוכר לברר שזו שנקראת בשם שדה ראובן לא היתה מעולם של ראובן ואם מביא ראיה שכן הוא אזי מסתמא מכר לו השנית שמברר שקנאה מראובן אף שאינה נקראת שדה ראובן אבל אם אינו מברר כן אינו נאמן ואע"פ שהיא טובה יותר מהשנית ותמיד יד הלוקח עה"ת מ"מ כיון דשניה אינה נקראת שדה ראובן והראשונה נקראת אמרינן דנם אותה קנה מראובן ואותה מכר לזה וזכה בה הלוקח ואף גם כשמברר מ"מ אם הלוקח מברר שלא ידע כלל מהשדה השניה שקנאה מראובן וברור שכוונתן היתה שוימה שמוכר לו אותה שנקראת בשם ראובן יכול לבטל המכירה [ני"ל] וכלל דבורים אלו תלוים בלשון המדברים לפי מנהג המדינה ולשונה:

כה האומר לחבירו שדות אני מוכר לך קנה שתי שדות דמיעוט שדות שתים ולא יותר ויד הלוקח עה"ת ואם א"ל כל שדות קנה כל השדות שיש לו אפי' הרבה חוץ מגנות ופרדסים שאינן בכלל שדות ואם א"ל נכסים אני מוכר לך אפי' גנות ופרדסים מכורים אבל לא בתים ועבדים ואם א"ל כל נכסים אפי' בתים ועבדים וכל המטלטלין הירושין לו ואפי' הפילין שבראשו בכלל המכר הם וזה שיתבאר בסי' רמ"ח דמטלטלין הן בכלל נכסי אף כשלא אמר כל נכסי והו במתנה דנותנה יותר בעין יפה ממכר [ס"ך] ודוקא שאמר כל נכסי אבל כשאמר נכסי דבי פלניא ואפ' אמר כל נכסי דבי פלניא [טור] לא מכר לו המטלטלין שקנה מאותו פלוני אלא הקרקעות שקנה ממנו מפני שאין מטלטלין נקראין על שם המוכר ויש חולקין באומר כל נכסי [ס"ך] וכן אם לא קנה מאותו פלוני רק מטלטלין בהברח שקונה המטלטלין ולשון קרקע כולל גם בתים ולכן כשאמר כל קרקעותי אני מוכר לך גם בתים בכלל וכשאמר קרקעות קונה שני קרקעות שירצה המוכר ליתן וכבר נתבאר שאין הדמים מודיעים בקרקע בין לזול בין ליוקר אבל במטלטלין הדמים מודיעים אמנם בקרקעות ומטלטלין יחד אין הדמים ראיה דיש לחשוב מיעוט הדמים או ריבוין על הקרקעות [ני"ל] ובעיקר דין זה אם הדמים ראיה במטלטלין יתבאר בסימן ר"ך סעיף ז' בס"ד:

סימן ריט [כיצד מסיימין המצרים ואם לא סיים מה דינו ובו ו' סעיפים]:

א האומר לחבירו שדה פלוני אני מוכר לך קנאה כולה אפי' היא גדולה הרבה אע"פ שלא סיים המצרים כל זמן שאין מצר מפסיק ובשמצר לו מצרים אפי' לא מצר לו רק מצר מזרחי ומערבי ולא הזכיר צפוני ודרומי קנה כל השדה ולא אמרינן שהשדה לא מכר לו כלל אלא תלם אחד במזרח ותלם אחד במערב כשיש בהם שיעור שדה המבואר בסי' קע"א דניכרים הדברים שכל השדה מכר לו וקיצר בהמצרים ומודדין משפתי מזרח ומערב וכל מה שבתוך המצרים קנה ועדיף מאם היה מצר לו ג' מצרים שיתבאר דהמצר הרביעי בעצמו לא קנה דבבאן ניכר שהיה דעתו לקצר [סמ"ע]:

ב מצר לו מצר ראשון ומצר שני ומצר שלישי ולא מצר מצר הרביעי קנה כל השדה עם המצרים בכל ענין אבל את המצר הרביעי בעצמו לא קנה דלהכי אהני מה שלא מצר אותו דאם לקצר נתכוין לא היה לו להוכיר שני מצרים אלא שני המצרים הנוכחים זל"ז בלבד ב"א דלא קנה מצר רביעי כשאינו מובלע בין ה צרים שמכאן ומכאן אלא הולך על פני שניהם ויש עליו רכב דקלים שהוא הרכבת הרבה דקלים או שיש בו תשעה קבין שכשהוא בן הוי דבר חשוב בפ"ע ואינו נמכר בכלל השדה אבל אם היה מובלע בין המצרים ואין עליו רכב דקלים וגם אין בו תשעה קבין בטל הוא לגבי השדה וקנה גם אותו ואם יש בו חדא לטיבותא וחדא לגריעותא כגון שהיה מובלע ויש עליו רכב דקלים או שיש בו תשעה קבין או שלא היה מובלע ואין עליו רכב דקלים וגם אין בו תשעה קבין בזה אמרו חז"ל [ב"ב ס"ב:] דהוה שודא דדייני שהדבר מסור לב"ד כפי מה שיראו לאיזה דרך היה נוטה דעת המוכר והלוקח ולפי הדמים וכפי מנהג המדינה שיהא מבור או אינו מבור כן יעשו [נכום] ואע"ג דבב"ם אמרינן דיד הלוקח על התחתונה מ"מ בכאן היה נראה לחבמים לפסוק שורא דדייני [ת"ס ס"ם] מפני שהוא דבר רחוק שלא יכוור המצר הרביעי לפיכך מסרו הדבר לב"ד:

ג מצר לו מצר אחד ארוך ומצר אחד קצר כגון שמצר מזרחי ארוך מאה אמות ומצר מערבי נ' אמה אם היה הארוך של איש אחד לא קנה גם מן המזרח רק כנגד הקצר דיד הלוקח עה"ת ואמרינן דמצרים הרחיב לו אבל אם היה של שנים וכתב לו שדות של ראובן ושל שמעון הם מן המזרח ושל לוי הוא מצר מערב ושל ראובן הוא כנגד לוי ושל שמעון יוצא הלאה הוי כמפורש שבארוך קנה הכל דאל"כ למה הוכיר של שמעון כלל ולכן קנה כנגד ראש תור שהוא באלכסון במזרח ער האריד ובמערב ער הקצר והולכין בחוט באלכסון ממצר מזרח

מזרח ער מצר מערב וי"א דאפי' כשהיה מצר מזרחי של איש אחר קנה נ"כ באלכסון כראש תור דאל"כ היה לו לכתוב שחצי שדה של ראובן הוא המצר וראש תור הוא תכשיט העשוי בדמות משולש וכל זית ווזית הוא מתורך מפני שהולך באלכסון כמש"כ תורי והב וגו' :

ד לא מצר את המצרים של כל אורך הרוחות אלא שמים לו את הווזית בלבד שכתב שדה ראובן הוא בווזית מזרחית צפונית ושל שמעון בווזית מערבית דרומית ושל לוי בווזית דרומית מזרחית ושל יהודה בווזית מערבית צפונית או שמים לו שני מצרים כמי נא"ם והוא אות יונית והם זה בנגד זה כגון שמצר לו קרן דרומית מזרחית וקרן צפונית מערבית והמצרים נבנס"ם קצת גם בכל הרוחות כמובן או שמים לו חלק מכל רוח ורוח כגון ששמנה שדות סובבים את השדה מכל הצדדים וכתב לו שדה אחד מכל צד ה"ז לא קנה את כולה אלא יקנה ממנה כפי מה שמצר לו כגון בסיים זית לא קנה רק כנגד הזית ומזדדין לו שני חבלים מזוית לזוית באלכסון שתי וערב כפי רוחב מצרי הזוית ובגא"ם קנה ממנו רצועה כמדת הגא"ם ובחלק מכל רוח חולקין את השדה לשכנה חלקים וקנה ארבעה שמינות מהן כפי המצרים שמצר לו והרמב"ם ז"ל בפכ"א הוסיף בזה דיעשו כפי מה שיראו הדיינים ובגמ' לא נזכר זה ולכאורה משמע שרעתו לפסוק שודא דדייני [סס"ע] ויש מי שאומר דאין בוונתו לשודא אלא כוונתו שהדיינים יעשו החלוקה כפי מה שנהבאר [ס"ך] ויותר נראה שכוונתו שאם רואים הדיינים שהמנהג בהרבה בני אדם שאין מסיימין את המצרים לכל האורך קנה הכל ואין זה שודא דדייני ממש וכן ראוי להורות :

ה היה מצר ראובן מזרח ומערב ומצר שמעון צפון ודרום צריך שיכתוב לו מצר ראובן משתי רוחות ומצר שמעון משתי רוחות דאל"כ לא יקנה אלא שני רוחות כמין דלת ובמור כתוב עוד שאם מצר לו מצר מזרח ארוך ושל מערב קצר ושל צפון ארוך ושל דרום קצר פלגינן ליה בשני ראש תור והחלוקה מובנת ממה שבארנו בסעיף הקודם :

ו היה לו שדה ומכר מקצתו לשמעון לצד מערב ומצד מזרח עיכב לעצמו ומצר לו מצר מערבי ולא מצר לו מצר מזרחי שהיא שדה שלו בצמצום כמה אמות שלו לידע המקום המתחיל חלקו של שמעון אלא כשכתב המצרים כתב כל השלשה מצרים מהשלשה רוחות שהם שדות של אחרים ובמצר מזרחי כתב לשון זה מצר מזרח דסינה פלינא או דמינה פסיקא ורצה לוסר דמצר מזרח הוא שדה שלי שמן שדה זו פלינא חלק לשמעון או פסיקא חלק לשמעון ויש ספק אם חצי שדה מכר לו או רק שיעור שדה שהוא ט' קבין יד בעה"ש על התחתונה ואין לו רק תשעה קבין אבל אם כתב איזה יתור לשון כגון שכתב ואלין מצרנהא קנה חצי השדה דלשון זה הוא וראי ליפות כח בעל השטר שלא תהא ידו עה"ת ורע דבבל מ"ש בסעיף ד' שקנה רק מקצתה מפני הספק אבל עכ"פ שיעור שדה צריך ליתן לו וכל הספיקות הם כשלא כתב לו כמה אמות מרוכעים מכר לו או כמה הוא האורך וכמה הרוחב דאל"כ הרי אין כאן ספק דנמדדם עוד נ"ל דבכל מקום שמפני הספק יד הלוקח עה"ת אם עדיין לא נתן מעות אין אנו כופין אותו ליתן המעות וליקח המקצת להי"א שבסימן רי"ח סעיף י"ד ע"ש ובשאין יכולים להשוות יחד בשלה המכירה :

סימן רכ [המוכר את הספינה וקרון וצמד בקר ופרה וחמור מה נמכר עמהם ובו י"ג סעיפים] :

א המוכר את הספינה ולא פירש מה מכר עמה מכר את התורן והוא העץ הגבוה שתולין עליו את והגם הוא הוילון התלוי בתורן נגד הרוח וכן בספינות שלנו ההולכים בקיטור מכור הוילון שפורשין על כל הספינה להגין מפני השמש ואת התנורים שמסיקין שם הגחלים להעלות את הקיטור וכל המוכנות עם הגלגלים [ע"ל] ואת העוגנין והוא ברזל כבד כעין מולג המעכב את הספינה כשרוצים להעמידה ובלשוננו קורין אנקער ואת כל המשוטין המנהיגין אותה ובכלל זה החבלים שמושכים בהם הספינות להנמל ובומנינו מכור גם הקאמפאס שמראה הילוכה לאיזה צד שיש בו חוש המאגנעט ואת הכבש והוא הגשר שעושים להספינה ואת האסבלא והוא הגשר שיורדין בה מעל הספינה לקרקע של ספינה ועולין משם אל הספינה ואת בית המים והוא הבנין שבספינה ששמתמרין בה מים מתוקים לשתות בין שנותנין המים בהמקום עצמו ובין שמעמידים שם חביות הרבה מלאות מים מתוקים וכהביות עצמן אין נמכרים בסתמא [ע"ע] אבל לא מכר את הספינה הקטנה שעשויה ליוך בה עד היבשה מפני שהגרולה אין כיכלתה להתקרב ליבשה מפני קמנות המים ויורדין בהקטנה שרי לה מעט מים [כסב"ס] וכן אותה שעשויה לצוד בה דגים ואל חיבשה א"צ לה כגון במקום ששפת הים עמוק והגדולה הולכת עד היבשה [ב"י] ולא מכר את העברים המשמשין בה כמו המלחים ושומרי האוצרות והמלח המובהק המוליך אותה והמסונה להשניה על כל הספינה ולא אה הסחורה שבתוכה ולא את המרצופים והם השקים הגדולים שמשימים בהן פרקמטיא ומונחים תמיד בהספינה כמו השקים של בית הבד שבסי' רט"ו בזמן שא"ל היא וכל מה שבתוכה אני מוכר לך הרי כולם מכורים ואע"ג דבבית הבד לא מכר את המרצופים אף בכה"ג

בכה"ג כמ"ש שם והו מפני שבית הבד הוא קרקע וא"א בטלו המטלטלים לקרקע בכי האי לישנא אבל גבי ספינה שהיא מטלטלין בטלו [כ"ל] וכשם שבמכר אינם מכורים כל מה שנתבאר כמו כן בסקדיש ובמתנה דכיון שהן מטלטלין גמורים אין חילוק בין הקדש ומתנה למכר [רמב"ם ע"ג] ויראה לי דזה שאמרו חז"ל [שם] דהסחורה נמכרת בזמן שא"ל היא וכל מה שבתוכה זהו רק הסחורה השייך לעסק הספינה כמו העצים והגחלים והשקים שמניחים בהם סחורה וכה"ג אבל סחורה דעלמא איזה שיכות הם להספינה אא"כ אמר ספינה זו וכל הנמצא בה כמו שהיא עתה מכור לך [ערמב"ם ס"ד ד"ס ובזמן וכו' ודוקא וכו' למסמך]:

ב המוכר את הקרון לא מכר את הפרדות בזמן שאינן קשורות עמו מכר את הפרדות לא מכר את הקרון ואם היו קשורין זה בזה מכר הקרון מכר הפרדות שכשאדוקין יחד הרי הפרדות להקרון כתנור וכירים לבית [סמ"ע פכ"ז] ועוד דהפרדות נגררין בשם הקרון כשמחוברים יחד [כ"ז] אבל מכר הפרדות לא מכר הקרון אף בקשורים יחד דאין הקרון נגרר אחר הפרדות דעל הפרדות יכולין לרכוב בלא הקרון משא"כ בקרון בלא פרידות:

ג י"א דדוקא במוכר אבל במשכיר אינו כן שאם שכר את הקרון השכיר גם הפרדות עמו אף כשאין קשורים בהקרון דאין דרך לשכור עגלה מאחר ופרדות מאחר ומסתמא היתה כוונתם כפי המנהג ששניהם מושכרות לו [סמ"ע] אבל שכר את הפרדות לא השכיר את הקרון אף בקשורות דשמא שכרן לרכיבה ולכן אם שכרן מפורש לנסוע בקרון השכיר גם הקרון אף כשאינן קשורות מפני הטעם שנתבאר [כ"ל]:

ד מכר את הצמד והוא העול שנותנים על השוורים בשהולכין שניהם יחד לחרישה או כמשא לא מכר את הבקר מכר את הבקר לא מכר את הצמד אפי' במקום שקצת אנשים קורין לצמד בקר ודוקא כשאינם קשורין ביחד אבל קשורים ביחד מכר את הצמד מכר את הבקר כמו בקרון ופרדות ובמשכיר הרין ג"כ כבשם [כ"ל] וי"א דהא דאמרינן מכר בקר לא מכר צמד היינו בסתם דאימור לשחיטה וכניה אבל אם פירש דלחרישה וכניה מכר הצמד עם הבקר:

ה כתב רבינו הב"י המוכר את העול מכר את הפרה מכר את הפרה לא מכר את העול עכ"ל וכתב רבינו הרמ"א דיש חולקין וס"ל דמכר העול לא מכר פרה וכן נ"ל עיקר עכ"ל עוד כתב רבינו הב"י מכר את העגלה מכר את הבקר מכר את הבקר לא מכר את העגלה ונם על זה כתב רבינו הרמ"א דיש חולקין כמו שנתבאר ואע"נ שבתוספתא פ"ד דב"ב מפורש כדעה ראשונה ס"ל דלא קיי"ל כן דמאי שנא מצמד ובקר ויש מחלקים דבצמד כיון ששני שוורים הן אינן בטלים להצמד משא"כ פרה אחת ואין זה כברא כלל וי"א דמיירי בשקשורים יחד [סמ"ע] ובבה"ג פשיטא שאין כאן מחלוקת כמו בצמר ובקר אמנם מהתוספתא אין ראיה כל כך דשמא בזמנם היה הלשון כן שהיה כלול בשם עול נם הפרה ובשם עגלה הבקר [כ"כ פכ"מ פכ"ז]:

ו המוכר את החמור מכר את המרדעת והו מה שעשוי שהחמור יתחמם בו ואת האוכף אע"פ שאינם עליו משום דסתם חמור הוא לרכיבה והם עצם כלי הרכיבה וה"ה בשמכר בהמה אחרת לרכיבה מכר את כלי הרכיבה אבל לא מכר את השק ולא מרכבת הנשים דעשויין למשא ולכן אם פירש שקונה גם למשא קנה גם השק והמרכבת [סמ"ע] וכשלא פירש לא קנאם אפי' היה השק והמרכבת על החמור בעת המכר וי"א דזהו מפני הספק דבעיא היא בנמ' [כ"ב ע"ח] ונ"מ בזה אם הלוקח לא נתן מעות עדיין דלדעה ראשונה מוציאין ממנו ולהי"א כיון שהוא מוחזק אין מוציאין ממנו וכשאמר הוא וכל מה שעליו מכור לך הרי הם מכורים בכל ענין וכן אם אמר כל מה שראוי להיות עליו:

ז אמרו חז"ל [סס ע"ז] דבכל אלו הדברים אין הדמים ראיה בגון שמכר לו הצמד או הקרון ונתן בעדו מאה זו דפשיטא שלא נתן בעד צמד מאה זו וכ"מ אין זה ראיה ורואין את העודף שנתן על שווי המקח דאם העודף הוא בכדי שהרעת מועה יש לזה אונאה ובישל מקח כרין כל מוכר ולוקח אבל אם העודף הוא בכדי שאין הדעת מועה כמו שנתן בער הצמד מאה זו לא בטל המקח ובודאי למתנה נתנם לו דכיון דריב בני אדם אין קורין לבקר צמד ודאי דכונתו היתה על הצמד לבד והמעות היתרים הם מתנה ולכן אם הרבה בני אדם כשמזכירין צמד כוונתם גם על הבקר או הדמים מוריעין ואם עכ"פ בני אדם קורין לצמד בקר ובשמזכירין צמד בלא בקר אומרים מפורש צמד לבד אזי גם בלא הודעת דמים הכל מכור וכתב הטור דבכל זה שאמרנו שאין תלוקח קונה הבקר אפילו לא נתן הדמים עדיין ואפי' תפס הבקר מוציאין ממנו הדמים והבקר ונותנים למוכר דכל דבר שאינו מפני הספק לא מהני תפיסתו ובש"ע לא הוצא זה דאפשר דחז"ל לא בודאי אמרו כן אלא מפני שהמוכר מוחזק ובאמת מעם דמתנה הוא מברא לא קרובה דרובא דאנשי אין נותנים מתנות אמנם זהו וראי כשיש מיעוט שקורין לבקר צמד והלוקח מוחזק וראי יכול לומר קים לי שאני מן המיעוט ונהי שאינו יכול לתופסן מ"מ יכול לבטל המקח והרי אין הולכין בממון אחר הרוב כשיש להמוחזק מענה וטענת קים לי שאני מן המיעוט הוי טענה יפה [הוס' כ"פ סמימים] ואולי בזה גם הטור מודה וכן נראה:

ח המוכר את השפחה מכר כלים שעליה והם הבגדים שלובשת המיד ורם עליה אפי' הם מאה מנה אבל לא מכר התכשיטין שעליה כגו השירים והנזמים והטבעות וקטליאות שבצוארה דבגדים בהכרח שתהיה לבושה לכן נכללים בגופה אבל תכשיטין עיקרן הן רק לנוי ואם א"ל

שפחה וכל מה שעליה מכורים לך הרי כולם מכורים דבלשון זה גם המה כלולים :

ח האומר לחבירו שפחה מעוברת אני מוכר לך פרה מעוברת אני מוכר לך מכר לו גם את הולד וי"א דאפי' מכר לו סתם אם הן מעוברות הולך מכור כשאמר שפחה זו או פרה זו [סמ"ע] אבל אם א"ל שפחה מניקה אני כוכר לך פרה מניקה אני מוכר לך לא מכר לו את הולד דיכול המוכר לומר מה שאמרתי לך מניקה לא היה כוונתי על הולד אלא על החלב שיהיה לך מהפרה והשפחה תניק את הילדים ויד הלוקח על התחתונה אבל במעוברת אינו יכול לומר שכוונתו היתה על החלב שלא ילדה עדיין ואין החלב לפנינו ויותר תלינן על העובר שהוא כלפנינו אבל בחמור כשאמר אפי' חמור מניקה אני מוכר לך ג"כ הולד מכור שאין אדם קונה חמור לחלבה שטמא הוא :

ט האומר לחבירו ראש עבד זה או ראש חמור זה אני מוכר לך כיון דלאכילה אינו שייך בע"כ דהכוונה הוא למכור לו בו חלק כפי שויו של הראש וכיון שהראש הוא אבר שהנשמה תלויה בו ה"ו מכר חציו וכן הדין בכל אבר שהנשמה תלויה בו דמן הסברא היה לו להיות מכור כולו כמו במקדיש בבהמה טהורה אבר שהנשמה תלויה בו שפשטה קדושה בכולה כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפט"ו מקרבנות אלא דבמכר א"א לומר כן דשמא לא מכר לו כולו ובהקדש היו גזירת התורה ובטמאה גם בהקדש אינו כן ולכן במכר מכור מחצה אבל א"ל יד עבד זה יד חמור זה אני מוכר לך ישוטו אותו אבר לאיזה מלאכה הוא ראוי ולפי שויו ישול ובשא"ל ראש פרה אני מוכר לך או שאר בהמה טהורה לא מכר אלא הראש בלבד שהרי ראש הנמכרת תמיד בבית הטבחים וכוונתו פשוטה שכשישחטנה תהיה הראש של הלוקח וכ"ז הוא דעת הרמב"ם ז"ל בפכ"ז ויש שכתבו דכפי גירסתנו בגמ' [ערכין ד':] דנרסינן ראש עבד זה הקדש הוא והקדש שותפין בו ראש עבד זה מכור לך משמנין ביניהן אלמא דבמכירה צריך שומא גם בהראש ולי נראה דהרמב"ם פ' משמנין כמו מחלקין וכן מוכח מרש"י שם שהקשה למה שינה הלשון אלמא דדא ודא היא ושינוי הלשון נ"ל דלשון משמנין הוא לדמי [ספ"ז דב"ב] וכשהמה שותפין בהעבד יוכל אחד לכוף את השני בנוד או אינוד וכהברח או שאחד יקח דמים מהשני או למוכרו ויחלקו הדמים אבל בהקדש לא שייך נוד או אינוד ואף אם נאמר דצריך שומא ביון שהנשמה תלויה בו פשיטא שאינו שוה פחות ממחצה :

יא המוכר את הראש בבהמה נפה לא מכר את הרגלים מכר את הרגלים לא מכר את הראש מכר את הריאה לא מכר את הכבד מכר את הכבד לא מכר את הריאה אבל בבהמה דקה מכר את הראש מכר את הרגלים מכר את הרגלים לא מכר את הראש מכר את הריאה מכר את הכבד מכר את הכבד לא מכר את הריאה ואפילו מכר אחר שחיטה הראש והריאה מכורים הם הרגלים והכבד [סמ"ע] ואין דברים אלו אמורים אלא במקום שאין מנהג ידוע אבל במקום שיש מנהג ידוע הכל הולך אחר המנהג :

יב המוכר את הבור לא מכר מימיו דבבור שמאספין בו מים מבונסין אין המים נכללין במכירת הבור אבל בבאר מים חיים מכר הבאר מכר מימיו [סס] ומכר אשפה מכר זבלה ואשפה נקרא מקום העשוי להנחת הזבל ובטל הזבל להמקום וי"א דגם בבור כשמכירה מכר מימיו אבל מכר הזבל לא מכר האשפה ומכר המים לא מכר הבור או הבאר דהעיקר אינו נמשך אח"ר דכר שנחלף בכך פעם :

יג מכר שובך מכר יונים מכר כוורת מכר דבורים דהיונים נקראים על שם השובך והדבורים על שם הכוורת דעיקרו של שם שובך הוא על היונים ועיקרו של שם כוורת הוא על הדבורים וי"א דה"ה להיפך דכשמכר יונים מכר את השובך ומכר דבורים מכר את הכוורת דאין להשובך ולהכוורת שם כלל לעצמן וכ"ז הוא כשפירש שמוכר לו כל פירות השובך והכוורת אבל אם מכר סתם פירות הכוורת לא מיבעיא שלא מכר הכוורת אלא אף הדבורים לא מכר כולם וכך אמרו חז"ל שלא מכר לו אלא באופן שלא יחרב כוורתו והלוקח יקח ג' נחילים הראשונים והם התבורות הנולדות ראשונה שבן דרך הכוורת שבתחלת ימות הקיץ יוצא מן הכוורת נחיל של דבורים ילדות שילדו האמהות ויושבין על ענף האילן וסביא כוורת חדש ומכנסין לתוכו וכן לסוף ט' או י' ימים יוצא נחיל אחר וסביא כוורת אחרת ריקנית ומכנסין לתוכו וכן השלישי [רשב"ס פ"] ומכאן ואילך נוטל הלוקח נחיל ומניח להמוכר נחיל כדי שתתיישב הכוורת וכן בשובך אם מכר לו סתם פירות שובכו אינו יכול ליטול כל הגוזלות שילדו בו מעתה מפני שהאמהות בורחות ונמצא שיחרב השובך אלא מניח מהם כדי ליישב השובך וכמה מניח אם היו בו אמהות ובנות בעת מכירתם מניח בריכה ראשונה שילדו האמהות לאחר המכירה ודרך היונים לעשות שני ולדות בכל חדש זכר ונקבה וכל שני ולדות נקראו בריכה ומניח להמוכר את הראשונה כדי שיצטיינו האמהות עם הבריכה הראשונה ועם הבנות שעמהם שנולדו ממנה כבר בשעת המכירה ומה שילדן מהאמהות משם והלאה יקחם הלוקח דקים להו לחז"ל דכל אם מוכרחת להיות לה צוותא עם שני זוגות היוצאות ממנה וכן מהבנות שהיו בעת המכירה מניח ממה שילדו אחרי המכירה שתי בריבות כדי שיצטוותו הבנות עם שתי זוגות שהולידו וכל הנולד מאחרי שתי בריכות של הבנות ואחר בריכה ראשונה של האמהות שייך הכל ללוקח ושאלו בגמ' [סס] למה לנו להניח להבנות שתי בריכות ליהוי די בבריכה אחת ויהיה לה צוותא עם אמה ועם בתה והשיבו דהאם יש לה צוותא בבתה אבל הבת אין לה צוות על האם וכל זה הוא לפי' הרמב"ם בהסוגיא אבל רשב"ם

רשב"ם מפרש דדי בבריכה אחת לכל אם ודבר זה תלוי במנהג המקומות כמ"ש בסי' ריי"ד ובכל דברים אלו אין חילוק בין מכר למתנה ואע"ג דלענין דברים המחוברים יש חילוק כמ"ש בסי' רט"ו אבל בסטלטלין אין חילוק וכן בהקדש כמ"ש בסעיף א' וכבר בארנו רבבי"מ שאמרו חו"ל שאין הלוקח קונה זאת לא מהני בייחה ואף אם לא נתן מעות עדיין מוציאין ממנו ונותנין להמוכר אבל לא בדבר שהוא ספק :

סימן רכא [מוכר אומר במאתים מכרתי ולוקח אומר במנה ובו ג' סעיפים] :

א המבקש לקנות מחבירו מקח מוכר אומר במאתים אני מוכר לך והלוקח אומר איני לוקח אלא במנה והלך זה לביתו ווה לביתו ואח"כ נתקבצו ומשך זה החפץ סתם אם המוכר הוא שהגבע את הלוקח ונתן לו את החפץ אינו נותן אלא מנה דכיון שהוא היה התובע בקיום המקח ונתנו סתם וראי נתרצה לדעת הלוקח מה שרצה כבר ליתן ואם הלוקח היה התובע כגון שבא ומשך החפץ סתם צריך ליתן מאתים דודאי הסכים לדעת המוכר וכמו דאמרינן בקדושי אשה כשרצה לקדש אשה ע"מ שיתן לה מנה והיא אומרת ע"מ שיתן לה מאתים והלכו ואח"כ נתקבצו וקדשה סתם אם הוא אמר לה בא ואקדשך נותן מאתים ואם היא אמרה בא וקדשיני נותן מאה בסי"ש באה"ע סי' כ"ט וכן בכל הענינים כמו הרוצה לשכור פועל ואמר אתן לך דינר ליום והפועל מבקש שני דינרים ליום והלכו זה מזה ואח"כ נתקבצו ועשה סתם אם הבעה"ב בקש אותו לעשות משלם שני דינרים ליום ואם הפועל בקש את הבעה"ב או שבא ועשה סתם אינו נוטל אלא דינר וכן בקבלנות וכן בכל הדברים שבעולם כשתחלה היו מחולקים בפרטים ואח"כ נתחברו ולא דברו בהפרטים הדבר תלוי מי היה המעורר אח"כ לקיים הענין מסתמא הסכים להשני :

ב ואם בתחלה היתה קציצה ביניהם כגון שהושוו כך וכך בער המקח וקודם הקנין חזר אחד מהם כגון שאמר המוכר אין רצוני ליתן במקח וה אא"כ תוסיף כך וכך ונתבטל המקח לשעתו ואח"כ באיזה משך חזרו ונתחברו ומשך המקח סתם וראי על קציצה הראשונה קנה אף אם הלוקח היה המתחיל ולא דמי להדין הקודם שאמרנו דמסתמא הסכים לדעת המוכר דבשם לא היתה קציצה אבל כשהיתה קציצה אף שלא נגמר הקנין אז והמוכר חזר בו מ"מ אח"כ כשנתרצו סתם ודאי נתרצו שניהם אקציצה ראשונה [סמ"ע] וכה"ג אמרינן ברין פועלים דכששכר את הפועל ליתן לו ד' דינרים והוזלה המלאכה וחזר בו הבעה"ב והלך הפועל ופייס את הבעה"ב שיעשה אצלו ועשה סתם נותן לו ד' דינרים אף שמקודם לא רצה ליתן רק שני דינרים מ"מ כיון שהיתה קציצה מקודם אמרינן דעל דעת קציצה הראשונה נתרצו כמ"ש בסימן של"ב :

ג ויש חולקים בזה דבפועל לא אמרינן דין זה אלא במקום שיש תרעומות להפועל על חזרתו של בעה"ב כגון ש־פסיד מלאכה ע"י זה אבל במקום שאין תרעומות אין להם דין זה ולכן במקח כשחזר המוכר קודם הקנין שאין שייך תרעומות בזה לא אולינן אחרי הקציצה הראשונה ואם בא הלוקח אח"כ ומשכו סתם אמרינן דהסכים לדעת המוכר כמו בדין הקודם [ס"ז ועב"ס סס סקכ"ה וזו"ק] וי"א דגם במקח תלוי הדבר בתרעומות ע"פ מה שנתבאר בסימן ר"ד דגם בדברים בעלמא יש בו משום מחוסרי אמנה וכיון שהושוו בהקציצה יש בהחזור משום מחוסרי אמנה ויכול לישא עליו תרעומות ולכן אמרינן דעל דעת קציצה ראשונה משך וכן הסכים המוכר ולכן כשנשתנה השער והוקר למאן דס"ל דאין בזה משום מחוסרי אמנה דינו כבסעיף א' [קל"ה] ומ"מ אין תרעומות זה בבפועל שהפסיד על ידו ולכן נראה עיקר כדעה ראשונה וכשיש הכחשה בין מוכר ללוקח יהבאר בסימן רכ"ב :

סימן רכב [שנים חלוקים על המקח ושארי טענות שבין מוכר ולוקח ובו י"א סעיפים] :

א אמרו חז"ל בקדושין [ע"ב:] נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי בד"א בזמן שמקחו בידו אבל אין מקחו בידו אינו נאמן ובדנקיט זוזי מתרוייהו ואמר חד מדעתי וחד בעל כרחי ולא ידיע הי מדעתו והי לאו מדעתו ויש מרבותינו שפי־שו דהכי הוה עיקא דמילתא דכששנים מעוררים על המקח זה אומר לי נמכר וזה אומר לי נמכר ושניהם נתנו לו דמים בזמן שמקחו בידו נאמן לומר לזה מכרתי ברצון וזה נתן לי מעותיו בע"כ אבל כשאין מקחו בידו ושניהם אוחזין בהמקח [כ"מ] אינו נאמן משום דאחר שהוציאו מת"י לא רמי עליה למידק ואינו נאמן אפי' כשאומר זכור אני ומפלא הוה דינם כדין שנים אוחזין בטלית שבסימן קל"ח ואם לא קיבל דמים אלא מאחד נאמן לומר מזה קבלתי ונתייתי למכור לו אפילו כשאין המקח ת"י ואע"ג דאינו אלא עד אחד ומינו אין לו שימסור למי שירצה ולמה יש לנו להאמינו יותר מעד אחד דעלמא מ"מ זהו כעין תקנה להאמין להמוכר משום דהרבה פעמים אין עדים בדבר והוי כנאמנות המילדת באה"ע סי' ד' [ל"ן] וי"א דזהו דוקא

דוקא כשהלוקחין עומדין לפניו [סמ] וזהו שיטת רש"י והרי"ף לדעת הרא"ש והוסיף עוד דבדנקיט זוזי מחד נאמן אפי' לומר שנתרצה להאחר ווה השליך מעותיו בע"כ :

ב ויש מרבותינו שאומרים דבאין מקחו בידו אינו נאמן יותר מער אחד דעלמא ובמקחו בידו נאמן מטעם מיגו שיכול למסור למי שירצה ואם קבל מאחד אינו נאמן לומר שמכר להשני אף כשמקחו בידו דזהו כמיגו במקום עדים דאנן מהדי שנתרצה למי שנתן המעות ומה שאמרו חז"ל בדנקיט זוזי מתרוייהו קאי אמקחו בידו ובדנקיט זוזי מתרוייהו ואינו זוכר למי מכר ברצון נשבעין שניהם ונוטלין כל אחד חציה כדין שנים אוחזין בטלית ואין חילוק בין המקח ביד המוכר ובין שהוא ביד שניהם ובאין מקחו בידו גם הם אינם מוחזקים בו הוי דינא כל דאלים גבר ואם גבר אותו שהמוכר מסייעו אין כאן שבועה דער המסייע פוטר משבועה ואם גבר השני ישבע להכחיש את המוכר [טור] וזהו שיטת התום' והרא"ש ור"ח ומור :

ג והרמב"ם ז"ל כתב בפ"כ נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי אימתי בזמן שהמקח יוצא מת"י אבל אם אין המקח יוצא מת"י הרי הוא עד אחד בלבד ודינו בעדות זו כדין כל אדם שהרי אינו נוגע בעדותו ולפיכך אם נטל הדמים משנים ונטל מאחד מדעתו ומאחד בע"כ ולא ידע ממי נטל מדעתו ומסי בע"כ בין שהיה המקח בידו בין שהיו שניהם חפוסים בו אין כאן עדות כלל וכל אחד מהם נשבע כתקנת חכמים בנ"ח ונוטל חצי המקח וחצי הדמים עכ"ל וכ"ה המקח בידו ונקיט זוזי מחד אם נאמן לומר שמכרו להאחר לא ביאר הרמב"ם ולדעת רבינו הב"י ס"ל דאינו נאמן ולפ"ז דעתו כדעה הקודמת ואם אין עדים ממי קיבל המעות נאמן המוכר לומר מזה קבלתי וי"א עוד דכשאין עדים היודעים ממי קיבל נאמן המוכר לומר קבלתי מראובן ונהרציתי לשמעון במיגו שהיה אומר לא קבלתי מראובן כלל דדוקא כשידוע בעדים אינו נאמן אבל בלא עדים נאמן [ס"ך] ובן נראה דעת רבינו הרמ"א שכתב לא שנא נקיט זוזי מחד ל"ש נקיט זוזי משנים ונאמן לומר שאחד מהם נתן בע"כ עכ"ל וצ"ל דכוונתו כשאין עדים וכמו שנתבאר ואפי' נגד עד אחר נאמן המוכר כיון שמקחו בידו :

ד ולדינא הכריע אחד מהגדולים דאם לא היה קנין עדיין משניהם אפי' אחד עשה קנין והמוכר מכחישו ואומר שלא נתרצה במכירתו ובע"כ עשה נאמן המוכר דכיון שבשעה שמכחישו הוי המענה נגד עצמו ויש לו חזקת ממון וחזקת מרא קמא וממילא דיכול אח"כ להקנותו לאחר בקנין אבל כשכבר עשו שניהם קנין בעדים ויש עדים שנתרצה לאחד מהם שא"ל משוך וקני רק שאין יודעים למי נתרצה ועכ"פ ירוע ע"פ עדים שהמקח הוא לאחד מהלוקחים ולא להמוכר ואין מענת המוכר לעצמו בזה אינו נאמן לומר שנתרצה למי שלא קיבל המעות אפי' לא נתברר ממי קיבל רק ע"פ המוכר ואינו נאמן במיגו שהיה אומר על המעות שקיבלכ מראובן שקבל אותם משמעון דאין זה מיגו טוב מה שהיה ביכלתו לגזול ולתת לאחר ואם ירוע בעדים שנתרצה לראובן כשנתן המעות ואח"כ עשה ראובן משיכה לכ"ע אין המוכר נאמן לומר שחזר בו אחר נתינה המעות קודם המשיכה עד שיברר בעדים [סמ] וכ"ז הוא כשהמקח ת"י המוכר :

ה וכשאין מקחו בידו ונתבאר דהמוכר הוי כעד אחד ולמי שמסייע פטור משבועה ולמי שאינו מסייע מחייבו שר"א להכחישו והו דוקא בשכל אחד מהם טוען שהמוכר מכר לו וחבירו תופסו בגזילה ופוטרים שניהם את המוכר משבועה אבל בשהשני טוען שהמוכר מכר לו בקנין ברצונו ואח"כ פשע ונתנו להאחר הרי המוכר חייב שבועת היסת נגד טענתו וממילא שאינו בר עדות דכל עד הצריך שבועה אינו עד כמ"ש בסי' קכ"א והוקא כשהלוקח טוען שעשה קנין אבל בטענת נתינת מעות לבד אף דחייב מי שפרע מ"מ לא מצינו שע"י חיוב זה יספל לעדות [ס"ך] ואף בקנין אינו אלא בשהמקח שוה יותר מהדמים שנתן דאל"כ אין כאן כפירת ממון ואינו עד הצריך שבועה [סמ] :

ו הלוקח מקח מאחר מחמשה בני אדם וכל אחד מהם תובע אותו ואומר אני הוא בעל המקח והוא אינו יודע ממי מהם לקח מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק ואינו דומה למ"ש בסימן שם"ה בגזל אחד מחמשה דצריך להחזיר לכל אחד כשתובעין אותו דהתם עשה עבירה וכדאי שישלם לכל אחד אבל במקח למה ישלם יותר ואע"נ דגם בלא עבירה מצינו שמשלם לכל אחד בפקדון כששנים הפקידו אצלו בשתי כריכות זה מנה וזה מאתים וכל אחד אומר המאתים שלי וכ"ש כשרק אחד מהם הפקיד וכל אחד אומר אני הפקדתי דמשלם לכל אחד כמ"ש בסימן ש' גם בשם הוי הטעם דהוה ליה למידק מי הפקיד אצלו דפקדון הוא למשך זמן ופשע במה שלא דקדק מי היה המפקיד אבל במקח דסבור שמיד יבא המוכר ויטול מעותיו לא ה"ל למידק [ס"ך] ולפ"ז אם לקח בהקפה על זמן דמי לפקדון [סמ] ולדעה זו אם לקח מאחר בהקפה ואח"כ תבעוהו שנים או יותר צריך לשלם לכל אחד ולא משמע כן מכל הפוסקים וראיה לזה דהא דין זה הוא ג"כ בקרושי אשה לענין בהובה כמ"ש באהע"ז סימן מ"ט והש"ם ביבמות [קי"ח:] מדמה סכר לקרושין והרי הכתובה התשלומין הוא על זמן מרובה ועוד דוה שאמרו חז"ל בפקדון דהו"ל למידק פירושו שהיה לו לכתוב על כים הפקדון שם המפקיד כמ"ש הרמב"ם בפ"ה משאלה ובמקח לא שייך זה ועוד דלנבי פקדון הוא שומר ורמי עליה למידק אבל הלוקח במעות מקחו אין להמוכר עסק בשמירת הלוקח מעותיו ואף אם יאנסו ישלם אחרים אפי' בשייחד לו מעות אלו הנמצא אצלו שישלם

בהם ואין עליו תורת שמירה כלל ולכן העיקר לדינא דבמקח א"צ לשלם לכולם בכל ענין ואף לצאת י"ש אינו מחוייב [ולכן הס"ם שם מדמי מקח לקדושין וכ"מ ל"ז מדמס מקדין לגזל וכ"ל דגס הס"ך מספמס בעלמס קלמר ולס לדינס] :

ז מה יעשה בהדמים יניחם בכ"ד ויזכו עד שיודו או עד שיבא אליהו וי"א דא"צ להניח בב"ד אלא יהיו בידו [ס"ך] אם אינם מתרצים שיניח ביניהם ויסתלק ונ"ל דגם לדעה זו אם אומרים אין רצוננו להניח המעות אצלך והביאם לב"ד מחוייב לעשות כן כיון שכולם אומרים כן וי"א שהלוקח ישבע היסת שאינו יודע ממי לקח [סס] כיון שכל אחד טוען עליו טענת ברי ותמיהני הרי אין כאן כפירת ממון שנחייבנו שבועה והרי הוא מוציא מת"י והכפירה ביניהם הוא ודאי דלאחר מהם יבולים לומר השבע ושוב אבל איזה שבועה יש להם עם הלוקח ואפשר דאף הי"א לא קאמר רק כשמניח המעות ת"י [וכס"ך סוס לסיסמו ודו"ק] :

ח כתב רבינו הב"י בסעיף ב' דאם הלוקח הוא חסיד נותן דמים לכל אחד ואחד כדי לצאת י"ש עכ"ל וחסיד עדיף מירא שמים דירא שמים אין רצונו לוותר משלו בעסק משא ומתן והחסיד מוותר משלו [סכה ק"ך]: ודוקא כשלקח מאחד מהם והובעין אותו אבל אם לקח מאחד מאבותיהם ואין תובעין אותו רק הוא אומר לקחתי מאחד מאבותיכם ואיני יודע ממי א"צ ליתן לכל אחד אף בבא לצאת י"ש [סמ"ע] ויש חולקים בכל זה ום"ל דבמקח ביון דלא עביד איסורא ולא פשע פטור אפי' לצאת י"ש מלשלם לכל אחד [ט"ך] וזהו דעת הרמב"ן והרשב"א [כה"מ פ"כ] וי"א ודאי מדינא אף לצאת י"ש פטור ום"ם החסיד ראוי לו לעשות בן ממדת חסידות [קנס"מ] :

ט לקח מקח מחמשה בני אדם מאחד מהן וכפר בו ונשבע על שקר ועשה תשובה והוא ריוצה לשלם וכל אחד תובע אותו ואמר אני הוא שכפרת בי ונשבעת לשקר והוא אומר איני יודע חייב לשלם לכל אחד ואחד מפני שעבר עבירה קנסינן ליה כמו בגזל וה"ה אם לא עשה השובה נמי דינא הכי [סס] אלא דאורחא דמילתא כן הוא דכשעשה תשובה יציית דינא וישלם לכל אחד ואחד :

י הרי שטען על חבירו ואמר מברת לי בקנין והוא אומר לא מכרתי ויש ו יניהם תביעת ממון כגון שהלוקח אומר נתתי לך המעות או שאומר שהמקח שוה עתה יותר [כ"ל] או שגם המוכר טודה שמכר לו אלא שהלוקח אומר נתתי לך המעות והוא אומר לא נתת או שהמוכר אומר שרק מקצת המעות קיבל או שיש ביניהם הכחשה בהמקח שהלוקח אומר במנה לקחתי ממך והוא אומר במנה ועשר או שהלוקח טוען מעות נתתי ולא משכתי עדיין את המקח ומצאתי בו עתה מום או משכתיו ולא ראיתיו בולו בשעת המשיכה ועתה נמצא בו מום והמוכר אומר כבר משכת וראית ונתרצית או שאחד מהם אומר תנאי היה בינינו ולא נתקיים התנאי והשני מכחישו בכל אלו המענות וביוצא בהם המוציא מחבירו עליו הראיה ואם המוציא לא הביא ראיה ישבע המוחזק שבועת היסת ובטענה שיש בה הודאה במקצת או שיש עד אחר להכחישו נשבע שבועת התורה בכבול הטענות וצריכין ב"ד לראות מי הוא עתה המוחזק ומי הוא המוציא דהשבועה היא להמוחזק לישבע וליפטר ויכול להפך על השכננדו ובשד"א אינו יכול להפך כמ"ש בסימן פ"ו :

יא כתב רבינו הרמ"א דיש מי שכתב האומר שדה מברתי ואיני יודע למי ובא אחד ואמר אני הוא הלוקח נאמן עכ"ל וי"א דיכול המוכר להשביעו [לבוס] ואף שאין נשבעין על טענת שמא מ"ם כשבא להוציא יכול המוחזק להשביעו גם בטענת שמא [סמ"ע] וי"א דאין לשבועה זו מקום ביון שהמוכר מודה שאינו שלו ולזה אין עתה מי שיכחישנו כמה ישבע הלא יאמר למוכר לאו בע"ד דידי את ואי משום שמא יבא אח"כ אחר ויאמר דלו מברת יקוב אז הדין את ההר [ע"ז] ורבים חולקים בעיקר דין זה וס"ל דאינו נאמן בלא ראיה וכן הוא בירושלמי פ"נ דקדושין הלכה ז' [ס"ך וכנה"ג] וישׁ טרצה לחלק בין יודע לאיזה שדה מכר לאינו יודע ואינו כן [וע' ירוסלמי יבמוס פ"כ סל' י"ס ודו"ק] ואם יש לו עד אחד ודאי דנאמן כרמוכח בשהע"ז סי' ל"ז ע"ש :

סימן רכג [המחליף פרה בחמור וילדה ושתי שדות שזה אומר זו מברתי וזה אומר אחרת וכו ה' סעיפים] :

א המחליף פרה בחמור ומשך בעל הפרה את החמור והפרה עדיין בביתו ום"ם קנה אותה בעל החמור כמ"ש בסי' קצ"ה דבחליפין לא בעינן משיכה ובתוך כך ילדה הפרה ואין ידוע מהי לדה דאם ילדה אחר משיכתו את החמור שיך הולד לבעל החמור כנון שא"ל פרה זו דבבה"ג קנה הלוקח גם הולד כמ"ש בסי' ר"ך סעיף ט' וטיגן בעל הפרה שילדה קודם שמשך החמור ובעל החמור טוען שאח"כ ילדה וכן המוכר שפחתו בקנין כסף וקבל המוכר את המעות וא"ל שפחה זו אני מוכר לך ובתוך כך ילדה ואמר המוכר שילדה קודם שקבל המעות והלוקח אומר שילדה אח"כ על הלוקח להביא ראיה ולא מיבעיא אם המוכר מוחזק בהפרה והולד ובהשפחה והולד אלא אפי' אינם ברשותו שעומדות באנם או ברה"ר [ט"ך] או ברשות אחרים ביון שלהמוכר יש חזקת מרא קמא

קמא ולהלוקח אין שום חוקה הממע"ה ואפי' הלוקח טוען ברי והמוכר טוען שמא לא אמרינן דברי ושמא ברי עדיף דחזקה עדיפא מברי ובך אמרו חז"ל [רפ"ס דב"ק] וה כלל גדול בדין הממע"ה אפילו אם התובע טוען ברי והנתבע שמא ואפי' אין הנתבע מוחזק מסש אלא שיש לו חזקת מרא קמא נחשב ההובע למוציא ועליו הראיה וכ"ש אם שניהם טוענין שמא אמנם אם הלוקח מוחזק בהם שתפס הפרה עם הולד והשפחה עם הולד או על המוכר להביא ראיה דחזקה ממש עדיפא מחזקת מרא קמא ודוקא כששניהם טוענים ברי או שניהם טוענים שמא וכ"ש כשהלוקח טוען ברי והמוכר שמא אבל אם הלוקח טוען שמא והמוכר ברי אין חזקתו מועלת ואע"ג דבמוכר מהני לשמא שלו אף חזקת מרא קמא וכ"ש חזקה ממש ולמה בלוקח אינו מועיל אף בחזקה ממש משום דלא דמי דחזקתו של המיכר אף בחזקת מרא קמא חזקה אליסתא היא אף כשטוען שמא דהא עד הגה היה ודאי מוחזק בה משא"כ חזקת שמא של הלוקח אינה חזקה כלל להכריע מענת ברי של המוכר דאיך נזכהו מפני חזקתו כיון שהוא עצמו אומר שאינו יודע אם הוא מוחזק כלומר אם חזקתו חזקה אם לאו ום"מ יש מהגדולים שכתבו דגם אצל הלוקח מועלת חזקתו אף בשמא כיון שהוא מוחזק עכ"פ [צמוס' ג"מ ק' ד"ס ולימז] :

ב והרמב"ם ז"ל כתב בפ"כ המחליף פרה בחמור וילדה

וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר ער שלא מכרתי ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה אפי' אמר המוכר איני יודע על הלוקח להביא ראיה אע"פ שהפרה עומדת באגם והשפחה עומדת בסימטא הרי הן בחזקת המוכר עד שיביא הלוקח ראיה לא הביא ראיה ישבע המוכר בנק"ח על ולד הפרה אבל על ולד השפחה אינו נשבע אלא היסת שאין נשבעין בנק"ח על עבדים זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינם ברשות אחד מהם יחלוקו עכ"ל והקשו עליו הטור והמגיד משנה דהא קי"ל המע"ה אפי' בברי ושמא דלא כסומכום דס"ל ממון המוטל בספק חולקין כמ"ש הרמב"ם עצמו בפ"ם מנוקי ממון ואפי' בעומדת באגם [ב"מ ק"י] וכ"ש בשמא ושמא ואיך פסק דיחלוקו ועוד הלא הוא עצמו בתחלת דבריו פוסק כן והמפרשים נרחקו מאד בדבריו ולא העלו ארוכה ולענ"ד נראה ברור דהרמב"ם ס"ל בשמא ושמא בעומדת באגם הכל מודים דיחלוקו [וזהו טיעת הרי"ף שם לפסוק כרבא ומ"ש שם מני סומכום כ"ל דבזב כ"ע כסומכום ס"ל כמ"ש סמגמ"י שם ופוסכרמו לזה מילוסלמי שם דמוקי כסומכום ובצ"ב ל"ל כן וזו"ק] ועוד ס"ל להרמב"ם דכשהלוקח טוען שמא עדיף מכשטוען ברי דכשטוען ברי אומרים לו הבא ראיה כיון שידוע לך בבירור כן משא"כ כשטוען שמא שאין ביכלתו להביא ראיה וביון שנם המוכר טוען שמא ושניהם אינם מוחזקים ממש לא חשיבא חזקת מרא קמא להפסיד את הלוקח בודאי כיון שא"א לו להביא ראיה ועוד דהלוקח יש חזקת מעוברת להבהמה דהשתא קא ילדה [עמוס שם ל"ס שם מני] נרבותינו בעלי הש"ע הביאו שתי הדעות ולא הכריעו [ולפמ"ש מ"ם מס שהקשו על סרמ"ם מה סוסיף על סמחבר והלמת מסוס לסרמב"ם סיו ממש לסיפך וזו"ק] :

ג זה אומר ברשותי ילדה והאחר שותק זכה המוען בהולד

דשתיקה כהודאה דמיא ולא מהני אף כשהשותק מוחזק כיון שהודה לו [ל"ל] ונ"ל דלא אמרינן שתיקה כהודאה דמיא אלא במקום דהוה ליה לסידע אבל בלא זה לא הוי שתיקה כהודאה דגם באיסורין כן הוא כם"ש בי"ד סימן קכ"ו דבשלא היה לו לדעת לא מיחשב שתיקתו כהודאה ואף שאפשר לחלק דבאיסור כיון שהדבר אינו נוגע רק לו לבדו שפיר אמרינן כן אבל בממון שנוגע לאחר לא ה"ל לשתוק והיה לו להשיב מי ייער שכן הוא אלא מדשתיק ש"מ דמאמינו ששלו הוא מ"מ אין לחלק בזה ובשתק ולסוף צווח אפשר דהדין כמו בסימן קל"ח :

ד מי שהיו לו שני עבדים גדול וקטן או שתי שדוה גדולה וקטנה הלוקח אומר גדולה לקחתי והמוכר אומר קטנה לקחת על הלוקח להביא ראיה ואם לא הביא ראיה ישבע המוכר היסת שלא מכר לו אלא הקטן ושבועת התורה אין כאן אף שהוא מודה מקצת דאין נשבעין שר"א על עבדים וקרקעות ועוד דהקטן הרי נותן לו מיד וה"ל הילך ועוד רמה שטענו לא הודה לו והוה כתובעו מנורה גדולה והודה לו מנורה קטנה אחרת כם"ש בסימן פ"ח אמנם אם יש שם הודאה מקצת ממטלטלין שחייב עליהן שר"א ישבע בנלגול גם על הקרקעות והעבדים וכיצד יכול להיות בזה הודאה ממטלטלין בגון שתובעו שדה גדולה עם העמרים שבה שלקח ממנו ומודה לו בשדה קטנה עם עמרים פחות מתביעתו וכן שתבעו עבר גדול בכסותו של עשרים אמות והודה לו בקטן עם כסות של עשר אמות שלא נתפר עדיין הכסות דאל"כ הרי הם כשני מינים ולא אמרינן דהם מפלים להשדה ולהעבד ואינו חייב עליהן שד"א נ"כ אלא חייב בשד"א עליהם ובנלגול גם על הקרקע והעבד :

ה אמר הלוקח גדול לקחתי והמוכר שותק זכה הלוקח

בגדול אף כשהמוכר מוחזק בו דשתיקה כהודאה דמיא ואם אמר המוכר איני יודע על הלוקח להביא ראיה דלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף להוציא ממון כמ"ש ואם לא הביא ראיה ישבע המוכר היסת שאינו יודע ונותן לו הקטן ויטול הגדול דכל שבועת היסת ביכולת להפכה ושישבע ויטול הגדול ואם יש עסק שבועה דאורייתא ביניהם כגון שתובעו שני עבדים בכסותם והודה על האחר ועל השני אמר איני יודע מתוך שאיל"מ [מור] :

אמרו

סימן רכד [המהליף פרה בחמור או קנה פרה ונמצאת טריפה ובו ד' סעיפים]:

א אמרו רז"ל בכתובות [ט"ו:] דכל מי שנולד ספק [לגריעותא] ברשותו עליו להביא ראיה כיצד המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור או נגנב או נאבד [כס"מ] ואינו ידוע אימתי מת קודם משיכת הפרה או אח"כ על בעל הפרה להביא ראיה דכיון שהחמור נקנה לו בכל מקום שהוא ע"פ משיכת בעל החמור את הפרה כמ"ש בס' קצ"ה הרי החמור ברשותו של בעל הפרה ועליו להביא ראיה וכך אמרו חכמי צרפת ואשכנז דכל מי שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה בין להוציא בין להחזיק ממון שבידו [נמ"ח] וכיון שמשך בעל החמור את הפרה מקרי החמור כעומד ברשותו של בעל הפרה אף שהוא עדיין ברשות הקודם ואין להקשות דא"כ למה פסקינן דכשתפס הלוקח את הפרה וילדה על המוכר להביא ראיה כמ"ש בס' הקודם ולמה לא נאמר דכיון שהיא ברשותו עליו להביא ראיה דבאמת לא דמי דבשם כיון שהוא לטובתו שיוכה בהולד ודאי כיון שהוא מוחזק זכה כדין כל החזקות והבא להוציא מידו יביא ראיה אבל כשהחזקה היא לגריעותא דילמא ואדרבא טובתו כשנאמר שהגריעותא לא היתה בחזקתו א"א לומר שיוכה מפני חזקתו ואדרבא הרי זכותו הוא כשנאמר שלא היתה הגריעותא בחזקתו ולכן שפיר אמרינן דכיון שברשותו נולד הספק יביא ראיה שהגריעותא לא היתה ברשותו עדיין [כ"ל] ואם אינו מביא ראיה ישבע המוכר שלא ידע ממיתתו בשעה שמשך את הפרה וגם לא היה חולה באופן שלא היה בו אונאה ופטור וכן פסק רבינו הרמ"א:

ב אבל רבינו הב"י העתיק דברי הרמב"ם פ"ב שכתב כל מי שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה כיצד המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת הפרה וכן כל כיוצא בזה עכ"ל וזהו שיטת הרי"ף ג"כ דרשות נקרא במקום שהחמור עומד שם כשהגריעותא נולד שצריך בעל הרשות להביא ראיה משום דאמרינן כאן נמצא וכאן היה ולכן יש מי שאומר דכשמת באגם או ברשות אחר צריך בעל הפרה להביא ראיה [סמ"ע] וכ"כ הטור [וכס' מל"ו סי' מ"נ בתרגו בזה בס"ד]:

ג מחט שנמצא בעובי בית הכוסות ונקבה אותו נקב מפולש אם נמצא עליה קורט דם בידוע שנטרפה קודם שחיטה לפיכך אם הגליד פי המכה שעלה עור דק על המכה בידוע שזו נטרפה ג' ימים קודם שחיטה דבפחות מזה לא היה נגלד ולכן אם שחטה בתוך ג' ימים לקנייתה נתוודע שנטרפה ביד המוכר ואם לא הגליד פי המכה או ששחטה אחר ג' ימים לקנייתה ה"ז ספק אימתי נטרפה ואף בשלא חוגלד יכול להיות שנטרפה מכבר וכיון שהוא ספק על המטבח להביא ראיה שקודם לקיחתו נטרפה שהרי ברשותו נולד הספק ואמרינן כאן נמצא כאן היה ואם לא הביא ראיה ישלם הדמים להמוכר אף בשלא נתן מעות עדיין ומוציאין ממנו ונותנין להמוכר דכלל גדול הוא בריעותא הנמצאת שברצון הלוקח לבטל המקח באיזה רשות שנמצא עליו להביא ראיה בין להוציא בין להחזיק ואם היתה המשיכה והשחיטה שלא ברשות המטבח אלא ברשות אחר או בסימטא לדעת הרא"ש על המטבח להביא ראיה ולהרמב"ם כיון שאין הריעותא ברשותו של המטבח א"צ להביא ראיה [ע"ז] וצריך לראות מי הוא הבא להוציא דאם הלוקח לא נתן מעות עדיין מקרי בעל הבחמה המוציא ועליו הראיה וכסימן רל"ב סעיף כ"ד יתבאר דלפעמים על הלוקח להביא ראיה אף בשאינו בא להוציא כגון שיש חזקה או רובא המסייע להמוכר ע"ש:

ד מעשה בראובן שהחליף סוסו על ייינו של שמעון וכאשר משך שמעון הסוס נקנה מיד היין לראובן כדין חליפין ובתוך כך בא אנס אחד ולקח הסוס משמעון במענה שהסוס נגנב ממנו ולא הביא שום ראיה על זה ורצה שמעון לבטל החליפין ולהחזיק ביינו ופסקו הגדולים דאם ראובן מודה שנגנב הסוס מהאנס הוי מקח טעות ויישאר היין ביד שמעון אבל אם ראובן אינו מודה אמרינן דהאנס משקר וצריך ליתן היין לראובן דמזליה גרם וראובן א"צ אפילו שבועה דאין נשבעין על טענת שמא כשאין רגלים לדבר [הגר"מ] ורבני האנס בלא שום ראיה לא מקרי רגלים לדבר דמסתמא משקר:

סימן רכה [דין אחריות וקבלת אונס שאירע או התנה בפירוש שאינו מקבל אחריות ובו ו' סעיפים]:

א כבר נתבאר בס' ל"ט חיוב אחריות בהלואה וכן המוכר חייב באחריות כשנטרפה הקרקע מהלוקח בסיבתו בגין שבעל חובו טרפה בחובו ואף בשלא נכתב האחריות בשטר דהלכה פסוקה היא אחריות ט"ס הוא דלא שדי אינש ווזי בכדי ויש במכר שלשה מיני אחריות זו למעלה מזו הקטן שבכולם הוא אחריות דנפשיה שהמוכר

שהמוכר עצמו לא יקחנה מהלוקח ויתבאר בסימן רכ"ו למעלה ממנה אחריות שמחמתו שבא בעל חובו של המוכר וטרפה בחובו ולמעלה מזה אחריות דעלמא שבא נגזל וטרפה ובכל מיני האחריות חייב אף בסתם אמנם כשפירש בהשטר אחריות דנפשיה אינו חייב בשלמעלה ממנה דנראה להדיא מדפירש זה מין האחריות לא שיעבר עצמו יותר ואם פירש אחריות דבע"ח כ"ש שחייב באחריות דנפשיה אבל אינו חייב באחריות דעלמא ואם פירש אחריות דעלמא חייב בכולן וי"א דכשנשתעבד באחריות דבע"ח כ"ש שחייב באחריות דגזילה כשנזל בעצמו אבל בלקח מגזלן אינו חייב באחריות ועמ"ש בסעיף ה' [עגמ"מ] :

ב לפיכך כל המוכר קרקע או עבד או מטלטלין ה"ז חייב באחריותן כיצד אם בא אחד והוציא המקח מיד הלוקח מחמת המוכר חוזר הלוקח ונוטל דמיו מהמוכר וגם חצי שבח גובה כמ"ש בסימן קע"ו וכך הוא הדין בכל ממכר אע"פ שלא פירש הלוקח דבר זה בשעת הקנייה ואפילו מכר הקרקע בשטר ולא הזכיר בו אחריות ה"ז חייב דאחריות ט"ס הוא ודע דבקרקע שייך כל מיני אחריות שזכרנו אבל במטלטלין ליכא רק אחריות דגזילה דבע"ח אינו טורח מטלטלין מלקוחות שקנו מהלוה אפי' שיעבד לו ממלטלי אנ"ק ואפי' עשאן אפותיקי כמ"ש בסימן ס' ועבדים אינו גובה רק באפותיקי כמ"ש בס' קי"ז וע"ע דגם בחליפין אמרינן אחריות ט"ס הוא דלא כיש מי שחולק בזה [קלס"ח סי' קע"ז] :

ג בד"א שהמוכר חייב באחריות כשהטורף הוציא את המקח מיד הלוקח בב"ד כגון שהיה המקח מטלטלין והיו גנובים או גזולין או שהיה המקח קרקע גזולה או שבא בע"ח של מוכר וטירפה מהלוקח וכל זה נתברר ונעשה ע"פ ב"ד אבל אם בא אנס והוציא המקח מהלוקח ואפי' בדין שלטון עובד כוכבים או בערכאות המצרים אין המוכר חייב באחריות ואף שהאנס מוען שננגב ממנו מקח זה כל זמן שאינו מברר זה ע"פ עדים כשרים אינו נאמן וחזקתו משקר ומולא דלוקח גרים ואפי' אינו נוטל כל המקח ומשייר מקצתו דניכר שאינו נוטל את שאינו שלו אינו נאמן ואמרינן דאיערומי קא מערים כדי שיאמינו לו ששלו הוא נוטל וכן כשנתן הלוקח להמלוה שלא ע"פ ב"ד א"צ המוכר לשלם לו [סמ"ע] אבל לוקח שנתנה להנגזל טורף מהמוכר מפני שיכול לילך לב"ד ולברר [נה"מ] אבל להמלוה לא יתנו ב"ד טירפא אחי"כ כיון שכבר נבה שלא על פיהם :

ד וזה שאמרנו שאין המוכר חייב באחריות אונסין בד"א בשלא התנה עמו הלוקח אבל אם התנה עמו שכל אונס שיולד בקרקע זו חייב המוכר לשלם אפי' בא אנס ונזלה מחמת המוכר במענה שהמוכר גזלה ממנו אף שידוע שהוא שקר מ"מ חייב לשלם שכל תנאי שבממון קיים אבל באונס שלא מחמת המוכר אינו חייב אא"כ פירש מפורש שמתחייב א"ע בכל מין אונס אף באונס שלא מחמתו ואפי' כשפירש כל אונס אינו חייב רק באונס דשביחה אבל באונס דלא שכיח אינו חייב המוכר לשלם כגון שנפסק הנהר שהיה משקה אותה או שחזר הנהר לעבור בתוך השדה ונעשית בריכה מלאה מים שאינה ראויה לזריעה או שבאה זועה והשחיתה ה"ז פטור שאלו אונסין וכיוצא בהן לא עלה על לב המוכר בעת שהתנה עמו להתחייב באונסין וה"ה לכל תנאי ממון אומרין דעת המתנה מה שהתנה ומעשה באחד ששכר מלחים להביא שומשמין למקום פלוגי והתנה עמהם שיהיו חייבים בכל אונס שיארע להם עד שיניעו השומשמים למקום פלוני ונפסק הנהר שהיו מוליכים בו את השומשמים ואמרו חכמים שוהו אונס שאינו מצוי ואין חייבים להוליך השומשמים על נבי בהמה עד אותו מקום [נימין ע"נ] וכן כל כיוצא בזה אא"כ פירש מפורש שמתחייב א"ע אף באונס דלא שכיח דאו חייב בכל מה שיארע ואונס אנסין היה שכיח ביתים קדמונים :

ה אם התנה המוכר בפירוש שלא יהיה עליו אחריות אפי' אם נודע שגזולה היתה בידו והוציאה הנגזל מיד הלוקח אין המוכר חייב ואצ"ל אם בא בע"ח וטרפה שאינו מחויר לו כלום שכל תנאי שבממון קיים דאומר לו סברית וקבלית [לשון שלמ"ס ורמיס לכי"מ שבשעיף ח' וכלע"ד שבגמ"י פ"ק דב"מ בשעין מיני מחריות יש מפ"ד ודוק] :

ו המוכר לחבירו מרתף יין והתנו ביניהם שלא יהיה אחריות על המוכר רק אם השבר החבית או תשפך בלבד ולא יהיה אחריות על הלוקח אלא לענין השעם בלבד כגון אם יחמיץ ואח"כ אירע אונס ניסוך הוא על המוכר דיש לדייק מהפרטים כיון שהמוכר קבל עליו אחריות דמעלמא שלא מחמת היין עצמו והלוקח קבל עליו אחריות מקלקול היין עצמו ממילא כל אונס שאינו מעצמות היין כמו ניסוך היו כאונס דעלמא וחייב בו המוכר ומ"מ אם קודם שהאונס היה ראוי לבא כגון שידעו שאנסים הולכים והתרה בו המוכר שיטמין יינו ולא הטמין אין המוכר חייב דאיתו דאפסיד אנפשיה וכן כל כיוצא בזה ורק יבול לומר להמוכר שיטרח ויציל המעות מהאנס כיון שאתה התחייבת א"ע עכ"פ באונס זה [ע"ז] ונראה דדוקא כשאונס ניסוך שכיח באותו מקום כמו שבירה דאם אינו שכיח בלא"ה פטור כמ"ש בסעיף ד' [וזס שכתב סמוך לס שכיח ללו דוקא פ"ם וכ"מ כלכוס] :

ראובן

סימן רכו [המוכר שדה שלא באחריות או יצא עליו קול ערעור ובו ו' סעיפים]:

א ראובן שמכר שדה לשמעון אפי' שלא באחריות ובא לוי בע"ח של ראובן להוציאה משמעון אם רוצה ראובן לעמוד בדין עם לוי יכול לעמוד ואין לוי יכול לומר מה לי ולך והלא אין עליך אחריות דראובן יכול להשיבו אף שמכרתי שלא באחריות מ"מ אין רצוני שיהיה לשמעון הרעומות עלי שהפסיד בגללי ואין לשאול איזה נ"מ יש בזה והרי כל כה שיכול ראובן למעון ימעון שמעון מ"מ לפעמים כששמעון אינו איש דבריס טובה היא לפניו כשראובן יעמוד עם לוי בדין ולפעמים יש נ"מ גם בעיקר הדין כגון אם ראובן עשה לו שרה זו אפותיקי ואין ביכלתו של שמעון למלקו במעות וראובן עצמו יכול למלקו במעות כמ"ש בסימן קט"ו ועוד יש נ"מ כגון שיש לו לראובן לחשוב עמו חוב בנגר חוב או שיכול לומר לו אישתבע לי דלא פרעתיך [רמ"י כמוסות ל"ב:] ואע"ג דגם שמעון יש לו עליו שבועה דבא לפרוע מנכסים משועבדים אמנם אם שמעון מחל לו שבועה זו יש לו נ"מ בזה [תוס'] וכן אם אמר שמעון אין לי עדים וראיה ואח"כ מצאן שאין ביכלתו עוד להביאן וראובן יכול להביאן [סמ] אבל להכריח את ראובן שיעמוד עמו בדין אין ביכולת [גמק"י פ"ק דכ"מ] אבל אם נתן לו השדה במתנה ולא פירש אחריות בהשטר מתנה אינו יכול למעון בעדו דליכא כאן תרעומות שהרי לא הפסיד מעות על ידו ומ"מ יכול שמעון להעמיד את ראובן למורשה בעדו לפי מ"ש בסימן קכ"ד דגם הנתבע יכול להעמיד מורשה בזמה"ז ע"ש [כ"ן]:

ב ראובן שמכר שדה לשמעון מפורש שלא באחריות וחזר הוא עצמו ולקחה משמעון באחריות ובא בע"ח של ראובן לטרוף אותה ממנו אינו יכול ראובן לחזור על שמעון שאע"פ שמתחלה כשהיתה אצל שמעון אם בע"ח דראובן היה גובה ממנו לא היה יכול לחזור על ראובן לא אמרינן דהשתא נמי נחשוב כאלו היא ביד שמעון וטרפוה ממנו וההיזק שלו וישלם לראובן כיון שמכר לראובן באחריות דהן אמת דראובן לא קבל עליו אחריות מ"מ אחריות דנפשיה מסתמא קבל שלא יהא הוא המוכר והוא בעצמו יוציאנה מהלוקח ואם בא בע"ח דיעקב וטרפה מיד ראובן בגון שהשדה היתה של יעקב וראובן ירשה ממנו ועתה בא בע"ח דיעקב וטרפה חוזר ראובן וגובה כל הדמים משמעון דיעקב הוא כאיש אחר:

ג זה שאמרנו דחייב באחריות נפשיה והו בזכות שיש לו בשעת המכירה כמ"ש אבל אם בא לו זכות לאחר מכאן חוזר עליו כגון ששמעון היה חייב ליעקב אבי ראובן ואחר שמכר ראובן את השדה לשמעון מת יעקב ויורש ראובן את החוב יכול ראובן לטורפה משמעון ואע"ג דהוא המוכר והוא המוציא משום דהוי כאלו הלוהו ראובן אחר המכירה ונשתעבדו לו קרקעותיו של שמעון דפשיטא שנובה גם שדה זו [סמ"ע] וע' באה"ע סימן ק"ה:

ד אפוטרופסים שמכרו בנכסי יתומים שהאחריות היא על נכסי היתומים כמ"ש בסימן ק"ח יכולים האפוטרופסים לגבות אח"כ אותה שדה בחוב עצמם ולא אמרינן דאיך יהיו האפוטרופסים המוכרים והמורפים כיון שאינו שלהם והם כב"ד ופשיטא שאם יש לב"ד חוב של עצמם שביכלתם לגבות אותה שדה שמכרו בעד איזה חוב:

ה המוכר קרקע לחבירו ואחר שקנה הלוקח באחד מהדרכים שקונים בהם קודם שנשתמש בה יצאו עליה מערערין ה"ז יכול לחזור בו שאין לך מום גדול מזה שעדיין לא נהנה ויצא ערעור ולכן ביכלתו לבטל המקח ומקבל דמיו מהמוכר והמוכר יעשה דין עם המערערים ואף שנתנלה שאין הערעור כלום נראה שהמקח בטל כיון שנתבטל לשעתו ואם נשתמש בה הלוקח תשמיש כל שהוא אחר הקנין אפי' רק דש המצר שלה ועירבה עם שדה שלו הסמוכה לה אינו יכול לחזור בו ועושה דין עם המערער ודוקא שרישת המצר היתה אחר הקנין אבל אם קודם הקנין אע"ג שרישת המצר בעצמו הוי קנין כמ"ש בסימן קצ"ב מ"מ כך אמרו חז"ל שע"פ קנין בלבד אין הלוקח מחוייב להחזיקה כשיש ערעור עליה אא"כ נשתמש בה מעט אחר הקנין אבל בשהשימוש בעצמו הוא הקנין יכול לחזור בו [ט"ז] וי"א דדוקא כשעדיין לא נתן דמים אבל כשנתן הדמים והחזיק אין אחר זה כלום ואפי' לא נתן דמים עדיין אם אחר החזקה הלך בשדה או במצר שלה לראות מה היא צריכה אינו יכול לבטל המכירה [תוס' ב"ק ט' וי"ח"מ] ומחוייב לשלם המעות ואין חילוק בכ"ז בין מכירה באחריות לשלא באחריות [סמ] ואפי' באחריות אין הלוקח יכול לומר אחר שרש במצר כיון שאחריותי עליך מה לי להמתין אבטל עתה המכירה מפני שהמוכר יכול לומר לו כשינבות ממך ויהיה לך מרפא מב"ד אשלם לך [סמ] ודוקא כשהמוכר הוא איש אמיד שהיה ביכולת הלוקח לגבות ממנו אם יצטרך לזה אבל אם אינו אמיד יכול לחזור עתה ולקבל מעותיו בחזרה כדי שלא יאכל המעות ולא ימצא ממה לגבות [כ"מ פי"ט] וכן כל זמן שלא דש אמצר אף כשלקח שלא באחריות יכול הלוקח לבטל המכירה אף שהיה קנין גמור דכך אמרו חז"ל לדעות בני האדם דכל זמן שלא יעשה הלוקח איזה פעולה או להי"א כשעדיין לא הלך לראות מה היא צריכה יכולין לחזור בהם כשימצא איזה מערער וזהו דומה לקנין סודר שנתברר בסימן קצ"ה שיכולין לחזור בהם כל זמן שעסוקין באותו ענין וכן הדין בממלמלין בשיצא ערעור דנזילה [כ"ן] ואפור למכור לחבירו קרקע או ממלמלין שיש עליהם עסק וזין ער שיודיע לחבירו אף שמקבל

עליו אחריות מ"מ אין אדם רוצה ליתן מעות ולירד אח"כ לדין ושיהיה נתבע מאחרים ושאח"כ יתבע הוא מהמוכר :

ך וכל זה הוא בערעור גמור שאף שלא נתברר עדיין הערעור בשליטות מ"מ רואין ב"ד שיש טענה נכונה בדבר הערעור אבל אם לא יצא רק קול בעלמא אפי' לא נתקיים המקח לגמרי אין ביכולת הלוקח לבטל המקח בשביל קול דברים בעלמא דאל"כ לעולם לא יתקיים שום מקח דמי יכול למנוע קולות שאין בהם ממש ומ"מ קודם שהחזיק אם רצונו לחזור בו ימחה בידו כיון שלא החזיק עדיין וכבר כתבנו דכשנתבטל המקח מחמת הערעור אפי' אינלאי מילתא ש־ערעור בטל מ"מ אין המקח חוזר לקדמותו ושניהם יכולים לחזור בהם וכתב רבינו הרמ"א דאם בא ערעור על השדה מחמת שהמוכר היה חייב לאחרים והמוכר אומר שיש לו שוברים על החובות מקרי ערעור ויכול הלוקח לחזור בו וא"צ לקנות דבר לשמור שוברו לעולם עכ"ל דלכתחלה לירד למקח כזה שיצטרך שמירה תמיד אין אדם מהרצה ואפי' נתן מקצת מעות על המקח צריך המוכר להחזירם לו דאנן סהדי שלא הקדים קצת מעות לקיים מקצת המקח ולבטל מקצתו [סמ"ע] ולהי"א שבסעיף הקודם כשעדיין לא נתן מעות אם הערעור הוא באופן שבמשך זמן ביכולת להתברר אף שעתה אין עדיין ערעור נמור אך לדברי המערער יתברר במשך הזמן בנין שאומר יש לי שטר ואקיימנו אין אנו מציים להלוקח לשלם המעות עד שיתברר הדבר וב"ד נותנים לזה וזמן כפי ראות עיניהם [ק"ן] :

הלכות אונאה ומקח טעות

סימן רכז [דיני אונאה וביטול מקח וחזרת האונאה וטחילתה ושליח שטעה ואחים שטעו בשומא וכו ל"ט סעיפים] :

א כתיב וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך אל תונו איש את אחיו ולאו זה בכלל נזילה הוא ובשם שאין לוקין על לאו דגזילה דהרי ניתן להשבון כמו שכתוב והשיב את הגזילה כך אין לוקין על לאו זה דניתן להשבון האונאה [טור] ואסור להונות את חבירו בין בסקחו בין בממכרו ובין לוקח שאינה ובין מוכר שאינה עובר בלאו ושתי מיני אונאות יש האחת אונאה בגוף הסחורה עצמה שמוכר אוהה בחוקת סחורה טובה ממקום פלוני ובאמת היא סחורה ממקום אחר או שמקולקלת קצת ואין ניכר להקונה או שמוכרה בחזקת חדשה והיא ישנה והרבה פרטים מצין זה יתבאר בסימן רכ"ח ואם המוכר אינו בקי והלוקח מבין שסחורה זו הרבה יותר טובה מכפי שמרמה המוכר צריך להגיד לו ובאונאה כזו יש איסור אף שאינו מאנהו במקח וכ"ש כשיש גם אונאה בהמקח ובאונאה זו אין חילוק בין חנוני לבעה"ב המוכר ואונאה השנית אונאה במקח אף שאין אונאה בעצם הסחורה כשהחנוני יודע שסחורה זו נמכרת עתה בכל החנויות במקח כך וכך ולא יותר והלוקח הזה אינו בקי ונטל ממנו ביוקר מכפי המקח הקבוע וכן להיפך אם המוכר אינו בקי והלוקח יודע שבמעות וחסרון ידיעה בוכר לו בפחות מהמקח הקבוע צריך להגיד לו ואם לאו עובר בלאו ולכן אמרו חז"ל [כ"מ ל"ח] דבעה"ב המוכר אין לו אונאה במקח כשמכר יותר משויו מפני שאין ברצונו למכור אא"כ יתנו לו יותר משויו ויתבאר בסימן זה :

ב אסיר להונות אף בשוה פרוטה והמאנה ויודע שמאנה עובר בלאו ויתבאר בסעיף ו' ואם לא היתה כוונתו לאונות אלא שנתעודע שיש אונאה במקח זה אמרו רז"ל [כ"מ נ:] דיש נ' מחלוקת בדיני אונאה פחות משתות ושתות ויתר משתות פחות משתות הוי מחילה לפי שבן הוא דרך מקח וממכר שאין הלוקח והמוכר יכולין לצמצם דמי המקח בצמצום ודרך העולם למחול עד שתות [טור] ונ"ל שזה אינו אלא בסחורות שאין להן קביעת מקח בצמצום אבל מה שבל בעלי החנויות מוכרין בשוה כמו קמח ולחם ושלח וכיוצא בהם אף פחות משתות לא הוי מחילה וצריך להחזיר האונאה ועכ"ש בסעיף ז' וכן משמע בגמרא [כ"ב לה:] דאמר שם פחות משתות לא ידיע וכו' משמע דדבר הידוע לא הוי מחילה :

ג שתות זה שאמרו בין שהוא שהות במקח בין שהוא שתות במעות ואע"ג דשתות מקח הוי יותר משתות בהמעות בנון שמכר לו שוה שש זהובים בחמש דלהמקח הוא שתות ולחשבון המעות הוי חלק חמישית או שמכר שוה שבע בשש הוה שתות מעות ופחות משתות במקח וכן באונאת הלוקח כשמכר לו שוה חמש בשש הוה שתות מעות ויותר משתות במקח או שוה שש בשבע הוה שתות

שתות מקח ופחות משתות במעות מ"ס כיון שבצד אחר יש שיעור שתות ה"ז אונאת שתות והמקח נקנה ואין אחד מהם יכול לחזור בו והמאנה חייב לשלם האונאה כולה להמתאנה ולא אמרינן ביון דפחות משתות הוי מחילה יחזיר עד פחות משתות דכיון דבא לכלל חזרה צריך להחזיר את כולה כמו בבית כור עפר שנתבאר בסימן ר"ח ואם היתה האונאה פחות מזה כל שהוא כגון שמכר שוה שבעים בששים ופרוטה הוי מחילה ואינו חייב להחזיר כלום ואם היתה יתירה על השתות כל שהוא כגון שמכר שוה ששים בחמשים פחות פרוטה בטל המקח ויכול המתאנה להחזיר החפץ דיותר משתות הוי כאלו לא נתקיים המקח כלל ואין ביכלתו לקיים המקח ולכוף להמאנה שיחזיר לו אונאתו דהמאנה יכול לומר לו או חזור במקחך או לא תבקש אונאתך ולכן אם המתאנה אינו מבקש אונאתו ורוצה לקיים המקח אין המאנה יכול לבטלו והמאנה אינו יכול לומר אף כשנתיקרה הסחורה אח"כ הרבה כיון שיש כאן ביטול מקח למה לא אוכל לבטלו דהאמת הוא דהביטול מקח הוא מפני טובת המתאנה ואם גם המאנה יהיה ביכלתו לחזור בו כשתתיקר יהיה חושא נשכר וי"א דאף המאנה יכול לחזור בו אא"כ נתרצה המתאנה פעם או ששתק יותר מן השיעור דנתקיים המקח כמו שיתבאר והדעת נוטה למברא ראשונה אבל בירושלמי פ"ד דב"מ סוף הל' ג' מבואר כי"א ע"ש דקאמר לא הספיק לישא וליתן עד שהוקיר משבע ר' אבהו בשם ר"י בשם שבטל מאצל זה כך בטל מזה [ודברי סמ"ע סס"ק ס] ודעה ראשונה שהיא דעת הרמב"ם ז"ל צ"ל דלא חש להא כיון דפשטא דש"ס דיקן [ב"ב פ"ג:] משמע להיפך ע"ש:

ד אם אין בכל צד שתות בשוה אלא שבצד אחד יש יותר משתות ובצד אחד פחות משתות כגון שמכר לו שוה ששים בחמשים ואחת דלשווי המקח הוי פחות משתות ונגד המעות הוי יותר משתות או להיפך שמכר לו שוה ג"א בששים דלשווי המקח הוי יותר משתות ולגבי המעות הוי פחות משתות אולינן בתר שווי המקח הן לענין בימול מקח הן לענין מחילה דהרי הטעות הוא בהמקח ולא בהמעות רק דכשיש שתות בצמצום אצל המעות אמרו חז"ל דאולינן גם בזה בדינא דשתות והטעם דכיון דבשתות עצמה אין שום פסידא לשניהם דהמקח קיים והאונאה מחזיר לכך אולינן בתרי משא"כ כשבצע אחד יש ביטול מקח ובצד השני מחילה דבהכרח הוא או שהמקח יתבטל או שאחד מהם יפסיד מוקמינן אעיקרא דמילתא לילך אחר המקח דבזה הוא האונאה [ונ"מ כרמב"ם וסמ"ע סוס"ק ס' כ"ו ופמ"ש לקמן סי' רכ"ז ס"ק ב' בשם מהרי"ט כן הוא כיון דלכ"ע שתות בתעות הולכין אחר המקח ומתוך קוטים סס"ע וסמ"ע וכ"כ סט"ז]:

ה אין המאנה חייב להחזיר האונאה עד שתהיה האונאה יותר מפרוטה אבל פרוטה בשוה אע"ג דלכל דבר הוי ממון מ"מ קבלו חז"ל דאין אונאה לפרוטות [ב"מ נ"ח:]

וכך הוא דרך המסחר למחול על פרוטה וי"א דעד שתעה בכסף אינו חייב להחזיר [מור לדעת סרי"ף] וי"א דאף פרוטה חייב להחזיר דכיון דיש בזה שיעור ממון הוה ככל דיני ממונות ונקשינן כמאן דאמר [סס] דיש אונאה לפרוטות וכן פסק רבינו הרמ"א [מ"ס בטור סעיף ב' בסס סרמב"ס סוף פ"ה ופ"ד ופ"ל סרמ"ס]:

ו כתב המור בשם הרא"ש דיראה דאפי' פחות משתות אסור לאנות את חבירו אם יש בו ש"פ כיון שיודע שאין מקחו שוה כל כך דרדמנא אמר אל תונו בכל דבר שיש בו שווי ממון הוהירה התורה שלא יאנה את חבירו אלא שאמרו חכמים דעד שתות הוי מחילה לפי שכך דרך מקח וממכר לפי שהמוכר והלוקח אינם יכולים לכוין דמי המקח בצמצום ודרך העולם למחול טעותם עד שתות שאף אם יבא המתאנה לערער לא ישומו השמאים בשוה זה יאמר יש בו אונאה וזה יאמר אין בו אונאה הלכך מקבל עליו שתיקה ואין מערער ומוחל אבל אם המוכר בקי בערך ממכרו והלוקח אינו בקי כל כך או אם הלוקח תגר ובקי בערך מקחו יותר מן המוכר אל יונו זא"ו אם לא שיפרש חוץ ממטבע שכל זמן שלא הגיעה לבדי אונאה מותר לכתחלה להוציאה ביפה שגם אחר יקבלנה מידו ביפה ואין בו הפסד כלל או שמא כיון דדרך מקח וממכר בכך דלפעמים הלוקח חפץ במקח זה ומוסיף עליו דמים יותר מכדי שויו ופעמים שהמוכר מזלזל בשומתו בממכרו לפי שאין חפץ זה ערב עליו או שהוא דחוק למעות הלכך עד שתות הוי בכלל דמי מקח ואין כאן שום אונאה כלל וצריך עיון וירא שמים יוצא ידי כולם עכ"ל הרא"ש ז"ל ועל פי זה כתב רבינו הב"י בסעיף ו' דיש להסתפק אם מותר להונות את חבירו בפחות משתות אם יש בהאונאה ש"פ אבל מטבע כל זמן שלא הגיעה לבדי אונאה מותר לכתחלה להוציאה ביפה עכ"ל:

ז מדברי הרא"ש ז"ל יש ללמוד דאונאת שתות אינה אלא בסחורה שאין כולם מוכרין בשוה בצמצום כמ"ש בסעיף ב' מדתלי בשומת השמאין וגם מטעם שלפעמים המקח ערב עליו וזה אינו שייך בדבר המצוי הרבה וכולם מוכרין בשוה בצמצום במקח ולחם ומלח וכה"ג וגם בסעיף ג' מדבריו שהסעיף אינו אלא במקום שיש עילה להמוכר לתלות שהלוקח יודע המקח אלא שחפץ במקח זה אבל במקום שהמוכר מבין שמהלוקח נעלם המקח והמוכר יודע שיש בזה אונאה פרוטה אסור לו להונות אם לא שינגלה לו ואם אינהו עבר בלאו וכן לוקח להמוכר [ומתוך קוטים סמ"ז] עוד ג' דבר אחד מדבריו לקולא במיני מחורות שאין כל בעלי חנויות מוכרין אותם בשוה שיש משתבר הרבה בסחורה זו ויש שמסתפק בטועם אין שייך כלל אונאה לסי שמשתבר הרבה כיון שדרך המסחר כן הוא כיון שיש שמוכרים במקחים כאלו דהא הרא"ש ז"ל לא תלה הספק אלא משום דלפעמים הלוקח חפץ במקח זה דאז יש סברא לאסור ומשמע להוציא

להדיא דאין מוכרין במקח כזה אבל כשיש מוכרין במקח כזה אין בזה צד אונאה ופשיטא שאין להביט על אותם החנונים המולולים במקחים ומוכרין בזול שמקלקלים לעצמם ומקלקלין דרכי המסחר והם ישאו עון וכבר אמרו חז"ל [כ"כ ל"מ] מתריעין על פרקמטיא שהוזלה ואפילו בשבת וכמ"ש באו"ח סי' תקע"ו:

ח עד מתי יכול לחזור ולתבוע אונאתו בשתות ולבטל המקח ביותר משתות דזה אין סברא לומר שלעולם יהיה לו כח זה כמו בנמצא מום במקח שיכול להחזירו אף אחר זמן ארוך כל שלא נשתמש בו אחר שראה המום כמ"ש בסימן רל"ב דזה אין סברא כלל דכיון דהאונאה הוא בהמקח הלא על המתאנה מיד כשיתודע שנתאנה צריך לתבוע אונאתו או לבטל המקח ומדלא עשה כן ודאי דמחיל דהא בעצם החפץ לא נהאנה באיזה מום שבו ולכן אמרו חז"ל [ב"מ מ"מ] דעד כדי שיראה לתגר או לקרובו יש לו לתבוע אונאתו ואם שהה יותר משיעור זה אינו יכול לחזור ולא לתבוע אונאתו ואחר הזמן הזה אפי' קנה שוה מנה במאתים מקחו קיים [טור] ואם לא היה יכול להבוע מחמת שלא היה המאנה בביתו ונשתמש בו אם היה האונאה שהות ודאי דאין זה מחילה כמום דתשמיש הוי מחילה דבמקח הרי החפץ שלו הוא רק שצריך לקבל האונאה ולמה לא ישתמש בו [כ"מ סם] ואף ביותר משתות כיון שהודיע להמוכר די בזה ואין התשמיש מחילה אלא ישלם להמוכר שכר שימוש ויכול אח"כ לבטל המכר או לקבל האונאה מהמוכר אם שניהם יתרצו בזה אבל אין התשמיש מחילה באונאה ולא דמי למום [כ"מ בסם ריטב"ם] הלא כיש מי שחולק בזה וכן אם יברר שהיה לו אונס ולכן לא חקר בתוך זמן זה לידע אם נתאנה יכול לחזור בו עדיין וי"א דאף שעבר האונס והיה לו שהות לחקור מ"מ כיון שאחר המכירה לא היה לו פנאי לחקור יכול לומר דאח"כ אף כשעבר האונס לא שם אל לבו לחקור עד עתה ואינה מחילה [סמ"ע] ויש חולקים בזה [ט"ז] אמנם כשאומר שאחר שעבר האונס חקר ומצא שיש בזה אונאה ומה שלא הודיעו עד עתה מפני שהיה סבור שהמוכר לא יאמין לו שהיה לו אונס והמתין עד עתה שביכלתו לברר אונסו מענתו מענה [סם] וכן אם מברר שהראה לתגר וא"ל התגר שהמקח שוה ועתה נתברר לו שהתגר טעה יכול לחזור בו שאין לך אונס גדול מזה [כ"מ] ודוקא שתגרים רבים מכחישין שומתו דאל"כ מי יימר שהוא טעה שמא השני טעה [נ"ל]:

ט כתב רבינו הרמ"א בסעיף ו' היה יודע הלוקח בשעה שלקחו שנתאנה ושתק ומיד אחר הקיחה קודם זמן שיראה לתגר או לקרובו תובע אונאתו לא אמרינן דמחל דהואיל ויודע עכ"ל ולמה לא אמרינן שמחל לו די"ל דבכוונה שתק כדי שיתקיים המקח ואונאתו יתבע ואחר כדי שיראה שידע שלא יהיה ביכלתו לתבוע עוד אונאתו ושתק מטתמא מחל [ט"ז] ולפ"ז אין דין זה רק בשיעור שתות אבל ביותר משתות דהוי ביטול מקח הוי מחילה דלא שייך לומר ששתק כדי לקיים המקח כיון שבוה הוי ביטול מקח וגם אין לומר ששתק כדי לבטל המקח דא"כ למה קנה ולכן ביותר משתות הוי מחילה אף בתוך הזמן שיראה לתגר דלא כיש מי שחולק בזה [כ"מ] ויש מי שאומר שאם שניהם יודעים בשעת הקנייה שיש בזה אונאה הוה כאלו התנו בפירוש שלא יטען מענת אונאה והוי כמחילה [קל"מ] וא"צ תנאי מפורש בזה וכן נראה עיקר לדינא דלא כיש מי שחולק בזה:

י הרבה מהגדולים הסכימו דזה שאמרו חז"ל דאחר כדי שיראה לתגר הוי מחילה אין זה אלא בלקח במעות מזומן אבל כשלקח בהקפה ועדיין לא שילם להמוכר לא הוי מחילה אף לזמן מרובה מפני שיכול לומר לא חששתי לחקור כיון שאני מוחזק ולא מצינו מחילה במה שתחת ידו ומ"מ יראה לי דאם נשתמש בהמקח זמן מרובה ודאי מחיל דאל"כ אין לדבר סוף ואין זה סברא כלל ואפי' יש לו מינו שהיה יכול לומר פרעתי לו המעות אינו נאמן לומר שלא מחל במינו זה דמינו במקום חזקה אלימתא לא אמרינן דבלא"ה יש חולקין על עיקר דין זה ואין מחלקין בין מכירת מזומן להקפה ונהי דלא קי"ל כן מ"מ בנשתמש זמן מרובה וראי דמחיל וכן נראה אם נתודע ששאל לתגר וא"ל שנתאנה ולא הודיע להמוכר ג"כ הוי מחילה אמנם אפשר לומר ששתק וכוון בלבו לכשאשלם לו אודיעהו שהתאניתי ואפי' לפ"ז אין זה רק בשתות דהמקח קיים אבל בביטול מקח לא שייך סברא זו והלא היה לו להחזיר את המקח להמוכר ולמה שתק אלא ודאי דמחיל ועוד נראה דבמקום דבהקפה לא הוי מחילה אפי' שילם מקצת ונשאר חייב מקצת אין זה מחילה דויל בתר מעמא:

יא זה שנתנו חכמים זמן שיראה לתגר בר"א בלוקח שהרי המקח בידו ומראהו אבל המוכר חוזר באונאה בלא קביעת זמן וא"צ לומר בביטול מקח כיון שאינו יודע שווי החפץ שמכר עד שיראה חפץ שכמותו הנמכר בשוק לפיכך אם היה המקח דבר שאין במינו שינוי והוא כולו שוה כמו פלפלין וכיוצא בזה אינו חוזר אלא עד כדי שישאל על שער שבשוק בלבד וכן אם נודע שבא ליד המוכר חפץ כזה בממכרו וידע שטעה ולא תבע נראה להדיא שמחל ואינו יכול להבוע עוד ודוקא שנודע בבירור שבא לידו מקח כזה אבל כשהלוקח הוא מוען כן והמוכר מכחישו שלא בא לידו מקח כזה אין המוכר צריך להביא ראיה מפני שמחילה הוי טענה נרועה שרוב אנשים אין מוחלין על ממונם [סמ"ע] וכשאינו יודע אם נתאנה כלל נאמן הלוקח לומר שבא ליד המוכר חפץ כזה ומחל במינו שהיה אומר שלא נתאנה כלל [כ"מ] ואם הקנין היה בק"ם והמקח הוא ת"י המוכר הוי להיפך דהמוכר אינו יכול לחזור בו אם נתאנה רק עד כדי שיראה לתגר והלוקח יכול לחזור בו אם נתאנה עד אחר שיבא לידו ויתחן כדי שיראה לתגר [סם] ובאונאת קרקעות אין

יכולים

יכולים שניהם לחזור בהם אחר השיעור הזה [סי"ן] דקרקע אינה טמונה ויכלי להראותה לכל שירצו :

יב בד"א שהמתאנה יכול לחזור בו כשלא נשהנה השער ויש בזה אונאה אבל כשהאונאה הוא מפני שעתה נשהנה השער ומפני כך רוצה לחזור בו אינו רשאי כיון שבשעת הקנין לא היה אונאה ואם המאנה אומר שנשתנה השער ומפני זה יש עתה אונאה והמתאנה אומר שלא נשתנה השער על המתאנה להביא ראיה ואין הולכין בזה אחר חזקה דהשתא שדרך השערים להשתנות תמיד ואין מבטלין קנין ברור מפני זה וכן אם מכר מפני הדוחק כגון שזלזל במכירתו יותר מכדי שהרעת טועה אינו יכול לחזור בו כיון שידע שמזלזל ומוכרח היה לזה הוי מחילה גמורה דסביר וקביל ויש מי שרוצה לומר דכשנשתנה השער או אף אם מתחלה היה בו אונאה לא יכול להזור בו דכיון דשתק עד שנשתנה השער מסתמא מחל לו מקודם אך עתה כשנשתנה השער רוצה לחזור בו ולא נ"ל דבין שעדיין הוא בתוך זמן חזרתו שלא השלים עדיין הזמן כדי שיראה לתגר אין לנו לסגור הדרך בעד המתאנה בטעמים שיעלה על דעתנו כיון שנתנו לו חכמים רשות לחזור בו כל זמנו :

יג המוכר לחבירו שוה ארבע בחמש שהמקח בטל ולא הספיק להראותו לתגר או לקרובו עד שהוקר ועמד בשבע מ"ם לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר שהרי הלוקח אומר לו אלו לא הוניתני לא הייתי יכול לחזור ועתה שהוניתני תחזור היאך יהיה חוטא נשבר ואפי' להי"א שבסעיף ג' דבביטול מקח גם המאנה יכול לבטל המקח אמנם כשהמתאנה נתרצה לקיים המקח ולא לבקש אונאתו אין ביכולת המאנה לחזור כמ"ש שם והבא כשנתייקר קרוב הדבר שהמתאנה רוצה בקיומו [סמ"ם] וגהי שעכ"ז אין לנו לעכב את המתאנה שלא לחזור בו אבל את המאנה ודאי ביכולת מטעם זה לעכב ביטולו של המקח וכן כשמכר שוה חמש בארבע והוזל ועמד בשלש מוכר יכול לחזור בו ולא לוקח שהרי אומר זו להלוקח לא מפני שהוניתני תחזור בי וכמ"ש :

יד המוכר שוה חמש בשש דקנה ומחזיר אונאה ולא הספיק להראותו עד שהוקר ועמר בשמונה מ"ם חייב המוכר להחזיר האחת של האונאה שהרי המקח נקנה בשתות וחייב להחזיר וכשהוקר ברשות לוקח הוקר וכן אם מכר שוה שש בחמש והוזל ועמד על ארבע חייב הלוקח להחזיר האחת של האונאה מטעם שנתבאר :

טו כשם שיש אונאה להדיוט כך יש אונאה לתגר אע"פ שהוא בקי אין אומרים דמסתמא ידע ומחיל דבין דהאונאה נתבררה אין לנו להעמיד דבר על אומדנא בזו שכמה פעמים אף היותר בקי נופל בטעות ויראה לי דכשהמוכר תגר והלוקח טוען שידע באונאתו ומחל דהוברח או למכור כדי לקנות מחורה אחרת או מטעם אחר ועתה חוזר בו יכול לחייבו שבועה [וכ"מ בב"מ כ"ט ע"ב ד"ה ז :

טז בכל מטלטלין שיש אונאה אפי' בספרים ובאבנים טובות ומרגליות שאף שיש לפעמים שמפני החביבות או מפני שנצרך לו להתחברות לכיוצא בהן משלם בערם יותר משויין מ"מ יש להם אונאה דאין לנו רק לראות אחר דבר הנמכר כשלא נתברר לנו שידע בהיוקר וסביר וקביל ויש ללוקח לחזור בהן עד שיראם לתגרים הבקיאים בסחורה כזו באיזה מקום שהם לפי שאין הכל בקיאין בדברים כאלו לפיכך אם לא היה תגר בקי באותה העיר והוליך המקח למקום אחר או שבא הבקי לפה אחר זמן מרובה והודיעו שטעה ה"ז חוזר בהמקח ואם יש הכחשה בין התגרים שזה אומר שטעה וזה אומר לא טעה יד המוחזק על העליונה ואם הרוב אומרים שטעה ומיעוט אומרים שלא טעה או להיפך אולינן בתר רובא ואף שבממון אין הולכין אחר הרוב מ"מ רוב דעות שאני דהמיעוט כמאן דליתא שהרי הרוב מבטלים דעתם ואומרים שטועים הם כמו דאולינן בריינים אחר הרוב גם להוציא ממון דלא דמי לכל רוב ומיעוט שהמיעוט ג"כ בע"כ שישנו משא"כ ברעות המיעוט כמי שאינו וע' מ"ש בם"ם רל"ב [וחכי כוונת המוס' רס"ג דצ"ק ד"ס קמ"ל] :

יז גם במטבע יש אונאה ושיעורה לדעת הרמב"ם בפי"ב ממכירה בכבל הסחורות שכתב יש אונאה במטבעות עד שתות ביצד הרי שהיה דינר זהב בכ"ד דינרי כסף וצרפה בעשרים דינר או בכ"ח דינרים ה"ז מחזיר האונאה היה יותר על זה נ בטל הצירוף פחות מכאן הוי מחיזה וכן אם היה הסלע חסר שתות [כנמצא] והיו מוציאים הסלעים במנין ולא במשקל מחזיר האונאה שאם היו מוציאין במשקל אפילו בכל שהוא חוזר ע"ל דכל דבר שבמדה ושבמשקל אפילו פחות מכדי אונאה חוזר כמ"ש בסי' רל"ב וזה שנתבאר שם דגם דבר שבמנין חוזר היינו שאינהו במנין הסלעים וביוצא בזה שהיה צריך ליתן לו עשר חתיכות ונתן לו תשע ויש מרבותינו שחולקים על הרמב"ם וס"ל דאונאת מטבע שיעורה אחר מ"ב מחצה מכל אוגאות ופחות מזה הוי מחילה ויותר מזה ביטול מקח והטעם כיון דמטבע להוצאה ניתנה ואין בני אדם לוקחים אותה כשהיא חסירה אחר מי"ב לכן לא הוי מחילה כשיעור הזה [סמ"ע] ודע דזה שכתב הרמב"ם בהלוף מטבע זהב על מטבעות כסף דנין בה דין אונאה היינו בזהב שאין מצד המלכות מקח קבוע עליו ויש חשובה יותר מחברתה והשולחנים מחליפים אותה לפי חשיבותה ולפי הזמן אבל כשיש מצד המלכות מקח קבוע עליו שרינר זהב הוא כ"ר דינרי כסף אפי' אינהו באחר מהם חוזר דהוי כדבר שבמנין ואיש הזה לא ידע אע"כ ידע ומחיל [נמ"ת] ולפ"ז דרינר זהב הוי סחורה כגל הסחורות לא יחלקו על הרמב"ם דשיעור אונאתה שתות ולא נחלקו אלא בנפחתה המטבע [נ"ל] ודע שזה שנתבאר בסלע שחסרה כדי אונאה צריך להחזיר האונאה אינו אלא כשיש מקום שיוצאת בפחת כזה אבל בלא"ה אין שיך

חורת אונאה ואסור לקיימה כמו שיתבאר ורבינו הרמ"א כתב כדעת החולקים על הרמב"ם :

יח עד מתי חייב להחזיר הדינר או הסלע בכרכים עד כדי שיראה לשולחני דסתם בני אדם אין בקיאין בהברת מטבע ובכפרים שאין השולחני מצוי שם יש לו להחזיר עד ערבי שבתות שבא להוציאה לכבוד שבת בעיר ומראה אותה לבקי ואחר זמן זה אין המאנה חייב להחליפה ומיהו מדת חסידות הוא להחליפה גם לאחר מכאן כשמכירה ששלו היא וכל זה הוא כשעכ"פ על ידי הדחק יוצאת בהוצאה אבל אם אינה יוצאה כלל חייב להחזירה מדינא אפי' לאחר זמן מרובה [כנוס ימ"ז] דלא כיש מי שחולק בזה וכן נ"ל בשארי כחורות יש להחזיר ממדת חסידות גם אחר זמן שיראה לתגר אם לא שהמוכר יודע שהלוקח ידע ומחיל ואם נתברר להמוכר שהלוקח לא הראה לתגר שלא עלה על דעתו שיש בזה אונאה נראה דגם מדינא חייב להחזיר לו האונאה גם לאחר זמן וכ"ש כשהלוקח דר במקום שצריך זמן מרובה עד שיודמן לו תגר להראותה שצריך להחזיר לו דזיל בתר טעמא [כ"ע] :

יט מטבע שנפחתה וחסרה כדי אונאה אסור לקיימה מפני שבקל מרמין בה ולא ימברנה לאחר שבדעתו לרמות א"כ לוקח מפורש שישברנה ואף גם בכה"ג לא ימכור לאנס או למי שחשוד על רמאות או לתגר מפני שחשודין לרמות בה אחרים ולא יעשנה משקל ולא יורקנה לתוך שברי כלי כסף רשמא יוציאוה במטבע אלא יתיכנה או יעשה נקב באמצעיתה לעשותה להכשיט לתלותה בצואר בתו וכרומה אבל לא יקבענה מן הצד דיש לחוש שיחתוך מקום הנקב ואם חסר עד חציו כגון סלע שעמד על שקל ושקל שעמד על דינר ודינר על חציו מותר לקיימו שאז א"א לרמות בה מפני שניכר לכל הפחת שלה וכל שלא נחסרה כשיעור אונאה מותר להוציאה ביפה מפני שהולכת כיפה וא"א לצמצם שלא יחסר כל שהוא משחיקתה ובמקום שאין לוקחין מטבע רק במשקל מותר לקיימה בכל ענין כיון שכל לוקח שוקלה :

כ הלוקח בדמים אכמרה והוא בלא מדה ובלא משקל ובלא מנין כגון שהפן טעה בחפניו וא"ל מכור לי פרהך באלו המעות שבידי קנה ומחזיר אונאה וה"ה ללוקח פירות אכמרה בסלע או בשתים קנה ומחזיר אונאה כמ"ש בר"ם ר"ש דודאי לא היתה כוונתם לקנות איך שיהיה אלא שבל אחד שיער שכך וכך מעות או פירות יש דכיון שהזכיר שם מכירה יש אונאה כדכתיב וכי תמכרו וגו' אל תונו דסתם מכירה הוא שמקפידים לידע השווי וסתם חליפין הוא שלא לידע השווי ולכן אם רק הזכיר לשון סכירה יש אונאה לפי השער שבשוק אף בדבר שאין השער שלו ידוע [ס"ך סס] דאל"כ לא היה מזכיר לשון מכירה אלא לשון חליפין ולכן אין בחליפין אונאה כמו שיתבאר וי"א דבאכמרה הוי ספיקא דדינא אם יש אונאה ואין מוציאין מיד המוחזק והעיקר כדעה ראשונה [ס"ז] ואם לא הזכיר לשון מכירה אלא שגמר החלף באלו אין אונאה כ"כ רבינו הב"י בכסף משנה פ"ג ואף שאין ממבע נקנה בחליפין אמנם מירי כשמשך גם את המעות [כ"ע] :

כא כתב רבינו הב"י בסעיף ב' המחליף כלים בכלים או בהמה בבהמה אפי' מחט בשרשון או טלה בסוס אין לו אונאה שזה רוצה במחט יותר מהשרשון אבל המחליף פירות בפירות בין ששמו אותם קורם מכירה בין ששמו אותם אחר מכירה [מיד] יש להם אונאה עכ"ל והוא לשון הרמב"ם ויש שפירשו דכלים בכלים אפילו שמו אותם קודם המכירה או מיד אחר המכירה אין אונאה דבכל חליפין אין אונאה ובפירות בפירות כשלא שמו ג"כ אין אונאה [סס"מ פי"ג ממכירס] ובפירות יש שם מכר יותר מכלים דפירי אינו קונה בחליפין כמ"ש בסי' קצ"ה [סמ"ע] וחליפי פירות בשומא הוי כמכר משום דשומת פירות ידוע לכל והוי כמכר [כנוס] אבל רבים חולקים בזה ום"ל דבשומא ודאי בכל דבר יש אונאה דעיקר הטעם שאין אונאה בחליפין מפני שסתם חליפין אין מקפידין על שווי החפץ ולכן בחליפין שוה בשוה ודאי יש אונאה וא"כ בכל דבר כשרק שמו ודאי דיש אונאה ואין חילוק בעצם בין כלים לפירות וראיה ממה שיתבאר בסעיף ל"ח ועיקר החילוק שמחלק הרמב"ם בין כרים לפירות מפני שבפירות אין ביכולת להיות חליפין שיקנה במשיכת אחר מהם דוהו עיקר שם חליפין זולת בשומא שוה בשוה כמ"ש בסי' ר"נ סעיף י"א שכן הוא דעת הרמב"ם וכוונתו כן הוא דבחליפין אין אונאה כיון שאין כאן שומא אבל חליפין שבהכרח להיות שומא קודם או אח"כ כמו פירות דבאופן אחר אין קנין חליפין בפירות כמ"ש שם יש אונאה [כל"ג פירוזו ויש מי שגומר מכוס מס"כ ומין ענין ז"ח וסרלמפוניס שכתבו כן כוונתם נ"כ כמ"ש דסתורס למרס במכר שים שומא ולפ"ז בחליפין למ"כ בכל ס"ם יש לוקח ומוכר [ק] ובמקום שאין אונאה אינו אפי' ביותר ממחצה דלא כיש מי שחולק בזה והרי השרשון שוה הרבה יותר מכמה מחטים ועכ"ז אין אונאה כללא דמילתא בחליפין בלא שומא אין אונאה בכל ענין בין שקונה לתשמיש ביתו בין שקונה לסחורה אלא דבקנית סחורה אין מצוי מי שיעשה כן ביון שבוונתו להרויח ולכן יראה לי דכשהחליפין היה בסתם ולא הזכירו שומא או בלא שומא והמאנה אומר שהכוונה היה בלא שומא והמתאנה אומר שהכוונה היה בשומא אם החליפין הוא לתשמיש בית נאמן המאנה ואם לסחורה נאמן המתאנה [וע"ם מס שסקסו על הרכב"ז] ואף דאין אונאה בחליפין אבל ביטול מחמת מום יש גם בחליפין [כ"מ] ומיהו לדינא נראה דגם בפירות כשהחליפו פירות על פירות בלא שומא ומשכו שניהם דהוי קנין משיכה בשניהם דאין אונאה כיון שהזכירו שם חליפין ואף דבאמת אין זה חליפין ס"ם כיון שלא הזכירו שם מכר להורות דאין מקפידין על השומא אין בזה אונאה והרמב"ם ז"ל עיקר דין חליפין נקט והיינו כמשיכת אחד מהם וזה א"א

א"א להיות בפירות בלא שומא כמ"ש וכ"כ רבינו הב"י שם [בכ"מ] דהאומר צבור פירות זה בצבור פירות זה אני מחליף אין לזה אונאה :

כב האומ' לחבירו ע"מ שאין לך עלי אונאה יש לו עליו אונאה ואע"ג דכל תנאי שבממון קיים כמו ב'שביעית בסימן ס"ז מ"מ גבי אונאה דאינו יודע שיש בזה אונאה שימחלנו וסבור דאינו אלא דברים בעלמא לא נמר בלבו כן ולכן אין זה אלא בסתם שאינו יודע כמה אונאה יש בו שימחלנו וכ"ש אם אמר ע"מ שאין בו אונאה דמשמע שאין אונאה בהמקח והרי יש בו אונאה דאין לשון זה משמע על מחילת אונאה ולכן י"א דבלשון זה אם נמצא בו אונאה בטל כל המקח אבל במפרש אין לו אונאה כיצד מוכר שאמר ללוקח חפץ זה שאני מוכר לך במאתים זו יודע אני שאינו שוה אלא מנה ע"מ שאין לך עלי אונאה אני מוכר לך אין לו עליו אונאה וכן לוקח שאמר למוכר חפץ זה שאני לוקח ממך במנה יודע אני ששוה מאתים ע"מ שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה וי"א דוקא כשפירש כמה היא האונאה אבל כשאומר יודע אני ששוה יותר או המוכר אומר יודע אני ששוה פחות אינו מועיל דהמתאנה יכול לומר לא ידעתי שיהיה בזה כל כך אונאה [סמ"ע] וכן אם אמר יודע אני ששוה הרבה יותר או הרבה פחות אין אונאה [כ"ל] וכבר נתבאר בר"ס ר"ז דכל אחר צריך להתנות תנאו שהוא לטובתו אבל לטובת חבירו אינו מועיל מה שיתנה הוא אא"כ ההנה בתחלת המכירה דאל"כ הוי פטומי מילי בעלמא ע"ש :

כג המוכר חפץ לחבירו במנה וא"ל חפץ זה אינו שוה אלא זוז אחר ע"מ שאין לך עלי אונאה יש לו עליו אונאה שהרי אומר הרי ראיתי שאינו מכוין רק להשביח דעתי ולהביניני כשם שאני רואה ששוה יותר מזוז כן הוא שוה המנה שאני ניתן בעד זה עד שיפרש כדי האונאה שיש במקחו או קרוב לזה בכדי שהרעת טועה ואם לאו אינו אלא כהפלגת ענין וי"א שכל שיודע שיש אונאה אלא שלא ידע שיעורו מהני מה שא"ל שאינו שוה אלא זוז ולא בעינן שיפרש ערך האונאה דמעם סברא ראשונה הוא משום דס"ל דגם במחילה בעינן דבר קצוב אבל אנן לא קיי"ל כן ולכן רק כשידע שיש אונאה אף שלא ידע הקצבה הוי מחילה [ט"ז] ואם מחלו זה לזה אונאת שתות וגמצא יתר משתות הוי ביטול מקח [רדב"ז] וכן אם מחלו עד רביע או שליש אם נמצא יותר הוי ביטול מקח וכן אם אמר יודע אני שאינו שוה אלא מנה ואני מוכרו לך במאתים ע"מ שאין לך עלי אונאה ואח"כ נמצא שגם מנה אינו שוה לא חשבינן הפחות מהמנה נגד המאתים דלפעמים יהיה נגד מנה ביטול מקח ונגד המאתים מחילה אלא חשבינן נגד שווי המקח דהלוקח יכול לומר נתרציתי לוותר מאה על מאה אבל על שווי פחות ממאה לא נתרציתי לוותר וכלל גדול הוא דכל אונאה צריך לחשב נגד שוויו של מקח והמותר שנתן מדעתו הוי כמתנה ולכן אם באים לידי דיני אונאה שמין את שווי המקח ויש שמסתפקים בזה אבל בכפי מ"ש כן נ"ל עיקר :

כד בעה"ב המוכר כלי תשמישו ואינה את הלוקח אין בו דין אונאה שאלו לא הרבו לו בדמים לא היה מוכרם והוי כהתנה שלא יהא בו אונאה [ים"א] ואפי' מכר מחמת רוחק אין בזה אונאה דלא פלוג רבנן ועוד דיכול לומר אמת שאני דחוק אבל בזיון הוא לי למכור כלי תשמישי ואם לא נתנו לי מקח כזה לא הייתי מוכרם אבל אם נמצא מום בהמקח חוזר דבזה אין חילוק בין בעה"ב לחנוני ויש מי שאומר דדוקא כשהלוקח ידע שהמוכר הוא בעה"ב המוכר כלי תשמישו אבל כשלא ידע יש אונאה דכיון שלא ידע ודאי לא מחיל ובן אם הבעה"ב מסר החפץ לסרסור שימכור אותו יש בו אונאה אפי' כשידע הלוקח שהוא בעה"ב דמן הסתם כשמסרו לסרסור מתייאש מלמכור ביוקר דמאין ידע הלוקח שהוא של בעה"ב לפיכך אף כשידע יש אונאה [סמ"ע] וי"א דגם בזה אין אונאה דשמא א"ל המוכר לא תמכרנו בפחות ממקח זה ולכן כשידע הלוקח שהוא של פלוני אין בו אונאה [ע"ז] ואם הלוקח לא לקח בעצמו אלא ע"י סרסור יש בו אונאה אפי' כשלקח מבעה"ב עצמו אם הסרסור לא ידע שהמוכר הוא בעה"ב אף שהלוקח ידע[סמ"ע]ואע"ג דסרסור הוי שליח ובשליח חוזר בכל מין אונאה כמו שיתבאר י"ל דמירי כגון שא"ל אתה שלוחי בין לתקון בין לעוות ודינו כבעה"ב [סמ"ע] או שלא הודיע שהוא שליח [ים"מ] :

כה זה שנתבאר דבמוכר כלי תשמישו אין אונאה כשאינה את הלוקח י"א דוקא בשתות אבל ביותר הרי הוא כשאר כל אדם דאין סברא כלל שהלוקח ימחול אף על יותר משתות ולא עלה על דעתו שיהיה כוונת המוכר להעלות על יותר משתות ויש חולקים וס"ל דאין חילוק ויש מי שסובר דבשם דבלוקח אין אונאה כשהבעה"ב אינהו כמו כן אם הבעה"ב נתאנה אין לו אונאה דאמרינן דכיון דצריך למכור סבר וקבל למכור בפחות וכן אדם שלקח כלי תשמיש לביתו ונתאנה אין בזה אונאה אבל כל הפוסקים חולקים בזה :

כו מוכר ולוקח שנתרצו לגמור המקח ע"פ שומת לוי ושם בסך ירוע ונמצא שטעה בשומתו שיש בזה שיעור אונאה יש לו דין אונאה דלא היתה הכוונה לסמוך על לוי אף כשיאמר יותר מכדי שויו ואדרבא הכוונה היתה לסמוך עליו מפני שהוא בקי ויודע המקח ואם א"א להחזיר האונאת כגון שהמאנה הלך למרחוק אם לוי הוא תגר ובקי בשומא ולא קבל שבר על השומא פטור אבל אם לקח שכר חייב כמו מבה אומן שקלקל שיתבאר בסי' ש"ז ואם אינו אומן ובקי חייב לשלם אפי' כשעשה בחנם מדינא דגרמי כמ"ש שם ויש מי שאומר עוד דאדרבא כשאמרו ע"פ שומת לוי שהוא בקי בטל המקח אף באונאה פחות משתות דדינו כשליח ולא משמע כן מהטור וש"ע וגם מצד הסברא לא נהירא ומה ענינו לשליח :

כז אנם אין לו אונאה שנאמר אל תונו איש את אחיו ואנם אינו בכלל אחיו ואם הוא אינה לאחר מחזיר אונאה

אונאה כרין אונאה ואם ישראל ואנס מכרו חפץ והיה בו אונאה ובאופן שבערכאות אין האנס חייב בחזקת צריך הישראל לשלם כל האונאה דקי"ל בנזקין כל היכא דליכא לאשהלומי מהאי משתלם מהאי כמ"ש בסימן ת"י [ס"ך] וכן אם נמצא בו מום אם אינו יכול הלוקח לגבות מהאנס חלקו חייב הישראל לשלם כולו ועוד דסמתמא מראנס חלקו חייב הישראל לכך ואם בערכאות חייב האנס לשלם חלקו אלא שהוא אלם ואין ביכולת לגבות ממנו א"צ הישראל לשלם חלקו של האנס [נ"מ ועיי"ם ג"ק מו: ד"ה גלים וזק] :

כה אפרו רי"ל [ב"מ נא:] הנושא ונותן באמנה אין לו עליו אונאה כיצד מוכר שאמר ללוקח חפץ זה לקחתיו בכך וכך ורצוני להשתכר בו סכום כך וכך אין להלוקח עליו אונאה דהא סבר וקבל שישתכר כך וכך ולא ירד לשווי של מקח ולא דמי לע"מ שאין לך עלי אונאה שנתבאר דיש אונאה והו מפני שירד לשוויו של מקח שקנה ממנו בכך וכך ומסתמא סבר שכך הוא שוה והתנאי אינו מועיל מטעם שנתבאר בסעיף כ"ב משא"כ בקונה באמנה שאינו סרבר בשווי המקח כלל אלא כמה ריוח יתן לו על מה שנתן אין המוכר עובר בלא תונו דאינו מאנה אותו ואינו יודע כלל שיש בזה אונאה ולכן אף כשנתגלה אח"כ שיש בזה אונאה המקח קיים ואינו מחויר לו כלום וכן אם נמצא ששוה הרבה יותר אין הלוקח מחויר לו כלום דהא גם המוכר לא ירד לשווי אלא שירויח כך וכך והרי הרויח ומה לו עוד מידו אם המוכר יודע שבאמת נתאנה בהמקח ואינו שוה כמה שנתן בעדו פשיטא שמחוייב להגיד להלוקח שיש בזה אונאה ואם יקבל יקבל דלוקח באמנה נהי דאין לו אונאה זהו כשאח"כ יתגלה שאינו שוה כל כך אבל לא כשהמוכר יודע מקודם דיש בזה אונאה ואין לך אונאה גדולה מזו וכן הסכימו גדולי אחרונים [וע"ש בנה"ג דברי מלכיאל סי' ס"ב סק"ם] :

כו ולאו דוקא מוכר שאמר ללוקח חפץ זה לקחתיו בכך וכך שהלוקח יודע המקח אלא אפי' לוקח שאמר למוכר בכמה שלקחת חפץ זה הנני נותן לך ריוח כך וכך נ"ב אין דין אונאה בזה ואף שנוכל לומר כיון דלא ידע הלוקח בעת המשיכה בכמה לקחו הוי כמדר ולא פסק ואין זה קנין כלל כמ"ש בסי' ר' ועוד דיהא בו עכ"פ דין אונאה דאפשר לא עלה ע"ד הלוקח שהמוכר שילם מקח כזה מ"מ המקח קיים ואין כו אונאה דכיון דלא ירד הלוקח לשווי של המקח אלא כמה שיתבר המוכר מקרי שידע המקח וכמה ששילם המוכר[ב] לא הקפיד כלל [נמסמ"ק סקמ"ו] והסכימו רוב הפוסקים דאע"ג דאין באמנה דין אונאה מ"מ כשנמצא בו מום בטל המקח דלא האמינו רק על המקח וסבר וקבל ולא על מום ואדרבא עיקר הנאמנות הוא שמאמינו שהסחורה טובה ולכן אינו מקפיד על המקח אבל אונאה אין כו אף ביותר משתות [ט"ך] וראובן שמכר לשמעון ונתאנה ראובן באופן שאם היה תובעו לשמעון היה המקח נתבטל אך בהוך כך מכר שמעון ללוי בלא אונאה אין אחד מהם יכול לבטל המקח במענה שהרי בע"כ ראובן יבטלו דמ"מ כל זמן שראובן אינו מבטל אין להם רשות לבטל המקח דשמא ראיבן יוותר על אונאתו [עיי"ם בביאוריס סקי"ם] :

ל ממה שנתבאר למדנו דאותם הקאמיסנירן היושבים במקומות הגדולים וקונים סחורות בעד החנונים מערי המדינה וגוטלים ריוח ידוע כמו שנים או שלש למאה אין עליהם טענת אונאה דזהו ממש נושא ונותן באמנה דהחנוני מאמינו שנתן בעד הסחורה כך וכך ונותן לו בעד מרחתו ריוח ידוע ואפי' הסחורה שקנה הקאמיסנער קורם שהודיעו החנוני לקנות בעדו מ"מ אין להחנוני עליו טענת אונאה כיון שמאמינו שכך עולה לו וכך וכך צריך להרויח וכ"ש כששלח לו רשימה לקנות בעדו דאינו אלא שלוחו ואע"ג דאדרבא בשליח יש אונאה אף בכל שהוא מ"מ בזה לא שייך דין זה דהא החנוני יודע שהסוחרים הגדולים אין מקבלין סחורה בחזרה וע"מ כן שלח לו לקנות בעדו ולפיכך נ"ל עוד דאפי' נמצא מום בסחר באופן שהקאמיסנער לא היה באפשרי לראות בגון בתחיכה סחורה שנחסר מהמדה או שבאמצע הסחורה לא טובה אי רקבון וכדומה אין לו להחנוני טענה עליו דידוע שהסחורה מונחה בכריכה ואין הסוחר מניח לפורקה ולראותה ע"פ כולה ומה היה לו לעשות וכל הנוני סבר וקביל דא"א באופן אחר ורק מום שבגלוי כמו סחורה מפורקת אם נמצא מום אחריותו עליו וכן סחורה המוכנת אצל הקאמיסניר קודם ששלח לו החנוני שישלח לו אם נמצא מום או חסרון האחריות עליו וכמו כן הח וגים הקטנים הקונים סחורה בהאימסקלאדן על נאמנות פרנסה נהי דאין בזה דין אונאה אבל ביטול מקח מחמת מום יש בזה דנהי דאינו אותו במומין מ"מ אין לו רשות לרמות לאחרים וההפסד עליו וכן אם בעל האימסקלאד או הקאמיסנער יודע שבהסחורה המוכנת אצלו יש אונאה בהמקחים אסור לו למכור להחנוני באמנה ויש בזה אונאה ודע שאחר מהגדולים ברור שכפנינו האריך לסתור כל דברי הפוסקים בזה ולדעתו להרמב"ם ז"ל יש אונאה בקאמיסנירן וזה שאמרו חז"ל דבאמנה אין אונאה זהו בהריוח שמרויח הוא ולא באונאה בעצם הסחורה ולא נתקבלו דבריו גם בחייו וכן דנין כל בתי דינין שאין על הקאמיסנער טענת אונאה במקח ואין חילוק בנושא ונותן באמנה בין סיחר או חנוני קבוע למוכר באקראי ודין אחד להם [ויעיק דבריו בסתמים מבריימא דלא ימכור אלא בתמנ וכו' דוק] :

לא אמרו רי"ל [שם] דהנושא ונותן באמנה לא יחשב הרע באמנה והיפה בשויו כגון שקנה עשרה חתיכות סחורה בעשרה סלעים כל חתיכה בסלע ויש בהם סחורות טובות שכל חתיכה שוה יותר מסלע ויש גרועות ששוה פחות מסלע וקנה בכולל כל חתיכה בסלע אין לו למכור באמנה לאחר אלא כולם ביחד כמו שקנה הוא ואסור לו למכור לאחדים כל חתיכה בסלע ע"פ נאמנות ולקבל ריוח ידוע דאיך יחשב להקונה את הגרוע בסלע הלא

לא שילם סלע בעדה אלא מפני המובות ששויין יותר מסלע וסמילא כשהוא יכול לא יכבור בא נה דלמה לו לעשות כן ויכרם בשויין ואין לך אונאה גדולה מזו ואע"פ שיכים בלבו למכור את כולם באמנה מ"מ מי שקונה ממנו הגרועות יתאנה ולכן בכה"ג אין לו למכור לאחרים ע"פ נאמנות אלא ע"פ השווי ואם יהיה אונאה ידונו בזה הדיינים רין אונאה או שיודיע להקונה את כל זה ואם יתרצה לקנות ממנו הגרועות באמנה הרי עושה מרצונו והחנונים צריכים ליזהר הרבה בזה כשמוכרים לבעה"ב ע"פ נאמנות ובדיוק כך וכך למאה כנהוג לפעמים כין החנונים אין זה אלא בסחורה שקנה כל חתיכה בפ"ע אבל כשקונה הרבה סחורות לא ימכו שלא יהיו טובות ורעות כמו שנתבאר וכ"ש הקאמיסנירן שקונים בער הרבה חנונים צריכים ליזהר הרבה בזה :

לב עוד אמרו רו"ל [סם] דהמוכר בנאמנות מותר לו להעלות על דמי המקח שכר כתף ששילם בער סחורה זו להביאה ושכר פונדק כגון שהשהה הסחורה משך זמן באיזה מקום ושילם בעד המקום דהא כל זה הוא קרן ויכללם בדמי המקח אבל שכר מרחתו של עצמו שיהיהלו בזה אסור דו לחשב בהקרן ולא יעלם על דמי המקח ולא יקח ממנו אלא כמו שנתפשר עמו שיתן לו כך וכך ריוח על הסחורה דזהו שכר מרחתו וכ"ש שאסור לו לחשב ריבית על המעות שנתן בער הסחורה ולכן החנוני שמכר לבעה"ב על נאמנות יש לו לחשב בהקרן שכר החנות ושארי היצאות החנות וכיצד יחשב כגון ששכר חנותו עם הוצאות עולה לו מאה סלעים לשנה ובמשך השנה מוכר סחורה בעד חמשת אלפים סלעים עולה לו על כל מאה שני סלעים ולכן כשמוכר סחורה בעד סלע יחשב על הקרן עוד אחר מנ' ואם יש לו משרתים בהדנות יחשב אותם ג"כ בהקרן והקאמיסנירן שבמקומות הגדולים לא יחשבו על סחורת החנונים רק הוצאה שעלה על סחורה זו אבל לא הוצאות שלו מאכילה ושבר אכסניא ובדומה ואף שאין לו עסק אחר לבר קאממיסיאן וכן המנהג בין הסוחרים ואין לשנית וצריכים ליזהר בשקונים סחורה בעד החנונים יקנו כמו שהיו קונים בעד עצמם ולא יאמרו מה לנו אם נשלם מעט יותר דהלא אין אנו לוקחים רק בפי ההשואה מ"מ אין לך גזל גדול מזה :

לג ראובן נתן סחורה לשמעון וא"ל מכור איך שתוכל והמעות תתן לי לזמן פלוני ואני סומך עליך ושכר מרחתך אתן לך כך וכך או כפי המנהג אין לראובן על שמעון טענת אונאה לומר שהיתה שוה יותר ובן להיפך אם מכרה בדמים רבים אין ביכולת שמעון לומר לא אתן לך אלא דמי שווי [פיסו"י על למנ] ואם היה לראובן שני מיני סחורות אחד יפה שיש עליו קופציון הרבה ואחד רע שקשה למכרה לא יאמר לו הרי לך הסחורה היפה בשווי ע"מ שתמכור לי הסחורה הרעה איך שתוכל ולכשתמכור הרעה או תתן לי מעות שני הסחורות ופיטר עצמו מליתן לו שכר מרחא מפני שממתין לו כל המעות עד אותו זמן דזהו כריבית [סם] אלא צריך ליתן לו שכר טירחא בעד כל מה שימכור ושוב אין לנו חשש בהמתנת מעותיו וצריך ליתן לו שכר טירחא כראוי דאל"כ עריין יש חשש שטורח אצלו בשביל המתנת מעותיו :

לד אלו דברים שאין להם אונאה העבדים והשטרות והקרקעות וההקדשות אפי' מכר שוה אלף בדינר או שוה דינר באלף אין בהם אונאה וכולם דרשו חז"ל מקרא דכתיב וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך אל תונו וגו' וזהו דוקא מטלטלין דבר הנקנה מיד ליד ולא קרקעות וכן ממכר משמש דבר שיהא גופו ממון לאפוקי שטרות שאינם אלא לראיה בעלמא ועבדים הוקשו לקרקעות והקדש אינו בכלל רעהו ועמיתך ועתה כל ההקדשות והצדקות דינם כהדיוט כמ"ש בסימן צ"ה ואף שזהו נזירת התורה מ"מ יש להסביר סברא קצת דקרקע קונה אדם לפעמים יותר משוה [כסנ"ס רפ"ד] וחז"ל קראו לקרקע רבר חשוח כל כסף [ב"ק יד:] וכן להיפך בשאדם נצרך למעות ואין קונה מוכרה הרבה בפחות משויה דא"א להוליך קרקע ממקום למקום וכן עבדים יש בהם הרבה חסרונות וכן להיפך כשנצרך לו עבד משלם בעדו הרבה ושטרות שנצרך לגבותם שתלוי לפי מצב הזמן מהלוה ואלמותו פוחתים הרבה ובהקדשות שבזמן הבית כיון שהלכה פסוקה היא הקדש שוה מנה שחללו על שוה פרוטה מחולל לפיכך גם במכירה אם ההקדש נתאנה אינה אונאה וכן אם הלוקח נתאנה פשיטא שאינו יכול לחזור בו דאמירה כגבוה כמסירה להדיוט דמיא [ב"ב קלנ:] :

לה וי"א דדוקא עד פלגא אין להם אונאה כגון שמכר שוה עשרה בחמש או בעשרים אבל ביותר מפלגא הוי אונאה ויש מי שאומר דדוקא עד פלגא אין אונאה אבל בפלגא עצמה יש אונאה ובטל המקח ודע דאע"ג דאין אונאה לכל אלו אין הכוונה שמותר לבתחלה ח"ו לאונות דמי שיודע שיש בזה אונאה אף בפרוטה אסור לו לאונות אם לא שיגיד ששוה יותר או פחות ואין רצונו באופן אחר אלא שזהו נזירת התורה שבשהיתה אונאה אין ל של המקח ולא להחזיר האונאה [סמ"ע] וברבר האונאה ביותר מפלגא יש מי שהכריע כרעה הקודמת דלעולם אין אונאה [ס"ך ס"ס ס"ן] וי"א דהוי ספיקא דדינא [נקד"ס] :

לו בכל דיני אונאה שנתבאר אינו אלא במוכר ולוקח עצמן אבל שלוחו של מוכר או של לוקח וכן אפוטרופוס שטעה ונתאנה אפי' בכל שהוא בין בממלטלין בין בקרקע חוזר מפני שהמשלח אומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותני ואין כאן דין מח לה דאין ביד השליח למחול ואם השליח אינה את המוכר או את הלוקח י"א שג"כ הדין כן שמכרו בטל בכל שהוא שלא יהא כח המשלח יפה ע"י שלוחו מהלוקח או המוכר עצמו וי"א שדינו ככל אדם כיון שהוא עצמו היה בעת הקנין ומה לו אם קנה מהמוכר עצמו או משלוחו או שמכר להלוקח עצמו או לשלוחו ולכן

ולכן עד שתות הוי מחילה והמשלח וזכה בהיתרון ולא השליח כמ"ש בסימן קפ"ג אם לא בהוספה במקח קצוב כמ"ש שם [ל"ל] וזה שאמרנו שאפוטרופוס דינו כשליח זהו דוקא כשמכר שלא ע"פ ב"ד אבל ע"פ ב"ד יש בזה דין אחר ונתבאר בסי' ק"מ:

לז לענין אונאה דין שבירות כדין מכר שהשבירות מכירה ליתן הוא לפיכך השוכר את הבהמה או את הכלים יש להם דין אונאה דפחות משתות הוי מחילה ושתות ויותר משתות בין שנתאנה שוכר ובין שנתאנה משכיר ה"ז מחזיר אונאה ואין בזה דין ביטול מקח כיון שבבר נעשית המלאכה ואם עדיין לא נעשתה המלאכה בטלה השבירות ביותר משתות כדין ביטול מקח [סמ"ע] ואין בשבירות זמן קצוב כדי שיראה לתגר כבמקח אלא אפי' לאחר זמן מרובה מחזיר האונאה דדוקא במקח דרך העולם להראותן אבל לא בשבירות [הס"מ פי"ג] וכן המשכיר אין דרכו לחקור בשבירות אם נתאנה וכמו שבמכר קרקע אין אונאה כמו כן בשבירות קרקע ולכן ראובן ששכר את שמעון בקבלנות שיבנה לו בית או ליזרע לו שדה בזרע ראובן אם האונאה היתה בהמקח אין אונאה לקרקעות וכן אם שכר קרקע או בית אין בזה דין אונאה אפי' שוה יותר או פחות אפי' שכר טרקלין גדול בדינר לשנה או רפת בקר בדינר ליום אין לזה אונאה ולי"א שבסעיף ל"ה עד פלגא אין אונאה ואם השכירות לזרוע שדה היתה האונאה בכמות הזריעה כגון שאמר זרעתי בה זרע הרבה כראוי לקרקע זו או זרעתי זריעה הראוי לקרקע זו ובאו עדים והעידו שזרע בה מעט זרע ולפיכך נתקלקלה או שזרע זריעה שאינו ראוי לקרקע זו ה"ז ספיקא דדינא אם יש לזה אונאה מפני הזרע שהם מטלטלין או אין לזה אונאה מפני הקרקע לפיכך אין מוציאין מיד הנתבע ואם שברו בזרע של השוכר ונתאנה במקח הזרע י"א דזדאי דינו כמטלטלין וי"א דאין חילוק ביון דסוף סוף נתחברה לקרקע [נ"מ] וכן אם יש בזה חיוב שבועה כגון שאומר בעל הקרקע שמכר לו שש מדות לזריעה והוא אומר שלא קבל ממנו אלא חמש אין משביעין אלא היסת מפני הקרקע שיש כאן דאין נשבעין שד"א על קרקעות כמ"ש בסימן צ"ה וכמו שאין אונאה לקרקע בין במכר בין בשכירות כמו כן בעבדים ואפי' שוכר פועל ישראל שיעשה עמו לזמן בין שיעשה בקרקע בין בטלטלין אין לזה אונאה מפני שוהו כקונה את נופו לזמן ועבד אין בו אונאה ואע"ג דרך עבד כנעני הוקש לקרקע מ"מ זה שהשכיר עצמו כפועל שם עבד עליו [סמ"ע וט"ך] ואם שכר פועל עם סוס ביחד אף שמצד הפועל אין אונאה אבל מצד הסוס יש אונאה ומשערין מה בא משכירות אלו לשכר הסוס ומה שנתאנה בזה צריך להחזיר ואין לחשב כל האונאה על הפועל דצריכין לשער כפי הנהוג לשכור [כנ"ח] ומה שיש אונאה בכולל יחשבו על הארם ועל הסוס לפי ערך ויראו כמה אונאה יש בהסוס וידונו בזה דין אונאה אבל הקבלן בטלטלין יש אונאה כגון שקבל עליו לארוג בגד זה או לתפור בגד זה בעשרה זווים יש אונאה דדין עכד אין לו כשאינו פ' על ליום וכל אחד מהם כשנתאנה בין שנתאנה הקבלן ובין שנתאנה בעל הבגד חוזר לעולם אם נתאנה וכשנעשית המלאכה מחזיר זל"ז האונאה ואם המתאנה מתרצה ואינו מבקש אונאהו גם המאנה אינו יכול לחזור בו אף קודם עשיית המלאכה כמו בלוקח ומוכר ובקבלנות לבנות בית ע"ל ראין לזה אונאה דהוי כקרקע:

לח האחים שחולקים חלק ירושתם והשותפים שחולקים דינם בלקוחות ביון דכל אחד מהם יש לו חלק בכולו נמצא דבמה שחולקין חפץ כנגד חפץ או קרקע כנגד קרקע הרי כל אחד כלוקח חצי חבירו בעד מחציתו שנותן לו מחפץ האחר או מקרקע האחרת ולכן בטלטלין פחות משתות כשהיה אונאה נקנה מקח ואינו מחזיר כלום יתר על שתות בטל מקח שתות קנה ומחזיר אונאה ואם חלקו קרקעות אפי' שמו שוה מנה בדינר או שוה דינר במנה קיים ולהי"א שבסעיף ל"ה רק עד פלגא אין אונאה ואם המעו וא"ו במדה או במשקל ומנין אפי' כל שהוא חוזרים דגם בלקוחות הדין כן ואם עשו שליח שיחלק ביניהם ומעה אף בכל שהוא בטלה החלוקה כדין שליח שנתבאר בסעיף ל"ו ואם חלקו ע"פ ב"ד או שהתנו ביניהם שיחלקו בשום הדיינים ומעו בשתות בטלה חלוקה שדיינים שפחתו או הותירו שתות מכרן בטל כמ"ש בסי' ק"ט ודע דממה שנתבאר בסעיף זה ראיה למ"ש בסעיף כ"א דבחליפין בשומא יש לכל ממלטלין אונאה דלדעה ראשונה שבשם צ"ל דלא מיירי אלא בפירות ולא משמע כן מכל הפוסקים אלא דמיירי בכל מטלטלין והקפידו על שווי השומא כדרך כל החלוקות וגם מהש"ס משמע להדיא דבכל מטלטלין מיירי מדהש"ס מחלק בין מטלטלין למקרקעי [ע' קדושין מג: ודבכי סכ:ת"ש ל"ת] וכן אם נמצא טעות בהחלוקה בטלה החלוקה כמעשה שהיה בראובן ושמעון אחים שחלקו על תנאי שמי שיפול לו בית פלוני שיפתח לו פתח למבוי וכא שמו אל לבם שיכולין בני המבוי לעכב עליו ונפל אותו הבית לראובן ובני המבוי לא הניחוהו לפתוח פתח להמבוי ופסק הרא"ש ז"ל שאם רוצה ראובן לבטל החלוקה הרשות בידו ולא עוד אלא אפי' אם יאמר שמעון אפעול מבני המבוי שיתנו לך רשות לפתוח פתח יכול ראובן לומר אין רצוני לקנות לי מחלוקת בפתיחת הדלת ועוד ביון שבשעת החלוקה היה טעות שסברו שביכלהם לפתוח פתח הוי החלוקה מעיקרה בטעות ובטלה החלוקה וכה"ג בכל מין טעות שנמצא בהחלוקה או איזה מום שנמצא בחלקו של אחד מהם בטלה כל החלוקה:

לט פסק אחד מהנדיונים דזה ששותף יש לו באונאה דיקא כשהוא שותף בגוף הסחורה אבל כשאין לו חלק בגוף הסחורה רק שבעל הסחורה הבטיח ליתן לו חלק בהריוח כשיומכר הסחורה ובהפסד אין לו חלק ומכר חלק הריוח שלו אין בזה דין אונאה ביון שאין לו בגוף הסחורה

חלק [מהרי"ק] ומעשה היה באחר שהראה זהב לצורף לקנות אם הצורף יאמר שהוא טוב והבטיח להצורף ליתן לו חצי ריוח בשכרו וא"ל הצורף שזהו זהב ואח"כ נתברר שהוא נחשת ויש מי שרצה לחייב את הצורף ע"פ ס"ש בסימן ש"י בטבחים שנוטלין שכר מהבשרות דהוה שומר שכר וחייב בשניבלה אע"נ דמטריפה אינו נוטל שכר מ"מ כיון שאם היתה כשידה היה נוטל דינו כש"ש וה"נ כיון דאם היה זהב היה נוטל חלק דינו כש"ש וחייב בכה שטעה רטעות זה הוי כחיוב גנבה ואבדה כמו במראה דינר לשולחני ונמצא רע שנתבאר שם דבשכר חייב אף אם הוא אומן וחלקו עליו דהצורף פטור ואין דינו כש"ש אלא כש"ח דדוקא בטבח שאם לא ניבלה היתה כשירה והיה נוטל שכר לכן גם כשניבלה ואינו נוטל כלום דינו כש"ש כיון שהיה בירו ליטול שכר אבל זה הצורף אלו היה מתבונן היטב היה רואה שזהו נחשת ולא היה בידו ליטול שכר כלל ולכן אין דינו אלא כש"ח ואם היה אומן ובקי פטור כמראה דינר לשולחני בהגם [קסי"ם ונ"מ] :

סימן רכח [אסור להונות בדברים ולנגוב דעת הבריות ולרמות במקח וממכר ובו י"ד סעיפים] :

א כשם שיש איסור אונאה במקח וממכר כך יש איסור מן התורה באונאת דברים דכתיב ולא תונו איש את עמיתו ויראת מאלהיך אני ה' ודרשו חז"ל [ב"מ נח:] דאתי לאונאת דברים דלאונאת ממון כתיב קרא אחרינא וכי תמכרו ממכר ונו' אל תונו ולכן כתיב בפסוק זה ויראת מאלהיך לפי שהם דברים המסורים ללב דלפני בני אדם יכול לומר שלא כוון כלל לאנותו ולצערו לכך כתיב ויראת מאלהיך שהוא ביחן לבבות וסיים הפסוק אני ה' שעתיד ליפרע ממך וגדולה אונאת דברים מאונאת ממון שממון ניתן להשבון ודברים לא נתנו להשבון ועוד היה בגופו וזה בממונו וקבלה ביד רו"ל דהצועק לפני הקב"ה על אונאת דברים נענה מיד שנפרעין מהמאנה בעוה"ז וכך אמרו חז"ל כל השערים ננעלו חוץ משערי אונאה וי"א דאין מצוין על אונאת דברים שלא לאנותו רק למי שאינו בעל עבירות אבל לרשע מותר לאנות בדברים דשמא ע"י זה ישוב בתשובה ולכן אם כוונתו לשמים לאנותו לרשע בדברים כדי שישוב בתשובה יכול לעשות כן וכן מי שמאנה א"ע שהולך בדרך לא טוב וסובר שהולך בדרך הישר מותר לאנותו שאדם כזה אינו מכלל הישוב ודרך ארץ וצריך ליזהר ביותר באונאת הגר [כימים קדמונים] בין בגופו בין בממונו לפי שהוזהר עליו בכמה מקומות וצריך אדם ליזהר מאד באונאת אשתו לפי שהאשה היא רכת הלב ודמעתה מצויה וכך אמרו חז"ל [סס נמ'] לעולם יהא אדם זהיר בכבוד אשתו שאין ברכה מצויה בתוך ביתו של אדם אלא בשביל אשתו ורוקא במילי דביתא או במילי דעלמא צריך לשמוע לה אבל במילי דשמיא אם מונעת אותו מדרך הטוב אסור לשמוע לה וכל ההולך אחר עצת אשתו במילי דשמיא במניעת מצוה נופל בגיהנם [סס] ואוהב אבר עולמו מפני ששמע לעצת איזבל הרשעה וכ"ש שצריך האדם ליזהר באונאת יתומים ואלמנות שאין קץ להעונש וכך אמרו חז"ל [סס] שלשה אין הפרגוד ננעל בפניהם אונאה וגזל וכו' :

ב יש באונאת דברים שני מיני אותאות האחת אונאה במפתר ביצד לא יאמר לחבירו בכמה אתה רוצה ליתן חפץ זה והוא אינו רוצה לקנותו כלל או שהיו חמרים מבקשים ממנו לקנות תבואה לא יאמר להם לכו אצל פלוני והוא יודע שאין לזה תבואה למכור ויתבזה ואף אם הוא עשיר שלא יתבזה מ"מ החמרים יתביישו וכן כל כיוצא בזה והשנית אונאה בעניני הנפש כיצד אם היה בן גרים לא יאמר לו זכור מעשיך הראשונים אם היה מבזויי משפחה לא יאמר לו זכור משפחתך השפלה אם היה מכוער או בעל מום או שאר חסרון בו או באשתו וזרעו או באבותיו לא יאמר לו כמה מכוער אתה או ראה מומך או חסרונך או חסרון אשתך וחסרון זרעך וחסרון אבותיך וכן אם היו יסורים באים עליו לא יאמר לו כדרך שאמרו חבריו לאיוב הלא יראתך כסלתך זכר נא מי הוא נקי אבד וחברי איוב אמרו לו מפני שהחזית דברים כלפי מעלה וכן אם נשאלה שאלה על דבר חכמה לא יאמר למי שאינו יודע אותה חכמה מה תשיב ברבר זה וכן כל כיוצא בדברים אלו וכן יותר שלא לכנות שם רע לחבירו ואע"פ שהוא רגיל באותו ביניני אם כוונתו לביישו בביניני זה אסור וכך אמרו חז"ל [סס] המלבין פני חבירו ברבים כאלו שופך דמים :

ג אסור לרמות בני אדם במקח וממכר או לנגוב דעתם כגון אם יש מום במקחו אף שאין בזה אונאת ממון כגון ששוה המקח גם במומו מ"מ מחוייב להידיע להלוקח בין שהלוקח הוא ישראל בין שהוא עכו"ם ואדרבא בעכו"ם יש עוד חילול ה' ולא ימכור לעכו"ם בשר נבילה בחוקת שחוטה וכן אסור לגנוב דעת הבריות כגון שמראה שעושה דבר כבוד בשביל זה ובאמת לא עשה בשבילו הרי זה גנבת דעת וכן לא יסרהב אדם בחבירו הרבה שיאבל עמו והוא יודע שלא יסעוד אבל לבקש איתו פעם או שתים כמו שנהגו מפני הכבוד לאיש מכובד לאמר בא אכול מותר ונכון לעשות כן דאם לא יבקשו יתיראה כאלו הוא גבוה שאיננו ראוי לחלוק לו כבוד [סמ"ע] וכן לא יתן מתנות לאחר ויודע שלא יקבל אע"כ עושה

זה מפני דרך הכבוד וכן לא יאכל את חבירו להראות לו שעושה בשבילו דבר גדול ובאמת אינו עושה בשבילו כמו שהיה הנהוג בזמן הקדמון דכשבא אירח נכבד פתחו כעדו חבית יין טובה להראותו כי הוא אצלו חשוב כל כך עד שפותח בשבילו חבית יין ואמרו חז"ל [תוען ל"ד] לא יפתח חבית הפתוח לחבירו וזה סובר שבשבילו פתוחה ואפ' אם היא סתומה עדיין ומכרה לחבירו וצריך לפותחה וזה מראה לו כאלו בשבילו פותחה ואם האורח באמת חשוב אצלו שבלא מבירתה להחבירו היה פותחה בשבילו אין זה אוכלה וכ"ז בשמאמת את האורח אבל אם הוא אינו מאמת אותו שבאמת אינו פותחה בשבילו וכא מראה לו כאלו פותחה בשבילו רק האורח סטעה א"ע שסובר שעושה בשבילו אינו מחוייב להוריעו שלא פתחה בשבילו וכן כשאורח נכנס לעיר ופגע לבעה"ב אחר מהעיר שיצא לקראתו והבעה"ב לא ידע כלל מהאורח שהלך לדרכו רק האורח סובר שלקראתו יצא לכבודו אינו מחוייב לומר לו שלא יצאתי לקראתך עוד היה מנהג של כבוד אצלם להושיש לנכבד פך שמן ולומר לו סוך שמן מפך זה ואם הפך ריקן לא יאמר אותו לומר סוך מפך זה ואף אם הפך מלא רק שיודע שהוא לא יסוך א"ע אין לומר לו סוך אא"כ הוא דרך הכבוד כמו לקרא לאכול וכן היה מנהגם לילך לבית האבל לתנחומין בכלי יין ולכן לא ילך בכלי ריקם והאבל סובר שהוא מלא יין ואם הוא עושה כדי לכבדו שכן מנהג הכבוד במקום זה מותר ומאלו הדברים יש ללמוד לכל הדברים:

ד אסור למכור עור של בהמה סתה בחזקת שהיא שחוטה דשל מתה אינה חזקה כל כך ובמקום שנחשים מצויים יש גם חשש סכנה בזה שמא נשכה נחש והארם נבלע בעורה ושם בגמ' הובא מעשה שע"י אונאה נאבד נפש שאחד זימן אורחים לעשות להם משתה שמנים והעמיד אצל אחד שישלח לו חבית שמן וזה אינהו ושלח לו יין רק בשמן צף מלמעלה וזה לא ידע ונתבייש בפני האורחים וחנק א"ע ע"ש:

ה אין מפרכסין אדם ובהמה וכלים ומה הוא פירכוס שעושין איזה פעולה בהסחורה שתהא נראה יפה בעין לצבוע עבד זקן העומד למכור וצובע שערותיו כדי שיתראה כבחור ולהשקות הבהמה מי סובין שמנפחין ווקפין שערותיה כדי שתתראה שמנה וכן אין מקרדין אותה במגררת ולא מקרצפין אותה בממרק כדי לזקף שערותיה ולצבוע כלים ישנים כדי שיתראו כחדשים ואין נופחין בקרבים כדי שיראו שמנים ורחבים ואין שורין הכשר במים כדי שיתראה לבן ושמן ואם מנרג הקצבים לשרות הבשר במים מותר כיון דהכל יודעים שורך לעשות כן אין כזה אונאה וכן כל חפץ ישן אסור לתקנו שיתראה כחדש ולמכרו בחדש אבל חפץ חדש מותר לנקותו וליפותו וזהו דרך התגרים:

ו אין מערבין מעט פירות או תבואה רעים בהרבה יפין כדי למכרן בחזקת יפים ואפ' חדשים בחדשים אם הם משני מקומות שהאחד יפה מחבירו אסור לערבן ולמכרן בחזקת המקום היפה ואין צ"ל חדשים בישנים או ישנים בחדשים דלפעמים חדשים יותר טיב לפני הקונה אף שהישנים טובים יותר מפני שרוצה לישנן ויש שישנים יותר טוב לפני הקונה ואפ' אם מין האחר יותר יקר מחבירו והתגר מותר ויתבאר בסעיף י"ב:

ז בין התירו חכמים לערב קשה ברך בין הגיתות בלבד אע"פ שהרך יותר טוב לשתות מהקשה ונם דמיו יקרים מפני שמשביחו ומתקיים יותר וכ"ש רך בקשה דשרי אף שלא בין הגיתות [סמ"ע] ואם היה טעמו ניכר שכל מי שטועם מבחין שנתערב בו היין הקשה מותר לערב בכל מקום שכל הניכר טעמו מרגיש בו הלוקח ולפיכך מותר לערבו אף שלא בין הגיתות וזה שאסור שלא בין הגיתות והו במעט תערובות שאינו נרגש במעם אבל בתערובות שהטעם ניכר היה לו ללוקח לטועמו וכין שלא טעמו מחיל [מ"מ פ"ח] ודוקא שנרגש גם בראייתו דאל"כ מאין ידע הלוקח שנתערב בו הקשה שיצטרך לטעום אותו דהרי לא בכל מקום טועמין כמו שיתבאר והרמב"ם ז"ל שכתב שם לשון זה שכל הניכר טעמו מרגיש בו הלוקח ר"ל מרגיש בראייתו [כנלע"ד ומיוסד קונטרס סכ"ם סס נ"כ]:

ח אין מערבין מים בין ומי שנתערב מים בייגו לא יסברנו בחנות לבעלי בתים אא"כ הודיע להקונה אבל לתגר לא יסכרנו אע"פ שמודיעו שמא ירמה בו אחרים ומקום שנהגו לערב בין הגיתות מים מותר לערב כפי השיעור שדרכם לערוב ולא יותר וזה שאמרנו שאסור לערב מים בין אפ' כשהוא ניכר בטעמו כין שאין המנהג למעום בבמראיתו אינו ניכר אסור אבל במקום שנהגו שכל מי שקונה דבר מועמו תחלה מותר לערב בו לעולם אפ' שלא בין הגיתות בשיש בו מים כל כך שיהא ניכר במעמו [ב"ח] ובשאין הכל מועמים אע"פ שהרבה מועמים אסור למכור אלא בתנאי שכשיראה שהלוקח אינו מועם יאמר לו [זסו פ' המוכר בתר' לחת סס"ד דב"מ והרמב"ם מפרש דקאי רק לקמן ברך והס"ע סעיף שניים ומיוסד סוסרים זל"ז לפמ"ש בסעיף הקודם וזו"ק]:

ט אין מערבין שמרי יין חבית זה בין של חבית אחר מפני שמקלקל בזה את היין אפ' אם קנה ממנו שתי חביות של יין אין מערבין שמרים של זה בשל אחרת אבל אם קנו ממנו חבית יין המרה בכך וכך כשבא למדוד יכול לערב השמרים עם היין של אותה החבית ומוכר לו הכל ביחד ואפ' מוכר לו בסדה ומודד מהחבית כלי של לוקח יכול לערב שמריה דמה יעשה בשמריו ונראה דה"ה אם מוכר לו חצי חבית מערב השמרים ומודד לו:

י והרמב"ם ז"ל כתב בפ"ח אסור לערב שמרים בין ביין בין בשמן ואפ' כל שהוא ואפ' שמרים של אמש בשמרים של היום אסור אבל אם עירה היין מכלי אל כלי נותן שמריו לתוכו והמוכר לחבירו שכן מזוקק אינו מקבל

מקבל שמרים מכר לו שמן סתם מקבל לוג ומחצה שמרים לבל מאה לוג עכ"ל וסובר נ"כ דבשטרי אותה החבית עצמה מותר למכור כדעה הקודמת רק שמרים של יין אחר אפילו של אותה הכלי עצמה שהיה בה אמש יין עם שמריה אסור לערב עם יין של היום וכ"ש מכלי אחרת אבל שמרים של חבית זו עצמה מיינה נותן ללוקח אף כשאינו מוכרם לו עם החבית אלא שמערה לכלי הלוקח ואם א"ל שמן מזוקק צריך ליתן לו בלא שמרים אבל אם מכר לו שמן סתם אפילו קבל מעט מעט בלא השמרים יחשב לו אח"כ ע"ח השמרים לוג ומחצה למאה לוגין אבל לדעה הקודמת שהיא דעת המור אם קבל הלוקח מעט מעט בלא השמרים לא ינכה לו אח"כ את השמרים דאם היה נותן לו עם השמרים שלה בודאי היה ביכלתו אף כשמכר לו בעת שהשמן כבר נזדכך ושוקט על שמריו ויכול לערבם וליתן לו אבל כשנתן לו בלא השמרים אמרינן דמחל לו השמרים וכפי שכתבנו כן הוא הפי' בהרמב"ם והטור [וכ"מ מסמ"ק וכ"י ובכרי מסמ"ע ל"ע והרמב"ם ז"ל מפרש בסמנה שמכר לו שמן מזוקק והמור מפרש בשטת סזיקוק ומחלקותם בסוגיא ב"מ מ': וד"ק] :

יא עוד כתב הרמב"ם במוכר שמן סתם מקבל הזיקוק לבד הלוג ומחצה שמרים את השמן העכור העולה למעלה על פני השמן יתר על השמרים הידועים באותו מקום בר"א כשנתן לו מעות בתשרי שהוא עת הבציר והשמן עכור והמדה גדולה או ולקח השמן בניסן במדת השרי שהיא גדולה מפני אותו השמן הקופה למעלה אבל אם לקח במדת ניסן שהיא קטנה מפני שכבר צלל השמן אינו מקבל אלא השמרים בלבד וגם להטור אפילו בשקבל ממנו בלא השמרים דאינו מנכה לו השמרים כמו שנתבאר מ"מ השמן העכור הצפה למעלה מנכה לו בר"א כשמכר לו בשעה שהוא עכור אבל כשמכר לו בשעה שהוא צלול וקבל ממנו בלא שמרים ובלא העכור אינו מנכה לו בלל אפילו את העכור דאחולי אחליה ורבינו הרמ"א כתב בדיני שני סעיפים אלו כהטור וכשמכר מפורש שמן מזוקק מודה הטור שצריך ליתן לו נקי מכל פסולת ודין אחר ליין ולשמן ואם יש באיזה מקומות מנהג אחר מכפי מה שנתבאר יעשו במנהגם [כ"ל כוונת סרמנ"ס והעור כמ"ש וזו"ק] :

יב זה שנתבאר בסעיף ו' דאין לערב הבואה ופירות משני מקומות זהו בבעה"ב המוכר משדותיו ואם שני המקומות שלו אינן שוין בשוכן ובישנן אין לו לערב אבל התגר מותר דהכל יודעים שהוא קונה מכמה מקומות וכך אמרו חז"ל [סס ס'] התגר נוטל מחמש גרנות ונותן למקום אחר או מחמש גתות ונותן לתוך חבית אחת שהכל יודעים שלא נדלו כולם בשלו ובחזקה זו קונים ממנו ובלבד שלא יכוין לקנות הרוב ממקום הטוב כדי שיצא עליו קול שהוא קונה הכל ממקום טוב וקונה גם ממק"ם הרע מעט ומערב עמם :

יג מותר לברור הפסולת מתוך הגרסין ומן הקטניות כדי שיראו יפים שזהו דבר הנראה לעינים שהוברר מהם הפסולת ויכול הלוקח להכין בראיתו כמה שוים יותר בשביל ניקוים מהפסולת וטוב לו ללוקח לשלם מעט יותר כדי שלא יצטרך לטרוח ולבררם [מור] ובלבד שיברור כל הפסולת אבל לא יברור העליונים ויניח התחתונים דאין אונאה גדולה מזו שהלוקח סובר שכולו הוברר :

יד מותר לחנוני לחלק קליות ואגוזים לתינוקות כדי להרגילם שיקנו ממנו ואין שארי חנונים יכולים לסחות בו ומי יסחה בידם לעשות כן דרשות ביד כל אחד לעשות איזה השתדלות לפדיון כמו שמבקש מאנשים שיקחו ממנו אבל מחנותו של אחר אין לקרות שום קונה ועובר בלא תסיג גבול וכן יכול למכור בזול ואין בני השוק יכולים לעכב עליו אמנם ג"ל דוהו רק בתבואה מפני שע"י זה שימכור בזול גם האחרים ימכרו בזול ומתוך זה יסכרו בעלי האוצרות בזול [רס"י סס] אבל לולול במכירת סחורה איסור גמור הוא ומתוך כך מקולקל דרך המסחר ומאבדין מעות אחרים [ורלב"י מכ"ב ל"ל] וכן מצאתי לאחד מהגדולים שכתב כן וגם לעשות איזה הערמה שיפרה יותר משמע קצת מגמרא שאסור ואינו מותר לעשות רק דבר שגם האחר יכול לעשות כן [מדפריך סס ע"ש דרכן] :

סימן רכט [המוכר לחבירו חמים ושעורים ופירות כמה פסולת צריך לקבל וכו ב' סעיפים] :

א מיני תבואה וקטניות דרכן להיות בהן קצת פסולת וכן יש ממיני פירות כן ואמרו חז"ל [ב"ב נ"ד:] המוכר חמים לחבירו מקבל עליו רובע קטנית לכל סאה דרנילן לגדל בחטין ובמוכר שעורים מקבל עליו רובע נישובית ש"ן אבק וקשין שהרוח מנשבן לסאה עדשים מקבל עליו רובע עפרורית לסאה האגים מקבל עליו עשר מתולע"ת למאה וה"ה אחד לעשרה ואם מכר לו שארי פירות מקבל עליו רובע מנופת לכל סאה וגם קצת עפר צריך לקבל בכל מין תבואה דא"א שלא יתערב איזה צרור או קצת עפר [כ"י] ואם נמצא בהם יתר על השעורים האלו אף כל שהוא ינפה הכל ויתן לו מנופים וברורים בלי שום פסולת דקנסינן ליה משום דחשדינן ליה שעירב הפסולת בידים [מור] ולכן י"א דאם ידוע שהמוכר לא עירבן צריך לקבל אלו השיעורים והמותר ינבה לו אפי' בשוודאי לא עירבן וי"א עוד דבידוע שלא עירבן צריך הלוקח לקבל עליו הכל כיון שלא א"ל חמים

יפות אני מוכר לך והוא לא עירבן אין המוכר חייב בזה וכשידוע שעירבן אפי' פחות מזה השיעור א"צ הלוקח לקבל [סמ] ויש מפרשים דשיעורי חו"ל הוא כשמוכר לו פירות סתם או שאמר פירות יפות אלו אבל אם אמר פירות אלו ולא אמר יפות צריך לקבלן כמו שהן ובלבד שיהא ביוצא בהן נמכרין בשוק לאכילה [סמ] ובלבד שלא יערב בידים דמה שיערב בידיו הוא גזל גמור אף שעשהוקדם שמכר [ל"ל] ואם אמר פירות יפות ולא אמר אלו נותן לו פירות שכולן יפות בלא פסולת כלל ודע דלצרורות ועפרורית אין שיעור כמה שיקבל ואינו מקבל אלא מעט מזער בדרך התבוואות ולפיכך אמרו חו"ל [סמ גנ] הבורר צרור מתוך גרנו של חבירו נותן לו דמי חמים כשיעור הצרורות שאלו הניחם היה מוכרם במדת החטים ואם תאמר יחזרם להחטים הרי אמרו חו"ל דאסור לערב בידים אף כל שהוא אפילו פסולת וכ"ש צרורות ועפר ונמצא שהוזקו וחייב מדינא דגרמי ואפי' נדושה התבואה בסקום הפקר ולא וכה עדיין בעל החטים בהצרורות שנתאספ במקום הרישה מ"ם חייב הבורר לשלם ואפי' דש בבית ראובן ששם נאסף הצרור וראובן ביררו לא אמרינן שראובן זכה בהצרור ושלו לקט אלא חייב ראובן לשלם [כמ"מ] כיון דדרך התבואה שיתאספ מעט עפר וצרורות בעת הרישה דינם כהתבואה עצמה:

ב כל מה שנתבאר בפסולה ועפר וצרורות וכן דיני שכרים ושמן עכור אין כל הדברים אלו אמורים אלא בסקום שאין שם מנהג אבל בסקום שיש להם מנהג יזוע הכל כמנהג המדינה ויש מקומות שנהגו שיהיו כל הפירות מנוקים וברורים יין או שמן סתם יהיו היינות והשמנים צלולים ולא ימכרו השכרים עם היין כלל ויש מקומות שנהגו שאפי' היה בהם מחצה שכרים או שהיה בתבואה ובפירות עפר או תבן או מין אחר ימכר כמות שהם ואם התנו ביניהם איזה תנאי יעשו כפי תנאם:

סימן רל [המוכר לחבירו מרתף של יין והלוקח יין והחמיץ ובו ח' סעיפים]:

א האומר לחבירו מרתף של יין אני מוכר לך למקפה והוא שיהיה להטעים המאכלים וליתן להוך התבשילין דהיינו יין מוב ומתקיים הרבה אף כשמסתפקין ממנו מעט מעט לפיכך נותן לו יין שכולו יפה וראוי להתקיים אבל אם אמר מרתף של יין אני מוכר לך סתם ולא אמר למקפה א"צ להיות כולו יפה אלא בסתם יין שנמצא בין מאה חביות עשר קוסמות והוא שהיין אינו מוב כ"כ שהתחיל קצת להשתנות דקים להו לחז"ל דבסתם יין יש אחד מעשרה שמתחיל להתקלקל קצת אבל השאר צריך להיות יין מוב שיהא ראוי למקפה [כ"מ בגמ' כ"כ ל"ס] ואם א"ל מרתף זה של יין אני מוכר לך נותן לו יין הנמכר בחנות שהתחיל קצת להחמיץ דכיון דאמר זה משמע יין זה כמו שהוא ום"ם אם אינו ראוי להמכר אפי' בחנות אין שם יין עליו כלל ומכרו בטל ואם א"ל מרתף זה של יין אני מוכר לך למקפה דינו כמוכר יין סתם שכל היין יהיה מוב ועשר קוסמות דכיון דאמר זה דמגרע כח היין ואמר למקפה דמיפה כח היין ממילא דינו כיין סתם ואם אמר מרתף זה אני מוכר לך ולא הוכיר יין כלל אפי' כולו חומץ הגיעו ואם אמר מרתף זה אני מוכר לך למקפה דינו כסתם יין דכיון דהזכיר מקפה בע"כ דיין ומוב קאמר ובמה שאמר זה מקבל עשר קוסמות למאה כמ"ש וה"ה אם א"ל הלוקח שלוקחו לשתותו מעט מעט הוה כא"ל למקפה ואע"ג דכהרבה חביות כשמוכר לו סתם יין מקבל עליו עשר קוסמות אבל כשמכר לו חבית אחת אע"פ שא"ל חבית של יין ולא א"ל למקפה ם"ם נותן לו יין שכולו יפה וראוי לתבשיל דא"א להיות בחבית חלק עשירי רע ובהכרח שיהיה כולו מוב אבל אם א"ל חבית זה של יין אני מוכר לך נותן לו יין הנמכר בחנות כבחביות הרבה וכן בחבית זה ולא אמר של יין אפי' כולו חומץ הגיעו:

ב המוכר יין לחבירו וגתנו הלוקח בקנקנין אפי' החמיץ מיד אין המוכר חייב באחריות אפי' א"ל למקפה דיאמר לו כליך גרמו להחמיץ ואף שקנקנין היו מובים וחדשים

היא

היא בית רבותינו ז"ל דיין הלוי במזל חבעלים [ב"ב לח] וכן אמר הגביא חבקוק אף כי היין בונד גבר יהיר ולא ינוה ולפיכך כשהשהה הלוקח את היין זמן הרבה יכול המוכר לומר מזלך גרם אבל כשלא השההו הרבה בע"כ דההפסד על המוכר אף דיכול לחיות דמזלו של הלוקח גרם דהא ע"מ כן מכר לו שישתהה כדרך השותים ובשארי משקין לא שייך מזלא דנברא אבל שינוי מכלי לכלי שייך בכל המשקין ואף שהמוכר כתב זה בשכר לאו דוקא שכר דה"ה כל שארי משקין לכך מיין ווה שכתבנו דאת"ג ימים אם לא נתן מעות עדיין א"צ ליתן והו כשלא מעמו הלוקח אבל אם מעמו והיה טוב צריך ליתן דאין זה ספק [מוך] אבל בתוך ג' ימים אף כשמעמו מחזיר לו המוכר את המעות דודאי לא מעמיה שפיר [כם] וכל ההפרש שבין יין לשכר אינו אלא בתוך ג' ימים אבל לאחר ג' גם בשכר א"צ המוכר להחזיר כמ"ש ואף שרבינו הב"י כתב בספרו כ"מ בפי"ז מהכירה דין ג' שהרמב"ם אינו מחלק בין שכר ליין אין הכרח לומר כן ודרבא מלשון הרמב"ם שם משמע ג"כ שמחלק וכ"כ המגיד משנה [וזהו שמיטת הרמ"ך בספרו י' מף שכתב כתבו שמחבר כתו שמעמ בסמ"ע בסקי"ד לומר שמין מולק בזה ועיקר קושית סכ"מ מה שייך המהה בג' ימים ע"ש הכי לשמוע בכהכ"מ לומר כן וחק] :

ה המוכר חבית של יין לחבירו כדי למכרה מעט מעט והחמיצה במחציתה או בשלישיתה חוזרת למוכר ואם שינה הלוקח הנקב שלה או שהגיע יום השוק ושהה ולא מכר הרי היא ברשות הלוקח ויראה לי דשינוי בנקב אינו שינוי רק ביין ולא בשארי משקין משום דיין בשינוי מועט נורם להתקלקל וכתב שם הרמב"ם ז"ל וכן המקבל חבית של יין מחבירו כדי להוליכה למקום פלוני למכרה שם וקודם שהגיע שם הוזל היין או החמיצה ה"ז ברשות מוכר מפני שהחבית והיין שלו עכ"ל ואע"ג דכל מקבל למחצית שכר ההפסד והריוח חל על שניהם מ"מ בזה שלא נתן לו רשות רק שיוליכה בחבית שלו למקום פלוני אין השותפות מתחיל עד שיגיע החבית למקום פלוני וקודם שהגיעה לאותו מקום היא ברשות הנותן וזהו בקבלה למחצית שכר ובמכירה בכה"ג שאמר הלוקח דעתי להוליכה למקום פלוני ולא נתן מעות עדיין וקודם שהגיעה לשם הוזל כתב המור בשם הר"י דהמקח קיים ויש חולקין דבין שלא נתן מעות עדיין וקנה להוליכה לאותו מקום וקודם שהגיעה המחורה לשם הוזל יכול להחזירו דמסתמא דעתו היה ע"מ שימצא שם השער ביוקר כפי הרגילות והמור לא הכריע בזה וכבר בארנו בסימן ר"ז סעיף י"ד דאף החולקין על הר"י אין זה רק כשהתנה הלוקח שלא יתן המעות עד שהגיע המחורה למקום פלוני דניכר שהיתה כוונתו שאז יתקיים המקח ולא קודם ודעת הרמב"ם בזה לא נתבררה [פס"מ] ועכ"פ גם במקבל בעיסקא אין ללמוד מזה לכל מקבלי עסקות דודאי בכל עיסקא מתחיל השותפות מיד רק בכאן שלא הרשהו רק להוליך בחביתו למקום פלוני אין העיסקא מתחלת קודם שהגיעה לשם וראיתי לאחד מן הגדולים שתמה על דין זה ולכן פירש דמיירי שנעשה איזה סיבה בעולם שהוזל בכל המקומות דיש אומרנא דאדעתא דהכי לא קבלה אבל כשהוזל רק באותו מקום ההפסד על שניהם ומתוך כך יצא לחדן בדבר חדש דלדעת החולקין במור על הר"י גם במבירה נמורה אם נעשה שינוי בעולם בהמקח מחמת מלחמה או סיבה אחרת שיכול לחזור בו ולא נהירא לי כלל דבכאן הרבי פשוט כמו שבארנו דכן מורה לשון הרמב"ם שכתב מפני שהחבית והיין שלו וגם במכר גמור גם להחולקים בטור הכוונה הוא כמ"ש בסימן ר"ז ע"ש [כ"ל] :

ו האומר לחבירו יין מבושל או מבושם אני מוכר לך חייב להעמיד לו שיהיה היין טוב עד עצרת דמשם ואילך היין מתקלקל מתוך החמימות א"ל יין ישן אני מוכר לך נותן לו משל שנה שעברה ואם א"ל מיושן נותן לו משל שלש שנים והיינו מין הנתגדל לפני שתי שנים ושנה זו שעומדים בה היא השלישית [סמ"ע] ואע"ג דבתורה כתיב בשביעית ואבלתם מן התבואה ישן ובתיב וציויתי את ברכתי וגו' לשלש השנים אלמא רישן הוא שלש שנים מ"מ בלשון בני אדם הוא משנה שעברה ועוד דהתורה עצמה פירשה אח"כ בפרשה אחרת דזהו ישן נושן כדכתיב ואבלתם ישן נושן וקאי בכולל הענין על פרשה הקודמת ובמיושן חייב להעמיד לו יין שלא יתחמץ עד חג הסוכות של שנה שלישית דהוא זמן הבציר דכיון דנתקיים ג' שנים יכול להתקיים גם בזמן החמימות וי"א דכ"ז הוא דוקא כשעומד בכליו של מוכר אבל אם עירה הלוקח לכליו יכול המוכר לומר לו כליך גרמו ויש חולקין דבין דא"ל ישן או מיושן צריך להתקים גם בכליו של לוקח :

ז ראובן תובע לשמעון מכרת לי יין בחוקת יין טוב ושמעון אומר מה שמעמת אתה נוגע הדין עם המוכר כ"כ רבינו הרמ"א ולא ביאר דבריו אם הלוקח מורה שטעמו או אינו מורה ומקור הדין מהמרדכי ושם מבואר דאפילו אינו מורה שטעמו אמרינן דמסתמא טעמו וכן פירש הסמ"ע דברי רבינו הרמ"א ולי נראה דבכוונה השמיט זאת לפמ"ש בסימן רכ"ח סעיף ח' דלא בכל המקומות המנהג למעום מקודם סמילא דבמקום שלא נהגו למעום והלוקח אומר שלא מעמו ישבע המוכר שטעמו מקודם וכתב רבינו הרמ"א שאם הלוקח אומר שאחר כך ערבו אחר שטעמו והמוכר כופר ישבע ויפטר ונ"ל דכשעדיין לא נתן מעות ישבע הלוקח ומחזיר לו היין דכל שבועה היא על המוחזק שישבע ויפטור וזהו דבר פשוט ששבועה זו ביכולת להפבה על השני :

ח כל הדינים שנתבארו זהו במקום שאין מנהג ירוע אבל במקום שיש מנהג הכל כמנהג חמרינה דהמנהג הוא עיקר גדול במשא ומתן כמ"ש כמה פעמים :

סימן רלא [נדל העונש ממדות ומשקלות שקרים וכיצד לעשות ואיך לשקול ולמדוד ובו כ"ח סעי']:

א כתיב לא תעשו עול במשפט במדה במשקל ובמשורה מאזני צדק אבני צדק איפה צדק והין צדק יהיה לכם וכתיב לא יהיה לך בכיסך אבן ואבן גדולה וקטנה לא יהיה לך בביתך איפה ואיפה גדולה וקטנה אבן שלמה וצדק יהיה לך איפה שלמה וצדק יהיה לך למען יאריכון ימיך וגו' כי תועבת ה' אלהיך כל עשה אלה כל עשה עול וקראה התורה תועבה בעריות דכתיב בהו תועבה ובן אשר שלמה המע"ה מאזני מרמה תועבת ה' ומאד מאד הפלינו רז"ל בעונש הזה עד שאמרו קשה עונשן של מדות מעונשן של עריות דעריות אפשר בתשובה ומדות לא אפשר [נ"ב נ"מ:] דהא גזל לרבים ולמי ישיב ועוד אמרו שם קשה גזל הדיוט מגזל גבוה ובמדרש אמרו רז"ל אם ראית דור שמדותיו של שקר דע שהזדים מתגברים בו ונטלים מה שבידיהם מה טעם מאזני מרמה תועבת ה' ומה כתיב בתריה כא זדון ויבא קלון [ילקוט ס"פ משלי] והנביא מיכה צעק האזכה במאזני רשע וגו' וכי אפשר דור שמדותיו של שקר שהוא זוכה [סס] ואף משה רבינו רמזה לישראל לא יהיה לך אבן ואבן איפה ואיפה וממיך ליה זבור את אשר עשה לך עמלק [סס] ולבד העונש הנורא בעולם האמת ענשו בעוה"ז שלא יצליח ונכסיו ילכו למטמיון ולחיפך מי שמתאמץ במדות ומשקלות אמת אף שלשעתו נראה בעיניו כי חסר יבואנו אבל לבסוף הברכה שורה בכל משלח ידיו וכך דרשו חז"ל [נ"ב פ"ק:] לא יהיה לך בביתך [ממון] מה טעם משום איפה ואיפה לא יהיה לך בכיסך מה טעם משום אבן ואבן אבן שלמה וצדק יהיה לך [ממון] איפה שלמה וצדק יהיה לך ומוטב לאדם להתגולל באשפתות משיהיה במסתרו מדות ומשקלות שקרים ואסור לרמות שום רמאות בענין המדה והמשקל בין לישראל בין לעכו"ם אלא יהיו מישרות וצדוקית והמודד או שוקל אפי' במדה ומשקל אמת אלא ששוקל חסר בין לישראל בין לעכו"ם עובר בלאו דלא תעשו עול:

ב ואפילו אינו מודד ושוקל בהשכירית אסור להשהותם בביתו וכך אמרו חז"ל [סס] אסור לאדם להשהות מדה חסרה בביתו אפילו שאינו מודד בה ואפילו לעשות עביט של מי רגלים שמא יבא מי שאינו יודע וימדוד בה ואם יש מנהג בעיר שאין מודדין שום מדה רק במדה הרשומה ברושם כמו רושם המלכות ווז אינה רשומה מותר להשהותה דאינה מדה כלל אלא כלי בעלמא אמנם אם לפרקים מודדים גם בשאינה רשומה אסור להשהותה:

ג וחייבים ב"ד להעמיד ממונים שיהיו מחזרים על החנויות וכל מי שנמצא אתו מדה חסרה או משקל חסר או מאונים מקולקלים ישאים להכותו ולקונסו כשיש להם יכולת ע"פ דין המלכות:

ד אמרו חז"ל שצריכין לעשות המדות באופן שיכירו אותם בסב"ע שלא ימעו בהן להחליפן ושיערו חז"ל כיצד עושין מדות מסאה וחצי סאה שיש הפרש רב ביניהם ולא יחליפו זה בזה וכן עושין רובע סאה ועושין קב וחצי קב ורובע הקב ושמינית הרובע אבל אין עושין מדה של שני קבים שלא יחליפו אותו ברובע סאה שהוא קב ומחצה ובמדת הלח עושין הין וחצי הין ושלישית ורביעית ההין ולוג וחצי לוג ורביעית ושמינית הלוג ואחד משמנה שבשמינית ואע"ג דבסאה אין עושין שלישית סאה שהוא קביים אבל במדות הלח ניכר יותר ולא יבואו למעות [נסוס] ובמדינה שיש בה מדות ומשקלות החתומים בחוק המלוכה הם הם המדות והמשקלות האמיתים וכל שאינה חתומה בחותמה אסור למדוד ולשקול בה ומשקלות יתבאר בסעיף ט':

ה המחק שעושין למדות למחוק הגודש במקום שמוכרין בלי גודש אין עושין אותו מדלעת וכיוצא בו מפני שהוא קל ואין יכולין למחוק בו היטב ורע להמוכר ונם אין עושין אותו משל מתכת מפני שהוא כבד ומחק בחזק ורע ללוקח אלא עושין משל אבן ושקמה ואשכרוע וכיוצא בהם מעצים שלנו ואין עושין אותו מצד אחד עב ומצד אחר דק מפני שהדק נכנס בתוך התבואה ומחק הרבה והעב אינו נכנס כל כך ואינו מוחק יפה ויטול לרמות בו שבשימכור ימחוק בצד הדק וכשיקנה ימחוק מצד העב לפיכך יעשה או שניהם קצרים או שניהם עבים ולא ימחוק מעט מעט מפני שהוא מפסיד ללוקח ולא ימחוק במהירות בבת אחת מפני שהוא מפחית להמוכר אלא ימחוק במתן בפעם אחת:

ו כשמודד דבר לח לא יעשה בענין שתעלה הרתיחה ותתראה המדה כאלו היא מלאה ואפילו קטנה מאד שאין במקום הרתיחה כדי שוה פרוטה וכשמעירה דבר לח מבליע לכלי הלוקח או אחר שיצא המשקה מהמדה בקילוח ישהנה הפוכה על נבי כלי הלוקח עד שימיפו ממנה שלשה מיפין בר"א בבעה"ב המוכר אבל חניני א"צ להמתיף דאין לו פנאי להשהות והקונים יודעים זה ועל דעת כן קונים ממנו:

ז הסימון שהוא סוחר שקונה הרבה ומוכר לחנונים יקנח המדות שמודד בהם דבר לח אחת לשלשים יום מפני שהלח נדבקת בהמדה ועי"ז המדה חסרה ובעה"ב שאינו מוכר כל כך די לו לקנח אחת לי"ב חודש והחנוני כיון שא"צ להמיף המיפין ונדבק בה הרבה צריך לקנח ב' פעמים בשבוע והמשקלות צריך החנוני המוכר דברים לחים לקנח אותם פעם אחת בשבוע מפני שהשוקל דבר לח נוגע בידו המלוכלכת בהם והמאזנים שבהם מונח הדבר הלח צריך לקנח בכל פעם ששוקל בהן:

ח אין לשנות ממנהג המדות והיינו במקום שנהגו למדוד במדה דקה כמו לוג לא ימדוד בגסה כמו קב ובמקום שנהגו למדוד בגסה לא ימדוד בדקה מפני שלכל מדה יש מעט עודף ללוקח דא"א לצמצם ובמדה אחת גסה אין לו רק עודף אחד ולכן אפילו יתן לו מדות גסות פחות בספר שיחזיקו כשיעור הדקות המרובות הוי אונאה ללוקח מפני העודף וממילא דעצה טובה היא להמוכר שלא ימדוד דקות במקום הגסות מפני שיחוספו העודפים וכן מקום שנהגו ליתן מדה בגודש אין לו ליתן בלא גודש דהגודש נחשב שליש

שליש ואפילו אם ירצה ליתן לו שלש מחוקות בשביל שתים נרושות אסור ואף שאין הפסד להלוקח מ"מ חששו חז"ל שהרואה ידמה שמוכרין מחוקות ויכולים המוכרים לרמות אח"כ את הלוקחים וממילא במקום שנהגו לטחוק עצה טובה להמוכר שלא ינרוש ואף במקום שמוכרים נרושה בג' דינרים וא"ל הקונה תן לי מחוקה בשני דינרים אסור להמוכר לעשות כן כדי שלא יפעו הרואים:

סח המשקלות עושין אותם ליטרא וחצי ליטרא ורביע ליטרא אבל לא יעשו שליש ליטרא ולא חמישית ולא של שלשה רבעי ליטרא מפני שהמוכרים יוכלו להטעות את הלוקחים ליתן של שלשה רבעי ליטרא תחת ליטרא שאין ההבדל ניכר בהם כל כך וכן שליש יתן בעד חצי ליטרא וחמישית יתן בעד רביעית אמנם משקל ששוקלין בה דברים יקרים קטנים בהכרח לעשות משקלים קמנים כפי ערכן:

ו אין עושין משקלות ממיני מתכיות מפני שמעלין חלודה ומתחסרין בהמשך הזמן אלא יעשו מצחיח סלע ויש מי שאומר שמשקלות של כסף ושל זהב ושל דברים יבשים עושים משל מתכת אם ירצו וכן נהגו ומה שבמדינתנו כל המשקלות של מתכת מפני שע"פ המלכות הם כל המשקלות ואין בידינו לשנותם ולכן חיוב גמור על כל חנוני בשיראה שמשקלו נפחת אף מעט ישברנה ויקח אחרת חדשה ולמשקולה קטנה ששוקלין בה בסף וזהב יש לחפותה בעור מפני שבשחיקה מועטת מביא היזק רב ולא נהגו כן בזמנינו ואפשר שמפני שהן חלקים מאד ואין נשחקות וגם פתוך חליקתן אין השומן נדבק בהם ובקל מתקנחין מהשומן ואין חשש שבקינוחן ישחקו מהמתכות ויחסר מהמשקל [עמוס ג"ב ס"ס: ד"ה ולא]:

יא אסור להטמין המשקלות במלח שהמלח מקילו ויכבד בו מפני שמבע המלח להמשיך אליו ואין דבר בעולם שאין בו חללים דקים מלאים רוח והמלח ממשיך אליו ומקילו וי"א להיפך שהמלח מכביד את המשקל וכשיקנה בו יהיה אונאה להמוכר והעיקר כפי' הראשון וכן הוא מפורש בירושלמי וב"ב הרמב"ם בפ"ח מגניבה [ובמת"ש סק"ן ס מ"ך]:

יב המאונים צריכין להיות מיושרין כל אחת לפי מה שהיא כיצד מוכרי נחשת וברזל ששוקלין חתיכות גדולות של מאה ליטרין וכיוצא בהן צריכין להיות גבוהין מן הארץ ג"ט והחום למעלה שהמאזנים תלוים בו יהיה ארוך ג"כ ג"ט כדי שיהיה האויר למטה סמוך לקרקע ולמעלה סמוך לגג ג' טפחים שכשהמשקל גדול מכריע הרבה ולכן כשתכריע למעלה או למטה צריך ג"ט אויר ואורך הקנה שבפי המאזנים שהלשון קבוע באמצעיתו שיערו שצריך להיות ארכו י"ב טפחים שאז הוא מכריע לבאן ולבאן בריוח ואורך התופין שהכף תלוי בהן בשני ראשי הקנה י"ב טפחים:

יג ושל מוכרי צמר וכוכית יהיו גבוהים מן הארץ ב' טפחים ואורך החוט למעלה שאוחז בו המשקל ב' טפחים ואורך הקנה מ' טפחים וכן אורך התופין ושל חנוני ושל בעה"ב שהמשקל קטן יהיו גבוהים מן הארץ מפח ואורך החוט שאוחז בו למעלה טפח ואורך הקנה ששה טפחים וכן אורך התופין ושל מוכרי בסף וזהב ושל מוכרי ארגמן ועוד מעניגים דקים יהיו גבוהים מן הארץ ג' אצבעות ואורך החוט למעלה שאוחז בו שלש אצבעות ואורך הקנה והתופין לא נתנו חז"ל בהם שיעור דיכין שההכרעה קלה מאד אין קפידא בזה וכבר בארנו דשיעור מפח הוא שני וויערסקעם לפי מדת מדינתנו רוסיא:

יד א"א לצמצם במשקל ולכן יש מקומות שנוהגין ליתן הכרעה שהמאזנים שבה המאכל או המשקה או המחורה יבריע להמשקל ויש מקומות שאין נוהגין בהכרעה ששוקלין עין בעין ומוסיפין מעט בלא הכרעה ואמרו חז"ל [ב"ב פט:] דבמקום שנהגו להכריע צריך להכריע טפח שהמשקל יעלה טפח למעלה נגד המחורה ודוקא במשקל ליטרא לפחות אבל בפחות מזה א"צ הכרעה טפח [סמ"ע] ובמקום ששוקלין עין בעין צריך להוסיף אחד ממאה בדבר לח ואחד מארבע מאות בדבר יבש מפני שהלח נדבק להכלי צריך הוספה יותר וב"ז למדו חז"ל מרכתיב איפה שלמה וצדק והאי וצדק הוא למותר אלא דה"ק צדק משלך ותן לו להכריעה או להוספה:

טו לכל משקל נותנין הכרעה אחת ולכן אם היה שוקל לו עשרה ליטרין לא יאמר לו הלוקח שקול לי כל ליטרא לבדה עם הכרעה אלא שוקל את כולן בבת אחת והכרע אחת לכולן ואע"ג דהכרעה טפח למשא ככר יהיה ממילא יותר מלמשא קל מ"מ יש יותר בהכרעות הרבה ואין הלוקח יכול לומר הלא היה ביכלתי לקנות ממך עשרה פעמים בכל פעם לליטרא והיית נותן לי עשר הכרעות מ"מ אין זה מן הצדק אם יעשה כן לקנות בעשרה פעמים מה שצריך אותם לפעם אחד ואם היה שוקל לו ג' רבעי ליטרא ומשקל כזה לא נמצא כמ"ש בסעי' ט' לא יאמר לו הלוקח שקול לי כל רביע ורביע בפ"ע או חצי ליטרא ואח"כ רביע אלא ישקול לו ליטרא ויתן רביע ליטרא עם המחורה וי"א דיהו במקום שאין נוהגין בהכרעה דבהכרעה יש בזה הפסד להמוכר שיצטרך ליתן הכרעה גם על הרביע היתירה ולמה לא ישקול הג' רביעיות ביחד שיניח על המשקל חצי ליטרא ורביע ליטרא משום דחששו חכמים שמא יפיל המוכר את הרביע בערמה והלוקח לא ירגיש כיון שיש משקל על הכף:

טז בני המדינה שרצו להוסיף על המדות או על המשקלות צוו חז"ל שלא יוסיפו יותר על שתות מכפי שהיה שאם היה משל חמש מדות ועשאוה משש מדות הרשות בידם ויותר מששה לא יעשו והטעם משום דמצינו ביחזקאל שהוסיפו שתות על הסלע ולא יותר ויעוד יש טעם בזה דע"פ רוב בשטוסיפין על המדה לא יודע להרחוקים עד איזה משך זמן וכשיביאו תבואה יכואו לידי הפסד שימכרו במדה חגדולה בהמקח שצריכין למכור על מדה הקטנה ועל שתות לא חששו כל כך משום דעכ"פ לא יהיה להם הפסד מהקרן מפני שמרויחין שתות כמו שיתב' ואע"ג דסוחר שאינו מרויח הוי ממילא הפסד מ"מ הלא במשך העת יודעו מזה אבל ביותר משתות שיהיה הפסד מהקרן חששו אף לזמן מועט:

ין במרידה קרקע בין אחים או שותפים צריכים לדקדק בחשבון מדידתו ע"פ העיקרים המתבארים בכתבי דניסעטריא שהיא חכמת המרידה ולא יאמר מה זה מעט קרקע שאפילו מלא אצבע מהקרקע צריכים לראות אותה כאלו היא מלאה כרכום שהוא דבר יקר אבן בד' אמות הסמוכים לחריץ אמת המים מוזלין במרידתן ואין מדקדקין בה מפני שאין זורעין אותן והסמוכים לשפת הנהר אין מודדין אותם כלל מפני שהן של בני רה"ר :

יח המודד את הקרקע לא ימדוד לאחד בימות החמה ולאחד בימות הגשמים באותה החבל עצמה מפני שהחבל מתקצר בימות החמה לפיכך אם מדד בקנה או בשלשלת אין בכך כלום והסמ"ג [לאוין קל"ב] בשם ר"ח פירש שעצם הקרקע מתכווצת בימות הגשמים וביומות החמה מתרחבת ולפ"ז אין חילוק במה שמדדה אמנם כל הפוסקים לא הביאו דעה זו כלל גם בש"ע לא הזכירה וי"א שבימות החמה מתארכת החבל :

יט עונש המדות והמשקלות קשה מאד ועוד שא"א לשוב בתשובה כיון שאינו יודע ממי גזל וכמה גזל ואע"פ שאמרו חז"ל שיעשה בהם צרכי רבים מ"מ אין זה תשובה הגונה כשאינו מחזיר להנגזלים עצמן ועוד אמרו חז"ל דהוא בכופר ביציאת מצרים מפני שזה המוכר מסתיר דרכו מה' כאלו כביכול אינו משגיח על מעשיו ושכביכול אין ביכלתו ית' לפרנסו בכשרות וביציאת מצרים נתבררה גודל השגחתו עלינו :

כ בשם שחייבים ב"ד להעמיד ממונה על המדות והמשקלות כשיש יכולת בידם כמ"ש בסעיף ג' כמו כן חייבים להעמיד ממונים על המקחים שלא יעלו יותר מראי ואין לו לאדם להרויח בדברים שיש בהם חיי נפש כמו יינות שמנים וסלתות וכ"ש לחם ובשר וכיוצא בהם יותר משתות בד"א בסוחר שסוכר סחורתו הרבה ביחד בלא טורח אבל חנוני המוכר כעס מעט שמין לו יציאותיו על החנות וגם שכר מרחתו ונוסף על זה ירויח שתות בד"א כשלא הוקר השער אבל אם הוקר השער יסכור כפי היוקר אף שיש לו סחורה מזומנת משעת הזול וכ"ז אינו אלא כשיש ביד ב"ד להכריח לכל המוכרים שבעיר למכור כן אבל כשיש מוכרים שלא יציותו לזה ואין ביכולת להכריחם אין מכריחים גם את היחידים השומעים דלמה יפסידום בחנם ומיהו אם הב"ד יודעים שע"י כן יוכרחו גם האחרים למכור כמוהם יכריחו להשומעים [ק"ן] ועתה במדינתנו יש לצעוק להיפך על החנונים המזלולים במקחים בכל מיני סחורות וע"י זה רבה הקלקול מהמסחר והעניות והרי חז"ל התירו להרויח שתות אף באוכל נפש וכ"ש בשארי מיני סחורות שצריכים להרויח הרבה יותר ועתה מזולזלים במקחים בלא דעת ובלא הבונה ויש מי שחלק כל הסחורות לג' חלקים דבאוכל נפש משכירים עד שתות ולא יותר ושאין בהם אוכל נפש כלל יוכלו להרויח אפילו בכפל ובמכשירי אוכל נפש כמו תבלין וכדומה ירויחו אחד באחד ולא יותר [סמ"ע] :

כא כל המפקיע שערים שמוכר ומשתכר יותר מדאי רשאים ב"ד להענישו כפי ראות עיניהם כשהיה יכולת בידם בימים קדמונים :

כב אמרו חז"ל אין משתכרין פעמים בביצים אלא התנר הראשון הוא מוכרן בשכר והלוקח ממנו מוכרן בקרן בלבד והמעם משום דביצים צריך הלוקח הראשון לחזור אחר כל בית ובית וקונה אחד אחד ומוכרן ואם הקונה ממנו ישתכר ג"כ יעלה המקח מאד וכן יש מי שאומר שם שמיתר להשתכר בביצים עד הכפל ולא יותר דאע"ג שהתירו בזה להרויח יותר משתות מפני שיש בזה טורח מרובה להעני המחזיר בכפרים לקנותם מ"מ לא ישתכר רק עד קרוב לאחד באחד וגם בביצים מתרגלת שלו לא ישתכר הרבה מאד [תוס' ב"ב ל"ט:] ובזמנינו שמביאים אותם לשוק בכל המחורות דינם ככל אוכל נפש [ל"ן] :

כג אסור לעשות סחורה בא"י בדברים שיש בהם חיי נפש אלא זה מביא מגרנו ומוכר זה מביא מגרנו ומוכר כדי שימכרו בזול ובמקום שהשמן מרובה מותר להשתכר בשמן דמצוי הוא הרבה ואין דרכו להתייקר והמעם דכל בעה"ב יכול להוציא לשוק את התבואה שגדלו משדותיו וימכרם ולכן אם קונה חמים מבעה"ב ועושה מהם פת יכול להשתכר דבעל התבואה אין רצונו למוחנם ולאפותם [רמב"ם שם] וה"ה לקנות חמים ולמוחנם ולמכור קמח נראה ג"כ דמותר מטעם זה ובח"ל מותר אפילו במקום שרוב ישראל [סמ"ע] [דמח"ל יש הרבה קרקע והרבה מבותות לא הסגו שימוקר מפני זה] :

כד אין אוצרין פירות שיש בהן חיי נפש בא"י ובכל מקום שרובו ישראל שמתוך כך יתהוה יוקר [ומקום שרובו עכו"ם כיון שלא יניחו לנו לן לנו למסור את הסרחלב לנד] בר"א בלוקח מהשוק אסור לקנות ולאצור אבל לאצור מה שנדל בשדותיו מותר וכן לאצור מה שצריך לביתו לאכול מותר אף לקנות מהשוק [רמב"ם] ובשנת בצורת לא יאצור מהשוק יותר מכדי מה שצריך לביתו לשנה דעל שנה בהכרח לקנות אבל לא יותר ובשנים כתקונן רשאי לאצור מה שצריך לביתו אף על כמה שנים :

כה כל המפקיע שערים שמגביה המקחים לקנות ביוקר או שאצר פירות בא"י או בסמוך שרובו ישראל ה"ז עובר על וחי אחיך עמך ועונו גדול כמלוה בריבית :

כו אין מוציאין פירות שיש בהם חיי נפש מא"י לח"ל או למוריא ולא מרשות שלטון זה לרשות שלטון אחר בא"י [רמב כגל סניטמיס יס די מנוסס ופירות לסמוסניס ולמס יגיעו יוקר] :

כז רשאים בני העיר לקוץ להם מקח לכל דבר שירצו ולהתנות ביניהם שכל מי שיעבור יוקנם בכך וכך וכן יכולים לעשות להם קצבה על שכר הפועלים שיהיה בכך וכך [לבוש] וכן בעלי אומנות רשאין לעשות להם תקנות בענין מלאכתם כגון לפסוק ביניהם שלא יעשה אחד ביום

ביום שעשה חבירו או במקום שיעשה חבירו וכיוצא בזה וכל מי שיעבור יתענש בכך וכך ודוקא כל האומנים ביחד יכולים לתקן כן אבל שנים וג' מהם לא מהני ובשכל בעלי אותו אומנות הם ביחד יכולים הרוב לכוף להמיעוט וכן בתקנות העיר ביכולת הרוב לכוף להמיעוט ומי שלא בא לאספיה בטלה דעתו ובמקום שיש תקנת המלכות דינא דמלכותא דינא :

כח בד"א בעיר שאין בה חכם חשוב ממונה על הציבור כמו רב העיר אבל אם ישנו אין התנאי של האומנים או של בני העיר מועיל בלא דעת החכם דכיון שיש בהתקנה איזה הפסד ליחידים צריך בזה הסכם חכם העיר שיבין שראוי לעשות כן למובת הכלל ולכן אם אין שום הפסד לאיש בזה יכולים בעלי אומנות לתקן ביניהם מה שירצו כשכולם מסכימים לזה ועמ"ש בסי' ב' וקנ"ו וקס"ג והתקנות שהמלכות עושה מחייבים לקיים דדינא דמלכותא דינא :

סימן רלב [המוכר במדה במשקל ומעה או טעות במנין המעות או נמצא מום במקח ובו ל"ח סעיפים]:

א אין אונאה אלא ברמים אבל במדה ובמשקל ובמנין לא שייך אונאה אלא טעות לפיכך המוכר לחבירו במדה במשקל או במנין ומעה המקח קיים והטעות חוזרת לעולם ואין חילוק בין טעות קטן למעות גדול ואין על זה זמן קבוע כבאונאה דהתו כגול ואין לזה קביעת זמן וגם אין בזה ביטול מקח דאין דיני אונאה וביטול מקח רק בשווי המקח אבל בחשבון לא שייך זה כלל ביצד מכר לו מאה אגוזים בדינר ונמצאו ק"א או צ"ם וכן הרבה פחות או הרבה יהר נקנה המקח ומחזיר הטעות אפילו אחר כמה שנים וכן אם נמצאו המעות חסרים או יתרים מהמנין שפסקו מחזירים זל"ז ואפילו לאחר שקנו מידו שלא נשאר לו אצל חבירו כלום חוזר שקנין במעות הוא וכבר נתבאר בסי' ריי"ח שבקרקע בחסרון המדה יש לפעמים ביטול מקח בשאין לו קרקע בצדה להשלים המדה כשא"ל שארכה בך וכך בצמצום ע"ש וכן לפעמים גם בממלטלים המקח בטל יחזור בו כיצד היה תופש שק מלא אגוזים וא"ל הילו שק זה בדינר ויש בו מאה אגוזים והלך ומדדו ולא נמצא בו מאה ה"ז חוזר אע"פ שהמוכר רוצה להשלים לו המאה דהא קנה ממנו שק זה בחוקת שיש בו מאה וכיון שאין בו מאה ה"ז מקח טעות אבל אם היה לפניו שק של אגוזים וזה יודע שאין בו שיעור מדה וזה אומר הנה לך מאה של אגוזים בדינר ומדדו ולא מצא בו המדה ה"ז קנה וישלים לו שהרי זה היה מכיר שלא היה בו מאה ונמלה על דעת שישלים לו [עור] :

ב המקבל מעות מחבירו בין מעות מכירה בין בהלואה או בפרעון ומצא יתרון בהם אף אם לא תבעו חייב להחזיר לו אם הטעות הוא בכדי שהדעת טועה וכמה הוא בכדי שהדעת טועה לפי מנהגנו שאנו מונין אחד אחד או שנים שנים הוי תמיד בכדי שהדעת טועה [תוס' ב"מ ס"ד] שרילג המספרים ומעה ובזמן חז"ל היו רגילין למנות חמשה חמשה או עשרה עשרה ולכן אמרו [שם] דאם יש לחלק העודפות להוציאם עשרה עשרה או חמשה חמשה ואין אחת או שתים עודפות שאינן באות לחמשה או לעשרה יש לומר שטעה ודילג בחשבונו כגון שיש מותר עשרה אמרינן שטעה בין חמשים לארבעים שהיה לו לומר חמשים ואמר מ' או בין מ' לל' ואם העודף חמשה אמרינן שמנה חמשה חמשה ומעה ג"כ כזה ואף אם הטעות בעשיריות ונם חמישיות כגון שיש עודף נ"ה אמרינן שמנה חמשה חמשה ומעה פעם אחר בעשיריות שהיה לו לומר נ' פעמים חמשה ואמר מ' פעמים ומעה בחמשים ובחמש העודפות מעה עוד פעם בין שלשה חמישיות לארבע ואם עודפות ט"ו או כ"ה מעה ג' או ה' פעמים בחמישיות אבל אם עודפות על החמישיות אחת או שתים ושלשה וארבעה הוי בכדי שאין הדעת טועה ובלבד שאלו היתרים לא יהיה ביכולת להתחשב נם בסימנים כגון שהיה צריך ליתן לו שמונים והיה שמנה או מ"ז עודפים גם זה מקרי שהדעת טועה דאולי כשמנה עשרה הניח אחת מן הצד לסימן שיש פעם אחת עשרה וכשמנה עשרים הניח עוד אחת וכן כולם ועירב אח"כ את הסימנים בהמעות וגמצא שמנה יתרים ואם היה מותר ט"ו אמרינן שמנה בחמישיות והניח לסימן אחת לחמשה ואח כ עירבן וזה לא חששו חז"ל שמעה למנות ששה במקום חמשה או י"א במקום י' דא"כ הוי תמיד בכדי שהדעת טועה :

ג אם הטעות הוא בכדי שאין הדעת טועה אפילו רק אחת היתה בכדי שאין הדעת טועה והמותר היה ביכולת לחשוב שיהיה בכדי שהדעת טועה אמרינן שכיון לתת לו מתנה אלו המותרים או שמא נזלו ומתבייש לומר לו והבליע לו עתה בחשבון ואפילו לא היה לו שום עסק עמו מעולם אפשר לומר שאיש אחר גזלו ובקש את זה דכשתתן לפלוני מעותיך תבליע לו בחשבון כך וכך וכבר נתבאר דבמקום שמונין אחת אחת או שתים שתים כמו שהמנהג בזמנינו הוי תמיד בכדי שהדעת טועה ואם המנהג למנות רק שתים שתים הוי שתים בכדי שהדעת טועה ואף גם אצלנו אם המעות היה הרבה שלא בערך כגון שהיה צריך ליתן לו עשרים ממבעות ונתן לו חמשים הוי בכדי שאין הדעת טועה אמנם במעות אסי"ג שהם שטרות המלוכה שיש גדולות עד מאה רו"ב וקטנות עד א' רו"כ ונתן לו של שלשה או של חמשה במקום של אחת וביוצא בזה הוי תמיד בכדי

בכדי שהדעת טועה דמעותים כאלו מצויים הרבה [כ"ע] :

ד המוכר לחבירו קרקע או עבד ובהמה ומטלטלין ונמצא מום בהמקח ואין המום בגלוי שבהכרח שראהו הלוקח ומסתמא לא ידע בו הלוקח מחזירו אפילו לאחר זמן ארוך ולא דמי לאונאה במקח דמום הוי מקח טעות ודוקא שלא נשתמש בו אחר שידע בהמום והיה ביכלתו להודיע להמוכר אבל אם נשתמש בו אחר שראה את המום והיה יכול להודיע להמוכר ולא הודיעו שחוזר בו הרי מחל ואינו יכול לחזור בו ודוקא כשהמקח אינו בעל חי אבל בעל חי אין השימוש ראיה על מחילתו דהיה מוברח להשתמש בו להרויח על מזונותיו [כנ"מ] וכן אם לא נשתמש בהמקח אע"פ שעדיין לא הודיע להמוכר אין זה מחילה כיון שלא נשתמש בו ואם הודיע להמוכר שרצונו לחזור בהמקח ובין כך משתמש בו אם היה הלוקח ת"ח שיודע הדין ששימוש הוי מחילה אינו מועיל הודעתו דמי הבריחו להשתמש בו ובודאי מחל ואם היה מההמונים אין שימושו מחילה כיון שהודיעו אבל כשלא הודיעו ושימש בו ראיה ברורה שמחל דאף אם לא ידע הדין מ"מ היה לו להודיעו להמוכר [כנ"ע ומ"ש סכל] ואע"ג דבאונאה כתבנו בסימן רכ"ח סעיף ח' דאין התשמיש ראיה למחילה אף ביתר מכדי אונאה שאני התם כיון דבעצם החפץ לא נתאנה אלא בהמקח יכול לחזות דחיה סבור שמסתמא ישנו ביניהם אבל במום שאין זה החפץ שרצה לקנותו מה היה לו להשתמש בו ושם בארנו ג"כ בזה ע"ש ושימוש שמצד ההברח כגון שהיה בדרך וביוצא בזה ודאי דאין זה ראיה על מחילתו :

ה יש מי שרצה לומר דאם היה המום דבר שהלוקח יכול להבחינו ולנסותו או לשועמו ולא הקפיד לעשות כן אינו חוזר דמסתמא מחל אמנם אין עיקר לזה ורבים חולקים על זה [מל"מ פמ"ו ב"מ ופ"ת מסרים"ן] ויש מי שרוצה לומר דעכ"פ בנשתמש בו אחר שהיה יכול להבחינו הוי מחילה ויש עוד מי שרוצה לומר דאם קודם גמר המקח היה יכול להבחינו ולא בחן הוי מחילה ובל דברים אלו לא נראה לדינא ובכרנו בסי' רכ"ח סעיף ו' וסעיף ח' דדוקא טעימה הוי מחילה אבל במה שהיה יכול למעום ולא מעם אין זה מחילה וכ"ש במום דאם מחוייב הלוקח להעלות על דעתו שהמוכר אנהו וכי באומדנא קלה כזו נחייב את הלוקח שקנה דבר ואח"כ נתגלה בו מום וכן משמע מכל רבותינו הראשונים דרק שימוש אחר שנתודע בהמום הוי מחילה ולא דבור אחר וכן עיקר לדינא :

ו מקח שנמצא בו מום אין מחשבין פחת המום ולקיים המקח אפילו מכר לו דבר ששוה עשרה דינרים ונמצא בו מום המפחיתו מדמיו איכר מחזיר את הכלי ונוטל מעותיו ואין המוכר יכול לומר לו הילך איכר דהלוקח יכול לומר אני רוצה בחפץ שלם ולא דמי לחורת אונאה עד שתהא שהמקח קיים ומחזיר אונאה משום דבעצם החפץ אין אונאה רק בהמקח משא"כ במום וכן אין הלוקח יכול לכוף את המוכר לקיים המקח ושיחזיר לו פחת המום דהמוכר יכול לומר לו או קח מעותיך והחזר לי מקחי או לא תתבע ממני פחת המום אבל כשהלוקח רוצה לקיים המקח ולא לתבוע הפחת המקח קיים ואין המוכר יכול לבטל המקח אפי' כשנתייקר הרבה אח"כ במענה כיון שאתה ביכלתך לבטל גם אני ביכלתי לבטלו דבישול המקח הוא ספני מוכת הלוקח בלבד כמ"ש בסימן רכ"ז באונאה ואף להי"א שם יראה לי דבמום לכ"ע אין המוכר יכול לבטל המקח דבאונאה אפשר שלא ידע המקח אבל במום מסתמא ידע :

ז מה נקרא מום כל שהסכימו עליו בני המדינה שזהו מום שמחזירין בו מקח בזה מחזירין וכל שהסכימו עליו שאינו מום אינו חוזר בו ואין בזה רק דין אונאה אע"כ פירש בשעת הקנייה שלא ימצא דבר כזה בהמקח דאז מבטל המקח שכל הנושא ונותן שתם על מנהג המדינה הוא נושא ונותן ובמום אין חילוק בין בעה"ב המוכר לחנוני וכן אם נודע שהחפץ הוא גנוב ויכול להגיע מזה צער או הפסד להקונה אין לך מום גדול מזה והמקח בטל :

ח אם המוכר מכחיש את הלוקח ואומר שידעת בעת הקניה שיש בו מום כזה וסברת וקבלית והלוקח מכחישו או שהמוכר אומר שאצלך נתהוה המום והלוקח מכחישו יקוב הדין ביניהם וכיון שהמוכר הוא מוחזק ישבע היסת שכרבריו כן הוא ונפטר ואם הלוקח לא נתן מעות עדיין ישבע הוא ויבטל המקח ויכולין להפך את השבועה זה על זה [כ"ע] :

ט אם קנה הרבה בהמות או מטלטלין ונמצא מום באחר מהם אם המה דברים נפרדים שא"צ זה לזה וגם הלוקח א"צ לכולם דוקא או אפילו צריך לכולם ויש בקל לקנות אחר כזה שנמצא המום בו בל המקח קיים לבד אותו שנמצא בו המום וגם המוכר אינו יכול לומר או תבטל כל המקח או תקייטו כולו אא"כ מראה מעם נגון בב"ד שאינו יכול לבטל מקצת ולקיים מקצת וע' בס' רט"ו :

י מעשה בראובן ושמעון שדרו במקום אחד והיו לראובן בתים בעיר אחרת ומכרם לשמעון ושמעון ידע את הבתים אך קודם גמר המקח נכנסו אנסים בהבתים וקלקלו קצת מקומות ועשנו הכתלים ועקרו דלתות הבית והחלונות והם לא ידעו מזה וביני ביני גמרו המקח ועתה רוצה שמעון לחזור בו וראובן טוען שכיון שהוא עובר ינכה לו מן הדמים כדי שברדמים אלו יחזיר הבית לקדמותו ויקיים המקח ופסק הרא"ש דהדין עם ראובן שהרי בית מכר לו ועדיין נקראת בית וכן מום שאינו בנוף הבית כגון שיש לאחר דרך עליו או אמת המים עוברת שם מסלק המום והמקח קיים אבל אם המום בנוף הבית כגון שאמר שיש בהם כתלים שלמים ונמצא אחת מהן רעוע אינו יכול לבטל לו כותל שלם וכן כל

ביוצא

כיוצא בזה דכשיבנה אותה יהיה פנים חדשות והוי כדבר שלב"ל [נה"מ] אבל בסעשה דרא"ש אין זה כפנים חדשות כיון דעיקר הבית קיים ובדבר שאינו בנוף הבית אין יכול הקונה לומר למה אניתני כי המוכר יכול לומר כן היתה כוונתי לתקן לך הכל בטוב ואין זה אונאה כיון שאינו בנוף הבית [כ"מ מהם"ע וסמ"ג ומ"ס סעיף כרמ"ם היו מפני שהמוכר לא ידע מזה] :

יא כל הלוקח מהם אינו לוקח אלא דבר השלם מכל מום ואפי' פירש המוכר ואמר ע"מ שאין אתה חוזר עלי במום ה"ז פמומי מילי והלוקח יכול לחזור בו עד שיפרש המום שיש בממכרו והלוקח יקבל עליו זה המום בפירוש ובלא זה יכול הלוקח לומר רמיתי שאין בו מום ואתה לא אמרת רק להשקיט דעתי כאלו הוא מקח יקר אף אם היה בו מום או שיאמר לו הלוקח כל מום שימצא במקח זה הפוחת דמיו ער כך וכך אני מקבלו וטעמו של דבר משום שכל מוחל צריך לידע בפרטיות מה שמוחל לו כמו שנתבאר בסימן רכ"ז סעיף כ"ב במוחל האונאה ע"ש וק"ו הדברים ומה באונאה שאינו חוזר בו רק עד כדי שיראה לתגר אפ"ה אינה מחילה עד שיפרש כמה היא המחילה כ"ש במום שלעולם חוזר בו שצריך שיפרש על בירור מה הוא המום או בכמה הוא המום ודע שאין טענת מומין אלא בדבר שאין נראה לעין בנון שמכר לו בלי כסף וא"ל שהוא כסף נקי ונמצא בו הערובת נחשת ובה"ג אבל דבר שנראה לעינים כגון שמכר לו בלי עין וא"ל המוכר שהיא של זהב או של כסף הואיל ש־לוקח רואה אוהה אינו יכול לטעון על זה כלום דבע"ב פירוש הדברים הוא דהוא טוב כשל כסף ושל זהב בדרך המוכרים שמשבחים מקחם ומכנים אוהם בשם כסף וזהב וכה"ג בכל הסחורות :

יב כתב הרמב"ם ז"ל בפט"ו ממכירה המוכר פרה לחבירו ומגה בה מומין גלוין ומומין שאין ניכרין ולא היו בה מאותן המומין הגלוין שמנה ונמצא בה מום מאותן שאין ניכרין ה"ז מקח טעות וחוזר ואע"פ שפירש המום שנמצא שהרי הלוקח אומר בשראיתי שאין בה אלו המומין הגלוין שמנה אמרתי כך אין בה אלו שאינן גלוין שמנה ואינו מפרש מומין אלו אלא כדי להשביח דעתי כיצד פרה זו עדרת היא חגרה היא נשכנית היא רבצנית היא ונמצאת רבצנית בלבד ה"ז מקח טעות היו בה כל המומין שמנה אין זה מקח טעות וכן אם היתה חגרת ונמצאת נשכנית אע"פ שאינה עורת אין זה מקח טעות הראה לו המום שיש בה וא"ל מום זה יש בה ומום פלוני ומום פלוני אע"פ שאותן המומין שמנה אין נראין ונמצאו בה כולן או מקצתן אין זה מקח טעות עכ"ל ולדבריו אינו מקח טעות אלא דוקא בשא"ל מום שאינו ניכר עם מומין הניכרין ומהניכרין לא היה בה כלל ולא היה בה רק המום שאינו ניכר דאז יכול הלוקח לומר כיון שראיתי שמהניכרין אין בה כלל רמיתי שגם מהאינו ניכר אין בה אבל אם היה בה אף מום אחד מהניכרין או שכל המומין שהוסיף היו אינם ניכרין או שהמום הזה שהיה בה היה מהניכרין אין זה מקח טעות [הגר"מ] דכשהמומין שהוסיף אינם ניכרין אינו יכול לומר כיון שראיתי שאין בה כל המומין שחשב דמאין ידע כיון שאינם ניכרים ואם גם המום הזה היה מהניכרים אע"ג שראה כל המומין ואינם מ"ם היה לו לחוש ולהסתכל כיון שהוא מהניכרין וכן אם היה בה מום אחד מהניכרין אע"פ ששאר המומין שחשבם לא היו בה היה לו לחוש להמום שאינו ניכר דכיון דמום אחד גלוי יש בה אולי יש עוד מום הנסתר שחשב המוכר ומדלא חקר מחל על זה המום ואע"פ שהמום שיש בה הראה לו להלוקח וא"ל ראה מום זה ויש בה עוד מומין גלוין שחשבן ועוד מום נסתר לא אמרינן דהלוקח דימה כיון שהמום הזה הראה לו ושארי מומין הגלוין ראה שאין בה מסתמא גם הנסתר אין בה דלא כן הוא דודאי היה לו לחשוש כיון שיש בה מום אחר עכ"פ וכ"ש אם יש בה יותר מומין ומדלא חקר מחל :

יג אבל המוכר והב"י כתבו היה בה מום אחד ניכר והראהו לו וא"ל יש בה מום פלוני ומום פלוני שאינם ניכרים ונמצאו בה אותן המומין שאינם ניכרים שהזכיר אין זה מקח טעות אפי' היו בה כל המומין שהזכיר שהרי לא המעהו שלא הזכיר לו אלא מומין שבה עכ"ל משמע מדבריהם שאם חשב עוד ממומין הניכרין ולא היו בה ה"ז מקח טעות דיכול לומר כיון שזה הגלוי הראה לי ושארי הגלוין ראיתי שאינם דמיתי שגם האינם גלוים אינם ואע"ג דכשלא הראה לו המום הגלוי אלא חשבו בין המומין הגלוין ועוד חשב מומין שאינם גלוים ונמצא בה מום אחד גלוי ומום שאינו גלוי אין זה מקח טעות כמו להרסב"ם כמבואר שם והטעם דכיון דנמצא בה מום אחד הגלוי היה לו לחשוש גם לשאינו גלוי מ"מ כשהראה לו מפ"ש על הגל"ן שארי הגל"ן ראה שאינם יכול הלוקח לומר הבנתי ממנו שרק המום שהראני יש בה וא"א יותר ומקח טעות הוא דאם היה בה עור טום למה הראני על מום זה ביחוד ולא היה לו רק לחשבם בפה אבל אם באמת לא חשב לו עוד מומין גלוין רק שבסתר היה לו להלוקח לחקור ולבדוק יפה אף כשהראהו מום זה מ"מ הלא לא חשב לו מה שלא נמצא בגלוי ומדלא חשש לחקור מחל אפי' נמצאו בה כל המומין שבסתר שחשבן ולא אמרינן דדרבה מומין ודאי לא מחל וכ"ש אם לא נמצא בה רק מום אחד ממה שבסתר [נפמ"מ מ"ם בסקמו מל סמומ"ם] :

יד ואם א"ל מום זה יש בה מהגלוים או משאינם גלוים ועוד מומין אחרים יש בה ולא פירשן להדריא אפי' לא נמצא בה זולת המום הזה אין זה מקח טעות ואינו יכול לומר הלא ראיתי שמומין אחרים אין בה ודמיתי שגם זה אין בה ולא חששתי לראותו דמ"מ כיון שהמום הזה פירש להדריא ושארי המומין לא פורש בשמן היה לו לחקור ולבדוק אחריו אפי' אם הוא אינו גלוי

גלוי וכ"ש אם חוא גלוי ומדרא חקר מהל [זמן כפי פ"ס ע"מ פ' ולחיכן כקל מודיס] :

מז אם הזכיר לו שני סומין מפורשים ונמצא האחת בה אין זה מקח טעות דאע"ג דכשחשב הרבה סומין גלוים ונמצא המום הנסתר לבד הוי מקח טעות כמ"ש מ"ם בשני סומין אינו יכול לומר כיון שהאחד ראיתיו שאינו מסתמא גם השני אינו דומה לא שייך אלא כשחשב לו הרבה סומין [תוס' סס מתוספתא] :

מח המוכר עבד או שפחה אין הלוקח יכול להחזירו מפני סומין כשנמצא בו אם סומין אלו אין מבטלין אותו מסלאכתו ובלשון הגמ' נקראו סמפון דמס"נ אם סמפון זה הוא בגלוי מסתמא ראהו בבר דעבר בודקין הרבה ואם אינו בגלוי כמו שומא או יבלת בכשרו או נשיכת כלב בכשרו או ריח הפה והחומם וכיוצא בהם הויאל שאינו מבטלו ממלאכתו מה איכפת ליה שאין העבדים אלא למלאכה אבל אם נמצא בו שחין רע או חולי המתיש כחו או שהיה נכפה או משועמם בלא דעת נמורה ה"ז מום שרבים כאלו מבטלים אותו ממלאכתו וכן אם נמצא בו צרעת וכיוצא בו מהדברים המנואלים ה"ז מום מפני שנפשו של אדם קצה בהם ונמצא שלא יוכל לשמשו באכילה ושתיה שלא יהיה ביכולתו לסבול וכן אם הריח הפה והחומם חוק ג"כ הוי מום [ג"ל] וכן אם נמצא שהוא ליסטים מזויין ה"ז מום מפני שהמלכות יתפשוהו וכן אם נמצא שהוא מוכתב למלכות למלאכה ה"ז מום מפני שהמלכות תופסת אותו למלאכה בכל עת שירצו אבל כשנמצא גנב או חוטף או גונב נפשות או בורח תדיר או זולל ומובא וכיוצא בזה אין זה מום שיכול לבטל המקח מפני שכל העבדים בחוקת שיש בהם כל הרעות האלו וי"א דגינב נפשות הוה מום כמו מוכתב למלכות ואם נמצא משחק בקוביא אין זה מום דכל העבדים בחוקת כן אא"כ פירש להדיא ובזמנינו בטלה מכירת העבדים ע"פ המלוכה :

מט המום מבטל המקח אפילו מום שהמוכר בעצמו לא ידע ממנו אם רק נתבררה שבעוד המקח היה ברשות המוכר נתהוה מום זה בטל המקח ונוטלה בחזרה ומחזיר הדמים ללוקח אבל בדבר שיש בספק באיזה מקום נולד המום על הלוקח להביא ראיה שהמום היה ברשות המוכר ואם לא הביא ראיה ההפסד שלו ואפילו לא נתן מעות עדיין צריך לשלם להמוכר דכל שנולד בספק ברשותו עליו להביא ראיה בין כשבא להוציא ובין כשבא להחזיק מה שבידו כמ"ש בסי' רכ"ד לפיכך המוכר בהמה לחבירו ושחטה ונמצאת טריפה וראית אם נודע שהיתה טריפה כשלקחה כגון שניקב בית הכוסות והונלד פי השכה שאז ידוע שעכ"פ יש שלשה ימים שנעשה הנקב דבפחות מזה א"א שיונלד המכה אם קנה תוך שלשה ימים הוי מקח טעות דהרי נתברר שבבית המוכר עריין נטרפה וצריך המוכר להחזיר הדמים להלוקח ולקבל העור והבשר לעצמו ואם לא קנאה תוך ג' ימים או שקנאה תוך ג' ולא הונלד

פי המכה מפסיד הלוקח ואף אם לא נתן דמים עדיין מחוייב ליתן ובסעיף כ"ד יתבאר דדין זה שאמרנו דאף כשהלוקח מוחזק צריך לשלם מפני שנולד ספק ברשותו אין זה רק בדבר שיש חוקה או רובא המסייע להמוכר :

נ אפילו טריפות שאנו מטריפין מכח ספיקא דדינא ג"כ מבטל המקח אם רק נתבררה שברשות המוכר נעשה ואין המוכר יכול לומר הבא ראיה שהיא טריפה דכיון שעכ"פ אנו מטריפין אותה והוא לקחה לשחיטה אין לך מום גדול מזה ואפילו כשהטריפות הוא רק מחמת חומרת הנאונים או חומרת הגדולים האחרונים ולכן בטריפות מחמת סרכות אע"ג דטריפותם הוא מפני הספק מ"מ אם רק נתברר ע"פ בקיאים שנעשית הסרכא בבית המוכר מפני שא"א להעשות סירכא כזו מזמן הקנייה מבטל הלוקח את המקח ונוטל דמיו ויש חולקין בסירכות דהויאל שהוא דבר דשכיח הרבה לא דמי לכל טריפות והוה ליה ללוקח לאחנויי ומרלא התנה מחל וכיון דהוה ספיקא

דדינא אם לא נתן מעות להמוכר לא יתן [נ"ל] :

נא זה שספק טריפה מבטל המקח אינו אלא כשלקחה מפורש לשחטה אבל לקיחה לחרישה או לגדל ולדות אין ספק טריפה מבטל המקח דוראי טריפה מבטל אף כשאינה למביחה דהטריפה היא חלושה למלאכה ואינה מארכת ימים ואינה יולדת ואין לך מ"ם גדול מזה אבל ספק טריפה יכול לומר אולי אינה טריפה והלא לקחתיה ממני שלא לשחיטה [נ"מ] ואם לקחה סתם יש להבין לפי ערך הלוקח על מה לקחה אם לשחיטה אם לדבר אחר ועמ"ש בסעיף ל"ו :

נב אם התנה עמו שקונה אותה ממנו אף אם הטרף אז אפילו כשנעשית פסול בשחיטה שהיא נבלה המקח קיים דבלשון בני אדם אין חילוק בין טריפה לנבלה [ריב"ם] ונ"ל דבמקוטות הנדולים שהרבה שוחטין לכתחלה בדי למכור לאינם יהודים אפילו קנה סתם ונטרפה אין המקח בטל ואפילו רוב שחיטות הם בשביל ישראל ומיע"ש בשביל אינו ישראל אין הולכין בממון אחר הרוב אם המוכר מוחזק שנטל מעותיו :

נג המוכר לחבירו דבר שהיה מום בהמקח שמבטל המקח והלוקח קודם שנתגלה לו המום עשה בו מום אחר אם עשה דבר שדרך בני אדם לעשותן פטור ומקבל המוכר חפצו בחזרה עם המום ואם עשה דבר שאין דרך לעשותו מחזיר המקח להמוכר ומשלם לו דמי המום שעשה ועיקר דין זה למדנו מבמה שנתבאר דכששחטה ונמצאת טרפה שהמקח בטל אף שהלוקח הוסיף מום בהמקח ששחטה אמנם כיון דהוי דרך בני אדם לעשות א"צ להשיב להמוכר פחת השחיטה ודבר שאין דרך לעשותו נהי דהמוכר אינו יכול לומר לא אקבלנו בחזרה מפני המום שעשית כיון שעשאו ברשות דהרי סבר ששלו היא מ"ט בעד המום שעשה צריך לשלם לו כיון ששינה לעשות מה שאין דרך לעשות נחשב קצת כמזיק :

כב וכן קנה סדין וקרעו לעשות חלוק ואח"כ נודע המום מחמת הקרע מחזיר לו הקרעים דהא לא שינה ואם תפרו ואח"כ נודע בו המום אם השביח בזה נוטל שבח ההפירה סהמוכר וחשבינן שויו לפי המום כגון שקנאו בעשרה דינרין ומחמת המום אינה שוה רק ח' ועתה עמדה על ט' הוה דינר שבח [סמ"ע] ולכן אם שילם לו כבר מחזיר לו י"א דינרין ואם לאו מחזיר לו דינר וכן כל כיוצא בזה:

כג המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה ולאחר זמן נראה בה מום המבטל את המקח אם רצה הלוקח להחזיר את הקרקע להמוכר מחזיר לו כל הפירות שאכל דבין שנתגלה ע"י המום שאין הקרקע שלו אלא של המוכר הלא אכל פירות של אחר ונזל הוא אם לא ישלם וצריך לנכות הוצאות וטירחא והמותר יחזיר [ג"ל] ולא דמי למתנה שנבטלה דא"צ להחזיר הפירות כמ"ש בסי' רמ"ו דהתם אמרינן דדעת הנותן כן הוא שתתקיים המתנה עד שיודע ביטולו לפי הענין המבואר שם אבל במכירה אלו ידע המוכר שתתבטל המכירה פשיטא שלא היה נותן לו את רפירות [סס] וכן אם היה חצר ודר בו ונתבטל מחמת מום צריך הלוקח לשלם לו שכר דירה עד אותו זמן מהאי טעמא:

כד ראובן שמכר לשמעון נבינות ולאחר ג' ימים פתחם ומצאן מרוקבות ישאלו לעושי נבינות בכמה זמן ראוי לבא רקבון כזה ואם יאמרו שעדיין נעשה אצל המוכר הוי מקח טעות ומחזיר לו הדמים ואם הדבר ספק הממע"ה ואם הלוקח לא נתן מעות עדיין א"צ ליתן ואם נתן אינו יכול להוציא ואע"ג שכתבנו בסעיף י"ז ובסי' רכ"ד דכל שברשותו גולד הספק עליו הראיה אף כשאינו בא להוציא שאני התם שיש להמוכר חזקה והיינו חזקה מכח רובא דרוב בהמות כשרות הן וכן בשארי חפצים ועניינים שנוכל להעמידם על חזקתם הקודמת אבל נבינות אין להם חזקה מפני שדרכן להתליע ומשום סברא זו לחוד שברשותו גולד הספק אין עליו חובה להביא ראיה אלא כשבא להוציא ולא כשבא להחזיק [סס] ולפ"ז כשנתגלה מום במקח ולא נתן מעות עדיין ויש ספק מתי נתהוה המום צריך הדיין לחקור אם יש בזה איזה חזקה או ריבא המסייע להמוכר אם לאו וי"א דתמיד על הלוקח לחביא ראיה כנגשם אבל גיזולי אחרונים הסכימו לדעה ראשונה:

כה מעשה בראובן שמכר לשמעון נודות שמן ולא פתחן אלא סמך על ראובן שא"ל שהוא טוב ואח"כ כשקבל השמן ואח"כ פתחו מצאו שהוא עכור ואם היו עדים שהו השמן שמכר לו שהלוקח לא החליפו ושמכר לו שמן צלול היה המקח בטל דלא היה כל כך עת שיתקלקל אצל הלוקח [ג"ל] אמנם לא היו עדים בדבר והלוקח אומר שלקח ממנו צלול ונם לא החליפו והמוכר יש לו שתי טענות דיכול לומר שהחליפו ויכול לומר שלא מכר לו צלול והמעות כבר קבל [נפ"מ] ורצה הלוקח לישבע ולבטל המקח פסק הרא"ש ז"ל דאין בכחו לישבע ולהוציא ממון דאם לא היה משלם לו עדיין היה נאמן בשבועתו אבל להוציא ממון בשבועה אין ביכולת ולכן ישבע המוכר שנתן לו שמן טוב כפי המכירה וכלול בזה הכל או שבאמת היה צלול והחליפו או שלא מכר לו צלול דגם עכור מקרי טוב לאנשים שרוצים שמן בזול [סמ"ע] ואם לא ירצה לישבע אזי ישבע הלוקח שמכר לו טוב וצלול ושקא החליפו ויחזיר להמוכר את השמן והמוכר יחזיר לו מעותיו או אם רצון שניהם ש'תקיים המקח ישומו כמה דמיו פחותים משמן טוב וצלול ויהזיר לו הפחת ושלא ברצון אין אנו יכולים לכוף את הלוקח לקיים המקח דאין זה אונאה בטקח אלא מקח טעות בעצם המחורה ואפילו אם לא יגיע ההפרש עד שתות בטל המקח דאין זה מה שקנה כלל ודומה לקנה חטין יפות ונמצאו רעות שהלוקח יכול לחזור בו כמ"ש בסי' קל"ג:

כו המוכר דבר שיש בו מום שאינו נראה ואבד המקח מחמת אותו המום ח"ן מחזיר את הדמים כיצד המוכר לחבירו שור שאין לו שינים והניחו הלוקח עם הבקר שלו והיה מניח המאכל לפני כולם ואובלין וכא היה יודע שזה השור אינו אוכל עד שמת ברעב מחזיר לו את הנבלה והמוכר מחזיר לו את הדמים וכן כל כיוצא בזה בד"א כשהמוכר הוא בעה"ב שידע מחסרונו של השור אבל אם המוכר הוא ספסר שלוקח מזה וסיר מוכר לזה ואינו משמה המקח עמו ולא ידע בהמום כהב הרמב"ם בפט"ו דהספסר נשבע היסת שלא ידע במום זה ויפטר מפני שחיה על הלוקח לברוק השור בפ"ע ולהחזירו לו קודם שיטות ויהיה הספסר מחזירו על הלוקח הראשון והואיל ולא עשה כן הוא הלוקח הספסר על עצמו עב"ל:

כז והרא"ש והטור חולקים עליו וס"ל דגם הספסר צריך לשלם דאע"ג דהוא נתאנה אין לו לחזור אחרים וכן הכריע רבינו הרמ"א ויראה לי דגם הרמב"ם בודאי מודה בעיקר דין זה דאף כשהספסר נתאנה אין לו להזור אחרים והספסר שלו וזה שחייב הרמב"ם ז"ל את הלוקח והו רק בנדון זה שמחשבו כפושע במה שלא השגיח לבודקו יפה יפה כיון שידע שהמוכר לו הוא ספסר והיה יודע שהוא אינו יודע טיבו היה לו לראות אם הוא אוכל כתקונו אם לאו דכמו שאם לא היו להלוקח עוד בהמות ולא השגיח עליו אם אוכל הוי ודאי פושע וחייב אפילו אם לא היה המוכר לו ספסר כמו כן בספסר אף אם העמידו עם עוד בהמות היה לו להשגיח עליו בפ"ע והיה הספסר מחזירו למי שלקחו ממנו אבל בדבר שאין בדיקה לשעתו והספסר נתאנה כגון מכר מבעת בחוקת שכולו זהב ונמצא בתוכו בדיל ודאי דחייב לשלם [וקוטים המור מכ"מ מ"ב: ייעב הב"י דלמסקנא מיהו כן ופ"ם למדנכח רלמיס להרמב"ם

לפרמב"ם מדלט לחייב המפורשים מלמלי שמסרו לנקבת מף שנם לו מלו היו בסמות הרבה היה חייב נספסר לפי סמסקנת ולפד זה מין רמ"י מסס כדמוכח מרמב"ם פי"ח מגילות דין ס' עס פ"ו ממקי ממון דין ד' דלף ס"ל כחום' עס ד"ה לימת ויתומים שמלי דלף שייך שיכדקו ודו"ק]:

כח מאחר שחייבים את הספסר בשור אף שהלוקח פשע קצת שלא בדקו יפה מב"ש בדבר שלא פשע הקונה כלל כנון שמכר לו טבעת בחוקת והב ואח"כ שברו הלוקח ונמצא בו בריל שחייב להחזיר מעותיו אע"ג שנם המוכר נתאנה בו והיה ספסר מ"ם לא מפני שאינהו יש לו לאנות אחרים וגם הרמב"ם ס"ל כן כמ"ש וכן אם קנה בנר בחוקת מישי או פשהן טוב ואח"כ נתברר שאינו כן בטל המקח ומחזיר לו מעותיו אף כשהוא ספסר אכנם אם אינו מאמין להלוקח ממנו שנמצא בו בריל ואין ביכולת הלוקח לברר כנון ששברו לשברים ושלא בפני עדים וביוצא בזה בשארי דברים אינו יכול להוציא מעותיו מהמוכר אפילו בשבועה דאין מוציאין ממון ע"פ שבועה כמ"ש בסעיף כ"ה וכן פסק רבינו הרמ"א דהמוכר נשבע שאינו יודע מזה שהיה בו בריל ונפסר ואע"נ דמענת שמא הוא דהא אין הלוקח יודע בבירור שהמוכר ידע שהיה בו בריל מ"ם כיון שטוען הלוקח ברי לי שהיה בו בריל ואתה חייב לי והמוכר מש"ב לו איני יודע אם נתחייבתי לך צריך לישבע שאינו יודע כמ"ש בסי' ע"ה [ס"ך] ואינו דומה לכל מענות שמא שטוען שמא אתה חייב לי אבל הבא טוען ברי שאתה חייב לי אף שאינו טוען ברי שאתה יודע כיון שאינו אומר ברי שאין אתה יודע [ומ"ם מס שהקשו על הס"ך מדבריו בסי' ע"כ סק"ם] וראיה לזה ממה שפסקו רבותינו בעלי הש"ע בסי' רנ"ה סעיף ה' דהיורשים חייבים לישבע אף שהתובע אינו טוען ברי שלא אמר להם שפרעו ע"ש ואינו דומה למה שיתבאר בסי' ח' בשור שרדף אחר שור אחר והזוק זה אומר שורך הזיק וזה אומר שמא בסלע לקה דאם אין הניזק טוען ברי לי שאתה יודע ששורך הזיק אינו חייב שבועה דהתם ליכא דררא דממונא דאינו תובעו ממון שנתן לו או לאביו שיחזירם אלא שתובעו מפני היזק וכיון שאינו יודע ברור שוה יודע במה יחייבו שבועה אבל הכא הרי תובעו ממון שנתן לו בער המקח ויודע ברור שמגיע לו וכן בסי' רנ"ה תובעו ממון שהלוה לאביו וכיון דתובעו בברי אין לו לחוש במה שהנתבע אומר איני יודע אע"פ שאינו יודע אם משקר אם לאו וכן עיקר לדינא דלא כיש מי שחולק בזה ואם המוכר אומר לא מכרתי לך בחזקת שבולו והב והלוקח אומר בחזקת כולו והב מברת לי רואין לפי הדמים כמ"ש בסעיף ל"ז [מרדכי ס"פ המפקיד]:

כט אם אחר קנה כלי בחזקת בריל ומברה ואח"כ נודע שהיה בו כסף או והב וכה הלוקח השני מפני שהראשון לא וכה מעולם כיון שלא ידע כלל כמ"ש בסי' רס"ח דחצרו של אדם אינו קונה לו בדבר שלא ידע בזה כלל ווה ה"א לא ידע שיש בזה זהב וה"ה אם כל הכלי היה כן לא קנה [לבום] וכל זה הוא דוקא בדבר שיכול להיות שלא יתוודע כנין כלי שצריכה הבחנה אבל אם היה דבר כרוך בכנד ופסרו לאחר זכה הראשון דהלא דרך לנוללו והיה מוצא אותה [כ"מ] וכן אם כרוך במטלית וכה"ג אבל אם היה תפור בהנגד בין מבפה העליון להתחתון לא קנה דאולי לא יודע לו לעולם:

ל המוכר ביצים לחבירו ונמצאו מוזרות שאינם ראוים לאכילה ובאופן שוראי נתקלקלו אצל המוכר הוי מקח טעות ומחזיר את הדמים ואפילו לתרמב"ם כמ"ש בסעיף כ"ו [ב"י ולף כסמ"ע דמין סמעס כמ"ם] וכתב רבינו הב"י דעבשיו לא נהגו כן ומנהג מבטל הלבה עכ"ל ואנחנו בימינו לא שמענו המנהג הזה ויש לנו לדון בעיקר הדין וכן בכל דבר סחורה החתומה וסתומה שמכר לאחר אף שגם הוא קנאה חתומה וסתומה מ"מ אם נמצא בו הפסד או איזה מרמה ההפסד על המוכר כמ"ש שם דלא מפני שנתאנה יכול לאנות אחרים אא"כ הוא שותפו או שלוחו שעשה כמו שראוי לעשות דאז צריך לקבל ההפסד משא"כ בלוקח ומוכר אפילו הוא ספסר וכל הראשונים מודים בזה וגם הרמב"ם מודה בזה כמ"ש דלא כיש מי שרצה לומר דהרמב"ם סובר דכל מקום שהמוכר לא פשע פטור אלא טעמו משום דפשע בהשור כמ"ש בסעיף כ"ז וכן אם התנה שיתן לו מביצים שנולדו ונתן לו מהנמצאים במעי תרנגולת לאחר שחיטה או שהתנה לתת לו מהנולדים מתרנגול ונתן לו מדספנא מארעא הוי מקח טעות [מ"ע]:

לא מעשה בראובן שהיה חייב לשמעון מעות ונתנם לו ואחר כמה ימים מצא מקצת המעות לא טובים ופסק אחד מהנדולים דאם שמעון טוען ברי שממנו לקח הרעים וראובן טוען ברי שנתתי לו טובים נשבע ראובן ונפטר אבל אם ראובן טוען שאינו יודע אם הם שלי אם לאו צריך לשלם ואין לו על שמעון רק קבלה סתם דזהו כאיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם וי"א דזהו כאיני יודע אם הלויתני דהא אומר פרעתיך אלא שעתה תאמר שפעות נמצא בם איני יודע אם אני חייב לך וישבע היסת שאינו יודע משום זיף ופטור וכן משמע מרבינו הרמ"א ממ"ש בסעיף כ"ח וכבר בארנו זה בס"ם ע"ה דהרעת יותר נוטה לסברא זו ובפרט במקום דלא הו"ל לסידע דאפילו נדינו כאיני יודע אם החזרתי לך אין ביכולת לחייבו ע"ש וטוב לבצוע:

לב המוכר לחבירו זרעוני גינה שאין עצמן של זרעונים נאכלים אלא לזריעה הם וזרעו ולא צמחו חייב המוכר באחריותן ומחזיר לו הדמים שלקח ממנו מפני שסתמן לזריעה ואין לו לומר היה לך לאכלן ולא לזרען ואף שגם הוא לא ידע ולא פשע בזה מ"מ ההפסד

ההפסד שלו כמו שנתבאר ואף שנאבדו בארץ פטור הלוקח כיון שלא שינה מדרך העולם כמ"ש בסעיף כ"א ומ"מ גם הלוקח אינו יכול לתבוע מהמוכר שכר טרחתו שטרח לוריע [סס] ודוקא שאין לתלות בשינוי האויר שלא נשתנה הזמן ולכן תלינן בריוע הזרעים אבל אם לקחה הארץ בברד וכיוצא בו איזה שינוי בהאויר אינו חייב באחריותן דשמא מחמת השינוי לא צמחו ואם הלוקח לא נתן מעות עדיין אין ביכולת המוכר להוציא ממנו אא"כ מברר שהקלקול הוא מחמת השינוי [כ"ל] ואם מכר לו זרעים הנאכלים לא מיבעיא חיטין ושעורים שרובן לאכילה דאינו חייב באחריותן כשורען ולא צמחו דהיה לו לאכלם אלא אפילו מכר לו זרע פשתן שרוב בני אדם קונין לזריעה מ"מ כיון שיש שאוכלין אותה אינו חייב באחריות הזריעה דאין הולכין בממון אחר הרוב כשהנתבע מוחזק ולכן אם הלוקח לא נתן מעות עדיין י"א דיכול הלוקח לומר לזריעה קניתי כיון שהוא מוחזק ורובן קונין לזריעה ולכן בחיטין ושעורין שרובן קונים לאכילה לא מהני חזקת הלוקח [כ"מ מלסון הרמ"ס בעוד סעיף י"מ] ובסעיף ל"ו יתבאר הטעם מה שאין הולכין בתר חזקת הלוקח נגד הרוב ושיש חולקין בזה ואם הלוקח הודיעו שהוא קונה לזריעה אפילו בחיטין ושעורין חייב באחריותן וכן הדין בדברים הנמברים לרפואה ולצביעה דאם ראוים לאכול אינו יכול לתבוע מהמוכר אחריות מה שאינם ראוין לרפואה ולצביעה אף כשרובן נמכרים שלא לאכילה ואם כולם קונין רק לרפואה ולצביעה חייב באחריותן:

לג חלוקח מקח מחבירו והודיעו שהוא מוליכו למקום פלוני למכרו שם ואחר שהוליכו לשם נמצא בו מום ונתבטל המקח אין המוכר יכול לומר החזר לי מקחי לכאן אלא מחזיר לו הדמים והמוכר מטפל להביא ממכרו או למכרו שם דהכל הולך להכלל שהקדמנו בסעיף כ"א דכל שהלוקח לא שינה אע"פ שע"י מעשיו הפסיד יותר ההפסד הוא על המוכר ולכן אם לא הודיעו שיולימהו למקום פלוני ומדרך סחורה כזו למכרה בכאן וסביבותיה והוליכה למקום רחוק הוי שינוי וצריך הלוקח להעמיד לו המקח לכאן אמנם אם דרך סחורה כזו להוליכה למקום רחוק אפילו לא הודיעו מטפל המוכר בהבאתה לכאן דהא הלוקח לא שינה בזה [כנ"ל וכן נ"ל כוונת סלמנ"ס וסמוים"ע בסעיף כ"מ]:

לד בשצריך המוכר לקבל מקחו במומו ממקום הרחוק מ"מ אינו חייב בהוצאה שהוציא הלוקח להוליכה לשם כשלא ידע המוכר בהמום בהרי גם הוא לא פשע ואינו חייב אלא בהוצאת החורה לכאן אבל אם נתוודע שהמוכר ידע בהמום בעת מכירתו להלוקח חייב גם בהוצאת הלוקח שהוציא בהליכתה וחייב מדיני דגרמי והוא קרוב למזיק אמנם אם לא דיבר מפורש שדעתו להוליכה למקום פלוני אף שהרבה מוליכים אותה לשם מ"מ אם יש גם מיעוט שמוכרין בכאן אין המוכר חייב בהוצאה ההליכה דיכול לומר לו היה לך למכרה בכאן מיהו בהוצאת החורה וראי רחייב גם בכה"נ כיון שהלוקח לא שינה מדרך העולם ואפילו לא ידע המוכר במומו כמ"ש בסעיף ל"ג:

לה הלוקח מקח ונמצא בו מום ואח"כ נאבד או ננגב המקח אם הודיע להמוכר שיבא ויטול מקחו נסתלקה שמירתו של הלוקח ואינו חייב באחריותה ודוקא כשהיה לו זמן להמוכר שיבא לקבל מקחו מעת שהודיעו הלוקח אבל קודם הזמן הזה וכן כל זמן שלא הודיעו אחריות השמירה הוא על הלוקח אמנם אם נתקלקל החפץ מחמת המום בגון שהתליע או נפסד הרי הוא ברשות מוכר אף בשלא הודיעו דמה היה מועיל בהודעתו [סמ"ע] ולכן אם היה באפשרי להצילו מהקלקול באיזה החבולה ולא עשהו הלוקח וגם לא הודיע להמוכר ההפסד הוא על הלוקח ונ"ל דכל אלו הדברים אינן אלא במום שהמוכר לא ידעו אבל כשידע מהמום ומכר לו במרמה הוי תמיד ברשות המוכר בין לקלקול בין לגנבה ואבדה אפילו כשלא הודיעו דלמה יהיה הלוקח שומר על דבר שהמוכר עשה שלא כהוגן ובמום שהמוכר לא ידע ולא היה להלוקח שהות להודיעו וננגב או נאבר י"א דההפסד על המוכר כיון שהלוקח לא פשע וי"א שהוא ברשות הלוקח דהוי עליו שומר שכר עד שיודיעו וכן נראה עיקר וק"ו הוא ממה שנתבאר דאף כשהודיעו כל שלא היה ביכולת המוכר לבא הוא ברשותו של לוקח וכ"ש כשלא הודיעו כלל אף שלא היה לו שהות להודיעו וכשהוא ברשות הלוקח והוזל בשעת הגנבה אינו משלם אלא כשעת הגנבה [כה"מ]:

לו המוכר שור לחבירו ונמצא שהשור ננחן ואסור לקיימו מפני שהוא מויק אם אין להזיקו אם קנאו לחרישה או לשחיטה כגון שהלוקח הוא אדם שקונה לזה ולזה וגם אין הוכחה בדמי המקח כגון שבשר ביוקר ודמי שור לשחיטה הוי כדמי שור לחרישה אין הלוקח יכול לומר לחרישה לקחתיו והוי מקח טעות דהמוכר יכול לומר לשחיטה מכרתיו ואע"פ שרוב בני אדם קונים לחרישה אין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מן המוחזק ולכן אם המעות עדיין ביד הלוקח לא מבעיא אם רובם קנים לחרישה דהוי מקח טעות אלא אפילו כי הדדי ניהו המע"ה אבל כשרובם קונים לשחיטה מוציאין מהלוקח ומפני מה אולינן בזה בתר רובא ולא בתר החזקה דכמוכר מפני דלקיים המקח אולינן בתר החזקה רבזה גם חזקת המקח מסייע ואף שאין זה חזקה גמורה מ"מ היא כעין חזקה דהא עשו מקח ביניהם אבל לילך בחזקה נגד הרוב ולבטל המקח לא אולינן דרובא וראי עדיף מחזקה לחוד [ל"ל] ויש מי שחולק בזה וס"ל דדין הלוקח כדין המוכר [כה"מ] ולי נראה עיקר כדעה הקודמת [וכ"מ מלסון הרמ"ס בסוף סעיף י"מ] ואם הלוקח אינו רגיל לקנות אלא לחרישה והמוכר

טכיזרו ה"ז תמיד מקח טעות ואם הוא רניל לקנות לשחיטה ולחרישה ויש הוכחה מרמי המקח שנתן ביוקר כדמי שור לחרישה ודאי לחרישה קנאו והוי מקח טעות ואם נתן כדמי שור לשחיטה ודאי לשחיטה קנאו וכשיש הוכחה בדמים אין חילוק בין רוב למיעוט ובין מוחזק לאינו מוחזק דהוכחת הדמים הוי ביורר גמור ואע"ג דקיי"ל בסי' ר"ך דאין הדמים ראיה זהו במקום שהדמים מכחישים עיקר הלשון כמו בשם משא"כ בכאן דבין שקנאו לחרישה ובין שקנאו לטביחה שם שור עליו ודאי הדמים ראיה [טור] ובמקום שהדין עם המוכר לא מהני תפיסת הלוקח וכן להיפך [מ"מ]:

לז כל מקום דהוי מקח טעות וצריך המוכר להחזיר לו הדמים אם יש לו מעות צריך ליתן לו דוקא מעות דדינו כבע"ח ואם אין לו מעות נותן לו שוה כסף מטלטלין ואם אין לו מטלטלין נותן לו קרקע ודלא כיש מי שאומר דיכול ליתן לו קרקע אף כשיש לו מעות וגם אין ביכלתו לומר להלוקח הרי המקח לפניך מרח א"ע ומכור אותו דאין הטירדא מוטלת עליו וכשמשלם בקרקע מקבל עליו קבלה שאין לו מעות ומטלטלין [נמקי"י רפ"ו דב"ב] וכשאין לו כלום בהכרח שהלוקח יעכב את המקח בעד דמיו ואין הלוקח יכול לכופו שימכור לאחר ולשלם לו במעות [כ"מ בגמ' סס] אמנם מה שיחסר להמעות שנתן הלוקח פשיטא שנשאר חוב על המוכר:

לח אין להקשות לפי מה שנתבאר דאין הולכין בממון אחר הרוב אלא אחר חזקה א"כ כששלשה יושבים בדין ושנים מחייבים ואחר מזכה והולכין אחר הרוב לחייבו לבע"ד ולהוציא מידו ממון נימא דאין הולכין בממון אחר הרוב די"ל דזה שאנו אומרים דאין הולכין אחר הרוב לאו משום דחזקת ממון עדיפא מרוב אלא דהוי כפלגא ופלגא [נמק"י סס] ובדיינים הלא גזרה התורה' אחרי רבים להטות דלא הוי כפלג' ופלגא [כ"נ] ועוד נ"ל דוודאי רוב עדיף מחזקת ממון והרי אפי' חזקת הגוף דעדיפא מחזקת ממון כדמוכח בגמ' [סמדיר עס: לר"ג] עכ"ו רובא עדיף ממנה וכ"ש מחזקת ממון אלא הטעם הוא כיון דבע"ב גם המיעוט ישנו בעולם אין ביכלתנו להוציא מהמוחזק דיכול לומר קים לי שאני מהמיעוט ובמה נובל להכחישו [ערסב"ס סס ד"ס לח חזלזין] אבל בב"ד דהתורה גזרה אחרי רבים להטות בע"כ המיעוט כמי שאינו ואין יאמר אני מן המיעוט הרי התורה בטלה מיעוט זה [כ"ל מזסו פומת סמוס' כר"פ סמנית ע"ם]:

סימן רלג [המוכר מין ונמצא מין אחר או רע ונמצא יפה או להיפך וכו' סעיפים]:

א המוכר לחבירו מין ממיני פירות ונתן לו מין אחר אין כאן מכר ושניהם יכולים לחזור בהם ואף אם המין שנתן לו היא ביוקר ממה שמכר לו ולא מבעיא במין אחר ממש כמו חטין ושעורין אלא אפילו בחטין עצמן כגון סכר לו חטים לבנות ונמצאו אדומות או להיפך או יין ונמצא חומץ או להיפך או עצים של זיתים ונמצאו של שקמה או להיפך אין המכר חל על זה כלל אבל אם מכר לו חטים יפות ונמצאו רעות הלוקח יכול לחזור בו אפי' לא נתאנה בשווי המקח דלגביה יש קפידא כבמין אחר דיאמר ליפות הוצרכתי ולא לרעות וטוב לי לשלם ביוקר בעד יפות מלשלם בזול בעד רעות אבל המוכר אינו יכול לחזור בו אפי' הוקרו אח"כ כיון דהלוקח מקיים המקח אבל במין אחר שניהם יכולים לחזור בהם דאין על זה שם מכר כלל וכן להיפך אם מכר לו רעות ונמצאו יפות מיכר יכול לחזור בו אפי' לא נתאנה בשווי המקח דיכול לומר את היפות אין רצוני למכור כלל והלוקח אינו יכול לחזור בו אפילו הוזל אח"כ כיון שהמוכר מקיים המקח:

ב ביפות ונמצאו רעות כשנתאנה בשתות ותובע האונאה י"א דגם המוכר יכול לחזור בו דאע"ג דבבל שתות קנה ומחזיר אונאה מ"ם הכא דלנבי הלוקח הוי ביטול מקח ולכן למאן דס"ל ביותר משתות דהמאנה אינו יכול לחזור בו כשאין המתאנה תובע אונאתו וכשתובע גם המאנה יכול לחזור כמ"ש בסי' רכ"ו סעי' ג' ה"נ כן דהרי דין זה שוה מטש ליותר משתות לרעה זו אמנם לדעה שנתבאר שם דביותר משתות גם המאנה יכול תמיד לחזור אין דין זה שוה לשם דהרי בכאן אין המאנה יכול לחזור ולכן אף באונאה שתות והוא תובע אונאתו יכול להיות שצריך להחזיר לו והמקח קיים [מ"מ] ובאונאה יתר משתות פשיטא שאם הובע אונאתו דגם המאנה יכול לחזור דלא גרע משם ולדעה דס"ל בשם שגם המאנה יכול תמיד לחזור בו כ"ש דבכאן יכול לחזור בו [סמ"ע] ובאונאה פחות משתות הרבר פשוט שאינו יכול לחבוע אונאתו והוי מחילה כבשם דמ"ב אם תובע אונאתו מחמת אונאת שוני המקח הלא פחות משתות היו מחילי ואם תובע מצד שנמצאו רעות ממילא דגם המוכר יכול לחזור בו כבשתות עצמה שנתבאר לדעה ראשונה [כ"ל]:

ג מכר לו רעות ונמצאו רעות או יפות ונמצאו יפות אע"ג שאינם יפות שאין למעלה מהם ואינם רעות שאין למטה מהם אין אחד מהם יכול לחזור בו כיון שבלשון בני אדם הם רעות ויפות אא"כ התנו מפורש שיהיה מ"ם שאין למעלה ולמטה מהם ולכן אפי' יש אונאה שתות כנה ומחזיר אונאה בכבל דיני אונאה שבסי' רכ"ו:

ד זה שאמרנו ביפות ונמצאו רעות שהלוקח יכול לחזור בו דוקא ביפות ורעות ממש שנקראו בפי העולם יפות ורעות אבל בדבר שאין העולם מדקדקין בו כל כך בגון שמכר לו בשר בחזקת שהוא מן איל מסורס ונמצא שאינו מסורס אין בזה דין יפות ונמצאו רעות דהוי ביטול מקח אלא דנין בזה דין אונאה דהרי שניהם טובים הם ומסין אחר הם אלא שזה ביוקר מזה רק בזה יש הפרש לשארי דיני אונאה דבכאן אפי' באונאה פחות משתות לא הוי מחילה אלא מחזיר לו אונאתו כיון שעכ"פ אינו הבשר שאמר לו [מק"ל] אא"כ ירוע שהלוקח הוא איסטנים שאינו אוכל כלל בשר בלתי מסורס דאז יכול לבטל המקח וכן כל כיוצא בזה אמנם גם בזה רבים החולקים ום"ל דגם זה הוי כיפות ונמצאו רעות כיון שדיבר מפורש בשר מסורס וכן בכל מין מחודה שרברו

מחורה וז אף שנתן לו כיוצא בה אם היא מעט גרוע יכול לחזור בו [ב"מ וסנהי"ח ונ"מ וסה"כ ובמה"ג] וכתבו שכן יש להורות ויש מי שכתב דהוי ספיקא דדינא אבל הלכה כרבים וכן מסתבר ופשיטא שאם לקח בשר מדופן ונתן לו מהיד או מהרגל דהוי כמין אחר ממש וכן כל כיוצא בזה:

ה כתב רבינו הרמ"א מבר לו כסף בחזקת כסף צרוף ונמצא כסף סיגים המקח קיים ומחזיר לו האונאה דהכל מין כסף עכ"ל ורבים חולקים גם בזה וס"ל דהוי כשני סיגים כיין ונמצא חומץ ודוקא בכלי אבל קנה חתיכה ונמצא בה בדיל או סיגים משלים לו צרוף ממקום אחר [וסה"כ]:

ו כפי המתבאר באלו הסימנים יש ארבע חלוקות באונאה אונאת מקח ובגוף החפץ לא היה אונאה שתלוי בשתות ויתר משתות ,ופחות משתות והשנית אונאה במום והשלישית יפות ונמצאו רעות והרביעית שנמצא מין אחר ובשלש חלוקות ראשונות רק המתאנה יכול לחזור ולא המאנה אם המתאנה אינו תובע אונאתו ובהרביעית שניהם יכולים לחזור בהם דאינה מכירת כלל ויש שמוסיפין עוד חלוקה חמישית דאף שלא נתן לו מה שמכר אלא גרוע מזה ואינו בשם רעות דדנין בזה דין אונאה ולא ביטול מקח אבל רבים חולקים בכ"ש:

סימן רלד [המוכר דבר איסור ואבלו הלוקח ובו ד' סעיפים]:

א המוכר דבר מאכל לחבירו ואח"כ נודע שהוא דבר האסור אם המקח קיים בין שהוא איסור דאורייתא בין שהוא דרבנן אפי' הוא רק מפני חומרת הפוסקים המקח בטל ומחזיר לו הדמים דאין לך מום גדול מזה ואם הלוקח כבר אכלו אם הוא איסור דאורייתא מחזיר לו הדמים ומה שאכל אבל והטעם מפני שקנטו למוכר שמכר דבר האסור [כ"י סס"ס דבכורות וגמק"י פ"ו דנ"ב ולבוש וט"ך יו"ד סי' קי"ט סקכ"ה] ולטעם זה אינו אלא כשהמוכר היה כמו מזיד ברבר שהיה יכול לידע האיסור אבל אם היה שוגג נמור כגון שמכר בשר ואח"כ נמצא באיזה אבר טרפית וסדינא א"צ לבדוק אחר כל הטרפות רק בריאה כמ"ש ביו"ד ריש סי' ל"ט א"צ להחזור לו הדמים כשאכלו אבל י"א טעם אחר מפני שאיסור דאורייתא כשאכלו ישראל לא שייך הנאה כלל ואדרבא צער גדול הוא לו ולטעם זה בכל ענין צריך המוכר להחזיר לו הדמים ויש גם נ"מ להיפך אם ערבו הלוקח בששים בדבר שהאיסור אינו ניכר ונהפך להיות בהיתר לטעם השני א"צ להחזיר הדמים ולטעם הראשון צריך [נ"מ] והעיקר כטעם הראשון שכן כתבו הראשונים:

ב אבל אם היה איסור דרבנן ואכלו אין המוכר יכול לחזור לו כלום ואע"ג דכיון שנתגלגלה שהיה איסור הרי אינו שוה המקח ולמה לא יחזיר את המיתר על שויו מ"מ כיון שאכלו ולא ידע שהוא איסור נחשב לו להלוקח כהיתר שהרי הוא לא עשה עבירה ושוה דמיו שנתן וי"א דדוקא כשכבר שילם הדמים אבל בשעריין לא שילם רק בשעת מריפה [ח"ס] וכן נראה דאיך נחייבו לשלם לכתחלה כשל כש"ה בשביל מה שכבר אהלו וכל זה הוא באיסורי אכילה אבל באיסורי הנאה אפי' הם מדרבנן מחזיר את הדמים אף כשאכלו דאין בהן דין מכירה כלל והרי לא הפסידו כלום דהא אסורין בהנאה ואפי' כשהלוקח מכרו ליעכו"ם וקבל דמים בעד זה הלא הדמים אסורים דאיסורי הנאה יש שתופסין דמיהן כמו עכו"ם וי"ן ואפי' באיסורי הנאה שאין תופסין דמים בערלה וכלאי הכרם וזה לאחרים אבל המוכר עצמו אסור לו ליהנות בדמיהן כמ"ש בא"ח ס' ת"ן לענין חמץ אחר הפסח ולפיכך צריך להחזיר ללוקח כל הדמים [סת"ע]:

ג לפיכך השוחט את הבכור במומו ומכרו ונודע שלא הראהו למומחה או לשלשה בני הכנסת דאסור בהנאה מדרבנן כמבואר ביו"ד סי' ש"י מה שאכל אכל ויחזיר לו הדמים ומה שנשאר מהבשר ביד הלקוחות יקבור בעצמו ולא יתן להמוכר דקוברו שאין להאמינו שמא ימכור לעכו"ם והמוכר מחזיר לו את הדמים וכן השוחט פרה וסברה ונודע שהיא מריפה דאורייתא ומה שאכלו אכלו ויחזיר להם הדמים ומה שלא אכלו יחזירו לו הבשר כדי שימכרם לעכו"ם והוא יחזיר להם הדמים ואם תשאל איך נחזיר לו הבשר ליחוש שמא ימכרנה לישראל די"ל דכיון שנתפרסם הרבר לא יעשה זאת ולא יקחו ממנו ועוד דמוכר דבר האסור במויד קנסינן ליה שלא ימכור עוד כמ"ש ביו"ד סי' ק"ט ואם מכרו הלוקחים לעכו"ם או האכילום לכלבים יחשבו עם הטבח כמה מגיע לו בעד דמי מריפה והמותר יחזיר להם הטבח ואם לא שלמו מעות עדיין ורוצים לעכב הבשר כדי למכור לעכו"ם ישלמו כבעד טרפה וכן הדין כל מי שמוכר דבר שאיסור אכילתו הוא מן התורה ואם מכר מבהמה שלא נבדקה הריאה כראוי הוי כאיסור דרבנן שהבדיקה היא מדרבנן:

ד אם הלוקח עירב את האיסור בהיתר באופן שנאסר הכל אם המוכר מכר במויד צריך לשלם לו בער כל התערובות והרבה גרע זה מדיין שנשא ונתן ביד שחייב לשלם כמ"ש בסי' כ"ה וכ"ש רשע זה דחייב לשלם בעד התערובות ובעד הכלים אם נאסרו [נ"מ] ואם היה שוגג אין צריך לשלם אפי' לצאת י"ש [ל"ל]:

סימן רלה [קטן וחרש ושוטה ושכור אם יכולים למכור והקונה בשבת ויו"ט ובו כ"ץ סעיפים]:

א מדין תורה קטן אין מקחו מקח ואין ממכרו ממכר אבל חכמים תקנו לקטן יתום שאין לו אפוטרופוס שיהא מקחו וממכרו במשלטלין קיים ולא בקרקעות ותקנו כן משום כדי חייו דאל"כ לא ימצא מי שיסכור לו דבר ומי שיקנה ממנו כיון דיכול לחזור בו ולא יהיה לו מה לאכול אבל בקרקעות אין מעשיו כלום דקרקע צריך הבנה יתירה וחששו שיתאנה הרבה ועוד דעל כדי חייו די במטלטלין לבד וי"א דרק עד כדי חייו מעשיו קיימים במטלטלין ולא יותר

יותר אבל הרבה חולקים בזה דא"א לחלק בין כדי חייו ליותר ומי יתן הקצבה לזה ועוד דא"כ חזר החשש למקומו דהלוקח ממנו או הכוכר לו יפחד שמא זהו יותר מכדי חייו וכן פתכו רבותינו בעלי הש"ע:

ב ודוקא קטן שיש לו דעת ויודע קצת בטיב משא ומתן ולכן קטן פחות מבן שש שנים אין מעשיו כלום דאין לו שום דעה ומשש שנים עד שיגדל בודקין אותו אם מבין ויודע קצת בטיב משא ומתן מקחו ומכרו מכר וגם מתנתו קיימת דאי לאו דעביד לו טובה לא היה נותן לו כתנה וגם זה הוא בכלל כדי חייו שלא יתרחקו ממנו מלעשות לו טובה ולכן בין במתנה מרובה בין במועטת בין במתנת בריא בין במתנת ש"ס מעשיו קיימים דא"א לחלק בזה וכשנתן מתנה מרובה ממתמא עשה לו טובה גדולה וי"א דזה שצריך בדיקה היינו כשהוא פחות מעשר שנים אבל ביותר א"צ בדיקה דמסתמא הוא בר דעת קצת וכל שאינו ירוע שאינו בר דעת כלל מעשיו קיימים וכן פסק רבינו הרמ"א וראיה לזה מהא דתנן בן עשר למשנה אלמא שיש לו בינה להבין דברי המשניות:

ג ובקרקע אינו מוכר ולא נותן עד שיגדיל דהיינו קטן בן י"ג שנה ויום אחד וקטנה בת י"ב שנה ויום אחד וכשהביאו שתי שערות דאז נעשו גדולים ואף שלא ידענו בבירור שהביאו סימנים אמרינן חזקה כיון שבאו לכלל שנים ממתמא הביאו סימנים אע"כ ידוע שלא הביאו ואף שלחליצה לא מכינן אשנים לבד וצריכין לידע שהביאו סימנים כמ"ש באהע"ז סי' קנ"ה זהו רק לאיסורא ולא לממונא דבאיס"ר חששו ללעז [עתוס' ב"מ כ: ד"ה מיסגל"מ וכו' ועי"ל וכו' ותוס' ב"ב קל"י ד"ה ועוד וכו' וח"מ וכו' ועי"ל וכו' וזה"ק ועמ"ש בהל"י סי' י"ח אות ג'] וקודם השנים האלו לא מבעיא שאין מכירתו כלום בקרקע שנפלה לו בירושה דבזה אין לו למכור עד שיהא בן עשרים אלא אפילו היא קרקע שניתנה לו במתנה או שקנה לו אפוטרופוס מקודם בעת שהיה לו אפוטרופוס אינו יכול למכור וליתן ואפילו נתנה במתנת ש"ס דדבריו בכתובין וכמסורין אינו כלום ואע"פ שיודע היטב בטיב משא ומתן דבקרקע לא נתנו חכמים לקטן שום כח מיתו כל זמן שחפץ הקטן במה שעשה וקרוביו או ב"ד לא בטלו מעשיו וחלוקה אבל פירות הקרקע א"צ לשלם בעד הפירות שאכל עד חזרתו או עד שקרוביו או ב"ד ילקחו הקרקע מידו דהא מחל לו הפירות שאכל ואע"נ דקטן אינו בר מחילה מ"מ מה שמחל הוי כמתנה והוא יכול ליתן פירות במתנה דמטלטלים נינהו ולא מהני חזרתו כמו במטלטלין [סגי"מ] וי"א דזהו דוקא בשהלוקח לא נתן מעות עדיין או שנתן לו הקטן במתנה אבל במכירה כשהלוקח נתן כבר המעות כשמחזירין לו מעותיו מנכין לו הפירות שאכל דאל"כ כיון שהמכירה בטלה הרי אכל בשביל מעותיו והוי רבית כמו שיתבאר גבי פחות מבן עשרים [נ"מ] ויש מי שרצה לומר דקרקע שקנה הקטן מעצמו כיון שאין קנייתו כלום מפני שיכול לחזור בו אם מכר קרקע זר דינו כמטלטלין ואינו כן דבקרקע לא נהגו לו חכמים שום כח [סמ] ועד מתי יכול הקטן לחזור בו לא נתבאר בגמ' ובפוסקים ולכן י"א דרק עד שיגדיל יכול לחזור בו הוא או קרוביו וב"ד יכולים לבטל המכירה אבל לאחר שהגדיל ושתק טעם זמן קיים בעצמו מכירתו בזמן גדלותו ואינו יכול עוד לחזור בו כמו שיתבאר בבן עשרים [קנ"מ] אבל באמת אין ראיה משם דפחות מבן עשרים מן התורה מכירתו מכירה אלא שחכמים לא הניחוהו למכור ולכן כשהגיע לעשרים ולא מיחה שפיר קיים המכירה אבל בקטן שאין מעשיו כלום במה תתקיים המכר כשהגיע לשני גדלות ולא מיחה [ומ"י מטוס' ורמ"ס כתוכות י"ם ודו"ק] וחזקת חנות דינה בקרקע [ס"ך] וכן כל מיני חזקות הוי בקרקע ואין הקטן יכול למכרם:

ד שט"ח שירש הקטן דינו כמטלטלין ואע"ג דבעי כתיבה ומסירה ואיך יחתמו עדים על שטר של קטן זהו בכל השטרות שצריך עדים אבל שטר של מכירת שטר שדי בכתיבת עצמו כשכותב כתבתי לך שטרי דכיון שיש לזה ממירת השטר עצמו די בכת"י של הקטן עצמו [נ"מ] ולכן גם העדים יכולים לחתום עליו:

ה י"א דכיון שמכירתו במטלטלין הוי תקנת חכמים לכן אם במכירה זו עשה הקטן שלא כתוגן כגון שנשארו מאביו נכסים מועטין ויש בנות קטנות דאין הכן יורש אלא הבנות נזונות מהן ומתקנת הגאונים גם במטלטלין הדין כן כמ"ש באהע"ז סי' קי"ב ושם נתבאר דאם קדמו הזכרים ומכרו הנכסים מה שמכרו מכרו אם הקטן מכר אין מכירתו כלום דלמה יתנו לו חכמים כח בדבר שעשה שלא כהוגן לבטל תקנת חז"ל במזון הבנות וכן במוכר שפ"ח לחבירו ומת דקיי"ל דגם היורש יכול למחול כמ"ש בסי' ס"ו אם הקטן מחל אין מחילתו כלום דהא גורם היזק להקונה [קנ"מ]

וכה"ג בשארי ענינים:

ו כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ם קטן היודע בטיב משא ומתן שאין לו אפוטרופוס שנשא ונתן במטלטלין ושתה דינו כדין הגדול פחות משתות מחילה שתות קנה וחוזר אונאה יתר על שתות בטל מקח עכ"ל ואע"ג דקטנים לאו בני מחילה נינהו מ"מ הזכרתו לתקן כן דאל"כ לא ירצו לקנות מהם ולמכור להם דא"א לצמצם שלא יהיה קצת אונאה וזהו כעין הפקר ב"ד שתקנו לטובתם:

ז אין מקח הקטן וממכרו במטלטלין קיים אלא במשיכה כשמשך הוא או משכו ממנו אבל אם נתן מעות על המקח וחזר בו אינו מקבל מי שפרע דלאו בר הכי הוא אבל השכנגדו אם חזר בו מקבל ס"ש דלא גרע מאלו חזר במקח עם גדול אמנם במקום שמעות קונות לגמרי כמ"ש בסי' קצ"ח וקצ"ט שיש לפעמים מעות קונות קנין גמור גם בקטן קונה כה"ג [נ"מ] וכן במקום שע"פ מנהג הסוחרים קונים במעות קנין גמור כמ ש בסי' ר"א [נ"ן] אבל במקום שאין קנין מעות אחרים הקונים מהקטן אין להם קנין לבר משיכה דק"ם לא מהני בקטן והרמב"ם ז"ל הסביר המעם משום דבל קנין הוא כשטר ולכן אמרו חז"ל סתם קנין לכתיבה עומד ואין העדים חותמין על שטר של קטן בין

שהוא מוכר ובין שהוא לוקח וכן אם הטלטלין מונחים בחצירו של הקנין אינו מועיל לשכור ממנו הרשות ולקנות הטלטלין דשכירות כמכר וכשם שאינו מוכר קרקע כמו כן אינו יכול להשכירה וכן קנין שקנה מאחרים אין לו רק קנין בשיכרה דק"ם אינו מועיל בו במ"ש ושישכור המקום אינו מועיל מב' טעמים חדא מהטעם שנתבאר דאין לו קנין בקרקע ושכירות כמכר ויכול לחזור בו ועוד דאחרו של קנין אינו קונה לו רחצר אחרבי מרין שליחות במ"ש בס' רמ"ג וכשם שאין לו שליחות כמו כן אין לו חצר ולא יהא קנין או שכירות המקום עדיף מחצרו ולכן כתב הרמב"ם ז"ל דקטנה שחצרה נתרבתה מידה כמ"ש שם ויש לה חצר כמו שיש לה יד לכן הקטנה יכולה לקנות מאחרים מטלטלין אם קנו מידה או בשכירת מקום וכ"כ המור והש"ע בסעי' ו' והקשו ע"ז דעכ"פ בקנין אין מעם לחלק בין קטן לקטנה [ס"ך] ועור הא בקרקע אין מועיל קנייה ומכירה לא בקטן ולא בקטנה דלא הקנו רק בטלטלין האסנם כותת רבותינו כן הוא דהא כל עיקר שתקנו כח לקטנים בטלטלין הוא משום כדי חייו כמ"ש ולפ"ז היה להם להקן שיועילו כל הקנינים שבגדולים ומה שיך לומר שאין קנינו וחצרו כלום הא גם עיקר קנינו אינו כלום ותקנתא דרבנן היא ואיזה חילוק יש בין תקנה זו להקנת הקנין אסנם עיקר הטעם הוא דלא רצו חכמים לתקן רק קנין משיכה כדי שיהפרדו זה מזה דכשיהיו אנודים יבואו לידי מחלוקת כיון שאין דעתו שלמה אבל מ"מ אין טעם נכון לקיים קנין משיכה ולבטל שארי קנינים ולכן בקטן שאין לו חצר מדינא יש טעם לומר שאינו מועיל קנין חצר ולכן גם ק"ם בטלו אבל קטנה שיש לה חצר א"א לבטל קנין זה ולכן הניחו לה גם ק"ם כיון שיש בהכרח קנין שלא יתפרדו זה מזה אבל אחרים שקנו מידה אין להם קנין לבד משיכה ממעמים שבארנו ולכן גם ק"ם אין להם אסנם יש עוד טעם מה שאין קנין בקטן לבד משיכה משום דהקטן אינו בן דעת להבין דרכי הקנינים ורק במשיכה מבין שמשך הדבר אליו או משכוה ממנו [ר"ן פ"ו דגיטין] ופ"ו אין חילוק בין קטן לקטנה ולדינא אין לנו רק דברי הרמב"ם והטור ורבותינו בעלי הש"ע (כ"ל):

ח כתב הרמב"ם ז"ל [סס] יראה לי שקטן שקנה קרקע ונתן דסים והחזיק בקרקע תעמוד בידו לפי שזכין לאדם שלא בפניו עכ"ל ורוקא כשנתן דסים דאל"כ לא סמכה דעת המוכר דדרך הקטן לחזור בו [סמ"ע] ואע"ג דהמוכר אינו יכול לחזור בו מטעם זכייה אבל הקטן יכול לחזור בו דכיון שחזור בו אין זה זכות [סס] .פ"ז גם בטלטלין שמכרו לו ומשך הוי קנין מה"ת ב"ז שהקטן לא חזר בו מטעם שנתבאר ורוקא כשהמוכר מוכר לו באופן זה שהקטן יהיה ביכלתו לחזור בו והוא לא יחזור בו דאז קונה מטעם זכייה ומה שהצריכו חכמים לתקן שיקנה היינו כשהמוכר מקנה לו באופן שגם הקטן לא יחזור בו דאז איני זכות לו [נ"מ] ויש מרבותינו שאומרים דבדעת אחרת בקנה לו קונה מן התורה גם בלא טעם זכייה כמ"ש בסי' רס"ג והרמב"ם ס"ל דאין זה מטעם קנינו של הקטן אלא מטעם וכייה [קנס"ם] ונ"ל דבמכירה לכל רבותינו לא מהני דעת אחרת מקנהו דוה אינו רק במתנה אבל במכירה שהקטן יכול לחזור בו בודאי אין המוכר מקנה לו מסתמא בכה"ג שהוא לא יחזור בו והקטן יחזור בו אא"כ פירש כן להדיא ולכן הוצרך הרמב"ם למעם זכייה ואדרבה ליש מרבותינו דס"ל דזכייה הוא מטעם שליחות הרי אין זכייה לקטן מן התורה ובע"כ דהרמב"ם סובר דזכייה אינו מטעם שליחות [כ"ל] ובסי' רמ"ג נתבאר עוד בזה [עמוס כסותות י"ח וניעין ל"ט· ורפ"ח דסנהדרין ור"ן רפ"ב דקדושין ונקס"כ יו"ד סי' ס"ס] :

ט יש מהגדולים שחקרו אם קנין דרבנן מועיל גם לדין התורה כגון מעות או חפץ שרק מדרבנן הוי הקנין וקידש בו אשה אם הם קדושין גמורים מן התורה שאם בא אחר וקידשה שא"צ ממנו גט או לא ויש בזה ראיות רבות דנעשה קנין גמור מה"ת והרי לא גרע מהפקר ב"ד הפקר שהוא מן התורה [כ"מ בניעין ל"ו: מזמדמי לנחלה] ואפילו בעוד הרבר שהפקירו הוא ביד מי שהפקירו ממנו [ריב"ם סי' ס"ס] ויש מי שאומר דנהי דנעשה הפקר מה"ת אבל אינו קנין מה"ת דוודאי כשזכה נדול זכה מן ההפקר אבל אם זכה קטן אין לו יד לזכות אף מן ההפקר [כס"מ] ויש שמחלקים עוד איזה חילוקים בזה וכולם לא נתברוו לנו ורבינו הב"י בספרו הגדול באה"ע סי' כ"ח כתב בפשיטות דמהני וכן עיקר לדינא וכן מבואר בירושלמי פ"ה דגיטין ה"ח ובמע"ש פ"ד הל' ג' [ולמאר סס רב שמואל ב"ר יצחק פתר לס בס"מ לסיוטות דתנן הפעוטות מקחן מקח וכו' וקחי למע"ס ומקרא ע"ש ה"ח] :

י כל מה שנתבאר דיש להקטן כח במטלטלים בד"א כשאין לו אפוטרופוס אבל כשיש לו אין מעשיו כלום אלא מדעת האפוטרופוס ואם רצה האפוטרופוס לקיים מקחו וממכרו מקיימו ואם רצה לבטל מבטלו דכיון דההקנה היתה משום כדי חייו וכשיש לו אפוטרופוס הרי הוא משגיח על חיותו וה"ה אם סמוכים אצל בעה"ב שדינו כאפוטרופוס כמ"ש בסי' ר"ן אין מעשיהם כלום ואפי' במתנה ודלא כיש מי שרצה לומר דמתנתם מתנה אף כשיש אפוטרופוס משום דהאפוטרופוס אינו רשאי ליתן מתנות ואינו כן דמ"נ אם האפוטרופוס רואה שצדיך ליתן מתנה לאיש יצוה להקטן שיתן והוא יקיימנה ואם המתנה אך למותר למה יהנו לו חכמים כח זה להפסיד לעצמו וכן עיקר :

יא אל יקשה בעניך דהיכי משכחת לה להאי דינא דכיון דאין זה רק באין לו אפוטרופוס והרי הב"ד מחוייבים להעמיד ליתומים קטנים אפיטרופוס או שהם בעצמם יהיו אפוטרופסים כמ"ש שם ורי"ל כגון שהב"ד לא מצאו אצלם במקומם אדם נאמן והב"ד בעצמם אינם במקום הקטנים וא"א להם להשגיח על נכסיהם או כגון שהקטן אינו יתום ואביו יצא למרחקים ולא מינה אפוטרופוס דאז אין ב"ד מחוייבים להעמיד להם אפוטרופוס כמ"ש בסי' רפ"ח ולקטנים באלו הוצרכה תקנה זו וכן כל כיוצא בזה :

יב קטנים שהגדילו והביאו שתי שערות הבן אחר י"ג שנה

שנה והבת אחר י"ב שנה אף שיש להם אפוטרופוס שמינוהו אביהם או הב"ד מקחן מקח וממכרן ממכר ואע"פ שצוואת האב היתה שלא למסור לידם ולא לידי הלוקח מהם עד זמן פלוני והאפוטרופוס והב"ד מחויבים לקיים דברי המת ס"ם מקחן וממכרן קיימים מיד וכשיגיע זמן של הצוואה למסור להם יחול המקח למפרע ויסתרם להלוקח ולא עוד אלא אפילו תפסן הלוקח מיד אין מוציאין מידו דהא הנכסים שלהם הם ומה שעשו עשו כיון שהגיעו לשני נדלות אא"כ הצוואה היתה שלא ליתן להם כלל בתורת ירושה אלא ליתן להם כך וכך לשבוע ומה שישאר אתריהם ליתן לפלוני דאז אין להם זכות כלל בכל הנכסים כמו שיתבאר בסי' רמ"ח ורנ"ג ע"ש:

יג אע"פ שקטן שהגדיל הוא ברשות עצמו ס"ם יש חילוק בין קרקע למטלטלין דבמטלטלין אע"פ שאינו יודע בטיב משא ומתן מקחו מקח וממכרו ממכר ומתנתו מתנה בין מטלטלים שהניח לו מורישו ובין שקנה מעצמו או נהנו לו במתנה אבל בקרקע אין מעשיו קיימים עד שיהיה יודע היטב בטיב משא ומתן אחר שהגדיל משום דבקרקע צריך הרבה בקיאות ויש בזה הרבה אונאה חששו חכמים שמא יתאנה הרבה ואפילו אם יודע היטב במשא ומתן שמעשיו קיימים גם בקרקע בר"א בקרקע שלו שקנאה או הוא עצמו או ע"י אפוטרופוס או שנהנו לו במתנת בריא אבל קרקע שירש או שנהנו לו במתנת שכ"ם שדינה כירושה אין ממכרו ממכר עד שיהיה בן עשרים שנה שלמות ויביא שתי שערות אבל קודם עשרים אף שהביא שערות ויודע בטיב משא ומתן לא ימכור והטעם שהששו מפני שעדיין לא נתיישבה דעתו בטיב העולם והדעת קל לנטות אחרי הממון ימכרנה בזולו ובקרקע שקנה לא חששו לזה דהלא אנו רואים שקרקע חביבה עליו ביון שקנאה וגם במתנה מסתמא עשה טובה להנותן והשתדל עד שנתנה לו לא חששו לזזולו אבנם מתנתו בקרקע כשהוא יותר על י"ג שנים והביא ב' שערות מתנתו קיימת בין שנתנה במתנת בריא ובין במתנת שכ"ם שאלו לא הגיע לו הנאה מרובה לא היה נותנה במתנה וגם הוא דבר שאינו מצוי לא מיחו בו חכמים שלא תתקיים מתנתו כרי שיהיו דבריו נשמעים וכשהוא בן עשרים שנה שלמות והביא ב' שערות הרי הם ברשות עצמם לכל דבר ואפילו אינו יודע היטב בטיב משא ומתן בל שאינו פתי לנמרי ודלא כיש חולקים בזה דס"ל דאפילו בעשרים שנה צריך שיהיה יודע היטב בטיב משא ומתן:

יד כל אלו הדברים אמורים כשהם בעצמם מוכרין אבל ב"ד מוכרים תמיד קרקע יתומים שירשו מאביהם לפרוע חובות אביהם וכיוצא בזה כמ"ש בסי' ק"ט וק"י וכתב הרמב"ם ב"ד שמכרו או לקחו בנכסי יתומים בין בקרקע בין במטלטלין וכן האפוטרופסים בין שמינו אותם ב"ד בין שמינו אותם אבי היתומים מקחן מקח וממכרן ממכר אבל מתנתם אינו כלום שאין אדם נותן במתנה דבר שאינו שלו ובסי' ר"צ יתבאר לאיזה דברים רשאי האפוטרופוס למכור ונם ב"ד אין נכחם ליתן מתנה מנכסי יתומים אא"כ כשרואים הכרח למובת היתומים ביכלתם לוותר ממעותיהם כמ"ש בסי' י"ב ולהאפוטרופוס אין לו נם כח זה אם לא שיעשה ברשות ב"ד [כ"נ]:

טז פחות מבן עשרים שמכר קרקע מורישו חוזר ומוציא מיד הלקוחות בין קודם עשרים בין אחר עשרים מיד ומוציא ממנו כל הפירות שאכל דאל"כ כיון דהמכר בטל והמעות חוזרים יתראה שאכל הפירות בעד מעותיו והוי רבית ולכן אם עדיין לא נתן מעות א"צ לשלם בעד הפירות ומחילה בטעות אין כאן דכבה"נ הוי מחילה כמ"ש בסעיף ג' ואם הוציא הוצאות או שנטע וורע שכין לו כיורד ברשות שיתבאר בסי' שע"ה [כ"מ] ומחזיר לו את השאר ואם כשנעשה בן עשרים לא מיחה מיד שוב אינו יכול למחות אפילו היה קטן כשמכר דכיון שלקח המעות והלוקח החזיק בהקרקע כשהיה בן עשרים ולא מיחה תרי קיים את המכירה בחזקה שעשה בה עתה ודוקא כשכבר קבל המעות ונם נשתמש בה אח"כ אבל אם עדיין לא קבל המעות או שלא נשתמש בה אחר שנעשה בן עשרים יכול למחות ולבטל המכירה [סמ"ע] ובממטלטלים דבעי משיכה לא מהני השימוש אח"כ כפי מ"ש בסוף סעיף ג' דהא כשנתגדל לא משכה מרשותו לרשותו [כ"נ]:

טז כתב המור בסעיף י"ח קטן שלוה מאחרים כתב הרמ"ה שחייב לשלם כשיגדל והר"י כתב שאינו חייב לשלם שאם יפרעו ממנו בשיגדל יבובו כל ממנו בקטנותו וא"א הרא"ש חילק בדבר וכתב שאם ידוע שלוה לצורך מזונותיו נפרעין ממנו כמו בפעוטות שמקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלים משום כדי חייו נם הלואתו הלואה ונפרעין ממנו כדי שימצא מי שילוונו בשעת דחקו אבל אם אין ידוע שלוה לצורך מזונותיו אין מעשיו כלום ואין נפרעין ממנו לכשיגדיל עכ"ל והעתיקוהו רבותינו בעלי הש"ע בסעיף ט"ו וכבר נתבאר בסי' צ"ו סעיף ד' דבעסק משא ומתן שלטובת הקטן כשהודה הקטן נפרעין ממנו כשהגיע לעונת הפעוטות וה"נ מיירי בהגיע לעונת הפעוטות ויש מי שרצה לומר דכאן בלוה לצורך מזונותיו נפרעין ממנו אף בשלא הגיע לעונת הפעוטות אבל לא משמע כן דהא הרא"ש מדמי לה למקח דמיירי בהגיע לעונת הפעוטות ועוד דמהש"ס משמע להדיא דכל שלא הגיע לעונת הפעוטות אין מעשיו כלום בכל דבר [ובכמה סוגי מכלל"ם פ"נ לכתובת ובמיקום בס"ע כלפומם וכמלן סוגי מכלל"ם מיירי בזמן הפעוטות דלא מיירי בס"ם בענין זה]:

יז י"א דאע"נ דאין הקטן יכול למכור קרקעותיו מ"ם ביכלתו לשעבדן דאל"כ לא ימצא מי שילוה לו או ימכור לו דבר וזהו נכלל בכלל התקנה שהקנו משום כדי חייו וכן אם מכר קרקעותיו בקטנותו שאין מכירתו כלום וצריך להחזיר המעות שלקח אם אין לו המעות נובה הלוקח מקרקעותיו שאין סברא לומר שיאבדו מעות של הלוקח אף שעשה שלא כהוגן קנת וגם מנכסי אביו נובה

[רסב"ת] אך אינו גובה רק מבני חורין ולא ממשועבדים דכיון שאין המקח קיים הוי המעות כמלוה בע"פ [סס] :

יח דבר ידוע שקטן וקטנה כל זמן שלא הביאו שתי שערות הרי הם קטנים אף שהם יותר מי"ג לזכר וי"ב לנקבה ועד בני עשרים נחשבים כקטנים ולאחר עשרים שנה אם הזכר הביא סימני סרים והנקבה סימני אילונית שנתבאר באה"ע סי' קע"ב אנלאי מילתא שהם גדולים משני גדלותם והערד השערות הם מפני הסירום והאילונית ואם אין להם הסימנים ולא הביאו ב' שערות נחשבים כקטנים עד רוב שנותיהם מחיי האדם שהם ע' שנה ועד ל"י שנים נחשבים כקטנים וסימנים שקודם עשרים אין נחשבים סימנים כלל להחזיק אותו בסרים ואותה באילונית ושתי שערות כל זמן שמביא אחר שני גדלות דהיינו בן אחר י"ג ובת אחר י"ב נחשב מאותה שעה לגדול וכל אלו הדברים הם בקבלה עד למשה מסיני :

יט לפיכך זה שאמרו שיכול למכור קרקע של אביו כשהוא בן עשרים בר"א כשהביא ב' שערות או שנלדו לו סימני סרים אחר עשרים שנה דאל"כ עדיין קטן הוא ואין מסמרו ממכר אפילו בקרקע עצמו שקנה עד שיגיע לשנת ל"י וכ"ש קודם עשרים בשאין לו שערות אין לו למכור שום קרקע ואם מכר קודם שנתברר שהוא גדול ולאחר זמן הביא שערות שעתה נתברר שעכשיו הגדיל ולא קודם כל מכירותיו בקרקע עד שהביא השערות בטלים ואם מיחה מיד כשהגדיל בטלה המכירה אבל בסימני סרים בבן עשרים נעשה גדול למפרע מבן י"ג שנה ויום אחד לפי שנתברר שהוא סרים בתולדתו לפיכך לא הביא שתי שערות וממכרו קיים :

כ מי שמכר בין בנכסיו בין בנכסי אביו ומת ובאו קריביו ומערערים לומר שיודעים שהיה קטן בעת המכר שלא הביא שערות ובנכסי אביו כשמכר מערערים שגם לא היו לו סימני סרים ומבקשים לפתוח קברו לבודקו אין שומעין להם דחזקה אין העירים חותמין על השטר אא"כ יודעים שהמוכר הוא גדול ולדברי הקרובים הלא היה הדבר ידוע שאין לו שערות ומסתמא ידעו העירים מזה או שעכ"פ היו הקרובים אומרים להם ולא היו חותמין על השטר ועוד דסימנים עשוין להשתנות אחר מיתה וא"א לבודקו כלל ולברר האמת ועוד דלדבריהם ההיזק הוא ליורשיו הבאין מכחו אין אנו רשאין להניח לפתוח קברו ולגולו ואנו מעמידים אחזקה כיון שבא לכלל שנים מסתמא הביא סימנים ודבר פשוט שאם מביאים שעדיין לא הגיע לכלל שנים שמברירים ע"פ עדים מתי שנולד שבטלו כל מכירותיו בקרקעות :

כא קטן שנעשה ערב בשביל אחרים פטור מלשלם אף לכשיגדיל דאין בזה משום כדי חייו והמלוה פשע בעצמו שקבל ערבות מקטן וגם אין בקטן משום מצוה לקיים דברי המת [מרדכי פ"ע דנ"כ] ומי שנתן מתנה לקטן ע"י גדול שזכה לו על ידו לא ימסור הזוכה להקטן דהוי כאברה מדעת ואולי כוונת הנותן היה שיהיה אפוטרופוס על זה ויצניענה עד שיגדיל או יוציא לצרכי הקטן ום"מ אם מסר לו ונאבד מידו אין בנו בח לחייבו בתשלומים [כ"י בסם סרסנ"ת] ונראה דכשם שלא נתנו חכמים רשות לקטן למכור קרקע כך אין לו רשות למכור עבדים דאע"ג דלענין מילי דרבנן עבדי כמטלטלי דמי מ"מ אנן סהדי שיש בזה אונאות הרבה בקרקע :

כב חרש הוי בקטן שמן התורה אין לו קנין ומדרבנן תקנו לו קנין במטלטלין כמו בקטן ולכן חרש שאינו שומע ואינו מדבר או מדבר ואינו שומע בכום אף כשצועקין לו באזנו מוכר ולוקח מטלטלין ברמיזה שרומז באצבעותיו ורומזין לו אבל לא בקריקע וגם במטלטלין לא יהקיימו מעשיו עד שבודקין אותו בדיקות רבות כדרך שבודקין לגיטי נשים כמ"ש באה"ע סי' קכ"א ומתיישבין בדבר אבל אלם ששומע ואינו מדבר או מי שנשתתק מחמת חולי מקחו מקח וממכרו ממכר וגם מהנותיו קיימות בין במטלטלין בין בקרקע והוא שיבדקו אותו כדרך שבודקין בגט או שיכתוב בכתב ידו שמוכר או קונה בכך וכך וזהו דעת הרמב"ם ז"ל שמחמיר יותר במדבר ואינו שומע מבשומע ואינו מדבר ודעת הטור להיפך דמדבר ואינו שומע הוא כפקח ושומע ואינו מדבר דינו כאינו שומע ואינו מדבר ומי שמדבר וגם שומע כשצועקין לו בקול רם הרי הוא כפקח גמור אף שבלשון בני אדם נקרא חרש וטעם התקנה בחרש הוא ג"כ משום כדי חייו :

כג והשוטה אין מקחו מקח ולא ממכרו ממכר ואין מתנותיו קיימות בין בקרקע בין במטלטלין דאין לו אף קצת דעת וב"ד מעמידין אפוטרופסים לשוטים כמו לקטנים ויותר חייב הוא מקטנים דהקטן הרי יש לו קצת דעת אבל השוטה אין לו דעת כלל ואין לו שום זכייה ע"י עצמו אבל ע"י אחרים ביכולת להקנות להם כבקטן אבל להקנות להם עצמם אינו מועיל אפילו כשדעת אחרת מקנה אותו [כ"ע] ובמי ל"ה נתבאר מה נקרא שוטה וכן הפתאים ביותר שאין מכירין דברים הסותרים וא"ז ולא יבינו עניני הדבר כדרך שמבינים שאר עם הארץ וכן המבוהלים והנחפזים ברעתם והמשתגעים ביותר הרי אלו בכלל השוטים ודבר זה לפי מה שיראה לדיין שא"א לכוין דברים אלו בכתב והנכפה בעת כפייתו הוא כשוטה ובעת שהוא בריא הרי דינו כבריא ואין חילוק בין נכפה מזמן לזמן קבוע או שחוא נכפה בלא עת קבוע ודוקא שלא תחיה דעתו משובשת תמיד מפני שיש נכפים שגם בעת בריאותם דעתם כמסורפת ומי שהוא עתים שוטה ועתים חלים כשהוא חלים כל מעשיו קיימין וזוכה לעצמו ולאחרים בכל בן דעת וצריכים העדים לחקור היטב שמא בסוף עת חלימותו ובתחלת עת שטותו עשה המקח ולא הרגישו עדיין בשטותו ואם שני עדים אומרים שמכר כשהיה שוטה ושני עדים אומרים שהיה בריא אם המכירה היא מטלטלין והם ביד הלוקח אין מוציאין מידו דאין מוציאין מהמחוזק בשנים בנגד שנים בין שהוא עתה בריא לפנינו ובין שחוא שוטה ואם היא קרקע עומדת בחזקת המוכר

המוכר דאין חוקה בקרקע ומעמידין אותה בחזקת מרא קמא מיהו להוציא הפירות אין ביכולת להוציא מהמוחזק :

כד זה שנתבאר דבקרקע אין מעשה קנין וחרש כלום אם הקטן וקרובין או החרש וקרובין רוצים לקיים המקח או הממכר אם השכנגדי יכול לחזור בו או לא י"א דרק הקטן והחרש יכול לחזור ולא הצד השני [סה"מ פכ"ם דין י"ח] וי"א דכיון דבטלו חכמים כחם בקרקע יכולים שני הצדדים לחזור בהם [נמק"י פ"ט דב"ב] ויש מי שמדקדק מדברי הרמב"ם שם דס"ל כדעה ראשונה אבל באמת אין שום דקדוק מדבריו ואדרבה מדכתב אין מעשיו קיימים בקרקע משמע דאין על זה שם מכר כלל ועכ"פ הוה ספיקא דדינא :

כה השכור מקחו מקח וממכרו ממכר ומתנותיו קיימים בין במטלטלין בין בקרקע ואם הניע לשכרותו של לוט שעושה ואינו יודע מה הוא עושה אין מעשיו בלום ודינו כשוטה והנוסם הוא כחי לכל דבריו ויתבאר בסי' ר"ן בס"ד :

בו המוכר שמכר קרקע או ממלמלין וזיכם ללוקח ע"י אחר והלוקח לא ידע בעת שויכה לו יד הלוקח על העליונה אם רצה ליקח אין המוכר יכול לחזור בו ואם לא רצה תחזיר למוכר ואין המוכר יכול לומר למה יהיה ביד הלוקח לחזור בו ואני אין ביכלתי לחזור בי דהא ע"מ כן ירד מתחלה כיון שויכתו בלתי ידיעתו ולא דמי לקטן להי"א שבסעיף כ"ד דס"ל דגם השכנגדי יכול לחזור בו דהתם לבתחלה לא עשה כהוגן לקנות מקטן או למכור לו וממילא דמעשיו בטלים משא"כ בזה וכן העבד שקנה או מכר או נתן מתנה או נתנו לו יד רבו על העליונה אם לקיים הרבר אם לבטלו ובדברים בלבר מקיים או מבטל וא"צ לקנות מהרב דמה ענין מהקנין לזה דדרי עבדי בגופו וכשנתרצה נשאר קנין של העבד קנין והשכנגדי של העבד אינו יכול לחזור בו אם הרב רוצה בקיומו ודין מכירת הבעל בנכסי אשתו ומכירת האשה עצמה נתבאר באהע"ז סי' פ"ה וסי' צ' והמוכר או קונה קנין בשבת ויו"ט אע"פ שעונשין אותו על שעבר עבירה מ"מ המעשה קיים וכותבין הקנין על היום שאח"כ דמקח שנעשה באיסור המקח קיים כמ"ש בסי' ר"ח :

סימן רלו [אנס שאנס קרקע מישראל או בעלילת דברים ובו י"ב סעיפים] :

א בימים קדמונים כשהיו האומות המציקין לישראל ומבקשין להורגן עד שיפרה א"ע מיד האנס בשדהו או בביתו שיניחו בחיים תקנו חז"ל [נימין ל"מ:] דכשירצה האנס למכור אותה כל י"ב חדש אם רק יש יכולת ביד הבעלים לקנותה מהאנס אסור לאחר ליקח אותה ואם קנאה מחזירה להבעלים ולאחר י"ב חדש משאנסה סימן הוא שהבעלים כמעט נהייאשו ממנה מדהניחה בידו זמן רב כזה ולא צעק עליו [רמ"י] או אפילו בתוך י"ב חדש רק שאין יכולת ביד הבעלים ליקח תקנו חז"ל שרשאי לקנות מי שירצה וכל הקודם ולוקח מהמסיק זכה ובלבד שיתן להבעלים הראשונים רביע הקרקע או שליש המעות שנתן שכך שיערו חז"ל שהמציק מוכרה בזול בפחות מרביע משויה או קרוב לזה כיון שהקרקע אינה שלו מוכרה בזול והרביע הזה של הבעלים הוא שהרי מחמת שהיא שלו מוכרה בזול ולמה יוכה הקונה בזה ולא די שהמציק נזלו אלא שיהיה נגזל גם מהלוקח ואין מחשבין עם הלוקח אם קנה בזול או ביוקר דכא חלקו חז"ל בתקנתן [סמ"ע] ואם לא נתן הרי רביע החלק כגזל בידו :

ב כתב המור אם קנאה מעכו"ם תוך י"ב חדש אם ירצו הבעלים צריך להחזירה להם ויתן לו כמו שקנאה כן האנס ואם ירצו יניחוהו בידו ויתן לו שליש ממה שנתן להאנס עכ"ל ויש שרצו לדקדק מדבריו דס"ל דאפילו אם לא היה ביד הבעלים ליקח מ"מ כיון שקנאה בתוך י"ב חדש יכולים הבעלים למלקו לעולם וחולק על הרמב"ם שחילק בזה כמ"ש בסעיף א' ולא נהירא דזה מבואר בגמ' דבשאין ביד הבעלים ליקח רשאי לקנות והסברא נותנת כן דלמה ינדרו הדרך במה שלהבעלים אין היזק בזה והטור על דיעבר קאי על מי שעבר וקנה בעת שביד הבעלים ליקח דיכולים הבעלים להוציא מידו כשיש להם כח וראיה מרבינו הב"י שהעתיק דברי הרמב"ם ודברי המור ש"מ דלא פליני וי"א עוד דאפילו קנה הלוקח בתוך י"ב חדש אין להבעלים רשות לקבל ממנו רק עד משך הי"ב חדש מיום הגזלה אבל לאחר זמן הזה כבר נתייאש ואין לו רק רביע וק"ו הרברים דדרי אף כשהניא עדיין אצל המציק אמרינן מדשתק י"ב חדש מסתמא נתייאש מכ"ש כשהניא ביד הלוקח והוא שתק דזדאי נתייאש ממנה [סמ"ע] :

ג כשתובע ממנו השליש דמים או בתוך י"ב חדש כשנטלה ממנו ומחזיר לו מעותיו ואינו מאמין לו בכמה קנאה ישבע לו בכמה קנאה ונותן לו הדמים או נוטל ממנו שליש ואם יש הכחשה ביניהם שהבעלים אומרים שהיה ביכלתם ליקח אותה מהמציק בתוך י"ב חדש והלוקח קדמו שלא כדין והלוקח אומר שלא היה בידם כח ליקח ובהיתר קנאה ואין עליו להחזירה לו רק ליתן לו שליש על הבעלים להביא ראיה והקרקע היא בחזקת הלוקח ואע"ג דבכל מקום קרקע עומדת בחזקת בעלים ראשונים שאני הכא דממנו כבר יצאת וזה קנאה מהמציק ולכן נחשב כמוחזק :

ד אפילו תוך י"ב חדש אם מתחלה קנאה ברשיון הבעלים מהמציק והיינו שקודם שדבר עם המציק דבר עם הבעלים ונתנו לו רשיון לקנות ואין הבעלים יכולים לומר שמפני יראת האנס הוכרח להסכים כיון שלא דבר עם האנס מקודם מקחו קיים אבל אם מתחלה קנאה מהאנס ואח"כ נטל רשיון מהבעלים מקחו בטל דמפני היראה הוכרח

הוכרח לעשות כן אע"כ פירשו הבעלים בהשטר שנתנו לו אחריות דוהו ודאי דכל כך לא היה מציק לו האנם שיכתוב לו אחריות אלא ודאי שברצון נסור מכרה לו ובלא אחריות גם שטרו של הבעה"ב או בעל השדה אינו מועיל דגם זה עשה ספני היראה וכן אם יש עדים או שהבעלים הודו שקבלו מעות מהלוקח הוי מכירה גמורה וברצונו מכר לו דאל"כ היה מוסר מודעא אבל אם הודה או לפני עדים שקבל מעות ועתה אומר שלא קבל כלל ומפני היראה הוכרח להורות שומעין לו [סמ"ע] ואין מחייבין אותו שבועה על זה דאין מי שיכחישנו בבריא ורוקא בשהודה שקבל מעות מהאנם אבל בהודאה שקבל מישראל הלוקח אם ההודאה היתה שלא בפני האנם הודאתו הודאה ואם הלוקח אומר נתתי לו מעות והבעלים מכחישים אותו ואין כאן עדים נשבע היסת [כנ"ל וט"ס קוצית סכ"ם ורו"ק] :

ה לקחה אחר מהאנם ושהתה בידו ג' שנים ואח"כ מכרה לאחר ובאו הבעלים ותובעים את השליש אין להם על הלוקח השני כלום שטוענים ללוקח שמסתמא הראשון נתן להם המגיע לו מדינא וה"ה אם שהתה שלש שנים ביד השני אפילו לא שהתה ביד הראשון אלא יום אחד ואפילו שעה אחת טוענים להשני שהראשון סילק לו ולהראשון לא טענינן בערו אף ששהה בידו ג' שנים כיון דהוא עצמו אינו טוען כן אלא שטוען שלקחה מהאנם והחזיק ג' שנים ה"ל חזקה שאין עמה טענה אבל להשני טענינן כיון שיש שני חזקה בידו או ביד הראשון וי"א דוהו דוקא כשהלוקח הראשון הוא ישראל שפיר טענינן בעד השני דמסתמא פצוהו הראשון אבל אם הראשון אינו ישראל ומברה לישראל דינו כאלו זה קנאה מהמציק עצמו דמי יכריה להאינו ישראל שישלם שליש הלא והו תקנתא דרבנן ובודאי לא שילם וכמו שטוענין ללוקח שני כמו כן טוענין ליורשי לוקח ראשון שכשלקחה ושהתה בידו ג' שנים ומת והורישה לבניו טוענים שמסתמא אביהם שילם השליש דכלל גדול בידינו שטוענים ללוקח וליורש ורוקא כשיש חזקת ג' שנים ובלא זה לא טענינן דעיקר המעם משום דבחזקת ג' שנים היה הראשון נאמן לומר נתתי לך השליש במינו דממך לקחתי ואבלתי שני חזקה ואע"ג דבלוקח מגולן נמור אינו נאמן בכה"ג כמ"ש בסי' קמ"ט שאני התם דעשה איסור ליקח מגולן לבן אינו נאמן אף במינו משא"כ במציק דבהיתר לקחה ע"פ תקנת חכמים ליתן שליש נאמן במינו [נ"מ] אבל בלא חזקת ג' שנים דגם הראשון לא היה נאמן איך נטענין ליורשיו ולהלוקח שלקחה ממנו דבר שהוא בעצמו לא היה יכול לטעון :

ו כל מה שנתבאר והו דין סיקריקון שנתבאר בגמ' [ניסין סט] וי"א דוקא אינו רק כשהבעלים נתנו להאנם את הקרקע כדי שלא יהרוג אותו ולא שהאנם תפס הקרקע מעצמו אלא שהאנם בקש להרגו והבעלים אמרו לו שא קרקע זו והניחנו ונתרצה האנם לזה דוהו לשון סיקריקון שא קרקע והניחנו [סט פרי"ט] אבל אנם שלקח קרקע מישראל בגזילה אין בזה כל הדינים שנתבארו ואפילו ש"ת הרבה ביד האנם היא עומדת המיד ברשות הישראל ומי שלקחה מהאנם מחזירה להבעלים בחנם והמעות שנתן להאנם הפסיד מיהו אם היה צריך הנגזל להוציא הוצאות להוציאה מיד האנם צריך ליתן להלוקח וישומו בזה כפי ראות עיני הבקיאים וכן פסקו רבותינו הראשונים אם הישראל הוא האנם אפילו נתן לו מרצונו את הקרקע ג"כ אין לו דין זה ומעשה היה בימי הקדמונים בישראלים שרחקו את חבריהם בתפיסה וגזמו עליהם להרגן ומפני היראה בקשו את האנסים שיקחו הקרקע מהם להניחם בחיים ופסקו רבותינו שאין לזה דין סיקריקון דאין ישראל שופכי דמים וגם יראת הממשלה עליהם והוה כמי שלא היה בכחם להרגם :

ז וכן להיפך עכו"ם בעל זרוע שאנם נכסי ישראל וירד לתוך שדהו מחמת חוב שהיה לו עליו או מחמת נזק שעשה לו זה הישראל או מחמת שהפסיד ממונו ואחר שתקף את השדה באלמות מכרה לישראל אחר אין ביכולת הבעלים להוציאה מיד הלוקח כיון שהאנם מרף בטענה נכונה בד"א כשהבעלים הודו שאמת טיעון העכו"ם שמגיע לו חוב או שעשה לו נזק והרא"ש פסק בזה דהבעלים מוציאין אותה מיד הלוקח אפילו היתה ביד האנם יותר מי"ב חדש ונותן להלוקח מעותיו שפרע בעדה דדוקא בסיקריקון שהישראל מסור בידו להרינה ופדה את נפשו בהשדה דבזה אמרינן שפיר כיון שהשהה בידו זמן רב כזה נתייאש ממנה אבל הבא מחמת חוב או מחמת נזק אף שאמת שהישראל חייב לו מ"מ אין לו עליו רק ממון ולא ליטול את הקרקע באלמות ואף לדעה ראשונה אין זה אלא במקום שע"פ נמוסיהם לא היה הישראל ביכלתו לקבל הקרקע מהאנם ולשלם לו חובו ראו הישראל הלוקח יש לו כל זכות העכו"ם שמכרה לו אבל אם בנמוסיהם מוציאה מהאנם אין מכירתו כלום כן כתב אחד מהגדולים וע"ל דבכה"ג גם הרא"ש לא פליג ואולי שבאמת לא פליגי לדינא ומפני זה לא הובא דעת הרא"ש בש"ע ודע דמה שנתבאר בסעיף זה והו מה שאמרו חו"ל [סט] הבא מחמת חוב ומחמת אנפרות אין בו דין סיקריקון :

ח ואם אין הבעלים מודים להאנם שמגיע לו חיב או שעשה לו נזק אין מכירת האנם כלום וחוורת להבעלים בחנם בד"א שלא היה שם מקום משפט מהמלך אבל אם היה שם מקום משפט ערכאותיהם שהיה יכול לכוף את האנם לדין והערכאות היו מחייבים את האנם להחזיר השדה להישראל ולא תבעיהו אינם יכולים להוציא מיד הלוקחה מן האנם אע"פ שאינם מודים את החוב או הנזק וגם אין עדים על זה שהרי הלוקח אומר להבעלים לדבריך למה לא תבעת אותו לפני הערכאות ומדלא תבעת אותו מחלת לו וזהו שאמרו חו"ל [סט] אין דין אנפרות בבבל מפני שיש שם ערכאות ממלך פרס ולא תבעו

תבעו ואע"ג דבסיקריקון גם בכה"ג אינו מועיל והו מפני שאימת ההריגה עליו ומתירא לתבוע את האנס אבל בבא מחמת חוב ומהריגה אינו מתירא היה לו לתבעו בדיניהם :

ט אנס שאין הישראל מסור בידו להריגה אלא שבא בעקיפין על הישראל בגזילה ובאלמות ולקח שדהו והוא מקום שאין בו ערכאות שיהיה ביכלתו להוציאה מראנס ומכרה האנס לישראל אחר צריך להחזירה להבעלים אפילו שהתה ביד האנס הרבה שנים כיון שאין האנס בא מחמת טענת חוב במה קנאה ואע"ג דהישראל לא היה ביכלתו להוציאה מידו ס"ם לא נתייאש משדהו ומציין בעלי ורוע ליפול וס"ם א"צ הלוקח להחזירה לו בחנם אלא שמין במה היה רוצה בעל השדה ליתן להאנס שיחזיר לו שדהו וכך יתן להלוקח אע"פ שהלוקח נתן הרבה יותר ולא דמי למכריח ארי מגבסי חבירו דמחזיר לו בחנם דהא בבאן היה ההפסד ברור משא"כ במכריח ארי ולכן צריך לשלם לו כל מה שהיה משכם להאנס [עי' ב"ק ל"ח מוס' ד"ס ו'] כיון שהלוקח נתן מעות ובמכריח ארי עצמו כשההפסד כמעט ברור והוציא הוצאות צריך לשלם לו הוצאותיו שהוכרח לזה ואם הלוקח קנאה מהאנס בדבר מועט א"צ הבעלים ליתן לו יותר אע"פ שאם בעצמו היה רצונו לפדותה מיד האנס היה עולה לו יותר ואם האנס נתנה לו בחנם צריך להחזירה להבעלים בחנם דאיך יעשה הלה סחורה בגזלתו של חבירו ואם הבעלים לא היו מוציאים אותה מהאנס אפי' בכמון הרבה והלוקח נתן בעדה ממון הרבה צריכים הבעלים לשלם לו כל מה שנתן ואפילו עד כדי כל דמיה ואפילו יותר מכדי דמיה אם רוצים הבעלים בה [סמ"ע] וכל אלו החילוקים הם כשרצון הלוקח היה בעדו לקנותה אבל אם כל עמלו היה להצילה בעד הבעלים צריכים הבעלים לשלם לו כל מה שהוציא על זה בלי כל הפרש בין היה יכול להצילה בפחות או ביתר [ס"ך] ואם בעוד הקרקע ביד הלוקח בנה עליה איזה בנין או עשה איזה תקון דינו כיורד שלא ברשות שנתבאר בס' שע"ה דמי הבריחו לזה וכל זה במקום שאין ערכאות אבל במקום שיש ערכאות ושתק וראי מחל ואין הלוקח מחזיר לו כלום אף שהאנס נתנה לו בסתנה דהרי הפקירה מרצונו כיון ששתק [סמ"ע] משא"כ בסיקריקון היה מתירא לצעוק על האנס בערכאות מפני יראת ההריגה ולכן בכל מדינותינו אין לכל הדינים שנתבארו שום מקום כי בכל מקום יש שופטים ושוטרים מהמלך ואין ביכולת שום אנס לגזול קרקעות :

י כל הדברים שנתבארו אינם אלא בקרקעות דהבעלים אינם מתייאשים מהם אבל אנס שגזל מטלטלין כיון שיכול להטמינם מתיאשים הבעלים מהם וא"צ הלוקח מהאנס להחזירן להבעלים ודוקא בידוע שנתייאשו דאל"כ סתם גזלה אין בה יאוש כמו שיתבאר בס' שס"א אבל בידוע שנתייאשו קנאן הלוקח ביאוש ושינוי רשות אמנם אם גזלה מהאנס אין זה שינוי רשות כמ"ש שם [ס"מ] ואפשר דבאנס גם מסתמא מתייאש וזה שנתבאר שם דסתם גזלה לא הוי יאוש והו בגזלן ישראל ועוד אפשר לומר דזה שגטלה מהאנס קנה אע"ג דליכא שינוי רשות דדמי לאבידה דקני ביאוש לחוד משום דבהתירא אתי לידיה [ב"ק סו'] וה"נ כשגטלו מהאנס בהתירא אתי לידיה [ומ"ם דזכי סם"ך] וכ"ז בחפצים הראוים לכל העולם אבל ספרים והפילין ומזוזות וכיוצא בהם שאין ראוים רק לישראל לא מייאש מיניהו דיודע שלא יכברם רק לישראל וישלם לו מה שנתן להאנס :

יא כתב רבינו הרמ"א דכ"ז באנס שאין לו משפט עליו אבל שר ומושל שקצף על עבדיו ומשרתיו ולקח מאחד מהם ביתו דינא דמלכותא דינא ואין הלוקח חייב ליתן לבעלים כלום עכ"ל ודוקא כשפשע נגדו דאז נוטל בדין ועמ"ש בס' שס"ג ושס"ם :

יב ישראל שמשכן קרקע אצל עכו"ם וקבע זמן לפדותה • ולא פדאה ומכרה העכו"ם לאחר מסכרי קיים דהא כדין מכרה ודוקא כשמכרה בשוה אבל אם מכרה בפחות משוה אפילו כל שהוא חוזר דכיון שלא חלט הישראל את הקרקע להעכו"ם שבהגעת הזמן יוחלט לו ומסתמא היה כוונתו שימכור אותה הוי כשלוחו ושליח שנתאנה חוזר אפילו בכל שהוא [סמ"ע] ואף דאין שליחות לעכו"ם מ"מ לא עדיף משליח ולכן אם א"ל מפורש שאם לא יפדנה עד זמן פלוני יוחלט לו יכול העכו"ם למכרה במקח שירצה [עסמ"ע] :

סימן רלז [דין עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלו נקרא רשע ובו ה' סעיפים] :

א אמרו חו"ל [יפ"נ זקדושין] עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלו נקרא רשע ומה שעשה עשוי אם אין מחזירה מעצמו ואין ב"ד בופין אותו על זה ועובר על לאו דדברי קבלה דאסמכוה רבנן על קרא ביחוקאל שלא ירד לאומנות חבירו ויש מרבותינו שאומרים שאין דין זה רק במחזר אחר דבר לקנותו או לשכירו בין קרקע בין מטלטלין וה"ה אם בא להשכיר א"ע לאחד או להשכיר ביתו ושדהו וכל כיוצא בזה דלמה לו לירד לשל חבירו והרי ימצא זה במקום אחר אבל אם אחר בא לזכות בהפקר או לקבל מתנה מאחר ובא אחר וקדמו אינו נקרא רשע כיון שאין זה דבר המצוי לו במקום אחר ויש מרבותינו דלא ס"ל חילוק זה ובכל דבר נקרא רשע וכתב רבינו הרמ"א דסברא ראשונה נראה עיקר ולדעה ז' אם בא אחד לקנות קרקע על מצר חבירו במקום שאין שם

דינא דבר מצרא כמו בקונה מאשה וכיוצא בזה שנתבאר בסי' קע"ה יכול בעל המצר לקדמו ולקנותה ולא מקרי רשע דזהו בעין מציאה דטוב לו לאדם שיהיו שרותיו וכתיו זה אצל זה וכן אם אחד עומד לקנות דבר בזול הוי כמציאה ויובל אחר לקדמו ולקנותו כל זמן שהראשון לא זכה בו עדיין וי"א דלא פלוג רבנן במכר [ס"ך] ואסור לקנות וכן עיקר דכן משמע בירושלמי שם ועוד מבואר שם דכשאחד עומד על המקח לקנות אסור לו לאחר לעמוד על מקח זה כל זמן שהראשון מרוצה לקנותה וקללו מי שעושה כן לכן צריך האדם ליזהר בזה ושמע שם אפילו אם לא היה עדיין פסיקת דמים ביניהם ורבינו הרמ"א כתב דכל זה לא מיירי אלא כשכבר פסקו הדמים שביניהם ואין מחוסרין אלא קנין אבל אם מחוסרין עדיין הפסיקה שהמוכר רוצה בכך והקונה רוצה יותר בזול מותר לאחר לקנותו בין שהמוכר ישראל או לאו עכ"ל וזהו בעניני מסחר אקראי אבל בשוק שהרבה קונים והרבה מוכרים נמצאים תמיד כשאחד עומד על המקח אסור לאחר לילך על מקח זה כל זמן שהראשון עומד עליו אף כשלא פסק המקח עדיין כמ"ש הירושלמי [ל"ל] וכן המנהג בהרבה מקומות שכשאחד עומד בשוק לקנות דבר לא יסיננו אחר ומנהג יפה הוא מדינא וראוים לברכה ובפרישה כתב שבימיו פסקו בזה שהוא הסנת גבול:

ב אם האחר היה שוגג שלא ידע שהראשון מהפך בדבר זה לקנותה וקנאה אינו רשע ומדת חסידות הוא להניחה לפני הראשון גם בכה"ג [סס נגמ'] וי"א דמהפך בדבר ובא אחר ונטלו ובא שלישי ונטלו מהשני דלא מקרי השלישי רשע אפילו כשעשה בסזיד:

ג אפילו לדעה האחרונה שבכל דבר נקרא רשע אין זה אלא כשמהפך בזה הוא עני אבל אם הוא עשיר רשאי האחר לירד אם לא שהוא דבר שאינו מצוי ראו גם בעשיר נקרא רשע כמו קרקעות שאינן מצוין כל כך כמטלטלים [ר"ן סס]:

ד כתב רבינו הרמ"א דיש מי שכתב שמתקנת רגמ"ה שלא להשיג גבול בשבירות בתים מן עכו"ם וה"ה במקום שנהגו לשכור ההלואה עכ"ל ועמ"ש בסי' קנ"ו:

ה אסור למלמד להשכיר עצמו לבעה"ב שיש לו מלמד אחר בביתו אם לא שיאמר הבעה"ב אין רצוני לעכב המלמד שלי אבל אם בעה"ב שכר מלמד אחר יכול בעה"ב אחר לשכור אותו מלמד עצמו ואינו יכול לומר לו לך ושכור מלמד אחר דיכול לומר שזה ילמד עם בני בטוב יותר ממלמד אחר [סוס' סס] ואין שייך בזה מהפך בהרה דאין זה דבר שבממון אלא דבר מצוה ואין המעם משום דבר שאינו מצוי [ל"ל] ואם כבר עשה הבעה"ב הראשון קנין עם המלמד וראי שאינו מועיל חזרה [נס"ם] ואסור לאחר לשכרו דהוא בקגוי להראשון ואין זה קנין דברים דהמלמד הקנה לו גופו [ל"ל]:

סימן רלח [כותבין שטר למוכר ולא ללוקח ובו ג' סעיפים]:

א כותבין שטר למוכר שמכר שדהו לפלוני אע"פ שאותו פלוני אינו לפנינו וזכין לאדם שלא בפניו והוא שיהיה נכתב בשטר שמיד הקנה לו השדה בקנין וויכה לו השדה שלא יהיה יכול לחזור בו וזהו שטר הקנאה שמקנה לו השדה מעתה בקנין דאל"כ יש חשש שמא כתב השטר בניסן ולא נתנו עד תשרי וקודם תשרי מכרה לאחר ומדינא מניע להאחר ועתה יממור השטר להקודם וכשיציאו שני השטרות יגבוהו ב"ד לו מפני שזמנו קודם אבל בשטר הקנאה הוי מדינא שלו כיון דהקנה לו מניסן אמנם לדעה שבסי' ל"ט דעדיו בחתומיו זכין לו דבמסירת השטר ליד הקונה זוכה מומן התימת העדים אפילו בלא שטר הקנאה יכולים לכתוב מפני דכשימסור לו בתשרי יזכה מניסן וכן אם המוכר העיד על עצמו שכבר קנה הלוקח באחד מדרכי הקנין שלא בשטר כמו בכסף או בחוקה ולפ"ז השדה בבר היא שלו והשטר הוא רק לראיה בעלמא יכולים לכתוב בכל ענין ובלבר שיהיו העדים מכירים את שם המוכר הכתוב בשטר שהוא האיש העומד לפניהם דאל"כ יש לחוש שיכתוב שם אחר שאותו האחר מכר שדהו לפלוני ויוציא הפלוני שדה זו מיד האחר אבל את הלוקח א"צ להכיר מי הוא אבל להלוקח בעצמו אין כיתבין שטר אפילו מכירין אותו אלא כשיצוה המוכר לכתוב ואף אם יאמר הלוקח כתבו לי שקניתי שדה פלונית מפלוני והשטר יהיה אצלכם עד שיבא המוכר ויודה לפניכם אין שומעין לו ולא עוד אלא אפילו אם רק מבקש שיכתבו לו ששמעו ממנו שקנה שדה פלונית מפלוני דאין זה שטר כלל דהא אין מעידים על המעשה כלל אלא רק ששמעו מהקונה ואין שום ממשות בשטר כזה מ"ם אסור להם לכתוב דע"י כן יצא קול שפלוני מוכר נכסיו ויתזלזלו נכסיו וכיוצא בזה [סמ"ע] ויש מי שאומר עוד שאפילו קנו העדים בק"ם מהמוכר שהקנה לפלוני שדהו שלא בפני הלוקח ואח"כ בא הלוקח ובקש מהם שיכתבו לו את השטר אין שומעין לו דאע"ג דקיי"ל מהם קנין לכתיבה עומד מ"מ אין זה אלא בפני המוכר ויש חולקים בזה דאין שום מעם הגון למנוע כתיבת השטר [ס"ך]:

ב זה שנתבאר שהעדים צריכים להכיר שזה הוא המוכר מ"ם אין צריכים להכיר השדה או הבית שמוכר ששלו היא דאין שום חשש בזה דאף אם יעלה שדה אחרת ובית אחר על שמו לא עשה כלום דהבעלים יברדו שאינם שלו דהרי העדים אינם מעידים שהיא שלו אלא מעידים שמכרה או נתנה לפלוני ואם אינה שלו אין מבירתו ומתנתו כלום ולכן מי שבא לעדים ואמר בית

שיש לי במקום פלוני אני נותנה לפלוני אע"פ שאין העדים יודעים אם יש לו בית במקום פלוני אם לאו יכולים לכתוב כיון שאינם מעידים רק על המתנה ואם אין לו ממילא דמתנתו בטלה ום"מ אם העדים יודעים שאינה שלו אלא של אחר לא יכתבו לו אא"כ יביא להם בכתב מב"ד שבאותו מקום שזה קנאה מהאחר וממילא דאם הבית בעירם מהנכון להעדים לידע שביתו היא ולכן נקטו רבותינו דין זה בבית שבמקום אחר דבמקים אחר יכולין לכתחלה לכתוב אף אם אינו ידוע להם כלל משא"כ בעירם [ע"ל] :

ג יש מי שאומר דזה שכותבין שטר למוכר אף שאין הלוקח עמו זהו דוקא כשמצוה לכתוב בהשטר שכבר קבל המעות מהלוקח אבל בלא"ה אין כותבין אלא מדעת הלוקח דשמא אינו רוצה כלל באותה לקיחה ומי ייסר דזהו לו זכות שיכתבנו שלא בפניו ולכן אם מעו העדים וכתבו שטר מכירה להמוכר בלי קיבול דמים כשיתבע המוכר את הלוקח לדין שישלם לו הדמים צריך המוכר להביא ראיה שמכירה זו היתה מדעת הלוקח ויש מי שמחמיר עוד שאפילו מצוה לכתוב שקבל המעות יזהרו שלא יכתבו בהשטר לשון שיהא בו משמעות שנכתב מדעת שניהם דשמא לא ניחא לו להלוקח בכך שיצא עליו שם שקנה קרקע מפני איזה טעם שיש לו ויכתבו הבל על המוכר איך שמכר לפלוני מרצונו ולא יכתבו שפלוני לקח מפלוני ברצונו ויש מי שחולק על כל זה ום"ל שכותבין תמיד להמוכר אפילו לא העיד על עצמו שקבל המעות שהרי כיון שלא נכתב מפורש שהלוקח הסכים על הקנין אין שטר זה מכריח את הלוקח שיקבה דהכל יודעים שכותבין שטר למוכר בעצמו ולהלוקח אינו אלא לראיה אם ירצה ולא להכריחו וכן הלוקח נאם ג"כ לומר שנתן המעות וי"א דזהו רק בשטר ראיה אבל בשטר קנין אין הלוקח נאמן לומר פרעתי [כה"ם] ועמ"ש בסי' קצ"א ושטר מכר שאין כתוב בו כלל סכום המקח רק ענינו של מקח איך שזה מכר לזה בית פלוני או שדה פלונית השטר כשר דסכום המקח אינו מעכב ושכר הסופר נותן הלוקח אפי' במוכר שדה מפני רעתה דם"מ יותר יש הנאה להלוקח [רמב"ם קסח] :

סימן רלט [מי שבא ואמר שאבד שטר קנייתו כיצד כותבין לו שטר אחר ובו ב' סעיפים] :

א אע"פ שנתבאר בסי' ס"א בשטר הלואה במי שאמר שאבד שטרו ומבקש את העדים שיכתבו לו שטר אחר שאין כותבין לו אבל במכר מי שבא ואמר שאבד שטרו שהיה לו על שדה פלונית שקנאה מפלוני והעדים יודעים מזה כותבין לו שטר אחר דבהלואה יש חשש שמא ינבה שני פעמים אבל במכר אין לחוש ואע"ג דיש לחוש שמא בע"ח של המוכר ימרוח אותה ממנו ויצטרך לנכות מהמוכר או מלקוחות של המוכר וינבה שני פעמים יש תקנה לזה שכותבין בהשטר דשטר זה אין ניבין בו לא מנכסים משועבדים ולא מנכסים בני חורין ולא כתבנוהו אלא להעמיד בו שדה פלונית כדי שהמוכר לא יוציאנה מידו וכן יורשיו של המוכר ויש מי שאומר דאין כותבין רק מזמן ראשון משום דאיכא למיחש שמא אחר קנייתו חזר ומכרה להמוכר ויוציא אח"כ שטר זה שומנו אחר המכירה שמכרה להמוכר ויאמר חזרתי וקניתיה ממך ואע"ג דניכר מתוך השטר שעוד שטר היה דהרי כותבין בו שאין ניבין בו כמ"ש מ"ם יהא יכול לומר שבשעת המכירה כתבו לו שני שטרות דנם בתחלת המכירה כשמבקש לכתוב לו שני שטרות דשמא יאבד האחד כותבין לו בכה"ג כיון דאין חשש בזה [סמ"ע] ום"ם אין להרבות בשטרות בחנם דהשומע לא ידע ויאמרו שיש על המוכר שטרות הרבה ויתולולו נכסיו [ס"ך] ואם רצון העדים לכתוב מזמן השני יכולים לכתוב רק שיכתבו שטרא דגא אחרנותא וכתבנותא [סז] דתו ליכא למיחש שיאמר קניתי אח"כ כיון שניכר שמאותר הוא וכל מ"ש במעיף זה א"צ ב"ד והעדים בעצמם כשיודעים מקניית הקרקע יכולים לעשות שטר כזה [סח] ודוקא בשטר הלואה צריך ב"ד כמ"ש בסימן מ"א :

ב ויש דבר ששמ"ח קילא משטר מכר דשטרי חוב המאותרין כשרין כמ"ש בסי' מ"ג אבל שטרי מכר המאותרין פסולים כשלא פירש בהשטר שהוא מאותר מטעם שנתבאר דשמא מכר לו בנימין ובאייר חזר המכר ולקחה ממנו ואם יכתבו לו הזמן מסיון יאמר הלוקח שאחר שמכרה להמוכר באייר חזר ולקחה ממנו בסיון ואי קשיא דכשהמוכר יקנה אותה ממנו באייר למה לו לכתיבת שטר מכר כלל יבקש המוכר מהלוקח את השטר מכר שלו בחזרה ויקרע אותו משום דבאמת בחזרת השטר אין המכר בטל כמ"ש בסימן רמ"ג לענין מתנה וממילא שבהכרח הוא שיכתוב לו שטר ולא יעלה ע"ד המוכר לבקש שטרו בחזרה כי למה לו זה ולכן יזהרו שלא לכתוב שטר מאוחר במכר אלא יכתבו מזמן הקנין וכתב השו דאפילו אם אתרו אחר זמן הקנין זמן רב אם וזכרין זמן הקנין יכולין לכתוב מזמן הקנין ואם לאו יכתבו מזמן הכתיבה ע"ל ואין לחוש בזה כשיכתבו מזמן הכתיבה דשמא חזר המוכר ולקחה ממנו בינתים דאם היה חוזר ולקחה היו העדים יודעים עתה מזה דהיה קול יוצא משא"כ אם בתחלת הקנין יכתבו זמן מאוחר יש לחוש שאח"כ יקנה אותה ממנו כמ"ש [סמ"ע] ואע"ג דבמעיף א חיישינן גם לזה כשמבקש לכתוב שטר אחר ולא אמרינ שהעדים היו יודעים שאני התם דכיון שאומר שאבד שטר יש ריעותא בזה ויש לחוש אף בבה"ג משא"כ כשאו רישותא לפניו [פרישה] :

סימן רמ [שני שטרי מכר היוצאים על שדה אחת מזמן אחד וכו' י"א סעיפים]:

א שני שטרי מכר היוצאים על שדה אחת בשם קונה אחד ואין זמנם שוה ואין לומר שבקש לכתוב לו עוד שטר כמ"ש בסימן הקודם סעיף א' כיון שאינו כתוב בו בהמאוחר ששטר זה אין גובין בו כמ"ש שם ומוכח בע"כ שנשתנה הענין ויש לנו לחשוב בזה שני דרכים או שהראשון אמת רק שאח"כ נתרצה הלוקח למחול את השעבוד מזמן הקודם עד עתה ולא יטרוף מלקוחות שקנו עד עתה או שנאמר שהראשון לא נעשה בהכשר שהיה בו איזה זיוף וכתב לו השני שטר כשר ולפ"ז יש לו להחזיר כל הפירות שאכל עד זמן שטר השני ביון שלא היה מבירה כשרה וכיון דהקרקע היא בחזקת המוכר [ר"ן פ"ד דכתובות] ובהשטר השני הודה הלוקח שהיא עד עתה בחזקת המוכר ביטל השני את ה־ראשון ומחזיר להמוכר כל הפירות שאכל עד זמן השטר השני והסם על השדה צריך המוכר לשלם עד זמן השני וי"א דאינו נובה פירות שאכלם בבר אי"א אותם שהם בעין [טור] ולפ"ז הסם הוא על הלוקח [נס"מ]:

ב בד"א כשאין שום התחדשות בהשטר השני נגר הראשון לבר הזמן דאז אין לנו לחשוב רק אחר משני הדברים שנתבארו אבל אם יש איזה התחדשות אין לנו לזיף שום שטר ושניהם כשרים והשני כתב לו מפני ההתחדשות ומה נקרא חידוש לא מיבעיא אם הוסיף לו עוד איזה מדה קרקע או דקל או בנין וכיוצא בזה נובה מלקוחות מזמן הראשון והתוספת נובה מזמן השני ואם תשאל למה היה לו לכתוב גם נוסח כל השטר הראשון מחדש לא היה לו לכתוב רק שטר על התוספת בלבד או שהיה לו לכתוב בהשטר השני בלשון זה כאשר כתבתי לפלוני לכתוב בהשטר השני בלשון זה כאשר כתבתי לפלוני שטר מכירה על שדה ו' בזמן פלוני ועתה הוספתי לו כך וכך כמ"ש באה"ע סימן ק' לענין כתובה יש להשיב על זה דאין דרך העולם לעשות כן ורק בכתובה שכל איש מחוייב לכתוב כתובה לאשתו והראשונה כתב לה בדרך כל הארץ לבן כשמוסיף לה מזכיר את הראשונה כאשר כתבתי לה כתיבה הנהוגה עתה הגני מוסיף לה כך וכך אבל במקח וממכר מה שייך לזה שם הוספה ומחליף שטר הקודם על שטר שני וכותב בו את הקודם ואת התוספת ביחד בלא שם תוספת וכן אין דרך לכתוב שטר שני רק על התוספת דלמה יצטרך הלוקח לשמור א"ע בשני שטרות דעתה אף אם יפסיד הראשון לא יפסיק רק השעבוד עד הזמן השני משא"כ אם לא יכתוב בהשני רק התוספת ויאבד הראשון יפסיד את כל השדה:

ג ואפילו אין בכמות המכירה שום תוספת אלא באיכותה כגון שהראשון נכתב בלשון מכירה והשני בלשון מתנה או להיפך ג"כ שניהם קיימים ולא ביטל האחרון את הראשון והטעם מפני שיש מעלות ללוקח במתנה יותר מבמכר כגון לענין מצרנות דבמתנה אין בה משום דינא דבר מצרא ויש מעלות ללוקח במכר יותר מבמתנה כמו באחריות דבמכר אמרינן אחריות ט"ם הוא לפ"ז יכול להיות שהוסיף לו השטר השני להעדיף לו איזה כח ואף כשאין במכר זה בר מצרא יש יפוי כח אחר במתנה מבמכירה כמו לענין דרך וכיוצא בזה דקי"ל נותן בעין יפה נותן יותר ממכר כמ"ש בסי' רט"ו וכיון שיש לנו דרך לקיים שני השטרות אין בכח לבטל את השטר הראשון:

ד אמנם לפ"ז אין לו להלוקח להראות בב"ד השטר האחרון דאם מראה שניהם הראשון עיקר דאיך יבטל דינא דב"מ מהמצרן בשביל השטר מתנה שכתב לו אח"כ ובמה יפה כח המוכר לבטל מהמצרן כחו וכן אם המכר הוא אחרון איך יגבה מהלקוחות בהשטר מתנה שהוא העיקר בשביל השטר מכר האחרון שנתן לו והלא מדינא אין אחריות במתנה ומ"מ נגר המוכר עצמו וראי דיפה כחו לגבות ממנו מבני חורין שהרי התחייב עצמו בשעבודו וכן לענין יפוי כח דדרך וכיוצא בזה יש לו על המוכר מפני מ־נתנו [סמ"ע] וי"א דגם לגבי לקוחות יפה כחו כשהאחרון במכר ושניהם קיימין דהא הוא כתב לו אחריות על שאר נכסיו והוי כתוספת דקל ולמה אין בכחו להתחייב א"ע בנכסיו וממילא דכשאחר קונה ממנו אח"כ יגבה ממנו א"ל באחרון במתנה לא מהני לגבי המצרן דהרי הוסיף בחיובו רק על אחרים והיינו על המצרנים ובמה כחו יפה לעשות זאת:

ה וזה שאמרנו דבשיש חידוש בשטר השני שניהם קיימים אינו אלא בתוספת דבר אבל בחסרון דבר כגון שבראשון כתב לו כל השדה ובהשני חצי שדה וראי דביטל האחרון את הראשון ומ"מ י"א דמהחצי הנשאר לפניו יש לו בו זכות מן הזמן הראשון לענין אחריות ושאירי דברים [נס"מ] דנהי דהקנה לו החצי השני בחזרה מ"מ לא בטל כח השטר הראשון מהחצי הנשאר לפניו:

ו יש מי שאומר דזה שנתבאר דבשאין התחדשות בהשני גובה המוכר את הפירות עד זמן השני אינו אלא כשבבר נתחזקו שני השטרות בב"ד אבל אם הלוקח מביא עתה לפנינו שני השטרות ונותן איזה אמתלא על כתיבת השטר השני אין המוכר נוטל הפירות אפילו הם עדיין בעין דנאמן הלוקח לומר שגם הראשון אמת במינו דאי בעי היה מטמין השטר השני אבל כשבבר נתחזקו שני השטרות הוי סינו למפרע ומינו למפרע לא אמרינן כמ"ש בסימן פ"ב בכללי מיגו [נס"מ] וכ"ש אם המוכר מודה שהראשון אמת ואם הלוקח מת ויורשיו מוציאין השני שטרות טוענים ב"ד להיורשים שמכרה וחזר ולקחה דמועמנים ליורש [טס]:

ז שאלו לרבינו תם ז"ל על שכ"מ שאמר תנו מנה לפלוני ולאחר שעה אמר פעם שנית תנו מנה לפלוני מי אמרינן שלא אמר רק לחזק דבריו הראשונים ואין לו אלא מנה או דילמא כיון שאמר מקודם תנו לו מנה הרי

סד וכה המקבל דדברי שכ"ם כתובין וכמסורין דמי ועתה נתן לו מנה אחרת והשיב ר"ת דאין לו אלא מנה אחת כיון שלא אמר תנו לו עוד מנה [מרדכי סוס] וכ"ש בבריא שצוה לעיים לכתוב שטר מתנה על מנה וחזר לאחר זמן וצוה לכתוב שטר על מנה דאין כוונתו רק על המנה הקודמת :

סה ראובן היה לו שט"ח על שמעון על אלף זוז והוציא שמעון שני שוברות מראובן אחד על שני מאות והשני על ג' מאות ולא היה כתוב בהם זמן רק שהם קבלתי על השט"ח של שמעון הנכתב ביום פלוני על סך כך וכך שני מאות ובשני כתוב ג"כ בלשון זה על ג' מאות ושמעון שקבל ממנו חמשה מאות וראובן טוען שלא קבל רק שלש מאות בפעם הראשון קבל שני מאות ובפעם שני מאה וכתב לו השובר השני על שלש מיזות בכולל ונותן איזה שהמלא מה שלא קרע השובר הראשון יראה לי דהדין עם ראובן אם רק האמתלא נגובה דאם כדברי שמעון היה לו לכתוב בהשני קבלתי עוד על השט"ח שלש מאות כמו בכתובה דבלא לשון חוספת אינה יכולה לגבות שניהם ובארנו הטעם בסעיף ב' וה"ג כיון שיש עליו חוב שט"ח מאלף זוז וקבל שני מאות היה לו לכתוב לשון חוספת בהשובר השני אלא וראי שבללם יחד וע' ב"י ש"ע סי' הע"ח וצ"ע לדינא והדעה נוטה כפי ס"ש :

סו שני שטרות שומנם ביום אחד והם כתובים על שדה אחת לשני בני אדם בין במכר בין במתנה אם ידוע ע"י עדים למי נמכר התחלה אף שהשני נמכר נ"כ את"כ באותו יום קנה הראשון וזהו בשטר שאין בו קנין שאין הקונה קונה אלא כשבא השטר לידו אבל בשטר ש"ש בו קנין ובשני השטרות יש קנין כל שקדם בהקנין זכה וישאלו לערי הקנין למי הקנה תחלה דאז אפילו בא השטר ליד השני קודם שבא להראשון בקנין קנה הראשון מפני שמשעת הקנין זכה בה ואם ערי הקנין אינם לפנינו או שעל כל שטר יש ערים בפ"ע ואינו ידוע למי הקנה תחלה או בשאין קנין בהשטרות ומסירת השטר הוא הקנין ובשטר כתוב רק שדי מכורה או נתונה לך וא"א לברר למי נמכר תחלה דעדי מסירה לא נכתבו בתוך השטר מי הם כדי שנשאלם והמוכר או הנותן אינו נאמן לומר למי מכר תחלה כיון שאין המקח בידו כמ"ש בסי' רכ"ב [סמ"ע] אמרו חז"ל [כתובות ל"ד] שידונו בזה שודא דדייני והיינו שהדיינים יעיינו בדבר ע"פ שכלם ולכל מי שדעתם נוטה להעמיד שדה ביהו יעמידו ואם דרך המקום לכתוב שעות בשטר כל הקודם בשעות זכה דבמקום שכותבין שעות הוה קדימת שעה כקדימת יום ובירושלים היו כותבים שעות [גמ'] ובשט' שאין בו קנין וידוע שלאחד נמכר ביום אחר ולאחר ביום אחר ואין ידוע מי קודם לא דיינינן בזה שודא דדייני דזה לא דיינינן רק אם ידוע שהיה ביום אחד ואינו ידוע מי קודם אבל בשני ימים אוי אם זה מוען ברי וזה מוען ברי בין דשניהם אינם מוחזקין הדין כל דאיים נכר ובשמא ושמא יחלוקו [כ"מ] ולמה לא דיינינן בזה שודא דדייני מפני שאפשר לעמוד על הבירור למי נמכר קודם אבל ביום אחר רחוק שיתוודע למי נמכר תחלה באותו יום :

סז י"א שאין דנין שודא דדייני רק בדיין מומחה ובקרקעות וי"א דגם במטלטלין דיינינן שודא כל שאין אחד מהם מוחזק דבמוחזק המע"ה ולדעה ראשונה אין מזכה בדבר רק קבלה היא בידם [תוס' ב"ב ל"ס] ועמ"ש בסי' רנ"ג סעיף ל"ו :

סח מי שנתן לחבירו בסתנת שכ"ם קרקע או מקום בכה"ג ופירש את הקרקע או המקום במצרים שמכר לו ואח"כ נתן לאחר נ"כ קרקע סתם או מקום סתם ולא פירש איזה קרקע או איזה מקום ולא מצר לו מצרים י"א דאע"ג דשב"ם יכול לחזור בו ואולי חזר בו מסתנה הראשון ונתנה להשני מ"מ אין בפק מוציא מידי ודאי ואמרינן שמא נתן להשני קרקע אחרת או מקום אחר אף שאין ידוע לנו איפא היא האחרת וי"א דכיון שאין ידוע שיש לו מקום אחר או קרקע אחרת אמרינן דודאי לא כיון אלא על אותה הידוע לו והיא הסתנה שנתן להראשון וקנה השני ובל זה בשב"ם שיכול לחזור בו אבל בסתנת בריא בין כך ובין כך קנה הראשון ואינו יכול לחזור בו אא"כ לא מסר השטר עדיין לידו ושיש בפק ברבר כבסעיף ס' :

סימן רמא [המתנה במה תתקיים ובו המחילה ובו י"ט סעיפים]: (*)

א הנותן מתנה לחבירו בין קרקע בין מטלטלין אין המקבל זוכה אלא באחד מהדרכים שהקונה זוכה בהם והיינו קרקעות ועבדים נקנין בשטר או בחזקה אבל כסף לא שייך במתנה וכן מטלטלין נקנין בהגבהה או במשיכה או באחד משארי דרכים שנקנין בהם המטלטלין וקנין סודר מועיל לכל דבר לבד מסמן וכיון שקנה באחד מהדרכים ההם אפילו שלא בפני עדים קנה אם שניהם מודים דבדיני ממונות לא איברו ס"ת אלא לשיקרא דכתיב בשומרים אשר יאמר כי הוא זה אלמא דהודאה בע"ד כמאה עדים דמ' [כ"י קדושין ס"ס: ומאי דכתיב ע"פ שני עדים וגו' יקום דבר והו בהבחשה שחבירו מכחישו וא"א לחוב לאחרים כעצמו אלא ע"פ עדים ולכן בעריות וכבל האיסורין שנוגע לאחרים ילפינן מממון בהבחשה [זכו טוטע סרמב"ם סס ומ"ם קוסים הקלפ"ח] ולכן גם בקדושין אף שהאיש והאשה מודים שקדשה בינו לבינה אין כאן קדושין כלל דבע"כ יש כאן חוב לאחרים שנאסורה לכל ואם יבעלה אחר יתחייב מיתה וא"א לחוב לאחרים בלי עדים [זכו טוטע רכ"י סס בל"ס סכמ] ועוד ההפרש גדול יש בין ממון לאיסורים דבממון כל אחד יכול לעשות בממונו כרצונו משא"כ באיסורים ואף בקדושין כששניהם רוצים אמנם כשאסורה לו מפני איסור לאו וכרת אינו מועיל רצונם ולכן אין ביכולת להגטר שום קדושין בלתי עדים אבל בממון כששני הצדדים מתרצים מי יוכל לעכב על ידם ולכן א"צ עדים וגם באיסורים יש דבר אחר שמדין התורה א"צ עדים כשכותב בעצמו והוא נט אשה כשכותב את הגט בכתב ידו [גיטין פ"ו.] מפני שהתורה תלתה בכתיבתו שנא' וכתב לה ספר כריתות [רמב"ם] והוי כממון דבפרט הרצון דומה לממון שביכולתו לגרש כשרוצה ואין הדבר תלוי רק בו לבדו ויש מי שאומר דגם בקדושין הדין כן מפני שהוקש לגט כמ"ש באה"ע סי' ל"ב ודע דגם בממון אין הדבר נגמר בדיבור לבדו רק ע"פ איזה קנין דדברים בעלמא לאו כלום היא לבד בעני נתחייב משום נדר כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ח וגם בעשיר בסתנה מועטת אם אמר ליתן אף שיכול לחזור בו מ"ם מקרי מחוסר אמנה כמ"ש בסי' ר"ד אבל אין ב"ד כופין בזה [מרדכי סס"ל דכ"מ] וכמו דבממון דברים בלא קנין לאו כלום הוא כמו כן קנין בלא דברים שאם שמעון קנה בק"ם ליתן חפץ פלוני לראובן אם לא דיבר מקודם או בשעת הקנין הנני נותן חפץ פלוני לראובן אף שאומר שכוונתו היתה להקנות לו אינו מועיל ולא עוד אלא אפילו אם אמר אחר אמר כן בשעת הקנין כגון לוי שאמר לראובן חפצו של שמעון קנוי לך אע"פ ששמעון קבל בק"ם לקיים דברי לוי לאו כלום היא ואף שגם לוי קבל בק"ם [סמ"ע] דהרי אין החפץ שלו ושמעון לא אמר דבר ויראה לי שאם ראובן המקבל אמר לשמעון תן לי חפץ זה בסתנה וקנה שמעון בק"ם מועיל הקנין כיון שמאחר מהבע"ד היה דיבור ודע שזה שנתבאר בר"ם קצ"ה שא"צ דיבור היינו כשמקודם דיברו בזה כמ"ש ובמחילה א"צ דיבור כלל אלא כיון שיש מעשה המוכיח שמחל לו מחילתו מחילה [מרדכי סס"ג דכ"ב] ולא משום דמחילה בלב הוי מחילה דכבר כתבנו בסי' י"ב סעי' ח' דמחילה בלב אינו כלום אלא דכיון שיש מעשה המוכיח הוה כדיבור [כ"ן] אבל יש מי שאומר דמחילה צריך אמירה בפירוש שיאמר הנני מוחל לך [רמב"ם קל"ב: ד"ם ומקולי] או שיאמר אין לי עליך כלום [כ"י קדושין פ"ו. ד"ם יממ] או שהנהבע אמר לו מחול לי והוא משיבו יהי כדבריך [מרדכי סס"ק דסנסדרין]:

ב מחילה א"צ קנין כגון שמחל לחבירו חוב שיש לו עליו נקנה בדברים בלבד דדווקא מתנה שהיא ברשות הנותן א"א להמסר ברשות לרשות בדברים בעלמא אבל מחילת חוב שהמעות הם ברשות המקבל והנותן א"צ לבסור לו רק לסלק כחו מזה כש"כ הנני מוחל לך מסתלק מזה ומסילא דוכה המקבל בהם ולכן כתב הרמב"ם בפ"ג מזכייה דאם היה לראובן פקדון ברשותו של שמעון ואמר לשמעון הנני נותן לך פקדון זה במתנה ה"ז מתנה הנקנית בדברים בלבד כיון שהחפץ הוא ברשות המקבל ואע"נ דמקום החפץ נקנה להמפקיד והוה כאלו הוא ברשותו מ"מ הרשות אינו אלא מפני החפץ שבהכרח שמקום החפץ יהיה שייך להמפקיד וכשמסלק המפקיד כחו מחפצו מכילא מסתלק כחו גם מהמקום שהחפץ מונה בו והחפץ והמקום מסתלקים ביחד:

ג כתב רבינו הרמ"א די"א דאפילו היה לו שטר או משכון עליו אפ"ה הוה מחילתו מחילה בדברים בעלמא וצריך המוחל להחזיר לו השטר או המשכון כיון שמחל לו חובו [סמ"ע ועמ"ם בסי' י"ב סקכ"ח] והטעם דמשכון אינו אלא שיעבוד עליו ושטר אינו אלא שיעבוד על נכסיו וכיון שמחל לו ונסתלקה מטנו שיעבוד נופו מסילא דנסתלקו שיעבוד הנכסים ושיעבוד המשכון וסחוייב להחזיר השטר והמשכון להלוה ויש מי שאומר דזהו ספיקא דרבנא משום דבירושלמי פ"ק דניסין יש פלוגתא במחל שטר דיש מי שסובר דלא הוי

---

*) (כל סדינים סכתובים בזה סס חלים סמקומות שמחב"י מסנסגים סיפ ד"ם ולפ בסרטוסיט סמו, שבמן דינם דמלכותא דינא, כידוע).

הוי מחילה עד שיחזיר לו את השטר [מ"ך] אבל לענ"ד נראה דהעיקר כרבינו וסרמ"א דתא קי"ל בסי' ס"ו דהמוכר שמ"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול אלמא דאפילו כשמכר החוב יכול למחול וכ"ש כשהחוב הוא שלו ויש מי שאומר דבשם מהני מחילה ספני שאין השטר בידו [סם סקע"ד] דהטעם דלא מהני בחילה בשטר משום דאמרינן שלא מחל לו בלב שלם מדלא החזיר לו את השטר ולכן כשאין השטר בידו מחל לו בלב שלם ולא נראה כן דאדרבא בשם יש יותר סברא לומר שלא מחל לו בלב שלם לנרום רוגז לאחרים אמנם זהו וודאי כשמוען משטה הייתי בך אין זה מחילה וזה שאמרנו דהוי מחילה היינו כשמודה או שיש עדים שמחל לו באמת ולפ"ז הוי ראיה ברורה משם ובן הפמיכי גדולי אחרונים [תמ"ח וב"ח] באה"ע סי' ק"ה וסי' ס"ו ובן מתבאר להדיא מהמב"ם פ"י מאישות [דין י'] וסוף פי"ו שם ועוד ראיה מדיש פלוגתא בכתובות [ק"ד.] באשה ששהתה כ"ה שנים באלמנותה ולא תבעה בכתובתה דמחלה דיש מי שסובר שם דאפילו כששטר הכתובה ת"י הוה מחילה אפילו בסתמא ולדינא פסק שם הש"ס דדווקא כשאין הכתובה ת"י הוה סתמא מחילה עכ"פ שטעינן משם דבמחילה בפירוש אינו מעכב מה שהכתובה ת"י ולהדיא משמע שם דגם בע"ח כשהשטר בידו מהני מחילה ולכן אפילו אם יש פלוגתא בירושלמי קי"ל כש"ס דילן ועוד נ"ל דגם הירושלמי ס"ל כן והרי בכתובות ירושלמי פ"ב פסק במחילת כתובה בב"ה שנה אפילו כששטר כתובה ת"י ומק"ל בזה מש"ס דילן ולכן אפשר לומר דוראי כשמחל החוב מדה הירושלמי שאין השטר מעכב והפלוגתא היא במחול השטר ומיון שהזכיר לו מחילת השטר לבן יש שסובר שצריך להחזיר לו את השטר כמו שראי חפיצים אם היה מוחל לו ויש מי שאומר דוודאי החוב מחול אבל לכופו שיחזיר השטר והמשכון אינו יכול בלא קניין [מ"מ] ולא משמע כן מיהו בסמ"ע יכול להיות כן דאף שמחל לו החוב ס"מ הא כל המוציא נובה בו ואינו מיחד להמלוה לבדו ובמפירותו אינו מועיל מחילה כמ"ש בסי' ס"ו ועמ"ש באה"ע סי' צ"ג סעי' ט"ו לענין מחילה בלב:

ד יש מי שמסתפק במחילה שלא מפני הלוה אם הוה מחילה וכ"ל דהוי מחילה וראיה מכתובה שנתבאר דבסתמא הוי מחילה ולא עריפא משלא נפניו מידו זהו דווקא כשנתוודע להלוה ממחילתו וכיון לזכות במעותיו אבל כשעדיין לא נתוודע לו יכול המלוה לחזור בו דכל קנין בעי כוונה כמ"ש בסי' קפ"ט ואף שאפשר דבמחילה לא שייך קנין דכשנסתלק שיעבודו של מלוה ממילא נשאר ביד הלוה ס"מ כל זמן שלא נתוודע להלוה לא נסתלק שיעבודו:

ה כבר נתבאר בסי' קצ"ה דקנין שהוא בפני פסולי עדות הוי קנין כשאינם מזדים כיון דא"צ עדים כלל וב"ש במחילה שא"צ אף קנין שאם הקנה לו בפני עדים פסולים דהוי מחילה ולא עוד אלא אפילו הקנה לו ברבר שאין מועיל להקנות בו כגון שעשה קנין במטבע מ"ם מחילתו מחילה כיון שא"צ קנין כלל [מ"מ] ולא אמרינן כיון שהקנה לו היתה כוונתו שלא ימחול לו רק ע"י קנין וכיון שאין קנינו קנין גם המחילה אינה כלום כמו דאמרינן כן במתנת שכ"מ בסי' ר"נ דהתם שאני דמדינא הלא צריך קנין אלא דחכמים הקנו כדי שלא הטרף דעתו שלא יצטרך לקנין וכיון שהשכ"מ עצמו רצה בהקנין צריך קנין כרין אבל מחילה הלא א"צ קנין כלל מעיקר הדין [סגל"ח]:

ו לשון מחילה אינו אלא במעות שחייב לו או כשחייב לו שבועה ומחל לו השבועה אבל אם היה לו תפין ביד חבירו וא"ל מחול לך איני כלום דמחילה לא שייך רק על דבר שאינו בעין כמו הלואה דלהוצאה נהנה ומחל לו שלא יתבענו אבל בדבר שהוא בעין צריך לומר לשון מתנה כמ"ש בסעי' ב' ולכן אפילו במעית של פקרון אם הנפקר אסור להשתמש בהן כגון בצרורין וחתומין כמ"ש בסי' רצ"ב לא מהני לשון מחילה אבל כשמותר לחשתמש בהן אף שעדיין לא נשתמש מהני לשון מחילה דדמי להלואה [ל"ל] ועמ"ש בסי' י"ב וסי' ר"ט וכל מחילה במעות יפה לחזור בו אפילו קנו מיניה וכן בפשרה במעות פמ"ש שם דכל דבר שנעשה במעות הוה כאלו לא נעשה ואם יש הכחשה ביניהם שהמקבל אומר שלא היה מעות והנותן אומר שהיה מעות במטלטלין ישבע המקבל היסת כיון שהוא מוחזק בסתנתו ובקרקע בפשרה או בסתנה ישבע הנותן היסת דבקרקע לא שייך חזקה [ל"ל] ומח נסרא מעות כשנתגלה אח"כ דבר שאלו היה יודע זה בעת המחילה או הקנין לא היה עושה כן אבל אם נתחדש דבר אחר המחילה או הקנין כגון שמחל לעני או נתן לו מתנה ואח"כ העשיר מיד אין זה מעות כיון דבשעת המחילה והקנין חיה עני אבל בנתגלה דבר שהיה מקודם אף שמשניהם היה נעלם הדבר מ"ם כיון שאם היה יודע הנותן לא היה נותן או לא היה מוחל הוה מעות וחזר דלא ביש מי שחולק בזה [ז"י] ומעות לא מקרי רק דבר שמוכה להדיא שהיה מעות אבל אי לא מוכחא מילתא שהיה במעות אע"פ שיכול להיות כן שאלמלי הוה ידע לא היה מוחל או נותן מ"ם כיון שאין נראה לכל שוודאי לא היה מוחל או נותן לא מקרי מעות [פור מ"ם קנ"ד] וכן אין מחילה מועיל ברבר שעדיין לא בא ברשותו [נמק"י סי"ג] אבל דבר שחכמים הקנו לטובת האדם יכול להסתלק ולמחול גם קודם שבא ליד [ר"ם סמנ"ב]:

ז כתב רבינו הב"י המוחל לחבירו מה ששטל מנכסיו יכול לחזור בו קודם שיטול אבל לאחר שנמצל מה שנטל נטל עכ"ל ואע"ג דבחזץ לא מהני לשון מחילה

מ"ם בין שנטלה ושתק מסתמא היתה בדעתו להקנות לו כמו בדבר שלב"ל דיא סהני קנין ועכ"ז אם נטלה אחר שבא לעולם ושתק אינו יכול להוציא מידו כמ"ש בסי' ר"מ הכי נמי במתנה בלשון נדוע כשנטלה ושתק אינו יכול להוציא מידו [סנר"מ] ואי משום שיכול לומר שבוונתו היתה שיטיל ויחבע ממנו מעות הא לגבי הביעה מהני לשון מחילה [עמ"ך] ודווקא במטלטלין אבל בקרקע בכה"ג אפילו אחר שהפסם בנון שרר בה והחזיק בה מוציאה מידו דקרקע בחזקת בעליה הראשונים עומדת [כמ"ע] ולפעמים מועיל דיבור בעלמא אף בדבר בעין ואינו ביד הקבל כמו האומר לחבירו מנה או חפץ שיש לי בידך תהנו לפלוני והיו כולם ביחד דזהו תקנת קנין מעמד שלשתן כמ"ש בסי' קכ"ו וכן יש מי שאומר שכשקנו מידו מהני לשון מחילה גם בחפץ בעין וכן בקרקע אחר שהחזיק בה דבשקנו מידו סגוף הדבר קנו מידו [מ"ז] וכן משמע מם"ש באה"ע סי' צ"ב ע"ש [לקמן כל"ג ל"ם סכומב]:

ח כתב חרמב"ם בפ"ג מזכיה כשם שהמוכר צריך לסיים המכר כך חצוחן כיצד הכותב לחבירו קרקע מנכסי נחונה לך או שכתב לו כל נכסי נתונים לך חוץ ממקצתן הואיל ולא סיים הדבר שנתן לו ואינו ידוע לא קנה כלום ואינו יכול לומר תן לי פחות שבנכסיך עד שיסיים לו המקום שנתן לו אבל אם א"ל חלק כך וכך בשדה פלונית הואיל וסיים השדה אע"פ שלא סיים החלק נומל אותו חלק מהפחות שבאותה שדה עכ"ל דטעם דבר שאינו מסויים הוא משום דלא מסכה דעתו ולכן דווקא כשנם הכללית אינו מסויים ואינו ידוע לשום אדם אבל מתנתו אבל בשהכללית ידוע אע"פ שהפרט אינו מסויים מ"ם מסכה דעתו דיודע שבשרה זו נמצאת מתנתו ויש מרבותינו דלא ס"ל חילוק זה דבין שידוע המין שנתן לו אף שאין המקום ידוע כלל הוי מתנה חהו שכתב רבינו הב"י שיש חולקים ואומרים שבן במכר בין במתנה יכול להקנות דבר שאינו מסויים עכ"ל אבל בדבר שאינו מסויים שבסי' ר"מ שעצם המין אינו מסויים מדים לחרמב"ם ואין חולקים עליו רק על מה שהשוה סיום המקום לסיום המין ולפי המנהג שנתפשם לכתוב בקניין הקנאה ד' אמות קרקע ואין מסיימין המקום היכן היא הקרקע מבואר דאנן קיי"ל כהחולקים [מ"ז] [לפמ"ש מ"ם שכרמב"ד ל"ח כחלק עליו בפכ"ח ממכירה וכן בסימ סם וכן בכ"י בסי' ר"מ ל"ח סחכיל סים חולקים ודבכי סמור שכתב וכנר כתבתי למעלה ופו' למ"ע ועכ"ח ובמ"ם סק"נ]:

ט כתב רבינו הב"י דיש מי שאומר שהנותן מתנה לחבירו אינו מתנה אא"כ שיהיה ברעת הנותן שתהא ברשות המקבל לעשות בה כל הפצו בד"א שנתנה לו סתם אלא שניכר מתוך מחשבתו שאינו מכוון ליתנה לו שיעשה בה כל חפצו אבל אם מפרש אפילו אם ניתנה לו ע"מ שלא ליתנה לאחר או שלא למוכרה או שלא להקדישה או אפילו ע"מ שלא יעשה בו שום דבר אלא דבר פלוני הוי מתנה לאוחו דבר שפירש בלבד עכ"ל מבואר מזה דכשנתן לו המתנה סתם אע"פ שלא דיבר מאומה ביון שניכר מתוך מחשבתו שאינו מכוון ליתנה לו שיעשה בה כל חפצו אלא עיקר כוונתו שיעשה המקבל איזה דבר למלאת רצון חנותן שאין הנותן בעצמו יכול לעשותו כמעשה שהביא בנדרים [מ"מ.] באיש אחר שהיה מודר הנאה מבנו ואח"כ עשה הבן משתה בחיירו ורצה שאביו יזכה שם ואמר לחבירו החצר והסעודה נתונים לך והן לפניך ויבא אבא ויאכל ואמרו חכמים שאינה מתנה דסעודתו מוכחת עליו שכל נתינתו היא רק כדי שאביו יהא ביכולתו להיות על המשתה והתרמה היא ואמור וזהו שיטת הרא"ש [פ"נ סי' ל"ח] דאע"ג דינתן לו סתם מ"ם בין שהעניין מוכיח דהכוונה היתה רק לשם דבר זה אסור וסה שאמרו בנמ' שם ויבא אבא ויאכל לאו דווקא הוא ואפילו בלא דיבור זה אסור אבל יש מרבותינו שחולקים בזה וס"ל דאין האיסור אלא כשאמר כן בשעת המתנה דאז מוכח דלתנאי נמור איכוין שיאכל אביו אבל אם לא אמר בשעת מעשה שיאכל אביו אפילו אם אמר לאחר מכאן הוי מתנה דזהו כדברים שבלב [כ"ן וכמב"ח סס] ולדעת הרמב"ם בפ"ז מנדרים אפילו אם אמר לאחר מכאן מיד לאחר המתנה שאביו יאכל לא הוי מתנה מפני שהסעודה מוכחת על זה ובלא אמירה כלל הוי כדברים שבלב והוי מתנה ולפ"ז קשה על רבותינו הטור והב"י שבכאן פסקו כהרא"ש ובי"ד סי' רכ"א פסקו כהרמב"ם ויש מי שאומר דגם להרמב"ם אסור אפילו בסתמא כיון שהעניין מוכיח שאין המתנה רק להערמה בעלמא [סס בב"י בסס ריי"ן] ועוד יש לתמוה דלפי מה שפסקו בכאן איך מוכרים חמץ הרבה קודם הפסח לאינו ישראל ועל כמך זה מאכילים גם להבהמת חמץ הא אין לך הערמה גדולה מזו אלא וודאי כיון שהמכירה נעשית כדין לא איכפת לן בהערמה וכמ"ש בא"ח סי' תמ"ח וצריך לחלק בין מכירה למתנה דבמכירה כיון שעושה עמו מקח קצוב לא איכפת לן בהערמה דוודאי נוכר בדעתו אם יסלק לו המעות למה לא יפכור לו דמ"מ היא מכירה גמורה משא"כ במתנה כשעושה בהערמה הרי אין רצונו כלל לתת אותה בחנם ואינה מתנה כלל ולפ"ז יש ליזהר במכירת חמץ שלא ליתן את החמץ במתנה רק במכירה ואף גם במכירה אם ההערמה ניכרת להדיא בנון שהבהמה היא בחצר הישראל אין להאכילה חמץ ע"פ היתר המכירה ודמי למעשה דנדרים [כל"ל ומ"ם מס שפקפו מנחלים על סמב"ם שאומר לסחכיל חמץ לנכסים ע"פ כמכירה ומ"ק]:

ט וזה שנתבאר דכשכפרש שאינו נותן לו המתנה לכל הדברים ואין לו רשות לעשות בה רק דבר פלוני הוי מתנה לאשתו דבר בלבד הפעם הוא דלא גרע מבקגה לו חלק בו ואומר לו אני ואתה נהיה שותפים בזה וה"נ היא של המקבל לאותו דבר ולשארי דברים היא של הנותן [סמ"ע] ובלבד שאותו דבר לא יהיה טובת הנותן דאל"כ הרי אינו נותן לו מאומה ואינה מתנה כלל ובכ"ש בסעי' הקודם עוד יראה לי דכשנתן לו ע"מ שלא לטכרה או שלא לחקדישה דהוי מתנה ואין לו רשות למכור ולהקדיש אם מת הנותן ראשי למכור ולהקדיש דכשהוא בחיים שייך לעצמו כח זה אבל כשמת פקע כחו ואין זה מטון שיוכל להורישו לבניו דאין זה רק הנאי בעלמא וכמילא שכ[ל המקבל לעשות בה כל חפצו וכן נראה דבהיו הנותן אין הבע"ח של המקבל נוטלה בחובו כיון שלא נתן לו רשות להוציאה מרשותו ואם מת הנותן גובה [ונ"ל דזה מלוי כסעי' דיעות סמנ"ע הס"מ פ"מ מגילוסין דין י"ח וחי"ק] :

יא הניתן מתנה ע"מ להחזיר בין מיד בין לזמן קצוב או כל ימי חיי הנותן או כל ימי חיי המקבל הוה מתנה לזמן הקצוב בין בקרקע בין במטלטלין ואוכל הפירות עד אותו הזמן והוא שמחזירה להנותן לזמן הקצוב אבל אם אינו מחזירה נתבטלה המתנה ואין זה קניין פירות דקיי"ל לאו בקניין הגוף דמי דזהו קניין גמור על הגוף רק שמתנה עמו שיחזיר לו וכשמחזיר לו צריך להקנותו בקניין חדש [רמ"ם פ"ג דמוכס] והוא תנאי ככל התנאים אבל אם א"ל יהא שלך עד זמן פלוני ואח"כ תהא שלי בבתחלה ולא בדרך חזרת קניין אין זה במתנה אלא כשאלה בעלמא [סמ] וי"א דבמתנה ע"מ להחזיר כשמתה בתוך הזמן פטור דנהי דהתנה שיחזירו לו מ"מ אינו כשואל שחייב באונסין אלא שלו הוא לגמרי ופטור כשנאבדה ויש חולקין בזה דנהי דשלו היא עתה לגמרי מ"מ חייב להחזיר לו ואם לא החזיר לו המתנה בטלה ולכן אפילו בסתה מחמת מלאכה חייב דהא לא קיים תנאו [סמ] ומ"מ הפירות שאכל איט חייב להחזיר לו דלכל הפחות לעניין זה לא נתבטלה מחנתו וי"א דחייב לשלם [מל"מ] :

יב ולפיכך אמרו חז"ל [נ"ב קל"ז:] הנותן שור לחבירו וא"ל ע"מ שתחזירהו והקדישו והחזירו ה"ז קדוש וה"ה סברו או נתנו לאחרים או שיעבדו לבע"ח [נמק"י] אם רק החזירו אע"פ שאין החזרה בלום דהרי האחר יבא ויטלנו מ"מ הרי קיים הנאו שהחזיר אותו אבל אם אמר ע"מ שתחזירהו לי אינו קדוש שלא התנה עליו שיחזיר לו אלא דבר הראוי לו וכ"ש שאין ממברו ממכר ואין מתנתו מתנה ואין שיעבודו שיעבוד [סמ] ויש לשאול בזה דלפמ"ש בסעי' הקודם דצריך אח"כ להקנות לו א"כ אף כשלא אמר לו איך הקדישו הקדש הוא א"א לו לקיים תנאו בהחזרה מפני הקניון כלום כיון שהוא של הקדש וכן בשמכר או נתן לאחרים צריך תחיל החזרה הא אין אדם מקנה דבר שאינו שלו והתשובה בזה דכיון דלא אמר לו בע"כ שלא היה התנאי שיחזירנו בקניין אלא חזרה לרשותו על שעה מועטה כדי לקיים תנאו וזהו כמו שא"ל ע"מ שהשער יעמוד בחצירו שעה וכיוצא בזה . דאל"כ היה אומר לו ולכן הקדישו הקדש וכדי לקיים רנאו מהזירנו לרשותו על שעה מועטה [נ"ב] ויש מי שרוצה לומר דמיירי כשהקדישו לקרבן שלמים דיוחור לו הערה והבשר דלפ"ז אין דין זה נוהג בזמה"ז וא"א לומר כן ולמה כתבוהו המור והש"ע וכן מרש"ם ופ"סקים לא נראה כן כלל וי"א דבהקדש אף כשאמר לי ואין ההקדש חל מ"מ פוריתו בפרוטה כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פריון [סמ כסס סרמב"ם] וזהו רק בהקדש בדק הבית אבל הקדשות שבזמן הזה אין עליהם דין הקדש בלל כמ"ש בסי' צ"ה [ונמ"ם מוסב קומת סקנ"מ ונמ"ם בסמ"ע סכ"ח] :

יג לא קצב לו זמן להחזרה אלא שא"ל סתם שיחזירנו לו יכול המקבל להחזיר לו מתי שירצה דכל תנאי ביד המקיים לקיים מתי שירצה כשלא קבעו זמן בהתנאי אמנם אם הוא דבר הצריך להנותן כגון אהרוג ביומי הסוכות ואמר ע"מ שתחזירנו לי צריך להחזיר לו מיד דמסתמא כן היתה כוונתו שהמקבל יוצא בו ידי חובת המצוה ויחזיר לו מיד וכן כל כה"ג כשמוכח הדבר שנתן לו המתנה לשעה קלה או לזמן מובנל חייב מיד להחזיר לו וזהו כשא"ר לי אבל אם אמר ע"מ שהחזירנו ולא אמר לי יכול להחזיר מהי שירצה אפילו אחר הסוכות דלא גרע מהקדיש או מכרה והנותן מתנה ע"מ להחזיר וחזר הנותן וכחל לו התנאי א"צ קניין מהדש [מ"ם] והמתנה מקויימת משעה ראשונה דהרי סילק תנאו והוי כמו שנתן אז בלא תנאי :

יד אע"ג דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה מ"מ הנשבע או הנודר לחבירו ליתן לו מתנה לא מהני אם נותן לו ע"מ להחזיר דכיון שנדר לו מסתמא היתה על דעת המקבל וצריך לתנן לו מתנה חלוטה אבל הנשבע או הנודר סתם ליתן מתנה יכול ליתן אפילו ע"מ להחזיר אם ימצא מי שיתרצה לזה ויוצא בזה ידי נדרו ושבועתו ואף גם בזה דווקא בסתם מתנה אבל נדר ליתן לעני לא מהני ע"מ להחזיר [ס"ך יו"ד סי' רל"ח] אפילו לא פירש לאיזו עני וכן המתחייב עצמו ליתן מתנה לפלוני נ"ל דלא מהני מתנה ע"מ להחזיר דכל חיוב הוא מסתמא מפני איזה חיוב שיש להפלוני עליו או מפני איזה טובה שקבל ממנו וצריך ליתן לו מתנה חלוטה ועוד דבלשון בני אדם כשמתחייב א"ע במתנה הכוונה על מתנה גמורה :

האומר

סז האומר לחבירו שדה זו או בית זה או חפץ זה נתון לך ע"מ שתתן לי מאתים זוז עד זמן פלוני ומת הנותן תוך הזמן או שלא קבע זמן כלל נתבטלה המתנה ואינו מועיל מה שיתן ליורשיו דכיון שאמר לי הבוונה לי ולא ליורשיי וכ"ש בסי' ר"ח לעניין שיור אבל אם מת המקבל יכולין בניו ליתן להנותן המאתים זוז דהרי לא אמר אתה תתן אלא ע"מ שתתן ועיקר כוונתו היתה לקבל המאתים זוז יכולים גם יורשי המקבל לקיים התנאי וליתן לו [הגר"מ] והאומר שדה זו נתונה לך ע"מ שתתן לי בבל שנה כך וכך ומת הנותן א"צ ליתן עוד ליורשיו אבל מה שנתחייב להנותן בחייו ולא קיים נתבטלה המתנה אע"כ נראה שהנותן לא הקפיד על זה כגון שלא הבעו וכן אם לא עבר על התנאי כגון שזקף עליו במלוה או שלא היה תנאי שהמתנה הלויה בו שלא אמר ע"מ אלא שהמקבל התחייב א"ע ליתן בכל שנה להנותן כך וכך ולא נתן לו ומת חייב ליתן ליורשיו [מ"מ] ומי שעושה תנאי עם חבירו ליתן לו חפץ פלוני אם החפץ קיים צריך ליתן לו דווקא החפץ עצמו ואם נאבד יכול ליתן לו דמיו במה שהיה שוה ואע"ג דבנבט בכה"ג לא מהני נתינת הדמים כמ"ש באה"ע ס"י קמ"ג שאני התם משום דאטרינן שכיון לצערה אבל בכאן מה לי החפץ או דמי החפץ וכן בכל התנה ע"מ להחזיר יכול להחזיר דמי החפץ כשנאבד החפץ [ג"ך] ואע"ג דלדיעה ראשונה בסעי' י"א כשנאבד בלא"ה פטור זהו כשנאבד תוך הזמן שקבע אבל לאחר הזמן וודאי דחייב באונסים ג"כ דכיון דהיה לו להחזיר ולא החזיר נעשה בשואל או כגולן וחייב בכל האחריות [מ"מ]:

סח נבר נהבאר בר"ם ר"ז דבתחלת המקח כל מי שהתנה התנאי בין שהתנה המוכר בין שהתנה הלוקח התנאי קיים אבל שלא בתחלת המקח לא מהני מה שואחר מתנה לטובת השני ואינו אלא פטומי מילי ונם במתנה הדין כן [מ"ש] וכל הנותן מתנה על הנאי בין שהתנה הנותן בין שהתנה המקבל והחזיק המקבל במתנה אם נתקיים התנאי נתקיימה המתנה ואם לא נתקיים ההנאי במלה המתנה ויחזיר פירות שאכל ודווקא שהתנאי יהיה כראוי בדיני הנאי שנתבארו שם ושם נהבאר די"א דבמקח לא בעינן כל דיני תנאי ואפילו לדעת המצריכים דיני תנאי אם כתוב בסוף השטר וקנינא מיניה בחומר כל תנאים וקניינים העשויים בתקון חכמים א"צ יותר דאף אם לא נעשה כדיני תנאי ס"ם בזה נכלל כל דיני הנאי ואם אינו כתוב כן ולא נעשה בדיני תנאי במל התנאי והמתנה קיימת כמ"ש שם ואם יש ספק בפירושו של תנאי מקיים הפחות שבפירושים והמתנה קיימת [מ"מ] [מ"ם סקס"ח סק"ד ל"ב פלג כמ"ם במס"ם סי' כ"ם סעי"ן וכ"כ כנס"ת]:

ין האובן נתן ממונו לשני בניו וריבה לזה ומיעם לזה והטיל תנאי ע"מ שלא יוכל אחר מהם למכור שום דבר עד שיהא להבן הקטן עשרים שנה ועמר תגדול ומכר קודם שהיה לקטן כ' שנה זה הגדול שביטל התנאי נתבטלה מתנתו מעיקרא ונשארה ברשות אביו דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ואם נתקיים התנאי נתקיימה המתנה משעת נתינה ואם לא נתקיים נתבטלה מתנתו וכשמת האב ירשו הוא ואחיו הקטן ומתנתו של קטן קיימת ודווקא שנעשה כדיני תנאי או שכתוב בהצואה כתומר וכו' כמ"ש במעי' הקודם:

יא אין המקבל מתנה עומר לענין אחריות בסתנתו אף שהנותן גובה אותה כיצר האובן שקנה קרקע משמעון באחריות ונתנה ללוי בסתנה ובא בע"ח דשמעון ושרפה מלוי חוזר ראובן על שמעון ואינו יכול לומר מה אפסדתיך הרי לא מסר נמלוה מפני שיכול ראובן לומר דכשהיתה ביד לוי היא כבידי דוה הנאתי כשהיא ביד מי שנתתיה לו בסתנה ואין ראובן צריך לשלם ללוי מה שטרף משמעון דבסתנה לא שייך אחריות אא"כ הקנה לו כל שיעבודיו שיש לו על הקרקע או שהתחייב עצמו באחריות:

יב אם היה תנאי מהסתנה והמקבל אומר שנתקיים התנאי והנותן אומר שלא נתקיים אם התנאי היא על פעולה כגון ע"מ שתעשה דבר פלוני או הלך למקום פלוני או תתן לי חפץ פלוני או לדבר שם איש פלוני וביוצא בזה על המקבל להביא ראיה שנתקיים התנאי ואם התנאי היה על מניעת פעולה כגון ע"מ שלא לעשות דבר פלוני ולא לילך ולא לדבר ולא ליתן על הנותן להביא ראיה שנתבטל התנאי והטעם דכל דבר מוקצינן אחזקתו הקדמת ואומרים שנשאר הדבר כמו שהיה מקודם ומי שאומר שנתחדש מכמקרם עליו להביא ראיה שכן הוא ושטר שכתוב בו ע"מ שלא יכול למוכרה את המתנה פירושו הוא שאם יעבור ויסכרנה תתבטל המתנה וחוזרת להנותן ואע"פ שהמכירה בטילה כצר ביטול המתנה וא"כ נאמר דפירושו הוא שלא יסברנה ואם יסברנה תתבטל המכירה אבל המתנה קיימת דא"א לומר כן דאם המתנה קיימת ושלו היא לנמרי למה ההבטל המכירה הרי ביד הארם לעשות בסמונו מה שירצה אלא וודאי דהמתנה בטילה וכ"ש כשכתב ע"מ שלא יסכור [מוי סעי' מ"ו]:

סימן רמב [דין מתנה באונס ומסירת מודעא ומתנתא טמירתא וכו' בעיפים]:

א הנותן כתנה מחמת אונס שאנסוהו ליתן אינה מתנה כמ"ש בסי' ר"ה דבסתנה אם רק ירוע שאנים היה

היה בטלה המתנה גם בלא כסירת מודעא ולא דמי למכר ע"ש ואפילו קבל עליו אחריות נכסים בשטר אינה מתנה כיון שאנסוהו בכך וכן מסירת מודעא מבטלת המתנה אפילו לא ידעינן אם אנוס היה כפי מה שכתוב בהמסירת מודעא שהרי אפילו אם המודעא היא שקר מ"מ כיון שגילה בדעתו שאינו חפץ במתנה הרי היא בטלה ואיך נבוא לאדם ליתן מתנה לפיכך המוסר מודעא על נתינת מתנה כותבין לו העדים את המודעא אף דלא ידעי באונסיה ולא דמי למכר דמכר חשרינן ליה שעתה הוא דחוק למעות ומוכרח למכור ואח"כ כשיחזור לו יוציא המודעא ויבטל המכר לפיכך אין כותבין אא"כ יודעים באונסו אבל במתנה כיון שאינו רוצה בודאי בטלה המתנה ושם נתבאר עוד בזה:

ב ואם מסר מודעא ובטלה אם לא ידעינן באונסיה ובטלה מדעתו שלא באונס הוי ביטול אבל כשמכירין באונסו לא מהני הביטול דהא אפילו בלא מודעא כלל כל שיראינן שאנוס הוא במתנתו אינה מתנה אף בלא מודעא וכן אם ידעינן אפילו שנסתלק אונסו ולא ביטל המודעא אין המתנה כלום אא"כ נסתלק אונסו וביטל את המודעא ולפיכך נהגו לכתוב ביטול מודעות בשטרי מתנות:

ג אמרו חז"ל [כ"ב מ:] כל מתנה בין של בריא ובין של שכ"ם בשלשה ימים הראשונים מחלא שאין דינו כמצוה מחמת מיתה כמ"ש בסי' רנ"ב צריך שתהא גלויה ומפורסמת שיהא נראה שנותנה ברצונו הטוב ולא מביעיא אם אמר להעדים התחבאו וכתבוה דוודאי ניכר לדבריו שאין רצונו בנתינתה ואנוס הוא בזה אלא אפילו אמר להם סתם כתבוה אינה כלום אא"כ אמר להם כתבוה וחתמוה בפרהסיא ויוציא מלשונות אלו שיהא ניכר שנותנה ברצון וב"ש כשבותבים מעורב שנותנה ברצונו ולמה חששו לזה משום דסתם בני אדם אין נותנים מתנות לפיכך חששו שמא יש איזה אונס בזה [כ"ל] ולכן בל ישטר מתנה שאין כתוב בו שנתנה הנותן ברצון או שאמר להעדים שבו בשווקים וברחובות וכתבו מתנה זו גלויה ומפורסמת ויוצא מלשונות אלו חוששין שמא מתנה מסותרת היא ושלא מרצון נכתבה ולא זכה בה המקבל ואפילו אם קנו מהנותן ואפילו תפס המקבל והחזיק בהמתנה מוציאין מידו אם הנותן מערער עליו משום דדיעה שקרא וסוקמין לה בחזקת הנותן ואפילו במתנה ממלטלין אמנם לדעת הרמב"ם בפ"ה מזכיה במטלטל ן כשתפסם אין מוציאין מידו [סנה"ב] אבל קרקע עומדת תמיד בחזקת סרא קמא ואפילו מעון המקבל שנתנם לו במתנה גמורה וצוה לכתוב כן בהשטר והעדים שכתו שלהוכיר זה בשטר אינו מועיל [ע"ן] אא"כ כשהעדים מעידים כן:

ד אם החזיק את המקבל מיד בהמתנה נראה לעין שברצונו נתן לו דאל"כ מי הכריח להחזיקו מעכשיו במתנתו והרי לנו ציון ידוע שום אנוס אלא רחיישינן מפני שלא נכתב בפרהסיא ולכ' אם כתוב בהשטר מתנה לך וחזק בה מעכשיו הו"ל כאלו כתוב בהמתנה בפרהסיא וכן י"א אף בלא מעכשיו ונכתבה בשטר אם ההזיק הנותן את המקבל בהמתנה או אפילו שהמקבל בעצמו החזיק בה בפני הנותן ולא מיחה בו קנה דאינלאי מלתא דלאו למתנה שמירתא איכון ודעתו היה להקניהה בקניין גמור ומה שכתבה בשטר היה לו איזה טעם בזה בכדי שלא יתקנאו בו אחרים וכיוצא בזה דאל"כ למה שתק כשהחזיק בה המקבל וכן היה דן הריב"ח ז"ל:

ה וכן אם לא צוה לכתוב בפרהסיא וצוה לחותמו בפרהסיא בשר ואע"פ שלא צוה ליתנו לו בעידי מסירה בפרהסיא כשר וכן אם צוה ליתנו לו בעידי מסירה בפרהסיא אף שלא צוה לכתוב ולחתום בפרהסיא בשר שהרי עכ"פ יש גילוי דעת שהיא בנפש חפיצה אבל אם לא ציה לחתום או למסור בפרהסיא אע"פ שצוה לכתוב בפרהסיא אינו מועיל דכתיבת השטר אינו כלום והעיקר הוא החתימה או המסירה [כ"מ בקוב]:

ו מצוה מחמת מיתה והייט לאחר ג' ימים מחלא א"צ לומר לכתוב ולחתום בפרהסיא או אפילו לומר שינלו את המתנה אלא אפילו כתובה סתם אין חוששין לה שמא ממותרת היא דכשאדם חושב במיתתו אינו עושה מעשה ערמומית מפני פחד או איזה טעם שהוא וכל דכריו נאמרים באמת וכן שב"ם קודם ג' ימים כשאמר לא תגלו מתנה זו אלא לאחר מיתה ה"ז מתנה קיימת שהרי בעת שזקפה אותה והיתו לאחר מותו צוה לגלות וכ"ש במצוה מחמת מיתה מפרש ודרך בני אדם כן הוא כשנותנים במתנת שב"ם אין רצונם שיוודע בין החיים עד אחרי מותם כדי שלא יערערו עליהם מי שהוא בחייהם:

ז אם נכתב בהשטר מתנה שהנותן צוה לנו לכתוב בכל לשון של זכות בתקון הכשרים א"צ יותר אבל אם לא נכתב בתקון הכשרים אינו מועיל [כ"ו בכס למכ"ן] מיהו אם כתוב בו שהרי לש נות של יפוי כח המורה על רצונו וודאי דמועיל:

ח אע"ג שנתבאר דגם מתמא אינו מועיל כשלא נכתב בפירוש שצוה לחתום או למסור בפרהסיא מ"מ י"א דהאידנא לא חיישינן למתמא משום דנהיגי למיכתב בכל שטרי מתנתא לשנות של פרהסיא ולכן כשמצוה לכתוב שטר מתנה סתם דעתו שיכתובו כמנהג הסופרים והוה כאלו אמר כתבוה וחתמוה בפרהסיא ום"ם לכתחלה טוב לפרש בהדיא ונראה שאם צוה לחשדים לכתוב שדשות ביד המקבל לעשות קיום ב"ד או לקיימה בערכאות או שהוא עצמו בתב לו כן אין לך פרסום גדול מזה:

אבל

ס אבל כשצוה מפורש לכתוב ולחתום את המתנה בסתר גם האידנא אינה כלום וכך אמרו חז"ל דמתנתא מסירתא אינה אפילו כמודעא לבטל מתנה גלויה שלאחריה כיצד נתן שדהו לאחד במתנה מסירתא ואח"כ נתן אותה שדה לאחר במתנה גלויה השני קנה ולא אמרינן כיון שנתן אותה שדה בקידם במתנה מסירתא הרי גילה דעתו שאינו חפץ ליתנה ומסתמא יש לו איזה אונס שמוכרח ליתנה שלא מרצונו א"כ תיהוי חראשונה גילוי דעת להשנייה שאנוס הוא ולא יקנה לא זה ולא זה דאינו כן ואדרבא אמרינן דלהראשון לא רצה ליתנה ולהשני רצה ולכן נתנה לו בפרהסיא בד"א כשאין כאן הוכחה אחרת שהיה דעתו לבטל השנייה אבל אם יש כאן הוכחה אחרת שחיזן במילות והוי הראשונה כמודעא להשנייה:

י כיצד כמעשה שהיה באחד שחפץ לישא אשה פלונית ולא רצתה להנשא לו עד שיכתוב לה כל נכסיו וכששמע בנו הגדול בא לפני אביו וצווה לפניו על רצונו לכתיב לה כל נכסיו ואמר האב לעדים לכו והחביאו עצמיכם וכתבו לבני כל נכסי במתנה ואח"כ כתב להאשה כל נכסיו במתנה גלויה ופפורסמת ובא המעשה לפני חכמים ואמרו ששניהם אינם קנים הבן מפני שהיתה מתנתא מסירתא והאשה לא קנתה מפני שהדברים מוכיחים דשלא ברצונו כתב לה ובאנים הוא שהרי מתנת הבן אף שלא קנה מ"מ הוא נגולי דעת שאין ברצונו ליתן לה שהרי לתכלית זה צוה להעדים לכתוב לו ואין לשאול למה לו טעם על ביטול מתנתה מפני גילוי דעת של מתנת הבן הא בלא"ה ידעינן באונסו דאינו נותן לה אלא מפני שלא רצתה להנשא לו בלעדי המתנה דבאמת אין זה אונס דאונס לא מקרי אלא כשהוא אנוס מאחרים כגון שכופין אותו ע"פ איזה עניין אבל במה שהוא אנוס מרצון נפשו ואלמלי לא רצה למלאות תאותו לא היה מוכרח ליתן לה ולכן בלא מודעא לא היה אפשר לבטל מתנתה ורק מתנת הבן שהוא גילוי דעת מפורש הוה ככמידה מודעא למתנתה של האשה ובטילה המתנה אא"כ יבטל המודעא כמ"ש בסי' ר"ה ואף שיש מהגדולים דס"ל דגם בלא מתנת הבן בטלה מתנתה מפני שרואין אונסו שמוכרח לזה מפני רצונו לישאנה אין הלכה כן וכן המכיסו רבותינו בעלי חש"ע דכל אונס שבא ע"פ רצון נפשו אין זה אונס בלא מסירת מודעא:

סימן רמג [המזכה מתנה ע"י אחר ורוצה לחזור בו וזכייה לקטן וכו' כ"ה סעיפים]:

א המזכה לחבירו מתנה ע"י אחר כיון שזה האחר החזיק בהמתנה בעד המקבל או שהמתנה היתה בשטר וסתר הנותן את השטר ליד האחר וזכה בו בשביל המקבל זכה המקבל ואין הנותן יכול לחזור בו דזכין לאדם שלא בפניו ויד המקבל על העליונה אם רוצה מקבלה ואם אינו רוצה חוזרת להנותן וחזוקא כשמיחה מיד אבל אם מיד כששמע שהק ולאחר זמן אפר שאינו רוצה בהמתנה יש בזה דין אחר ויהבאר בסי' רמ"ה בס"ד והוזכה נעשה כשלוחו של המקבל ויכול המקבל להוציא את המתנה מיד הנותן אם הקניין של הוזכה לא היתה ע"י משיכה רק בקניין אחר והמתנה היא עדיין ברשות הנותן אף שלא היה המקבל בעת הקניין ואין הנותן יכול לוסר לו לאו בע"ד דידי את דהמקבל אומר לו דהזכה נעשה כשלוחי וכן אם נדר לגבאי צדקה ליתן כך וכך לצורך עניים והגבאי היתה כוונתו לצורך עני פלוני יכול זה העני להוציא מהגובר אע"פ שלא ידע כלל בעת שנדר להגבאי [מ"ז] דהגבאי נעשה כשלוחו:

ב בד"א כשאמר הנותן זכה במתנה זו לפלוני או בעד פלוני אבל אם א"ל הולך לפלוני מנה זה יכול לחזור בו כל זמן שלא הגיע ליד המקבל דבמתנה הולך לא מכי דשי ולא דמי להלואה ופקדון דכי"ל בסי' קכ"ה דכזבי דמי משום שהוא מחויב ליתנם אבל מתנה כשאמר הולך היתה כוונתו שזכה המקבל משתבא לידו דווקא וכן אם אמר תן מתנה זו לפלוני לא הוה כזבי ולדעת הרמב"ם הוה תן כזבי גם בסתנה כמ"ש שם וגם אי לא הוה מכי מ"מ אם היא מתנה מומנת יש בזה משום מחוסרי אמנה כשאינו מקיים כמ"ש בסי' ר"ד ואם המקבל עני זכה בה אפילו במתנה מרובה מדין נדר כמ"ש ביו"ד בסי' רנ"ח ולא עוד אלא אפילו אם חוא בעצמו לא נתן אלא שהסכים על המתנה כמעשה שהיה באשת שחלתה ונתנה מתנה בשעת חליה ובעלה נתרצה בלא הפצרתה ואח"כ רצה לחזור בו ופסקו חכמים דאינו יכול לחזור בו כיון שהמתנה היתה לעני אבל אם נתנה מתנה לעשיר יכול לחזור בו אח"כ מפני שיכול לוסר סה שנתרצה בשעת מעשה מפני שלא רצה לצערה בחליה אבל בעני אולינן לחומרא דשמא הסכים באמת ומתנה לעני כשלא נתנה עדיין בפועל אלא הבטיחה ליתן והבעל שחק ג"כ יכול לוסר דזה ששחק הוא מפני שלא חשש למחות בה כיון שלא נתנה עדיין [כ"מ מרמ"ה] ועוד נ"ל דאם נתנה מתנה לעשיר בבריאותה והבעל שחק אינו יכול אח"כ לחזור בו דאם לא הסכים למה לא מיחה בה כיון שהיא בריאה לא ש"ך לוסר שלא רצה לאשרה ובאה"ע סי' צ' לא משמע כן:

בנדר

ג בנדר ושבועה שנדר או נשבע ליתן מתנה לפלוני ואח"כ אמר לאחד הולך או תן מתנה זו לפלוני הוה כיוכי דכיון שאינו יכול לחזור בו מפני הנדר או השבועה דינו כהלואה ופקדון וה"כ דינו כשבועה [מק"ח]:

ד אפילו אם א"ל זכי לפלוני אינו קונה אא"כ המתנה היא ברשות הזוכה אבל אם אינה ברשותו דברים בעלמא אינו קנין אא"כ היה קנין סודר או חזקה בקרקע וכיוצא בשא"ל זכי בשביל פלוני אפילו אין החפץ עתה ברשות הזוכה ס"מ לכשיבא לרשותו זכה בשבילו אם הנותן לא יחזור בו קודם שתבא לרשותו דכיון דצוה לו לזכות בשבילו הוי שלוחו לזכות בשביל פלוני לכשתבא לרשותו ואז זוכה רשותו לאותו פלוני ויש מי שאומר שמ"ם ברשות הנותן צריכה להיות בשעה שא"ל זכי לפלוני דאל"כ הוי כדבר שלב"ל ולא גזירא דהא גם בדבר שלב"ל יכול לומר לו כשתבא לעולם תזכה לפלוני אם לא מטעם דכל מילתא דלא כצי עביד לא מצי משוי שליח ותלוי בהדיעות שבארנו בסי' קפ"ב סעי' ד' ואפילו לפי זה כשלא היה ברשות הנותן וקבל הזוכה בקניין שיזכה לפלוני כשתבא לרשות הזוכה אם קדם ותפסה קודם שיחזר בו הנותן זכה כמ"ש בסי' ר"ם לענין דבר שלב"ל דמהני תפיסה בכה"ג [פ"ז] וי"א דזה שמהני זכייה כשהמתנה היא ברשות הזוכה זהו דווקא כשבעת הזכייה נבנסה לרשות הזוכה אבל אם היתה מקודם ברשותו לא מהני מה שא"ל זכה לפלוני דאינו ניכר בזכייתו עתה אבל בשזיכא ביד הזוכה מועיל גם אם מקודם היתה בידו דכשהיא בידו ממש מינכרא זכייתו גם בכה"ג ונתבאר בסי' קכ"ה ולכן לדיעה זו אם אינה בידו ממש וברשותו היתה מקודם יקניהו לו עתה בק"ם או ימלנה בידיו:

ה כשאמר לאחד זכה לראובן וזכה בעדו אם נתוודע שבעת הזכייה לא היה ראובן בחיים תחזור המתנה להנותן ואין יורשי ראובן זוכים בה דלו נתן ולא ליורשיו ובהולך לפלוני ומת נתבאר בסי' קכ"ה ע"ש: ו אסר לשנים זכו בשדה זו לפלוני ובתבו שטר עליו והחזיקו בהשדה בחזקה לקנותה לפלוני אע"פ שאין הנותן יכול לחזור בו בהמתנה עצמה ס"ם בהשטר יכול לחזור בו ואפ"ה אם כתבוהו ס"ם כל זמן שלא בא ליד המקבל יכול לחזור בו ולומר לא ניחא לי בהשטר שלא יאמרו הבריות שיש עלי ריבוי שטרות ויזלו נכסיי ואפילו הקנה בק"ם את השדה ומתם קנין לבתיבה עומד זהו שיכולים העדים למחוב גם בלא שאלת פיו כל זמן שלא מיחה אבל זה ונראי דיכול למחות דבמאי קנה את השטר שלא יהיה ביכולתו למחות בו ואף אם קנו ממנו על כתיבת השטר הוי קנין דברים דכתיבה אין בה ממש שהקנין תחול על זה [סמ"ע]:

ז בר"א שמהמתנה איני יכול לחזור בו שלא תלה המתנה בהשטר אבל אם אמר להם זכו לפלוני בשדה זו ע"ם שתכתבו לו את השטר אע"פ שעשו חזקה בהשדה וגם קבל בק"ם יכול לחזור בו מהשטר ותתבטל גם המתנה ואפילו כתבו את השטר כל זמן שלא מסרוהו ליד המקבל אם מיחה בהם מלמסור לו בטלה גם המתנה וזה שאמר ע"ם שתכתבו לו היתה הבוונה לכתוב ולמסור דכתיבה בלא מסירה לידו אינו כלום וכיון שחזר מהמסירה לידו והוא תלה בזה המתנה בטלה המתנה ממילא וכן בתנאי אחר כגון ע"ם שהתנו לו מאתים זוז וכיוצא בזה כל זמן שעדיין לא נהקיים התנאי וחזר בו בטלה המתנה ואין לומר כיון שאין התנאי תלוי ביד הנותן אלא ביד העדים יקיימו התנאי בעל כרחו של הנותן בשלמא בעל מנת שהתבתבו לו את השטר דכתיבת שטר צריך שליחות וכיון שמבטל השליחות מהשטר ממילא דהמתנה ג"כ בטלה אבל תנאי דתתנו לו מאתים זוז יתנו להמקבל מאתים זוז בע"כ של הנותן ותתקיים המתנה די"ל דוודאי אם התנאי היה לטובת הנותן כגון ע"ם ליתן להנותן מאתים זוז וודאי שיכלו לעשות כן אבל תנאי שלטובת המקבל אינו תנאי לגבי המקבל שיהיה יכולת בידו לעשות בע"כ כשהתנתו הנותן דתנאי שהאתר מתנה לטובת חבירו הוי פטומי מילי בעלמא כמ"ש בסי' ר"ז ואין לומר אדרבא כיון שהוא פטומי מילי בטל התנאי והמעשה קיים דאינו כן דלטובת הנותן אינו פטומי מילי ואמרינן דה"ק שלא תנסור המתנה עד שיתנו לו המאתים זוז ושלא יתחה בהם [רמ"ם פ"ט דב"ב סי' ס'] ואע"ג דתנאי שבתחלת הקניין לא הוי פטומי מילי אף שהאחד התנה לטובת חבירו כמ"ש שם סעי' י' זהו בסבר דאמרינן דאף שהמוכר התנה טובת הלוקח ס"ם הרי הלוקח לא ירד אלא על התנאי זה אבל במתנה כשהנותן מתנה לטובת המקבל אף בהחלת הדבר הוי פטומי מילי שהרי אין העניין תלוי רק בהנותן [ג"ל] וכן אין המקבל יכול לומר הריני כאלו התקבלתי כמו בקדושין באהע"ז סי' ל"ח דהרי לכן התנה הנותן כן כדי שיהיה יכול לחזור בו [ר"ן פ"ק דקדושין] והוה כאלו אמר ע"ם שלא אמחה [ממק"י ב"ב סס] ואם אמר בלשון זה ע"ם שאחרצה בכתיבת השטר אין גבול לדבר דכל זמן שיתרצה יתקיים המתנה למפרע דכל האומר ע"ם כאומר מעכשיו דמי ולכן מניחין הפירות ביד שליש ולבשיתרצה מוסרין הפירות להמקבל [סס] ואפילו מיחה סלכתוב לא נתבטלה המתנה דאם יתרצה אח"כ תחול למפרע אבל כשאמר ע"ם שהכתבו מיד כשמיחה נתבטלה המתנה דזהו כמו שאמר ע"ם שלא אמחה [סס] ובה"ג בשארי מיני תנאים:

ח ומעשה באיש ואשה שעשו קנין שישאו זא"ו ועשו קנם ביניהם על כל מי שיחזור בדרך שידוכין ואמרו ע"ם

ע"ם שיכתבו השטרות ואח"כ חזר אחד מהם קודם כתיבת השטרות ומחה בכתיבתם פסק הרא"ש ז"ל דנתבטל הקניין הואיל שאמרו ע"ם שיכתבו השטרות וכיון דבשטר צריך שליחות ואחד מהם ביטל השליחות תם תלו הקניין בהשטרות ממילא דנתבטל הקניין והחזור פשוט מהקנס ואפילו נכתבו השטרות כל זמן שלא נכסרו להצדדים יכולים לחזור כמו שנתבאר ודווקא שעשו קניין על הקנס נ"ב והקניין חל כם"ש בסי' ר"ז סעי' כ"ה אבל אם הקניין היה רק על הנשואים בלבד גם בלא זה אין הקניין חל דהוי קניין דברים [סמ"ע] ויש מי שחולק בזה דנשואין אינו קניין דברים [ט"ז] וכן עיקר דחיזב נשואין הוי שיעבוד הגוף שהוא כתחיוב א"ע במזונותיה ובלבושה והיא משעברת גופה לטלאבה ולא גרע מקניין על שכירות הגוף וכן משמע מרבינו הרמ"א בסעי' ז' ע"ש:

ט יש מרבותינו שסוכר דדווקא בשטר כתנה יכול למחות מלכתוב שטר אבל במכר אינו יכול למחות מלכתוב [ר"ם סס בשם] ורבים חולקים בזה דגם במכר כשמכר שדהו ואמר לשנים זכו לו בשדה זו וכתבו לו שטר והחזיקו בשדה או שהיה קניין כסף יכול למחות מלכתוב שטר מכירה אמנם גם הלוקח יכול לחזור בו ולומר לא קניתיה אלא ע"מ שתכתוב לי את השטר וגם דעת הרמב"ם בפ"ו ממכירה נראה כן ואפילו קנו מידו על השטר קניין דברים הוא ויכול לחזור בו ואע"ג דבמכר יש שיעבוד נכסים ה"ם כשהקניין היה ע"י השטר שבשטר הזה נשתעבדו נכסיו אבל אם הקניין היה ע"י דבר אחר הרי כבר נשתעבדו נכסיו ע"י הקניין והקניין על כתיבת השטר נשאר בקניין דברים בעלמא ולכן אם לא היה קניין אחר והקנו מידו על כתיבת השטר למכירת השדה אינו יכול לחזור בו [כ"מ בשם וכמ"ע סקי"ט]:

י ואע"פ שהמוכר יכול לחזור בו מכתיבת השטר ם"ם חייב באחריותה אם טרפוה מהלוקח בעדו ודווקא מבני חורין אבל ממשעבדי אינו טורף הואיל שמיחה בהשטר ואע"ג דבסי' ל"ט נתבאר דבקניין לחוד גובה ממשעבדי ובמכר גם בעדים בלבר גובה ממשעבדי ה"ם כשאינו מוחה בהשטר דאז אמרינן סתם קניין לכתיבה עומד ועידי הקניין כשקו לקלא אבל כשמוחה בהם בלבותוב כדי שלא יצא הקול ממילא גם העדים נזהרים מלהוציא הקול ולא ידעו הלקיחות להזהר ולכן אינו טורף מהם אבל בסהנה לא שייך שיעבוד כלל אפילו מבני חורין דאין אחריות במתנה אמנם אם התחייב באחריות דינה כמכר [סמ"ע] וי"א דבמכר גובה ממשעבדי אף כשמיחה בהשטר [כנ"ת]:

יא יש מי שאומר דזה שחזר בשטר היינו דווקא כשאומר לאחרים זכו לפלוני אבל אם אמר ללוקח או למקבל עצמו זכה ואכתוב לך שטר אינו יכול לחזור מלכתוב את השטר דכל שסוכה להב"ד בעצמו יודע המוכה שכוונת הוכה עצמו הוא על השטר ואמרינן דסמתמא גם כוונת המוכה היתה כן אבל כשמוכה ע"י אחר אין האחר משים לב כל כך שיזהה דעתו על השטר ולכן גם המוכה אין כוונתו בדווקא [סמ"ג]:

יב אפילו אמר כתבו וזכו לו בשטר יכול לחזור בהשטר ולא אמרינן כיון שצוה להם לזכות בהשטר מיד שכתבוהו זכו בו בעד המקבל ומה נשתנה השטר מהשדה עצמה די"ל דהשדה היתה בעולם כשצוה להם לזכות בעדו אבל השטר לא היה אז בעולם ואין אדם מקנה דבר שלב"ל [מור] וי"א שכיון שנכתב זכו לו ואינו יכול לחזור בו כמ: שאשה ביכולתה לעשות שליח לקבלה על הגט ומשקבל השליח את הגט נהגרשה ואין הבעל יכול לחזור בו אע"ג דבשעה שעשאתו שליח עדיין לא נכתב הגט [סנ"ח] אבל אם לא אמר להם זכו לו יכול לחזור בו אע"פ שנכתב השטר כל זמן שלא בא ליד המקבל כם"ש:

יג שטר שכתוב בו שנתן קרקע לפלוני בקניין אע"פ שלא בא שטר זה ליד המקבל אלא לאחר מיתת נותן קנה ולא אמרינן אין שטר לאחר מיתה דזהו אם לא היה כתוב קניין בהשטר והקניין הוא ע"י השטר וודאי דאין שטר לאחר מיתת אבל כשכתוב בו קניין זכה המקבל בה משעת הקניין והשטר הוא לראיה בעלמא דזכין לאדם שלא בפניו ואף אם החזר השטר ליד הנותן לא נתבטלה המתנה [מור] כם"ש בסי' רמ"ה ולכן מי ששת ונמצא אצלו מופקד שטר מתנה שנתן ראובן קרקע פלונית לשמעון וראובן מת אם אין כתוב קניין בשטר יחזרו ליורשי הנותן ואף שיש להסתפק שמא כבר בא השטר ליד המקבל והמקבל הפקידו אצלו ס"ם כיון דאין ראיה לזה מוקמינן המתנה בחזקת הנותן ואף אם המקבל מוען כן אינו נאמן בלא ראיה אבל כשיש בו קניין נותנין אותו להמקבל ואם היורשים מוענים שהיה איזה תנאי ולא נתקיים התנאי אין נאמנים בלא ראיה אם לא שיש הוכחה שכן היא כגון ששטר זה קשור או מיוך בשארי שטרות המיוחדין להנותן דאז אף אם אינם מוענים הב"ד מוענים בעדם דמוענים ליורשים ועם"ש בסי' ס"ה [עסמ"ע וכנ"ת] וכן אם הנותן בחיים ויש קניין בהשטר והנותן מוען שהיה תנאי ולא נתקיים אם יש לו מינו כגון שהשטר לא הוחזק קודם לכן והיה בידו נאמן במינו ואם השטר הוחזק קודם נב"ד או בעדים ומינו למפרע לא אמרינן אינו נאמן [ט"ז] וכן כשאינו ת"ל אינו נאמן:

יד וי"א דזה שנתבאר דבשטר שאין בו קניין יחזרו ליורשי נותן זהו דווקא כשידוע שבא מיד הנותן כגון שנמצא קשור עם שארי שטרות של הנותן אבל כשאין ידוע מהיכן בא אין מחזירין לא לזה ולא לזה כבשטר הנמצא שבסי' ס"ה ובשטר שיש בו קניין או בשידוע

כשידוע שבא מהגוזלן לא יחזור לא לזה ולא לזה דתרשינן שמא היה הנאי ולא נהקים אם לא שידוע בעדים שחקנה בסתם ואם אין ידוע שבא מהגוזלן מחזירין איתו להסקבל [ס"ך]:

סך אין אדם זוכה במתנה לחבירו עד שיהא הזוכה גדול ובן דעת ואחד איש ואחר אשה הזוכה איש או עבד ושפחה אבל העכו"ם אינו זוכה לאחר דאינו בר שליחות וזכייה הוא מטעם שליחות דהזוכה נחשב כשלוחו של מי שזכה בעדו ובן הישראל זוכה לו כמו שאינו נעשה לו שליח כמ"ש בסי' קפ"ב ואפילו מאן דלא ס"ל דזכייה הוא מטעם שליחות כמ"ש בסי' רל"ה סעי' ח' מ"מ הזוכה ומי שזוכין בעדו צריכין מהיות ראוי לשליחות דבלא זה אין לו כח לזכות ומאי דזכין לקטן בן יום אחד והו מתקיהא דרבנן כדי שיהיה יכולת לזכות בעבורו ובקטן תקנו משום דאתי לכלל שליחות כשינדל [ב"מ ע"ב.] וי"א דעכו"ם לעכו"ם אית ליה שליחות [ס"ך] וכבר באדנו בסי' קפ"ח שיש חולקין בזה ושכן כפושט בירושלמי ע"ש הה שאמרנו דאשת איש יש לה זכייה והו דווקא מאחרים אבל לא מבעלה דידה בידו ולא יצא מרשותו כלל אא"כ נתן לה ולאחר ביחד ונתן המתנה לידה דאז מינו דזכי לנפשה זכתה נמי גם לאחרים וכן עבד ושפחה אין להם יד לזכות בעד אחד מרבם משום דידם כיד רבם ולא יצא מרשותו כלל:

סך אמרו רז"ל [גיטין ס"ה י'] דקטן שהגיע לקצת דעת דכשנותנים לו צרור ורקו וכשנותנים לו אגוז שהוא ג"כ מבחוץ בצרור נותלו ומבין שיש בתוכו מאכל זוכה לעצמו ויש לו יד לזכות בעצמו אבל אין לו יד לזכות לאחרים עד שינדל ולא קודם אף שהוא בר דעת שכשנותנים לו חפץ מחזירו לאחר שעה ס"ם אינו זוכה לאחרים [ולפ"ז כי"מ סם ס"ב.] וכשהוא פחות משיעור צרור וורקו אגוז ונותלו אין לו יד כלל אף לעצמו והנותן לידו כמטיל לאשפה וזה שנתבאר בסי' רל"ה דפעוטות מקחן מקח ומסברן מסבר בסטלמליו אלמא דיש להם יד גם לזכות לאחרים זהו מתקנת חכמים משום כרי חייו כמ"ש שם ושיעור זה דאגוז ונותלו הוא קודם לפעוטות [שם] וכיון דקטן שלא הגיע לשיעור זה אין לו זכייה כלל בעצמו לכן תקנו חכמים שאחר יכול לזכות בעדו [תוס' ב"ב קנ"ו:] וזה שאינו זוכה לאחרים היינו במילי דאורייתא אבל במילי דרבנן כמו בעירוב מזכין על ידו כמ"ש בא"ח סי' שס"ו וכן במעשר שני דרבנן [שם]:

ין הרבה מרבותינו הסכימו דזה שאמרו חז"ל דבשיעור אגוז ונותלו זוכה לעצמו אין זה מתקנת חכמים אלא מן התורה יש לו יד לזכות כשהגיע לשיעור הזה אך זהו דווקא בשיש דעת אחרת מקנה לו ולכן על ידי שהאחר מקנה לו יש לו יד לזכות בעצמו מן התורה אבל בלא דעת אחרת כגון שמצא מציאה אין לו יד לזכות ולכן נתבאר במי' ע"ר דמציאה תרש שופה וקטן אין בהן גזל רק מפני דרכי שלום ואחר מרבותינו חולק על זה וס"ל דגם בדליכא דעת אחרת זוכה מן התורה ומאי דבמציאה אין בה רק דרכי שלום זה בקטן שלא הגיע לשיעור הזה ומביא ראיה מירושלמי [ס"ך] ויש שהשיגו על דבריו וכתבו דבע"ב הירושלמי חולק על הש"ס שלנו וקי"ל בש"ס דילן אמנם האמת הוא דבירושלמי עצמו יש בזה מחלוקת בין חכמי בבל להכמי א"י דחכמי בבל סברי דיש לו יד לקטן לזכות מן התורה ולזכות לאחרים נחלקו בכש"ס דילן וחכמי א"י סברי דאין לקטן שום זכייה עד שיביא שתי שערות דאמ' שם לעולם אין נזילו גזל נמור עד שיביא ש"ש [פ"ך למע"ס סל' נ'] ועוד אומר שם דלב"ע אין הקטן יכול ליתן מתנה מן התורה דכתיב כי יתן איש עד מוכח שם שזה שלחכמי בבל יש לו יד לקטן לזכות מן התורה והו כשהגיע לזמן שנותנים לו חפץ ום זורו לאחר שעה אבל לזמן אגוז ונותלו אומר שם דאינו אלא מפני דרכי שלום וקורם לזה כמטיל באשפה ובזה חולק אש"ס דילן ואף שלבאורא מיכח מהירושלמי שאין חילוק בין דעת אחרת מקנה למציאה אמנם הירושלמי הזה הובא גם בגיטין פ"ה לענין מציאה ולכי תידוק מוכח אדרבא כדברי רבותינו שיש חילוק בין דעת אחרת מקנה למציאה [דבגיטין שם מן סוב פירום מס שמקשה על מכמי ס"י ומ"ד לכ"ם בשטיות מ"ב ס"ם לכ"ע דממילא גם מכמי בבל מודים מ"ב ס"ם לכ"ע דממילא קשה כסוגיא דמעיה ולישנא קיימא נקט כדרך הירושלמי וו"ק] ולכן לדינא העיקר דיש חילוק בין דעת אחרת מקנה לאין דעת אחרת ובכ"ש רבותינו בעלי הש"ע ונקצת משטע כן גם מרמב"ם פ"ר מזכייה דין ז' [סס"ם] ויש מי שאומר דבפחות משיעור דאגוז ונותלו אין במציאתו שום גזל אף מצי דרכי שלום [סס"ם] ולא נראה כן דהש"ס והפוסקים כתבו סתם קטן משמע דבכל קטן מירוקן והירושלמי שאמר דהוא כמטיל לאשפה לא אמר רק על הנותן לו אבל במציאה אמרו חז"ל המעם שמפני שבשעה שמוציאה מריצה אצל אביו ווה שייך בכל קטן ואולי דבפחות משיעור זה אין בו דעת להריצה לאביו וצ"ע לדינא:

יח זכין לקטן אפילו בן יום אחד ותקנת חכמים הוא כדי שמי שירצה לזכות לו ובעצמו אין לו יד שיהא אחר יכול לזכות בעדו וכן זכין לגדול אף שיש לו יד בעצמו מ"ם גם אחר זוכה בשבילו וזכין בין בפניו בין שלא בפניו דכלל גדול הוא זכין לאדם שלא בפניו ואין אומרים שמא זה האיש שבשבילו זוכין הוא שונא סתנות ואין זה זכות לו דהולכין אחר רוב בני אדם ועור דבכל זכות וחובה הולכין אחר רוב הזכות שבדבר אע"פ שיש בעניין הזה גם סיעום חובה וכן להיפך [כ"מ מסוס' ניסין י"ב. ל"ס עכנת] והשופה אינו

זוכה לעצמו וכ"ש לאחרים אפילו ברעת אחרת מקנה אותו דאין לו דעת כלל והוא בקטן שאינו מגיע עדיין לאונו ונשלו אבל המוכה לשוטה ע"י בן דעת זכה ולא גרע מתינוק בן יומו אבל אם זיכו לו ע"י קטן או חרש אינו זוכה דאין זוכין לאחרים והחרש זוכה לעצמו ולא לאחרים דהוא בקטן שהגיע לאונו וגושלו ולכן כשדעת אחרת מקנה לחרש זוכה מן התורה ובמציאה זוכה מפני דרכי שלום וכן השוטה זוכה במציאה מטעם זה כס"ב בסי' ע"ד [ומהרם רפיס למ"ם בסימן י"ז ולש"ך] ויש מי שאומר דאין זכין לשוטה אא"כ הוא עיתים חלים ועיתים שוטה דאז זכין לו גם בשעת שטיותו והוא כקטן שיבא לכלל דעת אבל מי שהוא שוטה תמיד אין זכין לו [קס"ם] ולא משמע כן מכל הפוסקים ואדרבא מרכתב המור שזכין לשוטה אפילו בן יומו קנה והרי כשהוא בן יומו אינו ידוע שיהא עיתים חלים [ומחק לומר דקרי רק למקן וגם מרחיות סה"מ בפ"ד מזכיה מיבמות ק"נ ממש לסדיא כן וחו"ק] וקטן שמוכה לגדול ע"י גדול אינו זוכה דאע"ג דהגדול נעשה כשלוחו של גדול מ"ם הא צריך להיות גם שלוחו של המוכה דא"א לזכות לחבירו אא"כ נעשה שלוחו של בעל המטן וקטן אינו עושה שליח [מה"ת ועמוס כ"מ ע"ש: ד"ה כשלמה] וגם עכרים שזוכה לישראל ע"י ישראל אינו כדועיל [נקי"מ] ודע דבירושלמי פאה פ"ד משמע שאין אדם יכול לזכות לחבירו אלא כשהזכה יכול לזכות בו גם בשביל עצמו ולפ"ז אין יכול ישראל לזכות בעד כהן מתנות כהונה ובש"ם דילן מבואר להדיא ההיפך [סס] אפנם גם מסקנת הירושלמי לא כן הוא ע"ש ומזה שנתבאר דברעת אחרת מקנה לקטן זוכה מדאורייתא למדנו שיכול ליתן לכהן קטן פדיון הבן וכן שארי מתנות כהונה [סס] ויש שלמדו מסה שנתבאר דזכין לאדם שלא בפניו שרשאי המשרתת להפריש חלה מעיסת בעלת הבית כשאינה שעה זו בביהה או שישנה ואינה ניעורה וכ"כ רבינו הרמ"א ביו"ד סי' שכ"ח ויש חולקין בזה דאולי רצונה לעשות המצוה בעצמה ותפריש לאחר אפיה ואף דלכתחלה מצוה להפריש מן העיסה מ"ם מוטב לה לדפריש בעצמה מלחם אפוי משהפריש שלוחה בעיסתה דמצוה בו יותר מבשלוחו [קס"ם] וכן משמע מרבותינו בעלי התוס' [מזר י"ב.] וזכות לא מקרי אלא כשזכה באיזה דבר ע"י זה אבל לא כשהמצוה תיעשה ע"י אחרים סידהו אם הבעלת הבית תתמהמה ויכול להיות שיאבלו מבני הבית בלא חלה וודאי דזכות הוא לה ומפרישין בלעדה ואע"ג דקרי"ל חלת חו"ל אוכל והולך ואח"כ ספריש מ"ם אין למחוך על זה לכתחלה ואולי גם כוונת רבינו תרמ"א בבה"ג ובי"ד סי' ש"ה נתבאר שיש שלמדו מזה דזכין לקטן שבבור קטן שמא אביו יבולין ב"ד לפרותו דזכות הוא לו ויש חולקין בזה מיהו במעותיו של הקטן נראה דאינו טועיל דבשלמא כשמזכים לו

מעות זכין לו אבל במעות עצמו אין זה זכות דבעצמו יקיים המצוה כשינדל [קל"ח] וכן נראה עיקר:

יח יש מי שאומר שאין קניין לקטן אלא בממלטלין והגיע לידו אבל ק"ס או קניין אג"ק או קניין שטר לא תקנו לקטן וכן בפעומות בסי' רל"ה דמקחן מקח אינו אלא בקניין זה דקניין אחר אין בקטן דעת להבין ולכן מי שמתחייב לקטן בשטר או בק"ס או אג"ק כיון שאין אותו הדבר ה"י הקטן אינו זוכה אא"כ זיכהו ע"י אחר [נס"ם]:

יט חצירו של אדם קונה לו כידו וקונה לו אפילו שלא מדעתו ואע"פ שאינו עומד שם דכיון שהגיע המתנה לחצירו כאלו זכה בה בידו בד"א בחצר המשתמרת אבל בחצר שאינה משתמרת כמו שדהו וחורבתו או חצר שאינו מוקף אינו קונה עד שיהיה עומר בצדה ויאמר זכותה לי רשותי ועמ"ש בסי' רס"ח וי"א דבסכר ומתנה כיון שיש דעת אחרת מקנה אותו א"צ שיהא משומר לדעת המקבל ודי שיהיה משומר לדעת המוכר או הנותן כמ"ש בסי' ד' ע"ש:

כא וכן תקנו חכמים שד' אמות של אדם שהוא עומד בצדן קונין לו כחצירו ולא תקנו זה אלא בסיממא או בצדי רה"ר או בהצר שאין לו בעלים אבל ברה"ר או בשדה חבירו אינו קונה עד שהגיע מהנה לידו והטעם משום דברה"ר שרבים מצויים שם כל ד' אמות של זה נכנם בתוך של זה וא"א לברר של כי הם וכ"ש ברשות חבירו לא שייך להקן שיהיו כשלו וי"א דד' אמות אינו קונה רק במציאה שתקנו כדי שלא יבא לידי מחלוקת כשאחד יעמוד אצלה ויבא אחר ויקחנה אבל במתנה ובמקח דלא שייך טעם זה לא תקנו זה הקניין וכן בגניבה אין הגנב קונה ע"פ ד"א [ס"ך] ולדינא העיקר כדיעה ראשונה כמ"ש שם סעי' ח':

כב אמרו חז"ל [ב"מ י"ב.] דחצירו של אדם קונה או מטעם יד או מטעם שליחות דחצר לא נרע משלוחו ועוד דרשו חו"ל דחצר דאשה ילפינן מידה דמרבתה התורה חצר בנט שהנותן נט בחצידה כאלו נתנה בידה ש"ט דחצירה משום ירה איתרבאי אבל חצר דאיש הוא מטעם שליחות דאין פסיק עליו שתהא בידו לפיכך קטנה כמו שירדה זכתה לה כמו כן חצירה וארבע אמות שלה זוכין לה אבל הקטן כשם שאינו עושה שליח כמו אין החצר ור"א זוכין לו עד שהגיע מתנה לידו או שיזכה בו אחר למענו וי"א כיון דחצר דקטנה מנט ילפינן לה אין לקטנה חצר אלא כשאין לה אב או שכבר נשאת דאז יש לה יד לקבל גיטה אבל ביש לה אב וקודם נשואין דאין לה יד לקבל הנט ורק אביה מקבל גיטה גם דין חצר אין לה ויש חולקין בזה דחרבה מהפוסקים ס"ל דגם לעניין נט יש לה יד כמ"ש באה"ע סי' קמ"א ועוד אפילו להסוברים דאינה מקבלת גיטה אינו משום דאין לה יד אלא

משום

משום דבקדושין זכתה התורה לאב כמו שכתוב את בתי נתתי לאיש ואיהקש יציאה להויה אבל אין זה ענין לדיני טמונות [ס"ך] וי"א דכשהיא סמוכה על שולחן אביה דאז זכה האב במתנתה כמ"ש בכו' ע"ר דאז אין לה חצר דלגבי אביה לא מיחשב חצירה כידה יבאינה סמוכה יש לה חצר [טס"מ] ויש שכתבו דקטנה יש לה שטר וק"ס ובסו' רל"ה סעי' ז' בארנו בזה ע"ש:

כג נתן לאחד במתנה עופות הפורחים ופרחו דרך רשותו של המקבל אם עמד בקרוב כל כך שיכול לתפשן זכה לו רשותו אע"פ שלא תפסן [סמ"ע בסו' כ"ס] ואם לא היה יכול לתפסן לא קנה לו רשותו ואם אין יכולין לפרוח אלא הולכין דרך רשותו אע"ג שלגבי מציאה בעינן שיהא יכול להגיען אם היה רץ כמ"ש שם ס"ם במתנה או בסכר כיון שיש דעת אחרת מקנה אלים קניינו וזוכה לו רשותו אע"פ שאינו יכול להגיען כיון שהולכין דרך קרקע שלו [ב"מ ו' ב.] דדבר שמתגלגל בתוך רשותו עדיף מאויר שיהבאר ואף דסופו לצאת בגילגול מרשותו ס"ם לעצין מתנה ומכר הוי כמונה ברשותו ובסו' רכ"ח יתבאר עוד בזה בס"ד ע"ש:

כד אבל אויר שאין סופו לנוח הוי ספיקא דדינא במתנה אם כמונח דמי אם לאו ולכן הנותן ארנקי לחבירו במתנה וזרקה לבית המקבל דרך פתח זה ויצאה בפתח שמעבר השני ובתוך כך חזר בו הנותן הוי ספק אם זכה אם לאו וידוע שבפל מפק מוקמינן הדבר בחזקת מרא קמא אבל בהפקר כה"ג שהפקירה וזרקה דרך בית ראובן ויצאה סביתו ותפסה שמעון מוציאין מידו ונותנין לראובן דכיון שהבעלים נסתלקו הוה הוא המוחזק תחלה ע"פ אויר ביתו ואף די"ל דהא הפקר הוה כמציאה ובמציאה אף במתגלגל בעינן שיהא רץ ומניען וכ"ש באויר דהא הפקר אין בה דעת אחרת ס"ם הרי רינה כמתנה וחשיב דעת אחרת מקנה אותו כיון שזה הפקיר מדעתו הוה כדעת אחרת מקנה [ממק"י פ"ק דב"מ] אבל י"א דהפקר הוי כמציאה ולא חשיבה דעת אחרת [תוס' סס י"ב. ד"ה ולא] ויש מי שאומר דבמתנה כיון דהוה ספיקא דדינא אם תפס המקבל לא מפקינן מיניה לדעת הרמב"ם דבספיקא דדינא מהני תפיסה וכ"ש דבהפקר אם תפס השני אין מיציאין מידו כמ"ש בסו' ער"ה דאם בא אחר והחזיק בה אין מוציאין מידו [ס"ך] ויש חולקין דבמתנה לא מהני תפיסה גם להרמב"ם דספיקא לעולם אינה יוצאה מרשות נותן עד שבאה בבירור ליד המקבל [ס"ן בט"ז]:

כה זה שאמרנו דהוי ספיקא בד"א באויר שאין סופו לנוח אבל אם סופו לנוח כגון שעומד בגג וזרקו לחצר ונתנו לבעל החצר וחזר בו בעודו באויר כמונח דמי ואינו יכול לחזור וזכה בו בעל החצר ודווקא כשבא לאויר המחיצות אבל באויר שלמעלה מהמחיצות לא קנה [תוס' ב"ק ע':] וע' באה"ע סי' קל"ט:

סימן רמג [האומר לשנים לכתוב שטר מתנה לפלוני אם מסרין לאחרים וכו' ג' סעיפים]:

א קו"ל דסילי לא מיסתרי לשליח כמ"ש באה"ע סי' קמ"א וביאור הדברים דהאומר לשלשה כתבו גט וחתמו והנו לאשתי אין ביכולתם למסור הדבר לאחרים ואע"ג דשליח עושה שליח זהו כשעושה שליח במעשה כגון שטומר גט לשליח יכול לעשות שליח בסקומו אבל כשעושה שליח בדברים שאומר להם שיכתבו ויחתמו אין כח בדברים שיומסר השליח הראשון להשני וכן הדין במתנה כשאומר לשנים או לשלשה כתבו וחתמו שטר מתנה על שדה שלי ותנוהו לפלוני אינם יכולים לומר לאחרים שיכתבו ויחתמו ויתנו אלא הם עצמם צריכין לעשות דמילי לא מיסתרן לשליח ועמ"ש באה"ע סי' קמ"א סעי' קי"ז:

ב אבל כשאמר לשנים או לשלשה אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו ויתנו גט לאשתי יש מרבותינו דס"ל דלא הוה מילי דמילי לא מקרי אלא כשמסר להם עצמם את המילי והם מוסרים לאחרים אבל באומר אמרו הרי הוא עשה את האחרים שלוחים שלא בפניהם [רמב"ן ור"ן ורמ"ם סס"ו הנימין] ולפ"ז במתנה כה"ג כשאמר לשנים אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו שטר מתנה לפלוני ויתנו לו הוי מתנה ווהו דעת הטור בסי' זה שמכשיר בסתנה באומר אמרו ואע"ג דבגט גם באומר אמרו פסול זהו סדרבנן מפני דהעדים צריכים לשמוע מהבעל עצמו או מפני הקילקול כראיתא בגט' שם וכמתנה לא שייך זה וזהו היש מכשירין שהביא רבינו והב"י בש"ע אבל הרמב"ם ז"ל לא ס"ל כן שכתב בפ"ד מזכייה המתנה בנוס שאין אדם יכול למסור דברים לשליח כיצד אמר לשלשה אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו בשטר מתנה ויתנוהו לפלוני אין זה כלום ואם אמרו לאותם העדים וכתבו ונתנו למקבל לא קנה וכן אם אמר לשנים כתבו וחתמו בשטר מתנה ותנוהו לפלוני אינם יכולים לומר למוסר לכתוב אלא הם עצמם כותבים ע"ל דס"ל דגם אומר אמרו הוה מילי דאין כח בדברים שהבעלים יעשו שליח דברים לצוותו למסור הדברים לאחרים ויש לפרש המעם דשליחות ילפינן מתרומה ובשם הוה מעשה ואע"ג דבגט בפ"ב דגיטין לא ברירא ליה האי דינא שכתב דבאומר אמרו הוה גט פסול וסתיישבן בדבר שקרוב להיות גם בטל ע"כ"ל

עכ"ל לאו משום דמספקא ליה אלא דמשום חוסרת א"א חשש לסוגיא דסף"ו דגיטין דמבואר שם שזהו רק מדרבנן כפני הקילקול אע"נ דלדינא פסיקא ליה דלא קי"ל כהאי סוגיא אלא דסוגיא דפ"ו [ע"ש:] דמשמע להדיא דגם באומר אמרו היו סילי [מדממר רב לחזי ולא מיבעיא וכו' מלא תפילו בתומר תמרו וכו' ובמצפה מכן ס"ז גם בגמ' ומכללא דסרמב"ם דכמל סוא מן סתורס סמרכנו כוס כס' מלי סי' פ"ב ות"ם כל מס שסקשו מליו ודו"ק]:

ג באומר אמרו לדעת הרמב"ם פסול במתנה אם האחרים עשו וכ"ש אם השלוחים הראשונים חתמו בעצמם דפסול גם לדעת המור דהא להם לא צוה כלל ואינם שלוחיו לעשות ובכל מה שנתבאר אין חילוק בין אמר לשנים לאמר לשלשה אבל בשמסר המתנה לשליח וודאי יכול לעשות שליח שני דלא כיש מי שמסתפק בזה [וכיל סגס"מ]:

סימן רמה [דין קניין אתן והאומר נתתי והמקבל אומר לא נתת ובו י"ד סעיפים]:

א הכותב בשטר נתתי שדה פלונית לפלוני או שדה פלונית נתונה לו או הרי היא שלו הרי זה זכה בה כשיגיע השטר לידו דכל אלו לשון הוה הן שכקנה עתה בזה השטר ונם נתתי הוא לשון הוה כדכתיב נתתי בסף השדה קח ממני ואף שיש לפרשו גם בלשון עבר הוי הודאה שכבר נתן לו ונותן לו שטר זה לראיה אבל אם כתוב בשטר לשון עתיד כגון אתננו לו אע"פ שהעידו עליו העדים לא זכה המקבל דזותו רק לשון הבטחה שיתן לו והעדים מעידים על זה שהבטיח לו והוא כדברים בעלמא ויכול לחזור בו ואף בלשון הוה אינו מועיל רק בשטר אבל בדיבורא בעלמא שאמר לפני עדים שרי נתונה לך אינו כלום אא"כ קנו סידו דדיבור לבד אינו קניין וי"א דדיבור שבלשון הוה וודאי דאינו כלום אבל כשאמר נתתי אע"נ שאינו קניין מ"ם היא הוודאה שכבר נתן לו והודאת בע"ד כמאה עדים דמי ויכול המקבל ליטלה ודוקא כשמוכח להדיא לפי לשון השומעים שהוא לשון הודאה טעבר אבל לשון נתתי בלבד הוא נם לשון הוה כמו שנתבאר ואין מוציאין בלשון זה מיד המוחזק [כ"ל] ואין חילוק בכ"ז בין מתנה למכירה:

ב בלשון אתן לא מהני אפילו קנו סידו דהוי קניין דברים דכשם שקניין שטר בלשון אתן לא הוי קניין אלא הבטחת דברים כמו כן ק"ם וי"א דק"ם מהני בלשון אתן דקניין דברים אינו אלא כשקנה לילך או לחלוק ויוצא בזה אבל קניין אתן קניינו חוא על שדה זו או על חפץ זה לקנותה עתה דאל"כ מה היה לו לקבל עתה בקניין דכשלמא בשטר אף שאינו קניין עתה ס"ם הוא לראיה ביד המקבל שהבטיחו ליתן לו ויהא ביכולתו להראותו ברבים כדי שיתבייש הנותן ויוכרח ליתן לו אבל מה עניין קניין על הבטחה בעלמא אלא וודאי כיון להקנותו עתה ובמעכשיו פשיטא שבין בשטר בין בקניין מועיל לשון אתן דכיון שא"ל מעכשיו הרי אומר בפירוש שאין זה הבטחה אלא שמקנה לו בהשטר או בהקניין וכן יש מי שאומר שאם כתב לו בשטר שדה פלונית תהא נתונה לך או תהא שלך קנה אע"פ שיש בזה לשון עתיד דכיון לשון הוה יש בע"כ שאין זה הבטחה לעתיד אלא דרך הלשון כן הוא ועוד דגם לשון אתן יש לפרשו שאתן בשטר זה ושתקנה בו וראיה דהא בגמ' [ניטין מ':] יש מי שסובר באמת כן ונהי דקי"ל דיר הנותן על העליונה ושמא לא היתה רק הבטחה אבל בשיש בזה גם לשון הוה אז מעכשיו פשיטא שקנה המקבל:

ג לדיעה ראשונה דקניין אתן לא מהני א"כ בכל השידוכים שכותבין בהתנאים שזה מתחייב א"ע ליתן חה מתחייב ליתן אף שקנו סידם לא מהני לדיעה זו וכ"כ מהרי"ו דהכותב לאשתו בשעת השידוכין לעשות לה כתובה גדולה לא זכתה כל זמן שלא כתב לה דזהו קניין אתן וכתב רבינו הרמ"א דלכן נהגו לעשות תנאים חדשים בשעת החופה וזהו תנאים אחרונים שיש שכותבין וזה מועיל מפני שכותב בלשון חיוב וקבלה אנפשיה דמשועבד בו מיד אף בדבר שלב"ל כמ"ש בסי' ס' או שקונה בק"ם מעכשיו ולמה אין עושין כן בתנאים ראשונים מפני שיריאים שמא יחזור אחד מהצדדים לכן אין מחייבין עצמן רק בהקנם פשום כושת אבל בנוף הנדוניא והמתנות אינם רוצים להתחייב אז [סמ"ע] ובזמנינו זה שרוב בני אדם אין כותבין תנאים אחרונים ום"ם לא שמענו שלא יחייבו הריינים להצדדים שיקיימו מה שהבטיחו צ"ל או דתפסינן לרינא כריעה אתרונה או דאנן מהדי דכוונת הצדדים בשעת התנאים לשעבד נופם לזה או דכוונת העתיד הוא להוה כמ"ש בסעי' הקידם דאתן אינו מוכח בוודאי על הבטחה אלא שע"פ זה הכתב מהחייבים עתה ליתן ומנהג פשום הוא בזמנינו לחייב ע"פ התנאים כל ההתחייבות שהתחייבו הצדדים ואין לשנות דכל המתחייב מתחייב ע"פ המנהג וע' באה"ע סי' נ"א [כ"ל]:

ד האומר נתתי שדה פלונית לפלוני והוא אומר לא נתת לי ולא שממאן בהמתנה אלא שאומר האמת שאינו יודע מזה אסרינן שניהם אומרים אמת וזה הנותן זוכה לו ע"י אחר והולכין אתר דברי תנותן ואינו יכול לחזור בו אפילו כשאומר אח"כ לך לעצמך נתתי וביון שאתה ביבר בה הודאת בע"ד כמאה עדים דמי

דאין הנותן נאמן לחזור מהודאתו ותלינן שזיכה לו ע"י אחר דבזה דברי שניהם אמת וזה יותר נראה ממה שהוא ששה פירוש לדבריו שנתן לעצמו דבזה מכחיש את המקבל ואע"ג דלפרש דבריו הראשונים קי"ל דסוגן וחזר וסוגן כמ"ש בסי' פ' ס"ם בכאן אינו נאמן מטעם שנתבאר [כ"ל] ואם יש להנותן בעלי הוכוח אין נוגעין משדה זו כל זמן שיש לו לפרוע משארי נכנסים אבל אם אין לו אינו נאמן בהודאתו להוב לבע"ח כיון שהחוב קדים והקרקע היתה עד עתה בחזקתו [מור] וע"ל דבבה"ג אף אם המקבל מודה שכבר נתן לו קודם החוב אינו נאמן דכיון שהיתה עד כה בחזקה הנותן חיישינן לקנוניא [ולכן כתב המור ס"מ זו ולמ"ש לעיל ומיושב קושית סמ"ן וש"ך]:

ה אמר כתבתי שדה פלונית לפלוני ונתתי השטר בידו והלה אומר לא נתת לי אם המקבל מתנה בעצמו אומר כן הודאתו דמי כמאה עדים ואוכל הנותן את פירותיה ואע"ג דגבי נתן יש ג"כ הודאת בע"ד אפשר לומר שטעה שסבור מתוך שהיה רצונו ליתנה לו דוודאי נתן לו כשא"כ המקבל אלו נטלה לא היה אומר שלא נטלה [סמ"ע] ועוד דהוא מוחזק ואם המקבל מת ובן המקבל הוא שאומר לא נתת לאבי שדה זו והוא אומר כתבתי ונתתי לו מניחים את הפירות ביד שליש עד שיתברר הדבר דשמא טעה היורש וכבר שאביו לא קבלה ובאמת קבלה וזהו דווקא כשהבן אומר אני הייתי במעמד זה שאתה אומר שנתת לאבי וידעתי שלא נתת לו וכ"ם משלישין הפירות ולא אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי כיון שהבן לא קבל השטר בידו אלא שאומר על קבלת אביו שלא קבל ואיכא למימר שמא טעה ומבר שלא קבל ובאמת קבל אבל אם אינו אומר שהיה במעמד זה הוי הדין כבמעי' הקודם ואמרינן שזיכה לאביו ע"י אחר ולכן אע"פ שהבן אומר ששמע מאביו שלא קבל ס"ם אמרינן שמא גם האב לא ידע מזה שזיכה לו ע"י אחר [ע"ן] וכל זה כשאין יורש אלא הוא אבל כשיש עוד יורשים אינו נאמן בכל עניין על חלקם לחוב אותם [כ"ל]:

ו שטר מתנה שכתוב בו איך שפלוני אמר לנו בתבו והתמו עלי בכל לשון של זכות ותנו לפלוני ולא נזכר בהשטר שנותן אלא שצוה ליתן אין זה כלום דצוה ליתן אבל לא נתן ומה טועיל ציווי להעדים וכך צריכים לכתוב איך שפלוני אמר לנו הוו עלי עדים שנתתי וכו' וכתבו והתמו וכו' או איך פלוני אמר לנו הוו עלי עדים שאני נותן וכו' וכתבו והתמו וכו':

ז מקבל מתנה שבא בע"ח לגבות ממנו ואמר שאינה מתנה בידי אלא שוטר אני עליו או שאמר בטילה היתה מתחלתה נשבע היסת ותחזור לבעליה ואין הבע"ח גובה ממנו ואע"ג דלא היה לו להיות נאמן בשבועה לחוב לבע"ח בדבר שהוא מוחזק מ"ם מאחר

השלחן

שידוע שקרקע זו לא היתה שלו מקודם ועדים אין מעידים שנתנה לו במתנה לכן נאמן בשבועתו שאינה שלו והשבועה הוא כשהבע"ח טוען ברי אבל אם טוען שמא שלך היא א"צ רק קבלה ונראה דאם הנותן טוען נתתיה לו אינו נאמן בשבועה להפקיע לבע"ח אע"פ שלנבי הנותן עצמו היה נאמן כבו שנתבאר מ"מ להפקיע חובו אינו נאמן:

ח אם הנותן טוען שומר אתה עליה או שאמר שהייתי אונס בהכתנה או גזוכה היא בידך וזה אומר נתת לי במתנה ברצונך הטוב אם החזיק בה המקבל שני חזקה או כשהמתנה הוא מטלטלין והם ת"י המקבל נשבע המקבל היסת ועומד במתנתו ופרטי דין זה נתבאר בסי' ק"ם וקמ"ו ע"ש:

ט ראובן נתן לשמעון שדהו במתנה וכתב לו שטר מתנה ואח"כ ההזיר שמעון את שטר המתנה לראובן וגם עשה לו מחילה עכ"ז לא נתבטלה המתנה בכך דכיון שכבר זכה בה באחר מהקניינים אינה חוזרת להנותן עד שיחזור ויקנה לו ג"כ באחר מהקניינים וחזרת השטר אינו מועיל ומחילה ג"כ לא שייך אלא בחוב סמן עומדת המחילה במקום פרעון אבל בחפץ לא שייך מחילה כמ"ש בסי' רמ"א:

י מקבל מתנה שאמר לאחר שבאת המתנה לידו מתנה זו מבוטלת היא או תיבטל או אי אפשי בה אינה כלום אלא שלו היא אם המתנה היא קרקע ואם בא בעל חובו גובה ממנה דלשון זה משמע להבא והרי כבר קבלה והחזיק בה אבל אם אמר בטילה היא או אינה מתנה דבריו קיימים דלשון זה משמע לעבר וכיון שמודה שהיתה בטילה מקודם שלא כיון כלל לזכות בה הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וחוורת להנותן וי"א דזהו דווקא כשאינו חב לאחרים אבל אם הב לאחרים כגון שיש לו בע"ח שיש לו לגבות ממנה אינו נאמן [קוב] וי"א דנאמן גם ביש לו בע"ח [סמ] ולדיעה זו הסכים הרא"ש ז"ל והטו"ם כפני שלא היתה הקרקע בחזקתו עד עתה וג"ל דזהו דווקא כשאמר כן קודם שבא הבע"ח גראה לגבותה אבל אם אמר כן אחר שתבעו הבע"ח נראה שעושה זה להבריח חו ואינו נאמן וכמ"ש בסעי' ז' ולפ"ז אפשר דשני הדיעות לא פליגי רק דיעה ראשונה מידי כשאומר אחרי תביעת הבע"ח וזה שאמרנו דלשון אי אפשי בה לא אמר כלום והו בקרקע אבל במטלטלין שתחת ידו הוי לשון זה לשון הפקר וכל הקודם בה זכה אבל קרקע אינה ת"י האדם ואין לשון זה בקרקע לשון הפקר אלא אינו הפץ שתהא המתנה קיימת [כ"י כריעות כ"ר.] ונראה דגם לשון מבוטלת היא או תיבטל במטלטלין הוי לשון הפקר כמו בביטול חמץ דמדין הפקר נגעו בה אמנם אין ראיה מחמץ דאינה בפסה ברשותו של אדם אלא שהכתוב עשאה כאלו היא ברשותו לענין לעבור בבל יראה לפיכך בגילוי דעתא סני להוציאה מרשותו

משא"כ נרבר שהיא כמש שלו [נ"ן ים מסחים] וע' פ"ש בסעי' י"ב דגם מתנה אינה מזה לנכסי עצמו ולפ"ז מועיל כמו בחמץ:

יא ומתב המור בשם הרא"ש הכותב נכסיו או נתן מתנה לפלוני ואמר המקבל מיד איני רוצה בה לא קנה והזרה ליד הנותן אבל שהק ההלה ואח"כ אמר אי אפשי בה אם הנותן בריא לא זכה עד שיגיע השטר לידו וכיון שאמר אי אפשי בה קודם שהגיע לידו חזר לניתן ואם הנותן שכ"ם דבריו ככתובים וכמסורים דמי ומיד ששהק זכה וכשחזר ואמר אי אפשי בה הפקירה וכל הקודם בה זכה בה אם הן כמלטלים ואם היא קרקע לא יצאה מח"י בשביל זה עכ"ל וי"א דבשכ"ם אין השהוקה כקבלה רק בשותק אחר מיתת הנותן אבל מה ששהק בחיים אין זה כלום כיון דהקניין הוא לאחר מיתה [מק"י]:

יב ורמב"ם ז"ל כתב בפ"ד מזכייה המקבל את המתנה וזכה בה ואחר שבאה לידו והוא שותק חזר בו ואמר איני רוצה בה או איני מקבלה או הרי היא בטילה או שאמר מום זה נראה לי בה לא אמר כלום ובשם שאין הנותן יכול לחזור בו כך המקבל אינו יכול לחזור בו אחר שזכה ומתנה זו שאמר המקבל איני רוצה בה אחר שבאת לידו הרי היא הפקר וכל הקודם בה זכה בה שהרי הפקירה המקבל אחר שזכה בה אבל אם היה צווח מעיקרו לא קנה והמקבל וחזרת לבעלים הראשונים עכ"ל וס"ל דאף כשאמר לשון להבא נהי דאינה הזרה להנותן בפני שבבר זכה בה המקבל מ"מ גם הוא אינו זוכה בה מעתה והרי היא הפקר כמו במטלטלין לדיעה הקופת ואפ"ג דבנכסי עצמו אם יאמר אדם איני רוצה בתם או במילים הם וודאי דאינם יוצאים מרשותו כהשטת ברמב"ם פמ"ו מעדות דין ד' ע"ש מ"ם במתנה אף שכתב זכה בה הוי לשון זה כהפקר וכתב רביט הרמ"א רמ"ם אם יש לו בע"ח גובה כמנה דלאו כל כמיניה להפקירה ולהפסיד לבע"ח ואפילו היא מלוה ע"פ כיון שאין בידו לשלם רק כזה אין בידו להחזיקו בהפקירו [ט"ז] ואם יש בכה לשלם והוי הפקר וחבה הבעלים מהפקר איבו יכול לפוערו בזה כחובו דלמא יגרע הבעלים מאחר דלא כיש מי שרצה לזכות את המקבל משבבו בכה"ג [קלסמ"ח] וזה שכתב הרמב"ם דמשחזר בו מצד מם הוי ג"כ הפקר אינו אלא בכים גלוי שבודאי רואה את הכסים מקודם ונתרצה ועתה וחזר בו אבל בפים שאינו גלוי פשיטא שחוזר לנותן דדא אמר פפורש שמצד המם שנתגלה לו אינו רוצה לקבלה וחו מתנה בטעות וחוזר לבעלים [סמ"ע] ובלשון עבר נם הרמב"ם מורה שחחר להנותן ולשון איני רוצה בה שכהב הרמב"ם וזה עצמו לשון אי אפשי שפתבבו [סמ]:

יג זיכה לו המחנה ע"י אחר וכששמע הבקבל שהק ואח"כ צווח ואמר איני בקבלת ה"ז פפק אם זה ששהק כבר נהרצה ועתה חוזר בו ודרי זה הפקר לדעת הרמב"ם ולדיעה ראשונה נשארת בידו בסתנת קרקע או ששהק מפני שעדיין לא קבלה ולמה יצוות אז ועתה הוכיח כופו על תחלתו שנם מתחלה לא רצה וחוזרת להנותן לפיכך אם קדם איש אחר וזכה בה לעצמו אין מיציאין מידו בטלטלין ולהרמב"ם נם בקרקע דשמא המקבל זכה בה וכיון שאמר איני רוצה בה הרי הפקירה וזה שקדם מההפקר זכה בה ואם חזרו הבעלים הראשונים והוא הנותן ותפסה מיד זה שקדם וכפה בה אין מוציאין מידם דשמא לא זכה המקבל ואע"נ דבסי' קל"ט נתבאר בדין כל דאלים גבר דאם תפס האחר אינו מועיל אח"כ תפיסת השני טמנו שאני הבא כיון דהנותן יזוע לבעלים הקודמים לכן יכול להפוס [סמ"ע] ויש מי שחולק על עיקר כלל זה וס"ל דבכל פפיקא דדינא כשהפס האחר יכול אח"כ השני לחפוס טמנו וכן לעולם וכ"ש בשם בדין כל דאלים גבר דסמנו חכמים שמי שבאמת שלו יתאכץ להפוס לפיכך אינו מועיל אח"כ תפיסת השני מכנו משום דאמרינן דהראשון שתפסה הוי בנחזדע שהיא שלו [ט"ז]. אבל לפי הטעם שכתב הרא"ש בפ"ג דב"ב שלא רצו חז"ל שיהיו כל יסיהם בקטטות ומריבות שייך טעם זה בכל התפיסות כדיעה ראשונה ובאמת היא פלוגתא דרבוותא [עמ"ך סם] ואי הפיס השני לא מפקינן מיניה בכל ענייו אמנם דהרא"ש חולק בעיקר דין זה וס"ל דלא הוה ספק כלל ובשהק ולסוף צויח ודאי קנה שקודם ועתה חוזר בו לפיכך בטלטלין הוה הפקר ובקרקע תחזור להנותן לדיעה ראשונה [וכ"מ במרדכי פ"ד דניטין ע"ם]:

יד כתב רבינו הב"י על דין הקודם לי"א שאם היתה מתנת שכ"ם כיון ששהק בשעה ששמע קנה והשיגו רבינו הרמ"א דאין כי שמחלק בדין זה בין שכ"ם לבריא ונם לא נראה לחלק בסך מאחר שזכה לו ע"י אחר דין בריא כדין שכ"ם וכן הסכימו האחרונים ודברי רבינו הב"י נדפסו בטעות ושיך אקודם על הדין שנאמרנו בסעי' י"א אכנם י"א דיוקו דעת הרא"ש שנאמנו דלא הוה ספק וס"ל דלא מיירו רק בשפ"ם ולא בבריא [סמ"ע]:

סימן רמו [דיני אומדנות וכו' סעיפים]:

א אע"פ שבמתנה אין לנו לראות רק מה שכתב בשטר, ס"ם אמרו חז"ל דלפעמים כשואשרנא נידלת דלא כיון

כיון הנותן לבך אז שמעה בעיקר המתנה או שבוותו מסתמא היתה לדבר אחר עושין כפי האומדנא ומכשלינן לשטרא אבנם אין לנו לעשות אומדנות מעצמינו אלא מה שאמרו רז"ל וביוצא בהם ובכאלה אומרים לעולם דשת הנותן אם היו הדברים מראים ס"ד דעתו עושים ע"פ האומד אע"פ שלא פירש וע' בסי' ה"ח ועיקר דין אומדנא הוא בב"ב [קמ"ו]:

ב כיצד מי שהלך בנו יחידו למדה"י ושמע שמת וכתב במתנה נמורה כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו אין מתנתו קיימת ובטילה היא שהרבדים טוביחים שאלו ידע שבנו קיים לא היה נותן לאחרים כל נכסיו והוה מתנה בטעות וכ"ל דה"ה אם היו לו בנים הרבה ואחד מהם הלך למדה"י ושמע שמת וקודם כיתת האב חלק כל נכסיו להבנים שבבאן ואחרי מותו בא הבן נוטל חלקו בירושה דאלו ידע שבנו זה בחיים לא היה מעבירו מחלק ירושתו ונמצא דחלוקתו היתה בטעות וכתב הרמב"ם בפ"ו מזכייה בדין שהלך בנו למדה"י וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו בטלה המתנה דהו דווקא כשלא שייר כלל מנכסיו אבל אם שייר כל שהוא בין קרקע בין מטלטלין אין מוציאין מהמקבלים דיש מקום לומר שזה המעט שהניח הניח בשביל בנו אם הי הוא דאל"כ למה הניח זה המעט ויראה לי דהרמב"ם ז"ל שכתב דבשייר מעט מחנתו קיימת כוונתו דווקא כשהמקבל מוחזק אבל אם לא החזיק עדיין אין מוציאין מיד היורש דזהו כעין ספיקא דדינא וי"א עוד דהדיעה שיהבאר בסי' ר"ן במתנת ש"ס דלא מקרי שיור אלא כששייר מדי פרנסתו ה"ה כאן [כ"ן] וי"א דבבאן גם כל שהוא הוי שיור משום דאין האומדנא גדולה עהה כל כך להוציא מהמקבל מתנה [כמ"ע] ונראה עיקר כדיעה ראשונה [דבב"ב קמ"ו: מדמק לה לדדי ועוד דסמגיד כתב סס לפכי לה סביב ל"ב בד' ק"ן: בסני מממס מפני ממוסק שכ"מ ומי דין חלוק קסס ומ"ק]:

ג יש מי שאומר שדין זה אינו אלא בשכ"מ דשפיר הוה אומדנא אבל בבריא נסתלקה האומדנא דכשם שלא חש לעצמו שיהא לו בסה לפרנס כמו כן לא חשש בשביל בנו ולא יפה אומדנא דבנו משל עצמו לפיכך בבריא שכתב מהיום ולאחר מיתה דכל ימי חייו שייכים הנכסים לעצמו הזרה האומדנא למקומה ובטלה המתנה דהא לנפשו חשש ויש מי שאומר דאפילו בבריא הוי אומדנא ובטלה המתנה דיותר אדם חושש לבנו מלעצמו [דיעה זו נמוך ונב"ב קמ"ו: מממע קלת כדיעה רמסוכ]:

ד יש מי שאומר דלמדנו מזה דה"ה בריא שכתב כל נכסיו לאחר מפני שהיה צריך לברוח מפני אויבים או מסיבה אחרת ואח"כ עשה פשרה עם אויביו או שמתו אם נתברר שלא מתב מתנה זו אלא מחמת כן הואיל וגדחית השעה מפניו בטלה המתנה דלא גריעא אומדנא זו מאומדנא דשמע שמת בנו ואפילו לדיעה שאין זה רק בשכ"מ פשיטא שזה דומה לחולה ביון שהיה צריך להבריח נכסיו [כ"ן]:

ה מעשה בראובן ושבעון אהים שנצרך להם למכור חצר שירשו מאביהם וראובן לא היה במקום המכירה וכתב לו שבעון שאין ביכולתו לטכור אם לא ישלח לו ראובן שטר מכירה על הלקו ועשה ראובן כן ומכר שמעון את החצר ובשם היה המנהג שנשאר להמוכר איזה חוקה וזכות והבע ראובן חצי החזקה והזכות ושמעון השיב דכבר מכרת לי הצייך ואין לך מחצה בזכות זה ופסקו דהדין עם ראובן דאין לך אומדנא גדולה מזו שכל מכירתו לאחיו לא היה רק כדי שיהיה ביכולת שמעון למכור החצר ולא להסתלק עצמו מכל יכות [רמד"ע סי' רנ"ג]:

ו ראובן שלא היה לו זרע וכתב כל נכסיו לאחרים מהיום ולאחר מיתה ואח"כ זכה לזרע אומרנא נדולה היא שאלו ידע שיזכה לזרע לא היה כותב נכסיו לאחרים [מכ"מ] ואע"ג דאינו דומה לאומדנא שמת בנו דנתנגלה ששקר היה ומתנת טעות היתה והבא לא היה טעות מ"מ היא דומה למתנת שכ"מ בכולה דאם עמר הזר משום דאנן סהדי שלא היתה כוונתו אלא אם ימות וה"נ אנן סהדי שלא כיון אלא אם לא יזכה לזרע:

ז עוד אומרנא אמרו רז"ל [קל"ן] דמי שהיו לו בנים הרבה וכתב כל נכסיו לאחד מבניו לא עשאו אלא אפטרופס ואין לו בהנכסים רק כאחד מהאחים ואפילו האריך בלשון השטר בכל שופרי דשטרא מ"מ אומדן דעת היא שלא נתכוין אלא שאחיו יהיו נשמעים לו ובין שהיה בריא ובין שהיה שכ"מ ואפילו אותו הבן שכתב לו כל נכסיו הוא קטן וטוטל בעריסה מ"מ אמרינן דמסתמי שאהב אותו מכל בניו רצה שיכבדוהו אחרי שהוא יהיה האפטרופס כשיגדיל ומעם האומרנא משום שאין סבריא כלל שאב יתן כל נכסיו לבן אחד ויעביר נחלה משארי בניו ולכן אם שייר כל שהוא בין קרקע בין מטלטלין זכה הבן בהמתנה דאם היה מכוין לאפטרופסת למה לא עשאו גם על זה השיור אבל אם כתב לשון זה שיהא בני פלוני מושל ושליט בכל אשר יש לי אפילו בבה"ג אינו לשון מתנת אלא אפטרופסת כדכתיב באליעזר עבד אברהם וכי הוא מושל בכל אשר לו שהיה בן משק ביתי [פל"ל מומת סרמ"ם בסוף סעי' ד' ומהלעיל קלי מלי"ב מפי קמ"ל וזו"ק]:

ח ואם פירש בשטר שמקנה לו הקנאה נמורה ולא בתורת אפטרופסת או שפירש בשטר שיהא רשאי למכור ולתת לאחרים ניכר שכיון למתנה נמורה וכן אם כתב לו מטלטלי אג"ק ניכר שכיון למתנת נמורה דאם היתה כוונתו לאפטרופסת לא היה צריך לקניין וכן אם הקנה לו בקניין וכתב הקניין בתוך השטר דכיון שיפה

כתו כל כך ודאי דלמתנה גמורה איכוין ויש מי שאומר שאע"פ שנהן לו בקניין וכתבו בשטר לא עשאו אלא אפטרופס [ממק"י] וי"א עוד דאף בסיפה כתו שאמר תנו כל נכסי לפלוני בני ואף כתובו אפ"ה לא קנה אף בקניין [עור]:

מ וכל שכתוב בשטר המתנה לשון שיש להוכיח מכאן דלמתנה גמורה נתכוין קנה וכ"ש אם כותב אמתלא בהשטר למה נותן לו כל נכסיו דקנה וכל היכי דאיכא לאסתפוקי בלשון המתנה אם נתכוין למתנה גמורה על המקבל להביא ראיה דהנכסים עומדים בחזקת כל הירושים והוא לבדו בא להוציא מהם והמע"ה:

נ וזה שאמרנו שעשאו אפטרופס זהו דווקא כשכתב בשטר את לשון המתנה או שצוה לעדים לכתוב לו וכתבו לו בחייו או שאבר לעדים תנו לפלוני בני נפשי וכתבו לו שטר לזכרון או שאמר תנו לו ואף כתבו דאז אף אם לא כתבו בחייו הוי אפטרופס דכיון שאמר ואף כתבו נילה דעתו שלא הקפיד על כתיבת השטר אלא להעדפא בעלמא וכ"ש כשאמר שיכתבו לזכרון או שלא הוכיר כלל בכתיבת השטר אבל אם אמר לעדים כתבו והנו לו כל נכסי ולא הספיקו לכתוב בחייו אין לו אפילו דין אפטרופס דהיישינן שמא לא גמר לעשותו אפטרופס אלא בשטר ואין שטר לאחר כיתה [נמק"י וכמו כוונת הכוס"ע בסעי' ח']:

יא מי שרצה לומר דזה שאמרו חכמים לא עשאו אלא אפטרופס אינו אלא אם שארי היורשים הם קטנים דצריכים להשגחה אבל כשהם גדולים וודאי דלמתנה גמורה איכוין וחלקו עליו כל הגדולים דאין חילוק בזה וכוונתו היתה שיחלוקו בבור לבן הזה ושזהא הוא המנהג מהנכסים כרי שאחיו יכבדו אותו אכנם לפ"ז יש לשאול דכיון דדין זה הוא גם כשהם גדולים עד מתי יהיה זה אפטרופס דאין סברא לומר שיהיו לעולם ביחד שלא יהלקו ביניהם ויראה לי דזהו רק עד שכולם יתרצו לעשות חלוקה ביניהם וכל זמן שכולם אינם מרוצים הרי הוא אפטרופס וצ"ע:

יב כיון דדין זה הוא כהלכתא בלא טעמא לעקור מתנה כפורשה כפני עומדנא לכן אין לך בו אלא מה שאמרו חז"ל דין זה אינו אלא בבן בין הבנים אבל אם כתב לבן בין הבנות והבנות ירשות בנון שהן בנות בניו שכתבו בחייו או לבת בין הבנות או לבת בין הבנים או שאין לו זרע ושארי קרובים המה יורשיו וכתב לאחד מהקרובים כל נכסיו מתנתו קיימת וי"א דבת בין הבנים או בין הבנות דינה כבן בין הבנים דגם באלו חושש לכבודם ששארי היורשים יכבדום אבל בבן בין הבנות וודאי לא שייך שחשש לכבודו דגם בלעדי זאת יכבדו אותו:

יג וי"א עוד דדין זה אינו אלא כשכתב לשון מתנה דאפטרופסת הוא קצת בגדר מתנה כיון שהוא הסוציא והמבוא בהנכסים אבל אם כתב לשון ירושה שהיה חולה ואמר או כתב פלוני בני יירש כל הנכסים יורש את כולם כמ"ש בסי' רפ"א וי"א דדווקא אבר אבל בכתב לא עשאו אלא אפטרופס דבכותב אמרינן דדעתו היה להחשיבו ולכבדו דכתיבה יש לה פירכות אבל אמירה בכל עניין זכה לנמרי בין שאמר לשון ירושה ובין לשון מתנה דוודאי למתנה גמורה ולירושה גמורה איכוין דאין כאן כבור באמירה בעלמא וזהו דעת הרי"ף והרמב"ם פ"ו מנחלות ע"ש:

יד הכותב כל נכסיו לאחד מבניו ולאיש אחר שכתב כל נכסיו לפלוני בני ולאיש פלוני האחר קנה חצי הנכסים לנמרי ויהבן הוא רק אפטרופס על החצי השני ולא מיבעיא אם כתב החצי לאחר תחלה והשאר לבנו דבשעה שכתב להבן הוה כל נכסיו אלא אפילו כתב להבן ולהאחר בבת אחת חשבינן ליה ככותב כל נכסיו להבן כיון שלא שייר כלום בהנכסים אחר מתנת בנו [עור] וי"א שאם כתב בהשטר חצי נכסי לבני וחצי נכסי לפלוני הוה מתנה גמורה גם להבן דכיון שהקדים להבן ה"ל כנותן מקצת נכסים מדלא כתב כל נכסיו נתונים לבני ולפלוני ולכן אם כתב שני שלישי לבני ושליש לפלוני וכיוצא בזה שאין החלקים שוים אינו אלא אפטרופס דהא לא היה יכול לכוללם יחד כיון שאין חלקם שוה:

טו היו לו הרבה בנים וכתב כל נכסיו לשנים מהם שניהם אפטרופסים ואם כתב חצי נכסיו לבני פלוני וחצי לבני פלוני הראשון כתנה דאצלו היה שיור והשני הוא אפטרופס על החצי השנית דמדלא כללם יחד נראה שכן היתה כוונתו וגם הראשון יש לו חלק בהחצי האחר כשארי הבנים:

טז דבר פשוט הוא שכל זה הוא כשכותב נכסיו על אחרי מותו אבל בכתב מתנת בריא לאחר מבניו כיון שנתן לו מתנה בחייו קנה הבן אפילו כתב לו כל נכסיו ואין לשארי האחים חלק בהם כלל אבל אם כתב מהיום ולאחר מיתה דדינה כמתנת שכ"מ כמ"ש בסי' רנ"ז לא עשאו אלא אפטרופס [כ"ל]:

יז וכן הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרופא ונתבאר באהע"ז סי' ק"ז וכ"ש בשכתב שתהא גברת הבית או מושלת ושלטת דאינה אלא אפטרופא ושם בסי' ק"ז נתבאר בכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא דאבדה תחובתה וכן בכותב כל נכסיו לאשתו ויצא עליו שטר מוקדם למתנה זו דאבדה כתובתה וכן נתבאר שם בסי' ק"ח בשכ"מ שאמר תטול אשתי כאחר מהבנים נוטלת כאחד מהבנים יתר על כתובתה ושם בסי' צ' נתבאר דין מברחת ע"ש:

יח כל הנותנים כל נכסיהם והמתנה נתבטלה והנכסים חוזרים לבעלים הראשונים כמו בשטע שמת בנו ובא הבן או שהיה בירח וחזר או שכ"מ שעשר מהלוה כל

כל הפירות שאכל המקבל עד זמן ביטול המתנה טה שאכל אכל ואינו חייב להחזיר דלא גרע זה ממתנה ע"מ להחזיר לזמן קצוב דאוכל הפירות עד אותו הזמן דלא אמרו שצריך להחזיר אלא כשעצם הנתינה היתה בטעות אבל כל אלו לא שייך לקיומם פעמים דהא נמ עתה רוצה במהנתם אלולי שהתפך הענין נמצא דלענין הפירות היתה מתנה גמורה עד עכשיו אבל הפירות הנמצאים בעין בידו משמע מהטור שצריך להחזירם ויש מי שאומר דא"צ להחזירם [סמ"ע] ונראה עיקר כדיעה ראשונה [ומהמכר נקט לומן מרמב"ם דמל"ב מרי מכור מניח לומן מלכל מלמון מרמב"ם פ"ע דמ"ל אנס כוונת מרמב"ם פ"ו מהל' מוכ] עוד נ"ל דבמתנת שכ"מ בכולה צריך להחזיר הפירות שאכל דהא מתנת שכ"מ אינו קונה רק לאחר מיתה והיאך אכלם בחייו [ודמרי מסמ"ע מקכ"ג ל"ע] ויש מי שאומר עוד שגם בשמע שמת בנו מחזיר הפירות שאכל דזהו וודאי מתנת מעות ואין דין זה רק כשכתב לשם הברחה [לח"מ פ"ו מזכי' סל' י"ג]:

יח כתב רבינו הרמ"א בסעי' י"ז האומר לחבירו אפול עמי צריך לשלם לו ולא אמרינן מתנה קא יהיב ליה עכ"ל דבין שנהנה צריך לשלם ולא דמי למ"ש בסי' שפ"ג דאם א"ל דור עמי בחצירי פטור משכר דהתם לא נהנה כיון דהוא גברא דלא עביד למיגר וכ"ש דלא דמי לקרע את כתותי שיהבאר בסי' ש"פ ואין זה יכול לומר אני הייתי מתענה או הייתי אוכל לחם ומים דהא עכ"פ נהנה משל אחר וצריך לשלם מה שנהנה [קס"מ] והרי אפילו בהמתו שאכלה כשלם מה שנהניה וכל זה הוא כשנראה שזה שקראו לאכול לא היתה כוונתו להאכילו בחנם כמו מי שטוכר בביתו לפעמים דבר מאכל או בעל אכסניא ויוצא בזה אבל אם הדבר ניכר שקראו לאכול כחנם כמו בעה"ב הקורא לאורחו ומיוצא בזה או שהקריא רגיל לאכול תדיר אצל אחרים בחנם וכ"ש אם הוא עני דמסתר מלשלם ועמ"ש בסי' ס' ואף כשצריך לשלם נ"ל דאינו משלם אלא בזול ע' בסי' שצ"א:

יט עוד כתב ולכן מי שמאכיל לחתנו עם בתו יותר מזמן שקצב לו מזונות צריך החתן לשלם לו בזולתו כשיהבע ממנו אבל לא מזונות אשתו עכ"ל ואפילו היה רגיל ליתן לחתנו מזונות יותר מחתחייבותו מ"ם יכול לומר להם הייתי רוצה ליתן ולך איני רוצה ליתן [סמ"ע] ומזונות אשתו פטור דבלא"ה הזן את אשת חבירו הניח מעותיו על קרן הצבי כמ"ש באהע"ז סי' ע' עוד כתב דזהו דווקא דליבא הוכחה שנתן לו לשם מתנה אבל היכא דטוכח דנתן לו לשם מתנה רק אח"כ נפלה קטטה ביניהם ולכן הובע ממנו פטור עכ"ל והנה זהו פישטא כשרגיל ליתן לחתניו יותר מחיובו אין לך הוכחה גדולה מזה שנתן לו לשם מתנה דלמה נאמר ששינה לחתנו זה מלאחרים ואף אם הוא חתנו הראשון הרי אנו רואים מעשים בכל יום שנותנים יותר מזונות מהחיוב ואין לך מי שיחבע מחתנו דמי המזונות אם לא ע"י קטטה והרי כל עיקר טעם דין זה הוא משום שכל המפרנס סתם אינו מפרנס בתורת מתנה אלא בתורת הלואה [ר"ן נדרים ל"נ:] דמעטים הנותנים כתנות ולפ"ז בין אבות ובנים הרבה יש שמפרנסים בתורת כתנה ונם נותנים כתנות ולא דמי למ"ש בירושלמי פ"ג דכתוטות דיש מי שטובר דחתנו שהלך למדה"י ופירנם חותנו אשתו שחייב הבעל לשלם דוודאי כשאינם מטוכים על שולחנו והבעל עזב את אשתו יש מסמא לומר דהאב הוכרח לפרנס בהו דמה יעשה ולא פיון למחתנ אבל כשמחזיקם על שולחנו מי בקש זאת מידו אם לא כיון לשם מתנה ועוד דלהלכה קי"ל דפטור החתן גבואו מלשלם כמ"ש באה"ע סי' ע' ולכן נ"ל דאין דין זה אלא כשגילה החותן דעתו שכוונתו לתשלומים ולא בהנם ולכן רבינו הרמ"א כתב בדין זה כשיתבע ממנו ולא בדין הראשון וז"ל שבתוך משך המזונות נילה לו דעתו שאינו מאכילו בחנם ומ"ם אם הגילוי דעת זה היה ע"י קטטה פטור דאטריען שלא כיון לתשלומין גם על להבא אלא שאמר כן מתוך הקטטה אבל אם בתוך משך המזונות לא גילה דעתו כלל אינו יכול להבוע ממנו אח"כ אבל בדין הראשון יכול גם אח"כ לתבוע עוד נ"ל דגם בדין הראשון אם מת המאכיל ולא תבעו אין היורשים יכולים לתבעו דמדלא תבעו וודאי כיון למתנה וכ"ש במאכיל להתנו שאין היורשים יכולים לתבוע בשלא תבע בחייו:

סימן רמו [השולח חפיצים לבני ביתו ולא פירש למי הם היאך יחלקים ובו ה' סעיפים]:

א מי ששלח כלים ממרחקים לביתו ואמר ע"י השליח או כתב יגתנו אלו לבניי והיה לו בנים ובנות נותנים לכולם כלשון בני אדם גם בנות בכלל בנים דכן הוא לשון בניין דהורע של אדם הם בניינו וגם אונקלוס הרגם על ויולד בנים ובנות בנין ובנן וגם בלה"ק בריטים הן לשון בנין אלא ביחידה נחסר הנון להפריש בין זכר לנקיבה וגע"נ דשכים שאמר וכסי לבני אין הבנות בכלל כמו שיתבאר זהו דכיון שעושה בצוואת ירושה מסתמא כוונתו רק להבנים כדין ההורה שמת במקום בן אינה יורשה אבל בריא השולח מתנות לביתו

לביתו מסתמא כיון לכולם ולפיכך הפיצים הראוים רק לזכרים כמו ספרים וכלי מלחמה יטלו הבנים והראוים לנקיבות כמו כלי משי צבועים והלי זהב יטלום הבנות והראוים לזכרים ולנקיבות כתב המיר בשם הרמ"ה דיתנו לשניהם והרמב"ם כתב בפ"ו מזכייה דינתנו לבנים לבד והטעם דס"ל לשון בנים שייך יותר על דזכרים ואינו מועיל מה שבנות בכלל אלא לדברים הראוים רק להבנות [כ"מ] ואם אמר לבני ביתי גם הרמב"ם מודה ששייך לשניהם [מל"מ] ובכה"ג מירי הטור ואינו חולק עם הרמב"ם [סס] וכן משמע מלשון הטור דלא פליגי ע"ש עוד נ"ל דוודאי בשמפיק לשניהם נותנים לשניהם והרמב"ם מירי כשאינו מפיק לכולם ומה שאין ראוי רק לנקיבות שייך להבנות אפילו כשהן נשואות ואין צריכין עליו מ"ט שלח להן ואם גם הבנים נשואים י"א דיותר מסתבר ששלח לבלותיו דהדעת קרובה לבנו יותר מלבתו [ממ"ע] ואם בנותיו פנויות אפילו הבנים נשואים שייך הכל להבנות כיון שעדיין להשיאן [סס] ואם היא אלמנה או גרושה שהזרה לבית אביה יש להסתפק ונראה שחולקות בשוה הבת וכלתו וצ"ע:

ב המשלח כלים לביתו סתם ולא פירש למי הראוי לבנים ולבנות יחלוקו והראוי רק לבנות נוטלין הבנות והראוי רק לבנים בשלים הבנים ואם כולם נשואים יטרו כלותיו דדעתו של אדם קרובה לבן יותר אבל כשהבנות פנויות נוטלות הן ולא הכלות וכשהבנים אינם נשואים יטלו הבנות אף כשהן נשואות וירא לי דהבנים והבנות שאינם סמוכים על שולחנו אינם נוטלים כלל כשלא פירש להדיא וכן אם אין לו רק בנים אף שיש לו בנות בניו נוטלים רק הבנים את הכל וכן אם אין לו רק בנות אף אם יש לו בני בנותיו נוטלין הבנות הכל דבמקום זרע עצמו אין נכדיו נוטלים בסתמא אא"כ פירש [וחסו טוונג סס"ע בס"ם וסס לין לו בנות וכו' לפל"ב מלי קמ"ל] ויש מי שאומר דכשאמר לבני לעולם אין לכלותיו כלום במקום בנותיו אף כשהן נשואות [כ"מ] וגם בשלח לביתו סתם י"א דה"ס כשאין לו אשה אבל יש לו אשה ושלח לביתו סתם וודאי דדברים הראוים לנשים לדירה שדר לה אפילו יש לו בנות פנויות אבל כשפירש לבניו אין לאשתו בזה כלום [סס]:

ג אבל בעניין ירושה כגון שכ"ם שאמר נכסי לבניי והיו לו בנים ובנות הכל לבנים ולא עוד אלא אפילו אין לו רק בן אחד ובנות ואמר לבניי לשון רבים מ"מ אין להבנות כלום ומצינו בקרא ובני בני רן חושים דכל מה שאנו יכולים להעמיד הלשון ברין התורה אנו מעמידים אותו ס"ם בני בנים אינם כבנים אף כשראוים לירש שאביהם סתו והבן האחד נוטל את הכל דכלישן בני אדם אין בני בנים בכלל בנים כמ"ש ביו"ד סי' רי"ז והנודר הנאה מבנים מותר בבני בנים ובנדרים הולטן אחר לשון בני אדם וכ"ש שאין בת הבן בכלל אע"פ שראוים לירש מן הדין ופשיטא דבני הבת אינם בכלל ואם אין לו רק בנות ובני בנים י"א דבני הבנים נוטלים הכל כיון שהם ראוים לירש משני שלשון בני שקול אצל בני בנים ובנות ובוקבינן ארין תורה ויראה לי דאם אין לו רק בנות ובנות בנים אע"ג דבנות הבנים ראוים לירש מ"מ נוטלין גם הבנות דכין דבע"כ לשון בנים הוא לאו דווקא וודאי דלא נריעא לפי לשון בני אדם הבנות מבנות הבנים ואפשר עדיפא מנהון ואם אין לו רק בנות בנים ובני בנות ג"כ חילקין ואם אמר לבניי ולבנותיי במה ששייך לכולם במעות וקרקע חולקין בלים והכשיטין הראוי לבנים לבנים והראוי לבנות לבנות כמו בבריא מיהו בע"כ שצריך להגיע איזה חלק לכל אחד [מ"ז] ומעשה באחר שצוה שכל אשר יש לו יהיה לבנו רק שיהן מכוס מה לכל אחת מבנותיו והיה לו בת אחת שמתה בחייו והניחה בן ופסקו דאין לו כלום דלהם ולא ליורשיהן קאמר ועוד דאין בן בנו בכלל בנו כמ"ש וכ"ש דאין בן בתו בכלל בנות אפנם כשמתה הבת אחרי מותו זכה בנה או בתה בחלקה [סס] ושכ"ם שאמר נכסיי ליוצאי חלציו או ליהמי כולם בכלל וכן פסק הרא"ש באחר שחלק נכסיו מחצה סיתה ומהב והשאר יחלוקו שתי אהיותי ויתמי אחותי יש ביתמי אחותו זכרים ונקיבות גדולים וקטנים דכולם בכלל אפילו נקיבות נשואות שאין בלשון יתמי חילוק:

ד האומר נכסי לפלוני ולבניי חולקים את הנכסים וכתבה נוטל פלוני וכתבה נוטלים הבנים אמר לפלוני ופלוני ולבני פלוני נוטלים בני פלוני מחצה וחשנים מחצה ואפילו הנפרשים מרובים והנכללים מועטים ויניע לכל אחד מהנפרשים פחות מכל אחד מהנכללים כגון שאמר נכסיי לפלוני ופלוני ופלוני ולבני ראובן ואין לראובן רק שני בנים וכן הדין בשארי דברים כגון שאמר הלוו לפלוני ולבני פלוני וכן בכל תנאי וכתב רבינו הרמ"א דלכן איש ואשה שהתנו בניהם שאם ימות אחד מהם יחזירו הנכסים לקרוביהם קרוביו נוטלין ההצי וקרוביה החצי עכ"ל ובל הפסולין לעדות מחצת קרובה נקראים קרובים ואין חילוק בין קרוב יותר לאינו קרוב יותר כיון בין אחיו לבין בן אחיו וכיוצא בזה וגם אין חילוק בין זכרים לנקיבות וס"ם תמיהני על דין זה דוודאי בתנאי כזה הכוונה הוא שלא יירשו וא"ו אלא שיחזור הנכסים להקרובים והוא שכשיטות הוא יהזרו נכסיו לקרוביו וכשתמות היא יחזיו נכסיה לקרוביה ואיזה עניין הוא שישלו קרוביותיה כשיטות הוא או קרוביו כשתמית היא ומקר הדין הוא מהבהה מימתני פי"א מזכייה וכשם עניין אחר הוא באיש ואשתו שהתנו ביניהם לתת כך וכך לקרוביהם ומת אחר שאין השני יכול לשנות דנדר הוא וכן קריבו במחצה וקרובותיה

וקרובותיה במחצה ע"כ הרי שנדרו לקרוביהם לצדקה בכל שנה ופסק שאף אם מת אחד מהם צריך לנהוג כן תמיד ובזה וודאי דכן הוא אבל בהנאי שלנינין ירושה בוודאי מוריש כל אחד לקרוביו ואולי בצ"ל שהתנו ביניהם שאם ימותו וכו' ור"ל כששניהם ימותו ובזה וודאי דכן הוא וצ"ע:

ה כתב רבינו הרמ"א מי שהיו לו בנים מאשה אחת ונשא אשה אחרת והתנה עם בניו הראשונים שבניו מן השנייה יטלו חלק בירושה כמו הם [ל"ל שיהלוקו כשכנסים עם הכניס שיכיס לו אמנם לפ שיכיו יוכר מו פחות מכס] ולא היה לו מן השנייה רק בנות אין לבת במקום הבנים בלום עכ"ל דכוותו היתה רק לבניה ואף אם כוונתו היתה גם לבנות אינו מועיל כלום דבת בין הבנים אינו מועיל לשון ירושה אף כשהיא בעולם וכ"ש כשאינה בעולם [כ"ס במרדכי רפ"ם דב"ב ועסמ"ע סק"ד ול"צ] ומי שצוה ליתן לכתו סעות כך וכך לנשואיה נותנין לה כיד אם היא גדולה ובת דעת ואין מתחינים עד זמן נשואיה וכן האומר תנו מנה לפלוני לכוונות אין נותנין לו בעט מעט אלא נותנים לו המנה בפת אחת [כ"י בסס הרשב"ם] וכן כל כיוצא בזה:

סימן רמח [הנותן מתנה לחבירו ואל ואחריך לפלוני ובו כ"א סעיפים]:

א אמרו רבותינו ז"ל [כ"ב קל"ו] דהאומר נכסי לך ואחריך לפלוני ואחריו לפלוני מת ראשון קנה שני מת שני קנה שלישי מת שני בחיי ראשון הנכסים של יורשי ראשון וכן דין השלישי עם השני כשמת בחיי שני הנכסים של יורשי שני עוד אמרו ז"ל שלכתחלה אסור להראשון למוכרם אבל אם מכרן מכירתו קיימת ואין להשני כלום וכן הדין כשהן ביד השני נגד השלישי וביאור הדברים הוא דלשון אחריו הוא אחר מיתו כרכתיב מי יגיד לאדם מה יהיה אחריו תחת השמש וזה הנותן נתן באופן זה שכל ימי הראשון יאכל וישתמש בהנכסים בהנוף ובהפירות ואין זה קניין פירות דלאו בקניון הנוף רמי אלא נתן לו הנוף והפירות ויכול לעשות בה כל חפצו רק מה שישאר אחריו יהיה להשני וכן מה שישאר מהשני יהיה לשלישי ולכן אם הראשון מכרם אין לו להשני כלום דכיון דנתן לו הנוף והפירות לכל ימי חייו מה שעשה עשוי מיהו לכתחלה אסור למשר דעובר ע"ר הנותן וכ"ש שאסור לאיש אחר להשיאו עצה שימכרם ואמרו חז"ל דהמשיאו לעצה זו נקרא רשע דאע"ג דהמוכר עצמו לא נקרא רשע דעושה להנאתו אלא שעובר ע"ד הנותן ולא עשה כהוגן אבל אחר רשע הוא דאין אדם חומא ולא לו [סמ"ע] ולכן אם מת שני בחיי ראשון הנכסים של יורשי ראשון משום דהשלישי אינו זוכה רק אחרי מות השני והשני אינו זוכה רק אחרי מות הראשון נמצא דהשלישי אינו זוכה מהראשון אלא מהשני וכיון דהשני כשמת בחיי ראשון לא זכה מעולם לכן גם השלישי אינו זוכה וממילא דנשארו ביד יורשי ראשון וכן בשלישי כשמת כחיי שני נשארו ביד יורשי שני:

ב עוד אמרו ז"ל דבשהראשון ראוי ליורשו אין להשני כלום דירושה אין לה הפסק כנון שאמר שדה פלונית אני מוריש לראובן בני ואחריו לשמעון בני כיון דראובן יורשו מן התורה אע"ג דבחייו היה יכול ליתנה לפי שירצה מ"מ כיון דהוריש אין הפסק בירושה דדווקא מתנה יכול האדם להתנות בה כרצונו אבל היורש כיון שקבלה ע"פ לשון ירושה היא שלו לעולם ולכן לא מיבעיא אם אמר על כולם לשון ירושה דאין להשני כלום אלא אפילו אמר בלשון מתנה נכסי לך ואחריך לפלוני כיון שהוא ראוי ליורשו אין זה לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק ודווקא בשכ"מ דבשהאדם חולה מוריש נכסיו לכן דיינינן לה כלשון ירושה אבל בריא שאמר נכסי לך ואחריך לפלוני אפילו דאוי ליורשו הדין בבסעי' א' דבבריא הוי זה לשון מתנה ולא עוד אלא אפילו אמר בלשון ירושה אינו כלום דהבריא אינו יכול ליתן בלשון ירושה [סס]:

ג וכ"כ הרמב"ם פי"ב מזכיה שכ"ם שאמר נכסי לפלוני ואחריו לפלוני אין לשני אלא מה ששייר ראשון ואם היה הראשון ראוי ליורשו כגון שהיה בן מכלל הבנים אין לשני כלום שכל לשון מתנה ליורש הרי הוא כלשון ירושה וירושה אין לה הפסק ואע"פ שאמר ואחריו לפלוני אבל הבריא שנתן מתנה על דרך זה וכתב לו נכסי לך ואחריך לפלוני אין לשני אלא מה ששייר ראשון אפילו היה הראשון ראוי ליורשו עכ"ל:

ד מה נקרא ראוי ליורשו לאו דווקא שהראשון ראוי והשני אינו ראוי אלא אפילו גם השני ראוי כגון בן בין הבנים ובת בין הבנות ואח בין האחים כשהם היורשים וכתב לאחד מהם מקצת נכסיו או כל נכסיו באופן שאין בה חששא דאפטרופסת שנתבאר בסי' רס"ו כיון ששייך בירושה זו וביכולת המוריש להוריש לכל מי שירצה מהיורשים מקרי ראוי ליורשו ואין לזה הפסק אבל בת בין הבנים או אח בין הבנות אינו ראוי ליורשו מקרי דכיון שיש לו הקידמים בירושה מזה אין לזה שם יורש ובמקום שאין לה הפסק אפילו אמר אחריך להקדש אינו כלום וכ"ז כשאמר בלשון אחריך או שאמר ואם המות יהיו נכסים אלו לפלוני או להקדש אבל אם נתן לזמן קצוב כגון שאמר נכסי לך לעשר שנים ואח"כ יהיה לפלוני או שאמר תהא ביתי לך כל

זמן שהרוור בו ואחר שתצא מהבית תהיה הבית לפלוני אזי לאחר הזמן או לאחר שיצא מהבית שייך לפלוני ובנהן לזמן אין הראשון יכול למכור ואם מכר השני כוציא מיד הלקוחות וי"א דהוה כמו נכסי לך ואחריך לפלוני דבתוך הזמן הגוף והפירות שלו ומה שעשה עשוי [קנס"ם בסס רמב"ן] אבל אם אכר כל זמן שהרוור בו וודאי דמכיריתו מבירה [ב"מ במסו' סנהדרין כנב"י] ואם אכר מהם אחר שיטות בני יהו הנכסים לפלוני לא אמרינן בזה ירושה אין לה הפסק [נס"ם] כיון שלא אמר נכסי לך ואחריך לפלוני ומ"ם אם מכרן מכור [ג"ל] וי"א דאפילו בכה"נ כיון שראשון ראוי ליורשו אין לו הפסק [ב' ג"ל]:

ה כתב הרמב"ם ז"ל שכ"ם שאמר נכסי לך ואחריך לפלוני והיה הראשון ראוי ליורשו ופירש ואמר לא משום ירושה אני נותן לך שאין לה הפסק אלא במתנה והרי הפסקתיה השני קונה מה ששייר ראשון לפיכך אם נתן המעות ע"י שליש או שאמר תנו לבניי שקל בכל שבת ולא משום ירושה אני ניתן להם והנשאר מהנכסים אחר מותם יהיה לפלוני אין נותנים להם אלא שקל אע"פ שאינו מספיק להם עכ"ל וס"ל דכשצוה ליתן להם כך וכך שלא מחמת ירושה וכשנתן לשליש אע"פ שלא אמר שאינו נותן כחמת ירושה אין לזה דין ירושה שלא יהיה לה הפסק ויחבאר עוד בזה בס"ד בסי' רנ"ג ואם נתן לסי שראוי ליורשו על תנאי ונם אמר ואחריו לפלוני ולא נתקיים התנאי אין לזה דין ירושה ונתבטלה כל המתנה [כרמ"ם נמסו']:

ו זה שנתבאר דאם קדם הראשון ומכרו מכור בד"א כשמכר או נתן מתנה לאחרים ואפילו נהנם להנכסים עצמם כגון שהמתנה היא עברים והוציאם לחירות ואף שעשה איסור מ"ם מה שעשה עשוי ובן אפילו אכרם בהנאה כגון שהמתנה היא בגדים ועשאן הבריחין למת שאסורים בהנאה ואפילו הרבה להם הבריחין יותר מהצורך ריש בזה קצת איסור שעובר על בל תשחית כמ"ש ביו"ד סי' שמ"ט מ"ם מה שעשה עשוי אבל אם מכרן לאחר ביורשיו או נתנם לו במתנה לא עשה כלום דוודאי בזה היה רעת הנותן לעיכובא שלא יועיל דאל"כ לחנם א"ל ואחריך לפלוני דהא בוודאי יתנם המקבל ליורשיו אבל למכור לאחרים לא חשדו שיעבור בזה על רעתו ולכן לא היה דעתו לעיכובא בזה דבלא זה ג"כ לא חשדו ולכן אם עבר ועשה מה שעשה עשוי [סס"ם] ועוד דיורשיו בעצמו רמיא וכשם שאחר מותו אינו יכול לעכב לעצמו כמו כן אינו יכול ליתנם ליורשיו וכן אם הראשון נתנם במתנת שכ"ם אפילו לאחרים אינו כלום שאין מתנת שכ"ם קונה אלא לאחר מיתה וכשמת קרם האחריך לזכות בהם דהוא קונה כשהראשון נוסס מפני שתנותן שאמר ואחריך לפלוני היתה טוותו כשלא יצטרך הראשון מיד יזבה השני ובנסיסתו של אדם א"צ לכלום ואף אם היו חלין בבת אחת והיינו רגע אחר מיהתו צריכים יותר לקיים פקודת הנותן מפקודת הראשון שלא עשה כהיגן וכן י"א כשאמר הראשון מהיום אם לא אחזור בי ג"כ זכה האחריך כיון שזה יכול לחזור בו כל ימי חייו ונמצא שהקניין הוא לאחר מותו בבר קדמו האחריך [קס"ח] וי"א דאע"נ דאין הראשון יכול ליתנם בסתנה שכ"מ מ"ם אם הוציא המתנה מידו ומכרה לשליש שקונה המקבל דזכה בה מיד שכפרן לשליש [ס"ך] וב"ש כשכפר לידו אף שאמר שיקנם במתנת שכ"ם:

ז דווקא מכירה או מתנה מוציא מיד האחריך אבל שיעבוד אינו מוציא כגון שהראשון לוה ביעת ושיעבדם אפילו עשאן אפוחיקי או שהיה עליו חיוב כחובה ובאו הבע"ח או האשה לב"ד להנבותם מנכסים אלו אע"פ שהראשון קיים ואם היה מוכרן מכירתו מכירה מ"ם אין ב"ד מנבין אותם מגוף הנכסים אלא מהפירות לכל ימי חיי הראשון והטעם דכיון דיכול למלקם במעות לא זכו בהם עדיין לגמרי ומסילא כשיטות זכה בהם האחריך ואם הראשון מת ובאו הבע"ח והאשה להנבותם אין מנבין להם אפילו הפירות אלא הם של האחריך דהא אחר מותו אין לו עור ולא מהני אפוחיקי או אפילו ייחד לאשתו נכסים אלו בכתובתה וכן נראה עיקר אע"פ שיש חולקים בזה וזהו דווקא כשב"ד מנבים להם אבל אם הלוה עצמו הנבם מה שעשה עשוי דהוי כמכירה [נס"ם] ואע"נ דשומא הדרא כשמסלקם במעות כמ"ש בסי' ק"נ ואינה כמכירה נמורה זהו בשומת ב"ד ולא בשהלוה עצמו הנבם [כס]:

ח בזה שנתבאר דירושה אין לה הפסק זהו דווקא כשהחולה עשה הצוואה בדיני ישראל אבל אם עשה ע"פ ערכאות וכהב נכסי לך ואחריך לפלוני וראשון ראוי ליורשו ובאו אח"כ לדון בב"ד לא אמרינן דירושה אין לה הפסק ואע"נ דלענייו דיני ירושה הולכין אחר הדין כמ"ש בסי' שמ"ט מ"ם כיון שהוא עשה הצוואה בערכאות ובלשונם כשכתב ואחריך לפלוני הכוונה אף כשהראשון ראוי ליורשו ויש הפסק ע"פ לשונם א"כ בע"כ דכוונה המצוה לא היתה לשם ירושה רק לשם מתנה [סמ"ע סס] אבל רבים חולקים בזה דהא לא בכוונת המצוה תליא והרי גם כשעשה בב"ד רצה הוא לעשותה כמתנה ולהפסיקה אך התורה נזרה שאין לה הפסק א"כ אין חילוק באיזה מקום שעשה הצוואה אם לא שכתב מפורש שאינו נותן בתורת ירושה א"כ גם בדינינו כן הוא כמ"ש בסעי' ה' וכן עיקר לדינא:

ט אין כל הדברים הללו אמורים שאם מכר הראשון מכור אלא באומר ואחריך לפלוני ולא אמר מהיום אבל אם א"ל ואחריך מהיום לפלוני ומכר הראשון מוציאם השני מיד הלקוחות דכיון דאמר מעכשיו בע"כ

דלא נתן להראשון רק הפירות והגוף נתן מעתה להשני ואיך יובל הראשון למוכרם וכן אם מת שני בחיי ראשון יהנום ליורשי שני אחר מיתת הראשון דהשני כבר זכה בהגוף ואם הם שלשה שאמר ואחריך כהיום לפלוני ואחריו מהיום לפלוני ראשון ושני לא קנו רק הפירות והשלישי קנה הגוף מהיום והפירות לאחר מיתת השני ודווקא כשבאו ליד שני דהרי השלישי אינו זוכה רק מיד השני לפיכך אם מת שני בחיי ראשון יהזרו הנכסים ליורשי הנותן דהשלישי לא זכה ולהראשון אין לו רק הפירות [סמ]:

ו וי"א דבאמר מעכשיו אפילו הראשון ראוי ליורשו לא אכרינן בזה דירושה אין לה הפסק כיון שלא נתן לו רק הפירות ויש חולקין ום"ל דלעניין ירושה שאין לה הפסק אין חילוק בין אמר מהיום להאחריך או לא אמר וכן חולקים על זה שנתבאר דבמעכשיו אין מכירתו מכירה [כ"כ נרמב"ן סבעזמ סכ"ע] דס"ל לדיעה זו שאע"פ שאמר מעכשיו מ"מ לכל ימי חיי ראשון נתן לו הגוף והפירות ואמירת מעכשיו אינו הברח שאין הגוף להקדם לו והרי אם נתן לשלשה ואמר על השני מעכשיו ועכ"ז אין לו הגוף כמו שנתבאר א"כ אמירת מעכשיו אין הגרע לזה ומ"ש כתב רבינו הרמ"א דדיעה ראשונה נראה עיקר [וכ"כ קכ"ס . ס"ל לרב טוסן דלמריך כמעכשיו וס"ל סם קל"ג . דיוסקה מין לס הפסק ל"ל דלמו כמעכשיו מלא כמהבני רלמו ליורמו ולא הרמלון בהסיפ דסכתם סם וזו"ק] ויש מי שאומר דגם לדיעה אחרונה מ"ש לענין מכירה סודים דאין כח לראשון למכור במעכשיו [סמ"ע סקכ"ב וזכו לרמב"ם סם]:

ז אין כל הדברים אמורים אלא בשאמר נכסי לך ואחריך לפלוני אבל אם אמר ואחריך לי או ליורשיי אם מכרם הראשון מוציא הנותן או יורשיו מיד הלקוחות כיכמת הראשון דוודאי לא נתן לו רק הפירות ולא הגוף ורווקא לגבי אחר אכרינן דאע"ג שרצון הנותן היה ששייר הגוף להשני וכבר שהראשון לא יעבור על דעתו מ"מ אקניה הגוף גם להראשון דלא אלימא ליה האי מהאי אבל לגבי עצמו ויורשיו וודאי דלא אקניה רק הפירות ואפילו לא אמר בלל ואחריך לי או ליורשי אלא שאמר נכסי נתונים לך כל ימי חייך אין לו בהן רק פירות ואם מכרן הנותן או יורשיו מוצואין מיד הלוקח מיד כשמת המקבל:

ח כתב רבינו הרמ"א בסעי' ז' אמר אחריך ליורשי והיה לו בת ומתה בחיי המקבל והניחה זרע הגרע עומד במקומה אבל אם אין לה זרע אין שאר יורשים עומדים במקומה אא"כ אמר מעכשיו ליורשי דאז זכתה הבת מחיים עכ"ל והקשו עליו דהרי בשיור לעצמו או ליורשיו לא הקנה לו רק הפירות כמ"ש א"כ גם בלא מעכשיו כמעכשיו רמי דמעולם לא יצא הגוף מרשותו או מרשות יורשיו וכ"ל רמ"ל דוודאי אם אמר בלשון זה אחריך לי או ליורשי לא נתן להראשון רק הפירות ולעצמו שייר הגוף ואם ימות היורשים שיהיו אז יעבדר במקומו אבל כשאמר רק אחריך ליורשי א"א לומר ששייר הגוף מעכשיו לעצמו וליורשיו דא"כ היה לו לומר אחריך לי ומטילא דבשימת יורשיו יעמדו במקומו או עכ"פ היה לו לומר אחריך לי או ליורשי ופירושו לי כשאחיה אז וליורשי כשלא אחיה אבל כשאמר רק אחריך ליורשי אין היורשים באים מכחו ואף אם הוא בעצמו יחיה אז נ"כ לא ישובו לו רק להיורשים וזהו מכוש כאומר ואחריך לפלוני דמה לי אם אומר ואחריך לפלוני או אם אומר ואחריך ליורשי שהם בניו או בנותיו ומעיקר הדין חיה צריך להיות דאם ימות היורש בזמן הראשון כדין כת שני בחיי ראשון אלא שמפני שהזכיר עכ"פ לשון יורש אכרינן דכוונתו כן הוא שזרעה וזרע זרעה הן כמותה שהם הוי אז יורשיו אבל יורשים אחרים כמו אחים וכ"ש בעלה שבשעת המתנה אינם מכוונים כלל בשם יורשיו נותן אין להם כלום ולכן כתב עוד דאם אמר נכסי לפלוני ואחריו ליורשי והיה לו בשעת הנתינה בת אחת ואח"כ נולדו לו בנים י"א דזכתה בהן הבת דלא היה כוונתו רק על היורשים שהיו לו בשעה המתנה כן נ"ל עכ"ל וזהו ממעם שנארנו דלא היתה כוונתו על ירושה שמכחו אלא על המכונים יורשיו בשעת המתנה ולא מפני כחו אלא שכן היתה רצונו והוה כאחריך לפלוני [וכזה מ"ש גם קונסים סב"ם בפמ"ע סי' ל' סק"ג וכל דקדוקי סקלמ"ח וכמ"ש וזכו כוונת סטור נ"כ ומינו מולק עם פרמב"ן ומיוסב קונסים סב"י וקונסים הרין מסגיא ומפרסי בסמסמת סנב"ג סכ"ס : פגילסת דסב"ם ולא כשילומו לנמרי והם"ם סמוכרכה להמעם שמין סנבול יוצ מכוס רלמו ולחיו למוכ מפני שליחו מזכעה מפני שכמוסם סימה בסגיא סממנה וקרקע קונה טוולם וד"ק]:

ט עוד כתב דאם אמר נכסי לך ואחריך ליורשיך י"א דהוה כאלו אמר ואחריך לפלוני ואם מתו יורשיו בחיי המקבל אין יורשי יורשיו נושלין כלום אא"כ אבר ואחריך ליורשיך מעכשיו ע"ל ונם בזה דחו דבריו ממה שבעצמו כתב מקודם דזרע זרעה עומר במקומה וגם דחו מהש"ם שם שמבואר ההיפך דרק הבעל אינו יורש אבל שאר יורשיה יורשים [דק כוא בסמסמת נני' הכי"ף] ולי נראה דדבריו אמיתים דבזה שהוסיף היורשים נרע כחו של המקבל דהא נם בלא זה יורשים אחריו יורשיו אלא ודאי דה"ק דרק יורשיו ולא יורשי יורשיו וזה שנתבאר דזרע זרעו כזרעו דמי זהו ביורשי עצמו אבל ביורשי המקבל אכרינן דעתו שלא נתן רק להיורשים ולא ליורשי יורשים ובנם' שם דיורשים חוי נם יורשי יורשים לבר מבעל דס"ל שם להנם' דאחריך כמעכשיו דמי ומ"ש לגבי הבעל מקרי ראוי דס"ל דמעכשיו דינו כמו בלא מעכשיו כמ"ש בסעי' י' ולכן הוה ראוי [נמקי] אבל כיון דקיי"ל דמאחריך לאו כמעכשיו דמי הוי ליורשיו דווקא ולא ליורשי יורשיו

ועוד דבנמ' סיורי שנתן נכסיו לאמו ואחריה ליורשיה דהם קרובים להנותן בזה אמרינן דעתו שבין ג"כ לורע זרעו אבל כשהמקבל אינו מקרובי הנותן כוונתו ליורשיו דווקא כי מאין לנו להוסיף על דברי ולזה"ע עצמו שאני דכל זרע זרעו כזרעו דמי דיוצאי חלציו הם עיד כתב דדווקא שאמר אחריך ליורשיך אבל סה שבוחבין בשטרות לך וליורשיך אינו אלא לשופרא דשפ"א עכ"ל ואדרבא שחיזק כח המקבל שיהא יכול לעשות בה כל הפצו למוכרה ולנותנה בבשלו וכתב עוד· ריש חלקין והוא הרא"ש בתשו' הביאו בטור ס"ע· י"ד ובוונתו דהרא"ש ס"ל דאפילו כשאמר מעכשיו אין יורשי יורשיו נוטלין בין דקפיר לכתוב ליורשיו היה הכוונה דרק ליורשיו ולא ליורשי יורשיו והרא"ש ס"ל כמ"ש בסעי' י"ב [כני' רמ"ס] אבל באחריך ליורשיך דאין כאן קירוב בלל לא נתן ליורשי יורשיו אפילו כשאמר מעכשיו:

יך כתב רבינו הב"י בסעי' ט' האומר נכסי לאמי ואחריה ליורשיה והיתה לה בת נשואה ומתה הבת בחיי בעלה ובחיי אמה [כל"ל] אין הבעל יורש אותם נכסים מפני שהם ראוים לאשתו ולא זכתה בהם האשה אלא אחר ששתה אבל אם הניחה הבת בן או בת היו יורשים הנכסים ששמע יורשיה ואפילו יורשי יורשיה ואלו אמר לכשתמות הזקנה הרי הם לבתה מעכשיו היה הבעל יורש אותם אחר מיתת אשתו עכ"ל דהוא קודם במוחוק בנכסי אשתו לכל יורשיה [דין זה סוף סעיף שבנמ' שהבלתו נכסיו י"ג] ולפי מה שבארנו בסעי' י"ג [לעיון סוגוד] אפשר שגם רבינו הרי"א מודה בדין זה [ולפיזיט ברמב"ס פ"ב מזכי הגירסת כרמב"ס ונשפטר נס בסע"ש ל"ל כן ולכן נכתב על סכם לעון זכר ומ"ש ני' סס מכיס]:

יח שכ"ם שאמר לאשה פנויה נכסי לך ואחריך לפלוני ולא אמר מהיום ועכדהי ונשאת שייכים הנכסים להבעל ואין האחריך מוציא מכנו דקי"ל בעל בנכסי אשתו דינו כלוקח וכיון שאם מבר הראשון מכור כמילא הוי כמו שמכרה לבעלה אבל אם אמר לה כשהיא נשואה ומתה מוציא האחריך מיד הבעל דהרי כיון שזכה אותה בהנכסים ואמר לה ואחריך לפלוני הרי זה כאלו אמר מעורש לפלוני ולא לבעלך לפיכך אם מברה נכסים אלו בעודה תחת בעלה ומתה יעמדו חוזקים ביד הלוקח ובאה"ע סי' צ"א נתבאר עוד מזה ע"ש:

יט ראובן שנתן מתנה לדוי והתנה עמו איזה תנאי ושאם יעבור התנאי יהיו הנכסים של שמעון מעכשיו ואח"כ נתן שמעון כל זכות שיש לו במתנה זו ללוי מעכשיו ומת אע"פ שלוי עבר על התנאי ס"ם זכה בהם מכחו של שמעון ואף אם לוי עבר אחר שנתן לו שמעון ונמצא דבשעה ששמעון נתן לו לא היתה עדיין של שמעון ס"ם כיון שעבר אח"כ זכה שמעון לטפרע כיון שאבר מעכשיו ומסילא דנתינתו ללוי הוי נתינה ומעשה בראובן שהלוה לבניו שמעון לוי ויהודה מעות ומשכנו לאביהם את הבהמים שלהם ומת האב וקודם שחלקו את הירושה כתב שמעון ללוי עשר מתנה מחלק ידושתי ועמד לוי ותבע משמעון חוב זה ומעון שמעון כיון שאבינו מת נמחל שיעבור שטר זה מעלי ופסק הרשב"א ז"ל שהדין עם שמעון כפני שבנמר מיתת האב זכה בכמה שהיה הייב לאביו ונמחל שיעבודו אף קודם חלוקה וראובן שכתב לבנו ולאשתו בית וכתב שלא יגבו אלא שניהם ביחד ואח"כ מת אחד מהם אם יכול השני לגבות נתבאר בסי' ע"ז ע"ש:

יז הנותן מתנה ואמר כמלטלין שיש לי אני נותן לפלוני נוטל כל כלי השמישו אבל לא חטין ושעורים וסחורות וכיוצא בזה דאע"ג דהמה מטלטלין מ"ם בלשון בני אדם לא נקראו ממלטלין רק כלי השמיש ואם אמר כל מטלטלין שלי אני נותן לפלוני נוטל הכל דבר ס"ת וספרים שאין נכללין בסתם [ק"ן] ועבדים בכלל מטלטלין בלשון בני אדם אבל לא רחיים התחתונה אף שמעיקרה היא ממלטלין מ"ם כיון שמחוברת לארץ ואין דרך לסלסלה אחרי שהוקבעה בארץ ונם בשעה שיוצים לנקרה מנקרים אותה במקומה משא"כ רחיים העליונה דבשבאים לנקרה מטלטלין אותה ממקומה היא בכלל ממלטלין [סת"ם] ורחיים שלנו פשיטא שהם בקרקע ורחיים קטנים של יד פשיטא שהם במטלטלין ואם אמר כל המטלטל נוטל גם רחיים התחתונה יכיוצא בזה דכל המטלטל משתע כל מה שביכולה למטלטל וכ"ש ס"ת וספרים [כ"ל] ואם נתן ספרים במתנה אין ס"ת בכלל לפי לשון בני אדם וכ"ש ראוי ספרים בכלל ס"ת [כ"ל]:

יח אמר נכסי לפלוני נוטל כל הכסי מטלטלין וכל הקרקעות ובנרים ועבדים ושיפית ובהמות וספרים ותפלין אבל ס"ת יש פפק בנמ' אם הוא בכלל נכסים או לאו לפיכך אם תפס המקבל אין מוציאין מידו לא מיבעיא לדעת הפוסקים דבספק שבנמ' מהני תפיסה אלא אפילו להפוסקים דלא מהני תפיסה מ"ם בזה שהספק הוא לא בדין אלא בלשון בני אדם איך הוא וכשיבא אליהי ויאמר שכן הוא הלשון יתברר הדבר [ע' יבמות מ"ו] ובל ספק העומד להתברר במקום שנמצא המטן הקיש בידו [כל' מסע"ם סקמ"ן] ויש מי שאומר דזהו רק לדעת הרמב"ם דמהני תפיסה בספ"ק דדינא [הגר"ח] ותמיהני דא"כ למה לא הניח רבינו הרמ"א דין"א דלא מהני תפיסה כמו שהניח בכ"מ ועור דגם הטור בהב דמהני תפיסה ויש מי שרוצה לומר דמלוה בע"פ אינו בכלל נכסי ולא נ"ל ומעות נ"כ בכלל נכסים [כ"ב ק"ן]:

ומלוה בשכר יתבאר בסעי' כ"א:

יט אמר להה לאשה בנדיה כל הבנרים בכלל בין בנרי חול בין של שבת ויו"ט ובל מיני בנדים בכלל זה כתוכת ופוטקאות וגם כל מיני בנדים קטנים וגדולים

וגרולים הכל בכלל בגדים אבל בגד שאינו תשוב עדיין אינו בכלל מגדים אמנם התפור אף שעדיין לא לבשה הם בכלל ותכשיטין אינו בכלל בגדים ודע דכל דבר שהוא מעשה אורג הוא בכלל בגד [סמ"ע]: וכל דבר מכסף וזהב ושארי מתכיות שעשוי שלא ע"י ארי ה הוא תכשיט ודבר שחציו אריג וחציו תכשיט הולכין אחר רובו [כ"ל וע"ם]:

כ הכותב לחבירו שנתן לו ד' אמות קרקע ואנכן כל מטלטלין שיש לו בין זהב וכסף בין שאר כל כלים גדולים וקטנים ובגדי פשתן וצמר ומשי וכל מה ששמו מטען וכל מה ששמו נכסים לא קנה קרקעות אף שהן בכלל נכסים מפני שאין קרקע נקנה באוב ולא עבדים משום דקיי"ל בסי' ר"ב דהחזיק בקרקעות לא קנה עבדים ולא ס"ת ולכן אם רוצה להקנות לו קרקע ועבדים יקניהו בקנין אחד וס"ת יפרש להדיא:

כא מעשה באחד שנתן לחבירו כל נכסיו מטלטלי אנ"ק ולא שייר לורשיו אלא ה' זהובים והיה לו שטרי חובות ופסק הרא"ש דאם היתה מתנת שב"מ ומצוה מחמת מיתה דקנה בלא קנין גם בשיור כמו שיתבאר קנה השטרות דהם בכלל נכסים וא"צ כתיבה ומסירה דדברי שב"מ בבהובין וכמטורין דסי אבל אם היתה מתנת בריא או בשב"מ באיפן שצריך קנין לא קנה בלא כתיבה ומסירה ויהזרו להיורשים ואפילו היה המקבל עצמו חייב להנותן בשטר צריך לשטר ליורשיו דכיון שלא מחל לו החוב אלא שהקנה לו השטרות ומאחר דלא קנה השטר גם החוב לא נמחל:

סימן רמט [הנותן מתנה וחזר בו והנותן לעבד ואשה ובן ד' מעיפים]:

א האומר ליתן מתנה מועטת לחבירו וחזר מז ה"ז מכחוסרי אמנה אבל במתנה מרובה אין בזה משום כחוסר אמנה דהמקבל לא סמכה דעתו ובעני אין חילוק וחייב מדין נדר וכבר נתבאר זה בסי' ר"ד ובסי' רס"ג ואמרו ז"ל [סוכה מ"ו:] שלא יאמר לתנוק אתן לך מתנה אם אין בדעתו ליתן שלא להרגילו לשקר ולאנם אסור ליתן מתנה שנאמר לא ההגם אא"כ הוא מכירו או שיש בזה מפני דרכי שלום:

ב הנותן מתנה לעבד ולאשה קנו רבב והבעל אך יש חילוק ביניהם דהרב קונה גם הגוף והבעל לא קנה אלא הפירות אבל הגוף שלה כשיגרשנה או התאלמן ונתבאר באה"ע סי' פ"ה והכותב כל נכסיו לעבדו קנה עצמו בן חורין דגם הוא בכלל נכסים ונתבאר ביו"ד סי' רס"ז ואם נתן מתנה לעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו לא מהני אבל אם נתן לו ע"מ שיעשה דבר פלוני מהני [סס בם"ך ודו"פ] דלא כיש מי שחולק בזה וכן פסורש ברמב"ם פ"ג מזבייה:

ג דבר פשוט הוא שזה שקנה עבד קנה רבו הוא אפילו בסה שקנה קורם שנמכר לו לעבד ויש לזה ראיות הרבה וכן פסורש בירושלמי נימין [כל' ס'] בתיצ עבד וחציו בן חורין דכשמצא ביום של עצמו למחר היא של רבו [וכ"פ סק"ע ופי' סף"מ דמוק] וכאי דאיתא בש"ם דילן בגיטין [מ"ב.] שאם נגחו שור יום של עצמו לעצמו וודאי כן הוא אם רצונו לאכלו ולשתותו בעד מעותיו ביכולתו לעשות כן וכן ביכולתו ליתנה לאחר באותו יום אבל אם נשארו אצלו עד מחר הוי לרבו [ולחמם נדמק סקלסים בזה ועשה מחלוקת בין בבלי וירושלמי וסדבר פסוט כמ"ם]:

ד כתבו הרמב"ם והטוש"ע מדת חסירות שלא לקבל מתנה אלא לבטוח בה' שיהן לו ד' מחסורו שנא' ושונא מתנות יחיה ובגמ' [חולין מ"ד:] משמע דמי שיש לו מדה זו כאריך ימים ואין לשאול דלפ"ז איך אכרינן זכין לאדם שלא בפניו לענין מתנה דילמא לא ניחא ליה דהטעם הוא משום דהולכין אחר רוב בני אדם דניחא להו במתנות ועוד דבכל זמת וחובה אין לילך בוה שיהיה רווקא כוזו זכות וכולו חובה אלא כל שהחוב רבה על הזכות נקרא חובה [תוס' נימין י"ב.] וכל שחזכות רבה על החוב נקרא זכות וזכין לו שלא בפניו:

סליק בס"ד הלכות מתנה

סימן רנ [דיני מתנת שכ"מ במקצת ובכולה ודין מצוה מחמת מיתה ובו מ"ב סעיפים]:

א תקנת חכמים בחולה שנותן מתנה שא"צ קניין ודברי שכ"מ בכתובין וכמסירין דמי ואף שאין המקבל קונה רק לאחר מיתת הנותן עשאוה כאלו כתב ומסר לו בחייו ולכשימות יקנה למפרע משעת נתינה [מור] ובהברה היה להם להקן כן דאל"כ איך יקנה המקבל לאחר מיתה הלא יורשיו קודמין שיורשין מן התורה לכן עשאוה כאלו מסר בחייו בקניין נמור ואם המתנה היא קרקע הוי כאלו כתב השטר בחייו אף שאינו קונה רק לא"ר מיתת השכ"מ [זמו כוונת המור] ולכן אסרו חז"ל [ב"ב קמ"ט.] דמתנת שכ"מ כירושה שוויה רבנן דכמו דהיורש איסתי הבכסים שלו לאחר מיתת מורישו ומ"מ גם בחיים הויין כשלו לכשימות מפני נזירת התורה כמו כן מתנת שכ"מ הוה מחיים כשלו אף שהקנין הוא לאחר מיתה ולכן יהבאר בסי' רנ"ו שבמקום שאינו יכול להורישׁ אינו יכול ליתן במתנת שכ"מ ולמה לא תקנו חכמים שאמת יוצה לנמרי כשעת אמירתו כדי שיהיה ביכולת השכ"מ לחזור בו אם יקום מחליו ולמה רבנן לדין מתנת שכ"מ שעשאוה כדין התורה [סם קמ"ז:] לעניין שאם נתן שמ"ח במתנה שכ"מ אין היורש יכול למחול אף דבמכור שמ"ח יכול למחול כמ"ש בסי' ס"ו ואין חילוק בין שצוה להתה לו מיד לאחר מותו או צוה ליתן לאחר זמן ולא אבריכן איך ביכולתו ליתן לאחר זמן הרי הק"ימוהו היורשים דכיון שעשאוהו בכסורים בחייו להמקבל לא חלה הירושה על זה ולכן אף שבמתנה הולך לאו בזכי דמי כמ"ש בסי' רמ"ג אבל במתנת שכ"מ הולך הוי פיבי ואף שכת המקבל קודם הנותן זכו יורשי מקבל דמשעה שמסר לשליח הוה כאלו זכה המקבל כמ"ש בסי' קכ"ה בפני שעשאוה כמסורים בחייו ולפיכך אע"ג דאינו קונה רק לאחר מיתה מ"מ כשהוציאה מרשותו ומסרה לשליח שימסור לו קינה באמת המקבל מחיים [זמו כוונם כאומם ספ"ק דגיטין בד"ם הא בשכ"מ ומרמ"ם פס ומת"ן קוסית סר"ן כב וס"ם כל מה מדקדק מקלפ"ח וזו"ק]:

ב ולפן אם השכ"מ בעצמו לא צוה להת דבר אלא מינה אפטרופסים ונתן להם רשות לחלוק נכסיו כפי מה שירצו ועשייתם תהי כעשיתו י"א דאין בדבריו כלום דמיד כשמת נפלו הנכסים לפני היורשים ונתבטלה מתנותיו ולא שייך לומר בזה דדבריו נכתיבים וכמסורים דמי דאף אם יכתוב שאחרים יתנו נכסיו אין מסיע בזה וי"א דדבריו קיימים דעשית אפוטרופס הוי כמו צוואתו ודבריו קיימים דכיון דמעיקר הדין אין בדברים קניין רק דבשכ"מ הקנו שדבריו יתקיימו מה לי אם אמר בעצמו ליתן לפלוני או צוה לאחרים שיתנו דהרי רצונו צריכים לקיים ודיעה ראשונה ס"ל כיון דעיקר התקנה היתה שלא תטרף דעתו כמו שיתבאר אין זה רק כשנתן בעצמו אבל כשלא נתן בעצמו אינו חושש כל כך ואלמלי רצה שיתקיימו דבריו היה אומר בעצמו למי ליתן [ע' לנום וסמ"ע] ואפילו צוה לב"ד שיתנו למי שירצו אינו מועיל ולא אמרינן בזה כח ב"ד יפה [מרדכי סס"ם דכ"כ] ואף שיש לאפוטרופס כח לפרוש תרומות ומעשרות והו כדי שלא יאבלו היתומים

איסור [רמב"ם סוף מחלות]:

ג ועמה הקנו חכמים כן מפני שהחולה דעתו חלושה ולא כל העיתים מיכשרים אצל החולה לעשות קניינים וחששו חז"ל שאם יהיה ירוע להחולה שאין דבריו קיימים יצטער כזה ותטרף דעתו עליו ויבא לסכנה לכן תקנו שמה שירצה לעשות בנכסיו יתקיים בריבור בעלמא ולמה לא נעשה לו רצונו בנכסי עצמו: ד ומה נקרא שכ"מ דאין סברא לומר דמי שחושש מעט בבריאותו יהיה דינו כשכ"מ כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ח מזכיה דהסומא או הפיסח או הגידם או החושש בראשו או בעינו או בידו או ברגלו וכיוצא בהן שלא נהפשטה המחלה בכל הגוף הרי הוא כבריא לכל דבריו במקחו ומסכרו וסתנותיו אבל החולה שתשש כח כל הגוף ובשל כחו מחמת החולה עד שאינו יכול להלך על רגליו בשוק והרי הוא נופל על המטה הוא הנקרא שכ"מ אע"פ שלא אמר שמצוה מחמת החולי ובשכ"מ עצמו יש חלוקי דינים שכ"מ ומצוה מחמת מיתה כיצד שכ"מ שנתן נכסיו ולא הזכיר שמחמת דאגת המיתה הוא נותן אין דבריו קיימים בלא קניין אלא אם נתן כל נכסיו דאז אמרינן דכמחמא מחמת דאגת מיתה הוא נותן וחששו חכמים שלא תטרף דעתו ולא האריכו קנין ואם עמר מחליו חזר בו אבל אם נתן מקצת נכסים דינו כבריא וצריך קנין ואם עמד מחליו אינו חוזר בו דכיון ששייר לעצמו נראה שלא נתן מחמת דאגת מיתה אבל בכוצה מחמת מיתה שהזכיר בשעת המתנה שנותנה מחמת דאגת מיתתו או שאמר בסירוש שנותנה בסתנת שכ"מ שלא יקנה אותה המקבל אלא לאחר מיתתו אין חילוק בין מתנה בכולה למקצתה וא"צ קניין ואם עמר חזר וי"א דבנ' ימים הראשונים מחליו אם לא הזכיר כפורש שנהנ מחמת דאגת מיתה צריך קנין כשלא נתן כל הנכסים דבנ' ימים ראשונים אינו נותן מחמת דאגת מיתה אם לא שהזכיר מפורש או שנתן כל הנכסים דמוכח שנותן מפני דאגת מיתה אבל לאחר ג' ימים או שקפצה עליו המחלה אפילו תוך ג' דינו כמציה מחמת מיתה זהו כללות הדברים ובפרטיות יתבאר לפנינו ויש עוד

שרינם כשב"ם שא"צ קנין ואם יצא מעניין זה חוזר במתנתו כמו נשתהק וכשרש בים ויוצא בשיירה למדבריות והוצא בקולר לדון למיתה ויתבארו בסעי' כ"ט:

ד שכ"ם שכתב כל נכסיו לאחרים ולא שייר כלום אם עמר ונהרפא לגמרי בטילה המתנה ממילא אפילו אינו אומר מפורש שחוזר בו מפני שמן הסתם חוזר בו בלבו ואע"פ שהיה קנין והיה לנו לומר דלא גרע מבריא ולא תהא ביכולתו לחזור בו ט"ס כיון שחלק כל נכסיו אנן סהדי שבוודאי היתה כשקבל קנין דווקא אם ימות דאין אדם נותן כל נכסיו לאחרים והוא ישאר בלא כלום ובאימתנא גדולה כזו אזלינן בהדה אע"פ שלא פירש ואפילו כבר באה המתנה ליד המקבל (ב"ח) ואפילו המתנה בשעת המתנה שלא ייכל לחזור בו ט"ס אם עמד חוזר דבזה לא תקנו חז"ל שיהיו דבריו בכתובים וכמסורים שלא יוכל לחזור בו כשיעמוד ולכן אם המתנה וקנו מידו בפירוש שלא יהא יכול לחזור בו אינו יכול לחזור דזהו מיטי כמתנת בריא ויש מגמגמים גם בכה"ג דכיון דכשכ"ם הולכין אחר אימדנא פשיטא דגם בכה"ג לא נסתלקה האומדנא [מגי"ח] דכיון דקנייניו אינו מועיל לעניין חזרה מה יוסיף ההנאי ושכ"ם שעבד מחליו אף שבתוך המתנה היה גם מחילות מכון שא"צ קנין כ"ם אם עמר חוזר גם מזה וצריך הבע"ח לשלם לו דלא עדיף מחילה מחוב ממתנה בקניין [סמ"ע] וי"א דגם בהליו וכול לחזור בו גם מחילות חובות [כה"ח] כמו בכל מתנותיו שחוזר בו גם בחליו כמו שיתבאר ובעמר מחליו גם בסתמא הוי כחזרה כפ"ש:

ה אם לא נתרפא לגמרי אלא שניתק מחולי זה לחולי אחרת אם לא עמד ולא הלך במשענת על פקדו בשוק אע"פ שבביתו הלך על משענתו כיתנתו קיימת כשמת דהא לא עבר בנתים שהתבטל ממילא ואם עמד בין החולי שעשה הצוואה ובין החולי שמת ממנה והלך בשוק נשען על מקלו אומרים אותו ע"פ רופאים אם אומרים שמחמת חולי הראשון מת מתנתו קיימת דהא לא הבריא לגמרי וגם מת מאותה מחלה ואם אומדים שלא מת מאותה מחלה אינה מתנה דלעניין מחלה זו שהיתה עוואתו הרי הבריא ונתבטלה המתנה ממילא ואם הלך בשוק בלא משענת כיל א"צ אומר אפילו כשמת אח"כ אלא בשלו מתנותיו הקודמים:

ו ככר נתבאר דקניין אינו מועיל לעניין שלא יהא יכיל לחזור בו ולאו דווקא ק"ם אלא ה"ה כל קניין שהוא כמשיכה ומסירה והגבהה או חזקה בקרקע בכולם יכול לחזור בו וגם תפיסה לא מהני דתפיסה אינו מועיל רק בדבר שיש בו ספק אבל במתנה שכ"ם בכולה אין בו ספק כלל דוודאי יכול לחזור בו ולאו דווקא חזרה כשיעמיד מחליו שזהו חזרה בשביל עצמו דבזה א"צ חזרה כלל דמן הסתם הוי חזרה אלא אפילו בחלין יכיל לחזור בו וליתן לאחר וכ"ש לעכב לעצמו וכך אמרו חז"ל שכ"ם שכתב נכסיו לאחד וחזר ב תב לאחר האחרון קנה [ב"ב קנ"ב:] מפני שיש בידו לחזור עד שימות בין שחזר בכולה ובין שחזר במקצתה דחזרה במקצת הוי חזרה בכולה כמו שיתבאר ופן במתנה במקצת אם פירש שההא במתנה שכ"ם דינה כמתנה בכולה כמ"ש ולא עוד אלא אפילו כתב שטר מתנה לראובן וזיכה לו את השטר ע"י אחר או שאטר לאחד לך חזק וקני בשביל ראובן ואח"כ כתב וזיכה לשמעון ואפילו כתב לשמעון בלא זכוי קונה שכיב מרע שזיכה עדיין היא מהנת שכ"ם ויכול לחזור בו והפיסה לא מהני אבל אם כתב וזיכה וקנו מידו אינו יכול לחזור בו לא לאחר ולא לעצמו אפילו נתן כל נכסיו דכיון דחיזקה כל כך וודאי נתכוין למתנה גמורה בכתנת בריא וכן אם כתב ותגיעה המתנה ליד המקבל עצמה שצוה לי לקב"ה כתב הטור דמהני ואינו יכול לחזור בו ואפילו לדיעה שכם"ם קכ"ה דגם כשבא ליד המקבל אינו מועיל רק שלא יכול ליתנה לאחר אבל לעצמו כשעמד חוזר בו ט"ס כיון דגם כתב לו אינו יכול לחזור בו אף לעצמו [ט"ז] וזה שאמרנו דמשיכה ומסירה אינו קונה ויכול לחזור בו אף לאחר וזהו כשהמסירה לידו לא היתה בהורת קניין אלא שמסרה לידו שיקחנה לביתו או א"ל משוך אותה כדי שתהיה בביהך ולא משיכה בתורת קניין ומן להיפך כשהמשיכה והמסירה היתה רק בהורת קניין לבד אבל אם היתה בהורה קניין וגם צוהו ליקחנה לביתו וודאי דלאדעי אינו יכיל לחזור בו רק לעצמו כשעמד מחליו [כ"מ מסמ"ע סקס"ו]:

ח וכ"ז במתנה שכ"ם מהם בכולה אבל במקצה מהמת מיתה מפורש אפילו כתב וזיכה וקנו מידו יכיל לחזור בו ואפילו מסרו לידו [ל"] דאין סהדי אף שעשה כל החיזוקים ט"ם לא היתה כוונתו רק לכשימות דהרי אסר בפירוש שמחמת מיתה הוא נותן אלא דעהו שכשיקום יחזור בו משא"כ במתנת שכ"ם בכולה בהמם אף שחלינן שמחמת מיתה הוא ניתן ט"ם כיון שלא דיבר מחמת מיתה מפורש ועשה הרבה חיזוקים חלינן דלא מחמת דאגת מיתה הוא נותן ויש מי שאומר דאף במקצה מחמת מיתה זהו דווקא כשפירש בהריא שמחמת כיתה הוא נותן אבל סתם מקצה מחמת מיתה כגון שאמר וי דקא מית האי גברא וכיוצא בלשונות כאלו דינו כשכ"ם כעשה חחיזוקים ואינו יכול לחזור בו וכן אפילו במקצה מחמת מיתה מפורש אם פירש בהריא שנותנה בסתנת בריא מעכשיו וקנו מידו אינו יכול לחזור בו:

ט ואין כל הדברים הללו אמורים אלא בנותן כל נכסיו ולא שייר כלום אבל אם שייר כלום שלא נתן אין בזה כלל דין מתנת שכ"ם והרי היא כמתנת בריא שאינה נקנית אלא בקנין ובלא קניין אינו קונה אפילו כשמת ולפיכך אם עמד אינו יכול לחזור בו

וב"ש שאינו יכול ליתנה בד"א כשנתן סתם אבל אם פירש שנותן מחמת מיתה או אפילו לא פירש להדיא אלא שנראה מתוך דבריו שהוא נותן מחמת מיתה כגון שמתאונן על מיתתו וכיוצא בזה או שנתנה בפירוש במתנת ש"ם שוינו כמצוה מחמת מיתה א"צ קנין ואם עמד הזוד וכן יכול ליתנה לאחרים ואפילו קנו מיניה כדין מתנה בכולה וכמה הוא השיור אפילו כל שהוא בין קרקע בין מפלטלין וי"א דבעינן שיור כדי פרנסתו כגון אם הוא עובר ארמה ישייר לו קרקע כדי פרנסתו ופרנסת נשיו ביתו ואם הוא סוחר או טלוה בריבית ישייר לעצמו כדי שיוכל להתפרנס מזה הוא ואנשי ביתו דבזה הוה סימן שלא נתן מחמת דאגת מיתה אבל בשיור פחות מזה הוי כמתנה בכולה:

י בבר נהבאר דמתנת ש"ם בכולה או מצוה מחמת מיתה אף במקצתה וכן כשנתן בפורש במתנת ש"ם דיכול הנותן לחזור בו בין לעצמו בין לאחרים ואפילו כתב לו שטר או קנה בק"ם ואדרבא אמרו חז"ל דבכל אלו א"צ שטר וקנין כשכתב שטר או קנה בק"ם מגרעי כח המתנה אא"כ במיפה את כחו וביאור הדברים הוא דזהו ברור לנו דבכל אלו היתה כחנת דנותן שקנה המקבל לאחר מותו וחפצים עשאוה כבתובין וכמסורין מחיים כמו שנתבאר ולכן זה שנותן שהוסיף לעשות קנין או שטר ווראי אם היה מפרש שנותן מעכשיו ומקנה לו מחיים הרי היא כשארי מתנות חבריאים שהגיע השטר ליד המקבל או כשקנו מיד הנותן אינו יכול לחזור בו אבל אם נתנה סתם כשארי מתנות שכ"ם והוסיף על זה קנה אפילו כשמת ואפילו נכתבה בשטר לראיה וכסר לו השטר מחיים לא קנה דשמא לא נמר להקנותו אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה וכן בכתב לו שטר קנין אף בלא ק"ם לא קנה או שצוה השכ"ם שיכתבו שטר מתנה למקבל יכא אין כותבין ונותנין דשמא לא נמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה ולכן צריך יפוי כח להקנין או להשטר לגלות שהנחינה לא היתה מפני הקנין או השטר אלא מפני צוואתו והקנין או השטר הוא רק ליפוי כח כמו שיתבאר ולפ"ז צריך לדעת שבכל מקום שהזכרנו בכתנת שכ"ם קנין ושטר במקום שא"צ פירושו הוא ביפוי כח דאל"כ לא קנה כלל אף כשמת:

יא כיצד הוא היפוי כח כגון שכתב בהשטר של הצוואה וקנינא מיניה מוסיף על מתנתא דא דביה נראה מפורש שהמתנה היא בלא קנין ואין הקנין רק להוספת בעלמא וכן אם אמר בא"פ אקבל בקנין לחזק הדבר וכן אם יש שאר דבר שמשכיח שלא היתה המתנה על הקנין בלבד וכן אם כתב דשטר זה יהיה בכל אופן המועיל הוי כאלו כתב יפוי פח וקנה ויפוי כח דשטר הוא כגון שאמר תנו לפלוני כך וכך אף כתבו לו שטר רנראה להוריא דהשטר הוא רק להעדפא בעלמא אבל בלא יפוי כח אף כשנכתב השטר סחיים אין נותנים לו לאחר מיתה כמ"ש וכן י"א דאם הנותן עשה הקנין והשטר לבקשת המקבל שבקש ממנו לעשות לו שטר או לקבל בק"ם הוי כיפוי פח דלא עשה כן רק למלאות רצון המקבל וכן אף כשהנותן עשה מעצמו ואחר הקנין או השטר אמר בפיו שתתקיים המתנה הוי כיפוי כח דהרי הקנה בפיו כדין מתנת שכ"ם וגילה בדעתו שהקנין והשטר אינו אלא ליפוי כח ואין הילוק בכ"ז בין ת"ח לע"ה ואין אומרים כיון שהנותן ע"ה לבן צוה לעשות שטר או הקנין וא"א מפני שכוונתו לא להקנותו בענין אחר דאדרבא כיון שהוא סיבר שצריך קנין או שטר הרי אינו מקנה בלצדי זאת וטה לי אם אין רצונו להקנות בלא זה או שסיבר שא"א להקנות בלעדי זאת סוף סוף אינו מקנה בלעדם ואין קנין ושטר לאחר מיתה וי"א דאם ראינו גילוי דעת מהנותן שהוא סבור שצריך קנין אינו מגרע כח המתנה [ט"ז] דאלו ידע שא"צ קנין היה נותנה בלא קנין ומטלא דהוה ביפוי כח:

יב הא דאמרינן דשטר מגרע כח המתנה שאפילו הגיע השטר ליד המקבל בחיים לא קנה אא"כ ייפה את כחו והו דווקא כשאין השטר כתוב בלשון צוואה אלא בלשון מתנה שמקנה לו בשטר זה כגון שכתוב בו שדי נתונה לך שזהו קנין שטר במתנת בריא דאז אמרינן שמא לא נמר להקנותו אלא בקנין שטר ואין שטר לאחר מיתה דכסירת השטר הוי כקנין וצריך יפוי כח אבל אם השטר כתוב בלשון צוואה כדרך שכצוה אל ביתו בנון שמפקר ומצוה ליתן שדה פלונית לפלוני ששטר כזה הוא רק לראיה ולא לקנין הרין הוא שא"צ יפוי כח אמנם אם בצוואה זו לא נכתב ענין אחר רק מתנה זו אם הגיע השטר ליד המקבל מחיים קנה אבל כשלא הגיע לידו מחיים לא קנה ואף שאין זה שטר קנין כ"ם כיון שלא נכתבה בצוואה זו רק מתנה זו אמרינן דאולי היתה כוונתו ברווקא למסור לו מחיים שטר זה וכן אם כתב בכח"י שדי נתונה לפלוני אף שלא כתב בלשון צוואה כ"ם אין זה רק כצוואה ולא כשטר קנין מדלא כתב לנוכח שדי נתונה לך קנה בלא יפוי כח כשבא השטר לידו מחיים אך אם בשטר הצוואה כתוב עוד ענין אפילו לא הגיע ליד המקבל מחיים קנה דוודאי לא היתה כוונתו למסור לו השטר כיון שכתוב בו עוד ענינין וכן אם אמר להמקבל קודם כתיבת השטר אני נותן לך שדי פלונית בכתנת שכ"ם או שאמר לאחרים תנו לפלוני שדי פלונית אין מעכב נתינת השטר צוואה ליד המקבל אפילו אין כתוב בו ענין אחר דוודאי לא היתה כוונתו למסור לו מחיים השטר הזה כיון דנתנה לו קודם כתיבת השטר ועוד יתבאר זה בסעי' פז:

יג וכן מה שנתבאר שאם צוה הש"ם שיכתבו שטר כתנה להמקבל ומת אין כותבין ונותנין רחיישינן

שמא לא נמר להקנותו אלא בשטר זהו נ"ב דוקא בכה"ג אבל שכ"ם שמסדר ענייניו ונומר צוואתו ומצוה לכתבה אינו אלא לזכרון בעלמא ונמר להקנות לו סיד וא"צ יפוי כח ואם אין בשטר זה רק פתנה זו צריך להניע השטר ליד המקבל מחיים ואם יש בה ענין אחר א"צ להניע לידו מחיים [ובזה מ"ש מ"ם סרמ"ח בסעי' כ"ל וכבר נתבאר וכו' שמסמו עליו סמחבוניס וכו"ק] :

יד ודע דזה שאמרנו דשטר צוואה אינו כשטר קנין זהו כשלא היה ק"ם וכן אין כתוב קנין שטר בתוך הצוואה אבל אם היה ק"ם או שכתוב קנין שטר בהצוואה שמקנה לו בשטר זה דינו כשאר שטר מתנה וצריך יפוי כח וס"ם בצוואה שכתוב בה קנין במקום שנהגו שכולם מקנים בצוואה בעלמא ואין מבוננין להקנות בשטר א"צ יפוי כח דזהו בעצמו כיפוי כח שנהגו ליפות כח המקבל ולכתוב הצוואה בקנין וכן מי שמבקש מיורשיו שיעשו לאחר מותו כך וכך בנכסיו ליתן לפלוני שדה פלונית ולפלוני חפץ פלוני וכיוצא בזה מקרי צוואת שכ"ם וקונים המקבלים ולא אמרינן כיון שלא עשה בעצמו דינו כמ"ש בסעי' ב' דאינו דומה לשם שלא פרט כלל מה לעשות אבל בזה הרי פרט לעשות כך וכך והוי כנתינה ממנו ומה שבקש מהם לעשות כך וכך לא עשה רק לחזק הדברים שלא ישנו מכל מה שצוה אבל אם אמר להם לעשות בכלל נכסיו כרצונם דינו ככסעי' ב' [כ"ל לנמר דברי סעו"ש מן סעי' י"ז עד סעי' כ"ב] :

טו יש מי שאומר דזה שנתבאר דכשצוה לכתוב שטר צריך יפוי כח ובלא זה לא קנה אין חילוק בין שאומר כתבו ותנו דבין שאומר תנו וכתבו ויש מי שאומר דא"צ יפוי כח רק באומר כתבו ותנו מנה או שדה לפלוני דמשמע פירושו כתבו מנה או השדה לפלוני ותנו לו את השטר אבל כשאומר תנו מנה או שדה לפלוני וכתבו לו את השטר כיון שאינו מזכיר שיתנו לו השטר לא נתבווין בכתיבת השטר אלא לזכרון דברים ולא שיקנה לו בהשטר ולא בעינן שיניע לידו השטר מחיים וכן כשאומר כתבו לפלוני ותנו לו המנה או השדה כיון שלא הזכיר הנתינה על השטר רק על המתנה אין נתינת השטר טעכב [כ"ל] דלא קפדינן שיניע השטר ליד המקבל מחיים אלא כשיש לתלות שהיתה כוונת השכ"ם ליתן השטר ליד המקבל :

טז וכן שכ"ם שאמר תנו מנה לפלוני או תנו שדה זו לפלוני ואחר כדי דיבור אמר כתבו ותנו לו את השטר אף שהקפיד על נתינת השטר מ"מ אמרינן דמסתמא לא היתה טרחתו לחזור ממה שהקנהו בריבורו הקורם והכתיבה הוא ליפות כחו שיהיה לו לראיה אך העדים יזהרו לכתוב כן שצוה ליתן לפלוני הכנה או השדה וכאח"כ צוה לכתוב ומתן לו את השטר דאם יכתבו שאמר לנו כתבו מנה לפלוני ותנו לו והב"ד שיודעו לשון זה ידונו שאמר בבת אחת או תוך כ"ד ובטלו המתנה מהטעם שנתבאר שמא לא כיון להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה ואף אם יכתוב השטר בדרך ציואה יבול להיות קילקול ג"כ כגון שלא ימסרו השטר ליד המקבל מחיים ויבטלו ב"ד הצוואה וכמ"ש בסעי' י"ב וכן שכ"ם שאמר לאחד הנני נותן לך במתנת שכ"ם או אני מצוה מחמת מיתה ליתן לך מנה או שדה פלונית ואחר כדי דיבור קנה בקנין או כתב שטר או צוה לכתוב שטר הוה כיפוי כח וקנה ולא אמרינן דבהקנין או השטר ביטל המתנה של דברים בעלמא אלא כוונתו היתה ליפות כחו וכמ"ש בסעי' י"ב כללו של דבר כל שניכר שכוונת השכ"ם היה להקנות בדברים בלבד הלינן שקניינו או כתיבת השטר היתה רק ליפוי כח ולכן בתנו וכתבו אף לדיעה ראשונה שבסעי' הקודם אם לפי סידור הדברים ניכר שכוונתו היתה רק על נתינת המתנה ולא על נתינת השטר גם לדיעה זו קנה וא"צ יפוי כח וזה שהצרכנו שיאמר אחר כדי דיבור דוקא והו כשאמר מפורש ליתן לו את השטר אבל בשניכר לפי הלשון דהנתינה לא קאי על השטר קנה אף כשאמרם בדיבור אחד :

יז יש מי שאומר דאע"ג דנתבאר דבכתב והנה אינו קונה מועיל מ"ם אם כתב לאחד והנה לו והזר וכתב לשני והנה לו קנה השני אף בלא יפוי כח דאמרינן דקנין וכתיבה דשני הוי ליפוי כח דמפני שהיה סבור שלא יקנה השני אם יפחות כחו מהראשון לכן עשה כן וקנה השני אף בשלא הניע השטר לידו מחיים וכן אם כתב וסמר וויכה לזה והזר וכתב וסמר וויכה לשני קונה השני אף בלא יפוי כח מטעם שנתבאר דס"ל לדיעה זו דכל מה שאנו יכולים לקיים המתנה ולתת טעם להקנין והשטר שלא יבטלו המתנה מקיימין המתנה אבל רבים חולקים בזה דאין להוציא ממון בסברא קלה כזו ואף לסברא ראשונה זהו דוקא כשלא ייפה כח להראשון אבל אם ייפה להראשון ולא להשני לא שייך טעם זה דהרי פיתח כחו [סמ"ע] ושניהם לא קנו הראשון מפני שחזר בו והשני כפני שלא ייפה כחו וכיון שלא הניע השטר לידו מחיים לא קנה :

יח מעשה בשכ"ם שנתן קרקעותיו לאחר במתנת שכ"מ ואמר שגם כל מטלטלין נותן לו אגב רקרקעות ופסק הרשב"א ז"ל דלא קנה המטלטלין דאם היה בדעתו להקנותו המטלטלין ג"כ במתנת שכ"מ לא היה לו להקנותן אג"ק והיה לו לומר אני נותן קרקעותי ומטלטלי לפלוני והיה קונה אותם לאחר מיתה הנותן אלא ודאי גילה בדעתו דאינו רוצה להקנותם בכתנת שכ"מ אלא בקנין אגב וכמ"נ אם היה בדעתו שיקים לאחר מיתה בקנין אגב אין קנין לאחר מיתה ואם היה בדעתו שיקנם מחיים אגב הקרקע דדי אין הקרקע עדיין שלהם שיקנה את המטלטלין בקנין אגב קרקע

שאינו שלו עדיין ויראה לי דלפ"ז אם היתה סתם כתנה שב"ם בכולה פיון שבטלה מקצתה בטלה כולה כמו שיתבאר יכ"ו הוא בשהקנם רק בקניין אגב אבל אם אמר ממלטלין שלי אני נותן לו וליפי כח אני נותן לו אג"ק קנה הכל דאע"ג דהקניין אגב אינו כלום מ"מ כיון דוחזו רק יפי כח לא חיישינן לה וכן אם קנו מידו שמקנה ק"קעותיו מעכשיו אע"פ שפירש שהמתנה לא תתקיים רק לאחר מיתה דבריו קיימים וא"צ יפוי כח דכיון דהקנם מהיום הוה ממתנת בריא שמתקיימת מיד ויכול להקנות גם ממלטלין אגבן וזה שאמר שלא תתקיים רק לאחר מיתה כוונתו שיהיה ביכולתו לחזור בו אבל אם לא חזר בו אינלאי מילתא שהמתנה הוי של המקבל משעה ראשונה של הנתינה [כנ"ל כוונת הרמ"מ פכ"ם י"ז]:

יט כלל העולה מכל מה שנתבאר דסתנת שכ"ם בכולה א"צ קניין ואם עמד חוזר ובמקצת צריך קניין ואם עמד אינו חוזר כד"א בסתם אבל אם נתן מקצת נכסיו בפירוש בסתנת שכ"ם א"צ קניין ואם עמד חוזר ואם לא עמד קונה זה המקצת וכן בפצוה כחמת מיתה ואם יש בהם קניין אינו קונה אא"כ כתב כסייפה את כחו דאל"כ שמא לא נמר להקנותו אלא בקניין ואין קניין לאחר מיתה וכן בשטר בלא קניין ואם כתב כל נכסיו וכפרש שנותן מעכשיו ומקנה לו כחיים הרי היא כשאר מתנת בריא שאם הניע השטר ליד המקבל בחיי הנותן או שקנו מיד הנותן קנה הכל ואינו יכול לחזור בו וי"א דה"ה מתנת שכ"ם שנמצא כתוב בה שמקנה לו מהיום אף שלא שמענו כן מפיו אלא שנמצא כתוב כן בהצוואה הוי כמתנת בריא וצריכה קניין או ק"ם או קניין שטר או שאר קניין ולכן יש ליזהר בצוואות שכ"ם שלא לכתוב בה שנתן במתנת בריא או מהיום אם לא צוה כך ואם צוה כך אסור לשנות ואינו נקנה רק בקניין ואם לא נכתב בהשטר שהיה קניין במלה המתנה ולא אמרינן דסתמא היה קניין והסיפר הוא ששכח סלכותבה בשטר כמו דאמרינן אחריות ש"ם הוא דלא מצינו זה בקניין וכן לא חלינן פעות סופר בסה שכתוב בה מתנת בריא דאין אומרים ש"ם בסה שנכתב לומר שבמעות נכתב לבר דסברא דש"ם אינה אלא באחריות משום דלא שדי אינש זוזי בכרי כש"ם בסו' ל"ט:

כ שכ"ם שנתן הנכסים שלו ולא אמר כל נכסי דלפי הלשון י"ל שהם מקצת נכסים אלא שהדבר נראה שהם כל נכסיו ש"ם יש לה דין מתנה במקצת דאינו קוסה בלא קניין מפני שהיורשים יכולים לומר שמא יש לו עוד נכסים במקום אחר ואם קנו מידו ועמד אינו חוזר משעם זה אע"נ דמפק הוא ש"ם מדלא אמר כל נכסי משמע יותר שהם מקצת [מ"ז] אא"כ היא מחזק שאין לו נכסים אלא אלו ואז דינה כמתנה בכולה ואם אמר כל נכסי אלו שדה פלונית ופלונית וכו' אף דיל כל נכסי אלו שבבאן ויש לו עוד נכסים במקום אחר ש"ם כיון שאמר כל נכסי דינה כמתנה בכולה אף שאין לנו חזקה שאין לו עוד נכסים במקום אחר [מ"ש] וי"א דאף בלא לשון כל ובלא חזקה כיון שאין ידוע לנו שיש לו עוד נכסים גם בלא קניין אין ביכולת היורשים להוציא מיד המקבלים ותמיד יד המקבל על העליונה בין בלא קניין ומת שאין היורשים מוציאים מידו וכן בקניין ועמד שאינו יכול לחזור בו ולהלינן שיש לו עוד נכסים ומקיימין המתנה מכל צד שאנו יכולים [מסיים פ"ם מזכי] דאין בכח לבטל מתנה ודאית אם לא בדבר ברור:

כא אין חילוק בסתנת שכ"ם בכולה בין אם נתן לאחד בין למאה באחד לפיכך שכ"ם שחילק כל נכסיו להרבה אנשים אם לא הפסיק בין אחד לחבירו אלא אמר חלק זה לפלוני וחלק זה לפלוני וכו' ומת קנו כולם אף בלא קניין וכ"ש בקניין ביפוי כח ואם עכר חוזר בכולם אפילו בקניין דכולם מתנה אחת היא בלא שיור אבל אם הפסיק הרבה בין אחד לחבירו וניכר הדבר שמקורם לא רצה ליתן כל נכסיו אלא מקצתן ואח"כ נמלך ליתן כולם יש על כל המתנות לבד ראחרון דין מתנה במקצה קניין אפילו בשטר ולכן אם עמד אינו חוזר והאחרון יש לו דין מתנת שכ"ם בכולה וקנה אם מת גם בלא קניין ואם עמד חוזר וכן אם ניכר שמהשלישי או מהרביעי נתיישב לחלק כל נכסיו יש סהם ואילך דין כתנה בכולה ואם יש ספק אם היה כמחלק או כנמלך מיקמינן הנכסים בחזקת הנותן וחיורשים כמו שיתבאר בהקדש ולא דמי לכ"ש בסעי' המורם דשם הלשון מוכיח כמ"ש שם [ל"ל]:

כב שכ"ם שנתן כל נכסיו וחזר בסקצתם מסתמא חזר בכולם אף שלא פירש ואם מת הנכסים להיורשים ואפילו נתנם לשני בני אדם ובשטר יחזר מאחד מהם גם השני בטל ולא אסרינן אלימא מילתא דשטרא וכשלא ביטל להשני בפירוש מתניתו קיימת דכיון דבשטר אחד הם מסתמא כל השטר בטל אבל אם הם בשני שטרות וביטל את האחד לא ביטל את השני אא"כ פירש [מ"ש] מיהו אם פירש שאינו חוזר רק במקצתה קנה השני הנשאר בכל עניין ואע"ג דלפי חזרתו הוה מתנת השני מתנה במקצת ואיך יקנה כשיטות בלא קניין דמ"ם כיון שבשעה שנתן היתה מתנה בכולה שא"צ קניין לא נהבטלה עהה בחזרתו מסקצתה וי"א דדווקא אם נתן אותה הסקצת שחזר בו לאחד דסוף סוף היא מתנה בכולה אבל אם חזר בה לעצמו גם הנשאר ביד זה שלא רזר בו בטל עד שיקנו ממנו ודיון דיש יכולה ביד השכ"ם לחזור בו ואחרי שחזר בו הה בנילוי דעת גם על השני שיצאת מכלל מתנת שפ"ם כרין מתנה במקצת שצריכה קניין כמתנה בריא ואם כתב נכסיו מקצתן לאחרים ומקצתן ליורשים וחזר בחלק התורשים לא נתבטלה מתנתן של האחרים

הארמים כדין חזרה בבקצת דהוה חזרה בכולה דשל יורשין אינו אלא כירושה בעלמא ומ"ם לעניין מתנה בכולה שלא יצטרך קניין מרחשבת מתנהם ג"כ משום דחילקן ביחד אכתם חזרתם לא הוה חזרה להאחרים אך אם חזר בחלק היורשים ולא נתנם לאחרים צריכים האחרים קניין להי"א דנשארו עכ"פ כמתנה בבקצת [כס]:

כג כיון שנתבאר דחזרה בבקצת הוה חזרה בכולה לפיכך אם נתן כל נכסיו לראובן וחזר ונתן מקצתן לשמעון ראובן לא קנה אף בשימות שהרי חזר בהמקצת שנתנם לשמעון והוה חזרה בכולה ושמעון יש לו דין מתנה בבקצת שהרי שייר לעצמו בהכותר שלא נתן לן ומראובן הוי חזרה לפיכך אם יש בה קניין קונה שמעון אפילו לא מת ואם אין בה קניין אינו קונה אפילו בשמת ואם נתן מקצתן לראובן בקניין והמותר לשמעון ראובן קונה אף בשלא מת בדין מתנה במקצת ולשמעון הוה כמתנה בכולה ואם מת קנה גם בלא קניין וכ"ש בקניין ביפוי כח ואם לא מת לא קנה אפילו חיא בקניין ונתינת הראשון נחשבת כמתנה בבקצת אפילו בשלא הפסיק בין מתנתו לתתנת שמעון דבין שקבל בקניין אמרינן דהיה דעתו לתת אותו הבקצת בקניין כמתנת בריא [ע"ן] וי"א דדווקא כשהפסיק בין ול"ו אבל כשלא הפסיק דינה כמתנת בכוחה גם להראשון [כ"מ] וכן נראה עיקר [כ"מ]:

כד זה שנתבאר דקניין בלא יפוי כח מחלישׁ את כח מתנה שכ"ם בכולה והו רק במתנות אבל שכ"ם שצוה שפלוני ופלוני יהיו אפוטרופסים על נכסיו וקנו מידו דבריו קיימים וא"צ בזה יפוי כח דאינו כקנה שום דבר שנאמר דלא בין להקנות אלא בקנין ואין קניין לאחר מיתה דבזה הקניין אך למותר וכן בשטר הדין כן:

כה מעשה בראובן ואשתו שהתנו ביניהם שאם ימות בחיתה ישלו אחיו שני שלישי ממונו והיא תטול השלישׁ והניע השטר ליד האחים וקנו ממנו [מור] וחלה ראובן וצוה להת משני שלישי הממון שלהם גם לאחרים ומת ובאו האחים לבטל הצוואה באמרם שכבר זכו ע"י הקניין והשטר ופסק הרא"ש ז"ל דאין בדבריהם כלום וצוואתו קיימת ורק אצל האשה מועיל התנאי שמילקה עצמה בשלישׁ שלה מחיוב כתובתה [ע"ן] אבל לגבי היורשים אינה מחקיימת רק לאחר מיתה ויכול לחזור בו ואע"נ שנתן כשהיה בריא בקניין ובשטר מ"ם כיון שכתב לשון זה שאם ימות בחייה וכו' הוה כמו שאמר מעכשיו אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה דהה כתתנת שכ"ם ומ"ם צריך קניין כמ"ש בסי' רנ"ו [אמנם כוונת הגר"מ מקלי"ס]:

כו אע"פ ששכ"ם שכתב כל נכסיו יכול לחזור בו כשעמד מ"ם אם כתב כל נכסיו לעבדו ועמד חוזר בגכסים ואינו חוזר בעבד לפי שיצא עליו קול שהוא בן חורין וכיון שהארון יודע שבשתנתו הצא הקול מסתמא נמר בדעתו להוציאו בן חורין מעכשיו אבל אם כתב לו בפירוש מחיום אם ימות יכול לחזור בו דחזינן שלא נמר בדעתו להיציאו לחיירות מעכשיו [ר"ן פ"ק דגיטין] ודבר פשוט הוא שגם לעניין חירות העבד אמרינן דברי שכ"ם ככתובין וכמסורין דמי כמו בכל הדברים וא"צ קניין ושטר כשהיא מתנה בכולה וכשמת צריך גם שיחזור מהיורשים כמ"ש הטור בי"ד סי' רמ"ו וע' מ"ש בסי' רנ"ו [ע' תפו' פרח מ"ח סי' ע']:

כז השכ"ם שנותן מתנותיו צריך שיהא שפוי בדעתו ומ"ם צוואת שכ"ם שאינו כתוב בה שהיה שפוי בדעת אין פוסלין אותה ובוודאי ראו העדים שהיה בדעת צלולה דאל"כ לא היו כותבין הצוואה דחוכמה על עדים שאין חותמין על שטר אא"כ נעשה כהוגן ומה שנוהגין לכתוב בצוואות שכ"ם שהיה שפוי בדעתו אינו אלא לשופרא דשטרא:

כח גם הנוסם יכול ליתן מתנה אם הוא שפוי בדעתו דנוסם הרי הוא כחי לכל דבריו ומתנתו וניתו וכל שארי דבריו יכול לעשותם ומעשיו מתקיימים בכלל החולים ודווקא נוסם שיכול לדבר אבל אם אינו יכול לדבר אין מתנתו קיימת [קוס' קדושין ע"ח:] אפילו אם ירמוז בכל מיני רמיזות [ל"ל] ואדם שנשתתק ואינו יכול לדבר ורמז ליתן מתנה בודקין אותו כדרך שבודקין לנוסם שנתבאר באה"ע סי' קכ"א ואם השיב על לאו לאו ועל הן הן מתנתו מתנה דניכר שהוא שפוי בדעתו ואם לאו אין מתנתו מתנה ולמה אין בודקין את הנוסם מפני שקשה לעמוד על בדיקתו ואין סומכין על רמיזתו מיהו אם כתב בכתב פשיטא דמהני רק רחוק הוא שתהא ביכולתו ליכתוב [ל"ע ואע"פ שבשם נתבאר בשחום ומגייד וצליב שכותבין גם לאשתו ע"י רכיזתו ואין לך נוסם גדול מזה נוסם פתאומי שאני דדעתו צלולה בתחלתו [נימין ע':] אבל נוסם שע"י חולי יש לח"ש שאין דעתו צלולה [כל"ל פ' סתום' סס] והנה אף שיש מרבותינו דס"ל דנוסם אין מעשיו כלום [רמ"י סס מקדושין] ס"מ כל הפוסקים חולקים בזה וכ"כ רבותינו בעלי הש"ע:

כט כתב הרמב"ם בפ"ח מזכייה הספרש בים והוצא בשיירא והיוצא בקולר והסבוכן והוא שקפץ עליו התולי והכבידי עליו חליו כל אחד מארבעתם בכצוה מחמת מיתה והרי דבריו כתתובים ובמסורים דכי מקיימין אותן אם מת ואם ניצל ועמד אפילו קנו מידו בבקצת ח"ו בדין כל מצוה מחמת מיתה עכ"ל ויש חולקין בספרש בים היוצא בשיירא שאין דינם כבצוה מחמת מיתה ולכן בתתנה בבקצת צריך קניין אבל במתנה בכולה מחדים דדומים לשכ"ם [כל"ל מלמין סמוך] ואפילו להרוס"ם אין זה רק כשסעך לפרישתו לים וליציאתו בשיירא צוה אבל אם צוה ימים מקודם דינם כבריא לגמרי:

ל כמו שהדין במתנת שכ"מ להדיוט כמו כן שכ"מ שהקדיש כל נכסיו ולא שייר כלום או שחלקם לעניים או שהפקירם אם עמד ונחבטל הכל כדין נותן מתנה וכן יכול לחזור גם בהם בחליו ולעכבם לעצמו או ליתנם לאחרים ואע"ג דבש"ם [ב"ב קמ"ח:] נשאר בספק אם דינם כהדיוט או אפשר כיון שהוא חולה נמר ברעתו להקדישן או לחלקן לעניים מ"מ מדספיקא הוא מוקמינן הנכסים בחזקת יורשים כשמת וכ"ש כשלא מת דעומדים בחזקתו ואפי' אם תפסו הגזברים או העניים מוציאין מהם ולא דמי למ"ש בס"ם רמ"ח באומר נכסי לפלוני ותפס המקבל מ"ת דאין מוציאין מידו אף שיש ספק אם היא בכלל נכסי אם לאו שאני התם דהמתנה היא וודאית והספק אם היא בכלל אם לאו ולכן התופס יכול לומר שהיא בכלל המתנה אבל בכאן שהספק הוא אם עיקר המתנה נתקיימה אם לאו מוקמינן הנכסים בחזקת מרא קמא ובחזקת היורשים שבאים מכחו [נ"ל] ויש חולקין וס"ל דמהני תפיסה דכיון דאמירה לנכוה כמסירה להדיוט וכן בעניים באמירת פיו הוי כנדר וכן הפקר בפיו הוי הפקר אלא שאנו באים לבטלה מכח אומדנא ואין לנו לבטלה אלא באומדנא ברורה אבל בלא זה מוסרים הנכסים להקדש ולעניים אפי' כשלא תפסום עדיין [מור] ולמי שוכה בהם מן ההפקר ויי"א עוד דגם לדיעה ראשונה אינו אלא כשעמד יכול לחזור בו אבל בחליו אינו יכול לחזור בו ובשמת נתקיים ההקדש וההפקר והצדקה [נ"מ] ודלא כיש מי שאומר דבבת לכ"ע שייכים הנכסים להיורשים ולא לצדקה ממעט דצדקה הוא כנדר והנודר ומת אין היורשים חייבים לקיים נדרו כמ"ש בסימן רנ"ב דזה אינו אלא כשאמר אתן מנה לצדקה או שצוה תנו מנה לצדקה דעדיין חסר הקיום אבל זה שהתפיס דבר מיוחד לצדקה כמו זה שאמר נכסי לצדקה כבר נתפסו הנכסים ונתקיים הנדר [סס] והרמב"ם פ"ב כדיעה זו כמו שיתבאר בסי' רנ"ה:

לא אם מכר נכסיו כשהיה שכ"מ אם מכר מקצתם ממכרו קיים כמו הבריא כיון שמכרם באחר מדרכי הקנייה ואם מכר את כולם והמעות קיימים אם עמד חוזר דאנן סהדי שלכן החזיק בידו את דמי המכירה ולא הוציאן כדי שיחזור בו אם יעמוד ואם הוציא המעות אינו יכול לחזור בו וכל שכן כשמת שאין היורשים יכולים לבטל המכירה אפי' כשחזר בו בחליו ואם המעות קיימים וחזר בו בחליו ומת נ"ל שהיורשים מבטלים המכירה דכיון שאם עמד חוזר יכול גם בחליו לחזור בו וי"א דבחליו אינו יכול לחזור בו וכשמת המכירה קיימת [סס] וזה שאמרנו דאם עמד חזר זהו דוקא כשחזר בו בפירוש אבל אינו כמתנה שבטילה מן הסתם כשעמד [נס"ח] ולכן אם לא חזר בו מיד כשעמד אינו יכול לחזור בו עוד ולא דמי למתנה דהא מברן וקבל דמי שוויין ונ"ל דאם מברן בזול הרבה דינה לגמרי כמתנה ובכל מקום שחוזר במתנה במקצת חוזר גם בזה:

לב אם הודה בחליו על נכסיו שהם של פלוני קנה הלה בכל ענין ואפי' יעמוד מחליו אינו יכול לחזור בו דמה שייך חזרה בהודאה ולא עוד אלא אפי' ידוע לנו שמעולם לא היה של אותו פלוני וה"ז כמתנה ממש מ"מ מדהוציא בלשון הודאה אמרינן שעשה כן כדי שלא יהיה ביכולתו לחזור בו [צמ"ע] ודוקא באופן שאין חששא דלא להשביע א"ע אמר כן ע"פ פרטי הדינים שנתבארו בסי' פ"א אבל ביש חשש זה בלא"ה אין בדבריו כלום אבל להשטאה לא חיישינן שאין אדם משטה בשעת מיתה כמ"ש שם והעדים יש להם להבחין אם הוא לשון מתנה או לשון הודאה כנון אם אמר רוצה אני שיהיה ממלמלין אלו לשמעון ה"ו לשון מתנה אבל אם אמר מטלמלין אלו לשמעון או יש לשמעון בידי הוי לשון הודאה וביוצא בזה יש לדקדק לפי הלשון המדובר שמה:

לג מעשה ביעקב שנתן לראובן בנו שדה אחת במתנת בריא מהיום ולאחר מיתה דהנוף הוא מהיום והפירות הוא לאחר מיתה ואחר כמה שנים עשה יעקב צוואה מחמת מיתה וחלק כל נכסיו לבניו ואותה השדה שנתן מבבר לראובן נתן עתה לשמעון בנו ומדינא אין ביכולתו לימלה מראובן כיון שהיתה מתנת בריא אך בסוף צוואתו צוה לכתוב שכל מי מיורשיו שימרוד או יערער בשום דבר מכל מה שצוה עכשיו לא ימול כלום בנכסיו וחלק ירושתו יהיה לאחיו האחרים והשיב הרשב"א ז"ל דשניהם אינם יכולים לירד להשדה וראובן אין ביכולתו מפני התנאי ושמעון אין ביכולתו דהרי היא של ראובן ולכן כל ימי חיי ראובן לא יכנסו לשדה זו ואחרי מותו ימלוה יורשיו דשלהם היא רק אביהם לא היה יכול לירד לה מפני התנאי [כ"י] ומ"מ אם שמעון השתמש בה אין יכולין לתבוע ממנו שכר דכיון שראובן לא היה יכול לירד לתוכה הוה כלא קיימא לאגרא וגם אינו יכול למחות בשמעון אף לכתחלה שלא יעבור על הצוואה ולאחר יכול למחות [נס"מ]:

לד מעשה באשה אחת שהיתה חולה וחלקה נכסיה במתנת שכ"מ ואמרה בפני עדים כל נכסי לפלוני ופלוני חוץ ממה שנתתי לצדקה ומתה ואח"כ ראו ביד ראובן קצת מנכסיה והיא לא הזכירה מזה שביד ראובן ותבעו מקבלי המתנה את שביד ראובן והשיב ראובן שהיא נתנה לו אותם נכסים מקודם שנתנה להם ונתנה לו במתנת שכ"מ ופסק הר"מ מר"ב ז"ל דאלו היתה מצוה מחמת מיתה בהמתנה של ראובן ודאי דזהו חזרה במה שחלקה כל הנכסים אח"כ והיו נושלין אותם מראובן אבל כשלא נתברר שהיתה מצוה מחמת מיתה והוא משך כבר את הנכסים ע"פ ציויה או שסקודם היו אלו הנכסים אצלו ואמרה קנה מה שבידך קנה ראובן כדין מתנת שכ"מ במקצת בקנין [מסו' מיי' קנין סי' י"ב ויבולין]

ויכולין להחזיל קבלה על ראובן שכן הוא [כ"ע] :

לה בריא שאמר כתבו ותנו מנה לפלוני ומת אין כותבין ונותנין לאחר מיתה דאין שטר לאחר מיתה ונם בממלטלין אינו מועיל שטר ואף במיפה את כחו שאמר תנו אף כתבו אינו מועיל דדיבורו של בריא לאו כלום הוא וי"א בין שמצוה לקיים דברי המת שיך נם בבריא כשצוה ומת כט"ש בסי' רנ"ב לכן אם אמר תנו ולא אמר כתבו נותנים משום מצוה לקיים דה"מ אבל בכתבו ותנו אין שטר לאחר מיתה ואפי' יפה כחו שאמר תנו אף בתבו מ"מ כיון שהזכיר כתיבה אין כותבים ונותנים [כנ"ל מסמר סעיף ל"ח] ולדיעה שיהכאר שם דלא אמרינן מצוה לקיים דה"מ אלא היכא דאתפים ביד שליש לא מהני נם בתנו לחוד אם לא שהשלישם מקודם אמנם אם לא מת אין נותנים בכל ענין דבבריא בלא איזה קנין לאו כלום הוא [סס] וזהו רק בממון אבל בריא שאמר כתבו ותנו שדה זו לפלוני אם הזא בחיים כיון דשטר הוי קנין בקרקע כותבין ונותנין אם לא חזר בו קודם שהגיע השטר ליד המקבל אבל כשמת אין כותבין ונותנין דאין שטר לאחר מיתה אא"כ קנו מידו דאו זכה משעת הקנין והשטר הוא רק לראיה בעלמא וכותבין אף לאחר מיתה אבל מעות וממלטלין אינם נקנים בשטר ולא מהני רק משיכה והנבהה ואנב קרקע ובממלטלין מהני נם ק"ם ולכן אם זיכה לו ע"י אחר בקנין המועיל זוכה בהם בין שמת הנותן או לא מת ואם זיכה נם לכתוב כותבין אף לאחר מיתה דאין זה רק לראיה בעלמא [כנ"ל מסמור] :

לו מעשה בראובן שהבע לשמעון ואמר שאמו הפקידה פקדון בידו וכשמסרתו לידו אמרה לו שיחנו לאחר מיתה לראובן בנה והשיב שמעון היא אמרה לי בלשון זה אם אצטרך לעצמי תשיבנו לי ואם לאו תתנו לאחר חיי לראובן בני ופסק הר"ם מר"ב דשייך לכל היורשים דכיון דהיתה בריאה אינה יכולה ליתן בדברים בעלמא ותן בזכי לא אמרינן במתנה ומה נם שאמרה ליתנו לו לאחר מיתה ואין מתנה לאחר מיתה בבריא ועוד שאמרה אם אצטרך תתנו לי ולא החליטה לראובן ומציה לקיים דה"מ נ"כ אין כאן כיון דלא השלישה ביחוד לראובן בנה דעיקר ההשלשה היתה לצורך עצמה כשהצטרך ואם ראובן מוען בריא שהשלישתו רק לצורכו ישבע שמעון שהחשלשה היתה כמו שאמר הוא [מרדכי פ"ה דב"ב] :

לז מעשה ברחל שהיתה חולה וחלקה כל נכסיה בציוואת שכ"ם להיורשים ולאה קרובתה היתה אצלה ומסרה לה המפתחות ולאה היתה יוצאת ונכנסת בחדרים שלה אחרי מותה נודע שהפסה לאה מעות וממלטלין ותבעוה היורשים לדין ואברה שכבר נתנה לה רחל במתנה וקנתה במשיכה ופסק הר"ם מר"ב אם ממלטלין אלו ידועים שהן של רחל ועדים ראו עתה את המטלטלין ביד לאה דאין לה מינו דהחזרתי צריכה להחזירם להורשים דאינה נאמנת ואם לאו השבע לאה שכדבריה כן הוא ותחזיקם ולכן במעות דאין עליהם סימן תשבע היסת שרחל נתנם לה במתנה [סס פ"ט] :

לח מעשה בשכ"ם שאמר תנו ח' זקוקים לפלוני במצות מחסת מיתה ולאחר שעה אמר הנו ח' זקוקים לפלוני במצוה מחסת מיתה ורצה המקבל שיהנו לו ט"ו זקוקים ופסקו דאין לו אלא ח' דהכל מתנה אחת היא מדלא אמר תנו עוד ח' זקוקים ומה ששינה דבריו הוא רק לחיזוק העניין [סס בהנסות] :

לט מעשה באלמנה אחת שצוותה בשעת מיתתה ליתן מנכסיה לפלוני קרובה כך וכך ובנה היורש היה אצלה ושתק ואחר מותה לא רצה ליתן באמרו שאמו לא נשבעה על כתובתה ואין ביכולתה ליתן שהבל הוא של האב ומה ששתק מפני שלא רצה לצערה ופסק ראבי"ה ז"ל שמחוייב ליתן דכיון ששתק הוה שתיקה כהודאה שהודה שיש לה מעות ושמא מעיסתה קימצה או מציאה מציאה וכיוצא בזה [סס פ"ג דסמ"ע] :

מ מתנת שכ"ם אינה אלא כשצוה לפני עדים אבל מ שמת ונמצאת שטר מתנת שכ"ם בחפיציו ואפי' השטר קשור עד יריכו שברור לנו שהוא כתבה ואפי' עדים חתומים בה אינה כלום דשמא לא נמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה [רשב"ם קל"ה:] והרמב"ם הוסיף עוד דאפי' קנו מידו וגכתב הקנין בהשטר בדי ליפות כח אלו שנתן להם ג"כ אינה כלום שאני אומר כתבה ונמלך וזהו במתנה בכולה [סס"מ ס"ק מזכי'] אבל במקצת כבר נתבאר שאינו יכול לחזור בו ובמקום שיכול לחזור נם במקצת כמו במצוה מחסת מיתה דינו כמו בכולה [ל"ל] ואם השכ"ם זיכה להמקבלים ע"י אחרים כגון ששמר דבריו לשום אדם ואמר מה שכתוב בשטר זה יתנו לפלוני ופלוני דבריו קיימים דדברי שכ"ם בכתובין וכמסורין דמי וכ"ש אם מסר השטר להאחר וא"ל זכה בשטר זה בשביל פלוני ופלוני שיתנו להם מה שכתוב בו וכו נם בלא קנין [מקי"] ואפי' זיכה ע"י אחד מהיורשים בין בע"פ בין שזיכה את השטר על ידו נ"כ כל הדברים שבהשטר קיימים ככל מתנות שכ"ם ולא אמרינן כיון שהוא יורש של השכ"ם הוי כאלו לא יצא מת"י השכ"ם [עור] ודוקא בחולק קרקעות אבל בממלטלין לא מהני מסירת השטר דאין שטר למטלטלין [סס] ובממלטלין צריך שיזכם בע"פ [ל"ל] וכן אם זה הזוכה הוא אחד ממקבלי המתנה ומסר לו השטר שיזכה וכו כולם בקבלתו לדעת הרמב"ם שהרי גילה דעתו שהוא חפץ שתתקיים המתנה [סס"ם] וכ"ו הוא כשהיתה מתנת שכ"ם שאינה חלה עד לאחר מיתה או שמפורש בהשטר מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה שנם בזה יכול תמיד לחזור בו עד שימות [מור] אבל בריא שכתב שטר בקנין מתנה לאחר ונמצא אצלו השטר לאחר מותו קנה המקבל מתנה דבבריא אין לאחר קנין כלום אפי' כשלא הגיע השטר ליד

ליד המקבל [סס"מ סס] ויש חולקין כמו שיתבאר במוף סעיף הבא :

מא כמו דחיישינן בשטר צואה שמא כתב ונמלך כמו כן בשם"ח כתב הרמב"ם בפ"ט מזכיה דמי שכתב שט"ח על עצמו בשם אחר או בשם אחד מבניו ונתן השטר על יד שליש וא"ל יהי זה אצלך ולא פירש לו כלום או שא"ל הנח עד שאומר לך מה תעשה ומת אינו כלום עכ"ל דכיון דכותבין שט"ח ללוה אע"פ שאין מלוה עמו חיישינן שמא כתב ללות ולא לוה עדיין [עור] ונראה מדברי הרמב"ם דה"ה שטר צוואה שמסר לשליש ולא א"ל כלום או שא"ל הנח עד שאומר לך מה תעשה ג"כ אינו כלום ודוקא בשזכה ע"י אחר שא"ל זכה שטר זה לפלוני או שאמר מה שכתוב בשטר זה יתן לפלוני מועיל כמ"ש בסעיף הקודם אבל מסירת שטר בלא דברים אינו כלום דחיישינן שמא חזר בו וה"ה כשנמצא אצלו או אצל שליש שטר מכירה אינו כלום כיון דכותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו חיישינן שמא כהב למכור ולא מכר [סמ"ע] אבל שטר מתנת בריא בקנין כשנמצא אצל שליש אע"פ שלא אמר כלום להשליש קנה המקבל מתנה כמו בנמצא לאחר מותו שבסעיף הקודם דמשעת קנין שעבר נפשיה והשטר אינו אלא לראיה בעלמא וי"א דגם בשם"ח ובשטר מכר כשיש קנין בשטר לא חיישינן לשמא כתב ללות ולא לוה או כתב למכור ולא מכר דמשעת קנין שעבר נפשיה וכמ"ש בסי' ל"ט [ס"ך] וזיעה ראשונה ס"ל דזדאי אין לאחר קנין כלום אמנם זהו דוקא בשזרע בעורים שהקנה לו אבל בכאן חיישינן שזמן השטר אבל עדיין לא הושוו ביניהם בהמקח או בההלואה וגם אולי כבר פרעו וכיוצא בזה אבל במתנה שא"צ לקבל מהמקבל שום דבר ברור הדבר שעשה קנין ואין לאחר קנין כלום ואפי' במתנה יש מי שאומר דדוקא בנמצא ביד שליש אבל שטר מתנה בקנין הנמצא אצל הנותן עצמו ואין עידי הקנין לפנינו שיעידו שהקנה לו סתם אינו כלום וה"ה בשטר הקדש הנמצא ברשותו וכך פסק אחד מהגדולים [תני"מ] באחד שנמצא כתוב אצלו שהקדיש כך וכך שאין מוציאין מהיורשים דאולי הבין על איזה תנאי ולא נתקיים ובסימן נ"ו סעיף כ"א נתבאר נ"כ מזה ע"ש :

מב הנותן סתם משלטלין לאחר מעכשיו ולאחר מותו ונמשך זמן הרבה עד שמת ואחר שמת טוענים היורשים הבא ראיה שמשלטלין אלו היה לו בשעת המתנה ושמא לקחם לאחר מכאן ואין אדם מקנה דשלב"ל אין ברבריהם כלום דמסתמא כאן נמצאו ובאן היו מקודם ויש חולקין על זה ובסימן ס' סעיף י"ג בארנו פרטי דינים בזה ע"ש ולפמ"ש שם בדעת הרבינו הרמ"א אין זה אלא כשפרטם בשם כגון שאמר שני שולחנות ובסאות שבביתי וכה"ג דלא חיישינן שמא אחרים היו או אבל בסתם משלטלין או במיני מחורות שדרך להוציאם על המקבל להביא ראיה ע"ש ובסי' קי"ב סעיף ד' :

סימן רנא [לשון השטר של מתנת שכ"מ ובו ה' סעיפים] :

א כבר נתבאר שסתם מתנת שכ"מ יש חילוק בין מתנה בבולה בין מקצתה ובמצוה מחמת מיתה וכן אם נתן בפירוש במתנת שכ"מ אין חילוק בין בולה בין מקצתה ולכן בכל מתנת שכ"מ צריך להתבאר בהשטר שהיה חולה ומושל במטה ונתן לפלוני כך וכך ולפלוני כך וכך ובזה יש החילוק שנתבאר ואם מבאר שנותן מחמת מיתה או מפורש במתנת שכ"מ אין חילוק ובמתנת בריא צריך לבאר בהשטר שהיה בריא ואמרו חז"ל שצריכים העדים להזכיר בהשטר שמת מתוך חולי זה דאל"כ שמא הבריא בנתים וכך היו העדים רגילים לכתוב כשכותבים אחר מיתת הנותן [הסמ"ע קל"נ.] אבל כשכותבים והצוואה בעודנו בחיים כמו שהמנהג אצלינו לא שייך להזכיר זה בהצוואה [ל"ת] ואף גם הכתובים אחרי מותו אין מעכב בריעבד כשלא כתבו כן ודי שהעדים יעידו שהיה חולה ומת מחולי זה :

ב ועוד אמרו חז"ל [סס] שמתנת שכ"מ שכתוב בה שדה זו או הפץ זה אני נותן לפלוני בחיים ובמות או מחיים ובמות אין מבטל המתנה בזה שכתב מחיים דכיון שהזכיר מיתה יש לזה דין מתנת שכ"מ שאינו קונה אלא לאחר מיתה ויש לזה דין מצוה מחמת מיתה כיון שהזכיר מיתה [סמ"ע] ומה שהזכיר מחיים הוא רק לסימן טוב ליישב דעתו שיחיה סחולי זה ושלא לפתוח פיו לשטן ואין חילוק כזה בין מתנה מקצת למתנה בבולה וצריכים לדון בה כל דיני מתנת שכ"מ וכן אם כתוב במות ובחיים [ס"ק] ואפילו כתוב בה קנין אין חילוק בכ"ז [סמ"ע] אבל בריא שנתן מתנה וכתב בהשטר בחיים ובמות או מחיים ובמות ה"ז מתנה גמורה מחיים וזה שכתב בה ובמות הוא כמי שאומר מעתה ועד עולם וכנוי השטר הוא וכן אם כתוב במות ובחיים הוי ג"כ כאומר מעולם ועד עולם [ג"ע] וצריך קנין כדין מתנת בריא אבל אם כתוב בה מחיים ולאחר מיתה קונה הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה ואם כתוב בו מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה או סתם אם לא אחזור בי הרשות בידו לחזור בו כל ימי חייו ואף שיש בו קנין אינו קונה רק לאחר מיתה דהרי התנה כן ויתבאר בסי' רנ"ו :

ג אם בהשטר אינו מבואר אם היה חולה או בריא וקנין יש בתוך השטר ועתה הוא בריא ואומר שנתן במתנת שכ"מ וקם מחליו ונתבטלה מתנתו והמקבל אומר שבריא

היה ונתנה במתנת בריא ואינו יכול לחזור בו והעדים אינם לפנינו על המקבל להביא ראיה משום דהנכסים עומדים ברשות הנותן והממע"ה ואם אין לו ראיה ישבע הנותן היסת שכדבריו כן הוא וגומל הנכסים לעצמו ואפי' נכתב הקנין כיפוי כח כדרך קנינים שעושין בשכ"ם מ"מ אין ראיה דגם בבריא כותבים לפעמים ביפוי כח [סמ"ע] אמנם אם כתוב בהשטר וקנינא מיניה מוסיף על מתנתא דא הוי ראיה ברורה שהיה שכ"מ דלשון זה אין כותבין בבריא כלל רק יפוי כח דתנו אף כתבו כותבין לפעמים אבל לשון הוספה נראה להדיא דא"צ קנין ולכן א"צ הנותן לישבע [מ"ז] ותפיסה לא מהני בענין זה אך בממלטלין כשיש לו מינו לומר ששלו הן בנון שאין ידועין שהם של הנותן או שלא ראו עדים את הממלטלין עתה בידו אבל בלא זה לא מהני תפיסה [ס"ך] ואם מסר לו הנותן מדעתו מהני תפיסה תמיד והמקבל נאמן [נס"ן] ובכל מקום שיש מחלוקת הפוסקים אם זכה המקבל אם לאו על המקבל להביא ראיה דהנכסים עומדים ברשות הנותן:

ד וכן מתנת שכ"מ שאין כתוב בה שמתוך החולי הזה מת והיורש אומר שנתרפא קודם שמת ונתבטלה המתנה והמקבל אומר שמתוך החולי מת ואין העדים מצויים לשאול להם אע"פ שהמצוה מת והיה לנו לומר כיון שמת לפנינו יעמדוהו על חזקת חליו שלא נתרפא מ"מ המתנה בטלה שאין מיתתו ראיה דשמא מחולי שנתן בה המתנה נתרפא ואח"כ חלה חולי אחר ומת ולפיכך הנכסים בחזקת היורשים עד שיביא המקבל ראיה שמתוך החולי הזה מת ואין היורשים צריכים שבועה אף שהמקבל טוען ברי והוא עצמו היה צריך לישבע כמ"ש מ"מ יורשיו אין נשבעים שהיורשים נשבעין לגבות ולא לפטור [סמ"ע] ואם המקבל טוען שהיורש הודה לו שמת מחולי זה נשבע היורש להכחישו שלא הודה לו [מ"ז] ואם תפס המקבל ממלטלין של המתנה אם הוא באופן שיכול לומר שלי הן נאמן לומר שמת מחולי זה במינו ששלי הן:

ה העדים יכולים להעיד שמת מתוך חולי זה ע"פ משמשי החולה אפי' הם נשים ועבדים כשאומרים שמחלה זו שבשעת הצוואה מת מעידים על פיהם וכן אם נראה להעדים עצמם ע"פ אומרנא שלהם שמחולי זה מת יכולים להעיד כן בב"ד דאין זה רק בנילוי מילתא בעלמא וא"צ לזה דיני עדות לגמרי [ל"ל]:

סימן רנ"ב [עוד דיני מתנת שכ"מ ודין מצוה לקיים דה"מ וכו' ה' סעיפים]:

א כבר נתבאר דמתנת שכ"מ נקנית לאחר מיתת הנותן והיא ממש בירושה לפיכך מוציאין מזה לכל שיעבוד שנשתעבד הנותן בחייו ואפי' ברבר שבמתנה גמורה אין מוציאין כמו מזון אשתו ובנותיו שנתחייב בתנאי כתובה שבנותיו יתזונו מנכסיו לאחר מותו עד שיתבגרו ואשתו עד שתטול כתובתה שאין מוציאין ממשועבדים ואפי' ממה שמכרו היורשים אין מוציאין כמ"ש באהע"ז סי' צ"ג וכן לכתובת בנין דיכרין כמ"ש שם סי' ק"א מ"מ ממתנת שכ"מ מוציאין כמו שמוציאין מן היורשים ואפי' ממטלטלין מוציאין למזון האשה והבנות לפי תקנת הגאונים שנתבאר שם דכיון דהמתנה לא חלה עד לאחר מיתה ואלו החיובים חלו נ"כ לאחר מיתה לא דחי מתנתו לתקנתא דרבנן שתקנו לטובת האשה והבנות ועוד דתקנה זו חלה מיד כשמיואש מן החיים כשהוא נוסם והמתנה לא חלתה עד מיתה ממש ומצא שתתקנה קדמה לזכות בהנכסים ממתנתו ומ"מ כשיש אצל היורשים נכסים אחרים גובין מהם ולא מהמתנה דנכסי היורשין לגבי המתנה הוי כבני חורין אצל משועבדים דהרי היורשים עומדים ממש במקום מורישם וכן מלוה בע"פ נגבית ממקבלי מתנות שכ"ם כשאין נכסים אחרים אבל כשיש בני חורין אפילו זבורית אין נוטל מהם אפילו כשהם טובים מהזיבורית כמ"ש בסי' קי"א [ב"י] ומתנת בריא במהיום ולאחר מיתה אין דינו לענין זה כמתנת שכ"מ אלא כמתנת בריא [סס] וכן במהיום אם לא אחזור בי [ל"ל]:

ב בתב רבינו הרמ"א אחד שנתן במתנת שכ"מ ושמעת אשתו ולא מחתה ואח"כ חזר ונתן [ממנס ז] ואז מחתה אשתו אין גובאת כתובתה ממתנה זו שהרי המתנה הראשונה קיימת ולא אמרינן דשנייה בטלה הראשונה דהרי לא חזר בראשונה רק בא להחזיקה וי"א דאע"פ ששתקה בשעת המתנה גובאת כתובתה ממתנתו עכ"ל ודיעה ראשונה ס"ל דכיון ששתקה בשעת המתנה מחלה שיעבוד כתובתה ממתנה זו אף שאין לה מקום לגבות דאם היה לה מקום אחר ממה לגבות לא היו הי"א חוקים בזה וכ"כ באה"ע סי' ק"ו שני דיעות אלו ותמיהני על דיעה ראשונה דלא מצינו שאמרו חז"ל סברא זו שמחלה שעבוד כתובתה אלא במחלק לאשתו חלק בין הבנים ושתקה דאברה כתובתה כמ"ש שם והטעם מפני שהחשיב אותה כאחד מבניו כדאיתא בגמ' [כ"ב ק"ב: ורמב"ם סס] והמקור מרין זה הוא ממרדכי פ"ט דב"ב בשם ראב"ן ושם ביאר מעמים אחרים שהמעשה היה שהשכ"ם צוה ליתן לאביו שהוא יורשו והיא לא נשבעת עדיין על כתובתה ומן הדין היה צריך ליתן להיורש וס"ל לראב"ן ז"ל דאין מוציאין ממטלטלין מהיורשים לכתובה ע"ש אבל במתם מתנת שכ"ם ששמעה ולא מחתה שתאבר כחה מנכסים אלו לא שמענו [נס סמ"ס סמג סס עלין ולבני סכ"ם ממוסיס למעיין ממרדכי סס] לכן העיקר לדינא כהי"א ויותר מזה כתב הריב"ש בסי' רמ"ד באלמנת שקבלה קנין לשכ"מ לקיים צוואתו בנכסיו מ"ב

נוסחת כתיבתה תחלה ע"ש:

ג קי"ל דמצוה לקיים דברי הסת ואפילו בריא שצוה וסת מצוה לקיים דבריו ויש מרבותינו שהקשו דא"כ למה הצריכו חז"ל לחתן בשכ"ם שיהיו דבריו כתובין וכסורין תיפוק ליה משום דמצוה לקיים דה"מ ולכן אמרו דמצוה לקיים דה"מ אינו אלא כשהושלש ביד שליש לשם כך אבל אם הושלש בידו שלא לשם זה שצוה ליתן לו או שבא לידו אחר הצוואה וכ"ש כשלא הושלש כלל אין בזה משום מצוה לקיים דה"מ אמנם עוד יש ג' חלוקות בין מצוה לקיים דה"מ ובין דברי שכ"ם ככתובין וכמסורין דמי האחת כשהיה בריא ואמר תן מנה לפלוני שאני נותן לו וסת המקבל בחיי הנותן ואח"כ מת הנותן אין בזה משום מצוה לקיים דה"מ כיון שהמקבל לא היה בחיים כשסת והמציה חלה בשעת מיתת הנותן ואו אין המקבל בעולם אבל כשהיה הנותן שכ"ם כשצוה קנה גם בכה"ג משום דדבריו ככתובין וכמסורים דמי והשנית כשאמר יפוי כח כגון תנו אף כתבו דמטעם דברי שכ"ם קנה אף כשלא כתבו בחייו ומטעם מצוה לקיים דה"מ כשהיה בריא אם לא כתבו מחיים לא קנה דשמא לא נמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה [רו"ם בסם ר"י]:

ד והשלישית דמטעם דברי שכ"ם הוי קנייה גמורה ולכן כל דבר שנקנה בסתנת שכ"ם אם קדמו היורשים ומכרו את המתנה יכול המקבל להוציאו מיד הלוקח בין קרקע בין מטלטלין [ס"ך ום"ז] דלא כיש מי שחולק בזה ויכול לגבות ממי שירצה ואם הלוקח לא ידע שנתנה לו במתנת שכ"ם צריך להחזיר להלוקח דמיו מפני תקנת השוק ויגבה מיורשים אבל בריא שצוה וסת אף שמצוה לקיים דבריו מ"מ אם קדמו היורשים ומכרו מה שעשו עשו כמו כל מכירות שבעבירה דממכרן מסכר וכן להיפך במתנת שכ"ם במקצת בלא קנין לא קנה המקבל ומשום מצוה לקיים דה"מ יש כאן אם נתנה ליד שליש לשם כך [ד"מ] ואף שיש מראשונים דמשמע מדבריהם דאמרינן מצוה לקיים דה"מ אפילו בלא הושלש מתחלה לכך מ"מ רוב רבותינו ס"ל כן וכן סתמו בטור וש"ע והסברא נותנת כן דמצוה לא שייך אלא השליש שצריך לקיים דברי המת אבל בלא זה עכ"פ מוטלת המצוה הואת ואפשר שעל בניו מוטלת המצוה לקיים דברי אביהם וכן משמע ממה שיתבאר:

ה מי שנשבע או נדר ליתן לפלוני כך וכך וסת ולא נתן יורשיו פטורים דאין נדר לאחר מיתה דהא לא נדר בחייו שחפץ זה הוא לפלוני דאלו נדר בלשון זה היה חל הנדר אבל כשנדר ליתן וערייו לא נתן לא חל הנדר על בניו ואין בזה גם משום מצוה לקיים דה"מ כיון שלא השליש המתנה גם לא צוה להם שיתנו ובס' ר"י נתבאר מזה ומי שהפקיד מעות או חפיצים אצל חבירו וא"ל שאם ימות יעשה בהן המוטב יתנם ליורשיו דאין טוב מזה דכל המעביר נחלה מבניו אין רוח חכמים נוחה הימנו וע' בס' רפ"ב:

סימן רנג [איזה לשון מועיל לשכ"ם ועוד הרבה דינים ובו מ"ב סעיפים]:

א שנים נכנסו לבקר את החולה וצוה בפניהם כותבין כל מה שמצוה אבל אין צושין דין לקיים הצוואה ולהחזיק לכל אחר לאחר מותו בכל מה שצוה או כשיש איזה ספק בהצוואה לא ירדנו בעצמם דהם אינם אלא עדים ולכן יסמרו את כל דברי הצוואה לב"ד והב"ד ידונו בזה ויקיימו ויחזיקו לכל אחר אבל אם היו שלשה הראוים לדון אם רצו כותבין הצוואה ומוסרין לב"ד אחר ואם רצו עושים הדין בעצמם שהשכ"ם לא ייחדם לדיינים אלא שנכנסו מעצמם לבקרו מ"מ בין שהם ב"ד ובפניהם מסר צוואתו רשאים לעשות הדין בעצמם להחזיק לכל אחר כשיטת כמה שצוה ולדון בכל דבר ספק ואין אחד מהיורשים או ממקבלי המתנות יכולים לומר נלך לב"ד אחר וכ"ש אם שלח לקרא אחר הדיין לעשותו לדיין על הצוואה דאו אפילו הוא יחידי רשאי לדון [ג"ל] וחז"ל למדו זה מפסוק שבפרשה נחלות דכתיב והיתה לבני ישראל לחוקת משפט לומר דאותם העומדים שם בשעה שמנחיל את בניו אף בשריבה לאחר ומיעט לאחר ידונו הם את משפט החלוקה כפי צוואתו אם הם ראוים לב"ד ומתנת שכ"ם נ"כ ביחשה שיהה רובן כס"ש בריש ס' רנ"ב וזה ששלשה אם רצו עושין דין זהו דווקא כשהיתה הצוואה ביום שאו ראוי לעשות דין ואע"פ שריינים צריכים לשמוע מפי עדים והו בדבר שהם בעצמם אינם יודעים אבל בדבר שראים בעצמם לא תהא שמיעתם מהעדים גדולה מראיית עצמם ולכן אם היתה הצוואה בוסן שאין ראוי לדון כמו בלילה ושבתות ויו"ם כותבין הצוואה בלילה ובשבת ויו"ם שומעים הצוואה ואין עושין דין בעצמם אח"כ דבשעת הצוואה כיון שלא היה הזמן ראוי לדין לא היו אז אלא עדים ואין עד נעשה דיין אח"כ כמ"ש בס' ז' ולכן יסמרו הצוואה לדיינים אחרים וכבר בארנו בס' ה' דלהרמב"ם ז"ל אין הענין הזה רק בריבה לאחד ומיעט לאחד ע"ש בסע' י':

ב יש מרבותינו שאומרים דדין זה דכשהם שלשה עושין דין והו בשצוואת השכ"ם היתה באופן שאינו יכול לחזור בו כמו במעכשיו בקנין או במתנה במקצת בקנין דשייך לעשות דין אבל במתנה בכולה או במצוה מחצה סיתה

מיתה מה שיך שם דין בשעת מעשה תרי יכול לחזור בו [רשב"ם קי"ה. ומקי"] וכן משמע שם בנמ' דשקיל וטרי בזמן הקנין שיכול לחזור בו כל זמן שעסוקין באותו ענין וחטור דחה דיעה זו וכתב דבמתנה במקצת יש לה דין מתנת בריא ואין עושין דין אלא בשב"מ שמחלק נכסיו ואין יכולין לעשות דין עד דמשהה לבתר דסליק מההוא ענייגא בענין שאינו יכול לחזור בו אבל מקמי דסליק מההוא ענייגא אין להם לדון עכ"ל ורבינו הב"י דחה דבריו דהא במתנת שכ"מ בכולה לעולם יכול לחזור ויש שרצה לומר דכוונת הטור ג"כ כשאינו יכול לחזור בו כגון שאומר מעכשיו [ב"מ] וא"א לומר כן דא"כ מה בין מתנה במקצת למתנה בכולה [מחרוטים] ומהרא"ש מבואר דאף במקום שיכול לחזור בו עושין דין וכן משמע מהרמב"ם ונ"ל בביאור דברי הטור דוודאי לא עדיף מתנת שכ"מ ממתנת בריא בקנין וכשם שבמתנת בריא לא חלה המתנה עד שנסתלקו מהענין כב"ש בסי' קצ"ה כמו כן בשב"מ לא הלה עלה שם מתנה עד שיסתלקו מהענין וקודם זמן הזה אין עדיין שם מתנה כלל שיהא שייך לעשות דין אבל לאחר הזמן הזה חלה עליה שם מתנה ויכולין לעשות דין ואף שיכול לחזור בו וזהו ענין אחר כמו במתנה ע"מ להחזיר דער החורה חיילא המתנה כמו בן עד שהשב"מ הוזר בו חיילא המתנה ואח"כ בחזירתו נתבטלה מאו ולהבא אבל עד הזמן הזה שם מתנה עליה ויכולין לעשות דין וגם סוגית הגמ' מתפרש שפיר לפ"ז ואם דנו בתוך הזמן הזה כתב הטור שיש מחלוקת הפוסקים אם דיניהם דין אם לאו ומהרמב"ם נראה דדעתו דתמיד הוי דין [ע' כנמב"ס פ"ג מכנס"]:

ג יש מי שאומר דמתנת שב"מ אינה מתקיימת ע"פ אחד אפילו הוא חכם גדול דאין עד אחד נאמן להוציא מהיורש ולכן אם אין שנים בצוואה יתאמץ האחד שהשב"מ יצמו יחתום על הצוואה וכן לפ"ז פסולי עדות אין יכולין לעשות צוואה מיהו אם היורשים יודעים שהיחיד אומר אמת שכן צוה השב"מ מחוייבים לקיים צוואתו ודבר זה לפני יודע העלומות גלוי כשיודעים שאומר אמת ואינם מקיימים יפרע מהם [כ"ל] וכן אם השב"מ מסר מעות וחפיצים ושטרות לידי מחוייב לקיים כל אשר צוהו כיון שעשהו לשליש [כ"ל]:

ד שב"מ שצוה ואמר יטול פלוני כל נכסי או מקצת נכסי או יחזיק או יוכה או יקנה כולם לשון מתנה הם וה"ה אם אמר יהא דבר זה לפלוני הוי מתנה [ס"ך] וכן אם אמר יחסין או יירש על מי שראוי ליורשו כגון בן בין הבנים או בת בין הבנות ה"ז קנה מצד ירושה אבל אם אמר יהנה פלוני מנכסי או יעמור בהם או יראה בהם או ישען בהם לא קנה דאין זה לשון מתנה ברורה ובגמ' נשארו לשונות אלו בספק ואפי' קנו מיניה י"א דלא מהני דהוה קנין דברים וי"א דמהני [סמ"ע] ולשונות אלו של מתנה המועילים בשב"מ י"א שהוא הדין שמועילים במתנת בריא כשמקבל קנין על לשונות אלו וי"א שאינם מועילים דזוקא בשב"מ שאין דעתו מיושבת עליו לדבר בלשון מבורר הקילו בלשונות אלו אבל הבריא צריך לדבר בלשון מתנה ברור ובשב"מ מהני גם אם אמר לשון אני מניח לפלוני כך וכך הבשב"מ הוי לשון זה לשון מתנה ופירושו הוא שמניח לו מעכשיו כך וכך ואם אמר יפול לפלוני כך וכך הוי לשון ירושה ואם המקבל ראוי ליורשו מהני לשון זה דמצינו לשון נפילה בירושה כמו שכתוב ואת הארץ אשר תפול בנחלה אבל אם אמר סתם כך וכך לפלוני בנכסי לאו כלום הוא דאין זה לא לשון מתנה ולא לשון ירושה וי"א דזהו לשון מתנה ופירושו ליתן לפלוני כך וכך [ס"ז]:

ה כתב רבינו הרמ"א בסעיף ב' האומר לפרוע לאשתו כתובתה במעות מזומנים אין זה לשון מתנה ואין יורשין צריכין לקיים משום מצוה לקיים דה"מ כמ"ש בסי' רנ"ב עכ"ל דאין זה לשון מתנה שתבטול מפני מתנת שב"מ ומצוה לקיים דה"מ אין כאן כיון שלא השליש מתחלה לכך ואפי' לפי מ"ש שם דבבנים אפשר שיש מצוה גם בלא השליש לכך זהו כשמצוה להם עצמם אבל כשאמר שלא בפניהם לא חלה עליהם מצותו כלל [סם בב"י בסם ריטב"ם] ואם השליש מעות לזה חייבים לקיים דבריו [ס"ז]:

ו מה שכותבין בשטרי מתנות תלך ותזכה ותירש ותמשכן ותעשה ממנו חפצך ורצונך אין לשונות אלו אלא שופרא דשטרא ואף שלא נכתבו הוי לשון מתנה בין בבריא בין בשב"מ ורק כשכתוב לשון מתנה דיו ואם כתוב בשטר צוואה לשון דאפשר לתלות בב"ס אם נראה לפי הענין שהוא מעות תלינן כמ"ש בסי' מ"ט ולשון אתן בשב"מ הוא מעות דמוכח דבין דמתנתו היא לאחר מיתה איך יהן או [ס"מ] וכלל גדול יש במתנות שב"מ דאם נתן מתנה למי שראוי ליורשו בנון בן בין הבנים או בת בין הבנות או אח בין האחים ונתן לו יתרון על חלק ירושתו זוכה בין שנתן לו בלשון מתנה ובין שנתן לו בלשון ירושה אבל כשנתן מתנה למי שאינו יורשו אינו זוכה רק בלשון מתנה ולא בלשון ירושה ולכן צריך לזהר במקום שיש בנים ורוצה ליתן גם לבנותיו לא יכתוב להן לשון ירושה דבמקום שיש בנים אין הבנות יורשות וכן אחים במקום בנות:

ז שכ"מ שאמרו לו נכסיך למי ואמר כמדומה היה לי שיש לי זרע או שאשתי מעוברת ועכשיו שאינו כן נכסי אני נותן לפלוני ואח"כ נודע שיש לו בן או בת שאשתו מעוברת והוא לא ידע מזה בשעת הצוואה נתבטלה מתנתו דבכה"ג אזלינן בתר אומדנא אף בשלא פירש דבריו כמ"ש בסי' רמ"ו וכ"ש כשפירש ולא עוד אלא אפי' מת הבן אח"כ או הפילה אשתו כיון שבשעת הצוואה חי הבן או הבת או שהיתה מעוברת והיתה נתינתו או במעות לא חלה גם אח"כ וישלו קרוביו הראוים ליורשו:

ח שכ"ם שאמר נכסי לפלוני או אפי' לא אמר בעצמו אלא שאחרים שאלו לו נכסיך למי שמא לפלוני והשיב להם אלא למי אם הוא ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה ואם לאו זוכה בהם משום מתנה דלשון זה סובל גם לשון ירושה גם לשון מתנה ויראה לי שאם שאלו לו מי יירש נכסיך שמא פלוני והשיב להם אלא מי וזה הפלוני אינו ראוי ליורשו אינו יורש אותם כיון שהשיב על שאלת ירושה וזה אינו ראוי ליורשו ואם שאלו לו נכסיך למי אתה נותן שמא לפלוני והשיב להם אלא למי אף שראוי ליורשו נוטלן משום מתנה והלשון שסובל ירושה ומתנה אם אינו ראוי משום ירושה נוטלן משום מתנה ועמ"ש בסי' רמ"ח:

ט זה שאמרנו דכשהיה יורש נוטלן משום ירושה זהו בשאר יורשים אבל בבן לא עשאו אלא אפטרופס כמ"ש בסימן רמ"ו ולי"א שם גם בבת כן ואין דין זה רק באין לו בן ובת ושאר יורשים יורשים אותו ולפמ"ש שם דבלשון ירושה לא היו אפטרופס וקני לנכרי גם בכאן אם אמר לשון שיש לפרשו גם לשון ירושה אף בן בין הבנים נוטלן משום ירושה [ט"ך] וי"א דבלשון הסובל שניהם תולין בבן בין הבנים שלא עשאו רק לאפטרופס דמסתברא דכל כמה דיכולין לומר שלא העביר נחלה הולין כן [ע"ז] ולפ"ז גם בבת בין הבנות תולין כן לדיעה זו להי"א שם וכן בת בין הבנים [ל"ל] ואם אמר לשון התמנות על נכסיו פשיטא דאין זה רק לשון אפטרופסות:

י שכ"ם שאמר תנו מאתים זו לפלוני בני בכורי בראוי לו או לאשתי כראוי לה או לפלוני בעל חובי כראוי לו נוטלים המאתים זו עודף על חלק הבכורה והחוב דאם היתה כוונתו רק לפרעם כפי המגיע להם למה הוסיף לומר כראוי לו וכללא בידינו דכל לישנא יתירא לרבויי אתי כמ"ש בסי' ריי"ד ואם אמר מפורש תנו מאתים זו לבני בבכורתו או לאשתי בבתובתה לא יטלו שני דברים המתנה והבכורה או הבתובה אפי' אמר כראוי לו [נ"מ] ואין נוטלין אלא אחד מהדברים וידם על העליונה אם המאתים זו הם יותר מהבכורה והכתובה נוטלין המאתים זו ואם הבכורה או הכתובה יותר נוטלין חלקן ודין זה אינו רק בחלק בכורה דגזירת התורה היא שאין ביכולת האב לפחות מחלק בכורה כמ"ש בסי' רפ"א אבל בבן פשוט ביד האב להוסיף על חלק האחד ולפחות מחלקו כמ"ש שם ואין לו רק מה שצוה אביו וכן בבע"ח אם אמר תנו מאתים ש לפלוני בעל חובי בחובו אם החוב יותר נוטל החוב אבל אם המאתים יתירים על החוב אמור לו ליטול יותר מחובו דהוי ריבית ואם אמר בראוי לו לא מחוי בריבית דהוא מתנה בפ"ע ואין שייך להחוב כלל אבל כשכללם בהחוב והחוב אינו עולה כל כך מחוי בריבית [ל"ל] ואפי' תפס מוציאין מידו [ש"ך] ואם אמר מאתים זו לבני פלוני בירושתו והוא אינו בכור אין לו רק הסכום הזה כמ"ש ואם לא אמר לא כראוי לו ולא בבכורתו ולא בכתובתה ולא בחובו אלא אמר תנו ר' זו לפלוני בני בכורי תנו ר' זו לאשתי תנו ר' זו לפלוני בעל חובי בכולם ידם על העליונה ואפי' הבע"ח אם המתנה מרובה מהחוב ביכולתו לימלן ולא מחוי בריבית דכיון שלא הזכיר החוב הוי מתנה בעלמא והחוב אינו גובה כלל וי"א שאם אמר סתם לבני פלוני או לאשתי או לפלוני והוא בע"ח כיון שלא הזכיר כלל הירושה והכתובה והחוב אמרינן דנתן להם מתנה יתר על המגיע להם ואפי' בבן פשוט הדין כן ולא נצרך היתור לשון דכראוי לו אלא במקום שהזכיר הבכורה והכתובה והחוב אמנם בבע"ח אם רק הזכיר פלוני בע"ח אף שלא הזכיר בחובו הוי כאלו הזכיר החוב ואינו נוטל רק החוב דאל"כ למה היה לו להזכיר בע"ח דבשלמא בבנו ואשתו לחביבותם הזכירם אבל לבע"ח לא היה לו לומר רק לפלוני [סמ"ע] וי"א דאפי' הזכיר בע"ח כיון שלא אמר בחובו הוי מתנה לבד החוב וזה שאמר בע"ח הוא רק לסימן מי הוא הפלוני ובבן הבכור כשרק הזכיר לבני בכורי היה כאלו אמר בבכורתו דאל"כ למה היה לו להזכיר בכור לא היה לו לומר רק לבני פלוני אלא ווראי דבבכורתו קאמר ולכן הרין כמקודם דידו על העליונה ורבינו הרמ"א בתב דסברא ראשונה נראה עיקר ודלא כיש חולקין וכל אלו הדברים לא נאמרו רק כשלא הזכיר לשון מתנה ולכן אנחנו מסופקים בכוונתו אבל אם אמר בפירוש אני נותן במתנה ר' זו לפלוני בעל חובי או לאשתי נוטלין זה מלבד המגיע להם ומי שאמר שבתו תבטל בנכסיו כך וכך ולא הזכיר לצדדך נשואיה גוטלת המתנה מלבד עישור נכסים המגיע לה בשעת הנשואין כמ"ש באהע"ז סי' קי"ג וע"ש בסי' ק"מ:

יא שכ"ם שאמר תנו מאתים זו לפלוני ושלשה מאות לפלוני וארבע מאות לפלוני אם שתק בנתים והיינו שכשנתן להראשון לא היה בדעתו ליתן להשני אלא שאח"כ נמלך וכן בין שני לשלישי נמלך ג"כ ונתן להראשונים במצוה מחשת מיתה או בפירוש במתנת שכ"ם או אפילו נתן להם ביחד אלא שאמר תנו ר' לפלוני ואחריו ש לפלוני ואחריו ת' לפלוני ולא נמצא כל הסכום אצלו כל הקודם בשטר זכה והנשאר יזכה השני והנשאר ממנו יזכה השלישי ואם יצא שם"ח על הנותן קודם שקבלו המעות לרינא דגמ' ועתה אפי' אחר שקבלו המעות כמו שיתבאר בסעיף י"ד או שנתן להם קרקע ששוות כך וכך אפי' לאחר שגבו בע"ח גובה מהם כשם שגובה מן היורשים דמתנת שכ"ם כיורש שויוהו רבנן [נתפ"ס קל"ח] וגובה מתחלה מהאחרון דנחשב ככני חורין לגבי הקודמים ואם לא הספיק להבע"ח כפי חובו גובה משלפניו ואם גם זה אינו מספיק גובה משלאחריו אבל אם אמר תנו מאתים לפלוני

לפלוני וש' לפלתי ות' לפלוני ולא נמלך בנתים יד כולם שוה ואין אומרים כל הקודם בשטר זכה ואם לא נמצא כל הסכום הזה חולקין את הנמצא להשעה חלקים ויקח בעל המאתים שני חלקים ובעל הנ' מאות ג' חלקים ובעל הד' מאות ד' חלקים ואם יצא עליו שט"ח נוכה מכולם מכל אחד לפי ערך זה והוא אם התוב הוא צ' והעובים משלם בעל המאתים עשרים ובעל הנ' מאות שלשים ובעל הד' מאות ארבעים ואם היה התוב ת"ן בעל המאתים נותן מאה ובעל הש' ק"ן ובעל הת' נותן מאתים ואם נתן לכולם בשוה כנון שנתן לכל אחד ר' זוז אפי' אמר ביחד בלי המלכה בנתים מאתים לפלוני ומאתים לפלוני ומאתים לפלוני כל הקודם בשטר זכה ובע"ח נוכה מהאחרון אף שלא אמר אחריו לפלוני הדאי כן היתה כוונתו דאל"כ היה לו לומר תנו ת"ר זוז לאלו השלשה אבל יש חולקין בזה דכיון שלא אמר אחריו לפלוני מסתמא היתה כוונתו שיהיו כולם שוים וזה שלא כללם ביחד מפני שדרך בני אדם לדבר כן ליתן לזה כך ולזה ג"כ כך ובסימן ק"א נתבאר ג"כ בזה ע"ש :

יב וכ"ז הוא בשב"מ שמקנה בדיבור בלא קנין ולכן בלא המלכה ובלא אחריו אין ניכר שהקנה לאחד קודם לחבירו אבל בריא שנתן מתנות ואמר לראובן אני נותן לך ר' זהובים והקנהו בקנין המועיל למעות ואח"כ אמר לשמעון והקנה לו ואח"כ ללוי הדבר ידוע למי הקנה החלה ובל מי שקדם בקנינו הוא קודם להאחרים כמו בשב"מ בלשון אחריו [סמ] ופשיטא דכשמסר המתנות לידם כל מי שקבל תחלה הוא קודם אבל אם זכם ע"י אחר דינם כמו בשב"מ בנון שנתן לאחד ט' מאות וא"ל זכה בעד ראובן שני מאות ובעד שמעון ג' מאות ובעד לוי ד' מאות אין ניכר הקדימה ובולם שוים וכן אם הקנה בקנין לכולם ביחד אין בהם דין קדימה ואם זכם ע"י אחר מקודם לראובן ואח"כ זכה לשמעון ואח"כ ללוי כל הקודם זכה [סמ"ע] :

יג אע"פ שמתנת שב"מ כיורש שויהו רבנן ס"ם נחשב כמשועבדים לגבי יורשים לענין גביית חובות לפיכך שב"מ שנתן מתנה והשאר הניח ליורשיו אם יצא עליו שט"ח גובה כולו מהיורשים דנחשב כבני חורין לגבי מתנתו ואם לא הספיק הירושה או גובה ממקבל המתנה את השאר ודקא כשפירש חלק המתנה ולא פירש חלק היורש כמה שנותן לו אבל אם פירש גם חלק היורש יש לו ג"כ דין מקבל מתנת שב"מ דאמו מפני שהוא יורש גרע כחו הרי הוא נתן לו כדרך מתנה דאל"כ למה פירש כמה יטול היורש ולכן אם הקדימו להאחר כנון שאמר תנו מאתים זוז לפלוני בני ואחריו מאתים לפלוני בנו קודם שהרי הקדימו ודינו כמו אחר שהקדימו :

יד כיון דמתנת שב"מ כיורש שויוה רבנן לכן כל בע"ח שגובין מיורשין גובין ממקבלי מתנות שב"מ ולפי תקנת הגאונים שגובין ממטלטלי דיתמי וממעות שהניח בס"ש בסי' ק"ז ואפי' מלוה בע"פ אם רק ידוע שלא פרע בחייו כמ"ש בסי' ק"ח כמו כן גובים ממקבלי מתנות שב"מ וכ"כ רבינו הב"י בסי' ס"ט בשם הרי"ף והרמב"ם והרשב"א והריטב"א דגובין ממתנת שב"מ בבת"י וכת"י דינו כמלוה ע"פ ורק נגד היורשים עצמם דינם כמשועבדים ואף שיש מי שחולק ע"ז הלכה כרבים אבל מתנת שב"מ במקצת בקנין דינה כמתנה בריא ודע דאע"ג שהוא כיורש מ"מ גובין ממקבל מתנה המוקדם בינונית כשיש אצל המאוחר אף זיבורית דכל מקום שאין הספר להבע"ח שויוה כמשועבדים לענין זה [כ"כ הסופסים] :

טו שב"מ שאמר תנו מנה לפלוני נותנים בין שאמר מנה המונחת שם במקום פלוני ובין שאמר מנה סתם נותנים ממעותיו הנמצאים אצלו בכל מקום שהם ולא חיישינן שמא כוונתו היתה על איזה מנה המטמון אצלו באיזה מקום ונ"מ בין מנה זו למנה סתם דאם אמר מנה המונחת שם ונאבדו אותן המעות הפסיד מתנתו ואם אמר מנה סתם ונאבדו אח"כ איזה סכום מעות הזיקו לפי חשבון כנון אם הניח חמשה מאות ונתן לו מנה ונאבדו מנה יסביל הוא היזק חלק חמישית והיורשים ד' חלקים והזיקא כשבל הת"ק והובים היו מונחים במקום אחד אבל אם היו מונחים כל מנה ומנה במקום מיוחד ונאבדה אחת מהן ידו על התחתונה ויכולים היורשים לומר שלך נאבדה דנבסי קיימי בחזקת יורשים והמוציא מהם עליו הראיה [ר"ן סס"ק לניקין] ואם לא נמצא אצלו כלל מעות מזומן אינו נושל כלל כיון שלא אמר מנה מנבסיי אלא מנה סתם [סמ] ואע"פ שיש לו מנה בהלואה ובשטר על אחרים אינו נושל [ס"ך] דכיון שאמר מנה משמע מזומן אבל אם היה לו פקדון ביד אחרים נושל מהם דפקדון הויין כברשותו של מפקיד וכ"ש אם אמר ליתן לו מעות או והובים דזיקא קאמר ואם לא נמצא מזומן הפסיד כיון שלא אמר מנבסיי או לשון אחר שמשמעו כמו נבסיי ויתבאר בסעיף כ' אבל בזה שאמרנו שאם הנחו מנה מנה בפ"ע ונאבדה אחה מהן הפסיד עליו זהו אפי' כשאמר מנה מנבסיי דוודאי אף כשאמר לשון זה כיון שהיה לו מזומן בוודאי כוונתו היתה על המזומן וכיון שנאבד אחת מהן יכולים היורשים לומר שלך נאבד אמנם בעיקר דין זה חולק הראש"ש ז"ל וס"ל דבכל זמן שלא נתברר חלקו ההפסד לפי חשבון ויתבאר בסעיף י"ז אך בש"ע השמיטו דיעה זו :

טז ודע דשב"מ שאמר מנה זו לפלוני או צוה ליתן מנה מנכסיו אינו מועיל אלא במצוה מחמת מיתה או במחלק כל נכסיו להרבה בני אדם וצוה לתת מכללם מנה לזה דדינו דא"צ קנין וקונה באמירה אבל היכא דלא אקני אלא מנה אחת בסתם דהוי מתנת שב"מ במקצת דצריך קנין והוא לא אקני ליה חפיצים במנה אלא מנה עצמה אפי' בקנין סודר לא קנה דאין מטבע נקנה בחליפין וצריך להקנות לו אנ"ק או למסור המעות ליד שליש סחיים שיוכה בעדו ואף בשלא יוכה בעדו יש בזה משום מצוה לקיים דברי המת :

ין שכ"ם שאמר תנו שוה מנה לפלוני מיני והחמיץ מקצת יין ההפסד לפי חשבון ואפילו עמדו יין בכמה מקומות והחמיץ במקום אחד אין היורשים יכולים לומר שכך החמיץ ולא דמי למנה שבסעיף ט"ו דזדאי אם היה מוכיר שם חבית היו יכולים לומר שהחבית שלך החמיץ אבל כיון שהזכיר יין בכולל הרי כל היין נתערב לטתגה זו ולכן ההפסד לפי חשבון [ר"ן פ"ו דנימין] וי"א דאפילו אם אמר חבית אחת מחביותי או כך וכך חביות תתנו לו והחמיצו מקצתן אינו מפסיד רק לפי חשבון כיון שלא נתברר חלקו מעולם הוי איהו שותף בכל היין [סס נרפ"ם סי' ס"ק] ולפ"ז יש חילוק בשני דעות אלו באם נתן לו דכר מסויים כגון חבית אחת מן החביות ונאבדה אחת מהן דלדעה ראשונה ההפסד על המקבל וכן פסק רבינו הרם"א בסעיף י"ג ולי"א ההפסד לפי חשבון כיון שלא נתברר חלקו מעולם [ב"ח] ולדעה זו גם מה שנתבאר בסעיף ט"ו במנה שאם נאבדה מנה אחת נאבדה למקבל אינו כן לדעה זו אלא ההפסד לפי חשבון ויש מי שרצה לומר דכונת דעה זו נ"כ אינו אלא כשאמר יין כשעור חבית אחת או כשתי חביות אבל אם אמר חבית ממש מודה לדעה ראשונה [דז"פ וק"ן סב] ולפ"ז לא פליג על מנה שבסעיף ט"ו ולא נראה כן מלשון בעל דעה זו ע"ש [ויבמ"ק] :

יח וכן אם אמר השכ"ם תנו לו מדמי ייני מנה ונמכר ונאבדו קצת מהמעות ההפסד לפי חשבון אבל אם החמיץ היין לא הפסיד כלל שהרי צוה ליתן לו מדמי היין והיינו לאחר שימכר היין ולא דמי לשוה מנה שבסעיף הקודם [סמ"ן] אבל אם אמר השכ"ם תנו לו מנה מייני בין אם החמיץ קצת מהיין או שנמכרו ונאבדו קצת מהמעות כל האחריות על היורשים ונושל המקבל מתנתו בשלימות דכיון דאמר מנה מייני ואין עושין מעות מיין היתה כוונתו ליפות את כחו שיהיה כל היין באחריות עד שישלמו לו המנה ובכל הלשונות איך שאמר אין שייך בעל המתנה ליוקרא ווולא כלל שאם נתייקר היין הריוח להיורשים וכן אם הוזל ההפסד עליהם דאינו שותף עמהם לענין יוקרא ווולא דהוא צריך רק לקבל המנה שלו :

יט כתב רבינו הרם"א בסעיף י"ג מי שצוה ליתן לאחד מנה מנכסיו וצוה לאפוטרופסין לברור לו היפה וברירו לו מנה יפה ונאבד צריכים ליתן לו מנה אחר הואיל ולא סיים הנותן רק אמר ליתן מנכסיו עכ"ל מפני שלא מסרו ליד המקבל דכן היתה כוונתו לברור היפה וליתן לו ולא קיימו צוואתו וכל הנכסים באחריות המקבל אבל אם לפי הלשון שאמר נראה כוונתו לא למסור לו מיד אלא לברור חלקו וברירו ונאבד לכל דדעות ההפסד על המקבל [סמ"ע ומ"ן] ונ"ל דעת רבינו הרמ"א דכיון שצוה ליתן ולברור היתה כוונתו לברור וליתן אע"פ שהקדים הנתינה [ומעורך קסים סמ"ז] ויש מי שאומר דעב"פ ההפסד לפי חשבון ולא נ"ל כיון שצוה לברור לו היפה הוי יפוי כח שכל זמן שלא הגיע לידו משועבדים כל נכסיו לזה וכ"ם בתשו' הרשב"א שהביא הב"י ע"ש :

כ דבר פשוט הוא שהאומר הנו מנה לפלוני סתם או מנכסי אפילו אם נאבדו איזה מנכסים נותנים מהמזומן שנמצא ואם לא נמצא מזומן אם עבר מנכסי מוכרין מקצת נכסים ונותנים לו המנה ובזה אם נאבדו מקצת מהנכסים לאחר מותו ההפסד לפי חשבון אבל אם נפסד בחייו אין מנכין לו דמשמע מה ששישאר מנכסיו [סס"ם] וכן אם יש לו מזומן אלא שניכר מלשון צוואתו שאם יהיו בשלמות כל נכסיו שחשב יתנו לו כנון שאמר יש לי כך וכך נכסים או מעות ביד פלוני וכך וכך ביד פלוני והיה מונה והולך את כל הנמצא שלו ומיד בלי הפסק אמר תנו לפלוני מנה הדבר ניכר שכוונתו היתה שלא ליתן לו המנה מיד אלא לפי חשבון מה שיקבצו שהרי נילה דעתו שממה שיש לו רוצה לתת לו לפי חשבון ואם נפסד מקצתם ההפסד לפי חשבון [סס] כללו של דבר שהשומעים צריכים לדקדק הלשון שאמר השכ"ם וימסרו לכ"ך וידונו בזה וכל ספק שיפול בהצוואה יר היורשים על העליונה דנכסים הם בחזקתם ואם הספק בהצוואה הוא גם דבר שנוגע לאחד מהיורשים מוקמינן כל ספק על נחלת דאורייתא :

כא שכ"ם שנתן מתנה בתנאי כגון שאמר תנו מנה לפלוני אם ישא את בתי אע"פ שלא כפל את התנאי והקדים המעשה קודם לתנאי מ"ם תנאי קיים דכיון שדבריו כבתובין וכמסורין דמי א"צ לכל דיני תנאי אפילו למי שטובר דבד"ם ג"כ צריכים לכל דיני תנאי ולכן אם נשא בתו נותנים לו המנה ואם לאו אין נותנים לו [ק"ך] ואפילו במתנה במקצת בקנין דדינו כבריא א"צ בזה תנאי קודם למעשה דא"צ זה אא"כ המעשה מתקיימת מיד כגון המוכר על תנאי דהמכירה היא מיד וכן בניתין וקדושין דהנם והקדושין הם חלין מיד ולכן אם אין התנאי קודם למעשה התנאי בטל והמעשה קיים אבל בשכ"ם שקיום המעשה אינה מיד אלא לאחר זמן א"צ לזה דאיך נאמר לקיים המעשה בלי התנאי הלא אינה נעשית עדיין ולאחר זמן אין לעשות בלא התנאי [סס נסס למב"ן] :

כב וכ"ז כשתלה זה בזה בתנאי אבל אם אמר שני דברים אע"פ שיש לומר שכן היתה כוונתו מ"מ מדלא הקדים זה ש"ם שלא תלאן זה בזה כיצד שכ"ם שאמר תנו מנה לפלוני ויישא את בתי ה"ז כמו שנתן לו שתי מתנות ואיזה שירצה יקח לפיכך אם רצה ליפול המעות ולא לישא הבת הרשות בידו דאם היתה כוונתו לתלות המעות בנשואי בתו היה לו להקדים נשואי בתו להמעות ולכן אם באמת אמר כן יקח בתי ויתנו לו מנה ה"ז בתנאי ולא זכה בהמעות אם לא ישא הבת וי"ראה לי אם השומעים מעידים שמקודם דבר השכ"ם שרצונו שפלוני ישא בתו ויתן לו כך וכך אע"פ שבשעת הצ'אה

הצואה הקדים המעות מ"מ מהגי נילוי דעתא דמעיקרא דלהוי כתנאי ולא דקדק בלשונו וכה"ג צריכין לדון בכל העניינים וכן האומר תנו מנה לפלוני או לבתי ויעשו בהם כך וכך ומת המקבל נותנין ליורשיו ואע"פ שעתה לא יעשו בהמעות מה שאמר השכ"מ כיון שמת מ"מ המתנה קיימת דלא תלאן בתנאי ע"מ שיעשו כך וכך רק גילה רצונו שיעשו כך וכך אבל המתנה לא נתבטלה ע"י זה ורבים חולקים בזה ומ"ל דאם ניכר שכוונתו היתה רק כדי שיעשו דבר זה אם לא יעשה אינו קונה ופשיטא שאין נותנין ליורשי המקבל אא"כ גם הם ביכלתם לעשות דבר זה שצוה [כ"נ] :

בג בגמ' [כ"ב ע"ח] הובא מעשה בשכ"מ שאמר תנו לפלוני בית המחזיק מאה חביות ולא נמצא לו ביה כזה והקמנה שבביתיו היתה מחזקת ק"ך ואמרו חכמים שוכה באותה בית דנותן בעין יפה נותן ולא אמרינן שלא נתן לו רק המשה חלקים מהבית וחלק הששית תשאר ליורשים דאין דרך ליתן בית לחלקים כשלא פירש להריא וה"ה אם היתה מחזקת יותר נותנין אותה לו ג"כ כיון שלא נמצא קמנה ממנה אמנם אם נמצא אצלו בית פחותה מן ק' חביות ובית יותר מן ק' נוטל הפחותה דכיון דמאה בצמצום לא נמצא רק פחות או יתר נכסי בחזקת ירשי קיימי והמוציא מהם עליו הראיה [ס"ז] אבל במטלטלין בה"ג כגון שאמר תנו לפלוני כים מעות שיש בו מנה ונמצא מאתים אינו נוטל אלא מנה וכן כשאמר תנו לפלוני חבית יין המחזקת עשרים מדות ונמצא שמחזקת יותר אינו נוטל אלא כ' ובה"ג בכל המטלטלין הנפרדים [סס] אבל בחתיכה סחורה המחוברת יחד דינה כבית [כ"נ] ואם נמצא פחות ממה שאמר אם בכדי שהדעת מועה נוטל הפחות ואם בכדי שאין הדעת מועה אינו נוטל כלל דסבור היה שיש לו ובאמת אין לו והוי מתנה במעות [כ"נ] :

בד שכ"מ שאמר תנו ת' זוז לבתי בכתובתה או לכתובתה וזוהו נכסי צאן ברזל שהאשה מכנסת לבעלה ודרך אנשי המקום לשום לכבודה מה שמכנסת כפלים משויים כמ"ש באה"ע סי' ס"ו ויש ספק בכוונתו אם צוה ליתן ת' שהן כשומא ת"ת או צוה ליתן מאתים שהן בשומא ת' ירה על התחתונה ואינה נוטלת אלא ר' כיון שלא אמר ליתן ת' אלא אמר בכתובתה או לכתובתה ויש לפרש שבהכתובה יהיה ת' [כ"מ בב"מ ק"ד: סטוס מסוס ספק ונמוך ממש שכן מיקל הדין ותלוי כמי פילוגי סטוס בכתובות סס"ד ע"ס וד"ק] :

בה שכ"מ שצוה ליתן לאשה ת' זוז לנדוניא ולא פירש אם ליתן מיד או לעת נשואיה אם אמר תנו בת' זוז לפלונית בנדוניתה דהפירוש הוא ליתן לה חפצים בערך ת' זוז אינה נוטלת עד שתנשא ותצטרך לכך קודם נשואיה ואם מתה בינתים אין יורשיה יורשים זה ואם התייקר הנדוניא או תזול עד העת הואת אין לה ג"מ בזה כיון שנותנין לה או צריכים ליתן מה שבאותה שעה יעלה ת' זוז אבל אם אמר תנו ת' זוז לפלונית לנדוניתה דפירושו ליתן לה מעות ת' זוז והיא בעצמה הכין לה צרכי נדוניתה חייבים ליתן לה מיד ווה שאמר שהוא לצורך נדוניא מראה מקום הוא לה מה שתעשה בהמעות ואף אם התעבור ע"ז עברה רצון המצוה אבל המתנה קיימת ומה שעשתה עשתה ואם מתה נותנים ליורשיה ויש חולקין ומ"ל דאין נותנין להיורשים דכיון שאמר לנדוניתה הקפיד שלא ליתן לה רק לצורך הנשואים ולא לדבר אחר וכן הכריע רבינו הרמ"א ומיהו צריכים ליתן לה מיד כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ג ואם מתה אח"כ אף שכבר קבלה מ"מ חוזרין המעות להיורשים של המצוה וה"ה ראובן שנתן מתנה לשמעון שישיא בוה את בתו ולא השיאה חוזרים המעות לראובן לדעה זו [ס"ך בסס רס"ל] ובכל זה אין חילוק בין מתנת שכ"מ למתנת בריא בקנין וכן הכריעו גדולי אחרונים דלא כיש מי שחולק בוה [עסמ"ע סקל"ס] :

כו שכ"מ שאמר תנו לבני שקל בכל שבת או אפי' אמר מספיק לו ואין יורש אחר בלעדו נותנים לו כל צרכו דהנכסים שלו הן ואין שייך בוה מצוה לקיים דה"מ אפילו השלישם ביד שליש משום דאמדינן דעתו דלאו ברוקא ציוה כן אלא כדי לזרז שיצמצם בהוצאה אבל לא כוון שיחיה חיי צער אבל כשיש עוד יורשים או שאמר שכשימות בנו יירשו אחרים תחתיו דאין המעות שלו לעולם אין נותנין לו אלא כפי מה שצוה אפילו לא אמר בלשון אזהרה דהרי לא הניח לו רק שקל לשבת לכל ימי חייו ולא יותר ואם לא יספוק לו יטול מן הצדקה או יחיה חיי צער ואיך יטול מה שאינו שלו שהרי ביד המצוה לעשות במטונו כרצונו ולכן אף בשיש בנים להבן אין יורשים אותו אלא האחרים יורשים כפי הצואה ואפילו אותם האחרים אינם יורשים כלל [ע"ז ום"ך] ואף שלשון ירושה אינו מועיל במי שאינו ראוי לירש מ"מ לשון תנו שאמר על בנו מועיל גם להם [סס] ובמי' רמ"ח נתבאר כל דיני אחריך לפלוני :

כז כלל גדול צריך לידע דאע"ג דמתנת שכ"מ קונה בדברים בעלמא מ"מ במקום שבבריא לא קנה בקנין כמו דבר שלב"ל או לדבר שלא בא לעולם או דבר שאין בו ממש בכל אלו גם בשכ"מ לא קנה רחכמים עשאו דברי שכ"מ כקנין בבריא אבל לא עדיף מיניה לפיכך שכ"מ שאמר ידור פלוני בבית זה יאכל פלוני פירות דקל זה לא אמר כלום שלא הקנה להם דבר שיש בו ממש שהרידה והאכילה הרי הם כדבור ובשינה שאין נקנים בקנין אבל אם אמר תנו בית לפלוני כדי שידור בו עד זמן פלוני או תנו דקל זה לפלוני כדי שיאכל פירותיו דבריו קיימים שהרי הקנה להם הגוף לפירות והגוף הוא דבר שיש בו ממש וכן כל כיוצא בזה וכן לא יקנה לו פירות דקל עד שלא באו לעולם אבל יקנה לו דקל לפירותיו וכן אין לו ליתן להילד שיולד אפילו לעובר אם העובר

העובר אינו שלו אבל דבר שאינו ברשותו נ"ל דיכול ליתן במתנת שכ"מ אע"ג דבריא אינו יכול להקנות והטעם דהרי אמרו חז"ל [נ"ב קמ"ז] דמה דאיתא בירושה איתא במתנת שכ"מ ופשימא דהיורש יורש גם דבר שאינו ברשותו ולכן נקנית במתנת שכ"מ אבל דבר שלב"ל לא שייך לומר שיורש היורש ה"א יורש גם הנוף ודבר שאין בו ממש ליתא בירושה ולפ"ו אם נגנבו מטנו חפץ וכא נתייאש עדיין יכול ליתנו במתנת שכ"מ אף שאינה ברשותו:

כח ומ"ש שכ"מ שאמר הלואתי שמניע לי מפלוני מלוה ע"פ תנו לפלוני דבריו קיימים אף שבבריא לא נקנה בקנין דהיא להוצאה ניתנה ואין קנין תופס אלא דבר שהוא בעין [מצב"ס] מ"מ כיון דישנה בירושה וגם בבריא ישנה ע"פ מעמד שלשתן לכן בשכ"מ דבריו קיימים וכ"ש אם אמר פקדוני שביד פלוני תנו לפלוני וכן אם אמר שט"ח שיש לי על פלוני תנו לפלוני זכה במה שיש בהששר אפילו אם לא אמר תנו לו וכל שעבודא דאית ביה [ב"ך] דכיון שישנו בבריא בכתיבה ומסירה עומדים דברי השכ"מ במקום הכתיבה והמסירה ואע"ג שבסי' ס"ו נתבאר דהמזכר שט"ח לחבירו יכול היורש של המלוה למחול להלוה מ"מ אם נתנו במתנת שכ"מ אין היורש יכול למחול כדי שלא הטרף דעת החולה אם יודע שיכולין לבטל דבריו ועוד כיון דמקבל מתנת שכ"מ ביורש שוינהו רבנן אין יורש זה יכול למחול מה שביד היורש האחר [לבוש] והא דאמרינן שזכה בחוב זהו דוקא במתנה בכולה בלא שיור או במציוה מחמת מיתה דאל"כ הוי לה מתנת שכ"מ במקצת דלא קנה אא"כ עשה קנין ובהלואה אין הקנין מועיל וגם בפקדון בממון אין ק"ס מועיל דאין מטבע נקנה בחליפין [ומתוך קוטים סנ"ח סקמ"ב] וי"א הא דשכ"מ יכול להקנות הלואה שלו שביד אחרים היינו בהלואה שיש לו ביד ישראל אבל לא בהלואה שביד עו"ג דהנותן עצמו לא ממכא דעתו שיפרע לו ולאו למתנה גמורה איכוין ואף שיש לו שטר או משכון יש להסתפק אם יכול להקנות דישראל מעו"ג לא קנה משכון [פסמ"ס לג"] וכן פסק רבינו הרמ"א ואם הקנה לו נוף המשכון במתנת שכ"מ קנה כמו בבריא [נ"מ] דהא עכ"פ המשכון בידו הוא ואם עשה להמקבל מתנת שכ"מ ליורש בחלק נכסיו נוטל חלק גם בחוב העו"ג דלא שייך סמיכת דעת כיון שכללו בכלל הירושה [סס]:

כט וכן אע"פ ששכ"מ אינו מקנה לדבר שלב"ל ואפילו הקנה לעובר לא קנה העובר מ"מ שכ"מ שצוה לתת מתנה לעובר שבמעי אשתו זכה העובר מפני שרצתו של אדם קרובה אצל בנו כמ"ש בסי' ר"י ודוקא כשכבר היא מעוברת כמ"ש שם ואפילו בבריא בקנין הדין כן אם הקנה ממלטלין או קרקע להעובר שלו [ס"ך]:

ל שכ"מ שצוה שיתנו דקל לפלוני והיה לו הרבה דקלים ושני דקלים היה לו חצאי דקל שהיה לו בהם שותף יכולים היורשים לדחות את המקבל להשני חצאים ויש טורח מרובה בשני חצאים מבדקל אחר שלם ויכולים לומר שקרא להשני חצאים דקל וי"א דכיון שיש לו גם דקל שלם שלו ודאי כן היה דעתו לפי לשונו שאמר דקל ונוטל השלם אא"כ אין לו דקל שלם דאז בהכרח שכוונתו היתה על שני החצאים ופסק רבינו הרמ"א כדעה ראשונה ונ"ל דאף לדעה ראשונה אם אמר תנו לו שדה בת מאה אמה והיו לו שדות בת מאה אמה ושדות בת ג' אמה אין ביכלתם ליתן לו שתי שדות בנות חמשים דשדה אחת אמר ולא שתי שדות דבדקל אדם קורא לשני חצאים דקל משא"כ בשדה אין שיעור לשדה ובה"ג בשארי דברים:

לא שכ"מ שאמר תנו מנה לעניים או ס"ת או ספרים לבהכ"נ צריכים ליתן לעניי אותה העיר שדר בה השכ"מ והס"ת והספרים יתנו להבהכ"נ שהיה רגיל בה להתפלל דמסתמא כן היתה כוונתו כשלא פירש ואם היה רגיל בשתים יתנו לשתיהן וחולקין ביניהן וס"ת שא"א לחולקה נותנין למקום שהיה רגיל יותר וביו"ד סי' רנ"ח נתבאר דאפילו מת השכ"מ במקום אחר והניח לצדקה או לבהכ"נ מתם מוסרין לעירו שהיה דר בה ואם הניח סך מרובה דניכר שאינו לעיר אתת מחלקין לכמה עירים ע"פ מומחים:

לב שכ"מ שאמר נכסי לפלוני ופלוני חולקים בשוה אפילו הם מאה אמר נכסי לפלוני ולבניי נוטל הפלוני מחצה והבנים מחצה אמר לפלוני ופלוני ולבני פלוני נוטלין בני פלוני מחצה ושנים הראשונים מחצה וכן אם אמר יחלוק פלוני בנכסי נוטל מחצה אבל אם אמר תנו חלק לפלוני בנכסי אין הכוונה חלוקה לחצאין אלא חלק בעלמא וכתב הרמב"ם בפי"א מזכיה דיטול אחד מס"ו דאין חלק פחות מזה וכתב דיש מי שהורה שיטול רביע נכסים דסתם חלק הוא רביע וכן כתב דשכ"מ שאמר תנו חלק לפלוני בבור יין שיש לי יטול רביע הבור אמר תנו חלק בו לפלוני לחבית תרי מיעט ויטול שמינית אמר הנו לו בו לקדירה נוטל חלק משנים עשר מן היין אמר תנו לו בו לטפיח והיא כלי קטן לשתות בו נוטל חלק מס"ו מהיין שכבור שהרי גילה דעתו שלחלק מועט נתכוין ואין למדין מהשיעורים האלו לדין אחר עכ"ל דלהם היה יודע אלו השיעורים ויש מרבותינו דס"ל דגם בכל אלו אין לו רק חלק היותר קטן דשיעורים אלו שנאמרו בגמ' [כ"ב ס"נ] אינו אליבא דידהו אליבא דסוכסום דס"ל ממון המוטל בספק חולקין אבל אנן דקיי"ל כרבנן הממע"ה וכ"ז הוא בסתנה אבל בסכר אמרינן הדמים מודיעין דבוה הכל מודים דאולינן בתר הדמים:

לג שכ"מ המחלק נכסיו לבניו ואמר ימול פלוני חלק בנכסי נוטל חלק כאחד מהבנים וכן מי שנתן נכסיו לבניו ולבתו נושלת חלק כאחד מהם דתלינן שכן היתה כוונתו ואם התנה נוסף לזה שאם ישיאוה האחין או תנשא בעצמה תטול נדוניתה ותסתלק ובוונתו היתה אע"פ שלא תבנים לנחזיתה כל החלק שיש לה לא תטול

עוד יותר דבריו קיימים ודוקא שכל האחים השיאוה או היא בעצמה אבל אם אחד מן האחין השיאה ופסק לה פחות מהחלק המגיע לה לאו כל כמיניה ונוטלת המותר שלא התנה אלא כשכולם ישיאוה או היא בעצמה וכן אם פסק לה אחד יותר מחלקה לאו כל כמיניה [סמ"ע] אא"כ כולם פסקו לה וע"ל דזה שפסק נוטלין מחלקו לפי ערך ההוספה:

לד האומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה ואם תלד נקבה תטול מאתים אם ילדה זכר ונקבה נוטל מנה ואם ילדה נקבה נוטלת מאתים ואם ילדה זכר ונקבה נוטל המזכר מנה והנקבה מאתים ואע"ג שלא אמר כן מפורש מ"מ אמרינן דעתו שכן היתה כוונתו שכשתלד זכר ונקבה ישלו שתיהם מפני שרעתו של אדם קרובה אצל יוצאי ירכו וה"ה אם ילדה שני זכרים נוטל כל אחד מאה ואם ילדה שתי נקבות נוטלת כל אחת מאתים [ע"ע] וכל זה ביוצאי ירכו אבל אם אמר לאשה אחת אם תלד זכר יהיה לו מנה ואם תלד נקבה יהיה לה מאתים וילדה זכר ונקבה אינה נוטלת אלא מאתים [רמ"ס פ"ע דנ"ב] ויש חולקים אפילו ביוצאי ירכו [כנ"ס ק"מ:] והרמב"ם והש"ע פסקו כדעה ראשונה ואם ילדה תומטום או אנדרוגינוס נוטל כפחות שבשניהם ולא אמרינן דלאו ולד הוא כלל שלא כוון רק על זכר ונקבה וראים דמן הסתם כוון על איזה ולד שהוא ואם ילדה שנים כאלו נוטל כל אחד כפחות שבשניהם לדעה ראשונה [ע"ל] ואם אח"כ נקרע הטומטום ונמצא זכר או נקבה ישול כפי התנאי ודין זה אינו אלא בש"ס ולא בבריא דבבריא הרי צריך קנין ואין ממבע נקנה בחליפין ועוד דהוה אסמכתא דכל דאי הוה אסמכתא ולא קנה וי"א דגם בבריא הדין כן ונוטל חפצים שוים מנה או מאתים ואין זה אסמכתא שהיא בכך מתנה שמתנה על תנאי וכן עיקר [ס"ך]:

לה מעשה בשכ"מ שאמר אם תלד אשתי זכר ינתן לו שני שלישי ממוני ושליש לאחי ואם תלד נקבה ינתן לה שליש ולאחי שני שלישים וילדה זכר ונקבה ופסק הרא"ש ז"ל דנתבטלה המתנה שנתן לאחיו וחוזר הדבר לדין תורה והכל לבן והטעם דאע"פ שנתבאר דכוונתו גם לשניהם זהו כשהתנאי אינו נוגע לאדם אחר אבל בזה שהתנאי נוגע לאחיו ותלה המתנה בהתנאי ודאי דוקא קאמר ובין שלא נתקיים התנאי בטלה כל המתנה ולאו דוקא אדם אחר אלא אפילו היה זה המקבל בנו או בתו נ"כ נתבטלה המתנה וחוזר לדין תורה דבתנאי שנוגע לעניין אחר ודאי דדוקא קאמר [ס"ך]:

לו בכהובות [ס"ס:] הובא מעשה בשכ"מ שאמר נכסי לשוביה וטה ולא פירש מי הוא אלא סתם טוביה ובא אחר ששמו טוביה ואמר לי צוה ליתן אמרו חכמים שנותנין לו ואפילו ידוע לנו שיש בעיר עוד מי ששמו טוביה והיה נ"כ מקורב עם השכ"מ מ"מ אין ממתינים עליו דזה שבא מדהקדים א"ע לבא מסתמא יודע שאליו כוון ולא חיישינן בזה לרמאי מדלא נתירא שמא יבא אחר ויתגלה הרמאות ומ"מ צריכים ב"ד לחקור ולדרוש אם היה לו קורבא עמו ושיכול להיות לפי האומדנא שלו כתב כל נכסיו [כ"ל] ואמרו חז"ל דאם זה האיש טוביה הוא ת"ח ונקרא בפי כל ר' טוביה אין נותנין לו דהא השכ"מ לא אמר לר' טוביה אמנם אם השכ"מ היה רגיל עמו מילדותו ותמיד לא קרא אותו במורנו נותנין לו דאין זה ריעותא מה שלא אמר ר' טוביה ואם באו שנים לבקש ושמם טוביה ובשניהם היה מקורב השכ"מ אם היה אחד מהם ת"ח הוא קודם דמסתמא לו צוה ליתן אא"כ ירוע שלהשני היה מקורב יותר ורש"י ז"ל שפירש הטעם משום דמסתמא כל אדם מצדיק מעשיו קודם מיתתו ומסתמא יש יותר מצוה להניח לת"ח וקפ"ו אף אם היה להשני מקורב יותר הת"ח קודם ואם אין בהם ת"ח והיה אחד מהם שכן אצלו בעסקיו אפילו לא היה שכנו בדירה אלא רגיל עמו במשא ומתן הוא קודם דמסתמא כוון לו וי"א דצריך להיות גם שכן בדירה [ט"ז] ואם היה אחד קרוב הראוי ליורשו מן הדין הוא קודם אפילו לת"ח [ס"ך] ואם היו שניהם קרובים או שכנים או שניהם ת"ח פסקו בזה חז"ל שורא דדייני שיעשו הדיינים לפי אומד דעתם למי כוון השכ"מ ונותנים לזה וכן אם יש הרבה שביכולת לחשוב שעליהם אמר השכ"מ ידונו בזה שורא דדייני ואין להקשות דהא גם בלא שורא צריכין לראות לפי אומד הדעת למי אמר ליתן כמו אם אחד ת"ח או שכן וכיוצא בזה דז"ל דבאמת שורא דדייני אינו הכרע גמור כמו באחד מהם ת"ח או שכן דתלינן דבודאי כוון לזה אלא קצת אומד דעת ולכן בפי הנראה להם באומדנא ראשונה כן יעשו אף שאח"כ יתהפך אצלם האומדנא ורק דיין מומחה לרבים יכול לדון שורא ולא אחר אף שהוא ת"ח דאין זה דין קבוע שאינו יכול להתהפך בדעות אלא זהו רק כמו זריקת השכר בהשקפה ראשונה דשוין שורא היא לשון השלכה [נפמ"ס ח"ס כל מס שסקטו רבותינו על פירש"י וכרמב"ס דזסו כתעם שמלי כרלון סליין והמוסמסמת דסולסי ב"ב ס"ל כמ"ל יחלוקו ספ"ק דגיטין ופ"ק סלכס כן עמוס' ורמ"ס ור"ן כמוהם פ"ס: וב"ב ל"ס: וספ"ק דגיטין]:

לז וכתב רבינו הרמ"א הא דאומדין דעה הנותן היינו דוקא בנותן להם מתנה אבל אם אמר שחייב למוביה ובאו שנים שוים יחלוקו ביחד דהא ליכא אומדנא מאחר שחייב להם עכ"ל דבמלוה או פקדון אין כאן אומדנא כלל ממי הלוה או מי הפקיד אצלו דלפעמים אדם לוה אף מאינו מבירו ומקבל פקדון ממנו וכין שבאו שנים ששמותיהם שוים ויוכל להיות שלוה מהם או הפקידו אצלו וא"א לברר חולקין בכל ענין וי"א דדוקא כשבאו שניהם שוין אבל הקדים אחד מהם נותנין לו מדהקדים א"ע [סמ"ע] ויש חולקין ורבשלמא במתנה שיך יומר דהשני שלא הקדים א"ע היה לו לחשוב דהראשון יקדימו ומדלא חשש לזה ש"מ דבאמת לא עליו היתה כוונת השכ"מ אבל בחוב ופקדון למה יעלה ע"ד שיבא שקרן ויאמר

ויאמר שהוא המלוה או הפקיר וכן אפילו בא השני אח"כ חולקין [מ"ז] וכן נראה עיקר ויש חולקין על כל זה ום"ל דבחוב ופקדון נמי אמרינן שודא דדייני אמנם בחוב יכולין היורשים לדחות לשניהם בבת' מ"ט בשני יוסף בן שמעון ולכל אחד יכולין לומר הבא ראיה שאהה הוא המלוה ולבן בהברח שיכתבו הרשאה זל"ז ויגבו החוב [ס"ך] וכן במהנה ופקדון יכולין לדחות לכל אחד בלא הרשאה כששניהם שוים [סס] ויש חולקין במהנה ופקדון וס"ל שאין יכולין לדחות [ענג"מ] :

לח שכ"מ שצוה שלא יספדוהו שומעין לו דהספד אינו אלא מפני כבוד המת וזה מחל על כבודו ומצוה לקיים דה"מ אבל אם אבר שלא יקברוהו מנכסיו אין שומעין לו וכופין את היורשים לקברו מנכסיו דקבורה חובה היא ומוציאין מהם כל ההוצאות כמ"ש ביו"ד סי' שמ"ח והוצאות הקבורה הוא על היורשים אפילו נתן מתנות הרבה ושייר מעט ליורשיו חייבים היורשים לקברו אבל אם לא ישר כלל אין מוטל עליהם ומ"מ עני שמת ויש לו בן בעל יכולת כופין אותו שיתן הוצאות הקבורה [ב"י] ואף גם בהספד היה מעשה בגדול הדור אחד שצוה שלא להספידו והספידו גדול הדור אחר ואמר שאין בזה משום מצוה לקיים דה"מ דההספד הוא על אבדן תורתו מן השלם כמו ר"ע שהכה בכשרו עד שירד דם מכשרו כשמת ר"א ולא חשש משום שרם לנפש דמשום תורה קעביד [סמ"ז דסמסדרין] :

לט שטרי צוואה העולים בערכאות כשרים דכל שטרי ראיה כשרים בערכאות כמ"ש בסי' ס"ח ולפמ"ש שם בדעת הרמב"ם אינו כשר רק במצוה מחמת מיתה או במתנה בכולה או מתנה במקצת ובק"ם אבל בקנין שטר אינו מועיל [פסמ"ע סקע"ב] וע"ש דבמקום שיש דינא דמלכותא כשר בכל ענין :

מ שכ"מ שאמר מנה לפלוני בני ולא יירש יותר ומנה לפלוני בני ויירש והיו לו נכסים הרבה ואין לו רק אלו השני בנים השני יורש הכל ואין להראשון רק המנה שנתן לו ואין לומר דא"כ למה אמר על השני ומנה לפלוני בני והרי יורש הכל אלא ודאי דחזר בו ממה שאמר ורצונו עתה שהשני לא יעדיף על הראשון רק במנה והשאר יירשו שניהם לא אמרינן כן דא"כ היה לו לומר בלשון רבים ויירשו אלא ודאי דנתן הכל להשני ומה שהוצרך לומר על השני המנה אולי היה בידו מאתים וזו שלא היה בכלל ממונו וחלקן לשני בניו [טור] ומעשה ה' בשכ"מ שאמר נכסי לבני שמעון הזברים אם יהיה לו ואם לא יהיה לו יהיה לבני נפתלי הזברים ונפתלי היו לו זברים בשעת הצוואה ושמעון לא היו לו זברים ואחר מותו מיד ירדו בני נפתלי להנכסים ואחר זמן נולדו זברים לשמעון ופסק הרשב"א ז"ל דלא זכו במתנה זו לא בני שמעון ולא בני נפתלי בני שמעון לא זכו משום דאין אדם מקנה לדבר שלב"ל ואפילו היתה אשת שמעון מעוברת לא מקנה בבה"נ רק לבנו ולא לאחר ואפילו לבן בנו ובני נפתלי לא קנו דאע"ג דאין אדם מקנה לדבר שלב"ל מ"מ יכול להתנות ע"ז כמ"ש בסי' ר"ם והרי לא נתקיים ההנאי נגד בני נפתלי ולכן במלה המתנה וחוזרת הירושה לדין תורה :

מא מי שנתן לחבירו לדור בבית אחד מבתים שלו וכתב לו בצוואה תנו לפלוני אחד מבתים שלי לדור בו וכתב שהמקבל מתנה ביכלתו לברר איזה בית שירצה הן מבתים התחתונים הן מהעליונים ביכלתו לברר גם מהאמצעיים כיון שתחלת כתב שיכול לברר איזה בית שירצה ומה שכתב הן מעליונים הן מתחתונים לא כתב לו אלא ליפות את כתו להרחיב דבריו וכה"ג בכל ענייני צוואות שכ"מ שהדבר הסובל לפי לשון הכלל שאם אף לפי לשון הפרט לא נראה כן אמרינן שאין זה רק ליפוי כח ולא לגרוע מהכלל ודוקא כשחשב הפרטים אמר בלשון הן הן דמשמע יפוי כח כמו בהבית שנתבאר אבל בלא לשון זה אין בכלל אלא מה שבפרט [כ"מ מלסן סלסב"ם פ"ט] :

מב העדים שכתבו כל צוואת השכ"מ ביחד כל הדברים שצוה ובא אחד ממקבלי המתנות ובקש מהעדים שיכתבו לו חלק צוואתו לבד כדי שיהיה בידו לראיה אם רוצים העדים יכולים לעשות כן ולא אמרינן כבר עשו שליחותן דבין זה לנובינא רק לראיה בעלמא על חלקו למה לא יהיה ביכלתם לעשות כן דזהו רק זכרון דברים ואם יאמרו היורשים פרענו יהיו נאמנים והתועלת הוא רק שלא יהיה ביכלתם לכפור מתנתו דכל שפר צוואה יכולים העדים לכתוב מה ששמעו מפי השכ"מ אף שלא אמר להם כתבו דאין לזה דין שפר והיורשים יהיו נאמנים לומר פרענו אבל הוראת שכ"מ בחוב שהוא חייב וזה שטר גמור ואין יכולין לומר פרענו ונבוה גם ממשועבדים ואף גם זה א"צ לומר כתובו ויתבאר בסי' רנ"ה [סמ"ע] וי"א דאין חילוק בין שטר צוואה לשטר הוראה דאם העדים כתבו מעצמם לזכרון בחייו או לאחר מותו אפילו נתנו השטר ליד המקבל אין לו דין שפר גמור ונאמנים לומר פרענו אבל אם צוה להם לכתוב בין במתנה בין בהוראה מחוב יש לזה דין שטר גמור ואין נאמנים לומר פרענו דבין שהניע השטר צוואה ליד המקבל מחיים לא היה להם לפרוע בלי חזרת השטר לידם [כ"מ] ובן נראה עיקר [ס"ך] :

סימן רנד [שכ"מ שבקש לעשות קנין במתנותיו ובו ב' סעיפים] :

א אע"פ שמתנת שכ"מ א"צ קנין מ"מ אם בקש שיקנו ממנו קונים ממנו כדי להניח דעתו ואפילו בשבת מותר לקנות ממנו וכך אמרו חז"ל [ב"ב קכ"ו:] קונין משכ"מ אפילו בשבת ולא מפני שצריך קנין אלא כדי שלא

שלא תטרף דעתו וכתב הרמב"ם ז"ל שזה הקנין א"צ ועושין רק כדי להניח דעתו ויש שדקדקו מדבריו דבמקום שצריך קנין מדינא אין קונין ממנו בשבת וי"א שאפילו צריך קנין בנון שכתב כל נכסיו ומפרש שמקנם מהיום ושלא יחזור בו אפילו אם יעמוד מ"מ קונים בשבת דהתירו חכמים לשב"מ כדי שלא תטרף דעתו עליו ולא גרע מאיסור דרבנן שהתירו לחולה שאין בו סכנה כמ"ש בא"ח סי' שכ"ח אבל במתנה במקצת לא התירו כשאינו מצוה מחמת מיתה ומשיור לעצמו דינו בזה כמתנת בריא וי"א דאפילו במתנה במקצת דצריכה קנין אף שאינו נותן מראנת מיתה מ"מ קונים ממנו בשבת כיון שהוא עתה חולה חוששין שלא תטרף דעתו:

ב וראה לי דגם הרמב"ם ס"ל כן דבכל ענין קונים ממנו דכיון שחששו חכמים שלא תטרף דעתו הוה כפקוח נפש והרי התירו חו"ל לקבל ממנו קנין לענין גמ [רים ס"ח דגיטין] והרמב"ם העתיק לשון הנמ' שהבאנו בסעיף א' וזהו שאמר שא"צ קנין ור"ל לא מפני שצריך קנין ורבותא קאמר לא מיבעיא במקום שצריך קנין דודאי קונים ממנו שלא תטרף דעתו כשידע שאין דבריו קיימים אלא אפילו במקום שא"צ קנין ודבוריו מתקיימים גם בלא קנין ואין כאן טריפת דעת במה שלא יתקיימו דבריו דהא יתקיימו מ"מ הוששין דכיון שמבקש קנין אין לנו לעבור על דעתו מפני שיש חשש שלא הסמוך דעתו בלא קנין אמנם יש מהראשונים דס"ל כן דבמקום שצריך קנין אין קונין ממנו בשבת [מזור ס"פ מ"ם]:

סימן רנה [שכ"ט שאמר יש לי מנה ביד פלוני או של פלוני בידי ובו ט' סעיפים]:

א שכ"ט שאמר יש לי מנה ביד פלוני כותבים העדים כך וכך אמר פלוני השכ"ט אע"פ שאינם יודעים אם האמת כן לפיכך כשהיורשים באים לגבות צריכים להביא ראיה ואע"פ שלא צוה למסור המעות לאחרים שיהיה תועלת בכתיבתם לגבות בזה אם היה אומר לגבות מנכסיו והרי אדרבא שצוה לגבות מאחרים ולמסור ליורשיו וכיון שהם צריכים ראיה איזה תועלת יש בהכתיבה מ"מ מצות חכמים על העדים שיכתבו דבריו ויהיה קצת תועלת דאותו הפלוני לא יניע פניו לכפור להיורשים כשיראה בידם צוואה כתובה בעדים שכן אמר מורישם ואע"פ שיש לסמוך על העדים שיעידו זה בע"פ מ"מ יש לחוש שמא ילכו למדה"י [סמ"ע]:

ב כבר נתבאר בסי' פ"א דטענת משמה אני בך ליכא בשב"מ דאין אדם משמה בשעת מיתה וטענת שלא להשביע א"ע שייך גם בשב"מ וטענה זו אינה אלא כשלא תבעוהו לפיכך שב"מ שאמר מנה לפלוני בידי אם לא אמר תנו אין נותנין דשמא לא אמר כן אלא כדי שלא להשביע את יורשיו שלא יאמרו שיש להם ממון הרבה אבל אם אמר תנו נותנין דכיון דצוה ליתן לא שייך סברא זו ונותנין לאחר מותו כמו שצוה ודוקא כשאין חשש שמא פרעו קודם מותו אחר שצוה ליתן [ש"ך] וכן אף בלא אמר תנו אם אמר דרך הודאה נמורה ולא דרך שיחה נותנים לדעת הרמב"ם אף שלא אמר תנו ואף שלא היתה ההודאה בפני המקבל [סמ] ואף שלא אמר אתם עדים [שם] ולדעת הטור צריך שיאמר אתם עדים כמ"ש שם ואע"ג ששם נתבאר דטענת שלא להשביע אין טוענין לו כשאינו טוען בעצמו מ"מ ליתומים טוענים בשבילם דכללא הוא שב"ר טוענים ליורשים כל מה שהיה מוריש יכול לטעון בעצמו וכמו שבדרך הודאה נמורה לא שייך טענת שלא להשביע כמו כן אם הודה בכתב יהו הוי הודאה נמורה דכולי האי לא הוה עביד אם לא היה אמת ואפילו לא הניע הכת"י ליד המקבל [סמ"ע] ובכל מת שהדין שנותנים להמקבל אפילו ירוע לנו בבירור שלא היה של המקבל מעולם מ"מ נותנין ע"פ צוואתו דהנכסים שלו הן ולמי שרצה נתנם [סמ] וריק כשיש ספק שמא לא רצה כלל ליתן אלא שאמר כן מפני איזה טעם אבל כשברור שרצה ליתן נותנים ואע"ג שאמר מנה לפלוני בידי דמשמע שהוא חייב לו אולי רצה לומר כן נגד יורשיו שלא יתרעמו עליו שנתן מתנות לבן אמר בלשון חוב ולא בלשון מתנה:

ג כתב הרמב"ם בפ"ו מערכין המקדיש כל נכסיו ואח"כ נירש אשתו ונבתה כתובתה מיד הפירה מן ההקדש אינה גובה עד שידירנה הנאה שמא קנוניא עשו על ההקדש ואין אומרים אלו רצה היה אומר בטעות הקדשתי וישאל על הקדשו לחכם ויחזור לו וכן אין נאמן לומר אחר שהקדיש מנה לפלוני חוב עלי או כדי זה של פלוני הוא שמא יעשו קנוניא על ההקדש ואפילו היה שטר ביד בע"ח אינו גובה ע"פ זה אלא כדרך שנובין כל בעלי חובות בד"א בבריא אבל חולה שהקדיש כל נכסיו ואמר בשעה שהקדיש מנה לפלוני בידי נאמן שאין אדם עושה ערמה על ההקדש בשעת מיתתו וחומא לאחרים שהרי הוא הולך למות לפיכך אם אמר תנו אותה לו נוטל בלא שבועה ואם לא אמר תנו אין נותנין אא"כ היה בידו שטר מקויים ה"ז נוטל מן ההקדש מפני הצוואה ואם אחר שהקדיש אמר תנו אין שומעין לו אלא הרי הוא כשאר בע"ח אם נתקיים שטרו נשבע וגובה מן הפודה לא מן ההקדש ומי שיצא עליו קול שהפקיר את נכסיו או הקדישן או החרימן אין חוששין לו עד שתהיה שם ראיה ברורה עכ"ל וס"ל להרמב"ם ז"ל דאף שנתבאר בס' ר"ן סעיף ל' דשכ"ם שהקדיש כל נכסיו חוזר בו אם עמד מ"מ בחליו אינו יכול לחזור בו כדעת י"א שבתבנו שם דאל"כ למה אחר שהקדיש

אין שומעין לו ונם בשעה שהקדיש למה לו לומר המעם מפני שאינו עושה חערמה כיון שיכול לחזור בו [סמ"ם] ועוד הסכימו רוב הפוסקים דאע"ג דבכל הדברים תוך כדי דבור כדביר יומי ויכול לחזור בו מ"מ בהקדש אינו יכול לחזור בתוי תוך כ"ד וכ"כ הרמב"ם בפט"ו ממעה"ק ולכן זה שכתבה בריא אחר שהקדיש אינו נאמן לומר מנה לפלוני ביני זחו אפי' תוך כ"ד [וקוסים סס"ך מכ"ק ע"נ: מרלט למקדוסס כמלוסס שמני לך מממכ"ם ספ"ב מסמורס לק מממם כן ול"ל למוניח זו כלהוים כמ"ם כמל"מ פמ"ו ממעס"ק] מה שכתב בריא אין נאמן לומר אחר שהקדיש ושב"ט נאמן לומר בשעה שהקדיש בחד נוונא הוא והיינו היכף אחר שהקדיש ומה שכתב בבריא לשון אחר שהקדיש משום דבנם בע"כ הבוונה אחר זמן דא"א לעשות נם ברנע אחד ובנם הוצרך לכתוב אח"כ ולכן כשכתב וכן אין נאמן לומר וכו' בהברח היה לו לכתוב לשון אחר שהקדיש דאל"כ אין חילוק בין בריא לשכ"ם [ומ"ם כלל] ואין להקשות למה באמת אינו נאמן במינו שהיה יכול לישאל לחכם על הקדשו דז"ל ולאו בכל עת מודמן חכם ועוד דאחר שבא ליד הגובר אפשר דלא מהני שאלה כמו בתרומה אחר שבא ליד כהן ואף אם מהני שאלה בתרומה כשבא ליד כהן מ"מ וזהו ודאי כשהכהן אבל התרומה לא מהני שאלה דאם ישאל הלא אכל הכהן מבל ובן בהקדש כשבא ליד נזבר ואחר מעל בו והביא קרבן מעילה אם נאמר דמהני שאלה הרי הביא חולין לעזרה וזה שכתב דהנבייה הוא מיד הפודה מן ההקדש נתבאר שם מקודם דמהקדש עצמו אמרו חכמים לנבות בכל ענין כדי שלא יה"א כמוציא מחקדש לחול [ולפמ"ם מ"ם מס שהמימע סרמב"ם כפ"ד מפריומות דין תרומה ניד כהן מסוס דם"ל למימו מלוי בוס ועוד מ"ם מס שפסק דלמ כר"י בפרכין כ"נ ומפמו כ"ל מפני סוגיח דסבועות מ"ב: ולפמ"ם מין סבוניות סומרות מדלפי סלכם כר"י מלמ מסוס דלמו בכל פעס לפסר ליפמל סחמירו מז"ל ומ"ם דברי סרמב"ם וסבו"ם נכהן ובמסע"ז סי' ק"ב ושוק] :

ד וי"א דבשעה שהקדיש אם היתה שם הודאה נמורה נאמן בין בבריא בין בשב"ם ואחר שהקדיש אינו נאמן בשניהם רק בבריא הוי המעם משום קנוניא ובשב"ם הוה המעם מפני שאין בו כח להוציא ממשועבדים בלתי שטר מקויים ובשעה שהקדיש מהני תוך כדי דבור דכדבור דמי והחלוק בין בריא לשכ"ם כשלא היתה הודאה נמורה דבבריא אינו נאמן כלל ובשב"ם נאמן כשאמר אח"כ תנו ונובה מהקרש עצמו ולא כשאר בע"ח שצריך לנבות רק מן הפודה מההקדש וכן בשיש ביד תבע"ח שטר מקויים אפילו לא אמר תנו נובה מההקדש עצמו מפני צוואתו אבל אם בשעת הקדש לא אמר כלום אינו מועיל מה שאמר אח"כ אפילו יאמר תנו ואפילו בשטר מקויים אינו נובה מההקדש עצמו אלא מהפודה מן ההקדש [מ"ז לסמע"ם] :

ה וי"א דההסקדיש נכסיו יכול לחזור בו תוך כדי דבור ולאחר כ"ד אם אמר מנה של פקדון בידי אינו נאמן אפילו במקום שיכול לשאול על נדרי ויש לו מינו מש"ם דהוי מינו במקום חזקה דחזקה כל מה שהחה יד אדם הוא שלו ואם מודה במנה של הלואה אם מלוה בע"פ אפילו יש לו מינו אינו מוציא מן ההקדש שהיא כמשועבדים ואין מלוה ע"פ גובה מהן אבל אם מודה שיש לאחר שטר עליו נאמן במינו דשאלה ואם הקדיש ע"ד רבים או שמפר ליד הגובר או שהקנה להקדש בקנין שאז א"א בשאלה אינו נאמן כלל ואם אמר סהם מנה לפלוני בידי הלינן בפקדון ולא במלוה בד"א בבריא אבל בשב"ם אפילו בהקדש שאי אפשר בשאלה נאמן אפילו אין לזה שטר כלל דמן הסהם כוונתו על פקדון אבל בשאומר מפורש הלואה אינו יכול לנבות אם לא שמודה ג"כ שיש שטר ודוקא כשאמר תנו או דרך הודאה נמורה או שיש שטר מקויים דבבל אלו ליכא חששא דשלא להשביע ונאמן אפילו לפסור את חבירו משבועה וכ"ז בשידוע שלא נפרע אחר הצוואה דאל"כ מעגינן שמא פרע את"ב ואם השב"ם אומר אני חייב לפלוני מלוה בע"פ ורצוני לישאל על נדרי סתירין לו אפילו נדר ע"ד רבים מפני שפריעה בע"ח מצוה ובשהותר נדרו אין חוששין שמא עשה שלא להשביע דוהו כהודאה נמורה ושכ"ם כשנאמן הוא אפי' כשהקדיש כשהיה בריא ואפילו מסר נכסיו ליד הגזבר שחוקה שאין שב"ם עושה קנוניא על ההקדש ולכן דוקא נגר הקדש נאמן אבל לא לגבי בע"ח אחרים או לגבי לקוחות [ס"ך] והרבה מהאחרונים הסכימו דבהקדש נם תוך כדי דבור אינו יכול לחזור בו דכיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט הוי בקנין אמנם הקדשות שבזמה"ז דינם כהדיוט במ"ש בסימן צ"ה ואין להם דינים אלו ולא הוי כמסירה אלא רק מדין נדר וכן צדקות [קלס"ח] ויש מי שמחמיר בצדקות דאמירתם הוי במסירה [וסס"כ] :

ו שכ"ם שאמר מנה לפלוני בידי באופן דאין בזה חששא דשלא להשביע כגון שאמר אתם עדים או להרמב"ם כשאמר דרך הודאה נמורה ומת ואמרו יתומים פרעו אינם נאמנים שהרי לא אמר תנו שיתברר אצלם שאין לו כל ספק בזה ומיון ידעו שחייבים בבירור ליתן ואין דרך לשלם כל זמן שלא אמר תנו אבל אם אמר תנו ואמרו פרענו נאמנים בהיסת שפרעו וי"א דנאמנים בכל ענין לומר פרענו דכיון שמדינא חייבים לשלם למה לא נאמין להם ששלמו ונשבעים היסת ונפטרים וכן המכיסו האחרונים :

ז שכ"ם שהודה בהודאה נמורה שיש לפלוני בידו מנה ואמרו יתומים שאביהם חוב ואמר להם אחר הציאה פרעתיו או אפילו אמרו שאמר להם שחוב ונכר שהודאתו היתה בטעות נאמנים ואפילו הודה לפני עדים ועל הפרעון אין עדים [סמ"ע] ונשבעים ע"ז היסת שכן אמר להם אביהם אח"כ ודוקא כשהתובע סוען ברי שלא אמר להם אביהם כך צריכים לישבע היסת [ס"ך] ודי ששבע אחר מהזורשים אבל אם אמר תנו ואמרו יתומים חוב ואמר

בנו אבינו פרעתיו אם אמרו שאמר שפרע אח"כ נאמנים לשבוגעה אבל אם אמרו שאמר שנזכר שפרעו קודם שהודה וכ"ש אם אמרו שאמר טעיתי בההודאה ואין מגיע לו כלל אינם נאמנים דכיון דאמר תנו ודאי היה ברור לו הדבר ונם השכ"מ עצמו לא היה נאמן לומר כן אבל לומר פרעתי אח"כ היה נאמן דאפילו המלוה חבירו בערים א"צ לפורעו בעדים וכ"ש בהודאה [סוד] ודוקא שיש עדים בההודאה אבל כשאין עדים בההודאה נאמנים הוא והיתומים לומר שטעה במינו שלא היו טורים בההנדאה כלל [סס] וי"א דבתנו אין נאמנים אפילו לומר פרעתי אח"כ ובלא תנו אין נאמנים רק לומר פרעתי אח"כ ולא קודם [סס בסס לת"ס ופמ"ך ופ"ז] וכ"ז כשיש עדים על ההודאה אבל כשאין עדים נאמנים בכל ענין ולדעה ראשונה אפילו לא אמר כלל פרעתי ואפילו בתנו

יש לנו לחשוש שמא פרע אח"כ [ס"ך] :

ח כל זה הוא כשאין שמ"ח ביד המלוה אבל כשיש שמ"ח בידו אין נאמנים לא השכ"מ ולא יורשיו לטעון פרעתי כמ"ש בסימן פ"ב ויותר מזה כתב הטור בשם הרא"ש דשכ"מ שצוה מחמת מיתה לתת מנה לשמעון ומת ומכרו היורשים כל הנכסים שלא מצא שמעון לנבות את שלו נובה מהלקוחות דמתנת שכ"מ הוי חוב גמור ואין מכירת היורשים מועיל כלל כמ"ש בסימן רנ"ב ואם היורשים נאמנים לומר פרענוהו לאחר מות מורישנו אם שטר הצוואה יוצא מת"י המקבל אין נאמנים כשידעו שיש בידו שטר צוואה [מ"ז] דאם היו פורעים לו היו נוטלים ממנו השטר אבל אם אין שטר הצואה יוצא מת"י או שלא ידעו ממנו נאמנים לומר פרענו ולא עוד אלא אפילו אומרים שלא פרעוהו אם הדבר נוגע לאחרים חיישינן לקנוניא וכבר נתבאר בסס רנ"ג די"א דדוקא בהודאת חוב הוי כשטר גמור ולא בשטר צוואה של מתנה וי"א דאין חילוק אלא בין שהעדים בהבו מעצמם ובין שכתבו בצוויו ע"ש :

ט ראה שהטמין אביו מעות ואמר של פלוני הם או של הקדש הם אם אמר דבריו בלשון צוואה כמוסר לו הענין דבריו קיימים אפילו אם אמר כשהיה בריא [סמ"פ] ואם אמר דבריו לא כדרך צוואה אלא דברים בעלמא אין זה רק במערים על נכסיו שלא יחזיקוהו כעשיר ושבניו לא יפזרו יותר מהחברה וא"צ לקיים דבריו אפילו היה שכ"מ ואם בא איש אחד ואמר ראיתי לאביך שהטמין מעות במקום פלוני ואמר שהמעות הם של פלוני או של הקדש אם הם טמונים במקום שזה היה יכול ליטלם נאמן במינו דאלו רצה היה בעצמו מוסרם לאותו פלוני ואם היו טמונים במקום שאינו יכול ליטלם אינו נאמן דאינו רק עד אחד ואין לו מינו ולכן אפילו אמר שאביהם אמר כמוסר דבריו אינו נאמן ונ"ל דאם היורשים יורעים שזה האיש לא ישקר צריכין לצאת י"ש ולקיים ככל אשר אמר אמנם אם זה האיש אמר שאביהם לא אמר כמוסר דבריו א"צ לקיים ואף הוא עצמו אינו רשאי לקיים אפי' יש בידו לקיים [כ"ע] ואם היה דבר של אביו מוטמן באיזה מקום ולא ידע איפה מוטמן ובא בעל החלום ואמר לו בחלום כך וכך הם ובמקום פלוני הן ושל פלוני הם או של הקדש ושל מעשרות או צדקה והקיץ משנתו ומצאן במקום זה וכסנין שאמר בעל החלום מ"מ בא מעשה כזה לפני חכמים ואמרו דדברי חלומות לא מעלין ולא מורידין [סנסלין ל'] והרי הם שלו דאין מוציאין ממון ע"י חלומות ואפילו למי שמחמיר בנודר בחלום כמ"ש ביו"ד סי' ר"י מ"מ אין זה ענין למטן ואף שבעל החלום כיון במנין ובמקום מ"מ אין חלום בלא דברים בטלים ובזה אולי לא כוון האמת :

סימן רנו [כותי שנתגייר [ביטים קדמונים] שנתן מתנת שכ"מ או שחרר עבדו ובו' סעיפים] :

א כבר נתבאר דמתנת שכ"מ כירושה שויוה רבנן לפיכך גר שיש לו בן שאין הורתו בקדושה כשם שאינו יורשו כמ"ש בסימן רפ"ג כמו כן אינו יכול ליתן לו נכסים במתנת שכ"מ לא כולן ולא מקצתן אם נותנן במתנת שכ"מ מפורש או במצוה מחמת מיתה דירושה ומתנת שכ"מ דין אחד להם ואם נאמר שיקנה במתנת שכ"מ יאמרו ג"כ שראוי ליורשו ואם נתן לאחר לא לבנו אפילו לגר אחר מתנתו קיימת ולא נזרו רק בבנו בלבד כדי שלא יצא מזה קלקול בעריות אם יחשב כבנו ונהו דעת הרמב"ם בפ"ט מזביה אבל הרבה מרבותינו ס"ל שאין חילוק בין בן לאחר דאינו יכול ליתן לשום אדם במתנת שכ"מ משום דמתנת שכ"מ הקנין הוא לאחר מיתה ואין קנין לאחר מיתה אלא דשויוה רבנן כירושה ולכן זה שאינו בר ירושה שירשו אותו דכקטן שנולד דמי אין בכחו ליתן במתנת שכ"מ וצריך ליתן במתנת בריא בקנין או דרך הודאה ואם לאו נשארו נכסיו הפקר לאור מותו ומי שווכה מן ההפקר זוכה והבריץ רבינו הרמ"א כדעה זו ולכן י"א שאם יש לו בן אחד שהורתו בקדושה ויורש אותו יכול ליתן אפילו לבנו שלא היתה הורתו בקדושה במתנת שכ"מ כיון שיש לו מי שיורש אותו ואע"ג דהמקבל אינו בר ירושה אולינן אחר הנותן [טוס' ב"ב קמ"ו] :

ב י"א אע"ג דמתנת שכ"מ שלו אינו כדום מ"מ אמרינן בו מצוה לקיים דה"מ אם הוא בדרך שנתבאר ס"ס רנ"ב שמסרם ליד שליש דמצוה לקיים דה"מ אינו מצד ירושה אלא היא מצוה בכל המצות יוש חילוקים בין ולי"ז בסס"ש שם ויש חולקין כיון דעכ"פ גם בזה אין החפץ של המקבל רק לאחר מיתה דינו כמתנת שכ"מ :

ג שתוטי שגולד בזונות ואין ידוע מי אביו שאין לו ירושת האב

האב ומת בלא זרע שיוכל להורישם י"א דגם הוא אינו יכול ליתן מתנת שכ"מ ואף שאמו אומרת שמפלוני נתעברה ונאמנת להכשיר הולד כמבואר באהע"ז סי' ד' מ"מ לענין ירושה אינה נאמנת אם אין הפלוני מודה [מהר"ן] ואף שירוע שעכ"פ מישראל נתעברה ויש לו יורשים אלא שאינו ידוע מי הם מ"מ כיון שעכ"פ אינו מוריש אינו במתנת שכ"מ [כה"מ] וי"א דשתוקי הוי כישראל גמור והואיל שיש פלונתא דרבוותא דיינינן בזה דין המע"ה ומי שהוא מוחזק בנכסיו אין ביכולת להוציא ממנו ואם שנים החזיקו כאחד חולקין וי"א דוודאי לענין מתנת שכ"מ אינו יכול ליתן כמ"ש במעיף א' להדעה השניה העיקריית להלכה רק לענין מצוה לקיים דה"מ הוי ספיקא דדינא [ט"ז וסך]:

ד מעשה בזמן הקדמונים בגיורת אחת שנתנה נכסיה במתנת שכ"מ לראובן ובכל הנכסים היו אחרים מוחזקין ורק מנה היה ביד ראובן וצותה לו בצוואתה שאותו מנה יתן ליתומה פלונית ומתה הגיורת ונשארו הנכסים ביד המוחזקין והמתנה נתבטלה כמ"ש לדעה השניה שבמעיף א' ורצה ראובן לעכב המנה לעצמו בטענה דכיון שהמתנה בטלה והנכסים הפקר גם הוא יזכה מן ההפקר ומה שצותה ליתן ליתומה הלא אין בצוואתה כלום ופסק הרא"ש דמ"מ קנתה היתומה ונותי דלא קנתה מכח מתנת שכ"מ מ"מ ראובן זה זכה בשביל היתומה ואם אינו מועיל מכח מתנה שכ"מ מועיל שוכה מההפקר לצדקה והוי כמניבה מציאה לחברו שקנה חבירו ואע"ג שהוא לא כוין לזכות בעדה מן ההפקר אלא מכח מתנת שכ"מ מ"מ כיון שהשאיל לה כחו ורשותו לזכות בעדה אם אינו מועיל מכח מתנה יועיל מצד ההפקר ויש מקשין על פסק זה דהא ראובן לא נתכוין לשם קנין אלא שהיה שומר של היתומה שקנתה לפי דעתו בצוואת שכ"מ וכיון שהצוואה אינו כלום כמה קנתה וה"ו דומה לעודר בנכסי הגר ומבור שלו הן דלא קנה כיון שלא נתכוין לשום קנין כלל [קלה"מ] ואינה קושיא כלל דודאי אם גם הוא לא היה קונה היה הדין כן אבל כיון דבע"כ אם היא לא תקנה יקנה הוא ממעם הפקר שרשותו חוכה לו וכיון שהוא שומרה ונתן לה רשיתו זה הרשות בעצמו חוכה לה דזהו כאלו הם ברשותה [כנ"ל ועמ"ז ונס"מ וכפמ"מ מ"מ וסלין לין למש]:

ה אע"ג שנתבאר דגר אינו יכול ליתן במתנת שכ"מ מ"מ כשהודה בחליו שיש לפלוני אצלו כך וכך והודה בהודאה גמורה וצוה ליתן לו הודאתו הודאה ואפילו הודה לבנו שאין הורתו בקרושה או לבותי נותנין לו בין הודאה של מלוה ובין של פקדון וגם בבריא מהני הודאה גמורה [רמד"ם] ואפילו ידוע שלא היה לאותו פלוני אצלו מעולם זכה בהודאתו אבל שכ"מ שצוה ליתן לאנס מתנה אין שומעין לו:

ו שכ"מ שאמר פלוני עבדי עשו אותו בן חורין או שאמר עשיתי אותו בן חורין או הרי הוא בן חורין כופין את היורשים ומשחררין אותו ואע"ג דהמשחרר עובר בעשה זהו כשאין בזה טובת המשחרר כמו שמקבל מעות וכיוצא בזה שרי דעושה בשביל טובת עצמו ותלינן שהגיע לשכ"מ איזה טובה בזה ואם אמר פלוני עבדי עשו לו קורת רוח אין כופין לשחררו אלא שלא יעבוד עבודת עבד אלא עבודה קלה שרוצה לעבוד וי"א שאם העבר לא נהקרירה דעתו רק בשחרור כופין אותם לשחרר ועמ"ש בסי' ר"ן סעיף כ"ו וביו"ד סי' רס"ו:

סימן רנז [הכותב נכסיו מהיום ולאחר מיתה ומתנת בריא בכה"נ ובו ט' סעיפים]:

א יש מתנת בריא שהיא כעין מתנת שכ"מ דעיקר הקנין הוא לאחר מיתת הנותן כגון הכותב נכסיו לבנו או לאיש אחר מהיום ולאחר מיתה הכוונה הוא שיזכה המקבל בגוף הנכסים מהיום ובהפירות לאחר מיתה ועד מותו יאכל הנותן את הפירות ולפיכך הנותן אינו יכול למכור מפני שהם של המקבל והמקבל אינו יכול למכור מפני שהפירות הם ברשות הנותן כל ימי חייו וכ"ש אם כתב מפורש כן שמקנה לו הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה ואע"ג דאין יכול לשייר דבר שלב"ל ואיך שייר לעצמו הפירות אמנם כבר נתבאר בסי' ר"ט דלעצמו שייר גם מקום הפירות ולכן אף גם יכול למכרם כמו שיתבאר מפני שמקום הפירות הם בעולם:

ב עבר הנותן ומכר את הנכסים מכורים הם עד שימות ויאכל הלוקח את הפירות כל ימי חיי הנותן וכשימות מוציא המקבל או יורשיו מיד הלקוחות ואפילו מת בחיי הנותן מפני שהגוף הוא של המקבל מזמן המתנה ואם עבר המקבל ומכר את הנכסים אין לו לזוקח כלום עד שימות הנותן וכשימות נוטל הנכסים דמכירת המקבל מכירה גמורה היא ואפילו מכר המקבל בחיי נותן ומת המקבל ואח"כ מת הנותן קנה הלוקח שלא היה להנותן אלא פירות וקנין פירות לאו בקנין הגוף דמי והגוף הוא של המקבל ומכירתו מכירה ודע דזה שכתבנו עבר ומכר בשניהם דמשמע דלכתחלה אין להם למכור זהו לשון הרמב"ם בפי"ב מזכיה והש"ע וידאה לי דזהו כשמוכרים סתם אבל כשהנותן מוכר מפורש רק הפירות וכן המקבל מוכר הגוף ולא הפירות יכולים לכתחלה למכור ואם אחד מהם מכר סתם דמשמע הגוף והפירות ואח"כ נתוודע הלוקח דאין לו אלא פירות או הגוף ביכלתו לבטל המכירה דאין לך מקח מעות גדול מזה אבל אם ידע הלוקח שזה המוכר לו אין לו אלא פירות או גוף אינו יכול לבטל המכירה אף שמכר לו סתם [נמוק"י ספ"ח דב"ב] וזה שנתבאר שכשמוכר הנותן לא מכר אלא הפירות אם

אם אפילו אח"כ חזר ולקח הנוף מיד המקבל או שמת המקבל והוא יורשו מ"מ לא קנה רק הפירות כיון שבשעה שמכר לו הנותן לא היה הנוף שלו וכן המקבל שמכר אפילו קנה אח"כ גם הפירות מהנותן מ"מ לא קנה את הפירות דבעת שמכר לא היו הפירות של המקבל ומה שקנה אח"כ אינו מכור במכירה הקודמת:

ג מת הנותן והניח פירות תלושים כין הקרקע או אפילו מחוברים אלא שהגיע זמנם להתלש הרי הם של יורשי הנותן דכתלושים חשיבי וי"א דכיון שהם מחוברים אפילו הגיע זמנם להתלש הרי הם כמחוברים אצל בנו כמו שיתבאר [מ"ך]:

ד הניח פירות מחוברים הצריכים עוד לקרקע אם המקבל אינו בנו הרי הן של הנותן ואע"ג דמחובר לקרקע כקרקע דמי מ"מ אמרינן דעתו שלא רצה ליתן רק הנכסים בלא הפירות אף כשיהיו מחוברים לקרקע כמו שהיה בעת נתינתו [סמ] אבל כשהמקבל הוא בנו הרי הן של בנו מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו ולי"א שבסעיף ג' בבנו היו של הבן אפילו בהגיע זמנם להתלש ובלא הגיע זמנם להתלש אפילו באחר הוי כקרקע ממש ושייבים להמקבל [סמ] ובתו כבנו דמי ואחיו דמי כאחר ובאב יש להסתפק ואם כתב לבן בנו הוי כבנו לענין זה ואע"ג דבמוכה לעובר לא אמרינן דבן בנו כבנו כמ"ש בסי' ר"י מ"מ בזה דגוף הקרקע ודאי קנה אמרינן דגם הפירות המחוברין הקנה לו [ל"ל] ואם מכר הבן כתו לאחר אין להלוקח כח הבן והרי הוא כאחר וכך אמרינן דעת הנותן שכשהבן יסכור לאחר לא יקנה המחוברים והן של יורשי האב ואם הלוקח רוצה לקבל הפירות ישלם להיורשים כפי שוויין בשעה שמת האב או אם רוצה מניחם בקרקע עד שיגמרו לדעה ראשונה שגם הצריכין לקרקע הן של הנותן ונותנן להיורשים וא"צ לשלם לו בער מה שהיה בשרהו עד שנגמרו [סמ"ע] כיון שהיה ביכלתו לקבלם ולשלם כפי שויים וכן בסכר האב הפירות לאחר אין דין האחר כדין האב והמחוברים שיש שם בשעת מיתתו הצריכים לקרקע שמין אותם מה שהן שוים עתה ונותן הבן דמיהם ללוקח ואם היו תלושין או הגיעו להתלש הרי הן של לוקח דאע"ג דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ומוחל לו הפירות המחוברין כמ"ש אבל הלוקח ממנו אינו מוחל ואין ביכולת האב לנתוץ כח המקבל ולהי"א בפירות הצריכים לקרקע הוי של הבן דהא גם באחר הוי שלו וי"א שדין הבן עם הלוקח כמו עם האב דהאב לא מכר לו אלא זכותו שתיה לו בו וכן נראה עיקר [הגר"ם]:

ה כלל הדברים שמתנת בריא שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה הרי היא כעין מתנת שכ"מ שאינה קונה אלא לאחר מיתה ויש מתנת בריא שהיא לגמרי כמתנת שכ"מ שיכול לחזור בו כל ימי חייו אף מהנוף כיצד בריא שכתב מתנה מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה דכיון שנתן בתנאי זה יכול לחזור בו כל ימי חייו ולא שייך בזה כל דיני תנאי מפני שנתן לו על אופן זה שתהא כמתנת שכ"מ ומ"מ צריך קנין ביון שהיא מתנת בריא ובשמת ולא חזר בו קנה מזמן המתנה ולכן צריך קנין דאינו כמתנת שכ"מ ממש שהקנין הוא לאחר מיתה אלא רק שיכול לחזור בו אבל כשלא חזר בו קונה מקודם ולכן אין שייך לומר דדבריו ככתובין וכמסורין דמי דלא אמרו זה אלא בשכ"מ ולא בבריא:

ו ולכן בריא שרוצה לחלק נכסיו אחר מותו שיורשיו לא יריבו ורוצה לעשות צוואה בעודו בריא אין לו תקנה לכתוב צוואה בעלמא דדברי דבריו אינם ככתובים וכמסורים אלא צריך להקנות להם בקנין נמור ויכתוב בהצוואה שהקנה להם בקנין ובמעות שאין קנין סודר מועיל יקנה להם אגב קרקע ואם רצונו לאכול הפירות כל ימי חייו יכתוב מהיום ולאחר מיתה ואם רצונו שיהיה ביכלתו לחזור בו כל ימי חייו יכתוב מהיום אם לא אחזור בי עד יום המיתה ודע דקנין אינו מועיל רק לנכסים שבידו ובאו לעולם אבל אם רוצה ליתן להם דבר שאינו בידו או שלא בא לעולם דאינו נקנה בשום קנין אינו מועיל רק שיודה בדרך הוראה שחייב לזה כך וכך ולזה כך וכך דאין לך דבר בעולם שלא יועיל על זה הודאה ועמ"ש בסי' ס':

ז בריא שכתב כל נכסיו לבניו מדינא אין הוא ואשתו נזונים מהם וט"ס ראוי לב"ד לכופם בדברים שיעשו לפנים משורת הדין ויזונום [כתובות ל"] ואם שייר בפירוש מזונות שוכרין לו שמש או משיאים לו אשה ותשמשנו כי הכל בכלל מזונות [ב"י] והכותב נכסיו לבניו והתנה לדור בהן כל ימי חייו ולהיות נזון מהם בשיהיה נצרך לזה יכול לדור בהן עם אשתו ושמשים הנצרכים אליו וכן נותנין לו מזונות אם אין לו ממקום אחר והמזונות יהן לו כפי ערכו ונם אשתו נזונית וכן השמש שצריך נזון נם היא ואם צריך לשלם שכירות להשמש משלמין מהנכסים ונם בנדים ומנעלים וכל צרכיו בכלל המזונות [ל"ל] ואם מכרו לצורך מזונותיו ושארי צרכיו ובא לו ממון אח"כ א"צ לשלם מה שלקח דשלו לקח כפי התנאי וע' ביו"ד סי' רנ"ג ויכול למכור וליתן זכותו זה לאחר ובלבד שהאחר לא יצמרך יותר ממנו [סמ]:

ח הכותב כל נכסיו לבנו או לאחר מהיום ולאחר מיתה ויש בהם ממלטלין או חובות צריך לסכרן ולקנות בדמיהן קרקע ולאכול מהם הפירות כדין בעל בנכסי אשתו כדי שלא יופסד הקרן אא"כ התנה לעשות בנכסיו כל ימי חייו כל מה שירצה:

ט בזה שנתבאר דכשכתב מהיום ולאחר מיתה הכוונה הוא הנוף מהיום והפירות לאחר מיתה אין לשאול למה בנט כשאמר מהיום ולאחר מיתה הוה ספיקא אי תנאה הוי מהיום אם לא אחזור בי עד שאמות או שחזר בו ממה שאמר מהיום ואין נט לאחר מיתה כמ"ש באהע"ז סי' קמ"ח דודאי כן הוא במתנה שנוכל לקיים שניהם על הנוף והפירות לא מפרשינן לה לא בתנאי ולא בחורה

בחורה אבל בנט דלא שייך נוף ופירות בהכרח לפרש תנאי או חזרה ולכן פסק רבינו הרמ"א במקדיש קרקע מהיום ולאחר מותו או מהיום ולאחר שלשים יום לא קדיש כלל דהא א"א לומר נוף מהיום ופירות לאחר זמן דא"כ יונקים הפירות משדה הקדש וכע"כ צריך לפרש תנאי או חזרה ומעמידים הקרקע בחזקתו שכיון לחזור בו ממה שאמר מהיום ואין הקדש לאחר מיתה ובמהיום ולאחר שלשים יום ג"כ יכול לחזור בו בתוך הל' יום אבל אם לא חזר בו הוי הקדש סמ"נ דאפילו אם חזר בו והקדישו לאחר ל' נ"כ קדוש וכ"ז הוא בהקדש בזמן הבית אבל שבזמה"ז דינם כהדיוט כמ"ש בסי' צ"ה ולכן בהקדיש או הפקיר או נתן לעניים במהיום ולאחר מיתה שייך הנוף מהיום והפירות לאחר מיתה כמו בהדיום [ממלוים] אך בירושלמי פ"ז דגיטין מבואר דהפקר דמי לנט דא"א שתהא השדה מופקרת והפירות לבעלים [וכ"כ סרמב"ם] וכן משמע שם דבהקדש לאחר ל' יום אינו יכול לחזור בו וכן האומר סלע זו לצדקה לאחר ל' יום אינו יכול לחזור בו [ר"ן פ"ג דנדרים]:

סימן רנח [מתנה שכתוב בה לאחר מיתה ויש בה זמן ובו ג' סעיפים]:

א כבר נתבאר דמתנת בריא שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה קונה הנוף מהיום והפירות לאחר מיתה ויש לפעמים שאפילו אינו כתוב בה מהיום רק לאחר מיתה לבד מ"מ קונה הנוף מהיום ומה שכתב לאחר מיתה הוא על הפירות כגון שטר מתנה שיש בו זמן מתי שנכתב אע"פ שכתוב בו שיקנה פלוני שדה פלונית לאחר מיתה מ"מ כיון שהזמן כתוב בו והיה חי באותו זמן אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו שהקנה לו את הנוף מהיום דאל"כ למה כתב הזמן דכיון שכתב שנותן לו לאחר מיתה והזמן שימות גם עתה אינו מתברר מזמנו של שטר ובהכרח להתברר מתי שימות ויקנה או וא"כ למה כתב לו הזמן אלא ודאי שהקנה לו הנוף מזמנו של השטר וכן אפילו אין בו זמן רק יש קנין בהשטר קונה הנוף מיד כשהגיע השטר ליד המקבל וקונע למפרע מזמן כתיבתו דכל קנין הוא מעכשיו [ס"ז] ואע"ג דבניטין החמירו ולא אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו כמ"ש באה"ע סי' קנ"ד זהו מפני חומר א"א החמירו לילך לחומרא אבל בדיני ממונות אמרינן ואף שיש מהראשונים שחולקים בזה ט"מ רוב רבותינו פסקו כן:

ב וכ"כ הרמב"ם פי"ב מזכיה שטר מתנה שכתוב בו שיקנה פלוני שדה פלונית לאחר מיתה בין שהיה בשטר קנין בין שלא היה בו קנין כיון שכתוב בו זמן ובזמן הזה חי היה הזמן מוכיח שמחיים הקנה לו ואינו זוכה אלא לאחר מיתה שאלו היה ברעתו להקנות לו בשטר זה לאחר מיתה לא היה כותב בו זמן לפיכך אע"פ שאין כתוב בו מהיום ולאחר מיתה קונה לאחר מיתה וזה שכותבים בכל המתנות והממכרות מעכשיו אע"פ שיש בשטר זמן להרויח הדבר כותבין כן אע"פ שאינו צריך עכ"ל וכן פסקו הרי"ף הרא"ש והטוש"ע:

ג והא דאמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו היינו בכותב לו לאחר מיתה אבל בכותב לו לאחר ל' יום אין אומרים זמנו של שטר מוכיח עליו דהיה צריך לכתוב הזמן כדי לידע מתי יכלו השלשים יום ולא שם אל לבו לכתוב אותו הזמן אלא שכתב זמן הכתיבה ומזה יתוודע הל' יום [סמ"ע] ולבן אם מת הנותן או המקבל תוך ל' במלה המתנה וה"ה דנותן יכול לחזור בו תוך ל' יום ויש חולקים וס"ל דגם בלאחר ל' אמרינן זמנו מוכיח [ס"ך] אמנם גם במהיום ולאחר ל' י"א שאינו דומה למהיום ולאחר מיתה דבלאחר ל' פירושו שיתחיל מהיום ויגמור לאחר ל' ויכול לחזור בו ואם מת הנותן או המקבל במלה המתנה [קלס"ח וע' קוטין ס"ג] וי"א דבזה שאמרו זמנו של שטר מוכיח לאו דוקא זמנו של שטר אלא בע"פ נמי הזמן מוכיח וביאור הדבר כשכתב המתנה בסתם וכתוב בה זמן וכשנתן לו השטר התנה עמו בע"פ שנותן לו לאחר מיתה אפילו הכי אמרינן דזמן הכתוב בשטר היו כמו שפירש הנוף מהיום ופירות לאחר מיתה [ס"ך] והא דאמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו היינו שצוה הנותן לכתוב זמן או שצוה לעדים לעשות שטר מעליא אבל צוואה שלא נכתב בה זמן רק לזכרון בעלמא אין אומרים זמנו של שטר מוכיח עליו וכן אם אמר או כתב מפורש שלא יקנה הנוף רק לאחר מיתה הדבר פשוט שאינו מועיל לא הזמן ולא הקנין כיון שמפורש אמר כן ובמלה המתנה דאין מתנת בריא לאחר מיתה וכן אם נראה להדיא שכן היתה כוונתו [נ"ל]:

הלכות השבת אבידה

סימן רנט [דיני השבת אבידה ומאיזה מקום חייב להשיבה וכו' י"ז סעיפים]:

א כתיב לא תראה את שור אחיך או את שיו נדחים והתעלמת מהם השב תשיבם לאחיך וכן תעשה לכל אבידת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה לא תוכל להתעלם והוהירה התורה שהרואה אבידה חייב לטפל בה להשיבה לבעלים ואם העלים עין ולא נטלה והבעלים לא נתיאשו עדיין עבר על עשה דהשב תשיבם ועל ל"ת דלא תוכל להתעלם

להתעלם [ע"ז] דלא כיש מי שאומר דכשלא נטלה לידו אינו עובר על עשה אלא על הלאו [דלפדיון כתב כן סלמנ"ס בפי"ח מנזילה וכמתק"י בסמ"ב דכ"מ]:

ב נמל את האבדה ע"מ לגוזלה ועדיין לא נתיאשו הבעלים ממנה עובר בעשה דהשב תשיבם ועובר בשני לאוין בלאו דלא תגזול ובלאו דלא תוכל להתעלם ואפילו אם יחזירנה אח"כ בבר עבר על לאו דלא תוכל להתעלם וצריך תשובה אבל הלאו דלא תגזול והעשה דהשב תשיבם תיקן בחזירתה להבעלים דלאו דלא תגזול הוא ניתק לעשה כדכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל וכן העשה דהשב תשיבם דהרי השיבה אבל הלאו דלא תוכל להתעלם אינו אלא בשעה שאינו גוזלה להחזירה ובין שנטלה כדי לגוזלה הרי עבר וא"א לתקנו ויש מרבותינו דס"ל דלא תיקן גם הלאו דלא תגזול ואת העשה דהשב תשיבם ומה שנתנה לו עתה אינה אלא במתנה בעלמא ומעמייהו דהנה בחפץ זה יש שני איסורים איסור גזילה ואיסור אבידה ווה שנטלה ע"מ לגוזלה הוי לענין אבידה כמונחת בקרקע בין שלא נטלה להשיבה ובשנתייאשו הבעלים ממנה קנה אותה ביאוש ככל אבידות הנמצאות אחר יאוש ועי"ג דאבידה שבאה לידו קודם יאוש אינו מועיל היאוש אח"כ בס"ש בסי' רס"ב והו מפני שנחשב כשומרו של בעל האבידה ולכן אינו מועיל יאוש הבעלים כיון שהשומר עומד במקומו והשומר לא נתייאש והוי יאושו ביאוש מעשה אבל כשנטלה ע"מ לגוזלה נקנית לו לגמרי ביאוש ממעם אבידה [רמב"ן בסס נתן וס"ך ומתורץ קיצים סקל"ח ומנח"ת ודו"ק]:

ג ואם נטלה לפני יאוש על דעת להחזירה ולאחר יאוש נתחבון לגוזלה אינו עובר אלא משום עשה דהשב תשיבם אבל בלאו דגזל לא עבר דגזל לא מקרי אלא כשנוטלה בשעת נטילה לגוזלה כענין ויגזול את החנית מיד המצרי דבניהו בן יהוידע ואם הסתין עד אחר יאוש ונטלה אינו עובר אלא משום לאו דלא תוכל להתעלם ואע"פ שאמרנו שהרואה אבידה והעלים עין ולא נטלה עובר גם בעשה והו כשהלך ממנה והניחה אבל זה שהסתין היה ביכלתו עדיין לקיים העשה וכשנתייאשו הבעלים ועברה העשה לא מחמתו עברה אלא מחמת היאוש אבל על לא תוכל להתעלם עבר בזה שהיה דעתו להסתין [ע' נמק"י וס"ז]:

ד מתנאי האבידה שתהא מונחת במקום שהוא חייב להשיב משם בנון במקום שישראל מצוים שם ובמקום שראוי להסתפק בה באבידה ויתבאר בסי' ר"ס ושתהא בענין שמוכח שהיא אבידה ויתבאר בסי' רס"א ובמקום שראוי להסתפק בה שהיא אבידה ושלא נתייאש ממנה ושאינה אבידה מדעת כמו המשליך כים לרה"ר ויתבאר שם ושיהיה בה שוה פרומה ושיש סימן בגופה או במקומה ויתבאר בסי' רס"ב ושיהיה ממפל בה אם היתה שלו לאפוקי אם המיפול אינו לפי כבוד המוצא ויתבאר בסי' רס"ג ושתהיה של מי שחייב להשיב אבידתו ויתבאר בסי' רס"ו ואם חסר אחת מכל הפרטים אינו חייב להשיב:

ה מקום שהוא חייב להשיב כיצד המוצא מציאה במקום שישראל מצוים שם חייב להכריז דמסתמא לא נתיאשו הבעלים שחושב דישראל מצא ויחזירנה לו ומדר ההכרזה יתבאר בסי' רס"ו ואפילו העיר מחצה עכו"ם ומחצה ישראל או אפילו רובה עכו"ם רק שמצאה במקום שרוב העוברים שם ישראל חייב להכריז אבל אם העוברים מחצה על מחצה במקום שרובה עכו"ם אינו חייב להכריז [סמ"ע] וכן אפילו רוב העיר ישראל רק שמצאה במקום שרוב העוברים שם עכו"ם אינו חייב להכריז ואפילו ידע שמישראל נפלה ויש בה סימן מפני שהבעלים נתיאשו שיתלו שעכו"ם מצאה ולא יחזירנה לו וכגון שהוא מרבים שיש לתלות שידע מיד בנפילתו כמ"ש בסי' רס"ב וי"א שאם המציאה היא ספרים וכיוצא בזה דברים שאין מדרך לקנותם אלא ישראל לא מייאש מינייהו אפילו במקום שרובה עכו"ם דבעל האבידה חושב שאפילו ימצאנה עכו"ם ימכרנה לישראל והקונה יכריז ואתן בה סימן [סס] ואם העיר מחצה על מחצה ונם העוברים שם מחצה על מחצה חייב להכריז ולא תקשה לך כשרוב העיר עכו"ם ורוב עוברים שאמרנו שחייב להכריז למה לא נתלה ברובה והלא רוב וקרוב הולכין אחר הרוב די"ל דכיון שיש לברך ע"י הכרזה מברירינן אבל כשרוב העוברים עכו"ם בעל האבידה ודאי מתייאש [ע"ז] ולפ"ז במחצה למחצה עוברים אף ברובה עכו"ם חייב להכריז ממעם זה [ל"ל]:

ו לפיכך המוצא חבית יין במקום שרובה עכו"ם אסור היין בהנאה והקונן מותר וצריך הכשר ואם באישראל ונתן בה סימן או מותר היין בשתיה אם החבית סתומה שאין חשש שפתחה עכו"ם ונגע בהיין דאלו פתחה מי היה מבריחו לסותמה ומ"מ א"צ להחזירה לבעל האבידה ותהי היא של מוצאה דמסתמא אתייאש מינה ואינו נאמן לומר שלא נתייאש כיון שרובה עכו"ם וע' ביו"ד סי' קכ"ט:

ז ואמרו רז"ל [ב"מ כד:] דאף במקום שמן הרין אינו אינו חייב להחזיר מ"מ טוב וישר לעשות לפנים משוה"ד להחזיר לבעל האבידה כשנתן בה סימן ואם הוא עני ובעל אבידה עשיר א"צ לעשות לפנים משוה"ד ואם המוצא עשיר י"א דכייפינן ליה להחזיר [ס"ך] ומפני מה כופין במציאה על לפנים משוה"ד מפני שאין לו היזק מכיסו [ל"ל]:

ח מצא בהמה או עוף שחוט במקום שרובן עכו"ם ורוב השבחים ישראל ובאופן שאין לחוש לטריפה כגון שניכרת השחיטה מותרת באכילה והיא של המוצא מפני שהבעלים מתייאשין מהם דיתלה שעכו"ם ימצאנה ולכן אפילו יודע שמישראל נאבדה הרי היא שלו ואפילו כשאין רוב מבחים ישראל כיון שיודע שבשרה היא ומישראל נאבדה ואם העוף חמפה בשר לפנינו ופרחה והשליכה למקום

למקום אחר הרי היא של המוצא שהבעלים נתייאשו אפילו ברוב ישראל מפני שרדך העוף להוליך לסרחוק ועיו"ד ס' א' וסי' ס"ב:

מ המציל מהארי והדוב ומזוטו של ים והוא במקום שחוזק הים שוטף ומשלילותו של נהר והוא כשזורם הנהר שוטף ומוליך לסרחוק אפילו הבעלים עומדים שם ומצוחים הרי אלו של המציל דנעשה כצוות על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים וחז"ל סמכו זה אקרא דאשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם לאפוקי כל אלו הם אבודים מכל אדם והוי הפקר והוכחה מהם כוזכה מן ההפקר ועמ"ש בסי' רס"ב סעיף ז' ולכן אם יש מכשולות בנהר שע"י כן דבר הצף בו עומד ונתעכב שם אם הוא דבר שיש בו סימן לא הוי יאוש מסתמא כשלא שמענו בפירוש שמתייאש:

מ ואם הוא דבר שאין בו סימן ונפל לזרם הנהר שיש בו מכשולות שמתעכב שם כתב המור וז"ל נפלו בו קורותיו ועציו שהוא דבר שאין בו סימן שיחזירן על ידן אם הבעלים מרדפין אחריהן [מיקס כשמעטו ולא עמדו שם בעת השטיפה] או הוי הוכחה שהן שלהן ומחזירה להם [כשמתכנס כיד תמר] והוא שיהא בענין שאם היו עומדים שם הבעלים ורואין ששטף היו יכולין להציל מיד [שלא היו מניחין ליקך למרחוק] נמצא שודאי לא נתייאשו [בעת שמעטו] ואז [כל"ל] אפילו אם אינם שם כששטף ובא אחר והציל לא זכה אפילו נתייאשו אח"כ כיון שלא היה ראוי להתייאש [דסוי יאוש שלא מדעת] ואם הוא בענין שלא היו הבעלים יכולים להציל מיד ממקום ששטף [קף שם היו עומדים שם בעת השטיפה] אלא עד שילך למרחוק ושם לא יועיל מה שיכול להציל כי בטרם הגיעו שמה שמא תבא הקורה שמה ולא ידעו אנשי המקום ההוא שהיא שלו שיהודו לו בשביל רדיפתו אחריו וראוי שיתייאשו [קף כשעמדו בעת השטיפה מפני שמין ביכלתו להסיגו מרס ביתקן של המקום ומכני המקום לא יתנו לו כיון שמין סימן] או אם עמדו שם כששטף ונתייאשו שלא דדפו אחריו הוי יאוש [מפילו ביכולין לסציל מיד ממקום ששטף כיון שלא רדפו מין לך יאוש גדול מזה] ואם מסתמא הוא שלא ידעינו אם נתייאשו אם לאו לא הוי יאוש [כגון שמין ביכולת לצרר דבר זה כשלא השעשקו ברדיפה ומפילו שלא ידעינו שם נתייאשו שם לאו לא סוי יאוש בשם שסוי יכולין לסציל מיד] כן ג"ל פירוש הטור שהמפרשים נתקשו בו למאד:

יא ולדעת המור ברבר שיש בו סימן אפילו עמדו שם הבעלים ולא רדפו להציל צריך להחזיר ולא הוי יאוש בזה שלא רדפו דחשבו למה לנו לרדוף הלא יתעכב באיזה מקום ואתן סימן ואסלם וכן אף אם לא היו יכולין להציל מיד בעת השטיפה אף כשעמדו שם והחפצים היו מסרחים לבא לאיזה מקום קודם הבעלים נ"ב צריכים בעלי אותו המקום להחזירם לבעלים כיון שיש סימן ואין זה דומה לזוטו של ים שמוליך למרחוק הרבה כיון שאין מכשולות שיעכבן:

יב ואם בעת רגע השטיפה היו הבעלים יכולין להציל בקל ואח"כ ביכלתן להציל בדוחק אם עמדו שם בעת השטיפה ולא חשו להציל היכף בקלות ודאי נתייאשו דלמה היה להם להמתין אלא ודאי נתייאשו ומה שמטריחים אח"כ להציל חזרו בהם ואינו מועיל אם זכה בהן אחר ואם לא היו שם בעת השטיפה צריכין להחזיר להם כיון שביכלתם להציל ברוחק ודאי לא נתייאשו כיון שרדפו בעת שמיעתם ומה היה להם לעשות ואפילו לא ידעו מזה כלל עד אחר שנשטפו לרשות אחר ונתייאשו צריך להחזיר דהוי יאוש שלא מדעת דאין זה דומה לזוטו של ים דשם אין יכולין להציל אפילו ע"י הדחק [טוס' ב"מ כ"ג' ומרדכי סס]:

יג וזה לשון רבינו הרמ"א בסעיף ז' ואם הוא דבר שאין בו סימן אם הבעלים יכולים להציל [סס היו עומדים סס] והן רודפים אחר האבידה [כשמעטו] או שאינו שם [כלל כיון] שאלו היה שם אפשר שהיו מצילין לא זכה בהם המוצא [מפילו נתייאשו כשמעטו ולא עמדו שם ב"ק] אבל אם הוא דבר שאינו יכול להציל מיד [קף בשם סיו סס] והוא עומד [או סטוח עומד. סמ"ע] ואינו רודף אחריו [מיד] ודאי מייאש [ולא מסני דדיפתו מח"כ] וסתמא לא הוי יאוש עכ"ל [וזהו ממש כדברי סמור וסמלין כתב סטוח מסתום' וסמרדכי וכ"כ סמפרשים ולע"ד נרשם כמ"ש ודו"ק]:

יד ואע"פ שמרינא אינו חייב להחזיר ם"ם טוב וישר להחזיר כמ"ש בסעיף ז' ומעשה בספינה שטבעה בים וגזר המושל והקהלות שכל מי שיקנה מן העכו"ם שהצילו מן האבידה ההיא שיחזיר לבעליו ופסק רמב"ה שחייבין להשיב ואין לו מן הבעלים רק מה שנתן ואע"ג דהוי הפקר מדינא. מ"ם דינא דמלכותא דינא והפקר ב"ד הפקר אפילו ב"ד שבכל דור [מרדכי סס]:

טו אווזין ותרנגולין שברחו מהבעלים באופן שא"א להבעלים להחזירן כגון שפרחו למרחוק הוי הפקר וכל המחזיק בהן זכה בהן דיצאו מרשות הבעלים ומיהו טוב וישר להחזיר ועי' בסי' ר"ם סעיף י"ט ובסי' ש"ע סעיף ב':

טז נהר שעושים בו סכר ליצוד בו דגים שעושין סתימה בנהר שיהיו הדגים נצודים ועומדים שלא יעברו משם והלאה ופועלים ישראלים רגילים לעשותו ולתקנו כשמתקלקל המוצא בו מציאה חייב להכריז דוראי של ישראל היא ודוקא כשרוב העומקים שמה ישראל דאל"כ מתייאש ממנו ודימה שמצא עכו"ם ולא יחזירנה לו וכן להיפך מקום ששומרים שם עכו"ם בקבע אף שרוב הנכנסים והיוצאים ישראלים אינו חייב להכריז:

יז כתיב לכל אבידת אחיך ודרשו חז"ל [ב"מ ל"ח] לרבות אבידת קרקע שחייב להשיב ג"כ בגון שראה שטף מים באים לשדה חבירו חייב לגדור בפניהם כדי להציל

להציל וכן בכל עניני הפסד שיכול להיות אצל חבירו וביכלתו למנוע הדיוק חייב למנוע ואם לא עשה כן עובר בעשה דהשב תשיבם ובלא תעשה דלא תוכל להתעלם:

סימן רס [לדעת מה היא אבידה ועוד דינים וכו כ"ג סעיפים]:

א המוצא מטמון בגל ישן או בכותל ישן שאין זוכרים מי בנה את הכותל וכותל זה אינה מוחזקת מימות עולם בחזקת אבותיו שרר בו עתה המטמון של המוצא אף שזה שרר בו מוחזק בשנים ושלשה דורות מאבותיו מפני ש"ל שהמטמון הוא של קדמונים וכתב הרמב"ם [סס] והוא שימצאנה מטה מטה כדרך כל המטמונים הישנים והטור כתב והוא שהעלה חלודה אבל אם מראים הדברים שזהו מטמון חדש אפילו נסתפק לו אם הוא חדש אם לאו ח"ו לא ינע בהן [ס"ך] דכל ספק הנוח לא יטול ושמא הונח שם בכוונה ואין חילוק בין מונחת בהכותל מחציו ולחוץ או מחציו ולפנים [סמ"ע]:

ב ואין לשאול נהי דהמטמון הוא של קדמונים למה לא יזכה בו בעל החצר דהא חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו הטעם הוא דאין חצר קונה ברבר שיכול להיות שלא ימצאנה לעולם [תוס' ב"מ כו'] והרמב"ם ז"ל בפט"ז מגזילה תירץ ג"כ מפני שאינה יודעה לא לו ולא לאחרים והרי זה המטמון אבוד ממנו וכל אדם וק"ו מאבידה שנפלה לים שהותה שלו התירה התורה מפני שאבודה ממנו ומכל אדם כ"ש בזו שלא היתה שלו מעולם עכ"ל ואין חצירו קונה ברבר שיכול להיות שלא ימצאנה לעולם [ומתוכן סתם סמ"ך] ומעם הדבר נ"ל דהא חצר קונה משום יד או משום שליחות ודבר שבידו של אדם בהכרח שיוודע מזה ובן בשליח שעושה ולבן אין בחצר זה לא תורת יד ולא תורת שליחות ויש שאמרו הטעם מפני שאין חצר קונה בלחי ירעתו רק מידי דשכיח ורגיל למצא בחצר אבל דברים שאינם מצוים למצא בחצר כמו מעות ושארי ממלמלין אין החצר קונה ורק בעלי חיים שרגילים לילך קנה החצר אם הם של הפקר [מרדכי סס] ובמי רמ"ח יתבאר עוד מזה בם"ר ועוד יש מי שאומר דאין חצר קונה רק בדבר הפקר נמור אבל לא באבירה אפילו נתייאשו הבעלים בין דאלו הוה ידע לא היה מפקירה אבל מריב ראשונים נראה להדיא דלא ס"ל כן [ס"ע] וגם עצם הסברא המוה ואולי ס"ל דקניית חצר שלא מדעתו הוא מטעם שליחות והוי החצר תופס לטשלחו במקום שחב לאחרים וגם אין לומר דבשעה שקנה הראשון החצר מהמוכר שהמטמון האוצר הלא קנה החצר עם כל הנמצא שם וכן בשמכר זה לאחר דבין דלא ידע הלוקח מזה ולא כוון לקנותו וגם המוכר לא כוון להקנות לו אינו קונה [מרדכי סס]:

ג ואם ניכר שהאוצר הונח שם מזמן לא כביר או שהוא גל חרש אסור ליטלו דוראי הונח שם מדעת והמניח יטלו במשך זמן וכן כותל חרש דהיינו שידוע שאבותיו של זה שרר שם בנאותו ולא יצא מרשותם מציאה הנמצאת בו מחציו של הכותל לצד חוץ הוא של מוצאו אפילו יש בו סימן והוא שהעלה חלודה רבה שוראי נתייאשו בעליו ממנו כיון שארך לו שם הימים ואם לא העלה חלודה רבה לא יגע בו דיבואו הבעלים ויטלוהו ואם נמצא מחציו ולפנים הרי היא של בעה"ב אפילו העלה חלודה רבה מפני שבעה"ב אינו שוכח חפצו ימים רבים ולא יגע בו המוצא ובנמצא לצד חוץ אפילו נמצא מטה מטה כדרך מטמון לא חיישינן שאחר עשה כאן ממטון ולא נתייאש דאין דרך לעשות מטמון בכותל שמשתמשים בו ובודאי נתייאש [ס"מ]:

ד ואם נמצא בו חפצים שממלאים את כל הכותל והעלו חלודה רבה חולק"ם ונוטל המוצא מחצה והבעה"ב מחצה ואפילו נמצא חתיכה אחת ארוכה מקצה לקצה כיון דלא ניכר אם הונח מצד פנים או מצד חוץ חולקין דאין להבעלים הזקה בזה ולבן בספק ממון כזה ודאי יחלוקו [סמ"ע] ואף אם כל הכותל משופע לאיזה צד לא אמרינן דממקום הגבוה הוא ונתגלגל למקום השפל מפני שאין זה הוכחה ברורה ומ"מ אם לפי ראות העין ניכר מאיזה מקום בא הולכין אחר ההיכר:

ה בר"א שחולקין במוכין או בנסבא שאין הוכחה מאיזה מקום בא לשם אבל סכין או כים וכיוצא בו הוא מוכיח על עצמו מאיזה מקום בא שאם יד הסכין ורצועת הכים לצד חוץ ודאי מחוץ בא לשם והיא של מוצאו ואפילו מחציו ולפנים ואם הם לצד פנים הם של בעה"ב אפילו מחציו ולחוץ ובד"א שמחציו ולפנים של בעה"ב כשהוא טוען שהוא שלו או שהיה יורש שאנו טוענין לו שמא של אביו היא אבל אם הודה שהיא מציאה הרי היא של מוצאה דחציריו אינו קונה לו כמ"ש בסעיף ב' וכ"ו בשהחזר מפולש בפנים ובחוץ אבל אם מצד אחר מפולש ומהשני סתום הדבר פשוט שהולכין אחר הצד המפולש [ס"ך]:

ו דבר פשוט הוא שכל דבר הנמצא טמון ברשותו של אדם בביתו וחצירו ושדהו ומרתפו ורפתו וגנו אם אין הדבר נראה כאוצר שמונח מהרבה דורות מלפנים שייך לבעה"ב ולא יגע בזה המוצא אפילו הוא דר שיש בו סימן ויש תקנה בהכרזה והבעה"ב יתן בה סימן מ"ם כיון שהוא מקום המשתמר והבעלים הניחו שם מדעת לא יגע בו ואם אינו מקום המשתמר יתבאר בסמוך ואם הבעה"ב דר בחצירו עם שכנים ונמצא במקום שיש להשכנים רשות להשתמש שם ביחד עם הבעה"ב אם העלה חלודה

שניכר

שניבר שהונח שם קודם שבאו השבנים ה"ז לבעה"ב ואם לאו יכול כל אחד לומר שלי הוא וכשיש ביניהם הכחשה יחלוקו דאין לאחד יותר חזקה מלחבירו ואם אין מוחזקין בו כל דאלים גבר ויכול כל אחד להטיל שבועה על חבירו מיהו המוצא לא יגע בזה כיון שלא נמצא דרך אבידה ואם נמצא דרך אבידה אם יש בזה סימן נוטל

ומכריו ואם אין סימן הוא שלו ויתכאר בסי' רס"ב :

ז ואם החצר מושכר לאחרים והבעה"ב אינו דר עמהם וראי אינו של בעה"ב ושייך להשוכרים וזהו כשערין דרים שם אבל אם עתה יצאו כולם מהחצר אם יצאו כולם כאחד הרי כמו כולם דרים בו ואם יצאו בזה אחר זה הרי הוא של האחרון וכן אם דרו שמה זה אחר זה הרי זה של השוכר האחרון דהקודמים שיצאו משם וראי חפשו ובדקו והוציאו מהבית כל מה שהיה שייך להם ואע"ג דבעה"ב אחר מהם שכח חפץ זה מ"מ נוח יותר לתלות בהאחרון שלא חשש לברוק כל כך כהקודמים לו שחששו לברוק יפה כדי שלא יטול הבא אחריו אמנם י"א דזהו רק בדבר שאין בו סימן כיון שאין תקנה בהכרזה יותר נוח לתלות בהאחרון אבל בדבר שיש בו סימן וי"כל להתברר ע"י הכרזה מוטב יותר להכריז וכ"ז הוא בדבר שלא העלה חלודה [הג"מ] דאם העלה חלודה אינו של השוכרים אלא של בעה"ב וכיון שכתבנו שהוא של השוכר האחרון לפיכך אם האחרון הוא אנם הרי הוא של המוצא [מור] וכן כשנמצא דברים קטנים כמו מטבעות בסדקים בענין שאפשר שלא נמצא ע"י בדיקה אין לתלות בהאחרון יותר מכולם וקרוב הדבר שחפשו ולא מצאו ונתייאשו והרי הוא של המוצא [ב"ח] ובזה אין חילוק בין שרר עמהם הבעה"ב אם לאו וגם אם הבעה"ב נשאר יחידי אחרי שיצאו השכנים מ"מ לא קנה לו ביתו ורשותו אם היה באפשרי שלא ימצא הדבר לעולם כמ"ש בסעיף ב' :

ח אם עשה אבסניא לנכרים או שהשכירו לשלשה נכרים כאחת דזהו ג"כ כפונדק כל הנמצא בתוך הבית הרי הוא של מוצאו אפילו הבעה"ב דר עמהם [נסי"מ] ואף אם אחד המסין שם כבר נתייאש בחשבו שהנכרים מצאוהו [סמ"ע] ולכן אפילו יש גם ישראלים עמהם הרי הוא של המוצא ואם האורחים או השוכרים יצאו ממנה ונמצא שם חפצים קנה חצרו להבעה"ב [נס"מ] וזהו בדבר שעומד להמצא דאל"כ לא קנה לו חצירו כמ"ש בסעיף ב' וכן אם מונח במקום שאינו משתמר הרי הוא של המוצא [סמ] ואם עשה פונדק רק לישראלים נוטל ומכריו בדבר שיש בו סימן דאינו מתייאש כמ"ש בסימן רס"ב [ס"ך] וכן אם השכירו לשני נכרים וכ"ש לאחד אין זה מקום שרבים מצויים שם ואם הוא שלו לא נתייאש מזה כמ"ש שם [נס"ך ונס"מ] מיהו בדבר שהמוצא יכול לומר שחם שם השוכרים היא של המוצא :

ט ראובן הדר עם שמעון בביתו ומעלה לו שכר אם עבי שבור או גוזלות שאינן פורחות נכנסו לתוך הבית או שאר מציאה באופן שהרשות קונה זכו בהם שניהם דהם כשותפים בהחצר דשכירות ליומא ממכר הוא וזהו דעת רש"י [כ"מ קכ"] והרא"ש והראב"ד בפ"ו משכירות [ומסו' מסר"ס מר"כ סי' סכ"ס] אבל י"א דלענין לזכות במציאה אין להשוכר בזה כלום והכל הוא להמשכיר דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא רק לענין אונאה וזהו דעת הרמב"ם ז"ל שם וכ"כ רבינו הב"י בסימן שי"ג וכדבריו בספורש בתוספתא [ב"מ פ"ס] אמנם לפי מה שיתבאר שם דמזבל אין ראיה אין ראיה מהתוספתא ג"כ וגם אפשר לחלק בין בית לחצר דבחצר שאין התשמיש קבוע בו אין הרשות של השוכר רק לתשמישו המיוחד אבל בבית שהוא משתמש בו יום ולילה הוי כשותף עם המשכיר ולפ"ז לא פליגי כלל ויש מי שרצה לומר דחצר השותפין אין מציאה קונה להם והמוצא זוכה בה והפעם דרוקא שנים שהגביהו מציאה כל אחד זוכה לו ולחבירו אבל חצירם שיד אחת היא והיד משותפת לשניהם לא קנה לא זה ולא זה והוי כמונח ע"ג קרקע [קל"ס"ח] ואינו כן דהחצר הוא ג"כ כשני ידים דלכל אחד משמש בירו וזוכה לו ולחבירו ועיר דחצר שהוא משום שיחות ודאי כששנים עשו שליח אחד זוכה לשניהם ואם נאמר דחצר שהוא משום יד לא קנה לשניהם ויש חילוק בין חצר דאיש לחצר דאשה לפמ"ש בסימן רמ"ג ולא משמע כן מהש"ס והפוסקים [ובכ"ב סד: סוף לענין סיקיס בסוף מכונה] הרוסלמי סילסי ס"ם ענין מחר סוף ויתבאר לפנינו] :

י כבר נתבאר בסעיף ג' דבבותל חרש כל הנמצא שם לצד פנים הוא של בעל הבותל דבחזקתו הוא ובירושלמי שם יש מחלוקת בבותל שבין שני חצירות שנפל שהמקום והאבנים של שניהם כמ"ש בסימן קנ"ז אם כל מקום הבותל הוא של שניהם ואם אחד מבעלי החצרות מצא שם דבר יכול לומר דשלו הוא כיון שיש לו רשות בבולו או שמחצה לזה ומחצה לזה ובאיזו מחצה שנמצא הוא של אותו הבעלים [כנ"ל סירוסו ועיין במפרשים ובקל"ח ובמ"מ] :

יא אע"ג דרשותו של אדם קונה לו מציאה וזהו דוקא במציאה הנמצאת שם ברשותו אבל קניית מציאה בגון שנים שדרו בבית אחד בשותפות ובא אדם מן השוק וקנה אחד מהם מציאה ממנו אין לחבירו זכות בזה ואף אם אחד מן השוק קנה ממנו אין לבעלי הבית חלק בזה דאינה של הפקר שיהיה הרשות זוכה ואף אם היתה הפקר כל זמן שהוא ביד איש אחר אין הרשות קונה עד שתנוח ע"ג הקרקע [סמ"ע] ומיהו אם הנכנס עם המציאה היתה כוונתו להקנותה לבעה"ב אך לא הביר את הבעה"ב ואיש אחר ישב שם ורימה שהוא הבעה"ב ומכר לו המציאה צריך זה הקונה למוסרה לבעה"ב דהא הנכנס כיון להקנות לו וקונה לו רשותו אפילו היא בית שאינה משתמרת דכיון שיש דעת אחרת אותו לא בעינן חצר המשתמר [ס"ך] ועיין בם"ם רס"ח :

המוצא

יב המוצא מעות בחנות ויש בהחניתים כמו תיבה המפסקת בין החנוני ובין הקונים והחנוני יושב לפנים ממנה עם סחורתו והקונים עומדים חוצה לה אם מצא לפנים מן התיבה הרי היא של בעל החנות דוראי ממנו נפל ולא נתייאש אפילו הוי דבר שאין בו סימן ואפילו רוב עכו"ם נכנסים להחנות דלפנים מן התיבה אין הולכין הרבה אנשים ואם מצא מן התיבה ולחוץ הרי זה של המוצא ואין רשותו קונה לו מפני שרבים נכנסים ויוצאים שם ואין המקום משומר אף כשעומד שם דעמידה בצד הרשות לא מהני רק כשיכול לשמרו ומקום שרבים מצויים שם אינו יכול לשמור [רמ"ע] ולכן יש מי שאומר דגם בבית שרבים דורסים שם ומצא מציאה הוי של המוצא מטעם זה [ב"ך] ואף ברוב ישראל וכן מצא מעות בחנות השולחני שמחליף מטבעות והשולחני יושב על כסא שלפני השולחן והמחלפים עומדים מחוץ לשולחן אם מצא בין כסא ולשולחן הרי אלו של השולחני ואם מצא לפני השולחן הרי אלו שלו ואפילו מצא על השולחן הרי אלו של מוצאם דיש להלות שזהו מהמחלפים ולא של השולחני וכן י"א דכן הדין בחנות במצא על החיבה דהלינן שזהו מהנכנסים והיוצאים וי"א שהוא של בעל החנות דלא דמי לשולהני דגם המחלפים מניחים מעותיהם על השולחן משא"כ בחיבת החנות אין דרך הבאים לקנות להניח חפציהן על התיבה ובירושלמי מבואר כדעה ראשונה ואין חילוק בין מציאת מעות לחפצים:

יג אם מצא דבר שיש בו סימן כמו חפץ או מעות צרורים ויש סימן בהחפץ שבו צרורים המעות או בסניין המעות אם מצאן לפני התיבה ולפני השולחן או על גביהן אם הנכנסים והיוצאים רוב עכו"ם האובד מתייאש דסבור עכו"ם מצא והרי היא של המוצא ואם היו רוב ישראל חייב להכריז דכיון שיש סימן אין האובד מתייאש וי"א שאפילו ברוב ישראל הרי הוא של המוצא מפני שהאובד סבור דנשאר אצל החנוני והשולחני ואומר הלא שאלתי מהם ולא השיבו בודאי דעתם לנזול ובדין לא אוכל לתובעם שיאמרו דאחר מצא אמנם לדינא העיקר כדעה ראשונה דמי ייתר דהאובד אינו סבור שבאמת אחר מצא ויכריז [ב"ך] ודע דשולחנים העוסקים עם שולחנם ברחובות ובשווקים ג"כ הדין כן דבין השולחן ולשולחני הוא של השולחני אמנם כשהשולחני הלך משם ג"ל דהוי של המוצא ברוב עכו"ם דמתייאש שסביר שהעכו"ם מצא אבל ברוב ישראל אינו מתייאש אף בדבר שאין בו סימן שהמוצא יודע שהוא של השולחני:

יד המוצא פירות בדרך בצד שדה אילן והפירות נפלו על הדרך רחוק מהאילן או שהענפים נוטים אל הדרך ונמצא פירות תחתיהם אם מדרך אילנות באלו להשיר פירותיהן ויודעים הבעלים מקודם שישורו אם יש שם שקצים ורמשים או בהמות וחיות האוכלות אותן רשאי המוצא ליטלן שהבעלים מתייאשין מהן וכן אם יודע שעוברי דרכים שאינם חוששין משום גזל יטלום רשאי המוצא ליטלן [מוס' כתו] וכן אם הפירי נמאסת בנפלה מותר ליטלם דמייאש מהם אבל אם אין דרך זה האילן להשיר הפירות אע"פ דאם היו הבעלים יודעים היו מתייאשים מ"מ מדלא ידעו ובאו ליד המוצא קורם יאוש אסורין דהוי יאוש שלא מדעת וכן אם היתה השדה של יתומים אסור ליטלן בכל ענין דיתמי לאו בני יאוש ומחילה נינהו דשארי אנשים כיון שמתייאשים מוחלים ולא יתומים שאין להם דעת למחול וכן אם ידוע שבעל הפירות מקפיד אסור ליטלן כגון אם הקיף מקום האילנות בגדר שלא יכנסו בהמות וחיות שם אסור ליטלן אף בשנפלו מעבר לגדר דהוא לא ידע מזה והוי יאוש שלא מדעת אא"כ ענפי האילן הולכין ער הוץ לגדר ויש בהן הפרטים שנתבארו דאז מותר ליטלן וכן אם תיקן מקום שיפלו בו הפירות הנושרות עד שילקטם הרי אלו אסורים שהרי גילה דעתו שלא מחל ועגפי אילן הנוטים לחצר ישראל אחד אסיר ליטול מהפירות הנושרים שיודע שבעל החצר לא יטלן וזה שנתבאר דשדה של יתומים אסור וזהו דוקא בשידוע שהשדה הזא של יתומים אבל מספק אין לנו לחשוש שמא היא של יתומים [ב"מ כב:] וכן בל אבידה הידוע שהיא של יתומים לא מהני יאוש שלהם וצריך להחזיר להם:

טו וזהו לשון הרמב"ם והש"ע המוצא קציעות בדרך אפילו בצד שדה קציעות הרי אלו שלו וכן תאנה שהיא נוטה לדרך ונמצאו תאנים תחתיה מותרין שהבעלים מתייאשין מהם מפני שהתאנה וכיוצא בה ענ נפילתה נמאסת אבל זתים וחרובים וכיוצא בהם אסורים ותמרים שמשירם הרוח מותרים שחזקתן שהבעלים מחלום לכל אדם מפני שהבהמות וחיות אוכלים אותם מחמת סתיקותם ואם היה של יתומים שאינם בני מחילה אסורים וכן אם הקפיד בעל השדה והקיף מקום האילנות או תיקן מקום שיפלו בו הנובלות ער שילקטם הרי אלו אסורים שהרי גילה דעתו שלא מחל עכ"ל:

טז מצא פירות מפוזרות אם מצאן דרך הינוח שניכר שהבעלים הניחום שם בכוונה ה"ז לא יגע בהן ואם מצאן דרך נפילה הרי הן שלו ולא חיישינן שמא עריין לא ידעו הבעלים מזה והוי יאוש שלם ד דמסתמא בפירות מרגישים הבעלים מיד כשנאבדו אמנם ידעת הטור בסי' רס"ב צריך לידע בבירור שהבעלים נתוודעו מזה ואם מצא פירות מפוזרות במקום הגרנות שדשו שם התבואה אע"פ שניכר שאין זה דרך אבידה מ"מ אם הם כשיעור שיתבאר שהטירחא מרובה על שווי הפירות יכול המוצא ליטלם דאמרינן שהבעלים הניחום בהפקר ולא חששו לקטן וחו"ל נתנו השיעור [רס"ב] שאם היו מפוזרים קב פירות במשך ד' אמות על ד"א או ביותר הרי אלו שלו מפני שאין כראי להבעלים למפל באמיפתן ואם היה בפחות משיעור זה לא יגע בהן דשמא הבעלים הניחום לבא וליטלן דאין הטירחא מרובה כל כך וכ"ש ביותר

מקב במשך הזה ואם היה מפזר חצי קב בב' אמות אסתפק לחוו"ל דשמא כיון שאין המירחא מרובה לא הפקירם או אפשר דנגד חצי קב הוי מירחא מרובה והפקירן וכן אסתפקו בשני קבים בשמונה אמות דשמא כיון שהשווי הרבה לא מייאש או כיון דהמירחא מרובה מאד מתייאש וכן נסתפקו בקב תמרים ורמונים בר' אמות דשמא כיון דנוחים ללקטן אינו מפקירן וכן נסתפקו בקב שומשמין בר' אמות דשמא אע"ג שהמירחא מרובה מאד מ"מ כיון דשווים הרבה לא הפקירם ולדעת הרמב"ם ז"ל נסתפקו נ"ב כשהיה הקב בר' אמות משני מינים או יותר אינו מפקירם אף במירחא מרובה ובכל אלו הוי ספיקא דדינא ואסור ליטלן והרמב"ם כתב דאם נשלן אינו חייב להכריז דכן דעתו בכל ספיקא דדינא [הגר"מ] והרא"ש חולק עליו [מר"ן כלריס ז]:

יז מצא יונים קטנים שאין יכולין לפרוח עדיין שמדרין בהילוכם אם מצאן קרוב לשובך בתוך חמשים אמה הרי הם של בעל השובך דכך אומרו חו"ל דכל המדרית אינה מדרית יותר מני' אמה מהשובך ואין להסתפק בשל אחר ולכן לא אזלינן בהר רובא דעלמא ונם אין להסתפק שמא מעוברי דרכים נפלו דאין דרך להולך בדרך יונים [מ"ז] ואם נמצאו חוץ לחמשים אמה הרי הם של המוצא דבודאי מעוברי דרכים נפלו ומסי שנפל הוא מתייאש דאין בהן סימן ואין בזה לחשוש משום יאוש שלא מדעת דמסתמא נהודע מיד [סמ"ע] ואם נמצאו בשביל שסביבו כרמים או ננות ופרדסות אפילו חוץ לחמשים אמה הרי הן של בעל השובך שע"י הכרמים דרכן לנדד נם חוץ לחמשים אמה מפני שמלקטות הפרחים ואין לומר דא"כ ניזל בתר רובא דעלמא ונאמר שיש משובכין הרחוקים דקים להו לחו"ל דיונים קטנים המתרחקין משובביהן אם אינם רואין את השובך בשמחזירן פניהם לא יתרחקו כל כך וכיון שהכרמים מפסיקין ביניהם לבין שובכין דעלמא אין לתלות בהן [כ"כ כ"ד] ואם נמצאו בין שני שובכין הרי הן של השובך הקרוב ואם נמצאו שוות להשני שובכות יחלוקו בר"א כשהיו יוני שתי השובכות שוות במנין אבל אם באחד נמצאים יונים יותר מבהשני הלך אחר הרוב אע"פ שזוא רחוק מהשני דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב אף בקרובא דמוכח [זמן סימן רס"י ומוס' ומגו"ע כסי גילסמס כב"ב כג: כיון דתנדי לח מלי וס"]:

יח אבל י"א שאם נמצאו בדרך בכל ענין הוא של המוצא דאולינן בתר רובא דעלמא ותלינן שמעוברי דרכים נפלו רק אם נמצאו במקום שאין דרך לדברים כמו שביל של כרמים וכיוצא בזה אם נמצאו בתוך חמשים אמה לשובך ודאי דמשובך זה הן וחוץ לנ' אמה הרי הן של המוצא דהא יצאו מגדרן ואולינן בתר רובא דעלמא ואם נמצאו בין שתי שובכות ובשניהם הוך נ' אמה הולכין אחר הקרוב ואם באחד יותר יונים הולכין אחר הרוב [עמק"י סס וזמו סימס סידומלמי וכן כוונת כרמב"ס ומתורן קוסים סב"י וסס"ז וכגמ' סניסמס סב"ג בשביל שלכרמים

ולא יותר וספי' דבשביל שלכרמים אין רגיל טוכלין שם ומוצ מספיקולים סקולמים וחזק]:

יט וכל זה הוא ביונים קטנים שאין פורחין עדיין אבל בפורחין הן של המוצא בכל ענין דתלינן בחזא דעלמא שבאו ממקומות אחרים וחזקה שנתראין כעין אבידה אבל לחטוף יונים מהשדה הוי גזל נמור דהרי דרכן של היונים לפרוח ולשוב לשובביהן ובסי' רנ"ם נתבאר לענין אווזין ותרנגולין שמרדו ועמ"ש בסי' ש"ע סעיף ב':

כ המוצא דבר במקום המשתמר כגון קרדום או בגד בצד נדר או בצד בנין שדרך הבעלי סלאכה להניחם שם בין אם ידוע להמוצא שהבעלים הניחום שם ובין שספק אצלו לא ינע בו אפילו יש בזה סימן וכ"ש אם אין סימן שאין זה אבידה שמתחייב בהשבתה חדאי הניחום שם מרעת אע"פ שהוא אינו יודע אם הניחום מדעת אם לאו [זקו כוונת סמור וסרמ"ם ומ"ם קוסים סמ"ד סק"ל] ואם נשלן להוליכן לביתו וא הולך עדיין יחזירן למקומן דכיון שאין זה אבידה לא נתחייב בשמירה בהגבהתן אבל אם הוליכו לביתו לא יחזירן למקומן דשמא בעוד שהלך מבאן באו הבעלים ולא מצאום ונעשה אצלם כאבידה ולכן יכריז ויתנו הבעלים סימן ויטלום ואם אין סימן לא בהחפץ ולא בהמקום יהא מונח אצלו עד שיתברר של מי הם ואם הניח שם אדם בעוד שהלך וראה שלא באו הבעלים יכול להחזירן למקומן [ם"ז]:

כא ואם מצא במקום שאין משתמר כלל אפילו אם ידוע לו שמדעת הונח שם אם אין בהם סימן הרי הן של המוצא כגון כריכות קמנות של תבואה ברה"ר שאין בהן סימן לפי שמתגלגלין ברגלי בני אדם ובודאי מתחלה הניחום הבעלים לומן מועט להקל המשא וא"כ שבחום ונתייאשו כיון שאין סימן לא בהחפץ ולא בהמקום ואם יש בהן סימן נוטל ומכריז ובמקום שמשתמר קצת כגון שבילין שבשדות בין אם ידוע להמוצא שהבעלים הניחום שם ובין שהוא ספק אצלו אם יש סימן בהחפץ או בהמקום נוטל ומכריז דבין שאינו נשמר שם כמוב נוח יותר להבעלים שימלם המוצא ויכריז משיניחן שם ויבא ננב וימלם לנמרי ואם אין בזה סימן לא ימלם דאם ימול לא ידע למי יחזיר ומוב יותר להניחן שם ויבואו הבעלים וימלום אם לא יננבום ואם נשלן בידו אע"פ שלא הלך עדיין מהמקום אסור לו להחזירן למקום שלקחן כיון שאין המקום משתמר כמוב וכשיחזירן הוא כמאבד בידים ולכן יהא מונח עד שיתברר של מי הוא וימסור לו וכך אמרו חו"ל [ב"מ כס:] כל ספק הנוח לכתחלה לא ימול ואם נשל לא יחזיר דנתחייב בהשבתן ובסעיף כ"ב יתבאר דיש חולקין בזה ומה שחזו"ל אמרו לא יחזיר זהו כשהוליכן לביתו:

כב כל מה שבארנו בשני הסעיפים אם דעת רוב רבותינו וכן פסק רבינו הרמ"א דיש נ' חלוקים בדבר וכמו שבארנו והרמב"ם וי"ל בפמ"ז מנוילה כתב כל המוצא

אבידה בין שיש בה סימן בין שאין בה סימן אם מצאה דרך הנחה אסור ליגע בה שמא בעליו הניחוה שם עד שיחזורו לה ואם יבא ליטלה יהיה דבר שאין בו סימן תרי איבד סמוך חבירו שהרי אין לו בה סימן להחזיר בו ואם היה דבר שיש בו סימן הרי השריחן לרדוף אחריה וליתן סימניה לפיכך אסור לו שיגע בה עד שימצאנה דרך נפילה אפילו נסתפק לו הדבר ולא ידע אם דבר זה אבוד או מונח ה"ז לא יגע בו ואם עבר ונטלו אסור לו להחזירו לשם ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו וכל דבר שיש בו סימן בין בספק הנחה בין בדרך נפילה בין ברה"י בין ברה"ר חייב להכריז כיצד דרך הנחה מצא חמור או פרה רועים בדרך ביום וכו' או מצא טלית או קרדום בצד הגדר ה"ז לא יגע בהם ובסרטיא גוטל ומכריז וכן כל כיוצא בזה מצא גוזלות מקושרות בכנפיהן ומדדין אחר הגדר או אחר הגפה או בשבילין שבשדות ה"ז לא יגע בהן שמא בעליהם הניחום שם ואם נטלם הרי אלו שלו ואם היו קשורים קשר שהוא סימן חייב להכריז וכן אם מצאום קבועים במקומם חייב להכריז שהמקום סימן עכ"ל והעתיקו רבינו הב"י בש"ע וס"ל להרמב"ם דזה שאמרו חז"ל בספק הנוח דאם נטל לא יחזיר דאם הוא דבר שאין בו סימן זכה בו דמיצא ואף שאפשר שהבעלים לא נתייאשו עדיין והוי יאוש שלא מדעת והו כשנתברר של מי הוא האבידה דאז צריך להחזיר אח"כ אבל כל זמן שלא נתברר יכול לעשות בה כרצונו [ז"ך] וגם ס"ל דאפילו בדבר שיש בו סימן ובספק הנוח לא ישול וגם ס"ל דבספק הנוח אפילו בדבר שיש בו סימן לא ימול לכתחלה והעיקר לדינא כדעה ראשונה רק די"א שאפילו לדעה ראשונה בספק הנוח כשנטלו בידו ולא הוליכו לביתו עדיין יכול להחזירה למקומה דמ"מ אם הבעלים הניחום לדעת והוא מקום המשתמר למה לא יחזיר למקום המשתמר ואם היא אבידה כיון שאין בזה סימן הרי היא שלו מדינא ולמה לא יכול להחזירה [ז"ך] ויש מי שאומר דגם הרמב"ם אינו חולק בכל מה שנתבאר רק בהנחה עד שיתברר ואיהו ס"ל דיוטלנה לעצמו [עט"ז וכ"מ] :

כג מצא באשפה כלי מכוסה הרי זה לא יגע בו דאמרינן דמדעת הטמינום הבעלים שם בד"א באשפה שאינה עשויה לפנות כלל אבל אם מתחלה עשאוה לפנותה הממטין בה דבר הוי אבידה מדעת והרי היא של מוצאה ויראה לי דאם יש לחשוש שננובה היא והגנב הטמין בה צריך להכריז דיאוש לחודיה אינו קונה בגנבה כמ"ש בם מן שנ"ג וכן אם היא אשפה שאינה עשויה לפנות ואח"כ נמלכו עליה לפנותה אע"פ שמצאה מכוסה נוטל ומכריז דיכול להיות דהסמטין אינו יודע שנמלכו לפנותה ומ"מ אם שהחיוב חל על המוצא להחזיר לו וכן אם היו כלים קטנים כגון סכין ושפוד וביוצא בהן נוטל ומכריז בכל ענין מפני שאפשר שבכיבוד הבית השליכום שם והוא אבידה ככל האבידות :

סימן רסא [דין המוצא במקום שניכר שאינה אבידה ולהכיר אבידה וכו' ד' סעיפים]:

א כבר נתבאר דכל דבר שניכר שאינה אבידה כמו קרדום או בגד בצד גדר אין ליגע בה וכן אם מצא חמור או פרה או סוס רועים בדרך ביום אין זה אבידה אפילו כמה ימים זה אחר זה שדרך בני אדם להניח בהמותיהן לרעות בדרך ובלילה או אם ריאה חמור וכליו הפוכין או שרואה סוס עם עגלה רץ בלא אדם ניכר שהיא אבידה ואם ראה רועים השכם בבוקר ובפנות היום לערב אם ראה אותם שלשה ימים רצופים ניכר שהיא אבידה ונוטל ומכריז ובמדינתנו מניחים הסוסים והבהמות בהכפרים לרעות כל הלילה על השדות בקיץ מחוץ לכפר ולכן אסור ליגע בהן כללו של דבר שדבר זה תלוי לפי ראות עיני המוצא ולפי מנהג המדינה :

ב אמרו חז"ל [ב"מ לח:] דכשראה פרה רצה בדרך אם פניה כלפי העיר אין זה אבידה ואם פניה כלפי השדה ה"ז אבידה ואם מצאה רועה בין הכרמים חייב להחזיר ואע"פ שהיא לא האבד אבל הרי מפסדת הכרם וחייב באבידת קרקע כמ"ש בסי' רנ"ט וכן אם רואה בהמה ועז וסוס בגינת חבירו חייב להיציאה משם משום אבידת קרקע ופשיטא שאם היא בגינת אנס שיש חשש שיהרגנה בשיראנה האנס בגינתו ולכן אם יודע שכשיוציאנה תשוב בעצמה להבעלים א"צ רק להוציאה מהגינה ואם יודע שבעצמה לא תשוב להבעלים אם יודע של מי היא מוליכה לבית הבעלים אם אין לו העדר הכבוד בכך ואם לאו נוטל ומכריז וכן במקום שפורעין קנס מבהמות הנמצאות רועות בשדה אחר חייב להוציאה ולהציל ממון הבעלים ואם אינו לפי כבודו והוא שגם בהמת עצמו לא היה מוליכה פמור כמ"ש בסי' רס"ג :

ג מצא פרה עומדת חוץ לתחום וניכר שתועה היא ויכול להיות שתברח מהבעלים חייב להחזירה ואם היתה רועה בעשבים לא יגע בה שאין זו אבידה וכן אם מצאה עומדת ברפת אף שאינה משתמרת ברפת כזו מ"מ אם הרפת אינה מתעית את הבהמה שתברח סמנה כגון שאין לה פתחים מארבע רוחותיה אין זו אבידה ויבואו הבעלים ויטלוה וי"א שאם הרפת חוץ לתחום חייב להחזירה וכתב רבינו הרמ"א דהכל לפי הענין ואין כאן מחלוקת כלל וגם הדעה הראשונה מודה שאם נראה לפי הענין שאינה משומרת שתברח או יגנבוה שחייב להחזיר :

ד המאבד ממונו וחפציו לדעת אין נוקקין לו להשיבו כיון שהוא עצמו אינו חס על ממונו כיצד ראה שאחד הניח פרתו או סוסו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך

והלך לו או השליך כיסו ברחוב והלך לו ה"ז מאבד ממון לדעת ואף שאסור להתראה ליתלן דהא לא הפקיר אותן אלא שלא שמרן כראוי מ"מ להחזירן נ"כ אינו זקוק שנאמר אשר תאבד פרט למאבד וי"א דרפת כזו לא מקרי אבידה מדעת שהרי הרבה אנשים עושים כן ולכן אם יש חשש שתאבד חייב להחזירה ובמקום שיש אבידה גמורה מדעת כמו המשליך כיסו לרה"ר י"א דהוי הפקר וכל הקודם זכה דבודאי הפקירן בלבו והפקר בלב הוי הפקר [ס"ך] ועמ"ש בסימן רע"ג אבל במה שלא חשש לשמור כראוי בגון שמסר מעות או חפצים לקטנים וכה"ג או שהעמיד בהמותיו במקום שאינו משתמר כלל נהי דאין המוצא חייב בהשבתן מ"מ אין זה הפקר וארבא אם נטלן לידו מחוייב בשמירתן כמ"ש בסי' קפ"ח [ולפמ"ש מתורץ מה שסקטו מג"כ פה"ו]:

סימן רסב [איזה אבידה חייב להכריז ואיזה של מציאו ובו כ"ה סעיפים]:

א כל אבידה שאינה שוה פרוטה בשעת אבידה ובשעת מציאה אינו חייב להכריז עליה אפילו היתה ש"פ בשעת אבידה והוזלה או שלא היתה ש"פ בשעת אבידה והוקרה אינו חייב שנאמר אשר תאבד ממנו ומצאתה והצריכה תורה שיהיה עליה שם אבידה בשעת אבידה ובשעת מציאה אבל אם היתה ש"פ בשעת אבידה ובשעת מציאה אפילו הוזלה בינתים חייב ובן אם הוזלה קודם הכרזה חייב להכריז דכיון דבשעת מציאה חל עליו החיוב לא פקע אח"כ אף שהוזלה:

ב אפילו אבידה ששוה יותר מפרוטה אם היא של שותפים הרבה שאין מגיע לכל אחד ש"פ אינו חייב להחזירה בד"א כשידוע לו שהם שותפים בהאבידה אבל בסתם שראה חפץ או מטבע שנפל מבני אדם שהלכו ביחד לא יתלה לומר שהם שותפים ויש בזה פרטי דינים כמו שיתבאר לפנינו בס"ד:

ג הרואה שנים שהלכו ביחד ונפל מאחד מהם חפץ אפי' דבר שאין בו סימן חייב להחזיר מפני שהאובד אינו מתייאש לעולם מפני שאומר הרי לא היה עמדי אלא זה שהלך עמי וראי נפלה ואף שאינו מודה אך היום או מחר אתפוש משלו כנגד האבידה ואינו מתייאש לעולם אפילו ברבר שאין בו סימן ואף אם נתייאש אח"כ הרי בא לידו קודם יאוש והוי יאוש שלם"ד אבל שלשה שהלכו ביחד ונפל חפץ מאחד מהם אפילו דבר שיש בו סימן אם מצאה אחר שנתוודע האובד שנאבד ממנו הרי זה שלו דודאי התייאש מפני שאומר הרי זה וראי שאחד מהשנים שהלכו עמי לקחוה והרי בקשתי מהם ולא השיבוה לי ולתבוע מהם בחוזק יד אין ביכלתי מפני שכל אחד ידחה עצמו על חבירו ולכן גם לתפוס מהם אינו רשאי ומתייאש מיד בשיוודע מאבידתו:

ד וזה שאמרנו שבשלשה אינו חייב להחזיר וזהו כשידוע להמוצא שאינם שותפים אבל אם אין ידוע לו חיישינן שמא שותפים הם ואין שותף חושד את חבירו ואף כשנודע לו שאבד ובקש מהם ואמרו שלא מצאו אינו מתייאש באמרו שהם רוצים לצערו לומן מועט וישיבו לו האבידה לפיכך ראה שנפל סלע או חפץ משנים חייב להחזיר וכן בשלשה כשאין ידוע לו שאינם שותפים ולכן אם ראה ממי נפל יחזירנה לו ואם לא ראה ממי מהם נפל אם יש בזה סימן יכריז ביניהם ואם אין בזה סימן יהא בידו עד שיבא אליהו או יתברר ע"פ הודאתם של מי הוא ואמרו חז"ל [ב"מ כו:] דבשלשה כשאין ידוע לו שאינם שותפים אפילו החפץ אינו שוה רק שתי פרוטות חייב להחזיר אף שאין בו ש"פ לכל אחד משום דחיישינן שמא הם שותפים בזה וכיון דאין לכל אחד מהם פרוטה מחל אחד מהם חלקו לחבירו והרי יש בו שתי פרוטות לשנים ואם אח"כ נודע שלא מחכו אחד לחבידו הרי הוא של המוצא ואע"ג דבא לידו קודם שנורע לו מזה אין זה כיאוש שלם"ד דבזה אין תלוי בידיעתו כיון שאין בו ש"פ לכ"א אבל אם היה שוה פחות משתי פרוטות הוה תמיד של המוצא ולא חיישינן שמא מחלו שנים לאחד דאין דרך ששנים ימחלו לאחד ונם אין חוששין שמא שנים מהם שותפים ואחד מהם מחל חלקו להשני דנ' שהולבין אין לנו לחשוש רק או שכולם שותפים או שאינם שותפים כלל [מס נתום"] ובשנים אפילו אין בו רק שוה פרוטה חייב להחזיר:

ה י"א דזה שנתבאר בראה שנפל משנים רחייב להחזיר מפני שחושר את חבירו שלקחה ואינו מתייאש זהו דוקא כשראה המוצא ששניהם חפשו אחר האבידה אבל בלא זה אינו חושר שחבירו לקחה ומבור שאחר מצאה ולכן אם אין בזה סימן ה"ז להמוצא אם מצאה אחר שנתוודע לבעל האבידה שנאבד ממנו או שהיו מעות שדרך למשמש בכיסו בכל שעה כמו שיתבאר וכן מ"ש דבשלשה חיישינן שהם שותפים וזהו כשראה שכולם חפשוה דיש קצת ראיה לזה אבל בלא"ה לא חיישינן [פוסק ס"ס ורי"ו ועמ"ך וכ"מ ול"ע לדינא]:

ו מצא דבר שנתייאשו הבעלים ממנו כגון שאמרו ו לחסרון כיס אפילו יש בו סימן הרי הוא של מוצאו כשבא לידו אחר יאוש וכן המוצא דבר שמוכיח שיש זמן רב שנאבד מבעליו ונמצא במקום שאינו משתמר ודאי נתייאשו הבעלים והרי הוא של המוצא אפילו יש סימן בגופו או במקומו וזה שאמרנו דכשאמר ו לחסרון כיס הוי יאוש אין זה אלא באבידה וכיוצא בזה דגם מן הסתם יש לומר דאתייאש אבל מי שיש לו חוב שקשה לגבותו אף שאמר ו לחסרון כיס אין זה יאוש דמספק אמר כך ולא שמתייאש בבירור וכמ"ש בר"ם צ"ח ע"ש מיהו מחוב שהיאוש

שהיאוש הוא גם מן הסתם כמו אנם שהיה חייב לישראל ומת ונתייאש שאמר ו לחסרון כיס הוי יאוש ואע"פ שבמשך הזמן נתגלגל הדבר שביכלתו לגבות הוי יאוש [ומ"ם מ"ם בסי' קס"ג סעי' י"ב] :

ז כבר נהבאר דאבידה שבא ליד המוצא קודם יאוש צריך להחזירה אף כשנתייאש אח"כ דקי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ויש בזה שאלה כיון דיאוש הוי כהפקר למה לא יקנה המוצא אף כשהוא בירו והרי זוכה מן ההפקר ומזה דקדקו רבותינו דיאוש אינו כהפקר גמור [מוס' ב"ק סו:] ובודאי כן הוא דהפקר מפקיר האדם את הדבר מדעתו ומרצונו ואינו יכול להפקיר רק דבר שברשות אבל דבר שאינו ברשותו לא יחול ההפקר ויאוש הוא להיפך שמפני האונס הוא מסתלק מדבר שאינו ברשותו ובירושלמי למדו דיאוש קונה מדכתיב אשר תאבד ממנו דדוקא שרק ממנו אבוד וביד אתר נמצאת חייב להחזיר אבל יאוש בעלים שאבוד ממנו מפני היאוש וגם אבוד מכל אדם שעדיין לא בא ליד המוצא ה"ז של המוצא וממילא מבואר מזה דכשבא ליד המוצא לפני יאוש לא קנה דהא בעת שהיא אבודה ממנו אינה אבודה מיד כל אדם ומ"ש אינו אבוד ומצוי כלומר אינו אבוד ואינו מצוי [זהו סי' הירושלמי פ"ב דב"מ וזהו כוונת רס"ג ב"ק ס"ו ד"ה מונח לגיזד וב"מ כ"ב:]

ח ויש מהגדולים שאמרו דכיון דיאוש לא דמי להפקר אין האבידה יוצא מרשות הבעלים עד שבאה ליד המוצא ואע"ג דבהפקר מיד כשהפקירה יוצאה מרשותו ואם רצונו לזכות בהפקרו קודם שאחר זכה בו צריך לעשות מעשה לקנותה ובראייה בעלמא לא יקנה אבל ביאוש אע"פ שאמר ו לחסרון כיס אינה יוצאה מרשותו עד שבאה ליד המוצא ואם הבעלים ראו את האבידה אחר היאוש רק קודם שבאה ליד הכוצא וזה בה בראייתו בלבד ודברי טעם הן דכיון דיאוש הוא ע"י אונס כיון שעבר האונס אחרי שראה חפצו עבר היאוש ועוד י"ל דיאוש הוי כעין סילוק ומחילה לכל מי שימצא וכשמצא אח"כ נהגלה שהיתה מחילה במעות [ורמ"י מ"ם בגמ' סס ימתי] לאו בני מחילה ומנ"ם וקס"ח סי' מ"ו] :

ט וכפי שנתבאר הוי דין יאוש דאבידה ביאוש דגנבה דכשם שבגנבה צריך יאוש ושינוי רשות אחר היאוש כמ"ש בסי' שנ"ג כמו כן באבידה אינו קונה רק ביאוש ושאח"כ בא ליד המוצא ואפילו להסוברים שם דשינוי רשות מהני גם קודם היאוש זהו מפני שהקונה קנאה כשלא היה החפץ ברשות הבעלים אלא ברשות הגנב משא"כ האבידה כשלא באה עדיין לרשותו של מוצא עדיין היא ברשות הבעלים וכשמצאה קודם יאוש הוי כשומר עליה כמ"ש בר"ס רנ"ט ובגנב לא שייך זה דהרי כוונתו לגנוב ולא לשמור :

י אין המוצא מציאה חייב להבריז אלא בדבר שיש בו סימן בגוף האבידה או אפילו אין סימן בגופו אלא במנינו או בקשריו או במדתו או במשקלו או אפילו אין בה אחד מכל אלו רק שיש סימן בהמקום שנמצא בו האבידה כגון שניבר שהונח שם בכוונה ואח"כ שכחוה והמוצא יכריז מצאתי אבידה פלונית והבעלים יתנו סימן במקום פלוני מצאת וזה שנתבאר בסי' ר"ס דוקאי הונח לא יגע בו זהו כשהמקום משתמר קצת אבל במקום שאינו משתמר כלל נוטל ומכריז ואם אין בזה שום סימן אפילו במקומו בגון שניבר שהיה דרך נפילה אם הוא דבר שיש לתלות שהבעלים הרגישו בו מיד כשנפל ממנו כגון שמחמת כובדו הרגיש בודאי או מחמת חשיבותו ה"ז של המוצא שדרי נתייאש מיד כשירד שנפל כיון שאין בו סימן ובא לידו בהיתר ואם אין בזה פרטים אלו צריך להחזיר אע"פ שנתייאשו אח"כ כיון שבא לידו קודם יאוש וזהו שקראו חז"ל יאוש שלא מדעת ור"ל דאם האובד ה"ה יודע מהאבידה היה מתייאש רק כיון דלא ידע עדיין שאבד לא שייך לומר שנתייאש :

יא לפיכך אמרו חז"ל דהמוצא מעות מפוזרות או עינולי דבילה והם תאנים שנדרסו יחד שעושים אותם עינולים או כברות של נחתום שבולן שוות ואין בהן סימן או מחרוזות של דגים שאין בהן סימן לא בקשרם ולא במנינם שבולם חורזין כן או חתיכות של בשר שאין בהם סימן כגון במקום שכל החתיכות שוות במשקלן כמ"ש בסעיף כ"א וכן לשונות של ארגמן והוא צמר סרוק ומשוך כעין לשון וצבוע ארגמן או גיזי צמר שאינם צבועים וכן אניצי פשתן והוא פשתן לאחר שסורקין אותו קושרין אותו ובולם קושרים בשוה ואין בהם סימן וכיוצא בזה משארי דברים שאין בהם סימן הרי אלו של המוצא שבכל אלו מסתמא הרגישו הבעלים בנפילתם קודם שמצאן זה או מצד חשיבותן כמו מעות דאדם ממשמש בכיסו בכל שעה או מחמת כובדן כמו אניצי פשתן וכל אלו הדברים אין דרך להניחן ובודאי דרך נפילה באו שמה וכיון שאין בהן סימן מסתמא מתייאשים הבעלים אבל המוצא כברות של בעה"ב או גיזי צמר הצבועים או חתיכות בשר ודגים אם יש בהן סימן כגון שנחתך שלא כמו שבולם חותכים וכן כל דבר שיש בו סימן חייב להכריז :

יב מצא פירות מפוזרים אם ניכר שהניחם שם לא יגע בהם ואם ניכר שהוא דרך נפילה הרי הם שלו דמסתמא נתוודעו הבעלים מיד מזה ונתייאשו מישם דהוא דבר מאכל והם כמעות שממשמש בהם בכל שעה וי"א דדוקא אם יודע המוצא שנתייאשו הבעלים אבל במתם לא אמרינן שנתוודע ונתייאש דלא דמי למעות [טור] וכמ"ש בסי' ר"ס סעיף ס"ז ושם נתבאר אם מצאם במקום הגורן ע"ש :

יג מצא בריכות קטנות של שבלים במקום שבני אדם הולכין דרך שם כמו רה"ר וסימטא ושדה שאינן זרועות הרי אלו שלו מפני שאין בהן סימן דכולן שוות וגם מצד המקום אין בהן סימן מפני שמתגלגלין ברגלי אדם וברגלי בהמה ואינה נמצאת במקום שנפלה תחלה ובעל

ובעל האבידה נתוודע מזה מיד ואם מצאם ברה"י או בשדה ורוצ שאינה דרך לרבים אם מצאם דרך נפילה כגון שהן מפוזרין הרי אלו שלו ואם מצאן דרך הנחה חייב להבריז שאע"פ שאין בהם סימן המקום הוי סימן אבל אם מצאן אלומות שהן כריכות גדולות בין ברה"ר בין ברה"י נוטל ומבריז דאין נזוזין ממקומן בהליכת רגלי בני אדם ויש בזה סימן מקום ודע דמקום אינו סימן במקום שדרך בני אדם ליתן שם חפצים כאלו כמו חביות בשפת הנהר אינו סימן שהכל פורקין שם משאם וכן כל כיוצא בזה וע' בסעיף ט"ו :

יד כתב המור המוצא חבית של שמן ויין וגרוגרות ותבואה קודם שיפתחנו הארצתה חייב להבריז מפני שיש סימן ברשיטתן אבל לאחר שנפתחנו הארצות אין בהם סימן ואינו חייב להבריז ועוד אפילו אם יתן בהם סימן אינו מעיל שמא מכרו והוא מכיר הסימן שבו עכ"ל דכל דבר העומד למכירה חיישינן שמכרה כמו מטבע העומדת להוצאה ועמ"ש בסעיף י"ז וכתב עוד דזוקא במלאים שכל מדתם שוות אבל אם הם חמירות יש בהם סימן במדה שבהן עכ"ל ובן כל כיוצא בזה :

טו המוצא צבורי פירות או פירות בכלי או כלי כמות שהוא חייב להבריז דיש סימן בכלי ובפירות אם הם הרבה צבורים הוה המנין סימן ואם הוא צבור אחד הוי המקום סימן [נמ"] והפירות אין דרך בני אדם לדרום עליהן ולנלגן ממקום למקום וכן אף דברים שדרכן לדרום עליהן ולנלגן כמו כריכות קטנות שאין בהם סימן מקום כמ"ש בסעיף י"ג אם יש בהבריכות עצמן סימן אפילו מצאן ברה"ר חייב להבריז ולא חיישינן כיון שדרכן לדרום עליהן נדרם הסימן והבעלים מתייאשים מזה דקי"ל סימן העשוי לידרם הוי סימן [נמ"] וכן כל כיוצא בזה :

טז המטבע אין בה סימן דכולם נעשים בתמונה אחת ולאלפים יש כזו המצאת ואפילו אמר רשומה היא בחותם מלך פלוני ואפילו אמר שמי כתוב עליה מ"מ אין מחזירין לו מפני שלהוצאה עומדת ושמא הוציאה ומאחר נפלה וי"א דסרק במטבע הוי סימן דבסימן כזה הרי היא כשאר כל הכלים ואינו חכמה לשמו כתוב עליה דלא הוי סימן דכשכתב שמו על מטבעותיו מסתמא על כל המטבעות הנמצאים אצלו כתב שמו ולכן אין זה סימן אבל סדק אין בכל המטבעות ולא חיישינן שמא הוציאה ומאחר נפלה והוא בא לרמות דהרי מבירין את האיש שאינו רמאי ואם אין מכירין אותו צריך באמת להביא ראיה שאינו רמאי כמו שיתבאר בסי' רס"ז ולכן לא חיישינן בכל אבידה שמא מכרה ויודע סימניה ומאחר נפל ולדעה זו גם בשטרות המלוכה שכולם עשוין בתמונה אחת אם נתן סימן שיש עליה חתך במקום פלוני או איזה סימן אחר שאין בכל המין כיוצא בזה וכ"ש אם נותן סימן ברושם המספר שלה הוי סימן [כנ"ל לפי דמס ז] :

יז אבל מלשון המור שהבאנו בסעיף י"ד משמע להדיא דכל דבר העשוי למכירה ולהוצאה אין הסימן כלום אפילו הסימן הוא רק על מציאה זו משום דחשורינן ליה שמכרה ויודע סימניה והוא מכיר הסימן שבו ואע"ג דלא חיישינן לרמאי מ"מ בדבר העומד למכירה או להוצאה חיישינן ובכל האבידות לא חיישינן משום דאין עיקר למכירה ולמה לנו לחשוש באדם שאינו מוחזק לרמאי אבל חביות יין העשויין למכירה ומטבעות העשויות להוצאה ובכל עת נמסרים סיר ליד חיישינן לרמאות ולפ"ז אין במטבע שום סימן וכן משמע מלשון הרמב"ם פי"ד מגזילה דין י' שכתב דלכן מתייאש דכיון דעשוי להוצאה אינו סומך על הסימן [וכ"מ מלשון סמ"ק [כ"ה] דילמא לפוקי מפקס וכו'] ויראה לי דאפילו לדעת המור אין זה אלא בסתם בני אדם הגם שאינם מחזקים לרמאים מ"מ גם אינם יודעים לאנשי אמת ומוחזקים בכשרות אבל אם זה האובד מוחזק בכשרות ולאיש אמת גם המור מודה וגם להרמב"ם י"ל כדעה ראשונה [ע"ש בסה"מ שכתב דבדי סרמב"ן וסן דבדי סמקי"ס בפס סר"ן משמע שמודס לזס וזוק] :

יח ואם מצא הרבה מטבעות וניכר שאינן דרך נפילה אלא דרך הנוח מחוייב להבריז דבעל האבידה יכול ליתן סימן בהמנין או בהמקום וי"א דמקום אינו סימן במטבעות מפני שקמנים בכמותם וא"א לכוין המקום [כמ"ם] ואין בזה סימן אלא המנין ומבריז מטבעות מצאתי וזה אומר כמה ונוטל כשמכוין המנין ובשנים אף אם הם דרך הנוח אין המנין סימן דסיעום מטבעות שנים ואם מצאן דרך נפילה הרי אלו שלו וכן אמרו חז"ל דהמוצא מעות מפוזרים הרי אלו שלו ואפילו היה מקצתם זה על גבי זה הרי הם כמפוזרים אבל אם מצא צבור מעות דמונחים כדרך הנחה חייב להבריז ויתן האובד סימן במניינם וכן אם מצא נ' מטבעות זה ע"ג זה ועשוין כמגדל והוא שהתחתון רחב הרבה והאמצעי קצר ממנו והעליון קצר מהאמצעי או שהיו מונחים בסולם דהיינו רובו של אמצעי ע"ג תחתון ורובו של עליון על האמצעי או שהיה אחד מכאן ואחד מכאן ואחד על גביהם באופן שאם יכנים קימם ביניהם ינפלו בבת אחת חייב להבריז ואם היו מונחין בעינול כמבעת או זה אחר זה בשורה שוה או שמונחים כסגול שכל אחד כנגד האויר שבין השנים שכנגדו ה"ז ספק אם זה מקרי דרך הנוח או שמא נם בנפילה יוכלו ליפול בתמונות כאלו וכיון שהוא ספק לא ימול וי"א דספק איסורא לחומרא ויטול ויבריז [סס] ודעת הרמב"ם בנמל נתבאר בסי' ר"ם סעיף ט"ו וי"א דבמונחים כמגדלים יכול ליתן סימן בהנחתם שמונחים כעין זה וכן בכסולם ובאחד מכאן ואחד מכאן ואחד ע"ג [כ"ש ב"מ כ"פ ולפירושו סך מבריז מעין לס קמי למגדלים וזוק] :

יט וכן המוצא מחטין וצנורות וממטרים וכיוצא בהם אם מצאן שמונחים אחת אחת אפילו מצא הרבה הרי אלו שלו דאין בהם סימן אבל מצאן שנים שנים ניכר שזהו דרך הנוח ואם הם שני זוגות וכ"ש יותר חייב להבריז שהמנין הוי סימן וזה יבריז מחטין מצאתי וזה יאמר

יאמר המנין ארבעה או יותר וה"ה אם הונחו רק ג' ביחד הוי סימן דשלשה הוי סימן מנין ולמה לא אמרו חז"ל שלא יגע בהן ובמטבעות כשהן דרך הנוח ובמקום המשתמר יראה לי משום דלגבי דברים קטנים אין שום מקום שיהא משתמר ולכן ישטול ויכריז ואין להקשות לפמ"ש בסעיף י"ג בכריכות קטנות שמתגלגלות ברגלי אדם ובהמה וא"כ גם במטבעות ובמחטין הלא האובד מתייאש מפני שיתגלגלו ברגלים ולא יהא ניכר שזהו דרך הנוח ובגמ' משמע שאפילו מצאם במקום שרבים דורסים שם צריך להכריז די"ל דגלגול ברגלים לא שייך אלא בדבר שגבוה מהקרקע שמעבר רגלי ההולך ולכן מתגלגלים ברגלי ההולכים משא"כ בדברים קטנים כאלו שאין מעכבים רגלי ההולך לא חיישינן לגלגול הרגלים דדורסים עליהם:

ב ראה שנפל מחבירו מטבע בתוך החול או בתוך העפר מותר לקחתו דוראי נתייאש ואפילו ראהו שהביא כברה לבבור החול או העפר לתפשו אין חוששין לו דאמרינן שודאי נתייאש ומה שמבביר את החול והעפר דסבור כשם שממני נפל כך ממתמא גם מאחרים נפל ושמא אמצא דבר מה מיהו אם אומר מיד שאבר אביא כברה ואבברנו אסור ליטלו דחזינן שאינו מתייאש [כ"ל]:

בא אף דברים שאין בגופן סימן אם נמצא באיזה שינוי שע"פ השינוי יש סימן אלא ש"ל שהסימן בא מאליו הוי סימן ויכריז כיצד מצא עיגול של דבילה ובתוכו חרש או ככר ובתוכו מעות וכן כל כיוצא בזה חייב להכריז דסימן שיכול לבא מאליו הוי סימן וי"א דלא הוי סימן דהאובד מתייאש אף שהוא נתן הסימן מפני שסבור שהמוצא יקחנה לעצמו דסבור שבא הסימן מאליו [צמ"ח כ"ג] וכן דברים שאין בהן סימן ונמצאין בעצמותן בשינוי חייב להכריז כיצד מצא חתיכת בשר משונה בחיתוכו או דג נשוך דהנשיכה הוי סימן וכן כל כיוצא באלו הואיל שיש בעצמותן שינוי חייב להכריז דהבעלים עשו ואת לסימן אבל חתיכת בשר שאינו משונה בחיתוכו הרי הוא שלו שאפילו יאמר סימן שהיא מהירך או מהצואר אינו סימן דהרבה יש כיוצא באלו ואם כוון המשקל הוי סימן אם לא במקום שבל החתיכות שוות במשקל [נמ"] ולכן במדינתינו שאין החתיכות שוות במשקל חייב להכריז והאובד יתן סימן בהמשקל:

בב מצא דבר שאין בו סימן מונה בכלי שיש בה סימן כגון כלי ופירות בתוכו או כים ומעות בתוכו מחויר הפירות לפי שנותן סימן בהכלי והמעות בסימני הבים אבל אם אין מונחים בתוכם כגון כלי ולפניו פירות כים ולפניו מעות הפירות והמעות שלו והכלי והבים נוטל ומכריז ואם מראים הדברים שהפירות והכלי של אדם אחד הן חייב להכריז כיצד היה אחורי הכלי לפני הפירות הרי אלו שלו דאם מהכלי נפלו היה פניה לפני הפירות ולכן אם היה פני הכלי לפני הפירות חוששין שמא מן הכלי נשפכו ואם היה אוגנים להכלי אע"פ שפניה כלפי הפירות הרי אלו שלו שאלו נשפכו מהכלי היה קצת מהם נשאר בתוך הכלי דהאוגנים היו מעכבים קצה מהם ולכן אם היה מקצת הפירות בכלי ומקצתם בארץ חייב להכריז וי"א דאם היו פירות שדרכן להשתרק מהכלי בכל ענין הוא של ה:ולכן סימן בהכלי והעיקר שתלוי לפי הענין דיש פירות שמתגלגלין עד לאחורי הכלי כתפוחים וכל מיני פירות עגולים וכן בבים ולפניו מעות אם מראים הדברים שהבים והמעות הם של אחד ומהבים נפלו מי שנותן סימן בהבים יוחזר לו גם המעות:

בג אמרו חז"ל דאם מצא חמור ואוכף עליו מי שנותן סימן בהאוכף מחוירין לו גם החמור ונראה דזהו כשנותן אמתלא על מה שאין לו סימן בהחמור כגון שחרש הוא אצלו וביוצא בזה אבל בלא"ה הלא שקרו מוכח ואם אומר סימנים על החמור ולא נמצאו בו אין מחוירין לו את החמור וכן אם נמצא סום אסור בענלה דמחוירין האחד בסימני השני כשנותן אמתלא למה אינו יודע בסימני השני:

בד הליקח פירות מחבירו או שחבירו שלח לו פירות במתנה ומצא בהם מעות אם צרורים הם במטפחת חייב להכריז שהקשר סימן אם הוא קשר משונה וכן מגין המעות הוי סימן וכן סימני מטפחת הוי סימן דהוי ככים ומעות בתוכו ואם הם מפוזרים אחד אחד בתוך התבואה הרי אלו שלו ודוקא כשהתבואה אינו משל שורות המוכר בעצמו בגון שלקחם מתגר או מבעה"ב שלקחם מהתגר דהתגר בעצמו קונה מכמה בני אדם ולכן מי שהם שלו כבר נתייאש כיון שאין במטבעות סימן אבל אם לקחן מבעה"ב שרש הפירות משדותיו בעצמו או ע"י עבדיו ושפחותיו הבנענים חייב להחזיר דוראי שלו הם ואף אם נפלו מעבדיו ושפחותיו מה שקנה עבד קנה רבו אבל אם דשן ע"י שכירי יום אין לו להחזיר לבעל התבואה דשמא מהשבירים נפלו וכן הדין בתגר עצמו שקנה מבעה"ב פירות ומצא בהם מעות צריך להחזירם לו ודוקא כשלא שהה עדיין בכדי שיוכל לערבן עם פירותיו אבל אם שהה בידו השיעור הזה ואח"כ מצאן הם שלו דוראי הבעלים נתייאשו כששיערו שעירבן עם פירותיו ובאו לידו אחר היאוש ואדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה ושעה ונתוודע מזה וכן אם מצאן אחר ששהה כדי למבור לאחרים הרי הם שלו דמתייאש מפני שסובר שכבר מברם לאחר [ט"ז] וזה תלוי בערך האיש ומטחרו:

בה המוצא כלי מכלים שצורת כולם שוה שעשויים כולם בתמונה אחת אין בהם סימן אם לא שיש בה איזה סימן שלא מפני צורתה וכן חפץ העשוי בבתי מלאכה ונעשים חפצים כאלו לאלפים אין בהן סימן בתמונתן אם לא שיש בה סימן אחר שלא מפני צורתה אמנם אע"פ שאין סימנים לכלים וחפצים אלו מ"מ יש לכל אחר מביעות עין להביר חפצו וכליו וזהו רק בכלי וחפץ שהשתמש בהם הרבה זמן ונשבע עינו לראותם או יש לו בהם טב"ע אבל

אבל כלים וחפצים חדשים שלא שבעהן העין אין בהם מב"ע אמנם על טב"ע אין ליהן נאמנות לכל אדם שאינו משקר כיון שבוה צריך לסמוך רק על נאמנותו ולא על סימן ולפיכך אמרו חז"ל דאין מחזירין אבידה בטב"ע לבד לת"ח שידוע שאינו משנה בדיבורו כלל אלא בדברי שלום או דרך ענוה כגון ששואלים אותו בקי אתה במסכת פלונית ואומר שאינו בקי וכיוצא בזה וכן אם שואלים אותו ישנת על מטה זו והוא משיב לא ישנתי אף ששין עליה מפני שחושש שמא ימצאו בה דבר מגונה ויתגנה וכן אם שואלים אותו אם קבלך בעה"ב בסבר פנים יפות ואינו אומר שקבלו יפה כדי שלא יקפצו עליו בני אדם שאינם מהוגנים וכן כשמקפיד על חלוקו להפכו שלא יתראו התפירות ולת"ח כזה אם אינה כלי חדשה או חפץ חדש אף שאינו יכול ליתן בה סימן ס"ם חייב להראותו לו דאולי יכירנו בטב"ע ואם אומר שלי הוא מחזירין לו וכל ת"ח הוא בחזקת שאינו משנה וזולת בהדברים שכתבנו עד שיביא המוצא ראיה שאינו נזהר מלשקר גם בדברי רשות ודעת הטור הוא דזהו רק כשמצא במקום שמצוים ת"ח כמו בבהכ"נ ובבהמ"ד אבל בלאו הכי אינו חייב להכריז אבל מלשון הרמב"ם משמע דבכל מקום שמצא אם בא הת"ח ואומר שמכירו בטב"ע חייב להחזיר לו ואפשר דגם הטור לא קאמר רק שאינו חייב להכריז אבל אם בא הת"ח ואומר שמכירו בטב"ע חייב להחזיר לו וגם בסמ"ג יש דין ת"ח לזה דלאו בחכמה תליא מילתא אלא ביראת ה' דמי שידוע שהוא י"א וידוע שאינו משקר נאמן ע"פ טב"ע וזה שתלו חז"ל בת"ח השוכן דהעוסק בתורה מסתמא הוא ירא ה' [כ"כ]:

סימן רסג [אם אינו לפי כבודו להשיב אבידה זו וכו' ד' סעיפים]:

א המוצא דבר שמתבייש להחזירו כגון מצא שק או קופה והוא חכם או איש מכובד שאין דרכו ליטול כלים אלו בידיו ולנושאם אינו חייב למפל בהם ומניחו והולך לו וכמבו חז"ל על קרא דותתעלמת מהם שפעמים שאתה מתעלם כגון אם אינו לפי הכבוד של זה המוצא וכתב הרמב"ם ז"ל רצריך לאמוד דעתו אלו היה שלו היה מחזירה לעצמו כך חייב להחזיר של חבירו ואם לא היה מוחל על כבודו כשהיתה שלו ולא היה מטלטלה כך אינו חייב להחזיר בשל חבירו עכ"ל בפי"א מגזילה:

ב אם מצא אבידה מבעלי חיים ואינו לפי כבודו להחזירה לא יגע בה ואם נגע בה והכה אותה במקלו או בידו והזיזה ממקומה כדי להשיבה נתחייב למפל בה ולהחזירה אע"פ שאינו לפי כבודו מפני שהרגילה לזוז ממקומה וחובל לברות עוד להלאה ויגרום יותר היזק אבל באבידה דלאו בע"ח ליח לן בה וי"א דאפילו באבידה דלאו בע"ח כיון שהתחיל במצוה חייב לגומרה [מק"י פ"נ בשם רמ"י וסרמב"ם] ויראה לי דבבע"ח אפילו לא היתה כוונתו להשיבה כיון שהזיזה ממקומו חייב להחזירה ובשארי דברים אינו חייב זולת אם היה דעתו להשבה [מ"ם מס שסקסו מכ"כ פמ' וה"ק] ומעמא רבה איכא בזה דהא התורה לא פטרתו רק מלאו דלא תוכל להתעלם וזה הלאו הוא כשלא התחיל עדיין כמ"ש בר"ם רנ"ם ומשהתחיל בה נתחייב בעשה דהשב תשיבם ומזה לא פטרתו התורה:

ג אם היה דרכו להחזיר כלים כאלו בשדה ולא בעיר אם מצאן בעיר אינו חייב להחזיר ואם מצאן בשדה יש ספק אי אמרינן כיון דאין דרכו בעיר אינו מחוייב כלל או דילמא כיון דבשדה מחוייב להתחיל וכיון שהתחיל בשדה חייב להחזירה לביתו ופסק הרמב"ם שם לחומרא שחייב להחזירה לגמרי וי"א דאינו חייב להתחיל בה [ב"י לסמ"ק] וי"א שחייב להחזירה עד העיר ויניחנה ובזה לא שייך לומר בבע"ח כיון שהרגילה לזוז ממקומה תברח דאדרבא הא הוליכה למקום המשתמרת יותר מבשדה [מ"ם לסרי"ף ולולי דבריו י"ל דלא מיירי סרי"ף בבע"ח וע"ם בנמק"י] והעיקר כדעת הרמב"ם [מגר"ח]:

ד כתב הרמב"ם ז"ל ההולך בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משוה"ד מחזיר את האבידה בכל מקום ואע"פ שאינה לפי כבודו ויש חולקין ואומרין להחזיר כשאינה לפי כבודו מפני שמזלזל בכבוד התורה אינא אם רצה ישלם מביתו וזה לא שייך אלא שהוא ת"ח אבל אם כבודו הוא מפני עושר או ענין אחר מודים להרמב"ם שיכול להחמיר על עצמו [וכן משמע רבינו שם ס' כל שבשלו מחזיר וכו' דבבריית מ"ם לייני רק בכבוד סתורם והוא מוסיף נס שמעי מיני כבוד ומ"ם קושים שכ"י ע"ם]:

סימן רסד [אבידתו קודמת לכל אדם ואבידת אביו ורבו ועוד דינים ובו כ"ב סעיפים]:

א מי שאברה לו אבידה ופגע באבידתו ובאבידת חבירו אם יכול להחזיר את שתיהן חייב להחזיר ואם לאו יחזיר את שלו שאבידתו קודמת אפילו לאבידת אביו ורבו כדדרשינן מאפס בי לא יהיה בך אבינן כאלו אומר הזהר לשמור את שלך כדי שלא תבא לידי ענוית ואפי' חבירו רצונו לשלם לו בעד אבידתו רק שיציל את של חבירו ואפילו חבירו בעצמו אינו יכול להציל מ"ם אינו מחוייב מדינא מפני שיכול לומר רצוני בחפציי [סמ"ע] ומ"ם יש לו לאדם ליכנס לפנים משוה"ד ולא לדקדק ולומר שלי קודם אם לא בהפסד דמוכח ולכן אע"ג שכל אדם יכול למצוא

לכבוש עילה ולומר שאינו מחוייב להשיב במענה שעי"ז יניע לו נזק בעסקיו דלאו דוקא אבידתו קודמת דה"ה איזה הפסד שיניע לו עי"ז פטור מהשבה וביכולת האדם לפטור א"ע מכל טובה לחבירו במענה זו דשלו קודם לא יעשה אדם כן ואמרו רז"ל דאדם המדקדק כן פורק ממנו עול גם"ח וסופו שיצטרך לבריות ודרשו על מקרא זה דלא יהיה בך אבין דכל המקיים בעצמו כך סופו בא לידי כך ואם אבידת חבירו מוכנת להשיב ואבידתו אינה נמצאת לע"ע אלא שאומר אלך ואחפשנה אולי אמצאנה נראה דמרינא חייב להשיב אבידת חבירו וה"ה בכל עניני טובות שביכולת האדם לעשות לחבירו מחוייב לעשות סדינא :

ב פגע באבידת אביו ואבידת רבו אם אביו שקול בחכמה כרבו אבידת אביו קודמת אפילו אם רבו הוא רבו מובהק ואם לאו של רבו קודמת אם הוא רבו מובהק שלמד רוב חכמת התורה ממנו שאביו מביאו לחיי עוה"ז ורבו מביאו לחיי העוה"ב ודוקא כשלמד עמו בחנם אבל אם אביו שילם בעדו שילמוד עמו אביו קודם לכל דבר [סמ"ע] ואפילו אם אחר שילם בעדו שכר לרבו אותו אדם קודם לרבו לאבידה [ס"ך] וכן אביו קודם לרבו אפילו אם נותן השכר אינו אביו דכיון דרבו אינו מלמדו בחנם בטלה מעלתו נגד אביו [ע"ן] ועיין ביו"ד סי' רמ"ב :

ג הניח אבידתו והחזיר אבידת חבירו אין לו אלא שכר הראוי כיצד שטף נהר חמורו וחמור חבירו שזו שוה מנה ושל חבירו מאתים והניח שלו והציל של חבירו אין לו אלא שכר הראוי כפי שאחר היה נוטל בעד טירחה כזו ואע"ג דמחוייב להשיב אבידה בחנם כמו שיתבאר בסי' רס"ה מ"מ הרי נתבאר שם דאם הוא עוסק בטלאכה א"צ להפסיד בשביל האבידה ובבאן הוא מפסיד חמורו ע"י זה ואם תאמר א"כ ימול כל שוויו חמורו דודאי אם בעל האבידה אינו בכאן צריך לשלם לו בעד החמור שלו בשלימות כמ"ש המור וזה שאמרנו דאין לו אלא שכר הראוי זהו בשהבעלים בכאן דה"ל להתנות עמו שישלם לו בעד חמורו ומדלא התנה איהו הוא דאפסיד אנפשיה ואינו משלם לו רק כפי הטירחא שהיה משלם לאחר ועוד דהבעלים יכולים לומר אלו אמרת לי כן הייתי שוכר אדם אחר להצילו ולכן אם באמת אמר להבעלים אציל את שלך ואתה נותן דמי שלי והבעלים הודו לדבריו חייב ליתן לו דמי שלו דאם לא היה רצונם בכך היה להם להגיד לו שלא יתנו לו כן ומדשתקו ממך דעתו וכן אם היו שם ג' אנשים והתנה כן בפניהם נ"ב גובה כל דמי חמורו ואפילו היו הבעלים שם והתנה עם הג' אנשים ג"כ הדין כן [סמ"ע] דאם לא היה רצונו בכך היה לו למחות וי"א דאם הבעלים שם לא מהני תנאי רק עם הבעלים וזה שמהני הנאי בפני ג' אנשים זהו כשאין הבעלים שם ואע"ג דכשאין הבעלים שם נתבאר דא"צ תנאי כלל זהו כשאין שם ג' אנשים אבל כשיש ג' כני אדם שראוים להיות ב"ד אינו נובה בלא תנאי [ע"ז] וכל אלו הדברים הוא מהקנת חכמים [ע' בריף נילקמו ובנמק"י סס"כ דכ"ת] :

ד וכ"ז דדוקא כשיכולים הבעלים להציל ע"י הרחק דבאינם יכולים להציל כלל יכול המציל ליקח כל החמור לעצמו דמהפקירא קא זכי דהוי כמציל מפי הארי והדוב ומזוזו של ים שנתבאר בסי' רנ"ט וכן דוקא שבאם לא היה מצילו היה החזיק ברי אבל אם אין ההיזק ברי אין משלם לו כלל דהוי מבריח ארי מנכסי חבירו דא"צ לשלם [תוס' ב"ק כמ"] מיהו אם הבעלים שם והתנו עמו שישלם לו חייב לשלם אף בלא ברי היזקא [כ"ן] :

ה כשהתנו עם הבעלים או עם ב"ד דצריך לשלם לו כל הפסידו אמרו חז"ל [ב"ק קנז"] דאע"פ שחמורו של המציל עלה מאליו מ"מ זכה במה שהתנה עמו לשלם לו שווי חמורו דמשעה שירד להציל את של חבירו ונתייאש משלו נתחייב לו חבירו כפי התנאי ומה שחמורו עלה משמיא דרחימו עליה והוי כמציאה וכהב רבינו הרמ"א דמ"מ החמור הוא הפקר וכל הקודם בו זכה דהא משעה שהתנה עם חבירו נתייאש משלו ולכן אם קדם אחר וזכה בו זכה ויש חולקין בזה [ס"ך] ולפי מ"ש בסי' רס"ב סעיף ח' דיאוש לא דמי להפקר וביאוש אם ראוה הבעלים אחד היאוש קודם שבא ליד אחר וכה בעצמו יש להשוות שהי הרעות דאם זכה בו אחר קודם שראוהו הבעלים זכה ואם לאו לא זכה וכן פסק אחד מהגדולים :

ו כשהתנה עם הבעלים וא"ל אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי וירד להציל ושרח ולא הציל אין לו אלא שכרו הראוי לו כפי טרחתו דאמרינן דכן היתה הכוונה באם שיטרח ולא יציל לא יתן לו כפי התנאי אבל שכר טרחתו יתן ואם פירש בין שאציל ובין שלא אציל תתן לי דמי שלי תנאו קיים וכן אם פירש אם לא אציל לא תתן לי מאומה תנאו קיים אבל כיון שאמר סתם אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי דיש לפרש דהכי קאמר אטרח בהצלתו ולא ערב לו שיצילו ולפ"ז צריך תמיד לשלם לו דמי חמורו ואפשר לפרש דדוקא כשאציל וכשלא אציל לא תתן לי מאומה ולכן אמרו חז"ל דאמרינן דעתייהו דכוונתם הוא על הצלה סמס ומיהו אם לא יציל ישלם לו בעד טרחתו [ומ"ם בעיא דרב ותשובת רבי בב"ק קנז' וזוק] ואם הצילו מהנהר ומת ביבשה או שאבד קודם שבאו ליד הבעלים ישלם לו חמורו כפי התנאי דהא עשה שליחותו לגמרי [ס"מ סם] :

ז אם לא התנה עם הבעלים אלא ירד מעצמו להציל ולא הציל אין לו כלום כיון שלא הועיל לו מאומה ולא עוד אלא אפילו הצילו ומת או נאבד קודם שבא ליד הבעלים אינו נותן לו כלום דדרי אינו חייב לו רק מפני טובה שעשה לו וכיון שלא הגיע לו הטובה אינו נותן לו כלום [כ"ע] וכן כל טובה שאדם עושה לחבירו בלי בקשת חבירו

חבירו אף שטרח והפסיד עי"ן כיון שלא הגיע המובה לחבירו א"צ ליתן לו כלום אבל אם הגיע לחבירו טובה ע"י פעולתו צריך לשלם לו כפי הראוי לשלם בעד טובה כזו וכ"כ רבינו הרמ"א דכל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה לא יוכל לומר לו בחנם עשית עמדי הואיל ולא ציותיך אלא צריך ליתן לו שכרו עכ"ל ועמ"ש בסי' שע"ה ודוקא כשעושה לו טובה אבל אם הצילו רק מנזק הוי כמבריח ארי ופטור [כה"מ] אם אין הנזק ברי כמ"ש בסעיף ד' :

ח כמו שהרין בירד להציל ולא הציל כמו כן הרין בירד להציל והחמור נצול ועלה מאליו אך י"א דזהו רק לענין אם לא התנה עמו כשעשה מעצמו אע"פ שטרח והפסיד עי"ז מ"מ כיון דהטובה לא הגיע לחבירו על ידו א"צ ליתן לו כלום אבל בהתנה עמו שיציל חמורו וישלם לו דמי חמור שלו וירד להציל והחמור עלה מאליו צריך לשלם לו חמורו כפי התנאי דכיון דהתנה עמו והכלית כוונתו היתה להציל חמורו וזה טרח והחמור נצול אף שלא נצול ע"י טרחתו צריך לשלם כולו [מהרש"ל] ויש חולקין בזה דנם בכה"ג א"צ לשלם לו רק בער שכר טרחתו כיון שהטובה לא הגיע על ידו [מהר"ם פדאווא] וראיה לזה ממה שיתבאר בסי' של"ד בשכר פועלים להביא מים לשדהו וירד מטר בלילה דא"צ ליתן שכרן ודעה ראשונה ס"ל דלא דמי לשם דהא לא התחילו כלל בהטלאכה אבל כיון שהתחיל בהטלאכה אף שהטובה הגיע לו שלא ע"י טרחתו של זה מ"מ חייב ליתן לו שכרו משלם ויש שהבריעו כדעה אחרונה ועמ"ש בסמוך :

ט ממה שנתבאר למדנו בראובן שטרח לעשות טובה לשמעון וגם היה לו הפסד ע"ז ובאה הטובה לשמעון מצד אחר שלא ע"י ראובן אם עשה מעצמו שלא ע"פ בקשת שמעון א"צ שמעון ליתן לו כלום ואם ע"פ בקשת שמעון עשה צריך לשלם לו בער טרחתו ואם הושוה עמו לשלם לו בער טובה זו הרבה יותר משכר הטירחא ובא לו הטובה מצד אחר יש בזה מחלוקת הפוסקים אם צריך לשלם לו כפי ההשוואה או רק שכר טירחא וכבר כתבנו שיש שהבריעו כדעה זו אבל מדברי רבינו הרמ"א נ"ל דס"ל כדעה ראשונה מדכתב בסעיף ד' על לא התנה עמו וכן אם עלה חמורו מאליו אבל אם הציל לא יוכל בעל החמור לומר חמורי היה עולה בלעדי הצלתך אלא חייב ליתן לו שכרו עכ"ל ש"מ דבהתנה עמו גם בכה"ג היה נותן לו שכרו משלם ועמ"ש בסעי' י"א עוד ראיה לזה :

י אם הציל את חמורו שלא ע"פ בקשתו לא יוכל בעל החמור לומר חמורי היה עולה בלעדי הצלתך אלא חייב ליתן לו שכרו כפי הראוי בער טירחא כזו כיון שהחמור היה במקום סכנה והנזק היה כרי כמ"ש בסעיף ד' ומזה למדנו דהעושה טובה לחבירו או שהצילו מנזק ברי אע"פ שהבעלים היו יכולים להציל ע"י הרחק אם היה שם כמ"ש שם אין יכול הנצול לומר גם בלעדיך הייתי נצול או בלעדיך היה מגיע לי טובה זו אלא צריך לשלם לו שכרו הראוי אע"פ שמעצמו עשה לו מיהו אם מבורר לפני ב"ד בדברי מעם איך שהיה מגיע לו הטובה בלעדו או שהיה נצול בלעדו נ"ל דפטור מלשלם לו :

יא כתב רבינו הרמ"א שנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות אם השני יצא מן המאסר בלא השתדלות חבירו אין חייב ליתן לחבירו כלום הואיל שלא התנה עמו עכ"ל ומזה ראיה ג"כ למ"ש בסעיף ט' דס"ל כרעה ראשונה דבהתנה צריך לשלם אפילו בכה"ג [וסנס"ג נדמק לסיעמו ע"ם] :

יב וכתב עוד דאם לא יצא רק ע"י השתדלות האחר לא יוכל לומר לא הייתי צריך להשתדלותך כי ידי תקיפה אע"פ שהאמת אתו מ"מ חייב ליתן לו כפי מה שנהנה לפי ראות ב"ד כנ"ל עכ"ל וז"ל שישומו כמה אדם רוצה ליתן שלא יצטרך להשתמש באלמות [נס"ם] וכתב עוד דאם נראה לב"ד שלא הוצרך להרבות הוצאות בשבילו דאפילו בשבילו לבדו היה צריך לכל הוצאות אלו אינו חייב ליתן לו בלום דזה נהנה וזה אינו חסר עכ"ל ואפילו אם האחר לא היה יכול להנצל בלי הוצאות אלו כיון שהמציל לא ירד בההוצאות ע"ד שניהם אלא על הצלתו לבדו פטור ממעם זה ולכן אם באמת ירד ע"ד שניהם חייב ליתן לו מחצה כיון שלא היה אפשר להנצל בלתי זה [סס] וכתב עוד דלכן יש מי שפסק מי שהציל ספריו וספרי חבירו אם לא הוצרך להרבות הוצאות בשביל חבירו אין חבירו חייב לשלם לו כלום ונ"ל דוקא שירד תחלה להציל שלו אלא שהציל ג"כ של חבירו עמו אבל אם ירד ע"ד שניהם חייב ליתן לו מה שנהנה מאחר שהציל של חבירו ובמ"ש בנ"ל עכ"ל ודוקא שלא היה אפשר להנצל בלא זה במ"ש ולא תקשה לך הלא כתבנו בסעיף י' דאינו יכול לומר חמורי היה עולה בלעדי הצלתך ש"מ דמסתמא אמריגן כן ולמה מצרכינן בכאן לרעת על בירור שלא היה חבירו יכול להנצל בלעדיו ואת שאני התם דהמציל ירד רק להצלת חבירו ובזה צריך הנצול להביא ראיה שהיה נצול בלעדו אבל בכאן שירד גם על הצלת עצמו לכן צריך הוא להביא ראיה [כל"ל בדיעים מלו לדברי סנס"ם סמכמלו וכן מרמם ומוסק לומר דדם ודם מסם סיס ודוק] :

יג אם אחד נתפס ובא אחר ופרעו בממון צריך לשלם לו כרי דמיו ולא יותר ואין זה דומה למבריח ארי דהא הצילו מהפסד ממון כיון שנתפס על עסקי ממון והוי ברי הויקא ואם נתפס על עסקי נפשות אם פרעו אפילו יותר מכרי דמיו צריך לשלם לו [ט"ך] :

יד כמו שהרין בשטף נהר חמורו וחמור חבירו שבסעיף ג' כמו כן הרין בשנים שהיו באים בררך זה בחבית יין ווה בכר דבש השוה יותר מהיין ונסרק הכר של דבש וקודם שנשפך הדבש לארץ שפך זה יינו והציל הדבש לתוכה אין לו אלא שכרו הראוי לו ואע"פ שעשה מעשה בידים להפסיד יינו מ"מ כיון דבעל הדבש היה

שם ולא התנה עמו שישלם לו דמי יינו איהו דאפסיד אנפשיה ואם א"ל אציל את שכך ואתה נותן לי דמי שלי או שהתנה כן בפני שלשה ה"ז חייב ליתן לו ולא עוד אלא שיכול בעל הדבש לכוף לבעל היין שישפוך יינו ויציל דובשו כיון שמשלם לו דמי יינו והדבש יהיה ת"י בעל היין שלא יצטרך לתבעו ואין לו הפסד הרי מצווה בהשבת אבידת חבירו ויש חולקין בזה מפני שיכול לומר רצוני ביין שלי וכ"ש בחמורים דמעיף ג' דודאי יכול לומר כן ניחא לי בחמורי ועוד דיכול לומר דקשה הצלת חמורך מחמורי ושמא לא אציל את שלך ואפסיד גם את שלי ולכן אפילו לדעה ראשונה ג"ל דאין יכול לכופו אבל זהו ודאי דכשאין בעל היין בכאן יכול בעל הדבש לשפוך היין ולהציל דובשו ולשלם לו דמי יינו דהא לדעה ראשונה יכול לכופו לזה ותקנת חכמים הוא כן כמ"ש בסי' רע"ד ודעה אחרונה חולקת בזה כמ"ש שם אבל כשאין בעל היין בכאן כ"ע מודים וכן יכול ליקח סוסו וחמורו של חבירו שלא מדעתו ולשלם שכרו כדי להציל את שלו [בפ"ג] :

טז ודוקא כשביכולת להציל את הדבש ע"י הדחק דכשנשפך הדבש לארץ ה"ז הפקר וכל המציל לעצמו מציל וי"א שאפילו לא נשפך הדבש עדיין רק שנשבר הכד כל כך שהיה נשפך אם זה לא היה מציל הוי הפקר וכן כל כיוצא בזה בגון שריפה שהיתה בעיר וברחו היהודים מן העיר מפחד הרליקה והציל אחד מה שהציל הוי שלו דהוא כווכה מן ההפקר ואם הבעלים היו יכולים להציל אף ע"י הדחק אין לו אלא שכר טרחא [ס"ך] וע"ל דבמדינתנו שהמלכות מעגשת למי שלוקח של אחרים בעת השריפה בכל ענין אינו של המציל דהבעלים אינם מתיאשים מזה ומשלמים להמציל רק שכר טרחתו וכן פסקו מגדולי האחרונים ומעשים בכל יום שרנים בב"ד להחזיר להבעלים כל מה שהצילו מן הדליקה ואם הנזק לא היה ברי א"צ לשלם לו גם בעד טרחתו כמ"ש בסעיף ד' :

יז זה שנתבאר דכהתנה לשלם לו כל היזקו משלם אף שהוא יותר משכר טרחתו זהו דוקא כשהיה להמציל היזק מפני שהציל את של חבירו אבל במקום שאין להמציל היזק אלא שהוא אכזר שאין רצונו להציל ממון של אחרים אם לא יבטיחו לו ממון הרבה א"צ הבעלים לשלם לו מה שהבטיחו לו יותר מכפי שווי שכר טרחתו דהרי אנוס היה בהבטחתו והאונס גלוי לכל וכן בשעת שריפה ר"ל שהעגלונים מבקשים ממון הרבה בעד הצלתם יכולים הבעלים להבטיחם ואח"כ לא יתנו להם רק שכר הראוי :

יח וזה לשון הרמב"ם והטור והש"ע היה זה בא בכד של דבש וזה בא בקנקנים ריקנים ונסדק כד הדבש וא"ל בעל הקנקנים איני מציל לך דבש זה בקנקני עד שתתן לי חציו או שלישו או כך וכך דינרים וקבל עליו בעל הדבש וא"ל הן ה"ז שחק בו ואינו נותן לו אלא שכרו הראוי לו שהרי לא הפסידו כלום וכן מי שברח מבית האסורים של אנסים והיתה מעכורת לפניו וא"ל העבירני ואני נותן לך דינר והעבירו אין לו אלא שכרו הראוי לו ואם היה צייד וא"ל בטל מצודתך והעבירני נותן לו כל מה שהתנה עמו וכן כל כיוצא בזה עכ"ל ולמדנו מזה דאף אם המתחיל לא היה המציל אלא הנצול א"ל אתן לך כך וכך א"צ ליתן לו אלא שכר הראוי וכן יבמה שבאה לחלוץ והיבם אינו רוצה לחלוץ אם לא תבטיח לו ממון הרבה והבטיחה לו וחלץ אינה נותנת לו כלום כמ"ש באה"ע סי' קס"ט :

יט וכתב רבינו הב"י בר"א בשלא נתן לו אבל אם נתן לו בבל אלו הדברים אינו יכול להוציא מידו עכ"ל ואף אם נתן הנצול המעות ביד שליש וא"ל לכשיציל תתן לו והציל צריך השליש ליתן לו [מרדכי פ' המוכר] אבל אם לא אמר להשליש כן אלא שזה לא רצה להציל עד שיניח כך וכך מעות ביד שליש ועשה כן ולא דיבר הנצול מאומה בשעת מסירתו ליד שליש א"צ ליתן לו אלא כפי טרחתו [סס] :

כ וכתב רבינו הרמ"א די"א הא דאין לו אלא שכרו היינו בדבר שאין רגילות ליתן עליו הרבה אבל בדבר שדרך ליתן עליו הרבה בגון השבעת שדים או רפואה חייב ליתן לו כל מה שהתנה עמו עכ"ל ודוקא בשכר הגדת הרפואה שזהו מחכמתו של הרופא ויכול לומר איני מוכר חכמתי בפחות מזה אבל אם בקש ממנו בעד סמי הרפואה יותר מהראוי והוא מפני אונסו הוכרח להבטיחו לא יתן לו אח"כ יותר מהראוי וכמ"ש פי"ד סי' של"ו :

כא מי שהבטיח לשרכן או למרסר יותר על שכרו כתב רבינו הרמ"א דאין לו אלא שכרו אע"פ שהתנה עמו לתת לו הרבה ויש חולקים בזה [ים"ש פ"ק דב"ק] וי"א דבמקום שיש לשרכנות ולמרסרות קצבה אין לו אלא המקח הקצוב ובמקום שאין קצבה נותן לו מה שהבטיחו [ס"ך] ובכל מקום שא"צ ליתן לו מה שהבטיחו אף אם נתן לו משכון ע"ו אינו כלום דמנה אין כאן משכון אין כאן וכן אם נתן שמ"ח [מחלוקים] אבל אם קבל בקנין צריך לקיים בשרכנות ומרסרות ובכל דבר הרשות אבל במצוה כמו בהשבת אבידה ובהצלת גופו וממונו א"צ לקיים אפילו בקנין [פ"מ] אם לא שכבר נתן או שמסר ליד שליש ובעסק שאינו מצוי כשהיה מרסר והבטיח לו הרבה צריך לקיים כפי ההבטחה דאין בזה מקח קצוב וכן בכל הדברים אף בהמצוים אם נשבע או נתן ת"כ לקיים מה שהבטיח סרסרות צריך לקיים [קפ"ח] ואם הבטחה זו היה לאיש עני צריך לקיים בכל הדברים אף בלא שבועה ות"כ דנעשה כנדר [סס] :

כב ראובן הבטיח לשמעון להשתדל בעדו באיזה עסק בחנם וכמעט שנמנע הדבר חוץ בו ראובן ורוצה שכר ושמעון היה לו הוצאות בזה והיכרח להת לו שכר כדי שיוגמר העסק ואח"כ נפלו מעותיו של ראובן ליד שמעון

שמעון ורוצה לעכבו באמרו שלקח ממנו שלא כדין ואנוס הייתי הדין עם ראובן ואינו דומה למ"ש בסי' של"ג בשכירות פועלים דשוכר עליהם או מטעון דהתם שכר אוהם בשכר והיו מחוייבים לעשות אבל זה שעשה בחנם אינו מחוייב לנמור הדבר ואע"פ שעל ידו הוציא שמעון הוצאות על העסק הרי היה לו להעלות על לבו שמא יבקש ראובן שכר ולא היה לו להוציא מעותיו ואע"ג דאנן סהדי דאנוס הוא עתה במה שנתן לו לא גרע ממוכר שאף שהוא אנוס אין לו מענת אונס כמ"ש בסי' ר"ה והטעם מפני שהגיע לו טובה והם הטעות שלקח וה"נ דכוותיה ועוד דאפילו אנוס לא הוי שהרי ראובן לא הכריחו שיתן לו מעות אלא שלא רצה לעסוק עוד בזה ושמעון הוכרח מפני זה ליתן לו מה שבקש הוה כאונסא דנפשיה דלא הוה אונס [מכרי"ק סוס קל"נ] וכ"ו הוא דוקא בשראובן לא רצה לנמור העסק ומפני זה הוצרך ליתן לו אבל אם לא היה נצרך שמעון עוד לטרחתו של ראובן והעסק היה ננמר בעצמו ע"י שמעון אלא שראובן רצה לקלקל העסק אם לא יתן לו שמעון מעות בזה פשיטא שהדין עם שמעון וחייב להחזיר לו מה שנטל ממנו דזהו גזל נמור [כ"ן] וכן אם הושוה עמו בשכר כך וכך ובאמצע העסק לא רצה ראובן לעסוק עוד אם לא יוסיף לו דינו כפועל ששוכר עליו ומטעהו:

כב מעשה בראובן שחבע את שמעון תן לי ר' זהובים שהבמחתני בעבור שאדבר עליך אל השר והשיב שמעון אמת נדרתי לך אבל מחמת יראה שיראתי שלא תקלקל לי העסק הוכרחתי להבטיחך ולא היה קנין בזה ופסקו הגדולים שחייב ליתן לו דהוה כפועל שא"צ קנין ומה שטוענן שמחמת יראה עשה כן דברים שבלב הן ואינם דברים בינן שלא אמר שמעון לפני עדים שמחמת יראה עושה כן [סנמ"ר פ"ק דקדושין] ואם אמר שמעון כן בפני עדים שמיראתו מוכרח להבטיחו פטור מלשלם לו אם לא שעשה לו ראובן איזה טובה בהענין ראו צריך לשלם לו כפי הראוי לשלם בעד טובה כזו לפי שוטת הבקיאים:

סימן רמה [אין ליטול שכר על השבת אבידה ובו ד' סעיפים]:

א הרואה אבידה חייב להחזיר בחנם אם הוא בטל ממלאכה אבל אם הוא עוסק במלאכתו אינו מחוייב לבטל ממלאכתו ולהשיב בחנם כמ"ש בר"ם הקודם ומיהו אם היה עוסק במלאכה ובטל את מלאכתו יהחזיר האבידה א"צ בעל האבידה לשלם לו כפי שכר המלאכה שהפסיד אלא אמרו חז"ל [ב"מ נ:] שמשלם לו כפועל בטל של אותה מלאכה דבטיל מינה וביאור הדברים כגון שבמלאכתו היה מרויח באותה העת דינר ונתבטל ממלאכתו בחורת האבידה ששוה האבידה הרבה יותר מ"מ א"צ לשלם לו הדינר שהפסיד אלא נותן לו שברו בפי שהיה נוטל בעד עת מלאכתו שמרויח דינר אם לא יצטרך לעמול בהמלאכה ושישב בטל ואם היה נוטל חצי דינר אין לו אלא חצי דינר דהא בהשבת האבידה אין בה עמל ויניעה כבמלאכה ולפ"ז אינו נוטל בעד ההשבה כלל אלא לפי ביטול המלאכה ואע"ג דגם בהשבה יש קצת טירחא מ"מ אין לחשוב שכר בעד זה דהא התורה חייבתו במירחת השבת אבידה:

ב וי"א דה"פ דמחשבין גם טרחת ההשבה ופירושו דכפועל בטל הוא כמה היה רוצה לבטל ממלאכתו ולעסוק בהשבתה כגון שהיה עוסק במלאכה שנותנים עליה ב' דינרים ואם היה בטל לגמרי היה מפחית ג' חלקים ריוח ולא היה נוטל רק דינר ואם היו אומרים לו לעסוק במלאכה קלה בהשבת אבידה היה נוטל שני דינרין צריך ליתן לו שני דינרין ואין זה שכר השבת אבידה דהא אדרבה מפסיד ממלאכתו ורק אמרינן במה שאינו מתעסל במלאכתו ואם שכר טרחת ההשבה הוא יותר ממלאכתו א"צ ליתן לו רק כפי שכר המלאכה דאין לו להרויח מפני ההשבה ותא דמותר ליקח שכר השבה זהו כשאין הבעלים שם ומעצמו השיב אבל אם הבעלים שם ולא התנה עמו אי"ה דאפסיד אנפשיה ואין לו אלא כפועל בטל לגמרי כפירוש הראשון ולא מה שהיה נוטל למרוח בהשבתה ומן הדין לא היה לו ליטול כלל כיון דלא התנה אלא דאמרינן דעת בעל האבידה דכפועל בטל לגמרי ודאי דניחא ליה ולכן בסי' הקודם בהצלת חמורו של חבירו אמרינן דכשהבעלים שם נוטל שכר טרחת ההצלה ולא השבינן היזק חמורו כלל משום דאנן סהדי דבשם ודאי דבהכי ניחא ליה להבעלים יותר דהוא הרבה

פחות מערך הפסד חמורו [סמ"ע]:

ג ויש מפרשים כפועל בטל דה"פ דפעמים שהמלאכה בעיר מועטת והפועלים בטלים ובאותו זמן נשכרים בזול ופעמים שיש מלאכה מרובה והמלאכה ביוקר ואם החזיר זה את האבידה בעת שנשכרים ביוקר ונשתהה בהחזרתה כדי שהיה מרויח סלע לא יתן לו סלע אלא נותן לו כהעת שהמלאכה מועטת [רמב"ם כתב רמסוגים] וטעם הדבר דהא התורה חייבתו בהשבתה אלא שאין לו להפסיד משלו וזה דרשינן מאפס כי לא יהיה בך אביון כמ"ש שם וכיון שזה האיש רגיל גם ליטול כשער הזול הרי נתקיים בו מקרא זה ולכן בשם בחמור כשאין הבעלים שם דנוטל בער חמורו ובכאן אינו נוטל רק כפועל בטל משום דבשם לא ימצא איש שיפסיד בידים את שלו ולכן לא נתקיים אצלו מקרא זה אלא כשנוטל בער חמורו בשלימות אבל בפועל כיון שדרכו לפעמים ליטול גם בזול ממילא דאצלו נתקיים הקרא גם בבה"ג [כ"ל ל' סמיוסים וזוק] ומ"מ אין ביכלתנו לכופו בזה מפני

מפני שיכול לומר רצוני לעמול ולהרויח יותר ולכן אם רוצה לא יתעסק בהאבידה כמו שיתבאר אבל אם עסק בה אין לו לבעל האבידה לשלם לו יותר מטעם שכתבנו: ד אם הבעלים שם והתנה בפניהם שימול מה שיפסיד והרשוהו הבעלים או שהתנה בפני שלשה ה"ו נוטל כפי תנאו כמ"ש שם ובכה"ג מחוייב הוא להשיב מאחר שרוצין לשלם לו דמי הפסדו ולא דמי לשם שיכול לומר רצוני דוקא בחמורי וגם הבעלים מחוייבים ליתן לו כל מה שפסקו אפילו ביותר מן הראוי כשאדם אחר היה טורח בזה כיון שיש לו היזק כל כך אבל אם פסקו לו יותר מהזיקן א"צ ליתן לו המותר דאפילו בדבר הרשות א"צ ליתן לו בכה"ג כמ"ש שם מכ"ש במצות השבת אבידה [סמ"ע] ואם אין שם בעלים ולא ג' אנשים שלו קודם אם אינו רוצה להפסיד ממלאכתו דאם יש"ל לא ישוב רק כפועל בטל ולא דמי לחמור כמ"ש ואין לנו לכופו על כך ולפיכך הברירה בידו שלא להתעסק כלל בהשבתה:

סימן רסו [דין אבידת אנסים שבימים קדמונים ובו ה' סעיפים]:

א אבידת אנסים מותרת שנאמר אבידת אחיך והמחזיר לו ה"ז מחזק ידי עוברי עבירה ואם החזירה כדי לקדש שם שמים כדי שיפארו את ישראל שהם בעלי אמונה ה"ז משובח וקידש השם ולכן במקום שיש חילול השם אם לא יחזיר חייב מן הדין להחזירה ובכל מקום מבניסים בליהם מפני גנבים כמו שמחוייב לעשות לישראל מפני דרכי שלום:

ב חייב להחזיר אבידת ישראל אפילו היה בעל האבידה רשע ואוכל נבילות לתיאבון אבל אוכל נבילה להכעיס ה"ז אפיקורוס מישראל והאפיקורסים ועובדי כוכבים וישראל מחלל שבת בפרהסיא אסור להחזיר להם אבידה שאנשים כאלו מורדים באלהי השמים ומלך הארץ כמ"ש ירא את ה' בני ומלך שכל מי שמתיירא מה' יש עליו יראת מלך ג"כ וכן להיפך:

ג המודר הנאה מחבירו מחזיר לו אבידתו בין שנכסי החזיר אסורין על בעל האבידה ובין שנכסי בעל האבידה אסורין על המחזיר או אפילו כשנכסי שניהם אסורים זה על זה והמעם נתבאר בי"ד סי' רכ"א ובמקום שנוטלין שכר על החזרת אבידה יפול השכר להקדש כמ"ש שם:

ד חתול רע או כלב רע המזיק לקטנים אין בהן משום השבת אבידה אלא כל המוצאן מצוה להורגן וזוכה בעורן דהפקר הן והבעלים המקיימים אותן עוברין עבירה:

ה א"כ אביו אל תחזיר את האבידה לא ישמע לו דלעבור עבירה אפילו דרבנן אין בזה כיבוד אב דהרי גם האב חייב במצותיו של הקב"ה וכך דרשו חז"ל איש אמו ואביו תיראו ואת שבתותי תשמרו אני ה' כלכם חייבים בכבודי ואם א"ל אביו לחלל שבת או שאר עבירה אסור לשמוע לו ולא עוד אלא אפילו א"ל אביו אל תחזיר האבידה ועסוק בצרכי שזהו עיקר כיבוד אב מ"מ השבת האבידה קודמת מפני שכיבוד אב הוא עשה והשבת אבידה עשה ול"ת ואם עסוק בכיבוד אב ואירע לו אבידה פטור מהשבתה דעוסק במצוה פטור מן המצוה [ע"ז]:

סימן רסז [כיצד היא ההשבה וההכרזה והטיפול בעודה בידו ובו כ"ב סעיפים]:

א כיצד מצות השבת אבידה אם הוא מכיר את בעל האבידה ממשל בה עד שיגיענה לידו ואפילו לא מסר לידו ממש אלא שהחזירה לגינתו או לחורבתו המשתמרת מגנבים ושלא תברח משם יצא בזה ידי חובת השבת אבידה אף שלא ידעו הבעלים מההשבה ואע"ג דכשומר ובגנב ובגזלן מחוייב למסור לידי הבעלים דוקא כמו שיתבאר בהלכותיהן מ"מ באבידה רבתה התורה השבות הרבה שנאמר השב תשיבם אפילו השבה שלא מדעת אם הוא רק מקום המשתמר אבל אם החזירה למקום שאינו משתמר כגון גינה וחורבה שאינה משתמרת ונאבדה משם חייב באחריותה ואם החזיר למקום שאינו משתמר והבעלים רגילים ליכנס וליצא שם אינו חייב לטפל בה עוד שהרי הבעלים יראוה ודוקא בזמן שדרך הבעלים לצאת ולראות כמו בשחרית אבל בצהרים אין מדרך לצאת ולראות רכל אחד מרוח אז במלאכתו ואפילו בשחרית אין זה רק באבידה שאינה בעל חי אבל בבעלי חיים לעולם חייב לטפל בה עד שיחזירנה לרשות הבעלים המשתמרת וא"צ דעת בעלים אבל למקום שאינו משתמר אף שדרך הבעלים לצאת לשם אינה השבה דעד שיצאו הבעלים תברח כיון שמלומדת לצאת:

ב החזירה וברחה החזירה וברחה אפילו מאה פעמים חייב להחזירה שנאמר השב תשיבם והשב אינו פעולה דליהוי משמע שיעשה הפעולה ודיו אלא הוא מקור כיומר השבה אף מאה פעמים וכתבו הרמב"ם והש"ע ראה בהמה שברחה מן הדיר והחזירה למקומה ה"ז קיים המצוה וא"צ דעת בעלים עכ"ל וביאור הדברים דאע"ג דבבעלי חיים בעינן מקום המשתמר כמ"ש בסעיף א' והו כשברחה לא היתה מן הדיר אבל כשברחה מן הדיר אין סברא שתחייבתו התורה להביאה לביתו ואף שמלומדת לברוח מ"מ די בהחזרתו לדיר שהוא מקום קבוע לבהמות ומ"מ אם החזירה וברחה חייב להחזירה כמ"ש [וכ"ל דמזה גופא] דייק לה דבמשמרת למקום המשתמר לוץ בדרמא:

המוציא

ג המוצא אבידה ואינו מכיר את הבעלים מכריז את עליה בבתי כנסיות ובבתי מדרשות ובזמן שיש אנשים האומרים שאבידה הנמצאת יימכרוה לאנסים מודיע לשכניו ומיודעיו ודיו וכל עניני הכרזות נוהגין להכריז בכהכ"נ ובבהמ"ד אחר התפלה או בין מנחה למעריב ולא בין אשרי לובא לציון ורשאין להכריז קודם אשרי [סמ"ע] ואם הכריזו איזה דבר ובאו אנשים ואומרים שיודעים מזה אך אין ביכלתם להגיד מפני שהבעלים מסרו להם הדבר בסוד שלא יגלו אין מועיל להם ומחויבים להגיד וזהו מתקנת רגמ"ה [סס] :

ד כיצד מכריז לא יכריז מתם אבידה מצאתי דבעל האבידה לא ידע אחר מה לברוק אם נאברת ממנו אלא יכריז מן האבידה כגון אם מצא מעות באופן שחייב להכריז כמ"ש בסי' רס"ב סעיף י"ח יכריז מטבעות מצאתי וכן אם מצא כסות או בהמה או שטרות יכריז מצאתי כסות או בהמה או שטרות ובעל האבידה יבא ויתן סימן בנופה או במקומה או בכינונה או במשקלה או במדתה כל חפץ לפי מה שהוא ויטול אותה ואין חוששין כיון שהודיע מן האבידה יבא איזה רמאי ויטלנה דהרי אינו מחויב עד שיתן סימנים כראוי ואם באנו לחשוש שמא יודע סימניה אין לדבר סוף דגם אם יכריז מתם אבידה מצאתי שמא יעלה הרמאי על לבו בשמעו כי פלוני אבד חפץ זה אלא כיון דנותן סימנים אין חוששין יותר וגם לא חיישינן שמא מברה לאחר כמ"ש שם סעיף ט"ז ובאמת בארם המוחזק לרמאי מחמרינן עליו כמו שיתבאר :

ה שלשה מיני סימנים הם גרועים וממוצעים ומובהקים גרועים כיצד הרי שבא ואמר בגד זה לבן הוא או ארום או ירוק או ארוך או קצר וכיוצא באלו שיש הרבה כזה אין זה סימן כלל ואפילו הרבה סימנים גרועים אינו כלום [עב"מ מפ"ע סי' י"ז סקע"ג] ומובהקים כיצד הרי שבא ואמר נקב יש בבגד זה בצד ימיני בתחתיתו רחוק ג' אצבעות משפתו או רושם יש במקום הזה וכל כיוצא בזה שמצמצם המקום ממש דבסימן כזה מתירין גם בעגונה ואמצעיים מקרי כשמכוין מדתו או משקלו או מניינו וכה"ג או סימן המקום או סדר הנחתו כמ"ש בסי' רס"ב ולגבי אבידה נקראו סימנים מובהקים רק בעגונה מפני חומר א"א לא נקראו סימנים מובהקים משום דאסתפק להו לרז"ל אם סימנים כאלו שמחזירין אבידה על ידם הוי דאורייתא ומהני גם באיסור א"א או המה מדרבנן ובא"א אין מתירין בזה ודע דהרמב"ם ז"ל קורא באבידה לסימנים אמצעיים מובהקים כיון דלעניין ממון הוי זה סימן מובהק ולפ"ז תלך לבטח דרכך שלא יהיה סתירה מדיני ממונות לאיסור א"א [ב' בפי"נ מגכידס ונסס"מ ובכ"מ סס ולוק] :

ו ולכן אם בא בעל האבידה ונתן סימנים גרועים אין מחזירין לו והטוהזק לרמאי אין מחזירין לו בסימן אמצעי עד שיביא עדים שהיא שלו ובסימן מובהק מחזירין אף לרמאי ובראשונה כל מי שאבד לו אבידה ובא ונתן סימנים אמצעיים מחזירין אותה לו אא"כ החזק רמאי ומשרבו הרמאים התקינו ב"ד שאומרים לו הבא עדים שאין אתה רמאי אם הוא איש שהב"ד אין מכירין אותו ואם אינו מביא עדים צריך ליתן סימן מובהק דזה טועיל גם ברמאי ויש מי שאומר דבזודאי רמאי לא מהני גם סימן מובהק אלא עדים [ב"י] ולד"נא נראה כדעה ראשונה והרי אף באשת איש מתירין בזה וכ"כ הראב"ד [סס] דסימן מובהק הוי בעדים וגם הרמב"ם סובר כי אלא שקורא לאמצעי מובהק באבידה כמ"ש [ורמ"ם סמסב כלסון י"ח מסימן מ]מצעי מקמי למסמ"ע וגם למס"ך מ"ם ולדסי כן וזוק] :

ז באו שנים ונתנו סימנים שוים לא יתן לא לזה ולא לזה אלא תהא מונחת עד שיודה אחד לחבירו או יעשו פשרה ביניהם או שאחד מהם יביא עדים ויכול האחד לומר להשני או השבע אתה ששלך היא או אשבע אני ואם כל אחד אומר אני אשבע ואמטל או אתה השבע ותטול יהא מונח ויכולין לחלקה ביניהם [ב"ך] וכן אם שניהם הביאו עדים יהא מונח ג"כ עד שיודה אחד מהם ושני עדים שוים כמאה :

ח אם אחד נתן סימנים והשני הביא עדים יתן לבעל העדים אפילו אין מעידים שנפלה מזה אלא שמכירים שהוא שלו ואפילו הראשון נתן סימנים מובהקים ממש דבמקום עדים סימנים לאו כלום הוא [ב"ך] ולא עוד אלא אפילו בעדים ועדים לא מכרעו סימנים כגון שאחד הביא עדים ונם נתן סימנים והשני הביא רק עדים יהא מונח דסימנים במקום עדים לאו כלום הוא ויש מפקפקין בזה [סס] ואם זה נתן סימנים אמצעיים והשני נתן מובהקים ג"ל דנותנים לו ואף אם סימנים דאורייתא מ"מ ודאי דקרוב יותר שהוא של בעל הסימנים המובהקים דלא נרע מארכה ורחבה שיתבאר ואם כל אחד נתן סימנים שוים ואחד מהם הביא גם עד אחד אין זה כלום ויניח וי"א שזה שכנגד העד צריך לישבע ששלו הוא ואם אינו רוצה לישבע נותנים לבעל העד ודעה ראשונה ס"ל דכיון דנם אחר השבועה לא יתנו לו להנשבע אין ענין שבועה לזה [פ"ז] וכן עיקר לדינא [ב"ך] :

ט מצא שמלה וכיוצא בזה וזה הביא עידי אריגה שארגוה לו וזה הביא עידי נפילה יתן למי שהביא עידי נפילה דהנפילה הוי סימן ברור ועידי האריגה נ"כ אינם משקרים שאמת שזה ארגה ומכרה להשני ואם זה נתן מדת ארכה וזה נתן מדת רחבה יתן למי שנתן מדת ארכה מפני שהרוחב אפשר לשער בעת שהבעלים נשאוה ורוחב מקרי מה שהוא לקומתו של האיש ובהאורך מעוטף סביב הגוף ולמה נקראת הקומה רוחב מפני שבגדים שלהם הוי קצרים וארוכים ומחברים שנים לטלית אחד כמליתי מצוה שלנו ולכן בבגדים שלנו הוא להיפך דהרוחב הוא יותר סימן שהאורך דהאורך אפשר לשער כשהוא לבוש ודבר זה תלוי בהבנת הב"ד [ב"ך] ואם זה נתן מדת ארכה ורחבה

ורחבה וזה נתן סימן המשקל שלה יתן לבעל המשקל לפי שאין דרך לשקול הטלית הוי סימן מובהק ביותר [טור] ואפילו השני אומר מדת האורך והרוחב נותנין לבעל המשקל ודוקא טלית שאין דרך לשוקלה הוי סימן מובהק אבל כלי שדרך לשוקלה אין זה רק כסימן אמצעי [סגי"מ] ואם זה אומר כך היא מדת ארכה וכך היא מדת רחבה וזה אומר כך וכך הוא מדת האורך והרוחב ביחד אבל איני יודע כמה הוא האורך וכמה הוא הרוחב נותנין למי שאומר האורך בפ"ע והרוחב בפ"ע ובללו של דבר שדברים אלו תלוים בראיית עיני הדיינים למי שנותן הסימן היותר מהשני [ס"ך] :

י הכריז ולא באו הבעלים תהא מונחת אצלו עד שיבא אליהו שנאמר ואם לא קרוב אחיך אליך ולא ידעתו ואספתו אל תוך ביתך ואינו זוכה בה דבין שיש בה סימן יש לחוש בכל שעה שמא יבואו בעליו וכל זמן שהאבידה אצלו חייב למפל בה שלא תפסד וחייב להשביחה כמו לגזוז הצאן ואפילו ניזות השור שהוא דבר מועט חייב למפל בזה אם דרך הבעלים לנווזו [ע"ל] דכתיב והשבותו לו ודרשו חז"ל ראה היאך תשיבנו לו שלא יפסד ולכן בניזות השור אף שהוא דבר מועט ס"ם בשיגזזה יהיה בזה איזה שווי חייב לעשות כן וגם זה למדו חז"ל מקרא דשור [עט"ך] :

יא וצריך לבקרה ולבודקה כדי שלא תפסד כיצד מצא כסות של צמר מגערה אחת לשלשים יום ולא יותר מפני שמתקלקל [טור] ולא יגערה בשני בני אדם מפני שקורעין אותה אלא אחד ינער אותה ולא ינערנה במקל ושל פשתן לא ינער כלל שהניעור קשה לה ורש"י ז"ל פי' להיפך דשל פשתן ינער ושל צמר לא ינער וזה תלוי לפי הבגדים לכל מקום ומקום כפי עשייתם [ע"ל] ושוטחה על המטה רק אם הבגד צריך לזה ולא לצרכו ואפילו כוונתו לצרכו ולצרכה ג"כ אין לשטוח כדי שלא ישהנה על המטה יותר מצרכה וכשנודמנו לו אורחים לא ישטחנה בפניהם אפילו לצרכה שמא תגנב אא"כ מביר אותם שאנשים כשרים הם :

יב מצא כלי עץ משתמש בהן לצרכן מעט כדי שלא יקבו מצא כלי נחשת משתמש בהן בחמין וכ"ש בצונן אבל לא ישים אותה על האור מפני שטשחיקה מצא כלי כסף משתמש בהן בצונן אבל לא בחמין מפני שמשחיזן ובצונן אף לצרכו מותר דאין קפידא בזה [תוס'] מצא כלי זהב וכלי זכוכית ה"ז לא יגע בהן דא"צ ניקוי מצא מגרפות וקרדומות משתמש בהם בדרך ולא בקשה כדי שלא יתפגמו :

יג מצא ספרים בעין ס"ת שלנו קורא בהם אחת לשלשים יום ואם אינו יודע לקרות נוללן כדי שלא יתעפשו ולעולם לא ילמד בהן דבר שלא למד לעולם מפני שבל'ימוד בפעם הראשון מתקלקל הספר ולא יקרא פרשה וישנה אותה פעם אחרת ולא יקרא פרשה ויתרגמה מפני ששוהה הרבה בתרגומה ולא יפתח בו יותר משלשה דפין ולא יהיו שנים קורין בה בשני ענינים אבל קורין בענין אחד ושלשה אסורין גם בענין אחד וי"א להיפך דבשני ענינים קורים שנים ולא בענין אחד מפני שזה מושך אליו וזה מושך אליו ויקרעו ובשני ענינים המקום מרווח להם ושלשה אסורין בכל ענין ובכל זה ג"כ בספרים שלנו הרין כן ואם אינו יודע לקרות פותחן על הרוח כדי שלא יתעפשו וי"א דבספרים שלנו יכול ללמוד פעם אחת אף בדבר שלא למד מעולם מפני שאין צריכים משמוש כל כך בכספרים שהכם העשוים בגלילה [רמב"ן] ואחד מהגדולים כתב דכ"ז הוא בספרי תנ"ך אבל גמרות ופוסקים שצריכים עיון רב אסור ללמוד בהם בכל ענין ולא משמע כן מהראשונים וכן הדין כשהפקיד ספרים אצל אחד שצריך לנהוג בהם כמו באבידה [טור] :

יד אמרו רז"ל דכשמצא תפילין שם דמיהן ומשתמש בהם מיד אם ירצה מפני שרבר מצוי הוא לקנותם בכל שעה וגם יכול למכרם דלמה לו לשמרם ביון שמצוי לקנותם [סס] ומזה מבואר דכל דבר המצוי לקנות א"צ לטפל בשמירתו ומוכרה [וכ"מ מנמק"י] אבל י"א דזהו רק בתפילין אבל בשארי אבידות אדם חפץ בשלו יותר [רא"ם] וכ"מ מלשון הרמב"ם אמנם כשיש טיפול מריבה או שאפשר שתתקלקל בודאי יכול למכרם ובהמה וסום ודאי דנוח לו לאדם בבהמתו שמכירה ולימדה לרצונו [רמ"י כ"מז]

טו מצא דבר שיש בו רוח חיים והרי הוא צריך להאכילו אם היה דבר שעושה מלאכה ואוכל כמו פרה וסום וחמור מטפל בהם י"ב חודש מיום המציאה ומשכירן ולוקח שכרן ומאכילן ואם היה שכרן יותר על אכילתן הוי המותר להבעלים וכן התרנגולת מוכר ביציהן ומאכילן כל י"ב חדש ומכאן ואילך אמרו חז"ל שם דמיהן ומניחן ופירש"י שיעשה שומא בב"ד ויימכרם ויניח המעות אצלו וישמרם עד שיבואו הבעלים והרמב"ם מפרש שיעשה שומא על הדמים כמה הוא שוה והרי זה שלו ושל הבעלים בשותפות כדין כל השם מחבירו וכשיבואו הבעלים יחלקו בהריוח ואם יהיה הפסד יהיה גם כן לשניהם וי"א שיכול לשומם אף בלא ב"ד ונוטלן באותן הדמים לעצמו דלא חשרינן למשיב אבידה שיעשה עולה בהשומא ולא דמי לפקדון [רמ"ם] וג"ל דלשכור בהמה למלאכה לכ"ע יכול לשוכרה לעצמו וכן ליקח הביצים לעצמו ולא נטריחו להשביר ולמכור הביצים בכל יום :

טז מצא עגלים וסייחים והם חמורים ילדים שהטיפול מרובה בהם לא הטריחוהו לטפל בהם י"ב חדש וכך אמרו חז"ל דאם הם של רעי שרועין א"ע בשדה יטפל בהם ג' חדשים ואם צריכים לפמטם לא יטפל בהם רק ל' יום וכן אם מצא אווזים ותרנגולים גדולים וזרים לא יטפל בהם יותר משלשים יום ואם הם קטנים ביותר שטיפולן מיובה וכן כל דבר שטיפולו מרובה משכרו לא יטפל בהם רק ג' ימים ומכאן ואילך שם דמיהם ומניחן כפי הפירושים שבארנו ולשום למחצית

שכר גם להרמב"ם לא שייך כאן דאין בהם שכר שיהיה כדי למפל בזה [סמ"ע] ודבר שיכול להתקלקל מזכרי מיד ונ"ל דבכל דבר שהמוצא צריך לטרוח בטיפול האבידה ויש לו היזק ע"י זה בעסקיו יכול לקבל שכר טרחתו כמ"ש בסי' רס"ד דשלו קודם :

יז כל זמן שהאבידה אצלו אם נגנבה או נאבדה חייב באחריותה כדין ש"ש ואע"ג שאינו נוטל שכר ע"ז וגם במקום שנוטל אינו נוטל רק כפי הפסדו שיש לו כמ"ש שם מ"מ בין שבשעה שעוסק בשמירתה הרי היא עוסק במצוה ואם בעת מעשה תבא לפניו מצוה אחרת שצריך להוציא ממון עליה יפטור מסנה דעוסק במצוה פטור מן המצוה נחשב זה כשכר וי"א דשומר אבידה אין דינו אלא כש"ח משום דזה שכתבנו הוי מילתא דלא שכיחא ודין זה הוי ספיקא דדינא כמ"ש בר"ס ע"ב במלוה על המשכון וה"ה כאן [ס"ך] :

יח אבל כשרשאי למכור אותה לא מיבעיא דהוי ש"ש אלא אפילו חייב באונסים כשואל והטעם מפני שחז"ל אמרו מה יעשה בדמיכ יהיו אצל המוצא ורשאי להשתמש בהם משוי ליה השימוש כשואל ואם נאנסו מידו חייב לשלם ואע"פ שעדיין לא נשתמש בהם דכיון דיש לו רשות להשתמש בהם הרי המעות אצלו כשאולים בר"א שהתירו לו להשתמש בדמי אבידה שמכרה מפני שטרח להטפל בה אבל אם מצא מעות כשצריך להחזירם לא ישתמש בהם לפיכך אם נאבדו באונס פטור דאינו עליהם רק ש"ש או ש"ח כמ"ש וי"א דזה שאמרנו דאע"פ שלא נשתמש בהם דינו כשואל אין זה רק לדעה ראשונה דבסתם אבידה דינו כש"ש לכן על היתר התשמיש נתחייב כשואל אבל להי"א דבסתם אבידה אינו אלא ש"ח דיו שזיתר התשמיש יעשנו כש"ש אמנם כשנשתמש בהם פשימא דלכ"ע דינו כשואל [טור] :

יט ויש לשאול בזה שאלה גדולה למה אמרנו לדעה ראשונה שהיתר התשמיש עושנו כשואל והרי בסי' רצ"ב יתבאר במפקיד מעות במקום שהנפקר מותר להשתמש בהם מ"מ קידם שהשתמש אין דינו אלא כש"ש אמנם התשובה היא משום דמעות פקדון תלוי בהמפקיד ליטלן בכל רגע מהנפקד לכן אמרינן דעת הנפקר דאין רצונו לחייב א"ע כשואל כל זמן שלא נשתמש בהם דשמא אין רצונו להשתמש בהם כלל מפני שחושש שמא יבא המפקיד מיד ויקבלם אבל במציאה שאינו יורע בעליהם ויכול להיות שימשך הרבה זמן אמרינן דעת המוצא שרצונו ללותן והתחייב באונסים [מק"י ס"ב דכ"מ] ויש שתירצו דבאבידה דבלא"ה הוי ש"ש ממילא דהיתר התשמיש עושנו כשואל משא"כ פקדון דבלא"ה הוא רק ש"ח דיו שההיתר יעשנו לש"ש [מהול סס] וזהו כהסברא שכתבנו בסעיף הקודם :

כ מי שהפקידו אצלו מעות יתומים לא ישתמש בהם לפיכך אין דינו אלא כש"ח [טור] ונ"ל הטעם מפני שחששו אם ישתמש בהם יעכבם זמן ארוך מפני שאין לזה תובעים והרמב"ם והש"ע השמיטו דין זה והוא גם מפורשת [ב"מ כט: ועיין"ם סס ס"ס י"ז ומהטור כ"ל כמ"ם] וי"א דהמוצא מעות של יתומים לא יחזיר להם ער שיגדלו דלא הוי השבה מעליא לקטנים דכסקים שאינו משהמר דמי [מק"י סס] ונראה שמפרש הגמ' לענין מציאה ולא לענין פקדון וכן אפשר מפרש הרמב"ם והש"ע [ולו מסרסים סקים בעס"ב ולפ מעוי ולפ ס"ל כהלח"ם] ואם יש להם אפוטרופוס יחזירם לו [עמ"ז] :

כא המוצא מציאה וכא בעל האבידה ואמר שהיה יותר ורוצה לחייבו שבועה שלא מצא יותר א"צ לישבע וכך אמרו חז"ל המוצא מציאה לא ישבע מפני תקון העולם שאם תחייבנו שבועה יניח המציאה וילך לו שיתיירא שבעל האבידה יאמר שהיה יותר ויחייבנו שבועה ולכן אפילו מצא כים מעות וטען בעל האבידה ששני כיסים קשורים היו וא"א שימצא האחר ולא גם השני מ"מ לא ישבע מפני הטעם שאמרנו אבל אם טען ראיתי שהגבהת שני כיסים שלי וכיוצא בזה בשארי אבידות כשטוען ראיתי שהגבהת יותר הוי כשאר טוען ונטען וחייב לישבע [סמ"ע] :

כב וכל אותם הימים שמטפל בהאבידה קודם שיכרזנה אם האכילם משלו כשהיא בעל חי נוטל מהבעלים כמה שהוציא בלא שבועה מפני תקון העולם וכ"ש אם שכרן או השכירן והוציא מזה הוצאותיה אין בעל האבידה יכול לחשביעו כמה הוציא וכמה קיבל ואף שיש מפקפקים בזה מ"מ כן עיקר לדינא :

סימן רמח [דין קניית חצר במציאה וקניית ד' אמות ובו י"ד סעיפים] :

א כל מציאה שהיא של מוצאה אינו זוכה בה עד שתגיע לידו או לרשותו אבל אם ראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר והחזיק בה זה שהחזיק זכה בה ודלא כפי המורגל בפי ההמון כשאחד רואה מציאה ואומר לחצאין נוטל חלק עם המגביה דהרי אפי' בנפילת עליה אינו קונה וכ"ש בראיה בעלמא אמנם זה שאינו קונה בנפילה זהו ברה"ר אבל במקום שד' אמותיו קונה כמו שיתבאר קנה בנפילתו עליה ודלא כיש חולקין בזה ואומרים דהנפילה מגרעת כחו משום דגלי דעתית דבנפילה ניחא ליה לקנות ולא בד' אמותיו ונפילה אינו קנין דבאמת אין זה ראיה שלא כוון לקנותה בד' אמותיו ומה שנפל עליה הוא לאלומי למילתיה אבל אם ידענו שלא כוון לקנות בד"א ודאי דאינו קונה בנפילתו :

ב ארבע אמות של אדם שהוא עומד בצדן הרי אלו קונים

קונים לו וכשגיעה המציאה לתוך ד' אמות שלו זכה בה ודבר זה הוא מתקנת חכמים כדי שלא יריבו זע"ז לכן נתנו לכל הקודם בד' אמות של המציאה דין חצר שקונה לאדם כשעומד בצדו אף שאינו משומר כמ"ש בסימן ר' ולכן אין דין ד"א רק בצדי רה"ר או בסימטא שהוא קרן זוית הסמוכה לרה"ר שאין רבים מצויים שם או בשדה שאין לה בעלים אבל העומד ברה"ר או בשדה חבירו שאין שייך בשם לומר שיחשב כחצירו אינו קונה עד שיניע לידו זכבר נהבאר שם סעיף ח' דגם במכר ומתנה קונה ד' אמות אף שעיקר התקנה היתה משום מציאה לא פלוג רבנן ושכן עיקר לדינא ע"ש :

ג שנים שבאו באחד לתוך ד"א של המציאה או ששנים עומדים ונפלה המציאה תוך ד' אמותיהן קנו שניהם אע"פ שקרוב לאחד יותר מלחבירו מ"מ כיון דגם להשני היא בתוך ד' אמותיו כח שניהם שוה בה ואם אחד בא מקודם אין אחר יכול לזכות עוד בד' אטותיו של ראשון וכן הדין במכר ומתנה אם המקנה עומד מקודם שוב אין הקונה יכול לקנות בד' אמותיו של המקנה ולא תקשה לך איך אפשר להיות שבאו שניהם כאחד לתוך ד' אמות הא קי"ל שא"א לצמצם בדבר הבא מאליו שלא בכוונה [תוס' עירובין נ:] די"ל דודאי כן הוא אבל עכ"פ א"א לברר מי קדם ומסילא דהוה בחזקת שניהם וחולקין אפנם אם אחד מהם תפסה ואומר שהוא קדם אין השני יכול להוציא מידו ורק יכול להשביעו היסת שכן הוא [ג"ל] וכל אדם קונה לו ד' אמותיו שעומד שם אף שהמציאה באה אח"כ כדמוכח באה"ע סי' ל' ע"ש ואם ראובן עמד ואח"כ בא שמעון ואח"כ בא לוי והלך לו ראובן קונה גם לוי הד' אמות אף ששמעון בא קודם :

ד כתב אחד מהראשונים דד' אמות של אדם אינו קונה לו רק בעומד ולא במהלך וכתב המור שהרא"ש חולק בזה וס"ל דאין חילוק ולכן גם רבותינו בעלי הש"ע לא כתבו כלל דעה זו וג"ל דלא פליגי לדינא דודאי אם עבר בהוך ד"א של המציאה ולא עמד שם ונ"א אחר אח"כ ועמד שם דקונה השני ולא הראשון דהא חצר שאינה משתמרת היא ואינו קונה אא"כ עומד בצדו כמ"ש ופשוטא דבהעברה בעלמא לא נקרא ע"מד בצדו וזה שהרא"ש פסק בהמהלך דקונה היינו אף שלא עמד קודם שבאה המציאה לתוך ד' אמותיו אלא המציאה קדמתו והוא הלך ועמד שם דקונה בזה ואף שאחר הקדימו בעמידה קודם שעמד הוא מ"מ כיון שבדרך הלוכו הקדימו קונה הוא [ורמיז מדלא מכני כן במ"ל בב"מ י:] :

ה חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אפילו אינו בעיר כלל ואם נפלה בה מציאה הרי היא של בעל החצר בד"א בחצר המשתמרת אבל בשדה וגינה וכיוצא בהן אם היה עומד בצד שדהו ואמר זכתה לי שדי זכה בהם ואם אינו עומד שם או שהיה עומד ולא אמר זכתה לי שדי כל הקודם זכה וזהו דעת הרמב"ם פי"ו מאבידה ואע"ג דבקניית ד"א א"צ לומר כלום מפורש בש"ס [סס] וזה מפני שהוא תקנת חכמים כדי שלא יריבו זה עם זה לא חילקו בין אמר ללא אמר [ב"י] אבל בחצר שאינה משתמרת אינו קונה בלא אמירה וטעמו יתבאר בסמוך [וסס"ע כתב מזכו מירושלמי ותמיהני דכס פוס על ס"מ כלוס מימיא דס"ס דילן ע"ש] :

ו וי"א דבעומד בצד שדהו לחוד סגי ולא בעינן אמירה כלל [תוס' ורמ"ס ורסב"ח] וי"א דאם המציאה היא בעל חי כמו צבי שבור או גוזלות שלא פרחו ובשרץ אחריהן מגיען כמו שיתבאר אינו קונה בלא אמירה דכשאמר מתעורר לקנותם והן משתמרין לו ובשלא אמר אינה משתמרת לו אבל בשארי מציאות א"צ אמירה [ר"ן ומקי"ע] ובטעמו של הרמב"ם נ"ל דהנה בסי' קפ"ט נתבאר דכל קנין צריך כוונה לקנות ולפ"ז יש לשאול במציאה איך יזכה לו חצרו שלא מדעתו הלא אינו מכוין לקנות וצ"ל דהחצר הוי כשלוחו ובשם ששלוחו של אדם קונה לו שלא מדעתו רק מדעת השליח דשלוחו כמותו ואף בחצר של אשה דאיתרבאי מירה כמ"ש בסי' רמ"ג מ"ם לא גרע מ"שליחות [סס יב] וכמו שוכין לאדם שלא בפניו דנעשה כשלוחו כמו כן נעשה החצר שלוחו וזהו רק בחצר המשתמרת דהחצר לבדו קונה אבל באינה משתמרת שצריך לעמוד בצדו ממילא דצריכין לכוונתו לקנות דאם אינו מכוין אין קנין בלא כוונה כיון שיודע מזה מפני שעומד בצדו ואין הקנין נגמר ע"י החצר לבדו וכן ס"ל להרמב"ם במתנה כמ"ש בפ"ד מזכייה ונתבאר שם בסי' רמ"ג ואין האמירה מעכבת אלא דזהו עדות על הכוונה דאל"כ מי מעיד שכוונתו לקנותה וממילא כל הקודם זכה ולכן לא נמצא דין זה ברמב"ם בהלכות מכירה מפני שבמכירה נתינת המעות מעיד על הכוונה ולא כן במציאה ומתנה ורבותינו החולקים ס"ל דמסתמא ניחא לו לקנות וא"צ עדות לזה או דס"ל דגם בכה"ג הוה חצרו כשלוחו :

ז יש מגרולי האחרונים שרצו לומר דכיון דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו כ"ש דידו קונה לו שלא מדעתו ולא נהירא דלהדיא כתבו רבותינו בעלי התוס' דידו של אדם אינו קונה לו שלא מדעתו [ב"ב נד:] ולא דמי לחצר דבחצר הלא אינו יודע מזה ואם היה יודע היה רוצה ונעשה חצרו כשלוחו ואם באמת יודע ואינו מכוין לקנות לא קנה [מל"מ סס ומ"ס סמוס בניסין סס: ד"ס ליקס כוומס דס"ד לומר כן קס"ל דלא וכסס"מ וסקס"ס לא רמו דברי סמל"מ וזס לחוס למ"ס בסעיף ו' וזוכ] :

ח כתב רבינו הרמ"א דאין חצרו קונה לו אלא ביודע במציאה או דאסיק אדעתיה אבל בדבר שאינו רגיל לבא אין חצרו קונה לו אע"פ שבאה מציאה לשם ובא אחר ונטלה שם זכה הואיל ולא ידע בעל החצר במציאה אשר שם קודם שזכה בה השני עכ"ל ביאור דבריו דדבר שאינו רגיל לבא ויכול להיות שלא יוודע מזה לעולם

כמו מצא בגל ובכותל ישן שנהבאר בסי' ר"ס סעיף ב' אין חצרו קונה לו [פ"מ] ושם בארנו המעם ע"ש אבל בדבר שאינו רגיל לבא ומ"ם בהכרח שיוודע מזה אף שיש מי שרוצה לומר דגם בזה לא קנה לו חצרו מ"מ רוב הפוסקים חולקים בזה [סה] כמ"ש שם ואם קנה דבר בחזקת בריל ומכרו ואח"כ נודע שהיה בו כסף נתבאר בסימן רל"ב :

ט אין החצר קונה אלא בשנפלה המציאה להחצר לאחר יאוש אבל כשנפלה קודם יאוש לא קנה דכשנתייאש אח"כ הוי יאוש שלא מדעת ולא עדיף מציאת חצרו ממציאת עצמו דלא כיש מי שחולק בזה וס"ל דבחצר לא שייך לומר באיסורא אתי ליריה [ס"ך] :

י ראה אחרים רצים אחר מציאה מבעלי חיים העוברים בחצרו ושדהו ואינם משתמרים שם שבורחים דרך רשותו הלאה אלא שהוא היה עומד בצד חצרו ושדהו דבשאר מטלטלים קנה בכה"ג אם הבע"ח רץ כדרכו כמו צבי הרץ כדרכו וגוזלות הפורחים דא"א לעכבן שלא יצאו מהחצר אפילו אומר זכתה לי שדי או חצרי לא אמר כלום דהא אינם משתמרים על ידו כלל ואם הוא צבי שבור או גוזלות שלא פרחו אם עומד בצד שדהו ואלו היה רץ אחריהן היה מניען ואמר שחצרי או שדי זכתה לי קנה אף שלא רץ אחריהן דנקרא חצר משומר לגבי זה ואם אינו יכול להניען לא אמר כלום וכל הקודם בהן זכה ולפ"ז בבהמה כה"ג קנה דבסתמא רץ אחריה ומניעה ובעוף מסתמא רץ אחריה ואינו מניעה :

יא וזהו רק במציאה אבל במתנה בכה"ג שנתנו לו צבי שבור וגוזלות שלא פרחו ע"פ קנין חצר כיון שיש רעה אחרית מקנה אותו אלים קנינה מפי דקנה אף בשרץ אחריהן ואינו מניען וכיון שמתגלגלין בתוך חצרו ושדהו וא"ל הנותן יקנה לך רשותך ה"ז קנה אבל אם היה צבי רץ כדרכו וגוזלות מפריחים ולא עמד בקרוב להם שיהא יכול לתופשן לא קנתה לו חצרו אף במתנה והטעם דבינן שרץ כדרכו הוי כאין סופו לנוח ובשהוא שבור והגוזלות אין מפריחין הוי כמתגלגל דכמונח דמי במתנה כמ"ש בס"ם רמ"ג [כ"מ מרי"ף פ"ק דכ"מ] ויש חולקין בזה דבין דלא בעינן רץ אחריהן ומניען א"כ ה"ה ברץ כדרכו ובמפריחין דקנה במתנה [סנר"מ] דזהו נ"כ כמתגלגל ואם הפקיר דבר וזרקו לתוך חצר חבירו דינו כמתנה [סמ"ע] :

יב קמנה יש לה חצר ויש לה ד' אמות וקטן אין לו חצר ולא ד"א ומעמו של דבר כבר נתבאר שם סעיף כ"ב ע"ש :

יג י"א דכשם שחצרו של אדם קונה לו מציאה כמו כן אם סותר אחד הביא סחורה בזול לחצרו של שמעון וכא שמעון ואמר תקנה לי חצרי וכא ראובן אח"כ ולקחה זכה שמעון דחצרו קונה לו וי"א דזכה ראובן דמאחר שאינה מציאה גמורה דבעל החצר צריך לקנותה עדיין במעות לא זכתה לו הצרו ונם משום עני המהפך בחררה ליכא במציאה לדעה ראשונה שבסי' רל"ז וסברא זו נראה עיקר [סנר"מ] מיהו יש לדמות זה לדינא דבר מצוא לקיים ועשית הישר והטוב [מרדכי פ"ק דכ"מ] ועמ"ש בסי' ר"ס סעיף י"א :

יד אם אחר שקנה ראובן הסחורה שבאה לחצרו של שמעון שאמר תקנה לי חצרי ואח"כ היה להיפך שבאה סחורה לחצרו של ראובן ואמר תקנה לי חצרי וקנאה שמעון וראובן אינו רוצה ליתן הסחורה לשמעון ואומר שחצרו קנה לו והסחורה הקורמת קיבל ג"כ מקורם ומוען שמעון ממ"נ תן לי הראשונה או השניה דאם הדין כרעה ראשונה תן לי הראשונה ואם הדין כהי"א תן לי השניה כתב רבינו הרמ"א דאם לא נפסק הדין בראשונה עד שאירע השניה צריך ליתן לשמעון אחת מן הסחורות ממ"נ ואם כבר נפסק הדין בהראשונה ע"פ דיינים שפסקו כהי"א הוה המעשה השניה כדבר בפ"ע והמע"ה ויכול ראובן עתה לומר קים לי כדעה ראשונה וי"א דאחר מן הסחורות יתן לו ממ"נ דעיקר הפסק הוא אי אמרינן קם דינא דמעשה ראשונה והשניה הוי ענין בפ"ע או אמרינן הדר דינא וצריכין לצרף שני המעשים יחד וממ"נ יתן לו אחד מהם [ס"ך וט"ז] וכיון דזהו עיקר הפסק והרבה מן הפוסקים ס"ל להדר דינא ולכן אף שיש הרבה שפסקו קם דינא מ"מ אחד מהם צריך ליתן לו ואיני רואה בזה לסתור מ"מ רבינו הרמ"א דסוף סוף הוי מפק ואיך נוציא מהמוחזק ואף להי"א אין זה רק כששני המעשים אירעו בראובן ושמעון עצמם אבל אם במעשה הראשונה היה שמעון הבע"ד ובהשניה היה לוי הבע"ד אפילו אם שמעון בא מכחו אין שייכים זל"ז אף כשלא נפסק הדין הראשון עדיין [ס"ך] :

סימן רסט [דין מגביה מציאה לחבירו ואם דרש ופקח הגביהו וכו' סעיפים]:

א קיי"ל דהמגביה מציאה בעד חבירו קנה חבירו ואע"ג דקיי"ל דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה כמ"ש בסי' ק"ה והבא הרי חב לאחרים שאין יכולין לזכות בהמציאה שאני הבא דמינו דאי בעי זכי לנפשיה זכי נמי גם לאחריני [תוס' ב"מ י'] ועוד דמציאה לא מקרי חב לאחרים שאינו אלא מניעת ריוח [סה כמ"ש] ולכן ראובן שהגביה מציאה ואמר בשעה שהגביה הריני מגביה מציאה זו כדי לזכות בה לשמעון קנה שמעון ואין ראובן יכול לחזור בו ואע"פ ששמעון לא א"ל שיזכה בעדו מ"מ זכה בה ואף ששמעון אינו בבאן דזכין לאדם

שלא נפניו וי"א דאפילו לא אמר ראובן כלום בשעה שהגביה אלא שמודה שמחשבתו היה לזוהה לשמעון מ"ם קנה שמעון [ס"ך] ולא שייך לומר בזה דברים שבלב אינם דברים דלא אמרינן זה אלא במקום שלבו סותר מעשיו ודבריו כמו במכר חפץ ואמר שהיה בלבו דוקא על הנאי כך וכך וכיוצא בזה אבל בלא"ה שפיר הוי דברים [נ"מ] כמו בתרומה דמהני מחשבה ולכן אם אמר שמגביה לצורך עצמו ומודה שבלבו היה לשם חבירו אין חבירו קונה דהוי דברים שבלב וכן להיפך [ערסב"ל קונטרס י' וסר"ן רים פכחים ונ"ע] :

ב שנים שהגביהו מציאה קנאוה שניהם בין שהגביהו כאחד בין שאחר הגביה תחלה קצה אחת מהחפץ ובא השני והגביה הקצה השניה מהקרקע דבשעת הגבהת הראשון לא קנה רק מה שהפוס בידו ולכן כשהגביה השני והחפץ הוגבה כולו אמרינן דמסתמא ניחא ליה לכל אחד להיות גם שלוחו של חבירו לקנותו לצורך עצמו ולצורך חבירו וחולקין ביניהם ולכן אם המגביה השני היה חרש או שוטה או קטן לא קנה הפקח רק מה שבידו לפי שאין להם דעת להקנות לאחר ואם השני היה עכו"ם נ"ל דקנו שניהם ואע"ג דאין שליחות לעכו"ם זהו בשליחות ממש אבל בקנין איתא :

ג בסי' הבא יהבאר דמציאה חרש שוטה וקטן אין בהן משום גזל מדינא רק מפני דרכי שלום הקנו חז"ל שיקנו מציאתם וכן שני חרשין שהגביהו קונים שניהם כמו שני פקחים דגם זה בכלל התקנה אבל חרש ופקח שהגביהו כאחד והפקח אינו קונה ע"י הגבהתהו של החרש כמ"ש ולכן מתוך שהפקח לא קנה אין החרש קונה ג"כ ולא קנו רק מה שהופסים בידם והשאר מי שחפץ מהם זכה והטעם משום דבזה לא שייך דרכי שלום דבפקח לא תקנו שיקנה ע"י חרש וביון שהחרש רואה דהפקח אינו קונה לא יתרעם גם הוא אם לא יקנה דיחשוב בלבו דאיננו ערוך מפקח :

ד בסי' קצ"ח נתבאר דשיעור הגבהה הוא ג' טפחים וכן כתו כגופו דמי כשהונבהה מכתו דוי כמגביה בידו ודוקא כשהוגבהה מכתו למעלה אבל אם מכתו ירדה למטה אין זה כלום ומצינו בגמ' [שוף חולין] שאחד רצה לקנות יוני שובך וצוו לו שיכה על הקן ויפרחו היונים למעלה והוי כאלו הגביהן אבל ירידה למטה אין זה מכתו דכל דבר גשם מטבעו לירד למטה ולכן אם טונח חפץ על הדף והכה על הדף ועלה החפץ מכח ההבאה ג"כ קנאו אבל אם לא עלה למעלה אלא נפל לארץ אפילו כשהדף גבוה כן הארץ ג"ט והרי נעתק ג"ט מסקומו מ"מ לא קנה מפני שהוא דרך ירידה ויש מי שאומר דהא דמצרכינן שיוגבהה מהדף ג"ט זהו כשנפלה בחורה על הדף אבל אם נפלה על הארץ אפילו לא הוגבהה מכחו מהדף רק מעט כיון שער הארץ יש ג"ט הרי הוגבהה מכחו ונעתק ע"ז ג"ט ממקום עלייתו ואם לא הוגבהה מהדף כלל ע"י כחו אלא מהדף נפלה לארץ לא קנה [סמ"ע] ויש מי שאומר דכשהדף גבוה מן הארץ ג"ט אפילו לא הוגבהה רק מעט וגם נפלה על הדף ג"כ קנה ביון שמן הארץ גבוה ג"ט [מ"ז] :

ה וזה שבירידה לא קנה היינו דוקא כשלא היה תפוס בראשו השני בידו אבל כשתפס בראשו השני קנה גם בבה"ג כיון דדרך הפיסתו הוא גבוה מהקרקע ג"ט ביצד טלית שמונח חציו על עמוד שגבוה ג"ט וחציו על הקרקע ובא אחד והגביה הראש האחד שעל הקרקע וע"י הנבהתו ניתק ראש השני מעל העמוד ונפל על הקרקע קנאה כיון שראש האחד עדיין הוא בידו וראשו השני מוגבהה מכחו ג"ט מהארץ אבל אם לא היה ראשו השני עדיין בידו בעוד שהטלית באויר לא קנאה ואע"פ שהחפץ מוגבהה מן הארץ מכחו ג"ט כיון שזהו דרך ירידתו ולא היה מהויק בה בלל בהיות החפץ מולו באויר ולכן אפי' ראשו האחד בידו ולא ניתק ראש השני מעל העמוד לא קנה אע"פ שאלו נתקו היה מוגבהה מכחו דכל זמן שלא נתקו בפועל לא נחשב כהגבהה ואינו קונה רק מה שהופס בידו :

ו כבר נתבאר דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו ואינו יכול לחזור בו אבל אם הגביה סתם ואח"כ אמר שבשעת הגבהה הגביה לחבירו ואח"כ בעוד החפץ בידו אמר ששחקתי בך ובאמת היה כוונתי לעצמי נאמן כיון שבשעת ההגבהה לא דיבר מאומה וגם אותו האחר לא בקשו לזכות בעדו [טור] אבל אם האחר בקשו להגביה ולזכות בעדו בגון מי שהיה רוכב ע"ג בהמה וראה את המציאה ואמר לחבירו זכה לי במציאה זו והוא הגביהה סתם קנה הרוכב ואע"פ שלא הגיעה לידו ואין המגביה נאמן לומר לעצמי הגבהתיה אפילו בעודה בידו דכיון דע"י בקשתו הגביה אם לא היה רצונו לזכות לא היה לו לומר בשעת ההגבהה לעצמי אני מגביה וזהו דוקא כשאמר זכה לי אבל אם הרוכב א"ל תנה לי דקניגו אינו משעת הגבהתו של זה אלא משעה שימסור לו החפץ וזה נטלה והגביה סתם ואח"כ אמר אני זכיתי בה דלעצמי היתה כוונתי זכה בה הנוטל דאפילו אם נאמר דכוונת המגביה היתה לחבירו מ"מ הרי הוא עצמו לא בקשו לזכות בעדו אבל אם מסרה להרוכב ואח"כ אמר אני זכיתי בה תחלה ולעצמי הגבהתיה וזה שמסרתי לו לא היתה כוונתי להקנותו אלא להראות לו אין בדבריו כלום דאף אם נאמר שכן הוא שהגביה לעצמו מ"מ אנן סהדי שכשמסרו לידו נתנה לו במתנה גמורה כיון שמקידם בקשו הרוכב ליתן לו והוא עשה בן :

ז כתב רבינו הרמ"א דאובן אמר לשמעון קנה לנו ביחד סחורה פלונית והלך שמעון וקנאה ואח"כ אמר שקנאה לעצמו י"א דצריך לחלוק עם ראובן דהו"ל כמגביה מציאה לחבירו וי"א דאם לא היה לראובן דמים זכה שמעון בכולה שקנה ואם נתרצה לקנות לשניהם הו"ל כאלו זכה לשניהם עכ"ל ודעה ראשונה היא הדעה הראשונה שבסי' קפ"ג סעיף ה' דכשלא אמר קודם הקנין שלעצמו קונה

מפתמא קנה לשניהם דאל"כ הוא רמאי ומסתמא לא עשה עולה ובכאן מבואר דהקנין הוא כמנביה מציאה לחבירו והי"א ס"ל דאם לא היה לראובן מעות נאמן גם אח"כ לומר שקנה לעצמו דלא דמי למציאה דמציאה היה גם ביכולת האחר להגביהה משא"כ בקנייה סחורה ואין זה רמאות ורשאי לעשות כן והיא הדעה השניה שכשם אא"כ נתרצה מפורש בשעת הקנייה ואמר שקונה לשניהם ורבינו הרמ"א סמך בשם על דבריו שבכאן:

סימן עד [דין מציאת חש"ו ובנו ובתו ואשתו ועבדו ושפחתו ופועלו ובו ז' סעיפים]:

א מציאת חרש שוטה וקטן אין בהן גזל מדינא מפני שאין להן יד לזכות כשאין דעת אחרת מקנה אותן אלא מפני דרכי שלום אמרו חז"ל [גיטין נב:] שהמציאה היא שלהם ואסור לישלה מידם וכיון שאין זה רק מפני דרכי שלום לפיכך אם עבר אחד ונזלה טרם אינה נגבית בדיינים אלא בדין שמים ודוקא מציאה שאין דעת אחרת מקנה אותם אבל במתנה וכ"ש שכירות של קטן שהרויח וביוצא בו הוי גזל גמור ונגבה בדיינים ועמ"ש בסי' רמ"ג:

ב מציאת בנו ובתו הסמובים על שלחנו אע"פ שהם גדולים שייך לאביהם ודבר זה תקנו חכמים שבעבור שנותן להם מזונות שאינו חייב מדינא לכן תקנו שתהא מציאתן שלו אבל כשמת האב והבנות נזונות מנכסי יהוביים מתקנת חכמים כמ"ש באהע"ז סי' קי"ב אין המציאה של היתומים ביון שחייבים במזונותיהן וכן שאינו סמוך על שלחן אביו אפילו הוא קטן אין מציאתו לאב אבל הבת כל זמן שהיא קטנה או נערה שיש רשות ביד האב לקדשה למי שירצה מציאתה לאב כדי שלא יהיה לו שנאה עליה כשלא המסור לו מציאתה ומציאת אשתו הקנו חכמים ג"כ שתהא שייך להבעל מפני השנאה כמ"ש שם סי' פ"ד ולכן כשהיא בפקח מנורשת אע"נ שבעלה חייב במזונותיה כמ"ש שם סי' צ"ב מ"מ מציאתה שלה משום דלא חיישינן או לשנאתו ומציאת עבדו ושפחתו הכנענים הרי אלו שלו דמה שקנה עבד קנה רבו אבל מציאת עבדו ושפחתו העבריים אינו שלו וכ"ש מציאת שבירו ולקוטו ומציאת שפחתו העברית שאינה נמכרת אלא בקטנותה אם האב חי הרי הוא של האב ואם לאו הוא שלה:

ג יתום או איש אחר הסמוך על שלחן אחרים מציאתו לעצמו ולא אמרינן ק"ו מבנו הסמוך על שלחנו דתקנו חז"ל שהתא מציאתו שלו וכ"ש באחר דאינו כן דלא שייך שנאה אלא בבנו שדרך האב לזונו תמיד ואם האב לא יזונו לא יזונו אחר בזה שפיר שייך שנאה אם לא יהיה מציאתו שלו אבל אדם אחר הסמוך על שלחן חבירו חנם כמו יתום וביוצא בו אין סברא שתהא מציאתו לאחר [סוס' כ"מ יב:] דלא הקנו חכמים בזה שנזון מפני המצוה דאין התשלום בזה במציאתו ושכרו רבה סד' ולא ממציאתו אף ביתום קרוב כמו אח וכיוצא בו:

ד הנותן מתנה לבן הסמוך על שלחן אביו אם הבן הוא גדול מתנתו להבן דהא לו נתן ואם הוא קטן הרי היא של האב מסתמא כשהנותן לא פירש דהא מן הסתם אין המתנה משומרת ביד הקטן אם אביו לא ישמרנו ובודאי נתנה על דעת האב ומה שנהן להקטן אינו אלא כדי לשמחו אבל באינו סמוך על שלחנו גם בקטן מתנתו שלו ואין חילוק בין בן לבת ובנערה הטיר מתנתה שלה דהרי יש לה דעת [עקל"ח]:

ה מי שהתחייב עצמו להתזיק בנו וכלתו או בתו וחתנו על שלחנו כך וכך שנים אין מציאתן שלו כיון שנותן ע"פ התחייבות [מ"ז] ונ"ל דכשכלה ההתחייבות ונותן להם עור מזונות מציאתן שלו אף של חתנו וכלתו מפני שבהם שייך שנאה:

ו כתב רבינו הרמ"א דאלו שמציאתן שלו ה"ה אם הריחו בסחורה או במלאכה עכ"ל ובעל הלבושים השמיט הנה"ה זו וברור מעמי דהרי לא מצינו בשום מקום שמעשה ידיו תלוי במציאה והרי באשה שתי תקנות הוי מעשה ידיה לבעלה מפני מזונותיה ומציאתה מפני איבה ויותר תמוה שמקור הדין הוא מהעיטור בשם ירושלמי שהביא רבינו הב"י בס"ם קע"ו ובשם הוא כשהבן הריחו מהפוסת הבית וכן מוכח בירושלמי דב"ב פ"ט הלכה ג' ע"ש ויש מי שהביא ראיה לדין זה ממה שאמרו חו"ל [ב"מ כ:] דיכול האב לקצוץ על יד בנו הפועל שלא יאכל בעת מלאכתו [ס"ך] ואין זה ראיה דהתם מטעם מחילה הוא ובאמת מאן לימא לן דהריחו הוא של האב דלא אמרו חז"ל רק שבזה אינו עובר על לאו דלא החסום גם מה שמיים רבינו הרמ"א וז"ל אבל אם מת אינו מוריש מלאכת בן אחר לשאר יורשיו עכ"ל ומקורו מהגהת מרדכי פ"ק דב"מ ושם היתה השאלה לענין ספרים שאחר מן הבנים כתבן ומוכח שם ג"כ שהיה כל העסק מתפוסת הבית שעוסקים בנכסי אביהם ולכן ג"ל דרבינו הרמ"א מיירי ג"כ במה שהרויחו בעסקי אביהם בנין שמכרו סחורתו או עסקו במלאכתו דזהו ודאי כל מה שהרויחו בעסקיו אע"פ שאדם אחר היה נוטל שכר טירחא הם אינם נוטלין כיון שמסוכים על שלחנו אבל כשעשו איזה עסק בפ"ע אינו שייך להאב [וכזה מסוכן נס קופת הגמ"ח]:

ז מציאת פועל לעצמו ואע"פ שלא ייחד לו איזה מלאכה לעשות אלא א"ל עשה עמי מלאכה היום דהא למלאכה שכרו ולא למציאות וכ"ש אם ייחד לו איזה מלאכה כגון שא"ל עדור עמי היום או נכוש עמי היום אבל אם שכרו ללקט כעין מציאות בנין שחסרו מי הגהר ושכרו ללקוט הדגים

הדגים שבהאגמים הרי מציאתו לבעה"ב אפילו מצא כים טלא דינרין מפני שהכל בכלל מציאה והרי שכרו לזה וי"א דה"ה כששכרו סתם ומראה לו ללקט מציאות כעין דגי הנהר צריך לעשות לו ואו כל מציאותיו לבעה"ב וזה שמציאת פועל לעצמו היינו כששכרו סתם ונתן לו מלאכה ובתוך זה מצא מציאה אבל אם בתחלה צוה לו ללקוט מציאות דהא בידו ליהן לו איזה מלאכה שירצה בעה"ב הוי כשכרו מתחלה למציאות [ל' ועסמ"ע ול"ע]:

סימן רעא [מציאת בהמה ומציאת שט"ח ושובר וגט ובו ה' סעיפים]:

א בפ' קצ"ו נתבארו דיני קנינים מבעלי חיים ונתבאר שם סעיף ו' דברכיבה לחוד יש מחלוקת הפוסקים אם קונה במכר אבל בהפקר ובמציאה לכ"ע הוי קנין ברכיבה לחוד [ב"י סס ומיוסד קושית הסמ"ע סק"ה ואם היו שנים רוכבים קנו שניהם ולא אמרינן דהאחד עיקר והשני טפל כתב שם רבינו הב"י דאפילו למאן דס"ל שברכיבה לחוד קונין ולא בעינן מנהיג ברגליו מ"מ ברכיבה ועומדת במקומה אין זה קנין ובעינן שהיו מעט שתעקר יד ורגל ועוד נתבאר שם דהנהגה הוי קנין במשיכה ואפילו הנהגה בקול או הכישה במקלו ורצתה לפניו הוי קנין ולכן אם היו שניהם מנהיגים או אחד רוכב ואחר מנהיג קנו שניהם ויחלוקו וכן אם אחד מושך ואחד מנהיג ורעת הרמב"ם בפי"ז מאבידה דבגמל אף שכל אחד בפ"ע קנה מ"מ אם היה אחד מושך ואחר מנהיג מכטל קנין המשיכה את קנין ההנהגה דבגמל עדיף קנין המשיכה דאין דרכו כל כך בהנהגה:

ב וזה לשון הרמב"ם והש"ע שנים שראו גמל או חמור של מציאה וקדמו שניהם והנהיגוהו או משכוהו או שהיה אחד מנהיג ואחד מושך קנו שניהם בד"א בחמור אבל בגמל אם היה אחד מנהיג ואחד מושך המושך קנה אבל לא המנהיג עכ"ל [דמפרש בב"מ ע"ב ליכא מד לד דלא קני סיימו במקום קנין מחר ופסק כליכא דלמרי כדרכו]:

ג עוד בארנו שם דיש מהפוסקים דס"ל דגמל נקנה רק במשיכה וחמור רק בהנהגה אבל להיפך יש באחד מהן דלא הוי קנין וכיון שיש ספק ממילא דגמל לא נקנה בהנהגה וחמור במשיכה אמנם זהו רק במכירה ומתנה אבל במציאה והפקר קונין בשניהן בשני הקנינים ואין מוציאין מיד המוחזק [סס נרפ"ם] ובמכר ומתנה אוקי ממונא בחזקת מרא קמא [טור סס] ואם שנים עשו קנין בחמור של הפקר ומציאה זה במשיכה וזה בהנהגה ואח"כ תפסו המנהיג ואומר קניני הוה ודאי קנין ושלך ספק וכיון שאני מוחזק לא אתן לך חלק נ"ל שיכול לומר כן לפוסקים אלו וכן להיפך בגמר אמנם רבותינו בעלי הש"ע ס"ל כהרמב"ם והשמיטו שם דין זה:

ד עוד בארנו שם סעיף ב' דיש קנין מסירה במכר אבל במציאה והפקר לא שייך קנין זה דמי מוסר לו ולכן בהמה של מציאה שקדם אחר ותפסה במוסירה והוא הדסן או החבל התלוי בצוארה שבזה מוסרים הבהמה מיד ליד לא קנה אותה עד שימשכנה או ינהיגנה ובן בנבסי הגר בימים קדמונים אבל קנה המוסירה לבדו החלק התפוס בידו [ס"ך וע"ז] היה אחד רוכב ואחד תפוס במוסירה הרוכב קנה הבהמה והמוסירה שעל לחיי הבהמה בלבד דחלק זה בטל להבהמה וזה שאחז המוסירה קנה ממנה מה שאחז בידו ושאר המוסירה לא קנה לא זה ולא זה ואם בא שלישי ותפסה הוי שלו ותפיסתו אינו מועיל להרוכב כמגביה מציאה לחבירו שבסי' רס"ט דהא הכא אדעת עצמו הגביהה וכיון דהוא לא קנה איך יקנה הרוכב [גמ' סס]:

ה מציאות שטרות ושוברים נתבאר בסי' ס"ה ומציאת גט בא"ע סי' קל"ב וסי' קנ"ג:

סימן ערב [דיני פריקה וטעינה ופניעות בהמות וספינות ובו י"ח סעיפים]:

א כתיב כי תראה חמור שונאך רובץ תחת משאו וחדלת מעזוב לו עזוב העזוב עמו זהו מצות פריקה שמצוה מן התורה לעזור לחבירו לפרוק המשא מן הבהמה בשחיא רובצת תחת המשא ובפ' תצא כתיב לא תראה את חמור אחיך או שורו נופלים בדרך והתעלמת מהם הקם תקים עמו והו מצות טעינה שמצוה מן התורה לעזור לחבירו להטעין המשא שנפלה מהבהמה דנופלים בדרך משמע שגם המשא נופלת בדרך וצותה התורה להקים המשא על הבהמה ובפריקה עצמה יש מצות טעינה כשהוא פורק כל המשא מהחמור אם א"א באופן אחר בגון שנתקה המשא ממקומה ממילא דאח"כ צריך לקיים מצות טעינה וכ"מ מרמב"ם פי"ג מרוצח ע"ש:

ב לפיכך מי שפגע בחבירו בדרך ובהמתו רובצת תחת משאה בין שהיה עליה משא הראוי לה ובין שהיה עליה יותר ממשאה ה"ז מצות עשה לפרוק מעליה ולא אמרינן בין שהניח עליה יתר ממשאה הרי מתחייב בעצמו דאע"פ דהאמת כן הוא מ"מ חייבתו התורה דאולי בשגגה עשה כן ועוד דאיכא צער הבהמה וצער בעלי חיים הסכימו רוב הפוסקים דהוי כן התורה מצוה להצילן מצערן ואם היתה דרך הבהמה להרביץ התחת משאה תמיד או שהיא עומדת תמיד התחת משאה אינו חייב במצות פריקה שנאמר רובץ בלומר בטקרה ולא רבצן שהרגילו בכך דהבעלים מוחלים הם להנהג בחמור כזה מיהו אע"ג

דמטעם מצות פריקה פטור מ"מ משום צער בע"ח חייב בפריקתה [הגר"ח] :

ג כשמ"ש לפרוק המשא לא יניחנו נבהל במשאו על הדרך אלא יקים עמו ויחזור וימעון משאו עליה שנאמר הקם תקים עמו ואם היה יתר על משאה יניח כדי משאה ולשאר המשא יחזרו הבעלים אחר חמור אחר וכן מי שפגע בחבירו בדרך שנפלה המשא מחמורו על הקרקע צריך למיעו להטעין המשא על הבהמה ואם הניחו ולא טען עבר על מצות ל"ת וביטל מ"ע ואם בא לידו מצות פריקה ולא פרק ולא טען עבר על שני מ"ע דעזוב תעזוב והקם תקים וביטל מצות ל"ת דלא תראה [ומ"מ סרמב"ם וסמ"ע ביטל מ"ע ל"ל דכוותם לעני מ"ע וכפ' המלוה כתב] בפריקה ל"מ משום דכרוכ פריקות זם מעיניכ ודוק] :

ד אמרו רז"ל [כ"מ לב] המצוה מן התורה לפרוק עמו בחנם כמו באבידה אבל למעון עליו ה"ז מצוה ונוטל שכרו כפועל דאם כוונת התורה שנם מעינה בחנם למה לה לכתוב מצות פריקה הלא ידענו זה בק"ו מטעינה שאין בזה צער בע"ח חייב מכ"ש פריקה שיש בזה צער בע"ח אלא ודאי כא דמי דפריקה בחנם וטעינה בשכר מיהו נם בפריקה אם יש לו היזק בזה ישלם לו כמ"ש באבידה בס' רמ"ה :

ה פרק וטען וחזרה ונפלה חייב לפרוק ולטעין פעם אחרת אפילו מאה פעמים שנאמר עזוב תעזוב הקם תקים ועזוב והקם הוא סקור ולא פעולה דליהוי משמע פעם אחת לפיכך כשפרק וטען צריך לילך עם בעל החמור ולדרות עמו עד פרסה וי"א עד מיל ולמה צריך לדדות דשמא יתקלקל אא"כ בעל המשא אומר איני צריך לך ובעד הדידוי צריך לשלם לו ואינו מחוייב לעשות זה בחנם :

ו מאימתי מתחייב לפרוק ולטעון עמו משיראהו ראיה קרובה שהיא כפניעה שהרי נאמר כי תראה ונאמר כי תפגע וכמה שיעור זה שיערו חכמים שיהיה ביניהם רס"ו אמות וב' שלישי אמה שהוא אחר משבעה ומחצה במיל ואם היה רחוק ממנו יותר מזה אינו זקוק לו מיהו בפריקה נראה מדברי רבינו הרמ"א סעיף ט' דחייב משום צער בע"ח ונ"מ ריבול לקבל שכר ע"ז :

ז מצא בהמת חבירו רבוצה אע"פ שאין הבעלים עמה מצוה לפרוק מעליה ולטעון עליה שנאמר עזוב תעזוב הקם תקים מכל מקום בין שיש בעלים ובין שאין בעלים א"כ למה נאמר עמו לענין שאם היה בעל הבהמה שם והלך וישב לו ואמר לזה שפנע בו הואיל שעליך מצוה אם רצית לפרוק פרוק לבדך ה"ז פטור שנאמר עמו ואם היה בעל הבהמה זקן או חולה חייב לפרוק ולטעון לבדו ואינו מחוייב לשכור פועלים כיון שהתורה חייבתו לזה שפנע בו [נמ"] ואין לומר דכוונת התורה דיוקא עמו ובלא בעלים לא יתחייב כלל דהא בפריקה איכא צער בע"ח וממילא דגם בטעינה כן [ומ"מ נס לר"ם דס"ל דכרס קוסס כלכ"ח וע"ם ל"ח: כתוס'] :

ח במדינתנו שנוסעים וטוליכים משא בעגלה והסוס קשור בהעגלה אם פגע בעגלה שנשקעה ברפש ושט מחוייב לסייע להעגלון לפרוק המשא ולהוציא את העגלה והסוס למקום יבשה ווהו מצות פריקה ואח"כ להטעינו כראוי וכן אם נפלה המשא מהעגלה מחוייב לסייע להטעינו וזהו מצות טעינה וכן אם נשברה אופן מהעגלה או היד שהאופן מתגלגל בו מחוייב לסייע ולתקן בכל מה דאפשר ולזותו מעם שיראה שהולכת יפה ווהו נ"כ ממצות פריקה וטעינה :

ט אם היה כהן והבהמה רובצת בין הקברות אינו רשאי למצא א"ע בשביל פריקה וטעינה וכן אם היה זקן ת"ח או עשיר או מכובד שאין דרכו לפרוק ולטעון הואיל שאינו לפי כבודו פטור ובזה נאמר יחדלת מעזוב לו כלומר פעמים שתחדל ווה הכלל כל שאלו היתה שלו היה פורק וט"ן חייב נם בשל חבירו וכל שבשלו לא היה פורק וטוען פטור נם בשל חבירו כמ"ש בסציאה בסי' רמ"ג ואם היה חסיד ועושה לפנים משוה"ר אפילו היה הנשיא הנדול וראה בהמת חבירו רובצת תחת משאה אפילו של תבן ושל קנים ועצים וביוצא בהם פורק וטוען עמו ויש חולקין בזה כמ"ש שם ובמקום צער בע"ח יש להחמיר [עסמ"ע] :

י כתבי הרמב"ם והש"ע בהמת עובד כוכבים והמשא של ישראל אם היה העכו"ם מחמר אחר בהמתו אינו זקוק לה ואם לאו חייב לפרוק ולמעון משום צער ישראל ובן אם היתה הבהמה של ישראל והמשוי של עכו"ם חייב לפרוק ולטעון משום צער ישראל אבל בהמת עכו"ם ומשאו אינו חייב להטפל בו אלא משום איבה עכ"ל וכתב רבינו הרמ"א וי"א דלפרוק חייב אפילו אין העכו"ם שם משום צער בע"ח דהוי דאורייתא ובן בכ"ם דפטור לפרוק מ"מ משום צער בע"ח מיהו חייב ונ"מ שיכול לקבל שכר עכ"ל ויש שכתבו דגם דעת הרמב"ם כן הוא ובטעינה פוטר ולא בפריקה וזה שסמיים חייב לפרוק ולטעון ר"ל כמו שחייב בפריקה כמו כן חייב בטעינה ואיבה שייך בכל ענין [צפ"ת וסמ"ע] :

יא השונא האמור בתורה לא מעכו"ם הוא אלא מישראל והאיך יהיה לו שונא והכתוב אומר לא תשנא את אחיך בלבבך אמרו חכמים כנון שראהו לברו שעבר עבירה והתנה בו ולא חזר הרי מצוה לשנאותו ער שיעשה תשובה וישוב מרשעתו ואע"פ שעדיין לא עשה תשובה אם מצאו נבהל במשאו מצוה לטעון ולפרוק עמו ולא יניחנו שמא ישהה בשביל ממונו ויבא לידי סכנה והתורה הקפידה על נפשות מישראל בין רשעים בין צדיקים מאחר שהם נלוים אל ה' ומאמינים בעיקר הדת שנאמר אכור אליהם חי אני נאם ה' אלהים אם אחפוץ במות הרשע כי אם בשוב רשע מדרכו וחיה [רמב"ם פס] ואע"נ דבטעינה לא כתיב שונא מ"מ כיון דלנבי פריקה השוותה התורה שונא לאוהב מסתמא נם בטעינה כן [כ"מ פס]:

יב הפוגע בשנים אחד רובץ תחת משאו ואחד נפרק המשא

המשא וצריך להטעינו מצוה לפרוק בהחלה משום צער בע"ח ואח"כ טוען השני בר"א כשהיו שניהם אוהבים לו או להיפך אבל אם אחד היה שונא ואחד אוהב מצוה לטעון עם השונא תחלה כדי לכוף יצרו הרע ודוקא בשונא דעלמא ולא שעשה עבירה ווה השונא עובר על לא תשנא אבל אם עשה עבירה ולא עשה תשובה דמצוה לשנאותו א"צ למעון עמו תחלה וי"א דגם בכה"ג מצוה בשונא תחלה [ב"מ] ורמב"ם שם משמע להדיא כדעה ראשונה מדכתב אחר דין זה השונא האמור בתירה מיירי שעבר עבירה משמע דקודם זה מיירי בשונא ממש [וכ"מ מהגר"ח ולכן לפ"ז צ"ע כ"פ קי"נ: כתבו תוס' כי"ת לכל בב"מ ל"ב: ובמגמ"י שם כתבו כדעה ראשונה וכ"ע על סק"ס וסמוך שסמיטו קך דפסחים וכן כריב"ף וס"ס דס"ל לעיל בע"ח דלוריימ"ח דחפצי לחוקמי כשונא עכו"ס]:

יג כשחבורה הולכים בדרך כל אחד עם חטורו כולם טעונים או כולם אינם טעונים ונעשה רגלי חמור אחד רעועות מחמת מכה שאינו יכול לילך כל כך במהירות אינם רשאים החבורה להקדימו ולעבור מעליו ולהניחו יחידי ואם נפל לגמרי ואין יכול לילך כלל רשאים לעבור עליו דא"צ להתעכב בעדו יותר מדאי ורק אם העיכוב מעט מחוייבים להמתין עליו וכן כשנוסעים בעלי עגלות ביחד במשא או בלא משא ונתקלקל העגלה אצל אחד וצריך לתקנו ימהינו עליו [סמ"ע] וצריכים לסייעו בתקונו אמנם כשוה הולך במשא ווה בלא משא מסתמא אין ניסעים יחד דוה נוסע במהירות ווה בכבדות אין צריכים להמתין עליו אם לא שצריך שיסייעוהו בתקונו והוי כפריקה וטעינה כמ"ש בסעיף ח':

יד שני גמלים או שני חמורים או שתי עגלות שהלכו זה בצד זה ובאו למקום שהדרך צר לשניהם ובהכרח שאחד יעבור קודם אמרו חכמים [סנהדרין לב:] שאם אחד מעון משא ועל האחד רכוב אדם מעבירים את הרכוב מפני הטעון והטעון יעבור קודם וכ"ש אם אחד טעון ואחד ריקן מעבירים הריקן מפני הטעון ואם אחד ריקן ואחד רכוב מקדימין הרכוב ואם היו שניהם רוכבים או שניהם טעונים או שניהן ריקנין עושין פשרה ביניהם או יטילו גורל וכן שתי ספינות שפגעו זה בזה שזה הלך ממזרח וזה ממערב ונפגעו במקום אחר שאם יעברו שתיהן ביחד שתיהן טובעות ואם בזו אחר זו שתיהן עוברות וכן שני גמלים העולים במעלה גבוהה ופגעו זב"ז וכן שתי עגלות שפגעו זב"ז ואם עוברים שניהם בבת אחת יפלו שניהם כיצד הם עושים אם אחת היתה טעונה במשא ואחת שאינה טעונה תדחת שאינה טעונה מפני המעונה ותמתין השאינה טעונה מן הצד עד שתעבור הטעונה ואח"כ תעבור היא ואם אחת קרובה זקלה לנטות ואחת רחוקה וקשה לה לנטות תדחה הקרובה מפני הרחוקה היו שתיהן רחוקות שתיהן קרובות טעונות הואיל שכולן בדוחק אחד יטילו פשרה ביניהם ומעלים שכר זל"ז ועל כיוצא בזה נאמר בצדק תשפוט עמיתך דגם בפשרה צריכים לשפוט בצדק ואם רצונם יטילו גורל ביניהם:

טו שיירא שחנתה במדבר ועמד עליה ניים לטורפה ופקנו ממון להניים מחשבין לפי ממון ואין מחשבין לפי נפשות שהרי הניים בא רק בשביל ממון ואם שכרו תייר לפניהם להודיעם הדרך שיש בזה גם סכנת נפשות מחשבין לפי הנפשות ולפי הממון ואם יש מנהג בזה אצל החברים אל ישנו ממנהגם דהמנהג עיקר גדול בדיני ממונות וה"ה בכל כיוצא בזה אם הסכנה הוא רק בממון מחשבין רק לפי הממון ואם הסכנה הוא רק בנפשות מחשבין רק לפי הנפשות ואם הסכנה הוא בשניהם מחשבין לפי שניהם ועמ"ש בסי' קס"ג:

טז רשאים החמרים להתנות ביניהם כשהולכין בשיירא שבל מי שיאבד ממנו חמור מבני השיירא שיעמידו לו מכל השיירא חמור אחר ואם פשע הוא ואבידה אין חייבין להעמיד לו ואם אבד חמורו שלא בפשיעתו ואמר תנו לי דמים ואינו רוצה ליקח חמור והריני שומר עמכם כמקדם יכולים למחות בידו אלא מעמידין לו חמור אחר כדי שבזה יזדרז ביותר וישמור כדי שישמר בהמתו ואפילו היתה לו בהמה אחרת בשיירא מפני שיותר מוסר נפשו בשמירת שתי הבהמות ואם אמר תנו לי מעות ואני אקח הבהמה הרשות בידו [ב"ק] ובכל אלו הדברים א"צ קנין ומתקיים בדברים בעלמא כמו פועלים [סס]:

יז ספינה שהיתה מהלכת בים ועמד עליה נחשול לטובעה והקילו ממשאה כדי להצילה מחשבין לפי המשא ואין מחשבין לפי הממון בגון שהשליכו מראובן עשרה ככרות כסף ומשמעון עשרה בכרות ברזל א"צ לשלם לראובן כלום כיון דהסכנה היתה מצד המשא ואם יש בזה איזה מנהג אצל הספנים יעשו כמנהגם ואל ישנו מהמנהג ולכתחלה יכול לכוף בעל הכסף לבעל הברזל להשליך המשא משלו והוא ישלם לו דזה נהנה וזה לא חסר [ב"ק]:

יח ורשאים הספנים להתנות ביניהם שכל מי שמתאבד לו ספינה שיעמידו לו מהכולל ספינה אחרת ואם פשע בה ואיבדה או שפירש עם ספינתו למקום שאין הולכין בו באותו הזמן אין חייבין להעמיד לו וא"צ קנין וכמ"ש בשיירא:

סימן רעג [דין הפקר ביצד ודין הזוכה מן ההפקר ובו כ"ב סעיפים]:

א דבר ידוע ומוסכם שביכולת אדם להפקיר נכסיו ומה הוא ההפקר שיאמר נכסי אלו או חפץ זה הפקר לכל בין במקרקעי בין במטלטלי ואין אדם יכול להפקיר רק דבר שהוא שלו וברשותו אבל דבר שאינו ברשותו אינו

אינו יכול להפקיר כמו שאינו יכול להקדיש ולכן אם נגנבו או נגזלו ממנו מטלטלים אע"פ שלא נתייאש אינו יכול להפקירן [קלא"מ סי' רי"ח] דלא כיש מי שחולק בזה ואף חפציו שביד אחרים יכול להפקירן דמה שנפקד ביר אחר הוי כמונח אצלו ויכול להפקירן ולהקדישן [כ"ב פמ"] אבל הלואה שביר אחרים אינו יכול להפקיר דמלוה להוצאה ניתנה ואינה כברשותו ונם אינו יכול להקנותה לאחר לבר ע"פ מעמד שלשתן מתקנת חכמים ונם בצרקה מחני בכה"ג כשאומר להגבאי משום דיד עניים אנן והוי כמעמד שלשתן [נמק"י פ"ד דב"ק] או כשנדר ליתן סלע לצדקה אע"פ שאינו ביודו חייב לקיים נדרו אבל כשנדר סלע ידוע ואינו ברשותו אין הנדר חל [כם] ובסי' רם"ב בארנו ההפרש בין יאוש להפקר ע"ש ונם כשהחפץ שאול או מושכר ביר אחר יכול להפקירו כם"ש בא"ח סי' רמ"ו וה"ה שיכול להקדישו דזה נקרא ברשותו [קלא"מ שם] :

ב קיי"ל דמיד כשמפקיר יוצא הדבר מרשותו אף שעדיין לא זכה בה אחר [ספ"ד דנדרים] ודין ההפקר הוא שכל הקודם וזכה בו קונה הדבר ונעשית שלו ואפילו המפקיר עצמו אם קדם וזכה בה זכה מן ההפקר וכל זמן שלא זכה בה בפועל ממש אינה נכנסת לרשי'תו ועוד יתבאר בזה לפיכך כל דבר של הפקר כל הקודם בו זכה בין שהדבר מופקר ועומד כמו במדבריות וביטים ונהרות ונחלים כל שבהם הפקר וכן העשבים והעצים ופירות של יערי מדבר וכיוצא בהם ובין דבר שהיו לו בעלים והפקירוהו :

ג ואע"ג שאין אדם יכול להסתלק משלו בדבור בעלמא כשלא מסרו לאחרים והאומר לחבירו ידי מסולקת משרה זו לא אמר כלום כל זמן שלא נתנה לחבירו וגם לשון מחילה אינו מועיל כמ"ש בסי' רמ"א ואיך מועיל ההפקר כשעדיין לא זכה בו אחר מ"מ זהו גזירת התורה דלשון הפקר מועיל ובירושלמי פ"ו דפאה למדו מקרא דשמטה דכתיב תשמטנה ונטשתה שיש לך נטישה אחרת כזו ואיזו זו היא הפקר דכן קבלו חז"ל ולכן אמרו חז"ל דהמפקיר לעניים ולא לעשירים אינו הפקר עד שיפקיר לכל בשמיטה וכל שלא הפקיר לכל אין לזה דין הפקר והזוכה בו לא קנה וחייב במעשרות [וכסי"ם כתב סם דלרמ"ה דמיטס מיט מלא לי"ע ולכ"י למדנו מפלה מבל מסוס ב"ק כמי לה מעמע בן ולה פליני וכ"י דיים מעמע דב"ם וכ"ע מעמע דב"ם וזוק] :

ד כתב הרמב"ם בפ"ב מנדרים ההפקר אע"פ שאינו נדר הרי הוא כמו נדר שאינו יכול [כנ"ל] לחזור בו עכ"ל ואין כוונתו לדמות הפקר לנדר כיש מי שרצה לומר כן דמה ענין זה"ז ועוד דא"כ ליהני שאלה בהפקר כבנדר ולא מצינו זה בשום מקום [כ"ן נדרים פ"ם] אלא הרמב"ם מסביר לנו מה שבארנו דהיכן מצינו שיסתלק אדם משלו בדבור בעלמא דכשאדם מקדיש דבר נכנם הדבר לרשות הקדש וכשאומו לצדקה נכנם לרשות עניים אבל הפקר לא נכנם לרשות אחרים לזה אומר דזומה לנדר שכשנדר שלא יהנה מנכסיו מסתלק מהם בדבור פיו ולרשות אחר לא נכנסו [נ"ל] :

ה בירושלמי שם פליגי ר' יוחנן ור"ל כשהפקיר לאדם ולא לבהמה לישראל ולא לעכו"ם לעניי אותה העיר ולא לעניי עיר אחרת דסובר ר"י דהוי הפקר ור"ל סובר דאינו הפקר וכפי כללי הש"ס הלכה כר"י [וכ"מ מתוס' ניזיר מז' ומין לקיס להיפך מב"מ ל: לפמ"ם סר"ם סם וכל"ן מין לקיס וזוק] אמנם מהרמב"ם ז"ל שהשמיט דין זה משמע דס"ל כר"ל וכ"ב אחד מהגדולים ונ"ל דעכו"ם הוה ספיקא דרינא ומעמו של ר"י נ"ל משום דעיקר מצוה דשביעית הוא בשביל העני כדכתי"ב ואבלו אביוני עמך ולכן אע"פ שלפי האמת מופקר לכל בשמיטה מ"מ מדחזינן עיקר כוונת התורה תכליתה של שביעית לכן בהפקר מועיל כה"ג וזה שהירושלמי אומר הפקיר לעניי אותה העיר ולא לעניי עיר אחרת לאו דוקא הוא אלא כלומר לאותה העיר ולא לעיר אחרת [וזקנ לעניים לוידי דב"ם ע"ם וזוק] [וע' טוי"י מס"ע סי' ל"מ] :

ו כמו שהקדש טעות אינו הקדש כמו כן הפקר טעות ולא עוד אלא אפילו שבעיקר ההפקר לא היה טעות אלא במי שזכה מן ההפקר כגון שהפקיר חפציו וכוונתו היתה שפלוני ופלוני יטלום ובא אחר ונטלום הוה טעות ונתבטל ההפקר וחוזר להבעלים ודוקא שנדע בברור שלא היה כוונתו לאחר דאל"כ אינו נאמן [כ"מ מתוס' ניזין מז' ד"ה מדעתם] ולכן יש מהגדולים שפסקו בחמץ שמפקירין בערב פסח ונטלה העכו"ם ובא ישראל אחר וקנאה מהעכו"ם אחר הפסח דלא קנה מטעמא דאדעתא דעכו"ם אפקריה ולא אדעתא דישראל [מב"ח סי' תמ"ח] והטעם הוא משום דהוי הפקר בטעות וזכו נס פירוס כר"ן ספ"ד דנדרים וכמוב"י וי"ד סי' קל"ד סוף מזה ניטול להפקיר דבר למחר לעכו"ם ולח מסתבר כלל דלחן זה נדר ספקר ודברי הר"ן ומהר"ם בטוס על המוס' הל"ל וזוק] :

ז כתב הרמב"ם ז"ל [שם] המפקיר את הקרקע כל הקודם והחזיק בהן זכה דין תורה אפילו הפקיר בפני אחד ה"ז הפקר ונפטר מן המעשרות אבל מדברי סופרים אינו הפקר עד שיפקיר בפני שלשה בדי שיהיה אחד זוכה אם רצה והשנים מעידים עכ"ל ואפשר לפרש כוונתו דרק בקרקע בעינן ג' כדי שלא יעשה הערמה אבל במטלטלין גם כשיפקיר בפני אחד הרי יכול ליטלה ויהא נאמן במינו דלקוח היא בידי משא"כ קרקע בחזקת בעליה עומדת וצריך עדים [מח"ם] ומבואר מדברי הרמב"ם דגם מן התורה צריך עכ"פ להפקיר בפני אחד בדי שיהיה יכול לזכות בו אבל בינו לבין עצמו אין שם הפקר ע"ז [סמ"ע] וי"א דאפילו בינו לב"ע הוי הפקר מן התורה ומדרבנן צריך ג' גם במטלטלין ובמקום שההפקר מצילו מאיסור כגון שהשאיל בהמתו לעכו"ם ולא החזירה לו קודם השבת ויעשה בה מלאכה בשבת יכול להפקירה

אף בינו לב"ע [רמ"ם ספ"ד למדים] וכמ"ש בא"ח סימן רמ"ו ואפילו אם מפקירה בפני שלשה אין שום אדם יכול לזכות בה דאגן סהדי דרק להפקיע מאיסור הפקירה [מג' סב] ויהי כהפקר טעות ואין הערכה בהפקר כזה דאגן סהדי שבלב שלם מפקירה כדי להנצל מאיסורי [תוס' ב"מ נ:] מיהו לדעת הרמב"ם צריך להפקיר ע"פ בפני אחד ויש מי שאומר דגם הרמב"ם מודה בזה [מ"מ] ולא משמע כן ויש להסתפק למאן דס"ל דסהני בינו לבין עצמו אם מועיל הפקר בלב ומדברי התוס' [שבת יח:] משמע דסהני והר"ן ריש פסחים כתב דלא סהני משום דדברים שבלב אינם דברים [ובסי' רס"ם כתבנו בסם סרטנ"ל דמין זה רק כפיפו ולבו סומרין זמ"ו ע"ם]:

ח הפקר לזמן הוי הפקר דעיקרה ילפינן משמיטה והשמיטה היא לזמן [סמ"ע] ואף שאין זה ראיה דהא הפירות הנאספין בשביעית אין מותרין לעולם והקרקע לא הותרה לאחרים מ"מ לא עדיפא ממבירה ומתנה דסהני לזמן ואין ראיה מהקדש להיפך דהא הקדש אין מועיל לזמן שאני הקדש דקדושה בכדי לא פקעה וגם נדר יש לזמן מיהו יש הפרש בין הפקר עולם להפקר לזמן כמו שיתבאר:

ט הניא בנדרים [מגי] המפקיר את שדהו כל ג' ימים יכול לחזור בו מכאן ואילך אין יכול לחזור בו אמר תהא שדה זו מופקרת ליום אחד לשבת אחת לחדש אחד לשנה אחת לשבוע אחת לשמיטה אחת עד שלא זכה בה בין הוא בין אחר אינו יכול לחזור בו משזכה בה בין הוא בין אחר אינו יכול לחזור בו ויש מרבותינו שפירשו דה"פ מפני שהיו בעלי ערמה שרצו להפקיע שדותיהן ממעשרות הפקירו אותם דהפקר פטור ממעשר ואח"כ זכו בעצמם מן ההפקר ואף דהפקר בפני שלשה הפקירו בפני אוהביהם שידעו שהמה לא יזכו בה [ג"כ] ולכן תקנו חכמים שאם יזכה בתוך ג' ימים להפקרו לא יהיה נחשב כזוכה מן ההפקר אלא שנתבטל ההפקר ומחוייב להפריש המעשרות ותקנו שאפילו אם אחר יזכה בתוך הג' ימים לא יקנה ותוחזר להמפקיר ולמה תקנו זה דאל"כ לא יציית גם הוא שיאמר למה אם אחר זכה בה נחשב כזוכה מן ההפקר ואני למה לא אתחשב כזוכה מהפקר ולכן הוכרחו לתקן שכל ג' ימים הראשונים אין בהם דין הפקר ששייך להבעלים בחזרה ולאחר ג' ימים בין ימות הוא בין אחר הוי זוכה מן ההפקר דיותר מג' ימים לא יניחוה הבעלים אם כוונתם להערמה ובהפקר זמן ליום או לשבוע וחדש ושנה ושמיטה יש דין אחר דבהפקר עולם יוצא הדבר מרשותו מיד בשהפקירו אף שלא זכה בה אחר עדיין כמ"ש בסעי' ב' ובהפקר לזמן אמרו חכמים לדעתו שבוונתו היתה שכל זמן שלא זכה בה אחר לא הצא מרשותו דכיון שזהו הפקר גרוע מסתמא כן היתה כוונתו וגם להערמה לא חששו בזה דאם היתה כוונתו להערמה למה הפקירה לזמן ולכן בין הוא בין אחר יכול לזכות בה מיד והוי כזוכה מן ההפקר ולפ"ז עיקר דין זה הוא רק למעשרות ולפיכך לא כתבה המחבר משום דמעשרות אינו נוהג בזמה"ז ומ"מ מיפא דברייתא היה לו להבוא לפמ"ש בסימן רכ"א דמהפקר מותר למודר ליהנות מפני שיוצא מיד מרשותו א"כ בהפקר לזמן אסור לו ליהנות עד שיזכה בו אחר:

י והרמב"ם ז"ל כתב שם המפקיר את שדהו ולא זכה בה אדם כל ג' ימים יכול לחזור בו אחר ג' ימים אינו יכול לחזור בו א"כ קדם וזכה בה הרי הוא כזוכה מן ההפקר בין הוא בין אחר האומר שדה זו מופקרת ליום אחד לשבת אחד לחדש אחד לשנה אחת לשבוע אחת עד שלא זכה בה הוא או אחר יכול לחזור בו ומשוכה בה בין הוא בין אחר אינו יכול לחזור בו ומפני מה יש לו לחזור כאן עד שיזכו בה מפני שזה דבר שאינו מצוי הוא שאין אדם מפקיר לזמן קצוב עכ"ל ורוב דבריו העתיק רבינו הב"י בש"ע סעיף ט' וסעיף י' ונדחקו המפרשים בדבריו [עלמ"ת וסמ"ע המשיכו לפי' סי"ן וסדומק מבואר ולבל זס פי' הקוסס למוק דמ"ם לל מסמו להערמה בהפקר לזמן וע"ק דמעמע דרמלמין סוס לי"ו וסרי סיימ סוס ניחא ליס כרנגן נס בל"ן]:

יא ויראה לי דלהרמב"ם ז"ל ה"פ דהנה מעיקר הדין יש לו לבטל ההפקר בדבור פיו כשאומר אני חוזר מההפקר ומבטלו אם עדיין לא זכה בה אחר רבמו שמפקירו בדבור פיו כמו כן חזרתו דאתי דבור ומבטל דבור רק לאחר ג' ימים תקנו חכמים שלא יועיל חזרתו ואף כשזכה בה בתורת לבטל ההפקר לא יתבטל ההפקר אלא הוה כאחר שזוכה מההפקר ויש להנכסים כל דין הפקר והטעם מפני שבג' ימים יצא הקול שפלוני הפקיר נכסיו ויצא על הנכסים שם הפקר ולכן בכ' ג' ימים הראשונים אם עדיין לא זכה בהם אחר חוזר מהפקרו בדבור פיו אבל לאחר ג' ימים אינו מועיל לא לבד שבדבור אינו בטל אלא אפילו אם זכה בהנכסים בתורת בטול אינו מועיל הפקרו אלא הוה כזוכה מן ההפקר כאחר ורק בהפקר לזמן מפני שהוא דבר שאינו מצוי אוקמוה אדינא דבל זמן שלא זכה בה אחר ונם הוא לא זכה בתורת זכיה מההפקר יכול לבטל ההפקר בדבור בעלמא אף לאחר ג' ימים ואם זכה בה אפילו הוא עצמו בתורת זכיה מההפקר אינו יכול לבטל את ההפקר עוד [ורלים מירושלמי ספס פ"ו וכדיס ספ"ד דלומר סס על דברי ר"מ להפקר יולא מיד מרשותו עד כדון כמהפקירס לזמן מרובס וכו' לזמן מועט כמעוכס מן הלל סמניקר שלהו ג' ימים מוזר חמר ר"ז לל חמר הלל ג' כל לחמר ג' חיכו מוזר מני ר"ם אפילו לאחר ג' וכו' מתניתא מסייע לר"ן בדל"ם כהפקיר סמס לבל סס חמר שדי מופקרת יום מחד וכו' הלל חמרים שמלס מפקיר ומוזר וכו' עכ"ל וזהו שמחל דכשמסך זמן מרובס ודמי חיכו יכול לחזור לבל סס נמסך זמן מועט מהפקר סס יכול לחזור ופמים שיכול להזור לך עד ג' ימים בהפקר עולמית ובלזמן יכול לעולם לחזור

וצירוסלמי דפסס מסר מירון ל"ז מסדפסס וסמפרסים נדמקו בזס ולפמ"ם לסרמב"ס מ"ם] :

יב ואע"ג דבכל ענייני הפקר יכול אחר לזכות בהם אבל בהפקר עבדים ושפחות אינו כן דמיד כשכפקירם זובים הם בעצמם ויוצאים לחירות וזקוקא נדולים שיש להם יד לזכות בעצמן אבל קטנים שאין להם יד לזכות בעצמן כל המחזיק בהם זכה ומי שהקרים ועשה בהם חוקה המועלת בעבד אחרת מקנה אותו יש לו זכיה כמ"ש בסי' רס"ג מ"ם הפקר לא מקרי דעת אחרת מקנה דמיד כשהפקיר יצא מרשותו [עמ"מ] וביו"ד סי' רס"ן נהבאר עוד בזה ועמ"ש בסי' ער"ה :

יג הפקר אינו ע"י שליח שאם אמר לשלוחו צא והפקר נכסי אינו מועיל כמו שאינו מועיל לצוות להבירו לנדור בעדו [כ"י מ"ם סי' תל"ד ועמ"ם כס' מל"י סי' ע"מ] :

יד כמו שיש יד לנדר וצדקה כמו כן יש יד להפקר ולכן האומר הרי זה הפקר וזה כמו זה או שאמר וגם זה הרי התפים השני בהראשון והוה הפקר ודאי אבל אם אמר הרי זה הפקר וזה הרי השני ספק הפקר דשמא היתה כוונתו על השני לענין אחר ואע"ג דבצדקה אולינן לחומרא כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ח בהפקר אין מוציאין מחוקת הבעלים ונ"ל שאם כוזה בדבלבו היה להפקירה אינו דומה להפקר בלב שנהפקנו בסעיף ז' דבזה ודאי הוה הפקר דהא הוציא בשפתיו נ"כ :

טו הבטה לא קני בהפקר כגון דבר הטופקר ובא אחר ושמרה והיה מביט בה שלא יטלנה אדם לא זכה ע"י שמירתו עד שיגביה אם הוא דבר המיטלטל ואם אינו יכול להגביהה יקנה במשיכה לרשותו ואם היא קרקע יחזיק בה כדרך שקונים לקוחות ומקבלי מתנה ואע"ג דבדבר שיש לו בעלים והשומר שומרו מתחייב השומר בפשיעת החפץ וכיון שזהו הפקר היה לנו לומר דבשמירתו נהשב כבעל החפץ מ"ם אינו קונה בזה ואפילו עומד בתוך ד' אמותיו כיון שלא כוון לקנותה בזה רק בשמירתו אינו קונה [כ"ן] :

מז הצד דגים מהימים ומהנהרות או שצר עופות או מיני חיות הואיל שאין להם בעלים זכה ובלבד שלא יצוד בשדה חבירו דאע"ג דאין חבירו קונה אותם דהוה חצר שאינה משתמרת מ"ם לכתחלה אסרום חכמים שלא יצודם שם ומ"מ אם צד שם קנה אבל אם היו הרגים בביברין של הבעלים ובן חיה ועוף שבביברין אע"פ שהוא ביבר גדול ומחסר צידה עדיין מ"ם הביבר קונה אותם להבעלים כיון שיש להם תוך והרי זה של בעל הביבר ואף שעדיין לא ידעו הבעלים שנכנסו להביבר דהרי הנרן של אדם קונה לו שלא מדעתו והביבר המונח אפילו בנהר או בשדה מדבר דינו כחצרו כיון שיש לו רשות להניחו שם ובהביבר משתמרין הן והצד מהביברין ה"ז גולן נמור ואם ראובן העמיד כלי בחצר שמעון לקבל דבר הפקר קונה ראובן ילא שמעון ואע"ג דקי"ל אויר שסופו לנוח כמונח דמי וכשנפל הדבר של הפקר באוירו של שמעון הרי היתה סופה לנוח מ"ם כיון שהכלי מפסיק אין שמעון קונה דהרי אין סופה ליפול לרשותו [נס"ם] דלא כיש מי שחולק בזה [ע' כ"מ קכ'] : יז לפי מה שנתבאר למדנו דהפורס מצודה בשדה חבירו וצד בה חיה או עוף אע"פ שאין לו רשות לעשות דבר זה כמ"ש מ"ם קנה כיון דהבעלים לא קנאום אבל אם היה עומד בעל השדה בתוך שדהו ואמר זבתה לי שדי ובאופן שיכול לתופסה כמ"ש בסי' רס"ם קנה בעל השדה ואין לבעל המצודה כלום ולדעת הי"א שנתבאר שם קנה גם בלא אמירה [מור] והיא אם החצר משתמר אע"פ שלא עמד בצד שדהו דהחצר קונה לו ואין מצודתו מועיל לו אפילו יש לה תוך [מ"ם] :

יח ראובן שפרס מצודה לתוך הים והנהר והטריב ונאספו אל המצודה דגים או חיות ועופות אע"פ שלא קנאום עדיין בשאין המצודה כלי שיקנה לו תוך הכלי מ"ם אסור לאחר לבא וליטלם ודבר זה תקנו חכמים מפני דרכי שיום ואם האחר נטלם מהמצודה אינה נגבית בב"ד רק ברשני שמים אבל אם היתה המצודה כלי ולקחן מתוך המצודה ה"ז גולן נמור ומוציאין בב"ד מירו :

יט ספינה ההולכת בנהרות ובימים וקפצו דגים ונכנסו לתוך הספינה קנאם בעל הספינה מתורת חצר ואע"ג דחצר מהלכת אינו קנין כמ"ש בסי' ר"ב מ"ם ספינה לא חשיבא כחצר מהלכת דהא אינה הולכת מצד עצמה אלא המים מוליכין אותה והיא נחה על פני המים ואע"ג דלענין אחר אין הספינה נחשבת כמונחת מ"ם לענין קנין חשיבא כמונחת דחצר איהרבאי משום יד וחיד מהלכת ג"כ אלא כיון שהיד מונחת על הגוף והגוף הולך נחשב כמונח וכן בספינה [תוס' כ"מ מ:] :

כ עני המנקף בראש האילן של הפקר שככה בסקל או בירו על האילן ומשיר פירותיו ונפלו הפירות לארץ אע"פ שלא קנאום עדיין דהא לא נכנסו הפירות לידו ורשותו מ"מ אסרו חכמים לאחר ליטלן מפני דרכי שלום ואם נטלן אחר אין בהם משום גזל נמור להוציאן בריינים אלא שעבר עבירה ונענש בריני שמים ואם באו הפירות ליד העני קודם שנפלו לארץ קנאם ואם נטלן אחר אחר שנפלו לארץ הוי גזל נמור ומוציאין ממנו בריינים ואע"פ שלא אחזן בידו רק להפילן ולא ידענו שכוון לקנותן בתפיסתו מ"ם הוי גזל נמור דמי ייסר שלא כוון לקנותם [תוס' נימין סמ' ועמ"ם מי' רס"ח] :

כא אסרו חז"ל [כ"מ קי'] דשחלים הנדילים בשדה פשתן הם הפקר ומותר כל אדם ליטלן מפני שמפסידין הפשתן וניחא לו להבעלים שיטלום ואם הפשתן כבר הוקשה עד שראוי ליטול ממנה זרע לזרוע אסור ליטלם מפני שכבר קלקלה מה שקלקלה ויותר לא תקלקל וכן אם עומדים על המצר אסור ליטלן מפני שאינה מפסדת הפשתן

הפשתן ומה למדנו מכל מיני תבואות כשנדל בניהם דבר גרוע המקלקלת התבואה יכול אחר ליטלן דוקאי ניחא להו להבעלים ואם כבר קלקלו ולא יקלקלו עוד אסור ליטלם:

כב שדה שיש בו כלאים וכא"י שיש שם איסור כלאים כמ"ש ביו"ד סימן רצ"ה אם יש בו אחד מכ"ד ממין אחר שהוא רובע הקב לסאה מפקירין ב"ד כל השדה כולה ויבריוו עליו שהוא הפקר וזהו מקנם חכמים כדי שיזהרו באיסור כלאים וי"א שא"צ הכרזה ומעצמו הוה הפקר [צסמ"ע]:

סימן רעד [תקנות שהתנה יהושע ובו ה' סעיפים]:

א כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ה מנזקי ממון עשרה תנאים התנה יהושע ובית דינו בשעה שחלק את הארץ ואלו הן האחת התנה שמרעין בהמה דקה ביערים שאילניהן גסין אבל אין מרעין שם בהמה גסה וביער שאילנות דקין אין מרעין בו לא גסה ולא דקה אלא מדעת בעליו [כ] וכן התנה שיהיה כל אדם מותר ללקט עצים מיערות שדה חבירו והוא שיהיו עצים פחותים וקרובים להיות קוצים בגון הזמי והיגי והוא שיהיו לחים ומחוברים ובלבד שלא ישרש אבל שאר עצים אסור [ג] וכן התנה שיהיה כל אדם מותר ללקט עשבים העולין מאליהן בכל מקום חוץ משדה תילתן שזרעה לבהמה [ד] וכן התנה שיהיה אדם קוטם נטיעה בכל מקום חוץ מגרופיות של זית ואינו קוטם מן האילנות אלא בזית כביצה [פירמ"י ב"ק פ"ו] יניח כנובה ביצה מלמטה סמוך לקרקע והרמ"ה פי' כביצה מעיקר הענף אבל מנוף האילן לא יקטום כלל [טור] ובקנים ובנפנים מן הפקק ולמעלה [פירמ"י מקצר סמחתין מותר לקטום והרמ"ה פי' מעיקר סענף] ובשאר האילן מתוכו של אילן ולא מחודו וכשהתיר לקטום לא התיר אלא מחדש שאינו עושה פירות אבל לא מישן שעושה פירות ואינו קוטם אלא ממקום שאינו רואה פני חמה והטור כתב שבשאר אילנות לא יקטום אלא מן הענפים הדקים וממקום שיש שם הרבה ענפים ומאילן חדש שאינו עושה פירות אבל לא מענפים שנתקשו כבר ולא מנוע האמצעי שבראש האילן באמצעיתו ולא מאילן ישן שכבר עשה פרי עב"ל:

ב והחמישית התנה שהמעיין היוצא בתחלה בני אותה העיר שיצא בגבולם מסתפקין ממנו אע"פ שאין עיקרו בחלקם ואין לאחרים להסתפק עמהם ממנו [ו] וכן התנה שיהיה כל אדם מותר לצוד דגים מים מבריא והוא שיצוד בחכה בלבד אבל לא יפרוס קלע ויעמיד ספינה שם אלא בני השבט שהגיע אותו הים בחלקם והטור כתב דמותר להטיל חכה בכל הימים אבל אסור לכל אדם לצוד ברשתות ומכמורות אלא לבעל הים וה"ה בנהרות [כ"כ] ואף בעל הים אינו רשאי לפרוס קלע שלא יעכב מהלך הספינה [הרמב"ם מפרש דסמכוי סיס על מחריס ורמת כחכם וסקור מפרש דגס על סבעלים סיס תגלי ומכור לאחריס ברמת]:

ג והשביעית התנה שכל אדם הצריך לנקביו מסתלק מן הדרך ונכנס אחורי הגדר שפגע בו ונפנה שם ואפילו בשדה של כרכום שהריח קשה לה ונוטל משם צרור ומקנח [מ] וכן התנה שכל התועה בין הברמים וביוצא בהן מפסע ועולה מפסע ויורד עד שיצא לדרכו והטור כתב שבורות הזמורות ויוצא עד שיגיע לאם הדרך ומשלם לו הפסדו [ע] וכן התנה שבזמן שירבה הטיט בדרכי הרבים או נקיעי מים יש לעוברי דרכים להסתלק לצדדי הדרכים ומהלכין שם אע"פ שהם מהלכין בדרך שיש לה בעלים ושלמה תיקן שיהיו עוברי דרכים מותרים ביומות החמה כשהשדות אינן זרועות להלך בשבילין שבשדות שיש להן בעלים עד שתרד רביעה שניה ובבבל משירד הטל אסור להלך בשבילין שיש להם בעלים:

ד והעשירית תיקן שמת מצוה קוטה מקומו ונקבר במקום שימצא בו והוא שלא יהא מוטל על המצר ולא בתוך תחום המדינה אבל אם נמצא על המצר או שהיה בתוך התחום מביאו לבית הקברות וביו"ד סי' שס"ד נתבאר עוד מזה ובתבו שם האחרונים דמה שאין נוהרין עתה בזה מפני שאין הארץ שלנו ואין לנו רשות לעשות כן אבל זה הטעם אינו מספיק בזמנינו דגם מחוק המלכות כן הוא שבמקום שנמצא יקברוהו עיד כתבו שיש חשש שיוציאו אותו מקברו ווה צריך לראות לפי המקום:

ה וכתבו הרמב"ם והטור דתקנות אלו נוהגות גם בח"ל ובמקום שיש בדברים אלו חוק המלכות דינא דמלכותא דינא ועוד יש תקון ב"ד דמי שהיה לו נחיל של דבורים ויצאו וישבו על אילן של חבירו דיכול לקיץ הענף כדי להציל נחילו ונותן דמי הענף לבעל האילן ויש חולקין וס"ל דאין הלכה כן ובסי' רס"ד נתבאר עוד מתקנת ב"ד ובסי' תי"ד יתבאר מתקנת הוצאת זבלים וכן יש דבר שהוא כהפקר שנתבאר בסי' קצ"ר ע"ש:

סימן ערה [דיני נכסי נר בימים קדמונים כשמת בלא יורשים ובו ל"ב סעיפים]:

א גר בימים קדמונים שמת ולא הניח זרע שהורהם ולידתם בקדושה אע"פ שיש לו בנים שהורתם שלא בקדושה ולידתם בקדושה אינם יורשים אותו ונכסיו הפקר וכל הקודם להחזיק בהם זכה דבקמן שנולד דמי ולא

ולא עור אלא אפילו הווכים אין חייבין בקבורתו דנכסיו לא נשתעבדו לקבורתו דבחייו אין נכסיו משועבדים לקבורתו וכשמת מיד יצאו הנכסים מרשותו וראיה לזה מבעל חוב שנשתעבדו לו נכסי הלוה בחייו ומת הלוה ונוטל הבע"ח את הנכסים ואינו חייב לקוברו ואם נאמר דבחיי הארם משועבדין נכסיו לקבורתו כשימות למה לא יתחייבו נכסיו בקבורתו והרי שיעבוד שניהם בשוה ויש חולקין בזה דבע"ח שיעבודו מן התורה אבל זה שזכה בנכסיו ודאי חייב בקבורתו ועוד דאין זה דרכי נועם שיבזבו נכסיו ואחרים יקברוהו ויש לחוש לקטטה [ב"מ] :

ב עבד כנעני שנשתחרר ג"כ דינו כגר ומעשה בימים קרמונים בעבד משוחרר שמת ולא הניח זרע ונכסיו היו מופקדים ביד ראובן אך ראובן לא רצה לזכות בהם ובאו כמה אנשים ואמרו שהפקידו אצל העבד כך וכך ופסקו שישבעו שכדבריהם כן הוא ויטלו ואם ראובן רוצה יכול למחול להם השבועה דהרי בידו לזכות בכולם ואם היה רוצה לזכות בהם לא היו נוטלים אף בשבועה דאין מוציאין ממון מהמוחזק בשבועה ולכן ביכלתו למחול

השבועה ומה שישאר יפול לצדקה [הגמ"ר כתיבות] :

ג החוקות שמחזיקים לקוחת ומקבלי מתנה מחזיקין בהם גם בנכסי הגר ויש שחלוקות זה מזה באשר יתבאר ונעל נדר ופרץ שנתבאר בסי' קצ"ב הם חוקות גם בנכסי הגר אך במקום שצריך שם מסירת מפתחות וכיוצא בזה א"צ כאן דבשם הוה במקום אמירת לך חזק וקני וכאן לא שייך זה וכן כל חוקות שבנוף הקרקע כמו ניר וחפירה המועלת לקרקע מועיל גם בבאן אבל בכמות הקנין יש הפרש בין זה למבירה דבמבירה אפילו מבר לו עשר שדות בעשר מדינות והחזיק באחה מהן קנה כולן כשיגיע כל המעות במ"ש שם ובכאן לא קנה רק מה שהחזיק דאין כאן נתינת מעות ולא דעת אחרת המקנה אותו וגם זה א"א לומר שלא יקנה רק מעט הקרקע שהחזיק בה דא"כ יצטרך לעשות חוקה בכל טפח וטפח ואין זה סברא כלל וכיוצא היא חוקתם :

ד אמרו חז"ל [ב"ב נד:] דשרה המסויימת במצריה דהמצרים שלה ידועים בין שחפר בה חפירה אחת המועלת להקרקע קנה את כולה ואם אינה מסויימת במצריה קונה ממנה באותה החוקה כדי שילך הצמר שהם שני שוורים החורשים ויחזרו ויעשו עוד תלם ושיעור אורך התלם היה ידוע להם וי"א שבש"עור תלם זה קונה לארבע רוחותיה כשהחזיק באמצע השרה ואם החזיק באמצע המצר קונה לשלש רוחותיה ואם החזיק בקצה המצר קונה לשתי רוחותיה לימינו ולשמאלו :

ה וכשם שמצר חוי הפסק כמו כן היה אצלם מין עשב שקוראין אותה חצב והיו זורעין אותה בין שדה לשדה מפני שהעשב ההוא גדל בשוה למטה ואין לו שרשים שיתפשטו ולבן אמרו חז"ל דהמצר והחצב מפסיקים בנכסי הגר ובעשב הזה מגבילים בו תחום וגבול כל איש ובו תיחם יהושע לישראל את הארץ ולכן כל המחזיק בשדה לא קנה אלא עד המצר או החצב אפילו כשאין בזה שיעור הצמד שנתבאר :

ו וכיון שמצר וחצב מפסיקין כ"ש שהדברים המפסיקין לפאה ולשבת ולטומאה מפסיקין בנכסי הגר לענין חוקה שלא יקנה אלא עד ההפסק ובפיאה קי"ל שהפאה שנותן משדה אחת אינו עולה לשדהו האחרת ואמרו חז"ל שאם היה ביניהם נחל או אמת המים מפסקת לפאה וצריך ליתן מכל אחת בפ"ע ולענין שבת קי"ל דהמוציא מרה"י לרה"ר חייב והוקא שיוציא בשיעור גרוגרות ושיוציא את הגרוגרות לרה"ר אחת אבל אם הוציא חצי גרוגרת לרה"ר אחת וחצי גרוגרת לרה"ר אחרת בגון שיש הפסק בין רה"ר זה לרה"ר זה רה"י או כרמלית ואפילו מקום פטור אם הוא רק כשיעור שחלק לענין שאילת רשות שבגמ שנתבאר באהע"ז סי' קל"ט מפסיק ברשויות שבת ולענין טומאה כתב הרמב"ם ז"ל פ"א מזבית כל דבר המפסיק לטומאה מפסיק בנכסי הגר כיצד בגון שנכנס אדם לבקעה זו וטומאה בבקעה בצדה האחר ואינו יודע אם הגיע למקום הטומאה אם לאו כל מקום שמחזיקים אותו לטומאה הרי הוא כמקום אחר מוחלק בפ"ע עכ"ל וביאור דבריו דקיי"ל בפק טומאה ברה"י פסיקו מטא ותנן במטהרות פ"ו דר"א סבר דדוקא אם נכנס ודאי לשדה זו אע"פ שלא ידע אם נגע אם לא נגע פסיקו טמא אבל אם לא ידע אם נכנס כלל לשדה זו אע"פ שבבקעה זו ודאי נכנס פסיקו מהור וחכמים ס"ל דאפילו בפק ביאה טמא וקיי"ל כחכמים וס"ל להרמב"ם דרק בבפק ביאה לשדה זו טמאים אבל בבפק ביאה אל הבקעה גם חכמים מודים דאל"כ נטמא עד סוף העולם אלא ודאי דכל בקעה רשות בפ"ע הוא וזה שכתב וטומאה בבקעה ר"ל בבקעה אחרת וכך מה שמפסיק בין בקעה לבקעה מפסיק ג"כ בנכסי הגר [מ"מ] :

ז כתב הרמב"ם ז"ל [בפ] בקעה גדולה שיש בה שדות רבות וכולם של גר אחד ולא היה ביניהם לא מצר ולא חצב ולא דבר מדברים המפסיקין ובא אחד והחזיק במקצת הבקעה לקנות את כולה כל הנקרא על שם אותו הגר קונה אותו עכ"ל והקשו עליו דהא כבר נתבאר בסעיף ד' דכשאין מצר אינו קונה רק כשיעור צמד [וכנמ' י"ל דפליגי לו לחלק בין שלמין לבעל] ויש שתירצו דשם מיירי בחזקה גרועה כחפירה ובאן הוא בחזקה טובה ויש שתרצו דבשם החזיק סהם ובכאן החזיק מפורש לקנותה כולה ויש שתרצו דיש חילוק בין נקראו על שם הגר דאז קנה כולם ואם לא נקראו על שמו אינו קונה אלא כצמד ולי נראה דהפרש מבואר בדברי הרמב"ם עצמו דוקאי אם בחבקעה יש הרבה שדות של בעלים חלוקים אינו קונה גם בשדותיו של הגר רק כדי צמד דא"א לקנות באופן אחר כיון שאין הפסק בין שדה לשדה וכל הבקעה א"א לו לקנות כיון שיש גם שדות של אחרים אבל כשכל הבקעה

הבקעה הוא להגר לבדו קונה את כולה אם רק כיון לקנותה כולה דכל בקעה מבקעה השנית ונחשבת כשדה אחת וכשם שיש מצר בין שדה לשדה קונה את כל השדה כמו כן אם אין מצר נחשבת כל הבקעה כשדה אחת ואם רק נקראת על שמו והוא כוון לקנותה קונה את כולה ואף כשיש מעט שלא נקרא על שמו ואינו קונה זה מ"מ אינו מעכב כיון שכולה שלו :

ח ובהב רבינו הרמ"א על דברי הרמב"ם די"א דוקא בשדה בית השלחין שצריכין להשקותם ולא די להם במטר השמים קונין בהם בחוקה אחת כל השדה כולה אף שלא פירש לקנות כולה אלא שכוין בלבו לקנות כולה אבל בשדה בית הבעל שדי לה במטר השמים אם פירש לקנות כולן קנה בוון אבל אם ההזיק סתם ולא פירש לקנות כולן לא קנה אלא ממקום שהחזיק מענה לארכה ולרחבה כמ"ש בסעיף ד' דשדה בית השלחין יש יותר חיבור להקרא בשם אחד מבית הבעל מפני שידוע שמבור זה משקין את כל השדה וניכרת היטב ואם היא שדה שיש לה מצר קנה כל מה שבמצר :

ט שתי שדות בנכסי הגר ומצר אחד ביניהם והחזיק באחת מהן לקנותה קנאה ואם החזיק בה לקנותה וגם לקנות חבירתה זו שהחזיק בה קנה והשנית לא קנה כיון שמצר מפסיק ולא אמרינן כיון שכוונתו היתה לקנות שתיהן והשנית לא קנה לא יקנה כלל דהא אפילו במכירה אינו מעכב דבר שאינו בקנין את הרכר שישנו בקנין כמו קני את ובהמה שבמי' ר"י וכ"ש בכה"ג אבל אם החזיק בה לקנות רק את חבירתה לא קנה כלל דהשנית אינו קונה שהרי לא החזיק בה ואותה לא קנה שהרי לא כוון לקנותה וכל קנין צריך כוונה לקנות כמ"ש בסי' קפ"ם :

י ואם החזיק באחת מהן לקנותה ולקנות גם השנית ואת המצר שביניהם או שהחזיק במצר לקנות את שתיהן ה"ז ספק אם קנה השנית ג"כ משום דלא הניח הפסק ביניהם או אפשר דלא קנאה כיון שסוף סוף שתי שדות הן א"א לקנותן בהוקה אחת ולכן אם בא אחר והחזיק בהשנית כדי לקנותה זכה האחרון מפני שחזקתו ודאי ושל הראשון ספק ותפיסה לא שייך בקרקע ובהחזיק במצר לקנות שתיהן ובא אחר והחזיק באחת והחזיק אח"כ בהשנית קנה שתיהן והראשון לא קנה כלל כיון דהוא ספק על שניהן דהספק בחזקת המצר הוא אם קונין שדה בחזקת מצר וה"ה אם החזיק במצר לקנות רק שדה אחת הדין כן [כ"מ בב"ב עג: וכרמב"ם ד"ס מ' הלכות מכי למוכרים קמי סמכ וטי] :

יא וכן שני בתים זה לפנים מזה שהחזיק באחד מהם לקנותה ולקנות את השני לא קנה אלא זו שהחזיק בה בלבד ואם החזיק באחר מהם לקנות את השנייה אף זו שהחזיק בה לא קנה וי"א דאם החזיק בהבית הפנימית כדי לקנותה עם החצונה קנה שניהם מפני שהחיצונה משועבדת לדריסת הרגל של הפנימית ונחשבים כבית אחד וכ"ז בנכסי הפקר אבל במכר כבר נתבאר בסי' קצ"ב דאפילו עשר שדות בעשר מדינות קונה בחזקה אחת בשנתן דמי כולן :

יב במכירת קרקעות יש ד' קניינים כסף ושטר וחזקה וק"ם אבל בקרקע הפקר ושל גר אין בהם רק חזקה דכסף וק"ם לא שייך כלל וכן שטר ואפילו אם הגר קנאה בשטר ובא אחר לאחר מותו והחזיק בשטר זה כדי לקנות בו הקרקע הכתובה בו לא קנה את הקרקע ולא קנה אלא הנייר בלבד לצור ע"פ צלוחיתו ואע"פ דלא היה לו לקנות גם את הנייר כיון שלא היתה כוונתו לקנותו מ"מ חצירו קונה לו הנייר [מ"ך] :

יג כתב הרמב"ם ז"ל נכסי גר שאין לו יורשים ונכסי ההפקר ושדה שמכרה העכו"ם לישראל ועדיין לא החזיק בה [לסטור בסי' קל"ד כ"ז טלמ קכל סמטר] כולם דינם שוה כל המחזיק בהם בדרך מדרכי החזקה שנתבאר בה' מכירה קנה חוץ מאכילת פירות כיצד הלוקח קרקע מחבירו והחזיק בה באכילת פירותיה קנה [לסטור בסי' קל"ב לת קיכ] אבל בנכסי גר או נכסי הפקר אפילו אכל פירות האילן כמה שנים לא קנה לא גוף האילן ולא גוף הקרקע עד שיעשה מעשה בגוף הארץ או יעבוד עבודה באילן עכ"ל לפיכך אם מצא שדה הגר חרושה וזרעה ולא כיסה אחר הזריעה וצמחה ואבלה לא הוי חזקה דזריעה בעצמותה אינה חזקה כלל כמ"ש הרמב"ם המפיץ הזרע להוך התלמים לא קנה שבעת שהשליך הזרע לא השביח כלום ובעת שצמח והשביח שבח הבא מאליו הוא ואינו קונה עכ"ל ולכן אם רצונו לזורעה ולקנותה יכסה בעפר אחר הזריעה דעושה מעשה המועלת לגוף הקרקע :

יד וכן יש דברים רבים שבחזקת מכירה אינו מועיל ובהפקר מועיל כגון דברים שאינם דרך קנין אלא שייפה את הנכסים בציורים נאים וכה"ג ובהפקר קנה שמראה שהחזיק בגוף הנכסים ונעשים שלו מן ההפקר כיצד המוצא פלמרין גדולים בניים בנכסי הפקר וסייד בהם בסיד אמה על אמה בכותל שכנגד הפתח שבשם ניכרת היופי לכל הנכנס בהפתח וכן אם כייר בהם כיוצר אחד והיינו שצר בו צורה ליפותו ועשה הצורה כשיעור אמה על אמה בכותל שכנגד הפתח קנה ואם עשה שלא כנגד הפתח אינו קונה אלא כיותר מאמה [רמב"ם פג:] ואפשר שצריך שתי אמות :

טו אם צייר צורה חשובה בנכסי הפקר כמו צורת אדם או חיה ועוף שיש בהן הרבה נוי וחשובין יותר משאחרי ציורין קנה אפילו אינה אמה על אמה ואפילו שלא כנגד הפתח :

טז וכן המציע מצעות בנכסי הפקר קנה הקרקע מפני שייפה את הקרקע בהצעתן וי"א דאין זה קנין כיון שאינה דבר של קיימא אינה נחשבת כמעשה בגוף הקרקע אלא דוקא אם הציע המצעות ושכב עליהן דגופו נהנה מן גוף הקרקע הוי קנין אבל בשכיבה על הקרקע

עצמה לא הוי קנין כיון שלא חידש דבר בה וגם אם מצא מטה מוצעת ושכב עליה לא קנה כיון שלא חידש דבר ואם ערך שולחן ואכל עליו י"א דקנה דחידש דבר ונהנה מנוף הקרקע שאכל מהשולחן העומד על הקרקע וה"ה אם ערך את המאכל על הקרקע עצמה ואכל קנה [ג"ל] וזה שאינו קונה באכילת פירות אף שגופו נהנה מזה מפני שאין זה הנאה מנוף הקרקע הא למה זה דומה לטי שקנה עבד וכישל לו העבד תבשיל יפה ואכלו דאין זה קנין אע"פ שנהנה ממנו מפני שלא נהנה מגופו של העבד [סמ"ע] :

יז הניר את השדה בנכסי הפקר קנה דניר הוא תועלת להקרקע והמעשה הוא בגופה של קרקע וכן אם הפר בה ויש בזה תוע"ת להקרקע קנה הקרקע :

יח המפצל ומורות הנפן או שריני אילנות וכפות תמרים בנכסי הפקר אם דעתו לעבודת האילן קנה ואם דעתו רק להאכילם לבהמה לא קנה כיצד ידעינן אם היה כורת מכאן ומכאן חוקתו שנתכוין לעבודת האילן ואם היה כורת מרוח אחת אינו מתכוין אלא להעצים ולכן אפילו נתכוין בפירוש להחזיק אינו כלום כיון שלא עשה מעשה המועיל [סס"ג] וכן המלקט עצים ואבנים מן השדה אם דעתו לתקן הארץ קנה ואם דעתו לעצים לא קנה כיצד ידעינן דעתו אם לקט הגסים והדקים ה"ז בחוקת שנתכוין לתקן הארץ ואם לקט הגסים והגיח הדקים ה"ז בחוקת שנתכוין להעצים והאבנים ואפילו אומר שמתכוין לתקנה בזה לא קנה דבעינן שיהא מעשיו מוכיחים התועלת של הקרקע ואין להקשות למה קנה אף בשיש תועלת הא אין זה מעשה בגוף הקרקע דבאמת כיון שהיתה מלאה בדברים המעכבים את הזריעה והוא הסירן אין לך מעשה בגוף הקרקע גדול מזה :

יט וכן המשוה פני הארץ אם דעתו לתקן הקרקע קנה ואם דעתו רק להשוות הם ום כרי שיעמיד בו גורן לא קנה דאין זה תועלת בגוף הקרקע כיצד ידעינן אם היה לוקח עפר ממקום גבוה ונותנו למקום הנמוך ה"ז מתקן הקרקע ואם אינו מקפיד על זה אלא משליך העפר והצרורות בכל מקום בלא הקפדה ה"ז בחוקת שאינו מתכוין אלא להשוות המקום לדוש בו וג"ל שאם אמר שמכוין לתקן הקרקע קנה דהא עכ"פ מקום זה תיקן והוי חוקה בגוף הקרקע :

כ וכן הפותח מים לתוך הקרקע אם כוונתו לתקן הקרקע קנה ואם לצורך דגים לא קנה כיצד ידעינן אם עשה מקום שיכנסו בו המים בלבד ה"ז מתכוין לתקן הקרקע ואם עשה שני פתחים אחד להכנים המים ואחד להוציא אותם ה"ז מתכוין לצורך דגים דלהקרקע אין תועלת בכה"נ מיהו אם לפי אותו מקום יש תועלת בזה קנה [ג"ל] :

כא כמו שלפעמים קונין בנכסי הפקר בדבר קטן כמו ציור שנתבאר כמו כן להיפך יש לפעמים שעושה מעשה גדולה ולא נמר דבר קטן שבה אינו קונה כיצד הבונה פלטרין גדולים בנכסי הפקר ולא העמיד דלתות ובא אחד והעמיד להם דלתות קנה האחרון מפני שהראשון לא עשה בגוף הקרקע כלום והרי הוא כמי שעשה גל של אבנים שאינו קונה שהרי לא הועיל בזה מפני שהוא רחב ביותר ומפולש ואין צורת אוהו הבנין מועיל עד שיעמיד דלתות ואע"ג שחפר בהקרקע כשהעמיד יסוד הבנין לא מהני מידי דחפירה אינו מועיל אלא בקרקע העומר לחרישה ומה שקונה בציור דהתם הנכסים הם הפלטרין והועיל להם אבל בכאן הנכסים הם הקרקע והקרקע לא נשתבחה כלום שאין ראוי לדור שם כל זמן שאין דלתות ואע"פ שראוי ליכנס בה בחמה מפני החמה ובגשמים מפני הגשמים מ"מ אינו ראוי לדירת קבע בלא דלתות ואדרבא קלקל את הקרקע שמקודם היתה ראויה לזריעה ועתה אינה ראויה לזריעה [תוס' ב"ב נג:] וג"ל דרי בדלת לחדר אחר מהבנין דדרי בחדר זה ראוי לדור בו דירת קבע וי"א שאם הראשון חפר ליסודות קנה שחפירת קרקע ליסודות כניר לשדה [סס"ג בשם ר"י מיגאש] :

כב וי"א דגם בהעמדת דלתות לא קנה כל זמן שלא נעל אותם שלא יהא רשות לאחר ליכנס בלי רשותו ולכן אפילו אם הראשון עשה גם דלתות אך לא נעל אותם ובא אחר ונעלם קנה האחרון וע' בסי' קצ"ב :

כג זה שאמרנו שהשני קנה בהעמדת הדלתות או בנעילתם יש לשאול והרי הבנין הוא של הראשון ובידו לישוב עציו ואבניו ולהרום הבנין ואיך יקנה השני בהעמדת דלתות לבנין הזה ולכן יש מי שאומר דזה הדין אינו אלא כשבנה בעצים ואבנים שאינם שלו אלא של הפקר ולא כיון לזכות בהם בהנבהתם אלא ע"י הבנין וכיון דלא קנה הבנין בלא הדלתות לא קנה כלום ונשאר הכל להשני או כגון שבנה ע"י פועלים וכיון שהוא לא עשה הנבהה בהעצים והאבנים ונם הפועלים אין דעתן לקנות בעדו ממילא נשארו הפקר וזה השני בכל ונ"ל שהשני צריך לשלם להפועלים בעד מלאכתם אבל אם בנה בעצים ואבנים שלו או של הפקר וזכה בהם ע"י הנבהה או משיכה לרשותו דלפ"ז אף אם לא קנה הקרקע לא גרע מיורד לתוך חורבת חבירו ובנאה שלא ברשות דיכול לומר עצי ואבני אני נוטל כמ"ש בסי' שע"ה וכיון שכן האחרון לא החזיק בכלום והקרקע הפקר כמקדם ולפ"ז אם רצון הראשון לסלק דלתות של השני ולהעמיד דלתות אחרות יקנה הכל [מור בשם הרא"ש וסמ"ק] :

כד ויש מי שאומר דאע"פ שבנה משלו או שקנאם בהנבהה דיכול לומר עצי ואבני אני נוטל והשני חייב ליתן לו כשיראה לקבלם מ"מ קונה השני בהדלתות [סס בשם הרי"ף] וג"ל המעם דכיון שהבריחה ביד הראשון שהשני ישומם לו כיורד שלא ברשות ושהבנין ישאר ומסתמא בזה יעלה לו יותר מעות משאם ישול עציו ואבניו

ואבניו ולבן חשבינן כמו שנשאר הבנין להשני וקונה בהדלתות ויש מי שאומר עוד דאפילו בנה הראשון בעצים ואבנים שלו זכה השני גם בהבנין דכיון שבנה כדי לקנות הקרקע והקרקע לא קנה נעשה הכל הפקר וזכה בם השני [סס"ם כסס כ"י מגמס] :

כה וזה שנתבאר דלא קנה בהבנין וזהו דוקא כשלא בנה בנין המועיל בלא דלתות כגון בנין לדירה או לאוצר אבל אם עשה בנין הראוי להעמיד בו בהמה או תרנגולים קנה הקרקע בבנינה וכבר נתבאר דבחפירת יסודות יש מחלוקת אם מועיל אם לאו :

כו העמדת מחיצות מועיל לקנות בנכסי הפקר דהרי נדר את המקום וכבר נתבאר בסימן קצ"ב דגדר הוי חזקה ע"ש ואם היו מחיצות בנויות בנכסי הפקר ובא זה ועשה מחיצות אחרות על אותן המחיצות לא קנה דלא הועיל כלום ואפילו נבלעו מחיצות התחתונות והרי העליונות קיימות ומועילות מ"מ לא קנה שבעת שבנה לא הועיל ובעת שהועיל בא המועיל מאליו והוי כמו הוורע שבסעיף י"ג :

כז המחזיק בנכסי הפקר ואין דעתו לקנותם אע"פ שגדר ובנה לא קנה דלקנות צריך כוונה כמ"ש בסימן קפ"ט ולפיכך העודר וחופר בנכסי הפקר וכסבור שהם שלו לא קנה דהא לא כוון לקנות אבל העודר בנכסי גר זה וכוון לקנותם אלא שהיה סבור שהוא של גר אחר הואיל ונתכוין במעשיו אלו לזכות מההפקר ה"ז קנה דבין כך ובין כך אין כאן דעת אחרת מקנה וקונה מההפקר וי"א דבמתנה כיון דאיכא דעת אחרת מקנה אותו אפילו כסבור שהן שלו קנה [קלס"ח] וצ"ע לדינא :

כח גר שמת ואין לו יורשים כל חובות שיש לו על אחרים זוכים הלוים בהם ואפילו היה משכון בידו וכשמת בא אחר והחזיק במשכון מוציאין מידו ומוסרין אותו להלוה דכשמת בטל שיעבודו ואפילו משכנו שלא בשעת הלואתו דקנה המשכון מ"מ אינו אלא כשיעבוד [קוס' ומק"י פ"ס דב"ק] ויש חולקין בזה [ס"ך] וכ"ש ששטר חוב שבידו אינו כלום ואפילו היה בידו שטר משכנתא על השדות של הלוה שהגר אכל פירות ממנה מ"מ אין אחר יכול להחזיק בו כיון שפקע שיעבודו במותו ממילא נשארת הקרקע להלוה ואפילו השטר או המשכון מונח ביד אחר אין הנפקד יכול לזכות בהם דכיון שפקע שיעבודו מה זכות יש לו להנפקד להחזיק בו [סס] ואפילו שטר ומשכון אינו מועיל ומחוירם ללוה [כ"ל] :

כט ואם הגר היה חייב לישראל בשטר או בעדים או בכתב ידו [סס] אין שום אדם יכול להחזיק בנכסי הגר בכשיעור החוב דהמחזיק בנכסיו יש לו דין יורש דשיעבודא דאורייתא ונשתעבדו נכסיו מחייו ואפילו השטר הוא לאחר זמנו [כ"ע] והבא ליפרע ממנו כבא ליפרע מן היורשים ואינו נפרע אלא בשבועה ואם היה משכונו של גר ביד ישראל ובא אחר והחזיק בו לוקח ממנו הראשון כנגד מעותיו והשני קונה את השאר בד"א כשלא היה המשכון בחצר משומר של הראשון אבל אם היה בחצרו המשומר קונה לו חצרו שלא מדעתו ואין לזה האחרון כלום וכן הדין בפקדון שלו שהיה ביד ישראל זוכה בו הנפקד אם היה מונח במקום משומר של הנפקד מיהו אם הוא דבר דלא הוה לו להוודע להנפקד כמעשה שהיה ביטי הקדמונים שמת גר אצל אחר והניח אבנט ובא אחר ומצא והב בהאבנט שבאפשרי היה שלא להוודע מזה לעולם כגון שהיה טמון בו באופן שאינו ניכר כלל ופסקו דהשני קנה וכמ"ש בסי' רס"ח :

ל גר בימים קדמונים שמת ובזבזו נכסיו והיו בהם עבדים גדולים קנו עצמם בני חורין דיש להם יד לזכות בעצמם וקטנים כל המחזיק בהם זכה בהם כמ"ש בסי' רע"ג וגר שמת ובזבזו נכסיו ושמעו את"כ שעדיין לא מח או שיש לו בן או שאשתו מעוברת כולם חייבים להחזיר ואם החזירו ואח"כ שמעו ששמועה ראשונה אמת היתה שכבר מת או בנו מת מקודם או שאשתו הפילה דאע"ג דאיגלאי מילתא שחזקתם הראשונה היתה חזקה טובה מ"מ אם אהרים החזיקו לאחר שמועה שניה קנאום והמחזיקים בראשונה לא קנאו והטעם דמאז ששמעו השמועה שמבטלת חזקתם נסתלקו מהחזקה וי"א דאם בשעה שהחזיקו בראשונה כבר מת נשארו הנכסים בחזקת הראשונים אף ששמעו אח"כ שלא מת כיון שהשמועה שקר רק כשהחזיקו כשעדיין היה בחיים אותה חזקה לאו כלום היא [כסב"ס קמב"י] וכשהיתה אשתו מעוברת והפילה מועיל חזקה שעשו בעוד שהיתה מעוברת כיון שהולד לא יצא לאויר העולם [סס לרנ"ח וכרמב"ס סיס לו נירס"ח ממרס כמ"ס הגר"ח מקכ"מ] :

לא גר שמת ובזבזו נכסיו והיו עליו חובות כל מלוה שנגבית מיורשים ולקוחות נגבית גם מאלו שזכו בנכסיו ואין הבע"ח גובה אלא בשבועה כמ"ש בסעיף כ"ט ואם רבים החזיקו בהנכסים אחרון אחרון נפסר ואם אין מספיקין נגד החובות גובין משלפניו דבשעה שהחזיקו הראשונים נחשבו הנכסים הנשארים בבני חורין ולכן גובין מהם קודם וכמ"ש בסי' ק"א דבמתנה נמי איתא להך דינא [ול"ע מניין כי' דמסמע לסיין קדימס רק מעכס לסוס ליס לגבוס ע"ס ולפסר דזוכיס מספקר עדיפא דמיד שזכה נעשה שלו ולסבע"ח נשאר עדיין] :

לב יש מי שרצה לומר דקנין אגב מהני גם בהפקר ואם עשה חזקה בקרקע הפקר וכיון לזכות אגבן גם מטלטלין של הפקר קנה [קלס"ח] ויש מפקפקין בזה דקנין למדנו מקרא ובקרא לא מצינו רק ברעת אחרת מקנה [נס"ם] וג"ל דבצבורין מהני ואם עשה שליח להחזיק בנכסי הפקר שלוחו כמותו ואם השליח לא כוון להחזיק והמשלח כוון להחזיק יש להסתפק אם קנה אם לאו [צנה"ם] :

סימן רעו [כיצד סדר נחלות ובו י"ב סעיפים]:

א סדר נחלות כיצד כתיב איש כי ימות ובן אין לו והעברתם את נחלתו לבתו ואם אין לו בת ונתתם את נחלתו לאחיו ואם אין לו אחים ונתתם את נחלתו לאחי אביו ואם אין אחים לאביו ונתתם את נחלתו לשארו הקרוב אליו ממשפחתו וירש אותה וכל יוצאי ירכו של היורש המוקדם קודמין להיורש המאוחר דכמו שבן קודם לבת כמו בן יוצאי ירכו של הבן כשהוא אינו קיים והניח בן או בת או בת הבן או בן הבת או בן בת הבן או בת בן הבן או בת בת הבן עד סוף כל הדורות קודמין לבת המוריש וכן יוצאי ירכה של הבת של הבן יהיה מי שיהיה אפילו בת בת הבת קודמין לבת המוריש וכן יוצאי ירכה של בת המוריש קודמין לאחין של המוריש ויוצאי ירכי של האחין קודמין לאחי האב אמנם האב של המוריש קודם לאחי המוריש שהם בניו דהרי הוא קרוב להמת יותר מבניו וזה רמזה התורה במה שכתבה לשארו הקרוב אליו דהקרוב קרוב קודם ומה שלא כתבה מפורש משום דדרכי התורה דרכי נועם ולא רצתה להזכיר מפורש דבר של צער שהבן יטות בחיי אביו ואביו יירשנו ותדע לך שכן הוא דהא והו פשיטא דהאב קודם לבניו שהם אחי האב הכתוב ום"מ לא הזכירה גם שם אלא שרצתה להזכיר דרך ברכה כדכתיב בתחת אבותיך יהיו בניך:

ב ולכן כך הוא סדר הירושה מי שמת יורשו בנו לא נמצא לו בן שחי רואים אם יש להבן איזה זרע או זרע זרעו בין זכר בין נקבה עד סוף כל הדורות עומדין במקומו ויורשין הכל לא נמצא לו זרע אם יש להמוריש בת תירשנו לא נמצא לו בת בחיים אם יש לה זרע או זרע זרעה בין זכר בין נקבה עד סוף כל הדורות יורש הכל לא נמצא לה זרע תחזור הירושה לאבי המת המוריש ואם אין אביו קיים התחזור לזרע האב שהם אחי המת אם יש לו אח יורש הכל לא נמצא לו אח בחיים אם הניח זרע או זרע זרעו בין זכר בין נקבה עד סוף כל הדורות יירש הכל לא נמצא לו זרע תחזור הירושה לאחות המת המוריש או לזרעה וזרע זרעה עד סוף כל הדורות שכמו דאחי המת יורשים מכח אביהם שהוא אבי המוריש כמו כן אחות המת כשאין בן להאב לא נמצא לו אחות ולא זרע ממנה תחזור הירושה לאבי אביו של המת דמה שכתוב ונתתם את נחלתו לאחי אביו היינו כשאין אבי האב קיים כמ"ש לענין אבי המת דכלל גדול דבנים אינם יורשים כשאביהם קיים כשאינם בני המת עצמו כיון שקורבתם היא מכח אביהם לכן האב קודם לכל יוצאי ירכו לכך נגד זרע המת עצמו ואם אין אבי אביו קיים חוזר לזרעו שהם אחי אבי המת או לזרעם עד סוף כל הדורות ואם אין אחים לאבי המת ולא זרע מהם חוזרת לאחות אבי המת או לזרעה עד סוף כל הדורות ואם אין גם אחות לאבי המת ולא זרע ממנה חוזרת לאבי אבי אביו של המת ואם אינו חי מורישו לזרעו שהם אחי אבי אביו של מת או לזרעם עד סוף כל הדורות לא נמצאו אחי אבי אביו של מת ולא זרעם חוזרת לאחות אבי אביו של מת או לזרעה עד סוף כל הדורות ועל זה הדרך נחלה ממשמשת למעלה למעלה עד שבמי ישראל:

ג מי שמת והניח בת ובת הבן אפילו בת בת בת הבן עד כמה דורות היא קודמת ותירש הכל ואין להבת כלום דהבת בת בת הבן באה מכחו של בן המת וה"ה לבת האח עם האחות ולבת בת אחי אביו עם אחות אביו ובן כל כיוצא בזה:

ד מי שהיו לו שני בנים ומתו שניהם בחייו והניח האחר שלשה בנים והשני לא הניח אלא בת אחת ואח"כ מת הזקן בת הבן יורשת חצי הנכסים והשלשה יורשים החצי שאנו רואים כאלו הבנים קיימים ויורשים בשוה וכל אחד מוריש ליוצאי ירכו חלקו ועל דרך זה חולקים בני האחים ובני אחי האב עד ראש הדורות ואם אבי הבת היה בכור נוטלת הבת שני חלקים מנכסי הזקן דעומדת במקום האב וכמ"ש ס"ם רע"ז:

ה כתיב ממשפחתו וירש אותה למדנו דמשפחת אב קרוי משפחה ולא משפחת האם דכל אדם מתייחס על שם האב כדכתיב תולדותם למשפחותם לבית אבותם ולפיכך אין האם יורשת את בנה ובתה והקרובים ממשפחה האב יורשים אותם וכן שני אחים מן האם ולא מן האב אין יורשין וא"ו וכל אחד משפחת אביו יורשים אותו וכתב רבינו הרמ"א דאפילו שתיקי שאין לו יורשין מן האב אין משפחת אמו יורשין אותו אלא הרי הוא כגר ונכסיו הפקר עכ"ל ונ"ל דוחו דוקא כשלא בדקו את אמו לאמר ממי ילדתו אבל כשאמרה ספלוני נתעברתי נאמנת משפחת הפלוני יורשים נכסיו דהא אפילו לכהונה מתירין על פיה כשילדה בת כמ"ש באהע"ז סימן ו' ואם אותו פלוני הכהישה ודאי דאינו יורשו דהוודאת בע"ד כמאה עדים דמי ועוד נ"ל דאם עמדו עשרה בני אדם ופירש אחד מהם ובעל את אמו ולא בדקו אותה מכי נתעברה כיון שעכ"פ מאחד מאלו נתעברה אין אחר יכול ליטול נכסיו ואלו העשרה יחלוקו ביניהם ואע"ג דלכהונה אין לו דין כהונה אפילו כשעשרה הם כהנים כמ"ש שם סי' ג' זהו מפני שלכהונה בעינן זרעו מיוחס אחריו וגם זה הוא רק מדרבנן [יבמות ק:] ולכן אע"ג דדרשינן מקרא דלהיות לך לאלהים ולזרעך אחריך דבעינן זרעו מיוחס אחריו [פס מכי] אינו אלא אסמכתא בעלמא [ב"ם סי' י"ג סק"ח] ומי שבא ממרחקים ומת והניח ירושה ולא נודע משפחת אביו יתנהו המעות ביד שליש עד שיתודעו ואין מוסרין למשפחת אמו אף אם ידועים הם:

ז אע"פ שהאם אינה יורשת את בנה מ"מ חבן יורש את אמו ובן בת יורשת אמה כשאין לה בן וזרע הבן והדין בנכסי האם כמו בנכסי האב שהבן וזרעו קודמין לבת ואם אין לה בן וזרע הבן תירשנה בתה או זרעה ואם אין לה בת וזרע ממנה יירש אותה אביה ואם אין לה אב יורשים אותה בני האב שהם אחיה ואם להאחים זרע עומדים תחתיהם כשאין האחים קיימים ואם אין להאב בנים ולא זרע מהם יורשים אוחה בנות האב שהם אחייתיה או זרעם הכל כבירושת האב וכ"ז באשה שאין לה בעל דהבעל יורש את אשתו כמו שיתבאר וירושת בן את אמו מפורש בתורה שהוזהרה לדור המדבר שכל בת יורשת נחלה הנשא לאחר ממטה אביה ולא למטה אחר כדי שלא תסוב נחלה ממטה למטה ראם היתה נשאת לישבט אחר והיו בניה יורשים אותה יסוב הנחלה לשבט אחר אלמא דבן יורש את אמו ואף דהסבת נחלה הוא גם ע"י בעל מ"מ תרי קראי כתיבי חד להסבת הבעל וחד להסבת הבן כמבואר בגמ' [נ"ב קיב:]:

ז כשהבן יירש את אמו ומת בלא זרע יורשים אותו אביו או אחיו מן האב אע"פ שאינו אחיו מאמו והוא זר אצלה מ"מ יורש הנכסים דהלא מכח האח יורש ולא מכחה וזהו כשבנה הוא בחיים בעת מיתתה אבל אם הבן מת קודם אמו ולא הניח זרע אין אומרים שאחיו מן האב יירש אותה ע"פ כחו כיון שאינו בחיים וכך אמרו חכמים אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב ואף ששארי יורשים יורשין ע"פ זכות המת כמ"ש זהו כשהיורש החי קרוב ג"כ להמוריש אבל בכאן שהם זרים אצלה אין יורשים אותה וגם האב אינו יורשה כשצריך לירש מצד זכות בנו כגון שגירשה אבל אם לא גירשה יורש אותה שהבעל יורש את אשתו ונתבאר באהע"ז סי' צ"ו:

ח וזה לשון רבותינו בעלי הש"ע בסעיף ה' אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחיו מהאב שאם מת בחייה ואח"כ מתה אין אומרים אלו היה עודנו חי היה יורשה עכשיו ג"כ אם אין לו זרע אחיו מאביו יעמדו במקומו לירש אותה אלא תחזור ירושתה למשפחת בית אביה כיון שאין לבנה זרע אבל אם מתה האם בחיין ואח"כ מת הוא אפילו היה קטן בן יומו הואיל וחי אחריה אפילו שעה אחת יורשה ומנחיל הירושה ליורשיו ממשפחת אביו ודוקא שנולד הקטן אבל עובר אינו יורש אמו אם מהה כשהיא מעוברת להנחיל יורשיו מאביו ע"ל והרמב"ם ז"ל בפ"א מנחלות כתב דאפילו היה קטן בן יומו ולא כלו לו חדשיו הואיל וחי שעה אחת ה"ז נוחל ומנחיל ורבים חולקים עליו דאם ידענו שלא כלו לו חדשיו הרי הוא כנפל ואינו מוריש לאחיו מן האב ויש מי שאומר דצריכין לידע בבירור שכלו לו חדשיו [רמב"ד] ובדעת הרמב"ם י"ל דס"ל ג"כ כדעת החולקין וכוונתו שא"צ לדעת אם כלו לו חדשיו דרוב וולדות כלו חדשיהן אבל אם ידענו שלא כלו לו חדשיו הוה כנפל [ע"ש בלח"מ]:

ט אע"פ שאמרנו שדין אחר הוא בירושת האב וירושת האם מ"מ לענין בכורה יש הפרש שאין הבכור נוטל פי שנים בנכסי האם כבנכסי האב ויהבאר בסי' רע"ח:

י לענין ירושה אין חילוק בין יורש כשר ליורש פסול וכל הקרובים אפילו אם קורבתם בעבירה יורשים כבשרים כיצד היה לו אח או בן ממזר יורש כשר וכן שארי היורשים אבל בן משפחה או כותית אינו בן לדבר מהברים ואינו מתייחס אחריו דוולד שפחה וכותית מתייחס אחר האם כמ"ש באהע"ז סי' ד':

יא כתב רבינו הרמ"א בסעיף ו' אין היורשים יורשים דברים שאין בהן ממש או טובת הנאה בעלמא שאינו ממון עכ"ל ולפ"ז אם הוריש לבן אחד את חצרו ולהשני את האויר של החצר אינו כלום דאויר אין בו ממש כמ"ש בסי' ריב וכן אם הוריש בית לאחד מבניו ולהשני הוריש שידור בה כך וכך שנים אינו כלום דדירה אין בה ממש אא"כ יאמר ביתי לדור בה כמ"ש שם וכן אם הוריש דקל לאחד מהבנים ולהשני הוריש אכילת פירותיו אינו כלום דאכילה אין בה ממש אא"כ יאמר דקל לאכול הפירות כמ"ש שם וכן אינו יכול להוריש עתה דבר שלב ל [סוס' ב"ב קמח:] אבל דבר שאינו ברשותו פשיטא שיכול להוריש ואין לומר כיון שאינו יכול להוריש דבר שלב"ל למה אמרינן דבבור אינו נוטל חלק בכורה בראוי הא כל ראוי הוי דבר שלב"ל וא"ב גם פשוט אינו יורש דל"ק כלל דהראוי שהפשיט יורש אינו מצד שמורישו עתה אלא שיורש אח"כ כשתבא הראוי לכלל ירושה ויהיה בעולם וגם שבח שיורש אינו מפני כח מורישו אלא מפני שנכסיו נשתבחו כמ"ש בסי' רע"ח [ל"ל]:

יב י"א שזה שאין האב יכול להוריש לבנו טובת הנאה אינה אלא כשוה הוא ת"י אחרים כגון שהניח מעות לחלק לעניים למי שירצה המחלק דיש להמחלק בזה טובת הנאה אם השלישם ביד אחר והוריש את טובת ההנאה לבנו שיתן לכל מי שירצה אינו כלום דטובת הנאה אינה ממון שיהיה ביכלתו להורישה לבניו אבל אם המעות הם ת"י הבן והורישו את טובת ההנאה יכול להורישו [ס"ך] ויש חולקין בזה [קלמ"ח כמס סמל"ס] וגם חצרו אינו קונה טובת הנאה דאינה כממון שיקנה לו חצרו [שם] ולכן לדעה ראשונה גם בדבר שאין בו ממש כגון שדר בהחצר שנתן לו האויר או שדר בהבית שנתן לו הדירה יורש אותם והעיקר כדעה ראשונה [מ"מ] וכשם שהיורש אינו יכול לירש את טובת הנאה כשהוא ביד אחרים כמו כן הוא עצמו אינו יכול להוציא מידם וגם אינו יכול ליתן את טובת ההנאה לאחר אם אינה ת"י [ס"ך] וע"ל דכל זה הוא להסוברים טובת הנאה אינה ממון אבל להסוברים דהוה ממון כמו שיתבאר בסי' ש"נ יכול להוריש וכ"ש שהוא עצמו יכול להוציא מיד האחרים ולמסור למי שירצה ואפ"ה דלהוריש הכל מודים מפני שאין בזה ממש כמו לשבועה בס"פ ו וצ"ע [מקור סדין סוף ממסרי"ק וממרדכי כמס מ"ה וכס פוסקים דמס"ע מינס ממון כמ"ם הס"ך כסי' ס"ג]:

סימן רעז [הבכור נוטל פי שנים ואיזהו בכור לנחלה וספק בכור ובו י"ט סעיפים]:

א הבכור נוטל פי שנים בנכסי אביו שנוטל חלק כשני אחים כאלו היה עור אח כיצד הניח חמשה בנים ואחד מהם בכור חולקים הירושה לששה חלקים והוא נוטל שליש והם כל אחד נוטל שתות ואם הניח תשעה בנים חולקים לעשרה חלקים והוא נוטל חמישיתו והם נוטל כל אחד חלק עשירית ועל דרך חלוקה זו חולקים תמיד ואלו שני החלקים שהבכור נוטל נוטלם באחד במצר אחד ושני אחים אחרים אם היו רוצים ליטול במצר אחר היו האחרים יכולים למחות אבל הבכור נוטלם במצר אחר ועמ"ש בסי' קע"ד:

ב בכור שנולד אחר מיתת אביו כגון שהניח אשתו מעוברת וילדה תאומים ויצא אחר ראשון או שהניח שתי נשים מעוברות וילדו אחר מותו והאחת ילדה מקודם אינו נוטל פי שנים וחו"ל דרשו זה מדכתיב כי את הבכור בן השנואה יכיר כעינן שיכיר את הבכור שיראה אותו שעה אחת כשהוא חי ולכן אם אפילו רק יצא ראשו של הבכור כחיי אביו ואף שגם כל ראשו לא יצא אלא פדחתו יצא לאויר העולם וראשו וגופו יצאו אחר מותו ה"ז נוטל פי שנים דהיה ליה כילוד וי"א דאם נולד כשהוא גוסס אינו נוטל פי שנים משום דגוסס לאו בר הכרה הוא ולפ"ז זה שנתבאר דכשיצא פדחתו הוה כילוד לא משכחת לה אלא כשהיה בריא או חולה ביציאת פדחתו ואח"כ מת פתאום אבל בסתמא כשנולד לאחר מותי בודאי היה גוסס בשעת יציאת פדחתו [סמ"ע]:

ג כתיב והיה הבן הבכור לשניאה ש"מ דמשעת הווייתו בעולם צריך להיות בן ולכן בכור שנולד מומטם ונקרע ונמצא זכר אינו נוטל פי שנים וכן אמרו רז"ל דבן פשוט שנולד מומטם ונקרע ונמצא זכר אינו מטעם בחלק בכורה שנאמר וילדו לו בנים וגו' והיה הבן הבכור וגו' דבן שאינו בן משעת הלידה אינו נחשב כלל לענין שיטעט חלק בכורה כיצד הרי שהיה לו בן בכור וג' בנים פשוטים ואחד מהפשוטים נקרע ונמצא זכר חולקין את הירושה לד' חלקים כאלו זה הנקרע איננו כלל ונוטל הבכור רביעית ירושה בעד חלק בכורתו והשלשה רביעים חולקים לד' חלקים ונוטלים כולם הפשוטים והנקרע והבכור בשוה דגזירת התורה היא רק לענין חלק הבכורה וכן בן שנולד לאחר מיתת אביו אינו מטעם לבכור בחלק בכורתו הילדן לו בנים כתיב אותם שנולדו לו בחייו אבל כשנולד אפילו בן יום אחד או שעה אחת אם היה חי בחיי האב מטעם בחלק בכורה ואף אם קודם חלוקה מת הבן הנולד בחיי האב מ"מ נחשב כחי לענין בכורה כיצד הרי שהיה לו בכור ופשוט וזה המת חולקין הירושה לד' חלקים כאלו חי זה המת ונוטל הבכור רביע בעד בכורתו והשלשה חלקים הנשארים חולקים הבכור והפשוט בשוה והמעט משום דחלק בכורה יורש הבכור מהאב ובעת מיתת האב לא היה טניע לו רק חלק רביעי מהנכסים אבל חלק פשיטותו הלא יודע גם מאחיו המת ונ"ל דאם ברור שלא כלו לו חדשיו אינו ממעט בחלק בכורה אף כשחי קצת בחיי אביו דכנפל בעלמא הוא אבל אם כשהיה ספק אם כלו לו חדשיו אם לאו ממעט אפילו לדעת הראב"ד שכסעיף ח' מפני שהם ודאים בחלק פשיטותן והוא בחלק בכורתו לפי ערך זה הוה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי [כ"ל]:

ד כתיב כי הוא ראשית אונו לו משפט הבכורה למדנו מזה דבכור לנחלה תלוי באב ולא באם דאם היה בכור לאב אף שהאם ילדה כמה וולדות מקודם מ"מ כיון שהוא ראשית אונו להאב נוטל פי שנים משא"כ בבכור לכהן לענין פדיון הבן תלוי באם ולא באב דבפטר רחם תלהה התורה ואף שהאב ילד מקודם כמה בנים מ"מ כיון שהוא בכור להאם חייב האב לפדותו נמצא דבכור לנחלה אין משגיחין על האם ובכור לכהן אין משגיחין על האב ועוד יש חילוקים כמו שיתבאר:

ה ביו"ד סי' ש"ה נתבאר דאם קדמו להבכור נפל בן ח' שיצא ראשו חי והחזיר את ראשו ויצא זה הבכור או בן ט' שיצא אפילו ראשו מת ואח"כ יצא זה הבכור אינו בכור לכהן מפני שאינו פטר רחם רק בן ח' שיצא ראשו מת אינו פוטר את הבא אחריו מבכורה אבל בבכור לנחלה אינו מסלק את הבא אחריו מבכורה אא"כ היה בן ט' ויצא ראשו חי אבל בן ט' שיצא ראשו מת או בן ח' אפילו יצא ראשו חי ואפילו יצא כולו אינו מסלק את הבא אחריו מבכורה דכתיב ראשית אונו מלשון אניות ודרשינן זה שלבו של אביו דוה עליו ועל נפל אין לבו דוה וכן על בן ט' שיצא ראשו מת שזה שנאמר ראשית אונו הוא שלא נולד קודם לזה ולד בן קיימא שיצא חי לאויר העולם לפיכך בן ט' שהוציא רוב ראשו חי הבא אחריו אינו בכור וזה שאמרנו דבן ח' שיצא ראשו חי או אפילו נולד כולו הבא אחריו הוה בכור לנחלה וזהו דוקא בנפל ודאי שניכר בצורתו שלא ננמרה יצירתו אבל כל שאין אנו רואין בו ריעותא ודאית אין הבא אחריו בכור לנחלה דאינו אלא ספק נפל ורוב וולדות אינם נפלים [מ"ז]:

ו וכ"ש המפלת כמין בהמה חיה ועוף שפרצוף פניהם דומה לצורת אדם או סנדל והוא התיכת בשר כעין לשון של שור ועשוי כדמות סנדל או שליא או שפיר מרוקם או שיצא מחותך איברים איברים הבא אחריו הוי בכור לנחלה ממעט שבארנו אע"פ שאינו בכור לכהן וק"ו במפלת שפיר מלא דם או מים או גוונים והמפלת כמין דגים וחגבים שקצים ורמשים והמפלת ליום ארבעים דהבא אחריו הוי אפילו בכור לכהן כמ"ש שם אבל יוצא דופן והבא אחריו והיוצא דופן בן קיימא שניהם אינם בכורים לא לנחלה ולא לכהן הראשון לפי שלא נולד כדרך הולדה דרך הרחם שנאמר וילדו לו שיוולד כדרך לידה

לידה וכ"ש שאינו בכור לכהונה דהא לא פסר את הרחם והשני מפני שקדמו אחר בן קיימא ילכו של אביו דוה עליו וכן לבהונה אף שלרחם הוי בכור אבל כיון שאינו בכור לוולדות בכור לדבר אחר לא הוי בכור דבעינן שיהא בכור לרחם ולוולדות [כנודות פ"ז] :

ז היו לו בנים כשהיה עכו"ם ונתגייר אין לו אוז"כ בכור לנחלה אפילו היתה הורתן ולידתן של ראשונים שלא בקדושה דהבנים שילד בהיותו עכו"ם מתייחסים אחריו אבל ישראל שהיה לו בן משפחה ובותית הואיל שהוולד מתייחס אחריה ואינו קרוי בנו כמ"ש באה"ע סי' ד' לכן הבא אחריו מישראלית הוי בכור לנחלה ועכו"ם שבא על בת ישראל דג"כ הוולד מתייחס אחריה ולא אחר האב כמ"ש שם אם נתגייר אח"כ ונולד לו בן מישראלית חוה ג"כ בכור לנחלה [מ"מ] ויראה לי דאפילו להרמב"ם דמצריך לענין פריה ורביה שגם בניו יתגיירו אבל אם נתגייר הוא לבדו לא קיים פו"ר כמ"ש שם סי' א' מ"מ לענין לסלק מבכורה מורה דאף שנתגייר לבדו אין הנולד בגירותו בכור לנחלה [וכ"מ מלשונו דבפ"ב ממלות לג כתב ונתגיירו כמ"ש בפט"ו ממיטות] :

ח היה הבכור ממזר נולד פי שנים שנאמר כי את הבכור בן השנואה יכיר זו ששנואה בנשואיה שנשאה בעבירה וא"צ לומר אם היה כהן ונשא גרושה או חלוצה דהבן הנולד ממנה אם הוא בכור נולד פי שנים דאינו ממזר דאין לומר דמה שכתבה התורה בן השנואה פירושו שנואה ממש שאביו אינו אוהבה דפשיטא דבוה לא הוצרכה לפרש דהיעלה על הדעת דבשביל שאינו אוהב את אמו יסתלק מבכורתו ועוד דא"כ הוה לה להתורה להשמיענו יותר כששונא את הבכור עצמו אלא ודאי דעל איסור חנשואין דברה התורה :

ט מי שנסתפק לנו אם הוא בכור או פשוט בנן שילדו שתי נשיו והיה אחד בכור ונתערבו הוולדות באופן שאין להכיר מי הוא הבכור אינו נולד פי שנים וכיצד עושין כותבין הדשאה זל"ז דהרי אחד מהם בכור ממ"נ וביחד נולדין חלק הבכורה ודוקא כשהוכרו שעה אחת מהלידה ואח"כ נתערבו אבל אם לא הוכרו מעולם שנתערבו ביציאתם מרחם כגון שילדו במחבואה אחת אין נולדין חלק בכורה שנאמר והיה הבן הבכור לשניאה שיהא בהווייתו עכ"פ שעה אחת בכור ודאי וכ"ש אם ילדה תאומים ולא הוכר בשעת יציאתם מן הרחם לא להאם ולא להמילדת מי יצא ראשון ראין להם דין בכורה אף שאחד מהם ודאי בכור [כ"ל] :

י אשה שלא שהתה אחר מיתת בעלה ג' חדשים או אחר גירושה ונשאת לאחר ולדה לז' חדשים ולא נודע של מי הוא הולד אם הוא של השני ונולד לט' והיא היתה מעוברת בשנשאת להשני זה הוולד אינו יורש כלל לא את הראשון ולא את השני דהיורשים מכל אחר מרחים אותו לומר אין אתה של אבינו והממע"ה והגולד אחריו אצל השני אינו נוטל חלק בכורה דהאחרים יאמרו לו אתה אינך בכור והמפקפק הוא הבכור ואינו מועיל שיכתבו הראשה ול"ז במענה שאחר מהם ודאי בכור ביון שלא הוכר הבכור מעולם ואפילו תפס מפקנן מיניה כמו במפקפק בכור בהמה כשתקפו כהן מוציאין מידו [ע"ז] ונ"ל דנם להרמב"ם דמ"ל תקפו כהן אין מוציאין מידו כמ"ש ביו"ד סי' שט"ו מודה דבכאן מוציאין מפני שהם ודאי יורשים והוא מפק יורש ואין מפק מוציא מידי ודאי כמפק ויבם בנכסי זקן באה"ע סי' קמ"ג :

יא אשה שילדה שני זכרים ואחר יצא ראשון או שילדה בן ובת והבן יצא ראשון והוא בכור אבל מי מעיד לנו על זה כך אמרו חכמים שלשה נאמנים על הבכור חיה והיא המילדת ואמו ואביו החיה אינה נאמנת אלא מיד כשילדה ואמרה החיה זה יצא ראשון נאמנת להחזיקו בבכור ואמו נאמנת כל שבעת ימי הלידה עד יום השלה דאז מוציאו האב להכניסו בברית המילה ואביו נאמן לעולם דהתורה האמינתו מדכתיב כי את הבכור בן השנואה יכיר דמשמע שיכירנו לאחרים שהוא בכור [קדושין עה] :

יב יראה לי דאין החיה נאמנת אלא כשאין ערעור עליה אבל אם יש אחר שמכחישה ואפילו אשה מכחישה ואומרת שהשני הוא הבכור אין החיה נאמנת דהא נאמנות החיה הוא גם בכהן ולוי וישראל ומזר וקי"ל דכשיש ערעור אינה נאמנת כמ"ש באה"ע סי' ד' ואע"ג דבכל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי הוא כשנים ואין עד אחד נאמן לפוסלו דבאמת נאמנות החיה אינו אלא מפני שע"פ רוב לא מצי בלא"ה [ר"ן פס] דבשעת הלידה אין ע"פ רוב רק החיה והאם והאם אין ביכלתה ע"פ רוב לידע מי יצא ראשון דטרודה בצירים וחבליה ולא דמי לכל נאמנות עד אחד במילתא דעבידא לגלויי כמו בעגונה להעיד שמת בעלה ואע"ג דכל דבר שאין לו חזקת היתר וחזקת איסור נאמן עד אחד כמ"ש ביו"ד סי' קכ"ז זהו באיסורים אבל בממון וביחוס לא מצינו שיהא עד אחד נאמן [ומקור קושית סמ"ע על סר"ן] אלא נאמנותה משום דא"א בלעדה ולכן כשבא מי שהוא ומכחישה אינה נאמנת וכ"ש דכשהאב או האם מכחישים אותה דאינה נאמנת [פ"ז פס] ודוקא שמכחישים אותה מעצמם אבל אם מכחישים אותה לאמר שהיא בעצמה אמרה על הוולד האחר שהוא בכור והיא מכחישתם היא נאמנת כדין פלוגי חכם טהר לי את הדם והוא מכחישה [ל"ל] ומהרמב"ם פמ"ו מאיסורי ביאה משמע דטעם נאמנות החיה מפני שלא הוחזק ביאמת נאמנות החיה מפורש בהורה גבי תמר שהמילדת החזיקה את פרץ לבכור וכן משמע בירושלמי דקדושין [פ"ד] ועוד למדנו מתמר דאפילו הושיט האחד את ידו ועשתה המילדת סימן לידע שהוא בכור נאמנת אח"כ לומר שזה השיב ידו והאחר יצא ראשון כמו שהיה אצל פרץ וזרח ומ"מ לא קשה מה שעד אחד נאמן להכחישה ביון דהתורה

דהתורה האמינתה וי"ל דוקא במקום שצריך שני עדים כמו באשת איש ובסוטה ועגלה ערופה והתורה האמינה לאחר הוה שפיר כשנים ואין אחר נאמן להכחישו אבל בזה שהחיה נאמנת א"צ שנים מעיקר הדין כיון שאין כאן חזקה כלל ומדינא עד אחד נאמן ולכן נאמן גם אחר להכחישו [ולפ שמעתם מסמע דלא כדבריהם מ"מ בנמק"י פ' סהמס רבה כתב כסברת זו בשם סרימב"ם] :

יג בגמ' מבואר דאין החיה נאמנת אלא כל זמן שלא יצאה מבית היולדת אבל כשיצאה וחזרה אינה נאמנת וכל הפוסקים השמיטו זה ולא ידעתי למה ואף דאפשר לומר דזהו נכלל במה שכתבו נאמנת מיד מ"מ היה להם לפרש ועוד דרמב"ם באיסורי ביאה שם והטור וש"ע באה"ע שם לא כתבו גם לשון מיד והשור כתב דמיד שיצאה מת"י אינה נאמנת ואפשר דבאה"ע שם כל זמן שלא קראו עירעור אפילו שלא מיד נאמנת אבל לא ידעתי למה [עב"ם סס סוף סק"ם וכך"ב פ"ד דקדושין אות ו' וכס' בית מאיר סביעת בשם סרי"ף מעם לשם לדכיל מי יגע לומן מיכה נאמנת שלא מיד ולא בימים מבפמה פ"ם] ובאה"ע סימן ד' סעיף מ"ד בארנו בזה ע"ש :

יד הדבר פשוט שבשם שאחד נאמן להכחיש את החיה כמו כן נאמן להכחיש את האם ומה דינם של הוולדים המוכחשים אין אחד מהם יכול להוציא חלק בכורה ויכתבו הרשאה ול"ז ובהרשאה ודאי מהני דהא הוכרו שעה אחת :

טו האב נאמן לעולם דהתורה האמינתו ואפילו אמר האב על מי שלא הוחזק כלל לבנו בני הוא ובכורי הוא נאמן וכן אם אמר על המוחזק לנו שהוא בכורו שאינו בכור נאמן מיהו אם אמר פעם אחת על אחד שהוא בכור לא יוכל אח"כ לומר על אחר שהוא בכור וי"א דאפילו תוך כדי דבור אינו נאמן [ב"י בשם סמק"ן] דלא נתנה לו התורה הכרה אחר הכרה ומ"מ לא ידעתי טעם נכון בזה הלא בכל התורה תוך כ"ד כדבור דמי [ופיט חמס למ"ם בסימן רפ"ם סעיף ז' שם לא בשעושם למחד מעמד] :

טז ודוקא כשלא הוחזק לבנו והיינו שלא נודע לנו אבל אם הוחזק אצלנו שאינו בנו אינו נאמן לומר שהוא בנו דמ"נ אם החזקה היא ע"י עדים אינו נאמן להכחישם ואם החזקה הוא ע"י עצמו הא אינו נאמן לחזור בו כמ"ש אבל כשהיה החזקה ע"י נשים או פסולי עדות נאמן האב להכחישם כיון שהתורה האמינתו וזה שנתבאר שאם אמר על המוחזק לבכור שאינו בכור דנאמן מיירי ג"כ בבה"נ או אפילו העידו עדים שנולד מאשתו בראשונה וע"י זה הוחזק בבכורה נאמן לומר שהשני הוא בכור והראשון הוא סמזר דהתורה האמינתו אפילו לעשותו ממזר [ממ"ע] אבל לא לומר שממנו הוא ונולד שלא בראשונה :

יז שמעו עדים מהאב שאמר פלוני בני בכורי הוא נוטל פי שנים אבל אם לא אמר בכורי אלא פלוני בני בכור הוא אינו נוטל פי שנים דשמא בכור לאמו קאמר ואם ירוע שהאמם ודאי אינו בכור נוטל פי שנים דודאי כוונתו על עצמו [ל"ל] וכן אם אמר דברים המוכיחים שכוונתו היתה שהוא בכור לאב לפי הענין שנדבר בו נוטל פי שנים ואמרו חז"ל מעשה באחד שאמר פלוני בני בכור הוא ורוקו מרפא חולי העינים נוטל פי שנים דמרגלא בפומא דאינשי לומר דרוק של בכור לאב מרפא ולא בכור מאם וכה"ג בשארי ענינים וה"ה אם מת הבכור והזכיר עליו בהספדו הזי על בני בכורי ואף שלא נתכוין לענין חלקו בבכורה ס"ם הרי העיד שהוא בכור ונוטלים זרעו פי שנים בנכסי הזקן ואם נשתתק האב וצריכין לירע מי הוא הבכור בודקין אותו כדרך שבודקין לגיטין שנתבאר באה"ע סי' קכ"א ואם רמז או כתב שזה בנו בכורו נוטל פי שנים :

יח מעשה בימי הגאונים באחין שהיו צריכים לחלוק בירושת אביהם ואמר אחד להשני אני בכור והשני כפר לו באמרו אולי נולד ולד גם מקודם שנולדת ומת והביא הטוען כתב שכתוב בו פלוני נולד ד' סיון שנת י"ר והוציאו כתובת אמו והיה זמנה ב' כסלו שנת י"ג דאין הזמן מספיק להוליד שני ולדות ומ"ם פסקו דאין סומכין על זכרון זמן הלידה עם זמן הכתובה כי אינה צוואה ואפשר שטעות הוא או כתב שלא באמת אבל אם מצאו כת"י אביו שכתב פלוני בני בכורי הוא נוטל פי שנים וכן אם הוחזק אצל העולם לבכור בנון שהתענה בכל ע"פ וידוע שאמו היא אשתו ראשונה של אביו הוה חזקה גמורה שהוא בכור ולא חיישינן שמא אביו של זה זינה בהיותו פנוי דלמה נחזיקנו ברשע אם לא שהוחזק בכך אבל האם לבדה אינה נאמנת אא"כ עדים מעידים כדבריה אפילו יש שני כיתי עדים שכת אחת מעידה שהוא פטר רחם לאשה זו אבל אין יודעין אם לא היה לאביו אשה אחרת קודם שנשא זו וכת אחת מעידה שאשה זו היא אשתו ראשונה אבל אין יודעים אם הוא הולד הראשון כיון שעב"פ נתברר מהם שהוא בכור נוטל פי שנים ואין שייך בזה דבר ולא חצי דבר כשהחזוק קצת לבכור דהוא גילוי מילתא בעלמא ולבר זה כפי מ"ש בסי' ל"ו אין זה חצי דבר ע"ש :

יט כשם שבחלק הפשיטות יורשים הבן או הבת או זרעם או זרע זרעם חלק אביהם כמו כן לענין חלק בכורה ולכן מי שהיו לו שני בנים בכור ופשוט ומתו בחייו והניחו זרע הבכור הניה בת והפשוט הניח בן יורש הפשוט בנכסי הזקן שליש שהוא חלק אביו והבת של הבכור יורשת שני שלישים דחשבינן כמו שהבכור חי אבל כמה שבא ירושה לאבי הבכור אחד מיתת האב אין הבכור נוטל חלק בכורה מפני שהוא ראוי ויתבאר בסימן רע"ח :

סימן רעח [אין בכור נוטל פי שנים בנכסי אם ולא בראוי ואם מכר בכורתו ובו כ"ב סעיפים] :

א אין הבכור נוטל פי שנים אלא בנכסי האב ולא בנכסי האם אפילו אם הוא בכור לאב ולאם חולקין הבכור והפשוט בשוה דכיון דאין הבכורה חלוי באם רק באב אין דין בכורה בנכסיה וכתיב בכל אשר יסצא לו וכתיב לו משפט הבכורה וירשינן לו ולא לה ולכן מי שמת והניח בנים ואלמנה וגבתה האלמנה כתובתה ומתה אח"כ אין הבכור נוטל פי שנים בכתובתה ואפילו לא גבתה עריין אלא שגשבעה על כתובתה או שפטרה משבועה ומתה אפילו קודם חלוקה אין להבכור פי שנים בשיעור הכתובה דכתובתה בחזקתה עומדת אבל אם מתה קודם שנשבעה והבעל לא פטרה משבועה נוטל פי שנים דקודם השבועה נכסי בחזקת ירשי קיימי ונוטל בהם הבכור פי שנים אבל בנכסי עצמה כנכסי מלוג וכ"ש נכסים שנפלו לה אחר מיתת בעלה אינו נוטל בהם פי שנים וכן אם היורשים מחלו לה השבועה דמחילת שבועה מתקיימת בדבור בעלמא כמ"ש סימן רמ"א [מ"מ דקוסט סבועה נכסי בחזקת יממי קיימי ק"ל מכמובות לו: למסקינן לסיפך ועיין בסמ"מ פי"ח מהלכות דין כ"ז וכב"י בסעי' ס' ל"ג ותולי ים לחלק בין מצומת לכתובה ול"ע] :

ב כתיב בבל אשר ימצא לו ודרשו חו"ל דאינו נוטל פי שנים רק בדבר המוחזק ברשותו של האב ולא בדבר הראוי לבא לרשותו ולכן אין הבכור נוטל פי שנים בנכסים הראוים לבא לאחר מיתת אביו אלא בנכסים המוחזקים לאביו שבאו כבר לרשותו כיצד אחד ממורישי אביו שמת לאחר מיתת אביו הבכור והפשוט יורשים בשוה ואפילו מעות עצמו אלא שאינן מוחזקים בידו שמחוסרי גובינא כגון שהיתה לאביהם מלוה ומלוה להוצאה ניתנה כשגבו ההלואה אחר מותו יורשים בשוה ואין הבכור נוטל בה פי שנים מפני שאין זה מצוי בידו של האב אבל פקדון שביד אחרים הוה כברשותו ופרטי דיני הלואה יתבאר בסעיף ז' :

ג אין הבכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת האב והוא שנשתנו הנכסים כמו כרמל שנעשו שבלים וממדר שנעשה פרי וכה"ג שניכר השינוי אבל שבחו הנכסים ולא נשתנו כגון אילן קטן שגדל ונתעבה וקרקע שלא נזדבלה והעלה הנהר שאצלה קש ותבן ממקום אחר ונעשה זבל ביון דצורת הדבר לא נשתנה וגם הוצאה לא עלה על זה ה"ן נוטל בהשבח פי שנים וקרינן ביה בכל אשר ימצא לו דצורה זו הרי מצוי ברשותו וגם בשנשתנה הצורה שאינו נוטל פי שנים אין אומרים שיותר הבכור סבכורתו בגוף הדבר אלא מעלה את השבח בדמים ונותן היתר כפי חלק בכורתו להפשוט וגוף הדבר נוטלה כמי שהיא כיון שעצם הדבר נשארה מהאב [ס"ך] :

ד וכן אם השביחו הנכסים מחמת הוצאות היתומים אע"פ שלא נשתנה גוף הצורה כגון שזיבלו את הקרקע אינו נוטל פי שנים אפילו נטלו ההוצאה מהפיסה הבית [ס"ע] דכל מה שנתחדש אחר מותו ע"י טורחא או הוצאה הוה כקנו נכסים אחר מיתת האב וצריך לשלם להפשוט היתרון בדמים בר"א כשהבכור לא מיחה בהם אבל אם מיחה ואמר אל תשביחו את הנכסים עד שנחלוק ולא שמעו אליו והשביחו דינם כגזלנים ולכן אם לא עשו שינוי בהנכסים כגון ענבים ובצורם או תבואה וקצירם דהענבים והתבואה לא נשתנו מצד עצמם נוטל פי שנים בהשבח דגם גזלן לא קנה בכה"ג כמ"ש בסימן ש"ם ואם עשו בהם שינוי כגון ענבים ודרכום או תבואה וטחנוה קונין בשינוי כמו נזכן שא"צ לשלם אלא בשעת הגזילה ואינו נוטל פי שנים בהשבח ומטילה דאם הפסידו אינו צריך לסבול חלק בהפסד ויחשבו לו חלק בבורתו כפי השווי בעת מיתת האב וגם בחלק הפשיטות הדין כן שאין טעם לחלק בזה :

ה הניח להם אביהם פרה טושכרת ביד אחרים או מוחכרת למחצה לשליש ולרביע או שהיתה רועה בעשב השדה ונתפטמה וילדה פסק הרמב"ם ז"ל דנוטל הבכור בה ובולדה פי שנים דוהו בנכסים ששבחו טעצמן בלי הוצאה ולא נשתנה הצורה ואע"ג דהולד היא צורה חדשה מ"מ עובר ירך אמו הוא והוה כלא אישתני [סמ"ע] ורבים חולקים עליו דבהולד אינו נוטל פי שנים אבל בהפיטום נוטל פי שנים ואם היתה הפיטום ע"י הוצאתם או ע"י מירחתם לכ"ע אינו נוטל פי שנים :

ו היה אביהם כהן והיו לו מכירים שנתנו לו תמיר מתנות כהונה ושחט אחד ממכיריו בהמה בחייו ומת האב קודם שנטל המתנות נוטל הבכור פי שנים בהמתנות של אותה הבהמה דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין והוה כאלו האב היה מוחזק בהמתנות בחייו וכן אם הניח להם אביהם עבר ובהמה טמאה נוטל הבכור שני חלקים והפשוט חלק אחד דהיינו שעובדים להבכור שני ימים ולהפשוט יום אחד ולא אמרינן דהריוח הוא ראוי מפני שיש לו בנופם שני חלקים ווהו כמי שנוטל פי שנים בקרקע והריוח טמנה נוטל פי שנים ועמ"ש בסימן קע"א :

ז אין הבכור נוטל פי שנים במלוה אף במלוה בשטר דכל שמחוסר גובינא אינו נקרא מוחזק ואין חילוק בין שנבו מעות בעד החוב בין שנבו קרקע ולא אמרינן כיון שהקרקע א"א להזיזה ממקומה היא כמוחזקת אצל אביהם

אביהם דאינו כן דבחייו לא היה לו עליה רק שיעבוד בעלמא ואם היה משלם לו במעות לא הגיעה לו הקרקע וג"ל דאפילו עשה הלוה לאביהם קרקע זו אפותיקי מפורש שא"ל לא יהא לך פרעון אלא סזו דאינו גובה משארי נכסים מ"ם כיון דבמעות יכול לסלקו כמ"ש בסימן קי"ז אינה כמוחזקת ואם אמר מפורש שנם במעות לא יוכל לסלקו הוה כמוחזקת דעדיפא ממשכנתא והוה כמכר ואין חילוק בין הגיע זמנה לגבות ללא הגיע זמנה דמ"מ אינה כמוחזקת ואפשר דכשאמר לא יהא לך פרעון אלא מזו שאפילו במעות לא יוכל לסלקו מ"מ אם לא הגיע ומנה לגבות הוה ראוי דאף במכר בה"ג כשקנה אביהם קרקע וסילק המעות והתנה שהמכירה לא תחול עד לאחר זמן פלוני ומת בתוך הזמן הוה כראוי דוהו כחוב שצריך עוד לגבות בהגעת הזמן אמנם אפשר דהוה כמשכון שיתבאר וכן נראה עיקר:

ח בד"א במלוה שלא על המשכון אבל במשכון נוטל פי שנים דכמוחזק הוא ואפילו משכנו בשעת הלואתו דלא קנה המשכון מן ההורה כמ"ש בסימן ע"ב מ"מ כגבוי דמי ואם הלוה על משכונא של קרקע על משך שנים אם מת לאחר הזמן אינה כמוחזקת דכנפדית דמי ואינה ת"י המלוה כמטלטלין ואם מת תוך הזמן אם הוא מקום שנהגו שהלוה אינו יכול לסלק את המלוה מהקרקע כשרוצה לשלם לו הוה כמוחזק כיון שאוכל הפירות והוה כקנויה בידו וכשאח"כ מסלקו הוה כחוזר ומוכרו לו אבל אם הוא מקום שנהגו לסלקו אף תוך הזמן אינה כמוחזקת ורק במשכון של מטלטלים אין חילוק בכל זה מפני שהיא ת"י המלוה אבל לא בקרקע ומ"מ אפילו באתרא דלא מסלקי דנחשבה כמוחזקת ביד המלוה מ"מ נקראת מוחזקת גם אצל הלוה שאם מת הלוה אפילו תוך הזמן נוטל בכורו של הלוה בה פי שנים אפילו כשחזרה להם אחרי מות אביהם דהרי היא מעיקרא של הלוה:

ט ויש חולקים על כל זה ום"ל דבאתרא דלא מסלקי נוטל פי שנים אפילו אחר שהגיע הזמן ובאתרא דמסלקי אינו נ"ב אלא במקום שנהגו לסלקו אף מיד אחר הלוואה אבל בסתם משכנתא שהמנהג ששנה אחת אינו יכול לסלקו נוטל פי שנים גם אחר כלות הזמן [עור בסמ רסנ"מ] והטעם דכיון שאיזה זמן לא היה יכול לסלקו והוה כמוחזקת ביד המלוה לא נסתלקה חזקתו אפילו אח"כ כיון שעריין לא שילם לו ויש מי שאומר דלא פליגי לדינא וגם דעה ראשונה סודה כשנבו מנוף הקרקע דהיא כמוחזקת ודעה ראשונה מיירי כשנבו אח"כ מן הפירות דפירות ודאי אינם כמוחזקים בכלות הזמן [מ"מ] ויש מי שאומר דאם גבו מנוף הקרקע אפילו באתרא דמסלקי מיד מ"מ היא כמוחזקת רק אם גבו מהפירות הוי כשבח ואינו נוטל בהם פי שנים [מור בסמ רסנ"ד] ובאתרא דלא מסלקי הוה כקנוי בידם ונוטל פי שנים אפילו מהפירות ואם גבו מעות באתרא דלא מסלקי נוטל פי שנים ובאתרא דמסלקי אינו נוטל דבהמעות לא היה מוחזק [סמ]:

י י"א דוה שאמרנו דבמלוה על המשכון נוטל פי שנים והו דוקא כשהלוה הוא ישראל אבל כשהלוה עכו"ם אינו מועיל משכונו להקרא מוחזק דמעכו"ם לא קנה משכון אא"כ החליט לו המשכון ויש חולקין דניהי דלא קנה המשכון מ"מ כיון שת"י הוא הוה כמוחזק כמו משכון של ישראל בשעת הלואה דג"כ לא קנה משכון ומ"מ מקרי מוחזק [ס"ך] וכ"ש אם המשכון הוא באחריות הישראל כשינגב ויפסיד ממונו דהוה כמוחזק [סמ] אפילו לדעה ראשונה דהרי נכה"ג בפסח עובר הישראל בבל יראה והחמץ נאסר אחר הפסח [מ"ו מ"מ סי' ס"מ בסמ סימוסלמי] אלמא דהוי ממש כקנוי לו:

יא היה להאב מלוה אצל הבכור עצמו ה"ו ספק אם נוטל בה פי שנים כיון שישנן ת"י ועוד דבוראי נמר בלבו להקנות נכסיו לאביו כדי שיטול בה פי שנים או אפשר כיון שיורשה מאביו ואביו לא היה מוחזק איך יטול מבחו פי שנים בשביל שהוא עצמו מוחזק ונם מה שרצונו להקנות לו כל נכסיו בשביל כן אינו מועיל לפיכך צוו חז"ל [כ"ב קכה:] שלא יטול ממנה אלא חצי חלק בבורה מפני שהוא ספק ואע"נ דקיי"ל הממע"ה מ"מ יש מעם ברבר דבדין זה שניהם מוחזקים ושניהם מוציאים דבחוב זה הוי הבכור מוחזק אבל בשארי נכסים הפשוט הוא המוחזק דהוא בא להוציא חלק בכורתו נם לפי המלוה והפשוט אומר לא אתן לך ובהברח שיחלוקו [ס"ן] וגם לפי מ"ש בסמ קל"ט א"ש נ"כ דבבל ספיקא דדינא אם נוטל פי שנים אם לאו צריך לעשות חלוקה ולא דמי לספק בכור שבסוי רע"ו:

יב היה לאביהם עיסקא ביד אחר שהיא פלגא מלוה ופלגא פקדון י"א דבפלגא דפקדון נוטל פי שנים ובפלגא דמלוה אינו נוטל וי"א דגם בפלגא דפקדון אינו נוטל דהרי מ"מ הוא מחוסר נוביינא ולא דמי לסתם פקדון וגם לא דמי לסתם פקדון במה שמוציא המעות שקבל ונותן מעות אחרים ואע"נ דגם בסתם פקדון אם הנפקד הוא חנוני או שולחני ואינם צרורים מותר להוציאן כמ"ש בסי' רצ"ב מ"מ אין עיקרה להוצאה משא"כ עיסקא עיקרה להוצאה ויש מי שירצה לומר דגם בפלגא מלוה נוטל פי שנים דכו"ה היא כמו שותפות והעיקר לדינא כדעה ראשונה [וכן פסק סרנד"ן]:

יג שטרות של המלוכה כיון שהולכין כמטבע נמורת הרי הם ככל המטבעות ונוטל הבכור בהם פי שנים וג"כ דאפילו שטרות המלוכה של רבית וכן המניחן מעות באוצר המלך והמלכות נותן לו שטר ראיה בתשלומי רבית וכן שטרות של החבורות מהעשירים שהמלוכה ערבה בעדם אף שבשוק אין הולכין כמטבע נמורה אמנם כיון שבדרך המסחור הם כמזומנים לא שייך לומר עליהם מחוסרי נוביינא והם כמטבע ונוטל בהם

בהם הבכור פי שנים ואע"פ שהמקח מהם עולה ויורד לפי הזמן מ"מ הרי גם מטבעות נמורות עולות ויורדות לפי הזמן וכן היה בזמן חכמי הש"ס [קדושין יג:] ויש מי שאומר ששטרות של מלוכה הם כשאר שטרות ולא נהירא לי כלל ואולי בזמן הקדום להדור שלפנינו לא היתה הולכת כמטבע נמורה אבל בימינו אלה הדבר פשוט שהבכור נוטל בהם פי שנים אבל שטרות של יחידים אף שהם עשירים נדולים ועל שטר שלהם ביכולת להשיג מעות וסחורה בכל מקום מ"מ אין לחלק בין שטרות לשטרית משא"כ של המלוכה או שהמלוכה ערבה בעדם הוי כמטבע נמורה מיהו נם בשטרות המלוכה אם לא הגיע זמנן עדיין לנבות ודאי דמקרי ראוי ואין הבכור נוטל בו פי שנים :

יד היה לו שותפות ביד אחרים מקרי מוחזק אבל שבירות המגיע לאביהם בין שכר נופו או שכר בתים וכיוצא בהם הוה ראוי אע"פ שכבר הניע זמנם לנבות דהא מחוסרי נובייגא וכן אם נשאר ממנו סחורה למכור אע"פ שכשימכרו יתוסף עליהם סך מה כפי הנהוג בסחור מ"מ הריוח מקרי ראוי רק אם הבכור רוצה ליטול חלקו בהסחורה יכול ליטול ואפשר שזהו כוונת הרמב"ם בפ"ג מנחלות שכתב דאם הניח אביהם סלות או ספינה שבים חולקין בשוה ותמהו עליו מה ענין ספינה שבים לראוי ואפשר דכוונתו לסחורה שבספינה דהריוח מקרי ראוי והא דנקיט ספינה שבים משום דעשיריהם היה רוב מסחרם בימים [עיין יומא פו: ותוס' לקמן] ודבר פשוט שאם מכר אביהם סחורה בהקפה ולא נבה בחייו מקרי ראוי אף שהגיע זמן התשלומים בחייו כיון דמחוסר נוביינא :

טז בשם שלבני המלוה מקרי המלוה ראוי אע"פ שנכסי הלוה משועבדים לו כמו כן להיפך לבני הלוה נקראו הנכסים מוחזקין אף שמשועבדין הן להמלוה ובבורו נוטל בהם פי שנים דאין שיעבודו של המלוה מעכב את הנכסים מלהחשב מוחזקים ביד הלוה אבל אם אביהם נשאר חייב למלך מכח מס נקראת הקרקע ראוי דשיעבודו של המלך אינו כשארי שיעבורים דהמלך הוא תמיד מוחזק אמנם במקום שאין דרך המלך ליטול את הקרקע בעד המס אלא שמשכירה על זמן מה ואח"כ חוזרת להבעלים נקרא מוחזק ובכורו נוטל בה פי שנים :

יז היה לו קרקע לאביהם שניתן לו מהיום ולאחר מיתה או שנגולה לו קרקע וקרקע אינה נגולת ואפי' נגנבו לו ספרים שמסתמא אינו מתייאש מהם או בכל נגיבה שידוע שאינו מתייאש מקרי מוחזק ונוטל הבכור פי שנים ואע"נ דלהקדישו אינו יכול מפני שאינה ברשותו מ"מ לגבי בכורה מקרי מוחזק ויש שמגמגם בזה [סנהדרין] :

יח חלק הבכורה קראה התורה בלשון מתנה דכתיב לתת לו פי שנים ולכן יש חילוק בין חלק פשיטות לחלק בכורה דבחלק פשיטות אין היורש יכול להסתלק מחלקו בדברים בעלמא שיאמר איני נוטל חלק ירושתי והבכור מסתלק מחלקו הבכורה בדברים בעלמא ומועיל על זה לשון מחילה ולא עוד אלא אפי' אם חלק עם אחיו במקצת נכסים בין בקרקע בין במטלטלין ונטל חלק כפשוט ויתר בכל הנכסים ואינו נוטל בשאר הנכסים אלא כפשוט דאמרינן מדמחל באלו מחל מסתמא ג"כ בכל הנכסים אבל בחיי אביו לא מהני שום סילוק [נסי"מ] :

יט בד"א בשלא מיחה אבל אם מיחה באחיו ואמר בפני שנים מקצת נכסים אלו שאני חולק עם אחי בשוה לא מפני שמחלתי חלק בכורתי בכל הנכסים ה"ז מחאה ולא ויתר בשארי הנכסים ונ"ל דאפי' מיחה בפני פסולי עדות מהני אם נתברר שמיחה דא"צ לזה עדות נמור אלא גילוי מילתא בעלמא ואם מיחה ואח"כ חל עוד במקצת נכסים בשוה ולא מיחה במלה מחאתו הקודמת ודוקא כשהיה מין אחר בנון שחלקו ענבים בשוה ומיחה ואח"כ חלק עמהם בזיתים ולא מיחה אמרינן שמסתמא ויתר בכל הנכסים אבל מוה המין עצמו אפי' היה שינוי קצת בנון שהיה להם לחלוק ענבים והיו עדיין מחוברים וחלקו מקצתם ומיחה או ואח"כ תלשו המותר וחלקום בשוה לא ויתר בשארי נכסים דהא מיחה בענבים אבל אם דרכו את מותר הענבים ליין וחלק עמהם בהיין בשוה ולא מיחה בהם משנעשה יין ויתר בכל הנכסים דיין לגבי ענבים מין אחר הוא וכן כל כיוצא בזה [וכן"מ קוסית סקלקי"ת ובדברי סנס"מ לחוקים בלכון סרמצ"ס וסס"ע ודוק] :

כ אם יצא על אביהם שט"ח בבור פורע בו פי שנים כשם שנוטל פי שנים ואם אמר איני רוצה ליטול פי שנים ולא לפרוע פי שנים רשאי ממעם שנתבאר דכמתנה היא ובל בטה דלא מטי לידיה מסתלק בדבור בעלמא אבל בחלק פשיטות אינו יכול ליטר כן אלא שיפקיר או יתנו במתנה בקנין ואין לשאול איזה ג"מ הוא להבע"ח בטה שמסתלק מבכורתו הלא סוף סוף נוטל חובו מהנכסים אמנם יש ג"מ שאם שארי היורשים הם קטנים או אינם בכאן שאין הבע"ח יכול לנבות עתה מהם אינו נובה לע"ע אלא מחלק פשיטותו ואם רוצה הבכור לחזור בו אח"ב מדבריו ויטול חלק בבורתו יש מי שאומר שאינו יכול דבמתנה קודם שבאת לידו כיון שאומר אי אפשי בה או איני נוטל או אני מוחל דבריו קיימים ואינו יכול לחזור כמו בחלק פשיטותו אם היה נותנה במתנה בקנין וכן עיקר לדינא :

כא ודע דאע"פ שחלק בכורה הוה כמתנה וביכול למחלה מ"מ קי"ל דיש לו לבכור קודם חלוקה וכשלו היא גם קודם שבאת לידו לענין מכירה שאם מכר חלק בכורתו לאחר אף קודם חלוקה ממכרו קיים והוה כאלו מטי לידיה והטעם דאינה דומה לכל המתנות שתלוי ברצון הנותן דהרי התורה זיכתה לו במתנה זו ורק בזכלתו

ביכלתו להסתלק ממנה בדברים בעלמא כיון דלא באה לידו עדיין :

כא קרקע או בית המשועבדת למלך מפני עסק שלקחו מהמלוכה והעמידו הקרקע או הבית לערבות שבאם לא יעשו העסק כנצרך יטול המלך הקרקע או הבית ויכורנו נראה כפי מ"ש בסעיף ט"ו דשעבודו של המלך אינו כשאר שעבודים דהמלך מקרי מוחזק אינו נוטל בו הבכור פי שנים אמנם יש מי שאומר כיון דהמלך נטלה ע"פ שומא אין זה רק כחוב בעלמא וצ"ע לדינא :

כב יצא שט"ח על אביהם ויש כאן נכסים מוחזקים ונכסים ראוים ורוצה הבכור שישלמו מן הראוים כדי שיטול פי שנים בהמוחזקים והאחים רוצים להיפך פסקו הגרולים שישלמו לפי ערך כנגן אם הירושה היא שני מאות זוז מוחזקים ומאה ראוים והחוב הוא ששים זוז ישלמו עשרים מן המוחזקים ועשרה מהראוים וכן כל כיוצא בזה ודוקא כשיכול לכוף את הבע"ח לקבל חלק חובו מהראוים אבל אם אין יכול לכופו בדין כנגן שהראוים לא באו עדיין לידי גוביינא והבע"ח אינו רוצה לקבל חובו מזה ממילא כיון שמשלמין לו מהמוחזקן מפסיד הבכור חלק בכורתו כפי החוב [טצ"ן] :

סימן רעט [האומר זה בני או אחי או עבדי וחזר ואמר להיפך ובו י"א סעיפים]:

א כתב רבינו הב"י האומר זה בני וזה אחי או זה אחי אבי או שאר היורשים אותו אע"פ שהודה באנשים שאינם מוחזקים שהם קרובי ה"ז נאמן ויירשנו בין שאמר כשהוא בריא בין שאמר כשהוא שכ"מ אפילו נשתתק וכתב בכת"י שזה יורשו בודקין אותו כדרך שבודקין לגיטין עכ"ל וכתב רבינו הרמ"א דנאמן על כל נכסים בין אלו שהיה לו בשעה שאומר כך ואפילו נכסים שיפקו לו כשהוא נוסס עכ"ל :

ב ביאור הדברים דבסי' רע"ז נתבאר דהתורה האמינתו לאב לומר על הבכור שאינו בכור ועל אינו בכור שהוא בכור וה"ה על כל בניו האמינתו תורה דכיון דנאמן לומר על אינו בכור שהוא בכור בע"ב אומר על בנו הראשון שהוא ממזר כמ"ש שם אבל על שארי קרובים לא האמינתו תורה רק לענין להוריש נאמן על כל הקרובים במינו דאי בעי נתן לו כל נכסיו ולכן האומר זה בני ותתנו לו נכסיי או כשאין לו בנים ואומר זה אחי ותתנו לו נכסיי או שאין לו גם אחים ואומר זה אחי אבי ותתנו לו נכסיי צריכין לקיים דברי מפני המיגו שיש לו אבל בבן אינו ממינו לבר אלא דהתורה האמינתו ואף אם אין לו מינו נאמן :

ג ולפ"ז יש הפרש בין נאמנות הבן לשארי קרובים דבכל הקרובים אינו נאמן רק בנכסים שיש לו עתה מפני שיש לו בהם מינו ולא בנכסים הבאים לאחר מכאן דאין אדם מקנה דשלב"ל ואין לו מינו וכ"ש בנכסים שיפלו לו כשהוא גוסס דגם כשיבואו לעולם לא יוכל להקנותם או אבל על בנו נאמן על הכל [סגר"ח] ולפ"ז צ"ל דמ"ש רבינו הרמ"א דנאמן על הכל אינו אלא בבנו וכן נראה ממקור הדין [רמ"ח פי"ב סי' ל"ח] אבל י"א דעל כולם נאמן בכל הנכסים במינו דאי בעי התחייב עצמו להם בשטרות על סך כמה שירצה [פו"ח סי' ס'] ומ"מ בנכסים שיפלו לו לאחר מיתה מאיזה מוריש אין לו גם מינו זה דהיורש שיבא לירש יאמר דאינו יורש סכח זה אלא מכח אותו המוריש ואין מנבין חובותיו מירושה זו [נ"מ] ולדינא נראה כדעה ראשונה דמיגו מפני התחייבות לא מציגו [דמל"כ קנט צב"ב קב"ן: כמ"ש סמל"מ פי"ח ממכירס ופיניון סקנ"ח דמוק ודוק] :

ד אם אנחנו מוחזקים בראובן שהוא אחיו של שמעון או בן דודו וראוי ליורשו שאין לו קרוב ממנו ואמר שמעון אינו אחי או אינו בן דודי אינו נאמן ונכסת יירשנו ראובן דעל שארי קרובים לא האמינתו תורה כמ"ש ואע"פ שיש לו מינו דאי בעי היה נותן נכסיו לאחרים בחייו מ"מ מינו במקום חזקה אלימתא כי האי לא אמרינן אבל נאמן הוא על מי שהוחזק שהוא בנו לומר שאינו בנו כמ"ש ואופן התחזקה נתבאר בסי' רע"ז :

ה באה"ע סי' ד' נתבאר דדוקא על בנו נאמן לומר שאינו בנו ואפילו לשווייה ממזר ועל בן בנו אינו נאמן ולכן בשיש בן לבנו אינו נאמן גם על בנו דא"כ יהיה גם בן הבן ממזר וזה א"א שכנו יהיה ממזר ובן בנו לא יהיה ממזר ומ"מ כתב הרמב"ם ז"ל דזהו לענין יחום אבל לענין ירושה נאמן לומר על בנו שאינו בנו אף כשיש להבן בנים ולא יירשנו הבן דכיון דאין לבן הבן עתה שיובות בהירושה כשאביו קיים ונם יכול ליתן נכסיו לאחר נאמן על בנו שלא יירשנו אף שלפוסלו אינו נאמן ואם מת הבן ואמר על בני בניו אין אלו בני בניי כי אביהם לא היה בני אינו נאמן אף על הירושה דהא התורה לא האמינתו רק לבנו וכיון שאין הבן קיים הוי עיקר הנאמנות לגבי בני בניו ועליהם לא האמינתו תורה [סס"ם פ"ל מכחות] וכמו שאינו נאמן בשארי קרובים לדחותן מחזקתן כמו כן להיפך אם היו מוחזקין שאינם קרוביו אינו נאמן לומר שהם קרוביו אע"פ שיש לו מינו ממעם שנתבאר [נס"ם] :

ו בסי' רע"ז נתבאר דאף שהאמינתו התורה על בניו מ"מ לחזור מדבריו אינו יכול ולכן אמרו חז"ל [ב"ב קכז] מי שבא ואמר על אחר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן ויירשנו זה כשימות ואע"פ שנותן אמתלא למה קראו בנו מפני שאוהבו כבן מ"מ אינו נאמן דאין דרך העולם לקרות לעבד בן אבל להיפך שמתחלה אמר

עבדי הוא וחזר ואמר בני הוא נאמן אע"פ שמשמשו כעבד דאדרבא מפני זה יש לו אמתלא ליתר שזה שאמר עבדי הוא לומר שהוא לו כעבד בתשמישו וגם אם לא ראינו משמשו כעבד מ"מ יכול לומר שחביב בן זה אצלו שהא לו בתשמישו כעבד דיש לפעמים שהאב קורא לבנו עבדו על אי־פן זה ולכן אין זה חזרה גמורה מדבריו הראשונים ומ"מ אם היה קורא לו עבד בן אמה או עבד בן מאה וזו ויוצא ברברים אלו אינו נאמן לחזור בו ראם היה בנו לא היה מבזה אותו לקרותו בשמות כאלו שאין דרך לקרות כך רק לעבדים גמורים:

ז י"א שזה שאינו נאמן לחזור מבן על עבד זהו דוקא לאחר כדי דיבור אבל תוך כ"ד יכול לחזור בו דכל תוך כ"ד כדיבור דמי [מור] ויש חולקים בזה [רמב"ם סט] והמעם דאין מהדי דאלו היה עבדו לא היה מוציא מפיו לומר עליו בני [ב"י] ודוקא לומר עבדי הוא אינו נאמן אבל לחזור בו ולומר שאינו בני אלא חביב לי כבן נאמן אף לאחר כדי דיבור שרגילות הוא לומר על איש שחביב אצלו בני ואין זה חזרה לגמרי [סט]:

ח ואמרו חז"ל דלהיפך מזה הדין כשעבר בדרך על בית ליסטים שעשו ביניהם ליטול מכם מעברים ולא מבנים שכן היה דרכם בזמן חכמי הש"ם אם מתחלה אמר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא נאמן דבכוונה אמר כן כדי לפוטרו ממכם של הליסטים אבל אם מתחלה אמר עבדי הוא וחזר ואמר בני הוא אינו נאמן דאם היה האמת כן לא היה אומר עליו עבד ולשלם בעדו אלא ודאי האמת כן הוא וכל עניני נאמנות לענין עבד אינו להחזיק את זה לעבד דהתורה לא האמינתו על זה אף שאין לאיש זה חזקה כלל אלא דהנאמנות הוא לענין ירושתו דאם נאמן לומר עבד הוא אינו יורשו ואם לאו יורשו [ע"ז] דלא כיש מי שחולק בזה ואף גם בבה"ג אינו נאמן לומר שהוא עבד אלא בדלא אתחזקה אמו של זה האיש בבת ישראל אבל אם אתחזקה אמו בבת ישראל אינו נאמן לומר עבדי הוא אף להוציאו מירושה דאם הוא עבד בהכרח שאמו שפחה ואינו נאמן להוציאה מחזקתה אף בשיש לו מינו ממעם שבחבנו בסעיף ד' ואע"ג דהתורה האמינתו אפילו לעשותו לממזר מ"מ לא האמינתו רק מה שנוגע להבן לבדו כמו ממזר שאם הממזר היא בת ישראל אבל בעבד בהכרח שהאם שלו שפחה ועל אמו לא האמינתו תורה [ב"ח] ומכילא דגם עליו אינו נאמן ואם אמו כבר מתה ואין בנים אחרים ממנה דעתה אין הדבר נוגע רק לחבין אפשר דנאמן:

ט העבדים והשפחות אף כשהם מכובדים ועקנים אין קורין להם אבא פלוני ואמא פלונית כדרך שקורין לזקנים מכובדים כדי שלא יבא הדבר לידי תקלה שמי שישמע שקורא לה אמא יאמר שבנה הוא ויוציאו עליו לעז שהוא עבד כדין בן שפחה ונמצא זה נפגם וגם בעבד אם יאמרו עליו שהוא בן עבד אף שאינו מתייחס אחריו כמ"ש באה"ע ס' ד' מ"מ פגום מיהא הוי [סמ"ע] וכיון שאין החשש רק מפני מעם זה לפיכך אם היו חשובים ביותר ויש להם קול וכל הקהל מכירים אותם כמו מבי עבדו של ר"נ וכמו שפחתו של רבי או עבדי הנשיא מותר לקרותם אבא ואמא:

י כתב הרמב"ם בפ"ד מנחלות מי שהיה לו שפחה והוליד ממנה בן והיה נוהג בו מנהג בנים או שאמר בני הוא ומשוחררת היא אמי אם ה"ח הוא או אדם כשר שהוא ברוק בדקרוקי מצוה ה"ז ירשנו ואעפ"כ איננו נושא בת ישראל עד שיביא ראיה שנשתחררה אמו ואח"כ ילדה שהרי הוחזקה שפחה בפנינו ואם משאר הריוטות הוא ואין צ"ל אם היה מהמפקירין עצמן לכך ה"ז בחזקת עבד לכל דבר ואחיו מאביו מוכרים אותו ואם אין לאביו בן חוץ ממנו אשת אביו מתיבמת עכ"ל והעתיקו רבינו הב"י בסעיף ו' וכתב הרמב"ם שזה הדין נ"ל מעקרי הקבלה ויש מי שלא חלק בין כשרים לשאר העם אלא לענין שלא ימכר הו אחיו בלבד ויש מי שהורה שאפילו ליורשו לא נחלוק בישראל ואין ראוי לממוך על דבר זה ע"ל ביאור דבריו שיש מהגאונים שאמרו דהא דקיי"ל הבא על השפחה הולד כמותה זהו בשפחה של אחרים אבל בשפחתו אמרינן דודאי שיחררה ובנו הוא לכל דבר בין לאיסור בין לממון ויש מהגאונים שמסתפקים בזה ופסקו דאוזלינן לחומרא באיסור ובממון אינו יורשו דאין מוציאין ממון מספק והיורשים אין יכולים למכרו ואם רוצה לישא בת ישראל צריך גם שחרור ואם קידש בת ישראל צריכה גט מספק ואם רוצה לישא שפחה אין מניחין לו [ב"ח פ"ב דיבמות] אבל הרמב"ם ז"ל ס"ל דאין לחלק בין שפחה לשפחה בסתמא דאפילו בשפחתו מחזקינן ליה בודאי עבד וכ"כ בפ"ם מעבדים ישראל שבא על שפחה כנענית אע"ג שהיא שפחתו הרי הולד כנעני לכל דבר ע"ש ורק לענין ירושה ס"ל דכיון דבידו לתת ממונו לכל מי שירצה לכן אם ת"ח או שלפחות הוא אדם כשר ומתנהג עמו כבן סומכין עליו לענין זה מטעם מינו אבל בע"ה אינו נאמן אף במינו במקום חזקה אלימתא כי האי שיש להאם חזקת שפחות [סמ"ע] ורבינו הרמ"א כתב די"א דחולצת ולא מתיבמת עכ"ל דכשאין לאביו בן אחר חוץ ממנו שרעת הרמב"ם דאשתו הכשרה אף מתיבמה חשש לדעת הגאונים לחומרא דשמא שחררה והוי בן נמור ופוטר את אשת אביו מיבום וע' באה"ע סי' קנ"ו ודעת המור דלענין ממון הממע"ה ואינו יורש את אביו ונכסים בחזקת שארי היורשים עומדים ולזה הסכים רבינו הרמ"א:

יא מעשה באחד שוינה עם פנויה והוציאה סביתו ואח"כ החזירה ואמר על הולד שילדה שהוא בנו ופסק הרשב"א ז"ל דנאמן דמסתמא ידע בבירור שלא זינתה עם אחר וממנו הוא ולא חיישינן שאומר זה ע"פ אומרנא וזקא כשהיתה משרתת בביתו ורגילה עמו תמיד אבל בלא

בלא זה חיישינן שזינתה נם עם אחרים [סמ"ע] ואף לירושה אינו נאמן דהנם שיש לו מיגו מ"ם אמרינן דאינו רוצה לשקר כדי שנאמין לו במינו אלא ברדמי קאמר שסרסה בדעתו שכן הוא ונם הוא עצמו מעה בזה :

סימן רפ [אמר אחד מהאחים על אחר אחינו הוא או האחר עצמו אומר שאח הוא ובו י"ז סעיפים] :

א כל היורשים יורשים בחזקתן כיצד עדים שהעידו שזה מוחזק לנו שהוא בנו של פלוני או אחיו או שארי מיני קריבות אע"פ שאינם עידי יחום ולא ידעו אמיתת היחוסים הרי אלו יורשים בערות זו דסוקלין ושורפין על חזקה המוחזק וכ"ש בממון דחזקה זו היא כודאית ומציאין ממון על פיה וע' באהע"ז סי' ג' וסי' י"ט :

ב יעקב שמת והניח שני בנים הידועים לנו ראובן ושמעון ולא הוחזק לנו שיש לו עוד בן ונם לא הוחזק שאין לו עוד בן ובא לוי ואמר ראובן עליו אחינו הוא ושמעון אומר איני יודע הרי שמעון נוטל חצי הממון וראובן נוטל שליש שהרי הודה שהם שלשה אחים ולוי נוטל שתות חצי מהשליש שראובן הודה לו ואם מת לוי יוחזר מה שנטל לראובן ולא יהן לשמעון חלק בזה דהרי לא נתן לו כלום אמנם אם נפלו ללוי נכסים אחרים יחלקו ראובן ושמעון ביניהם שהרי ראובן מורה לשמעון שלוי זה אחיהם הוא ולמה לא יטול שמעון חלק בירושתו רק מקודם יקבל ראובן מה שלוי נטל ממנו כמ"ש :

ג וכתב רבינו הרמ"א דזה שראובן צריך ליטול מקודם מה שנתן לו וזהו כל זמן שהנכסים שלוי לקח מראובן הם בעין או שארי נכסים הבאים מחמתן דאז נוטל ראובן בראש מה שנתן לו אבל אי ליתנהו להני נכסים ולא הבא מחמתן אין ראובן נוטל כלום אלא חולק עם שמעון בשוה ע"ל ואין ראובן יכול לומר ממ"נ אם תקבלו עתה חלק מעובונו תנו לי מחצה ממה שנתתי לו מקודם דאמרינן קם דינא [קנג"מ] דמקודם היית חייב ליתן ולא אנחנו ועתה עלינו ליקח חלק ע"פ הודאתך וכל דין הוא בפ"ע ואלמלי היו אלו הנכסים שנתת לו או אחרים מחמתן בעין שאכר אלו וקנה אלו שפיר היית נוטלם בחזרה אבל כיון שאינם אין לך עלינו וי"א דאפילו הוה ספק אי אתו מחמתן אם לאו נוטל מה שנתן אא"כ ידוע שלא אתו מחמתן [סמ"ע] :

ד ורבינו הרמ"א אויל לשיטתיה בס"ם רס"ח אבל לפי מה שהבאנו שם דעות האחרונים לא קיי"ל בבירור דקם דינא אלא י"ל דהדר דינא דמצרפין שני המעשים כאחד וצריך תמיד ראובן לקבל חלקו תחלה נם השור באה"ע סי' קס"ג פסק דהוי ספיקא דדינא וגם בכאן אם ראובן הפם אין מוציאין מידו :

ה ואף בזה החלק עצמו שנטל לוי מראובן אם השביחו נכסים אלו מאליהן ואח"כ מת לוי אם הוא שבח המגיע לכתפים והיינו שהשבח נגמר כל צרכו שהגיע עד שהוא ראוי להנשא בכתף כנון ענבים שהגיעו להבצר הרי השבח הזה נכנסים שנפלו לו ממקום אחר ויחלוקו בהן ואם עדיין לא הגיע להבצר הרי הם של ראובן לבדו וכ"ש אם השביחו ע"י טורח של לוי דהזה נכנסים שממקום אחר ויחלוקו אפילו בלא הגיע לכתפים [סמ"ע] ויש מי שאומר דזוקא בשבח שע"י טורח הזה נכנסים אחרים אבל כששבחו מאליהן שייך השבח לראובן לבדו [מור בסם רסכ"ס] :

ו ואם בשעה שאמר ראובן על לוי אחינו הוא אמר שמעון בברי דאינו אחינו ונטל לוי בחלקו של ראובן ואח"כ מת לוי לא יירש ממנו שמעון כלום אפילו בנכסים שנפלו לו ממקום אחר אלא ראובן יירש הכל ונראה דכששמעון מכחיש או אומר איני יודע אם ראובן ולוי מועים שיודע יכולים להשביע לשמעון וזה הדין שבארנו באחים ה"ה בכל היורשים כשמקצת מהיורשים מורים על עוד אנשים שהם יורשים ומקצת מהיורשים מכחישים או אומרים אין אנו יודעים :

ז הרי שראובן יושב בנחלתו שירש מאביו ובא אחר ואומר לו אחיך אני חלוק עמי וראובן אומר לו איני מכירך נאמן אפילו כשיצא מכבר קול שיש לו עוד אח במדה"י דבדינא קאמר ליה שהרי מצינו באהי יוסף שלא הכירו את יוסף מפני שהניחוהו בלא חתימת זקן וכשירדו למצרים היה בחתימת זקן ולכן צריך זה להביא ראיה שהוא אחיו ואם טוען שראובן מכירו יכול להשביע לראובן [כ"ל] ואם אומר יש לי עדים שאני אחיו אלא שיראים להגיד עדות מפני שראובן הוא אלם וירא ממנו אם האמת שראובן הוא אלם אומרים הב"ד לראובן שיביא אותם העדים ויעידו שאינו אחיו ולא חיישינן שיעידו שקר מפני אלמותו דבודאי מפני אלמות אפשר שלא יעידו כלל אבל כשיעידו לא יעידו שקר [כ"מ למ"ז] וכבר נתבאר זה בסי' כ"ח :

ח כלל נדול יש בירושה דכל שהוא ודאי יורש ויש אתר ספק יורש אין ספק מוציא מידי ודאי והודאי נוטל הכל ואם שניהם היו ספק חולקין לפיכך מי שמת והניח בן ומומטום או אנדרוגינוס הרי הבן יורש את הכל שהם ספק זכר ספק נקבה אבל הניח בנות ומומטום ואנדרוגינוס יורשות בשוה דכולם הם ספק ואע"נ דהמומטום והאנדרוגינוס יורשים ממ"נ בין שהם זכרים ובין שהן נקבות והבנות אינן יורשות אא"כ הספקות נקבות הן ולמה לא נאמר דהם ודאין והבנות הן ספק דזה לא מקרי ודאי כיון שהספק בעצמו אינו יודע כח ירושתו אם כבן אם כבת ואע"נ שמחצה יש לו בודאי מ"ם לא

נקרא מפני זה וראי בחציו השני דמפני שיש לו זכות במקצת נכסים לא מקרי מוחזק בכל הנכסים [רמ"ס פ' סמוכין סי' ט'] ומ"מ דע"ת המור דהטומטום נוטל ג' חלקים והבת חלק רביע מפני שמחצה יש לו בוראי ובאידך פלגא הוי ספק וחולקין [ועמוס' רים ב"מ ז"ס וזס בסה"ד] :

מ בא"ע סי' קי"ב נתבאר תקנת חו"ל דהאב שמת נזונות בנותיו מנכסיו עד שיבגרו ולכן אם נשארו מהאב נכסים מרובים הבנים יירשו והבנות יזונו עד בגרותן ואם הנכסים מועטין שאין בהם רק כדי מזונות הבנות לא יירשו הבנים כלל ולכן מה שבארנו בסעיף הקודם הוא רק בדין הירושה אבל בדין מזונות הבנות איך הדין בספיקות כך הוא מי שמת והניח בנים ובנות וטומטום או אנדרוגינוס בזמן שהנכסים מרובים שיש בהם כדי ירושה ומזונות הבנים יורשים ורוחים את הספק אצל הבנות וגזון כמיהן ורושה אינו נוטל ובזמן שהנכסים מועטים שאין בהם רק כדי מזונות הבנות רוחות את הספק אצל הבנים ואומרות לו אה זכר ואין לך עמנו מזונות ואם הניח בן וטומטום והנכסים מועטים יראה לי דלדעה הקודמת והיא דעת הרמב"ם יירש הבן הכל מפני שהטומטום הוא ספק דאינו יודע אם בא מחמת ירושה או מחמת מזונות והבן הוא ודאי יורש ולהטור נוטל הטומטום ג' חלקים והבן חלק רביעי משום דהטומטום יש לו מחצה ממ"נ אם מצד ירושה אם מצד מזונות ובאידך פ"נא חוי ספק וחולקין אבל בנכסים מרובים כשהניח בן וטומטום לכ"ע יירש הבן והטומטום נזון ככת ובת וטומטום בנכסים מועטים אין להטומטום כלום [כ"ל] :

י לפי מה שנתבאר הטומטום והאנדרוגינוס שוין הן ביזן דשניהם ספק זכר ספק נקבה אבל לפי דעת המור דאנדרוגינוס גרוע מטומטום דהטומטום הוא ספק זכר ספק נקבה אבל האנדרוגינוס הוא בריה בפ"ע ולכן ס"ל להמור דבהניח בן ואנדרוגינוס יירש הבן הכל בין בנכסים מרובים בין בנכסים מועטים משום דלא הוי בכלל תקנת מזונות ואם הניח בת ואנדרוגינוס בנכסים מועטים ודאי דאין לו כלום בטומטום אלא אפילו בנכסים מרובים אין חולקין אלא בשוה ואע"ג דבטומטום בכה"ג נוטל ג' חלקים לדעת המור כמ"ש מ"ם באנדרוגינוס דבריה בפ"ע הוא חולק עמה ואם לא נשאר ממנו רק טומטום ואנדרוגינוס בנכסים מרובים לכ"ע חולקין דבירושה יד שניהם שוה ובנכסים מועטים לדעת הרמב"ם ג"כ שוים הם אבל לדעת המור ג"ל דהטומטום נוטל ג' חלקים משום דפלגא ודאי אית ליה ואידך פלגא הוי ספק דאם הטומטום הוא זכר נוטל האנדרוגינוס חצי חלק ירושתו אבל אם היא נקבה נוטלת הכל למזונות ולכן חולקין באידך פלגא והספק של הטומטום אינו אלא כשעדיין לא נקרע אבל כשנקרע הרי יתברר אם הוא זכר או נקבה [כ"ל] :

יא לפי מ"ש דכל ודאי וספק אין ספק מוציא ודאי לכן ראובן שיצא בנו למדה"י ומת ראובן ואינו ידוע אם בנו חי או מת אין אחי ראובן יורדין לנחלה בנכסי ראובן דמוקמינן את בנו בחזקת חיים וביזן שהוא ודאי יורש מפני חזקת חיים שיש לו אין האחים שהם ספיקי יורשים נכנסים להירושה אבל אם ראובן ואשתו יצאו למדה"י ומתו ולא הניחו זרע בכאן רק שיש ספק שמא ילדו שמה יורדין אחי ראובן להירושה מפני שהם בחזקת ודאי יורשים והולד הוא ספק אם ישנו בעולם אם לאו אין ספק מוציא מידי ודאי וזהו בשנתברר שאשת ראובן מתה תחלה וירשה ראובן דאם מתה אחר בעלה אין ליורשי ראובן לירש אותה ויורשיה יורשים כתובתה [סמ"ע] :

יב אשה שהיו לה נכסים והיה לה בן ונהרגו שניהם פתאום כגון שנפל הבית עליו ועל אמו ואינו ידוע מי מת תחלה ויורשי הבן בנון אחיו מאביו אומרים האם מת תחלה וירשה הבן ואנחנו יורשים אותו ויורשי האשה כמו אחיה אומרים הבן מת ראשון ואינו יורש בקבר את אמו להנחיל לאחין מן האב כמ"ש בסי' רע"ו ואנחנו יורשים אחותינו מעמידים הנכסים בחזקתה ביזן שעד עתה עמדו בחזקתה ויורשיה יורשים אותה והבן הוא ספק אם מת אחריה וירשה אם לאו ולכן יורשיו הבאים מכחו אין יורשים הנכסים דיורשיה נחשבים כודאי ויורשיו כספק ואפילו כתובה ותוספת שנבתה מבעלה גם הן בחזקתה כיון שעד מותה היו בחזקתה וכן הדין בנפל הבית עליו ועל בתו יחידתו הנשואה שבעלה אומר האב מת תחלה וירשתו בתו וארש את אשתי וקרובי האב אומרים הבת מתה תחלה מוקמינן הנכסים בחזקת יורשי האב כפני שעד הנה היו מוחזקים ביד האב ונחשב הבעל לגבי יורשי האב כספק לגבי ודאי :

יג נפל הבית עליו ועל בן בתו שהיה ראוי ליורשו כגון שלא היה לו רק בת יחידה ומתה והניחה בן ויש ספק אם הזקן מת תחלה וירשו בן בתו ואח"כ מת ויירשו אותו קרוביו שמצד האב ואם הוא מת תחלה ואח"כ הזקן יורשים קרובי הזקן ממשפחתו ספק הרמב"ם ז"ל שיחלוקו יורשי האב עם יורשי בן הבת מצד אביו ואע"ג דגם כאן הרי הנכסים בחזקת הזקן כמו שהמה בחזקת האם בסעיף הקודם אבל ביזן דבכאן אף אם הם בחזקת האב וקרוביו יורשים אותו יורשים ג"כ ע"י משפוש נחלה של הבת כדכתיב ואם אין לו בת ונתתם את נחלתו לאחיו והוה כאלו הבת מנחלת אותם בקבר ודוקא הבן אינו יורש בקבר נכסי אמו להנחילם למשפחתו אבל כל שארי קרובים ממשפחת המת הרחוקים שיורשים הוה כאלו היורשים הקרובים שבקבר מנחילים אותם ולכן סוף סוף אנחנו מגיעים להבת בקבר שתנחיל או לורעה או לקרובי אביה שוין הן ויחלוקו אבל בבן ואמו כשאנו אומרים הבן מת תחלה ב"כ אין הנחלה הולכת לקרוביה ע"י הבן דאם היה הולך ע"י הבן היה מגיע לקרוביו

שמצד אביו אלא הולכת מהאם עצמה לקרוביה והנכסים בחזקתה ומ"ם יש חולקים על הרמב"ם ומ"ל דהנכסים בחזקת יורשי הזקן כמו בכן ואמו [ולהרמב"ם קסס מכמו סכמוסס סכסניף סקודס דלמי לזס ומוני יוסמ סבעל סמלי מו דלת ס"ל דין זס] :

יד וכן הדין באב ובן בתו היורשו כשנשבה האב ומת בשביה ובן בתו מת כאן או שבן בתו נשבה ומת בשביה והוא מת כאן ואין ידוע מי מת קודם דלהרמב"ם יחלוקו ולהחולקים עליו יורשים קרובי הזקן את הנכסים :

טו לוה שאין לו ממה לפרוע לבעלי חובותיו ונפל הבית על הלוה ועל אחר ממורישיו ואינו ידוע אם המוריש מת קודם וירשו הלוה וינבו הבע"ח מזה או שהלוה מת קודם והמוריש אתריו וירשו קרובי המורש הנכסים בחזקת היורשים ואין להבע"ח כלום וכן אם היה עליו בתובת אשתו אינה גובה כתובתה מזה וכבר בארנוהו בס"ם ק"ד ע"ש :

טז מעשה בראובן ואשתו וארבע בנותיהן שהיו בבית ונפל הבית על כולם ומתו ומענו יורשי האשה כיון שיש ספק שמא מתה האשה באחרונה ויורשים כתובתה יחלוקו בהכתובה כדין ספק וספק ויורשי ראובן טוענים כיון דאם רק אחד מהחמשה נפשות מת אחר האשה אין ליורשי האשה כלום דבנותיה יורשין אותה והם יורשים מהבנות וא"כ נלך אחר הרוב דמסתמא נשאר אחר מהחמשה אחרי מות האשה ופסקו דחולקין ואין הולכין אחר הרוב דכיון דכולם היו קבועים בהבית כל קבוע כמחצה על מחצה דמי ואפי' בממון יש דין קבוע כס"ש בסימן רצ"ב נבי פקרון ואפילו לא היו קבועות בעת מיתתן אלא מתו ביציאתן לחוץ אמרינן כל דפריש מרובא פריש ונהרגו תחלה ארבע נפשות מראובן ובנותיו ונשארו אחר מהחמשה והאשה שהם מחצה למחצה והוה ספק וספק ויחלוקו ואם הבנות נשואות והיה להן ממון שלא מחמת אביהן ובאו בעלי הבנות ומבקשים חלקם שיורשים נשותיהם חולקין ממון הספק על ששה חלקים ארבעה חלקים לבעלי הבנות וחלק אחד ליורשי האשה וחלק אחד ליורשי ראובן [ומתוך קסים סמס"מ] ואע"פ שלא נשבעה אשת ראובן על כתובתה מ"ם הכתובה בחזקתה דמעמא דשבועה הוא משום צערי ובמיתה פתאומית לא חיישינן לזה [סמס"מ] :

יז יש עוד ספיקות כמו ספק וספק ובנכסי יבם וכיוצא בזה ונתבארו באהע"ז סימן קס"ג :

סימן רפא [המעביר נכסיו מבניו ליתנם לאחר אינו מועיל לשון ירושה ובו כ"ג סעיפים] :

א אע"פ שיש רשות לאדם לעשות בנכסיו ברצונו וליתנם למי שירצה זהו כשנותנם בלשון מתנה בקנין ובשהוא שכ"מ אף בלא קנין אבל בלשון ירושה שיאמר פלוני יירשני לא אמר כלום דלשון ירושה אינה לשון מתנה אלא הוא חק התורה למי שראוי ליורשו אבל למי שאינו ראוי ליורשו אין זה רק פמומי מילי בעלמא בד"א כשאמר על מי שאינו ראוי ליורשו כלל כגון שהיה לו בנים ואמר בתי תירשני או שהיו יורשיו בנותיו ואמר אחי יירשני אבל אם ריבה לאחד מיורשיו כגון שהיו לו שני בנים ואמר פלוני בני יירש הכל או יירש ג' חלקים דבריו קיימים שנאמר והיה ביום הנחילו את בניו משמע להריא שהוא מנחיל אותם ברבורו ואם אין ביכלתו להוסיף לאחד ולגרוע לאחר הלא הוא אינו המנחיל והתורה מנחלת אותם אלא ודאי נתנה לו התורה רשות להוסיף ולגרוע וכך אמרה תירה דמי ששייכים ביורשה ו יש רשות ביד המנחיל להוסיף לאחד מן היורשים ולגרוע לאחר או ליתן לאחד הכל ואת השני יעביר מנחלתו אמנם גם זהו דוקא כשיאמר הדבר מפורש כגון שאומר פלוני יירש חצי נכסי ושארי הבנים החצי דבריו קיימים אבל אם אמר פלוני בני לא יירש אלא כך וכך או שאמר ראובן בני יירש חלקו וחלקו של שמעון או שאמר לא יירש שמעון אלא ראובן לא אמר כלום כמו שיתבאר המעם ורע דלפמ"ש בסי' ה' סעי' י' לרעת הרמב"ם ארוכ"ד וביום דוקא כשסרבה לאחד מן היורשים וממעם לאחר ע"ש :

ב והטעם הוא משום דלשון ירושה באב המנחיל את בניו כמו לשון מתנה באחר דצריך ליתן המתנה למי שרוצה ליתן אבל אם יאמר איני נותן המתנה לראובן אלא לשמעון אין המתנה מתקיימת בזה לשמעון כל זמן שלא יאמר אני נותן מתנה זו לשמעון וכן אם ירצו שרצונו ליתן לראובן ולשמעון מאה מנה מתנה אם יאמר לראובן איני נותן רק עשרים מנה לא יקנה שמעון בדבור זה השמונים הנותרים כל זמן שלא יאמר יקנה שמעון שמונים מנים וכן כשיאמר יקנה ראובן חמשים מנה שאני נותן לו ונם חמשים של שמעון אין ראובן קונה החמשים השניים כיון שהוא בעצמו אומר שהם של שמעון ונהי דשמעון לא יקנה בדבור זה מ"מ גם ראובן אינו קונה [כל"ל בסעיף סדבר ו"ל שזהו טוענת שכתב דלמו כל כמיניס וכו' ודוק] :

ג ואע"ג דלא דמי כלל למתנה דכיון דהתורה נתנה לו רשות להנחיל למי שירצה א"כ כשאומר פלוני בני לא יירש אלא כך וכך ממילא נשארת מותר הירושה להאחר אמנם אמת הוא דיש לו רשות להנחיל הרבה למי שירצה וממילא נפקעת מהיורש האחר אבל לא נתנה

נתנה לו רשות להפקיע מהיורש האחר חלקו ושע"פ זה יקנה האחר דאינו יכול לומר פלוני בני לא יירשני דבע"כ יורשו והוא מתנה על מה שכתוב בתורה ותנאו בטל ואע"ג דברבר שבממון תנאו קיים כמ"ש באה"ע סימן ל"ח זהו כשהצד השני מוחל לו אבל הבן ודאי אינו מתרצה בכך [ב"ב קכו:] ואף ששותק אין זה מחילה אלא אין רצונו לצער את אביו [רמב"ם] ואפי' ימחול אין מחילתו כלום בחיי האב דדבר שלא בא לידו אין ביכלתו למכור ולמחול [ממ"י] :

ד ולבן אינו מועיל לשונות שבארנו כיון שלא אמר מפורש שפלוני בנו יירשנו כך וכך אלא שנשמע מכללו של הבן השני שסלקו מירושת חלקו ואין ביכלתו לסלקו דמתנה על מה שכתוב בתורה ומה שהתורה נתנה לו רשות להוסיף להאחר או ליתן לו הכל לא אמר זה מפורש לפיכך אם אמר ראובן בני יירשני כך וכך או יירש כל נכסי ושמעון לא יירש או שאמר לא יירשני שמעון וראובן יירש הכל דבריו קיימים דנהי דמה שאמר על שמעון לא יירש אין זה כלום מ"מ במה שאמר ראובן יירש דבריו קיימים וממילא מסתלק שמעון והוא לא תלה ירושת ראובן בסילוק ירושת שמעון ומה שאמר על שמעון כמו שלא אמר דמי ואם אמר על פשוט שיטול פי שנים אם נוטל בראוי אם לאו י"א שאינו נוטל בראוי החלק השני כיון שהוציאו בלשון בכורה ויש חולקין בזה [סמ] ואם יש גם בכור נוטל תחלה הבכור פי שנים ואח"כ בהנותר נוטל זה הפשוט פי שנים ג"כ והמותר חולקין שארי היורשים [סמ] :

ה וכל זה בהבנים הפשוטים אבל בחלקו של הבכור נזרה התורה בהאי קרא דביום הנחילו את בניו שלא יוכל לבכר כלומר שאינו יכול לפחות מחלקו כלום להוריש לשום אדם ואפי' לאחד מן האחין [מור ומקי"ו ולשון סמ"ע נסעיף ד' ל"ע] ולכן מחייב להניח להבכור חלקו פי שנים אא"כ יתן כל נכסיו במתנה כמו שיתבאר וגם בהפשוטים הסכימו רוב רבותינו דאין זה אלא בשב"ם אבל אם היה בריא אינו יכול לא להוסיף ולא לגרוע לשום אחד מהיורשים בלשון ירושה אא"כ יתן במתנה בקנין כמי שירצה דקרא דביום הנחילו מיירי בשב"ם דזהו הזמן שהאדם מנחיל נכסיו ואף שיש חולקים בזה מ"מ כן עיקר לדינא דכן פסקו הרמב"ם והש"ע :

ו וזה לשון הרמב"ם בפ"ו מנחלות אין אדם יכול להוריש למי שאינו ראוי ליורשו ולא לעקור הירושה מן היורש אע"פ שזה ממון הוא לפי שנאמר בפרשת נחלות והיתה לבני ישראל לחקת משפט לומר שחוקה זה לא נשתנה ואין התנאי מועיל בה [כלשון ירושלמי] בין שצוה והיה בריא בין שהיה שב"ם בין על פה בין בכתב אינו מועיל לפיכך האומר איש פלוני בני בכורי לא ימול פי שנים איש פלוני בני לא ירש עם אחיו לא אמר כלום איש פלוני יירשנו במקום שיש לו בת בתי תירשנו במקום שיש לו בן לא אמר כלום ובן כל כיוצא בזה אבל היה לו יורשין רבים כגון בנים רבים או אחים או בנות ואמר כשהוא שב"מ פלוני אחי יירשני מכלל אחי או בתי פלונית תירשני מכלל בנותי דבריו קיימים בין שאמר ע"פ בין שכתב בכתב אבל אם אמר פלוני בני יירשני לבדו אם אמר ע"פ דבריו קיימים אבל אם כתב כל נכסיו לבנו לא עשאו אלא אפוטרופוס עכ"ל ולפמ"ש בסי' רמ"ו לדעת החולקים עליו אין חילוק בין שהיורשים בנים או בנות או אחים דבכולהו אם כתב לאחד מהם כל הנכסים בלשון מתנה לא עשאו אלא אפוטרופוס ואם כתב בלשון ירושה אפי' בבנו הוי שלו לגמרי והרמב"ם ז"ל הולך לשיטתו כמ"ש שם :

ז וכתב עוד אמר פלוני בני יירש חצי נכסי ושאר בני החצי דבריו קיימין אבל אם אמר הבכור יירש כפשוט או שאמר לא יירש פי שנים עם אחיו לא אמר כלום שנאמר לא יובל לבכר עכ"ל וצ"ל דכוונתו כשאפי' אמר פלוני בני יירש כל נכסי או חצי נכסי כל שנגרע חלק הבכור אין בדבריו כלום דאל"כ אין חילוק בין בכור לפשוט ולא מהני ריבה לאחד ומיעט לאחד או ליתן לאחד כל נכסיו אלא כשאין אצלו בכור אבל כשיש לו בכור בטלו דבריו [סמ"ע] ולא עוד אלא שגם אצל הפשוטים בטלו דבריו מתוך שבטלה אצל הבכור אלא שיש חולקין בזה כמ"ש רבינו הב"י שכ"מ שיש לו בכור ופשוטים וריבה לאחד מהפשוטים בלשון ירושה כגון שאמר פלוני בני יירש כך וכך לא אמר כלום וי"א שחלוקת הפשוטים קיימת ומקבלים מכולם לפי חשבון ומשלימין לבכור עכ"ל לפי שבזה הבכור עם האחים כדין בע"ח שנוטל מהם כפי החשבון שנותן להם אביהם [טור] :

ח כתב רבינו הרמ"א דאפי' במקום שנהגו שאין הבכור נוטל פי שנים אין לילך אחר המנהג הואיל והוא נגד דין תורה עכ"ל אבל מחילה מועיל ואע"פ שנתבאר בסי' רמ"א דלשון מחילה לא מהני רק במעות כשהם ביד הנמחל מ"מ כבר נתבאר בסי' רע"ח סעיף י"ז דבחלק בכורה מהני לשון מחילה :

ט כתב אחד מרבותינו דזה שאין יכול האב לימול מהבכור חלקו לבניו האחרים זהו כשהבכור בחיים כדכתיב לא יובל לבכר וגו' על פני בן השנואה וגו' ולשון על פני משמע כשהוא בחיים אבל כשמת הבכור בחיי ובני הבכור נוטלים חלקו יכול הזקן לומר פלוני בני יירש כך וכך ונכדי בניו של הבכור יירשו כך וכך אמנם לא מצאנו לכל הראשונים שיזכירו זה גם הטור והש"ע לא הזכירו זה כלל ע"כ היא דעה יחידאה [ממנס מס סמקנו ממדרש במדבר בעל פי מהרן מביסס סמ"ל לרמב"ן דסוא במותו ל"ק כלל דסמפ' סוא כמלא נקבר עמיון כמו בסרס וכדמסיים מת מהרן שימם מלעזר ול"ל מיד קודם קבורס כמ"ש בסמרי מלגם

נגלי כס"ג ומיימר לולי דהמנה לסגן דדיטו ככס"ג כדלימא בסוריות] :

ו כשהנחיל לפשוט יותר מחלקו אינו מועיל רק לנכסים שיש לו עתה אבל לא להנכסים שיבואו לו עד מותו דאינו יכול להנחיל רק מה שמוחזק בידו ולא דשלב"ל [כס"מ] וקרא משמע כן והיה ביום הנחילו את בניו את אשר יהיה לו ולא מה שאין לו עתה וכן אינו יכול להנחיל לעובר שעדיין לא בא לעולם ויש מי שרוצה לומר דגם הלוואה אינו יכול להנחיל כיון דליתא בקנין בבריא ואע"ג דאיתא במתנת שכ"ם מ"מ להנחיל לאחר מהיורשין יותר מחלקו אין ביכלתו [כס] ויש חולקים דמה ענין זל"ז דהא שלו הוא והתורה נתנה לו רשות להנחיל נכסיו לאיזו מהיורשין שירצה והרי הלואה בכלל נכסיו [מ"ס] וכן נראה עיקר דבודאי בזה אין חילוק בין מוחזק לראוי דהא לא כתיב את אשר ימצא לו בבבבורה :

יא זה שריבה לאחד מהיורשים יכול לחזור בו כמו במתנת שכ"מ [נמק"י] ואפילו אם תפס היורש נ"ל דלא מהני דהא חלות הירושה אינה אלא לאחר מיתה ומה מועיל תפיסתו :

יב י"א שאינו מועיל ריבה לאחד ומיעט לאחד אלא כשמחלק כל נכסיו אבל כשמחלק רק מקצת נכסיו אינו מועיל דאל"כ מצינו הקנאה במקצת נכסים בדבור בעלמא בלא שום קנין ולא משמע כן בש"ם [סס נסס ריטב"ם] ואע"ג דבודאי מצינו במציוה מחמת מיתה וירושה הרי הוא כמציוה מחמת מיתה מ"מ מדלא מצינו בש"ם מפורש כן אפשר דרק במחלק כל נכסיו דינא הכי וקרא משמע כן מדכתיב את אשר יהיה לו דמשמע שמנחיל כל אשר יש לו :

יג ודע דכל מה שנתבאר אינו אלא כשאמר לשון ירושה אבל בלשון מתנה בכל ענין דבריו קיימים כמ"ש בסעיף א' ואפילו בחלק בכורה דהרי ברשות האדם ליתן מטונו לכל מי שירצה אפילו בת בין הבנים ואפי' לאיש זר ולא עוד אלא אפילו אמר גם לשון ירושה כיון שאמר גם לשון מתנה מהני בין שכתב לשון המתנה תחלה בין שכתבה לבסוף כגון תנתן שדה פלונית לפלוני וירשה או יירש פלוני שדה פלונית ותנתן לו ואפי' כתב לשון ירושה תחלה וסוף אם רק כתב באמצע לשון מתנה מהני כגון שכתב יירש פלוני שדה פלונית ותנתן לו וירשה ואפילו נתן לאחד שתי שדות וכתב על אחת לשון ירושה ועל השנית לשון מתנה כגון שכתב תנתן שדה פלונית לפלוני ויירש שדה פלונית או יירש פלוני שדה פלונית ותנתן לו שדה פלונית או שנתן לשנים שדה אחת וכתב תנתן לפלוני חציה של שדה פלונית ויירש פלוני חצי השנית מהני ואפילו שהה בין ל"ז יותר מכדי דבור אבל שתי שדות ושני בני אדם לא מהני רק אם אמר תוך כ"ד מאחד להשני דאז מהני לשון מתנה דהאי ללשון ירושה דהאי ואם שהה כדי דבור צריך שיהא לשון המתנה מעורב בשניהם שיאמר פלוני ופלוני יירשו שדה פלונית ושדה פלונית שנתתי להם במתנה וירשום וה"ה בג' אנשים או יותר והטעם דכל שיש לשון מתנה אין חוששין ללשון ירושה דנראה להדיא דכוונתו על מתנה לבד בשני בני אדם ושתי שדות אם אינם בדבור אחד א"א ללמוד מזע"ו וי"א דאף בתוך כ"ד כשאמר יירש פלוני שדה פלונית תנתן שדה פלונית לפלוני לא מהני לירושה שלפניו אא"כ אמר ותנתן בויו"ו החבור ואף באדם אחד ובשדה אחת לא מהני בלא וי"ו החבור [נמק"י] דהוה בענין בפ"ע וכן אם אמר המתנה קודם צ"ל על הירושה בוי"ו דחבר טעמא הוא ובכל זה אין חילוק בין אמירה לכתיבה [ל"ל] :

יד לשון יחזיק בנכסים כשאמר הרי לשין מתנה ואפילו אמר גם לשון ירושה סועיל לשון יחזיק לבטל לשון הירושה כמו לשון מתנה שנתבאר [סמ"ע] וכן לשון יחלוקו הוי לשון מתנה אבל אני מניח הוי לשון ירושה [ס"ך] ום"ש בסי' רנ"ג דהוא לשון מתנה לאו דוקא אלא כלומר דקונה בזה בדכהיב והניחו יהרם לעולליהם וכשחלק כל נכסיו לאחרים בלשון מתנה אע"פ שלא שייר כלום ליורשים ואין רוח חכמים נוחה הימנו מ"מ דבריו קיימים ומה שעשה עשוי ודוקא כשמת מאותו חולי כדין מתנת שכ"ם שבסי' ר"ן וכשנתן כל נכסיו ובמתנה במקצת בקנין אינו יכול לחזור בו במ"ש שם:

טו מעשה באחר שהיו לו בני אחיות ובן אח והוא היה היורש שלו ונתן מתנה לבן האח וכתב שבאותה מתנה סילק כל חלק וזכות ירושתו וסת פסק הרשב"א דמ"מ יורש אותו כיון שלא אמר בפירוש שנותן שארי נכסיו לבני אחיותיו הוה כמתנה על מה שכתוב בתורה ותנאו במל ומעשה באחר שנתן מתנה לאשתו והיא ביכלתה ליתן למי שתרצה והיא כתבה בשטר שנתנה למי שראוי ליורשו והיה לה בת מזה הבעל ולהבעל היה בן מאשה אחרת פסק הרשב"א דזכה בו הבן אע"ג שלפי האומדנא היתה כוונתה על הבת כיון שהבן אינו שלה מ"מ ראוי ליורשו לא מקרי רק הבן ואין האומדנא חזקה כל כך באומדנות שבסי' רמ"ו ודברים שבלב אינם דברים ולא עוד אלא שהבן גובה מיד דגם בחיי אביו מקרי ראוי ליורשו והיא הרי נתנה להראוי ליורשו במתנה מיד והקנין הוא השטר [כ"מ בל"מ פוס ג] :

טז מעשה בר' אחיות פנויות שהיה להן אח שאינו נוהג כשורה ורצו להבריח נחלתן ממנו שלא ייבא אותן ומה עשו כתבו שטר שכל אחת נותנת כל ממונה לשלשה אחיותיה ודימו שבזה לא ייבא אותן ופסק הרא"ש שלא עשו כלום דאין כאן מתנה כלל כי חזר כל הממון להיות של ארבעתן בבתחלה ואם היו המתנות שעה אחת קודם מיתתן כגון שכל אחת כתבה אני נותן לאחיותי מהיום ושעה אחת קודם מיתתי אין האח יורש כי אם אחר מיתת האחרונה כי בל אחת לא נתנה רק

קודם

קודם מותה ואו נשאר לפי שבחיים חלקה וחלק אחיותיה דכן היתה כוונתן מסתמא נמצא דכשמתה הראשונה נשאר ביד השלשה וכשמתה השניה נשאר ביד השתים וכשמתה השלישית נשאר ביד הרביעית וכשמתה גם היא יורש האח או יורשיו וזהו כשנתנו כולן בשעה אחת זו לזו אבל אם כתוב בשטר שנתנו זו אחר זו שהראשונה נתנה לג' אחיותיה ואח"כ נתנה השנית אח"כ השלישית ואח"כ הרביעית יש בזה חשבון אחר וכל הקודמת חוזרת וזכתה ע"י שחזרו ונתנו להן :

יז כיצד בגון שכל סמון שלהן היה ק"ח זוז מניע לכל אחת כ"ז זוז ונתנה הראשונה כ"ז שלה להג' מניע לכל אחת מהג' ל"ו זוז ולהראשונה אין כלום חוזרה השניה ונתנה ל"ו שלה להשלשה מניע להראשונה י"ב זוז והשלישית והרביעית יש לכל אחת מ"ח זוז ולהשניה אין כלום חוזרה השלישית ונהנה מ"ח שלה להשלשה יש להראשונה כ"ח זוז ולהשניה מ"ז ולהרביעית מ"ד ולהשלישית אין כלום חוזרה הרביעית ונתנה מ"ד שלה להשלשה נמצא יש להראשונה מ"מ זז ושליש ולהשניה ל"ז ושליש ולהשלישית כ"א ושליש ולהרביעית אין כלום וכשמתו ג' האחיות אף שהרביעית לא מתה נוסף האח הכל כי הרביעית אין לה כלום וכשמתה אחת מהשלשה יטול האח כפי החשבון שנתפרש מהראשונה יורש מ"מ ושליש ומהשניה ל"ז ושליש ומהשלישית כ"א ושליש :

יח ולמה לא אולינן בתר אומדנא אחרי שידענו שכל רצונם היה להבריח מהאח משום דבכל מקום דאולינן בתר אומדנא אנו מבטלין זה המעשה ונשאר הענין כבתחלה כמו בסי' רמ"ו ששמע שמת בנו ובתב נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו דבטלה מתנתו ונשארו הנכסים כמקדם ביד האב אבל בכאן הרי לא עשו דבר ש ש בו הברחה דהא גם לפי מה שעשו ג"כ יורש האח אותן א"ב איזו אומדנא שייך בזה ואם גם נבטל התנות שלהן ג"כ הלא יורש אותן ולא נשאר לנו רק דברים שבלב ואינם דברים לטיעקר נחלת דאורייתא :

יט הכותב לבתו שתקח לאחר מותו כחצי חלק זכר כמ"ש באה"ע סי' צ' דינו כירושה בעלמא ובעלי חוב וכתובה קודמין למתנה ו ואף עישור נכסים להבת המבואר שם סי' ק"נ קודם למתנה זו דאע"ג דהיא מתנה ואין בע"ח גובה ממתנת מטלטלין שהן מ"מ כיון דהמתנה היא לאחר מותו ושויה כירושה שקרא לזה שטר חצי זכר דינה ממש כירושה וכשם שהיורשים משלמים חובות אביהם והבתובה והעישור נכסי כמו כן חל גם עליה לשלם ונם לענין זה דינו כירושה שיכול הנותן למכור כל ימי חייו כל נכסיו אע"פ שכתב לה מהיום ולאחר מיתה דכשארי מתנות בכה"ג אין לו למכור גוף הקרקע אלא הפירות כמ"ש בסי' רנ"ז מ"מ כיון דעשאוה כירושה דינו כירושה ומה שכתב מהיום ולאחר מיתה משום דלאחר מיתה אין ביכלתו ליתן לה אבל אין הכוונה שתקח הגוף מהיום כיון שלא כתב לה מכאן שתקח כך וכך אלא שתקח בחצי זכר [מרדכי] ומ"ש באה"ע שם דאם כתבו לה קרקע מחיים ופירות לאחר מיתה יורש הבעל אותה אלמא דהוה ככל המתנות והו מפני שכתב לה קרקע פלונית ומפורש כתב הגוף מחיים והפירות לאחר מיתה ואף כשכתב סתם מהיום ולאחר מיתה פירושו כן הוא כיון שנתן קרקע מפורשת ומ"מ לענין זה דינה כמתנה ולא כירושה דאינה נוטלת אלא בנכסים שהיו לו בשעת נתינת השטר ח"ו לפי ערך הירושה שהיה מניע אז לאחד מהזכרים נוטלת מחצה אבל לא מה שיהיה לו אח"כ דאין אדם מקנה דשלכ"ל דהא באמת מתנה היא דאין בכחו להורישה כשיש לו בנים כמ"ש וכ"ש בעת שהוא בריא ורק שוויה למתנה זו כירושה שיש למתנה זו כל חומר שבירושה ועוד פרטים נתבארו שם :

כ וכתב רבינו הרמ"א מיהו נ"ל דמה שנוהגין עכשיו לכתוב שטר חוב לבתו ולהתנות שאם יתן לבתו חלק חצי זכר יפטור מן החוב צריך ליתן לה בכל אשה לו דעיקר הוא החוב ולכן צריך לקיים תנאו או ישלמו החוב וכן המנהג עכ"ל ומ"מ בזה דינו כירושה שבע"ח וכתובה גובין תחלה מנכסיו ואע"ג שגם היא בעלת חוב מ"מ כיון דנפטר מהחוב בהחלק חצי זכר עיקרו לענין קדימת בע"ח וכתובה בירושה [סמ"ע] ואף להחובות שאחר זמן זה יש דין קדימה דאנן סהדי דעיקר כוונתו הוא להורישה כחצי חלק זכר ולא עשה השטר"ח אלא לענין נכסים הבאים לאחר מכאן שהרי היורשים יהיה ביכלתם לומר שבשעה שנתן לה השטר חצי זכר לא היה לו רק מעט נכסים ולכן נתן לה שט"ח אבל עיקרא דמילתא אינה אלא כירושה [ומתורץ קושית סמ"ע] ומ"מ נ"ל דלענין גבייה בע"ח נחשבו נכסי היורשין ככבני חורין נגד השט"ח שלה וכל זמן שיש לגבות מהיורשים אין גובין ממנה ויותר מזה פסק אחד מהגדולים במעשה שהיה שהבת נבתה השטר ח"ו ולאחר כמה שנים בא בע"ח של האב לגבות ולא מצא מנכסי היורשים כי הפסידו את הנכסים ופסק דאין לו לגבות ממה שגבתה כיון דהניחה לו ממה לגבות ואיהו דאפסיד אנפשיה [מסרע"ל] :

כא מי שנתן לבתו שטר ח"ו כמנהג ובמותו לא הניח זכרים רק נקבות פסק אחד מהגדולים דאין לה ליטול מקודם החוב שלה אלא חולקות כולן שוה בשוה דאנן סהדי דמה שהחתיב עצמו אינו אלא מפני שהיה סבור שיהיה לו בנים ולא הירש אותו סדין תירה לבך נתן לה אבל אם היה יודע שבנים לא יהיו לו ובנותיו יירשו אותו בודאי שלא היה נותן לה ובאומדנא רבת כי האי אולינן בהדה ואף שיש מהגדולים שפקפקו בזה מ"מ כן נראה עיקר לדינא מיהו אם השט"ח יותר מכפי המגיע ירושה לחלקה אפשר דנטלת כל החוב עכ"פ וע' בסעיף הבא [וכל"ל פסק כן בפשיטות ולענ"ד ל"ע] :

בסי'

כב בסי' רס"ו נתבאר דהנוהן מתנה לבתו לאחר מותו ומתה הבת בחייו אין ליורשיה כלום דלה ולא ליורשיה קאמר מיהו כשכתב שט"ח ובתנאי כמ"ש ודאי דחייב ליתן ליורשיה דממ"נ כיון שלא נתקיים התנאי נשאר השט"ח בתקפו ונהגו לכתוב בהשטר ח"ז לה וליורשיה יוצאי חלציה דאז בניה יורשין אותה ואם כתב לה וליוצאי חלציה בניה ובנותיה נוטלין בשוה כיון שלא כתב יורשיה יוצאי חלציה ודוקא כשמתה היא קודם אבל אם מת האב קודם ואח"כ מתה היא יורשין אותה רק הבנים דכיון דכבר זכתה בזה אין להבנות חלק בו [קלה"מ] וגם אפילו כשמתה היא קודם אין זה רק בזרע שהיו בעולם בעת המתנה אבל לזרעה שנולד אח"כ אין אדם מקנה לדבר שלב"ל וממילא דרק בניה יורשים זה בתורת ירושה [סס] ויש חולקים בזה דהא שח"ו שלנו הוא שכתחייב עצמו לבתו בסך כך וכך ומתנה באם שיתנו יורשיו ליוצאי חלציה כך וכך נפטר מהחוב ותנאי הא יכול להתנות בדבר שלב"ל [לה"מ] ובן עיקר לדינא אמנם אם חלק הירושה מחציו זכר הוא יותר מהחוב שהתחייב לה ורוצין היורשים לסלק החוב ולא הירושה ודאי דרק בניה יורשין אותה [סס]:

כג כתב רבינו הרמ"א התנה שלא יהא חלק לבתו בספרים והלוח על ספרים אין בע"ח קונה משכון ולכן יש לבת חלק בהן אבל אם הוחלטו הספרים בידו אין לבת חלק בהן עב"ל ודוקא במשכנו בשעת הלואתו אבל במשכנו שלא בשעת הלואתו דמן התורה קונה המשכון אף בלא הוחלט אין להבת חלק בזה [ס"ך] ויש חולקין בזה ומה למדנו דכשהתנה בשטח"ו לבר מאיזה דבר שאין לה חלק בזה והוא לות על דבר זה דאינה נוטלת חלק דעכ"ז כשלו הוא ואפשר דאף אם הוחלט הדבר ביד המלוה אין לה חלק בהמעות שלקח תמורתן דכיון שלא רצה ליהן לה חלק בדבר הזה אפשר שכל הבא מחמת זה הרי הוא כדבר הזה [ומספרים אין רחוים לכאזה סימס כוונתו שכל ספרים מיקח לא יסיח לה חלק ודוק]:

סימן רפב [שלא להעביר נחלה ובו ד' סעיפים]:

א אע"פ שיכול אדם ליתן נכסיו במתנה למי שירצה כמ"ש בסי' הקודם מ"מ אין לעשות כן וכך שנו חכמים [כ"ב קלג:] הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו מה שעשה עשוי אלא שאין רוח חכמים נוחה היטנו ועוד אמר אחד מן החכמים לתלמידו לא תיהוי בעבורי אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא וכ"ש מברא לברתא ופירושו שלא יהיה לו יד בזה באיש שירצה לעשות כן ומי שעושה כן עליו נאמר ותהי עונותם על עצמותם [יחזקאל] ואפילו הבן הולך בדרך לא ישרה אין להאב ליטול חלקו ממנו ואולי יצא ממנו זרע טוב ואמרו חז"ל אל ישנה אדם בן בין הבנים וכתונת פסים יוכיח שקנאו בו אחיו:

ב וז"ל הרמב"ם והש"ע כל הנוהן נכסיו לאחרים והניח היורשים אע"פ שאין היורשים נוהגים בו כשורה אין רוח חכמים נוחה הימנו וכו' האחרים בכל מה שנתן להם ומדת חסידות שלא להעיד בצוואה שמעבירין בה הירושה מהיורש אפילו מבן שאינו נוהג כשורה לאחיו חכם ונוהג בשורה עכ"ל ונראה דאפילו גם מניח מעט לבניו לקיים נחלה דאורייתא נ"כ אין לעשות כן דרצון הש"י הוא שהבנים יירשו אבותיהם ולא יתנום לאחרים [וכ"מ בכתובות נג:]:

ג ויש להסתפק אם רק בבנים קפדה התורה שלא להעביר נחלתן או גם בשארי יורשים כשאין לו בנים ומלשון המשנה והגמ' שהבאנו בסעיף א' משמע דהקפידה הוא בבנים אבל מלשון הרמב"ם והש"ע שהבאנו מבואר דבכל היורשים הדין כן וכ"כ במרדכי [פ"מ דב"ב] שאין חילוק בין בן לשארי יורשים והש"ם אורחא דמלתא נקט דבסתמא יש לאדם בנים והם יורשים אותו ומ"מ אפשר ליסר דבשארי יורשים אם רוצה להעביר כל נכסיו אין לעשות כן משום דקא עקר נחלה דאורייתא אבל אם רוצה להניח גם להיורשים חלק אין קפידא בזה ובבנים גם בזה יש קפידא וצריך ליתן להם כל אשר יש לו וחלק כחלק לכולם בשוה לבד מה שרוצה ליתן לצדקה עולמית לזכות נשמתו ולקרוביו העניים דזהו ודאי שראוי לעשיר לעשות כן וכן מנהג העולם אבל לאחרים לא יתן מנחלתו ועיקר עזבונו יתן לבניו [ומ"ם מס שטיגא סרמב"ם לטון כמשמע ודוק]:

ד וכתב רבינו הרמ"א מי שצוה לעשות בנכסיו המוב שאפשר לעשות יתנוהו ליורשיו כי אין טוב מזה עכ"ל וכמ"ש בסי' רנ"ב והטעם דהרי התורה זכתה להם ווהו יותר טוב מלהקדישו אפילו [סמ"ע] וראיה יש לזה מנמ' [מיוסף בן יועזר כב"ב סס] אמנם אם ירוע שכל אמירתו היתה מפורש מפני שלא רצה להוריש ליורשיו ודאי אם זהו קרקע או אפילו ממלטלין ומעות שלא נתנם לשליש שיזכה בהם לעשות ברצונו המוב שאפשר לעשות מסילא דזכו בהם היורשים מדינא דמיד כשמת זכו יורשיו אבל כשמסרם ליד שליש לזכות בהם אפשר דאין לו להשליש לעבור על דעתו וצ"ע לדינא:

סימן רפג [ירושת עכו"ם ונר ביתם קדמונים וישראל הנהפך ובו ג' סעיפים]:

א עכו"ם יורש את אביו מן התורה דכתיב כי לבני לוט נתתי את ער ירושה והנר ביתם קדמונים אינו יורש את

את אביו העכו"ם מן התורה דנקטן שנולד דמי אלא מדרבנן תקנו לו שיירש כדי שלא יחזור למורו ותנאי מועיל בירושה זו שיכול העכו"ם לעקור הנחלה מהם גם בלשון ירושה משא"כ בישראל צריך דוקא לשון מתנה כמ"ש בסי' רפ"א דכיון שוהו מתקנת חכמים אין העכו"ם מחוייב לעמוד בהקנה זו והעכו"ם אינו יורש את אביו הגר ולא גר את הגר לא מדברי תורה ולא מדרבנן אפילו היה לו בן שלידתו בקדושה מאחר שהורתו שלא בקדושה אינו יורש את אביו ולא אביו יורשו [ויסמ"ג סס"ט מייב לעכו"ם ומפ' נמצאי במרדכי ס"ק דקדושין] :

ב ישראל שנהפך לעכו"ם יורש את קרוביו הישראלים שנאמר כי ירושה לעשו נתתי את הר שעיר ועשו נהפך היה ואם ראו ב"ד לקונסו כדי שלא לחזק ידיהם הרשות בידם ואם יש להם בנים ישראלים הנתן להם ואפילו נתן הנהפך את הנכסים שירש לאחרים אינו כלום דבין שהוקן מת נפלו נכסיו לפני בני הנהפך נכריו של הוקן ואין לו כח בהן וי"א שמניחין הירושה בכ"ד אולי יחזור בתשובה וישראל יורש קרובו הנהפך ואפילו הפקיד הממון ביד ישראלים אחרים ואפילו היו לו בנים בהפיכתו ואם הנפקדים שלחו יד בהממון בחייו או שבקש מהם ולא נתנו לו י"א שזכו ויש חולקין ונהפך שמת אמו ויש לו קרובים מן האב אם ראוי לקונסו גם יורשיו אין יורשין אותה ונשארה הירושה ליורשי האם האחרים ואם הוא קטן שאינו ראוי לקונסו יורשיו יורשין אמו ובעל יורש במקום אשתו הנהפכת אע"פ שמת מורישה לאחר הפיכתה ומתה אח"כ מאחר דירו בידה ואין שיוך קנס :

ג לאה נשבית ואמה קבצה מעות לפדיונה ואח"כ שמעה שנהפכה אם אפשר להחזיר לכל אחד מה שלקחה תחזיר להם ואם א"א להחזיר להם יהיה הקרן קיים לפדיון שבויים ואם יהבן לפדות אותה במשך הזמן תפדה בהם וע' ביו"ד סי' רנ"ג :

סימן רפד [איזו עדות צריך להיורשים שמורישם מת ובו ז' סעיפים] :

א כבר נתבאר בסי' ר"פ שכל היורשים יורשין בחזקה שהעידו העדים שהוחזק להם שהוא פלוני הראוי לירש זה המת אף שאינם יודעים אמיתת יחוסו ומי שהוא מוחזק שהוא קרובו של מת ואין אנו יודעין קרוב יותר ממנו ה"ז יורשו ולא חיישינן שמא יש יותר קרוב ממנו כל זמן שאינו יודע ראם נחוש לזה אין לדבר סוף ואם ראובן אומר שהוא יותר קרוב ושמעון אומר שהוא קרוב יותר וא"א לברר אמרינן כל ראלים גבר [רסב"ם נ"י] ואם אח"כ הודה זה שנברה ידו והפסיד את הנכסים שהשני קרוב יותר או שבאו עדים והעידו כן מוציאין מזה שהפסיד ומוסרין להשני וכל הפירות שאכל עד עתה מחויר לו [סס] ואפילו אין עדים על אכילת הפירות רק שהודה בעצמו חייב לשלם ולא נפסיד במינו דאי בעי אמר לא אכל דסוף סוף הרי הודה שהשני קרוב יותר וכ"ש כשיש עדים [כ"מ מתוס' סס] וא"א עוד אלא אפילו זה הביא עדים שהוא קרוב והשני לא הביא עדים ומועון שהוא קרוב יותר מוציאין מזה ומוסרין למי שהביא עדים ואפילו לא העידו העדים שהוא קרוב יותר מהשני אלא שאין יודעין אם השני קרוב אם לאו כיון שעכ"פ לזה יש עדים וזה אין עדים מוקמינן ביד המביא עדים [סס] וגם הפירות מוציא מידו אפילו אין ידוע אכילתו רק על פיו לא אמרינן מינו דאי בעי אמר לא אכלתי כיון שהשדה בהברת שתצא מת"י שלהשדה אין מינו בהברח שהפירות הולכים אחר השדה [סס] ואם אח"כ יבואו עדים אחרים ויעידו שהשני קרוב יותר יוציאו אז מזה ויתנו להשני :

ב אין היורשים יורדים לנחלת המת עד שיביאו ראיה ששמת מורישן והראיה הוא ששני עדים יעידו שמת אבל ע"פ עד אחד אין מורידין קרוב לירושה וכן אם שמעו בו שמת ואין עדות ברורה בדבר או שבאו עכו"ם מסיחים לפי תומם שפלוני מת אין מורידין את הקרובים לנחלה על פיהם וכ"ש דע"פ קרובים או פסולי עדות שהעידו שמת אין מורידין את הקרובים לנחלה על פיהם עד שיעידו שני עדים כשרים :

ג וכיצד יעידו לא מיבעיא אם מעידין שראו שמת ונקבר אלא אפילו מעידין על דברים שרובן למיתה וקרוב למיתה יותר מן החיים כגון שהעידו שטבע במים שאין להם סוף ואבד זכרו הרי היורשים יורדים לנחלה על פיהם וכן אם העידו שנפל לגוב אריות ונמרים או שראהו צלוב אפילו צלוב בידיו רק שהעיף אוכל בו או שנדקר במלחמה ומת או נתרג ולא הבירו פניו אבל היו לו סימנים אמצעיים שנתבאר בסי' רמ"ז דלענין ממון הם סימנים מובהקים כמ"ש שם והסימנים היו בגופו או שהכירו בגדיו בסימני אבידה או הניחודו גוסס בכל אלו הדברים וכיוצא בהן אם אבד זכרו אח"כ יורדין הקרובין לנחלתו בעדות כזו :

ד ואל תתמה בזה שאמרנו דבעדות כזה שרובן למיתה מורידין הקרובים לנחלה ובעיקר עדות בעינן שני עדים כשרים ובהיתר ענוגה הוה ממש היפך מזה דסמכינן על עד אחד ואפילו קרוב ואפילו האשה עצמה ואפילו עכו"ם מסל"ת אבל בענין מיתתו בעינן שיאמרו מת ונקבר ואם אפילו שני עדים כשרים העידו שנפל למים שאל"ם או ראהו צלוב או גוסס או נתרג במלחמה או שהכירו כל בגדיו בסימנים מובהקים אין משיאין את אשתו כמ"ש באהע"ז סי' י"ז דכך הוא עיקר הענין דבאיסור א"א החמירו חו"ל בכל מיני עדות עד שיהיה מיתה ודאית אבל

אבל לענין ממון אוקמוה אדינא דכשרק העידו בדברים שחוקתן למיתה ואבד זכרו שוב הממון עומד בחזקת יורשים ושני עדים כשרים בעינן מדינא וזה שהקילו בעגונה בכמות ואיכות של העדים אמרו חז"ל מפני שהאשה עצמה תדייק אם מת אם לאו ולא תסמוך על העד דחז"ל החמירו עליה שבאם שימצא שאינו מת ותנשא לאחר תצא מזה ומזה בלא כתובה ובלא מזונות והבנים ממארים ולכן מתוך חומר שהחמירו עליה בסופה הקילו עליה בתחלתה דאשה דייקא ומינסבה דכל זמן שלא הרע ברור שמת לא תנשא לאחר ולא תסמוך על העד או הקרוב או העכו"ם המסיח לפ"ה אבל בעצם המיתה לא תדייק דסברה בעצמה שכיון שנפל למים או לבור אריות או נתלה בידו בוראי מת אבל בהעד תדייק שמא אומר שקר וכך אמרו חז"ל [כתובות מו:] דבסוף העדות כלומר שנתברר ע"פ עדות זו שבוראי מת רק ע"י מי הוא העדות אקילו רבנן אבל בתחלת העדות שלא נתברדה המיתה וראית ממש החמירו רבנן ולמה הקילו בסוף העדות וסמכו על דיוקה מפני חשש ענוגה שאם נצריך שני עדים כשרים שמא לא היו עדים בשרים בשעת מיתתו וקבורתו ותשאר עגונה לעולם [ועמ"ש בפתש"ך סי' י"ז סעיף כ"ז] :

ה ואע"ג דבא"א יש גם דין ממון דהרי כשאנו מתירין אותה להנשא נוטלת כתובתה ואיך מוציאין ממון שלא ע"פ שני עדים התם היינו מטעא שהבעל עצמו התחייב בכך בשנשאה שכן כתוב בספר כתובתה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי וביוצא בלשונות אלו וממילא כיון שהותרה להנשא נוטלת כתובתה ולכן אפילו כשהאשה עצמה מעידה שמת בעלה נוטלת כתובתה אם לא בקשה הכתובה אלא היתר נשואין כמבואר באה"ע שם וכן אם אמרה מת בעלה ונתייבמה הרי יבמה נבנם לנחלת אחיו על פיה שנאמר יקום על שם אחיו המת והרי קם והיא גזירת התורה שכשייבם אשתו יירש חלק אחיו המת וכיון שמותרת להתייבם ממילא נוטל היבם ממונו אבל בשארי מיני ירושות צריכין שני עדים כשרים וכן יש גם להיפך שאף כשהיורשים יורדים לנחלה אין אשתו נוטלת כתובתה כיון שלא הותרה להנשא והכל מטעם שנתבאר שכן הותנה ביניהם בשעת הנשואין :

ו וזה לשון הרמב"ם בפ"ו מנחלות בכל אלו הדברים וכיוצא בהם אם אבד זכרו אח"כ יורדים לנחלה בעדות זו אע"פ שאין משיאין את אשתו שאני אומר שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת אבל לענין ממון אם העידו העדים בדברים שחוקתן למיתה והעידו שראו אותם הדברים ואבד זכרו ואח"כ נשמע שמת הרי אלו נוחלין על פיהן וכוה המעשה עושין היום בכל בתי דינין ולא שמענו מי שחולק ע"ז עכ"ל ומשמע מדבריו דבכל אלו הדברים אין יורדין לנחלה אא"כ אבד זכרו וגם אח"כ נשמע שמת ובלא נשמע שמת אין יורדין לנחלה [ב"מ] אבל רבינו הב"י כתב דלאו דוקא הוא ויש שכתבו דה"פ דאם מעידים על דברים שחוקתן למיתה ואומרים ג"כ שאח"כ אבד זכרו או שמעידים שנשמע אח"כ שמת מהני ולא בעינן שאנחנו נודע מזה [מ"ר] ויש שכתבו דלרבותא נקט אע"פ שהקול נתפשט אחר שהעידו והיתי אומר שמפני העדות נתפשט הקול מ"מ מהני וכ"ש אם יצא הקול קודם [מ"ע] אבל עיקר הדבר תמוה דלמה לנו להקול כלל ולמה לנו לשיעידו שאבד זכרו כיון שהעידו בדברים שחוקתן למיתה כדברי רבינו הב"י

ז ויראה לי בכוונתו דוראי כן הוא כשמעידים על דברים באלו מותרים היורשים לירד לנחלתו אלא דמ"מ ב"ד מחמיצין הדבר עד שיאבד זכרו וע"י שיאבד זכרו יצא הקול שמת וטעם גדול יש בדבר דנהי דדברים אלו רובן למיתה הא אין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מחזקת המוחזק ואיך מוציאין מחזקתו של זה המוריש להיורשים אמנם האמת דדברים אלו רובא דרובא למיתה והמיעוט הוא מיעוט שאינו מצוי כלל וברוב כזה גם בממון ודאי צריכים לילך ומ"מ מי יוכל להגביל בזה ושמא הוא מהדברים שרובן למיתה ומיעוטן לחיים ולכן נתנו לתחמיץ טעם שאין יורדין לנחלה עד שיאבד זכרו ויצא הקול ומצרפין הקול להרוב ואז מורידין אותם לנחלה אבל אם העידו עדים שמת מיתה וראית מורידין מיד את היורשים לנחלה וכן נראה עיקר לדינא ושיעור שיאבד זכרו נראה דהוא י"ב חודש כדקתניב נשבחתי במת מלב ובעגונה אינו מועיל כל זה אפילו אבד זכרו ויצא הקול

סימן רפה [שבוי שנשבה ושמעו שמת או בורח מה לעשות בנכסיו ובו י"ח סעיפים]:

א שבוי שנשבה והניח נכסים מוטל על הב"ד לשקוד בתקנתן שלא יפסדו נכסיו ואין להם רשות ליתנם לאריס שכיון שאין מי שישגיח עליו לא יכוין אלא להרבות בפירות ולא יחוש להפסד הקרקע לפיכך אם יש מי שרוצה לחזות אפוטרופוס על הנכסים להשתדל בהן ולהעסיד אריס והוא ישגיח עליו שיעבדם כראוי אין תקנה גדולה מזו זימנו אותו אפוטרופוס אמנם דבר זה אינו מצוי דהאדם מתרצה באפוטרופסות בשביל יתומים קטנים ולא לגד ולים ולכן אין ב"ד מצווין על זה להעסיד אפוטרופוס כי קשה למצא [טור] ויש מי שאומר שאפילו אם יתרצה אוזד לחיות אפוטרופוס כיון שאין חוב זה מוטל על ב"ד יכול היורש למחות שלא למנותו

לאפוטרופים

לאפוטרופוס [סמ] דכיון דהיורש יכול בעצמו לירד להנכסים כמו שיתבאר יכול לומר לב"ד אני ארד להנכסים ע"פ הפרטים שיתבארו אבל יש חולקין בזה ום"ל דאין היורש יכול למחות דזה שיתבאר שמורידין קרוב הראוי ליורשו לנכסיו הוא מפני ההכרח ולכן כשנמצא איש נאמן שרצונו להיות אפוטרופוס למה לנו להוריד את הקרוב דאולי השבוי חי ואין רצונו בכך:

ב וכיצד עושין בנכסי השבוי כל המטלטלין יהיו מופקדים ביד נאמן ע"פ ב"ד ובן אם הניח קטה לקצור וענבים לבצור ותמרים לגרור וזיתים למסוק שכל אלו הם כמטלטלים ביון שאין בזה טורח רב ימצאו על זה הרבה נאמנים שיתרצו בטירחא זו ולכן ב"ד יורדין לנכסיו ומעמידין בזה אפוטרופוס וקוצר ובוצר וגודר ומוסק ומוכר הפירות ומניח דמיהם עם שארי המטלטלין בב"ד או ביד נאמן ע"פ ב"ד ומה יעשו בהקרקעות יתבאר בסעיף ג' ואם הניח שטרי חובות או שכירות בתים יגבום הב"ד ויניחום עם שארי המטלטלין ועוד יתבאר בבתים וחנויות מה לעשות:

ג ובקרקעות מורידין קרוב הראוי ליורשו ולא שימכרם אלא שיעבוד השדות והכרמים ויאכל פירותיהן ואם ישביח את הנכסים ישומו לו בארים וימול בהשבח כשארי אריסין ואין חילוק בזה בין שמשמעו ע"פ השמועה שלא בעדות ברורה [מוס' ב"מ לח:] שמת השבוי ובין שלא שמעו שמת רק בזה יש חילוק דכששמעו שמת קודם שהורידו את הקרוב לנכסיו ואח"כ בא השבוי חי אין לו בהשבח כלום אלא מה שאכל אכל ומה שהוציא הוציא משא"כ כשהורידוהו כשלא שמעו שמת גם כשבא משביה שמין לו בהשבח כארים והטעם מפני דכשלא שמעו שמת יש לחוש שהקרוב יחוש שמא היום או מחר יבא ויכחיש הקרקע ויראה רק לחרבות בפירות ולאכלם לפיכך אמרו שאף כשיבא יטול בשבח כארים ולא יפסיד הקרקע אבל כששמעו בו שמת ויורד בהקרקע בתורת שהיא שלו גם בלא תקנה זו לא יפסידן לפיכך אף כשאירע שהשמועה היתה שקר וכא חי אין לו כלום בהשבח ודינו כרין בעל שהוציא הוצאות על נכסי אשתו דמה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל כמ"ש באהע"ז סי' פ"ח ואם הוציא ולא אכל דינו כיורד שלא ברשות דשמין לו אם השבח יתר על היציאה נוטל היציאות ואם ההוצאה יתירה על השבח נוטל כשיעור שבח כמ"ש שם ואינו נוטל אלא בשבועה:

ד ודעת הרמב"ם בפ"ו מנחלות דכששמעו בו שמת אז אפילו כשירדו יורשיו לנחלתו וחלקו אותה ביניהן לחלוטין אין מוציאין אותן מידן בין בקרקעות בין במטלטלין ואע"ג דנתבאר בסי' הקודם דבלא עדות ברורה אין יורדין לנחלה מ"מ בשבוי תלינן דברוב פעמים השמועה אמת שמפני הצרות מת וכמו דמורידין לנחלה ע"פ דברים שחוקתן למיתה משום דאולינן בתר רובא במ"ש שם כמו כן בשבוי ע"פ שמועה [ע"ל] ואם לא שמעו בו שמת עושין במטלטלין כמו שנתבאר ובקרקעות מורידין את הראוי ליורשו וכשיבא השבוי ישומו לו כארים על כל הזמן שעשה בה [דמפרש מ"ם סמ וטוס שמין להם כחנים לגמרי קמ"ל וכפירש"י ומ"ש סמוך ממנו ג"ע ומדמיין כס פירוד לנכסי צפון לין מולימין וכו' וסמוך קמ"ל מורידין ס"מ דסבריית סיפ ליורשו וכן מסורס בסוסבפת כתוטת פ"ק]:

ה אבל מי שיצא למרחקים בלי אונס שביה או סכנה והניח נכסיו ואין ידוע להיכן הלך ולא מה אירע לו אין מורידין קרוב לנכסיו ואם ירד מסלקין אותו ואין ב"ד צריכים להטפל בו ולהעמיד לו אפוטרופוס לא לקרקע ולא למטלטלין שהרי יצא לדעתו ואם הוא לא חשש לנכסיו למה לנו לחשוש עבורו ום"מ אנחנו מחוייבים למלק קרוביו מנכסיו ולהניחם כמו שהיה בעת יציאתו וכיצד יהיה דין נכסיו כל המטלטלין שלו יעמדו תחת יד זה שהיו מקודם עד שיבא זה ויתבע או עד שיתוודע בעדות גמורה שמת ויתבעו היורשים וכן קרקעותיו יהיו ביד מי שהניחם בעת יציאתו ואין אנו לוקחין ממנו שפר דאין לנו להודקק עד שיבא ושדה וכרם שהיה בהן ארים ישארו בידו עד שיבא ושדה וכרם שהניחו בורים ישארו בורים דאבידה לדעת אין אנו מצווים להחזירה כמ"ש בסי' רס"א מיהו אם נפלו לו נכסים בכאן שלא ידע בהן דינו כנכסי שבוי דעל נכסים אלו לא גילה דעתו וציריכין לעשות בהן כראוי לעשות:

ו ואם שמעו בו שמת יש מרבותינו שאומרים דכיון שיצא לדעת אין לנו לחדש דבר כמו בלא שמעו שמת ובשיתוודע בבירור שמת ירדו היורשים לנחלה ודעת הרמב"ם ביצא לדעת ושמעו שמת הוה כשבוי שלא שמעו שמת וב"ד מוציאין כל המטלטלין ומניחין אותן אצל נאמן על פיהם ולקרקעות מורידין הקרוב להשדות והכרמים כארים עד שיבא ראיה ברורה שמת או עד שיבא ומעמו נ"ל דנהי דכיון שיצא לדעת אין לנו לחשוש עבורו מ"מ צריכים לחוש להקול שמת והנכסים של היורשים ואנו צריכים לחוש לתקנתם וכיון שאין אנו מניחים אותם לירד להנחלה לכן אנו מחוייבים עכ"פ לראות שלא יתקלקלו הנכסים ומעיינין בתקנתם [ודייק מבריית] דסס דבשבוי כשמעמו שמת מין מולימין מסס לף כשירדו לנחלס כמ"ס ובכרמוסים מולימין מידס בכס"ע ולא מממעמו לבותת דמפילו כתרים לין מורידין מלא ס"מ דמורידין כתרים]:

ז בורח מחמת סכנת נפשות דינו כשבוי אבל בורח מחמת חובות דינו כיצא לדעת דאינו בהול כל כך לברוח [גמ'] ולא עזה בלבתו ש"ס דלא ניחא ליה שיחדשו דבר בנכסיו אלא להניחם כבעת יציאתו ואם הלך לדעת וחשב להזור ולא חזר הוה כמי שיצא שלא לדעת דבודאי רצונו שיעשו בנכסיו כראוי לעשות ומה שלא עזה מפני שדימה לחזור ווה שלא חזר מסתמא נתהוה לו איזה סיבה וצריכים לחוש לתקנתו [וכזה ס"ס הבריתא

הבריית פ סיוד לנכסי שבוי וכו' ומלו כן הרי שסיס מציו וכו' הלכו למד"י וקבה ליסס שבוי הוא מלא הס"ק שהלכו לזמן מועט וע"פ סיכה לא מזרו ולינם כשבוי :

ח שבוי ששמעו בו שמת והקרוב הוא בנכסיו ואח"כ נשמע שיבא והשמועה שקר אמרו חז"ל [שם] דאם קרם הקרוב ותלש ואכל הפירות ה"ז זריז ונשכר ויש לו רשות לעשות כן כיון שהב"ד הורידוהו להנכסים והוא סבור שהבל שלו כיון ששמעו שמת והרסב"ם ז"ל השמיט זה וצ"ע ואולי היה לו גירסא אחרת וכן משמע בתוספתא בכתובות פ"ח ע"ש :

ט כשמורידין קרוב לקרקעות צריכין להוריד היודעים בעבודת אדמה ואם היו הרבה שיודעים נותנין לכל אחד מעט קרקע ואם היו בין קרוביו עובדי אדמה ושאינן עובדי אדמה מעמידין ביד העובדים דהאחרים הלא יקלקלו את הקרקעות :

י דוקא בקרקעות כמו שדות וכרמים מורידין קרובים מפני שצריכין מירחא רבה ולא ימצא מי שיתרצה להיות אפוטרופוס על זה אבל בתים וחצרות וחנויות ופונדקאות העשוים לשכירות וא"צ עבודה ולא טורח ואין אדם נותן אותם בארימות דינן כמטלטלין ואין מורידין להן יורש אלא כיצד עושין ב"ד מעמידין להן גבאי שישכירן ודמי השכירות יונח בב"ד עד שיבא או עד שיביא היורש ראיה ברורה שמת ואין מורידין קרוב לעולם אלא לשדות וגנות וכרמים וכיוצא בהן שיהיה בהן כארים כדי שלא יפסדו וי"א ארו בורים ואם זה שהלך מכאן היה קטן או חרש או שוטה אפילו יצא לדעת מעמידין להם אפוטרופוס על כל הנכסים אפילו על הקרקעות דגם בלא זה הרי מעמידין אפוטרופוס לאלו כמ"ש בסי' ר"ץ ואין מורידין קרוב כמו שיתבאר וזה שאמרנו שאין מורידין קרוב למטלטלין ולבתים זהו שאין נותנין המטלטלין לידו אבל יכול להיות אפוטרופוס כאחר כמ"ש שם :

יא כשמורידין קרוב לנכסי שבוי או בורח או לנכסי היוצא לדעת ששמעו בו שמת לא יורידו קטן שמא יפסיד הנכסים וכן אם זה השבוי היה קטן אין מורידין קרוב לנכסיו בקרקעות ושיהיה כארים משום שיש להשוש שיטעון ויאמר זה חלקי שהגיע לי בירושתי ובאחר לא חיישינן שיאמר שלי הוא דהקטן יאמר לו אח"כ הבא ראיה ששלך היא אבל בקרוב יסבור הקטן שאומר אמת שבאה לו בירושה [תוס' שם] וכשהשבוי היה גדול לא חיישינן לזה מפני שיכול לעשות מחאה גם בריחוק מקום אבל הקטן אין לו דעת לזה לפיכך שני אחין אחד גדול ואחד קטן ונשבה הקטן או ברח או יצא מכאן אין מורידין את האח הגדול לנכסיו דשמא יחזיק בם ולאחר זמן יאמר שזהו חלקו שהגיע לו בירושה ואפילו את בנו של הגדול אין מורידין לנכסי דודו הקטן אע"פ שהוא בעצמו אינו בר ירושה בנכסי אבי הקטן מ"מ יש לחוש שלא יאמר מחמת אבי ירשתי חלק זה וקרוב רחוק מורידין :

יב לעולם אין מורידין קרוב לנכסי קטן אפילו הוא בעצמו אינו קרוב להקטן אלא קרוב מחמת קרוב כגון שהוא קרוב מחמת אחי האם של הקטן שהקטן יש לו את מאם ולא מאב וזה האח מאם יש לו את מאב אין מורידין את זה אע"פ שהוא רחוק מהקטן עצמו ואינו ראוי לירש את מורישו של הקטן מ"מ חיישינן שמא יאמר שהחלק הזה הגיע בירושה לאחי מאבי שירש את אמו שהיתה גם אם הקטן ואהי מת וירשתיו ואע"פ שהרחקה יתירה היא מ"מ חששו חכמים לזה ולא עוד אלא אפילו יש ביניהם שטר חלוקה מהנכסים בין בבתים בין בשדות לא ירד ואפילו אמר כתבו עלי עתה שטר אריסות לא ירד דשמא יאבדו השטרות ויתארך הזמן ויטענו ויאמר שוה בא לו בחלק ירושה או מחמת עצמו או מחמת מורישו וכן אין מורידין גדול אפילו כשהשבוי ג"כ גדול אם יש עוד את קטן בפה משום החיישינן שמא ימות בשביה ויירשנו הקטן שבבאן ואין מורידין קרוב לנכסי קטן [ם"ך ומ"ש סמוס' בב"ב קמנ: ד"ס כשמיתו וכו' משקנים עס סנהוליס ביתר וכו' ל"ל על שולמן לחד כמ"ש בסעיף ס"ו ודוק] :

יג ומעשה באשה אחת שהיו לה שלש בנות ונשבית האם ואחת מהבנות והיו להאם נכסים ובת השניה מתה בכאן והניחה בן קטן ואמרו חכמים דאין מורידין את הבת הנשארת להנכסים ואע"פ שמורידין קרוב לנכסי גדול משום דחיישינן שמא מתה הוקנה בשביה ונמצא דשלישׁ מהנכסים מגיע להקטן ואין מורידין קרוב לנכסי קטן ולבד זה אין ממנין אשה אפוטרופוס כמ"ש בסי' ר"ץ [ע"ש] וכן אין מורידין את הקטן בשליש הנכסים דשמא הוקינה בחיים ואין מורידין קטן לנכסי שבוי וכיצד עושים אמרו חכמים דמתוך שבהברה להעמיד אפוטרופוס על חלקו של הקטן לפי החשש שמא הוקנה מתה ומניע לו שליש הנכסים או שמא מתה גם הבת השבויה ומניע להקטן מחצה נכסים ועל זה ימצאו ב"ד נאמנים שיתרצו להיות אפוטרופסים כיון שהוא בשביל הקטן ולכן ימרחו ב"ד וימצאו מי שיתרצה להיות אפוטרופוס לכל הנכסים :

יד ובמעשה זו אירע אח"כ שנתוודע בבירור שהוקנה מתה ומהבת הנשבית לא נודע אם היא בחיים אם לאו אמרו חכמים ששליש נכסים מוסרין להבת שבבאן דוהו ודאי סגיע לה חלק ירושתה מהאם ואפילו אם אחותה בחיים ושליש מוסרין להקטן שהוא חלקו בוראי מנכסי הוקנה ואם אינו יכול עדיין לעסוק בעצמו יעמידו לו אפוטרופוס והשליש של הבת השבויה מעמידים אפוטרופוס מפני חלק הקטן דשמא מתה הבת נ"כ ויש להקטן חצי השלישׁ וממילא מעמידין על כל השלישׁ כמ"ש וכן כל כיוצא בזה :

טו כל זה שאמרנו שאין מורידין קרוב לנכסי קטן זהו דוקא

דוקא כשכבר חלקו הירושה או אפילו עדיין לא חלקו אך אינם סמוכים על שולחן אחד ובשחלקו אף אם סמוכין על שולחן אחד אין מורידין מפני שיאמר אח"כ זה הגיע לחלקי ובאין סמוכים על שולחן אחד אף שלא חלקו יהיה ביכלתו לומר ששלו היא ומהוצאתו קימץ אבל בשלא חלקו וסמוכים על שולחן אחד שוב לא יוכל לומר כלום והכל יודעין שבשותפות עומדין עדיין ומורידין הקרוב לנכסי הקטן ונ"ל דוהו דוקא כשהם גם בני אם אחת דאל"כ אין מורידין מפני שיכול לומר אח"כ שורש מאמו שרה זו וי"א עוד דהא דאין מורידין קרוב לנכסי קטן היינו כשאוכל הפירות דאז יטעו ויסברו שהוא שלו וגם הקטן יסבור כן אבל באפוטרופסות בעלמא מותר להורידו דלא יטעו בזה וגם הוא לא יאמר ששלו היא וכן אם לא היו הנכסים מירושת הקטן אלא ממתנה שנתנו לו או שממעות ירושתו קנו לו שדה זו מותר להוריד את הקרוב אף כשיאכל הפירות דבזה הדבר מפורסם שהיא של הקטן ואין חשש שמא יחזיקנה לעצמו ואכילת הפירות הוא כשעובד באריס בהקרקע ואף שממתמא אין נותנין לו כל הפירות מ"מ כיון שאוכל מחצה מהפירות יש חששא [ע"ל] :

סז וכן זה שאין מורידין קרוב לנכסי קטן אינו אלא בקרקעות אבל מעות ומטלטלין של הקטן ממנים אפילו קרוב עליהם ואדרבא בקרוב עדיף טפי והטעם דהא גם באחר יש חשש במעות ומטלטלין שמא ימכרם או יבריחם ויאמר להר"ם שלא מסרו לידי מעולם ובהכרח לסמוך על נאמנות האיש ולמסור לו בב"ד ויכתבו ויחתמו לראיה וא"כ גם בקרוב נוכל לעשות כן והקרוב יותר טוב שיתאמץ לטובת הקטן קרובו שיעשו פירות ולכן אם יש קרוב ורחוק ושניהם אנשים נאמנים מעמידים את הקרוב אבל אם הרחוק הוא יותר נאמן מעמידין את הרחוק ולא נסמוך על הכתב שיעשו עמו דכל מה שיש לנו לחשוש לטובת הקטן חוששין :

יז קטן שיש לו נכסים מאבי אמו או ממקום אחר ואביו חי אין נותנין הנכסים ליד האב דאין מורידין קרוב לנכסי קטן אלא ב"ד מעמידים אפוטרופוס ואם הנכסים הם מעות או מטלטלים והאב ראוי להיות אפוטרופוס שהוא איש נאמן נותנין לידו בב"ד והב"ד כותבין וחותמין שהם של הקטן ונמסרו ליד האב שיהיה אפוטרופוס עליהן וגם האב נותן כתבו בחתימתו שקבל לידו מעות או מטלטלין של בנו הקטן וכל מה שביכולת לעשות חיזוק לזה עושין [ע"ל] וי"א דקטנים שיש להם אב אין ב"ד מחוייבים לחקור על נכסיהם אא"כ שהאב מוחזק שאינו הולך בדרך טובים דאז מחוייבים ב"ד להעמיד להם אפוטרופוס לנכסיהם ובה קטנה שיש לה ממון ביד אבי אמה ויש לה אב מוסב יותר שהחיה אצל האב ואם האב בעל נכסים יתנו לו גם מעותיה שישא ויתן בהם וכל הדברים האלו תלוים בראיית עיני הב"ד לפי ערך האנשים ועסקיהם ונאמנותם ואם נשארו אחים יורשים ובתוכם קטן והם מפורסמים לרוע לא יניחו הב"ד שהקטן יהיה בתוכם שלא יאבדוהו בדי לירש חלקו :

יח אשה שהיתה בשביה ונתהפכה ונשאת לעכו"ם ויש לה בכאן קרקעות ומטלטלין מתנהנין בנכסיה כבדין נכסי שבוי [עסמ"ע] ואורח שמה והניח מעות ומטלטלין ביד אחד מבני העיר ועדיין לא נודע לו יורש מעירו פסק אחד מהגדולים דהב"ד מוציאין הממון והמטלטלין ומניחין אותן ביד נאמן ואם הנפקד עצמו הוא נאמן יתן במוחות עד שיבואו יורשיו ואף שיש מי שפקפק בזה ום"ל דאין מוציאין מיד מי שבידו הם מ"מ העיקר לדינא כמ"ש [מסר"מ לובלין] וב"ש בהמסבבים בשמתו באיזו מקום ונמצא אצלם מעות דלוקחין ב"ד לידם וכותבין לפרסם הדבר בכדי שיבואו יורשים ויטלום אך מי שבא ליטול הירושה צריך להביא ראיות ברורות שהוא היורש ואליו מגיע ירושת זה ששבק חיים :

סימן רפו [יתומים גדולים וקטנים האיך נזונים ומתפרנסים ובו ח' סעיפים] :

א מי שמת בלא צוואה [נמק"ח] והניח בנים גדולים וקטנים או בנות יורשות גדולות וקטנות והגדולים צריכים הוצאה מרובה נגד הקטנים במלבושים והקטנים צריכים הוצאה מרובה נגד הגדולים במזונות ובשאורי צרכים ולעשות חלוקה עתה א"א עדיין מפני איזה דברים מסובכים שיש בהעזבון ומוכרחים שיהיו הנכסים זמן מה עדיין בשותפות אין אומרים שיזונו וילבשו וכל צרכיהם יקחו מתפוסת הבית כל אחד לפי מה שצריך אלא ימלו בחשבון שוה בשוה וכל אחד ילבש ויזון משלו ואם אחד יקמץ בהוצאתו ישאר המותר שלו לכדו [קמוע דמ"ם בקמ"ע [ב"ב קלמ"ו] מולקין בקוס ר"ל סולמקס מולקיס בקוס וזסו קוסע סרמב"ס וסקוד וכ"כ בדיסק] :

ב י"א דזהו דוקא כשמיחו זה על זה דמזמן המחאה ישלו בחשבון אבל בסתם נוזנין ומתפרנסין אלו עם אלו דמסתמא מוחלין זל"ז וגם יפה הוא להם בדי שלא יתהוה ביניהם מחלוקת [נמק"ע] וי"א דאפילו בסתם יעשו הכל בחשבון ויכול האחד לתבוע מהשני גם על העבר ויראה לי דאם בחיי אביהם לא היו כולם סמוכים על שולחנו אלא שאחר מותו הנהיגו הוצאתם מתפוסת הבית גם דעה ראשונה מורה שיהיה הכל בחשבון דדוקא כשהיו כולם סמוכים על שולחן אביהם אמרינן דבסתמא יתנהגו כמו בחיי האב עד שיחלוקו אבל בלא היו

הוי סמוכים על שולחנו עד עתה למה נאמר שמוחלים זל"ז ולפ"ז אפשר דלא פליגי כלל לדינא (ומ"ש קונטרס סמ"ע מסי' רפ"ח) וכשמיחו בפירוש אין חילוק בין היו סמוכים על שולחנו ובין לא היו סמוכים ובין שכולם גדולים או כולם קטנים או קטנים וגדולים [וסרמיס סמכיתי מהוספתא פ"ח לדעה לחמוש ל"ע דמסס נרמס לסיפך] :

ג בד"א שצריך להיות בחשבון כשאין תועלת להקטנים במה שהגדולים לובשים בגדים חשובים ולבן גדול האחים שנושא ונותן בהנכסים ויש תועלת להקטנים בכה שהוא מלובש יפה כדי שדבריו יהיו נשמעים הרי זה לובש מהפוסת הבית ום"ס לכתחלה לא יבזבז ממון על זה [רמב"ם] ואם מיחו בידו הרשיון בידן ואין לומר דלפ"ז לדעה ראשונה שבסעיף ב' אין חילוק בין גדול האחים לכולם דבסתמא בכולם היו מחילה ולמחות יכולין גם בגדול האחין דם"ס יש חילוק דבכולם אף שכבר עשה אחד מהם בגד יכול השני למחות כל זמן שהבגד לא בלה ובגדול האחים אין להם למחות רק קורם עשייתו [נמק"י פ"ק דב"ק] ולא אח"כ כיון שעושה למובת כולם ועוד דלפמ"ש שם החילוק פשוט דבכל האחים כשלא היו בחיי האב כולם סמוכים על שולחנו אף בסתמא לא היו מחילה ובגדול האחים גם בכה"ג הוי מחילה [ומרמ"ם סס מבואר ללת כנמק"י ע"ש] :

ד נשאו הגדולים נשים מהפוסת הבית לאחר מיתת אביהם ישאו הקטנים נ"כ כשיעור הזה מכלל הנכסים ואח"כ יחלוקו ולא לבד הוצאת נדוניא ותבשיטין ובגדים אלא אפילו בנגד מה שאכלו ושתו על נשואי הגדולים ישלו הקטנים וכן משמע בירושלמי פ"ח דב"ב וזהו גם לדעה ראשונה שבסעיף ב' דבסתמא הוי מחילה ום"ס פשיטא דבנשואין גם מסתמא לא הוי מחילה וכן משמע מכל הפוסקים והטעם דבדבר מרובה כזה ודאי דלא מחלי [ולפ"ז מ"ש סירוסלמי בפסיקות דמע"ג דמלילם ומסיס בלמ כמוסין מחלי בסתמת מ"ת בכוסין סיטו כן] :

ה ורוקא שהגדולים נשאו נשים אחרי מות אביהם אבל כשנשאו בחיי אביהם והאב הוציא עליהם סמוך הרבה לצרכי הנשואין ואמרו הקטנים לאחר מיתת אביהם גם אנו נושאים מהפוסת הבית כדרך שהוציא אבינו עליכם ואח"כ נחלוק אין שומעין להם אלא מה שנתן להם אביהם נתן ומה להם מה שהוציא האב בחייו המה לא ירשו רק מה שנשאר אחר מותו ובזה יחלוקו אמנם כל זמן שאביהם לא הוציא עדיין אע"פ שהבטיח ליתן כגון מי ששידך לבנו וקצב לו נדוניא ומת האב קודם שהכניסו לחופה אינו גוטל הנדוניא אלא מחלקו שהרי לא זכה בזה בחיי האב דמאיזה טעם יזכה דאין כאן מתנת שכ"מ ולא מצוה לקיים דברי המת שהרי לא הושלשו עדיין ביד שליש ובסי"ש בסי' רנ"ב ואי משום אומרנא דדעת האב היה ליתן לו כך וכך מאן ליפא לן דרצון אביו היה שישול אפילו כשימות מהפוסת הבית שמא מה שקצב לו אינו אלא מפני שהוא חי אבל לאחר מותו ימול מחלקו [סמ"ע] ולפ"ז אם כבר השלישו הנדוניא בחיי האב אע"פ שלא נשא עדיין לא חשבינן הנדוניא בחלקו דכיון שהשליש ביד שליש אמרינן מצוה לקיים דה"מ וגם בלא טעם זה כיון דכבר השליש עבורו הוה כאלו בא ליד הבן עצמו [ל"ל] ואם הבמיח נדוניא לבתו בחייו ומת צריכים היורשים לתת כל מה שהבמיח אע"פ שעדיין לא השלישם בחייו ולא עוד אלא אפילו השיא בת הראשונה בחייו ומת צריכים היורשים להש"את להשניה כדרך שהשיא אביהם את הראשונה דלענין זה שמין דעת האב כמ"ש באהע"ז סי' קי"ג ורוקא כשאינן יורשות אבל אם לא הניח בנים והבנות יורשות אותו תמול מחלקה כל זמן שלא השלישם בחייו [וזהו כוונת מהרי"ו בסמע"ע סם"ק ד'] :

ו וכתב רבינו הרמ"א מי שפראו אביו מן התפיסה מנכין לו אח"כ מחלק ירושתו ולא אמרינן שאביו נתן לו מתנה רק הלוה לו אא"כ יש אומדן דעת שהאב נתן לו במתנה עכ"ל ואע"ג שנתבאר דכל מה שנתן האב בחייו אין להם לנכות מהירושה זהו מה שנתן מרצון כדרך הוצאות האבות על הבנים אבל בשביה שהוכרח לפדות אותו אמרינן דהפדהו מחלקו [ס"ו] וע' בסי' רס"ו דאולינן בתר אומדנא ואין ללמוד מדין זה לשארי דברים ויראה לי דגם בתפיסה אינו אלא כשנתפס מפני רוע מעשיו אבל כשנתפס בעלילה ודאי לא היתה דעת האב לנכות לו מחלק ירושתו ודע דכל אלו הדברים הם כשמת בלא צוואה אבל אם עשה צוואה יעשו הכל כצוואתו בכל הדברים שצוה :

ז בזמן הש"ם היה המנהג כשראובן השיא בנו היה שולח שמעון ע"י אחר מבניו דורונות לשמח את החתן ובעבור זה כשוה נשא אשה היה שולח ראובן בחזרה ונחשבת אצלם כחוב עד שאמרו דשושבינות נגבית בב"ד ולכן אם השיא האב את בנו ועשה לו משתה והזהוצאה היתה משל אב ונשתלחה שושבינות לזה הבן בחיי האב כשצריך לחחזיר השושבינות לעת חתונת בן האחר ששלח לו חוזרת מהפוסת הבית דהחוב הוא על האב אבל אם האב לא עשה המשתה בחייו משלו אלא הבן עצמו הוציא בהוצאת המשתה משלו אינו חוזר השושבינות אלא מחלק זה הבן בלבד דאין החוב על האב :

ח עוד היה המנהג אצלם בשושבינות דלפעמים היה האב מייחר לאחד מן הבנים לאמר לו לך ותעשה שושבינות לפלוני ולפעמים היה אומר לכולם אחד מכם יעשה שושבינות לפלוני ונ"ם דאם שלח ע"י אחר מבניו ויחדו לזה שא"ל לך ותעשה שושבינות לפלוני בשחוורת לעת תחונתו חחרת לו לבדו אבל כשאמר אחד מכם והלך זה ועשה חוזרת לכולם כשאר הלואה שהלוה אביהם [טור] ורמב"ם והש"ע כתבו דהאב ששלח שושבינות בשם אחד מבניו כשחחזור השושבינות לאותו הבן

הבן הרי היא שלו אבל אם שלחה האב בשם בניו סתם כשתחזור תחזור לאמצע ואין זה שנשתלחה לו חייב להחזירה עד שישמחו בו כולם [כסכולם יסלו נפיס יסלם לכ"ם חלק מסוסביעומו] שהרי כולם שושבינים שבשם כולם נשתלחה לפיכך אם שמח במקצתם מחזיר חלק זה ששמח עמו בלבד והרי הוא לאמצע עכ"ל ויש חולקין בזה דבכה"ג הוי של אותו שנשא ומעמו של הרמב"ם ז"ל דאולי האחרים לא ישאו ולא יתחייב זה להחזיר להם חלקם ואביהם היה דעתו לזכות לכולם שהרי בשם כולם שלחה ולכן הוי לאמצע [סס"ם פ"ם] וממ"נ לנשואי האחר כשיחזיר חלקו של זה יהנו נ"כ כולם ואין לזה היזק במה שעתה יהנו כולם דבנשואים שלהם יהנה הוא מהם ואם לא ינשאו הרי מדינא הוא לאמצע לפי כוונת האב כמ"ש :

סימן רפז [מי שמת והניח בנים גדולים וקטנים והגדולים השביחו הנכסים ובו י"ב סעיפים] :

א מי שמת בלא צוואה והניח בנים גדולים וקטנים והשביחו גדולים את הנכסים כל השבח לכולם ואפילו שכר עמלם לא יטלו ואע"ג דבשארי שותפים כשאחד עוסק נוטל שכרו כיורד ברשות כמ"ש בסימן קע"ח מ"ם אחים מוחלים זל"ז מרחתם מן המם ואמרינן זה שהובע עתה מיהדר קא הדר ביה מסחשבתו הראשונה וה"ה כשכולם גדולים הרין כן וק"ו סקטנים דבגדולים ודאי מחלי להדדי מפני שהיום עשה הוא ולמחר יעשה האחר משא"כ בקטנים וכיון דלקטנים מוחל כ"ש בגדולים [רמ"ם פ"מ דמ"ב סי' מ'] ואף שיש מי שאומר דכשכולם גדולים נוטל העוסק כאריס תמיד [נמק"י פ"ג דמ"ם בשם רמב"ן] מ"מ רוב הפוסקים הסכימו לדעה ראשונה :

ב וזה שהשבח שייך לכולם בר"א כששבחו הנכסים מחמת נכסים דהיינו שלא הוציאו כלום מכיסם וגם לא עברו בגופם אלא ששכרו פועלים ממעות העזבון או שנשאו ונתנו בסחורת מהעזבון ואע"פ שטרחו בשבירת הפועלים ובמכירת הסחורה מ"מ כיון דאין כאן חסרון כיס וגם לא עבודה בגופו ממש אלא טירחא בעלמא ולחלק עצמם נ"ב היו צריכים לטרוח בזה מיחלים אחים להדדי אבל אם השביחו הנכסים ע"י שהוציאו הוצאות מכיסם או שטרחו בגופם לחפור ולבנות וכיוצא בזה השבח לעצמם ואם היה ממון של ירושה והוציאו משלו נוטל בחלק האחרים כאריס [נס"ת] ולישב בחנות כל היום נראה דהוי כשבח מחמת טירחא שזהו בעבודה ממש [בל"ס] ואם גם הקטנים היו יכולים לישב בחנות ולמכור הוי כמחמת נכסים [סס] והכל לפי הענין דאם השביחו ברבר שאם היו מודיעים להקטנים היו גם הם יכולים לעשות כמו לשמור וכיוצא בזה השבח לכולם אע"פ שטרחו בגופם כיון שלא הודיעום תחלה וכ"ש כשכולם גדולים וי"א עוד דאפילו הקטנים עוללים ויונקים שא"א להם לעשות מאומה מ"מ כיון שהוא מלאכה קלה שקטנים בעלמא יכולים לעשות כן לא מיחשבא מלאכה ומחלי להדדי והשבח לכולם [נמק"י] :

ג וכל זה כששתקו ולא אמרו כלום אבל אם אמרו לפני ב"ד או לפני עדים ראו מה שהניח לנו אבינו הרי אנו עושים ואוכלים מהשבח לעצמנו כך השבח שהשביחו בכל הנכסים אפילו בחלק האחים ואפילו השבח מחמת הנכסים הרי הוא של עצמם ואע"ג דשאר שותף אין לו בשבח אלא כאריס מ"מ בכאן שלא הם עצמם עשו השותפות ולא נשתתפו תחלה אדעתא להרויח כיון שאמרו לעצמנו נעשה ואלו האחים שתקו ודאי מחלי להו ויטלו כל השבח [מוס] ואף אם לא אמרו בפניהם חברך חברא אית ליה [סמ"ע] ורבינו הרמ"א כתב דאם האחים כולם גדולים א"צ לאמרו בפני ב"ד רק בפני עדים אבל אם יש בהם יתומים קטנים צריך שיאמר בפני ב"ד דוקא דב"ד אביהם של יתומים קטנים ואולי יחושו למובתם ויומנו אריס על חלקם לשבחו אמנם אם לא חשו לזה יטלו כל השבח כמ"ש :

ד וכן אם אשה המת עצמו היתה גם היא יורשת בנכסיו כגון ראובן שנשא בת שמעון אחיו ולשמעון לא היו רק בנות וראובן אין לו זרע ובנות שמעון יורשות אותו ונמצאת אשתו יורשת בכלל אחיותיה והשביחה הנכסים יש לה ג"כ כל הדינים שנתבארו דאם אמרה ראו מה שהניח לי בעלי אשבח ואטול לעצמי כל השבח שלה ואם לא אמרה אזי השבח שמחמת נכסים שייך לכולן ושבח שמחמת טורח בגוף או הוצאה ממונה שייך לה לבדה ולא אמרינן דאשה כיון שאין דרכה לטרוח אע"ג שכא אמרה לעצמי אעשה כמו שאמרה רמי אלא כיון שלא אמרה מחלה [גמ'] ואין חילוק בין בין הבנים או בת בין הבנות או בת הבן בין הבנים או אשת המת כשצוה שתטול כאחד מן הבנים בכולן הדין כמ"ש [הסב"ם קמנ'] ועיין באהע"ז סימן צ"ה :

ה ודעת הרמב"ם ז"ל בכל זה דאפילו אמר ראו מה שהניח לנו אבינו הרי אנו עושים ואוכלים מהשבח לעצמנו כך השבח שהשביחו בכל הנכסים אפילו בחלק האחים ואפילו השבח מחמת הנכסים הרי הוא של עצמם ואע"ג דשאר שותף אין לו בשבח אלא כאריס מ"מ בכאן שלא הם עצמם עשו השותפות ולא נשתתפו תחלה אדעתא להרויח כיון שאמרו לעצמנו נעשה ואלו האחים שתקו ודאי מחלי להו ויטלו כל השבח [מוס] ואף אם לא אמרו בפניהם חברך חברא אית ליה [סמ"ע] ורבינו הרמ"א כתב דאם האחים כולם גדולים א"צ לאמרו בפני ב"ד רק בפני עדים אבל אם יש בהם יתומים קטנים צריך שיאמר בפני ב"ד דוקא דב"ד אביהם של יתומים קטנים ואולי יחושו למובתם ויומנו אריס על חלקם לשבחו אמנם אם לא חשו לזה יטלו כל השבח כמ"ש :

ד וכן אם אשה המת עצמו היתה גם היא יורשת בנכסיו כגון ראובן שנשא בת שמעון אחיו ולשמעון לא היו רק בנות וראובן אין לו זרע ובנות שמעון יורשות אותו ונמצאת אשתו יורשת בכלל אחיותיה והשביחה הנכסים יש לה ג"כ כל הדינים שנתבארו דאם אמרה ראו מה שהניח לי בעלי אשבח ואטול לעצמי כל השבח שלה ואם לא אמרה אזי השבח שמחמת נכסים שייך לכולן ושבח שמחמת טורח בגוף או הוצאה ממונה שייך לה לבדה ולא אמרינן דאשה כיון שאין דרכה לטרוח אע"ג שכא אמרה לעצמי אעשה כמו שאמרה רמי אלא כיון שלא אמרה מחלה [גמ'] ואין חילוק בין בין הבנים או בת בין הבנות או בת הבן בין הבנים או אשת המת כשצוה שתטול כאחד מן הבנים בכולן הדין כמ"ש [הסב"ם קמנ'] ועיין באהע"ז סימן צ"ה :

ה ודעת הרמב"ם ז"ל בכל זה דאפילו אמר ראו מה שהניח לנו אבינו הרי אנו עושים ואוכלים מהשבח לעצמנו כך השבח שהשביחו בכל הנכסים אפילו בחלק האחים ואפילו השבח מחמת הנכסים הרי הוא של עצמם ואע"ג דשאר שותף אין לו בשבח אלא כאריס מ"מ בכאן שלא הם עצמם עשו השותפות ולא נשתתפו תחלה אדעתא להרויח כיון שאמרו לעצמנו נעשה ואלו האחים שתקו ודאי מחלי להו ויטלו כל השבח [מוס] ואף אם לא אמרו בפניהם חברך חברא אית ליה [סמ"ע] ורבינו הרמ"א כתב דאם האחים כולם גדולים א"צ לאמרו בפני ב"ד רק בפני עדים אבל אם יש בהם יתומים קטנים צריך שיאמר בפני ב"ד דוקא דב"ד אביהם של יתומים קטנים ואולי יחושו למובתם ויומנו אריס על חלקם לשבחו אמנם אם לא חשו לזה יטלו כל השבח כמ"ש :

נירמא אחרת בנמ' והוא יחיד בזה וכל הפוסקים כתבו כמ"ש מקודם [ב"י] עוד כתב דאחין כשלא חלקו עדיין הירושה וכולם משתמשים ביחד במה שהניח להם אביהם הרי הם כשותפים לכל דבר וכן שארי היורשים הרי הם שותפים בנכסי מורישם וכל שאחד מהם נשא ונתן בממון זה השבר לכולם ואין חילוק בין היו היורשים זכרים או נקבות או זכרים ונקבות בין גדולים בין קטנים בין גדולים וקטנים:

ו אע"פ שאמרנו שאחד מן האחים שנשא ונתן השבר לכולם מ"מ כתבו הרמב"ם והטור והש"ע דאחד מהאחים שלקח מעות מהעזבון ועשה בהם סחורה אם היה ת"ח גדול שאינו מניח תורתו שעה אחת על דברי הבל השבח שלו שאין זה מניח תורתו ומתעסק לצורך אחיו ואנן סהדי שלעצמו עשה לכן מה שהרויח שייך לו לבדו וי"א דבזמה"ז אין דין ת"ח זה ויש חולקין וכן נראה והכל לפי ראות עיני ב"ד וה"ה בכל טירחא בנכסים שעושה הוי לעצמו [סמ"ע]:

ז כל הדברים שנתבארו אינם אלא באחים שנזונין יחד מתפוסה הירושה אבל אם אין נזונין יחד אפילו השביח מחמת הוצאה מכיסו וטרחת גופו אינו נוטל רק כשאר יורד שלא ברשות שיתבאר בסי' שע"ה דהרי נתבאר בסי' רפ"ה דאין מורידין קרוב לנכסי קטן ואף כשכולם גדולים אין דינם כשותפים אלא כשנזונים ביחד אבל כשאין נזונים ביחד אין דינם כשותפים אלא כיורד לשדה חבירו שלא ברשות ומיהו מלשון הרמב"ם שהבאנו בסעי' ה' נ"ל דכל זמן שלא חלקו דינם תמיד כשותפים ולכן אין דין זה אלא בגדולים וקטנים [ו"ע לדינא דמקור מדין סוף מסכת"ד סכנים כסוף והוא ס"ל דדינים אלו סם לך בקטנים כמ"ם הנמקי" בשמו בפ"ג דב"מ מכל סמוך ומרמ"ם ססמתו מסמע דבכל ענין קאמרי ומסברא ס"ל נ"כ מסמע להלן סילוק ועכ"מ]:

ח כתב רבינו הרמ"א אחד מן האחים שהיו לו הרבה בנים והשביחו הנכסים אינו יכול לומר תנו לי מה שהרויחו בני דכיון דהעמידן סתם מסתמא במקומו העמידן וכל שהשביחו כאלו השביח הוא בסתם ומחל לכולם [סמ"ע] וכן האחרים אינם יכולים לומר תן לנו מה שאכלו בניך אלא הבל מן האמצע עכ"ל וזהו לדעה ראשונה שבסי' הקודם סעיף ב' דבכל זמן שלא מיחו נזונין כולם מתפוסת הבית [ולפמ"ש סם מ"ס דין זס בכל ענין] ועמ"ש בסעיף י"א:

ט אחד מן האחים שנתן מתנה לאחרים מהעזבון והאחים ראו או ידעו מזה ושתקו ולא מיחו הוה מחילה וכל דבר שאחר מהאחים עשה בהעזבון והאחרים ידעו ושתקו ולא מיחו אין להם טענה בזה דאי לא הזה ניחא להו היה להם למחות בו סיד וכיון ששתקו בשעת מעשה אין להם אח"כ שום טענה ואם נתנב דבר מהאחין מאחר מהם או נאבד או נאנס מידו פטור דהוי שמירה בבעלים דכל האחים עמו במלאכתו ושמירה בבעלים פטור כמ"ש בסי' רצ"א ושמ"ו [סמ"ע]:

י מי שירש את אביו והשביח הנכסים ונטע ובנה ואח"כ נודע שיש לו אחים במרינה אחרת אם קמנים הם השבח לאמצע ואם היו גדולים הואיל ולא נודע שיש לו אחים שמין לו כארים והטעם הוא דבגדולים אם היה יודע שיש לו אח והיה בא לב"ד היו מורידים אותו לנכסיו כמ"ש בסי' רפ"ה לכן חשבינן ליה גם עתה כיורד ברשות ונוטל כארים בחלק האח השני ואע"ג דבשם כששמעו כשמת ובא אח"כ אינו נוטל כלום זהו מפני דאדעתא דהכי נחית כיון שירש מזה אבל בכאן שלא ידע ממנו כלל דינא הוא שימול כארים אך בקטן אם היה יורש ממנו והיה בא לב"ד לא היו מורידין אותו כמ"ש שם דאין מורידין ק"וב לנכסי קטן לכן אינו נוטל מחלקו כלל והוי הכל לשותפות [סמ"ע וט"ז] ואע"ג דבסעיף ד' נתבאר דכשאינן נזונין ביחד דינו כיורד שלא ברשות וירד על התחתונה שאני התם דידע ממנו והיה לו להודיעו משא"כ בכאן וכן מי שירד לנכסי האח הקטן שידע ממנו והשביח אפילו מכיסו עם טרחת גופו אין שמין לו כארים אלא השבח לאמצע שהרי לא ירד ברשות:

יא תניא בתוספתא [פ"י דכ"ב] האחים שהניח להם אביהם נכסים ולאחד מהם יש לו בנים ועמדו בניו של זה והשביחו את הנכסים והביאום לבית הריבוי לא יאמר להם תנו לי מה שהשביחו בני את הנכסים וכן הם לא יאמרו לו תן לנו מה שאכלו בניך אלא מה שאכלו אכלו מן האמצע ומה שהשביחו השביחו לאמצע עכ"ל וזהו כמ"ש בסעיף ח' וצ"ל דהשביחו בלא הוצאה מכיסם וגם בלא טורח נופש בעבודה:

יב איתא בירושלמי פ"ש דב"ב [כל' ג'] סתם אחים שותפים עד שלשה דורות עכ"ל ויש שפירשו דקאי אתוספתא שהבאנו לאחר ג' דורות כאחרים דמי דכבר נתרחקה קורבתם כמו שכתוב אם תשקור לי ולניני ולנכדי ויכולים אלו לתבוע שבחן ואלו יכולים לתבוע מהם מזונותיהם ודוקא כשאנשי אביהם חי אבל כשמתו האבות ונשארו הנכסים משותפים בין הבנים אפילו עד כמה דורות הכל לאמצע [רמב"ם פ"ב מי' נ"מ] וי"א דאפילו כשאין האבות קיימין דסתמא דמילתא כן הוא דעד ג' דורות הכל לאמצע ולאחר מכאן הם כורים ויעשו חשבון [רמב"ן בסי' לב"ב] ואם עשו שותפות בפירוש אפילו כמה דורות הוי לאמצע כל זמן שכל השותפים לא בטלו את השותפות:

סימן רפח [איך שמין בנדי הבנים והבנות בשעת חלוקה ובו ד' סעיפים]:

א האחים שבאים לחלוק שמין הבגדים שעליהם מה שקנו מתפוסת הבית ועדיין לא כלו ושמין אותם כפי שווין

שווין עתה בשעת חלוקה ואם בלה לגמרי או נאבד אין מנכין להם מחלקם דמעיקרא מחלי אהדדי שלא יקפידו זע"ז באלו הדברים בר"א שקנו בסתם אבל בתחלה יכולין למחות זה על זה שלא יקנה שום אחד מהם מתפוסת הבית אם לא שיחשב אותו מחלקו אבל הבגדים שעל בניהם ובנותיהם שעשו מתפוסת הבית אין שמין דאנן סהדי שמחלו זל"ז מפני שמתביישין להביאן לב"ד ולשום הבגדים שעליהן לפיכך דוקא בגדי חול אין שמין אבל בגדי שבת ויו"ט שמין שיוכלו להביא הבגדים לב"ד ראינן נושאין את הבגדים בחול אבל מה שעליהם עצמם אף בגדי חול שמין דהא דרכם לבא לב"ד וי"א דגדול האחין אין שמין מה שעליו כלל דניחא להו שילבוש בגדים נאים כדי שישמעו דבריו וכיון שלא מיחו בו מסתמא היה דעתם כן שלא ישומו מה שעליו

אבל בגדי שבת ויו"ט נ"ל דשמין גם את שלו:

ב כל מה שנתבאר הוא לדעה ראשונה שבסי' רפ"ו סעיף ב' דבסתם כל זמן שלא מיחו מתפרנסין כולם מתפוסת הבית אבל לדעה אחרונה שבשם אין מקום לדברים אלו אפשר לפי מה שבארנו שם דכשבחיי האב סמכו על שלחנו גם דעה זו מודה א"ש דינים אלו במקום שבחיי האב סמכו על שלחנו וי"א דדוקא בגדולים וקטנים שבשם שהקטנים צריכין יותר מזונות והגדולים צריכים יותר מלבושים בכה"ג אפילו בסתם יש קפידא אבל בכאן שכולם גדולים כל זמן שלא מיחו מסתמא היה כוונתם שלא להקפיד אא"כ מיחו בפירוש ולכן בסתמא יעשו בעת החלוקה כמו שנתבאר [סמ"ע סס]:

ג אל תמעה לומר לפי מה שנתבאר דבסתמא אין מקפידין האחין זע"ז כל זמן שלא חלקו דאם אחר מהאחין קנה לעצמו או לאשתו ובניו חפצים יקרים או כסף וזהב ותכשיטין והאחים לא מיחו בו דיחשב זה מתפוסת הבית ואם נגנבו או נאבדו או נתקלקלו בשעת החלוקה לא ינכו לו מחלקו דלא כן הדבר דמה שנתבאר הוא רק באכילה ושתיה ובגדי הברחיות אבל מה שירצה אחר לענג א"ע ולאשתו וזרעו בדברים יקרים וזהו אפילו בסתמא ינוכה מחלקו וכן משמע מלשון המור ש"ש ודבר פשוט דכל אלו הדברים כשלא עשה האב או המוריש צוואה איך יתנהגו אבל אם עשה צוואה יעשו בצוואתו:

ד מי שצוה בשעת מיתתו שיתנו לבתו או לאחר דקל או שדה מנכסיו וחלקו האחים ולא נתנו להם כלום בטלה החלוקה ויתנו מקודם מה שצוה מורישם ליתן ואח"כ חזורים וחולקים מחדש ואם ירצה אחר לקיים החלוקה וליתן משלו למי שצוה המוריש וחבירו יתן לו מעות הרשות בידו ויכול לגבות את כולם ולאמר להם או תנו אתם דקל ואני אתן חלקי במעות או אני אתן ותנו לי חלקיכם במעות ודוקא בדקל סתם אבל אם אמר ליתן דקל פלוני אין ביכולת לסלקו רק באותו דקל אפילו אם המקבל מתפייס בדקל אחר יכול אחר מהם ליתן לו ולקבל מהם מעות כמ"ש [ק"ן סוף כתובות] וה"ה בכל כיוצא בזה ולא דמי למ"ש בסי' קע"ד סעיף י"ב בשני אחים שחלקו ובא אח שלישי דבטלה החלוקה אפילו אם יתרצה השלישי ליטול בלא נזרל יכול כל אחד מהשנים לבטל החלוקה דשאני התם דעיקר החלוקה היתה בטעות שהיו צריכים לחלוק על ג' חלקים וחלקו בשני חלקים וכן בעל חוב שנטל חלקו של אחד מהם שנתבאר בשם הרי נמצא שזה לא נטל חלק כלל אבל בכאן לא היה טעות בהחלוקה אלא שלא קיימו הצוואה וכיון שמקיימים עתה או שהמקבל מתרצה בדבר אחר אין טעם לבטל החלוקה ומזה הטעם לא דמי נ"כ למ"ש בסי' רכ"ז בטעות הדיינים ונ"ל דכן הדין כשצוה לתת מעות או מטלטלין לפלוני דינו כמו בקרקעות [כנ"ל וש"מ כל מה שסקסו בזה ע' במפרשים וזוק]:

סימן רפט [אחים גדולים וקטנים ורוצים לחלוק איך יחלוקו ובו ז' סעיפים]:

א מי שהניח יתומים גדולים וקטנים ומבקשים הגדולים לחלוק בהנכסים כדי שיהא חלקם בידם וישמרוהו ויעבדוהו אין ביד ב"ד למנעם מחלוקה עד שיגדלו הקטנים אלא ב"ד מעמידין אפוטרופוס להקטנים וכותבין להם חלק יפה שהגדולים לא יאנו אותם שיהיה חלק הקטנים יפה כמו חלק הגדולים ובמקום שיהיה איזה ספק ממילא יוכרחו הגדולים לוותר להקטנים דלאו בני מחילה ניהו [ר"ן רפ"ב דקדושין] ולא שהאפוטרופוס עצמו יחלוק ע"פ שומתו והבנתו בלבד אלא ע"פ שומת ב"ד ומה שצריכין לאפוטרופוס בעת החלוקה כדי שיהפך בזכות הקטנים מה שלב"ד אין ראוי לעשות שלא יתראו בעורכי הדיינים [סס] וי"א דצריכין גם להמיל גזרל ובתחלה ישומו ויעשו חלקים שוים ואח"כ יטילו גורל ובזה אנו בטוחים שלא יעשו עול להקטנים ואיזו מירחא היא להמיל גורל [תוס']:

ב ואם הגדילו הקטנים אין יכולין למחות ולבטל החלוקה שהרי ע"פ ב"ד חלקו לחם ואפ"ה אם יאמרו כשינדילו דהחלק שברוח האחר היה יפה להם מפני שיש להם שדה סמוכה שם וכן יש במה ענינים שביכלתם לערער אף כשיהיה גורל כמו בחלונות וסולמות וכיוצא בהן מ"מ כח ב"ד יפה שלא לבטל החלוקה וחז"ל למדו זה מחלוקת א"י שנאמר אלה שמות האנשים אשר ינחלו לכם את הארץ וגו' ונשיא אחד נשיא ממטה תקחו לנחול את הארץ וכמה קטנים היו בבאי הארץ שהיה להם חלק

בא"י מה שירשו מאבותם והיו הנשיאים האפוטרופסים שלהם ולא יכלו לערער אח"כ כיון שעשו ע"פ ב"ד וע"פ גורל:

ג בד"א כשהב"ד לא מעו בהשומא אבל אם מעו בהשומא ופחתו שתות או הותירו שתות יכולים למחות וחולקים חלוקה אחרת כשנדלו דבמקום שמעו בשומא לא אמרינן כח ב"ד יפה [נמ"] ואע"ג דבעלמא גם בממלטלין שתות קנה ומחזיר אונאה ובקרקעות אין אונאה כלל כמ"ש בסי' רכ"ו מ"מ ביתומים החמירו כמ"ש בסי' ק"ט אבל בפחות משתות אין יכולים למחות דלא גרע ממלטלין דהוי מחילה בפחות משתות ויש מי שרוצה לומר דאפילו בפחות משתות יכולים למחות [ר"ן] אבל רוב הפוסקים הסכימו דדוקא בשתות יכולין לבטל החלוקה:

ד י"א דאין רשות לב"ד לחלוק בדבר ששייך בו נזד או אינוד דהוה כמו מכירה ואין האפוטרופוס רשאי למכור נכסיהם כמו שיתבאר בסי' ר"ץ ואע"ג דע"פ ב"ד נעשה מ"מ עיקר העושה הוא האפוטרופוס ועוד דשמא יערערו על זה בשיגדילו [ע"ז] ולכן בדבר כזה בהכרח להניחה עד שיגדלו אבל יש חולקין בזה ומ"ל דיש לאפוטרופוס כח בזה דאין זה מכירה ממש ובפרט שהשומא נעשית ע"פ ב"ד דכל אפוטרופוס אף כשמינה אותו אבי היתומים בחייו אינו יכול להלוק בלי ב"ד אא"כ נתמנה בפירוש לכך שיעשה הכל בעצמו וה"ה בכל מקום שמעמידין אפוטרופוס לנכסי יתומים מ"מ יעשו הכל ע"פ ב"ד [ר"ן סמ] וכשב"ד רואים שיש טובת היתומים בהגוד או אינוד אפילו לדעה ראשונה יכול האפיטרופוס לעשות [נה"מ]:

ה היו האחים כולם קטנים אין חולקין להם עד שיגדלו דלמה יחלוקו הלא גם אח"כ צריכין למנות אפוטרופוס ימנו אותו עתה ויעמדו כל הנכסים בידו עד שינדלו ואם נראה לב"ד תועלת במה שיחלוקו עתה הרשות בידם וכל שהגיעו הקטנים לי"ג שנה יכולים לחלוק בעצמם ואע"ג דלמכירת קרקע אין מניחים אותם עד שיהיו בני ד' שנה כמ"ש בסי' ורל"ה מ"מ לחלוק יכולים דחלוקה לא הוי כמכר ואע"ג דקי"ל לענין אונאה דאחין שחלקו הרי הם כלקוחות כמ"ש בסי' רכ"ו ובנמ' יש מי שסובר דלמטה דברים כלקוחות הם מ"מ אינם לקוחות ממש וזה שאמרום למטה עד בן ד' שנה אינו אלא מדרבנן לפיכך לא ראו חכמים לעכב החלוקה עד ד' שנה [ומיהו קופית סג"ל] ואף בגוד או אינוד יש להם רשות כיון שהם גדולים וגם א"צ לברוק אם הביאו שתי שערות דהסתמא כיון שהגיעו לשנים הביאו סימנים ואע"ג שכחליצה מחמרינן כמ"ש באה"ע סי' קמ"ט מ"מ בחלוקת ממון אין לנו לחשוש בזה וכשהיו בנות יורשות כיון שהגיעו לי"ב שנה שוה ומן נדלותן יכולין לחלוק:

ו מי שמת ומקצת יורשים חטפו חפצים ומעות מנכסי מורישם קודם קבורתו בלא חלוקה וקצתם לא לקחו ויש ביד איש אחר מנכסי המת ובאו הקרובים לבקש ממנו שיתן מה שבידו לצרכי קבורה והיורשים שלא לקחו מעכבים בזה באמרם שאם יקחו מזה לקבורתו לא ישאר לפניהם חלק ירושתם ויהיה קשה להם להוציא חלקם מיד החוטפים ורצונם שכל אחד מהיורשים יתן על הוצאות קבורה כפי חלקו פסק הרא"ש ז"ל דהדין עמהם ויבואו לחשבון וכל אחד מהיורשים יתן חלקו המגיע עליו ואף שע"י זה יהיה קצת איחור בקבורת המת מ"מ יש לנו לחוש לפסידא דקצת יורשים גם בעלי חובות יכולים לעכב את הקבורה קצת אם ע"י זה יגבו החובות שלהם ובאופן שאחר הקבורה יהיה קשה לגבותם ואדרבא זכות הוא להמת שישלמו חובותיו:

ז אם לא היו כאן כל האחים ואותן שבכאן מבקשים לחלוק או שחלקו ובא אח או בעל חוב ונטל חלקו של אחד מהם נתבאר בסמ"ק ע"ר ושם נתבאר דלפעמים נוטלים הגדולים והקטנים מפסידים ואחד מהאחים שירד לאומנות או חלה או רוצה לילך ללמוד נתבאר בסי' ק"ו ואחד מהאחים שהיו שטרות יוצאים על שמו ואמר שלי הם נתבאר בסי' מ"ב:

סימן רצ [דיני אפוטרופסות ובו מ"ו סעיפים]:

א מי שהוא קרוב למות ומניח יורשים קטנים או גדולים וקטנים או שאשתו מעוברת ואפילו כולם גדולים ויש לחשוש שמא העובר הוא זכר ויש לו חלק בנכסים [ב"י] צריך המוריש למנות אפוטרופוס שיתעסק בשביל הקטנים עד שיגדלו ויראה לי שאין האב יכול למנות אפוטרופוס רק על חלק הקטנים אבל שימנה אותו שינהיג גם חלק הגדולים אינו יכול אם אין מתרצים בכך דמיד שמת נפלו נכסיו להיורשים ואין לו דעה מה שיעשו בניו הגדולים בהם אא"כ מוסרן בחייו את הנכסים במתנה לאחרים וכן מוכח ממה שנתבאר בריש סי' ר"נ ע"ש וכמו שיתבאר סוף סי' זה ורק על חלק הקטנים הרשות בידו למנות למטה קרוב למות ומניח יורשים קטנים או גדולים וקטנים או שאשתו מעוברת ואפילו כולם גדולים ויש לחשוש שמא העובר הוא זכר ויש לו חלק בנכסים [ב"י] צריך המוריש למנות אפוטרופוס שיתעסק בשביל הקטנים עד שיגדלו ויראה לי שאין האב יכול למנות אפוטרופוס רק על חלק הקטנים אבל שימנה אותו שינהיג גם חלק הגדולים אינו יכול אם אין מתרצים בכך דמיד שמת נפלו נכסיו להיורשים ואין לו דעה מה שיעשו בניו הגדולים בהם אא"כ מוסרן בחייו את הנכסים במתנה לאחרים וכן מוכח ממה שנתבאר בריש סי' ר"נ ע"ש וכמו שיתבאר סוף סי' זה ורק על חלק הקטנים הרשות

וטוב להם ע"ל ביאור הדברים דהרמב"ם אומר שימנה אפוטרופוס על נכסי הקטנים דעל נכסי הגדילים אין ביכלתו לעשות אפוטרופוס כמ"ש ולזה הוסיף הראב"ד דלפ"ו צריך לחלוק בחייו דאל"כ אין ביכלתו לעשות אפוטרופוס וממילא דכשלא חלק בחייו אף שעשה אפוטרופוס אין בעשייתו כלום ובהברח שיניח כל הנכסים ביד הגדולים וייטב להקטנים בזה שהשבח יהיה לאמצע :

ג ויש מהמפרשים שכתבו לפי הנגתם בדבריהם דכשהגדולים הם אנשים שיכולים לעסוק בהנכסים טוב יותר שהגדולים יעסקו מלמנות אפוטרופוס על חלק הקטנים ותמוה לי הא"כ למה ייעצו חז"ל להאב למנות אפוטרופוס ולמה לא ייעצוהו שיצוה שהגדילים יעסקו בהנכסים אלא ודאי דאין לעשות כן לכתחלה שלא יאנו את הקטנים ועוד מי ייטר שיהרצו אח ב לזה ושמא יצו לחלק כמ"ש בסי' רפ"ט ובודאי טוב יותר למנות אפוטרופוס על חלקן של הקטנים ורק הראב"ד ז"ל מלמדנו איך לעשות דאם לא יחלוק את הנכסים אין ביכלתו למנותו ובהברח שהגדולים יעסקו בהנכסים ומה שאומר וטוב להם ר"ל דבזה טוב להם שיקחו חלק מחשבח אבל לא שלכתחלה הוא עצה טובה שהאב יבחור דרך זה אם לא שהאב במיח בצדקתם של הגדולים שלא יעשו עול להקטנים וזהו דבר רחוק שימצא בכאלה אם לא במיעוטא דמיעוטא :

ד אם צוה המוריש שינתן חלק הקטן לידו ויעשה בו מה שירצונו וכן אם מינה אפוטרופוס על הקטנים קטן או אישה או עבד ועכו"ם הרשות בידו וזהו שמצינו לפעמים בש"ס שאין אפוטרופוס להקטן ולמה אין ב"ד ממנין אפוטרופוס אלא בגון שהאב צוה למסור להקטן ושלא למנות אפוטרופוס [הסמ"ע] ואם אחד אסר להשב"מ רצונך שאהיה שליח בנכסיך ואסר הן ה"ו לשון אפוטרופסות וכה"ג משארי לשונות כגון שאסר רצונך שאהיה המנהיג או המשגיח או המנהל בנכסיך ומי שהיה לו אפוטרופוס על נכסיו בחייו ומת ולא צוה כלום אין מניחין אותו להיות אפוטרופוס על יתומיו דשמא בחייו ידע אביהם שנגרו לא יעיז לעשות עול או עוות בהנכסים ונגד היתומים הקטנים יעוות אלא ב"ד מעמידים הראוי להיות אפוטרופוס או שוה האיש עצמו הוא איש נאמן הידוע לב"ד ימנו אותו דזה האיש לא מקרי אפוט־ופוס שמינוהו אבי יתומים דזה אינו אלא כשמינה אותו סמוך למיתתו אבל לא מה שהיה מנהיג בנכסיו בחייו וכשב"ד רואין איש אחד המוחזק בנכסי יתומים ומתנהג בהן כאפוטרופוס ולפי ראות עיני ב"ד אינו ראוי להיות אפוט־ופוס והוא אומר שאבי היתומים מינה אותו אין ב"ד מניחין אותו עד שיביא ראיה ברורה שאבי היתומים מינהו ואף שהוא מוחזק בהנכסים ואם לא הביא ראיה ברורה ב"ד מסלקין אותו וממנין את הראוי לזה :

ה ומי שמת בלא צוואה ולא מינה אפוטרופוס ולא צוה ג"כ שלא למנות חייבים ב"ד להעמיד אפוטרופוס לנכסי יתומים הקטנים או להעיבר עד שיגדילו שב"ד הם אביהם של יתומים קטנים וב"ד נקרא הרב והדיינים שבעיר שנתמנו לב"ד או ירועים לגדולי העיר ואין בח ביד שלשה אנשים בעלמא שיעשו עצמם ב"ד על היתומים אלא יוריעו להב"ד ואם אין ב"ד בעירם יוריעו להב"ד הסמוך ויעשו כראוי ואם הב"ד בעצמם רוצים להתעסק בצרכי היתומים הרשות בידם מיהו כשצריכין לעשות חלוקה או לטעון עם אחרים מחמת היתומים י"א דצריכין להעמיד אפוטרופוס ולא הב"ד בעצמם שלא יתראו כעורכי הדיינים דהא בהברח לצדד לטובת היתומים ואין זה נאה לב"ד לצדד בעד צד אחד ולא דמי למה שב"ד מסלקים האפוטרופוס ממקומו כשאינו עושה כראוי כמו שיתבאר דזהו ודאי שראוי לב"ד לעשות בעצמם אבל בדבר חלוקה ומענות עם השכנגדם מוטב יותר שאחר יטעון בעדם :

ו כתב הרשב"א בתשו' דכשמינה שני אפוטרופסים ומת אחה מהם ינהיג השני לבדו וא"צ הב"ד או הקהל להעמיד אחר במקום השני דודאי כן היה כוונת המצוה דאם נאמר דכוונתו שרק שנים יתעסקו ולא אחר א"כ כשילך אחד מהם על איזה ימים לעסקיו יתבטל המינוי ואין זה דעת המצוה והובא זה ביו"ד סי' רנ"ח ויש מהגדולים שפקפקו בזה דבודאי כשמינה שנים היה כוונתו שלא להאמין לאחד בתמידות דודאי אם אחד נסע על ימים אחדים יכול השני להנהיג לבדו דהרי כשיבא יבדוק אחר מעשיו שעשה זה אבל כשמת אחד מהם אין סברא כלל לסמוך על האחר לבדו כשמינה שנים ובודאי כדבריהם כן הוא וכ"ל שאף הרשב"א ז"ל לא אמר כן רק מפני שהמנהג היה אצלם כן שלא למנות אחר תחת המת כדמשמע מדבריו בתשובתו אבל מ־ינא כשמת אחד מהם ימנו אחר תחתיו וכן המנהג עתה שבשממנים שני ממונים על איזה דבר ומת אחד מהם ממנים אחר תחתיו [מ"ז סס] ומי שאמר ראובן ושמעון יהיו אפיטרופסים כוונתו לשניהם ואע"ג דבלשון תורה יש לפעמים ו"ו המחלקת מ"מ בלשון בני אדם אינו כן וכ"ש כשאמר בלעו [עקלמ"ח] :

ז אע"פ שביד המוריש למנות מי שירצה אבל הב"ד אין ממנים לאפוטרופוס לא אשה ולא עבד ולא קטן ולא עכו"ם ולא ע"ה שהוא חשוד על עבירות וגם אין בור ירא חטא ויורה ההיראה לעצמו לוותר לו מהיתומים דעל כל אלו א"א לסמוך להנהיג אפוטרופסות יומן רב אלא בודקין ב"ד אחר אדם נאמן ואיש חיל שאם מי שהוא ינזול את היתומים יוציא הגוילה מת"י ויודע להפך בזכות היתומים בדין ודברים שיהיה להיתומים וטוען מענתם ויעמוד בפרץ בערם ויש לו כח ודעת בעסקי העולם כדי לשמור הנכסים ולהרויח בהם ומעמידים אותו על נכסי הקטנים בין שיהיה רחוק בין שיהיה קרוב להקטן אלא

אלא שאם היה קרוב לא ירד לקרקעות כמ"ש בסימן רפ"ח אבל לאפוטרופסות יכולין ב"ד להעמיד אפי' היותר קרוב שלהם אם רואים שאדם כשר הוא וסמנל לאפוטרופסות וגם יכולים ב"ד למנות קרוב של הב"ד לאפוטרופום אם הוא ראוי לכך דאין קרוב פסול רק לעדות ולדין:

ח יש רשות לב"ד לשלם להאפוטרופוס מנכסי היתומים בעד טרחתו כשרואין שזה ראוי למנותו לאפוטרופוס ורק לפי מצבו אין ביכלתו לעזוב עסקיו ולעסוק בנכסי היתומים ולהשיג איש כזה בחנם אין להשיג או שרואים שאם ימילו על אחד לעשות בחנם יתפסרו נכסי היתומים יש רשות בידם לשלם להאפוטרופוס בעד טרחתו כפי ראות עיניהם אלא דבבה"נ אין למנות קרוב שלהם שלא יחשדו אותם דכוונתם למובת קרובם [ב"י] אבל להקרוב של היתומים יכולים לשלם דבזה לא שייך שיחשדום ורשאי האפוטרופוס ללבוש בגדים נאים מנכסי היתומים אם רואים ב"ד שזהו לתועלתם כדי שיהיו דבריו נשמעים וי"א דהיתומים יכולים למחות בו שלא ללבוש משלהם כמו שיכולים למחות בגדול האחים כמ"ש בסימן רפ"ו ולי נראה דלא דמי דבשם אין יד הב"ד בזה אלא דסתמא אמרו חז"ל שאם גדול האחים לבש בגדים חשובים אין מוחין בו דסתמא הוא מובת היתומים ולכתחלה אין לו לעשות כן בכמ"ש שם אבל באפוטרופוס שב"ד מינוהו ויודעים שבזה יהיה מובת היתומים נראה דכמו שאין כח ביד הקטנים למחות בב"ד שלא יעשו אפוטרופוס כלל כמו כן אין ביכלתם למנוע במה שהב"ד רואים מובתם בזה דהא אין להם דעת והב"ד מבינים יותר מובתם:

ט כשמעמידים ב"ד אפוטרופוס צריכין לחשב עמו כל נכסיהם ולכתוב חשבון המשלטלין והקרקעות והחובות וכל דבר שמוסרים בידו דהא על מענת ברי משבעינן ליה וגם על מענת שמא כמו שיתבאר לכך צריכין הב"ד לידע מה שמקבל ומה שיחזיר להיתומים כשיגדלו ובותבים שני שטרות שוין האחד יהיה ביד האפוטרופוס ואחד ביד הב"ד לידע מה שמקבל כדי שידעו היתומים מה שלהם ומוסרים לו כל הנכסים הקרקעות והמטלטלין שלא נמכרו עדיין או שאין צריכין להמכר והשט"ח והוא מוציא ומכנים ובוגה ומותר ושוכר פועלים ונומע ווזרע ונושא ונותן ועושה כפי מה שיראה למוב להיתומים ומאכילם ומשקם ומלבישם ומנעלים ומספיק להם כל צרכיהם ונותן להם ההוצאה כפי ערך העזבון ובפי הראוי להם ולא ינהוג אותם בהרחבה יותר מדאי ולא יצמצם עליהם יותר מדאי וגם אם האלמנה והבנות נצרכים ליזון מהנכסים ועישור נכסים לנשואיהן יהיה הכל על ידו ויעשה פנקס ויכתוב הוצאה והכנסה:

י ב"ד שהעמידו אפוטרופוס ושמעו עליו שהוא אוכל ושותה ומוציא הוצאות יותר מרבר שהיה אמור בו יש להב"ד לחוש לזה שמא אוכל מנכסי היתומים ומפלקים אותו ומעמידים אחר תחתיו וג"ל דהב"ד יכולים להשביעו אם לא נזל משל היתומים דכשמינוהו ב"ד יכולים להשביעו גם על טענת ספק כמו שיתבאר ובפרט בשיש רגלים לדבר אבל אפוטרופוס שמינתו אבי היתומים אין מסלקין אותו מפני הספק ואומרים שמא מציאה מצא דכיון שהוא מינה אותו אין לב"ד להעבירו מפני הספיקות אבל אם באו עדים שהוא מפסיד נכסי היתומים או שנתברר לב"ד ע"פ אומנא ברורה מסלקים אותו ומשביעים אותו וכמה שהפסיד ישלם להיתומים וי"א דאף כשמינוהו ב"ד אין מסלקין אותו אא"כ באו עדים שהוא מפסיד והעיקר נראה כרעה ראשונה:

יא וה"ה לאפוטרופוס שמינתו אבי היתומים והיתה שמועתו מובה והיה ישר ורודף במצות וחזר להיות זולל וסובא והולך בדרכי חושך ובדרכים שיש בהם חשדות או שפרוץ בגדרים ובאבק גזל אע"פ שלא נתברר בפרטות שגזל משל היתומים חייבים לסלק אותו ולהשביעו דכיון שנתנו דרכיו ודאי דלא ניחא ליה לאבי היתומים וכך היה רצונו מסתמא בשעת עשייתו שאם יתקלקל יעבירוהו וימצאו הב"ד איש כשר וכלל כל הדברים הללו כפי מה שיראה לב"ד ואם הלך בדרך זה בחיי אביהם אין מסלקין אותו שתרי רצה בכך [סס"ם]:

יב כתב הרמב"ם ז"ל בפי"א מנחלות מעות של יתומים שהניח להם אביהם א"צ אפוטרופוס אלא כיצד עושין בהן בודקין מי שיש לו נכסים שיש להם אחריות ויהיו עדיות ויהיה איש נאמן ושומע ד"ת ומעולם לא קבל עליו נידוי ונותנין אותן לו קרוב לשכר ורחוק להפסד [הסקלו ביתומים] ואם אין לו קרקע ונתן להם משכון זהב משובר שאין בזה סימן ונותנין לו המעות קרוב לשכר ורחוק להפסד ולמה לא יקחו משכון כלים של זהב או חלי של זהב שמא של אחרים הוא ויתנו סימן ויטלוהו אחר מותו אם ידע הדיין שאין זה אמוד וכמה יפסקו בשכר כפי מה שיראו הדיינין או שליש השכר או חציו אפילו רביע השכר ליתומים אם ראו שוו תקנה להם עושין לא מצאו אדם שיתנו לו המעות רחוק להפסד וקרוב לשכר הרי אלו מוציאין מהן מזונות מעט מעט עד שיקנו להם בהמעות קרקע ויטמרו אותו ביד אפוטרופוס שיעמיד להם עכ"ל ואע"ג דגם בזהב משובר יש סימן משקל וקי"ל לענין מציאה דהוי סימן כמ"ש בסי' רס"ו י"ל דדוקא במציאה הוי סימן דאין מוציאין מחזקת האחר אבל הכא דאנן מעינן שהן של אבי היתומים אינו יכול להוציא מחזקתו ע"פ סימן המשקל אלא בסימן מובהק [נמק"י פ"ס דב"מ] ואע"ג דהרמב"ם קורא זה וכיוצא בסימנים אלו מובהקים כבר כארנו שם דלגבי מציאה נקראין מובהקין ע"ש:

יג למדנו ממה שנתבאר דאין עושין משא ומתן במעות יתומים רשמא יפסידו אלא נותנין אותן למחיצת שכר

או

או לשליש ולרביע ומהפסד לא יסבלו כלל ונותנין על משכנות בטוחים ושלא יהא בהן חשש שמא הן של אחרים או לאיש שיש נכסים ירועים שיוכלו להיות באחריות על המעות ושיהיה איש נאמן דכיון שאין המשכון תחת ידינו צריכין לנאמנותו שלא ימצא עילה לאמר שלא הרויח ויקבל עליו נידוי שכן הוא ונ"ל שוה שכתב הרמב"ם קניית קרקע אחרי כל והו כשאין קרקע מוכנת לקנות ויש לחוש שבין כך וכך יאבלו הקרן אבל כשיש קרקע מוכנת לקנות אין מוב מזה ובזמנינו שאין לנו קרקעות וגם משכנות כאלו אינו מצוי כלל המנהג פשוט לחפש אחר היותר בטוח בעיר ומוסרין לו על עיסקא בריוח קטן או מלוים לשרים שיש להם קרקעות ולוקחים מהם שט"ח שיש לזה הוקף בערבאות ומאד צריכין ליזהר במעות של יתומים ורבינו הב"י הביא בשם הרשב"א ו"ל שבמעות יתומים אין עושין מסחר בים ע"ל ומשמע שביבשה עושין ואפשר דלרבותא קאמר אף שיש בזה הרבה ריוח דמהרמב"ם ז"ל שהבאנו משמע להדיא שאין עושין בהם מסחור :

יד ומ"ש הרמב"ם דא"צ אפוטרופוס הטעם פשוט כיון דאין כאן טירחא רבה גם הב"ד בעצמם יכולים לעשות כן אבל המור כתב שיותר טוב למנות אפוטרופוס והוא ישתדל לבקש אדם הראוי ליהנם לו שיותר ישתדל הוא בהן מהב"ד ומה שאמרו חו"ל שיתנו בב"ד לאו למימרא שב"ד יתנו לו אלא האפוטרופוס יהנם לו במעמד ב"ד עכ"ל ונם מהרשב"א והנמ"י שם נראה כן ואפשר גם דעת הרמב"ם לא לעיכובא אלא כלומר שא"צ ב"ד ום"ם אם ב"ד רוצים לעשות ע"י אפוטרופוס הרשות בידם וכן משמע מלבוש ע"ש דבאמת הב"ד הרבה פרודים וא"א להם להשתדל כל כך כמו האפוטרופוס שנתמנה על זה ואפוטרופוס שהלוה מעות של יתומים שלא היה לו להלוות לאנשים באלו מוציאין ב"ד המעות מיד הלוה ומחזירין ליתומים דכיון שיכולין לסלק גם האפוטרופוס פשימא שיכוכים להוציא מהלוה שבא מחמת האפוטרופוס ומבמלין כל מה שעשה עמו ואם אין ביכולת להוציאם מהלוה ואם נאבדו המעות חייב האפוטרופוס לשלם שהרי פשע ואף שהלוה הוא איש נכבד והגון מ"מ אם האפוטרופוס ידע שמצבו לא בטוב ושהוא חייב הרבה לאחרים לא היה לו להלוותו ופשע בזה אם לא שמביא ראיה שלא פשע כגון שאז היה הלוה במצב טוב וכיוצא בזה דאו פטור מתשלומין [מהרי"ק סורש כ"ג] :

טו י"א דכמו שהאפוטרופוס יכול ליתן מעות היתומים לאחרים כמו כן גם יכול לקבל המעות לעצמו קרוב לשכר וחוק להפסד אם הוא איש אמיד ובטוח ובלבד שיעשה זה בב"ד משום לזות שפתים שלא יאמרו עליו שמרויח לעצמו ממעות יתומים ועי"ג דבמשכון נתבאר בסי' ע"ב דלהשכיר לעצמו אסור משום חשדא שאני הבא דבין שעושה ע"פ ב"ד לבא חשדא ועי"ג דבפקדון קי"ל דכשנצרך למכרו ימכור לאחרים ולא לעצמו ואפילו ע"פ ב"ד כמו שיתבאר בסי' רצ"ב לא דמי דביתומים הב"ד הם כאבי היתומים וכשם שאביהם היה יכול לעשות כן כמו כן גם הב"ד הם כאביהם בפרט זה ולילא חשדא [סמ"ע] ועוד דבפקדון נשאר החפץ לעולם בידו ושפיר איכא חשדא משא"כ בהלואה לזמן ונם אין הדבר ניכר כמו חפצים של פקדון וליכא חשדא ובפרט כשעושה ע"פ ב"ד :

טז יראה לי דאין חילוק במעות יתומים בין אפוטרופוס שמינוהו ב"ד או מינהו אבי היתומים דאף במינהו אבי היתומים אם פשע בהלואה שהלוה למי שלא היה צריך להלותו חייב לשלם וכא סיבניא לפי מה שפסקו רבותינו בעלי הש"ע שחייב בפשיעה אלא אפילו למי שסובר דהוי ספיקא דדינא במינהו אבי יתומים אם חייב בפשיעה אם לאו כמו שיתבאר מ"מ אם נאבדו המעות חייב לשלם דזה גרע מפשיעה והוי כמאבד בידים ואף שיש מי שמסתפק בזה מ"מ כן נראה עיקר לדינא אמנם א"א לברר בכתב מה נקרא פושע בהלואה ותלוי בראיית עיני ב"ד דלפעמים יש אדם שאינו עשיר הרבה ומסתרו הולך מישרים וה"א יותר בטוח מעשיר נדול שמסחרו הולך עקלקלות דלהלוות על זהב שבור ועל קרקעות קשה למצא בזמנינו וכל אפוטרופוס שרוצה לצאת י"ש לא יעשה שום הלואה בלא רשות ב"ד ואז אין עליו שום אחריות :

יז אפוטרופוס שהלוה לאחד מעות יתומים ונעשה הכחשה בין הלוה ובין האפוטרופוס שהלוה אומר פרעתי והוא מכחישו או שהלוה אומר פרעתי כך וכך והוא אומר פחות מזה פרעת אם הלוה מודה שהמעות הם של יתומים נאמן האפוטרופוס בלא שבועה ודינו כשליש שהרי אינו נוגע כדבר ושליש נאמן בלא שבועה אבל אם טוען אני מאמינך שהם של יתומים א"צ לישבע שהם של יתומים דוהו מענת שמא אבל צריך לישבע שלא פרעו או שלא פרע רק כך וכך [מרדכי פ"ק דב"מ] ודוקא כשהאפוטרופוס בעצמו הלוהו וידע הלוה שהמעות הם של יתומין ונמצא שהוא עצמו עשאו לשליש והאמין לו אבל כשלא הלוהו בעצמו אין דינו כשליש רמי ייסר שהאמין אותו עליו כמ"ש בסי' נ"ו [ס"ך] ואין דינו רק כעד אחד ונשבע הלוה שר"א להכחיש את העד ונפסר ודוקא בהלואה בלא שטר אבל בשטר אינו נאמן לומר פרעתי כמ"ש בסימן פ"ב ושטר בכת"י נתבאר בסימן ס"ם ופוגם שטרו ופוחת נתבאר בסי' פ"ד ויש להסתפק אם נם האפוטרופוס שוה להטלוה בעצמו לענין פוגם שטרו שלא יפרע אלא בשבועה כיון שהיא לא הלוהו ולא עשאו לשליש או אפשר דכיון שהיא תקנתא דרבנן לא תקנוה לאפוטרופוס אבל בעד אחד מעיד שהוא פרוע פשיטא שלא יפרע אלא בשבועה כיון שהיא שר"א ואם אביהם הלוהו ועד אחד מעיד שהוא פרוע נתבאר שם בסי' פ"ד :

יח ויש בכאן שאלה דאיך נאמר דהאפוטרופוס נאמן כשליש הלא הוא נוגע בדבר דהא צריך לשלם להיתומים ע"פ חשבון שתחת ידם ויש רוצים לומר דבאמת אין דין זה כשהוא מטונה על נכסיהם רק שהוא מטונה למען טענותיהם אך ממקור הדין לא משטע כן וצ"ל דמירי באופן שהיתומים לא היו יכולים לתבוע מהאפוטרופוס כגון שבינהו אבי היתומים או הב"ד שיהא לו כל דין תורת נאמנה בלא שבועה או שביכלתו לומר שהלך על הוצאות היתומים ואין ביכולת להכחישו אבל במקום שבאמת יכולים לתבוע ממנו אין דינו כשליש ואף כעד אינו [עמ"מ] :

יט כתב הטור טי שיש בידו מנכסי יתומים סחורה שיש לחוש שמא ישהה אותה עד שיתיקר שמא תפסד או אם יוליכה לשווקים שמא האנס בדרך לא יאמר אעשה בהן כדרך שהייתי עושה בשלי אלא לא יעשה בהן דבר כי אם ע"פ ב"ד וכן מכירת מטלטלין דיהמי דכל לפי ראות עיני ב"ד לפי מה שיראה להם הועלת יעשה בהן בין להשהותן עד יום השוק בין למכרן מיד ונראה דזה לא אירי אלא כמי שהן בידו ולא נתמנה אפוטרופא אבל האפוטרופוס א"צ עוד ב"ד אלא יעשה כפי הנראה לו עכ"ל הטור וי"א דנם זה שבידו מנכסי היתומים לא גרע מיתומים שממכו אצל בעה"ב דדינו כאפוטרופוס כמו שיתבאר בסעיף ס"ב ומ"ם צריך דוקא ב"ד וא"כ ה"ה אפוטרופוס אבל באמת לא דמי דזה שבידו מנכסי היתומים יכול להיות שעדיין מאביהם הופקר אצלו ואין דינו כאפוטרופוס בלל וביתומים שממכו נופא א"א לומר שיהיה יכולת בידם לעשות בלא ב"ד דמי יודע מעשיו ואע"פ שדינו כאפוטרופוס מ"מ במשא ומתן אין לו רשות [ועיין כנמ"ם פ"ם דנימין סי' ו] :

כ והרמב"ם ו"ל כתב שם כל המטלטלין של יתומים שמין אותן ומוכרין אותן בב"ד ואם היה השוק קרוב למדינה מוליכין אותן לשוק ומוכרים אותם ויצטרפו דמיהם עם מעות היתומים עכ"ל ויתנו אותם בעיסקא קרוב לשכר ורחוק מהפסד [סמ"ע] והרמב"ם מיירי כשאין אפוטרופוס דכן מוכח מסידור דבריו דעניו אפוטרופוס כתב אח"כ וכן משמע מדברי רבינו הרמ"א וזהו כדברי הטור שאפוטרופוס א"צ ב"ד ועוד מבואר מדבריו דדוקא כשהשוק הוא קרוב לעיר מוליכים סחורת יתומים אבל כשהוא רחוק לא יוליכום להשוק דשמא יארע אונס אלא ימכרום בכאן אע"פ שתמכר בזול דאין להבנים מעות יתומים בסקפ הפסד אע"פ שהריוח יכול להיות ג"כ הרבה :

כא וכתב עוד מי שהיה בידו יין או שכר של יתומים אם יניחנו כאן עד שימכור שמא יחמיץ ואם יוליכנו לשוק שמא יארש אונס בדרך ה"ז עושה בו כדרך שהוא עושה בשלו וכן כל כיוצא בזה עכ"ל ואין זה סותר לדברי הטור שכתב שלא יאמר אעשה בהן כבשלי דוראי גם הרמב"ם סובר כן במקום שבצד אחר אין לחוש לסיבה והריוח מעט ובצד אחר יש לחוש לסיבה והריוח מרובה פשיטא שאין לקפוץ על ריוח מרובה אף שבשל עצמו אדם עושה כן אבל בזה שבשני הצדדים יש סיבה בכיון ושבר שלמכרו פה מיד א"א ולשהותו יש חשש שיתחמץ ולהוליכו לשוק יש חשש אונס בדרך ובהברח לברור אחד משני הצדדים ממילא יעשה כבשלו ומה שיברור יברור ומה שהטור הצריך ב"ד נראה בכוונתו דם"ם אם לפי ראות עיני ב"ד אין הסיבה מוכנת ויאמרו להשהות או להוליך לשוק הרשות בידם והוא בעצמו אינו רשאי לעשות בלא ב"ד אבל בזה שבהברח לברור באחד מהצדדים א"צ ב"ד ויש מי שאומר דלדעת הטור גם בזה צריך ב"ד [ב"ח] מיהו זהו לכל הדעות שביד ב"ד לעשות לשלוח לשוק אף שביכולה לסבור בכאן כולו מיד בריוח מועט כיון שב"ד רואין שאין בזה חשש סיבה :

כב וכתב רבינו הב"י אין שולחין מטלטלין או סחורה של יתומים בדרך ים ולא בדרך שיש בה ספק אונס אלא יין או שכר שיש בו חשש שמא יחמיץ כמ"ש וכן כל כיוצא בזה עכ"ל ומשמע דנם ע"פ ב"ד אין לעשות כן כיון דהסיבה קרובה כמו ים שעלול לסיבות אבל במקום שאין הסיבה קרובה כסתם דרכים שלנו י"ל דמודה ג"כ דע"פ ב"ד יכול לעשות כדמשמע מלשון הטור וכמ"ש בסעיף הקודם :

כג מעשה בראובן שהלוה מעות יתומים למשרתי ההנמון על משכונות מכלי כסף ונמשך הדבר כמה שנים ובא האפוטרופוס של היתומים ורצה ליקח עמו המשכונות ולהוליכן למקום היתומים שהיה פחות ממהלך יום מפני מפני שבשם יש עשירים ויהיה ביכולה למוכרן ולהציל הקרן והריוח ואומר ראובן שמתיירא מעלילות ורוצה ליתן בערם מה שישומם כאן ופסקו שהדין עם האפוטרופוס ואין היתומים מחוייבים לסבול היזק מפני יראתו ומי הכריחו להלוותם ולכן אם רצונו ליתן הקרן עם הריוח להאפוטרופוס יכול לעכב עליו שלא יוליכם לשם אף שבשם יטול יותר ואם לאו אינו יכול לכופו [נ"מ] וע"ל דאם עשה התלואה ע"פ ב"ד א"צ לשלם רק מה שישומו בכאן כיון שעשה ברשות ב"ד ואפשר דנם זה א"צ דכיון שעשה ע"פ ב"ד פשימא שאינו מחוייב ליכנס ע"ו בסכנה וממילא דא"צ להוציא מכיסו אף פרוטה ולכן יטכסו עצה אחרת בזה ללוות עליהם במקום אחר בעיר זו וכה"ג [נ"ל] :

כד אמרו רז"ל [גיטין נב] דאין האפוטרופוס רשאי לתן לחוב ע"ם לוכות ופירש"י אם דנו כדי זוכות ונתחייבו אין היתומים נפסדים וכן פירשו רוב הפוסקים ופירושו שאם אחד תבע מהיתומים ועמד האפוטרופוס עמו בדין אם זכה בעד היתומים דינו דין ואם נתחייבו בדין אין היתומים נפסדים וזה לשון הטור היה לאדם אחד תביעה אצל היתומים אין לאפוטרופוס לטעון בשבילם

בשבילם לדון עמו שמא יתחייב בדין אבל אם ירד עמו לדין וזכה הדין קיים עכ"ל ומה שלא כתב דאם נתחייבו היתומים אין דינו דין דמילתא דפשיטא היא ורק קס"ל שלא האמר כיון שאם יצא חייב לא עשה כלום מפני שלא היה לו רשות לזה וא"כ אף כשיצא זכאי אין דינו דין קמ"ל דביצא זכאי דינו דין [כ"מ] ובלשון הטור כתב גם רבינו הב"י בסעיף י"ב [ועתוס' קדושין מד: ד"ס חלת]:

כה והרמב"ם כתב שם ואין רשאין לדון ולחוב ע"מ לזכות ליתומים שמא לא יזכו ונמצא החוב קיים עכ"ל וכתב הראב"ד לא זו הדרך אלא שהוא דן לזכות ואם זכה זכו בו היתומים ואם חב לא חב ליתומים שאין רשות לאפוטרופוס לחוב ליתומים לא לכתחלה ולא דיעבד עכ"ל ונראה להדיא שהרמב"ם מפרש דאם יצא חייב בעד היתומים ג"כ דינו דין מפני שאין סברא לומר שיקויים הדין רק על צד אחד דאם אתה אומר כן לקתה מדת הדין ובזה השיג הראב"ד דאף בדיעבד אין הדין קיים לחובתם כפרש"י והמפרשים תפסו גם בהרמב"ם שלחובתם אין הדין קיים ולפ"ז ההפרש הוא דלהרמב"ם לא ירד לכתחלה לדין כיון שאינו יכול לירד רק על צד אחד ולהראב"ד יכול לירד גם לכתחלה לדון רק לזכות ותמיה בעיני לומר כן ולשון הראב"ד מוכח להדיא שמשיג רק על ס"ש הרמב"ם דבדיעבד דינו דין גם לחובה ועכ"פ לדינא ודאי נכון שב"ד יאמרו להתובע המתן עד שיגדלו היתומים דהאפוטרופוס אינו יכול לירד רק לזכות ולא לחובה ואם עכ"ז ירד לדין איהו דאפסיד אנפשיה וכן פסקו הלבוש והסמ"ע דאף אם נאמר שכוונת הרמב"ם בדברינו קי"ל כרוב הפוסקים אבל בירושלמי פ"ה דנימין מפורש כהרמב"ם וכפירושינו ויש שם בזה מחלוקת דריב"ח ס"ל דגם לזכות אין דינו דין ור"י ס"ל דאם חבו חבו וא"כ צ"ע לדינא ועמ"ש בסעיף ל"א:

כו אין הב"ד טוענים ליתומים טענה במילתא דלא שכיחא כמו טענת אונס אע"ג דאביהם היה יכול לטעון כן ואין הב"ד מצדדין בעדם רק בדבר הרגיל ום"ם האפוטרופוס אם טען מילתא דלא שכיחא טענתו טענה דהוא כבע"ד עצמו ולכן גם מפני זה טוב להעמיד אפוטרופוס כדי שיהיה ביכלתו לטעון מה שירצה ום"ם אסור לו לטעון טענה שיודע בבירור שאינו כן ורק על הספק יכול לטעון כמו אביהם [סמ"ע] וכלל גדול צריך לדעת שזה שנתבאר בב"מ שהב"ד טוענין ליורש בדבר הרגיל זהו דוקא כשהיורש בעצמו אינם יודעים בבירור נגד הטענה שרוצים לטעון בעבורם אבל כשהוא בעצמו יודע שאינו כן אין לב"ד לטעון שמא אינו יודע בבירור [סמ"ע] וכן יש לפרש בווגת רבינו הרמ"א סוף סעיף י"ב ע"ש:

כז יש רשות לאפוטרופוס למכור בהמות שדות וכרמים ועבדים להאכיל ליתומים אם אין להם מזונות ממקום אחר ומכירת בהמות קודמת לעבדים דבהמות מצוי יותר לקנות מעבדים ועבדים מכירתם קודמת לבתים דבעבד יש חשש שימות ובתים קודמים לשדות וכרמים דבבתים יש לחוש לשריפה [ל"ל] והכל כפי ראות עיניו לתועלת היתומים ולכן אם לפי ראות עיניו יש יותר טובה להם במכירת העבד ממכירת הבהמות וכן כל כה"ג יכול לעשות וכן משמע מלשון הטור ע"ש ודוקא לאכילתם הותר למכור כל אלו אבל אין מוכרין ומניחין המעות כדי להלוותם דמעות יותר עלולות לסיבה ועוד דבכל אלו יש בזה שבח בית אביהם וגו' וכבוד הוא להם [ט"ז] וכן אין מוכרין שדות ליקח עבדים ואפילו למכור עבדים ליקח שדות ג"כ לא יעשה דשמא לא יצליחו בעבודתן ושמא יצא עליהן ערעור ואף שאמרנו דכשנצרך למכור אחד מהם מכירת העבדים קודמת דגריעי משדות זהו כשבהכרח למכור אחד מהם אבל למכור זו וליקח דבר אחר אין לעשות אפילו בכה"ג ויש מתירין גם לכתחלה למכור עבדים ולקנות שדות ומיהו לדברי הכל מוכרין מקצת שדות כדי ליקח שוורים לעבודת השדות הנשארות דבלא שוורים הנצרכים למלאכת השדות אין השדות בלום שהשוורים הם עיקרי ותוקף השדות ובן אינו רשאי למכור משדותיהם כדי לקנות שדה אחרת ואפילו למכור שדה רעה ורחוקה מהעיר לקנות שדה טובה וקרובה דשמא לא תצליח זו שיקנה אבל בבהמות ובתים ועבדים נ"ל דכשנראה בעיניו למוכרן וליקח אחרים הרשות בידו ורק בשדות הניאו חז"ל מפני ששדה אפילו לא טובה לעולם עומדת ונותנת ריוח אבל בעלי חיים ובתים כשהאפוטרופוס רואה שאינם כדאים להשהותן והוציאתן מרובה על השבח יש לו רשות למוכרן בכל ענין אפילו להניח המעות וזה שאסרנו להניח המעות זהו כשיש מהם

הכנסה [ל"ל] ועמ"ש בסעיף ל"א:

כח ויש להסתפק אם זה שהתירו חכמים למכור להאכילם זהו דוקא כשאין להם מעות הנתונות בעיסקא אבל כשיש להם מעות בעיסקא ואין הריוח מספיק למזונותם יטלו מהקרן וקודם מלמכור דברים אלו או אפשר דמוטב למכור קצת מדברים אלו מליטול מהקרן דלא אסרו חכמים רק למכור את אלו ולהניח המעות ולראות בהם עיסקא אבל כשכבר המעות בעיסקא לם חיישינן לשבח בית אביהם במקום שמפסידים ריוח ידוע וכן נראה עיקר דאם נימא דגם בכה"ג יטלו מהקרן למה להו לחז"ל לצוות שלא למכור ולהניח המעות הא אפילו כשישנם כבר בעיסקא מוציאין הקרן למזונותיהם:

כט בא"י שמחוייבין להפריש הרוטות ומעשרות צריכים האפוטרופים להפריש מתבואתם מה שצריכים לאכול שאין מאכילין להם דבר האסור ואע"ג דתרומה בומה"ז דרבנן לדעת הרמב"ם כמ"ש ביו"ד סי' של"א וקי"ל דקטן אוכל גבילות אין ב"ד מצווין להפרישו וכ"ש באיסור דרבנן כמ"ש בא"ח סימן שמ"ג מ"ם בין דעל האב מוטל

שמל חתיכ לחנכם גם במצות דרבנן וכ"ש להפריש מאיסור דרבנן כמ"ש שם עומד האפוטרופוס במקום האב ועוד דהאפוטרופוס הוי כמאביל בידים וגם יש בזה גזל הכהנים אבל לא יעשרו רק מה שצריכים לאכול אבל להניח לאוצר לא יעשרו וכשיגדלו היתומים יעשרום בעצמם ויהיה זו טובת הנאה שלהם ליתן לכל כהן שירצו ואף גם אם נצרך למכור את התבואה לא יעשרם אלא ימכרם בטבלם והלוקח יעשרם ואף שאסור למכור מבל כמ"ש הרמב"ם בפ"ו ממעשר מ"ם לאפוטרופוס התירו ויודיע להקונים שהוא טבל והמעם בזה אפשר לומר דמפני שיהיה להלוקח טובת הנאה ליתן לכל כהן שירצה יתן יותר בעד התבואה ויש חולקים בזה וס"ל דאסור לו למכור טבל וחז"ל לא דברו רק לענין מה שצריכים לאכול ועשר ועל אכילת שנה וכא על מה שיצטרכו לאכול בשנה הבאה דאינו אלא שליח לצורך שעה [לפנ"ד פי"ח ממלוה ועמוס' שבת נד: ד"ה סוס] ודע דבירושלמי פ"א דתרומות הל' א' מבואר דביתום קטן רשאי האפוטרופוס לתרום ברצונו אבל בש"ס גימטריא [כ"כ] מבואר כמ"ש והעיקר כש"ס דילן:

ל האפוטרופסים עושים לקטנים לולב וסוכה וציצית ושופר ומ"ת ללמוד בה ובזמנינו צריכים לקנות ספרים הגדפסים מה שצריך ללימודם ולשלם שכר לימוד בעדם ותפילין כשהגיעו לחינוך ומזוזות ומגילה וכיוצא באלו דעליו מוטל לחנכם במצות דהוא עומד במקום האב בללו של דבר כל מצוה שיש לה קצבה בין שהיא מן התורה ובין מדרבנן עושים להם אע"פ שאין חיובם אלא מצד חנוך מ"מ מי יחנכם אם לא האפוטרופוס אבל אין פוסקין עליהם צדקה אפילו לפדיון שבוים מפני שמצות אלו אין להם קצבה ואין חילוק בזה בין אפוטרופוס שמינוהו ב"ד או אבי היתומים ודוקא בלא רשות ב"ד אין לו ליתן צדקה אבל ברשות ב"ד יתן [סס"ם סס] מיהו אם פסק עליהם צדקה להחשיבם כדי שיצא עליהם שם טוב והם אמודים לכך שפיר עביד ובנמ' [כ"כ מ"] משמע להדיא דגם בזה צריך ב"ד וכן משמע ביו"ד מי' רמ"ח ע"ש [ומ"ם סס"ם מתוספתא לפניט' בתום' תרומות פ"ח וב"ב פ"ח סוף לענין מחר ע"ם] וכל זה בצדקות שאין להם קצבה אבל בצדקה הקבוע כמו קופה ותמחוי וכיוצא בזה צריך האפוטרופוס ליתן כמ"ש ביו"ד שם וכתב הרמב"ם דמי שנשתמה או שנתחרש פוסקין ב"ד עליהם צדקה אם הם ראוים לכך לפי מצבם וכפי' קס"ג נתבאר מה שחייבים היתומים ליתן בצרכי העיר ע"ש:

לא תניא בתוספתא [סס] אין מוכרין ברחוק ליקח בקרוב ברע ליקח ביפה אין דנין לחוב ולזכות להכניס להוציא ליתומין אא"כ נטל רשות מב"ד עכ"ל ומשמע להדיא דכל מה שנתבאר שאין רשות להאפוטרופוס לעשות בהנכסים אם עשה ברשות ב"ד מותר דכיון שב"ד המכימו לזה בודאי הוא טובת היתומים [סס"ם מפרש דאפילו מילי קמי מעמד ומה"ן ולמקס קסס מב"ב מ' ומולי יפרטו דבפ סיס מפומרוסום וחק]:

לב אם האפוטרופוס צריך להקנות מעות לאחרים לטובת היתומים אין מועיל קנין של מעמד שלשתן דזהו מהקנת חכמים בפ"ש בפי' קב"ו והוא כהלכתא בלא מעמא ולא מצינו רק בהבעלים עצמם ואין ביכלתו להפקיע ממון היתומים בקנין כזה אע"פ שהוא רק לטובתם אבל אם אחר מקנה ליתומים בכעמד שלשתן והוא במעמד האפוטרופוס קנו דלהבנים להם מעות הוי ירו בידם ומעמדו כמעמדם:

לג אין האפיטרופסים רשאים להוציא עבדים לחירות אפילו לוקח מהעבד דמים שנתן לו אחר ע"מ שאין לרבו רשות בו כדי שיצא לחירות ואין כאן עשה דלעולם בהם תעבודו כיון שלוקחים דמים והם צריכים להמעות כגון שאין להם מה לאכול מפני שהעולם יסברו שמוזלים בנכסי היתומים [תום' גימין לח:] אבל סוכרין אותם לאחרים ולוקחין מהם הדמים ע"מ שיוציאוהו לחירות ואותם האחרים הם שמשחררים אותם ואם הוא חציו עבד של היתומים וחציו בן חורין נתבאר ביו"ד סי' רס"ז ובל זה לא מירירי אלא בלא רשות ב"ד אבל אם נטל רשות מב"ד מותר לעשות בל מה שירצה דע"פ ב"ד ליכא חשדא [מקורו מתוספתא פסכתנו]:

לד כשיגדילו היתומים נותן להם ממן מורישם וכל נכסיהם וא"צ לעשות להם חשבונות מכל השנים מה שהבנים והוציא אלא אומר להם והו שיש לכם מנכסים וממנין שלכם והמעם נ"ל דאם סינוהו ב"ד מפתמא בחרו באיש נאמן וישר ואם מינהו אבי היתומים הלא האמין לו ואף שא"צ לעשות חשבון להיתומים מ"מ צריך לחשב בינו לבין עצמו לדקדק ולהזהר הרבה מאביהם שבשמים שהוא אבי יתומים ורוכב ערבות והיא רקיע השביעית שבה צדק ומשפט וצדקה וגנזי חיים וגנזי שלום וגנזי ברכה [חגיגה יב:] להשפיע טוב להעושים צדק ומשפט וצדקה ועם גדל רוממותו יתברך מביט משם אל יתומים ואלמנות וכתיב רוכב בערבות וגו' אבי יתומים ודיין אלמנות וגו' וחושך וענן וערפל מקיפים חשמים הלזו [סס] להעגיש לעושי עולה לבד עונשו בגיהנם ולהיפך גודל שברו בג"ע:

לה ואע"ג שא"צ ליתן חשבון מ"מ במינוהו ב"ד צריך לישבע בנק"ח שלא גזלם בלום לצאת ידי הבריות ולהשקיט לב היתומים שלא יחשדוהו ואע"פ שאין להם עליו טענה ודאית בד"א כשמינוהו ב"ד אבל מינהו אבי היתומים וכן שאר חמורישין כשמינוהו אינו נשבע על טענת ספק דחיישינן שאם נחייבו שבועה ימנע כל אדם מלהיות אפוטרופוס אבל במינוהו ב"ד אין לחשוש בזה דבזה שיצא עליו קול שהוא מוחזק אצל ב"ד שנאמן לא ימנע א"ע מלהיות אפוטרופוס מפני השבועה ואפילו במינהו אבי יתומים אם היתומים טוענים עליו טענת ודאי והוא כופר נשבע בנק"ח יכן אם אחר מהב"ד

מעגנים נגרו מענת ודאי נשבע שבועת התורה להכחישו ואם שנים מעידים צריך לשלם וכן אם נאבד שום דבר מהיתומים נשבע שבועת השומרים דכל שבועת שומרים הוא על הספק דהבעלים אינם יודעים אם הוא אבדו בפשיעה או שנאבד באונס ואם יש להאפוטרופוס חלק בחריות של היתומים או שנוטל שכירות נשבע על מענת ספק אפילו במינהו אבי יתומים רבין שיש לו ריוח לא יפטר מלהיות אפוטרופוס בשביל השבועה:

לן ו"א דבמינהו אבי היתומים הואיל שאינו נשבע במענת ספק צריך ליתן חשבון דמתוך כך ידקדק יותר כשידע שצריך ליתן חשבון דבר אחר בהכרח לנו לראות שידקדק הרבה או מפני השבועה או מפני החשבון וכתב רבינו הרמ"א דכן יש לנהוג ונם נוהגין ח"ם על מי שלקח מסל יתומים כלום ואפוטרופוס שנתמנה ע"פ ערכאות ודאי צריך ליתן חשבון כי כן הוא בדינים ובענין שבועה דינו במינהו אבי יתומים דבספק לא משבעינן ליה ובודאי משבעינן ליה ויש מי שחולק ום"ל דגם במינהו ב"ד צריך ליתן חשבון דבגמ' יש פלוגתא בזה רבי ואביו רשב"ג [נימין נכ] דר' ס"ל שצריך ליתן חשבון ורשב"ג ס"ל דא"צ והרי"ף והרמב"ם והרא"ש ס"ל בכללא דהלכה כרבי מחבירו אין זה נגד אביו ורש"י [סנהדרין כנ:] ורשב"ם [ב"ב קנ:] ס"ל דאפילו נגד אביו [הגי"מ] ואפשר דבזה כ"ע מודים דכיון שעושה בחנם לא גרע מגבאי צדקה שא"צ ליתן חשבון כם"ש ביו"ד סי' רנ"ו ואם נוטל שכירות ודאי צריך ליתן חשבון ונם לישבע:

לן אין ב"ד יכולים למנות אפוטרופוס להאמינו בלא שבועה אא"כ אינם מוצאים אדם הגון שירצה להיות אפוטרופוס אם לא יאמינוהו בלא שבועה דאז בהכרח ממנים מי שהגון לכך ופוטרים אותי משבועה ום"ם קבלה סתם אומרים הב"ד דהא אין אומרים נגרו מפורש ולא יפיד [ל"ל] וכשמשביעין אפוטרופוס שבועה בנק"ח שהיא שבועת המשנה צריך שימינו אותו לפתוח שתי כפף ופרוטה ויכוון בשתי כפף ויודה בפרוטה כדין שבועת התורה שנתבאר בסי' פ"ח וכם"ש בסי' צ"ג בכל שבועות ספק אבל אם לא היתה מענה או כפירה והוראה כשיעור זה אם פוענין אותו מענת ודאי נשבע היסת בבבל מענות דעלמא ומגלגל עליו שלא עיכב בידו משלו כלום:

לח כתב רבינו הרמ"א ראובן שאומר שיש לו בידו מעות של שמעון ואומר שצוהו לתת לבניו אם רוצה לתת לכל בניו בשוה אינם יכולים להשביעו דהוה ליה כאפוטרופוס שמינהו אבי יתומים אבל אם רוצה ליתן לקצתם ולא לכולם א"כ לפי דבריו אינו אפוטרופוס עליהן [למי שמינו נוכח] ויכולין [לחנו] להשביעו שלא עיכב כלום לעצמו ואם הם קטנים ב"ד מעמידים להם אפוטרופוס ומשביעין אותו ע"ל וצ"ל שיודע הדבר שאביהם מסר לו מעות דאל"כ למה ישבע הלא יש לו מינו וחזי כמשיב אבידה ולא נרע ממ"ש בסי' רנ"ה בם שבא ואמר ראיתי שאביכם הטמין מעות ע"ש [עמ"ת] ואע"ג דגם בידוע יש לו מינו דהחזרתי להם אמנם באפוטרופוס לא אמרינן מינו דהחזרתי [ס"ך] והטעם דאם נפמור לאפוטרופוס במענה זו לא יהיה ביכולת לחייבו שבועה לעולם ועוד דמינו לאפטורי משבועה לא אמרינן אם לא במשיב אבידה:

לט אפוטרופוס בין מינוהו ב"ד בין מינהו אבי יתומים פטור מגניבה ואבידה וחייב בפשיעה דדינו כש"ח ואע"פ שחייב בפשיעה אין לחייבו שבועה שלא פשע כל כמה דלא ידעינן אם נאבר של היתומים דנהי דמשבעינן ליה שלא עיכב משלהם כלום אבל לאבידה לא חיישינן בדליכא טענה אבל אם טוען שננגב או נאבד והוא לא פשע בזה משבעינן ליה שלא פשע [סמ"ע] ויש שכתבו דהוה ספיקא דדינא אם דינו כש"ח או כש"ש וחייב בגניבה ואבידה [סמ] ויש מי שאומר דבמינהו אבי יתומים פטור אפילו מפשיעה ולא מן הדין אלא שאם תחייבנו לא ימצא מי שיתרצה להיות אפוטרופוס [סמ] ובב"ד אין חשש זה כמ"ש בסעיף ל"ה ובנוטל שכר פשיטא דדינו כש"ש בכל ענין:

מ אפוטרופוס של יתומים שקנה להם שור ולא היה לו שינים ונתנו הרועה עם השוורים ולא ידע שלא היה אוכל ומת אינה פשיעה לאפוטרופוס ופטור ומסי משתלמים נתבאר בסי' רל"ב ואפוטרופוס שלוה לצורך יתומים נתבאר בסי' ק"י וכתב רבינו הרמ"א אפוטרופוס שמעון בב"ד מה שלא היה לו למעון וע"י זה בא לזה שננגר היתומים השבועה ואלו מעון כהגון היה מניע ליתומים השבועה לא מקרי פשיעה דמי יימר דמשתבע ולא מקרי פשיעה אלא אם נוטל זה בלא שבועה ואלו מעון כהגון היו נוטלים היתומים בלא שבועה עכ"ל ואע"ג דבנשבע ונפטר לא מצינו סברא זו דמי יימר דמשתבע מ"מ אינו ברי הזיקא שנקרא אותו פושע [נמ"מ] ולכן אע"ג שהבנגרו נשבע ונפטר אינו חייב ונראה דה"ה אם היה מעון כהגון היו נוטלים היתומים בלא שבועה וע"י מענתו צריכים לישבע לא מקרי פושע אף אם לא רצו לישבע והפסידו שיאמר להם אם האמת אתכם למה לא תשבעו ואם לאו למה אשלם לכם וכה"ג בכל הענינים [ל"ל]:

מא אין לב"ד לכפות לאדם להיות אפוטרופוס [סמ"ע פ"מ מגמלות] ואפילו אפוטרופוס שמינוהו ברצונו בין מינוהו ב"ד בין מינהו אבי היתומים עד שלא החזיק בנכסי היתומים ולא נתעסק עדיין בצרכיהם יכול לחזור בו ומשהחזיק בנכסיהם או התחיל לעסוק בצרכיהם אינו יכול לחזור בו ואע"ג דפועל חוזר בו אפילו בחצי היום והו ממעמא דלי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים אבל אפוטרופוס הוא עבד ה' דמצוה קעביד [קמ"מ] ואפילו בנוטל שכר אינו יכול לחזור בו דעיקרא דמילתא מצוה היא ואינו עבד לעבדים [ל"ל] וחזקא

כשנשאר בעיר ורוצה לחזור בו אבל אם הולך מן העיר למקום אחר על מנת זמן או עיקר דירתו מכאן מביא הנכסים לב"ד והם ממנים אחר דאין סברא שנקלקל מצבו בשביל עסק האפוטרופסות ואפילו במצות צדקה יש נבול כמה ליתן ולבזבז ממונו כ"ש בעסק אפוטרופסות דאינו מחוייב להפסיד ע"י זה ומטעם נדר לא מחייב דבמירחא בנופו לא אמרינן שנעשה נדר כל זמן שלא קבל מפורש בנדר ועוד דהוי נדר ופתחו עמו דאגן סהדי דארעתא דהכי לא נדר שלא יהא יכול לחזור בו [כנ"י ללמוד גלמה ממסרי"ק סורס קל"ג וכ"ל בטוטס סס"ך ס"ם רמ"ג]:

כב יתומים קטנים שממכו מעצמם אצל בעה"ב אחר ונשתהדל בשלהם יש לו דין אפוטרופוס לכל דבר ואפילו סמכו אצל אשה וי"א שאין משביעין אותו דק"ו ממינהו אבי יתומים דיכול להיות שקבל הנאה מאביהם ומ"מ אמרינן דלא ישבע דא"כ ימנעו מאפוטרופסות כמ"ש בסעיף ל"ה כ"ש בזה שקירבן מפני רחמנות וי"א שמשביעין אותו דאל"כ יש לחוש לאדם שאינו הגון שימשיך אליו את היתומים ויכלה ממונם והחששא שע"י זה ימנעו עצמם מהתקרב עליהם ימנעו ואם אדם כשר הוא וכוונתו לש"ש לא ימנע בשביל זה ואע"ג דחששנו שם בחשש זה מ"מ בכאן א"א לחשוש לזה מפני חשש אדם שאינו הגון ועוד נ"ל דאע"ג דהפוסקים כתבו סתמא דדינו כאפוטרופוס מ"מ לישא וליתן בנכסיהם למכור ולקנות אינו רשאי בלא רשות ב"ד אף בדברים שהאפוטרופוס מותר לעשותן דמי ייסר שיודע איך להתנהג ואף שאדם כשר הוא מ"מ אולי בעסק אינו יודע דב"ד ואבי היתומים כשמינוהו יודעים שסמוגל לזה אבל קטנים שסמכו מעצמם מי יודע אותו ולבן לא יעשה בלא רשות ב"ד וכשעשה דבר רואין ב"ד אם יפה עשה מקיימין מעשיו ואם לאו מבטלינן לה ואף שבנמ' מצינו [ניסין סס] באשה שסמכו יתומים אצלה ומכרה שורם וקייסו מעשיה י"ל שראו שעשתה כהוגן ואע"פ שאין לנו ראיה לדברים אלו מ"מ כן נראה מצד הסברא והרמב"ם ז"ל השמיט לגמרי דין זה של יתומים שסמכו אצל בעה"ב ולא ידעתי למה והרי משנה מפורשה היא ונ"ל דמ"ל דכשסמכו מעצמם מחויבין ב"ד תיכף להשגיח מי זה האיש ואולי הוא אינו הגון ויאבל כספם וכשב"ד רואין שהגון הוא לכך ממילא דדינו כמינותו והוי ממש כאפוטרופוס ומעמו מסתבר דהרי נפישי אנשים שאינם הגונים ואין נניח על קטנים מעצמם וא"כ זהו ממש אפוטרופוס ולא הוצרך להזכירו:

כג כתב רבינו הרמ"א דקטן שסמך אצל אמו וראו ב"ד להחמיר עליה שתתן חשבון או שארי חיזוקים מותר דליכא למיחש דסימנא ולא עברה דוראי האם דעתה קרובה אצל בנה ולא תמנע מפני זה ע"ל ובשארי קרובים וראי ג"כ צריכין ב"ד לראות לפי הענין ממצבם וישרה לבם וכשרואין שיש לחשדם יסיעום מהם לאחרים ומעשה בלאה אלמנת ראובן שנשאת לשמעון והכניסה לו ספרים של ראובן והיה לה בן מראובן והתנתה עם שמעון שיזון אותו וללמדו ומתה ומעון הבן שלא נשבעה על כתובתה ורוצה ליטול הספרים ופסקו ראם אין בשוי הספרים יותר מכדי מזונותיו שהוציא שמעון עליו פטור שמעון דה"ל כמו אפוטרופוס שהוציא על היתומים מה שצריכין [מרדכי סס] ודוקא שהתנתה שיזונו בעד הספרים אבל התנהה שיזונו בחנם ודאי צריך להחזיר לו הספרים:

כד יתומים שסמכו אצל בעהב וזן אותם משלו לא הגיח מעותיו על קרן הצבי וכיון שיש להם נכסים מסתמא לא היתה כוונתו לזונם בחנם אבל אם פרנסו מפורש בתורת גמ"ח פטורים מלשלם לו וע' בי"ד סי' רנ"ג וה"ה אחד שאמר שהלוה ליתומים ומכרר שהוציאו זה לצרכיהם ההברחיות צריכים לשלם לו כשמברר כמה הוציא אבל אם הלום לבזבז שלא לצורך הזה כמאבד בידים וא"צ לשלם לו כשיגדילו [נמה"נ]:

כה מי שמינה אפוטרופוס לבניו הגדולים יכולים ליתר הנכסים לפניהם ואין לו דעה בהן כמ"ש בסי' ר"נ אא"כ יש בזה משום מצוה לקיים דה"מ כנון שהשליש ביד שליש כמ"ש בסי' רנ"ב וקטן שהגדיל אפילו היה איכל ושותה יותר מדאי ומפסיד נכסיו והולך בדרך רעה אין ב"ד מונעים ממנו ממונו ואין מעמידים לו אפוטרופוס אא"כ צוה מורישו שלא יתנו לו ושלא ישעבדו לאחרים אלא אם יהיה כשר ומצליח או שלא יתנו לו עד זמן סרובה דכיון שהיה לו כח למנות אפוטרופוס בקטנותם יש לו גם כח זה לעכב הנכסים ולא למסור להם אף כשיגדילו עד שיהיו אנשים מוכשרים לעסק וע"ל דגם ב"ד כשמינו לקטן אפוטרופוס כשרואים שגם בגדלותו אינו מוכשר לעסק יש להם לעכב ביד האפוטרופוס עד שיהיה מוכשר לעסק ואע"פ שכשהוא גדול אין לב"ד כח למנות לו אפוטרופוס מ"מ מחוייבים ב"ד להוכיחו ולומרו ללכת בדרך ישרה וארחות צדיקים והשובה והחרש דינם כקטנים ומעמידים להם אפוטרופוס ואם כשצוה האב שלא ליתן להם נכסיהם אף כשיגדלו עד זמן שיהיו מוכשרים ושיעבדו בתוך זמן זה נכסיהם אין כשעשיהם כלום ושעבודם בחרם הנשבר [ב"י] ואם האב העמיד אפוטרופוס לבנו ואשתו היתה מעוברת וילדה בן אחר מיתתו והבן הראשון שבק חיים יהיו הנכסים ביד האפוטרופוס בשביל זה הבן הנולד דאומדן דעתא הוא שכן היה רצון האב ביון שידע שהיא מעוברת [סמ"ע]:

כו אפוטרופוס שמת והוציא בנו פנקס אביו שכתוב בו שהוציא בפרנסת היתומים כך וכך ולא נכתב בו שקבלו מנכסיהם ותובע בן האפוטרופוס מהיתומים אין מוציאין מהיתומים בפנקס זה אפילו כשהנכסים עריין הם ביד האפוטרופוס והבן מוחזק בם דאין מוציאין ע"פ הפנקס

הפנקס דנכסים בחזקת יתמי קיימי [ס"ך] ואמרינן דשמא נהפרע ולא נמחק מהפנקס אבל בעודו חי נאמן לומר שהוציא עליהם כך וכך או הלוה להם כך וכך כיון שהוא מוחזק בהנכסים ונוטל בשבועה אבל כשהנכסים הם ביד היתומים גם הוא אינו נוטל אפילו בשבועה [סס]

ואם צוה לפני מותו בפני עדים שמניע לו מהיתומים כך וכך נוטל הבן כשהנכסים עדיין ת"י וי"א דהוא בעצמו נוטל בשבועה אפילו כשהנכסים ביד היתומים דהא ברשות ב"ד ירד [פ"מ] והוציא ברשות וה"ה כשהיה ממונה מאביהם כיון שברשות ירד ונשבע ונוטל:

הלכות פקדון

סימן רצא *) [דיני שומרים ואימתי חייב בשמירה ובו ג"ח סעיפים]:

א ארבעה מיני שומרים יש ששומרים את של חבריהם וכיצד הוא קנינם יתבאר לפנינו ואלו הן השומר שנתרצה לשמור בחנם והשומר בשכר שהושוו ביניהם שיהן לו כך וכך בעד שמירתו והשוכר מחבירו חפץ או כלי או בהמה שיעשה בהם מלאכה ונותן שכר להבעלים כפי שהושוו ביניהם ומטילא שחייב בשמירתן והשואל דבר מחבירו לעשות בה מלאכה ואינו משלם לו שכר ודיניהם נפרדים לשלשה חלוקות לפי ששומר שכר ושוכר דין אחד להם והטעם לפי ששומר חנם כל ההנאה הוא להבעלים ולא להשומר והשואל כל ההנאה להשואל ולא להבעלים ושומר שכר ושוכר יש לשניהם הנאה דהשומר יש להבעלים הנאה ששומר חפצו ולהשוכר יש הנאה שנוטל שכר ובשוכר הוא להיפך דלהבעלים יש הנאה שנוטל שכר ולהשוכר יש הנאה שמשתמש בו [ירושלמי סטועות פ"מ]:

ב לפיכך ש"ח אינו מחוייב לשלם רק כשפשע בשמירת הדבר שלא שמר כראוי וע"י זה נתקלקל הדבר או נגנב או נאבד בפשיעתו דזהו כעין מזיק בידים דהרי קבל עליו לשמור והבעלים סמכו עליו והשומר שכר והשוכר חייבים אף אם שמרו כראוי ונגנב או נאבד דמי שיש לו הנאה בעד השמירה חייב לשמור גם מנניבה ואבידה כמו שכתוב הייתי ביום אכלני חורב וקרח בלילה והדד שנתי מעיני וכמו שומרי העיר שעיקר שמירתם הוא מגניבה אבל אם נאבד באונס כגון שבא עליו ליסטים מזויין או נפל עליו ארי או שאר אונס פטור דמה היה לו לעשות והשואל כיון שכל הנאה שלו חייב גם באונסים דהוי כחפץ שלו שסובל גם אונסי החפץ ואינו פטור רק כשמתה או נתקלקלה מחמת המלאכה שעשה בה ולא שינה כלום שעשה מלאכה זו שלזה שאלה בזה ודאי פטור דהא המשאיל סבר וקביל שיעשה בה מלאכה פלונית:

ג בכל הדברים שהשומרים פטורים אין נפטרים אלא בשבועה דאורייתא ונם וזהו רק במקום שאין אנשים מצוים אבל במקום שאנשים מצוים אינו נפטר בשבועה רק יביא עדים כשרים שכן היה המעשה ויתבאר בסי' רצ"ד ובכל הארבעה שומרים הדין כן ופרטי השבועות יתבארו לפנינו בס"ד:

ד וכשם שהנגב צריך לשלם כפל כמו כן שומר חנם שטוען שנגנב ממנו החפץ ובאו עדים שהוא נגבה חייב לשלם כפל אבל אם טוען שנאבד ממנו החפץ ובאו עדים שהוא נגבה פטור מכפל ואינו משלם רק הקרן [ב"ק סג:] ודבר זה הוא גזירת התורה ויתבאר בסי' שנ"ב בס"ד אבל בשומר שכר ושוכר וכ"ש בשואל לא משכחת לה חיוב כפל מפני שתשלומי כפל אינו אלא בגניבה ואלו כשטוענים טענת גניבה הרי חייבים לשלם הקרן כמו שנתבאר ולכן אין דין זה רק בש"ח מפני שפושע א"ע בטענת גניבה ודע דש"ח שפטור בגניבה ואבידה כששמר כראוי אע"פ שגניבה קרובה לאונס ואבידה קרובה לפשיעה [ב"מ לד:] מ"מ גזירת התורה הוא שפטור גם באבידה כמו שיתבאר:

ה השומר חנם והש"ש ששכחו יד בהפקדון קם החפץ ברשותם וחייבים גם באונסים ומהו שליחות יד יתבאר בסי' רצ"ב ולא לבד שחייבים באונסים אלא אפילו במתה מחמת מלאכה שגם השואל פטור חייבים הם דכיון ששלחו יד הרי הם כגולנים וצריכים לשלם כשעת הגזילה ונם לענין יוקרא וזולא דינם כגזלן שאם הזול החפץ לאחר ששלחו בו יד צריכים לשלם כשעת היוקר כמ"ש בסי' שס"ב אבל בשואל ושוכר לא שייך שליחות יד דהרי הם משתמשים בהחפץ ברצון הבעלים ואם היתה כוונתם לגוזלו לחלוטין אין זה שליחות יד אלא גולן ממש ואם שינו במלאכתם יתבאר בסי' ש"ח וש"ט [ומ"ם בב"מ מ"ח: לח תמהר על"י וכו' ומימי מסולא ע"ם בפירש"י וזוק]:

ו גזירת התורה היא בכל השומרים כשהיה בעל החפץ עוסק

*) הדינים שלא נאמרים במקומות שלמב"י מתנסגיס בד"מ וכד"ב ע"פ ד"ת, לח בתרגומו שלו, שכתן מל הדין סטיקני לינא למלכותא דינא.

עוסק במלאכה של השומר באיזה מלאכה שהוא בשעה שקבל השמירה או בשעה ששאל החפץ או שברה פטור השומר מכל מה שיארע בהחפץ אפילו אם פשע בהחפץ ונאבד או נהקלקל ע"י פשיעתו פטור ואפילו לא היה עוסק במלאכתו של השומר בשעה הפשיעה כיון שהיה עמו במלאכתו בשעת התחלת השמירה והשאלה והשכירות פטור מכל דבר לבד ממזיק בידים ממש ואף שאין לנו ליתן טעמים מפני מה נזרה התורה כן מ"מ יש שאמרו בזה טעם שמסתמא כיון שהיה להשואל ולהשומר קירוב דעת כזה בוודאי נותן לו על דעת שיחזירנה לו רק כשהחפץ בעין וכיון שלא התנה עמו בפירוש שיתחייב בדיני שמירה פטור אפילו מפשיעה [ספורנו] וכל הדברים שבארנו מפורשים בהורה בביאור דברי רבותינו ז"ל:

ז כתיב בפרשת משפטים כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמר וגנב מבית האיש אם ימצא הגנב ישלם שנים אם לא ימצא הגנב ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח ידו במלאכת רעהו ואח"כ כתיב כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה וכל בהמה לשמור ומת או נשבר או נשבה אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו וגו' ואם גנב יגנב מעמו ישלם לבעליו וגו' ואח"כ כתיב וכי ישאל איש מעם רעהו ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם אם בעליו עמו לא ישלם אם שביר הוא בא בשברו:

ח ודרשו רז"ל [סס] דפרשה ראשונה נאמרה בש"ח ופרשה שניה בש"ש דבפרשה ראשונה נאמר כי יתן כסף או כלים לשמור ובפרשה שניה כתיב כי יתן חמור או שור או שה וכל בהמה לשמור וסתמא דמילתא בשמירת כסף וכלים אין טירחא ורגילות הוא לשומרן בחנם אבל בבעלי חיים יש טירחא בשכירתן ואין רגילות לשומרן בחנם רק בשכר [תוס' סס מז:] וריבר הכתוב בהיה כפי מנהג העולם ואין חילוק בזה דאם שומר בעל חי בחנם יש לו דין ש"ח ואם שמר כסף וכלים בשכר יש לו דין ש"ש ובפרשה ראשונה מבואר דהוא פטור על הנגיבה דהכתיב אם לא ימצא הגנב ונקרב בעה"ב אל האלהים אם לא שלח ידו וקריבה זו היא שבועה כדמוכח בפרשה שניה דכתיב בה שבועת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו הרי דא"צ לישבע רק שלא שלח בה יד אבל על הנגיבה פטור ובפרשה שניה כתיב ואם גנב יגנב מעמו ישלם לבעליו הרי להריא דש"ש חייב בנגיבה וכ"ש באבידה דקרובה לפשיעה כמ"ש ועל אונסין פטור דהרי מיתה ושבורה ושבויה הוי אונס וכתיב שישבע על זה אם לא שלח בה יד אבל על האונסין פטור ובשואל כתיב דאף בנשבר ומת חייב ש"מ דשואל חייב אף באונסים ובמתה מחמת מלאכה פטור דסבירא הוא דהא מבור וקביל שיעשה עמה מלאכה וראיה לזה דאם היתה כוונת התורה לחייבו גם במתה מחמת מלאכה לא לכתוב רק מתה לבד ולמה לי לכתוב או נשבר והרי לא כתבה כל האונסין כמו שלא כתבה שבויה אלא דשבירה בא לגלות על המיתה כשם שאין דרך שתשבר מפני המלאכה כמו כן במתה דוקא שמתה מפני איזה סיבה אבל מתה מחמת מלאכה פטור [כ"ל]:

ט ויש בכאן שאלה מנלן דש"ח פטור מאבידה שמא לא פטרתו התורה רק מגניבה אבל מאבידה שקרובה לפשיעה לא פטרתו ויש מרז"ל שדרשו חיוב אבידה בש"ש מדכתיב אם גנב יגנב לרבות אבידה [סס לח:] ממילא ש"מ דבשומר חנם פטור דאל"כ למה לו לרבות בש"ש הרי ק"ו הוא מש"ח אמנם יש מרז"ל דס"ל דכפל הלשון דגנב יגנב דברה תורה כלשון בני אדם ויובא דאבידה בש"ש יליף מק"ו מנגיבה א"כ מנלן דש"ח פטור בה וג"ל דהנה רז"ל דרשו [ב"ק סג:] דשוגן טענת גנב בשומר חנם כשבאו עדים שבעצמו גנבה חייב כפל מדכתיב אם לא ימצא הגנב כלומר אם לא ימצא כמו שאסר שנגנבה אלא הוא עצמו גנבה ונשבע לשקר ישלם שנים לרעהו דאם על הגנב עצמו כבר נאמר מקודם ישלם שנים ובטוען טענת אבד ונמצא שנגנבה בעצמו אינו משלם כפל מדכתיב הגנב ביתור ה"א בא למעט טענת אבד א"כ מזה גופא שמעינן דש"ח פטור מאבידה דאל"כ מה שייך למעוטי מכפל הרי בטענה זה נתחייב בקרן אלא ש"מ דפטור בטענת אבד ובא הכתוב למעט שאם טען אבד ונמצא שהוא בעצמו גנבה פטור מכפל ואינו חייב אלא בקרן:

י ומנלן דשומר דינו כש"ש דשמא כיון דכתיב אחר השואל דינו כשואל האמנם מדכתיב אם שכיר הוא בא בשברו כלומר אם שכיר הוא אין לך לחייבו באונסין כשואל דהרי בא בשברו שמשלם להבעלים ואין כל הנאה שלו כשואל אלא אינו חייב רק כש"ש שגם בשם יש הנאת שניהם ולכן כתיב אם שכיר ולא ואם שכיר לחלקו מדין השואל וזה שלא הסמיכה התורה שוכר לש"ש משום דלענין שליחות יד דמי שוכר לשואל ולא לש"ש כמו שבארנו בסעיף ה':

יא פטור דהיה עמו במלאכתו כתיב בשואל ומדכתיב בש"ש כי יתן וגו' ולא כתיב וכי יתן ובשואל כתיב וכי ישאל ש"מ דפטור דשאילה בבעלים קאי גם אדלעיל וכך אמרו חז"ל וי"ו מוסיף על ענין ראשון ועוד דק"ו משואל שכל הנאה שלו פטור אם בעלים עמו במלאכתו מכ"ש ש"ח וש"ש ושוכר:

יב וזה שאמרנו דבמקום שאנשים מצויים לא נפטר בשבועה אלא בעדים כתיב בש"ש ומת או נשבר או נשבה אין רואה שבועת ה' תהיה וגו' ומשמע להריא דכשיש רואה אינו נפטר בשבועה ולמה כתיב זה בש"ש ולא בש"ח משום דבשמירת כסף וכלים הטמונים בבית אין מצוי רואים אבל בשמירת בהמות מצויים רואים וכן כתבה התורה בפרשה שניה דמיירי בבהמות אבל לדינא

אין חילוק לזה בכל הארבעה שומרים וגם אין שום סברא לחלק בזה :

יג ובמה הוא קנין השומרים אמרו רז"ל [ב"ק עט:] כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרין ופירש"י שאין השומר מתחייב בשמירתו עד שימשוך ולפ"ז אין ש"ח חייב בפשיעה וש"ש ושוכר בגניבה ואבידה ושואל באונסים קודם משיכה או איזה קנין אחר כמו במקח וממכר וממילא דהשואל או שוכר פרה מחבירו אינו חייב במוונותיה קודם משיכה וכן אמרו חז"ל [ב"מ נא:] משעת משיכה איחייב לה במוונותיה ומה שאמרו חז"ל דהשומר כשאמר הנח לפני הוי שומר כמו שיהבאר זהו במקום שהמקום קונה כמו ר' אמות בסימטא [סה"מ פ"ב מסכירות] או ברשותו של שומר ועוד יהבאר בזה וזהו דעת הרמב"ם בפ"א משאלה שכתב דמשעה משיכה נתחייב במוונותיה וכ"כ בפ"ב משכירות כשם שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו בשומרים וכן נראה דעת הרי"ף [בספ"ז דב"ק] ויש מי שאומר דאע"ג דבעינן משיכה לא דמי למשיכה דלוקח שצריך שימשוך לרשותו או לסימטא והשומר חייב אף במשיכה להרי"ף דכיון שהוציאו מרשות בעל החפץ חייב [נמק"י שם] ויש חולקין בזה [תוס' ב"ק עט:] [ובב"מ נט: ד"ה כיון בתירוץ שסני כתבו ג"כ בנמק"י ולכן נראלה עיקר לדעה זו] :

יד אבל יש מרבותינו דס"ל דשומר לא בעי קנין כלל ומיד כשאמר הנח לפני החפץ הזה או שקבל עליו לשמור ונסתלקו הבעלים משמירתו חייב בכל דיני שמירה וגם השואל והשוכר בהמה חייב מאז במוונותיה ומה שאמרו חז"ל דחייב מוונותיה הוא משעת המשיכה לאו משיכה ממש בבלוקח דזה הוא משיכתה באומר הנח לפני ונסתלקו הבעלים משמירתן דהא אין זה לקנין לקנותה וכן השוכר והשואל מיד שבקש שישאילנו וישכירנו וא"ל אשאילך ואשכירך וא"ל הנח לפני ונסתלקו הבעלים משמירתן חייבין בגניבה ואבידה והשואל באונסים וזה שאמרו חז"ל שתקנו משיכה בשומרין בבלקוחות זהו שיכולין לחזור בהם עד המשיכה אבל להתחייב בשמירה חייב השומר גם קודם המשיכה ורבינו הב"י כתב בסעיף ה' שתי הדעות ולא הכריע וגדולי האחרונים [ס"ך וסגר"מ] הסכימו לדעה ראשונה ובירושלמי שבועות פ"ח משמע ג"כ כדעה זו [דעת מהרוכ"ס סה סתום' צב"מ לט: וסרח"ם סה וכפ"ו סי' ט"ז וכ"כ ע"מ כתבו סתום' וסרח"ם כדעת רמכוס ע"ם בס"ג ובפ"ם וכפח"כ] :

טו והיה נראה מצד הסברא דלעניין פשיעה גם דעה ראשונה מודה דכשאמר הנח לפני ופשע בה דחייב לשלם מדיני דגרמי ולא גרע מפועל דכששכרו בדבור בעלמא וחזר בו והפועל הפסיד ע"י זה במקום אחר דחייב לשלם לו מדינא דגרמי כמ"ש בסי' של"ג וכ"ש כשא"ל לסמוך עליו ואפילו נאמר דאין זה גרמי ודמי לגרמא בנזקין דפטור מ"מ יש מהראשונים דס"ל דאף בגרמא אם הבטיחו לשמור הגרמא ולא שמר חייב לשלם ולפ"ז מה שתקנו משיכה בשומרין אין זה שייך בש"ח שכל חיובו הוא בפשיעה וכן משמע מלשון הרמב"ם שבתב שם כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו בשומרים האומר לחבירו שמור לי כלי זה וא"ל הנח לפני ה"ז ש"ח עכ"ל אלמא דבש"ח חייב בהנח לפני [ומפרמ"ס נדחקו בדבריו לפרש שזהו במקום שמקום קונה כמ"ש בסעיף י"ג ובב"ק סה דחשיב נס ס"ח ל"ק דלעין זה קנין שימוש עי"ז וחיובו רק מגזרת חכל מכרסב"ח וסס"מ לח משמע כן דחל"ב ל"ק כלל ודוק] :

טז אבל מדברי רבינו הב"י בסעיף ה' לא משמע כן שכתב דיש מי שאומר שהשומר הזה מיד בשקבל עליו לשמור או שאמר הנח לפני ונסתלקו הבעלים משמירה חייב עליו אם פשע אע"פ שלא משך ויש מי שאומר שאינו חייב עד שימשוך ובמקום שמשיכה קונה עכ"ל הרי שבתב דגם בפשיעה נחלקו ודע דכל דיני שומרים אינו רק בממטלטלין ובבע"ח ולא בקרקעות ועבדים ושטרות ולא בשל הקדש ושל עניים ויתבאר בסי' ש"א בס"ד :

יז בנזקין כתיב מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם וקיי"ל דאם רוצה לשלם בממטלטלין יכול לשלם במה שירצה דממטלטלין בל מילי מיטב הוא שאם לא יסכרם בכאן יסכרם במקום אחר ואפילו יש לו מעות יכול לשלם בשוה בכסף ע"פ שומת ב"ד רק אם משלם בקרקע משלם בעידית כמו שיהבאר בסי' תי"ט ורי"ל למדו מהארבעה שומרים כשצריכים לשלם יש להם ג"כ דין זה [ב"ק ס:] וי"א דכשיש לו קרקע או כסף אינו יכול לשלם בממטלטלין [נמ"ם בכס פ"ח סס] ובכל השומרים כששמר או שאל או שכר כלי ונשברה או בהמה ומתה באופן שצריכין לשלם שמין השברים והנבילה ונוטלים הבעלים אותם והשאר משלים השומר עליהם כמ"ש בסי' שד"מ ובגנב וגזלן אינו בן כמ"ש בסי' שנ"ד ושם"ב ובנזקין שמין ובעיסקא שהיא פלגא מלוה ופלגא פקדון כשצריך לשלם משלם החצי פקדון מעידית והחצי מלוה מבינונית כדין בע"ח [ס"ך] וע' מ"ש בסי' תי"ט [ומ"ם סרמ"ח סס בסס כ"ת מינו מכוון לדבלי סתום' רפ"ו דב"ב ובב"ק ע' ד"ס כתבו בסרמ"ח וס"ע] :

יח כל השומרים שנתחייבו לשלם משלמים בשעת הפשיעה והגניבה והאונס כל אחד לפי חיובו ואם הוקר החפץ בשעת הנזק משלם כפי היוקר ואם הוזל משלם כפי הזול ואע"ג דבגזלן כשנשבר מעצמו או נאבד החפץ והוקר אינו משלם רק כשעת הגזילה כמ"ש בסי' שס"ב ולמה יהיה חמור השומר מגזלן אמנם טעם גדול יש לחלק בזה דהגזלן מיד שגזל יצא החפץ מרשות הבעלים ואינו יכול להקדישו ולמוכרו ולכן עיקר חיובו הוא על שעת הגזילה אבל השומר והשואל והשוכר אף שנתחייבו בשמירה משעת שאלה ומשעת שמירה מ"מ עיקר החפץ הוא של בעה"ב ויכול למוכרו ולהקדישו ועיקר חיובו הוא על שעת הנזק ולכן צריך לשלם כפי

העת ההיא אף שנתייקר ועוד דהנזלן אינו שומר וא"א לחייבו על שעת האונס וחיובו הוא על שעת הגניבה והשומר עיקר חיובו על שעת הנזק לכך צריך לשלם כשעה זו [כס"מ] :

יט אם השומר יכול לסלק א"ע משמירתו קודם הזמן שקבע עמו י"א שיכול לחזור בו כפועל דגם הוא ביון שקבע לזמן לא גרע מפועל [רמב"ם קדושין י"ג] וי"א דאינו יכול לחזור בו [סמ"ע פ"ז מהלכה] ואינו דומה לפועל שהשומר אינו עושה מעשה ואין על זה שם עבד דמטעם זה יכול הפועל לחזור בו וכן פסקו רבותינו בעלי הש"ע בסי' רצ"ג ויש מי שרוצה לחלק בין ש"ח לש"ש דש"ש כיון שצריך לשמור יום ולילה כמ"ש בסי' ש"ג דומה לפועל משא"כ ש"ח [מ"מ] ולא נראה כן דא"כ נחלק נ"כ בין שמירת מטלטלין שמוטרם בביתו לשמירה בהמה בשדה אלא ודאי דאין חילוק בזה והבעלים ודאי דיכולים לחזור בהם וגם בש"ש אם משלם לו שכרו עד הזמן שקבע ואין השומר יכול לכופו לשמור דוקא דהזמן הוא לטובת בעה"ב כמ"ש בסי' ע"ד לענין הלואה דהזמן הוא לטובת הלוה ובשואל ושוכר לזמן אין המשאיל והמשכיר יכולים לחזור בהם תוך הזמן כמ"ש בסי' שמ"א אבל השואל יכול לחזור תוך הזמן וכן השוכר אם משלם לו שכרו דהא לטובתו נעשה הזמן ומ"מ בשאילת ושכירה בית אפשר שאין יכולים לחזור בהם אם אין מי שידור בהבית והבעלים מקפידים על זה משום דביהא מיתבא יתיב וכן כל כיוצא בזה ואם לא קבעו זמן יכול כל אחד לחזור בו כל זמן שירצה כמ"ש שם [ודע דלדעת רמבמ"ם מ"ז מהל' שכירות סי"ג ולדעת סמ"ג עשין נ"ח מסיק בגמרין לדעת סמגיף י"ד דלעניין חזקה סומ"ק סייך כלל סמ"ח ודוק] :

כ השומרים שקבעו לזמן אחר שכלה הזמן אין עליהם חיובי השמירה כל אחד כדינו ומ"מ אמרו חז"ל דשואל אחר שכלה הזמן מ"מ דינו כש"ש דהואיל ונהנה ממנו כל ימי השאלה צריך להתנותו לאחר מכאן שיהיה דינו כש"ש כמ"ש בסי' ש"מ ומזה למד רבינו הב"י בסימן שמ"ג דש"ש אחר שכלה הזמן אינו אלא כש"ח ואע"ג דמשואל אין ראיה שיהיה דינו אף כש"ח דהשואל כל הנאה שלו מ"מ פשיטא ליה מצד הסברא דבין דלא השיבו לבעליו אין סברא כלל שיפטור מפשיעה ולפ"ז גם בש"ח הדין כן וכ"ש בשוכר וכ"כ אחד מגדולי האחרונים [ריעב"ץ פ"ו דב"מ] ויש מי שאומר דאפילו ש"ש לאחר הזמן אין דינו כש"ח ולא נהירא [וכ"מ מר"ן בדיני לז' ד"ה לסיכך ומ"ש המחב"ם מתוס' ב"מ מ: ד"ה מ"מ מכתבו למפילו מ"מ מינו מכלס בפשיעה ומס נמחר בסבע"י למס מכוכ בכתב ממיסני דסמ מכרו ליוכ כפיכם"י ויעיש מקודס למינו סייך לכתב כלל וכיס לו לסמוך בעלמו בכתב דלמחזיר לו מינו יכול דסכי לייך לסמוך מחר הכתב] :

כא ש"ח הוא שהפקיד אצלו כסף או כלים או בהמה או כל דבר המטלטל לשמור והיינו שבקשו לשמור לו דבר זה והוא קבל עליו לשומרה שאמר אשמור ואפילו לא קבל בפירוש אלא שא"ל הנח לפני הוי ש"ח דהנח לפני משמע הנח ואשמרנו ואם בעל החפץ לא אמר מפורש שמור לי אפילו א"ל הן עיניך בו אינו כלום [מכילתא] דכתיב כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור וגו' שיאמר לו לשמור ולא שיאמר לו תן עיניך בו [סמ] וכ"ש אם הניח לפניו מתם דאין עליו דין שומר כלל אפילו א"ל הנח לפני [כ"ל] מיהו אם בפירוש קבל עליו לשמור אפילו בעל החפץ לא א"ל כלום ה"ז שומר גמור :

כב ואפילו בקש מחבירו שיתן לו רשות להכנים בהמתו או פירותיו לחצירו ונתן לו רשות ולא פירש כלום בשמירתן אינו חייב בשמירתן כלום אפילו מהיזק שיארע לו מבהמתו דבעל החצר כיון שלא קבל עליו לשמור וה"ק ליה הכנס בהמתך או פירותיך ותשמרם ורבינו הרמ"א בסי' שצ"ח הביא דעת י"א דכשנתן לו רשות להכנים שורו לחצירו חייב בעל החצר בנזקן דאתיא ליה מחצירו דכשא"ל הכנס כוונתו שאני אשמרנו מנזקי חצירי וכן בפירות כמ"ש בסי' שצ"ג ונ"ל מדלא הגיה רבינו הרמ"א בסימן זה סעיף ב' על דברי רבינו הב"י אלו ש"מ דס"ל דאין זה ענין לדיני שומרים וראיה דהא בנזק דאתא ליה מעלמא פטור בעל החצר כמ"ש שם ואי ס"ד דיש עליו דין שומר למה לא יתחייב אלא דכל דבר שמצוי שיארע נזק לזה שהכנים בהמתו או פירותיו מבהמתו של בעל החצר שתננחנו או תאכל הפירות קבל עליו בעל החצר שמירת נזק זה אבל מה שיכול ליארע נזק או פשיעה או גניבה מן הצד אינו חייב עד שיקבל בפירוש לשמור [ומ"ם קוסית סס"ך סק"ם ומס סמדמס סס"ם ול"ז בב"מ פ: יעכמ"ר בסעיף כ"ו] :

כג וי"א דדוקא לחצר אבל אם אחד נתן רשות לאחר להכנים חפציו לביתו אפילו לא קבל עליו בפירוש לשמור חייב בעה"ב בשמירתן [ס"ך בסס סג"מ] וכן עיקר דכן משמע בירושלמי [פ"ס דב"ק] והטעם דדוקא בחצר יכול להיות שהיתה כוונתו אני נותן לך רשות ואתה תשמרנה דבחצר החכל נכנסין ויוצאין ותוכל לשמור אבל בבית אין דרך להתעכב שם בלי רשות מהבעה"ב ואם הבעה"ב לא ישמרנה מי זה ישמור אבל אם א"ל הרי הבית לפניך גרע מנתינת רשות ואינו חייב בשום שמירה [סמ] דלשון זה משמע אם תרצה הניח ואם לא תרצה לא תניח ואני אין לי עסק בזה וכן אם ייחד לו מקום בהבית בגון שא"ל הנח בחדר זה או בזויות זו אינו חייב בשום שמירה רוחו ג"כ בפשוט שאינו מקבל שמירה [ר"ן פ"ק דבסמיס] אלא בחדר זה או בזויות זו אני נותן לך רשות להניח והוא בשלך לענין חפציך [כ"מ] :

כד ובזה שנתבאר בסעיף כ"א דבשבקש ממנו שישמרנו וא"ל הנח לפני הוי ש"ח והו דוקא כשא"ל הנח לפני

לפני אבל אם א"ל הנח לפניך או הנח סתמא או שא"ל הרי המקום לפניך ובחצר ובבית א"ל הרי החצר והבית לפניך אפילו ש"ח לא הוה ואינו חייב שבועה כלל שהרי לא נכנס בגרר השומרין ורק זה יכול להטיל קבלה סתם על כל מי שלקח הפקדון שלו ואינו מחזיר לו ובכ"ז אין חילוק בין ש"ח לש"ש [ס"ך] ואפילו ש"ש אינו מתחייב בשמירה עד שיקבל עליו לשמור או שיאמר הנח לפני אבל בלא זה אינו מתחייב בשמירה ויש מי שאומר שאפילו א"ל אתן לך שכר שמירה כך וכך והשיב הרי הבית לפניך אינו מתחייב בשמירה והשכר צריך ליתן לו בעד הבית ולא נראה כן דודאי בכה"ג או שלא ימוך שכר או יתחייב בשמירתו ורק אם הושוה עמו בעד המקום שכירות כך וכך וא"ל שמור לי וא"ל הרי המקום לפניך אינו מתחייב בשמירה והשכר הוא בעד המקום שהושוה עמו [כ"ל כנ"ל סי"ב"ל סמ"ג סמ"ק סק"ו ע"ש] :

כה וזה שכתבנו דכשא"ל הנח סתם לא הוי אפילו ש"ח זהו דוקא בשוק או בחצר די"ל דה"ק ליה הנח ושמור אבל בדרך וכיוצא בו ודאי קבל עליו שמירה כיון שניסע בדרך ובעל החפץ נשאר בכאן מי זה ישמרנו אם לא היא ולכן גם בחצר ובשוק דכשא"ל שמור לי ואני אלך מכאן וא"ל הנח קבל עליו שמירה ואפילו לדעה שבסעיף י"ג א"צ משיכה בכה"ג [כ"מ] ומעשה באחד שהלך בדרך עם חמורו וא"ל אחד הוליך עמך אלו המנעלים וא"ל הניחם כאן על החמור ועשה כן ולא קבלן בעל החמור בידו אלא כמו שהניח זה את המנעלים על החמור כך הוליכן ולא קשרן והלך לו בעל החמור מן הצד להסך רגליו והניח החמור על אם הדרך ונאבדו המנעלים פסק הרא"ש ז"ל דהוה ש"ח והוא פושע מה שהלך מהחמור וחייב לשלם דבדרך כשמסר לו הוי כמו שא"ל שמור לי וכשא"ל הנח על החמור הוה כאומר אשמור אמנם זהו כשבעל המנעלים לא היה הולך עמו אבל אם היה הולך עמו אינו חייב דהיה לו לש טרן בעצמו [מהמיוחס] וכתב רבינו הרמ"א דיש חולקין וס"ל דאפילו במקום שאינו משתמר לא הוי ש"ח עד שיאמר הנח לפני עכ"ל אבל האחרונים הכריעו דבכה"ג שבעל החפצים לא היה אצל חפציו ליתמאן דפליג וכן בכל מקום שנראה לפי הענין שקבל עליו השמירה דא"א להשמר אם לא יקבל עליו השמירה חייב בשמירה אפילו בהנח סתם אבל אם א"ל הרי החמור או העגלה לפניך אפילו בכה"ג אינו חייב בשמירתן דזהו כא"ל איני מקבל שמירה [כ"ל] :

כו יש שכתבו דזה שנתבאר דכשאמר לו הנח סתם לא קבל עליו השמירה וזהו רק בחצר אבל ברה"ר או בסימטא יש סברא לומר דאף בהנח סתמא הוי שומר דבשלמא בחצר צריך ליתן רשות להניח שם חפציו אבל ברה"ר למה לו לדרוש רשיונו ממילא דכשא"ל הנח היתה כוונתו לשומרו דאל"כ על מה נתן לו רשיון להניח וכן יש סברא להיפך דאף לדעה שבסי' שצ"ג בנתן לו רשות להבנים פירותיו לחצירו חייב בשמירתן מנוקי חצירו מ"מ ברה"ר וסימטא י"ל דבהנח סתמא אינו חייב בשמירה ודוקא בחצר שהוא מקום שדרך להיות נשמר שם בזה קבל עליו שמירה אף בסתם אבל רה"ר דאינו מקום שמירה לא קבל שמירה בסתם. ולי נראה דאע"פ שסברות אלו הם בש"ס [ב"מ פ:] מ"מ מדרבותינו הראשונים השמיטו זה נראה דעיקר הענין כן הוא דהש"ס אומר דכשמירת נזקים שבחצר אין ללמוד לסתם שמירות שהוא אף ברחובות ושוקים מפני שיש להקפד הסברות לכאן ולכאן אבל לדינא בסתם שמירות אין לנו לחייבו בשמירה כשאמר הנח סתם וכמ"ש בסעיף כ"ב וראיה לזה דהא בשמירת נזקין שבחצר יש סברא דחייב בנתינת רשות סתם אע"פ שבעל הפירות לא בקשו לשמור אלא בקשו ליתן לו רשות להכניסם לחצירו ואלו בסתם שמירות כשלא בקשו בעל החצר לשמור פשיטא דאינו חייב בשמירתן אפילו כשא"ל הנח לפני אלא ודאי דאין ענין זל"ז כלל :

כז אם אחד קנה בק"ס חפץ מחבירו ועדיין החפץ אצל המוכר והמעות אצל הלוקח נעשה המוכר ש"ש על החפץ אבל אם קבל המעות או שאינו מקפיד על קבלת המעות והיה ברצונו למסור לו החפץ קודם קבלת המעות אינו אפיכו ש"ח ואם ראובן זיכה חפץ לשמעון ע"י לוי אם שמעון היה בעיר והיה יכול לקבל החפץ מיד לוי אין ללוי דין שומר אבל אם שמעון אינו בכאן נעשה לוי ש"ח על החפץ וחייב בפשיעה ואם שמעון הוא קטן נעשה לוי תמיד ש"ח [כ"מ] ואם לוי אין רצונו לקבל עליו השמירה צריך שיאמר בפירוש אינו מקבל שום שמירה בזה ויראה ראובן החפץ בטובתו של שמעון שיושמר החפץ [כ"ל] וכלל נדול צריך לדעת דבמקום שאין עליו דין שומר אינו חייב גם לישבע דשבועת השומרים אינה אלא בשומר אא"כ טען שהוא בעצמו גנב החפץ או הזיקו בידים דזהו כשארי טענות שבין אדם לחבירו וגם כששלח יד בהחפץ אינו חייב מדין שליחות יד דשומר אלא כנולן דעלמא וכמה חלוקי דינים יש בין שליחות יד דשומר לגולן בגון להתחייב ע"י שליח ולענין לשלם כשעת הגזילה וביוצא בזה [קל"ח] :

כח אפילו כשקבל עליו השמירה אינו חייב אלא כפי שווי החפץ שקבל עליו לשמור ואם בעל החפץ לא גילה לו כל שוויו אינו חייב לשלם רק מה שגילה לו כגון אם נתן לו לשמור דינר של זהב והיה נתון בכיס וא"ל הזהר בו של כסף הוא ופשע בו ונאבד אינו חייב אלא בשל כסף מפני שאומר לו לא קבלתי עלי רק שמירת דינר כסף וכן כל כיוצא בזה מיהו אם הפסידו בידים צריך לשלם כולו דלמה היה לו להפסידו בידים ודוקא כשמברר שהיה של זהב אבל בשבועה אינו נוטל וגם בשואל הדין כן [ס"ך] מפני שיכול לומר אלו הייתי

יודע שהוא של זהב לא שאלתיו ולא רציתי להבנם באחריות זהב ולכן אפילו נודע לו שהוא של זהב אינו חייב רק בשל כסף וכ"ש בשומר [נ"מ] וכן כל קבלת שמירה במעות אין השומר חייב כמעשה שהיה ששמעון קבל ספרים מראובן להוליכן למקום אחר והיה לו לעבור דרך מקום נזלנים שנוטלים בעלילה וכל העובר דרך שם ממטין סחורתו ושמעון היה ש"ש ומעון ראובן ששמעון פשע במה שלא נזהר בהם כדרך שארי סחורות ושמעון מתען שאתה פשעת במה שהגדת לי שאין נותנין עין על ספרים ולכן לא שמרתי א"ע ואלמלא הגדת לי שהם צריכים שימור רב מהנזלנים לא הייתי מקבל עלי ופסקו שהדין עם שמעון וכן כל כיוצא בזה והרי קנין במעות חוזר וכ"ש שמירה בטעות וכל מקום שא"ל שהשמירה קלה ונמצאת כבדה אינו חייב בשמירתה ומ"מ נ"ל דאם ביכלתו להודיע להבעלים שאינו מקבל שמירה כזו ולא הודיעו ה"ל פושע דשמא באמת לא ידעו הבעלים שהשמירה כבדה:

כט כיצד דרך השומרים הכל לפי הפקדון יש פקדונות שדרך להניחן בבית שער כמו קורות ואבנים שמפני כובדן מניחין אותן סמוך לרח"ר ויש פקדון שדרך שמירתו להניחו בחצר או בבניינים שבחצר כמו חביות פשתן הגדולים וכיוצא בהן ויש שדרך שמירתו להניחו בבית כמו בגדים ויש שדרך להניחו בתיבה או בארגז ונועל עליו כמו בגדי משי ובגדים הנעשים מחוטי כסף וזהב וכיוצא בהם מהפצים יקרים:

ל יש שכתבו דבגדים אין להטמין בתיבה דסתם תיבות חתורות הן אצל העכברים ויקלקלו הבגדים וצריך להשימן על גם וכיוצא בזה לתלותן על הכותל במקום שאין עכברים מצוים ויש שכתבו דדוקא כשיש בהתיבות דבר מאכל דאל"כ אין עכברים נכנסים להתיבה וכשיש מים סמוך לתיבה מותר להניחן אפילו בהתיבה דעכברים אין אוכלין בגדים רק כשצמאים למים ולכן כשיש מים סמוך לה לא יאכלו הבגדים [ב"ח] ובגדים התפורים עם עורות שועלים ושארי חיות צריך ליזהר בשמירתן ביותר דהשערות מתקלקלים אם אין המקום מצונן ולא יהא שם לחלוחית מהכותל ואין באלו דברים נדר וגבול אך כלל יש בזה שאם הניח הפקדון במקום שאין שמירתה טובה אף שהניחה עם הפצים שלו ס"מ חייב דבשלו יכול לעשות כרצונו ולא בשל אחרים:

לא אמרו חז"ל דכספים ודינרים ולשונות של זהב ושל כסף ואבנים טובות ומרגליות אין להם שמירה אלא בקרקע ויתן עליהם טפח עפר ובמקום דשכיחי רמאין הבקיאין לחפוש בקרקע יטמינם בכותל בטפח הסמוך לקרקע או בטפח הסמוך לקורה וכל מה שמעמיק בעובי הכותל עדיף טפי ובדיעבד אפילו לא נתנם בעובי הכותל באמצעה רק שהכניס טפח בעוביה דיו אבל לא יפחות באמצע גובה הכותל שמא יחפרו הגנבים ויננבו ואפילו הניחם בתיבה ונעל עליהם כראוי או החביא אותם במקום שאין אדם מכירו ולא מרגיש בו ס"ם ה"ז פושע וחייב לשלם לבד המפקיד אצל חבירו כספים בע"ש סמוך לבה"ש וי"א דאפילו אחר חצות היום בע"ש אינו חייב לטרוח ולקבור אותם עד מוצאי שבת ואם נתאחר למ"ש כדי לקברם ולא קברם וננבו או נאנסו חייב דתחלתו בפשיעה הוא ואם המפקיד הוא ת"ח אינו חייב עד שישהה אחר שיבדיל כדי לקוברן דשמא צריך מעות ליין להבדלה דת"ח אינו סומך על שמיעת הבדלה מאחרים [סמ"ע] וי"א דה"ה אם הנפקד הוא ת"ח משום דה"ח אינו עושה עוברין דחול קודם הבדלה על הכוס אף שמרינא מותר לעשות מלאכה אחר הבדלה דתפלה כמ"ש בא"ח סי' רצ"ט וזה שכתבנו שת"ח אינו סומך על שמיעת הבדלה מאחרים יש מפקפקים בזה דלמה לא יסמוך אם לא שיש לו בגי בית שצריך להוציאם [מג"א סי' ל"ו סק"י] ולפ"ז נם באינו ת"ח הדין כן וכ"ז הוא לפי דינא דגמ':

לב וכתב המור וז"ל כתב הרב ר"י ברצלוני וראי כך הלכה דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע אבל כך קבלנו מרבותינו שלא נאמר זה אלא במקום שגנבים מצויים ואנשים רמאים שמחפשים אחריהם אבל במקום דליכא כל הני א"צ לכסותו בקרקע אלא מניחם במקום שמניח מעותיו ולא עדיף מדידיה וע"ז נכסו קדמונינו וכתב א"א הרא"ש ז"ל וראוי לסמוך על קבלתו דהרי איתא בירושלמי אם נתנו במקום שראוי להניח שלו פטור עכ"ל וצריך להניחם במקום המשתמר כפי דרך המקום וכפי הזמן שהוא מפקיד וכן כתבו עוד מרבותינו דדוקא בומנם שהיה להם בתים רעועות אבל האידנא א"צ שמירה בקרקע [סמ"ע]:

לג ואפילו בזמן הגמ' לא אמרו בכספים אין להם שמירה אלא בקרקע אלא במפקיד סתם אצל חבירו לשמרם אבל מפקיד מעות אצל חבירו כדי להתעסק בהם ולהרויח פשיטא דהוי כמו א"ל בפירוש שאינו מצריכו לקבור בקרקע ובכל הפקדונות אם התנה הנפקד ע"מ שלא אממנם בקרקע וכן כל דבר שהתנה עמו בנתן שיניח הפקדון עם שלו או איזה תנאי אחר הכל לפי תנאו דבכל מה שמתנין בדבר שבממון תנאו קיים ואין חילוק בכ"ן בין ש"ח לש"ש:

לד המפקיד כספים אצל חבירו בדרך להוליכם לביתו או ששלח עמו מעות ממקום למקום צריכים שיהיו צרורים ומונחים בידו אם המקום קרוב שנאמר וצרת הכסף בידך אע"פ שצרורים יהיו בידך או אם המקום רחוק צריך שיהיו קשורים בראשו על בתנו מכנגד פניו ער שיניע לביתו ויקברם בראשו לפי זמן הגמ' או להטמינם במקום יפה לפי מנהג זמיננו ואם לא קשרם בדרך הזאת אפילו נאנסו חייב לשלם שהרי התלתו בפשיעה ויש שכתב דגם בזה אם הניח במקום שהניח מעותיו דפטור [ב"ח]:

לה כשמוליך מעות בדרך וצריך לישן אין להם שמירה

רק שיתפוך אותם בכנדו שעל החזה ויישן בהכנד אבל בסכנסים אף שתפך פי הכיס אין זה שמירה דבקל יוכל הגנב לחתכו ולסיול המעות וכן בהכנד העליון אף בכיס שאצל החזה וישן בו אין זה שמירה רבין שאין הכנד דבוק להגוף יכול הגנב לחתוך פי הכיס ולסיול המעות וכ"ש להניחם תחת מראשותיו אינו שמירה כלל ולהניחם בכנד וטונח בצד כריסו אפשר דהוה שמירה וכן כשהולך בדרך צריך להלותן בכיס תחת בגדיו לפניו ולא לאחריו וכן אם תפורים בהסכנסים בעת שניעור הוה שמירה מעולה אבל כשאינם תפורים אין זה שמירה וכן בשאר חפצים צריך שמירה מעולה דכמעות א"א לשמרם והכל לפי הענין ואם עשה שלא כהונן אף שגם בשלו עשה כן חייב לשלם ווה שכתבנו שאם שמרם כשלו היו שמירה ופטור והו כשעכ"פ היתה שמירה סעולה כדרך בני אדם ואין חילוק בכ"ז בין ש"ח לש"ש:

לז המפקיד אצל חבירו בין כלים בין מעות ואמר תן לי פקדוני וא"ל השומר איני יודע היכן הנחתיו או באיזה מקום קברתי הכספים המתן לי ער שאבקשם ואמצאם ואחזירם לך ה"ז פושע וחייב לשלם מיד כשפשע וא"צ הנפקר להמתין לו ער שימצא דבל לא ידענא פשיעותא היא והוי כמזוק וחייב אפילו כשהיה שמירה בבעלים [כ"מ] ושומר שאינו יודע אם ננגב בפשיעה או באונס צריך לשלם דהא מחייב לישבע שבועת השומרין ואינו יכול לישבע כיון שאינו יודע ודאי שבאונס ננגבה ומתוך שא"ל כמ"ש בסי' ע"ה [סמ"ע] ודוקא כשיודע שננגב הפקידון אבל אם אינו יודע כלל שננגב פטור כמ"ש בסי' רצ"ח וכן כשטוען שלא הבין דבריו שבהשטר או שבהמכתב וסבור היה שכוונתו כך וכן ולכן עשה מה שעשה אם לשון הכתב אינו סובל פירושו לפי ראות המבינים הוי פושע וחייב דבל לא ידענא פשיעותא היא [ס"ך]:

לח באו עליו ננבים וננבו הפקדון ואם היה ציעק היו באים בני אדם להציל מידם כשהלכו עם הגניבה חייב דפשע בזה שלא צעק ואפילו באו עליו אנסים חייב לצעוק שיבואו אנשים לעזרו לעמוד כנגדם ואם היה אפשר לו לעשות כן ולא עשה חייב אא"כ היה לו סבנה לצעוק שלא יהרגוהו או שלא יכוהו ודוקא אם היה מוצא אנשים שיעזרו לו בהנם חייב השומר חנם לעשות אבל אם לא היה מוצא מי שיעזרו אלא בשכר פטור דלשכור אנשים אין הש"ח חייב אבל ש"ש חייב גם לשכור אנשים ויתבאר בסי' ש"ג וה"ה בשוכר וש"ח ששכר אנשים להציל והציל פשיטא שהבעלים צריכים לשלם הוצאותיו ער כדי שווי החפץ [מסרי"ק קנ"ס]:

לט קיי"ל דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב ודוקא כשיש סברא לומר אלו לא פשע בה היה אפשר שגם האונס לא היה נארע כגון שהניח החפץ במקום שמשמור לגבי נניבה ואינו משומר לגבי דליקה שאש מצוי שם תמיד והוה פושע לגבי שריפה ולבסוף ננגבה כמעשה שהיה באחד שהפקיד מעות אצל חבירו והניחם במחיצה של קנים ששמירה מעולה היא לגבי נניבה אבל איש מצוי שם וננגבו משם ואמרו חכמים אע"פ שהו שמירה לענין נניבה אינה שמירה כראוי לשריפה ופושע הוא בתחלתו ולכן אע"פ שסופו באונס לענין נניבה ס"ם חייב דיכול להיות אם היה סטמינם במקום אחר כמו בקרקע לא היה בא האונס ג"ב שלא היו ננגבים משם וכן כל ביוצא בזה שאם פשע בו וא שמרו כראוי לענין אחר אע"פ שלבסוף נאבד באונס בענין אחר נחשב פושע וחייב לשלם אם רק נוכר לומר שבלא הפשיעה היה באפשרי שגם האונס לא היה נארע וכן כשאנסו ליסמים במקום שאינו שמור מגניבה ויכול להיות שאם היה מפקידם במקום השמור מגניבה לא היו באים הליסמים על אותו מקום הוה תחלתו בפשיעה וחייב:

מ וכן כששמר בהמה במקום שמצוים ננבים ואין מצוים זאבים דלגבי זאבים הוי שמירה מעולה ולבסוף אירעו שם זאבים ואבלוה חייב דאולי אם היה שומרה במקום השמור מננבים לא היו באים שם הזאבים וכן להיפך אם שמרה במקום שמצוים זאבים ואין מציין ננבים ולבסוף ננגבה ג"כ חייב דהוה תחלתו בפשיעה לגבי זאבים ואולי אם היה שומרה במקום השמור מזאבים לא היו באים הננבים שמה אבל דבר שבהכרח שאונס זה שאירע היה נארע גם במקום אחר אפילו פשע בה ולא שמרה בלל כגון שיצאת לאנס במקום דשכיחי ננבים וזאבים ומתה שמה כדרכה פטור אע"פ שתחלתו בפשיעה גמורה מ"ם פטור שהרי אונס מיתה שאירע שמה היה נארע בכל מקום דמלאך המות מה לו במקום זה או במקום אחר ולא אסרינן דהבל האנס היה קשה לה [כ"מ לו:] אם לא שיודע שההבל של אותו מקום מזיק לבהמות דפשיטא דחייב:

מא וכן אם שמר בהמה בשדה והעלה אותה לראש ההר ונפלה ומתה אם בהר היה מרעה יותר טובה מבעמק אין זה פשיעה בלל דהא עשה כראוי ובהנפילה אנוס הוא אבל אם לא היה שם מרעה טוב יותר ה"ז פושע במה שהעלה אותה ולכן אף אם בהנפילה היה אנוס שלא היה יכול לתקוף בה שלא תפול חייב משום תחלתו בפשיעה [סס כתוס'] וכ"ש אם לא היה אנוס גם בהנפילה שהיה ביכלתו לתוקפה שלא תפול דחייב אף במרעה טוב דזהו גופא הוי פושע ואם מתה שם כדרכה פטור בכל ענין דהא אין האונס בא מחמת הפשיעה ואם מעצמה עלתה לראש ההר אם השומר תקפה ולא הניחה לעלות והיא הקפתו ועלתה ונפלה הוי אונס נמור ואפילו היה ש"ש פטור ואם עלתה מעצמה והשומר לא מיחה בה והיה ביכלתו לתוקפה שלא תעלה אם ש"ש הוא חייב וש"ח פטור דנהי דאין זה אונס מ"מ גם פשיעה לא הוי

פיון שלא העלה אותה בעצמו וזהו כעין נגיבה ואבידה וכן כל כיוצא בזה :

מא וכן ש"ח שהניח הבהמה בשדה ונכנס לעיר ובא ארי ודרסה או זאבים וטרפוה אם נכנס בשעה שדרך בני אדם השומרים נכנסים להעיר פטור בכל ענין אפילו אם היה יכול להציל מהם אם היה שם דהא שמר כדרך שימרי בהמות ואם נכנס בשעה שאין דרך ליכנס רואים אם היה יכול להציל כשהיה שם חייב ואם לאו פטור דהרי האונס לא בא מצד הפשיעה דאף אם לא פשע ולא היה נכנס לעיר לא היה מציל מהם ואין אומרים אלו היה שם היה נעשה לו נס כמו שאמר דוד גם את הארי גם הדוב הכה עבדך ראין לנו לחייבו מטעם זה ויש חולקין וס"ל דכיון שהיה תחלתו בפשיעה מטילין על האונס כל מה שביכולת לתלות אפילו מציאת רחוקה ורק במיתה דסעיף ל"ט אין מה לתלות דלמלאך המות אין חילוק בין מקום למקום אבל בזה תלינן וכ"כ הטור בשם הראב"ד ורבינו הב"י פסק כדעה ראשונה דמם"נ אם נתלה במציאת רחוקה נתלה גם המיתה בהאויר אף שאין רואין שינוי מ"מ הרי יכול להיות שינוי מאויר לאויר וכא ימלט שממקום למקום אין הפרש קצת בין אויר לאויר ומ"מ נ"ל דדעת רבינו הרמ"א לפסוק בש"ח כדעה ראשונה ובש"ש כדעה אחרונה ולכן כתב דעה זו בסימן ש"ג ולא בסימן זה :

מב וזה שנתבאר בסעיף ל"ט דכשפשע בה ויצאת לאנס וננגבה משם חייב ואם מתה פטור מ"מ אם נגבה הגנב משם ומתה בדרכה אצל הגנב חייב וכא אמרינן הא אפילו לא נגנבה היתה מתה דכיון שנגנבה הרי אבודה היא ביד הגנב ואפילו אם לא היתה מתה וחייב על שעת הגניבה וכן כל כיוצא בזה כשהיה תחלתו בפשיעה וסופו באונס ונעשית הפשיעה ואח"כ נתהוה גם האונס חייב אפילו אם אין האונס מצד הפשיעה דכיון דנעשית הפשיעה חייב על שעת הפשיעה דמשעת הפשיעה הוי באבוד ונם בש"ח הדין כן ורע שיש מי שרוצה לומר דבאונס דלא שכיח כלל לא אמרינן תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב אף באונס שמצד הפשיעה ואינו כן [ש"ך] :

מג שומר ששמר במקום הראוי ואירע אונס פשיטא שפטור גם ש"ש וס"ט נ"ל דאם היה להשומר מקום היותר שמור מזה המקום כמו העשירים שיש להם תיבות ברזל שאין האש שולט בהם והוא שמנם במקום אחר השמור ג"כ מגנבים ונתהוה דליקה אף דדליקה הוי אונס ס"ם אם הוא ש"ש חייב דהש"ש יש לו לשמור שמירה היותר מעולה אבל ש"ח פטור כיון ששמרם במקום הראוי וכן כל כיוצא בזה :

מד קי"ל דשומר שמסר לשומר חייב ולא מיבעיא ש"ש שמסר לש"ח דגרועי גרעיה לשמירתו אלא אפילו ש"ח שמסר לש"ש חייב וכנמ' [סס] יש בזה שני פעמים אביי סבר משום דהנפקד יכול לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ורבא ס"ל מפני שיכול לומר לו אתה נאמן אצלי בשבועה והוא אינו נאמן אצלי ולטעם זה אם הראשון היה בעצמו בעת האונס או בש"ח בעת הנגיבה שיכול הוא לישבע או שיש עדים על הנגיבה והאונס ואין אנו צריכין לנאמנותו של שני פטור הראשון [תוס' סס] וכן הלכה [סס] אבל לטעם הראשון היה פושע בזה שמסרו ליד אחר וחייב בכל ענין משום תחלתו בפשיעה וסופו באונס ואולי אצל הראשון לא היה נארע אונס זה אבל לטעם שני אין זה פשיעה כלל [רמ"ם] ואע"ג דטעם שאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר יש במשנה [ניטין כ"ט] ובנמ' [סס י"ד] זהו ודאי דכן הוא אבל הכל הוא מפני העדר אמונתו להשני וה"פ אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר כי אינני מאמין לו אבל במקום שא"צ לנאמנותו אין זה כלום ושומר שהשאיל והשביר לאחר חייב בכל ענין דזהו שליחות יד ויתבאר בסי' ש"ו סעיף ו' [ומ"ם סמוס' בב"מ ל"ו· למסור להפקיד ביד אחר זהו למכיי פ"ם ודוק] :

מה מדברים אלו שהקדמנו נ"ל דשומר שרצונו לקבל עליו אחריות אם השני יאבדנו באונס ולא יהיה לו עדים ונם הוא לא יהיה ביכלתו לישבע רשאי למסור הפקדון לאחר וזה שנתבאר בהרמב"ם וש"ע סעיף כ"א דהוה פושע הכוונה הוא דהוא בעצמו פשע שיצטרך לשלם כש"א יראה בעצמו ולא יהיו עדים ומדברי רבינו הרמ"א בסי' שמ"ב יש ראיה לזה כמ"ש שם ועוד ראיה לזה דאל"כ אלא דזה מקרי פשיעה א"כ איך פטרינן ליה כשיכול לישבע או כשיש עדים נימא תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב כשיש לתלות שהאונס לא היה נארע בבית הראשון ועוד דחז"ל אמרו [ניטין סס] אין השואל רשאי להשאיל ואין השומר רשאי להשכיר לישמעינן רבותא יותר שאפילו שומר אינו רשאי למסור לאחר אלא ודאי דזהו רק בשואל ושומר שמשתמשין בהחפץ אין רצונו שאיש אחר ישתמש בו אבל בשמירה אין לו נ"מ אם לא יצטרך לנאמנותו של השני [ור"ן דלמר סס בניטין כתן סנס ר' לח למתני לנמרי קתמר ור"י מס·בו דסל"מ סות לסנס ונסס"ק סמיטת מיכול סנסקה לקבל בחזקה ולה סמסרי"ף בב"מ סס מסמע דלכסחלה מיבו רסמי למסור למחר ונסס כתן סמרס דנס רבה מודס לכסחלס לבל מתוס' ורס"ם לח מסמע כן וגס לסרי"ף תין זס סמיטה בדיעבד] :

מו ואע"פ שכן נ"ל מ"ם למעשה איני אומר דבר זה מפני שהלשון של רבותינו בעלי הש"ע אינו מורה כן ולכתחלה אסור לשומר למסור לאחר וכן משמע מרמב"ם פ"א מטכירות [ודבדי סרמ"ח בסי' ל"ח נמבחר סס נס"ד] וזה דלא חשבינן כתחלתו בפשיעה מפני שאין זה פשיעה גמורה זצ"ע :

מז שומר ששמר לשומר חייב אפילו ש"ח ששמר לש"ש משום דאומר לו את מהימן לי בשבועה והיאך לא מהימן

מהימן לי בשבועה ואפילו ירוע שהשני טוב וכשר יותר מהראשון מפני שלכל אדם יש רשות להאמין מסמונו למי שירצה ום"מ אם פשע השני רצה נוכה מהראשון ואם רצה נוכה מהשני ואינו יכול לומר לאו בע"ד דידי אה [ס"ך] כמו בשוכר פרה מהבירו והשאילה לאחר שיתבאר בסי' ש"ז וחיובו הוא מדר' נתן כמ"ש בסי' פ"ו דהא השני הוא שומר של הראשון [כה"מ] ולכן אם הראשון היה ש"ח והשני ש"ש ויש ערים שנגנבה משלם השני אע"פ שהראשון פטור מנגיבה מ"מ כיון דהשני חייב להראשון לשלם מחילא דההשלומין להבעלים דאין הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו כמו בשם לענין אונס [כ"ל] ומיהו שומר שמסר לשומר לפני המפקיד ולא מיחה בו פטור ואין דינו אלא עם השני ואם מסר שלא בפני המפקיד רק אח"כ הודיע זה להמפקיד אין שתיקתו כהודאה וחייב הראשון ומה ששתק לפי שהיה אחר המעשה אא"כ הסכים בפירוש [סמ"ע סי' קפ"ו סקל"ד] :

מה בין שאין החיוב רק משום נאמנות לפיכך אם דרך הבעלים להפקיד אצל השני דבר ששוה בהפקדון הזה פטור השומר הראשון מלשלם אבל ביותר מסכום שרגיל להפקיד אצלו יכול לומר דעל סך כזה אין רצוני ליתן לו נאמנות וכן אם ירוע שזה הנפקד אינו רגיל לשמור בעצמו אלא מוסר פקדונותיו לאחרים דינו של המפקיד עם השני וכשראשון מסר לשני והראשון היתה שמירתו בבעלים דפטור מכל דבר והשני היה שלא בבעלים חייב השני כיון שאין בו פטור זה והתשלומין ב"ב להבעלים [ס"ך] וזה שאמרנו שכשרגילים הבעלים להפקיד אצל השני פטור הראשון זהו דוקא כשלא איתרע חזקת נאמנותו של השני בינתים [כ"ו] :

מו וזה שאמרנו דברגיל להפקיד אצלו דינו רק עם השני זהו כשלא המעיט הראשון בשמירה אבל כשמיעט שהוא היה ש"ש והשני ש"ח או שהראשון הוא שואל והשני ש"ש או שוכר דינו כאינו רגיל להפקיד אצלו דהבעלים יכולים לומר כיון שבפעם הואת רציתי להחמיר בשמירה פשעת שמיעטת בשמירה ובכה"נ אין רצוני עהה גם אצל השני אף שאני רגיל להפקיד אצלו ואם אין עדים על האונס או בשואל שמתה מחמת מלאכה צריך הראשון לשלם ואף שהראשון היתה שמירתו בבעלים מ"מ חייב הראשון דפטור זה לא מהני לפטור האונס שהיה אצל השני [כה"מ] אבל אם יש עדים שהשני שכר כראוי נפטר השומר הראשון דבעיקר הענין אין זה פשיעה ממש בכ"ש במעיף מ ה ואפילו לא היו שם עדים אם השומר הראשון ראה ויכול הוא לישבע ה"ז נשבע ונפטר כמ"ש שם ויש מי שאומר דכשמיעט בשמירתו הוה פושע גמור וחייב הראשון בכל ענין ואינו כן [ס"ך] דזה לא הוה פושע רק שאין לו נאמנות על השני וכמ"ש ואדרבא יש מהפוסקים שסוברים דברגיל להפקיד אצלו אף כשמיעט בשמירתו פטור הראשון בשבועתו של השני והעיקר כדעה ראשונה [עמ"ס סגל"ח כס"ק מ"ו ומ"ז ונע"ב] :

נ שומר שמסר לשומר אחר שרגילים הבעלים להפקיד אצלו אע"פ שאמרנו שדינו עם השני מ"מ אם השני פשע ואין לו במה לשלם חייב הראשון לשלם ואפילו לדעה שיתבאר דבאשתו ובניו כשאין להם לשלם פטורים הבעלים זהו דוקא משום דכל הפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד כמו שיתבאר והוה כא"ל בפירוש תוכל למסור לאשתך ובניך אבל במסר לשומר אחר נהי דרגיל להפקיד אצלו מ"מ הא לא א"ל שימסור לו ולמה יפטור הראשון כשהשני פשע ואין לו לשלם הלא הוא השמר שלו ולא השני [סמ"ע סי' ע"ב סקס"ו] ויש חולקין ום"ל דדין זה כדין אשתו ובניו דגם זה הוי כהרשה למסור להשני [ס"ך סס ס"ק קל"ד] אבל בשואל שהשאיל לאחר אפילו היו הבעלים רגילים להשאילו ונאנסה ואין לו במה לשלם דשואל לאו ממעם שמירה חייב אלא משום דאונסי החפץ עליו [כה"מ] וכ"ש בש ש שמסר לש"ח הרגיל להפקיד אצלו וננגנבה דחייב הראשון מעיקר הדין ולא השני והשומר שהשכיר לאחר הרגיל להשכירו דינו כשואל [כ"ל] :

נא שומר שמסר לשומר שרגילים הבעלים להפקיד אצלו שדינו עם השני כמ"ש והשני אינו רוצה לישבע או שהלך למדה"י והראשון רוצה לפטור א"ע בטענה שמא נאנסה מהשני או שמא פשע בה והוא חייב לשלם אין זה טענה נכונה דהרי כבר נתבאר בסעיף ל"ו דשומר כשאינו יכול לישבע משלם והבעלים הלא תובעים אותו שבועת השומרים ומתוך שאיל"מ ואין לומר כיון שמסרו ליד מי שרגיל להפקיד אצלו הוה טענת הראשון כאיני יודע אם נתחייבתי לך דפטור דאינו כן דמשעה שמסר לו לשמור יש לו עליו תביעה וכשמשיב לו איני יודע הוה כאיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם כמ"ש בסי' ע"ה [ס"ך] וי"א דאין זה רק כשהבעלים טוענים טענת ברי אבל בטענת שמא גם באיני יודע אם פרעתיך פטור ויש חולקין בזה דכיון דנעשה שומר אינו נפטר אלא בשבועה או בתשלומין וכל שבועת שומרין הוא בטענת שמא [ע"ס] מיהו אם נתן לו בפירוש רשות למסור לאחר אפילו טוען ברי וזה אומר איני יודע פטור דכבר נתבאר בסי' ע"ה דהטעם באיני יודע אם החזרתי שחייב מפני דמטענת איני יודע אם החזרתי הוה טענת רעוע ובמקום דבאמת לא הו"ל למידע פטור וה"נ כשנתן לו רשות למסור לאחר מטענתו טובה כשאומר איני יודע דהא לא הו"ל למידע [נס"ג] ואין לו להבעלים רק לכוף להשני לישבע או לשלם :

נב כל המפקיד אצל בעה"ב סתם על דעת אשתו ובניו ובנותיו ובני ביתו הגדולים הוא מפקיד בין שהפקיד כלים בין מעות דכל אדם יודע שאין הבעה"ב בעצמו שומר תמיד לבדו וסומך על אשתו וזרעו ובני ביתו והוה כא"ל מסור השמירה לאלו ואין חילוק בזה בין

ש"ח לש"ש [ס"ך ס' ע"ב ס"ק קל"ו] ויש מחלקין וס"ל דש"ס צריך הוא לברר לשמור [כנ"ס] ואם מסר לבניו ובני ביתו הקטנים או לעבדיו הכנענים בין גדולים בין קטנים או לאחד מקרוביו שאינם עמו בבית ואין סמוכין על שולחנו וכ"ש אם מסרו לאחר ה"ז פושע ואין אנו נותנים נאמנית להשני שיפטור הוא ע"פ שבועתו של השני ולכן חייב לשלם אא"כ הביא השומר השני עדים שלא פשע ובשומר שכר שנאנסה או אם הראשון עצמו יכול לישבע כמו שנתבאר בסעיף מ"ד וכן אם ידוע שגם מעותיו אינו מופר לבני ביתו גם הם דינם כאחרים וכן אם הניח אחרים ליכנס במקום שהפקדון מונח אע"פ שאינם בחוקת גנבים מ"מ הוי פשיעה וחייב לשלם כשנגנבה אבל במי שידוע כודאי שאין דרכו לשמור בעצמו פקדונותיו ורגיל למסור ביד אחר שאינו שרוי בביתו ואינו סומך על שולחנו דינו כמופר לבני ביתו כמ"ש בסעיף מ"ח:

נג וכמו שהמפקיד מפקיד על דעת אשתו ובניו של הנפקד כמו כן כשהנפקד החזיר הפקדון לאשת המפקיד פטור והוה כהחזיר להמפקיד עצמו ואע"ג דבשואל קי"ל דלא מהני אם החזיר לאשת המשאיל כמ"ש בסימן ש"מ והו רק בשואל מפני שכל הנאה שלו החמירו עליו אבל לא בשארי שומרים וי"א דאף בפקדון לא יצא אא"כ אשתו נושאת ונותנת במפתחות אבל בסתם נשים לא [ס"ך סס] והוה כפרעון של הלואה בסי' ק"ך ולפ"ז כשהחזיר הפקדון לבניו ובני ביתו של המפקיד ודאי דלא יצא ולא דמי חזרה לשמירה דכשמירה יודע המפקיד שא"א להנפקד לשמור בעצמו יום ולילה ובהכרח למסוך על בני ביתו אבל בחזרה שהיא אך רגע מחוייב להחזיר להמפקיד בעצמו ואפשר דגם לרעה ראשונה לא מהני בחזרה רק לאשתו דאשתו בגופו ולא לבניו וב"ב [וס"ק סמסיס לפס סעיף ל"ב] ומה שבפרעון חוב לא מהני אף לאשתו בשאינה נושאת ונותנת יש לחלק בין הלואה לפקדון לרעה ראשונה והלואה הוי כשאלה:

נד מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חבירו ונתנם השומר לאמו והחביאה אותם ולא סמנתם בקרקע וננגבו והוא היה ש"ח ואמרו חכמים דאין השומר חייב לשלם דהרי כל המפקיד ע"ד בני ביתו הוא מפקיד והרי מסרם לאמו ואף שלא אמר לה שהם מעות פקדון שתזהרי בהם אין זה פושע שיכול לומר שסבר שאם לא יניח לה שהם של אחרים ותסבור ששלו הם תזהר ביותר ודוקא ש"ח פטור אבל אם היה ש"ש חייב אף כשנאנסו מידה דלנבי ש"ש פשיעה היא במה שלא הודיע לה שהוא פקדון ונוטל שכר והוה תחלתו בפשיעה והאונס יכול להיות שלא היה נארע אם לא הפשיעה [כנ"ל בכוונת סמק"י סנס"ך סק"ג] ואמרו חכמים דגם אמו אינה חייבת לשלם שהרי לא אמר לה שהם פקדון וכיון שמסרה ששל בנה הם אינה פושעת במה שלא סמנתם בקרקע דסברה שבנה צריך המעות לעסק שירעה שהוא רגיל לעשות עסקים ולכן המסינתם בארנו שלה להיותם מוכנים כשידרשם [סמ"ע] ואין המפקיד יכול להשביעה שהבן לא אמר לה שהם פקדון שהרי והו מענת שמא שהרי אינו יודע אם הבן אמר לה אם לאו ויא אינה שומרת שלו שתתחייב שבועה על מענת שמא אמנם אינה פטורה משבועה זו אלא כשיש עדים על הנגיבה אבל אם היא צריכה לישבע על הגניבה דבוה בהברח להשביעה גם בשמא כדין השומרין דהא עכ"פ היא שומרת הממון יכול להשביעה גם שבועה זו ע"י גלגול [ס"ך] ואע"ג דמענת שמא אין משביעין גם בגלגול בלא רגלים לדבר כמ"ש בסימן צ"ד ס"ם בשבועה שומרים שעיקר שבועתם הוא בשמא מגלגלין גם בכה"ג [נס"מ] וכן אם הבן טוען ברי שאמר לה שפקדון הוא צריכה לישבע היסת נגד מענת הבן [ס"ך] ופסקו חכמים שהשומר ישבע שאותם המעות עצמן מסר לאמו ואמו תשבע שהחביאה אותם במקום משומר כמו בארנו וננגבו רק אם היתה יודעת שזהו פקדון היתה מחוייבת להסמינם בקרקע לפי זמן הגמ' ואם הביא עדים על הגניבה פטורה משבועה ואו נפטרים שניהם וכשתשבע על הגניבה צריכה לישבע נ"כ שנתנם במקום המשומר אלא שלא סמנתם בקרקע דאל"כ שמא לא שמרתם כלל וחייבת לבנה והוא ישלם להמפקיד ואפילו נאנסו מידה חייבת כשלא שמרתם כלל דהוה תחלתו בפשיעה ודע דלפי זמנינו שאין טומנים מעות בקרקע לא משכחת לה להאי דינא כלל דמ"ב אם שמרה במקום שוירכם לשמור מעותיהם פטור גם בפקדון ואם לאו חייבת אף כשמפורת ששל בנה הם וגם לומן הגמ' אינו אלא במעות או בחפץ שאינו מסוים אבל בחפץ מסויים נשבעת אמו שחפץ זה מסר לי בני ושמרתיו כראוי וננגב או נאנס ואו אין אנו צריכין לשבועתו של הראשון [כ"ל]:

נה מבאן אתה למד שהשומר שמסר הפקדון לאשתו וב"ב והודיעם שהוא פקדון ולא שמרו כראוי שחייבים לשלם לבעל הפקדון והבעה"ב פטור מפני שמפקיד על דעת בני ביתו ואם אין להם לשלם חייב הוא לשלם דאל"כ כל פקדון שביד אדם יאכלום בניו וב"ב ועפ"ם רוב אין להם בסה לשלם ואם גם הוא יפטור לא שבקת חיי ובשידעו שהוא חייב לשלם יוהרו בו ואף שלא הזהירם שהוא פקדון ואכלום או אברום ואין להם לשלם חייב הבעה"ב לשלם [ס"ך] וי"א דכשאין להם לשלם מ"ם הוא פטור דכיון דמפקיד על דעתם הוה כאלו א"ל מסור להם הפקדון ועמ"ש בסעיף נ' בשומר שמסר לשומר ופשע השני ואין לו במה לשלם מה דינו של הראשון ונראה דהמנהג פשוט כדעה ראשונה וכן דנים בכל בתי דינים:

נו מעשה באחד שהפקיד כשות אצל אחד והיה להשומר גם כשות שלו ואמר השומר למשרתו השלך להשכר מזה הכשות שהיה שלו והלך המשרת והשליך לתוך השכר

מהכשות של פקדון ונתקלקל השכר ונעשה חומץ ואמרו חכמים דהמשרת פטור שהרי לא א"ל מזה תשליך ומזה לא תשליך והיה סבור שזה שא"ל מזה תשליך לא היתה בקפידא אלא מראה מקום הוא לו ושניהם שלו והבעה"ב ודאי פטור שהרי א"ל מזה תשליך וכיון שנעשה חומץ פטור מלשלם ואף אם לא נעשה חומץ אינו משלם רק כפי מה שנהנה מה שהשכר שוה יותר מפני הכשות אבל לא מה ששוה הכשות למכור אמנם בין כך ובין כך חייב השומר לישבע שבועת השומרים שכן היה המעשה או יביא עדים וכן כל כיוצא בזה וי"א דזהו רק בש"ח אבל בש"ש חייב שהיה לו לפרש להמשרת שמזה הכשות לא ישליך להשכר דהשומר שכר צריך ליזהר ביותר ואצלו הוי זה כפשיעה ואם הכשות של הפקדון היה במקום רחוק ממקום הטלת השכר ושלו היה קרוב והשליח שלו שהה לבא והבעה"ב היה שם ולא א"ל דבר חייב גם בש"ח שזהו פשיעה גמורה לפי שהיה לו להבין כשרואה שהמשרת שוהה הרבה דבודאי הלך ליטול את הכשות הרחוק שהרי לא א"ל בפירוש שלא תטול מזה הכשות הרחוק ולכן אם א"ל בפירוש לא תטול מזה פטור הבעה"ב דלא היה לו לחשוב שיטול מזה כיון שהזהירו [סמ"ע] וישלם המשרת ואף בש"ש הדין כן דהרי הבעה"ב הוא כאנוס [ל"ל] וי"א דה"ה אם הכשות של הפקדון היה יותר קרוב מהכשות שלו ומיהר לבא דחייב הבעה"ב דהיה לו להעלות על הדעת שלקח משרתו את של פקדון [סמ] וי"א דבכה"ג הוי תמיד השליח של בעה"ב פושע דכיון שא"ל השלך מהרחוק היה לו להבין שהקרוב אינו שלו דאל"כ למה הטריחו למרחוק והוי כאלו א"ל אל תשליך מזה [ש"ך] אמנם כיודע שכמה פעמים אין האדם חושש לטרחתו של המשרת ולא היה לו להמשרת להעלות על דעתו זה ולכן תלוי הדבר לפי הענין ולפי ראות עיני ב"ד [ל"ל]:

נז כל דיני שומרים אינו אלא בסתם אבל בשהתנו איזה תנאי כגון שהשומר חגם התנה להיות חייב באונסים או שהשואל התנה שלא יתחייב אף בפשיעה כל תנאי שבממון קיים ואין זה בכלל מה שכתוב בתורה כמ"ש באה"ע סימן ל"ח ואף בדברים בעלמא בלא קנין מתקיים התנאי בשהתנו קודם המשיכה דירד הנח לפני [סג"ל סי"ס ספועלים] אבל אח"כ לא מהני אמירה בלא קנין ואף שבסימן ש"א יתבאר דבדברים שאין חיובי שמירה נוהגת בהם והשומר קבל עליו חיובי השמירה לא מהני בלא קנין והו משום דאונס כלל בתורת שמירה אבל בבאן שיש עליו תורת שמירה אלא שמתחייב א"ע על שמירה יותר גדולה יכול להתחייב גם בלא קנין [ממק"א סס] ואין לומר דסוף סוף איך יוכל להתחייב א"ע בדברים בעלמא במה שהתורה פטרתו דבהתיא הנאה דנפיק עליה קלא דאיש מהימנא הוא גמר ומשעבד נפשיה [גמ' סס] והוי כשעבוד הגוף וב"ש להתפטר מחיובו ביכלתו לעשות שאינו משעבד א"ע לחיוב זה וכ"ז בשעת החיוב כמ"ש אבל לאחר החיוב אינו מועיל בלא קנין ולכן שומר שבאמצע שמירתו השתעבד עצמו להיות כשואל לא מהני בלא קנין וכן להפחות שמירתו אינו מועיל בלא קנין ואם הפקיד אצל אחר וקבל עליו אחריות סתם ה"ז ש"ש [רסב"ם] דסתם אחריות הוא מנגיבה ואבידה וכשהשומר נתחייב לשלם לא נשתעבדו נכסיו משעת משיכה אלא משעת האונס [סמ"ע] ואם התנה ש"ח להיות כש"ש ומוען שנאנסה ותבעו בעל החפץ שישבע שנאנסה והשומר טוען שלא קבל עליו רק שישלם כשיבואו עדים שנגנבה אבל לא לשבועה ורוצה לפטור א"ע בשבועה שלא פשעתי כש"ח יש להסתפק בזה [ש"ך] ונראה דצריך לישבע בש"ש [בכריית סס מתנה ס"ם להיות כמומל ובכריף סגילסם ס"ם ותוק]:

נח כבר נתבאר בסעיף ו' דין שמירה בבעלים ולכן המפקיד אצל חבירו בין בחנם בין בשכר או השאילו או השכירו אם שאל השומר את הבעלים עם הדבר שלהם או שכרם הרי השומר פטור מכלום ואפילו פשע במה ששמר ונאבדה מחמת הפשיעה פטור ודבר זה הוא גזה"כ כמ"ש שם בר"א כששאל הבעלים או שכרן בתחלת השמירה או שהיו הבעלים שאולים או שכורים אצלו מקודם לכן בין שהם במלאכת השומר בעת התחלת השמירה אע"פ שלא היה עמו במלאכתו בעת שנאבד החפץ פטור אבל אם נטל החפץ תחלה ונעשה עליו שומר ואח"כ שאל הבעלים או שכרן אע"פ שהיו הבעלים עמו במלאכתו בשעה שנאבד החפץ חייב דקרא דאם בעליו עמו קאי אשעת התחלת השאלה ואע"ג דבבעלים אין עליו דין שומר מ"מ אם שלח בה יד חיובו כשומר וכן צריך לישבע שך"א שאינה ברשותו רק דא"צ לישבע שלא פשע ובש"ש שלא נגנבה ובשואל שלא נאנסה שזהו עיקר שבועת השומרים [סי"פ] ומעשה בראובן שנתן חפץ לשמעון שיסברו בחנותו וקצץ לשמעון שכר על זה והלך שמעון מהחנות ונאבד החפץ וטען שמעון בשעה שהלכתי מהחנות אמרתי לך לשמור חנותי ואמרת הן ופשעת בעצמך שלא שמרת ובעל החפץ כופר בו שלא קבל השמירה ותובע משמעון דמי החפץ וחזר שמעון ואמר לראובן כיון שלפי דבריך אתה מודה שלא שמרת כלל ואני אומר שאתה ש"ח שלי ופשעת וכיון שאני מוחזק אשבע על טענתי ואפטור ממך ופסקו דמ"מ שמעון חייב לשלם דהרי אפילו לפי דבריו שראובן היה שומר שכו מ"מ הלא היה או שמעון במלאכתו של ראובן שהרי קבל עליו למכור חפצו והוי שמירה בבעלים [ע"ין] ופטור בעל החפץ אף מפשיעה דכל איזה מלאכה קטנה כשהיו הבעלים במלאכתו של שומר נפטר השומר גם מפשיעה וכן כל כיוצא בזה ושמעון חייב שהרי קבל החפץ בקיצוץ שכר והוי ש"ש וחייב בנגיבה ואבידה ועוד יתבארו פרטי דינים בזה בסי' ש"ח ע"ש:

שליחות

סימן רצב [דיני שליחות יד בפקדון ובו ל"ה סעיפים] :

א שליחות יד שאמרה תורה בשומרים פירושו שעשה בו מעשה לגוזלו כגון שהגביה להפקדון ממקום שהיה טונח או משכו ממקום זה למקום אחר וכוון בהגבהתו או במשיכתו לגוזלו ואפילו נתכוין רק לגזול מקצת מהפקדון ואפילו לא נטל עדיין אותו המקצת דקיי"ל שליחות יד א"צ חסרון אלא כיון שמשכה או הגביהה ליטול כולה או מקצתה קם ליה כל הפקדון ברשותו ואפילו נאנס הפקדון אח"כ או מתה מתוך מטלאכה חייב לשלם להבעלים דשלו נאנס ומת ולא של הבעלים ווהו שאמרה תורה בש"ח שצריך לישבע שלא פשע וש"ש שלא נגנבה אם לא שלח ידו במלאכת רעהו דאם שלח ידו בין כך ובין כך צריך לשלם וזה שקראתה התורה שליחות יד ליסר לך שאע"פ שעריין לא נטל בפועל ממש אלא שלח יד בהפקדון במשיכה או בהגבהה על כוונה זו ה"ז נזלן אבל משום דבור בעלמא שאמר אשלח יד בפקדון זה וכ"ש במחשבה אין זה כלום ומאי דכתיב על כל דבר פשע אין הכוונה על דיבור של הפשע רכיון דכתיב אם לא שלח ידו בעינן שליחות יד ממש וזה שכתוב לשון דבור בא לרבות שאפילו שלח בה יד ע"י שלוחו ששלח שליח לשלוח יד בהפקדון ועשה השליח כן חייב המשלח אע"ג דאין שליח לדבר עבירה כמו שיתבאר וכ"ש אם הגביהה או משכה לגוזלה כולה דבזה לא שייך ליסר שלא חסרה דהא חסרה כולה וגזלן גמור הוא ואפילו למאן דס"ל שליחות יד צריכה חסרון זהו בכוון ליטול מקצת צריך שיטול אותו המקצת וכל זמן שלא נטל אין זה שליחות יד כיון שעדיין מחובר המקצת עם מותר הפקדון אבל בכוון ליטול כולה מה שייך חסרון מיהו אנן קיי"ל שליחות יד א"צ חסרון :

ב ויש בזה שאלה דהא אם אחד לקח חפצו של חבירו שלא מדעתו רק להשתמש בו אע"פ שאינו מחסרו כלום ה"ז גזלן דקיי"ל שואל שלא מדעת גזלן הוי כמ"ש בסימן שנ"ט וא"כ למה הצריכה התורה בשליחות יד שיתכוין לגוזלה כולה או מקצתה והרי אה בתשמיש בעלמא בלא שום חסרון וכוונת גזילה הוי גזלן וקם ליה ברשותיה ויש שאמרו דהנ"מ הוא דמשום שואל שלא מדעת אינו חייב רק כשישהמש בו התשמיש ההוא וכל זמן שלא נשתמש אע"פ שהגביהה או משכה להשתמש בו אינו חייב משום שואל שלא מדעת ובשליחות יד אע"פ שעדיין לא נטל אותו המקצת כמו שנתבאר וזהו דעת הטור והש"ע וכן משמע מרמב"ם פ"ג מגזילה ע"ש :

ג ויש שאמרו שבאמת ענין אחד הוא אלא שכל נזלן שבשומרים נקרא שולח יד וזהו ענין שליחות יד לפי מה דקיי"ל דא"צ חסרון לא מיבעיא אם משכה או הגביהה לגוזלה כולה או מקצתה דחייב אע"פ שלא נטל אותו המקצת אלא אפילו לא היתה כוונתו לגזול כלום אלא להשתמש בו השמישו הוי כגזלן דשואל שלא מדעת הוי גזלן [סמ"ק ס"פ סמפקיד וריב"ח בסס הרא"ש] ויש שהקשו ע"ז דא"כ למאן דס"ל צריכה חסרון אינו חייב עד שיחסרנו והרי אפילו שואל שלא מדעה גזלן הוי בלא שום חסרון ובזה ליח מאן דפליג אמנם גם זה א"ש דוודאי כשעשה המעשה בין שעשה חסרון ממש ובין שהשתמש בו בלא חסרון שניהם הוי כגזלנים וזה דס"ל צריכה חסרון רצה לומר חסרון המעשה בפועל ממש בין שהמעשה הוא לגזילה ממש בין לשימוש וכשם שלפי מה דקיי"ל דא"צ חסרון א"צ המעשה של החסרון ושל השימוש לשיטה זו כמו כן למאן דס"ל צריכה חסרון צריך החסרון של המעשה או של השימוש ואנן קיי"ל דא"צ חסרון לפיכך לפי דיעה זו כשמשך הפקדון או הגביהו בין שהיה כוונתו לגזול ממש כולו או מקצתו בין להשתמש בו חייב אפילו נאנסה אח"כ [ולפ"ז מ"ש בס"מ מפ' בסמלטלס לסבית נוזלות וכו' ר"ל דנס זס סות סל"ז] :

ד ויש שכתבו דלאו בכל פקדון שייך שאילה שלא מדעת שיתחשב כגזלן ודוקא אם לא עסק בצורך הפקדון כלל כגון שהפקיד אצלו סולם ונטל הסולם להעמידו באיזה מקום לצרכו הוי שואל שלא מדעת ודינו כגזלן אבל כשמשתמש בפקדון לצורך הפקדון ובהילוך אחר משתמש גם לצרכו כגון שהפקיד אצלו בהמה והוליכה לשדה לרעותה ובדרך הילוכה הניח משאו עליה נמצא ש"א הויציאה מרשות הבעלים כלל שהרי הוליכה לרעות ושואל שלא מדעת נקרא כשמוציאה מרשות בעלים במקום שהונח החפץ אבל זה אין עליה שם שואל שלא מדעת אלא שם שליחות יד שמשתמש בפקדונו של חבירו [רמב"ן פתלחמות סס] :

ה ויש שכתבו נ"ב בעין זה באופן אחר דבל פקדון שכשמשתמשים בו איזה תשמיש אינו מתקלקל כלל כמו סולם שנתבאר ודאי אין אנו צריכים לשליחות יד והוי שואל שלא מדעת אבל פקדונות דבע"ח שמתכחשים בתשמישם לא חל על זה שם שואל שלא מדעת אלא שליחות יד [רס"ו סס] דשואל שלא מדעת אינו מצד שמחסר הדבר דא"כ גזלן נמור הוא ולכן בדבר שע"י התשמיש נחסר אין ע"ז רק שם שליחות יד ולכן למאן דס"ל שליחות יד צריכה חסרון כל כמה דלא חסריה לאו כלום הוא ואין לתמוה דלפ"ז יהיה חמור דבר שאין חסרון בתשמישו שמיד חל ע"ז שם שואל שלא מדעה מדבר שיש חסרון בתשמישו שאין ע"ז רק שם שליחות יד ואינו חייב רק בשיחסרנו ראין זה מן התימא דוודאי מה שיש חסרון בתשמישו לא שייך ע"ז שם שאילה שלא מדעת

מדעת וכיוצא בזה מצינו ששומר חנם חמור מש"ש לענין תשלומי כפל בטענת גניבה אמנם לדינא קי"ל דשליחות יד א"צ חסרון ומ"נ חייב [ומיושב קושית הגר"ח ומהרמ"ל] :

ד ולפי מה שנתבאר יש נ"מ לדינא בין הדעה שבסעיף ב' לשלש דעות הללו דלדעה שבסעיף ב' חיובא דשליחות יד הוא אע"ג דעדיין לא שלח בה יד ומיד כשהגביה או משכה לשלוח יד חייב בהשלומין ובשואל שלא מדעת אין החיוב דק עד שעת ההשמיש ולאלו הדעות אין מוכרח חילוק זה :

ה וזה לשון הטור והב"י בסעיף א' אין הנפקר רשאי לשלוח יד בפקדון ואם שלח בו יד אפילו אינו מכוין לגנוזו אלא להשתמש בו קם ליה ברשותיה וחייב באונסים אע"פ שעדיין לא נשתמש בו דשליחות יד א"צ חסרון רק שיגביהנה כדי להשתמש בה בתשמיש שמחסרו אז חייב כאלו חסרו אבל אם הגביהו לעשות בו תשמיש שאינו מחסרו אינו חייב משעת הגבהה אלא משעת תשמיש ולא משום שליחות יד שהרי אינו שולח בו יד כוון שאינו מחסרו אלא מפני שהוא שואל שלא מדעת דהוי כגוזל עכ"ל ונ"ל בדעתם ז"ל דכל השמיש שיש בו חיסור בתשמישו כמו בעלי חיים אם הגביהו או משכו כדי להשתמש בו יש בזה משום שליחות יד וחייב אע"ג דעדיין לא השתמש בו וכ"ש בשהגביהו או משכו לחסרו ממש כמו שהגביה החבית ליטול ממנה רביעית יין אבל בתשמיש שאין בו חיסור כמו סולם וכיוצא בו אין בו משום שליחות יד כשהיה רצונו רק להשתמש בו ואינו חייב עד שישמש בו ומשום שואל שלא מדעת ווהו כהדעה שבסעיף ה' [וכ"מ מהב"מ ומתוכן קושית הגר"ח] :

ו ועל מה שכתבו דבתשמיש שאינו מחסרו אינו חייב אא"כ השתמש בו וחיובו משום שואל שלא מדעת כתב רבינו הרמ"א דאם החזירה למקום שנטלה משם חזר להיות דינו כשומר הואיל ולא הוי עליו מתחלה רק שואל בעלמא ובמעות בכה"ג חייב באונסין ועיין לקמן סעיף ו' עכ"ל וגדולי האחרונים דחו דבריו דלהדיא מבואר בש"ס דבשואל שלא מדעת אפילו החזירה למקומה חייב באונסים [ב"מ מ:] וכ"כ בש"ע סעיף ו' המפקיד חבית אצל חבירו בין שיחדו לה הבעלים מקום בין שלא יחדו לה מקום ושלטלה לצורכו ונשברה בין קודם שהחזירה למקומה בין אחר שהחזירה למקום שיחדו לה חייב לשלם ואם שלטלה לצורכה בין שנשברה מתוך ידו בין שנשברה משתניחה במקום אחר פטור עכ"ל ומהטעור שלקח דין זה [מרדכי סוף ב"ק] מיירי ששאל מדעת הבעלים או בדבר שאין הבעלים מקפידין עליו [ש"ך וט"ז] אמנם המעיין בהגהת מיימוני פ"ד מגניבה אות ב' יראה שא"א לומר כן :

ז ולי נראה דהדין עם רבינו הרמ"א דהא קי"ל בגנב שלא לדעת בעלים והחזירו שלא מדעת יצא ורק בפקדון שבאו עדים שגנבו השומר לא יצא בחזירתו שלא מדעת בעלים ממעם דכיון שגנבו מסולק משמירתו דאין הבעלים מאמינים לו עוד כמ"ש בסי' שנ"ה והקשו בזה דהרי כשהחזירו עשה תשובה ולמה מסולק משמירתו ותרצו דכיון שיש עדים החוזר מיראת העדים [סם בסמ"ע סק"ו] ולפ"ז בשואל שלא מדעת נהי דהוה כגוזל מ"מ הרי מעצמו החזיר ועשה תשובה ולא כלתה שמירתו וממילא דא"צ דעת בעלים ומה שאמרו בש"ס רלא מהני והו כשיש עדים ובן נאמר מ"ש בסעיף ו' ועוד דבטור שם כתב ושלח יד בהחבית [וכ"כ בלבוש] אבל בשאילה שלא מדעת פשיטא דכשאין עדים אינו מסולק משמירתו ועוד דע"פ רוב אין האיסור גלוי לכל וזהו כמו שאמרו חז"ל לא תחמוד לאנישי בלא דמי משמע להו וזהו שרקרק רבינו הרמ"א דלא היה רק שואל בעלמא ולא היה כוונתו לגזול ונהי דדינו כגוזל אבל השבה מיהו מהני אבל בשערים הזהירו אותו שלא ימול ונטל בזה ודאי דלא מהני השבה ובבזה מיירי הש"ס [וע"ם מ"ש דפריך סם הם מקלוסו ופקפס סריעב"ח מ"מ מסני ולפמ"ש ח"ם וגס לפמ"ם סס"ך עלמו סס ח"ם ודוק] :

ח כבר נתבאר בסעיף א' דשליחות יד אפילו לא גזל עדיין אלא הגביה או משך לגזול אפילו מקצתה חייב בכולה אבל כשלא הגביה ולא משך עדיין אינו חייב אא"כ גזל לפיכך אם הטה את החבית של פקדון ונטל ממנה רביעית ואח"כ נשברה באונס אינו חייב אלא ברביעית כיון שלא הגביהה ולא משכה אלא הטיה בעלמא אמנם כשהחמיצה חייב בכולה שמחמת שהחסיר ממנה הרביעית נחמצה וזהו ביון שהרכו להחמיץ כשהוא חסר אבל בשארי משקין וכ"ש פירות כששלח יד במקצתן ולא הגביהן ולא משכן ונתקלקלו אח"כ אינו חייב אלא כפי מה שנטל אבל אם הגביה או משך בדי ליטול מעט חייב בכולה אף כשלא נטל ום"מ גם בזה יש מסתפקים בדבר דשמא אין דין זה רק בדבר שהוא בגוף אחד כמו משקים או מיני מאכלים המתדבקים יחד אבל בכים של פקדון והגביה הכים ליטול ממנו דינר אחר או בחבית פירות שהגביהה ליטול ממנה מקצת פירות והפירות אינם מתדבקים כמו תפוחים ורמונים אין ההגבהה ליטול מקצת מחייב בכולה וזהו דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ג מגנילה דהוי ספיקא דדינא וגם בגמ' [ס"פ המפקיד] נשאר בתיקו וכ"כ בש"ע ום"ם רוב רבותינו חולקים ע"ז ום"ל דהספק בגמ' הוה רק לם"ד דשליחות יד צריך חסרון אבל למאי דקי"ל דא"צ חסרון אין נ"ם בזה והרמב"ם סובר דכיון דבוונת הגבהתו היתה רק ליטול מקצתו והם נפרדים זה מזה י"ל דזהו באלו החבוין מפורש שלא תועיל הגבהתו להשאר ולא עדיף שליחות יד מקנין מקח דכשבוון מפורש שלא לקנות אינו מועיל כמ"ש בסימן קפ"ט [וס"ל דרב מסי סס קמי מתניתין ולפי מה דקי"ל ולפי סתירון הקודם] :

יא כבר נתבאר דבאמירה בעלמא שאמר אשלח יד בהפקדון

כהפקדון אינו חייב אע"פ שאמר כן בפני עדים ואם עיכב הפקדון מחמת תביעת חוב שיש לו על המפקיד יש מי שמסתפק בזה אי מקרי שולח יד בפקדון או לא [מ"ך] ונראה דאם שלח יד ונטל ממנה חייב גם בכה"ג דהא הסכימו הפוסקים דבשליחות יד חייב אף כשרעתו לשלם ולא נרע משואל שלא מדעת וא"כ אף אם נאמר דהיה לו רשות לעכב את הפקדון עד שיעמוד עמו בדין מ"מ מי נתן לו רשות ליטול ממנו דשמא אף אם המפקיד היה יצא חייב בב"ד היה משלם לו במעות ואף אם הפקדון היה מעות מ"מ לא היה לו להוציאם עד שיוכה בדין אבל כשלא נטל ממנו אף שהגביהה כדי ליטול ממנו כיון שלפי דעתו שלו הוא בעד חובו אין לנו לחייבו מפני מחשבתו כיון דעדיין לא נטל [ועפוס' ב"מ ו' ד"ס ספק] :

יב השולח יד בפקדון ע"י שלותו ה"ז גזלן ונתחייב באונסין דהתורה ריבתה בזה דשלוחו כמותו כמ"ש בסעיף א' ויש להסתפק אם מהני אף ע"י מי שאינו ראוי לשליחות כמו קטן וכיוצא בו ויראה לי דאם השליח בבר שלח יד ונטל ממנו חייב המשלח גם ע"י מי שאינו ראוי לשליחות אבל אם זה השליח הגביה כדי ליטול ועדיין לא נטל אינו מתחייב על ידו [ורמ"ה מתוס' מגילה כ"ף ד"ס מתו ודוק] וי"א דהמשלח אינו חייב רק כשהשליח לא ידע שהוא פקדון או שאינו בר חיובא אבל כשידע שזהו פקדון והוא בר חיובא חייב השליח ולא המשלח וכשאין להשליח במה לשלם חייב המשלח [זו"פ] ויש חולקין וס"ל דלעולם אין השליח חייב אא"כ אכלו להפקדון דאז הוי כמו גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דרצה מזה גובה רצה מזה גובה [נ"מ] כמ"ש בס' שם"א :

יג כבר נתבאר דכשתלטל הפקדון לצרכו חייב באונסים ואם מלטלה לצרכה פטור ואם היה המלטול שלא לצרכו ולא לצרכה אלא שהיה צריך להמקום שמונח שם הפקדון אין זה כשליחות יד דהא לא כוון לשלוח יד בעצם הפקדון ולכן פטור מאונסים וחייב בפשיעה ואם אח"כ אירע איזה אונס מפני שינוי המקום אם המפקיד ייחד לה מקום חייב אפילו משהניחה דהוה תחלתו בפשיעה ששינה המקום שיחדו לה הבעלים וסופו באונס והאונס בא מחמת הפשיעה כמ"ש בס' רצ"א אבל אם לא ייחדו לה מקום פטור משהניחה דהא לא פשע כלל במה שהניחה במקום אחר [זכו ביומו כרמ"ן בסעיף ו' וכ"כ סג"מ ומס"ז ומ"ם סמ"ע בס"ק י"ג ומס"ך בסק"ז לענ"ד] :

יד כתב המור דין שולח יד בפקדון הוי כשאר גזלן שאינו משלם אלא כמו שהוא בשעת תשלומין שאם שלח יד ברחל ריקנית ומענה או נתעברה אצלו וגזזה או ילדה אינו משלם אלא כמו שהוא עתה וכן לענין יוקרא ווזלא אם בשעה ששלח בה יד שוה ד' זוז ובשעה שמוציאו מן העולם שוה וזו אע"פ שאם היה בעין היה אומר לו הרי שלך לפניך עתה שאינו בעין משלם ד' זוז לא שנא שברו בידים לא שנא נשבר מאליו ואם מתחלה היה שוה זוז ובשעה שמוציאה מן העולם שוה ד' אם שברו בירים משלם ד' זוז ואם נשבר מאליו אינו משלם אלא זוז עכ"ל והמעמים מזה יתבארו בסי' שנ"ד בס"ד :

טו וכבר תמהו עליו במה שכתב שמשלם בשעת תשלומין דהא קי"ל דמשלם בשעת הנזילה שהוא בשעת השליחות יד ולפ"ז אין הדין בשבח כמו שכתב אלא אם שלח יד בפרה מעוברת וילדה וברחל מעונה וגזזה משלם דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל העומדת לגזז ואם שלח יד בפרה ריקנית ונתעברה אצלו וברחל ריקנית ונמענה אצלו אפילו לא ילדה ולא גזזה אינו משלם אלא דמי פרה ורחל ריקנים ולא עוד אלא אפילו כשהיו מעונים בעת השליחות יד ותבעו בעת המעינה שעדיין לא ילדה ולא נגזזה נ"כ השבח שהשביחו משעת השליחות יד הם שלו כדין גנב שבסי' שנ"ד וכדין גולן שבסי' שם"ב :

טז ונ"ל שהטור כתב כן לפי דעת הרמב"ם בפ"ב מגזילה דאין הגזלן קונה השבח שלפני יאוש אלא שלאחר יאוש ובשליחות יד לא שייך יאוש דהא המפקיד אינו יודע משליחות ידו ואינו מתייאש והטור כתב בסי' שנ"ד דלידה וגזזה הוה שינוי וקונה בזה ולפ"ז צ"ל דמה שאמרו בגמ' [ב"מ מג:] לענין שליחות יד דנ"מ לענין השבח דגיזה ולידה צ"ל דוקא כשגזזה וילדה דאל"כ שבח שקודם יאוש אינו קונה ולפ"ז אין התשלומין בשעת השליחות יד וזהו שקורא המור כמו שהוא בשעת תשלומין דהיינו כשהיא ריקנית כמו שמפרש ומה שכתב במעונה וגזזה דמשלם כמו שהיא עתה ר"ל דמשלם לו הרחל בלא הגיזות והבהמה בלא הולד ומ"מ צריך שומא מה שהיתה שוה יותר בעבור העובר והצמר שהיה עליה קודם ומשלים לו שומא זו אבל קנאם בשינוי :

יז אע"פ שאסור להשתמש בפקדון מ"מ במעות יש דין אחר ולכן משתנה גם דין שמירתן שכשנשתמש בהם חייב גם באונסין ואף כשעדיין לא נשתמש והוא שומר חנם מ"מ דינו כש"ש דהיתר התשמיש הוי כשכר שמירה אמנם לא תמיד מותר להשתמש ולא כל אדם וכך אמרו חז"ל [שם] דאם הנפקד הוא שולחני או חנוני אם המעות אינם חתומים וכא קשורים בקשר משונה שיהא ניכר שאין רצונו של המפקיד שהנפקד ישתמש בהם אע"פ שהם צרורים כמו שצר אדם מעותיו בכיסו מותר לו להשתמש בהם דהמפקיד יודע שהם צריכים תמיד למעות ואין לו היזק בתשמישם וכיון שלא קשרם וחתמם אינו מקפיד בתשמישן ונעשה מיד ש"ש וחייב בגניבה ואבידה וכשנשתמש בהם הוי כשואל וחייב באונסים וחייב גם אם נפסלה המטבע לשלם במטבע היוצא באותה שעה דדינו כלוה [ס"ך] ואפילו לא הוציא רק פרוטה חייב בכולם [נמ"מ] וחייב אפילו אחר שהחזירן למקומן עד ש"ח

שיחזירן לבעליהן ובמעות אין חילוק בין אמו לאלו ויכול לשלם לו במעות אחרים אפילו כשמעותיו עדיין הן בעין [סב] והרבה חולקים בזה וכן עיקר אבל קודם תשמיש אין דינו כשואל אע"פ שבמציאה דינו כשואל גם קודם תשמיש ס"מ בפקדון שיכול להיות שמיד יבא המפקיד לבקש פקדונו אין דינו כשואל עד שישתמש בהם וכמ"ש בסי' רס"ז ואם הם צרורים והתומים או קשורים בקשר משונה לא ישתמש בהם לפיכך אם אבדו או נגנבו אינו חייב באחריותן דאינו אלא ש"ח אא"כ נוטל שכר שמירה:

יח ואם הופקדו אצל בעה"ב אפילו הם מותרים לא ישתמש בהם לפיכך אם אבדו או נגנבו אינו חייב באחריותן והוא שיטמנם במקום משומר כמ"ש בסי' רצ"א ובעה"ב שרוב עסקיו בריבית דינו כחנוני ושולחני לפי שצריך תמיד למעות וכתבו הפוסקים דעכשיו כל בעה"ב דינו כשולחני דבזמן הגמ' עסקו בקרקעות ולא היו צריכין למעות אבל עכשיו שאין לנו קרקעות וכל עסקינו במסחר ויודע המפקיד שישתמש בו ואין חילוק בין מקום שהגרים מצוים לאין מצוים וכן אין חילוק בין עני לעשיר וכ"ז במעות ממש אבל בנסכא של כסף לא ומיהו הכל לפי הענין:

יט אם הנפקד נשא ונתן בהמעות של הפקדון והרויח בהם אם נילה דעתו שעסק לצורך המפקיד נוטל המפקיד את הריוח ואין זה כריבית מפני שלא באו לידו המעות בתורת הלואה וזה שנצרך גילוי דעת היינו במקום שהנפקד מותר להשתמש בהם אבל כשאסור להשתמש כגון שהיו צרורין וחתומין או שהתנה בפירוש שלא ישתמש אפילו עסק סתם הריוח לבעל הפקדון ואמרינן שמסתמא עסק לצורך המפקיד ואינו נאמן לומר לעצמי עסקתי והריוח שלי דאינו נאמן לומר שעשה איסור ומסתמא בהיתר עשה עד שיאמר לפני עדים לעצמי אעסוק ואם אמר כן לפני עדים או שהיה לו רשות להשתמש בהם ועסק סתם א"צ לתת מן הריוח לבעל הפקדון ויש מי שאומר דאע"פ שלא היה לו רשות להשתמש בהם ועסק סתם הריוח לעצמו אא"כ נילה דעתו שעסק לצורך המפקיד או שיש הוכחה לזה כגון שנתן לו פעם אחד מה שהריוח מהפקדון והעיקר כדעה ראשונה [ע"ז] דאין לנו לתלות שעשה באיסור כל זמן שאינו אומר מפורש כן:

כ ואין להתפלא במקום שאסור להשתמש בהמעות למה הריוח לעצמו כשאמר שלעצמו עסק והרי המעות הם של המפקיד ומהראוי להיות הריוח של המפקיד כמו בשליח בסי' קפ"ג אמנם באמת לא דמי לשם דבשליח ששלחו לעסוק שלוחו כמותו ואם יפסיד יהיה ההפסד להמשלח ואינו יכול לעסוק במעות משלחו לעצמו אבל בפקדון הא המפקיד לא צוה כו לעסוק בהם ואם יפסיד יפסיד לעצמו ולכן גם הריוח שלו כשאומר שלעצמו עסק ואף שעשה איסור מ"מ מה שעשה עשוי ונדולה מזו אמרינן בירושלמי דב"מ [פ"ה ס"ג] דהמבטל כיסו של חבירו כגון שנתן לו מעות לקנות חטים וישב ולא לקח אף שהמשלח הפסיד ע"י זה את הריוח פטור מלשלם ואין זה רק כגרמא וכ"ש בזה שלא עשה היזק להמפקיד שהרי לא צוהו לעסוק בהם בעדו ועיד איתא שם דהמבטל קרקע של חבירו חייב לשלם ופירשו הטעם מפני שההפסד ברור והוי כנרמי ומבטל חנותו וספיצתו של חבירו נשאר בספק ופסק הסמ"ג [עשין פ"ב] לקולא דפטור אבל אם ההפסד ברור חייב לשלם ולפ"ז גם במעות כשההפסד ברור חייב ג"כ לשלם דהוי בגרמי [מיסו ממקו"י פ"ע דכ"מ מחצר לחנות קרקע הוא מפני שמנכס ע"ם לגל מריעצ"ם מסמע כמ"ם ול"ם מם סמקסם מ"מ סם וזוק]:

כא כתב רבינו הרמ"א מיהו אם בא בעל הפקדון ואמר תן לי פקדוני ואני ארויח בהם לעצמי והלה מעכב בידו חייב ליתן לו הריוח מכאן ולהבא עכ"ל ויש מי שאומר דאפילו בכה"ג שעכבו ולא נתן לו המעות פטור דאין זה אלא מבטל כיסו של חבירו ולי נראה כדברי רבינו הרמ"א דבירושלמי לא אמרו אלא כשנם הוא לא הרויח אבל כשהרויח וזה תבעו תן לי ואני ארויח בהם חייב על להבא דאין זה גרמא אלא כנרמי כיון שהרויח בהם ולא גרע משרה שחייב כשבטלה וכן נראה מדברי הגאון שהביא המרדכי [פ"ט דב"ק] ע"ש ועוד דאפשר דעיקר דין דמבטל כיס אינו אלא על העבר ולא על להבא כשתבעו אף אם לא הרויח בהם ואם זה שנתן לשלוחו לקנות לו חטים ולא לקח ובא אליו וא"ל תן לי מעותי ואקח חטים ולא נתן לו אפשר דחייב כשהיה הריוח ברור וכן נראה עיקר ודע דכל זה הוא כשלא כוון לגזול אבל אם כוון לגזול הריוח שלו ויש לו דין גזלן שמשלם כשעת הגזילה [סמ"ם]:

כב ואע"ג דבס"ם פ"א נתבאר בהלואה כשאמר להמלוה אתן לך ריוח אין זה רק דברים בעלמא ויכול לחזור בו ולמה בפקדון מחוייב ליתן לו הריוח מכאן ולהבא אמנם באמת גם בהלואה אם הגיע זמן הפרעון ותבעו צריך ליתן לו הריוח דהוי כפקדון [סס כסמ"ע] וי"א דבהלואה אפילו הגיע זמן הפרעון ותבעו וכא נתן לו הריוח לעצמו דכיון דניתנה להוצאה אף שהגיע זמן הפרעון וזה מעכבו אינו עושה איסור בזה אבל בפקדון אף כשמותר להשתמש בהם מ"מ כשבא המפקיד לבקש מעותיו מחוייב ליתן לו מיד [פ"ז] ונראה עיקר כדעה ראשונה דהא גם בחוב כשהגיע זמן הפרעון מחוייב ליתן לו כשיש לו ודומה לפקדון ורק כשאין לו בזה לא דמי לפקדון:

כג כשבא המפקיד לבקש מעותיו וא"ל הנפקד הוצאתים בעסק אם תרצה תקבל עליך העסק בין לשכר בין להפסד וזה אומר לו איני רוצה בעסק תן לי מעותי אם היה לו רשות להשתמש בהם הדין עם הנפקד ואם עסק באיסור הדין עם המפקיד ויש חולקין ום"ל דאפילו

אם

אם עסק בהיתר מ"מ הרי פקדון הוא ובכל עת שבא לבקש מעותיו מחוייב ליתן לו [סגר"מ]:

כד המפקיד אצל חבירו ממון או בלים חשובים ובאו עליו גנבים וקדם ונתן להם הפקדון להציל עצמו אם הנפקד איש אמיד שהוא בעל ממון חייב לשלם להמפקיד שחזקה שבגללו באו הגנבים ולא בשביל הפקדון ונמצא שהציל א"ע בממון של חבירו וחייב לשלם ודוקא כשלא היה ביכולת הגנבים לשלוט בהפקדון אם הוא לא היה נותן להם כגון שהיה ממון במקום אחר אבל אם היה ביכולת הגנבים לשלוט בו פטור [ס"ך] ואם אינו אמיד פטור בכל ענין שחזקה שלא באו הגנבים אלא לשמע הפקדון ולבן אפילו לא היו יכולים לשלוט בו אם לא היה נותן להם פטור דמה היה לו לעשות הלא אנסוהו ליתן ואינו מחוייב ליתן שלו כיון שבאו בשביל הפקדון ואע"ג דקי"ל כשאנסים אונסים לאחר להביא ממון של חבירו והביא בידים דחייב לשלם כמ"ש בסי' שפ"ח שאני פקדון דאדעתא דהכי קבל שמירה שאם יבואו הגנבים-בעד הפקדון שלא יתן את שלו דאין סברא שישמור את של חבירו לרעתו אבל באנסוהו משמיא הוא דנזרו עליה דהאחר לא היה סיבה לזה [סס] ואף שיש מי שחולק וס"ל דפקדון דומה לאנסוהו מ"מ כן עיקר לדינא וגם באנסוהו י"א שפטור מלשלם כמו שיתבאר שם בס"ד:

כה הופקד אצלו ממון של פריון שבוים ובאו עליו אנסים ונתן להם להציל עצמו אם לא היה מצוי אצלו שם ממון שלו לפרוע א"ע אפילו יש לו ממון במקום אחר פטור דבעת מעשת הרי היה מוברח ליתן להם ממון וה ולשלם אח"כ אינו מחוייב דהא ממון של פריון שבוים הוא ופרה א"ע בהם כמו מי שהולך בדרך ואין לו מה יאכל דמותר לקבל צדקה ופטור מלשלם אח"כ אף שהוא עשיר בביתו כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ג [סמ"ע] ודוקא שהממעות היה של סתם פריון שבוים אבל אם היו לשבוים ידועים חייב לשלם דכבר זכו בהם אותם השבוים והוה כשלהם ואינו רשאי להציל עצמו בממון חבירו וכן אם הממון הוא של שארי מיני צדקות והקדשות חייב לשלם:

כו המפקיד פירות אצל חבירו ה"ז לא יערבם עם פירותיו דאז אפילו יחסרו כמה יאמר לו הרי שלך לפניך ואם עבר ועירבן עם פירותיו ואח"כ נמצא חסרון בכולל יחשב החסרון לפי הערך כיצד אם הפקדון הוא עשרה מאין ועירבן עם עשרה מאין שלו יחשוב החסרון למחצה ואם הפקדון היה שליש משלו יחשב שליש החסרון על הפקדון וכן לעולם ודוקא כשנחסר כמה שרגיל להתחסר אבל כשנחסר יותר מכפי המורגל ישבע הנפקד שלא פשע בשמירתן ואם אין רצונו לישבע ומקבל עליו מה שחסר יותר מכפי המורגל הדין עמו [ע"ז]:

כז וכן אם נתן לו מעות להוליכם על אתריות המפקיד ונתנם עם מעותיו ונאבדו מקצת המעות באונס החפסד לפי ערך המעות אבל אם נתן לו להוליך טבעות של זהב או שארי חפצים ועירבן עם שלו ונאבד אחד מהם יכול המוחזק לומר שלך נאבד ושלי קיים אבל במעות שאין קפידא בתערובתן דכך לי מעות אלו כאלו וכן בפירות וחבואות השוות שאין בהן קפידא לא שייך לומר שלך נאבד כי בולם הם כדבר אחד והחפסד לפי חשבון וכן במעות ופירות לא שייך לומר הרי הנפקד מחוייב לישבע אם חסר גם משל חבירו אם לאו והרי אינו יכול לישבע שהרי אינו יודע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם דכיון שזהו כדבר אחד הוה כיודע שנאבד לפי ערך וכן נמי לא אולינן בתר רובא לומר שנאבד מהרוב [עס"ך] כיון שכדבר אחד הוא וחשבינן לפי ערך ודוקא כשהמעות היו בבים אחד והפירות בשק אחד או בתיבה אחת או חדר אחד בלי הפסק מקום אבל כשהיו של כל אחד בכים בפ"ע או שק בפ"ע אלא שנתערבו הכיסים והשקים ואינו ניכר אין זה כחתיכה אחת ודינם כחפצים [סס] וזה שאמרנו שבחפצים יכול המוחזק לומר שלך נאבד אפילו ששלו היה רוב מ"מ יכול לומר כן דבממון אין הולבין אחר הרוב כשהוא מוחזק [סס] ואין לומר אדרבא כיון שהוא שומר ומחוייב שבועת השומרין ששל הנפקד נאבד ואינו יכול לישבע ע"ז ויתחייב לשלם דאינו בן דכיון דנשבע או מביא עדים שנאבד מהבולל יצא ידי שבועת השומרים ושוב כיון שהוא מוחזק יכול לומר שלך נאבד [סס]:

כח שנים שהפקידו אצל אחר מעות שלא על אתריות הנפקד והפקידו בכים אחד [ס"ך] ונאבדו או נגנבו מקצתן ההפסד הוא לפי חשבון ואם הפקידו בשני כיסין או הפקידו חפצים אולינן בתר רובא כיון שאין אחד מהם מוחזק וכל דפריש מרובא פריש לפיכך אם של אחד היה עשרה ושל שני חמשה ונאבד חמשה אין לבעל החמשה הפסד כלל ואפילו אם גם של הנפקד היה שם מרובה והוא אינו סובל נזק כלל מפני שהוא מוחזק ס"מ מהמפקידים סובל הבעל המרובה את הנזק [סס] ודוקא כשנפרש מעצמו אמרינן מרובא פריש אבל כשאדם לקח קי"ל דכל דבר הקבוע במקומו כמחצה על מחצה דמי כמ"ש ביו"ד בסי' ק"י ולכן בנגיבה לא משכחת לה רק בבעלי חיים שנדנדו מעצמן ממקומן ונגנבו דאז אולינן בתר רובא אבל במעות ומטלטלין כיון שלקחן הגנב במקומן ה"ל קבוע וההפס- לשניהם [נסמ"ן] ויש מי שאומר דאם הגנב היה עכו"ם כיון דליתא בהשבה כמ"ש בהלכות גניבה ה"ל כפריש ומרובא פריש [ס"ך] ויש מי שחולק על עיקר הדין שכתבנו דמרובא פריש דזהו אם היינו באין לדון על הנפרשים כמו באיסור אבל הבא הרי אנו דנין על הנשארים במקומן והם הרי קבועים וכמחצה על מחצה דמי ודעה ראשונה ס"ל דכיון דהנשארים תלוים בטעם הנפרשים של מי נאבדו הוה עיקר הדין על הנפרשים אמנם בירושלמי רב"ק פ"ד איתא דההפסד לפי חשבון וע"ל דהטעם הוא משום דא"א לילך בתר קביעות הנשארים

הנשארים כיון דהטעם תלוי בהאבודים וא"א לילך אחר האבודים ולילך אחר הרוב דהא אנו באים לדון על הנשארים ולפיכך הוי לפי חשבון ואין לומר דהירושלמי מיירי שהיו בכים אחד דהא אמר שם דכל אחד נוטל לפי כיסו ואם נתנו לו בשני כיסין ועירבן בכים אחד ונאבד או נגנב מקציתן משלם לשניהם דפשע במה שעירבן בלא רשותם [נ"מ ומס' סמקצה מס"ב דמע"ס ים לי"מב ו"ל סירושלמי מס חמים מימר בנימיס מן קיימין לו מין קיימין מלא במסמיור ום"פ שמופל למס סדין כן ומסני מסוס למין יודעין מס למסב לפי סגמידס ולילך מחר סרוב מו לילך מחר המסמייר וסוי קבוע ולפיכך לכין לפ"ח ומסיים מחין סברת לילך מחר סרוב דילקס מדת סדין ולפי המסמייר ולפי למין לילך ול"ל סס ומין מחמר וסמפרס והנה"מ נלמקמו בפירומו]:

כט ואם עירב פירות של פקדון עם פירותיו ולקח מהכולל לצרכי ביתו וכא לקח במרירה וממילא דנעלם כמה היה חסרון שראוי להתחסר יחשב לו חסרונות כפי הרגיל להתחסר מפירות כאלו וכך אמרן חכמים דאם היו חמים ואורז קלוף יחשב לו ד' קבים ומחצה לכל כור ולשעורים ורוחן ט' קבין לכור ולכוסמין ולורע פשתן בגבעולים ולאורז שאינו קלוף ג' סאים לכל כור וכמדה זו לכל שנה בר"א שמדד לו הפקדון בעת הגורן והחזיר לו ביומות הגורן אבל מדד לו ביומות הגורן והחזיר לו ביומות הנשמים לא יחשב לו חסרונות כלל מפני שמתוספות מחמת הלחלוחית ונתמלאה המדה כשיעור החסרון וכן אמרו חז"ל שמוציא לו שתות ליין מפני שהיין משהין היין בקנקנין של חרס ונבלע הרבה בקנקנים ושלשה לוגין שמן לכאה לוגין לוג ומחצה שמרים ולוג ומחצה על בליעת הקנקנים דשמן אינו בולע כיין ואם היה שמן מזוקק אינו מוציא לו שמרים ואם היו קנקנים ישנים אינו מוציא לו הבלע ויין בולע אפילו כלי ישן [תוס' כ"מ מז] וכל אלו הדברים תלוים לפי הזמנים ולפי המקומות וכמנהג הסוחרים:

ל המפקיד פירות שאינם מודדים אצל חבירו וערבן הנפקד עם פירותיו ולא מדדן ח"ו פושע ולכן כשבא בעל הפקדון לבקש פקדונו ואומר כך וכך היו והשיכר אומר איני יודע משלם כלא שבועה שהרי חייב השומר עצמו בתשלומין ואינו יודע כמה ודינו כמחוייב לישבע ואינו יכול לישבע משלם ורק יש לו להטיל קבלה על כל מי שנוטל ממנו יותר מהפקדון כמ"ש בסי' רח"ן ושם יתבאר עוד בזה:

לא המפקיד פירות אצל חבירו ולא עירבן עם פירותיו אע"פ שרואה שחסרים ומתמעטין והולכים לא יגע בהם לפי שארם רוצה יותר בפירותיו אע"פ שנתמעטו [נ"מ לפי ועיין נרא"ש] בר"א כשחסרו חסרון הראוי להם כמו שנתבאר ואפילו חסרו במשך חודש ימים חסרון הראוי לשנה מ"מ יסתין שמא יבא אבל אם חסרו יותר מכרי חסרון לשנה אם המפקיד בעיר יודיענו ואם לאו מוכרן בב"ד וכל המוכר פקדון ע"פ ב"ד ה"ז מוכר לאחרים ולא יקנה זה לעצמו מפני החשד כמו באפוטרופוס שבסי' ר"ץ והדמים יהיו מונחים אצלו ויש לו רשות להשתמש בהם לפיכך הרי הוא על המעות ש"ש אף כשלא נשתמש בהם עדיין וכשנשתמש בהם הוי שואל וחייב באונסים:

לב המפקיד פירות אצל חבירו והרקיבו דבש ונפסד יין והחמיץ אע"פ שיותר לא יתקלקלו עוד מ"ט עושה התנה לבעל הפקדון כשאינו בעיר ומוכרן בב"ד דהרי הסלים והקנקנים מתוספים בהפסד והמפקיד חמץ אצל חבירו והגיע הפסח ה"ז לא יגע בו עד שעה חמישית בע"פ שעדיין מותר למכרה דשמא יבואו הבעלים ואם בשעה חמישית לא באו הבעלים יוצא ומוכרן בשוק מפני השבת אבידה לבעלים ונם זה צריך למכור ע"פ שומת ב"ד אע"פ שומנו בהול [תוס' פסחים יג:] ואם הזמן דחוק שא"א למכור בשעה זו ימכור קודם לכן [מנ"מ סי' תמ"ג] ולפי מנהגינו מוכרם בע"פ לעכו"ם ע"י ב"ד כפי המנהג:

לג וה"ה לפקדונות ממלמלים שרואה הנפקד שמתחילין להתקלקל וכשימתין יתקלקלו עוד מוכרן ע"פ שומת ב"ד לאחרים ולא לעצמו ואם אין מתקלקלין לא יגע בהן מפני חשש זול ואע"פ שיודע בודאי שיוולו בזמן פלוני או אנסים יאנסו אותם דשמא עד אותו הזמן יבואו הבעלים וישלום אבל כשהגיע זמן הזול או האונס יתחר למכור ולהציל ממון חבירו [סמ"ע]:

לד המפקיד ס"ת אצל חבירו גוללו פעם לי"ב חודש ואע"ג דבמציאה גוללו אחת לשלשים יום כמ"ש בסי' רס"ז מ"מ במפקיד שהפקיד לדעת ולא א"ל שינגלו בכל חדש די שינגלו באחת לי"ב חדש וי"א דנם בפקדון הדין כמו במציאה [מור] ואם בשעת גלילתו פותחו וקורא בו מותר אבל לא יפתח בגלל עצמו ויקרא וה"ה שאר ספרים ובסי' רס"ז נתבארו כמה פרטים בזה ואם פתח וקרא בגלל עצמו הרי שלח יד בפקדון ונתחייב באונסים וכמו שאסור לקרות ממנו כך אסור להעתיק ממנו אפילו אות אחת דבהעתקתו הרי משתמש בו ודוקא כשהנפקד אינו ת"ח אבל כשהוא ת"ח ואין לו ספר כזה מותר לקרות ולהעתיק ממנו דודאי אדעתא דהכי הפקיד אצלו כמו מעות אצל שולחני שיודע שישתמש בהם ובמקום ביטול תורה שאין ספרים נמצאים יכולין ב"ד לכוף למי שיש לו ספרים להשאילם ללמוד בהם ולשלם לו בערך מה שיתקלקלו וכן מותר מטעם זה להעתיק ספר אף שהבעלים מקפידים וכתיב לא יבזו לגנב כי יגנוב זה שגנב ד"ת ומעתיקן [מרדכי מפלי ותוספתא פ"ק פ"ז] דבכגון זה כופין על מדת סדום וביאתנו שהספרים מצויים בדפוס לא שייך זה ומ"מ עני ת"ח שאין לו במה ללמוד ובעל הספר אינו רוצה להשאיל לו ספריו גדול עונו מנשוא ויכולין ב"ד לכופו להשאילו ונם בזמה"ז יש דין ת"ח בזה:

לה המפקיד כסות אצל חבירו מנערה כענין שנתבאר במציאה בסי' רס"ז בד"א בפקדון שהלכו בעליו למדה"י אבל אם היה עמו באותה העיר או סמוך לה ה"ז לא יגע בו אע"פ שיאבד דיבא וינערו בעצמו וכן נראה הדין בס"ת ובספרים ודוקא בפקדון אבל במשכון מחוייב הממוה לנער בעצמו את הבגד דהלוה אין ביכלתו לבא לבית המלוה וכנערו דהמלוה יקפיד עליו ונם בפקדון בש"ש נ"ל דהשומר חייב לנערו [וכ"מ לל"מ מכמי נב"מ ל' למיולי נס"ם דסם זמנין דלכידם קמני] :

סימן רצג [מתי ניתן הפקדון ליתבע ואם יכול להחזירו בכל מקום ובו ו' סעיפים]:

א אין המפקיד יכול לתבוע את הפקדון אלא במקום שהפקידו לשם שאם הפקידו אצלו בטבריא אינו יכול לתובעו בצפורי ולא מיבעיא בפקדון חפץ ואין לו אותו החפץ בצפורי דאינו שייך כלל שיהבענו שמה אף שיאמר לו שלח אחרי הפקדון לטבריא על הוצאותי להביאו לכאן אלא אפילו הפקיד אצלו מעות ויש להנפקד מעות בצפורי שא"צ להם דבכה"נ במלוה יכול לבקש ממנו בצפורי כמ"ש בר"ם ע"ד אבל בפקדון אינו יכול לכופו לשלם לו בצפורי אף שאין נ"מ במעות בין אלו לאלו דדוקא מלוה שלהוציאה ניתנה לא שייך שהלוה יאמר בא עמי לטבריא ואשלם לך אותם המעות שהלייתני דהרי גם אותן המעות של הלוה הם אבל בפקדון יכול לומר אין רצוני למסור לך אלא אותם מעות שהפקדת אצלי [זכו כוונת הרמ"ם פ"י דב"ק סי' ל"ת ומ"ם קושית סע"ת סמבית סמ"ך] :

ב אבל אם הפקדון עצמו בצפורי יכול להובעו שיחזירנו שמה וכן יכול לתיבעו בטבריא אף שהניחו הנפקד בצפורי מ"ם כיון שהפקידו בטבריא מחוייב הנפקד להביאו מצפורי וכן הנפקד יכול להחזיר להמפקיד פקדונו בכל מקום שירצה והמפקיד צריך לקבל ממנו ואינו יכול לומר לא אקבלו ממך כי אם במקום שהפקדתי אצלך ובמעות יכול להחזיר לו מעות אחרים דאין נ"מ בסעות בין אלו לאלו אמנם אם יש נ"מ דינן כחפצים ואפילו לא קבל המפקיד את הפקדון ברצון אלא הנפקד אנסו ונתנו לו הוי נתינה ופשוט ואם הפקיד אצלו לזמן ידוע אינו יכול להכריחו לקבלו מסנו תוך הזמן בשום מקום וכבר נתבאר בסי' רצ"א סעיף י"ט דיש חולקין בזה ע"ש ואפילו בלא קבע זמן זהו דוקא שנותן לו הפקדון בבאן אבל אם הנפקד אומר לו המתן כאן ואביא לך הפקדון והמפקיד לא המתין והלך לו ונארע פשיעה או גניבה בש"ש חייב הנפקד ביון שאין זה המקום שהפקיד אצלו אבל במקום שהפקיד אצלו וא"ל בא לביתי ואמסור לך פקדונך ולא בא פטור הנפקד [ל"ל] וכן אפילו שלא במקום הפקדון אם המפקיד אמר לחנפקד הבא לי פקדוני וא"ל הנפקד המתן ואביאו לך ולא המתין והלך לו פטור הנפקד מאחריות [סמ"ע] דהרי המפקיד בעצמו פטרו כשיביאו לפה [נס"ם] ולכן אפילו הפקידו לזמן והוא בתוך הזמן פטור [ל"ל] :

ג בד"א שהנפקד יכול להכריח את המפקיד שיקבל פקדונו גם שלא במקום הפקדון במקום ישוב אבל אם הביא לו פקדונו במדבר והוא הפקידו אצלו בישוב אינו יכול לכופו לקבלו ממנו ויכול לומר לו הרי הוא באחריותך עד שתחזירנו לי בישוב כדרך שהפקדתיו אצלך ואם הנפקד רוצה לקבל עליו אחריות הדרך עד הישוב יכול לכופו לקבלו גם במדבר [סור] וכן אם הפקידו לזמן והגיע הזמן יכול לכופו לקבלו גם במדבר ובלא קבלת אחריות [ל"ל] וכן אם כשהפקידו אצלו א"ל המפקיד אני רוצה לצאת למדבר וא"ל הנפקר גם אני רוצה לילך למדבר אע"פ שלא דיבר עמו שיקבלנו במדבר מ"מ יכול לכופו לקבלו במדבר דזה שא"ל גם אני רוצה לילך למדבר הוה כמו שאמר לו ע"מ שאחזירנו לך במדבר וי"א דזהו דוקא כשא"ל מפורש אי בעינא אהדר לך [מהרם"ל] וכן משמע מלשון הש"ם [ב"ק ק"מ] אמנם באמת דבכה"נ אין זה רבותא כלל והטור והש"ע לא הזכירו זה [וכמדומני שנראה מחרת היס להס בנמ' וכ"מ מהרש"ב ולמון רס"י שסבית בב"י מימו כנראה שלנו ובהמב"ם בפ"ו מהלכות סמתיע כל דין זה ול"מ] :

ד המפקיד אצל חבירו והלך בעל הפקדון למדה"י והנפקד רוצה לפרוש בים או לצאת בשיירא או לנסוע למרחקים אם בא והביא את הפקדון לב"ד נפטר מאחריות שמירתו והרעת נותנת כן דאיך יעשה הנפקד והאם בשביל פקדונו של זה יהיה כאסור במקומו ונם להוליכו עמו א"א דשמא יארע לו אונס ולכן מוסרו לב"ד והב"ד מפקידים אותו ביד אדם נאמן מפני השבת אבידה לבעלים אבל הנפקד עצמו לא יפסור לאחר דלאו כל כמיניה לפסור פקדון של אחרים אפילו להיותר נאמן בלי רשות ב"ד ואם עשה כן דינו כשומר שמפר לשומר שנתבאר בסי' רצ"א ונ"ל דאם אפילו כשהפקיד ד הפקדון הפקיד לזמן וה.נפקד סבר וקביל ובתוך הזמן הוצרך הנפקד ליסע למרחקים נ"כ ביכלתו למסור לב"ד דאין סברא לומר שבשביל שקבע לו זמן לפקדונו ישליך ענייניו אחרי גוו ואין זה דרכי נועם ואף בש"ש נראה שהדין כן דאין לך אונס גדול מזה :

ה ואם לא היה יכול להניחו בישוב כגון שלא היה ב"ד באותו מקום או שלא מצאו אדם נאמן למסור לו הפקדון והוכרח להוליכו עמו ונאנס מידו פטור דהא עשה בראוי

כראוי והוכרח לעשות כן ולא עדיף הפקדון מחפציו ברבר שעושה כהוגן וכן אין במה לחייבו אפילו הוא ש"ש דהוה אונס גמור וכן בכל פקדון אם היה מוכרח ליקח הפקדון ממקום שהונח שם מפני איזה סיבה שנתהוה והניחו במקום אחר המשומר ונאנס שמה פטור אפילו יחדו לו הבעלים מקום דהא אנוס היה לקחתו משם וכן כל כיוצא בזה :

ו שלח לו הנפקד פקדונו ע"י אחר בין שאמר הנפקד להשליח הולך פקדון זה לפלוני ובין שא"ל תן פקדון זה לפלוני חייב באחריותו עד שיגיע הפקדון ליד המפקיד כיון שבעל הפקדון לא עשאו שליח להביאו לו ולפיכך אם בא הנפקד לחזור וליטול מיד השליח את הפקדון רשאי כיון שהוא עריין באחריות ואיך נכוף אותו שיהיה הפקדון ביד אחר ובזה לא שייך לומר תן כזכי בבמתנה דהא כבר הוא של המפקיד דהוו רק שליחות ולא ובייה בד"א שלא התוחק הנפקד כפרן אבל אם בינתים הוחזק כפרן וכה השליח מיד בשביל המפקיד ואין הנפקד יכול לחזור וליטלו מידו דאנן סהדי שהבעלים אין רצונם שיחזור לו ומ"מ חייב הנפקד באחריות עד שיגיע ליד המפקיד ואין לומר איך נחייבו באחריות של החפץ ולא נמסור לו החפץ דודאי כן הוא דהוא גרם לעצמו ונ"ל דאם הוחזק לכפרן גם קודם שמסר לו המפקיד את הפקדון והמפקיד ידע מזה יכול ליטלו מיד השליח דהא המפקיד סבר וקביל בכפרנותו וי"א דה"ה נמי אפילו לא הוחזק כפרן אלא שבעל הפקדון היה רגיל להפקיד אצל זה שהופקד עתה אצלו באחרונה אינו יכול לחזור וליטלו ממנו ואפילו אם גם רגיל להפקיד תדיר גם אצל נפקד זה הדין כן [ס"ך] ומ"מ חייב באחריות כיון שעשה מרצונו לסמור לאחר ואותו אחר אינו רשאי להחזיר לו וכן נכי אם שלח לו המפקיד פלוני זה איש נאמן הוא ושלח על ידו אינו יכול לחזור בו כיון דניחא ליה להמפקיד ומ"מ חייב באחריות דהא המפקיד לא עשאו שליח אלא הוריעו שהוא איש נאמן והוא עשה ומסר מרצונו לפיכך דינן לו כן :

סימן רצד [הכופר בפקדון או שטוען נגנב מה דינו ובו י"א סעיפים] :

א תבע המפקיד את הפקדון וכפר בו הנפקד ואמר להר"ם או החזרתי לך ונתברר ששקר אמר נעשה עליו גולן מיד וחייב באונסים ופסול לערות ולשבועה כמ"ש בסי' צ"ב ואפילו הפקיד אצלו שלא בעדים [סמ"ע] רכיון שעתה נתברר שקרותו ע"י עדים הוה גולן בד"א כשיש עדים שבשעה שכפר בו היה הפקדון ברשותו וירע ממנו ואינו נאמן לומר שזה שאמר להד"ם מפני שבא לידו בתורת מכר ובזה אין העדים מכחישים את"ל דא"כ היה לו לפרש אבל אם אין עדים שהיה הפקדון ברשותו בעת כפירתו אפילו נתברר אח"כ שהפקדון אצלו מ"מ אינו נעשה גולן דאמרינן שמא בעת מעשה נאבד ממנו הפקדון ואמר אכפור בו עתה ואחרנו עד שאמצאנו ואחזירנו לו דאין ביכלתו של אדם להוציא את מי שהוא בחזקת בשרות כל כמה שביכולת להכשירו ודין זה כמו במלוה שם דהכופר במלוה בשר לעדות דאמרינן אשתמוטי הוא דקא משתמט עד שישיג מעות ודוקא בשלא נשבע אבל אם נשבע לשקר פסול מצד שבועתו כמ"ש שם :

ב ואע"ג דנתבאר בסי' רצ"ב סעיף א' דבאמירה בעלמא לא נתחייב באונסין זהו לענין שליחות יד שאינו בופר בעיקר הפקדון ויכול להיות שלא יקיים דברו אבל כשמכחיש עיקר הפקדון לבעליו אין לך גולן גדול מזה אבל אין לחלק ולומר דשם הוי שלא בפני הבעלים אבל בפני הבעלים יהיה דינו בגולן אף בשליחות יד באמירה בעלמא דלא משמע כן בגמ' [דמ"ק לוקמי ב"ס כס"ם המפקיד לקרקע דעל כל ד"ם נכס"ג] וע"ל עוד דאע"ג דמשמע מהטור והש"ע דגם לענין אונסים כשאין עדים שהפקדון היה אצלו בעת כפירתו אינו מתחייב באונסים מ"מ יכול המפקיד להשביעו שלא היתה כוונתו לגוזלו דבגמ' לא אמרו זה רק לענין שאינו נפסל לעדות מפני חזקת כשרותו אבל מ"מ איך נפקיע ממונו של זה בשביל חזקת כשרותו של זה ולכן יכול להשביעו לכל הפחות :

ג לא כפר בו אלא טען נגנב או נאבד ישבע שבועת השומרים ושלשה שבועות חייב השומר לישבע שבועה שלא פשעתי בה ושומר שכר ישבע שלא נגנבה ולא נאבדה ושבועה שלא שלחתי בה יד ושבועה שאינה ברשותי דשמא לא נגנבה כלל ודעת הרמב"ם ז"ל בפ"ד מפקדון ועוד גדולי ראשונים דעיקר השבועה שחייבה התורה לשומר הוא שנגנבה וכ"ש שנאנסה וזהו השבועה שאינה ברשותי ושתי השבועות שלא פשע ושלא שלח בה יד אינו אלא ע"י גלגול ומה שבתוב וגנב מבית האיש ונו' ונקרב בעה"ב אל האלהים אם לא שלח ידו ה"פ ונקרב אל האלהים לישבע שנגנבה אך זהו בתנאי אם לא שלח בה יד אבל כששלח יד מקודם חייב אף כשנגנבה אח"כ [סס"ת] ולפ"ז אם יש עדים בש"ח שנגנבה וכ"ש שנאנסה פטור גם משבועות שתים הנשארים אבל יש מרבותינו שאומרים דשבועה שלא פשעתי היא ג"כ מעיקר השבועה אף בלא גלגול ואף שיש עדים שנגנבה ישבע שלא פשע ובגלגול ישבע שלא שלח בה יד ולבן אם יש עדים שנם לא פשע פטור משבועה דשליחות יד דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן

מחזקינן כשאין ראיה לדבר וזהו דעת הרא"ש והטור והיכן היא בתורה שבועה שלא פשע דה"פ ונונב מבית האיש בלא פשיעתו דאם נגנבה בפשיעתו חייב ולוה ונקרב אל האלהים דהיינו שישבע שנגנבה בלא פשיעתו [וכרמב"ם פ"ו ס"ג מסמע ג"כ כן וכפ"ד מפורש כמ"ש] ובירושלמי פ' המפקיד [ס"ז] משמע ג"כ כרעה זו ולפ"ז אפילו הפקרון לפנינו מקלקל או מתה אינו נפטר משבועה דשמא מהה או נתקלקל מחמת פשיעתו וכ"ש בשואל דאין פטורו אלא במתה מחמת מלאכה [כס"מ] אמנם כבר בארנו בסי' ע"ב סעיף כ"ו דבטוען שהפקדון נתקלקל לא חייבה התורה שבועה ע"ש:

ד כבר בארנו בסי' רצ"א סעיף ג' דגזירת התורה היא שאינו נפטר בשבועה רק במקום שאין עדים מצויים אבל במקום שיש עדים מצויים מוכרח להביא עדים ואם לאו ישלם ואפילו הודה מעצמו שהיה הדבר במקום שעדים מצויים אינו נפטר בשבועה במינו שהיה אומר שהיה הדבר במקום שאין עדים מצויים דזהו כמינו במקום עדים [כס' וכן אע"פ שיש לו מיגו דלהד"מ או החזרתי לך אינו נאמן בלא עדים מטעם זה [ותמוה קושית הקצה"מ] ואין להקשות על כל פקדון שחייבה התורה שבועה למה אינו נאמן במינו דלהד"מ או החזרתי לך אם יש לו מיגות אלו דקי"ל דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה וגם הוי מיגו דהעזה כמ"ש בכללי מיגו בסי' פ"ב ע"ש ועוד יתבאר בסי' רצ"ו בס"ד:

ה וזה שאמרנו דבמקום שעדים מצויים משלם בשלא הביא עדים וזהו דוקא במידי דשלטא בה עינא כמו כעבור חבית בשוק וכיוצא בזה אבל מילתא דמתרמי דלא שלטא בה עינא כגון הנושא חפץ בידו דאפשר שאף שרבים מצויים שם מ"מ יכול להיות שיארע האונס ולא ירגישו בו בני אדם דינו כמקום שאין עדים מצויים:

ו מי שטען טענת אונס בפקדון ומביא עדים שנאנס בידו חפץ כזה כגון שהפקיד אצלו בגד של תמונה פלונית ומביא עדים שבגד כזה נאנס ממנו והמפקיד אומר שמא בגד כזה נאנס אצלך ולא שלי דכמה בגדים יש בתמונה אחת והנפקר אומר שלך היתה והעדים אינם יודעים בבירור שהוא של המפקיד מ"מ פטור ואפילו שבועה אינו חייב והטעם דאלו היה הבגד בידו והמפקיד היה אומר לא זה הוא והנפקר היה אומר זה הוא היה הנפקר נאמן בהיסת דשבועת שומרים לא שייך בזה כמ"ש בסי' רצ"ו ואם היה המפקיד אומר שמא והנפקר ברי היה פטור אפילו מהיסת וי"ל דהמפקיד אינו יודע הבגד שנאנס אם שלו הוא אם לאו מטילה דהנפקר נאמן דהרי מביא עדים שנאנס ממנו בגד כזה והוי כבזו שהבגד לפנינו דעל מה שיש עדים לא שייך שבועה ומטילה דנאמן בלא שום שבועה [זהו כוונת סמ"ך וסקס"ח ומיושב קושית סמ"מ וסט"ז ולכאי קנה"מ ל"ע]:

ז אם התנה הנפקד שיהא פטור משבועה הנאו קיים דכל הנאי שבמטון קיים ויש להסתפק אם היה הדבר במקום שרואים מצויים אם צריך להביא עדים דהא מזה לא פטרו או אפשר כיון דהעדים הם במקום השבועה וכיון דא"צ שבועה א"צ עדים וצ"ע:

ח נגנב הפקדון שלא בפשיעתו ובשומר שכר כשנגנב באונס כמו ע"י ליסטים מוויין ואח"כ הובר הגנב מחוייב השומר לעסוק עם הגנב ולטרוח להוציא ממנו הגניבה בין שהוא ש"ח בין שהוא ש"ש ואם יאמר אשבע ולא אטרח אין מניחין אותו דכיון שהוא שומר ומטנו נגנבה מוטל עליו הטורח ואם אחר הטורח לא יוכל להוציא מיד הגנב א"צ לשלם וישבע שלא פשע ובש"ש שנגנבה באונס ושלא שלח בה יד לרעה שניה שבסעיף ג' אבל אם השומר כבר נשבע או הביא עדים על הגניבה ואח"כ הוכר הגנב אם ש"ח הוא יעשה כרצונו או שיעמיד בשבועתו ובעדיו שהביא או שיטרח עם הגנב והש"ש מחוייב לטרוח עם הגנב אף אחר השבועה והעדים וי"א דבכל מקום שהדין הוא שיטרח עם הגנב אם ידוע שיוציא מהגנב את הפקדון מחוייב לשלם להמפקיד מיד ובמקום שהדין בש"ש שיטרח עם הגנב מפני שנוטל שכר לא מחני אף אם ירצה להחזיר השכר שיהיה דינו כש"ח [ב"ח] כמו שאינו מועיל זה להפטר מחיובו דגניבה ואבידה:

ט כתב הרמב"ם ז"ל [פ"ח] נגנב הפקדון באונס והחזירו הגנב לבית שומר והרי היא בהמה ופתה שם בפשיעה יש בדבר ספק אם כלתה שמירתו ונפטר או עדיין לא כלתה שמירתו לפיכך השומר פטור מלשלם ואם הפסו הבעלים אין מוציאין מידם עכ"ל ודין זה בעיא היא בגמ' [ב"ק קז:] וכל הפוסקים השמיטו דין זה דס"ל דכיון דקי"ל בהובר הגנב דצריך השומר לטרוח אחר הגניבה אלמא דלא כלתה שמירתו ע"י הגניבה או האונס וא"כ כ"ש שאם החזיר לו הגנב דחייב בפשיעה כיון דלא כלתה שמירתו ומאן דבעי לה בגמ' סבר בהובר הגנב דא"צ לטרוח וכלתה שמירתו וכשהחזירה להגנב הוי ספק אם כלתה שמירתו [קס"ח] אמנם הרמב"ם ס"ל דיכול להיות שאף שלענין טירחא מחוייב בה מ"מ לענין תשלומין אפשר דכלתה שמירתו [וס"ל דלכך זועת סם לת פלוג מדכתב ב"מ ובוק]:

י כתב רבינו הרמ"א ראובן הטעיה חוב בטות לשמעון וקבל שכר על הסרסרות ואח"כ נתקלקל החוב וצריכין להשתדל עם השר בעד החוב ושמעון רוצה שראובן ישריה אותה טירחא הואיל וקבל שכר מן החוב י"א דהדין עם שמעון דומיא דהובר הגנב עכ"ל ויש חולקין בזה דלא דמי להובר הגנב שהוא שומר ונגנב ממנו ודאי מחוייב לעשות כל מה שביכולתו להחזיר לבעליו אבל זה שהיה רק סרסור על ההלואה ובעד זה קבל שברו וגמר מלאכתו למה הח"ב עליו לטרוח בגביית החוב [ב"ח] וג"ל דלא פלוגי לדינא כלל דודאי אם היה רק סרסור בעלמא והמלוה בעצמו הלוה להשר יראי דאין הסרסור

חייב לטרוח עוד בזה אבל רבינו הרמ"א כוונתו שהסרסור הלוה להשר והביא הוכיות להמלוה דהשר לא ראה כלל את המלוה ובכה"ג ודאי דדמי לשומר וצריך לטרוח בנביית החוב ועמ"ש בסמ"ם קפ"ה וכן הנהוג בסרסרות כזה שהחוב נעשה ע"י הסרסור שמטריח א"ע בנביית החוב:

יא כשמשביעין את השומר שלא פשע משבעינן ליה בלשון זה אבל לא ישבע שנעשה הנזק שלא בכוונה דלשון זה יכול לסבול שפשע בשמירתו והנזק נעשה שלא בכוונה וחייב לשלם אלא ישבע שלא פשע בשמירתו [סמ]:

סימן רצה [שומר שרוצה לשלם ולא לישבע מה דינו ובו ז' סעיפים]:

א שומר חנם שאמר הריני משלם ואיני נשבע שבועת השומרים אם היה הפקדון דבר שכל מינו שוה וגם מצוי לקנותו בשוק כמו פירות ויריעות של צמר ושל פשתן השוות בכל עניגם זל"ז או קורות שאינן מצויורות וכל כיוצא בהם ה"ז משלם ואינו נשבע אבל אם היה הפקדון בעל חי או בגד מצוייר או כלי מתוקן או דבר שאינו מוצא לקנות בשוק כמותו אף שכל מינו שוה חוששין שמא עיניו נתן בו ורצונו לעצמו ולכן משביעין אותו בנק"ח שאין החפץ ברשותו שנגנב או נאבד ואח"כ משלם ומרויח שא"צ לישבע ששמרו כראוי שלא פשע ושלא שלח בו יד דזה ירא לישבע דשמא לא שמר כראוי באיזה זמן או שמא פעם אחת נהנה מן הפקדון והוי שליחות יד [סמ"ע] וי"א דה"ה אפילו קבל בבר המפק"ד התשלוטין מידו מ"מ ביכלתו להשביעו אח"כ שבועה זו שאינו ברשותו [רמ"ם] וה"ה לשארי השומרים בגון השואל שאמר מתה או ננגבה וש"ש והשוכר שאמרו ננגבה או נאבדה אע"פ שהם חייבים לשלם משביעים אותה שבועה שאינה ברשותם ואח"כ משלמים דמי הבהמה או החפץ מפני שאנו חוששין להם שמא עין נתנו בה ואם אמרו הבעלים שהיה שוה יתר על זה בולל בשבועתו שאינו שוה אלא כך וכך ואין חילוק בזה בשומרים בין שאומרים שחייבים לשלם ובין שאומרים שאין חייבין לשלם אלא שמפני שאין רצוים לישבע שבועת השומרים משלמים מ"מ שבועה שאינה ברשותו נשבע:

ב נמצא דכל שומר שנשבע שבועת השומרים בולל בשבועתו ג' דברים ששמר כדרך השומרים שלא פשע בה וזה שאירע הסיבה להפקדון הוא שלא ע"י פשיעתו וגם נשבע שאינה ברשותו שזהו עיקר שבועת השומרים שחייבתו תורה כמ"ש בס' רצ"ד והיא שבועה שנגנבה או נאבדה או נאנסה וצריך להקדימה משבועה שלא פשע בה ואפילו הקרים את השבועה שלא פשע ושמה שאירע להפקדון היתה שלא בפשיעתו מ"מ צריך לישבע גם את השבועה שאינה ברשותו דיכול להיות אמת שנגנבה אבל חנגב החזירה לו או שנאבדה ומצאה או נאנסה והוסר האונס וכן צריך לישבע שלא שלח בה יד קודם שאירע המאורע הפושר אותו ואם רצה לשלם נשבע שאינה ברשותו אם הוא דבר שאינו מצוי או שאין כל מינו שוה ובולל בשבועתו שכך וכך היה שוה אם המפקיד אומר שהיה שוה יותר [כסמ"ם מיחס קוסים סמ"ע סק"ס ועמ"ז וח"ק]:

ג אמרו חז"ל [רפ"ג דכ"מ] המפקיד אצל חבירו בהמה או כלים ונגנבה ממנו או נאנסה ולא רצה לישבע ושילם להמפקיד דמי שווי החפץ ואח"כ נמצא הגנב ושילם כפל או בבהמ"ס פקדון שהגנב שחטה ושילם תשלומי ארבעה וחמשה נוטל השומר את הכפל והארבעה וחמשה ומעמא דמילתא דאולינן בתר אומדנא דדעת הבעלים להקנות לו את הכפל והד' וה' בעבור זה ששילם להקרן כיון שאין הריוח בזה מנוף החפץ אלא מן הצד ואין לו היזק בזה ניחא ליה להקנותו להשומר כשישלם לו הקרן אבל שבח דמגופיה כמו גיזה וולדות לא מקני ליה ואם תשאל באיזה קנין קנה השומר את הכפל והד' וה' דהא הכפל לא יוכל להקנותו דהוה דבר שלב"ל וזה אין לומר דבביאת הכפל לעולם מקני ליה דהא קי"ל שאפילו הבעלים אינם רוצים שיקבל השומר את הכפל מהגנב מ"מ נוטל השומר בע"כ משום דהבעלים הקנו ליה מקודם והרי מקודם הוה דשלב"ל אלא כך אמ"ו חכמים דנעשה כמו שא"ל בשעה שמסרה לו לשמור לכשתגנב והרצה לשלם לי הרי פרתי קנויה לך מעכשיו שיהיה הכפל שלך ולא לשבח דמגופה ואין הקנין מסוך לגניבתה דא"כ אם בעת הגניבה היתה שלא ברשות השומר כגון שעמדה באגם אין ביכלתו לקנותה אלא הקנין הוא בעת תחלת השמירה דאז היא ברשות השומר [כלישנא קמא דסמ]:

ד ולאו דוקא ששילם אלא כיון שאמר הריני משלם אע"ג שלא שילם עדיין בההיא ניחא נפשיה שהבט"ח לו לשלם מקנה לו הכפל וי"א דדוקא כשנשבע שבועה שאינה ברשותו דאז מקנה ליה באמירתו את הכפל אבל בלא שבועה אינו מקנה לו באמירה בלבד [רמ"ם] ורוב הפוסקים חולקים בזה [ס"ך] ובשואל אמרו חז"ל כיון שכל ההנאה שלו הוא אינו מקנה לו הכפל עד שישלם דא"צ להחזיק לו טובה בשביל אמירה בעלמא ואפילו נשבע שאינה ברשותו אינו מקנה לו עד שישלם [סס] ואפילו התנה להיות כש"ח הרין כן [נמק"י] וכן ש"ח אף שהתנה להיות כשואל מ"מ בזה דינו כש"ח וכן אפילו כשנשבעו שבועת שומרים ופטרו עצמם ואח"כ נמלכו לשלם הכפל שלהם

שהם אך בזה אינו מועיל אמירה עד שישלמו דאינו סומך על אמירתו כשכבר פטר א"ע ע"י שבועה אמנם כל זה הוא דוקא כששילם לו מרצונו אבל היכא שהבריחו הדיין עד שהוכרח לשלם כגון שאמר פשעתי בה ולא רצה לשלם או שאמר איני יודע היכן הנחתיו ולא רצה לשלם והדיין הבריחו וגבה ממנו בע"כ אינו מקנה לו הכפל [נמ"י] אבל אם ברצונו שילם לו אף שנתחייב בדין לשלם כגון שפשע בה ואמר פשעתי ורוצה לשלם מקנה לו הכפל [סס] ואמרו חז"ל הטעם דכיון דהשומר חנם היה יכול לפטור א"ע בטענת גניבה וש"ש בטענת אונס והשואל במתה מחמת מלאכה וכיון דלא אטרחיה בדין ודברים מקנה לו שבחא דמעלמא ומזה נראה דאם היו ערים ע"ח חיובו כגון שראו ערים שפשע בה אינו מקנה לו הכפל דחדי לא עבר ליה שום ניחא נפשיה שלא היה יכול לפטור א"ע וביושלמי פוטר גם בכה"ג אמנם מש"ס שלנו לא משמע כן [רמב"ן] ויש מי שאומר דה"ה אם היו להם ערים על הפטור כגון שש"ח היו לו ערים על הגניבה ועכ"ו שילם לו אינו מקנה לו הכפל דזה לא עלה על דעת המפקיד שישלם לו בכה"ג ולכן גם מקודם לא הקנה לו בכה"ג [גמק"י]:

ה שומר שאמר אני נשבע ורצה המפקיד לגלגל עליו עוד טענת אחרות וחזר בו ואמר הריני משלם אע"פ שהחזיה הוא מפני הגלגולים מ"מ כיון דסוף סוף שילם לו ברצונו הכפל שלו [רמ"ם סוף סנסועות] ואמרו חז"ל [כ"מ ל"ז:] שאם אמר אינו משלם וחזר ואמר הריני משלם הכפל שלו אבל אם אמר בב"ד הריני משלם וחזר בו ואמר אינו משלם אע"פ שאינו יכול לחזור בו כיון שקבל עליו בב"ד לשלם מ"מ הוי ספיקא דדינא אם זכה בהכפל או לאו כל זמן שלא שילם וכן אם אמר הריני משלם ומת ואמרו היורשים אין אנו משלמים או שלא הספיק לתבוע אותו עד שמת הנפקד ותבע לבניו ושלמו או ששלמו בני הנפקד לבני המפקיד הוי ספיקא דדינא דשמא לא הקנה הכפל רק להנפקד בעצמו וכא לבניו אף ששלמו כיון שהאב לא אמר שישלם וכן הוי ספק בששילם לו החצי או ששאל שתי פרות ושילם אחת מהן או ששאל משותפין ושילם לאחד מהן חלקו או שותפין ששאלו ושילם אחד מהם או ששאלו מהאשה מנכסי מלוג שלה ושילם לבעלה או אשה ששאלה בהמה לעבוד בה עבורת קרקע של נכסי מלוג שלה ושילם בעלה בכולהו הוי ספיקא דדינא וכתב הרי"ף ז"ל דחולקין ביניהם הכפל ואם תפס אחד מהם אין מוציאין מידו אפילו בח"ל שאין דנין דיני כפל וכ"כ הרמב"ם בפ"ח ולמה יחלוקו לפי שאין אחד מהם מוחזק אבל הרא"ש ז"ל פסק דהמפקיד חשוב כמוחזק שהרי הבהמה שלו היא והכפל שלו:

ו כמו שמקנה לו הכפל כמו כן מקנה לו כל שבח דמעלמא לפיכך אם הוקר החפץ אחר שהופקד בידו ונמצא החפץ אחר ששילם לו או אמר לשלם הוי היוקר של הנפקד מהטעמים שנתבארו וא"צ ליתן אלא דמי שויו של שעת הפקדון [סמ"ע] וי"א שמשלם לו כפי שויו של שעת הגניבה וכן כשיש ערים מתי נאבד ואין יודעים אם בפשיעתו ואם שלא בפשיעתו ושילם לו כל שבח דיוקרא שבא אחר הגניבה הוא של הנפקד [ס"ך]:

ז דעת הרטב"ם ז"ל שאפילו היה הדבר המופקד או המושאל או המושכר רק שוה פרוטה הרי השומר נשבע עליו ורבו עליו החולקים וס"ל שצריך כפירה שתי מעין בסף ובכלים די בפרוטה ולהרסב"ם אף פחות מש"פ אבל זהו לכל הדעות שאין אחר מהשומרים צריך כפירה במקצת והודאה במקצת ורק במודה מקצת דהלואה גזרה התורה בן ולא בפקדון ובסי' פ"ח בארנו בס"ד פרטי הדברים בזה ע"ש:

סימן רצו [המפקיד בעדים וטוען הנפקד שנגנבה או להד"מ ובו י"א סעיפים]:

א אחד המפקיד או המשאיל או המשכיר לחבירו בעדים או שלא בעדים דין אחד להם כיון שזה הודה מפי עצמו שהפקידו בידו או שהשאילו לו או השכירו לו ה"ז נשבע שבועת השומרים ואע"פ שיש לו מיגו שהיה אומר לא הפקדת אצלי מעולם ולא היה חייב שבועת התורה מ"מ חייב והטעם מפני שאין אומרים מיגו לאפטורי משבועה [רמב"ם] ובארנו הטעם בס"י צ"ג מפני שבטענת ממון האדם מדקדק בטענותיו וכיון שיש לו מיגו לפטור א"ע ש"מ דקושטא קאמר אבל בשבועות אין האדם מרקדק כל כך בטענותיו ואפשר שלא שם על לבו מיגו זה ועוד דקי"ל כל היכי דאיכא לברורי מבררינן אפילו במקום חוקה ולכן כיון שאפשר ע"י שבועה לברר הדבר מבררינן אף שיש לו מיגו [ט"ז] ועיר רחכמים לא ראו לסלק השבועה מפני המיגו כיון דאינו הוצאת ממון ואע"פ שמדינא פוטרו המיגו [ניתוך הסמ"ע ע"ס] ועור דכשאדם רוצה לפטור א"ע מממון אינו חושש בטענותיו לפטד"ד עצמו משבועה ומקבל עליו כל חששי שבועות ולכן א"א לפוטרו משבועה [לבוש] וי"א דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה דשבועה מביאה לידי ממון כשאינו נשבע רק בשומרים לא אמרינן מיגו מפני דהוה מיגו דהעזה גדולה לכן לא אמרינן ליה אבל בשארי מקומות אמרינן מיגו וה:

ב כל עיקר שבועת שומרים אינו אלא במורה הנפקר בעיקר הפקדון וטוען שנגנבה או נאנסה ובשואל שמתה

שמתה מחמת מלאכה אבל אם כופר בעיקרו שאומר לא הפקדת בידי מאומה ולא השאלתני ולא השכרתני או שאומר החזרתיו לך דלפ"ז אינו מודה עתה בעיקר הפקדון נשבע היסת ונפטר ואפילו הפקידו בערים יכול לומר החזרתיו דהמפקיד אצל חבירו בערים א"צ להחזיר לו בערים כמ"ש בסי' רצ"ו ואפילו הפקיד בידו בשטר או השאילו והשכירו בשטר דיכול המפקיד לומר לו אם כדבריך שהחזרת לי למה הנחת שטרך אצלי כמו בשטר הלואה שאין הלוה נאמן לומר פרעתי מטעם זה כמ"ש בסי' פ"ב מ"ם בפקדון נאמן והטעם דכיון שאם היה אומר נגנבה ממני אם הוא ש"ח או נאנסה אם הוא ש"ש או שוכר ומתה מחמת מלאכה אם הוא שואל היה נאמן בשבועת שומרים לכן נאמן גם לומר החזרתי לך במינו דנגנבה ונאנסה ומתה מחמת מלאכה דמפני שכמך על מינו זה לא חשש לקבל שטרו מהמפקיד משא"כ בהלואה דחייב בכל ענין ואין לו שום מינו לכן אינו נאמן:

ג וכן כיון שבשטר עיקר נאמנותו מפני מינו כשם שאם היה טוען המינו היה צריך לישבע שד"א בנק"ח שבועת השומרים כמו כן בשטוען החזרתי לך צריך לישבע כעין של תורה בנק"ח דשבועת השומרים משש א"א לחייבו דאין זה שבועת שומרים שחייבתה תורה כמו שנתבאר אלא דמחייבינן ליה שבועה חמורה כעין של תורה והטור שכתב דחייב לישבע שד א כוונתו כעין דאורייתא [ס"ך] ואפשר דס"ל דכל החלוקים שיש בין שד"א לשבועה דרבנן כמו לענין היפוך ולירד לנכסיו ולענין חשוד כמ"ש בסי' פ"ו ליכא בשבועה זו כמו בדאורייתא מיהו י"א דגם שבועה זו דינה לענין הדברים שנתבארו ככל שבועות דרבנן [סס] ואי קשיא דא"כ איזו מינו הוא ונחשוד אותו שכוונתו להפקה או שאינו רוצה שב"ד ירדו לנכסיו לבן טוען כן אמנם באמת אין זה מינו ממש ככל המינות דעיקר הטעם דלכן לא נזהר סלקבל שטרו מפני שביכלתו למעון נגנבת או נאנסה ולכן דינו כהפקיד בעדים ונאמן לומר החזרתי לך אלא דמ"מ כיון דמטעם זה לא לקח השטר מחמרינן עליו בשבועתו כעין דאורייתא [עס"מ] אבל יש חולקים וס"ל דיש לשבועה זו כל חומרות שיש בשד"א [קו"ס בכללי מינו מות ק"ב] וראיה לזה מהפוסקים והטור שקראוה שד"א ולא שבועה חמורה ככל שבועות דרבנן החמורות:

ד כתב אחד מהגדולים דאם יש להנפקד עד אחד שהחזיר לו הפקדון ה"ו פוטרו משבועה כדין עד אחד המסייע שפוטר מן השבועה כמ"ש בסי' ע"ה ואע"נ דנתבאר בסי' פ"ו דאין עד המסייע פוטר משבועה אלא במקום שנאמנותו על הטענה בלא מינו או שהעד היה מסייעו גם בטענת המינו אבל במקום שנאמנותו ע"י מינו ועל המינו אינו נפטר ע"י העד שאינו מסייעו להמינו כגון בזה שנאמנותו מפני מינו דנאמנו והעד המסייעו אינו מעיד רק על חורה ואם היה טוען טענת אונס לא היה לו עד מסייע מ"מ פוטרו בכאן עד המסייע דאין זה מינו נמור שנרחנו ככל המינות כמ"ש [קו"ס סס]

ועמ"ש שם סעיף ט' [ול"ע סס על סמ"ס]:

ה וביון שעיקר נאמנותו משום מינו דנאנסה או נגנבה לכן אינו פטור רק כשהיה השומר יכול לטעון נאנסה או נגנבה כגון שלא היו מצריכים אותו להביא עדים על טענתו אבל אם היה חייב להביא עדים כגון שהיה הדבר במקום שערים מצויים כמ"ש בסי' רצ"ד אינו נאמן לומר החזרתי דעל מה סמך להניח השטר בידו דהא אינו מהימן לומר נגנבה או נאנסה והוה כמלוה בשטר שבסי' פ"ב דמחוייב לשלם רק שהמפקיד ישבע בנק"ח שלא החזיר לו הפקדון וגם והו דוקא כשטוען הנפקד שהתבע לי שלא החזרתי לך אבל אם אינו תובע השבועה אנן לא משבעינן ליה ואומרים להנפקד וי"ל שלים ליה דמי הפקדון כמ"ש שם:

ו בא הנפקד להחזיר פקדונו להמפקיד וא"ל המפקיד אין זה פקדוני אלא אחר הוא או שטוען שלם היה ואתה שברתו או חדש היה ונשתמשת בו או שטוען מאה סאין הפקדתי אצלך ואין אלו אלא חמשים והנפקר אומר והו הדבר כמו שהפקדת אצלי ומה שהנחת אתה נוטל הרי השומר נשבע רק היסת בכשאירי טענות מפני שאין השומר נשבע שבועת השומרים האמורה בתורה אלא בזמן שמודה בעצמו של פקדון כמו שאומר המפקיד אלא שטוען ננגב או נאבד או נאנס אבל אם אמר והו שהשאלתני או השכרתני או שנתת לי לשמור והבעלים אומרים אינו זה אלא אחר הוא או נשתנה מכמות שהיה הרי השומר נשבע היסת ואם הודה במקצת נשבע שד"א כיצד אם אומר מאה סאין הפקדתי אצלך והשומר אומר לא הפקדת אצלי אלא חמשים ואינו אומר לו חילך החמשים נשבע שבועת התורה מפני שהודה במקצת ולא מפני שבועת השומרים אבל כשאמר מה שהנחת אתה נוטל אינו חייב רק היסת דהו"ל חילך ועוד דלא הודה בדבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין כמ"ש בסי' פ"ח ואם לא הודה לו במינו כלל פטור משבועת התורה אף בלא חילך כגון שא"ל מאה כור של חטים הפקדתי אצלך והוא אומר לא הפקדת אצלי אלא מאה של שעורים אינו נשבע אלא היסת כשאר כל הנשבעים בטענה זו דטענו חיטים והודה לו בשעורים פטור בהיסת כמ"ש בסי' פ"ח ע"ש:

ז כבר נתבאר בסי' רצ"א דכל תנאי שבשומרים קיים כשהתנה בעת קבלת השמירה ולכן מהנה ש"ח להיות פטור אף משבועה והשואל להיות פטור מתשלומין ומשבועה ומי צריך להתנות נתבאר בר"ם ר"ז וכן לחומרא דבעל הפקדון יכול להתנות כשהשומר נתרצה כגון אפילו אם הוא רק ש"ח מתנה שיהיה דינו כשואל וב"ש ש"ש ושוכר וחייבים גם באונסים ובשואל יכול להתנות שיתחייב במתה מחמת מלאכה שכל תנאי שבממון או בשבועה הנוגעת לממון התנאי קיים וא"צ

לא קנין ולא עדים דלא איברי סהדי אלא לשיקרא ובלבר שיתנו בתחלת השכירה אבל אח"כ צריך קנין ולפ"ז אם היה ש"ח וטען המפקיד שהיה שם תנאי שיתחייב באונסים כשואל והשומר אומר לא היה תנאי נשבע השומר שבועת השומרים ומגלגל בה שלא היה שם תנאי:

ח וכן להיפך אם השומר הודה שפשע רק טען תנאי היה בינינו שלא אצטרך לשומרו כדרך השומרים והמפקיד אומר לא היה תנאי אע"פ שהפקיד אצלו בערים רק שאינם יודעים אם היה תנאי אם לאו ואף שלפניהם מסר בסתם מ"מ יכול להיות שההגו מקודם ועל התנאי הקודם מסר לו בפני העדים [ס"ך] והשומר נאמן במיגו מתוך שהיה יכול לומר שמרתי כדרך השומרים ונאנסה נאמן ג"כ לומר שהיה ביניהם תנאי לפיכך ישבע השומר בנק"ח שלא שלח בה יד ושאינה ברשותו ושהיה ביניהם תנאי ולכן אם היה במקום שערים מצויים או שהמפקיד הביא עדים שפשע חייב השומר לשלם ואינו נאמן לומר תנאי היה בינינו שהרי אין כאן מיגו ודוקא שהעדים יודעים עכ"פ שהוא שומר בזה אבל בלא זה אע"פ שפשע נאמן במיגו שהיה יכול לומר לא הייתי שומר עליו ולא אמרתי לו רק הא ביתא קמך ואם טוען הנאי היה בינינו אחר מסירת הפקדון בשיש עדים על הפקדון אינו נאמן במיגו דנאנסה דהוה כמיגו במקום עדים:

ט אם טען המפקיד שהפקיד אצלו וזה אומר לא קבלתי עלי שמירה אלא אמרתי הנח לפניך או הא ביתא קמך ולא נעשיתי לך שומר כמ"ש בסי' רצ"א נשבע היסת שלא קבלו אלא ברוך זה וכולל בשבועתו שלא שלח בו יד ולא איבדו בידים ולא גרם לו שיהיה חייב מדינא דגרמי דבכל זה אף שאינו שומר חייב לשלם אבל שלא פשע בה אינו נשבע דהרי אף אם פשע ולא סגר הדלת ומפני זה נגנב החפץ כיון שאין דין שומר עליו אינו חייב בפשיעה כזו [ממ"ע]:

י יש מי שאומר דעל פשיעה אינו מועיל תנאי שפטר השומר ואין כן דעת כל הפוסקים וגם אין סברא נכונה לחלק ביניהם:

יא אם הנפקד מת ולא נמצא הפקדון בין חפציו טוענים הב"ד בשביל היורשים שמא נגנב או נאנס דכללא בידינו דכל מה דיכול אביהם לטעון טוענים ג"כ בשביל היתומים ויש חולקים בזה דגניבה ואונס לא שכיחי ולא טענינן בשבילם מילתא דלא שכיחא אף שאביהם היה יכול לטעון כן אבל החזרתי טוענים בעדם ואע"ג דהוא לא היה נאמן במענת החזרתי רק במיגו דנאנסו כמ"ש וכיון דאין טוענים להם נאנסו לא נטעון להם טענת חזרה מ"מ טוענים להם וכבר נתבאר זה בסי' ק"ח סעיף מ' עיי"ש ונתבאר שם דזהו ספיקא דדינא ויש מי שאומר דלדעה זו שטוענים בעדם מענת אונס טענינן להם אף במקום שאביהם לא היה יכול לטעון כגון במקום שיש עדים מצויים דלאביהם היו אומרים לו הבא עדים אבל הם מאין להם לדעת מי היה בשעת פשעה [עט"מ] ודברי טעם הן וגם שבועת היורשים אין משביעין אותם דשבועה היורשים אינה אלא בבאין ליטול ולא בבאין לפטור א"ע כמ"ש שם:

סימן רצז [הכופר בפקדון והמפקיד נותן סימן בחפציו ובו ז' סעיפים]:

א ראובן אומר הפקדתי אצל שמעון חפץ פלוני אם אומר שהפקיד שלא בערים נאמן שמעון בהיסת לומר להד"מ ואפילו ראו עדים עתה את החפץ בידו והכירוהו בטב"ע שזהו חפצו של ראובן יכול לומר לקחתיו ממנו או מיד אחר שקנה ממנו וכן אפילו נותן סימן מובהק בהחפץ אינו טוען לו מטעם זה ואפילו שמעון אינו אמוד שיהא לו חפץ כזה מפני שיש מתרושש והון רב ועוד שמא מציאה מצא וגם נאמן לומר שמתנה נתנו לו ואפילו אין ראובן רגיל ליכנס לביתו של שמעון שנאמר שראה החפץ אצלו ולכן יודע הסימנים דהרי אפי' כשיש עדים ששלו הוא אינו טוען לו מטעם שיכול לומר לקוח הוא בידי וכמ"ש בסי' קל"ג:

ב ואם הפקיד אצלו בעדים אינו נאמן לומר החזרתיו לך דקי"ל המפקיד לחבירו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים ולכן מפני מיגו דהחזרתי לך יכול ג"כ לומר חזרתי ולקחתיו ממך או במתנה נתת לי ודוקא כשלא ראו עדים את החפץ בידו קודם ירידתו לב"ד דאז יכול להוציא את החפץ לפני ב"ד ולומר אמת הדבר שהפקיד אצלי אבל לקחתיו ממנו או נתן לי במתנה במיגו שהיה יכול שלא להראותו עתה ולומר החזרתיו לך אבל אם עדים ראו את החפץ קודם ירידתו לב"ד אינו נאמן בשום מענה דכיון שאין יכול לומר החזרתיו ממילא דאינו יכול למענן לקוח ומתנה כיון שאין לו מיגו ואי משום שהיה יכול לומר החזרתיו קודם שראו עדים את החפץ הוה מיגו למפרע ומיגו למפרע לא אמרינן דצריכין לדון כפי שעת הדין בפני ב"ד:

ג ואפילו העדים לא הכירו בטב"ע את החפץ שהוא של המפקיד אלא ע"פ סימן מובהק שנתן המפקיד ג"כ הדין כן ודוקא סימן מובהק אבל אם טוען הפקדתי בידך חמים ע"פ עדים וכך וכך היתה מדתן ונתתם בחבית פלוני והעדים אומרים שראו כן אצל הנפקד מ"מ נאמן לומר החזרתים לך ואלו אחרים הם דאין זה סימן מובהק ורק במציאה מחזירין בסימנים כאלו מפני שאין מי ששוען כנגדו כמ"ש בסימן רמ"ז אבל כשוה אומר שלי הם

הם ואחרים הם נאמן ומסתמא דע"פ מינו זה יכול נ"כ לומר לקחתים ממך או במהנה נהתים לי וי"א דאין זה מינו טוב דכיון שנמצא אצלו כזה ירא לומר שאחרים הם [ס"ק] כללו של דבר אין המפקיד יכול להוציא את החפץ אא"כ מביא עדים שהפקיד אצלו חפץ זה שראו אותם העדים או עדים אחרים קודם שירדו לב"ד והעדים מכירים את החפץ בסב"ע שהוא של המפקיד או ע"פ סימן מובהק שנתן המפקיד וזהו שנתבאר בסימן קל"ג דבעינן עדים וראה :

ד ובכה"ג שיש עדים וראה לא מיבעיא שמוציאין את החפץ מידו כשהוא חי אלא אפי' מת הנפקד מוציאין אותו מהיורשים אפילו בלא שבועה ולא טענינן בעד היורשים אולי היה אביהם מכיא עדים שחזר ולקחה ממנו דאין טוענים ליורשים מילתא דלא שביחא ואפילו למי שסובר שטוענין בעדם נאמנו בס"ם רצ"ו ס"ם בעדים וראו אין טוענים בעדם ואדרבא יש דבר שבח היתומים גרוע מכחו כגון שבא המפקיד ואמר חפץ פלוני הפקדתי אצל שמעון בעדים ויש לי סימנים מובהקים בתחפץ כך וכך ומביא עדים שהפקיד בפניהם וגם מעידים שראו ערך חפץ כזה ביד הנפקד רק שאינם יודעים בסב"ע וגם הסימנים לא ראו ומבקש המפקיד להכריחו להנפקד להראות את החפץ לפני ב"ד אולי ימצאו הסימנים או שהעדים יתבונגו בו ואולי יכירוהו בסב"ע אינו יכול להכריחו לזה דיכול לומר החזרתיו לך וזה אחר הוא ולא אראהו לפניכם בין שאני יודע בבירור שכן הוא וממילא דבסימנו זה יכול נ"כ לומר לקחתיו ממנו דהא בהא תליא כמ"ש ואפשר דמ"ם לא אמרינן סימנו בזה דאין טוב לו לומר החזרתיו דך כיון שעכ"פ ראו בידו כעין חפץ זה ורק דאם עכ"ז טוען החזרתי נאמן אבל שיהא נאמן לומר לקוח במינו דהחזרתי אינו נאמן חזו בו בעצמו אבל ביתומים כשטוען כן כופין ב"ד את היתומים להוציא את החפץ ולהראותו להעדים ואם יעידו שזה הוא או ע"פ סב"ע או ע"פ סימנים מובהקים שנותן המפקיד מחזירין החפץ לו והטעם כיון שאין היתומים טוענים טענת ברי ושעתו של המפקיד מוכה ונראית אמת מחוייבין בזה להשתדל בזה ואפילו אם הנפקד היה אמיד מוציאין החפץ מהם כיון שיש עדים וראה ואפילו היה המפקיד רגיל ליכנס לבית הנפקד ויכול להיות שיודע הסימנים מ"ם כיון שיש עדים שהפקיד לפניהם מוציאין מהם אמנם כשהיתומים טוענים טענת ברי אבינו אמר ששלו הוא ומסתמא החזיר להמפקיד את שלו אינם מחוייבים להראותו ונשבעים היתומים ואע"ג דיתומים אין נשבעים לשמר א"ע כמ"ש בס' ק"ח מ"ם כיון דהמפקיד עומד וצווח שלי הוא חפץ זה ואני מבקש שיראה אותו לפני ב"ד אין ביכלתם לעכב את החפץ בלא שבועה וכ"ש שהוא בעצמו כשאינו רוצה להראותו שמחוייב לישבע היסת :

ה עוד יש דבר שכת היורשים נריעא מכחו דאלו אביהם כשהפקיד בלא עדים אינו יכול להוציא ממנו אפילו בסימנים מובהקים ואפילו אין הנפקד אמיד כשטוען להד"ם ולקוח הוא בידי כמו שנתבאר וביורשים אינו כן דמי שבא ואמר ליורשים כך וכך הפקדתי אצל אביכם ואלו הם הסימנים המובהקים ונמצא כבר חפץ כזה ביד היתומים שראוהו עדים בכל סימניו שאומר והדיין יודע ברור שהמת לא היה אמיד שיהיה לו חפץ כזה יש לו לדיין להוציא החפץ מידם ולמוסרו לזה שנתן סימניו כיון שהיורשים אין טוענים ברי והאמת ניבר הן מצד המפקיד שנותן סימנים מובהקים והן מצד היורשים כיון שאביהם לא היה אמיד לזה ולכן אם היה אמיד לזה או אפילו לא היה אמיד רק שזה המפקיד היה רגיל ליכנס לבית אביהם אין נותנים לו דחיישינן שמא של אחר הוא והוא לפי שהיה רגיל אצלו מביר סימניו ובחר צד אין מחזירין לו דכיון דחזרה זו הוא רק ע"פ אומרנא צריכים אומדנא משני צדדים וכן כשהיורשים טוענים ברי דינם כאביהם ואם באו עדים והעידו לפני הדיין שאביהם לא היה אמיד אין זה בלום דהרין שדנים ע"פ אומדנא צריך הדיין בעצמו לידע האומדנא ואין סומכין על אומדנת העדים להוציא מיתומים ונם זה לא היה אלא בזמן הש"ס אבל האידנא כבר כתב הרמב"ם ז"ל דמשרבו בתי דינים שאינם הגונים ואפילו הם הגונים במעשיהם אינם חכמים כראוי ואינם בעלי בינה בטיב העולם הסכימו רוב בתי דיני ישראל שאין מוציאין מיתומים אפילו באומד דעתו של הדיין ולכן כל מה שנתבאר בסעיף זה אין דנים בזמה"ז אבל גם זה לאו כללא הוא בכל הענינים כמ"ש בסי' מ"ו ואם החזיר הדיין ע"פ אומדנא שלו את הפקדון ואח"כ בא דין אחר שאין זה אומדנא נמורה אין זה כמעות נמור והדיין פטור וגם לטי שהחזיר א"צ להחזיר אמנם אם נתברר שלא היה שלו אלא שלהם או של אחר מוציאין מידו ונותנים למי ששלו הוא [זכו כוונת סרמ"ח ומקורו מירושלמי שקבים פרי"ק ס"ק סכוסם כמ"ש הגר"א ומ"ם פסמ"ע לא מצדר] :

ו וי"א כיון דבעדים בלא ראה נאמן לומר לקוח במינו דהחזרתי לכן מענינן גם ליתומים לקוח במינו דהחזרתי ואף שבא לב"ד ואמר הפקדתי אצל אביהם כך וכך ונותן סימנים מובהקים והיתומים מראים אותו לב"ד ועדי הפקדון מכירין אותו שזהו שהפקיד ביד אביהם מ"מ כיון שלא היה כאן עידי ראיה והיה אביהם יכול למענן החזרתי או לקוח במינו דהחזרתי מענינן להם נ"כ לקוח אבל אם ראהו עדים אחר מותו אפילו לא ראו אותו אח"כ עד שירד לדין לא מענינן אנחנו החזרנוהו אחרי ראיית העדים דאין זה מינו שהרי הם אינם יודעים דבר ולכן אם טוענים ברי שאביהם לקחו נאמנים במינו זה וצריכים לישבע היסת כיון שטוענים ברי ודע דבכל מקום שאמרנו דכשיש עידי ראיה אינו יכול למענן החזרתי או לקוח במינו דהחזרתי כ"ש אם הוא מונח בבר ביד ב"ד שהב"ד בעצמם

בעצמם הם עדי ראיה ודוקא כשהביאו לב"ד בשעת הדין שייך מינו אבל לא כשהיה החפץ אצל ב"ד קודם הדין וכ"ש שאין טוענים ליתומים בכה"ג [ס"ך] :

ז וכשיש עדים שכלי זה הופקר בידו וראוהו גם לאחר מותו או שהיתומים מודים שזהו פקדון רק שהעדים והיתומים אינם יודעים של מי הוא נאמן התובע כשנאמן סימן מובהק ולא היה רגיל ליכנס לביתו של זה ואם אין היתומים יודעים אם לקחה אביהם אח"כ אע"פ שיודעים שבפקדון בא לידו ואיכא עדי ראיה ס"מ אם אין עדי פקדון טענינן להו לקוח ודוקא כשהיה אמיד דאל"כ אין טוענים לקוח בעדים [סמ] ולפמ"ש בסעיף ד' אין טוענים ליתומים מענת לקוח בכה"ג אפילו היה אמיד :

סימן רצח [נפקד אומר איני יודע כמה הפקדת והמפקיד אומר כך וכך ובו ג' סעיפים] :

א כל שומר שנתחייב לשלם ואמר איני יודע כמה אני חייב לשלם והבעלים אומרים אנו יודעים כך וכך היה שום כגון שהפקיד אצלו כיס מלא זהובים ופשע בו והמפקיד אומר מאתים דינרים היו והשומר אומר אמת שהיו בו דינרים אבל איני יודע כמה נמצא זה כטוען מאתים ומודה לו במקצת ואמר על השאר שאינו יודע הוי מחוייב לישבע ואינו יכול ומשלם ולפיכך הבעלים יטלו בלא שבועה והוא שיטענו דבר שהם אמודים בו ויש לשומר להטיל קבלה על מי שלוקח ממנו יותר מהראוי לו וזהו דעת הרמב"ם והב"י :

ב ויש מרבותינו שחולקים על דין זה וס"ל דלא אמרינן מתוך שאיל"מ אלא במקום דהוה ליה למידע כמו בתובע מנה שהלוהו ואמר חמשין ירענא וחמשין לא ידענא דפשע בעצמו דאיך אינו יודע מה שלוה לכך חייבתו התורה לשלם אבל בפקדון מנ"ל למידע כמה היה בכיסו של המפקיד והרמב"ם ס"ל דאין חילוק בזה דעיון דהתורה חייבתו שבועה למודה מקצת אין לו להפטר אלא בשבועה או בתשלומין וכיון שאינו יכול לישבע משלם ויש שחולקים על זה מטעם אחר דמודה מקצת לא הוי אלא כשמודה ברבר שבמנין כגון שמודה על פרוטה ובזה הרי אינו מודה על סכום ידוע וזהו כמו אם אמר מה שהנחת אתה נוטל ואין כאן שר"א אלא דרבנן וברבנן לא אמרינן מתוך שאיל"מ כמ"ש בסי' ע"ה ולהרמב"ם י"ל דדעתו דרק כמה שהנחת אתה נוטל דהדבר בעין שפיר לא הוה דבר שבמנין משום דנעלם ממנו כמה יש בזה אבל בכאן שנאבד הפקדון פשיטא שאין לנו לחייבו אלא בממון היותר קל והיינו פרוטה דמניין לנו לחייבו יותר ואף אם יודע שדיננין היו אין לנו לחייבו רק דינר וא"ב הוה כמודה ברבר קצוב ושפיר חוי מודה מקצת [ס"ך סי' ע"ב סק"ג כמס רמכ"ן] ובסי' צ' הובא בש"ע שני הדעות ושמה באחרנו בזה בס"ר ע"ש ובסי' ע"ב :

ג ואם הנפקד אומר איני יודע כלל מה היה בו ואולי היה שם חול או צרורות שאינו שוה כלום אין בזה דין מודה מקצת ומדינא נשבע הנפקד ונפטר בכבל שבועת היסת כשטוען איני יודע אם נתחייבתי לך אלא די"א דכמו שתקנו חכמים בגוזל שהגזול נשבע ונוטל כמ"ש בסי' צ' כמו כן תקנו תקנה זו בפקדון שהמפקיד ישבע ויטול כדי שיהיה הנפקד זהיר לשמור הפקדון ויש חולקים בזה כמ"ש שם ואם גם המפקיד אומר איני יודע מה היתה בה א"צ הנפקד שבועה כלל [סמ"ע] אלא שיש להמפקיד להטיל קבלה על כל מי שכובש ממונו ואינו משלם לו ואם המפקיד לא היה לו לדעת כגון שמת אביו והניח לו שק צרור מופקד אצל אחד ופשע בו הנפקד והמפקיד אומר איני יודע מה היה בו ושמא מרגלית היה בו וכן הנפקד אומר איני יודע כתבו הטור והש"ע שישבע השומר שאינו ברשותו ובגלגול ישבע שאינו יודע בודאי שהיה בו יותר על שווי כך וכך וישלם מה שהודה לו ואם אומר שאינו יודע שהיה שוה אפילו פרוטה אינו משלם כלל ואף שנתפאר בסי' צ"ד דאין מגלגלין אלא כשהנתבע טוען ברי שאני שבועת שומרים דעיקרה מן התורה בטענת שמא של התובע הלכך אין חילוק בין ברי ושמא לענין גלגול ובזה ניחא נמי מה שיתבאר בסי' שד"מ ע"ש ומפקיד שאמר נגנב לי מן הפקדון והשומר אומר איני יודע נשבע שאינו יודע ופטור ואין שייך בזה תקנת גנזל שישבע ויטול דזהו דוקא אם מודה שחסר בזה שייך התקנה כדי שיהא זהיר לשמור פקדון ולא כשאינו יודע אם חסר כלל [סמ] :

סימן רצט [שנים שהפקידו ביד אחד ובא אחד מהם לתבוע ובו סעיף אחד] :

א שנים שהפקידו אצל אחד ובא אחד מהם ליטול את שלו חצי הפקדון אין שומעין לו עד שיבא חבירו דשנים שהפקידו באחד צריכין ליתן להם באחד בד"א כשאין השני בעיר או שהוא בעיר ואפשר שאינו יודע מזה שחבירו תובע פקדונו אבל אם הוא בעיר ויודע שחבירו תובע ולא בא מסתמא ניחא ליה במאי דעביד חבריה

חבריה ושליחותו קעביד ויכול למסור לו אפילו כל הפקדון כשמבקש ממנו ואין אח"כ להשני שום תביעה על הנפקד דהיה לו לבא ומדלא בא מסתמא שלוחו הוא ודוקא לתבוע הפקדון אין ביכולת האחר בלערי השני כשאין השני יודע אבל להבוע לדין יכול האחר לתובעו

גם בלערי השני [סמ"ע] דמה לו להמתין בתביעה לדין על חבירו כמ"ש בסי' קע"ו ואחר שהפקיד אצל שנים דינו כהלוה לשנים שנתבאר בסי' ע"ו סעיף ב' רנעשו ערבים וז"ז אע"פ שלא פירשו :

סימן ש [שנים שהפקידו אחד מנה ואחד מאתים וכ"א אומר המאתים שלי ובו ה' סעיפים] :

א שנים שתובעין לאחד כל אחד אומר הפקדתי אצלו מנה והוא אומר אחד מכם הפקיד אצלי ואיני יודע איזהו שגיהם נשבעים ונוטלים דפושע הוא במה שאינו זוכר מי הוא המפקיד וכן אם שנים הפקידו אצלו זה מנה וזה מאתים וכל אחד אומר מאתים שלי והוא אינו יודע של מי הם המאתים כל אחד ישבע ויטול מאתים ומפסיד הנפקד מנה דפושע הוא במה שלא דקדק מי הוא בעל המנה ומי הוא בעל המאתים ואין לומר למה צריכים שבועה הא כל אחד מהם תובע ממנו מאתים והוא מודה במנה והשאר אינו יודע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם דכיון דאחד מהם וראי רמאי אין ביכלתם ליטול בלא שבועה [במק"י פ"ג דב"מ] ועוד דהרי הוא יודע בודאי שאינו חייב לשניהם יותר מג' מאות והוא משלם מאה יותר ולכן איך יטלו בלא שבועה [סמ"ע פ"ס] :

ב ודוקא כשהובעים אותו ושניהם טוענים ברי והוא טוען שמא ולכן כיון שפשע חייב לשלם אבל כשאין תובעין אותו שנם להם הדבר ספק הו"ל שמא ושמא ופטור מדינא מלשלם לפיכך כשאומר בלא תביעה אחד מכם הפקיד אצלי מנה ואיני יודע איזהו או שאומר אתם הפקדתם אצלי אחד מנה ואחד מאתים ואיני יודע מי הוא בעל המאתים משלם לזה מנה ולזה מנה ומנה השלישי יונח אצלו וי"א דיניחנה בב"ד כדי שלא יבא לעשות הערמה ולכן טוב יותר שיהא מונח ביד ב"ד עד שיבא אליהו או עד שיודה אחד לחבירו או עד שיחלוקו וכן במנה אחת תהא מונח ביד ב"ד ומ"מ במנה ומאתים אם בא לצאת י"ש צ"ל להחזיר לכל אחד מאתים כיון שפשע ובמנה אחת פטור אפילו לצאת י"ש רבמנה אחת לא היה לו לדעת ולהעלות על לבו שיתהוה אצלו ספק על מי שלא הפקיד כלל ולכן נהי דכשתובעים אותו נחשב כפושע וחייב מדינא מ"מ כשאין תובעים אותו ומדינא פטור אין סברא לחייבו בזה אפילו לצאת י"ש ובסי' ע"ו נתבאר בהלואה כה"ג ושיש מי שטובר דגם במנה אחת אם בא לצאת י"ש צריך לשלם לשניהם וג"ל מדלא הביא רבינו הרמ"א דעה זו בסי' זה ס"ל דדוקא בהלואה שהיא טובת הלוה ומשתמש בהמעות חשבינן גם זה לפשיעה בבא לצאת י"ש אבל בפקדון שאין שום טובה להנפקד ואף כשמשתמש במעות הפקדון כמ"ש בסי' רצ"ב ס"מ עיקר הפקדון שלא למובת הנפקד הוא לא מקרי פושע בכה"ג ואף שמהטטור שם מוכח דלא ס"ל חילוק זה [ע"ם בב"י] מ"מ י"ל כן ובמכר בארנו בסי' רכ"ב סעיף ו' ואע"פ שבמנה אחת אם אין תובעין אותו א"צ ליתן לזה ולזה אף לצאת י"ש מ"מ אם אומר אביכם של אחד מכם הפקיד אצלי מנה ואיני יודע איזה מכם חייב ליתן לכל אחד מנה בבא לצאת י"ש דדוקא בהם עצמם ששמעו ג"כ בזה במה שביניהם נפל ספק אבל באביהם שהם אינם צריכים לידע חשבינן ליה בפושע בבא לצאת י"ש :

ג אמרו חו"ל דאימתי צריך להחזיר לכל אחד מאתים כשהפקידו בשני כריסות אבל כשהפקידו בכרך אחד אפילו תובעים אותו א"צ ליתן רק לזה מנה ולזה מנה ומנה שלישי יהא מונח בב"ד ואפילו לצאת י"ש פטור וי"א דאם תבעו אותו חייב לצאת י"ש אפילו בכה"ג ומעמא דמילתא דכיון שהפקידו בכרך אחד יכול הנפקד לומר להם כיון שראיתי שאינכם מקפידים זע"ז והבאתם בכרך אחד לא המרחתי עצמי לידע ולזכור תמיד מי הוא בעל המאה ומי הוא בעל המאתים והרמב"ם מפרש בכרך אחד כמשמעו שהביאו מעותיהם בבים אחד ושני כריכות כמשמעו אף ש־הפקידו זה בפני זה והפשיעה היא שהיה לו לכתוב שם כל אחד על כים שלו ורש"י והטור מפרשים דלאו דוקא בכרך אחד דה"ה כשהפקידו בשני כיסין רק שהפקידו זה בפני זה יכול לומר מאחר שראיתי שלא הייתם חושדים זה את זה לא נתתי לכי לרקדק מי הוא בעל המאתים ושני כריכות מקרי כשהפקידו זה שלא בפני זה וכתב הטור דלצאת י"ש חייב כשתובעין אותו ואפשר לומר דבכרך אחד ממש מודה להרמב"ם דאף לצאת י"ש אינו חייב והרמב"ם יודה להטור כשהפקידו זה בפני זה דהכי דמדינא יש לו לתרץ א"ע שאינו פושע גמור מ"ם לצאת י"ש היה מוטל עליו להוכיר מי נתן לו כרך של מנה ומי נתן לו של מאתים אך שיש מהפוסקים שמשמע מדבריהם דאפילו לפירש"י פטור גם מלצאת י"ש [עמוס ב"מ ל"ז ד"ס סמס] :

ד כמו שהדין במעות כמו כן בחפצים אם הפקידו אצלו שני כלים אחד גדול ואחד קטן וכך אחד אומר הגדול שלי ישבעו שניהם ויתן הגדול לאחד מהם ודמי הגדול לשני וישאר לו הקטן ואם כל אחד מבקש הכלי ישילו גורל ביניהם או יעלוה במקח ואם הביאום בכרך אחד

כאחד

כאחר נותן הקטן לאחד ודמי הקטן להשני דשובר הכלי הגדול ונותן לו מקצתו ממנו [סמ"ע] והשאר יהא מונח שיורה האחד לחבירו או עד שיתרצו לחלוק או עד שיבא אליהו ואינו מחוייב להוציא מעות מכיסו כדי דמי הקטן ואע"פ שע"י השבירה הפסד קצת מ"מ מה לו לעשות אבל בשני כריכות כשצריך לשלם לשניהם אינו יכול ליתן להשני את הקטן ולהשלים מכיסו עד דמי הגדול דיכול לומר איני רוצה הקטן כי רצוני לקנות גדול בעד המעות שתתן לי וכשאין תובעין אותו דינו כמו במעות שנתבאר:

ה וכן שנים שהפקידו שתי בהמות אצל רועה ומתה אחת מהן או שאחת גדולה ואחת קטנה או אחד הפקיד שתי בהמות והאחד בהמה אחת וכך אחד מהם אומר החיה שלי או הגדולה או השתים שלי ישלם לשנים אחר שישבעו שבועה חמורה כמו במעות ואפילו הפקידו יחד ומקושרים זה בזה אין דינם ככרך אחד דאף אם היו מפקידים זה שלא בפני זה אין לשמור מרמאות שהרי השני היה רואה אותה בשדה והיה יכול לומר שלי היא אא"כ הפקידו בעדרו שלא מדעתו שהעמידו אצלו להפקיד במערה שלו אך שהביאו אותן שלא בפניו מניח הבהמה ביניהם ומסתלק דהא לא פשע כלום כיון שלא מסרו לידו ותהיה מונחת הבהמה המסופקת עד שיודה האחד לחבירו או שיתרצו לחלוק אותה או עד שיבא אליהו:

סימן שא [דיני שמירה בעבדים וקרקעות ושטרות והקדשות ושל עניים ובו י"ג סעיפים]:

א כתיב כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור ודרשינן לה בכלל ופרט וכלל דבעינן דבר הדומה לפרט שיהא מטלטלין וגופן ממון לאפוקי קרקעות ועבדים שהוקשו לקרקעות ושטרות מפני שאין גופן ממון ומיכתיב רעהו מסעטינן של הקדש ושל עכו"ם ומרכתיב לשמור מסעטינן של עניים ושארי צדקות דלשמור פירושו שנותן לו לשמור על מעט זמן ויחזירנו לו אבל של עניים ושל צדקות לא יוחזר להמפקיד אלא להעניים ולהצדקה ונם לעניים לא שייך שיוחזר להם שהרי יכול ליתן לעניים שירצה והוי ממון שאין לו תובעים ועוד יתבאר בזה וכל אלו נתמעטו מדיני שומרים:

ב לפיכך שלשה דינים האמורים בתורה בהד' שומרים אינם נוהגים בכל אלו ואם מסר לו לשמור קרקע ועבדים ושטרות ונכסי מצרי ונכסי הקדש הן של מזבח הן של בדק הבית לאפוקי הקדשות שבזמה"ז דינן כהדיוט כמ"ש בסי' צ"ה או שהשאיכן או השכירן שומר חנם אינו נשבע על הפשיעה וש"ש ושוכר אין נשבעין על גניבה ואבידה ושואל אינו נשבע על אונס שאפילו אם פשעו או נגנבו ונאבדו או נאנסו פטורים מלשלם דכל אלו אינם כמזיקים אלא גזירת התורה היא בשומרין והתורה מיעטה לכל אלו מדיני שומרים ומ"מ ש"ש מפסיד שכרו עד שישבע ששמרה כראוי דאיך יתבע שכר שמירה והוא לא שמרה כראוי ודעת הרמב"ם ז"ל בפ"ב משכירות דבפשיעה חייבים לשלם דהוא כמזיק ולא מיעטן הכתוב אלא מחיוב השבועה על הפשיעה שלא פשע בה ולא מחיוב התשלומים אם פשע ואפילו בש"ח ורבים חולקים עליו ום"ל דמכל דבר מיעטה תורה לכולם ראין הפשיעה כמזיק דהרי פשיעה בבעלים פטור ובמזיק ודאי דחייב ורבינו הרמ"א פסק כדעה זו ויש מן האחרונים שפסקו כדעת הרמב"ם [ס"ך סי' סיז ס"ק קכ"ו וע"ש בתו"ק]:

ג כל אלו פטורים אפילו משבועה שאינו ברשותו וכ"ש דפטורים משבועה שלא פשעתי ושלא נגנבה כש"ש דאפילו נגנבה או פשע להחולקים על הרמב"ם פטורים וכן משבועה שלא שלחתי בה יד דהיא רק גזירת התורה בשומרים דמנלן לומר ששלח יד בהפקדון וכיון שפטורים משבועה שאינה ברשותי כ"ש משבועות אלו לבר בהקדשות הקנו חכמים שישבע שבועת השומרים כדי שלא יזלזלו בהקדשות ונ"ל שאין נשבעין רק שנגנבה ממנו ולא כל השבועות של שומרים [וכ"מ מרמ"י ב"מ כ"ט: ד"ס כשבעין] ובכל אלו אם נתחייב לו השומר שבועה ממקום אחר מנלגלין גם על אלו דגלגול שבועה דאורייתא היא והרי אפילו ע"י היסת מגלגלין כמ"ש בסי' צ"ד ו"א דע"י גלגול אינו נשבע רק שאינה ברשותו [כנ"מ] ולהרמב"ם יכול לגלגל גם שבועה שלא פשעתי בה:

ד אע"פ שאין נשבעין על אלו ה"מ מדאורייתא בכל שבועת שומרים שנשבעים גם על טענת ספק של התובע אבל על טענת ודאי נשבעים עליהם היסת בכל התביעות שתקנו היסת על טענת ודאי ובהקדשות נשבעין גם על טענת ספק מפני התקנה שלא יזלזלו כמ"ש [ומ"ם המור בסי' ל"ס בשם סמ"ק דבהקדשות אפילו ספק מין בשבעין ככר תמה שם סב"י ומדברי בהקדם היא כיון דמוייתא כמ"ש הרמב"ם תמה כוונתו הוא רק לחסך בעלמא מין מסבירין ע"ש ודוק]:

ה כל אלו אם קנו מידם להתחייב באחריותם בכל השומרים חייבים בתשלומין ובשבועה ככל השומרים אבל בדיבור בעלמא לא מהני ואע"ג דמתנה ש"ח להיות כשואל בדיבור בלבד כמ"ש בסי' רצ"ן זהו מפני שיש עליו חיוב שמירה מהני אמירתו להגדיל חיובו אבל בכל אלו שאין עליהם חיובי שמירה כלל לא מהני בלא קנין ועוד דבשם מתנה להיות כשואל אבל בבאן הרי נם שואל

שואל פטור [ס"ן] ונ"ל דאף שבנמ' [סס] אינו מתאבר רק דקנין מועיל לענין חיוב תשלומין [וכ"מ מנמק"י] מ"מ חייב ממילא גם בכל שבועות שומרים אע"פ שיש פירש בקנינו שיתחייב גם בשבועת השומרים דאל"כ לא משכחת לה קנין בשומר חנם לדעת הרמב"ם ז"ל שיהיה שוה לשארי שומרים ולהריא משמע שאין חילוק בהם:

ו כתב רבינו הרמ"א שומר שמסר לשומר בדברים אלו חייב דנרע מפשיעה ויש חולקין עכ"ל וחלקו עליו דודאי אין שום דיעה שיהיה אפילו פשיעה בשומר שמסר לשומר וכמ"ש בסי' רצ"א וזה שהרא"ש כתב בתשו' דשומר שמסר לשומר בדברים אלו הוי כאלו השליכו לנהר מיירי שנתנו לגמרי ולא בתורת שמירה [ע"ך ובגי"מ] ולי נראה כדברי רבינו הרמ"א דאי בנתנו לגמרי פשיטא ומה שייך בזה שמירה או פשיעה והרי הוא נולן גמור אלא ודאי דבשמירה מיירי והענין כן הוא דבדברים שיש בהם הורת שמירה בתשלומין ובשבועה אין בזה פשיעה אלא דאין השני נאמן לו בשבועתו ולכן כשיש עדים או שהראשון יכול לישבע פטור כמ"ש שם אבל בדברים אלו שאין בהם הורת שמירה ופטור גם משבועה ואף מפשיעה פטור לרוב הפוסקים ממילא דכשנתן להראשון ופשע דפטור מנזירת התורה וסבר וקבל כן כשעשאו לשומר אבל הראשון שמסר להשני הרי הוא כמאבד בידים דכיון דע"פ דין התורה אין על השני הורת שמירה מי נתן לו רשות ליתן לו ואף אם יהיו עדים שהשני לא פשע מ"מ תחילת נתינתו הוה כמאבד בידים ויש מי שאומר דכשידוע בעדים שלא פשע פטור אף לרעה זו ולא נהירא דאם פשע השני וראי דנם להיש חולקין חייב דנהי דהתורה פטרה מפשיעה אין זה רק למי שהבעלים מסרו לידו ואפשר שסמכו על ישרותו שישמור כראוי אבל מי נתן לזה רשות לעשות שומר להשני בדברים אלו שאין בהם תורת שמירה אמנם דעה ראשונה ס"ל דמיד שמסרה לשני הוה כמזיק ואף אם הבעלים היו רגילין להפקיד ביד השני מ"מ דברים שאין עליהם תורת שמירה אינו רוצה ליתן לו עתה ואפשר שאם הראשון מסר להשני בקנין שיתחייב כשמירה ויש עדים ששמר כראוי פטור נם לדעה ראשונה:

ז המוסר לחבירו לשמור דבר המחובר לקרקע דינו כקרקע ואפילו תבואה העומדת להתלש וה"ה בשאלה ושכירות ולבן כתב רבינו הרמ"א דהשואל בית ונשרפה פטור מלשלם ואף שהאונס היה מסיבתו פטור [סמ"ע] ואף בפשיעה לדעת רוב הפוסקים והמוחזק בודאי יכול לומר קים לי כדעה זו ובפרט שרעת רוב ראשונים כן הוא וב"ש בשוכר בית ונשרפה דפטור השוכר מלשלם וכבר נתבאר בסי' צ"ה דאפילו למי שסובר דתלוש ולבסוף חיברו הוה כתלוש מ"מ בבתים הכל מודים שדינם כקרקע ע"ש עוד נתבאר שם דשמירות של המלוכה הם ככסף ממש ע"ש:

ח מי שהפקידו אצלו מעות של עניים או של פדיון שבויים והשומר הוא המחלק [כ"מ] ופשע בהם ונגנבו פטור שנאמר לשמור ולא לחלק לעניים והרי הוא ממון שאין לו תובעים כיון שיכול ליתן לאיזו עניים שירצה בר"א כשאין ממון זה מופקד לעניי עיר זו או לשבויים ידועים אבל אם היו מופקדים בעד עניים אלו ושבויים אלו והרי הממון הזה קצוץ להם הרי יש לממון זה תובעים וישלם אם פשע או ישבע שלא פשע בדרך כל השומרים ודוקא שחלק כל אחד יהיה ידוע [סס"מ פ"ב מסכירות] ראל"כ אכתי אין לזה תובעין שיכול לומר לכל אחד לא אתן לך רק פרוטה ואע"ג דכולם כאחד יכולים לתבוע ממנו מ"מ כיון שלכל אחד בפ"ע יכול לדחות לא מקרי ממון שיש לו תובעים ושיכתבו כולם הרשאה אל"ן ג"כ לא שייך בזה דהרשאה לא שייך רק בדבר ששלו היתה מכבר [זסו לפמ"ש סס"מ וכ"מ מרמ"י ס"פ המוכל לבל מלמון סרמב"ם ס"ל דכוונתו שבכולל קלן לסס] וכשהיה קצוץ לכל אחד דחייב השומר חייב ג"כ בנגיבה ואבידה למאן דס"ל דשומר אבידה הוה ש"ש מפני שעוסק במצוה [ס"מ סס בסס סרמ"ס]:

ט וכתב רבינו הרמ"א וכן אם הגבאי אמר לשומר שמור לי חייב כשאר שומר עכ"ל ודוקא בשאמר תחזיר לי ולא להעניים דאז הוה ממון שיש לו תובעין דהגבאי תובעו אבל אם הגבאי נתן לו רשות שיחלקם פטור אם אין קצוץ לכל אחד כמ"ש [ול"ל דל"י כמ"ש סמוכל נתן לו רשות לחלק דמל"כ ל"ל לטעמא דקלילס סלנ"ל ל"י נגלי סוס כלפיים"] ואם אחד נתן משכון לגבאי בעד מעות צדקה ומסר הגבאי לשומר אם א"ל שמור לי חייב לשלם להגבאי ואם לאו פטור השומר ונם הגבאי פטור בחלק הצדקה אבל מה שהמשכון שוה יתר על החוב חייב הגבאי לשלם להלוה [ס"ך] ויש מי שאומר דבצדקה כל מקום שפטור אפילו הזיק בידים פטור דהוי ממון שאין לו תובעין [נס"מ] ומיהו בריני שמים וראי חייב אף כשפשע בהם דנם פשיעה הוי כמזיק קצת אבל בנגיבה ואבידה שלא ע"י פשיעה פטור אף מדיני שמים [כ"ל]:

י ציבור שנותנים מעות לגבאים ונותנים לכל עני כפי אומד דעתם ואם העניים מתרבים הציבור מוסיפין ואם נתמעטו נוטלין המעות לצרכים אחרים ודאי דחייבים הגבאים בשפשעו בהם דהציבור הם התובעין וכן שארי מעות של מצוה של הציבור כגון מעות שהבינו לתקן בהמ"ד או לבית החיים או למרחץ או לשארי צרכי ציבור הוה ממון שיש לו תובעין וחייב הנפקד לשלם כשפשע בהן [נס"מ] ומי שהפקידו אצלו ממון של פדיון שבוים ובאו עליו גנבים וקדם והציל עצמו בממון זה אם הוא פטור נתבאר בסי' רצ"ב סעיף כ"ה:

יא מי שיש בידו מעות של יתומים קטנים דינו כדין מעות שאר כל אדם ואין זה כממון שאין לו תובעים דהרי כשינדלו יתבעו והוה ממון שיש לו תובעין [סמ"ע] ועמ"ש בסי' ש"ב ואסור להשתמש בהם כמ"ש בסי' רמ"ז ולבן אין דינם כשואל וגם לא כש"ש אלא כש"ח [סס]:

יב עכו"ם שהפקיד ואח"כ נתנייר [נימוס קדמוניס] אין לו כל דיני השומרים עד שיהיה התלתו וסופו ישראל שנאמר כי יהן איש אל רעהו וכתיב ישלם שנים לרעהו דגם בשעת תשלומין צריך שיהיה רעהו וכן הנפקר צריך להיות תחלתו וסופו ישראל [סמ"ע] ואם תחלתן וסופן ישראל ובאמצע נתקלקלו יש בהם דין שומרין [ל"ן] וכן בחולין ואח"כ הקדישן ביד השומר אין בזה דין שמירה וכן הפקיד של הקדש וכשהיה ביד השומר פרעו מן ההקדש אין בזה דין שמירה מטעם שנתבאר [סס] ואם הפקיד חולין וכשהיה ביד השומר הקדישו ופדאו יש בזה דין שמירה [ל"ן] :

יג אין השומר חייב אא"כ נתנו לו בתורת שמירה אבל אם נתנו לו לאבר הדבר פטור דדרשינן לשמור ולא לאבר ולא לקרוע ואפילו לא א"ל אבדהו ע"מ לפטור ואפילו א"ל אח"כ שמרהו לי כיון שמתחלה לא בא לידו בתורת שמירה פטור [סס] וה"ט כשבא לידו בתחלה בתורת קריעה או איבוד אבל אם בתחלה מסר לידו בתורת שמירה ואח"כ א"ל קרע או אבד חייב אם לא א"ל ע"מ לפטור דאמרינן שהשטה בו במה שהרשהו לקרוע ולאבד דהרי בתורת שמירה נתנו לו [סס] וכן אין השומר מתחייב כשנתנו לו שיתנו במתנה לכל מי שירצה דכתיב לשמור ולא ליתן במתנה [ירושלמי סכועות פ"ח] דהרי הוא ממון שאין לו תובעין ואף דהמפקיד יכול לתובעו שהרי לא ק"ימת על מה שהפקדתי אצלך מ"מ התורה מיעטתו מדין שימר וממילא שאינו יכול לתובעו [כנ"ל פירוש וחק] :

סימן שב [האיש והאשה שוין בדיני שמירה ודין קטן שהפקיד ובו ב' סעיפים] :

א אחד האיש ואחד האשה שוין בדיני שומרים בין שהיא מפקדת ובין שהיא נפקדת ובין שהיא שואלת ושוכרת ובין שהיא משכרת ומשאלת והא דכתיב כי יתן איש אל רעהו לאו למעוטי אשה אלא דאורחא דקרא הוא ובהרבה מקומות בתורה משמש לשון זה כמו שהיה בתוב ארם דהרי שוהה התורה אשה לאיש לכל דיניך שבתורה בעניני ממון שנאמר בפרשת נשא בנול ונשבע לשקר איש או אשה כי יעשו מכל חטאת האדם וגו' [כ"ק ע"ו.] ואשה ששברה כלים של בעלה בשעיה פטורה מלשלם ולא מן הדין אלא מפני שלום בית כמ"ש באה"ע סי' פ' אבל שברתו במזיד או נתנתו לאחר חייבת [ס"ך] ולכתחלה אין מקבלין פקדונות מאשה שיש לה בעל דחיישינן שמא גנבה ממנו ומכל מקום אם עבר וקבל מחויר לה כמו שכתב באה"ע סימן פ"ו עיין שם :

ב קטן שהפקיד או השאיל לגדול נשבע שבועת השומרים לקטן ואף שאין נשבעין על טענת קטן כמ"ש בסי' צ"ו זהו על טענת ודאי שלו ראינו בר דעת שנחשב טענתו כטענת ודאי אבל בשומרים שהשבועה הוא על טענת שמא נשבעין גם על טענתו וזהו דעת הרמב"ם בפ"ב משכירות ולדעתו אין אנו צריכים בית מים להטעם שבארנו בסי' ש"א סעיף י"א אבל יש חולקין ום"ל דמן ההורה אין נשבעין על שום טענת קטן ועוד דבשומרים כתיב כי יתן איש ולא קטן ורק מדרבנן נשבעין על טענתו [מ"מ] ועוד נתבאר בזה בסי' צ"ו וגם נתבאר שם דין חרש ושוטה ע"ש :

הלכות שומר שכר

סימן שג [דיני שומר שכר ובו י"ח סעיפים]

א שומר שכר הוא שנותנין לו בהמה או כמף או כלים ושארי מטלטלין לשמור בשכר אפילו השכר הוא רק פרוטה או ש"פ אבל פחות מזה לאו ממון הוא ודינו כש"ח לענין שאינו מתחייב בשמירתו עד שישתוך במקום שראוי למשוך לדעת הרמב"ם אבל לדעת החולקים עליו מיד כשקבל עליו לשמור ונסתלקו הבעלים משמירתו חייב אע"פ שלא משך ומשיכה אינה אלא לענין חזרה כמ"ש בסי' רצ"א סעיף י"ג וי"ד וירושלמי שבועות פ"ח :

ב כששכרו ליום בנון שא"ל שברך כל יום בפרוטה ליום שמשלם לו הוי ש"ש וליום שאינו משלם לו אינו ש"ש לפיכך ביום השבת אינו ש"ש דאמור לימול שכר שבת אבל אם שכרו לשבוע או לחודש או לשנה הוי גם בשבת ש"ש דבהבלעה מותר ליטול שכר שבת כמ"ש בא"ח סי' ש"ו ומה דינו של ש"ש לאחר שכלתה זמן שמירתו נתבאר בסי' רצ"א סעיף ב' דדינו כש"ח אבל בשבת כשאינו נוטל שכר שבת אין דינו אפילו כש"ח ע"ש ואם א"ל שמור לי יום אחד בשכר הוי ש"ש מעל"ע ואם א"ל היום אינו שומר אלא עד הלילה ואם שכרו לשבוע אחת הוי שומר שבעה ימים מעל"ע ואם א"ל שבוע זו אינו אלא עד תשלום השבוע ושבת בכלל השבוע העבר וכן בחודש ושנה בששכרו לחודש או לשנה הוי מיום ליום בנון ששכרו בעשרה בניסן על משך חודש

חודש הוי ש"ש עד עשרה באייר וכששכרו בעשרה באייר הוי ש"ש עד י' סיון ואע"ג שמן י' ניסן עד י' אייר הוי יום אחד יותר מן י' אייר עד י' סיון דניסן הוא מלא ואייר הוא חסר מ"מ בלשון בני אדם הוי חדש באופן זה וכן בשנה אין נ"מ בין שנת העיבור לאינו עיבור דשנה הוי מיום ליום ואם שכרו לחדש זה הוי ש"ש עד ר"ח ולא ר"ח בכלל ואפילו אם ר"ח שני ימים דיום הראשון הוא שלשים לחדש העבר מ"מ בלשון בני אדם שייך לחדש הבא ואם שכרו לשנה זו הוה ש"ש עד ר"ה ולא ר"ה בכלל וכששכרו עד ר"ח אדר ולא פירש אם אדר הראשון אם השני ליש מרבותינו סתם אדר הוא אדר ראשון ויש שסוברים דשני האדרים הם כחדש אחד ולכן אם אמר עד ר"ח אדר הוא הראשון ואם אמר עד סוף אדר הוא השני וזהו דעת הרמב"ם בפ"י מגדרים והרא"ש והרמב"ם מחלק בין כשידע שהשנה מעוברת דאז סתם אדר הוי השני וכשלא ידע שהיא מעוברת הויין כחדש אחד ועי"ל סי' ר"ך :

ג אפילו לא שכרו במעות אלא בער טובה שעשה לו כגון שאומר לו אעשה לך דבר פלוני ותהא כי שומר דינו בש"ש דזהו כמו ששכרו בעד זה וכן כשא"ל בעד זה שעשיתי לך דבר פלוני שמור לי דבר זה וקבל עליו וכ"ש אם אמר מפורש בשכר שעשיתי עמך וקבל עליו דהוי כש"ש וכן אם שכרו בער הלואה שמניע לו מהשומר הוה ש"ש ואע"ג דהמקדש במלוה אינה מקודשת וכן במכירה אינו מועיל מ"מ שכר מיהא הוי ולא עוד אלא אפילו א"ל אלוה לך מעות ובער זה תהיה שומר שלי הוה ש"ש ואף שעושה איסור וזהו ריבית נמור מ"מ הרי הושוה עמו בעד זה ואיסורא דעבר עבר וכ"ש אם שכרו בהרווחה זמן ההלואה או בהנאת מחילת ההלואה דנמ בקדושין מועיל כמ"ש באהע"ז סי' כ"ח ואין חילוק בין שכרו בער טובת ממון שעושה לו או שאר מין טובה כמו טובת הכבוד וכיוצא בזה והרי אף ש"ח מתנה להיות כשואל ואפילו לא א"ל מפורש לשון שכירות אלא א"ל שמור לי בעד ענין זה הוי ש"ש דהא זה הדבר שוה פרוטה וכן אפילו עשה לו טובה שמחוייב לעשות מן התורה כגון שהצילו מן הנהר ומן הליסטים וכיוצא בזה וא"ל שמור לי בעד טובה זו וקבל עליו דינו כש"ש דכיון דא"ל בעד טובה זו משמע להדיא דבשכר טובה זו קאמר והוא קבל עליו [כנ"ל בדלים מלו] :

ד י"א דאפילו אינו אומר לו שמור לי בשכר ואפילו קודם השמירה היה כשומר חנם ונתן לו מתנה כגון אדם ששלח ע"י חבירו חפץ להוליכו למקום פלוני ובתוך כך שלח לו מתנה הוי כש"ש דתלינן דבער שמירתו נהן לו מתנה זו ורבינו הב"י מפקפק בזה ולדינא בארנו בסי' קפ"ה סעי' ז' ע"ש והסרסור דינו כש"ש דהא משהכר מזה ושם נתבאר וכתב רבינו הרמ"א ראובן שאמר לשמעון יש לך חפץ פלוני למכור אשרתך ואמכרנו ושמעון אומר הנהו בכך וכך והמותר יהא שלך נעשה ראובן ש"ש עליו אע"פ ששתק כשקבלו עכ"ל דשתיקה כהודאה דמי מידי דהוה לשומר אבידה למאן דס"ל דהוה כש"ש אע"פ שלא ירד לשכר מתחלה וגם החולקים דדינו כש"ח זהו מפני שאין זה נחשב כשכר אבל מה שלא התנה מתחלה אינו מעכבו מלהיות ש"ש [הגר"מ] ושואל לאחר שכלה זמן שאילתו דינו כש"ש כמ"ש בסי' רצ"א סעיף כ' ולוקח כלים מבית האומן לשגרן במתנה אם יקבום ממנו ואם לאו יביא לו בחזרה דינו בחזירתו כש"ש כמ"ש בסי' קפ"ו וכן השותפים דינם כש"ש ונתבאר בסי' קע"ו ומשרת ומ"מ בבית בעה"ב דינם כש"ש דמסתמא שוכרים אותן על כל מה שיצוו להם לעשות ולשמור אא"כ ההנו מפורש שלעשות מלאכה שכרן ולא לשמירה דאז דינם כש"ח [ועקלט"ח ומח"מ ולט"מ פליני לדינא ודוק] :

ה כל שכיר אצל בעה"ב אם הוא מושכר לכל מה שיצונו דינו בשמירה כש"ש ואם הוא מושכר למלאכה מיוחדת ונתן לו חפץ לשמור אין דינו אלא כש"ח והחנונים ששולחים מעות להסוחרים היושבים במקומות הגדולים לשלוח להם סחורה ונוטלים דבר קצוב בעד טרחתם דינם כש"ש והשולח סחורה ע"י בעל עגלה להוליכה למקום פלוני וכן מי ששלח סחורה בספינה בעל העגלה ובעל הספינה דינם כש"ש ער העמדתם למקום שהושוו שימסרו הסחורה למי שצוהו ואומנים ובעלי רחים וטבחים דינם כש"ש ויתבאר בסי' ש"ו ואם מסר לאחרים שמירתו נתבאר בסי' רצ"א וגם נתבאר שם דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו וב"ב הוא מפקיד וגם נתבאר שם אם אין להם לשלם מה דינם והשמש שבבה"כ ובהמ"ד אם שמירת כלי הבהכ"נ והבהמ"ד עליו דינו כש"ש דהא נוטל שכירות או הכנסה ולא הוה ממון שאין לו תובעין דהרי הגבאי תובעו ועוד דהציבור הם התובעים וכמ"ש בסי' ש"א סעיף י' ע"ש :

ו חיובו של שומר שכר מפורש בתורה שחייב בגניבה ואבידה ופטור באונסים וכיצד חיובו בגניבה לאו דוקא כשלא שמר כראוי כגון ששכח לנעול הדלת או לא נעלה כראוי דזהו פשיעה שגם ש"ח חייב בה אלא אפילו נעלה כראוי וגנבוה או נאברה חייב דהשומר שכר צריך לשמור שמירה מעולה כדרך ששמר יעקב אבינו את צאן לבן שאמר הייתי ביום אכלני חורב וקרח בלילה ותדד שנתי מעיני ובדרך שומרי העיר שעליהם מוטל שמירת העיר [ספ"ז דב"מ] ואינו פטור אלא כשבאו עליו ליסטים מזויינים ועמד בנגדם ולא היה יכול להציל או שלא היה יכול לעמוד בנגדם מפני הפחד דזהו אונס נמור וכן כל אונס כה"ג ונשבעים משלם לו בעה"ב שכרו [ב"ק] דמאי הו"ל למיעבד והלא הוא עשה שמירתו כראוי ומשמיא הוא דאנסי ליה :

ז מצד הסברא נראה כיון דהתורה פטרה אונס לש"ש א"כ אם טמן את הפקדון בקרקע עמוק ונגנבה ע"י מחתרת או אם בא עליו חולי של טירוף הדעה או שינה נפלה עליו באונס או אונס אחר שאינו יכול לשמור

ששמור מגניבה אבל יש מרבותינו דמ"ל כיון שהתורה חייבה לש"ש בגניבה אף שגניבה קרובה לאונס לכן אף אם שכר כראוי ונהן הפקדון תחת הקרקע בעומק מאה אמה שא"א לגנבו משם אם לא ע"י סחיכות או אפילו תקפתו שינה או קפץ עליו חולי וכא יכול לשומרה וכל כיוצא בזה וגנבה חייב ואפילו הקיפו חומה של ברזל ואפילו נם אם היה שם לא היה יכול להציל בנון שבא גנב מוזין מ"ם חייב בגניבה ואבידה אא"כ היה שם ולא היה יכול להציל וכרעה זו כתבו רבותינו בעלי הש"ע אבל רבים חולקים על זה וס"ל דכשגנבה ע"י אונס נמור פטור דאף שחייבה התורה כשנעל כראוי וגנבה וזו מפני שאם היה שם או לא היה ישן לא היתה נגנבה אע"נ שגם זה קרובה לאונס מ"מ חיבתו תורה אבל באונס נמור פטור כשגנבה [ים"ם וס"ך וכנר"ח וכ"מ מתוס' כ"ק כ"ז ומרדכי פ' המפקיד ומהג"מ פ"ד מהלכות ומיהלמי שבועות פ"ח שהביאו לפי גירסת הלפיכך הוי למיס לסיקך למתי שם משעירין בנופו וזוק] ונראה דהוי ספיקא דדינא וזהו דבר פשוט אם ידוע בעיר דרכי השמירה של שומרי שכר ושמר בשמירה זו דפטור אף לרעה ראשונה דעל דעת כן מסר לו [מרדכי שם] וכן כשמסר לו דבר לשמור בשכר ויודע הנפקד שאין השומר אצל הפקדון וגנבה באונס נמור פטור אבל כשגנבה שלא באונס נמור אף שלא פשע שנעל כראוי חייב רבוזה חיבתו תורה אא"כ התנה מתחלה כן או שהמנהג כן:

ח איזהו אונס בא עליו ליפטים מזויין אפילו אם נם השומר נושא עליו בכי זיין לפי שהליפטים מוסר נפשו יותר וזהו שכויה האמורה בהורה ונוטל שכרו כיון שנאנס והרי עשה פעולתו ואפילו אם האונס לא בא על הפקדון אלא על נופו של שומר כגון שסגרו אותו שלא יוכל לצאת מן הבית ולקחו החפצים שבחצר ג"כ הוי אונס ודלא כיש מי שאומר דאונס לא הוי רק כשהאונס היה על הפקדון [עב"י]:

ט אם נפלה דליקה בעיר ונשרפו החפצים שהיה עליהם ש"ש הוי אונס אם לא היה יכול להציל בעצמו ולא ע"י אחרים ואף שהוא מציל את שלו ומתוך כך נשרף הדבר שהיה עליו ש"ש כיון שהיה יכול להציל את החפץ לא נחשב אונס מטעם שהחפצים שלו היו נשרפין [ס"ך] אבל ש"ח פטור בכה"ג [מחרוסים] ודוקא שיודע בבירור שהפקדון נשרף אבל אם אינו יודע בבירור רק שהפקדון היה מונח בהבית שנשרפה חייב בכל ענין דהא אינו יכול לישבע שנשרף דשמא נכנסו גנבים וגנבוהו דע"פ רוב מצוים גנבים בעת השריפה ר"ל והוא הרי חייב על הגניבה ולכן חייב הש"ש לשלם אא"כ הגנבים הנכנסים הם ליפטים מזויינים דאז ישבע שנשרף או נגנב בליפטים מזויינים ופטור או לדעה אחרונה שבסעיף ז' בשנאנס ולא היה יכול לבא לחבית פטור אפילו בגניבה כמ"ש שם:

י כל מין אונס לבד אונס גניבה פטור כגון רוצה שבאו זאבים ומרפו ממנו בהמה אם היה זאב אחד אינו אונס אפילו בשעת משלחת זאבים דמזאב אחד יכול להציל ושני זאבים ה"ו אונס ופטור ושומר חנם אפשר דפטור גם בזאב אחד דנהי דאונס לא הוי מ"ם גם פשיעה אינה והוי כגניבה ואבידה ויש מהגדולים שכתבו כן וכן נראה עיקר ושני כלבים אינם אונס אפילו באו משתי רוחות אבל יותר משנים הוי אונס אפילו כשבאו מרוח אחת וי"א דמשני רוחות גם שני כלבים הוי אונס [מור] ובש"ח לב"ע פטור אבל כלב אחד נם ש"ח חייב דבקל להבריחו ופשע כשלא הבריחו [ב"ל] והארי והדוב והנמר והברדלס והוא מין בע"ח מזיק והנחש הרי אלו אונסין בזמן שבאו מאליהן אבל אם הוליך הבהמות למקום שמצוים המזיקים או ליפטים אין זה אונס וחייב לשלם ואף ש"ח חייב בזה דזהו פשיעה נמורה במה שהוליכן למקום סכנה [כ"ל]:

יא יש מי שאומר דה שאמרנו דלא הוה אונס כמו זאב אחד ושני כלבים זהו דוקא כשלא השתדל להציל וברח מפני הפחד אבל אם השתדל להציל ולא יוכל להם אין לך אונס גדול מזה ואף בכלב אחד דמה היה לו לעשות יותר ולכן נם ש"ש נשבע שהשתדל להציל ולא היה יכול ונפטר ודברי טעם הם וכן עיקר:

יב כמו שהרועה אם הוליך הבהמות למקום סכנה הוה פשיעה כמו כן אם אפילו לא הוליכן למקום סכנה אלא שהוא היה סיבה שיאנסו כגון שנירה א"ע בהגנב וא"ל הרי אנחנו הרבה רועים במקום פלוני וכך וכך כלי מלחמה יש בידינו אפילו אם כוונתו למובה היתה להראותו שאינו מתירא ממנו כדי שיפול פחד בלב הגנב לבא עליו מ"ם אם מתוך הדבורים האלו נתוודע הגנב איפה הם רועים ובא מזויין ונצחו ולקח מהערר הרועה חייב דמ"ם הוא עצמו היה סיבה לזה ויש להסתפק בשומר חנם כשכוונתו היתה למובה אם נחשב זה לפשיעה שנם הוא יתחייב או לא אבל בשלא היה כוונתו למובה פשיטא דפושע הוי וחייב לשלם ויכולים הבעלים להשביעו היסת אם היתה כוונתו למובה וכן כל כה"ג [ל"ל]:

יג ולא עוד אלא אפילו לא היה סיבה להאונס ונם לא היה בו כח להציל ע"י עצמו מ"ם אם ע"י אחרים היה יכול להציל ולא הציל חייב ואפילו הודיע להבעלים שישכור אנשים להצילן חייב דעליו הדבר מוטל לפיכך רועה שהיה לו להציל את הטריפה או השבויה ברועים אחרים ובסקלות ולא עשה כן ה"ז חייב ונם ש"ח חייב בזה דפשיעה נמורה היא שזהו חיובו של שומר אלא שיש הפרש בין ש"ח לש"ש דשומר חנם אינו מחוייב לשכור רועים וסקלות אלא אם יכול להשיגם בחנם דטרחא בזו לא קבל עליו שיצטרך לשכור אנשים ומ"מ אם קדם ושכר רועים ומקלות חייב הבעה"ב להחזיר לו עד כדי דמי הבעלי חיים ואף איש אחר שאינו שומר אם עשה

כן חייב להחזיר לו דלא גרע מיורד לתוך שדה חבירו והשביחה דנוטל השבח כמ"ש בסי' שע"ה [ס"ד] וש"ש מחוייב לשכור הרועים והמקלות וכל הצריך להצלתם עד כדי דמי הבהמות וחוזר וזוקף שכרן מהבעלים ואם לא עשה כן והיה לו לשכור ולא שכר ה"ז פשיעה לגביה וחייב לשלם ולא תקשה לך דאם יעלה הוצאות עד כדי דמיהן מה ירויחו בזה הבעלים דבאמת גם זהו ריוח שלא יצטרך לטרוח ולקנות אחרים ומה גם בבעלי חיים שהן למודות לקולו והנהגתו משא"כ כשיקנה חדשות [ספ"ז דב"מ] ומ"מ אם לא הציל וחייב לשלם א"צ לשלם רק כדי שויין אבל בעד הטירחא ובעד שהן למודות אצלו אין מברא לחייבו וכן א"צ להוציא יותר מכדי דמיהן להצלתן דשמא אין רצונו של בעה"ב להחזיר לו בעד זה [סמ"ע]:

יד ורועה שטען הצלתי ע"י רועים בשכר ואין לו עדים כמה הוציא נשבע כמה הוציא ונוטל ככל הנשבעים ונוטלים שתקנו רבנן כיון שהוציא ברשות ואינו יכול לטעון אלא עד כדי דמיהן דבוה היה לו מינו לומר שנטרפו מהאבים וישבע בנק"ח ככל הנשבעין ונוטלין שנתבאר בסי' פ"ט וגם בש"ח הרין כן:

טו כבר נתבאר בסעיף ז' דבנגיבה ע"י אונס גמור יש מחייבין ויש פוטרין אמנם גם לדעת הפוטרין יש חילוק בין אונס גניבה לאונס אחר דרועה שהניח עדרו ובא לעיר בין בשעה שדרך הרועים להכנס לעיר ובין בעת שאין דרך הרועים ליכנס ובאו זאבים וטרפו או ארי ודרס אין מחייבין אותו בלא אומר אם היה יכול להציל אם היה שם דנאמר אולי אם היה שם היה מתלבש בו רוח נבורה והיה מציל אלא אומדין אותו אם היה יכול להציל ע"י רועים ומקלות חייב ואם לאו פטור ואע"ג דאם נכנס בשעה שאין דרך ליכנס הוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס מ"מ הרי אין האונס מצד הפשיעה כיון שלא היה יכול להציל אף בשהיה שם ופטור בכה"ג כמ"ש בסי' רצ"א אבל בגניבה בכה"ג אף אם נכנס בשעה שהרך ליכנס וננגנבה משם באונס באופן שאף אם היה שם היה נגנב ג"כ מ"מ חייב דהא כל גניבה קרובה לאונס ואפ"ה חייבתו התורה וכן אפילו אם היה ישן בשעה שבני אדם ישנים אפ"ה חייב [כ"מ] אבל בשאר אונסים פטור כמו שנתבאר ומ"מ אם אין הדבר ידוע אם היה יכול להציל אם היה שם חייב דאמרינן מסתמא היה יכול להציל ואע"פ שנכנס בשעה שדרך ליכנס מ"מ הרי הוא ש"ש וצריך לשמור שמירה יתירה [גמ'] אבל ש"ח פטור אפילו כשנכנס בשעה שאין דרך ליכנס דבו אין תולין לומר שמסתמא היה יכול להציל [סמ"ע] וי"א דבכה"ג גם בש"ח חייב דאין הטעם משום דאמרינן מסתמא היה יכול להציל אלא הטעם משום דכל שומר מחוייב לישבע שיודע בבירור שנאנסה והוא אינו יכול לישבע כיון שאינו יודע בבירור וחייב לשלם [ס"ך ומ"ז] אך כשנכנס בשעה שדרך ליכנס בלא"ה ש"ח פטור אפי' אם היה יכול להציל דשמר כראוי לפי שמירתו דהרי לא פשע ויש חולקין בכל זה ומ"ל דכשנכנס בשעה שאין דרך ליכנס חייב בכל ענין אפילו אם לא היה יכול להציל אם היה שם משום דהוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס ותלינן האונס מצד הפשיעה דאולי אם היה שם היה מציל בדרך נם דבתחלתו בפשיעה תלינן האונס אף במציאות רחוקה שאולי היא מצד הפשיעה כמ"ש בסי' רצ"א ואפילו ש"ח חייב רק לרבינו הרמ"א שבארנו שם בסעיף מ"א פטור בש"ח ואם נכנס בשעה שדרך ליכנס לא תלינן במציאות רחוקה גם בש"ש בין שלא פשע [סמ"ע]:

טז רועה שנוטל שכר שהעביר הבהמות על הגשר ודחפה אחת מהן לחברתה ונפלה לשבולת הנהר אע"פ שלא פשע כלל ובש"ח פטור כה"ג מ"מ לגבי ש"ש מקרי פשיעה והוא בעין אבידה שקרובה לפשיעה אע"ג דלאו פשיעה ממש היא וחיובו מפני שהיה לו להעבירן אחת אחת שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה וצריך לחשוש על כל דבר שעושה שמא יהיה פשיעה ע"ז וכין דלגביה נחשבת פשיעה במה שהעבירן כאחד ונמצא שפשע בתחלתן ולכן אע"פ שנאנס בסופן בעת הנפילה חייב דתחלתו בפשיעה וסופו באונס והאונס הוא מצד הפשיעה כללו של דבר יש דברים שלגבי ש"ש נחשבת בפשיעה ולא לגבי ש"ח דבש"ח לא מקרי פשיעה אא"כ היתה פשיעה ממש כמו שהנשר היה רעוע או קצר שאין שני שוורים יכולים לעמוד עליו ובהכרח שאחד יפול לתוך המים אבל בנשר חזק ורחב אינו מחוייב לטרוח ולהוליכן אחת אחת אבל בש"ש גם זה הוי פשיעה דיש לו להעלות על הרעף שמא תרחף וא"ז דמי שנוטל שכר צריך לחשוש כל החששות בשמירתו וכה"ג בשאר עניני שמירה:

יז רועה בשכר שהבהמה סתה כדרכה פטור דאונס גמור הוא וע"ז נאמר ומת או נשבר וגו' שבועת ה' תהיה וגו' ודוקא כשלא שינה בה כלל אבל בששינה בה תולין המיתה מחמת השינוי כגון שעשה לה איזה סינוף שהעמידה בחמה או בצינה או הרעיבה קצת או שהניחה לשתות מים שאין יפים לה או איזה מאכל שרע לה ומתה ואפילו לא מתה מיד חייב דאמרינן שמאותה שעה התחילה להתקלקל ומתה מזה לאחר זמן אבל אם ראינו שהיתה אח"כ בריאה וטובה במראיתה פטור כשמתה לאחר זמן דכיון דאין לתלות האונס מצד הפשיעה פטור נם בש"ש דאין חילוק בזה בין ש"ח לש"ש [כ"מ מתוס' ב"מ ל"ג: ד"ה סינפס] ואם יש לתלות אף בצד רחוק שהאונס היתה מצד הפשיעה בארנו בסי' רצ"א סעיף מ"א דלרבינו הרמ"א יש חילוק בין ש"ח לש"ש כמ"ש בסעיף מ"ו:

יח תקפתו ועלתה לראשי ההרים ותקפתו ונפלה ה"ז אונס גמור אבל העלה אותה לראש ההר אע"פ שתקפתו ונפלה משם חייב שתחלתו בפשיעה וסופו באונס

באונס וזקא שלא העלה אותה לשם בעד מרעה דבהעלה לרעות פטור כמ"ש בסי' רצ"א סעיף מ' ואם היה יכול לתקוף אותה שלא תפול ולא תקפה אפילו העלה אותה למרעה חייב ונם בש"ח הדין כן כמ"ש שם ואם עלתה מאליה והיה יכול למונעה מלעשות ולא מנעה אע"פ שהנפילה היתה באונס שתקפתו ונפלה ומתה או נשברה חייב בש"ש דאף שאין זה פשיעה נמורה ובש"ח פטור כה"נ כמ"ש שם מ"מ בש"ש חייב דלנביה נחשבת פשיעה והוי כאבידה שחייבתו תורה דכיון דלא היתה שם מרעה לא היה צריך להניחה לעלות דהיה לו לחשוש שמא תפול משם ולכן אף שהנפילה היתה באונס חייב מפני שתחילתו בפשיעה אבל אם מתה שם כדרכה אפילו העלה אותה לראש ההר דהוי פשיעה נמורה או שפשע בה ולא שמרה כראוי ויצתה לאנס ומתה שם כדרכה פטור כמ"ש שם דאין חילוק למלאך המות בין מקום זה למקום אחר ולא אמרינן דהאויר של אותו המקום הרנה אא"כ ידוע שהאויר של אותו המקום הוא מזיק לבהמות כמ"ש שם סעיף ל"ט ואע"נ דבש"ש תלינן האונס בהפשיעה אף בספק רחוק מ"מ לענין מיתה אין זה תליה כלל אם לא בידוע איזה מעם אמנם זהו ודאי כשנגנבה מהאנס ומתה בבית הנגב חייב דמיד כשנגנבה קם ליה ברשות הנגב ושלו מת ונם בש"ח חייב בבה"נ כמ"ש שם סעיף ס"ב ובפרט בש"ש דבלא"ה חייב על הגניבה ולכן אפילו הוליכה לאנס למרעה ונגנבה משם ומתה בבית הנגב חייב [ע"ז] וכן אם יצאת לאנס בפשיעתו שלא שמרה כראוי ונטלה ליסטים מזויין דהוה אונס נמור ומתה אצלו דחייב דהחלתו בפשיעה בטה שיצאת לאנס שלא למרעה ואינו נפטר בהמיתה [סמ"ע] וש"ש שכלה וכמו בארנו שם ונם יתבאר בסי' שמ"נ בס"ד:

סימן דש [דין מעביר חבית ממקום למקום ונשברה מתי חייב ובו י"א סעיפים]:

א המעביר חבית ממקום למקום ונתקל בהליכתו ונשברה החבית מדין תורה ש"ח פטור דיאו פשיעה היא כמ"ש בסי' ת"ב דנתקל לאו פושע הוא אבל ש"ש חייב דנהי דלאו פושע הוא מ"מ נם אונס לא הוי ודמי לנניבה וחייב לשלם שאין זה אונס נדול אבל חכמים תקנו שנם ש"ש א"צ לשלם ודינו כשומר חנם שישבע שלא פשע בה כנון שלא נשאה כראוי או שבכוון התמוטט עצמו אף שלא היתה כוונתו להזיק מ"מ הוי פושע והכל לפי הענין ולמה תקנו חכמים כן מפני תקון העולם שאם אתה אומר שישלם אין לך אדם שיעביר חבית לחבירו בשכר ולכן עשו בו שבירת החבית כמיתת הבהמה ושבירתה דהוי אונס וצריך לשלם לו נם שברו כיון דהוי כאונס [סמ"ע] ויש תילקין דנהי שתקנו חכמים שלא ישלם אבל שיטול שברו לא תקנו [מ"ז] והסברא נותנת כן דכיון דעשאוהו ש"ח למה יטול שכר ובפשיעה נם ש"ח חייב:

ב כתב המור דזהו דוקא כשהיה מקום מדרון אבל שלא במקום מדרון שנשא במקום מישור ונתקל ושבר החבית הוי פשיעה וחייב וכתבו נדולי האחרונים דהמור חולק על כל הפוסקים ונם הרמב"ם והש"ע לא הזכירו חילוק זה ואף שלא במקום מדרון פטור ולענ"ד נראה ברור שא"א לומר כן שהרי נם אביו הרא"ש ז"ל לא הזכיר חילוק זה [סמ"ע בכ"מ] ואם המור היה חולק עמו איך לא הזכיר דעתו כלל ועוד דברמזים שחיברם המור כתב נ"כ כן ועוד איך לא היה רבינו הב"י מזכיר בחבורו הנדול שיש חולקים בזה ויותר מזה קשה דהמור עצמו בסי' ת"ב סעיף ו' שפסק דנתקל לאו פושע הוא לא הזכיר נ"כ שזהו דוקא במקום מדרון וא"כ קשה דידיה אדידיה:

ג ולכן נ"ל דלא פליני כלל והכל מודים דכל נתקל בהכרח שיהיה ע"י איזה סיבה כמו שנתקל באבן או בעץ או שהיה מקום נליר או מקום מדרון וכיוצא בזה ומאן דס"ל נתקל פושע הוא נם בכה"נ הוי פושע דיש לו לאדם להתבונן בדרך שהוא הולך אמנם להלכה קיי"ל דאין הדבון של בני אדם להתבונן בדרכים [ר"ם סמיים] ונתקל לאו פושע הוא אבל בדרך ישרה על קרקע חלקה במאי נתקל ובע"כ שבפשיעה נפל שלא הלך כדרך בני אדם וכל הפוסקים שדיברו בנתקל כוונתם ש"י סיבה נתקל ולרוב פשיטותו לא הוצרכו להזכירו והמור שהזכיר כאן דבר זה מפני שבגמ' הזכירו זה בענין העברת חבית ולקמן ס"י תי"ב לא הוצרך להזכיר דהרי אתחלת ענינא קאי דמיירי במניח את הכד ברה"ר ובא אחר ונתקל בו ולכן כל מה שזכר שם נתקל הוא ע"י איזה סיבה [ולמיס בגורס מסרסב"ד רס"נ מסכימות וכ"מ מרס"י ב"ק כ"ט: ד"ה מלא מסזכיר סך הי"ם דלמיבעי ליס לפיוסי ונס נתקל ע"י סכד וכ"מ מרמ"ם סם מסזכיר סך למכיס ולס מסמוס' סס ד"ס ומסוסל לס מסמע כן למסם נס בל"ן מ"ם סס נע"נ דמס סקטו למסוסל מחסבח לדידיס מ"ם ומלח בתפילה ום ליסב ס"ם ועוד למיך נעסס פלוגתא רמוקס דלרב ומסוסל ור"י סוי פוסס סף כמנתקל בסכד ולניין לח יסיס פוסס לף סלח ס"י דבר כלל ועוד דמיס מסס ל"ח למר רבח למסון ולמי פוסס ופירמ"י דמנסבים נפל פ"ם]:

סימב ולאת סס"ך מיוס מכרעת למעיין סס ומוק]:

ד כתב המור אדם הנושא חבית נדולה שהיא כבדה למשא אדם אחד ונתקל בה ונשבר פושע הוא וחייב ע"ל ואפילו ש"ח חייב דמפני כבידת המשא נתקל בהליכתו ולכן אע"נ דבל נתקל באיזה דבר לאו פשיעה היא

היא ט"ם בזה תחלתו בפשיעה שלקח משא כבדה מכתו
וזה צריך לדעת לפי מנהג הנושאים משאות במקום זה:

ה עוד כתב דהגושא משא במוט בפוף באמצע ונותן על
כתפו ונותן שני כרין בשני ראשין ונשבר משלם החצי
שאינו אונס נמור שהרי קל הוא לשנים וכבד לאחד
עכ"ל ולפ"ז ש"ח א"צ לשלם כלל כיון שאינו פשיעה
נמורה דדרך הוא לשאת משא כבד לאדם אחד בענין
זה כדרך שואבי מים במקומותינו ולדבריו אם נשאום
שנים פטורים דאונס נמור הוא אבל הרמב"ם כתב [סס]
ועור הקנו ברבר זה שאם נשאו אותה שנים במוט
ונשברה משלמים חצי הואיל ומשא זה גדול לגבי אחד
וקל לגבי שנים הוי כאונס ואינו אונס ומשלמים מחצה
אם יש עדים שלא פשעו בה עכ"ל ונעמו כיון ששמשא
זו כבד אצל כל אחד מהם אפשר לומר שממך כל אחד
מהם על חבירו להקל משאו והוי פשיעה [לבוש] ורק
מפני התקנה לא ישלמו אלא מחצה:

ו כתב הרמב"ם ז"ל [סס] נשברה במקום שאין עדים
מצוין נשבעים שלא שברוה בפשיעה ומשלשים חצי
דמיה שהרי לא היה לכל אחד להעביר אלא משוי שהיה
יכול לעמוד בפ"ע ומכאן אתה למד שהאחר שהעביר
חבית גדולה שאין דרך כל הסבלים להעבירה ביחיד
שהוא פושע ואם נשברה משלם הכל עכ"ל וזהו כדברי
המור שבסעיף ד' ויש מרבותינו דסבירא ליה דכל זמן
שאין המשא לשני בני אדם ונשאה אחד ושברה אף
על פי שפושע הוא אינו משלם אלא מחצה [רמ"י
ולבמ"ח] ודמי לאונס ודמי לפשיעה מפני שיש בני
אדם שמתחזקים לשאת הרבה כל זמן שאין בו כשא
שנים וש"ח פטור:

ז הסבל שנשא חבית יין של חנוני ושברה בפשיעה
ונתחייב לשלם והיא שוה ביום השוק ד' זוז ובשארי
ימים היא רק ג' זוז דעת הרמב"ם דאם החזירו ביום
השוק חייב להחזיר לו חבית של יין או ישלם לו ד' זוז
דביום השוק היה יכול למוברה בד' ולכן זהו דוקא אם
לא היה לו יין למכור ביום השוק אבל אם היה לו יין
מחזיר לו ג' דהא לא הפסידו שהרי היה לו יין בלעדה
ואלו היה לו זו החבית לא היה מוברה עתה ואם החזיר
לו בשארי הימים מחזיר לו שלשה ואע"ג דבשומרין הולכין
אחר שעת הפשיעה כמה היתה שוה או כמ"ש בסי' רצ"א
סעי' י"ח ולפ"ז היה להיות הדין דאם שבר ביום השוק
ישלם ארבע ואם שבר כשאר ימים ישלם ג' ולמה אנו
הולכין בזה אחר שעת החורה דוודאי כן הוא דבעיקר
יוקרא ווולא של המחורה הולכים אחר שעת הפשיעה אבל
במה שלוקחים ביום השוק יותר מבשארי ימים אין
זה בגדר יוקרא וולא אלא דמבע המסחור כן הוא וכעין
שכר טירחא הוא דביום השוק מפני ריבוי הקונים וריבוי
המורח מוכרים ביוקר קצת ויודעים שלמחר ימכרו בזול
פחות ולכן אולינן בתר שעת החורה דאם החזירו בשארי
ימים יחזיר לו ג' אבל כשמחזיר לו ביום השוק הרי רצינו
להחזיר לו ד' דאל"כ מי הבריחו לשלם לו ביום השוק
לכן יחזיר לו או חבית יין או ד' זוז [כל"ל בטעמו ופ"ת
מה שמקשו עליו]:

ח אבל רוב הפוסקים חולקים ע"ז וס"ל דאוסינן בתר
שעת השבירה כדין שומר שמשלם בשעת הפשיעה
ואם שבר בשארי ימים משלם ג' ואם שברה ביום השוק
כשבא לפרוע בשארי ימים צריך ליתן לו ד' ואינו נפטר
בחזרת חבית יין דהא באותו יום שהזיקו היתה שוה ד'
ועתה מחזירו רק שוה ג' ואינו יכול לומר לו המתן עד
יום השוק ותהיה שוה ד' דיכול לומר לו אני צריך למעות
מיד ואפילו היה לו ביום השוק כששברה הרבה יין ונשאר
לו יין ולא היה מוברה אז מ"ם הלא אז היתה המקח
שלה ד' והזיקו ד' וצריך לשלם לו ד' ולא מה שיהיה
שוה ד' אבל אם בא לפרעו ביום השוק יכול להחזיר לו
חבית יין דהא מחזיר לו שוה ד' וכתב רבינו הרמ"א
דרוקא שאין לו יין אחר למכור עתה בשוק אבל יש לו
יין אחר למכור הרי היא אצלו כשאר ימים וצריך ליתן לו
דמי היין דוקא ודוקא שקנה היין אחר השבירה אבל אם
יין זה היה לו קודם השבירה נפטר בחזרת חבית ממ"נ
[סמ"ע] דאם אתה אומר שאינה שוה אצלו עתה ד' הלא
לא הזיקו ד' כיון שהיה לו יין ולכן אם היה לו ביום השוק
ששברה הרבה יין ומחזיר לו ביום השוק שיש לו עדיין
הרבה יין מחזיר לו חבית יין ונפטר [ופמ"ז מולק בזה ולפ
ירלמי לפ"ד גם מ"ם סמ"ך בדעת הרמב"ם כל מפרמי הרמב"ם
לפ מפסו כן וגם לפמ"ם בטעם פ"ת לומר כן ודו"ק]:

ט ויש מרבותינו שפוברים שיטה אחרת בזה וס"ל ג"כ
בהרמב"ם דאין חילוק בזמן השבירה אלא דגם בחזרה
אין חילוק בין החזיר לו ביום השוק לשארי ימים אלא אם
החזיר לו קודם שהגיע יום השוק הראשון אחר השבירה
מחזיר לו חבית יין ואם החזיר לו אחר יום השוק הראשון
מחזיר לו ד' דהא אלו היה לו היין היה מוברה ביום
השוק בד' ולכן אם היה לו יין הרבה ביום השוק יכול
להחזיר לו תמיר חבית יין [רמ"א ותוס' ב"מ ל"ט:] ודעה
זו ס"ל דלעולם שמין אותה ד' כיון שהיא שוה ד' ביום
השוק הוה זה כמקח קבוע ולכן בל זמן שלא עבר יום
השוק מהשבירה מחזיר לו החבית וימכרנה ביום השוק
אבל כשעבר יום השוק ולא היה לו יין הרי הפסידו ד'
ואין תועלת במה שיחזיר לו חבית יין שימכרנה ביום
השוק השני והרי בלא זה יכול למכור או והשוק העבר הפסיד
ד' ולכן מחזיר לו ד':

י לכל הדעות שבארנו כשמחזיר לו מעות יש ביכלתו
לנכות לו המורה שהיה נצרך לו לטרוח במכירתה
ושארי מיני הוצאות שיש על מכירת חבית יין כגון אם
צריך ליתן לאומן שכר בעד נקיבת החבית [רמ"א] דחביות
שלהם היו של חרס והיו צריכין אומן לפתוח הנקב וכן
בל כיוצא בזה:

אמרו

יא אמרו חז"ל דאפילו במקום שהפועל חייב לשלם מ"מ מצוה ליכנס עמו לפנים משורה"ד ואין ליפול ממנו החיוב אם לא שהוזקו בכוונה אבל כשהוזקו בפשיעה אין זה מזיק ועל זה נאמר למען תלך בדרך טובים ולא עוד אלא אם הפועל עני ואין לו מה יאכל יחן לו שכרו כדי שיהיה לו מה לאכול ועל זה נאמר וארחות צדיקים השמור וכוה עשו חכמי הש"ס [ספ"ו דב"מ] ומשמע בנמ' שהדיין מחוייב לומר לו כך שמהראוי לעשות כן ויאמר לו דאף דלאו מדינא הוא אמנם אנשים טובים וצדיקים עושים כן ואם ישמע ישמע ואם לאו אין כופין אותו על כך וכבר נתבאר בסי' רצ"א דשומר שכר כיון שכלתה זמנו בלתה שמירתו ואפילו החפץ עדיין בביתו אינו עליו אלא ש"ח ויתבאר בסי' שמ"ג:

סימן שה [שומר שכופר או שטוען נאנס או ננגב ובו מ' סעיפים]:

א שומר שכר דינו כש"ח בשארי טענות כמו לענין אם כפר בו בעיקר שמירתו וא"ל לא שכרתני לשמור כלל או אם א"ל נשתמשת בהחפץ וקלקלתו וכיוצא בזה נשבע היסת ונפטר דאין זה שבועת שומרים שחייבה תורה דשבועת התורה אינה אלא כשטוענת בעיקר הפקדון כמו שאמר המפקיד אלא שטוען נאנסה כמ"ש בסי' רצ"ו ובשטוען נאנסה אם במקום שעדים מצויים מוכרח להביא עדים ואם לאו ישלם וכשאין עדים מצויים במקום וה ישבע שנאנסה ויכלול בשבועתו שלא שלח בה יד ואלו שלח בה יד קודם האונס הרי הוא כגולן וחייב באונסים דברשותו נאנסה ויכלול נ"כ שאינה ברשותו דאולי אחר האונס הוחזרה לידו מיד האנס [ט"ז] ואם אומר שנגנבה והריני משלם משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו ואינה שה"א ואם נמצא הגנב אח"כ הכפל שלו ואפילו אמר פשעתי בה ונמצא הגנב הכפל שלו וזהו מאומדנות חז"ל כמ"ש בסי' רצ"ה ושומר שטען איני ש"ש אלא ש"ח ונגנבה ומיעון שהוא ש"ח ופטור והמפקיד אומר שהוא ש"ש וחייב לשלם נ"ל דאם אין לו עדים על הגניבה וצריך לישבע שבועת השומרים ישבע בגלגול שהוא ש"ח אבל אם יש לו עדים על הגניבה אינו נשבע אלא היסת דלא זו היא שבועה שחייבה התורה בשומרים מיהו לדעה שהבאנו בסי' רצ"ד סעיף ג' דגם שבועה שלא פשעתי היא מן התורה ישבע שבועה זו ובגלגול ישבע נ"כ שאינו ש"ש אא"כ יש נם עדים שלא פשע:

ב ננגבה בליסטים מוויין ששומר שכר פטור בזה והזכר הנגב צריך השומר לפרוע להבעה"ב והוא יעמיד הנגב כדין כמ"ש בסי' רצ"ד וי"א דא"צ לשלם אלא המירחא הוא עליו שיעמוד עם הנגב כדין [סמ"ע] ושם נתבאר די"א כשידוע שיוציא מהנגב מחוייב לשלם להבעלים מיד ואפילו אם כבר נשבע ונפטר ואח"כ הוכר הנגב כיון שנמצא הנגב חייב להעמידו בדין ואין דינו בזה כש"ח כמ"ש שם הטעם ובענין פרעון להבעה"ב תלוי בדעות שנתבאר:

ג קבל עליו ש"ש להתחייב גם באונסים או שהתנה לפטור מגניבה ואבידה ומפשיעה ומשבועה הכל לפי תנאו כמ"ש בסי' רצ"א ושברו מפסיד ע"ש ואם אמר סתם שלא אתחייב באחריותו פטור אפילו מפשיעה ובתחלת השמירה א"צ קנין אך כשהתחיל לשמור צריך קנין כמ"ש שם ועל מנת לא מחני [ז"ך וט"ז] ודין שומר שמסר לשומר נתבאר שם וכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו וב"ב הוא מפקיד כמ"ש שם:

ד כבר נתבאר בס"ס רצ"א דנזירת התורה היא רשמירה בבעלים פטור מדיני שומרין שאם הבעלים של החפץ היו במלאכת השומר בתחלת שמירתו אע"פ שבעת האונס לא היה עמו במלאכתו פטור אף מפשיעה לפיכך האומר לחבירו שמור לי ואשמור לך הוי שמירה בבעלים דהא כל אחד במלאכתו של חבירו לשמור לו אבל אם א"ל שמור לי היום ואשמור לך למחר נעשים שומרי שכר וז"ז דבעת השמירה אין חבירו עמו במלאכתו וה"ה כשא"ל שמור לי שעה זו ואני אשמור לך שעה שניה דבין שאינם בזמן שוה אין זה שמירה בבעלים אפילו כשהם ביום אחד [ז"ך] ודין ש"ש יש להם דהא כל אחד נוטל שכר במה שחבירו שומרו ואם ראובן אמר לשמעון שמור לי היום ומחר ואני אשמור לך למחר ולים שאחר מחר ראובן פטור מדין ש"ש מפני שלמחר בעת שיתחיל לשמור שמעון עמו במלאכתו ולשמעון יש דין ש"ש ואין בו שמירה בבעלים מפני שבעת התחלת שמירתו אין ראובן עמו במלאכתו ואע"ג דלמחר יהיה עמו במלאכתו מכל מקום כיון שבתחלת השמירה אינו במלאכתו לא הוי שמירה בבעלים [כ"ע]:

ה וה"ה אם אמר השאילני ואשאילך מיד הוי שאילה בבעלים דהמשאיל הוא במלאכת השואל לשמור לו הכלי המושאלת לו וכן אם א"ל שמור לי ואשאילך מיד הוי שמירה בבעלים דהבעלים מכינים עצמם לעשות לו מלאכת ההשאלה להשאיל לו כליו דלא בעינן דוקא מלאכה גדולה אלא אפילו מלאכה קלה אבל על השאלה דינו כשומר דאחר ששאל לו אין המשאיל עמו במלאכתו וכן אם א"ל השאילני היום ואשאילך למחר או לאחר זמן הראשון חייב דאין המשאיל שומר כלי שלו בתחלת מלאכתו והשני אם למחר עדיין כלי שלו בשאלה אצל הראשון הוי אצלו שאילה בבעלים דהראשון צריך לשמרה

לשמירה ואם למחר שבה אליו גם הוא חייב בשמירתו כש"ש כמו שיתבאר וכן בשמור לי ואשאילך למחר אין זה שטירה בבעלים דאין הבעה"ב מכין א"ע להשאילו ואינו במלאכתו וה"ה לאחר שעה וכן הדין בהשאילני ואשמור לך הוי שמירה בבעלים דבעת שמירתו הבעלים שומרים חפצו שהשאילו אבל השאילה לא הוי בבעלים [נס"מ] דאין המשאיל עמו בשום מלאכה אלא דדינו כש"ש ולא כשואל דאין כל הנאה של השואל דהרי שומר לו בעד השאלה ויש מי שאומר דלדעה זו גם השאילה הוי בבעלים דכיון דהמשאיל קבל עליו שמירתו של שואל דמטעם זה אין דין השואל רק כש"ש ומהנה אוהו לפוטרו מאונסים מקרי שאילה בבעלים [ע"ז] אמנם א"א לומר כן דא"כ כל שומר שנהנה מהבעלים באיזה דבר בתחלת שמירתו יהיה פטור ממעם שמירה בבעלים דהן אמת 'כשהבעלים עמו אף במלאכה קלה הוי שמירה בבעלים אבל לא מה שמהנה אותו :

ך ויש חולקין על כל זה וס"ל דהשאילני ואשאילך וכ"ש שמור לי ואשאילך או השאילני ואשמור לך אפילו בזמן אחד אין זה שאילה בבעלים ולא שמירה בבעלים דאין זה מלאכה מה שכלי השואל אצלו בשאלה ושאם תאנס יתחייב לשלם דמלאכה לא מקרי אלא בשמור לי ואשמור לך דעושה מעשה השמירה בפועל ולא בכח שהכלי אצלו בשאלה ולכן לא מקרי זה בבעלים כלל אלא דבכך אלו אין דינם כשואל אלא כש"ש דשואל לא הוי אלא כשכל הנאה שלו אבל חכא הלא בעד ששאל ממנו משאילו גם הוא וכן בשמור לי ואשאילך או השאילני ואשמור לך הרי שומר לו בעד שאילתו וכדעה זו כתב רבינו הרמ"א ום"מ אין להוציא ממון נגד דעה ראשונה [ע"ת] :

ז לדעה ראשונה דבהשאילני ואשאילך הוי שאילה בבעלים אם א"ל ראובן לשמעון השאילני בגד שלך שהוא קל ללבוש ומול בגד שלי שהוא כבד ותלבישהו אתה ונאבר האחת אין השני יכול לעכב בגד של הראשון והיא תשוב להראשון דהרי שאילה בבעלים ופטור אפילו כשנאבר בפשיעה ולהיש חולקין חייב גם בנגיבה ואבידה אבל אם נאנסה ממנו פטור דדינו כש"ש ולא כשואל כמ"ש מיהו אם השני עסק עם בגד הראשון באיזו מלאכה כגון שהניחו בעגלה שלו או על חמורו להעביר את הנהר או להוליכו במשא ולא לבשו על נופו פטור הראשון אף להיש חולקין מפני שהשני עמו במלאכתו להעביר הבגד שלו דרך הנהר או להוליכו [נ"י ונ"ם לדעם זו עובדא דכ"מ פ"ח: בחרוך וגון ע"ם וזוק] :

ח ואף גם לדעה ראשונה לא מקרי בכזה שאילה בבעלים כשאין הדבר השאול ביד השואל אלא ביד אחר כגון שראובן היה חייב ממון לשמעון ונתן משכון ולא נתן המשכון בידו אלא ביד לוי ושמעון השאיל דבר לראובן ואם היה המשכון ביד שמעון היה ראובן פטור דשמעון עמו במלאכתו לשמור משכונו אבל כיון שאין המשכון בידו אינו שומרו של ראובן וחייב ראובן באונסים וחיובו של שמעון בהמשכון או כש"ח או כש"ש לפי הדעות שבריש סי' ע"ב ואם ההשאלה היתה תמורת המשכון שנטל מראובן ושמעון רוצה להשתמש בהמשכון נעשים שומרי שכר ול"ז כמ"ש [וזסו כוונם סרמ"ח סכמב סם"ם סס ז"ל דמין לזס סכנם מלמ מייכי בכס"ג וכ"ם במסרי"ק סורם קכ"ם] :

ט ש"ש אע"פ שפטור מדיני שמירה כשהיה שמירה בבעלים מ"ם שכרו מפסיד כמו ברברים שאין בהם דין שמירה שנתבארו בסי' ש"א ומפסיד שברו כמ"ש שם כמו כן בשמירה בבעלים ואפילו אומן שדינו כש"ש כמ"ש בסי' ש"ו ואם היה בבעלים פטור מ"מ מפסיד דמי אומנתו אע"פ שעיקר שכרו אינו בשביל השמירה [נס"מ] ודלא כיש מי שמסתפק בזה והרי גם שליח מפסיד שכר שליחותו בכה"ג אף דעיקר שכרו הוא בשביל השליחות ולא בשביל השמירה [כ"מ ס"ח] כללו של דבר שכך שהיה להבעלים היזק ע"י השומר והאומן והשיח אף שפטור מלשלם ע"פ גזירת התורה מ"מ מפסיד שכרו ואם באומנות ובשליחות נשאר מעט ריוח אך הפסידו הריוח הרב שהיה להיות בזה אפשר דנושלים שכירותם כפי ערך הריוח וכ"ז דוקא שלא באונס אבל באונס גמור חייב לשלם לו שכרו דבכל ש"ש הדין כן דמאי הוה ליה למעבד והרי עשה פעולתו כמ"ש בסי' ש"ג :

הלכות אומנים

סימן שו [דיני אומנים כשומרי שכר ואומן שקלקל מה דינו ובו י"ז סעיפים]:

א כל האומנין שנותן להם לתקן בקבלנות הם כשומרי שכר להתחייב בנגיבה ואבידה וזהו שכרן שמשתברין במה שנותנין להם לתקן ליטול שכרן [מור] ואפילו קבלו השכר קודם דינם כש"ש דלא כיש מי שחולק בזה ודמי לש"ש ולשוכר דמשום דיש טובת שניהם לפיכך חייבתם התורה בנגיבה ואבידה ופטרם מאונס כמ"ש בריש סי' רע"א ע"פ הירושלמי ואומן נ"כ טובת שניהם הוא [וכמעם סכמב סממ"ע כוס בס"ם ב"מ פ': מליבא דר"מ מכל למאי דקיי"ל דכס"ם דמי כמעם פמוע] :

ב י"א דדוקא קבלן דינו כש"ש אבל שכיר יום אין דינו

דינו כש"ש אלא כש"ח [סמ"ע] וי"א דאפילו שכיר יום דינו כש"ש כשעושה המלאכה בביתו ולא בבית בעה"ב [כ"מ] וי"א דאפילו שכיר יום העושה בבית בעה"ב דינו כש"ש [ב"ח ומ"מ] ומדברי רבותינו הראשונים [רש"י ומהר"י] משמע דדוקא כשעושים המלאכה בביתם ולא בבית בעה"ב והטעם נ"ל דהא באמת אינו נוטל שכר על שמירתו והטעמים שנאמרו בזה אינם מספיקים להחייבו כש"ש ובשוכר שחייבתו התורה כש"ש היינו מעמא דמי ישמרנה אם לא הוא כיון שהבעלים אינם אצלה וכן באומן עיקר הטעם הוא דכשאין הבעלים אצלה מי ישמרנה ומכילא אגו מרמים החיובים ול"ע כיון דהנאת שניהם הוא אבל כשהמלאכה בבית הבעלים למה נגיל על האומן השמירה כש"ש ישמרנה הבעה"ב בעצמו ומכילא דעיקר החיוב הוא בקבלן דשכיר יום אינו עושה ע"פ רוב אלא בבית בעה"ב אבל אם עושה בביתו דינו כקבלן [כ"ל בתי"ם רבותינו קבלנים ושם מותן הל יותר על קבלן וכ"מ שם ק"ב י' ודוק]:

ג האומן שנמר מלאכתו ואמר להבעה"ב טול את שלך והבא מעות כאומר איני מעכבו בעד המעות דינו כש"ח כמו ש"ש אחר שכלה זמן שמירתו וכן אפילו אם רק א"ל נמרתי המלאכה ולא לקחו הבעלים את הכלי אינו אלא כש"ח דתלינן דלכן א"ל נמרתי כאומר קח לך את הכלי אבל אם אמר הבא מעות ומול את שלך עדיין הוא ש"ש כמו שהיה דכיון דמעכבו בעד מעותיו מוכרח לשמרה ואם אמר טול את שלך ואיני שומרו עוד פטור גם מפשיעה דהא גילה דעתו שאינו רוצה עוד בשמירתו כלל ובמה יוכל לכופו וכשאמר מפורש איני שומרו עוד משמע להדיא שמסלק א"ע אפילו משמירת ש"ח ומצוותו לקבל החפץ אמנם אם אמר הבא מעות ומול את שלך ואיני שומרו עוד אין זה כלום דכיון שמעכבו בעד המעות מוכרח להיות ש"ש [סמ"ע] ובמקום שאין מניע לו מעות נגון שכבר קבל אפילו א"ל טול את שלך סתם אינו אפילו ש"ח דדוקא כשמניע לו מעות אז אף שאינו מעכבו בעד המעות מ"מ כדאי לו להיות ש"ח אבל לא כשאין מניע לו [ב"ח]:

ד נתן לאומנים לתקן וקלקלו חייבים לשלם כל שווי הכלי ולא מיבעיא אם נתן כלי לאומן לתקן דבר מה כגון שנתן לחרש שירה תיבה ומגרל לקבוע בהן מסמר ושברו דחייב לשלם כל מה שהכלי היה שוה קודם שקלקלה אלא אפילו נתן לחרש עצים לעשות מהן שירה תיבה ומגרל ונשברו אחרי שנעשו משלם לו דמי שירה תיבה ומגרל כפי שויים קודם השבירה בניכוי דמי מלאכתו משום דקי"ל אין אומן קונה בשבח כלי ופירושו דהאומן כשעושה כלי מעציו של בעה"ב לא אמרינן דשבח שנשתבחה הכלי הוי של האומן ויש לו בגוף הכלי עד שישלם לו שכרו וזהו בקנין במשכון שלא בשעת הלואה אלא השבח הוא של בעה"ב כיון שמעציו נעשה ולהאומן אינו מגיע רק שבירות וא"כ הרי קלקל כלי של חבירו וחייב לשלם וכן פסקו הרי"ף והרמב"ם בפ"י משכירות וכן פסקו רבותינו בעלי הש"ע והגם שבאה"ע סי' כ"ח כתבו שני דעות בזה וזהו מפני חומרא דא"א [כ"מ] ובי"ד סי' קכ"א שנראה כמסתפקים בדין זה יש בשם טעם אחר ומבואר שם בטור וכן נראה. סמה שיתבאר בסי' של"ט אמנם יש מי שכתב דהוה ספיקא דדינא דמירושלמי ב"ק פ"ט [ס"ל] נראה להדיא דאומן קונה בשבח כלי [ב"ח] מיהו יש מי שאומר דאפילו מאן דס"ל אומן קונה בשבח כלי אינו אלא בקבלן ולא בשכיר יום [מע"מ] וטעמא דמסתבר הוא דשכיר יום אין עינו ולבו רק לשכירת יומו ולא לעשיית הכלי בשלימות [ופ"ם סמ"ך למס לח מוסף סמ"ם סס כן ל"ק כלל דהא סס מפורש עמס לי שיטים ומזמים סרי שכרו לעמיית סכלי ומסס מומן סום] בקבלמת כמ"ם ומ"ם סרסב"ם כב"ק ל"ח. דקומס בשבח סום] רק לענין קלקול ל"ע מסך דמסס לי שידים וכסי' של"ם יעמ"ש עוד]:

ה הבנאי שקבל עליו לסתור את הבותל ושבר האבנים או הזיקם חייב לשלם דהיה לו להיות זהיר במלאכתו ולא אמרינן כיון ששברו לסתור אין מלאכתו רק הסתירה דלא כן הוא דוודאי כוונת הבעלים שישמור אבניו הטובות שלא ישתברו ואם היה סותר מצד זה ונפל מצד אחר ונשתברו האבנים פטור דאין זה אלא גרמא בעלמא ואם מחמת המבה שהכה בחוזק נפל מצד אחר חייב דהוה כזורק חץ ומזיק בידים ודזקא שהכה יותר מהראוי אבל אם הכה בדרך האומנין פטור ויתבאר בסי' שפ"ד:

ו נתן צמר לצבע והקריחתו יורה שהרתיחו יותר מדאי ונשרף ונתקלקל הצמר נותן לו דמי צמרו ודוקא שנתקלקל מיד קודם שנפל בו הצבע והשביחו אבל אם נתקלקל לאחר שנפל בו הצבע והשביחו נותן לו דמי צמרו ושבחו אם אין האומן קונה בשבח כלי ולפמ"ש דהוי ספיקא דדינא אין מוציאין ממנו השבח ואם צבע את הצמר אלא שצבעו כעור מהפסולת שבשוקי היורה או שנתנו לו לצבוע אדום וצבעו שחור או שחור וצבעו אדום או נתן עצים לחרש לעשות מהם כסא נאה ועשה כסא רע או עשה ספסל אמרו חז"ל [ב"ק ק']: האם השבח יתר על ההוצאה נותן בעל הכלי לו את ההוצאה ואם ההוצאה יתירה על השבח נותן לו את השבח בלבד ונחלקו הראשונים בפירושו י"א דהוי כיורד לשדה חבירו שלא ברשות שיתבאר בסי' שע"ה כגון שהצמר הוא עשרה דינרין והצבע הוציא עד ממנין ושארי הוצאות עשרה דינרין אם הצמר שוה עתה יותר מעשרים דינרים דהשבח שהשביח הצמר הוא יתר על ההוצאה שהוציא הצבע נותן לו ההוצאה העשרה דינרים שהוציא ואם אינו שוה עתה רק י"ח דינרים אין לו אלא הוצאה שיעור שבח והיינו שמנה דינרין ומרחתו אין שמין לו כלל כיון שעשה שלא ברשות אבל אין שמין בהקרן מה שהצמר היה שוה אם היה עושה כמו שצוו לו הבעלים ולפ"ז אם

המימנים

הסממנים וכל ההוצאות היתה של הבעלים אין כאן שומא רק בצד אחר והוא דהצבע אינו נוטל כלל ורק כששות פחות ממה שהוציא הבעה"ב על הצמר והסממנים וההוצאות צריך הצבע לשלם לו הפחת :

ז ויי"א דגם מה שהיה שוה אלו עשה כצווי הבעלים חשבינן נ"כ בהקרן כגון שהצמר עולה עשרה והובים וסממנים והוצאות עשרה ואם היה צובע כמו שצוה לו היה שוה עוד ה' זהובים והיה עולה בכולל כ"ה והובים וזה הקרן שנקרא הוצאה ואם עתה השבח יתר כגון שעתה שוה כ"ו נוטל זז ואם אינו שוה רק כ"ה אינו נוטל כלום ואם שוה פחות מכ"ה אם הוא הוציא ההוצאות אינו נוטל מהוצאותיו רק לפי חשבון שישאר להבעלים כ"ה ואם הבעלים הוציאו ההוצאות צריך הצבע להחזיר להם עד שיעור זה וזה שאמרו חז"ל דכשההוצאה יתירה נותן לו השבח משום דע"פ רוב מוציא הצבע ההוצאות ואף שביורד שלא ברשות לא חשבינן כן זהו מפני שלא צוהו כלל אבל הכא הרי צוה לו אלא ששינה מצוויו לפיכך חשבינן בהקרן כפי מה שצוה [זהו טוען סתום' בב"ק סה] ומיהו בצבעו כעור לא משכחת לה השבח יתר על היציאה בכה"ג דא"א שבקלקול יהיה שוה יותר [סה] והוצאות שהוציא הצבע על פועלים נחשב בהקרן וצריך להחזיר לו אם רק נשאר שווי כ"ה ואם שוה פחות מזה יגבה לו כפי הפחת [פנ"מ סה] ויש מרבותינו שסוברי דהחשבינן בההוצאה גם שכר הצבע כשכיר יום שאם יש בהשבח יותר נוטל כשכיר יום [רמ"י יבמות ז'] וכן הוא ביורד שלא ברשות [ס"ך] והסברא נותנת כן דנהי דאין נותנין לו כמו שהושוה עמו מ"מ לא גרע משאר פועל ויש מי שפוסק כן לדינא [סה] :

ח דין זה שנתבאר הוא מתקנת חכמים ולא מדינא בכל הדברים כמו בנתנו לצבוע ארום וצבעו שחור או להיפך וכן בנתן עצים לעשות כפא ועשה ספסל דמדינא קנאם בשיניי כמו בגזל עצים ועשאן כלים דמשלם כשעת הגזילה וה"נ לא היה לו לשלם רק דמי הצמר או העצים בלבד אלא כיון שלא נתכוין לגזול עשו חכמים תקנה זו שלא יהיה הרבה היזק לשניהם לפיכך אין ביר אחד מהם לשנות כגון אם הבעה"ב אומר איני רוצה בתקנה זו אלא יתן לי דמי הצמר והעצים אין שומעין לו אם האומן אינו מתרצה לזה דשמא קשה על האומן ליתן הדמים וכ"ש אם האומן אומר הא לך דמי צמרך ועצך דאין שומעין לו כשהבעה"ב אינו מתרצה לזה ואע"ג דגם אם לא קנה בשינוי מ"מ יקנה בשבח כלי שעשה למאן דס"ל אומן קונה בשבח כלי ולא ישלם אלא כמו קודם השבח אמנם בבר נתבאר דאין אומן קונה בשבח כלי ואפילו למאן דס"ל דקונה כיון דתקנת חכמים היא ממילא דכמו שתקנו לענין שינוי כמו כן תקנו לענין שבח כלי [דמלי"ב לדיעה זו יסמוך סדין ולא מסתבר כן והרמב"ם לרוממ דמילתא כתב כן וכפמ"ס בסעיף זה כן מוכח מרמב"ם ורע"ב .במשניות ומ"ם סם"ך דמב"ק ק"ב מסתבר דמן סדין כן סוף נע"נ ולתכס הסיג על רס"ל וכ"מ מהגר"מ סק"ח ונס דכרי סתום' סם ז' י"ל כן וזו"ק] :

ט המוליך חמים למחון וקלקל המוחין בטחינה כגון שלא לתתן בראוי ויצא הקמח רע כמו סובין או מורסן או שהיה צריך להיות סולת ויצא קמח וביוצא בזה וכן נתן קמח לנחתום וקלקלו באפיה כגון שעשאו פת נפולין שנשבר בשאוחזין בו וביוצא כזה וכן נתן בחמה לשוחט לשוחטה ונתגבלה בשחיטה אם עשי בשכר חייבין לשלם דמיהן ואם עשו בחנם אם היו מוחים לעסק זה פטורים מלשלם ואם לא היו מוחים חייבים לשלם והטעם דכשאינו מומחה הוי פושע דלא היה לו לישול טלאכה שאינו מומחה בה ובפושע גם ש"ח חייב אבל כשהוא מומחה אינו פושע אמנם נם לאונם א"א לדמותו דאם היה משניח היטב לא היה נארע זה ודמי לגניבה שקרובה לאונם דש"ש חייב וש"ח פטור ואם אינו ידוע אם הוא מומחה אם לאו עליו להביא ראיה שמומחה הוא ואם לא הביא ראיה ישלם ואע"ג דרוב מצוין אצל שחיטה מומחין הן מ"מ מאחר שקלקל הרי יצא מכלל רוב ושוחט שהוא מומחה לתרנגולים אף שאינו מומחה לשאר מינים מ"מ לתרנגולים דינו כמומחה [כ"מ בב"ק ל"ט]: ונ"ל דמה שאמרי חז"ל ולא לתתן היינו שלא לתתן כראוי דאם לא לתתן כלל אין לך פושע גדול מזה :

י נ"ל דה"ה בכל האומנות כשלא שינו מדעת בעלים ועשה המלאכה אלא שקלקל כמו בגתן לחרש שידה תיבה ומגדל לתקן ונשברה או בנאו שקבל לסתור הבותל ונשברו האבנים אם עושים בחנם ומביאים ראיה שהם מומחים בזה פטורים מלשלם אבל בצבעו כעור או אדום וצבעו שחור דהוי שינוי וקלקול מדעת אין חילוק ובהקרייחתו יורה אם לא השניח בעת שעמדה על האש הוי פושע ואם השניח רק שמאיזה סיבה הקדייחתו יורה אם הוא מומחה ועושה בחנם פטור וכן בכל המלאכות כה"ג :

יא אין חילוק בשכר בין שכר גדול או קטן אפי' ש"פ ולא עוד אלא אפילו השוחטים שלוקחים הכרכשתות מכשירות לבר מקרי שכר ואם ניבלו חייבים לשלם אע"ג דמזה אינו לוקח שכר דכיון שאם לא היתה נטרפה היה נוטל זהו שברו [סמ"ע] ולפ"ז בתרנגולים פטור כשאינו נוטל שכר מהם אבל יש עוד טעם אחר דהשכר שנוטל מן הכשרות זהו שברו גם על המריפות ועל התרנגולים ולפ"ז גם בתרנגולים חייב [ס"ך] וכה"ג בשאר מלאכות בעין זה ודע דברכה לא מקרי שכר ואף שבגמ' אמרו [מולין פ"ו] דברכה שוה עשרה והובים מ"מ שכר לא הוי אלא דבר של סמון [קלסי"ח] וראיה משומר אבידה דאף דקעביד מצוה מ"מ אינו ש"ש ואף למאן דס"ל דהוי ש"ש היינו מפני שהוא פטור מנתינת צדקה בעת שעוסק בה כמ"ש בסי' רס"ו סעיף י"ז :

יב בד"א שניבלה בוודאי אבל אם עשה בה מריפות הפוסלה מספק בגון ששהה במיעוט סימנים וכן שארי

מריפות שנשחטה במיעוט סימנים פטור וכן אם מצא הסכין פגום ובדקו קודם השחיטה וי"ל דבעצם המפרקת איפגם לאחר שחיטה אע"ג דמחמרינן לענין איסור כמ"ש בי"ד סי' י"ח מ"מ לענין ממון לא מפקינן מספק ואע"נ דלגבי טומין אמרינן דמקח טעות הוא גם בספק כמ"ש בסי' רל"ב דהתם שאפילו מספק פרשי אינשי אין לך מום גדול מזה והוי מקח טעות משא"כ כשבא להוציא ממון מפני שהוזקו יכול לומר הבא ראיה שהפסדתיך [ס"ך] ואף דנוהגין שם לאסרו מ"מ פטור מממון וכן הכריע רבינו הרמ"א ומ"מ שכרו הפסיד דדילמא בספכין פגום שחט ובשם שהבעה"ב אינו יכול להוציא ממנו ההפסד כמו כן אינו יכול להוציא מהבעה"ב שכרו וכתב אחד מגדולי אחרונים דדוקא בחומרא שלא נתפשטה בכל המדינה דיש מקילין ויש מחמירין אבל במה שאין מי שמקיל בזה כמו שהיה בסיעום קמא ומיעוט בתרא צריך לשלם דזהו כטריפה וראית וכן נראה עיקר [סס] ושוחט שפילק סירכא וכוונתו היתה לפלקה ולהכשירה כפי המנהג וקלקל בהסרתה ונטרפה אח"כ א"צ לשלם בין שכוונתו היתה לטובה [כה"מ]:

יג ולא לבד במעשה בפועל חייב אלא אפילו בדיבור בעלמא לפעמים כגון המראה מטבע לשולחני לידע המובה היא ולקבלה אם לאו וא"ל טובה היא ונמצאת רעה או מזויפת אם נתן לו שכר בעד ראיתו חייב לשלם אע"פ שהוא בקי ואינו צריך להתלמד אצל אחרים בבקיאת מטבע ואם ראה בתם פטור אם הוא בקי שאינו צריך להתלמד ואם אינו בקי חייב לשלם והוא ש'אמר להשולחני אני סומך עליך או שהיו הדברים ברורים שהוא סומך לגמרי רק על ראיתו ובלא זה אין לנו לחייב את השוכחני מפני שיכול לומר לא ידעתי שתסמוך עלי לברי ותשאל עוד אצל אחרים ולכן לא דקדקתי יפה יפה וי"א דאפילו סתמא נמי חייב דכל המראה לשולחני מסתמא סומך עליו לגמרי וכהב רבינו הרמ"א דהסברא הראשונה נראה עיקר ובשכר חייב אע"פ שלא אמר עליך אני סומך [כה"מ] דכיון דנוטל שכר וודאי דממיך עליה לגמרי וחיוב זה הוא מדיני דגרמי ש'זבאר בסי' שפ"ו ובשכר הוי חיובו כש"ש:

יד וה"ה אם ראובן שאל לשמעון אם לוי הוא אמוד ובטוח להלוות לו מעות וא"ל שהוא אמוד ובטוח והלוה לו על פיו אם א"ל עליך אני סומך או שהענין מוכיח כן שסומך עליו ואח"כ נמצא שלא היה אז אמוד ובטוח חייב לשלם לו מדין ערב כמ"ש בסי' קכ"ט ואם לא א"ל אני סומך עליך ולא היה הענין מוכיח שסומך עליו פטור [ס"ק] וכן אם אחד בא ליקח סחורה בהקפה מסוחר ושאל המוחר לאחר אם יכול להקיף לזה נ"כ הדין כן [סס] וי"ל דזהו דוקא כששאלו שלא בפניו אבל אם שאל בפניו אין לחייבו שבידוע שבפניו לא היה ביכלתו להניד שאינו בטוח ואין לחייבו רק בערבות גמורה ואף אם רק יודע הלזה ששאל ממנו נ"ל דאין לחייבו ולא היה לו להטלוה ולהמוחר למסוך עליו ושמאים ששמו חפצים לבע"ח וקבלו ע"פ שומתם ואח"כ נמצא שמעו אין דומה לדינים אלו ודינם בב"ד שטעו דפטורין כמ"ש בסי' כ"ה [כה"מ] ודוקא כשבקש אוהם הוא או הכ"ד שישומו אבל אם באו מעצמם ואמרו שישומו ויכילהו למסוך עליהם וטעו חייבים לשלם מדיני דגרמי ואין להם דין ב"ד [כ"ע] וכן אם שמו בשכר נ"ל דחייבים בכל ענין דדינם כש"ש:

טו כתב רבינו הרמ"א הנותן מעות לחבירו לכתוב לו ס"ת ונמצאו בו טעויות וצריך לשכור אחר שיגיהו אותה אם הם טעויות שדרך הסופרים למעות אין הסופר חייב כלום אבל אם טעה כל כך שאין דרך למעות חייב ומ"ם אולינן בתר המנהג אם מנהג המקום שכותבי ספרים מניחים בעצמם אף זה צריך להניה ובסתם המקומות שאין על הסופר להניח אם עמד והגיה מעצמו חייבים הבעלים לשלם לו עכ"ל דהוה כיורד לשדה חבירו שלא ברשות שנתבאר בסי' שע"ה ודוקא כשרצונו לסמוך על הגהתו אבל אם אין רצונו לסמוך עליו ונותן למגיה אחר א"צ לשלם לו [כ"ל]:

טז [ב"מ ק"ט] אמרו חז"ל דמי שהוא ממונה על העיר באחת המלאכות וקלקל מסלקין אותו בלא התראה כגון הנוטע אילנות לאנשי העיר והפסיד בנטיעתם וכן שוחט של בני העיר שהטריף בשחיטתו הרבה בהמות והמקיו דם שחיבל כמה אנשים וסופר העיר הכותב שטרות שטעה והפסידו הבעלי דברים על ידו בין סופר בלה"ק ובין סופר בלשונות לעז [ב"ל] ומלמד תינוקות שפשע ולא למד אפילו יום אחד מע"ע [סמ"ע] או למדם במעותים וכל ביוצא באלו מהאומנים שא"א שיחזרו ההפסד שהפסידו מסלקים אותם בלא התראה שהם כמותרים ועומד"ם עד שישתדלו במלאכתם הואיל והעמידו הציבור אותם עליהם ואף כשעושים בחנם מסלקינן להו שלא יעשו לא בחנם ולא בשכר [סמ"ג] ואפילו כשעושים בשכר ובדבר ששייך שישלמו כמו בטבח מ"מ מסלקינן להו דהרי צריכים לבשר ומה מועיל התשלומים וכן כל כיוצא בזה [סס] וי"א דלאו דוקא לציבור אפילו היה ממונה ליחיד מסלק אותם קודם הומן ונ"ל דבממונה ליחיד אין כחו יפה שיסלק אותם שלא יעשו עוד לאחרים ואע"ג שמכשון הטור משמע דשוין הם זהו לענין ההסתלקות וכ"ז כשדרכם להפסיד תדיר אבל בשביל הפסד אקראי לא מסלקינן להו ולפחות צריכין שיהיו מוחזקים בשלשה פעמים או שיתרו אותם [כמק"י סס]:

יז מעשה בראובן שנתן מטוה לשמעון לארוג לו בגד ושמעון עליו החלפת לי טוב ברע ושמעון הודה שנחלף לו ואמר שנעשה בלי דעתו ואומר לראובן השבע כמה הוא החיוק ואשלם לך ומעון ראובן איני יודע כמה הוא השבע אתה כמה ופרע לי ואמר שמעון נ"ב שאינו יודע ופסק הרא"ש ז"ל [מכו' כלל ק"ד] ששמעון מחוייב לישבע ואינו יכול לישבע ומשלם כפי שומת השמאין ואע"ג דרין

זה אינו אלא כטענת ברי כמ"ש בסי' ע"ה ס"ם זהו כטענת ברי דהרי תובעו ודאי שיש הזק וזה מודה לו ואינו יודע כמה ובע"כ שישלם כפי שומת השמאין [ומטורן קומיס סקלס"ח] :

הלכות שוכר

סימן שז [דיני שוכר ואם השכיר או השאיל לאחר מה דינו ובו י"ג סעיפים] :

א השוכר מחבירו בהמה או כלים דינו כש"ש להתחייב בנגיבה ואבידה ופטור מאונסין ואף שהשוכר משלם לו מ"ם בהנאתו שנתנה מזה נעשה ש"ש ומפני שהנאת שניהם היא אין דינו כשואל כמ"ש בריש סי' רצ"א ועמ"ש בסי' ש"ו :

ב יכולין המשכיר והשוכר לחזור בהם עד שימשוך או יעשה שיעשה אחד מדרכי הקנין וכן אינו מתחייב בנגיבה ואבידה ובפשיעה עד שיעשה קנין וזהו דעת הרמב"ם כמ"ש שם וי"א שמשמילקו הבעלים שסירתן מעל החפץ מדעת השוכר נתחייב בשמירתה והקנין הוא לענין חזרה כמ"ש שם :

ג מעשה בראובן ששכר בית משמעון ונתן שם חטים ומחטת ששהו שם החטים ימים רבים נתקלקלו הכתלים ונפלו והזיקו לשמעון ולשכניו והיה ניכר וידוע לכל הכתלים והזרו בו למלך החטים ולא סילקן פסק הרא"ש ז"ל דהוי פושע ויותר מפושע דהוא כמזיק גמור דהרי הזיק בגירי דיליה וחייב לשלם כל ההיזק דאלו היה רק פושע היה פטור בקרקע כמ"ש בסי' ש"א אמנם זהו מזיק ממש ונם אחר שאינו שוכר אם עשה כן חייב [ס"ד] וזה שצריך התראה מב"ד דוקא כשלא היו הכתלים רעועים בעת שהניח שם החטים אבל אם או היו הכתלים רעועים חייב לשלם נם בלא התראה [נס"ם] דמזיק א"צ התראה אמנם בבה"ג אם שכר ספורש להניח בו חטים אין האחריות עליו אלא על המשכיר ורק בשכר סתם ולא היה לו להניח שם חטים אמנם אם בשעת שכירותו היו הכתלים טובים אפילו שכרו להניח שם חטים ורק מפני שהניחם שם זמן הרבה נתקלקלו הכתלים החייב על השוכר וכמו שפסק הרא"ש ז"ל וצריך בזה התראה מב"ד דוקא [כן מוכרחני לפרש והו"ק] :

ד כל דיני ש"ש בשבועותיו ובתשלומיו ובענין קניית הכפל נוהגין ג"כ בשוכר וכשם שאין השומר רשאי למסור לאחר כך אין השוכר רשאי להשכיר לאחר מה ששכר הן בעלי חיים הן מטלטלין ואפילו לפש"ש בסי' רצ"א סעיף מ"ה ס"ם בשוכר פשיטא דהוי איסור נמור דאיך ימסור לאחר להשתמש בשל חבירו בלהי ידיעתו ואם עבר והשכיר דינו כרין שומר שמסר לשומר שנתבאר שם :

ה השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר שלא ברשות המשכיר או אפילו נתן לו רשות ומתה כדרכה או נאנסה כיון שהשני חייב לשלם יחזרו התשלומין למשכיר ואף כשהמשכיר יודע שנאנסה [מור] ואע"ג דאם היה אצלו היה פטור בזה ס"ם אין הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו וחשבינן כאלו הוא שלוחו של המשכיר להשאילו [רמ"ז] ואם אמר לשוכר אם תרצה תשאילנה ויהיה דינך עם השואל ודיני יהיה עמך ישלם השואל להשוכר והשוכר פטור כיון שהתנה כן ודוקא כשיש עדים שנאנסה או מתה כדרכה או כשהשוכר בעצמו יודע כן ויכול לישבע ע"ז דאל"כ אף אם רק השכירה לאחר חייב בכל ענין לשלם כמ"ש שם ובהשכירה לאחר גם כשיש עדים שנאנסה אם אין עדים שלא היתה תחלתו בפשיעה חוששין לזה כיון שהראשון אינו יכול לישבע שהשני לא פשע בה והשני אינו נאמן לו בשבועתו אם לא היה רגיל להשכירו כמ"ש שם ושבועה שלא פשעתי היא מן התורה ובהברח לישבע אותה וכשאיט יכול לישבע חייב לשלם ולכן לרעה שנתבאר בסי' רצ"ד דשבועה שלא פשעתי הוא רק דרך גלגול פטור בבה"ג [נס"ם] :

ו ש"ח או ש"ש שהשאיל או השכיר לאחר חייב בכל ענין לשלם דהא השומר אין לו רשות להשתמש בה וכשהשאילה או השכירה לאחר שישתמש בה הוי שליחות יד וחייב בכל ענין [ס"מ ב"מ ל"ה:]

ז יש לפעמים שהשוכר פרה מחבירו ויצטרך המשכיר לשלם להשוכר כיצד ראובן ששכר פרה משמעון על מאה יום וא"ל שמעון אם תרצה תשאילנה במשך הזה ויהיה דינך עם השואל ודיני יהיה עמך וחזר שמעון ושאילה ממנו על תשעים יום ומתה אצלו באונס הרי צריך לשלם לראובן פרה כדין שואל רבין שהתנה שיהיה דינו עם השואל מה לי שואל אחר או שהמשכיר שאלה ולבר זה צריך המשכיר ליתן פרה להשוכר להשלים לו שבירות עשרה ימים מה שנשאר לו מקודם מהמאה יום כשהשאילו להמשכיר ואם השאילו לכל ימי השכירות אפשר דבטל ממנו שם שוכר כיון שלא השאיר לעצמו משכירותו שום זמן [מהו"ס סם כמסמפקים בזה] ואין לשאול על מה שכתבנו שעור צריך ליתן לו פרה על עשרה ימים להשלים שכירותו יגבה לו שכרו שנוטל בעד אלו הימים בעת שמשלם לו ד"ל דוודאי אם שכר ממנו פרה זו הדין כן הוא כיון שמהה אבל כששכר ממנו פרה סתם מחוייב להעמיד לו פרה אף כשמתה כמ"ש בסי' ש"י ולכן יכול השוכר לומר העמד לי פרה ואשלם לך השכירות [פנמ"ם] :

ח קי"ל דאדם שהזיק אדם משלם חמשה דברים נזק וצער וריפוי ושבת ובושת כמ"ש בסי' ת"ך ושבת הוא

כנון שהזיק לו ידו שאין ביכולתו לעשות עמה מלאכה משך זמן ואח"כ השוב לאיתנה א"צ לשלם לו נזק היד אלא ישלם מה שיתבטל ממלאכתו משך זמן הזה ועוד יש מין שבת ויתבאר שם בס"ד ונזק הוא כשקלקל ידו לעולם שמין שווי היד וקי"ל דאדם שהזיק בהמה אינו משלם אלא נזק בלבד ולפ"ז הוין פשוט דאם לקח אדם סוסו של חבירו וסגרו בחדר על כמה ימים פטור כריני אדם אע"פ שהפסידו ממלאכתו שהיה משתכר עמו מ"מ פטור דאין זה נזק אלא שבת שבימלה ממלאכתה ובבהמה ליכא דין שבת :

ט ויש שלמדו מדין זה שהשוכר פרה מחבירו ונולדה בה מכה בפשיעת השוכר שלא מחמת מלאכה כגון ששינה בהמלאכה וע"י זה נתהוה המכה וסופה להתרפאות אלא דהתבטל ממלאכה משך זמן אחר שתבלה זמן שכירותו דפטור השוכר מלשלם לו שאין זה אלא שבת כיון שתשוב לאיתנה ואין שבת בבהמה ויש חולקים בזה וס"ל דדק כשסגרה שייך שבת אבל במכה שבגופה אף שתתרפא במשך העת מ"מ אין זה שבת אלא נזק דרוקא אדם שאינו עומד למכירה שייך ליסר בו שבת בכה"ג אבל בהמה שלמכירה עומדת כל שעה ואם יבואו למכרה עתה בהמכה כמו שהיא הלא יהנו בעדה פחות מבלא מכה א"כ הוי נזק גמור ויש מי שכתב שהעיקר כדעה זו [קלס"ח] אבל רבינו הרמ"א כתב דסברא הראשונה עיקר לדינא דכן כתב הטור בסי' ש"מ בנכחש בשר וסופה לחזור דפטור ממעם שבת ויש שכתבו דהוי ספיקא דדינא ואם הפס בעד הבהמה אין מוציאין מידו ואף לדעה ראשונה אינו אלא אם תחזור לבריאותה לגמרי אבל אם ישאר בה קצת רושם צריך לשלם כל הנזק [נס"ח] ובסי' ש"מ יתבאר עוד בזה בס"ד :

י יש מי שכתב שהחובל בהמת חבירו והוציא בעל הבהמה הוצאות לרפואתה חייב החובל לשלם לו ואע"פ שאין בבהמה תשלומין רק נזק מ"מ כיון שע"י הריפוי מתמעם הנזק הוי זה עצמו נזק ואם יכולה לשוב לבריאותה בלא הוצאת ריפוי א"צ לשלם הריפוי וכן מה שאוכלת כל ימי חליה צריך לשלם לו דנהי דמה שהיתה מרוחת יותר על אכילתה מקרי שבת ס"מ מה שמפסידו בהוצאת אכילתה הוי נזק נמור [סנרי"] ודברי טעם הם ופשיטא דלא גרע זה מגרסי [וכ"כ בנס"ח סי' ס"מ] :

יא כתב אחר מגרולי אחרונים דזה שבשוכר נקרא שבת דא"צ לשלם לפי דעה ראשונה אין זה רק כשנתבטלה ממלאכתה אחר שהשיבה להמשכיר אבל אם נתבטלה ממלאכה אצל השוכר יותר מזמן שכירותו כגון ששכרה לחדש וע"י המכה נתבטלה ממלאכתה שני חדשים צריך לשלם לו שכירות בער שני חדשים ואפילו שלא ע"י מכה רק שסגרת בחדר צריך לשלם להמשכיר כפי הזמן שהיתה אצלו דשבת לא שייך רק באדם מן השוק כשתפש בהמת חבירו וסגרה והבטיל אותה ממלאכתה אבל בשוכר אין שם שבת ע"ז אלא שכירות ומשלם ואם שכרה בזהב ליום אחר והשהה אצלו שני ימים אף שהיתה במילה אצלו משלם שני זהובים כדמוכח ממה שיתבאר בסי' ש"י [טנ"י] ודברים ברורים הם דמה לנו להטיל בזה שם שבת נמיל ע"ז שם שכירות ואדם אחר שסגרה אף שעשה מעשה נזלן וחייב בר"ש מ"מ בב"ד פטור :

יב עוד נ"ל דאדם שהפס בהמה חולבת של חבירו ובסרה כמה ימים עד שנחמעט חלבה או נתקלקלה בנופה דציריך לשלם דזהו נזק גמור דכשיבואו למכרה יתמעטו דמיה ע"ז וביון שיש מקצת נזק חייב לשלם בעד כל הנזק ואפילו לדעה ראשונה שבסעיף ט' דהתם הלוקח יודע שבמשך פלוני תשוב לאיתנה אבל החלב שהפסידה לא יוחזר לו לעולם ופשיטא שאם חלב אותה שמשלם כל דמי חלבה וכה"נ בשארי דברים :

יג אמרו חז"ל בתוספתא [פ"ח דב"מ] אין אדם רשאי לחרוש בפרתו ערבית ולהשכירה שחרית דציריך ליתן להשוכר בהמה שנחתה ממלאכתה כדי שיהא יכול השוכר לעשות בה מלאכה כראוי ואף לעצמו אסור לעשות כן מפני צער בעלי חיים דהרבה הששה התורה לציער בע"ח והרי אמרו חז"ל [ברכות מ"] שאסור לאדם לאכול עד שיתן תחלה לבהמתו שנא' ונתתי עשב בשרך לבהמתך והדר ואכלת ושבעת :

סימן שח [השוכר בהמה לרכב עליה או לאסרה בעגלה כמה משא יתן ובו י"ד סעיפים] :

א כתב הרמב"ם בפ"ד משכירות השוכר את הבהמה לשאת עליה משקל ידוע והוסיף על משאו אם הוסיף חלק משלשים על השיעור שפסק עמו ומתה חייב פחות מכאן פטור אבל נותן הוא שכר התוספת שכר סתם אינו נושא אלא משקל הידוע במדינה לאותה בהמה ואם הוסיף חלק ששלשים כנון שדרכה לשאת שלשים ושען עליה שלשים ואחד ומתה או נשברה חייב ע"כ"ל דהבי קים להו לחכמים שבחלק אחד משלשים מהמשא ניכולת הבהמה להתקלקל מזה ובפחות מזה לא תתקלקל :

ב ודקדקו המפרשים מדבריו שכתב ששששבר על משקל ידוע והוסיף אחד משלשים חייב אע"פ ששאר בהמות כאלו נושאות יותר ממשא זו עם התוספת ס"מ מדהתורה רק על משא זו ססהמא ידע בחלישות בהמתו שאין בה כח לשאת יותר :

ג ויש מרבותינו שחולקין בזה וס"ל דנהי דלכתחלה אסור לז

לו להוסיף מכפי ששכר מ"מ כל זמן שהמשא הוי פחות מכפי הרגיל ליהן על בהמה כזו אין מחייבין אותו [רמב"ן] ויש שכתבו דלא פליגי כלל דודאי אם המשכיר אמר להשוכר אני משכיר לך בהמתי שתתן עליה משא כך וכך אם הוסיף חייב אע"פ ששארי בהמות נושאות יותר דבודאי ידע שבהמתו אין ביכלתה לשאת יותר דאל"כ למה השכירה לפחות מהמורגל אבל אם השוכר אמר להמשכיר השכר לי בהמתך על משא כך וכך אינו חייב בהוספתו רק בשהוסיף על המשא הרגיל ליתן על בהמות כאלו דאין ראיה שהיא חלושה אלא שהשוכר לא הוצרך למשא יותר ודברי טעם הן [ב"י]:

ד ומ"ש מרבותינו שכתבו דכשהוסיף אחד משלשים על המשא שדרך בחמות כאלו לשאת ומתה או נשברה אפילו לא ידעינן הסיבה מפני מה מתה ונשברה חייב משום דתלינן דמחמת ההוספה הוא אבל בשברה על פחות מכפי הרגיל והוסיף אחר מל' ומתה או נשברה לא תלינן הסיבה בזה מן הסתם אא"כ נראה להדיא שמההוספה מתה ונשברה דהוי מזיק כיון ששינה [מקי"ס פ"ו דב"מ]:

ה ונראה דהכל אמת לדינא דכולם נכונים במעמן לפיכך אם המשכיר אמר להשוכר אני משכיר לך על משא כך וכך חייב בהוספתו אפילו לא ידעינן הסיבה ואם השוכר אמר הנני שוכרה על משא כך וכך אם לא ידענו הסיבה פטור בהוספתו ואם ידענו שהסיבה היתה מחמת ההוספה חייב ובהוספה פחות מחלק שלשים פטור אפילו כשידוע שמתה מחמת ההוספה [קלפ"ח] דהוה כאנוס ואף שלכתחלה אסור לו להוסיף אף כל שהוא מ"מ אין לחייבו בכך ועוד דודאי לא מפני ההוספה בלבד מתה דכבר אמרו חו"ל שבפחות מחלק ל' א"א שתמות או תשבר ויותר קרוב שלא היה ביכלתה לשאת גם המשא שהושה עמו וא"כ המשכיר עצמו פשע בזה ונראה עוד דאפילו הושה עמו ליתן עליה משא יותר מכפי הרגיל אינו חייב בהוספה פחות משלשים ממעטים שבארנו וכל מדות חכמים כן הוא:

ו השוכר בהמה לרכב עליה איש לא ירכיב עליה אשה דאשה כבדה מאיש מיתו י"א דוחו רק לכתחלה אבל בדיעבד אף שנזוקה הבהמה אינו חייב לשלם ויש חולקין ולפי החלוקים שנתבארו לא פליגי לדינא דאם המשכיר אמר אני רוצה להשכירה לאיש חייב בכל ענין ואם השוכר אמר כן אינו חייב אא"כ ידוע שמחמת כבדתה נזוקה ולכל הדעות אם מנהג המקום ליקח ביוקר ברכיבת האשה משל איש יוסיף לו כפי המנהג ואם שברה לרכב עליה אשה יכול לכתחלה להרכיב עליה איש:

ז שכרה לרכב עליה איש יכול להרכיב איזו איש שירצה ושברה להרכיב עליה אשה מרכיב עליה כל אשה שירצה בין גדולה בין קטנה ואפילו מעוברת ונם היא מניקה ונושאת עמה הולד וכשמניקה האומים אפשר שיש קפידא ביון דלא שביחא ואם שברה בער קטן או קטנה אין לו להרכיב עליה גדול או גדולה ואם שינה חייב בכל ענין דהפרש רב יש במשקלם והוה פשיעה ומזיק:

ח כתב המור בשם הרמ"ה דוקא שכר לאשה סתם אבל לאשה זו אינו יכול לשנות לאשת אחרת אפילו אינה כבדה ממנה וי"א שיכול לשנותו אם אינה כבדה ממנה וכן דעת א"א הרא"ש ו"ל עכ"ל וכן הסכימו נדולי האחרונים וכ"ו דוקא כשהשוכר או הבעלים הולכים עם הבהמה דאל"כ אפילו מכבד לקל לא ישנה שאין השוכר רשאי להשכיר ואמור לו ליתן את הבהמה על יד אחר ואם הוא אחר מבני ביתו של השוכר יכול לשנות אפילו אינו הולך עמה כמו שאמרו כל המפקיד ע"ך אשתו ובניו ובני ביתו הוא מפקיד [ס"ך] ובכל ענין לא ירכיב עליה אנם דסתם אנם אינו חושש על ממון ישראל ואם עשה כן הוי פושע וחייב בנוקה:

ט אמרו חו"ל [ב"מ ע"מ] השוכר את החמור לרכב עליה יש לו להניח עליה כסתו ששוכב עליו ולנינו שמחזיק בה מים או יין ומזונותיו של אותו הדרך לפי שאין דרך השוכר לחזור בכל מלון ומלון לקנות מזונות יתר על זה אם בא להניח הרי מעכב עליו בעל החמור וכן יש לבעל החמור להניח עליה שעורים ותבן ומזונות לעצמו של אותו היום יתר על זה השוכר מעכב עליו מפני שאפשר לו לקנות בכל מלון ומלון לפיכך אם אינו מצוי לקנות בכל מלון או שבשארי מלונות המזון לא שוב או ביוקר מניח עליה מזונותיו שלו ושל בהמתו של אותה הדרך ואם יש שם מנהג ידוע יעשו כמנהגם:

י במדינתנו שנוסעים בעגלות כשהושוה עמו שיסע לברו או שני אנשים אסור לו להבע"ג להוסיף יותר וכשהיבר עמו להושיבו תחת המחסה של העגלה אסור לו להושיבו שלא במקום המחסה וכשהיבר שלא יהיה משא על העגלה אסור לו ליטול משא אף מעט ואם דיבר שלא להושיב אשה בעגלה מפני שמקפיד לנסוע עם אשה אסור לו להושיב שם אשה ומפני שאלו הדברים קלים בעיני הענלונים צריכים להודיע להם את הדין שכשמשנים הם גולנים נמורים:

יא אמרו חו"ל [סם פ"] שהנפח של המשא קשה למשא לפיכך השוכר את הבהמה להביא עליה מאתים ליטרין של חטים והביא מאתים של שעורין שהן קלין מחטין ומתה חייב מפני שהנפח קשה להמשא וכן אם שברה להביא תבואה כך וכך במשקל והביא תבן במשקל זה אבל אם שברה להביא שעורים במשקל כך וכך והביא במשקלה חטים פטור וכן כל ביוצא בזה:

יב יראה לי דכל מה שנתבאר שחייב בהתוספה וזהו כשהלך השוכר לברו עם הבהמה או שנם המשכיר הלך רק שלא ידע מן ההוספה אבל בשידע ולא מיחה בו אין השוכר חייב בנוקה דהיה לו למחות בו ומדלא מיחה מסתמא הוה ניחא ליה וכן משמע ממה שיתבאר בסעיף י"נ:

יג הבתף שנשא משא על כתפו והוסיפו לו הבעלים על המשא אמרו חז"ל [סמ] דכשהוסיף לו קב אחד והוזק חייבים הבעלים בנזקין דמשא הארם הוא שלשים קבין [מור] ואין לומר כיון שהוא בר דעת היה לו להשליך המשא ממנו די"ל דכיון שלא ידע מההוספה היה סבור שמחמת חלישותו עתה הרגיש זה הכובד ובין כך ובין כך צריכים לשלם לו בעד התוספת [פ"ז] ואינו חייב אלא בנוק בלבר ולא בארבעה דברים דבאלו אינו חייב רק כשהזיקו בידים [מור] ואפילו נחבט לאלתר מ"מ אינו כמזיק בידים ופטור מד' דברים [נ"מ] דלא כיש מי שחולק בזה וכן משמע בש"ם שם :

יד הלוקח חמורו או סוסו של חבירו שלא מדעת בעלים ועשה עמו מלאכה אע"פ שהיה ברעתו ליתן לו שכרו מ"מ הוא כשואל שלא מדעת והוה גזלן וחייב באונסים ואם הבהמה עומדת לשכור לא הוי גזלן ופטור מאונסים אבל בפחת שמחמת מלאכה חייב כשרצון הבעלים בזה יותר מבשכרה כמ"ש בסי' שם"ה [נ"מ] ומיהו אם מיחו בו בני הבית ואמרו לו שבעל הבהמה צריך לה עתה הוי כשלא מדעת והוא נזלן ובכל מקום שרינו כגזלן צריך לשלם פחתה ולא שכרה כמ"ש שם ואם אין בה פחת א"צ לשלם כלום דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה אמנם כשאירע לבעה"ב איזה הפסר פתאומי והוכרח ליטול בהמתו של חבירו להציל הפסדו ורוצה ליתן לו הפסדו או שכרו לא הוי גזלן ולכתחלה רשאי לעשות כן בלא דעת בעל הבהמה דהנאי ב"ד הוא דכל מי שפגע בו היזק פתאומי הרשות בירו ליקח כליו ובהמותיו של חבירו להציל א"ע מן ההפסר ונותן לו שכרו כמ"ש בסי' רס"ד ואפילו כתה מחמת מלאכה פטור כיון דהנאי ב"ד הוא [סמ] הוי כשוכר מדעת בעלים דפטור בכה"ג דהא אפילו שואל פטור במתה מחמת מלאכה ואפילו לדעת החולקים בסי' רד"ע והו שאינו יכול לכופו בע"כ אבל כשאינו כאן הכל מודים שיכול ליקח שלא מדעתו להציל הפסדו [סמ"ע] :

סימן שט [השוכר את הבהמה לילך למקום זה והלך עמה למקום אחר ובו י' סעיפים] :

א השוכר את הבהמה להוליכה למקום ידוע והוליכה למקום אחר אם אויר המקום שהוליכה שם משונה מאויר המקום ששכרה לילך שם ומתה או שנחשים או שארי מזיקים מצויים שם והבישה נחש או שאר מזיק חייב אפילו אם זו הדרך קצרה מהדרך שפסק עמו אבל אם אין האויר משונה שם ואין מזיקים מצויים ואינה ארוכה יותר מהדרך שפסק עמו פטור :

ב ואם פסק עמו להוליכה בהר והוליכה בבקעה או להיפך ונתינעה ומתה חייב דכששינה מבקעה להר תולין שמא במורח עלייתה על ההר נתינעה ואפילו לא מתה מיד עד שבאתה למישור אנו תולין אותו בטורח העלייה ואלו הוליכה בבקעה לא היתה מתיינעת ואם שינה מהר לבקעה תלינן דשמא אם היה מוליכה בהר היה האויר שולט בה ולא היתה מתיינעת וכ"ז דוקא כשנתיינעה ומתה אבל אם מתה כדרכה פטור ואע"ג דהוי תחתו בפשיעה דהשינוי הוי פשיעה לענין הוחלקה והוחמה כמו שיתבאר מ"מ פטור דכל שאין האונס מצד הפשיעה פטור כמ"ש בסי' רצ"א [ד"מ] ועור דבשינוי מהר לבקעה ולהיפך אין זה פשיעה גמורה דהויקות מצוי בזה כבזה אלא שהויקות חלוקות הם [נמק"י פ"ז 37"מ] :

ג השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה אם הוחלקה פטור אף שעבר ע"ר בעלים והיה אסור לו לעשות כן מ"מ כיון דהאונס שנתהוה היה מוכן בהר יותר פטור ואם הוחמה חייב דבבקעה יש יותר חמימות מבהר ומתה מחמת השינוי ואם שכרה להוליכה בבקעה והוליכה בהר הוי להיפך דאם הוחלקה חייב שהחלקלקות מצוי בהר יותר מבבקעה ואם הוחמה פטור שבבקעה יש יותר חמימות מבהר מפני הרוח שמנשבת בראשי ההרים ודוקא שלא הוחמה מחמת העליה לההר כגון שבעת שעלתה היתה גם אח"כ איזה זמן שלא בחמימות אבל כשהוחמה מחמת המעלה כגון שמיד שעלתה ראינו שהוחמה חייב כמ"ש בסעיף ב' וכן כל כיוצא בזה כגון אם שכרה להוליכה לבקעה אחר והוליכה למקום אחר וידוע שהאויר משונה שם חייב כמ"ש בסעיף א' ותלינן שמפני שינוי האויר מתה ואם שכרה להוליכה במקום מישור והוליכה בהר והוחמה מחמת המעלה או הוחלקה וכן אם הוליכה בבקעה והוחמה חייב אבל אם הוחלקה שם פטור ואם שכרה להוליכה בהר והוליכה במקום מישור והוחלקה פטור אבל אם הוחמה חייב דעל ההר מנשבת הרוח יותר מבמישור ואם שכרה להוליכה בבקעה והוליכה במקום מישור פטור בין כשהוחלקה בין כשהוחמה שאין בזה לתלות במישור יותר מבבקעה [כ"ל] :

ד מעשה באחד שהשכיר בהמתו לילך בה למקום פלוני ואמר להשוכר שיחזירנה לו למחר ורוב אנשים שנוסעים למקום זה חוזרים בו ביום וכן עשה השוכר הזה שהלך עליה למקום ההוא והחזירה בו ביום ונתרעם המשכיר לזקני העיר על אשר הוליכה והביאה ביום אחר שנחלטת מזה ואמרו לו הזקנים שיקבלה וישתהל ברפואתה וכן עשה ולבסוף ח' ימים מתה ופסק הרא"ש ז"ל דהשוכר חייב כיון שפשע בה דמסתמא ידע המשכיר בבהמתו שאין ביכלתה לילך ולשוב ביום אחד וכמ"ש בסי' ש"ח

סעיף ג' ואף שלא מתה מיד אלא לאחר ח' ימים מ"מ כיון שהתנה עמו ושינה ונחלתה מזה ומתה לאחר זמן יש הוכחה שמזה מתה ומה שקיבלה המשכיר ע"פ מאמר הוקנים יא היה צריך לזה דהשוכר היה מחוייב לטפל בה עד שתבריא ולכן אין דינו של המשכיר רק כש"ח וישבע שלא פשע בה במאכל ובהשקאתה כפי שהיתה צריכה או ולא רכב עליה לצרכו בתוך השמונה ימים רק להשקותה והשוכר חייב לשלם לו:

ה כתב רבינו הרמ"א בסי' של"ה אחר ששכר סוס על שמונה ימים לילך למקום אחד ובאשר הלך שני ימים נמלך וחזר למקומו יכול לעשות באלו ששה ימים עם הסוס מה שירצה להשכירו בעיר להביא עצים או שארי מלאכות המיוחדים לסוסים באותה עיר אע"פ שזו המלאכה כבדה מן הראשונה דניחא ליה שתהא בהמתו בעירו ועושה מלאכה כבדה ממה שתלך למקום רחוק ע"כ וע"ל דכוותה בסתמא אבל אם יודע שאין רצון המשכיר לעשות בבהמתו מלאכה כבדה אסור לו לעשות ואף גם בסתמא אינו אלא בבבדה מעט יותר אבל בכבדה הרבה אסור לו לעשות ועוד נ"ל דמה שהתיר להשכיר אותה בהעיר זהו כשהשוכר הראשון ישגיח עליה דאל"כ הא אין השוכר רשאי להשכיר כמ"ש בסי' ש"ו ורע"א:

ו השכיר את בהמתו והתנה עם השוכר שאם תמות שיהחייב לשלם לו ואח"כ מתה פמור מלשלם לו השכירות דיכול לומר לא קצבתי לך השכירות אלא בחזרתה ולא כשאפרע לך בעדה אא"כ התנה מפורש שישלם לו גם השכירות כשתמות [ט"ך] ואין בזה משום ריבית כמ"ש ביו"ד סי' קע"ו וזה שצריך לומר התנאי מפורש אינו אלא בהתנה עמו שישלם לו כפי שוויה בעת המשיכה והוה כמכירה מאותו זמן וא"כ למה ישלם שכירותה אבל בשוכר סתם כשחייב לשלם לו כשמתה בפשיעתו או ע"י מה ששינה בה צריך לשלם גם השכירות דהא מה שנכחשה מחמת מלאכה הוא על המשכיר וא"צ לשלם רק כפי שוויה בשעת הפשיעה ואם החלה באותו זמן הפתח למשכיר ולבן צריך לשלם השכירות [נ"מ]:

ז בומן הש"ם היה המנהג שבשאחד רצה לחרוש שדהו היה שוכר פרה מאחר עם כלי מחרישה ובעל הפרה לא היה חורש בעצמו ונהגם על יד השוכר והעמיד שני נערים אחד אוחז בהרבן לכוין הפרה לתלמיה והשני הולך אחר המחרישה ומכביר היתד בקרקע ובו הברזל הנקרא קנקן בלשון טשנה ולפעמים היה בעל הפרה מעמיד את הנערים לפיכך השוכר את הפרה לחרוש בהר וחרש בבקעה ונשבר הקנקן פמור השוכר דההר קשה יותר מבקעה ואם היה חורש בהר פשימא שהיה נשבר זריזו של בעל הפרה עם הנערים ואם שכרה לחרוש בבקעה או בארץ מישור וחרש בהר ונשבר הקנקן חייב השוכר וריזו של השוכר עם הנערים דהיה להם ליזהר במלאכתן כשארי חורשי בהרים וי"א דזהו דוקא כששכרן השוכר אבל אם הנערים הם שכורים מן בעל הפרה הרי הם פטורים מן השוכר הואיל דשינה מפני שיכולים לומר אנו השכרנו עצמנו לבעל הפרה לחרוש בבקעה ואתה ששנית שלם ובעל הפרה צריך ליתן להם שכרן ואף כשהשוכר הוא עני ואין לבעל הפרה מה לגבות ממנו ט"מ צריך לשלם להם שכירותן ואינו יכול לומר פשעתם במה ששמעתם לו לחרוש בהר דיכולין לומר כיון שלא אמרת לנו חרשו בבקעה סברנו דצריכין אנו לשמוע בקולו של השוכר אע"פ ששמענו ששכר ממך לחרוש בבקעה ט"מ היה לך להגיד לנו לחרוש בבקעה ודוקא כשאמר להם לכו עם השוכר לעשות מלאכתו סתם אבל אם אמר להם לכו וחרשו בבקעה א"צ לשלם להם [כ"מ בפנים]:

ח כשהנערים חייבים לשלם מי מהם משלם אמרו חו"ל דזה האוחז את הכלי בעת המחרישה שהוא העמיקה יותר מדאי ולפיכך נשברה ואם היתה השדה מלא אבנים ושרשים שניהם חייבים בדמי הקנקן המנהיג אותה במלמד והאוחז את הכלי מפני שבמקום כזה בקל שישבר הקנקן וכשהבהמה תטה מעט מן הדרך ישבר טיד ויש לו לבעל הדרבן נ"כ ליזהר בזה ושניהם עלולים לפשיעה ואמרינן דמכח שניהם נשברה אא"כ אפשר לברר מכח מי נשברה דאז חייב רק זה שעל ידו נשברה:

ט שכרה לדוש בקיטניות ודש בתבואה והוחלקה פמור דכ"ש שהיתה מוחלקת בקיטניות ואם שכרה לדוש בתבואה ודש בקיטניות והוחלקה חייב שהקיטניות מחלקת ואם שכר בעל הפרה איש לדוש תבואתו של השוכר אם א"ל הדוש בתבואה הפסיד שכרו ואם א"ל לעשות מלאכתו של השוכר פתם אע"פ ששמע הפרה ממנו לדוש בתבואה מ"מ חייב בשכרו כמ"ש בקנקן:

י השוכר את החמור ונעשה פסח בדרך ולא חש השוכר לכך והניח עליו משוי ונתקלקל הוי פשיעה דלא היה לו להניח עליו משוי והיה לו לשכור בהמה אחרת ולהניח את החמור אצל אדם נאמן ולא להוליכו עמו כי גם ההילוך קשה לו ואם לא מצא אדם נאמן להניחו יכול להוליכו למקומו בלא משוי ודוקא כשאינו נחוץ כל כך לדרכו והיה ביכלתו לשכור בהמה אחרת להניח עליה המשא אבל אם היה נחוץ לדרכו ולא היה באפשרי להשיג בנקל בהמה אחרת לא הוי פשיעה אף כשהניח המשא עליו ויש לו רשות לעשות כן דעל זה שכר את החמור וכן הדין במדינתנו כששכר עגלה עם סוס ונתקלקל בדרך יש מי לשכור ע"ח בעל העגלה סום אחר ויניח הסום המקולקל אצל נאמן עד שיתרפא ואם אינו מוצא נאמן יאסור הסום בצד העגלה ויוליכו עמו ואם א"א לו להשיג סום אחר בגין שנחפז לדרכו יכול לנסוע כמו שהוא ונראה שאין חילוק בין שהבעל עגלה נוסע עמו או לא:

סימן שי [השוכר את החמור ונסתמא או מת או נשבר ובו טז סעיפים]:

א השוכר את החמור או סום בין לרכיבה בין למשא או סום עם ענלה להוליכו למקום פלוני ומת החמור או הסום או נשבר קודם שהגיע לאותו מקום חייב בעל הבהמה להעמידו למקום פלוני דהא שיעבר נפשיה לזה כמו שיתבאר ואין חילוק בין א"ל חמור סתם אני משכיר לך או חמור זה אני משכיר לך ובשניהם חייב להעמידו למקום פלוני ויש חילוק דבחמור סתם חייב לשכור לו חמור ובחמור זה אינו חייב לשכור לו חמור אחר דהא לא שיעבד לו אלא חמור זה אבל חמור הזה משועבד שיכול למכור גבלתו וליקח חמור אחר שיוליכנו עד המקום הפלוני ואם אין בדמי הגבלה ליקח חמור ישכור לו חמור בדמים אלו להוליכו למקום פלוני ואע"ג שנבלה כל הקרן של בעל החמור ס"ס יכול השוכר לעשות כן דהא שיעבר לו חמורו לזה ובמדינתנו נם הענלה נשתעבר לזה שיכול למכור הענלה כדי לשכור ענלה עם סום להוליכו למקום פלוני:

ב ואם אין בהדמים אף לשכור אינו חייב ליתן לו חמור אחר כיון שא"ל חמור זה אלא משלם לו שכר הדרך עד כה ע"פ הפרטים שיתבארו ויש לו עליו הרעומות שנתן לו חמור רעוע כזה ודעת תרמב"ם ז"ל [פ"ק] דבא"ל חמור זה יש חילוק בין שכרו לרכיבה ולהוליך כלי וכוכית לשכרו לשארי משאות דברכיבה או כלי זכוכית הדין כמ"ש אבל בשארי משאות אינו חייב ליתן לו אחר מנבלתו אלא נותן לו שכר הדרך עד כה ומניח לבעל החמור נבלתו דלנירסתו בגמ' [ב"מ ע"ח] לא נאמר דין זה רק על רכיבה ורבים המהו על חילוק זה וג"ל המעם דוודאי כשא"ל חמור זה יש גם לפרש דרק כמות שהוא השכיר לו ולא נבלתו אך ברכיבה וכלי זכוכית שיש קפידא גדולה באיזו חמור לרכוב ולהוליך זכוכית כמו שיתבאר לענין אם נסתמא ואמרו חז"ל אם יש בדמיה ליקח יקח לשכור ישכור שביד השוכר לעשות כרצונו משום דאמדינן שהיה דעתם כן ואין זה רק ברכיבה ובזכוכית שיש קפידא גדולה ליקח דוקא חמור טוב ובודאי לא נתרצה השוכר להוציא מכיסו על חמור טוב ובהכרח שהיה דעתם כן אבל בסתם משא שאין קפידא באיזה חמור לכך אמרינן דעת השוכר שנם הוא לא נתכוין רק להחמור כמו שהוא ולא לנבלתו ואם ימות ישכור מכאן איזו חמור שהוא [וע' במפרשי ס"ע]:

ג זה שאמרנו שנותן לו שכרו עד המקום הזה זהו דוקא כשיכול לשכור חמור אחר עד מקום ששכרו בהמותר דמים שנשאר לו אחר תשלומו לבעל החמור ואם צריך להוסיף על זה יגבה לבעל החמור משכרו שעד כה ולהיפך אם יכול לשכור בזול יוסיף לבעל החמור כי אינו צריך להרויח ולהפסיד מזה [מור] או אפילו אם אינו מוצא לשכור חמור אחר רק שיכול למכור מחורתו בכאן אע"פ שלא יהיה הריוח כמו אם היה מוליך המחורה למקום ששכרו אבל כשאינו מוצא למכור פה בקצת ריוח ואינו מוצא לשכור חמור אינו נותן לו כלום משכרו דהא לא הועילה לו נסיעתו עד כה מאומה וכן בחמור סתם שצריך לשכור לו חמור אחר צריך בעל החמור לשכור לו באופן שלא יעלה להשוכר ביוקר מכפי מה ששכרו וכן אם יכול לשכור בזול הריוח של בעל החמור [סס]:

ד וכ"ז הוא בחמור סתם או בחמור זה ויש בדמי נבלתו לשכור אבל אם אין הגבילה שוה כלום וא"ל חמור זה צריך ליתן לו שכר הדרך שעד כה אפילו אם אינו מוצא לשכור ולמכור המחורה בכאן דהא לא נשתעבד לו רק בזה החמור ושכר הדרך שעד כה צריך לשלם לו [סס]

דבמה פשע בעל החמור שלא ישלם לו:

ה ויש בכאן שאלה בזה שנתבאר דבחמור סתם חייב להעמיד לו חמור אחר במה נשתעבד לו על חמור אחר וי"א דבאמת זהו דוקא כשהקנה לו בקנין שיוליכו למקום פלוני אבל בלא קנין פטור מזה [רמב"ל] וי"א דה"פ כשבעל החמור מבקש שכרו שעד כה מחוייב להעמיד לו חמור אחר ואם לאו א"צ ליתן לו משכרו כלום אבל כשאינו מבקש שכרו אינו מחוייב להעמיד לו חמור אחר [סס"ת כסס י"מ] וי"א שבמשיכת החמור שמשך השוכר וכ"ש כשהתחיל לילך לדרכו זהו קנינו שבזה נשתעבדו נכסי המשכיר להעמיד לו חמור עד המקום ששכרו [רמ"ם ורמב"ן] ולפ"ז בכל ענין מחוייב להעמיד לו חמור [וכ"ס דעת כרמ"ח בד"מ] ומדברי הרמב"ם ז"ל נ"ל דאדרבא בחמור סתם קילא מחמור זה וזהו ודאי דאינו משועבד לו לשכור בעדו חמור אחר אלא בחמור הראשון נשתעבד כו כשאינו שוכר בעדו חמור אחר הרי נבלתו ועורו של חמור זה משועבדים לו לשכור מהם חמור וזה שאמרו חז"ל בחמור סתם שחייב להעמיד לו חמור זהו למובתו של המשכיר כלומר שביכולת המשכיר להעמיד לו חמור ואין השוכר יכול לכופו למכור הגבלה והעור ולשכור סתם חמור אבל בחמור זה יכול השוכר לשכור לו מהגבלה והעור בע"כ של המשכיר ולכן באמת בחמור סתם נ"כ אם אין הגבלה שוה כלום אינו מחוייב לשכור לו חמור ושכרו שעד כה ישלם לו [ס"כ]:

ו זה שנתבאר דבחמור סתם חייב להעמיד לו חמור אחר אינו אלא כשמת או נשבר שאינו ראוי כלל למלאכה אבל אם נתקלקל החמור וס"ס ראוי עדיין למלאכתו כגון שנסתמא או התליעו רגליו או חולי אחר ביוצא בזה שראוי עדיין למלאכה אלא שנתוסף בו טורח להשוכר לישרו בדרך אם שכרו למשא יאסר לו המשכיר הרי שלך לפניך כיון שראוי עדיין למלאכה וגם מזלך גרם ושכרן

ושכרו משלם לו בשלימות ואפילו ישתהה ע"י כן מעט בדרך אע"כ קבע לו עת מתי לבא לשם וא"א לבא על זה החמור לזמן הזה דאז חייב להעמיד לו חמור אחר אפילו אם בעל החמור בעצמו נמצא עמו ואין להשוכר טורח לישרו בדרך כמו בע"ג שלנו שנמצא בעצמו ג"כ אם נתקלקל הסום כגון שנסתמא או התחיל לפסוח קצת ועדיין ביכלתו לילך בענלה אם לא קבע לו זמן אין ביכולת השוכר לכוף אותו לשכור סום אחר ואם קבע לו זמן מחוייב לשכור לו סום אחר [ג"ע] ואם שכרו לימים יתבאר בסעיף ט"ו:

ז וזהו דוקא כששוכרין למשא או לישב בענלה אבל שכרו לרכב עליו או להוליך כלי זכוכית וכיוצא בזה שאם יפול יהיה היזק בהסחורה אם א"ל חמור סתם צריך להעמיד לו חמור אחר בכמו במתה דבוודאי היה כוונתו כן כיון דא"א לרכב עליו ולהוליך עליו כלי זכוכית ובזה לא שייך לומר מזלך גרם כיון דאינו יכול ליסע עמו אבל אם א"ל חמור זה א"צ להעמיד לו חמור אחר דלא נשתעבד לו אלא בזה ומ"מ אם יש בדמי החמור לשכור חמור אחר ימכרנו השוכר וישכור לו בדמיהן חמור אחר דהרי חמור זה נשתעבד לו כמו במתה שבארנו וזהו דעת הטור ודעת הרמב"ם הוא דאינו יכול למוכרה ולשכור אחרת ומעמו נראה דבשלמא כשמתה עומדת הנבילה למכירה והרי נשתעבד לו בזה אבל בנסתבא או חלתה שעדיין ראויה למלאכה ואינה עומדת למכירה בוודאי בכה"ג לא נשתעבד לו שבשבילו ימכור עתה בהמתו [סגל"מ] ולכן משלם לו שכרו עד כה ועוד ס"ל להרמב"ם דגם בחמור מתם ושכרו לרכיבה או כלי זכוכית דצריך להעמיד לו חמור אחר וזו כשרוצה מהשוכר כל שכרו אבל אם אינו רוצה כך שכרו א"צ להעמיד לו חמור אחר אלא נותן לו שכרו עד כה ואפילו קבל שכרו בשלימות מחזיר לו השכר שמכאן עד המקום ששכרו וזהו כעין מ"ש בסעיף ה' אלא דבסתה יש לו רשות להשוכר למכור עכ"פ נבלתו אבל בכה"ג אין ביכלתו מטעם שבארנו [הגר"מ] והשוכר חמור זה אם יכול ליתן להשוכר חמור אחר טוב כזה יתבאר בסי' שי"א:

ח בומן הגמ' היה המנהג שהמשלה היתה נוטלת חמורים בדרך כשהיתה צריכה לכך ואמרו חז"ל דאם נלקח החמור מהשוכר בדרך באנגריא של המשלה אם בדרך הליכתו ניטל א"צ ליתן לו חמור אחר אף באנגריא שאינה חוזרת ואם לאו צריך ליתן לו חמור אחר כשהשכיר לו חמור סתם ובחמור זה אע"פ שאינו בדרך הליכתו א"צ ליתן לו חמור אחר דהא לא נשתעבד לו רק בחמור זה ואיננו ומשלם לו שכרו עד כה וזהו כמו בחמור זה ומהה ואין הנבילה שוה כלום שנתבאר:

ט ומהו דרך הליכתו פירש"י שיש לו להשוכר לילך באותו דרך שהולכת האנגריא הלכך כיון שיש לו לילך באותו דרך ומדרך האנגריא כשפונעה חמור אחר מנחת את זה ונטלת האחר ולכן חייב לילך עמהם ובשתמצא אחר יחזירו לו וה ואפילו אם היא אנגריא שאינה מחזרת מעצמה אם לא שילכו אחריהם חייב השוכר לעשות כן וזהו שקראו חז"ל אנגריא שאינה חוזרת [טור] והרמב"ם מפרש אנגריא שאינה חוזרת שאינה מחזרת כלל ודרך הליכתו מפרש שהאנגריא אינה מחפשת אחר חמורים ואם החמור היה בביתו לא לקחוהו שאינם נוטלים רק בדרך הליכתם כשהולכים בדרך ולבן אומר לו מזלך גרם כיון שהיית בדרך וצריך השוכר לשלם לו כל שכרו אבל אם האנגריא נוטלת גם שכא בדרך הליכתם שמחפשת בבתים אינו יכול לומר להשוכר מזלך גרם דהרי אם גם היה בבית המשביר היו נוטלים אותו ולכן כשרוצה בכל שכרו צריך להעמיד לו חמור אחר וכמ"ש לדעתו בסעיף ז' ובזה אין חילוק בין שכרו למשא לשכרו לרכיבה [סמ"ע]:

י ממה שנתבאר יש ללמוד בשוכר ששכר חמור ונטלו ממנו אנס בדרך יש לזה כל הדינים שנתבארו ויש מי שאומר שאם נטלו רק לעשות מלאכתו ואח"כ יחזירנה לו אין השוכר מנכה לו כלום דיכול המשביר לומר לו מזלך גרם אבל אם נטלו לגמרי אינו יכול לומר לו מזלך גרם [סמ"ע] ואע"פ שאם לא היה מוצא אותו בדרך לא היה נוטלו מ"מ טה בכך הרי שוכר פטור מאונסים ואינו משלם לו שכרו רק עד כה וכן נראה עיקר ולא דמי לאנגריא שדרך הממשלה בכך והוי כעין דינא דמלכותא ויש מי שרוצה להשוותם ולא נ"ל:

יא ראובן השכיר בהמתו לשני ימים לילך ולחזור ובחזירתו של השוכר נגדל הנהר או נתהוה סיבה אחרת עד שהוצרך להתעכב עוד יום אם שברה לימים פשיטא שצריך ליתן לו שכירות של כל יום מיהו אם שברה להוליך עליה משא ושמה עמדה בטל א"צ לשלם בשליטות בעד היום שעמדה בטל כביום שהוליכה משא אלא משלם כפי בטילתה [סמ"ע] ולא שייך לפטור מטעם דאין שבת בבהמה רבבר בארנו בסי' ש"ן דבשוכר כשהבהמה אצלו לא שייך דין שבת ע"ש סעיף י"א.

יב ואם לא שברה לימים אלא ליסע למקום פלוני ולחזור ומקום זה ידוע שההליכה והחזרה הוא שני ימים או ששברה לשני ימים והזיכר המקום שרוצה לילך שם וידוע גם להמשביר שמקום זה הוא שני ימים ההליכה והחזרה ונתהוה סיבה שנתעכב יותר אם הסיבה מחמת השוכר כגון שחלה או הושיבוהו במאסר וכיוצא בזה צריך לשלם לו שבר כל יום דאין זה אונס שהשוכר פטור בו דזהו כשהאונס מעכבו מלחזור לו בהבהמה כמו נידול הנהר או לקחוה ליסטים שהאונס היה על הבהמה שמפני האונס לא היה באפשרי להחזירה אבל בזה שהאונס היה עליו והיה יכול לשלוח הבהמה להמשכיר ע"י שליח צריך לשלם שכירות מכל יום רק שמשלם כפי בטילתה וכן המכימו נדולי אחרונים [נ"מ וסט"ע] דאין זה מהאונסין שהשוכר פטור ודלא כיש מי שרוצה לומר שזהו באונס שהשוכר פטור בו:

ואם

יג ואם האונס לא היה מחמתו אלא שנתגדל הנהר ולא היה באפשרי לעבור בו או סיכה אחרת כיוצא בזה אם הנהר לא היה רגיל להתגדל הוי פסידא דמשכיר ואפילו אם היה רגיל להתגדל אך המשכיר ידע מזה אפילו אם גם השוכר ידע מזה ההפסד עליו אבל אם השוכר ידע מזה והמשכיר לא ידע ההפסד הוא על השוכר דכללא הוא רכל מקום ששניהם ידעו או שניהם לא ידעו ההפסד הוא על המשכיר דהיה לו להתנות כן ומדלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה דהא בא להוציא מהשוכר ועליו הראיה אבל כשהוא ידע והמשכיר לא ידע על השוכר היה מוטל להתנות כמו שיתבאר בפועלים בסי' של"ד ודין מזונות הבהמה כדין השכירות דאם מחייב לשלם שכירות מחוייב גם לזונה ואם לאו המזונות ע"ח המשכיר וע' בטור :

יד אם שכרה לימים ונהרוה בבהמה דבר שהוא מחוייב לילך עליה כפי מה שנתבאר כגון שנסתמא או שחיגרת קצת שכאנו דכשיושב בעגלה מחוייב ליסע עליה דוהו כמו למשוי כמ"ש בסעיף ז' אמנם ע"י זה מה שהיה צריך לנסוע ביום אחד יסע עתה שני ימים נ"ל ברור דאינו חייב ליתן לו שכירות של כל יום אם שכרו אף לימים אלא לפי החשבון שהיה נוסע אם לא נתהוה הסיבה דאיך נחייבנו לשלם עתה יותר מכפי מה ששכרו בשביל שמובל גם מורח הדרך יותר ומאבד זמן בחנם ודלא כיש מי שרוצה לומר שחייב בשכירות של כל יום ויום [ולפיז מחוכר סדה וחלכה מנב שנסני' סכ"כ] ולא כמו לעכבו נהר דהתם הבהמה לא נתקלקלה [ומ"ש בסעיף ל"ע] :

טו השוכר בית מחבירו ונטלוה לחיל המלך אם אפשר לדור עמם הוי בראוי למלאכה זו ששכר ומשלם כל השכירות ואם א"א לדור עמהם אינו משלם רק עד הזמן שדר בו [בסימן] ואין לו מענה על המשכיר דהרי אנוס הוא ובסי' שי"ב יתבאר עוד :

סימן שיא [השוכר ספינה וטבעה בחצי הדרך או פרקה ובו י"א סעיפים]:

א השוכר את הספינה ולא פירש כמה משא להטיל בה אמרו חז"ל דספינה קטנה שיעורה ט"ו כור וכל כור הוא שלשים סאים וכל סאה ששה קבים וכל קב ד' לוג ולוג ששה ביצים ושיעור ספינה גדולה תשעים כור ובינונית שיעורה ל' כור ואם הוסיף אחד משלשים על המשא ונתקלקלה הספינה מפני זה חייב השוכר בהוזקה אם המשכיר לא ידע בהתוספת דשיעור תוספת אחד משלשים הוא בין לספינה בין לאדם בין לבהמה כמ"ש בסי' ש"ח וכל הדינים שנתבארו לשם הם נ"כ בספינה כגון אם השכיר לו על פחות מסכום זה והוסיף אחד משלשים אם חייב וכל שארי דינים שנתבארו לשם נמצא לפ"ז דתוספת בספינה גדולה ג' כורין ובקטנה לתך והוא חצי כור ובבינונית כור [מור] ובספינות שלנו בששכר סתם צריכין לידע מנהג המקום והנהר והכלי כמה מוליכין בכלי כזה :

ב השוכר את הספינה והוליך בה יין או שאר פחורה למקום פלוני וטבעה בחצי הדרך אמרו חז"ל [ב"מ ע"ם] דאם א"ל ספינה זו אני משכיר לך והשוכר שברה להוליך בה יין סתם אף שנתן לו השכר יחזיר לו שהרי השוכר אומר לו הבא לי אותה הספינה עצמה ששכרתי ואני אביא יין אחר ואולך בה וכיון שהשוכר יכול לקיים תנאו והמשכיר אינו יכול דהרי אמר ספינה זו ונטבעה א"צ ליתן לו שכר כלל ואם נתן יטול ממנו ואם היה להיפך שהמשכיר א"ל ספינה סתם אני משכיר לך והשוכר שברה להוליך בה יין זה אע"פ שלא נתן לו עדיין שכירות חייב ליתן לו כל השכר שהרי המשכיר אומר לו הבא לי אותו היין עצמו ואני אביא לך ספינה אחרת ואוליכנו ורק שצריך לנכות לו כדי הטורח של חצי הדרך שלא הלך שאינו דומה המטפל בהולכת הספינה ליושב ובטל :

ג יש שדקדקו מדברים אלו שמי שאמר ספינה זו או חמור זה אני משכיר לך אינו יכול ליתן להשוכר ספינה אחרת וחמור אחר וכן השוכר שאמר יין זה אניח בספינתך אינו יכול ליתן לו יין אחר דאל"כ למה יוכה מי שאמר ספינה ויין סתם נגד זה שאמר ספינה זו ויין זה וי"א דבאמת אין קפידא לא ביין ולא בספינה רק בזה שהבספינה נטבעת מצאה הקפידא מקום לנוח כיון שעכ"פ דברו כן ולכן במקום הפסד יכול זה שביכלתו לקיים דברו להוציא מזה שאינו יכול ומדברי הרמב"ם פ"ה משכירות נראה דבספינה יש קפידא ובין אין קפידא דנבי ספינה זו ויין סתם כתב שהקפדה גדולה יש בספינה זו ובין זה לא כתב כן ובודאי שכן הוא מצד המברא דבספינה או בחמור יש קפידא דזו הספינה נאותה בהילוכה מאחרת וכן בחמור אבל בין איזו חילוק יש בין יין זה ליין אחר וכן בשארי פחורות שממין אחד ומשקל אחד אין שום חילוק ורק לשנות מסחורה זו לסחורה אחרת ודאי יש קפידא וראיה דבשינוי אותה סחורה אין קפידא ממה שנתבאר בסי' ש"ח דכששכר לאשה יכול לרכב איש ואין המשכיר יכול לומר תן לי מה ששכרת וכן דעת הרמב"ן והרשב"א לחלק בין ספינה ליין [וכ"כ המל"מ פס וכ"מ מפ"ך ומהגר"מ פק"ח ופסק"ע ולפסכר גם דעת פעור י"ל כן ובפעיף ד' פחולק על פרמ"ס פוח ריק בין ע"ם ולוק] :

ד בזה שנתבאר דבספינה סתם ויין זה צריך השוכר ליהן

ליתן לו כל השכר יש חולקים בזה וס"ל דאינו נותן לו שכירות אלא של חצי הדרך והטעם דכל פסידא שלא היה לו להשוכר לידע יותר מן המשכיר הוי פסידא דמשכיר כמ"ש בס"ם ש"י ודוקא כשעדיין לא נתן את השכר של כל הדרך והמשכיר בא להוציא מידו אבל כשכבר נתן אין המשכיר צריך להחזיר כיון שבידו לקיים התנאי [סמ"ע] ודעה ראשונה ס"ל דיכול אף המשכיר להוציא מהשוכר ולא דמי לשם שאינו מפסיד רק שכר טרחתו או מבהמתו משא"כ כאן דמפסיד כל הספינה יכול גם להוציא במענה זו שהוא יכול לקיים תנאו והשוכר אינו יכול [ס"ם] והעיקר כדעה זו [ס"ך] ורוב הראשונים ס"ל כן וכן בספינה זו ויין סתם יכול להוציא מהמשכיר מה שנתן דא"צ ליתן לו כלום ולא דמי לפי' ש"י דצריך ליתן לו שכרו שעד כה דבשם עכ"פ נהנה שהביאו למקום זה אבל כשנטבע היין הרי לא נהנה כלל [סמ"ע]:

ה בספינה זו ויין סתם אם אפשר להוציא הספינה מן המים ולשכור ספינה אחרת בדמיה או במה ששייך לה ביכולת השוכר לעשות כן בשרוצה לשרוח בזה ולהביא יין אחר ואין המשכיר יכול לעכב עליו כמ"ש בסי' ש"י בחמור זה כשמת יכול למכור הנביזה ולשכור חמור אך המירחא הוא על השוכר וגם להרמב"ם שם סעיף ב' הדין כן דיש קפידא בספינה כמו ברביזה שבשם ודלא כיש מי שחולק בזה וזהו ביין סתם אבל ביין זה אע"ג דכשלא נטבעה הספינה יכול לשנות על יין אחר להרמב"ם במ"ש מ"ם למכור שיורי הספינה ולהפסיד להמשכיר אין ביכלתו כשאמר יין זה אבל אם רק היין נטבע ולא הספינה יכול להטעינה גם ביין אחר אף כשאמר יין זה דאין סברא בזה שהשוכר הפסיד ולא המשכיר שיהיה ביכולת המשכיר לעכבו יותר מכשלא היה בפסיד [ס"ך] אבל ביין סתם וספינה זו והיא נטבעת ולא היין אפשר דאין יכול המשכיר ליתן לו ספינה אחרת בע"כ של השוכר דבספינה יש קפידא ומ"מ נ"ל דאם נותן לו ספינה טובה יכולים בי"ד לכופו להשוכר לעשות לפנים משורה"ד דבכה"ג הוי קרוב למדת סדום:

ו א"ל ספינה זו אני משכיר לך והשוכר שכרה להוליך בה יין זה דשניהם אין יכולים לקיים התנאי כשנטבעה הספינה עם היין יר המוחזק על העליונה דאם נתן השכר בשלימות אין השוכר יכול להוציא ממנו ואם לא נתן כלל לא יתן מפני שהמוחזק יכול לומר להשני שבא להוציא ממנו קיים הנאך והוציא ממני ואע"ג דגם המוחזק אינו יכול לקיים הנאו מ"ם הבא להוציא עליו מתחלה לקיים כמו שהמוציא מחבירו עליו הראיה וביון שאינו יכול לקיים היכא דקיימא זחי חיקום ואם היין נטבע ולא הספינה או הספינה ולא היין דינו כמ"ש בסעיף ה':

ז שכר ספינה סתם ליין סתם דשניהם יכולים לקיים התנאי מי שרוצה לקיים ידו על העליונה דאם בעל היין מביא יין וזה אינו מביא ספינה אפילו אם נתן שכרו יחזירנו לו המשכיר כולו ואם זה מביא ספינה וזה אינו מביא יין צריך לשלם לו כל השכר אף אם לא נתן לו עדיין בלום ואם שניהם רוצים לקיים יקיימו ואם שניהם אין רוצים לקיים הרי חולקין השכר ביניהם ובזה אין חילוק בין המוחזק ובין הבא להוציא ובין הוליכו חצי הדרך להוליכו פחות או יותר דבין דשניהם שוים בקיום התנאי ושניהם אינם רוצים ה"ל כאלו הושוו לחלוק ולא דמי להשכיר חמור סתם ומת בחצי הדרך דחייב להעמיד לו חמור אחר ואם לאו אינו נותן לו כלום במ"ש בסי' ש"י דהתם שהסחורה שלו ששכר החמור לצרכה היא בשלימות הוה כמו זה הביא יינו וזה לא הביא ספינתו אבל הבא הרי אין הסחורה ששכר ולפ"ז אם נטבע היין ולא הספינה צדיק להביא יין אחר ואם לאו מוציא ממנו כל השכר ואם נטבעת הספינה ולא היין צריך להביא ספינה אחרת ואם לאו אפילו נתן השכר מוציא ממנו וכל הדינים שנתבארו שם בחמור סתם דינים ג"כ בספינה סתם ויין סתם:

ח השוכר ספינה להוליך בה סחורה למקום פלוני ופרקה להסחורה בחצי הדרך שרצה למכור הסחורה כאן ולא היתה זה מפני רעועת הספינה אם אין בעל הספינה מוצא איש אחר ששיכור ממנו הספינה למקום פלוני צריך ליתן לו שכר כל הדרך אלא שינכה לו קצת שאינו דומה הבא טעון לבא ריקם ונם ינכה לו כל הוצאותיו שמכאן עד מקום פלוני ואם מצא אחר שישכור השני ישלים לו השכירות ואם השני אינו נותן לו כל כך שיעלה לו עד מקום פלוני כפי המקח שעשה עם הראשון ישלים לו הראשון מה שחסר לו עד המקח שעשה עמו ולבד זה יתן לו הראשון תוספת שכר על מה שהספינה נפסדה בהוצאת הסחורה של הראשון ובהכנסת סחורה של האחרון ויש לו עוד עליו תרעומות שגורם לו לסבול דעת איש אחר שלא הורגל עמו:

ט ואם לא פרק הסחורה מהספינה אלא שבאמצע הדרך מכר הסחורה שבספינה לאיש אחר ועלה הוא מהספינה ונכנס האחר במקומו נוטל בעל הספינה שכר חצי הדרך מהראשון ושכר חצי הדרך מהשני ויש לו תרעומות על הראשון על שינוי דעה שלא הורגל עמו וכתב הטור דמכאן ראיה דכל מאי דאמרינן שקבלן ובעה"ב אין יכולין לחזור בהם היינו דוקא כשיש הפסד לשכנגדו בחזרתו שאין הקבלן מוצא להשתכר ולא בעה"ב לשכור אבל אם מוצאין יכולין לחזור בהם עכ"ל ובסי' של"ג יתבאר בזה בס"ד:

י בעל הספינה שבנסיעתו על המים נתקטנו המים עד שמוכרח ליקח ספינות קטנות ולהוליך הסחורה עליהן אם יש בזה מנהג ידוע להסוחרים יעשו במנהגם ואם לאו אם השכיר לו ספינה זו אין בעל הספינה מחוייב להטעין הסחורה על ספינות אחרות ומשלם לו שכרו עד כה ובעל הסחורה ישבור לו ספינות אחרות דהרי אונם

גמור הוא ואם ספינה סתם חייב להעמיד לו ספינה אחרת קמנה שביכלתה לילך על מים כאלו ואין בעל הספינה יכול לומר אמתין פה עד שיתגדלו המים דודאי אם בזמן מועט יחזרו המים יכול לומר כן אבל כשתמשך זמן הרבה אנן סהדי ששכרו להוליך סחורתו במישור למקום פלוני אמנם אם בדרך המוחרים סתם לשון ספינה אינו מהקטנות שביכלתם לילך על מים כאלו א"צ לשכור ספינות קטנות ולהוליך המחורה ואין חילוק בזה בין ידע מקטנות המים או לא ידע דקטנות המים אין אדם יכול לכוין השעה בבירור וכן אין המקומות מקטנות המים שוות בכל פעם ודבר זה ידוע לכל ואין שייך לומר שזה ידע וזה לא ידע ואם התנו אילו תנאי בזה הכל לפי תנאם:

יא בעל הספינה דינו כש"ש וחייב בנניבה ואבידה ופטור מאונסין ויהיה זהיר בעברו בין הסלעים ואבנים וארחות עקלקלות המצויים בנהרות דאם לא ישנית הימב תשבר הספינה וכל זמן שאינו אנום נמור חייב לשלם אף שאינו פושע כדין ש"ש דהא גניבה קרובה לאונס וחייבתו תורה וכל שבועות ששוכר חייב בהם חייב גם הוא ובמקום שיש רואים אינו נפסד בשבועה ואם בעל המחורה בעצמו ראה האונס א"צ שבועה ובספינות שכנו שהולכת על הנהרות הגדולות ידוע ששוכר בעל הספינה חובל בקי להוליך את הספינה ועליו סומכים ואם שכר את שאינו בקי וע"י זה היה הפסד חייב לשלם דפושע נמור הוא [כ"ל]:

סימן שיב [דיני שכירות בתים וכו' מ"א סעיפים]:

א המשכיר בית לחבירו או חצר או מרחץ או חנות לזמן קצוב אינו יכול לחזור בו ולהוציאו תוך זמנו ואפילו נפלה ביתו של משכיר שאין לו מקום לדור בו ואפילו העני המשכיר וצריך למכור הבית אינו יכול להוציאו מן הבית עד זמן שכירותו וביכולת המשכיר למכרה אף בתוך ימי השכירות ואין זה כמוכר דבר שאינו שלו דהבית גם עתה הוא של המשכיר דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא אלא לענין קנינים כמ"ש בסי' שמ"ו וכן לענין אונאה כמ"ש בסי' רכ"ז אבל גוף הבית הוא של המשכיר [סוס' עכו"ס ס"ו וכמ"ש פ' המוכל] ולכן ביכלתו למכרה והקנין חל מיד אך הקונה אינו יכול להוציא את השוכר עד זמנו ואפילו לא נכנס השוכר עדיין לתוך הבית דכיון שהחזיק ע"פ קנין המועיל במכר קנה לענין זה שאינו יכול לעכבו מליכנס ולדור בו עד זמן שכירותו ואפילו חלה השוכר או אשתו אחרי נמר הקנין מהשכירות ולא נכנס עדיין דאין ראוי עתה ליכנס מ"מ אין המשכיר יכול לעכב עליו מליכנס לכשיתרפא [עמ"ך]:

ב כשם שיכול המשכיר למכור ביתו תוך זמן השכירות של השוכר כמו כן יכול להשכירו לאחר בתוך שכירותו של ראשון שהאחר יכנס בה לאחר כלות זמנו של ראשון [ס"ך] והקנין מהשכירות חל מיד אף בתוך זמנו של ראשון דלא כיש מי שרוצה לומר שאין הקנין חל עד אחר זמנו של ראשון דאין חילוק בין מכר לשכירות לענין זה ובמכר מפורש בירושלמי [פסחים פ"ד וע"מ פ"ם] שיכול למכרה תוך הזמן ואין זה דבר שאינו ברשותו ולא דבר שלב"ל דהרי גם עתה היא ברשותו ובאה לעולם דחסרון זמן לא מקרי דבר שלב"ל [מל"מ פ"ז מהיסות] ויש מי שכתב שצריך לומר מעכשיו ואינו כן דבסתמא הוי כמעכשיו אלא שהשוכר השני צריך לידע שעדיין היא איזל הראשון עד זמן פלוני דאל"כ הוי קנין בטעות אבל עיקר הקנין חל מעכשיו אף בלא אמירה מעכשיו בין שעיקר הבית שלו היא [וכ"כ הריב"ם סי' מקי"ו וכ"כ הגה"מ וע' בהגהת סמ"ע ס"ק סמ"ו]:

ג כתב רבינו הרמ"א ואם היה מושכר בעין שלא היה יכול לפרותו לעולם אם לא מכרו יכול למכרו ולהוציאו מיד עכ"ל ודין זה הוא מירושלמי שם במעשה שהיה הבית ממושכן אצל אנם אחד באופני שאם השוכר לא היה יצא ממנו היה נחלט להאנם והורו שיצא השוכר מיד [מרדכי פ' הסומל] אבל דין זה תמוה דהרי מבואר שם ג"כ דכשנפל ביתו של משכיר מוציא את השוכר מביתו ולא קיי"ל כן כמ"ש בסעיף א' ועוד דיש מי שפירש הירושלמי באופן אחר שהבית היה ממושכן לישראל ולא היה ביכלתו לפרותו והתירו לו למכרו ושהלוקח יפרנו כמו שיתבאר בסי' זה ועוד דלפנינו הגירסא בירושלמי שהבנים היו ממושכנים בעד החובות ביד האנסים ואם לא היה יוצא מהבית היו הבנים נשאירים בתפיסה ויש בזה פקוח נפשות ולכן יש מהגדולים שנמנמו בדין זה אמנם רבינו הרמ"א ס"ל דאע"נ דכנפל ביתו של משכיר אינו יכול להוציאו מ"מ היכא דפסדו לגמרי בופין אותו לצאת דאומדנא גדולה היא שלא השכירו ע"מ כן ולא גרע מכל האומדנות דסי' רמ"ו ונ"ל דאם הסיכה מאחין הבית היתה עריין בעת שהשכירו וראי אומדנא גדולה היא והוי כשכירות בטעות דנם במכר היה המכר נתבטל בגילוי דעת כה"ג אבל אם הסיכה נתחזה אח"כ אינו יכול להוציאו:

ד התנה עם השוכר שיהא ביכלתו להוציאו לצרכו ומכרו לאחר אין הלוקח יכול להוציאו ואע"ג דראשון מוכר לשני כל זכות שיש לו מ"מ כיון דהתנאי הוא בדבר שאינו ממויים ואין על מה שיחול הקנין אינו מוריש ליורשו כמ"ש בסי' ר"ט וכ"ש שאינו יכול למכרו [הגמ"ם] ולמי יתן השכירות יתבאר בסעיף ו':

אפילו

ה אפילו שכרו סתם ולא לזמן קצוב אלא שעשה עמו מקח כך וכך לחודש או לשנה והקדים לו שכרו אינו יכול להוציאו אפילו לזמן מרובה עד שיכלה זמן כל השכירות שהקדים לו דמסתמא היתה כוונתם כן שירור נגד מעותיו שהקדים לו אפילו לא פירשו בפירוש דאל"כ למה הקדים לו שכר כל כך ויש מי שחולק בזה משום דקיי"ל דאין הדמים ראיה כמ"ש בסי' ר"ך [ס"ך] אבל העיקר כדעה ראשונה דבמקום שאין הדמים סותר דבריו הוי הדמים ראיה דדוקא בשם דאין הצמר שוה כל כך סותר הדמים להמעשה אבל הכא אמרינן דשכרו לזמן רב [קפ"ח] ועוד דשכירות לא דמי למכר דבמכר שצריך לשלם מיד וכיון שנתן לו יותר הוי המעות מתנה דאל"כ למה נתן לו יותר אבל בשכירות שאינה משתלמת אלא לבסוף ונתרצה להקדים לו השכר א"כ מאי חזית לומר שלא נתן לו אלא לשנה והרי גם בער שנה לא היה צריך ליתן לו עתה ועכ"ז נתן לו א"כ ניכא שנתן לו על שנים רבות [ל"ל]:

ו כזה שנתבאר בסעיף ד' שכשהתנה עם השוכר שיוציאנו לצרכו כשירצה ומכרו לאחר דאין להאחר הזכות הזה והשוכר יורד בו עד הזמן ששכר אבל מ"מ צריך ליתן השכירות להקונה ואם כבר הקדים שכרו לזמן מרובה אין הקונה יכול להוציאו אע"פ שלא ימול שכר עד כלות המעות שנתן להראשון [סמ"ע וס"ק]:

ז המשכיר בית לחבירו לזמן ובתוך הזמן רוצה המשכיר לבנותו מחדש אינו יכול לכוף להשוכר שיצא ממנו אע"פ שנותן לו בית יפה ממנו ואפילו יכניסו לבית זה אחר שיבננו [סנ"ע] וגם אפילו מניחו עתה לדור בו ומבקש להכניס פועלים להבית לתקן מה שצריך תיקון מ"מ יכול למחות בו ולומר שאינו יכול לסבול קול הפועלים והמלאכה מיהו מבקשים מן השוכר לעשות לפנים משורה"ד רוחו קרוב למדת סדום ואין זה ממדת זרעו של אאע"ה ועוד יתבאר בסעיף ל"ב וסעיף ל"ד:

ח כתבו הרמב"ם [פ"ט] והש"ע סעיף ב' אם חזר אחר שהשכירו לזה והשכירו או מכרו לאנס שהפקיע שכירות הראשון ה"ז חייב להשכיר לו בית אחר כמותו וכן כל כיוצא בזה עכ"ל וביאור הדברים שאע"פ שהמשכיר היה מוכרח לעשות כן ואנוס הוא לא אמרינן דאנס רחמנא פטריה אלא חייב להשכיר לו בית אחר כמותו ואפילו א"ל בית זה אני משכיר לך דאסור להציל עצמו בממה ששייך לחבירו וכ"ל דדוקא כשהשכיר או מכר להאנס אבל אם האנס מעצמו נכנס לבית זה בע"כ אף שמשלם שכירות להמשכיר מ"מ פטור מהשוכר כיון שהוא לא עשה בידים והאנס מעצמו עשה אנס רחמנא פטריה מיהו אם נטל מהאנס שכירות יותר מכפי ש־ושוה עם השוכר נ"ל דצריך ליתן המותר להשוכר וזהו דבר פשוט שאם נטל מהשוכר השכירות על להבא ה"ז מחויר לו ואם האנס אינו משלם לו כלום אפשר דהוה פסידא דשוכר דמזויה גרם ועד הזמן הזה אף אם לא נתן לו ישלם לו ועמ"ש בסי' ש"י סעיף י"א:

ט משבנו לשנים יחושות בכך וכך לכל שנה כל זמן שלא יפדנו וחזר ומכרו לאחר אין הלוקח יכול לקחתו מן המלוה תוך שנה ראשונה דסתם משכנתא שתא [ב"מ ס"ח:] אבל אחר השנה יכול לקחתו:

י המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב כיון שכלה הזמן יכול להוציאו מיד אפילו כלה הזמן באמצע ימות הגשמים וכן השוכר יכול לצאת מיד ואין צריכין לחודיע זל"ז מקודם כבמשכיר סתם שיתבאר דכיון דשכר לזמן שניהם יודעים שכשיגיע הזמן רשות ביד המשכיר להוציאו מיד ולהשוכר לצאת מיד:

יא המשכיר בית לזמן קצוב אע"פ שנתייקרו הבתים או הזולו אינם יכולים להוסיף ולא לגרוע משא"כ במשכיר סתם כאשר יתבאר ואם מת המשכיר תוך הזמן אין היורשים יכולים להוציאו עד זמנו משא"כ במשכיר סתם ואם מת השוכר תוך הזמן אין המשכיר יכול לכוף ליורשיו שידורו בו עד הזמן ויש חולקין בזה ויתבאר בס"ד בסי' של"ד:

יב המשכיר בית לחבירו סתם יש מי שאומר דתיכף יכול להוציאו דיאמר לו לא השברתי לך רק על יום אחד דקרקע בחזקת בעליה עומדת כמו באומר ירור פלוני בבית זה אפילו יום אחד ושעה אחת במשמע כמ"ש בסי' ר"ב [סמ"ע] וחלקו עליו דהתם מעצמו נתן לו אבל השוכר דירה אינו שוכר על פחות משלשים יום [ס"ק] וכך אמרו חו"ל לא טרח אינש למינר ביתא לבציר מהלתין יומין [כ"ס ז':] ואם המנהג בעיר דשוכרי דירות אין שוכרין לפחות משנה גם השוכר סתם אינו פחות משנה [ט"ז] וכן עיקר לדינא וכתב הרמב"ם ז"ל השכיר לו ללינה אין פחות מיום אחד לשביתה אין פחות משני ימים לנשואין אין פחות מל' יום ויש גירסא בטור לנשואין ז' ימים ודבר זה לפי המנהג:

יג המשכיר לחבירו בית סתם בלא קביעת זמן אלא שקצצו מקח כך וכך לחודש אינו יכול להוציאו עד שיודיעו ל' יום מקודם כדי שיסצא בית לדור בו דכיון דקצצו מקח והשכירו סתם לא למשך קבוע סמכה דעתו דשוכר שידור בהבית כל זמן שהמשכיר לא יודיע לו מקודם בר"א דרי בל' יום בימות החמה מפסח עד סוכות אבל בימות הגשמים כשלא הודיעו שלשים יום קודם סוכות אינו יכול להוציאו עד הפסח דבימות הגשמים קשה על האדם לטלטל א"ע מבית לבית ועל זה סמכה דעתו מתחלה שלא יטלטלנו בימות הגשמים כיון דלא קבע זמן אבל בקבע זמן צריך לצאת אף בימות הגשמים ואף בלא הודעה מקודם כמ"ש בסעיף י"א וכן אין השוכר יכול לצאת בימות הגשמים כששכר סתם דאין מצוים שוכרים בימות הגשמים והמשכיר סתך דעתו ע"ז שלא יצא בימות הגשמים:

יד ולכן אם רצון המשכיר שיצא אחר סוכות צריך להודיעו

להודיעו בט"ו באלול כדי שיהיה לו זמן ל' יום עד הסוכות לשכור דירה ואם אף יום אחד נשאר בתוך החג כגון שהודיעו בט"ו באלול אינו יכול להוציאו עד מוצאי הפסח וגם אז יודיענו שלשים יום מקודם ואין ההודעה שבאלול מספיק מפני שעבר זמן הרבה וצריך הודעה חדשה קודם יציאתו [סמ"ע] ויש חולקין בזה [הגר"מ] [ומ"ב בדמ"ס וס"ע סעיף ו' קכע לו זמן ל"ל יקבע לו זמן סם לוסף להודיעו בימות הגשמים] :

טו אמרו חז"ל [ב"מ קו:] דוה דדי בהודעה שלשים יום בד"א בעיירות בינונית אבל בכרכים בין בימות החמה בין בימות הגשמים צריך להודיעו שני עשר חודש מקודם מפני שהישוב שם דחוק וקשה למצא דירה לפיכך צריך זמן מרובה להשיג דירה וכן טי שירצה להשכיר דירה בכרך על פחות מי"ב חודש או שוכר שרוצה לשכור על פחות מזה הזמן צריכים לקבוע זמן דאל"כ בהכרח יהור י"ב חודש אפילו יודיע לחבירו ביום הראשון לכניסתו :

טז הישב בחנות חבירו בלא זמן קבוע אלא ששכרה בכך וכך לשנה או לחודש ולא פירש לכמה שנים משכיר לו אין המשכיר יכול להוציאו אא"כ הודיע לו י"ב חודש מקודם אפילו בעיירות רחנות לא רמי לדירה מפני שהחנוני מקיף להרבה אנשים והם יודעים שזהו מקום חנותו וצריך י"ב חודש לאסוף חיבותיו ומה שיקיף מכאן ולהבא יודיעם שחנותו ההיה במקום פלוני וחנות של נחתומין ושל צבעין אמרו חז"ל שצריך להודיעו ג' שנים מקודם משום דההקפה שלהם הוא לזמן ארוך וכן בזמן הזה אם ידוע מין סחורה שהקפתו הוא לזמן מרובה צריך להודיעו ג' שנים מקודם ולכן מי שרוצה להשכיר חנות כזו על פחות מג' שנים וכן סתם חנות על פחות משנה ישביר מפורש על זמן כזה וכן השוכר ובית מחיה דינו כחנות :

יז ברינים אלו השוכר והמשכיר דין אחד להם דכשם שהמשכיר צריך להודיע מקודם כל אחד לפי זמנו שנתבאר כמו כן צריך השוכר להודיע כשרוצה לצאת כדי שהמשכיר יבקש לו שוכר ואם לא הודיעו אינו יכול לצאת או שיצא וישלם שכירות גם לזה או שיעמוד אחר במקומו שיהיה כמותו ואם רוצה להעמיד לו אדם שאינו הגון או שונאו של המשכיר א"צ המשכיר לקבלו כמ"ש בסי' שט"ו ואע"ג דבכרכים השוכרים נדחקים לדירות ולא בעלי הבתים המשכירים ולמה צריך השוכר להודיעו י"ב חדש מקודם אמנם ממילא ביון שהשוכרים דחוקים כל אחד מבין לו דירה עד זמן רב וממילא דבלא הכנה זמן מרובה אינו מוצא למי להשכיר וכן בחנויות :

יח אע"פ שאמרנו שאין המשכיר יכול להוציאו ולא השוכר יכול לצאת עד שיודיענו מקודם מ"מ אם הוקרו הבתים או הזלו יש לכל אחד לשנות בהמקח כמו בהוקרו יכול המשכיר לומר להשוכר או השלם מעתה כפי היוקר או צא ממנה כיון שלא קבענו זמן ובהזול יש להשוכר לומר או אשלם לך מעתה כשער הזול או אצא ממנה והטעם דנהי דאין להמשכיר כח להוציאו ולהשוכר לצאת בלי הודעה מקודם אבל לענין המקח כיון שנשתנה השער והם לא קבעו זמן הרי מדינא התשלומין כפי המקח ההוה מיהו זהו דוקא כשהודיעו זל"ז שרוצים לשנות המקח ספני השינוי שנתהוה במקחי הדירות אבל אם לא הודיעו ועמדו בסתם מסתמא נתרצו שניהם על המקח הראשון דאל"כ היו מודיעים זל"ז וכ"ז בסתם אבל שכר לזמן קצוב אין יכולין להוסיף ולגרוע כמ"ש בסעיף י' [מ"ם בס"ע סעיף ט' ותע"ם סעבר זמן קודם ל"ע ועסמ"ע] :

יט כתב רבינו הרמ"א בסעיף ט' מי ששכר בית לחבירו ותיה אוהבו ונעשה שונאו אין יכול להוציאו מן הבית ואם א"ל מתחלה שאינו משכיר לו רק משום שהוא אוהבו ונעשה שונאו יכול להוציאו עכ"ל וזהו במשכירו לזמן קבוע או אפילו בסתם רק שאינו יכול להוציאו בלי הודעה מקודם ומה שכתב דבהשכירו מפני אהבתו ונעשה שונאו יכול להוציאו וזהו בשא"ל בפירוש איני משכיר לך בית זה רק מפני אהבתך ובל"ז לא הייתי משכירו לך [נס"מ] דוהו כתנאי דאל"כ אף בשא"ל הנני משכירו לך מפני אהבתך ונעשה שונאו אינו יפול להוציאו דאין זה תנאי ולא גילוי דעת נמור [קלס"ז סי' ש"ט] וגם אפילו בשא"ל איני משכירו לך רק מפני אהבתך ובל"ז לא הייתי משכירו לך זהו דוקא כשהשוכר גרם השנאה אבל אם המשכיר גרם השנאה אינו יכול להוציאו אף בכה"ג [מ"ז וכ"מ מגמק"י סס] :

כ שכר סתם ונפל בית המשכיר שהיה דר בו ואין לו בית אחר זולת בית השוכר ה"ז יכול להוציא את השוכר מביתו אף בלא הודעה ל' יום מקודם ואף בימות הגשמים דאומר לו אינו בדין שתהיה אתה יושב בבתי עד שתמצא מקום ואני אהיה מושלך ברחוב הרי לא שכרת לזמן ואין אתה בעל זכות בביתי מפני שאתה דר בה יותר ממני וההודעה אינה אלא כדי למצא דירה וממילא ביון שביתי היא הנני בעל זכות בה יותר ממך [עי' בס"ע סעיף י"ח ודוק] ודוקא בשכר סתם אבל בשוכר לזמן ידוע אינו יכול להוציאו תוך הזמן כמ"ש דעל הזמן הזה הוה כשלו ממש ויש להסתפק בחנות בשכר סתם ונפלה חנותו של המשכיר אם יכול להוציאו ביון שלהשוכר יש בזה הספד חובות ולהמשכיר אין נ"מ אם יתיישב בחנות זה או בחנות אחר ביון שלא ישב בה מקודם ונראה שאינו יכול להוציאו :

כא נתן המשכיר את בית השוכר סתם לבנו לישא בו אשה אם היה יודע מבבר שבנו יהיה התן בזמן פלוני והיה אפשר לו להודיע להשוכר מקודם ולא הודיעו אינו יכול להוציאו ואם עכשיו נזדמנה לבנו אשה והוא נושאה מיד ואין לו בית אחר ליתנה לבנו הרי זה מוציא את השוכר גם בלא הודעה מקודם שאינו בדין שיהא

השוכר

השוכר יושב בביתו והוא יהפש בית לבנו החתן וכן אם מיכרח ליקח בנו ואשתו או בתו ובעלה על שולחנו ואין לו דירה אחרת למענם ולא ידע מקודם מיציא אותו גם בלא הודעה כיון שלא שכר לזמן קבוע וכמ"ש :

כב מכר הבית או נתנו במתנה או הורישו אין השני יכול להוציאו להשוכר עד שיודיעו מקודם ל' יום ובכרכים ובחנויות י"ב חדש מקורם כמ"ש ורינו עם זה כמו עם הראשון והרי השוכר אומר לו אין כחך יותר מכח זה שוכית מכחו ואע"פ שזה השני לא ידע שדר בו מתם והיה סבור ששכר לזמן וא"צ הודעה מקודם כמו שנתבאר מ"מ אין להשוכר להפסיד מפני הערד ידיעתו דהשוכר בא מכח זכותו של הראשון [כנ"ל דלנ"כ מתי קמ"ל] :

כג מעשה במקום אחד שהיה להם זמן קבוע לשכירות בתים ובזה הזמן רוב העיר שוכרים ומשכירים בתים ושכר ראובן משמעון בזמן זה בית לשנה אחת ואחר שכלתה השנה דר בו ראובן עוד זמן מה ולא דברו זה עם זה כלום אודות השנה הבאה ורצה ראובן לצאת מהבית ולשלם בער מקצת השנה שדר בו ושמעון מעכב על ידו שלא יצא עד תשלום שנה שניה ופסק הרא"ש דהדין עם שמעון דכיון שיש להם זמן קבוע היה לו לראובן להודיעו לשמעון שלא ידור בל השנה והיה הבירה ביד שמעון להתרצות לזה או לא וכיון שלא הודיעו ורוב שוברי בתים בבר שכרו ולא יהיה לשמעון למי להשכיר ולכן מוכרח לדור עד השנה או להעמיד שכן כמוהו במקומו על המקח ששילם [כ"כ] וכן להיפך אם המשכיר רוצה שיצא באמצע השנה ביכולת השוכר שלא לצאת עד כלות השנה בטענה זו שלא ימצא דירה הנוחה או שיעמיד לו דירה כזו :

כד ומזה למדנו דבמקום שאין זמן קבוע בעיר לשכירות בתים או בשיש זמן קבוע רק זה השוכר שכר ממנו לשנה שלא בזמן הקבוע ובכלות שנתו דר בו עוד מעט זמן ולא דברו זה עם זה ביכולת השוכר לצאת קודם כלות השנה השניה וגם ביכולת המשכיר להשכירו לאחר רק שיודיעו זל"ז ל' יום מקודם כדין שוכר מתם שנתבאר אמנם בכרכים וחנות ובית כחיה ממילא דדור גם שנה שניה כיון שצריך הודעה י"ב חדש מקודם אם שכר מתם אך בכלות שנה שניה יכול השוכר לצאת והמשכיר להשכיר גם בלא הודעה מקודם דהוי כשכרו לזמן דכיון דשנה ראשונה שכרו לזמן ממילא דגם השניה והשלישית ולהבא נחשב כשכרו לזמן דעל דעת הראשונה דר בה [כ"כ] :

כה שנים שהיו דרים בבית והיו מחולקים על הבית זה אומר שלי וזה אומר שלי ואח"כ נתחייב אחד כדין צריך לצאת אפילו באמצע החורף אע"פ שלא הודיעו השני מקודם דבוה לא שייך הודעה דהרי לא ידע שיזכה ועוד דזהו כשכרו לזמן דכל אחד ידע שכשיוכה חבירו בדין יכריחנו לצאת דהרי דר בה בתורת בעה"ב ולא בתורת שוכר וכיון שאינו בעה"ב מחוייב לצאת מיד :

כו המשכיר בית לשנה בסך כך וכך ונתעברה השנה נתעברה לשוכר וא"צ לשלם בער העיבור ואפילו לא ידע המשכיר שהשנה מעוברת דחדש העיבור בכלל השנה הוא ואין חילוק בין השכירו בר"ה או באמצע החורף רק ר"א אם השכירו בר"ה וא"ל הנני משכירו לך לשנה אחת או לשנה סתם אין העיבור בכלל מדלא אמר לשנה זו ואמר לשנה סתם היתה כוונתו למעט חדש העיבור [סמ"ע] ובאמצע השנה מוכרח לומר שנה אחת או שנה סתם דאם היה אומר לשנה זו לא השכירו רק עד ר"ה אבל מכמה ראשונים מתבאר דאין חילוק וגם בתחלת השנה דינו כמו באמצע השנה וכן אם השכיר לשנים רבות והיו כמה שנים מעוברות בתוכם לא חשבינן העיבורים ולא עור אלא אפילו השכיר לו על שנה והשנה היתה פשוטה ובכלות השנה דר בה עוד שנה וזו השנה היתה מעוברת אין המשכיר יכול לומר הרי דרת סתם על סמך השנה הראשונה וכיון שזו השנה לא היתה מעוברת לא אחשוב לך השנה השניה המעוברת המקח בפשוטה אלא מחשב לו בפשוטה ועמ"ש בסעיף ל' אבל אם השכירו לכל חדש בבך וכך ונתעברה השנה נתעברה למשכיר וצריך לשלם לו בער העיבור ואפילו שכר ממנו לי"ב חדש דהוי היקף שנה מ"מ כיון שהוכיר שם חדש אין העיבור בכלל ואם השכירו לחדשי החמה כפי חשבון האומות אין כאן עיבור דעיבור אינו אלא בחדשי הלבנה כפי חשבון ישראל והעיבור הוא השלמה לחדשי החמה :

כז המשכיר בית לחבירו והזכיר לו חדש ושנה כגון שא"ל הנני משכיר לך ביתי בריגר לחדש שנים עשר דינרין לשנה או שהקדים השנה שאמר הנני משכיר לך ביתי בשנים עשר דינרין לשנה בריגר לחדש הרי חדש העיבור של המשכיר וצריך לשלם לו בער העיבור משום דמספקא לן בשני לשונות הסמוכות זל"ז וסותרות וא"ז אם תפוס לשון ראשון או אחרון וקרקע בחזקת בעליה עומדת ונחשב המשכיר כמוחזק והשוכר כמוציא ועליו הראיה ואע"פ שהשוכר בבר דר בו את העיבור והמשכיר בא להוציא ממנו שכר דירה מ"מ כיון שהספק לא נולד עתה אלא מתחלת החדש נולד והקרקע עומדת על חזקת בעלית ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר וי"א דאין זה רק בסתמא אבל אם השוכר טוען ברי לי שאסרת שלא תחשב העיבור אין מוציאין ממנו [ס"ק] ונשבע היסת ונפטר ואע"ג דבכל מקום שאנו אומרים קרקע בחזקת בעליה עומדת לא מהני טענת ברי שהכנגדו כמ"ש בסי' שי"ז זהו בדבר המבורר שיצא מהקרקע הפירות שאבל זה כמו בשם אבל הבא כשהשוכר טוען ברי מעולם לא היה פירות של העיבור מקרקע וכיון שהשוכר מוחזק לא מפקינן מיניה אבל כשאינו טוען ברי והספק הוא בעצם הדין נחשב המשכיר כמוחזק :

כח וכ"ז בקרקע אבל במטלטלין כל היכא דמספקא לן אם תפוס לשון ראשון או אחרון מי שתפס אין מוציאין מידו כמ"ש בסי' ר' במכר כור בשלשים סאה בסלע ולכן מי ששכר מלמד לבנו וא"ל שני לשונות כאלו ולמד עמו חודש העיבור א"צ לשלם לו בעד העיבור אבל קודם שלמד אם המלמד אין רצונו ללמוד עמו אם לא שישלם לו בעד העיבור אינו יכול לכופו ללמד בלא שכר דמקודם הוי המלמד מוחזק ובמטלטלי מהני תפיסה אפילו בספיקא רק אם התפיסה היתה ברשות כבנרון זה [כס]:

כט יראה לי דבשני לשונות אלו אם התנה עמו שישלם לו שכירות בכל חודש אין הלשונות סותרות וא"ז ומקיימים שניהם והעיבור שייך להשוכר בין בקרקע בין במטלטלין ונאמר דהשכירות הוא לשנה ומפני דאין שכירות משתלמת אלא לבסוף והוא התנה עמו שישלם לו בכל חודש לכן הזכיר דינר לחדש ואע"פ שנם אחר זה אמר דבר זה ג"כ שישלם לו בכל חודש מ"מ הזכיר לו גם בתחלת הדברים מפני שרעתו היה כן שישלם לו בכל חודש דכל מקום שנוכל לומר שהלשונות לא יסתרו וא"ו מקיימים שניהם [ע' תוספות ב"מ ק"ב: וחמיש ל']:

ל מי ששכר מחבירו לשנה ואותו שנה לא היה סעובר ואח"כ דר בו פחות כמה שנים ושכן המשכיר לא השכרתי לך רק לשנה ושם ואילך אחשוב לך לחדשים ואני מוחזק בביתי אין מענתו טענה דמסתמא דר על דעת מקח הראשון אא"כ המשכיר מודיעו מקודם ל' יום שאין רצונו על להבא להשכיר לשנה רק לחדשים ועמ"ש בסעיף כ"ד וכו' ואם שכר עד אדר ולא פירשו אם אדר הראשון או השני המשכיר הוא מוחזק ולא יזדר בו רק עד הראשון [כס] ולי נראה דדין שכירות כדין נדרים שנתבאר ביו"ד סי' ר"ך ולהרמב"ם אם ידע שהשנה מעוברת הוי פחות אדר אדר השני ולשארי פוסקים יש חיזוק בין אמר עד ר"ח אדר ובין אמר עד סוף אדר דהא בנדרים קי"ל דהולכין אחר לשון בני אדם ובשכירות פשיטא שהולכין אחר לשון בני אדם ואין זה ספק כלל אך שיש מן הפוסקים החולקים גם בנדרים וי"א דיחלוקו את החדש [כנ"ל ס"פ שמונה] וכן איתא בתוספתא פ"ח דב"מ ואפשר דספוקי מספקא להו אם אמרינן בזה קרקע בחזקת בעליה עומדת אם לאו [וכ"ך לחמי לי וקכס לעסוק נגד פחות]:

לא אם המשכיר אומר לזמן השכרתיך והשוכר אומר לא שכרתי אלא פחם והיה לך להודיעני ל' יום קודם או שאומר שכרתי ממך לזמן ארוך על השוכר להביא ראיה דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואם לא הביא ראיה נשבע המשכיר היסת ומוציאו מן הבית ואין דינו כמודה מקצת שישבע שר"א ושכירות קרקע הוי כקרקע ואין נשבעין ע"ז שר"א כמ"ש בסי' צ"ה [ז"ך] וכן בכל ספק שנופל בין הדר בבית הגירו ובין חבירו. בעה"ב אם לא שאבלה שני חוקה דאז נאמן במינו דלקחתי ממך ועמ"ש לקמן ס' שמ"ו ושי"ז ואם כבר דר בהבית ונפלה הכחשה ביניהם בכמון שזה אומר סילקתי לך וזה אומר לא סילקת או שזה אומר המקח כך וזה אומר כך הוי בכל דיני סמונות והמודה מקצת ישבע שד"א ואם אינו מודה מקצת ישבע היסה דשכירות מעבר אין הדין על הקרקע אלא על הדמים [כס]:

לב כבר נתבאר בסעיף ז' דאם המשכיר רוצה לסתור בית השוכר בתוך זמנו יכול השוכר לעכב עליו ואם עבר המשכיר וסתרו בתוך הזמן חייב להעמיד לו בית אחר כמו הבית ששכר או ישכיר לו בית כזה ואם מעצמה נפלה הבית אם א"ל בית זה אני משכיר לך אינו חייב לבנותה דכיון דאמר בית זה ונפלה אין כאן זה הבית ואפילו השוכר אומר אבננו משלי אין שומעין לו ואין אומרים בבית אם יש בהשברים לקנות או לשכור בית אחר יקנה וישכור כמו בחמור זה בסי' ש"י סעיף א' דבחמור אין הנבילה עומדת רק למכירה וכששיעבד לו החמור שיעבד לו בחיים ובמות אבל בית שנפל אינו עומד למכירה אלא לתקנו ולבנותו מחדש ולא שיעכדו לביתו בנפילתו ולא א"ל רק בית זה כשעומדת כמות שהיא ולא בשתפול [מק"י] ועוד דבחמור כששכרו להוליכו למקום פלוני תדי בהכרח שיהיה שמה דאל"כ כל נסיעתו לריק ומסתמא היתה כוונתו כששכרו שיוליכנו שמה אף בנבילתו משא"כ בית אף ששכרה לזמן מ"מ מה שדר בה היה תועלת לו ואין סברא לומר שכוונתו היתה שידור עד זמן פלוני אף בשברים של הבית ולכלות קרנו של המשכיר ולכן מחשב עם המשכיר את השכירות מה שעלה עד הנפילה ומשלם לו ואם מכבר ניתן להמשכיר יותר מעד אותו זמן מחזיר לו המשכיר את המותר ואפילו בנאה המשכיר מחדש יכול לסתות בו שלא יזדר בו מפני שהוא בית אחרת:

לג מיהו יש מי שאומר דזהו דוקא כשנפל כולו אבל אם עיקר הבית קיים אלא שמסוכן לדור בה כגון שהקורות או הכתלים נוטלים ליפול וכיוצא בזה חייב המשכיר לתקנו אפילו כשא"ל בית זה דהא אותה הבית קיימת וא"א שיוכל לומר דהלכה לה בית זה וחייב המשכיר לתקנה וכתב רבינו הב"י בסעיף י"ו אם יש בידו שכירות מוקדם עכ"ל ור"ל כשכבר קבל מהשוכר דמי שכירות גם על להבא חייב לתקנה אבל כשלא קבל עדיין יכול לומר לו לך ושכור דירה אחרת וברמב"ם ומור לא הזכר זה וגם מתוך הסברא לא נראה לחלק בזה דכיון דשיעבד נפשיה בבית זה ועדיין שמו עליו חייב לתקנו אף אם לא הקדים לו שכירות על להבא [סמ"ע] ונראה דס"ל דזהו ספיקא דדינא אם גם עתה נקראת בית זה מפני שעיקרה עומדת או לא כיון שא"א לדור בה ולכן כשהמעות דלהבא ביד השוכר אין ביכלתו לכוף להמשכיר שיקבל ממנו עוד דמי שכירות על להבא אבל כשכבר קבלם אין המשכיר יכול לכוף להשוכר שיקבלם ממנו בחזרה דכשם שהמציא מחבירו

מחבירו עליו הראיה כמו כן הבא לכוף לחבירו שיוציא ממנו עליו הראיה וי"א דכל זה הוא כשיש בדמי שבירות הבית לתקנה אבל אם אין לתקנה בדמים אלו שהשוכר חייב עד הזמן ששכר אין המשכיר חייב לתקנה ולהיציא הוצאות מכיסו דדמי הבית הם בכלל בית זה ולא שארי מעות [כנ"מ] ואף אם יאמר השוכר אשכור ממך עוד על משך זמן ואקדים לך מעות שיהיה די לתקנה יכול לומר אין רצוני להשכירה יותר מעל זמן שקבעתי לך אז [ל"ל]:

לד אבל אם השכיר לו בית סתם ונפלה חייב לבנותה או ליתן לו בית אחר ואף כשהוא קטנה מהבית שנפלה אין השוכר יכול לעכב עליו והוא שתהיה קרואה בית אבל שתהיה כגודל הראשונה אינו יכול לכופו דהא לא השכיר לו רק בית סתם והרי קרואה בית אמנם כל זמן שהראשון לא נפלה אינו יכול להוציאו מזה וליתן לו בית קטן ממנה ואפילו להוציאו לבית יפה ממנה אין ביכלתו כל זמן שהיא קיימת ודר בה [ט"ז] ועש"ש בסעיף ז' ול"ב:

לה ורוקא כשא"ל בית סתם אבל אם א"ל בית כזה אני משכיר לך דינו כבית סתם לענין זה שאם נפלה חייב ליתן לו בית אחר אך כזה יפה כחו מבית סתם שאינו יכול ליתן לו בית קטן מבית הראשון דלכן אמר בית כזה בלומר במדתו וצורתו ולכן חייב להעמיד לו בית כמדת ארכה ורחבה של בית זה שהראהו ואין המשכיר יכול לומר לא היתה כוונתי על מדתה אלא שתהיה קרוב לנהר או לשוק או למרחץ כבית זה שהראיתי לך וגם השוכר אינו יכול לכופו ליתן לו בית כזה הסמוך לנהר או לשוק או למרחץ דמסתמא כשאומר בית כזה הכוונה היתה על המדה והצורה ולא על ענין אחר ולכן מעמיד לו בית כזה במדתו וצורתו אע"פ שאינו נאה בבנינו ובקישוטו כהראשון לפיכך אם הראשון היה בית נדול לא יעשנו קטן היה קטן לא יעשנו גדול היה חדר אחד לא יעשנו שנים היה שנים לא יעשנו אחד ולא יפחות מהחלונות והפתחים שהיה בו ולא יוסיף עליהן אלא מדעת שניהן וכן כששוכר לו בית אחר צריכה להיות כן כפי הפרטים שבארנו:

לו כתב רבינו הרמ"א בסעיף י"ז נשרף הבית דינו כנפל נשרף כל העיר הוי מכת מדינה ומנכה לו מן שכירותו מה שלא דר בו בין הקדים לו שכרו או לא עכ"ל וקשה הא בנפל ג"כ הדין כן שמה שדר בו משלם ומה שלא דר בו מחזיר לו כמו שנתבאר וא"כ אף בלא נשרפה כל העיר הדין כמו בנשרפה כל העיר ומאי מחלק רבינו הרמ"א בין נשרף הבית הזה לנשרפה כל העיר אמנם ממקור הדין מתבאר יפה דהנה מקורו מתשובת מיימוני משפטים ויש שם שני תשובות האחת בסי' כ"ז מרשב"א בעל התוס' ום"ל שם דגם בנפל הבית חייב השוכר לשלם לו גם השכירות דלהבא משום דמולא דיריה גרם [וכן פכית מרס"י פ"ק דשומרין מחנם לפניו חיטו נרס"י וסמקמ"י כתב בשם הרמב"ם לסיפא וכמ"ש] אמנם כשנשרף כל העיר או רובה דהוי כמכת מדינה מודה גם הוא בתשובתו שם שצריך להחזיר לו להשוכר מה שלא דר בו אם השוכר הקדים לו שכרו ע"ש אמנם כשנשרפה רק ביתו פסק שם דדינו כנפל ולשיטתו משלם לו גם בעד מה שלא דר בה וחולק על כל הפוסקים ושם בסי' מ"ז יש תשובה להר"מ מר"ב בנשרף בית השוכר פסק ג"כ דדינה כנפל אלא דמבואר שם דמ"ל בנפל כרוב הפוסקים דמה שדר בה צריך לשלם ומה שלא דר צריך המשכיר להחזיר לו ע"ש וזהו כוונת רבינו הרמ"א נשרף הבית דינו כנפל כלומר לדעת רוב הפוסקים דבנפל מה שדר צריך לשלם ומה שלא דר צריך להחזיר לו כמו כן בנשרף ולמאן דמ"ל דבנפל צריך לשלם כל השכר גם בנשרף צריך לשלם כל השכר אמנם בנשרפה כל העיר ולאו דוקא כל אלא שהיתה שריפה גדולה ה' יצילנו גם לדעה זו דבנפל צריך לשלם כל השכר מודה דבזה א"צ לשלם רק מה שדר בה ואם נתן יותר חייב המשכיר להחזיר לו ולכן באמת לדינא דבנפל קי"ל ג"כ כן כמו שנתבאר ורבותינו בעלי הש"ע לא הביאו כלל הדעה יחידאה שהבאנו אין חילוק כלל בין נשרף ביתו לבד ובין נשרפה כל העיר אלא שרבינו הרמ"א מחלקם מפני שחלוקים במעמם דאפילו למאן דחלק בנפל מודה בנשרפה כל העיר אבל לדינא אין חילוק וכן הסכימו כל הפוסקים וכל גדולי אחרונים דגם בנשרף ביתו בלבד משלם לו מה שדר בה אף שלא נתן לו עדיין ומה שלא דר בה אינו משלם לו ואף אם הקדים לו שכרו מחזיר לו וכן עיקר לדינא [וסמ"ע וסמ"ג סגיטו בדכריו ומ"ל לזה ולהיפך פסק סט"ו ג"כ כן ע"ש ולמחם מרס סמ"ם בדכריו כל הרמ"ן ומהר"ם מלבלב]:

לז מי שיש לו בית ועלייה על גבה והשכיר לחבירו את העלייה וא"ל עלייה זו אני משכיר לך ונפלה א"צ ליתן לו אחרת ונותן לו השכירות כפי הזמן שדר בו כמו בבית ואם א"ל עלייה סתם חייב ליתן לו עלייה מיהו אם ירצה יתן לו אחרת וא"צ לבנות עלייה זו דוקא אבל אם א"ל עלייה זו שע"ג בית זה אני משכיר לך הרי שיעבר לו הבית להעלייה דאל"כ למה היה לו לומר שעל גבי בית זה לפיכך אם נפתחה העלייה אף שהפתח הוא רק ד' מפחים מ"מ כיון שחסר לו מקום חשוב לתשמיש כגי אחת חייב המשכיר לתקן וב"ש בשהפתח הוא יותר מו"ט ואם לא תקן יורד השוכר להבית ודר שם עם הבעה"ב ונכנס ויוצא דרך פתח הבית עד שיתקן לו את העלייה ואין בעה"ב יכול לומר לו תשמש בעלייה והתשמיש שחסר לך תשמש בבית דיכול השוכר לומר לו לא אטרח א"ע להשתמש חציו למטה וחציו למעלה ולכן גם בהחילוק אינו יכול לכופו לילך דרך העלייה ומשם להבית אלא הולך במישור להבית ומשם לחוץ דהא שיעבר לו הבית להעלייה ואפילו נפלה כל העלייה חייב לבנותה כל זמן שהבית קיים אבל אם נפלו שניהם הבית

הבית והעליה א"צ לבנות לו אחרת כיון שא"ל שעל נבי בית זה ושניהם הלבן להם :

לח יש מי שאומר דכשאומר עליה זו שע"ג בית זה ונפלה העליה ורצון המשכיר ליתן לו דירה בביתו ולא לבנות העליה אין השוכר כופה אותו לבנותה אבל יש חולקין ביה [טור] דנהי דכשאינו בונה אותה יורד למפה אין זה רק כדי לרחקו שיבננה אבל מעיקר הדין חייב לבנותה דלזה שעבד את הבית להעליה דכל זמן שיעמוד הבית מחוייב להעמיד לו עליה וראיה לזה דא"כ נאמר נ"כ שבעל העליה יעכב על בעה"ב מלהשכיר ביתו לאחר דשמא הפול עליתו ויהיה שלו הבית והשוכר לא יתרצה לזה ולא מצינו זה בכל הפוסקים אלא ודאי דאין לו שום זכות לדור בהבית עצמו אא"כ כדי לדוחקו לבעה"ב וכמ"ש :

לט היו שתי עליות זו ע"ג זו והשכיר לו העליונה וא"ל עליה זו שע"ג בית זה אני משכיר לך ונפלה העליונה ואין המשכיר רוצה לבנותה יורד השוכר ודר בעליה התחתונה ולא בהבית מפני שיכול לומר לא שעבדתי לך אלא העליה התחתונה דגם היא שם בית עליה והממ"ה ולכן אם נפלו שתי העליות אע"פ שהבית קיים א"צ לבנותה עוד דיכול לומר לא שעבדתי לך את הבית ואם השכיר לו העליה התחתונה וא"ל עליה זו שע"ג בית זה אני משכיר לך ונפלה התחתונה והעליונה קיימת מספקא לן שמא אינו יכול לכופו לבנותה דהמשכיר אומר לו לך ודר בעליה הראשונה דאע"פ שהשכרתי לך התחתונה ושעבדתי לך את הבית ט"ס גם העליונה בכלל עליה זו שע"ג בית זה ומה תפסיד או אפשר שהשוכר יכול לומר לו קשה עלי לעלות לגובה השנייה ולכן אשמש בביתך עד שתבנה לי התחתונה לפיכך כיון שהוא ספק לבהחלה לא ידור השוכר בהבית ואם ירד ודר שם אין מוציאין אותו משם ודר שם בע"כ של בעה"ב וגם אין השוכר יכול לבנות את העליה דאחר שזהו ספיקא דדינא כל אחר עומד בחזקתו [עפוס' ב"מ קי"ז ד"ה ליפתים] :

מ כללו של דבר כל שתולה דבר אחד בחבירו כל זמן שאחד מהם קיים חייב להעמיד לו הדבר השני כמו בעלייה זו שע"ג בית זה שנתבאר ואמרו חז"ל מעשה באחד שאמר לחבירו גפן זו המודלית ע"ג אפרסק הזה אני משכיר לך ונעקר אילן האפרסק ממקומו ובא מעשה לפני חכמים ואמרו לו חייב אתה להעמיד האפרסק על מקומו כל זמן שהגפן קיימת וכן כל כיוצא בזה ולכן גם בעלייה זו שע"ג בית זה אם נתקה הבית ממקומה חייב להעמידה עד מקומה כ"ז שהעלייה קיימת דנשתעבדו ול"ו ו"א דדוקא בכה"ג שהאפרסק עדיין בעולם רק שנעקר ממקומו אבל אם נקצץ אינו מחוייב להעמיד לו אפרסק אחר דעיקר הלה את הגפן בהאפרסק דכל זמן שהאפרסק קיים מחוייב להעמיד לו את הגפן אבל תליית האפרסק בהגפן אינו אלא כל זמן שישנו בעולם אבל כשאינו בעולם אינו אפרסק זה ולכן גם בעלייה שנתבאר אם נפל הבית שתחת העליה לגמרי והעליה קיימת א"צ להעמיד לו בית אחר :

מא המשכיר בית לחבירו והבית נפול חייב המשכיר לבנותו תיכף דמסתמא ארעתא דלבנותו השכיר לו ואין המשכיר יכול לומר השכרתיו לך כמו שהוא בחורבתו ואתה תמרח בבנינו דא"כ היה לו לפרש ומדלא פירש מסתמא היתה כוונתו שהוא יבנו סיד וגם אינו יכול להמשיך זמן דא"כ היה לו לפרש :

סימן שיג [המשכיר בית לחבירו בבירה גדולה באיזה מקום ישתמש ובו ח' סעיפים] :

א המשכיר חדר אחד לחבירו בביתו ובהבית יש בו חדרים הרבה משתמש בהחיים היוצאים על פני אורך הבית מבחוץ וער ד' אמות יש לו רשות להשתמש אע"פ שאין החדר שלו משכו ד"א וכן בהכותלים שמבחוץ משתמש כשיעור הזה ואם החדר שלו משכו יותר מארבע אמות משתמש כנגד החדר מבחוץ ולא יותר [ג"ל] ובמקום שנהגו להשתמש בעובי הכותל על גבה כגון במקומות שהגנים אינם משופעים משתמש גם זה ששכר החדר כשיעור האמור ובכל אלו הדברים הולכין אחר מנהג המדינה והשטות הידועין להם ויש מי שאומר שהחיתר להשתמש בעובי הכותל וזו כששכר עליה שעל גבי הבית [נמק"י] דמפני שהוא סמוך לה מסתמא היה דעת המשכיר שישתמש עליה :

ב וכן אמרו חז"ל [כ"ב ו:] שזה ששכר חדר אחר משתמש בתרבץ של החצר והוא כעין גינה קטנה לאויר טוב ועולים בה דשאים ויפה המראה לעינים וכן הותר לו להשתמש ברחבה שאחורי הבתים והוא כחצר שלנו שבימי חכמי הש"ס היה החצר לפני הבית והרחבה אחורי הבית ויש שמשמע מדבריהם שלא הותר לו להשתמש בהגינה וברחבה עצמה אלא בהכותלים שלהם אבל מהרמב"ם פ"ו משכירות והטוש"ע לא משמע כן ובמדינתנו המנהג פשוט שכי ששוכר חדר אחד בבית חבירו משתמש בההצר השמיש הצריך לו אבל בהגינה או בגינת אילנות שבחצר אינו משתמש אא"כ פירש אבל בהילך בעלמא יש שאין מקפידין וכל אלו הדברים תלוים במנהג ואם אין שם מנהג יעשו בדין הש"ס כמ"ש [עט"ז] :

ג כתב המור השכיר לו בית בחצר אין לשוכר בחצר כלום אלא דריסת הרגל לעבור עליו לביתו עכ"ל ואע"ג

ואע"ג דברחבה ובתרבץ יכול להשתמש מ"מ בחצר שלפני הבתים יש יותר קפידא ואף שמצד הסברא לא נראה כן [וכ"מ בסמ"ע] מ"מ כיון שהמנהג כתב מפורש כן וכ"כ התוס' [ב"מ קכ: ד"ה מרתי] ובשארי פוסקים לא מצינו מפורש לתיפך אין לנו לחדש דעה אחרת בזה ועוד אמרו חז"ל [סס] שמי שהשכיר לחבירו חצרו סתם לא השכיר הרפת שבה ובמדינתינו המנהג פשוט שמי ששוכר כל הבתים שבחצר שגם הרפתים והחצר וכל מה שבחצר השייכים לתשמיש בעה"ב ומרתפים שייך להשוכר ואפילו כששוכר חדר אחד יש לו ג"כ רשות להשתמש בחצר בהנחת עצים וכדומה ולהעמיד דבר מאכל במרתף אמנם בשרוצה לייחד לעצמו רפת או מרתף צריך לפרש והמנהג עיקר גדול בד"מ ובמקום שאין מנהג יעשו כמ"ש :

ד הזבל שבחצר אם אין החצר שכורה לו הזבל של המשכיר וכן במקומות שהזבל אינו שוה כלום וכוציאים הוצאות להוציאו מחצר הוי על המשכיר וכתב המור דדוקא בזבל המתקבץ משארי בהמות דקונה לו חצירו להמשכיר והבעלים מסתמא מפקירים הזבל ואפילו קדם השוכר והגביהן לא זכה בהן [סס"ו סס] אבל המתקבץ מבהמותיו של השוכר או שהוציא זבל מביתו לחצר הוא שלו והטעם דכיון דדר בחצר אינו מפקיר זבליו ואף המתקבץ משארי בהמות אם קלטן השוכר מן האויר בבלי ולא נח הזבל בחצר הרי הזבל שלו דמעולם לא זכה חצרו של משכיר ויא דדוקא בהקדים הכלי תחת הבהמה קודם שהוציאה הריעי מגופה שלא היה עומד לנוח בחצרו אבל אם הקדים הזבל להכלי וכת המשכיר דאויר שכופו לנוח כמונח דמי [סת"ע] ואל יקשה בעיניך דבמקום שהזבל אינו שוה כלום וצריכין להוציא הוצאות להוציאו מה שייך לומר שיוכה לו חצרו הלא אינו רוצה בזכות הזה האמנם דודאי כן הוא כיון שהחצר שלו בהכרח שחל עליו ההוצאות לנקותו דאין סבראי להטיל על כל בעל בהמה שילך אחרי בהמתו ואם תטיל גללים באיזה מקום יוציאם אבל בבהמות של השוכר כיון שדר שם מוטל עליו להוציאן כשם שאם היה שוה כסף היה זוכה בהן כמו כן אם צריך הוצאה להוציאן חל עליו ג"כ :

ה וכל זה כשהחצר אינו שכור להשוכר אבל כששכורה לו הרי חצירו הוא וזכה הוא בכך הזבל המתקבץ שם ווהו דעת המור ורוב הראשונים אבל דעת הרמב"ם ז"ל [סס] שאפילו החצר שכור להשוכר הוי הזבל המתקבץ של המשכיר שכתב הזבל שבחצר הרי הוא של שוכר לפיכך הוא מסתפל בו להוציאו ואם יש שם מנהג הולכים אחר המנהג בר"א כשהיו הבהמות שעשו הזבל של שוכר אבל אם הבהמות של אחרים הזבל של בעל החצר שחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שהיא שכורה ביד אחרים עכ"ל וכ"כ בש"ע סעיף נ' וכן הוא בתוספתא [סס"ח דכ"מ] ותמהו בזה דהא ודאי לענין קנינים הוי חצר השכורה כשלו דקונה לו חצירו [וזהו קושית סכ"י ולמטס ממס הס"ך עליו ומיושבו ג"ע כמ"ש סקמס"ח וזוק] [ועמ"ש בסמ"ע סי' קל"ע סעיף כ' נמ"ר]

ו ויש מי שתירץ דכיון דהמשכיר את החצר לא השכיר הרפת שבה כמ"ש אמרינן דהמשכיר שייר לעצמו ענייני הרפת שעיקרו הוא הזבל אף שהזבל יהיה בהחצר אבל בשארי דברים זוכה השוכר [קמס"ח] ולי נראה דלכן דקדק הרמב"ם ז"ל לומר שהוא מסתפל בו להוציאו כדי לבאר הטעם וביאור הדברים דזהו וראי אם בכל המקומות היה זבל שוה כסף היה כל שוכר זוכה בו אבל בהרבה מדינות שהקרקע שמנה אין הזבל שוה כלום ואדרבא מוציאין הוצאות לנקות החצר מהזבל וזה וראי שלא היתה כוונת השוכר בעת ששכר החצר להוציא הזבל דמה לו ולנקיון החצר של המשכיר ולכן ממילא מוכרח המשכיר להוציאן ולא פלוג רבנן אף במקום שהזבל שוה כסף וכללא ביילו שהזבל הוא של המשכיר לבד זבל בהמותיו של השוכר הטילו על השוכר ולכן השמיט הרמב"ם דין קליטה מן האויר שהוזכר שם בש"ס מפני שאינו מצוי זה אלא במקום שהזבל שוה כסף אבל הרמב"ם ז"ל דעיקר טעמו כמ"ש השמיט זה [תמיכמי סממפרסים לא סעיפו על סממקמו] :

ז בזה שאמרנו דהמשכיר זוכה בהזבל מפני שחצירו קונה לו שלא מדעתו יש להבין הא בעינן עומד בצד חצירו או חצר המשומר לדעתו וכאן כיון שהשוכר דר שם אינו משומר לדעת המשכיר אלא לדעת השוכר ויש שהיתרצו דבאמת מיירי גם כאן שגם המשכיר ביתו פתוח לאותו חצר ומקרי עומד בצד שדהו [תוס' ב"מ יח:] אבל הפוסקים לא הזכירו זה כלל [עמ"ק] ולפי מ"ש בדעת הרמב"ם הדבר פשוט דודאי אם היה דבר של זכות היינו מצריכים שיעמוד בצד חצירו או שיהא משומר לדעתו אבל הזבל אינו דבר של זכות והשוכר אינו רוצה שיקנה לו חצרו השכור וממילא כיון דעיקר החצר הוא של המשכיר הרי הוא מוכרח לפנות חצרו דעל מי נטל הטורח הזה ומה שאמרו חז"ל דחצרו קונה לו שלא מדעתו זהו טעם על שהטילו זה על המשכיר וחנמא בעלמא הוא וממילא דלא פלוג רבנן גם במקום ששוה כסף כמ"ש :

ח האפר היוצא מהתנור והכירה העומדים בחצר ושכורים להשוכר להשתמש בהן הרי הוא של השוכר ואפילו כשאחרים אופין ומבשלין בתוכן ואפילו לדעת הרמב"ם מפני שתשמישו של השוכר בהן הוי כמו בבית ולא כחצר לפיכך הן לגמרי שלו ועוד שמתערבים באפרו של השוכר ואין דעת המשכיר ע"ו [סמ"ע] ולטעם הראשון שבסעיף ו' א"ש בפשיטות :

המשכיר

סימן שיד [הדברים שעל המשכיר לעשות, ושעל השוכר ובו ה' סעיפים]:

א המשכיר בית לחבירו חייב להעמיד לו דלתות ולפתוח לו החלונות שנתקלקלו ואפילו יש בהבית הרבה אור מ"מ אם יש בה חלונות שנסתמו ולא נפרצו פצימהן צריך לפתחן לו דמסתמא כן היה דעתם בעת שהשכיר לו וחייב המשכיר לחזק לו את התקרה ולסמוך את הקורה אם נשברה ועשות להפתחים נגר ומנעול והגגר הוא שנועלים בו את הדלת מבפנים ותיחבין אותו בחור האסקיפה ומנעול הוא שנועלין בו מבחוץ ואם השכיר לו עלייה ונפחתה המעזיבה והתקרה בטשך ד' מפחים חייב לתקנה ובן כל כיוצא בזה מטעשה אומן והם דברים שדרך לעשות אותן בהבתים והחצירות אבל מה שאינו דרך רוב בע"ב לעשות אף שעשירים עושים זה אין המשכיר מחוייב לעשות לו אם לא פירשו מפורש:

ב אע"פ שנבנס השוכר להבית לראותה קודם ששכרה וראה שלא היו שם דברים אלו שנתבאר לא אמרינן דנתפייס במה שראה אלא אמרינן שלא הוצרך להזכיר זה וסמך שוראי המשכיר יתקן לו את כל הצורך וכל מה שרוב בעלי הבתים והחצירות עושים ולא הוצרך לפרש זה ולכן חייב המשכיר לעשותם ולתקנם:

ג אם המשכיר תקנם כראוי ונשברו או נתקלקלו בתוך משך ימי השכירות אם א"ל בית זה אני משכיר לך א"צ לתקן לו ולהעמיד אחרים במקומן ואם א"ל בית סתם צריך לתקנם כל ימי השכירות דבבית זה כיון שנתקלקלו הלך לו הבית שהשכירו ולפמ"ש בסי' שי"ב סעיף ל"ג דדוקא בנפל כל הבית אבל אם הוא קיים רק שמסוכן לדור בו חייב המשכיר לתקן אפילו בבית זה כ"ש שבתקון דברים אלו על המשכיר לתקן:

ד בכל מקום ומקום לפי מנהגו חייב המשכיר לתקן דברים הקבועים כמו במרינתנו לעשות חלונות כפולים בימי החורף ולתקן תנורי בית החורף עם כל השייך להם ולהטיח הבתים מבחוץ בימי הסתיו ולשפוך עפר סמוך לבתלים שלא יכנום הקור להבית וכל כיוצא בזה והמנהג אצלנו שאם נתקלקלו דברים באלו במשך ימי השכירות מתקנם המשכיר אם לא שהיה בפשיעת השוכר או אחר מבני ביתו דאז אין על המשכיר לתקן:

ה השוכר חייב לעשות מעקה בסקומות שהגגים חלקים וראוים לתשמיש או מעקה לבור שבחצירו וכן לעשות מזוזות ולתקן מקום המזוזות הכל הוא על השוכר דכיון שזהו מפני חובת מצוה הרי היא חובת הדר וכן המעקה אינו אלא בבית דירה שדר בה לדעת הרמב"ם והש"ע שיתבאר בסי' תכ"ז וכן אם רצה השוכר לעשות סולם לגנו או מרוב להרחיק הגשמים מן הבותל או להטיח גנו ה"ז עושה משל עצמו דאין זה עיקר לביח ולא בכל הבתים יש דברים באלו אבל סולם לעלייה על המשכיר לעשות וכן אצלנו המנהג להעמיד סולם לכל בית כדי לעלות על הגג לנקות את הארובות מטעלי עשן והמשכיר עושה אותו בלא, של דבר כל דבר שאינו מעשה אומן על השוכר לעשות ומעשה אומן על המשכיר לעשות ובב"ז הולכים אחר מנהג העיר וכל שעל השוכר לתקן אינו מגבה להמשכיר מדמי השכירות [מרדכי ס"פ הסוחל]:

סימן שטו [דין המשכיר על הנאי ודין קנין השכירות ובו ז' סעיפים]:

א כשם שהקרקע נקנה בכסף בשטר ובחזקה כך שכירות קרקע נקנה בכסף ושטר וחזקה וכבר בארנו בר"ם שי"ב שהקנין חל אף על לאחר זמן וזהו רק קנין כסף ושטר אבל חזקה לא מהני אלא בהנעת הזמן ומעשה באשה ששכרה ביה מראובן ביטות החורף לדור בו מפסח עד עצרת והוא קבלה בביתו בהורת חמד קודם פורים בלא שכירות וקודם הפסח חזר בו ופסקו שיכול לחזור בו דחזקה לא מהני אלא אחר נמר מעשה שראוי להחזיק מיד ולכן אינו מועיל החזקה שנכנסה קודם פורים דמה שדרה אז לא היה מן השכירות [סמ"ע] ובשכירות מטלטלין צריך קנין כמו במכירת מטלטלין ואפשר דגם כסף קונה בשכירות מטלטלין דבשכירות לא שייך מעמא שמא יאמר לו נשרפה סחורתך ביון שהם שלו [ערמ"י נ"ק ע"ס]:

ב וכשם שאין אונאה למכירת קרקעות כמ"ש בסי' רכ"ו כמו כן אין אונאה לשכירות קרקע דשכירות ליומא ממכר הוא לענין זה ושם נתבאר דבמחצה יש אונאה ובשכירות מטלטלין יש אונאת שתות כמו במכירתן:

ג בשכירות וא"צ קנין בפ"ע ע"ז אלא בשמחזיק בגוף השכירות צריך לקיים התנאי וכל שאין לו למכור כמו חרש שוטה וקטן וכיוצא בהם אין לו לשכור ולהשכיר ובהג הרמב"ם בפ"ו משכירות אא"כ יש לו פירות בלבר באותה קרקע שזה שוכר ואינו מוכר עכ"ל וי"א דכוונתו דכיון שאין לו בקרקע רק הפירות אינו יכול למוכרן מפני שהן דבר שלב"ל ובתורת שכירות מועיל דהייט שתוא מסלק עצמו מהפירות וסילוק מועיל מדבר שלב"ל כמ"ש בסי'

בס' ר"ט ולכן מהני השכירות שזה מסלק עצמו וזה נכנס תחתיו ע"פ השכירות שנותן לו ועומד במקומו ולא נ"ל דהתם כשמסלק עצמו מהפירות נשארים ביד מי שנוף הקרקע שלו כמו מי שיש לו שיעבוד על חבירו ומסלק שיעבודו או בעל שמסלק א"ע מפירות נכסי מלוג שכ אשתו אבל הכא נהי דיכול לסלק א"ע מ"מ במה יזכה האחר את הפירות כיון שנוף הקרקע אינה שלו וי"א דבשוכר מהני אפילו דבר שלב"ל מפני שכל שוכר שרה היא לפירות והפירות אינם בעולם אלא רכל משכיר משעבר גופו לזה וגם זה לא נהירא דוודאי כל שוכר שוכר שרה לפירותיה ובכה"ג גם במכר מהני כמ"ש שם ובאמת מי שאין לו נוף הקרקע רק הפירות מנלן שיכול להשכירם כשאין הפירות בעולם ואע"ג דבכותב נכסיו מהיום ולאחר מיתה יכול אפילו למכור הפירות כמ"ש בס' רנ"ז שאני התם כיון דשייר לעצמו הפירות ואין אדם משייר דשלב"ל כמ"ש בס' ר"ט אלא משום דלעצמו בעין יפה שייר ושייר מקום הפירות כמ"ש שם ולבן יכול גם למוכרם [ומש"כ הסמ"ע סק"ח לדחוק ממכיר ממור לפי' אין לו חמור לא ידעתי מ"ל]:

ד ועוד יש פירושים שנדחו דבריהם אכנם בוונה הרטב"ם הוא כפשוטו דהנה מכר נקרא כשמוכר הנוף ושכירות נקרי כששוכר לאכול הפירות ולזה אמר שכל שאינו במכר אינו בשכירות לבד בדבר שאין להאדם בהקרקע רק פירות דבזה אין נוף הקרקע במכר והפירות ישנם בשכירות והאמת שגם יכול למכור הפירות אלא דלענין נוף הקרקע קאמר [קל"מ]:

ה ומ"מ אם יכול אדם להשכיר דבר שלב"ל בגון אחר שמכר שרהו או ביתו והתנה שיאכל הפירות או ידור בהבית כך וכך שנים ותנאי ביכולת להתנות אף על דשלב"ל כמ"ש שם צ"ע לדינא אם יכול מוכר זה להשכיר הפירות והדירה דהא הוא אינו יכול להשכיר שרה לפירותיו ובית לדירה דהרי אין לו כלום בבית ובשדה וזהו פשיטא דיבר שאינו ברשותו יכול להשכיר בגון המשכיר חמור ואין החמור ברשותו בגון ששבורה ביד אחרים כמ"ש בר"ס שי"ב והטעם דהשוכר עיקר הנוף נשאר להמשכיר וזה שאמרו חז"ל שכירות ליומא מכר הוא היינו לענין שישתמש בו כל ימי השכירות ולא שהנוף שלו [נמק"י ס"ס ז'סכ] אבל המשכיר חמור או בית ואין לו חמור ובית כלל דהוי דשלב"ל יש להסתפק אם יכול להשכיר אם לאו ומזה שאמרו חז"ל דהמשכיר חמור סתם ומת דחייב להעמיד לו חמור אחר וכן בבית סתם כשנפל שחייב להעמיד לו בית אחר אין ראיה שיכול להשכיר דשלב"ל דזהו מפני שכבר החזיק במה ששכר משועבר המשכיר לקיים תנאו שיבא השוכר בחמורו למקום ששכרו וידור בביתו עד זמן ששכר אבל מתחלה אם אין לו חמור ובית בכלל נראה לדינא דכשם שאינו במכר כמו כן אינו בשכירות וגם אין ראיה מהא דמשכיר חייב לעשות בהבית כל מה שהוא מעשה אומן דזהו ג"כ דכיון שעשה קנין או חזקה משועבד לעשות לו כל הצריך להבית ויש מגדולי אחרונים דס"ל דיכול להשכיר ולא נראה כן וצ"ע [וסמ"ג וסמ"ס פסיעה לסו מפני דברי הרמב"ם וכיון שדבריו סס כפסקנון אין לחוש עוד]:

ו כל הספיקות הנופלים בין השוכר והמשכיר בעיקר הבית כגון השוכר בית מחבירו ושתין ששברו על תנאי שיבנים עמו דיורין אחרים והמשכיר מזכחישו ישבע המשכיר שלא התנה כן דקרקע בחזקתו עומדת ונשבע היסת ויעשה השוכר כדבריו וה"ה לכל מענות שביניהם דכלל גדול הוא שקרקע בחזקת בעליה עומדת בס"ש בסי' שי"ב:

ז כבר נהבאר דכל תנאי שאדם מהנה בשכירות תנאו קיים ולא עוד אלא אפילו מקום שאין השכירות צריך קנין כגון ששוכר אדם למלאכתו ובשכירות פועל א"צ קנין גם התנאי א"צ קנין ולא עוד אלא אפילו תנאי שמתנה עם אחר בעד הפועל חייב האחר אם קבל עליו בשעה ששכר את הפועל דהוה כערב בשעת מתן מעות [גס"מ] וכ"ש אם שכר ראובן משמעון פועל שנתחייב שמעון בכל תנאי שהתנה ומעשה בראובן ששכר נער משמעון לשמשו וא"ל שמעון לראובן לסמוך עליו לשלם לו כל מה שיפסיד הנער בביתו בהיותו אצלו ופסק הרא"ש דחייב שמעון בכל ההפסדות אע"פ שלא היה קנין בדבר כי כל תנאי שכירות א"צ קנין כשהשכירות עצמו א"צ קנין כמו בפועל ושכיר וכ"ש ברכר שצריך קנין שכל הנאי שמתנים בשעת מעשה התנאי קיים [כל"ל ביאור הסוס"ע סעיף ד' ול"ל רלעיל סכר נער מסמעון וכ"ס בתבו' סרמ"ם וכ"כ סקלפ"ח ומ"מ לפ"ז חייב מסוס ערב כמ"ס סכ"מ ופפי' הוא כמ"ס דמ"ל קנין כלל וכ"מ מסגר"פ ומ"ס פסמ"ע דמ"ל קנין מהם למו דוקא ודוק]:

סימן שטז [אם השוכר רוצה להשכיר הבית לאחרים וכו י"א סעיפים]:

א ממה שאמרו חז"ל בשוכר ספינה ופרקה בחצי הדרך דיכול השוכר להשכירה לאחרים כמ"ש בסי' שי"א כתב הרמב"ם בפ"ה כבאן אני אומר שמשכיר בית לחבירו עד זמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר עד סוף זמנו משכיר לאחרים אם יש בני בית בממין ביתו אבל אם היו ד' לא ישכיר לה' שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא ממלמלין שהרי אומר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אבל בקרקע או בספינה שהרי בעליה עמה אין אומר כן וכן אני אומר אם א"ל בעה"ב לשוכר למה המדת ותשכיר ביתי לאחרים אם לא הרצה

לעמוד

לעמוד בו צא והניחו ואתה פטור משכירותו אינו יכול להשכירו לאחר שזה באל תמנע טוב מבעליו עד שאתה משכירו לאחר תניח לי ביתי [כל"ע] ויש מי שהורה שאינו יכול להשכירו לאחר כלל ויתן שכרו עד סוף זמנו ולא יראה לי שזהו דין אמת עכ"ל:

ב וכתב הראב"ד דטעם היש מורים כן מפני שיש בני אדם שמחריבין הבית בדירתם עכ"ל והנה בזה ודאי גם הרמב"ם מודה שאם ירוע שזה האיש שרצונו להשכירו הוא מחריב דירות או שהוא אלם או בעל מריבות או אינו מתנהג בנקיות וכיוצא בזה ודאי שהמשכיר מוחה בו מלהשכיר לזה אמנם המשכיר אינו נאמן לומר שהוא כן בלא ראיה משכני ראיש הזה וכן לשינא של המשכיר אינו יכול להשכירו כמ"ש בסי' ש"ב סעיף י"ו:

ג אמנם כל זה הוא דוקא כשאין המשכיר דר עם השוכר ביחד אבל אם דר עמו אין השוכר יכול להשכיר לאחר דלא עם כל אדם ביכולת לסבול לדור ביחד טפני שדעות בני אדם משונות זו מזו וב"ב המור בשם הרא"ש ז"ל ולא דמי לספינה שאפילו בעל הספינה עמו אינו יכול למחות בו רק שיש לו תרעומות כמ"ש בסי' ש"א דבספינה אין דירה קבוע ואין שם בני בית אבל בדירה שיש לשניהם בני בית ויוכלו לבא לידי מחלוקת יכול המשכיר לומר בני ביתו של זה שאתה רוצה להשכיר איני יכול לסבול אע"פ שאין ביכלתו להראות טעמים נלוים בזה ואפשר שזהו כוונת הראב"ד ולא פליגי כלל לדינא ונאמר דהרמב"ם מירי כשאין המשכיר דר עמו וזה שכתב שהרי בעליה עמה כוונתו שמשניח עליה בכל עת אבל ממלטלין יכול השוכר להצניען [ט"ז] וכן עיקר לדינא ובסעיף ט' יתבאר עוד בזה [וכ"כ הסמ"ע ומ"ח בד"מ שכתב שסוס ממולקח כתב שלעה הטול שנס ברמב"ם פרק ג"ז מ"ס]:

ד כתב רבינו הרמ"א בסי' שס"ג סעיף י' השוכר בית מחבירו וחזר והשכירו לאחרים ביותר ממה ששכרו אם היה לו רשות להשכירו לאחרים בענין שנתבאר לעיל ס' שט"ז המותר הוא שלו ואם לא היה לו רשות להשכירו המותר לבעלים עכ"ל ולמדנו מזה שזה שכתב הרמב"ם דאם א"ל בעה"ב לשוכר אם לא תרצה לעמוד בו צא והניחו וכו' אם יש מי שרוצה ליתן להשוכר יותר ממה ששכר מחוייב המשכיר לתת לו ג"כ כשיעור הזה [מחרוויס] עוד כתב אחד מהגדולים שאומתי יכול המשכיר לוסר לו כן דוקא קודם שהשכירה השוכר לאחר או אפי' השכירה בקנין רק לא נכנס עריין השוכר השני ומצוי לו לשכור בית אחר אבל אם כבר נכנס השוכר השני או אפי' לא נכנס רק שאינו מצוי לו בית אחר לשכור כמותו ועשה קנין עם השוכר הראשון אין המשכיר יכול לומר לו כן דכיון דהמעם הוא רק משום אל תמנע טוב מבעליו לא אמרינן כן אלא היכא דליכא פפידא לאחריני והכא הלא יש פפידא להשני [כלב"ז]:

ה כתב רבינו הרמ"א אם השוכר רוצה לצאת מן הבית ולהניחו כך בלא דיורין ורוצה לשלם למשכיר יכול המשכיר להשכירו לאחרים רביתא מיתבא יהיב ושאיה יוכת שער עכ"ל ומשמע להריא דאין המשכיר יכול לכוף להשוכר שידור בו דוקא או יבנים אחר במקומו בטענה דשאיה יוכת שער מפני שאין מעם זה חזק כל כך שיהא ביכלתו לכופו לזה מיהו כשייצא כחורף במרינתנו שנצרך להסיק תנורי בית החורף כדי שלא יתקלקל הבית והשוכר היה דר על עציים שלו פשיטא שהמשכיר יכול למחות בו מהניחה פנויה או שיניח עציים להסיקה [כל"ע] ודבר פשוט הוא שאם המשכיר משבירה לאחר מנכה להשוכר מה שצריך ליתן עד זמן שבירותו כל מה שמקבל מהשוכר השני ויש מי שאומר שאם כבר קבל המשכיר מהשוכר הראשון כל שכירותו עד סוף זמנו אינו מחויר לו מה שמקבל מהשני [סמ"ע מכס מרדכי] ואין שום טעם לדין זה ולמה יקבל המשכיר שני פעמים שכירות וכבר הביא רבינו הב"י דברים אלו בספרו הגדול ס"ם שי"ב ורחאן [וגם סקלים"ח תמה ז"ל] ע"כ העיקר כמ"ש [וכל"ז דברינו מתוסים ובמרדכי סם עין מחר הוא למומר סם להשוכר מין ביכלתו להסכימו למחר בלא לעון מהשכיר [או דם"ל דלא כסרמב"ם או שהשוכר הסמי לא היה סוס להרחקון ואין סמירים למ"ם בפ"ו דב"מ דבסם מעסים פיומים ביון שתת ע"ם אף אי לא ס"ל כסרמב"ם ולחכס בלחק חמ"ם ז"ל] ואם סהשכיר מעכה לו ואמ"ם מבל הכא סרמוכן נקיט שכירות ביהו וכו' מין לו יכול לומר מחזירנו לו ומשכיר ביתך למחר וכו' ר"ל דמסתמא יתרמה למי להשכיר היום יכול לומר כן עד שישכיר ויש"נ לו סמומר ולזה מסיים סם סנס מין השוכר יכול לכוף בלא שכירים כלל ע"ם וזק"ו]:

ו מי שנתן ביתו לאחר או השכירו ושייר כח לעצמו שבשירצה יכול לדור עם המקבל מתנה או השוכר הבית יכול למכור כחו לאחר ובכר שלא יהיו בני בית מריבים משלו ואע"נ שנתבאר בסעיף ג' דבדרים יחד אינו יכול להשכיר לאחר וזו בשוכר אבל כשמשייר לעצמו בעין יפה שייר שיהיה לו כח גם להשביר לאחר במקומו [סמ"ע] ומטעם זה י"א דיכול להשביר אפילו למי שבני ביתו מרובים משלו אא"כ פירש מקודם לכמה נפשות שייר לעצמו [ט"ז] ואין לומר הרי דירה דבר שאין בו ממש כמ"ש בסי' ר"ב ואיך ימכור זכותו לאחר הרי אין מכירה נתפסת בדבר שאין בו ממש כמ"ש שם בי"ל דלעצמו שייר גם מקום הדירה ויכול למוכרו לאחר וכמ"ש בסי' שט"ו סעיף ג' או שייר ביתו לדירה:

ז ויש מחלקים ום"ל דדוקא כששייר לעצמו חלק מסויים כמו חצי בית או שלישיתו או חדר פלוני דאז יכול למוכרו לאחר אבל אם שייר חלק שאינו מסויים כגון שהתנה עמו שכשיצטרך לעצמו יהיה ביכלתו לסלק את השוכר מהבית או אם יראה ידור עם השוכר איני יכול למכור או להשכיר זכותו לאחר ראינו נתפס בסבירה ותנאי בעלמא הוא ותנאי הל על הבל כמ"ש בסי' ר"ט

אבל במבירה ליתא כיון שלא שייר מקום מסויים [עמ"ז]:

ח כתב רבינו הרמ"א מי שנותן לאחר דירה בביתו ואין המקבל צריך לאותו דירה נ"ל דיכול להשכירו או למוכרו לאחר שאין בני ביתו מרובים ממנו דלא נרע כח המקבל מתנה מכח המשייר לעצמו דנותן בעין יפה נותן עכ"ל והאחרונים דחו דבריו דודאי בב"מ נרע כח המקבל מתנה ממשייר לעצמו לענין מוכר שדהו ושייר שני אילנות דיש לו קרקע בס"ש בסי' רמ"ו וכן בסקנה לאחר דירת ביתו אינו מועיל משום דהוי דבר שאין בו ממש ובשייר לעצמו מועיל וכן בשייר פירות דקל לעצמו מועיל בס"ש שם [סמ"ע] ועוד דבע"כ מירי כשלא שייר לעצמו דבר מסויים דאי שייר דבר מסויים למה הצריך שלא יהיו בני ביתו מרובים דבחלקו המסויים מה שירצה יעשה ובכה"ג הוי האי דינא דנתינה לאחר ועוד דהא לא נתן לו רק דירה ודירה הוי דבר שאינו מסויים וא"כ הרי אינו יכול למכור לפי מה שנתבאר [ט"ז] ולפ"ז יש להקשות יותר דא"כ אין המתנה כלום דהא דירה הוי דבר שאין בו ממש דבשלמא בששייר לעצמו בדין הקודם ל"ל ששייר בלשון תנאי ותנאי מועיל בכל דבר אבל במתנה אין הקנין כלום ובע"כ צ"ל שנתן לו בית לדירה דחל הקנין וממילא דיכול למוכרה לאחר אף לדעה הקודמת דהוי כדבר מסויים דהבית מסויימת היא ומ"ם אינו יכול למכור למי שבני ביתו מרובים דהא לא סיים לו חצי בית אלא בית לדירה לב"ב וממילא שאין ביכלתו ליותר מבני ביתו וזה שאמר דלא נרע כח המקבל מתנה מכח המשייר לעצמו כוונתו דלא נרע כח המקבל מתנה בשנתן לו מפורש בית לדירה מכח המשייר לעצמו דירה סתם דמועיל משום דאמרינן ששייר מקום הדירה ויכול למוכרה וגם הדעה שבסעיף ז' יודה לזה דדוקא כששייר לעצמו בלשון תנאי כשאמר כשארצה כמ"ש שם ותנאי חלה על הכל ובמבירה אינה נתפסת אבל כששייר לחלוטין בע"כ ששייר מקום הדירה דשיור לא חל על דבר שאין בו ממש ודבר שלב"ל במ"ש בסי' ר"ם רק במשייר לעצמו אמרינן דשייר גם מקום הדירה ולכן יכול למכור וא"כ שפיר קאמר רבינו הרמ"א דלא נרע כח המקבל מתנה כשנתן לו מפורש בית לדירה מכח המשייר לעצמו סתם דאמרינן דשייר גם המקום ואי משום דנאמר דדוקא לו לעצמו נתן בית לדירה אבל שיסכור לאחר לא נתן בית לדירה לזה איכר דנותן בעין יפה נותן דיש מקומות שכח המקבל יפה מכח הנותן כמו בסי' רי"ד בדרך לכור ורות מב"ש בדבר שנתן מפורש דלא אמרינן שלא נתן לו זה שיהיה בכחו למכור [וכ"מ בז"מ ע"ש ועמ"ש]:

ט כתב רבינו הב"י שנים ששכרו בית בשותפות לדור בו יחד אין אחד מהשותפים יכול להושיב אחר במקומו אפילו יש לו דיורין פחותין ממנו כי יכול יומר אותך אני יכול לקבל אבל אחר איני יכול לקבל עכ"ל ובכר בארנו זה במעיף ג' וי"א דדין זה אינו רק בשובר או שנים ששברו אבל שנים שיש להם בית בשותפות ודרים בו יכול אחד מהשותפים להשכיר לסי שירצה ואין ה"ני יכול למחות בו דדוקא השוכר אינו רשאי לעשות דבר דלא ניחא דעתיה דמשביר בזה דבשל חבירו אין לו כח לעשות דבר נגד רצונו ועיקר הבית הוא של המשביר וכשם שאינו יכול לעשות נגד המשכיר כמו כן בשנים ששברו אין האחר יכול לעשות נגד השני דלבל שוכר יש זכות המשכיר אבל בשהבית הוא שלהם הלא כל א' יכול לעשות בשלו מה שרוצה כל שאינו מזיק ממש [מ"מ] ודברי טעם הן והשנים ששברו אם יכול אחד לכוף לחבירו לחלוק י"א שאין יכולים כיון שהבית אינו שלהם ויש חולקין ונתבאר בסי' קע"א:

ומ"ן שיז [אמר השוכר פרעתי השכירות והמשכיר מכחישו ובו ח' סעיפים]:

א קי"ל דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף אם לא שהתנו בפירוש ביצר יהיה והשלומין דאו יעשו כתנאם ויצריכין להתנות בשעת השכירות ואח"כ לא מהני אלא בקנין וצריך לשלם לו ביום האחרון של הזמן בסתם בשלא

ו מעשה בראובן שמשכן ביתו לשמעון לזמן ושמעון דר בהבית וסנכה לו בכל שנה בעד הדירה ובשעת הלואה התנה שמעון שכשיגיע זמן פרעון וראובן לא ישלם לו יהיה ביכלתו למשכן או להשכיר או להכניס בו מי שירצה פסק הרשב"א ז"ל שביכלתו להכניס ולהשכיר ולהשכין אפילו למי שבני ביתו מרובים משלו והטעם דהא גם בלא התנאי ואף בתוך הזמן הרי ביכלתו להשכיר למי שירצה אם אין בני ביתו מרובים משלו כמו שהרין בשובר שבסי' זה דמלוה לא נרע משובר ומה מועיל התנאי אלא צריך לפרש דתועלת התנאי הוא שישכיר אפילו למי שבני ביתו מרובים משלו ואפילו מת הלוה והניח בנים קטנים דאין שמעון יכול לתובעם מ"מ וכותו זה שבידו אין מפקיעין ממנו ויכול לאחר שהגיע הזמן להשכיר אף למרובים משלו [סמ"ע]:

יא שובר שא"ל המשכיר בתוך זמן הנני מוחל לך השכירות עד הזמן וצא מן הבית ונם השוכר נתרצה לזה וגמרו בריבור בלא קנין אין זה כלום ויכול כל אחד לחזור בו דכיון שהשוכר החזיק בהבית אינו יכול למסור אותה להמשכיר בתוך זמנו בדברים בלבד אלא בקנין שיקנה הבית להמשכיר ורין שכירות כמכר לענין זה דבשם שלוקח אינו יכול למסור להמוכר מקחו בחנרה שלא בקנין כמו בן בשכירות [קל"מ וכ"ם בריב"ם סי' מק"י וגמ"מ פ"ב מכירות וב"מ במכרי"מ סי' קי"ה] וממילא דהשכירות שמחל לו עד עתה אע"נ שמחילה א"צ קנין מ"מ אם חוזרים בעיקר הדירה צריך לשלם לו גם השכירות שעד עתה דהרי לא מחל לו אלא אם יצא מן הבית והוי כמחילה בפעות [ל"ל]:

כשלא התנו וכב"ד אינה נגבית אלא למחרתו [ממ"י פ"ו סמ"ג] לפיכך השוכר דירה סתם בלי זמן צריך לשלם לו ביום שלשים דסתם שכירות שלשים יום כמ"ש בסי' שי"ב סעיף י"ב ואם השכיר לו ביומות הנשמעים כיון שאין יכול להוציאו עד הפסח כמ"ש שם א"צ לשלם לו קודם הפסח [כ"ג] ואם השכיר לו לשנה משלם ביום האחרון של השנה ואם השכיר לחמש שנים משלם לו ביום האחרון מהחמש שנים וכ"ז שלא התנו אבל בהתנו כל תנאי שבממון קיים :

ב השוכר שאמר נתתי שכר הבית שנתחייבתי בו והמשכיר אומר עדיין לא נטלתי אם הבעו בתוך זמן השכירות או בסתם שכירות כשהבעו בתוך שלשים יום על השוכר להביא ראיה כמו בהלואה בסי' ע"ח ואע"ג דלענין סתם הלואה דהוה שלשים יום לא אמרינן חזקה אין אדם פורע תוך זמנו כמ"ש שם יש לחלק בין הלואה לשכירות [מ"ך] ואם לא הביא ראיה ישלם וביכלתו להטיל קבלה על מי שלקח ממנו כדין ואח"כ כשפרעו יכול למען עזיו על הדמים שנטל ממנו חנם וישבועינו היסת ואין להשבועו קודם התשלומין בבהלואה כמ"ש שם דבהלואה מ"מ יש שפורעים קודם זמנם אבל שכירות אין דרך כלל לפרוע קודם זמנו [סמ"ע] וי"א דאין חילוק בין הלואה לשכירות ובאמת בהלואה נמי אין יכול להשבועו קודם פרעון [מ"ך] :

ג ואם תבעו המשכיר לאחר זמן או ביומיה דמישלם זמניה נתן לו המשכיר להביא ראיה או ישבע השוכר שכבר נתן לו שכרו ויפטר ולא שייך כאן לומר קרקע בחזקת בעליה עומדת כיון דאין הספק על הדירה אלא על התשלומין וכן אם התנו מקודם כיצד ישלם כגון ששכר ממנו שישלם לו בכל חודש או בכל שנה אם תבעו בתוך החודש או תוך השנה על השוכר להביא ראיה תבעו לאחר החודש והשנה אפי' ביום האחרון של החודש והשנה על המשכיר להביא ראיה :

ד ואין חילוק בכל זה בין ששכרו בשטר או שלא בשטר וכן בין שכרו בעדים לשכרו שלא בעדים ואע"ג דבטלוה בשטר אינו נאמן לומר פרעתי אף לאחר זמנו כמ"ש בסי' פ"ב שאני הלואה משום דא"ל שטרך בידי מאי בעי אבל שטר שכירות אינו נכתב לנובינא אלא שלא יחזיק השוכר ויאמר לקחתיה ממך ואף אם נזכר בשטר פרעון השכירות וגם כתוב בו וקנינא סיניה על כל הא דכתוב ומפורש לעיל עיקר הקנין הוא שלא על דמי השכירות אלא על עיקר השכירות ואין זה כשט"ח אא"כ כתוב בו נאמנות או שיש שטר על מעות השכירות לבד שעל השכירות עצמה דאז דינו כשט"ח [כמ"ע] וכן אף כשאין כאן לא שטר ולא עדים מ"מ בתוך זמנו אינו נאמן לומר פרעתי במינו כמ"ש בסי' ע"ח מ"מ בשכירות ליכא מינו דלא מצי למימר שכבר עבר הזמן דהא יפסיד שלא היה עוד ביכלתו לדור עוד זמן וכן אין לו מינו דקנצתי לו שכירות פחות ממה שאומר המשכיר דהא רצונו לפטור א"ע מכל השכירות ולכן אימר פ־עתי [כמ"מ] ואפילו אם אומר פרעתי מקצת דבכה"ג יש לו מ־גו כשאין עדים מ"מ נם בזה ליכא מינו דבכה"ג יכול המשכיר להוציאו מן הבית כשיש הכחשה ביניהם בהקציצה כמו שיתבאר בסמוך ולכן אין לו מינו נם בזה [סס] ומ"מ יש חולקים דבלא עדים נאמן לומר פרעתי אף בתוך זמנו [סגר"מ] וכן משמע מלשון הרמב"ם פ"ו :

ה המשכיר בית לחבירו לעשר שנים ואין בו זמן בהשטר או שיש בו זמן רק שידוע שלא נכנם בה בהזמן הכתוב בהשטר והשוכר אומר עדיין הוא בתוך הזמן והמשכיר אומר כבר עברו שני השכירות ושכנת עשר שנים על השוכר להביא ראיה ואם לא הביא ראיה ישבע המשכיר היסת ויוציאנו דבכל מענה שבין שוכר למשכיר קרקע בחזקת בעליה עומדת ועל השוכר להביא ראיה לבד במענת פרעון שנתבאר מפני שהיא כתביעת ממון בעלמא אבל בשארי טענות שביניהן אפילו במענת קציצה שהמשכיר אומר עשרה זהובים לחודש קצצת לי בעד הבית והשוכר אומר פחות על השוכר להביא ראיה כיון דהקציצה היא בעיקר מקח הבית ולכן אפילו כשכבר דר בו על השוכר להביא ראיה כמו בחודש העיבור בסי' שי"ב וכ"ש אם השוכר אומר שכרתי ממך והמשכיר אומר לא השכרתיך דעל השוכר להביא ראיה [סמ"ע] ויראה לי דדוקא כשעדיין לא נכנם השוכר בתוך הבית אבל כשנכנם והמשכיר אומר בגזילה נכנסת אינו נאמן דאחזוקי אינשי בגולנא לא מחזקינן וע' בסי' קל"ג וצ"ע לדינא :

ו מיהו י"א דאם הוא לאחר זמן השכירות שיכול לומר פרעתי או לא שכרתי מעולם ונפל טענה בין השוכר והמשכיר אע"פ שקרקע בחזקת בעליה עומדת השוכר נאמן במינו וה"ה כשיש להשוכר מינו דלקוחה היא בידי [מ"ך] מפני שעיקר הטענה הוא על הממון וכיון שיש לו מינו נאמן בשבועה ולא דמי לחודש העיבור דשם הספק הוא בהדין אם תפוס לשון ראשון או אחרון אבל כשהספק הוא ע"י טענותיהם ואין הטענות ביניהם אם לדור בה אם לאו אלא אם לשלם אם לא לשלם או לשלם פחות או יותר כיון שיש להשוכר מינו נאמן וי"א דנם דעה ראשונה ס"ל כן דבמינו נאמן [סס] ואין בזה מחלוקת כלל וכן אם הבעלים אומרים השכרתיה לך ואתה חייב לי דמי שכירות והדר בה אומר בחנם הכנסתני נאמן על העבר ונשבע ונפטר ועל להבא אינו נאמן בלא ראיה מיהו שיהא נאמן בטענה אחרת במינו דטענה זו שבחנם הכנסתני אינו נאמן דאין זה מינו טוב דלא שכיח כלל [כ"ע] :

ז שטר שכירות או שטר משכנתא שכתוב בו שהשכיר או השכין לשנים ואין כתוב בו לכמה שנים והשוכר או המלוה אומר לנ' שנים ובעל הקרקע אומר לשתי שנים פשיטא שקרקע בחזקת בעליה עומדת ואין מניחין אותו לאכול פירות של שנה שלישית ובעל הקרקע נשבע היסת

היסת ואם כבר אכל הפירות של שנה שלישית אמרו חז"ל [ב"מ ק"י] דאע"פ שמרינא קרקע בחזקת בעליה עומדת בשיש עדים על הפירות שאכל ואין לו מיגו [סס] מ"מ כיון שהוא דבר שמסתמא יתברר ע"פ עדים לא ממרחינן ב"ד עתה ומטתינים עד שיתברר הדבר ויביא בעל הקרקע ראיה ולכן יש מי שאומר שאם לפי ראות עיני ב"ד לא יהיה ביכולת להתברר ע"י זה או ע"י זה מוציאין מידו ואפילו אכל הג' שנים קודם שתבעו לדין דזהו דמי לספק של חודש העיבור [סס] כיון שהספק הוא בפירושו של השטר ואפילו במקום דאפשר לברר שמטתינים עד שיתברר והו כשתחלת אכילתו היתה ברשות כמו בזה שבשתי שנים מודה לו אבל כשחלוקים על עיקר התפיסה שלדברי המשכיר אינו מודה לו בעיקר תפיסתו אין מטתינים לו עד שיתברר [סס]:

ח אכלה השוכר או הממשכן שלש שנים וכבש השטר ואמר לחמש שנים יש לי פירות כי על זמן זה השכרת לי או השכנה לי ובעל הקרקע אומר לג' שנים וא"כ בעל הקרקע הבא שטרך ואמר שאבד השטר נאמן השוכר או המלוה במיגו שהיה אומר לקוחה היא בידי שהרי אכלה שני חזקה ואין זה מיגו להוציא לפי שכבר זכה בהקרקע לפי טענתו על חמש שנים והוי כמוחזק [סמ"ע] ודוקא שאין עדים שהיא מושכרת או ממושכנה בידו וגם בעל הקרקע לא עשה כחאה אבל כשיש עדים או שעשה כחאה אינו נאמן דאין לו מיגו ונשבע בעל הקרקע היסת ועושין כדבריו ומזה ראיה למ"ש בסעיף ו' דנאמן במיגו ולדעה שבסעיף ה' צ"ל דמיגו דלקוח שאני דלא שייך לומר שבחזקת בעליה עומדת כיון שיש לו מיגו לומר שהוא בעל הקרקע וע' בסי' ק"נ:

סימן שיח [השוכר רחיים מחבירו ובו ב' סעיפים]:

א השוכר רחיים מחבירו שימחן לו עשרים סאה בכל חודש בשכרו מה שצריך לביתו והעשיר בעל הרחיים והרי א"י"צ למחון שם שאוכל תבואה יותר טובה מהנמחן בשלו אם יש להשוכר חטים שצריך למחין לעצמו או לאחרים במקום מה שהיה טוחן להמשוכר כופין אותו ליתן להמשכיר דמי מחינת כ' סאה דכיון שאין לו הפסד בזה הוי מדת סדום אם לא יתרצה לזה וכופין על מדת סדום ואם אין לו אחרים למחון במקומן יכול השוכר לומר לא אתן לך דמים והריני טוחן לך כמו ששכרתי ואם אין אתה צריך לך ומכור לאחרים:

ב ואם המשכיר אינו מוצא למי למכור יש מרבותינו דס"ל שאע"פ שאין המשכיר יכול לכוף להשוכר שיפסד על ידו מ"מ נם הוא ביכלתו לבטל השכירות וליקח מידו הרחיים בתוך זמנו דנם הוא אין לו להפסיד [תוס' כתובות קנ] ויש מרבותינו דלא ס"ל כן ום"ל דאין ביכלתו לבטל השכירות דכיון דהשוכר לא שינה אלא שמצב המשכיר נשתנה בטה כחו יפה לבטל השכירות תוך זמנו [רמ"ם סס] ובאמת דעה הראשונה תמוה והרי אפילו נפל ביתו של משכיר אינו יכול להוציא את השוכר מביתו כמ"ש ר"ס ש"ב ודוחק לומר דס"ל כשיטת הירושלמי שם דבמקום פסידא לגמרי מבטל את השכירות ולכן י"א דלא פליגי כלל דאם דרך העשירים שלא לאכול מטחינה כזו ורק עניים אוכלין אותן ולפ"ז כשהזכיר לו ע"מ למחון לו לצרכי ביתו והוי כאומר כל זמן שאצטרך לצרכי ביתי [כ"ל] ולכן כשהעשיר ואין ביכלתו לאכלם הוי כובן ולא איצטרך ליה זוזי דהדרי זביניה כמ"ש בר"ם ר"ז ובטל השכירות אבל אם גם העשירים אוכלים מטחינה כזו אלא שזה המשכיר בהעשרו רצונו להשיג ממקום אחר אין ביכלתו לבטל את השכירות אף שיפסד עי"ז [מ"ז] ועמ"ש בסי' ס' במי שהתחייב ליתן לחבירו מזונות ומבקש שיתן לו דמי מזונות:

סימן שיט [מי שהטעה את חבירו עד שהכנים פירותיו לביתו ובו ד' סעיפים]:

א מי שבקש מחבירו שישכיר לו ביתו להכנים בו פירותיו ולא רצה המשכיר והטעהו השוכר באיזה ענין עד שהכנים הפירות לביתו כמעשה שבנם' [ב"מ קח:] באחד שבקש מאשה להכנים חביותיו של יין לביתה ולא רצתה והבטיח לה שישאנה וקידשה ונתנה לו מקום והכנים היין ותיכף נירשה ואמרו חכמים דכאשר עשה כן יעשה לו נמולו ישיב בראשו דאפילו אם הבית עומד להשכיר יכולה לומר לכל אדם ריצה אני להשכירה ולא לך דדמית עלי כי ארי ארבא בזה שהטעתני ולכן בהטעה את חבירו באיזה דבר עד שהרשהו להכנים ואח"כ נתגלה שהטעהו רשאי בעה"ב ליקח מהשחורה ולשכור פועלים ולהשליכה לחוץ וכן כל כיוצא בזה כנין שנכנם לרור בביתו ע"פ הטעייה ראוי להוציאו לחוץ על הוצאותיו של השוכר אם אינו רוצה לצאת בעצמו [כ"ל]:

ב וכתב הרמב"ם בפ"ז דמדת חסידות הוא שיוריע לב"ד וישכירו במקצת דמיהם מקום משום השבת אבידה לבעלים דכשישליכן בשוק יתפסד הרבה ולכן מדת חסידות

חסידות להודיע אף שלא עשה כהונן ומבואר מדבריו דזה אינו מדינא רק ממדת חסידות וגם ע"פ מדת חסידות א"צ רק להודיע לב"ד אבל י"א דמדינא צריך להודיע לבעל הפירות תחלת קורם שמוציאן ואם נאנסו לאחר שהודיעו פטור אבל אם נאנסו קודם שהודיעו חייב ויש מי שאומר דגם דעת הרמב"ם כן הוא דאחר שמוציאן לשוק מחוייב להודיעו שיראה שלא יתפסדו הפירות ואם לא הודיעו ונתפסדו חייב מדינא דגרמי אלא דממדת חסידות להודיע לב"ד אף קודם שהוציאן שישברו לו מקום אבל לבעל הפירות א"צ להודיע קודם מפני שאין רצונו שיבנם לביתו והי"א ג"כ ס"ל כן דההודעה היא לאחר שהוציאן לשוק ולא פליגי בלל [סנ"ע וב"ח] ולשון הרמב"ם אינו מורה כן וכן נמצא מפורש לגדולי הראשונים דס"ל דא"צ להודיעו כלל ואפילו יתפסדו פירותיו [ס"ק] דכיון שעשה שלא כהונן והטעהו ברמאות אין לו עסק עמו וכאשר עשה כן יעשה לו הוי דין נמור ולא קנסא בעלמא [תוס' ניסין מ:] :

ג הרמב"ם ז"ל כתב שם דה"ה מי שהכנים פירותיו לביה חבירו שלא מדעתו ג"כ הדין כן אע"פ שלא הטעהו באיזה דבר אלא שעשה שלא מדעתו ויש חולקין בזה דנהי דעביר אינש דינא לנפשיה להוציאן מביתו אבל בין שלא הטעהו אלא שעשה שלא ברשות אינו רשאי למכור מנוף המחורה לשכור בדמיהם פועלים להוציאן ונם אינו רשאי להוציאן במקום הפקר דלא הותר זה אלא במקום שהטעהו ויש מחלקין בין חצר דקיימא לאגרא אסור לו לעשות דבר להפסידו כיון שעומד להשכיר אע"פ שעשה שלא מדעת אבל בחצר דלא קיימא לאגרא עביד דינא לנפשיה כמ"ש הרמב"ם [ריי"ו] ונם זה דוקא כשצריך לעצמו את המקום דבזה הותר לו לשכור מזה פועלים ולהוציאן אף לשוק אם אין לו מקום אחר דמה לו לעשות כיון שצריך להמקום ונם באופן זה יש לפרש דברי הרמב"ם ז"ל [ס"ז] וכן עיקר לדינא [סס] ועיין בסי' ש"ח סעיף י"ד :

ד בשעת עת פתח ובהלה רחמנא ליצלן המציל חפציו לבית חבירו שלא מדעתו ודאי דצריך הבעה"ב לשמרם עד יעבר זעם ואם בעצמו צריך להמקום מחוייב עכ"פ להודיעו תהלה ואם לא יוכל להודיע יודיע לב"ד ואם אין ב"ד מוכן יודיע לשלשה אנשים ולהשכיר מקום שמור עבורם ובעל החפצים ישלם בער המקום ואם בעל החפצים הלך מהעיר ישלם מהחפצים עצמן דבשעת חשש הפסד נתנו חכמים רשות לעשות שלא מדעת בעלים כמ"ש בסי' רס"ד וס"ם ש"ח ע"ש :

הלכות חכירות וקבלנות

סימן שכ [דיני מקבל וחוכר היאך יתנהגו עם בעל השדה ובו ז' סעיפים] :

א שלשה שמות יש בשוכר שדה מחבירו שוכר וחוכר וקבלן שוכר נקרא ששוכר השדה ומשלם לבעל השדה כך וכך מעות לשנה כמו שוכר בית וחוכר נקרא שאינו משלם לו מעות אלא תבואה מאוהה שוורעה משלם לו כך וכך מדות לשנה בין שתעשה השדה הרבה בין שתעשה מעט או לא תעשה כלל וקבלן נקרא שנותן לבעל השדה חלק בהתבואה שתגדל שם שליש או רביע הכל בפי הנאם וכלל הדבר הוא ששוכר וחוכר דין אחד להם לפי ששכרן ירוע וקבלן יש לו דין אחר כמו שיתבאר לפנינו וקבלן היא כעין אריס אלא דהקבלן הוא נותן כל ההוצאה והזריעה והוא נותן החלק לבעל השדה ובאריס נותן בעל השדה ההוצאה והזריעה והוא נותן החלק להאריס :

ב ובין בחוכר ובין במקבל אע"פ שכבר התנו ביניהם לקבל את השדה אין כותבין שטר ע"ז אלא מדעת שניהם וכל זמן שלא כתבו יכולים שניהם לחזור בהם ומשכתבו אין יכולים לחזור בהם ואם התנו שישלם לו כלום משכתבו קנו והוה כסלוה בשטר [טור] והמקבל נותן שכר הכתיבה של השטר ואפילו אם הזבירה שנה זו כדרך בעלי השדות ולא יהנה שנה זו מן השדה מ"מ צריך ליתן שכר הכתיבה [סס] ובזה השטר גובין גם ממשועבדים אמנם זהו דוקא כשפרט בהשטר קצבה ידוע ליתן לו אבל אם כתב ליתן לו שליש או רביע כדרך המקבלין אין גובין ממשועבדים כיון שאינו קצוב [סמ"ע] וי"א דאף כשקצב אין דינו כמלוה בשטר ואינו גובה ממשועבדים ויכול לטעון פרעתי והשטר אינו אלא שלא יכול לחזור בו [קנס"ח] :

ג אם לא כתבו שטר עד שלא התחיל במלאכה יכולים לחזור בהם ומשהתחיל במלאכה אין בעל השדה יכול לחזור בו אבל המקבל יכול לחזור בו כפועל [תוס' כ"מ קס"] אבל השוכר והחוכר אין יכולים לחזור בהם בכה"ג דאין עליהם שם פועל אלא שם שוכר [ל"ל] וממה שנתבאר יש ראיה דבשטר גם פועל אינו יכול לחזור בו ובסי' של"ג יתבאר בזה בס"ד :

ד כבר נתבאר דהמקבל צריך ליתן כל ההוצאות וה"ה לחוכר ושוכר וס"ם כל דבר שאין השדה נשטרת זולתו כמו הסיוע והחפירה שסביב השדה הוא על בעל השדה כמו בשוכר בית שצריך ליתן לו בית מתוקן בכל

בכל תקוני אומנות כמ"ש בסי' ש"ב וכל דבר שהוא כדי לעשות שטירה מעולה הוא עליהם [סור] לפיכך הקרדום שחופרין בו הארץ והכלים שנושאים בהם העפר והדלי והבד וכיוצא בהן חייב בעל הקרקע ליתנם אבל חטיטת המקומות שמקבצים בהם הטים הוא על החובר והמקבל וי"א דכ"ז הוא במקבל אבל בחובר ושוכר אין על בעל השדה כלום דכיון שהוא צריך ליתן לו כדי חכירתו אף אם השדה לא תעשה פרי אין לבעל השדה עסק בהשדה כלל במשך חכירותו וכ"ש בשוכר והכי מסתבר [סס] וכן פסק רבינו הרמ"א ואינו דומה לבית דשם שדה הוא על הקרקע לבדה :

ה בין חובר ושוכר בין מקבל מקום שנהגו לקצור התבואה אינו רשאי לעקור עם השורש ומקום שנהגו לעקור אינו רשאי לקצור ואיזה מהם שבא לשנות חבירו כעכב עליו אע"ב התנו מקודם והטעם דכשעוקרים התבואה נשארה השדה נקייה ונגד זה יש טעלה בקצירה שנשארו השרשים לובל על השנה הבאה ולפיכך לבעל השדה לפעמים ניחא ליה בקצירה ולפעמים בעקירה וכן להמקבל לפעמים ניחא ליה בקצירה לפי שבעקירה יש הרבה טורח ולפעמים ניחא ליה בעקירה כדי ליתן הקש התחתון לבהמותיו לפיכך כל אחד מעכב על חבירו כלשטה כפי הטנהג אם לא פירשו ונ"ל דבחובר ושוכר אם שכרו גם על השנה הבאה אין בעל השדה יכול לעכב כשוה רוצה לעקור דכיון דעיכובו הוא משום הובל אין לו ג"מ בזה כיון דגם בשנה הבאה יטול קצבתו בכל ענין [וכזה י"ל קושית הסמק"י ים המקבל למה סלרך לסמעט מ"ם] :

ו במקום שנהגו לחרוש אחר הקצירה כדי להפוך שרשי העשבים הרעים שלא יצמחו צריך לחרוש ואפילו לא היה המנהג בשם לנכש העשבים הרעים והוא ניכש אותם מ"מ אינו פוטר עצמו מלחרוש אח"כ באמרו דדי בניכוש מפני שיכול בעל השדה לומר שמא לא ניכשת כל הצורך או שלאחר זה עלו עשבים רעים ואם פירש בשעת הניכוש שעושה זה כדי שלא יצטרך לחרוש ובעל השדה שתק גלי דעתיה דניחא ליה ואף שמדינא כל תנאי שאינו בשעת השבירות אינו מתקיים בלא קנין וכ"ש בשתיקה לבדה מ"מ במעשה כזה שעשה המקבל בדבר שלא היה צריך כלל ועשייתו היתה כדי שלא יצטרך לעשות מעשה אחרת די באמירתו גם שלא בשעת השבירות ובשתיקת בעל השדה ואם לא נהרצה בזה היה לו למחות [עסמ"ע] וכן להיפך אם נהגו לנכש והמקבל אינו רוצה אפילו רצונו לחרוש אחר הקצירה והייתי אומר שטובה היא מניכוש מ"מ אין שומעין לו מפני שיכול לומר דעד החרישה יפלו העשבים הרעים ויצמחו ולא תועיל החרישה אח"כ :

ז אם נוהגים באותו מקום שהחובר שרה סתם נוטל חלקו גם באילנות אע"פ שבאילנות אין לו טירחא שגדילין מאליהן יש לכל מקבל וחובר חלק בזה ואפילו אם בעל השדה הוסיף לו נגר שארי חובריס וקבלנים אינו יכול לומר דילכן היסתפתי לך כדי שלא תטול באילנות וכן להיפך אם נהגו שלא ליטול חלק באילנות או הם של בעל השדה אפילו אם הוסיף החובר לבעל השדה בחלקו נגר שארי בעלי השדות והטעם משום דהבא לשנות מהמנהג צריך לפרש בשעת השבירות דהיתרון יכול לתלות בענין אחר וזהו כדברים שבלב ולא דמי לניכוש שנתבאר דהתם הרי ריבר שעושה ע"מ כן :

סימן שכא [דין המקבל בית השלחין או שדה אילן ויבשו ובו י"ב סעיפים] :

א אע"פ שנתבאר דבחובר אין חילוק בין עשתה שרהו הרבה ובין לא עשתה כלל דנתן לו חבורו מ"ם אמרו ר"ל [ב"מ קג:] דבדבר שהוא טבת מדינה שכל השדות לא עשו פירות כגון שנפל ארבה וחגב ואכלו כל השדות מנכה לו מחבורו כמו שיתבאר בסימן שכ"ב דבכה"ג אינו יכול לומר להחובר מזלך גרם דהרי היא נזירה אלהית על כל בעלי השדות וגם בעל שדה זו יסבול ההפסד ואם נתהוה ענין שנתרבה יותר טורח להחובר ואם היה טורח הרבה היתה עושה פירות ולכן אם לא טרח יסבול הוא כל ההפסד ולא בעל השדה דהיה לו לטרוח וכן בקבלנות ישלם לבעל השדה חלקו כפי מה שהפסידו לפי שטת הבקיאים אבל בטבת מדינה בקבלנות אינו מנכה לו להמקבל כלום דהרי לא שייך ניכוי בזה שחרי חולקין כפי תנאם בטה שנמצא וזהו דעת הרבה מרבותינו וכן פסק רבינו הרמ"א אבל דעת הטור וכן משמע מהרמב"ם בפ"ח משכירות לחלק בין טבת מדינה שנתהוה לאחר גידול התבואה כגון אבלה חגב דבזה חולקין מה שנמצא ובין טבת מדינה שנתהוה קודם גידול התבואה כמו שיבש הנהר הגדול שיתבאר ושדה זו א"א שתגדל בלא דליית מים וזה המקבל טרח והביא מים מנהרות אחרים וביכלתו היה למנוע א"ע ממטירתה גדולה כזו דהא לא קיבל אדעתא דהכי ולכן אם עשה כן מנכה לו הבעה"ב מחלקו כפי טרחתו שהיה לו [סמ"ע] ויש מי שאומר דלא פליגי כלל ואין חילוק בין נתהוה המכה קודם לאחר מכאן ואם המקבל לא עשה דבר יתר לא שייך ניכוי וחולקין בכל הנמצא לפי החלקים ואם עשה דבר יתר מחובתו כמו שהביא מים מנהרות רחוקים הכל מוריס שהבעה"ב מוסיף לו ומנכה מחלק עצמו וזהו בוונת הטור ורבינו הרמ"א מיירי כשלא עשה דבר יתר [ע"ז] וכן עיקר לדינא

ב לפיכך החוכר או המקבל שדה מחבירו והיא בית השלחין שאין לה במי נשמים וצריכים להשקותה ויבש המעין שמשקין ממנו בית השלחין זה והנהר הגדול שממנה נמשך זה המעין לא פסק אינו מנכה לו מחכורו שהיה לו למרוח ולהביא מהנהר ונם במקבל אם לא הביא מהנהר ישלם לבעל השדה חלקו בפי שהיתה עושה אם היה מביא מהנהר וכן אם בשדה זו היה אילן טוב שעל שמה נקראת השדה בית האילן וירוע שבשביל האילן ירד החוכר לתוכה מפני שבהאילן נושל חלק בלי מירחא [רמ"י] אע"פ שנקצצה האילן אינו מנכה לו מחכורו דאין זה מכת מדינה ובמקבל לא שייך בזה ניכוי דדרי שניהם מפסידים בפירות האילן ובחוכר כל מה שצריך הבעה"ב ליטול מפיחות יקח לו החוכר פירות מהשוק דמולא דידיה נרם וכן אם היתה שדה של אילנות ונקצצו תרבה אילנות עכ"ן אינו מנכה לו מחכורו [פי' סרמב"ם נמצמים קנ:] ואפילו לא נשארו ממע עשרה לבית סאה [עור] :

ג אבל אם מכת מדינה היא כגון שיבש הנהר הגדול דדוב בעלי השדות של אותה הבקעה [רמ"י] או אותה העיר [רמב"ם] נלקו מנכה לו מחכורו ובקבלנות לא שייך ניכוי דחולקים לפי תנאם מה שנמצא אמנם אם זה מדת והביא מים מנהר רחוק להשקותה שוה לא היה מושל עליו בלל מוסף לו בעל השדה כפי שומת הבקיאים מה ששוה בעד מדחתו כמ"ש בסעיף א' וכן באילן ושדה אילנות אם רוב האילנות של הבקעה או העיר נקצצו ע"י רוחות סערות או לא צמחו כלל מנכה לו מחכורו דוחו מכת מדינה :

ד אמרו חו"ל דאע"פ שבשאינה מכת מדינה אינו מנכה לו מחכורו מ"מ אם בשעה שהשכיר לו גלי דעתיה דההשכרה הוא ביהותן כמות שהן עתה אע"פ שלא היה תנאי מפורש בדבר מנכה לו מחכורו כגון שהיה עומד בתוך השדה וא"ל בית השלחין זה אני משכיר לך בית האילן זה אני משכיר לך יבש המעין או נקצץ האילן מנכה לו מחכורו שהרי הוא עומד בתוכה ולמה הוצרך לומר הזה אלא שזהו באומר כמות שהיא עתה אני משכיר לך וה"ה אפילו לא עמד בתוכה אלא חוצה לה ואמר בית השלחין זה אני משכיר לך מרלא קאמר שרה ז ודקדק לומר בית השלחין זה משמע כמו שהיא עתה וכן אם עומד בתוכה וא"ל את בית השלחין אני משכיר לך אף שלא אמר זה דכיון דעומד בתוכה והזכיר בית השלחין הוי קפידא דחוקא בית השלחין כמו שהיא עתה [סמ"ע] אבל כשלא עמד בתוכה ולא אמר זה אלא בית השלחין או בית האילן אני משכיר לך ויבש המעין או נקצץ האילן אינו מנכה לו דזה שא"ל בית השלחין ובית האילן הוא שם בעלמא שכן היא נקראת דאין בזה לשון הטורה על קפידא לומר כמו שהיא עתה וחוקא כשא"ל בית השלחין שבמקום פלוני דאל"כ יתן לו בית השלחין אחר כמו בחמור סתם שבסי' ש"י ועמ"ש בסי' רי"ח :

ה וי"א דזה שאמרנו וכשאמר זה או עומד בתוכה ונקצצו האילנות דמנכה לו זהו דוקא כשלא נשאר ממע עשרה לבית סאה דבשלה ממנה שם שדה אילן וכן בבית השלחין כשיבש המעין כיון אבל אם נשאר ממע עשרה לבית סאה או שלא יבש המעין לנמרי אינו מנכה לו מחכורו דעדיין שם בית השלחין ושרה האילן עליהם וכן י"א דזה שאמרנו דכשלא אמר זה ולא עמד בתוכה אע"פ שהזכיר בית השלחין אינו מנכה לו וזה דוקא כשבעל השדה אמר לשון זה להחוכר ולזה אמרי' דאע"פ שהזכיר בית השלחין כיון דהקפידא הוא אצל החוכר ולא לבעל השדה אמרינן דזה שהשכיר בית השלחין הוא שמא בעלמא אבל אם התחבר אמר לבעל השדה בית השלחין אני חוכר ממך מנכה לו אע"פ שלא עמדו בהוכה ונם לא אמר זה דכיון דהדבר נוגע לו מסתמא בקפידא אמר כן וכן פסק רבינו הרמ"א :

ו מעשה בהיכם אחד באימליא שהיה לו בעירו חנויות הסיוחדים להלואות וכל מי שהיה לו הזקה באחד מחנויותיו עשה שטה עסק והלואה והרוכס העמיד אחר משופמיו לעמוד לבעלי החנויות לגבות חובותיהם בערכאות שלו והשכיר ראובן חזקת חנותו לשמעון על כמה שנים בשבר קצוב לכל שנה ושמעון עשה העסק מההלואות בחנותו ואח"כ נור השר שהשופט שלו לא יעשה משפט אם המלוים יתנו להלוים בלי משכון ובוה נתקלקל כל העסק ועמד שמעון בהחנות קרוב לשנה אחר הנזירה ורצה שמעון לבטל על להבא השכירות ששבר מראובן ונם על הזמן העבר שישב בעת הנזירה יכה לו ראובן משכירותו ומענתו היתה דזהו בכלל מדינה כיון שהרוכס נזר על כל בעלי חנויותיו והסכימו נדולי אימליא דהדין עם שמעון :

ז ואחר מיוחד מנדולי המדינה חלק עליהם וס"ל דדין מכת מדינה אינו אלא רק על העבר כמו אבלה חנב או נשדפה אבל בלהבא דין זה כמ"ש בסי' ש"י בשוכר חמור ונתקלקל שאינו ראוי עוד לרכיבה דמשלם לו השוכר שכרו שעד כה ומשם ואילך בטלה השכירות בכמו כן היה ביכולת שמעון לבטל השכירות מפני הקלקול שנתהוה וכיון שישב בהחנות ולא חור בו איהו דאפסיד אנפשיה וצריך לשלם כל השכירות שישב עד עתה ועל להבא יכול לחזור בו ווהו כמו סום במקח שיכול לבטל השכירות ומשנשתמש בו אינו יכול לבטל כמ"ש בסי' רל"ב ויש שהסכים לדעה זו [סמ"ע] :

ח ורבינו הרמ"א חולק עליו וס"ל דאין חילוק בין עבר ובין להבא דבמ"ם שנפסר הענין והוי מכת מדינה מנכה לו משכירותו ואם אפשר לתקנו ע"י טורח ותחבולות אינו מנכה לו כמו ביבש המעין ולא יבשה הנהר דמחוייב למרוח ולהביא מן הנהר אף שיש בזה טירחא יתירא והרי בית השלחין ובית האילן הוא על להבא ורגין בזה דין ניכוי אם היא מכת מדינה וכן פסק מהר"ם בר"ב בשר

בשר שנזר על מלמדים שלא ילמדו עם תלמידים דהוי מכת מדינה וכל ההפסד על הבעה"ב ורוב הגדולים הסכימו לזה וכן עיקר ועמ"ש בסי' של"ד סעיף י' :

ט ויש בכאן שאלה למה בחובר אמרינן כשאינה מכת מדינה ההיזק הוא על החובר ובשובר חמור בסי' ש"י ובית בסי' ש"ב כשנתקלקלו או מת ונשרף פסקינן דא"צ לשלם לו כל השבירות רק מה שרר עד עתה ומה שנסע עד כה אף דלא הוי מכת מדינה ויש מי שאומר דהחילוק כן הוא דבכל מקום שנתבטל הענין לגמרי כמו בחמור שא"א לרכוב עליו עוד ובהבית א"א לדור מעתה ממילא דאין בזה שם שבירות כלל אבל במקום שהדבר ששכר הוא בעין כמו שורות החכורים אלא שנתקלקלו הרבה מתבואותיה ע"י חגב או שיבש המעין ונקצץ האילן אבל מ"מ עדיין יש פירות ושם שדה עליה לפיכך כשאינה מכת מדינה הוי כל ההיזק על השוכר [ב"ח] וראיה לסברא זו ממה שנתבאר שם דבנסתמא החמור ושברו למשא כיון שעדיין ראוי למלאכתו אף שקשה הרבה מקודם מ"מ אין השוכר יכול לבטל השבירות ואע"ג דבנמצא מום בשקת עדיין ראוי לתשמישו ועכ"ו נתבטל המקח שאני התם דאינה אותו והוי מקח טעות אבל שובר חמור ושרה מן השמים נתהוה :

י ויש מי שחילק באופן זה דכשנתהוה הקלקול בהדבר ששכר כמו בשובר חמור ובית והם עצמם נתקלקלו אין זה מה ששכר ויכולים לבטל השבירות אף בלא מכת מדינה אבל בשובר שדה הרי השדה עצמה ששכרה לא נתקלקלה שהמעין נתקלקל או חגב אבל הפירות ולבן כשאינו מכת מדינה ההפסד על השוכר [מ"מ] :

יא ולי נראה דעיקר הענין אינו דומה כלל דהשובר ששוכר דבר מחבירו בלי שיחורש בזה דבר כמו חמור לרכיבה ובית לדירה ובכלות ימי שכירותו ישובו לבעליהן כמו שהיו והו ודאי רצריך להיות קיים הדבר עד סופו ואם נתקלקלו נתגלה שבטלה השבירות מהיום אבל שובר שדה מחבירו אינו שוכרה בשביל רגבי האדמה אלא שיזרע עליה ותצמח ויקצרנה ובעת ההשכרה נעלם זה מהבעלים והוא כעין מסחר כפי אשר נגזר מן השמים לכן בדקדוק אמרו חז"ל דאם אינה מכת מדינה מזלא דשובר גרים דהא משניהם נעלם מה יהיו הפירות אם רב ואם מעט ובשם שאם תהיה יותר פירות מכפי האומר לא יתן יותר להבעלים כמו כן בפחות לא יפחות אבל בחמור ובית לא שייך מזלא דשובר דהא החמור והבית ישובו להבעלים משא"כ פירות השדה :

יב כללו של דבר כל שבירות שהענין הוא להוציא ריוח מהשבירות כמו שדה לאכול פירותיה או שובר חנות לסחורה או שובר מלמד לבנו לאכול פירות תורתו וגם זהו בעין מסחר דאפשר שיקבל תורה הרבה ואפשר שיקבל מעט הרין בזה דאם אינה מכת מדינה ההיזק הוא על השובר ובמכת מדינה ההיזק על שניהם וכן בכל כיוצא בזה אבל בשובר דבר לבני לאכול פירותיה אלא חמור לרכוב עליו עד מקום פלוני ובית לדור בה עד זמן פלוני דאין בזה עסק מסחר אין דנין בזה דין מכת מדינה דאף כשאינה מכת מדינה כיון שנתקלקלו יכול לחזור בו להבא :

סימן שכב [החוכר שדה ואכלה חגב או נשדפה ובו ו' סעיפים] :

א החוכר או שוכר שדה מחבירו ואכלה חגב או נשדפה אם אירע דבר זה לרוב השורות של אותה הבקעה ולהרמב"ם רוב השדות של אותה העיר מנכה לו מחכורו משום דהוי מכת מדינה ולאו מזליה דשוכר נרים וכמה מנכה לו הכל לפי ההפסד שאירע לו ואף שאינו דומה הפסדו להפסד של רוב בעלי שדות מ"מ כיון דבכלליותיה הוי מכת מדינה מנכה לו לפי הפסדו [סמ"ע] ואם לא פשטה המכה ברוב השדות אינה מכת מדינה ומזלא דשוכר גרם ואינו מנכה לו כלום ובקבלנות לא שייך חילוק זה דבכל הנמצא בשדה אם מעט ואם הרבה חולקין כפי תנאם :

ב כשאינה מכת מדינה דאינה מנכה לו משום דמזלא דשוכר גרם זהו אפילו כשהיה להמחכיר עוד שדות בבקעות אחרות וכולן נשדפו או אכלן חגב דרואין דמזלא דמחכיר גרם מ"מ אינו מנכה לו וכך אמרו חז"ל בשעמא דמילתא שהמחכיר יאמר לו אין דרכו של הקב"ה להעניש את האדם שלא ישאר לו שריד כמו שכתוב כי נשארנו מעט מהרבה ושרה זו שהחברתי לך השאיר לי הקב"ה כיון שההפסד הוי עריך אבל להיפך במכת מדינה דמנכה לו מחכורו אם נשתדפו כל השדות של החוכר שבבקעה אחרת אינו מנכה לו מחכורו דנראה להדיא שאין זה ההפסד תלוי אלא בשוכר שהרי גם שדותיו שבמקומות אחרים נשדפו ובשם לא היה מכת מדינה והשוכר אינו יכול לומר דמשום סיבה שלי היה נשאר לי מעט כמו שאומר המשכיר דהרי אם היה רצון ה' להניח לו מעט היה מניח לו משדות עצמו ולא משדות אחרים שחברן ועוד דבין כך ובין כך לא נשאר לו בכאן אף מעט אלא שלא היה מצטרך לשלם להמשכיר ובזה לא שייך שיור :

ג בזה שאמרנו דאם היא מכת מדינה מנכה לו אפילו השדות האחרים היו זרועים חטים והוא זרע שעורין או להיפך ג"כ מכת מדינה היא כיון דסוף סוף נשדפו מיהו אם היה אצלם גם מהמין שלו וזה לא נשרף אצלם אין זה מכת מדינה דהמשכיר אומר לו הרי המין שלך

לא נשתף ואע"פ שיש מי שמסתפק בזה מ"מ כן עיקר לדינא ואם רוב הבקעה לא נשתרף רק הארבעה שדות מד' רוחותיו י"א דזהו ג"כ מכת מדינה והרבה חולקים בזה וכן הוא דעת המור:

ד התנה עם בעל השדה שיזרענה חמים וזרקה שעורים אע"פ שגם כל החמים נשדפו מ"מ אינו מנכה לו מפני שהמחכיר יכול לומר לו אלו זרעת חמים אולי היה מקויים בי וחנזר אמר ויקם לך שאני התפללתי על חמים ולא על שעורים וכן אם לא זרעה כלל אף שרוב השדות נשדפו מ"מ צריך לשלם לו כל חכורו מפני שאומר לו אלו זרעת היה מקויים בי לא יבושו בעת רעה ובימי רעבון ישבעו וכן אם זרעה ולא צמחה אע"פ שבא חגב או שדפון והוכו רוב השדות מ"מ אינו מנכה לו מחכורו דהוא חייב להטפל ולזרוע פעם אחר פעם כל שלא עבר זמן הזריעה ואולי אם צמחה היה שולם בזה ברכה אמנם כשצמחה ואכלה חגב אינו מחוייב לזרוע עוד אף שהוא עדיין זמן זריעה שהרי רואין שגזירה היא שאע"פ שהתבואה תצמח יאכלוה החגבים כמו שאירע לרוב השדות כללו של דבר לעולם יד המשכיר על העליונה כל זמן שיכול למצא עילה שאם היה עושה כרבריו לא היה מהקלקל ולכן יש מרבותינו דמ"ל אפילו כשצמחה צריך לזרוע כל זמן זריעה [רס"ו] אך בזה חולקים הפוסקים דבין שעשה מה שעליו לעשות עד צמיחת התבואה א"צ לעשות עוד [סמ"ע]:

ה כתב רבינו הרמ"א דדוקא בקבלנות אבל בחכירות יכול לקנות לו פירות מן השוק ונותן לו חכירותו ע"ל ודבריו צריכין ביאור [עמ"ז] ונ"ל בכוונתו דהנה בגמ' [קפ"] איתא דמחוייב ליתן לו מהחטים שבשדה זו ואם רצונו לקנות מהשוק אינו רשאי ואף אם לא רצה לנכש את השדה יכול המחכיר לכופו שינכש אותה ואף אם יאמר מה איכפת לך אקח לך חטים יפות מן השוק יכול לומר לו אני רוצה חמים משדה שלי ואפילו אם ירצה לנכש שיעור מה שצריך ליתן לו מ"מ יכול לכופו לנכש את כולה. מפני שיכול לומר ששרהו תעלה עשבים רעים ויגיע לו רעה לשנים הבאות ואף אם ירצה לחרוש אותה אח"כ כרי לעקור העשבים יכול למחות בו משום דעשבים רעים כשנופלים בשדה א"א לעקור אותם ע"י חרישה וכ"מ כתבו הראשונים שכ"ז הוא דוקא כשכבר זרע אבל כשאין רצונו לזרוע כלל וליקח לו חטים מהשוק אינו יכול לכופו שיזרע בשביל רצונו בחטי שדהו וזהו רק בחכירות דהחלק קצוב אבל בקבלנות יכול לכופו שיזרע כיון שאין חלקו קצוב ואע"ג דאם לא זרעה צריכים לשום כמה היתה מעלה ויתן לו חלקו לבעל השדה כמ"ש בסי' שכ"ח מ"מ יכול לכופו לכתחלה שיזרעה ויכול לומר שאינו רוצה למשך על השומא דשמא לא יכוונו בשומתם וזהו כוונת רבינו הרמ"א [ומקור קוטים סט"ז וכן סוף סי' סכמקי ועסמ"ג וזו"ק] ובמקבל כשזרעה ולא צמחה אינו מחוייב לזרוע עוד פעם ומולא דתרוייהו גרים [ס"ז] ודיוקא בחוכר שהשדה שלו ונותן דבר קצוב להמחכיר ורוצה לפטור א"ע בטענת מכת מדינה בזה יכול לכופו לזרוע עד שיצמח אבל בקבלנות דהם כשותפים כיון שעשה מה שעליו לעשות א"צ לעשות עוד כמו מקבל עסק שכשעשה ולא הצליח איך נכפנו לעשות עוד [סס ויש סס בסופו סס"ד] ויש מי שאומר דגם בקבלנות אם רצונו שלא לזרוע אינו יכול לכופו כמו בחכירות [סס] ולי נראה דהעיקר כרבינו הרמ"א דבחכירות דהטעם הוא רק מפני ש־צונו בחטי שדהו בזה ודאי אינו יכול לכופו אבל בקבלנות טעמא אחרינא איתי ביה דשמא לא יכוונו השומא:

ו מעשה בראובן ששכר בית משמעון על שתי שנים ונתן לו השכירות מקודם ובתוך הזמן היתה מנפה בעיר ער שרובם ברחו מן העיר ומיעוטם נשארו וגם השוכר ברח והניח הבית ריקם ואח"כ חזרו כולם ורצה השוכר שישיב לו המשכיר שכירותו מהזמן שהיה חוץ לעיר בטענתו דזהו מכת מדינה ומנכה לו ופסקו הגדולים דוראי מכת מדינה היא ומ"מ יש ספק בדבר כיון שעל המיעוט לא הוי סכנה שמא אחר מהמיעוט היה שוכר הבית וכיון שיש ספק יחלוקו [מ' מסר"מ מר"ב סי' סס"ח] ואע"ג דבשדות לא אולינן רק אחרי רוב היינו מעמא דבשדות שהמכה היתה בהשדות עצמן אזלינן בתר רובא ואמרינן דגם שדה זו בכלל גוירת רוב שדות היא אבל בזה שהגזירה היתה על רוב האנשים ולא על הבתים ועל מיעוט האנשים לא היה הגזירה שפיר אמרינן דאילו מי שהיה מהמיעוט היה שוברה [קל"ם] אמנם בזה שפסקו דיחלוקו אף שבבר שילם להמשכיר וזהו למאן דס"ל דבספיקא דדינא חולקין אע"פ שהאחר מוחזק אבל אנן קי"ל דאין להוציא מיד המוחזק ולכן אין להוציא מיד המשכיר ואם לא נתן עדיין לא יתן כלל [סס]:

סימן שכג [המקבל שדה מחבירו ולקתה בהעמרים ובו ג' סעיפים]:

א החוכר שדה מחבירו ליתן לו כך וכך חטין לשנה ולקו החטין שהיו רעות כחושות ושדופות מ"מ נותן לו מתוכה כמו שהן ואין המחכיר יכול לומר קח לי חטין מן השוק ואפילו לא לקו במחובר אלא שלקו העמרים בשדה אחר הקצירה ויכול המחכיר לומר הרי מקרקעי נגדלו בטוב ואצלך נתקלקלו דמ"מ כיון שלא ראינו שהחוכר עשה איזה קלקול שנוכל לחלות בו מחוייב המחכיר לקבל איזו חטים שהן וכמו שאם היו חטים יפות

סכל החטים לא היה ביכולת החוכר להרחות אותו לחטין מן השוק כמו כן להיפך ולא עוד אלא אפילו ידוע שבכל שנה עשתה חטים טובים ואצל החוכר הזה נתקלקלו וא"כ מזלא דהאי חוכר גרם והרי באבלה חגב כשמזלו גרים צריך ליקח לו חטים מ"מ כשיש חטים אלא שהן רעות צריך המחכיר לקבלן שע"מ כן ירד החוכר לתוכה :

ב בר"א כשאין ידוע לנו דבר ששינה החיכר בתנאו אבל אם שינה כגון שהתנה עמו לזרעה חטין וזרעה שעורין והתנה לתת לו בחכירותו שעורין ולקו השעורין אינו נותן לו מתוכה אלא קנה לו טובים מרשיק ואינו יכול לומר הרי התניתי לתת לך שעורין ויש לי פשרה זו משום דיכול לומר לו הרי התנאי היה על שעורים מן השוק כיון שהתנאי היה לזרוע חטים ואתה שנית וכ"ש אם קלקל בזריעתו או לא נכש כראוי או קלקול אחר שעשה דא"צ לקבל ממנו משהרחו אפילו ההנה לחטים וזרעה חטים :

ג אף שנתבאר דהגם דהיה הליקוי אחר הקצירה מ"מ נותן לו מתוכה כגון עמרים שלקו אחר שנקצרו שהניחם ליבש בחטה ונתקלקלו והוא לא עשה שלא כראוי ולא הניחן יותר מהשיעור וכן אם חכר ממנו כרם בעשרה סלים ענבים וגדלו בטוב ואחר שנבצרו נקרסו שהפינו טעמן ונתחמצו מ"מ כיון שלא פשע בשום דבר נותן לו מאלו הענבים מ"מ אמרו חז"ל דיין יש לו דין אחר שאם חכר ממנו הכרם בעשרה כדי יין והחמיץ היין אצל החוכר בחביותיו אע"פ שידוע שעשה הכל כהוגן מ"מ חייב לקנות לו יין טוב וליתן לו משום דקבלה הוא אצל רו"ל דיין תלוי במול הבעלים דיש שנותן לחבירו יין טוב ותיכף כשבא ליד המקבל נתקלקל ולכן אף שבארנו דבזה אין מולא דידיה גרם מ"מ ביין שהדבר ידוע שתלוי במול הבעלים א"צ לקבל ממנו יין רע ויקח לו יין טוב ועוד דבשלמא חטים וענבים בין יפים בין רעים שמן עליהם אבל יין כשהחמיץ אין עליו שם יין רק חומץ והוא צריך ליתן לו יין ועוד דחטים וענבים גם אחרי תלישתן שעדיין צריכין לקרקע להתייבש והיי כנדל כך מקרקעו אבל יין בחבית אין שייכים לקרקע כלל ואם התנה ליתן מזה היין הבל לפי תנאו :

סימן שכב [החוכר שדה לזרוע חטים ורוצה לזרוע שעורים ובו ב' סעיפים] :

א החוכר שדה מחבירו לזרעה שעורים לא יזרענה חטים מפני שהם מכחישות את הקרקע יותר מהשעורים אבל חכרה לזרעה חטים יכול לזרעה שעורים ויקח לו לחבירתו חטים מן השוק ואע"ג דיכול לומר אני רוצה חטים מקרקע שלי כמ"ש בסי' שכ"ב מ"מ הא נתבאר שם דאם אינו רוצה לזרעה כלל אינו יכול לכופו מטעם זה וא"כ ה"ה כשרוצה לזרוע מן הקל יותר להקרקע ולקח לו חטים מן השוק דאינו יכול לכופו [כ"ל] ואם חכרה לזרוע קמניות לא יזרענה תבואה חכרה לתבואה יזרענה קמניות וזהו לגירסת הרמב"ם ולפ"ז תבואה מכחיש הקרקע יותר מקמניות וי"א בהיפך תבואה לא יזרענה קמניות קמניות יזרענה תבואה דקמניות מכחשת הקרקע יותר ודבר זה תלוי לפי הקרקע כמ"ש הרמב"ם דבבבל וכיוצא בה שם הקמניות מכחשת את הארץ ולכן לא יזרע שם קמניות וי"א דבבבל שהיא מצוקה ומבועה בבצעי מים יכול לשנות ולזרוע מה שירצה דקרקע שלה מפני שומגה אינה חששת לכחישות ודברים אלו עושים בזה ע"פ מה שיודעים במבע הארץ מהמקום הזה מהמתעסקים בחרישתה ועבודתה ויש מי שכתב דקרקעות שלנו דומות יותר לשל בבל משל א"י [נמק"י] ואין בזה כללים וכל מקום ומקום לפי ענינו ומבעו [ומס

דלא פסקינן כרשב"ג בב"מ ק"ו: כתב סב"מ מעוס דסמוניא סס מוסה דלא כוותיס וכזס נדמו דברי הסמ"ס סס ום"ס סממ"ע ל"ע כמ"ס הפ"מ בפי' לירושלמי סס ודוק] :

ב י"א דכ"ז הוא בחכירות אבל בקבלנות יכול לשנות אפילו לדבר המכחיש את הקרקע דבין שנוטל חלק מהשדה לפי מה שהתנו ביניהם ואינו נוטל דבר קצוב וכשיזרע דבר המכחישה יותר היא שוה יותר ויהיה לו חלקו ביתר ואמרי אינשי ליבחש ארעא ולא ליבחש מרה ולפ"ז אם בחכירות רצונו ליתן לו חכירותו מזה המין שיזרע ג"כ מותר לו לשנות אלא דאורחא דמילתא היא דבחכירות שקוצב לו כך וכך חטים או מין אחר נותן לו הדבר שקצב לו אבל בקבלנות שהוא כשותף נוטל חלק בכל מה שזורע ויש חולקין וס"ל דאפילו לדבר שאינו מכחיש יותר אינו יכול לשנות בקבלנות דבין דקבלן אין דרכו ליתן אלא מסה שגדל בשדה אפשר שבעל הקרקע מקפיד לזרוע דוקא מין זה מפני שצריך למין הזה אבל בחכירות יכול לקנות לו מן השוק ואינו יכול לכופו לזרוע בשביל זה אבל בקבלנות יכול לכופו לזרוע דוקא כמ"ש בם' שכ"ב סעיף ה' [וסמ"ן סקסס בזס וסולך לסימסו סס ומזס לקיס למ"ס בסס דסרמב"ן וסמ"מ בטלי לעס זו ס"ל כמ"ס ודוק] :

סימן שכה [המקבל שדה מחבירו אם רשאי לזרעה פשתן ובו ה' סעיפים] :

א אטרו חו"ל [סס קמ"ו] דהחוכר שדה מחבירו על פחות משבע שנים לא יזרענה פשתן מפני שמכחשת את הקרקע שאינה חוזרת לקדמותה עד שבע שנים ואם קבלה לשבע שנים יכול לזרוע בשנה ראשונה פשתן ולשמנה

ולשמנה שנים יכול לזרוע שתי שנים פשתן וכן לעולם וזהו דאם בעת שחכרה לא דיבר עמו מה שיזרע אלא התנה עמו שיתן לו כך וכך מדות חטים או שעורים לשנה דאם התנה מה שיזרע אסור לו לזרוע שום דבר שקשה להקרקע יותר ממה שהתנה אבל כשלא התנה יכול לזרוע מה שירצה לבר פשתן מפני שמכחשת הקרקע יותר מדאי (ל"ל) או אפשר דוה שנתבאר בסי' הקודם דהכרה לשעורים אינו רשאי לזרוע חטים וזהו כששכרה לשנה אבל אם שכרה לשנים או לנ' שנים יכול לזרוע מה שירצה לבד בשנה האחרונה מפני שהבחש להקרקע אינה רק על שנה אחת אבל פשתן הבחש הוא לשבע שנים וצ"ע לדינא:

ב י"א דדוקא בחכירות אבל בקבלנות יכול לזרוע אף פשתן דהא הבעלים ישלו חלק בזה ויש חולקין כמ"ש שם ולפ"ז לדעה ראשונה גם בחכירות אם רוצה ליתן לו מהפשתן רשאי לזרוע כמ"ש שם [מ"ם סמ"ע נמק"נ דנקבלן לייני בסי' זס תמוס כמ"ם סמוע ולף נדעת הרמב"ם מינו מוכרח ומוני למו דוקא סוף וכוונתו רק על מקמס מימבמי ודוק]:

ג בזמן הש"ם היה מין עץ שקורין שקמה וקוצצין ענפיו לקורות בנינים ואין הענפים חזורות להיות קורות עד שבע שנים ולכן אם שכר השדה לפחות משבע שנים אין לו בקורות השקמה וכיוצא בה ואפילו בשבח שהשביחו הענפים בעודן ברשותו אין לו חלק מפני שלא ירד כלל להשקמות ואם שכרה לי' שנים יש לו בשנה ראשונה כמו בפשתן ודבר זה בין בחכירות בין בקבלנות:

ד קבל השדה לזריעה וצמחו בה אילנות מאליהן במקום שלא נהגו ליטול חלק מאילנות אם עלו במקום שאין ראוי לזריעה כמו על המצר אין לו בהם כלום ואם עלו במקום הראוי לזריעה אם אמר שחפץ במה שעלו בה אילנות ואף אם לא עלו היה נוטען שמין לו האילנות כאלו נטען ונותן לו שויים כשיצא ממנה אבל אם אמר שיותר היה חפץ לזרוע במקום האילנות רואין את האילנות אם היו בענין שאם יעקרים יהיו ראוין ליטע במקום אחר צריך ליתן לו בשבין דמי נטיעות העומדות ליטע שהוא פחות מדמי אילן הנטוע העומד ואינו יכול לומר אתן לך רק דמי הזריעה כיון שאתה חפץ בזריעה מפני שהוא יכול להשיב אני זרעתי בזה דבר יקר כמו כרכום וכיוצא בזה [סמ"ע] ואם אינן ראוין ליטע אינו נותן לו אלא דמי עצים והרמב"ם לא חילק בכ"ז וזה לשונו בפ"ח משכירות המקבל שדה מחבירו לשנים מועטות אין למקבל כלום בקורת השקמה וכיוצא בה ולא בשבח האילנות שיצאו מאליהן בשדה אבל מחשבין לו מקום האילנות כאלו היה בהן אותו זרע שזרע בשדה והוא שצמחו האילנות במקום הראוי לזריעה אבל אם יצאו במקום שאינו ראוי לזריעה אין מחשבין לו כלום עכ"ל ודעה ראשונה היא דעת המחבר ואפשר דלא פליני כלל דהרמב"ם מיירי כשלא היה לו רשות לנטוע אילנות והמחבר מיירי במקום שהיה לו רשות לנטוע אילנות וירד בשדה לכך לנטוע אילנות דכן משמע בש"ם שם [סס קט"] דכשירד ע"מ כן יש לו חלק בזה ובשלא ירד ע"מ כן אין לו חלק בזה ולכן משמע מדברי המחבר דנאמן ע"פ אמירתו מפני שירד לכך:

ה איתא בתוספתא [ב"מ פ"ע] המקבל שדה מחבירו לזרעה שעורין לא יזרענה תלתן תלתן לא יעשנה מקשה מקשה יזרענה תלתן תלתן יזרענה שעורים חמים לא יזרענה פשתן פשתן יזרענה חטין המקבל שדה מחבירו לזרעה חטין לא יזרענה שעורין שעורים לא יזרענה פשתן פשתן יזרענה שעורים שעורים יזרענה חטים עכ"ל וניכר שיש בזה טעות הדפוס דהא חטין קשה משעורים ולכן צריך לגרוס להיפך חטים יזרענה שעורים שעורים לא יזרענה חטים אמנם בירושלמי הגירסא בשניהם לא יזרענה ולא קיי"ל כן [ועיל דזכו לרשב"ג במשנה ק"ו: וגם בפשתן סגירסת סס לף יזרענה חטין וגם זכו כן ולף קיי"ל כוותיה ולכן סממיקו סרלמסומים]:

סימן שכו [המקבל שדה לזרעה שומשמין וזרעה חטים ובו ד' סעיפים]:

א המקבל או החוכר שדה מחבירו לזרעה שומשמין וזרעה חטים והשומשמין מכחיש הקרקע הרבה יותר מחטים אבל גם דמיהן הרבה יותר יקרים מחטים ונתהוה שעשתה הרבה חטים עד שעלה הזריזה כמו משומשמין אין לו עליו אלא תרעומות בזה שבעל השדה יתרעם עליו ששינה מדעתו ואולי אם היה זורע שומשמים היה כל כך ברכה שהיה עולה עוד יותר מעתה [נמ"ז] ויחלוקו כפי תגאם אם הוא בקבלנות ויתן לו כל מה שקבל עליו אם הוא בחכירות [עור] ואין המקבל יכול לומר אנבה לך מה שהקרקע לא נכחשה כל כך ראין לו להפסיד מזה שהרי רצה שיזרענה שומשמין ועוד דאמרי אינשי ליכחש ארעא ולא מרה:

ב ואפילו עשו החטים יותר מסה שהשומשמין היו ראוים לעשות חולקין לפי התנאי שביניהם אף שמשתכר בעל הקרקע גם בכמין גם בהעדר הכחשת הקרקע ואין המקבל יכול לומר לו למה תשתכר עוד מזה הלא בגרמתי השבחתי ודי לך לקבל כפי מה שהיתה ראויה לעשות משומשמים מפני שזה אומר לו הרק אתה לבדך השבחת הלא גם קרקע שלי גרמה לזה [סס קיז] ואם עשו החטים פחות ממה שהיתה ראויה לעשות

לעשות משומשמין משלם לבעל הקרקע כפי מה שהיה ראוי לעשות מהשומשמין ואינו מנכה לו מה שהקרקע לא נבחשה כל כך כמ"ש בסעיף א':

ג ממה שנתבאר למדנו שהשוכר שדה מחבירו לזרוע בה איזה מין וזרע מין קל מזה אינו יכול לנכות לו במענה שהקרקע לא נכחשה כל כך כמו אם היה זורע המין שקבל ואם זרע מין כבד ממה שהתנה עמו ודאי דצריך להוסיף לו על שכירותו כפי שומת הבקיאים שהכחיש הקרקע יותר ואף שמשלם לו מ"מ יש עין בידו מה ששינה מרעת בעלים ויבקש ממנו שימחול לו: ד וע"ע דזה שנתבאר בענינים אלו שלהקל על הקרקע הרשות ביד השוכר זהו בסתמא אבל אם פירש לו מפורש בעת שהשכיר לו שיזרע דוקא מין זה מפני שבשנה שעברה זרע מין אחר וטובת הקרקע דורשת ליזרע דוקא מין זה בשנה הואת אסור לו לשנות בכל ענין ואם שינה משלם לפי שומת הבקיאים במה שהזרע להקרקע בזה או שיהיה להבעלים הפסד ע"ז [ולרמב"ן נס בסתמא מסור וסגס דלמ קו"ל כן מ"מ בפירש כ"ש מודיס וכ"מ בנמ' סס ובזק]:

סימן שכו [מקבל שבא להסתלק ועדיין הזרעים בשדה ובו ג' סעיפים]:

א המקבל שקבל שדה מחבירו לזמן ובהגיע הזמן יש עדיין זרעים בשדה שלא נגמרו או אפילו נגמרו ולא הגיע עדיין יום השוק שיכול למכרן שמין אותן במה הן שוין עתה ונותן לו דמיהם כפי חלקו ואין בעל השדה יכול לומר למה אשלם לך במזמן המתן עד שיהיה מעות מהסחורה מפני שהמקבל יכול לומר לו כיון שקצבת הזמן עד היום וירוע שאין עדיין זמן דהיום למכרם מסתמא סברת וקבלית לשלם לי דמיהם וכיצד שמין לו אם היה שכיר נותנין לו לפי שכירותו וקבלן לפי קבלנותו [קוספתא פ"ע] ובחוכר נ"ל דלא שייך דין זה דהרי עליו ליתן לבעל הקרקע קצבתו ומה לו לבעל הקרקע בהעסק:

ב כשם שחולקין המקבל ובעל הקרקע בתבואה כך חולקין בתבן ובקש אע"פ שלא פירש כן מפורש בעת הקבלה וכשם שחולקין ביין כך תולקין בזמורות אבל הקנים שמעמידים תחת הגפנים אם קנו אותם בשותפות הרי אלו חולקין בהן ואם הם משל אחד מהם הרי הם שלו וכן כל כיוצא בזה וזה אינו רק בקבלנות אבל בחכירות לא שייך חלוקה [רמ"י כ"פ המקבל] דהא על החוכר לעשות הכל ואינו נותן לבעל הקרקע רק קצבתו:

ג תניא בתוספתא [סס] המקבל כרם מחבירו חייב לטפל בו עד שיעשנה יין זיתים עד שיעשה צבור פשתן עד שיעשנה קורצין חולק ונותן לו זה מכנים חלקו לעיר וזה מכנים חלקו לעיר ע"ל עוד שנינו שם החוכר שדה מחבירו לא יהא נרה שנה וזורעה שנה אלא נרה חציה וזורע חציה ע"כ ונראה דיהו כשחברה להרבה שנים ולא פירש אופן זריעתה ומנהג בעלי השדות שם לבלי לזרוע שנה אחר שנה כמו במדינתנו אבל כשחכרה לשנה ודאי שזורע את כולה כשלא פירשו:

סימן שכח [דין מקבל שרוצה להסתלק מפני רעת השדה ובו ב' סעיפים]:

א המקבל שדה מחבירו ולא עשתה פרי אם יש בה כדי להוציא סאתים יתר על ההוצאה חייב המקבל להתעסק בה ואינו יכול להסתלק מפני שכך כתב לבעל הקרקע אנא איקום ואזרע ואקצור ואעמיר כרי לפניך ותטול חלקך ושיערו חכמים שהעמרת כרי הוא בשני סאין ומזה תהא גם חלקו של בעל הקרקע ואין חילוק בין שדה גדולה לקטנה ואפילו לא כתב כך כמאן דכתוב דמי דכל המקבל על דעת המנהג מקבל ולכן אם יש איזה מנהג אחר בזה המקום יעשו כמנהגם ודוקא כשעשו קנין דאל"כ הא פועל חוזר בו אפילו בחצי היום ובמקבל שדה א"ל אינו מבואר בגמ' ויעשו לפי ראות הבקיאים אם כדי למפל בזה אם לאו וכן בגינות מירקות וי"א דתמיד חייב למפל בה [מי"ו] ואם יש איזה מנהג בזה יעשו כמנהגם וכ"ז אינו רק בקבלנות אבל בחכירות לא שייך זה דאפילו לא עשתה כלום צריך לשלם חכירותו אם אינה מכת מדינה כמ"ש בס' שכ"ב [טור]:

ב אם לא עבדה כלל אלא הוכירה בולה או מקצתה שמין אותה כמה היא ראויה לעשות ונותן לו חלקו שהיה מגיע כפי תנאם ואפילו לא כתב לו זה ולא התנה עמו כן מ"מ צריך לשלם לו כפי ערך זה ויכול לשלם לו במטען או בתבואה ובחכירות א"צ שומא דכמה שהתנה צריך ליתן לו בתבואה [כ"ע] ועמ"ש בס' שכ"ב ואם התנה עמו אם אוביר ולא אעביד אשלם לך אלף זוז ה"ז אסמכתא ואינו נותן לו אלא כפי מה שראוי לעשות בלבד כמ"ש בדיני אסמכתא בס' ר"ז ע"ש ואם הוכירה

הוביזה והיתה מכת מדינה שנלקו כל חשדות בשרפון מ"מ צריך השוכר לשלם לו אף אם היא בקבלנות מפני שיכול לומר אלו זרעת אותה הוה מקויים בי לא יבושו בעת רעה וגו' ואף שלא ההנה עמו שיזרענה אלא קבלה מתם דמתם קבלנות היא לזריעה [כ"ל]:

סימן שכט [המקבל שדה לזמן ומת והניח בן ובו ב' סעיפים]:

א המקבל שדה מחבירו ומת המקבל והניח בן אין יכול הבן לכוף להמשכיר שיניח השדה בידו עד הזמן שקצב עם אביו דיכול לומר לאביך רציתי ליתן השדה ולך לא אתן כמו בכל שותפים כמ"ש בסי' קע"ו ושמין מה שעשה האב ומשלם כך להבן אפילו התנה עמו לזמן קבוע אינו יכול בעל השדה לומר כיון שלא נסר עד הזמן לא אתן מאומה ואפילו לכופו להבן שינמור המלאכה אין ביכלתו דהא פועל חוזר אפילו בחצי היום וכ"ש זה בשמת ואנוס הוא שמשלם להיורשים מה שעשה אפילו כשעשה שטר וקנין ואין שמין מה שיעלה מותר המלאכה ואפילו בדבר האבוד כיון שאנוס הוא כמ"ש בסי' של"ג:

ב ואם נסר קבל בחייו כדי כל קבלתו ומת באמצע המלאכה לא יאמר להבן תן לי מה שקבל אביך יותר מהמגיע לו עד יום מותו דאין הבן צריך לשלם זה אפילו הניח אביו ירושה ויש מי שנראה מדבריו דזהו דוקא כשאין בעל השדה רוצה ליתן להבן לנמור המלאכה ולכן יכול הבן לומר לא אחזיר לך רק אנמור המלאכה ואם אין רצונך בזה איני מחוייב להחזיר לך אבל אם רצונו להניח נסר המלאכה ביד הבן והבן אינו רוצה לנמור מחוייב להחזיר מה שקבל אביו את המותר [כ"מ מסמ"ע] ולא ראיתי לאחד מהפוסקים שיאמר כן והרי אינו גולן שהבנים יהיו חייבים לשלם כשהניח נכסים כמ"ש בסי' שס"א והרי פועל הוא ורבינו הרמ"א פסק בסי' של"ג דפועל שקבל שכירות יותר ממה שעשה עד עתה וחלה כיון שכבר קבל א"צ להחזיר אפנם גם בזה יש חולקין במ"ש שם ולדעה זו וראי דכן הוא דאם רוצה להניח נסר המלאכה ביד הבן והבן אינו רוצה אם הניח האב נכסים חייב הבן לשלם המותר:

סימן של [המקבל שדה ליטע מה דינו ובו ח' סעיפים]:

א המקבל שדה מחבירו ליטע אילנות בשרהו כשיעור שיטולים ליטע כגון ממטע עשרה לבית סאה צריך בעל השדה לקבל עשרה אילנות בוריות לכל סאה מהם דאפילו אותם אילנות אין עושין פרי כגון שלא נקקטו יפה או שהנטיעות רעות אין המקבל מחוייב ליטע אחרים תחתיהם מפני שדרך האילנות להיות בהן בוריות עשרה למרה ובעל השדה מוחל על זה מן הסתם ואם יש בהם יותר בוריות אפילו אחד יותר מגלגלין עליו את הכל ומחוייב המקבל לעקור את כל הבוריות וליטע כולן יפ"ת והטעם משום דלכתחלה כשמתחיל ליטע אסור לו ליטע אפילו אחת שיודע שהיא גרוע ואם נודע כל זמן שהוא עסוק בנטיעה שיש אפילו אחת שאינה טובה מחוייב להסירה וליטע אחרת במקומה רק כשלא נודע עד אחר נסר המלאכה אמרו חז"ל שעשרה למאה מוחל בעל השדה ולכן כיון שיש יותר והוא מוכרח ליטע אחרת במקומה א"כ עדיין הוא עוסק במלאכתו ומחוייב לעקור את כולם [תוס' כ"ב ל"ב] וכל זה כשלא פירשו או שאין מנהג ידוע באותו המקום אבל אם פירשו או שיש שם מנהג ידוע יעשו כתנאם או כמנהגם וכן איתא בתוספתא דב"מ [פ"ט] המקבל שדה מחבירו לנטוע מקום שנהגו להיות נוטע על ד' ד' ועל ה' ה' ועל ו' ו' ועל ז' ז' אין משנין ממנהג המדינה:

ב והרמב"ם ז"ל כתב בפ"ח משכירות המקבל שדה מחבירו ליטע מקבל עליו בעל השדה עשר בוריות למאה עכ"ל ונראה שכן היה נירסתו בש"ס והדברים מתמיהים דהא בכל הש"ס מוכח דבבית סאה יש רק עשר נטיעות וצ"ל דדרכם היה באמת לנטוע נטיעות הרבה לבית סאה אמנם דאף כשיש רק עשר נטיעות מקרי שדה אילן ולכן בנטיעות הרבה מקבל עשר בוריות לסאה ולפעמים כשנחרבו ונשתיירו רק עשרה לבית סאה מקרי ג"כ שדה אילן ויש לזה ראיה מירושלמי [ב"מ פ"ט ס"ב ע"ם]:

ג נוטע אילנות שקלקל במלאכתו והפסידם מסלקן אותו וי"א שאף בלא התראה מסלקין אותו כמ"ש בסי' ש"ו ואם נטע ובקצתן השביח ובקצתן הפסיד ועכ"ז יש עיין שבח בכולל רואין כמה הוא המנהג שימול הנוטע בהשבח ומנכין לו מחלקו כשיעור מה שהפסיד ונוטל השאר ומסתלק [עור] ואפילו אם התנה על עצמו שלא ימול בהם כלום אם יפסיד אפ"ה נוטל שהרי אממכתא היא דכל דאי הוה אממכתא כמ"ש בסי' ר"ז ואין מנכין לו אלא מה שהפסיד:

ד שתלן שרוצה להסתלק אם המנהג שבכל שנה נוטל בעל

בעל השדה חצי והשתלן חצי וארים היורד לשדה נטועה נוטל השליש ורוצה השתלן להסתלק צריך לראות שלא יפסיד בעל השדה כיצד אם יש שם שבח י"ב דינרין יטול בעל השדה חציה ומחצי השני יקח ארים ארבעה שהם שליש והשתלן נוטל שני דינרים כדי ששאר לבעל השדה החצי שלו בשיעמות שהרי בעל השדה לא סילקו והוא סילק א"ע ברצונו מיהו השתלן אינו יכול לומר נחלק הברם ואטול רביעית ואעשה בה מה שארצה וישארו לך ג' חלקים שליש לארים ולך מחצה מפני שבל החלקים משועברים ול"ו ואפילו לא ירצה להסתלק אלא להוריד ארים תחת השנחתו אין ביכלתו אם אין בעל השדה מתרצה לזה מפני שיכול לומר אין רצוני בריבוי פועלים שיראתי פן יסמכו זה על זה ויקלקלו [במק"מ] ולמדנו מזה שהשוכר פועל אין ביכולת הפועל לשכור פועלים תחתיו:

ה כתב רבינו הרמ"א מיהו לא יוכל להסתלק בלא רשות בעל השדה עכ"ל ואין כוונתו שאינו יכול להסתלק כלל דודאי יכול להסתלק כשאין הפסד לבעל השדה כמ"ש ועוד דהא פועל חוזר בו אפילו בחצי היום וקבלן נ"ב דינו כפועל כמ"ש בסימן ש"ך סעיף ג' אלא כוונתו דאם ירצה שלא להודיע לבעל השדה כלל ומעצמו יעמיד ארים אחר במקומו לפי החשבון שנתבאר שלא יגיע הפסד לבעל השדה אין לו לעשות כן ואע"ג דליכא בזה טעמא דריבוי פועלים דהא לא יעשה רק הארים לבדו מ"מ יכול בעל השדה לומר אין רצוני שתברור לי ארים אם רצונך להסתלק לא אוכל לעכבך אבל ארים אברור בעצמי ואין רצוני לסמוך עליך [ומסורן קנסים סמ"ך]:

ו כל שתלן שנוטל החצי בפירות כך נוטל החצי בנפנים שהזקינו אבל אם שמפן נהר או עקרן הרוח אין לו בהן אלא שתות שהוא רביע ממה שנשאר לבעל השדה והטעם משום שכל אילן עומד להודקן ומתחלה ירד ע"מ כן לחלוק בהעצים כשיזקינו כמו שחולק בכל שנה בזמורות כמ"ש בסי' שכ"ז אבל שטיפה ועקירה אינו מצוי ולא ירד לבך לסיבר אין לו לימול אלא באופן שלא יפסיד בעל השדה והוא יצטרך ליתן גם לארים ולכן אין לו רק שתות כהחשבון שנתבאר [סמ"ע]:

ז אם יש הבחשה בין בעל השדה והארים דהארים טוען שהתנה עמו שיטול החצי ובעל השדה טוען שלא התנה אלא ליתן לו השליש אם אין שם מנהג קבוע עושין כמו שאומר בעל השדה דקרקע בחזקת בעליה עומדת וגם יש לו מינו דאי בעי הוה אמר שכרתיו ליום ושכירי הוא [גמ'] ונשבע בעל השדה היסת ואין הארים נוטל רק שליש אבל במקום שיש מנהג שהארים נוטל חצי צריך ליתן לו החצי דבמקום מנהג אין מועיל לבעל השדה לא חזקתו ולא מינו שלו דמנהג הוי כעדים ויראה לי דאף להשביעו לארים אין ביכלתו כיון דהמנהג מסייע ליה וגם תפיסה לא מהני נגד המנהג [ועמ"ש בסי' ס"ג בכ"מ]:

ח תניא בתוספתא [ב"מ פ"ט] המקבל שדה מחבירו ליטע עד מתי חייב לטפל בנטיעות עד כדי שיחולו עכ"ל ופירושו עד שנה רביעית שיצאו מערלה וע"ל שאינו כן להלכה דבפ"ק דשביעית ס"ל לר"ע נמיעה כשמה והיינו בת שנתה וראב"ע סבר עד שיחולו והלכה כר"ע ובמקום שיש מנהג עושים כמנהגם:

הלכות שכירות פועלים

סימן שלא [ריני פועלים כיצד יתנהג עמהם ובו ט' סעיפים]:

א שכירות פועלים וקבלנים א"צ לא קנין ולא שטר דכל מה שהאדם מבמיח לפועל בער מלאכתו אפילו בדברים בעלמא חייב לשלם כשהנשכר עושה מלאכתו [ב"י] ואינו דומה לעבד דצריך קנין כמ"ש בסי' קמ"ו דעבד קונה אותו לנופו דאפילו עבד עברי נופו קנוי [קדושין מ"ז] אבל שכיר הרי אינו שוכרו רק למלאכתו וכשעשה המלאכה חייב לשלם לו והרי אפילו יורד לשדה חבירו שלא ברשות חייב לשלם לו כמ"ש בסימן שע"ה וכ"ש כששכרו לפועל ונם אין אונאה לשכירות מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבד אין בו אונאה כמ"ש בסי' רכ"ז אבל בשכירת בהמה יש אונאה ודין חורת פועלים יתבאר בס"ד בסי' של"ג:

ב מדין תורה כששוכר שכיר יום ולא פירש עמו כמה שעות ביום יעשה מלאכתו חייב הפועל לצאת מביתו למלאכתו בזריחת השמש ולעשות עד צאת הכוכבים שנאמר תזרח השמש יאספון וגו' יצא אדם לפעלו ולעבודתו עדי ערב דשעת המלאכה היא מזריחת השמש עד שקיעתה אלא דכשיוצא למלאכה שהוא לצורך הבעה"ב נחשבת גם ההליכה במלאכה אבל החזרה לביתו צריך לצאת אחר השקיעה וכך אמרו חז"ל פועל בכניסתו לביתו משלו וביציאתו למלאכתו משל בעה"ב [כפ"ז דב"מ] ובע"ש מקדים עצמו לביתו כדי למלאות מבעוד יום חבית מים ולצלות דגים על שבת או לבשלן וגם להדליק נר ולהבין בל צרכי שבת כנהוג ולפ"ז מן התורה מלאכתו של פועל חצי מעל"ע דהפסוק והס"ס מדברים על הזמן השוה מיום ולילה כמו הקופת נ"ן ותשרי [ב"י]:

ג ולכן השוכר את הפועלים סתם יכול לומר להם שישכימו

שישכימו ויעריבו במלאכתם ואין רשאין לבטל ממלאכתן כל היום כולו לבר ומן הפלה ואבילה וכתב הרמב"ם בפ"ב מתפלה הפועלים שעושים מלאכה אצל בעה"ב כיתאללין הבינו אם עושין בשכרן שנומלין שכר פעולתן לבד מסעודתן שאו צריכין למהר למלאכה אבל אם אין נותן להם שכר אלא שעושין בשכר המעודה מתפללין כל שם"ע אבל אין יורדין לפני התיבה ואין נושאין כפיהן עכ"ל והאידנא אין מקפידין בכך ואדרבא דהכי נשכרין שיתפללו בבהכ"נ כל סדר התפלה כמ"ש בא"ח סי' ק"י ועכ"פ למדנו מזה כמה חיוב על הפועל לעשות מלאכתו באמונה ומאד מאד צריכין הפועלים ליזהר בזה ואל יפול לב הפועל עליו דגדולה מלאכה מי שעושה אותה באמונה ואמרו חז"ל חביבה מלאכה מזכות אבות שזכות אבות הצילה ממון ומלאכה הצילה נפשות שנאמר לולי אלהי אבי אלהי אברהם ופחד יצחק היה לי כי עתה ריקם שלחתני את עניי ואת יגיע כפי ראה אלהים וגו' [פ"ר ס"פ וילך] :

ד וכ"ז במקום שאין מנהג אבל במקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו יכול לכופן להשכים ולהעריב ואפילו הוסיף שכרן נגר שארי פועלים אינו יכול לומר הוספתי לך כדי שתשכים ותעריב דכיון שלא התנה כן בשעת השכירות יכולין לומר שהתוספה היתה מפני טעם אחר שנעשה המלאכה בלי עצלתים ויוצא בזה דאם היה כוונתו שיעשו יותר מכפי המנהג היה לו לפרש :

ה ואפילו היתה עיר חדשה ואין שם עדיין מנהג קבוע אבל רוב אנשי העיר באו ממקום שיש שם מנהג קבוע אולינן בתר מנהג העיר שבאו משם ואם הבעלים ממקום אחד והפועלים ממקום אחר ויש שינוי מנהגים בין מקום זה למקום זה כגון שהלך ממקום שנהגו להשכים ולהעריב למקום שנהגו שלא להשכים ולהעריב או איפכא אולינן בתר המקום ששכר שם הפועלים ואם הפועלים הלכו להשכיר א"ע למקום הבעלים אולינן בתר מקום הבעלים [כ"מ בשמ"י סמ] ואינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שני פעמים אינו קרוי מנהג וגם צריך שיהא המנהג קבוע ע"פ חכמי המקום או ע"פ הסכמת אנשי העיר והבא לשנות המנהג ושוגן שההנה בענין אחר עליו להביא ראיה בעדים או בשטר אבל בשבועה אינו נאמן נגד המנהג ואפילו כשיש לו מיגו אינו נאמן במקום מנהג כמ"ש בס"ם ש"ל ואפילו תפיסה לא מהני במקום מנהג אם טוען ששינו מכפי המנהג אבל אם טוען שנאנסו ולא יכלו לעשות מהני תפיסה [סנ"מ סמ] :

ו בששכר פועלים ולא דברו ביניהם אם יתן להם מזונות אם לאו תלוי במנהג המקום ומקום שנהגו לזון יזון לספק בגרוגרות או בתמרים וכיוצא בהם יספק הכל כמנהג המדינה ואם פסק ליתן להם מזונות וגם מנהג המקום ליתן מזונות אין הפועלים יכולים לומר אתה מחוייב להרבות לנו במזונות והרי לא הצרכת לפסוק כיון שהמנהג כן וזה שפסקת מפתמא הוא להרבות במזונות מפני שיאמר להם דרך העולם כן הוא שאף בדבר שהחיוב מצד הדין או מצד המנהג מ"מ מתנים בפירוש ג"כ ולא היתה הכוונה כלל על ריבוי המזונות ואם לא ההנה ליתן להם מזונות ונם אין מנהג קבוע בזה א"צ ליתן להם מזונות דהבא להוציא עליו הראיה ודע דאם ריבה להם שכר או מיעט להם נגד שארי פועלים אין בזה ראיה להוסיף או לגרוע נגד המנהג כמ"ש בסעיף ד' בבה"ג ע"ש :

ז כשמחוייב ליתן להם מזונות וכן מי שיש לו משרת או משרתת בביתו צריך ליתן להם מכל מה שבני ביתו אוכלים ושותים והרי אפילו בעבד עברי כתיב כי טוב לו עמך ודרשו חז"ל [קדושין כ:] עמך במאכל עמך במשתה שלא תהא אתה אוכל פת נקיה והוא אוכל פת קיבר ואם התנו הכל לפי תנאם ואם יש מנהג שם באופן המזונות יעשו במנהגם דכל הנשכר על דעת המנהג הוא נשכר ומרת חסידות ליתן להעבדים והמשרתים למעום מכל מין שאוכל בעצמו ובפרט דבר שיש לו ריח טוב כמו בשר שמן שיכול המריח להסתכן אם אין נותנין לו למעום [מתוכות סמ"] ועיין"ד סי' רס"ז וכל היוק שעושה המשרת והמשרתת והפועל חייבים לשלם כשהיה בלי אונס דדינם בש"ש ומ"מ מנהג בע"ב ישרים שלא לנבות להם הזיקות קטנים כשבירת צלוחיות וקערות וכרוסה אם לא שפשעו להדיא כמזידים ממש :

ח השוכר את הפועל ולא קצב לו מקח ונם בעיר לא היה מקח קצוב יכול ליתן לו כפחות שבעיר דהבא להוציא עליו הראיה ואם א"ל כאחד וכשנים מבני העיר אשלם לך מחשבון היתר שבשכירות והפחות שבשכירות ומה שביניהם נותן החצי כגון אם היתר בשש והפחות בארבע נותן לו חמש ולפ"ז אם קצתן נשכרים בשלש והובים וקצתן בה' וקצתן בששה אין נותנין לו ה' כמקח הבינוני אלא כשיעור המחצה שבין שלשה לששה והיינו ד' וחצי [סמ"ע] וכן אם א"ל אשלם לך כפי המקח ששוכרין בעיר ויש ששוכרין בפחות ויש ביתר מסתעין ביניהם כפי החשבון שנתבאר וכן אם שכרן לזמן הבא ואמר כפי המקח שיהיה אז ויש מטרבים ויש ממעטים נ"ב הדין כן [קלח"מ ופתוך קוסם המל"מ פ"מ מהלכות ע"ש] :

ט פועל או משרת שהוא על בנדים של הבעה"ב ועשה לו בנדים אם יצא באמצע מלאכתו כדין פועל שחוור בו אפילו בחצי היום פושט הבנדים ויוצא ואם יצא בזמנו הבנדים שלו כשלא פירש עמו בעת השכירות שיפשוט בנדיו כשיוצא [רמ"ם פ"ד מכתובות] ואם יש מנהג בזה הולכין אחר המנהג ושכיר שאינו קבוע ונקרא בגמ' לקיט שאוכל משל עצמו ומסייע לפרקים בבית הבעה"ב

הבעה"ב ולפעמים מהנהו במאכל ומשקה ולפעמים בכנד ואין לו שכר קצוב שנותן לו לפרקים דבר מה בעד טרחתו כשיצא מבית הבעה"ב פושט בגדיו שעשה לו הבעה"ב [סמ] :

סימן שלב [האומר לשלוחו צא ושכור לי פועלים במקח זה ושינה מהמקח ובו י"ז סעיפים]:

א אמר לשלוחו צא ושכור לי פועלים בג' דינרים והלך השליח ושברן בארבעה אם השליח אמר להם שכרכם עלי נותן להם ארבעה וסבעה"ב נוטל שלשה ומפסיד אחד מכיסו דאיהו דאפסיד אנפשיה וזהו דעת הרי"ף בפ"ו דב"מ והרמב"ם פ"ט משכירות ו"א דאם כל הפועלים אין נשכרים רק בארבע נותן הבעה"ב לשליח ארבע כפי מה שהנהו כן כתב רבינו הב"י ויש חולקים וס"ל דגם הרי"ף והרמב"ם ס"ל כן וזה שבהבו דנוטל סבעה"ב שלשה זהו בשיש פועלים שנשכרים בשלשה והביאו ראיה ממה שיחבאר דאם אמר להם שברכם על בעה"ב נותן להם ד' אם כולם נשכרים בד' וגם ממה שיחבאר בסי' של"ג דהשוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו דנותן לו כפי מה שההנהו ולי נראה כדברי רבינו הב"י דלא דמי לאם אמר שכרכם על בעה"ב דבשם טעמא אחרינא הוא כמ"ש שם הרי"ף ז"ל דכיון דשינה בשליחותיה ואמר להם שכרכם על בעה"ב נבטלה השליחות לגמרי ודינם קרוב לעושים ברשות דנוטלין מה ששוה דמהשליח אין להם לתבוע כיון שאמר שברכם על בעה"ב וכן בסי' של"ו בשהבעה"ב לא צוה כלל דינם כיורד שלא ברשות שיחבאר בסי' שע"ה אבל בזה שאמר שברכם עלי דנוטלין מהשליח ואין להם עסק עם הבעה"ב והשליח איך ימול מהבעה"ב יותר ממה שצוהו דנראה דאף ביורד שלא ברשות שצריך לשלם אינו אלא שלא ברשות שלא צוהו אבל אם צוהו בפירוש שאין רצוני שתעשה לי ואם התעשה לא אשלם לך דאם עשה הניח מעותיו על קרן הצבי ונוטל המלאכה שעשה וה"נ כן כיון שא"ל שאינו רוצה לשבור יותר מבשלשה ונ"ל דהיו ספיקא דרבנן :

ב ואם אמר להם שברכם על בעה"ב בטלה השליחות לגמרי ונותן להם כפי מנהג המדינה דאם כולם נשכרים בד' נותן להם ד' ועדיפא מיורד שלא ברשות דהא צוה לשכור אבל אם יש שנשכרים בג' ויש בד' אינו נותן להם אלא ג' דכיון דהשליחות בטלה דינם בהמקח כעושים מעצמם ויד המקבל על התחתונה ואפי' הפועל היה איש חשוב שלא היה נשכר בג' מ"מ אינו יכול להוציא מהבעה"ב יותר רק שיש להם תרעומות על השליח ששיקר בם ואלו הגיד להם האמת היו מחפשים מקום אחר שהיו נותנים להם ד' ולכן אם כל הפועלים אין נשכרים יותר מג' אין להם אפילו תרעומות אא"כ הוא איש חשוב כמ"ש ואם שברן סתם ואין הפועלים ודעים שאין המלאכה שלו דינו כאומר שברכם עלי [ס"ך] :

ג וזה שאמרנו דכשיש נשכרים בג' אין נוטלין אלא ג' זהו כשאין מלאכתן ניכרת לאחר המלאכה כגון ששברן לחפור ונתמלא מים דאין יכולין לעמוד עתה על המלאכה אבל אם המלאכה ניכרת ורואין עתה ד' נגד שארי פועלים שעושים מלאכות כאלו נותן להם ד' אף כשכולם נשכרים בג' [סמ] כיון שבאמת שוה יותר ואע"ג דאם הבעה"ב בעצמו היה שוכרן בג' לא היו נוטלים יותר אף בכה"ג מ"מ בזה שהשליח אינם יכולים לומר שאלו לא הם לא היו טורחים לעשות כן והיו עושים ככל הפועלים ואף שאין לבעה"ב לסבול מה שהשליח עשה שקר מ"מ הא עכ"פ השליחות נתבטלה וכעושים מעצמם דמי והרי עשו לו מלאכה ששוה ד' ונראה דבבה"ג גם באמר שברכם עלי נוטל השליח מבעה"ב ד' דנהי דא"ל לשכור בג' וזהו כשעשו ככל הפועלים אבל כשעשו מה ששוה יותר משארי פועלים אפילו לדעה ראשונה שבסעיף א' נוטל ארבעה דהרי לא עלה ע"ד הבעה"ב שיעשו מה ששוה יותר משארי פועלים ואע"ג דבארנו שאף אם כולם נשכרים בד' מ"מ אין נוטלים אלא ג' וזהו מפני שלא צוהו לכתחלה רק במקח זה אף שידע ששוה יותר ולא היה לו לשכרן אבל בזה שידע שכל הפועלים עושים כך ודימה שגם הם יעשו כך והם עשו יותר צריך לשלם יותר :

ד א"ל בעה"ב שכור לי בד' והובים והלך השליח ושכר בג' אין חילוק בין אמר שכרכם עלי לכין שאמר על בעה"ב ואין להם אלא שלשה אע"פ שמלאכתן שוה ד' נגד שארי פועלים ולא עוד אלא אע"פ שנשכרים כולב בארבע שהרי קבלו על עצמם כמו בעה"ב בששכר במקח הזול אע"פ שעשו המלאכה במוב יותר משארי פועלים אין להם ליקח הוספה דמי בקש זאת מידם וסברו וקבלו כמו כן בששברם השליח אלא שיש להם תרעומות על השליח דלמה היה להם למנוע המוב מהם והרי כתיב אל תמנע מוב וגו' והבעה"ב א"צ ליתן הדינר להשליח [ס"ך] ואם שברן בסתם בלא מקח ושוה מלאכתן נגד שארי פועלים ד' נותן להם ד' [סמ] דאף אם לא א"ל בעה"ב כלום כיון ששוה ד' נותן ד' וכ"ש כשא"ל ופשימא שאם כולם נשכרין בד' דנותן להם ד' ואם בעה"ב א"ל בג' ושברן סתם והפועלים נשכרים בג' אע"פ שעשו מלאכה ששוה ד' אין נוטלין אלא ג' דכיון שיש פועלים שנשכרים בג' היה להם לפרש [סמ] דהא לא שברן שיעשו לו במוב יותר משארי פועלים כיון שהשליחות לא נתבטלה :

ח א"ל בעה"ב לשכור בשלשה דינרין והלך השליח ואמר להם בד' ואמרו הפועלים הרי אנו נשכרים כמו שאמר הבעה"ב אין כוונתם שאם אמר הבעה"ב בפחות אנו נשכרים בפחות מד' דלמה יעשו כן אלא כוונתם מהיסנת לן דכן אמר הבעה"ב וכן אם אמר לך הבעה"ב יותר מד' יתן לנו יותר [פוס'] והוי דין זה כמ"ש בסעיף א' כשאמר בעה"ב בנ' והוא אמר בד' דאם אמר שכרכם עלי נותן להם ד' בכל ענין והוא נותל מהבעה"ב נ' ואם אמר שכרכם על הבעה"ב רואין אם כולם נשכרים בד' נותן להם ד' ואם יש נשכרים בנ' שמין מה שעשו אם שוה ד' נגד שארי פועלים נושלים ד' ואם אינו שוה יותר משארי פועלים או שהמלאכה אינו יכול להתברר ויש פועלים שנשכרים במלאכה זו בנ' אף שיש נשכרים בד' אין להם אלא נ' ואמירתם שאמרו כמו שאמר בעה"ב כמאן דליתא דמי כיון שהוא פיחת מהשלית ולא היתה כוונתן לכך [סמ"ע וס"ק] :

ט ואם א"ל בעה"ב לך ושכור בארבעה דינרים והלך השליח ואמר להם בשמו בנ' [מ"ז] ואמרו לו הרי אנו נשכרים כמו שאמר בעה"ב מספקא לן אם כוונתם מהיסנת לן דהכי אמר הבעה"ב ואין להם אלא נ' ויש להם תרעומות על השליח ואין חילוק בין אמר שכרכם עלי או על הבעה"ב ואפילו אם פועלין אין נשכרין בפחות מד' ואפילו מלאכתן שוה יותר נגד שארי פועלים כיון דסברו וקבלו בנ' והוי זה כבסעיף ד' דדבורם לא מעלה ולא מוריד כיון שנתנו נאמנות להשליח שכן אמר הבעה"ב או אפשר שכוונתם היתה דאם אמר הבעה"ב ביותר מנ' ישלם לנו כמו שאמר ולכן כיון שהבעה"ב אמר ד' ישלם ד' אף כשמלאכתם אינו שוה יותר משארי פועלים ואף בששארי פועלים נשכרים בנ' [ס"ק] כיון שהוא סבור וקביל לשלם ד' וכיון דהוי ספיקא דדינא יד הפועלים על התחתונה כדין הבא להוציא ואין להם אלא נ' ואם תפסו הבעלים ד' מהני תפיסתם להפוסקים דס"ל דמהני תפיסה בבעיא דלא אפשמא [סס] :

י ויש בזה שאלה למה אמרינן הכא דיד הפועלים עה"ת כדין הבא להוציא והרי בסי' ש"ב נתבאר במשכיר בית לחבירו ב"ב דינרין לשנה דינר לחרש דהוי ג"כ ספיקא דדינא ומ"מ פסקנו שם דיד המשכיר על העליונה אף כשבא להוציא מהשוכר ממעם דקרקע בחזקת בעלית עומדת והספק נפל מכבר וא"כ בכאן נמי למה לא נאמר הרי הפועל מוחזק בגופו כמו שבעל הקרקע מוחזק בקרקעו וגופו בחזקתו עומדת והספק נפל מקודם וירו על העליונה אף בבא להוציא אמנם באמת לא דמי דהתם הקרקע העומדת בחזקת הבעלים לא עשתה בעצמה הפעולה ברצון שהשוכר דר שם בע"כ דהקרקע אבל בכאן זה הנוף שהוא מוחזק בו עשה ברצונו כל המלאכה ואבד בעצמו חזקתו ואינו יכול להוציא אח"כ מפני הספק והוי כמלמד שלמד בחרש העיבור כיון שמרצונו שם דהבעה"ב א"צ לשלם לו בעד העיבור כיון שמרצונו למד ולכן אם גם הפועל הזה נתוודע באמצע מלאכה שהבעה"ב אמר ד' ולא רצה לגמור המלאכה עד שיתן לו ד' א"צ להשלים את המלאכה אף שכבר התחיל בה מפני שהוא מוחזק בגופו וייתן לו ד' [קלב"מ] :

יא ולפ"ז בבית בכה"נ שראובן שלח שלוחו לשמעון להשכיר לו את ביתו בעשרה דינרין לחרש והלך השליח וא"ל לשמעון בחמשה דינרין לחדש וא"ל שמעון הריני בתו שאמר ראובן השוכר דהוי ג"כ ספיקא דדינא כמו בפועל ומ"מ חייב השוכר לשלם עשרה דינרין לחרש דקרקע בחזקת המשכיר עומדת [סס] וי"א דזהו דוקא כשהשליח הודיע להשוכר שהמשכיר אמר כמו שאמר השוכר וידע מספק זה קודם שנכנס ודמי לדין שבסימן שי"ב ואינו מועיל תפיסה בקרקע בספק אבל אם השוכר לא ידע מה שאמר המשכיר ונכנס שלא בספק אלא אדעת מכח השליח ונהי שהמשכיר לא נתרצה רק אעיליוה דהשוכר ס"ם כיון דהשוכר לא ידע מזה הוה כמו שנכנס בלא פיסוק דמים רצריכין לשום את שויו [סס] ובפועל אין נ"ם בין ידע הבעה"ב מה שאמר הפועל בין לא ידע ותמיד יד בעה"ב על העליונה כמ"ש :

יב בעה"ב ששעו אצלו פועלים ואח"כ שכר עוד פועלים ואמר להם עשו עמי מלאכה בנ' דינרים כמו ששעו הפועלים האחרים ואמרו נעשה כמו ששעו האחרים ונמצא ששילם להם ד' והטעה אותם צריך לשלם להם ד' כמו ששילם להקודמים ואינו דומה למה שנתבאר בשליח בכה"נ בשהבעה"ב אמר בד' והוא אמר בנ' ואמרו כמו שאמר הבעה"ב דהוי ספיקא דדינא וידם עה"ת דבשם השליח לא הטעה אותם אלא שכרם במקח זה ויכול להיות שכוונתם דמהיסנת לן שכן אמר הבעה"ב אבל בכאן הרי הטעה אותם וכוונתם בבירור שאם האחרים לקחו ד' שגם הם יקחו ד' [סמ"ע] ולפ"ז גם בשליח אם הטעה אותם שאמר להם בשם הבעה"ב שצוהו לשכרם בנ' צריך לשלם להם ד' ויש חולקים בזה דנהי דהטעה אותם ס"מ הרי לא רצה ליתן להם עכ"פ יותר מנ' ואם אפילו נחשוב הטעאתו כאילו לא שכרם כלל אין לו לשלם רק כפחות שבפועלים הנשכר בעיר [ס"ק] ועוד נראה דהטעאה גם בבעה"ב עצמו אינו כלום דמה להם מה שהטעם סוף סוף לא שכרם רק בנ' והטה סברו וקבלו ואינו נותן להם אלא נ' [סס] ודעה ראשונה ס"ל דכיון שאמרו בפירוש שמתרצים כמו ששעו האחרים הוי כהתנו בפירוש שלא נתרצו רק באופן זה והוא שהטעם אינו כלום ונשאר המקח כמו האחרים [סס"מ] וזהו כגילוי מילתא בעלמא משא"כ שליח אפילו אם אמר להם בשם הבעה"ב ס"מ הרי השליח שכרם אבל בבעה"ב עצמו הלא קבעו המקח כמו האחרים והוי כאומרים בפורש בר' :

יג בעה"ב שהטעה את הפועלים ואמר להם עשו עמי בנ' דינרים

דינרים כמו ששארי פועלים נשכרים בעיר ונמצא שנשכרים בר' או שהפועלים הטעו את הבעה"ב שאמרו לו הננו נשכרים אצלך בד' כמו ששארי פועלים נשכרים ונמצא שנשכרים בנ' הוי כאלו לא שכרו זה את זה כלל ונותן להם כפחות שבפועלים ולא דמי למ"ש בסי' של"א דממצעין ביניהם ודהתם אמר כאחד וכשנים מבני העיר אבל אם היה אומר סתם כדרך שבני העיר שוכרים הולכים אחר הפחות שבשכירות וכיון דבכאן נבטלה שכירותם ממילא דאין להם לקבל יותר מהפחות שבעיר [פ"ז] ולמה לא אמרינן בפעיף ט' לדעה ראשונה דבטלה השכירות מפני ההטעאה כבכאן שאני התם דהוא הטעה אותם בטה שבעצמו שילם לפועלים ובאונאה כזו ודאי דהוה כאמרו בפירוש כמו ששלמת לאחרים תשלם גם לנו משא"כ בכאן דהוא לא הטרצה ביותר מג' דינרים ולא שילם יותר בעצמו וא"כ נהי דאין יכולין לכופו לקבל ג' דהא אמר להם כמו ששארי פועלים נשכרים מ"מ איך יכולין לכופו לשלם ד' כיון דלא נתרצה על יותר מג' וממילא דבטלה שכירותם [כ"ל] ויש חולקים דהרי מעשים בכל יום שאדם מוכר חפץ לחבירו ואומר לו כך וכך נתנו לי ולא רציתי למכור ולכן נותן לו הקונה יותר מזה הסך ואח"כ נתברר ששקר הוא וכי בשביל זה יתבטל המקח וכל זמן דליכא גילוי מילתא שרק על שכירות האחרים סמכו אינו תלוי בשכירתן [מ"ז] דדרך העולם לדבר כן אבל בסעיף ט' ששכר בעצמו הוי כגילוי מילתא שרק על זה סמכו ואף בשם אפשר דדוקא בששאלו ממנו כמה שלמת לאחרים [סס] דאז מוכחא מילתא שרק ע"ז סמכו:

יא אע"פ ששכירות קונה בלא שום קנין כמ"ש בסימן של"א ובסימן של"ו יתבאר דאינו יכול לומר להפועל טול מה שעשית בשכרך מ"מ בעה"ב ששכר פועל וא"ל ליתן לו חפץ זה בשכרו או שא"ל כור חטים זה אתן לך בשכרך ועשה המלאכה יכול ליתן לו אח"כ דמי החפץ והחטים. דכיון שלא משכן לא קנאן ואף דעצם השכירות א"צ קנין זהו להתחייב בדמי השכירות אבל לקנות החפץ והחטים א"א בלא קנין ולכן בדמי החפץ והחטים מתחייב מפני השכירות ולמה הלה יותר החיוב על המעות מעל החפץ והחטים מפני שסתם שכירות הוא במעות [ס"ך] ואם נשרף החפץ או החטים י"א שחייב ליתן לו המעות כיון דאין ביכלתו ליקח ממנו החפץ והחטים בע"כ אין החיזק של הפועל [קלס"ח] וי"א דכיון שהיה ביכולת הבעה"ב ליתן לו החפץ או החטים והיה מקבלו בע"כ דאע"ג דאינו קונה אותו היינו שיתחייב ליתן לו החפץ דוקא אבל זה ודאי דאם רצונו ליתן לו מוכרח לקבלו ולכן אע"פ שיכול לסלקו במעות לא גרע מאותיקי מפורש שנ"כ יכול לסלקו במעות כמ"ש בסי' קי"ז ועכ"ז נתבאר שם דכששטפה נהר אינו גובה משארי נכסים [כס"ח] ויש מי שאומר דכשאמר עשה עמי כפועל ויהיה הפץ זה שלך נהי דלא קני ליה מ"מ חייב בעה"ב לקבל מי שפרע דשכר הפעולה הוה כמעות וכיון שאמר עשה עמי כפועל נתחייב בדמים והוי כנתינת דמים על החפץ [סס כסי' ר"נ] אבל כשאמר עשה עמי בחפץ זה או שאמר אתן לך חפץ זה בעד שכר פעולה אין כאן מי שפרע: **יב** א"ל ליתן לו שט"ח זה בשכרו או חלק ממנו מחוייב ליתן לו השט"ח או מעות כפי שויו למכירה [ס"ך] ודוקא כשבשעה שגמר מלאכתו שאז הוא חיוב נתינת שכירותו הוא עדיין מחוסר נובייגא דאז א"צ ליתן לו רק כפי מה ששוה למכירה דמה לי מכירת חפץ או מכירת שט"ח אבל אם בעת גמר השכירות כבר גבה צריך ליתן לו כפי מה שגבה [כ"ל] ואם שכרו לגבות השט"ח והבטיח לו בעד מרחתו שליש או רביע מהשט"ח חייב ליתן לו החלק כפי מה שנבו ואם לא שכרו לגבות המעות אלא שכרו שיחזק ויאסוף את השט"ח בקיומים וכיוצא בזה ויתן לו חלק כך וכך יש מי שאומר דכיון שבשעת גמר פעולתו היה עדיין מחוסר גובייגא א"צ ליתן לו החלק רק כפי מה ששוה למכירה או דלעולם צריך ליתן לו דמי שווי החפץ מה ששוה בשעת גמר הפעולה [נס"מ] ולא נראה כן דכיון דשכרו בעסק השט"ח הוי כאריס בשדה דנוטל כל מה שיצמח מהשדה ואינו דומה לשכרו במלאכה אחרת ומבטיח לו חלק בשט"ח דזהו כהבטחת שאר חפץ וצריכין לשום מה ששוה בשעת גמר המלאכה אבל כששכרו בעסק השט"ח הרי שכרו ליתן לו חלק שליש או רביע מעסק השט"ח כשיגביהו ולא מה ששוה למכירה והוה ממש כאריס ואם לא יתן לו כל חלקו הרי לא נתקיים מה שהבטיחו [י"ל מזהו כוונת סמ"ק סמ"ג סמ"ך ועקל"ח וכן עיקר]:

יג הבטיחו בשכר פעולתו דבר שלב"ל כמו פירות דקל או דבר שאין בו ממש כמו דירה בביתו לזמן וכיוצא בזה י"א דנהי דאינו חייב ליתן לו הפירות עצמן או הדירה עצמה דלא עדיפא מחפץ מ"מ חייב ליתן לו שווי הפירות מה שישוו כשינדלו דחיובו שכירות חל אפילו על דשלב"ל כיון ששכירות א"צ קנין ומ"מ א"צ ליתן לו את הדבר עצמו דבמה קנה אותו ורק חיוב הדמים חל עליו [קלס"ח] וי"א דא"צ לשלם לו רק כפי מה שישוו הפירות בשעת גמר המלאכה דאז חל חיוב השכירות ונותן לו כפי מה ששוין אז למכירה [כ"מ] ויראה לי דאם הבטיחו בשכר פעולתו דקל לפירות ובית לדירה דקנה הדקל והדירה ואינו יכול ליתן לו דמיהן ואינו דומה לחפץ דמחסרא משיכה אבל קרקע קונה בכסף ושכר פעולתו הוי בכסף וקונה שכירת הדקל או הבית דדוקא כשאמר פירות דקל או דירת בית דאין קנין חל על דשלב"ל או שאין בו ממש כמ"ש בסי' ר"מ ולכן אף אם נחשב שכר פעולתו בכסף אין הקנין חל משא"כ בשאמר דקל לפירות ובית לדור בו דשפיר חל הקנין ומיהו אפשר דאם בעה"ב חזר בו קודם גמר המלאכה דחזרתו חזרה וא"צ ליתן לו אלא הדמים דכיון

דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף אין קנינו של הפועל רק בגמר מלאכתו וגם בעיקר הדין יש להסתפק דכיון דקי"ל ישוה לשכירות מתחלה ועד סוף וכל פרוסה ופרוסה שעשה נתהוה מלוה על בעה"ב כמ"ש באה"ע סי' ב"ח ולדעת הרבה פוסקים שנתבאר בסי' ק"ץ המוכר בפלוה אינה מכירה ושכירות קרקע ומכירתה דין אחד להם וא"כ אפשר דאינו קונה קרקע לשכירות בשכר פעוה:

יד מעשה באחד ששכר שליח לילך למקום פלוני בעשרה דינרין ודרך המקום היה לשכור שליח בפחות מזה הסכום והיה מרכים ליתן להשליח גם הוצאות הדרך וזה לא דבר עמו אורות הוצאות ובין כך הלך המשלח מן העיר וכשהוצרך השליח לוצאת אמר לאחרים שרוצה ג"כ הוצאת הדרך ואח"כ בביאת השליח מהדרך תבע מהמשלח הוצאות הדרך וא"ל המשלח שלכן הוספתי לך על שארי שלוחים כדי לכלול בזה הוצאות שאחרים נותנין ופסקו דהדין עם המשלח דבכה"ג הדמים מוריעים לענין שכירת פועל ואף שנתבאר בסי' של"א סעיף ו' דמה שהוסיף להם אינה טענה לפשור עצמו ממה שנהגו אך בין דשליח זה לא קיבל המזונות מקודם כשארי שלוחים ובין כך ובין כך יש שינוי מהמנהג יד המשלח על העליונה [נ"מ] אמנם לא נהירא שזה שלא קבל המזונות מקודם בשהמשלח לא היה בבאן שזה יתחשב שינוי דמה היה לו לעשות ואפשר דבשהוספה הוי הרבה שלא בערך דאז הדמים ראיה וזה שנתבאר שם דאין הדמים ראיה היינו כשההוספה מעט [ומתוך קומים סקל"ח ע"ש]:

טו בעה"ב ששכר פועלים בסלע והזולה המלאכה והראה להם הבעה"ב פנים זועפות ופייסתו הפועלים ברברים ולא הזכירו דבר בפחת המקח אפילו היו אלו הפיוסים קודם התחלת המלאכה מ"מ מחוייב לשלם להם כפו ששכרם ואין הבעה"ב יכול לומר לא נתפייסתי מכם אלא על דעת שתפחתו לי משכרכם כפי הזול שנתהוה דכיון שלא דברו בזה יכולים לומר לא פיסנוך אלא שנעשה המלאכה בטוב וכן עשינו דביכלתם לתרץ פיוסם באיזה דבר שהוא דכיון שלא דברו מפורש אם אפילו היה מחשב בלבו כן דברים שבלב אינם דברים וכן כשהוקרה המלאכה והראו לו הפועלים פנים זועפות ופייסם הבעה"ב בדברים ולא דברו בהעלאת המקח א"צ ליתן להם כפי היוקר אלא כפי מה ששכרם ואין יכולים לומר לא נתפייסנו אלא ע"ד שתוספ לנו מפני שכול לומר להם לא פיסתי אתכם אלא על דעת לשהות בעדכם באכילה ושתיה או שאר דבר שיכול להלות בו הפיוס ויראה לי דבין הפועלים ובין הבעה"ב א"צ ליתן טעמים על הפיוסים אלא א"כ היה משמע מהפיוס איזה הוספה או איזה פחת ומ"מ כיון שלא הזכירו בפירוש יכולין ליתן אמתלאות אחרים אבל אם היה רק פיוסי דברים בעלמא א"צ אמתלא כלל:

טז ואם דברו בפירוש להפחית או להוסיף כגון שתוקרה המלאכה ואמרו הפועלים לא נעשה בלי הוספה כך וכך ופייסם הבעה"ב אפילו לא אמר להם הנני מוסיף לכם אלא אמר לכו עשו מלאכתכם צריך להוסיף להם ולא מיבעיא אם היה עדיין קודם התחלת המלאכה אלא אפילו היה אחר התחלה כיון שפועל יכול לחזור בו הוי כהתחלת המלאכה וכן במקום שאינו יכול לחזור בו בלא הפסד כפי מה שיתבאר בס"ג של"ג אין באמירתם כלום אם הבעה"ב עצמו לא אמר אני מוסיף לכם כשארי פועלים או הוספה כך וכך ואם הוזלה המלאכה ואמר הבעה"ב אין רצוני שתעשו אא"כ תפחתו לי מהמקח כך וכך ופייסוהו ברברים ולא הזכירו הפחת אם בבר התחילו המלאכה אין בדבריו כלום דהא אינו יכול לחזור בו ואף אם לא התחילו עדיין במלאכה אלא שיש להפועלים תרעומות על חזרתו כפי שיתבאר שם י"א ג"כ דאין ברבריו כלום דכיון ששמרינא יש להם תרעומות על חזרתו אף שאמר אין רצוני רק בפחת מ"מ כשפייסוהו אמרינן לדעתיה שחזר לסקדי הקודם אבל אם אין להם תרעומות בחזרתו סרינא או אפילו בבר התחילו במלאכה רק שהפועלים חזרו בהם מקודם ובטלה שכירותם ואח"כ נמלכו לגמור המלאכה וקודם זאת ההתחלה אמר להם כן אינו נותן אלא כמו שאמר אף אם הם לא אמרו בפירוש שמסכימים על הפחת אמנם אם הסכימו ול"ן בפירוש על פחת או הוספה אין חילוק בין קודם המלאכה בין באמצע המלאכה בין שיכלו לחזור ובין שלא יכלו לחזור יעשו כדבריהם כיון ששני הצדדים אמרו כן וע' בסי' רכ"א [כנ"ל בהגיה מלנו וע' בעמק"י ס"ו דב"מ]:

יז מלאכה ששוה ה' דינרים וכן נוטלים כל הפועלים ושכר בעה"ב פועלים בד' ובתוך כך הוזלה המלאכה ששוברים בד' אין להבעה"ב טענה עליהם שיפחתו לו דינר ולא יקחו אלא ג' מפני שהשכירם בפחות משארי הפועלים וצריכין גם עתה ליטול פחות דאין זה טענה כלל ואפילו לא התחילו עדיין במלאכה כלל וכן להיפך אם כל הפועלים נשכרים במלאכה כזו בד' והוא שכרן בחמשה שלא נתרצו בפחות והוא חפץ לשכרן דוקא וליתן להם יותר ובתוך כך הוקרה המלאכה שבוקם נוטלים חמשה אין יכולים לומר תוסיף לנו עוד דינר וחן לנו ששה דאין זה טענה כלל והמעם דודאי אם היו עושים המקח מפורש בדינר יותר משארי פועלים או בדינר פחות משארי פועלים ה"ה טענתם טובה אבל כששכרן ביותר או בפחות סתם מפני איזה טעמים שהיה לזה או לזה והבעה"ב נתרצה ליתן חמשה או הם נתרצו ליקח ד' מה להם שהוקר או הזול הלא על מקח זה נתרצו ואם יאמרו שבלבם נמרו שיהיה דוקא בדינר יותר כפי איזה מקח שיהיה או הבעה"ב יאמר שבלבו היה להפחית מכל פועל דברים שבלב הם ואינם דברים ודבר בזה אין די בגילוי מילתא בעלמא אלא בתנאי מפורש [וזהו כוונת רס"י כ"מ ע"ז ד"ה הסמ]:

השוכר

סימן שלג [דיני חזרה בשכירות פועלים ובו ל"ב סעיפים]:

א השוכר את הפועלים ועדיין לא התחילו במלאכה כלל איזה מהם שבא לחזור וחרשות בידו שהבעה"ב יכול לומר להפועל השכר עצמך במקום אחר והפועל יכול לומר לו צא ושכור לך פועל אחר אלא שיש להשני על החזור תרעומות מפני הטורח לחפש אחרי אחר ולכן כשמצוי להשתכר א"ע או פועלין מצוין ואין בה טורח הרבה גם תרעומות אין כאן מדינא [ש"ך] ונ"ם לענין מ"ש בסי' של"ב סעיף ט"ו ע"ש ויש מי שאומר שדין חזרה זו כדין חזרת מקח בדברים שבסי' ר"ד שהחזור בו אין רוח חכמים נוחה היטנו והוא ממחוסרי אמנה ולמי שסובר שם דאפילו כשנשתנה המקח מקרי מחוסר אמנה ה"נ כן הוא אפילו נשתנו מקצי הפועלים נקרא מחוסר אמנה החוזר בו [סמ"ע] פיהו אם הבעה"ב לא הוצרך למלאכה לפי מה שנתחרש אח"כ בעסקיו או שנתוודע לו שאין פועלים אלו עוסקין במלאכה כראוי נראה דאין להפועל עליו תרעומות ואינו נקרא מחוסר אמנה וכן אם חזרו הפועלים מחמת איזה התחדשות שנתהוה אצלם אין להבעה"ב עליו תרעומות ואינו מחוסר אמנה [לעמן סמ"ע בסק"ל שכתב שם"ל להם לימו מדוייק ודוק]:

ב זה שנתבאר שאין להם וע"ז אלא תרעומות בר"א שאין להם הפסד ע"י החזרה אלא טורח בעלמא אבל כשיש הפסד כגון ששכרן ולאחר איזה שעות חזר בו ובעת ששכרן היה להפועלים מקום אחר להשכיר א"ע ועתה אין להם המקום ה"ז כדבר האבוד וחייב הבעה"ב לשלם להם שכרם מדין גרמי ואין זה ענין למבטל כיסו של חבירו דפטור דעסק הגוף שאני אינא שאינו משלם להם רק כפועל בטל כפי שיושב בטל ואינו טורח בהמלאכה כמ"ש בסי' רס"ה ואם מוצאים מקום אלא שנשכרים בפחות סמה שנטלו אצלו ובשעה ששכרן היה ביכלתם ליטול זה המקח ששכרן הוא משלים להם מה שנוטלים פחות ואם מוצאים מלאכה אלא שהיא כבדה ממה שהושברו אצלו ואז היו יכולים להשיג מלאכה כזו שאצלו י"א שמחוייבים להשכיר א"ע אם מיפים שכר בעד כבדותה או שוה הראשון אומר אני אוסף לכם בעד כבדותה וי"א שיכולים לומר אין רצוננו לעשות מלאכה כבדה אפילו בתוספת שכר וישלם להם כפ"ל בטל ונראה עיקר כדעה ראשונה [ש"ך] ואם בשעה ששכרן לא היה להם מקום אחר להשכיר א"ע פטור בכל ענין ואם הפועלים אומרים שה"ה להם מקום אחר והוא מבחיש אותם על הפועלים להביא ראיה כדין מוציא מחבירו ואם לא הביאו ראיה נשבע הבעה"ב היסת ונפטר ונראה דגם הפועלים חייבים לשלם לבעה"ב כשיש לו הפסד ע"י חזרתם ובהכחישה עליו להביא ראיה ואם לא הביא ראיה נשבעים הפועלים היסת ונפטרין ואחר מהם נשבע [וזה שסם סקים כתבו זה רק בפועלים משום דהסמך בעל סניה לא סכיח עי"ש]:

ג יש לפעמים שאפילו אם בשעה ששכרן לא היה להם מקום להשכיר א"ע מ"מ חייב לשלם להם כפועל בטל כגון שהתחילו במלאכה ואפילו לא התחילו בעצם המלאכה אלא בההכנה למלאכה כגון ששכרן לחרוש שדהו והלכו אל השדה ומצאוה שהיא לחה ואינה ראויה עדיין לחרישה או ששכרם להשקותה והלכו ומצאוה שנתמלאת מים ואינה צריכה להשקאה או ששכר חמרין להביא לו תבואה ממקום קרוב והלכו לאותו מקום שאמר להם ולא מצאו התבואה וחזרו ריקם עם חמוריהם וכה"ג בשארי מלאכות נותן להם שכרן כפועל בטל שאינו דומה טורח העושה מלאכה להחזישב בטל ואינו דומה הבא עם חמורים טעונים לבא ריקם ועמ"ש בסי' של"ה סעיף ה' וזוקא שהלכו הם עצמם ראו הוי כהתחלת מלאכה אבל אם שלחו שלוחם ומצאו שאין כאן מלאכה דינם כלא התחילו במלאכה דאם לא היה להם מקום להשכיר עצמם פטור ואין להם אלא טרעומות [סס"ם פ"ע] ובשכר להביא תבואה ממקום רחוק והלכו לשם ולא מצאו תבואה חייב לשלם כל שכרן דהא עשו מלאכתם בשלימות ורק במקום קרוב צריך לדון כמו שנתבאר דעדיין לא עשו פעולתן אבל דרך רחוקה אף שבאו בלא סחורה מקרי שעשו פעולתן לגמרי [נס"ם] ועמ"ש בסי' שי"א ובסי' של"ה סעיף י"ד ואין חילוק בהכנה למלאכה בין שהמלאכה לא נתבטלה לגמרי כמו בשדה לחרוש שמצאוה לחה שבשתיבש תהיה ראויה ובין שנתבטלה לגמרי כמו שנתמלאה מים ולא מצאו תבואה [ולכן בנמ' רפ"ו דב"מ נקט הכי מקמי מרתי קמס לחכום ולכאים מבואס ע"ם ודוק]:

ד אמנם לפי מה שיתבאר בסי' של"ד דכל שהמלאכה נתבטלה שלא בפשיעת הבעה"ב אלא באונס דבדבר שהיה לו לבעה"ב לידע ולא הפועלים חייב לשלם להם ואם היה להם להפועלים לידע זאת ואפילו אם גם הבעה"ב היה לו לידע או ששניהם לא היה להם לידע הוי הפסד דפועלים ולכן אם ביקר בעה"ב מלאכתו מבערב ומצאה שצריכה פועלים ובין לילה נתהוה שינוי אין להפ"עלים עליו כלום אפילו כשהיה להם מקום להשכיר א"ע דמה היה לו לעשות ומשמיא הוא דגזרו עליהם אבל אם לא ביקר המלאכה מבערב נותן להם שכרן כפ"ל בטל דפשיעה היא ששכר פ"עלים ולא ראה מקודם אם צריך להמלאכה אם לאו וכן בכל המלאכות יש לראות זה ובשפשש בזה תלוי במה שנתבאר אם היה להם מקום להשכיר א"ע חייב אפילו אם לא התחילו בהמלאכה ובהכנתה ואם לאו אינו חייב אא"כ התחילו וכן אם הפועלים ידעו מזה ג"כ שא"צ להמלאכה פטור בכל ענין ונראה שגם הרעומות אין להם ובפרטי דין ביקור מבערב יתבאר בס"ד בסי' של"ד:

ה התחלת מלאכה מקרי אף אם שכרן לשנה ועשו יום יום ובאמצע השנה נתהוה ענין שנתבטלה המלאכה וכן אפילו לשנים הרבה כל שלא כלה הזמן הוי התחלת מלאכה לדינים שנתבאר וכן מלמד שהשכיר עצמו לשתי שנים והתחיל שנה ראשונה מקרי התחלה גם לשנה שניה וכה"ג בכל המלאכות:

ו רבותינו ז"ל למדו מפי השמועה שפועל חוזר בו אפילו בחצי היום דכתיב כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים [ב"מ י.] שאינו שלו כעבד ואם בא לעזוב שברו מבאן ואילך ולחזור בו יחזור [רמ"ה] דהתורה מנעה לאדם להיות משעבד גופו למלאכה שלא יהיה ביכלתו לחזור בו ולכן מותר לאדם להשכיר א"ע דדוקא עבד עברי שאינו יכול לחזור בו ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור עובר משום עברי הם [סוס'] ואם נשבע או נתן ת"כ צריך לקיים מצד השבועה ואין זה בנשבע לעבור עבירה דהא מותר לו להשכיר א"ע והרי אף למכור עצמו בעבד עברי כשאין לו פרנסה וכסות מותר לו למכור א"ע כם"ש הרמב"ם בפ"ב מעבדים ואין חילוק בזה בין פועל שכיר יום לקבלן שמקבל המלאכה לעשותה בכך וכך ולא בשכירות של כל יום ויום אלא שיש הפרש בין פועל לקבלן דפועל שחוזר בו בחצי היום אין שמין את המלאכה הנשארת ואפילו יעכה לו להבעה"ב יותר מכפי מה ששכרו לית לן בה אבל בקבלן שמין את המלאכה הנשארת שלא יעלה לו יותר מכפי מה ששכרו כמו שיתבאר דבעיקר הדבר דינו כפועל שיכול לחזור בו אלא שירדו על התחתונה [הג"מ פ"ו דכ"מ] ואפילו קבלן בעסקא ולא במלאכה שקבל מעות מתבירו לעסוק בהם למחצית שכר יכול לחזור בו באמצע הזמן ולומר לו לא אמרח עוד ואמול מה שמגיע לי עד עתה [סוס' סס קס"] וכן מוכח להריא בירושלמי דקבלן דינו כפועל:

ז יש מרבותינו שכתבו דאע"ג דפועל יכול לחזור בו ס"מ אם יש ת"י בעה"ב בלים של הפועל שעושה בהם המלאכה יכול לעכב אותם ולכופו שיעשה לו מלאכתו בשלימות [מגי"ש פ"ד דכ"מ כסס סרמב"ם ומרי"ן] ואם אין רצונו לגמור מלאכתו ישכור על דמי כלים אלו פועל אחר עד דמי שכירותו אפילו ברבר שאינו אבד דבדבר האבד יכול לשכור אפילו עד יותר מדמי מלאכתו כמו שיתבאר [סס"ם פ"ע כסס סרמב"ן] והטעם דנהי דגופו לא קני שיכופו לגמור המלאכה מפני גזירת התורה מ"מ כליו קנויין לענין זה להבעה"ב [סוס' קמסין מ: ד"ה מכס] ודוקא כלי אומנתו אבל שארי חפציו של הפועל או ממון שיש לו אצל הבעה"ב אינו מעכב בשביל זה ורק כלי אומנתו נקנים לו לזה:

ח יש מרבותינו שכתבו שלא אמרו פועל יכול לחזור בו אלא בהשכיר עצמו באמירה אבל אם נשתעבד בקנין או בשטר אינו יכול לחזור בו [מיקצ"מ כסס רטמו] וכ"כ רבינו הב"י בספרו הגדול ואין זה קנין דברים שהרי משעבד גופו לזה וחל הקנין אשעבוד הגוף ויש חולקין בזה דבין דהמעם הוא משום כי לי בני עבדים איזה חילוק יש בין קנין ושטר לדברים בעלמא [ריב"ם סי' תע"ו] ועוד דהא גם התחלת המלאכה הוי קנין וט"מ יכול לחזור בו וא"כ מה הוספה יש בהקנין ובשטר [ס"ך] ועוד דהא אפילו עבד עברי דגופו קנוי יוצא בגרעון כסף מכ"ש פועל וטעם דעה ראשונה נ"ל דבירושלמי [פ"ו דכ"מ] אומר דמשמע דלי כ"ש עבדים גם הבעה"ב יכול לחזור בו ואנן קיי"ל כמעם זה וצ"ל דזה שכתבו הפוסקים שהבעה"ב אינו יכול לחזור בו היינו שלא יהא ידו על העליונה כפועל אלא ידו עה"ת בקבלן כמו שיתבאר וראיה דהנה השור והרמ"א כתבו בסס' זה דבעה"ב החוזר בו ידו עה"ת אלמא שיכול לחזור בו ומטעם דאין שעבוד מזה על זה כלל ולפ"ז התחלת המלאכה באמת אינו קנין כלל וזהו נזירת התורה שהתחלת המלאכה לא תהא קנין כלל ממעמא דלי כ"ש עבדים שאינו יכול לשעבד עצמו ע"י מלאכתו כעבד וזה שהפוסקים קוראים לזה קנין הוא רק בשם המושאל ונ"מ לענין מ"ש בסעיף נ' ומה שעבד עברי יוצא בגרעון כסף והו קנינו שמקנה א"ע מבעליו כמו ששנינו וקונה א"ע בגרעון כסף [קדושין יל:] שכך נזרה התורה ולכן לא גזרה התורה רק שהמלאכה לא תהא קנין ושעל פי המלאכה לא ישתעבדו ול"ו אבל כשברצון עצמם משעבדים גופם ע"י קנין או שטר וראי ביכלתו לעשות כן כמו שמשעבד הגוף למטן והרי זהו ודאי דבקנין או שטר אין הבעה"ב יכול לחזור בו ולהירושלמי הרי שון הן בדין זה ומה שיש חילוק בין פועל לבעה"ב שבבעה"ב ידו עה"ת יתבאר הטעם לפנינו והרבה מאחרונים הסכימו לדעה זו וכן יש להורות [עמפ"נ]:

ט בזה שנתבאר שקורם המלאכה יכולים שניהם לחזור בהם כתב אחר מרבותינו דמ"מ שהשכיר עצמו אם משך הבעה"ב ממנו קולמוסו או תער שלו אין יכולין שוב לחזור בהם ואע"ג דפועל יכול לחזור בו היינו פועל ולא קבלן [סוס' כ"מ מ: כסס כ"מ] וכ"כ שם הרא"ש שמבאן מדקדק ר"ת ז"ל דהשוכר אומן ומשך כלי אומנתו נגמר קנין השכירות ואם הוא קבלן אינו יכול לחזור בו אבל אם הוא שכיר יום יכול לחזור בו אף שנגמר קנין השכירות כמו עבד עברי שמגרע פדיונו ויוצא עכ"ל מבואר מזה דם"ל דבקבלן אין דין פועל כלל ואינו יכול לחזור בו דלא כמ"ש בסעיף ו' וכ"כ בהגהות שם ויש מרבותינו שחולקים בזה וכתבו דמשום אין ראיה רק שהבעה"ב יכול לעכב כלי האומנות ושכור עליהם פועל כמ"ש בסעיף ז' ואין חילוק בין פועל לקבלן אלא לענין ידו על העליונה כמ"ש:

י ולפ"ז קשה מ"ש רבינו הרמ"א בסעיף א' דין"א שאם משך הבעה"ב כלי אומנות שעושה בהם המלאכה אין הבעה"ב

הבעה"ב יכול לחזור בו ולא הפועל אם הוא קבלן אבל אם הוא שכיר יום יכול לחזור בו מיהו יוכל לעכב כלי אומנתו ולשכור אחרים עכ"ל והרכיב שתי דעות ביחד [עמ"ך] ועוד דאיך כתב כדעת יחיד במקום שרבים חולקים עליו וכבר הבאנו בסעיף ו' מירושלמי דאין חילוק בין שכיר יום לקבלן אמנם גם על רבותינו בעלי התוס' יש לתמוה שכתבו שם כדברי ר"ת ובשם [קיצ] כתבו מפורש דגם קבלן דינו כפועל [וכ"מ בסמ"ק סס עז ע"ס] :

יא לפיכך נ"ל דלא פליגי כלל לדינא וכולם סוברים דגם קבלן יכול לחזור בו וזה שכתב ר"ת דבקבלן אינו יכול לחזור בו כוונתו דידו עה"ת ומפני שמורגל בלשון הפוסקים שמי שידו על התחתונה נקרא שאינו יכול לחזור בו כמו בבעה"ב שכתבנו שאינו יכול לחזור בו ובארנו בסעיף ח' דהכוונה הוא שידו עה"ת וה"נ כן הוא ולא חידש ר"ת רק דבקבלן כיון שמשך כלי אומנתו אינו יכול לחזור בו דידו על התחתונה אף קודם שהתחיל במלאכה וראיה דהא רבינו הרמ"א כלל שניהם הקבלן והבעה"ב ובבעה"ב כתב מפורש בסעיף ד' שידו עה"ת וזה שכתבו התוס' והרא"ש בשמו דיש הפרש בין פועל לקבלן הוא רק לענין ידו עה"ת וס"ל לרבינו הרמ"א דהכל מודים בזה שלעכב כלי אומנתו יכול אפילו בשכיר יום אלא דבקבלן הוי גם קנין לענין שתהא ידו עה"ת ואפילו החזיר לו כלי אומנתו מ"מ כיון שמשכם או אפילו לא משכן רק שנתנם בחצירו של בעה"ב [ת"ז] דינו כהתחיל במלאכה אבל אם הכלים היו שם אצל הבעה"ב מקודם בפקדון אינו נותעיל לענין זה [סס] כנלע"ד [וח"מ קונים סמ"ק סק"ס והגר"מ סק"כ] :

יב והטעם שפועל ידו על העליונה וקבלן ובעה"ב יד עה"ת נ"ל דמעיקר הדין כן הוא דפועל שנשכר לשכירות הימים הרי לא שכרו לעשות המלאכה בכלל אלא לכך וכך ימים והימים אינם מחוברין ול"ז לפיכך לפי הזמן שעשה צריך לשלם לו אף שהמותר יעלה לו ביוקר אבל קבלן שנשכר לעשות מלאכה זו בשליטות לכן צריכים לראות שלא יעלה להבעה"ב יותר מכפי ששכרו ולכן אם מותר המלאכה יעלה להבעה"ב יותר מהנותר בתשלומין צריך הקבלן לגכות לו והבעה"ב גם בפועל ידו עה"ת לפי שהבעה"ב עיניו בהמלאכה ולכן אם המותר יעלה לו בזול למה ירויח ממה שחשב דמי המלאכה ואם יעלה לו ביוקר הוא בעצמו גרם לו בחזרתו ולמה ינוכה להפועל מהימים שעשה והרי הוא עיניו בהזמן :

יג זה שפועל יכול לחזור בו הוא אפילו קבל בבר דמי שכירותו בשליטות ואין בידו לשלם במזומן להבעה"ב והמעות נשאר חוב עליו אם בטוח הוא שיש לו ממה לשלם אבל אם אין לו ממה לשלם הוי כדבר האבד שיתבאר ואינו יכול לחזור בו דנהי דהתורה התירה לו לחזור אבל לא התירה לו לגזול [ת"ן] ולפמ"ש אין חילוק בין שכיר יום לקבלן ולהפוסקים שמחלקים בין שכיר לקבלן אין דין זה נוהג כלל בקבלן ויראה לי דלפמ"ש בסעיף ח' דבקנין או שטר אינו יכול לחזור בו אם התנה בשעת קבלת המעות שיעבוד עד סוף זמנו אינו יכול לחזור בו דאין זה כמתנה על מה שכתוב בתירה :

יד לפי מה שנזרה התורה י"א דמהאי טעמא אסור לפועל או מלמד או סופר להשכיר עצמו להיות בבית בעה"ב יותר מג' שנים [ת"ך] דכשכיר מצינו בקרא דהם ג' שנים כרכתיב שלש שנים כימי שכיר וביותר מזה שם עבד עליו ולא שכיר ויש שנזהרים שלא להשכיר עצמו על שש שנים אבל על חמש שנים משכירים א"ע והטעם דכתיב בעבד עברי כי משנה שכר שכיר עבדך שש שנים ולכן בשש שנים שם עבד עליו ולא בפחות ויש חולקים בכ"ז דדוקא עבד שאינו יכול לחזור בו אמור אבל בשכיר שיכול לחזור בו אין זה עבד [תוס' ב"מ ו' ומרדכי פ' התומין] מיהו אם הוא עני מותר אפילו לשנים הרבה דהא אפילו למכור בעבר מותר בכה"ג כמ"ש הרמב"ם בפ"ה מעבדים וכ"ש להשכיר א"ע [ת"ך] :

טו לפיכך יש רבנים שאין מקבלין כתב רבנות על שש שנים ויש שאין מקבלין על יותר מג' שנים והם יכולים לחזור אפילו תוך הזמן כדין פועל מיהו נ"ל שאם קבל מהעיר מעות קדימה לצרכיו חייב לשלם להם לפי ערך הזמן שחזור בו דהא הם לא נתנו לו רק על זמן הכתב ולא על פחות מזה ואנשי העיר אין יכולין לסלק להרב ממקומו אף כשכלה זמן הכתב ומשלמין לו שכירות והכנסה כמקדם [ת"ם] וכן נהגו בכל תפוצות ישראל דהזמן שקובעים הוא למען העיר שהרב לא יחזור בו תוך הזמן דאף שמדינא יכול לחזור בו מ"מ הוי מחוסר אמנה ויש להם עליו תרעומות ולאחר זמן הכתב יכול להשכיר עצמו למקום אחר או להתחלק לגמרי ואין בזה אפילו מדת חסידות וכן נהגו כל גדולי עולם אבל אנשי העיר אין חוזרים בהם לעולם אם לא שנמצא בו פסול דאין סברא שאחד יעקור מיכי ומשכני אותו ואת ביתו וזרעו ואח"כ יסלקוהו שישאר בלי מקום לסחורתו וכן הדין בש"ץ ושמש וכל מיני התמנות שכל זמן שלא נמצא בו פסול אין מעבירין אותו כל ימי חייו וכן המנהג ועיין בסעיף כ"ט :

טז כיצד הוא דין התורה בפועל וקבלן פועל אם הוא שכיר יום חזור בו אפילו בחצי היום וידו על העליונה כגון ששכרו בעד שמונה דינרין ליום ועשה עמו חצי היום נותן לו ד' דינרים אף אם המחצה השני יעלה לו יותר מד' דינרים ואם יעלה לו פחות מד' נותן זה להפועל כי אין לו לבעה"ב להרויח מזה ויש מי שחולק בזה [ת"ך] וקבלן ידו על התחתונה בנון ששכרו לעשות לו מלאכה זו בעשרה דינרין ועשה חצי המלאכה אם החצי השני יעלה לו ו' דינרין אינו נותן לו רק ג' דינרין ואם

ואם החצי השני יעלה לו נ' מרויח הבעה"ב את השני דינרין והקבלן אינו נוטל יותר מחמשה מיהו אם המלאכה נתייקר הרבה שצריך לשלם בעד החצי השני יותר מעשרה דינרין אין לו להקבלן לשלם מכיסו [סמ"ע] ואפילו תפס משל קבלן לא מהני [כ"ח] וכן בעה"ב החוזר בו דינו כקבלן כמ"ש :

יז וכ"כ הרמב"ם בפ"ט וז"ל כיצד דין הפועל שחזר בו אחר שהתחיל שמין לו מה שעשה ונוטל ואם קבלן הוא שמין לו את שעתיד לעשות בין שהחלה בעת ששכרו בין שלא החולה בין שהחולה המלאכה אח"כ בין שלא החולה שמין לו מה שעתיד לעשות כיצד קבל ממנו קמה לקצור בשתי סלעים קצר חציה והניח חציה בגר לארוג בשתי סלעים ארג חציו והניח חציו שמין לו מה שעתיד לעשות אם היה שוה ו' דינרין נותן לו שקל או יגמרו את מלאכתן ואם היה הנשאר יפה שני דינרין אינו נותן לו אלא סלע שהרי לא עשו אלא חצי מלאכה עכ"ל וקבלנות מקרי כל ששכרו על המלאכה ולא על הזמן אף שיודע כמה ימים עושים מלאכה זו כנון שקבל על עצמו לעשות כך וכך יין בימי הבציר וימי הבציר ידועים כמה הם מ"ם מדלא שכרו לימים אלא למלאכה נקרא קבלן וכתב רבינו הרמ"א דהוקא שחזר סתם אבל בי חזר מכח יוקר אין שומעין לו עכ"ל וכ"כ השור ואין הכוונה דמכח יוקר אין ביכלתו לחזור בלל כמו שעלה על רעת איזה מהפוסקים דאין בוח שום מעם בלל דבין דגזרה התורה ההמלאכה לא היו קנין ויכול לחזור בו מה לנו מאיזה טעם חזר בו הלא לא נשתעבר לו עד נמר המלאכה אלא דה"פ דכשחזר בו מחמת יוקר אין ידי על העליונה אלא על התחרונה בקבלן ראין לנו לרחם עליו וכן משמע מסרורי בבריהם ע"ש [וכ"מ מסמ"ע ס"ק ס"ז שכתב שמעם ללת נמיסס כח בפועל כדי שיסתלק סמעות] וכן אין שום חילוק בחזרת פועל בין שחזר בו ואין רצונו להשכיר עצמו בלל ובין שחזר בו ורצונו להשכיר עצמו לאחר דלא כיש מי שרצה לומר דכשרוצה להשכיר עצמו לאחר אינו יכול להזור בו דהא עדיין רוצה לעשות עצמו עבד לעבדים ואינו כן דאמו המשכיר עצמו עובר על זה דא"כ יהא אסור לאדם להשכיר עצמו אלא שהתורה אמרה דמטעם זה אין האדם משתעבד עצמו בהמלאכה בבקנין עד סוף הזמן כמ"ש בסעיף ו' וא"כ כיון שאינו קנוי לו עד סיף המלאכה או הזמן מה לי אם רצונו להשכיר עצמו אצל אחר אם לאו וכן הסכימו כמה מגדולי אחרונים וכן עיקר לדינא ואף גם ידו על העליונה אם אינו משכיר עצמו אצל אחר מפני היוקר [כ"ל] :

יח כל מה שנתבאר דיכולים לחזור בהם אינו אלא כשהמלאכה הוי דבר שאינו אבוד אם לא יגמרוה עתה אבל בדבר האבוד אם לא יגמרוה מיד ותתקלקל כנון שכר פועלים להעלות פשתנו טן המשרה ואם יניחו באמצע המלאכה יתקלקל הפשתן או ששכר חמור להביא חלילין למת או לכלה וכיוצא בהם דהזהן של המלאכה עוברת וכן פועלים חיטים או סנדלרים שהחדרים בהם קודם החג בעת שעיקר המלאכה נעשית או וכיוצא בזה אחד פועל ואחד קבלן אין יכולין לחזור בהם אא"כ אירע להם אונס כגון שחלה הוא או אשתו יבניו או ששמע שמת לו מת דבאונסים כאלו מוכרח הוא לעזוב המלאכה ואף בדבר האבד משלם להם מה שעשו עד כה וא"צ לשלם להם כל שכרם ואין ידם עה"ת ודינם כדין פועל שחזר כיון שחוזרים מחמת אונס [ס"ך] מיהו בפועלים חיטים וסנדלרים שמשתברים אצלם לשנה או להרבה שנים וידוע שקודם החג הוא עיקר המלאכה וכשמשלמים לפועל בער חדש באמצע השנה משלמים בעד חדש שקודם החג כפלים בשיוצאים מהם באמצע הזמן אפילו מחמת אונס צריכים לחשוב שוה כך זמן וזמן לפי מה שהוא המקח מהפועלים וכן כל כיוצא בזה [כ"ל] ומשרת או משרתת בבית בעה"ב מקרי דבר האבוד מפני שהבעה"ב בעצמו אין ביכלתו לעשות המלאכות שצריך ולכן אין להם לחזור אף כשהם שכירי יום אא"כ אירע להם אונס דאז משלם להם מה שעשו עד כה והולכין להם והכל לפי ראות עיני הדיין אם הוה כדבר האבוד :

יט בדבר האבוד אם לא נאנס הפועל וחזר בו שוכר בעה"ב על חשבונו או ממעה אותו כיצד ממעהו אומר לו הלא חזרתך הוא מפני שרתחפון ביקר אתן לך ביקר נומר המלאכה ואינו נותן לו אלא המקח ששכרו כנון שאומר להם מלע קצצתי לכם בואו ומלו שתים וממתין עד שיגמרו המלאכה ולא יתן להם אלא מה שפסק תחלה ואפילו הוכיח לייתן להם השתים קודם שנמרו המלאכה מחזיר מהם התוספת מפני שהוא נזל נמור :

כ כיצד שוכר עליהם כנון ששברן כשני סלעים וחזרו בהם באמצע המלאכה שוכר עליהם פועלים אחרים וגומרין המלאכה שלא תאבד וכל שיוסיף לאלו הפועלים האחרים על מה שפסק לראשונים נוטל מהראשונים ואם הוכיח ליתן בעד גמר המלאכה כל השני סלעים אינו נותן להראשונים כלום ולא עוד אלא אפילו צריך ליתן יותר מכפי מה ששברן אם היה לו לבעה"ב ממן שלהם ה"י אפילו ממון אחר שאינו כלי אומנתן ואפילו לא נתנו לו הממון בתורת משכון על המלאכה [סס] שוכר על חשבונם להשלים המלאכה האבודה ומשלם להאחרים אף המקח היותר גדול שמשלמים לעת הצורך כנון שלפעמים משלמים לעת ההברת ארבעים וחמשים זוז אע"פ ששכר הפועל בשלשה או ארבעה זוז שוכר עליהם אפילו עד מקח זה וי"א דוה דשוכר עליהם עד ארבעים וחמשים וכה"ג יותר משכירותן זה דוקא כשתפס כלי אומנתם דוה הוי כשיעבוד אצלו על המלאכה או ששיעבדו לו מעות או חפצים על ערבות המלאכה אבל שארי מעות וחפצים אינו יכול לעכב מיהו עד כנגד דמי

שכרן אם קבלן מקצת. והוא צריך לשלם כל שכרן יכול לתפוס מהם כל דבר והעיקר כדעה ראשונה [סמ] ואם לא שכר עליהם פועלים אחרים והפסיד המלאכה ע"ז אין הפועלים חייבים לשלם לו הזיקו דהא לא נעשו שומרים וכל שאינו שומר אינו חייב בפשיעה רק במזיק בידים ואין זה נרמי דהיה לו לשכור אחרים על חשבונם ואם לא היה יכול להשיג אחרים לגמרן אם הדבר הפסד ממון כמו הפשתן וכיוצא בזה חייבים לשלם כל ההיזק דהם כמזיקים וחייבים מדיני דגרמי דאיך משליכין באמצע המלאכה מה שיתקלקל ואין להשיג פועלים אחרים ואם אין בזה הפסד ממון כמו השוכר להביא חלילין למה ולבלה או ענייני מלמדות וספורות וכה"ג דהענין נאבד ולא ממון אע"ג דדינם כדבר האבוד מ"מ אם לא שכר עליהם ולא המתין פטורים מלשלם. [עמ"ך סקל"ם] :

כא כל מה שנתבאר בדבר האבד אינו אלא כשאין שם פועלים אחרים מוכנים לשכור במה שנשאר משכרן של הראשונים להשלים המלאכה דאז שוכר עליהם או ממתין אבל אם יש פועלים אחרים מוכנים לשכור במה שנשאר משכרן ואמרו לו הפועלים צא ושכור מאלו והשלם מלאכתך בין שכיר בין קבלן אין לו עליהם אלא תרעומות ודינם כאלו לא היתה דבר האבד ושמין לשכיר י"ם מה שעשה ולקבלן מה שעתיד לעשות כמ"ש בסעיף ט"ז אלא דפועל ידו על העליונה וקבלן ידו על התחתונה ואם לא עשה כן והטעה אותם חייב ליתן להם כפי מה שפסק להם באחרונה כיון שהיה מוצא פועלים אחרים לגמור המלאכה במקח השוה לא היה לו להטעותם ודוקא כשהתחיל הבעה"ב להטעותן שאמר להם שכו יותר מכפי המקח שעשיתי אתכם אבל אם הפועלים התחילו לומר לא נגמור המלאכה אם לא תוסיף לנו כך וכך יכול להטעותן אף כשמוכנים פועלים אחרים [ס"ך] :

כב ובן אפילו אם אינו מוצא פועלים אחרים אינו שוכר עליהם או ממתין אע"כ שבשעה ששכרם היה מוצא לשכור פועלים אחרים ועכשיו אינו מוצא אבל אם גם מקודם לא היה מוצא פועלים אחרים הרי לא הפסידוהו כלום ויש חולקין וס"ל דגם בכה"ג שוכר עליהם או ממתין [סמ] דעכ"פ כיון שנשכרו לו צריכים לגמור שלא יתפסר דאפשר אם לא היו נשכרים אצלו היה טורח והיה משיג פועלים אחרים ויראה לי דבכה"נ אם אין הדבר ברור כל כך שלא היה משיג פועלים אחרים גם דעה ראשונה מורה :

כג פועל שעושה בחנם עם בעה"ב יכול לחזור בו אפילו בדבר האבד ולומר לא אעשה בחנם אלא בשכר אבל אם גם בשכר אינו רוצה לעשות וזה רוצה ליתן לו שכר ופועל אחר אין להשיג עתה ומתחלה היה יכול להשיג פועל אחר ובין כך ובך נפסדה המלאכה חייב לשלם לו כל הפסדו מדינא דגרמי [סמ] :

כד מלמד החזר מלמוד עם התלמיד מקרי דבר האבוד דכל רגע שהתלמיד הולך בטל הוה פסידא דלא הדר ואין המלמד יכול להסתלק באמצע הזמן אם לא שמעמיד לו מיד מלמד אחר במקומו שהוא טוב כמוהו [סמ] ובאם לאו אינו יכול לחזור בו אם לא שנאנס כמו שחלה הוא או בנו או אשתו או שמת לו מת שמשלם לו עד העת שלמד כפי החשבון ואף אם יעלה לו להבעה"ב ביותר מכפי מה ששכרו דכיון שנאנס מה לו לעשות וכל מלמד דינו כשכיר יום דהא שוכר עצמו לומן דשכיר יום לאו דוקא דה"ה שכיר שבוע שכיר חודש שכיר שנה הוי כשכיר יום ולכן אם שכר עצמו ללמוד ספר או חצי ספר או מסכת פלונית יש לו דין קבלן ומלמדים דינם כשארי פועלים שצריכין לעשית כמנהג להשכים או להעריב כמ"ש בסי' של"א ואסור לו לעשות מלאכתו עם הלימוד או להיות ניעור הרבה בלילה יותר מדרך הבינונים וכן אין לו לישב בתענית יותר מכל אדם בינוני וכן אין לו להרבות במאכל ומשתה דכל אלו הדברים מחלישין הכחות מלמודו וכל המשנה ידו עה"ת ומעבירין אותו וכן סופר המקבל לכתוב ספר אחד וחזר בו מקרי דבר האבד דכשישכור סופר אחר לגמרו יהיה הכתב משני סופרים שאינן דומות ול"ז לא יהיה נאה ועור מרינו מלמרים יתבאר בס"ד בסי' של"ך ודע דכל מה שנתבאר בדבר האבד דשוכר עליהן או ממתין הוא אפילו כשעדיין לא התחילו במלאכה זו כיון שהוא דבר האבד [טוכ] :

כה כל פועל או מלמד שחלה באמצע מלאכתו משלם לו בעה"ב מה שעשה עד כה וידו על העליונה ואפילו בדבר האבוד כמו שנתבאר ועל זמן חליו אינו משלם לו כלל ואם עברה מחלתן או האונס האחר עבר וקבלן הבעה"ב בחזרה וחזרו ועשו מלאכתן עד כלות הזמן כתב רבינו הרמ"א בסעיף ה' דצריך לשלם להם כל מלאכתן ואינו מנכה להם כלום בעד זמן האונס דכיון שקבלן אחר האונס בסתם וא אמר להם שינכה בעד זמן האונס מסתמא מחל להם ועל דעת כן קבלם שישלם להם בשלימות ורבים חולקים בזה דדוקא בעבד עברי שנופו משועבד לו הרין כן דכשחלה בתוך הזמן ברשותו דבעה"ב חלה אבל מלמד או פועל או קבלן אפילו שכרו לעשות כל המלאכות ס"ם הרי אין נופו קנוי לו ולמה ישלם להם בעד העת שלא עשו [ס"ך] ומחילה לא שייך בדבר שעליו ליתן דמחילה לא הוי אלא בחוב המגיע לו ולא במה שעליו ליתן :

כו עוד כתב רבינו הרמ"א ומיהו אם כבר קבל המלמד או הפועל שכרו י"א דא"צ להחזיר אפילו בישל ממלאכתו ע"י מחלתו או אונס אחר דבמוחזק תליא מילתא [ע"ז] דהרי האונס הוא מן השמים ולכן כשהמלמד או הפועל מוחזק אין להוציא מידו וגם בזה הרבה חולקים עליו דמה ענין מוחזק לכאן ראין זה ספיקא דדינא דתיהני חזקה דוודו מילתא דפשיטא דבעד העת שנאנס ולא

ולא עשה מלאכתו אין לו ליטול שכירות ומה לו לבעה"ב באונסו ולכן בכל ענין צריך להחזיר [ס"ך וסנג"ס] ועמ"ש בסי' שכ"ט סעיף ב' :

כז אומן הוי קבלן וכל הדינים שנתבארו בקבלן נוהג באומן ומעשה בראובן שקבל משמעון בנר לארונ חמש אמות בדינר ובשהתחיל לארוג המציא עלילה שהסמטוה נרוע ורצה לעזוב מלאכתו וע"י זה הוכרח להוסיף לו דהוי כמו דבר האבד ופסק הרא"ש ז"ל דא"צ ליתן לו ההוספה וזהו שאמרו שוכר עליהן או מטען אמנם אם האומן מברר ע"פ בקיאים שהמלאכה קשה יותר מכפי מה שא"ל הבעה"ב צריך הבעה"ב להוסיף לו כפי שומת הבקיאים ואין להקשות לרעת הסוברים אומן קונה בשבח כלי כמ"ש בסי' ש"ו למה לא יהיה ביכלתו לבקש כמה שירצה אחרי שהכלי שלו היא וכ"ש אם עשה האומן משלו אמנם לא קשה כלל דאיך אפשר בדבר שהשכיר עצמו בכך וכך שיוסיף לו על זה אלא ודאי דדין שבח כלי אין שייך כלל לענין זה והאומן הוא פועל ככל הפועלים ושבח כלי אין זה רק לענין השלומין בנזק כמ"ש שם או לקדושי אשה כמ"ש באה"ע סי' כ"ח אבל לא להוציא מהבעלים יותר ואפילו עשה משלו :

כח מעשה בראובן שאמר לאומן עשה לי דבר פלוני כך וכך ואקחנו ממך ועשה האומן אותה וא"ל טול הכלי ותשלם לי ולא רצה לקחתה והבלי היתה דבר שאם לא יקחנה מיד יפסיד האומן פסק הרא"ש ז"ל דחייב ראובן לפרוע לו מדינא דנרמי כיון שהפסיד ע"פ דבורו כמו הלכו חמרים ולא מצאו הבואה דמשלם להם דכל עניני פועל וקבלנות ואומנות א"צ קנין ונתקים בדבור בעלמא בהתחלת המלאכה ולכן מטפל האומן במכירת הכלי ומה שיטול פחות ממה שהושוה עמו ישלם לו [סמ"ע] ודוקא כשעשה האומן משלו אבל אם עשה ממחורה של בעה"ב ולפי מאי דס"ל אין אומן קונה בשבח כלי גם המיזרחא אינו מוטל על האומן אלא על הבעה"ב [ס"ך] :

כט כל מי שנתמנה אצל הצבור כמו רב או ש"ץ או שו"ב או שארי התמנות ועשו עמהם כתב לכך וכך שנים על פרטים אלו אם אח"כ השכיר עצמו אצל צבור זה הן עם המנהיגים הראשונים הן עם מנהיגים אחרים שישאר עוד על זמן כך וכך ובבפרטים לא דברו נשאר על הפרטים הראשונים ודוקא שלא הזכירו כלל אודות הפרטים אבל אם קצתן הזכירו וקצתן לא הזכירו אין לו אלא פרטים אלו שהזכירו ולא האחרים ראם היה רעתם על כל הפרטים הקודמים למה פרטו את אלו [כ"מ בס"ך סקמ"ג] ויש מי שאומר שאפילו קצבו השכירות ולא שארי דברים אין לו רק שכירות ולא שארי דברים ולא נראה כן דשכירות הוא עיקר הבנין ולכן הוכירו זה בפרטיות ום"מ שארי פרטים הקודמים קיימים ואף אם הסיפו או גרעו בשכירות שארי הפרטים נשארו בתקפם [וזהו כוונת סלבתם ותס"ך] ועמ"ש בסעיף מ"ו : ל ואפילו אם בכלות זמן הכתב לא דברו כלל רק נשאר על מקומו כמקדם נשאר על כל התנאים הראשונים בלי תוספת ובלי מגרעת כמו בשובר בית לשנה ודר בו שנה שניה סתם דדר בה על מכח הראשון כמ"ש בסימן שי"ב כמו כן בענינים אלו וכן הסכימו גדולי אחרונים ותמהו על רבינו הרמ"א שכתב דדוקא שחור והשכיר עצמו בשנה שניה אבל אם עמד עמהן בשתיקה לא אמרינן דנשאר על תנאו הראשון עכ"ל ונ"ל דכוונתו על הזמן העתיד כגון שנתקשר עמהם על שנה ובכלות השנה ישב חצי שנה בשתיקה וזהו ודאי דבחצי שנה העבר צריך להיות כבשנה הראשונה אבל על החצי השניה יכולים לשנות זה או זה ובזה הדין אמת כמ"ש בבית שם סעיף כ"ד ע"ש ולפמ"ש בסעיף מ"ו אין זה אלא מצד העובד אבל מצד העיר אין יכולים לשנות [ל"ל] :

לא האב שהעמיד את בנו למלאכה אצל אומן אע"פ שהאב אינו מעלה לו מזונות מ"מ כיון שידע הבן שהעמידו ונכנם הבן בהמלאכה אף שלא ידע על איזה פרטים העמידו מ"מ כיון שנכנם למלאכתו ע"פ האב מסתמא הוה ניחא ליה במה שעשה האב ונוטל בפי מה שקצב האב עד שעה שיחזור בו כדין פועל שחוזר בו ואינו יכול לומר שלא נתרצה בקציצת אביו וכן להפוסקים שבקנין או בשטר אינו יכול לחזור בו גם הוא לא יכול לחזור דהוה כמו שעשה בעצמו ולאו דוקא אביו דה"ה איש אחר בשהשכירו ברצונו וידע מזה ונכנם להמלאכה אינו יכול לשנות מכל מה שעשה זה האיש בעדו [ס"ך] :

לב כל פועל שהיה אצל בעה"ב וא"ל הבעה"ב לך מעמדי אם א"ל בפני שנים או אפילו א"ל בינו לבינו ואינו מכחישו שא"ל כן פטור הפועל בלא מחילה אחרת ואפילו קבל ממנו דמי כל השכירות פטור [סס] דזהו כמו מחילה דהפועל אין גופו קנוי להבעה"ב דנצריך קנין וי"א שאם א"ל דרך כעס אינו נפטר בזה וכן נראה דהדברים שאדם מדבר בהם דרך כעס אין בזה ממש ומלמד אצל בעה"ב שא"ל הבעה"ב לך מעמדי ונתרצה המלמד מ"מ יוכל הבעה"ב לחזור בו ולעכבו ואע"נ דמלמד דינו כפועל מ"מ אין ביכולת האב למחל שיעבור הליסוד שנשתעבר המלמד להבן לפיכך אין בהדברים ממש ואפילו קנין וכתיבה לא מהני [סס] ומי ששכר פועל והתחייב עצמו בקנם אם יחזור בו הוי אסמכתא וכשיעשו יעשו בקנין מעכשיו ובב"ד חשוב שלא יהיה אסמכתא כמ"ש בסי' ר"ז אבל במלמד בכל גוונא לא הוה אסמכתא דהוי כאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דנתבאר שם דלא הוה אסמכתא [סס] ולכן גם בשארי פועלים אם יש לו היזק להבעה"ב בסילוקו כגון שנצרך מאד להמלאכה וא"א להשיג פועל אחר לזמן מה נראה ג"כ דלא הוה אסמכתא בכל ענין ומתחייב בהקנם ויש

מי שאומר דזה שנתבאר שאם א"ל להפועל לך מעמרי פסור גם אם קבל כל השכירות אינו כן דלענין ממון ודאי דאינו מספיק אמירתו לך מעמרי וצריך להוסיף ולומר ואין לי עליך כלום [ט"מ מרש"י קדושין מ"ז] :

סימן שלד [עוד מדיני שכירות פועלים ודין מלמד אם חלה התלמיד ובו י"ב סעיפים] :

א כבר נתבאר דכל אונס שאירע בהמלאכה ער שנתבטלה בין ששניהם היו יודעים שדרך האונס לבא או שניהם אינם יודעים הוי פסידא דפועל אבל אם בעה"ב יודע והפועל אינו יודע הוי פסידא דבעה"ב דפשע במה ששלחם והמשכיר שאין להמיל הפשיעה על הבעה"ב יותר מעל הפועל המסע"ה וידו עה"ת [עור] ואפילו תפיסה לא מהני בזה דאין זה חומה לכל מוציא דמהני לפעמים תפיסה דבכאן מעיקר הדין כן הוא דכששניהם ידעו ביון שגם הפועל פושע למה ישלם לו ואם שניהם לא ידעו ביון דגם הבעה"ב אנוס משמיא הוא דנורי עליה דפועל שלא ירויח [ב"ל] :

ב לפיכך השוכר את הפועל לחפור בשדהו ובא ממר בלילה בענין שאינו יכול לחפור אם הראה לו השדה מבערב הוי פסידא דפועל דביון שראה אותה והכירה שאינה ראויה לחפור אם תרד עליה ממר לא היה לו לבא ואינו נותן לו כלום ואם לא הראה לו מקודם נותן לו שכרו כפועל בטל לפי שהבעה"ב היה מכיר את שדהו והיה לו להודיעו שלא יבא וכן אם השדה היתה לחה בעצם בטבעה הדין כן הוא דאם ראה מקודם ולא הבינו שאינה ראויה לחרישה מזלייהו גרים וזהו דעת רוב רבותינו [ר"ן ותוס' והרא"ש ונמק"י וסמוך כ"מ עו"ש] :

ג והרמב"ם בפ"ט משכירות כתב אם ביקר בעה"ב מלאכתו מבערב ומצא שצריכה פועלים אין לו לפועל כלום דמה היה לו לעשות לא ביקר אותה מבערב נותן להם שכרם כפועל בטל עכ"ל וס"ל דכשראה הבעה"ב את השדה מבערב אע"פ שהפועל לא ראה ממר דלא כדעה ראשונה וכן משמע קצת מדברי המור והרמ"א בסעיף ב' ע"ש ויראה לי דלא פליגי בעיקר הדין דודאי שדה שדרכה תמיד שלא להשתנות מדה הרמב"ם דראיתו לא מעלה ולא מוריד דמ"נ אם הממר שירד מקודם מונע כל השדות מלחרוש פשיטא דבכל נוונ פסידא דפועל ואיזה חילוק יש בין ראה מבערב ללא ראה וכמ"ש בסעיף ה' אלא ודאי דכל השדות אין הממר מונע מלחרוש אלא לפי הקרקע לערך לחותה ורכותה וכיון ששדהו עומדת תמיד במצב אחד מה שייך ראיית הבעה"ב מקודם וכודאי דתלוי בראיית הפועל והרמב"ם מיירי בשדה שאינה עומדת תמיד על מצב אחד דלפעמים הממר מקלקלה ולפעמים אינה מקלקלה ותלוי ביבשיתה ולפי ערך החמימות והרוחות וכה"ג וזהו ודאי כשמקודם ראה אותה הבעה"ב ומצאה שראויה לחרישה אף אם תרד ממר אלא שנתהוה אח"כ שינוי ונתקלקלה ע"י הממר כולם מודים להרמב"ם דאנוס הוא כהפועל רק צריך להביא ראיה שהיתה ראויה מקודם ועוד דהוא לא מיירי כלל מירידת ממר אלא שנמצאת לחה ונ"כ הוא שאיננה שוה בכל הזמנים וגם בירידת ממר כולהו ס"ל כמ"ש [ב"ל] :

ד וכן השוכר את הפועל להשקות שדהו מזה הנהר שאצלה ופסק הנהר בחצי היום אם אין דרכו להפסיק או אפילו דרכו לפסוק אך גם הפועל יודע דרך הנהר הוי פסידא דפועל ואין בעל השדה נותן לו כלום אע"פ שגם בעה"ב יודע דרך הנהר הזה אבל אם אין הפועל יודע דרך הנהר והבעה"ב יודע נותן לו שכרו כפועל בטל ודוקא כשפסק הנהר הקטן אבל פסקה הנהר הגדול שכל שדות העיר משקין ממנה הוי מכת מדינה ותמיד ההפסד על הבעה"ב [ט"ז] כמ"ש בסי' שכ"א ושכ"ב בדין חובר דמכת מדינה היא גוירה על בעלי השדות ואף שלא פשעו הם סובלים הנזק ולא הפועלים יכמו שבארנו שם במלסר שגזר המושל שלא ללמוד ע"ש ויש מי שחולק בזה ולא נתבררו דבריו אצלי ועוד יתבאר בסעיף י' בס"ד :

ה וכן מי ששכר פועל להשקות שדהו ובא ממר בלילה בענין שאינה צריכה להשקאה אינו נותן לו כלום אפילו אם לא הראה להפועל השדה מבערב משום דרוב שדות שבעולם אם ירד עליהם הממר אין צריכין להשקאה וגם הפועל ידע מזה כמו הבעה"ב אבל בחפירה יש שדות שאין נמנעות מלחפיר אף אם ירד עליהם הממר כמ"ש בסעיף ג' [סמ"ע] וכן אם בא הממר בחצי היום אינו נותן לו מחצי היום ואילך כלום ודוקא ממר אבל אם באו המים מהנהר הגדול ע"י חריצין הנמשכין לשדה זו נותן להם כל שכרן לפי שהבעה"ב מכר שדהו והיה לו להתנות שאם יעלה הנהר וישקנה שלא יתן לו כלום דהפועל לא יוכל להכיר בענין זה אפילו אם הוא מן העיר ויודע שבע קרקע זו לפי שדרכו זה תלוי באופן המשכת החריצין ומדלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה ומייעו להפועל מן השמים שלא יעשה ויטול כל שכרו דהוה כאלו עשה הוא המלאכה ואף שישבו בטל ביון שהמלאכה נגמרה :

ו ואף בירידת ממר אין זה אלא בפועל אבל בארים בנון מי שפסק עם אריסו שאם ישקה שדה זו ד' פעמים ביום ימול חצי הפירות וכל האריסין שדרכן להשקות

להשקות שתי פעמים ביום אין נוטלין אלא רביע הפירות ובא מפר ולא הוצרך לדלות ולהשקות נוטל מחצה כמו שפסק עמו מפני שהארים דינו כשותף לענין זה ולא כפועל והטעם דכפועל הרי ישלם לו שכרו אף אם השדה לא תתן פריה לפיכך משלם לו כפי מלאכתו אבל הארים שאם השדה לא תתן פריה הרי לא ישול כלום ולכן גם כשעושית פירות נותנין לו אף יותר ממלאכתו דמן השמים סייעוהו וכן הדין בקבלנות ובחבירות ומעם אחד להן :

ז ״א דבכל מה שנתבאר דהוי פסידא דפועל אין זה אלא בשכרו למלאכה זו ולשדה זו [סמ״ע] ולכן כשאירע אונס ונתבטלה המלאכה משדה זו הוי פסידא דפועל דהבעה״ב יכול לומר אין לי מלאכה אחרת אבל אם שכרו למלאכה סתם יכול לומר לו הן לי שדה אחרת הראויה עדיין למלאכה זו ואפילו יודע הפועל שאין לו מלאכה אחרת מ״ם אין לו להפסיד בשביל זה דכל כה״ג ה״ל לאתנויי ומדלא התנה אין לו להפסיד להפועל ומתי יש לו לבעה״ב רשות לשנותו למלאכה אחרת יתבאר בסי״ד בסי׳ של״ה :

ח כמו שנתבאר בפועלים כשנתבטלה המלאכה מחמת אונס אינו חייב לשלם להפועל רק אם הבעה״ב היה לו לידע מזה ולא הפועל כמו כן הדין במלמד ולכן מי ששכר מלמד לבנו וחלה הבן ונתבטלה מלאכתו של המלמד אם אין הכן רגיל באותו חולי ולא היה לו להאב לידע מזה יותר מהמלמד וכן אף אם רגיל באותו חולי רק שהמלמד הוא בן עיר ויודע בו בהבן הזה שרגיל הוא בחולי הזה פסידא דמלמד כמו בפועל וכן אם כת הבן אבל אם רגיל בחולי ואין המלמד מכיר בו בגון שהוא מעיר אחרת או אפילו הוא בן עיר רק לא הבירו עד עתה הזה פסידא דבעה״ב ונותן לו שכרו משלם וחסיר מפועל שאינו נותן לו אלא כפועל בטל מטעם דלומדי תורה נוח להם יותר ללמוד בלילך בטל ופשיטא שאם גם בבימול התלמיד למד המלמד בעצמו או עם אחרים הרי לא הרויח מזה ואין זה דמיון לכל המלאכות מיהו גם זה תלוי בהתמדתו של המלמד אם ידוע שנוח לו יותר לילך בטל מללמוד והלך בטל או שלימודו היה קל יותר מכשלמד עם הבן אינו נוטל אלא כפועל בטל כמ״ש בסי׳ של״ה ואם יש ביניהם הכחשה בהכרת הנער אם לא נטל עדיין מעות ישבע אבי הבן ויפטר ואם כבר נטל ישבע הוא ויפטר וכבר נתבאר בסי׳ של״ג סעיף כ״ה דדעת רבינו הרמ״א דכל שנתבטל באמצע הזמן ואח״כ חזר למלאכתו ולא דיבר הבעה״ב שינכה לו מה שבימל דאינו מנכה לו בכל ענין ושיש חולקים בזה ע״ש :

ט מדיני מלמדים נתבאר בסי׳ של״ג ויתבאר בסי׳ של״ה ובי״ד סי׳ רמ״ה וסי׳ רמ״ח ושם נתבאר דאשה ששכרה מלמד לבנה אף שלא בפני הבעל ובששמע הבעל שתק ודאי ניחא ליה במה שעשתה וחייב לשלם כל השכר לימוד שהושותה עמו מיום ששכרה את המלמד [סמ צמ״ך] אבל אם מיחה מיד כששמע אין במעשיה כלום אפילו כשנושאת ונותנת תוך הבית ונ״ל דמ״מ יכולים ב״ד לכופו אם רואים שידו משגת לשלם שכר לימוד ואפילו איש אחר ששכר מלמד לבן ראובן במעמד ראובן ושתק שתיקה כהודאה דמי אע״פ שלא דיבר האחר בפירוש שראובן ישלם שכר לימודו דהיה לו להבין שכן היתה הכוונה אם לא שעשיר שכר מלמד לבן עני דאז אף אם האב העני היה במעמד זה ודאי דחשב שהעשיר ישלם [כ״כ] ועמ״ש בסי׳ פ״א ובסי׳ רל״ז אם יש הסגת גבול אצל מלמד :

י אם נתהוה בעיר שינוי אויר וברחו הוו כשאר אונס והוי פסידא דפועל או המלמד כן כתב רבינו הרמ״א וכתב אחד מהגדולים דדוקא כשהמשיעום ברחו אבל אם ברחו כולם או רוב העיר הוי מכת מדינה והפסד הוא על הבעה״ב ומשלם להם כל שברם כמ״ש בסעיף ד׳ [ס״ך] ולי נראה מסתימת לשון רבינו הרמ״א דאף אם הוי מכת מדינה ההפסד עליהם וטעמו נ״ל דדוקא כשהפועל או המלמד עומד מוכן לעשות מלאכתו אלא שהמלאכה נתבטלה כמו פסק הנהר הגדול שבסעיף ד׳ או אם התלמידים לבדם ברחו מקומם אבל אם בעת התהוות המגפה ברח המלמד וגם התלמידים ההפסד של המלמד ומזה מירי רבינו הרמ״א ווה שכתב אם ברחו ר״ל המלמדים או הפועלים ואינו כרין שכתב בסי׳ שכ״א בנוידת המושל שלא ילכדו דהתם מוכן המלמד ללמוד אלא שאין מניחין אותו וכן בשינוי אויר והתלמיד או הפעולה נשמטה מלפניו כיון דמכת מדינה היא ההפסד על בעה״ב אבל כשהפועל או המלמד בעצמו ברח נ״כ מיד בהתחלת האונס והשמימו א״ע מהמלאכה בעוד שיכלו לעשות למה יסבול הבעה״ב דמעמא דמכת מדינה ההפסד הוא על הבעה״ב משום דמשמיא הוא דגזרו עליה ולא שייך זה אלא כשנתבטל הפעולה רק מצד הבעה״ב ולא כשנתבטל מצד הפועל והמלמד נ״כ ונראיה לזה דהא גם במכת מדינה אם ע״י מורח גדול ביבלתם לעשות הוי ההפסד עליהם כמ״ש בסי׳ שכ״א מכ״ש כשהם נחפזו לברוח מהמלאכה דההפסד הוא עליהם [ומ״ם פסק מכר״מ סמגיו סס״ך נסק״נ ומסמ עליו ע״ש ותזק] :

יא כתב רבינו הרמ״א בסעיף א׳ מי ששכר בית לדור בו ומת בתוך זמן השבירות א״צ לשלם לו רק מה שדר בו דבעה״ב הוי כפועל והוה ליה להתנות מיהו יש חולקין לכן אם קבל השכר כולו א״צ להחזיר כלום כן נ״ל עכ״ל ביאור דבריו דדעה ראשונה ס״ל דכשם שאונס שאירע בפעולה דשניהם לא היה להם לידע הוי פסידא דפועל כמו כן באונס שאירע בשכירת בית הוה פסידא דבעה״ב דהוי בזה כפועל שבא להוציא מחבירו ויש חולקין ס״ל דלא דמי לפועל דשכירות הוי כמכר לומן ואין בזה טעמת אונס ואע״ג דבמכר גופא כשנתהוה

אונם בטלה המכירה וזהו כשעריין לא החזיק הלוקח בהמקח אבל כשכבר החזיק ונתקיים המקח אין האונם שאח"כ מבטלו ואע"ג דנתבאר כמה פעמים דלא לכל דבר הוי שכירות כמקח מ"מ פשיטא דלהחזיק זמן השכירות הוי כמקח ולא נרע מדין אונאה דהוה דינו כמקח ולכן פסק רבינו הרמ"א דמספיקא דדינא אין להוציא ממון [וט"ס קוסית סס"ך ע"ס וחק] :

יב פסק אחד מהגדולים במעשה שהיה בעת המנפה ר"ל שברחו השכנים מן הבית המושכר להם שצריכים לשלם כל השכר והקשו עליו דהא בכמה מדינה ההפסד הוא על בעה"ב [סס] אמנם כבר כתבנו בסעיף י' דדוקא כשהפועל על מקומו והמלאכה נתבטלה מחמת הסיבה ולא כשהפועל ברח מחמת הסיבה ואף שבסעיף הקודם נתבאר דאפילו באונס שאינה מכת מדינה ההפסד הוא על בעה"ב אם לא שילם לו עדיין וכ"ש כשהאונס הוא מכת מדינה דלא דמי דידאי כל אונס שמחמתו יצא השוכר מהבית אפילו בכמה מדינה ההפסד על השוכר ואפילו לא שילם לו צריך לשלם לו כל השכר כגון שהשוכר הוכרח לברוח באמצע זמן שכירותו מ"מ צריך לשלם דמי השכירות בשלימות ורק כשמת בסעיף הקודם שאני דהתי אינו בחיים שיתבענו וכשתובע יורשיו יכולים לומר מה לנו לעשות כיון שנתבטלה המלאכה ע"פ אונם חוי פסידא דידך כמו בפועלים שההפסד שלהם וכיון דלא התנית בשעת השכירות שבכל אונם שיארע ישולם לך מהנכסים אין לנו לשלם בעד אונם כי האי שהשוכר עצמו אינו בעולם ושיכופם שהם ידורו בו ער הזמן באיזה מעם יכופם כמ"ש בסי' שי"ב סעיף י' ע"ש :

סימן שלה [השוכר פועל למלאכה סתם או למלאכה ידועה ובו מ"ו סעיפים] :

א השוכר את הפועל לעשות אצלו מלאכה יום אחד או כמה ימים ולא דיבר עמו איזה מלאכה יכול ליתן לו כל מלאכה שצריך לה ויכול לשנותו ממלאכה למלאכה אפילו נתן לו בחצי היום הראשון מלאכה קלה יכול ליתן לו את"כ מלאכה כבדה ואפילו יש לו עדיין מלאכה בהקלה מ"מ הרשות ביד בעה"ב כיון שא"ל מלאכה סתם אבל אם שכרו למלאכה ידועה כגון ששכרו לעדור שדהו אינו יכול להחליף לו באחרת כשיש לו מלאכה זו אפילו אינה כבדה כמנה ואם נשלמה מלאכה זו בחצי היום אם יש לו ליתן להפועל מלאכה כזו או קלה ממנה כגון מעידור לניכוש וכה"נ יכול לכופו לעשות ואין הפועל יכול לומר אני לא השכרתי א"ע רק לעידור דכיון דמלאכה זו נשלמה יכול להחליפו באחרת כמותה ונם אפילו בתחלת המלאכה אם ראה שמלאכה זו אין ביכולת לעשות יכול ליתן לו אחרת כמותה אבל ליתן לו מלאכה כבדה ממה ששכרו אינו יכול לכופו ונותן לו שכרו כפועל בטל ויכול ליקח מלאכה כזו מאחר וליתן לו לעשותה והרשות ביד בעה"ב לעשות כן דמה לו להפועל אם מלאכה זו שלו או של אחרים :

ב מתוספתא [ב"מ פ"ז] מתבאר דאע"ג דיכול ליתן לו מלאכה של חבירו מ"מ אינו יכול לכוף את הפועל לכך דיכול הפועל לומר שלם לי ער כה ואיני רוצה לעשות של אחרים דתניא שם השוכר את הפועל וגמר חרישו בחצי יום והראה לו בשל חבירו יכול לומר לו או פרנם לי מלאכה מתוך שלך או תן לי מה שעשיתי עכ"ל ואע"ג דבלא"ה יכול פועל לחזור בו באמצע המלאכה וקבל שכרו על מה שעשה מ"מ יש נ"מ כגון שנשבע או קנה בק"ם או בשטר לדעת הראשונים שנתבאר בסי' של"ג סעיף ח' ע"ש :

ג ואע"ג שנתבאר דמלאכה כבדה אינו יכול ליתן לו מ"מ י"א דאם רוצה להוסיף בשכרו צריך לעשות אפילו מלאכה כבדה ואם אין רצונו בזה א"צ ליתן לו כפועל בטל וכה"נ נתבאר בסי' של"ג סעיף ב' ומזה ראיה דהעיקר כדעה ראשונה שבשם כמ"ש שם והטעם דאנן מהדי דכל פועל ניחא ליה בתוספת שכר אע"פ שהמלאכה יותר כבדה קצת :

ד בזה שנתבאר דאם שכרו למלאכה ידועה ונשלמה בחצי היום יש לו לבעה"ב ליתן לו מלאכה אחרת כמותה ואם אינו נותן לו משלם לו כפועל בטל וזהו דוקא שלא הראה לו אותה המלאכה תחלה אלא שכרו סתם ליום אחד לעשות מלאכה פלונית דאז מחוייב להעמיד לו מלאכה ליום אבל אם הראה אותה לו וראה הפועל שלא היתה בה מלאכת יום ולא התנה שכשתשלם יתן לו מלאכה אחרת אינו נותן דז כלום אחר ששלמה כמ"ש בסי' של"ד דכל מה ששניהם יודעים יש לו להפועל להתנות ונראת דזהו דוקא כשבעת ששכרו א"ל הנני שוכרך ליום לעשות לי מלאכה זו שאתה רואה יכול הפועל לומר אמרתי מסתמא יש לך מלאכה במקום אחר כיוצא במלאכה זו [וכ"ל שזכו כאנת סססמ"ע סס"ב ומסורן קוסית סס"ז ע"ס וזק] :

ה בכל מקום שצריך לשלם לו כפועל בטל שזהו פחות מעושה מלאכה זהו דוקא בסתם בני אדם אבל אם זה הפועל היה מעובדי אדמה או מהחופרים וכיוצא בהם שדרכם לטרוח הרבה ואם אין עושים מלאכה נחלשים בבריאותם נותן לו כל שכרו בשלימות דאינו נוטל פחות במה שיושב בטל ומ"מ יותר אינו יכול לתבוע במענה זו וכן במלמד שחלה התלמיד שהאב ידע מחליו והמלמד לא ידע דההפסד הוא על האב כמ"ש

נמ"ש שם נ"ב צריך ליתן לו שכיו בשלימות דלומדי תורה כשהולכים בטלים נחלשים ולבר זה פקודי ה' משמחי לב ואפילו יש לו תלמידים אחרים שלומר עמהם אינו יכול לנכות לו המירחא שהיה לו עם תלמיד זה דדיבור לאחר ריביר למאה ולא נתוספה עליו טירחא אם גם זה היה לוסר וס"ם לאו כללא הוא זה שכתבנו דבלומדי תורה לא שייך כפועל בטל שהרי כתב רבינו הרמ"א דהיינו דוקא אם נראה לב"ר שנהנה בלמודו יותר מבטולו אבל אם נראה לב"ר שנוח לו בביטול אינו נותן לו אלא כשאר פועל בטל עכ"ל אמנם גם בזה כשיש לו עוד תלמידים הרי אינו הולך בטל:

ן ואע"פ שנתבאר דבמלאכה יכול ליתן לו מלאכה אחרת השוה כמותה ס"ם בתלמיד שחלה אין הבעה"ב יכול ליתן לו תלמיד אחר ללמוד עמו במקום הראשון דלימוד התורה אינו כשאר מלאכה דיש תלמיד מבין וקל בלמודו ויש תלמיד מסריח הרבה ולכן אינו יכול לכופו לקבל אחר וי"א דאם נותן לו תלמיד אחר המבין וחריף כראשון חייב ללמור עמו אבל לא קשה ממנו וכן הכריע רבינו ורמ"א וג"כ דאם נותן לו קשה ממנו ושילמור עמו דבר קל ממה שלמד עם הראשון דג"כ יכול לכופו דאידי ואידי חדא טירחא היא ואם שברותו סתם ללמוד עם כך וכך נערים וחלה אחד יכול ליתן לו אחר קשה ממנו דוהו כמו שכרו למלאכה סתם [סמ"ג]:

ז י"א דהמלמד עם בן חבירו תורה שלא מדעת האב חייב לשלם לו כדין היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ויש חולקין בזה דמצוה שאני ואינו יכול לכופו למצוה שישלם לו בעד זה וכן עיקר [ס"ך] וכן מוכח ממה שנתבאר בסי' של"ר סעיף ט' וביו"ד סי' רמ"ח ע"ש וב"ד יכולים לכופו כמ"ש שם אמנם אם אחד אמר למלמד למוד עם בני ואשלם לך ולא קצב לו שכירות חייב ליתן לו המקח כפי מה שאתרים בערכו משלמים בער הלמיד כזה ואפילו כשאשתו או אחר שכרו המלמר כמ"ש שם:

ח מעשה בבעה"ב ששכר מלמד לבנו וא"ל שילך אצל קרובו לנסותו אם יוכל ללמוד עם הנער ולא הלך ואחר שלמד עם הנער העיד עד אחד שלא ידע ללמוד עמו והמלמד אומר שישלחנו עתה לנסותו ונסותו ונמצא שידע ופסק המרדכי [פ"מ דכ"ב] שהדין עם המלמד דכיון דהשתא ידע מעיקרא נמי מסתמא ידע ועוד כמו דאמרינן כל המצויים אצל שחיטה מוחזק הן ה"נ כל המשכירים עצמם למלאכה פלונית מוחזק הם למלאכה זו ועוד דמילתא דעבירא לגלויי לא משקרי אינשי ואם לא היה עד להכחישו היה נוטל בלא שבועה ועכשיו שיש כאן עד נשבע נגד העד ונוטל שברו ואין זה שבועה דאורייתא דשד"א היא לישבע ולפטר ולא לישבע ולימול ונ"ל דדין זה הוא אפילו לדעה שנתבאר בסי' רנ"א במתנת שכ"מ דכשהמקבל אומר בריא היה והנותן אומר שכ"מ היה דהממע"ה אף שהוא בריא כעת ולא אולינן בתר השתא מ"מ מודים ברין זה מפני המעמים האחרים שבארנו:

ט כתב רבינו הרמ"א רב שהיה בעיר כמה שנים והורה לקהל ואח"כ קצבו עמו שכר להבא לא יוכל לחבוע מה שעבר דודאי מחל להם עכ"ל ודאה לי דאין דין זה רק ברב שמדין התורה צריך לדון ולהורות בחנם ורק מפני שאין להרבנים עסק אחר הוי כשכר בטלה כמ"ש בי"ד סי' רמ"ב ולכן כשקצץ על להבא אינו יכול לחבוע על העבר דזה וראי כמחילה שעשה כדין תורה אבל בכל המלאכות כשקצץ על להבא יכול לחבוע על העבר דלא גרע מיורד שלא ברשות שנוטל שכרו ולמה הפסיד במה שקצב על להבא ואין זה כמחילה בסתמא דאפשר שלכן קצץ על להבא כדי שלא תהא ידו על התחתונה כדין יורד שלא ברשות כמ"ש בסי' שע"ה:

י השוכר פועל לעשות לו דבר בקבלנות וקבל עליו הפועל כל אונס שיהיה בזה אחריותו עליו עד שיגמור מלאכתו וחייב בכל האונסים וס"ם אם נתהוה אונס דלא שביח בלל פטור דאנן סהדי שלא ע"מ כן ירד לזה ומהו אונס דלא שביח תדיר בראיית עיני ב"ד ועמ"ש בסי' רכ"ה בס"ד:

יא כתב רבינו הרמ"א בסעיף א' אחד ששכר סוס על שמנה ימים לילך למקום אחד ובאשר הלך שני ימים נמלך וחזר למקומו יכול לעשות באלו ו' ימים עם הסוס מה שירצה להשכירו בעיר להביא עצים או שארי מלאכות המיוחדים למוסים באותה עיר אע"פ שזו המלאכה כבדה מן הראשונה דניחא ליה שתהא בהסתו בעירו ועושה מלאכה כבדה מכה שחלך למקום רחוק עכ"ל ובכר בארנו בסי' ש"ט סעיף ה' דזהו דוקא שאין המלאכה כבדה כל כך ואינו טוחה בפירוש ושיהא השוכר או אחד מבני ביתו עסק עם הסוס דאל"כ אי השוכר רשאי להשכיר ע"ש:

יב שליח דינו כפועל וכל הדינים שנתבארו בפועל כשנתבטל מלאכתו כמו כן בשליח כשנבטלה שליחותו כגון ששלח שליח עם אגרת ומצא בצאתו מן העיר או בחצי הדרך את האיש שנשלח אליו האגרת וחזר אין לו לשליח כלום דהרי לא נהנה משליחותו כלל ולא נפר שליחותו ולא דמי למת החמור באמצע הדרך שצריך לשלם לו עד כה כמ"ש בסי' ש"י דהתם נהנה במה שנפע עד כה אבל בכאן הרי לא נהנה כלל וזהו ענין דהמשלח ג"כ לא היה לו לידע והיו פסידא דפועל אא"כ היה לו להמשלח לידע שזה האיש נצרך לבא והשליח לא ידע דאז הוי פסידא דמשלח כמ"ש בסי' של"ג ושל"ד בפועל וי"א דכיון דהבלית השליחות היתה להביא האגרת לאותו האיש והביא לו אפשר דצריך לשלם כל שברו [סמ"ע] ורק באירעו אונס שלא היה יכול לילך

כגון שפגעו בו ליפטים וכיוצא בזה הוי פסידא דשליח כשנם המשלח לא ידע מזה אבל במה שפגע לאותו האיש למה יפסיד ופשיטא שעכ"פ בעד חצי הדרך שהלך חייב לשלם לו וכן נראה עיקר [כ"ל] :

יג שליח שעשה שליחותו אע"פ שלא יצא תועלת משליחותו כלום כגון השוכר את הפועל להביא לו איזה דבר והלך לשם ולא מצא את הדבר או ששלחו למסור אגרת לראובן והלך לשם ולא מצא את ראובן ובא ריקם נותן לו שכרו בשלימות דהרי עשה כל שליחותו אמנם אם צוה להביא לו דבר כבר מנכה לו קצת מהטורח בעין מ"ש בכפועל במל אא"כ השליח הוא מאותם אנשים שרוצים לטרוח וכן אם שכרו להביא רפואות לחולה והלך והביא ומצאו שמת או הבריא משלם לו כל שכרו וכן כל כיוצא בזה ולא עוד אלא אפילו שכרו להביא להחולה תפוחים או שארי פירות והלך והביא ומצאו שמת או הבריא אינו יכול לומר לו מול מה שעשית בשכרך דלפועל אין ביכולת לומר כן כמ"ש בסי' של"ו :

יד ואין להקשות דא"כ למה נתבאר בסימנים הקודמים כשנתבטלה המלאכה מפני האונס כגון ששכר פועל לחרוש שדהו והלך ומצאה לחה שאינו משלם לפועל והרי עשה שליחותו כמו שאנו אומרים בשליח בסעיף הקודם ולא דמי דהכא עיקר הפעולה הוא ההילוך אף שהתכלית הוא הבאת הדבר או הולכת הדבר מ"מ אלזלי ריחוק המקום לא הוצרך לשליח ולכן כשעשה פעולתו משלם לו משא"כ בשדות דהפעולה היא העסק בהשדה ואם לא עסק א"צ לשלם לו אא"כ בעל השדה פשע דה"ל למידע כמ"ש וכמו כן בתבנו בסי' של"ג סעיף ד' דאם שכר חכרים להביא לו הבואה ממקום רחוק והלכו ולא מצאו דמשלם להם כל שכרן ע"ש אלא שמנכה להם מה שבאו ריקנים ולא היה להם טורח כל כך [מ"ש סמ"ע בסק"ח ל"ע] :

טו מעשה בראובן ששכר לשמעון שישמשנו בדרך נסיעתו ומת ראובן בחצי הדרך ופסק הרשב"א ז"ל שצריכים לשלם לשמעון כל שכרו ומעשה באחד ששלח שליח אחרי אשתו שתבא אליו והלך השליח ולא רצתה לבא ופסק הרא"ש ז"ל דחייב לשלם להשליח בשלימות דאין להשליח עסק בקיום הדבר והכל הוא ממעם שנתבאר ועמ"ש בסי' קפ"ב ורמ"ר :

סימן שלו [השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו ואם א"ל טול מה שעשית בשכרך ובו ז' סעיפים] :

א אמרו חז"ל [ב"מ קיז:] השוכר את הפועל לעשות עמו בתבן ובקש וא"ל טול מה שעשית בשכרך אין שומעין לו ואע"ג דבכל מילי הוה שוה כסף ככסף מ"מ בפועל שירד מתחלה לשכרו ואליו נושא את נפשו מחזייב למכור מה שיש לו ולשלם לו במעות מזומנים דלא תלין שכרו כתיב מאי דאמרי בהדיה משמע [רמ"י] ויש מראשונים דמ"ל דרק בתבן ובקש הדין כן אבל בחטין ושעורין יכול ליתן לו אבל רוב הפוסקים מ"ל דבכל דבר הדין כן וכן מתמו רבותינו בעלי הש"ע וכן עיקר :

ב ואפילו שכרו לעשות בשל הפקר אם שכרו ללקט דבר של הפקר אינו יכול לומר לו אח"כ טול מה שעשית בשכרך דמיד שהנביה הפועל מן הארץ זכה בו חשוכר ואפילו לסאן דמ"ל המנביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו בפועל קנה דידו כיד הבעלים [ב"מ י:] אבל אם שכרו לשטור לו דבר של הפקר יכיל לומר לו טול מה שעשית בשכרך לפי שעדיין לא זכה בו השוכר ולכן ילך הוא ויזכה בו דאם יקדים אחר לזכות בו ישאר הפועל קרח מפאן ומכאן דכיון דידע שהוא של הפקר אינו יכול לתבוע מהשוכר ואינו דומה לשוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו [סמ"ע] ויכול לומר לו כן אפילו השוכר הוא עשיר ויש לו הרבה כיון שעדיין לא זכה בזה [טור] דבראיה בעלמא לא קני בהפקר כמ"ש בסי' רע"ג :

ג שכרו לעשות עמו בשלו או ללקוט בשל הפקר וא"ל טול מה שעשית בשכרך ונתרצה הפועל ליטלן בשכרו ואח"כ חזר בו השוכר אין שומעין לו ודיקא כשעשה הפועל משיכה או הגבהה או שהדבר ברשותו וי"א דבמה שהם ברשותו לא קנה דלרחותו אמר לו כן וכמ"ש בסי' קס"ו בסי' שנפל כותלו לגינתו של חבירו וא"ל בעל הכותל לבעל הגינה בנה אותה ויהא שלך דלא קנה שלא בוון אלא לרחותו ע"ש ודעה ראשונה מ"ל דשכיר שאני כיון שחייב לו שכר פעולתו ודאי דלא לרחותו אמר כן [סמ"ע] ועמ"ש בסי' ע"ב סעיף ג"ד ובדעה זו סתמו רבותינו בעלי הש"ע [וקוסית סמ"ג עמק"י סילפי כ"מ] :

ד השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו נותן לו שכרו בשלימות וחוזר השוכר ונוטל מהבעה"ב מה שההגזהו במ"ש בסי' של"ב ואינו יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך כיון שאין הדבר שלי ריכול הפועל לומר לו אתה חבת בעצמך ומי בקש אותך לשכור על של אחרים ולמה לא חנדת לי שהמלאכה היא של אחרים ואפילו לא א"ל שכרך עלי אלא שברו סתם דכיון שלא הגיד לו ששל חבירו היא היה סבור הפועל ששלו היא ולכן אם שכרו לעשות בשל חבירו סתם ולא א"ל שכרך עלי יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך כיון שהפועל ידע שאינה שלו ואם א"ל

שכרך עני אינו יכול לומר לו כן דהוי כשכרו בשלו :

ה ראובן ששכר פועלים למלאכת שמעון בפני שמעון ושתק שמעון שתיקה כהודאה דמי והוי כאלו שכרן הוא עצמו לכל הדינים שנתבאר וצריך לשלם להם המקח ששכרן ראובן וה"ה השוכר מלמד לבן חבירו בפני חבירו ושותק וכמ"ש בסי' פ"א ובסי' של"ד וראובן שאמר לבנו או לחתנו לטוד עם בנך ואני אשלם לך פטור מלשלם לו כיון דחייב ללמור עם בנו יכול לומר משמה אני בך כמ"ש שם :

ו מעשה בראובן ששכר מלמד לבנו ולבן חבירו ונתרצה חבירו לתת חלקו ואח"כ בחצי הזמן קם חבירו ושכר לאתר וזהו פשוט שחייב לשלם לראובן על העבר אלא שטעון שלא שכרו לשנה אלא ע"מ שיעשה מלאכתו כראוי ושלא ימשוך זמן השכירות אלא עד הפסח ופסק הרשב"א ז"ל דחייב שר"א כיון שהוא מודה מקצת ואם שילם על העבר או שא"ל היכך נשבע היסת שכדבריו כן הוא :

ז כתב רבינו הב"י השוכר את הפועל ונאחז באנגריא לעבודת המלך אינו יכול לומר הריני לפניך אלא אינו נותן לו אלא כפי מה שעשה עמו עכ"ל ושנויה בתוספתא פ"ו דב"מ ופירושו דאפילו יחוור מהאנגריא בעוד יסים א"צ הבעלים להמתין עליו וישלם לו מה שעשה וישכור פועל אחר ועמ"ש בסי' ש"י :

סימן שלז [דיני אכילת פועל בשעת מלאכה ובו כ"ו סעיפים] :

א כתיב כי תבא בכרם רעך ואכלת ענבים כנפשך שבעך ואל כליך לא תתן כי תבא בקמת רעך וקטפת מלילת בידך וחרמש לא תניף על קמת רעך וא"א לומר כפשטא דקרא דא"כ יחרב העולם שכל אחד יבא לכרמו ולתבואתו של חבירו ויאכלום וקבלו רבותינו ז"ל דכפועל הכתוב מדבר כי יבא לעשות מלאכתו בכרם או בשדה יאכל ולא יחסמו אותו מלאכול כמו שנצטוינו על לא תחסום שור בדישו וכן תרגם אונקלוס ורי"ל דרשו זה בנו"ש מלא תבוא עליו השמש דפועל [ב"מ פ:] וגם לשון ביאה הוא כמו שבא בתוך שלו דמדלא כתיב כי תלך בכרם רעך משמע דהוא בא כמו ברשותו כמו שכתוב כי תבא אל הארץ שהוא ביאה לתוך שלו וה"נ כביאה בתוך שלו כיון שבא ברשות בעל השדה לעשות שמה מלאכה ולמה סתמה התורה מפני שסמכה על תורה שבע"פ להורות דבלא קבלת חז"ל אף המצות המבוארות אין להם פירוש ותורה שבע"פ נותנת חיות לתורה שבכתב כנשמה לגוף :

ב ודרשו חז"ל בכרם רעך ולא של הקדש שאם עושה בכרם של הקדש אסור לו לאכול ובשל מצרי מותר גם ליתן לתוך כליו [סס ועיין ברי"ף ודברי הרי"ף ל"פ וזוק] ואבלת ענבים ואבלה ולא תמצין המשקה מהענבים והזרוק החרצנים דא"כ תאכל הרבה יותר ותפסיד להבעלים ענבים ולא ענבים ודבר אחר דהיינו למתק הענבים ע"י מלח או דבר אחר כדי לאכול הרבה אסור בנפשך מה נפשך אם חסמת פטור אף פועל כן בלומר דהוכל לקצוץ עמו בדמים ע"מ שלא יאכל ואינו דומה לחסימת בהמה דלא מהני הנאי דשאני פועל דהוא בר דעת ועוד נלמוד מכאן דאם חסמו אפילו בע"כ פטור ממלקות אבל משלם לו דמי הענבים שהיה אוכל [נמוק] ועוד דרשו בנפשך לענין חיוב מעשר דקי"ל דכל דבר שלא ננמרה מלאכתו למעשר רשאי לאכול אכילת עראי וקי"ל דמקח קובע למעשר והיתי אומר דהפועל חייב במעשר דוהו כמו מקח רמה לי לוקח בממון או בשבר פעולה לפיכך נאמר כנפשך מה נפשך אוכל ופטור דהא עדיין לא ננמרה מלאכתו למעשר אף פועל אוכל ופטור ודרשו שבעך ולא אבילה נסה שכיון ששבע מהענבים לא יאכל עוד על השובע אבילה נסה ואל כליך לא תתן שאין אתה אוכל אלא בשעה שאתה יכול ליתן אל כליו של בעה"ב ואז אל כליך לא תתן :

ג וביאור הדבר דקבלו חז"ל דפועל אינו אוכל אלא במחובר בשעת גמר מלאכה לכשתולשין אותו מן הקרקע או מן האילן ובתלוש עד שלא ננמרה מלאכתו למעשר ואם הוא דבר שחייב בחלה אוכל עד שלא ננמרה מלאכתו לחלה והטעם דעיקר דין זה די בפסוק דכי תבא בקמת רעך דמקמה יליפינן מה קמה דבר שגידולי קרקע והוא בשעת גמר מלאכת השדה ופועל אוכל בו אף כל דבר שגידולי קרקע ובשעת גמר מלאכה שאז נותן לכליו של בעה"ב פועל אוכל בו ועוד דשם קמה הוא כל דבר שעומד בתוך הקרקע שהוא מלשון קומה ולכן מיותר קרא דכרם לדרשא כמ"ש ומגלן דפועל אוכל גם בשעובר במלאכת תלוש מן הקרקע דמי לא עסקינן ששכרו לישא על הכתף את הענבים ואפר רחמנא שיאכל ועוד ילפינן מדכתיב לא תחסום שור בדישו ושור לאו דוקא דילפינן שור שור משבת דכתיב וכל בהמתך ולמה כתיב שיר וה"ל למיכתב לא תדוש בחסימה אלא לאקושי חוסם לנחסם ונחסם להוסם דהיינו שור העובר לפועל העובד דמה אדם אוכל במחובר דהא קמה וכרם במחובר מיירי כמו כן שור אוכל במחובר ומה שור אוכל בתלוש דהא דישה היא בהלוש אף אדם אוכל בתלוש :

ד וממילא למדנו דאינם אוכלים רק במחובר בשעת גמר מלאכה בשעה שתולשין הענבים וקוצרים התבואה כדכתיב וחרמש לא תניף על קמת רעך בשעת התרמש שקוצרין לאפוקי אם עישין המלאכה בשעת הניכוש אין אוכלין

אוכלין דאינה נמר מלאכה וילפינן מדיש מה דיש לא נגמרה מלאכתו למעשר דמעשר הוא משעת מירוח בברי אף כל שלא נגמרה מלאכתו למעשר לאפוקי הבוסל בתמרים ובגרוגרות אין פועל אוכל בו ומסתלא דבדבר שיש בו חיוב חלה אוכל עד שלא נגמרה מלאכתו לחלה לאפוקי השוכר פועל ללוש ולקמוף ולאפות אינו אוכל בו ועוד למדנו דמה דיש וענבים וקמה הם נידולי קרקע אף כל נידולי קרקע לאפוקי פועל העושה בדבר שאינו נידולי קרקע כמו החולב והמחבץ והמגבן אינו אוכל בו [יפוס' ב"מ פ"ו] :

ה מהו פירושא דוחרמש לא תניף כך דרשו חז"ל במפרי וקטפת מלילות בידך ולא שתקצור במגל דהתורה לא התירה להפועל אלא לקטוף ביד דאינו קוטף הרבה אבל אם יקצור בתרמש יקצור הרבה בלא טורח ויאכלם יותר מאלו קטפם ביד וזהו כללות הדברים ועתה נבאר בפרטות בס"ד :

ו לפיכך פועל העושה מלאכה אצל בעה"ב בדבר מאכל שנידולו מן הקרקע הרי זה אינו אוכל מכוח שהוא עושה ואפילו אינו עושה המלאכה בידיו ולא ברגליו כמו השור רק שנושא על כתפו התבואה והפירות ה"ז אוכל מהם ודבר זה למדנו מדכתיב כי תבא באיזה ביאה שאתה בא שם באיזה מלאכה שהוא אתה אוכל ואסור לבעה"ב לחסמו ולמחות בו שלא יאכל ואם חסמו משלם ואינו לוקה כמ"ש :

ז בד"א שאוכל כשהוא עושה בגידולי קרקע במחובר בשעת גמר מלאכה כגון בוצר ענבים ואורה בתאנים ומוסק בזיתים וגודר בתמרים ובתלוש מן הקרקע קודם שיגמר סוף מלאכה המחייבת אותו בחיוב האחרון שבו כמו בדבר ששייך בו חלה הוה חלה החיוב האחרון ובדבר שאין בו חיוב חלה הוה מעשר החיוב האחרון אבל העושה בדבר שאינו נידולי קרקע כגון החולב והמחבץ שמקפה את החלב להיות נקרש או שעושה חמאה והמגבן שעושה גבינות אינו אוכל וכן העושה במחובר שלא בשעת גמר מלאכה כגון העודר בגפנים או מבסה שרשי האילנות ואפילו המנכש בבצלים ושומים כגון שעוקר את הקטנים מתוך הגדולים לא יאכל מהם ואע"פ שזהו גמר מלאכת הקטנים מ"מ כיון שעיקר המלאכה הוא לצורך הגדולים להרחיב להם המקום והמה הלא צריכים עוד לקרקע ועדיין לא נגמרה מלאכתן :

ח העושה בתלוש לאחר שנגמרה מלאכתו למעשר כגון הבוסל בתמרים ובגרוגרות שנתדבקו וז"ו ומבדילן אינו אוכל שכל דבר שאין אחר חיוב מעשר חיוב אחר כמו תאנים וענבים ושארי מיני פירות אינו אוכל מהם לאחר שנתחייבו במעשר ודוקא כשרעתו של בעה"ב לאכלן כמו שהן אבל כשבוצרין לעשות מהן יין ושמן גמר חיובן הוא לאחר שנעשה היין והשמן [סמ"ע] ובדבר שיש בו חיוב אחר כגון חמים העומדים לעשות פת שחייבת בחלה אוכל עד שיגמור מלאכתן לחלה והיינו משעה שנתן המים ע"ג הקמח ועירבן יחד ללושן וכמ"ש ביו"ד סימן שכ"ז ולאחר מכאן אינו אוכל ושארי מיני תבואות כשעורים וכוסמין וש"ש ושיפון ג"כ הדין כן שאם יודע הפועל שאין דעתו של בעה"ב לאפות מהן פת אלא לתבשיל וכה"ג הוי מעשר גמר מלאכתן וכשדעתו לעשות מהן פת הוי חלה גמר מלאכה [ע"ז] וי"א דסתם חמים הוא רק לפת ושארי מינים סתמן לא לפת ואוכל רק עד חיוב מעשר [סמ"ע] והשיפון במדינתנו עיקרו לפת כמו חמים ונ' האחרים אין סתמן לפת :

ט זה שאמרנו דבוסל בתמרים אינו אוכל דוקא בתמרים יפים וכבר נתבשלו וננמרה מלאכתן למעשר אבל הבוסל בתמרים רעים שלא נתבשלו כל צרכן ונותנין אותם בסל ומתחממין ומתרככין עדיין לא נגמרה מלאכתן למעשר ויכול לאכול מהן וה"ה לגרוגרות בכה"נ [נמ'] דכללו של דבר דכל שלא נגמרה מלאכתו למעשר כפי הדינים שנתבארו ברמב"ם פ"ג ממעשר אוכל הפועל מהם ולפ"ז במין אחד עצמו פעמים שאוכל ופעמים שאינו אוכל כיצד בנין ירק שנמר מלאכתו הוא מש:אנך ושאינו נאנך משימלא את הכלי ואם אין דעתו למלאות את הכלי רק עד חציו כיון שמיקא חציו נגמרה מלאכתו למעשר וכשרעתו למלאת כולה אינו נמר עד שימלאנה כולה וכמה חלוקי דינים יש בגמר התבואה והפירות לענין מעשר :

י גמר מלאכה דיין שכל זמן שהיין בנת לא נגמרה ושותה מהן עראי וכיון ששפך לחביות ולקח הזגין והחרצנים מעל פי החביות נגמרה מלאכתן ועינולי דבילה כיון שעשה העיגול והחליקו נגמרה וממילא דכל מלאכה שפועל עושה אח"כ כגון שנפתחו החביות לאחר סתימתן שהיין הוא כבר נקי מהפסולת ונצרך לסותמן מחדש או שנתפרסו העיגולים שנפלו לחתיכות ונצרך לדורסם מחדש כיון שכבר נגמרה מלאכתן אין הפועל אוכל מהן דהא כבר נתחייבו במעשר והפועל ידע מזה שכבר נגמרה מלאכתן למעשר ואם לא ידע מזה כגון שנשפך היין מהחביות לחגת ושכר את הפועל להעלותו מהגת ולשומו בחביות וסבור היה שעדיין לא היה היין בחביות מעולם וכן בעיגולים שלא הראה לו שנתפרסו אלא שברו לעשות עיגולים והיה סבור שעדיין לא היו עינולים מעולם הוי שבירות במעות דלרעת הפועל היה לו לאכול ולכן חייב בעה"ב לעשר קצת מהם ולהאכיל להפועלים דבלא מעשר אסור לאכול אחר גמר מלאכה והם אוכלים כל צרכן והמעשר על הבעה"ב כיון ששברן סתם ולא הגיד להם שכבר נגמרו :

יא קי"ל דשומר לאו בעושה מעשה דמי והתורה לא התירה לאכול רק לפועל העושה פעולה ולא השומר ולכן השומר במחובר אפילו בשעת גמר מלאכה ובתלוש אפילו שלא בשעת גמר מלאכה למעשר אינם אוכלין

מן התורה ומ"ם אמרו חז"ל דהשומר בהגוש עד שלא נגמרה מלאכתו אע"פ שאינו אוכל מן התורה אוכל מהלכות מדינה שבני המדינה נהגו כן וכל השוכר על דעת המנהג הוא שוכר ולכן אמרו חז"ל דכשהיה משכר ארבעה או חמשה ערימות של חמשה בני אדם לא ימלא כריסו מאחד מהם [ב"מ לג:] דלמה יסבול רק האחד אלא יאכל מכולם לפי חשבון אכילתו בשוה וגם בזמנינו הדין כן ואין לומר כיון שתלוי במנהג מי ייסר שהמנהג עתה כן די"ל דכל זמן שלא ידענו שהמנהג הוא שלא לאכול אמרינן דמסתמא המנהג הוא ככמון הש"ס [כ"ל]:

יב מדכתיב ואל כליך לא תתן דרשו חז"ל [סס לח:] דאינו אוכל אלא ממין שאתה נותן לכליו של בעה"ב ואפילו שכרו לעשות בשני מינים כגון ששכרו לעשות בהאנים וענבים כשעושה בתאנים לא יאכל מענבים דאז אינו נותן מענבים לכליו של בעה"ב אבל במין אחד כשיש טובים ורעים יכול למנוע עצמו עד שיגיע למקום היפות ולאכול כולו משם וכן בשני מינים רשאי שלא לאכול ממין אחד כלל ובכשעשה במין השני יאכל כולו משם [סמ"ע] דבין שכולם של איש אחד הם רשאי לאכול ממקום שירצה בעת עשיותו בהם:

יג לפי מה שנתבאר דעושה במין זה אינו אוכל ממין אחר לכן הדורך ענבים בגת שבשעת המלאכה יש שני מינים ענבים ויין אמרו חז"ל הפועלים עד שלא הלכו לאורך ורוחב הגת אוכלים ענבים ואין שותין התירוש מפני שעדיין אין מלאכתן ניכרת בין והוה ליה כעושה במין זה ואוכל במין אחר ומשהלכו לאורך ורוחב הגת דניכר היין אוכלים בענבים ושותין יין וכשנמצר היין אע"פ שעדיין יש מעט ענבים לא יאכלם דאינו ניכר מלאכתן כמו בין קודם ההילוך בגת [כ"ל]:

יד בגמ' איבעיא להו דאפשר כמו דאמרינן שאינו אוכל אלא ממין שהוא עושה כמו כן נאמר שאינו אוכל אלא ממה שהוא עושה אפילו במין אחר בגין אם עושה בגפן זה לא יאכל בגפן אחר וכן כיון דהוי ספיקא דדינא לכתחלה כשעושה בגפן זה לא יאכל בגפן אחר ואם אכל אין מוציאין ממנו לנכות לו משברו דחשבינן הפועל למוחזק ואע"ג דהבעה"ב מוחזק בשברו מ"מ במה שאוכל הוא מוחזק ואין זה שייך לשברו דהתורה נתנה לו זה לבד השכר ושכירו אינו אלא כמשכנתא וכשינכן לו משברו הוה כמוציאין ממנו [רמ"ס סס] וכמו דקי"ל ביו"ד סי' קס"ו באבק ריבית דאינה יוצאה בדיינים דאפילו אם הוא מוחזק במעותיו לא ינכה לו ואפילו להחולקים שם דאין זה רק כשהנתבע מוחזק בהקרקע אבל לא כשהתובע מוחזק מ"מ בשביר דאליו הוא נושא את נפשו אם ינכו לו משכירותו הוה כמוציאין ממנו והרי בכמה דברים הקילו בשכיר משום כדי חייו כמ"ש בסי' פ"ט ולכן נ"ל דגם להחולקים על הרמב"ם וס"ל ד"א מתני תפיסה בממון בספיקא דדינא מודים בכאן מהמעם שכתבנו [ומתורץ קושית סמ"ן והמפי"ע]:

טו ומיהו זהו ודאי דשני נפנים המזדלים זה ע"ג זה דכשעושה באחד מהם יכול אף לכתחלה לאכול מהאחרת אע"פ שעדיין אינו עושה בה דהרי זה הוא ממין שאתה נותן וממה שאתה נותן כיון שנראין באחד אבל תאנה המזדלית על הגפן אסור לו לאכול מהתאנה כשעושה בהגפן או איפכא דהא בעינן ממין שאתה אוכל ואפילו אכל מנכינן ליה דאין זה ספק אלא ודאי דלא כיש מי שחולק בזה [לבוש וס"ך וט"ז וכ"מ בב"מ ל"ו: דלקמ סס כלמר ממקס סססקס טוען מ"מ ממין בעין ע"ם]:

טז אין הפועל רשאי לאכול אלא בשעת עשיית המלאכה זורק לתוך פיו ועושה מלאכתו ולא שישב ויאמר מנעתי עצמי עד עתה ולא בטלתי לאכול ואשב עתה ואוכל וגם זה למדנו מקרא דואל כליך דמשמע דאין אכילתו רק בשעה שנותן לכליו של בעה"ב וה"ה שאר מלאכה דמה לי מלאכת נתינה לכליו של בעה"ב או שארי מיני מלאכות ואמרו חכמים דמפני הקנת הבעה"ב שלא יתבטל ממלאכתו ברגע שאוכל תקנו שאחר שנמר מלאכת זורה זו והוזך להתחיל זורה אחרת יכול לאכול אע"פ שאינו בשעת מלאכה שמובה היא לבעה"ב כדי שלא יתבטל ממלאכתו אף רגע:

יז כבר בארנו שדרשו חז"ל ואכלת ענבים ולא ענבים ודבר אחר שיגרום ע"י זה לאכול הרבה יותר מאלו אכלם לבדם ולכן לא יאכל הפועל עם הענבים פת ודבר אחר כדי שיאכל הרבה מהענבים ולא יסתקן במלח או להסהבם באור או לרככם ע"י איזה דבר שיגרום מזה לאכול הרבה וה"ה בכל מיני מאכל שעושה בהם וכן אם קצץ עם הבעה"ב שיאכל עד שיעור כך וכך אוכלם בכל אופן שירצה:

יח וכן בארנו מדכתיב ואכלת ענבים שיאכלם כמו שהם בדרך אכילה ואסור לו למצוץ הענבים שע"י זה יאכל יותר הרבה וכן אסור לו להבהב השבלים באור או להפריכם ע"ג הסלע ואפילו אינו מתבטל ממלאכתו ע"י ההבהוב וע"י ההפרכה בגון ששאשו ובניו יהבהבו ויפריכו דאין הטעם מפני ביטול מלאכה אלא כדי שלא יאכלו תרבה וכן איתא בירושלמי [סס] שאסור לו לקצוץ התאנים ויראה לי דדוקא תאנים שקליפתן דקה ורוב אנשים אין קולפין אותן אבל פירות שקליפתן עבה קצת אף שיש שאוכלין בקליפתן מ"מ כיון שהרבה קולפין אותן מותר לו לקולפן אלא שלא יקלפו בעצמם מפני ביטול מלאכה וכבר בארנו מדכתיב בנפשך שבעך למדנו שלא יאכל אלא כדי שביעה ולא אכילה גסה ועור נ"ל דכשאוכלים דבר שיש בהם חשש תולעים וצריכים לברור אותם לא יבררו בעצמם אלא ע"י אחרים מפני ביטול מלאכה דהתורה לא התירה רק האכילה:

אמרו

יט אמרו חז"ל דאע"פ שהפועל אינו רשאי להכשיר את המאכל שיאכל הרבה כמ"ש מ"ט להכשיר את גופו מקודם כדי שיאכל יותר רשאי וכך אמרו חכמים רשאי הפועל לטכל את הפת שאוכל מקודם בציר או שאר דבר טלוח כדי שיאכל אח"כ בעת עשיתו ענבים הרבה דאל"כ אינה גבול יש לזה וכי יצוה עליו הבעה"ב שלא יאכל אלא פת חריבה וכן להיפך רשאי הבעה"ב להשקותם מקודם יין כדי שלא יאכלו ענבים הרבה וכן כל כיוצא בזה :

כ יכול הפועל לאכול יותר משברו שנוטל כנון ששברו אינו אלא דינר יכול לאכול מהפירות ששוים יותר ואין יכול הבעה"ב לומר איך תאכל יותר עד כדי שכרך כיון דהתורה התירה לו דלא חילקה התורה בשברו כמה הוא נוטל ומ"מ ספני טובתו של פועל סלמדין אותו שלא יהא רגיל לעשות כן כדי שלא ימנעו בעה"ב מלשכור אותו וזהו דוקא כששברו לעשות כל היום או איזה שעות אבל אם לא שברו רק ללקוט קישות אחד לא יאכלנו דבעינן שיהן לבליו של בעה"ב וה"ה אם שברו ללקוט כמה קשואים לא יאכלם כולם מהאי טעמא אבל מקצתן יכול לאכול כיון דנותן גם לבליו של בעה"ב אמנם אפילו שברו לכל היום לא יאכל פרי ראשונה שלוקט אלא יתן תחלה לבליו של בעה"ב מטעם ואח"כ יאכל הוא ויראה לי דמכמה שנתן לבליו של בעה"ב לא יאכל ויאכל ממה שעדיין לא נתן דודאי מה שבתוב ואל כליך לא תתן פירושו הוא דלא תתן לבליך כמו שאתה נותן לבלי בעה"ב ואין דרך ליתן מבלי בעה"ב לבליו אלא מהאי יהן לבליו והזהירה התורה שלא יתן לבליו אלא יאכלם וממילא מוכח דרק מזה התירה התורה ולא מבלי בעה"ב :

כא פועל שאמר לבעה"ב הן לאשתי ובני מה שיש לי לאכול מן התורה אין שומעין לו שלא זכתה לו התורה אלא מה שיאכל הוא בעת הפעולה וקודם זה אין לו שום זכות בהפירות ולכן אפילו אומר הריני נוטל מזה שנטלתי לאכול ואתן מעט לאשתי ובני אין שומעין לו דאין לו זכייה בהן רק כשהם בפיו וי"א דמשנטלם לירו הוי שלו ויכול ליתנם למי שירצה והשור חולק בזה וגם רבותינו בעלי הש"ע השפיטו דעה זו ומקרא משמע כן מדלא כתיב ולקחה ענבים ואכלת אלא ואכלת ענבים משמע דקודם האכילה אין לו בהם זכות ואע"ג דבקרא דקמה כתיב וקטפת סלילות בידך אמנם האי קרא אתי לומר שאינו רשאי רק לקטוף בידו כמ"ש בסעיף ח' ולעולם אינו זוכה בהם אלא כשהם בפיו :

כב היה נזיר ועושה בענבים ואומר כיון שאיני יכול לאכול למה אפסיד מה שהתורה זכתה לי ואתנם לאשתי ובני מ"מ אין שומעין לו ממעם שנתבאר וה"ה אם היה חולה שאינו יכול לאכלן אינו יכול ליתן לאשתו ובניו ומיהו בכל אלה אם התנו קודם הטלאכה ליתן להם תנאו קיים בכל ענין [סמ"ע] :

כג וכן פועל שהיה עושה בטלאכה הוא ואשתו ובניו ועבדיו והתנה עם הבעה"ב עליו ועליהם שלא יאכלו ממה שיעשו אם הם גדולים ועשה מרעתן ה"ז לא יאכלו דכך תנאי שבממון קיים ואם הם קטנים יאכלו דהוה כשלא מדעתן ובגדולים כשעשה מרעתן אין יכולים לחזור בהם דכל ענייני פועל א"צ קנין כמ"ש בסי' של"א וקודם התחלת המלאכה נ"ל שיכולים לחזור בהם וגם הוא עצמו יכול לחזור בו וכן הבעה"ב יכול לחזור בו אם ירצה :

כד כתב הרמב"ם בפי"ב משכירות המבטל מלאכתו ואוכל בשעת מלאכה או שאוכל [במחובר] שלא בשעת גמר מלאכה ה"ז עובר בל"ת וכן אם הוליך בידו ממה שעושה או נותן לאחרים עובר בל"ת עכ"ל דעובר על לא תגזול או לא תגנוב שאוכל ממה שלא התירה התורה או נותן לאחרים שאסרה התורה ואם הוליך בידו לביתו עובר על ואל כליך לא תתן [סמ"ע] ואין לוקין עליהם כבקל גזילה דניתן להשבון וזה שכתב אוכל בשעת מלאכה הולך לשיטתו דאסור לפועל לאכול בשעת מלאכה והטור חולק בזה וגם בש"ע אינו פוסק כן ולכן שינה רבינו הב"י לשונו וכתב האוכל בשעה שאין לו לאכול וכו' וכבל אלו אם אכל מחוייב לשלם אבל כשאכל ענבים ורבר אחר או מצנן וכיוצא בזה בשאר אוכלין שהכשירן לאכילה אע"ג דעביר איסורא אין מוציאין ממנו מסתם דהא אין הדבר יכול להתברר שאם לא היה עושה כן לא היה אוכל כך בזה שאכל [מ"ז] :

כה אין הפועל רשאי לעשות מלאכה בלילה ולהשכיר עצמו ביום ולא ירעיב ולא יסגף א"ע ולא יאכיל מלחמו שהוא צריך לאכול בביתו לאשתו ובניו מזני ביטול מלאכתו של בעה"ב שהרי מחליש כחו ולא יהיה ביכלתו לעשות מלאכתו כראוי וכ"ש שמלמד אסור לעשות כן ומי שעושה בקבלנות אין חשש בכל זה כיון שאינו שכר יום [ל"ל] :

כו מוזהר הפועל שלא יבטל מעט כאן ומעט כאן אלא חייב לדקדק על עצמו שלא יבטל אף רגע מהזמן שצריך לעשות שהרי חז"ל הקפידו על הפלתו שלא יאריך כמ"ש באח"ח סי' ק"י ע"ש וכ"ש בביטול בעלמא וחייב לעבוד בכל כחו שהרי יעקב הצדיק אמר כי בכל כחי עבדתי את אביכן לפיכך נטל שכרו גם בעוה"ז שנאמר ויפרוץ האיש מאד מאד ועמ"ש בריש סי' של"א :

סימן שלח [דין איסור חסימת בהמה בשעת מלאכה ובו ט' סעיפים]:

א כדרך שפועל אוכל ממה שהוא עושה בגידולי קרקע בין במחובר בין בתלוש כך הבהמה אוכלת בשעה שעושית מלאכה כמ"ש בסי' של"ז דילפינן בהמה מאדם ואדם מבהמה ולכן אוכלת הבהמה כל זמן שהיא עושה בגידולי קרקע בין במחובר בין בתלוש כפי הדינים שנתבארו שם ואוכלת ממשוי שעל גבה בשעה שנושאה המשא ואע"פ שאינה עובדת רק מוליכה התבואה שזה שנאמר לא תחסום שור בדישו לאו דוקא דישה וה"ה כל מלאכה שהרי ילפינן מאדם ודיבר הכתוב בהוה שדרך השור לדוש ולכן אוכלת ממשאה ער שיפ־קו ממנה המשא אבל אין לבעל הבהמה ליטול בידיו ולהאכילה דלא תחסום כתיב אבל לא ליתן לה בידים:

ב ומותר הבהמה מן האדם שהחוסמה עובר בלאו ולוקה וכל המונע מבהמה מלאכול בשעת מלאכה לוקה וזה שנאמר שור אחד ושור ואחר כל מיני בהמה וחיה ועוף בין טמא בין טהור ולא נאמר שור אלא מפני שדרך השור לעשות בקרקע ורגיל בדישה:

ג זה שנאמר לא תחסום שור בדישו אין הכוונה רק שלא יחסמנה בשעת הדישה אבל קודם הדישה מותר לחוסמה ולדוש בה אלא הכוונה שלא לדוש בחסימה ולכן אחר החוסמה בשעת מלאכה ואחר החוסם אותה מקודם ועשה בה מלאכה כשהיא חסומה לוקה וראיה לזה מהא דתניב ר"ן ושכר אל תשת וגו' בבואכם אל אהל מועד האם גם שם נאמר דאין אסור לשתות רק בבואם למקדש וקודם לכן מותר הא להבדיל בין הקדש ובין החול כתיב [ב"מ ה:] ואי שהי ועייל לא ידע להבדיל [רש"י] אלא הכוונה שלא יכנסו למקדש ביות שהם שתויי יין והכי נמי הכוונה שלא יעשו מלאכה בבהמה בעוד שהיא חסומה ואפילו חסמה ע"י קול שרצתה לאכול וגער בה ופסקה מלאכול עובר בלאו זה ולוקה ואין זה לאו שאין בו מעשה דאין לוקין עליו דעקימת שפתיו הוי מעשה ובדיבור הלא מניע שפתיו:

ד חסמה אחר ובא אחר ודש בה אינו לוקה החוסם אלא הדש [טור] וישראל הדש בפרתו של מצרי עובר משום לא תחסום ואפילו התבואה של המצרי הוא דלא תחסום כתיב והאיסור הוא על הדש בחסימה ולא הקפידה התורה של מי הוא השור והדישה ומצרי הדש בפרתו של ישראל אין הישראל עובר אף שהדישה שלו ואף שידע מזה כיון שהא לא עשה החסימה ולא צוה לו להמצרי לחוסמה ומדברי המור משמע דמ"מ איסור יש בזה כש מצרי עושה בפניו ואינו מוחה בו:

ה ואסור לומר למצרי חסום פרתי ודוש בה דאמירה לעכו"ם שבות ובכל האיסורים אסור אמירה לעכו"ם כמו בשבת וכן לגרום לה שלא תאכל אסור אע"פ שאינו עושה מעשה בידים ונם אינו נוער בה כגון שהרבין בנה מבחוץ וע"י שהבהמה שומעת קולו לא תאכל או שהיא צמאה לס"ם ואינו משקה אותה וע"י זה לא תאכל הוי גרמא באיסור ואסור לעשות כן ואינו לוקה כמו גרמא בנזקין שפטור מדיני אדם וח"י בד"ש וכן אם פירש עור על הדישה כיון שאינו עושה מעשה או דיבור על נופה וגם הבהמה אינה רואה את התבואה אינו לוקה אבל אם הושיב לה קוץ בפיה שלא תוכל לאכול ה"ז לוקה דזהו מעשה ממש אבל ישב לה מעצמה קוץ בפיה ודש בה והרי היא אינה אוכלת אסור ואינו לוקה וכן אם רבץ לה ארי מבחוץ ומפחדץ אינה אוכלת ולא הרחיק הארי אסור ואינו לוקה אבל אם הרביץ בעצמו את הארי מבחוץ ה"ז כחסימה ממש ולוקה ואף שאין זה מעשה על גופה מ"מ כיון שפחד הארי גרול מאד על גופה הוי כמעשה בגופה [כ"מ ממוס' סס] אבל ברביצת הבן אינה נחסמת כל כך לכן אינו חשוב מעשה ובנמ' משמע דכשהבן עמד בעצמו מבחוץ אין בו איסור כשאינו מרחקו מפני שאינה נחסמת כל כך [ומלוק שכתב סמ"ג בין רמיים המנומס כ"מ סס כרמ"י]:

ו היה הדבר שהיא עושית בו רע למעיה ומזיקה כשתאכל או שהיא חולה ואם האכל תבא לחולי מעים מותר למונעה שהתורה לא הקפידה אלא על הנאתה אם תאכל והרי אינה נהנית כשתאכל ולמה לא הצריכו חז"ל לתלות לה איזה דבר מפני מראית העין כמ"ש בסעיף ז' ג"ל מפני שהדבר ניכל לכל ואין כאן חשד:

ז ממה שנתבאר בסי' של"ז מבואר שאחר שגמרה מלאכתן למעשר אינו עובר משום לא תחסום ולכן שעורים שהושרו במים ומיבשין אותן בתנור ואח"כ דשין אותן בפרות לתסיר קליפותיהן אין בהם משום לא תחסום שהרי כבר נתחייב במעשר ומ"מ צוו חז"ל שמפני מראית העין שלא יאמרו שחוסם פרתו ולא ירעו שנדושה מכבר וסוברים שזהו תחלת דישה ולא נגמרה מלאכתו למעשר ולכן מביא מעט מאותו המין ותולה לה בצוארה שתאכל מטנו ובהמות שאין עושין בגידולי קרקע אלא שנוטעין עליהם בדרך וירט הדרך לנגדם שנצרכת לילך על התבואה אינו עובר על לא תחסום ואי"צ גם לתלות לה מאותו המין שהרי הכל רואים שנוטעים לדרכן:

ח וכמו שנתבאר שם שרשאי להכשיר את הפועל קודם המלאכה כדי שלא יאכל הרבה בעת המלאכה כמו כן בבהמה רשאי השוכר להאכילה תבן או קש מקודם כדי

כרי שלא תאכל הרבה בעת הדישה וכן להיפך שרשאי בעל הבית להרעיבה מקודם כדי שתאכל הרבה מהדישה והטעמים נתבארו שם ואין לומר לטה הפועל אסור לו להרעיב עצמו דבהמה מיד כשבאה לשדה תשבע וזהו עיקר אכילתה אבל האדם עיקר אכילתו הוא הלחם וכן אין לו להרעיב עצמו מן הלחם [סמ"ג] :

ט אמרו חז"ל [ב"מ לט:] דאם שבר בהמה וחסמה ורש בה משלם להבעלים ד' קבין לפרה וג' קבין לחמור שכך שיערו חז"ל אכילתן ליום ולכן כששברו לדישת כל היום משלם כזה וכששברן לכמה ימים משלם לכל יום שחסמן כשיעור הזה וכששברן לחצי יום משלם לפי ערך ואע"ג דקי"ל דאינו לוקה ומשלם דכתיב כדי רשעתו משום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעיות מ"מ לוקה ומשלם דזה שאינו לוקה ומשלם הוא בזמן שהחייב בא כאחד אבל הכא משעת משיכה נתחייב במזונותיה והמלקות אינו חייב עד שידוש בה בהיותה חסומה וכ"ז בזמן הבית הוצרכנו למעמים אלו אבל בזמה"ז שאין לנו סמוכים ואין דין מלקות נוהג לא נצרך כלל לזה ואף שבנמ' יש פלוגתא אם חייבי מלקות שוגגין או כשלא התרו בו אם חייבין בתשלומין אם לאו ולפ"ז למאן דס"ל דפשורין גם בזמה"ז היה פשור אם לא מהטעמים שנתבארו מ"מ הרי קי"ל דחייבין בתשלומים כמ"ש הרמב"ם בפ"א מנערה הל' י"א :

סימן שלט [דיני לא תלין פעולת שכיר ובו י"ד סעיפים] :

א מצוה לשלם שכר שכיר בזמנו ואם אחרו עובר בלאו דלא תלין פעולת שכיר או בלאו דלא תבא עליו השמש כמו שיתבאר וכל הכובש שכר שכיר ואין בדעתו לשלם לו כלל עובר בחמשה לאוין ועשה ואלו הן הלאוין לא תעשוק את רעך ולא תגזול ולא תעשוק שכיר עני ואביון ולא תלין פעולת שכיר ולא תבא עליו השמש ועשה דביומו תתן שכרו אע"ג דכולהו בחד ענייגא לא משכחת לה כמו שיתבאר דהני ראיתא ביממא ליתא בלילא מ"מ בעניינא דשכיר יש חמשה לאוין ועשה ומי שדעתו לשלם ואינו משלם בזמנו עובר בחד לאו ועשה ומי שמשלם בזמנו מקיים מ"ע דביומו תתן שכרו וכל הכובש שכר שכיר באלו נוטל נשמתו דכתיב ואליו הוא נושא את נפשו :

ב לאו דוקא שכר שכיר של פועל שעשה בגופו דה"ה אם השכיר לו בהמתו או השכיר לו כליו עובר בכל אלו ודרשינן מדכתיב לא תעשוק שכיר עני ואביון מאחיך או מגרך אשר בארצך בשעריך והאי אשר בארצך מיותר דרשינן לכל מה שבארצך כל מה שתשכור בין אדם בין בהמה וכלים וממילא דשארי פסוקים דכתיבי בשכיר נוהג בהן כיון דאיקרו שכירים ויש מי שאומר דעל קרקע אינו עובר אם השכיר לו קרקע ולא שילם לו השכירות בזמנו משום דכתיב בארצך ולא ארצך עצמה ואין לומר דארצך אתי למעוטי ח"ל דהא חובת הגוף הוא ונוהגת בין בארץ בין בחו"ל [תוס' ב"מ קיח:] אלא למעוטי ארצך ממש וזה אין לומר דרק בא"י אינו עובר על שכירות קרקע ובח"ל עובר דק"ו הוא ועוד דבחובת הגוף אין לחלק כלל בין א"י לח"ל אמנם העיקר לדינא דנם בקרקע עובר [הגנ"מ] דיש עוד ליסוד לא תלין פעולת שכיר אתך כל פעולה שאתך וכן הוא במשנה שם :

ג איזהו זמנו שכיר יום יש לו לבעה"ב ליתן לו שכרו כל הלילה שאחר היום ואם לא נתנו לו בסוף הלילה עובר בלאו דלא תלין פעולת שכיר אתך עד בקר אבל על לאו דלא תבא עליו השמש אינו עובר דהא קי"ל דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף והוא משתשקע השמש ואיך יעבור על לאו זה אלא האי קרא אתי לשכיר לילה דהתשלום הוא בסוף הלילה וזמנו כל היום ואם לא נתן לו בסוף היום עובר על לא תבא עליו השמש ושניהם בין שכיר יום בין שכיר לילה כשלא שלמו בהחצי מע"ע שאחרי הטלאכה עוברים על עשה דביומו תתן שכרו ג"כ ואף דהאי קרא כתיב בשכיר לילה מ"מ אין סברא לחלק וביומו פירושו בזמנו [ע"ס ב"ס"ו ד"ס ולפי בו וזק] :

ד היה שכיר לשעות אם כלה שכירותו ביום יש לו תשלום כל אותו יום ואם לא שילם לו בסוף היום עובר על לא תבא עליו השמש ועל ביומו תתן שכרו דרוקא כשעליו לעשות כל היום דהחיוב אינו מתחיל רק אחרי כלות מלאכתו דבזה ודאי דחיובו בלילה אבל שכיר שעות דיום שגמרה מלאכתו ביום קודם השקיעה ואו חל חיובא דתשלומין ממילא דמצוה לשלם לו או ושלא תבא עליו השמש ובן אם כלה מלאכתו באמצע הלילה יש לו תשלום כל אותו הלילה ואם לא שילם לו עד הבוקר עובר על לא תלין ומטעם זה אם היה שכיר לשבוע או שכיר לחדש או לשנה דאינו עובר עד הזמן שקבע עמו הלוי בהזמן שיצא אם כלות זמני היה באמצע היום גובה כל אותי היום ואם לא שילם לו עובר על ביומו תתן שכרו ועל לא תבא עליו השמש ואם יצא בלילה גובה כל הלילה ואם לא שילם לו בסוף הלילה עובר בכל תלין וכמ"ש :

ה וכן כתב רבינו הרמ"א דאע"ג דשכיר יום אינו עובר בלא תבא עליו השמש אלא בלא תלין וזמנו כל הלילה זהו בפועלים שלהם שהיו עושים עד הלילה וא"א להם לעבור על לא תבא עליו השמש אבל בפועלים שלנו שהמנהג דאין עושין מלאכה עד הלילה והולכין

והולכין מהמלאכה קודם הלילה עוברים עליהם משום לא תבא עליו השמש ומשום ביומו תתן שכרו דהוו כיצא בהם שנובה כל היום אבל אם אירע שעשה מלאכה עד הלילה אע"פ שלא שכרו בפירוש לעשות עד הלילה אלא שכרו סתם אינו עובר ביום ווטנו כל הלילה בדין שכיר יום דמסתמא אדעתא דהכי אגריה והיה כוונתם שיעשה עד הלילה :

ו קבלנות תלוי אם אומן קונה בשבח כלי דהוה הכלי

כשלו וכמי שקונה ממנו לא שייך בל תלין אבל אם אין אומן קונה בשבח כלי הוה כפועל ועובר הבעה"ב משום בל תלין בשמוסר לו הכלי ואינו משלם לו רכל זמן שהכלי אצל האומן אין שייך שיעבור וכשנתן לו אם נתן לו ביום צריך לשלם לו בסוף היום וכשלא שילם לו עובר על לא תבא עליו השמש ועל ביומו תתן שכרו נתן לו בלילה חייב לשלם לו כל הלילה ואם לא שילם לו בסוף הלילה עובר בבל תלין וכבר בארנו בסי' ש"ו דרוב הפוסקים ס"ל דאין אומן קונה בשבח כלי לפיכך כשנתן לאומן לעשות כלי או לתקנה ולא שילם בזמנו עובר בעשה ול"ת וכן פסקו הרמב"ם והטור והש"ע וזה לשונם :

ז נתן טליתו לאומן לתקנה בקבלנות ונמרה כל זמן

שהטלית ביד האומן אינו עובר נתנו לו אפילו בחצי היום כיון ששקעה עליו חמה עובר משום בל תלין [ל"ד מלא על לא תבא] שקבלנות הוא כשכירות לפורעו בזמנו עכ"ל וזהו בבעה"ב שנתן העצים או הברזל או המחורה משלו והאומן עושה אותה אבל אם האומן עושה הכל משלו לא שייך הך דינא ואין בזה משום בל תלין [קצה"מ] ומשמע בש"ם [ב"ק קמ:] דכשאין האומן נותן כלום לכ"ע אינו קונה בשבח כלי והפלוגתא היא כשהאומן נותן משלו [וכ"כ בנה"מ בסי' ש"ו] ויראה לי דעיקר הענין כן הוא דהפלוגתא היא כששניהם נותנים בהמלאכה כמו בחיטים שעיקר הסחורה נותנים להם והחייט נותן משלו החוטים והקרסים ודברים קטנים אבל בסנדלרים שהסנדלר נותן משלו העור וכל המכשירין הוי כמכירה וכשהאומן אינו נותן כלום משלו לכ"ע אינו קונה בשבח כלי [ממנ ק"ל מסס קיב: דתלרטוי פריך סיינו שבחא ומד"ק סס מין לחיס דדיחוי בפלמא הוא ולא קי"ל כר"ת סס ולעניו דינא מין כ"ת לרוב הפוסקים וזוק] :

ח מזה שנתבאר דכל זמן שהטלית ביד האומן אינו עובר

בבל תלין אע"פ שאין אומן קונה בשבח כלי יש מי שרצה ללמוד מזה דבעה"ב שנותן לפועל משכון על שכרו אינו עובר בבל תלין אף שיש לו מעות אבל אין ראיה מכאן דאין הטעם מפני שהאומן הופס משלו והוי כמשכון אלא הטעם הוא דכל זמן שאין האומן מחזיר לו החפץ אין לו רשות לתבוע דאיך יתבע ממנו תשלומי החפץ כשאינו מחזיר לו את החפץ [עסמ"ע סק"י] אבל בשכיר או שכבר מסר לו החפץ וחייב לשלם אם יש לו מעות אינו טועל משכון דהא מעמא דשכיר מפורש בקרא מפני שאליו הוא נושא את נפשו שזה העני צריך לאכול ומה יעשה בהמשכון וער שישיג עליו מעות יערב וכיון שיש לו מעות מזומן חייב ליתן לו ואם אין לו מעות יתבאר דאינו עובר ואפשר דגם בכה"ג מחוייב ליתן לו עכ"פ חפץ שימשכננו בשכרו ואם האומן רצונו להחזיר לו החפץ ולקבל שכרו והוא אינו רוצה לקבלו ויש לו מעות נראה דעובר :

ט האומר לשלוחו צא ושכור לי פועלים ושכרן ואמר להם שכרכם על בעה"ב אין אחד מהם עובר על בל תלין דהבעה"ב לא שכרם והשליח הרי אמר להם שאין שכרן עליו ומ"מ הבעה"ב כשתובעים אותו ויש לו מעות ואינו מרוד בעסקיו ומרחה אותם מדחי אל דחי עובר על לאו דקבלה אל האמר לרעך לך ושוב ומחר אתן כיון דחייב לשלם להם ואם השליח לא אמר שברכם בעה"ב אפילו גם לא אמר שברכם עלי אלא שכרן סתם והוא חייב בשכרן כשלא אמר להם ששוכרן לעשות בשל חבירו כמ"ש בסי' של"ו ולפיכך עובר השליח על בל תלין מיהו אם הפועלים יודעים שהוא רק שליח ואין המלאכה שלו אינו עובר אפילו שכרן סתם דעל דעת כן השכירו א"ע לתבוע מהבעלים וכן אם בניו ובנותיו שכרו פועלים הדין כן מיהו אם אשתו שכרתה פועל עובר בבל תלין דאשתו כגופו דסי' [כ"ג] :

י כתיב לא תלין פעולת שכיר אתך עד בקר וער בוקר מיותר הוא דכל לינה הוא עד הבקר ולכן דרשו חו"ל שאינו עובר בבל תלין אלא בבקר ראשון וכשעבר זה הזמן העבירה שעבר עבר ואינו עובר עוד מכאן ולהבא ואינה במצות מילה שמיום השמיני ואילך עובר בכל יום ומ"מ חייב ליתן להם גם אח"כ מיד דלאו דקבלה עובר בבל רגע ששוהה :

יא השכיר שכיר בבעה"ב זה מכבר שאין דרכו להיות בידו מעות רק ביום השוק וידוע שכשעושים אצלו ממתינים כמה ימים לקבל השכירות אין בעה"ב זה עובר אפילו אירע שיש לו עתה מעות דכיון שבשעה שהשכיר עצמו השכיר ע"מ כן שלא לקבל מעות מיד ולכן אינו עובר אף שיתבענו עתה [סמ"ע] ונם מיום השוק ואילך אינו עובר דלאו זה אינו אלא מיד אחרי המלאכה ומ"מ בלאו דדברי קבלה עובר כמ"ש וכן בבע"ב שידועים שכששוכרין פועלין אין משלמין מיד עד שיעשה חשבון ברור מהמלאכה ואח"כ משלמים אינם עוברים עד שיתישבו עמהם דע"ד כן נשכרים להם ואפילו תבעוהו בזמנו דבר שודאי חייב לו וא"צ חשבון זה מ"ם כיון דדרכם כן נתרצו הפועלים לזה :

יב אין בעה"ב עובר בבל תלין או בלא תבא עליו

השמש אא"כ תבעו השכיר או ששלח שליח לתבוע ממנו אבל בלא תביעה אינו עובר דכתיב לא תלין פעולת שכיר אתך משמע שמרעתך אתה מעכב והוא תובע וע"ל דכשלא תבעו בבוקר ראשון אינו עובר עוד אפילו

אפילו כשיתבענו ביום השני כמו שנתבאר דלאו זה אינו אלא בכלות הזמן אמנם בלאו דקבלה עובר כשיש לו מעות וכן אם אין לו מעות אע"פ שתבעו אינו עובר דהא כתיב אחך כשיש אתך ועמ"ש בסעיף ח׳ :

יג העמיד הבעה"ב את הפועלים אצל חנוני או שולחני שיתן להם בשכרם שמניע ממנו והחנוני או השולחני קבל עליו ליתן להם אין הבעה"ב עובר עוד ואף נם בלאו דקבלה אינו עובר ואפילו אין לבעה"ב ביד החנוני כלום אלא שהבטיחו ליתן בעדו להפועלים אינו עובר עוד דהרי נסתלקו מעליו וכ"ש שהחנוני אינו עובר דהרי לא שכרם ולאו דוקא חנוני ושולחני דה"ה אדם אחר אלא דדרך להעמיד אצל חנוני או שולחני ואין חילוק בין שהעמידם קודם המלאכה או באמצע המלאכה או אח"כ ומ"מ אם רצה השכיר לחזור בו שלא לקבל מהם אלא מהבעה"ב הרשות בידו אפילו אם הם לא חזרו בהם דהא אין כאן קנין רק דברים בעלמא ומ"מ הבעה"ב אינו עובר עוד בבל תלין אך בלאו דקבלה עובר כיון שביכלתו לחזור בו ואם קנו מידו אינו יכול לחזור בו בכבל קנין ובלא קנין אינו קונה אפילו כשהיה במעמד שלשתן כיון שאין החנוני חייב לו כלום לבעה"ב [ר"ף] ולכן אם החנוני היה חייב לבעה"ב ומסר לו במעמד שלשתן אינו יכול לחזור בו לא הפועל ולא החנוני ועמ"ש בסי׳ צ"א ובסי׳ פ"ט :

יד ממדת חסידות לרקדק מאד בתשלומי שכר שכיר בזמנו אפילו במקום שפטור מדינא ולכן נהגו הטרקלקים ללות כשאין להם מעות ולשלם להפועל ובזוהר קדושים מחמיר מאד בזה ובספר חסידים כתוב שטוב להתנות עם הפועל שלא לעבור על בל תלין ואין זה מתנה על מה שבתוב בתורה שהרי ביכולת להתנות על כל מה שירצה ורע דכל מה שנזכר בסי׳ זה בל תלין הוא בשכיר יום ובשכיר לילה הוא בלא תבא עליו השמש ואין חילוק בין ולי"ז בכל הדינים שהוזכרו בסי׳ זה :

הלכות שאלה

סימן שמ [דיני שואל ובו כ"ב סעיפים]

א כבר נתבאר בסי׳ רצ"א דשואל חייב באונסים כמפורש בתורה וכי ישאל איש מעם רעהו ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם וכ"ש שחייב בנגיבה ואבידה אבל בסתם מחסת מלאכה פטור ואין להסות דכיון דמתה מעצמה חייב אף שמלאך המות הרגה בלי גרמתו כ"ש בשמתה מחמת מלאכה שע"י גרמתו במלאכתו נהרגה אמנם המעם הוא דאע"ג דהתורה חייבה את השואל באונסים מ"מ דבר פשוט הוא שאם היה גם המשאיל נורם בזה שפטור השואל ולכן בסתה מחמת מלאכה פטור שהרי נגלה הדבר שאין ביכלתה לסבול המלאכה ופשע במה שהשאיל אותה להשואל למלאכה זו [רמב"ן] ולכן אם שינה השואל במלאכה חייב כמו שיתבאר :

ב לפיכך השואל מחבירו בהמה או כלים או שארי מטלטלין ונאנסו בידו בנון שמתה או נשברה או נקרעה או נשבר או נשבה חייב לשלם ואין צ"ל שחייב בנגיבה ואבידה ובפשיעה אבל בל קלקול שאירע בה מחמת המלאכה שבשבילה שאלה פטור ולא מיבעיא אם הוכחשה או נתקלקלה מחמת מלאכה אלא אפילו מתה מחמת מלאכה פטור מהמעם שבארנו אמנם אם שינה השואל ועשה בה מלאכה אחרת אפילו היא קלה מהמלאכה ששאלה ומתה חייב ואפילו אם שינה באותה מלאכה עצמה בנון ששאלה לחרוש וחרש בה ביום ובלילה שלא כדרך החורשים או ששאלה לחרוש בה בבוקר וחרש בה בצהרים שהחום קשה לה או ששינה מבקעה להר ומהר לבקעה חייב ועמ"ש בסי׳ ש"ט :

ג ויש ששאלו ולמה אסרנו אם שינה ממלאכה בבדה לקלה ומתה חייב השואל והרי בשובר נתבאר בסי׳ ש"ח שראוי לשנות מבבר לקל כמו מחיטין לשעורין ולמה יתחייב השואל במקום שהשובר רשאי לעשות לכתחלה כן ויש מי שתירץ דודאי אם אין שום דבר לתלות שע"י השינוי מתה פטור השואל ובבאן איירינן במקום שנוכל לתלות אפילו בסיבה רחוקה שמתה מהשינוי וכמ"ש בסי׳ רצ"א בדין תחלתו בפשיעה וסופו באונס שבל שנוכל לתלות האונס מצד הפשיעה אפילו בסיבה רחוקה תלינן [סמ"ע] ויש מי שתירץ דודאי בשואל חייב בכל ענין אפילו אין לנו במה לתלות ונהי דהשובר רשאי לשנות מבבר לקל וכן השואל מ"מ אם מתה יכול המשאיל לומר אפילו בלא שום מעם שמתה מחמת השינוי ואין זה מתה מחמת מלאכה [ע"ז] ולי נראה דודאי בהשינוי מבבר לקל אם לא שינה באיכות המלאכה כנון ששאלה לישא עליה כור חטים ונשא כור שעורים פטור ובבאן מירי בשינוי באיכות המלאכה מבבר לקל כנון ששבר סום לרכוב עליו ושתהיה עליה משא עשרה כברים ואמרו את הסום בענלה והוליך בהענלה חמשה כברים דאע"ג שירוע שרביבה להסום קשה יותר מבהילוך בענלה וגם הקיל ממשאה מ"מ חייב דתלינן שזה הסום לא הורגל לילך בענלה וברביבה הורגל וכן כל כיוצא בזה וכן מדוייק לשון הטור והש"ע שבתבו שאם שינה ועשה בה מלאכה אחרת ובסי׳ ש"ח

אין זה מלאכה אחרת וכ"מ מלשון הרמב"ם פ"א משאלה ע"ש :

ד בזה שהשואל חייב באונסין כתב רבינו הרמ"א דדוקא שאירע האונס מכח השואל אבל אם אירע האונס מכח המשאיל פטור ולכן מי שיש לו משכון אצל עכו"ם והשאילו לחבירו לשאול עליו עוד מעות ונשרף המשכון פטור השואל דהא בלא"ה היה נשרף מכח המשאיל עכ"ל וברייה תמוהין דהרי במתה מעצמה חייב דהוי שלא מכח השואל ואף אם מתה בכית המשאיל דמלאך המות מה לי הבא מה לי התם [ב"מ] ויש מי שאומר דכוונתו בשהמשאיל פשע בה שוהו פעם רמתה מחמת מלאכה פטור בם"ש במעיף א' אבל א"כ מה חידש לנו בזה ועוד דהא במשכון שהיה אצל המלוה בלא"ה פטור שהרי עדיין לא קנה חבירו במשיכה וקודם משיכה פטורים השומרים בם"ש בסי' רצ"א סעיף י"ג ואפילו לדעה שבשם במעיף י"ר דקודם משיכה נתחייבו הא עכ"פ בעינן שיקבל עליו השומר את שמירתו בם"ש שם [וכמתם במרדכי פ' המוצל כתב גם מעם זה] :

ה וע"ל דדבר נדול השמיענו בזה דהנה בסימן ש"ו סעיף ח' נתבאר דלפעמים משלם המשכיר להשוכר כגון ששכר מחבירו פרה לזמן ובתוך הזמן שאלה המשכיר מהשוכר ומתה באונס חייב המשכיר לשלם להשוכר כיון דהוא חייב באונסים והשוכר פטור ולפ"ז י"ל דכ"ש בשואל בשבתוך זמן שאילתו שכרה המשאיל ממנו ומתה ברשות המשאיל באונס שצריך השואל לשלם לו כיון דהמשאיל הוא שוכר ופטור מאונסים ולזה השמיענו רבינו הרמ"א דמ"מ השואל פטור מפני שהתורה לא חייבתו להשואל רק אם ברשותו מתה ולא ברשות המשאיל והמשכיר שמשלם להשוכר והו דוקא כשא"ל יהא דינך עם השואל ודיני עמך בם"ש שם אבל בשואל כשמתה ברשות המשאיל פטור השואל אף שהמשאיל לא נתחייב בזה מפני עצם שמירתו ואע"נ דכששאלה לעשות מלאכתו בבית המשאיל ומתה שם ודאי דחייב זהו מפני שעכ"פ הבהמה היא בכחו ורשותו של השואל אבל כששאלה ומסרה להמשאיל לשמרה או ששכרה ממנו פטור השואל ומקרא ילפינן לה דהא כתיב וכי ישאל איש מעם רעהו ולא כשהיא אצל רעהו בכחו וברשותו_ולכן במשכון שהיה אצל המלוה מראובן והרשה את שמעון ללות עליו נ"כ ומירי שמשך שמעון את המשכון והחזירו להמלוה בפקדונתו של ראובן פטור שמעון כיון שמתחלה היה המשכון אצל המלוה בכחו של ראובן וגם עתה הוא בכחו ואף אם לא שאל שמעון עליו היה נ"כ אצל המלוה וזהו שדקדק רבינו הרמ"א בדבריו שאירע האונס מכח המשאיל כלומר שכחו של המשאיל שלמה עליו וכן מה שכתב והשאילו לחבירו ר"ל שמשכה חבירו [וים לזה למיש מילקוט על קה"ת דמעם דפסו פ"ש סימנ] :

ו יש מי שאומר בזה שנתבאר בראובן שנתן משכון לעכו"ם והרשה גם לשמעון להלות עליו ונשרף או נאבד המשכון ביד העכו"ם פטור שמעון וזהו דוקא כשהתנה עם שמעון שמיד כשיפרע ראובן מחייב שמעון להוציא המשכון מיד העכו"ם אבל אם נתן לו רשות לשעבדו להמשכון אף אחר שיפרע חוב שלו או אם נשרף או נאבד אחר שפרע הוא חייב שמעון בכולו אף שלא משך שמעון את המשכון כלל מפני דשעבודו שמשעבדו שהעכו"ם לא יתנו לראובן תו כמו שנשתעבד שמעון בנוף המשכון וזהו קנינו ואם נשרף או נאבד קודם שפרע ראובן חייב שמעון לשלם לפי ערך החוב שלו נגד חובו של ראובן דכיון דהרשהו להשאיר ת"י העכו"ם גם אחרי פריעתו הוי כשימוש במשכון נגד דמי חובו וכ"ז דוקא בשהמלוה הוא עכו"ם אבל כשהמלוה הוא ישראל דקנה המשכון בם"ש בסי' ע"ב חייב שמעון בכל ענין נגד דמי חובו אם נאנס אצל המלוה דהוה כאלו נתן רשות להמלוה להקנות בו לשמעון שיזכה בו בעבודו נגד מעותיו [ב"מ] ולי נראה דבישראל ודאי כן הוא דהמלוה נעשה כשלוחו של שמעון לקנות בו אבל בעכו"ם במה קנה שמעון המשכון שיתחייב בו ע"פ שעבודו שהרשהו ראובן לשעבדו דהא אין שליחות לעכו"ם ולמה יהיה נחשב השעבוד כמשיכה וצ"ע לדינא :

ז כתב נתבאר בסי' רצ"ו דמתנה ש"ח להיות בשואל בדברים בעלמא בלא קנין ויש מי שמסתפק בשואל שמתנה להתחייב במתה מחמת מלאכה אי מהני בלא קנין כיון דבכל השומרים אין חיוב זה כלל וראיה דהא בסי' ש"א נתבאר דבשמירת קרקע צריך קנין דוקא והטעם אפשר דרק בש"ח מהני ביה קנין שיהיה כשואל מפני שהעולם יסברו באמת שהוא שואל ובקרקע שאין בה חיוב אף בשואל לא שייך טעם זה לכך צריך קנין וא"כ ה"ה במתה מחמת מלאכה [ב"מ] ויש מי שאומר דוראי מהני דדוקא בדבר שאחר שאינו שומר נ"כ פטור אם אירע אצלו כזה אינו יכול להתנות בדברים בלבד ובמתה מחמת מלאכה אם אחר היה לוקחה ומתה ממלאכה היה חייב כדין מזיק כמו בן השואל יכול להתנות גם בלא קנין שיהא דינו כאחד ובקרקע מ"מ אחרינא אית ביה מפני שהתורה פטרם אפילו משבועה וכן עיקר לדינא לפי הטעם הראשון שבארנו בסי' ש"א סעיף ה' ע"ש וכ"כ אחד מגדולי ראשונים [ב"מ ג"מ סמ: ועמוס' סם גמ' ד"ס ד"מ] :

ח במימן ש"ז סעיף ח' נתבאר דאם שהזיק בהמה אינו משלם אלא נזק ולא צער וריפוי ושבת ולכן אם ראובן סגר בהמת שמעון על כמה ימים פטור ואע"ג דבימלה ממלאכתה ס"ס אין שבת בבהמה ואפילו נולדה בה מכה ע"י זה אם המכה סופה להתרפאות לגמרי פטור מכלום כל זמן המכה רוחו שבת ויש חולקין בזה וס"ל דבמכה לא שייך שם שבת רק בארם שאינו עומד למכירה אבל בהמה שעומדת למכירה אין זה שבת

אלא נוק כיון שאם יבוא למכרה עתה יצטרך לולול בטקח ולדינא בארנו שם בס"ד ועוד נתבאר שם שאם לא תחזור בשלימות לגמרי כגון שישאר רושם מהמכה חייב בכל הנזק ובארנו שם דאם בלא רפואות לא תשוב לקדמותה חייב לרפואתה דאין זה ריפוי אלא נוק וגם בזונות חייב ליתן לה דנם זה הוא בכלל נזק ולפ"ז בשואל שחייב באונסים אם נתהוה לה מכה באונס שלא שינה במלאכתו וסופה להתרפאות לגמרי וכן אם נכחש הבשר כאליו וסופה לחזור לבשרה שמקודם פטור למאן דפטר שם ולמאן דס"ל שם רבבהמה אין זה שבת מפני שעומדת למכירה חייב גם בשואל באונס ויש מי שאומר דאפילו לאותה דעה שמחייבת מ"מ בשואל באונס כיון שתחזור בסוף לבריאותה ודאי פטור שלא חייבה הורה בשואל באונסים אלא בדבר שאינו חוזר [סמ"ע] ויש חולקין וס"ל דשואל באונסין שוה לפשיעה דכל אדם [מ"ך] ונראה עיקר כדעה ראשונה דמדנקטה הורה בשואל שבורה ומתה ולא נקיט שבויה כבשומר שכר בא ללמדנו דדוקא בדבר שא"א להחזר לקדמותה לגמרי דגם שבורה אף שתתרפא א"א שלא ישאר איזה היכר בהעצם הנשבר וכ"ש מתה שלא תשוב לקדמותה כלל אבל שבויה שיכול להיות שתשוב מהשביה לגמרי אע"פ דודאי חייב כשנשבית דיאושי מייאשי מ"מ השמיטה התורה ממעם זה להורות על כל מיני אונסין שבכמותה שפטור ואע"ג שבסי' רצ"א כתבנו עוד טעם על מה שלא כתבה התורה שבויה בשואל ע"ש בסעיף ח' מ"מ אפשר גם לומר טעם זה [נ"ל] :

מ ולכל הדעות שנתבארו בנכחשה מאליה וסופה לחזור לגמרי מ"מ אם מתה אח"כ באונס והשואל חייב לשלם משלם כמו שהיתה שוה בשעת שאלה ואפילו מתה שלא מחמת כחישותה אין אומרים כיון שעל ההכחשה פטור לדעה הפוטרת וחלובו הוא רק על המיתה לא ישלם אלא בפי מה שהיתה שוה בכחישותה דאינו כן דכחישותה הוי התחת מיתתה [סמ"ע] דחשבינן אותם לדבר אחד והוי נוק למפרע וחזמה לזה בגזל חמץ ועבר עליו הפסח דאומר לו הרי שלך לפניך אף שע"י הגזלה אסרה עליו בהנאה כמ"ש בסימן שס"ג ומ"מ כשמאבדו אחר הפסח משלם לו שויו שקידם הפסח ואם היה גוזל מאחד חמץ שעבר עליו הפסח והיה מאבדו לא היה חייב כלום וא"כ למה יתחייב בגזלו קודם הפסח אלא משום דכל שהפסידו לגמרי חשבינן הנוק משעה ראשונה כשגזלו וה"נ בשואל לענין אונס [סנ"ת] :

נ בהפטיר דמתה מחמת מלאכה כתב הרמב"ם בפ"א משאלה שאם שאל בהמה מחבירו לחרוש בה ומתה כשהיא חורשת פטור אבל אם מתה קודם שיחרוש בה או אחר שחרש בה חייב וכן השואל בהמה מחבירו לילך בה למקום פלוני ומתה תחתיו באותה הדרך או ששאל לו למלאות גו ונקרע בבור בשעת מילוי או ששאל קרדום לפצל בו עצים ונשבר בעת שפצל בו מחמת הביקוע וכל כיוצא בזה ה"ז פטור שזה שאל אלא לעשות בו מלאכה זו והרי לא שינה עכ"ל :

יא וכתב עליו המור שיראה מדבריו דאינו פוטר אלא בשעת מלאכה ממש אבל א"א הרא"ש כתב מתה מחמת מלאכה היינו כגון שדרך הילוכה נכשלה ונפלה ומתה והשואל לא שינה בה וכא פשע בה או נתינעה ונתחממה ומתה אבל אם מתה בדרך ולא הרגיש בה עייפות טורח הדרך לא יוכל לישבע שמחמת מלאכה מתה דשמא אם היתה עומדת על אבוסה היתה מתה [ולכן כשמקיק עדים וחייב ליכבע שבועת השומרין ואינו יכול חייב לשלם אע"ג דלא סוס ליס למידע כיון דעיקר שבועת השומרין היא בשמקיק על השומע] אבל היכא שנבנם בה חלשות ועייפות ממורח הדרך אפילו שלא מתה מיד אלא מתנונת והולכת זמן מרובה מתה מחמת מלאכה קרינן ביה עכ"ל וכן השיגו כמה מהראשונים על הרמב"ם דלא פטר אלא במתה בשעת מלאכה דהא חז"ל אמרו מתה מחמת מלאכה ולא בשעת מלאכה :

יב ובוראי גם הרמב"ם אינו חולק בזה שהרי כתב שם כחש בשרה מחמת המלאכה פטור וישבע שבועת השומרין שמחמת המלאכה כחשה ע"ל הרי כתב כחשת מלאכה וכוונתו ג"ל דה"פ דהנה התורה פטרה בשואל בשמתה מחמת מלאכה וכשאין עדים צריך לישבע שמתה מחמת מלאכה וזהו דבר שקשה לידע אם המיבה היא מחמת המלאכה או אפשר שגם בלא המלאכה היה נארע סיבה זו ומי יוכל להעיד ע"ז והשואל איך יכול לישבע בזה והנה ודאי יש דברים שנוכל לעמוד עליהם כמו קרדום שנשבר מחמת הבקיע ודלי שנשבר בעת המילוי שהכל רואים שמחמת מלאכה נשברו אבל בהמה שמתה בשעת מלאכה מי יימר דבלא המלאכה לא היתה מתה ולכן נתן הרמב"ם דין כלל בזה והוא דדבר שאירע בשעת מלאכה אף שאפשר לומר שגם בלא המלאכה היה כן מ"מ פטור וזהו מקרי מתה מחמת מלאכה דמסתמא מתה מחמת המלאכה ויכולים עדים להעיד ע"ז והשואל יכול לישבע בזה אבל בסיבה שאירע אחר המלאכה אינו יכול לישבע אא"כ רואים בחוץ שמחמת המלאכה הוא כמו בכחש בשר שביכולת לראות שבכל פעם שעושים בה מלאכה נכחשת מעט מעט ולכן אם אח"כ בהמשך הזמן נתכחשה לגמרי או כתה אע"פ שזמן רב הוא אחר המלאכה יכול לישבע ע"ז שמחמת המלאכה הובחשה ומתה אבל אם מתה לאחר המלאכה בלי התחלת כחישות או רפיון בעת המלאכה אף שיכול להיות שמתה מחמת טורח ועייפות המלאכה מ"מ אינו יכול לישבע ע"ז ולפ"ז הרמב"ם מקיל יותר מהרא"ש דמדברי הטור משמע דכשמתה בדרך ממש בשעה שהלך בה אם לא הרגיש בה עייפות אינו יכול לישבע

לישבע שטחמת מלאכה מהה ואלו להרמב"ם בכל דבר שבשעת מלאכה יכול לישבע והעדים ביכלתם להעיד וזהו מקרי מחמת מלאכה [וע"ש בכ"מ ובביב"ש סי' תכ"ג] :

יג ורבינו הרמ"א כתב בהמה שנתיגעה במלאכתה ונתחממה ומתה אח"כ או נכשלה בדרך ונפלה ומתה מקרי מחמת מלאכה ודוקא שהרגיש בעודו במלאכה אבל אם לא הרגיש מיד לא יוכל לישבע דמתה מחמת מלאכה דדילמא בלא"ה נמי היתה מתה עכ"ל ונראה בכוונתו ג"כ כמ"ש דדוקא במתה אח"כ צריך הרגשה אבל לא בשעת המלאכה ואולי מפרש גם בורעת המור כן וכן עיקר [פמ"ג וחק] :

יד יש מי שאומר דהשואל בהמה מחבירו לילך דרך ירועה ובאו עליו ליסטים באותו הדרך או חיות רעות ואנסוה ממנו חשיב שפיר מתה מחמת מלאכה ואע"ג דאין זה שייך להמלאכה מ"מ כיון ששאל לילך בדרך זה והדרך מחזקת ביסטים וחיות רעות זה נופא הוי כמחמת מלאכה [בד"מ] אבל אם נגנבה בזו הדרך ביסטים מזויין אע"פ שדרך זו מחזקת בכך מ"מ כיון דגניבה הוי בעיר ג"כ אין זה כמתה מחמת מלאכה [מ"מ] ויש חולקין בכ"ז ומ"ל דלא מקרי מחמת מלאכה דהרי אף בלא הליכת הדרך אפשר שיבא לה איזה אונס בבעין זה דמחמת מלאכה לא מקרי אלא כשהמיבה באה מצד עצם המלאכה וכן המשאיל לחבירו שונרא לרדוף עכברים ואכלוה העכברים או שאכלה הרבה עכברים ונתחממה ומתה פטור השואל דזה ממש מחמת המלאכה וכן אם שאל כלי ויין להלחם ולקחו את הכלי ויין ממנו בסלחמה הוי כמחמת מלאכה ופטור [סת"ע] וי"א דהכלי ויין הא אינם נלחמים בעצמן והאדם הוא הנלחם ולכן הוי על הכלי ויין אונס ככל האונסים וחייב [ס"ך] מיהו אם המלחמה היתה בעסקי נפשות פטור ואפילו שאלם שלא מדעת בעה"ב דזהו כרוך שרדף אחר רודף כשעבר כלים של אחר דפטור כמ"ש בסי' ש"פ והי"ה לוקח כלים להציל מן השרפה [מ"מ] ועמ"ש בסי' דע"ר :

טו השואל בהמה חייב במזונותיה משעה שמשכה עד סוף ימי שאלתה וזהו לרעה שנתבאר בסי' רצ"א דבלא משיכה אין חיוב חל על השומרים אבל לדעה שבשם דמשיכה אינה אלא לחזרה שלא יוכל לחזור בו אבל חיוב שמירה חל על השומר מיד שהבעלים נסתלקו משמירת הפקר ה"ג בחיובא דשואל לענין מזונות נמי לא בעינן משיכה אלא מיד שנסתלקו הבעלים חייב השואל במזונותיה ובאונסיה אף שעדיין לא נשתמש בה ואע"ג דהמשאיל יכול לחזור בו קודם שישכנה השואל לרשותו וה"ה המפקיד כלי או בהמה אצל חבירו ואח"כ נתן לו רשות להשתמש בו והוא נתרצה להשתמש בו הוי דינו כשואל אע"פ שעדיין לא נשתמש בו [ס"ך] : טז אם כיחש בשרה כחשא דלא הדר חייב לשלם מה שנפחתה ברמים ואם היה הכחש מחמת מלאכה פטור וישבע שבועת השומרים שמחמת מלאכה כחשה ואם נעשה המלאכה במקים שיש רואים א"נו נפטר בשבועה עד שיביא עדים כמ"ש שם ובכח"ש דמופה לחזור לנמרי נתבאר בסעיף ח' :

יז שימוש בשואל אף בלא משיכה ובלא סילוק רשות מהבעלים חייב השואל באונסים כגון ששאל ספסל לישב עליו בחצר המשאיל והמשאיל היה שם כיון שישב עליו חייב באונסין וכן כששאל ספרים וכל כיוצא בזה דשימוש לא גרע ממשיכה לענין שואל דהרי עיקר שאילה הוא לצורך השימוש [כ"מ] :

יח השואל פרה מחבירו שהעמיר אצלו שישאלנו ושלחה לו המשאיל ביד בנו או ביד שלוחו או ביד עבדו ואפילו שלחה לו ביד בנו ושלוחו ועבדו של השואל והשואל לא עשאם שלוחים לקבל מהמשאיל אלא המשאיל מעצמו עשה כן ומתה קודם שנכנסה לרשות השואל פטור כיון שלא ציוהו לשלחה על ידם אבל אם א"ל השואל שלחה לי ביד בני או ביד עבדי או ביד שלוחי או אפילו ביד בנך ושלוחך ועבדך העברי או שא"ל שלח לי ע"י מי שתרצה ואפילו א"ל המשאיל הנני משלחה לך ביד בנך ועבדך ושלוחך ושלחה ע"י ומתה בדרך ה"ו חייב דכיון שע"פ צוויו שלח נכנסה מיד לרשותו אבל אם שלחה לו המשאיל ביד עבדו הכנעני אף שא"ל השואל שלח ושלחה ומתה פטור מפני שידו כיד רבו המשאיל ועדיין לא יצאה מרשותו :

יט יראה לי דבכל אלו שהשואל חייב אפילו לא משכו השלוחים לרשותם מ"מ כיון שהוציאוה כרשות הבעלים חייב ואפילו למאן דס"ל דבשומרים בעי משיכה מ"מ כבר בארנו בסי' רצ"א סעיף י"ג דלא בעינן משיכה לרשותו ממש דאפילו ברה"ר קנה וגם להחולקים שם נראה דבזה מודים דכיון שע"פ צוויו מסר להם וסילק שמירתו ממנה נכנסה מיד לרשות השואל וה"נ שליחות נתבאר בסי' קכ"א [ומ"מ ל"ע לדינא וכ"ל דמנהגי תירולי סתום' כ"מ לסי' ס"ס כיון ופמוס' ב"ק עב' ד"ס מו וזק] :

כ א"ל השואל הכישה במקל והיא תבא ועשה המשאיל כן אין השואל חייב עד שתכנס לרשותו ואפילו למאן דס"ל דלא בעינן משיכה בחיוב השומרין ס"מ הא בעינן שהמשאיל יסלק שמירתו ממנה ותהיה תחת שמירת השואל והכא אינה תחת שמירת השואל דהשואל אינו בכאן ולא מסכה דעתו שהמשאיל יעשה כן והמשאיל יכול להחזירה דמטעם זה הי"א [נמק"י] דאפילו א"ל השואל הכישה במקל ואתחייב לך פטור ג"כ מפני שיכול להחזירה [ומקוטן קופיא סס"ך סק"י] אבל דעת הרא"ש והטור דכשא"ל השואל הכישה במקל והיא תבא ועשה כן חייב השואל מיד כיון דשלוחה ממנו ע"פ צוויו ובסי' רס"ג נתבאר דבאברה בכה"ג חייב למפל בה כיון דאנקמה נגרי ברייתא כ"ש בשואל

כשהמשאיל עשה כן והסיח דעתו ממנה אם לא יתחייב השואל בשמירתה תוכל להאבד בקל ואם היתה חצרו של שואל לפנים מחצרו של משאיל וא"ל הבישה בסקל והבא לחצירי אפילו כשיש מחבואות בחצירי דמשאיל ויכול להיות שנחבית עדיין באחת המחבואות וא הלכה לחצרו של שואל כלל דהמשאיל אינו מביט בה עד שתכנס לחצרו של שואל אלא מכה אותה בסקל שתלך ונכנס לבית מ"מ חייב השואל גם לדעה ראשונה מפני שמסמכה דעתו של שואל שמסתמא תכנס לרשותו [ב"מ לגי] :

כא וכן בשעה שמחזירה השואל להמשאיל אם שלחה ביד אחר ומתה קודם שתגיע לרשות המשאיל ה"ן חייב שעדיין היא באחריותו ואם שלחה מדעת המשאיל ע"י אחר ומתה פטור ואם שלחה השואל ביד עבדו הכנעני אע"פ שא"ל המשאיל שלח ושלחה על ידו אם מתה בדרך חייב שיד עבד כיד רבו ועדיין לא יצתה מרשותו בד"א כשהחזירה בתוך ימי שאילתה אבל אם החזירה אחר ימי שאילתה אינו אלא כש"ש כמ' רצ"א ואף אם היא עדיין בביתו של שואל אם אינו משתמש בה יצא מדין שואל ונעשה כש"ש יראה לי דמשאיל שאמר לשואל הבישה בסקל והיא הבא לחצירי ועשה כן נסתלקה שמירתו של שואל אף לדעה ראשונה שנתבאר דדוקא בשואל שאמר למשאיל לא מסכה דעתו דשואל שהמשאיל יעשה כן להניחה שתלך מעצמה ולא קבל שמירתה [פרמ"י מס ד"ס לפניס] אבל המשאיל שאמר להשואל ודאי מסכה דעתו דמשאיל שהשואל יעשה כן כיון שאין הבהמה שלו והבעלים צווהו וכבר נתבאר שם דהשואל צריך להחזיר ליד הבעלים עצמו ואפילו החזיר לאשתו של משאיל לא מהני אע"ג דבפקדון מהני מ"מ בשואל שכל הנאה שלו לא מהני וכן הדין בהלואה ואם מת יחזיר ליורשיו ואם היו הרבה יורשין די כשמחזיר לאחד מהם [ג"ל] ואם אשת המשאיל נושאת ונותנת בעסקי הבעל י"א דפטור השואל כשהחזיר לידה [נמ"מ] :

כב אם א"ל המשאיל שלח לי ועד שלא הספיק לשלוח מת המשאיל לא ישלח דהא נפלו נכסי קמי יתמי ואם שלח הוי ספיקא דדינא אם חייב השואל באחריות קודם שבאה ליד היורשים או לא והספק הוא אם מועיל אצירתו שתצא מרשותו של שואל אף לאחר שמת אם לאו ודעת רוב הפוסקים דלא מהני [סנמ"מ] ולכן חייב השואל באחריות דכיון שידע שמת לא היה לו לשלוח בלא רשות היורשים מיהו לאחר שכלו ימי שאילתה נ"ל דאינו חייב כש"ש להיורשים דהטעם דחייב כש"ש נתבאר בסימן רצ"א דהואיל ונהנה מהני והרי המשאיל הוא שהנהו והוא צוה לו לשלחה ולסלק אחריותו מעליו ואיך יתחייב להיורשים נגד צוויו והלא לא נהנה מהם אבל בשלא א"ל המשאיל ודאי דחייב השואל להיורשים כדין ש"ש לאחר ימי השאלה כמו שנתחייב לאביהם ובסימן ע"ב נתבארו כמה דינים מדין שאלה ע"ש :

סימן שמא [השואל מתם כמה הוא זמנו ואם מת השואל בתוך הזמן ובו י"ג סעיפים] :

א השואל מחבירו כלי או בהמה מתם הרי המשאיל תובעו בכל עת שירצה והשואל מחוייב להחזירה ואינו דומה להלואה דמסתמא אינו פחות משלשים יום כמ"ש בסי' ע"ג דדוקא מעות שלהרצאה עומדת מסתמא לא הלוהו על זמן פחות מזה אבל שואל חפץ יכול להיות שצריך לה לשעה ויכול לתובעו מיד רק כששימש בה פעם אחת ויש מרבותינו דס"ל דגם מתם שאלה אינו פחות מל' יום [ר"ם בתוס' סנהם נסכ"ג] אבל רוב הפוסקים חולקים בזה וכ"כ הרמב"ם בפ"א משאלה ובבגדים משמע להדיא בגמ' דגם לשבעה ימים אין דרך העולם להשאילן [מגיגס כנג] אם לא שמשאילן למשתה ולאבל וכיוצא בזה כפ"ש בסעיף ו' וזה דבר פשוט דכשהמשאיל אינו תובעו מוטר לו להשתמש בלא זמן וחייב באונסים [נפ"מ] ואין השואל יכול לומר כבר לא השתמשתי בו והיך לך ליטלו ממני דאדרבא השואל היה מחוייב להחזירו להמשאיל ובל זמן שלא החזיר חייב באונסים כיון שהוא בלא זמן ואם מת המשאיל ויורשיו אינם יודעים משאלה זו אינו רשאי להשתמש בלא דעת היורשים יותר משלשים יום [כ"מ מהרלב"ם פ"ק ומכות סי' ד'] :

ב ואם שאלו לזמן קצוב כיון שמשך וזבה בו אין הבעלים יכולים להוציאו מת"י עד סוף ימי השאלה ואפילו מת השואל הרי היורשים משתמשים בשאלה עד סוף הזמן ואע"ג דנתבאר בסי' שכ"ט במקבל שדה שיכול הנותן למלק להבן דשאלה הוי בקנוי לו להשואל לזמן שאילתו דהרי חייב אפילו באונסים ולכן יורשים בניו זכותו [סמ"ע] וג"ל דלפמ"ש בסי' ש"ם סעיף י"ז דשימוש בשואל מחייבו באונסים לכן אם שימש בהשאלה אף שלא משכה עדיין ומת יורשים בניו זכותו :

ג ואע"פ שהיורשים יכולים להשתמש כל ימי השאלה מ"מ אין חייבים באונסים וכך אנהגו חו"ל [כתובות לז:] הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשים בה כל ימי שאילתה ואין חייבים באונסיה אפילו נשתמשו בה שהרי לא קבלו עליהם חיובי אונסים וכ"מ בש"ש חייבים עליה אפילו לא נשתמשו בה דהיתר תשמיש מחייב אותם בש"ש ואם אין רצונם להתחייב בש"ש יחזירוה

להמשאיל דא"א להניחה כלא אחריות שמירה ואין המשאיל יכול לומר כיון דאין עליהם חיובי אונסים החזירוה לי דאונס לא שכיח [ג"ל] אבל יש מי שאומר שבאמת אם אמר המשאיל להיתומים החזירו לי את הפרה שהשאלתי את אביכם או קבלו עליכם חיובי אונסים שומעין לו וכן עיקר [ב"ח] אבל אם לא אמר להם כלום משתמשים ופטורים מאונסים :

ד יש מי שכתב דדוקא בשואל אבל שוכר שפת אין היורשים חייבים בגניבה ואבדה [הגה"מ פ' השואל ס"ד] ולפ"ז פשיטא שהמשכיר יכול ליטלה מהם אם לא יתחייבו עצמם בגנבה ואבדה ואם יתחייבו עצמם נראה דדינם כשואל שיכולים לעכבה כל ימי שכירותה ולהשתמש בה כדרך שמורישם השתמש ואע"ג דבשואל בארנו הטעם דמפני חיוב אונסים הוי כקנוי והשוכר הלא אינו חייב באונסים מ"מ בשוכר לא הוצרכנו לזה דשכירות ליומא סמכר הוא :

ה הניח להם אביהם פרה שאולה ולא ידעו שהיא שאולה וטבחוה ואכלוה אם אביהם הניח נכסים משלמים מהנכסים כל דמי שויה דנכסיו נשתעבדו משעת שאילה ואפילו הניח רק משלמלין כמ"ש בסי' ק"ח דהגאונים תקנו דמשלמלי דיהמי כשתעבדי לבע"ח ודעת הרמב"ם ז"ל דאפילו מת בידם חייבים לשלם מהנכסים כיון דחל משעת שאולה ויתבאר בסימן שד"מ אבל דעת הרא"ש והטור דהשעבוד אינו חל אנכסיו רק משעת מיתה או שאר אונס ואו אין המזריש בעולם שישתעבדו נכסיו ולכן במת או בשאר אונס א"צ לשלם מהנכסים רק במבחוה ואכלוה שנהנו מזה וגם האב פשע שלא הודיעם שהיא שאולה לפיכך חייבים לשלם מנכסיו ואם לא הניח נכסים ומבחוה ואכלוה משלמים דמי בשר בזול והיינו פחות שליש מהמקח דקים להו לרבנן דבמקח כזה היה כל אדם קונה בשר אף אם בלא זה לא היה אוכל בשר והעור מחזירים להבעלים [מחכונים] ויש מי שאומר דקנאו העור בשינוי ואין משלמים אלא דמים ולא נראה כן דשינוי לא שייך אלא בגולן ובשומר חנם וש"ש שמתו ולא ידעו יורשים שהיה רק שומר עליה ומבחוה ואכלוה אפילו הניח נכסים א"צ לשלם כולו אלא דמי בשר בזול שהי' נאנס במיתתו אבל שואל חייב באונסים [נה"מ] :

ו השואל פונרק מחבירו ללינה אינו פחות מיום אחד שאל לשביתה אין פחות משני ימים לנשואין אין פחות משלשים יום שאל חלוק מחבירו לילך בו לבית האבל הוי השיעור כדי שילך ויחזור וי"א דאינו רשאי ליטלו עד שיצאו ז' ימי אבלות שאלו לבית המשתה הוי השיעור כל אותו יום וי"א עד שיצאו שבעת ימי המשתה ואם שאלו לעשות משתה שלו לכ"ע אינו פחות משבעה ימים וי"א שלשים יום ועיין ביו"ד סי' ש"מ ורבריס אלו הלוים לפי הענין ומנהג המקום :

ז כשם שהשואל לומן כיון שמשך השואל אין המשאיל יכול לחזור בו כמו כן השואל כלי מחבירו לעשות בו מלאכה פלונית כיון שמשך השואל אין המשאיל יכול ליטלו מ"י עד שיעשה בו אותה מלאכה וכן אם שאל ממנו סום לילך בה למקום פלוני אינו יכול להחזירה מיד השואל עד שילך עמו לשם ויחזור ואין המשאיל יכול לומר היה לך לעשות המלאכה עד עתה או לילך עד עתה דכיון דלא קבע לו זמן להמלאכה ולההליכה יכול לעשותה בזמן שירצה ומ"מ נראה דהרבה יותר מכשיעור אין לו להשהותם ותלוי בראיית עיני ב"ד לפי המלאכה וההליכה ולפי הזמן והמקום :

ח אמרו חז"ל [ס"פ סטומלן] שואל אדם בשובו לעולם והוא דקני מיניה ומהדר ליה קתא ופירש"י דהאומר השאילני כלי זה בשובו שאול הוא לעולם דבשובו משמע כל זמן שהוא שוב ואפילו החזירו למשאיל חוזר ונוטלו ממנו כשיצטרך ולכן בעינן דוקא שקנו מן המשאיל אבל לא קנו מן המשאיל אינו נוטלו ממנו כשהחזירו דלא הוה רק דברים בעלמא דקנין המשיכה נתבטלה כשהחזירו דאח"כ הוה כשאלה חדשה ואם נשבר מהזיר לו שבריו ואינו חוזר ומתקנו דלא השאילו אלא כל זמן שהוא בשובו וכ"כ הרא"ש והטור ורבינו הרמ"א :

ט והרמב"ם ז"ל בפ"א משאלה כתב השואל כלי מחבירו להשתמש בו וא"ל השאילני דבר פלוני בשובתך בלומר אין אתה משאיל לי דבר זה כדרך כל המשאילין אלא כפי טובת לבך ונדבותך שאינך מקפיד על הזמן אם קנו מיד המשאיל על זה הרי השואל משתמש בו לעולם עד שיתבטל הכלי מלעשות מלאכתו ויחזור שבריו או שיריו ואין השואל רשאי לחזור ולתקן הכלי או לעשותו פעם אחרת עכ"ל והעתיקו רבינו הב"י ואפשר דלא פליני רק בפירושא דגמ' ולא לדינא וגם הרמב"ם מודה שאפילו החזירו למשאיל חוזר ונוטלו ממנו ואם אמר מתם השאילני בטובה או בטובתך הוי כמתם שאלה דלשון בני אדם כן הוא עשה עמי טובה והשאילני [נ"מ] ולא כוון שישאלנו לעולם [וכ"ס טוגם הנ"ף עסמ"ע] :

י ולשני הפירושים אין השואל רשאי להשאיל לאחרים אע"ג דהוא עצמו משתמש בו לעולם מ"מ שאולה היא אצלו ואין השואל רשאי להשאיל והמשאיל אינו יכול ליקחו ממנו בע"כ אף שלא בשעת מלאכתו של שואל דיכול לומר לו שמא השברנו ותפסיד לי זכותי שנתת לי [טור] וכשהכלי הזה נאנסה מיד השואל אינו משלם להמשאיל אלא שווי השברים וכן כל שואל ששאל כלי לעשות בו מלאכתו אחר כמה ימים ובא המשאיל וא"ל תן לי עתה הכלי ואעשה בו מלאכתי כיון שעתה אינך צריך לעשות עדיין יכול השואל לעכב מיתן לו דשמא יפסידנה [נ"מ] ואם נאנסה מהשואל קודם שעשה המלאכה משלם לו כל שווי הכלי ומנכה לו שווי הפחת שהיה נפחת אלו השתמש בו זמן השאלה [סמ] :

יא האומר לחבירו השאילני קרדום לעדור בו הפרדס הזה עודר בו אותו הפרדס בלבד ואינו רשאי לעדור בו פרדס אחר אפילו הוא כמוהו וזה שנתבאר בסימן ש"ח דכמוהו יכול לשנות מ"מ אם יארע סיבה שהשבר מחמת המלאכה יאמר המשאיל דהשינוי גרם ויטצא עילה להלות [סמ"ע] ואף אם השואל סבור וקביל ע"ז מ"מ אסור לו לשנות דשמא המשאיל לא היה מתרצה לפרדם זה שרוצה לעדור מפני איזה טעם שיש לו אף שהטעם אינו אמת מ"מ הוי שואל שלא מדעת [ע"ז] ואינו דומה לשוכר ואם א"ל השאילני קרדום לעדור כו פרדם עודר בו פרדם אחר איזה שירצה אפילו אינו שלו דהא לא א"ל פרדם שלי ואם שאלו לעדור בו פרדסים הרבה שלו עודר בו כל פרדסים שלו ואפילו לא אמר הרבה ולא אמר שלו עודר בו כל פרדסיו שלו ולא של אחרים [טור] דאם נתיר לו לעדור גם של אחרים אין לדבר סוף [סמ"ע] אבל שלו יכול לחפור כמה שירצה ואפילו נשחת כל הברזל בהעידור מחזיר לו הנצב של עץ ואין המשאיל יכול למחות בו דע"ם כן השאילו כיון דא"ל פרדסים לשון רבים ואע"ג דכמבירה כה"ג אינו נותן לו אלא שנים כמ"ש בסי' רמ"ו מבירה שאני דמסתמא לא מכר כל מה שיש לו אבל בשאלה אפשר להיות דאינו מקפיד בזה ועוד דבמבירה המוכר מוחזק ובשאלה השואל מוחזק לפיכך ידו על העליונה [טוס'] ויש מי שאומר חילוק אחר בשם אמר המוכר לשון רבים דרשינן הלשון לטובתו ובכאן אמר הלוקח דרשינן לטיבתו ולפ"ז ישתנה הדין במוכר כשהלוקח יאמר ובשואל כשהמשאיל יאמר ולא משמע כן מכל הפוסקים לפיכך העיקר כמ"ש [ס"ע] :

יב האומר לחבירו השאילני שוקת זה והוא באר שמשקין ממנו השרות ונפל אינו יכול לחזור ולבנותו דלא כוין אלא כל זמן שזה השוקת קיים ואם א"ל השאילני שוקת סתם ונפל חזר השואל ובונה אותה עד שישקה כל שדותיו דכשם שאם א"ל לעדור פרדסים עודר כל פרדסיו כמו כן כששואל ממנו דבר המיוחד למלאכת השדות אם שאל סתם עושה בזה כל השדות שיש לו ואם א"ל השאילני מקום שוקת הבונה הוא לחפור בקרקעו מקום להשקאת השרות וחרי חופר ובונה בקרקע של המשאיל עד שימצא מקום מוכשר לזה דע"מ כן השאילו ולכן אם חפר במקום אחד ומצאו שאינו מוכשר לזה חופר במקומות אחרים ובונה מקום השוקת שיספיק לו להשקות ממנו כל שדותיו או כל בהמותיו לפי מה שהתנה עם המשאיל ודוקא שלקח בק"ם על זה דבכאן לא שייך משיכה ומקום החפירה בתחלה יתן לו המשאיל ואינו יכול לחפור במקום אחר עד שיחפור במקום שהראה לו ולא ימצא מבוקשו והטור כתב שהשואל בונה בכל מקום שירצה בקרקע של המשאיל ותמהו עליו שהרי אפילו בעל השטר ידו עה"ת ואיך ביכולת השואל לברור לכתחלה המקום נגד רצונו של משאיל ולכן אמרו דלאו דוקא נקט הטור לשון זה ולי נראה דבדוקא נקט מפני שיכול השואל לומר שכיון שלפי ידיעתי אין מקום זה מוכשר לשוקת ואחיה מוכרח למרוח עוד פעם בטירחא רבה כזו אין רצוני לטרוח שני פעמים והרי אינך נותן ערבות שבמקום הזה אמצא ואתה השאלתני לטרוח פעם אחד ולא יותר :

יג בזה שנתבאר דכשהשאילו שוקת סתם ונפלה שחוזר ומתקנה זהו דוקא כשהשואל רצונו בכך אבל את המשאיל אינו יכול לכוף שיתקנו וכשבלו ימי שאילתו והמשאיל צריך להשוקת ישלם להשואל הוצאת תיקונו [סמ"ע] ולפי ערך שהשתמש השואל ינכה לו [ע"ל] וממה שנתבאר נוכל ללמוד על כל הענינים שבעניני שאלה כי א"א לבאר כל הפרטים שיארעו בעניני העולם :

סימן שמב [שאין השואל רשאי להשאיל ובו ב' סעיפים] :

א אין השואל רשאי להשאיל לאחר אפילו בתוך ימי שאילתו ואפילו שאל ס"ת שעושה מצוה בשאילתו לאחר ומסתמא ניחא ליה לאינש למעבד מצוה בממונו מ"מ אינו רשאי להשאילה לאחרים דלא אמרינן סברא זו אלא בדבר מועט ולא בספרים שדרכן להתקלקל בלימודם כמ"ש בא"ח סי' י"ד וכן להשאילו לעיין בהם בלבד ולא ללמוד בשקידה מיתר [ע"ל] וכשהשאיל לאחרים שלא כדין ונתקלקלו אצל האחר אפילו נתקלקל מחמת מלאכה חייב אא"כ יש לו ראיה שיכול ליפטר בה אלו היה בידו שאם היה הוא עושה המלאכה היתה נתקלקלה ג"כ וצריך להביא עדים שנתקלקלה מחמת המלאכה או שהוא ישבע ע"ז אבל השני שהשואל השאילו אינו נאמן בשבועתו אא"כ המשאיל היה רגיל גם להשאיל לזה ראו אינו יכול לומר שאיני מאמינו בשבועה [ס"ך] כמ"ש בסי' רצ"א סעיף מ"ח ואף אם אינו רגיל להשאילו אלא להפקיד אצלו ג"כ פטור ע"פ שבועתו של השני שהרי אינו יכול לומר שאינו נאמן לו בשבועה דמה לי שבועת שומר או שבועת שואל [סס] וכשחייב לשלם כשהשאיל לאחר חל חיובו עליו משעת השאלתו להאחר ואפילו לדעת הטור שנתבאר בסימן שמ"א סעיף ה' דהחיוב חל רק משעת האונס מ"מ בכאן שעשה שלא בדין חל חיובו משעת השאלה [ע"ל ועקל"ח] :

ב כתב רבינו הרמ"א דדבר שא"א להבריח ולכפור בו כגון בית או ספינה מותר להשאיל עכ"ל דמ"ל דזה שאין השואל רשאי להשאיל הוה המעם שמא יבריח ויכפור

ויכפור ומדמה זה לשוכר בית שרשאי להשכירו לאחר שהוא כמותו כמ"ש בסימן שמ"ז ע"ש ולפ"ז הטעם פשוט מ"ש בסעיף א' דגם ספרים אינו רשאי להשאיל לאחר ויש לשאול בזה הא אפילו שוטר אסור למסור לשוטר אחר מטעמים אחרים כמ"ש בסי' רצ"א וכ"ש שהשואל אסור לו למסור השימוש לשואל אחר [וכ"מ מרמ"י ג"מ כמ:] ומזה היה ראיה למ"ש שם דאם רצונו לשלם כשהשני לא יהיה ביכלתו להביא עדים שרשאי אף לכתחלה אבל כבר נתבאר שם דבשואל ודאי דאסר לכתחלה ומשוכר בית אין ראיה דודאי כיון ששילם השכירות והוא א"צ לה מותר לו להשכיר לאחר כדי שלא יפסיד ממונו אבל בשואל שאינו משלם כלום למה ישאילנו לאחר בלא דעת בעלים ודעת רבינו הרמ"א נראה כיון דבגמ' איתא תרוייהו בחדא לישנא אין השואל רשאי להשאיל ואין השוכר רשאי להשכיר וכשם שבשוכר בית הותרה לו להשכירו לאחר כמו כן בשואל בית מפני שכל ימי שאילתו הוי כקנוי לו דמזה הטעם משתמשים היורשים כל ימי שאילתה כמ"ש בסי' שמ"א ולפ"ז אין דין זה דאין השואל רשאי להשאיל רק בסטלמלים ומ"מ עיקר הדבר המוה דבגמ' [ג"מ לו:] בשוטר שמסר לשוטר נאמרו שני טעמים האחד משום דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר ומשום שאינו נאמן לו בשבועה אבל מעם זה דשמא יבריח לא מצינו ואם נאמר דטעם זה שאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר הוא מטעם שמא יבריח והא לדינא קי"ל כטעם השני כמ"ש בסי' רצ"א ובתשו' הרשב"א שהביא רבינו הב"י משמע דדוקא כשהבעלים עמהם ע"ש וצ"ע לדינא ושומר שהשאיל או השביר לאחר הרי שלח בו יד וחייב באונסים כמ"ש שם:

סימן שמג [דין שואל אחר כלות זמן השאלה
ובו ב' סעיפים]:

א השואל חפץ או בהמה לזמן מיד כשיכלה הזמן אסור לו להשתמש בו והדבר השואל חוזר לרשות המשאיל והשואל נפטר מאונסים אפילו היא עריין בביתו ומ"מ הוא חייב בגניבה ואבידה כדין ש"ש דהוואל שנתנה כל ימי שאילתו מהנהו להמשאיל לשמרה כש"ש גם אח"כ ונ"ל שאם אמרו בשעת השאלה שהשואל חייב להחזירה לבעליו חייב באונסים כל זמן שלא התחירה ורק אם המשאיל צריך ליטלה או שלא דברו כלל בזה חייב כש"ש ואם שלחו לו בתוך הזמן נתבאר בסי' ש"מ ע"ש וכשא"ל השואל טול את שלך אינו אלא ש"ח כיון שכלה הזמן [סנר"ן בסי' שד"מ סק"ז]:

ב שוטר שבר לזמן כיון שכלה זמנו כלתה שמירתו ואפילו היא עדיין בביתו אינו עליו אלא ש"ח ובסי' רצ"א נתבאר זה ושואל ושומר בלא זמן כל זמן שלא החזיר להבעלים דינו כמקדם ועמ"ש בסי' רצ"ג:

סימן שמד [טען השואל שמתה מחמת מלאכה או שרוצה לשלם או לישבע
ובו י"ב סעיפים]:

א טען השואל שמתה מחמת מלאכה אם הוא במקום שעדים מצויים אינו נפטר עד שיביא עדים שהוא כדבריו כמ"ש בסי' רצ"א ורצ"ד והעדים יעידו שלא שינה בו ויכלול בשבועתו שאינה ברשותו [טור] וכמ"ש בסימן רצ"ה ואם התנה שלא ישבע או לא ישלם אם נגנבה או נאנסה אפילו שיפטור כשיפשע בה הכל לפי תנאו אפילו לא קנו בקנין על כך דכל תנאי שבשומרים קיים אפילו בלא קנין:

ב זה שא"צ קנין היינו דוקא שהתנו קודם שבאה השאלה או השמירה לידו אבל לאחר ששעבר נפשו לא מצי לאתנויי בדברים בעלמא וצריך קנין ומעשה בראובן שהלוה לשמעון עשרה דינרין ואח"כ א"ל ראובן לשמעון שיהיה למחצית שכר דהיא פלגא טלוה ופלגא אקדון ונאנסו ופסקו דחייב שמעון בכל העשרה דינרין במקודם דכיון שבאו לידו בתורת שאלה אינו מסולק בלא קנין [סמ"ע] ויש מי שאומר דדוקא בסתמא אבל אם א"ל בפירוש יהיה בידך למחצית שכר ותפטר מהחצי מאונסין או בשארי שומרין שא"ל בפירוש תפטר מפשיעה או מנגניבה ואבידה פטור בדברים בלא קנין אפילו אח"כ [קנס"ז] ולכן במה שנתבאר בסעיף א' באמר שלא ישבע או שלא ישלם נפטר אפילו אח"כ דלא גרע מהאומר לחבירו קרע כסותי והפטר דפטור אפילו אם בא לידו בהורת שמירה כמ"ש בסי' ש"פ ויש מי שאומר דוראי בשומרים מהני הפטור בפירוש אף לאח"כ אבל בשואל ושוכר שהחפץ הוא בקנוי אצלם להוסן לא מהני אח"כ בלא קנין [נמ"ן] ונראה עיקר כדעה הקודמת דגם בסי' ש"פ אין חילוק בין שמירה לשאלה כמ"ש הרמב"ם בפ"ה מחובל ועמ"ש בסי' רצ"א וסי' ש"ה:

ג כשישלם השואל שטין לו להמשאיל השברים של הדלי

הכלי או של הנבילה ושמין לו כפי שוין בשעת השבירה והמיתה שאו חלה על השואל חיוב ההשלומין ונותנם להבעלים וכשלים עליהם דלא נריעי מנוקין ששמין השברים לניוק ורק בנגב תולן אמרה תורה דאין שמין ואם הוזלו בין שעת שבירה לשעת העמדה בדין שמין אותן כפי שוין בשעת שבירה והפסד הוזל היא על הבעלים דגם בנזקין הדין כן וכן אם הוקרו הריוח להבעלים דמשעת האונס הרי הם כשלו וכן אם נתקלקלו והופחתו הדמים משעת האונס ההפסד על הבעלים כמו בנזקין כמ"ש בסי' ת"נ וכן אם השביחו ואע"ג דבנזקין כשהשביחה הנבילה חולקין ביניהם כמ"ש שם זהו גזירת התורה משא"כ בשואל [כ"ל וע' ב"ק לה:] :

ד כשם ששואל לאחר שכלה וטן שמירתו אין דינו כשואל והוי כש"ש כמו כן לאחר האונס אינו על השברים כשואל אלא כש"ש וכן אם נגנבו השברים או נאבדו חייב השואל ואם א"ל למשאיל טול את שלך לא הוי אלא ש"ח וי"א דעל השברים דינו ערירין כשואל וכשאמר טול את שלך היו ש"ש והעיקר לדינא כדעה ראשונה דכיון שנאנסה כלתה שמירתו ובטול את שלך לא נרע מאומן שבסי' ש"ו [סני"ח וכ"מ] אמנם אם אף לאחר האונס שם בלי עליה רק שהופחתה הרבה פשיטא דדינו כשואל [כ"ל] :

ה כתב רבינו הב"י בסעיף ג' ראובן השאיל חפץ לשמעון והפסידו אמר שמעון לראובן השבע כמה היה שוה ואפרענו לך והשיב בעל החפץ השבע אתה והפטר ישבע בעליו ויפרע שכנגדו ע"פ שבועתו ואם לא ישבע לא יפרע שכנגדו ואינו נקרא מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע שמשלם עכ"ל ויש להבין למה אינו נקרא כן הלא הוא מודה שמעט היה שוה והוה כחמשין ידעא וחמשין לא ידענא כמ"ש בסי' ע"ה ויש טי שאומר דהפטור הוא מפני דלא הי"ל להשואל למידע שוויו ובבה"ג לא אמרינן מהוך שאיל"מ כמ"ש שם [כ"מ] ואע"ג שנתבאר בסי' צ' ובסי' רצ"ח בהפקיד דינרים שהמפקיד אומר כך וכך היו והנפקד אומר ידעתי שהיו בו דינרים ואיני יודע כמה דהוה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם שאני התם דהיה לו למנותן אבל בשומי החפץ מנא ליה לידע שוויו [ומזרע קונטרס הס"ך] ועמ"ש בסי' ש"מ סעיף י"א ויש שתירצו דכאן מיירי שאינו מודה בהפסד כלל דמידי שלא הפסידו לנמרי אלא שהמשאיל אומר שנפחת הרבה והשואל אומר שלא נפחת כלל ואין כאן הודאה במקצת [ס"ך וע"ז] והנה הדין ודאי דכן הוא אבל א"כ אין זה רבותא כלל ומאי קמ"ל [כ"מ] ויש מי שתירץ דמיירי שהשואל אומר שנפחתה כחמת מלאכה [סס] ונם זה אינו במשמעות הלשון של הטור והש"ע ויש מי שתירץ דמיירי שהמשאיל מוען שמא [סמ"ע] אבל א"כ איך א"ל השואל השבע ומול ועוד דכשמוען שמא אין השואל מחוייב שבועה כלל כמ"ש בסי' ע"ה [ס"ך] :

ו והנה כל התירוצים אמת הם לדינא וגם הירוץ הראשון אמת דזה נקרא לא הו"ל למידע כמ"ש ויראה לי דגם במקום דהו"ל למידע אם אין ערים שנאנסה או ננגבה והשואל היה יכול לפטור א"ע במתה מחמת מלאכה אם אין המשאיל טוען ברי שלא מתה מחמת מלאכה ג"כ פטור השואל ואע"ג דהשואל היה מחוייב לישבע שמתה מחמת מלאכה כדין שומרים שנשבעים על טענת שמא מ"מ כשטוען על השוויי אינו יודע ואין רצוני לישבע שמתה מחמת מלאכה ורצוני לשלם צריך השואל לישבע כמה היה שוה ומשלם ואין המשאיל יכול לטעון כיון שאתה חייב לישבע שמתה מחמת מלאכה ואינך רוצה לישבע השבע כמה היה שוה ובזה אינך יכול לישבע ותשלם דאין זה טענה טובה דאף אם היה מחוייב לישבע בגלגול על עוד טענה כיון שעיקר השבועה היא על טענת שמא אין דנין על הגלגול דין דמתוך שאיל"מ כמו שיתבאר כ"ש כשאם היה נשבע שמתה מחמת מלאכה לא היה עליו עוד חיוב שבועה דאין דנין על השבועה האחרת כשאינו רוצה לישבע שבועה ראשונה דין שמתוך שאיל"מ ואפשר דבכה"ג יכול המשאיל לומר לו השבע שאינך יודע [ול"ל דזהו כוונת הלבוש ומיושב תמיהת הסמ"ע] :

ז השואל פרה מחבירו והתנה עמו שיום הראשון תהיה אצלו בשאלה ויום השני בשכירות וישלם לו בערב יום השני ומתה ונפל ביניהם הכחשה השואל אומר שמתה ביום השכירות ופטור מאונס והמשאיל אומר שמתה ביום השאלה וחייב הסמ"ה ולא עוד אלא אפילו המשאיל טוען ברי שביום השאלה מתה והשואל טוען איני יודע הסמ"ה ולא אמרינן בזה ברי ושמא ברי עדיף דזהו כאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם נתחייבתי לך דקיי"ל הסמ"ה בכ"ש בסי' ע"ה דאין כח ברי יפה להוציא ממון ואע"ג דבאיני יודע אם החזרתי לך נהבאר שם דחייב ולמה לא נדון בכאן נ"ב דין דאיני יודע אם החזרתי לך דהרי מודה שלקחה ממנו בשכירות או בשאלה ואינו יודע אם החזיר לו והרי אם מתה ביום השאלה וחייב לשלם הרי לא החזיר לו דלא דמי לשם דבשם חל החיוב עליו משעת ההלואה ובשאינו יודע אם החזיר חייב לשלם אבל בחיוב השומרים אין החיוב תשלומין חל עליו אלא משעת האונס וביון שאינו יודע אם חייב על האונס כלל דאולי ביום השכירות מתה ולא חל עליו חיוב כלל והוה כאיני יודע אם נתחייבתי לך [נמק"י פ' סמולג] ואפילו לדעת הרמב"ם שהבאנו בסי' ש"מ סעיף ה' דהחיוב חל עליו משעת שאלה וחייבים השומרים לשלם אפילו בשמת בידם אין זה אלא שעבוד אנכסיו ולכשיומת חל למפרע השעבוד אבל כשיש ספק בעיקר המיתה אם נתחייב ממילא שיש ספק גם בעיקר השעבוד אם נשתעבד דשמא מתה ביום השכירות ואין כאן שעבוד כלל והוה

כאיני

כאיני יודע אם נתחייבתי לך [וכ"מ ממוס' סס נ: ד"ס והלה וע"ס בנמק"י ובלח"מ פ"נ ממלוה] :

ח וזה לשון הרמב"ם והטוש"ע השואל פרה מחבירו שאלה חצי יום ושכרה חצי יום או שאלה היום ושכרה לסתר או שאל אחת ושכר אחת ומתה אחת מהן המשאיל אומר שאולה מתה ביום שהיתה שאולה מתה בשעה שהיתה שאולה מתה והשוכר אומר איני יודע או שאמר חשוכר שכורה מתה ביום שהיתה שכורה מתה בשעה שהיתה שכורה מתה והמשאיל אומר איני יודע או שזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע המסע"ה עכ"ל ובשאלה היום ושכרה למחר הלילה שבינתים אם דרך השואל שבהמות לנים אצלו בלילה שאחר השאלה הוי גם כאן שואל על הלילה ואם נאנסה בלילה חייב ואם אין דרך שהלין בלילה שאחר השאלה אצל השואל דינו כשוכר ופטור מאינסים וחייב בגניבה ואבידה [סמ"ע] :

ט ואם המשאיל לא הביא ראיה כתבו הרסב"ם והטור דישבע השוכר ששכורה מתה או ביום שהיתה שכורה מתה ובשטעון איני יודע ישבע שאינו יודע וזהו כשהמשאיל טוען שמא אבל כשהמשאיל טוען ברי ישבע השוכר שמתה בדרכה ויגלגל עליו ששכורה מתה או ביום שהיתה שכורה מתה ודוקא כשאינהם טוענים ברי אבל כשהשואל טוען שמא והמשאיל ברי דינו כמו שהשואל טוען ברי והמשאיל שמא דאינו נשבע רק שאינו יודע ופטור ואינו משביעו בגלגול רק כששניהם טוענים ברי [רמ"ס] :

י וצריך לבאר בזה דהא בין כשטוענים ברי ובין כשטוענים שמא לא יסלק השואל משבועה שמתה בדרכה שזהו שבועת השומרים וא"כ אף כשהמשאיל טוען שמא למה אין דינו כטוען ברי שישבע השואל שמתה בדרכה וע"י גלגול ישבע שהשכורה מתה או ביום שהיתה שכורה מתה והרי אף במענת שמא מגלגלין כמ"ש בסי' צ"ד אמנם בשם נתבאר דאין מגלגלין ע"י שמא אלא כשיש רגלים לדבר והכא אין רגלים לדבר שהשאולה מתה ולכן אין מגלגלין ע"י מענת שמא של המשאיל [סס] ואין להקשות דאכתי כשהמשאיל טוען ברי והשואל שמא למה אין מגלגלין עליו שישבע שהשכורה מתה והוא אינו יכול לישבע כיון שטוען שמא ומתוך שאינו יכול לישבע משלם ותשובה ע"ז דדין זה אין דנין אלא כשאינו יכול לישבע על עיקר המענה אבל כשאין יכול לישבע על הגלגול אין דנין בזה מתוך שאיל"מ דלא אלים בזה כח הגלגול בעיקר השבועה [סס] ומה שאינו נשבע ע"י גלגול שאינו יודע מפני שלא מצינו בגלגול שבועה שאינו יודע דגלגול למדנו מטומה ובשם נשבעת בברי ולא שאינה יודעת [ג"ן] לפיכך אין כאן שבועת גלגול אלא כששניהם טוענים ברי ושבועה זו שחייבנו את השואל כשאחד מהם טוען שמא אין זה אלא שבועת היסת וישבע שבועת התורה שמתה בדרכה שזהו שבועת השומרים ועל המענה שביניהם בין שאולה לשכורה ישבע היסת כשאחד מהם טוען שמא ואע"ג דעל מענת שמא של התובע אין משביעין אפילו היסת כמ"ש בסי' ע"ה אמנם לא דמי לכל מענות שפק רבינו ההמשאיל אין לו לידע מי מתה אלים מענתו כמענת ברי [סכ:מ] וכמ"ש שם דמשביעין על מענת שפק כשיש רגלים לדבר ה"נ כשאין לו לידע אלים מענתו ג"כ ועוד כיון דכל עיקר שבועת השומרין חייבה התורה במענת שמא לבן מחמרינן בשומרים להשביעו היסת גם בשמא :

יא וכ"ז שבארנו הוא לפי מה שנתבאר לנו מדברי הרא"ש ז"ל וכן הפסו רוב המפרשים דשבועה זו שכתבו הרסב"ם והטור כשאין שניהם טוענים ברי הוא רק היסת אבל דעת רבינו הב"י בסעיף ד' אינו כן :

יב וזה לשונו ואם לא היתה שם ראיה בזמן שהמשאיל טוענו ודאי ישבע השוכר ששכורה מתה או שאינו יודע ובזמן שהמשאיל אומר איני יודע ישבע השומר שבועת השומרים שמתה בדרכה וע"י גלגול ישבע השומר ששכורה מתה או שאינו יודע וה"ה אם זה אומר שאולה מתה וזה אומר ששכורה מתה או זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע עכ"ל והקשו עליו שפתח דכשהמשאיל טוענו ודאי ישבע השוכר ששכורה מתה אלמא דכששניהם טוענים ודאי אין כאן רק שבועה זו ששכורה מתה ואח"כ כתב כששניהם טוענים ודאי יש כאן גלגול ולבך זה אין שום טעם לדבריו ויש שרצו להגיה בדבריו ולי נראה דדבריו ברורים במעמן דס"ל דגלגול הוא אף על מענת שמא ונשבעים בגלגול גם שבועה שאיני יודע ודין שאינו יכול לישבע משלם אין דנין על הגלגול כשאין המשאיל טוען ברי לפיכך יש כאן שבועת השומרים שמתה בדרכה וע"י גלגול נשבע ששכורה מתה או שאינו יודע כשהמשאיל טוען איני יודע וזה שכתב בתחלת דבריו בזמן שהמשאיל טוענו ודאי כוונתו פשוטה שטוען על הכל וודאי שאומר יודע אני שמתה בדרכה ושהשאולה מתה ואין כאן שבועת השומרים כלל כיון שיודע שמתה בדרכה ואין כאן אלא מענתו שהשאולה מתה נשבע היסת על מענה זו ככלל המענות דלא וזו שבועת השומרים שחייבה תורה אבל במענת שפק על מענה זו אין משביעין עליה היסת וכשהמשאיל טוען שאולה מתה והשואל אומר איני יודע דנין בזה דין דמתוך שאיל"מ [וכ"מ בכב"ס ומ"ס כל מס שסקסו עליו ומפי' סמכתא להרמב"ס ים רלוים למ"ם ע"ם] :

שאל

סימן שמה [דין שאל פרה ושכר אחרת ובו ב' סעיפים] :

א שאל שתי פרות חצי היום בשאלה וחצי היום בשכירות ומתו המשאיל אומר בזמן השאלה מתו והלה אומר אחת מתה בזמן השאלה והאחרת איני יודע מתוך שאינו יכול לישבע ישלם השתים דהרי הודה לו במקצת ואם היה אומר על האחרת שבזמן השכירות כיתה היה חייב שד"א כדין סודה סקצה והשתא שאינו יודע הוה כחמשין ידענא וחמשין לא ידענא שנתבאר בסי' ע"ה דמחוייב שבועה ואיל"מ :

ב וכן אם מסר לו שלש פרות שתים שאולות ואחת שכורה וכתבו שתים ואמר המשאיל ששתי השאולות מתו והשואל אומר אחת השאולה מתה ואני אבל השניה שמתה איני יודע אם השאולה מתה והשכורה קיימת או השכורה מתה והשאולה קיימת מתוך שאינו יכול לישבע שהרי הוא אומר איני יודע ישלם השתים כמו בדין הקודם ובזה יש רבותא יותר דבסי' ע"ה נתבאר דלא אמרינן מתוך שאיל"ס אלא במקום דה"ל למידע שפשע במה שאינו יודע אבל במקום דלא ה"ל למידע אין דנין זה כמ"ש בסי' שר"מ סעיף ה' ולפ"ז בדין הקודם שלא ידע זמן האונס ודאי דפושע הוא שתפרות אצלו ואינו יודע אימתי נאנסו אבל בשמסר לו ג' פרות ביחד הייתי אומר שאין על זו לדקדק כלל מי היא השאולה ומי השכורה דלענין המלאכה אין נ"מ בזה ומ"מ דיינינן דין זה משום דה"ל למידע מטעם זה עצמו שאם תאנס אחת מהן שידע אם היא של שאלה וחייב או היא של שכירות ופטור [כנ"ל דלל"ס מתו קת"ל וכן נ"ל בס"ס ולכן דקדק הלמב"ס וכתב מסר לו ג' כלומר ביחד ודוק] :

סימן שמו [דיני פטור דשאילה בבעלים ובו כ"ח סעיפים] :

א כבר נתבאר בסי' רצ"א דגזירת התורה היא כשהיו הבעלים של החפץ במלאכת השואל או השומר פטור מכל דיני שמירה ועיקר קרא כתיב בשואל וכי ישאל איש מעם רעהו ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם ואם בעליו עמו לא ישלם ומשואל ילפינן לכל השומרים כמ"ש שם ודוקא כשהבעלים היו עמו במלאכתו בשעת ההתחלה או מקודם אבל אם לא היו עמו בשעת ההתחלה אינו מועיל כמ"ש שם :

ב לפיכך השואל שהמשאיל היה עמו במלאכתו בשעת שמשך הרבר ששאל אפילו נגנב או נאבד בפשיעה פטור שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם ואין חילוק בין שהיה עמו בשאלה בגון שהמשאיל א"ע לעשות מלאכתו של השואל ובין בשכירות שהשכיר א"ע לעשות מלאכתו של השואל ואין חילוק בין שהיה עמו באותה מלאכה של הדבר השאול בגון ששאל ממנו בהמה והמשאיל רועה אותה ובין שהיה עמו במלאכה אחרת ואפילו שימש את השואל במלאכה קלה כשתית מים בגון שא"ל השואל להמשאיל השקיני מים ובעיר שהוא משתשו בהחשקאה השאיל לו פרתו או שאר חפץ הוי שאילה בבעלים אבל אם משך תחלה ואח"כ השקהו או עשה לו מלאכה אחרת לא הוי שאילה בבעלים כיון שמשיכת החפץ קדמה :

ג וכן אין חילוק בין שבאו שאילת או שכירת הבעלים עם שאילת הרפץ באחד ובין שהיו הבעלים שאולים או שכורים לו מקודם ואח"כ השאיל לו החפץ ואפילו אם בשעת האונס כבר נסתלקו ממלאכת השואל אבל אם לא היו הבעלים במלאכת השואל בשעת התחלת השאלה אפילו אם אח"כ שאל את הבעלים או שכרן והיה במלאכתו גם בשעת האונס או הפשיעה של החפץ השאול או שהיה בשעת הגניבה ואבידה אין זה שאילה בבעלים וחייב בכל דיני שמירה דעיקר קפידא דקרא על התחלת השאלה דכתיב וכי ישאל וגו' אם בעליו עמו דמשמע בשעת התחלת השאלה ורו"ל דרשו סדיוקא דקראי דכיון שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם הרי מבואר להדיא דאם אין בעליו עמו ישלם ומה ת"ל דאם אין בעליו עמו ישלם אלא לומר לך אם בעליו עמו בשעת שאלה אף שבשעת האונס לא היה עמו לא ישלם ואם אין בעליו עמו בשעת שאלה אף שבשעת האונס היה עמו שלם ישלם [ב"מ לה:]

ד כתב רבינו הב"י בסעיף ג' שאל הבעלים ונתרצה להיות שאול לו אע"פ שלא התחיל במלאכת השואל בשעת משיכת הפרה אלא מזמין ומבין עצמו לעבד השיב שפיר עמו במלאכתו אבל באמירה שאומר להיות שאול לו ולא הבין עצמו למלאכתו לא הוי שאילה בבעלים עכ"ל ויש מי שאומר דאף באמירה כשמשעבד עצמו באמירתו ליכנס בהמלאכה הוי שאילה בבעליר [ב"ח] וב"ל דזהו כשהמלאכה מוכנת מיד לעשותה דאז הוי אמירתו בהבנה דאל"כ לא אמירתו ולא הכנתו הוי כהתחלת מלאכה [וכ"מ מרמ"ס סבעור ומלסון סי"ח"ס עלמו מוכח כן וכ"מ מסמ"ע ומתוכן קונים סע"ז דסיימו כך ודוק] :

ה אבל מלשון הרמב"ם בפ"ב משאלה מתבאר דלא ההכנה ולא האמירה מועלת ובעינן דוקא שיתחיל בהמלאכה [הגר"ח] ואף שאפשר לומר דנקט לשון הנמ' בדרכו מ"מ מדקדוק לשונו משמע כן ואע"ג דבגמ' איתא להדיא דבעלים באמירה זהו שא"צ קנין אבל לדין דהיה עמו במלאכתו אינו מועיל בלא התחלת המלאכה אבל מלשון רבינו הב"י משמע דההכנה מועלת בשהמלאכה

מיד ואמירה נם בכה"נ אינו מועיל ולרינא נראה כהיש מי שאומר שבסעיף ו' ויש להשוות גם לשון הרסב"ם והש"ע לזה דכל שהענין נעשה מיד הוי האמירה וההבנה כהתחלת המלאכה ומשום דע"פ הרוב ההכנה סמוכה להמלאכה והאמירה רחוקה מהמלאכה לכן מחלק בש"ע בין אמירה להכנה :

ו פטור דהיה עמו במלאכתו פוטר אפילו לא שכרו השואל ולא בקש אותו ש"עזור לו במלאכתו אלא שמעצמו עשה כן פוטר את השואל מריני שכירה וכן הוא הדין בכל השומרים דהתורה לא הלתה הפטור רק בבעליו עמו ואין נ"מ באופן הוזייתו עמו לפיכך אם ראובן השאיל לשמעון בהמתו למשא או השכירה לו והלך ראובן לסערה ולהטעינה בתחלת המלאכה הוי שאילה בפעלים אע"פ שראובן עשה זה מעצמו ולא ע"פ בקשת שמעון דלא כיש חולקין בזה אבל אם ראובן הלך רק לראות שלא יוסיפו עליה עוד משא ולא היתה כוונתו לסייע בהטעינה אין זה שאילה בבעלים ואפילו אם תפס האוכף או הרצועות שעל בהמתו בשעה מעשה דכיון שזהו רק לתקנת הבהמה שלא יכאיב לה וכיוצא בזה ואין עיקר תפיסתו לסייע בטעינת המשא לא מקרי שאילה בבעלים :

ז א"ל שמור לי ואשמור לך הוי שמירה בבעלים ושמור לי חיום ואשמור לך למחר לא הוי האומר אצל השני בבעלים וכן בשאלה האומר לחבירו היאלני היום ואשאילך למחר אין זה שאילה בבעלים ומ"מ אין דינו אלא כש"ש דאין כל ההנאה של השואל וכמ"ש בסי' ש"ה וכהשאילני ואשאילך נתבארו שם שתי דעות אם הוה שאילה בבעלים ושותפים בעסק כשניהם עוסקים בהשותפות ושאל אחד מחבירו בהמה או חפץ לצרכיו אפילו שלא לעסק השותפות הוי שאילה בבעלים לכל הדעות דהא השותף המשאיל עם השואל במלאכתו בעסק השותפות אבל אם אחר הוא רק מתעסק בהעסק והשני אינו עושה כלום אם השני שאל מהעוסק פטור דהא עמו הוא במלאכתו ואם העוסק שאל מהשני חייב דהא אינו עמו במלאכתו כיון שאינו עוסק בהשותפות [ל"ל] :

ח שאל חפץ משני שותפים ונשאל להשואל אחד מהשותפים במלאכתו של השואל או נשכר לו ה"ז ספק אם היא שאילה בבעלים אם לאו דשמא מה שכתבה התורה אם בעליו עמו פירושו שכל בעליו יהיו עמו במלאכתו ולא חצי בעלים או דילמא שמחלקו מיהא מיפטר וכן השותפים ששאלו חפץ מאחד ונשאל או נשכר המשאיל לאחד מהשותפים במלאכתו שלא של שותפות ג"כ הוי ספק אם הקפידה התורה שיהא המשאיל במלאכת כל השואל או אפשר שזה השותף שעמו הוא במלאכתו נפטר מחלקו והוה ספיקא דרינא [סס טו"] לפיכך אם מתה אינו משלם השואל משותפים חלקו של מי שהיה במלאכתו וכן שותפים ששאלו פטור זה השותף מחלקו ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידם לרעת הרסב"ם דמהני תפיסה נם בספיקא דהש"ס ולהחילקים עליו לא מהני תפיסה כמ"ש בסי' ר"ב ועמ"ש בסי' תי"ד [ע"ך] :

ט וכן יש ספיקא דרינא כששאל בהמה או חפץ שלא למלאכה אלא להתראות בהם כעשיר אם יש לו דין שואל להתחייב באונסים וכן כששאל לעשות בה מלאכה פחות משוה פרוטה או ששאל שתי פרות לעשות בהן ש"פ אם נלך אחרי השואל והשאיל יש בזה פרוטה ואם נלך אחר כל פרה אין באחת פרוטה ואם נאמר דפחות מפרוטה לא מקרי שא"ה אשר דנם בזה לא הוי שואל וכן אם שאל בהמה לרבעה כיון ששאלה לעניה ולא שאל כדרך בני אדם הוי ספיקא דרינא והדין כמ"ש בסעיף ח' :

י ומדברי הרסב"ם ז"ל בפ"ב מהבאר דספיקות אלו לאו לענין עצם השאלה הוי ספק דודאי נקרא שואל וחייב באונסים והספק הוא לענין שכשהיו שאילה אלו בבעלים אם יש לזה דין שאילה בבעלים אם לאו כיון דאין זה שאלה נמורה ובשאילות כאלו אפשר דלא שייך לומר שהבעלים הם במלאכתו של השואל :

יא וכבל ספיקות אלו כתב הרסב"ם ז"ל דבפשיעה בבעלים חייב והקשו עליו הא קי"ל פשיעה בבעלים פטור ויש שתירצו דכיון דפשיעה הוי קרוב למזיק נהוי דבפשיעה בבעלים פטור מ"מ כיון שיש בזה ספיקא דרינא חייב הפושע כל זמן שאין לו ראיה ברורה לפטור א"ע [סס"מ] ויש שתירץ דהנה פטור דפשיעה בבעלים הוא ג"כ מספיקא דרינא [תוס' כ"מ לס] וכיון דנם אלו פטורים מפני הספק הויין הרי ספיקות והוה ס"ם לחומרא [סנ"ל] והתירוץ הראשון אינו מספיק דא"כ כל פשיעה בבעלים יתחייב [סס] ולי נראה דהרסב"ם לא ס"ל דפטורא דפשיעה בבעלים הוא מפני הספק מדלא כתבה בהספיקות והרסב"ם בודאי סובר שאינו מפני הספק שהרי מאן דפטר בגמ' פשיעה בבעלים טעמו משום דס"ל דקרא נדרש לפניו על ש"ש ושוכר ולא לפני פניו על ש"ח ומדבריו פ"י משמיטה דין י"ג ובפ"ה מטומאת אוכלין דין כ"ב מבואר להדיא שפוסק דמקרא נדרש לפניו ולפני פניו ע"ש ויש לקיים התירוץ הראשון אלא דעצם הסברא דחוקה דס"ס סוף ספיקא דרינא הוא ומ"ל אם נחשב במזיק אם לאו אמו במזיק מפקינן מספיקא ולכן נלע"ד כוונת אחרת בדבריו דהסעיין ברסב"ם שם יראה שלא כתב הך דינא על כל הספיקות אלא על שותפין ששאלו ונשאל לאחד מהם בזה כתב בזה"ל פשע בה הרי זה משלם עכ"ל וה"פ דהנה שותפין ששאלו ונאבד החפץ יכול לתבוע מכל אחד דמי החפץ כולו החציו שלו ונם של השני מטעם ערבות כמ"ש בסי' ע"ז ובערב קי"ל שאינו יכול ליתבע מהערב עד שיתבע קודם את הלוה כמ"ש בסי' קכ"ט אמנם אם אין נכסים ללוה או שהוא אלם ס"ל להרסב"ם דיכול לתבוע

לכתחלה

לכתחלה מהערב כמ"ש בפנ"ה ממילה דין נ' והרמב"ם פסק ברישׁ פ"ב משכירות דנו"ע הוי מזיק גמור ע"ש ולפ"ז יש לעיין דהרי זה ודאי דפטור דבבעלים אינו במזיק גמור כשהזיק להריא או גזל או שינה במלאכתו כמו שיהבאר בסעיף כ"ג וא"כ למה פטרה התורה בפשיעה בבעלים אמנם זהו גזירת התורה דלגבי השואל עצמו כשהיה בבעלים פטרה התורה פשיעה דלגבי עצמו אינו נחשב כמזיק ממש ולפ"ז אם זה השותף ששאל והבעלים היו עמו במלאכתו לגבי עצמו פטור מגזירת התורה אע"פ שהוא מזיק אבל השותף השני בע"כ יתחייב על הכל שהרי היא לא היה עם הבעלים במלאכתו ולגבי דידיה פשיעת שותפו הוא כמזיק ממש ועשאו הרמב"ם כמי שאין לו נכסים ללוה דנוכח מהערב וה"ק פשע בה כלומר אם זה השותף שהיה עמו במלאכתו פשע בה הרי זה כלומר השותף השני משלם ואין זה רומה למ"ש בסימן מ"ט דכל שאינו יכול לגבות מהלוה פטור הערב דהכא אף שאינו יכול לגבות מסנו מפני דלגבי עצמו אינו כמזיק ממש אבל מ"מ לגבי השני הוי כמזיק ממש וא"כ אין דינו רק כמי שאין לו נכסים או שהוא אלם דנוכח מהערב ומ"מ לדינא הרבה מהראשונים חולקים עליו וכמ"ש רבינו הב"י ו"ל ואם פשע בה יש מחייבים ויש פוטרים עכ"ל ולפמ"ש נם הרמב"ם מידה בכל הספיקות לבד משותפים:

יב שאל מאשה שיש לה בעל בהמת נכסי מלוג שלה שהוא אוכל הפירות והבעל הרשה אותה להשאיל ונשאל הבעל להשואל במלאכתו לא הוי כשאילה בבעלים דקנין פירות שיש להבעל לאו כקנין הגוף דמי ואינו בעל הבהמה וכן אשה ששאלה בהמה לצורך נכסי מלוג שלה ונשאל בעל הבהמה לחבעל במלאכתו לא הוי שאילה בבעלים ואף דבגמ' נם זה מהספיקות מ"ס כיון דבעלמא קי"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף אין אצלנו ספק [כי"ק]:

יג האומר לשלוחו צא והשאל עצמך עם פרתי אין זה שאילה בבעלים ואע"ג דבכל התורה שלוחו של אדם כמותו הכא מיעטה התורה מדכתיב בעליו בעליו שני פעמים להורות דזוקא הוא ולא שלוחו וי"א דהני ספיקא דדינא ולכן כששלוחו של משאיל במלאכתו של שואל ונאנסה אין מוציאין ממון מספק ואם תפס לא מפקינן מיניה כמ"ש בסעיף ח' ע"ש [סך] אבל אם אמר לעבדו הכנעני צא והשאל עצמך עם פרתי ה"ז שאילה בבעלים שיד העבד כיד רבו ודוקא שהעבד נשאל לו מדעת רבו אבל אם נשאל לו שלא מדעתו אינו יכול לחייב את רבו בלא דעתו וכ"ל דבהשאיל א"ע לעבדו של שואל בלא דעת השואל הוי שאילה בבעלים הוראי ניחא ליה להשואל דזכות הוא לו [וכ"מ מסמ"ע ע"ס]:

יד אמרו חז"ל [בב מ'] דסלמד תינוקות והשתלן הנוטע אילנות לבני העיר והרופא הסקיו דם לבני העיר והסופר שלהם כל אלו וכיוצא בהם יום שהוא יושב בו לעשות במלאכתו אם השאיל או השכיר לאחר מאלו שהוא עוסק בלאכתם ה"ז שמירה בבעלים ואפילו פשע בה השומר פטור והוא ששאל או שכר מהם חייב שאינם שאולים לו וי"א שבומן הראוי למלאכה אע"פ שאינם עסוקים בה מ"מ הוי לנבייהו שאילה בבעלים לפי שאינו רשאי להשמיט א"ע מהמלאכה היא בכך עת שצריכים לו ואפילו אם צריכים להת לו שכר מ"מ מוכרח הוא לעשות להם מלאכתם דדמי לשנים ששכרו איש אחד שכיר חדש או שכיר שנה שיעשה לכל אחר מהם המלאכה שצריך לה דבכל הזמן הזה הוי שאילה בבעלים לכל אחד מהם אפילו בשעה שאינו עוסק במלאכה של שואל זה מפני שמשועבד לו לכל הזמן הזה וה"ה בכל אלו אף בשעה שאין עוסקים בהמלאכה:

מז דבר פשוט שכל אומן בשעה שעוסק באומנתו של בעה"ב אם הוא שכיר יום אם שאל בעה"ב ממנו דינו כשאילה בבעלים אף שאינו עוסק בהמלאכה בשעה זו ואם הוא קבלן אין דינו כשאילה בבעלים אלא בשעה שעוסק בהמלאכה אבל בשעה שאינו עוסק אף דמוטל עליו לעשותה ולנמרה מ"מ כיון דיכול להניחה למחר אין זה כשאילה בבעלים ובעל ענלה בכל הזמן שהוא נוסע הוי דינו כשאילה בבעלים נגד מי שנוסע עמו אפילו בשעה שעומד במלון כיון שהוא מוכרח לנסוע עמו מיד [כ"ע]:

מז נ"ל דראובן ששאל משמעון ואשתו של שמעון במלאכתו של ראובן הוי שאילה בבעלים דאשתו בגופו ולא נריעה מעבד כנעני אבל בנו ובתו כשהם במלאכת ראובן אין זה שאילה בבעלים אפילו כשסמוכים על שלחנו ושלח אותם לעשות מלאכתו דכאחרים דמי ואשתו נמי דוקא כשהיא במלאכתו ע"פ צווי הבעל כבעבד כמ"ש בסעיף י"ג:

יז יראה לי דהרב הקבוע בעיר כששאלו ממנו אנשי העיר פמורים באונס ופשיעה דהרי הוא עמם במלאכתם בכל עת כשצריכים לשאול שאלה או ד"ת אמנם אם יש להרב שם עת קבוע להשיב להם אי שלא בעת הקבוע אין דינו כשאילה בבעלים וכן דיינים הקבועים בעיר אבל הרב והדיינים ששאלו מהם חייבים ואף שבני העיר מצווים לעשות מלאכתם מ"מ כיון דהמנהג ליתן להם שכירות קבוע לא מקרי עמו במלאכתו וש"ץ הממונה שלא בשעת התפלה אינם שאילים ול"ז ובשעת התפלה נשאלים ול"ז [כס"מ] ויש מי שאומר שהש"ץ שאול להם אף שלא בשעת התפלה ולא נראה כן אם לא שיש לו עוד אזה שירות השייך כל היום במלאכה של אנשי העיר ולמה אמרנו שהרב אין אנשי העיר נשאלים לו ולהש"ץ הם כשאולים לו משום דשעת התפלה מוכרחים להיות בבהכ"נ ומקרי כשאולים לו אבל להרב אינם מוכרחים לשאול שאלות וד"ת בשאין להם מה לשאול ולדין

ולדון ושמש בהכ"נ הוי כשאול לכל בני הכנסת ולא הם לו ובלן בשעה שרוחצים במרחץ הוי כעמם במלאכתם להרוחצין שם באותה שעה ומשרת ומשרתת בבית בעה"ב נקראו בכל עת עמו במלאכתו וכן אנשים שהבעה"ב שוכרם לעסקיו הם בכל עת עמו במלאכתו וכן כל כיוצא בזה :

יח הרב השונה לתלמידיו אם הם צריכים ללמוד עמו בכל מסכת שירצה הוא ואף אם התחילו סס' אחת יכול לשנותה לאחרת אז הם כשאולים לו שהם עמו במלאכה ואם שאל מהם הוי שאילה בבעלים ואם הוא צריך ללמוד עמהם בכל מקום שירצו ללמוד אז הוא נשאל להם אפילו שלא בשעת הלימוד אם מחוייב ללמוד עמהם בכל עת שירצו ואם הדבר תלוי בשניהם כגון שהסס' שהתחילו יגמרו ואין הרב יכול לשנות הסס' שלא מדעת התלמידים ולא התלמידים בלא דעת הרב אינם שאולים זל"ז כלל ולפני המועדים שדרך לדרוש להעם הלכות החג הוא נשאל להם :

יט כיון דקיי"ל דכשהיה עם השואל במלאכתו בתחלת השאלה ועם השוכר בתחלת השכירות ועם השומר בהתחלת השמירה מקרי עמו במלאכתו אע"פ שאח"כ נסתלק מהמלאכה לפיכך אמרו חז"ל עוד רבותא בענין זה דאפילו נגמרה זמן השאלה שהיתה בבעלים ולא השיבה להמשאיל ושאלה ממנו עוד זמן שלא בבעלים מ"מ נמשך הכל על שם השאילה הראשונה שהיתה בבעלים ופטור גם בשאלה השניה כיון שלא היה הפסק בין ראשונה לשניה וכן אם שכרה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים וחזר ושאלה ממנו עוד זמן שלא בבעלים מ"מ נמשך הכל על שם השאילה הראשונה שהיתה בבעלים ופטור גם בשאלה השניה כיון שלא היה הפסק בין ראשונה לשניה וכן אם שכרה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים כמו הראשונה ולא עוד אלא אפילו הראשונה שבבעלים היתה שאלה והשניה שכירות כיון שלא החזירה בינתים בשאלה מישך שייכי דאינו ניכר ההפרש דבין בשאלה ובין בשכירות הרי משתמש בה ובשכירות השניה לא נהחרש ענין חיוב עליו מה שלא היה בעת השאלה ואדרבא שהוקל חיובו שנפטר מחיובי אונסים והולך הכל על שם שאלה הראשונה אבל כשהראשונה היתה בשכירות בבעלים והשניה שאילה שלא בבעלים דעת הרמב"ם בפ"ב משאלה דהוי ספיקא דדינא דשמא כיון שנהרבה עליו חיובי אונסין בטלה שם שכירות ראשונה שהיה בבעלים ודעת הרא"ש והטור דגם זה נקרא בבעלים כיון דבנגיבה ואבדה דין אחד יש להם הוי בכל החיובים בבעלים דאלו היה נגנב ממנו היה פטור מצד שכירות ראשונה שהיה בבעלים לכן גם באונס הדין כן כיון דשייך במקצת חיובים לראשונה שייך בכולהו וכ"כ רבינו הרמ"א בסעיף י"ד וכרמב"ם משטע דגם על גניבה הוי ספק מטעם שבארנו :

כ ולא לבד שהשניה הולין בראשונה אלא אפילו השלישית והרביעית עד לעולם בששם אחד להם בנין שאלה בניסן בבעלים ועד שלא החזירה שאלה לאייר בבעלים ועד שלא החזירה שאלה לסיון שלא בבעלים פוטרת שאילה בבעלים דניסן גם את השאילה דסיון אבל אם דאייר הפסיק בשכירות בנון ששאלה בניסן בבעלים ובאייר שכרה שלא בבעלים וכן בסיון אין שאלה דניסן פוטרת את שכירות דסיון ואע"פ ששכירות דאייר פוטרת כמ"ש ס"ם אין בכח שכירות דאייר למשוך גם שכירות דסיון כיון שהיא בעצמה אינה נפטרת ג"כ אלא בגרירה דניסן לא אמרינן גרירה דגרירה [ע' סכת עט"] אבל כשכיון היתה שאלה הוה ספיקא דדינא דאולי נתלית השאלה דסיון על שם שאלה דניסן וחזרה שאלה למקומה ואין אנו צריכין לתלותה על שכירות דאייר וכן הספק בשכירות ושאלה ושכירות וכך אמרו חז"ל [סס לח:] שאלה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים וחזר ושאלה מהו אפסיקא לה שכירות דביני ביני או הדרא שאלה לדוכתה ולכן שאילה בבעלים ושכירות שלא בבעלים ושאילה או שכירות ושאלה ושכירות הוי ספיקא דדינא ואם תפס לא מפקינן מיניה [טור] אבל שאילה בבעלים ואח"כ שכירות שלא בבעלים ואח"כ עוד שכירות נראה דוראי חייב בשלישית כמ"ש [הגי"מ סס ופ"ח סחי"ב מסמפקן כזה לך מרמ"י ומוס' סס מכמיע להדיא כן ע"ש] :

כא לא אמרינן דשניה בראשונה סישך שייכי אלא להקל על השומר אבל לא להחמיר עליו כגון ששאלה שלא בבעלים ועד שלא החזירה חזר ושאלה בבעלים אין הראשונה גוררת את השניה לומר דביון שכתחלה היה שלא בבעלים לא תיהני מה שאח"כ נעשה בבעלים דלהקל אמרינן ולא להחמיר דגזירת התורה היא דכך היכי דאיכא בעלים בין בראשונה בין בשניה פטור [קוס' סס] :

כב כמו שנחבארו דינים אלו בשואל ושוכר כמו כן בשומרין ואם נשתנה מש"ח לש"ש הוה כהשתנות משוכר לשואל דהא נתרבה חיובו בגניבה ואבדה וכשנשתנה מש"ש לש"ח הוי כמו משואל לשוכר ונ"ל דהראשונה אינו מושך את השניה אלא שאלה לשכירות או שכירות לשאלה וכן ש"ח לש"ש וש"ש לש"ח אבל שאלה ושכירות לשומר או שומר לשאלה ושכירות אינו מושך דשני ענינים הן וניכר ההבדל ביניהם דבשאלה ושכירות משתמש בה ובשומרין אסור להשתמש בה :

כג פטור דשאילה בבעלים ובל השומרים אינו אלא נגיבה ואבדה ואונס ופשיעה אבל שליחות יד בשומרים וכן בשואל ושוכר כששינו בהמלאכה או גזלו מעט אין פטור דבעל ם פוטרת אותם ודינם בגולנים [קלס"ח] :

כד בעל בנכסי מלוג של אשתו כששאל דבר ממנה או שכר פטור מכל דיני שמירה ואפילו פשע בהם ונאבדו פטור שהרי אשתו עמו במלאכתו שמשועבדת לו בכל שעה לעשות מלאכתו אבל היא ששאלה ממנו חייבת בדיני שמירה דאין הבעל עמה במלאכתה דאע"ג

דמשועבד לזונה ולפרנסה אבל למלאכה אינו משועבד לה אבל הבעל אע"פ שאינו אוכל פירותיה שהתנה עמו שלא יאכל הפירות מ"מ פטור מכל דיני שמירה מפני שהיא משועבדת למלאכתו ולכן אפילו אם היו שבורים או שאולים בידו ממנה קודם שנשאה שלא בבעלים ואח"כ נשאה מאותו שעה ואילך חשוב שאלה או שכירות בבעלים ונסתלקה שאלה או שכירות ראשונה שלא היה בבעלים [עוד] ודעת הראב"ד בפ"א מאישית דין ט' דגם הבעל נקרא עמה במלאכתה ע"ש :

כה אשה ששאלה חפץ לזמן ובהוך הזמן נשאת לבעל משתמש בה הבעל כל ימי שאילתה כמו שהיורשים משתמשים כל ימי שאילתה כמ"ש בסימן שמ"א [ומק"ן] ובזה לא דמי ליורש דיורש נהבאר שם שרינו כש"ש והבעל אינו מהחייב בכלום מפני שהבעל בנכסי אשתו דינו כלוקח כמ"ש באה"ע סימן צ' ודינו בשלו וו"ל הרמב"ם [שם] אשה ששאלה ואח"כ נשאת הרי הבעל כלוקח ואינו לא ש"ש ולא שואל לפיכך אם הדבר השאול בהמה ומתה הבעל פטור אע"פ שהוא משתמש בה כל ימי שאילתה אפילו פשע מפני שהוא כלוקח והאשה חייבת לשלם בשיתיה לה מסיון ואם הודיעה את בעלה שהיא שאולה ה"ז נכנס תחתיה עכ"ל רמ"ל דדוקא כשלא הודיעתו שהיא שאולה והשתמש בה אדעתא ששלה הוא ובשלה דינו כלוקח ולא קבל עליו שמירה כלל אבל בשהודיעתו שהיא שאולה אין שייך שיהיה כלוקח דבשלמא בנכסי עצמה תקנת חכמים הוא אבל של אחרים איך יהיה בלוקח מסנה ברבר שאינו שלה ומי מברה לו ולכן כששאולה אצלו יש לו כח שלה ונעשה כשואל ודוקא שנשתמש בה לאחר שהודיעתו או שקבל עליו להיות הוא השואל דאל"כ אין ביכלתנו לחייבו בע"כ בשמירה דיכול לומר איני חפץ לא בשמירתה ולא בשימושה ולפ"ז לדעת הרמב"ם חמיר דינו מיורש דיורש אינו חייב באונסים והוא חייב והטעם דכמו שבנכסי עצמה יש לו בל זכותה עד שנעשה כלוקח ממנה כמו כן בשאילתה כשנתרצה בשימושה הוי ג"כ כמיהה וחייב באונסין ואע"ג דיורש אינו חייב באונסים דהא לא שאלה שאני יורש דהוא יורש כדאורייתא אבל בעל בנכסי אשתו דתקנת חכמים היא א"א לתקן שישתמש בה ולא יתחייב באונסים [כל"ל כביאור דבריו וצ' בסע"מ ובלח"מ] :

כו ועל מה שכתב דפטור משמירתה כשלא ידע ששאולה היא מפני שהוא כלוקח ולמה לא כתב הטעם מפני שמירה בבעלים כתב רבינו הרמ"א דלא מיפטר מטעם זה דאין החפץ שלה רק של המשאיל ואע"ג דאינו יודע מ"מ איך נפטרנו מפני שמירה בבעלים והרי אין בעל החפץ עמו בטלאכתו ועיקר פטורו כיון שסבור ששלה הוא ובשלה הוה כלוקח ולא קבל עליו שמירה ומטעם זה כתב דגזלן שהפקיד או השאיל דבר הנגזל אע"פ שודאי בטלאכת השואל חייב שואל באונסים דלא מקרי שאילה בבעלים אלא בבעל החפץ עצמו ודוקא שלא ידע שהיא גזולה והיה קודם יאוש דאי לאחר יאוש הרי החיוב הוא נגר הגזלן כמ"ש בסימן שס"א דכשאבל לאחר יאוש גובה הנגזל מהגזלן וכ"ש כשנאבד ממנו ונגר הגזלן הוי שמירה בבעלים ואם ידע שהיא גזולה הרי הוא שואל שלא מדעת בעלים והוי כגזלן אבל כשלא ידע שהיא גזולה אע"פ שהיה סבור שהיא של הגזלן והוי שמירה בבעלים מ"מ כיון שלפי האמת אינה שלו לא הוי שמירה בבעלים וחייב בכל דיני שואל [עכ"מ] :

כז ודע דכל מה שבארנו זהו לפי דעת רבותינו בעלי הש"ע שהכינו בשיטתו של הרמב"ם ז"ל אבל יש מרבותינו שדימו זה ליורשים [ר"ן ומק"ן] מתבאר מדבריהם שאע"פ שידע הבעל ששאולה או שבורה היא אינו מתחייב בשמירה כלל וכן משמע מהטור שכתב על דברי הרמב"ם שהראב"ד השיג עליו דדוקא בשקבל עליו להיות הוא השואל אבל בלא זה אינו חייב בשמירה אע"פ שמשתמש בה וכן משמע מרש"י ותוס' והרא"ש [סס ג:]: ע"ש ומפשטא דגמ' נוכח שם כן מדמדמי לה לשוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר שנתכאר בסי' ש"ז והתם ידע השואל שאינה של השוכר והטעם נראה כמ"ש בסי' שמ"א ביורשים דכל ימי השאלה והשכירות הוי בקנוי לו ויורשים זכותו כמו כן הבעל שרינו כלוקח הוה כלקחה לזמן הזה ופטור מכל דיני שמירה ואע"ג דהיורש חייב כש"ש והו מפני שהשואל מת וא"א להניח בידם בלי חיוב שמירה כלל אבל הכא הרי האשה קיימת והשלם כשתענב או האנס ממנו :

כח ויש עוד מרבותינו שאומרים דאע"פ שפטור משמירה מ"מ חייב בפשיעה [מוס'] והטעם דכיון שיודע שאחר הזמן החזיר להבעלים נהי דלא קבל עליו שמירה מ"מ א"א לפטרו כשיפשע בה דפשיעה קרוב למזיק ומטעם זה כתבו דלוקח בהמה לשלשים יום הוי ש"ח עליה דכיון דמחוייב להחזירה לאחר הל' יום מוטל עליו עכ"פ שלא יפשע בה אבל הרבה מרבותינו חולקים בזה ום"ל דאינו חייב בפשיעה ג"כ [רמב"ן ורשב"ץ וריץ ומק"י סס] ומטעם נראה דכיון שהיא קיימת תשלם ולמה לנו לחייבו בשמירה כשלא קבל עליו ולפ"ז יש לתמוה על רבותינו בעלי הש"ע שפסקו כהחולקים ופטור אף מפשיעה וכתבו דין דלוקח לשלשים יום שחייב בפשיעה וצ"ל דם"ל דאע"ג דהבעל פטור והו מפני שהיא קיימת והשלם אבל בלוקח הכל מודים ודע דזה דלוקח לשלשים יום חייב בפשיעה והו כשלא אמר בלשון תנאי אבל אם אמר ע"מ שתחזירנו לי לאחר ל' יום חייב אפילו באונסים דכשלא החזירה הרי לא נתקיים התנאי דהא אפי' הקדישו אינו קדוש כמ"ש בסי' רמ"א וכ"ש כשנאבד לגמרי [קלס"מ] ובמה שבתבנו א"ש כל דברי רבותינו בעלי הש"ע [שמתפו סמס"ג וסמ"ן ודברי סמ"ך ומגד"מ כרוזים ומס סמקשו על הרמ"ם וסמור י"ל שסוברים ג"כ כהסתם' ום"ם דבבעל בנכסי למתו מין ל"ם הייגו בנלכסיה מתם וכן מלוויק לשונם ודוק] :

סימן שמז [דין הזיק שורו של שואל לשל משאיל או להיפך ובו ג' סעיפים]:

א בסי' שפ"ט יתבאר דשור שהזיק משלמים הבעלים בתם חצי נזק ובמועד נזק שלם ואם מסרו לשומר והזיק שור של אחר משלם השומר כדין הבעלים כמ"ש בסימן שצ"ו אבל הזיק שורו של שואל לשורו של משאיל או של משאיל לשל שואל יש בזה דינים אחרים שיתבארו לפנינו בס"ד:

ב כששאל או שכר פרה בסתם שלא דברו באופן השמירה וכן כשקבל עליו לשמור בסתם בין שהוא ש"ח ובין שהוא ש"ש אם הזיק שורו של השומר או של השואל והשוכר לשורו של הבעלים בין שהוא הם בין שהוא מועד משלמים נזק שלם והטעם דהא אם הזיק משור של אחר היו חייבים לשלם כל הנזק דהרי חייבים בשמירתו ואיך אפשר דכששורו של השומר עצמו הזיקו לא נחייבם בנזק שלם ואין לומר שלא קבלו השמירה רק שהוא לא יזיק אחרים ולא שלא יזיק דהרי מסתמא קבל עליו בין שלא יזיק בין שלא יזיק ולכן אם קבלו בפירוש רק שלא יזיק אחרים ולא שלא יזיק ואפילו לא אמרו בפירוש שלא קבלו שלא יזיק אך כיון שאמר שמקבלו שלא יזיק פירושו הוא שאינו מקבל עליו שלא יזיק דאל"כ לא היה לו לכאר כלל כיון דבסתמא כן הוא [סמ"ע] ובזה הדין שאם הזיקו שורו של שומר בהם בשלם ח"נ ובמועד נ"ש ואין לומר שלא ישלם כלל כיון שלא קבל שלא יזיק דזאי לא נרע השור הנשמר משור דעלמא דהרי אם היה מזיק שור של השומר לשור דעלמא היה משלם כן ולמה יגרע שור זה ומה שלא קבל עליו שלא יזיק היינו מדין שמירה ביתרון משאר מזיקים אבל בכל מזיק דעלמא צריך לשלם אם לא שהתנה כן בפירוש שאפילו יזיקנו שורו שיפטר לגמרי:

ג ואם שור הבעלים ששמר להשומר הזיק שורו של שומר והשמירה היתה בסתם בין הם בין מועד פטורים הבעלים דכיון שהוא קבל שמירתו ואלו היה מזיק לאחר היה השומר חייב ואיך אפשר שכשיזיק את שור השומר שהבעלים יתחייבו ואם הזיק לשור של אחר משלם השומר בתם ח"נ ובמועד נ"ש דעליו מוטל לשמרו שלא יזיק וכמ"ש בסי' שצ"ו ואם קבל עליו לשמרו שלא יזיק ולא שלא יזיק או שאמר שלא יזיק ומטילא נכלל שקבל עליו רק זה ולא שלא יזיק וכמ"ש בסעיף ב' והזיק לשורו של שומר משלמים הבעלים בתם ח"נ ובמועד נ"ש וכן אם הזיק לשור של אחר משלמים הבעלים כדין הזה דכיון שלא קבל עליו שלא יזיק הם כאחרים בדין זה ולא אמרינן נהי דלא קבל עליו שלא יזיק זהו כשיזיק לאחרים אבל כשיזיק שורו של שואל לא יתחייבו הבעלים דהרי בבירתו הוא ועכ"פ מוטל עליו ששורו לא יזיק על ידי דאינו כן דכיון שלא קבל עליו שמירתו שלא יזיק נכלל בסתמא גם שורו של שומר אם לא שהתנה כן בפירוש [רמ"מ פ"ק דכ"ק ס' י"ז]:

הלכות גנבה

סימן שמח [איסור גנבת ומאיזה שעה מתחייב ודיני כפל ובו י"ז סעיפים]:

(הדינים המלה נוהגים במקומות שאחכ"י מתנהגים כד"מ וכד"נ ע"פ ד"ת לא כן כתרומותינו לגו שנהגו חל הדין העקרי דינא דמלכותא דינא)

א אסור לגנוב אפילו כל שהוא מדין תורה ואע"ג דבפחות משוה פרוטה אינו עובר על לאו דלא תגנובו דלאו)ממון הוא ס"מ אסור מן התורה דחצי שיעור אסור מן התורה בכבל האיסורים ועוד דגם פחות משוה פ גזל הוא אלא דישראל מוחל על פחות משוה פ [סנהדרין נז:] ובעכו"ם עובר בלאו גם בפחות משוה פ [שם נב: ועלמ"ת פ"ח מגזילה]:

ב וכל הגונב אפילו רק שוה פרומה עובר על לאו דלא תגנובו וחייב לשלם ואין לוקין על לאו זה דהוא יתק לעשה להשלומין ואין לוקין על לאו הניתק לעשה ואין חילוק באיסור בין שגונב מישראל ובין שגונב מעכו"ם או של הקדש ושל צדקות ובין שגונב מגדול ובין מקטן ומעות עובדי כוכבים אנסים הקדמונים כמו להטעותו בחשבון ולהפקיע הלואתו לא היה איסור בדבר ובלבד שלא יודע לו שלא יהא חילול ה' וי"א דאסור להטעותו ורק אם מעצמו מעה שרי כגון שעשה חשבון ומעה יאמר לו הישראל ראה שעל חשבונך אני סומך ובמקום חה"ש אסור מן התורה וכתבו הגדולים שראו בעיניהם שאותם האנשים שהרויחו מטעותים לא הצליחו ונכסיהם ירדו למטיון ולא הניחו אחריהם ברכה ורבים

ורבים אשר קדשו שם שמים והחזירו טעותים בדבר חשוב וגדלו והעשירו והצליחו והניחו יתרם לעולליהם [ספר מסידים ובמה"נ] והרי אפילו נגיבת דעת אסרו חז"ל בכמ"ש בסי' רכ"ח ובזמן הזה בכל סדינות אלו אסור מן התורה שום המעאה והערמה ואין שום חילוק בין ישראל לאינו ישראל ויש מי שרוצה לומר דהשבה ליכא בעכו"ם ולא משמע כן מהפוסקים [ועמ"ש בסי' ס"ס] :

ג אסור לגנוב אפילו דרך שחוק ואפילו ע"מ להחזיר ואפילו אם רוצה להתנהו רק שיודע שלא יקבל וגונב ממנו כדי לשלם לו כפל אסור וכ"ש הגונב כדי לצערו זמן מה ולהשיב לו אח"כ דאסור כדי שלא ירגיל עצמו בכך ובנים קטנים הרגילים לגנוב חייב האב ליסרם ולהכותם שלא ירגילו עצמם בזה וכן אסור ליטול אפילו את שלו מהגנב כשנוטלן דרך נגיבה שלא יתראה כגנב אלא נוטלן בפרהסיא אא"כ אינו יכול להציל באופן אחר ובסי' ד' נתבאר כיצד עושה אדם דין לעצמו ובכל אלו שנתבאר אינו חייב באונסים אבל בנגיבה ואבדה חייב דמי ישמור אותם [עקלה"ח] :

ד איזהו גנב הלוקח ממון אדם במתר ואין הבעלים יודעים ואפילו יודעים מזה כיון שהגנב ממעין עצמו כדי שלא יראוהו נקרא גנב ולא גזלן וכ"כ הרמב"ם בפ"א מגניבה דיסמים מוויין שגנב אינו גזלן אלא גנב אע"פ שתבעלים יודעים בשעה שגנב אלא שיראים לצאת מפני שהוא מוויין אבל אם לקח בגלוי ובפרהסיא בפני הבעלים אין זה גנב אלא גזלן ונ"מ דהגנב משלם כפל ובטבח ומכר משלם ארבעה וחמשה והגזלן אינו משלם אלא קרן וכך אמרו חז"ל [ב"ק עט:] מפני מה החמירה הורה בגנב יותר מבגזלן שזה השוה כבוד עבד לכבוד קונו וזה לא השוה ועליהם נאמר הוי המעמיקים מר' לסתיר עצה והיה במחשך מעשיהם [ולפי הרמב"ם והסמ"ע סיפס נוסחא ממרת בהרמב"ם ע"ש] :

ה מאימתי קונה הגנב את הגניבה להתחייב עליה משעה שמשכה או הגביהה והגבהה קונה בכל מקום אפילו ברשות הבעלים או ברה"ר אבל משיכה אינו קונה אלא בשמשכה לרשותו או לסימטא או לחצר של שניהם כמ"ש בסי' קצ"ו ולכן אם משכה חוץ לרשות הבעלים לסימטא או לרשותו או לרשות שניהם קנה מיד אבל כל זמן שהיא ברשות הבעלים או ברה"ר אינו חייב עד שיגביהנה ואם הכניסה לרשותו אפילו לגגו חצרו וקרפיפו אם משתמרת שם חייב אע"פ שלא משך ולא הגביהה וזה שהצרכנו משתמרת זהו כשלא הכניסה בעצמו אבל אם הכניסה בעצמו קנה אע"פ שאינה משתמרת כיון שעומד בצדה כמ"ש בסי' רס"ח ואע"ג דגם שלוחו מהני כשעומד בצדה מ"מ בגניבה לא מהני דאין שליח לד"ע כמו שיתבאר וממה שכתב הרמב"ם בפ"ג מגניבה ויתבאר בסי' שנ"א משמע רמ"ל דלענין חיוב אונסין קונה במשיכה אף לרה"ר ויש עוד מרבותינו שסוברים כן [תוס' כתובות לח: וב"מ לט:] ואם נכנסה מעצמה לרשותו וחשב לגנבה אינו נעשה גנב במחשבה עד שיעשה מעשה שינעל בפניה אבל בלא זה לא אע"ג דבמציאה קנה בה"ג [קלה"ח] :

ו ומה משלם הגנב בכפל דכתיב אם המצא תמצא בידו הגנבה ונו' שנים ישלם והשלומי כפל נוהג בכל דבר ואם גנב שור או שה ומבחו או מכרו משלם על השה ארבע שיות או שויים ועל השור חמשה דכתיב כי יגנוב איש שור או שה וטבחו או מכרו חמשה בקר ישלם תחת השור וארבע צאן תחת השה ואינו חייב ד' וה' בשום בעל חי רק בשור ושה בלבד מדכתבה התורה שני פעמים שור ושה ש"מ שור ושה אין מזדי אחריני לא [ב"ק סז: ע"ש] וכפל משלם בכל דבר דכתיב על כל דבר פשע וגו' ישלם שנים לרעהו :

ז וכתב הרמב"ם בפ"א אחד האיש ואחד האשה שגנבו חייבים לשלם השלומי כפל והשלומי ד' וה' היתה א"א שאין לה לשלם הרי הכפל עליו חוב ער שתתגרש או ימות בעלה וב"ד נפרעים ממנה וקטן שגנב פטור מן הכפל ומחזירין לו דבר הגנוב ממנו ואם אבדו אינו חייב לשלם אף הקרן ואף לאחר שהגדיל עכ"ל דמעשה קטן לאו כלום הוא עוד כתב העבד שגנב פטור מן הכפל ובעליו פטורין שאין אדם חייב על נזקי עבדיו אע"פ שהם ממונו מפני שיש בהם דעת ואינו יכול לשמרן שאם יכעיסנו רבו ילך וידלק גדיש באלף דינר וכיוצא בזה משאר נזקין נשתחרר העבד חייב לשלם את הכפל עכ"ל וגם בהזיקו בשוגג פטור האדון ממעם שיתבאר בסי' שפ"ם סעיף ה' ע"ש :

ח עוד כתב דראוי לב"ד להטות את הקטנים בפי כחם על הגניבה כדי שלא יהיו רגילין בה וכן אם הזיקו שאר נזקין וכן מכין את העבדים שגנבו או שהזיקו מכה רבה כדי שלא יהיו רגילין להזיק עכ"ל ואף דאין כפל נוהג עתה דאין דיני קנסות בזה"ו בכמ"ש בסי' א' מ"מ יש נ"מ גם בזמה"ז לענין תפיסה בכמ"ש שם ולכן בתבם המור ועוד דהחושש לנפשו יקיים כל הקנסים שקנסה התורה ורו"ל דהן אמת דאין ביכולת הב"ד לגבותם אבל בדיני שמים חייב בכמ"ש שם :

ט אין הגנב מתחייב בכפל וד' וה' אלא ע"פ עדים שאם באו עדים והעידו שגנב משלם בכפל ואם באו והעידו שגנב שור או שה ומבחו או מכרו משלם ד' וה' אפילו אם שנים העידו על גניבת השה ושנים אחרים העידו על מכירתה ומבירתה מצרפים העדים לחייבו בר' וה' ואין זה חצי דבר בכמ"ש בסי' ל' אבל הגנב שהודה בעצמו שגנב פטור מן הכפל וכן אם הודה שגנב ומכר פטור מד' וה' ואינו משלם אלא הקרן דמודה בקנס פטור דכתיב בכפל אשר ירשיעון אלהים ולא המרשיע א"ע ואפילו מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור ודוקא בשחייב עצמו בקרן בהודאתו כגון שהודה שגנב ומבח או מכר שנמצא שחייב עצמו בקרן אבל אם

אם אמר לא נגבתי ובאו עדים שנגב והודה שטבח ומכר ואח"כ באו עדים שטבח ומכר חייב בד' וה' דהא לא התחייב א"ע כלום בהודאתו דיכא אמרינן מודה בקנס ובאו עדים פטור אלא היכא דאיכא קרן וקנס דנתחייב ממון בהודאתו ומתכוין להחזיר ממון דאל"כ אין זה רק הערמה בעלמא [ערמ"י ב"ק עמ' ב"ס ספרי ורמב"ם פ"ט מטבוטות ה"ד ומל"מ פ"ג מנמכס ה"ח ויב"ם מהנמס סי' כ"ו ועוב"י מס"מ מס"ע סי' כ"ג ולפע"ם מ"ס ודוק] :

י אין מודה בקנס פטור אלא כשהודה בפני ב"ד סמוכים ובמקום ישיבת הב"ד דהא ממעטינן מאשר ירשיעון אלהיהם והיינו סמוכים וכן כשאינם במקום ישיבה הדיינים אין שם ב"ד עליהם לפיכך האידנא אין מועיל שום הודאה ליפטר מקנס [טור] ועמ"ש בסי' א' ועוד יתבארו דיני כפל בסי' ש"ן ושנ"א ושנ"ב בס"ד :

יא ואלו התשלומין בין קרן בין כפל ור' וה' אם יש לו ממלטלין גובין מהן ואפילו יש לו מעות אינו יכול לכופו ליתן לו מעות דוקא ואם אין לו ממלטלין רק קרקעות גובין מעדיות שלו בנוקין דכתיב בהו מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם ומטלטלין כל מילי מיטב הוא מפני שיכול למכרן במקום אחר וכבר בארנו בסי' רצ"א סעיף י"ז די"א שאם יש לו מעות או קרקע אינו יכול לשלם בממלטלין ע"ש ואם אין לו מה לשלם מרין הורה שמוכרין אותו לעבד כדכתיב ונמכר בגנבתו ואינו נמכר רק בעד הקרן דדרשינן בגנבתו ולא בכפלו ואינו נמכר בעד נגיבה הקדש ועבו"ם [רמב"ם] אלא ה"ז חוב עליו עד שיעשיר [כסף פ"ג] והטעם נ"ל משום דממעטינן בנגיבתו ולא בכפילו והרי בהקדש ועבו"ם ליכא כפל [וכנמ' לת מלמתי דין זה] והאשה אינה נמכרת בגניבתה ודבר זה מפי הקבלה בגניבתו ולא בגניבתה [ספ"ג דמוקח] ואין דין עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג ויוצא ביובל ובזמן הזה אין דין זה ונשאר חוב עליו ובשירוייה או יירש ישלם אף לאחר זמן ובשיתרש לנפשו ישלם גם בכפל ור' וה' כמ"ש ובשהוקר או הוזל או השביחה או נתקלקלה איך ישלם יתבאר בס"ד בסי' שנ"ד :

יב ראובן שראה איך שמעון נכנס לבית לוי ונגב חפצים ובאו החפצים ליד ראובן אם ראובן יודע בבירור שנגנבם מחוייב להחזירן ללוי ואם החזירן להנגב חייב לשלם ללוי דלא נרע משומר אבידה שחייב להחזיר להבעלים ואם אבדם ראובן גובה לוי ממי שירצה כדין גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה כמ"ש בסי' שמ"א ודוקא כשבירר לראובן ששמעון נגבן אבל אם ספק הוא בידו כגון ששמעון א"ל שמגיע לו מלוי אע"פ שנשלם בנגב ובחשאי מ"מ אם החזירן לשמעון אין לוי יכול להתיצאן בראובן בדין אלא יעמוד בדין עם שמעון דכיון דלפי דברי שמעון יש לו טענה על לוי ואם היה ראובן מחוירם ללוי היה שמעון עוין אותו תמיד והיה תופס כנגד זה משל ראובן אין ראובן מחוייב להציל את לוי בממונו ומ"מ אם ביכולת ראובן לכופו לשמעון ע"י שיעמוד בדין עם לוי מחוייב לעשות כן ואם לא עשה כן חייב בד"ש דלא נרע מגרמא בנזקין [כ"כ] :

יג ודוקא כשלא היה מסייע בהנגיבה סיוע שיש בה ממש כמעשה שהיה בראובן שהבע לשמעון שנכנס לחדרי ונגב ספריו והוציאן מרשותו והשיב שמעון אמת שהוצאתים אבל כך היה המעשה שבלתך שהיא קרובתי בקשני לסייע לה להוציאן כי לא יכלה שאהם לבדה ולא ידעתי של מי הם הספרים שלה או שלך ונם לא הגבהתים אלא היא הגביהה כל ספר ונתנתם לי ופסק הרא"ש ז"ל דראובן גיבה ממי שירצה ווה שאמר שלא ידע של מי הם אין בטענתו משום דחזקת כל הנמצא בביתו של אדם שלו הוא והוי כידע שהם של ראובן ואע"פ שהיא עשתה הקנין של הגבהה מ"מ הרי היא לא יכלה בעצמה להוציאן ונחשבו כמו ששניהם גנבום ולכן יגבה ראובן או מכלתו שהספרים בעת ברשותה או משמעון וזוקא כשלא יכלה להוציאן לבדה אבל אם היה ביכלתה להוציאן לבדה והוא סייעה להוציאן אע"פ שעשה איסור לסייע ידי עוברי עבירה מ"מ אינו חייב לשלם כשאין הנגיבה עתה ת"י דמסייע אין בו ממש כשביכולת הראשון לעשות לבדו והוא לא כוון לגנבם אא"כ הנגיבה ת"י דאז מחוייב להחזיר לבעלים ואם לא עשה כן גובין הבעלים ממנו כשירצו כמ"ש בסעיף י"ב אבל אם כוון גם הוא לגנוב והיה שוהף בהנגיבה חייב גם בבה"ג דשותפין שגנבו חייבין שניהם ועמ"ש בסי' שנ"ב סעיף י"ג [וכ"מ מלטון תמו' סמ"ם שכמוד ועמ"ם סי' קל"ג] :

יד פסק אחד מהגדולים דשנים שגנבו יכול לתבוע כל הנגיבה מאחד מהם דנעשו אחראין וערבאן זל"ז ואפילו אם ברח אחד מהם יכול לגבות מהשני כל הנגיבה דלא נרע משנים שלוו שבסי' ע"ו ואפילו לאותה דעה שיתבאר בס"ם ת"י בשנים שהוזקו דאינו גובה כל הנזק מאחד נזקין שאני שלא עשו משום הנאת עצמם אלא הוזקו לאחרים משא"כ בנגיבה וכן עיקר לדינא ולא כיש מי שחולק בזה :

טו וכן אם הנגב הסמין הנגיבה והוצרך לצאת מן העיר שלא היה ביכלתו להבריח הנגיבה בעצמו מהעיר ושלח את"כ איש אחד להביא לו הנגיבה חייב השליח לשלם דהוא עיקר הנגב מאחר שירד שהיא גנובה כ"כ רבינו חרמ"א ומזה למדנו וגם סמ"ש בסעיף י"ב דאותם האנשים שמקבלים תדיר גניבות מהנגב דינם כנגב עצמו והבעלים יכולים לגבות מהם ועגשם גדול מנשוא והם הנורמים לגניבות דלאו עכברא נגב אלא תורא נגב ועמ"ש בי"ם שנ"ח ואין חילוק בין גניבת ישראל לגניבת עכו"ם ואפילו היה להנגב איזה טענה על הבעלים

הבעלים אמור לקבל היסנו הגניבה ונחשב כאלו הוא גנבו [פ"מ] :

מז השולח את חבירו לגנוב אין המשלח חייב דאין שליח לדבר עבירה וכן המראה לחבירו מקום לגנוב כמו אם הראה לו מחתרת ג"כ פטור מהאי טעמא וגם אפילו במקום שהמשלח חייב ע"פ אופנים שנתבארו בסי' קפ"ב פטור במראה מקום לגנוב דדוקא בשולחו חייב אבל מראה מקום אין זה אלא גרמא בנזקין ולא דמי למראה דסי' שפ"ח דחייב מדיני דגרמי דהתם ברי הזיקא אבל הכא שמא לא יגנוב [פ"ן] :

מח וכתב רבינו הרמ"א מיהו אם השליח אינו בר חיובא י"א דהמשלח חייב עכ"ל וממקור הדין מתבאר דכוונתו כשהשליח לא ידע שהוא גנוב וזה מקרי אינו בר חיובא דכיון שאינו יודע שהיא גנובה לא שייך לומר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וכבר בארנו זה בסי' קפ"ב סעיף י' וי"א דלעולם אין המשלח חייב אפילו כשהשליח אינו יודע ורק בחצר חייב המשלח אע"ג דאיתרבו משום שליחות ס"ט כיון דבע"כ ניתן בו חייב וכבר בארנו שם דרבים חוקקים בזה וכ"כ המרדכי [ב"מ פפ] שאם ראובן אמר לשמעון קח לי שור בבית לוי שהשור שלי ונמצא אח"כ שלא היה שלו שנתכוין לגנבו חייב ראובן בכל האחריות כיון ששמעון לא ידע שהיא גנובה וכן עיקר לדינא ואשה שמכרה חפצים והבעל אומר שגנבתם ממנו נתבאר באה"ע סי' פ"ו :

סימן שמט [דין אשה ועבד וקטן שגנבו וכו' ה' סעיפים] :

א כבר נתבאר דאין חילוק בין איש לאשה בתשלומי גניבה ואע"ג דכתיב כי יגנוב איש דהשוה הכתוב אשה לאיש לכל ענשין ולכל דיניו שבתורה [ב"ק מו] ומאי דכתיב איש למעוטי חרש שוטה וקטן שאינם בני דעת ופטורין מתשלומין אפילו לכשיגדל הקטן ויתפקח החרש וישתפה השוטה רק אם הגניבה בעין או שהחליפו הגניבה על דבר אחר או מכרוה והדמים בעין מחוירין הקרן להבעלים ואם אין ביכולת להשיג הגניבה עצמה ממי שהחליפו או מכרו לו מחוירין הדמים או החליפין :

ב אבל אשה חייבת בתשלומין כאיש רק אם היא א"א אין לה כמה לשלם דמה שקנתה אשה קנה בעלה אא"כ יש לה נכסים שאין הבעל אוכל פירות ושהתנו בן קודם הנשואין שלא יאכל פירות ופירי פירות ושאם תמות לא יירשנה כמ"ש באה"ע סי' צ"ב או שאחר נתן לה במתנה ע"מ שאין לבעלה רשות בהם ושתשלם החוב אבל בלא זה נשאר הקרן והכפל עליה חוב ער שתתאלמן או תתגרש ותמול כהובתה ותשלם ויקח הנגנב עתה פס"ד שמניע לו כך וכך ופשימא שאם הקרן או חלופיו בעין שמשלמת הקרן מיד וכסי' תכ"ד יהבאר דאשה שיש לה נכסי מלוג או צאן ברזל והוא חגדוניא שהכניסה לו או שהבעל כתב לה תוספת על כתובה דאורייתא יש עצה לנכות עתה ממנה שתמכרם לאחר על הספק שאם תמות קודם יירשנה בעלה ואם הוא ימות קודם ימלם הלוקח ולוקחם בדבר מועט ואותו הדבר תשלם עתה בער הגניבה אבל הכתובה לא תמכור באופן זה ממעט שיתבאר שם ויש חולקים בנכסי צאן ברזל ובתוספת כתובה דחששא דכתובה יש בהם ג"כ דעיקר החשש הוא משום שבודאי תמחול הכתובה לבעלה וקי"ל בסי' ס"ו המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול וחששא זו עצמה יש בהם ג"כ [ע"ע ס' המוכל] :

ג גם בעבד הדין כמו האשה שחייב בתשלומין ואין לו ממה לשלם ונשאר חוב עליו עד שישתחרר ואם הקרן או חלופיו בעין מוציאין עתה ממנו ואם אחר נתן להעבד מתנה ע"מ שאין לרבו רשות בו וישלם הקרן והכפל ישלם עתה וכבר נתבאר בסי' שמ"ח שראוי לב"ד להכות את הקטנים והעבדים על גניבות ונזילות ונוקין שלא ירגילו בזה ע"ש :

ד מעשה באשת ראובן שהשאילה לאשת שמעון כלי כסף וכלי זהב ויצא קול בעיר שגנבו החפצים מאשת שמעון וכשתבעה אשת ראובן חפציה אמרה אשת שמעון מה אעשה כי אין לי כמה לשלם שהכל של בעלי והבעל אומר איני צריך לשלם מה שאשתי עשתה שלא מדעתי ופסק הרא"ש דוודאי כן הוא שאין על הבעל לשלם אמנם במעשה זה חשדו בעיר שהבעל יודע מהחפצים מה נעשה בהם ואולי יש ביה איזה הערמה ולכן ישבע הבעל שאינם ברשותו עתה ואינו יודע היכן הם ושלא שלח בהם יד ראם שלח יד יותר מכפי רשיון המשאלת חייב אף באונסים ושלא פשע במה שגנבו והיא תשבע שאינם ברשותה אבל שלא פשעה לא תשבע שהרי גם באונסים חייבת ויכתבו עליה פס"ד שחייבת כך וכך לכשתתאלמן או התגרש והשבועות שלו הם רק היסת דאינו שומר להתחייב בשבועת השומרים ואע"ג דלפ"ז לא היה לנו להשביעו בטענת ספק אך כיון שיש רגלים לדבר משביעין גם על טענת ספק ומשמע עוד מתשובתו של הרא"ש שאף אם לא היו חושדים את הבעל בעיר שיודע מהחפצים מ"מ היו משביעים אותו דכיון שהודה שהחפצים באו לרשותו ועתה אינו יודע היכן הם ואין ביכלתו לברר הגניבה יש לחשדו בהערמה ומשביעין אותו היסת דהרא"ש בתשובתו לא הוכיר מה שחושרין אותו בעיר וכן

וכן משמע מדברי רבינו הב"י בסעיף ג' שלא הזכיר החשד:

ה ורע דרבינו הב"י לא כתב שישבע רק שאינם ברשותו ושלא שלח בהן יד אבל שבועה שלא פשע לא כתב דהא הבעל אינו שומר שיתחייב בפשיעה [בד"ס] ויש מי שרוצה לומר דהוי כשומר אף שלא קבל עליו השמירה ואין טעם כלל לחייבו כשומר ונ"ל דהרא"ש דקדק בדבריו שכתב שישבע שלא פשע כמה שנגנבו ואין כוונתו שמירה מפשיעה ש"י זה נגנבו דוראי פטור בכה"ג אלא כוונתו דאולי פשע בכוונה כדי שיגנבו ליקח חלק אצל הגנב וכיוצא בזה:

סימן שנ [דיני ארבעה וחמשה ודין טובת הנאה וכו' י"ג סעיפים]:

א גנב שטבח ומכר בין לפני יאוש בין לאחר יאוש חייב בר' וה' ואע"ג דמכירה שקודם יאוש אינה מועלת דהלוקח לא קנה כוה כמ"ש בסי' שנ"ג מ"מ מדכתיב ומבחו או מכרו ובמביחה אין חילוק דקונה בשינוי כמו כן אין חילוק במכירה אע"ג דלא אהנו מעשיו [ב"ק סמ:]:

ב גנב שור של שני שותפים ומבחו או מכרו והודה לאחד מהם דפטור מר' וה' כמ"ש בסי' שמ"ח ולהשני כפר ואח"כ באו עדים ששבח או מכר משלם להשני שכפר חמשה חצאי בקר דסברא הוא לשלם כפי מה שגנב ונתחייב [סוס' ב"מ לו] ואע"ג דהודאה לא הוי אלא בב"ד וממילא כשהודה לאחר שגנבו וטבחו הרי הודה על כל השור מ"ם כיון שזה תבעו בב"ד זה והשני תבעו בב"ד אחר וכפר והורה חייב על חלקו [ב"ח] שאין לנו לילך רק אחר הב"ד שדנים הדין והב"ד הראשון רנו על חלק האחד ופטרוהו מפני הודאתו ואם גם השני היה תובעו אח"כ לב"ד זה ג"כ בודאי היה פטור ממנו דבזה הב"ד אינו יכול לכפור אבל כיון שתבעו לב"ד אחר שאינם יודעים מהודאתו וכפר ובאו עדים חייב בחלקו [קלס"ח]:

ג כשם שחייבה תורה במכירה כן חייבה במתנה דכיון שהוציאה מרשותו ומסרה לאחר חייב ולכן אמרו חז"ל [ב"ק עח:] גנב ונתן לאחר או שפרע בחובו או החליפו בחפץ אחר או מכרו בהקפה או שלחו סבלונות לביח חמיו ואף אם שילם בה בעד מצוה חייב ואם מכרה לאחר שלא תהא קנויה לו אלא לאחר ל' יום ובתוך השלשים יום הכירוהו הבעלים ולקחו הגניבה אינו משלם אלא כפל דהא עדיין לא נתקיימה המכירה ואפילו אמר מעכשיו ולאחר ל' לא מהני [ב"ל] וכן אם לא מכרו רק לשלשים יום למלאכה אין זה מכירה וכן אם שייר לעצמו אפילו אחר ממאה שבו או שמכרו חוץ מיד או רגל או ששייר מכל דבר הניתר עמו כשחיטה פטור מר' וה' דבעינן שימכרנו כולו אבל אם שייר לעצמו קרנה וגיותה אין זה שיור וחייב ולדעת הרא"ש גם זה הוי שיור אבל כשחיתה חסרה בעצמותה כגון שהיתה קישעת או סומא או מריפה חייב דמה שגנב מכר:

ד שותף שגנב מחבירו ומבח ומכר פטור מר' וה' דבעינן ומבחו או מכרו כולו ולא חציו והרי חציו שלו לפיכך בן שגנב שור מאביו ומת אביו ואח"כ מבח ומכר אינו משלם להאחים ד' וה' כיון שעתה יש לו חלק בו אבל אם מבח ומכר ואח"כ מת אביו חייב ואפילו היה אביו חולה או גוסס בשעה שמבח ומכר כיון דבשעת מעשה לא היה שלו [ל"ל]:

ה גנב בהמה שלמה וקטע ממנה אבר ומכרה נשאר בש"ם שם בספק מי אמרינן כיון דלא מכר מה שגנב פטור מר' וה' או דילמא כיון שמכר כל הנמצא בה עתה חייב וכן נשאר בספק במכרה מעכשיו אך ששלשים יום יעשה בה הגנב מלאכה אם דינו כמכרה לאחר ל' יום ופטור בשנמצא הגניבה בתוך השלשים יום או דילמא כיון שהמכירה נגמרה מעכשיו וזה שעושה בה מלאכה אינו אלא כתגאי בעלמא וחייב וכן אם מכרה מעכשיו והתנה עמו שאם לא ישחטנה מיד שיהא הריוח שירויח במלאכתה של המוכר או שמכר חוץ מעוברה הוי ספק אם זהו שיור אם לאו ופסק הרמב"ם ז"ל בפ"ב דאם תפס אין מוציאין מידו והולך לשיטתו דגם בבעיא דגמ' מהני תפיסה ויש חולקים בזה כמ"ש בכ"מ:

ו אע"ג דאין שליח לדבר עבירה מ"מ בטביחה ומכירה אם עשה שליח שימכרנה או יטבחנה חייב השולח בכל ענין כששלוחו מכרה או טבחה דהתורה גזרה כן מדכתיב ומבחו או מכרו ומכירה א"א בעצמו דהא יש קונה ומדחייבתו התורה בזה ש"מ דגם בטביחה ע"י אחר או אם עיקר המכירה היה ע"י אחר נ"כ חייב ולכן שותפים שגנבו אם אחד מהם מבח או מכר לדעת חבירו משלמים בין שניהם אבל אם עשה שלא מדעת חבירו פטור גם על חלקו דהא ליכא ומבחו כולו בחיובא וזה שחייבנו בסעיף ב' לשלם חמשה חצאי בקר זהו כשגנב בהמת השותפין ומבחו ואח"כ הודה לאחד מהם על חלקו דבשעת טביחה הוי כולו בחיובא משא"כ כאן [ס"ס]:

ז גנב שעמד בדין עם הבעלים כגון שהיה לו איזה מענה והפסיד במענתו וא"ל הדיין צא תן לו ואח"כ מבח ומכר פטור מר' וה' ואם א"ל חייב אתה ליתן לו ואח"כ

ואח"כ טבח ומכר חייב דחייב אדה ליתן לו לא הוה גמר דין כמ"ש בסי' ע"ט ולכן עדיין דין נגב עליו אבל בצא תן לו כשלא השניח ומבח ומכר אין זה נגב אלא גולן וגולן פטור מד' וה':

ח שחטה הגנב ונהגבלה בידו או הטורר או שעקר המימנים פטור דאין זה מביחה כלל אבל השוחט לרפואה ולכלבים ושנמצאת טריפה והשוחט כלאים חייב דיש ע"ז שם מביחה ואפילו שחימת טריפה שאינה ראויה לאכילה מ"מ הא קי"ל דשחימה שאינה ראויה שמה שחימה מפני ששחימתה מועלת לטהרה מטומאת נבילות כמ"ש הרמב"ם בפ"ב מהא"ט וכ"ש לרפואה ולכלבים שהרי יכול לאכול ממנה אף שלא היתה כוונתו לאכלה וכן כלאים אע"פ שפסולה לקרבן כמ"ש הרמב"ם בפ"ג מאיסורי מזבח מ"מ להדיוט כשרה:

ט גנב ברשות הבעלים וטבח ומכר חוץ מרשותם או שגנב חוץ מרשותם וקנאה במשיכה וטבח ומכר ברשותם חייב בד' וה' אבל גנב וטבח ומכר ברשותם ולא הגביה הגניבה בידו שיקנה אותה בהגבהה פטור מפני שלא קנאה קודם השביחה והמכירה ונמצא שטבח ומכר מה שאינו שלו ואם היה הערך ביער כיון שהכיש הבהמה במקל או בקול והטמינה בין האילנות חייב בכפל אע"פ שלא משכה שזהו משיכתה ואע"פ שראוהו בשעה שעשה זאת מ"מ כיון שעשה בהסתר אין זה גולן אלא גנב כמ"ש בסי' שמ"ח ואם טבח ומכר שם חייב בד' וה':

י גנב שגנב מן הגנב אפילו אחר שנתייאשו הבעלים אינו חייב בכפל ובד' וה' לא להבעלים ולא להגנב הקודם דמהבעלים הא לא גנב ולהראשון אינו משלם שהרי עליו להחזירה ולא קנאה הגנב הקודם ואם גנב ומבח ובא אחר וגנבו ממנו אחר השביחה הראשון משלם להבעלים ד' וה' והשני משלם כפל לראשון שהרי קנאה בשינוי וא"צ לשלם להבעלים רק דמים ואם גנב ומכרו ובא אחר וגנב מהקונה הגנב הראשון משלם ד' וה' והשני אם גנבה אחר יאוש משלם כפל להקונה שהרי הקונה קנאה ביאוש ושינוי רשות והיאוש צריך להיות קודם המכירה לדעה אחת שיתבאר בסי' שנ"ג ואם גנבה קודם שנתייאשו הבעלים פטור מכפל דהרי מוחזרת להבעלים:

יא הגונב עבדים שטרות וקרקעות פטור מכפל דנתמעטו מדין כפל כמו לשד"א כמ"ש בסי' צ"ה וכן הגונב מן ההקדש ומן העכו"ם פטור מכפל שאינו משלם אלא קרן מדכתיב בכפל רעהו וכתיב וגונב מבית האיש וכא מבית הקדש וממילא דפטור גם מד' וה' דהכפל נכנם בחשבון ד' וה' וכיון דליכא כפל בהכרח שתהיה השלומי ג' ור' והתורה אמרה ד' וה' ולא ג' ור' ואם גנב פמר חמור וקודם שנפדה משלם כפל ואע"פ שעכשיו אינו שלו ראויה להיות שלו אחר שיפדנו ואע"ג דקי"ל דאסור בהנאה קודם פדייה כמ"ש בי"ד סי' שכ"א מ"מ מדבידו לפדותו אינו דומה להקריש אלא לחולין ומקרי שלו לענין כפל [בכורות יח:] אע"ג דאם קידש בו אשה אינה מקודשת [קדושין נו:]:

יב כתב הרמב"ם ז"ל [סס] גנב ומבח ומכר ואח"כ הקדישה משלם השלומי ד' וה' אבל גנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר אע"פ שהקדישו קדשים קלים משלם השלומי כפל ואינו משלם השלומי ד' וה' בד"א כשהקדישו אחר יאוש אבל אם הקדישו לפני יאוש אינו קדוש ואם טבח או מכר משלם השלומי ד' וה' הקדישו הבעלים כשהגנבה עדיין ביד הגנב אינו קדוש לפי שאינו ברשותו ואע"פ שלא נתייאשו ואם טבח הגנב או מכר אפילו אחר הקדישן משלם השלומי ד' וה' עכ"ל וי"א דגנב שהקדישו לבדק הבית משלם השלומי ד' וה' דהוי כמכירה דמה לי מכרו להדיוט ומה לי מכרו לשמים אבל הקדישו לקרבן אין זה ביאיאה מרשותו דהא לקרבנו נדר [רמב"ן] עוד כתב דגנב ושחט חולין בעזרה משלם השלומי ד' וה' ואע"פ שחולין שנשחטו בעזרה אסור בהנאה הואיל ואיסורן מדבריהן ה"ו חייב עכ"ל:

יג כתב הרמב"ם ז"ל [סס] גנב תרומה מבעליה הישראלים שהפרישוה אינו משלם תשלומי כפל שאין להם בה אלא טובת הנאה וטובת הנאה אינה ממון עכ"ל והרבה מרבותינו חולקים עליו וס"ל דטובת הנאה ממון וגדולי האחרונים הסכימו לדעת הרמב"ם ולי נראה דעכ"פ מפקא דדינא הוא דמהש"ס [בכורות כז] מוכח להדיא דהוי ממון דקאמר שם ישראל שהפריש תרומה ומצאו ישראל אחר וא"ל הא לך סלע ותנהו לבן בתי כהן וכו' עוד שנינו [ערכין כ:] אומדים כמה אדם רוצה ליתן בו וכו' והרמב"ם ז"ל בפי"ב דתרומות כתב על זה דדוקא כשהבעלים רוצים ליתנם לאחד משני כהנים אלו בחנם וא"ל הא לך סלע והן לזה אבל הבעלים שאמרו לכהן הא לך חלק זה במובת הנאה ה"ז אסור עכ"ל וזהו דרך הירושלמי [דמיס פ"ט ה"ג] שנחלקו אם מותר ליקח ממון בעד טובת הנאה והש"ס שלנו מוכר דיכולים ליקח [וכ"מ מרמב"ן בכורות רפ"ד וברמ"ך ומדברי מג"ש שלנו מבואר דלכ"ע יכולים ליקח ממון ומ"מ נחלקו אם מוכת הנאת ממון אם לאו וכ"ל דלכן פסקו רבותינו דסוי ממון מסוס דלסירוסלמי מתבאר דאם יכולים ליקח ודאי סוי ממון והש"ס שלנו מוכר דיכולים ליקח ולכן אף שבאם ים פלוגמא אם סוס ממון אם לאו פסקו דסוס ממון ויותר משמע מב"מ יח: דאפ"ג דסוי ממון מ"מ לא לכל דבר סוס כמו לקנות בחליפין ובמלוה ומגדיים פד: מין רחיט דסוס ממון דבסס מסוס דויתר מסור במדה"ג אבל בשאלה דבריס לא סוס ממון ולמרמב"ם בעל כרחך ל"ל כן עמ"ש והוק]:

סימן שנא [דין גונב בשבת וגונב חלב ואכלו ועושה שליח בשבת וכו ח' סעיפים]:

א קי"ל דאין אדם לוקה ומשלם כמ"ש בסי' של"ח וכן אין אדם מת ומשלם ויש יתרון למיתה במלקות דבמלקות אם לא ההרו בו חייב בתשלומין ובחיוב מיתה אע"פ שלא התרו בו ואפילו היה שוגג פטור מתשלומין [כתוספות לה:] לפיכך גם בזמה"ו אם עבר עבירה שיש בה חיוב מיתה פטור מתשלומין ואפילו לצאת י"ש אינו חייב בקנס [תוס' סה לג:] ויש חולקין בזה ונם אם הפסיד לא מפקינן מיניה [סג"ל פ' מרובה] ובסטן שאינו קנס לכ"ע חייב בבא לצאת י"ש וחיוב כרת ומיתה בידי שמים אינו פוטר מתשלומין דרק מיתת ב"ד פוטרת אמנם כרת פוטר במלקות מפני שעל כל חיוב כרת יש מלקית כמ"ש הרמב"ם בפ"ט מסנהדרין וכן חיוב מיתה בידי שמים כמ"ש שם:

ב ולכן יש גנב שפטור מתשלומין ואיזה זה שבא עם ההשלומין חיוב מיתה כגון הגונב כיס בשבת ולא הגביהו ברשות הבעלים אלא היה מגררו ומוציאו לרה"ר ואיברו שם מפני שאיסור שבת ואיסור גנבה באין כאחד אבל אם גנב הכיס והגביהו שם ואח"כ הוציאו לרה"ר ואיברו חייב לשלם שהרי נתחייב בתשלומין קודם שנתחייב בסקילה דחיוב מיתה אינה פוטרת רק כשבאו כאחד:

ג ואין המיתה פוטרת רק כשאותו הממון אינו בעין כגון שהזיק דבר בעת חיוב המיתה ובגנבה כשאיבד הגנבה אבל כשהיא בעין מחזירה לבעלים דחיוב ממון אינו בא אלא בשעת אבידתה מן העולם וקודם לזה היא ברשות הבעלים וגם זה דוקא כשנאבד בשעת החיוב מיתה אבל אם בשעת מעשה היה בעין ואח"כ איבדו חייב לשלם דכיון שבשעת החיוב מיתה לא היה עריין חיוב התשלומין לא מקרי באין כאחד ויש חולקין בזה ום"ל דבאינו בעין פטור מלשלם אף שאיבדו אח"כ דהא חיוב המיתה לא נסתלקה ועוד דבחיוב מיתה אפשר לומר שמיד קנאו לענין שאימתי שיאבד פטור [עקס"ח]:

ד וכן גנב וטבח בשבת או לאלילים פטור אפילו לא התרו בו כמ"ש ואפילו היתה גנובה אצלו קודם השבת שעל הקרן נתחייב כבר ועתה לא נתוסף רק הקנס של ד' וה' אפ"ה פוטר המיתה את הקנס דאין חילוק בפטור תשלומין הבא עם חיוב מיתה בין ממון לקנס ואצ"ל אם גם חיוב הקרן בא בשבת כגון שחיתה שאולה אצלו וטבחה בשבת לשם גנבה ואע"ג דבקנס מצינו דלוקה ומשלם במוציא שם רע דכתיב ויסרו אותו וענשו אותו מאה בסף מ"מ עיקר דין זה ילפינן מעדים וזמים דכתיב בהו כדי רשעתו ודרשינן משום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעיות אף אם היה דבר של קנס כגון אם בשעה שהעידו מכתו ומכרו שור של גניבה ועכ"ו פטרם התורה [תוס' כתובות לב:] ואפילו אם חיוב מיתה היה לאחד ותשלומין לאחר ג"כ פטור כדמוכח ממה שיתבאר בסי' ש"פ בדין רודף [ע"מ בתוס' לב]:

ה אם גנב ומכר בשבת או מכר לעכו"ם חייב אע"פ שעשה איסור שבת כיון שאין בזה חיוב מיתה פטור מד' וה' ואם נעשית המכירה באיסור סקילה כגון שורקה המוכר מרה"ר לחצר הלוקח וא"ל ללוקח לא תקנה לך הגנבה עד שתנוח בחצירך פטור דבאין כאחד אבל כשלא א"ל כן אינן באין כאחד דהקנין הוא כשבא באויר החצר וחיוב שבת הוא כשתנוח וכן אם אמר הלוקח למוכר עקוץ תאנה מתאנתי ותקנה לי בה גניבתך פטור שאיסור סקילה ואיסור מכירה באין כאחד וכ"ז בשבת אבל ביוה"כ אפילו בזמן הבית אם לא התרו בו חייב אפילו במביחה דהוא איסור כרת ואינו פטור אלא בהתרו בו משום חיוב מלקות כמ"ש בסעיף א':

ו עשה שליח לשחוט בשבת כתב הרמב"ם בפ"ג שחייב בד' וה' שהרי הגנב אינו חייב מיתה והרא"ש פוטר מטעם שחיטה שאינה ראויה כמ"ש הטור בסעיף י"ח ויש מי שאומר דכשצוה לו בפירוש לשחוט בשבת פטור אע"ג דבטביחה ומכירה יש שליח לד"ע כמ"ש מ"ם צריך שלא יתערב בזה איסור אחר ואם נתערב בזה איסור אחר אין שליח לד"ע [מל"מ] ועל הטור השינו הגרולים דהא קי"ל שחיטה שאינה ראויה שמה שחיטה כמ"ש בשוחט טריפה [ס"ך נסי' ס"ן ויס"ם במרוכס סי' כ] ולי נראה דדברי הטור צודקים דבאמת לא לכל דבר קי"ל דשמה שחיטה והרי לענין כיסוי הדם קי"ל דלאו שמה שחיטה כמ"ש ביו"ד סי' כ"ח וכן לענין חולין שנשחטו בעזרה פסק הרמב"ם בפ"ב משחיטה דלאו שמה שחיטה ומותרין בהנאה [ע"ש בלח"מ פי"ב] ונם לענין ד' וה' מוכח מהרמב"ם ג"כ דלאו בכל דבר פוסק דשמה שחיטה שהרי בנמ' [ב"ק עג:] הזכיר שחיטת שבת ועכו"ם ושור הנסקל דלמאן דס"ל שמה שחיטה חייב בד' וה' בטובח ע"י אחר והרמב"ם לא הזכיר רק שחיטת שבת משום דס"ל דמעשה שבת מותרין כמ"ש בפ"י משבת אבל בעכו"ם ושור הנסקל דאסורין בהנאה ס"ל להרמב"ם דלאו שמה שחיטה דגרוע יותר מנחירה כיון שאינו ראוי לכלום ועוד ראיה ברורה דבפ"ב מנגנה דין ח' פסק דעל שחיטת טריפה ועל שחיטת חולין בעזרה חייב בד' וה' וכתב על חולין בעזרה הטעם מפני שאין אסורין בהנאה רק מדרבנן ע"ש הרי להדיא דאם היו אסורין מדאורייתא היה פטור

מד' וה' ולפ"ז הרא"ש והטור שחששו כזה לדעת מאן דס"ל דמעשה שבת אסורין בהנאה בוראי בכה"ג שחיטה שאינה ראויה לאו שמה שחיטה ופטור מד' וה' וגם הטעם שכתבנו בסי' ש"ן בשחיטת טריפה משום דמטהרת מטומאתה לא שייך בשחיטת שבת אם נאמר דאסורין בהנאה דשחיטת טריפה רבייה קרא שתטהר מטומאה [חולין עדי] אבל כשיש בזה איסור הנאה אין על זה שם שחיטה כלל כדמוכח מהרמב"ם פ"ב מאה"ט דין ו' ע"ש ואין לחלוה שבענין זה דד' וה' נפסוק לענין טריפה וחולין בעזרה דשמה שחיטה ולענין עבו"ם ושור הנסקל ושחיטת שבת למאן דאוסר בהנאה דלאו שמה שחיטה דוראי כן הוא דדבר האסור בהנאה אין שם שחיטה ע"ז כלל ועוד דלפי הטעמים שנאמרו בש"ס [סס פסי] בענין שחיטה שאינה ראויה למה באותו ואת בנו שמה שחיטה ובכיסוי הדם לאו שמה שחיטה מוכח להדיא כדברינו [לתמך סס מסוס לל' סתמס גלסון מכמיס וס"ע כב"ק ע"ש בעכו"ס וס"ב וסכ"ע סתמס סכנייתא דעת ר"ם גלסון חכמיס וכמיכיסס ומולין בעזרס סתמס מסגהו דעת ר"ת גלסון מכמיס וזק]

ז כתב הרמב"ם [סס] זרק חץ בשבת מתחלת ארבע לסוף ארבע וקרע בגד חבירו בהליכתו או שהדליק גדיש של חבירו בשבת וכו' וכן אם קצץ אילן חבירו ביו"ט והתרו בו או שהדליק את הנדיש ביוה"כ והתרו בו או נגב וטבח ביוה"כ והתרו בו פטור מן התשלומין עכ"ל ולדעת הטור שבסעיף הקודם כפי מה שבארנו נגב וטבח ביוה"כ במזיד פטור מד' וה' אף בלא התרו בו מפני שהוא שחיטה שאינה ראויה ואפשר דס"ל דמעשה יוה"כ מותר בהנאה ולא דמי לשבת [וכחולין קו' לא מסמע כן] עוד כתב דהנגוב חלבו של חבירו ואכלו משלם לו דמי חלבו דחלב הוא איסור כרת ואין בו אלא חיוב מלקות ודינו כשוחט ביוה"כ דלא מפטר אלא בזמן הבית והתרו בו ואפילו בכה"ג אם הגביה מקודם ואכלו חייב דמשעת הגבהה קנה וחיוב מלקות אינו אלא בעת אכילתו ולא באו באחר ולא מפטר אלא כשהחב לו חבירו לתוך בית הכליעה מרצונו ויכול להשליכה לחוץ דאל"כ אין בזה חיוב ממון להאוכל או שהחב לו חבירו משקין של תרומה לתוך פיו שאינם ראיים להשליכן לחוץ מפני שנמאסים בתוך פיו וחיובו היא אהנאת גרונו וסעיו ונמצא שבאין כאחד [כמוכח לי: וע"ש בתוס']:

ח בסי' שנ"ח יתבאר דהחותר במחתרת לגנוב מותר להורגו כל זמן שעודו במחתרת משום דהתורה אמרה שהבא במחתרת הולך גם על נפשות והבא להרגך השכם להרגו ולכן הבא במחתרת וגנב כלים והוציאן ושברן פטור אע"פ ששברן אחר שהוציאן מרשות הבעלים ואם הכלים בעין חייב להחזירן כמ"ש בסעיף ג' וי"א דאינו נפטר אא"כ שברן בעודו במחתרת אבל אם שברן אח"כ חייב לשלם מפני שהם ברשות בעלים עד השבירה ובעת ששברן לא נתחייב אז בהטירה ולזה הסכים הטור והרמב"ם ס"ל כדעה ראשונה ואב החותר על בנו חייב תמיד לשלם דאין בו חיוב מיתה כמ"ש שם:

סימן שנב [דין המוען מענת גנבה בפקדון ונשבע ובאו עדים ובו י"ג סעיפים]:

א המוען על הפקדון שהופקר בידו שננגב ונשבע ואח"כ באו עדים שנשבע לשקר שהיה הפקדון אז בידו חייב בכפל ולמדו חז"ל זה מקרא דכתיב כי יתן איש אל רעהו כסף וגו' וגנוב מבית האיש אם ימצא הגנב ישלם שנים אם לא ימצא הגנב ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח ידו וגו' על כל דבר פשע על שור על חמור וגו' על כל אברה וגו' ישלם שנים לרעהו וקבלו חז"ל דהאי אם לא ימצא הגנב פירושו שאם לא ימצא כמו שאמר אלא הוא עצמו גנבו ישלם שנים כמו הגנב עצמו והכי משמע פשוטא דקרא דהא הגנב השני מיותר דה"ל למכתב אם לא ימצא ונקרב וגו' וגם ישלם שנים לרעהו דסיפא דקרא למה לי והרי מקודם כתיב ישלם שנים ועוד דהאי לרעהו אם אגנב קאי שישלם להמפקיד הרי ברישא דקרא קורא את הנפקד רעהו אלא דה"פ דבע"כ מאי דכתיב וגנוב מבית האיש אין הכוונה שהמפקיד יורע שננגב או עדים מעידים שננגב דא"כ איך אומר ונקרב אל האלהים לישבע שבועה זו למה אלא פירושו שהנפקד אומר שננגב ולכן צריך שבועה גם על הגנבה לבד השליחות יד ולזה אמר אם ימצא הגנב ישלם שנים ואם לא ימצא כמו שאמר אלא שעדים מעידים שהוא עצמו גנבו ג"כ הדין כן וישבע שלא שלח בו יד ראם שלח בו יד חייב באונסים ועל כל דבר פשע על שור וגו' כל ענייני פשע הן שהננב גנבו והן שבעצמו גנבו ישלם שנים לרעהו ולכן מסיים לרעהו כלומר רעהו הקודם הינו הנפקד להמפקיד וכיון דדינו כגנב עצמו לענין כפל ממילא דגם לענין ד' וה' דינו כן כשמטבח ומכר [ב"ק סט:] וזוקא כשנשבע קודם שבאו עדים אבל אם לא נשבע קודם איני משלם כפל וזהו דכתיב ונקרב בעה"ב אל האלהים כלומר דמיד כשהבעו נשבע שננגב ואח"כ העידו עדים שבעצמו גנבו וכן דוקא כשטען שננגב אבל אם טען מענת אבד ונשבע ובאו עדים שבעצמו גנבו פטור ודבר זה הוא גזירת התורה שבטענת אבד אינו משלם אלא קרן [סס]:

ב כתב הרמב"ם בפ"ד שאם שלח בו יד בהפקדון קודם שנשבע

שנשבע פטור מכפל אפילו נשבע ובאו עדים מרכחיב אם לא שלח בו יד דאם שלח יד נחשבת כשלו לענין זה דפטור אח"כ מכפל והרא"ש חולק עליו דאע"נ דנעשה גולן חייב בכפל דהחלתו גנב הוא אבל אם טען מקודם טענת אבידה ונשבע וחזר וטען טענת גניבה ונשבע ואח"כ באו עדים שבעצמו גנבה פטור מכפל דכיון דעיקר הכפל השבועה מחייבתה והוא כבר נפטר מהכפל בהשבועה שנשבע על טענת אבד אבל אם טען טענת גניבה ונשבע ובאו עדים וחזר וטען שנגנבה אח"כ ונשבע ובאו עדים שגם עתה נשבע לשקר אפילו היה כן הרבה פעמים חייב כפל על כל שבועה ושבועה שהרי לא הפסיק במענה שפטרתו מכפל אך הקרן אינו משלם אלא פעם ראשון ועל כל שבועה משלם הכפל דהכפל השבועה מחייבתו ולא הקרן :

ג וכן הדין באבידה דמי שמצא אבידה ובא בעל האבדה ליטלה וא"ל שגנבה ונשבע ואח"כ באו עדים שהיתה האבדה בביתו דינו כגנב להתחייב בכפל וד' וה' דכתיב בהאי קרא על כל אבדה אשר יאמר ובא בקבלה דה"פ דבאבדה כשיטענן טענת גנבה וישבע ויבואו עדים דינו כגנב עצמו ולדעה שכתי רס"ו דשומר אבדה דינו כש"ש לא משבחת לה אלא בטוען שגנבה ע"י ליסטים מזויין דהוי אונס דאל"כ הרי לא מפטר בטענת גניבה ואין כאן כפל :

ד אם לא באו עדים לאחר השבועה אלא שמעצמו הודה שנשבע לשקר חייב בקרן וחומש ואשם וזהו אשם גזלות ובזה אין חילוק בין טענת גנבה לאבדה וכן באבדה חייב בזה כמפורש בתורה נפש כי תחטא וגו' וכחש בעמיתו בפקדון או מצא אבדה וכחש בה ונשבע על שקר והשיב את הגזלה או את הפקדון או את האבדה אשר מצא וחמישיתיו יוסף עליו ואת אשמו יביא לה' וגו' וזהו שבועת הפקדון :

ה וכתב הרמב"ם בפ"א משבועות דכל מי שיש בידו ממון חבירו בין פקדון בין מלוה או שגזלו או עשקו או מצא לו אבדה ולא החזירה וכיוצא בזה ותבע ממנו ממון שיש לו בידו וכפר בו ה"ז עובר בל"ת שנאמר לא תכחשו זו אזהרה לכפירת ממון ואין לוקין על לאו זה ואם נשבע לו על שקר על הממון שכפר בו ה"ז עובר בלאו אחר וע"ז נאמר לא תשקרו איש בעמיתו זו אזהרה לנשבע על כפירת ממון ושבועה זו היא הנקראת שבועת הפקדון ומהו חייב בזה משלם את הקרן שכפר בו עם תוספת חומש ומקריב אשם ודאי בין שהיה שוגג בין שהיה מזיד שנאמר וכחש בעמיתו וגו' והיה כי יחטא ואשם ולא נאמר בו ונעלם לחייב מזיד כשוגג ורוקא שהזיד בהפקדון או בחמשון שנתחייב בו וידע בו בשעת שבועה אבל אם שגג ושכח שיש לו אצלו ממון ונשבע ואח"כ ידע ה"ז אנוס ופטור מכלום וכן אם לא ידע שאסור לישבע לשקר על כפירת ממון ה"ז אנוס ופטור א"כ היאך הוא שוגג שבועת הפקדון כגון שנעלם ממנו אם חייבין עליה קרבן אם לאו וידע שהיא אסורה ושיש לו אצלו ממון זו היא שגגתה ודוגה הוא כשידע שחייבי עליה קרבן עכ"ל וכיצד היא שבועה זו נתבאר ביו"ד בסי' רל"ו ועל כל שבועה משלם חומש ואשם כמו בכפל ועמ"ש בסי' שם"ו :

ו הפקיד לשנים ושמעו שנגנב ונשבעו שניהם ואח"כ הודה האחד ועל השני באו עדים הקרן משלמים בין שניהם וזה שהודה משלם חומש ואשם וזה שבאו עליו עדים הוה ספיקא דדינא אם משלם כפל לפי חלקו דכיון דההודה לא חייבה במאן אחר חומש וכפל לא מחייב או אשר כיון דשנים הם חייב זה בחומשו וזה בכפלו ולכן אין מחייבין אותו לשלם ואם תפס הנפקד אין מוציאין מידו וזהו דעת הרמב"ם אבל דעת הטור להיפך דכפל ודאי משלם זה שיש עליו עדים והספק הוא על החומש :

ז טען טענת גנב ונשבע וחזר וטען טענת אבד ונשבע ובאו עדים שלא נגנב והודה הוא שלא אבד הואיל שמשלם תשלומי כפל ע"פ עדים אינו משלם חומש על שבועה אחרונה אע"פ שהודה שחטטון המחייבו בכפל פוטרו מן החומש [ב"ק קמ"] ואין לתמוה לדעת הרמב"ם בדין הקודם שפסק דחומש ודאי משלם והכפל ספק אלמא דהחומש מרחף להכפל ובכאן הוי להיפך שהכפל מדחה את החומש ג"ל דס"ל להרמב"ם דזהו ודאי דבכ"מ שיש לחייב או חומש או כפל מחייבינן יותר בחומש מבכפל מפני שבחומש יש גם חלק גבוה והוא האשם רק בכאן שמתחלה באו עדים ונתחייב כבר בהכפל לכן מדחה את החומש הבא אחריו [ומיושב קושית סקור] עוד ג"ל שהרמב"ם דקדק בדבריו שהעדים העידו שלא נגנב אבל אם העידו שאצלו היה לא היה חייב על הודאתו דאין אנו צריכין להודאתו שכבר הכחישוהו העדים [קושית סקור' סס] ואע"ג דבלא נגנב לחוד א"א לחייבו כפל י"ל שאחר הודאתו ביארו דבריהם ג"כ שאצלו היה [ורס"י לג פ' כן ע"ם] :

ח שבועה המחייבת חומש ואשם הוא בין שנשבע בב"ד בין שנשבע שלא בב"ד אבל שבועה המחייבתו כפל אינה אלא בב"ד שחייבוהו לישבע דהא ונקרב אל האלהים כתיב ואין להקשות לפ"ז איך משכחת לה שנשבע שני פעמים ובאו עדים וחייב שני כפלין כמ"ש בסעיף ג' והרי כיון שראו ב"ד שנשבע פעם אחת לשקר איך השביעוהו פעם שנית והרי הוא חשוד על השבועה די"ל שהיה בב"ד אחר או שעשה תשובה בינתים [סס"ם] :

ט תבע המפקיד פקדונו מנפקד ונשבע שגנב והוכר הגנב ותבע הנפקד את הגנב והודה שגנבו ואח"כ תבעו המפקיד וכפר ובאו עדים שגנב יש להסתפק אם זה שהודה להנפקד פוטרו מכפל שכפר להמפקיד כמו אם היה מורה מקודם להמפקיד עצמו או אפשר כיון דלאו ממונא רנפקד הוא אין בהודאתו כלום ואמרו חז"ל

[סס] דאם הנפקד נשבע באמת והיה פטור מדינא שלא פשע בה הוי כבעלים לעניין זה שבהוראה לפניו נפטר מהכפל דכיון דעליו מוטל לחזור אחר הגנב ונשבע באמת הוי הוראה שלפניו הוראה טובה אבל אם לא נשבע באמת כגון שפשע בה והיה חייב מדינא לשלם או שטענן נאנסה ונמצא שנגנבה אף שאין נ"מ לדינא כגון שהוא שומר חנם [כ"מ מרמ"י סס] מ"מ כיון שהוא שקרן אגן מהדי דלא ניחא להו להבעלים שיהיה שומר עוד לפיכך אין בהודאתו כלום ומשלם כפל על כפירת הנפקד והרמב"ם ז"ל כתב בפ"ד דהוי ספיקא דדינא ואין מוציאין ממנו הכפל ואם תפס אין מוציאין מידו [ופסק כן מזוס דכנמ' יש פלוגתא בזה ע"ס בליסנא לרי"מ] :

י תבע המפקיד לנפקד ושילם לו ואח"כ הוכר הגנב וחבעו המפקיד והודה לו שגנב ואח"כ תבעו הנפקד וכפר ובאו עדים הוי ספיקא דדינא גם לדעה ראשונה דאע"ג דהכפל שייך להנפקד מ"מ כיון שעשה טובה להמפקיד ששילם לו אולי מחוייב המפקיד לעשות לו טובה לחפש אחר הגנב וא"כ הוי הודאה שלפניו הודאה ופוטרו מכפל או דילמא כיון דכבר נסתלק הוה כאחר :

יא המוען טענת גנב בפקדון של קטן אע"פ שתבעו בגדלותו מ"מ כיון שהפקיד בקטנותו פטור הנפקד מכפל שנאמר כי יתן איש אל רעהו ואין נתינת קטן כלום דהנתינה והתביעה שניהם צריכים להיות בגדלות וכן לחרש ושוטה ואם נתן הפקדון בעודו פקח ואח"כ נתחרש בעת התביעה ג"כ פטור מכפל כמ"ש אבל אשה חייבת בין שהיא נפקדת ובין שהיא מפקדת דאשה הוקשה לאיש לכל דינין שבתורה כמ"ש בסי' שמ"ח :

יב כבר נתבאר בסימן שמ"ח סעיף י"א דמדין תורה כשאין לגנב לשלם שמוכרין אותו על הקרן לעבד עברי בגמן שהיובל נוהג ואינו נמכר אלא לשש שנים כדכתיב כי תקנה עבד עברי שש שנים יעבד ובאה הקבלה דזהו כשב"ד מכרוהו בעד גנבתו ולכן אם הקרן מהגנבה היה שוה מאה זוז והגנב אינו שוה למלאכתו רק חמשים מוכרין אותו בחמשים והשאר עם הכפל או עם הד' וה' נשאר עליו חוב עד שיצא בשביעית ויתעשר וישלם ואם היה שוה להשש שנים יותר מכפי גנבתו אפילו זוז אחד יותר מהקרן אינו נמכר כלל שנא' ונמכר בגנבתו עד שיהיו דמיו כולן מובלעין בגנבתו ודבר זה הוא מפי הקבלה [קדושין יח] :

סימן שנג [דיני יאוש ושינוי השם ושינוי רשות ובו ט' סעיפים] :

א כתיב והשיב את הגזלה אשר גזל ומיותר הוא דפשיטא שמשיב אשר גזל ולא דבר אחר ומזה דרשו חז"ל דזוקא כעין שגזל יחזיר הגזלה עצמה אבל אם נשתנית אינו מחזיר הגזלה עצמה דקנאה בשינוי אלא מחזיר דמיה כפי שויה בשעת הגזלה וכן בגנבה הדין כן ובכפל וד' וה' ג"כ התשלומין כעין זה :

ב ושלשה מיני שינוים הן שינוי מעשה ושינוי השם ושינוי רשות שינוי מעשה הוא כגון שגנב עצים ועשאן כלים קונה בזה לבדו ודוקא בשינוי שאינו חוזר לברייתו כגון ששיפה את העצים וקצצן אבל בשינוי החוזר כגון שדבקן במסמרים שביכולה להסיר המסמרים וישובו העצים לקדמותן אין זה שינוי כלל ופרטי הדינים יתבאר בסי' ש"ם בס"ד ושינוי השם הוא כגון שגנב טלה ונעשה איל ושינוי רשות הוא כגון שמכרה או נתנה לאחר ושינוי זה אינו קונה רק עם יאוש כמו שיתבאר :

ג לפיכך אם נשתנה שם הגנבה ביד הגנב כגון שגנב טלה ונעשה איל או ענל ונעשה שור קנאה בשינוי השם ואין לו להחזיר אלא דמים שהיתה שוה בשעת הגנבה וגם הכפל וד' וה' משלם כן בשינוי זה וכן בשינוי מעשה שאינו חוזר לברייתו אבל שינוי החוזר אינו קונה אפילו מדרבנן ויש מי שאומר דבשינוי השם בלבד בטלה ונעשה איל וענל ונעשה שור דבשנה ראשונה נקראים טלה וענל וביון שנכנם השנה השנית נשתנו שמותיהן

שמותיהן ס"ם כיון דכלשון התורה גם שור בן יומו קרוי שור דכתיב שור או כשב או עז כי יולד לא מקרי שינוי אלא כשנעשים נחלים שיהיה השינוי ניכר במראיתן [ים"ם] וי"א דהלכין בזה אחר לשון ב"א ובלשון ב"א אין קורין לשור בן יומו שור [ס"ך] ולפ"ז לא פליגי כלל דזהו וראי שבלשון בני אדם לא נשתנה שמן משנכנסו בשנה השנית אלא משנעשה גדולים שנראים לעין שיצאו מכלל טלה וגעל ודע דבב"מ שקונה בשינוי קונה אפילו כשירצע שהיא גנובה וגזולה [סמ"ע ל"ם כם"ת] :

ד נתייאשו הבעלים מהגנבה אינו קונה וצריך להחזירה בעינה וכך נפסקה ההלכה דיאוש אינו קונה רק די"א דשינוי החוזר לברייתו עם יאוש קונה וא"צ להחזיר אלא דמים בין בשינוי השם בין בשינוי מעשה דגם בשינוי השם יש החוזר לברייתו כגון שגנב קורה והניחה על הגג דמעיקרא היה עליה שם קורה ואח"כ יש עליה שם גג והמעם דבחד אלימא כחם ואינו בעין שנול וכן שינוי מעשה החוזר עם שינוי השם החוזר כגון שגול הדם ואגרו עם הלולב וכיוצא בזה קנה [סוס' סוכס ג:] וי"א דגם יאוש לחוד קונה מדרבנן [כס ל"ם סיטי] ובדאורייתא יש לחוש לזה כמו לקדושי אשה וכיוצא בזה וכ"כ המור ע"ש :

ה שינוי רשות אינו קונה רק עם יאוש וגרע משינוי מעשה ושינוי השם והטעם דהרי לא נשתנה בעצם כלל ואף לא בשמו רק שנשתנה מרשות זה לרשות אחר ועם יאוש קונה דטעמא דיאוש אינו קונה בגנבה וגזלה אף דבאבדה יאוש קונה משום דאבדה בהתירא אתי לידיה אבל גנבה באיסורא אתי לידיה ולכן בשינוי רשות עם יאוש הוי דומיא דאבדה דהא להאחר באה בהיתר דהוא לא גנבה ולא גזלה ודעת הרמב"ם דאין חילוק בין שהיאוש היה קודם השינוי רשות שמקורם נתייאשו הבעלים ואח"כ מברה הגנב ובין שנתייאשו אחר שמכר ויש מרבותינו דס"ל דאינו קונה אלא כשהיאוש קרם לשינוי הרשות ואם מכרה הגנב ואח"כ נתייאשו הבעלים לא קנה הלוקח ויש להסביר המעם דהא גם באבדה אם מצאה קודם יאוש לא קנה דקי"ל יאוש שלא מרעת לא הוי יאוש ולכן זה שהגנבה באה לרשותו קודם יאוש בעלים דומה לאבדה שמצאה קודם יאוש ורבינו הרמ"א פסק כדעה זו ולפ"ז אם הבעה"ב אינו יורע שגנבה ממנו אינו קונה אפילו אם יתורע אח"כ משום דקדמה השינוי רשות להיאוש [ס"ך] :

ו שינוי רשות ויאוש אינו דומה לשינוי השם ושינוי מעשה שבהם אין הקנין רק לגוף הגנבה ודמים צריך לשלם אבל ביאוש ושינוי רשות א"צ זה הקונה גם לשלם דמים דכשהגנבה היא ביד הגנב אע"פ שקנאה בע"כ חייב לשלם הגנבה משא"כ האחר שקנאה מהגנב מה לו לשלם והגנב משלם להבעלים והרמב"ם בפ"ה מגנבה כתב דביאוש ושינוי רשות קונה הלוקח ואינו מחזיר הגנבה עצמה לבעליה אלא נותן להם הדמים אם לקח מגנב מפורסם או אינו נותן כלל לא חפץ וכא דמים אם לקח מגנב שאינו מפורסם עכ"ל וז היא הגירסא שלפני מפ"שי הרמב"ם ולפנינו הגירסא דזה שאינו נותן דכים הוא מפני תקנת השוק ולא מרינא ורבינו הב"י כתב בסעיף ג' ג"כ המעם מפני תקנת השוק וכתב ע"ז רבינו הרמ"א די"א דא"צ ליתן דמים בקנה מגנב מפורסם דקנה לגמרי ומשמע מדבריו דדעת הרמב"ם היא דאינו קונה ביאוש ושינוי רשות מדינא ורק בגנב שאינו מפורסם א"צ להחזיר דמים מפני תקנת השוק וכן משמע מס"ש בסי' שנ"ו וי"א דכל הפוסקים מודים להרמב"ם דכלקח מגנב מפורסם לא הוי שינוי רשות נמור דבאיסורא אתי לידיה ולכן מחזיר הדמים [ס"ך] וחלקו עליו דוראי כל הפוסקים חולקים על הרמב"ם והוא ס"ל דיאוש ושינוי רשות אינו קונה לגמרי רק שא"צ להחזיר נוף החפץ ודמים צריך לשלם וכל הפוסקים ס"ל דהוי קנין גמור ולכן אף בלקח מגנב מפורסם כיון שהוא לאחר יאוש קונה לגמרי [סנ"ח] ולי נראה דגם הרמב"ם ס"ל ככל הפוסקים דהוי קנין גמור דכן מוכח בש"ס [כ"ק קמו:] אלא דס"ל מסברא דכשם שתקנו חכמים בלקח מגנב שאינו מפורסם קודם יאוש דהבעלים צריכים להחזיר הדמים ללוקח כפני תקנת השוק כמו כן בלקח אחר יאוש מגנב מפורסם דראוי לתקן שיחזיר הדמים לבעלים מפני הקנת הבעלים דלא היה לו ליקח מגנב מפורסם והגירסא בדבריו דלא בגירסא שלפנינו והפוסקים חולקים עליו מפני שלא מצינו תקנה זו בש"ס [ומ"ש הס"ך מתוס' מרובם סז' לע"ע דלא כתבו רק לימוק מתר זיטי לטום] :

ז י"א דגם בלקח מגנב שאינו מפורסם לאחר יאוש להרמב"ם אם לקח ממנו בוול ישלים ער כדי שיווים להבעלים [סמ"ע] ויש חולקים וראיה לזה ממ"ש בסימן ל"ז דהנולן שמכר בגד לאחר יכול הגנול להעיד לו מפני שאינו נוגע בדבר שאין מחזירו כשקנהו לאחר יאוש ואם נאמר דמשלים להבעלים כשלקח בוול הרי אפשר דהוא נוגע בדבר ורצונו להעמידו ביד הלוקח כדי ליקח מותר שויה [ס"ך] ועוד דלפמ"ש בסעיף ו' גם הרמב"ם ס"ל דהוי קנין גמור ואינו מחזיר לו כלום :

ח שינוי רשות לא מקרי רק כשמכר או נתן אבל אם מת והורישוהו לבניו לא הוה שינוי רשות דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי ויתבאר בסי' שס"א ועוד יתבאר שם מה נקרא שינוי רשות ע"ש :

ט י"א אע"ג שיאוש ושינוי רשות קונה ס"ם אם השינוי רשות הוא לדבר מצוה וע"י המצוה נעשית השינוי כגון שגול בחמה ונתיאשו הבעלים והקדישה הגנב דהוה יאוש ושינוי רשות להקדש פטורה לקרבן דהוה מצוה הבאה בעבירה כיון שע"י המצוה נעשית העבירה אבל אם הקנין הוי קודם השינוי יכול להביא לקרבן כגון

שנגל חמים וטחנם וקנאם בשינוי מעשה והקרישן למנחות יכול להביא מהם מנחה מפני שקנאם קודם שהקרישן מיהו לענין ברכה גם בבה"ג לא יברך עליהם דאין ראוי להזכיר שמו של הקב"ה על ענין שהיה גזל וכך אמרו חז"ל הרי שגזל סאה של חמים וטחנה ואפאה וברך עליה אין זה מברך אלא מנאץ וע"ז נאמר ובוצע ברך נאץ ה' [ב"ק ל"ד:] אבל מדברי הרמב"ם בפ"ו מהמץ חולק בזה וצ"ל דס"ל דמי שאומר כן פ"ל דשינוי אינו קונה [ולפיכי דימוי בעלמא הוא ע"ש] אבל יש מרבותינו שפוסקים כן [תוס' סוכה ל' וב"ק סד' ד"ה ממר עוקבא] וע' בא"ח סי' קצ"ו ותרמ"ט [ועלמ"ד פ"ו מברכות] :

סימן שנד [דיני שבח שנשבחה הגנבה או נפחתה וכן אם נתייקרה והוולה ובו ט"ו סעיפים] :

א כתב הטור השביחה הגנבה ביד הגנב לא מיבעיא אם גנב פרה ריקנית ונתעברה אצלו וילדה או רחל ריקנית ונטענה אצלו וגזזה שהניזה והולדות שלו אלא אפילו גנב פרה מעוברת וילדה ורחל טעונה וגזזה הכל שלו ואינו חייב לשלם אלא כמו שהיו שוות הפרה ורחל בשעת הגנבה שקנאה בשינוי דמה שילדה וגזזה חשיב שינוי גמור ולא עוד אלא אפילו תבעום הבעלים בעוד הפרה והרחל טעונות כל השבח של הגנב היכא שגנבה ריקנית ונתעברה הפרה ונטענה הרחל אצלו עכ"ל ום"ל דלידה וגיזה הוי שינוי גמור אפילו לקנות הבהמה עצמה ואין זה שינוי החוזר לברייתו דמה שהלד עוד לידה אחרת היא וכן בגיזה מה שגיזזו פעם אחרת הוא צמר אחר ובין שהיתה ריקנית ונתעברה אצל הגנב אע"פ שלא ילדה עדיין הוי שינוי ובין שגנבה מעוברת וילדה אצלו אבל גנבה מעוברת ולא ילדה אצלו אף שהעובר נתגדל בהזמן שהיתה אצלו אין זה שינוי [ב"ח] דשינוי לא הוה אלא בנשתנה מריקנית לעיבור ומעיבור ללידה וכן הדין בגיזה וזהו דעת הרא"ש ז"ל :

ב ואין להקשות לפ"ז למה אמרנו בגנב מעוברת וילדה אצלו דמשלם בשעת הגנבה והרי אלו תבעה קודם לידה רגע אחד היה נוטלה כמו שהיא ולמה לא ישלם כרגע שקודם הלידה דאינו כן דעיקר הדין כן הוא דכל שנשתנה הדבר א"צ לשלם בפי קודם השינוי אלא כשעת הגנבה וראיה דהא בגנב טלה בן יום אחד ונעשה איל יותר מבן שנה אינו משלם רק טלה בן יום אחד אע"ג דאלו תבעו בכלות השנה היה צריך להחזירו כמו שהוא מ"מ כשנשתנה א"צ לשלם אלא בשעת הגנבה [רמ"ח פ"ע דכ"ק פ"נ] והטעם הוא דשינוי ילפינן מקרא דאשר גזל ולבן כשנשתנה צריך לשלם כאשר גזל :

ג ויש מרבותינו דס"ל דלידה וגיזה לא הוי שינוי כלל לענין הבהמה עצמה אלא רק להלידה והגיזה עצמה דהבהמה הרי לא נשתנית [ממ"י ורמ"ה ורטו וכ"מ מרס"י סס] :

ד ויש מרבותינו דס"ל דבילדה אצלו וגזזה אצלו הוי שינוי גמור וקנה גם נוף הבהמה דהגוף נשתנה שהיתה מלאה ועתה היא חסרה אבל בגזל ריקנית ונתעברה ונטענה אצלו ועדיין לא ילדה ולא גזזה הוי שינוי החוזר לברייתו ולא קנה גוף הבהמה רק השבח הוה כולו דגזלן מפני תקנת השבים [רמב"ם ויס"ם סס סי' ד' וכ"מ דעת כ"מ פמוס' ל:: ד"ה בשבח] :

ה ובשבח שנתפטמה הבהמה שהיתה בחושה והשמינה אין זה שינוי דלא נתוסף גוף אחר אלא שהשביחה וזהו כיוקרא ווולא ויש לזה דין שבח ויש חילוק בין נתפטמה מאליה ובין שהוא פיטמה כאשר יתבאר בס"ד :

ו והרמב"ם בפ"א דין י"א יש לו שיטה אחרת בכ"ז וז"ל היתה הגנבה ביד הגנב השביחה מאליה כגון בבשה שילדה וגזזה משלם אותה ואת גיזותיה ואת ולדותיה ואם אחר יאוש ילדה וגזזה משלם כשעת הגנבה הוציא עליו הוצאה והשביחה כגון שפטמה הרי השבח של גנב אפילו לפני יאוש ובו' עכ"ל ובפ"ב מגזילה דין א' כתב הגזולה שלא נשתנית וכו' אע"פ שנתייאשו הבעלים ממנה וכו' ה"ז חוזרת לבעליה בעצמה ואם נשתנית ביד הגזלן אע"פ שלא נתייאשו הבעלים ממנה קנאה בשינוי ומשלם דמיה כשעת הגזלה וכו' נתייאשו הבעלים כמנה ולא נשתנית קנה הגזלן כל השבח שהשביחה אחר יאוש ואינו משלם אלא כשעת הגזלה ודבר זה מדבריהם מפני תקנת השבים וכשמחזיר לו הגזלה שמין לו השבח ונוטל מן הגנזל עכ"ל :

ז ורבים תמהו על דבריו דלהדריא מביאר בגמ' [ל:] דלידה וגיזה הוי שינוי אמנם דעתו ז"ל דזה אינו אלא לר"מ דלית הלכתא כוותיה אבל לר"י ור"ש אין זה שינוי ואין זה אלא שבח כשבח פיטום [סנה"ח] וכן משמע שם בגמ' [לה:] דלר"י ור"ש אין זה רק שבח [ומקורן קוסים סמוס"] ובשבח נופא ס"ל דיש חילוק בין לפני יאוש ובין לאחר יאוש משום דמדינא היה צריך להחזיר כל השבח להגנזל ביון דאין זה שינוי רק מפני תקנת השבים עשו כן שיהיה השבח להגזלן ותקנת השבים אינה אלא לאחר יאוש דקודם היאוש למה לנו לעשות תקנת ברבר שהבעלים לא נתייאשו ורק כשוה כבר נתייאש אין לנו לרפות ידיהם של בעלי תשובה וכשנאמר להם שיחזירו גם את השבח ימנעו מלעשות תשובה ולכן תקנו כן שיחזיר הגזלה כמו שהוא והגנזל מחזיר דמי השבח להגזלן

לחנוכן [ומדוייק דברי ר"י שמאי נזלה מוזלת בניסיון וכ"מ מ"ש דפליג ומאי שמין ודוק] ושבח של היוצאה צריך חסיד להחזיר להגוזן ובשנשתנית קונה הכל גם השבח וא"צ לשלם רק הדמים שבשעת הגזילה ורבינו הב"י העתיק דברי הרמב"ם בסעיף א' ובסי' שס"ב יתבאר עוד בדעת הרמב"ם ז"ל בס"ד:

ח ורבינו הרמ"א כתב די"א דאפילו שבח מאליה הוא של גנב אפילו קודם יאוש וכ"ש אם גנב בבשה ונתעברה אצל גנב דהשבח של גנב אפילו הבעוה הבעלים קודם שילדה תואיל וגנבה ריקנית עכ"ל ואין כוונתו על כל מיני שבח אלא על לידה וגיזה וביאור דבריו דלא מיבעיא בשילדה וגזזה דהוי של גנב משום דזהו שינוי ולא שבח אלא אפילו נתעברה ועדיין לא ילדה כיון שגנבה ריקנית הוי שינוי וזהו דעת הטור כמ"ש [וקושית סימוי זה כלשון סמה כפי לשון סמחבר ומ"ש כל מס שסקשו הסמ"ע וסס"ך]:

ט גנב בהמה או כלי ובשעת גנבה היתה שוה ד' וז ועכשיו בעת העמדה בדין אינו שוה אלא שנים משלם הקרן כשעת הגנבה דכל הגולנים משלמים כשעת הגזילה ומ"ם להיפך כשמתחלה שוה שנים ולבסוף ד' וז אם שבר או סכר או שחט או איבד בידים משלם כשעת היוקר דעיקר חיובו על שעת שבירתו דהא אם לא איבדו היה מחזירו כמו שהוא נמצא דעיקר חיובו על שעת הגזל ואינו דומה למ"ש בסעיף ב' דסי הבריחו לאבד בידים ולכן אם נאבדה מאליה או מתה או נשברה משלם כשעת הגנבה דאז הוי חיובו ולכמה לא אמרינן בהווזלה דכשאיבד בידים שישלם כשעת שבירה כדי שלא יהיה חוטא נשכר דאם לא שברה בידים היה משלם ביוקר ובזה שאיבד בידים ירויח אבל בהוקרה מוקמינן אדינא:

י וחיובא דכפל וד' וה' כתב הרמב"ם ז"ל דהם לעולם כשעת העמדה בדין משום דאז בא החיוב דאלמלי הודה מקודם היה נפטר נמצא דעיקר חיובם הוא משעת העמדה בדין ומ"ם בהוקר ונשברה מאליה או מתה כתבו הרמב"ם והטור דמשלם גם הכפל כשעת הגנבה ונראה דשעמם הוא דלהחסיר מהקרן אין סברא כלל וכן משמע בגמ' [ב"ק סו:] דמקרא שמעינן שאין להחסיר על הכפל שישלם ביוקר מהקרן דהא י"א דכפל וד' וה' משלם לעולם כפי החול בין החול והוקר אפילו שברו בידים ובין הוקר והוזל משום דלעולם צריכין להקל על כפל וד' וה' [ב"ק בתוס' סס ס"ז] אמנם בזה שפסק הרמב"ם דגם בד' וה' אולינן כשעת העמדה בדין כתב הטור דבד' וה' אולינן לעולם בתר שעת מביחה וסכירה שאז בא חיובו ואע"ג דאלו הודה קודם הדין היה פטור מ"ם אלו באו עדים אח"כ היה חייב משא"כ בכפל כיון דחייב עצמו בקרן היה פטור גם בבה"ג כמ"ש בסי' שמ"ח סעיף ט' לפיכך עיקר חיובו דכפל הוא שעת העמדה בדין וד' וה' כשעת מביחה וסכירה [צפמ"ע וס"ז] עוד כתב הטור דאם הוקר או הוזל בין מביחה להעמדה בדין לעולם בתר מביחה אולינן [כ"ל וכ"מ מהרמ"ם דמד' וה' קאי ומס עמין מניסיס לכמן והבי סב"ח לע"ע וזוק]:

יא כתב הטור ובחשא ופטמא דהוי סמילא כיוקרא וזולא דמי שאם היתה בחושה ונתפטמה מאליה ומבחה ומברה משלם הכל לפי מה ששוין עכשיו היתה שמנה והוכחשה משלם הקרן כרמעיקרא וכפל וד' וה' כדהשתא אבל אם הוציא עליה יציאה והשמינה בין קרן בין כפל וד' וה' אינו משלם אלא כרמעיקרא וכן אם הבחישה הוא משלם הכל הקרן והכפל וד' וה' כשעת הגנבה עכ"ל והטעמים מבוארים דבשבח הבא מאליו אין לגנב עסק בו לכן משלם הכל לפי השבח כשמבחה ומברה ובהוכחשה מאליה הוה כהוזל שהקרן משלם כפי היוקר שמקדם וכפל וד' וה' כשעת הזול משום דאז בא להם החיוב וממילא דלרעת הטור שנתבאר מקודם אולינן בד' וה' בתר שעת מביחה כמ"ש וי"א דבכפל וד' וה' הולכין תמיד להקל גם בנתפטמה ממילא [ר"ת בתוס' סס] ובכבר נתבאר דעת הרמב"ם דשבח שלאחר יאוש הוי דגנב מפני תקנת השבים ובהוציא היוצאות והשמינה בכל ענין שייך לגנב משום דאין סברא שהוא יוציא הוצאה והבעלים ישלו חלק בהשבח היתר על ההוצאה ופשימא שאם הבחישה שההפסד עליו דמה לי אם הרגה כולה או מקצתה:

יב אמרו חז"ל דאין שמין לא לגנב ולא לגזלן השבחים [ב"ק יט:] ואם גנב או גזל כלי ושברה או פחתה או נשבר ונפחת מאליו אין אומרים יתן לבעלים השברים וישלים עליהם כמו בגזוקין שיתבאר בסי' שפ"ו ובשומרים שנתבאר בסי' רצ"א אלא הוא יטול השברים ויתן להבעלים כלי שלם או דמי הכלי ובירושלמי דרשו זה מקרא דכתיב משור עד שה חיים שנים ישלם ולא מתים וכלים שבירתן והו מיתתן ומזה מבואר דגם בחשבון הכפל אין לחשוב השברים דבהאי קרא כתיב גם כפל ובר' וה' אפשר שרינו בגזקין ובגזלן כתיב והשיב את הגזלה אשר גזל ש"היה בעין שגזל [ורס"י כתב שסות מנסג סדייניס] וי"א דדוקא לשום השברים כשעת הגנבה אין ביכלתו אבל בשיעמא מה ששוה עכשיו יכול ליתן לו והפוסקים השמיטו דעה זו וכן משמע מהירושלמי שהבאנו וכתב רבינו הרמ"א דדוקא כשיש לו מעות אבל אם אין לו מעות ובהכרח ליתן לו מטלטלין לא גריעי שברים אלו משאר מטלטלין ויש חולקים גם בזה [ע' ביסגר"מ סקי"ב]:

יג ודוקא כשהבעלים אינם רוצים לקבל השברים בחשבון אבל אם רוצים לקבלן בחשבון והגנב ישלים הפחת שומעין להם אפילו אם הגנב אינו רוצה בכך אלא רוצה ליתן לו מעות בעד כל הכלי או כלי חדשה משום דלטובת הבעלים הוי האי דינא ולא לרעתם כן

פסק הרמב"ם והקשו עליו למה אין הנגב קונה השבחים בשינוי ויש שדחו דבריו מפני זה [ים"ש וסגר"מ] :

יד נגב או גזל ולא נתייאשו הבעלים אינם יכולים להקדיש לא קדושת הגוף ולא קדושת דמים לא הנגב והגזלן ולא הבעלים אפילו אם יש להם עדי נגבה וגזילה שיכולים להוציאו בדיינים משום דאינם שלהם וגם הבעלים כיון שאינה ברשותו וכתיב ואיש כי יקדיש את ביתו וברשינן סה ביתו ברשותו אף כל ברשותו דמה שאינו ברשותו אינו יכול להקדישו ואינו דומה לפקדון שיד הנפקד הוא כיד הבעלים וכן ליתנו לצדקה אין ביכלתם אבל לאחר יאוש יכול הנגב להקדישו דהוי יאוש ושינוי רשות בר"א במטלטלין אבל כשגזל קרקע אם יש לבעלים עדים שיכולים להוציאה בדיינים יכולים להקדישו דקרקע כברשותו דמי ויראה לי דעבדים ועציץ נקוב אע"נ שבכל דיני התורה דינם כקרקעות מ"מ לענין זה דינם כמטלטלין כיון שיבולים להצניען וקי"ל דסתם נגבה הוי יאוש בעלים כמ"ש בסי' שמ"ח ולכן בנגבה כשהנגב הקדישה קדיש אם לא שידוע שלא נתייאש אבל סתם גזילה לא הוי יאוש כמ"ש בסי' שמ"א וכן לוקח מנגב קודם יאוש אינו יכול להקדישו :

טו בגמ' [כ"ק עמ:] איתא דמי שהפריש שור לעולה וגנבוהו יכול הגנב להחזיר לו כבש ונפטר בכך דכיון שכבש כשר לעולה יכול הגנב לומר פטרתי אותך מנדרך ויש שלמדו מזה בגנוב אתרוג של חבירו או שאר דבר מצוה יכול לפטור א"ע בגרוע מזה ויכול לומר לו הרי אני מחזיר לך לצאת ידי חובת המצוה ואינו כן ורק בקרבן שאין ביכלתו למכרו הדין כן אבל באתרוג וכיוצא בזה הרי היה יכול למכרו ברמים יקרים ולכן חייב להחזיר לו כפי שויו ולבד זה מוכה מדברי חרסב"ם פט"ז ממעשה קרבנות דדוקא הבעה"ב פושר א"ע בכבש וז"ל אמר הרי עלי עולה והפריש שור וגנבוהו פושר עצמו בשה עכ"ל ואפשר שבגמ' היה גירסתו כך [ע"ש בתוס' דגלמ"ס דגם לפניהם לא סיפא דגירסת גנב גלמ"ס ממפלגים כן וסרמב"ם מפרש דמצעלים קלי] :

סימן שנה [נגב שהחזיר הנגבה שלא מדעת בעלים ובו ו' סעיפים] :

א הגונב חפץ מבית חבירו והחזירו למקומו והבעלים לא ידעו שהחזירו אם ידעו הבעלים מהגנבה לא נפטר בהחזרתו בלא ידיעת הבעלים והוא באחריותו עד שיתוודעו מחזירתו כגון שימנה חפציו וימצאם שלמים דכיון שידעו שגנבה הרי נהייאשו מלשמרה עוד ובשהחזירה אינו יודע מזה שישמרנו ולכן כשנודע מזה גם אחר חזירתו כגון שמנה את הכלים ומצא גם הכלי הגנוב בתוכם אף שלא ידעו בשעת החזרה פטור מאחריות והידיעה בעת החזרה אינה מעכבת לפיכך ראובן שגנב מעות משמעון והבליעם לו בחשבון ונתנם לתוך כיסו יצא מפני שאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה ומטילא יתוודע מזה וימצא שהחזיר לו בכלל מעותיו וי"א שצריך שיודע המחזיר שזה יודע מנין המעות שלו אבל כשאינו יודע שזה יודע אין זה השבה דיכול לחיות שלא יתוודע לעולם מהשבתו וכן אם זרקן המחזיר לכיסו שאין בה כלום לא יצא וחייב באחריות הגזילה עד שיודיענו שהחזיר לכיס פלוני ואם לא ידעו הבעלים שגנב מהם מיד בשהחזירן למקומן יצא אע"פ שהבעלים לא מנאום דהא לא סילק שמירתו מהם כיון שלא ידע כלל מהגנבה [עסמ"ע שסקסה על סמ"ע שסרכיב שמי דעות וע"ל דס"ל דגם סרמב"ם מודס שלריך לידע מנין המעות וגם כסנור מודס בסחזיר לכיס ריקס וסרמב"ם יפרס מ"ם בב"ק קיח: סח דחית ליס זוזי דמריס ויודע כמס וסח דלית ליס וכו' ורס"י מפרס דחית ליס ומימו יודע כמס וסח דלית ליס ומכחמס המיד בסכיס ולס"ו לח פליגי לדיכח ודוק] :

ב וזה שנתבאר דבלא ידעו הבעלים קילא השבתו מידעו בר"א בדבר שאין בו רוח חיים אבל בדבר שיש בו רוח חיים אדרבא חמירא השבתו בלא ידעו מבידעו דבידעו מנין פוטר כבדבר שאין בו רוח חיים ובלא ידעו לא מהני מנין עד שיודיע להבעלים שנגנבה והוחזרה שמפני שזה הבעל חי הורגל לצאת ממקומו צריך שמירה מעולה יותר מקודם ולכן צריכין הבעלים לידע מהגנבה והחשבה כדי שישמרום מעתה שמירה מעולה :

ג לפיכך הגונב טלה מן העדר וידעו הבעלים מהגנבה דינו כבסעיף א' שאם החזירו להעדר שלא מדעת בעלים ומת או נגנב חייב באחריותו ואם אחר החזרה מנה הבעה"ב את הצאן ומצאן בשלימות וידע שהוחזרה פטור אע"פ שלא ידע בזמן השבתה דכיון שידע שנגנבה ישמרנה מעתה שמירה מעולה אבל אם לא ידעו לא בננבתו ולא בחזירתו אע"פ שמנו את הצאן והיא שלמה חייב באחריותו עד שיודיע את הבעלים מהגנבה כדי שישמרו את הטלה הגנוב שמירה מעולה ואם טלה זה שנגנבה מרושמת וניכרת בעדר כגון שהוא נקוד וטלוא נפטר מאחריות בהשבתו גם קודם שמנו את הצאן אם רק ידעו מהגנבה שהרי הוא ניכר בפ"ע ומסתמא ראוהו הבעלים מיד והוי כמו מעות שעשוי למשמש בכיסו בכל שעה [ממ"ע] :

ד וזה שנתבאר דבדבר שאין בו רוח חיים נפטר בחזרה למקומו בלא מנין בר"א בגנב חגונב מבית בעלים אבל שומר שגנב מרשות עצמו כגון שהופקר

אצלו איזה חפץ או כים או בעל חי ושלח בו יד וגנבו והחזירו למקומו ושומרו כמקדם חייב באחריות אונסים עד שיודיע להבעלים ששלח יד והחזיר ואז אם יתרצו הבעלים שישאר שומר במקדם יפטר מאונסים ראם לא הודיעו הרי כלתה שמירתו והרי הוא כאלו לא החזירו דאמרינן לרעתו של המפקיד שבודאי אין רצונו לעשותו לשומר על זה אחרי ששלח יד בהפקדון :

ה והרמב"ם והטור כתבו דשומר שגנב מרשות עצמו ויש ערים שגנבו אע"פ שיש ערים שהחזירה למקומה חייב באחריותו עד שיודיע להבעלים עכ"ל ודקדקו הפוסקים מזה דדוקא בשיש ערים על הגנבה אמרינן דמסולק משמירתו אבל כשאין ערים על הגנבה והחזירה מעצמו הרי עשה תשובה מרצונו ואמרינן דניחא להו לבעלים שיהיה עוד שומר ודי בהתשבה גם בלא ידיעת הבעלים וגם בבעל חי רבוה לא שייך הטעם דשמירה מעולה כיון שהוא שומרו ויודע מהגנבה [סמ"ע וב"ח] ויש חולקים בזה [ב"ח] וכבר נתבאר בסי' רצ"ב סעיף ט' דמדברי רבינו הרמ"א שם נראה דס"ל ג"כ חילוק זה ע"ש :

ו דעת הרמב"ם בפ"ד מגנבה דשומר שגנב מרשותו ויש ערים בדבר חייב לשלם בפל ואע"ג דשולח יד בפקדון פטור מכפל ס"מ כשגנבו חייב והראב"ד חולק עליו דליכא כפל בשומר אלא במועון טענת גנב ונשבע ובאו ערים אבל בלא שבועה אינו חייב בכפל [הס"מ] ומעמו של הרמב"ם י"ל דדוקא בשהפקדון על מקומו ומוען טענת גנב אינו חייב בכפל רק בשבועת אבל כשאמת גנבו דינו כגנב אחר וחייב בכפל כשבאו ערים [כ"מ] [ומסוגיית סמ"ם כ"ק ס"ג: יש להקשות לכיון דזכו כגנב מהר ח"ל קלא ובוק] :

סימן שנו [אסור לקנות מגנב ודין תקנת השוק ובו י"ז סעיפים] :

א אסור לקנות מגנב את הדבר שגנב ועון גרול הוא שהוא מחזיק ידי עוברי עבירה כראמרי אינשי לאו עכברא גנב אלא חורא גנב וגורם להגנב שיגנוב עוד שאם לא היה מוצא מי שיקנם לא היה גונב ולדעת המור אסור לקנות ממנו שום דבר כמ"ש בסי' שמ"ט וכן איסור חמור הוא לסייע לגנב בשום דבר כדי שיגנוב ולכן אומן שמבקשים ממנו לעשות דבר והוא מבין שהדבר הזה הוא לעסק גנבה אסור לו לעשותם ואם עשה ענשו חמור מאד ואפילו אם הדבר ספק אצלו אם זהו לגנבה אסור לסייע [ב"ח] ואשה שיש לה בעל ומבקשת לעשות לה מפתחות בלי ידיעת הבעל אסור לעשות לה דדאי כוונתה לגנוב [סמ"ע] ורגמ"ה תקן בגזירה חמורה שלא לקבל גנבות מעכו"ם ובמה קלקולים אירע עי"ז לאנשים אחרים הנקיים מזה ולכן יכולים לכוף למי שלא ישמע בכל מיני כפיות ואסור ליהנות מדבר הגנוב אם יודע שגנוביה היא וגם לאחר יאוש אסור כמ"ש בסי' שמ"ט סעיף ד' ע"ש :

ב הקונה חפץ מגנב אם קנאה לאחר יאוש קנאה ביאוש ושינוי רשות מרשות הגנב לרשותו ודוקא שהשינוי רשות היה אחר היאוש ולהרמב"ם מהני אף קודם היאוש כמ"ש בסי' שנ"ג ואפילו אין יהיו לנו בבירור שנתייאש אמרינן דמסתמא נתייאש דסתם גנבה נתייאשו הבעלים ואם הגנב עכו"ם לא הוי סתמא יאוש שידוע ויתבאר בס' שמ"א ושמ"ח ואם קנה קודם יאוש שידוע שלא נתייאשו הבעלים מרין תורה צריך הלוקח להחזיר את החפץ להבעלים בלא דמים והוא יתבע מעותיו מהגנב אבל חכמים תקנו בשקנה שלא בצינעא כדרך שקונים מגנבים והקונה לא ידע שהיא גנובה מחזיר החפץ להבעלים והם ישלמו להקונה מה ששילם להגנב ותקנו זה מפני תקנת השוק דאל"כ ימנע כל אדם לקנות בשוק ויתבטל המסחר ואפילו הוכר הגנב משלמים הבעלים להקונה והבעלים יתבעו מהגנב ואם הבעלים חושדים להקונה ש ידע מהגנבה יכולים להטיל עליו קבלה שלא ידע מזה ואם טוענים טענת ברי יכולים להטיל עליו שבועת היסת [כ"ל] :

ג וזיקא כשידוע שגנב ממנו חפץ זה כגון שיש עדים על זה או שמפורסם בעיר שגנב ממנו חפץ זה כמ"ש בסי' שנ"ז אבל בלא"ה אינו נאמן לומר שגנבה ממנו ואמרינן דמברה אם לא שהגנב מודה וי"א דבעינן שראו עתה החפץ ביד הקונה דאל"כ טענינן להלוקח שלקחו המוכר אח"כ בסימן ההחזרתי כמו ביורשים בס"ם שם"א ולא נראה כן דבשלמא ביורשים שייך לומר שהחזירו מה שגזל אביהם דכן צריכים לעשות אבל לוקח מה לו להחזיר מה שקנה בהיתר כיון דמתקנת חכמים א"צ להחזיר בלא דמים אנן סהדי שלא החזיר לו והרי אף גם ביורשים יש חולקים בזה כמ"ש שם ום"ם אם אין ערים שלקחה מהגנב ולא ראו בידו מקודם חפץ זה מועים בערו שהגנב לקחה אח"כ במיגו דאי בעי הוה אמר הגנב שהחזירה לו ועמ"ש בסי' שנ"ז סעיף ב' אבל כשיש ערים על הלקיחה או ש"או אף מקודם את החפץ ביר הלוקח שוב אין כאן מיגו ואם הגנב בעצמו מודה שגנבה ולא קנאה ממנו אח"כ צריך להחזירה בכל ענין ויקבל דמיו [כ"ל] :

ד אם הלוקח קנאה מהגנב בק"ם ושילם לו הדמים והבעלים הקרימו א"ע וטרפוה מהגנב אין הבעלים צריכים לשלם לו הדמים שנתן להגנב דלא שייך בזה תקנת

תקנת השוק כיון שהיא עתה ביד הבעלים [ס"ך] אבל כשהחפץ הוא ביד הלוקח לא מהני מה שיתפסו הבעלים מהלוקח כיון שמתקנת חכמים חייב לשלם לו הדמים שנתן [נס"מ] :

ה במתנה לא עשו תקנת השוק כיון שלא נתן מעות וי"א שגם במתנה עשו תקנת השוק דמתנה כמכר דאי לאו דהו"ל הנאה מיניה לא הוה יהיב לו מתנה ומ"ם נראה עיקר כדעה ראשונה [ס"ך] ועמ"ש בסי' ס' ובקרקע לא שייך תקנת השוק אבל בעבדים ובהמות כיון שמטלטלים אותם ממקום למקום דינם כמטלטלים ושייך בהם תקנת השוק ואע"פ שיש שמסתפק בזה מ"ט כן עיקר לדינא [קנ"ח] :

ו אם לקח מנגב מפורסם לא עשו בו תקנת השוק אע"פ שלקחה בפרהסיא ולא ידע שנגובה היא מ"מ כיון שהוא נגב מפורסם היה לו להקונה לחשוש שודאי נגובה היא ואיהו דאפסיד אנפשיה ומחויר החפץ להבעלים בלא דמים ותובע מהגנב מעותיו ודוקא כשמפורסם בנגבות אבל אם בנגבות אינו מפורסם אף שמפורסם לרעה בעניינים אחרים דינו כנגב שאינו מפורסם [ס"ך] וי"א דאף בנגב מפורסם עשו בו תקנת השוק אא"כ ידע הלוקח שזה החפץ שקנה נגוב הוא דאז אפילו באינו מפורסם צריך להחזיר בלא דמים והעיקר כדעה ראשונה [סס] וכן אם לקח מגנב בוודאי לא עשו בו תקנת השוק וי"א דאין חילוק וכן עיקר לדינא [סס] ותלוי בראיית עיני ב"ד [ולוק] :

ז כשהלוקח ידע שהחפץ נגוב הוא וצריך להחזיר להבעלים בלא ממון כתב רבינו הרמ"א דאפילו הגנב א"צ להחזיר לו מעותיו דודאי נתן לו לשם מתנה הואיל וידע שאינו שלו וקנאה ע"ל והשיגו עליו דהא קיי"ל בלוקח שדה מגולן כשידע שגזולה היא דמחויר לו הגזלן מעותיו ואינם מתנה כמ"ש בסי' שע"ג וכן גם בכאן ודאי שצריך הגנב להחזיר לו מעותיו [ס"ך וט"ז] ולי נראה כדברי רבינו הרמ"א דהא קיי"ל במקדש אחותו שהמעות מתנה משום דאדם יודע שאין קדושין תופסין באחותו וגמר ונתן לשם מתנה כמ"ש באה"ע סי' ג' ובגמ' [ב"מ מו:] תלוי פלוגתא דמקדש אחותו בפלוגתא דלקח שדה גזולה והכיר בה שאינו שלו ועב"ז בקדושין קיי"ל דהמעות מתנה ובשדה המעות חוזרים ויש מי שאומר לחלק בין אחותו לאיש זר דלאחותו יהיב מתנה ולא לאחר וא"א לומר כן דאע"ג דבגמ' עביד צריכותא מטעם זה אין זה אלא צריכותא בעלמא כדרך הש"ס ולא לפי האמת דאל"כ נצטרך לומר דכשהגזלן מכר השדה לאחיו המעות מתנה ובקדושין בשקידש ערוה שאינה קרובתו המעות חוזרין ולא ראינו לאחד מהפוסקים שיאמר כן והרמב"ם פ"ו מזכייה כתב להדיא הלשון משום דאדם יודע שאין קדושין תופסין בעריות ולא כתב אחותו ולפ"ז אם קידש א"א ג"כ המעות מתנה [וכ"כ סלמ"מ] ועוד ראיה דבקדושין [מו:] פריך הש"ס אמאן דס"ל דמעות מתנה ממעיש חלתו קמח דחוזר להבעלים ואינה מתנה ואם נאמר דרק באחותו המעות מתנה ל"ק כלל וכן מוכח להדיא בערכין [ו:] ע"ש ואע"פ שהרא"ש ז"ל כתב כמסתפק בסברא זו מ"מ אין לאוסרה וגם מהרא"ש עצמו נראה דלא ס"ל סברא זו ובקדושין שם לא הזכיר הרא"ש עצמו סברא זו כלל ולחלק בזה ג"ל דכל מקום שאדם יודע ברור שאין במעשיו כלום המעות מתנה כפי פסק רבינו הרמ"א ורק בלקח קרקע נזולה מדמה הלוקח בדעתו שעד שיבא הגנזל ויוציאה בדין יעשנה ויאכלנה ולכן לקחה אבל לא כוון לשם מתנה וסברא זו מוכח שם בגמ' ע"ש וכ"ל לרבינו הרמ"א דודאי אם לקחה בצינעא לא כוון לשום מתנה דיכול להיות שדימה בדעתו שהבעלים לא יהוודעו מזה וכן אפילו אם לקחה בפרהסיא אך שלא ידע שהבעלים לא נתייאשו לקחה על הספק דאולי נתייאשו הבעלים וסתם גנבה הוי יאוש בעלים ויקנה ביאוש ושינוי רשות ולא כוון לשם מתנה אבל כשידע שהבעלים לא נתייאשו ומרדפין אחר הגנבה והוא קנאה בפרהסיא שמיד יוודעו הבעלים פשיטא שלא היה לו שום ספק שהבעלים יוציאו את החפץ ממנו מיד וזהו ממש כמקדש אחותו ומ"מ ג"ל דזה אינו אלא במקום שהלוקח נוטל החפץ ואח"כ נותן הדמים להמוכר דמוכח שנתן לו לשם מתנה דאל"כ למה נתן לו הדמים אבל במקום שנותנים הדמים ואח"כ נוטלין החפץ יכול הלוקח לומר שכוונתו היתה להחזיר החפץ להבעלים ולא היה יכול לעשות באופן אחר וראיה ממה שכתב רבינו הרמ"א דאם אמר הלוקח למוכה נתכוונתי נאמן דאפילו הבעלים צריכין להחזיר לו המעות שנתן אפילו בגנב מפורסם ורוקא שאם היה לוקחו לא היה באפשרות הבעלים להחזיר [ס"ך] א"כ נהי דלענין שהבעלים יחזירו לו המעות צריך בירור נמור אבל לענין שהגנב יחזיר לו מעותיו אם רק יש איזה אמתלא להקונה למה עשה כן אין המעות מתנה ואינו דומה למקדש אחותו ורק אמתלא שכוון ליתן לשם פקדון אינה אמתלא כלל כמבואר בגמ' ועמ"ש באה"ע סי' כ"ו סעיף כ"ו :

ח גבר נתבאר דלהרמב"ם קונה גם ביאוש אחר שינוי רשות ורוב הפוסקים חולקים בזה וס"ל דאם נתייאש אחר שמכר לא קנה לוקח דהיאוש צריך להיות קודם וכן הכריע רבינו הרמ"א ובסי' שנ"ג סעיף ה' בארנו טעם הרמב"ם ז"ל והחולקים עליו ע"ש :

ט רבינו הב"י העתיק בסעיף ג' לשון הרמב"ם בביאוש ושינוי רשות אינו מחזיר הגנבה עצמו לבעליה אלא נותן להם הדמים אם לקח מגנב מפורסם או אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים אם לא היה זה המוכר גנב מפורסם וכתב רבינו הרמ"א פירוש דהרי הבעלים צריכים ליתן ללוקח דמי המקח משום תקנת השוק ולכן המותר מדמי המקח צריך ליתן לו לפי סברא זו אלא דיש חולקין וס"ל דיאוש ושינוי רשות קונה לגמרי וא"צ ליתן לו אפילו

אפילו הדמים עכ"ל וכבר בארנו בסי' שנ"ג סעיף ו' דגם הרמב"ם ס"ל ככל הפוסקים אלא דמצד התקנה נראה לו בנב מפורסם שיחזיר המעות ע"ש ולכן לדינא אין לחייב הקונה במה שלקח בזול שיהן המוכר להבעלים וכשלא היה המוכר גנב מפורסם גם לדעת הרמב"ם פטור וכ"ש להחולקים פטור אף במפורסם ע"ש בסעיף ו':

י כשקנה מגנב שאינו מפורסם שהבעלים צריכים לשלם להלוקח דמים שנתן ואין עדים כמה נתן להגנב כתב הרמב"ם ז"ל דהלוקח נשבע בנק"ח כמה נתן ויטול מהבעלי' ובזמן שהלוקח צריך להחזיר בחנם והוא תובע מעותיו מן הגנב ואומר בכך וכך לקחתי ממך והגנב אומר שלקח בפחות מזה נשבע הלוקח בנק"ח ונוטל אבל הגנב אינו נאמן בשבועה לפטור מפני שחשוד הוא על השבועה כמ"ש בסי' צ"ב ע"ש:

יא הלוקח מגנב שאינו מפורסם בין שלקח ממנו שוה מנה במאתים או שוה מאתים במנה ה"ז נוטל הדמים שנתן מהבעה"ב ואח"כ מחזיר הגנבה ולא אמרינן כיון שלקח שוה מנה במאתים ודאי במתנה נתן להגנב וכן כשלקח שוה מאתים במנה מסתמא ידע שגנובה היא משום דלפעמים כשצריך להחפץ משלם ביוקר ובשהמוכר צריך למעות מוכר בזול ומ"מ נ"ל דאם הוא דבר המצוי לקנות בשוק במקח השוה או דבר שמצוי למכור בשוה לא עשו בזה הקנת השוק דניכר שיש בזה הערמה ותלוי לפי ראות עיני הדיינים לפי הזמן והמקום ומהות הקונה:

יב לקחה מהגנב במאה ומכרה לאחר בק"ך והזכר הגנב נותנים הבעלים לזה האחרון ק"ך ונוטל החפץ וחוזרים הבעלים ונוטלים מהראשון את העשרים שהרויח דלהרויח בגניבה לא עשו תקנת השוק ומאה נוטל מהגנב וה"ה אם השני מכר לשלישי ושלישי לרביעי אפילו עד מאה הדין כן שמשלם להאחרון כל מה שנתן ונוטל מכל אחד מה שהרויח והקרן נוטל מהגנב וכ"ז בשידוע שלא נתייאש דכשנתייאש קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות כמו שנתבאר:

יג ואם לקח מגנב מפורסם במאה ומכרה לאחר בק"ך כתב הטור דנוטל החפץ מהשני בלא דמים והשני נוטל מהראשון ק"ך והראשון נוטל מאה מהגנב אבל הרמב"ם ז"ל סובר דלהשני עשו תקנת השוק כיון שלא לקח מהגנב ולכן נוטל השני מהבעלים ק"ך והבעלים נוטלים את הק"ך מהראשון והראשון נוטל מאה מהגנב ומעמו של הטור הוא דכיון שעשו רק מפני תקנת השוק לא תקנו בגנב מפורסם אף בהשני אמנם רבותינו בעלי הש"ע לא הביאו כלל דעת הטור וכן האחרונים פסקו כהרמב"ם:

יד ישראל שקנה מן הגנב ומכרו לישראל אחר ובא כותי ואמר שמכרנו גנבה והוציא את החפץ מהשני בדיניהם אם הגנב הוא גנב מפורסם צריך הראשון להחזיר להשני מעותיו דאפשר אנפשיה שלקח מגנב מפורסם ואם אינו יכול להוציא מהגנב איבר מעותיו ואם אינו מפורסם א"צ להחזיר להשני מעותיו דיכול לומר שהבותי משקר ואם נתברר שאינו משקר חייב באחריותה כמ"ש בסימן רכ"ה ואם התנו בזה אזיה תנאי הבל לפי תנאם כמ"ש שם וכן ראובן שקנה משמעון והוציא הכותי מראובן בטענה ששמעון גנבה ממנו אינו נאמן דחיישינן שאומר שקר ועמ"ש בסימן קע"ו:

טו לא תקנו חכמים שישלם בעל החפץ להקונה אלא כששילם להגנב אבל אם לקח בהקפה נוטלו מהקונה בלא דמים והקונה לא ישלם להגנב אא"כ נתן לו להגנב משכון או שטר שינבה ממנו בערכאות דאז הוי כמו ששילם לו וכן אם הגנב פרע בחפץ הגנוב חוב שהיה חייב או מה שהקיף בחנות אין בזה תקנת השוק אלא הבעלים נוטלים החפץ בלא דמים והחוב נשאר על הגנב כמקדם וכמו שהאמינו כאן כן יאמינו עתה:

טז אם הגנב הניח את הגנבה במשכון נותנים הבעלים להמלוה את המעות שהלוה עליו דגם בזה שייך תקנת השוק וחוזרין ועושין דין עם הגנב אם אינו גנב מפורסם ולא ידע שגנוב הוא ואין חילוק בין שמשכנה יתר על דמיו ובין שמשכנה בפחות ולא אמרינן כיון שאין דרך העולם להלוות על משכון יתר מדמיו מסתמא לא הלוהו על במותו המשכן אלא האמינו על נאמנותו ואין כאן תקנת השוק דלפעמים אדם מלוה על משכון יותר מדמיו משום שיודע שלא יניחו מלפדותו ולכן דינו כמו במכירה שנתבאר מיהו י"א דא"צ ליתן להמלוה רק כפי שווי החפץ [ס"ך] והעיקר כדעה ראשונה [סגר"ת] ואם הניחו במשכון ומשלם רבית א"צ לשלם לו רק הקרן ולא הרבית דלא עשו תקנת השוק על הרבית וכן אומן שנותנים לו כלים לתקן ומכרן או השכינם צריכים הבעלים ליתן לו מעותיו ולא הרבית שעולה עליו אמנם זהו רק למאן דס"ל אין אומן קונה בשבח כלי כמ"ש בסי' ש"ו אבל למאן דס"ל אומן קונה בשבח כלי הרי שלו מכר והשכין ובמקום שנהגו שמשלם גם הרבית וכן כשנהגו להחזיר כל גניבה גם אחר יאוש ושינוי רשות יעשו כן דכממון מנהגא מילתא היא וכ"ש כשיש בזה גם דינא דמלבותא [עמ"ך סק"ו]:

יז אם היה הגנב חייב להלוקח מאה דינרין והביא לו הגנבה ונתנה לו ונתן לו עוד מאה דינרים אין אומרים זהן אמת דהמאה הראשונים א"צ לשלם לו משום דפרע בחובו ולית ביה הקנת השוק אבל המאה השניים צריך לשלם לו דהא אלו המעות האמינו על החפץ ויש בזה הקנת השוק אלא דנוטלים את החפץ בלא מעות ואומרים לו לך והבע את הגנב במאתים שלא האמנת לו השניים מפני החפץ בלבד דכשם שהאמנת לו על הראשונים כן האמנת לו על השניים ואע"פ שקרוב הדבר שלא האמינו בלא משכון רק מאה ולא מאתים ס"מ הא פרעו בהחפץ בער המאה הראשונים וצריך להחזיר לו בלא מעות

מעות כדין פרע בחובו והמאה השניים האמינו בלא משכון [נמ' סס] ואף ש"ל שהחוב נשאר עליו כמו שהיה והמאה השניים לזה על החפץ מ"מ כיון שהחפץ בורחו הוא של הבעלים והספק הוא על המסון אינו מוציא כספק מהבעלים ואע"פ שעכ"פ ע"י זה החפץ גרם להמלוה שיאמינו מאתים ודרי אינו נאמן אצלו על מאתים מ"מ אף אם נדון זה כגרמא נ"כ פטור וכ"ש שלא הבעלים גרמו לו [ל"ג] וכל זה כשנתן לו החפץ

מתם אבל כשיש עדים שא"ל הלויני על חפץ זה מגה ודאי זהו משבונא שעשו בה תקנת השוק ואם אין עדים והמלוה מוען כן יתנו הבעלים עליו קבלה שכן היה המעשה אבל שבועה אינו יכול ליתן לו דהא אינו יודע בברי שכא כן היה ואין משביעין בטענת שמא וי"א דכיון שבא לישול צריך לישבע אף בשמא [ס"ך] כמ"ש בסעיף י' [ע' בסגר"מ סקכ"ח] ודע דבכל חפצים וגם בספרים שייך תקנת השוק:

סימן שנז [המכיר כליו וספריו ויצא לו שם גניבה בעיר ובו ז' סעיפים]:

א כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ה מגניבה בעה"ב שאינו עשוי למכור את כליו ויצא לו שם גניבה בעיר והכיר כליו וספריו ביד אחרים או שהיה עשוי למכור והיה כליו אלו שהכיר מכלים העשויין להשאיל ולהשכיר אם באו עדים שזה כליו של זה ישבע וזה שהן ביתו בנק"ח בכמה לקח ויטול מבעה"ב ויחזיר לו כליו היה בעה"ב עשוי למכור את כליו ולא היו מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אע"פ שיצא לו שם גניבה בעיר והיכרו כליו אינו מחזירן מיד הלקוחות שמא הוא מכרן לאחרים אבל אם באו בני אדם ולנו בתוך ביתו ועמר ועק בלילה גנבו כלי וספרי ובאו בני אדם ומצאו מחתרה חתורה ובני אדם שלנו בתוך ביתו יוצאים וצרורות של כלים על כתפיהן והבל אומרים הללו כליו וספריו של פלוני ה"ז נאמן וישבע זה שהכלים בידו בנק"ח כמה הוציא ויטיל מבעל הגניבה ויחזיר לו כליו עכ"ל וכן העתיקו רבינו הב"י בש"ע:

ב מבואר מדבריו דכשאין עדים על הגניבה מכלים אלו אין אדם נאמן לומר שגנבה ממנו ואמרינן דמכרן ואפילו הוא בעה"ב שאינו עשוי למכור כליו ואפילו כלים אלו הם מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר ואפילו ראו עתה את החפץ ביד אחר ואם היה טוען לקוח היא לא היה נאמן כמ"ש בסימן קל"ג מ"מ כשהבעה"ב טוען גנובים הם אינו נאמן דאמרינן שמא היה צריך למעות ומכרן וזה לקחן מהלוקח והטעם דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן ואינו דומה למענת שאולים הם ביד לפיכך הטוען גנבו ממני כלים צריך שני סימנים על הגניבה האחה שיצא לו שם גניבה בעיר והשנית שאינו עשוי למכור כליו ואם עשוי למכור כליו צריך שיהיו הכלים מהעשויים להשאיל ולהשכיר ואם עשוי למכור ואינם מהעשויים להשאיל ולהשכיר צריך סימן טובהק על הקול של הגניבה כמו שלנו בני אדם בביתו ועק בלילה וביוצא בזה ויש שרצו לפרש דבריו דבדברים העשוים להשאיל ולהשכיר לא מצרכינן כלל ליצא לו שם גניבה בעיר ונאמן במינו דשאולים הם בידך ואינו כן דהרמב"ם לא ס"ל מיגו זה ממעם דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן וכן פירשו הרב המגיד ורבינו הב"י:

ג וזהו דעת המור ג"כ רק שמפרש בדברי הרמב"ם דבעשוים להשאיל ולהשכיר א"צ ליצא לו שם גניבה והשיג עליו ובן ס"ל לרבינו הרמ"א בדעת הרמב"ם ולכן כתב די"א דכיון שהוא טוען גנובים איתרע ליה חזקה דעשוים להשאיל ולהשכיר שהרי הוא אינו טוען כן ולכן חיישינן שמא מכרן עכ"ל וביאור דבריו דמיגו דגנובים הם אינו מינו ממעם שנתבאר ולכן לפמ"ש בדעת הרמב"ם אין כאן מחלוקת לדינא:

ד והראב"ד ז"ל [סס] באמת ס"ל כן דבעשוים להשאיל ולהשכיר א"צ ליצא לו שם גניבה ונאמן במינו דשאולים הם אע"ג דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן זהו כשאומר אתה גנבת ממני אבל בשטוען גנבו ממני ואתה לקחת מהגנב הוי מינו טוב דכמה גנבים הוי בעולם ויש מי שאומר דגם הרמב"ם ס"ל כן אלא דמיירי דלא ראו עדים החפצים בידו דלא היה נאמן גם בטענת שאולים וליכא מיגו כמ"ש בסימן קל"ג דיכול לומר החזרתים לך אבל בראו בידו נאמן ממעם מיגו [מ"ך] ולא משמע כן בדברי הרמב"ם [סגר"מ] והעיקר כפירוש הה"מ והב"י ולדינא הסכימו לזה הרא"ש והטור והרמ"א:

ה ומה שאינו מועיל יצא לו שם גניבה בלחוד משום דחיישינן שמא הערים בזה להוציא קול שגנבו ממנו כדי לוציאו הכלים לכן מצרכינן לזה שלא יהיה עשוי למכור כליו או שהמה עשוים להשאיל ולהשכיר או שיש סימן מובהק על קול הגניבה כמו מחתרת שנתבאר וכיוצא בזה ופירושא דעשוים להשאיל ולהשכיר לדעת הרמב"ם הם כלים העשוים מתחלה רק להשאיל ולהשכיר כמ"ש בסי' ע"ב וקל"ג וזהו דבר פשוט שצריך הבעה"ב ליתן סימנים בהכלים אלו ששוען שגנבו ממנו [ק"ז] וכ"ז מיירי בידוע שלא נתייאשו אבל בסתמא כבר בארנו דסתם גניבה הוי יאוש בעלים וקנה הקונה ביאוש ושינוי רשות:

לפעמים

ו לפעמים יש אפילו לא יצא לו שם גניבה בעיר ואפילו מוען שזה בעצמו ננבן ונאמן כנון שראו את ראובן נכנס לבית שמעון והטמין כלים תחת כנפיו ויצא כמ"ש בסימן צ' ע"ש ודע דאם רק נתברר לב"ד שגנגב מראובן חפצים אלו ונמצאו אח"כ דנין בזה כבגניבה ודאית אף שלא ראיו מהתרת דהעיקר הוא לעמוד על בירור הגנבה וכן אם עדים העידו על הגנבה :

ז ראובן שגנגבו כליו או נאבדו או נפלוהו ליסטים ובאו ליד כותי וקנאום ישראל אחר בפחות משויו ובאו הבעלים ותבעום מיד זה שקנאם אם קנה קודם יאוש צריך להחזיר להבעלים ואם קנה אחר יאוש קונה ביאוש ושינוי רשות מיהו רבינו הרמ"א כתב בסימן שמ"ח דהאידנא נהגו להחזיר כל גניבה אפילו אחר יאוש ושינוי רשות ואין לשנות מהמנהג ע"ש וכמרומה שגם עתה נוהגים כן :

סימן שנח [דבר שיש בו חשש גניבה אסור לקנות ודין גונב נפש ומחתרת ובו י"ח סעיפים] :

א כל דבר שחוקתו שהמוכר לו מוכר דבר הגנוב אסור ליקח אותו וכן אף אם אין הלוקח מרגיש עתה שמוכר לו דבר גניבה אך שירוע שרוב מהדברים כאלה הם בחזקת גניבה כמו חיטים שמוכרים שירי סחורה וביוצא בזה אסור ליקח אותן ולכן צריך כל אדם הלוקח חפץ שלא במקום גלוי בבחנות לידע ולהרגיש אם המוכר מוכר לו דבר גנוב או לא :

ב וחו"ל אמרו [מילתי ב"ק] דלפיכך אין לוקחים מהרועים צמר או חלב או גדיים אבל לוקחים מהם חלב וגבינה במדבר אבל לא בישוב דבמדבר קרוב הדבר שהבעלים צוו להם למכור מפני שטורח מרובה הוא להביאן לישוב אבל צמר וגדיים מביאים לישוב ואין לוקחין מהם במדבר דודאי כוונתם לגנוב מהבעלים ומותר ליקח מהרועים ד' צאן מעדר קטן או חמשה מעדר גדול שאין חזקתו שהוא גנוב דמספר כזה מרגישים בו הבעלים ואינו יכול לגנבן וכן בגיזות של צמר כותר ליקח גיזות ד' צאן מעדר קטן וחמשה מעדר גדול ממעם זה כללו של דבר כל שהרועה מוכר אם בעל הצאן מרגיש בחסרונו כשימכור מותר ללוקחו דאין ביכלתו לגנוב ואם לאו אסור אע"פ שאינו יודע בודאי שכוונת הרועה לגנוב דסתם רועים חשודים על זה ואפי' יש להרועה גם צאן עצמו אין לקנות ממנו מה שחשוד לגנוב ולא דמי לס"ש בסימן שס"ט דמותר ליהנות מגולן ממנו כשיש לו מעם שאינו גזל וזה לענין ליהנות ממנו אבל לא לענין לקנות הדבר [ס"ס פ"ס מגלס ס"ח] וזהו לפי הגירסא בגמ' [ב"ק קיג:] גזלן מאימתי מותר ליהנות ממנו וזהו גירסת הרמב"ם והרא"ש וכן לגירסת הרי"ף לגבות ממנו י"ל כן אבל לפנינו הגירסא לקנות היינו א"א לחלק כן וצ"ל דסיירי שאין לתרועה צאן משלו כלל ויש שרוצים לחלק בין גנב לגזלן ולא משמע כן [כפמ"ס כ"מ מסמ"ע ומ"ס סמוע"ש מס רוב מוסו דבר מין פירסו על סמים סזס מלס על כלל סדבר וכ"מ מסכ"מ רפ"ו מגניבה ע"ש] :

ג אין לוקחים עצים משומרי עצים או פירות משומרי פירות אלא בזמן שהם יושבים ומוכרין בגלוי והמשקל או המדה לפניהם שהרי הדבר גלוי ויש לזה קול ומתמא עושים ברשיון הבעלים ודיוקא שיהיה על פתח הגינה אבל כשמוכרים לו מן הצד אסור לקנות ממנו וכן בכל הדברים אם אמר להקונה הטמן הדבר אסור לקנות מהם דניכר שרצונו לגנוב :

ד מותר ליקח מהאריס שהרי יש לו חלק בפירות ובעצים וי"א דזוקא לאחר שחלקו דסתמא שלו הוא מוכר אבל קודם חלוקה אסור דחיישינן שלא יתן לבעה"ב נגד מה שנטל ודוקא בידוע שלא חלקו אבל בסתם תלינן שכבר חלקו [טור] וכן כשמביא מביתו תלינן שכבר חלקו [ב"מ] :

ה אם ראובן בא לבית שמעון ולקח לוי איזה מאכל של שמעון וכיבד את ראובן אין לו לראובן לאכול אע"פ שיודע שיתרצה שמעון כשיודע ס"מ לע"ע אינו יודע והוה כיאוש שלא מדעת [טוס' ב"מ כב:] ווהו כשלוי אינו מקורב לבית שמעון אבל כשהוא בביתו או בא לפרקים לביתו ויש לו רשות משמעון לדברים כאלה מותר ליהנות דאל"כ כשאין הבעה"ב בביתו לא יהיה ביכולת אשתו ובניו וב"ב להכנים אורחים או לתת לחם וכיוצא בזה אלא ודאי דהם כשלוחם של הבעה"ב [ב"ל] וב"ד יש להם כח ליתן אף שאינו כאן כמ"ש באהע"ז סימן ע' ע"ש :

ו אמרו חז"ל [שם] דאין לוקחין מנשים ועבדים וקטנים כשיש לחשוש שמא מוכרים שלא מדעת הבעלים ולוקחים מהם דברים שחזקתן שהם שלהם מדעת הבעלים שהרשום אותם למכור כגון נשים שמכרו כלי פשתן בגליל או ענלים בשרון שהיו שם מצוים הרבה והיה מדרך הבעה"ב שלא להקפיד על נשותיהם והיו קונים ומוכרין ברשותם וכן כשהאשה נושאת ונותנת בעסקי בעלה ומוכרת שלא בהטמנה מותר ליקח ממנה ולוקחין ביצים ותרנגולים בכל מקום מכל אדם מפני שביתיהם היו בזוז ולא היו מקפידים בזה ומ"מ אם אמרו להקונה שיממינם אסור שסימן הוא שגנובין הן :

ז לוקחים מהבדרים הם העושים שמן בבית הבר ויתים בסדה ושמן בסדה אבל לא זיתים מועטים ושמן מועט שחוקתן

שחזקתן נגבה וכן כל כיוצא בזה והבל לפי הענין שסבין הקונה כמ"ש ויש לב"ד להעניש אותם המחזיקים בגנבות ובדבר שאינו שלהם ומעשה באשה אחת שהחזיקה בשל יתומים וגזרו שלא ישא אותה שום אדם כדי שלא להחזיק ידי עוברי עבירה:

ח דרך הצמר כשכובסין אותו נופל ממנו פסולת בעת הכביסה ואותן המוכין שהכובס מוציא הרי אלו שלו אבל מה שהסורק מוציא בעת סריקתו הרי אלו של בעה"ב והעיקר תלוי בכל מה שהבעה"ב מקפיד עליו צריך ליתנו להבעה"ב וכן היה דרכם בארינת הבגד שהיו אורגים ג' חוטים בשפת הבגד ובשעת השרייה במים היו מוציאין אותם ואמרו חז"ל דאותן הג' חוטין הם של הכובס ואם הניחו יותר מג' חוטין שייך הכל להבעה"ב ואם הבגד לבן והחוטים שחורים נוטל את הכל מפני שמגנים את הבגד ואין הבעה"ב מקפיד עליהם:

ט החייט התופר בחוטין של בעה"ב ונשאר מהחוט כדי משיכת מחט דהיינו כמלא מחט וחוץ למחט כמלא מחט וכן אם נשאר מהסחורה ממלית ג' אצבעות על ג' אצבעות חייב להחזירה לבעלים ופחות משיעורים אלו הרי אלו שלו והנסורת שהחרש מוציא במעצד כשמחלק הקורה לקרשים וגופל ממנה נסירות דקות מאד ויש מורח לבעה"ב להביאן לביתו הם שלו אבל חתיכות עצים הנושרים מכשיל וקרדום הם של בעה"ב ואם עושים אצל הבעה"ב גם הנסורת שייך לבעה"ב וכן בשארי מלאכות כל שדרך בעה"ב להקפיד ע"ו מחזיר לבעה"ב וכל שאינו מקפיד הוא של הפועל ובכל אלו הדברים וכיוצא בהם הולכים אחר מנהג המקום ואם אין שמה מנהג יתנהגו כמ"ש ע"פ דינא דגמ':

י כל אומן שמכר דבר מהדברים שאינם שלו אסור ליקח ממנו ואם מכר דברים שהם שלו לוקחים ממנו ואין חוששין שמא ההגו עמו הבעלים שיהא גם זה שייך להבעלים אמנם אם האומן אומר להקונה הטמן אמור דניכר שגנוב הוא דמסתמא התנה עמו שלא ימלט לעצמו ואם נשתנה בידו אפילו הוא שינוי החוזר לברייתו רשאים ליקח ממנו דהא אינו גזל ודאי אלא ספק וכן התירו לקנות ממנו בשינוי כל דהו וכן לוקחין ממנו בר מלא מוכין שנשתנה שמו ממוכין לכר ואע"פ שביכולת להוציא הטוכין ויחזרו לקדמותן מ"מ בספק התירו בכה"ג וכן כל כיוצא בזה וכל דבר שספק להאדם אם לקנות אם לאו ילך לב"ד וישאל:

יא כתב הרמב"ם בפ"ט מגניבה כל הגונב נפש מישראל עובר בל"ת שנאמר לא תגנוב פסוק זה האמור בעשרת הדברים הוא אזהרה לגונב נפשות עכ"ל ופסוק דלא תגנובו שנפ' קרושים הוא בגונב ממון וכל אחד אנו למדים מענינם דבקרושים מירי בענייני ממון וקראי דעשרת הדברות הוא בנפשות דאצלו כתיב לא תרצח וכן המוכרו עובר בל"ת שזהו בכלל לא ימכרו ממכרת עבד ואין לוקין על לאוין אלו מפני שניתן לאוהרת מיתת ב"ד שנאמר וההעמר בו ומכרו ומת הגונב ההוא ומיתתו בחנק דכל מיתה האמורה בתורה סתם היא חנק וכל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אין לוקין עליו דלמיתה נאמרה ולא ללאו ולכן אפילו אם לא הזהירו בו למיתה א או שכפי עשייתו אין בזה מיתה מ"מ אין לוקין [עזוסי שמש קנדי]:

יב אין הגונב חייב חנק עד שינגוב אותו ויכניסנו לרשותו ויישתמש בו ויעבדנו לאחרים שנאמר והתעמר בו ומכרו ועימור הוא לשון שימוש ואפילו לא נשתמש בו אלא בפחות משוה פרוטה כגון שנשען עליו או נסמך בו ואף שהגונב ישן ה"ז שימוש גנבו ונשתמש בו ומכרו ועריין הגונב ברשות עצמו שהגונב לא הכניסנו לרשותו פטור גנבו והוציאו לרשותו ונשתמש בו ולא מכרו או מכרו קודם שנשתמש בו או נשתמש בו ומכרו לאחד מקרוביו של הגונב כגון שמכרו לאביו או לאחיו ה"ז פטור שנאמר גונב נפש מאחיו עד שיבדילנו מאחיו ומקרוביו במכירה זו וכן אם גנבו כשהוא ישן ונשתמש בו כשהוא ישן ומכרו ועריין הוא ישן פטור אחרי שבכל הדברים הוי ישן ובגמ' [סנהדרין פו'] היא בעיא דלא איפשטא ופסק נפשות להקל וכן אם גנב אשה ומכרה לעוברה בלבד כגון שהתנה עם הלוקח שאין לך אלא הולד פטור וגם זהו ספיקא דדינא והולכין להקל כמ"ש:

יג הגונב את בנו או את אחיו הקטן וכן האפוטרופוס שגנב את היתום שהוא סמוך אצלו ובעה"כ שגנב את אחד מבני ביתו הסמוכין על שלחנו ומלמד תינוקות שגנב את אחד מתלמידיו אע"פ שנשתמש בהם ומכרום פטורים ממיתה שנאמר ונמצא בידו פרט לאלו שהם מצויים בידם:

יד אחד הגונב את הגדול ואחד הגונב את הקטן אפילו הוא בן יום אחד אם רק כלו לו חדשיו בין זכר בין נקבה ובין שהיה הגנב איש או אשה הרי אלו נהרגין שנאמר גונב נפש מכל מקום וגם יום אחר נקרא נפש כשכלו לו חדשיו ואחד הגונב את ישראל או גר [כימים קדמונים] או עבד משוחרר שנאמר נפש מאחיו ואלו בכלל אחיו הם בתורה ובמצות אבל הגונב את העבד או חציו עבד וחציו בן חורין פטור:

טו וכל דברים אלו צריך להיות בערים והתראה ובומן שבהמ"ק היה קיים ואם העידו שנים על הגנבה ושנים על השימוש ושנים עד המכירה מצטרפין וכשהוזמו העדים נהרגים ונתבאר בסי' ל"ח:

טז הבא במחתרת בין ביום בין בלילה אין לו דמים שאם הבעה"ב הרגו או אפילו אדם אחר הרגו פטורים מפני שבא על עסקי נפשות ורשות יש לכל אדם להרגו בין בחול בין בשבת בכל מיתה שיכולין להמיתו כמו שיתבאר המעם ואחד הבא במחתרת או גנב שנמצא בתוך גגו של אדם או בתוך חצרו או בתוך

קרפיפו בין ביום בין בלילה ולמה נאסר מחתרת לפי שדרך רוב הגנבים לבא במחתרת בלילה [רמב"ם פ"ג] והטור בסי' תכ"ה חולק בזה ודעת הראב"ד דביום אין בין מחתרת ושם יתבאר בס"ד :

יז ומפני מה התירה התורה דמו של גנב אף שבא רק על עסקי ממון לפי שחזקתו שאם יעמוד הבעה"ב לפניו ויסנענו יהרגנו ונמצא זה הנכנס לבית חבירו לגנוב כרודף אחר חבירו להרגו ולפיכך התירה התורה להרגו בין שהיה גדול בין שהיה קטן בין זכר בין נקבה ואם היה הדבר ברור לבעה"ב שזה הגנב הבא עליו לא יהרגנו שאינו בא אלא על עסקי ממון אסור להרגו ואם הרגו ה"ז הורג נפש שנאמר אם זרחה השמש עליו ופירושו אם ברור לך הדבר כשמש שיש לו שום עסק אל תהרגהו לפיכך אב הבא במחתרת על הבן אינו נהרג שבודאי לא בא על עסקי נפשות אבל הבן הבא במחתרת על אביו נהרג בסתם אע"ב יודע ברור שהבן לא בא על עסקי נפשות כשלא יניחנו ליקח ממון ולכן דעת הראב"ד שביום אסור להרגו שע"פ הרוב אין גנב בא ביום על עסקי נפשות ושומט ובורח מיד :

יח הגנב כל זמן שהוא במחתרת רשאים להרגו יצא מן מחתרתו לחוץ אסור להרגו לפיכך הגנב שגנב ויצא או שלא גנב ומצאוהו יוצא מן המחתרת הואיל ופנה עורף ואינו רודף וכ"ש כשבורח אסור לה רגו ויש לו דמים אם הרגוהו וכן אם הקיפוהו בני אדם או עדים מיוחדים בשעה שהוא במחתרת אינו נהרג אע"פ שעריין לא יצא ממחתרתו דהא עהה א"א לו שיהרוג את הבעה"ב שהרואים לא יניחוהו וגם הוא יבהל בראותו אנשים סביב לו ואצ"ל אחר שיצא ממחתרתו ובא לב"ד שאינו נהרג שהרי כבר יצא ממחתרתו [כנ"ל הכוונת סרמב"ם והמרנוס ע"פ ודוק] וכן הבא במחתרת לתוך ניניתו של חבירו או לתוך שדהו או לתוך הדיר והסהר אסור להרגו ויש לו דמים כשהרגן מפני שחזקתו שבא על הממון כלבר לפי שאין הבעלים סעיים במקומות אלו ע"פ רוב וכל נגב שיש לו דמים אם נפל עליו גל בשבת מפקחין עליו אבל אם אין לו דמים אין מפקחין עליו ומי שיש לו דמים ושבר כלים בביאתו למחתרת חייב בהשלומין אבל מי שאין לו דמים ששבר כלים בביאתו פטור דקים ליה בדרבה מיניה ונם בזמה"ו פטור דחייבי מיתות שונגין פטורין מהשלומין וכבר נתבאר זה בסימן שנ"א ואם ראו ב"ד להקן תקונים שלא יתרבו הגנבים יכולים לעשות לימרם בכל האפשר כדי שישובו מדרך הרעה לדרך הטובה :

הלכות גזלה

סימן שנט [איסור גזלה ואיסור לא תחמוד ולא תתאוה ובו י"ד סעיפים] :

א אסור לגזול או לעשוק אפילו כך שהוא בין מישראל בין מעכו"ם כמ"ש בסימן שמ"ח ואם הוא דבר דליכא מאן דקפיד בזה מותר כמו ליטול מגרך או מחבילה לחצוץ בו שיניו ואף גם זה איתא בירושלמי [דמעי ס"ג] דממרת חסידות יש לחוש גם לזה מטעם דאם כל אחד יעשה כן יסתרו הגדר וביטינו נהגו כשבא לבית חבירו וחבירו שואף עלי מרורים בנחיריו או בפיו שנוטל גם הוא שלא בשאילת הבעלים וכן ליטול עצי נפרית להדליק בו וכן כששותים מים חמים מאנטיכי עם נופת צוטל צלוחית ושותה גם הוא מטעם שאין מקפידין ע"ז אסנם ממדת חסידות ודאי דראוי ליזהר וכ"ש כשיודע שהבעלים היא נברא קפדנא ואסיר מדינא וכן יש ליזהר כשבא אורח לבית ראובן ומכברו ובתוך כך בא שמעון שאינו אורח ומפני הדרך ארץ מבקש ראובן את שמעון לשתות ולאכול אם אינו יודע בבירור שרצונו באמת ירחיק אע"פ מזה וכן כל ביוצא בזה ועמ"ש בסימן רכ"ח :

ב אסור לגזול אפילו ע"מ לשלם דבר יפה מהגזלה דכתיב חבול ישיב רשע גזילה ישלם אע"פ שגזלה ישלם רשע מקרי ואף אם לכתחלה כוונתו לשלם וי"א דזהו דוקא אם אין התשלומין בעין אבל כשהם בעין יותר והם יפים יותר מהדבר שלוקח ממנו וידוע אצלו שהבעלים ימכרו את הדבר שנוטל שאין הדבר עומד להשמישי ביתו [טור] מותר שהרי זכות הוא להבעלים ויוכה את הדבר האחר להבעלים ע"י אחר דזכין לאדם שלא בפניו ודבר פשוט שאם הבעלים כאן ומוחין בידו שאסור לו לעשות אפילו בכה"ג וכן אם אין הדבר היפה בעין אסור לו לעשות שלא בפניו דלע"ע הוא גזלן ועוד דשמא לא יבא לידו הדבר היפה ואם הדבר מתשמישי ביתו אסור לו לעשות שלא מדעת בעה"ב בכל ענין דשמא ניחא לו בתשמישו זה מהחליפין היפים מזה ואף גם בכל הפרטים שנתבאר התירם אין לו לעשות רק לצורך גדול באופן שאנן סהדי דניחא להו להבעלים [ע"ז] :

ג כל הגוזל את חבירו אפילו ש"פ כאלו נוטל נפשו שנאמר כן ארחות כל בוצע בצע את נפש בעליו יקח ואפילו נוטל בשאלה שלא מדעת בעלים נקרא גזלן ואפי' אם הוא בסכנה ובא לגזול את חבירו כדי להציל את נפשו

נפשו דרשאי לעשות כן מפני פקוח נפש ס"ס צריך שלא יקחנו אלא ע"מ לשלם אבל כשנוטל ע"מ שלא לשלם הרי הוא נזלן דאסור להציל עצמו במטבן חבירו אף במקום סכנה אם אין דעתו לשלם :

ד אסור לעשות הערמה בנזילה כגון שהולך אצל חנוני ואומר שרצונו לקנות פירות ומועם מעט מהם ועושה עצמו כאלו אינו משתוה עמו במקח ואח"כ הולך גם אצל השני והשלישי ועושה כן ה"ז גזלן לכל בדבר אחד שהתירו חו"ל מפני הסכנה שאם הקיז דם ורפואתו לשהות יין ואין יהו משגת ליקח ומתבייש לבקש חנם יטול מטבע לא טובה וילך אצל טובר יין ויטעום מעט ואח"כ ילך אצל השני והשלישי ועוד והם לא יהרצו למכור לו בעד מטבע זו ובין כך ישהה רביעית יין [טמח קכני] :

ה החוטף משכון מיד חבירו שחייב לו מעות כיון שעשה שלא ברשות ב"ד ה"ז גזלן אף שהוא חייב לו ואצ"ל אם נכנס לב"ת הלוה ומשכנו כמ"ש בסי' צ' וכל גזלן נפסל לעדות ולשבועה כמ"ש בסי' ל"ד לבד מהממשכן שלא ברשות ב"ד משום דלא משטע לאינשי איסורא בזה וגם זהו רק בחוטף בשוק מיד הלוה אבל אם נכנס לביתו למשכנו נפסל דמקרא מפורש הוא לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו ומפתבא כל ע"ה יודע מזה האיסור אמנם אם ידוע שהמלוה אינו יודע איסור זה לא נפסל [בד"ס וס"ך ומ"ס מס שסקסה עליו] :

ו כתיב לא תעשוק ולא תגזול איזהו עושק ואיזהו גזילה גזילה הוא שלוקח ממון האדם או חפציו מידו או מרשותו בחזקה כגון שחטף מידו או נכנס לרשות חבירו שלא ברצון הבעלים ונוטל משם כסף או שוה כסף או שתקף בעבדו של חבירו או בבהמתו ועשה בהם מלאכה או נשתמש בהם או שירד להוך שדה חבירו ואכל הפירות או נטלן וכל כיוצא בזה כשנוטל לכתחלה באלמות והו גזלן :

ז ואיזהו עושק זה שבא ממון חבירו להוך ידו ברצון הבעלים וכיון שהבעו להחזיר לו ממנו ככשׁ בידו ולא החזירה כגון שהיה לו ב"ד חבירו הלואה או שבירות ותובעו ויש לו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה ואמרו חו"ל דעושק שכר שכיר עובר גם בלאו דלא תגזול [ב"מ סח:] ועס"ש של"ת :

ח כתיב לא תחמוד ולא תתאוה ואין הבווגה על תאות הלב בלבד בלא מעשה וליפינן מדכתיב בפ' עקב לא תחמוד כסף וזהב עליהם ולקחת לך דאיסורא דלא תחמוד הוא דוקא כשיעשה מעשה [מיכלפ] ואע"פ שממדת חסידות שלא לחמוד כלל אפילו בלב מה שיש לחבירו מ"ם בלאו דלא תחמוד אינו עובר רק בעושה מעשה ולאו דלא תתאוה אע"ג דתאוה היא בלב מ"מ אינו עובר בתאות לבו בלבד אא"כ מחשב בלבו איך להשיגה מחבירו וביון שגומר דבר זה בלבו עובר על לא תתאוה וראיה דתאוה אינה בלב בלבד שהרי במתאוננים כשהתאוו בשר קראם התורה העם המתאוים והם הרי השתדלו להמציא תאותם וכן הוא הלאו דלא תתאוה :

ט וו"ל הרמב"ם בפ"א מגזילה כל החומד עבדו או אמתו או ביתו או כליו של חבירו או כל דבר שאפשר שיקנהו ממנו והכביד עליו רעים והפציר בו עד שלקחו ממנו ה"ז עובר בלא תחמוד וכל המתאוה ביתו או אשתו וכליו של חבירו וכל כיוצא בזה כיון שחשב בלבו איך יקנה דבר זה ונפתה בלבו בדבר עבר בל"ת של לא תתאוה ואין תאוה אלא בלב בלבד עכ"ל וכ"כ המור והש"ע :

י וזה שכתב כל דבר שאפשר שיקנהו ממנו נ"ל שכוון למה שדרשו במכילתא לא תחמוד כלל בית שדה ועבד ואמה ושור וחמור פרט וכל אשר לרעך חזר וכלל והוי כלל ופרט וכלל מה הפרט דבר שהוא קונה ומקנה אף הכלל דבר שהוא קונה ומקנה ע"ל וביאור הדבר נראה שאם ראובן למד איזה חכמה ואיזה מלאכה ושמעון חמד בלבו חכמה זו או מלאכה זו והשתדל והרבה רעים על ראובן עד שלמדו והייתי אומר שגם זה הוא בכללא דלא החמוד לזה מיעטה התורה דוקא דבר שהוא בקנין שכשהיא אצל ראובן איננו אצל שמעון לאפוקי חכמה ומלאכה אינם בקניגים [עסמ"ע סק"ח ונס כמור הגיסמ כן] :

יא עוד דרשו במכילתא שם מה הפרט מפורש ברבר שאינו בא ברשותך אלא ברצון הבעלים אף כל דבר שא"א לבא ברשותך אלא ברצון הבעלים יצא שאתה חומד בתו לבנך או בנו לבתך [כל"ל] וביאור זה נראה דזהו ודאי כשאדם מתאוה לישא אשה פנויה בחופה וקדושין דמותר שהרי אינה אשת רעך אבל להסית אבי הבת שיקדש בתו לבנו או להסי'תו שיצוה את בנו לקדש את בתו היתי אומר שזהו בכלל ובל אשר לרעך דהבנים והבנות הם של אביהם וגם ישנן בקניגים דהאשה היא קנין בעלה זה מיעטה התורה ספני שזה א"צ דעת בעלים שהרי אם בנו יהיה רצונו לקדשה ברצונה א"צ דעת האב וכן אם בתו תתרצה לקבל קדושין א"צ דעת אביה ואף בבתו קטנה שהיא ברשות האב מ"ם בשתתגדל אינה עוד ברשותו ואינו רומה לקרקעות ומטלטלין שלעולם הם ברשות הבעלים [ע' ערכין כמ:] :

יב התאוה מביא לידי חימוד והחימוד מביא לידי גזל שאם לא רצו הבעלים למכור אע"פ שהרבה להם ברמים והפציר ברעים יבא לידי גזל שנאמר וחמדו שדות וגזלו [מיכה 3] ואם עמדו הבעלים בפניו להציל ממנום או מנעוהו מלגזול יבא לידי שפיכות דמים צא ולמד ממעשה אחאב ונבות הא למדת שהמתאוה עובר בלאו אחד והקונה ע"פ הפצר שהפציר בבעלים עובר בשני לאוין לכך נאמר לא תחמוד ולא תתאוה ואם גזל

או נגב אחר ההשתדלות עובר בב' לאוין [ובזה י"ל קושית סוס' ב"מ סמ' ד"ס לצבור ולזק] :

יג בלאו דלא תחמוד אינו פסול לעדות ולשבועה דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו כם"ש בסי' ל"ד ודע דמרבני הרמב"ם שהבאנו מתבאר דעל לאו דלא תחמוד עוברים אף כשנתן מעות והמוכר נתרצה ולכן יותר אדם מלקנות שלא אצל חנוני אם לא כשהמוכר מבקש ממנו שיקנה [עמוס' סנהדרין כה: ד"ס מעיקרא] :

יד כיון שנתבאר ענין הלאו דלא תחמוד ממילא מבין דכ"ש הכופה את חבירו למכור את שלו ונותן לו דמיו הוי איסור דאורייתא וזהו חמסן ום"ם לפסול לעדות ולשבועה אין לו דין גזלן ליפסל מראורייתא אלא מדרבנן כם"ש שם ועל לאו דלא תחמוד אינו נפסל אפילו מדרבנן ממעם שנתבאר [וע"ש בסמכדרין] :

סימן שם [מצות השבת הגזילה ואם אין בה ש"פ וכשנשתנית הגזילה ובו י' סעיפים] :

א כל הגוזל חייב להחזיר הגזילה עצמה שנאמר והשיב את הגזילה אשר גזל ואם רצונו לשלם הדמים אינו יוצא ידי השבה כשהגזילה היא ת"י אם הגנזך אינו מתרצה בכך ואם הגנזל מתרצה יצא ום"ם עובר בלא תחמוד אא"כ הגנזל מוחל לו לגמרי ראו א"צ השבה כלל ודע דלא מצינו בפוסקים חילוק במצות השבה בין ישראל לכותי להפוסקים דס"ל דגזל כותי הוא מן התורה ודע דיש מרבותינו דס"ל דעובר כוכבים שגזל ליכא בזה השבה [רס"י פיקודין סב] והטעם דמצות השבה כתיב בויקרא בנשבע לשקר והדה שחייב בקרן וחומש ואשם והכותי אינו מקריב אלא עולה כמ"ש הרמב"ם בפ"ג ממעשה הקרבנות אבל ברמב"ם ובטור וש"ע לא מצאנו דבר זה וכן דעת רבותינו בעלי התוס' [סם ובעט"ס עמ' ד"ס בן] וזה שאמרו חז"ל בבן נח דלא ניתן להשבון זהו בשגזל מפחות מש"פ וכן עיקר לדינא כי רוב הפוסקים סוברין כן :

ב כשנאבדה הגזילה משלם דמיה וכן אם נשתנית קונה נוף הגזילה בשינוי ומשלם הדמים כמו שהיתה שה בשעת הגזילה כמ"ש בסי' שנ"ג ואין חילוק בזה בין שתודה מפי עצמו ובין שבאו עדים שגזל ואע"ג דהא דשינוי קונה ילפינן מאשר גזל ומקרא זה נאמר בהוראה מפי עצמו מ"מ לענין שינוי אין סברא לחלק ועוד דהא גם לענין כפל וד' וה' מהני שינוי כמ"ש שם וזה אינו אלא בעדים [סנכ"ת] :

ג מדין תורה אפילו גזל קורה ובנאה בבירה גדולה הואיל שלא נשתנית בעצמה צריך להרוס כל הבנין ולהשיב הקורה לבעליה אבל חכמים הקנו מפני תקנת השבים שיהיה נותן דמיה ולא להפסיד בנינו דזה נהנה וזה לא חסר ואפילו גזל קורה ועשאה בסוכה שהיא דירת עראי ובא בעל הקורה לתבעה בתוך החג נותן לו דמיה דכל ימי החג הוי כדירת קבע אבל אם תבעה אחר החג כיון שלא נשתנית ולא בנאה במיט ואין לו הפסד אם יפתור הבנין מחזיר הקורה עצמה ועמ"ש בסי' שם"ו :

ד בגזילת קרקע לא עשו תקנת השבים שאם גזל קרקע ובנה עליה בנינים גדולים צריך לפתור הכל ולהשיב הקרקע להבעלים והטעם יש מי שאומר דכיון דקרקע אינה נגזלת דקיימת לעולם ומצוים בעיני זרע ליפול וסוף סוף יושב הקרקע לבעליו לא עשו תקנה בזה [מ"ז] דעיקר התקנה הוא מפני תקנת השבים שאם נצוה אותו לפתוך בירתו ולהשיב הקורה לא יעשה כן ותרקב הקורה ובקרקע לא שייך זה העמידו ארץ תורה והגולן היה לו לירע זאת ולא היה לו לבנות על קרקע גזולה [סמ"ע] ועוד דעיקר תקנת השבים הוא שלא יעלים הגזילה ובקרקע א"א להעלים [נמוס] וי"א דאם בשנגה גזל אחד קצת קרקע משל חבירו שהשיג גבולו בלא כוונה ובנה עליה בנין דנותן דמיו מפני תקנת השבים [מגי"פ] ונראה דה"ה אם הגולן מכר הקרקע והלוקח לא ידע שהיא גזולה ובנה עליה בנין דמחזיר דמים כיון שלא ידע שגזולה היא [ומ"ם בסמ"ע סק"ו לא ס"ל לקמוסו מס"ד וכ"ל לכמוסו וע' בב"ק כ"ס לגבי להפסדת מיטי] :

ה הגוזל פחות מש"פ אע"פ שעבר עבירה מ"מ אינה בתורת השבה דלאו ממון הוא וישראל מוחל ע"ז ום"מ אם גזל שוה פרוטה והווקה צריך להשיב אותה או דמיה ולא עוד אלא אפילו גזל ג' אגורות ירק ששוות ג' פרוטות והווקו שאינן שוות אלא שתי פרוטות והחזיר לו שתים חייב להחזיר השלישית הואיל ובתחלתה היתה ש"פ והטעם כיון דכל הגולנים משלמים כשעת הגזילה ובשעת הגזילה היתה ש"פ צריך לקיים מצות השבה ולכן אפילו כשקיים מצות השבה בשתים חייב לקיים גם בהפרוטה השלישית של שעת הגזילה וכ"ש אם גזל שתי אגורות ששוות פרוטה והחזיר אחת אע"פ שגזילה אין כאן שהרי לא נשתייר בידו ש"פ משעת הגזילה מ"מ גם מצות השבה אין כאן שהרי לא קיים והשיב את הגזילה כיון שלא החזיר ש"פ ואע"ג דלא מעכבא מצות השבה כשאין כאן גזילה מ"מ לא קיים מ"ע דוהשיב את הגזילה שהיה בידו לקיים [תוס' ב"ק קסי] ולא דמי לפחות מש"פ שגזל דלא חיילא עליה מצות השבה כלל משא"כ בזה חיילא עליה מצות השבה ולא קיימה ולכן י"א דבאמת מכין

מכין אותו שיקיים מצות השבה כמו שכופין על כל מ"ע [מור בסם סרמ"ס] וכ"ז כשהחזיר האחת מרצתו אבל כשב"ד הכריחוהו להחזיר והחזיר האחת כופין אותו להחזיר גם השניה [רמ"ם] רב"ד שהוזקקו לגזילה דש"פ נומרין אף על פחות מש"פ כמ"ש בסי' ו':

ו כבר נתבאר בסי' שנ"ג דכשנשתנית הגזילה שינוי מעשה אע"פ שלא נהייאשו הבעלים א"צ להחזיר אלא דמים כמו שהיתה שוה בשעת הגזילה ונוף הגזילה קנה בשינוי ודוקא שלא יהא שינוי החוזר לברייתו כיצר הגוזל עצים ובבקן בסמטרים ועשה מהן תיבה אינו שינוי שהרי אפשר לפרקן וחוזרין עצים כמו שהיו וחזקא שהעצים בעצמן לא נשתנו כלל כגון שגזל נסרים הראוים לעשות מהן תיבה אבל אם גזל עצים שאינם מתוקנים לתיבה ושיפן ותחליקן וקצצן זהו בעצמו הוי שינוי אף אם לא עשה תיבה כלל וכ"ש אם גזל עץ עבה וחקק בה כלי דהוי שינוי וכל שינוי מעשה אף דהשינוי לא הוי למעליותא רק לגרייעותא כגון שגזל עץ גדול ועשאו קרשים והעץ יקר מהקרשים מ"מ קנה דכן משמע מכל הפוסקים שלא הזכירו שינוי לשבח וכן מוכח ממה שיתבאר דלבנה ועשאה עפר הוי שינוי [וכ"כ סי"ם פ"ק פ"ח סכ"ט]:

ז גזל עפר ועשאו לבינה לא קנה דהוי שינוי החוזר שאם ירוק הלבינה תחזור עפר כשהיתה וי"א דזהו רק כשיבשן בחמה אבל כשצרפן בכבשן א"א לכותשן לעפר דק כבתחלה [רמצ"ח פ"ק ל"ו:] וכן אם גזל חתיכת של מתכת ועשאה מטבע לא קנה שאם יתיך המטבע תחזור החתיכה כשהיה וכן אם עשאו כלי לא קנה מהאי טעמא [ס"ק] אבל גזל לבינה ועשאה עפר או אבנים ומיתתן או מעות וכלים והתיכן או שברן ה"ז שינוי בידו וקנאו ולא אמרינן דנם זהו שינוי החוזר שיכול לעשות לבינה או מעות אלו וכלים אלו דהרי אם יעשה כן יבואו פנים חדשות דא"א לצמצם שההא הצורה ממש כבראשונה דהבראה וראי ישתנה קצה [ס"ח] ונם א"א לצמצם שיהא שוה באורך או ברוחב כבראשונה [רס"י] ואף אם יעשנה בדפוס מכוון כבראשונה מ"ם המראה ישתנה קצת וכן כל כיוצא בזה [כל"ל נם לפילם"ו]:

ח הגוזל מעות ישנות ושיפן וחדשן לא קנה שהרי מהיישנין וחוזרין כמו שהיו אבל אם גזל מעות חדשות וישנן קנה שאם יחדשם הם פנים חדשות כמ"ש ואם גזל דקל מחובר וקצצו לא קנה אפילו כרתו תוליות חוליות דעדיין שם דקל עליו ואפילו עשה מהם גשר לא קנה דהוי שינוי החוזר [ב"ק קי"ג] ואם עשאו קורות קנה דמעתה נשתנה לשם קורה אבל אם גזל קורות גדולות ועשאן קטנות לא קנה דעדיין שם קורות עליהן ואם קצצן לוהות עד שנשתנה שמן קנה ואם גזל לולב והפריד העלין מהשדרה קנה העלין דנשתנה שמן דעתה נקראו העלין הוצין וכן אם גזל עלים ועשאן חופיא שקשרן יחד כעין מכבידה לכבד בו את הבית קנה דנשתנה שמן לשם חופיא ודוקא שהלק כל הוצא לשנים דאלי"כ הוי שינוי החוזר [רס"י כס] אבל אם גזל חופיא ועבדיה שרשירא בעין חבל לא קנה מפני שביכלתו לסתרו ולהחזירו לקדמותו [נמ"] וכן כל שינוי השם אף שאין בעצמותו שינוי כגון שלה ונעשה איל עגל ונעשה שור קנאו כמ"ש בסי' שנ"ג:

ט גזל צמר וצבעו או נפצו וליבנו או עשאו לבדים קנה ודוקא כשצבעו או ליבנו בענין שאינו חוזר לברייתו [חסו כוכם סרמ"ח בסעיף ז' ועי' בסגר"ח]:

י כתב רבינו הרמ"א בסעיף ו' דאין נקרא שינוי אא"כ נשתנה שם הגזילה מכח השינוי עכ"ל ואין כוונתו דכל שינוי מעשה צריך גם לשינוי השם דא"כ למה לי השינוי מעשה הא גם שינוי השם לבדו הוי שינוי ועוד דהא צמר וליבנן אין בזה שינוי השם וקנה אם אינו חוזר לברייתו אלא דהאי כללא סימנא בעלמא הוא לענין רוב השינוים להסביר הטעם כמו בעצים כשחתכן לחתיכות קטנות אין זה שינוי ובששיפן הוי שינוי משום דקטנות עדיין שם עצים עליהם אבל בששיפן נשתנה לשם אחר וכ"כ הטור וכ"כ התוס' [רפ"ע דב"ק] וכן בלבינה ועשאו עפר הוי שינוי ואם ישבור הלבינה לשברי שברים ודאי דלא הוי שינוי דעדיין שם לבינה עליהם אבל כשעשאו דק כעפר נשתנה שמו וכלל הדברים כן הוא דאם השינוי שולט בכל החפץ כמו בצמר ולבנו או צבעו או מעות חדשים וישנן אבנים וסתתן וכיוצא בזה דהוי שינוי גמור אף דאין בזה שינוי השם ביון דהשינוי ניכר בכל החפץ הוי שינוי אבל שינוי מעשה שהקטין הרבר ההוא כמו קורות גרולות ועשאן קטנות מ"מ אין זה שינוי דהא הקטנות שנשארו אין בהם שום שינוי מבמקדם דאותה צורה עליהם ולא הוה שינוי רק כשנשתנה שמן כגון שעשאן קרשים דאז ניכר השינוי בכל ויש באמת גם שינוי השם אלא דא"א להיות באופן אחר [כל"ל ועי' בסגר"ח מק"י ובקצ"ח]:

סימן שמא [דיני יאוש ואם יש עמו שינוי השם או שינוי רשות ובו כ"א סעיפים]:

א בסי' שנ"ג נתבאר דיאוש לחוד אינו קונה רק ביאוש ואח"כ שינוי רשות ואם קדם השינוי רשות להיאוש אינו קונה ולהרמב"ם אין חילוק בזה ויאוש עם שינוי חשם או שינוי מעשה גרוע שחוזר לברייתו וי"א ג"כ שקונה וא"צ להחזיר אלא דמים ואפילו ידע שגנובה היא מ"ם קונה ביאוש ושינוי רשות:

ובסימן

ב ובמ' שנ"ע נתבאר דסתם נגבה הוי יאוש בעלים ואם הנגב כותי לא הוי בסתמא יאוש אא"כ שמענו שנתייאשו וסתם גזילה אפילו בישראל לא הוי יאוש בעלים אא"כ שמענו שנתייאשו והיא משנה מפורשת בסמ' כלים [פכ"ו] והובא בנמ' [ב"ק קידי] וזהו דעת הרבה מרבותינו וזה שאמרו בנמ' שם ויתבאר בסמ' שם"ח דהמציל מיד ליסטים ישראל ה"ז שלו מפני שמסתמא נתייאשו הבעלים אינו בשם ליסטים שבלשון העולם שהוא גזלן אלא נגב [יס"ם וס"ך וסנר"מ סס וחמ"ח וב"ם ר"ם כ"ם וכ"כ סמ"ע סס] וראיה לזה דהנמ' שם ג"כ פירש כן וזהו דעת היש מפרשים שכתב המור בסמ' שם"ח סעיף ד' ע"ש [ומה דמתרץ סס בנמ' בליסטים מזויין סס גזלן זהו לדבר מבל לעולם דסלסמא מוסיס י"ל כמקדם]:

ג אבל הטור בעצמו כתב שם בשם הרא"ש ז"ל דגזלן ישראל אפילו בסתמא הוי יאוש וגזלן כותי לא הוי יאוש ונגב אפילו כותי הוי יאוש ודחו הנרולים את דבריו ועיקר טעמו דקשה ליה מה שאמרו שם בנמ' בליסטים ישראל מייאש ובכותי לא מייאש ומבור דליסטים היינו גזלן ואינו כן דזהו נגב כמ"ש:

ד ויש מי שאומר דהדין עם הטור דמלשון הרמב"ם פ"ו מגזילה מוכח דליסטים היינו גזלן דעל הדין דמציל מן הליסטים מסיים בלשון גזלן ע"ש וכן מתרץ הסתירות ממשנה דכלים למה שחלקו בנמ' בין ליסטים ישראל לכותי ובישראל מייאש דהיינו טעמא מפני שיש בזה שינוי רשות דהא מצילו מיד הליסטים וכמו שמהני ביאוש עם שינוי השם גרוע כמו כן מהני בשינוי רשות גם ביאוש גרוע ותלינן שנתייאש ואף שבמ' זה יתבאר דשינוי רשות לא מקרי רק כשהגזלן נותן לו ברצון ולא כשנוטל בע"כ באמת נפרש דמצילו מהליסטים דרך פיום [פ"ז] ולא נראה כן דאיך יעיל ספק יאוש הא אפילו ודאי יאוש כשהוא אחר שינוי הרשות אינו קונה לרוב הפוסקים מכ"ש בספק יאוש אפילו קודם שינוי רשות ועוד דמציל מהליסטים לא משמע שהליסטים נותן לו ברצון כמו מציל מדליקה ומנהר:

ה ולענ"ד נראה דהדין עם הטור ונם הרמב"ם ס"ל כוותיה ואפשר דנם כל הפוסקים יודו לו דהנה בדברי הרמב"ם ז"ל יש הרבה סתירות בענין זה דבפ"ה מאישות כתב הסקדש את האשה בגזל או בגנבה או בחמס אם נתייאשו הבעלים ונודע שקנה אותו דבר ביאוש ה"ז מקודשת ואם לאו אינה מקודשת עכ"ל הרי מבואר מדבריו דבסתם גנבה וגזילה צריכין לדעת שנתייאשו ובסתמא אינו יאוש וכ"כ בפ"ה מאיסורי מזבח הנגנב או הגזל והקריב הקרבן פסול ואם נתייאשו הבעלים הקרבן כשר עכ"ל אבל בפ"ד מתרומות כתב הנגב והגזלן והאנס תרומתן תרומה ואם הבעלים רודפין אחריהם אין תרומתם תרומה עכ"ל הרי מבואר דבסתמא הוי יאוש ובפכ"ד מכלים כתב נגב שנגב עור וחישב עליו לשביחה מחשבה מועלת לו ומתמא במרדם אבל הגזלן אין מחשבתו מועלת אא"כ נתייאשו הבעלים עכ"ל הרי שחילק בין נגב לגזלן כדעת כל הפוסקים:

ו ובפ"ו מגזילה כתב המציל מיד ליסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שסתם הדבר שנתייאשו הבעלים וכו' אבל המציל מיד ליסטים כותי חייב להחזיר שסתם הדבר שלא נתייאשו הבעלים וכו' ומפני מה סתם ליסטים ישראל נתייאשו וסתם עכו"ם לא נתייאשו מפני שהבעלים יודעים שהכותים מחזירים אע"פ שאין שם עדים שגזל אלא בראיות עכ"ל וא"כ מפרש ליסטים גזלן וכ"כ בפ"ת בני אדם שחוקרין גולנים בגון המוכסין והליסטים וכו' עכ"ל ועוד יש לדקדק שלא מצינו בהרמב"ם בכל הלכות נגבה וגזילה שיבאר דין זה דסתם נגבה וגזילה אי הוי יאוש או לא:

ז ולכן נ"ל דהנה הטעם שסתם נגבה הוי יאוש וסתם גזילה לא הוי יאוש משום דבנגבה אינו יודע מי נגנב ואינו יודע את מי לתפוס משא"כ בגזילה [סר"ם וסרמ"ם בכלים סס] ולפ"ז בשיודע מי נגבן בגון שראוהו אנשים שיצא מבית ראובן ובלים תחת בנפיו אינו מתייאש נם בנגב וכן בגזילה אין כלל מנחת בזה שאם נזלו בפני אנשים לא מתייאש שסבור שיתפיסנו בב"ד אבל אם נזלו בינו לבין עצמו מתייאש דב"ד ישראל לא יזרקו לו באין עדים ובכותים לא מתייאש כמ"ש:

ח ולפ"ז אין בדבר זה דין קבוע דלפעמים נם בנגב ליכא יאוש ולפעמים נם בגזלן איכא יאוש ולפ"ז המציל מהליסטים וזה המציל אינו יודע אופן נזילתו לא יעלה ע"ד שהגזילה היתה בעדים דלפעמים נם גזלן שומר א"ע שלא יהיה רק הנגזל לבדו כי מתיירא מאנשים רבים לפיכך אנו אומרים ששלו הוא דהבעלים נתייאשו אבל הקונה מנגב וגזלן שאינם מריבים עם הקונה ומסתמא יודע להקונה איך היה המעשה לפיכך לא כתב הרמב"ם בזה אי הוי יאוש מסתמא אם לאו דבל עיקר החילוק הוא לידע אם יש יאוש ושינוי רשות וזה על הקונה לדעת ולשאל איך היה המעשה ולפעמים יש יאוש נם בגזלן ולפעמים נם בנגב אין יאוש אבל המציל מליסטים שנוטל בע"כ סמנו ואינו יודע איך נזל תלינן יותר דנתייאש כמ"ש ואם הקונה לא ידע כלל שהיא נגובה וגזולה ודאי אין נ"ם בדין זה ומם"נ אם לא נתודע כלל הרי אינו יודע ואם נהודע לו שנגובה או גזולה היא מראובן הלא ביכלתו לשאול ולחקור איך היה הנגבה והגזילה וידע אם יש יאוש בזה אם לאו אבל המציל מליסטים יודע שליסטים הוא אבל אינו יודע ממי נזל ובאיזה אופן נזל:

ט וכן בדינים הנוגעים לנגב ולגזלן עצמו כגון שהפריש תרומה והקריב קרבן וקידש אשה נ"ב לא שייך לפרש בזה דהרי הוא יודע איך שנגב ונזל ולכן לא ביאר הרמב"ם רק הדין שקודם יאוש אינו מועיל ולאחר יאוש מועיל ועליו לדעת אם לפי הענין היה יאוש אם לאו

לאו ובתרומה לא כתב רק שהתרומה מועלת דלא נימא דהוי תורם שלא ברשות ואין תרומתו תרומה אלא אם היה לאחר יאוש תרומתו תרומה וזהו שכתב ואם היו הבעלים מרפין אחריו כלומר שאם יודע שהבעלים ירדפו אחריו שלא נתייאשו אין תרומתו תרומה אף להבעלים מפני שתרם שלא ברשות ורק בדין טומאה וטהרה שעל הנוגע לדעת אם נטמא אם לאו והנוגע אינו יודע איך נגב או גזל פסק דסתם גנבה הוי יאוש משום דמסתמא גינבין בצינעא וסתם גזילה לא הוי יאוש משום דרוב גזילות הוה בפרהסיא ולא תקשה לך למה אמרנו במציל מן הליסטים ששלו הוא ותלינן שגזלו בינו לבין עצמו מפני שבממון אין ביכולת להוציא ממנו בלתי טענה ברורה דהרי אין הולכין בממון אחר הרוב ובאמת אם יביאו הבעלים עדים שגזלו בפני עדים יחזירנו לו [ומש שבגמ' שקאו מכל מלו מפני דציקר שקופים לרבים שם ללמ מכני יאוש כלל ע"ש ודוק] :

י ולפ"ז גם דברי המור בסי' שפ"ח עולים כחוגן דאין כוונתו על כל העגינים אלא על המציל מן הליסטים דמיירי שם וראיה דהרי בסי' זה פסק המור בעצמו דסתם גזילה לא הוי יאוש ומפרש ג"כ מה שחילק הש"ס בין ישראל לכותים זהו בגזילה דליסטים הוא גזלן ולפ"ז בגנב גם בכותים מסתמא נתייאש כיון דהחילוק הוא בגזלן ובגנב לא נזכר בגמ' חילוק זה לפיכך י"ל דבגנבה גם בכותי הוי יאוש דגנב בצינעא ואינו יודע אחר מי לחפש ולפ"ז א"ש דברי רבינו הרמ"א שם שכתב דסתם גנבה הוי יאוש אפילו בכותי [ומ"ש כל מש שמקאו שלמ"ש וחמ"ח על סרמב"ם וסמ"ע וסש"ך ושגר"ם על הסמור וסרמ"ם] :

יא כתבו המור והש"ע דשינוי רשות לא הוה אא"כ מכרו או נתנו לאחר מרצונו אבל אם בא אחר ונטלו מבית הגזלן שלא ברצונו אין זה שינוי רשות והוה כנטלו מבית בעלים ואם ירצה הגנזל גובה מהראשון או מהשני או חצי מזה וחצי מזה ואם זה השני פרע להגזלן או שהגזלן מחל לו אינו כלום כי אין דינו של שני אלא עם הגנזל ואין חילוק בזה בין שידע השני שהיא גזוזה ביד הגזלן או לא ידע דאפילו לא ידע כיון שאינו של הגזלן משלם להגנזל כיון דלא קנה מדינא וכן להיפך כשהגזלן מכר או נתן לו מרצונו אחר היאוש אפילו ידע המקבל שגזוזה היא קנה [סמ"ע] וכשהגנזל יכול לפרוע ממי שירצה אם מחל לאחד לא הוי מחילה לגבי השני ויכול להפרע ממנו [ם"ת ופ"י דכ"ק בסס סרמ"ם] :

יב ויש חולקים בדין זה וס"ל דאין חילוק בשינוי רשות בין נשתנה ברצון הגזלן בין שלא לרצונו [סס בסס ר"מ ורמ"ס] ולדעה ראשונה קשה ממ"ש בסי' שפ"ח דהמציל מיד הליסטים הוי שלו כשנתייאשו הבעלים דהוי יאוש ושינוי רשות אע"פ שנטלו שלא לרצונו והיא משנה מפורשת שם ויש מי שתירץ דיאוש שנתייאשו הבעלים אחר שבא ליד הגזלן וראי דצריך שהשינוי רשות יהיה ברצונו אבל אם היאוש היה קודם שבא ליד הגזלן כגון שראה גזלן בא כנגדו ומפחדו נתייאש מחפציו ונטלו הגזלן יאוש כזה דומה ליאוש דאבירה ומי שנטלה וכה בה דמה לי אם נתייאש מפני ששטפה נהר או מתייאש מפחד הליסטים ולכן אפילו נטלה אח"כ בחזקה מהגזלן קנה [סס"ע] מפני שקנה ביאוש לחוד כבאבידה ולפ"ז נצטרך לומר דמיירי שם שהמציל יודע שנתייאשו הבעלים קודם שגזל אמנם א"א לומר כן דא"כ גם בכותי הדין כן ולמה מחלקינן שם בין גזלן כותי לגזלן ישראל ואם נאמר דסתם ליסטים בשרואה אותו מתייאש א"כ איך כתבו הפוסקים דסתם גזלן לאו יאוש הוא :

יג ולכן נ"ל לומר דהטעם דיא מהני לדעה ראשונה כשנטלה שלא מרצון הגזלן הוא מפני דכמו שלא נקרא שינוי רשות אצל הגזלן עצמו משום דבאיסורא אתא לידיה כמו כן לא מהני אצל מי שנטלה מן הגזלן כשבא לידו באיסור דהיינו קודם יאוש דמטעם זה לא מהני שינוי רשות שקודם יאוש לרוב הפוסקים כמ"ש בסי' שנ"ג ולפ"ז אם נטלה אחר מהגזלן בע"כ של הגזלן ולא ידע שהיא גזולה או אפילו ידע רק שלקחה לעכבה לעצמו בכל ענין שהוא אף אם לא נתייאשו הבעלים דינו ג"כ כגזלן ולא קנה אף אם היה באמת לאחר יאוש דהא באיסורא אתי לידיה כיון שכוונתו היתה לגזול ובכזה מיירי המור והש"ע [וסרמב"ם וסרא"ש ופ"י סס] אבל בסי' שפ"ח שבא להציל מן הליסטים וכוונתו לעשות כדין שאם הוא עדיין קודם יאוש יחזירנו להבעלים דזהו לשון הצלה ולכן אם הבעלים נתייאשו שפיר הוי יאוש ושינוי רשות דבהתירא אתי לידיה כיון שכוונתו היתה לעשות כדין וראיה לזה דבמשנה שם חשיב נ"כ המציל מן הנהר ובות ודאי דכוונתו להציל מן הנהר ולהשיבו לבעלים אם יהיה קודם יאוש וה"נ בשמצילו מן הליסטים :

יד וכתב רבינו הרמ"א דיא דה"ה אם מכרה הגזלן באחריות או נתנה בטעות או בע"כ לא מקרי שינוי רשות עכ"ל והטעם דכיון שקבל אחריות הוי עדיין כברשות הגזלן וכן בנתינה בטעות לא שמה נתינה וכשנתנו לו בע"כ והיינו שהגזלן הכריח את המקבל לקבלה ודאי אין סברא שנחשוב זה שינוי רשות [דמס"ם קרי סס"ם סס בנעלו חמורו ומצאו לו חמור אחר יקום כלי מצוס דהוס בע"כ כמ"ם סחום כנ"ק סנ: ע"ס] :

טו ומ"ם בנתינה בע"כ אף שאין זה שינוי רשות מ"מ אם גזל ממנו בגדו ונתן לו בגד אחר הבגד האחר הוי שכו כמו שיתבאר בסי' שמ"ש והטעם מתבאר שם מפני שזהו כמכירה וזה אינו יודע בבירור שמה שנתנו לו היא גזולה בודאי וטעם זה כתב הרמב"ם בפ"ה מגזלה [ולפ"ז ס"ל כרמ"י במסנה סס לריעת סומר לסיפא דסרמב"ם

פרס מ"ס סס נתייאשו מין סמסח לס סוח כפשומו ולס כפיסים"א וזוק] :

סז ראובן שגזל דבר מאכל משמעון ובא לוי ואכלה אם שמעון לא נתייאש יכול לגבות ממי שירצה ואפילו האכילו הגזלן בידים ולא נטלן מעצמו מ"ם יכול שמעון לגבות ממנו [ממ"י והס"מ] דקודם יאוש הוי ברשות הגזל אבל אם נתייאש ובא לוי ואכלה פטור אפילו כשלקחה שלא מרצון הגזלן ואע"פ שנתבאר בסעיף י"א דשינוי רשות שהוא שלא ברצון הגזלן אין זה שינוי רשות זהו כשהדבר הגזל בעין חייב להחזירה אבל כיון שאכלה דאבידה פטור והטעם מדכתיב והשיב את הגזלה אשר גזל ומשמע דדוקא כשהיא בעין מחזירה אבל כשאינה בעין פטור ועל הגזלן בעצמו פשיטא שא"א לומר כן דוראי חייב לשלם ומטילא מתפרשת על הנוטלה מהגזלן [סס"ע] ועוד דמסברא כן הוא דכיון דנתייאשו הבעלים וזה שנטלה אכלה אין סברא לומר שיהא לו כח אחר היאוש לתבוע ממון מזה שאכלה אלא מהגזלן צריך לתבוע [מוס' ר"פ סס] ומ"מ אם אין לו להגזלן במה לשלם יכול לגבות מהאוכלה מדר' נתן אם לקחה מעצמו מהגזלן דהא צריך לשלם להגזלן [מרדכי סס] :

סח קי"ל דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי דהיורש בא מכח המוריש וכרשות אחר הוא ולכן אם מת הגזלן אפילו אחר יאוש והורישו לבניו או ליורשים אחרים לא הוי שינוי רשות אלא הוי כאלו מורישם קיים ואם הגזלה בעין ולא נשתנית צריכים להחזירה אפי' כשנתייאשו הבעלים ואם נשתנית שינוי הגוף או שינוי השם נותנים דמים כהגזל עצמו אבל אם אכלוה בין בחיי האב בין לאחר מותו אם קודם יאוש אכלוה חייבים לשלם מכיסם אפילו לא הניח אביהם כלום ואם לאחר יאוש אכלום פטורים מלשלם כמו אחר שאכלה כמ"ש :

סט ודוקא כשלא הניח אביהם נכסים אבל כשהניח קרקעות או מטלטלין בזמ"ז שגובין גם מן המטלטלין של יתומים אפילו אכלוה אחר יאוש חייבים לשלם דאפילו אם אביהם מכרה או נתנה לאחר חייבת לשלם אפילו אם איבד דמי המכירה דנכסיו משועבדים להגזל משעת הגזלה ואין חילוק בין יתומים גדולים לקטנים ואף שאין נזקקין לנכסי קטן מ"מ בגזלה כשיש עדים נזקקים אף בקטנים כמ"ש בסימן ק"י וכן בגניבה ודוקא שנתבררה הגזלה והגניבה ע"פ עדים או שהודה לפני מותו אבל בל"ז פשיטא שאין מוציאין מהם :

עי הגזל את חבירו בעדים י"א שא"צ להחזיר לו בעדים כמו בהלואה ונאמן לומר שהחזיר לו ונשבע היסת ונפטר וי"א שאינו נאמן ואינו דומה להלואה כיון דבאיסורא אתי לידיה ולקחה שלא להחזירה ואיך יהיה נאמן לומר שהחזירה וגדולי אחרונים הכריעו כדעה ראשונה ונ"ל דאף לדעה ראשונה זהו כשהחזירה בלא כפיית ב"ד אבל אם ב"ד כפוהו להחזיר ואומר שהחזירה אינו נאמן אלא מעדים דלא גרע מס"ש בסי' ע"ם בטיען מנה לי ביד ווה אומר להד"ם ועדים מעידים שהלוהו דהוחזק כפרן ואינו נאמן לומר פרעתי דבשלמא כשטוען מעצמו החזרתי יכול להיות שעשה תשובה אבל ע"י כפיה פשיטא שגרע מהוחזק כפרן ועוד דזהו ודאי דצריך שבועה שהחזירה וכשהחזיר מעצמו נאמר שעשה תשובה ויכול לישבע אבל בכפיית ב"ד תרי הוא עדיין פסול לשבועה :

עב וגזלן שמת והניח נכסים שחייבים היורשים לשלם כמ"ש אם אמרו היורשים יודעים אנו שאבינו עשה חשבון עמך או שאומרים אבינו אמר לנו שעשה חשבון עמך ולא נשאר לך כלום בידו נאמנים והטעם ראפילו להי"א שבסעיף הקודם שצריך להחזיר בעדים דוקא זהו רק הגזלן בעצמו אבל יורשיו שאינם גולנים פשיטא שהיו נאמנים לומר החזרנוה לך ולכן כשטוענים גם טענת חשבון נאמנים במינו דהחזרנו מיהו צריכים לישבע היסת כיון שטוענים ברי [ס"ך] ודוקא אם הם גדולים וטוענים בעצמם אבל אם לא טענינן להו טענה זו וכן לא מענינן שמא החזיר אביהם ולכן גם הם אין יכולים לטעון שמא החזיר לך אבינו [סמ"ע] ויש מי שאומר דהוי ספיקא דדינא [ס"ך] וי"א דכל זה כשאין ידוע הגזלה רק ע"פ היורשים אבל אם היו עדים שגזלה אינם נאמנים לטעון מענת חשבון אע"ג דיש להם מיגו דהחזרנו משום דהוה מינו דהעוה ויש מי שאומר דמינו דהעוה אמרינן כמ"ש בסי' פ"ב בכללי מינו אלא אם ראו עדים עהה בידם החפץ הגזול שאין יכולין לומר החזרנו דאז אין נאמנים בטענת חשבון ואינו חולק על דעה ראשונה [סס] אלא מפרשים הדברים :

עא גזלן שגזל ובא אחר וגזלו ממנו ובא שלישי וגזל מהשני הגזל גובה מהשלישי ומיורשיו כמו מהראשון ואפילו היה לאחר יאוש דאין זה שינוי רשות כמ"ש בסעיף י"א וכן אם הגזלן הפקיד הגזלה ביד אחד יכול הנגזל לתבוע ממנו אף לאחר יאוש ואין הנפקד יכול לומר לו לאו בע"ד דידי את ואפילו היה הגזלן עמו במלאכתו אינו נפטר ממעם שמירה בבעלים דהנגזל הוא הבעלים [כ"י] :

סימן שסב [שבח שהשביחה הגזילה ביד הגזלן ובו י"ז סעיפים] :

א כבר נתבאר דהגזילה כשלא נשתנית והרי היא כמו שהיתה אע"פ שנתייאשו הבעלים ממנה ה"ז חוזרת לבעלים בעצמה ואע"פ שמת הגזלן והרי היא ביד בניו ברשות יורש לא הוי שינוי רשות כמ"ש בסי' שס"א ואם נשתנית

נשתנית כיד הגזלן אע"פ שעדיין לא נתייאשו הבעלים ממנה קנאה בשינוי ומשלם דמיה כשעת הנזילה ובין שינוי מעשה ובין שינוי השם הוי שינוי ובלבר שלא יהא חוזר לברייתו כמ"ש שם :

ב בסי' שנ"ד נתבאר דלהרמב"ם לידה וגיזה לא הוי שינוי אלא שבח ומדינא הגוזל פרה ונתעברה אצלו וילדה או רחל ונטענה אצלו וגזזה היה צריך להחזיר להנגזל אוהה וגיזותיה וולדותיה אלא דמפני תקנת השבים תקנו שהשבח שהשביחה הנזילה לאחר יאוש קנה הגזלן ואם הוציא הוצאות והשביחה אפילו לפני יאוש הוי שלו כגון שהיתה כחושה ופיטמה אבר נתפטמה מאליה אין השבח שלו רק לאחר יאוש ונתבאר שם דרוב הפוסקים חולקים עליו וס"ל לידה וגיזה הוי שינוי ואפילו גזל ריקנית ונתעברה אצלו ועדיין לא ילדה או רחל ונטענה אצלו ועדיין לא גזזה נ"ב הוי שינוי וקנאה הגזלן גם הבהמה והרחל ואינו משלם אלא דמים שכשעת הגזילה דגם העיבור והטעינה הוי שינוי ושבח שאינו שינוי כגון שהיתה כחושה והושמנה מעצמה השבח של הנגזל אפילו אחר יאוש דהוי כיקרא ובהוציא הוצאות על הפיטום הוי השבח של הגזלן אפילו קודם יאוש כמו להרמב"ם [ומ"ש הסמ"ך בסק"ד ל"ע שכתב דלמפטמת מלינ הוי כהוקרס על דברי המחבר ססוס כסרמב"ם וכסיע מרמ"א סי' שנ"ד שזסו דעת סחולקים] :

ג וז"ל הרמב"ם ז"ל בפ"ב מגזילה נתייאשו הבעלים ממנה ולא נשתנית קנה הגזלן כך השבח שהשביחו אחר יאוש ואינו משלם אלא כשעת הגזילה ודבר זה מדבריהם מפני תקנת השבים וכשמחזיר לו הגזילה שמין לו השבח ונוטל מן הנגזל עכ"ל והעתיקו רבינו הב"י בסעיף ב' :

ד עוד כתב שם כבר נתבאר שהגזילה שהשביחה אחר יאוש או אחר שנשתנית השבח לגזלן אע"פ שהשביחה מאליה כיצד גזל פרה ונתעברה אצלו בין שילדה קודם שתבעו בדין שעדיין לא ילדה גזל רחל ונטענה אצלו בין שגזזה קודם שתבעו בדין בין שעדיין לא גזזה הואיל ונתייאשו הבעלים משלם כשעת הגזילה ואם ילדה וגזזה הגיזות והולדות של גזלן ואם עדיין לא ילדה ולא גזזה שמין לו ונוטל השבח מהנגזל ומחזיר הבהמה עצמה עכ"ל והעתיקו בסעיף ז' :

ה עוד כתב גזל פרה מעוברת ונתייאשו הבעלים ואח"כ ילדה רחל טעונה ונתייאשו הבעלים ואח"כ גזזה משלם דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל העומדת ליגזז ואם לפני יאוש וקודם שנשתנית ירדה או גזזה הרי הגיזות והולדות של בעלים ואע"פ שנתעברה או נטענה ביד הגזלן הואיל ולא נתייאשו הבעלים ולא נשתנית הגזילה היא ברשות בעליה אע"פ שהגזלן חייב באונסים עכ"ל והעתיקו בסעיף ח' ;

ו וביאור דבריו הוא כמ"ש דלידה וגיזה הוי שבח ולא שינוי ואין הגזלן קונה השבח רק לאחר יאוש ואם אין שם שינוי כעגל ונעשה שור או טלה ונעשה איל יחזיר הגזילה עצמה להנגזל והשבח כשניטלה ממנה כגון שגזזה וילדה אין כאן שומא כלל דהגיזה והולד נוטל הגזלן והבהמה מחזיר להנגזל ואם עדיין לא ילדה ולא גזזה מחזיר הבהמה עם השבח להנגזל ושמין להגזלן מה ששוה השבח שלאחר יאוש ומשלם להנגזל [ועמ"ש כתוס' ב"ק לה: ד"ה לר"ם דלר"י מנופים מסלקין ליס ולא דלר"י בדמי מסלקין ליס וכ"כ סס"מ] :

ז ויש מי שפירש דלהרמב"ם אם כבר גזזה וילדה זבה גם בגוף הבהמה ואינו משלם להנגזל אלא דמים ורייק לה ממה שכתב משלם כשעת הגזלה [סמ"ע סק"ד] ולא נראה כן דאדרבא הרי מפרש דאם ילדה וגזזה הגיזות והולדות של גזלן ואם עדיין לא ילדה שמין לו וזה שכתב בגזל מעוברת וילדה משלם דמי פרה העומדת לילד אין כוונתו שמעכב הפרה לעצמו אלא דה"ק דאינו יוצא בחומרת הפרה כמו שהיא עתה אלא שמחזיר הפרה וגם מה שהיתה שוה יותר מפני העובר ושבח הלידה הוי של גזלן [סס סקנ"ז] וזהו הפי' במשנה לדעתו ז"ל שמה ששנינו גזל פרה מעוברת וילדה משלם דמי פרה העומדת לילד כלומר שמחזיר הפרה עם השבח של העובר וזה ששנינו גזל פרה ונתעברה אצלו וילדה משלם כשעת הגזילה ר"ל דאין כאן שומא שמחזיר הפרה להנגזל והולד מעכב לעצמו ואם עדיין לא ילדה אינו מבואר במשנה אלא בברייתא [לפי וכר"י דלמר גזלם מוזלת בפיליס וכומסרס ר"פ למיירי בשכם שעל הגזלס שעליון לא ילדס ום"ל לר"י דכולס לגזלן סוי ומוטל מסעגל בדמים ע"ש] :

ח והשור כתב השביחה הגזילה בגון פרה וילדה רחל וגזזה כתבתי למעלה בדין גנב שהשבח של גזלן ואצ"ל שאם הוציא עליה יציאות והשביחה שהיא שלו ואפילו לא עשה בה אלא שינוי החזור בגון עפר ועשאו לבנים עצים משופין ועשאן כלים דנהי דלא קנה גזילה שבח מיהו קנה ומחזיר לו הגזלה והוא יתן לו שבח שהשביחו ועשאו כלי עכ"ל ואח"כ בסעיף ג' כתב על הרמב"ם שהולך לשיטתו שאינו מחשיב לידה וגיזה שינוי מעשה אבל לפמ"ש למעלה שהוא שינוי מעשה א"צ להחזיר הגזילה אלא דמיה כמו שהיתה שוה בשעת הגזילה עכ"ל ומדבריו מבואר להריא כמ"ש דלהרמב"ם מחזיר הפרה עצמה אפילו כשכבר ילדה דלא כי"א דגם להרמב"ם אינו מחזיר רק דמים ומה שהשור קורא בתחלת דבריו לידה וגיזה בלשון שבח משום דבאמת הם שבח אלא דלדעתו שבח זה הוה שינוי ובן דעת רוב הפוסקים ומשום דהרמב"ם קורא לזה רק שבח לשיטתו כמ"ש בסי' שנ"ד על לשון רבינו הרמ"א ע"ש :

ט ומזה מתבאר דמ"ש רבינו הרמ"א בסעיף ח' דכל אלה דברי הרמב"ם אבל יש חולקין וכמ"ש ר"ם שנ"ד

שנ"ר ושנ"ו ואפילו שינוי החוור לברייתו כגון עפר ועשאו לבנים אע"נ דהא קנה כדלעיל ס' ש"ם שבח מיהו קנה וצריך להחזיר לו שבחו עכ"ל ביאור דבריו דיש חולקין וס"ל דלידה וגיזה הוי שינוי וזה שכתב דבשינוי החוור לברייתו צריך להחזיר לו השבח והו מפני שאין זה שבח דממילא והשבח בא ע"י טרחתו ובזה שוים כל הפוסקים עם הרמב"ם וכמ"ש רבינו הב"י בסעיף ט' וז"ל בד"א בשבח הבא מאליו כגון גיזות ולדות אבל אם היתה כחושה והוציא עליה ופטמה אפילו לפני יאוש נוטל מהנגזל שבח הפיטום וכן כל כיוצא בזה משבח שיש בו הוצאה עכ"ל ולכן הגיה רבינו הרמ"א דבריו קודם סעיף זה משום דכרין זה אין מחולקים הפוסקים עם הרמב"ם ורבינו הרמ"א חידש בדבריו דלאו דוקא שבח שע"י הוצאה אלא אפילו שבח שלא ע"י הוצאה אלא ע"י טירחא כמו בעפר ועשאו לבנים ג"כ קנה השבח אפילו קודם יאוש דטירחא הוי כהוצאה וגם הרמב"ם יודה בזה [ומ"ש בפמ"ג בחום ס' ל"ג ובמנ"ס ס"ל בכל הפוסקים דיחום מיהו קנין כלל ורק בקלוטין מפני תומר מ"ל מסתו הפוסקים בפמ"ע כמ"ם בסי' שכ"ג ובוק] :

י מכרה הגזלן או נתנה במתנה אע"פ שלא נשתנית הגזילה אינה חוזרת בעצמה מיד הלוקח הואיל ונתייאשו הבעלים ולהרמב"ם אין חילוק בין שהיה היאוש לפני המכירה בין שהיה אח"כ ורוב הפוסקים חולקים בזה וס"ל דאין היאוש מועיל אלא כשהיה לפני השינוי רשות כמ"ש בסי' שנ"ג ע"ש :

יא איתא בגמ' [ב"ק לו'] אמר רבא גזל והשביח ומכר גזל והשביח והוריש מה שהשביח מכר מה שהשביח הוריש בעי רבא השביח לוקח מהו בתר דבעיא הדר פשטה מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו ע"ש ולדעת הרמב"ם א"א לומר דמירי שנתייאשו הבעלים דא"כ הוה יאוש ושינוי רשות וקנה לגמרי וצ"ל דמירי לפני יאוש ואע"ג דלהרמב"ם הגזלן בעצמו אינו קונה השבח לפני יאוש מ"מ התקינו תקנה ללוקח וליורש שיקנה השבח גם קודם יאוש ולהחולקים עליו וס"ל דגם קודם יאוש קונה הגזלן את השבח קמ"ל דלא תימא דדוקא לגזלן עצמו תקנו כן מפני תקנת השבים ולא ללוקח וליורש לזה אומר דגם להם תקנו .כן ואפילו כשהשביחה הלוקח והיורש ג"כ השבח שלהם ולהרמב"ם זה שאומר דמכר לו כל זכות שתבא לידו אע"ג דהוא בעצמו לא היה קונה לפני יאוש ה"פ דכשם שאם היה הגזלן משביחה ואח"כ מכרה היה השבח של לוקח מפני תקנת הלוקח כמ"ש כמו כן אם מכר בתחלה ואח"כ השביח לוקח הוי השבח של לוקח [סמ"ע] וכל שבח זה הוא כשהיה השבח מעצמו בלי הוצאה ובלא טורח דאל"כ גם אצל הגזלן הוי השבח שלו ובשנשתבחה ביד הגזלן ומכרה דההוקח גוטל השבח מיד הנגזל חוזר הנגזל ונוטל השבח מיד הגזלן :

יב וכ"כ רבינו הב"י בסעיף ד' הנגזל והשביח ומכר או הוריש לפני יאוש מה שהשביח הוריש ומה שהשביח מכר וקנה לוקח או יורש את השבח ונוטל דמי השבח מנגזל ומחזיר הגזילה וחזר הנגזל ונוטל דמי השבח מהגזלן שהרי לא נתייאש וכן אם השביח הלוקח או היורש נוטל השבח מהנגזל עכ"ל והוא לשון הרמב"ם ולדעתו דגם לידה וגיזה בכלל שבח כמ"ש גם זה נכלל בשבח הזה ולא ניחא להו לרבותינו לפרש מאי דאמר רבא השביח הינו בידים השביחה משום דוהו פשיטא ואין ספק בזה :

יג מכרה הגזלן לכותי והשביח הלוקח השבח חוזר לבעלים ואם מכרה הכותי לישראל אחר שהשביח הוי ספיקא דדינא אם קנה השבח אם לאו והמע"ה ודעת הרמב"ם ז"ל בכל ספיקא דדינא אם תפס אין מוציאין מידו ולהרא"ש ז"ל מוציאין מידו וזהו הכל בשבח שמאלית אבל בשבח שהשביח הגזלן או הלוקח ע"י טירחא או הוצאה שייך להגזלן וכן להלוקח כמ"ש :

יד גזילה שלא נשתנית אך שהוקרה אע"פ שנתייאשו הבעלים ממנה ה"ז חוזרת לבעלים ואין להגזלן כ.ז כלום שלא תקנו להגזלן שבח שאחר יאוש אלא שבח שעל הגוף כמו השמינה וגיזות ולדות לדעת הרמב"ם אבל שבח של יוקר לא תקנו כמ"ש בסי' שנ"ג :

טו הגוזל חבית של יין מחבירו והרי הוא שוה דינר בשעת הגזילה והוקרה אצלו ועמדה בארבעה אם היא בשליטות מחוירה כמות שהיא ואם נשברה מעצמה או נאבדה משלם דינר דכל הגולנים משלמים בשעת הגזילה וס"מ אם שבר החבית או שתאה או מכרה או נתנה אחר שהוקרה משלם ד' בשעה שהוציאה מן העולם דאלו הניחה היתה חוזרת בעינה ואו היה שוה ד' נמצא דעיקר ההיזק עשה בד' דינרים ואם בשעת הגזילה היתה שוה ד' ובשעת הוצאה מן העולם דינר משלם תמיד ארבעה בשעת הגזילה בין ששברה ובין שנשברה ולמה אין אומרים כששברה כיון דעיקר ההיזק הוא בשעת שבירה בידים ישלם רק דינר בפי שהיתה שוה או דא"כ יהא חושא נשבר ואם היא בשליטות מחוירה כמות שהיא בכל ענין וכן כל כיוצא בזה כמ"ש בסימן שנ"ג ועמ"ש בסי' שנ"ד [ובמ"ז] :

טז הגנוב אשביל של תמרים ובו חמשים תמרים ואם ימכרו כולם ביחד אינו שוה רק מ"ט פרוטות ואם ימכרו לאחדים ישוו חמשים אינו משלם אלא מ"ט ואין הנגזל יכול לומר אני היתי מוכרם אחד אחד מפני שהגזלן גזלן כולם כאחד וכל הנזקים אינם משלמים אלא כשעת הגזילה [נתוס] ועוד דנצרך להקל עליו כמו על מזיק בס' שצ"ר ע"ש [סמ"ע] ולפ"ז אע"פ שירוע שהנגזל לפי אופן מסחרו היה נוטל יותר מכפי מקח של השוק מ"מ א"צ לשלם לו אלא כפי המקח הקבוע ואין

ואין מחשבין המכירות לאחדים אף שדרך הגנזל היה כן [כ"ע] :

יז כבר נתבאר דאין שמין לא לגנב ולא לגזלן ולכן הגנזל כלי ושברו אין אומרים שיתן השברים וישלים עליהן אלא משלם כלי שלמה או דמיה ומעכב השברים לעצמו ובפרטיות נתבאר בסי' שנ"ד ע"ש :

סימן שסג [הגוזל בהמה ועבד והזקינו או נתכחשו והדר אצל חבירו שלא מדעתו ובו כ"ח סעיפים] :

א אע"פ שנתבאר בסי' שס"ב דבשבח דממילא לא קנה גזלן מדינא מ"מ בריעותא דממילא ההיזק הוא של הגזלן דהרי ברשותו נתקלקל והוא צריך לשלם כשעת הגזילה לבד בקרקע כשגזזה ונתקלקלה דמחזירה במות שהיא דקרקע אינה נגזלת שעומדת במקומה ותמיד היא ברשותו של נגזל וברשותו נתקלקלה וכן אם גזל עבדים וחזקינו או נתקלקלו דינם בקרקע דבכל התורה דינם כקרקע כמ"ש בסי' צ"ה ויש מי שאומר דכיון דלכמה דברים דינם כמטלטלין מדרבנן כמו לענין פרוזבול בסי' ס"ו ולקנות עמה ממטלטלין בסי' ר"ב לכן גם לזה דינם כמטלטלין אבל רוב הפוסקים הסכימו דמוקמינן בכאן אדינא דאורייתא ואומר להנגזל הרי שלך לפניך ואפילו אם נשרפו או מתו אינו משלם כיון שלא יצאו מרשות הנגזל [ס"ך] ויש חולקים בזה דדוקא בחזקן והוכחש שבעצמותו הוא בעין שפיר דינו כקרקע וא"ל הרי שלך לפניך אבל כשנאבד מן העולם וראי דמשלם את דמיו שהרי אין שלו לפניו וחרי נגזלים הם ונקנים ביאוש כרכתיב וישב ממנו שבי [ימצ"ד פ"ט מנזלה] :

ב לפיכך גזל בהמה והזקינה או כחשה אפילו מעצמה כחש שאינו יכול לחזור כגון מחלות שאין להם רפואות וכ"ש נשברה ירה או רגלה דקנאה בשינוי או שגזל ממבע ונסדק או שגזל פירות והרקיבו כולם או שגזל יין והחמיץ ה"ז כמו שגזל כלי ושברו ומשלם כשעת הגזילה דקנאה בשינוי ולא תקשה לך למה שבח לא הוי שינוי משום דשבח הוא שינוי דהדר שיכולה להתקלקל ואפילו שינוי דכירה וגיזה חשיב שינוי דהדר לדעת הרמב"ם כמ"ש בסי' שנ"ד ובפירות לאו דוקא שהרקיבו כולן אלא אפילו הרקיבו רובן או מחצה על מחצה דהוי היזק הניכר [סמ"ע] אבל כשהרקיבו מקצתן אורחא בהכי ולא חשיב שינוי ואומר לו הרי שלך לפניך [עמ"ז ים"ם פ"ק דב"ק סי' כ"ט דכתב כן ביאור] :

ג אבל אם גזל בהמות וכחשו כחש שאפשר לחזיר או שגזל תרומה ונטמאת או שגזל חמץ ועבר עליו הפסח או גזל בהמה ונעברה בה עבירה כמו רביעה או נעבדה לאלילים או נפסלה מעל המזבח ע"פ מום שאינו ניכר כגון בדוקן שבעין או שהיתה יוצאה ליסקל על שהרגה את הנפש אע"פ שיש לו היזק להנגזל מ"מ אומר לו הגזלן הרי שלך לפניך ומחזיר אותה בעצמה דקיי"ל היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק ובכל אלו אין ההיזק ניכר שהם בתארם ורמותם כמקדם ואף שיתכאר בסי' שפ"ה דגם בהיזק שאינו ניכר קנסו חכמים להמזיק שישלם כדי שלא ירגיל אדם לעשות הזיקות כאלו לחבירו מ"מ בגזלן לא ראו לקנוס מפני תקנת השבים [מ"ג פ' סגזל] ועוד דנזילות לא שביחי [ניטין פז:] ולא ראו חכמים לקונסם :

ד בד"א כשהחזיר הגזילה עתה אבל אם נשרפה או אבדה אפילו אחר שנאמרה בהנאה חייב להחזיר לו דמים כשעה הגזילה דעיקר החיוב הוא על שעת הגזילה וכן כשאין יכול לומר לו הרי שלך לפניך משלם כשעת הגזילה [וימ"ם כסעיף ה'] :

ה גזל ממבע ופסלה המלך הוי היזק ניכר מפני שניכר לכל הקלקול והוי בנסרקה אבל אם המלך לא פסלה אלא במדינה נפסלה שבני אותה המדינה אין רצונם לקבלה ובמדינה אחרת יוצאה אע"פ שיש לו היזק בזה שצריך לחליבה לשם מ"מ הוי היזק שאינו ניכר ואומר לו הרי שלך לפניך וי"א דממבע אפילו פסלה המלך ואינה יוצאת כלל הוי היזק שאינו ניכר ביון דאין שינוי בעצמותה ואם נאברה משלם ממבע טובה היוצאת באותו מקום וי"א בפירות ג"כ דוקא כשהרקיבו עם הכניסה אבל אם הרקיבו מחמת התולעת ומכחזן הן בשלימות הרי הן כבריאים [מ"ך] ואם הרקיבו עד שנתקלקלה צורתן הוי היזק ניכר ואפילו נרקבו מחמת אורך הזמן כדרך הפירות ולא מפני תולעים כיון שנתקלקלה צורתן הוי היזק ניכר [כ"ע] :

ו גזל אתרוג קודם סיכות והחזיר לו אחר חבג דומה לממבע שפסלה המלך ותלוי בשתי הרעות שנתבארו וכל סחורה שגזלה והשהה אצלו עד עכור זמן מכירתה ביומא דשוקא נראה ג"כ הדין כן ולדעה אחרונה יכול לומר הרי שלך לפניך וכשם שהגזלן יכול לומר הרי שלך לפניך כמו כן אם נתן דבר זה לשמור ואצל השומר נאסרה בהנאה ואינו ניכר ההיזק וכל כיוצא בזה יכול ג"כ השומר לומר הרי שלך לפניך [מ"ך] :

ז כל המלאכות שעשה הגזלן בהגזילה כיון שהיא לא נתקלקלה פטור אע"פ שגם הנגזל היה צריך לזו המלאכה והוציא הוצאות להשיג מלאכת זו אין זה אלא כגרמא בנזקין ופטור וא"צ לשלם אלא כשעת הגזילה לפיכך הגוזל בהמה ונשא עליה משא או רכב עליה או חרש בה או דש בה וכיוצא בזה והחזירה לבעליה אע"פ שעבר בלאו דלא תגזול מ"מ אינו חייב לשלם כלום שהרי

שהרי לא הפסידה ולא הכחישה ואם נתקלקלה או הכחישה אפילו כחש דהדר חייב לאותה דעה שבסי' ש"ז דבבהמה לא מקרי זה שבת אלא נוק וחייב לשלם [נה"מ] וחזקה בנכחשה ממילא פטור בכחשא דהדר ולא בכחשה בירים אבל למי שסובר שם דנקרא שבת פטור דאין שבת בבהמה ולא דמי לבית שיתבאר דצריך לשלם כשהדר בו אף דבבית לא שייך שבת וזהו מפני שקרקע אינה נגזלת וברשותא דנגזל קאי אבל לא מטלטלין דברשות הגזלן עומדין ולכן אפילו אם הדבר הנגזל עומד לשכר שמשכירין אותן פטור הגזלן דברנפשיה עשה המלאכה [ס"ק] ואינו משלם אלא כשעת הגזילה [עסה"מ ומ"ס מסמ"ע בסק"מ לענ"נ] :

ח וזוקא שירד להחפץ בתורת גזילה או בתורת שאלה דדינו כגזלן דשואל שלא מדעת הוי גזלן אבל אם ירד לה בתורת שכירות אם החפץ הזה עומד להשכיר כגון שלקח בהמתו של חבירו ששרכן של הבעלים להשכירה או התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה וירד בה לשם שכירות ולא לשם גזילה ושאלה והספינה עומדת להשכיר אם לא נתקלקלו הבהמה והספינה כלל נוטל בעל הבהמה או בעל הספינה שכרן כפי המקח שדרכו להשכירן ואם יש בהן פחת אם רצו הבעלים נוטלין שכרן ואם רצו נוטלין פחתן ואע"ג דדרכן להתקלקל כשמשכירן מ"מ מדירד להן שלא ברשות הבעלים ביכולת הבעלים ליטול הפחת ולא השכר אם עולה יותר מהשכר ואם אינן עשויות לשכר נוטל תמיד הפחת ושמין כמה פחתו ונוטלין ואם ירד לה בתורת גזל או בתורת שאלה שמין תמיד הפחת ואם אין בהן פחת אינו נוטל כלום כמ"ש ובן כל כיוצא בזה :

ט כתב הטור בשם הרמ"ה דאע"ג דאם ירד בתורת גזילה או שאלה א"צ לשלם השכר ואפילו עומדת לשכר מ"מ אם השכירה הגזלן לאחר צריך להחזיר השכר לבעלים הואיל שעומדת להשכיר ורבינו הב"י דחה זה דבין דקיי"ל כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה מה לי אם עשה מלאכה בעצמו או השכירה לאחר וארבה לאת" עדיף טפי דשכירות ליומא ממכר הוא והוה כשינוי רשות ואע"ג דודאי שכירות אינו שינוי רשות ואפילו עם יאוש אינו מועיל דהא הדרא למריה ועוד דלאו לכל דבר הוי שכירות כמכר מ"מ פשיטא דלא גרע שכירות ממעשה בעצמו :

י אבל רבינו הרמ"א הביא זה לפסק הלכה ומעמו דאע"ג דכשעשה בעצמו פטור מ"מ אין לו ליקח שכר מאחר ואיך יעשה מסחר בפרתו של חבירו ודין זה כדין שובר פרה מחבירו דאלו נאנסה ברשותו היה פטור וכשהשאילה לאחר ונאנסה משלם לבעלים מפני טעם זה כמ"ש בסי' ש"ן ושינוי רשות לא שייך אלא להלוקח שע"י שינוי רשות קונה אבל לא שיועיל שינוי רשות להגזלן ואע"ג דבשכח תקנו חכמים שיקנה מפני תקנת השבים מ"מ בזה לא תקנו ולמה יתקנו בשבח שבא ע"י אחרים ואין זה אלא כיוקר שלא זכה בזה כמ"ש שם [סמ"ע ומ"ס דחקנט סוף וכו' ליתו כן לפמ"ש סס"ך בסק"מ ומעיקר הדין כן סוף וכמ"ס בסעיף ז' ודוק] :

יא ומדברי הטור נראה טעם אחר בזה דבאמת אין קנינו של גזלן קנין גמור דהא לא מדעת הבעלים קונה ועיקר קנינו הוא להתחייב באונסי החפץ אלא שמ"מ א"א להוציא ממנו ממון בער תשמישו מפני שהתורה אמרה והשיב את הגזילה אשר גזל שלא ישלם אלא כשעת הגזילה אבל מ"מ אין בכחו להשכירה לאחר דהא אינה שלו והאחר ששכרה הוי כשכרה מבעליה ואפילו ידע שגזולה היא מ"מ הרי ירד בתורת שכירות וחייב לשלם להבעלים והגזלן לא זכה כלל בהמעות של השכירות ואם נטלם מיד השוכר הוי כגזל מעות מהבעלים וחייב להחזיר :

יב ואם הוחזק הגזלן שרגיל לגזול או לעשוק ולעשות מעשים כאלו פעם אחר פעם קונסין אותו אפילו כשפטור מדינא כגון שירד בתורת גזילה ואפילו אין החפץ עומד להשכירו ושכיח השבח שנהנה משמושו או שכיח השכר מהבהמה או משארי חפצים וגותן להנגזל ואפילו בח"ל עושים כן כמ"ש בסי' ב' :

יג כל אלו הדברים הם רק במטלטלים אבל גזל עבדים וקרקעות שאינם נגזלים מדינא משלם שכירות אפילו כשירד בתורת גזלנות אם עומדים להשכיר כמו שיתבאר משום דקרקע ברשות הבעלים עומדת ולא שייך בהם לשלם כשעת הגזילה כמ"ש בסעיף ז' וכך אמרו חז"ל [ב"ק לז] התוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה פטור ובתנאי שלא ביטלו ממלאכת רבו כגון שבשעה זו לא היה לו להרב מלאכה ואף שזה נהנה מ"מ הרי זה לא חסר וארבה נוח לו לאדם שלא ילמד העבד דרכי הבטלה ואם ביטלו ממלאכת רבו משלם זה להרב כפועל ואם זה תובע מעות מאדון העבד בכל ענין אסור דמחזי כריבית [ב"מ סד:] :

יד וכן אמרו חז"ל [סס] הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר אם החצר עשוי להשכירו ואע"פ שזה האיש אין דרכו לשכור שמוצא תמיד לדור בחנם שהרי חסרו ממון ואין זה נרמא אלא היזק ממש וזה הדר עכ"פ נהנה מזה ואפילו לא קלקל כלל בהבית ואפילו היה בעל החצר בכאן ושתק כ"ל דחייב לשלם ואין לזה ליסר לו כיון שידעת שאין דרכי לשכור אם היה רצונך לקבל שכר היה לך למחות דזה יכול ליסר לו כיון שידעת שאני משכירה ואתה רצית לדור בלא שכר היה לך לשאלני [ורמ"ו מב"ק כ"מ ע"ס ודוק] :

טו ואם אותה חצר אינה עשויה להשכר א"צ להעלות לו שכר אע"פ שדרך זה הדר לשכור דירה ונהנה מזה מ"מ כיון שזה אינו חסר פטור ועוד דבית מיושבת יותר כשורין בה מכשהיא ריקנית כדכתיב ושאיה יכת

שער ולא עוד אלא אפילו שבעל החצר הזה היה רגיל תמיד להשביר רק שעתה אין דרכו להשביר הולכין אחר עת ההוה וכן להיפך אם תמיד היה רגיל שלא להשביר ועתה מקרוב התחיל להשכירה סקרי עשויה להשביר וחייב לשלם כמ"ש :

מז וכ"ז דוקא כשדר שלא מדעתו כגון שלא היה בביתו או שהיה בכאן ולא א"ל צא אבל אם א"ל צא מן הבית ולא יצא חייב ליתן לו כל שכרו אפילו אם אינה עשויה להשביר וגם זה אינו רגיל לשכור דאף שזה לא חסר מ"מ בע"כ אין ביכלתו לדור ואין זה בגדר לכוף על מדת סדום דזה אינו רק במקום שא"א להמוחה להרויח בזה שמוחה אבל בזה הרי אפשר לו להשבירה אלא שאינו רוצה בזה לפיכך אין כופין אותו שיניחנו לדור בה וב"ש שביכלתו למחות לכתחלה שלא יכנס בה וזה שכתב רבינו הרמ"א בסעיף ו' דאע"פ שהוציא את בעה"ב בע"כ מן הבית והוא דר בו שא"צ לשלם אם אינה עשויה לשכר וזהו הכל כשהוציאו ושתק אבל אם מיחה בו אף שלא הוציאו חייב לשלם וגם בהוציאו ולא מיחה בו דוקא כשלא הוצרכו הבעלים לשכור עי"ז דירה כגון שהיה להו עוד בית שלא היה דרכו להשבירה אבל כשהפסידו עי"ז חייב לשלם אף כשאין דרכו לשכור דכשלא הפסידו לא הוי יותר מגרמא ופטור וכא כשהפסידו וכזומה"ז סתם בתים עומדין להשכירם ואף שעדיין לא השכירו עדיין מעולם :

יז יש מי שאומר דמחצר העשוי להשכיר וגזלה ממנו אף אם לא דר בו חייב לשלם השכירות דהא כשדר בו חייב אף שאין דרכו לשכור מפני שזה חסר כמ"ש וא"כ אף שלא דר בו מ"מ חסרו ולמה לא יתחייב ומ"מ הרא"ש חולק בזה וס"ל דאין זה רק גרמא כנועל ביתו של חבירו כיון שלא בא לידו בלום מחסרונו של חבירו אבל כשדר בו אע"פ שבעצם לא נהנה מפני שאין דרכו לשכור מ"מ הרי אכל של חבירו וחייב לשלם דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכן הכריע רבינו הרמ"א :

יח י"א דזה שאמרנו דכשאין החצר עומד לשכר דא"צ להעלות לו שכר אם החסירו אפילו דבר מועט כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו במה שהשחירו אע"פ שאין הפסד אותו שחרורית אלא דבר מועט מ"מ מגלגלין עליו כל השכר כפי מה שנהנה אם זה דרכו לשכור דהטעם דפטור משום שזה לא חסר אבל כיון שחסר צריך זה לשלם כפי ההנאה ולפ"ז אם אין דרך הדר לשכור א"צ לשלם אלא מה שהפסידו דהא אין לו הנאה וי"א דגם בכה"ג חייב בכולו [וע' בסגר"מ סקכ"ח] :

יט י"א דהא דאמרינן דכשהחצר אינו עומד לשכר א"צ להעלות לו שכר זהו דוקא כשלא גילה הדר בדעתו שהיה רצונו ליתן שכר אם לא יניחנו לדור בו בחנם אבל אם גילה בדעתו כן צריך ליתן לו שכר וג"ל דזהו דוקא בנגרא דעביד למיגר מהני גילוי דעתא דסתמא היתה כוונתו לשלם כמו שעושה תמיד אבל בנגרא דלא עביד למיגר לא מהני גילוי דעת וב"מ מהטור אלא דצריך להתנות בפירוש שישלם לו :

כ י"א דהא דאמרינן דבחצר שאינו עומד לשכר א"צ להעלות לו שכר אפילו היה המעשה ששכר חצר זה מראובן מפני שראובן היה סבור שהחצר שלו הוא והוא היה דרכו להשביר ואח"כ נתוודע שהוא של שמעון ושמעון לא היה דרכו להשכיר א"צ ליתן שכר לשמעון ואפילו כבר נתן השכר לראובן צריך ראובן להחזיר לו ולא ליתנם לשמעון דכיון דסה ששכר מראובן הוי שכירות בטעות ממילא דינו כאלו לא שברה כלל ואע"ג שנתבאר דגילוי דעת מהני והרי נזילה דעתו שרצונו לשלם אמנם גילוי דעת שכנגד ראובן לא מהני לשמעון [סמ"ע] ועוד אפשר לומר לפמ"ש בסעיף הקודם דגילוי דעת לא מהני רק בנגרא דעביד למיגר ודין זה נוכל לומר דלא מהני אלא בנגרא דלא עביד למיגר וכן משמע לשון הטור ע"ש :

כא וכן להיפך שזה שאמרנו בחצר העשוי לשכר חייב להעלות לו שכר אפילו שברו מראובן ונתן לו השכר ונמצאת שאינה שלו אלא של שמעון צריך ליתן לשמעון שברו ואע"פ ששלמו ימי שכירותו [ס"ק] והוא יתבע מראובן מה שנתן לו ואפילו שברו מראובן בפחות מבדי דמיו צריך ליתן לשמעון כל השכר הראוי ליתן לו ויחזור מראובן מה שנתן לו ואפילו שברו מראובן בפחות מבדי דמיו צריך ליתן לשמעון כל השבר הראוי ליתן לו ויחזור ויתבע מראובן מה שנתן לו ולא דמי לס"ש בסי' שמ"א ביורשים שאכלו פרה שאולה שא"צ לשלם רק דמי בשר בזול משום דיכולים לומר אלו ידענו שהיא של אחרים לא היינו לוקחים במקח זה דרק באכילת בשר שאין זה הכרח יכולים לומר כן אבל בדירה שהוא הכרח לאדם אין זה טענה ויש מי שאומר דשאני הבא כיון שהוא חוזר ונושל מראובן כל מה שצריך ליתן לשמעון ולכן אם הבית היה אצלו בתורת שאלה מראובן א"צ לשלם רק בפחות שבשכירות כיון שאין להשובר על מי לחזור ואם הוא גנרא דלא עביד למיגר פטור [ס"מ] :

כב זה שאמרנו שצריך לשלם לשמעון כתב רבינו הרמ"א דזהו דוקא ששמעון או שלוחו היו בכאן והיו משתדלים להשכירו אבל אם אינו בעיר ואין מי שמשתדל להשכירו הוי כחצר דלא קיימא לאגרא ואע"פ ששברו מראובן א"צ ליתן לשמעון כלום וכמ"ש עכ"ל וג"ל דזהו דוקא שכשבשעה שהלך שמעון מכאן לא דר בה אדם אבל אם אדם דר בה וראובן הוציאו והשבירו דזה השובר חייב לשלם בכל ענין דזהו כחצר דקיימא לאגרא [ומיוסד קושית סקל"ח על סס"ג] ומזה למדנו דאם ראובן הניח ביתו ריקם והלך מהעיר ונכנס שמעון להבית עד שבא ראובן א"צ לשלם בעד דירתו דבזמן שהניחה ריקם הוי כלא קיימא לאגרא [ס"ג] :

ואם

כג ואם השוכר שכר מראובן בדמים יקרים ואח"כ נמצא שהיא של שמעון לא יפרע לו אלא כפי מה ששוכרים אחרים דהמקח שעשה עם ראובן לאו כלום הוא ואפילו אם נתן כבר לראובן אינו נוטל שמעון אלא כמ"ש והשוכר מוציא מראובן מה שנתן לו ומיהו אם המעות באו ליד שמעון שהוציאם מראובן ומעון שנם הוא לא היה משכירה בפחות ממקח זה מספיקא לא מפקינן מיניה אבל לחפום מהשוכר אין ביכלתו ואם אפילו תפס מהשוכר מפקינן מיניה דאין לו כח רק על המעות שהשוכר שילם כבר לראובן [כ"ל]:

כד ישראל שברח מן העיר ולקח האנס ביתו והשאילו או השכירו לאחרים א"צ הדר בו להעלות שכר להבעלים דהא לא קיימא לאגרא דאי לא היה דר בו ישראל השני הוי דר בו האנס וכ"ש הוא ממ"ש בסמ"ס כ"ב:

כה השוכר בית מחבירו וחזר והשכירו לאחרים ביותר ממה ששכרו אם היה לו רשות להשכירו לאחרים בענין שנתבאר בסי' שמ"ו המותר שלו ואם לא היה לו רשות להשכירו המותר לבעלים דכשהיה לו רשות להשכירו הוי הבית שלו כל ימי שכירותו ולא שייך בזה לומר שעושה סחורה בפרתו של חבירו [קנסים] ולפ"ז כשהשכיר ראובן מטלטלין לשמעון ושמעון השכירו ללוי ולא היה לו רשות להשכירן דאין השוכר רשאי להשכיר מטלטלין הוי השכר של ראובן [כסים] וכן אם ראובן השכיר בית לשמעון והכניס שמעון לביתו גם את לוי דלא היה לו רשות לעשות כן משלם לוי שכירות לראובן ולא שייך לומר כיון שהשכירו לשמעון הוי נגד לוי כחצר דלא קיימא לאגרא דהא ודאי אינא קלקול בסה שודרים בו אנשים הרבה ובכה"ג גם בדלא עביד למינר חייב [סס] ואף אם החמרון מעט משלם כולו כמ"ש בסעיף י"ח:

כו האומר לחבירו דור בחצירי אם החצר עומד להשכיר והשוכר דרכו לשכור צריך לשלם כפי שישומו דלא היתה כוונתו שידור בחנם כמ"ש בסי' רמ"ו ובחצר דלא קיימא לאגרא ודאי דפטור דהא אפילו כשלא א"ל דור פטור ולא אמרינן דכשא"ל דור גרע טפי דכוונתו היתה בשכירות [כגר"מ] וה"ה בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למינר כשא"ל דור פטור מאחר שלא דר בה מדעת עצמו אלא ע"פ צוויו אין סברא לחייבו בתשלומין דכיון דלא עביד למינר והיא צוה לו לדור אם היה כוונתו שישלם לו היה לו לפרש [ס"ך] וכן עיקר לדינא:

כז שני שותפים בבית והשכיר אחד מן השותפים כל הבית שלא מדעת השני צריך השוכר ליתן לשותף השני חלקו וא"צ לשלם למשכיר כל השכירות אלא נותן לו החצי שלו ואם נתן לו כולו מוציא השני חלקו מהשוכר [לבוש] ואע"ג דיש רשות לאחד מהשותפים להשכיר ולשוכר לשכור כשהשני אינו מוחה דכל שותף שמכר וקנה מעשיו קיימים כשהשני לא מיחה בו מ"מ לשלם שכירות בער בית שהוא דבר קבוע צריך לשלם לכל אחד חלקו משא"כ במשא ומתן א"צ ליתן דוקא לכל אחד כדמוכח ממ"ש בסי' קע"ו [כ"ל] אבל אם לא שכר כל הבית רק חלק השותף שהשכיר לו דהיינו ששכר רק חצי בית א"צ ליתן להשני כלום ואפילו הם שותפים בכל הבית מ"מ כיון דלא שכר רק כפי החלק שיש לזה צריך לשלם לו השכירות ולא להשני ואם השותף צריך ליתן חלק בהשכירות לשותפו יש שמסתפק בזה דאולי יכול לומר אני השכרתי חלקי ואתה השכר חלקך או דוקא עם זה שהשכרתידו ולי נראה דודאי אם כל חלק מבורר להם יכול לומר לו בן אבל כשהם שותפים בכל הבית ואינם דרים בעצמם אלא משכירים לאחרים ודאי דכל מה שאחר מהם עושה הוא בעד השני נ"כ כדמוכח ממ"ש בסי' קכ"ב ע"ש:

כח כבר נתבאר שנוהן קונה בשינוי מעשה לפ"כ אם גזל סממנין שצובעין בהם ושחק אותם ושראם במים וצבע בהם קנאם בשינוי ומשלם דמיהם שהיו שוים בשעת הגזילה ואם גזל סממנים שרוים וצבע בהן צמר או בגד שלו אין זה נקרא שינוי מפני שהצבע מונחת לפנינו על הצמר והבגד ואעפ"כ צריך לשלם לו דמי הסממנים שהרי הפסידן ולא יוכל להעביר הצבע מעל הצמר והבגד דכשיעביר יפסידם לגמרי [לבוש] ואם גזז צמר וסממנים שרוים מאיש אחר וצבע את הצמר בהסממנים יכול לעשות השבה מעלייתא שיחזיר הצמר כך כמו שהוא צבוע והרי נתייקרה בשביל הצבע שעלה ונתפרע הנגזל הצמר והסממנים בהשבת הצמר הצבוע [סס] ואם הוזל הצמר הצבוע באופן שאינו שוה עתה אלא כמו שהיה שוה בהיותו לבן ושואל הנגזל מהגזלן דמי הסממנים דאומר לו אלו היית מחזיר לי הצמר והסממנים הייתי מוכר הצמר בהמקח שסכרתי עתה ובהסממנים הייתי צובע איזה בגד שהיה מתייקר מפני הצבע הוי ספיקא דדינא אי חזותא מילתא היא והרי השיב הסממנים עם הצמר כפי מה שגזל או לאו מילתא היא ואינו אלא נוי בעלמא ולא ממשות ולא הוי השבה להסממנים כיון שאינו לוקח ביזקך בער הצמר הצבוע וצריך לשלם לו דמי הסממנים בפ"ע כמו שהיו שוים בשעת הגזילה וכיון דספיקא דדינא הוא אין מוציאין מיד הגזלן ואם תפס הנגזל אין מוציאין מידו לדעת הרמב"ם דמהני תפיסה בספיקא דדינא ולהחולקים עליו לא מהני תפיסה [כמס"ג] וזהו דוקא כשהוזל הצמר אחר הצביעה אבל אם הזיל בשעת הצביעה הוי כמזיק וחייב מדיני דגרמי אבל כשהוזל את"כ הרי לא הזיקו בשעת הצביעה ואומר לו הרי שלך לפניך [ס"ך] אבל כשצבע בהן צמר שלו חייב בכל ענין לשלם אפילו לא השביח הצמר דהנגזל אומר לו תן לי הסממנים שהפסדתני דא"א להעבירם מעל הצמר כמ"ש [סמ"ע]:

סימן שסד [הנכנס לבית והוציא כלים או חתף מעות ובו ט' סעיפים]:

א בסי' צ' נתבאר בתקנת חכמים שחקנו שהנגזל נשבע ונוטל כשראו עדים שראובן נכנס לבית שמעון בפני שמעון ונטל כלים ויצא והעדים אינם יודעים במה נטל ויש הכחשה ביניהם נשבע הנגזל ונוטל ודוקא שידעו העדים שנכנס בתורת גזלן או למשכנו שלא ברשות ב"ד דגם זהו דינו כגזלן ואם העדים אינם יודעים שנכנס בתורת גזלן אלא ראהו נכנס ויוצא בפני הבעלים וכלים בידו וטוען לקחתים ממך אם הבלים הם מדברים שעשוים להשאיל ולהשכיר נאמן לומר לקוחים הם בידי ע"פ הפרטים שנתבארו בשם בסעיף י' ע"ש:

ב וזהו דוקא כשהיה הבעה"ב בביתו אבל כשראו עדים שאחד נכנס לבית חבירו שלא בפני הבעה"ב ובני ביתו ונטל משם כלים והוציאם מגולים והכלים עשוים להשאיל ולהשכיר ואע"פ שבעה"ב הזה עשוי למכור את כליו אם טען הבעה"ב ואמר דרך גזל לקחם והלה אומר ברשותך באתי ואתה מברתם לי או נתתם לי מכבר וצויתני ליטול הכלים אף בשלא תהיה בביתך או שאומר שיש לי אצלך חוב ואמרת לי שאטול הכלים בעד חובי אינו נאמן אע"פ שאם היה כן בפני הבעה"ב היה נאמן כמ"ש שם אבל שלא בפני בעה"ב אינו נאמן מפני שכל הנכנס לבית חבירו שלא בפניו ושלא בפני אשתו או בני ביתו ונטל כלים משם והוציאם בפני עדים ה"ז בחזקת גזלן לפיכך מחזיר הכלים לבעה"ב ואין כאן שבועה שהרי העדים ראו מה נטל ואחר שיחזיר חוזר ותובע את הבעה"ב בכל מה שרצונו לטעון טענת מכירה או מתנה או חוב ויקוב הדין ההר ביניהם ונתבאר שם דדוקא כשראו עדים עתה את הכלים בידו דאל"כ נאמן במיגו דהחזרתים כך דהגזל את חבירו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים כמ"ש בסי' שמ"א ועמ"ש בסי' צ' סעיף י"ג ואם העדים אינם יודעים כמה נטל ויש הכחשה ביניהם נשבע הנגזל ונוטל ואם יש לו מיגו דהחזרתי לך נשבע היסת ונפטר ע"ש בסעיף ג':

ג ואם אין עדים ע"ז וראובן טוען בברי ששמעון גזלו בכך וכך ושמעון מכחישו נשבע שמעון היסת ונפטר ואפילו אם אומר אמת שנטלתני אבל אתה צויתני ליטול מפני החוב שמגיע לי או מברת לי נשבע בנק"ח כדין הבא ליטול [רמב"ם פ"ד] ואין אומרים כיון שנתבאר שכל הנכנס לבית חבירו ונוטל כלים שלא בפני בעה"ב הוא בחזקת גזלן וכיון שבעצמו הודה הרי הוא כגזלן דאינו כן דהא יש לו מיגו דלא נטלתי כלל ואע"ג דלדבריו גזלן הוא ואיך נאמן בשבועה דאינו כן דהא יכול להיות שהמעשה היה באמת כן אלא דבשיש עדים אין אנו מאמינים לו ועוד דבשביל זה אף שרינו כגזלן מ"מ אינו נפטל לשבועה כמ"ש בסעיף ט' ע"ש:

ד ואם היה שם עד אחד בלבד ובעה"ב טוען שכלי זה גזולה היא בידו והלה אומר לקוחה היא בידי או בחוב גביתיו או שלי היתה ופקדון היתה אצלך ה"ז חייב להחזיר הכלי לבעליו בלא שבועה דכללא הוא דכ"מ ששנים מחייבים ממון עד אחד מחייב שבועה והשבועה היא להכחיש את העד ובזה אינו יכול לישבע להכחישו דהרי אינו מכחישו ומורה לו שנטל אלא שאומר ששלח נטל ובזה אין העד מכחישו שאינו יודע בזה ומתוך שאינו יכול לישבע שבועה שחייבתו תורה משלם כמ"ש בסי' ע"ה לפיכך אם כפר ואמר לא נכנסתי לביתו ולא נטלתי כלום הואיל ואין שם אלא עד אחד והוא מכחישו ה"ז נשבע שד"א שלא לקח מביתו כלום ונפטר ובשנים בכה"ג צריך לשלם ואם העדים אומרים שנכנס ואינם יודעים אם נטל כלים אם לאו והבעה"ב אומר שנטל והוא אומר שלא נכנס כלל נתבאר בסי' צ' אם זה נקרא הכחשה וחייב לשלם ע"פ שבועת הבעה"ב או שאין זה הכחשה כלל דמילתא דלא רמי עליה דאינש יכול להיות ששכח ע"ש:

ה ובעד אחד בכה"ג שהעד אומר שנכנס ואינו יודע אם נטל אם לאו או אפילו אומר שנטל אך אינו יודע מה נטל נשבע היסת שלא גזלו ופטור ואע"ג דשנים מחייבים אותו ממון בכה"ג מ"מ ביון שאין מחייבין אותו אלא ע"פ שבועת הבעה"כ שישבע כמה נטל לא אמרינן בזה כל מקום ששנים מחייבין ממון אחד מחייבו שבועה ומתוך שאיל"מ דזה לא אמרינן אלא במקום שמחייבין אותו ממון בלא שבועה כלל כמ"ש בסי' ע"ה:

ו חתף חפץ מיד חבירו בפני עד אחד ואמר חטפתי ושלי הוא והעד אינו מכחישו בזה שאינו יודע אם בגזילה חטף או שלו הוא או מכר לו או בחובו נטל חייב להחזיר ג"כ ממעם שנתבאר דכיון שאין יכול לישבע להכחיש את העד אלא שבועה שאין העד יכול להכחישו דנין בזה דין דמתוך שאיל"מ ואם חטף ממנו מעות או חפצים בפני עד אחד והוא אומר שלי חטפתי וכך וכך היה וגם הבעלים אומרים שכך וכך היה והעד אינו יודע כמה חטף מ"מ משלם זה הסכום שהרי הורה שחטף כך וכך ומחוייב שבועה נגד העד ואינו יכול לישבע ומשלם ויש חולקים בזה דאפילו בשני עדים בכה"ג נאמן לומר שלי חטפתי במיגו דאי בעי אמר שלא חטפתי אלא אחד כיון שהעדים אין מכחישין אותו ע"ז [סנר"מ] ודעה ראשונה ס"ל דזהו מיגו במקום חזקה אליסתא דבל מה שביד אדם שלו הוא והחוטף ממנו

ממנו הוי כנזקן [סח] ודעה ראשונה היא דעת הרמב"ם והש"ע וכן עיקר :

ז ואם החופף אומר עשרים חספתי ושלי הם והנגזל אומר מאה חסף משלם העשרים שהודה בהם לדעה ראשונה שנתבאר ועל השאר נשבע היסת ונפטר דהוי כתביעה אחרת [מ"ז] ואינו חייב שר"א כדין מודה מקצת דהרי לא הודה בכלום שהרי אומר שלי חספתי אלא שאינו נאמן ורוקא שאין העדים יודעים כלל כמה חסף אבל אם מקצת יודעים שחסף חייב לישבע שד"א על המותר דלא גרע העראת עדים מהודאת פי' כם"ש בסי' ע"ה [סמ"ע] ובעד אחד בכה"ג נשבע היסת על השאר :

ח ואם ראובן נכנס לבית שמעון שלא בפניו ונטל משם כלים בפני עד אחד ואין העד יודע כמה נטל ושמעון אומר כלים היה בביתי וראובן אומר שלא נטל אלא עשרה והם שלי חייב להחזיר העשרה מפני שהוא מחוייב שבועה להכחיש את העד ואינו יכול לישבע ומשלם ועל השאר אינו נשבע אפילו היסת מפני ששמעון אינו יכול למעון עליו טענת ודאי ולא דמי לם"ש בסעיף ה' דגם על מה שנטל נשבע היסת ופטור דשאני התם שאינו אומר כך וכך נטלתי אלא אומר סתם שלי נטלתי וא"כ לא הוי הבעלים נוטלים אפילו בשני עדים אלא בשבועה משא"כ כשמודה שנטל עשרה היה מחוייב להחזיר ע"פ שני עדים בלא שבועה ולכן גם בעד אחד דינו מתוך שאיל"מ [כ"מ ממ"ע סק"ג וזוק] ויש חולקים בזה דכיון שהבעה"ב לא היה בביתו ואינו יכול למעון עליו מענת ודאי וגם העד אינו יודע כמה נטל ואם שלו נטל אינו מקרי מחוייב שבועה [רלפ"ד] ופטור מלשלם אפילו העשרה שהודה וגם שר"א אינו מחוייב לישבע ונ"ל דם"ם נשבע בנק"ח כדין הבא ליטול ואע"פ שנתבאר בסי' ע"ה דאדם יכול לתבוע ע"פ עד אחד ולהביאו לשר"א אף שבעצמו אינו יודע וזהו כשהעד מעיד בבירור שחייב לו אבל בכאן אין העד יודע אם שלו נטל וכמה נטל [סח] ודעה ראשונה היא דעת הרמב"ם והש"ע :

ט כתב רבינו הב"י האומר לחבירו גולתני מאה אם אמר לא גולתני נשבע היסת ואם הודה שגולו חמשים משלם חמשים ונשבע שד"א על השאר שהרי לא הוחזק גזלן בעדים ואין אדם משים עצמו רשע [סח] וכן הטוען את חבירו שנכנס לביתו ונגלו כלים והוא אומר במשכון לקחתים בחובי שיש לי אצלך והבעה"ב אומר אין לך בידי כלום אע"פ שהודה שמשכנו שלא ברשות ב"ד ודינו כגזלן מ"ם כיון שאין ע"ן עדים ה"ז נשבע וגובה חובו מהמשכון דאין אדם נפסל לשבועה ע"פ עצמו ממעם שנתבאר :

סימן שסה [הגוזל ואינו יודע ממי גזל מה דינו ובו ח' סעיפים] :

א הגזל אחד מחמשה אנשים ואינו יודע לאיזה מהם וכל אחד אומר אותי גזל אע"פ שאין שם עדים שגזל הרי כל אחד מהם נשבע שגזלו ומשלם לכל אחד ואחד ואע"ג דהגזלן מועו נגד כל אחד מהם פעמת שמא מ"ם כיון דנגד כולם מועו ברי שלא גזל רק אחד מהם לכן צריכין לישבע ורמי לפקדון שבסי' ש' דהיכא דהוי"ל למידק משלם לשניהם וכ"ש גזל שחייב לשלם לכל אחד ואחד ע"י שבועה ואף שנתבאר כמה פעמים שהקילו על הגזלן מפני תקנת השבים זהו בענין התשלומין כמו שישלם דמים או שיקנה השבח אבל בכאן אם נקיל עליו לא ישלם להנגזל קרן הגזילה ולא יניע לו רק חמישיתו של קרן א"א להקל עליו בזה ווה שיהבאר בסי' שם"ו דאין מקבלין מגזלן הבא לעשות תשובה וזהו בגזלן שכל עסקו היה בגזילה וכשאין הגזילה קיימת כמ"ש שם ויש מי שהורה שמרינא מניח גזילה ביניהם ומסתלק ואין כן דעת רוב הפוסקים וכן פסקו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש וכן סתמו רבותינו בעלי ש"ע ונראה דגם קים לי כהחולקים אין הגזלן יכול למעון [עס"ך ונ"ע] :

ב וכן אם אמר גזלתי לשנים לזה מנה ולזה מאתים וכל אחד תובעו מאתים משלם מאתים לכ"א וישבעו שניהם ונוטלים כם"ש בפקדון שם דבמקום דה"ל למידק משלם מאתים לכל אחד וכ"ש בגזל :

ג וכל זה כשתובעים אותו בטענות ודאי אבל אם הם אינם תובעים אותו מפני שאינם יודעים אלא הגזלן אומר להם גזלתי לאחד מכם מנה ואיני יודע למי מדינא אינו נותן אלא מנה והם חולקים ביניהם ולא אמרינן שיהא מונח ער שיתברר הדבר או ער שיבא אליהו כבמקח בסי' רכ"ב וכפקדון במקום דלא ה"ל למידק בסי' ש' דשאני התם כיון שכל אחד מועו בברי וב"ב שיש דמאי ביניהם לפיכך יהא מונח אבל בכאן שאין יודעים בברי וליכא דמאי יחלוקו [ש"ך] ויש מי שאומר דלדעת התום' והרא"ש ריש ב"מ אין כופה אחד את חבירו לחלוק כיון שאין החלוקה יכולה להיות אמת [קנ"ס] ולא נהירא דזהו דוקא בטוענים ברי כגון שזה אומר אני ארנתי בגר זה וזה אומר אני ארנתיה ולא בטוענין שמא וזה בספיקא דרינא כשאין שניהם מוחזקין שנתבאר בסי' קל"ט דחולקין ונראה דאפילו תפיסה לא מהני כיון שטוענים ספק ותפיסה דמענת ספק כי האי לכ"ע לאו תפיסה היא :

ד וזהו דוקא מדינא אבל אם בא הגזלן לצאת י"ש צריך לשלם לכל אחד ואחד אפילו כשטיענים שמא ואע"ג

ואע"ג דבפקדון בכה"ג פטור אף לצאת י"ש כמ"ש בסי' ש' שאני התם דהוה להו למידק וכן יש מי שאומר דדוקא כשאומר גזלתי שלא בפני הבעלים אבל כשגזל בפני הבעלים אינו חייב להחזיר לכ"א אפילו בבא לצאת י"ש משום דהנגזל ה"ל למידק [ס"ך] וחלקו עליו דעיקר ה"ל למידק היינו בעת הפקדון ובגזילה לא שייך לדקדק בעת שגזלו דהרי מפחד ממנו וגם אינו יודע שיחזור לו ועוד דבגזילה ודאי דצריך לקנות א"ע בבא לצאת י"ש וכן עיקר לדינא [וחסו קוטת סמעי"ב בסמפקיד לוח ע' ועקלפ"ח] :

ה ובגזל מזה מנה ומזה מאתים ולא תבעי ליה חייב ג"כ ליתן לזה מאתים ולזה מאתים בבא לצאת י"ש וכדינא גותן לזה מנה ולזה מנה ומנה יהא מונח ולא אמרינן שיחלוקו כבסעיף ג' אם שניהם אומרים שממנה יודעים ובמנה השניה אינם יודעים משום דחיישינן כיון שיודעים ממנה היה להם לידע גם מהמנה השני ואולי יש ביניהם רמאי שיודע שלא גזלו אלא מנה ורוצה ליטול גם במנה השני ולכן אם אומרים שאינם יודעים כלל אפילו ממנה חולקים המנה השלישית ביניהם [ס"ך] ולפ"ז אם אחר אומר ידעתי ממנה וממנה השנית אינו יודע והשני אומר איני יודע כלל ה"ה צריך ליתן המאתים למי שאינו יודע כלל דמי שיודע מהמנה היה לו לידע גם מהמנה השנית וניכר שהוא רמאי וא"צ ליתן לבעל המנה רק מנה אפילו בבא לצאת י"ש וצ"ע לדינא :

ו אם ראובן אומר לשמעון גזלתי מאביך ואיני יודע אם מנה אם מאתים או שאמר לשמעון וללוי גזלתי מאביו של אחד מכם מנה ואיני יודע ממי לא נתבאר בפוסקים אם חייב להחזיר מדינא לכל אחד מנה ויראה לי דמדינא חייב ואע"ג דבפקדון אינו חייב רק לצאת י"ש שאני התם דלא פשע אבל בגזילה הא פשע ואע"ג דבדלא הבעי ליה הדין שוה כמו בפקדון כמ"ש זהו כשאמר גזלתי מאחד מכם שיש ריעותא מה שאינם יודעים אבל באביהם מנא להו למידע וראיה ממשנה דהמפקיד [ל"ז] דתנן אמר לשנים גזלתי לאחד מכם מנה ואיני יודע איזהו או אביו של אחד מכם הפקיד אצלי מנה נותן לזה מנה ולזה מנה ואוקמה בגמ' בדלא תבעי ליה ובבא לצאת י"ש ומדתנן בגזילה בהם עצמם ובפקדון באביהם ש"מ דבגזילה באביהם חייב מדינא :

ז גזל לאחד ואינו יודע אם החזיר לו אע"פ שאינו חובע אותו חייב לשלם לו אם בא לצאת י"ש אבל אם אמר לאחד איני יודע אם גזלתיך אם לאו אפילו בבא לצאת י"ש אינו חייב לשלם לו כמ"ש בסי' ע"ה דאיני יודע אם הלויתני פטור מדינא ולצאת י"ש אם תובעו חייב ואם לאו פטור :

ח דבר פשוט הוא דבכל אלו הדברים שצריך להחזיר לשניהם מדינא או בבא לצאת י"ש זהו כשאינם מוחלים לו אבל כששניהם מוחלים לו את המפקפ פטור אפילו מלצאת י"ש וכשמחלו אין יכולים לחזור בהם דמחילה א"צ קנין ומהראוי להנגזלים שימחלו לו שלא יצטרך לשלם יותר ממה שגזל אם הם יראי אלהים שלא יכשלו בספק גזל ושלא לרפות ידיהם של בעלי תשובה ואם אצל נגזל אחד ודאי שמאתים שלו ולהשני ספק ישלם להודאי ובעל הספק יכול להטיל קבלה על בעל הודאי :

סימן שמו [גזלן שבא לעשות תשובה אם מקבלין ממנו ובו ו' סעיפים] :

א אמרו חו"ל [ב"ק לח:] הגזלנים ומלוי רבית שהחזירו אין מקבלין מהם והמקבל מהם אין רוח חכמים נוחה ממנו ומעשה באדם גזלן שבקש לעשות תשובה אמרה לו אשתו ריקה אם אתה עושה תשובה אפילו האבנט אינו שלך ונמנע ולא עשה תשובה לפיכך תקנו תקנה זו כדי שלא ימנע מלעשות תשובה ודוקא גזלן מפורסם שעסקיו בכך ותשובתו קשה דצריך להחזיר כל אשר לו אבל גזלן דאקראי מקבלין ממנו ואפילו גזלן שעסקיו בכך דוקא בשבא לעשות תשובה מעצמו אבל אם כופין אותו להחזיר מקבלין ממנו דהא אינו מתעורר לתשובה וכן דוקא כשאין הגזילה קיימת אבל בשהיא קיימת מקבלין ממנו וה"ה בגזל קורה ובנאה בבית אע"פ שודאי קיימת הוה באינה קיימת דתקנו שישלם דמים כמ"ש בסי' ש"ם ולכן אם הוא גזלן מפורסם אין מקבלין ממנו אפילו הדמים אבל כשגזל קרקע ובנה עליה בניינים יש מי שאומר דאפילו בגזלן מפורסם ובא לעשות תשובה מעצמו סותר בניניו ומחזיר הקרקע ומקבלין ממנו [סמ"ע] ולא עשו תקנת השבים בקרקע מפני שאינה נגזלת וכן אם הנגזל חייב לאחרים מקבל ממנו בכל ענין כדי ליפרע חובותיו אם אין לו ליפרע ממקום אחר [ס"ך] :

ב אם גזלן זה שהחזיר וא"ל הנגזל איני מקבל ממך כהקנת חכמים וא"ל הגזלן אע"פ שאתה מוחל לי אין רצוני בכך ואני רוצה לצאת י"ש ולהחזיר לך אין מוחין ביד הנגזל מלקבלו וא"צ להפציר א"ע הרבה דלא עדיפא תקנה זו משמיטה דהמחזיר חוב אחר שביעית צריך שיאמר משמט אני ואם א"ל הלוה אעפ"כ מקבלין ממנו כמ"ש בסי' ס"ו ומ"מ לא דמי לגמרי לשם דבשם יכול לסבב בדברים עד שיאמר לו כן כמ"ש שם ובבאן אין

לו לעשות כן כיון שוהו מפני תקנת השבים וכן אם לא בא לעשות תשובה מעצמו אלא שהגנזך תבעו מחייבים אותו להחזיר וכן אם ב"ד כופין אותו להחזיר כל גזלותיו כמ"ש בסעיף א' וכל הדינים האלו גם בגנב מפורסם ובמלוה ברבית שעמקינו בכך ונתבאר ביו"ד סי' קס"א :

ג אמרו חז"ל דהרועים והמוכסים תשובתן קשה מפני שסתמן גזולים את הרבים ואין יודעים למי יחזירו לפיכך אמרו חכמים שיעשו בהגזילות צרכי רבים כגון בורות שיחין ומערות ותקוני דרכים ומרחצאות וכיוצא באלו דגם הגנזלים יהנו מזה אבל מחילה לא שייך בהם דהא אין מי שיודע אם גזלו אם לאו וכשיעשה צרכי רבים יסבב ה' שכל אחד מהגנזלים או מיורשיהם יהנה כפי ערך גזילתו ושיסתלו לו והבא לטהר מסייעין אותו מן השמים ורועים היינו כשרועים בהמות שלהם אבל כשרועים בהמות אחרים אינם בחזקת גזלנים דאין אדם חופא ולא לו :

ד יראה לי דאע"פ שאם ביכולת ב"ד לכוף לגזלן שיחזיר גזילתו כופין אותו ס"ם בגזלי רבים אין כופין אותם לעשות צרכי רבים דהא לאו השבה מעליא היא אלא דאם מתעורר בעצמו לעשות תשובה אומרים לו עשה בהם צרכי רבים כי א"א להקן באופן אחר ולא שב"ד יכופו לזה ובסי' שנ"ה נתבאר אופן החזרה בגנב אם צריך דעת בעלים וכל הדינים נוהגים גם בגזלן אך עיקר דין דעת בעלים לא שייך בגזלן כל כך דהא הגנזל יודע מהגזילה ברוב גזילות [סמ"ע] :

ה בסי' שנ"ה נתבאר דא"צ הבעלים לדעת בשעת החזרה אבל לרשות הבעלים חייב להחזיר לפיכך אם היתה כלי ביד בנו של בעה"ב או ביד עבדו ולקח אחד את הכלי מהבן או מהעבד שלא מדעת הבעלים ונשתמש בו וה"ז שואל שלא מדעת דדינו כגזלן וקם לו ברשותו ונתחייב באונסים עד שיחזירנו להבעלים ואם החזירו להבן או להעבד ואבד שמנו או נשבר חייב לשלם ואף שהכלי היתה ביד הבן או העבד מדעת האב או הרב מ"מ אחר שנטלה שלא מדעתו צריך להשיבה להבעלים עצמם כמ"ש בסי' קפ"א ודוקא כשהבן קטן אבל בבן גדול כיון שהחזירה למקום שנטלה ותחזירה לבר דעת פטור דבזה לא הוי שואל כגזלן כמ"ש בסי' רצ"ב [סמ"ע] ורק לקטן הוי כאבידה מדעת וכן עבד דינו כקטן כמ"ש בסי' רצ"א :

ו הגוזל את חבירו בישוב ובא להחזיר לו במדבר לא יצא בהשבה אם הגנזל לא רצה לקבל והחזיר לו בע"כ אא"כ מקבלה מרצונו אבל אם מחזיר לו בישוב אפילו שלא במקום שגזלו יצא ידי השבה אף כשהחזיר לו בע"כ של הגנזל ובסי' רצ"ג נתבאר בפקדון מה דינו ובשם נתבאר דהמפקיד אינו יכול לחבוע מהנפקד אלא במקום שהפקיד ובגזלן לא שייך זה ויכול הגנזל לתבוע ממנו אפילו שלא במקום שגזלו וכא דמי לפקדון דפקדון היה ברצון :

סימן שסז [גזלן שנשבע וכל דיניו והגוזל את אביו ובו כ"ח סעיפים] :

א הגוזל את חבירו ורוצה להשיב את הגזילה ואין הגנזל בכאן אינו מחוייב להוליך אחריו הגזילה למקומו אלא מודיעו למקומו שרצונו להחזיר לו גזילתו ויבא ויטלנה ולא מיבעיא כשהוא לא הודה על הגזילה ועדים העידו שגזל אלא אפילו אם תבעו הגנזל וכפר בו ואח"כ חזר והודה אינו חייב לרדוף אחר הבעלים להחזיר להם אלא יהא בידו עד שיבואו הבעלים ויטלום ורק מחוייב להודיע להם מקודם ונראה דזהו דוקא כשגזלו כאן והגנזל הלך למקום אחר אבל אם גזלו במקום האחר שהגנזל גם עתה שם מחוייב להוליך לו למקום שגזלו דכל הגולנים צריכין להשיב לאותו מקום שגזלו [וכ"מ בסי' ספ"ו סק"מ] :

ב זה שאמרנו שא"צ להוליך לו הגזילה בד"א כשלא נשבע אבל כשנשבע לשקר ואח"כ הודה שחייב לשלם קרן וחומש ואשם כדכתיב בפ' ויקרא אמרו דהגוזל שוה פרומה ונשבע לו יוליכנו אחריו אפילו למדי שכסף לא יחשבו והטעם אמרו חז"ל [ב"ק קג:] דכפרה לא הוי עד דמפי לידיה דכתיב לאשר הוא לו יתננו ביום אשמתו ולכן אפילו יודע הגזלן בבירור שהגנזל לא נתייאש מ"מ אין לו כפרה עד שישיבנו לידו [ט"ך] וגם בומה"ו אף שאין קרבן מ"ם נוהג דין זה שאין לו כפרה עד שישיבנו לידו [שם] :

ג ותרתב"ם בפ"ו מגזילה כתב בלשון זה אבל אם נשבע על ש"פ ומעלה חייב לרדוף אחר הבעלים עד שיחזיר להם אפילו הם באיי הים מפני שכבר נתייאשו מאחר שנשבע ואינם באים עוד להתבעו עכ"ל וכן העתיקו בש"ע ומבואר מזה דאם לא נתייאשו א"צ להוליך לידם והקשו עליו דהא בגמ' מבואר המעם משום דלא ה"ל כפרה כדלא ממי לידיה ואיך יחדש מעם שלא נאמר בש"ם ויש מי שתירץ דהנה יש מרבותינו דס"ל דדוקא בשהודה שלא בפניו צריך להוליך לידו כשנשבע אבל בשהודה בפניו וא"ל הגנזל יהא בידך עד שאטלנה א"צ להוליך לידו וה"ל כפרה גם כשעדיין בידו [עוס' קדי' ד"ה מתני] דכיון דא"ל יהא בידך ה"ל גביה כפקדון והרמב"ם ס"ל דאף כשהודה בפניו צריך להוליך לידו ולזה ספרש המעם דכשנשבע מתייאשים הבעלים אפילו כשהודה בפניו

בפניו משום דאינו מאמינו עוד [קנ"מ] ועדיין אינו מובן דעכ"ז למה צריך למעם זה כיון שגזירת התורה היא לאשר הוא לו יתננו שאין לו בפרה עד שישיב לידו ולכן ג"ל דדהרמב"ם הוה ק"ל למה אמרו חכמים בלא נשבע שא"צ להוליך לידו ומשמע דמעיקר דינא כן הוא ולא מפני תקנת השבים [ס"ך סק"ב] והרי אין לנו כתוב אחר על השבת הגזילה לבד האי קרא דוהשיב את הגזילה וכן קרא דנשא דוהשיב את אשמו בראשו והני קראי מיירי בנשבע וא"כ מנלן לחלק בין נשבע ללא נשבע וזה אין לומר דעל נשבע גלי קרא דנשא דכתיב לאשר הוא לו יתננו ביום אשמתו דבעינן דמטא לידיה ולא כשלא נשבע דהא עכ"פ כדגלי האי קרא למדנו ג"כ פירושא דקרא דוהשיב את הגזילה דכתיב ג"כ בהאי ענינא דנשבע דהכוונה הוא להשיב לידו דוקא וא"כ מנ"ל דבלא נשבע מגי בהודעה לבד והרי אין לנו פסוק אחר על השבת הגזילה ולכן מפרש הרמב"ם ז"ל דקים להו לחז"ל דמה שהצריכה התורה להשיב רק לידו אין זה גזירה בלא טעם אלא טעם יש בזה וה"פ דקרא והשיב את הגזילה ער שהנגזל יהיה בטוח שיושב לו בזיתו ולפיכך כשלא נשבע במוח הוא בהודעתו בלבד וכשנשבע אינו מאמינו עוד אפילו כשהודה בפניו אא"כ יביאנה לידו וזה דנלי אירך קרא לאשר הוא לו יתננו ביום אשמתו כלומר כיון דנאשם ע"י שבועה אין הנגזל מאמין לו עוד עד שיתננו לידו ולענין דינא כשא"ל הנגזל יהא בידך אפשר לומר דגם הרמב"ם מודה דא"צ להוליך לו [עמ"ך] :

ד וכל מה שנתבאר זהו מדין תורה ואפילו החזיר הגזילה כולה חוץ מש"פ בקרן חייב הגזלן להוליכה ליד הנגזל כיון שנשבע לשקר אבל פחות מש"פ א"צ להוליך אחריו אלא יבא הנגזל וישלנה ואע"פ שנזל חפצים והחזיר לו כל הגזילה ולא נשאר בידו רק פחות מש"פ אין חוששין שמא תתייקר ותעמוד על ש"פ ונמצא שלא קיים השבה אלא יש לו בפרה טיר ויוכל להביא קרבנו ואם נתייקר קודם הכפרה י"א דא"צ להחזיר לו עוד כיון שפעם אחת לא היתה ש"פ הוי כמחילה וי"א שצריך להחזיר [עוד] וכן משטע מהרמב"ם [ג"י] ואפשר דלדעה זו גם בלא נשבע כשהחזיר כל הגזילה לבד מפחות מש"פ ונתייקרה דצריך להחזירה דהרי ברשותו של נגזל נתייקרה אבל אם נזל לכתחלה פחות מש"פ ונתייקרה א"צ השבה דמיד שגזל מחל לו [כ"ע] וכן אם הנגזל מחל לו על כל הגזילה אפילו בנשבע הו"ל כפרה ויביא קרבנו דמחילה א"צ קנין :

ה וכיון שהוא דבר קשה להוליך הגזילה למרה"י כשהנגזל שם הקנו חכמים מפני תקנת השבים שיניח הגזילה אצל ב"ד שבעירו ויצוום שישלחו לידו מתי שירצו והוי כהשבה ליד הנגזל ולהרמב"ם ז"ל שכן הוא מדין התורה דכיון דלטעמו הוא מפני שמתייאש וכשיהיה אצל ב"ד שוב אינו מתייאש וכן אם עשו הב"ד שליח בעדים ונתן לו להשליח ב"ד יצא ידי גזילו ונפטר מאחריות [סמ"ע] אבל לא יתן לא לבנו וישלוחו של נגזל אא"כ עשאם לשלוחים בעדים כמ"ש בסי' קכ"א ואפילו בלא נשבע ג"כ לא יצא ידי השבה כשמסרה ליד בני של נגזל או לשלוחו שלא בעדים כל זמן שלא מסרו ליד הנגזל [סס] וחייב באחריות :

ו גזלן שגזל ומת הנגזל ורצה הגזלן לעשות תשובה יחזיר ליורשי הנגזל ויוצא ידי השבה דכל יורש עומד במקום מורישו ואפילו כשנשבע ומת ומחזיר ליורשיו יש לו כפרה ומשלם הקרן והחומש ליורשים ומביא קרבנו ומתכפר לו ובשהנזילה בעין מחזיר להם הנזילה עצמה ואם נאבדה או שנשתנית בשינוי שאינו חוזר יחזיר להם הדמים כשם שהיה מחזיר למורישם :

ז כתב הרמב"ם ז"ל [סס] כל מי שנתחייב ממון לחבירו הישראל וכפר בו ונשבע על שקר ה"ז חייב להחזיר לו הקרן שכפר בו והוספת חומש וחייב בקרבן והוא הנקרא אשם גזילות ואחר הגזל ואחר העושק או הגונב או שהלוהו או שהפקיד אצלו או מצא אבדה וכחש בה או שהיתה ביניהם שותפות ונשאר לו אצלו ממון או שעשה לו מלאכה ולא נתן לו שברו כללו של דבר כל שאלו הודה היה חייב לשלם בדין וכפר ונשבע משלם קרן וחומש שנאמר וכחש וגו' :

ח בד"א כשהיה חייב לשלם מחמת עצמו אבל אם היה מחוייב לשלם מחמת אביו אינו משלם חומש כיצד כגון שאביו גזל או גנב או שהיה חייב לאחרים והבן יורש וכפר הבן ונשבע ואח"כ הודה משלם הקרן בלבד שנאמר אשר גזל ודרשינן על גזילו הוא מוסיף חומש ואינו מוסיף חומש על גזל אביו אפילו כשהיתה הכפירה והשבועה לאחר מיתת אביו :

ט ודוקא כשאין הגזילה קיימת אלא שנשארו קרקעות מאביו וחייב לשלם הקרן והחומש אינו משלם דהחומש הוא על השבועה ואין נשבעין על הקרקעות כמ"ש בסי' צ"ה [רמ"י קס:] וכן אפילו כשהגזילה קיימת אלא שהיתה מופקרת ביד אחרים ולא ידע מזה ולא נשבע לשקר וליכא חומש וגם קרבן אינו מביא דכי ליכא חומש ליכא אשם אבל כשהגזילה היתה ביד הבן משלם קרן וחומש ומביא אשם גזילות אבל כשהאב נשבע והודה ומת משלם הבן קרן וחומש כשנשארו נכסים מאביו אבל קרבן אינו מביא דאין קרבן לאחר מיתה [ע' תוספתא ב"ק פ"ו] וכשלא נשארו נכסים מאביו אינו משלם אפילו הקרן דאינו מחוייב לשלם חובות אביו משל עצמו אא"כ רצונו לזכות את אביו שלא יענש בעולם האמת דאז משלם בעדו הקרן וחומש ואם האב נשבע ומת והיורש הודה ונשארו נכסים מאביו משלם הקרן בלבד ולא החומש דהחומש בא על התודאה שאחר השבועה והרמב"ם ז"ל השמיט כל ענין תשארו נכסים ולא ידעתי למה והנשבע לבותי משלם את הקרן

ולא

לא החומש שנאמר וכחש בעמיתו וכן הנשבע לקטן דאין נשבעין על טענת קטן וכן לתרש ושוטה כמ"ש בסי' צ"ו אבל הנשבע לעבד כשיש לו ממון שאין לרבו רשות בו משלם את החומש דנקרא עמיתו דחייב במצות [ב"ק פח:] ופעמים נשבעים על טענת קטן כמ"ש בסעיף י"ח :

י החומש הוא מלבר אחר מר' בקרן שאם גזל שוה ד' ונשבע משלם חמשה ואם היתה הגזילה קיימת מחזיר אותה ונותן דמי רביע שלה והחלה צריך לשלם הקרן והחומש ואח"כ מביא אשמו ואם הנגזל במדה"י מניח הקרן והחומש ביד ב"ד שבעירו ומביא האשם ואם הביא האשם קודם שישלם הקרן לא יצא וחייב להביא אשם אחר אחר שישלם אבל החומש אינו מעכב ולכן אם נתן לו את הקרן ולא נתן לו את החומש או מחל לו על הקרן ולא מחל לו על החומש אינו מעכב את הקרבן וא"צ להוליך את החומש למקום הנגזל אלא יהא בידו עד שיבא הנגזל ויקחנה :

יא המחזיר את הקרן לבעלים וכפר פעם שניה בחומש ונשבע עליו נעשה החומש כקרן לכל דבר ומשלם עליו חומש אחר שנאמר וחמישיתיו יוסף עליו מלמד שהוא מוסיף חומש על חומש עד שיתמעט החומש שיכפור בו וישבע עליו משוה פרוטה וצריך על כל שבועה להביא חומש ואשם ומי שהיה אצלו פקדון וטען שאבד ונשבע וחזר והודה שהוא אצלו וחזר וטען שאבד ונשבע וחזר והודה שהוא אצלו משלם חומש לכל שבועה ושבועה עם הקרן האחד שנאמר וחמישיתיו יוסף עליו משלם שהוא משלם כמה חומשין על קרן אחד ואשם צריך להביא על כל שבועה :

יב אין הנשבע על כפירת ממון משלם חומש עד שיודה מעצמו אבל אם באו עדים והוא עומד בכפירתו משלם הקרן בלבד ע"פ עדים ואינו משלם את החומש שהחומש עם הקרבן לכפרה הם באים ואינם מביאים אלא ע"פ עצמו וכבר נתבאר בסי' שנ"ב סעיף ח' דשבועה זו היא בין בב"ד בין שלא בב"ד ע"ש :

יג כיון שנתבאר דנגזל שנשבע מחוייב לעשות השבה עורפת מכשלא נשבע לכן אף אם לאחר השבועה נתהוה שהנגזל נעשה שלו מרינא כגון שגזל אחד ממורישיו ונשבע לו ומת מורישו מ"מ חייב להוציא הקרן מת"י עם החומש ומביא קרבן כדי שיהיה לו כפרה והטעם נראה כיון דהקרבן א"א להקריב בלתי השבת הקרן כמ"ש לכן אם תשאר אצלו הגזילה אע"פ שעתה אין זה גזל מ"מ גם מצות השבה לא קיים ואינו יכול להביא קרבנו ואף גם בומה"ו שאין קרבן מ"מ מתראוי לו לקיים מצות השבה [ל"ל] ולפמ"ש ניחא במה שהקילו חו"ל על הנגזל בזה שיכול לעשות שלא להפסיד כמו שיתבאר דמשום דאין זה רק כדי לקיים מצות השבה בלבד אין אנו חוששין אם מן הצד לא יפסיד בזה :

יד וזהו לשון המשנה [קח:] הגזל את אביו ונשבע לו ומת ה"ז משלם קרן וחומש לבניו או לאחיו ואם אינו רוצה או שאין לו לוה ובע"ח באים ונפרעים ופירש"י שמשלם לבניו של אביו שהם אחיו או אם אין לו אחים משלם לאחי אביו ומשכע דלבניו של הגזלן לא יתן דאינו ניכר השבה בזה ואם אינו רוצה לוותר חלקו או שאין לו נכסים שיהיה ביכלתו לוותר חלקו זה מאחרים כשיעור הגזילה והם נפרעים מהגזילה עצמה או אם אין הגזילה קיימת יקבלו ממנו כפי שיעור הגזילה וקיים בזה מצות השבה ואם אינו מוצא יורש מוכן לעיניו וגם אין לו ממי ללוות אמרו חו"ל דימשל הגזילה לארנקי של צדקה ושיאמר והו מנזל אבי כדי שיהיה ניכר ההשבה וכן יכול ליתנה במתנה לאחר ולוסר והו מנזל אבי אבל כשהיורש או הבע"ח נוטל א"צ שיאמר והו מנזל אבי דבל"ז ניכר ההשבה כיון שהאחר נוטלן אבל כשהוא נותן צריך שיאמר [כ"מ מרמ"י סס] ולפירש"י הסבימו הרא"ש והמור :

טו והרמב"ם בפ"ח כתב הנזל את אביו ונשבע לו ומת האב אם אין הגזילה קיימת או נשתנית עושה חשבון עם אחיו על הקרן ועל החומש ואם הגזילה קיימת חייב להוציא הגזילה עצמה מת"י לפיכך נותן הגזילה לאחיו ועושה עמהם חשבון ואם אין לו אחים שנמצא זה הגזלן לבדו הוא היורש מוציא הגזילה מת"י לבניו ואם אין בנים לזה הבן הגזלן נותנם לבע"ח בהלואתו או לצדקה הואיל ויצאה גזילה עצמה מת"י נפטר אע"פ שנתנה מתנה או פרעה בחובו והוא שיודיעים ויאמר זה גזל אבא עכ"ל והעתיקו רבינו ב"י בסעיף ה' ואין רצונו לפרש לאחיו היינו לאחי אביו דבין דאינם יורשים מדינא למה הצריכו חו"ל להחזיר להם יחזיר למי שירצה אלא בע"כ דהם אחי עצמו בני המת שהם יורשים ג"כ ומ"ל להרמב"ם דאין בזה שום מצוה אף לכתחלה שיפסיד דמי הגזילה כיון ששלו היא עתה וא"צ רק לקיים מצות השבה ולכן כשמחזיר לאחיו עושה עמהם חשבון ומעכב כנגד הגזילה מעות אחרים מהירושה לפי חשבון האחים ואם אין הגזילה קיימת נוטל מחלקו כפי שווי הגזילה עם החומש והאחים נוטלין זה בתורת השבה והוא לוקח ממקום אחר כנגד זה כפי חשבון אחים שיש לו אבל כשמוסר לבניו לא שייך חשבון דהרי הוא בעצמו נוטלה דבניו כעצמו דמי ומ"ם ס"ל דאם יש אחים שוב יוהר שימסמר להאחים מלבניו שניכר יותר ההשבה ויש מרבותינו דס"ל דבניו קודמין לענין ההשבה דכיון שא"צ לקיים רק מצות השבה למה יפסדם לאחרים ולא לבניו [תוס' סס] ולהרמב"ם אין נ"מ בזה דכיון דס"ל שעושה חשבון עם אחיו הרי אינו מפסיד כלום וזה שאמרה המשנה אם אין לו מפרש אם אין לו אחים ובנים ובנירסתו לא היה כתוב ואם אינו רוצה [כ"ח] וכ"ז בנשבע אבל בלא נשבע א"צ כלום כמ"ש בסעיף י"ג ואף שיש שמסתפק בזה מ"מ כן עיקר לדינא וכ"כ הרשב"א בתשו' [סכימו כמל"ת סס] :

וזה

שז וזה שכתב רבינו הרמ"א וי"א דאינו נוטל כלום כנגד הנזילה ואם הוא עני ולא יכול לוותר חלקו לזה מאחרים והם באים ונפרעים מחלקו עכ"ל וזהו שיטת רש"י שבארנו וגם לשיטה זו ברצונו תליא מילתא כדתנן ואם אינו רוצה ולא ידעתי למה השמיטו הטור והרמ"א את זה ולשיטה זו דוקא כשתחלה לזה מאחרים והם נפרעים מנזילתו מקרי השבה אבל שיטול הוא אח"כ כנגד הנזילה לא ס"ל כהרמב"ם דבזה לא מקיים השבה כלל:

יז פרשה זו רגזל ונשבע נשנית גם בפ' נשא דכתיב איש או אשה וגו' והתודו את חטאתם אשר עשו והשיב את אשמו בראשו וחמישתו יוסף עליו ונתן לאשר אשם לו ואשמו זהו הקרן וכתיב שם ואם אין לאיש גאל להשיב האשם אליו האשם המושב לה' לכהן מלבד איל הכפורים אשר יכפר בו עליו ודרשו חז"ל וכי יש לך אדם בישראל שאין לו גואלים אלא דקרא מיירי כשהנגזל הוא גר [בזמן המקדש] ומת ולא הניח בנים ובנות ליורשו ובחייו כפר הנזלן ונשבע ואח"כ רצונו לעשות תשובה נותן הקרן והחומש לכהנים של אותי משמר העובר בבהמ"ק ואח"כ מביא קרבן אשם ומתכפר לו ומפני שהתורה קראה לקרן הנזילה אשם דינו כאשם שאין מקריבין בלילה אלא ביום כמו כן אינו מחזיר הקרן בלילה והחומש נ"ל שיכול להחזיר בלילה וצריך שיגיע שוה פרוטה לכל כהן שבאותו משמר שנאמר המושב לה' לכהן ולא כתיב לכהנים ש"מ שתהא השבה לכל כהן וכהן וכשם שבכל קרבן צריכים אנשי משמר לחלק ביניהם ואין חולקין קרבן כנגד קרבן שוה יטול קרבנו של זה וזה קרבנו של זה כמ"ש הרמב"ם בפ"י ממעה"ק כמו כן אין חולקים גזל כנגר גזל אלא בכל גזילה חולקין ביניהם וכן אינו מחזיר להם מעט מעט רק כל הגזילה כאחת וכך אמרו חז"ל [סס קי] החזירו חצאין לא יצא כמו קרבן והרמב"ם ז"ל השמיט זה ולא ידעתי למה:

יח וקודם שמחזיר להכהנים מחוייב הגזלן לחפש אולי נשאר זרע מהנגזל ויחזיר לו אבל כשהיה הנגזל קטן א"צ לחפש אחריו דקטן אינו מוריד ולכן נאמר איש בפרשה כלומר איש אתה צריך לחזור אחריו אם יש לו גואל ולא קטן ואין להקשות למה להתורה למעט קטן מפני שאינו מוליד הלא אין דין זה רק בנשבע ועל טענת קטן אין נשבעין כמ"ש בסעיף ט' אמנם משבחת לה בשקפץ ונשבע או שנשבע ע"י העדאת עד אחד [תוס' לפ"ק דסנהדרין] ואין לשאול מאין לקטן מעות דהרי אין לו זכייה אמנם כבר נתבאר בסימן רמ"ג דבדעת אחרת מקנה יש לקטן זכייה מדאורייתא [סס]:

יט ואפילו כהן עצמו שגזל אותו ומת הנגזל ואין לו יורש ם לא זכה הכהן בהנזילה שת"י אלא מוציא מת"י לכל אחיו הכהנים בני המשמרה ואפילו היה הכהן מאותו משמר אמור לו לעכב לעצמו והוא אינו נוטל חלק כלל [נ"ל]:

כ הכהנים בגזל הזה במקבלי מתנות הם לפיכך הגזל ממנו חמץ ואין לו יורשים ועבר עליו הפסח חייב ליתן לכהנים את דמיו כשעת הגזילה ואע"פ שאם הנגזל היה קיים היה הגזלן אומר לו הרי שלך לפניך כמ"ש בסי' שס"ג אבל כיון דהתורה זיכתה זה לכהנים במתנות כהונה דכתיב בפ' קרח במתנות כהונה אשר ישיבו לי וזהו הגזל שנתבאר שכו שייך לשון השבה [זבחים מז:] וכיון שעכשיו אינה שוה כלום אין זה מתנה שהרי אסור בהנאה וכשהכהנים מקבלים הם כממון שלהם ויעשו בו מה שירצו [סס] ואין זה בקדשי קדשים אי כקדשים קלים שאין לקדש בהם את האשה וכיוצא בזה:

כא אין הכהנים מקריבים את קרבן האשם עד שיחזיר הגזלן את הקרן אבל החומש אינו מעכב שאם נתן את הקרן והקריב האשם נתכפר לו דאין החומש מעכב הכפרה ודבר זה למדנו מהקדש שאם נהנה מקדש חייב בקרן וחומש ואשם טעילות וכתיב שם באיל האשם ונסלח לו ואיל הוא הקרבן ואשם הוא הקרן ולמדנו שהקרבן והקרן מעכבים ואין החומש מעכב ומ"מ חייב ליתן את החומש אחר הכפירה ואם לאו לא יצא י"ח במה שגזרה עליו התוהה ואף שיש לו כפרה על עון השבועה אבל עון הגזל לא נתכפרה בלא החומש:

כב וכיון שנתבאר שאין להקריב הקרבן קודם שנתן הקרן לפיכך בגזל הגר שאין לו יורשים יהרוג הכהנים שלא לקבל הקרבן קודם הקרן ובמקדש היו כ"ד משמרות והיו מסודרים על סדר השבתות ויבול הגזלן ליתן הקרן למשמר העובד ולהמתין על הקרבן עם המשמר השני ואף שמצוה לאדם להביא קרבנו מיד כשנתחייב בו מ"מ בריעבד אם המתין על המשמר השני יצא וזכה המשמר הראשון בהכסף והשני בהקרבן והחומש יכול לשלם אח"כ גם למשמר שלישי ורביעי [נ"ל] ואם נתן הכסף למשמר ראשון והקרבן נתן מיד למשמר השני בזמן שהמשמר הראשון עדיין לא כלה יחזירו בני המשמר השני את הקרבן למשמר הראשון דאין להשני לקבל שלא בזמן משמרתם ואם נתן הקרבן להמשמר במשמרתם ואח"כ במשמר השני נתן להשני הכסף קנסינן להו לבני המשמר הראשון שקבלו האשם קודם הכסף ויחזירו גם האשם להשני ונ"ל גם אם קבלו החומש עליהם להחזיר אע"פ שאין החומש מעכב את הכפרה מ"מ כיון שעשו שלא כדין בהאשם קנסינן להו בבולהו ואם כבר הקריבו הקרבן יביא קרבן אחר דאשם שנקרב קודם הבאת הקרן לא יצא בו ידי חובתו והאשם פסול והכהנים לא זכו רק בהעור [ם"פ הגוזל]:

כג כתב הרמב"ם ז"ל [סס] נתן את הכסף לאחה מן המשמרות ואת האשם למשמרה שהיא שבתה יחזיר הכסף אצל האיש לאנשי המשמרה הקבועה שהמשמרה שלקחה

שלקחה כסף בלא שבתה לא זכתה ומוציאין מידה עכ"ל וס"ל דאע"ג שקבלו הכסף קודם האשם מ"מ כיון שלא קבלו בשעת משכרתם צריכים למסור לבעלי המשכר דהתודה זכתה להם ואם נתן האשם קודם וקבלוהו בני המשכר ואח"כ נתן הכסף לכהנים שאין עתה המשכר שלהם קנסינן להמשכר שקבלו האשם קודם הכסף וימסרו האשם למי שקבלו הכסף ויקריבוהו במשכרתם [ס"פ סנוזל למוקימתא דרבא וחכמים ס"ל כן ע"ש וכרמב"ם ז"ל המתיע כמה דיוים ול"ע ונם היש"ם תמה בזה וע"ש במ"מ המתמפק מי מהני מחילה וכ"ל ללדנן לא מהני דוק עכ"ד דסקנם הוא מטום מתמר שמילו שלסם סייך מחילה אבל לדבן דסקנם הוא שעבדו על ד"ם שקבלו מסם קודם כסף לא מהני מחילה ודוק] :

כד כתב הרמב"ם הגוזל את הגר ונשבע לו ומת הגר והפריש אשמו ונזלתו להעלותן לכהנים ומת הגוזל קודם כפרה הרי בני הגוזל יורשים את כסף הנזילה או הנזילה עצמה והאשם ירעה עד שיפול בו מום ואם נתן את הכסף לאנשי משמר ומת קודם כפרה אין יורשי הגוזל יכולים להוציא מיד הכהנים שנאמר איש אשר יתן לכהן לו יהיה ואפילו היה הגוזל קטן שאין מתנתו מתנה אין יורשים מוציאים מיד הכהנים עכ"ל ווה שכתב דנם בקטן אין מוציאין מהכהנים לא ידעתי מקורו ואדרבה בילקוט נשא ממעם איש ולא קטן ואפשר שטעמו מפני שבנם' [סס] אמרו שכסף מכפר מחצה וזה הקטן רצה שיהיה לו כפרה לכן אין ביכולת היורשים למנוע כפרתו :

כה ום"ם אינו מובן דאיך אפשר להיות בנזלן קטן והא דין זה א"א להיות רק בנשבע והודה דחייב בקרן וחומש ואשם וקטן אינו בר עונשין שיביא קרבן על השבועה ונתי דלהנזול עצמו צריך להחזיר כשהנזילה בעין כמ"ש ר"ם שם"ם אבל להביא קרבן אשם על שבועתו וראי דאין מקבלין ממנו דהקטן יכול להביא עולה ושלמים ולא חטאת ואשם [ילוקלמי פ"ח דתלומות] וצ"ל דם"ל להרמב"ם כיון דכסף מכפר מחצה אם אמר הקטן אני רוצה בהשבת הנזילה וליהן לכהנים אין מעכבין על ידו כיון דרצונו בכפרה זו ולא נרע מעולה ושלמים שביכלתו להקריב וכ"ש כסף שאין בו קדושה כלל ולכן אין היורשים מוציאים מידם :

כו לדעת הרמב"ם ז"ל אין דין זה שצריך ליתן לכהנים הקרן והחומש והאשם אלא כשלא הודה בחיי הנגזל אבל אם הודה בחייו ותקפו עליו במלוה ומת אח"כ וכה הגזלן במה שבידו וא"צ רק להוציא הנזילה מת"י לקיים מצות השבה אבל לא יפסיד כמו בנזול אביו ונשבע ומת אביו שנתבאר לדעת הרמב"ם שכן כתב אחר דין נזל אביו וז"ל וכן הנזול את הגר ונשבע לו וחזר והודה לו ותקף עליו הבל במלוה ואח"כ מת הגר אע"פ שזכה בנזילה חייב להוציאה מת"י בר"א כשהודה בינתים אבל אם נזל את הגר שאין לו יורשים ונשבע לו ומת הגר ה"ז חייב לשלם הקרן וחומש לכהנים של אותו משמר ומביא אשמו ואח"כ מתכפר לו עכ"ל [ורניס סקנו עליו מסונים סס"ם ול"ע שמפרש דזה שמתר ר"ש ב"ק קט- לין לו מקנס על טוען גזלו מפ"י לין סמומס לשלם לכהנים דעד טוען מסמע כבנזל אבל ופ"ם סס ותקפו שליו במלוס ממילס כן הוא כיון דהודה בחייו ולס שמזר לו בע"כ הוא זקיפת מלוס למפקת דדבא ופ"ם סס מלס נזה"נ סיכי מפמת לס וכו' והודס למהר מיקס לכ"ע סייך ולס לריס"ג ולס קמי מלנעיל ודוק] :

כז אבל להרבה מרבותינו אינו כן דאפילו הודה בחייו חייב ליתן הקרן והחומש לכהנים ולהביא קרבן ולכן בזמה"ז חייב ליתן לצדקה כפי שיעור הנזילה וחומש לא שייך בזמה"ז וז"ל השור והש"ע הגוזל את הגר ונשבע לו ומת בלא יורשים אפילו הודה לו ותקפו עליו במלוה אע"פ שזכה בנזילה חייב להוציאה מת"י עכ"ל ולהרמב"ם פירושו שלא יפסיד מאומה כמו בגזל אבי ולשארי פוסקים חייב להוציאן לצדקה ולהרמב"ם אינו חייב ליתן לצדקה אלא כשלא הודה בחייו [עסמ"ג ונ"ע ודוק] ודע דכהנים אין יכולין למחול להגזלן כיון דכפרה קריא רחמנא [טוס' קי ד"ה כסף] :

כח העבדים והשטרות והקרקעות אין בהן תוספת חומש שנאמר וכחש בעמיתו בפקדון וכל האמור בענין מטלטלין הן וגופן ממון יצאו קרקעות ועבדים שהוקשו לקרקעות ושטרות שאין גופן ממון וכן כל אלו בגזל בר בזמן המקדש שאין לו יורשים אינן חוזרות לכהנים ואין דין חומש ואשם רק במורה מעצמו אבל כשנתחייב ע"פ עדים ליכא חומש ואשם אפילו בשנשבע וי"א דבגנבה הגר בזמן המקדש בשבאו עדים והודה ומת הגזל משלם קרן וחומש לכהנים ולא כפל שלא זכתה התורה לכהנים בכפל אבל אם לא מת משלם כפל ולא חומש שהרי משבאו עדים נתחייב בכפל וכיון שנתחייב בכפל ליכא חומש ומיהו כשמת דאינו מוריש את הכפל להכהנים וכיון דאיסתלק ליה כפל משלם חומש [תי' רשב"ם סס וי"א דכיון שבאו עדים הו לא שייך חומש בבל ענין [ש"ת נסס סרמ"ס] :

סימן שמח [המציל או הקונה מליסטים וכו ד' סעיפים] :

א כתב הרמב"ם בפ"ו המציל מיד ליסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שמהם הדבר שנתייאשו הבעלים ואם ידע שלא נתייאשו חייב להחזיר אבל המציל מיד ליסטים כותי או מוכס כותי חייב להחזיר שמתם הרבר

שלא נתייאשו הבעלים ואם נתייאשו הרי אלו שלו ומפני מה אמרו סתם גזלנים ישראל נתייאשו הבעלים וסתם כותי לא נתייאשו מפני שהבעלים יודעים שכותים מחזירין מיד הגזלן אע"פ שאין שם עדים שגזל אלא בראיות רעיעות ובאומר הרעת עכ"ל והעתיקו רבינו ב"י בש"ע:

ב וכתב רבינו הרמ"א וסתם גנבה הוי יאוש אפילו בכותים וא"כ הקונה מן הגנב לא היה צריך להחזיר הגנבה אא"כ ידעינן דלא נתייאש דהא קנאה ביאוש ושינוי רשות כמ"ש לעיל סי' שנ"ג עכ"ל והשיגו על דבריו דלסמים שכתב הרמב"ם היינו גנב ובגנב כותי לא נתייאש ובגזלן אפילו בגזלן ישראל לא נתייאש וכבר בארנו בסי' שמ"א דדבריו צודקים והרמב"ם והטור ס"ל דלסמים היינו גזלן ובזה יש חילוק בין ישראל לכותי אבל בגנב אפילו בכותי נתייאש כיון שאינו יודע מי גנבו ופרטים הרבה בארנו שם בס"ד ע"ש:

ג ולפ"ז לדינא יש מחלוקת דלהרמב"ם והטור ורבינו הרמ"א בגזילה יש חילוק בין ישראל לכותי ובגנבה תמיד הוי יאוש אם לא שידוע שלא נתייאש ולפמ"ש שם בדעת הרמב"ם אין כלל קבוע בזה לבר במציל מלסמים ע"ש ולשארי פוסקים בגזילה לעולם לא הוי יאוש אפילו בגזלן ישראל ובגנבה יש חילוק דבישראל הוי יאוש ובכותי לא הוי יאוש [ולזה מסכימו סי"ם וסמ"ך וסנ"ח וסמ"מ וסב"ם]:

ד וכ"ז מדינא אבל ע"פ המנהג כתב רבינו הרמ"א דנהגו להחזיר כל גנבה ואין לשנות מן המנהג וכמ"ש לעיל סי' שנ"ז ואין חילוק בזה בין גנב לגזלן דבכל ענין מחזיר דמיו ונומל את שלו כן נ"ל וע' לעיל סי' רל"ו בדין הקונה קרקע גזולה עכ"ל ובמומכ רחייב להחזיר יתבאר בסי' שמ"ט בס"ד:

סימן שמט [דינא דמלכותא דינא ואסור ליהנות בדבר הגזול ובו י"ז סעיפים]:

א כתב המור אסור לקנות שום דבר מהגזלן ואסור להחזיק ידו ולסעדו בשום דבר מפני שהוא מחזיק ידי עוברי עבירה עכ"ל וכ"כ בסי' שנ"ו לענין גנב שאסור לקנות שום דבר מהגנב אבל הרמב"ם ז"ל כתב דאסור לקנות הדבר הגנוב והדבר הגזול ואסור לסעדו על שינויו והיינו כדי שתהיה שינוי רשות עם היאוש שיקנה הגזילה וכל העושה דברים אלו וכיוצא בהם מחזק ידי עוברי עבירה ועובר על ולפני עור לא תתן מכשול עכ"ל ונראה מדבריו דאין אסור לקנות ממנו רק כשיודע שאותו דבר גזול הוא ואע"ג דליהנות ממנו אסור מכל מקום כמו שיתבאר מ"מ לקנות אין זה הנאה כל כך וכן לסעדו אין איסור רק בהדבר הגזול אבל להשור אסור לקנות מהם שום דבר ולסעדם בשום דבר [וכב"ק ק"מ מלימתי מומר ליסות ממנו ים נירסת לקנות ועמ"ם בסי' כ"מ סעיף ב' ולפ"ז כשים לו מיעוט מעלו מומר לכ"ע כמו מיתבאר בם"ך]:

ב הלוקח מטלטלין מהגזלן לפני יאוש דינו כמ"ש בסי' שנ"ו בגנב דאם לקח מגזלן שאינו מפורסם עשו בו תקנת השוק שנושל דמים מן הגנזל ומחזיר לו הגזילה והגנזל חוזר ותובע דמיו מן הגזלן ואם הוא גזלן מפורסם צריך להחזירו לבעלים בלא דמים והוא יתבע מהגזלן ואפילו לי"א שם דגם במפורסם עשו בו תקנת השוק בגזלן מודים דכיון דגזול בארהסיא לא עשו בו תקנת השוק [ב"ח] וחזקה כל מה שנמצא בידו הוא גזול וכיון דהגנזל צועק על גזילתו אף אם יכחישנו הגזלן ניכרין הדברים שהגנזל אומר אמת משא"כ בגנב דלאו כל שעה שביתא ליה צריך הגנגב להביא ראיה על גנבתו דיכול להזות שזה החפץ אינו גנוב [פריסק]:

ג אם לקח לאחר יאוש קונה ביאוש ושינוי רשות ולרוב הפוסקים דוקא כשהיה היאוש קודם השינוי רשות ולהרמב"ם ז"ל אין חילוק בזה ולדידיה צריך להחזיר דמים ולרוב הפוסקים אינו כן כמ"ש בסי' שנ"ג וכבר נתבאר שם ובסי' שמ"א דאפילו אם ידע שגנובה או גזולה היא קונה אע"פ שעשה עבירה ע"ש:

ד אסור ליהנות בדבר הגזול והגנוב אפילו לאחר יאוש דיאוש לחוד אינו קונה כמ"ש שם והנאה שזה נהנה אינו שינוי רשות דעדיין היא בחזקת הגזלן ועוד דליהנות יש איסור אף כשקנה בשינוי כמו שיתבאר כיצד הרי שירע שבהמה זו גנובה או גזולה אסור לרכוב עליה או לחרוש בה אפילו ברצון הגנב והגזלן גזל בית או שדה אסור לעבור בתוכה וליכנס בה בחמה מפני החמה ובגשמים מפני הגשמים ואם דר בה חייב להעלות שכר לבעלים אם עשויה לשכר ובזה אינו מועיל גם אם יסכור לו דקרקע אינה גנזלת ואם גזל דקלים ועשה מהם גשר אסור לעבור עליו ולא קנאם בשינוי דוהו שינוי החוזר לברייתו ודוקא בשלא עשה מהם קורות או קרשים אלא כרתן לחוליות לתת כות קסנות דאין זה שינוי מעשה אבל אם עשה קורות או קרשים הוי שינוי מעשה וקנה כמ"ש בסי' ש"ם סעיף ח' ודוקא שהגשר הוא עדיין של הגזלן אבל אם מסרו לרבים מותר ליהנות היסנו דהוי יאוש עם שינוי רשות ואע"ג שגזלן במחובר ואינה גנזלת מ"מ כשקצצן הרי הן כמטלטלין וכן כל כיוצא בזה ואין להחמיר בזה כיון דהוי דרך לרבים:

ה ואפילו שלא בדבר הגזול אסור ליהנות מגזלן ממטונו ומכל אשר לו אם החזק שכל ממונו גזול הוא ואע"פ שכבר נשתנית הגזילה וקנאה בשינוי מ"מ הלא לא

לא החזיר ממון להנגזל ואיך יהנה מממון של עבירה ואע"פ שאמרנו דהלוקח קונה ביאוש ושינוי רשות אף אם ידע שגזולה היא זהו ודאי דמדין קנייה קנה אבל עשה איסור בזה כמ"ש בסעיף ג' ואם יש להנגזל מיעוט ממון שידוע שאין גזולים אע"פ שרוב ממונו גזול מותר ליהנות ממנו עד שידע שדבר זה גזול בידו ולקנות דבר שיש לחוש שגזולה היא נתבאר בסי' שנ"ח סעיף ב' דיש אוסרים דבוה אין הולכין אחר המיעוט וי"א דשם אין האיסור ג"כ אלא כשלא נתברר שיש לו מיעוט ממון כשר אבל כשנתברר גם בשם מותר [סמ"ע ומ"ז] ומה שאין הולכין אחר הרוב של איסור נ"ל דמפני שחזקה שכל הנמצא ת"י האדם שלו הוא רק מפני שזה האיש מוחזק לגזלן אבד חזקתו וכן כשברור לנו שמיעוט יש לו פשלו מוקמינן שכל מה שנופלים ממנו הוי בחזקתו כבכל אדם כיון שלא ידעינן שדבר זה גזול הוא בידו ואמרינן ממוך מיעוטא לחזקה ואיהרע ליה רובא ועוד דאין הולכין בממון אחר הרוב במקום חזקת ממון וזה הנזלן יש לו חזקת ממון [עט"ז] וכדרוגמא לזה אמרינן [בכמהובות כ"ו] דמחבואה אחת מצלת על כל הכהנות להכשירן כמ"ש באהע"ז סי' ז' :

ו כפי ס"ש בגזלן שכל ממונו גזול אסור ליהנות ממנו אפילו כשכבר קנה הדבר בשינוי וגם לקנות ממנו שום דבר אסור לדעת הטור אמנם אפשר לומר דאם נודע שקנה הגזלן את הגזילה ע"י שינוי מותר ליהנות ממנו ולא אמרו חז"ל ליהנות משלו אלא משום חשש שמא עדיין לא קנאה בשינוי וגם זה שכתב הטור שאסור לקנות שום דבר מגנב וגזלן זהו הכל מפני שאנו אומרים שזהו הדבר הגזול עצמו וצ"ע לדינא :

ז בני אדם שחזקתם גזלנים וחזקת כל ממונם גזל מפני שמלאכתם מלאכת גזלנים כגון הליטטים והמוכסים אסור ליהנות מהם שחזקת מלאכה ו שהוא גזל ואפילו ממעות שבביתם אסור ליהנות אבל להחליף ממבעות אצלם אין מחליפין רק מחתיבה המונחת לפניהם ליטול המוכסנות מפני שהכל בחזקת גזילה אבל ממעות שיש לו בביתו או בשוק שלא בתיבת המוכסנות מותר להחליף דבין דאין זה הגאה גמורה לא החמירו בו כל כך ולכן אפילו מתיבת מוכסנותו אם הוא חייב לתת לו חצי דינר ואין לו אלא דינר נותנו לו ולוקח ממנו חצי דינר מהתיבה מפני שהוא כמציל מידו [ום"ס לקמיה לע"ס בסעיף ט'] :

ח כלל גדול דזה שאמרו חז"ל סתם מוכסין גזלן הוא וזהו במוכסנים העומדים מאליהם כמו שמצוי במדבריות הרחוקות מחבורות שוודדים העושים מכס מהשיירות העוברות וכזה היה בזמן ההלמוד אבל במוכסן הממונה משרי המלך אסור לגנוב ממנו מכס כל שהוא דדינא דמלכותא דינא :

ט כתב הרמב"ם בפ"ה נגזלו מוכסין כסותו והחזירו לו אחרת הרי אלו שלו מפני שזו כמכירה היא וחזקתה שנתייאשו הבעלים ממנה ואינו יודע בודאי שזו גזולה ואם היה ותיק ומחמיר על עצמו מחזירן לבעלים הראשונים בד"א שהמוכס כליסטים בזמן שהמוכס כותי או מוכס העומד מאליו או מוכס העומד שאין לו קצבה אלא לוקח מה שירצה אבל מוכס שמחמת המלך ופסק המלך עליו ליטול דבר קצוב והעמיד מוכס ישראל לנבותו למלך ונודע שאדם זה נאמן ואינו מוסיף כלום על מה שגזר המלך דינא דמלכותא דינא ולא עוד אלא שהמבריח ממכס זה עובר על לא תגזול מפני שהוא גזל מנת המלך בין שהיה מלך ישראל בין שהיה מלך האומות וכן מי שקנה המכס מהמלך צריך לשלם לו בשלימות ומי שמעלים המכס ה"ו גזל את מי שמחזיק המכס אבל אם אנס וגזלן לקח המכס מותר משום דהוי כהפקעת הלואתו דשרי במקום דליבא חילול ה' ע"כ והעתיקו רבינו הב"י בסעיף ו' ובזה שכתב דבמוכסין חזקה שנתייאשו הבעלים ובמוכס כותי הקשה עליו מ"ש בסי' שס"ח דבמציל ממוכס כותי חייב להחזיר מפני שלא נתייאשו הבעלים ויש מי שתירץ דדוקא בזה שנתנו הכסות לאחר מתייאש הנגזל כיון שרואה שכבר נמכר [סמ"ע שם] וזהו דיוק רא"ש אם הנגזל אינו יודע מזה אינו של זה שהחליפו ולמה לא הזכירו הש"ם והפוסקים מזה [ע"ז] ויש מי שאומר דכאן מיירי במוכס ישראל ומ"ש בר"א וכו' לא קאי אדלעיל אלא על עיקר דינא דמוכסין ולא על הקודם [שם] והדוחק מבואר ודי נראה דבסי' שס"ח מיירי שיודע בודאי שגזולה היא דזהו לשון המציל אבל בכאן אינו יודע בודאי שגזולה היא אלא נוטל כסותו ונותן לו בסות אחר וכיון שזהו כמכירה ואינו יודע בבירור שהיא גזולה תלינן לקולא שאפילו אם גזולה היא אנו אומרים שהבעלים נתייאשו ולא החמירו בספיקא במקום פסידא שיאבד כסותו אבל לקנות ממנו אסור וכן אם ידוע בבירור שהיא גזולה אסור אפילו במקום פסידא כמו שמרקדק הרמב"ם ז"ל בדבריו וזה שכתב רבינו הרמ"א דבידוע שלא נתייאשו הבעלים צריך להחזירו לבעלים בחנם עכ"ל ה"ה דאם רק ידוע שגזולה היא נם בסתמא אמרינן שלא נתייאשו כמ"ש שם אלא שמפני שמבואר בלשון הרמב"ם וש"ע דחזקתה שנתייאשו הבעלים לזה אומר דאם ידוע שלא נתייאשו צריך להחזירו בחנם דשינוי רשות בלא יאוש לאו כלום הוא :

י כבר נתבאר דהמחזיק מכס מהמלך אסור להעלים ממנו המכס בשלוקח דבר קצוב בשות מבל איש ואפילו צוה המלך שישראל יהן יותר מאינו ישראל ס"ם מקרי דבר קצוב כיון שכל בני האומה הזאת נותנים בשוה וי"א דאפילו ידוע שהישראל נוטל יותר מן הקצבה מ"מ את הדבר הקצוב אסור להבריח ממנו דהוי כנוטל מן הגזלן שאסור כראמרי אינ שי בתר גנבא גנוב ומעמא טעים [עט"ז]:

יא וכן מלך ששם מס על בני העיר או על כל איש ואיש דבר קצוב לשנה או שנהר שכל מי שיעבור על דבר זה ילקחו כל נכסיו לבית המלך וכן במסים שיש להמלך לגבות מהשרות וגזר שכל בעלי השדות מעיר זה או מכפר זה יתנו כך וכך ביבלתו לגזור שכל מי שימצא בשדה בשעת הגזרן בין שהוא בעל השדה בין שאינו בעל השדה יטול ממנו הסם של שדה זו [נסמ"ע] וכן כל כיוצא בדברים אלו והגובה כל זה ה"ז בחזקת גזר ובלבד שלא יוסיף ולא ישנה מפקודת המלך:

יב וכן מלך שצווה לעבריו לכרות איזנות של בע"ב ולעשות מהם גשר מותר לעבור על הגשר ואפילו אם צוה לכרות מכל אחד דבר יחוד והלכו עבדיו וכרתו הבל מיער של אחד מותר דעבדא דמלכא במלכא ואין להם לסרוב לאסוף מזה אחד ומזה אחד ועל בעה"ב למרוח בזה וכן מלך שהרים בהים ועשה דרך וכן כל כיוצא בזה מה שעשה עשה דדינא דמלכותא דינא ודוקא מלך קבוע שטבעו יוצא בהמדינה והסביבו עליו בני המדינה שבני המדינה לו כעבדים והוא להם אדון ולא כאותם האנסים שהיו בימים קדמונים שאספו חבר שודדים וקראו עליו שם שר ומלך דזהו בעל זרוע בעלמא:

יג וכן מלך שכעס על אחד מעבדיו ושמשיו מבני המדינה ולקח שדהו או חצרו אינו גזל ומותר ליהנות בה והלוקחה מהמלך הרי היא שלו ואין הבעלים מוציאין אותה מידו דזהו ממשפט המלוכה כמו שאמר שמואל הנביא לישראל אבל שר שלקח שדה או חצר של אחד מבני המדינה שלא ע"פ הדינים שחקק המלך הלוקח ממנו מוציאין הבעלים מידם כללו של דבר כל דין שחקוק לכל הוא דינא דמלכותא וכל אלם שנוטל מאיש זה בלבד שלא בדינים הכוללים ונוטל באלמות אינו דין וכשיש חוק קבוע לבעלי אומנות אחד עמ"ש רבינו הרמ"א [וסגי"ת סקל"ג]:

יד וכן ממוני המלך ושומריו שמטורים השדות במס הקצוב על השדות שהבעלים לא פרעו ממכרן ממכר אבל מס הגלגולת שעל כל איש ואיש אינו גובה אלא מן האדם עצמו כי כן צוה המלך ויכן אם השומר מכר השדה במס שעל הגלגולת אינו ממכר אא"כ היה דין המלך כן:

טו מלך שנזר שכל מי שלא יתן המס שעל השדה תהיה השדה למי שיהרצה ליתן ממנה מס ובעל השדה ברח ובא אחר ונתן מס ממנה ואבל פירותיה אין זה גזל אלא אוכל הפירות ונותן מס למלך עד שיחזרו הבעלים ויחזירוה לידו דדינא דמלכותא דינא וכן מלך שגזר שכל מי שלא יתן המס שעל הגולגולת, אחר יתן בעדו שרשאי להשתעבד בו יכול להשתעבד כי כחוק המלך אבל אינו עובד בו כעבד ממש כללו של דבר בין במסים בין במכסים יכול המלך לגזור כרצונו וכל איש ואיש מחוייב לקיים כל מה שיגזור המלך במסים ומכסים דהארץ היא שלו ויכול לעשות בה כרצונו:

טז ישראל שהיה חייב לעובר בוכבים והוא מכר השטר לישראל אחר אע"פ שבא מכחו מ"מ דייני ישראל יפסקו לישראל זה מה שהיה העובר כוכבים מרויח לפני דייניהם הואיל וישראל זה בא מכחו הרי הוא כמותו בכל מה שהוא היה יכול לזכות בדיניהם:

יז כתב רבינו הרמ"א הנושא אשה במקום שרגין בדיני עובדי כוכבים ומתה אשתו לא יוכל אבי אשתו או שאר יורשיה לומר דכל הנושא אשה ע"ד המנהג הוא נושא ונדון הדבר בדיני עובדי כוכבים שאם מתה לא יירשנה בעלה או כדומה לזה אינה טענה וצריכים לדון כדיני התורה דח"ו לעקור דיני התורה הקדושה והטהורה וכל המלכים בימינו אדרבא חפצם ורצונם שעם ישראל ישמרו חוקי תורתנו:

סימן שע [דברים שהם גזל מדבריהם כמו משחקי בקוביא וכיוצא בזה ובו ט' סעיפים]:

א יש דברים שמדין התורה אין בזה גזל וחכמים אסרום משום גזל והעובר עליהם ה"ז גוזל מדבריהם כמו מפריחי יונים ומשחקי בקוביא ופורש מצורה ובא אחר ונטלה ועני המנקף בראש האילן של הפקר ונפלה הפירי לארץ ולא באה לידו עדיין ובא אחר ונטלה והגוזל נחיל של דבורים וכל גזל דדבריהם אין מוציאין ממנו את הגזל בדיינים כ"ן שמן התורה אין זה גזל ונפסל לעדות עי"ז כמ"ש בס' ל"ר ונפסל לשבועה כמ"ש בס' צ"ב דאחרי שמפני תאות ממון עובר על איסור חשוב ג"כ להעיד שקר ולישבע בשקר מפני ממון וכבר נתבאר בס' ע"ר דמציאת חרש שוטה וקטן אף שאין להם זכייה מן התורה התורה כשאין דעת אחרת מקנה אותם מ"מ מדרבנן הוי שלהם והנוטל מהם הוי גוזל דרבנן ולמה תקנו חכמים באלו הדברים שיש בהם גזל מפני דרכי שלום בדי שלא יריבו זה עם זה לבד במשחקי בקוביא יש טעם אחר מפני שאינו עוסק בישובו של עולם ומפני מה אין באלו הדברים גזל מדין התורה מפני שכל אלו הדברים אין בהם תפיסת קנין כאשר יתבאר:

ב מפריחי יונים ביצד יש יונים מלומדים להביא עוד יונים לשובך זה שמשלח זכר ומביא עמו נקבה או נקבה ומביאה זכר ושולח היונים שלו שיביאו יונים מן המדבר ולפעמים מביאין מן הישוב ואין בזה גזל מן התורה

התורה שהרי גם בעל השובך אין לו בהם קנין גמור אף שהשובך שלו הוא אם אינו סגדלן בביתו או ברפתו ונוהן להם מזונות אלא שמגדלן בשובך העומד מחוץ לחצרו ונזונין מן השדה ואינו קונה אותם ברמים אלא מתאספין להשובך יונים ממקומות הפקר ומתגדלין בשם ולפעמים יוצאין משם ולא סמכה דעתא דבעל שובך עליהו ולכן אין בזה מן התורה גזל ומ"מ מדרבנן יש בזה גזל מפני דרכי שלום מפני שבל אחד תופס את היונים הנמצאים בשובכו לשלו ויבואו למריבות וקטטות ויונים שחוזרים תמיד לשובכן יש בהם גזל גמור מן התורה ככל העופות שברשותו של אדם [ב"מ מב"מ קב' ומסוף חולין מב"ש ד"ה ואפ"ג ופעמ ד"ה יהוא בסנהדרין כה' ובניעים נג: כלול זה בכמנה עם מלוהו מיה ועופות דנם זהו כיוצ מלוהו] :

ג ולא יונים בלבד אלא כל העושה כן בשארי עופות וחיות ובהמות שאינן מן הישוב כמו שור הבר ה"ו גזלן מדבריהם וכתב המור שאפרו לצוד יונים בישוב מפני שהן של אחרים ואין פורשין רשתות ליונים אא"כ הרחיק להוך המדבר ד' מילין ובמקום כרמים אפילו הרחיק מאה מילין לא יפרוש לפי שהולכין למרחוק ע"י הכרמים וכן אם יש שובכין אפילו הן שלו או של בותי לא יפרוש אפילו ברחוק מאה מיל לפי שהולכין למרחוק ע"י השובכין עכ"ל ומרחיקין את השובך מן העיר כשיעור המפורש בסימן קנ"ה ועיין בסימן רנ"ט סעיף ט"ו ובסי' ר"ם סעיף י"ט :

ד אע"פ שנתכאר שביונים יש שמן התורה אינם גזל וזהו שאמרו חז"ל [סס] יוני שובך ויוני עלייה חיובות בשילוח הקן ואסורות בגזל מפני דרכי שלום ס"מ הביצים הנמצאים בשם הם גזל גמור מן התורה דהביצים הרי לא יפרחו מהשובך ודוקא כששלח האם מעליהם אבל כשהאם יושבת עליהם חייב בשילוח הקן כס"ש בי"ד בסי' רצ"ה ואסור לוכות או בהביצים ולכן אפילו בעל השובך בעצמו לא וכה בהם ואם בא אחר ושולח האם וזכה בעל השובך בהביצים דחצרו קניא ליה ואם זה האחר נתן ידו או בגדו תחת הביצים קודם שילוח האם ולא נחבוין לוכות בהם קודם השילוח יכול לזכות בהם אחר השילוח [סוס' ב"מ קכ:] ודע דיונים שמגדל אדם בחצרו או בשדהו ומכירין בעליהן ושבין המיד לשובכן הם גזל גמור מן התורה וכמ"ש בסעיף ב' :

ה המשחקים בקיביא כיצד כגון אלו שמשחקים בקלפים או בעצים וצרורות או בעצטות ועושים ביניהם תנאי שכל הנוצח את חבירו באותו שחוק יקח כך וכך וכן המשחקים בבהמה וחיה ועוף ועושים תנאי שכל שבהמתו הנצח שתרוץ יותר יקח בחבירו כך וכך וכל כיוצא בדברים אלו הכל אסור והוא גזל מדבריהם והמשחק בקוביא עם הכותי אין בו משום גזל אבל יש בזה איסור עוסק בדברים בטלים ואין ראוי לאדם לעסוק כל ימיו אלא בדברי חכמה ומשא ומתן וישובו של עולם וזהו דעת הרמב"ם ז"ל :

ו וכבר בארנו בסימן ר"ז סעיף כ"נ דרבים נסתכבו בדברי הרמב"ם ז"ל ובארנו שמה הנראה לנו מדבריו ז"ל דבקוביא שהקנין הוא מעכשיו אין בזה משום אסמכתא ומהם קוביא הוי הקנין מעכשיו ומ"ם ביון דאין זה ישובו של עולם עשו חז"ל שחוק הקוביא כגזל ובכותי לא החמירו וכשר לעדות אא"כ אין לו אומנות אחרת ורבים מרבותינו חולקים עליו וס"ל דקוביא אין בה משום גזל כלל מהטעמים שנתבארו שם ורק אם אין לו אומנות אחרת פסלוהו חז"ל מפני שאינו עוסק בישובו של עולם ודעה זו הסכים רבינו הרמ"א והשיחק באמנה אינו חייב לשלם כמ"ש שם :

ז הפורס מצודה בנהר לצוד דגים אם המצודה יש לה בית קיבול כמו הרשתות והמכמורות קנה מן התורה דמצודתו קונה לו והגוזל ממנו הוי גזלן דאורייתא ואם אין לה בית קיבול כמו אותם הצדים בחוטים ארוכים מדוקרות וכיוצא בהם לא הוי קנין מן התורה רק מדרבנן גזרו שיהא של בעל המצודה מפני ד"ש ואם בא אחר ונטלה ה"ז גזלן דרבנן וכן במצודות חיות ועופות הדין כן :

ח מי שרוצה לאכול פירות של הפקר ותלשן מן האילן בידיו הרי הפירות שלו מן התורה דבידיו קני להו ואם לא באו לידו כגון שמנקף בהאילן ונפלו לארץ ער שלא באו לידו ה"ז שלו מדרבנן מפני ד"ש והגוזל ממנו ה"ז גזלן דרבנן וכך אמרו חז"ל עני המנקף בראש הזית ויתים שכחה ונפלו לארץ ובא אחר ונטלן ה"ז גזל מפני ד"ש ובסי' ל"ד נתבאר ההפרש בין גזלן דאורייתא לדרבנן וע"ש ובסי' רע"ג :

ט הרבורים אינם ברשותו של אדם ואעפ"כ יש להם קנין מדבריהם והגוזל נחיל של דבורים או שמנען מבעליו אחר שבאו לרשותו ה"ז גזלן דרבנן לפיכך מי שיצא נחיל של דבורים שלו מרשותו לרשות חבירו יכול בעל הנחיל ליכנס לתוך שדה חבירו ליקח נחילו ואם הזיק משלם מה שהזיק ואם ישבו על ענף של חבירו נתבאר בסי' ער"ד ובתב המור דאשה או קטן נאמנים לומר מכאן יצא נחיל זה ודוקא כשמשיחין לפי תומן והבעלים מרדפין אחריהן דניכר הדבר שאמת אומרים ודוקא כשאומרים כן לאלתר אחר רדיפת הבעלים אבל כשאומרים לאחר זמן חיישינן שמא פיהו אותם שיאמרו כן ויש חולקים בזה וכין דספיקא דדינא הוא יש מי שאומר דדנים בזה כל דאלים גבר [קלמ"מ] והעיקר שב"ד יודעו בזה כפי ראות עיניהם וכן כל כיוצא בזה :

כתב

סימן שעא [דין קרקע אינה נגזלת ובו ד' סעיפים] :

א כתב הרמב"ם בפ"ח קרקע אינה נגזלת לעולם אלא ברשות בעליה עומדת אפילו נמכרה לאלף זה אחר זה ונתייאשו הבעלים הרי זו חוזרת לנגזל בלא דמים וכל מי שיצאה מה"י חוזר על זה שמכרה לו וחוזר המוכר השני על המוכר הראשון עד שיחזיר הדוקה מהגוזל על הגזלן ויטול ממנו עכ"ל ויש מרבותינו דס"ל דאע"ג דאינה נגזלת מ"מ יאוש יש בקרקע וכן מפורש בירושלמי [סוס' ב"ב מד:] והרמב"ם ז"ל אפשר דס"ל דוודאי לענין מילתא דאיסורא מועיל יאוש וכא לענין קנין דאין כאן שינוי רשות שהרי עומדת על מקומה ולפ"ז בעבדים יכול להיות דמועיל אע"ג דאיתקש לקרקע וי"א דהירושלמי אוסר מדרבנן אבל מן הדהירה אינו מועיל יאוש [סוס' סוכה ג:] ויש מי שאומר דבאמת הירושלמי חולק אש"ס דילן והלכתא כש"ס דילן [הגה"מ סס] ולפ"ז גם בעבדים אינו מועיל יאוש אבל להיתרון ראשון מועיל יאוש בעבדים אם מכרו או נתנו הגזלן לאחר דאיכא יאוש ושינוי רשות ואע"ג דבגמ' משום קרקעות לעבדים ושטרות דאין נגזלות [ב"ק קיז:] זהו לענין דלעולם ברשות בעלים קיימי כשנתקלקלו או נשתבחו והמיד אומר להנגזל הרי שלך לפניך [וכ"ז ס"ם מ"ם סמוס' בב"ב כה: ד"ה מלמ"] אבל בשנתייאש ומכרו לאחר יש חילוק ביניהם דקרקע אינה זזה ממקומה וא עבדים ושטרות וכן נראה עיקר לדעת הרמב"ם דיש כמה ראיות דמועיל יאוש לעבדים וכ"כ הראב"ד פ"ם מגזילה ולכן א"ש מה שלא כתב הרמב"ם דגם עבדים ושטרות אינם נגזלים דבגמ' משום להו לקרקעות דלא משוה להו אלא דכשנשתנו לגריעותא אומר לו הרי שלך לפניך ורין זה כתב הרמב"ם בעבדים בפ"ג מגזילה וכמ"ש בסי' שס"ג ובשטרות לא שייך שינוי זה ואם אבדו לגמרי חייב מדיני דגרמי כמ"ש בסי' שפ"ו ואין ג"ם רק לענין שבועה שא"צ לשלם קרן וחומש ואשם ובתבה הרמב"ם בפ"ח מגזילה [ומיומב קוסים כלמב"ד ז"ל] וגם זה שיאוש אינו מועיל בקרקע זהו כשלקחו נגזלן ואינו יכול להוציא בכח הערכאות אבל כשיכול להוציא ע"י ערכאות ולא הציל יאוש כזה מועיל דהוי כהפקר גמור והפקר מועיל בקרקע [עמ"ק כו:] ובן אם מתיירא מהגזלן שלא יהרגנו ונותן לו קרקע הוי קרקע של הגזלן דמשום אונסו גמר ומקני [ומ"ם מ"ם מסיקיקין ומניקין כ"ת: וכ"כ בקלב"ח ולפמ"ם מ"ם קוסים הגה"מ ודוק] :

ב כיון שקרקע אינה נגזלת לפיכך אם אירע בה קלקול הבא מאליה כגון ששטפה נהר אין אחריות ההפסד על הגזלן שבחזקת בעליה עומדת ואומר לו הרי שלך לפניך וכשם שהיא ברשותו לגריעותא שיכול לומר לו הרי שלך לפניך כמו כן הוא ברשותו לטובתו כגון שנשתבחה או נשתמש בה דלגבי מטלטלין אינו משלם אלא בשעת גזילה ואם עשה מלאכה בהם פטור כמ"ש בסי' שס"ג ובקרקע אינו כן אלא אם נשתמש ואבל פירותיה או דר בבית או השכירה ולקח השכר וכה"ג צריך לשלם מה שנהנה ממנה וכן בעבדים כמ"ש שם :

ג זה שאמרנו דכשנתקלקלה הקרקע עומדת ברשות הנגזל ואומר לו הרי שלך לפניך זהו בנתקלקלה מאליה אבל אם הפסידה הגזלן בידיו כגון שחפר בה בורות שיחין ומערות או שקצץ את האילנות וישחת את המעיינות וחרם את הבנינים חייב להעמיד לו בית או שדה כמו שהיה בשעת הגזילה או ישלם דמי מה שהפסיד וכן לענין שבח כשהשביחה בידים צריך הנגזל לשלם לו כמ"ש בסי' שע"ה ואם גזלוה מן הגזלן והנגזל אינו יכול להוציא מן הגזלן השני חייב הראשון להעמיד לו שדה כמותה או לשלם דמיה ואינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך ודבר זה הוא מפני הקנס שקנסוהו [ירושלמי ב"ק פ"י ס"ו] אמנם ממה שיתבאר משמע דמדינא כן הוא :

ד ודוקא כשהגזלן השני לא גזל רק קרקע זו אבל כשגזל עוד קרקעות הוי כסכת מדינה ואומר לו הרי שלך לפניך דאף מהנגזל הרי היה גוזלה כמו שגזל עוד קרקעות אבל כשלא גזל רק קרקע זו אין הראשון יכול לומר כן דניכר שרק אצלו רצה השני לגזול [כ"מ בב"ק קנז:] וזהו שכתבו הרמב"ם והמוש"ע גזל שדה ונטלוה מציקין אם מכת מדינה היא כגון שלקחו שדות או בתים של כל אנשי המדינה אומר לו הרי שלך לפניך ואם מחמת הגוזן נלקחה חייב להעמיד לו שדה אחרת עכ"ל וזה שכתבו של כל אנשי המדינה לאו דוקא אלא כלומר שנטלו הרבה [כ"מ בס בגמ'] וכן אם אנסוהו להגזלן להראות להם שדותיו או שאמרו לו הראה לנו כל מה שיש לך והראה להם גם שדה זו שגזל בכלל שדותיו ונטלוה המציקין חייב להעמיד לו להנגזל שדה אחרת כמותה או נותן דמיה דפשע במה שהראה להם שדה זו כיון שלא כפוהו להראות רק את שלו לא היה לו להראותם גם שדה זו ולכן אם כפוהו להראות להם שדה זו פטור ובסי' שפ"ח יתבאר בזה בס"ד :

סימן שעב [גזלן שהפסיד השדה כיצד גובה הנגזל ובו ג' סעיפים] :

א גזל קרקע והפסידה בידו או שאכל פירותיה שחייב הגזלן לשלם כשבעל השדה גובה דמי מה שהפסידו הגזלן או דמי פירות שאכל אינו גובה מנכסים שמכר הגזלן לאחר הגזילה בדין מלוה בשטר שגובה ממשועבדים אלא

אלא נובה מנכסים בני חורין בדין מלוה ע"פ דהלקוחות אינם יודעים כמה הפסידו וכמה פירות אכל שיזהרו שלא לקנות ממנו קרקעות ולכן אם הגזלן עמד בדין ונתחייב לשלם כך וכך ואח"כ מכר נכסים נובה הגזל ההפסד והפירות מהם דאע"ג דאין בזה שטר מ"מ כל בעשה ב"ד יש לו קול והיה להם להזהר ואינהו אפסידו אנפשייהו וגובה הגזל מהם והם חוזרים על המוכר הגזלן ואם לא עמד בדין אלא על ההפסד ולא על הפירות או על הפירות ולא על ההפסד אינו גובה ממשעבדי רק על מה שעמד בדין והאחד אינו מועיל להשני להיות טורף ממשעבדי גם עליו ושנאמר דכיון דעמד בדין על האחד היה לו להלוקח לידע גם הדבר השני ודבר פשוט הוא שאם הגזלן נתן להגזל שטר בעדים על ההפסד והפירות שגובה ממשעבדי אף קודם שעמד בדין דלא גרע משארי שט"ח ונ"ל דאף כשידוע שהלוקח לא ידע מחשטר או ממעשה הב"ד מ"מ גובה ממנו כמו בשט"ח כשלא ידעו הלקוחות דהא מדין תורה גובה ממשעבדי גם במלוה בע"פ דשעבודא דאורייתא כמ"ש בסי' ל"ט אלא דבמלוה בע"פ תקנו רבנן שלא לגבות ממשעבדי מפני תקון העולם ולכן בשטר ובעמד בדין דלא תקנו בזה מסילא אקמה אדין תורה :

ב וכן הדין בשגזלוה מהגזלן מחמתו באופן שחייב לשלם כמ"ש בסי' שע"א אם עמד בדין ואח"כ מכר גובה הגזל ממה שמכר אבל ממה שמכר קודם שעמד בדין אינו גובה ואע"ג דיש קול לגויה [סמ"ע סק"כ] שהרי אינו ידוע להקונים אם מחמתו גולוהו אם מחמת הגזל או מחמת מכת מדינה [ל"ל] ודע דבירושלמי פ' הגזל [ס"ו] יש מחלוקת בשנטלה האנס מחמת הגזל אם חייב הגזלן לשלם לו אמנם מכל הפוסקים שמחמתו דבריהם ולא כתבו רק שאם מחמת הגזלן נמלו חייב לשלם להגזל מבואר דאם מחמת הגזל א"צ לשלם לו [וע"ש במפרש וע"ע] :

ג גזלו שדה והשביחה בידים דחייב הגזל לשלם לו כמ"ש שם מטורף הגזל אותה כמו שהיא בשבחה ושמין לו להגזלן השבח וירדו על התחתונה אם השבח יתר על ההוצאה נוטל ההוצאה בלבד מהגזל ואם ההוצאה יתירה על השבח אין לו מההוצאות אלא שיעור השבח בדין יורד שלא ברשות שיחבאר בסי' שע"ה :

סימן שעג [מכרה הגזלן והלוקח השביחה מה דינו של לוקח עם הגזלן ובו ח' סעיפים] :

א גזל שדה ומכרה והלוקח לא ידע שהיא גזולה והשביחה גזלה הגזל מהלוקח כמו שהיא בשבחה והלוקח מטורף כל השבח רק שמהגזל מטרף בדין יורד שלא ברשות דהא שלא ברשותו ירד ולכן אם השבח יתר על ההוצאה נוטל ההוצאה מהגזל והמותר עד שיעור השבח נוטל מהגזלן עם הקרן רק הקרן גובה ממשועבדים דלוקח קרקע ומשפוה ממנו גובה מלקוחות כמ"ש בסי' רכ"ה ואפילו מכר לו רק בעדים כמ"ש בסי' קט"ו ואפילו אינו נכתב אחריות בשטר אא"כ פירש בהשטר שמוכר שלא באחריות והשבח גובה מנכסים בני חורין לפי שאין יודע ללקוחות מהשבח ומשעמד בדין על השבח גובה מלקוחות שלקחו את"כ מהגזלן דמשעת העמדה בדין יש קול כמ"ש בסי' שע"ב ואם ההוצאה יתירה על השבח נוטל מהגזל הוצאה כשיעור שבח ויתר ההוצאה נוטל מהגזלן דלגביה הוא ביורד ברשות שנוטל כל ההוצאה [ל"ל] ואם השבח שוה להוצאה נוטלה מהגזל ומהגזלן אינו נוטל רק הקרן ואם הוא שבחא דממילא כגון דיקלא ואלים וכיוצא בזה אינו נוטל מהגזל כלום ומהגזלן נוטל כל השבח [טור] :

ב אם השדה היתה משובחת ביד הגזל והגזלן קלקלה והלוקח השביחה ועתה היא כמו שהיתה ביד הגזל י"א דמ"מ נוטל הוצאה כשיעור שבח מהגזל דהא לגביה הוי כיורד שלא ברשות ויש יילקין דכיון דאצלו משובחת היתה הוה לגביה כהוצאה היתירה על השבח שנוטל הכל מהגזלן ולדעה ראשונה נוטל הגזל מהגזלן את השבח שצריך להשלים להלוקח והעיקר כדעה ראשונה [סגר"מ] :

ג אם לקחה באלף דינר ועתה בשעת טריפת הגזל אינה שוה אלא ת"ק י"א דאע"ג דאם היה בע"ח טורפה לא היה גובה מהמוכר אלא ת"ק כמ"ש בסי' קט"ז סעיף ד' לדעה שניה מ"מ כשהגזל מטרפה משלם הגזלן אלף דכיון דאיגלאי מילתא שלא היתה שלו מעולם אין שם מכירה על זה וצריך לשלם הטעות שנתן [נמק"י ס"מ דג"מ וסי"ן] ואע"ג דבע"כ שם מכירה עליה דאי"כ איך נוטל השבח והרי מיחזי כריבית כמו שיתבאר בהכיר בה שאינה שלו מ"מ לענין זה שיפסיד מהקרן אין עליו שם מכירה וי"א דבלא הכיר בה שגזולה היא הוי מכירה גמורה ואינו משלם לו אלא כפי שויה עתה [מ"מ בשם ריכב"ם שם] ואם נתייקרה נ"ל דלכ"ע נוטל כפי שויה עתה :

ד אם הלוקח הכיר בהקרקע בעת שלקחה שגזולה היא אמרו חו"ל [שם] דאינו נוטל מהגזלן אלא הקרן בלבד דכיון שידע שגזולה היא לא ירד לה בתורת לקיחה והמעות לא נתן לו רק בבעין הלואה ואם ימול ממנו יותר מהקרן הוי כריבית אבל הקרן נוטל מהגזלן בין בקרקע בין בממלמלין [ס"ך] ולא אמרינן דנהן המעות לשם מתנה ומהגזל נוטל השבח כדין יורד שלא ברשות

ברשות דלגבי הנגזל אין נ"מ בין שהכיר בה ובין שלא הכיר בה שהיא גזולה ואין לו מהחוצאה אלא כשיעור השבח והיהר על ההוצאה מפסיד והקרן נוטל מהגזלן מנכסים משועבדים ויש חולקין בזה [סגר"מ] ושבחא דממילא אינו נוטל כלל:

ה וכתב רבינו הרמ"א דיראל וידע שאינה שלו הפסיד אפילו ההוצאה עכ"ל והאחרונים חולקים בזה דהוצאתו נוטל כשיעור השבח דהא אפילו מגזלן עצמו נוטל הוצאתו כמ"ש בסי' שע"ב מיהו זה ודאי דאם היתה משובחת אצל הנגזל והגזלן קלקלה והלוקח השביחה דצריך ליטול מהגזלן ומסתמא אינו יכול ליטול דמיחזי כריבית [פ"מ] אמנם זהו להיש חולקין שבסעיף ב' אבל לדעה ראשונה נוטל מהנגזל ואפשר דבכה"ג גם לדעה זו אינו נוטל כשידע שהגזלן קלקלה דכיון שידע שגזולה היא ואצל הנגזל היתה משובחת ומסתמא לא יתרצה ליתן לו מה שהגזלן קלקלה ודאי דלכתחלה ירד ע"מ שלא ליטול וצ"ע לדינא:

ו י"א דאם פירש לו הגזלן המוכר להלוקח בשעת המכירה שישלם לו השבח וקנו ממנו על זה או שיש לו להגזלן קרקע אחרת דנוטל ממנו השבח דהטעם שאינו נוטל משום דמיחזי כריבית ובקנו מיניה לא מיחזי כריבית והוי כמכירה וכן כשיש לו קרקע ונובה קרקע ולא מעות לא מיחזי כריבית אבל בלא קיבל עליו מפורש אחריות מהשבח אע"פ שסתם אחריות קבל עליו אינו גובה [טור כסס רמ"ס] ויש חולקין בכ"ז דכיון שהכיר בה שאינה שלו איזה תיעלת יש בהקנין או בקרקע דהרי אין על המעות רק שם פקדון ואם יטיל יותר הוי כריבית [וכ"פ מתוס' ב"מ טו: ד"ה מעות]:

ז הפירות שאכל הלוקח בעוד שהיתה בידו צריך לשלם להנגזל אפילו כשלא ידע שהיא גזולה דכיון שלא היתה של המוכר מעולם הרי אכל פירות משדה שאינה שלו וע"ל שא"צ לשלם אלא כפי מקח הוול ורינו כיורשים שהניח להם אביהם פרה שאוהה וסברו ששלו היא ושבחוה ואכלוה שמשלמים דמי בשר בזול כמ"ש בסי' שמ"א ואפשר לומר דכיון דבכאן יחזור ויגבה מהגזלן צריך לשלם כפי שויים ודינו בהפירות עם הגזלן כדין השבח שאם לא ידע שהיתה גזולה גובה מנכסים בני חורין ואם ידע אינו גובה ממנו כלום דמיחזי כריבית ואף שיש חולקים בזה וס"ל דאין הנגזל נוטל הפירות אלא מה שמוצא מפידותיה בהשדה בעת פריפתו מהלוקח ולא מה שכבר אכל מ"מ העיקר לדינא דנוטל גם הפירות שאכל דכן פסקו הרמב"ם והמוש"ע וכן מצינו במלכים ב' [ח'] שצוה המלך להשיב להאשה את כל תבואת השדה מיום שעובה את השדה [סס"מ]:

ח אם טען המוכר שהלוקח ידע שהיא גזולה והלוקח טוען שלא ידע על המוכר להביא ראיה ואע"ג דהלוקח בא להוציא ממנו והמע"ה מ"מ בבאן על המוכר להביא ראיה דחזקה אליטהא היא דלא שרי אינש זוזי בכרי ובודאי לא ידע [סמ"ע] וזהו כמו עדות שמוציאין ממון על פיהם ויכול המוכר להטיל עליו קבלה שלא ידע ושבועה אינו יכול להטיל עליו [נ"ל] ועמ"ש בסי' שע"ד:

סימן שעד [מכרה הגזלן וחזר וקנאה מהגזל או נתנה לו במתנה ובו י' סעיפים]:

א הגוזל שדה ומכרה או נתנה לאחר שאין מעשיו כלום אפילו כשלא ידע שגזולה היא כמ"ש בסי' שע"ג והנגזל יכול להוציאה מיד הלוקח בלא דמים אם אח"כ קנה הגזלן שדה זו מהנגזל נתקיימה עתה ביד הלוקח מהגזלן או ביד המקבל מתנה דרז"ל אמרו הגזלן היה במה שטרח לקניתה כדי לעמוד בנאמנותו נגד הלוקח או המקבל מתנה [ב"מ סו:] ולכן לא אמרינן דכמו שהנגזל היה ביכלתו להוציא מהלוקח והמקבל מתנה כמו כן יכול עתה הגזלן להוציאה שהרי קנה אותה עתה דאע"ג דודאי כן הוא מ"מ אמרינן לדעתו שעיקר כוונתו בלקיחתו כדי להעמידה ביד הלוקח והמקבל מתנה ואפילו היה הלוקח או המקבל מתנה גוסס בשעה שלקחה הגזלן מהנגזל מ"מ אמרינן דכוונתו היתה כדי לעמוד בנאמנותו נגד בניו של הלוקח והמקבל מתנה וכן אם הגזלן קנה כשהיה חולה וגוסס למות אמרינן נ"כ דניחא ליה דליקום בתימנותיה אחר שיסיים [סס ועי"ם כסום' בד"ס דמיב לוקן]:

ב ואין להקשות כיון דהקנין הראשון שקנה מהגזלן אינו כלום במאי קונה עתה זה הלוקח והמקבל מתנה ע"פ קנינו של הגזלן מהגזל ואפילו נאמר דכוונתו של הגזלן היתה כדי להקנותה להראשון מ"מ אין זה רק דברים שבלב שנחשבנו כשלוחו ולמה לא יהיה ביכלתו של הגזלן להוציאה ממנו וזה אין לומר דבמעיתיו שנתן לו מקודם קנה עתה דהא המעות עתה הם כמלוה והקונה במלוה אינו קנין [תוס'] כמ"ש בסי' ק"ץ ועוד דהא גם במתנה הדין כן האמנם בהתיא הנאה דסמיך עליה הלוקח והמקבל מתנה נמר ומקני להו והוי כאלו א"ל בעת שמכר ונתן לו שדה זו קנויה לך לכשאקחנה [תוס'] ואע"ג דאף אם היה אומר כן מפורש לא היה קונה דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו מ"מ בזה קנה דעיקר הטעם דלא קנה ברבר שלא בא לעולם ובדבר שאינו ברשותו משום דלא סמכה דעתא דלוקח ובכאן סמכה דעתו שיודע שיעשה כן כדי ש'שאר באמונתו [מסרס"מ סס] ועוד דהנאה זו שמחזיקו בנאמן

חשוב אצלו כקבלת דמים וזהו קנינו כמו שקבל דמים [נמק"י סמ] ויש מרבותינו דמשמע מרבריהם דהלוקח צ"ל לו אני מוסר עליך שתתננה בידי [רמ"י] וכן נראה מלשון הש"ס שם אמנם יש שכתבו דלאו דוקא כשאמר בפירוש [נמק"י] וכן משמע מלשון הרמב"ם והטור והש"ע [ועמ"ש בתה"ע סי' כ"ח סעיף ח] :

ג ואפילו תבע הלוקח את הגזלן לדין כשהגנזל הוציאה מידו וכתבו ב"ד להלוקח אדרבתא על נכסי הגזלן ואח"כ קנאה הגזלן מהגנזל אמרינן ג"כ דניחא ליה לעשור בנאמנותו ותחזור להלוקח אבל אם לא קנאה עד שהתחילו ב"ד לעשות הברוזה על נכסי הגזלן ואח"כ קנאה מהגנזל לא נתקיימה ביד הלוקח דכיון שהתחיל עד שיצא הדבר בפרסום בוראי אינו חושש שיאמרו עליו שאיש נאמן הוא דאם היה חושש לזה לא היה ממתין עד ההכרזות ולא קנאה למען הלוקח ולכן יכול הגזלן עצמו או יורשיו לתת לו מעותיו להלוקח ובמתנה אינו נותן לו כלום ואם נפלה בירושה להגזלן מהגנזל לא שייך לומר שכוונתו להעמידה בידי הירושה הוי ממילא ולא ע"י השתדלותו ואינה של הלוקח והמקבל מתנה :

ד נתנוה הבעלים להגזלן במתנה יש פלוגתא בגמ' [סמ] דחד אמר מתנה כמכר וקנאה הלוקח בבוראי לא הגיעה לו הסתבה בלא טירחא ואמרינן דמפני זה הטריח א"ע כדי שיתננה לו ותהיה שלו לגמרי ויעמוד בנאמנותו שתתקיים ביד הלוקח או המקבל מתנה וחד אמר כירושה היא דטירחא אינה רק בשקנאה בדמים ולא בהשתדלות של מתנה ופסק הרמב"ם דמתנה כמכר וכן פסק רבינו הב"י ואע"ג דספיקא דרינא הוא מ"מ חשבינן את הלוקח למוחזק והרא"ש והטור פסקו דאין מוציאין מיד הגזלן דנחשב כמוחזק דכל קרקע בחזקת בעליה עומדת ויצאה מחזקת הלוקח אחרי שנודע שגזולה היא ועיתה היא בחזקתו של הגזלן ועל הלוקח להביא ראיה שהיתה כוונתו להעמידה בידו וכן הכריע רבינו הרמ"א ואע"ג דבא"ח סי' קנ"ג פסקינן דמתנה כמכר לענין שמותר ליתן הבהב"ד במתנה כשם שמותר למכרו דאי לאו דהוה להו הנאה לא הוה יהבי מתנה מ"מ לענין זה אין ביכולת לברר שכוונתו היתה להעמידה ביד הלוקח או המקבל מתנה ואומדנא בעלמא הוא לכן הוי ספיקא דדינא וכיון דחשבינן את הלוקח לאינו מוחזק עליו להביא ראיה [עמ"מ פגילה כו] :

ה לקחה הגזלן מהגנזל וחזר מיד [כ"י] ומכרה לאחר או נתנה במתנה או הורישה ביורשה ע"פ צוואה הרי גילה דעתו שאין רצונו להעמידה ביד זה שמכרה או נתנה כשהיתה גזולה ויש חולקים בזה דוראי אם קודם שלקחה מהגנזל מכרה או נתנה לאחר או הורישה לא קנה הראשון דהרי אנו רואים שאין רצונו לעמוד בנאמנותו אבל אם עשה זה אחר שקנאה מהגנזל הרי היא של הראשון דמיד שקנאה מוקמינן אותה בחזקת

הראשון ע"פ האומדנא ואמרינן דתיכף ומיד חזר בו והוא אינו יכול לחזור בו וכשמכרה לאחר קודם שקנאה מהגנזל ואח"כ קנאה מהגנזל נשארת ביד האחר ונותן הדמים להלוקח הראשון ועומד בהשדה [מור] ואע"ג דלגבי הראשון לא רצה לעמוד בנאמנותו מ"מ אמרינן דלגבי השני רצה לעמוד ואפשר לומר דלדינא אינם מחולקים וגם היש חולקים מודים דאם תיכף ומיד כשלקחה מהגנזל מכרה לאחר דאין כוונתו להעמידה לפני הראשון דאין מברא לומר שבשעה מועטת ישתנה דעתו וזה שאמרו שאח"כ אינו מועיל זהו כשנמשך איזה זמן מקנייתו מהגנזל דאז אמרינן שחזר בו [וכ"מ מסכ"י בספרו ע"ם וחזן] :

ו גבה הגזלן שדה זו בחובו מהגנזל אמרו חז"ל דאם אין להגנזל קרקע אחרת אין כאן אומדנא שהיתה כוונתו להעמידה ביד הלוקח דיגבות חובו כזו ואף אם היה יכול לגבות ממטלטלין לא אמרינן כיון שדקדק לגבות מהקרקע היתה כוונתו להעמידה ביד הלוקח דרוב בני אדם רצונם יותר בקרקע מבמטלטלין שהקרקע קיימת לעד [כ"מ מלסון סנמ' סם] וכן אפילו היה לגנזל קרקעות אחרים ובלא בקשת הגזלן נתן לו קרקע זו ג"כ אינה של הלוקח שהרי לא השתדל הגזלן בזה אבל אם השתדל בזה ובקש את הגנזל שישלם לו רק בקרקע זו ניכר הדבר שהיתה כוונתו להעמידה ביד הלוקח ונ"ל דזהו דוקא אם אינה טובה כשארי קרקעות של הגנזל דכשהיא טובה יותר אין ראיה כלל שרצה להעמידה ביד הלוקח :

ז י"א כיון דאומדנא בעלמא הוי האי דינא דאמרינן שכוון להעמידה ביד הלוקח והמקבל מתנה לפיכך אם יש מעם לומר דלקיחתו מהגנזל היתה לכוונה אחרת כגון ששדה זו סמוכה לשדותיו של הגזלן וכיוצא בזה שאפשר להלות מה שבשביל זה לקחה מהגנזל יד הלוקח על התחתונה וצריך להביא ראיה שכוונת הגזלן היתה להעמידה בידו [נמק"י בסם רמב"ם] ויש חולקין בזה דבגמ' לא אמרו רק כשמכרה לאחר או נתנה או הורישה דמוכיחים הדברים שלא רצה לעמוד בנאמנותו אבל כל זמן שאין לנו הוכחה להיפך ומרח בקנייתה או אמרינן דוראי היתה כוונתו לעמוד בנאמנותו [מ"מ ומור] :

ח ודע דכל מה שנתבאר אינו אלא כשלא הביר בה הלוקח מהגזלן בעת שקנה שגזולה היא דאז אמרינן כיון שהלוקח דימה שקנייתו טובה מדינא ואח"כ נתוודע ששיא כדין מכרה לו אמרינן לדעתו דגזלן שרצונו לעמוד בנאמנותו ולהראות להלוקח שאיש נאמן הוא בממכרו אבל אם ידע הלוקח בעת שקנה שהיא גזולה לא שייך לומר שאח"כ כשהגנזל קנאה מהגנזל היתה כוונתו לעמוד בנאמנותו אצל הלוקח דהרי יודע שהלוקח לא כוון מתחלה לשם קנין [ומ"מ בסמ"ס בתשובות פ"ז מ"ג חולק בזה ומיט כן למעשה לרמתא אומר

לומר הכ"מ לף בטלה סביר בס לף ברח בס מין כוותו להעמידם ביד סלוקח ע"ם היטב] :

מ גם בטבלטלין הדין כן כשמכר חפץ נגול ואח"כ לקחה הגזלן מהגזל חוזרת להלוקח או להמקבל מתנה ובירושלמי תרומות [פ"ו ה"כ] משמע דבטבלטלין חייב תמיד להעמיד לו מקחו ואמנם לדינא ודאי דאינו כן והירושלמי יש לפרשו בפנים אחרים ע"ש אבל מ"מ עכ"פ לא גרע מקרקע וכ"כ רבינו הרמ"א בסימן ר"ם וע"ש :

י גזלן שמביא עדים שלקח שדה מהנגזל נתבאר בסימן קנ"א ואנם שאנם שדה מישראל ומברה לישראל אחר נתבאר בסי' רל"ו ע"ש :

סימן שעה [דין יורד לשדה חבירו או לחורבתו ונטעה או בנאה ובו י"ז סעיפים] :

א היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות דהבעלים לא צוו לו ונטעה אם היתה שדה שאינה עשויה ליטע אם א"ל בעל השדה עקור אילנותיך ולך שומעין לו ואפילו היתה עשויה ליטע יכול לומר לו כן ואפילו היו הבעלים בעיר וידעו מזה ושתקו לא אמרינן דהיה לו למחות אלא כיון שעשה שלא ברשות יכולים לומר לו כן [כ"מ ממק"י פ' סמומכ] וכן כשבנה בנינים על שדה או חורבת חבירו יכולים הבעלים לומר טול עציך ואבניך ואפילו היתה עומדת להבנות ואפילו היו בעיר ויש חולקים בעשויה ליטע ולהבנות דאינו יכול לומר טול את שלך ויתבאר בסעיף י"א [סם בסס רמב"ן והרמ"ם בסס סרמב"ך] :

ב ודוקא כשהבעלים לא גילו דעתם אחר המעשה דניחא להו אבל אם גילו דעתם דניחא להו כגון שהשלימו הבנין או ששמרוהו וכיוצא בזה אין יכולים לומר כן ויד היורד על העליונה כמו שיתבאר [כי"ף] וכן אם גילו דעתם מקודם שיהנו לו מעות לא יכול היורד לומר אח"כ עצי אני נוטל דעל דעת כן בנה ווכה לו רשותו [מק"י] :

ג ואם זה היורד רוצה ליטול מה שבנה או שנטע והבעלים רוצים שישומו לו וישלם אמרו חז"ל [ב"מ קמ:] דבבית שומעין לו ויטול עציו כיון שאין בזה הפסד לבעלים אבל בנטיעות אין שומעין לו כשרוצה לעקרם מפני שכבר הכחישו את הקרקע ביניקתן ודוקא שכבר נקלטו הנטיעות אבל כשעדיין לא נקלטו אינו יכול למחות וכן בבית כשחפר בקרקע על עשיית יסודות נ"כ אין שומעין לו כיון שקלקל הקרקע ומשמע מלשון הגמ' והפוסקים דאפילו כשהבעלים רוצים לשלם לו בעורף אין יכולים לכופו כשרצונו ליטול את שלו ואין היזק להבעלים ולא שייך לכופו בזה על מדת סדום מפני שיכול לומר אני רוצה בעצי ובנטיעותי :

ד ואפילו במקום שהבעלים יכולים לעכבו שלא יטול כמ"ש מ"מ אם הבעלים אמרו לו תחלה עקור אילנותיך או טול עציך ואבניך ולך אע"פ שאח"כ חזר בו מ"מ יכול היורד ליטול אותם ולא אמרינן דדיבורא בעלמא הוא דזהו כאומר לחבירו בב"ד השבע וטול שאינו יכול לחזור בו [מק"י] ולפ"ו נראה דלרעה דס"ל בשם דקודם השבועה יכול לחזור בו כמ"ש בסי' כ"ב גם בכאן יכול לחזור בו וא"כ קשה על רבינו הרמ"א למה סתם הדברים [והמק"י פזיל לסיסמו בפ' ז"ב] ולכן נ"ל מדהשמיט רבינו הרמ"א את המעם שכתבנו משמע דס"ל דכיון המעיקר דינא שלו הם אלא בשביל שהפסידו קצת ביכלתו לעכב וכיון דאמר טול את שלך הוי כמחילה על ההפסד ומחילה א"צ קנין ועוד משמע מדבריו דלא בעינן שיאמר כן בב"ד ואף שכספרו דרכי משה כתב דבעינן שיאמר בב"ד נראה שבש"ע חזר בו והכל מטעם שבארנו [כ"ל] :

ה אם שניהם מתרצים בדיעבד שישארו הנטיעות והבנינים ושישלם לו כמה ישלם אמרו חז"ל [ב"מ קמ:] דאם היא שדה העשויה ליטע כמו סתם כרם וכן אם החורבה עשויה להבנות אומדים כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה וחורבה זו לבנותה דידו על העליונה ופירש רוב רבותינו דאם השבח יתר על היציאה נותן לו כשיעור השבח ואם היציאה יתירה על השבח נותן לו היציאה ויש מרבותינו דס"ל דיותר על השבח או ההוצאה אינו נוטל לעולם דזה אין סברא כלל אלא כוונת חז"ל הוא כפי השומא היתירה שישומו הבקיאים [בסס"ם ותלמידי רבסב"ם] וכזה משמע דעת רב האי גאון בס' המקח ואפשר לומר דלא פליגי לדינא דאם היה הבעה"ב בעיר וידע ולא מיחה בו שפיר נוטל כיורד ברשות אבל כשלא היה בעיר ולא ידע בלל דיו שישול כפי השומא היתירה מהבקיאים ולא כיורד ברשות ואם לא היתה עשויה ליטע או להבנות אמרו חז"ל דשמין לו וידו על התחתונה ופירש רוב רבותינו דאם השבח יתר על היציאה נוטל הוצאותיו ואם היציאה יתירה על השבח אינו נוטל רק כשיעור שבח ויש שפירשו שנוטל כבפחות משומת הבקיאים :

ו וכ"ז כשלא גילה דעתו דניחא ליה אבל כשגילה דעתו כגון שלאחר שזה נטע או בנה באו הבעלים והשלימו הבנין או ששמרו הנטיעות וכיוצא בזה שמראה שרעתו נוחה למה שעשה זה וכ"ש אם אומר בפירוש דניחא ליה שמין לו וידו על העליונה אף באינה עשויה ליטע ולהבנות ודינו כיורד ברשות שנוטל כל הוצאותיו ואם השבח היה יתר מהחוצאה נוטל השבח לכל הדעות ויש

מי שאומר דנילוי דעת אינו מועיל רק בשדה העשויה ליטע ולהבנות [ע' בפוי ובב"י] :

ז דבר פשוט הוא דהיורד לתוך שדה חבירו ברשות בעלים או ברשות ב"ד אפילו נטע שדה שאינה עשויה ליטע ובנה בחורבה שאינה עשויה להבנות שכין לו וירדו על העליונה שאם ההוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה ואם השבח יתירה נוטל את השבח :

ח וידע שעל מה שכתוב בש"ע בסעיף ד' בדין יורד ברשות כתב רבינו הרמ"א דאם בעל השדה הוא עצמו אריס חוזר להיות דינו כאינו עשוי ליטע רק ששמין כמה רוצה ליתן שלא יצמרך למרוח בעצמו עכ"ל ותמיהני מה שייך זה ליורד ברשות ואיזה סברא הוא לחלק בין היה אריס ללא היה אריס הרי ברשותו ירד ועוד דמקור הדין הוא מהר"ן בשם הראב"ד פ"ח דכתובות ומבואר להדיא בשם ראשלא ברשות קאי וכן משמע בספרו דרכי משה ולכן נ"ל דמעות נפל בספרים וזה שייך לסעיף ג' דמירי ביורד שלא ברשות ועל זה אומר דכל שיש חילוק בין עשויה ליטע לאינה עשויה וכן בנילה דעתו דניחא ליה דאם הבעלים בעצמם עוסקים באריסות ועובדים בעצמם לא חשבינן תמיד רק כאינה עשויה ליטע ובחלק זה מעשויה ליטע חשבינן ליה דבר מועט מה שלא מרח בעצמו אבל שישלם כמו שמשלמים לאריסים אינו משכם כיון שהוא עצמו אריס ולא היה שוכר אריס אחר :

ט בעל בנכסי מלוג של אשתו קמנה דינו כיורד ברשות ושמין לו וירדו על העליונה ודבר זה הוא מתקנת חכמים כדי שלא יפסיד שדותיה כמ"ש באה"ע סי' פ"ח וכן השותף בשדה דינו כיורד ברשות כיון שיש לו חלק בה כמ"ש בסי' קע"ח והעושה טובה לחבירו שלא ברשות נתבאר בסי' רס"ד וכן הלומד עם בן חבירו בלא דעת האב נתבאר בסי' של"ה מה דינו ע"ש ועמ"ש באה"ע שם סעיף כ"ב :

י כתב רבינו הב"י בסעיף ו' היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות שמין לו וירדו עה"ת ואם אמר בעל הבנין עצי ואבני אני נוטל שומעין לו א"ל בעל הקרקע טול מה שבניתי שומעין לו עכ"ל ובסעיף ז' כתב החצרות הרי הם ראוים לבנין ולהוסיף בהם בתים ועליות לפיכך הבינה בחצר חבירו ה"ז כנוטע שדה העשויה ליטע ושמין לו כמה אדם רוצה ליתן בנין זה לבנותו והוא שיבנה בנין המועיל הראוי לאותו חצר כמנהג אותו מקום עכ"ל וכתב רבינו הרמ"א דלא יוכל הבונה לומר בניני אני נוטל ועל חורבה שבסעיף ו' כתב דדוקא אם החורבה אינה עשויה לבנות אבל אם עשויה לבנות או במקום שסתם חורבה עומדת לבנות דינו כמו חצרות שיתבאר בסמוך עכ"ל מבואר להדיא דס"ל דזה שאמרו חז"ל דהבונה יכול לומר בניני אני נוטל ובעל החורבה והחצר יכול לומר טול עציך ואבניך והו רק כאינה עשויה להבנות אבל בעשויה להבנות אין ביכלתם לומר כן והמיהני דדעת רוב הפוסקים אינו כן ומה נשתנה דין בנין מדין שדה העשויה ליטע דיכול בעל השדה לומר עקור אילנותיך וזיל ובעל האילנות אינו יכול לומר כן מפני שמכחיש הארץ אבל בבנין דאינו מכחיש יכול לומר כן ומדבריו עצמו בסעיף א' מוכח כן שכתב סתם כרם עשוי ליטע ולא הניח בדברי המחבר בסעיף ב' שהכ שבעל השדה יכול לומר לו עקור אילנך שוודאי דוקא באינה עשויה ליטע :

יא ונ"ל דרבינו הרמ"א ס"ל דבנטיעות אע"פ שהיא שדה העשויה ליטע ס"מ אין ביכלתנו לבוף לבעל השדה מפני שיכול לומר רצוני לורוע תבואה ולא אילנות ולכן יכול לומר עקור נטיעותך ולך ומחייב בעל האילנות לעקרם על הוציאותיו [טור] וכן בחורבה ובחצר שאין הבנין הכרח לפי ערך העיר ולפי ערך מצבו של בעל החורבה והחצר וכן בשיכול לעשות איזה תשמיש אחר בחורבה זו ובחצר זה ושלא לבנותו ודאי דיכול לומר לו טול עציך ואבניך על הוצאותיך ורבינו הרמ"א מירי במקום שב"ד רואים שהכרח לבעה"ב לבנות במקום זה לפי מצבו ומצב העיר ובעצמו היה בונה כן וזה שבנה בגה כהונן באופן אשר הבעלים בעצמם לא היו בונים טוב מזה כזה שפיר פסק דהבעלים אין יכולים לומר טול עציך ואבניך ונם הבונה אינו יכול לומר אטול עצי ואבני דחצירו קונה לו כיון שעשויה לבנות וכעין סברא זו כתב הרא"ש והביאו הטור בסעיף ז' [וכזה מ"ש דבריי סמ"ע בסק"ד שלא יסתור למ"ש בסק"ד וכמ"ש בסקי"ג וחק] :

יב כתב הטור מעשה בראובן שהלך מהעיר והיה לו שם בתים ובא שמעון ודר בהם וראה שהיה הבית רעוע ונטוי לנפול ובנה והחזיקו והצילו מסכנת נפילה ומידו וכידו וכשבא ראובן הוציא את שמעון מביתו כי אמר שנכנס שלא ברשות ולא רצה לשלם לו הוצאות תקנו ופסק הרא"ש ז"ל דכיון שהיה רעוע וקרוב ליפול א"צ שמעון לצאת מהבית עד שישלם לו כל יציאותיו מה שהיה מוכרח לתקן להציל הבית מנפילה אבל מה שסירודה וכידה שעשה כן להנאת עצמו א"צ לשלם לו ומזה ראיה למ"ש בסעיף י"א ע"ש וכלל הדברים כן הוא שבכל דבר שאדם עושה לחבירו שלא ברשותו של בעה"ב בין שהיה בעיר ולא מיחה בו ובין ש"א היה בעיר ראוין הב"ד אם דבר זה היה הבעה"ב מוכרח לעשות שמין לו וידו על העליונה דנהי דירד שלא ברשות מ"מ הרי עשה לו טובה ולמה יפסיד אבל דבר שאינו הכרח לעשותו או שהבעה"ב לפי מצבו אין ביכלתו להוציא הוצאות באלו א"צ לשלם לו ויכול לומר לו טול מה שעשית ולך ובן נראה עיקר לדינא וכ"ז כשלא מיחה בו הבעה"ב מקודם אבל אם מיחה בו ואמר שאינו רוצה שיבננה או יתקננה הפסיד בכל ענין זה

זה היורד דוה שאמרו חז"ל ריורד שלא ברשות שמין לו וזהו בסתמא אבל לא כשמיחה בפירוש :

יג זה שירד שלא ברשות ובנה והשכירה לאחרים וקבל שכר דבר פשוט הוא שמנכין לו מהוצאותיו אע"ג דאין מדרכו של בעה"ב זה להשכיר בניניו ואע"פ שמתרצה הבעה"ב במה שעשה זה דאין הלה עושה סחורה בדבר שהוא של חבירו [נתוס] ואינו יכול לומר שנוטל בער מרחתו דהא בתוך השומא שמין לו מרחתו וגם אינו יכול לומר שנוטל השכירות בעד מעותיו שהיה איזה זמן בהבנין דא"כ הוי רבית ואם דר בה הבונה בעצמו אם לא החסיר כלום שלא עשה שום קלקול בהבנין א"צ לנכות לו כלום בעד דירתו ואם החסיר או קלקל אפילו דבר מועט צריך לשלם בעד הדירה בכל מה שנהנה כמ"ש בסי' שפ"ג וינכה זה מהוצאותיו :

יד בכל מקום שאמרנו שצריך בעל הקרקע ליתן מעות להיורד שנמצא או בנה אם אין ידו של בעל הקרקע משגת ואמר להיורד שלא ברשות ישומו לי הקרקע סה שהיא שוה בפ"ע ותן לי דמיה שומעין לו שלא אמרו חז"ל שהוא יהן דמים להיורד אלא כשהוא רוצה בהקרקע ואין רצונו למוכרה אבל אם רוצה למוכרה צריך היורד ליתן לו דמיה ואם גם היורד אין ידו משגת שמין הכל יחד ומוכרין לאחרים ואח"כ שמין הקרקע מה שהיא שוה בפ"ע ויה יטול בעל הקרקע והמותר יטול היורד [נתוס] וזהו דבר פשוט שאין אנו כופין לבעל הקרקע למכור קרקעו אלא שאם רוצה יכול לומר להיורד טול מה שעשית [כ"ע] :

טו יראה לי דגם במטלטלין הדין כן שאם בא ראובן ותיקן בגד של שמעון או בניו אם לפי ראות עיני ב"ד צריך שמעון לתקון זה וביכלתו לתקן דינו כבית העשויה להבנות וחייב לשלם לו כפי השומא אף שעשה שלא ברשות ואם שמעון א"צ להקון זה או שאין ביכלתו א"צ לשלם לו וארבא יכול לכופו שיקנהו ממנו וכמ"ש בקרקע ואף דמטלטלין נגזלין מ"מ אין כל השבח שלו שהרי לא כוון לגזול [ועמ"ש בחמ"ע סי' ל"ה סעיף ט"ז] :

טז כתב רבינו הב"י כל מי ששמין לו בין שהיתה ידו על העליונה בין שהיתה ידו עה"ת אינו נוטל כלום עד שישבע בנק"ח כמה הוציא ואם אמר יבואו הדיינים ויעשו שומת ההוצאה והרי היא גלויה לעיניהם וישערו העצים והאבנים והסיד ושכר האומנים בפחות שבשיעורים שומעין לו ונוטל בלא שבועה עכ"ל וכשצריך ליטול הוצאותיו והם יתרים על השבח שא"א בשומא יכול לומר לא אטול הוצאותי וישומו לי השבח שהוא ניכר ואטול בלא שבועה וזה הכלל הוא בכל מקום שהנוטל צריך יישבע וליטול אם הוא דבר שאפשר לדעת ע"פ בקיאים יכול לומר שומו לי ואיני רוצה לישבע :

יז כל שהדין הוא ששמין לו ונוטל וטען בעל הקרקע ששילם לו והיורד אומר לא נטלתי היורד נאמן ונשבע שלא נטל כלום ואע"ג דבא להוציא ועליו הראיה מ"מ זהו כדבר ברור שלא נתן לו קודם השומא ואנו אומרים לבעל השדה איך אפשר שנתת לו והרי עדיין לא שמו לך ולא ידעת כמה אתה חייב ליתן לו ואף אם ירד ברשות וידע שצריך ליהן לו אינו דומה לסי' קנ"ו בבנין של שותפות שנאמן לומר נתתי אף שלא היה שומא שאני התם שבעסק שותפות על שניהם לעשות משא"כ באיש זר היורד לשל חבירו אין מדרך העולם שישלם לו בלא שומא [עקלס"ח] ויש מי שאומר דפועלים שיש להם מקח קצוב ליום אע"פ שירדו שלא ברשות מ"מ אם ירוע שחזר אחר פועליו נאמן לומר שנתן [כה"מ] אבל אחר השומא ואמרו ב"ד לבעל השדה כך וכך אתה צריך ליתן לו ותן לו ואמר נתתי נאמן וישבע היסת שנתן לו ספני שקרקע בחזקת בעליה עומדת ולכן אף במקום שהיורד היה חייב לישבע ועדיין לא נשבע נאמן לומר שנתן לו ונפטר בהיסת ככל תובע שהנתבע נשבע היסת ונפטר ואפשר שאין חילוק בין אמרו לו ב"ד צא תן לו ובין חייב אתה ליתן לו כיון דהחיוב ירוע ולא דמי למ"ש בסי' ע"ט [כ"ל] :

סימן שעו [המסיג גבול רעהו ובו סעיף אחד] :

א המסיג גבול רעהו והכנים מתחום חבירו לתוך תחומו אפילו מלא אצבע אם בע"כ עשה ובגלוי ה"ז גולן ואם בסתר עשה ה"ז גנב ואין זה שייך למ"ש קרקע אינה נגזלת דוהו רק לענין שאינה נעקרת ממקומה כמטלטלין ואינו מתייאש אבל בלאו הגזילה עובר וכך שנינו בספרי לא תסיג גבול רעך והלא כבר נאמר לא תגזול מה ת"ל לא תסיג מלמד שכל העוקר תחומו של חבירו עובר בשני לאוין יכול אפילו בח"ל ת"ל בנחלתך אשר תנחל בא"י עובר בשני לאוין בח"ל אינו עובר אלא בלאו אחד בלבד ע"כ הספרי בפ' שופטים וכ"כ הרמב"ם בפ"ו מגזילה וכ"כ בש"ע ולבד זה קם ליה בארור מסיג גבול רעהו ונם בח"ל קם בארור [כ"ל] ובכך נתבאר בסימן ש"ס דלא עשו תקנת השבים בקרקע ע"ש ואסור ליכנס לקפח פרנסת חבירו וגם זה בכלל הסגת גבול מלבד תקון קרמונים ועיין מ"ש בסימן קנ"ו :

סימן שעז [דין מצר שהחזיקו בו רבים ובו ה' סעיפים]:

א מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ודוקא שהחזיקו בו ברשות הבעלים או שידע ושתק דרבים וראי מחל (כמב"ם ב"ב לט:) אבל ליחיד לא הוה מחילה בישתיקה בעלמא אע"ב נתנה מפורש במהנה והרבים כשהקנו אותו מצר והשוותו שיהא ראוי להילוך והבעלים ראו ושתקו הוי מחילה [סמ] וכ"ש אם כבר הלכו בה אבל יחיד שתקן מצר של אחרים דינו כיורד שלא ברשות שבסי' שע"ה:

ב ולכן אמרו חז"ל [ב"ק כמ:] דמי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו ונטל בעל השדה מהם זו הדרך ונתן להם דרך אחר מן הצד והיא היתה דרך לרבים שכל מי שרצה גם ממקומות רחוקות היה הולך בה מה שנהן נתן כיון שמרצונו נתן להם וזכו בה וזו שנטלה מהם לא זכה בה דאין כח בידו לבטל זכות הרבים אבל אם הדרך מיוחדת רק לבני מבוי זה או רק לעיר זה יכול להחיזק עמהם מרצונם ואין יכולים לחזר בהם אם החזיקו בשלו והוא החזיק בשלהם:

ג וכ"ז כשהרבים החזיקו ברצונו או ששתק אבל אם רבים ההחילו לילך בדרך של היחיד והוא צועק רק שאין ביכלתו להתרות את הרבים לב"ד יכול מקל ויכה את ההולך שם דעביד אינש דינא לנפשיה גם לרבים כשאין לו ברירה אחרת מיהו כשרבים מוחזקים עתה בזו הדרך ואין ידוע אם החזיקו ברצון או שלא ברצון טוענין להם שבודאי החזיקו ברצון [סמ"ע] דכיון דטוענין ליתומים כ"ש לרבים ועליו מוטל להביא ראיה שהחזיקו שלא ברצון:

ד אין חילוק במצר שהחזיקו בו רבים בין שהוא דרך רחב בין קצר דלא כיש מי שרצה לומר דדיקא בדרך הרחב מ"ז אמות כן הדין כן וכן אמור לקצר דרך הרבים מהרוחב וכן כל שום קלקול אסור לעשות אא"כ הממשלה הצוה לעשות כן:

ה נ"ל דאע"ג דמסה שנתבאר בסעיף ב' מוכח דאף אם נתן להם בטעות את הדרך אינו יכול לחזור בו וזו דוקא באופן שנתבאר דנגר הרבה מההולכים הוי חליפין טוב ונתרצו בכך וזכו בה והדרך הראשונה לא הגיעו מפני אחרים רחוקים שאפשר לא ניחא להם בדרך החדשה אבל אם עיקר הנתינה היתה בטעות נגד כולם יכול לחזור בו דנתינה בטעות לא הוי נתינה ויש מי שאומר דאפילו נתינה בטעות הוי נתינה ולא נהירא [וזסו מירון הגמ' סס מטוס דר"י ור"ל בלופר דעד סרסס סוי מליפין קוב וכ"מ במ"ק ס': ע"ם וזוק]:

הלכות נזיקין

סימן שעח [אסור להזיק ממון חבירו וכן לגרום שום היזק ובו כ"א סעיפים]:

א כשם שאסור לגנוב ולגזול כמו כן אסור להזיק ממון חבירו אע"פ שלא בא לו שום הנאה מזה ואפילו מהרצה לשלם בעד הנזק להניזק [סמ"ע] אא"כ צריך זה להצלת עצמו כמ"ש בסי' ער"ד דאז עושה מה שצריך ומשלם הנזק לחבירו וכן אפילו להיות גרמא בנזקין אסור בין שגורם ע"י עצמו בין שגורם מנירי דיליה אלא דלענין חיוב תשלומין בב"ד יש חילוק בין גרמי לגרמא ויתבאר בסי' שפ"ו אבל בירי שמים חייב על כל מין גרמא [ב"ק נמ:] וכן המזיק בלשונו חייב בד"ש ומלשון לפני אנם חייב גם בדיני אדם ויתבאר בסי' שפ"ח וכן אסור להזיק בראיותו וחייב בד"ש אם היזק בעין מבטו לחבירו וכך אמרו חז"ל אסור לאדם לעמוד על שדה חבירו בשעה שעומדת בקמותיה [ב"מ קז:] וכן כל מיני היזק ראיה אסור כמו להסתכל בסה שחבירו עושה בביתו ובחצירו כמ"ש בסי' קנ"ד וכך אמרו חז"ל [ב"ק ל:] האי מאן דבעי למיהוי חסידא לקיים מילי דנזיקין הן בנזקין והן בחשש גזל וריבית ואונאה וכיוצא בזה דבשם שאדם מתרחק עצמו מספק איסור כמו כן יתרחק עצמו מספק ממון שאינו שלו וארבא זה גרוע יותר דבאיסור תשובה ויוה"כ מכפר ואלו בדברים שבין אדם לחבירו אין יוה"כ מכפר ונם תשובה אינו מועיל עד שישיב את הגזילה וירצהו מה שציערו וכן בכל מין צער שאדם מצער לחבירו עונשו מרובה וסחוייב לפייסו עד שימחול לו ובמזיק יש גם איסור בל תשחית אף בממון שלו [לקמן]:

ב כל מזיק חייב לשלם נזק שלם מהיפה שבנכסיו כמ"ש בסי' תי"ט ואפילו מזיק בשוגג או באונס חייב ורז"ל דרשו זה מקרא דחייב על השוגג כאזיר ועל האונס ברצון [סס כו:] דאדם טוער לעולם בין שוגג בין מזיד בין ער בין ישן והסבימו רבותינו הראשונים דלאו בכל אונס חייב דבאונס נמור פמור ונתנו כלל בזה דכל אונס שהוא כעין נגבה פמור וכעין אבידה חייב [פס' ורמ"ם ר"ם סמניס] וכן איתא שם בירושלמי דזה שישן חייב דוקא כשישן אצל הבלים או אצל האדם והזיקם

כשישן חייב אבל כשישן במקום פנוי ובא אחר ושכב אצלו או הניח כלים אצלו והזיק הראשון את השני או את הכלים פטור הראשון דהשני הוא המועד וכן ראיה סמה שיתבאר בסי' ת"ב במניח את הבד ברה"ר ובא אחר ונתקל בה ושברה פטור לפי שאין דרכן של ב"א להתבונן ברדכים ע"ש אלמא דבאונס נמור פטור :

ג אבל הרמב"ם ז"ל לא חילק בין אונס לאונס וכתב סתם בפ"ו מחובל בין שהיה שוגג בין שהיה אנוס ואע"ג דמדברי רבותינו בעלי הש"ע משמע דנם הרמב"ם מחלק בזה וכ"כ רבינו הב"י בכסף משנה שם מ"ם לא משמע כן מלשון הרמב"ם וכ"כ הרב המגיד והש"ך דלהרמב"ם אין חילוק ונ"ל דהרמב"ם ס"ל דביון דבנמ' מחייב מזיק באונס אין סברא לחלק בין אונס לאונס אלא דס"ל דבמקום שיש אחר שגרם לנזק זה והוא פושע יותר מזה האנוס אין לנו לחייב את זה שנאנס אלא זה שפשע ולכן כשבא אחר וישן אצלו או הניח כלים אצלו פטור הראשון וכן משמע לשון הירושלמי שאומר מפני שהשני הוא מועד וכן במניח את הכד ברה"ר שפשע זה המניח במקום הילוך רבים אין לחייב זה שנזקל בה ושברה ולפיכך אם הניח את הכד במקום שיש לו רשות להניח ונתקל זה ושברה חייב וכן אם היתה סיבה ניכרת שמן השמים היה הנזק פטור כמו שיתבאר עוד כלל גדול נראה מדבריו דזה שהזיק באונס חייב והו בשהזיק ממש בעת האונס כגון שנתקל בשעת הליכתו ונפל על כלי ושברו אע"ג דנתקל לאו פושע הוא מ"מ חייב דאדם מועד לעולם ואם היה הכלי מונחת במקום שהיה רשות לבעל הכלי להניחה חייב זה הנתקל אבל אם בעת שנתקל לא הזיק אלא שאחר ניזוק ע"י בגון שנשא כד מים ונתקל ונפל ונשפכו המים ונשבר הכד והלך איש אחר והוחלק במים או בשברי הכד פטור הראשון דהוא לא הזיקו בירים אלא שהיה נורם שהאחר יהיה לו היזק על ידו וכיון דאינו פושע אינו חייב בגרמתו [וכזה מצוינ קומים סתום' ר"פ סמניח ד"ס וסמולל ע"ם ודוק] :

ד וראיה לזה דהנה הרמב"ם בפ"ו מחובל כתב המזיק ממון חבירו חייב לשלם נ"ש בין שהיה שוגג בין שהיה אנוס הרי הוא כמזיר כיצד נפל מן הגג ושבר את הכלים או שנתקל כשהוא מהלך ונפל על הכלי ושברו חייב נזק שלם שנאמר ומכה בהמה ישלמנה לא חילק הכתוב בין שוגג למזיד עכ"ל ובפ"נ מנזקי ממון דין ז' כתב נשברה כדו ברה"ר והוחלק אחר במים או שלקה בתרסיא פטור מפני שאנוס הוא עכ"ל ויש להבין והרי אפילו באונס חייב בנזקין ואין לומר דדוקא כשהזיק כלים חייב אבל אם הזיק אדם פטור דאדרבא נזקי אדם חמור מנזקי כלים ועוד דבנמ' דרשו מפצע תחת פצע לחייב על שוגג כמזיד ואונס כרצון והרמב"ם שדרש מקרא דמכה בהמה ישלמנה ברור הוא דלא תימא דוקא בנזקי אדם חייב ולא בנזקי בהמה ולזה הביא מקרא זה דאפילו בבהמה חייב וה"ה לכלים אלא ודאי דהחילוק הוא דאם בשעה שנתקל נפל על האדם ועל הכלים והזיקן חייב אבל זה שנשברה כדו לא הזיק בשעת מעשה אלא שאח"כ נתנזק בו אדם פטור מפני שהיה אנוס :

ה ולפ"ז יש להבין בדברי רבינו הב"י שבכאן בסעיף א' העתיק לשון הרמב"ם שבפ"ו מחובל ובסי' תי"ב סעיף ד' כתב מי שהיה טעון כד ונתקל ונשבר הכד והזיק לאחרים בשעת נפילה פטור דנתקל לאו פושע הוא עכ"ל ווהו לשון הטור שם ולא העתיק לשון הרמב"ם שבפ"נ מנ"ם שהמאנו ובודאי לדעת הטור כן הוא שמחלק בין אונס לאונס ולא לדעת הרמב"ם ואע"נ דרבינו הב"י ס"ל דנם הרמב"ם מחלק כן בנ"ש א"כ למה חייב בנתקל ונפל על הכלי ושברו הא אידי ואידי נתקל הוא והטור באמת לא כתב כאן הך דנתקל :

ו וע"ל דרבינו הב"י ס"ל דנתקל לא הוי אנוס נמור ולפיכך חייב בנפל על כלי ושברו אבל בהזיק לאדם בשעת מעשה פטור ולא משום דאדם קיל מכלים אלא משום דהנזיק ג"כ היה לו לשמור א"ע ונהי דנם הוא לא הוה פושע ואינו דומה למי שהניח כלים אצל הישן שבסעיף ב' ס"ם נם אין לנו לחייב את הראשון דהא נם הוא לא פשע וזה שכתב בסי' ת"ב והזיק לאחרים זה משהזיק לאדם ולא לבהמה וכלים רלבהמה וכלים חייב כמ"ש בכאן ואף שיישבנו דברי רבינו הב"י מ"מ נראה העיקר בדעת הרמב"ם כמ"ש ולכן לא כתב הטור בכאן הך דנתקל שכתב הרמב"ם ואפילו לפמ"ש בסי' ד"ש סעיף נ' דכל נתקל הוא ע"י איזה דבר כמו ע"י כלי או מדרון או נליד מ"ם עכ"פ דא ודא אחת היא :

ז כתב רבינו הב"י בסעיף ד' היה עולה בסולם ונשמטה שליבה מתחתיו ונפל והזיק אם לא היתה מהודקת וחזקה חייב ואם היתה חזקה ומהודקת ונשמטה או שהתליעה ה"ז פטור שזו מכה בידי שמים היא וכן כל כיוצא בזה עכ"ל וזהו לשון הרמב"ם ז"ל ורבינו הב"י הולך לשיטתו דנם הרמב"ם פוטר באונס נמור ולפ"ז א"ש דנם התליעה הוי אונס נמור אבל לפמ"ש לדעת המגיד והש"ך יש להבין למה פטור בהתליעה האמנם נם בל"ז קשה מה שייך בהתלעה מכה בידי שמים והרי היה לו לראות אם התליעה אם לאו וכבר השינ עליו הראב"ד ז"ל דנהי דאונס הוא מ"מ לא נרע מכל האונסים שחייב אמנם באמת הוא טעות הדפוס וצ"ל אם לא התליעה [כ"מ] רבוה ודאי כיון שלא היה שום סיבה הוי מכה בידי שמים אבל בהתליעה חייב להרמב"ם [וכ"מ בסמוס ז] :

ח כתב רבינו הב"י בסעיף ב' נפל מן הגג והזיק חייב לשלם נ"ש בין שנפל ברוח מצויה בין שנפל ברוח

שאינה מצויה וכתב רבינו הרט"א המעם משום דלא מקרי אונס נמור אבל המור כתב דברוח שאינה מצויה פמור דאנוס הוא והנה לפט"ש בדעת הרמב"ם חייב אפילו באונס נמור ורבינו הרמ"א שהוצרך לומר דלא הוי אונס נמור זהו לרוב הפוסקים דפטרי באונס נמור ואפשר דס"ל דגם הרמב"ם ס"ל כן כדעת רבינו הב"י אבל המור סותר א"ע לפ"ש בסי' תכ"א דבנזק חייב אף ברוח שאינה מצויה ויש מי שכתב דמ"ם הוא במור ויש שחילקו בין אדם לבלים ואינו עולה יפה לדינא [ב"מ ופ"ז] ויש מי שאומר דכאן מיירי שנפל באונס נמור ובשם לא מיירי באונס נמור [ב"מ] ולפ"ז צריך לדעת באיזה אופן הוי אונס נמור ובאיזה אופן לא הוי אונס נמור והאמת הוא דבשם מיירי בנג שאין לו מעקה כט"ש שם המור מפורש ולכן אע"פ שבהגפילה היה אנוס מ"מ לא היה לו לעלות על גג שאין לו מעקה אבל בכאן מיירי בסתם גג שיש לו מעקה ולכן בשהרוח שאינה מצויה עקר המעקה או עקרו מע"נ המעקה והפילו הוי אונס נמור [ע"ז] ולדינא וראי דבכה"ג גם רבותינו בעלי הש"ע יודו לזה ואפשר דגם הרמב"ם יסבור כן דהוה כמכה בידי שמים:

ס זה שנתבאר דלרוב הפוסקים באונס נמור פמור והו דוקא כשהזיק בלא כוונה אבל כשהתכוין להזיק אף באונס נמור חייב לשלם כמו נרדף ששיבר את הכלים כדי שימלט מהרינה כמ"ש בסי' ער"ר ובסי' ש"פ [סי"ן]:

סי ואין חילוק בב"ז בין שהזיק בהמתו של חבירו או הרגה או שיבר כליו או קרע בגדיו או קצץ נמיעותיו וכן אם הזיק גופו של חבירו רק בהזיק את גופו במתכוין חייב בחמשה דברים כמ"ש בסי' ת"ך:

יא כל מה שנתבאר דחייב בין בשוגג בין במזיד ובין באונס זהו דוקא כשהזיק ברשותו של ניזק שנכנס אצלו שלא ברשיונו והזיקו אבל ברשותו של מזיק או ברשות שניהם או ברשות שאינו של שניהם יש בזה דינים אחרים וכך אמרו חז"ל [ב"ק מח:] שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות הזיקו וא"ז חייבין הוזקו זה בזה פטורין אבל אחד ברשות ואחד שלא ברשות זה שברשות פטור וזה שלא ברשות חייב ולדעת הרמב"ם אינו חייב המזיק ברשותו אלא כשהיה מתכוין להזיקו אבל בשגגה וכ"ש באונס פטור וכן בשניהם ברשות או שניהם שלא ברשות וז"ל בפ"ו מחובל בר"א ברשות הניזק אבל ברשות המזיק אינו חייב לשלם אלא אם הזיק בזדון אבל בשגגה או באונס פטור וכן אם היו שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות והזיק אחד מהם ממון חבירו שלא בכוונה פטור עכ"ל וכ"כ בפ"א מחובל דין ט"ז המזיק את חבירו בכוונה בכל מקום חייב בחמשה דברים ואפילו נכנס לרשות חבירו שלא ברשות והזיקו בעה"ב חייב שיש לו רשות להוציאו ואין לו רשות להזיקו אבל אם הזק זה שנכנס בבעה"ב הרי הבעה"ב פטור ואם הבעה"ב הזק בו חייב מפני שנכנס שלא ברשות היו שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות והזקו זה בזה שניהם פטורים עכ"ל הרי מפורש דלדעתו לבר רשות הניזק אינו חייב רק כשהזיקו בכוונה:

יב אבל דעת רש"י ז"ל ועוד גדולי רבותינו אינו כן דס"ל שזה שפטרו חז"ל בשניהם ברשות או שניהם שלא ברשות זהו דוקא בהזיק דמטילא כגון שהמזיק עמד במקומו והניזק או כהמתו וכליו נהקלו בו אבל בהזיק בידים בין שהיה מתכוין להזיק ובין שלא היה מתכוין להזיק חייב ואפילו ברשות המזיק אם רק ידע בו הדין כן דזהו כשניהם ברשות וכשלא ידע כלל שברשותו הוא אינו חייב אא"כ מתכוין להזיק וברשות הניזק לעולם חייב אף כשלא ידע כלל ואפילו באונס כמ"ש דברשותו של ניזק צריך האדם לשמור ביותר ובזה אמרו אדם מועד לעולם:

יג ומה נקרא שניהם ברשות כגון חצר השותפים או שנתן הבעה"ב רשות לשניהם ליכנס לחצירו או שהניזק נתן רשות למזיק ליכנס לחצרו או המזיק לניזק וכן כששניהם הלכו ברה"ר או בסימטא מקרי שניהם ברשות דהלא לשניהם יש רשות להלוך אבל כשרצים ברה"ר ובסימטא מקרי שניהם שלא ברשות דאין רשות לאדם לרוץ במקום הילוך רבים ושלא במקום הילוך רבים כמו בשדה ובקעה מקרי ברשות גם כשרצים [ל"ל] וכן בחצר שאינו של שניהם ובעל החצר לא נתן להם רשות מקרי שלא ברשות אבל כשלאחד נתן רשות ולא להשני הוי זה שנתן רשות בחצרו:

יד ורבינו הב"י כתב בסעיף ד' כל אלו הדברים ברשות הניזק אבל ברשות המזיק פטור עד שיתכוין להזיק כמו שיתבאר עכ"ל ובסעיף ו' כתב כל מקום שמזיק חייב לשלם בין ברה"ר בין ברשות הניזק ואפילו ברשות המזיק אם הכנים בו הניזק ממונו שלא ברשות והזיקו לא שנא בגופו ל"ש בממונו חייב לשלם דניהו שיש לו רשות להוציאו אין לו רשות להזיקו ודוקא במזיקו במזיד אבל אם הזיקו בשוגג פטור בעה"ב ואם בעה"ב החזק בנכנס אפילו בשוגג חייב הנכנס כיון שנכנס שלא ברשות ויש מי שאומר דדוקא כשלא ידע בעה"ב שנכנס אבל אם ראוהו שנכנס אם הוזק בו פטור עכ"ל:

טו ובסעיף ז' כתב היו שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות והזקו זה בזה בין בניפס בין בממונם אם לא ידעו זה בזה פטורים אבל אם ראו וא"ז אע"פ שלא כוונו חייבים לפיכך שנים שהיו רצים ברה"ר או שהיו מהלכים והזקו זה בזה פטורים הזיקו זה את זה חייבים עכ"ל:

טז ודבריו צריכים ביאור דבסעיף ד' העתיק לשון הרמב"ם דברשות המזיק אינו חייב עד שיתכוין להזיק וכבר נתבאר דלהרמב"ם בשניהם ברשות כמו ברה"ר

ברה"ר דינו כמו ברשות המזיק וא"כ איך כתב בסעיף ו' דבבל מקום שמזיק חייב לשלם בין ברה"ר בין ברשות הניזק עכ"ל והרי רה"ר דינו כרשות המזיק [סנל"ח] וכן מ"ש בסעיף ז' הוא לשיטת רש"י ולא להרמב"ם וע"ל דדבינו הב"י הכריע מספרת עצמו ואינו מסכים להרמב"ם רק לענין רשות המזיק דאז אינו חייב רק במתכוין להזיק אבל בששניהם ברשות לא בעי כוונה להזיק ואינו פטור רק אם לא ידעו זה בזה אבל בידעו חייב אף באין כוונתו להזיק וברשות הניזק חייב אף בלא ידע וזה שכתב בין ברה"ר בין ברשות הניזק לאו לדמותם לגמרי אלא דאין דומים לרשות המזיק ובהם חייב אף בלא כוונת נזק ומיהו לא דמי דברשות הניזק חייב אף בשוגג נמור משא"כ ברשות שניהם או שלא ברשות שניהם דבהם בשוגג נמור פטור והיש מי שאומר שבסעיף ז' הוא דעת רמ"ה שבעור וס"ל כשיטת רש"י דאפילו ברשות המזיק אם ראוהו שנכנם והזיקו להנכנם חייב אף בלא מתכוין להזיק ולא עוד אלא אפילו אם הזיק בו בעה"ב והנכנס היה שוגג פטור ולפ"ז מה שאמרו חז"ל אדם מועד לעולם אין זה רק כשנכנם לרשות אחר והבעלים לא ידעו בו שנכנם או הביא כליו לשם דבזה בשהבע"ב הזיק בו חייב אף כשזה היה שוגג נמור או אנוס ובשהזיק בבעה"ב פטור כיון שלא ידע שנכנם אבל כשידע הבעה"ב שנכנם והזיק בו פטור וכ"כ רבינו הב"י בסי' תכ"א סעיף ז' [וכן ל"ל להעור ומיושב מה שהקשו עליו] :

יז מכל מה שבארנו נתבאר דזה שאמרו חז"ל שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות הזיקו זה בזה פטורים לדעה רש"י הוא דוקא בהזיק מעצמו אבל כשהזיקו האחר חייב אפילו בלא כוונת נזק וזהו שאמרו הזיקו זא"ו חייבים ולהרמב"ם מקרי הזיקו דוקא כשהזיק בכוונת נזק והזיקו מקרי בשהזיק בלא כוונת נזק וכ"ש כשהזיק בעצמו בהמזיק וכן בשניהם רצים ברה"ר או שניהם מהלכים ויש מהגרולים שאמרו דאפילו לדעת רש"י דבהזיק חייב אף בלא כוונת נזק זהו דוקא כשהמזיק עושה מעשה והניזק עמד על מקומו אבל כששניהם עושים מעשה כמו בשניהם רצים או שניהם מהלכים גם הזיקו כהזיק מעצמו דמי אם אינו מתכוין להזיק ופטור דכיון שנסתבכו זה בזה ושניהם הלכו או רצו אע"פ שהזיקו אין לומר על זה הזיקו ממש אלא כהזיק דמי [כמ"ש בעור ומקי"ו פ' סמיה ובזה מ"ש סמסנה ל' לבי הזיקו זת"ז פטורין ות"ל למ"ש רס"י בד' מת: ד"ה סייבין דלא דק בלישניה ול"ל דגם כוונת המזיק בהמית סס ד"ה סניס כן הוא ע"ש וזוק] :

יח היה אחד רץ ברה"ר ואחד מהלך והזיק המהלך ברץ חייב מפני שרץ שלא ברשות שאין לרוץ ברה"ר ורינו כרשות הניזק ואם הזיק הרץ במהלך פטור אא"כ הזיקו בכוונה לרש"י ולהרמב"ם אינו חייב אא"כ הזיקו בכוונה להזיק וכן הוא לדעה שניה שבסעיף י"ז ואמרו חז"ל דאימתי מקרי רץ ברה"ר שלא ברשות בחול אבל בע"ש סמוך לשבת ורץ בעניני שבת מקרי ברשות ופטור ודוקא בסתם כשלא ידענו על מה רץ תלינן שלצורך שבת רץ אבל אם ידוע שריצתו אינו לצורך שבת חייב כמו בחול אמנם אם הריצה היתה אפילו לשאר ענייניו אלא שמרוצתו היתה כדי שלא יחלל שבת מקרי ג"כ ברשות [ומסמ"ע כתב דלפ מסתע כן מסרמ"ח לפ ידענת מל"ל ומוסם סרמ"ח סמיטו טוגע לחלוט שבת כלל] :

יט ממה שאמרו חז"ל דרץ בע"ש הוי ברשות אין ללמוד מזה דכל מי שרץ לדבר מצוה הוי כברשות דשאני ע"ש דזמנו בהול אבל בשארי מצות אף שמצוה לרוץ מ"מ אין לו לרוץ כל כך עד שיוזק בו המהלך [מו"ר] מיהו ברץ לענין פקוח נפש או להציל מן הדליקה ומן המים וכיוצא בזה ודאי דמקרי ברשות דהא חובה עליו לרוץ בכל כחו ולא נרע מע"ש [ג"ל] :

כ כמו שאין רשות לאדם לרוץ ברגלי ברה"ר כמו כן אין לו רשות לרוץ יותר מדאי כשרוכב על סוס או יושב בעגלה ואם רץ כל כך עד שהזיק אדם או בהמה וכלים חייב לשלם כמו שהזיק בגופו ומעשה בשנים שהיו רוכבים על סוסים ובא אחד מהרוכבים אחורי הסוס של הרוכב השני ופגע בסוסו והכה את הסוס עד שנפחת מדמיו ע"י הכאה זו ופסק הרא"ש ז"ל דחייב לשלם כל מה שישומו הפחת שנפחת מחמת הכאה זו אבל יותר מזה א"צ לשלם אפילו היה הסוס הנזוק של כותי והרוכב עליו ישלם לו יותר משויו מפני אלמותו מ"מ המזיק א"צ לשלם יותר מהפחת דבמה שהכותי יוציא מהרוכב שלא כדין אינו רק כנרמא בעלמא וברוכב או יושב בעגלה שהזיק אדם ומטען שהוא לא ריץ יותר מהמורגל אלא זה הניזק הלך נגד סוסו שלא כדרך שארי אנשים ועי"ז נתנזק ישבע שכן היה המעשה ופטור וכן אם הזיק כלי ומטען שבעל הכלי העמידה שלא במקום הראוי להעמידה ברחוב נשבע היסת ונפטר ואם יש עדים יתבירר ע"י עדים אבל כשהזיק בהמה חייב בכל ענין דא"א לבעל הבהמה לילך אחר בהמתו והנוסע או הרוכב צריך לשמור לבלי להזיק הבהמה החולכת אמנם יש מקומות שאין מניחים לבהמת בעצמה ללכת בשוק כל היום אלא מוסרים אותה לרועה בכוקר ולכן אם הלכה באמצע היום ונתנזקה פטור המזיק אם לא שהזיק בכוונה ולהרמב"ם בכוונת נזק דבזה המקום הוי הליכת בהמתו שלא ברשות ודינו כהזיק רץ במהלך שבסעי' י"ח :

כא במקום שנוהגים לשחוק בעת שמחה לרוץ ולרכוב על סוסים כמו שהיה המנהג בזמן קדמון שבחורים רכבו על סוסים לקראת החתן והיה דרכם לרוץ והזיקו וא"ו ממון של חבירו דרך שמחה ושחוק וכן בשארי רבר שמחה בנין שמחת תורה ופורים אם המנהג לעשות כן פטורים ומ"מ אם נראה לב"ד לעשות נדר וסיג ולחייב המזיק הרשות בירם כי כמה קלקולים יוצאים מזה :

סימן שעט [זה בא בחביתו וזה בקורתו ונשברה החבית ובו ט' סעיפים]:

א שנים שהיו מהלכים ברה"ר זה הולך בחביתו וזה נושא קורה והולכים בשוה לרוחב הרחוב ונפגעו זה בזה ונשברה החבית בהקורה פטור מפני שיש לזה רשות להלוך בחביתו ולזה בקורתו וכבר נתבאר דכל ששניהם ברשות להרמב"ם פטור כשלא היה מתכוין להזיק ואפילו לדעת רש"י דאינו פטור בהזיק הבא לא חשיב כמו שהזיקו אלא כמו שהחבית הוזקה בו דהא דרך הליכת שניהם הוטחה החבית בהקורה והיה בעל החבית מסייע בשבירתה [מור] ולכן אם בעל החבית עמר על מקומו וזה הלך בקורתו והוטחה החבית בהקורה ונשברה חייב בעל קורה דהוא עשה הנזק ואע"ג שיתבאר דעמידת בעל חבית יותר נורם ליפטר את בעל הקורה זהו בבאין זא"ז ואם היה מהלך לא הניעו הבעל קורה אבל כשהולכים זה כנגד זה מרחקת העמידה את הנזק לבא ואין לפטור בעל הקורה בעמידת בעל החבית [ס"מ בסס ריב"ח ב"ק לב' ונ"ל בתבתי תירון סתום' סס ד"ס מנוייסו דלמינח כמחס כך המלמ]:

ב ודוקא ברה"ר אבל ברשותו של בעל החבית וזה נשא קורתו שלא מדעת בעל החבית והוטחה החבית בהקורה ונשברה חייב בעל הקורה בכל ענין דכיון דאין לו רשות לבעל הקורה להלוך שם אין לבעל החבית ליזהר ממנו וחשיב כמזיק בידים [סס כתוס'] ואם היה ברשות בעל הקורה ובעל החבית נשא את חבירו שלא ברשות לדעת הרמב"ם ודאי פטור בעל הקורה אא"כ שברה בכוונה ואפילו לדעת רש"י ז"ל דפטור אפילו עמד בעל חבית ואף שבארנו דכשהולכים זה כנגד זה ועמר בעל חבית חשוב בעל הקורה כמזיק ולרש"י חייב במזיק גם בלא כוונה נזק אפילו ברשות המזיק כס"ש בסימן שע"ח מ"מ פטור בבאן דהא באמת כשהלך בקורתו והוטחה החבית בו אף כשעמד בעל חבית הרי לא הזיקו בעל הקורה בידים דהא הוטחו זה בזה אלא דברשות שניהם חשבינן ליה כמזיק משום דהיה לו ליזהר אבל לא ברשות עצמו:

ג בעל קורה ובעל חבית שהלכו ברה"ר ולא הלכו זה כנגד זה אלא זה אחר זה אם היה בעל קורה ראשון ובעל חבית הלך אחריו ונשברה החבית בהקורה פטור כיון שהלך ברשות ואם עמר בעל הקורה לנוח חייב דזה עשה שלא ברשות דאין לו לעמוד לנוח במקום שבני אדם הולכין תדיר שהרי עלול להזיק בקורתו ואם היה מוכרח לנוח בבאן היה לו להזהיר לכל הבא אחריו לשמור מקורתו ולכן אם באמת הזהיר לבעל החבית וא"ל עמוד פטור ואם עמר לתקן משאו אע"פ שלא הזהירו פטור מפני שטרוד היה ולא היה יכול להזהירו ואע"ג דבעל החבית צריך ליזהר לפ"ז סנזק שיארע לו מהקורה דשמא יעמור לתקן משאו וא"כ למה חייב בעל הקורה בעמדו לנוח ומאין יודע בעל החבית אם עמידתו של בעל קורה הוא לנוח או לתקן משאו דזראי כן הוא אבל ע"פ כשעמד לתקן משאו הרי עשה ברשות והוה כרשות שניהם ופטור אפילו לשיטת רש"י מפני דחשבינן שאינו מזיק אלא החבית הווקה בו כמ"ש בסעיף א' אבל כשעמד לנוח הוה כשלא ברשות ודמי לרשות הניזק דחייב בכל ענין אף לשיטת הרמב"ם כמ"ש בס' שע"ח [ס"ל]:

ד היה בעל החבית ראשון ובעל הקורה הלך אחריו ונשברה החבית בהקורה חייב דכיון שהלך אחריו הוי כשבירה בכוונה [רמב"ם] דכיון שראה החבית לפניו היה לו ליזהר שלא לפגוע בה ואם בעל החבית עמר לנוח פטור שפשע בעצמו ואם הזהיר לבעל הקורה שיעמוד ולא עמר חייב ואם בעל החבית עמר לתקן משאו חייב בעל הקורה אע"פ שלא הזהירו הבעל חבית ואין לומר מנין לו לבעל הקורה לידע אם עומר לתקן משאו או לנוח דזראי כן הוא שאין לו לידע אבל ע"פ יש לו לחוש שעמד לתקן משאו ומחוייב לשמור שקורתו לא הזיק החבית אמנם מ"מ כשבעל חבית עמר לנוח ועשה שלא ברשות ומיחשב ברשות המזיק וברשות המזיק אינו חייב אלא בכוונתו להזיק להרמב"ם ואפילו לרש"י אינו אלא במזיק ממש משא"כ הטחת חבית בקורה חשבינן כהזקו זה בזה ואפילו כשעמד בעל חבית אין בעל הקורה נחשב למזיק ממש שנחייבנו ברשותו ויש מי שפומר לבעל הקורה בכל ענין אא"כ ידע שבעל החבית עמר לתקן משאו ואם כי סברתו נראית מ"מ כיון שרבותינו הראשונים לא ס"ל כן צ"ל כמ"ש [ס"ל]:

ה ואין להקשות בכל מקום שאנו מחייבים את בעל הקורה לשלם נזק החבית הא בסי' ת"י יתבאר דכל תקלה שאדם עושה ברה"ר יש לזה דין בור ועל בור הרי פטרה התורה בכלים כמ"ש שם ואיך יחייב על החבית דבאמת דזהו אינו אלא כשהשליך התקלה על הארץ והיא עצמה הויקה יש לזה דין בור משא"כ כשהתקלה היא על גוף האדם אין בזה שם בור אלא אדם המזיק וחייב על הכל [מקי"ס סס] ועס"ש בסימן תי"נ סעיף ג':

ו במקום שחייב בעל קורה לשלם אפילו קורתו לא מילא כל רוחב הדרך חייב לשלם ואין לו לומר היה לך לילך לעבר השני דאין לו רשות לומר כן דיש לכל אדם רשות לילך במקום שירצה וכשאנו מחשבין בעל קורה למזיק עליו להזהר שלא יזיק [ומע"ג דבגמרא מוקי כמלמ מיט לסלכה כדמוכח מרי"ף ורמב"ם שהשמיטו

פסמימו זס כמ"ס סרמ"ס וסגר"מ סק"מ וכ"ס ניחוסלמי] :

ז יראה לי דבזה שאמרנו דכשעמד להקן משאו לא היה לו להוהיר להשני לעמוד מפני שטרוד היה בתקון משאו והו לכל הדעות אפילו לאוהה דעה שיתבאר בסי' ת"ג בשנים שנתקלו ונפלו זה אחר זה דחייב הראשון בשלא הוהיר להשני אע"פ שפטור היה בנפילתו שאני התם דנפיקה הוא דבר שאינו מצוי והיה לו להוהיר להשני יפול ג"כ אבל בעומד להקן משאו שהוא דבר הרגיל בכל נושאי משאות אין לו להוהיר להבא אחריו שיוהר מנזק כשהוא בעצמו טרוד בתקון משאו ובן משמע מסוגית הש"ס [ותסבר לזס רימז סרמ"מ בסעיף ב'] :

ח כל הדינים שנתבארו בחבית וקורה כמו כן בכל הדברים ששנים נשאו ברה"ר ופגעו זה בזה והזיק אחד מהם מהשני בלא כוונה להזיק הדין בס"ש כגון זה הולך ונושא נר וזה הולך ונושא פשתן והופגעו זה בזה והורלק הפשתן בהנר ובן כל כיוצא בסיני נזקין :

ט כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ו מחובל הרי שמילא חצר חבירו כדי יין ושמן אפילו הכנים ברשות הואיל ולא קבל עליו בעל החצר לשמור ה"ז נכנם ויוצא כדרכו וכל שישתבר מהכדים בכניסתו וביציאתו הרי הוא פטור עליהם ואם שברם בכוונה אפילו הכניסם בעל הכדים שלא ברשות ה"ז חייב עכ"ל והולך לשיטתו שבארנו בסי' שע"ח דברשות המזיק כל שאינו מתכוין להזיק פטור אבל לשיטת רש"י שנתבאר שם חייב אם לא שלא נתנו רשות למלאות כל החצר וכן פסק הראב"ד והטור ויש מי שאומר שאפילו בלא רשות אם רק ידע חייב אף באינו מתכוין להזיק כמ"ש שם סעיף ט"ז ולא משמע כן מלשון הטור וגם בגמ' [כמ"] משמע להדיא דאף בידע כיון שלא נתן לו רשות יכול לילך בחצרו אע"פ שדרך הלוכו נשברו כדיו של המכניסם להחצר דאין לו לבעל החצר לטרוח ולסדר כדים שלזה [פוס'] ולא דמי לשם דבכאן כיון שמילא כל החצר והרי בעל החצר מוכרח לילך דרך שם וממילא נשברו וגם אין לו לטרוח ולילך לב"ד דהרי קי"ל עביד אינש דינא לנפשיה כמ"ש בסי' ד' ע"ש וגם בדעת הרמב"ם ז"ל נ"ל דאין כוונתו שנתן לו רשות למלאות כל החצר דא"כ אין סברא כלל שילך דרך עליהם וישברם בדרך הלוכו דהרי אנן סהדי דברשות כזה לא היה בעל הכדים מתרצה לזה אלא כוונתו שנתן לו רשות להכנים כדיו בחצרו אבל לא נתן לו רשות שימלאנו עד שלא ישאר לו דרך ומ"מ אם קבל עליו לשמור אע"פ שבזה שמילא כל החצר לא נתן לו רשות מפורש מ"מ אין לו לבעל החצר לעשות לו היזק בהילוכו כיון שקבל לשמרם ולפ"ז לא פליגי רבותינו לדינא כלל :

סימן שפ [האומר לחבירו קרע כסותי ורודף או נרדף ששיברו כלים ובו ט' סעיפים] :

א האומר לחבירו קרע את כסותי שבור את כדי ע"מ שאתה פטור ה"ז פטור ולא אמרינן שדרך שחוק א"ל כן דאם היה דרך שחוק לא היה אומר לו ע"מ לפטור ולכן אם לא א"ל ע"מ לפטור ה"ז חייב דתלינן שדרך שחוק א"ל כן שיקרע וישלם בד"א כשבאו הכלים לידו של זה בתורת שמירה כגון שהיו שאולים או מופקדים אצלו אבל אם לא באו לידו בתורת שמירה וא"ל קח כלי זה ושברו בגרגיה וקרעו ועשה כן ה"ז פטור אע"פ שלא א"ל ע"מ לפטור דלא תלינן שאמר בדרך שחוק אלא גבא לידו בתורת שמירה ודרך לומר כן אתה שומר החפץ ביכלתך לאבדו והכוונה הוא לשלם כדין שומר אבל כשאינו שומר למה נתלה שכוונתו היתה שישלם לו וכבר נתבאר זה בסי' ש"א סעיף י"ג ובסימן שפ"ב יתבאר עוד כיוצא בזה בס"ד ולא דמי למה שיתבאר בסי' תכ"א באומר לחבירו קטע את ידי ע"מ לפטור דחייב דזהו פשיטא דחבלה דגופה לא מחיל אינש אבל היזק ממון יכול להיות שמחל אא"כ יש הוכחה שאינו מוחל ומ"מ בין כך ובין כך שניהם עושים איסור שעוברים על בל תשחית :

ב וי"א שאפילו אם נתן לידו בתחלה בתורת שמירה ולא א"ל ג"כ ע"מ לפטור מ"מ פטור אם א"ל דברים שיכולים לחלות שכוונתו היתה שיפטור בגון שא"ל שבור כדי וא"ל המזיק ע"מ לפטור והשיב לו הן פטור ולא עוד אלא אפילו א"ל לאו תלינן דבתמיה א"ל כלומר איך אפשר באופן אחר הרי אני מצוה קך לשבור ומ"מ אם היה נראה מתשובתו דבניחותא קא"ל ודאי דחייב אלא דדעה זו ס"ל דיותר תיגין לפטור מלחייב כשיש יכוחת לומר שכן היתה כוונתו ובשלא היו דברים ביניהם לפטור ודאי דחייב כשבא לידו בתורת שמירה דאין סברא כלל לומר בלא נילוי דעת שכוונתו היתה לפטור :

ג וכל זה בשל עצמו אבל האומר לחבירו שבור כליו של פלוני ע"מ שתפטור ושברן ה"ז השוברן חייב לשלם ולא זה שצוהו ואפילו אמר אני אשלם בעדך דלאו בדברים בלבד נחייבנו וזה הכסיל ששמע לו חייב לשלם ואדם מועד לעולם ולא היה לו לדמות שהוא יפטור ומ"מ גם זה שצוהו הוא רשע ועבר על לפני עור לא תתן מכשול שעל ידו הפסיד זה ממון וגם נרם לעבור על בל תשחית ולכן אין זה ששיבר כשלוחו דאין שליח לד"ע [ק"ן] :

ד האומר לחבירו זרוק מנה לים ואתחייב אני לך י"א דחייב מדין ערבות כמו בהן מנה לפלוני ואתחייב אני לך וי"א דפטור דדין ערבות אינו אלא כשהגיע לאיזה אדם הגאה ע"י ערבותו כמו שמצינו בערבות יהודה ליעקב בעד בנימין אבל בבה"נ אינו אלא כמשמעו ופטור אא"כ נתן לו ממון וא"ל זרוק והספר ובאה"ע סי' ל' משמע דדעת רבינו הרמ"א נוטה לפטור ורק משום חומרא דא"א החמיר שם ועמ"ש שם סעיף ל"ג [וכ"כ סרמ"ס פצ"ק דקדמין סי"נ ע"ש] :

ה כבר נתבאר בסי' שנ"א דהמתחייב מסתם בשעה שיש עליו חיוב מיתה פטור מתשלומין רקים ליה בדבדבה מיתה לפיכך רודף שהרג רודף אחר חבירו להדנו או אחר אחת מהערימות לאנסה בין מחייבי כריתות בין מחייבי מיתות ב"ד ושבר כלים בין של נרדף בין של כל אדם פטור שהרי הוא מהחייב בנפשו ואע"ג דאינו דומה לשם דחיוב מיתה אינה פומרת רק כשבאו באחד חיוב המיתה והתשלומין כמ"ש שם ובכאן בשעה ששבר עדיין לא הרג ולא בא על הערוה ועוד דחיוב ברת אינו פומר מתשלומין ס"ם כיון שמדין תורה מצוה על כל אדם להרוג את הרודף והרי התיר עצמו למיתה ולפיכך פטור מתשלומין דהא ברגע זה ששיבר את הכלים היה ברשות כל אדם להרגו והיי כחיוב מיתה ותשלומין באין כאחד [זמו סוסמ"ע ודמ] :

ו אבל הנרדף ששיבר את הכלים דרך בריחתו אם היו של אחרים חייב בתשלומין ואף שהיה מוכרח לשברם להצלתו ויש בידו רשות לעשות כן ס"ם חייב לשלם דאין אדם מציל עצמו בממון חבירו אבל אם שיבר כליו של רודף פטור מלשלם דכיון שרשאי להרוג את הרודף ק"ו שרשאי להציל א"ע בהפסדת ממונו של הרודף שלא יהא ממונו חמיר מגופו אבנם אם עשה לו נזק במה שאינו נוגע להצלתו חייב לשלם לו ממונו אפור לאבד אף שנופו מותר כמ"ש בסי' שפ"ח ע"ש ורק בממון שנוגע להצלת הנרדף היי ק"ו מגופו ולא ממון שאינו נוגע להצלתו :

ז והבא להציל את הנרדף מיד הרודף ושבר כלים בין של הרודף בין של כל אדם פטור ולא מן חדין דהרי כמו שאין אדם רשאי להציל עצמו בממון חבירו כמו כן אין לאדם להציל את חבירו בממון של אחרים אלא שחקנת חכמים הוא כדי שלא ימצעו מלהציל את הנרדף דאם נאמר שיהחייב לשלם ימנעו א"ע מהצלה בשיראה שמוכרח לעשות הפסד מסון ע"י התצלה ולחייב את הנרדף לשלם אין סברא כיון שלא עשה הנזק וכ"ש אם המציל שיבר כלי הנרדף דפטור :

ח ספינה שחשבה להשבר סכובד הטשוי ועמד אחר מתם והקל מהמשא והשליך בים פטור ואין בעלי המחורות יכולים לומר לו מזיק אתה ותשלם לנו שהרי המשא הוי כרודף ומצוה רבה עשה שהציל את האנשים מיד הרודף אמנם מי זה יסבול הנזק יש בזה חילוקים אם כולם המציגו משא בשוה ולא הערים אחד יותר מחבירו או אפילו העדיף רק שכך הושו ביניהם וכשהשליכו הזה לפי משא הספינה אלא שאח"כ נתהוה סיבה שאין ביכולת הספינה לסבול משא רבה כזו יסבלו כולם הנזק ומחשבין לפי המשא כמ"ש בסי' ער"ב ואם אחר מהם מצן יותר מכפי מה שהושו ביניהם ע"י זה הוכברה הספינה כל הנזק שלו דדינו כרודף ואם הסיבה לא היתה כמכבר המשא אלא שנתהוה רוח סערה ועמדו עליה הגלים למבעה וע"י זה הוכרחו להקל ממשאה בכל ענין חייבים כולם לסבול הנזק ובכל מקום שכולם חייבים אפילו המילו משא של אחד מהם צריכים הסותרים האחרים לשלם לו כל אחד לפי ערך משאו ומחשבין לפי המשא ולא לפי המסן כיון דהסיבה היא מפני כובד המשא [עסמ"ע וס"ך וס"ז] :

ט אם הכנים אחד סהסותרים חסור בהספינה זקופץ שם וע"י זה יש סכנה שתסבע הספינה ובא אחר והשליך את החסור לנהר או לים אם אין דרך להכנים המוירים בספינות כאלו פשימא שזה המשליכו פטור מלשלם דכרודף הוא אבל אם דרך להכנים חמורים בספינות כאלו וזה החסור לא היה משונה המיד משארי חמורים אלא שכשהבישו אותו להספינה נסרפה דעת החסור והתחיל לקפוץ כתב רבינו הרמ"א דהמשליכו חייב לשלם כיון שבעל החסור לא פשע והנזק הוא לכולם כמו בגלי הים שנתבאר ודעת רבינו הב"י דפטור מלשלם דעכ"פ החסור נעשה רודף וכל רודף מצוה להרגו ומה לנו מה שהבעלים לא פשעו ולא דמי לגלי הים דבשם הרדיפה אינה מפני סחורתו של זה ובהברח שכולם יסבלו אבל כשהחורתו של זה נעשה רודף מה לנו אם פשעו בעליו אם לאו וצ"ל דבכל מה שנתבאר דכשבסחורתו הוא רודף דמאחרין הסחורה אין חילוק בין שרודף נפשות ובין שרודף ממון בנון שלהאנשים שבהספינה אין סכנה שביכולתם להסלם בספינות קסנות אלא שהסחורות יסבעו ג"כ דינו כרודף לענין שמאחרין ממונו הרודפת ממון אחרים :

סימן שפא [דין חמשה שישבו על ספסל אחד ובו ה' סעיפים] :

א חמשה שעשאו נזק כולם חייבין בנזק חמשה שישבו על ספסל אחד ושבריהו משלמין הנזק בין כולם ואפילו ישבו ד' אנשים על ספסל ובא החמישי וישב עליו נ"כ וע"י כובדו של החמישי נשברה מ"מ חייבים כולם לשלם דכשם שהוא הזיק בישבתו כמו כן הזיק הם בבמה שלא עמדו ואם גם בלעדו היה נשבר הם חייבים

חייבים והוא פטור דלאו מידי קעביד ואם בלעדו היה נשבר בשתי שעות לישיבתן ועל ידו נשבר בשעה אחת ג"כ חייבים כולם ואין יכולים לומר אנחנו רצינו לעמוד קודם כלות השתי שעות דמ"מ יכול לומר להם כיון דסוף סוף בלעדיכם לא היה נשבר חייבים אתם כמזיני והיה לכם לעמוד וכמ"ש ואם הוא אדם כבד ושמן שעל ידו לבד היה נשבר חייב הוא והם פטורים וכן אם פסק עצמו עליהם ולא הניחם לעמוד חייב בכל ענין מפני שהוא היה הגורם להשבירה ובחיוב השבירה אפילו לא ישב עליו אלא פסק עצמו על הספסל אפילו ע"י מקל וע"י כח זה נשבר חייב דבחו בגופו דמי [זסו לסימת רמ"י כ"ק י: כמ"ס סנר"ח] :

ב וי"א דאם ע"י הארבעה שישבו מקודם לא היה נשבר כלל והשבירה היה ע"י החמישי אע"פ שבישיבתו לבדו לא היה נשבר מ"מ נקרא הוא המזיק וחייב והם פטורים ואינו יכול לומר להם למה לא עמדתם דיכולים לומר למה היה לנו לעמוד בישיבתנו לא עשינו כלום ואתה גרמת הנזק רק אם בישיבתם היה נשבר ג"כ במשך שתי שעות וע"י ישיבתו נשבר בשעה אחת דאז יכול לומר להם למה לא עמדתם ואין יכולין לומר אנחנו היינו עומדים לאחר שעה דסוף סוף כיון דגם אתם הייתם מוכרחים לעמוד קודם כלות השתי שעות גם אתם מזיקים כמוני והיה לכם לעמוד מיד וכיון שלא עמדתם נשלם בין כולנו ואם לא הניחם לעמוד חייב בכולו וכן אם ע"י ישיבתו לבד היה נשבר הן פטורים ואם גם בלא ישיבתו היה נשבר לאחר שעה הוא פטור וכתו כנגופו דמי [נמק"י סם וכ"מ בסוגיא דמאי דקריך ולימא לסו וכו' קאי על תילתא דלא קריכא וכו' ולפירש"י קאי נס לקרישא דתילתא ודוק] :

ג והרמב"ם ז"ל בפ"ו מחובל כתב וכן חמשה שישבו על הכסא ולא נשבר ובא אחרון וישב עליו ונשבר אע"פ שהיה ראוי להשבר בהן קודם שישב האויל וקירב את שבירתו האחרון חייב שהרי אומרים לו אלו לא נסמכת עליו היינו עומדים קודם שישבר ואם ישבו כאחד ונשבר כולם חייבים וכן כל כיוצא בזה עכ"ל וזהו כדעה שהבאנו בסעיף ב' דדוקא כשלא הניחם לעמוד פטורים [עסמ"ע] :

ד וכתבו הב"י כתב בסעיף א' חמשה שישבו על הכסא ולא נשבר ובא אחרון וישב עליו ונסמך עליהם ולא הניחם לעמוד ונשבר אע"פ שהיה ראוי לישבר בהם קודם שישב האויל וקרב שבירתו האחרון חייב שהרי אומרים לו אלו לא נסמכת עלינו היינו עומדים קודם שישבר ואם ישבו כאחד ונשבר כולם חייבים וכן כל כיוצא בזה עכ"ל וזהו כדעה שהבאנו בסעיף ב' דדוקא כשלא הניחם לעמוד פטורים [עסמ"ע] :

ה ויש מרבותינו דס"ל דבישיבה על הכסא והספסל אין שום חיוב כשנשברו דסתם ספסל וכסא כשאולין לכל מי שבא לישב עליהם והוה כמתה מחמת מלאכה ופטורים מלשלם אא"כ היושבים הם אנשים משונים בכבדים ושמנים משארי בני אדם ואז אם ישבו עליה ביחד ונשברה תחתיהם כולם חייבים לשלם ואם ישבו בזה אח"ז אם לא היתה נשברת בלא ישיבת האחרון הוא לבד חייב לשלם ואם היתה נשברת בלא האחרון הוא פטור ואם לא היתה נשברת רק תוך ב' שעות ועמו נשברה תוך שעה או ראוין אם פסק עליהם ומנען לעמוד הוא לבד חייב לשלם ואם לאו כולן חייבין וכדעה זו הכריע רבינו הרמ"א ולא פליגי רק בכסא או ספסל אבל בעיקר דיני נזקין ס"ל כדעה שבסעיף ב' ובסעיף ד' דכל שע"י הראשונים לא היה נעשה הנזק כלל אלא ע"י תוספת האחרון אע"פ שבהאחרון לבד ג"כ לא היה נעשה הנזק חייב הוא לבדו אע"פ שהיה ביכולת הראשונים למנוע הנזק כשנתוסף הוא אבל אם גם בראשונים היה נעשה הנזק לאחר זמן וע"י האחרון נעשה הנזק סדר אם היה ביכלתם למנוע ולא מנעו כולם חייבין ואם לא היה ביכלתם למנוע חייב האחרון בלבד וכן עיקר לדינא כיון שרבותינו בעלי הש"ע פסקו כן וגם בהרמב"ם מפרש המגיד כן ע"ש :

סימן שפב [המבער מזיק של חבירו וכן חתף מצות שעל חבירו לעשות וכו' ט' סעיפים] :

א אסור לגדל דבר המזיק בביתו ובחצירו כמ"ש בסי' תכ"ו במעקה ת"ס ומצוה על הבעלים לבער את המזיק מן העולם בגון אם היה שור המזיק חייב לשחטו ואם היה אילן הנוטה ליפול חייב לקצצו ומחלם רעוע חייב לתקנו כדי שלא יזיק את הבריות ומתרין את הבעה"ב שיתקן את

הרבר המיועד להנזק על ידו כמ"ש בסי' תכ"ו במעקה ואם אינו ציית דינא דינו כמ"ש ביו"ד סי' של"ד ע"ש ודבר זה מוטל על הבעלים מן התורה שנאמר ולא תשים דמים בביתך ואע"ג דבמעקה הוא דכתיב זיל בתר טעמא ואם הבעלים אינם עושים את המצוה על כל אדם המצוה

המצוה מוטלה לסלק את הנזק אבל אם רוצים הבעלים בעצמם לעשות הם קודמים לכל אדם ואסור לאחר לחטוף ממנו מצותו :

ב ואם אחר חטף המצוה מהבעלים כגון שור שהוא מזיק את הבריות ועומד להרינה או כלב רע או אילן העומד לקציצה מפני שמזיק את הרבים וקדם אחר ושחט השור וקצץ האילן שלא מדעת הבעלים והבעלים מוענים למה חמפת מצותי ואצלי המצוה שוה כסף חייב לשלם להבעלים כפי ראות עיני הדיינים באיש הזה אם הוא מרקדק במצות יקנסו להאחר הרבה ואם אינו מדקדק יקנסוהו דכר מועט וגם ישערו בטירחא של מצוה זו דיפעמים אדם מונע ממצוה כזו בשביל טירחא [סמ"ע] ורבר פשוט הוא שאם הרג את השור משלם דמי שווי הבשר מה שיש הפרש בין כשר למרפה לבד קנס מהפסר המצוה דהרי מזיק נמור הוא דהיה לו לשחטו וכן נ"ל שאם הבעלים אינו שוחט בעצמו ובא אחר ושחטו או קרא לשוחט ושחטו דפטור אף אם עשה בלא ידיעת הבעלים דהרי אף אם ידעו מזה לא היו שוחטים בעצמם אך אם רואים שהבעלים מהעצלים בקיום המצוה ומיהרו אחרים ועשו תבא עליהם ברכה ואין הבעלים יכולים לתבוע אותם וארבה ראוי לקנום את הבעלים על עצלותם וכן הרין בעשיית מעקה ותקון סולם וכיוצא בזה [ל"ל] :

ג כמו כן החופף מצוה סחבירו כגון שרצה למול בנו ובא אחר ומלו או ששחט חיה ועוף ובא אחר וכיסה הדם והחיוב הוא על השוחט כמ"ש ביו"ד סי' כ"ח וכן מי שנתנו לאחר כוס של ברכה לברך ברהמ"ז ובא אחר וחטפו וכן מי שקראוהו לעלות לתורה ובא אחר ועלה במקומו ואין לפני הראשון עליה אחרת בכולם משלם כפי ראות עיני הדיינים ומצינו בגמ' [תלין פז] מעשה באחד ששחט וקדם חבירו וכיסה הדם וחייבו ר"ג עשרה זהובים וכן מעשה ברבינו הקדוש שכיבר לאחר לברך על הכוס ברהמ"ז וא"ל רצונך לברך או ליטול מ' זהובים הרי מפורש שרי"ל קנסו בעד זה ורבינו הקדוש רצה ליתן ממטונו אע"פ שלא היה חיוב עליו כלל שהרי על שלחנו ישב ונהי דמרוב קדושתו עשה כן מ"מ חזינן עכ"פ שיש דין ממון בזה :

ד והנה יש מרבותינו שסוברים דאין בזה דבר קצוב וידונו בזה כפי ראות עיניהם כמ"ש ויש שסוברים דאע"פ שעיקר התשלומין הוא קנסא ולא מרינא מ"מ יש בזה דבר קצוב והוא עשרה זהובים לבישול מצוה או לנמילת הברכה כמו שכתבנו בהמעשה של רבינו הקדוש שרצה ליתן מ' זהובים בעד ברהמ"ז והב"ח ובברהמ"ז יש ג' ברכות דהשוב והמטיב לאו דאורייתא וברכת הגפן שעל הכוס הרי לכל ברכה עשרה זהובים ואין להקשות למה לא מחייבינן על השוב והמטיב מפני שאינה מן התורה א"כ גם ברכת הכוס אינה מן התורה דיל"ל דודאי גם על דרבנן מחייבינן אל דבמקום שיש דאורייתא לא מחייבינן על דרבנן ושלש ברכות דמזון הם מן התורה לכן לא מחייבינן על דרבנן משא"כ ברכת הגפן היא המיד בפ"ע לפיכך מחייבינן עליה גם בברהמ"ז [וכזה מ"ם קובית הקלפ"ם על סמ"ך] וי"א דבעד השוב והמטיב משלם ואינו משלם בעד ברכת הגפן מפני שהיא ברכת הנהנין והקנם אינו רק על ברכת המצות [ני"ו] ודעה ראשונה סוברת דזה הסכום שאמרו רז"ל לא לפי הקצוב אלא שכך היה נראה בעיניהם כאותן המעשיות [עמ"ך סק"ל וזוק] :

ה ויש מרבותינו שאומרים דבחופף ברכה אם ביכך בקול רם יכול זה לענות אמן ונדול העונה אמן יותר מן המברך ואם לא ענה איהו דאפסיר אנפשיה וזה החופף א"צ לשלם קנם רק אם ביכך בלחש או שלא בפניו שלא היה יכול לענות אמן וכן אין מחייבין קנם רק בכוצה חיובית כמו ביסוי הדם שחובה על השוחט לכסות אבל אם חטף השחיטה א"צ לקנסו דאין השחיטה חיובית אם אין רצונו לאכול בשר ומסתלא דעל ברכת הנהנין אין מחייבין קנם דאינה חיובית וכן אין מחייבין אלא החופף מצוה שלו כגון שחטף ביסוי הדם של השוחט או המילה מאבי הבן אבל אם השוחט כיבד לראובן לכסות הדם או שכיבדו למול בנו ובא שמעון וכיסה ומל פטור מלשלם לראובן דבמה קנה ראובן את המצוה ואפילו הקנה לו השוחט או אבי הבן בקנין אינו כלום דקנין דברים הוא [נתו וע"ך] ומ"מ לא טוב עשה וצריך לפייסו ועוד אפשר שיש לחייבו לשלם להשוחט או לאבי הבן דהם כשכיבדו את ראובן נעשה ראובן שלוחם ושלוחו של אדם כמותו והוי כאלו הם בעצמם עשו המצוה משא"כ זה החופף לא בשליחותם עשה [כ"נ] וגם כלל גדול יש בזה שאע"פ שקנסינן על חטיפת מצוה ועל חטיפת ברכה כמ"ש מ"מ במצוה שיש בה גם ברכה כמילה וכיסוי הדם וכיוצא בזה לא קנסינן רק קנם אחד ולא קנסינן שתי קנסות על דבר אחד :

ו כללא דמילתא כתב הרמב"ם בפ"ו מחובל שהורו הגאונים שכל המונע הבעלים מלעשות מ"ע שהם ראוים לעשותה וקדם אחד ועשאה משלם עשרה זהובים או כפי ראות עיני הב"ד כמ"ש ומדברי הטור משמע דמצוה שעל האדם לעשות בחיוב כמילה וכיסוי הדם הקנם קצוב עשרה זהובים ומצוה שעל האדם לעשות להציל מנזק כמו הרינת מזיק וקציצת אילן וכיוצא בזה אין הקנם קצוב אלא כפי ראות עיני הדיינים והטעם נראה דאין זה חשובה כל כך דאם היה צריך לא היה מניח לבא ליידי כך וכן נראה שאין דומות זל"ז [ומסתרן קצים סמ"ך בסק"ל ומכיי"ף ורכמ"ם סי"ם סעיף מין למ"ם דמזיק סקנם קצ"ו וזוק] :

ז עכשיו שאין לנו סמוכין כמ"ש בסי' א' אין דנין דיני קנסות ולכן אין מנבין בזמה"ז הקנסים מכל מ"ש בסי' זה ואם תפס לא מפקינן מיניה כמ"ש שם ומ"מ בין כך וכך

וכך לא טוב עשה וצריך לפייסו [ע"ז] ומכל מ"ש למדנו שאין לאדם לקבוע מזוזה בבית חבירו שלא מדעתו ולעשות לו ציצית או שאר מצוה שלא מדעתו דבודאי רוצים הבעלים לעשותה בעצמם ולכן לא יעשה בלא רשיונו אם לא במקום שיש קלקול ברבר דאז מצוה עליו לעשות כמ"ש בסעיף ב':

ח ואף במקום שחייב לשלם אם מען ואמר אתה אמרת לי להרגו להמויק ולקצוץ את האילן אם הדבר ירוע ששור זה היה מזיק והאיכן מזקת את הרבים הואיל והוא עומד לכך נאמן ופפור וכן בחתף מצוה ממנו וא"ל אתה צויתני לעשות ופפור אני נאמן ונ"ל דנם משבועה פטור דאין זה הפסד ממון ממש אלא קנסא בעלמא ויותר יש בזה חיוב לצאת י"ש מירי אדם:

ט ודוקא כשירוע שהם מזיקים אבל אם אחד שתם שורו של חבירו או הרג סוסו או קצץ נטיעותיו וא"ל אתה נתת לי רשות לעשות כן אינו נאמן דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה שכל שונא יפסיד של חבירו ויאמר שברשותו עשה ואפילו יאמר אתה נתת לי רשות מפני שזה הדבר מזיק לרבים אינו נאמן בלא ראיה ואף בשבועה אינו נאמן [וכ"מ בהמוכל לה: דמלי"ב ל"ל ליתר מהרנם וכו' לימא מיסבע] ואפילו יש לו מיגו לומר לא הזקתי כגון שאין עדים שעשה זה מ"מ אינו נאמן דהוה מינו במקום חזקה אלימתא דוראי לא יצוה אדם לקלקל חפצו הנם אבל כשאמר מפני נזק לרבים צויתני לעשות נאמן ע"י מיגו זה דלפ"ז אין זה במקום חזקה [וכ"ל כוומ סרמ"ם] או כגון שאומר לא עשיתי לך נזק שבין כך וכך היה נפסד ונאמן כש"ש לו מיגו [ש"ך] כגון שמחל חוב של ראובן שהחזיר השטר להלוה וביוצא בזה ואם צריך לשלם מחמת החוב שהפסידו לא ישלם כל הסכום שנכתב בהשטר אלא כפי שהיה שוה השטר לסבירה [מרדכי פ"פ סמוכל ונס כוומ הסמ"ע כסמ"ך ומתורץ קושית סמ"ז]:

סימן שפג [דין אדם המזיק לבהמת חבירו ובו ח' סעיפים]:

א כשם שאדם חייב על נזקי כליו וחפציו של חבירו כמו כן חייב על נזקי בהמתו ואם הרג או הזיק בהמת חבירו משלם כפי מה שהזיק ולא עוד אלא אפילו הניח נחלת על שורו של חבירו כנגר הלב ונשרף השור והבעלים היו שם ולא סילקו הנחלת חייב לשלם דמי השור להבעלים ואינו יכול לומר לכמה לא סלקת הנחלת מעל שורך דיכולים לומר לו מה לי סלק הזקך שאתה עושה בידים מה לי השור ומה לי דמי השור רק דר"א דדוקא כשהשור היה כפות חייב אבל לא באינו כפות והטעם משום דדרך השור להתנענע כשמרגיש החכיטות ולהפילו מלבו וא"כ לא היה ראוי שישרף השור מהנחתו הנחלת על לבו אלא שמזולו של בעל השור גרם וא"כ אפילו שלא בפני בעל השור פטור מדיני אדם וחייב בד' ש וי"א דנם באינו כפות חייב לשלם שהרי אין בו דעת להסירו ונם להתנועע ולהפיל לא כל השוורים עושים כן אבל בהניח נחלת על לב עבדו ונשרף אם הבעלים עמדו אצלו אפילו היה העבד כפות פטור משלם לפי שאינו מדרך בני אדם לסמוך בזה על תשלומין ובסימן תי"ח יתבאר בזה כמ"ד ודעת הרמב"ם בשור כדעה אחרונה ואם דחף בהמת חבירו לנהר או לים יתבאר בסעיף ד':

ב שנים שהכיתו את הבהמה כאחד או שברו את הכלי כאחד משלמים ביניהם ולא שכל אחד ישלם נזק שלם דמה להם לשלם יותר משהזיקו לו:

ג חמשה שהניחו חמש חבילות על הבהמה ולא מתה ובא זה האחרון והניח חבילתו עליה ומתה אם היתה מהלכת באותן החבילות ומשתוסיף זה חבילתו עמדה מלכת האחרון חייב דדרי מחמתו מתה ואע"ג דאם האחרים היו נושלין חבילתן לא היתה מתה בחבילתו לבדו מ"מ פטורים מפני שבחבילתן לא היתה מתה כלל ולכן אם בחבילתן היתה מתה נ"כ כגון שגם קודם שהניח חבילתו ההחילה לעמוד ולא היתה מהלכת כראוי הם חייבין והוא פטור ואם על ידם היתה מתה בשתי שעות וע"י הוספתו מתה בשעה אחת חייבים כולם והיה להם להקל ממשאם אא"כ שוה האחרון לא הניחם להקל ודין זה הוא כדין מפסל שבארנו בסי' שפ"א לדעת רוב הפוסקים ואם אין ידוע ע"פ מי מתה כולם משלמים ג"כ בשוה דהא א"א לחייב אחד יותר מחבירו וכ"ז בשלא הושוו עם בעל הבהמה ליתן כל המשא שהניחו עליה אבל אם הושוו עמו כולם פטורים ואיהו דאפסיד אנפשיה ואף אם לא הושוו עמו דוקא בשלא הלך בעל הבהמה עמהם או שהלך ולא ידע שהניחו עליה משא כל כך והיה סבור שנתלשה מעצמה אבל אם הלך עמהם וידע שהוסיפו משא ושהק פטורים כולם דהיה לו למחות ומדלא מיחה אפסיד אנפשיה וכמ"ש בסימן ש"ח ע"ש ודע דלדעה ראשונה שבסימן שפ"א סעיף א' חייבים כולם אף אם לא היתה מתה על ידם ויחידם הוא מפני שלא סילקו משאן ואין יכולין להטיל כל החיוב על האחרון כמ"ש שם נבי מפסל אך לדינא העיקר כמ"ש [וכמ"י מפרש קי לעלמא בחבילה בב"ק י' ולא קלי למסקנא רק מלמא ונורס גירסא ממרא כמ"ש פסחי' סי"ח]:

ד הכובש בהמת חבירו במים ולא הניחה לצאת מהמים או שהניחה בחמה וצמצם עליה המקום שלא הבנם בצל ונהרגה מוה חייב אבל בלא צמצום והיה ביכלתה לצאת בן המים ומן החמה ולא יצאה מולא דניזק קא גרים

נרים ופטור מדיני אדם וחייב בד"ש ולהיפך אפילו נפלה מעצמה לתוך הסים או שעטרה מעצמה בחמה ובא וזה ולא הניחה לעלות מן הסים ימן החמה חייב מדיני דגרמי [מוך] וכ"ז דוקא שאחזה בידו אבל אם רק סגר עליה הדלת שלא תצא י"א דפטור מדיני אדם משום דלא עשה מעשה בגופה וזהו כדין שיתבאר בס' שצ"ו בפורץ גדר ע"ש ואינו פטור רק אם הוא לא הכניסה אבל אם הכניסה וסגר הדלת חייב כיון שעשה מעשה ותמיהני על רבינו הרמ"א שעל מה שכתב רבינו הב"י בסעיף ה' הכובש בהמת חבירו בס"ם או שהניחה בחמה וצמצם עליה המקום כדי שלא תמצא צל עד שהרגתה החמה חייב עכ"ל והוא לשון הרמב"ם ז"ל כתב על זה ודוקא שאחזה בידו אבל סגר עליה הדלת שלא תצא י"א דפטור מדיני אדם עכ"ל ורדי בעשה מהחלה מעשה חייב אף כשסגר הדלת וצ"ל דה"פ דדוקא שאחזה בידו אח"כ בנכנסה מעצמה או שהכניסה בידו אבל סגר עליה הדלת כלומר שלא הכניסה וכא אחזה אח"כ פטור:

ה הבא להציל את שלו ממי שרוצה להזיקו וע"י הצלתו נעשה נזק להמזיק אם ההצלה היתה מוכרחת לעשותה ובלא זה היה מניע לעצמו הנזק פטור ואע"פ שהיה יכול לתבוע מהמזיק את נזקו לא ניחא ליה לאיש למיקם ברינא עם מי שבא להזיקו וא"צ לחוש להנזק שיניע ע"י להמזיק אכתם זה דוקא כשלא עשה מעשה רק בשלו ועי"ז נתנזק המזיק אבל אם עשה מעשה בהאחר והזיקו אע"פ שכוון להצלתו אם היה ביכלתו לעשות שלא בסחירות כל כך ולא היה המזיק נתנזק חייב אבל כשעשה המעשה רק בשלו אף שאפשר שאם לא היה עושה כל כך בסחירות לא היה המזיק נתנזק אין לו לדקדק בכה"ג וכ"ז כשהנזק מגיע להמזיק אבל אם ע"י הצלתו הגיע נזק אחר פשימא שחייב לשלם בכל ענין ראין אדם רשאי להציל א"ע בממון חבירו:

ו לפיכך שור שעלה על שור אחר להרגו בין שהזה תם שאינו משלם אלא מגופו וכין שהזה מועד ובא בעל השור התחתון ושמטו את שורו להצילו מפל העליון ומת ה"ז פטור דשלו הציל שהזה מתירא שלא יסות שורו ואף שאפשר שהזה יכול להשמיטו בנחת והשמיטו בסחירות ס"ם פטור אבל דחפו לעליון ומת שעשה מעשה בהעליון אם היה יכול לדחפו שלא בסחירות שלא יתנזק ולא עשה כן ה"ז חייב דאין לו להזיק בנוף המזיק כשביכלתו לעשות בענין אחר וזע דלדעת הרמב"ם שנתבאר בס' שע"ח דברשות המזיק אינו חייב עד שיתכוין להזיק אין דין זה רק ברשות הניזק אבל ברשות המזיק חייב הניזק בכל ענין דכיון שהמזיק פטור בהזיקו נמצא שהניזק הזיקו שלא כדין וחייב לשלם לו הזיקו [סמ"ע] וכן באמת הרמב"ם כדין זה בפ"ו מחובל כ' שעלה השור ברשות הניזק:

ז ודוקא בנזק כזה שמוכרח להציל מיד אבל ראובן שלקח כלי של שמעון ונמסך בו חביתו של יין שלא תאבל ובא שמעון ונטל כלי שלו ונשברה החבית חייב שמעון לשלם כל הנזק דאע"פ שראובן לקח הכלי שלא כדין מ"מ אין שמעון מוכרח להציל מיד דלהכלי לא היה מגיע נזק אף אם שהה זמן מה והיה לו לסמך את החבית בדבר אחר ואף שלא היה לו לשעתו מזומן במה לסמכה מ"מ היה לו לחפש ולמצא ואף שהוצרך להכלי מ"מ אין זה מדרך בני אדם והוא דרך המזיקים וחייב לשלם [ג"ל] ואם סמכה בדבר אחר ונשברה אח"כ פטור דמה היה לו לעשות [סמ"ע] ואף שאין הסמיכה מועה בסמיכה של הכלי שלו מ"מ כיון שבשעת מעשה סמכה במזיד אין לו לחשוש עוד וינא בעל החבית ויראה:

ח מתוך מה שנתבאר פסקו הגדולים בשני אנשים שהכו זא"ז ובא השלישי ודחף את האחד מן חבירו ונתנזק הנדחף דחייב לעשות עמו דין ולשלם לו דמי נזקו דהיה לו לשמוט את השני בנחת [ס"ק] דכיון שעשה מעשה בנוף הראשון חייב אף בשיש הכרח להציל מיד ואם השמיט הנוף השני ועי"ז נתנזק הראשון פטור וכן אם לא היה יכול להציל בענין אחר פטור בכל ענין ונ"ל דכל זה דוקא בהבו זה את זה אבל אדם נבור שסכה את החלש ממנו ובא השלישי להציל את החלש המוכה פטור בכל ענין דזהו וזמנו בהול מאד וא"א לו להשלישי להתיישב באופן ההצלה ועוד נראה דבבא להציל מהסכה את חבירו או מהמכים וא"ו אין חילוק בין קרוב הבא להציל או איש זר דכולם דינם כקרובים לענינים כאלו:

סימן שפד [דין אדם המזיק שלא בנופו ובו ה' סעיפים]:

א האדם המזיק חייב בין שהזיק בידו או ברגלו או באיזה אבר שהוא ואפילו הזיק בכתו חייב דכתו כנופו דמי ואפילו בכח כתו חייב כגון שורק אבן על עץ ומכח הזריקה נפלה העץ על האדם או על בהמה וכלים והזיקם חייב ואע"ג דלענין גלות פטור בכח כתו והו מפני שרומה לאונס כמ"ש הרמב"ם בפ"ו מרוצח ויתבאר בס"ד בסי' תכ"ה אבל בנזקין הא נם באונס חייב [ג"ל] ודוקא אם הדבר שהלך מכחו הזיק בשעה שהלכה מכחו אבל אם הזיקה לאחר שנחה על הארץ אין זה דין אדם המזיק אלא ממתו המזיק וג"ם לענין ד' דברים שהאדם משלם

משלם לבר נזק ומטונו פמור כמ"ש בסי' ת"ך ועוד דכל תקלה שבא ע"י האדם דין בור יש לו ופטור על הכלים כמ"ש בסי' ה"י :

ב לפיכך מי שגרק אבן או ירה חץ והזיק בו או שפתח זרם מים על האדם או על הכלים והזיק או שרק וגע והזיק בכיחו וניעו בעת שהלכו מכחו או שהשתין והזיק בעת השתין או השליך רוק מחוטמו והזיק בעת השלכתו ה"ז כמזיק בידים והם תולדותיו של אדם אבל אם כל אלו הזיקו אחר שהונחו על הארץ כגון שנתקל בהם אדם ה"ז חייב משום בורו וכן אם היה מכה בפטיש ויצא אש מתחת הפטיש והזיק ה"ז חייב וכן אם היה חוטב עצים ויצא התיכת עץ מן כח הגרזן והזיק קודם שנפל על הארץ חייב ואפילו אם ע"י זה העץ התז עץ אחר דהוה כח בחו חייב וכן כל כיוצא בזה :

ג דבר יחש שגרמא בנזקין פטור לפיכך בכל נזקין אלו אם היה נורם ע"י מעשיו שנתהוה איזה נזק פטור כשלא היה ע"י כחו וכך אמרו חכמים הבאי שקבל עליו את הכותל לסותרו ושבר את האבנים או הזיק חייב ואם היה סותר מצד זה ונפלה הכותל מצד אחר פטור [כ"ק מ:] דזהו גרמא אבל כשנפלה הכותל מחמת ההבאות חייב דזהו בזרק חץ והזיק ומזה יש ללמוד לכל הענינים דגרמא מקרי כשזזה החיזק בצד האחר לא מפני חזק ההבאה אלא שהרפה הבנין ומטילא נפל ומפני ההבאה מקרי כשנפלה מפני רעידת ההבאה דזהו כחו מטש וכנופו דמי :

ד שותפים שקבלו מלאכה ובטלאכה זו יש כמה מלאכות וזה עושה מלאכה ראשונה וזה השניה וזה השלישית וזה הרביעית מי שהזיק במלאכתו חייב והשאר פטורים אע"פ שהיה שוגג או אנוס ואע"פ שכולם שותפים בהמלאכה אבל כשהזיקה לאחר גמר מלאכת כולם כולם חייבין לשלם בד"א כשהם שותפים בהמלאכה שקבלוה בקבלנות אבל אם הם שבירי יום חייב האחרון אם פשע במלאכתו וכולם פטורים אבל כשהיו שותפים כולם חייבים דעל כולם להשניח לראות שיהא נעשתה המלאכה יפה והוי אצל כולם כפשיעה משא"כ בשהזיק בעת עשייתו הוי כמזיק ואין לשותפים לסבול הזיקו :

ה וכך אמרו חכמים [סס קימ:] החוצב אבנים מן ההר שחצב האבן ונתנו להסתת לרבעה ולהחליקה והזיק בו חייב הסתת פטרה הסתת להחמר ולהוליכה למקום הבנין והזיק החמר חייב פטרה החמר לכתף הבתף חייב פטרה הכתף להבונה הבונה חייב פטרה הבונה למסדר המסדרים על שורת הבנין המסדר חייב ואם אחר שסדרו על שורת הבנין נפל והזיק אם הם קבלנים וכולם שותפים בהמלאכה כולם חייבים ואם הם שבירי יום האחרון חייב וכולם פטורים וכל אלו חיובם כשהזיקו בשעה שעשו או שהזיקו בכחם אבל כשהיה ההזיק ממילא פטורים וזה שנתבאר דאחר שסדר על הבנין והזיק חייב זהו נ"ב שפשע בהנחתו ום"ם כולם חייבים ממעם שבתבנו דעל כולם להשניח לראות שיהא נעשתה יפה [ערם"ש ס"ת קימ: ד"ס טוען] :

סימן שפה [דין היזק שאינו ניכר ובו ז' סעיפים] :

א דבר תורה היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק כגון ממטא מהרותיו של חבירו שמפסידו שלא יוכל לאכלם בימי טהרתו ונמכר בזול וכן המערב תרומה בחולין ונמכר בזול מפני שאינו ראוי אלא לבהנים ואפילו המערב יין נסך ביינו של חבירו ומפסידו הכל שאוסרו בהנאה ם"ם כיון שאין שום השתנות על גוף הדבר הוי כגרמא בנזקין ופטור בדיני אדם אבל חכמים חייבו לשלם בער נזק כזה נזק שלם מהיפה שבנכסיו כדין כל המזיקים כדי שלא יהא כל אחד הולך ועושה נזקין כאלו לחבירו וכיון שקנם הוא אמרו חז"ל [ניקין מד:] דאם מת המזיק קודם שישלם אין קונסין יורשיו אחריו שישלמו דלדידיה קנסו רבנן וליורשין לא קנסו וי"א דאפילו עמד אביו בדין וחייבוהו לשלם ומת קודם שישלם פטור הבן מלשלם [סמ"ע] ויש חולקין בזה [ס"ך] דכיון דעמד בדין נתחייבו נכסיו וכן עיקר לדינא :

ב כיון דהטעם הוא משום קנס לכן אם היה שוגג או אנוס פטור שלא קנסו אלא במזיד מפני הטעם שנתבאר ואם יש הכחשה ביניהם נשבע המזיק היסת ששוגג או אנוס היה ונפטר ואם יש עד אחד שהיה במזיד והוא מכחישו נראה שא"צ לישבע שד"א להכחישו כיון דמן התורה אין כאן חיוב כלל אלא נשבע היסת ואף דבשארי ממון דרבנן נשבע שו"א כמו בכתובה ס"ם הכא דכל זמן שלא נתברר חיובו אין על זה דין ממון כלל משא"כ בכתובה שהחיוב ברור עכ"פ אלא שיש הכחשה ביניהם [ניל] ואם הודה מפי עצמו שבמזיד עשה כן חייב אע"ג דבכל מזרה בקנס פטור זהו בקנסות דאורייתא ולא בקנס דרבנן [ים"ם] :

ג דעת הרמב"ם בפ"ו מחובל דבבל היזק שאינו ניכר י"הדין כן ודעה הרמב"ן דאין החיוב רק בקנסות שנתבאר דמקנסות לא ילפינן לשארי דברים ובגמ' לא נתבאר רק ממטא ומרמע ומנסך [ס"ך] :

ד בשעשה בשוגג היזק שאינו ניכר דפטור ובא אחר והזיק את זה היזק גמור אינו חייב לשלם אלא כפי השיווי שאחר ההזיק הקודם דהא אינה שוה יותר [ניל] :

מעשה

ה מעשה בראובן שבקש משמעון שישכור לו חפץ אחר ולא רצה שמעון והניח ראובן המעות של דמי החפץ לפני שמעון ורק שמעון המעות ונאבדו ופסקו רשמעון פטור [ט"ז] ורוקא שלא השליכו למקום האבוד כמו לאור או לים ולנהר וכיוצא בזה ונם דוקא שהיה ראובן כשורק מעותיו והיה לו לאספם דאל"כ הוי כמשליך לאיבוד וחייב [ל"ע] :

ו הכנסך יין חבירו לאליל לא נאסר משום דאמרינן לצערו כוון ולא היתה כוונתו באמת לנסך דאין דרך ישראל שיהפקר כל כך הלבך אסרינן שלא היה בלבו לשם נסך ואמרו חז"ל אין אדם אומר דבר שאינו שלו מטעם זה ואם היה ישראל הפוך אסור דהרי הוא כמותו וכן אם התרו בו וקבל ההתראה ה"ז אוסר היין שהרי הוא כנהפך וחייב לשלם אע"פ שהתחייב בנפשו מפני שחייב מיתה והתשלומין אינן באין כאחד שמשעה שהגביהו חייב לשלם ומתחייב בנפשו לא הוה עד שעת ניסוך [עיין סוס' כתובות לח: ד"ס שעקרה] : ז וכן אם היה לו חלק בהיין נאסר בכל ענין דהא על חלקו לא שייך לומר דלצעוריה קא מכוין אלא דנעשה רשע וכוון לנסך ואסור היין וחייב לשלם וי"א דנם בשותפות אמרינן לצעוריה קא מכוין וביו"ד סי' ד' לענין שחיטה הביאו המור והש"ע שתי הדעות ובכאן לא הביאו דעה השניה ויש סי שאומר דרוקא בשחיטה אמרינן כן דרצה לצערו ולכן עשה כן על כל הבהמה דא"א לשחוט חצי בהמה אבל ביין אי ס"ד לצעוריה קא מכוין יחלוק היין ולמה היה לו לעשות כן נם בחלקו [סמ"ע וקושית הש"ך ביו"ד סם יין לפמ"ש רש"י נפולין מלי דס"ס דהוס מלי למיזן בשותפות לא שייך לומר כל כך תקושית שניס בכרמלוגס ופוך דמיוחס למומר במנסך לא מ"ס דלמלו ויש לדיק כמ"ש הש"ך סם וכע"ב מין לו תירון אחר משל"ב מקושית הסניס מוחזק בסכין ותירון הש"ך סם ל"ע ובנש"ך נדמק בענמו בזה ע"ש ודוק] :

סימן שפו [דיני דגרמי וגרמא ואינו ניכר וגורם לממון ומזיק שיעבודו ובו כ"ד סעיפים] :

א יש מיני נזקין שאינם מזיקין ממש אלא גורמין להזיק ממון אחרים וחמשה מינים יש בזה גרמא בנזקין וגרמי והיזק שאינו ניכר ודבר הגורם לממון ומזיק שיעבודו של חבירו כמו שיתבאר וגרמא בנזקין קי"ל דפטור מדיני אדם ומחייב בד"ש וגרמי חייב נם בדיני אדם דקי"ל כ"ם דדאין דיני דגרמי והיזק שאינו ניכר קי"ל דמן התורה פטור אבל חכמים חייבוהו אם עשה בסיזר כמ"ש בסי' שפ"ד ודבר הגורם לממון קי"ל דלאו כממון דמי ופטור בדיני אדם וחייב בד"ש [כמ"ש פ"ע דכ"ק סי' י"נ] ומזיק שיעבודו של חבירו חייב כבדינא דגרמי דכן פסקו הרי"ף והרא"ש [פ"ד דגיטין] והרמב"ם פ"ו מחובל והראב"ד ז"ל חולק בזה וגבאר בס"ד כל הענינים הנמצא בגמ' ממה שנתבאר עם ביאור המעשים :

ב גרמא בנזקין מקרי בנזק הפורץ גדר לפני בהמת חבירו ויצאה והזיקה ויתבאר בסי' שצ"ו והנותן סם המות לפני בהמתו של חבירו ואכלה ומתה כמ"ש הרמב"ם בפ"ד מנזקי ממון והשוכר ערי שקר להעיד לאחר והיציאו ממון על פיהם כמ"ש בסי' ל"ב והיורע עדות לחבירו ואינו מעיד לו וע"י זה הפסיד מבין כמ"ש בסימן כ"ח והעושה מלאכה בבי חמאת של פרה אדומה שפסלן במ"ש הרמב"ם שם והשולח את הבערה ביד חרש שוטה וקטן ויתבאר בסי' ת"ח והמבעיה את חבירו ונתבהל וחלה מהפחד אם לא נגע בו כמ"ש בסי' ת"ק וצעק באוזן חבירו וחרשו כשלא אחז בו כמ"ש שם ונשברה כדו ברה"ר ולא סילקה ואחר ניזוק ע"ז ויתבאר בסי' ת"א והבוזק קורתו של חבירו בפני הדליקה והניעתה הדליקה ע"י רוח שאינה מצויה כמ"ש בסימן תי"ח ושיסה כלב או נחש בחבירו ונשכו פטור המשסה בדיני"אדם כמ"ש בסי' שצ"ה והבנאי שסתר את הבנין מצד זה ונפל מצד אחר שלא ע"י כחו שנתבאר בסי' שפ"ד ובור כרויה שאחר חפר בה להרחיבה או להעמיקה ושור של חבירו עמד על שפתו ומקול הבריה נבעת השור ונפל לבור והזוק דפטור הכורה מבני שזהו גרמא ויתבאר בסי' ת"י וליבה האש ואין בליבויו כדי ללבות ולבתו הרוח שפטור משום גרמא כמ"ש בסי' תי"ח וכן כל מיני היזק ראיה ויש מיני הרחקת נזקין שנתבארו בסימן קנ"ה אם לא הרחיק וגרם הנזק פטור משום דהוי גרמא [ב"ב כנ:] ויש שמחייבין שם וכלל גדול צריך לדעת דאע"פ שגרמא בנזקין פטור מדיני אדם מטעמים שיתבארו מ"מ אסור לעשות כן [סס] וחייב בדיני שטים וקודם שעשה יכולים למחות בו שלא יעשה כדמוכח מן כל הנזקין מהרחקהן שבסי' קנ"ח ומהיזק ראיה ועור יש גרמא כמו שור של ראובן שנפל לבורו של שמעון ובאישו הטים בריחו [ב"ק מה:] :

ג דיני דגרמי ביצד השורף שטרותיו של חבירו והפסיד חובותיו או שמחל ללוה כותי את החוב בשם המלוה והפסידו חובו והמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחל החוב ללוה שחייב לשלם להקונה מדיני דגרמי כמ"ש בסימן ס"ו ופותח מטבע של חבירו והעביר צורתו אע"פ שלא חיסרו חייב לשלם כל מה שנפחתה משחזיה ודוחף מטבע של חבירו לים או לנהר אע"פ שלא הגביהה ואף שהטים צלולים ורואה אותה רק שצריך ליתן טעות לכי שיכול לשחות

לשחות ולהגביהה מקרקע הים חייב לשלם מדיני דרמי והמראה דינר לשולחני ונמצא רע דחייב השולחני לשלם כשמטר עליו כמ"ש בסי' ש"ז וכל דיני מלשין שיהבארו בסי' שפ"ח חיובו מדיני דרמי והוורק כלים שלו מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות שלא ישברו כשיפלו וקדם אחר וסילק את הכרים ונחבטו הכלים בארץ ונשברו חייב המסלק מדיני דרמי והצורם אוזן פרתו של חבירו ועשה בו מום ופסלו מהמוכזה חייב מרינא דרמי להרי"ף והרמב"ם [שפסקו דלא כרבה בספ"ב דב"ק ובגמ' לא'] ומסכך נפני על תבואתו של חבירו ואמרה להתבואה משום כלאי הכרם וכן כשהיתה מחיצה בין הגפנים וההבואה ונפרצה המחיצה ונתייאש מהבנותה ונאמרה התבואה בכ"ש ביו"ד סי' רצ"ו וברמב"ם פ"ז מכלאים חייב לשלם מדיני דרמי [וע"ע שכשמיטו חיוב מלומין] ודיין שדן את הדין ופיסקא את הסדור וחיכה את החייב ונעשה מעשה על פיו ולא היה מיסחה ולא קבלוהו בע"ד דחייב לשלם מדינא דרמי אף כשלא נשא ונתן ביד כמ"ש בסימן כ"ה:

ד כל מה שבארנו בנרמי הוא לדעת הרי"ף והרמב"ם [כמ"ש] ויש מרבותינו שחולקים על כמה דברים כמו בדוהף מטבע של חבירו לים כשהמים צלולים ולא הגביה המטבע ופוחת צורת מטבע של חבירו וסילק כרים וכסתות ונשברו הכלים [כפסקים כרבה שם לגבי מסוף סמ"ק] וס"ל דזה אינו נרמי אלא גרמא ופטור בדיני אדם ולכן אפילו ראובן שורק כלי שמעון מעל הגג ולא הגביהן והיה החתיהן כרים וכסתות וקדם בעצמו לאחר הזריקה ום לקם פטור דעל הזריקה אינו חייב דלא היו ראויים אז להשבר ועל סילוק הכרים הוי גרמא וכן בצורם אוזן פרה ופכלה ממובח ס"ל דאינו אלא גרמא דלאו כל הבהמות עומדות למובח שנחשב זה בהיזק גלוי וכן בעושה מלאכה בכי המאת שחשבנוה כגרמא י"א דהוה גרמי וחייב [רמ"ם בהגוזל ס"ם י"ב ופ"ב דב"ב כי' י"ז] ודע דעיקר דין זה דכי חמאת נכללת בהיזק שאינו ניכר כמו שיתבאר בכ"ד אלא שמפני שיש מדמים זה לגרמא ויש לגרמי כמ"ש לכן כללנוהו בהם:

ה היזק שאינו ניכר כיצד המטמא מהרות והמדמע תרומה בחולין ומע"ב וי"נ בין כשר שנתבאר בסי' שפ"ה והבנים פרה אדומה לדיר שהדוש התבואה ונפסלה במלאכה כדכתיב אשר לא עלה עליה עול והשוחה מלאכה בכי חמאת וכהנים שפגלו בקרבנם שחשבו בעבודה ע"מ לאכול הקרבן אחר זמן אכילתו ונגד מטבע ונפסל או תרומה ונטמאה או חמץ ועבר עליו הפסח שנתבאר בסי' שם"נ ומדין תורה היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק אלא דמדרבנן קנסו כשעשה במזיד ולמה לא קנסו בגזילה משום דעיקר שעמא דקנסא שלא יהא כל אחד רגיל להפסיד ממון הבירו בענין זה כמ"ש שם וגזילות לא שכיחא [גיט ן פח:] ולכן אומר לו הרי שלך לפניך כמ"ש שם אבל בפיגול קנסו במזיד וכן העושה מלאכה בכי חמאת ובפרה חמאת כמ"ש הרמב"ם בפ"ז מחובל [כ"ל]:

ו דבר הגורם לממון כיצד ראובן שהקריש קרבן שחייב באחריותו כשיאבד או יגנב וגנבו שמעון מבית ראובן א"צ לשלם בפל שנאמר וגנב מבית האיש ולא מהקדש ואע"פ שבגניבה זו גורם לראובן שישלם מעות אחרים מ"מ פטור דגורם לממון לאו כממון דמי כמ"ש הרמב"ם בפ"ב מגנבה וכן מי שגזל חמץ ועבר עליו בפסח דיכול הגזלן לומר לו הרי שלך לפניך אם בא אחר וגנבו מהגזלן א"צ לשלם לו כלום כיון שאסור בהנאה ואע"פ שגורם לו לשלם לממון אחר בשוה החמץ אינו בעין כמ"ש בסי' שס"ג מ"מ גורם לממון לאו כממון דמי וכן אם בא אחר ושרפו להחמץ מיהו בזה יש חולקין ום"ל דצריך לשלם לחגזלן דאין זה גורם לממון דאצל הגזלן הוה זה ממון ממש כיון שיכול לפטור א"ע בכך [רמב"ן בקו' נדרי וכמ"ם סם"ך בסקי"ם]:

ז מזיק שיעבודו של חבירו כיצד עשה עבדו אפותיקי לבע"ח וחזר ושחררו וקוי"ל דשיחרור מפקיע מידי שיעבוד והזיק שיעבודו של זה חייב לשלם וכן קרקע המשועבדת לבע"ח ובא אחד וחפר בה בורות והפסידה משלם לו דמי נזקו ושור תם שהזיק והקדישו בעל השור ונמצא שהפסיד עי"ז לניזק דתם אינו משתלם אלא מנופו חייב לשלם וזהו דעת הרמב"ם בפ"ו מחובל והרא"ד חולק עליו וס"ל דמזיק שיעבודו פטור [וכ"ל דלא לו מב"ק לג: מכ"ם בריש דכ"י זאת לומרת וכו' ותמורן קונים סם"מ פ"ם ומוק]:

ח והנה ההפרש בין כל אלו הנזקין דבגרמא פטור ובנרמי חייב ובהיזק שאינו ניכר פטור מן התורה ורבנן קנסוהו כשעשה במזיד ובגורם לממון פטור לגמרי ובמזיק שיעבודו להרמב"ם הוה בנרמי ולהרא"ד הוה בגרמא יש מרבותינו שאומרים דכולהו לפי דין התורה חד דינא אית להו וגם נרמי פטור מן התורה ולפ"ז אין לתת מעמים בכ"ז אלא דרבנן ראו לקנוס בדבר שהיה נראה להם שהוא שכיח ואין לדמות גזירות חכמים ול"ז [זכו דמת ריונ"מ בתוס' ב"ב כג: ור"י בתוס' ב"ק נד' וכ"כ דעת ברית מב"ב בתוי' מיימוני מזיקין סי' ד' וכ"מ מלשון רש"י בב"ב שם שכתב על גרמא תלן לא דלין דילמ דגרמי וכן מפורש בירושלמי שבועות פ"ו ס"ו דמקדש שכל חייב מוסד קנס ובכלמים פ"ז ס"ג על מרמה חייב לשולחני וגמלא רע דהוא קנסא וספ"מ בשם לכן הוא דעת הרמב"ם וכן בסנהדרין שם"ך ז"ל]:

ט לפי דעה זו דמשום קנס הוא אין חיובא דנרמי רק במזיד ולא בשוגג ואונס [ם"ך סק"ו] כמו בהיזק שאינו ניכר וכן לא קנסו בנו אחריו וזה שמצינו בגמ' במראה דינר לשולחני ונמצא רע דהריוח חייב אף בחנם אף שלא כוון להזיק דזהו כמזיק במזיד דמי בקש אותו שיודקק לזה וזהו הטעם ג"כ בדיינים שטעו וחייבים לשלם

לשלם אף כשלא נשא ונתן ביד אם אינם מומחים אף שלא כוונו להזיק דזה עצמו כמזיק דמי בקש מהם להזדקק לזה [מ"ם סרי"ם בתוס' כ"ב סס לחפסר נכס בשונג קנים ר"ת וכו' ר"ל ובזה לא ס"ל כר"ם דסרי נס כמזיק שמ"ב ס"ל כן בניתין נג: ולא קיי"ל כותים] :

ו ויש מרבותינו דס"ל דגרמי דינא הוא ולא קנסא כדמשמע מלשון דינא דגרמי ווה שאמרו רז"ל ר"מ דאין דינא דגרמי בלוטר ר"ם ס"ל כן דדין גמור הוא והלכה כמותו וכיון דדין גמור הוא חייב בין בשונג בין במזיד בין באונס בין ברצון ונם כשמת חייב בנו לשלם אחריו כדין כל המזיקים [זהו הנת התוס' וסרמ"ם בב"ב סס ובסנהל סי' י"ב ותמב"ן ורשב"ם ויש"ם סס סי' כ"ו ותרס"ם סס מין למיה ד"ל דס"ל דסס סוא נגמי דסא מייבי בגיני דילים מנא ס"ל להס"ם סס דלא קיי"ל כר"ת ור"ל מין חילוק מבל לממן דממין ים חלוק] :

יא ולפי דעה זו צריך לבאר ההפרש בהם דגרמי לא מקרי אלא כשע"י מעשיו או דיבורו החזק ברי וכאלו נעשה כבר ועשה דרך נזק ואו חייב בין בשונג בין במזיד בין באונס בין ברצון לבד במראה דינר לשולחני ורן את הדין באונס ומלשין באונס דפטור מהמעם שיתבאר דכיון שעשה דרך נזק והנזק ברי שפיר דמי לנזקין בידים ודין גמור הוא ולכן כשורף שטר ומוכר שם"ח ומחלו ופוחת סטבע ודוחפה לנהר כולם יש בהם התנאים האלו ואע"נ דכשטוחל החוב אין זה דרך נזק אלא עושה טיבה להלוה ודמי לנזקין שבסי' קנ"ה שעושה בשלו ומניע רעה לחבירו לא דמי דבשלו יש רשות לאדם לעשות ולא בשל אחרים ומזיק גמור הוא הא למה זה דומה למי שיגזול מראובן ויתנה במתנה לשמעון ומראה דינר לשולחני ורן את הדין דחייב לשלם אף בלא נשא ונתן ביד ודאי דוחו נ"כ כמו כוונתו להזיק כיון שאינו מומחה לרין ולשומת הדינרין ובודאי יטעה וכיון שמימא את המחור או זיבה את החייב וא"א להחזיר הרבר יכן במראה דינר בשמסך עליו ההפסד ברור וזהו כעושה דרך נזק ואף שלא כוונו להזיק מ"ם מזיקים הם הא למה זה דומה לראובן שבא אצל שמעון וא"ל חייט אני תן לי בגד להפור וקרקלו מפני שאינו יודע האומנות ואם באמת הוא מומחה לרין פטור מלשלם אא"כ נשא ונתן ביד כמ"ש בסי' כ"ה וכן בשולחני כשהוא מומחה פטור כמ"ש בסי' ש"ו ומה שחייב בנוטל שבר זהו לא מפני הנזק אלא מפני שנדון כשומר שבר ולא גרע מגניבה ואע"נ דבדן את הדין מחייבינן גם בטימא את המחור והרי עכ"פ הוא היזק שאינו ניבר ולא שמיה היזק ואף סרדבנן הא בשונג פטור והרי הם שונגים כמעותם וכן מראה דינר הוא היזק שאינו ניכר דבהדינר לא נשתנה כלום אסנם זהו היזק ניכר דאין אנו מחייבים אותם על מעותם אלא על שהורקקו לזה דניכר לכל בעת שהורקקו שיפסידו לזה כיון שאינם בקיאים ולכן אם נאנסו שיורקקו ודאי פטורים ואע"נ דכל מזיק חייב באונס לא דמי דכל מזיק שמזיק באונס מ"ם ההיזק נעשה אבל באלו אם עשו באונס לא היה להבעלים לסמוך עליהם ולא היה מניע להם היזק וא"כ הבעלים היזקו לעצמם ואף אם לא ידעו מהאונס מ"מ היה להם לחקור וכן מלשון היזקו ברי ודרך נזק הוא ואם האנס כפאו פטור ואינו דומה לכל נזקין שחייב באונס דבכל הנזקין עכ"פ הוא העושה הנזק אבל אנס זה כשאנסו להראות לו ממון חבירו הממון הוא כבר בנזוק כיון שהאנס נתן עיניו בו וזה האנוס אינו אלא כמראה מקום וכב"ז י"א דאונס ממון לא מקרי אנס כמ"ש בסי' שפ"ח ואפשר דנם בשונג מלשין פמיר דכשעשה בשונג אין זה דרך נזק ואינו דומה לכל הנזקין החייב בשונג דבמעשה אין לחלק דמ"ם המעשה נעשה אבל בדיבור בשונג אין זה כלום וגרע גם מגרמא ונוטל כרים וכסתות וצורם אוזן נ"כ ההיזק ברי ועושה דרך נזק וכן מסבך נפנו על תבואת חבירו או נפרצה המחיצה ונתייאש ולא נזרה החזיק ניבר לכל שרואין נפנים בתבואה והנזק ברי ועושה דרך נזק דמה לי אם שורף תבואתו של חבירו או שאוסרם ע"פ דין התורה :

יב אבל בגרמות אין בהם גדרים אלו פורץ גדר מי יימר שתצא והזיק ואין הנזק ברי ונותן סם המות לפני בהמת חבירו מי יימר דתאכל והרי כמה פעמים שהבהמה שבעה ואין רצונה לאכול ושובר ערי שקר מי יימר שיעידו והרי דברי הרב ודברי ההלמיד דברי מי שומעין והיזיק עדות ואינו מעיד העדר המעשה והריבור פשימא שאינו בגדר מזיק כלל אלא גורם לנזק ועושה מלאכה במי חמאת ובפרת חמאת הוי היזק שאינו ניכר ועיר דלא עשה דרך נזק ושולח את הבערה ביד חש"ו אינו ברי הזיקא כמו שיתבאר בסי' תי"ח ע"ש והמבעית חבירו או צעק באונו וחרשו אינו ברי היזקו דכמה פעמים עושין כן דרך שחוק ואינו מניע נזק ע"ז וגם אינו מקרי דרך נזק ממעם זה ונשברה כדו ולא סילקו אינו דרך נזק דהא נשברה באונס וחיובו הוא על שלא סילקה והערר מעשה אינה כמעשה ובופף קמת חבירו בפני הדליקה ונדלקה ע"י רוח שאינה מצויה אינו ברי הזיקא דמי יימר שיבא רוח כזה ושיסה כלב ונחש אינו ברי הויקא דמי יימר ששיבנו ובנאי שסתר את הבנין מצד זה ונפל מצד אחר הרי לא עשה דרך נזק וזהו כהרחקת נזקין דסי' קנ"ה ובור כרויה שהרחיבה ועמר שור על שפתה ונבעת מקול הכרייה ונפל אין זה דרך נזק שהרי במלאכתו עסוק וליבה וליבתה הרוח משום דאין בעשייתו מעשה כדי להזיק כמ"ש בסי' תי"ח ושור שנפל לבור אחר והכאיש מימיו מריחו שפטור משום דרק באדם מחייבינן מדינא דגרמי אבל בבהמה לכ"ע פטור וכן פסק רבינו הרמ"א והזק ראיה אינו ברי הזיקא דהרבה פעמים רואים בשל אחר ואינו ניזוק והרחקת נזקים שבסי' קנ"ה אינו עושה דרך נזק אלא עושה בשלו

הנדרש

הנדרש לו וממילא מניע נזק לחבירו ואינו דומה לבלאי הכרם דהוי כשורף ממש ואין לו הכרח ליה דיכול לעשות מחיצה א"כ הוא מזיק ממש ומ"ם יש מרבותינו שמחייבים גם שם בנירי דיליה וחשבינן ליה למזיק כמ"ש שם המור בסעי' מ"ח וכמ"ש שם דאע"פ שאין כוונתו להזיק מ"מ מעשה מזיק הוא וחייב לשלם וזהו ודאי דלהפוטרים ברוחף מטבע לנהר או פוחתה כמ"ש בסעי' ד' א"א לחלק אלו החילוקים שבארנו ולפי מה שבארנו בס"ד א"צ לחלק בין דיבור למעשה [ומ"ם כל מה שכתבו בזה]:

יג ובכולם מצרכינן שיהיה ההיזק ניכר דבאינו ניכר לא שמיה היזק ורק חכמים קנסוהו במזיד כמ"ש בסעי' ה' וגורם לממון לאו כממון דמי דכל מה שחשבנו בגרמי הוי ממון ממש ומזיק שיעבודו של חבירו חייב להרמב"ם כיון שהיה לו לגבות מזה הוי ממון ממש והראב"ד שפוטר ס"ל דאינו כממון ממש כיון שאינו אלא שיעבוד ולא תקשה לך והרי חייבנו בשורף שטר והשטר אינו ממון ממש אלא גורם לממון שע"י השטר משלמין כמו בהמזיק שעבר עליו הפסח שיכול לפטור א"ע בו אמנם לא דמי דממון מקרי כל דבר שביכולת למכור בשוק והשטר יכולים למכרו והוי כממון ממש משא"כ חמץ שעבר עה"פ אינו שוה כלום למכירה רק שהגוזל יכול לפטור א"ע בו [ומ"ש בשבועות ק"ג ע"ב מעתה דכר הגורם לממון מטמר הפם לדעתי לדרך דימי סח לפתח וי"ל גם להיפך וכיון דפסקינן חיוב גרמי וכבמ"ל בגורם לממון תללו כממון דמי לריך לחלק כמ"ש]:

יד וגם מהרמב"ם בפ"ז מחובל גראה דס"ל דגרמי הוי דין נמור ולא משום קנסא מדכתב מקודם דין היזק שאינו ניכר וכתב דמדינא פטור אלא מקנסא דרבנן חייב במזיד ואח"כ כתב דינא דגרמי ולא הזכיר לשון קנס ולא הפרש בין שונג למזיד ס"ם דס"ל דדינו כמזיק ממש ולא משום קנסא ועיד ראיה ממ"ש בפ"ח דין מלשין וכתב שאם מת גובין מיורשיו ואי ס"ד דקנסא הוא ליהוי דינו כהיזק שאינו ניכר שלא קנסו ליורשיו כמ"ש שם בפ"ו ומה שכתב הרמב"ם זה במלשין ולא בשארי גרמי משום דבכל דיני גרמי אין זה רבותא כלל אבל במלשין הייתי אומר כיון דדיבורא בעלמא הוא אין זה אלא קנס ולא קנסו יורשיו אחריו קס"ל דמזיק נמור הוא ראין הפרש בין מזיק בידו למזיק בלשונו ומהש"ס עצמו ראיה מדלא הזכידו בשום מקום דגרמי פטור בשונג ש"מ דחד דינא אית להו עם מזיק נמיר והירושלמי ס"ל דלא דיינינן דינא דגרמי כרבה בש"ם דילן ולכן לא מחייב במראה דינר רק משום קנס אבל הש"ם דילן ראין דינא דגרמי הוה כמזיק נמור:

מז כתב רבינו הרמ"א בסעי' א' דזוקא בארם חייב דינא דגרמי אבל בבהמה לכ"ע פטור עכ"ל וני"ל הטעם דהנה מה שהארם חייב בנוקי בהמתו הוא משום ששמירתה עליו וצריך שישמרנה שלא תזיק ורוב מיני גרמי תוא ההיזק לא מהפעולה עצמה אלא מפעולת השכל שהיה לו לחבין שזה יביא לידי נזק ברור כמו שריפת שטר ונטילת כרים וכסתות וכיוצא בזה ובבהמה לא שייך שכל ובעצם הדבר אין זה מזיק ולכן בנפלה לבור ונבאשו המים מחמת הריח אין לה דעת להבין נזק הריח [ומ"ל לפ"ז מס שכתב הס"ך לסיעמו]:

מז השורף שטר של חבירו חייב לשלם כל החוב שהיה בהשטר לפי מה שהיה שוה למבירה [ס"ך] ובלבד שיורה לו המזיק שהיה השטר מקויים וכך וכך היה כתוב בו ומחמת ששרפו אינו יכול לגבות החוב אבל אם אינו מודה אינו משלם אלא דמי הנייר בלבד ואם המזיק אינו יודע י"א שבעל השטר נשבע ונוטל כמו בכל המזיקין שבסעי' צ' ויתבאר עוד בסי' שפ"ח וי"א שלא עשו תקנת גגזל בשורף שטר בין דניירא בעלמא הוא והעיקר כדעת ראשונה [ס"ך] ואם יש בניהם הכחשה נשבע המזיק היסת וגפטר וכן ביכולת בעל השטר להשביעו כשפוטן אינו יודע שישבע שאינו יודע אם הוא אינו רוצה לישבע שכך וכך היה כתוב בו ואע"פ שבעל השטר אינו מבחישו בבירור לומר שיודע מ"מ בבה"ב במזיק משבעינן אף על מענת שפק [נ"ל]:

יז וכ"ז כשאין עדים שיודעים כמה היה כתיב בו דאם יש עדים הרי אינו חייב לו כלום מפני שהם יעידו לפני ב"ד והב"ד יכתבו לו שטר אחר בסי' מ"א ואם יש עד אחד שמעיד כמה היה כתוב בו אם המזיק מכחישו נשבע להכחיש את העד ואם אינו יודע דנין בזה מתוך שאינו יכול לישבע משלם ויתבאר בסי' שפ"ח גם יתבאר שם אם יש בגרמי שבועת התורה וכ"ז ביירי שהלוה מבחיש או טוען פרעתי אבל בשמודה אין כאן דין כלל דיכתוב לו שטר אחר ואם הלוה אומר פתות והמלוה אומר יותר והשורף אינו יודע אין דנין בזה דין נשבע ונומל אף לדעה ראשונה שבסעיף ט"ז אלא הלוה נשבע היסת וכן בשהלוה כופר בכל יכול המלוה להשביע היסת מיהו אם המלוה אינו רוצה להשביעו אלא רצונו לישבע וליטול או ליתן שבועה להשורף יש להסתפק אם השורף יכול להשביע להלוה או שהלוה יכול לומר לו לאו בע"ד דידי את:

יח סופר שכתב שטר וכתב סנה במקום מאתים או המזיק לחבירו בעצתו שיעץ לו או שליש שהחזיר שטר שלא היה לו להחזיר בגון שהחזיר שטר פרוע להמלוה והמלוה היה כותי והוציא מהלוה פעם שנית או אפילו היה ישראל אלא שהיה רשע והוציא מהלוה פעם שנית כולם פטורים דלא הוי אלא גרמא דכל אלו אינו ברי הזיקו דבשטר שכתב יתר וכן כשמסר שטר פרוע למלוה אינו ברי שיוציא בו ממון דשמא יביא הלוה ראיה שלא לוה כל כך ושפרעו בבר ואינו דומה להחזיר שטר שאינו פרוע ללוה או ששרפו דוראי אין ביכולת המלוה להוציא בלא שטר משא"כ להוציא מהלוה אינו ברי

ברי כל כך וכן בעצה שאינה הוגנת מי יימר שילך בעצתו והיה לו להתיישב עם אחרים ג"כ ואיהו דאפסיד אנפשיה ועם"ש בסי' רפ"ח סעי' כ' [כנ"ל טוסם סס"ך סקפ"ג] :

יט ומ"ם מה שביכורת הגורם היזק להציל מכאן ולהבא מחוייב לעשות ולתקן את אשר עוות ומבריחין אותו לזה בכל מיני הכרח עד דמסלק היזקא וכן הדין בכל גרמא בנזקין :

כ כתב רבינו הרמ"א בסעי' ג' די"א דבכל גרמא בנזקין אם הוא דבר שכיח ורגיל חייב לשלם משום קנס ע"ל והקשו עליו דלא מצינו מי שיאמר כן דודאי כוונתו לאותה דעה שבסעיף ח' דאין חילוק בין גרמי לגרמא אלא דבגרמי קנסו רבנן משום דשכיח ע"ש וא"כ זהו הכל בגרמי ולא בגרמא אמנם כוונתו באמת כן הוא דכיון דראו חז"ל לקנוס במילי דשכיחי ולסימן זה קראו גרמי ולכן בכל גרמא ג"כ אם לפי ראות עיני ב"ד נעשה שכיח ורגיל חייב לשלם משום קנס ואפשר גם לדעה שניה שבסעי' י' דגרמי דינא הוא ולא קנסא ס"מ הרי אנו רואים בהיזק שאינו ניכר דקנסו רבנן כדי שלא יהא רגיל לעשות כן להזיק לחבירו א"כ אם לפי ראות רגילין אנשי רשע להזיק בגרמא למה לא יקנסו אותם ובכר נהבאר בסי' ב' דאם רואים ב"ד איזה פריצות ביכלתם להעניש ע"ש :

כא ולכן יש מי שכתב דראובן שסכר מקח לבותי ואחר שנגסר המקח בא שמעון וא"ל להקינה שאינו שוה כל כך וע"י כך פיחת לו ראובן שחייב לסלק לו כל מה שהפסידו אע"פ שאין זה אלא גרמא וי"א דדוקא שהמקח שוה כמו שסכר לו והבותי מכריחו לקבלו בפחות ממה שקנה ובין שוה גרם לו חייב לשלם ודינו במשלין אבל אם באמת אינו שוה כל כך או שהקינה תחזיר לו המקח אע"פ שע"י זה מוכרח למכרו בזול א"צ לשלם לו [ס"ך] וחייב בר"ש :

כב ראובן שהלוה מעות לכותי על משכונות ובא שמעון להלוה וא"ל שילונו בריוח פחות ממה שראובן נוטל ממנו והחוזר הלוה לראובן סעותיו פטור שמעון דהוי גרמא מיהו מקרי דשע ולא נרע מעני המהפך בחברה אבל מרינא פטור אפילו א"ל להלוה שיחזיר לראובן מעותיו :

כג מעשה שבא סוחר ועשה מקח עם ישראל ליקח ממנו כך וכך מרות י"ש כל מדה בכך וכך ונגמר המקח ביניהם כדרך התגרים בהכאת כף אל כף אח"כ הקך הסוחר אל ישראל אחר הדר בשבונה ישראל זה ורוצה לקנות ממנו ג"כ י"ש ולא נילה שכבר נמר עם הראשון וביוונתו היתה שאם זה יוזיל לו המקח לא יטול מהראשון והראשון הרגיש בדבר ושלח לשבנו שלא ימכור לו כי כבר גמר עמו והשני לא השגיח בזה ועשה מקח עם הסוחר ומפני זה חזר הסוחר ממקחו עם הראשון ופסקו דאם אין ערמה בדבר לפי ראות עיני ב"ד כגון שבאמת לא ידע השני שנמר עם הראשן אין עונשין אותו ונם דין מערופיא אין כאן דזה אינו אלא בסוחר שרגיל תמיד לקנות מהראשון אסור להשני להסיג גבולו אבל סיחר דאקראי כל זמן שלא נמר עם הראשון אם בא הסוחר מעצמו אל השני יכול למכור לו אבל אם ידע שנמר עם הראשון מענישין אותו ומוציאין ממנו הריוח [עמ"ע] וכל ספק גרמא אין מענישין אותו אך עונשו בידי שמים אם היה כוונתו לגרום היזק לחבירו והמבמל כיסו של חבירו פטור ברינו אדם וחייב בר"ש כמ"ש בסי' רצ"ב :

כד הזורק כלים מראש הגג ואין תחתיהם כרים וכסתות וכשיפלו ישברו ובעודם באויר בא אחר ושברן במקל הזורק חייב והמשבר פטור דחשבינן אותם כשכורים משעה שזרקן הראשון ונמצא דהשני שבר כלים שבורים משום דהולכין אחר סוף הדבר וסופן להשבר וי"א דהוה ספיקא דדינא אם הולכין אחר הסוף וחייב הראשון או שאין הולכין אחר הסוף והשני חייב ולכן שניהם פטורים דהמע"ה [ס"ך] וכ"ז כשזרק הכלי אבל אם זרק חץ או אבן על הכלי וקודם ששינה החץ או האבן בא אחר ושברה לכ"ע חייב האחר ששברה והזורק את החץ והאבן פטור דדוקא כשזרק הכלי בעצמה והיא עמדה להשבר חשבינן לה כשוברה משא"כ כשלא נגע בהדבר הנזוק כל זמן שלא נשברה חשבינן לה כשלמה [סס] :

סימן שפז [שמין השברים לניזק ומשלם עליהם ובו סעיף אחד] :

א בסי' ת"נ יהבאר דממונו שהזיק כגון שורו שנגח שור של חבירו והמיתו או שבר כלי של חבירו שמין הנבילה והשברים ונותנין לניזק והמזיק משלים עירהם והפחת משעת מיתה עד שעת העמדה ברין ג"כ על הניזק וכשבח חולקים וכסי' שנ"ה נתבאר רבנגב וגזלן אין שמין אלא צריך לשלם שלמים וכשהזיק לאחר בגופו כגון ששבר בידיו כלי חבירו או הרג בהמתו אע"פ שמצד הסברא היה לנו לדמותו לגנב וגזלן ס"ם כיון שלא הגיע הנאה לידו דינו כמזונו שהזיק ושמין להניזק השברים ולפיכך אם הרג בהמת חבירו או שבר כליו

כליו אפילו במזיד שמין כמה היתה הבהמה שוה בחייה וכמה היתה הנבילה שוה בשעת מיתתה ונותנין הנבילה להניזק והמזיק משלים עליהם מכיסו כדי שוויים בחייה וכן בכלים והפחת משעת מיתה ושבירה עד העמדה בדין כגון שנתייקרו עזרות וכיוצא בזה חולקין בהשבח כדרך שיתבאר בשורו שהזיק בסי' ת"נ וכבר פשוט הוא שאם אפשר למזיק לתקן הכלי דחייב לתקנה [ס"ך] :

סימן שפח [דין ניזק נשבע ונוטל ודין מלשין וכו ל"ב סעיפים] :

א המזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק הקנו חכמים שהניזק נשבע ונוטל כמו שתקנו בנגזל כס"ש בסי' צ' כיצד לקח כים של חבירו והשליכו למים או לאש או שמסרו ליד אנס ואבד בעל הבית אומר זהובים היה מלא והמזיק אומר איני יודע מה היה בו שמא עפר או תבן היה מלא הרי הניזק נשבע בנק"ח ונוטל וכטלשין יתבאר עוד בזה הסי' ובאש יתבאר עוד בסי' ת"ח ורוקא כשהמזיק אומר איני יודע אבל כשמכחישו נשבע המזיק היסת שכך וכך היה ומשלם כפי מה שאומר [ס"ך] ועס"ש בסעי' כ"ד :

ב לא תקנו רק במזיק במזיד ואפילו אינו מזיק ממש אלא שבפשיעתו נעשה הנזק כגון שזרקו לארץ ומכח זריקתו נתגלגל ונפל למים או שהיה ביד חבירו ודחפו מידו וממילא נפל למים וכן כל כיוצא בזה אם עשה הפשיעה במזיד ואינו יודע כמה הזיק נשבע הניזק בנק"ח ונוטל אבל אם הזיק בשוגג או באונס אע"פ שחייב לשלם הנזק כס"ש בסי' שע"ח ס"ם לא תקנו שישבע ויטול [סס] :

ג לא תקנו אלא כשהניזק טוען דברים שהוא אמור בהן או הוא אמור שהפקידו אצלו דבר כזה וצריך לברר מי הפקיד אצלו [סס] ואם טוען דברים שאינו אמור בעצמו ושיפקידו אצלו אינו נאמן ליטול בשבועה ואפילו תפיסה לא מהני אף להרמב"ם ז"ל דס"ל שמועיל הפיסה בספיקא דדינא הכא לא מהני שזה אינו ספק בגמ' [עס"פ ככוכם] ואינו מועיל שבועתו רק לפי אמידתו אא"כ יש עדים ואז לא שייך שבועה ומשלם כפי מה שאומרים העדים אף שאומרים הרבה יותר מכפי האומד ואין המזיק יכול לומר לא אמדתיך בכך שאהיה צריך לשלם סכום כזה כמו שיכול לטעון בפקדון כס"ש בסי' רצ"א דזה אינו טענה רק בשמירה כשפשע בשמירתו אבל במזיק בידים מי הכריחו להזיק בידים [גמ' סס] ולפ"ז נ"ל דבמזיק בשוגג א"צ לשלם אלא כפי אמידתו אף כשיש עדים [כ"מ סס] ואם יש תקנה זו בדינא דגרמי יתבאר לפנינו בס"ד :

ד וכן אינו יכול לישבע וליטול אלא בדברים שדרך בני אדם להניח בכלי כזה כמו מעות בכיס וכיוצא בזה אבל אם אין דרך להניח בכלי זה את הדבר שהוא טוען ה"ז ספיקא דדינא לדעת הרמב"ם בפ"ז מחובל כיצד הרי שחמף חמת או סל מלאים ומחופים והשליכן לים או שרפן ומצאן הניזק שמרגליות היו בתוכן אינו נאמן בשבועתו לישבע וליטול דספיקא דדינא הוא והמע"ה ואם תפס אין מוציאין מידו להרמב"ם ז"ל דמהני הפיסה בספיקא דדינא והרא"ש ז"ל דלא מהני מוציאין מידו ולכן לדעת הרמב"ם כשתפס ישבע שמרגליות היו בתוכן ונוטל כמה שתפס :

ה לדעה שנתבאר אין הספק רק אם נאמן ליטול בשבועה בדבר שאין דרך להניח בכלי כזה אם לאו ולפ"ז אם יש עדים שהיה מונח בו כך וכך חייב לשלם אפילו בדברים שאין דרכן להניח בכלי זה כמו מרגליות בסל וכיוצא בזה אבל יש מרבותינו דס"ל דאין הספק לענין נאמנותו ליטול בשבועה אלא הספק הוא לענין עצם החיוב אף אם נודע בבירור שהיו מרגליות בסל אם חייב לשלם אם לאו מפני שהמזיק יכול לומר לו אתה פשעת בעצמך שהנחת מרגליות בסל ולא היה לי להעלות על הדעת וכיון דהוי ספיקא דדינא המע"ה ואם תפס תלוי במחלוקת הרמב"ם והרא"ש אם מהני תפיסה ואע"ג דבמזיק בידים אינו יכול לטעון לא אמרתיך בכך כמ"ש בסעי' נ' מ"ם בדבר שאין דרך כלל להניח בכלי כזה יכול לטעון אף במזיק בידים [פוס' סס] ונראה דבמזיק בשוגג גם לדעה הקודמת פטור אף אם יש עדים כמ"ש בסעיף ג' :

ו לא תקנו תקנת נגזל רק במזיק בגופו אבל בנזקי בהמתו לא תקנו תקנה זו [ס"מ סס] ולכן שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה ואין ידוע אם מחמת נגיחה הפילה או שהפילה קודם פטור כלשלם בעד הולד אפילו כשניזק אומר ברי ומזיק שמא כמ"ש בסי' שצ"ט וכן נ"ל דבדבר שאינו אמוד ודבר שאין דרך להניח בכלי זה פטור בנזקי ממונו אף כשיש עדים כמו בפקדון :

ז כתב הרמב"ם [סס] ידע המזיק שהכים היה בו והובים אבל אינו יודע כמה היה ואמר הניזק אלף היו נוטל אלף בלא שבועה ואינו יכול להשבע כמו שיתבאר בענין הפקדון עכ"ל והולך לשיטתו בפ"ה משאלה דגם בכקום דלא הו"ל למידע אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ולכן י"א דנשבע הניזק ונוטל ואין דנין בזה דין מתוך שאיל"מ כיון דלא הו"ל למידע כמ"ש בסי' ע"ב

ע"ב ובסי' ע"ה ורבינו הרמ"א כתב שכן עיקר מיהו יש מי שאומר דבמזיק דנין דין זה אף בסקום דלא הו"ל למירע דלא היה לו להזיק בידים (ולפיס עסמ"ב עמין ע' סכתב כסרמב"ס ועי"ב דבדין מחוייב שבועה לפ ס"ל כותפיס כמ"ש סס"ך] :

הערה יזוע לכל קוראי הדורות שבזמן הקדמון במדינות הרחוקות לא היה לאיש בסחון בנופו וממונו מפני השודדים והאנסים אף שנשאו עליהם שם משרה כידוע גם היום מאיזה מדינות מאפריקא השוד והחמס שפחות המסלשלת עושים ועל סוב יזכרו מלכי איירופא וביחוד אדונינו הקיר"ה מרוסיא ואבותיו הקיסרים ומלכי ברימניא שפרשו כנפי ממשלתם בארצות הרחוקות למען יהי לכל איש ואיש בסחון על גופו וממונו באופן שהעשירים לא יצטרכו להסתיר עצמם שלא יששללו ממונם ויהרגו אותם ועל זה סוגב הולך כל דיני מסיר ומלשין שבש"ס ופוסקים כאשר נבארם בס"ד כי המוסר ומלשין את חבירו לפני שודדים כאלה הלא רודפו בנופו וממונו ולבן ניתן להצילו בנפשו :

ד המוסר ממון בידי אנס בין אנס בותי בין אנס ישראל חייב לשלם מהיפה שבגנסיו בדין מזיק כל מה שלקח ממנו האנס אע"פ שהמוסר לא נשא ונתן בידו אלא הראה להאנס ממונו של זה דזהו מדיני דרמי שנתבאר בסי' שפ"ו ואפילו לא הראה לו המקום אלא א"ל להאנס המקום שמונח ממונו של זה והאנס לקחם חייב כמו בדן אה הדין דחייב בריבור בעלמא וה"ה אם הראה לו קרקע של חבירו ואנסה חייב לשלם [ס"ך] ומשלם ממיטב כשמשלם בקרקע אבל כשמשלם בממלטלין כל מילי מיטב הוא כמ"ש בסי' תי"ט :

ס כך"א בשהראה המוסר מעצמו אבל אם אנסוהו להראות והראה ה"ז פטור מתשלומין ואפילו לדעה שנתבאר בסי' שפ"ו דנרמי דינא הוא ולא קנסא ומזיק חייב גם באונס מ"ם בזה פטור באונס משעם שכתבנו שם בסעיף י"א ולבן אם לא אנסוהו על של חבירו אלא אנסוהו להראות שלו והראה של חבירו חייב ואף שהראה שלו ושל חבירו מפני דבוה לא שייך הטעם שבארנו שם ולפיכך אם האנס גזר עליו להביא לו יין או תבן וכיוצא בדברים אלו ואמר הרי יש לפלוני אוצר של יין או של תבן בסקום פלוני והלך האנס ולקחם חייב לשלם שהמציל עצמו בממון חבירו חייב אבל אם אנסוהו להראות ממון של פלוני בין שא"ל איזה טענה על הפלוני ובין שלא א"ל שום מענה עליו [סמ"ע] ותזברח להראות מפני האונס ה"ז פטור דאנס הוא :

י וכתב רבינו הרמ"א דאונס לא מקרי אלא הכאות ויסורים אבל לא אונס ממון עכ"ל וכן משסע מלשון הרמב"ם והכי מסתברא דבין דאסור להראות ממון חבירו כשאונסים אותו על שלו א"כ כיון דעיקר האונס הוא על ממונו אין לו להציל עצמו בממון אחרים ויש חולקים בזה דוראי כשאונסים אותו בשלו אסור להציל עצמו בשל אחרים אבל כשאונסים אותו בשלו כדי שיניח על של אחרים לסה יפסיד את שלו הרי עיקר האונס הוא על של אחרים וזהו דעת הרמב"ן והרשב"א והרא"ה ז"ל ויבול לומר קים לי כדעה זו ופמיר מלשלם [ס"ך] :

יא י"א דזה שנתבאר דבאנסוהו על שלו והראה על של חבירו חייב לשלם וזהו כשהיה לו הדבר שאנסוהו עליו בנון שאנסוהו להראות להם ממון והיה לו ממון והראה על ממון חבירו או שאנסוהו להראות להם יין ושמן והיה לו והראה על של חבירו אבל אם לא היה לו הדבר שאנסוהו עליו פטור אף שהיה יכול לפייסם בדבר אחר שיש לו בנון שאנסוהו על ממון ולא היה לו ממון והיה לו יין ושמן והיה יכול לפייסן בהיין או בהשמן פטור [רמ"ל ונ"ן] ואף גם באנסוהו להראות ממון חבירו שפטור אם הראה זהו דוקא כשאנסוהו להראותם ממונו של פלוני אבל באנסוהו להראותם גוף חבירו כדי שיכוהו אסור להראותם בכל ענין ואע"פ שיהיה ביכלתו להציל גופו ע"י נתינת ממון ס"ם אסור להראותם ואם יכוהו לזה יציל א"ע בממון של עצמו [סס] וב"ש אם אין ממון לאותו פלוני ורוצים לתפסו עד שיפדוהו קרוביו שאסור להראותו להם ואסור לנרום היזק לקרוביו [סמ"ע] :

יב כתב רבינו הרמ"א דאפילו יסרוהו ולא א"כ על מה והראה ממון חבירו חייב עכ"ל ויש מי שאומר דדוקא כשניכרים הדברים שלא הכוהו בשביל ממון מתחלה וא"כ הציל א"ע בממון חבירו וחייב לשלם אבל אם אינו ניכר כיון דאנוס הוא יכול לומר סכור הייתי שמיסרין אותי להראות להם ממון [ס"ך] ומה הייתי יכול לעשות כיון שאין לי ממון לפייסם והוה כמו שאנסוהו להראות ממון אחרים :

יג כל נזק שבא על האדם אסור לסלק ממנו הנזק באופן שבזה יניע נזק לחבירו דאסור להציל עצמו בשל חבירו ואם מציל עצמו בשל חבירו חייב לשלם לחבירו כמ"ש בסי' ער"ר אבל קודם שבא הנזק רק שרואה שהנזק מוכן לבא עליו מותר להציל עצמו שלא יבא הנזק עליו אע"פ שע"י זה בא הנזק לאחר וכך איתא בירושלמי בהמניח ראה אמת המים שוטפת ובא לתוך שדהו עד שלא נכנסו המים לתוך שדהו רשאי לפנותן למקום אחר משנכנסו אין רשאי לפנותן והטעם דבל זמן שלא בא הנזק אינו מביא הנזק לשל חבירו אלא מציל א"ע שאינו מניח את הנזק לבא אצלו בנון שמותם פתחי שדהו וממילא יבא הנזק למקום אחר אבל כשכבר בא הנזק ומפנהו למקום אחר הלא עושה בידים נזק לאחר ואנסים שהמיילו מם על עשרה אנשים פלוני ופלוני וכו' אסור להם לברוח אם ע"י בריחתם ימילו על אחרים דוקא הצלת עצמו בממון חבירו אבל אם

יודעים שע"י בריותם יתבטל העניין רשאים לברוח [נמק"מ פ"ק דב"ב] :

יד זה שנתבאר בסעי' ט' דבאנסוהו להראות והראה פטור והו דוקא בהראה אבל אם נשא בעצמו הממון של פלוני ונתנם להאנס חייב ולא מיבעיא באנסוהו להראות והוא הוסיף מעצמו ונשא ונתן ביד שחייב אלא אפילו אנסוהו להביא להם ממון של פלוני והלך והביא בידו חייב דדוקא בגרמי פטור באנום אבל בעושה מעשה בידים חייב לשלם אף כשהיה אנום [ריי"ף בהגוזל בהרמ] ולא דמי לס"ש בסי' רצ"ב במפקיד ממון אצל חבירו ובאו עליו ליסטים וקדם ונתן להם הפקדון להציל עצמו פטור אם אינו אומר בעצמו משום דמסתמא באו בשביל הפקדון וכ"ש כשמצויים לו בפירוש להביא ממון של פלוני דהתם שאני דכיון שהפקדון אצלו והוא אינו אומד מסתמא באו בשביל הפקדון אבל כאן שהממון של פלוני אינו אצלו ולבה באמת המילו האנסים עליו אלא דמזליה דקא גרים ונסתחפה שדהו ואסור לו להביא אף כשאנסוהו ואע"פ שאין לו להניח עצמו לקבל יסורים וטוכרח להביא ס"ם חייב לשלם דזהו בהציל עצמו בממון חבירו :

טו והרבה מרבותינו חולקים בזה דכשם שכשאנסוהו להראות והראה פטור כמו כן כשאנסוהו להביא והביא פטור ואפילו לדעה זו דוקא כשאנסוהו להביא ממון של פלוני אבל באנסוהו להביא ממון סתם והביא ממון של פלוני חייב [ס"ך] ואפילו לא היה לו במה להציל א"ע בשלו ס"ם בנשא ונתן ביד כשלא אנסוהו על אותו ממון חייב לשלם :

טז ואפילו לדעה ראשונה דבנשא ונתן ביד חייב בכל ענין בד"א כשלא הניע עדיין הממון לרשות האנס אבל אם אנסו עד שהראהו ועמד האנס על הממון ונעשה כבר שלו דהיינו שיכול לשלוט עליו ולטלטם ואנס אוהו שילוך הממון למקום פלוני ועשה כן פטור דעד כה שהראהו פטור כשהיא אנום כפי ס"ש ועל מה שנטלו בידים פטור דכיון דהאנס עמד בצד הממון ויכול ליטלם הוי כנאבד [כ"מ מלסא כרמב"ם וסמ"ע] :

יז מעשה בראובן שלקח חפץ משמעון בדי למנרו לשר אחד ואחיב נתהרם ראובן והחזירו לשמעון בפני עבדו של השר וסיפר העבד להשר שיש לשמעון חפץ כזה ולקחו השר בחזקה בלא דמים ופסקו דחייב ראובן לשלם דהיה לו להחזיר בינו לבינו דכשהחזירו בפני העבד הוה כנזק כרי וחייב מדיני דגרמי ואינו מועיל מה שלא כוון להזיקו דזהו בנזק מסס סמ"ע] ומעשה בשני שותפין שהיה להם הוב ביחר אצל שר אחד ואנס השר לאחד מהם שיפטור אותו מכל החוב ופטרו ופסקו דפטור מלשלם לשותפו חלקו אפילו לדעה שבסעיף י"ד זה אינו כנשא ונתן ביד והוי כאנסוהו להראות ולכן אם היה להם משכון ואנסו להחזיר לו המשכון והחזיר הוי כנשא ונתן ביד [ס"ך] והלוי בשתי הדעות שנתבאר :

יח בעלי דינים שהיתה ביניהם מריבה על קרקע או ממלטלין זה אומר שלי וזה אומר שלי ועמד אחד מהם ומסרה לאנס כופין אותו עד שיחזיר הרבר לכמו שהיה ויסלק יד האנס מביניהם ויקיב הדין ביניהם וס"ם אין לו דין מלשון אע"פ שהפסיד חבירו ע"י זה הרבה משום דמלשון לא מקרי אלא במתכוין להוק ולא כשמתכוין להוציא את שלו וי"א דנקרא מלשון וחייב לשלם לו כל הזיקו אם חבירו לא היה סרבן לעמוד בדין וכ"ש אם התרו בו החכה לדין ושלא ילך להאנס ועבר והלך שיש לו דין מלשון אפילו לדעה ראשונה והעיקר לדינא כהי"א [ס"ך] :

יט מכל מה שנתבאר מבואר דאסור למסור את חבירו ביד אנסים בין בגופו ובין בממונו ואפילו היה רשע ובעל עבירות להיאבון ואפילו היה מיצר לו ומצערו בדברים וכל המוסר אין לו חלק לעוה"ב ויורדין לגיהנם ואינם עולים ומי שהוחזק למלשין מבקשין עליו עצה ותחבולה ומתרין בו כשא"מר אלשין ואם העיז פניו ואומר אלשין ואלשין מבקשין עליו עצה ותחבולה ומוסרין אותו לידי ערכאותיהם ואם אין פנאי להתרותו א"צ התראה וכן מי שרגיל לצער את הציבור מוסרין אותו לערכאות לאסרו בבית האסורים ולקונסו ולהבותו אבל מפני צער יחיד אין מוסרין אותו אא"כ הוא מלשין דבזה אין חילוק בין יחיד לציבור דהוה כרודף וממונו של מלשין אמר לאבר אע"פ שנופו טותר מפני שממונו ראוי ליורשיו וי"א דלעצמו מותר ליטלן ואינו אסור אלא לאבדן ומקבלים עדות שלא בפניו וא"צ לכוין העדות כל כך רק אם נודע בבירור שהוא מלשין עושין כס"ש והוצאות שמוציאים עליו חייבים כל אנשי העיר לפרוע אפילו אותם שפורעים מם במקום אחר ומי שעשה שליח להלשין אם השיח הוחזק לעשות חייב המשלחו ואין שייך בזה אין שליח לד"ע כיון דע"פ הוא מלשין ושניהם דינם כמלשינים :

כ אין נותנין שום שבועה למלשין שהלשין מרצונו לא שבועה חמורה ולא שבועה קלה מפני שהוא רשע ואין לך פסול יותר ממנו ואפילו כשאומר אלך ואמסור נפסל לערות ולשבועה ויוכל הנרדף להציל א"ע בכל אופן שיכול אפילו אם ע"י הצלתו יניע היזק להרודף וכ"ז במלשין מרצונו אבל אם אנסוהו להראות ונשא ונתן ביד אע"פ שחייב לשלם כס"ש ס"ם לא מקרי רשע כיון שבעיקר הדבר הוא אנום רק שחייב לשלם ולכן הוא כשר לעדות ולשבועה וכן כשאין עדים שהלשין אינו נפסל אף כשמורה מעצמו דאין אדם משים עצמו רשע וחייב בתשלומין ע"י הוראתו לא' מיבעיא למאן דס"ל דנרסי דינא הוא ולא קנסא אלא אפילו למאן דס"ל דהוי קנסא לא שייך לומר בזה מודה בקנס פטור אלא בקנסות דאורייתא ולא במה שקנסו חז"ל [ס"ך]

ומי

ומי שרבר לפני העדה דברים שביכולת לנרום היזק לאחרים מעניינים אותו ואם החזיר שטר פרוע לאנס ויגבה האנס בו שניה י"א ראם האנס נבה פעם שנית חייב לשלם ויש חולקין ועמ"ש בסי' שפ"ו סעיף י"ח :

כא מי שרוצה לברוח ולא לשלם חובות ואחר גילה הדבר אין לזה דין שנהבאר שהרי לא הפסידו והרי צריך לשלם מה שהייב אמנם אם נרם לו היזק עי"ז יותר מחיבותיו חייב לשלם מה שגרם לו יותר וכתב הבאר הגולה שביסוי פשט המנהג והתקון שמנהיגי הקהלה עומדים על המשמר שלא לעשות שקר ועולה להאומות ומכריזים לגלות ולפרסם על האנשים שלוקחים בהקפה או לזמן סעות ואין רוצים לשלם ומנהג טוב ויפה הוא וגודל קידוש שם שמים יש בזה וראוי לתקן כן בכל מקום ואז יאמרו בנוים ישראל אשר בהם יתפאר אלהי עולם ובן אנשים שעוסקים בזיופי מטבעות ובשארי מיני זיופים בדברים שיש לחוש להזיק רבים יכולין למסרו למלכות ולהודיע להמשלה שאחרים אינם חייבים בזה רק זה העושה לבדו :

כב בגמ' [ס"פ סמוסם] איבעיא להו אם עשו תקנת נגזל במלשין או לא ונשאר בתיקו ויש מרבותינו שפירשו דדוקא כשהמלשין יכחישו שלא הפסידו כל כך דבזה הוי ספיקא דרינא אם ישבע הנלשן ונוטל כמו בנגזל בסי' צ' אם לאו אבל אם המלשין בעצמו אינו יודע כמה הפסידו ודאי דנשבע ונוטל בכבל מיזק שנתבאר בריש הסי' ויש מרבותינו שחולקים בזה ום"ל דאפילו אם אינו יודע כמה הפסידו הוה ספיקא דרינא [שמי שעות בפום' ורמ"ם ס"ם] ואין להקשות ודרי הוא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם בלא שבועת השבננדו דבכאן לא שייך דין זה דהא לא הו"ל למידע וכמ"ש בסעיף ז' ופשיטא למאן דס"ל דנרמי הוה קנסא דרבנן ובדרבנן לא פסקינן דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם כמ"ש בסי' ע"ה :

כג וי"ל הרמב"ם בפ"ח מחובב מי שיש עליו עדים שהלשין ממון חבירו כנון שהראה מעצמו או שנאנס ונשא ונתן ולא ידעו העדים כמה הפסידו והנלשן אומר כך וכך הפסידני והמלשין כופר במה שפענו אם תפס הנלשן אין מוציאין ממנו אלא נשבע בנק"ח ווכה במה שתפס ואם לא תפס אין מוציאין מהמלשין אלא בראיה ברורה עכ"ל ום"ל כרעה ראשונה שנתבאר ואפשר דס"ל דבאינו יודע כמה הפסידו דמשלם בלא שבועת הנלשן כדין מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע לשיטתו דנם בסקום דלא ה"ל למידע משלם כמ"ש בסעיף ז' [ס"ך] ולפמ"ש בסי' שפ"ו דנרמי הוה דינא ולא קנסא כמ"ש [וע"ע על סמ"ך סקוסתר מיקמו שכסי' סמ"ו דלכנייו נגמן בסקל"ת בע"כ ס"ל להרמב"ם דנרמי קוי דינא וחי"ק] :

כד ובמה שכתב הרמב"ם ז"ל דספק זה הוא נם בנאנס ונשא ונתן ביד יש מי שתמה עליו דכיון שנאנס אין לו דין מלשין שיפסל לשבועה כמ"ש בסעיף כ' וא"כ כשמביאו פשיטא שישבע המלשין ויפטר ועיד דבנמ' לא איבעיא אלא במלשין דהוי נרמי אבל בנשא ונתן ביד מזיק נמור הוא [ס"ך] וצ"ל דס"ל להרמב"ם בכל המזיקים אע"פ שכשמועים ברי לא תקנו תקנת נגזל כמ"ש בסעיף א' ס"ם אם תפס הניזק לא מפקינן מיניה כמו שבננזל התקנה אף כשהגזלן מועין ברי כמ"ש בסי' צ' א"כ נהי דתקנה זו סמש לא נתקנה דהא אינו נפסל לשבועה ס"ם הרי עכ"פ מזיק הוא ויכול התופס לומר איני מאמין לך בשבועתך עוד נ"ל דהרמב"ם ס"ל דעיקר הבעיא במלשין לא משום דפסול לשבועה הרי נם באש עשו תקנה זו כמבואר שם בנמ' ואע"נ דבשם אין הניזק מיען ברי כמ"ש בסי' תי"ח מ"ט במלשין הבעיא הוא אף במקום שאינו נפסל לשבועה ואף כשמיען ברי ודע שזה שכתב ונאנס ונשא ונתן ביד אין זה לפי הרעה שבסעיף מ"ו דלאותה רעה פטור לנמרי אא"כ לא היה אנוס רק להראות כמ"ש שם וזה שפסק הרמב"ם דאי תפס לא מפקינן מיניה הולך לשיטתו דמהני תפיסה בספיקא דרינא אבל לרעת הרא"ש ז"ל לא מהני תפיסה וכ"כ רבינו הרמ"א :

כה אם העדים יורעים כמה נתן הניזק להאנס אלא שהמלשין מוען שלא בשכיל המלשינות לבר נתן לו או שיש איזה הערמה בדבר או שהיה יכול להתפשר בפחות נשבע הניזק שהוכרח להתפשר עם האנס בכך וכך בעד המלשינות ושאין ערמה בדבר ונוטל :

כו דוקא במלשינות ממון הוי ספיקא דרינא אם תקנו תקנת ננזל אבל במכשין נופו של חבירו לאנס אין ספק בזה אלא נשבע הנלשן מה שהפסיד ע"ז ונוטל דגופו אין זה נרמי אלא מזיק ממש ויש מי שאומר שאין חילוק אלא אם מסרו בידים להאנס נשבע ונוטל אבל אם ע"י דיבורו נתפס הוי נרמי כבממון [ס"ך] ונם בממון אם נשא ונתן ביריו שלא באונס נשבע ונוטל ורוב הפוסקים המכימו לדעה ראשונה וכ"פ רבינו הרמ"א ובן עיקר לדינא קמ"ס] :

כז יראה לי דבכל דיני דנרמי כמו בשורף שטר וכיוצא בזה דינו כמלשין דאם העדים אינם יודעים כמה הויק ובניהם יש הכחשה לדעה ראשונה שבסעיף כ"ב הוי ספיקא דדינא אם נשבע ונוטל וכשהמזיק אינו יודע כמה הפסידו נשבע הניזק ונוטל ולדעה אחרונה נם באינו יודע הוה ספיקא דדינא [ומ"ם ספ"ך בסקמ"ו וכסי' ספ"ו סק"י דלסרמב"ם ליכא סד"ח בנרמי ל"ע וכסקל"ח כתב בעלמו בסיפוך וכ"כ הרתב"ן בקול' נרמי ונו"ק] :

כח כל דיני מלשינות וכן כל דיני נרמי אינו אלא כשהתובע סבור דבריו ע"פ עדים או שבעל דינו

מזרה לו אבל האומר לחבירו הלשנתני או עשית לי נזק גרמי וזה כופר ישבע לו היסת ויפטר בכבל הטענות ואם הזרה במקצת כתב הרשב"א ז"ל דמשלם מה שהזרה [סמ"ע] ואינו משלם השאר ואפילו אחר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא לא אמרינן מתוך שאיל"מ מאחר דלא ה"ל למידע כמה הזיקו עכ"ל וכוונתו שנשבע היסת על השאר או ישבע שאינו יודע אם זה פוען שיודע ומה שאינו נשבע שר"א במזרה מקצת משום דס"ל כהרמב"ן ז"ל דעל דיני דגרמי ליכא שר"א דאין עיקרו ממון אבל יש מראשונים דס"ל דמשבעינן שר"א במזרה מקצת גם בגרמי [כנה"ג הוצ' בב"י סק"ו ובמ"ך סק"ס ולע"ג מבין דמ"ש ל"ל לארכב"מ לומר מעם ולע"ג ס"ל למידע] :

כמ בזה שכתבנו שצריך לישבע היסת י"א שצריך לישבע לו בפני האנס שלא הלשינו והטעם דאולי יתבייש בפניו ויודה האמת ואם הנלשן עצמו אינו יודע מי הלשינו ויש עד אחר שיודע שזה הלשינו צריך נ"כ לישבע כמ"ש אבל הכותים אינם נאמנים בכך אם לא שניכר שאומרים אמת ואז נהי דא"א לחייבו ממון על פיהם מ"מ שבועה צריך ואם אינו רוצה לישבע ישלם [כ"ן] :

ל שנים שהלשינו ביחד כל אחד משלם החצי ואם בזה אח"ו ובענין אחר האחרון פטור מתשלומי ממון דכל זמן שלא נפטר מנזק הראשון לא הוסיף השני נזק ואם באמת הוסיף נזק חייב לשלם מה שהוסיף ואם יש מפק בדבר לא מפקינן ממונא מספיקא [מ"ך] ובכל ענין צריך השני לקבל עליו תעניות ומלקיות ולבקש מחילה מהניזק דמ"מ רשע הוא וכן הדין במלשין לאנס והאנס ידע זאת מעצמו או בותים יגידו להאנס באופן שהוא לא הוסיף נזק פטור מתשלומין וצריך תשובה וכפרה ואדם שרגיל להכות אחרים עונשין אותו ואם אין יד ישראל תקיפה מענישים אותו ע"י ערכאות אף שיוגרם לו היזק כיון שאינו ציית דינא :

לא מלשין שמת נובין מיורשיו כשארי מזיקים וכן בכל דיני דגרמי דגרמי דינא הוא ולא קנסא שנאמר שלא קנסו ליורשיו וי"א דדוקא בשעמד בחייו בדין ראל"כ אין היורשין חייבין לשלם דמ"ל לדעה זו דגרמי קנסא הוא והוה כהיזק שאינו ניכר שלא קנסו ליורשיו כמ"ש בסי' שפ"ה וכן בכל גרמי בשוגג ואונס תלוי בפלוגתא זו כמ"ש בסי' שפ"ו ע"ש :

לב אשה שעשתה הזיקות מגרמי אם יש לה נכסים שאין להבעל רשות אף לאכול הפירות גובין מהם ואם לאו ממתין עד שימות הבעל ותקח כתובתה ואף אם תמות מקודם ואין לה כתובה מ"מ אם נשאר ממנה נכסי מלוג אף שהבעל יורשה מ"מ משלם להניזק מה שהפסידה ואע"ג דהבעל נחשב כלוקח ולמה ישלם מ"מ לענין נזקין חשבינן להבעל כיורש והטעם דכיון שהניזק אינו חייב בזה עשאוהו רבנן כיורש שישלם משא"כ לגבי לקוחות דאפסידו אנפשייהו שקנה ממנה נכסים דינו בלוקח כמ"ש באה"ע סי' צ' [עיטור ס"פ י"ן] ולכן בכל נזק גרמי אם רצון הניזק לקבל כל נזקו יאבל הבעל פירות נכסי מלוג שלה וכשתמות יגבה מהם וכשימות הבעל יגבה מנכסיה וכ"ש אם רצון הניזק להכריחה שתמכור כתובתה עתה במובת הנאה ולשלם לו כפי מה שיתנו בעד זה שיש ביכולתו לעשות כמ"ש בסי' תכ"ד גבי חבלות בס"ד ע"ש ומ"מ בין כך ובין כך מיסרינן אותה וכן קטנים וחרשים ושוטים שעשו היזק גרמי מיסרין אותם כפי יכלתם עד שימנעו מלעשות הזיקות ובן כל כיוצא בזה :

סימן שפט [דיני נזקי ממון ודיני קרן תם וכועד וקצת משן ורגל ובו ס"ב סעיפים]:

[סדיני כאלה נוסגים במקומות שמחב"י מתנהגים בל"מ ובכל ע"פ ד"ת, לפ כן בתרגומינו אנו, שנהגו הל סדין כמיקרי דינא דמלכותא דינא]:

א כמו שאדם המזיק חייב כמו כן ממינו של אדם שהזיק חייבים הבעלים לשלם דעליהם לשטור את ממונם שלא יזיקו לאחרים וארבעה מיני נזקי ממון כתוב בתורה שנים בנזקי בעלי חיים ואחד בנזקי האש ואחד בנזקי הבור ודיניהם משונים זה מזה כאשר יתבאר בהלכות אשר לפנינו ונזקי הבור יתבאר בסי' ת"י ונזקי האש בסי' תי"ח ובסי' אלו יתבאר נזקי הבעלי חיים ושלשה מיני נזקין יש בבע"ח קרן ושן ורגל בקרן יש חילוק בין הם למועד ובכל מקום שהזיק חייב בין ברה"ר בין ברשות הניזק ושן ורגל חיובן רק ברשות הניזק דכתיב כי יבער איש שדה או כרם ושלח את בעירה ובער בשדה אחר מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם ושלח זה הרגל כדכתיב משלחי רגל השור והחמור ובער זה השן כדכתיב כאשר יבער הגלל ער תומו [גמ'] וזהו שן שמכלה לגמרי באכילתו משא"כ הרגל משבר ומטנף ולא בכליון גמור וכן הגביא הממיך שן ורגל ול"ו דכתיב הסר משוכתו והיה לבער פרץ גדירו והיה לסרמס [ירמיה] ובקרא דשן ורגל כתיב בשדה אחר והיינו ברשות הניזק ולא חילק בהם בין הם למועד ובקרן כהיב כי יגוף שור איש את שור רעהו ומת ומכרו את השור החי וחצו את כספו וגו' או נודע כי שור נגח הוא וגו' שלם ישלם שור תחת השור הרי לא חילק בין רשות הניזק לרה"ר ויחילק בין הם למועד וכל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם והזיקה חייבים הבעלים לשלם דזה שכתוב שור דבר הכתוב בהוה מפני ששיר דרכו להזיק ואחד שור ואחד שאר בהמה וחיה ועוף שהזיקו חייב חילפינן שור שור משכת שנאמר שם וכל בהמתך אלמא דשור לאו דווקא והחיוב על כל מיני הבע"ח שהם ברשות האדם ואלו החמשה מיני נזקין שבארנו כלולים בד' דשן ורגל דין אחד להם ולכן כללן התורה בפסוק אחד וכך שנו חכמים ארבעה אבות נזיקין הן:

ב וכל מיני נזקי ממון שבעולם כלולים באלו ארבעה מיני נזקין ולכן קראן התנא אבות נזיקין וכל שארי מיני נזקין שבעולם הם תולדותיהן ודין אחד להאבות והתולדות כיון ששוין בגדרן ובאיכותן כמו שיתבאר לפנינו בס"ד:

ג ומה נדריהן של אלו האבות הקרן כוונתו להזיק כדרך שור שמנגח בקרניו ולכן כל דבר שהבעל חי עושה לכוונת נזק כגון שנשך בשיניו או נגף בגופו או בעט ברגלו או שרבצה על כלים כדי לשברן הם תולדות קרן דזה שכהוב כי יגוף פידושו כי ינח כדמוכח אידך קרא דכתיב או נודע כי שור נגח הוא ופתח בנגיפה וסיים בנגיחה לומר לך זו היא נגיחה זו היא נגיפה [גמ'] וכן אם אכלה בגד או כלי הוי תולדה דקרן דכוונתה להזיק דהרי אין דרך הבהמה לאכול בגדים וכלים להנאתה:

ד גדר השן הוא יש הנאה להזיקה דהיא אוכלת להנאתה ואין כוונתה להזיק ולכן כל דבר שהיא עושה להנאת גופה כמו נתחכבה בכותל להנאתה או ששכבה על פירות הרבים או על הבן להנאתה וטינפן או קלקלן הוי תולדה דשן ונדר הרגל הוא הזיקו מצוי דמפני שהבהמה הולכת המיד לכן כל מה שפוגעת ברגליה הדרוס עליהן דאינה בת דעת לסור מהזיק אבל אין כוונתה להזיק בקרן וזהו ג"ב כשן דכשם שדרך הבהמה לאכול מה שעיניה רואות כן רגילה כוונת נזק ורק רגל מצוי יותר משן מפני שהולכת המיד וגם אין הנאה להזיקה ושן יש לה הנאה ואינו מצוי ברגל ולכן בכל דבר שהבעל חי מזיק דרך הילוכו כגון שהזיקה בשערה דרך הילוכה או באוכף שעליה או במהג שבפיה או באפסר שעליה או בקרון שקשורה בו כל אלו הן תולדות רגל ודינן כרגל לבד נזק אחד יש ברגל דהלכה למשה מסיני שאין דינו כרגל בכל הדברים זמשלם חצי נזק בקרן ולא נזק שלם כרגל וזהו נזק צרורות שאם בעת הילוכה התזה צרורות ברגליה והצרורות שברו כלים קבל משה רבינו מסיני דמשלם ח"נ וביאור הדברים דצרורות הוא לומר לך דאע"ג דבכל הדברים כחו כנופו דמי אבל כח השור לאו כנופו דמי ובאה הקבלה דהצרורות הבאים מכחו של השור אין דינו כנוף השור שהזיק ועיד יתבאר בזה בס"ד ובאלו השלשה אבות כלולים כל מיני נזקי בעלי חיים שבעולם ונדרי אש ובור יתבארו במקומן:

ה דווקא בעלי חיים שאינם מדברים כשהם ברשות חאדם חייב על היזקן שעשו דהיה לו לשומרן אבל בעל חי מדבר שברשותו של אדם כעבד ואמה שהיזקו אינו חייב בהזיקן ולא כן הדין אלא מפני ההקנה שאם אתה אומר שהבעלים ישלמו יעשו הזיקות הרבה בכל יום כשהבעלים יקניטום בם"ש בס' שמ"ח ובשישתחרר חייב לשלם ובשרגיל להזיק מכין אותו שלא יזיק ואפילו אם הזיק העבד בשינג דלא שייך טעם שנתבאר פטורים הבעלים ג"כ שאם אתה אומר שיתחייבו

על שנגחתם אף בשוגג חייב יאמר שונג אני כדי שישלם בעדו וירבה הזקות [סוס' ב"ק ל.] ועוד דעל שונג פטור האדון מדינא דגיון דהוא בר דעת אין על האדון לשומרו דישמור א"ע ולא דמי לבהמה שחייבתו התורה בהזיקה שהרי אין לה דעת לשמור א"ע ורק כשעשה העבר נזק במזיד היה לנו לחייב את האדון כדי שישמרנו ורק מטעם שלא ירבה לו הזיקות מכחחים אנחנו לפוטרו גם בזה [הר"י בס"מ שם] ודיני שור שהמית אדם יהבאר בסי' ת"ה בס"ד:

ך כל בעל חי העושה מעשה שדרכו לעשותו תמיד כמנהג בריייתו הוא הנקרא מועד כלומר שמיועד לכך וכל שעושה מעשה שאין דרך סינו לעשותו תמיד הוא הנקרא תם כלומר אף שהוא מזיק ס"ם אין עדיין שם מזיק עליו ובתמימותו עשה ולא הורגל בכך אבל אם הוא עושה הרבה פעמים זה אח"ז נעשה מועד לאותו דבר שהורגל בו והוא מזיק נמור כי מיועד הוא לכך ולכן בשן ורגל אין בהן תם ומועד דמיועדין לכך שכל המין עושה בן כיון שהוא בלא כוונת נזק ולכן גם בפעם הראשון חייבים לשלם נזק שלם מסימב שבנכסיו כדכתיב משב שדהו ומשב כרמו ישלם אבל קרן ותולדותיו אין בעלי חיים רגילים להזיק לבר חיות המזדפות ולכן בנ' פעמים הראשונים קדם שהוחזק לכך הוא תם ואינו משלם אלא ח"נ וברביעית משלם נזק שלם:

ז וחצי נזק שהתם משלם אינו משלם אלא מנופו של מזיק שכן נזרה התורה דכתיב ומכרו את השור החי וחצו את כספו ש"מ דא"צ לשלם משארי נכסים שיש לו אלא מגופו של מזיק כיצד שור שוה מנה שנגח לשור שוה עשרים דינר והמיתו והגבילה שוה ארבעה זוז והניזק צריך ליטול אותה ברמים כמ"ש בסי' ת"נ נמצא דהזיקו עולה מ"ו דינר חייב לשלם לו שמנה דינרין ואינו משלם אלא מנוף המזיק לפיכך אם שור שוה עשרים דינר המית שור ששוה מאתים והגבילה שוה מנה או פחות מזה אין בעל הגבילה יכול לומר לבעל החי הן לי חמשים דינרין או יותר כפי מחציה נזקי אלא אומר לו הרי שור שהזיק לפניך קחנו ולך ואפילו אינו שוה אלא דינר וכן כל כיוצא בזה וכשכל השור הוא יותר ממחצית נזקו אינו יכול ליטול כל השור אלא הוא והמזיק שותפין בו וכשהמזיק רוצה לשלם לו מכיסו חצי נזקו וליטול השור לעצמו אם אינו שוה יותר מחצי נזקו אינו יכול לכופו ויכול הניזק ליטול את השור בע"כ אבל כשהוא שוה יותר מח"נ יכול המזיק לכופו דהא מוברחים למוכרו ולחלק המעות כפי החלקים שיש להם א"כ מה לו להניזק אם יקחנו אחר או המזיק וכופין אותו על מדת סדום מיהו אם הניזק אומר אני רוצה לעכבו ולשלם לך חלקך מענתו מעגה ומעלין זע"ו בנור או אינור [ני]:

ח מהו שנאמר בתורה ומכרו את השור החי וחצו את כספו ונם את המת יחצון לשור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים והגבילה יפה חמשים זו זה נוטל חצי החי וחצי המת וזה נוטל חצי החי וחצי המת ואין הכוונה שבאמת יהלוקו רא"ב היה לו לכתוב וחצו את כספו ונם את המת ולמה ליה למכתב יחצון אלא דהמת נוטלו הניזק כולו בדמיו דהא מטלטלין ביכולת המזיק ליתן להניזק ממה שהמזיק רוצה כמ"ש בסי' תי"ט ואפילו מה שנפחתה הגבילה משעת טיתה עד ההעמדה בדין שייך על הניזק כמ"ש בסי' ה"נ אלא ה"פ דפחת שפיחתתו טיתה מהצין בחי והיינו שהמיתה הפחיתתו ק"נ זוז נוטל מחציתו ע"ה זוז מהחי והלהמזיק יש בהחי קכ"ה זוז וגם לענין שבח דרשינן לה ויהבאר שם בס"ד:

ט ואם שור שוה מאתים ננח לשור שוה מאתים ור ב לה יפה מאה יש להניזק חמשים בהשור החי ולהמזיק יש ק"ן וכן כל כיוצא בזה [עסמ"ע סק"ד ספי' כן בפקוק ובמגנה כ"ק ל"ה. מפורש כמ"ש בסעי' מ']:

וכיון דשן ורגל דרך הבע"ח לעשות כן לכן אין חיובם רק ברשות הניזק כמפורש בתורה ובער בשדה אחר אבל ברה"ר פטור רא"א להבעלים לילך אחר בהמתו כשהולכת ברה"ר שלא העשה כמבעה אבל קרן חייב גם ברה"ר דסתם בהמות אין דרכן לינח ולעשות מעשים בכוונת נזק והיה מן הדין לפטור לנמרי את הבעלים בפעם הראשון דכאין ידע ששורו ננחן רק ההורה קנסה אותו כדי שישמרנו ולא יניחו לצאת מרשותו ולכן הייב גם ברה"ר אבל ברשותו של מזיק כשנכנסה בהמה וננחה שורו של בעה"ב פטור דלא היה לה ליכנס לרשות אחרים שלא ברשות הבעלים ומה יעשו הבעלים לזה האם נחייבנו למנור על מסנר את שורו ואינו פטור רק כשנכנסה שלא ברשות אבל אם הכניס בהמתו לרשות אחר ברשות הבעלים והבעלים קבלו עליהם שישמרנו או אדם הנכנס לרשות אחר שנצרך אליו כמו פועלים הנכנסים להבוע שכרן והזיקן שורו של בעה"ב חייב ועמ"ש בסי' ת"ה סעי' י"ד:

יא וז"ל הרמב"ם בפ"א מנזקי ממון וכמה משלם אם הזיקו בדברים שדרכה לעשות תמיד כמנהג בריייתה כגון בהמה שאכלה הבן או עמיר או שהזיקה ברגלה או בדרך הלוכה חייב לשלם נ"ש וכו' ואם שנתה ועשתה מעשים שאין דרכה לעשותה תמיד והזיקה בהם כגון שור שנגח או נשך חייב לשלם ח"נ מנוף המזיק עצמו וכו' וכל מועד משלם נ"ש מהיפה שבנכסיו וכל תם משלם ח"נ מגופו בר"א כשנכנסה הבהמה לרשות הניזק והזיקתהו אבל אם נכנס הניזק לרשות המזיק והזיקתהו בהמתו של בעה"ב ה"ז פטור על הבל שהרי הוא אומר לו אלו לא נכנסת לרשותי לא הניע לך היזק והרי מפורש בהורה ושלח את בעירה ובער בשדה אחר ע"ל וביאור דבריו דהרי ראינו בשן ורגל שלא חייבה התורה רק ברשות הניזק משום דאין מבראי לחייבו

ברה"ר

ברה"ר דא"א לו לילך אחר בהמתו כמ"ש אלמא דחיובא דנזקין הולך אחר הבורא ומשילא דחיובא דקרן נהי דברה"ר יש לחייבו דכיון דשורו מזיק הוא אין לו להניחו לילך בעצמו ברה"ר וצריך להשהותו בחצירו בחצירו וודאי דאין לחייבו מצד הבורא דלא היה לו להניזק לילך לרשותו של מזיק וכן צריך לפרש בחזקת רבינו הב"י בסעי' י' [ומהורן קיבית רבינו ברמ"ם ועסמ"ע וט"ז] :

יב כבר נתבאר בסי' א' דנזקי קרן אין דנין בזמה"ז בח"ל מפני שאין לנו מסוכים וכל כח שלנו דעבדינן שליחותייהו דקדמאי ולא עבדינן רק במילתא דשכיחא כמו שן ורגל אבל קרן לא שכיחא ואפילו נגח הרבה פעמים אין גובין בדין ואינו נעשה מועד וכך אמרו חז"ל [סנ פ"ז:] אין מועד בבבל וז"ל הרמב"ם בפ"ה מסנהדרין וטפני מה אין מועד בח"ל לפי שצריך להעיד בו בפני ב"ד ואין ב"ד אלא המסוכים בארץ עכ"ל ואפילו הועד בארץ ויצא לח"ל והזיק אין גובין נזקו מפני שאינו דבר מצוי [כס] ומ"מ אף שאין דנין דיני קרן בח"ל מ"מ אם יש לאחד שור המזיק כופין אותו ב"ד שיבערנו מן העולם כדי שלא יזיק לאחרים ואם אינו ציית והזיק ממילין עליו כל חומר והפיסה מהני כמ"ש שם :

יג נזירה התורה היא שאינו נעשה מועד רק כשינח ג' נגיחות בג' ימים ובכל יום יעידו עדים לפני ב"ד מסוכים על הנגיחה שנגח היום דכתיב ואם שור נגח הוא מתמול שלשום והועד בבעליו ולא ישכרנו שלם ישלם וגו' ובאה הקבלה תמול חד מתמול תרי שלשום תלתא שהנגיחות יהיו בג' ימים דווקא אבל אם נגח ביום אחר או נשך או רבץ או בעט או נגף אפי' מאה פעמים אינו מועד רכל שלא הוחזק בג' ימים אין יכולים לזמר שהעראתו והרגלו לינח ואם נגח בג' ימים אך העראת העדים היה ביום אחר לאחר הנגיחה הוי ספיקא דדינא אם הוא מועד אם לאו [ב"ק כ"ד.] והספק הוא אם כוונה התורה לייעד השור והרי נעשה מועד בג' ימים או לייעד בעל השור ג' פעמים בג' ימים והרי לא התרו בו עד עתה ואין יהיה מועד בהתראות של יום אחד דאפשר דעיקר ההעדאה הוא על הבעלים כדי שישמרוהו וכן פסק הרמב"ם בפ"ו דהוי ספיקא דדינא ואין מחייבין את המזיק אלא ח"נ ואם הפם הניזק נזק שלם לא מפקינן סיניה לדעת הרמב"ם דמהני הפיסה בספיקא דדינא ולדעת הרא"ש לא מהני ואין חילוק בין כששני עדים יעידו על כל הנ' נגיחות ובין שיהיו ג' כיתי עדים שעל כל נגיחה יעידו כת אחת ומ"מ לענין הזמה נחשבים כל הכתות כעדות אחת :

יד וכך שנו חכמים [שם] אין השור נעשה מועד עד שיעידו בו בפני בעלים ובפני ב"ד העידוהו שנים בראשונה ושנים בשניה ושנים בשלישית הרי כאן ג' עדות והן עדות אחת להזמה נמצאת כת ראשונה זוממת הרי כאן שתי עדות והוא פטור [לשלם על נגיחה רביעית כ"מ] והם פטורים [מהשלמי נגיחה רביעית אף שהיו חוזים לחייבו כ"מ מפני שאין העדים משלמין ממון על שיזמו מולם] נמצאת כת שנייה זוממת הרי כאן עדות אחת והוא פטור והן פטורין נמצאת כת שלישית זוממת כולן חייבין וע"ז נאמר ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו ואע"ג דהשני כתות הראשונות יכולין לומר אנחנו לא כוונו לעשות מועד אלא לחייבו ח"נ דמאין היה לנו לדעת שגם הכת השלישי העיד אמנם כאמת אין ביכולתינו לחייב אותם אלא בשניבר שכוונתם היתה לעשותו מועד כנון שבאו כל השלש כתות ביחד או שבשעה שכל כת העידה רמזו בעיניהם להכתית האחרים דניכר להריא שכוונתם היתה לעשותו מועד או שכל הכתיה אין מכירין את השור ביחוד אלא שמעידים שיש לו שיר נגחן בעדרו ובכה"נ פשיטא שלא באו לחייבו ח"נ דהרי התם אינו משלם אלא מנופו ומי רי שאח"כ הכירו כולם שזה השור הוא שנגח כל הנגיחות [תוס' סנ] :

טז ולכן יש מרבותינו שפוסקים בזה שנתבאר בסעי' י"ג כשהתעדאות היו ביום אחד כיון דהנגיחות היו בג' ימים דהוי מועד דאם נאמר דגם להעדאת הבעלים צריך ג"כ ג' ימים מנא להו להראשונים למידע שינח גם מחר ויום שלאחריו אבל אם די ביום אחד י"ל שהיו כולם ביחד או רמזו ול"ו כמ"ש [רמ"ן] אבל הרמב"ם ז"ל סובר דגם בג' ימים משכחת לה שכל הכתות היו תמיד ביחד על הספק דאם ינח אח"כ יהיה מועד והיה כן ובכל יום בשהעידו לא הכירו את השור ואח"כ הכירוהו כולם כמ"ש וכן דעת רבותינו בעלי התוס' ז"ל [שם] :

יז ביון שהעדות צריך להיות בפני הבעלים לכן אם בעל השור הוא במרחקים או שור של חרש שוטה וקטן שנגחו פטורין שנאמר והועד בבעליו ולכן מעמידין ב"ד אפטרופס להשור ומעידין בפניו שהוא במקום הבעלים וכשנגח גובין מנופו וזהו דעת הרמב"ם בפ"ו ויש חולקין דכל זמן שהוא הם אין מעמידין אפטרופס לגבות מנופו [לקמ"ל] דכיון דהתורה חסה על הבעלים בהם שלא ישלם אלא מנופו וחצי נזק לפיכך אין לחכמים להקן להעמיד לשור הם בעלים כדי לגבות מגופו [תוס' ב"מ . ד"ס מין] :

יח אבל כשהשור מוחזק לנגחן לדברי הכל מעמידין אפטרופס ומעידין בפניו ודינו כהבעלים שאם העידו על ג' נגיחות בפניו כשינח נגיחה רביעית משלם האפטרופס ממיטב שבנכסיו ולכשינדלו היתומים יעשו דין עם האפטרופס וישלמו לו וזהו דעת הרמב"ם ז"ל והרא"ש ז"ל ס"ל דמשלם מנכסי היתומים דאם נאמר שהאפטרופס ישלם עתה משל עצמו לא ימצאו מי שיתרצה להיות אפטרופס ונ"ל דכשבעל השור הוא במרחקים גם הרמב"ם מודה דמשלמים מנכסיו ודע דזה שאכרנו שהשיר מוחזק לנגחן אין פירושו שהוא מועד

מועד דהא א"א להיות מועד בלא בעלים אלא הכוונה שהוחזק למשתנע ולנגח [תוס'] [ומה שהרמ"ם כתב שם המעם למלמד כך"י לענני ריב"ח ע' נקי"ם פ"ם דכתובות סי' כ']:

יח קי"ל דשור המועד שנשהנה מרשות לרשות הרשות משנה אותו ממועד להם וכן פסק הרמב"ם שם ויש להעביר המעם דשמא הבעלים החדשים ימילו עליו שמירה יתירה ולא יגח עוד לפיכך שור שהועד ומכרוהו הבעלים או נתנוהו במתנה חזר להמוחו שהרשות שנשתנה משנה דינו אבל אם השאילו או מכרו לשומר הרי הוא בחזקתו דהשואל והשומר באים מכח הבעלים ולא נשתנה רשותו ועדיין הוא ברשותו של ראשון וכן שור שהועד בפני אפמרופם ונהפקח החרש ונשתפה השומה והגדיל הקמן והבעלים שבאו ממרחקים הרי הוא בחזקתו דהאפמרופם מכחם בא ובכל מקום שם בעליו עליו [ב"ק מ':]:

יט נ"ל כיון דרשות משנה אם מכרוהו הבעלים כשנגח שני נגיחות לא נעשה מועד אצל הלוקח בנגיחה השלישית דכיון דמשניהו ממועד להם כ"ש שהנגיחות שנגח אצל הראשון אין בכחם לעשותו מועד אצל השני ורשות אינו משנה רק כשיצא לגמרי ברשותו אבל בשיש לו עדיין חלק בו אין הרשות משניהו [כ"מ מרמ"י ר"פ ל' וס' ומסמ"ע וב"ח ל"ם ה"ם ע"ם ולוק]:

כ שוורים שמשחקים בהם ומלמדים אותם לינח וא"ת אינם מועדים ואפילו הכיתו את האדם אינם חייבים מיתה שנאמר כי יגח ולא שיגיחוהו [רמב"ם שם] ויש חולקין בזה [רמב"ן] והעיקר כדיעה ראשונה [הם"מ] ואע"ג דשור נעשה מועד גם ע"י סיבה הצונית כמו כשנוגח ע"י קיל שופר כמו שיתבאר מ"ם הנניחה עשיה מעצמו אבל לא כשמלמדים אותו לינח [שם]:

כא בהמה שהועדה וחזרה בה מדבר שהועדה חזרה להמותה כיצד שור שהועד לינח וחזר בו שלא לינח אע"פ שהוא נוגף בנופו ה"ז הם לנניחה הקרן ואאימתי הוא חוזרו ער שיהיו התנוקות משמשין בו ואינו נוגח ובן בישארי רבדים כשהועד להם עד שימשמשו בו ולא יהיה עושה אותן אבל בסה שראה שוורים כמה ימים ולא נגח אינו חוזר לתמותו וי"א דכשראה שוורים ג' ימים וא"ו ולא נגח חוזר ג"כ לתמיתו אלא דבמשמוש תנוקות חוזר להמוחו אף ביום אחד [תוס' כ"נ: ד"ה מיתו והוכלמו לזה כלי מלא מפא סכרתם לפוטות ולו"ק] ויש מי שאומר דמשמוש התנוקות צריך שיהיה דווקא בין קרניו [רבנ"ן] ושישמשו בו דרך שיסוי ולא יתבעם זהו סימן מובהק להזרה [ב"ע שם]:

כב שור שהיא מועד לטינו אינו מועד מבהמא לאינו מינו אא"כ נתוודע שהוא מועד לאינו מינו הועד לאדם אינו מועד מבהמה לבהמה וכ"ש דמועד לבהמה אינו מיעד לאדם דאדם אית ליה מולא הועד לקמנים מסין זה אינו מועד מבהמא להגדולים שמסין זה דאפשר מהגדולים מתיירא אבל מועד לגדולים מועד לקמנים שמסין זה אבל לקמנים דמין אחר לא הוה מועד לפיכך אם הזיק למין שהוא מועד לו משלם נ"ש ואם הזיק לשאר המינים משלם ח"נ [ומ"ם בגמ' ל"ו. בסמא מקמנים לקמנים לעלמא וכו' ס"ם מגדולים לקמנים לעלמא פלא מצוס לגמשמה מתן קמנים]:

כג נגח שור היום וחמור למחר ונמל ביום שלישי נעשה מועד לכל דהזינן דהוחזק ג' פעמים שנוגח לכל בעלי חי שמוצא לבר מאדם ואם נגח שור ביום ראשון ושור ביום שני וחמור ביום שלישי אינו מועד לשום דבר כיון שלא הוחזק בג' מינים ואם ראה שור היום ונגחו ולמחר ראה שור ולא נגחו וביום השלישי ראה שור ונגחו וברביעי ראה שור ולא נגחו ובחמישי ראה שור ונגחו ובששי ראה שור ולא נגחו ובשביעי שמעבעו לינח שוורים בדילוג יום וכן כל ביוצא בזה:

כד ובסירוגין במינים שונים נעשה מועד למירוגין לכל כנון ראה שור היום ונגחו ולמחר ראה חמור ולא נגחו ובשלישי ראה סוס ונגחו וברביעי ראה נמל ולא נגחו ובחמישי ראה פרד ונגחו ובששי ראה ערוד ולא נגחו נעשה מועד לסירוגין לכל וכתב הרמב"ם שם דאם נגח ביום שהוא מועד לו אחד משלשת המינין שנגח בסירוגין ה"ז מועד עכ"ל וכן כתב נגח ג' שוורים בג' ימים כזה אח"ז וברביעי נגח חמור ובחמישי נגח נמל או שנגח חמור וגמל בתחלה בשני ימים וה אח"ז ואח"כ נגח שלשה שוורים זה אח"ז ה"ז ספק אם מועד לשוורים בלבד או לשלשה המינין הוא מועד עכ"ל והספק הוא אם חשבינן השור השלישי או הראשון להשוורים או להחמור והגמל ומבואר מדבריו שזה שאמרו חז"ל דבג' מינים נעשה מועד לכל אין פירושו לכל המינים אלא לכל ג' מינים אלו והרביתא הוא אע"פ שלא נגח מכל מין רק פעם אחת אמנם רוב רבותינו מפרשים דנעשה מועד לכל המינים שבעולם ואפשר שטעמו של הרמב"ם דכיון דקיי"ל מועד לקמנים אינו מועד לגדולים אפילו ממין זה כמ"ש בסעי' כ"ב א"כ איך אפשר לפרש דנעשה מועד לכל המינים הא להגדולים ממינים אלו אינו נעשה מועד דלא עדיפא ממין אחר וב"ע"כ דלאו לבל המינים שבעולם נעשה מועד ועוד דבירושלמי [נפ"ב ה"ו] מיבעי ליה אם נעשה מועד כלל ע"י ג' מינין וא"ם נהי דהש"ם שלנו סובר דנעשה מועד מ"מ אין סברא להפלינו כ"כ מהירושלמי

ולאמר דס"ל דנעשה מועד לכל המינים שבעולם:

כה יש מרבותינו שפוסקים דמועד לאדם הוי מועד לבהמה מבהמה [פמ"נ והוס'] אבל מועד לבהמה לא הוי מועד לאדם משום דאית ליה מולא וכן י"א דמועד למין אחד הוי מועד מבהמא למין אחר הרומה לו ואם חזר ממין שהועד לו אז חזר מהועדתו ממין האחר ג"כ ובשינה לא ישלם רק ח"נ אבל אם הועד

להריא לשני המינים וחזר ממין אחר לא הוי חזרה לשני מסתמא עד שנראה שחזר בו ואם הועד לאדם ולבהמה וחזר בו מאדם אינו חוזר לבהמה מסתמא [ים"מ פ"ד סי' נ"] :

בו בשרואין שכל נניחותיו אינו אלא ע"י סיבה או ביום מיוחד כגון ששמע קול שופר וננח וכן עשה בשלשה ימים זה אח"ז ה"ז מועד לשיפרות שכל זמן ששמע קול שיפר וינח כשלם נ"ש ובלא שופר משלם ח"נ ואף שופר הראשון מן המנין ולא אמרינן דבלבול נקטיה כהקול ולא ננח לדעה [נמ' ל"ה:] וכן כשכל שלש נניחותיו הם ביום מיוחד כמו בר"ח או בט"ו לחדש אינו מועד רק ליומים אלו וכן כשכל נניחותיו היה בשבת אינו מועד רק לשבתות ולא ליומיה החול [מגמס שם] וה"ה אם כל נניחותיו היה בראשון בשבת או בשני או בשלישי אינו מועד רק ליום זה ואמרינן דביום זה משתגע ונוגח [ומעם סירוסלמי ל"ל ולא נמס נקמס שכח ילמיס דעל מלס לא סייך זס ע"ם ס"מ.] וכשננח ביום מיוחד להדש אין חילוק בין חדש מלא לחדש חסר [הוס' נלס ס"ל.] :

בז בשרואין שנוגח בכל עשרים יום או בכל שלשים יום פעם אחה והימים אינם שוים בהשלש נניחות לא בטפר החדש ולא ביתי השבוע הועדהו בכבל הפלגת ימים מנניחה לנגיחה וכשיגה ביום העשרים או ביום השלשים לנגיחתו הקודמת משלם נ"ש ילכן אין הנגיחה הראשונה מן המנין כיון דהוי לפי הפלגת הימים זה מזה ולא לזמן קבוע ליתי החדש או ימי השבוע והרי הנגיחה הראשונה אינה מופלגת מהקודמת לה בכך וכך ימים שהרי לא קדמה לה נגיחה וכ"כ הרמב"ם שם ננח בט"ו לחדש זה ובט"ו לחדש שני וביו"ד לחדש שלישי אינו מועד עד שישלש ברילוג עכ"ל וכן אם הוא מועד לימים למירוגין כגון שראה שור ביום א' וננח וביום שני ראה ולא ננח ובשלישי ראה וננח ורביעי ראה ולא ננח וכחמישי ראה וננח ובששי ראה ולא ננח אין הראשון מן המנין דהוא לא היה מסורג מהקודם לו וצריך לראות בשביעי ולינח ובשמיני לא ליגח דאז נעשה מועד לימים למירוגין [תוס' שם] ואינו דומה למירוגין דשוורים דסע' כ"ד דגם הראשון מהמנין :

בח בשננח כסירוג ג' פעמים בג' נניחות כל פעם גם נגיחה ראשונה מן המנין כגון שננח ט"ו בניסן ומ"ו באייר ויו"ד בסיון וכן ננח במ"ו בתמוז ובמ"ו באב וביו"ד באלול וכן ננח במ"ו בתשרי ובמ"ז בחשון וביו"ד בכסלו נעשה לאלו הימים מועד כפי סדר הסירוג ובשיגה במ"ו במבת ובמ"ו בשבט וביו"ד באדר ישלם נ"ש דבין דסירוג שלשה פעמים זבכל פעם שלש נניחות הוה כקביעות יום שוה לימי החדש [תוס' נלס ס"ה.] ויש מרבותינו דס"ל דאפילו בפעם אחה ג' פעמים בכה"ג ס"ו ומ"ז ויו"ז נחשב הראשון ג"כ מהמנין [ימ"ם פ"ל לכ"ק סי' ל'

ע"ט נדפרי סמור יו"ל סי' קפ"ם] :

כט כמו שיש מפק בננח חמור ונמל וג' שוורים או ננח ג' שוורים וחמור ונמל אם נעשה מועד לכל או רק לשוורים כמ"ש בסע' כ"ד כמו כן יש מפק אם ננח בג' שבהות זה אח"ז ואח"כ ננח באחד בשבת ובשני בשבת או שננח בחמישי בשבת ובע"ש ובשבת ואח"כ ננח עוד שהי שבתות אם נעשה מועד לכל הימים או רק לשבתות וכמו כן איבעיא להו בירושלמי [פ"ב ה"ו] כשיצא ביום ראשון וננח וביום שני לא יצא ובשלישי יצא וננח אם נעשה מועד ביון דחזינן שבכל פעם שיוצא נוגח חשבינן גם יום השני לנגיחה אף שלא ננח דזה שלא ננח כפני שלא הניחוהו לצאת או דאינו נעשה מועד כל זמן שלא ננח ג' פעמים וכתב הרמב"ם ז"ל דבכל הספיקות אין מחייבין את המזיק אלא ח"נ ואם הפם הנזק נ"ש אין מוציאין מידו עכ"ל והולך לשיטתו דבספיקא דינא מהני הפיסה והרא"ש חולק עליו כמ"ש כ"פ :

ל חמשה מעשים המים יש בבהמה שאין דרך הבהמות לעשות כן ואם הועדת לאחד מהם נעשית מועדת לאותו מעשה בלבד ואלו הן הבהמה אינה מועדת לא ליגח ולא ליגוף ולא לנשך ולא לרבוץ על כלים ולא לבעוט ואם הועדה לנגיחה שהתרו בהבעלים שלש פעמים ה"ז מועדת לנגיחה ולא לרבר אחר ולא עוד אלא אפילו היעד ליגח ג' פעמים בקרן ימין אינו מועד לקרן השמאלי ואם אח"כ ננח ג' פעמים בקרן שמאל וביתין לא ננח חזר להמוהו ביתין ונעשה מועד בשמאלו ואם ננח אח"כ ג' פעמים ביתין ואח"כ בשמאל נעשה מועד למירוגין בכה"ג [ים"ם פפ"ד] אבל אם ננח פעם ביתין ופעם בשמאל ושלישי ביתין אין אומרים שיהא מועד למירוגין דדילמא דרך מקרה הי' כן דדווקא בג' פעמים ביתין או בשמאל איבא קפידא [מם] :

לא יראה לי דאע"ג דמימין לשמאל אין קפידא אא"כ ננח ג' פעמים ביתין או בשמאל אבל בלא זה הוא מועד לשניהם מ"מ נגיחה לנגיפה אין מצטרפין לעשותו מועד בנגיחה ונגיפה ונשיכה דכל אלו הם נזקים נפרדים ואין מצטרפין זל"ז לעשותו מועד ויש מרבותינו שמסתפקים גם במועד לקרן שמאל אי הוה מועד ליתין ג"כ דשמא מימין לשמאל דווקא אינו מועד דכל כחו ביתין אבל משמאל ליתין הוי מועד או אפשר דאין חילוק [תוס' מ"ה] :

לב בזה שאמרנו דאין הבהמה מועדת לרבוץ על כלים דעת הרמב"ם ז"ל דה"ווקא על כלים גדולים אבל על פנין קטנים היא מועדת מתחלתה לרבוץ עליהם ולמעך אותם כמו שמועדת מתחלתה על נזקי שן לאכול את הראוי לה ועל נזקי רגל לשבר בדרך הלוכה ומשלם נ"ש ויש חולקים וס"ל דאין חילוק בין גדולים לקטנים ודינם בקרן :

לג אע"פ שלהניק אין הבהמה מועדת מתחלתה מ"מ כמי

מיני חיות המזיקים מועדין מתחלתן להזיק וכך אמרו חז"ל [כ"ק פ"ו:] חמשה מיני חיה מועדים מתחלה ברייתן להזיק אפילו אם הם בני הרבות שבגודלים ביחד עם בני אדם פ"מ מבען כן להזיק כמו שמבע הבהמה לאכול את הראוי לה ואלו הן הואב והארי והדוב והנמר והברדלס לפיכך אם הזיקו או המיתו בנניחה או בנשיכה ורריסה וכיוצא בהם חייב לשלם נ"ש וכן הנחש שנשך ה"ז מועד ואפילו היה בן תרבות ו"א דדוקא נחש הוא מועד לכל מיני נזקין אבל האחרים אינם מועדין לכל דבר אלא במה שדרכן בכך כגון ארי דרכו לדרום ברגלו ולאוכלה כשהיא חיה עדיין או מורפה ברונו לשני חתיכות ומניחה ואינה אוכלה אבל לטורפה ולהמיתה ולאוכלה מיד אין דרכו בכך והואב הוא להיפך דרכו לטרוף ולהמית ולאוכלה מיד אבל לדרום עליה ולאוכלה כשהיא חיה אין דרכו כן לפיכך ארי בדריסה וואב בטריפה הוי מועד מתחלתו כשן ורגל אבל ארי בטריפה וואב בדריסה הוה בקרן ודוב ונמר וברדלס דינם כואב [ים"מ ספ"ק דנ"ק] :

לד כל אלו שהזיקו כדרכן הוי כשן ורגל ופטורים ברה"ר וברשות הניזק חייבים נ"ש וכשלא כדרכן דינם כקרן וחייבין בח"נ בין ברה"ר ובין ברשות הניזק ואע"נ דמן הדין היה לנו לחייבו גם בכדרכן ברה"ר ולא דמי לשן ורגל דהניזק פשע במה שהניח דבר מאכל או כלי ברה"ר במקום הילוך הרבים אבל ארי הדורס וואב המזיק למה יפטור ברה"ר הלא מזיק הוא וא"כ א"א לשום אדם להניח בהמתו שתלך ברה"ר מפני הארי והואב שיזיקו ויפטרו והיה להם להיות כקרן אחר ההעראה מ"ס כיון שהתורה פטרה שן ברה"ר משום דאורחה היא וזהו בארי וואב כי אורחייהו לא חילקה התורה ולכן פטורין ברה"ר אפילו כופין הבעלים שיבערו את המזיק מרשותם שלא יזיק לאחרים [ים"מ שם] :

לה כבר נתבאר דשן ורגל אין חיובן אא"כ הזיקו ברשות הניזק אבל ברה"ר פטורים ואצ"ל כשהכניס פירותיו לחצירו של מזיק שלא ברשיונו והזיקן בהמתו של מזיק ומיהו אם הנזק היה ברשות הניזק אע"פ שהבהמה הויקה ברה"ר אלא שהנזק הלך לרשות הניזק כגון שהיה טונח עץ ארוך מקצתו ברה"ר ומקצתו ברשות הניזק ודרסה בהמה על מקצתו שברה"ר וניתוך קצתו השני שברשות הניזק ושיברה כלים חייב לשלם נ"ש וכן בנזק צרורות שהתיזה אבן ברה"ר והלך האבן מבחה לרשות הניזק ושיבר כלי הניזק חייב בח"נ אע"נ דצרורות פמיר ברה"ר ואע"נ דשעמא דשן ורגל פטורים ברה"ר משום דאורחה הוא וא"א לאדם למנוע בהמתו מליך ברה"ר מ"מ לא חילקה התורה בכך וכמו שארי הדורס בארנו שפטור ברה"ר אע"נ דמזיק גמור הוא משום דאורחיה הוא כמו כן להיפך ברשות הניזק כשהויקה חייב אע"פ שעשתה הנזק ברה"ר וי"א דבאפת פטור כה"נ כיון שאורחה היא שתלך ברה"ר אין חיובה אא"כ עשתה הנזק ברשות הניזק מטש [מ"מ ים ס"ק להרי"ף ז"ן] ואם לקחה ברשות הניזק ואבלתה במקום אחר יהבאר במו' שנ"א סעי' ט' בס"ד דדעת רוב הפוסקים לפטור גם בכה"נ משום דבעינן שגם האבילה יהיה בחצר הניזק ע"ש :

לו וכמו ששן ורגל פטורים ברה"ר כמו כן פטורים ברשות שאינה של שניהם כגון ראובן שהכנים פירותיו לחצירו של שמעון שלא ברשיון שמעון ונכנם שם שורו של לוי ואכלתן פטור ואע"נ דאין לו רשות ללוי להכנים שם בהמתו ולא דמי להה"ר מ"מ הא גם ראובן אין לו רשות להכנים שם פירותיו ואין זה חצר הניזק ולכן אם ראובן הכנים שם פירותיו ברשיון שמעון ונכנם שורו של לוי שלא ברשות ואכלתן חייב לשלם נ"ש דהחצר הוי כמו שיתפות לראובן ושמעון ולנבי לוי הוי כמו שנכנם לרשות הניזק דכן הדין בחצר השותפין שנכנם שור של אחרים להזיק לאחד מן השותפים דחייב ואם נתן גם ללוי רשות להכנים שם שורו הוי כחצר השיתפין ליה לפירות ולזה לשוורים שיתבאר לפנינו :

לז חצר השותפין שבהמת אחד מהם הויקה בשן ורגל לחבירו אם החצר בשיתוף לשניהם לכל דבר להכנים בהמות ולהניח פירות כמו בקעה שיש רשות לכל אדם להכנים שם מה שירצה פטור בה על השן ועל הרגל ואע"ג דרשות הניזק היא ס"מ גם רשות המזיק הוא ולא קרינן ביה ובער בשדה אחר דשדה עצמו הוא ואורחה בכך ועדיף מרה"ר ועל הניזק לשטור א"ע וכ"ש אם יש רשות לשניהם להכנים בה שוורים ואין להם רשות להכנים בה פירות דפטור ובשני האופנים האלו פטור על השן ועל הרגל מפני שיש לה רשות להבהמה להלוך בכאן וזרך הבהמה ללילך ולאכול ולשבר בדרך הליכה אבל אם נגחה או ננפה או רבצה או בעטה או נשכה אם המה היא משלם ח"נ ואם היא מועדת חייב לשלם נ"ש דקרן חיובו בכל מקום לבד ברשות המזיק ורשות שניהם הוי כרה"ר לגבי קרן ולכן בטיחדת לשוורים לאחד מהם ולפירות לשניהם פטור בעל השוורים גם על קרן אם השותף הכנים בהמתו שלא ברשות דוהו כחצר הכזיק :

לח אבל אם החצר הוא רק מיוחד להם לפירות ואין רשות לשניהם להכנים שם שוורים והכנים שם אחד מהם בהמה והויקה חייב אפילו על השן ועל הרגל דלגבי הכנסת בהמתו כשלא היה לו רשות מקרי חצר הניזק ולא עוד אלא אפילו היה רשות לשניהם להכנים שם שוורים ולאחד מהם היה לו גם רשות להכנים שם פירותיו והזיקה בהמתו של שני לפירותיו חייב אף על שן ורגל ואע"פ שבהמתו הכנים ברשות מ"מ כיון דלגבי פירות אין רשות לו רק להשני קרינן ביה ובער בשדה אחר לענין היזק הפירות ומסתמא כשהושיו ביניהם שוה לבדו

לבדו יכנים שם פירותיו היתה הבזונה שהשני ישמור בהמותיו שלא יזקו לפירותיו דאל"כ אין לו תועלת במה שיש לו רשות להכנים פירותיו ועמ"ש בסעי' מ':

לט ואם היא של אחד מהם לפירות ולא לשוורים ולהשני לשוורים ולא לפירות והזיקה בהמתו של בעל השוורים לפירותיו של בעל הפירות שאכלן או מינפן חייב נ"ש דלגבי הפירות הו"ל חצר הניזק אבל אם בעל הפירות הכנים בה בהמתו שלא ברשות והזיקה בהמתו דבעל השוורים לבהמתו דבעל הפירות פטור דלגבי קרן הו"ל חצר המזק כיון שהשני אינו רשאי להכנים בהמתו ואם הזיקה בהמתו דבעל הפירות לבהמתו דבעל השוורים חייב אבל אם בעל השוורים הכנים בה פירות שלא ברשות והזיקן בהמתו של בעל הפירות בשן ורגל פטור ראע"פ ששוורו נכנם שלא ברשות מ"מ גם פירותיו של זה הוויין שלא ברשות והוי כחצר שאינו של שניהם דפטור כמ"ש ובמה שבארנו דחייב בנזקי קרן ה"ה כשהוזק לשוורו שלא בכוונת נזק כנזק שנתחכך בו להנאתו והפילו והוזקו דכיון דחייב על נזקי שורו ממעם שנתבאר אין חילוק באיזה אופן שהוזקו [ס"ק]:

מ ובזה שנתבאר דחצר המיוחדת לשניהם לשוורים ולאחד מהם לפירות אם הזיק שורו לבעל הפירות בשן ורגל חייב יש מרבותינו שחולקים בזה וס"ל דכיון שיש לו רשות להכנים שורו איך יתחייב על מה שיאכל פירותיו של חבירו והרי אורחיה הוא ועל בעל הפירות לשמור פירותיו [תוס' י"ב . ר"ס בלא ונכנ"ש סס] וכי נרע זה מרה"ר ור"א דמירי שכעת שלוה יש רשות להכנים פירותיו אין להם רשות להכנים השוורים [נמק"י וס"מ] וא"ב הי בעת מעשה כחצר הניזק ובוודאי דבכה"ג ליח מאן דפליג אבל מלשון המור והש"ע משמע דבכל ענין חייב כמ"ש בסעי' ל"ח ע"ש:

מא כל מיני נזקין שהמזיק חייב לשלם מביטו כמו שן ורגל או קרן מועדת או בור אין לו להניזק שיכות בגוף המזיק ולכן כשהניח טליתו ברה"ר והוזקה בו פרה אין אומרים שיוחלט הטלית לבעל הפרה כעד נזקו דאין לו לבעל פרה בגוף הטלית כלום אלא שמין את הנזק ומשלם לו ולכן אם מת המזיק ואין לו קרקע אינו נוכה מהיתומים מממלטלים ואפילו מזה הטלית לפי דינא דנמרא דמטלטלי דיהמי לא משתעבדי לבע"ח אבל בקרן תמה דמשלם מגופו יש לו חלק בגוף הפרה ולכן פרה שהוזקה טלית ברשות הניזק נובה מגופו אפילו כשמת המזיק ואין לו קרקע ומיתו האידנא דמטלטלי דיהמי משתעבדי לבע"ח כמ"ש בסי' ס' אין ג"מ ברין זה [פיר"מ כתוס' י"ב: ולפי מה דקיי"ל כר"ע כמ"ש בס"מ] ולא עוד אלא אפילו הוזקו וא"ו בגוף פרה שהוזקה טלית ברשות הניזק והגרר הטלית לרה"ר בפני בעל הטלית ולא פילקו מרה"ר והוזקה בו הפרה אין אומרים כיון שהוזקו וא"ו יצא נזק בגוף בלי שומא אלא שמין נזקי של כל אחד ובעל הפרה משלם ח"נ מנופה של פרה ובעל הטליה משלם נ"ש כרין נזקי בור שמשלם נ"ש דטליתו שברה"ר יש לו דין בור כרין כל תקלה שברה"ר כמ"ש בסי' ת"י ואין דין תשלומין רק על חצי פרה דחצי השנייה היא של בעל הטלית כיון שמקורם הוזקה הפרה להטלית ונעשו כשותפים בהפרה ויהיו השומא היא על כל הפרה ומנכין חצי נזקו של טלית שצריך בעל הפרה לשלם [זהו לפי' סס ומתורץ קושיית תוס' ס"ם ול"ק] ולא עוד אלא אפילו היו שני הנזקין ברשות אחד כגון שהיה החצר מיוחד לשניהם לשוורים ולאחר מהם גם לשארי דברים והכנים בה טליתו וחבירו שאין לו רשות רק להכנים שוורים הכנים בה שורו ולפי מה שבארנו דחצר המיוחדת לזה ולזה לשוורים ולזה לפירות דחייב בשן ורגל והפרה היתה מהלכת ונסתבכה רגלה בהטלית ונתקרע הטלית ונשברה רגלה של פרה ע"י סביבת הטלית הפרה חייבת בנזקי הטלית נ"ש כרין רגל שברשות הניזק והטלית חייב בגוף הפרה כרין בור ברה"ר דכיון שמיוחדת לשניהם לשוורים אינו לענין בור ברשות עצמו שיכול לחפור בה בורות אלא ברה"ר אין אומרים שיצא נזק בגוף ולא יזדקקו להם ב"ד כיון ששניהם לא שמרו אלא שמין הנזקין בב"ד וכל מי שהוזק יותר ישלם יותר [זהו לפי' ברמ"ם סס שכתוב בס"א סעי' י"ו ובפרטס ע"פ לגרי הנמק"י סס ובפי' הבריית מטמר בירושלמי בפי' הרמבן סמוס פיל"ח]:

מב בסי' שצ"ה יהבאר דבל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור כגון המנרה בעצמו כלבו של חבירו ונשבו אע"פ שאם אחר היה מנרה כלבו של ראובן ונשבו היה ראובן חייב דאין לו לנדל בלב שנושך בשמנרין אותו מ"מ כשהניזק בעצמו נידהו בו פטור ראובן כיון שהניזק לא עשה כראוי ומ"מ פרה שרבצה ברה"ר והלכה פרה אחרת דרך עליה ובעמה בה חייב בעל הפרה המזקת ח"נ כדין קרן ברה"ר ואע"פ שהפרה הנזקת שינתה בעצמה במה שרבצה ברה"ר ואין דרך הפרה לרבוץ ברה"ר רק להלך מ"מ אין המזיק פטור אלא כשהזיקה דרך הלוכה כדין רגל שפטור ברה"ר אבל לבעמ בה אין לה רשות ואינו דומה לנשיכת הכלב שנירה את המזיק בעצמו אבל הפרה הרבוצה אע"פ ששינתה מדרך הפרות מ"מ לא נירתה בעצמה את הפרה המהלכת ומה היה לה לבועמה אבל כשהזיקה אוהה דרך הלוכה אע"פ שאפשר שאין מדרך הפרות לילך על נובה כזה מ"מ כיון שנרבצה ועיכבה הדרך יש רשות להמהלכת לילך דרך עליה אם אינה בועמת בה ואם המהלכה הוכשלה בהרבוצה ונזקה פשימא דחייב בעל הרבוצה בח"נ כדין קרן ברה"ר [ונב"ק כ"ח: ממר ר"נ ריבוס במהלכת בניעום לאו דווקא ומסוס מהלכת בריבוס קממר ע"ם]:

דיני

סימן שצ [דיני רגל וצרורות וכלב ותרנגול וחוט קשור בו ובו כ"ב סעיפים]:

א כבר נתבאר דרגל הוא אב וזהו שכתוב בתורה ושלח את בעירה שהיא הולכת בדרכה ומזקת דרך הלוכה וזהו דבר שדרך הבהמה בכך ואין לה הנאה וכל הדומה לגדר זה הם תולדותיו של רגל ודיינם כמו רגל לפיכך בהמה שהוזיקה בגופה דרך הלוכה או בשערה כגון שנסתבכו כלים בשערה וגררן ושברתן או במשוי שעליה או ברסן שבפיה או באוכף או בחבלים שאסורה בהן או בזוג שבצווארה וכן תרנגולים שהיו פורחים ממקום למקום ושברו כלים בכנפיהן או שהיו מרקדין ודורסין ע"ג עיסה או על פירות ושינפום או על כלים ושברום ברגליהן וכן אפילו לא הוזיקה בעצמותה אלא בדבר הקשור בה אף שרחוק ממנה כמו סוס המושך בקרון והוליך את הקרון על כלים ושברן כל אלו תולדות הרגל הם ופטורים ברה"ר וכ"ש ברשות הטזק וחייבין נ"ש ברשות הניזק כדין רגל כיון שכל זה המין דרכן לעשות כן:

ב כשכשה בזנבה כדרך כל הבהמות ושברה כלים דינו כרגל דברשות הניזק חייב נ"ש וברה"ר פטור אבל אם בשכשה כשכוש רב יותר מדרך כל הבהמות לדעת הרמב"ם בפ"א מנזקי ממון הוי כפיקא דדינא אם דינו כרגל או כקרן ולכן כשהוזיקה ברה"ר פטור מספק שמא דינו כרגל וכשהוזיקה ברשות הניזק אינו כשלם אלא ח"נ דשמא דינו כקרן ואם הפם הניזק נ"ש וברה"ר ח"נ לא מפקינן מיניה לפי שיטתו דבספיקא דדינא מהני הפיסה והרא"ש ז"ל חולק על כל זה וס"ל דלא הוי ספיקא ונם זה דינו כרגל וברה"ר פטור וברשות הניזק כשלם נ"ש ואם כשכשה באמתה ושברה כלים נם להרא"ש הוי ספיקא דדינא והפיסה לא מהני לדיריה ואם היה ברשות הניזק והפם נוף המזיק מנבינן ליה ח"נ כדין קרן המה דמשלם מנופו [טור]:

ג כתב המור דאפילו אם הוזיקה בכשכושה לאדם אחד ברה"ר וברשות הניזק דינא הכי ואינו יכול לומר אם תאמר שהוא קרן תתחייב ברה"ר וא"ת רגל הן לי נ"ש ברשות הניזק אלא הולכין בשניהם להקל עכ"ל ואע"ג דמ"ן חייב נ"ש או משום רגל ברשות הניזק או שני חצאי נזק משום קרן ברה"ר וקרן ברשות הניזק מ"מ כיון דמחמת הזיק ולא הוא בעצמו הולכין להקל נם בכה"נ [כמ"ש] ואין זה טעם מספיק אלא דיל"ל טעם המור מפני שיש לו להמזיק לומר שמא ברה"ר היתה כי אורחה והוי רגל ופטור וברשות הניזק היתה כוונתה להזיק ואינו חייב רק בח"נ [ס"ק] ויש מי שתירץ דמיירי בשני בהמות ויכול לומר שזו היתה כאורחה וזו כוונתה להזיק [ס"ק] ולי נראה דמיירי שכבר עמד כדין על הראשון ונפסד מספק ובפעם השני אין ביכולת הניזק לומר נהדר דינא וממ"נ תתחייב לי דהטור ס"ל קם דינא וכדעת רבינו הרמ"א שבסמ"ק רמ"ח וכמ"ש באה"ע סי' קמ"ג [ועל תירוצי הס"ך והכ"מ ק"ל דבגמ' מסתמא מספקא לה] על כל המין, ועל כל הפעמים]:

ד כבר בארנו בסי' שפ"ט דכל התולדות דינם כהאבות לבר ברגל יש הולדה אחת שאינה כמותה אע"פ ששוה לה בנדרה וזהו נזק צרורות שהלכה למשה מסיני הוא דאינו חייב רק בחצי נזק בקרן ובשארי דברים כמו לשלם מביסו ולפטור ברה"ר שוה לרגל ומהו נזק צרורות כל שלא הוזקה בגופה או בדבר הקשור לה אלא בכחה כגון שהלכה והתיזה צרורות או אבנים ברגליה ונהזו למרחוק ושברו כלים משלם ח"נ וה"ה להרגנולים שרקדו ופרחו והעלו עפר או צרורות ברקידתם ושברו את הכלים וכן חזיר שהיה ניבר בחוטמו באשפה והתיז צרורות והזיק ברשות הניזק משלם ח"נ:

ה לפעמים ממעשה נזק אחד יתחייב נזק שלם וח"נ כגון דרסה על הכלי ברשות הניזק ושברתו ונפל מהשברים על כלי אחר ושברו על הראשון משלם נ"ש מפני שהתזיק היה בגופה ועל האחרון משלם ח"נ לפי שהיה בכחה וזהו צרורות וכתב הרא"ש דאפילו על כח כחו משלם ח"נ כגון שמהכלי השניה הנשברה נפל מהשברים על כלי אחרת ושברה משלם ח"נ דכח כחו ככחו דמי וכן מהשני להשלישי ולעולם [וגם הרמב"ם ס"ל כן מדלא כתב כח כחו הוי ספק ס"מ דס"ל דבעי ב' דר"ק נ"מ. מינו מלא לסומכום ו"ם בפ"ב ממזקי ממון דעל הגגות פטור מיהו מעשה כח כחו ויתבאר בסי' שנ"ב ועי' בהגר"ע מקי"ג ודו"ק]:

ו דרסה על הכלי ולא נשבר ונתגלגל למקום אחר מכח הדריסה ונשבר שם אין הולכין אחר שעה השבירה שנחשבנה כבחו ולא ישלם אלא ח"נ אלא הולכין על שעת החלת הנזק שדרסה עליה בגופה ומשלם נ"ש ומ"ם אם היתה מהלכת ברה"ר ונתזו צרורות מהחת רגליה לרשות הניזק ושבר את הכלים משלם ח"נ כדין צרורות ברשות הניזק ולא אזלינן אחר החלת הנזק שיהיה דינו כצרורות ברה"ר ויפטור לנמרי דכיון שעשה הנזק ברשותו של ניזק וברה"ר לא נגע בדבר הנזוק לא אזלינן בתר תחלתה משא"כ בדריסה ונהגלגלה דנגע בתחלה בדבר הנזוק אזלינן בתר תחלתה וכבר בארנו בסי' שפ"ט סעי' ל"ה דיש חולקים בזה ע"ש:

ז וכיון דקיי"ל דנזק הבא ע"י צרורות אינו משלם אלא ח"נ וכבר נתבאר שם דבהמה שבעטה ברגליה והזיקה הוי הולדה דקרן דאין דרך הבהמות בכך והוא משונה ובל משונה הוי הולדה דקרן לפיכך מיבעי בגמ' בצרורות הבאות ע"י שינוי מה דינו כגון בהמה שהיתה מהלכת ברה"ר ובעטה והתיזה צרורות ע"י הבעיטה והזיקה ברה"ר אי הוה תולדה דקרן וחייבת ברה"ר או תולדה דרגל כשארי צרורות ופטורה ברה"ר והוי כפיקא דדינא ופטור

ופטור מספק ולהרמב"ם דמהני תפיסה בספיקא דדינא אם הניזק הפם את נוף המזיק נובה רביע נזק ולא יותר דהא אפילו אם היא הולדה דקרן וחייב ברה"ד נ"כ א"צ לשלם אלא מחצה ממה שהיתה משלמת אם היזקה בנוף הבעיטה בלא צרורות וממילא דאין חיובו אלא רביע נזק דכשם דהלכתא גמירי לה בצרורות דרגל דמשלם רק החצי מאשר בלא צרורות כמו כן בצרורות דקרן אבל אם הפם דבר אחר לא מהני תפיסה כלל אפילו להרמב"ם דכיון דהספק שלחיוב הוא מצד ספיקא דקרן אינו משתלם אלא מנופו ולהרא"ש לא מהני הפיסה כלל בספיקא דדינא והאידנא גם להרמב"ם לא שייך זה דהא אין דנין דיני קרן בזמה"ז כמ"ש בסי' שפ"ט ומ"ו א' :

ח בעטה בארץ ברשות הניזק והתיזה צרורות מהטת הבעיטה והיזקה שם אינו משלם אלא רביע נזק דשמא היא תולדה דקרן וצרורות דקרן אינו משלם אלא רביע נזק כמ"ש ואם הפם הניזק ח"נ אין מוציאין מידו להרמב"ם דמהני הפיסה בספיקא דדינא ואפילו לא הפם נוף המזיק דברשות הניזק יכול להפים משום ספיקא דרגל ולהרא"ש לא מהני הפיסה להרביע השני ואינו משתלם רק רביע נזק מנוף המזיק ובזמה"ז דאין דנין דיני קרן אינו משתלם כלל :

ט זה שאמרנו דצרורות ע"י ביעוט הוי כפיקא דדינא אם היא תולדה דרגל או דקרן ספק זה הוא אפילו כשהיתה מהלכת בחצר הניזק במקום שא"א לה שלא תתיז כגון שהחצר מלא צרורות וביעטה והתיזה דיש סברא לומר דהוי כצרורות בלא ביעוט דהא אף אם לא בעטה היתה מנהזת בע"כ מ"מ כיון דע"י ביעוט התיזה הוי ספק וכן מיבעי ליה בירושלמי [ריש נ"ק] כשהיתה הולכת ועקרה עשבים בגופה ובקרנה איזו תולדה היא דקרן או דרגל דאם היתה עוקרת בגופה בלבד כמו ברגל וודאי אורחה היא ואם היתה עוקרת בקרנה בלבד ודאי דלאו אורחה והוי תולדה דקרן אבל בשעקרה בשניהם יש ספק אחר איזו נזק נלך ודינו כמ"ש :

י בהמה שהטילה גללים לעיסה או לשאר מאכל הוי תולדה דקרן ראין דרכה בכך אבל אם המקום שעוסדת הוא מקום דחוק שאין לה לנעות אנה ואנה דרכה בכך והיא תולדה דרגל והוי צרורות דהא בכחה הזיקה שהגלל הלך מהגוף באויר וירד להעיסה ולכן אע"ג דהטלת גללים היא להנאתה וצריך להיות תולדה דשן מ"מ כיון דבכחה הויקה ולא בגופה והוי צרורות בע"כ היא תולדה דרגל [רמ"י ימ] ולכן יראה לי דאם דיבקה אחדויה להכלי והלכו הגללים להדיא להכלי ולא דרך אויר הוי תולדה דשן ואפשר דבכה"נ הוי כשונה והוי תולדה דקרן ואם השתינה או הטילה גללים לחים חייבת נ"ש כיון שמחוברים בניצוק עד למטה [ס"ת סה י"ס . בסה ר"י מנ"ס] וכן משמע מרן מי לידה שיהבאר בסי' שצ"ד סעי' ב' אכתם בשם אפשר לומר טעם אחר משום דאין בזה כח הרוחה דסעצמו שותת משא"כ בטי רגלים ונגללים שהולך ע"י כח הרוחה אפשר לומר דהוי כצרורה גם בבה"נ ומ"מ העיקר לדינא כמ"ש :

יא וכשם שחייבין בנזק צרורות על כח שיש בו מ"ש כמו התזת צרורות והטלה גללים כמו כן חייבין על כח שאין בו מטש כגון סום שצנף שצעק ונחר בקולו וחמור שניער בקולו וע"י הקול נשברו כלים בגון שהקול היה חזק כל כך עד שהמקום שעמדו עליו הכלים התחיל לרעוד ונפלו הכלים ונשברו וכן הרגגול ששיבר כלים ברוח שבכנפיו הוי נזק צרורות וחייב ברשות הניזק ח"נ וכן הרגגול שהושיט ראשו לאויר כלי ותקע בו בקולו ושברו הוי נזק צרורות בר"א כשיש בו זרעונים או שאר מאכל שדרכו לאכול דדרכו בכך והוי תולדה דרגל דאל"כ הוי משונה והיא הולדה דקרן והוי צרורות דקרן כמ"ש בסעי' ז' ואין דנין בזמה"ז :

יב וכן הרגגול שהיה מחטט בחבל דלי ונפסק החבל ונשבר הדלי אם עיסה דבוקה לחבל דהשתא אורחיה הוא לעשות כן דאז אפילו כשהחבל אינה בלויה דדרכי לחטוט עד שתפסק החבל או אפילו אין בו עיסה רק שהיא לחה מהמים הדרכו לחטוט ולמצוץ מימיו רק כשהחבל אינה בלויה אין מדרכו לחטט כל כך עד שתפסק וכשהיא בלויה דבחטיטה קלה נפסקת דדרכו בכך ואם היה ברשות הניזק חייב נ"ש על החבל ועל הדלי ואע"ג דהדלי נפל להבור ושמה נשבר והוי כצרורות מ"מ כיון שהחלת הנזק עשה בגופו אזלינן בהר החלתו כמ"ש בסעי' ו' ואם החבל אינה בלויה וגם אין עיסה דבוקה בו וחטט עד שנפסק החבל ונשבר הדלי הוי משונה והיא תולדה דקרן ואינו חייב אלא ח"נ בין על החבל בין על הדלי בין ברה"ר ובין ברשות הניזק ואין דנים בזמה"ז כדין קרן ואם ההרגגול הלך אחר הדלי ומגלגלו בגופו עד המקום שנשבר שם משלם נ"ש דכן דרך התרגגולים והיזקן הוא מגופו ולא מכחו כיון שמגלגלו עד מקום שבירתו ואפילו לא נגף באבן אלא גלגלו עד הבור ונפל להבור ונשבר הוי נזק גופו ולא כחו לפמ"ש בסעי' ו' ע"ש אמנם לדיעה זו לא משמע כן ופטור בכה"נ ויהבאר לפנינו בס"ד :

יג זה שכתבנו הוא לפי לשון הטור והש"ע אבל מלשון הרא"ש מהבאר לנו דדווקא כשרצה לשתות מהדלי אורחיה הוא לגלגל הדלי וכדברי הרמב"ם ז"ל [פ"ג] שכתב היו מחטטין בחבל ונפסק החבל ונשבר הדלי משלמין נ"ש והוא שנתגלגל הדלי מחמתן עד שנפל ונשבר עכ"ל משמע להדיא דאפילו לא גלגלו עד מקום שבירתו חייב נ"ש ולא דיינינן ליה כצרורות כיון שהחלת הנזק היה בגופו כמ"ש בהיה עליו עיסה [וכ"כ סרסנ"ג ל"נ מימ מימ] ודיעה ראשונה ס"ל דאין לחייב משום זה אלא כשהיה עיסה על החבל דאורחיה הוא אבל בלא עיסה אין לחייבו על הדלי נ"ש משום שההחיל בגופו בהחבל

בהחבל כיון דחבל נופה משונה הוא [רפ"ח] ונניעתו בדלי היה באמצע הנזק ולא בתחלתו והרמב"ם ז"ל אף שאינו מחלק בין חבל בלוי לאינו בלוי מ"מ יבול להיות שמורה לדינא בזה ומפני שאין זה מפורש בגמ' לא הביאו [וכ"כ הב"י והרמ"ך פ"ל מהלכות ממכר מ"ם גמיניב מיניב ל"ם ולהלן מכמע כמ"ם וזו"ק] :

יד היה חוט או משיחה קשור ברגל התרנגול אם נרפו ושבר בו כלי דרך הלוכו ברשות הניזק משלם נ"ש דדבר הקשור בגופו כגופו דמי כמ"ש בריש סי' זה לעניין סום המושך בקרון ואם זרקו ושבר בו את הכלים משלם ח"נ דכחו הוא והזוקא כשהחוט הוא של הפקר או אפילו יש לו בעלים אלא ההבעלים הצניעוהו ולא פשעו בו בהחוט ומאליו נקשר בההרנגול דאין לחייב לבעל החוט אלא בעל ההרנגול חייב ואצל התרנגול הוי כחו ולא נופו אבל כשיש להחוט בעלים ולא הצניעוהו לא שייך לזה שם כחו אפילו כשהזיק התרנגול בזריקתו דכיון דנופו של מזיק שהוא החוט נגע בנוף הנזק וכלל גדול הוא דניזק דצרורות שאינו חייב רק ח"נ אינו אלא בהתיזה דבר של הפקר אבל בהתיזה דבר שיש לזה בעלים והבעלים פשעו בשמירתו שלא שמרו כראוי ה"ז נזק הגוף ולא נזק כחו ומשלם נ"ש אך בזה יש נ"מ של מי הוא החוט דאם הוא של בעל התרנגול ולא הצניעו משלם הוא לבדו נ"ש ברשות הניזק אפילו נקשר מאליו ושבר ע"י אריקה ואם החוט הוא של אחרים והבעלים לא הצניעוהו כראוי ונקשר בי הרנגול והזיק בו אם הזיק דרך נרירה שניהם משלמים ביחד נ"ש וזה ח"נ וזה ח"נ זה מפני שלא שמר תרנגולו לילך לרשות הניזק וזה מפני שלא שמר חוטו ואם הזיק דרך זריקה משלם בעל התרנגול רביע נזק דלגביה חשבינן לנזקו כי כחו דהרנגול וחייב ח"נ וכיון שיש לו שותף משלם רק רביע נזק ובעל החוט משלם נ' חלקים דלגביה הוה זה נזק גופו ומן הדין לא היה צריך לשלם רק מחצה כיון שיש לו שיתף רק דקיי"ל דכל היכי דליכא לאישתלוטי מהאי משתלם מהאי כמ"ש בסי' ת"י בדיני בור ואם אין להתרנגול בעלים משלם בעל החוט כולו :

טו וכ"ז כשההתרנגול הזיק בהחוט או בעה נרירתו או בעת זריקתו אבל אם הזיק החוט לאחר שנח במקומו אפילו היה קשור ברגל התרנגול רק התרנגול לא עשה כלום אלא החוט הוא שהזיק החיוב הוא רק על בעל החוט ומשלם כל הנזק ואיזה שם נזק יש על בעל החוט נזק בור דכל דבר לבר סבעלי חיים כשהבעלים אינם שומרים אותם כראוי ובאו על ידם לאיזה נזק חייבין הבעלים משום בור דמה לי חופר בור ואחר נזוק על ידו או ע"י חפצו כשאחר ניזוק על ידי החפץ דהוי כבור המתגלגל שיתבאר בסי' ת"א דסקרי בור וחייב נם ברה"ר ופטור על הכלים כמ"ש שם ובהזיק דרך נרירת התרנגול וזריקתו חייבו דבעל החוט משום אש דהוי כאבנו וסכינו ומשאו שנפלו ברחה מצויה והזיקו דרך נפילתם דההחיוב הוא משום אש [תוס' י"ט:] ויש בזה כל דיני אש שיתבאר בסי' תי"ח ולפ"ז בהזיק החוט אחר הנחתו במקומו ואין להחוט בעלים מפסיד הניזק ואין לחייב את בעל התרנגול ואף שיש לחייבו על שהרנגולו עשה בור אמנם בסי' ה"י יתבאר דבהמה שחפרה בור פטורים הבעלים מנזירת התורה דכתיב כי יכרה איש בור ורשינן איש בור ולא שור בור :

טז לפי מ"ש דחייבו דבעל החוט כשהזיק בו התרנגול דרך נרירה או זריקה הוא משום אש נ"ל דאם עשה ההרנגול את הנזק ברה"ר דליכא לחיובא לבעל התרנגול דרגל פטור ברה"ר משלם בעל החוט כל הנזק כיון דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי כמ"ש :

יז כל מה שנתבאר בחיובו של בעל החוט אינו אלא כשלא הצניעו כראוי ונקשר מאליו בההרנגול אבל אם הצניעו כראוי פטור ואפילו לא הצניעו אלא שאדם קשר את החוט בהתרנגול שוב אין חיוב על בעל החוט אלא על הקושר והוא חפר הבור הזה ואין נחייב את בעל החוט כשאדם קשרו בתרנגול ולכן נם אם היה חוט של הפקר חייב הקושר ואפילו לא נתכוין לזכות בו דכל הקלה שאדם עושה ברה"ר וכ"ש ברשות הניזק חייב משום בור אע"נ שאין הבור שלו [תוס' סה] ולכן כשהחוט הזיק אחר הנחתו חייב הקושר בכל הנזק ואם הזיק בו התרנגול דרך נרירה או זריקה חייבים שניהם הקושר ובעל התרנגול כשהיה הנזק ברשות הניזק ואופן התשלום הוא כמ"ש בסעי' ט"ו בחיובם של בעל החוט ובעל התרנגול ואין להקשות למה נחייב בעל התרנגול כשקשרו אדם ולמה נרע מבעל החוט לא דמי דכיון שהזיק ההרנגול בעת הנרירה והזריקה עיקר המזיק היא התרנגול [ומ"ם ססמ"ע נמקכ"ם מחוס כמ"ם כנר"ם נמקכ"ם וכ"כ סתוס' סה] ולאו דווקא שקשרו אדם בפועל ממש על רגל התרנגול אלא אפילו כשהיה החוט מונח במקום המוצנע ובא אדם והניחו במקום שאינו מוצנע ועי"ז נקשר בהתרנגול והזיק הוי כקשרו בידים ודע דכל מ"ש מן סעי' י"ד הוא להרא"ש והמור והש"ע :

יח אבל הרמב"ם ז"ל בפ"ב מנ"מ יש לו שיטה אחרת בכל זה וז"ל היה חוט או רצועה קשור ברגליהן ונסתבך כלי באותו החוט ונתנלגל ונשבר משלם ח"נ בר"א כשקשרו אדם אבל אם נקשר על רגליהם מאליו בעל התרנגולין פטור ואם היה לחוט בעלים ולא היה החוט הפקר בעל החוט חייב ח"נ שהרי הוא כבור המתגלגל הצניע בעל החוט את החוט והחרנגולים דרסו עליו והוציאוהו ונקשר ברגליהן ושברו בו את הכלים אף בעל החוט פטור שהרי אנוס הוא עכ"ל וכל המפרשים תמהו עליו דהיכן מצינו בבור ח"נ ונם דבריו נגד סוגיה הש"ס שם [י"ט:] בשמעתא דהלל דבקשרו אדם חייב נ"ש ע"ש :

יט ונ"ל ברעתו ז"ל מראמרינן [כא ב"ק ב"ק] רבא אמר לאהויי בור המהנלגל כרגלי אדם וברגלי בהמה ופריך אי דבהדי דאזלי קא מזקי כחו הוא [ורס"י מחקו ופ"ם כהום'] ומפרש הרמב"ם רכל בור המהנלגל כשרגלי אדם או בהמה הזיקו בו להכלי שנתגלגלה הכלי ונשברה אין לזה דין ביר כלל אלא נזק אדם או בהמה בכהה דהיינו צרורות דאמבירא נותנת בן דבי אנסריה רחסנא למשה נזק צרורות דמשלם רק ח"נ לא חילק כמה הזיקה אם בכח גופה אם בכח דבר הקישור בגופה דכשם שאם הזיקה בדבר הקשור בגופה מטט משלם נ"ש כמו בסוס המושך בקרון כמו כן בשהזיקה בכחה ע"י דבר הקשור בגופה הוי צרורות ולכן לא סציגו בדברי הרמב"ם ז"ל בריני בור [פ"ב י"ג] דיני בור המהנלגל דכשהזיקה בשעת נילגולה אין זה תולדות בור אלא תולדות רגל ואם הזיקה ממש משלם נ"ש ואם הזיקה בבחה דהיינו שהכלי נתגלגלה ונשברה היינו צרורות וכשהזיקה אחר הנחתו נגלל בם"ש שם רכל המניח תקלה ה"ז תולדות בור ע"ש בפ"ג ולכן דקדק בכאן הרמב"ם ובהב שנסהבך כלי ונתגלגל ונשבר דוהו ממש נזק צרודות ולכן חייב גם על כלים ואפוקי אם היינו דנין בזה דין בור היה פטור על כלים והחזב הוא על בעל החטט לא על בעל הארנגול כיון דהנזק הוא ע"י החטט שלא שטרו כראוי ואע"פ שאין התרנגול שלו מ"ם הנזק הרי נעשה ע"י כחו של התרנגול דהיינו צרורות ומשטעתא דדליל עצמה מיכח כן בש"ם שם דהרי אמשנה דכיצר הרגל קאי דתנן שם חייב כלים [ולפיסה הקולמת ים לוקח כזה ע' נמור ולו"ק] ובשמעתא דדליל עצמה לפי המסקנא פירושו כן הוא [וזהו שמנר שם שלא מהניחין בחייב מדויי כלומר לע"כ מין חילוק בין קטרו מלט לנקטר מעליו ואף בקטרו אינו חייב רק ח"נ שלא כם"ל ולכן לא הזכיר ר"ה ני"ם למסקנא אינו חייב רק ח"נ ור"ה מיירי ב"נ גם בחדייב מדויי ונקטר מעליו בלילו בפקר פטור לגמרי דבעל התרנגול אין לחייבו כשהלילו שלו ביה שלו וזה שמצינו במסנה דחייב ח"נ היינו כשהלילו שלו וזהו כוונת הרמב"ם ברים דבריו ורמיה ברוחב זה מדפרין על נקטר מעליו מלן חייב וכו' שלא בעל התרנגול מ"ם כולי מק וכו' ח"נ נמי וכו' ומשמע קלי למייב ח"נ ומשמע להדיא שאין זה חוזב על בעל התרנגול ות"ם שלא מהניחין בחדייב מדויי אין לחייבו כשהלילו דר"ם לא מייירי בחדייב שלא ס"ק דמשמע אין חילוק בין קטרו מלט לנקטר מעליו לשם הלילו הוא של בעל התרנגול חייב ח"נ ורמב"ם סשהיק הגמ' כלילו שלא מייירי רק בצרורות אבל בחזיק גו ממש בעת פרימתו והליכתו חייב נ"ם כדין רגל ושם ניזק הלילו נאמר בגמתו ים לזה דין בור ופטור על הכלים רק בגמ' ורמב"ם לא מייירי בזה ולו"ק] :

כ הכלב והגדי שקפצו מראש הגג מלסעלה למטה לרשות הניזק ושכרו את הבלים משלסים נ"ש שפיי שמוערים הם לזה וחרכן בכך והיה להם להבעלים לשמור אותם שלא יקפצו ויזיקו ברשותו של ניזק והוה תולדה דרגל ואף כשלא קפצו מהגג אלא גפלו ממנו והזיקו הכלים שאנוסים הם בגפילתן ס"ם משלטין נ"ש ספני שעלייתן לראש הגג הוי פשיעה ולכן אע"פ שנפילתן אונס חייב דתחלתו בפשיעה וסופו באונס והאונס היה מצד הפשיעה שאלו לא עלו לא היו נופלים חייב ודווקא שהכלים היו לא מקורבות להכותל ולא מרוחקות באופן שראוים לישבר בין בקפיצה בין בנפילה דאלו היו מקורבות ממש הלא אין ראוים לישבר בקפיצה דהקופץ נופל רחוק מעט מהכותל ולא הוי תחלתו בפשיעה לגבי קפיצה ואם הם מרוהקות אין ראוים לישבר בנפילה וכן אם הכלי ארוך וראשו אחד קרוב לכותל וראש השני רחוק בענין שראוי לשבר בראש הרחוק ע"י קפיצה ונפלו על ראש הקרוב ושברו חייב נ"ב נ"ש ואם מקום הגג צר ודחוק חייב בכל ענין נ"ש ספני שאו דרכן ליפול נ"כ והן מועדין בין לנפילה בין לקפיצה :

כא י"א דאינו משלם נ"ש אלא בשקפצו כדרכם והיינו שהנדי קפצה בקפיצה אחת והכלב נסרך בכותל ונעץ צפרניו בהכותל וסמוך לקרקע קפץ אבל הכלב כשקפץ בקפיצה אחת והנדי שנסרכה בכותל ונפלו הוי משונה ואינו חייב רק ח"נ דהוי תולדה דקרן ואע"נ דבכלב תחלתו בפשיעה לגבי סריכה וסופו באונס לגבי קפיצה ובנדי להיפך לא אמרינן שיתחייב משום החלתו בפשיעה וסופו באונס דלא אמרינן כן מקרן לרגל דסה שתחלתו בפשיעה לגבי רגל לא יתחייב בסופו באונס לגבי קרן [תוס' כ"ב] והרי בקרן אף בפשיעה נמורה פטור מנזק שלם ועוד דבכל קרן ברשות הניזק תחלתו בפשיעה לגבי רגל ומלסטה למעלה אינו חייב אא"נ הלכו בהלוך בדרכן ע"י מדרגות וכיוצא בזה אבל אם קפצו על הגג באיזה קפיצה שהוא בין בסריכה על הכותל בין בקפיצה מהארץ על הגג פטור לגמרי דוהו אונס נמור :

כב זה שכתבנו הוא כפי שנראה מדברי התוס' והרא"ש והטור אבל דעת הרי"ף והרמב"ם אינו כן דמלסעלה למטה חייב נ"ש בכל ענין אפילו נסרך הגדי וקפץ הכלב ומלסטה למעלה אם נסרך הגדי וקפץ הכלב אינו חייב רק ח"נ משום דמשונה הוא והוי תולדה דקרן ואם נסרך הכלב וקפץ הגדי אורחה הוא וחייב נ"ש דהוי הולדה דרגל ומלסעלה למטה אורחה הוא בכל ענין אבל בהרנגול הכל מודים דבין שולג מלסעלה למטה או מסטה למעלה חייב נ"ש דאורחה הוא וכן אדם שדלג חייב בכל ענין דאדם מועד לעולם ואפילו הוא תרש שוטה וקטן ולכן אם ראובן מסר לשמעון שישמור לו ביהו והיה שם הש"ו צריך שמעון לשומרם שלא ידלגו מלמעלה למטה ומסטה למעלה ואם דלגו והזיקו חייב שמעון לשלם [ומחלוקתם תלויה בהגילסא דד' כ"ב . דפרי"ף גורס הייגיס והתוס' נפיקא ולפני כמוך היה נוסחא מסוכשת בהרמב"ם וגהתוס' בפטוריס שבבריימא מין זומין ול"ז ולו"ק] :

דיני

סימן שצא [דיני שן באיזה מקום משלם נ"ש ובו כ"א סעיפים]:

א כבר נתבאר בסי' שפ"ט דקרא דכי יבער איש שדה או כרם ושילח את בעירה ובער בשדה אחר מיירי בשן ורגל ובער זה השן רובער משטע דבר המבלה לגמרי כדכתיב כאשר יבער הגלל ער תומו דרגל אינו מבער לגמרי אלא משהיה ומקלקל ישן הוא מאכות ניזקין ודינו לגמרי כרגל דרגל הזיקו מצוי ואין הנאה להזיקה ושן יש הנאה להזיקה ואין הזיקו מצוי דאין הבהמה אוכלה כל היום בלא הפסק והרגל הולכת כל היום ולכן כתבה התורה שניהן דוחר מחבריה לא ילפינן דלא ראי שן שיש הנאה להזיקה כהרי רגל שאין הנאת להזיקה ולא ראי רגל שהזיקו מצוי כהרי השן שאין הזיקו מצוי ומיהו מרבתיבא בחד קרא וחיינן דחייבה תורה על הרגל אע"פ שאינה מכלה לגמרי כמו כן גדר השן דהיינו יש הנאה להזיקה חייב נ"כ אע"פ שאינו מכלה לגמרי לפיכך כל הדומה לזה האב שהזיקה בדבר שיש הנאה להזיקה הוי תולדה דשן כגון שנתחכבה בכותל להנאתה והפילה הכותל או שנתגלגלה על פירות וחפיצים רבים להנאתה כדרך הכותים שנתגלגלים בארץ להתחכך עצמן ונטנפו הפירות או החפיצים משלם נ"ש דהם הולדות השן וכן כל כיוצא בזה ואם יש ספק בחיכוכה אם כוונה להנאתה או להזיק כגון שנתחכבה בבהמה אחרת והזיקה אין מוציאין ממון אם לא שיש הוכחה שנתכוונה להנאתה כגון שאחר החיבוך הלכה ונתחכבה בכותל או בארץ ראו יש הוכחה שלהנאתה נתכוונה [סמ"ע] ויש מי שחולק בזה דגם מתמא להנאתה נתכוונה [ע"ז] והוי תולדה דשן:

ב אין השן משלם נ"ש אלא כשאכלה דבר הראוי לה אבל אכלה דבר שאין ראוי לה כגון כסות וכלים ה"ז משונה והוי תולדה דקרן דאינה להנאתה ואינו משלם אלא ח"נ ברשות הניזק וגנר זה יש הומרא שנם ברה"ר משלם כמו קרן ואין אומרים דזה שהניח בגדו ברה"ר הלא שונה מדרך העולם וכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור דאין זה שינוי דדרך להניח בגד ברה"ר על שעה קלה כשרוצה לנוח ועוד דכבר נתבאר בס"ם שפ"ט דבעשית מעשה לא אמרינן דפטור ע"ש:

ג אם אפילו אכלה דבר שאיו דרכה לאכול אלא ע"י הרחק כגון פרה שאכלה שעורים וחמור שאכל כרשינין וכלב שלקק את השמן והזיר שאכל חביבה בשר וחתול שאכל הסרים וכה"ג שארי דברים שבהמה זו אינה אוכלת רק ע"י הרחק פ"ם חשיבא שפיר אכילה ומשלם נ"ש דעכ"פ כיון דנאכלין ע"י הרחק מקרי להנאתה אבל בהמה שאכלה בשר או הבשיל מבשר לאו אורחא היא לאכול אפילו ע"י הרחק ומשונה הוא ככסות וכלים ואינו משלם רק ח"נ וכין ברה"ר וכין ברשות הניזק ופה דרכה לאכול וחיות יש מהן שדרכן לאכול פת ויש מהן שאין דרכן לאכול פת ולא בשר ותבשיל של בשר אפילו ע"י הרחק כמו צבי שאינו אוכל לא לחם ולא בשר אף מרוחק ודינן כקרן:

ד וכן כלב שהמית כבש וחתול שהמית הרגנולים נדולים ואבלן משונה היא והוי תולדה דקרן ואף שדרכן לאכול בשר פ"ם אין דרכן להמית בריות גדולות כאלו ולבן שמין מה שפחתה המיתה כגון שהכבש בחייה שוה עשרה דינרין והנבילה יפה שני דינרין ופחתתה המיתה שמנה דינרין ומשלם ד' דינרין גם ברה"ר וכשאכל הנבילה ברשות הניזק משלם כל השני דינרין דהאכילה דרכו בכך שכן דרכו לאכול נבילות אפילו של בהמות נדולות אבל אם אכל אותה ברה"ר אינו משלם נזק כלל אלא מה שנהנה כסו שיתבאר ואע"נ דהכא גם ברה"ר היה לו לשלם נ"ש על האכילה כיון שהרגה פ"ם לא קרינן בזה ובער בשדה אחר כפ"ש בסי' שפ"ם:

ה כתבו המור והש"ע בסעי' ד' בהמה שראתה לחם בכל ושברה הסל ואכלה הלחם משלם נ"ש גם על הסל שכך דרכה לשבר הסל כדי לאכול הלחם אבל אם אכלה הלחם החלה ואח"כ שברה הסל אינו משלם על הסל אלא ח"נ וגם ברה"ר משום דהוי קרן ואינו משהלם אלא סנופו עכ"ל ומשמע מלשון זה דאינו חייב על הסל נ"ש אלא דווקא כשהלחם הונח בסל באופן שקשה היה לה להגיע אל הלחם בלתי שבירת הסל ולכן דרכה לשבור את הסל וגם זה הוי להנאתה אבל כשהלחם היה מונח בריוח וקלקלה את הסל אינו משלם רק ח"נ וגם לשון הרמב"ם ז"ל בפ"ג נוטה לזה אבל יש מרבותינו שמפרשים דאירתא דבהמה ללעוס הסל בעת שלועסת את הלחם ולפ"ז אפילו הונח בריוח ולעסה הסל עם הלחם משלם נ"ש גם על הסל [רש"י ומק"י וע"ל לתלוי בסוגי פירושי רש"י לפלוגתא בסי' י"ם: והרמב"ם וסמוע"ש מפרשים כפי' הסמי ע"ם ודו"ק]:

ו וכן אם ראתה אוכלים ע"פ החבית ונסתכבה בחבית לעלות כדי לאכול האוכלים ושברתה משלם גם על החבית נ"ש שכן דרכה לעלות על החבית כדי לאכול האוכלים וכן כל מיני נזק שעשה הבע"ח ברשות הניזק והנזק נראה שכדי להגיע להאוכל עשה זה כדרך העיזים שמחפשין בבתים לאכול מה ובחיפושן משברים כלים חייב גם על הכלים נ"ש וכה"ג בכל נזקי שן שהוא להנאתה אם הביאה הנאתה גם לנזקים אחרים נכללים כולם בנזקי שן ומשלם נ"ש ברשות הניזק וברה"ר פטור לנמרי:

ז אע"פ שנזקי שן פטורים ברה"ר דנזירת הכתוב הוא ובער בשדה אחר מ"ם אם אכלה ברה"ר משלמים הבעלים כל מה שנהנית דהיינו כל מה שאכלה אינו משלם אותו אלא כאלו היתה הבן דיכול לומר אני לא הייתי

היתי מאכילה רק תבן וי"א דמשלם דמי שעורים בזול רוחו שליש פחות משויו כמ"ש בסי' שם"א דאנן סהדי דאף מי שאינו מאכיל שעורים לבהמתו אם היה מוצא בזול היה מאכילה וע"ל דאם ידוע שהמזיק מאכיל תמיד לבהמתו שעורים משלם דמי שעורים כפי שויים ואם אכלה אובלין הדעים לגופה כגון שאכלה חטים וע"י זה מתרות הואיל ואין הנאה מזה לבעל הבהמה אע"פ שהיתה נהנית בעת אכילתה פטור ברה"ר מכלום [הרמב"ם ז"ל נראה למפקפק ליה לי' הלכה כרבים לו כרבים נג"ק ד'. ומינו מפרש עמיר כפיה"י וקיבוים לעניים לחיות שוים וחו כוונת הס"מ שם נפ"נ וה"ק] :

ח ממה שנתבאר למדנו דכל מה שמטונו של אדם נהנה משל אחרים ובעל המטון מרויח בזה אף שבעד הנזק א"צ לשלם כמו שן ברה"ר מ"מ מה שהגיע לו הנאה כזה חייב לשלם מיהו יש מי שאומר דדווקא כשמטונו נהנה משל אחר שלא באמצעית אדם אחר אבל אם איש אחר נטל תבואה של אחרים והאכיל לבהמת ראובן פטור ראובן מלשלם לבעל התבואה ויתבע מהמאכיל [ים"ם פ"ע דינ"ק סי' כ"ח] ויש מי שחולק בזה ועב"פ הוה ספיקא דדינא [ש"ך] מיהו זה פשוט דאם ראובן האכיל תבואתו לבהמתו של שמעון דשמעון צדיך לשלם לו כפי מה שנהנה דלא גרע מיורד שלא ברשות [שם] ומ"מ אם נראה שלא ירד ראובן מהחלה לשם תשלומין אינו יכול לתובעו אח"כ [עתוס' נ"ק ק"ג. ד"ה מי ונרמ"ם שם ונמ"ם שם נ"נ] :

ט כבר בארנו בסי' שפ"ב סעי' י דטעמא דשן ורגל פטרה התורה ברה"ר משום דהשכל מחייב כן דא"א לו לאדם לילך אחר בהמתו כשהולכת במקום שיש לה רשות שלא תעשה דבר שדרך הבהמות לעשות ויש מרבותינו דס"ל דאולינן לרינא בכל העניינים רק בטעם זה [ירי"ף] ולפ"ז כשהולכת ברה"ר וע"י דריסתה שם עשתה נזק ברשותו של ניזק כגון שהיה מונח עץ ארוך מקצתו ברה"ר ומקצתו ברשות הניזק ודרסה על מקצתו שברה"ר והזיקה ברשות הניזק פטור כיון שהלכה ברה"ר וזהו דעת הי"א שבארנו שם סעי' ל"ה ורוב רבותינו הולקים בזה דהן אמת דהתורה פטרה ברה"ר אבל עכ"פ נזרה התורה שאם היה הנזק ברשות הניזק חייב ולפ"ז בשן נמי אינו חייב לשלם נ"ש אא"כ אכלה ברשות הניזק אבל אם לקחה המאכל מרשות הניזק והוציאו לרה"ר ואכלתו שם או אכלתו ברשות אחר א"צ לשלם אלא מה שנהנית ואע"פ שמצד הסברא כיון שפשעה בלקיחה מה לנו באיזה מקום אכלה מ"מ נזרה התורה היא שהאכל דווקא ברשות הניזק וגם דעה הרמב"ם כן הוא כמו שיתבאר בסעי' י"ז אבל להי"א חייב בכה"ג [כ"כ ל' ירי"ף ת"ם בד' כ"נ. דאלמה סיכת מלימת דאכלה בגדים דעלמא פא בשין ובער בשדה אחר יפרע כמ"ם ברמב"ם שם שהכוונה פינה על גבל אחרים ואכלה לא גבל את אחרים אלא בגבל אחרים ע"ם] :

י ולהיפך אם לקחה ברה"ר והלכה ואכלה ברשות הניזק יש מחייבים לשלם נ"ש דקרינן בה ובער בשדה אחר ואין לנו להקפיד באיזה מקום שנטלה ועוד דכשאכלה לרשות הניזק והמאכל בפיה חשבינן פיה כחצר הניזק דכן קי"ל דפי פרה כשעומדת ברשותו של ניזק כחצר הניזק דמי ונמצא דגם הלקיחה היו בכחצר הניזק דכל זמן שמונח בפיה ולא התחילה לאכול עדיין נחשב כלקיחה והרמב"ם ז"ל בפ"נ פסק דדוי פסיקא דדינא ואינה משלמת אלא מה שנהנית ואין להקשות למה פסק בפ"ב בבהמה שהיתה מהלכת ברה"ר ונתזו צרורות מתחת רגליה ושברו את הכלים דמשלם כדין צרורות ברשות הניזק וכמ"ש בסי' ש"ן סעי' ו' ולא אולינן בתר תחלת הנזק וה"נ היה לנו לחייבו נ"ש והרי נתבאר בעץ ארוך כשדרסה על מקצתו שברה"ר והזיקה ברשות הניזק דחייב לרוב הפוסקים אמנם לא דמי דהתם הדבר הנזק לא יצאה מרשות הניזק כלל לפיכך לא חיישינן במה שהלכה ברה"ר אבל הכא היו הפירות ברה"ר ואם לא חשבינן פי הפרה כחצר הניזק הרי עיקר התחלת הנזק בגופו של הדבר הנזוק לא היה ברשותו של ניזק וכמו שכשלקחה מחצר הניזק ואכלה ברה"ר שפטור ספני שגמר הנזק לא היה ברשות הניזק כמו כן יש לפוטרו בכה"ג כשתחלת הנזק בגוף הדבר הנזוק לא היה ברשות הניזק וכן נ"ל להיפך דאפילו לדעת הי"א שכתבנו דבסהלכת ברה"ר פטור ובלקיחה מחצר הניזק חייב משום שהולכים לגמרי אחר המבריא ס"ם יכול להיות דבזה חייב אם נאמר דפי פרה כרשות הניזק דמי ונמצא דהלקיחה והאכילה היה ברשות הניזק [ויותר נראה מדסמיט הרי"ף בעיז לפי פרט ס"ל דוולמי פטור והגמ"י כתב על הרי"ף בתך לאכלה בגדים בעמ"ח דבלקיחה בלבד לא מחייב ובע"ג בלמוכה מברט"ם ריש מכילתא ונ"ל לברי"ף ס"ל כברמב"ם כמ"ש בסמ"ע מ' ותו"ק] :

יא לריעה ראשונה שנתבאר בבלקחה ברשות הרבים ואכלה ברשות הניזק חייב נ"ש דפי פרה כחצר הניזק דמי לפ"ז אפילו במקום שאין לחייב על הנטילה כגון שהיו הפירות מונחים במקום שא"א ליטלם משם ובא ראובן והושיט פירותיו של שמעון שבחצר שמעון לפי הפרה של לוי חייב לוי אם המושיט הוא חרש ושוטה או שאין לו במה לשלם דכיון דכשהושיט לפיה היה עדיין בעין והפרה אכלתם והוי האי דינא כגוזל ומאכיל דריצה מזה גובה ריצה מזה גובה כמ"ש בסי' שם"א אבנם אם המושיט הוא בר דעת ויש לו במה לשלם ובעל הפרה לא הזיק בידים וודאי דיש לגבות מטמנו [ש"ך] אבל אין לחייבו מטעם דכל היכא דליכא לאישתלומי מהאי משהלם מהאי דזה הטעם לא שייך אלא בשלא חייבו התורה לזה כלל אבל היכא דחייבתו התורה אלא שאין לו במה לשלם א"א לחייב השני מטעם זה כמ"ש הטור בסי' ת"י [שם] :

יב כדיעה ראשונה שבסעי' י' וגם הדין הקודם שבסעי' נ"א

י"א כן כתבו רבותינו בעלי הש"ע בסעי' ז' וס"ל דזה שחייבה התורה שן ברשות הניזק העיקר הוא על האכילה שברשות הניזק אע"פ שעל הלקיחה אינו חייב כגון שלקחה מרה"ר או אחר הושים לה וכן להיפך כשהאכילה היתה ברה"ר אע"פ שלקחה מרשות הניזק פטור ואע"ג שמצד הסברא אינו כן מ"מ גזירת התורה היא ובעד בשרה אחר הקפידה הוא רק על האכילה ולא על הלקיחה ודעת הרמב"ם כבר בארנו דבלקיחה מחצירו של ניזק ואכלה ברה"ר מ"ל ברוב הפוסקים שפטור שכן כתב בפ"נ כלב שנכנם לחצר ונטל פת או בשר והוציאן לרה"ר או לחצר אחרת ואכל שם מה שנהנה משלם עכ"ל ואינו משלם מה שהזיק ובלקיחה מרה"ר והאכילה היתה ברשות הניזק הוי ספיקא דדינא כמ"ש שם בהמה שהיתה עומדת ברשות הניזק ותלשה פירות מרה"ר ואכלתן ברשות הניזק הרי הדבר ספק וכו' עכ"ל:

יב ולפי"ז דברי רבותינו בעלי הש"ע צריכים ביאור דבסעי' ז' כתבו כמ"ש דבהאכילה הלוי ובסעי' י"ב כתב רבינו הב"י דברי הרמב"ם ז"ל שהבאנו בבהמה שהיתה עומדת ברשות הניזק ותלשה פירות מרה"ר ואכלתן ברשות הניזק ה"ז ספק עכ"ל והוסיף רבינו הרמ"א דה"ה אם הבהמה עומדת ברה"ר ונטלה האוכל מרשות הניזק ואכלה ברה"ר דהוי הדבר ספק עכ"ל וזהו נגד דבריהם שבסעי' ז' ובאמת בעל הלבוש כתב דיעה זו בשם י"א ויש מי שתירץ דזה שחייב בנוטלת מרה"ר ואוכלת ברשות הניזק זהו דווקא בנוטלת בפיה דהשבינן פיה כרשות הניזק והוי כנטילה מרשות הניזק אבל הכא מיירי שגלגלה מרה"ר לרשות הניזק דכן מוכח ממקור הדין [בנמ"ז למתנגלנ ד' כ'. לגי' כרמב"ם] ולא היה בפי הפרה ולכן הוי ספיקא דדינא כיון דהנטילה לא היה כלל ברשות הניזק [ט"ז] אבל דברי רבינו הרמ"א אינו מתורץ בזה דא"כ אין יש ספק באכלה ברה"ר כה"נ דהא אפילו בפיה פטור כמ"ש בסעי' ז' וג"ל דכוותיה הוא דהוי הדבר ספק אם זהו שן ופפטור ברה"ר או דילמא כיון שעמדה ברה"ר ונטלה מרשות הניזק הוי משונה והיא תולדה דקרן וחייב גם ברה"ר ח"נ [וכ"מ בגמ' שם דזהו מתנגלנ לפירש"י וקאמר מקודם בקופות ופירש"י והוי מולגא דקרן וע"ז בעי מתנגלנ מהו ומ"ם הכמ"ש בסקכ"ח על דברי המחבר סעי"נ לע"כ ח"נ ממ"נ דמשלם והמחבר כייס דרק מה שנהנית משלם וגם מה שנשמר בסקכ"ב נ"ע על דברי הרמ"א לעי"נ ופע"נ למרש"י פעמו לא משמע כן ע"ם מ"מ דברי הרמ"א יל"ן ועמ"ש בסעי' י"ק]:

יד בזה שעמדה ברשות הניזק וחלשה פירות מרה"ר ואכלה ברשות הניזק דהוי ספיקא דדינא כתב רבינו הב"י דלפיכך אינו משלם אלא מה שנהנית ואם תפס הניזק כמה שהזיקה אין מוציאין מידו עכ"ל וזהו כהרמב"ם דמהני הפיסה בספיקא דדינא ובספיקו של רבינו הרמ"א בפמ"ש לא שייך תפיסה רק על ח"נ וכתב רבינו הרמ"א דבר נהתיר בסי' ש"ץ דיש חולקין וס"ל דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא עכ"ל וי"א דבזה מהני תפיסה לכ"ע דכיון דנגד מה שנהנית מהני התפיסה מועיל נמי גם לשאר [ממ"ש] ויש מפקפקים בזה [ם"ך]:

טז אם מתגלגלים פירות מרשות הניזק לרה"ר וכא בהמת חבירו ועכבן ואכלן ברשות הניזק ואם לא היתה אוכלתן היו מתגלגלים לרה"ר י"א דהוי ספיקא דדינא אי חשיבא כמונחים ברה"ר ופטור או לא [לפי' הום' נמתנגלנ ע"ם] ולפ"ז יש לספק גם להיפך במתגלגלין מרה"ר לרשות הניזק והבהמה עכבתן ברה"ר ואכלתן יש ספק אם היו כמונחים ברשות הניזק וחייב או לא:

יז בזה שכתב רבינו הרמ"א דאם הבהמה עומדת ברה"ר ונטלה האוכל מרשות הניזק ואכלה ברה"ר דהוי ספיקא דדינא כמ"ש בסעי' י"ג מסיים בזה דדווקא בבה"נ שהמאכל ברשות אחד והבהמה נלגלה המאכל לרשות שני אבל אם המאכל דבר ארוך מקצתו מונח בפנים ומקצתו מונח בחוץ ובשכושכה ראש האחד נגרר אחריה ראש השני בב"ם שהיא מתחלת לטושבו חשבינן ליה כאלו אכלה שם בין ברה"י בין ברה"ר עכ"ל:

יח כתב הרמב"ם ז"ל בפ"נ הלכה ה' כלב שנכנס לחצר ונטל פת או בשר והוציאן לרה"ר או לחצר אחרת ואכלה שם מה שנהנה משלם אבלה בשרה של בעל החצר משלם נ"ש כאלו אכלן בתוך החצר שהרי ברשות הניזק אבל עכ"ל ויש להבין מאי קס"ל פשיטא דכשהנטילה והאכילה היה בחצר הניזק דמשלם נ"ש ונ"ל דהנה בבעיא דחש"ם [כ"ק כ"נ.] אם פי פרה דמי לחצר הניזק או לחצר המזיק הרבה נתקשו בה רביתינו הראשונים ונראה דהרמב"ם ז"ל מפרשה באופן אחר וה"פ דכבר בארנו בסעי' ט' ופעי' י' דס"ל להרמב"ם דכשנטלה ברשות הניזק ואכלה ברה"ר פטור ולהיפך אם נטלה ברה"ר ואכלה ברשות הניזק הוי ספק אלמא דיש ספק אולי הצריכה התורה ששניהם יהיה דווקא ברשות הניזק הנטילה והאכילה ולפ"ז יש ספק ג"כ אפילו אם היו שניהם ברשות הניזק אך שלקחה מרשות זה של הניזק ועברה דרך רה"ר בהמאכל שבפיה ונכנסה לרשות אחר של הניזק ואכלה שם אם פי פרה הוי כרשות הניזק נמצא שלא יצא מעולם מרשות הניזק ואם פי פרה כרשות המזיק דמי הרי יצא מרשות הניזק באמצע וההורה הקפידה שמתחלה ועד סוף יהיה ברשות הניזק ומסיק הש"ם דכחצר הניזק דמי כשהלקיחה והאכילה היה בחצר הניזק וזהו שכתב הרמב"ם ז"ל אבלה בשרה של בעל החצר משלם נ"ש כאלו אכלן בתוך החצר כלומר כאלו אכלה בתוך החצר שנטלה שהרי ברשות הניזק אכלה ופיה שבאמצע כחצר הניזק דמי [ומקורו מהא דאמר שם למלגלג בנדים דנע"ח הפסוק לפי פרה וכו' נמלקח מהתורה כהנך סניזק וחכמי בנדים ונפ"ז ס"ם מתי לפרוך

פמ"ג וכו' כיכי מסכתת גם שמתקנו מה שרשבו"ם ונמ"ם סוף פסוק ל"ג"כ בכל זמן נפסור סם מתכנה כתער המזיק לפרי מוכלת כגמלילו על מזיק ומבני שמתכלכה ע"ם ודו"ק] :

יח כל מקום שיש רשות לאדם להניח פירותיו אע"פ שאין המקום שלו כגון צידי הרחוב שדרך להניח שם חפיצים ופירות מקרי רשות הניזק ובהמה האוכלת שם משלם בעל הבהמה נ"ש דעל הבעלים לשמירה שלא תבנם לשם וכן איתא בירושלמי [ס"ם דכ"ק] דכרמלית כחצר הניזק דמי וצידי הרחוב מקרי המקום שלפני הבתים שאינו מעצם הרחוב וחלוק ממנו בגובה או בחריץ או בגדר נמוך ואם היו הפירות מונחים בצידי רחבה והבהמה הולכת בהרחוב כדרכה ועיקמה ראשה לצידי הרחבה ואכלה מהן אינו משלם אלא מה שנהנית דכיון דנופה ברה"ר הוה לה שן ברה"ר ואין לו להניח פירות שתוכל הבהמה לאכלם כשתעמוד בהרחוב והעקם ראשה ואינו משלם נ"ש על צידי הרחוב אא"כ יצאה כולה מהרחבה לצידי רחבה [נראה דגם בחצר הניזק ממש אם עמדה ברה"ר והחזירה ראשה לחצר הניזק ואכלה דפטור דלא היה לו להניח פירות בקירוב מקום כל כך לרה"ר או היה לו לנעול חציריו אמנם במקום שיש צידי רחוב בע"כ שעמדה בצידי הרחבה והוי ממש ברשות הניזק [כנ"ל מדלא מילקט הס"ם נזה ומהגר"מ סקכ"ד גם ממש כן וכ"מ מסמ"ע סקס"ו לך נמס"ם סחום' כלי כ'. ד"ס

מפתח סחנות סים תריסין לפני סחנויות פ"ג נזה ודו"ק] :

יט וכן כשאכלה מפתח החנות כמו שיש בבמה מקומות שמניחין תריסין לפני החנויות ומניחין שם פירות ועמדה ברחוב והחזירה ראשה להתריסין ואכלה אינו משלם אלא מה שנהנית ואם אכלה מתוך החנות משלם נ"ש ויש מי שאומר דמתוך החנות חייב נ"ש אף כשעמדה בצד פתח החנות ואכלה מהחנות ולא נראה כן דהרי חזינן שלא חייבה התורה אלא בעומדת ברשות הניזק אבל לא בעומדת ברה"ר דבזה פשע הניזק דאין לו להניח פירות במקום כשהבהמה תלך בדרכה תוכל לאכול משם או ישמור פירותיו דמה יש לבעל הבהמה לעשות ולפ"ז הנשים שיושבות בשולחנות בשוק בלחם ופירות והבהמה ההולכת בדרכה חטפה לחם או פירות מהשולחן פטור בעל הבהמה דכיון שהלכה הבהמה כדרכה היה לו לבעל הפירות לשמור ממנו וראיה לזה ממה שיתבאר באכלה מקופתו של חבירו וכנב הבהמה שפטורה וה"נ דכוותיה וכן משמע מלשון הפוסקים :

כ המקצה מקום מרשותו לרה"ר שכנם לתוך שלו והניח מקרקעו לרה"ר ושטח שם פירותיו ונכנסה בהמה שם דרך הלוכה ואכלתן חשוב ברה"ר ואינו משלם רק מה שנהנית ואפילו לא הפקיד רשות זה אלא הניחד לשמוח שם פירותיו ובל זמן שאין שם פירות יכולין אנשי רה"ר להלוך שם ס"ם פטור ולא דמי לצידי רחבה דגבוהים ומובדלים מרה"ר אבל זה המקום שה לרה"ר ודרך הבהמה להלך שם [תוס' ל"ם. ד"ס כן] ומיהו כשבמקום זה ליכא צידי רה"ר ראל"כ אין נ"ם ברין זה:

כא היתה מהלכת ברה"ר ופשטה צוארה ואכלה מע"ג חבירתה או מהקרון אפילו עמדה ואכלה אינו משלם אלא מה שנהניה שכן דרך הבהמות לאכול זו מעל גב זו או מהקרון והוה שן ברה"ר ופטור ואפילו היתה ראשה בשעת אכילתה על גבי הבהמה או הקרון ס"ם כיון שנופה ורגליה עומדות ברה"ר בהר גופה אולינן [ממ"ש] דהא אורחה בכך דמשמע זה פטרה התורה שן ברה"ר אבל אם קפצה ברגליה ואכלה מעל הבהמה או מעל הקרון בשעה שהגביהה רגליה למעלה משלם מה שהזיקה דכיון דעמדה ברגליה על הבהמה או על הקרון חשוב ככחצר הניזק דהגב יהקרון ממש כחצר הניזק הם ואפילו היתה יכולה לאכול בלא קפיצה ס"ם מדקפצה ועמדה שם ברגליה מקרי חצר הניזק וי"א דחזוקא שהיה בענין שא"א לה לאכול כי אם בקפיצה אבל אם היתה יכולה לאכול בלי קפיצה אפילו אכלת בקפיצה חשוב ברה"ר דמשמע מאי פטרה התורה משום דדרך הבהמה לילך ברחוב ולאכול וכיון שיכולה לאכול בדרכה אין לחייב את הבעלים מפני שאכלת בקפיצה וכן פסק רבינו הרם"א ויש לעיין בזה דריעה זו כתב הרא"ש להרי"ף ז"ל דם"ל דאולינן בתר הטעם וזהו דעת הי"א שבסעי' מ' ובסי' שפ"ט סעי' ל"ה אבל לפי מה שפסקו רבותינו בעלי הש"ע דלא אולינן אתר הטעם בלבר אלא גוירת הכתוב הוא כס"ש שם היה לנו לחייבו בכה"נ כמו בדרסה ברה"ר והזיקה ברה"ר שנתבאר שם ואפשר לומר כיון דכאן אינו רה"ר נמור א"א לחייבו אלא במקום דלאו אורחה וכן הדין כשהיתה קופה מושלת לאחוריו של אדם והיה פירות בהקופה ואכלה הבהמה ממנה אם אכלה בלא קפיצה פטורה ובקפיצה חייבת ולרבינו הרם"א דחזקא כשלא יכלה לאכול בלא קפיצה ועופות שאכלו בקרונות ובסלים שברה"ר תמיד פמורים הבעלים דדרכן בכך ויש לבעלי הפירות לשמור מהם ויש מרבותינו שמפרישים דקפיצה לאו אורחא דאין דרך הבהמה לקפוץ ולפ"ז היה לנו לפטור בגדי הדרכה לקפוץ כמ"ש בס"ם ש"ך אבל מלשון המור וש"ע לא משמע כן מדלא חילקו בזה ודע דכל מ"ש באוכלה מגבי הבהמה ה"ה באוכלת מהאיצטבאות שברה"ר וסהסלים העומדים שם [רבינו ג"י] :

סימן שצב [דין כלב שנטל חררה ואכלה והדריק הנדיש וכו' ד' סעיפים] :

א כלב שנטל חדרה מחנור ונחלת דנוקה בה כדרך

פת שבתנור והלך לנדיש של בעל החדרה ואכל את החדרה

החררה והדליק את הגדיש ע"י הנחלת משלם על החררה נ"ש דוהו שן ממש דנטלו ברשות הניזק ואכלו ברשותו ועל הגדיש משלם ח"נ כדין צרורות שהשלהבת שזרף מבחו והוי כצרורות שבאים מבחו ואם הניח החררה עם הנחלת על הגדיש משלם גם על מקום הנחלת נ"ש מפני שבזה המקום עשה הנזק בגופו ולא בכחו ואף שאין זה בגופו ממש אמנם כבר נתבאר דמחובר לגופו כגופו דמי כמו סיס המושך בקרן וה"נ כיון שהופס החררה עם הנחלת בפיו והניחה על הגדיש הוי רגל ממש ואין זה משונה דאורחיה לעשות כן ליטול הנחלת עם החררה כמו שדרכו של הרגנול לחטט החבל בשביל העיסה והבהמה לשבור הסל בשביל הלחם ולכן על החררה ועל מקום הנחלת משלם נ"ש כדין רגל ועל שאר הגדיש שהאש הולך מאליו מבחו הוי צרורות ומשלם ח"נ אבל אם ורק הנחלת על הגדיש משלם ח"נ גם על מקום הנחלת דגם במקום זה אינו אלא צרורות דהא ורקה ומבחו נפלה :

ב בד"א בששמר בעל הנחלת את נחלתו שצנר הדלת בפניה אלא שבא הבלב ותתר את הדלת ונטל את החררה מעל האש עם הנחלת אבל אם פשע בעל הנחלת ולא שמר את אשו בנון שהנחלת היה טונח במקום שאינו משומר מהכלבים או על מקום הנחלת משלם כל אחד החצי בעל הבלב החצי ובעל הנחלת החצי דשניהם עשו ההיזק זה בבלבו וזה באשו ואע"נ דכיון דבעל הנחלת פשע בנחלתו למה לנו לחייב גם בעל הבלב אמנם כמו שחייבנו בסי' ק"ץ בדליל את בעל התרנגול אע"פ שבעל הדליל פשע בחוטו כמ"ש שם סעי' י"ד כמו כן נחייב את בעל הבלב ועל שאר הגדיש שהבלב היזק בכחו נותן בעל הבלב רביע דהא גם אם לא היה לו שוחף לא היה משלם רק החצי ועכשיו שיש לו שותף ישלם מזה החצי מחצה דהיינו רביע דאל"כ מאי מועיל לו השותפות ובעל הנחלת משלם ג' חלקים דקי"ל כל היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי כמ"ש שם בדליל ויתבאר בסי' ת"י ואם זרקה על הגדיש אינו משלם בעל הבלב אלא רביע אפילו על מקום הנחלת ובעל הנחלת משלם כל המזהר מטעם שכתבנו וזהו דעת המור וכרוב הפוסקים :

ג והרמב"ם ז"ל יש לו שיטה אחרת בזה וז"ל בפ"ב מנזקי ממון כלב שנטל את החררה והלך לו לגדיש אם הניחה בגדיש ואכל את החלה והדליק את הגדיש על החלה ועל מקום החררה משלם נזק שלם ועל הגדיש ח"נ ואם היה סנרר את החלה על הגדיש והולך ושורף משלם על החררה נ"ש ועל מקום הנחלת ח"נ ועל שאר הגדיש פטור בד"א כששמר בעל הנחלת את אשו וסתם הדלת ובא הבלב ותתר ונטל את החררה מעל האש אבל אם לא שמר אשו בעל האש חייב על שריפת הגדיש ובעל הבלב חייב על אכילת החררה ועל מקומה עכ"ל והנה בזה שפוטר את בעל הבלב על הגדיש כשבעל הנחלת לא שמר נחלתו הולך לשיטתו בדליל שבארנו בסי' ש"ץ סעי' י"ט והוכחנו כן מסוגיית הש"ס ע"ש אבל במה שפוטר את בעל הבלב על כל הגדיש כשנזרר את החלה על הגדיש ובעל הנחלת שמר נחלתו הקשו עליו כל הפוסקים מאיזה טעם פטרו דבגמ' [כ"ב.] לא אמרו זה רק למאן דס"ל אשו משום ממונו אבל אנן דקי"ל דאשו משום חייבו כמ"ש הרמב"ם עצמו בפ"ד מנזקי ממון ודאי דחייב ויש מי שאומר דפטרו משום דזהו בכח כחו אבל א"א לומר כן דקי"ל דכח כחו בכחו דמי במ"ש בסי' ש"ץ סעי' ה' ובעל הלבוש לא הביא דעתו כלל [והרלב"ד והסמ"ע והסמ"ק וסנ"ח ולמו דבריו ובכי הכמ"ע מחוסר כנגד ע"ם] :

ד ולענ"ד דברי הרמב"ם נכונים כמעמן וכסוגיית הש"ס טובח כן דהנה נזק אש אינו דומה לכל הנזקים שהאדם או הבהמה עושים בפיעל ממש כל הנזק אבל האש שלא במקום הנחתו שורף מעצמו וע"י היוח ולכן חקרו חז"ל בטעם חייבו דחד אמר דזהו כממונו המזיק וחד אמר דזהו כזירק חץ למרחוק דג"כ החץ הולך מעצמו ואע"ג דהחץ הולך מכחו והאש אינו הולך מכחו מ"מ כיון דטבע האש לילך ולשרוף כשמרליקין אותו הו"ל ככחו וכ"ז הוא באדם הדולק את האש אבל בשלא שימר נחלתו ודלקה ועשתה היזק אע"ג דחייב לשלם מ"מ אמרינן בגמ' בסוגיא שם [כ"ג.] דאפילו למ"ד אשו משום חיצו בזה אין החיוב רק משום ממונו דהכי אמרינן שם אלא למאן דאית ליה משום חיצו אית ליה נמי משום ממונו ובגון שהיה לו לנודרה ולא נדרה דהתם שורו הוא ולא מפח באפיה ע"ש ולפ"ז טובן ממילא דכששורו הזיק באשו א"א לחייבו יותר מממונו דנהי דחיצו דבהמתו הוא מ"מ הרי גם בהמתו ממונו הוא וס"ל להרמב"ם דבנזק ממונו שהזיק בעינן דווקא שיהא הממון שלו וכ"כ רש"י שם ואע"ג דמוכח בכמה מקומות דחיובא ראש הוא אף כשאין האש שלו וזהו כשהאדם עצמו הזיק [ס"מ סס להרן קונית הום] ורק זהו דזיקא במקום שהאש הולך מעצמו דאף דחשבינן לה לחיצי בהמתו מ"מ כשאין האש שלו פטור אבל במקום שבהמתו עשתה בניפה ממש חייב אע"פ שאין האש שלו וכה"ג באמרו בסי' ק"ץ בדליל לשיטתו ואין האש מקרי כשלו אלא כשהבהמה הגביהה את החררה ודגחלת אבל כשלא הגביהה אלא גררה לא הוי האש בשלו דלא וכה בה [ס"מ נמס ר"ם על מדייה מדוייי] ואע"ג דהגבהת הבהמה אינו קניין להבעלים מ"מ כשהגביהה החררה עם הנחלת והחררה הוי כשלו כיון שאוכלת ממנו ומחוייב לשלם בערה הוי גם בנחלת שלו ועוד ס"ל להרמב"ם דנזק האש ע"י בהמתו הוי משונה ודינו כקרן וכ"כ בפ' המשנה ע"ש וגם זהו רק שלא במקום הנחתו עם החררה אבל במקום הנחתו עם החררה אורחא הוא כיון שצריך לאכילת החררה כמו שדרוכה לשבור

לשטר הסל בשביל הלחם ולחטט החבל בשביל העיסה ולפ"ז א"ש הבל דאם הניחה בגדיש שהגביה התרומה עם הנחלת והניחה חייב על מקום הנחתה נ"ש ראורחא הוא ועל שאר הגדיש ח"נ דמשונה הוא ויהי קרן כיון דעיקר נזק האש אין דרך הבהמה לעשות אבל אם נתרה שלא הגביהה כלל ובע"כ שאכלה החרדה אח"כ ולא שייך הנחלת להחרדה חייב על מקום הנחלת חצי נזק דמשינה הוא ואע"ג שאין הנחלת שלו מ"מ כיון שבנופה עשתה חייב כמ"ש בדליל שם ועל שאר הגדיש פטור לגמרי כיון שאין הנחלת שלו כמו שפטור בדליל על בהו דהרגנול כשאין הדליל שלו כמ"ש שם [ומפרש הרמב"ם מ"ם בגמ' דמדייק ר"ל בגרסת וכפירוש ומכוס לגן קנס ונפלדי' לן פלוג ר"י וע"ש בתוכ"]:

סימן שצג [הבנים פירותיו לחצר חבירו שלא ברשות והוזק בהן בעל החצר ובו ה' סעיפים]:

א כבר נתבאר דשן ורגל פטורים ברה"ר וכ"ש ברשות המזיק לפיכך הבנים כליו לחצר חבירו שלא ברשות ושברתן בהמתו של בעל החצר פטור ואם הוזקה בהן חייב בעל הכלים וכן מי שהכנים פירותיו לחצר חבירו שלא ברשות ואכלתן בהמתו של בעל החצר פטור ולא יישלם רק מה שנהנית כמ"ש בסי' שצ"א ואם הוחלקה הבהמה בהפירות והוזקה בהן חייב בעל הפירות לשלם הזיקו ואפילו היתה ההכנסה לטובת בעל החצר כגון שהיה מוחן והביא זה תבואתו למחון אצלו וישיהכר בהן בעל החצר אפ"ה כיון שלא צוהו להכנים פירותיו הוי כשלא ברשות דאם היה נותן לו רשות היה משניח בכהסתו שלא תגע בהן וזה שחייב כשהוזקה בהמת בעל החצר דווקא אם הוזקה בהן שלא בכוונת נזק אבל אם כונה להזיק וע"י זה נתנזקה אין מחייבין בעל הפירות לשלם דאין סברא לחייבו על מה שעשתה בכוונה נזק ואפילו אכלה את הפירות יותר מדאי והוזקה באכילתן או שהפירות היו רעים לה ג"כ אינו חייב לשלם דמי הכריחה שתאכל והרי אפילו נותן סם המות לפני בהמת חבירו פטור מדיני אדם בכה"נ [נמקי ר"פ הפרה] דהא זה המכנים שלא ברשות נהי דעשה שלא כדין מ"מ אינו שומר שלו שישמור בהמתו ואינו חייב אלא על מה שנתנזקה דרך הילוכה כדרכה:

ב אם נתן לו רשות להכנים כליו ופירותיו פטור המכנים אם הוזקה בהמת בעל החצר בהם וגם בעל החצר פטור בנזקי הכלים והפירות כשבהמתו הזיקן דנהי דנתן לו רשות מ"מ לא קיבל עליו שמירתן והיה לו להבעל הכלים והפירות לשמרן ונתינת רשות אינו מועיל רק לפטור את המכנים אבל לא לחייב את בעל החצר בשמירתן אא"כ קבל עליו בפירוש שישמור הכלים והפירות ויש מרבותינו דס"ל דאפ"ה נתינת רשות הוי בקבלת שמירה מנזקין שלו ולא מעלתא כמ"ש בסי' שצ"ח ומ"מ אפילו לדיעה זו אינו חייב כשהוזקה בהמת אחרים אא"כ קבל עליו שמירתן בפירוש:

ג יש לפעמים שנתינת רשות תחייב להמכנים בנזקי בהמתו דבעל החצר ואפילו בדבר שלא היה חייב אף בלא נתינת רשות כמו באכלה הפירות ונתנזקה בהן כמ"ש בסעי' א' ובנתינת רשות חייב כגון שניכר לפי הענין שכשנתנו לו רשות להכנים חפיצו ופירותיו נסתלקו הבעלים מהחצר ממילא חייב המכנים בשמירת החצר וכיון שראה בהמתו של בעל החצר אוכלת דברים המזיקים לה והניחה לאכול חייב שהרי אין בעל החצר מצוי שם להעביר הבהמה מהם ומטל עליו לשומרה וכ"ש אם בעת הכנסת פירותיו הלכו הבעלים מיד והניחו אותו לשמור את החצר דחייב ואפילו לא קבל עליו בפירוש שמירת החצר ומעשה באשה שנכנסה לבית שבינתה ללוש ולאפות והניחוה אנשי הבית ונתעלמו מהבית כדי שלא יביטו בה בעת הלישה והאפיה מפני שאז ידיה מגולות ואין מדרך ארץ להביט בה ובאה העז של הבעה"ב ואכלה הבצק וסתה סזה וחייבוה חכמים לשלם דמי העז וכן כל כיוצא בזה אמנם אם ידוע שבני הבית אין מוחזקים בצניעות כל כך שיסורו מאשה בעת נילוי ידיה אין מחייבין אותה לשלם והכל לפי ראות עיני הריין [פ"ז] וע"ל דאפילו במקום שהמכנים חייב בשמירה אינו חייב אלא בנזקין שיארע לבעה"ב ממה שהכנים אבל מנזקין דאתא מעלמא לא מחייב דהא לא קבל עליו שמירה בפירוש אא"כ א"ל בעל החצר מפורש הנני מניח עליך שמירת החצר וזה שהק וקבל עליו דאז חייב בכל סיני שמירה:

ד בזה שנתבאר דבשלא ברשות חייב המכנים בנזקי בהמתו דבעל חצר וברשות פטור אין חילוק בין חצר לשדה דאפילו בבקעה שיש הרבה שדות וכל שדה מיוחדת לבעלים שלה והבנים אחד פירותיו לשדה אחר שלא ברשות בעל השדה והוזקה בהן בהמת בעל השדה חייב המכנים ואם הבנים ברשות פטור ולא אסרינן כיון שהמקום פרוץ ופתוחים כולם זל"ז לא יחייב האחד בשל חבירו אלא דינו כחצר סנור וכך שנו חכמים [ב"ק ל"ט:] המגדיש בתוך שדה חבירו שלא ברשות ואכלתן בהמתו של בעל השדה פטור ואם הוזקה בהן בעל הגדיש חייב ואם הגדיש ברשות בעל השדה ע"ש ואם החזקה באכילתן פטור דלא היה לה לאכול כמ"ש בסעי' א' ואם יש סבעלי השדות שומר ממונה לכל יום

שישמור התבואות של השדות חייב זה ששמירתו עליו ביום זה כשנתן רשות לאחר להכניס פירותיו לשדהו אפילו לדיעה ראשונה שבסעי' ב' דנתינת רשות אינו מועיל רק לפטור את המכנים ולא לחייב את בעל החצר ס"ם בבאן חייב דכיון דעליו מוטל לשמור התבואות א"כ כשנתן לו רשות להכניס פירותיו הוה כמו שא"ל אשמור לך דמסתמא ארעתא דהבי הרשהו להכניס פירותיו לשדהו וכן אוקמוה בגם' שם את זה ששנו חכמים ראם הנריש ברשות בעל השדה חייב אבל כשהכנים שלא ברשות חייב המכניס בגוקי בהמתו דבעל שדה גם בכה"ג ואפילו לדיעה אחרונה שבסעי' ב' דנתינת רשות הוי בקבלת שמירה לא אמרינן דכשהוא שומר השדות יש לאחר להכניס פירותיו אפילו בלא נמילת רשות דאין סברא לומר כן ואע"פ שיש מרבותינו שמסתפקים בזה ס"ם העיקר לדינא כמ"ש ולכן גם המור רמ"ל כדיעה זו השמיט זה [מ"ן] :

ה ודע דכל מה שכתבנו דאין חילוק בין חצר לשדה זהו ע"פ דעת רבותינו הר"ף והרמב"ם ירהרא"ש והטור והש"ע שכתבו דין שדה כדין חצר ולפ"ז נראה דגם בבית הדין כן מדלא הזכירו שום חילוק בזה וכן משמע בש"ם אבל בירושלמי [בפרק ס"ל] אמרו דבבית הכל מודים שכשנתן לו רשות להכנים לתוכה הי' כקבל עליו שמירה ובשדה הכל מודים דנתינת רשות לא הוי בקבלת שמירה ובחצר יש מחלוקת ע"ש וזה ששנינו במשנה דנריש שהבאנו מוקי לה ביש לה נדר ומפתחות דהוה בחצר ומעם הירושלמי נראה דכיון דבבית אין רשות לכל אדם ליכנס תדיר מסתמא כשנתן לו בעה"ב רשות להכנים פירותיו היה דעתו שישמרם ג"כ מפני שהמכנים אין ביכולתו להשגיח עליהם תדיר ולהיפך בשדה פרוצה שרשות לכל אדם להלוך אין כיוצתו בנתינת רשות לקבל גם השמירה ורק בחצר או שדה גדורה דאין קפידא מהבעלים כל כך לסי שנכנם לשם דאין תשמישן קבוע בבית בזה יש מחלוקת ותלוי בשני הריעות שנתבאר אמנם כיון שכל רבותינו השמיטו זה הירושלמי ש"ס דלא ס"ל כן ואף שלא מצינו מפורש בגם' שחולקת על הירושלמי בבית ס"ם כיון דבשדה הולקת ודין בית לא הזכירה לחלקה מחצר ש"ס דלא ס"ל לש"ס דילן לחלק בין בית לחצר ולשדה ויש לכולם דין אחד [ג"ן] ודע דדיני שמירות שבסי' זה אינו שייך לסתם שמירות שבארנו בס' רי"א סעי' כ"ה וכו' באופן הנח לפני כס"ש שם מילתא כמעמא ע"ש :

סימן שצד [בהמה שנפלה לגינה והזיקה וכיצד משערין הנזק ובו ח' סעיפים] :

א בהמה שהלכה במקום שיש לה רשות להלוך והוחלקה באבן או במימי רגליה ונפלה לגינת חבירו ונחבטה על גבי פירות וירקות או שאבלתן א"צ לשלם מה שהזיקה שהרי נפלה באונס ואינו משלם אלא מה שנהנית ואפילו בנחבטה משלם מה שנהנית ואיזה הנאה יש לה זה שלא נחבטה על הקרקע ונפלה על מקום רך בפירות וירקות ולא נתרסקו איבריה ושמין כמה שוה הנאה זו ומשלם ואין זה דומה לסבריא ארי מנכסי חבירו דפטור לגמרי כמ"ש בס' קצ"ב דגם לגבי קנין סילוק היזק אינו כלום דזהו דווקא כשהסבריית עשה מדעתו לסלק נזק מנכסי חבירו או אפילו שלא מדעתו אך שאין בזה היזק להסבריה אבל הברחה כזו שיש נזק להבעלים ושלא מדעת הבעלים חייב לשלם [טכונס ל"ח] :

ב ודווקא כשהנפילה היתה באונס אבל אם ירדה מרצונה לגינת חבירו ואכלה או דרסה פירות או ירקות משלם מה שהזיקה דוהו נזקי שן ורגל ולא עוד אלא אפילו לא אכלן ולא דרסן אלא ש'לדה שם ולד ונמנפו הפירות בסי הלידה ואנומה היא בזה ס"ם חייב לשלם כל הנזק דתחלת ירידתה הוי בפשיעה וכל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב ואין דנין בזה דין צרורות כס"ש בסי' ש"ץ סעי' י' ע"ש ויש טי שאומר עוד דאפילו אם עיקר נפילתה לגינה היתה באונס אם הבעלים העבירוה מסוך לגינה באופן שהיה אפשר לה לירד וליכנס להגינה חייב אפילו נפלה באונס משום דתחלתה בפשיעה היתה בסה שהיתה יכולה ליכנס להגינה ולא היה לו להוליכה מסוך להגינה כל כך ויש חולקין בזה וס"ל דזה לא מקרי החלתו בפשיעה דהרי יש לו רשות להוליך בהמתו ברה"ר או בבקעה ובן אם הבעלים הוליכו בהמות הרבה לא רחוק מהגינה ודחפה בהמה לחבירתה אל הגינה והזיקה י"א דמשלם מה שהזיקה דזהו פשיעה מהבעלים מפני שהיה לו להעבירן אחת אחת שלא ידחפו זא"ן דהיה לו להעלות על הדעה שיארע כן וכמ"ש בסי' ש"ג לענין ש"ש דחייב בכה"ג ע"ש וי"א דזה לא מקרי פושע והוי באונס ואינו משלם אלא מה שנהנית ואע"ג דבשומר שכר חייב בכה"ג והו מפני שחייב בנעיבה אף שקרובה לאונס אבל לחשבו כפושע נמור ולרון אותו במזיק אין סברא כלל :

ג כשנפלה באונס דפטורים הבעלים מהזיק אפילו נשארה שם הבהמה כל היום והלכה מערוגה לערוגה ואכלה אינו משלם אלא מה שנהנית ואפילו ידעו הבעלים מזה אין מחייבין אותם על מה שלא מיהרו להוציאה משם דלא מצינו שהחייב התורה להבעלים שיוציאו בהסתם מיד כשארע האונס ומן השמים נגזרה על בעל הגינה כיון דהבעלים לא פשע בזה שהרי באונס נפלה אבל אם יצאה מהגינה וידעו הבעלים מיציאתה ואח"כ חזרה לגינה אפילו שלא מדעת הבעלים חייבים הבעלים לשלם מה שהזיקה ואפילו אם שמרה שמירה פחותה דבכל נזקי שן ורגל היה פטור בשמירה זו כס"ש בס' שצ"ו

שצ"ו ס"ם בכה"נ חייב דהיה לו לשומרה שמירה סעולה שלא התחזר להגינה שהדבר יזוע שאחרי שידעה דרך הגינה מתאמצת היא לילך לשם ולא סגי לה כשארי שמירות של בהמה סיהו אם שמרה שמירה סעולה ויצאה והזיקה פטור דסה לו לעשות עוד ואינו מחוייב יותר ומה נק"א שמירה פחותה וסעולה יתבאר שם בס"ד וכן כשיצאה משם היא מיוערת ליכנס לשם אף ממקום צר ודחוק ומסקום גבוה כיון שהורגלה לשם ולכן אם לא שמרה מכל אלה נחשב לפשיעה אע"נ דבלא כניסתה בפעם הראשון לגינה היה נחשב לאונס וכן כל כיוצא בזה :

ד אע"נ דשן ורגל פסירים בה"ר וזה בהבהמה עצמה שהלכה ואכלה אבל המעמיד בהמתו או בהמת חבירו על קמה חבירו חייב המעמיד לשלם סה שהזיקה וכן אם הכה אותה עד שהלכה לקמה חבירו והזיקה חייב זה שהכה אותה שהלך לשם ואפילו היו הפירות בה"ר דזהו כמזיק בידים ונ"ל דאפילו הכנים ראובן פירותיו לחצירו של שמעון שלא ברשות ונתן שמעון הפירות לבהמתו חייב לשלם כל הנזק וכן אם הכה בהמתו עד שדרסה את הפירות חייב לשלם דבמזיק בידים לא מצינו חילוק בין רשות לרשות וכל זה דווקא כשנתן בידים או הכה אותה שהאכל הפירות או הדרסם אבל אם הבהמה הלכה כדרכה והעמיד א"ע בפניה וסהם לה הדרך עד שמפני זה הלכה לפירות ואכלן או דרכן פטור מדיני אדם וחייב בד"ש ככל גרמא בנזקין כיון שלא עשה מעשה בגוף הבהמה או הפירות :

ה קבלו חו"ל דכל בהמה שהזיקה פירות המחוברים לקרקע וצריך בעל הבהמה לשלם הנזק אין שמין את הפירות שאכלה בפ"ע אלא בשערין מה שהזיקה בששים פעמים כמו זה כיצד הרי שאכלה בית סאה שמין ששים בית סאין באותה השדה כמה היו שוין מקומם ובמה הן שוין עתה אחר שנפסר בו הבית סאה ומשלם השאר זה הוא קולא להמזיק מפני שאין פוחתין כל כך במקח ששים סאין בשביל הסרון הבית סאה וכן אם אכלה קב או רובע ואפילו קלח אחד שמין אותו בששים ידבר זה מפי הקבלה ואסמכוה אקרא ו"א עוד דמנכין להגיזק מה שלא הוכחשה שדהו אם היתה הבית סאה קיימת עד גמר נידולה ויש חולקין בזה [טור] ואין שמין רק כפי שויו עתה למכירה ולא כפי שויין כשתגמר נידולו [ע"מ.] ולכן אף אם אח"כ נלקחה כל השדה בשדסין אין מנכין להנזק כיון שלא שמוה על שויה לעתיד [ים"ם] :

ו ודווקא כשאכלה פירות שלא נגמרו נידולם שצריכין עדיין להקרקע אבל אם אכלה פירות גמורין משלם דמי פירות גמורין כפי שווייהן אם מאה סאה ואם סאתים סאתים וכ"ש אם אכלה פירות הלושין ולא שיסינן כס' :

ז בשומת הפירות שלא נגמר נידולן ששמין בששים אין חילוק בין שהזיקה בהמתו בין שהאדם עצמו הזקן או אכלן וכן אין חילוק בין אכלו תבואה או קצצו אילני פירות אם לא נגמרה נידול האילן שמין אותה בששים וכשנגמרה שמין אותה בפ"ע וכ"כ המור וז"ל הפסידה האילן וכן הקוצץ אילן חבירו אם לא נגמר נידולו ולא הגיע לכך שיהא ראוי לעקור ולשהול במקום אחר אז דינו כפירות שלא נגמרו ושמין אותו בששים ואם נגמר נידולו וראוי לשותלו במקום אחר אז דינו כפירות גמורין ושמין אותו בפ"ע עכ"ל ומבואר מדבריו דאין חילוק בין דקל המרים לשארי אילנות וזה שמצינו בגמ' [סס ל"ח:] דנזורי גזירות גזרו דקוטם נסיעה בת שנתה ישלם שתי ככף ובה שתי שנים ד' ככף ס"ל דלא היתה גזירה רק לשעתם אבל לדינא משערים בששים [ים"ם שם סי' כ"ג] וגם הרי"ף והרמב"ם השמיטו גזירה זו [ע' כנגר"ן] :

ח והרמב"ם וז"ל כתב בספ"ד הרי שאכלה פירות דקל אחד וכן הקוצץ פירות דקל חבירו ואכל אם היה דקל רומי וכיוצא בו שאין התמרים שלו יפות משערים אותו בששים על גבי הקרקע ואם דקל פרסי וכיוצא בו הוא שהתמרים שלו יפות ביותר משערים הדקל בפ"ע כמה היה שוה וכמה הוא שוה עכ"ל ומבואר מדבריו דבקציצה האילן עצמו אין משערין לעולם בששים אלא ישלם כפי שויו בפ"ע ובאכילת פירות יש חילוק בין תבואה לפירות אילנות דבתבואה כשנגמרה אין משערים בששים כמ"ש אבל בפירות האילן אף כשנגמרו אם אין הפירות יפות הרבה משערים כמה שוים למכירה ששים פעמים כמו זה בעמדם על הקרקע מהוברים לאילן ואם יפות הרבה משערין בפ"ע ואם אבלן קודם גמר בישולן אפילו ביפות משערין בששים כמו בתבואה [כנ"ל בכוונתו ע"ם בלח"מ] :

סימן שצה [דין המשכה בכלי בחבירו או בעצמו ובו ב' סעיפים] :

א כבר נתבאר דהמעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו והזיקה חייב המעמיד לשלם ואמנם זהו היזקא בנזקין ורגל אבל ראובן שגירה בשור של שמעון עד שנגח בקרנו בהמתו של לוי חייב שמעון לשלם ח"נ וראובן פטור והטעם דבשן ורגל ברי היזקא שודאי תאכלם או תדרסם ברגליה בדרך הבהמות אבל בנגיחה דסהם שוורים אינם ננהגים ולא הוי ברי היזקא פטור ראובן מדיני אדם וחייב בד"ש דהוא גרמא בנזקין ובעל השור חייב דלא חילקה התורה בנגיחה בין שנגחה מעצמה לנגחה ע"י גירוי וכך אמרו חז"ל המשסה כלבו של חבירו בחבירו המשסה פטור ובעל הכלב חייב [נ"ק כ"ד:] דבין שהוא מביר בכלבי שבשיטהו יגשוך לא היה לו להניחם

וי"א שאם עשה כן ג' פעמים משלם ברביעית נזק שלם [רמב"ן פ"ב מ"מ] ויש חלקין בזה דכיון דנעשה ע"י שיטוי אינו נעשה מועד לעולם [טה"מ] ולא דמי לס"ש בסי' שפ"ט סעי' כ"ו דנעשה מועד ע"י קול שופר וכיוצא בזה דהתם אין מגרין אותו אלא הוא מעצמו מתגרה ע"י קול שופר או ע"י איזה סיבה אבל הכא הארם מתגרה בהשור וג"ל דדוקא בגירוי בלבר אף שאינו נעשה מועד מ"מ חייבים הבעלים ח' אבל אם עשה מעשה בגופו של השור והכלב כגון שהכה אותן עד שננחו או נשכו לאדם או לבהמה פטורים הבעלים דהשור אנוס הוא והמכה חייב וראיה לזה דהא קי"ל בשור שהמית את האדם אם הוא שור האיצטדין דהיינו שמלמדין אותו לכך פטור השור ממיתה שנאמר כי יגח ולא שיגיחהו [נ"ך נ"מ.] וא"כ למה חייב בעל הכלב כשמגרין את כלבו ולמה לא נדרוש נ"כ כי יגוף ולא שיגיפוהו אלא וודאי דבעושה מעשה בגופו אין החיוב על בעל השור והכלב [וכ"ל כוונת התוס' סנ ס"ד: ד"ה ממסס] ועוד אפשר לומר דרק לענין חיוב מיתה ושיעשה מועד אינו ע"י גניתת אחרים ולא לענין תשלומי ממון וכמרומני שזהו דעת הרמב"ם וז"ל בפ"ו מנ"ם דין ה' ע"ש [ומתורן קוסית סרפנ"ד]:

ב בעל הכלב אינו חייב רק כשהמשמה שיסתו באחר אבל אם שיסהו ונשך את המשמה בעצמו פטור דאין סברא לחייבו כשזה שיסהו בעצמו וכלל גדול הוא דכל המשנה לעשות מדרך העולם ובא אחר ושינה בו פטור ונם זה הדין אינו אלא כשניירה להמזיק אבל בשינוי בלבד בלא גירוי אם האחר הזיק בו בכוונה חייב כמ"ש בם"ם שפ"ט ע"ש דדוקא כשהזיק בלא כוונת נזק פטור אבל בכוונת נזק אין לו רשות כשלא גירה בו:

סימן שצו [דיני שמירת תם ומועד ושן ורגל ומסירה לשומר ובו י"ח סעיפים]:

א דבר ידוע הוא שזה שחייבה התורה בנזקי בהמתו היינו כשלא שמרוה הבעלים כראוי אבל אם שמרוה כראוי שנעלו הדלת והחרה ויצאה ועשתה נזק פטירים הבעלים דמאי הו"ל למיעבד ודבר זה פירשה התורה במועד דכתיב ואם שור נגח הוא מתמול שלשום ולא ישמרנו בעליו שלם ישלם אבל אם שמרוהו פטור ובשן ורגל כתיב ושלח את בעירה ובער בשרה אחר ופשטא דלישנא משמע שהבעלים ישלחוה אמנם החיוב הוא אף אם מעצמה הלכה ואכלה או דרסה אלא רבל שלא שמרה היו כמו שבעצמם שילחוה דרך הבהמה לילך ולאכול ולדרוס וכיון שלא שמרוה נופל בזה לשון ושלח וכן דרשו חו"ל ער דעביר בעין ושלח [ר"ם סנהדרין]:

ב ויש שני מיני שמירות שמירה פחותה ושמירה מעולה הפחותה היא כשקשרוה הבעלים בחבל ואם תתאמץ בכח ביכולתה לנתקה רק אין דרך בהמות בכך וכן כשנעלה בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה ואם יהיה רוח שאינה מצויה תפול הדלת ורובא דרובא שמירה טובה היא דרוח שאינה מצויה הלא אינו מצוי וכן הניתוק אינו מצוי ושמירה מעולה היא כשנעלוה בדלת חזקה שיכולה לעמוד אף ברוח שאינו מצויה ואף שביכולתה לחתור הדלת ולצאת זה אינו מצוי כלל וע"פ רוב אין ביכולת הבעלים לעשות יותר:

ג וקבלו רז"ל דמועד מקרן ונזקי שן ורגל די להם בשמירה פחותה וכשעשו ו השמירה ונפלה הדלת ע"פ רוח שאינה מצויה או נתקה החבל ויצאה והזיקה פשורים הבעלים וחיובא דתם הוא עד ששמד שמירה מעולה דווקא ואע"פ שהיא נזידת התורה ס"ם יש ליתן טעם גם כן דהנה זהו וודאי דדי בשמירה פחותה להבהמות דאין דרכן לנתק החבל ודוח שאינה מצויה הרי אינו מצוי ולמה נחייב את הבעלים כשאירע מקרה רחוקה אמנם בהם בבר נתבאר בס' שפ"ט דמדינא לא היה לנו לחייב כלל בנזק ההם דסתם שוורים אינם נגחנים אלא דקנם קנסה התורה כדי שישמור שורו וכל דבר של קנס מאלטינן למילתא ואם לא נחייבו בשמירה פחותה אין זה קנס דבל"ז סתם שוורים בחזקת שהבעלים שומרים אותם אבל מועד ושן ורגל דחיובן מדינא וודאי דאין לחייבם כששמרו שמירה כרוב שמירות בהמות [עתוס' ע"ס: ד"ס מהם] ואף שיש מי שאומר דמועד דקרן אין די לו בשמירה פחותה [נמק"י פ"ק דפרק] ס"ם רוב הפוסקים לא ס"ל כן ום"ם כייפינן ליה לבעל שור המועד שישחמנו ויסלק הזיקותיו כמו בכלב שיתבאר בסי' ה"ט [ים"ש סוס סי' ל"ג] ואיטורא קעביד אם משהה אותו ואפילו בזמה"ז שאין מועד [טה]:

ד יש מרבותינו שסיברים שזה דמועד די לו בשמירה פחותה אינו אלא על צד ההעראה שבו אבל צד הטות במקומה עומדת והיינו דמועד ששמרו שמירה פחותה והזיק פטור מנ"ש אבל ח"נ שנתחייב בהיותו הם בבה"נ אין סברא לפוטרו [רא"ם טה] ומשלם מנופו כדין התם אבל מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ז מתבאר שאינו כן וזה לשונו היה מועד לקרן ימין ואינו מועד לקרן שמאל ויצא אחד ששמרו בראוי ונגח בין בקרן ימין בין בקרן שמאל משלם ח"נ עכ"ל ביאור דבריו דכבר נהבאר בס' שפ"ט סעי' ל' דכשנגח נ' פעמים רק בקרן היסין נעשה מועד לקרן ימינו ולא לקרנו השמאלי דכשנגח בשמאלו דינו כתם ולקרן השמאלי חייב כששמרו שמירה פחותה ולכן כיון דצריך שמירה מעולה לקרנו השמאלי חייב בשמירה פחותה גם אם נגח בקרנו הימיני ח"נ ומשלם מנופו כרין תם [טה"מ] דאין סברא לחלק בשמירתו בין קרן לקרן אבל אם הועד לשני הקרניים ושמרו שמירה

פחותה והוזק פטור לנמרי ויש מרבותינו שמחמירים דגם אם הועד רק לקרן ימין דאיט חייב בשמירה פחותה ליסינו אע"ג דעל שמאלו חייב ח"נ [רמ"י מס לרנ]:

ה כפי שנתבאר בס' א' דאין דנין דיני קרן בזמה"ו רק דיני שן ורגל די לבהמה בשמירה פחותה שיקשרנה בחבל או לסונרה בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה ויסגור הדלת אבל אם אינה יכולה לעמוד גם ברוח מצויה אינה שמירה כלל וחייב בשן ורגל וכ"ש אם לא סגר הדלת כלל ואפילו לא נפלה הדלת ע"י הרוח אלא ליסטים הוציאוה או חפרה או התרה הדלת והפילתו חייב משום דתחלתו בפשיעה לגבי נפילת הדלת ע"י רוח מצויה או פתיחתה וסיפו באונס וחייב ואף שנתבאר בס" רצ"א דכל שהאונס לא בא מחמת הפשיעה פטור אמנם בבאן נמי נוכל לתלות האינס סצד הפשיעה דאולי אם היתה דלת בריאה לא היו הליסטים מוציאים אותה וכן לא היתה הדלת נופלת ע"י התירתה וכ"ש אם אינה סנורה כלל דבקל להוציאה או לתהור מעט תחת הדלת ושהפול ולכן אם התירה מתחת הדלת ויצאה מסמים התתירה פטור דאין האונס בא מצד הפשיעה וכ"ש בהיתה קשורה כראוי וליסטים נתקיה או נתקה א"ע רפטור:

ו וזה שאמרנו שכששמרה כראוי ותתרה א"ע ויצאה והזיקה פטור זהו דוקא כשעדיין לא היה לו שהוה לידע שיצאה אבל כשהיה לו שהות לידע חייב להחזירה סיד להרפת ואם לא החזירה חייב בהזיקה ואינו נאמן לומר שלא ידע דכשהבמה בורחת קלא איה לה ומסתמא ידע אא"כ מברר שלא ידע ויווקא כשברחה ביום אבל בלילה אפילו ידע שנפרצה אינו מחוייב לחפש אחריה בלילה ולהחזירה ויכול להמתין עד אור היום כשקמים מסמתם וכל מה שהזיק בלילה בשן ורגל פטור כיון ששמרה כראוי וכ"ל דאפילו ביום אם נשבע שלא ידע פטור דהא לא ידעינן בבידור שידע אלא אומרנא בעלמא היא ונאמן בשבועה היסת לפטור א"ע ואין להקשות למה כתבנו בס' שע"ד סע' ג' בנפלה לגינה חבירו אפילו שהתה כל היום אינו חייב במה שלא הוציאה והכא למה מחייבינן ליה על מה שלא החזירה לא דמי דשנפלה למקום יזוע אין מרריך הבעלים למהר להוציאה משם כי מה יפמידו אם השהה שם ואי משום דויקו דבעל הגינה מן השמים הוא דאנוסה היא בס"ש שם אבל בהמה הבורחת מרריך הבעלים לרחוף אחריה ולהחזירה ולכן הוא שלא עשה כן הוי כהוציאה בידים [כ"נ]:

ז גנבים או ליסטים שהוציאו בהמה והזיקה חייבים בהזיקה משעה שמשכוה ואפילו לא משכיה בידים אלא שהבוה בטקל שהצא אי אפילו הוציאוה בקל ואע"פ שהגנב לא קנה במשיכתו מ"מ כיון דבמקח ומסבר הזה קנייה בכה"ג חייב הגנב כשגנבה ליקח אותה והנהנה אפילו בקל ואי קניין בבהמה כמ"ש בסי קצ"ו אבל אם הוציאה שלא לגנבה אלא כדי לאבדה מהבעלים פטורים ממה שהזיקה כיון דלא כיוכו לקחתה ולא דמי למעמיד בהמה על תבואתה דחייב אף כשאין הבהמה שלו כמ"ש בסי' שצ"ד דהתם הנזק ברי אבל הכא אינו ברי שהזיק ולא הוי רק גרמא בעלמא ואין החיוב רק משום בהמתו שהזיקה ובשלא כיון לקחתה אינה בהמתו ובשהזיקה מפסיד הגיוק דאין לו על מי להטיל הנזק ומיהו הבהמה עצמה כשנאבדה חייב הגנב לשלם דעליה מזיק נמור וזא כיון שהוציאה בידו או בכולו:

ח וכ"ש דראובן שפרץ נדר של שמעון שעמדה שם בהמתו של שמעון ויצאה והזיקה דפטור ראובן על מה שהזיקה וי"א דאפילו על הבהמה עצמה פטור כשנאבדה ולא דמי להוציאה דחייב עליה אף כשלא כיון לעכבה לעצמו זהו מפני שעשה מעשה בנוף הבהמה שהוציאה בידיו או ע"פ קולו אבל בפריצת נדר לא עשה שום מעשה בנוף הבהמה ומה שאמרו חז"ל [ל"פ סכוכ] הפורץ נדר לפני בהמת חבירו אם היה כותל בריא חייב גם בדיני אדם ואם הכותל רעוע פטור מדיני אדם וחייב בד"ש לדיעה ראשונה אבהמה עצמה קאי ולא על מה שהזיקה ולהי"א דגם על הבהמה פטור קאי אכותל ומה שחייב בדיני שמים על כותל רעוע מפני שהיתה ראויה לעמוד מעט ומן עד שימצא פועלים לתקנה ולדיעה ראשונה פטור גם בד"ש על הכותל כשהיתה רעוע כיון שעומדת לנפול [תוס] ובמה שהזיקה הבהמה פטור אפילו בכותל בריא וזהו דעת רוב הראשונים:

ט אבל הרמב"ם ז"ל בפ"ד מנ"מ פסק דבפריצה כותל חייב אף על מה שהזיקה הבהמה ואע"ג דבהוציאוה אינו חייב בהזיקה עד שיוציאנה לגנוב וכמ"ש וכ"ש בפריצת נדר זהו בגנבים שאין כוונתם שהבהמה הזיק אבל אדם בעלמא שפורץ הגדר כדי שתצא הבהמה ותזיק הוי כוונתו להזיק וחייב בנזקיה ולפ"ז אפשר בשלא היתה כוונתו שהזיק הבהמה אלא לאבודה מהבעלים או לקלקל הגדר פטור מנזקיה גם להרמב"ם ולדינא דכריע רבינו הרמ"א בסעי' ד' שלא כדעת הרמב"ם ועמ"ש בסי' ת"ך סע' י"נ:

י ונ"ל דלדינא לא פליני הפוסקים עם הרמב"ם ז"ל ונחלקו רק בפירושא דגמרא דהנה זהו וודאי כשאדם פורץ נדר הבהמה וכוונתו כדי שתצא ותאכל התבואה או הדדסם לא גרע מכל דיני דגרמי שהנזק קרוב וברי כמו שורף שטרו של חבירו וכיוצא בזה שנהכאר בסי' שפ"ו ובלא היה כוונתו שהזיק הוי כגרמא ופטור בדיני אדם וכן כשפרץ הגדר כדי שתצא הבהמה חייב על הבהמה גם להי"א שנתעי' ח' דאין לך גרמי גדול מזה ואם לא היה כוונתו על הבהמה פטור דהוי כגרמא ודיעה ראשונה סיברת דלענין הבהמה עצמה כדי הזיקא

וחייב בכל ענין [ובגר"ע סק"ח כתב דלדווקא לסרכ"ס תלוי בכוונת מק ונ"ע ושויג מנפתי לדבריי בס"מ בשם סמ"ק סס] :

יא הניחה בחמה אפילו קשרה בקשר חזק חייב כשהוזקה רמפני שאין ביכולתה לסבול החום דרכה לנתק א"ע מהקשר בכל כחה והוי פשיעה וכן אפילו סגר עליה הדלת אם הבנין הוא בלא קירוי שהחמה נכנסת בה דרכה לשבור הדלת וחייב כשהוזקה ואפי' הרחה להקרקע ויצאה והוזקה חייב דהחלתו בפשיעה לגבי שבירה הדלת גם לענין החתירה עצמה היה פשיעה דכיון דמצטערה בעבורה שם הרי מיועדה לעשות כל שאפשר לה לעשות ולברוח [עלמ"מ סס] :

יב וכן כשמסר שורו לחרש שוטה וקטן אע"פ שהיה קשור כראוי חייב מפני שררכם לשחוק בהקשר ולהתירו ולכן אפילו השור בעצמו נתק הקשר חייב דהחלתו בפשיעה לגביהם ועוד דדרך החרש והשוטה והקטן למשטש ולשחוק בהשור וינתק השור בעצמו את הקשר והוי כהניחה בחמה ואפילו הכניסה ברפת ולא סגר עליה חייב אף כשקשרה שם ואפילו התרש נעלה כראוי והשור חתר א"ע מתחת הקרקע ויצא והזיק חייב מפני שהחלתו בפשיעה במה שלא נעלו בעצמם [כמ"ש] ואפילו נעלו בעצמם אלא שהניחו את התרש בפנים חייב דדרך התרש והשוטה והקטן לשבור המנעול ויש מי שאומר דזה שחייבו חז"ל במסרו לחש"ו אינו אלא בשלא קשרו כראוי או לא נעל כראוי וכסך על שמירתן ולכן הייב משום דאינם בני שמירה אבל אם קשר ונעל כראוי פטור כשיצא והזיק דהם אין דרכן לקלקל השמירה ודי שאינם מוסיפים בשמירה [רמב"ן פ"ק וכן לעת רמ"י בב"ק ט':] ועמ"ש בסי' ה"י סעי' ל"ט :

יג מסר שורו לחמשה בני אדם שישמרוהו ופשע בו אחד מהם וסילק א"ע מהשמירה ויצא השור והזיק אם השור אינו יכול להשתמר אלא בחמשתן זה שפשע חייב והשאר פטורים ואפילו נסתלקו אח"כ נ"כ משמירתן דהרי כיון שזה נסתלק אין הועלה בשמירתן ואם הוא משתמר בהשאר והניחוהו והזיק כולם חייבים ואין הראשון יכול לומר כיון שגם כלעדי היה נשמר לא פשעתי דהרי לא היה לו להסתלק בלא רשותם וכשם שהוא נסתלק בלא רשותם כמו כן נסתלקו הם בלא רשותו ונמצא שכולם פשעו ואינו דומה לכפסל שבסי' שפ"א דהכא כיון שכולם שומרים חל החיוב על כולם ויש חולקים גם בבאן וכ"ל דיכול הראשון לומר סמכתי עליכם אא"כ התרו בו ואמרו לו כיון שאינך רוצה לשמרו גם אנו מסולקים משמירתו דהרי בלנו קבלנו השמירה אבל כשלא אמרו לו כן סבור היה שלא יקפידו ופשעו הם ולא הוא ולכן אם כל הארבעה נסתלקו כולם כאחד חייבים הארבעה לשלם ואם מתחלה נסתלק אחד מהארבעה והשלשה לא התרו בו והיה יכול להשמר בשלשה החיוב חל על השלשה וכן משלשה לשנים ומשנים להאחרון :

יד מסר שורו לאחד מן הארבעה שומרים לש"ח או לש"ש לשואל או לשכיר מסתמא קבל עליו השומר שהשור לא יזיק אחרים ושאחרים לא יזיקוהו וחייב בין שהשור הזיק ובין שהוזק אא"כ התנו בפירוש אופן שמירתו בר"א בשור סתם אבל שור המוחזק לננחן ונתנוהו הבעלים לשומר שישמרנו מסתמא אינו מקבל עליו שמירתו אלא שלא יזיק לאחרים אבל שאהרים לא יזיקוהו אינו מקבל בסתם אא"כ פירש דבזה וודאי לא אסיק אדעתיה שהרי אין שור מתייצב לננרו [רש"י מ"ס] ונראה דזה אינו אלא בשומרן] דכיון שירד רק לשמירה אמרינן דמסתמא לא קבל עליו רק השמירה שלא יזיק מפני שמוחזק בכך אבל בשואל ושוכר שעיקרו למלאכה ומסילא חייבים בשמירתו וודאי דהייבים גם אם הוזק ובנמ' שם לא הוזכר בדין זה רק ש"ח ויש נורסים גם ש"ש [רע"ם] אבל עכ"פ לא שואל ושוכר ואף שמלשון המור והש"ע בסעי' ח' משמע לכאורה דאכל ד' שומרים קאי מ"ט נראה כש"ש ומ"ם מצאתי לאחד מהראשונים שאומר מפורש דבכל הד' שומרים הדין כן ולא גרס בנמ' שם [ס"מ סס] וגם ראיתי לאחד מגדולי אחרונים שסיבר כן [מיוע"ם סס]

וצ"ע לדינא :

טו השומר שחל עליו חיוב שמירה אם לא שמרוהו ויצא והזיק נבנסו החת הבעלים וחייבים לשלם בתם ח"נ ובמועד ושן ורגל ג"ש והבעלים פטורים ואם אחר שהזיק החם ברשיהו של שומר אומר להבעלים הרי שלך לפניך לא אמר כלום שהרי הב"ד לוקחין את השור להשתלם מנופו ח"נ ולכן נשלם להבעלים שור שלם אם מוכרח ליתן להניוק חצי השור או למוכרו ואם שמר השומר שמירה פחותה אם הוא ש"ח והזיק בקרן אם הם הוא פטור השומר דכלתה שמירתו דש"ח אינו חייב רק בפשיעה וכיון ששמרו שמירה פחותה דהיינו דלת שיכולה לעמור ברוח מצויה שוב אין כאן פשיעה והבעלים חייבים דהם צריך שמירה מעולה כמ"ש ואם הוא מועד או שהזיק בשן ורגל גם הבעלים פטורים דלאלו די בשמירה פחותה אבל כשהשומר הוא ש"ש או שוכר ושואל חייבים בשמירה פחותה אפילו בהשלומי מועד ושן ורגל וגריעי בזה מהבעלים ומעמא דמילתא דכמו שחיובם לגבי הבעלים פשיטא דאינו די בשמירה פחותה מידי דהוה אגניבה ואבידה כמו כן הוה חיובם נמי לגבי אחריני דאין סברא שלזה נחשבו כפושע ולזה נהשבו כאנוס והבעלים פטורים אפילו כשאין להשומר במה לשלם ואם שמרו שמירה מעולה גם השומרים פטורים ואפילו השואל פטור ואע"ג דהשואל חייב באונסין ה"מ לגבי הבעלים דע"ם כן נשתעבד אבל לענין כשהוזקה לאחרים אין שום סברא לחייבו כששמר שמירה מעולה ולא דמי לשמירה פחותה שחייבנום גם לגבי אחרים כשחייב נגר הבעלים [ונרמב"ם נפל טע"ד כמ"ש הממ"ע] :

טז מסרו השמר לשומר אחר ויצא והזיק חייב הראשון כשהשני

כשהשני לא שמר כראוי רכבר נתבאר בסי' רצ"א דשומר שמסר לשומר חייב אפילו ש"ח שמסר לש"ש והניזק יכול לגבות ממי שירצה רצה עושה דין עם השני שישלם ואם רצה משלם לו הראשון והראשון ילך לעשות דין עם השני ולא דמי לשומר שהבעלים מסרו לו דאין החיוב על הבעלים דוהו מפני שברשות נתנו לו משא"כ השומר אין לו למסור לשומר אחר לפיכך אם השומר הראשון מסר לבנו או לבן ביתו נבנסו תחת השומר וחייבים לשלם דכל המפקיד על דעת בני ביתו הוא מפקיד כמ"ש שם ואם אין להם לשלם נתבאר שם נ"כ :

יז אם הזיק שורו של שואל לשורו של משאיל או שורו של משאיל לשורו של שואל נתבאר בסי' שמ"ו וכשם שהשומר נכנס תחת הבעלים בהזיקה ממון כמו כן בנגיחת אדם לענין השלומי כופר והריגת הבהמה והשומר מחוייב לשלם להבעלים בהמה אחרת וכתב הרמב"ם ז"ל דכל שומר שנתחייב לשלם ואין לו והיה המזיק חס שהוא משלם ח"נ מנופו הרי הניזק משתלם מן הבהמה שהזיקה ומה שגבה הניזק חוב על השומר לבעל הבהמה עכ"ל אבל במועד כשאין לו לשומר נשאר חוב מהשומר על הניזק עוד כתב הרמב"ם שאלו בחזקת תם ונמצא מועד אם ידע השואל שהוא ננתן הבעלים משלמים ח"נ שכל מקום שהוא הולך הרי שם בעליו עליו והשואל משלם ח"נ שאפילו היה תם כמו שעלה ברעתו ח"נ היה משלם שהרי ידע שהוא ננתן ואם לא ידע שהוא ננתן אין השואל חייב כלום והבעלים משלמים נ"ש עכ"ל וי"א דאין השואל חייב כלום אא"כ הפסידו ב"ד להשור אבל בל"ז יכול לומר כיון דפלגא נזקא קנסא הוה מדינא ומיפטרא דמורה בקנס פטור ובמועד אינו מועיל זה [רמב"ן] [עתוס' ב"ק מ': ד"ה מי ותס ע"ס. סמר רנ סמטנמ] :

יח אם יש הכחשה בין ניזק למזיק שהמזיק אומר שמרתי כראוי והניזק אומר לא שמרת כראוי ואין עדים ברבר ישבע המזיק היסת ששמרו כראוי ופטור דתביעה זו היא ככל הביעות ממון וכן בכל המענות הנופלות בין ניזק למזיק נשבע המזיק ונפטר וכן בשומר כשיש הכחשה בין השומר להניזק ישבע השומר ונפטר ואפילו בשומר שמסר לשומר אין הניזק יכול לומר דהשני אינו נאמן לי בשבועה כמו שהבעלים יכולים לומר כן כמ"ש בסי' רצ"א דלא דמי דהבעלים הלא מסרוהו לו לבן יכולים לומר כן לך האמנתי ולא לזה אבל איש אחר כמו הניזק במה כחו יפה לומר כן ורק לענין תשלומין יכול לגבות ממי שירצה כמ"ש ובכל המענות אם אין הניזק טוען ברי אין על המזיק שבועה רק קבלה בכבל טענות שמא. [כ"ן וע' נרמב"ן ס"ד כ"ן י"ס] :

סימן שצו [בהמה שרגילה ליכנס לשדות של אחרים ובו ו' סעיפים] :

א כתבו רבותינו בעלי הש"ע מי שבהמתו רגילה ליכנס לשדה חבירו ומזיקתו יכול בעל השדה להתרות בבעל הבהמה שישמור בהמתו וצריך לשמרה ואם לא שמרה והזיקה חייב לשלם הזיקו ואינו יכול לומר לו גדור שדך כרי שלא תבנס בו עכ"ל והנה אין בדין זה שום רבותא כלל דהלא זהו שן בחצר הניזק שכבר נתבאר אלא משום דהטור הביא דיעה אחת דדווקא בחצירו של ניזק חייב כשנכנסה הבהמה מפני שאין אדם יכול לנעול ביתו וחצירו ומטול על הבהמה לשמרה מזה אבל בשדה שמהפשטין לרעות ואין הרועה יכול לשומרן שלא יכנסו בשדות יכול בעל הבהמה לומר לבעל השדה גדור שדך ע"ש וצ"ל לפי דיעה זו מה שכתבה התורה ובער בשדה אחר כשהיתה שדה נדורה והבהמה תתרה או הפילה הנדר לזה קבעו רבותינו בש"ע דאין הלכה כן והסברא נותנת כן דא"א לנדור שדות כמו שהוא בכל העולם ועל הרועים לשמור הבהמות שלא יכנסו בשדה אחר ובאמת אין דרך הבהמות להרחיק ממקום מרעיתן ואם יש בהמה שאינה ככל הבהמות ודרכה ליכנס לשדות מחוייבים הבעלים שלא להגיחה לרעות וזהו שכתבו מי שבהמתו רגילה ליכנס לשדה חבירו משום דרוב בהמות אין עושין כן [ונב"ק כ"נ : ממני ממל נ"י מ' מ"ונמ ממרי וכ' נ"מ ממ"ס מ"מ"ס ס"ל כן ומכו כוונת פתוס' סס ומס כוונת הרי"ף ז"ל שכתב דמיטיע בעלמא סוס כ"ל סס מתרניס ס"ע כן ומס דמני ס"ל כן ומומן המיזס יפמו מכנל כל המיזס ו"ס מן וכו' היכי מצכחת נכ כ"ל. ומר נסס כן ומ"ס מס שהקשו כוס עמ"ך ומו"ק] :

ב וז"ל הרמב"ם בפ"ה בהמה שהיתה רועה ופירשה ונכנסה בשדות ובכרמים אע"פ שעדיין לא הזיקה מתרין בבעליה נ' פעמים אם לא שמר בהמתו ולא מנעה מלרעות יש רשות לבעל השדה לשחטה שחיטה כשירה ואומר לבעליה בואו וכברו בשר שלכם מפני שאסור לאדם להזיק ולשלם מה שהזיק אפילו לגרום הנזק אסור עכ"ל וביאור דבריו נ"ב כמ"ש דסתם בהמות אין פורשין ממרעיתן ולכן אף כשאירע שבהמה נכנסה לשדה אחר אין שייך בזה התראות ומשלם הנזק אבל בהמה שדרכה בכך להרחיק מהמרעה וליכנס בשדות ובכרמים והנזק קרוב לוודאי מהרין בהבעלים או שישמור אוהה ביחוד במרעיתה או שלא יניחה לרעות בשדה וישהנה בחצירו וכן אם אין להן רועה והולכים בשווקים ובשדות ווודאי מוכנים להזיק וכופין הבעלים שישמרם [כ"כ הלריטב נכוונתו ופמת סוס לריטב שכל נזוס ממטע כמ"ס ויע"ש ממ"ס סס הכי פירי לשקי ומפרס שפין ביכולת נפכנן שלא יכנו בשדה אחר וכ"י בשמיש לעתקסה בלבניו וכ"ס והלריטב יעבו לנריו ומתוך הסנת כרמב"ן] :

ולדינא

ג ולדינא נראה דהכל מודים בזה דבהמה או עז היוצאת מכלל בהמות וקשה לשמור אותה ועלולה להזיק בשורות אותרים ולא ניחא ליה לאינש לתבוע בכל עת כב"ד ולפעמים אין עדים בדבר ולכן כופין את בעל הבהמה לשמרה ביחוד ואי לא ציית שוהטין אותה ולא גרע משור המועד ונם הדיעה החולקת בסור זהו מפני שאין מפרשין בנמ' דמיירי בכהמ"נ אבל כשאירע כן מודים לדינא ואמנם אף בסתם בהמות העיקר כרעת הרי"ף והרמב"ם והש"ע דכשנבנסה לשדה אף שאינה נדורה חייב לשלם [וכ"כ בימ"ם פ"נ סי' כ"ם וכן מוכח מרש"י שם מדפירש בעיני למוקי לפלוגי בהמ"ד ומכ"ל בפ פלג דלכ"ב לפלוגי דלמאן דמסכתי נמי ובתום' משום מוכרים שם כרי"ף ולעת הרש"ם לפ בהרא וכן עיקר לדינא ובכרי הש"ך ועת הרש"ג]:

ד הקצבים שיש להם בהמות לשחוט ביום השוק אם הם מזיקים אפילו ברה"ר מתרים בהבעלים ג' פעמים שישמרם ואם לא שמרום רשאי הניזק לשחטן שחיטה כשירה ואומרים לבעלים בואו ומכרו הבשר שלכם ואע"ג דשן ברה"ר פטור מ"מ בבהמות שעומדים למביחה למה לנו להשהותם ולכן ע"י התראות מקדימין שחיטתן ואפילו בסתם בהמות הדין כן כיון שעומדים למביחה ואפשר דגם הרמב"ם לא יחלוק בזה לדינא אע"ג שלפי פירושו בנמ' כפמ"ש לא מוכח דין זה מ"מ לדינא מודה וכן סתמו רבותינו בעלי הש"ע ונראה דזהו דווקא כשיום השוק קרוב ולא יפסידו בזה:

ה נ"ל דנינות ופירי אילנות שבעיר ובכפר ואינן בהוך החצר ואינן גדורות אע"פ שעומדות מצד הרחוב דינם כרה"ר ובהמה שהזיקה שם פטורים הבעלים ואפילו נדר אם רק הניח מקום פרוץ אין מחייבין בעל הבהמה לשלם דאל"כ לא שבקת חיי לכל הבהמות שהולכות ברה"ר ודווקא בחצר שאנשים מצוים שם תדיר וא"א לנועלו חייב המזיק ונם ע"פ רוב כשתבנם הבהמה לשם יגרשוה ולא העשה נזק אבל גינות ופרדסים שאינם גדורים בשליטות ועומדים בתוך העיר מה תעשה הבהמה ההולכת ברחוב ודווקא בשדות וגינות שאחורי העיר אין דרכן להיות גדורות דבהמות אין הולכין שם תדיר ואותן שרועות הרועה שומרן אבל בתוך העיר כשאינם בתוך החצר וידאי דצריכים להיות גדורים בשליטות ואם לאו ה"ל שן ברה"ר ופטור:

ו הרנגולים והרנגולות שיש מהן כמו פראים שפורחין ומפסידין גנות ופרדסים ושארי הזיקות מתרים בהבעלים שיצניעום ואם אין משניחין שוחטים אותם ומוסרין להם הבשר אפילו בעומדות לגדל ביצים דכיון דא"א לכבן שלא יפסידו לאחרים לאו כל כמיניהו דהבעלים להשהותן ולדון עמהם בכל עת אבל תרנגולים שאין מפסידין תדיר רק לפרקים נארע נזק על ידם לא שייך בזה התראה ומשלם כשהזיקו:

סימן שצז [הכנים שורו לחצר חבירו ברשות או שלא ברשות ובו ה' סעיפים]:

א כמו שבשן ורגל פטור המזיק כשהיה הנזק ברשות המזיק ולא נתן לו רשות להניזק כמ"ש בסי' שצ"ג כמו כן בקרן ולא אמרינן דקרן שבוונתו להזיק יתחייב אפילו ברשות המזיק דהן אמת דהשור בוונתו להזיק אבל למה יתחייבו הבעלים בשביל כוונת השור כשהניזק נכנם לרשותו בלי רשיונו אבל אם הבעלים בעצמם הזיקוהו בכוונה וודאי דחייב דנהי שיש לו רשות להוציאו מ"מ אין לו רשות להזיקו ואם יכול להיות שלא ידע בו והזיקו פטור וגם בנזקי אדם באדם כן הדין כמ"ש בסי' שע"ח ואפילו שבועה א"צ אא"כ שוה טוען ברי שבכוונה הזיק לשורו ובנזק קרן גם בכה"נ א"צ שבועה כיון דאלו מודה מיפטר כמ"ש המור בסי' שצ"ט ע"ש:

ב לפיכך הכנים שורו לחצר חבירו שלא ברשות ונגחו שורו של בעל החצר פטור בעל החצר וכן אם הזיקו בעל החצר פטור מפני שיכול לומר כיון שהכניסו שלא לדעתי לא ידעתי בו עד ששניתי בו ומיהו אם הזיקו לדעה חייב נ"ש שאע"פ שיש לו רשות להוציאו מחצירו אין לו רשות להזיקו ואין חילוק בזה בין שהשור נכנם מעצמו שלא ברשות ובין שהבעלים הכניסוהו שלא ברשות [והפוסקים נקטו לכון כמסנה ב"ק מ"ו. ובמסנה שנה כן מסוס דנקלירות ופירות מוכרח לומר כן ע"ם]:

ג ואם השור הנכנם הזיק לבעל החצר או לשורו או לשארי בעלי חיים דינו כאלו הזיקו ברה"ר ומשלם הם ח"נ וסועד נ"ש דחצי נזק דקרן אין חילוק בין רה"ר לרשות הניזק ואין למידין ק"ו משן ורגל דפטורין ברה"ר וברשות הניזק חייבין נ"ש וא"כ קרן דברה"ר משלם ח"נ אינו דין שישלם ברשות הניזק נ"ש דמרה היא בתורה דכשאנו לומדים דבר מדבר א"א להחמיר על דבר הלמוד מהנלמד ודיו לבא מן הדין להיות כנדון וכיון דמרה"ר ילפינן לה דיו בח"נ כמו ברה"ר אבל כשהזיק בשן ורגל משלם נ"ש ואם השור קילקל את החצר כגון שחפר בו בורות שיחין ומערות חייב בעל השור בנזקי החצר ומשלם כל מה שהזיק דזהו כשן ורגל דאורחיה הוא להפור ברגליו ואח"כ אם אחד הזק בהבור הזה חייב בעל החצר אם יש בזה חיובא דבור כגון שהוא סמוך לרה"ר או שהפקיר רשותו כפי מה שיתבאר בסי' ת"י ואין לפטור אותו ע"פ ס"ש שם דשור שחפר בור פטרתו התורה דכתיב כי יכרה איש בור ודרשינן איש בור ולא שור בור דבבאן אין אנו מחייבים אותו על כריית הבור שעשה השור אלא חיובו כיון דנעשה קילקול בחצירו ועליו מוטל לתקן חצירו לסתום הבור ולא סתמו הזה כנזק בידים כמ"ש שם:

ד נפל השור לבורו שבחצירו והבאיש את מימיו אם הבאישו בשעת נפילה חייב בנזקי המים ואם הבאישו

אחר נפילה פטור ומעמא דטילטא דכל נזק שעושה בשעת המעשה הוה נזקי שור כשן ורגל ומשלם נ"ש דהזיקו מצוי (ס"ז) אבל כשלא היה הנזק בשעת מעשה אלא אח"כ והיה הקלה ע"י נפילתו שיבאשו המים זהו מתולדות בור כשארי תקלות ובנזקי בור אין חיוב רק על בעלי חיים כמו שיתבאר בסי' ת"י ולכן בנזקי בור פטור על המים וי"א דאפילו הבאישו בשעת נפילה אין חיובו אלא כשהבאישו המים מנופו של שור אבל כשהבאיש מריחו פטור ואף שוהו ודאי גרמי אמנם כבר נתבאר בסי' שפ"ו דגרמי שע"י שורו אינו חייב לשלם אבל אין לפטור ממעם ולא שור בור דהשור לא עשה הבור בפועל אלא נרם לזה :

ד ואם בעל החצר נתן לו רשות להכנים שורו והזיק השור לבעל החצר פטור בעל השור אפילו לא קבל עליו בעל החצר שמירתו מפורש דכיון דנתן לו רשות הוי כחציצו ואם הזיק שור של בעל החצר לזה השור שנכנס ברשות פטור בעל החצר אא"כ קיבל עליו בעל החצר שמירתו דדי שנתינת רשות תועיל לפטור את הנכנס ולא לחייבו לבעל החצר אבל כשבעל החצר בעצמו הזיק להשור חייב אף כשהזיק בשונג דאדם סועד לעולם וכיון שנתן לו רשות היה לו להזהר כמ"ש בסי' שע"ח ויש מרבותינו דס"ל דנתינת רשות מועיל גם לחייב בעל החצר דכיון דנתן לו רשות הוי כמו שקיבל עליו שמירתו מבהמותיו שלא יזיקוהו ולכן מנזקין דאתי ליה מבהמות בעל החצר חייב בעל החצר אבל בנזקין דאתי ליה מעלמא כגון שנכנס שור של אחר והזיקוהו פטור בעל החצר עד שיקבל עליו שמירה בפירוש אבל אם חנק א"ע זה הנכנס או מצא לחוץ והזק או הזיק י"א דחייב בעל החצר לדעה זו דלענין זה קיבל עליו שמירתו שישמור את השור הנכנס שלא יצא וישמרנו מנזקי עצמו ומנזקי בהמותיו [ים"ם] ולשון רבינו הרמ"א לא משמע כן אלא דנתינת רשות אינו טועיל אפילו לדעה זו אלא שבהמותיו לא יזיקוהו [ים"ך סכיס לסיס"ם וכ"מ מלמון סס"ם בב"ק מ"ז: ברמות סמירם סוזו קביל וכו' ולפירוש רמטון של סמוס' סס ד"ס מו מין למיס ע"ם] :

סימן שצט [פרה מעוברת שהזיקה ותרנגולת אם גובין מולד ומביצים ודין ננח מעוברת ובו ז' סעיפים] :

א אע"ג דאם אינו משתלם אלא מנופו ס"ם פרה מעוברת שהזיקה גובה הניזק ח"נ מסנה ומולדה אם אינה מספקת בעצמה לחצי הנזק או שנאבדה משתלם מהולד מפני שהיא כנופה דקיי"ל עובר ירך אמו הוא והוי כאחד מאיבריה וכן פסק הרמב"ם בפ"ג מאיסורי מזבח לבד לענין טריפה שהשוחט את הטריפה ומצא בה בן ט' חי דניתר העובר בשחיטת עצמו כמ"ש בי"ד סי' י"ג מפני שיש לו חיות בפ"ע אבל לכל התורה כולה הוי ירך אמו [פוס' ספרס מ"ז.] אבל תרנגולת שמזיקה אינו נ"בה מביציה מפני שהביצה אינה מנופה אלא מובדלת ומופרשת ואינה בשר באמה מיהו אם הביצה עדיין אגודה בנופה י"א דנובין ממנה דהוי כבשרה וזה השיעור הוא כל זמן שמעורות בגידין והן ארוסות עדיין [פוס' סס] ואפשר דוהו כל זמן שהחלמון עדיין לבדו דגם למליחה הוי כבשר ממש כמבואר בי"ד סי' ע"ה :

ב יראה לי כיון דקיי"ל דירך אמו הוא והוא כאחד מאיבריה לכן אפילו נתעברה לאחר נניחתה משתלם מהמעובר כל נזקו דהוה כשבח שהשביח המזיק מעצמו כמ"ש בסי' ת"ד ובנמ' [מ"ז.] באמת לא אסרה מעוברת אלא פרה שנגחה והפוסקים שנקטו מעוברת לאו דוקא הוא :

ג כבר נתבאר בסי' ע"ה דאין מוציאין ממון במענת ברי נגד מענת שמא כגון התובע לחבירו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע נשבע היסת שאינו יודע ונפטר לפיכך פרה מעוברת שנגחה ונמצא עוברה בצדה ואין ידוע אם קודם נגיחה ילדה ואז אין להשתלם מהולד או לאחר נגיחה ילדה ויש להשתלם מהולד ואין הפרה לפנינו להשתלם ממנה או שהיא לפנינו ואינה מספקת על הח"נ אפילו הניזק טוען ברי שאחר נגיחה ילדה והמזיק טוען שמא המטע"ח ולא ימול מהולד אלא ע"פ עדים וכן שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה מת בצדה ואינו ידוע אם מחמת נגיחה הפילה או הפילה קודם וא"צ לשלם בער נזקה המטע"ה אפילו ניזק טוען ברי והמזיק שמא ואפילו כשאין המזיק מוחזק עתה בידו כגון שעומדת באגם מ"ם מוחזק הוא מפני חזקתו הקודמת שהמזיק שלו היה ואין השבננדו יכול להוציאו מחזקתו אלא בעדים ואפילו ראו עדים עיקר הנניחה ונתחייב במקצתו ע"פ עדים לא אסרינן דהוא מחוייב לישבע ואינו יכול ומשלם דלא אסרינן בן אלא במקום דה"ל למידע כמ"ש בסי' ע"ה והבא לא ה"ל למידע ועיד דבנזק קרן תמה דהוי קנס לא אסרינן סברא זו דבקנס אין חיוב שבועה דהשבועה הוא כדי שיודה ובקנס כשיודה יפטור ולכן במענת שמא שבכאן פטור אפילו משבועה מהאי טעמא ואפילו טוען הניזק ברי לי שאתה יודע ובשן ורגל או במועד הוה מתחייב כה"נ אבל בתם דקנס הוא פטור [סמ"ע וס"ך] :

ד יש מי שאומר דאע"ג דבכל ספק טענות מהני תפיסה שאם

שאם תפס המוציא באופן שיש לו מיגו דלא תפסתי בגון שאין עדים שתפס אין מוציאין מידו אבל במענות דתם דהוי קנסא לא סהני תפיסה דתפיסה לא מהני בממון דאי הוה מודה מתחייב וכשאינו מודה אינו יכול להוציא מידו וכשתפס ויש לו מיגו אין מוציאין ממנו אבל בקנסא דאי הוה מודה מיפטר לא מהני תפיסתו ולא תועיל תפיסת המוציא יותר מהוראת המוחזק [נמק"י ס"ק המגיה ורמ"ס] ויש חולקים בזה וס"ל דתפיסה מהני כמו בממון אם רק יש לו מיגו דלהד"ם וכן פסק רבינו הרמ"א והטעם דתפיסה הוי כאלו הביא עדים שכרבריו כן הוא ואפילו יודה את"כ דוי כחזראה אחר עדים [ס"ך] ולפ"ז לא מהני רק אם תפס קודם שהודה בב"ד אבל אח"כ לא מהני התפיסה דכבר נפסר בהודאתו אמנם בזמה"ז דליכא מומחין ואין הוראתו מועלת לפטור א"ע כמ"ש בסי' א' מועלת תפיסה תמיד [סס ומ"ס הפ"ת בסס סדנמ"ר ל"ק דאמנו סוס עדים ממש שמיעה ודו"ק] :

ה כשנגח השור פרה מעוברת והפילה וגם הפרה נפתחה שמין כמה היתה שוה הפרה כשהיתה מעוברת ובריאה וכמה היא שוה עכשיו עם הנפל ומשלם כל הפחת במועד או חציו בתם ואין הניזק יכול לומר כיון דשני גופים הן והולד היה נולד עד עתה ישומו פחת הפרה בפ"ע והיזק הולד בפ"ע ויעלה יותר מכפי שומת פרה מעוברת מפני שהמזיק יכול לומר לו הרי שורי לא ננח רק גוף אחת וכמו שהזיק כן ישומו לך [גמ' מ"ז] :

ו וכיצד יעשו כשהפרה היתה של ראובן והולד שהלד היה שייך לשמעון וכיון ששמין שומא אחת כיצד חולקין שמין באופן זה דהיזוקר של מעוברת מאינה מעוברת הוה בג' דברים האחת שהקונה מחשב שווי העובר ואף שאין דמיון להנולד מ"מ משלם קצת בעד זה והשני' מפני שהבהמה כשהיא מעוברת נראית שמינה יותר מכשאינה מעוברת והשלישית מפני הנפח שנראית יותר גרולה בבמותה לפיכך שווי העובר נוטל שמעון ופחת השומן שפיחת גוף הפרה לבעל הפרה ואע"ג דהיתה נראית יותר שמינה מפני העובר מ"מ כיון דהעובר בעצמו אין לו שומן כלל אין לו חלק בזה ופחת הנפח דהיינו מה שהיתה נראית יותר גרולה חולקין בעל הפרה עם בעל הולד וכל אלו ביחר הוא פחות ממה שישומו כל אחד לבדו דגם הקונה יודע שבסיבת העובר נראית יותר גרולה ושמינה אלא דמ"מ מעלין המקח קצת בשביל זה :

ז ודע דכפי מה שבארנו כן נראה לבאר דין זה שאמרו חז"ל [סס] דכפרה דחד ולד דחד הנפחא חולקין והשומנא לבעל הפרה ושומת הולד בעצמו מה שהקונה נותן יותר בעד העובר מילתא דפשיטא היא ולא הוצרכו להזכיר ואע"ג דבדמב"ם וטור וש"ע מבואר דהשומנא לבעל הפרה והנפחא חולקין והנפל של בעל הולד אין כוונתם דבעל הולד לא ישול רק מחצית נפחא עם הנפל המת ולא יותר דאין סבראה לומר כן דהרי כל קונה מעוברת משלם ביוקר בעד העובר ובודאי כוונתם נמי כמ"ש דשמין העובר כמו שהיה שוה בבטן אמו ושוין כמה שוה עתה הנפל המת אלא דקאמרי דבעל הולד נוטל את הנפל בדמים דהשברים שייך לניזק וכמ"ש בסי' ת"ג [ל"ל] :

סימן ת [שור שהיה רודף אחר חבירו או שנים רודפים או נרדפים ובו י"א סעיפים] :

א שור שהיה רודף אחר שור אחר ואח"כ נמצא שהנרדף הוזק זה אומר שורך הזיקו וזה אומר לא כי אלא בסלע לקה המסע"ה ואפילו ראו עדים שזה רדפו מ"מ י"ל שע"י רדיפתו אחריו נלקה בסלע ובזה לא מחייב דנרמא הוא [סמ"ע] ואין הולכין אחר אומדנא לומר דכיון שרדפו מסתמא השיגו ונגחו ראין זה אומדנא ברורה דרגילות הוא ג"כ שע"י רדיפתו נלקה בסלע [ס"מ] ועוד דלא אולינן בתר אומדנא כמ"ש בסי' ת"ח ואפילו ניזק טוען ברי ומזיק שמא ואפילו אין המזיק מוחזק בשורו עה"ה כמ"ש בסי' שצ"ט סעיף ג' ואין חילוק בין תם למועד [ס"ך] ואם טען הניזק אתה יודע ששורך הזיק נשבע היסת שאינו יודע בר"א במועד או בשן ורגל אבל בתם פטור אף משבועה דהשבועה הוא כדי שיודה ובתם הרי יפטור בהודאתו דמודה בקנס פטור ואין לפוטרו גם במועד מהשבועה ממעם מינו דאי בעי הוה טעין להר"ם דהא אם היה טוען כן היה חייב שבועה ג"כ [סס] ועוד דמינו לאפטורי משבועה לא אמרינן כמ"ש בסי' פ"ב :

ב היו שני שוורים רודפים אחר שור אחר ויש עדים שראו שאחד מהם הזיקו ואינם יודעים איזה משניהם זה אומר שורך הזיק וזה אומר שורך הזיק שניהם פטורים ואם הניזק טוען לאחד מהם אתה יודע ששורך הזיק אם היה מועד נשבע שאינו יודע ובתם פטור כמ"ש ופשיטא שבעלי השוורים המזיקים אין אחד מהם דינן כעד על חבירו לחייבו שו"א או להצטרף אף עד אחר לחייבו ממון דכיון שיש עדים שראו שגם שורו רדף אין לך נוגע בעדות גדול מזה [ל"ל] :

ג ואם שני השוורים המזיקים של איש אחר אם היו שניהם

שניהם מועדים אין נ"מ בזה ומשלם נ"ש טנכסיו אפילו מחו השוורים וכן בשן ורגל ואם היו תמין דאין משלמין רק מגופן אם הפחות שבשניהם נ"כ שוה ח"נ אין נ"מ בזה וישלם ח"נ מאיזה שור שירצה אבל אם הפחות שבשניהם אינו שוה ח"נ אינו משלם יותר מהפחות שבשניהם ועל המותר יביא הניזק ראיה שהשור היפה ננחו ויטול ואם לאו מפסיד את המותר עד חצי נזקו וכן הדין אפילו היה אחר מהם מועד והאחד תם והתם הוא הפחות שבשניהם אינו נובה אלא איתו דהטמ"ה אבל אם התם הוא היפה נובה סמ"נ דאומר לו הניזק אם התם ננח הרי שוה חצי נזקי ואם המועד ננח השלם לי מכיסך כדין מועד וכן הדין כשמת אחר מן השוורים אם שניהם תמין פטור דהמזיק אומר לו הבא ראיה שהחי הוא שהזיק ואשלם לך ואם היה אחד מועד ואחד תם אם התם מת פטור מהאי טעמא שיכול לומר לו התם הזיקך ומשתלם רק מגופו וקח את הנבילה אבל אם המועד מת נובה ח"נ מהתם הרי סמ"נ דאם הוא ננח נובה ממנו ואם המועד ננח ישלמו מכיסם וכשאינו ירוע מי הוא התם ומי הוא המועד פטור בכל גווני כשמת אחד מהם [סמ"ע] :

ד ויש מי שאומר דבנאבד אחד מהם או מת נובה הניזק רבע נזקו וזהו דעת הגאון שהביא המור והטעם דכיון דקי"ל דשור תם המזיק נעשה הניזק שותף בהשור כמו שיתבאר וכיון דכן דינו כשני שוורים של שני שותפים שנאבד אחד מהם דהתפסר על שניהם אכל אין כן דעת הרמב"ם ז"ל והרא"ש ז"ל דכל כמה דלא אתברר באיזה מהם היה לו חלק אין דינו כשותף ברור ויכול לומר הבא ראיה שהחי הזיקך וכך פתמו רבותינו בעלי הש"ע :

ה היו שני השוורים הרודפים אחד גדול ואחד קטן הניזק אומר הגדול הזיק ויש לי חצי נזקי והמזיק אומר קטן הזיק וכן אם היה אחד תם ואחד מועד והניזק אומר המועד הזיק ומניע לי נ"ש והמזיק אומר תם הזיק ומניע לך רק ח"נ הממ"ה ואם לא היה שם ראיה ברורה שזה הזיק אלא עדים מעידים שאחד משנים אלו הזיק ואינם יודעים מי הזיק משלם המזיק כמו שאומר וכמ"ש וזהו דעת הרמב"ם ז"ל והטור כתב דזהו דוקא כשאין הניזק מעון ברי שזה הזיקו אבל כשטוען ברי אינו נוטל כלום דמזה שאומר ברי המזיק מכחישו ומהשני שהמזיק מודה אין לו ליטול שהרי בזה הודה בעצמו שלא הזיקו והוה כמעט חיטין והודה לו בשעורין שפטור גם מדמי שעורין כמ"ש בסי' פ"ח וי"א דלא דמי דכיון שיש עדים שאחד מהם הזיק הרי יש לו לניזק ממון מאחר מהם אבל במעט חיטין אין עדים בלל [סמ"ע פ"ם] :

ו וכתב הרמב"ם ז"ל [בפ"ם] ואם מעון הניזק אתה יודע ודאי שזה הזיק בפניך הרי המזיק משלם מה שהודה ונשבע שבועת התורה על השאר עכ"ל ואע"ג דמודה מקצת אינו חייב שו"א אא"כ חזי הודאה כמין הטענה כמ"ש שם י"א דהרמב"ם לא קאי רק על אחד תם ואחר מועד דכשא"ל אתה יודע ודאי שהם עד הזיק ותביעתו על נכסי המזיק ממילא דנם התם הוי בכלל נכסיו והוי הודאה כמין הטענה אבל באחד גדול ואחד קטן ושניהם תמין כשתובעו הגדול אין הקטן כמין הטענה [עור וסס"ם] וי"א דאין הטעם מפני זה דהתובע מחבירו מנה ומודה לו בכלי שוה חמשים הוי הודאה כמין הטענה כתבעו דינר וחב שנתבאר שם דהוה כמין הטענה והכא כשתובעו בגדול שהזיק הרי תובעו כמין אלא בשני המין הטעם פשוט שפטור משבועה דבתם לא שייך שבועה דמודה בקנס פטור [ס"ך והגר"ם] וזוקא לענין שבועה הוה הודאה כמין הטענה כשטוענו אתה יודע ודאי אבל כשאינו טוענו כך ואין עדים כדבר אע"פ שא"ל המזיק לא כי אלא זה הזיק יכול לומר משטה הייתי כיון שאין לו לידע שהרי לא עסד בשעת נגיחה דחויי קא מדחי ליה ורומה בזה לטוענו חטים והודה לו בשעורים [סס] :

ז עוד כתב הרמב"ם שם היו הנזקים שנים אחד גדול ואחד קטן והמזיקין שנים אחד גדול ואחד קטן הניזק אומר הגדול הזיק את הגדול והקטן את הקטן והמזיק אומר לא כי אלא הקטן הזיק את הגדול והגדול הזיק את הקטן או שהיה אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק את הגדול והם את הקטן והמזיק אומר תם הזיק את הגדול ומועד את הקטן הממ"ה ואם לא הביא ראיה ברורה פטור המזיק שהרי זה כטוענו לו חטים והודה לו בשעורים שהוא נשבע היסת ופטור אף מדמי שעורים עכ"ל ולדברי הי"א שבסעיף ה' מ"ש כאן דליכא עדים ולכן דינו כטוענו חטים והודה לו בשעורים וזהו החילוק שבין דין זה לדאיתן שבסעיף ה' [סס"ם] דשם מיירי בעדים וכאן הוא בלא עדים ובתמין בלא"ה פטור משום מודה בקנס וזה שתוצרך לומר המעם דטענו חטים והודה בשעורים הוא משום בבא מועד [ס"ך] ולדעה השניה שבסעיף ו' דזהו הודאה ממין הטענה דהוי כתובעו מנה והודה לו בכלי זהו בטוענו אתה יודע ודאי ולחייבו שר"א אבל במה שהודה ואמר לא כי אלא הקטן הזיק את הגדול או תם הזיק את הגדול הוי דינו כהודאה שלא ממין הטענה דהא לא היה המזיק בעת הנגיחה ודחויי קא מדחי ליה ודמי לטענו חטים והודה בשעורים כשאין עדים [כ"מ מס"ך סק"ס וכמ"ש ס"ם סמיע לכן מקנס מכולהי בכא למתניפין על רבה ב"נ בטענו מתים מאי טעמא דיכול לומר מאסף סייתי בך ולפילו מבכא דסביף ג' פרין למ"ד פ"נ מתוכא דמיירי כשאין עדים לדידיהם הוי תיובתא דרב"נ כמ"ש סס"ם וסס"ך בפי' פ"ם סקמ"ז ומייתי בסביף זה בשאינו עומד בדיבורו ומומר מאסף סייתי מכל כל"ז מייב] :

ז אמנם זהו דוחק לומר דהרמב"ם יסתום דבריו בחד ענייגא

ענייגא בעיקר הדבר שבבבא הקורמת טיירי בעדים ובדין שאחריו טיירי בלא עדים ועוד דלפי מה שפרשנו דטיירי בלא עדים לא הוצרך למעט דטענו חטים בתם ומלשונו משמע דאכולהו בבי קאי טעם זה ולכן יש מי שאומר דגם בבאן טיירי בעדים ולכן אינו מפסר בתם משום טורה בקנם ומ"ם דמי למענו חטים והורה לו בשעורים ואינו דומה למעיף ה' דהכא טיירי שעדים ראו ששני השוורים רדפו אחר שני השוורים וראו בהנוק אבל לא ראו ששנים הזיקו את השנים ויכול להיות שהקטן הזיק את שני השוורים וזה השור הוא ודאי של הניזק אבל במה שהמזיק מורה שהקטן הזיק את הגדול והגדול את הקטן בהודאתו מהנדול את הקטן הוי הודאת עצמו וליכא עדים ובזה יכול לומר משמה אני בך כמו בחמים ושעורים וט"ש הרמב"ם פטור המזיק בוונתו על הוראת הגדול [סגי"ל בסמעות] :

ט ודעת הטור בכל אלו הדינים כשהמזיק טוען כך והניזק טוען כך אם הניזק טוען שמא משלם המזיק כמו שהוא טוען ואם הניזק טוען ברי אינו משלם כלום דהו"ל מעטו חטים והורה בשעורים ומשמע מדבריו דאפילו כשיש עדים פטור והולך לשיטתו בסי' פ"ח דאף כשיש עדים על השעורים פטור משום הוראה עצמו שהורה לו שאינו מגיע לו שעורין מדלא הבעו שעורין ואדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים ואין כאן חיוב שבועה כלל אפילו הניזק א"ל אתה יודע ודאי שזה הזיק ממעם זה דאין הודאה ממין המענה ועוד מבואר מדבריו דכשהניזק טוען שמא משלם המזיק כמו שהוא טוען אפילו בתמין ואע"ג דהוה טורה בקנם ופטור ואין ליסר דכוונתו כשיש עדים דוקא דמדלא ביאר בן משמע דבכל גיוני מיירי אמנם נראה דמ"ל דכיון דהרדיפה שרדף השור אחר שור חבירו ידוע לכל דכן משמע לשון חז"ל שור שהיה רודף משטע דעדים ראו בשרץ א"כ נהי דכשמבחישו ואומר בפלע לקה פטור מ"מ כשטורה ואומר שנגחו אין זה מורה בקנם דליפטר דיותר יש לתלות בנגיחת השור ואע"ג דלא אולינן בתר אומדנא מ"מ לא מקרי טורה בקנם [וכ"כ סמכתם"ל ז"ל בר"ם ספרם בד"ס דמפילו] :

י במקום שהמזיק פטור אם תפס הניזק כתב המור דבסעיף ה' שאחר הזיק ואינו ידוע איזהו לא מהני תפיסה ובסעיף ז' דהמזיקין היו שנים והנזקין שנים אם תפס הניזק ה"ז משלם לקטן מן הגדול ולגדול מהקטן כמו שהורה המזיק ואפילו תפס בעדים ואע"ג דלית ליה מיגו דלא תפסתי ואף שמורה בקנם פטור בבאן חייב בט"ש המעם וי"א המעם משום דפלגא נזקא שאני משארי קנסות ומהני בהו תפיסה [סס"ם בשם סרשב"ד] ובשתפם שלא בעדים מדיני תפיסתו לנבות לגדול מן הגדול ולקטן מן הקטן וכן לתם מן הקטן ולמועד מן הגדול [סמ"ע וט"ך] והרסב"ם ז"ל כתב ג"כ דאם תפס הניזק ה"ז משלם לקטן מהגדול ולגדול מהקטן כמו שהורה המזיק עכ"ל וי"א דתפיסה לא מהני בהוראת עצמו רק כשיש עדים [במק"י ס"ם סמיים] ואפשר גם דעת הרסב"ם כן הוא לפט"ש בסעיף ח' דגם בבא זו מיירי כשיש עדים ע"ש :

יא אין התפיסה מועלת רק קודם שבא לב"ד אבל לאחר שבא לב"ד לא מהני ליה תפיסה אפילו ליטול כדברי המזיק והטעם נתבאר בסי' פ"ח סעיף ד' במענו חטים והורה בשעורים ובארנו שם דלטעם השלישי שנתבאר בשם במעמא דפטור גם משעורים משום דלא הוה הוראה גמורה על השעורים ולא מטעם מחילה או הוראה מהני תפיסה גם אחר שבא לב"ד ע"ש :

סימן תא [דין שור שנגח וחזר ונגח כיצד נובין ממנו ובו ז' סעיפים] :

א כיון שגורה התורה דתם אינו משתלם אלא מגופו נעשים המזיק והניזק שותפים בהשור המזיק וכן שור שנגח וחזר ונגח שור אחר טובים הנזק המזיק והניזק הראשון דגם הוא נחשב כבעל השור והיה לו ג"כ לשמרו כיצד שור שות מאתים שנגח שור שוה מאתים ואין הנבילה יפה כלום נוטל הניזק חצי השור והמזיק חצי חזר ונגח שור אחר שוה מאתים ואין הנבילה יפה כלום נוטל הניזק השני מאה מהשור והניזק הראשון נוטל חמשים והמזיק חמשים ואם חזר ונגח שור אחר שוה מאתים ואין הנבילה יפה כלום נוטל האחרון מאה והשני חמשים דכיון דהיה לו מאה טובל ח"נ מחלקו והניזק הראשון נוטל כ"ה וכן המזיק וכן על דרך זה חולקים והוכיים כשנגח רביעי וחמישי ולא נעשה מועד כגון שהיה בלא התראה וביוצא בזה ואם השוורים הנוזקים לא היו שוים כהמזיק או שהנבילות היו שוים חלק מההויקות נוטלים כפי המניע להם לפי חלקם וכשהזיק אח"כ לשור אחר טובל ח"נ מחלקו כל אחד לפי חלקו :

ב לפי מה שנתבאר בנגיחת תם כל מי שהוא אחרון לנגיחה מרויח וכ"ז אינו אלא בשהיה ביד הניזק להביא עדים ולזכות בחציו דאז נעשה כשותף וחייב בנזקו אבל כשלא היה בידו להביא עדים עדיין ובתוך כך נגח אינו מפסיד כלום דאיך נחשבנו כבעלים ולהטיל עליו שמירה כיון שאם יתאבדו נוציאו מידו [ס"ך] וכל

טי שהוא ראשון בנזקו מרויח והאחרון מפסיד דהראשון כיון שיש לו שיעבוד על השור והוא אצלו כאפותיקי ושמירתו אינו עליו למה יפסיד ולכן כששור שוה מאתים נגח שור שוה מאתים ואין הנביולה יפה כלום יש להניזק מנה ולהמזיק מנה חזר ונגח שור אחר כמותו נוטל הניזק הראשון מנה והשני מנה חזר ונגח שור אחר אין להאחרון ממה לגבות ומפסיד דמבעלי הנזקין אין לו לגבות דאין שמירת השור עליהם ומהמזיק אין לו לגבות דהרי אין לו כלום בהשור והם אינו משתלם אלא מנופו [וכן הוא לסי' לתמר בע"ה ליקט כדמוכח ר"פ ד' וס' ע"ש] :

ג בזה שנתבאר כשהניזק והמזיק שותפים בהנזק בד"א כשלא תפסו הניזק לידו אבל ניזק שהפסם בהמה שהויקה לגבות חצי נזקו מגופה נעשה עליה ש"ש לנזקין ואם יצאת והויקה חייב הניזק בנזקיה והבעלים פטורים וכן אם תפסו ניזק שני נעשה הוא ש"ש להניזק הראשון ולהבעלים וכן לעולם ביצד שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים ואין הנבילה יפה כלום ותפסו הניזק לגבות מכחי המאה שלו וחזר ונגח שור של מאתים ואין הנבילה יפה כלום נוטל הניזק האחרון מאה והבעלים מאה והניזק הראשון מפסיד ואם נזקו של השני פחות מהראשון כגון ששורו היה שוה ק"ם נוטל הוא ע' והראשון ל' והבעלים מאה וכן כל ביוצא בזה ולכן לפעמים הניזק הרביעי אין לו כלום והשלישי יש לו אע"פ שכל ניזק תפס להמזיק כגון שאחר הפיסתו נגח לחמישי ונזקי הרביעי והחמישי שוין ונזקו של השלישי יותר מהרביעי דהחמישי כשנוטל של הרביעי לא נשתייר להרביעי כלום והרביעי כשנוטל של השלישי נשתייר להשלישי כשנזקו היה יותר כש"ש ולא עוד אלא אפילו לפעמים החמישי האחרון אינו נוטל כל נזקו כגון שנזקו יותר משל הרביעי דאין לו ממי לגבות המותר דאין להרביעי יותר בגופו של המזיק ומהקודמים עם הבעלים אין לו לגבות דכיון שהרביעי תפסו בע"כ לא הוטלה שמירתו עליהם [טוס'] :

ד ויש מרבותינו שחולקים בזה וס"ל דאפילו תפסו ניזק והזיק מ"מ אינו מפסיד אלא החצי והחצי השני מפסיד המזיק דאין חילוק בין תפסו ללא תפסו דכיון דדינו כשותף לא נעשה שומר אלא מחלקו ואע"ג דשותף חייב באחריות כשננגב ממנו כמ"ש בסי' קע"ו זהו מפני שמחוייב לשמור אבל בניזק דלא הוטלה שמירתו עליו אינו נעשה שומר רק על חלקו אבל על חלק המזיק אפילו ש"ח לא הוי [ס"ך] ריאמר שהיה מוכרח לשמור חלקו כדי שהמזיק לא יבריחנו :

ה והנה מצד הסברא נראה דלא פליגי לדינא דבע"כ דעה ראשונה שמחייבת את הניזק בכוליה נזקו של השני צ"ל דהיינו כשתפסו הניזק ולא הניח להבעלים לשומרו דאל"כ כמו כשהיה ת"י המזיק חייבנו את הניזק בתשלומין כמ"ש בסעיף א' ספני שעל הניזק לשמור חלקו א"כ כמו כן כשתפסו ניזק היה גם להמזיק לשמור חלקו ומאי גריעותא דניזק ממזיק אלא דצ"ל דתפסו ולא הניח לו לשמור ובודאי בכה"ג אם הבעלים לא הניחו להניזק לשמור לא נחייב את הניזק ג"כ ובאופן זה ודאי דלא תחלוק הדעה השנית דאיך נחייב הבעלים אחרי שהניזק לא הניחו לשמור אמנם הרא"ש והטור כתבו שיש מחלוקת בזה ולכן צ"ל דדעה ראשונה מחייבת את הניזק בסתם תפיסה וזה שחייבנו בסעיף א' את הניזק כשהיה ת"י הבעלים לא שתפסוהו הבעלים והיה ת"י דבבה"ג היה הניזק פטור אלא שהלך בשדה והיה לו לניזק לשמור ג"כ או אפשר אף כשהיה ת"י הבעלים לא שייך לשון תפיסה והיה לו להניזק לשומרו ג"כ דהא גם מקורם היה ת"י הבעלים אבל בתפסו ניזק עליו לבד לשמור אותו ובזה חולקת הדעה השניה דאינו מתחייב רק בחלקו אבל עכ"פ זהו ודאי דכשלא הניח הניזק את הבעלים שיהיה השנחתו עליו גם דעה שניה מודה דהבעלים פטורים [כ"ל] :

ו וכל זה בתם אבל במועד אם הפסו ניזק והבל פורים דנעשה שומר עליו וחייב בכל שמירתו דבשלמא בתם נוכל לומר שתפסו כדי שהבעלים לא יבריחוהו ולא יהיה לו ממה לגבות אבל במועד דמשלם מנכסיו מה היה לו לתופסו ועוד יש מי שאומר דבמועד שתפסו חייב אפילו באונסין דהא לא תפסו אלא למשכון והוי כתופס משכון שלא ברשות ב"ד דנתבאר בסי' ע"ב דחייב באונסין אמנם זהו דוקא כשאין לו לישלם ממקום אחר דאז שיעבודא עליה רמיא ונקנה לו נוף המשכון [ס"ך] ועמ"ש בסי' ע"ב בזה :

ז כיון דהניזק הוי שותף בשור תם שהזיק ואין המזיק יכול לסלקו במעות לכן יכול למכור חלקו כמ"ש בסי' ת"ז וכן אם הקדישו ניזק אפילו קודם שעמד בדין הוי מוקדש ואם שור המזיק עולה לחצי נזקו הוי כולה קדוש ואם חציו קדוש חציו ומזיק כשהקדישו אם לאחר שעמד בדין אין הקדישו כלום שאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו אבל הקדישו קודם העמדה בדין אע"ג דמדינא לא היה לחול הקדשו, דאינו שלו מ"מ מדלא עמד הניזק עדיין בדין ואין ניכר לכל שהוא של הניזק אם נוציאו מיד ההקדש יאמרו דהקדש יוצא בלא פדיון תקנו חכמים שיפדנו בדבר מועט מיד ההקדש וכבר נתבאר בסי' צ"ה דבומה"ו ליכא הקדש ובל"ו ליכא דין זה בזמנינו דאין דנין דיני תם ובמועד אין שום שייבות להניזק לא בהקדשו ולא במכירתו ובומה"ו א"א להיות מועד בם"ש בסי' שפ"ט :

סימן תב [שני שוורים שחבלו זה בזה כיצד משלמים זל"ז ובו ז' סעיפים]:

א שני שוורין תמין שחבלו זה בזה משלמים במותר ח"נ כיצד שור של ראובן שהזיק לשורו של שמעון במנה ושל שמעון הזיק לשל ראובן בחמשים יצאו חמשים בחמשים והחמשים הנותרים ישכם לו חציים ומיד כשנגחו זב"ז מנכין זל"ז אף קודם העמדה בדין ולכן אף אם נאבד שורו של שמעון אין אומרים דראובן הפסיד כל נזקו דתם משתלם מגופו ונאבד וישלם הוא לשמעון חמשים אלא דמיד שנגח שורו של שמעון לשורו נתנכה לו חמשים ואינו משלם אלא כ"ה ואם היו שניהם מועדים משלמים זל"ז בהמותר שלאחד על השני נ"ש:

ב ואם היה אחד תם ואחר מועד שנו חכמים במשנה [ב"ק ל"ג] דמועד בתם משלם במותר נ"ש ותם במועד משלם במותר ח"נ וי"ש מרבותינו שפרשו דשמין את הנזק ולא את החיוב דאם המיעד הזיק בתם מנה ותם במועד חמשים משלם בעל המועד רק חמשים ואע"ג דחיובו דהם אינו אלא כ"ה והיה לו לבעל המועד לשלם ע"ה מ"מ כיון שבפעם אחת נגחו זל"ז שמין רק המותר מהנזק [ל"מ כמ"ש הרמ"ה וע' תוס'] אבל המותר כתב אם הזיק מועד בתם כמאה והתם לא הזיקו אלא בחמשים משלם לו ע"ה ואם נזק התם יותר כגון שהמועד הזיק לתם בכ"ה והתם הזיקו במאה משלם בעל התם כ"ה וכ"כ הרמב"ם והתוס' והרא"ש וכך סתמו רבותינו בעיי השו"ע:

ג היו שניהם מועדין משלמין זל"ז בהמותר נ"ש כמ"ש ואם היה הנזק שוה בשוה אין נובין זה מזה כלום וכל אחד עומד בשלו ואע"פ ששורו של אחד יפה למכירה משורו של השני וכן אם כל נכסיו שה האחד הם עידית ושל השני זיבורית אין דינם כשני בעלי חובות שחייבין זל"ז נובה זה מזה כפי נכסיהם ומניע מובה להשני שמקבל בינונית במקום זיבורית כמ"ש בסי' פ"ה והכא כיון דנזקין נובין מעידית כמ"ש בס' תי"ט והיה לו להשני לנבות עידית ולהנביותו זיבורית שהם עידית שלו מ"מ אין אומרים כן והטעם דמיד שהזיקו זל"ז נתנכה ההיזק מזה לזה [נמק"י] ואפשר דאם בעל העידית הזיקו מקודם הדין כמו בבע"ח [ע' לעיל וסמ"ע וד"ק] אמנם מדלא כתבו הפוסקים דין זה משמע דהכל שוה והטעם דכיון דכל אחר עומד בשלו זהו כעידית [וכ"מ לעיל סמק"י]:

ד זה שתם בתם משלם במותר ח"נ אין זה רק במה שביכלתם להשתלם זמ"ז מגופן אבל אם האחד אינו שוה ח"נ של השני כפי מה שיש בגופו של מזיק אינו משתלם ממנו ואינו מנכה לו ולכן יש לפעמים שבעל הנזק המועמ גובה יותר משל המרובה כיצד שור שוה מאתים שנגח לשור שוה מנה והכחישו בשמונים זוז ובעל המנה נגח אותו והכחישו במנה אין אומרים נויא ארבעים בנגר ארבעים ומשלם לו עשרה דכיון דבשור של בעל המנה לא נשאר בגופו רק עשרים אינו מנכה לו רק עשרים ונשאר המותר של בעל המאתים שמונים ומשלם לו ארבעים [סס]:

ה כל מה שנתבאר אינו אלא דוקא שהשני השוורים התחילו לנגוח זא"ז באחד או לאחר שנגח הראשון להשני ונתפרדו זה מזה חזר השני ונגח להראשון דהוי כנגיחה חדשה אבל בששורו של ראובן התחיל להזיק שורו של שמעון ובאותו מעמד נגחו שורו של שמעון לשל ראובן חייב ושמעון פטור דכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור כמ"ש בס' שצ"ה וכיון דשורו של ראובן שינה ויצא מנדרו לכן בששינה בו שור האחר האחר פטור והוא חייב אבל כשלא היה באותו מעמד הוי נזק חדש והשני התחיל לשגות בו:

ו כמו שהדין בשני שוורים כמו כן הדין באדם בשור ואדם באדם וכמו שהדין בקרן כמו כן בנזקי שן ורגל דאם שורו של ראובן אכל פירות בחצירו של שמעון ושל שמעון אכל בחצירו של ראובן משלמין זל"ז במותר נ"ש וכשראובן הזיק לשמעון בקרן ושמעון לראובן בשן ורגל דינם כתם ומועד ונ"ל דאפילו היה שור אחד של הרש שוטה וקטן או שהלכו בעליו למדה"י דפטורים כשנגחו כמ"ש בס' ת"ו מ"מ כשנגחו זה את זה מנכין מזה לזה דבשם הוי המעם מפני שאין ממי לגבות והכא אינו בא לגבות אלא לנכות מהזיקו:

ז כל אלו הדברים שנתבארו בשוורים תמים אינו אלא כשנעשה הנזק השני קודם שהיה ביד הניזק הראשון להביא עדים ואז עדיין לא נעשה שותף כמ"ש בס' ת"א אבל אם היה בידו להביא עדים נעשה שותף ומה שהזיק אח"כ צריך הוא לסבול בפ"ע לפי החלק שיש לו בו לבד מה שיש עליו לשלם למזיק מה ששורו הזיק לחלקו של מזיק ואז יש חשבון אחר לפי החלקים [נמ"ל]:

שמין

סימן רנ [שטין הנבילה והשברים לניזק ופחת נבילה ובו ז' סעיפים]:

א נסי' שנ"ד נתבאר דנגב שננב כלי ושברה צריך לשלם כלי שלימה והוא יקח השברים לעצמו וכן הדין בגזלן ואע"ג דבכסף היה יכול לשלם לו וקי"ל דשוה כסף ככסף ולמה לא יהיה ביכלתו ליתן לו השברים בשומא אמנם גזירת התורה הוא דכתיב והשיב את הגזלה אשר גזל והאי אשר גזל טיותר הוא ודרשינן שישיב כעין שגזל כשמחזיר לו שוה כסף והיינו כלי שליכה דאין על הגנזל להטריח עצמו שני פעמים למכור השוה כסף ולקנות בתמורתם הכלי שננזלה ממנו והו בגנב וגזלן אבל בגזקין אמרו חז"ל דאדם או שור שהזיקו בהמה או כלים שטין השברים או הנבילה במעות להניזק ומשלים עליהם עד כדי דמי הנזק וזה שכתוב בתורה בשור שהזיק שלם ישלם שור תחת השור והמת יהיה לו אין הפירוש שהמזיק ישלם להניזק שור שלם ויקח לו הנבילה דא"כ מאי איצטריך להשמיענו שיהיה לו הנבילה פשיטא דכשבשלם לו שור שלם נוטל הנבילה לעצמו [ב"ק י'] ועוד דא"כ למה הוצרכה התורה לכתוב בגזלן דאינו משלם לו השברים והרי ק"ו הוא מבהמתו שהזיקה ועוד דבכלל גדול הוא דכל מקום שנא' תחת אינו ממש וראיה מעין התחת עין וכתיב וסבה נפש בהמה ישלמנה נפש תחת נפש דהכוונה ממון ולא תחת מ"ש אלא דה"פ שלם ישלם ממון כשווי השור שהזיק תחת שורו שהזיק והמת יהיה לו להניזק שהמזיק יחשוב לו בחשבון דמי המת או השברים כמה נפחתו דמיו בשביל השבירה ויקח הניזק את השברים בשומא והמזיק ישלים עליהם:

ב ועיקר הכתוב לא לכך הוצרכנו דגם זה מילתא דפשיטא דשוה כסף ככסף אלא דאתי לפחת נבילה שאם נתקלקלה הנבילה משעת מיתה עד שעת העמדה בדין ונפחתה מדמיה שייך הפחת על הניזק וכן בשברים דיכון דהן שלו לא היה לו להשהותן עד שיתקלקלו ואם מונחים במקום שיש מורח להביאן על המזיק להטריח א"ע להביאן להניזק כיצד כגון שנפל השור לבור ומת מעלה המזיק את הנבילה מהבור ונותנה להניזק ואח"כ שטין לו פחת הנבילה ואי קשיא כיון דהשורה הוא על המזיק למה הפחת על הניזק בשלא טרח המזיק די"ל דהיה לו להניזק להעלותו מהבור כשנודע שנפל שם ולישוב דמי הוצאותיו מהמזיק או שהיה לו לתבוע את המזיק שיעלהו ומדשתק מסתמא לא קפד בזה וה"ה בכל כיוצא בזה ודוקא כשהשווי מהנבילה והשברים לא יעלה יותר אחר הוצאת ההעלאה מכפי שהיה בבור דאל"כ אין שייך לומר שהמזיק יתן דמי מרחתו דממ"נ אם לא יתן הלא ישומו אותם להניזק בפהות [סס י"ח] ודבר זה יכול להיות כראסרי אינשי כשורא בדברא בזוזא ובמתא בזוזא [סס]:

ג ומנין דהשורה על המזיק מרכתיב בנזקי כור בעל הבור ישלם כסף ישיב לבעליו והמת יהיה לו והוא מיותר לנמרי דהרי כבר כתיב בנזקי שור בשור אלא דאישיב קאי וה"פ דבאמת גם ישיב מיותר דה"ל למכתב בעל הבור ישלם כסף לבעליו אלא דישיב אתי לשוה כסף כלומר בעל הבור ישלם כסף או ישיב לבעליו בשוה כסף ויכול ליתן לו אפילו סובין בשויים כפי המקח וממילא ידעינן מזה דיכול ליתן לו הנבילה במעות ההיזק וקאמר קרא ישיב לבעליו והמת כלומר דגם המת ששייך להניזק ישיב לו המזיק והיינו להעלותו מבור ולהשיבו להניזק ומזה למדנו על כל מורח גבילה ושברים מכל מיני נזקין שמחוייב להעמידן ליד הניזק וכשעושה כן שטין הפחת שפיחתה משעת מיתה עד שעת העמדה בדין והפחת שייך על חשבון הניזק ואם היה הנזק מאה דינרין והנבילה שוה בשעת מיתה עשרים דינר ונפחתה בי' אינו משלים לו על הנבילה רק פ' במועד ול' בתם:

ד זה שאמרנו שהפחת הוא על הניזק דוקא כשנודע לו בשעת הנזק דאז אמרינן כיון שהנבילה שלו היה לו ליטלה מיד ולסוכרה ע"פ שומת ב"ד ולא להשהותה עד שתתקלקל אבל אם לא נודע לו הנזק הפחת על המזיק עד שעה שנודע לו וכן אם המזיק אינו רוצה ליתן דמי טורח ההעלאה הפחת עליו דמה היה לו להניזק לעשות [סמ"ע] ויש חולקין וס"ל דאפילו לא נודע לו להניזק עליו הפחת דאין הטעם שהפחת על הניזק מפני שפשע אלא כיון דהנבילה הוי שלו מטילא הוא ככר חפצים של אדם שנפחתו דהפחת על הבעלים [ים"ם והגר"ח] ובש"ע סתמו כדעה ראשונה:

ה אם השביחה הנבילה משעת מיתה עד העמדה בדין נזרה התורה דחצי שבח שייך להמזיק דחם דחמנא עליה כיצד שור שוה מאתים שנגח לשור שוה מאתים והנבילה היתה שוה בשעת מיתה מנה ובשעת העמדה בדין נשתבחה על ק"ך הרי המזיק משלם בפועד חשעים ואם היה חם אינו נוטל אלא רבע בהשבח דהא א"צ לשלם אלא ח"נ ובאותו חצי משותף בשבח עם הניזק ומשלם ס"ה סניפו של מזיק ומרויח חמשה בעד השבח וי"ש הורה ומכרו את השור החי וחצו את כספו וגם את המת יחצון ובאה הקבלה דאין הכוונה לחצות המת כחצי דא"כ היה לו לכתוב ומכרו את השור החי והמת וחצו את כספם ועוד מאי לישנא דוגם אלא דה"פ ומכרו את השור החי וחצו את כספו וגם את המת שהוא שייך כולו להניזק בפחת מ"מ לפעמים יחצון והיינו בשבח מפני שהתורה

חסה עליו שהרי לא בעצמו הזיק אלא שורו [סמ"ע] אבל כשהזיק בעצמו אינו נוטל חלק בשבח [ע' כסי' קפ"ח סעיף מ' דמסתי קרח דלסיטן ג"כ לעניין סמם ספיממו מיתם] :

ו אם השבח גדול כל כך ער שחציי שבח הוא יותר מדמי הח"נ כגון שור ששוה חמש סלעים שנגח שור שוה ג"כ חמש סלעים ובשעת מיתה שוה ג' סלעים ואח"כ נתהוה סיבה שנתייקרו נפילות ושוה ששה סלעים דחציי נזק הוי סלע אחד וחציי שבחו של המזיק הוא סלע וחציי לא אמרינן דהמזיק יטול חציי השבח וירויח שחניזק ישלם לו חציי סלע מכיסו ודיו שאינו משלם כלום דאין סברא כלל שיטול עוד מהניזק ורשינן זה מקרא דשלם ישלם בעלים משלמים ואין בעלים נוטלין אמנם זהו דוקא בשנגחו ומת אבל לא מת אלא נתקלקל ואח"כ השביח הרבה יותר כל השבח לניזק ואין המזיק נוטל כלל בהשבח ומשלם כפי החשבון שאחר נגיחה והטעם יתבאר בסי' ת"ד וכן משמע פשטא דקרא דדוקא את המת יחצון בשבח אבל לא בחי [ע"ז] וכעין זה בכל מיני נזקין ואין חילוק בין מועד לתם :

ז דבר פשוט הוא דכשהוזזלה הנבילה הוי בכלל פחת ובשהוקרקה הוי בכלל שבח אלא די"א דאפילו לדעה ראשונה שבמעיף ד' דהפחת הוא על הניזק רק משעה שנודע אבל בזולא אע"ג דלא נודע הוי של ניזק דדוקא בנפחתה מחמת מרחון אמרינן אלן ידע לא היה משתה אותה אבל בזולא לא ידע שתיזול והיה משהתו אפילו אם היה יודע וי"א דאין חילוק וגם בזולא עד הזמן שנודע אין הפחת עליו דודאי לא היה משהה מפני הסירחון ומטילא שלא היה מפסיד בהזול ולפ"ז בדבר שאין סירחון כמו כלים גם דעה זו מורה וצ"ע לדינא [עסמ"ע וסגי"ח] :

סימן תד [עוד דינים בפגם ושבח ודין שבח של מזיק ובו ד' סעיפים] :

א שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים וחבל בו ולא הרגו אלא הפחיתו מרמיו חמשים זוז ובשעת העמדה בדין השביח הניזק הרבה עד ששוה ארבע מאות אין המזיק נוטל כלום בהשבח ולא דמי למת שנוטל חלק בהשבח כמ"ש בסי' ת"נ דבבאן יכול הניזק לומר לו אלמלא לא חבל בו שורך היה נשבח עוד יותר ולמה אתן לך חלק שכן דרך בעלי חיים כל מה שהוא בריא יותר נשתבח יותר אבל במת לא שייך לומר כן ומ"מ גם הניזק אינו יכול לתבוע יותר אף שאמדוהו דבלא נגיחה היה משתבח על שמונה מאות דזהו בגרמא בנזקין אלא נותן לו בשעת הנזק ואם היה מועד משלם לו חמשים ובתם כ"ה ואין חילוק בין שפיטמו בידים וע"י זה נשתבח או ששבח מאליו דבכל גווני נותן לו כשעת הנזק ולא יותר :

ב ונם בפחת אינו דומה שור חי למת דבמת נתבאר דהפחת הוא על הניזק אבל בחי הפחת על המזיק והטעם דכל זמן שהוא חי הולך ומתקלקל מחמת הנגיחה ואף אם היה מוכרו לא היו נותנין לו בפי שויו עתה אלא כפי התקלקול שיתקלקל מחמת הנגיחה ולבן אם כחש מחמת המכה בשעת העמדה בדין והפחת שוה מאה נותן לו כשעת העמדה בדין דאומר לו קרן שורך קבור בשורי ומקלקלו דהכאב מקלקלו ולבן דוקא כשכיחש מחמת המחלה אבל אם עשה בו הניזק מלאכה וכיחש א"צ לשלם לו רק כשעת הנזק :

ג נ"ל דדין זה אינו אלא כשאינו ראוי לשחיטה והיינו דאלמלא שחטו היה מפסיד בהכשר עוד יותר אבל אם בשעת הנגיחה כשהיה מוכרו לשחיטה היו נותנין לו כפי שויו עתה א"צ המזיק ליתן לו יותר דאומר להניזק למה השחית אותו היה לך למוכרו לשחיטה :

ד שור המזיק והוא תם אם השביח משעת נגיחתו עד העמדה בדין נוטל הניזק חלק בהשבח דבין דהוא שותף בו הוי כשור של שותפים שהשביח דחולקין ודוקא כשהשביח מחמת עצמו אבל אם המזיק השביחו ע"י פיטום אינו משתלם ממנו אלא מה שהיה שוה בשעה שהזיק וי"א דאם השבח יתר על ההוצאה נוטל המזיק דמי ההוצאה ושכר מרחו ועמלו ובשאר השבח נוטל הניזק חלקו כיון דהוא שותף בו ואם ההוצאה יתירה על השבח אין לו לניזק בשבחו כלום [סוג] ונם א"צ ליתן לו על הוצאתו כלום [סמ"ע] ואע"ג דשותף הוא מ"מ כיון דהמזיק פיטמו ולא נמלך עם הניזק הוי כיזרד שלא ברשות דירו על התחתונה כמ"ש בסי' שע"ה וטעם דעה ראשונה דאין הניזק נוטל חלק בשבח ששבחו המזיק דנהי דהוי כשותף מ"מ ער העמדה בדין לא זכה עריין ע"פ ב"ד בשור המזיק ומה שעושה המזיק לעצמו הוא עושה [כ"ל] :

סימן תה [שור שהמית אדם או חבלו וכו' כ"ח סעיפים]:

א שור שהמית את האדם בין ברה"ר בין ברשות המזיק בין שהמית גדול או קטן איש או אשה עבד או בן חורין בין שהוא תם ובין שהוא מועד ה"ז נסקל בזמן הבית כמפורש בתורה וכי ינח שור את איש או את אשה וכמ"ש בתורה וכי יגח שור ואחר שור ואחר שאר בהמה חיה ועוף שהמיתו הרי אלו נסקלין ואין חילוק בין המיתו בנשיכה או ברחיפה ובעימה [כ"י בתוס] ואין חילוק בין תם למועד רק לענין כופר שכתם פטורין והבעלים מלשלם כופר ובמועד חייבים כדכתיב ואם שור נגח הוא מתמול שלשום ולא ישמרנו בעליו והמית איש או אשה השור יסקל וגם בעליו יומת אם כפר יושת עליו ונתן פדיון נפשו וגו' וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"י מנ"מ זה שכתוב בתורה וגם בעליו יומת מפי השמועה למדו שחייב מיתה ו"ו ביד שמים ואם נתן כופר הנתרג מתכפר לו ואע"פ שהכופר כפרה מתשכנין מי שנתחייב בכופר בעל כרחו עכ"ל ביאור דבריו דאע"נ דבדבר כפרה אין מתשכנים את הבעלים מפני שבעצמו יתעורר להביא כפרתו ולכן חייבי תמאות ואשמות אין מתשכנין אותם כמ"ש בפ"י מתעשה הקרבנות מ"מ כופר כיון דלאו להקדש הוא לא חמירא עליה דאינשי ולכן מתשכנין אותו ובין הב"ד ובין יורשי הניזק יכולין למשכנו [מ"מ בסה"מ ונלמ"מ] ואף שבגמ' היא בעיא דלא אפשטא [ג"ק מ"] ופסק ממונא לקולא מ"מ כיון דרבות אין פסק בעצם המטון אלא דהפסק הוא על המשכון הוה בפסק איסורא ולחומרא וכן אם המית ברשותו של מזיק פטור מכופר ושור של שני שותפים שהרג פסק דכל אחד משלם כופר שלם שהרי כל אחד מהם צריך כפרה גמורה וגם זה בעיא דלא אפשטא רק כיון דלכפרה הוה ס"ל להרמב"ם דהוי בפסק איסורא:

ב כמה הוא הכופר כמו שיראו הדיינים בשווי דמי הנהרג שנאמר ונתן פדיון נפשו ככל אשר יושת עליו כלומר דהמזיק יתן פדיון נפשו שמתחייב מיתה בידי שמים וכמה פדיונו כפל אשר ישיתו עליו לפי שווי דמי הנתרג וכופר של עבד בין גדול בין קטן בין זכר בין נקבה הוא שלשים סלעים כדכתיב אם עבד יגח השור או אמה כסף שלשים שקלים יתן לאדוניו ובין שוויה העבד שוה מאה מנה ובין שאינו שוה אלא דינר ודבר זה הוא מגזירת התורה ואין חילוק בכל זה בין זכר ונקבה וודאים לטומטום ואנדרוגינוס [מלעלמ] ואע"ג דבבן חורין כתיב איש ואשה מ"מ נם הם בכלל ורק מלשון זכר ונקבה נתמעטו ולא מאיש ואשה ובשהחזיב על שניהם בשוה ודאי נכללין בהם:

ג למי נותנים הכופר ליורשי הנהרג ואם המית אשה נשואה לבעל הכופר ליורשיה מאביה ולא לבעל ואע"ג דבעל יורש את אשתו מ"מ כיון דכופר חיובו לאחר מיתה הו"ל ראוי ואין הבעל יורש בראוי כבמחוק [שם מ"כ:] ובעבד ואמה הקנם להבעלים ואם היה חציו עבד וחציו בן חורין נותן חצי קנם לרבו והחצי האחר נשאר אצלו כי אין מי שיקחנו ועבד שהוציאו רבו לחירות אלא שעדיין לא נתן לו נט שיחזור אין לו קנם שהרי אין לו אדון כיון שהוציאו לחירות ולפ"ז י"א כיון דמעוכב נט שיחזור אין לו קנם א"כ בחציו עבד וחציו בן חורין דקי"ל שכופין את רבו לעשותו בן חורין נמור מפני שאינו יכול לקיים פריה ורביה שהרי אסור נם בשפחה נם בבת חורין כמ"ש ביו"ד סי' רס"ז דיבו כמעוכב נט שיחזור ואין לו קנם כלל ואין דין זה רק בשפחה וחציה שפחה וחציה בת חורין שהאשה אינה מצווה על פריה ורביה דאין כופין את רבה להוציאה לחירות אם אינה מופקרת דאז נותן חצי קנם לרבה [סס"ם] ובמעוכב נט שיחזור הוה בעיא בגמ' ולא אפשטא לפיכך אם תפס אין מוציאין ממנו לדעת הרמב"ם דמהני תפיסה בספיקא דדינא אמנם י"א דכיון דלא נחסר ממון דהא הוציאו לחירות לא מהני תפיסה [לח"מ] ודבר פשוט הוא שאם המית נר [בזמן סכיה] ואין לו יורשים דוכה בעצמו בהקנם שחרי אין למי ליתן:

ד ושאלו בגמ' [מ"ט.] כיון דתם חייב סקילה איך משכחת לה שיגח נ' פעמים ויעשה א"ע מועד ותרצו כגון שגנח וברח נגח וברח ובפעם רביעי נתפס או שהכירו עדים את בעל השור ולא הפירו את השור בהגי' פעמים וברביעית הוכר ששור זה הוא שנגח כל הנגיחות וחייבין הבעלים בכופר דכיון שידעו שיש להם שור נגחן בעדרו היה לו לשמור כל העדר והרמב"ם אפילו לא הוכר ברביעית שוהו שנגח כל הנגיחות נ"כ חייבין בכופר מאחר שהתרו בהם שיש לו שור נגחן בעדרו דמשוי כוליה עדר כשור אחד וכן משכחת לה בנגח נ' בני אדם ועשאם מסוכנים ואח"כ כשנגח הרביעי מתו כולם ואין השור נסקל עד מיתתו של המנוגח ויכול להיות שהבעלים ישלמו כופר ברביעי:

ה אבל אם הרג השור נ' בני אדם פריפות שמוכנים למות אינו נעשה מועד בכך דמועד למריפה אינו נעשה מועד לשלם וכ"ש שאם המית נ' בהמות שאינו נעשה מועד לאדם וכן מועד למצרים אינו מועד לישראל וכן אם רץ אחר ג' אנשים אע"פ שלפי האומדנא אם לא היו בורחים ממנו היה הורגן מ"מ אינו נעשה מועד בכך דאומדנא לאו כלום וכל זה מבואר שם בגמרא והרמב"ם שם פסק דמועד למריפה ולמצרים הוי מועד וצ"ל דגירסא אחרת היה לו [סס"ם] ועוד אוקימתא יש בגמ' דמשכחת לה דהוי מועד בגון שכל העדים שהעידו בנגיחות

בנגיחות הקודמים הוזמו הערים ואח"כ בנגיחה הרביעית הוזמו הוזמנין ונתקיימו כל העדות שהעידו כל הראשונים :

ו כשם שכשרנים את האדם למיתה אין נומרין דינו אלא בפניו כרבתיב ולא ימות הרוצח עד עמדו לפני העדה למשפט כמו כן אין נומרין דינו של שור הנסקל אלא בפני הבעלים דלכן כתיב כופר בלשון מיתה השור יסקל וגם בעליו יומת להורות דכמיתת הבעלים כך מיתת השור לפיכך שור שהוא טריפה שהרג את הנפש פטור ממיתה כמו שאדם טריפה כשהרג אין ממיתין אותו ואם הרג בפני ב"ד הרגים אותו לקיים מה שנאמר ובערה הרע מקרבך [רמב"ד סס] דגם באדם הדין כן כמ"ש ברמב"ם פ"ד מרוצח :

ז וכ"ז דוקא בשור שיש לו בעלים אבל שור שאין לו בעלים כגון שור המדבר או של הקדש או של נר שבת ואין לו יורשים אם המית ה"ז נסקל ונומרין דינו אע"פ שאין לו בעלים ושור של אשה דינו כשור של איש ושור של חרש שוטה וקטן נסקלין דכמו שאין לו בעלים דמי ואין משלמים את הכופר אפילו יש להם אפוטרופוס שחכופר כפרה הוא ואינם בני חיוב שיצרכו כפרה ואע"ג שיש לחייב את האפוטרופוס שהוא הבעלים ופשע בו ולא שמרו משום דאם נחייבו לא ימצא מי שירצה להיות אפוטרופוס ואע"ג דבנזקין מחייב בכה"ג זהו מפני שאחר זמן יגבה מהיתומים אבל בכופר אין חייבים כלל [ב"מ ג"ק מ"ו] ולכן אפילו מינהו אבי יתומים או ב"ד פטור מכופר :

ח אין השור חייב מיתה אלא כשהורג מעצמו אבל אם אדם גרם לו ה"ז פטור דכתיב כי ינח ולא שינגרמו לו שינח לפיכך אם ראובן נירה בשמעון בחמה או חיה והרגוהו או המשסה כלב בחבירו והרגו אינם נסקלים וגם האדם פטור בדיני אדם וחייב בד"ש דהוי גרמא וגם בעל הכלב פטור מכופר אף כשהוא מועד לכך ואע"ג דבנזקין חייב בכה"נ כמ"ש בסי' שצ"ה מ"מ מכופר פטור שהרי אינו נעשה לעולם מועד בענין זה כמ"ש שם וני"ל דאם לקח הכלב ופתח פיו ותקע שיניו בחבירו והרגו חייב האדם מיתה דאין זה גרמא אלא מעשה בידים וכן כשדחף השור בקרניו והכה חבירו ומת [וכ"מ בב"ק כ"נ:] :

ט ובנחש אינו כן דאם שיסה נחש בחבירו והרגו חייב הנחש סקילה דהוא הורג בארסו והארס אינו בין שיניו אלא מוציאו מגופו והוי כמו שהנחש הרגו מעצמו ולא דמי לכלב דהכלב מתית בנשיכתו וזה גרם לו האדם בגירויו אבל ארס הנחש אע"ג שהאדם היה סיבה לזה בשיסויו מ"מ עיקר המיתה הוא לא מחמת שיסויו הא למה זה דומה לשור ששמע קול שופר ונגח את האדם ומת דוראי חייב כמו בנזקין והמעם מפני שעיקר הנגיחה עשה בעצמו כמו כן בארסו של נחש ולכן אפילו נגמל את הנחש והשיך בפיו את האדם והרגו הנחש נסקל מפני שאינו ממית בנשיכתו אלא בארסו ומעצמו מקיאו וזה האדם שהשיך בו את הנחש פטור מתיתת ב"ד לפי שוהו רק גרמא בנחש בעיקר המיתה :

י ואפילו בהמה שנגחה או נשכה בעצמה אינה נסקלת עד שתתכוין להזיק להאדם אבל שור שהיה מתכוין להרוג את הבהמה ויקר מקרהו שהרג את האדם או שנתכוין לנפלים והרג בן קיימא פטור ממיתה אבל נתכוין להרוג את ראובן והרג את שמעון משמע מדברי הרמב"ם ז"ל שם דחייב סקילה [וכ"כ סס"מ] ואע"ג דבאדם פטור בכה"נ כמ"ש בפ"ד מרוצח מ"מ לא מקשינן בזה בהמה לאדם דסוף סוף הרי נתכוין להרוג אדם והרג אדם וצריכים לבער הרע מקרבנו ובאדם גזירת התורה היא שאין להרגו בכה"נ ואפשר לתת טעם בזה דאע"ג דמצד מעשה זו אין בהשור חיוב מיתה מדינא מ"מ איך נקיים שור ממית אנשים ועלול הוא לכך אבל אדם שהוא בעל דעת אפשר שישוב בתשובה [ומס סגס"ק מ"ה: דימס זל"ז ע' למ"מ פ"ט ממוכל] :

יא וכתב הרמב"ם ז"ל דאע"ג דבנתכוין להרוג את הבהמה והרג את האדם פטור ממיתה מ"מ לענין כופר ושלשים של עבד אם הוא מועד לזה חייבין לשלם ולא אמרינן כיון שאין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר וכנמ' דרשו זה מקרא דאם כופר לרבות כופר שלא כבוזה ויש להסביר הטעם דהרי הבעלים היו מיועדים לתשלומין גם אם היה הורג הבהמה ובנתכוין לנפלים כיון שמיועד להרוג נפלים כ"ש שמיועד להרוג בהמות ומיועדים הבעלים לתשלומין :

יב כשם שיש חיוב רגל בנזקין כמו כן במיתה לענין כופר בגון בהמה שנכנסה לחצר הניזק וזרק הלוכה דרסה על תינוק והרגתו אע"ג דהיא פטורה ממיתה שהרי לא נתכוונה להזיק אבל הבעלים משלמים כופר שהרגל מועדת להזיק בדרך הליכה וברשות הניזק חייב על השן ועל הרגל אבל ברה"ר פטור מכופר דרגל ברה"ר פטורה ובשן לא שייך כופר דגדר השן הוי להנאתה ואכילת אדם משונה הוא והוה תולדה דקרן וחיות המורפות שדרכן לאכול כל מיני בשר וננכנסו לחצר הניזק ואכלו תינוק להנאתן פטורין ממיתה והבעלים חייבים בכופר וברה"ר פטורים [וכ"מ מתוס' כ"ו. ד"כ רגל] ובמתחכך בבותל להנאתו והפילו על אדם ומת יתבאר בסעיף מ"ז :

יג ורשות המזיק הוי היפוך מרשות הניזק דברשות הניזק נתבאר דיש שהשור פטור ממיתה והבעלים חייבים בכופר ורשות המזיק הוי להיפך דאף כשהשור בסקילה כמ"ש בסעיף א' אבל אין הבעלים משלמין את הכופר עד שתמית חוץ מרשותם וברשות המזיק אף שהוא נועד פטורים כמו בנזקין ולכן הנכנס לחצר בעה"ב שלא ברשות ונגחו שורו של בעה"ב או כלבו הרגו השור והכלב

חייבין מיתה והבעלים פטורים מכופר שהרי נכנס לרשותו שלא מדעתו ומה שהשור חייב מיתה הוא דכמו שאם תבעלים היו הורגים להנכנס היו חייבין מיתה דברדינת נפש אין חילוק בין רשות לרשות ואף בנזקין חייב במחכוין להזיק אף ברשות המזיק וכ"ש דלא עדיף שורו ממנו אבל לחייבו ממון במה שאין הבעה"ב מזיד בזה

פשיטא שא"א לחייבו כשנכנס בלא רשותו :

יד פועלים שנכנסו לתבוע שכרן מבעה"ב אם הבעה"ב דרכו תמיד לילך בעיר ולא לישב בביח הוי בשלא ברשות דהיו יכולים לתבוע אותו בשוק ואם דרכו תמיד לישב בבית הוי ברשות ואם לפרקים הוא בבית ולפרקים בעיר הוי שלא ברשות ואפילו עמדו על הפתח ושאלו אם הבעה"ב בביתו וענה להם אני בביתי ס"ם אפשר לפרש כוונתו שיעמדו במקומם והוא יצא אליהם וישלם להם והוי כשלא ברשות ופטור מכופר בן מוכח דין זה בנם' [סמימ ל"ג.] וכן הדין במי שבא לתבוע חוב מהבעה"ב והרמב"ם ז"ל לא הזכיר שום חילוק בין דרכו לילך בעיר ובין דרכו לשבת בבית ומשמע דס"ל דבבל נוהני פטור והקיטו עליו נ"ר דס"ל כיון דמהלכות דרך ארץ שלא ליכנס לבית חבירו פתאום [פסחים ק"כ.] ולמרו מהקב"ה שקרא לאדם וא"ל איכה [תס' ד"ם פ"ם] א"כ אפילו ישב תמיד בביתו אין להם רשות ליכנס בלתי רשיונו ומה שמבואר בגמ' דבישב תדיר בביתו א"צ נמילת רשות זהו בבני אדם הנכנסים והיוצאים אצלו תדיר בלי נמילת רשות ונחשבים קצת כאנשי ביתו וזהו מילתא דפשיטא וא"צ לבאר [ע' לח"מ סם ומקורן קוסיטו על סם"ם והכיון לע"ג] :

טו והרא"ש ז"ל כתב [סמימ סי' י"ב] דעכשיו בזוהי"ז מנהג פשוט הוא שנכנסים הפועלים לביתו של בעה"ב לתבוע שכרן וגם אין מצוי לאדם מעות בכיסו לפרוע בשוק ובימיהם היו רגילים להמחותו אצל שולחני או חנוני לכך היו תובעים להם בשוק הלכך ע"פ המנהג שבינינו חייב בעה"ב אפילו אם שכיח בשוק וכן הדעת נוטה עכ"ל והנה בדין כופר לא שייך בזמה"ז [ולכן סמימס סרי"ף ופרמ"ן] אלא דנ"ם לענין שור שהזיק אדם ואע"נ דגם זה אין דנין כם"ש בס' א' ס"ם נ"ם אם תפס כם"ש שם ובס' שפ"ם [חס סכמבו סס בסעיף ו' סוף ע"פ דעם ז] :

טז כתב הרמב"ם ז"ל היה מועד ליפול על בני אדם בבורות וראה ירק בבור ונפל לבור בשביל הירק והיה שם אדם ומת או שהיה מועד להתחכך בכתלים ולהפיל על בני אדם ונתחכך בכוחל להנאתו ונפל על אדם ומת מחמת חיבוכו השור פטור מסיתה לפי שלא נתכוין להמית והבעלים חייבים בכופר שהרי זה מועד ליפול בבורות על בני אדם או להפיל עליהם הבותלים והאיך יתועד שנתחכך להנאתו כשנתחכך לאחר שהפיל והמית עכ"ל ונראה כוונתו דבכל הפעמים עשה כן ליפול לבור בשביל הירק ולהתחכך בכתלים להנאתו ע"ז [סס"ם] וזהו כמ"ש בסעי' י"א בנתכוין להרוג את הבהמה והרג את האדם דחייב בכופר כשהיה מועד לכך אע"פ שפטור מסיתה ויש מרבותינו דס"ל דבכה"ג הוי מועד גם בפעם ראשון וחייב בכופר דהא שן ורגל נינהו והוי כמו רגל שדרסה על תינוק בחצר הניזק שנתבאר בסעיף י"ב [תוס' מ"ל. ד"ס וכמ"] ויש מרבותינו דס"ל גם ברגל שאינו חייב בכופר עד שיעשה ג' פעמים [רסב"ם סס בסם רלב"ד] והרמב"ם ז"ל דברגל מחייב אפילו בפעם ראשון ובזה מצריך העראה צ"ל דס"ל דבאן משונה הוא והוי תולדה דקרן [וכ"כ רס"י פ"מ:] ואם נגח בני אדם בכוונה ג' פעמים ולא הרגוהו לפי שברח ואח"כ נפל לבור לאכול ירק והמית את האדם י"א דחייב כופר אפילו אם נחשבנה משונה מפני דנעשה מועד ע"י נניחות ראשונות אף שאין דומים לנניחה אחרונה [רס"י לפמ"ם סתוס' סם] וי"א דאין נעשה מועד בנגיחה אחרונה שלא בכוונה ע"י הראשונות שהיו בכוונה [תוס'] וכן נראה דעת הרמב"ם ודע דחייב כופר ברגל אינו אלא כשהרג בנופו ולא ע"י כחו דהיינו צרורות דאין חייב כופר בצרורות וזה שנתבאר דבהפיל הכותל חייב כופר היינו בשהפילה בוגפו על האדם אבל אם הפילה ומכחו נפלה על האדם פטור מכופר כן מבואר בגמ' שם והרמב"ם השמיט דין זה ולא ידעתי למה :

יז לפי מה שנתבאר יש שהשור חייב מיתה והבעלים חייבים בכופר כגון מועד שהמית בכוונה ויש שהשור חייב מיתה והבעלים פטורים מכופר כגון תם שהמית בכוונה ויש שהשור פטור ממיתה והבעלים חייבים בכופר כגון מועד שהמית שלא בכוונה או רגל שדרסה על היונק בחצר הניזק או במועד ליפול על בני אדם בבורות או להתחכך בכתלים ולהפיל על האדם והחיכוך היה להנאתו ויש שהשור פטור והבעלים פטורים כגון תם שלא בכוונה וקנס של עבר יש לו כל דיני כופר כם"ש :

יח י"א דאע"ג דבתם שלא בכוונה פטור מכופר מ"מ דמים חייב לשלם דלא גרע מיתה מנזקין והרי אם הזיקו היה משלם לו דמי נזקו א"כ כשהרגו משלם דמים ליורשיו [רמב"ד ספ"י כרבם סס סף דכסופר לים סילכמ: טופים] ומה בין דמים לכופר דכופר הוה כפרה דאפילו אין לו במה לשלם מחייב להשתדל להמציא הכופר כי היכי דתיתי ליה כפרה וחזוב דמים אינו אלא בשיש לו נכסים [רס"י] וחזוב זה הוא בין בעבר בין בבן תורין אבל רוב הפוסקים לא ס"ל כן [כמ"ם בס"מ] וגם הרמב"ם ז"ל אינו סובר כן שכתב שם נ"ל שאע"פ שהתם שהמיתה בכוונה עבד או שפתה פטור מן הקנס שהוא ל' סלע הכתוב בתורה אם המית שלא בכוונה משלם חצי דמי העבד או חצי דמי השפחה מגופו כאלו המית שור חבירו או חמורו עכ"ל הרי דלא מחייב רק ח"נ בעבד כבהמד דבעבר

דבעבר שיך דמים שעומד למכירה אבל בבן חורין לא שיך דמים [סס"מ] :

יט וראיה לזה מדמי ולדות שחייבה התורה למי שנגף אשה הרה ויצאו ילדיה דמשלם דמי ולדות לבעל ובשור פטרה התורה דדרשינן כי ינצו אנשים אנשים ולא שוורים [סס מ"כ.] ובשפחה משלם דמי ולדות [סס מ"ס.] וכ"כ הרמב"ם בפי"א שור שנגח אשה ויצאו ילדיה אע"פ שהוא מועד לינח הבעלים פטורין מדמי ולדות שלא חייבה תורה בדמי ולדות אלא לאדם נגח שפחה ויצאו ילדיה משלם דמי ולדות שזה כמי שנגח חמור מעוברת ואם היה תם משלם חצי דמי ולדות מנופו כיצד שמין אותה אומדין כמה היתה שפחה א שוה בשהיתה מעוברת וכמה היא שוה עתה ונותן לבעלים הפחת או חציו עכ"ל :

כ שור שחבל באדם אפילו נתכוון לכהמה ונגח את האדם וחבלו אע"פ שאם המיתו פטור כמ"ש אם חבל בו חייב בנזק ואם תם הוא משלם ח"נ מנופו ואם מועד נ"ש ואינו חייב אלא בנזק לבד אע"פ דאדם שחבל באדם חייב בר' דברים אבל בכהמתו פטור דהתורה מיהמתה דאיש בעמיתו ולא שור בעמיתו ודי לאדם לשלם בעד חבלת שורו נזק לבד :

כא שורו שחבל באביו ואמו אף שעשה בהם חבורה ואלו חבלם הבן בעצמו היה פטור מלשלם דמי נזק אבל שורו שחבל חייב דמה שפטור בשחבלם בעצמו לאו משום דלא רמי חיובא עליה אלא משום דחייב מיתה ואין אדם מת ומשלם אבל בשורו שאינו חייב מיתה משלם נזק וכן שורו שהדליק את הגדיש בשבת חייב בתשלומין אע"פ שהוא בעצמו היה פטור אם עשה כן מעמע שנתבאר :

כב שור שהמית והזיק שהשור חייב מיתה והבעלים חייבים בתשלומין אם השור הוא תם שאינו משתלם אלא מנופו דנין אותו דיני נפשות ואין דנין דיני ממונות דאין ממה לנבות כיון שמוקלין אותו ואם תאמר נדייניה מקודם לדיני ממונות ולהשביר את השור לחרישה עד תשלום הנזק ואח"כ נדייניה לסקילה אמנם זה אינו נופו ודמי החרישה הוא לבעלים כשארי מעותיהם [כ"ק ל"ב.] ואם נמסור להניזק כל השור עד שיחרוש בו כמו בכל השוורים שחייבים מיתה אם יאמרו הבעלים המתינו לי חרש ימים עד שאחרוש בו ודאי דלא ישמעו לו [סוס'] ודוקא הב"ד אם היה ביכלתם למסור השור לחרישה היה ביכלתם לעשות כן אם דמי החרישה הוי כנופו משום דעליהם לדון שני הדינים אבל אם היו מגבים אותו לנמרי להניזק הרי שורו של זה חייב מיתה ואין משהין אותו ואם היה השור מועד דנין אותו מקודם ד"מ ואח"כ דנין אותו ד"נ והבעלים משלמין מכיסם ואפילו דנוהו מקודם ד"נ מ"מ דנין נם את הדיני ממונות לידע כמה ישלמו בנזקו ואע"נ דבין אדם בין בהמה אסור להשהותם אחר גמר הדין מ"מ בשעה מועטת שידינוהו אין זה עינוי הדין בר"א כשהבעלים כאן אם לאחר שדנוהו ד"נ ברחו הבעלים ואין לדונו שלא בפניהם אין משהין אותו עד שיבואו הבעלים מפני עינוי הדין וה"ה אם ברח קודם שדנוהו ד"נ א"א לדונו שלא בפני הבעלים אלא שהיו ממתינים עליו עד שיבא ואם ברח אחר שקבלו ערות על הנניחות משלמין מנכסיו את הנזק ואף כשאין לו נכסים משכירין את השור לחרישה עד שישתלם הנזק ולא שייך עינוי הדין בזין שעדיין לא נגמר דינו אבל כשנגמר דינו למיתה וברחו הבעלים הוי עינוי הדין וממיתין אותו אע"פ שאח"כ לא ידונו את נזקו כלל כיון שאין הבעלים בבאן מ"מ א"א להשהות אותו מפני עינוי הדין ומ"מ אם יבואו הבעלים ידונו נזקו ואם יהיה להם נכסים ישלמו אע"פ שאין השור חי בעת דינו וכל זה מתבאר מהש"ם שם לפי פרש"י ותוס' ע"ש :

כג אבל הרמב"ם ז"ל יש לו שיטה אחרת בזה שכתב בפי"א שור תם שהמית והזיק דנין אותו ד"נ ואין דנין אותו ד"מ ומועד שהמית והזיק דנין אותו ד"מ ותוזרין ודנין אותו ד"נ קדמו ודנוהו ד"נ תחלה חוזרין ודנין אותו ד"מ ומהיכן משתלם מן השבח שהשביח ברדייתו אחר שנגמר דינו שכיון שנגמר דינו לסקילה אין לו בעלים שיתחייבו בנזקיו דנוהו ד"נ וברח אין דנין אותו ד"מ עכ"ל :

כד ום"ל דבבהמה לא שייך עינוי הדין כמבואר מש"ס בפי"א מסנהדרין ע"ש ומעמו נראה דהא טעם עינוי הדין הוא משום צער הנדון שלא יצטער אחר גמר דינו [רש"י סנה' ל"ה.] ובהמה אין לה דעת ורק לאחר שדנוהו ד"נ נסתק ממנו רשות הבעלים וא"א לדונו ד"מ שהבעלים ישלמו מכיסם ואינו משתלם רק ממלאכתו ולכן כשברח השור אין ממי להשתלם ואי קשיא א"כ בתם נדיינו מקודם ד"נ ויסתלקו ממנו רשות הבעלים ואח"כ נדונו ד"מ וימסרוהו לחרישה [כקושית סרמב"ן] ד"ל דכיון דאין להשתלם מהתם אלא מנופו וזהו לאו נופו למה נזדקק לזה שיקבל נזקו במה שאין מניע לו מדינא [וניר' נמ' כניר' פ"י סהובת בס"מ מי ברח סיכי דייטוטו ל"ב ומסני דקביל סמדי וברח ול"ל סברח למחר סדמוהו וברח משור קמי דלבס"י ל"ל כשתין לו נכסים ולפמ"ס מ"ש בפסימוס] :

כה ויש ללמוד מדבריו דמועד שהזיק ומת השור קודם שעמד בדין מפסיד הניזק דכמו דלפירושו כשדנוהו ד"נ ונסתלקו רשות הבעלים ממנו שוב אין דנין אותו ד"מ כמו כן כשמת לנמרי אך אפשר לחלק דכשדנוהו ד"נ נאמר גם העור בהנאה ובמת נשאר לפניו העור וכיון שיש ממנו שורים להבעלים נחשב בעל השור וצ"ע לדינא :

כו שור שלא נגמר דינו שנתערב בשוורים אחרים כולן פטורין לפי שאין נומרין דינו של שור אלא בפני השור כדין הארם ואם נגמר דינו ואח"כ נתערב

נאחה"ם אפילו באלף כולן נסקלין ונקברין ואסורין בהנאה כדין בהמה נסקלת דבעלי חיים חשיבי ולא במלי כמ"ש ביו"ד סי' ק"י :

כז פרה מעוברת שהמיתה את האדם וכן כל בהמה שנעברה בה עבירה הרי עוברה כבוה דהויא ועוברה נגחו היא ועוברה נרבעו ולכן אפילו ילדה קודם נמר דין הולד אסור [סנה' פ'.] ואם נגחה והמיתה ואח"כ נתעברה אם ילדה עד שלא נגמר דינה ולדה טותר ואם ילדה אחר גמר דין ולדה אסור שעובר ירך אמו הוא והוא כאחד מאבריה ונאסר בעת הגמר דין אע"פ שלא היה בשעת הנגיחה ואם נתערב ולד זה באחרים כוגמין את כולן לביפה עד שימותו שם ולמה אין מוקלין כולם כבדין הקודם מפני שבשם האחר חייב סקילה לכך מעריכין לסקול כולם כדי לקיים המצוה בהשור המחוייב אבל בהעובר דאין בו מצות סקילה אלא שאסור בהנאה אין מעריכין ב"ד לסוקלן אלא מכניסין אותם לחדר צר ומנעין מהן מאכל ומשתה ומתים מאליהן [רמ"ז] ופ"ו

סימן תו [שור של מצרי או של הקדש והפקר או של חש"ו או הפקר ובו ח' סעיפים] :

א כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ח שור של ישראל שנגח שור של מצרי בין תם בין מועד פטור לפי שאין המצרים מחייבים את האדם על בהמתו שהויקה והרי אנו דנים להם כדיניהם ושור שלו שנגח שור של ישראל בין תם בין מועד משלם נ"ש קנס זה הוא להם לפי שאינם חייבין במצות ואינם מסלקים הנזק ואם לא תחייב אותם על נזקי בהמתן אין משמרין אותה ומפסידין ממון הבריות עכ"ל :

ב כתיב כי יגוף שור איש את שור רעהו ודרשינן למעוטי הקדש ובכל הנזקין הדין כן גם בנזקי שן ורגל ובור ואש [יהמלמי] דאפילו בנזקי אדם פטורין על ההקדש [קוסי ב"ק ז'.] לפיכך שור של הדיוט שנגח לשור של הקדש או שור של הקדש שנגח לשור של הדיוט פטורים ואין חילוק בין קדשי מזבח לקדשי בדק הבית ובדבר אחר חמור בדק הבית ממזבח דבקדשי מזבח אין הפטור אלא בנכסים שיש בהם סעילה כמו קדשי קדשים ואימורי ק"ק ומנחות ועיפות אבל קדשים קלים שאין בהם סעילה כמו שלמים ותודה ובכור ומעשר ופסח יש להן דין הדיוט דרעהו קרינא בהו ובקדשי בדק הבית אפילו אין בהם סעילה כמו קרקעות מ"מ פטורין מפני שאין לבעלים שום שיכות בהן [קוסי סה י"ב:] ונם שור משכחת לה שיהא מקדשי בדק הבית כגון שיש בו מום דאל"ב קיי"ל המקדיש תמימים לבדה"ב מקריבין אותן למזבח וחרמי כהנים כל זמן שהם בבית בעלים דינם כהקדש ובשנמסרו ליד כהן דינם כהדיוט [כמוש"ע

אשר דבננחה כשהיא מעוברת מוקלין כל התעוכות דכיון דחיא וולדה נגחו חייב הילד מקילה פדינא או אפשר דעיקר החיוב הוא על הבהמה ולא על העובר וצ"ע לדינא :

כח שור שחייב מקילה ע"פ עדים שהעידו שנגח או נרבע ונגמר דינו למיתה ואח"כ קודם שהמיתוהו באו עדים אחרים והויטום והוהר השור כל הקודם בו זכה [כריטוס כ"ה.] שהרי משנגמר דינו הפקירוהו בעליו ואין זה הפקר בטעות כיון דע"פ דין התורה היה חייב מיתה ע"פ עדים הוה יאושו הפקר נמור ודוקא כשהעידו בדבר שגם הבעלים בעצמם לא ידעו אם עדותם שקר אם לאו אבל אם הבעלים ידעו ששקר מעידים בנן שהעידו שהוא רבע שורו ובאו עדים והויטום חוזר השור לבעליו והקודם ומשכו לא זכה בו שהרי לא הפקירו כלל כיון שיודע בעצמו ששקר הדבר הוא מחזר אחר עדים להויטן וכן אם צווח על עדותם ששקר מעידים [כ"ל ומטוס' סס] :

ל"ב] וי"א דבכור תם ומעשר בהמה כיון דאסור למוכרם כמ"ש הרמב"ם בפ"י מבכורות אינן בכלל הנזקין ולאו רעהו קרינן בהו [ס"מ בסס מהירי] ואע"ג דא"ב ליפטור גם אשלמים דאמרינן בגמ' [פסחים פ"מ]: המוכר עוכתו ושלמיו לא עשה ולא כלום אמנם באמת לפי מה דקיי"ל דקדשים קלים אקרוי רעהו תועיל גם המכירה והש"ם דשם הוא למאן דס"ל דלא איקרי רעהו [דבב"ק סס מוקי לס כריס"ג דק"ק הוי ממון בעלים ובפסחים סס מוקי לס דלמ כריס"נ] :

ג וי"ל הרמב"ם ז"ל שור של ישראל שנגח שור של הקדש או שור של הקדש שנגח שור של ישראל פטור שנאמר שור רעהו וכל הקדשים שחייבין בהם מעילה אין בהם דין נזקין ופסולי המוקדשין עליהם דין נזקין בין שהזיקו בין שהוזקו שהרי יצאו לפדיון ולהיותם חולין שלמים שהזיקו נובה מבשרן ואינו נובה מן הבשר כנגר אימוריהן שהאימורים של ק"ק מועלין בהן וכן תודה שהזיקה נובה מבשרה ואינו נובה מן הלחם הבא עמה שאין הלחם מכלל בשר וכיצד נובה שיאכל הניזק תבורתו מן הבשר בקדושה כנגר ח"נ שלו וכיצד אינו נובה כנגר האימורין שאם היה לו לנבות בחצי נזקו שוה דינר והיה כל הבשר עם האימורין שוה ב' דינרין והבשר בלא אימורין שוה דינר וחצי אינו נובה שני שלישי הבשר אלא חצי הבשר בלבר עכ"ל כפ"ח מנזקי ממון :

ד והנה מדבריו אלו נראה לתריא דס"ל דקדשים קלים

ממון בעלים הם דאל"כ למה נובה מבשר שלמים ובבמה משמות בחיבורו נראה להדיא דס"ל דלאו ממון בעלים הם דבפ"ב מנגיבה כתב דכל הקדשים לאו בכלל רעהו הוא ובפ"ב משבירות פסק נ"כ דאינן בכלל רעהו לענין שמירה וכ"כ בפ"ה ממשען לענין שבועה ופסק בפ"ד ממעילה כש"ס דפסחים שם דאינו יכול למכור שלמים ועוד ראיה מרלא פסק בה' שבועות לענין שבועת הפקדון דאם כפר ונשבע והודה דמשלם קרן וחומש ואשם [זמזו עיקר דלעיל דליה נ"ג] ופסק בפ"ד מאיסורי מובה דבהקצה לעכו"ם אחר שהקריש אינו מוקצה ובש"ם [זמזים ק"ר.] מפורש דלמאן דס"ל דממון בעלים הם הוי מוקצה וכבר תמהו הגדולים על דבריו [עקלס"ח ותוי"ט בהלכ' ומ"ת פ"ו מהלכות ומל"מ פ"ד דמעילה] :

ה ולי נראה דינם בכאן . פוסק דלאו ממון בעלים הם אלא דס"ל דבשר קדשים קלים לאחר זריקתן הוי ממון בעלים ויש מרבותינו שטוברים כן [תוס' סח] ולכן אע"ג דמחיים אינם בכלל רעהו מ"מ כיון דאחר זריקה הוי ממונם נותנים להניזק שיאכלם בתורת קדשים וכמ"ש בסי' ת"ה בשור שרנוהו ד"ג אע"פ שאין לו בעלים מ"מ מהדרינן להנבותו ממלאכתו וכן בזה אע"פ שאינם בכלל רעהו ואם ננחו אותם פטורים הבעלים מכל מקום כשננחו הם מגבינן מבשר הבעלים שיאכלם הניזק בקדושתן וכן מתחלה כללא כייל שאם ננחו לשור הקדש או שור הקדש שננח פטור דאינו בכלל רעהו ובקרשים שיש בהם דין מעילה אין בהן דין נזקין כלל ושאין בהם מעילה יש בהם פרט אחד שיש דין נזקין להם כגון כשננחו הם לשור של הדיוט מנבין קצת נזק מבשרן מפני שהבשר לאחר זריקה הוי ממון בעלים אבל כשהדיוט ננח אותם פטורים הבעלים לנמרי ופטולי המוקדשין יש להם כל דיני נזקין בין שננחו הם ובין שננחו אותם [ומקורו ר"ל דפסק כרבה ב"ק י"ב. דמפרש שלין בהם דין מעילה וסיומו לסדיומו ומק שמשמר בקונטרס ר"ל דלכן אמר בלשון זה משום דבאין מעילה בקונטרס נוסף מעט מבאורן וכבללה דשמעתא דקונטרס אינם מיוסדת ומדע דסס רבה בעלמו אמר דין תודם שמזיקם נוסף מבשרם וסמום' תמסו בזה וזוק] :

ו שור של הפקר שננח אין לו ממי ליתבע ויקדום ויזכה בו ואם קדם אחר וזכה בו פטור זה הזוכה ואין זה כמוזק שיעבורו של חבירו דהיים כמ"ש בסי' שפ"ו דהא לא היה לו להניזק מעולם שיעבוד עליו דבעינן שור שיש לו בעלים כדכתיב כי ינוף שור איש ולא דמי לשור שהמית אדם דחייב שקילה אפילו בשור הפקר כמ"ש בסי' ת"ה דבשם נזרה התורה כן [מ"ז:] כדי לבערו מן העולם אבל בהזוק ממון כשאין לו בעלים אין לו ממי לתבוע והיה לו להקדים א"ע ולזכות בו ולא עוד אלא אפילו שורו של ראובן שננח והפקירו קודם שעמד בדין וזכה בו אחר פטור דבעינן שנם ההעמדה בדין יהיה בבעלים ודוקא כשאחר זכה בו אבל אם המזיק עצמו זכה בו לאחר שהפקירו חייב דהרי הוא אותם הבעלים שהיו בשעת הנגיחה ואם אין אתה אומר כן לעולם לא יגבה הניזק דכל מזיק יעשה כן ואם סברו לאחר הנגיחה יתבאר בסי' ת"ז בס"ד והפקר אינו דומה למכירה דעכ"פ בשהפקירו שוב אינו בעליו אבל כשמכרו ואנו סבמלים מכירתו נשאר עליו בעלים כמקדם ובהפקר א"א לומר כן דהרי בע"כ מוציאו להפקר והוי כשרפו [ל"ל] :

ז וכן בשור שננח אדם כתב הרמב"ם בפי"א שור שהמית אדם והקדישו בעליו אינו קדוש וכן אם הפקירו אינו מופקר מברו אינו מבור החזירו שומר לבעליו אינה חזרה שחטו בשרו אסור בהנאה בר"א אחר שננמר דינו למקילה אבל אם עד שלא ננמר דינו למקילה אם הקדישו מוקדש ואם הפקירו הרי הוא מופקר מברו ה"ז מבור החזירו שומר לבעליו ה"ז מוהור ואם קדם ושחטו ה"ז מותר באכילה עכ"ל ואע"ג דשור ההקדש או ההפקר שהמית פסק בפ"י דחייב מיתה שאני התם דכמו שלא היו לו בעלים מתחלה כמו כן אין לו סוף אבל הכא שהיה לו בעלים מתחלה הרי כתיב והועד בבעליו דאותם בעלים שהיה לו בשעת נגיחה צריכין להיות בשעת העמדה בדין ובשור הפקר שהמית אדם לא יועיל מה שיתפסנו אדם דצריכין לקיים בו ובערת הרע מקרבך אבל בשור שיש לו בעלים אין חשש שיפקירנו הבעלים קודם נמר דינו דמה ירויח בזה והוא דבר שאינו מצוי [כל"ל וז"ם הרמב"ם לינו מפני בריימת הר"י י"ב: לכיון דבעיקרו לם קיי"ל כוותים כ"ם ביסב עכ כן מלם מסוס בריימת ד' ל"מ: ול"ל כמ"ם ומ"ם ר"י אמר על כן זסו לסימתו ומיומב קומים הלמ"מ ודו"ק] :

ח שור של פקח שננח לשור של חרש שוטה וקטן או שהלבו בעליו למדה"י חייב אבל שור של חש"ו שננח לשור של פקח וכן לשור שהלבו בעליו למדה"י פטורים דכמי שאין להם בעלים דמי והוי כשור של הפקר ואין לו ממי ליתבע ומ"ם להיפך אין הניזק בשור הפקר דבאיזה כח נפקיר ממונם דבשכמא כשננחו הם אין להם דעת לשמור אבל כשננחו אותם היה לו לבעה"ב לשומרן וכתב השור דאם הוחזקו ננחנים ב"ד מעמידין להם אפוטרופוס לשמרו ולא לגבות ממנו אם ננח בתמותו אלא אם הועדו ואח"כ ננחו נפרעין מן עליית היתומין עכ"ל ובבר בארנו בזה בסי' שפ"ט סעיף י"ז ע"ש :

סימן תז [שור שנגח ומכרו המזיק או הניזק מה דינו ובו ד' סעיפים]:

א כבר נתבאר דשור תם שהזיק יש להניזק חלק בגוף השור המזיק ואין המזיק יכול לסלקו בממון ופ"ז שור שהמית מנגח שור שוה מאתים ואין הנבילה יפה כלום נוטל הניזק כל השור לפיכך אם מכרו הניזק או הקדישו מכירתו קיימת וכן הקדישו ואפילו קודם העמדה בדין ואע"ג דקודם העמדה בדין אין לו רשות לתופסו מ"מ שלו הוא וכשיתפסנו לאחר עמידתו בדין יקחנו הלוקח והקדש ואפילו בזומה"ז שאין דנין דיני קנסות מ"מ בין דהפיסה מועלת כמ"ש בסי' שפ"ט מכירתו קיימת [סמ"ע]:

ב ואם המזיק מכרו עד שלא עמד בדין יש מרבותינו דס"ל דאין המכירה חלה כלל ואם נשתמש בו חייב ליתן לניזק שכירות וי"א דנהי דאינו רשאי להשתמש בו מ"מ אם כבר נשתמש בו פטור משכירות דהא נזלן הוא ונולן א"צ ליתן שכירות כמ"ש בסי' שס"ג [רסב"מ] ואין חיזוק בין שימושו של המזיק להלוקח ממנו ואם שחטו המזיק נובה מבשרו ומשלם להניזק פחת שחיטתו דהא הזיק שיעבורו של חבירו דקיי"ל דחייב כמ"ש בסי' שפ"ו ולכה לא אמרינן כן כשהפקירו משום דאפשר להניזק לזכות בו [כ"ל]:

ג ודעת הרמב"ם ז"ל דאע"ג דוראי כשמכרו נובה אותו הניזק מהלוקח וחוזר הלוקח וגובה מעותיו מהמזיק שמכר לו מ"מ כיון שעדיין לא עמד בדין חלה המכירה עד עמידתו בדין והלוקח יכול לעשות בו מלאכתו וכן אם נתנו במתנה מה שעשה עשוי וינבה הניזק ממנו וכל זמן שלא גבה כל דין מכירה ומתנה עליו ואין יכולים לחזור בהם ואם מכר עוד ממלטלין שעל השור נקנין במשיכה השור ואם המזיק הקדישו נם לדעה ראשונה צריך הניזק לפדותו מן ההקדש בדבר מועט שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פריון [ב"ק ל"ג:] ואע"ג דכמלטלין שמכר הלוה אין המלוה נובה מהן כמ"ש בסי' ל"ם זהו מפני תקון העולם כמ"ש שם אבל שור המזיק יש לו קול ולא היה לו להלוקח ליקח אותו עד שינבה הניזק ואם אח"כ נתפשר המזיק עם הניזק בטעות לדעת הרמב"ם נשאר השור ביד הלוקח ולדעה ראשונה חוזר להמזיק וכ"ז בשמכר ונתן קודם שעמד בדין אבל אם עמד בדין ואח"כ מכרו נם להרמב"ם לא עשה כלום דהוה כמוכר שור של חבירו וכן הקדישו אינו כלום ובמועד אין לניזק שום שיכות בהשור דמשלם מכיס, לכן יכול המזיק לעשות בהשור כל מה שירצה [נמ"]:

ד היה לו למזיק בעלי חובות וקדמו ותפסו להשור לא מיבעיא אם הנזק קדם להחוב לא זכה בו הבע"ח אלא אפילו קדם החוב להנזק לא זכה בו והניזק נובה ממנו דהא חיובו של ניזק בתם הוא על השור עצמו ותרי נם אלו היה השור מתחלה אצל הבע"ח אם היה מזיק לשורו של זה היה נובה מגופו ולמה לא ינבנו עתה ואע"נ דהבע"ח יכול לומר אני הייתי שומרו ולא היה מזיק מ"מ עכ"פ שיעבודו של ניזק הוא אלים משיעבודו של הבע"ח שביכלתו לנבות ממקום אחר ולכן י"א דזהו דוקא כשביכלתו לנבות ממקום אחר את חובו אבל אם היה השור אפותיקי מפורש שא"ל לא יהא לך פרעון אלא משור זה דאז אינו נובה ממקום אחר כמ"ש בסי' קי"ז וחובו קדם להנזק ותפסו קודם שהפסו הניזק אין מוציאין מידו ואם הניזק תפסו קודם אין הבע"ח מוציא ממנו [סמ"ע] אבל כשהנזק קדם לא מהני הפיסתו דבע"ח [סס] וכן בלא אפותיקי מפורש אף שאין להמזיק עוד נכסים לא מהני הפיסתו דכע"ח וחובו אבוד דשיעבור הניזק אלים משיעבודו וי"א דנם באפותיקי מפורש לא מהני הפיסתו דהרי באפותיקי מפורש כשמכר אין הבע"ח נובה מהלוקח ובניזק מוציא מלוקח כמ"ש הרי חזינן דשיעבודו אלים מבע"ח בכל ענין [הגר"ע בסס סרמ"ב] ודעה ראשונה סוברת שזה אין ראיה דהמעם שהבע"ח אינו מוציא מהלוקח משום דהלוה ישלם לו מכיסו לא ראו לתקן שיוציאו מהלוקח אף שמדינא היה צריך להיות כן מ"מ כיון שאין לו הפסד והוא הלוהו מעות למה נפסיד ללוקח [כ"ל]:

סימן תח [אין דנין דיני נזיקין באומדנא אלא בעדות ברורה ובו ג' סעיפים]:

א כשם שאין דנין שארי דיני ממונות אלא ע"פ עדים כשרים כמו כן אין דנין דיני נזקין אלא ע"פ עדים כשרים ואפילו בשור מצרי שנגח לשור של ישראל [מוז] ח"ל הרמב"ם בס"ח אין הנזקין משתלמין אלא בראיה ברורה ובעדים כשרים שלא תאמר הואיל ואין מצוי בארוות הסיסים ובגרירות הצאן אלא העברים והרועים וביוצא בהם אם העידו ששור זה נגח או הזיק לאדם שומעין להם ואין הדבר כן אלא לעולם אין מחייבין ממון אלא ע"פ עדים כשרים ויעידו בב"ד ויחייבו המזיק לשלם עכ"ל:

ב כבר כתב רבינו הרמ"א בס"ם ל"ה דכ"ו מרינא אבל מתקנת קדמונים במקום שאינו מצוי עדות כשרים מקבלין עדות אפילו מפסולים ויש מי שכתב דזהו דיוקא במילתא דלא שכיחא אבל נזקין דשכיחא לא אמרינן כן [סם בסמ"ע] ותמיהני דא"כ לא שבקת חיי דסאין נקח עדים כשרים לנזקי שן ורגל וכה"ג [וסמ"ע עלמו בסי' זס מרמס מחזר בו ססרי סניף דברי סרמ"ס] ורבינו הרמ"א שלא הגיה בכאן מפני שסמך עצמו אדלעיל כדרכו ועוד נראה דעיקר המעם כתבו שאם נסמוך על עדות פסולים חיישינן שישכור הפסולים ויעידו שקר ולכן נראה לדינא שאם לפי ראות עיני ב"ד אין ממש ברבריהם והמזיק מכחישם לגמרי אין דנין על פיהן אבל אם לפי הראות ההיזק אמת דנין על פיהן לחייב את המזיק שאם אי אתה אומר כן יחריבו השדות והגנות והפרדסים ואין אומר השב וכן נראה עיקר לדינא ולעשות את השור מועד אין מקבלין עדות פסולים כלל אלא עדים כשרים ובפני בעל דין ואינו מועיל מה שהשור לפנינו דוהועד בבעליו כתיב לפיכך אפילו היה הוא ועדיו חולים אין מקבלין העדות אע"פ שבכל ד"ם מקבלין כמ"ש בסי' כ"ח [נמק"י פ"ב דכ"ק וחסו כיונס סרמ"ס] :

ג אין דנין דיני נזקין ע"פ אומדנא אפילו באומדנא היותר גדולה אם לא ראו העדים את הנזק בעיניהם ראיה ממש וכך אמרו חו"ל [ב"ב ל"ג:] שור שהיה רועה ונמצא שור הרוג בצדו אע"פ שזה מנוגח וזה מועד לינח זה סנושך וזה מועד לנשוך אין אומרים בירוע שזה הרגו ואפילו נמל האוחר בין הגמלים ונמצא הרוג בצדו אין אומרים בירוע שזה הרגו עד שיראו עדים כשרים את המעשה ואוחר הוא ענין תשמיש לגמלים והורג כל הפוגע בו ואע"ג דנתבאר בסי' רמ"ו דאזלינן בתר אומדנא שאני התם דהמעשה מבורר אצל הריינים אלא שאנו מסופקים באומדן דעת הנותן או המוכר אזלינן בתר אומדנא אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הריינים וצריכין לדון ע"פ אומדנא של הערים לא אזלינן אחר אומדן דעתם [מהרי"ק סורס קכ"ם] וכן אינו דומה לס"ש בסי' ע"ט כשעדים העידו שמנה ראובן לשמעון מעות אע"פ שלא ידעו מה הוא חייב שמעון לשלם אם כפר המעשה דהתם לא ע"פ האומדנא של הערים אנו דנים אלא ע"פ ראייתם ממש ואע"פ שאינם יודעים מה הוא אנו דנין ע"פ כפירתו דהוה כאלו הודה בעצמו וזהו בערים שמעידים שראובן הודה בפניהם בהודאה גמורה שלוה מעות משמעון דאע"פ שלא ראו ההלואה הי' הוראתו כהלואה ובנגזל ונחבל דדנין ע"פ אומדנא כמ"ש בסי' צ' וזהו מתקנת חכמים שתקנו דהנגזל והנחבל נשבעים ונוטלין ואנו דנים ע"פ שבועתם מתקנת חכמים ולא ע"פ אומדנא של הערים וכבר בארנו בזה בסי' ל' סעיף י"ו ע"ש :

סימן תט [אין מגדלין בהמה דקה בישוב בא"י וחזיר וכלב רע בכ"מ ובו ד' סעיפים] :

א מפני שהבהמה דקה דרכה לרעות בשדות אחרות והזיקה מצוי הקנו חכמים שלא ינדלנה האדם במקום שדות וכרמים אלא ביערים ואפילו בבית אסור ואפילו שאינה שלו [טור] והחמירו בזה כדי להרחיק מההזק שאסור לארם שיזיק את חבירו ואפילו כשמשלם אם הנזק מוכן ומצוי בכל עת וכתב המור דעיקר תקנה זו לא נתקנה אלא על א"י אלא דאיתא בגמ' דבבל דינו כא"י לענין זה וכתב דאגן לא נרירן כתר בני בבל לענין זה ע"ש וכן משמע מהרמב"ם שכתב בפ"ה מנ"מ דבא"י אסור ובסוריא מותר ולא הזכיר דבח"ל אסור ועור כתב שם דבבבל אסור ולא הזכיר ח"ל ש"מ דאינו נוהג האידנא משום דלא שייך המעם שביאר שם ומיסינו לא שמענו זה :

ב עוד כתב המור דאע"פ שאין מגדלין יכול להשהותה קודם לרגל וקודם משתה בנו ל' יום והמבח לוקח ושוחט ולוקח ומשהה ל' יום עד יום השוק עד שישחוט מעם מעם ובלבד שלא תצא ותרעה בעדר אלא לוקח ושוהה בביתו כדי שלא תזיק ורעה שעושה תשובה אין מחייבין איתו למכור הכל ביחד אלא מעם מעם עכ"ל ועוד תקנו בזמן שבהמ"ק היה קיים שלא לגדל תרנגולין בירושלים מפני שנוקרין באשפה מהשרצים ומפסידין את הקדשים שמטמאין אותם וכן כהנים בכל א"י מפני השהרות ותרמב"ם כתבם בפ"ו מבית הבחירה ע"ש :

ג עוד גזרו חכמים שלא יגדל ישראל חזירים בכל מקום ולא מיבעיא לנוחרם ולמכור בשרן דזהו לרוב הפוסקים מן התורה אסיר לעשות סחורה בדברים האסורים לאכילה כמ"ש ביו"ד סי' ק"ו אלא אפילו רצונו למשוח בהם עורות תקנו חכמים דאסור לגדלן וגזרו בארור מי שינדלם מפני מעשה שהיה [ב"ק פ"ב:] :

ד אסור לגדל כלב רע אא"כ הוא אסור בשלשלאות של ברזל וקשור בהם ואמרו חז"ל [סם] דבעיר הסמוכה לספר מותר לגדל וקושרו ביום ומתירו בלילה וי"א דהאידנא שאנו שרוים מפורדים בכל ענין שרי ופוק חזי מאי עמא דבר מיהו ודאי אם הוא כלב רע שיש

לחוש שיזק בני אדם אסור לגדלו אא"כ קשור בשלשלת של ברזל לכותל ובמקום שאסור לגדלו קם עליה בארור [סם פ"ע] ומי שנפלו לו כלבים וחזירים בירושה אין מחייבין אותו לסכרן ביחד אלא מוכר מעט מעט ובגמ' שם [פ.] משמע דבגר בימים קדמונים מירי ונפלו לו בירושה מנוי ולפ"ז אפשר דכשהמורש הוא ישראל וגידלם באיסור אין מתירין לו למכור מעט מעט אסגם מלשון הפוסקים משמע דבכל נותני מירי שלא קנסו חכמים להיזק :

סימן תי [דיני בור ובאיזה מקום חיובו וכמה שיעורו ובו ס"ט סעיפים] :

א בור הוא מאבות נזקין כדכתיב וכי יפתח איש בור או כי יכרה איש בור ולא יכסנו ונפל שמה שור או חמור בעל הבור ישלם כסף ישיב לבעליו והמת יהיה לו ונדרש שתחלת עשייתו לנזק כלומר דבר שהוא ממנו או שעשה הנזק דגם זה כממנו שמזיק במקום שעשאו ואינו הולך ומזיק מפני שאין הנזק זז ממקומו אלא עומד במקומו והעובר עליו ניזוק ותולדותיו כל הדומה לו בגררו שהוא ממנו ומונח במקומו ומזיק כמו אבנו סכינו ומשאו וכיוצא בהן שהניחן ברה"ר והזיקו במקומן ולא שבא אם הוא בעומק כמו בור ולא שנא אם הוא בנובה כהדברים שחשבנו או עשה תל ברה"ר ונזוקו על ידו ואפילו לא זה ולא זה אלא ששפך מים ברה"ר והוחלק אחר בהם חייב ואפילו שפך מים לצרכו כיון דאין רשות לאדם לעשות תקלה ברה"ר מכרי תחלת עשייתו לנזק ומטילא בכל הדברים כן הוא שאפילו חפר בור לצרכו הוי החלת עשייתו לנזק דבנזק בור אין הולכין אחר הכוונה אלא אחר המעשה :

ב כיון דכתיב ולא יכסנו ש"מ דחופר בור וכסה אותו כראוי פטור למדנו מזה דאחד החופר בי ואחד הפותח בור שברהו אחר וכסהו כראוי וכא זה וגילהו חייב והיא נקרא בעל הבור כלומר בעל הנזק והמוצא בור וכסהו וחזר וגילהו בעל הבור חייב וזה פטור אע"פ שעתה הוא גרם הנזק מ"מ הרי הוא סילק הנזק מקודם ומאי דעביד שקליה ונשאר חיובו דהחופר כמקדם ואע"פ שהחופר ראה שזה כסהו והגילוי לא ראה והיה לנו לפוטרו מ"מ חייב דלא היה לו למבוך אכסוי של זה והיה לו לירע שביכלתו לימלו ומ"מ אם זה האחר מילא הבור בעפר וחזר והוציא את העפר חייב אף שהחופר לא ידע מהמילוי דכיון דסתמו בעפר נסתלק מעשה ראשון כאלו לא חפרו וזה השני נקרא בעל הבור ואחד החופר בור בעצמו או שלקח את הבור או ניתנה לו במתנה שנאמר בעל הבור ישלם מי שיש לו בעלים מבל מקום ובלבד שיהיה הבור במקום שחייב בנזקי בור כמו שיתבאר לפנינו בס"ד :

ג כתיב כי יכרה איש בור ורשינן ולא שור בור כלומר אע"פ שהאדם חייב בנזקי בהמתו בקרן ושן ורגל אבל בהמתו שחפרה בור ברה"ר או ברשות אחר פטורים הבעלים ודוקא ברשות שאינה שלו אבל בהמתו שחפרה בור ברשותו ויש בה דין חיוב בור לפי מה שיתבאר חייב בנזקו ואין החיוב על החפירה אלא החיוב הוא על שלא מלאהו או כסהו דכל דבר קלקול שנעשה ברשותו של אדם עליו לתקן והיאיל שיא עשה התיקון חייב ולכן אפילו נחפר הבור מאליו כמו ע"י נשמים וכיוצא בזה ולא מלאהו ולא כסהו חייב ולא עוד אלא אפילו ראובן שנכנם לחצירו של שמעון וחפר בו בור שלא בידיעת שמעון משעה שנודע לשמעון מהבור חייב לכסותו או למלאותו ואם לא עשה כן חייב בנזקו ונהי דראובן חייב לשלם לו נזקי חצירו מ"מ חיובא דנזק הבור חל עליו דכיון שברשותו הוא עליו לתקנו אסגם כל זמן שלא נודע שמעון מהבור חייב ראובן בנזקי הבור :

ד זה שחייבה התורה בנזקי כור א"א לומר על בור שברשות האדם לגמרי דודאי ברשות עצמו יכול האדם לעשות כל מה שירצה ואע"ג דחייב כל אדם להסיר מכשול נזק גם מרשות עצמו כמו שחייבה התורה במעקה וזהו לענין מצוה וחובה ולעבור בלאו כשלא הסיר הנזק ולא לענין חיוב תשלומין ולא מיבעיא שאינו חייב בתשלומין על הנכנם לחצירו שלא ברשות אלא אפילו הנכנם ברשות אין שום סברא לחייבו ממון בשביל דברים שעשה ברשות עצמו והרי לא הכריח לחבירו או בהמת חבירו שיכנס ויכשל אלא נתן להם רשות והיה להם ליזהר או שלא ליכנס והרי לא קבל עליו שמירתם ובאמת אם קבל עליו שמירה או לדעה אחרונה שבמ' שצ"ח דנתינת רשות הוי כקבלת שמירה ודאי דחייב אמנם עיקר חיובא דבור כשחפר ברשות שאינו שלו כמו ברה"ר ובסימפא ובכרמלית ובצדי רה"ר ובשווקים וברחובות ובדרך מקום שרבים הולכים והרשות אינו שלו ובזה ודאי חייבתו התורה דלא היה לו לעשות תקלה ברשות שאינו שלו כמקום הילוך רבים :

ה ומ"מ לפעמים חייב בנזקי בור אפילו כשחפר בחצירו כגון שפתח הבור הוא סמוך לרה"ר בד' טפחים והדלק שמה יכול ליפול בבורו רוחו כחפירה ברה"ר כיון שמכון לנזק רבים שדרך אנשים לילך בד' טפחים הסמוכים לרה"ר כשנדחקים בהלוכן ובן אם פתחו לרשות

לרשות חבירו חייב כל זמן שלא נודע לחבירו מן הבור . דלא גרע ממרמי דחייב [ובספרים ג"כ לא מוקי בור בט"ש בסעיף ג' דכשם שבור שנעשה ברשותו עליו לתקן כמו כן כשפתח הבור ברשותו [סמ"ע] :

ו ויש עוד שאפילו נם הפתח לרשותו מ"מ חייב בנזקיו כגון שהפקיר רשיתו ונעשה הילוך לרבים ולא הפקיר בורו דאע"נ דעל החפירה אין לחייבו מ"מ חיוב הל עליו לסתום בורו העומדת במקום הילוך רבים דלא גרע מאלו נעשית הבור מאליה או ע"י אחר וקיימן בו בעל הבור ישלם אבל אם הפקיר רשותו ובורו או הפקיר בורו ולא רשותו פטור דעל הכרייה אין לחייבו דעשה ברשותו ועתה אין לו לסתום כיון שהפקיר את הבור לא קיימן ביה בעל הבור דהרי אין להבור בעלים וכללא דבור הוא או לחייבו על מעשיו שברה את הבור או פתחה בעצמו ברשות שאינו שלו או אפילו לא עשה את הבור או שבהיתר עשאו נתחייב אח"כ על אשר לא סתמו וזה החיוב אינו אלא כשהבור הוא שלו :

ז ההופר בור ברה"ר לצורך הרבים לשתות ממנו או להשקות הבהמות יסמור להם הכיסוי ונפטר מאותה שעה או יודיע לב"ד שרוצה להסתלק ממנו והם יתעסקו בו לכסותו וכן הדין אפילו חפר לצורך עצמו ומוסר הכסוי לרבים והרבים מקבלים אותה בעדם או מודיע לב"ד והב"ד מתרצים לקבלה לצורך רבים [מור] ודוקא כשחפר במקום שיש לו רשות לחפור במקום שאינו כעבר לרבים כמו בצד הרחוב [סמ"ע] ויראה לי דאין דין זה אלא כשחפרה לעצמו או אפילו לצורך רבים רק בלא רשותם של הב"ד דאז אם חפר באמצע הרחוב אינו מועיל מסירתו או הודעתו אף אם מתרצים וחייב לטמטם אבל כשתחלת חפירתו היתה ע"פ ב"ד שראו צורך בזה והם צוו לו לחפור בעצמו הרחוב למה יתחייב הלא עשה ברשות וכן כשהזיק בשעת החפירה נראה דאם עשהו בעצמו אפילו שעשה לצורך רבים חייב בנזקן ואם עשה ע"פ רשותם פטור ואינו חייב אלא כשהניחה פתוחה ולא הודיע לב"ד או שיכסנה ויסמור הכסוי לרבים אבל הודעה לרבים אינו מועיל דקדיקא דבי שותפי האחד סומך על חבירו לכסותה ולבן אפילו כסהו ולא מסר הכסוי לרבים אם אח"כ נתגלה הכסוי חל החיוב עליו והוא בעל הבור וכשמסר להם הכסוי נסתלק מזה [ג"ל] :

ח כבר נתבאר בסי' קפ"ב דאין שליח לדבר עבירה לפיכך האומר לחבירו לחפור בור ברה"ר וחפרו החופר חייב והמשלח פטור בדיני אדם אא"כ לא ידע השליח שהמקום הוא רה"ר דסבור הוא ששלו הוא או שהשליח חרש שוטה וקטן חייב שולחו כמ"ש שם סעיף י"א וכן כשעשה ע"י כותי אע"נ דאין לו שליחות מ"מ כיון שעושה על פיו ומהבותי א"א לנבות נקרא הוא בעל הבור בלומר בעל הגזק והוה כאלו עשאה הוא ועוד דלא גרע ממרמי דחייב [ובספרים ג"כ לא מוקי בור בל שותפים בכה"ג דסם שותפות לא מיך בזה] :

ט אף שבארנו דהחופר בור ברשותו אם חפרו סמוך לרה"ר עד שפתח הבור הוא לרה"ר חייב מ"מ כשבעה"ב צריך לבנות בית וצריך לעשות יסודות ומוברח לחפור סמוך לרה"ר רשאי לחפור לצורך היסוד אפילו להרחיבו לצד רה"ר ולא לבד ברשותו בד' טפחים הסמוכים לרה"ר אלא אפילו לחפור עד הרה"ר ממש יש לו רשות לחפור ואם הווקו בו פטור כיון שעשה ברשות ואע"פ שבסי' תי"ד יתבאר דאף במה שעושה ברשות חייב בנזקן והו ברה"ר ממש ולא אצל רה"ר [סמ"ע] ויש חולקין בזה דאינו פטור אלא כשבונם מעט להוך שלו אבל לא אצל הרה"ר ממש ונהי דיש לו רשות לעשות מ"מ חייב בנזקן [ים"ש וב"מ וש"ך וסגל"מ] וכן משמע דעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש שהשמיטו דין זה ש"מ דמ"ל דכיון דאמרו חכמים שכל העושים ברשות חייבים לשלם [סמוך ל'.] נכלל זה ג"כ אבל הטור והש"ע כתבו דפטור וע"ל שמחלקים בין רה"ר עצמה לסמוך לה כדעה ראשונה ועוד אפשר לומר דדוקא במה שנתנו חכמים ע"פ תקנת יהושע שהם הדברים המתבארים בסי' תי"ד בזה ודאי נהי דהתקין שביכולה לעשות מ"מ אם הזיק חייב לשלם וכן בנר חנוכה דחייב כשהדליק דוהו ג"כ רשות דמצוה [ע' ע"ז] ולא מפני שמעיקר דיני ממונות מותר לעשות אבל כמה שמעיקר הדין מותר לעשות דהא בהכרח שאדם יבנה בית ודאי דפטור כן נ"ל בטעם הטור והש"ע [ומרמ"י וסמ"ע בסי' כ"ו. מין רמיס לפמ"ש לדצת סרי"ף דבריית דסמיכי מוקמי על בריית ז' ומ"ם סנ"ל דמ"ם בכרם"ו לא מכין מס מועיל זס כיון דסי' בד"ם וטעמא מפני שמיזו פוס"ג ולפמ"ש מ"ש והו"ק] :

י זה שנתבאר דהחופר בור ברשותו בד' טפחים הסמוכים לרה"ר חייב והו כשאין כותל מפסיק בין רשותו לרה"ר אבל כשיש כותל רשאי לחפור לכתחלה עד הכותל דאין הרבים הולכים שם וכן בחופר יסודות אם לא שסתר הכותל וכן בהפקיר רשותו ולא בורו הדין כן ועמ"ש בסי' תמ"ו סעיף ג' [וכ"מ מרמ"ם ספרם סי' ז' ע"ש] :

יא אחר החופר בור או שיח או מערה או חריץ חייב והבור הוא ענגל שיח ארוכה וקצרה מערה היא מרובעת ומבוסה בקירוי אלא שיש לה פה חריץ רחב ומרובעת כמערה ואינו מקורה אלא פיו פתוח ולמה נאמרה בתורה בור לאו משום דבור הוא קטן ועגול ויש בה הבל הרבה ועלולה לנזק אלא משום דסתם בור עמוק עשרה טפחים והו שיעור שיש בו כדי להמית ולכן כל מיני חפירות אינו חייב במיתתן אלא כשעמוקה י"ט אבל אם היה פחות מעשרה טפחים ונפל לתוכו שור או שאר בהמה חיה ועוף ומת פטור דלאו מהבור

מת ויהו דוקא במיתה אבל אם הזקו חייב בעל ההקלה בנזק שלם אפילו בכור כל שהוא דאין שיעור לנזקין :

יב וכן אם עשה תל גבוה ברה"ר ועלתה עליו הבהמה ונפלה ומתה אם התל גבוה י"ט חייב לשלם ואם היה פחות מי' פטור על המיתה וחייב על נזקין לשכם נ"ש ואפילו בתל גבוה כל שהוא שהנזק בכל דבר מצוי וידוע ואין המיתה בכל שהוא מצויה והרי הוא כמו אונס ויש מי שאומר דמ"ט בעינן נ' טפחים גם לנזקין בין בגובה בין בעומק דפחות מזה כארבע סמיכתא היא [ים"ם] וצ"ע לדינא [ס"ך] ודוקא כשנפלה מהתל בעינן י"ט אבל נתקלה ונחבטה בתל אפילו נתקלה בקרקע ונחבטה בתל ואפילו בתל כל שהוא ומתה חייב כמו בנתקלה בקרקע והוזקה באבן ומתה דחייב כמ"ש בסי' תי"א דההכאה המיתתה ולא בעינן שיעור כלל אבל כשהחבט הוא ע"י גובה הנפילה אין המיתה מצויה בפחות מי"ט [סמ"ע וכ"ל טוען סרמב"ם וסמ"ע] :

יג בור שחייבה עליו תורה בין שמת מהבל הבור ובין שמת מהחבט ומניין אנו יודעים אם מת בהבל או בחבט כגון שהבור היה בקרקעיתו דברים רכים א"א למות מהחבט ואם נפל מאחוריו ופניו למעלה א"א למות ע"י ההבל דהבל אינו א"א כשפניו למטה וכן אם היה עומק הבור כרחבו אין לו הבל דהבל אין ביכולת להיות אא"כ עמוק מעט יותר על רחבו דאז האויר שבתוכו יש לו הבל לפיכך אם היה בור שעמקו כרחבו או שנפל ופניו למעלה ויש בהבור דברים רכים ומת פטור דהא לא מהבלא מת ולא מחבטה וכן בנפלה מתל על הקרקע ועל הקרקע היו דברים רכים פטור כשחתה ובנזקין אין חילוק בכ"ז דנזק מצוי בכל דבר ולא מיתה ונ"ל דמ"ש דבור שרחבו בעמקו או פניו למעלה אין לו הבל ובהיה בקרקעיתו דברים רכים אין לו חבט וזהו בבור עמוק עשרה או יותר מעט אבל בבור עמוק הרבה אויר הנפילה עצמה מבלבל ויכוחה למות בכל ענין [וירמ"י מרס"י סנס' מ"כ ד"ס מיגוי] והשיעור לזה נראה מהש"ס [כס] דאם עמוקה יותר משתי קומות בני אדם וכן בהר גבוה כזה אמנם אין נ"מ בזה דא"א לאדם לעשות גובה כזה בבקום הילוך רבים וכן א"א לעשות בור עמוק כזה בבקום הילוך רבים ושיהיה רחבו כעמקו ומסתמא יש בה הבל ואמנם יכול להיות שהפול מאחוריה ובקרקעיתה יש דברים רכים וצ"ע לדינא :

יד היה עומק הבור ט' טפחים ומהם טפח אחד מים חייב כאלו היה עומקו י"ט מפני שהטפח של מים נחשב לענין ההבל כעומק שני טפחים ביבשה דבמים יש יותר הבל מבאויר של הבור בלא מים ולפ"ז אין לחייב רק כשהבהמה נהרגה כהבל ולא בחבט ואם היה עומק שמונה טפחים ומהם שני טפחים מים או שהיה עומקה שבעה טפחים ומהם ג"ט מים ונפל לתוכו בהמה ומתה הוי ספיקא דדינא דשמא כיון שאין העומק רק שמונה או שבעה טפחים אע"פ דהבל המים יותר מהאויר בפי שנים מ"מ אינו ראוי להמית או אפשר דראוי להמית לפיכך אין מחייבין אותו לשלם ואם תפס אין מוציאין מידו להרמב"ם ז"ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא ויש חולקין בזה כמ"ש בכ"מ :

טו ויש מרבותינו שסוברים דבור שמונה ומהם שני טפחים מים ודאי חייב דטפח דבור במים כשני טפחים דאויר לענין הבלא והספק הוא בבור תשעה ומהם טפח אחר מים דשמא כיון דהמים מועטים אין בה הבל כפי שנים דאויר וכן בבור שבעה ומהם ג"ט מים הוי ספק דשמא כיון שהעומק מועט אינו עולל למיתה אף בג"ט מים [זהו ניל' רמ"י ומוסי בספיקא ל"ה: ודלעמ סקומתם סוס ניל' סרמב"ם ומרי"ף סמימ כ"ז] :

טז חפר אחד שמונה טפחים ובא חבירו וחפר עוד טפח שניהם חייבים בנזקין כל אחד לפי מה שחפר דכיון דבשניהם יש שיעור נזקין ולא מיתה עשאו שניהם הנזק ולפי שנזק של שמונה טפחים הוה יותר מנזק של טפח אחד לכן צריכין לשלם כל אחד לפי נזקו ואפילו לדעה שבסעיף י"ב דבפחות מג"ט פטור חייב בכאן דהטפח הזה הוא התשיעי ויש בו נזק ודאי [כ"ל] וכן החופר בור עשרה ובא אחר והשלימו לעשרים ובא אחר והשלימו לשלשים כולם חייבים בין במיתה בין בנזקין כיון שכל אחד עשה שיעור מיתה וכולם משלמין חלק בחלק ונראה דאפילו אחד הוסיף עשרים מפחים אינו משלם יותר מבעל עשרה דכיון דבעשרה יש שיעור מיתה שוב אין חילוק בין עשר ליותר מעשר משא"כ בפחות מעשרה לענין נזקין דיש חילוק בהנזק בין פחות ליתר לפיכך משלם כל אחד לפי מה שחפר והחופרים האחרים אין יכולים לומר להראשון כיון שחפרת שיעור מיתה לפנו לסבול בנזק הלא גם בלעדינו היה בו שיעור מיתה דיכול לומר להם כיון דחיובי הוא מפני חפירתי ואני נקרא בעל הבור גם אתם חפרתם וגם אתם בעלי הבור ונכנו שותפים בו :

יז אבל אם הראשון חפר עשרה והשני חפר עוד תשעה אין השני חייב כלום אפילו בנזקין דכיון דהראשון עשה שיעור מיתה והוא לא עשה נקרא הראשון בעל חבור [ים"ם] וכן להיפך אם הראשון חפר תשעה והשני לא חפר רק טפח אחד והשלימו לעשרה בין שחפר טפח ובין שהנביה בנין על שפתו טפח השני חייב אפילו בנזקין והראשון פטור מכלום מפני שלמיתה עשה רק השני נקרא הוא בעל הבור ואם זה השני סתם את הטפח שעשה או סתר את הטפח שבנה ה"ז ספק אם כבר נסתלק המעשה שעשה וחייב הראשון בנזקין או דכיון שעשה לא מהני סילוקו ולהרמב"ם מהני תפיסה ולהתוספות עליו לא מהני :

יח יראה לי דזה הספק אינו אלא דוקא בכה"ג שנשאר הבור

הבור כולו ברשות האחרון אבל בדינים הקודמים שהראשון חפר שמונה והאחרון טפח או שהראשון חפר עשרה והשני עד עשרים וסילק השני מעשיו נשאר ברשותו של ראשון לגמרי כיון שמקודם היה ברשות שניהם [וכ"מ מלשון סנמ' כ"מ: וכ"מ מסמ"ס סקכ"ג ע"ס]:

יח אם הראשון חפר עשרה והשני תשעה והשלישי השליטו לעשרים נראה דהראשון והשלישי חייבים והשני פטור דכמו שנתבאר בראשון תשעה ובשני טפח כולו של השני ובראשון עשרה והשני תשעה כולו על הראשון כמו כן בזה שהשני אין בו חיוב נשאר כל מחצית החיוב על השלישי:

כ חפר הראשון בור עמוק ובא אחרון והרחיבו ונפל לתוכו שור ומת אם נפל מחצר שהרחיב חייב האחרון אפילו כשמת ע"י הבלא ואע"ג שהוא מיעט ההבל בהרחבתו מ"מ אם לא הרחיבה לא היה נופל דאולי לא היה מתקרב אל השפה הראשון ואם נפל מצד השני פטור האחרון בכל ענין דבזה לא עשה מאומה ונם בנוקין כן הוא ואם האחרון הרחיבה מכל צד חייב האחרון בכל ענין וזהו דעת הרא"ש והטור וכ"כ רבינו הרמ"א והלבוש:

כא והרמב"ם ז"ל כתב בפ"ב אם מחמת הבלו מת האחרון פטור שהרי מיעט הבלו ואם מחמת חבטו מת האחרון חייב שהרי הקריב היזק בור זה וכן אם נפל השור מאותו צד שהרחיב האחרון חייב שהרי הקריב היזק בור זה אע"פ שמת מן הבעל ואם מהצד שחפר הראשון נפל הראשון חייב שזה האחרון מיעט הבלו עכ"ל וכ"כ רבינו הב"י בסעיף מ"ז ומבואר מזה שאם מת מחמת חבטה חייב האחרון אע"פ שנפל מהצד שחפר הראשון וכתבו הספרשים שטעמו הוא דכיון שמהצד שהרחיב הוא גרם ההיזק לענין חבטה לפיכך חייב על החבטה אף מהצד של הראשון ומאד תמוה מבואר זאת דאטו הוא בעל הבור בקצת הרחבתו שהרחיבו ולמה יתחייב במה שלא נרם ההיזק ויש מי שכתב דתחלת דבריו מיירי כשאינו ידוע מאיזה צד נפל ולכן בהבלא תלינן בהראשון ובחבטה בהאחרון ונם זה אין מבואר כלל ובמפק כזה ודאי דשניהם פטורין ומי נרע זה משני שוורים שננח אחד מהם ואינו ידוע מי ננח כמ"ש בסי' ת':

כב ולכן נ"ל דה"פ דכשוה הרחיב את הבור לצד מזרח ממילא דלצד מזרח כל הנזק שלו ולצד מערב כל הנזק של הראשון אבל בצפון ודרום שנם שם בע"ב נתחדש מקצת בור כשנפל שם השור בעמדו מקצתו על מקום הראשון ומקצתו על מקום השני ונפל שניהם נרמו נפילתו והיה נופל נם בשל אחד כי אם רנלו אחת היה נופל לבור היה מושך נם רנלו השני להבור אלא שע"י הרחבת הבור היתה נפילתו יותר בכח שנפל בבת אחת וזהו דברי הרמב"ם ז"ל שמהלק בחלוקה הראשונה בין הבל לחבט דזהו כשנפל ממקום שפ שניהם מהצדדים מצפון ודרום ובזה אם מת מהבלא הראשון נרם דהאחרון מיעט ההבל ואם מת מהחבט האחרון נרם דכיון דהרחיבו קצת היתה החבטה בחוק יותר שנפל בכח רב ונחבט ואח"כ אומר שאם נפל מאותו צד שהרחיב האחרון חייב הוא בכל ענין ואח"כ אומר שאם נפל מהצד של הראשון חייב הראשון בכל ענין דהבלא דידיה הוא שהרי זה האחרון מיעט הבלו כלומר לא מיבעיא חבטה דוראי לאו דהאחרון הוא שהרי לא נפל מצדו אלא אפילו מת מהבלא ובהבלא הרי האחרון עשה שניי בכל הבור מ"מ פטור שהרי אדרבה שינה ההבל למוב ומיעטו [ומפרש הרמב"ם ז"ל ליכא קמ"ל דה"מ כ"מ: כשנפל בנפון ודרום על מקום סניסס ומיכא דלמערי על מזרח ומערב]:

כג אין בעל הבור חייב על מיתת הבהמה בנפילתה לבור או על חבטתה מהתל אלא אם היתה הבהמה קטנה שאין לה עדיין דרך הבהמות היודעות לסור ממכשולות או חרשת או שוטה או סומא או אפילו נדולה ופקחת ונפלה בלילה שאינה רואה את הדרך לפניה אבל נדולה פקחת ביום פטור כשמתה שוהו כמו אונס ומשמיא הוא דנזרי עליה והרי דרכי בהמות לראות ולסור ממכשולות ואדם כשנפל לתוך הבור ומת אפילו היה סומא או חרש וקטן או בלילה בין עבר בין בן חורין פטור בעל הבור מנזירת התורה שור ולא אדם ולא מיעטה התורה רק ממיתה כדכתיב והמת יהיה לו ובזה נתמעט שור ולא אדם אבל אם הזק אדם בבור ולא היה בר רעת או שהיה בלילה חייב בעל הבור לשלם כל נזקו:

כד ודעת הרמב"ם ז"ל דשור פקח ביום נמי אינו פטור רק ממיתה אבל כשהזק בו חייב בעל הבור לשלם נ"ש ורבים חולקים עליו דלא הזכיר זה בנמ' ונם אין שום סברא בזה דכיון דדרך הבהמה לסור ממכשולות איזה חילוק יש בין נזקין למיתה ורק באדם הוא נזירת התורה כמ"ש ולא בבהמה ומעמו של הרמב"ם י"ל דמפני שאמרו חז"ל [י"פ סמניס] שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים ולמה פטרו חז"ל על פקחת ביום אלא ודאי על נזק נדול שתמות דרכה להתבונן כמו לסור מבור עמוק אבל מבור שאינו עמוק אין דרכה להתבונן ולסור [ס"ס] ולכן נראה דבבור עמוק הראוי למיתה מודה הרמב"ם ז"ל דפטור כשהזוקה [ע' יכוזלמי ספרס ס"ן]:

כה ע"פ הדברים הקודמים מבואר דלא ס"ל להרמב"ם מה שיתבאר בסי' תי"ב דבהמה מפני שעיניה למטה מתבוננת בדרכה יותר מבן אדם או מפני שאינה בעלת מחשבה כבן אדם ולא תהא בינת האדם שקול נגד הבהמה אף כי עיניו למעלה והוא בעל מחשבות ועוד ראיה דהתורה פטרה רגל ברה"ד ואם דרך הבהמה לסור מבל מוקש א"כ כשדרסה על כלי ברה"ר שינתה

מדרכה

מדרסה ולמה לא נחייבה כדין קרן וע"ש ס"ש כוה ועמ' שפ"ט סעיף ל"ב :

כו נפלו כלים בבור והוזקו או נשתברו פטור דאין חיובו של בור אלא על בעלי חיים ולא על כלים וחפצים ומיני אוכלים כדכתיב ונפל שמה שור או חמור וע"פ השמיעה למדו שור ולא אדם חמור ולא כלים ואע"ג דאדם לא נהמעט אלא ממיתה ולא מנזקין ס"ם בכלים פטור אף מנזקין דבהמה לא שייך לחלק בין מיתה לנזקין דאין בהן רוח חיים ושבירתן ופגימתן זו היא מיתתן וכן כל דבר שאינו בעל חי ורע דבירושלמי (סס) מבואר דפטור כלים אינו אלא רק בבור עשדה דראויה להמית אבל בבור פחות מעשרה דאינו חייב רק על נזקי בהמה חייב גם על נזקי כלים ובש"ס שלנו לא משמע כן ונם כל הפוסקים השמיטו זה ואע"פ שאין ליתן מעמים על גזירות התורה מ"ם יש ליתן גם מעם בזה על פטור כלים ומיהת אדם דבנזקי אדם חייב מפני שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים אבל דבר נזק המביא לידי מיתה פשיטא שכל מין אדם נוהר מזה ואף חרש שוטה וקטן ואם הוא קטן ממש שאין לו דעת כלל הלא ע"פ רוב אין מניחין אותו לילך לבדו ויש לו שומר וכן שוטה גמור וחרש הלא יש לו דעת"א קלישתא לשמור א"ע מן המיתה [ימומ קי"נ:] ועל כלים פטור דהרי כלים אין הולכין בעצמם ויש אדם הנשאן או מוליכן ופשיטא בשעה שהאדם נושא או מוליך דבר שמעיין יפה ולכן אם ע"ז אירע הסיבה הוא מין אונס ומשמיא הוא דגורי על זה האיש ואף בכלים שעל הבהמה דפטור על הכלים דסהמא כשיש עליה כלים אינה הוכחת לברה ויש עליה השנחת אדם ואע"ג דעל הבהמה חייב ועל הכלים פטור משום דעיקר השנחת האדם הוא על הכלים :

כז כשהו כראוי אע"פ שהתליע מתוכו ונפל שמה שור או חמור ומת פטור שנאמר ולא יכסנו הא אם כסהו פטור שלא הצריכתו התורה לסתמו בעפר וכשהכסוי שלם אין זה רבותא כלל אלא דבא להשמיענו דאף שנתקלקל ואירע נזק פטור אך אם נתקלקל מבחוץ חייב דעליו מוטל לתקן אלא כשנתקלקל מבפנים כגון שנרקב והתליע מתוכו ומבחוץ אינו נראה :

כח כמה שיעורו על הכימוי כל מקום ומקום לפי המשא אם עוברים שם ענלות טעונות משאות כבידים צריך הכסוי להחזיק ומקום שעוברים נמלים עם משא צריך הכסוי להחזיק ומקום שעוברים רק שוורים ולא נמלים די בכסוי המחזיק רק שוורים ולא חיישינן למקרה שמא יעברו שם נמלים ולכן אם כסהו בדבר שיכול לעמוד בפני שוורים ואינו יכול לעמוד בפני נמלים וע"פ מקרה הלכו שם נמלים ונתרועע הכסוי והלכו עליו שוורים אח"כ ונפלו בו כיון שאין נמלים מצויים באותו מקום ה"ו פטור מפני שזה אנוס ורוקא שלא ידע שעברו עליו נמלים אבל אם ידע חייב ואינו באנוס דה"ל לאסוקי אדעתיה שהנמלים קלקלוהו [ני] ואם נמלים באים שם אפילו לפרקים מ"ם חייב לתקנו שיהא ראוי לנמלים ואם לא עשה כן פושע הוא :

כט דוקא לענין שוורים אינו חייב במקום שאינו מצוי נמלים אבל לענין נמל עצמו בשנפל אפילו במקום שאין עוברין שם נמלים כלל ועשה כסוי הראוי רק לשוורים ואירע שעבר שם נמל ונפל בבור ומת חייב דהתורה כשחייבה על נפילה בור לא חלקה בין בהמה מצויה לאינה מצויה אלא דלענין תקון הכסוי אינו מחוייב להקן אלא בשכבל המצויות אבל לא לפטור כשנפלה שם בהמה שאינה מצויה ומה יעשה בעל הגמל כשבא לו נמל בסקרה והיה לו לבעל הבור לחוש לזה אף דאנן לא כפינן ליה וכן עיקר דלא כיש מי שחולק בזה [ע' בתס"ג ומ"ש בתוס' ים למס שמח וכו' ר"ל דלכן מייבש כתוכח ולפ מלקח בין מלוי לקוט מלוי וחו"ק] :

ל לפעמים אפילו במקום שמצויים נמלים והכסוי אינו ראוי לנמלים ונתקלקל ונפלו בו שוורים ופטור כגון שהתליע הכסוי מתוכו וה"ל אינם בם"ש ואע"ג שהחלתו בפשיעה לענין נמלים וסופו באונס לענין ההלעה וקי"ל תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב ס"ם פטור בכאן דהאונס לא בא מחמת הפשיעה דאפילו היה ראוי לנמלים היה מתליע וכמ"ש בסי' רצ"א :

לא וי"א דחייב בכה"ג דכיון שהיה פושע לגבי שור זה עצמו שנפל אם היו עוברים עליו נמלים חייב גם בהתליע מתוכו דכבר נתבאר שם דכל שיכולין לתלות האונס מצד הפשיעה תלינן אף בחשש רחוק ובודאי יש בכאן לתלות דאלו היה הכסוי ראוי לנמלים לא היה מתליע מפני חוזק הכסוי וזה שאמרו חו"ל דפטור בכה"ג אינו אלא רוקא כשאם היו עוברים הנמלים היו נופלים עם הכסוי דאז אינו פושע כלל לענין שוורים רכל זמן שלא יעברו הנמלים הכסוי טוב להם וכשיעברו יפול הכסוי ושור פקח לא יעבור כי יראה שאינו מכוסה אבל אם בהעברת הנמלים לא יפול הכסוי רק יתרועע ואם יעברו שוורים אח"כ יפלו חייב אף בהתליע מתוכו משום דתחלתו בפשיעה וסופו באונס ונוכל להלות דהאונס בא מצד הפשיעה כמ"ש :

לב ומדברי הרמב"ם ז"ל נראה דאפילו היה ידוע שבכסוי הראוי לנמלים לא היה מתליע פטור דלא אמרינן תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב כשהאונס בא מצד הפשיעה אלא לגבי שומר רכיון שקבל עליו שמירה חייב בפשיעה מכל צד אפילו בא הנזק מצד האונס אבל בבל נזקין שבעולם אינו חייב אא"כ פשע בנזק זה אבל כשהיה כסופו אנוס או גם בתחלתו כמו בבלב וגרי שקפצו שהיה פשיעה בעלייתן בם"ש בסי' ש"ע למה יתחייב ממה שהיה יכול להיות פשיעה כמו דלא מחייבינ בקרן

בקרן בחצר הניזק נ"ש בסה שהיה תחלתו בפשיעה לגבי שן ורגל וכסו דלא מחייבינן בשור פקח ביום בסה שתחלתו בפשיעה לגבי לילה או לגבי שור תרש [ולכן סס"ם בסברס כ"כ: לא סזכירס מחלתו בפשיעס אלא מינו ע"ם ולפ"ז ס"ם סוסיס סמוס' בדי כ"כ ד"ס דמסיק] :

לג בור של שני שותפים שניהם חייבין בנזקו ובאיזה אופן יכול להיות של שותפות בגון שהבור ברשותם והפקירו רשותם ולא הבור או שהיה בור ברה"ר עסוק תשעה וקרו שניהם ביחד חויא והשליסוהו לעשרה או בגון שצוו לחרש שומה וקטן או לכותי לחפור בור ברה"ר דאע"ג דאינם בתורת שליחות ואין שליח לד"ע ס"ם חייבים מריני דנרמי כס"ש בסעיף ח' :

לד בור של שני שותפים שהיה עליו כסוי ועבר עליו הראשון והשתמש בו ולא כסהו ונם השני השתמש בו ולא כסהו אם הכסוי ביד הראשון חייב והשני פטור עד שימסור לו הכסוי וכיון שמסר לו להשני את הכסוי ושירלה מהבור נפטר הראשון ונתחייב השני לכסותו ואם הכסוי אינו ביד הראשון אפילו הניחו הראשון כשהלך מהבור להשני משתמש בו והלך השני ולא כסהו שניהם חייבים ואפילו הראשון דנם עליו היה חל הדיוק לכסות הבור אחר תשמישו של שני מיהו במקום שנהגו שבשהראשון מניח את השני לדלות צריך השני לבדו לכסות את הבור ודאי דרק השני חייב אבל כשמסר לו את הכסוי בכל מקום חל החיוב על השני לבדו דקבלת הכסוי הוא בקבלת שמירה [נסמ"ם ס"ם דסת סרמב"ס יוסרמ"ם והסור ולת פלינו לדיוק וע' לח"מ ודו"ק] :

לה כסהו הראשון ובא השני ומצאו מגולה שנהגלה ע"י איזה סיבה השני חייב לבדו ועד אימתי חייב הוא לבדו עד שיתוודע נם הראשון שהבור מגולה וישיהיה שהות בדי לשבור פועלים ולכרות ארזים ולכסותו וכל שימות בו או יוזק בו בתוך זה הזמן הרי השני לבדו חייב לשלם ואחר הזמן הזה על שניהם חל החיוב שהרי שניהם פשעו ולמה אין ניתנין זמן נם להשני לשבור פועלים ולכרות ארזים מפני שעליו החיוב מוטל לשבור שומר שלא יוזקו בו אדם ובהמה כיון שהוא האחרון בהשימוש [ס"ו כ"כ] ולא על הראשון וי"א דבאמת נם לשני נותנין זמן אלא שאינו צריך הודעה כהראשון ואין לנו לחייבו בשמירה כיון שלא פשע ויש סי שאומר דנם להראשון אין נותנין זמן עד שיתוודע אלא שיהיה שהות בכדי שיכול להתוודע [נימב"ד ומור ול"ע שסמסכו כרב עגד ר"י שס] :

לו בזה שנתבאר דנותנין זמן להראשון על כריתת ארזים ושבירת פועלים יש מי שאומר שאם אינו מוצא לקנות ארזים אלא ביוקר נותנים לו זמן עד שימצא לקנות בשויים ובן בשכירות הפועלים וכן למדנו מזה דבכל הנזקין אם הוא דבר שאין דרכו לסלק הנזק בעצמו אין מהייבין אותו לסלקו עד שישכור פועלים שהרי בבור נתנו לו חכמים זמן לשכור פועלים ולא אמרו שמחוייב לתקן בעצמו אם אין דרכו בכך :

לז אמנם כל אלו הדברים אינו אלא בנזק שלא פשע כמו בור שכסהו כראוי והתליע או שנגנבים גנבותיו וכיוצא בזה אבל בנזק שפשע כמו בור שהניחו מגולה וכיוצא בזה כל נזק שעשה שלא ברשות פושע הוא ואין נותנין לו שום זמן ולאלתר חייב בנזקיו ועליו מוטל בכל רגע להסיר את הנזק בכל היכולת אף אם יעלה לו ביוקר או להושיב שומר וכלל גדול הוא בנזקין דכל נזק שלא פשע נוהגין לו זמן ושפשע אין נותנין לו זמן וכמה הוא הזמן יתבאר בס"ד בסי' תס"ו :

לח המכסה בורו בכסוי בור של חבירו ובא בעל הכסוי ונטל כסויו ואירע נזק בבור בעל הבור חייב דלא היה לו לכסות בשל חבירו בלתי ידיעתו ובעל הכסוי פטור דשלו נטל וא"צ להודיעו ולא דמי לס"ש בסי' שפ"נ בסתך חביתו באבנו של חבירו ובא חבירו ונטל האבן ונשברה החבית דחייב לשלם דשאני התם דהויקו בידים דסיד נשברה החבית אבל בבור אין ההיזק מוכן מיד [סמ"ע] ולא ברי הויקא ועוד דהכסוי מוכרח ליטלו לכסות בורו שלא יארע אצלו נזק והוה כזמנו בהול וא"צ להודיעו ובעל הבור היה לו להבין את זאת משא"כ בשם אין זמנו בהול והיה לו לסמוך באבן אחר או להודיע לבעל החבית וכן כל ביוצא בענינים כאלו צריכים לראות אם לפי הענין הזמן בהול פטור אפילו נרם היזק מיד והוה כשור שעלה על חבירו להרגו ובא זה ושסס שורו ונהרג העליון דפטור וכמו המסלא כל הדרך כרים דפטור על שבירתו כס"ש בסי' תי"ב [ב"ע] :

לט המוסר בורו לשומר חייב השומר בנזקיו והוא פטור ואפילו היה הבור בלא כסוי כיון שקבל עליו לשמור ואם מסרו לחרש שוטה וקטן כתב הרמב"ם ז"ל דאע"פ שהיה מכוסה תרי הבעלים חייבין שהבור עשוי להתגלות ואלו אין בהם דעת עכ"ל ומשמע מדבריו דאפילו היה מכוסה בראוי חייב בראשונה שבסי' שצ"ו סעיף י"ב דבמסר שורו לחש"ו חייב אפילו קשור קשור וכפ"ז הדעה השניה שבשם חולקת נם בזה ואין היזבו אלא בשמסר להם בלא כסוי כראוי וסמך על שמירתם אבל אין דרכם לקלקל ואם היה מכוסה כראוי פטור [זסו דעת ס"ו ס: ורמב"ד פי"ב והרמב"ם ס"ל כסוס' שס] ואע"פ שמלשון הרמב"ם לא משמע כלל שיהא דרכם לקלקל ס"ם פירשו המפרשים כן דבהכרח לומר כן דאל"כ הא בבור מכוסה בלא חרש שוטה וקטן פטור וכן פירשו דבריו לענין מסר שורו לחש"ו שבפ"ד מנזקי ממון וגם לשון השו"ם [ב"ק ע"ו] כן הוא והרמב"ם העתיק לשון הגמ' כדרכו ום"ם תמיה בעיני גם לשון השו"ם וגם לשון הרמב"ם דאי ס"ד דעל ידיהם

ידיהם עשוי להתקלקל העיקר חסר בדבריהם ולכן נ"ל בכוונתו דעיקר הענין כן הוא דמתם המוסר שורו ובורו לשמור אינו מוסר על זמן מועט אלא על זמן מרובה דעל זמן מועט סה צריך לשמירתם הלא הבור מבוסה והשור קשור ולכן על זמן מרובה ודאי דאין זה שמירה כלל קשירה השור וכסוי הבור דבמשך ימים ודאי דרך השור לנחק א"ע כי הקשר מעט מעט יתרפה ונם דרך הכסוי להתגלות במשך הזמן ולכן מוסרם לידם שישמרו והם אינם בני שמירה וזהו שמסיים שאלו אין בהם דעת לשמור וכן הוא דבריו לענין שור [כנלע"ד] :

ם אינו חייב על נזקי קדשים שנפלו לבור אפילו קדשים שנפסלו מחמת מום כל זמן שלא נפדו פסורים עליהם דכתיב והמת יהיה לו וקדשים אינם שלו ולאחר שנפדו הרי הם שלו [פסחים] והרבה מרבותינו ס"ל דאפילו נפדו כיון דאסור להאכילן לכלבים לא קרינן בהו והמת יהיה לו [ב"י ומוס' ורא"ם בספרים נ"נ:] ולכן בכור שנפל לבור בין הם בין בעל מום פסור ואפילו בזמן הזה יגם דעה ראשונה מודה בזה דבכור לאו כר פריון הוא :

מא כבר נתבאר דשנים שעשו נזק שניהם חייבים לשלם לפיכך המניח אבן עפ"י הבור ובא השור ונתקל בה ונפל לבור ומת המניח את האבן משלם מחצה ובעל הבור מחצה ובן שור שרחף בהמת חבירו לבור ומת בעל הבור משלם מחצה ובעל השור מחצה ודוקא במועד אבל בתם משלם בעל השור רביע נזק ובעל הבור משלם ג' חלקים ממשמע שבנבסיו ומעמו של ר"ן זה פירשו חז"ל [ב"ק י"נ:] בשני אופנים האופן האחר דנוכל דנאמר דכל אחר עשה את כל הנזק דנוכל לחשוב את השור למזיק בכולו דאלמלי השור לא היה נופל לתוך הבור והבור למזיק בכולו דאלמלי הבור לא היה השור ממיתו ולפ"ז צריך כל אחד לשלם נ"ש האמנם יותר מנזק אחד אין לו לניזק ונם זה בהברח שכל אחד מהמזיקים ירויח מהשותפות דאל"כ מה מועיל לו השותפות והרי סוף סוף לא לבדו הזיקו ולכן אם נאמר שבתם משלם בעל השור מחצה אינו מרויח כלום משותפתו לפיכך אינו משלם אלא רביע ובעל הבור ג' חלקים ומרויח רביע נזק משותפתו ואופן אחר שנאמר דכל אחד עשה חצי נזק לפנכך בעל השור אינו משלם אלא רביע ובעל הבור למה משלם ג' חלקים לפי שהניזק אומר לו אני מצאתי שורי זה בבורך מה וניין שאצלך מצאתי הנזק הזה כאלו אתה עשיתו כולו ומה שיש לי להשתלם מבעל השור אשתלם ומה שאין לי להשתלם אנבה ממך ומזה נוכל לומר רק בשור ובור שרחפו בהמה לבור אבל שני שוורים שנגחו לאחד צ"ל מטעם דכל אחד ראוי לכל הנזק דגם אחד ראוי ליגח ולכן במקום שאינו ראוי לגבות מאחר בגין שאחד הוא שור של הקדש חייב בעל השור השני לשלם כולו

דכל אחד כאלו כולי הזיקא עביד ועכ"פ זהו הלכה פסוקה בשני דברים שעשו נזק אם אין להשתלם מאחד מחמת שאין החיוב מוטל עליו משתלם מהשני אף בשעשה רק חצי נזק ואי קשיא למה פסקינן בשלמים שהזיקו דגובה מבשרן ולא מאימורין כמ"ש בסי' ת"ז משום דבשר בלא אימורין לא עשו כל הנזק ואף לא ח"נ דחיות השור הוא מהקריבים וריו שישתלם מהבשר כנגדו לבד ולא כנגד האימורין [כ"ז טוס ע"פ דברי סרמב"ן במלחמות פ' הפרס וכ"כ ביח"ס סס סי' מ' וכ"מ מהגה"מ פ"ב מה"מ הל' ג' ולח כתוס' י"נ: ופסקו כליסנא קמא דסס וסרמב"ס פסק כמיכא דתמרי כמימת סנהדרין ופ"ל כמ"ם ופ' בהגר"ח סי"ק מ"ס מ"ו והו"ק] :

מב י"א דאף בשור שרחף בהמה לבור אינם חייבים רק בבהמה חרשית או סומא או בלילה אבל פקחת ביום פטורים כמו בבור דעלמא דבהמה פקחת יש לה ליזהר להרחיק מן הבור עד ששוורים לא יפילוה לתוכו דאם לא נאמר כן ליחייב כל בעל בור על שור פקח ביום משום דתחלתו בפשיעה פן יפול ע"י שוורים [תוס' סס ד"ה ובעל סכור] אבל הרמב"ם והפוסקים בתבו מפורש דאף שהיא בהמה גדולה ופקחת וביום ה"ז כמו שנקלה בלילה דא"א לבהמה לשמור רק מהבור עצמו ולא מהפלת אחרים ולא ע"י אבן ואין לדמותו לכל תחלתו בפשיעה מפני שזה לא שכיח כלל ששור יפיל בהמה לבור [ב"ק] האמנם זה דחוק לפמ"ש בסי' רצ"א דתלינן תחלתו בפשיעה אף בצד היותר רחוק אמנם לפמ"ש בסעיף ל"ב לדעת הרמב"ם אינו חייב בנזקין בתחלתו בפשיעה אא"כ היתה פשיעה באותה מעשה עצמה ע"ש א"ש :

מג אם אדם ושור דחפו שור לבור אם האדם הזיק בכוונת נזק הוא חייב וכולם פטורים דאטו אם ישים אדם את טליתו של חבירו באש נחייב גם את בעל האש בשביל האש שהדליק שלא ברשותו דאין זה סבירא כלל ואם הזיק שלא בכוונת נזק שלשתן חייבים האדם ובעל השור ובעל הבור והו בשור מעד אבל בהם משלם בעל השור שתות מהנזק דאם היה מזיק לבדו היה משלם ח"נ ממילא בשיש לו שני שותפים משלם שליש מזה והמותר משלמים האדם ובעל הבור ע"פ הכלל שנתבאר דכל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי אבל בתם כיון דאינו משלם לעולם נ"ש בהכרח לחשוב לו לפי חשבון דאל"כ יניע לו יותר מחצי נזק וזה א"א משא"כ באדם ובור :

מד אם דחפו בו אדם והזיק שלשתם חייבים בנזק והאדם לבדו חייב בד' דברים צער ריפוי שבת ובושת דאלו אין חייבם רק על אדם המזיק כמ"ש בסי' ת"כ ואע"ג דבושת אינו חייב עד שיתכוין להזיק והכא בלא כוונה מיירי כמ"ש אמנם כיון דידע בשעת נפילתו

הוי ככוונה לענין זה [ס"ך] ואם דחפו בהבור כלים ונשברו חייבים האדם ובעל השור לשלם כל הנזק ובעל הבור פטור כמ"ש בסעיף כ"ו וזהו נ"ב ע"פ הכלל שנתבאר ואם השור תם ואין דרכו לשבר כלים אלו משלם רביע נזק והאדם משלם ג' חלקים וזה אין לומר שישלם רק שתות בבדין הקודם דכיון דבעל הבור פטור על הכלים אין לחשבו בנזק זה והוי כאדם ושור שהזיקו [כ"ל] :

מה ואם נהרג האדם בבור חייב בעל השור לשלם כופר אם הוא מועד ובעל הבור פטור כמ"ש בסעיף כ"ג והאדם פטור ממטון מפני שחייב מיתה וקם ליה בדרבה מיניה ואפילו היה שונג קי"ל דחייבי מיתות שוגגין פטורין מתשלומין ואם היה השור תם אין מי ש'שלם ויהו בין בבן חורין לענין כופר ובין בשלשים של עבד ואם דחפו אשה הרה ויצאו ילדיה האדם לבדו חייב הבי ובעל השור פטור מדמי וולדות כמ"ש בסי' ת"ה וגם בעל הבור פטור כמ"ש דבור פטור בדיני אדם במיתת אדם ואם דחפו להבור שור של הקדש או של פסולי המוקדשין שלא נפדו האדם חייב לבדו ושור פטור מקרא דרעהו כמ"ש בסי' ת"ו ובור פטור אפילו בנפדו לרוב הפוסקים שבסעיף מ' וכן בבכור אפילו בזמה"ז כמ"ש שם וזהו נ"ב ע"פ הכלל שנתבאר בסעיף מ"א [ע' כסנרס נ"ע: ומד"ס סור וד"ס לענין כלים וזו"ק] :

מו בור שכרוי ועומד ונכנס בו אדם להרחיבו או להעמיקו ועמד שור על שפתו ונבעת מקול הכורה ונפל לתוכו הכורה פטור שאינו אלא נרמא בנזקין ובעל הבור חייב נ"ש ע"פ הכלל שנתבאר ואין חילוק בין שנפל השור על פניו ומת מהבל ובין שנפל לאחוריו ומת מהחבט כמ"ש בסעיף י"נ ואפילו היה השור פקח וביום חייב לרוב הפוסקים שבסעיף מ"ב ולי"א שם פטור בשור פקח וביום ודוקא שנפל להבור אבל אם נבעת מקול הכורה ונפל לאחוריו הבור ומת פטור גם בעל הבור דאף שנתקל ע"י בורו מ"מ כיון שלא נפל בבורו פטור כמ"ש בסי' תי"א בנתקל באבן ונזוק בקרקע ע"ש :

מז בהכלל שנתבאר דבל חיכי דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי יש בי שאומר דכשם כשאין החיוב חל על אחד מהמזיקים חל כולו על השני כמו כן אף כשהחיוב חל על שניהם אלא שהאחד אין לו במה לשלם או שברח משתלם מהשני עד שיעור מה שהיה הוא חייב על נזק זה אלו עשאו לבדו לאפוקי בחיוב ד' דברים שהאדם היה חייב כמ"ש בסעיף מ"ד וברח או שאין לו דלא שייך להטיל על שור ובור במה שאין חיובם בכל אלו עשאו הם לבדם [סמ"ע] ויש חולקים בזה דבין דחבירו חייב סדינא לשלם אלא שאין לו למה יפרע זה בשבילו דבשלמא במה שפטרה התורה לאחד ממילא הוי כמו שחייבה התורה בכוליה נזק להאחר אבל לא במה שחייבתו התורה אלא שאין לו במה לשלם ואע"ג דשנים שלוו מאחד חייב אחד מהם לשלם כולו כשאין לו להשני כמ"ש בסי' ע"ו זהו מטעם ערבות אבל בנזקין לא היו ערבים זל"ז ורעה ראשונה ס"ל דהא התם מחייבינן לאחד אע"פ שלא ערב בפירוש בשביל השני אלא כיון שחתמו עד שטר אחד דינם כערבים ול"ז כ"ש בנזקין [ג"ל] :

מח לפי מ"ש דעת היש חולקין שור שדחף בהמה לבור בזמה"ז שאין דנין דיני קנסות אין בעל הבור משלם כולו אלא ג' חלקים כבזמן הבית ואע"ג שהשור פטור גם מהרביע נזק האידנא מ"מ אין בעל הבור משלם זה בשבילו דהא חיובא רמי עליה אלא שא"א לו להניזק לגבותו :

מט החופר בור ברה"ר ונפל עליו שור והרגו פטור בעל השור מכופר אפילו הוא מועד דהוא בעצמו גרם לו ולא עוד אלא אפילו מת השור נוטל בעל השור דמי שורו מורשי בעל הבור ואף שמלוה ע"פ הוא כבר נתבאר בסי' ק"ו דמן היורשים גובין אפילו מ"ה ע"פ ואין לחוש שמא פרע אביהם דכיון שעכשיו נפל ומת בודאי לא פרע לו דמי השור [סמ"ע] ולפ"ז אם לא מת אלא חלה ומת בהמשך הזמן דין בעל השור עם היתומים בכבל חובות שנתבאר שם [ומוקימנא דערכין ז' סוף למ"ד ממלוה ע"פ אין נוגין מיתומים] :

סימן תיא [דיני תולדות בור ובו ח' סעיפים] :

א תולדות הבור כבור כגון אבנו שבינו ומשאו וכיוצא בהן שהניחם ברה"ר והזיקו במקומן בין שהפקירן והוי ממש דומיא דבור ברה"ר דאינו ממונו ובין שלא הפקירן דאף דאינו דומה בגדר הממון לבור ברה"ר דומיא לבור ברשותו שהפקיר רשותו ולא הפקיר בזזו ואפילו לא הניחן בעצמו ברה"ר אלא שהניחן בראש גגו ונפלו בחצה מצויה והזיקו אחר שנחו במקומם שדומה לבור והיינו ממונו שמזיק במקום שמונח שם ואינו זז ממקומו לפיכך יש לו כל דיני בור לחייבו נ"ש על נזקי אדם ובהמה ועל מיתת בהמה ובמה שפטור בבור כמו בכלים ומיתת אדם פטור גם בהם והפקר אינו מועיל לפטור א"ע ויתבאר בסעיף ח' :

ב ואם נפלו ברוח שאינה מצויה והזיקו בשעת נפילה או אפילו לאחר נפילה רק שלא היה לו עדיין פנאי לסלקם פטור וכמה זמן נותנין לו לסלקן הכל לפי הענין אם והו דבר שדרכו ליטול בעצמו או לשכור פועלים במקח השוה כפי ראות עיני ב"ד וא"צ להוציא

הוצאות

הוצאות יחידות כיון שלא פשע כמ"ש בסי' ת"י סעיף ל"ז ולאחר זמן זה חייב אף שהוא לא עשה הבור אלא חרוח האינו מצוי מ"מ לא גרע מבור שעשה אחר ברשותו דעדיו לסלאותו כמ"ש שם סעיף ג' ודוקא כשלא הפקירן אבל אם הפקירן פטור לעולם דעל החלת מעשה אין לחייבו דהיה באונס וכשהפקירן אין לחייבו על מה שלא סילקן כיון שאינו שלו ודמי לבור ברשותו שהפקיר רשותו ובורו דפטור כמ"ש שם סעיף ו' ועמ"ש בסי' תמ"ו סעיף ה':

ג אין חילוק בין נתקל השור בהאבן והזוק בהאבן או שנתקל בקרקע רה"ר והזוק באבן ואע"פ שגרם ההזיק היה ע"י קרקע רה"ר הוי כמו גבעת מקוד הבורה ונפל לבור שנתבאר שם סעיף מ"ו דחייב בעל הבור בכל הנזק מטעמא דכל היכי דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי אבל אם נתקל באבן והזוק בקרקע רה"ר פטור דהאבן לא הוי רק גרמא ואינו בכלל בעל הנזק וזהו כשנתקל בבור ונפל לאחורי הבור וכמ"ש שם בבור ברשותו והפקיר רשותו ולא בורו דחייב כמו כן באבנו סכינו ומשאו כשהניחם ברשותו והפקיר רשותו ואותם לא הפקיר ונתקל בקרקע ונתנזק בתקלה זו חייב בעל התקלה דדינם כבור ממש:

ד אם הניחם ברה"ר או בראש גגו ונפלו ברוח מצויה אך לא הויקו במקומן אלא נתגלגלו למקום אחר ע"י רגלי אדם ורגלי בהמה אם הויקו לאחר שנחו סגלגולם הו"ל בור וחייבים הבעלים לשלם כל הנזק ואע"פ שאפשר שבמקום שהניחן לא היו מויקים והמגלגלים גרמו לזה מ"מ אינם אלא גרמא וחזה כמו נתקל בקרקע והזוק באבן דחייב בעל האבן ואם הויקו דרך הלוכן בשעת גילגולן אם ע"י רגלי אדם חייב המגלגל הכל ואע"ג דאין דרך בני אדם להתבונן בדרכים זהו לענין אם שבר בכי שמונה לפניו דרך הלוכו אבל מ"מ אין לו להשתגע כל כך בהליכתו עד שיתיז כלי ממקומו ויזיק דרך הליכתו ואע"ג דגם בעל התקלה גרם הנזק אמנם כבר בארנו בסי' ת"י סעיף מ"ג דכל מקום שאדם עם עוד דבר הויקו חייב האדם לבדו כשהיה בכוונת נזק וזהו כשהוא פושע נמור ואם ואם רגלי הבהמה גלגלו אותם והויקו בהלוכם חייב בעל הבהמה חצי ובעל התקלה חצי ודוקא כשנתגלגלו בחצר הניזק דאל"כ הו"ל רגל ברה"ר ופטור בעל הבהמה וחייב בעל התקלה לבדו ע"פ הכלל שנתבאר בסעיף ג' ולכן אם התיזה הבהמה והזיקה דרך הלוכה משלם בעל הבהמה רביע כדין צרורות ואם היה מויק לבדו היה חייב ח"נ ועתה שיש לו שותף משלם רביע נזק ובעל התקלה ג' חלקים וכמ"ש בסי' ת"י סעיף מ"א לענין הם ע"ש:

ה ודע דלא מצאתי ברמב"ם בכל דיני בור דין בור המתגלגל ברגלי אדם ורגלי בהמה וכבר בארנו בסי' ש"צ סעיף י"ט מה שנ"ל דהרמב"ם ז"ל לא ס"ל כלל דיש דין בור לבור המתגלגל אלא דנין בזה דין רגל כשגילגלה בהמה או דין אדם המזיק כשאדם גילגלה והוכחנו זה מסוגית הש"ס ע"ש:

ו ולפ"ז יש חילוק לדינא גם בנזק כלים דלרוב הפוסקים שדנין בזה דין בור פטור על הכלים אבל להרמב"ם שדנין בזה דין רגל חייב בנזקי כלים מיהו באדם שגילגל וחייב המגלגל לבדו גם לרוב הפוסקים חייב בכלים דכאדם המזיק אין חילוק [כ"נ]:

ז דבר פשוט הוא דכשאדם מכנים לחצר חבירו איזה תקלה ונזקו בו חייב משום בור ופטור על הכלים לפיכך אם הכנים שורו לחצר חבירו שלא ברשות והטיל גללים ומינפו בכיו של בעל החצר פטור בעל השור דהו"ל הנך גללים בור ובור פטור בנזקי כלים אבל אם הזיקה דרך השלתה את הגללים מנופה דנין בזה דין רגל או צרורות כמ"ש בסי' ש"צ בבהמה שהשילה גללים לעיסה וכן אם האדם הזק בו אפילו אחר נפילתו לארץ חייב בעל הבהמה משום בור דחייב בנזקי אדם ואין לפוטרו משום איש בור ולא שור בור דהרי מחייבינן ליה על מזק שלא ביער הגללים מהחצר כיון דעליה דידיה רמי לסלוקי [סמ"ע] והוה כחופר בור בחצר של חבירו מקודם שנגדע לבעל החצר חייב החופר ולאחר שנודע לו חייב בעל החצר כמ"ש בסי' ת"י סעיף ג' [כנ"ל כונעת הסמ"ע סק"ט ע"ם וד"ק] וזה שנתבאר בסי' ש"י דאם בחמת ראובן הטילה גללים בחצירו של שמעון זכה שטעון בהגללים וזהו כשרוצה לזכות בהם אבל אם אינו רוצה אין מזכין לו בע"כ ולכן אם נראה שידע מהגללים וניחא ליה לזכות בהן זכה לו חצירו ופטור בעל הבהמה:

ח ממה שנתבאר למדנו דמפקיר נזקיו אינו מועיל רק אם חפר הבור ברשותו כמו בור ברשותו והפקיר בורו או רשותו ובורו או מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס כמו בנפלו ברוח שאינה מצויה בסעיף ב' כיון שאין לחייבו על עשיית הבור יכול להפקירן אבל הניח כליו ברה"ר או נפלו ברוח מצויה אינו מועיל מה שיפקירם כיון שחייב על עצם עשיית הבור וכן אמרו חז"ל מפקיר נזקיו לאחר נפילת פשיעה חייב [סמניה ל"ם: פ"ם]:

סימן תיב [המניח כד ברה"ר והשופך מים לרה"ר והזיקו ובו י"א סעיפים]:

א המניח את הכד ברה"ר ובא אחר ונתקל בו ושברו פטור לפי שאין דרך כני אדם להתבונן בדרכים בדרך הלוכן ואינו פושע ביאבירתו אבל אין לפוטרו מטעם כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור כמ"ש בסי' שצ"ה

שצ"ה וזה המניח שינה שהניח כדו במקום הילוך רבים דבאדם לא אמרינן כן כיון שהוא בר דעת [פוס' ר"פ סמנים] ולכן אלמלי היה דרכו להתבונן בדרכים היה חייב בשבירתו ולא גרע מביעוט דאף לבהמה מחייבינן אף במקום שראשונה שינתה כמ"ש ס"ם שפ"ם אבל כיון שאין דרך בני אדם להתבונן בדרכים הוי כאנוס בשבירתו ולכן אם הזוק בהכד חייב בעל הכד דזהו כבור ברה"ר שחייב בין הפקירו ובין לא הפקירו כמ"ש בסי' תי"א סעיף א' דההפקר אינו מועיל כיון שעיקר הנחתו היה באיסור כמ"ש שם סעיף ח' :

ב דוקא בנתקל בו ושברו פטור אבל אם שברו בידים חייב לשלם דהי דזה הניחו שלא ברשות מ"ם אין לו לשבור בידים וכ"ש דאם הזוק ע"י שבירתו בידים שפטור המניח [ממ"י סס] :

ג הניח את הכד במקום שיש לו רשות להניחו כמו במקום פנוי שלפני בית הבד שלפעמים כשבית הבד טלא מניחין שם כדין או אפילו בשוק מן הצד במקום שיש רשות להניח הכדין ובא אדר ונתקל בו ושברו חייב דהאדם כשהולך במקום כזה צריך להתבונן בהלוכו כיון שיש רשות לאנשים להניח שם כליהם ולכן אם לא התבונן ושיברן הוי קרוב לפשיעה וכ"ש דאם הזוק בו המהלך פטור בעל הכד ולכן אם היתה באפילה שא"א להסתכל או אפילו ביום רק שהמניח מילא כל הדרך כדין פטור על שבירתו ואם נתקל בהם והזוק חייב בעל הכד בנזקו שזהו כמניח ברה"ר ולא עוד אלא אפילו שברו בידים פטור כשאי אפשר לעבור ויש לו רשות לעשות כן כדי לעשות דרך ומיהו אם בשעה ששיברן הזוק בחרסיהן פטור המניח אף שמילא כל הדרך שא"א לחייבו בנזק שהזוק וה ע"י שבירתו בידים :

ד יראה לי מלשון רבותינו בעלי הש"ע בסעיף ב' דשני דינים יש בממלא כל הדרך דאם מילא ממש עד שא"א לעבור אפילו שיבר בידים פטור ובמילא הדרך ובדוחק יש מקום לעבור אם שיבר בידים חייב ואם נתקל ושברן פטור דא"צ להסריח ולהתבונן ולילך במקום דחוק לענין שיתחייב כשנשברו ע"י כשלונו בהם והרמב"ם ז"ל לא כתב להדיא בפ"ג דגם בשבירתם בידים פטור ע"ש [ומפשר דרמז זה במ"ם פטור על שבירתם ולע"ק מחמילא וזוחק] :

ה ואין להטות במה שאמרנו דאין דרכו של אדם להסתכל בדרכים כשהולך ברה"ר והרי אפילו בהמה פקחת ביום פטרנו את בעל הכור כשנפלה בבור ברה"ר מפני שהיה לה לעיין בעת הליכתה כמ"ש בסי' ת"י וכ"ש אדם שיש לו לעיין בהלוכו תרצו הראשונים דדוקא אדם שעיניו למעלה אין דרכו להסתכל בדרכים אבל הבהמה עיניה למטה דרכה לעיין ועוד דאדם הוא בעל מחשבות והבהמה אינה בעלת מחשבה ומעיינת יותר בהלוכה [סס"מ] לפיכך גם בכדין אם נתקלה הבהמה והזוקה בכדין המונחין ברה"ר פטור בעל הכדין ואם שברתן דרך הלוכה הו"ל רגל ופטור ברה"ר ואם שברתן דרך ביעוט הו"ל קרן וחייב ח"נ ודוקא כשלא מילא כל הדרך אבל במילא ודאי דגם בהמה פטורה ואם הזוקה חייב בנזקיה דמה היה לה לעשות ודע דמניח את הכד ברה"ר יש לזה דין בור ואינו חייב על נזקי כלים לפיכך אם האדם נשא שק קמח ונתקל בהכד ונפזרה הקמח או ענלה נתקל בהכד ונשבר האופן וביוצא בזה נזקין שלא באדם ובהמה פטור המניח מגזירת התורה שפטרה בור על כלים וכן כל מין תקלה שברה"ר יש לזה דין בור :

ו וכבר הוכחנו בסי' ת"י סעיף כ"ה דהרמב"ם לא ס"ל האי דינא דבהמה חלוקה מאדם לענין התבוננות בדרכים ולפ"ז לדידיה במניח את הכד ברה"ר ונתקלה בו הבהמה ושברתו פטור ואם הזוקה בו חייב בנזקיה ולא עוד אלא אפילו במקום שיש לו רשות להניח אם אין הרשות ממש שלו כיון שיש רשות להבהמה לילך שם פטורה כששברה דאין לה דעת כאדם לחלק בין צד לצד אלא דאם הזוקה בהכד פטור בעל הכד כיון שיש לו רשות להניחם שם [ל"ל] :

ז כתבו המור ורבינו הב"י מי שהיה מעון כד ונתקל ונשבר הכד והזיק לאחרים בשעת נפילה פטור דנתקל לאו פושע הוא עכ"ל וכסי' ר"ש כתב המור דדוקא כשהלך במקום מדרון אבל שלא במקום מדרון פושע הוא וכתבו שם נדולי אחרונים שחולקים עליו כל הפוסקים וכבר בארנו שם מה שנ"ל דכל הפוסקים מודים לו והרי המור עצמו בזה הסי' לא הוכיר זה מפני שדבר פשוט הוא שכל נתקל נתקל ע"י איזה סיבה כמו בתחלת הסי' במניח את הכד וע"י הכד נתקל אחר וכמו כן זה שהיה טעון כד ונתקל היה איזה סיבה שע"י זה נתקל דאם הקרקע חלקה ואין מדרון ולא שאר עיכוב איך נתקל ומסתמא לא הלך בדרך בני אדם ומפני פשיטות הדבר לא הוצרכו הפוסקים להזכיר דבר זה ואתחלת הסי' קאי שנתקל ע"י סיבת הכד וה"נ נתקל ע"י איזה סיבה ומה שהוצרך המור להזכיר שמה מקום מדרון בארנו שם בס"ד טעם נכון בזה ע"ש :

ח וכיון שנתקל לאו פושע הוא לפיכך אם אחר שנחו שברי הכד בארץ הזוק בהם אדם או בהמה או שהוחלקו בהם שנשפכו מהכד פטור מדיני אדם דמסתמא הפקיר החרסים וה"ל מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונם דפטור ובדיני שמים חייב אם היה לו פנאי למלקן ואם נתכוין לזכות בשברי החרסים חייב גם בדיני אדם על מה שיזיקו אח"כ כשהיה לו פנאי למלקן דכל תקלה יש לה דין בור וחייב על נזקי אדם ובהמה ופטור על הכלים ואין לומר איך יוכה במחשבה בעלמא דכיון דנתכוין לזכות בהשברים מעולם לא יצאו מרשותו ובאמת אם מחלה הפקירן ואח"כ כוון לזכות בהם אינו קינה בכוונה כלי הנבהה [ל"ל] ודבר פשוט הוא דאם

פשע בנפילתו ונשבר הכד חייב על מה שיזק בין בשעת נפילה בין על הנזק שנעשה אחר הנחתם בארץ בין שהפקירן ובין שלא הפקירן דמפקיר נזקיו לאחר נפילת פשיעה חייב :

ט כבר נתבאר דכל מין הקלה שאדם עושה ברה"ר יש לזה דין בור לפיכך השופך מים ברה"ר והוחלק בהם אדם או בהמה שע"י ההחלקה נפלו לארץ והזיקו חייב בהזיקן וכ"ש אם נבלעו המים בארץ ונטחה האדמה עד שנעשו רפש וטיט דהשתא ה"ל בור ממש ולא עוד אלא אפילו ביטות הנשמים שיש רשות לאדם לפתוח ביב שלו להיות מקלח ברה"ר אפ"ה אם הזיקו חייב לשלם כמ"ש בסי' ת"ד וכ"ש ביטות החטה דחייב כיון שהוא שלא ברשות שאין לאדם רשות לפתוח ביבו לרה"ר ביטות החטה ואפילו שפיכת מים נקיים ושופכין שיש לאדם רשות לשופכן גם ביטות החטה כמ"ש שם מ"מ אם הזיקו חייב לשלם דבכלל גרול הוא דאף במה שנתנו חכמים רשות לעשות מ"מ חייב בהזיקן כמ"ש שם :

י וכיון דיש לזה דין בור ממילא הדין מבואר שאם נמנפו בהמים בגדיו של חבירו פטור כיון דהפקירן דיש לזה כל דיני בור דפטור על הבלים מגזירת התורה כמ"ש בסי' ת"ב וכן אם נמנפו פירותיו של חבירו ואינו חייב רק על נזקי אדם ובהמה :

יא יש מי שאומר דאם מתה הבהמה ע"י זה פטור דהא ליכא כאן לא הבלא ולא חבמה כמ"ש בסי' ת"י דהבלא אינה רק בבור וחבמה צריך עומק עשרה ולא נהירא דאטו אין מיתה בלא הבל וחבט ופשיטא שאם מתה ע"י סירחון או שע"י ההחלקה נתרסקו איבריה דחייב וזה שאמרו חכמים אין חבמה בפחות מעשרה זהו במתם נפילה אבל בנפילה שע"י החלקה ודאי דאפשר שתמות ע"י זה וראיה ממאי דקי"ל ביו"ד סי' ג"ח דכשהפילוה אחרים שלא מרעתה יש לה דין נפילה אפילו בפחות מעשרה טפחים וכ"ש חבט פתאומי שע"י חליקה והכתוב אומר יהי דרכם חשך וחלקלקות אלמא דיש בזה סכנה :

סימן תיג [דין קדרין שהלכו יא"ז ונתקלו ונפלו ובו ז' סעיפים]

א שני קדרין שהיו מהלכין בדרך זה אחר זה ונתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון אע"ג דנתקל אנוס הוא ופטור על הנפילה כמ"ש מ"מ אם היה שהות לראשון לעמוד ולא עמד חייב כנזקי שני שאף שהיה אנוס בשעת נפילה אינו אנוס בהיותו מוטל בדרך והרי היה יכול לעטוד ואם חיובו כשהזיק בגופו בלבד או אם גם שהזיק את השני בטשאו שעליו יהבאר לפנינו בס"ד ואם לא היה לו לעמוד בעת נפילת השני פטור בר"א שחייב בנזקיו של השני כשהזיק גופו של שני אבל אם הזיקו כליו פטור הראשון דחשבינן לגופו של הראשון בור ופטור על נזקי כליו ולא חשבינן ליה כאדם המזיק דכיון דנפל מפני התקלה וכל הקלה בור הוא לא חשבינן ליה במה שלא עמד יותר מבור ויש חולקין ויהבאר בסעיף ג' בס"ד :

ב י"א דאע"פ שלא היה עדיין שהות להראשון לעמוד בעת נפילתו של שני נ"ב חייב בנזקי שני מפני שהיה לו להוהיר בקול להשני שיעמוד על מקומו שלא יהקל ויפול אם לא שגם בזה לא היה לו פנאי להוהירו כגון שהלך ממוך לו ומיד כשנפל הוא נפל גם השני אחריו ודעה ראשונה ס"ל דעל מה שלא הוהירו פטור כל זמן ש"א היה יכול לעמוד עדיין מפני שהוא טרוד בעצמו ואינו נותן לב להוהיר להשני ולזה הסכימו הרבה מהפוסקים וכן עיקר לדינא וראיה ממ"ש בסי' שע"ט בחבית וקורה דבשעמד להתקן משאו לא היה לו גם להוהיר ע"ש אמנם בשם הכל מודים כמ"ש שם :

ג ואין להקשות על מה שבארנו דנוף האדם אינו נחשב יותר מנזק בור והרי בסי' שע"ט סעיף ה' נתבאר דאפילו במשא שעל האדם אין לזה דין בור אלא דין אדם המזיק וכ"ש באדם עצמו ד"ל דודאי כשהאדם עומד על מקומו או הולך חשבינן גם למשאו שעליו כאדם המזיק אבל כשנפל על הארץ באונס הרי הוא עצמו ככל התקלות ואין לו יותר מדין בור ויש מי שאומר דנופו כיון שלא עמד הרי כאדם המזיק וחייב אף על נזקי כלים דשני אך אם זה השני הזיק בשלישי לא נחשב גופו של שני יותר מבור משום דנתקל ע"י הראשון [רמ"ם נמוגיא דסדי קדרין לקרי"ף וכ"כ סמור] :

ד הקדרים והזגגים שהם עושי זכוכית וכיוצא בהם שהיו מהלכים זה אחר זה ונתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון והשלישי בשני וכל אחד מהם היה לו שהות לעמור עד נפילת הבא אחריו ולא עמד או להוהיר ולא הוהיר להי"א שבסעיף ב' לדעת תרסב"ם והרבה מהפוסקים כל הגופים כולם יש להם דין ב"ר וחייבין בנזקי הגופים של הבאים אחריהם ולא על נזקי ממונם דבור אינו חייב בנזקי כלים ואם הזיקו בממונם והיינו בהמשאות שעל כל א' וא' הזיקו את הבאים אחריהם ולא הפקירו המשא אחרי נפילתם דאם הפקירו הרי כולם

כולם פטורין דהוי מפקיר נזקו לאחר נפילה אונס דנתקל אנוס הוא וכיון שלא הפקירו והיה להם שהות להקים משאם מעל הארץ קודם נפילת הבא אחריו היה מן הדין לחייבם כמו שהזיקו בנופם אלא דאמרו חכמים דרק הראשון חייב בזה אף שהוא אנוס כמו השני וחיובו הוא על שלא הקים משאו מ"מ השני שהוא אנוס גדול שנתקל ע"י הראשון אינו חייב על משאו שהזיק להבא אחריו אפילו היה לו שהות להקימה שהרי אומר לו הבור הזה משאי לא אני חפרתיה שהראשון הפיל אותי עם משאי אבל על גופו אינו יכול לפטור עצמו במענה זו דהנוף וראי היה לו להעמיד מן הארץ כדרך האדם וכן אינו חייב רק הראשון בנזקי שני ויש מי שרוצה לומר שהראשון חייב בנזקי כולם [ס"ג] ולא נהירא לי ולמה יתחייב בשל אחרים והרי גם הוא אנוס בנפילתו וחיובו הוא על שלא הקים משאו ונהי דפטרינן להשני על זה מ"מ איך נחייב את הראשון על מה שהשני לא הקים משאו ואין לתמוה למה באמת פטור השני בשהיה לו שהות מפני שזהו דומה לאבנו סביבו ומשאו שהצניען בביתו ובא אחר והניחן ברה"ר והזיקו שהבעלים פטורים אע"פ שהיה להן שיסלקן דאין סברא שזה יחפור בור וזה יתחייב [רמב"ן] מיהו לפמ"ש בס' ה"י סעיף ג' דראובן שחפר בור בחצירו של שמעון ונודע לשמעון דחייב לכסותו ואם לא כיסהו חייב היה לנו לחייב את השני [הגר"מ סק"ה] ואמנם אפשר לומר דהוא רק ברשותו אבל ברה"ר לאו עליה דיריה דמי לכסות הבור וה"נ אע"ג שמשאו לא הפקיר מ"מ אין לנו לחייבו על מה שלא הקים משאו מרה"ר כשהיה אנוס גמור על ידי אחרים:

ה ויא"א דגופו של ראשון כיון שהיה לו שהות לעמוד או להזהיר ולא עשה כן דיינינן ליה כאדם המזיק וחייב בכה שהזיק בגופו אף לכלי של השני דהיינו משאו ומשאו של ראשון יש לזה דין בור וחייב על גופו של שני ולא על כליו אבל גופו של שני כיון שהוא אנוס גמור לא דיינינן את גופו יותר מדין בור ואינו חייב אלא על נזקי גופו של שלישי ולא על נזקי כליו ומשאו של השני כשהזיקו אינו חייב כלל כמו לדעה ראשונה [רמ"ם ומ"ם להרי"ף ומ"ם בסוגיא כולם פטורים על נזקי ממונם סוף לבד מלחמן וסיעתם רש"י ותוס' סוף למחן דסל נתקל פוסע ע"ם ומין סלכה כן לכך לא כתבנו]:

ו אם אחד הזהיר לחבירו שיעמוד על מקומו כולם פטורים אע"פ שהיה להם לעמוד דבין שהזהירו ולא שמעו הרי פשע בעצמו כל אחד מהנזוקין ולא יוכל הבא אחריו לומר להקודם לו כיון שהיה לך שהות לעמוד אין ביכלתך לישבב עם משאך ברה"ר דאינו כן דדרך אנשים כן הוא כשאירע להם סיבה ינוחו מעט ומן אף ברה"ר ודי כשהזהיר להבא אחריו לבל יקרב אליו ויתנזק ודע שזה שכתב רבינו הרמ"א בסעיף ג' ויש חולקין ום"ל דאם הזיק במשאו אפילו נופו של שני פטור עכ"ל כוונתו כשהפקיר הראשון משאו אבל בלא הפקירו מודה דחייב ולפמ"ש גם רבינו הב"י סובר כן [וכ"כ סס"מ וזכו דעת סרמב"ד וכ"כ בתס"ג]:

ז יש לפעמים שהראשון חייב בנזקי כולם כשם שחייב בהשני כגון שנפל לרוחב הדרך ונתקל השני בראשו והשלישי בבטנו והרביעי ברגליו והיה לו שהות לעמוד ולא עמד הרי הוא חייב בנזקי כולם שכולם נתקלו בו וי"א דגם בכה"ג אינו חייב רק בנזקי השני בלבד דהשלישי פשע בעצמו דכיון שראה לפניו את השני שנתקל בהראשון היה לו לשמור א"ע וכן חרביעי ואינו חייב בהם הראשון אא"כ היה מונח ברוחב הדרך ובאלכסון דאז יכול להיות שהשלישי לא ראה את השני נפל לפניו שהיה רחוק ממנו כפי ריחוק הראש מהבטן והבטן מהרגלים דאע"פ שאין הרוחק הרבה מ"מ בשעה שארם הולך עם משא אינו רואה אלא מה שלפניו ממש אבל כשאינו מונח באלכסון על השני וראי חייב מפני שלא ראהו השני עד שהיה ממש אצלו ונתקל ונפל אבל השלישי כשראה השני מונח לפניו ובע"כ משיך הוא קצת מהראשון היה לו ליזהר קודם שבא לנופו של הראשון ממש ומרלא נזהר פשע בעצמו וכן כל כיוצא בנזקין כאלו:

סימן תיד [אימתי אדם רשאי לשפוך שופכין ברה"ר ובו ה' סעיפים]:

א כבר נתבאר דאסור לעשות שום קלקול ברה"ר לפיכך אסור לחוציא את הזבל ואת הגללים לרה"ר כדי להניחם שם אבל מוציאם כדי לפנותם לאלתר וכ"ש מים נקיים ושופכין שבבית שכשנשפכין לרה"ר אין מתעכבין שם אלא נוזלים ויוצאין מיד לאיזה מקום לאחר שפיכתם שמיתר לשופכן אפילו בימות החמה ואפילו המים סרוחים כל שספנה איתם לאלתר בלי שיהוי דמה יוכל האדם לעשות בשופכין שלו אם לא במקומות הגדולים שנעשו מחילות מתחת הקרקע עם צינורות ועמודים חלולים ששם ילכו השופכין דאז ודאי אסור לשפוך לתוך הרחוב ויש שכתבו עוד דאף לתקן בור קטן פחות מג' טפחים ברה"ר אין בני רה"ר יכולים לעכב דבלא זה הארץ אינה שוה בכל מקום וכל פחות מג"ט כארבע סמיכתא דמי ונראה דגם גובה פחות מג"ט הרין

כן ולענין שבת פחות מנ' כלבוד דמי ובמקומות שהרחובות מרוצפות באבנים או שמשוים את העפר המיד להשוות את הרחוב ודאי דאסור אפילו לחפור כישהו או לעיטות גובה משהו וביומינו ברוב הערים הגדולות כן הוא :

ב מתקנת חכמים שבשעת הוצאת זבלים להשדות יש רשות לכל אדם להוציא את הזבל והגללים שנתאספו אצלו לרה"ר ולצבור אותם שם שלשים יום כדי שיהיה דרוס ברגלי אדם ורגלי בהמה ויהיה זבל טוב להשדות ואעפ"כ אם הזיק חייב לשלם כדין בור דהתקנה לא היתה רק לענין שאין ביכולת לעכבו ולא עשה איסור ולא לפטור מתשלומי נזק ואסור לשום אדם ליטול זה הזבל והגללים לעצמו וגזל גמור הוא רק י"א דלאחר שהזיק זה הגלל והזבל נעשה כהפקר וכל הקודם בו זכה וכ"כ רבינו הרמ"א וכ"ז במקום שאין מנהג אבל במקום שיש מנהג שהרחובות והשווקים נקיים כל ימות השנה ומטאטאין אותן ודאי דאסור בכל זמן [ומ"מ הרמב"ם והסמ"ע והיכין משמע גזל כיון שאין בו שכח וט' ל"ע מה כוונתו למעט זה ע"ש] :

ג ואפילו בשעת הוצאת זבלים לא התירו רק להוציא זבל וגלל אבל לא יוציא אדם תבן וקש לרה"ר כדי שידרסו ברגלי אדם ובהמה ולהעשות זבל דהם קשים וחלקים ועלולים שיחלוק בהם אדם ובהמה ואם הוציאם קנסוהו חכמים שיהא כהפקר וכל הקודם בהם זכה ואמרו חז"ל [ב"ק ל':] דעיקר הקנס הוא על השבח שהשביחו התבן והקש דכיון שכוונתו היתה להשביחם נצרך לקונסו שהשבח יטלו אחרים ויטלו זבל ויחזירו לו קש ותבן ומ"מ קנסו גם גוף התבן והקש משום שבחו דאל"כ לא ימנעו מזה כיון שלא יגיע להפסד הקרן ולכן הפקירו התבן והקש ושיוכה בם כל מי שיטלם אמנם זהו ספיקא דדינא אם קנסו אותו מיד שהוציאן לרה"ר או לא קנסו אותו עד זמן השבח לפיכך מעת שנדושו והשביחו ודאי דכל הקודם בהם זכה וקודם לזה אם קדם אדם וזכה בהם אחר שהוציאם לרה"ר הוי ספיקא דדינא ולהרמב"ם מהני הפיסה ולהרא"ש לא מהני כמ"ש כמה פעמים ודין זה הוא אפילו אם התבן והקש משדותיו אסור לו להוציאן לרה"ר וכן מבואר מלשון חז"ל שאמרו תבנו וקשו ועמ"ש בסי' נ"ב סעיף א' :

ד אם הזזקו אדם או בהמה בהתבן והקש חייב לשלם ואע"נ דחכמים הפקירו אותם ואינו בעליהם לא נרע מאלו הפקירן בעצמו וה"ל מפקיר נזקיו אחר שהניח שלא ברשות דחייב כמ"ש בסי' ת"י :

ה י"א דאע"ג דאמת הוא שחז"ל הפקירו גם גוף התבן והקש מפני השבח מ"מ הבא לשאול מב"ד אם רשאי לזכות בהם אין מורין לו לכתחלה לזכות רק בהשבח ולא בגוף התבן והקש אא"כ התרו בה בעלים שימלקו אותם ולא מילקו מפקירין אותם לכל הרוצה לזכות בהם ודע דבכל דינים אלו אם יש בזה חוק המלכות דינא דמלכותא דינא :

סימן תטז [הנודר נדרו בקוצים והמציע קוצים בבותל ובו ז' סעיפים] :

א הזורק קוצים או שברי זכוכית לרה"ר והזיק בהן אחר או בהמה חייב בנזקו כדין בור ברה"ר אפילו הפקירן כיון שעשה בור ברה"ר ולא עוד אלא אפילו המציע את הקוץ ואת הזכוכית בכותלו המפסיק בינו לבין רה"ר אם היו בולטים קצת מן הכותל לרה"ר והזיק בהם אחר חייב לשלם נזק שלם כדין בור ברה"ר דזהו כחופר בור ברשותו והפתה סמוך לרה"ר דחייב כמ"ש בסי' ת"י אבל אם לא בלטו לרה"ר פטור ואע"ג דהמתחכך בהכותל יהנזק אמנם אין דרך בני אדם לילך דבוק לבותל ולהתחכך בו ואם אחר עשה כן פשע בעצמו וכן הדין בגודר את גדרו שבינו לרה"ר בקוצים אם גדר בצמצום בתוך רשותו פטור ואם הגדר בולט מעט לרה"ר חייב כמ"ש :

ב אבל בחצירו כשהטיל קוצים ושברי זכוכית והזיק כהן אחר פטור כדין כור ברשותו וממדת חסידות הוא שאפילו בחצירו יציע אדם קוציו ושאר כל דבר המזיק במקום שלא יבא מהם תקלה כגון להשליכם לנהר או ישרפם או יצניעם בשדה תחת הקרקע לממה ממקום המחרשה וכך היו עושים חסידים הראשונים [ב"ק ל'] דאע"נ שא"א למחות בו דבשלו עושה סוף סוף גורם נזק לרבים דהרבה אנשים הולכים לחצירו ויתנזקו ובזה וכיוצא בזה אמרו חז"ל [שם] חאי מאן דבעי למהוי חסידא לקיים מילי דנזיקין :

ג ודע דמסה שנתבאר דאם הקוצים אינם בולטין לרה"ר אפילו הם סמוכין מכש לרה"ר פטור לפי שאין דרך להתחכך בכתלים אין לדייק מזה דהחופר בור ברשותו סמוך מכש לרה"ר פטור ג"כ מהאי מעמא דאינו כן והרי כל הפוסקים כהכו דין זה וכתבו ג"כ דבור ברשותו סמוך לרה"ר אפילו בתוך ד' לרה"ר חייב כמ"ש בסי' ת"י אלא דאין ענין זה להדאי במקום שאין מחיצה מפסקת בינו לבין רה"ר בסי' ת"י סעיף י' הולכין אף מעט בתוך הרשות כשרבים נדחקים כמ"ש שם אבל בשיש כותל אין מדרך להתחכך בכתלים [ע"ם בגמק"י] :

ד המציע קוציו וכזכיותיו בתוך כותלו של חבירו ובא בעל

בעל הכותל וסתר כותלו ונפל לרה"ר והזיק אם כותל רעוע הוא המצניע חייב דה"ל לאסוקי אדעתיה שבעל הכותל יסתור כותלו ויזיק לרבים ודינו כאבנו סכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו לאחר נפילה [רמ"ם] ולא דמי למוצא בור מגולה וטמטמו וחזר וחפרו דפטור בעל הבור וזה השני חייב אע"ג דהראשון עושה הבור דהכא השני לא עשה מעשה שראוי להתחייב [סמ] ואם כותל ברי הוא פטור המצניע דלא ה"ל לאסוקי אדעתיה שיסתרו הכותל ובעל הכותל חייב ונראה דאפילו לא ידע מהקוצים המוצנעים שם חייב מדכתבו רבותינו הטעם דה"ל לאסוקי אדעתיה [רמ"ם ומק"י] אמנם מלשון רש"י ז"ל שכתב שם דה"ל לבעל הכותל להצניעם משמע דדוקא בירידע מהם ואפשר דכוונתו אע"ג דלא ידע מקודם מ"מ כיון שאחר סתירת הכותל ראם ה"ל לאצנעינהו ובזה אפשר מודים כל הפוסקים דאם לא ראם כלל אחר הסתירה דפטור וכן נראה עיקר לדינא ואין להקשות למה חייבנו בכותל רעוע את המצניע נחייב את בעל הכותל והיה לו לחוש שמא הצניעם המצניע בהיות הכותל בריא וא"א פשע די"ל דאע"ג דהיה לו לבעל הכותל לחוש זה מ"מ כיון דהמצניע פשע עכ"פ והוא עשה הבור טייב [תוס' ורמ"ם סס] :

ה אם הזיקו בשעת נפילת הכותל י"א דבעל הכותל חייב בכל ענין אפילו בכותל רעוע והטעם דבשעת נפילה ה"ל כמזיק בידים ורמי להיתה אבן מונחת לו בחיקו ועמד ונפל האבן מחיקו והזיק בשעת נפילה דחייב אפילו בשלא ידע מהאבן בכלל [נמק"י] כמ"ש בס' תכ"א ואע"ג דהראשון פשע מ"מ לגבי מעשה בידים של השני לא חשבינן לפשיעה דראשון כלל ודמי לדין המבואר בסי' ת"י סעיף מ"ג ע"ש :

ו אם נפלה הכותל מאליה אם היתה כותל בריאה כולם פטורים דאין את מי לחייבו ואם היתה רעוע חייב המצניע אפי' הזיקה בשעת נפילה [סמ"ע] כיון דאין לחייב את בעל הכותל ויראה לי דבזה אין לחייבו משום בור דגדר הבור הוא שאינו הולך ומזיק וזהו גדר האש כאבנו סכינו ומשאו שהניחם בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו דרך נפילתם דחייב משום אש כמ"ש בסי' תי"ח ולכן חייב גם על הכלים ופשיטא דבדין הקודם שבעל הכותל סתרה והזיקה בשעת נפילה דחייב בכל ענין כדין אדם המזיק ועמ"ש בסי' תס"ז סעיף ד' :

ז אם בא אדם מן השוק וסתר את הכותל בין שהיה כותל בריא בין רעוע חייב הסותר והמצניע פטור ואע"ג דברעוע פשע המצניע מ"מ השתא הסותר חייב דלא גרע מכורה אחר בורה שהראשון חפר תשעה והשני חפר הטפח העשירי דהאחרון חייב דשם הבור הוא עשאה [נמק"י] כמ"ש בסי' ת"י ולא דמי לסתרו בעל הכותל דעליו מוטל לתקנה אבל זה האחר אינו אלא כמזיק דעלמא כיון שעשה שלא ברשות ואם אמר לבעל הכותל אתה אמרת לי לסתרה נאמן בכותל רעוע כמ"ש בסי' שפ"ב ועמ"ש בסי' תס"ז סעיף ב' :

סימן תמז [הכותל והאילן שהיו רעועים ונפלו והזיקו ובו ט' סעיפים] :

א כתב השור הכותל והאילן שהם רעועים והתרו בבעלים לסלקן ונפלו לאחר הזמן שנתנו להם והזיקו בין בשעת נפילה בין לאחר נפילה יש להן דין בור בין שהפקירן הבעלים בין שלא הפקירן ואם לא התרו בו או שהתרו בו ונפלו בתוך הזמן והזיקו ל"ש לאחר נפילה ל"ש בשעת נפילה כל זמן שלא נודע לבעלים שנפלו פטורים וכן אפילו אם נודע להם שנפלו אלא לא היה להם פנאי לסלקם או הפקירן פטורים אבל אם יש להם פנאי לסלקם ולא הפקירום חייבים דהו"ל כמונו שהזיק שאפילו אם אחר מניח את כליו ברה"ר במקום שיכולים להזיק חייב בעל הכלי לסלקו ע"ל והזמן נותנים להם שלשים יום דזהו זמן ב"ד בכל הדברים ומיהו בגוקין שבקל להסירן כמו קוצים ושברי כלים אין נותנין לו זמן כל כך רק שעה קלה [תוס' ב"מ קי"ב] :

ב והנה זה שכתב דלא מהני ההפקר לאחר הזמן שנתנו להם מפני שזהו כמפקיר נזקיו לאחר נפילה פשיעה דחייב והכא פשע במה שהניחם לאחר הזמן משא"כ בנפלו תוך הזמן או שלא התרו בו וכשנתוודע לא היה לו פנאי לסלקן והפקירן ה"ל מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס דפטור ואחר ההפקר אין החיוב חל עליו כשלא התחייב בשעת התהוות הבור כמו החופר בור ברשותו והפקיר רשותו ובורו דפטור כמ"ש בסי' ת"י אבל בשלא הפקירן חייב כשהיה לו פנאי לסלקן אע"פ שעל התהוות הבור אינו חייב כמ"ש שם סעיף ג' דאפילו אם אחר חפר בור ברשותו חל על הבעלים החיוב לסלקו ובשלא סילקו חייב בנזקיו וכ"ש כשאחר מניח את כליו ברה"ר במקום שיכולים להזיק שחייב בעל הכלים לסלקן בשלא הפקירן ואע"ג דבמ"ם תט"ו נתבאר דמצניע קוצים בכותל רעוע של חבירו ובא אחר וסתר הכותל דהאחר חייב ולמה לא אמרינן דעל הבעלים לסלקן לא דמי דהתם אם הכותל הזיקה אח"כ חייב בעל הכותל כשידע והיה לו פנאי לסלקה אבל על הקוצים אין לחייבו דאנם שלו והוא לא הניחם ונם את המצניע אין לחייב דמסתמא

הפקירן ואין זה מפקיר לאחר נפילת פשיעה דהרי לא הניחן ממש בהר"ר אלא בהכותל והוי בחופר בור מ' ובא אחר והשלימה לעשרה דהאחרון חייב ואם באמת לא הפקירן חייב המצניע משעה שידע מסתירת הכותל והיה לו פנאי לסלקן :

ג אמנם נזה שכתב דגם על ההיזק שבשעת נפילה יש לזה ג"כ דין בור והרי נדר הבור הוא שאינו הולך ומזיק אלא מזיק במקומו וכל דבר שהולך ומזיק הוא נדר האש כמו אבנו סביבו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו בשעת נפילה וכמ"ש בסי' תמ"ו סעיף ו' לענין קוצים שהזיקו בשעת נפילת הכותל אמנם באמת התום והרא"ש נסתפקו בדין זה אם לדמותו לאש או לבור ומסקו להלכה דיש לדמותם לבור מטעם דנדר האש הוא שבח אחר מעורב בו דהיינו שהולך ע"י הרוח וכן אבנו סביבו ומשאו כח אחר מעורב בהן שנפלו ברוח מצויה לכן הוסים לאש אבל כותל ואילן שמחכת ריעותתן נפלו מעצמן לא דמי לאש ויותר דמי לבור ואי משום שהולכין והזיקן מה שאין כן בבור לא גריעי מחמת זה וכ"ש שיש לחייבו יותר מידי דהוה אקושר אבן ברגל בהמתו והלכה לרה"ר והזיקה ואי משום שאין תחלת עשייתן לנזק שור יוכיח עכ"ל הרא"ש ז"ל ריש ב"ק :

ד ולמדנו מדברי רבותינו דאע"פ שנדר הבור הוא תחלת עשייתו לנזק ואינו הולך והזיק מ"מ יש לפעמים דין בור גם במה שאין להם נדר זה כמו בכותל ואילן שנהבאר מפני שאין לדמותן לנזק אחר ובאמת הש"ס שם למדה דין זה דכותל ואילן מהצר השוה מבור ושור [ב"ק ו':] ולפ"ז מה שבארנו בסי' תט"ו סעיף ו' בקוצים שהזיקו בשעת נפילה דהויין הולדה דאש אינו כן לדעת רבותינו אלה כיון שאין כח אחר מעורב בהן והם תולדות בור אע"פ שהולכין ומזיקין דלא גריעי מחמת זה כמ"ש :

ה עוד למדנו מדברי הטור שכתב כשלא היה לו פנאי לסלקם או הפקירם פטור דמפקיר נזקו לאחר נפילת אונם פטור אפילו כשהפקירן אחר הזמן שהיה לו לסלקן ולא אמרינן דמשעה שהגיע הפנאי לסלקם רמי עליה חיובא והוי פשיעה כשלא סילקן והוי כמפקיר אחר נפילת פשיעה דלא כן הוא דכיון דתחלת נפילה לא היתה בפשיעה אינו חייב אלא בשהיה לו פנאי לסלקן ולא הפקירן וכן משמע מכל הראשונים והכלל הוא דכשלא התרו בו מב"ד לסלק את הדבר המזיק לזיק או כשהיה אנוס בשעת נפילה פטור בר' אופנים האחת בשעת נפילה והשנית לאחר נפילה כשלא נודע לו והשלישית כשנודע לו ולא היה לו פנאי לסלק הנזק והרביעית אפילו היה לו פנאי אלא שהפקירן ובנפילת פשיעה חייב בכולן ובהתרו בו מב"ד ונתנו לו זמן ועבר הזמן חייב ג"כ בכולן אפילו בשעת נפילה ולא נודע לו ולא היה לו פנאי והפקירן [כנ"ל] :

ו ועוד מתבאר מדברי הטור דאע"נ שלא התרו בו אם יודע מנפילתן והיה לו פנאי לסלקן ולא הפקירן חייב בהזיקן וכן מתבאר מתוס' וראשונים אבל הרמב"ם ז"ל יש לו דעת אחרת בזה וז"ל בפי"ב דין י"ט הכותל והאילן שנפלו לרה"ר והזיקו פטור מלשלם ואע"פ שהפקירן לפי שאינם דומים לבור שהרי אין תחלתם להזיק ואם היו רעועין ב"ד קובעין לו זמן לקיין את האילן ולסתור את הכותל וכמה הזמן ל' יום נפלו בתוך הזמן פטור לאחר זמן חייב מפני שהשהה אותם עכ"ל והעתיקו רבינו הב"י בש"ע סעיף א' וכתב רבינו הרמ"א דדוקא שהתרו בו ב"ד אבל בלא ב"ד אע"פ שהתרו בו חבריו אינו כלום עכ"ל עוד כתב די"א דאם היה לו פנאי לסלקן ולא הפקירן חייב עכ"ל :

ז וביאור הדברים דהרמב"ם פוטרו אפילו כשידע מהנפילה והה לו שהות לסלקן ולא הפקירן ואפילו הפקירן ודמי יותר לבור ברה"ר שזהו עיקר בור האמורה בתורה מ"ם כיון שאין תחלת עשייתו לנזק פטור בלא התראה סב"ד ואע"פ שהתרו בו אנשים אחרים ולא דמי לאחר שחפר בור ברשות אדם דחייב בעל החצר כשיש לזה דין בור כמ"ש בסי' ת"י סעיף ג' דשאני התם דעב"פ הבור הזה תחלת עשייתו לנזק וכן במצניע קוצים ברשותו של חבירו בכותל בריא דחייב בעל הכותל כמ"ש בסי' תט"ו או זבלים שמוציאין לרה"ר שבסי' תי"ד או מניח כד ברה"ר שבסי' תי"ב או אבנו סביבו ומשאו שבסי' תי"א דכולהו הוי בתחלת עשייתם לנזק דתחלת עשייתן של אלו לקלקל לרבים הוא אף שעושין ברשות אבל זה שבנה כותל ונטע אילן כדרך האדם אין עליו שום חיוב אפילו נפלו וידע בין הפקירן בין שלא הפקירן אך מהומן שב"ד התרו בו הוה בענין חדש ונחשב כתחלת עשייתו לנזק ועל זה כתב רבינו הרמ"א די"א דאם היה לו פנאי לסלקן ולא הפקירן חייב אפילו בלא התראת ב"ד כיון שידע מזה ווהו דעת הטור שבארנו [ובזה מתורץ קושיית מסמ"ע וסמ"ג וש"ך להנסת מסמ"ע ובמ"ב וחף מעסמ"ם מסמע שפי' לכרי סרמב"ם בשעת נפילם והנס"ח פירם כשלא טלע לו מ"מ נרור שכרמ"ם פי' לברייו כמ"ש דשלי"ל למה לה יתמייב בהברמת מחיים ומה זה שכתב ו"ח בשסיס לו שמפ וכו' ומי מנלך בזה ולפמ"ש מ"ם בס"ד והו"ק) :

ח עוד כתב רבינו הרמ"א דאפילו לדעת המחבר שהוא דעת הרמב"ם אם חפר בכותל וגרם להפילו חייב בנזקין דהו"ל חציו מטש עכ"ל עוד כתב דאע"נ דזמן ב"ד שלשים יום מ"מ אם הדבר נתוץ ויש לחוש שיזיק לאחרים אין נותנין לו זמן רק כופין אותו לסלק הזיק מיד עכ"ל עוד כתב דב"ד כשבנאה מתחלתו כראוי אבל אם לא בנאה כראוי ומחמת זה נפל הכותל חייב בנזקיה עכ"ל דזהו כבור שתחלת עשייתו לנזק וחייב נם לתרמב"ם ז"ל [ויסים ס"ק סי' מ' מוכן על סרמ"ם וסמוך ום"ל כבמפל ומילן כמפקירן הוי תולדה דבור ובלא סקירן היא מוכנסת מבור

מבור ומס לו כבור ורגל ומיתניז לזה קולי סמיכס ולא מלאתי לו מכר בכל סרמקומים] :

ט תניא בתוספתא דב"מ [פי"ח] נפל הכותל מחמת הזועות ומחמת הרוח ומחמת הגשמים אם בנאו כדרכו פטור ואם לאו חייב נתנו לו זמן נפל בתוך זמן פטור לאחר זמן חייב עכ"ל ומזה ג"כ ראיה למה שכתבנו בדעת הרמב"ם דהכא הרי ידע מנפילתה ופטור בלא נתינת זמן מב"ד :

סימן תיז [עיד בעניני עשיית נזקין דאסור לעשות ובו י"א סעיפים] :

א לא יזרוק אדם אבנים מרשותו לרה"ר ואם זרק וחזק בהם אדם או בהמה חייב בנזקן ומעשה בארם אחד שזרק מרשותו לרה"ר ומצאו חסיד אחד וא"ל מפני מה אתה זורק מרשות שאינו שלך לרשות שרך ושחק עליו אותו האיש לימים הוברח למבור קרקעו והלך ברה"ר ונתקל בהם אמר יפה אמר לי אותו חסיד [ב"ק כ:] דרשותו של אדם כשהעני מוכרו והרה"ר הוא המיד שכו :

ב ואין עושין שום חלל החת רה"ר ולא יחפור תחתיהם כורות שיחין ומערות ואפילו יחפור ברשותו אלא שימשוך החלל תחת רה"ר ואע"פ שיניח למעלה מהחלל הרבה עפר עד כדי שהעגלה מעונה אבנים יכולה להלוך על גביהן משום דחיישינן שמא תפחת מלמטה מעט מעט ולא ידע מזה עד שיארע נזק ואפילו יקבל עליו לשלם לא מהני דלא ניחא ליה לאיש למיקם בדינא ודיינא ואפילו יעשה קירוי חזק באבנים בהחלל בתקרת הקרקע אסור דיש לחוש אפילו לסיבה רחוקה והחופר בור לצרכי רבים מותר ובן אסור לעשות חלל תחת רשותו של חבירו ובכולם אע"פ שאסור לעשות אם עבר ועשה כיסוי כראוי או הניח קרקע עבה כראוי לפי המקום והיינו שיהיה ביכולת לילך עליה עגלה מעונה או גמלים במקום שהם מצויים ואירע נזק פטור כם"ש בסי' ת"י [סמ"ת] :

ג ובן אין מוציאין זיזין וגזוזטראות לרה"ר אא"כ היה למעלה מגמל ורוכבו ובמקומות שהולכות עגלות עם משא בגובה הרבה צריך להיות למעלה מזה ואף בגובה זה צריך שלא יאפיל הדרך על גבי רה"ר דהיינו שלא יהיו רחבים הרבה ואם רצה בונם הבנין לתוך קרקע שלו ומוציא ברשותו ואפילו לא הוציא בעת שכנם לרשותו לא אמרינן שמחל ע"ז אלא כתי שירצה מוציאם אבל להחזיר הבתלים למקומן אינו יכול לעולם דכיון שרבים החזיקו בהלוכם בכאן החזיקו בו דמצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ולכן דוקא במקום שרבים דורסים שם אבל אם אין דורסין שם כגון שבנה שם איצטבא אע"ג דרבים מעבירים שם משאם יכול להחזיר הכתלים למקומן דבזה לא קנו כשלא הלכו שם ומי שהיה דרך הרבים עובר בשרהו ונתן להם מן הצד נתבאר בסי' שע"ו :

ד וכ"ז ברה"ר או במבוי מפולש שהוא דרך לרבים ולא מהני מה שיסחלו הרבים דהוא דרך לכל העולם אבל במבוי שאינו מפולש יכול להוציא ולחפור אם יתנו לו בני המבוי רשות וכ"ש תחת חצר השותפים כשנותנים רשות יכול לעשות כל מה שמרשים אותו :

ה וכתב רבינו הרמ"א די"א דאע"ג דהדין כן הוא כם"ש דאסור לחפור תחת רה"ר מ"מ כבר נהגו לעשות ביבין ומרתפות תחת חלל רה"ר וכן מוציאין זיזין וכל העולם מוחלין על כך מאחר שכן המנהג וכל אחד עושה כן ועוד שרה"ר הם של מושבי העיר ולכל מה שניתנים רשות אולינן בתריה ולפי ענין המנהג עכ"ל שהדרכים הם של אדוני הארץ והם רשאים לסתום דרכים ולפותחן במקום אחר דבאלו הדברים דינא דמלבותא דינא :

ו לקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות בולטין לרה"ר אפילו במקום שאין מנהג להוציאן אין יכולים הרבים להסירן וה"ז בחזקתה דשועגים ללוקח ואמרינן דשמא אבותיו של המוכר הבניסו לתוך שלהם ולא עוד אלא אפילו נפלו הזיזין חבר ובונה אותן כמו שהיתה מקודם דיש לו חזקה בזה וכן בחפירות וכל דבר אם לא שהרבים מבררין שהמוכר לו עשה באלמות שלא כדין דאז מסיריז אותן :

ז אילן שהוא נוטה לרה"ר קוצצין הענפים אם התפשטו לתוך הרה"ר עד כדי שיהא הגמל עובר ורוכבו עליו וכן עגלה עם משא על גבה ואמרו חז"ל [ב"מ ק"ז:] דאילן שענפיו נוטין לתוך הנהר קוצצין אותן ולא עוד אלא שצריכין להניח מקום פנוי משתי שפתות הנהר כפי הרוחב של כתפי המלחים שיורדים שם ומושכים את הספינות וכל אילן הנמצא בכל רוחב זה משני עברי הנהר קוצצין אותן מיד וא"צ ליתן התראה להבעלים שהרי יש בזה נזק לרבים בעלי הספינות שע"י זה נתעכב המשכת הספינות ואם יש בזה חוק המלכות דינא דמלכותא דינא :

ח אין שורין טיט ברה"ר להשהותו זמן רב ואין לובנים בו לבנים אבל גובלין שם טיט לצורך בנין אבל לא לעשות לבנים ותניא בתוספתא [ב"מ פי"ח] מביא אדם עפר וצוברו על פתח ביתו לרה"ר לשרותו לטיט ואם לשהותו ה"ז אסור ולא יהא מגבל בצד זה ובונה בצד

בצד זה אלא מגבל במקום שהוא בונה עכ"ל וכן הבונה בין הסמוך לרה"ר הבעלי מלאכות מכינים האבנים ברה"ר צריך שלא ישהו שם אלא מביא ובונה מיד וכל אלו אף שעשו ברשות אם הזיקו חייבים לשלם כמ"ש בסי' תי"ר :

ט כמו שאסור לעשות נזק לרבים כמו כן אסור למנוע מובה מהם כל מי שהוא משועבד להם לעשותה כמו ששנינו שם בתוספתא מי שהיה בלן לרבים ספר לרבים נחתום לרבים עורך שלחן לרבים [כל"ל] ואין שם אחר אלא הוא והגיע שעת הרגל ומבקש לילך להוך ביתו יכולין לעכב על ידו עד שיעמיד להם אחר תחתיו ואם התנה עמהם בב"ד או שיעברו עליו את הדרך הרשות בידו עכ"ל ולמדנו מזה דמי שהוא שכיר לחבירו על עת קבוע אינו יכול לילך לרגל לביתו שלא ברשות הבעלים אם לא שהתנה כן מקודם או שהבעלים עיברו עליו את הדרך ששינו מהנאם שדיברו באיזה דבר או שהמנהג כן וא"ג דפועל חוזר בו אפילו בחצי היום זהו ודאי כן הוא אבל מ"מ אם ירצה לילך על רגל לביתו ולכוף אחר הרגל את הבעה"ב שיקיימו אינו יכול [כ"ל] :

י עוד תניא שם הנוטע אילן לרבים [שיאכלו פסילות] מלקט ואוכל [מי שילמה] מלקט ומכנים לתוך ביתו ולא יהא מלקט ועושה נרוגרות או דבילה שמתהלה לא נטעו אלא ע"מ כן ועוברי דרכים מלקט ואוכל ואסור להכנים לתוך ביתו [שמיט כגון עיר] החופר בור לרבים [לשתות] ממלא ושותה ממלא ומכנים לתוך ביתו ולא יהא ממלא ומשקה [לאחריט] ממלא ומוכר בשוק הצמרין והצבעין ממלאין לשתות ואין ממלאין לסחורה [לצרוף שלמר] הבייר והבלן והספר ממלאין לשתות ואין ממלאין להשתמש ומכבשין בהן את הכבשים ומריחין בהן את הירק ועוברי דרכים ממלא ושותה ואסור להכנים לתוך ביתו היו פועלין עושין בצדו לא יהיה ממלא ומשקה אותם אלא הולך כל אחד ושותה העשה מערות לרבים מרחץ בהן פניו ידיו ורגליו היו ידיו ורגליו מלוכלכות בטיט ובצואה אסור [מלא ימלא שמיט] ובבור ובשיח בין בך ובין כך אסור [שמטיט רק לשמייט] הנכנס למרחץ מחמין לו את הצונן ומצנן לו את החמין וחופף את ראשו בנתר אע"פ שעושה תקלה לבאים אחריו [שמקלקל שמיט] שע"מ כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ עכ"ל ואם יש בזה מנהג יעשו כמנהגם שהמנהג עיקר גדול בדיני ממונות :

יא סכל מה שנתבאר בדיני היזק לרבים למדנו שאותם האנשים המוציאים מביתם לרה"ר בליטות ובנינים קטנים שלא כדין ועושים באלמות עתידים ליתן את הדין אם לא שיש בזה חוק המלכות דדינא דמלכותא דינא :

סימן תיח [דיני נזקי אש וכל חיוביו ותולדותיו ובו ל"ח סעיפים] :

א אש הוא מאבות נזיקין כדכתיב כי תצא אש ומצאה קוצים ונאכל גדיש או הקמה שלם ישלם המבעיר את הבערה ואין חילוק בין הבעיר בעצמו את האש ובין שלא שמר נחלתו או שארי דברים העלולים להבעיר כמו נפרית וכיוצא בו הוה כמו שהרליק בעצמו והרי הפסוק התחיל בכי תצא אש ולא כי יבעיר אלא תצא מעצמה וטפיים המבעיר את הבערה שהבעיר בעצמו אלא דבל שלא שימר נחלתו הוה כהרליק בעצמו [תוס' ב"ק כ"ג] :

ב נזק האש אינו דומה לכל הנזקין שהאדם או הבהמה עושים את הנזק בפועל ממש כמו קרן ושן ורגל או בור שבהבור שחפר האדם נפל השור אבל האש שורף מעצמו שלא במקום שעשה האש ע"י דברים שהאש נאחז בהם והולך למרחוק אז ע"י תרוה וחו"ל נדרוהו בכח אחר מעורב בו כלומר שהולך ע"י כח אחר וכל דבר שהולך ומזיק בהילוכו כמו אבנו סבינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו דרך הילוכן הוה תולדה דאש [סם ס"] וחמירא נזק דאש מפני שעלול להזיק למרחוק [תוס' שם] והוה ליה לאסוקי אדעתיה [רמ"י נ"ב] והיה לו ליזהר בזה מאד :

ג ובין דנזק דאש הוא מזיק מעצמו ואינו דומה לכל הנזקים אמרו חז"ל דאשו אין דינו כממונו המזיק אלא כאדם המזיק וזהו כזורק כחץ למרחוק ומזיק והאש נ"כ מזיק למרחוק ואע"ג דהחץ הולך מכחו והאש הולך ע"י כח אחר מ"מ מדמבע האש כן הוא שילך למרחוק הוה כזורק חץ ואפילו לא הדליק בעצמו אלא שלא שימר נחלתו הוה כהדליק בעצמו [תוס'] וכך דרשו חו"ל [שם ס"] כי תצא אש תצא מעצמה שלם ישלם המבעיר את הבערה פתח הכתוב בנזקי ממונו וסיים בנזקי גופו לומר לך אשו משום חציו וכיון דוהו כאדם המזיק חייב גם בר' דברים אם הזיק האש את האדם כמו שיתבאר בס"ד :

ד אמנם לפעמים א"א לחייבו משום חציו בנזק שהבעיר האש בחציו ובין חציו לחצר חבירו היה הפסק נדר של אבנים דבשעה שהבעיר לא היה ביכולת האש לילך הלאה מחציו ובין כך נפל הגדר ונפל שלא מחמת הדליקה נמצא דא"א לחייבו משום חציו דהא כלו ליה חציו מהלאה להגדר ואינו חייב אלא משום ממונו

ממונו המזיק דכמו רשורו של אדם חייב לשמרו שלא יצא מרשותו להזיק לאחרים כמו כן חייב לשמור אשו שלא יצא מחצירו וצריך לגדור בפניו ואם לא נדר הוי כשורו שהזיק ובכה"ג אינו חייב רק בנזק ולא בד' דברים וכך אמרו חז"ל אשו משום חציו ובמקום שבלו חציו חייב משום ממונו ואפילו אין האש שלו אלא של אחרים כיון שהדליק בידים יש בזה חיוב ממונו המזיק [פוסק] אמנם אם לא הדליק בעצמו אלא שלא שימר גחלתו אינו חייב אלא על ממונו שהגחלת תהיה שלו דבר שאינו שלו אינו מחויב לשמרו וזה שכתוב בתור ובש"ע סעיף א' אש הוא אב דכתיב כי תצא אש והוא ממונו שהולך למרחוק ומזיק ע"י הרוח שמוליכו ע"ל לא הצריכו שתהא ממונו אלא בשמזיק מעצמו ע"י חסרון שמירה כדמשמע לשון כי תצא כמ"ש אבל במקום שהדליק בעצמו חייב אע"פ שאין האש שלו וייהר מזה נחבאר בסי' שצ"ב סעיף ד' דאפילו בהמתו של אדם בשהוזקה באש בנופה ממש חייב ג"כ אף כשאין האש שלו ע"ש :

ה זה שבארנו בסעיף ג' דאפילו לא הדליק בעצמו אלא שלא שימר גחלתו הוה ג"כ חיובו משום חציו זהו לדעת רוב רבותינו אבל לדעת הרמב"ם בארנו שם דאשו משום חציו אינו אלא כשהבעיר האש בידים ממש אבל בשלא שימר גחלתו ועשה היזק אין חיובו משום חציו אלא משום ממונו המזיק ע"ש :

ו וזה שבארנו דכשלא שימר גחלתו חיובו דוקא כשהגחלת שלו זהו אפילו כשנעשה גחלת שלו שלא ברצונו כגון שנפלה דליקה בחצירו והיה יכול לגדור חצירו שלא ילך האש הלאה ולא גדרה חייב דהא האש שלו הוא אע"פ שאין רצונו בהאש מ"מ סוף סוף בוער את עציו ונעשה הגחלת שלו וחייב כשלא שמרה וזהו שכתבו הרמב"ם והטור וש"ע בסעיף ו' נפלה דליקה בחצירו ונפל גדר שלא מחמת הדליקה ועברה הדליקה בחצר אחרת אם היה יכול לגדור הגדר שנפל ולא גדרו חייב למה הדבר דומה לשורו שיצא והזיק שהיה לו לשמרו ולא שמרו עכ"ל :

ז גזירת התורה דטמון באש פטור וגרשו חו"ל מרכתיב או הקמה מה קמה בגלוי אף כל בגלוי דקמה מיותר הוא דאמו רק אקמה חייב בנזק אש הלא כך מה שהזיק חייב אלא לסיפרש הוא דאתי ולכן אם נשרף גדיש של תבואה והיו טמונים בו אפילו דברים השייכים להגדיש כמו מוריגים שרשים בהם התבואה וכלי הבקר פטור אך שרואים מקום הכלים הטמונים כאלו היו שם שעורים או חטים בפי מה שהוא הגדיש וכך ישלם לו וכ"ש אם היו טמונים בו דברים שאין דרכן להטמין בגדיש וכיוצא בזה בכל הדברים :

ח פטורו של טמון אינו אלא במקום שהחייב הוא משום ממונו ולא משום חציו כגון שבלו כו חציו כמ"ש בסעיף ד' אבל במקום שחיובו משום חציו והזה כאדם המזיק אין מברא לפטור את הטמון דהרי אדם המזיק מחייבינן ליה אפילו כשהזיק בשוגג ובאונס [רמ"י כ"י] וכ"ש שחייב בטמון אבל כשחיובו אינו אלא מפני שלא שמר האש מצינו כמה פטורים בנוקי ממון כמו בור שפטור על הכלים ושן ורגל פטורים ברה"ר וקרן פטור מנזק שלם אבל באדם המזיק לא מצינו הפרש בין נזק לנזק :

ט ואפילו במקום שבלו חציו אין פטורין בטמון אלא במדליק בתוך שלו והלבה ורלקה בשל חבירו וכלו חציו פטור מטמון אבל אם הדליק בתוך של חבירו אפילו במקום שבלו כו חציו בנין שעמד לחבירו גדר אבנים באמצע רשותו באופן שהדליקה לא היה באפשרי שתעבור מהלאה להגדר ונפל הגדר שלא מחמת הדליקה ורלקה להלאה מהגדר מ"מ חייב גם בטמון ודבר זה יש ללמוד מהפסוק דכי תצא אש משמע שתצא מרשותו ודלקה ברשותו של חבירו דבזה כתיב או הקמה למיפטר טמון אבל במדליק בתוך של חבירו חייב גם בטמון ונראה דאין חילוק בזה בין שהדליק ממש ברשותו של חבירו ובין שעבר דרך שם בנחלתו ולא נזהר בה ורלקה ברשותו של חבירו :

י ום"מ נם במדליק ברשותו של חבירו וכן במקום שלא בלו חציו דחייב על המטמן אינו חייב על כל מין טמון אלא דוקא על דברים שדרכן להטמין בכלי כזה או בבית בזה כמו מוריגים וכיו בקר בגדיש ומטילא דבבית חייב על כל דבר דהא כל דבר דרך בני אדם להטמין בבתים ולכן אם באמת היו בבית דברים שאין דרכן להיות בבית כמו בהמות וסוסים ועגלות ונשרפו פטור עליהן וכן אם הדליק תיבה מלאה חפצים אם הם חפצים שדרכן להטמין בתיבה זו חייב ואם לאו פטור וכן בכל הדברים צריך לראות כיוצא בזה :

יא ויש לשואל בבאן שאלה גדולה בין דבמקום שלא בלו חציו הוה באדם המזיק בידים אטו המזיק בידים לא יתחייב אלא על דבר שדרכו להטמין דאין סברא כלל ולמה יפטור באש בדברים שאין דרכן להטמין ולכן י"א דודאי אם הדליק בידים ממש חייב בכל דבר וזה שפטרו חו"ל על דברים שאין דרכן להטמין אינו אלא כשהודלק בפשיעתו כגון שלא נזהר בנחלתו ואינו כמזיק בידים ממש אבל במזיק בידים חייב על הכל [ים"ם הכוונם סי' ל"ב וס"ך סק"ו] וזהו שאמרו חכמים [ס"ת:] דמדליק בשל חבירו משלם כל מה שבתוכו דמשמע דחייב על כל דבר היינו כמדליק ממש [ומתוך קוסית הנמק"י סס] :

יב במדליק בשל חבירו או בשלא בלו חציו דחייב על הטמון אם יש עדים שידעו מה היה שם משלם בפי שאומרים העדים ואם אין עדים רק הנשרף אומר כך וכך היה והמזיק מכחישו או שאומר איני יודע מדין תירוץ אין על המזיק לשלם ע"פ אמירת הנשרף לא מיבעיא במכחישו דנשבע חיסת ונפטר אלא אפילו באומר איני יודע

יודע הוה כאומר איני יודע אם נתחייבתי לך דנשבע שאינו יודע ונפטר בס"ש בסי' ע"ה אמנם כמו שהקנו חכמים בנגזל ונחבל דנשבע ההובע בנק"ח ונוטל כמ"ש בסי' צ' כמו כן תקנו בנשרף דנשבע בנק"ח ונוטל כמו שאומר וקנסו בזה להשורף וי"א דזהו דוקא כשאומר המזיק איני יודע אבל במכחישו נשבע היסת ונפטר [מ"ך] ואף לדעה ראשונה אינו אלא ברברים שהוא אומד בהם שהם שלו או שמפקידים אצלו דאל"כ אינו נאמן:

יג ומדברי רבותינו הראשונים נראה דהעיקר כדעה ראשונה דהרשב"א ז"ל כתב [סס ס"ג] דנם ברבר הגלוי אם יש הכחשה ביניהם נשבע הנשרף ונוטל מק"ז ממון דבקל להנשרף להניד שקר ביון שאיש לא ידע מזה מ"מ תקנו חכמים שנשבע ונימל לא ב"ש את הגלוי שיראּ לשקר שמא יכחישוהו הרואים דוראי נשבע ונוטל והראב"ד ז"ל לא ס"ל כן בגלוי אבל ס"ם נתבאר מרבריהם דבממון לכ"ע נשבע ונוטל אפילו כשהמזיק טוען ברי:

יד ודע דזה שכתבנו בסעיף ח' דכשהחיוב הוא משום חציו חייב נם בממון ופטור טמון אינו אלא במקום שבלו חציו והחיוב הוא משום ממונו כתבתי ע"פ דעות רבותינו בעלי הש"ע שנמשכו בזה אחרי רבותינו הראשונים התום' והרא"ש והטור אבל הרמב"ם וז"ל לא כתב דין זה בפי"ד מנזקי ממון רק שכתב דאם הדליק בשל חבירו חייב נם על הטמון אבל אם הדליק בשלו והלכה האש והדליק בתוך של חבירו פטור על הטמון והקשו עליו דהרי בנמ' [כ"ג] מפורש דין זה ששאלו למאן דאמר אשו משום חציו טמון באש חיבי משכחת לה ותרצו כשכלו לו חציו הרי להויא רבדלא כלו חציו חייב נם בטמון אמנם האמת הוא דהרמב"ם ז"ל אינו מפרש דהקושיא הוא איך אפשר שהתירה תפטרנו בטמון דא"כ הו"ל לומר היכי פטריה רחמנא ועוד איזו קושיא היא על נזירת התורת אלא דהכי מקשה דבין המדליק בשל חבירו חייב בטמון ולמ"ד משום חציו והוי כזרק חץ לשל חבירו א"כ כל הדליקות הוי כמדליק בשל חבירו ואיך משכחת לה פטורא דטמון ומתרץ בשכלו לו חציו וכל זה הוא שלא לפי המסקנא דלמסקנא דאסר דמאן דס"ל משום חציו אית ליה נמי משום ממונו וזה שפטרה בטמון במדליק בשלו והלכה בתוך של חבירו הוי השעם משום שהיה יכול לנזור את האש בסחיצת אבנים אחר שהדליק ונמצא לפ"ז בכל הדליקות אף במקום שלא כלו חציו הוה ככלו לענין זה כיון שהיה יכול לנזור ולפ"ז בשלא נזרה שפיר פטרה התורה בטמון אע"נ דבהדליק בשל חבירו חייב דהכא לא דמי למדליק בשל חבירו אבל על נזירת התורה ל"ק כלל [סנר"ח סקל"נ]:

טון המשאיל מקום לחבירו להנריש בו והנריש והטמין בו כלים אף שדרכן להטמינם בנריש והדליק המשאיל אש בשלו ויצאה והדליקה בנדישו של חבירו ובלו לו חציו ולהרמב"ם אף בלא כלו ונשרף הנדיש עם הכלים שבתוכה אינו משלם אלא דמי נדיש בלבר כדין המדליק בשלו והלכה ודלקה בשל חבירו ולא אמרינן כיון דנתן לו רשות לעשות נדיש ברשותו הו"ל שומר וחייב בכל מה שהיה שם אף אם אחר היה מדליק אם רק פשע שהיה יכול להציל ולא הציל כדין שומר וכ"ש כשהוא בעצמו הדליק דאין דין שומר עליו ואפילו לדעה שבסי' שצ"ח דבסתמא קבל עליו שמירה מ"מ פטור על הטמון דלא קבל עליו רק שמירת הנדיש [רס"ו ס"ב]:

טז וכן אם השאילו מקום להנדיש חטים והנדיש שעורים וטמן כלים בתוכו דא"צ לשלם בעד מקום הכלים רק שעורים ולא חטים אע"פ שנתן לו רשות על חטים וכן אם נתן לו רשות להנדיש שעורים והנדיש חטים דאינו משלם לו רק שעורים כיון שלא הדליק בהם אלא בשלו הדליק ואינו חייב יותר ממה שנתן לו רשות וכן כשנתן לו רשות על חטים והנדיש חטים אך מלמעלה חיפה בשעורים אינו משלם אלא שעורים מפני שיכול לומר כיון שלא ראיתי לפני רק שעורין לא נזהרתי בהם כל כך [רס"ו] וכן אם נתן לו רשות להנדיש שעורים והנדיש שעורים וחיפן למעלה בחטים אינו משלם לו אלא דבי שעורים בלבר אף על החיפוי שיכול לומר על חטים לא נתתי לך רשות וכ"ז בהדליק בתוך שלו והלכה בשל חבירו והיינו בסקומו שנתן לו רשות אבל הדליק בשל חבירו משלם הכל וכן אם הנדיש היה ברשות חבירו משלם חטים כמה שהיה שם אף כשהיו החטים בפנים הנדיש או על הנדיש ופטור טמון לא שייך בחטים ושעורים דתבואה בתבואה לא שייך טמון אא"כ כיסה את התבואה בכלי או בבנר:

יז מי שראה דליקה שמתקרבת לקמת חבירו והלך וכסה הקמה בכלי או בבנר אע"פ שגרם לו הפסר שעשאו טמון ופטור המדליק מ"מ זה המכסה פטור מיניי ארם וחייב בר"ש דאינו אלא נרמא בנזקין ואם היתה כוונתו למובה שע"י הכסוי לא ישלוש בה האש י"א דפטור גם מדיני שמים וי"א שחייב בר"ש מפני שיש לו להיות יהיר שלא יניע נוק לחבירו ע"י מעשיו אף שכוונתי למובה [עמ"ם ניים סקמ"ם] ואע"נ דבכל טמון צריך המדליק לשלם בער הטמון כפי הדבר הגלוי כמ"ש בסעיף ז' וא"כ איזו הפסר מניע להנשרף אמנם אם הדבר הגלוי שוה כמו הקמה אין הפסר כך אבל אם שוה פחות בנזן שכיסן בעצים או בשארי דברים פחותים הרי יש כו הפסר [ל"ן]:

יח הכופף קמתו של חבירו בפני הדליקה כדי שתניע בה האש והמדליק פטור כנון שהאש לא היה מניע בלא כפיפה וממילא שהחיוב הוא על הכופף אם בפפה באופן שהדליקה יניע להקמה ברוח מצויה חייב לשלם דמה לי אם מדליק האש והרוח מקרב את האש אצל

התבואה

התבואה או שקירב התבואה לפני האש ואם אינה יכולה להגיע ברוח מצויה אלא שנתהוה אח"כ רוח שאינה מצויה וקירב האש אצלה פטור מדיני אדם משום דרוח שאינה מצויה לא שכיח ואינו מזיק גמור וחייב בד"ש אמנם אם הרוח שאינה מצויה כבר נשב בעת שרצה לכופפה ואח"כ כפפה חייב בכל ענין כיון שראה הרוח לפניו מזיק גמור הוא :

יט אם ראה ראובן שדליקה באה על קמתו ורצה ליטלה ממקומה ולהצילה ובא שמעון ולא הניחו להציל ונשארה על מקומה ונשרפה י"א דפטור דאפילו ברוצה כה"ג כשכפתו לאדם במקום שטוף חמה לבא ובאה החמה עליו ומת פטור ממיתה כמ"ש הרמב"ם פ"ג מרוצח ויתבאר בסי' תכ"ה וכ"ש בנזקין [תוס' סנה' ע"ז] אמנם אם הדליקה היה ממוך ממש להתבואה או להבלים ולא הניחם להציל חייב דגם ברוצח בכפתו במקום שהיה החמה שם ולא הניחו לילך משם חייב כשמת וי"א דאף אם הדליקה לא היה ממוך להתבואה ממש אלא שסופה לבא עליה ולא הניח להציל חייב דהוי גרמי ממש ולא דמי לחיוב מיתה שאין ממיתין את הרוצח בגרמי אלא בהורג ממש במו כפתו במקום שהחמה שם [רמ"ה בש"מ ר"פ סכונם] :

כ כל דבר שהשריף האש חייב המדליק לשלם אפילו לא שרפה אלא עצים ואבנים וקוצים כמו שכתוב ומצאה קוצים ואפילו קקלקה האש את הקרקע בנון שליחכה האש את הניר והוא המקום החרוש ואינו ראוי ליזרע חייב לשלם ועל זה נאמר או הקמה או השדה ומשמע דאפילו קקלקה קרקע של השדה חייב לשלם :

כא כמו שיש חילוק לענין ממון בין מדליק לתוך שלו והלכה ודלקה בשל חבירו ובין מדליק בשל חבירו כמ"ש ס' בסעיף ט' כמו כן יש חילוק לענין המרחק דבמדליק בתוך של חבירו אפילו לא היתה ראויה הדליקה לילך למרחוק כל כך ואפילו עברה כמה מילין חייב דכיון שהדליק שלא ברשות חייבוהו על הכל :

כב אבל המדליק בתוך שלו אינו חייב אא"כ לא חרחיק כראוי משל חבירו דאז אם עברה האש לתוך של חבירו והויקה חייב לשלם נ"ש ממיטב שבנכסיו אבל אם הרחיק כשיעור ויצא והויק פטור דאנוס הוא וז היא מכה בידי שמים וכמה שיעור ההרחקה הכל לפי גובה הדליקה ועמ"ש בסי' קנ"ה ואע"פ שכבר נתבאר דגם מה שאדם עושה ברשות אם הזיק חייב לשלם שאני ההם דהנזק יכול להיות רק דחכמים התירו לו מפני צרכו ולכן הצריכוהו לשלם כשיזיק אבל בכאן כשהרחיק כראוי ועברה הגבול והויקה למה יתחייב הלא לא היתה ראויה שתעשה נזק ומן השמים הוא דגזרי על הניזק :

כג וכן אם עברה האש נהר או שלולית והוא מקום מקבוצת מים ויש בהם מים ורחבן שמונה אמות שהם לפי המדה שלנו ששה ארשין שהם שני סאתן פטור דמצד ההבערה לא היה להאש לעבור אפילו כשהאש גדול אלא שהיא מכה מן השמים וי"א עוד דאם הנהר יש בו מים אפילו רוחב כל שהוא פטור ובאין בו מים צריך שמונה אמות רוחב ונ"ל דשיעורים הללו אינם אלא באש העשוי לתשמישים אבל אש העשוי לשריפה אין לו שיעור ולכן אם אחר שרף ביתו בזדון ועבר האש לשל אחרים והזיק חייב לשלם אפילו בריחוק גדול :

כד וכן אם האש עבר גדר של אבנים אומרים גובה הגדר ונובה הדליקה והעצים והקוצים המצויים שם אם אינה ראויה לעבור פטור ואם ראויה לעבור חייב :

כה וכל אלו האומדנות אינו אלא באש הקורחת והיינו בשהאש רק מתמר ועולה למעלה אבל אם היה להב גדול העולה למעלה ונכפף ונסרך גם מן הצד והיו עצים מצויים שם אין לה אומר אלא אפילו עברה אלף אמות חייב וזהו ראיה למ"ש בסעיף כ"ג דע"פ רוב אש שאינו להשמיש נכפף מן הצד :

כו כתב הרמב"ם ז"ל נמל שהוא פעון פשתן ועבר ברה"ר ונכנס פשתנו לתוך החנות ודלקה בגרו של חנוני והדליק את כל הבירה בעל הגמל חייב מפני שהרבה בכשא בין שעמדה הבהמה בין שלא עמדה ואם הניח החנוני גרו מבחוץ הוא חייב לשלם אף דמי הפשתן לבעל הגמל ואפילו הוא גר חנוכה שהיה לו לישב ולשמור שלא יזיק עכ"ל והטור כתב דאם הדליק במקום אחד ונתפשט האש למקום אחר חייב על מקום האש נ"ש ועל השאר ח"נ דצרורות היא כמו בכלב שנמל חררה והדליק את הנדיש שנתבאר בסי' שצ"ב דעל מקום נחלת משלם נ"ש ועל שאר הנדיש ח"נ ואם הגמל מכסך האש בכל הבירה דהיינו שעבר בפני כל החנות ומסכסכו בפעם אחת דהשתא הוי כל החנות במקום נחלת חייב על כולו נ"ש וכ"כ רבינו הרמ"א בסעיף י"ב ובדעת הרמב"ם נ"ל שדקדק ממשנה עצמה דבכלב שנמל חררה תנן שאינו משלם רק ח"נ על הנדיש [כ"מ] ובנדיש תנן [ספ"ו] מתמא דמשלם משמע נזק שלם והחילוק הוא לפמ"ש בסי' שצ"ב בדעת הרמב"ם דאין הטעם דח"נ בנדיש משום צרורות אלא משום דהוא משונה והוי בקרן כמו שכתב הוא עצמו כן בפי' המשניות [וכ"כ רמ"י בל"מ סס] דאין דרך הבהמה ליטול אש ולהדליק וממילא דבכאן היה כי אנרחיה דהגמל הלך כדרכו והמשא נכנסה לחנות ונדלק בהגר ולכן משלם נ"ש כרגל [עוד נ"ל דלמסקנא כמונ"ת דמזו [כ"כ] דלוקמת לה דגמל סחרנא במשתו דינו כמדם המזיק סף סמגמל הזיק ולפיכ לכל מכמות דסכוכם מיירי בחדם המזיק ורק בחמלה לא פי' כן ומסקנא לר"ל סף ולזו ממונים טוח ולמסקנא מ"ל לזה ומ"ם קונית סמוכ' בד"ם ריפא וזהו הכל

סכל לפתים סם בדעתו ז"ל ודו"ק] :

כז קיי"ל דאין שליח לד"ע לפיכך השולח שליח להדליק חייב השליח לשלם והשולח פטור מדיני אדם וחייב בר"ש אם אין ביד השליח לשלם שנרם היזק לחבירו [ס"מ] וכן אם הניח שומר לשטור האש ונדלק חייב השומר והוא פטור גם מדיני שמים ודינו כמסר שור ביד שומר שבמי' שצ"ו ע"ש :

כח בכל שליחות לדבר עבירה נתבאר בסי' קפ"ב שאם שלח ע"י חרש שומה וקטן שיעשה העבירה חייב המשלח בין שאין להם דעת ולא שייך בהם לומר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין שוהו המעם דאין שליח לד"ע ולכן אם צוה לחרש שומה וקטן שיעשו שריפה חייב לשלם אבל אם לא צום אלא שמסר להם אש יש חילוק בין שלהבת לגחלת דאם מסר להם שלהבת חייב דברי הזיקא שודאי ירליקו ודינו כשור ובור שמסר להם דחייב בנזקן אבל אם מסר להם גחלת והמה ליבוהו פטור מדיני אדם וחייב בר"ש מפני שדרך הגחלת להכבות מאליה קודם שתעבור ותדליק ולא היה לו לחשוב שיעשו מעשה כזו ללבות את הגחלת ואינו דומה לעור ובור דשור דרך החרש לנתקו ובור דרכו לגלותו אבל גחלת אין דרכו ללבותו ובזה יש הומר בשור ובבור מבאש דבאש לא הוה ברי הזיקא בבשור ובור ועמ"ש בסעיף ל"ח :

כט שנים שהדליקו כאחת שניהם חייבים אבל אם אחד הביא את האור ואח"כ הביא השני את העצים והניחן אצל האור השני חייב והראשון פטור דאש בלא עצים אינו שורף והיה נכבה במקומו וכן להיפך אם הראשון הביא העצים והשני את האור והניחן אצל העצים השני חייב והראשון פטור ואפילו צוה להשני להביא האור או העצים פטור דאין שליח לד"ע וחיובו דהשני הוא או בשל בה בעצמו האש או שע"י רוח מצויה הלך האש אבל בשבעצמו לא ליבה וגם ע"י רוח מצויה לא היה נתלבה אלא שנתהוה רוח שאינו מצויה וליבהו פטור גם השני דלא ה"ל לאסוקי אדעתיה והרי הוא כאנס ודוקא שהרוח הוה בא אח"כ אבל אם היה מנשב בשעה שהביא האור או העצים חייב זה השני ומהו רוח שאינה מצויה כל שאין העולם מתנהג תמיד ברוחות כאלו אף שבא לפרקים בעתים רבות וכ"ש רוח סערה שאינו בא אלא לעתים רחוקות [סס"מ] :

ל ואם בשנים הראשונים לא היה שורף לא ע"י עצמם ולא ע"י הרוח אלא שבא שלישי ונפח בהאור וליבהו השלישי חייב ושנים הראשונים פטורים וכן אם אחד עשה אש דהיינו שהביא עצים ואש ועשה דליקה ואח"כ בא אחר והוסיף עצים רואים אם יש בכמה שעשה הראשון כדי שיניע האש למקום שהגיע עתה הראשון חייב והשני פטור ואם לאו הראשון פטור והשני חייב ואם יש ספק בדבר שניהם פטורים דיכול כל אחד לומר להניזק הבא ראיה שאני הזקתי וחייבים בר"ש [ס"ל] :

לא אם אחר הניח עצים ואש ואח"כ בא אחר וליבה ונם הרוח המצויה ליבה בשעת מעשה רואין אם יש ברוח לבדו כדי ללבות פטור זה המלבה אע"פ שנם בליבויו היה כדי ללבות דלאו כלום קעביד נגם בלעדו היה נשרף וחייב הראשון שהניח העצים והאש וכ"ש כשאין בליבויו כדי ללבות ואם בהרוח אין כדי ללבות ובליבויו יש כדי ללבות חייב המלבה והראשון פטור ואם אין בהרוח כדי ללבות וכן בליבויו בלבר אין כדי ללבות ובציורוף שניהם נתלבה הראשון וראי פטור דבבא האחרון לא היה נשרף והאחרון כתב המור דנ"כ פטור דאינו אלא גרמא בנזקן ואינו דומה לכל שריפה דכשנשרפה ע"י רוח מצויה חייב המדליק דודאי כן הוא דבכל שריפה כשנתן האש והעצים והרוח נשב בם והדליק קרינן ביה המבעיר את הבערה אבל זה המלבה לא עשה עיקר השריפה דהיינו האש והעצים וגם נמר השריפה לא עשה בעצמו אלא שסייע להרוח ולא קרינן ביה המבעיר ואינו אלא גרמא [תוס' ס"י] וכן מוכח בנמ' שם אבל הרמב"ם ז"ל דליבה וליבתו הרוח חייב והיינו בכח"נ שבכל אחד מהם אין כדי ללבותה ובהצטרפם שניהם יחד נתלבה וס"ל להרמב"ם דדבר פשוט הוא דאין לך גרמי גדול מזה ומאן דפשר בנמ' ס"ל דלא דיינינן דיני דגרמי אבל אנן דקי"ל דדגרמי חייב וזהו שמסיים הרמב"ם ז"ל שהרי הוא גרם וכל הגורם להזיק משלם נ"ש מן היפה שבנכסיו כשאר כל המזיקין עכ"ל [ס"ך וים"ם] ומה שפטר בהרחקה בפי"א משבנים במי שעשה נורן בתוך שלו והרוח זורק את המוץ לשל חבירו ומפסידו במ"ש בסי' קנ"ה סעיף כ"ה היינו משום שתשמישו של אדם הצריך לעשמו אין לנו לחייבו בתשלומין כשע"י גרמתו יש הפסד לאחר ודי לנו לחייבו להרחיק לכתחלה אבל לא לחייבו בהשלומין ועור דבשם אין ברצונו שילך המוץ והאבק לחבירו דהרי אין כוונתו להזיק אבל במזיק נמור כי הבא ודאי דחייב לשלם ועור דאש דמי לחץ ולא דמי לשארי נזקין במ"ש :

לב יא דלדעה ראשונה ה"ה אם שנים הבעו את האש ואין בכל אחד כדי ללכות שניהם כשהרן לא הניחו העצים והאש כמו ברוח ואדם שנתבאר אבל הסברא תמוה ששני בני אדם שעשו נזק כאחד יפטרו ע"פ מה שאחד לבדו לא היה יכול לעשות הנזק [תוס' ס"י ד"ה וסכמ] והרי גם במלאכת שבת [שבת ל"ג] וצ"ל דס"ל דאינם יכול וזה אינו יכול חייב [שבת ל"ג] וצ"ל דס"ל דאינם אלא כמבויעים לנזק ומסייע אין בו ממש כשאין כל אחד עושה כל המיוע וגם זה תמיה גדולה :

לג הדליק אש עד שעברה והזיקה אדם שלא היה יכול להמלט מן האש אם מת מכח ההבערה חייב עליו מיתה כאלו ירה בו חץ [עור] ובשוגג חייב גלות ואם

לא מת אלא שנחבל הרי המבעיר חייב בנזק וריפוי ושבת וצער ובושת כאלו הזיקו בידים ככל תובל בחבירו שיתבאר בסי' ת"כ ואע"ג דבבושת אין החובל חייב עד שיתכוין כמ"ש בסי' תכ"א אמנם הנ"ג דסי כמתכוין כיון שידע שתעבור האש ע"י רוח מצויה והניזק לא יהיה ביכלתו להציל א"ע [סמ"ע] וי"א דפסוד מבושת כמו נפל מן הגג ברוח מצויה והזיק דפסוד מבושת כמ"ש שם ורבותינו בעלי הש"ע סתמו כדעה ראשונה דס"ל דנפילתו מהגג מיחשב יותר לאונס אע"פ שהיה ע"י רוח מצויה מזה המבעיר דפושע גמור הוא [סס]

וכן מפורש בירושלמי [נ"ק פ"ח ס"ב ע"ס] :

לד אע"פ שאש ממונו הוא והוא מאבות נזיקין וחייב נזק ממון אין בו חיוב ד' דברים של חובל ס"מ באש חייב כמו שנתבאר דהוה כמזיק בידים בחץ שבידו ורוקא בשהיה האש ראוי להגיע שם למקום שהזיק בשעה שהדליק אבל אם לא היה ראוי להגיע שם כגון שהיה גדר ביניהם ונפל שלא מחמת האש אחר שהדליק כבר כלו לו חציו ואפילו היה אפשר לו לגודרה אח"כ ס"מ אין לוה יותר חיוב מממונו שהזיק שאינו חייב אלא בנזק בלבד ולא בד' דברים כן כתבו הטור והש"ע והרמב"ם ז"ל לא כתב זה אלא כתב סתם דאש שעברה והזיקה את האדם חייב בד' דברים וזהו ע"פ מה שבארנו בסעיף י"ד דהרמב"ם ס"ל דלמסקנא דש"ס לא מייירי בהיה גדר ונפל והגם שבארנו שם דאף במקום שלא כלו חציו הוי ככלו חציו ואין בו רק חיוב ממון זהו לענין פטור ממון לחלקו מהדליק בשל חבירו כמ"ש שם אבל לענין כל הדברים ודאי חיוב חץ יש בו לבד מלענין בהמתו כמ"ש בסי' שצ"ב :

לה ראובן שהניח נחלת על לבו של שמעון והיה שמעון יכול לסלקה ולא סילקה ומת פטור ראובן ממיתה ואפילו התרו בו בראובן שכשיניח על לבו של שמעון לא ימלנה שמעון מלבו ויפול ס"מ א"א לחייב את ראובן בדיני אדם במיתה שלא היה לו להעלות על הדעת ששמעון לא ימלנה מלבו ואף שיזדע ששמעון רצה לנקום ממנו בענין תמות נפשי עם פלשתים ורצה שיפול בגדי שיתרנו את ראובן לפי דעתו הסכלה שראובן יהיה חייב מיתה ס"מ פטור ראובן ממיתה לפי שאין דרך בני אדם לעשות כן להניח להרוג א"ע כדי שיהרגו גם לחבירו ולא היה לו לראובן לחשוב זאת אבל אם הניח נחלת על בגדו של חבירו ונשרף הבגד חייב לשלם מפני שאין בעל הבגד חושש לסלקו כשזה עושה נזק בידים ואפילו נאמר דהמניח לא עלה ע"ד שבעל הבגד לא יסלק הנחלת מבגדו ויתבע ממנו ס"מ בנזקיו חייב שוגג כמזיד ובעל הבגד אינו כמודד בבגדו במה שלא נטלה דלמה ימלנה במה שאחר עושה נזק בידים ואפנם אם בשנגת נפל מראובן אש או נחתת על בגדו של שמעון והיה שמעון יכול לסלקה ולא סילקה פטור ראובן אף אם גם הוא היה יכול לימלו ולמה יש לו לחוש יותר מבעל הבגד כיון שבשנגה עשה ואינו חייב אא"כ לא היה בעל הבגד בכאן ואפילו היו בכאן אשתו ובניו של בעל הבגד ולא סילקו ס"ם אין ראובן יכול לפטור א"ע בזה [ל"ל] :

לו הניח נחלת על לב עבדו של חבירו אפילו היה העבד כפות שבעצמו אינו יכול לסלקה ס"ם אם רבו עומד אצלו והיה יכול לסלקה ולא סילקה פטור המניח דעבדו כנופו דמי ולא היה לו להעלות על הדעת שהרב לא יסלקנו מעליו אבל הניח על שורו של חבירו אפילו השור לא היה כפות והבעלים עמדו אצלו ולא סילקוה חייב המניח דשורו כממונו ולא חשש לסלקה כמו בבגד ו"א דוהו דוקא בשור כפות אבל בשור שאינו כפות פטור דנהי דהבעלים לא חששו לסלקה ס"ם דרך בעלי חיים בעצמם להמלט מנזק ומטלטלים עצמם ומסירים הנחלת מהם וזה שאמרנו דבעבד אפילו היה כפות אם היה רבו עומד אצלו פטור והו מממון אבל מיתה חייב דאטו אם אחר יהרוג את חבירו והשלישי יהיה ביכלתו להצילו ולא הצילו יפטור התורג [נמק"ו ס"פ כילד] אבל אם היה כפות ורבו לא היה אצלו חייב לשלם ממון להרב אמנם חיוב מיתה אפילו כשהיה שוגג פטור מתשלומין כמ"ש בסי' שנ"א ורק אם בא לצאת י"ש צריך לשלם ממון ובעבד שאינו כפות פטור ממיתה ומממון דהיה לו להעבר לסלקה ומיהו אם היה עבד קטן י"א דדעה ראשונה דס"ל דבהמה אין בה דעת לסלקה גם עבד קטן דינו כבהמה דאין בו דעת לסלקה ואם אין רבו עומד אצלו חייב המניח ונ"ל דחיובו הוא מיתה אם התרו בו דחיוב ממון אין כאן מדינא כיון שאין בו רעה לסלק הנזק הרי המניח חייב מיתה ובמקום חיוב מיתה אין כאן חיוב ממון ויש מי שמקשה הא גם בבהמה יש צער בעלי חיים והא דאורייתא כמ"ש בסי' ער"ב וא"כ כשבעלים עומדים אצלו ודאי יחושו לסלקה ולא קשה כלל דודאי צער בעלי חיים דאורייתא אבל למה יחושו הבעלים יותר מהמניח שעשה האיסור בידים ולא היה לו להסגיח לסתוך על זה אבל בעבד שפיר היה סמיכתו על הבעלים דודאי יחום על בן אדם כמוהו וימלנה [מ"ם גם לדעה רחשונה פמור דעבד כפות כן כ"ל גם לפרש"י סס וכם"ק ז"ל מילת דפסיקא נקיט דלגלוי מלי קמ"ל כמ"ש בש"ע ומעברינו מ"ם וזו"ק] :

לז כתב הרמב"ם ז"ל המרליק בתוך שדה חבירו ויצאת האש ונאכל הגדיש והיה גדי כפות לו ועבר סמוך לו ונשרף עמו חייב שכן דרך בני אדם לעשות בגדיש היה עבד כפות וגדי סמוך לו ונשרף עמו פטור עכ"ל ומה שכתב חייב כוונתו על הגדי דעל העבד פטור דהיה לו לברוח אבל כשהיה העבד כפות וחייב מיתה על העבד פטור על הגדי דקם ליה בדרבה מיניה ובהך דגדי כפות ועבד סמוך חייב על הגדי אף כשלא היה כפות דאין בבהמה דעת לברוח וברעה ראשונה שכסעיף

ל"ו וזה שנקט גדי כפות רבותא הוא דלא אמרינן אין דרך להזות גדי כפות אצל נדיש והוה כדברים שאין דרך להטמין בגדיש ופטור כמ"ש בסעיף י' קמ"ל דדרך בני אדם כן [וכ"כ הטור' סס כ"ב: כמס ר"ם] ולדעה אחרונה שבשם אם היה הגדי סמוך פטור מהגדי אף כשהעבד היה כפות ואם העבד היה כפות פטור מהגדי אף שהגדי היה ג"כ כפות ואינו חייב על הגדי אא"כ היה הגדי כפות ועבד סמוך [רמב"ם פתום' סס ומו גדי סמוך לו קמני ע"ם] :

לח יש מי שאומר דאם ראובן אמר לשליח שאינו בר חיובא כמו חרש שוטה וקטן קרע לי בגד של שמעון וקרעו החרש לפני שמעון ושתק חייב ראובן לשלם כמו מניח נחלת על בגדו של חבירו דשמעון לא חשש למחות וראובן חייב לשלם אע"ג דאין שליח לד"ע בחש"ו חייב כמ"ש בסי' קפ"ב [סמ"ע] וזה שנתבאר דשולח הבערה ביר חש"ו פטור היינו שלא צוום להדליק אלא מסר להם נחלת אבל בשצוה להם להדליק חייב כמ"ש בסעיף כ"ח [ומתורץ קושית הש"ך ודברי הטוס' בב"מ ר"ו: ד"ה חסם לע"ג דמסתע' מתפרשים הטוס' לכתוב ולפ"ז מוכח בב"ק ס': ולמתרץ מסר לסם כמ"ש הטוס' שם ע"ש] :

סימן תיט [דין בהמה גובין מהמזיק בקרקע או בטלטלין או במעות ובו ט' סעיפים] :

א בתב הטור כשבאין להגבות לניזק נזקו רואין אם יש למזיק מטלטלין אין יורדין לנכסיו למכור קרקעותיו אלא יתן לו מטלטלין ואפילו שיש לו כסף ווהב יכול לשלמו בסובין דכל מילי דמטלטל מיטב הוא ושמין אותן בפני מה שיבול למוכרן מיד ובמקומו ואם אין לו מטלטלין יורדין לקרקע עידית שבנכסיו ואפילו אם זיבורית של מזיק טובה כעידית של נזק אינו מקבלה ממנו אלא צריך ליתן לו מעידית שבקרקעותיו ע"ל :

ב וזה לשון הרמב"ם ז"ל בפ"ח מנ"ם כשב"ך נזקין לגבות לניזק מנכסי המזיק גובין מן המטלטלין תחלה ואם לא היו לו מטלטלין בלל או שלא היו לו מטלטלין כנגד כל הנזק גובין השאר מן הקרקע העעולה שבנכסי המזיק וכל זמן שימצאו מטלטלין ואפילו סובין אין נזקקין לקרקע עכ"ל ורבינו הב"י העתיק בש"ע דברי הרמב"ם וסוף דברי המחבר ע"ש :

ג ויש שפירשו בכוונתם דבמזיק תליא מילתא דכשיש לו מטלטלין וקרקע ביכלתו ליתן מה שירצה או מטלטלין אף סובין או קרקע מיטב ואפילו יש לו מעות ואע"ג דבבע"ח כשיש לו מעות חייב לשלם לו במעות מפני שהלוהו מעות אבל נזקין יכול ליתן מה שירצה ואע"ג דלענין מיטב נזקין עדיף מבע"ח שאינו גובה אלא בינונית התם טעמא אחרינא הוא כדי שלא יתן עיניו בשדהו ויוונו כדי ליטלה ממנו ולכן אם אין המזיק לפנינו משלמין להניזק ממטלטלין דמסתמא ניחא ליה להמזיק שהקרקע תשאר לפניו [סמ"ע וג"ח] :

ד ויש שפירשו דלא ברצון המזיק הדבר אלא דמעיקר הדין כן הוא דמטלטלין קודמין לגבייה מקרקע וכל זמן שיש לו מטלטלין אין ב"ד נזקקין לקרקע אפילו אם המזיק רוצה ליתן קרקע [לבוש וס"ך] והביא ראיה לדבר דאם נאמר דברצון המזיק תלוי אלא דמה שגובין ממטלטלין הוא לטובתו כדי שתשאר הקרקע לפני המזיק דקרקע עדיפא ממטלטלין א"כ ביתומים למה כתבו הרמב"ם והטור דמרין תורה גובין מהם קרקע למה ינרע כח היתומים מכחו אלא ודאי דראו לפוסקת המזיק ואא אלא מעיקר הדין כן הוא ויש שפירשו בכוונתם כן ולדינא הסכימו לדעה ראשונה [ע"ז ועב"י] ויש שפירש בהטור כפי' הראשון ובהרמב"ם כפי' השני [מגר"ם] :

ה ונראה עיקר בפי' הראשון דהא בגמ' [ב"ק ז"] מקשה כתיב מיטב שדהו ישלם דמשמע מיטב אין מידי אחרינא לא וכתיב ישיב לרבות שור שהוא כסף אפילו סובין ותירץ דמטלטלין כל מילי מיטב הוא דאי לא מודבן וחא מודבן במתא אחריתא ובקרקע בעינן דוקא מיטב הרי דלדעת המקשה היה דהוקא קרקע ישלם ולא מטלטלי ומבואר דקרקע עדיף ממטלטלי ומתרץ דמטלטלי שוין בקרקע אבל איך נאמר דמסתקנא תתהפך הסברא דכשירצה המזיק לשלם בקרקע מיטב נכריחנו לשלם דוקא במטלטלין ועוד דפשטא דקראי הוא שהתורה תלתה בהמזיק כדכתיב ישיב ישלם משמע מה שירצה ועוד דלחד אמורא שם [ב"ק'] הדין או כסף או מיטב קרקע דוקא דאפילו יש לו מטלטלין מוכרח לשלם בקרקע מיטב וכשאין לו קרקע אז רשאי לסלק גם במטלטלין ולא קיי"ל כן אלא אף כשיש לו קרקע רשאי לסלק במטלטלין אבל איך נהפך הסברא כל כך דאינו רשאי לסלק בקרקע ועוד דאחד מרבותינו כתב מפורש שהברירה בידו לסלק במה שירצה [ב"ח בטוס' רס"ז דכ"ב ועי' בטוס' ורמ"ה ב"ק ס'· ורפ"ס בממו ו"ע] ולטה נעשה מחלוקת בין הפוסקים ועוד דהא התורה חמה על המזיק לשלם השברים ואף הפחת הוא על הניזק כמ"ש בסי' ת"נ ואיך נאמר דכשרוצה ליתן מיטב קרקע לא נקבל ממנו וכן מבואר מרש"י שם שפירש דבשדות יתן מיטב ובמטלטלין אפילו סובין הרי דברעתו תלה

ומיתומים אין ראיה כלל דמטלטלי לא משתעבדי [רמ"י י"ד] ואין שיעבודו של הניזק כשמת המזיק רק על קרקע וגם לשון הרמב"ם משמע כן דאין נזקקין לנכסות תחלה רק ממטלטלין כשיש לו לטובת המזיק להניח קרקעותיו לפניו אבל אם רצונו ליתן קרקע ודאי מקבלים ממנו ואמת שיש אחר מהראשונים שאומר כן אבל יחיד הוא בזה נגד כל הפוסקים [רמ"ס] שהרי כתב נ"כ דכשיש לו מעות צריך לשלם במעות ואין מי שיסבור כן אמנם זהו טילתא דפשימא דכשרוצה המזיק לשלם במעות מקבלים ממנו אפילו יש לו קרקע ומטלטלין [ועל דמיות הס"ך יש לפקפק עיין ש"ך וצ"ע] תפס כן בסמוך ופקפק עליו וכן הסכים הע"ז לדינא] :

ו דבר פשוט הוא דכיון שהתורה גזרה דכשישלם קרקע ישלם במיטב ודאי דוהו לטובת הניזק ולכן אם הניזק רוצה בבינונית או בזיבורית הרשות בידו [מ"ס רס"ו ז'] **ד"ס** שקול סוכין מקרקע קלי ע"ם] ולא עוד אלא אפילו כשקרקעות עומדות להתייקר והמזיק צריך לחשוב לו כפי המקח שעומד והניזק רוצה בבינונית או בזיבורית אין המזיק יכול לומר אם תקח עידית כדינך קח בהמקח ההוה ואם רצונך בבינונית וזיבורית אחשוב לך כפי שיתייקר א"א לו לומר כן דהתורה נתנה העירית לטובתו של הניזק וי"א דלהעלות במקח ודאי דאינו יכול אבל אם אין רצונו ליתן לו בלל הבינוני והזיבורית הרשות בידו [רמ"ם סס] ולעולם אין כופין למשלם ליתן אלא מה שלבו חפץ אם נותן לו בדין התורה וכמו שאם היו לו שתי שדות עידית אין הניזק יכול לבופו לומר תן לי רק שדה זו כמו כן לענין בינונית וזיבורית [סס] :

ז ואם יש למזיק שתי שדות עידית והוא משלם לו בקרקע הבירה ביד המזיק ליתן לו מאיזה עידית שירצה ואם הניזק מבקש ממנו להת לו שדה זו והמזיק נתרצה לזה אלא שאומר לו אם תרצה ליקח האחרת תקח כפי שוויה עתה ואם תרצה דוקא שדה זו קח אותה כפי מה שעתידה להתייקר אם עומדות שדות להתייקר אין שומעין לו אלא צריך ליתנה לו כפי מה שהיא שוה עתה כן פסקו הטור והש"ע דלא שבקינן ליה להעלותה ברמים מפני חפצו של הניזק וי"ש חולקין בזה דכיון דהבירה בידו למה לא יעלנה ברמים [כסום וס"ך וע"ז] וג"ל דודאי אם בתחלת הדבר כשהניזק בקש מהמזיק ליתן לו קרקע זו וא"ל המזיק רצוני ליתן לך קרקע האחרת ואם רצונך בקרקע זו תטלנה כיוקרא דלקמיה הרשות בידו אבל אם מתחלה נתרצה לדברי הניזק בלי שום תנאי ואח"כ נתיישב לומר כיון שהבירה בידי אתן לו האחרת ואם רצונו בזו ישלנה כיוקרא דלקמיה אינו יכול לומר כן דתואנה הוא מבקש [וח"ם כל מה שהקשו כזה] אמנם יש מי שחולק בעיקר דין זה וס"ל דהבירה ביד הניזק ליקח לו מאיזה מיטב שירצה מיהו אם לפי ראות עיני ב"ד יגיע למזיק טובה כשתשאר שדה זו לפניו ולהניזק אין רעה בזה כופין על מדת סדום [ש"ך בשם י"ם] אמנם אין כן דעת כל הראשונים :

ח מת המזיק קודם שפרע להניזק מנכין הניזק ממטלטלין לאחר שתקנו הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי לבע"ח ואם היתומים רוצים להגבותו מהקרקע הרשות בידם כמ"ש בסי' ק"ח [ש"ך] ואם לא הניח מטלטלין מגבין לו מזיבורית שבקרקעותיו שכל הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא מן הזיבורית ואין חילוק בין יתומים קטנים לגדולים [שם] ולענין לגבות מלקוחות בנזקין אם כבר עמד בדין ודאי דגובין מלקוחות שלקח אח"כ וי"א דנם קודם העמדה בדין גובין מהם משום שיש קול לנזקין ולא היה להם ליקח [שם בשם י"ם] ועמ"ש בסי' קי"ט :

ט יש מי שאומר דזה שהמזיק משלם מעירית אינו אלא בנכסים שהיה לו בשעה שהזיק דהל החיוב על מיטב שלו אבל נכסים שקנה אח"כ מזמן הנזק עד שעת העמדה בדין אף שחייב לשלם מהם מ"ם א"צ לשלם ממיטב ולא ראיתי לאחד מן הפוסקים שחילקו בזה ונם אין הסברא נותנת כן [ומ"ם רמיז דלמ"ד בהניזק מיימינן ודלמ"ד מ"ל לומר כן לא ידעתי למה דלכ"ע מין סמזיק מתחייב לקטות כמ"ם סתום' בב"ק ו' ובב"ם סמזקין] :

הלכות חובל בחבירו

סימן תכ [דיני חובל בחבירו ודין המבייש בדברים ובו נ"ח סעיפים] :

א אסור לאדם להכות חבירו ואם הכהו עובר בלאו דכתיב בחייבי מלקות שילקוהו ל"ת מכות לא יוסיף פן יוסיף ואם הקפידה תורה על רשע שעבר עבירה שלא להכותו יותר על רשעו ק"ו בהכאת צדיק והמרים יד על חבירו אע"פ שלא הכהו נקרא רשע ואם ראובן התחיל להכות את שמעון יכול שמעון להכותו כדי להנצל מידו ואפילו איש אחר מותר לו להכות את ראובן כדי להציל את שמעון אם א"א להצילו באופן אחר והמכה אשתו עונשו יותר חמור ממכה חבירו דתדי חייב לכבדה ואם רגיל הוא בכך יש ביד ב"ד ליסרו ולהלקותו ואם

אינו צייח י"א שכופין אותו לגרשה אמנם אם מקללתו או מבזית אביו ואמו והוכיחה בדברים ואין מועיל י"א שמותר להכותה וי"א שאסור ונתבאר באהע"ז סי' קנ"ד ע"ש :

ב י"א ריש תקון קדמונים באדם המכה לחבירו להבדילו מעדת ישראל וכשישוב בהשובה צריכין להתיר לו כדי לצרפו למנין עשרה וסעיקר התקנה אין לענות אחריו אמן ושום רבר שבקדושה כל זמן שלא שב בתשובה כי הוא כמובדל אמנם בעונותינו אין ידנו הקיפה ורבו עוי פנים שמבזים ת"ח ואין מוחה בידם ואין ביכולת למחות בהם מלעבור לפני התיבה לכן בהכרח לענות אחריהם אמן וכל רבר שבקדושה כי מעצם הדין אין חשש בזה ואם מקבל עליו שיקבל על עצמו כל מה שיאמרו ב"ד מחירין לו בשלשה אע"פ שאין המוכה מתרצה והמבזה את חבירו כדברים יתבאר בסי' תכ"א בס"ד :

ג קי"ל דאין עונשין לאדם בשני עונשין כמו בחובל בחבירו שחייב מקות מקרא דלא יוסיף וחייב ממון דמי חבלתו ואין אדם לוקה ומשלם דכתיב כדי רשעתו ודרשינן משום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעיות ולכן בחובל בחבירו כיון שגילתה התורה שמשלם ממון כדכתיב רק שבתו יתן ורפא ירפא ממילא דפטור ממלקות ואין לוסר דרוקא כשלא התרו בו משלם ממון אבל אם התרו בו לוקה ואינו משלם ממון דבפירוש גילתה התורה בפ' אמור בקראי דחובל בחבירו דכתיב כאשר עשה כן יעשה לו ואח"כ כתיב כן יתן בו ומיותר הוא למידרש דבר שיש בו נתינה ומאי ניהו ממון [כתובות ל"ג:] להורות דאין בחבלה מלקות רק ממון ואמנם בהכאה שאין בה חיוב ממון שלא נחלה ולא בטלו ממלאכתו וא"צ רפואה ואי דלוקה כשהתרו בו ככל חייבי מלקיות בזמן הבית וכך אמרו שם ת"ל הכתו הכאה שאין בו שוה פרוטה לוקה כיון שאין כאן חיוב ממון ואין חילוק בין בן חורין לעבד דגם הוא חייב במצות אלא דבעבד כנעני שלו כשחבלו לעולם לוקה אפילו כשיש בההכאה ש"פ דממון אין לו לשלם לעבדו דמה שקנה עבד קנה רבו אבל בעבדו של חבירו כשיש בו ש"פ משלם לרבו וכשאין בו ש"פ לוקה [סנה"מ] ועמ"ש בסי' תכ"ה סעיף י"ט :

ד החובל בחבירו חייב לשלם ממון כפי שיתבאר וזה שנאמר בתורה עין תחת עין קבלו רבותינו ז"ל איש מפי איש מפי משה רבינו מפי הגבורה שאינו עין ממש אלא דמי עין וכן זה שנאמר בפ' אמור כאשר יתן מום באדם כן ינתן בו אין הכוונה לחבול בזה כמו שחבל בחבירו אלא הכוונה שהוא ראוי לחסרו אבר או לחבול בו כאשר עשה ולפיכך משלם נוקו וכן זה שנאמר בחובל בחבירו ומזיקו לא התחום עינך הכוונה שלא התחום בהשלומין שמא תאמר עני הוא וישלא בכוונה חבל בו ארחמנו לכך נאמר לא תחום עינך כמו שנאמר בפרשת תצא על אשה המצלת את אישה מיד מכהו ושלחה ידה והחזיקה במבושיו וקצותה את כפה לא תחום עינך דפשיטא דאינו קציצת כפים ממש דאין זה רק בושת בעלמא ובע"כ דעל ממון קאי ואע"פ שדברים אלו מבוארים גם בתורה שבכתב כמ"ש וכמו שיתבאר וכולן מקובלין הן בתורה שבע"פ מפי משה רבינו מהר סיני לבד זה הלכה למעשה היא בידינו וכזה ראו אבותינו בב"ד של יהושע ובב"ד של שמואל הרמתי ובכל ב"ד ובי"ד שעמדו מימות מרע"ה [רמב"ם פ"ה ממוכל] :

ה והיכן מבואר זה בתורה הרי כתיב והבה איש את רעהו באבן או באגרוף ולא ימות רק שבתו יתן ורפא ירפא ואם נאמר שזה שנאמר חבורה תחת חבורה ממש הלא גם הוא יבטל ממלאכה וצריך לרפאות א"ע ולמה ישלם לו בעד זה ואם נאמר שעכ"ו נזרה התורה כן הרי אינו תחת ממש ועוד האיך אפשר לעשות חבורה ממש כחבורה זו שעשה זה בלא מתכוין הלא א"א שלא יחסר מעט ושלא יוסיף מעט וכיון דחבורה תחת חבורה לאו ממש כמו כן עין תחת עין לאו ממש דשניהם כאחד כתובים בפ' משפטים ושם תחת לאו ממש הוא בכמה מקומות והרי כתיב ומכה נפש בהמה ישלמנה נפש תחת נפש ובבהמה פשיטא דמשלם ממון ואם יתעקש המתעקש לאמר דמשלם דוקא בהמה כזו ולא ממון הרי מיד כתיב עוד ומכה בהמה ישלמנה דפירושו שלא הרגה אלא חבלה ולכן לא כתיב ומכה נפש בהמה בהמה ובחבלה פשיטא דתשלומי ממון הוא ובע"כ דקרא הקודם הוא ג"כ ממון ועוד דאין לך תשלום טוב מממון שקונה בהממון מה שירצה וקראה נפש תחת נפש וכן במאנס את הבתולה כתיב שישלם חמשים שקל כסף תחת אשר ענה אלמא דתחת הוא לאו ממש ולשון תחת בתורה הוא בעד כמו שבתוב בתוכחה תחת אשר לא עבדת ונו' וכמו דכתיב בעבר לחפשי ישלחנו תחת עינו ולשון תחת בתורה הוא העומד במקום זה כמו בנגעים ואם תתהיה תעמור הכהרת [תמורס כ"ו] ועוד דברוצח נפש כתיב ולא תקחו כופר לנפש רוצח אשר הוא רשע למות והיה לו לכתוב ולא תקחו כופר לנפש הרשע אלא לכמדנו דרוקא רוצח שחייב מיתה אין לוקחין ממנו כופר אבל לוקחין תשלומין בעד חבורות וראשי אברים ועוד דאם עין תחת עין ממש כולי קרא מיותר דמה כשתחסירו עין אין לוקחין כופר כ"ש לרוצח גמור ולכן כתיב כן ינתן בו דזהו נתינת ממון :

ו וכן דייקי קראי דסוף אמור דכתיב ואיש כי יכה כל נפש אדם מות יומת ומכה נפש בהמה ישלמנה נפש תחת נפש ואיש כי יתן מום בעמיתו כאשר עשה כן יעשה לו שבר תחת שבר עין תחת עין והפסיקה התורה בבהמה בין הי"ג אדם לחבלו לומר לך דרק הורג אדם

ממיתין אותו אבל חובלו משלם דמים כחורג בהמה ולבן כתבה התורה מקודם חיובי מיתות ואח"כ חיובי תשלומין ולכן גם בפ' משפטים שהשוותה התורה עבד לבן חורין כשם שההורג בן חורין חייב מיתה כמו שכתוב מכה איש ומת מות יומת כמו כן ההורג עבד כמ"ש שם וכי יכה איש את עבדו ומת תחת ידו נקם ינקם כלומר ממיתין אותו דזהו לשון ינקם כמ"ש והבאתי עליכם חרב נוקמת אלמא דאין הפרש בין עבד לבן חורין ואי ס"ד דעין תחת עין ממש למה לי כתיב בעבד וכי יכה איש את עין עבדו וגו' לחפשי ישלחנו תחת עינו הלא היה מן הדין לנקר עינו בבבן חורין אלא משום דגם בבן חורין משלם ממון לכך גם בעבד משלם ממון והוא שיצא לחירות ומפסיד דמי העבד דלשלם להעבד ממון ושישאר עבד א"א דמה שקנה עבד קנה רבו ולבן מוציאו לחירות וזה הוא תשלומיו ועור ראיה מפ' שופטים בעדים וזממין כתיב ועשיתם לו כאשר זמם וגו' ולא תחום עינך נפש בנפש עין בעין שן בשן וגו' ולא כתיב כאן עין תחת עין אלא משום דבעדים זוממין מקיימין ממש כאשר זמם ממילא דכשהעידו על ראובן שהרג את הנפש ורצו לחייבו מיתה ונמצאו זוממין ממיתין אותם ואם העידו על ראובן שנקר עינו של שמעון ורצו לחייבו ממון ונמצאו זוממים מחייבין אותם ולכן כתיב נפש בנפש ממש עין בעין ממש כלומר דמי עין תחת דמי עין ואי ס"ד דעין תחת עין ממש א"כ בערים זוממים חייבים ג"כ שינקרו עיניהם ולמה לא כתיב עין תחת עין כמו במשפטים אלא ודאי דתחת לאו ממש ועין בעין הוא ממש כמו נפש בנפש וכלומר דמי עין תחת דמי עין :

ז ותורתינו הקדושה דרביה דרבי נועם כי גם מן החוש יש הכרח דעין תחת עין א"א להיות ממש ואם נאמר ממש אינו ממש דידוע בטבע האדם שהפחד והבהלה מהצער העתיד לבא קשה יותר מהצער עצמו וכמו שכתוב בתוכחות והנה ראובן שנקר עינו של שמעון והיה זה בפתע פתאום ולא היה לשמעון מקורם פחד ובהלה ואם נאמר שננקר ג"כ את עינו של ראובן הלא הבהלה והפחד גוסף לראובן ממה שהיה לשמעון ואינו ממש וקרוב הדבר שיחלה או ימות מהפחד וכמה אנשים מתו מפחד ובהלה ואיך יהיה אז עין תחת עין ממש אבל אם נאמר דמי עין הוה תחת ממש ששמין נוקו וצערו ורפואתו ושבתו ובושתו עד שלא יחסר ולא יותיר ובזה נאמר וכל נתיבותיה שלום [וי"ל, כזס מס ד"ה"י דכי מזקיס [המוכל פ"ל] וסס"ם דמי למתיכין כלומר למזס כלבד יש מעמות למתעקם פ"ם] :

ח ואם תשאל דאל"כ דכוונת התורה לדמי עין למה לא כתבה מפורש דמי עין תחת עין והתשובה לזה דזהו דרך התורה שבכתב לסתום דבריה אף בדברים המפורשים בה כדי שלא לסמוך על הכתב לבד ושנצטרך לקבלת תורה שבע"פ והרי תראה שאין לך מצוה מפורשת בתורה כמצות לולב שבתבה כל המינים מפורש ואת האתרוג סתמה וכתבה שש חיבות פרי עץ הדר תחת תיבה אחת שהיתה ביכולת לכתוב אתרוג אלא בכוונה עשתה ואת כדי שלא לסמוך רק על התורה שבע"פ ולדרוש מה היא פרי עץ הדר ובכל מצותיה של תורה אין באחת ממנה דבר ברור בלתי הקבלה מתורה שבע"פ והיא נותנת רוח חיים בהתורה שבכתב כנשמה המחיה את הגוף ורבותינו ז"ל אמת וכל דבריהם אמת והמפקפק בדבריהם הוא פתי וסכל ואין לו חלק בעוה"ב :

ט החובל בחבירו חייב בנזק והוא לשון דמי האבר שחסרו כפי השומא שיתאבר וחייב בצער ואם תשאל הלא הצער בכלל הנזק דבהתיכת אבר בע"כ שיש צער התשובה בזה דיש נזק בלא צער כמו לחסרו ע"י סם וחייב בריפוי מה שצריך לרפאות א"ע ממחלתו וחייב בשבת מה שבטל ממלאכתו כל ימי חליו וחייב בבושת דהרכה בושה יש לאדם כשחבירו מכהו או כשרואין את המכה שהכהו אף שלא היה שום אדם בשעת ההכאה וכולם לסדנו מקראי דמעין תחת עין למדנו נזק לשלם לו דמי העין שחסרו ומפצע תחת פצע למדנו שישלם גם הצער דקרא יתירא הוא דכיון דכתיב כאשר עשה כן יעשה לו למה לי לכתוב עוד [לם"י כ"ו:] וריפוי ושבת כתיב רק שבתו יתן ורפא ירפא ובושת למדנו מקרא דוהחויקה במבושיו :

י ולא בכל החבלות יש כל החמשה דברים דאם אין בהמכה חסרון אבר אין כאן נזק ואם אין בההכאה גם צער וא"צ רפואה ואינו בטל ממלאכתו אין בזה רק בושת וז"ל רבותינו בעלי השו"ע החובל בחבירו חייב בה' דברים נזק צער ריפוי שבת ובושת אם ההבלה היא בענין שיש בה כל החמש ואם אין בה אלא ד' משלם ד' ואם ג' ג' ואם ב' ב' ואם אחת אחה כיצד קמץ ידו או רגלו או אצבע אחד או שחסרו אחר מכל אבריו נותן לו כל חמשה דברים הכהו על ידו וצבתה וסופה לחזור לבריאותה או הכהו על עינו ונסתמא לומן וסופה לחזור לבריאותה אין כאן נזק ונותן לו שארי ארבע דברים ונם שבת יש בזה דלע"ע ע"י הכאב בטל ממלאכתו אבל הכהו על ראשו וצבתה וסופה לחזור בסקדם אין כאן גם שבת דאינו בטל ממלאכתו ע"י זה ונותן לו שארי השלשה דברים צער וריפוי ובושת ואם הכהו במקום שאינו נראה לבריות כמו בשאר הגוף ונם לא היה שום אדם בשעת ההכאה דאין כאן גם בושת לא בשעת ההכאה ולא לאחר מכאן אינו נותן לו אלא צער וריפוי ואם הכהו במטפחת שבידו או בנייר או בשאר דבר קל אין כאן גם צער וריפוי ואינו משלם אלא בושת אם הכהו בפני בני אדם :

יא כוואו בשפוד מלובן על צפרנו במקום שאינו עושה חבורה ואינו מעכבו ממלאכה אינו נותן אלא צער ואם היה במקום רואין חייב גם בבושת ואם עשה חבורה חייב גם בריפוי ואם ע"י בטל ממלאכתו חייב גם בשבת :

השקהו

יב השקהו איזה סם או שסכו באיזה סם עד שע"י זה נשתנה מראה עורו מכפי שהיה אינו משלם לו אלא ריפוי בלבד שצריך לרפאות שיחזור עורו כמו שהיה ואם השינוי הוא במקום הגלוי כמו בידיו או בפניו חייב גם בבושת וכשהשקהו וסכו בפני בני אדם חייב בבושת גם אם היה במקום סתר [נ"ל] :

יג הפניסו בחדר וסגר הדלת עליו ובטלו ממלאכתו אינו נותן לו אלא שבת בלבד אבל אם היה כבר בהחדר וסגר עליו את הדלת שלא יוכל לצאת הוי גרמא ופטור מדיני אדם ביון שלא עשה בו מעשה ואפילו לדעת הרמב"ם שכתב שצ"ז סעיף ט' ע"ש דהתם ביון דודאי תזיק הוי גרמי אבל ביטול מלאכה אינו אלא גרמא ונראה דאם סגרו בבנעול רשאי לשברו אם המנעול הוא של המסגיר ואם הוא של הנסגר א"צ המסגיר לשלם לו דעכ"פ ההסגר אינו אלא גרמא ואם המנעול הוא של אחרים אינו רשאי לשברו כשאינו רוצה לשלם בעד המנעול דאסור להציל עצמו בממון חבירו ומהמסגיר הלא לא יכול לגבות וכבר נתבאר בסי' ש"ז דבבהמה פטור כה"ג אף שהכניסה וסגרה דאין שבת בבהמה [סדב"מ סקסח על סמחבר מרמ"ם ר"פ סחובל ולפמ"ש ל"ק כלל והרמ"ם מכ"ם לחמר ולא לסיפך מטעם שכתבתי וד"ק] :

יד גילח שער ראשו במקום שחרפה היא לילך מגולה או שגילחו יותר מדרך המנלחים באופן שמתבייש בזה אינו משלם אלא בושת ואם סכו בסם עד שאין סוף השיער לחזור וישאר לעולם כן יש באפשרות שיתחייב בכל החמשה דברים כגון שמצער מן הסם וצריך ריפוי ונזק משלם ג"כ שאין לך נזק גדול למעלה מזה שלא יהיה לו לעולם שיער לחמם ראשו בהן ואין לך בושת גדול מזה הן הבושת שאח"כ שלעולם יהיה קרח הן הבושה בשעת מעשה אם יש ריאון ושבת יכול להיות ג"כ כגון שע"י זה מתבטל ממלאכתו מפני הכאב או שפרנסתו לרקד ולנענע בראשו בשעת הריקוד וכה"ג ועד שיתרפא אינו ראוי למלאכה זו ונמצא שבטל ממלאכתו [בסחובל פ"ו סזיל סבמ זס ולא מתרס סבטל מחמת סכאב דלא סבים בע"י כלב כזס יחבטל מחלאכה] :

טו המחסר את חבירו אבר שאינו חוזר חייב בכל החמשה דברים ואפילו הפיל שינו חייב בכולם מפני שא"א שלא יחלה פיו שעה אחת ובטל ממלאכתו וצריך רפואה ואף שהשן הנעקר אין לו רפואה מ"מ בשר השינים צריך רפואה ונזק ודאי דהייב דע"י חסרון השן יש קלקול באכילתו ובריבורו נגד מה שהיה מקודם ובושת גדול הוא לילך בחסרון שן ואפילו חסרו כשעורה מעור בשרו חייב בכל החמשה דברים מפני שהעור אינו חוזר לעולם אף כשיתרפא המקום נשאר צלקת ואף שדבר קטן הוא מ"מ אינו מוחל הניזק למי שעשה לו כזה לפיכך החובל בחבירו וקרע העור ויצא ממנו דם חייב בכל החמשה דברים :

טז כיצד משערים החמשה דברים נזק אם חסרו אבר או חבל חבורה שאין סופה לחזור שמין אותו כאלו הוא עבד נמכר בשוק כמה היה שוה קודם שחבל בו וכמה נפחתו דמיו אחר החבלה וכזה יתן לו ואף שהוא אדם השוב ואינו בנדר שימכור א"ע לעבד מ"מ לענין נזק הכל שוין דמה שזה יותר חשוב מאיש אחר נכנם בכלל בושת דבושת תלוי לפי סה שהוא אדם אכל בנזק הכל שוין אמנם זהו בסתם אדם שאינו בעל אומנות אבל אם היה בעל אומנות משערין הזיקו לפי אומנתו כגון שהיה נוקב מרגליות וקטע ידו משערינן הויקו כפי מה שהוא וכן בכל מין אומנות אבל אם קטע רגלו שאין מזיק לו כל כך למלאכתו משערין הזיקו כאלו לא היה בעל אומנות ומשערינן ליה כסתם אדם ואף אם לפעמים החסרון הזה מעלה למלאכתו בנין שזה הנוקב מרגליות היה מדרכו לא לשמור המלאכה וכילך בשווקים וברחובות והיה רבו מקפיד עליו ועתה בחסרון רגלו ישקור במלאכתו מ"מ אין מבטיחין על זה ושמין החסרון כשאר כל אדם [טור] דאין סברא שזה יפסיד בנזקו נגד כל אדם ע"י אומנתו והמזיק יזויח ע"י זה נגד שארי בני אדם אם היה מזיקם :

יז כיצד משערין הצער אם הוא שלא במקום נזק כגון מכה שסופה לחזור אומדין כמה היה לוקח אדם כזה להניח להצטער עצמו בצער כזה דיש אדם שהוא רך וענוג ובעל ממון ואפילו אם היו נותנין לו אף ממון הרבה לא היה מצטער אף צער קל ויש אדם שהוא עמלן וחזק בטבעו ועני ומפני זו אחר מצטער הרבה כן כתב הרמב"ם ז"ל אבל הרא"ש ז"ל כתב מפני ששומא זו רחוקה היא דמעט מן המעט שימצא איש כזה שיקח ממון להצטער עצמו אלא שמין כמו שהיה עליו עונש מאת המלך לעשות לו צער כזה כגון לכוותו בשפוד על צפרנו וכיוצא בזה אומדין כמה היה נותן איש כזה להנצל מזה הצער ושומא זו להוציא ממון מכיסו טובה יותר מהשומא ליטול ממון להניח לצער עצמו :

יח וכיצד שמין צער במקום נזק והרי כבר שילם לו נזק בער האבר שמין אותו כך כגון שקטע אצבעו אומרים אם אדם זה היה עליו עונש לחסרו אצבע זה כמה היה נותן שלא לקטוע לו האצבע בסיף אלא בסם כדי שלא יצטער הרבה ומה שיש בין זל"ז משלם לו ואין לשום להיפך בסי שנתחייב שיאבדו אצבעו זה בסם כמה ירצה ליקח ממון לחתוך לו בסיף דאין אדם לוקח ממון בעד צער גדול כזה [טור] ובזה גם הרמב"ם מודה דאינו דומה לצער כויה [נ"ל] :

יט ובשבת יש שני אופנים בהשומא דאם לא החסירו אבר אלא שהוא בטל ממלאכה כל ימי חליו השבת הוא פשום לשום כמה הפסד עולה לו ביטולו וישלם לו כפועל בטל כמו שיתבאר אבל כשהחסירו אבר ואינו ראוי למלאכה הקודמת ובעד זה משלם לו נזק האבר

כמ"ש א"ב אין לו לשלם השבת ממלאכה כזו ולכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב מחובל וז"ל כיצד משערים השבת אם לא חסרו אבר אלא חלה ונפל למשכב או צבתה ירו וסופה לחזור נותן לו שבתו של כל יום ויום כפועל בטל של אותה מלאכה שבטל ממנה ואם חסרו אבר בנון שקטע ידו נותן לו דמי ידו שהוא הנזק ושבת רואין אותו כאלו הוא שומר קשואין ורואין כמה הוא שכר שומר קשואין בכל יום ועושים חשבון כל ימי חליו של זה ונותן לו וכן אם קטע רגלו רואין אותו כאלו הוא שומר על הפתח סימא את עיניו רואין אותו כאלו הוא טוחן ברחים וכן כל ביוצא עכ"ל וכ"כ רבינו הב"י בסעיף י"ז דשבת בחסרון אבר הוא לפי המלאכה שיהיה ראוי אחר שיבריא משלם לו עבור ביטולו ממלאכה כזו בכל ימי חליו וממילא דבחסרון יד הוא ראוי לשומר קשואים ובחסרון רגל אינו ראוי לזה ועדיין ראוי לישב בפתח ובחסרון שתי עיניו אינו ראוי גם לזה ואינו ראוי רק לטחון ברחים [מ"ש הסמ"ע דבחסרון רגל אחת ראוי לשומר קטופים לפ"נ] :

כ וכתב הטור דוהו דוקא בסתם בני אדם שאינם בני אומנות דוראי אינו ראוי אחר חסרון האבר למלאכה שקודם זה אבל אם הוא בעל אומנות ואומנתו הוא באופן שהוא ראוי גם אחר חסרונו כגון אם הוא מלמד תינוקות וראוי למלאכה זו גם אחר חסרון ידו ורגלו וכן אם היה נוקב מרגליות ושיבר את רגלו ראוי למלאכה זו בקודם שבירת רגלו שמין השבת לפי המלאכה הקודמת ומ"מ נזק משלם לו כמו לסתם בני אדם אע"פ שלפי מלאכתו אין הפסד בפרנסתו כמ"ש בסעיף ט"ז :

כא ובמה שכתב הרמב"ם ז"ל דנותן לו שברו כפועל בטל כתב הטור דנותן לו כפועל בטל של אותה מלאכה דבטל ממנו ורואין כמה היה רוצה ליקח ויהיה בטל ווה תלוי בפי מה שהוא סלאכתו שיש מלאכה בכדה ושברה מועט שהיה לוקח מעט שישב בטל ויש מלאכה קלה ששברה הרבה וצריכין ליתן לו הרבה שישב בטל ע"ל ומה שהאריך כאן הטור יותר מבמ' רמ"ה ושל"ך ושל"ה וביו"ד סי' ש"ב נ"ל דקמ"ל דלא מיבעיא הני כולהו דמרצון עצמו נחית לזה או ע"פ גזירת התורה כמו בהשבת אבדה דסי' רמ"ח או דאיית בגמר ביו"ד שם הודאי שמין להקל על השני אבל כאן דהשני מזיק הוא נהי דאמרו חז"ל לשום לו כפועל בטל מ"מ לא נשום ליה בדבר מועט אפילו בסלאכה כבדה ושכר מועט קמ"ל דאין חילוק ועמ"ש בסי' רמ"ה :

כב ריפוי כיצד משערין והנה מעיקר הדין לא היה צריך לריפוי שום אומר דישבור לו רופא שירפאנו בכל יום עד שיתרפא ודמי הרפואות יתן לו בכל יום ויום אלא שמ"מ אמרו חז"ל [המוכל ל"ח] שיאמדו את המשכת מחלתו בכמה ימים יתרפא מחולי זה וכמה הוא צריך ומוסיף לב"ד [ס"מ] ולא לידו ואף אם יאמר הנחבל הן לי שכר הרופא ואני ארבא א"ע יכול החובל לומר לו שמא לא הרפא עצמך יפה ויקראו הבריות אותי מזיק ואם היה מתגלגל בחליו והולך ונתארכה המחלה יתר מכפי שאמדוהו אינו מוסיף לו כלום וכן אם הבריא מיד אין פוחתין ממה שאמדוהו וכן השבת אומדין אותו כמה תתארך המחלה וניתן ליד הניזק הכל מיד ובין שנתארכה המחלה ובין שנתקצרה אינו מוסיף ואינו נותן :

כג וכתב הרמב"ם ז"ל שדבר זה תקנה הוא להמזיק ומה תקנתו בזה כמ"ש דאף אם תתארך המחלה לא יוסיף לו ואף שיכול להיות גם להיפך ויהיה הפסד למזיק מ"מ זה אינו שכיח דברוב חולים אינו נפתח זמן המחלה מהאומדנא והרבה פעמים שמתארך [מ"ע] ועוד דאם לא יאמדו אותו יתרשל הנחבל ברפואתו ויאריך בעצמו המחלה באופן שלא יוודע לאדם שהיא בעצמו גרם לו [מ"ס] אבל כשידע הנחבל שיותר מהאומדנא אין המזיק מחוייב ליתן יראה להתחזק בעצמו ומעט זה יש בשבת נ"ב אמנם מדברי רש"י ז"ל שם מתבאר כי דוהו להחמיר על המזיק כדי שלא יצטרך לבקש ממנו בכל יום ויום שבתו ורפואתו ויש מגדולי ראשונים דמ"ל דאינו נותן השבת והריפוי רק לכל יום והאומדנא צריך כדי לשכור רופא על כל זמן מחלתו לבלי להצטרך לשכור רופא בכל יום וממילא דגם השבת בהאומד כיון דהאומד מוכרח להריפוי ווהו דעת הגאון [כמ"ש מ"ס] ועוד דגם ממעט השני שבארנו להרמב"ם יש תועלת להמזיק בהאומדנא אך לא הובאה דעה זו בפוסקים :

כד אמרו חו"ל [מ"ס פ"ה] אם עלו בו צמחים מחמת המכה או נפתרה המכה אחר שחיתה חייב לרפאותה ולתת לו דמי שבתו ואם עלו בו צמחים שלא מהמת המכה כגון שעבר על דברי הרופא שצוה לו שלא יאכל דבר זה ואכל וע"י זה עלו בו צמחים או הכביד עליו החולי ונתארכה אינו חייב לרפאותו ולא לתת לו דמי שבתו והנה דין זה לא יצוייר כלל לפי מ"ש דאודין את המחיה מקודם דאפילו נתארכה יותר מן האומד אינו מוסיף לו א"כ אף כשעלה צמחים מחמת המכה כיון שהוא יותר מהאומד א"צ ליתן לפיכך כתב הרמב"ם ז"ל דאם אמר המזיק אין רצוני בתקנה זו של האומד אלא ארפאנו רבר יום ביומו שומעין לו ולכן כשלא אמרו אלא ריפא אותו דבר יום ביומו יש חילוק בין עלן צמחים מחמת המכה לשלא מחמת המכה והרמב"ם הולך לשיטתו דהאומד הוה קולא על המזיק ולכן ביכלתו לומר איני חפץ במובת זו ואולי דוה עצמו הכריחו לפרש כן :

כה אבל לשיטת רש"י ז"ל דהאומד אינו למובת המזיק ובודאי דאינו יכול לומר ארפאנו דבר יום ביומו נ"ל דצמחים ענין אחר הוא ואינו בכלל אמידה דלאו כל מכה מעלה צמחים וא"א לשער מקודם ועוד דצמחים אפילו

אפילו כשהם מחמת המכה אינו שייך להמכה וכנרמא בעלמא והוא ויתבאר בסעיף כ"ח וראיה דהא יש בנם' מאן דפוטר בצמחים שמחמת המכה ומאן דמחייב דריש לה מקרא אלמא דמסברא לא היה חייב ולכן אפילו כשאמרוהו חייב בצמחים שמחמת המכה דא"א לאמוד זאת מקודם או אפשר לומר דמירי כשהיתה איזה סיבה שלא אמרוהו [מוס' סס ד"ס עלון] והשיר והש"ע לא כתבו רק דברי הרמב"ם ז"ל :

כו א"ל המזיק אני ארפא אותך כנון שהוא רופא או שיש לו רופא שמרפא בחנם אין שומעין לו דהמזיק יכול ליתר לו דמית עלי באורי אורב ורופא שאינו נוטל דמים אינו שוה כלום דאינו מדקדק בהרפואות ואפילו אם יאמר לו המזיק אביא לך רופא ממקום רחוק שיניח לי בזול יכול הניזק לומר לו שרופא המקום מדקדק יותר שלא יפסיד המחאתו ואם החובל והנחבל אינם דרים במקום אחר יכריח להחובל שיקח לו רופא ממקומו של הנחבל ואם יש שני רופאים במקומו ושניהם מומחים ושוים בחכמה אין הנחבל יכול לכוף להחובל ליקח לו דוקא רופא זה אא"כ שוה מומחה יותר או טוב במעט יותר מהשני [כ"ל] :

כז כתב רבינו הרמ"א בסעיף ג' די"א דצריך לו ליתן ג"כ תוספת מזונות הצריכין לו בחליו ממה שהיה אוכל כשהיה בריא עכ"ל ואין מי שחולק בזה וזהו בכלל רפואתו כיון שאינו יכול לאכול מאכלים פשומים שהבריא אוכל וכ"כ רש"י ז"ל [סס ד"ס] ועושין הכל ע"פ דברי הרופא:

כח איתא בגמ' [פ"ס] דכל מכה צריכין לאגוד מקום המכה ואם הנחבל רוצה לאגדה יותר מכפי הראוי דהיינו יותר בחזקה או לאגוד גם הבשר הבריא הסמוך להמכה [ס"ק] כדי להצילו מצינה וביוצא בזה אע"פ שע"י זה יעלה צמחים בהמכה [רס"י] ולא יתרפא מהרה [ס"ק] הרשות בידו ואין החובל יכול לבטחו בו ומזה ראיה לס"ש דאין הצמחים בכלל האומד ועוד איתא בגמ' שרבש וכל סיני מתיקה קשין למכה לפי שמחממין את המכה ודע שהפוסקים השמיטו דיני סעיף זה ולא ידעתי למה :

כט כיצד משערין הבושת הכל לפי המבייש והמתבייש שאינו דומה מתבייש מהקטן למתבייש מאדם גדול ומכובד דכשהמבייש אינו מכובד בושתו מרובה ויש מרבותינו שפרשו דעיקר בושת מרובה הוה מאדם בינוני דמאדם מזולזל אין הבושה נחשב שרבית אינם נחשבים ומאדם גדול בתורה או בעושר או מכובד בין הבריות נ"ב אין הבושת נדול כל כך מפני התיפך שמאיש כזה כדאי לפעמים לקבל בושה אבל מאדם בינוני הבושה גדולה דדבריו נחשבים ואינם לכבוד וכן המתבייש לפי מה שכבודו גדול בושתו יותר מרובה המבזה כהן בושתו מרובה מישראל דהא הישראל מחויב לחלוק לו כבוד וכן כשהכהן הוא המבייש בושתו יותר משל ישראל לפי ערך מעלתו :

ל כבר נתבאר דכל החמשה דברים שמין אותן מיד אחר החבלה ומיד נותנין להנחבל לבד מדמי ריפוי שמוסר לבי"ד כמ"ש בסעיף כ"ב ואמרו חז"ל שאע"ג שלתביעת ממון נותנין זמן ב"ד שלשים יום כשהנתבע מבקש זמן לפרוע מ"מ לחבלות אין נותנין זמן להנחבל רק כשנתחייב בדין מחוייב להשיג מעות מיד ולשלם [סס ל"מ] ואפילו יהיה מוכרח למכור ע"י וה נכסיו בזול [ס"ק] אמנם כשמבקש זמן לברר שלא חבלו כלל נותנין לו זמן אם צריך הוא לזמן וי"א דנם בזה ישליש המעות מיד וכשיברר שלא חבלו יחזירו לו ואינו כן [סס] אא"כ הב"ד מבינים שיש איזה הערמה בזה :

לא על בושת לבד כשלא עשה בו חבלה ואינו משלם אלא בושת נותנין לו זמן להביא ממון כיון שלא חסרו ממון אבל בחובל כיון שחסרו ממון הנזק או ריפוי ושבת אין נותנין זמן גם להבושת ואין מחלקין ביניהם [סמ"ע] וכן בצער לחור או צער ובושת כיון שאין בהם חסרון ממון נותנין זמן [סס] וכפ"ו כשמנבין לו ד' דברים צער ריפוי שבת ובושת אין נותנין זמן וכ"ש כשיש גם נזק אבל כשאין שם רק שני דברים צער ובושת נותנין זמן [וזסו ס"ס סמוס"ע בסעיף כ"ז כשמנבין ל' ד' דבריס לעומר מפילו בלא נזק ולפפוקי מני דבריס ונ' מיון כיוב מבלוס דוק ותבכמן :

לב אמרו חז"ל [פ"ס:] דאם הכהו באגנו או תקע לו באגנו ותרשו נתן לו דמי בולו דחרש אינו ראוי לשומו כעבד שהרי לא ימצא מי שיקחנו למלאכה [ס"ס] ולכן אם לא יחזור לבריאותו הוה כאלו איבדו בכל איבריו ודוקא כשאינו בעל אומנות אבל אם הוא בעל אומנות וראוי עדיין לאותו אומנות רואין כמה נפחתו דמיו ע"י זה ונותן לו דאע"נ דיכול לעשות אומנתו מ"מ אינו דומה גם במלאכתו לקודם חרשותו דאין לך מלאכה בעולם שא"צ לדבר עם בני אדם ולכן אמרו חז"ל לענין ערכין דגם חרש נידר ושמין אותו בדמים [ערכין ג':] אלמא דיש לו דמים ומירי בבעל אומנות כן כתבו רבותינו התוס' והרא"ש [ב"ק פ"ס:] אמנם לא אבין והרי גם שומה נידר [סס] ושומה ודאי דאינו ראוי לכלום והרמב"ם בפ"א מערכין לא כתב רק שנערכין ולא לשומת דמים ואף לנירסתנו בכשנה דערכין נוכל לומר דלאו בחרש ושופה גבורים מירי ורק ספני שהתנא קמ"ל שם שהם אינם נודרים ומעריכים וזהו רק כשאינם בני דעת נמורים אפילו אם גם אינם חרשים ושומים נמורים לזה אומר שאחרים נודרים ומעריכין אותם ויש במשניות שם חרש לא על חרש נמור כראיהא בירושלמי פ"ק דתרומות [ע"ם בסרע"ב מ"ב ובמוי"ע] :

לג זה שנתבאר דתקע באזנו ותרשו חייב זהו דוקא כשאחזו בטפי או בבגדיו ותקע באזנו אבל אם

לא אחזו אלא צעק נגד אזנו וחרשו אינו חייב אלא בריני שמים דגרמא הוא בין שלא עשה מעשה בגופו אבל באחזו בגופו אף שלא תקע באזנו כלל אלא הכה על הכותל בנגד אזנו ונתחרש חייב [סמ"ע] ואע"ג דבנזקי בהמה חשבינן את הקול למעשה כמו הרגעול שתקע בכלי ושברו דמשלם במ"ש בסי' ש"ן מ"מ באדם הוי קול גרמא דהוא בר דעת ומעצמו נבעת [קיצור ל"ד]:

לד יש מגדולי אחרונים שכתבו דזה שנתבאר דאם היה בעל אומנות וחרשו שמין הפחת לפי מלאכתו היינו דוקא שלא תפחת שומתו נגד סתם בני אדם כמ"ש בסעיף ט"ז [לבוש ומע"מ] ולכן אם שומתו מפחת זה עולה יותר מסתם בני אדם שמין לו באומנתו אבל בלא זה שמין לו כסתם בני אדם [ג"מ] ולא משמע כן מלשון הרא"ש והטור שכתבו מפורש דבבעל אומנות אינו נותן לו דמי כולו ומבואר להדיא דלאקולי נגד סתם בני אדם הוא ועוד דאיך אפשר לומר דפחיתתו באומנתו יהיה יותר מדמי כולו בסתם בני אדם ולא דמי לסעיף ט"ז דבשם בחסרון אבר דיש שומא לזה בסתם בגי אדם אלא שוה לפי אומנתו אין בו הפסד כל כך אין ספרא שיפסיד עי"ז אבל בחרשו שאין שום שומא לסתם בני אדם וחשבינן כאלו הרגו והרי זה האיש לא הרגו לכן חשבינן ליה לפי אומנתו ולא חשבינן כאלו הרגו והרי לא חסרו שום אבר אלא שאינו ראוי למכרו כעבד כמ"ש בסעיף ל"ב וכיון שזה עדיין ראוי למלאכתו אלא שנפחת שמין לו לפי עצמו משא"כ בחסרון אבר הרי עכ"פ החסירו אבר ולמה יפסיד דמי אברו בשביל אומנתו:

לה סימא את עינו ולא אמדוהו בנין שלא הספיק העת עדיין לשומו ואח"כ קטע ידו וג"כ לא אמדוהו ואח"כ קטע רגלו וג"כ לא אמדוהו ואח"כ חרשו הואיל ולא אמדוהו בכל נזק ונזק נותן לו רק דמי כולו אמנם ההפרש בזה לא בל כך גדול דלנזק ושבת אין חילוק בין חד אומדנא ובין שומת כל אבר לבד דבכל שומא שמין כמה נחסרו דמיו בשביל אותו אבר עד שיצטרפו כל אבריו יחד וגם שבת שבין חבלה לחבלה פשיטא שנותן לו כי עדיין הוא ראוי למלאכה כשיתרפא כל זמן שלא חרשו ואין חילוק רק לצער וריפוי ובושת וגם זהו ודאי דצריך ליתן לו צער ריפוי ובושת של כל חבלה וחבלה בפ"ע דהא היה לו כל זה אלא דיותר יעלה בשישומו כל אחד בפ"ע ממה שיעלה כשישומו כאלו עשאן כולם כאחד ואין ביניהם אלא דבר מועט ובנזק ושבת גם דבר מועט אין הפרש כי גם לבסוף שמין כמה נפחת דמיו בשביל כל אבר ואבר בפ"ע [סמ"ע בשם סעזר וזכו כווזת סרמ"ח בסעיף כ"ו ומרמ"י פ"ה: מצומצ דיק בנזק מין חילוק ע"ם בד"ס חלת]:

לו אמדוהו ב"ד לכל נזק ונזק ואח"כ חרשו ואמרוהו עתה לפי חרשיתו הוי ספיקא דדינא אם אומרין עיני שישלם לפי כל אומד בפ"ע או אפשר ביון שלא שילם עדיין חוזרין ואומדין רק אומר אחד ופסק הרמב"ם ז"ל בפ"ב דאין נוכין ממנו אלא אומר אחד דמי כולו בלבד ואם תפס הנחבל נזק כל אבר ואבר ודמי כולו בשחרשו לפי שויו אחרי הנזקין הקידמין אין מוציאין מידו והולך לשיטתו דבספיקא דדינא מהני תפיסה ויש חולקין עליו והרא"ש ז"ל פסק דנוכין ממנו לפי כל אומר בפ"ע והמהו עליו מה שפסק נגד מפק שנשאר בנמ' ואפשר דומר דמ"ל דכיון דמסקינן בהש"ס שם [ג"פ] דנוכין מהמזיק מיד כל החמשה דברים א"כ למה ירויח במה שלא נתן עד עתה והספק אינו אלא אם נאמר דאין נוכין מיד ולא לפי המסקנא [סרי"ף ז"ל סמגיט כל ויוסי הלו מסוס דלת שפימי]:

לז בדיני רוצחים כתיב אם באבן או באגרוף אשר ימות בו הכהו ופירשו חז"ל דבעינן אומד אם ראוי אבן כזה להמית הורגין את הרוצח ואם לאו פטור דמשטיא הוא דגזרי עליה ואינו נקרא רוצח ויתבאר בסי' תכ"ה וכן הדין בנזקין דכשם שאומדים למיתה כך אומדים לנזקין כיצד הרי שהכה חבירו בצרור קטן שאין בו כדי להזיק או בקיסם של עץ קטן וחבל בו חבלה שאין חפץ זה ראוי לעשותו ה"ז פטור דמזולו של המוכה גרם שנאמר באבן או באגרוף דבר הראוי להזיק ופטור מכל החמשה דברים לבד מבושת דחייב דהרי אפילו רקק בגופו של חבירו חייב בבושת והבושת הוא לפי החבלה שעשה ואין בבושת חילוק בין בא מאבן גדול לקטן [סמ"ע]:

לח לפיכך צריכים העדים לידע במה הזיק ומביאים הדבר שהזיק בו לב"ד ואומדים אותו אם ראוי זה **הרבר** לחבלה כזו ודנין עליו ואם **הבהו** באגרוף רואין ושמין אגרופו לפי כחו ואם נאבד הדבר שהכה בו ואמר החובל שלא היה בו כדי להזיק והנחבל אומר שהיה בו כדי להזיק ישבע הנחבל ויטול דהרי אף אם החובל אומר לא חבלתי נשבע הנחבל כשיש רגלים לדבר כמ"ש בסי' צ' דכן תקנו חז"ל וב"ש כשמורה שהכהו ומסתמא כיון שהזיקו היה בו כדי להזיק [סמ"ע]:

לט אמרו הז"ל [סנה' ע"ו:] דאם הכהו בברזל אין לו אומר אפילו למיתה וב"ש לנזקין ולכן לא כתיב בברזל אשר ימות בו דאפילו מחט קטנה ראויה להמית וא"צ לומר להזיק ודוקא בעין מחט שהיא חדה אבל אם לא הזיק אלא מחמת משקלו שאינו מחודד כלל או אפילו הוא מחודד אלא שלא המית בחידודו אומדים אותו בשארי דברים:

מ אע"פ שנתבאר דהנחבל נאמן בשבועה כשאומר שהיה בו כדי להזיק זהו בדבר חבלה הניכרת על פניו או על גופו אבל בחבלה שאינה ניכרת אינו נאמן בשבועה אלא בעדים כגון שאומר נחרשתי או נסמית אינו נאמן אע"פ שהחובל

אינו מכחישו בברי דכיון שאין אנו מכירין החבלה חיישינן שמא מערים ואינו נוטל הנזק עד שיברקוהו זמן מרובה ויהיה מוחזק שאבר מאור עיניו או נתתרש :

נא המבעית את חבירו פטור מדיני אדם אע"פ שחלה מהפחד דגרמא בעלמא הוא ביון שלא עשה מעשה בגופו וחייב בדיני שמים ודוקא בשלא ננע בו כנון שצעק לו מאחוריו ונבהל או שנראה לו באפלה אפילו בפניו כיון שלא ראהו מקודם נבהל מהבעתתו וכיוצא בזה אבל אם ננע בו והדפו בשעה שהבעיתו או אפילו רק אחזו בבגדיו חייב כמו בתוקע באוזנו בסעיף ל"נ :

נב אע"ג דלנוקין אדם מועד לעולם בין שונג בין מזיר מ"מ אם הנחבל נעשה בגרם לעצמו פטור כנון הזורק אבן ולאחר שיצא האבן מת"י הוציא הלה את ראשו מחלון או מחצר ופנעה בו פטור מכל החמישה דברים אע"פ שהנחבל נ"כ לא ידע שיפנענו אבן ובפירוש מיעטיה קרא כרוצח דכתיב ונשל הברזל מן העץ ומצא את רעהו ומת דמשמע דרעהו קדים אבל לא שהדבר המזיק קדמו ואח"כ המציא א"ע וה"ה בחבלות דגם בחבלות באונס גמור פטור כמ"ש בסי' שע"ח ואין לך אנוס יותר מזה הומיר חולק בזה :

נג כשם שאין אדם רשאי לחבול בחבירו כך אינו רשאי לחבול בעצמו דכתיב השמר לך ושמור נפשך וכתיב ואך את דמכם לנפשותיכם אדרוש מיד נפשותיכם אדרוש את דמכם [המוכל ל"ת:] וזהו בין לממית עצמו בין לחובל בעצמו שעובר בלאו ומ"מ אחרים שחבלו בו חייבין בתשלומי נזקו אף שהוא רגיל לחבול בעצמו ועמ"ש בסי' שפ"ב :

נד החובל בחרש שוטה וקטן חייב ועל הבושת פטור בשוטה דאינו בר בושת וקטן נמי אינו בר בושת אא"כ מגדיל קצת שכשמבריישים אותו מתבייש ותרש יש לו בושת ונ"ל דגוק ושבת אינו נ"כ בשוטה דאינו בר מלאכה ותרש נמי אם הוא חרש נמור אינו בנוק ושבת דהא חרשו נותן דו דמי כולו אא"כ הוא בעל אומנות כמ"ש בסעיף ל"כ וקטן נמי אם אינו בר מלאכה אינו בשבת והחובל בעבד חייב בכולן ומ"מ אינו רומה מבייש את הקטן למבייש את הגדול ומבייש עבד למבייש בן חורין ומבייש חרש למבייש פקח והב"ד ישומו לכולם כפי ערכם ולמי מוסרין המעות יתבאר בסי' תכ"ד :

נה אמרו חז"ל [סם פ"ו:] המבייש את העדום או מי שהוא בבית המרחץ פטור ופירש"י דבשעה שעומדים ערומים אין להם בושת וכן משמע מלשון הרמב"ם ורבותינו בעלי התוס' פירשו דודאי בכל ענייני בושת בנון רקק בו או סמרו יש בושת בבית המרחץ כבשאר מקומות וזה שאמרו חז"ל דפטור זהו כשבייש בענין ערומתו בנון שהתחיל לפשוט את בגדיו ובא זה ופשט חלוקו מעליו דבלא זה היה פושטו ואף שזה מיהר להעמידו ערום אין זה בושת [כ"מ מלמב"ל סם] אבל אם הוא ברצונו לא רצה להפשיט א"ע אלא שנשבה בו הריח והגביה בגדיו קצת ונראה קצת ערום ובא אחר והוסיף להגביה בגדיו ונראה יותר ערום וכן אם הגביה בעצמו בגדיו במקצת לירד לנהר לרחוץ רגליו וכיוצא בזה או שעלה מהנהר ובגדיו היו מוגבהים קצת ובא אחר והגביהם יותר חייב בבושת ומ"מ אין בושתו של זה מרובה כל כך כמו המבייש את מי שאינו ערום כלל [סרי"ף ומרמ"ם סעמיקו מסכח דסם כמו סמיל וע"ל סמ"ל כסמנים וכוסם לעיומתו לח סייך סם ויך ללמח זיקח לח סמיח לפיכך סממיו וכו"ק] :

נו המבייש את חישן וניער אח"כ חייב בבושת דהא יש לו בושה כשנתוודע מזה ומ"מ אינו דומה לבייש כשהוא ניעור [ל"נ] ואם מת בתוך השינה ולא הרגיש בהבושת הוי ספיקא דדינא אם חייב בבושת משום דלבני משפחתו נשאר הבושת או כיון שהוא לא ידע מהבושת פטור המבייש ופסק הרמב"ם ז"ל דאין נובין הבושת ואם תפסו יורשיו אין מוציאין מידם כדעתו בב"מ דבספיקא מהני תפיסה ויש חולקים דלא מהני תפיסה ולבר מזה נראה יותר מסוגית הש"ס [סם] דהבושת הוא רק לדידיה ולא להמשפחה [עמוס פ"ו: ד"ס ביטו יסן] ולכן י"א שהוא פטור בודאי והמבייש את הסומא חייב דסומא יש לו בושת ויישן שבייש בשנתו בלא כוונה כנון שרקק בשנתו על חבירו וכיוצא בזה פטור דבושת בעי כוונה כמ"ש בסי' תכ"א :

נז רקק בגופו של חבירו בכוונה כדי לבישו חייב בבושת אבל רקק בבגדיו או שבישו בדברים פטור ולפינן לה מדכתיב והחזיקה במבושיו דבעינן מעשה בגופו וזהו מדינא אבל מ"מ יש לב"ד בכל מקום לגזור הבושת בדברי חרופים וגדופים ויש בידם לקנוס וי"א שכופין בכל מיני כפיה עד שיפיים את המתבייש דאין לך בושת גדול יותר מבושת דברים בחרופין וגדופין וי"א שמכין אותו מכת מרדות דהרי עבר על לאו דלא תונו ויש אונאה בדברים ונחלה מאונאת ממון כמ"ש בסי' רכ"ח אלא מפני שהוא לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו מן התורה אלא לוקין מכת מרדות :

נח וכתב הרמב"ם ז"ל דאע"פ שהמבייש בדברים אינו בר תשלומין עון גדול הוא ואין המחרף ומנדף לעם ומביישן אלא שוטה רשע ונם רוח וכל המלבין פני אדם כשר מישראל אין לו חלק לעוה"ב עכ"ל וצדיך לבקש ממנו מחילה ודין המבייש ת"ח נתבאר בי"ד סי' רמ"ג ע"ש :

נט המוציא שם רע על חבירו הוי בכלל המבייש בדברים בפניו ועוד גדול עון זה מבבייש בפניו שמפרסם לרבים השם רע וזהו עון לה"ר ולא נתחתם גזר דין של אבותינו במדבר אלא על לשון הרע שהוציאו

על א"י ומה המוציא ש"ר על עצים ואבנים כך המבייש לחבירו על אחת כמה וכמה [ערכין ט"ו] וכל המספר לה"ר נגעים באים עליו וכאלו כפר בעיקר שנאמר אשר אמרו ללשוננו נגביר שפתינו אתנו מי אדון לנו ועל עון זה אמר שלמה טוב וחיים ביד לשון ועוד כתיב חץ שחוט לשונם שהורג בלשונו למרחוק בכחץ והמספר לה"ר הורג שלשה למספרו ולמקבלו ולאומרו ושקולה עבירה זו כנגד שלש עבירות החמורות [סמ] דע"י לה"ר ביכולת לבא לכופן והרבה חורבנות והרבה קלקולים באו ע"י עון הזה ועד היכן נקרא לה"ר אפילו כשאומר בלישנא ביישא היכן נמצא אש תמיד בכבית פלוני שצולין בשר בכל יום [סמ] כשאומרה בדרך לה"ר ואף אם מדבר בשפת חלקות אם כוונתו ללה"ר קללו דהכע"ה ואמר יכרת ה' כל שפתי חלקות לשון מדברת גדולות ומה הקנתו של אדם שלא יבא לידי לה"ר יעסוק בתורה דכתיב מרפא לשון עץ חיים ועץ חיים היא התורה [סמ]:

ג המקנטר לחבירו בדברים כגון שאומר לו איני עבריין איני ממזר וכן כל מין בזיון אע"פ שלא אמר כמוך הוי כאלו פירש כמוך דכן הוא סגנון הדברים בחרופין אבל האומר לחבירו הרי אתה עושה כעבריין או כממזר אינו כמו שאומר שהוא עבריין או ממזר אלא שאומר לו שבמעשה זה יעשה כמוהו ואם אמר אתה כממזר י"א ג"כ שזהו כהקודם וי"א דזה הוה כאלו קראו ממזר כיון שאינו אומר על מעשיו אלא עליו ואם אומר אתה משקר כמו ממזר אם לא שתתברר דבר זה או כיוצא בו שהטיל איזה תנאי בריבורו אינו כלום וכל זה הוא לענין להענישו אבל בידי שמים חייב בכל ענין אם היתה כוונתו לבזותו וכשמתרה בעל תשובה הוה אונאת דברים ורגם"ה גזר על זה בגזירה חמורה וכתבו הקדמונים דאיש שתרף לאשה יתענה בה"ב וישב יחף לפני בהכ"נ ויבקש מחילה על הבימה דלאשה חמור מלאיש שמוציא לעז על בניה ובושתה מרובה משל איש:

נא האומר לחבירו פסול אתה י"א דיכול לתרץ דבריו דפסול משום קורבה קאמר אם והו ענין ששייך בו פסול קורבה כמו לעדות וכיוצא בזה ומעשה באשה אחת שיצא עליה קול שונתה בעיר טבריה ולא היו עדות בזה רק קול בעלמא וצוותה לה אחד מטבריה טבריה ופסקו דלא מקרי ביוש בפרהסיא ואין עונשין אותו בב"ד ועונשו מסור בי"ש כי בוחן תעלומות יודע את כל הלבבות וכל ממתרי מחשבות אם לעקל ואם לעקלקלות:

נב המדבר רע על שוכני עפר צריך לקבל עליו תענית ותשובה ועונש ממון כפי ראות עיני ב"ד ואם קבורים בממון לו יקר על קבריהם ויבקש מהם מחילה ואם קבורים בייחוק מקום ישלח שם שלוחו והשליח יקח שנים מהעיר וילכו על קברו ויבקשו מחילה בשם המחרף:

נג בעניני חרופין וגדופין ובכל מיני בושת אם המבייש כופר ואומר לא ביישתי אין נותנין לו שבועה על זה דאין זה הפסד ממון שנשביע ע"ז ואפילו קבלה אין נותנין לכל מי שיודע שיבא ויעיד לב"ד ורק על ביושים של שוכני עפר בכריזים לעדות ובתב רבינו הרמ"א דזהו הכל לפי ראות עיני ב"ד ואם רואין לפי פרצת העון להשביע משביעין ג"כ:

נד כתב הסמ"ע בשם מהר"ם מריזבורק האומר לחבירו ממזר או עבד או רשע או גואף או פסול או נבל לוקה מכת מרדות ואם קראו עובר או מלשין או גנב הוי בקוראו רשע ויורד עמו לחייו ומוהר להכותו דעובר על לאו דלא הונו אבל אם קראו מסא או כלב או שארי חירופין אין בהם דין אלא צריך לפיים חבירו עכ"ל ואם אמת הוא שהוא ממזר אף שעשה איסור דהרי אין לבייש שום אדם אפילו באמת מ"מ אין עונשים אותו בב"ד ודינו מסור לשמים ואפילו בזה גם את אביו כנגן שקרא אותו מלשין בן מלשין ואביו אינו מלשין פטור דדרך לבזות האב כשהבן אינו הולך בדרך ישרה כדכתיב את אביה היא מחללת אמנם אם קראו ממזר בן ממזר אף שהוא ממזר חייב מלקות על שקרא את אביו ג"כ ממזר ספני שזהו הוצאת ש"ר על כל זרעו ואינו דומה לשארי חירופים וכל זה כשיכול לברר שאמת אמר עליו אבל אם אינו יכול לברר האמת אף שמברר ששמע כן מאחרים שאמרו זה הפסול עליו מ"מ עונשין אותו כי אסור להוכיר שום פסול על איש ע"פ שיחה בני אדם כל זמן שלא נתברר הפסול ע"י עדים בב"ד וכתב המהרש"ל שמצא בשם גדולים שבמקום שהמחרף חייב מלקות פוטרין את המלקות בממון בח' והובים ריינ"ס ואפילו אם המתבייש אינו מרוצה בכך [ויב"ס המובל סי' מ"ט] והמבייש ממוני וראשי העיר דינו כמבייש ת"ח [ס"ך] וכן כל העוסקים במצות ובהתמנות של מצות דינם כת"ח לוח:

נה יש מיני הכאות שיש בהם בושת הרבה וצער מעט וכבר פסקו להם חז"ל דמים קצובים וכולם קנסות הן ואותו הממון הקצוב הוא דמי הצער והבושת והריפוי והשבת בין שצריך ובין שא"צ משלם השיעור הקצוב ויש חולקים ואומרים שאלו הדברים שתקנו חז"ל ממון קצוב אינו אלא משום בושת וצער אבל ריפוי ושבת הכל לפי הענין וכ"כ רבינו הרמ"א:

נו ואלו הן התשלומין שתקנו חז"ל [ב"ק כ"ז:] הבועט בחבירו ברגלו משלם חמשה סלעים הכהו בארכובתו משלם ג' סלעים דברגלו הוי הבושת יותר הכהו בידו אם קבץ אצבעותיו והכהו בידו כשהיא אגודה שקורין פוי"ם משלם י"ג סלעים ואם הקע לחבירו בכפו הפשוטה ולא על פניו אלא בגופו אינו משלם אלא סלע סטרו על פניו משלם חמשים סלעים סטרו באחורי ידו דהבושת עוד גדול יותר משלם מאה סלעים וכן אם צרם באזנו או חלש בשערו או רקק והגיע בו הרוק בגופו משלם כאה סלעים

סלעים וכן אם פרע ראש האשה משלם מאה סלעים וכן הקורא לאשת חבירו זונה או פרוצה משלם מאה סלעים או לוקה ארבעה פעמים מלקות [סמ"ע] וכוה הוא משלם על כל מעשה ומעשה כיצד בנתן שבעה בחבירו ארבע בעיסות אפילו זו אחר זו משלם עשרים סלעים על כל בעיסה חמש סלעים סמרו על פניו שתי סמירות משלם מאה סלע וכן כולם :

נז וכתב הרמב"ם בפ"נ מחובל דכל אלו הסלעים הם מכסף א"י באותו הזמן של חכמי המשנה שהיה בכל סלע חצי דינר כסף וג' דינרין ומחצה נחשת לפיכך מי שנתחייב בהכאות אלו לשלם ק' סלע ה"ז משלם י"ב סלע ומחצה כסף נקי עכ"ל דסלעים אלו הם סלע מדינה שהיא שמינית שבסלע צורי שהוא ד' דינרים והסלע מדינה הוא חצי דינר שהוא שלשה מעין וכתב רבינו הב"י שכל מעה משקלה ט"ז שעורות כסף צרוף שהוא עושמנ"י אחת וזהו סטבע ישמעאלית שהיה בזמנו ולפי מעות שלנו נתבאר ביו"ד סי' ש"ה ע"ש :

נח עוד כתב הרמב"ם ז"ל דכל השיעורים האלו הם בארם סכובר אבל אדם מכוזה שאינו מקפיד בכל אלו הדברים וביוצא בהן אינו גומר אלא לפי מה שראוי לו וכמו שיראו הדיינים שהוא ראוי לימול לפי שיש בני אדם בעורין שאין מקפידין על בשתם וכל הזם מבזים עצמם בכל מיני ביזוי דרך שחוק וקלות ראש או כדי ליטול פרוטה אחת מן הלצים המשחקים עמהם עכ"ל דבושת הוא לפי ערך האדם וכתב רבינו הרמ"א די"א דאע"ג דאיתא בגמ' הקורא לחבירו ממזר סופג את הארבעים [קידושין כ"ז:] מ"מ יש מקומות שאין נוהגין כן והולכין אחר המנהג וע"ל דה"ה באלו דברים הנזכרים עכ"ל וזהו כעין מ"ש בסעיף נ"ד שנהגו לפרוע הבלקות בממון ויסוד הטעמים בזה מפני שאין בידינו כח להעמיד משפטי הרת על תלה אבל בשיש כח מחייבים לקנוס ולעשות גדרים ותקנות לעוברי עבירה לפי ראות עיניהם וכבר נתבאר בסי' א' סעיף י"א דאע"פ שאין אנו דנין דיני קנסות בזמה"ז אין זה כלל על כל הקנסות ע"ש ונתבאר שם סעיף ג' דעל חבלות אין מגבין בזמה"ז נזק וצער ובושת אבל ריפוי ושבת מגבין ויש חולקין כמ"ש שם :

סימן תכא [חיובי נזקין אלו אם בכוונה או אפילו שלא בכוונה ובו י"ט סעיפים] :

א אלו החמשה חיובי נזקין אינן דומין זל"ז בענין כוונת הנזק דבנזק חייב בין שהזיק במזיר בין בשוגג בין באונס ובין ברצון לבד באונס גמור ושהניזק הוא כקצת פושע כמו שיתבאר ודרשינן זה מקרא דפצע תחת פצע ועל צער ריפוי ושבת אינו חייב אלא במזיר או שוגג קרוב למזיר כגון שנתקוטטו זה עם זה וע"י הקטטות דחף האחד את חבירו והזיקו ואע"פ שלא היה בכוונת נזק ולא עשה במזיר מ"מ הוא קרוב למזיר דהיה לו להזהר ולמדנו זה מקרא דכי יריבון אנשים והכה איש את רעהו דמשמע דע"י המריבות הבהו אף שלא היה בכוונת נזק דאם נאמר שהיתה כוונתו להזיקו למה כתבה התורה המריבה ובפסוק זה כתיב שבת וריפוי וממילא דהצער נמשך אחר זה דבמקום שיש שבת וריפוי בע"כ יש צער אבל על בושת אינו חייב עד שיתכוין להזיקו או לביישו ושלא בכוונה פטור ולמדנו זה מקרא דוהחזיקה במבושיו דמשמע שבכוונה עשתה ואת לבייש כדמשמע לישנא דשלחה ידה דאל"כ למה לנו לספר שהחזיקה במבושיו דוקא ולכן סיימה התורה וקצותה את כפה כלומר שמהראוי לקונסה בעד וה כמ"ש בסי' ת"כ :

ב אע"ג דלנזק אדם מועד לעולם אף באונס מ"מ באונס גמור פטור וביאור הדברים כגון שישנו שניהם כאחד ונתהפך אחד מהם על חבירו והזיקו או קרע בגדיו חייב דלא היה לו לשכב אצלו אבל אם היה ישן לבדו ובא חבירו ושכב בצדו והזיק הראשון להשני פטור דאנוס גמור הוא ומה היה לו להזהר אבל האחרון שהזיק להראשון חייב וכן ראובן ששבב לבדו ובא שמעון והניח כליו בצדו ונתהפך ראובן עליהם ושברן פטור שזה שהניחם בצדו פישע הוא ואם היו הכלים של אחרים חייב המניח בהזיקן ולא עוד אלא אפילו אם זה הישן הזיק בהם חייב המניח בנזקי [סמ"ע] ומפרש זה תדין על כל מיני אונסים רבים:וזהו נדול כזה שנתבאר פטור המזיק וכמ"ש בסי' שע"ח ובדעת הרמב"ם ז"ל נתבאר שם בסעיף ג' ע"ש :

ג וכן שנים שנתאבקו יחד ברצונם והאחד הפיל את חבירו לארץ ונפל ונסמית עינו פטור המזיק דאף שאין זה אונס לגבי המזיק מ"מ הרי הניזק ירד ע"מ כן שכן דרך המתאבקים ואדעתא דהכי נהאבקו יחד ומחלו ול"ז ולא דמי למה שיתבאר דאם א"ל קטע את ידי וקטעו דחייב לפי שאין אדם מוחל על נזקי גופו דזהו ודאי דכן הוא[דלמה יעשה כן והלינן שהששטה בו אבל במה שעשו שניהם ברצון וידעו שע"י ההתאבקות בהכרח שאחד יפיל את חבירו בע"כ דמחלו וז"ז [ומ"ל למ"מ ססמ"ע כמוש מק"ו] :

ד וכיון דבושת אין חיובו אלא במתכוין לפיכך ישן שבייש פטור אפילו כשהוא קרוב למזיר כגון שע"י שנתו

שנתו אצלו גילה ערותו וביוצא בזה באופן שחייב בכל הד' דברים מ"מ על הבושת פטור כיון שלא נתכוין [ובע"כ ל"ל כן פי' סמכמ"ס דסהובל פ"ו: דמל"כ מלי מיירי] כנסת ומקורן דקהוק סס"ע סק"כ ע"ס] :

ה כתב רבינו הרמ"א בסעיף א' וכן מי שקובל על חבירו שהלשינו או גנב לו וביוצא בזה אע"פ שלא יוכל לברר עליו מ"מ פטור דהרי לא כוון לביישו ע"ל ר"ל שוה הובעו במה שהוציא עליו שם מלשין או גנב ותובעו דמי בושתו מ"מ פטור מפני שיכול לומר לא כוונתי אלא לגבות דמי הזיקו [סמ"ע] ואע"נ דגם בל"ז פטור בביישו בדברים כמ"ש בסי' ת"כ סעיף מ"ו אפנם מפני שגם בזה יש כח ביר ב"ר לקונסו אבל בכה"ג אין לקונסו כלל [ל"ל] :

ו אע"ג דבושת בעי כוונה מ"מ לא דמי למיתה דנ"כ אין הרוצה חייב מיתה כשהמית אדם בלא כוונה אבל במיתה בעינן דוקא שיכוין להמית את זה שהרגו ואם נתכוין להרוג את ראובן והרג את שמעון פטור ולפינן מדכתיב וארב לו וקם עליו עד שיתכוין לו במ"ש בסי' תכ"ה ובבושת אף שנתכוין לבייש את ראובן ובייש את שמעון חייב והמתכוין לבייש את הקטן ובייש את הגדול נותן לגדול דמי בושתו של קטן אם זה הקטן הגיע לכלל בושת ע"פ מ"ש בסי' ת"כ סעיף מ"ד ואם נתכוין לבייש עבד ובייש בן חורין נותן לו דמי בושתו של עבד דלעולם אינו חייב בבושת יותר מלמי שנתכוין לביישו ואם זה שנתכוין לביישו בושתו יותר ממי שביישו פשיטא שא"צ ליתן לו מה שהיה נותן למי שנתכוין ואין לדקדק למה לא הרשינן גם בבושת מקרא דוהחזיקה בסבושיו עד שיתכוין לו כמו שבאמת יש תנא בגמ' שם דס"ל כן נראה משום דבמיתה בע"כ איצטריך להך דרשא דלהורות שאינו חייב מיתה בלא כוונה א"צ דכמה קראי כתיבי דבשוגג פטור ממיתה אבל בבושת הא איצטריך קרא לכוונה דלא נימא דחייב גם בלא כוונה כמו בכל הד' דברים [ומ"ש קוסית סוס' סס פ"ו ולכן הכמב"ם לקח מסמ"ד מרומה פסק כר"ם מ"מ בפ"ו מהובל פסק דלא כר"ם ושגמ' סס מדמי ל"ז כמ"ם הלמ"מ ועמ"ש בסי' מ"ה סעיף י' ורמיס מיכמות ל"ד דאמר מר מיני חייב על סבושת עד שיכוין ולא למר מיכוין לו] :

ז וכן לא דמי בושת למיתה דבמיתה בעינן שיכוין להמיתו ובבושת אע"ג דבעינן שיתכוין מ"מ לא בעינן שיתכוין דוקא להבושת אלא כיון שנתכוין להזיק אף שלא נתכוין לבייש חייב [סמ"ע דכ"ק] :

ח אם בא אחד להציל את שלו מחבירו ולא היה יכול להציל אלא ע"י בושת כמו אשה שבקשה להציל את בעלה מיד מכהו ולא היתה יכולה להצילו רק ע"י הבושת פטורה [סס כ"מ] ואפילו שליח ב"ר שהכה את המסרב ברשות הב"ר והמסרב הכהו להשליח ב"ר ובאת אשת השליח ב"ר וביישו אותא בירושלמי דהחובל [ל"ל ג'] דפטורה וכן שליח ב"ר שבייש את המסרב מלבוא לב"ר או לקיים הפס"ד פטור [גמ' סס] והפוסקים לא הביאו דינים אלו ולא ידעתי למה :

ט בכל מקום שחובל בחבירו בכוונה חייב בחמשה דברים אפילו נכנם חבירו לרשותו בלא רשות וחבל בו והוציאו חייב דגהי שיש לו רשות להוציאו אין לו רשות לחבלו אבל כשמסרב ואינו רוצה לצאת י"א שיש לו לבעה"ב רשות אפילו לחבול בו כדי להוציאו ודוקא כשאינו יכול להוציאו בלא החבלה [ל"ל] וכ"ש אחר שרוצה לעבור עבירה ומבהו שלא יעבור [סס] וכן מי שיש לו משרת או משרתת וחושש שיגנבו ויש לו ראיות שחשודים על גניבות יכול להוציאם קודם כלות זמן שבירותם ואם מסרבים לצאת יכול להכותם אם א"א לו באופן אחר :

י הנכנם לחצר חבירו שלא ברשות ולא ידע בעה"ב שנכנם והזיקו בעה"ב שלא בכוונה פטור מכלום דזהו אונס גמור כמו השוכב אצל הישן שנתבאר דלא ה"ל לאסוקי אדעתא שאחד יכנס שלא ברשות לחבירו ואם הבעה"ב הזק בו חייב כיון שנכנם שלא ברשות ודוקא כשלא ידע בו ולא ראהו שנכנם אבל אם ראהו והזיק בו פטור דראיהו דאיק אנפשיה ואם היו שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות והזיקו זה בזה שניהם פטורים הזיקו וא"ו בכוונה שניהם חייבים כן פסקו רבותינו בעלי הש"ע בסעיף ח' והארכנו בזה בס"ד בסי' שע"ח מסעיף י"א עד סעיף י"ח ע"ש :

יא המבקע עצים ברה"ר ופרח עץ מהביקוע והזיק ברה"י או שבקע ברה"י והזיק ברה"ר או ברה"י אחר חייב בד' דברים דזהו כשוגג קרוב למזיד דה"ל לאסוקי אדעתיה שהעץ הפורח יזיק להעובר והיה לו לבקוע במקום שאין דרך בני אדם להלוך ופטור מבושת מפני שלא כוון להזיק ואם בקע במקום שאין דרך בני אדם לעבור שם ואירע שעבר אדם דרך שם והזיקו העץ בריפוי צער ושבת ודאי פטור דאין זה שוגג קרוב למזיד ובנזק חייב דאין זה אונס גמור [ל"ל] וכן הנכנם לחנותו של נגר בין ברשות ובין שלא ברשות ונתזה בקעת ופצחה לו על פניו חייב בד' דברים אפילו כשלא ראהו שנכנם ושלא ברשות מפני שביתו של אומן הוי כברשות כיון שדרך בני אדם ליכנס שם ומוזהר ועומד להיות והיר במלאכתו שלא יזיק ומבושת פטור שאין זה בכוונת נזק וי"א דזוקא כשידע בו שנכנם אבל כשלא ידע פטור מד' דברים ושתי הדעות בטור ע"ש ומצד הסברא נראה דאפילו להי"א אינו פטור כשלא ידע מנזק דאין זה אונס גמור אלא דבטור לא משמע כן :

יב היתה לו אבן מונחת בחיקו בין שלא הביר בה מעולם שמונח האבן בחיקו ובין שהכיר בה ושכחה ועמר ממקומו ונפלה האבן והזיקה חייב בנזק דאין זה אונס גמור בטה שלא ידע שהאבן מונח בחיקו ופטור מד' דברים מפני שאין זה קרוב למזיד אף בהכיר בה

והוא שוגג נמור אע"פ שאינו אנוס נמור וכן אם נתכוין לזרוק שתי אמות וזרק ארבע או ארבע וזרק שמונה או שהזיק כשהוא ישן חייב בנזק ופטור מד' דברים מטעם זה דשוגג נמור הוא אבל אינו אנוס נמור דלא היה לו לזרוק כלל או היה לו לצמצם היטב שלא יפרח יותר משתי אמות וכן בישן לא היה לו לשכב אצל איש אחר כמ"ש בסעיף ב' אבל הזורק אבן והוציא הלה את ראשו וקבלה פטור מכלום דזהו אונס נמור כמ"ש בסי' ת"כ סעיף מ"ב והטור חולק בזה וס"ל דחייב בנזק :

יג מי שנפל מן הגג ברוח מצויה והזיק חייב בד' דברים לפי שהוא שוגג קרוב למזיד כיון שיכול ליפול ברוח מצויה לא היה לו לשכב על הגג ושע"י זה יזיק לאחרים ופטור מבושת שהרי לא נתכוין להזיק ואם נפל ע"י רוח שאינה מצויה ובמצויה לא היה נופל אינו חייב אלא בנזק דשוגג נמור הוא אבל אינו אונס נמור דליפטר גם מנזק מפני שלפרקים מצויות רוחות כאלו וכן אם אף ע"י רוח שאינה מצויה לא היה נופל ג"כ אלא שנתהוה סערה שאינו מצוי כלל פטור גם מנזק [ל"ל] ואם בדרך נפילתו נתחפך והיתה כוונתו שיפול על האדם חייב אף בבושת אע"פ שלא כוון לביישו דכיון שנתכוין להזיק חייב כמ"ש בסעיף ז' וי"א דאפילו אם לא כוון להזיקו אלא בשביל הנאת עצמו שלא יחבטם בהקרקע חייב דזהו כבוונת נזק כיון דא"א בענין אחר (רמ"י ומוי"א דאם כוון רק להנאתו פטור מבושת [ים"ם וסנ"מ] והמזיק לאשתו בתשמיש חייב בד' דברים ופטור מבושת כיון שלא היה כוונתו להזיק ואין לפוטרו מד' דברים מפני שאשתו עמו במלאכתו דאין זה רק בשמרים ולא באדם המזיק וכן הסכימו מגדולי האחרונים :

יד האומר לחבירו קטע את ידי או סימא את עיני על מנת שאתה פטור ועשה כן מ"מ חייב בכל החמשה דברים שהדבר ידוע שאין אדם רוצה בכך ולשחוק נתכוין ולא דמי להזיק ממון שבמפי' ש"פ ודוקא על ראשי אברים הדין כן אבל אם א"ל הכני פצעני ע"מ לפטור פטור [מ"מ] וי"א דאם א"ל בפירוש קטע את ידי ע"מ לפטור פטור מכלים אלא שאם לא א"ל בפירוש רק דברים שמשמען כן אנו דנין דבריו שלא פטרו כנון שא"ל קטע את ידי סימא את עיני וא"ל המזיק ע"מ לפטור וא"ל הן אנו דנין שבתמיה קאמר הן והחייב המזיק ואפילו בהכני פצעני הדין כן [מ] דבנזק הגוף כל מה שנוכל לפרש דלא נתרצה מפרשינן ליה ולא דמי לנזקי ממון :

טו שנים שחבלו זה בזה אם חבל האחד בחבירו יותר ממה שחבל בו הוא משלם לו בהמותר נ"ש כמ"ש בסי' ת"ב נבי שני שוורים ואפילו היו החבלות שוות אלא ששבתו של זה מרובה יותר משל זה או בושתו של זה מרובה משל זה משלם לו המותר [ל"ל] ודוקא שהתחילו שניהם כאחד או אפילו לאחר שחבל בו האחד ונפרדו זה מזה בענין החבלה חזר השני מיד או לאחר שעה וחבל בו דהוה כמעשה חדש אבל אם התחיל האחד להכות את השני ובעוד השני בחמימותו או ברוגזו [מ"ז] חזר וחבל להראשון הראשון חייב והשני פטור שיש לו רשות להשני לחבול בו כדי להציל עצמו ואפילו אחרים חייבים להצילו [סמ"ע] ולכן אע"ג שכבר נמר הכאתו מ"מ כיון דעודו בחמומו או ברוגזו פטור השני דאין אדם נתפס על צערו במה שהראשון התחיל [כ"כ לפי' סמ"ז] ומדברי הטור והש"ע משמע דמיד לאחר שגמר הראשון הכאתו אם חבל בו השני שניהם חייבים ואין השני פטור אא"כ לא גמר הראשון הכאתו [וכ"כ סכ"מ ועסמ"ע סקכ"ד] וכן משמע מסה שכתבו דאין השני פטור אא"כ לא היה יכול להציל א"ע באופן אחר ולכן צריך אומד ב"ד ואם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה חייב ולדעה ראשונה למה יתחייב בכה"ג והרי הוא בעוצם רוגזו וחימומו :

טז וכן הדין לענין נדופין וחרופין ובושים המתחיל פורע הקנס ואם ראובן טוען על שמעון שקראו ממזר והביא עדים ע"ז ושמעון טוען שמתחילה לחש לו ראובן באזנו שהוא ממזר ונתרגז והשיבו אומרנא דמוכח הוא כיון שקראו פתאום ממזר בלא מריבה קודמת וראי דהאמת אתו וא"צ לישבע ע"ז (סמ"ע) ואם העדים אומרים שראו שלא לחש לו מקודם באזנו וראי דחייב ואף שאפשר שבזמן מקורם קראו כן דלא גרע משמעון שהבה לראובן אחר שגמר ראובן הכאתו כמ"ש [כ"ל] :

יז וזה שנתבאר דאם היה יכול להציל א"ע בחבלה מועטת וחבל בו הרבה חייב אינו חייב על הבושת דזהו כאדם המזיק בשוגג קרוב למזיד ולכן המכה חבירו וחבירו קראו ממזר בעת חימומו פטור מקנס וכן אם אחר קרא לחבירו נגב וא"ל אתה סכוב כמסזר או אפילו א"ל אתה מסזר פטור מהאי טעמא ולכן נ"ל דאפילו לדעת המור שבארנו בסעיף מ"ו דחייב כשהכה לאחר שגמר הראשון חבלתו מ"מ אינו חייב על בושתו של ראשון אם היה עדיין בעת חמימותו ורוגזו וכן ראובן שהבה לשמעון וחזר שמעון ובא להכותו לראובן ובאה אשתו של ראובן והחזיקה בשמעון והוא נתק ידיו והכה אותה פטור ודין אשה לענין בזיון כדין איש ואם אין האיש רוצה שתתבזה אשתו צריך לפדותה במסכון כפי אשר ישיתו עליו הב"ד [ממ"ע] ובמי' תכ"ד יתבאר באיש ואשה שחבלו זה בזה :

יח שנים שחבלו באחר בבת אחת שניהם חייבים וכן ביותר משנים ומשלשים ביניהם שכל אחד משלם לפי החלקים ואם היה אחד מתכוין והשני לא כוון השני פטור מבושת וכן אם אחד הכה יותר מחבירו שמין ב"ד לכל אחד כפי ההכאות ואין חילוק בין התחילו כאחר בין התחיל אחר מקורם ועושין בזה כפי שומת הב"ד ביניהם

ביניהם [כ"ל] ואדם הרואה אחר מישראל מכה חבירו ואינו יכול להצילו אם לא שיכה את המכה יכול להכותו בדי לאפרושי מאיסורא וכן מי שהוא תחת רשותו ורואה בו שהוא עושה דבר עבירה רשאי להכותו וליסרו כדי להפרישו מאיסור וכמ"ש בסעיף ט' וא"צ להביאו לב"ד ואין חילוק בין רגיל לעשות עבירות או שהוא הפעם הראשון וכ"ז כשלא היה יכול להציל בענין אחר [עסמ"ע סקכ"ח ומט"ז סקנג עליו וגם דבריו ל"ש וחי"ק] :

יש כתב המהרש"ל [סמוכל סי' מ"ב] אם אחר חירף את חבירו בשם רע וחזר זה והכהו אף שעבר בלאו וצריך כפרה מ"ס אין עליו דין רשע כלל אלא אמרינן לבו רתח ואין אדם נתפס על צערו ואינו משלם אלא נזק וצער וריפוי ושבת וזה המוציא שם רע נהי שפטור מהבושת שה"י קכל דינו מ"מ צריך להתודות ולומר ברבים ששקר דיבר ויבקש מחילה ממנו עכ"ל ומה שפטרו להמכה מבושת דכיון שעשה מפני צערו אינו דומה לכוונת נזק ונם מפני שזה ביישו בהשם רע יצא בושת בבושת [וע"ש מסתיק הרב בעניים תלו ועמו"ת מו"י סי' ס"ס] :

סימן תכב [לפיים הנחבל וכ"ש המחרף והמוציא שם רע ובו ד' סעיפים] :

א החובל בחבירו אע"פ שנתן לו חמשה דברים שנתבארו מ"מ אינו מתכפר לו בירי שמים עד שיבקש ממנו מחילה וכך שנו חכמים [סמוכל ל"ב] כל אלו שאמרו חכמים דמי בושתו אבל צערו אפילו הביא כל אילי נביות שבעולם אין נמחל לו ער שיבקש ממנו מחילה שנאמר ועתה השב אשת האיש כי נביא הוא ויתפלל בעדך וחיה וממילא כיון שצוהו שיבקש מאברהם שיתפלל בעדו מסתמא בקש ממנו מחילה ומדהצריך הקב"ה שיבקש כן ש"מ דבלא"ה אינו נמחל לו [מע"מ] והצער הוא מה שדואג על בושתו [רמ"י] ואסור לנחבל להיות אכזרי מלמחול כי אין זה דרך זרע ישראל וכשבקש החובל ממנו מחילה פעם ראשונה ושניה ושב מחמאו ונחם מריעתו יחחול לו ואם לא כחל לו בשני פעמים יבקש ממנו פעם שלישי כמ"ש בא"ח סי' תר"ו וכל הממהר למחול ה"ו משובח ורוח חכמים נוחה היטנו :

ב יראה לי דבחבלות די כשבקש ממנו מחילה אף בינו לבין עצמו אבל בחרופים וגדופים אם חרפו ברבים צריך לבקש ממנו מחילה ברבים ויאמר שקר דברתי ואם הוציא עליו ש"ר מבואר בא"ח שם דא"צ למחול לו מפני שפגע בכבוד אבותיו או בניו ומ"מ גם בזה לא יהיה אכזרי אך שיפרסם כמה פעמים ברבים ששקר דבר ושמתודה על חטאו וחברך חברא אית ליה ויתודע בכ"מ שיצא השם רע ששקר הוא וכן הדין במבגה שם לחבירו והוא שם בזיון יבקש מחילה ויעקור הכינוי מפי הבריות ובל"ז א"צ למחול לו [כ"ל] :

ג אמרו חז"ל [סס ל"ע] המוסר דין על חבירו לשמים הוא נענש תחלה ואוי לו לצועק יותר מן הנצעק שהרי שרה אמנו מסרה דין על אברהם שאמרה ישפוט ה' ביני וביניך ומתה מקודמו לכן אין למסור דין לשמים על חבירו שעשה לו רעה ודוקא דאית ליה דיינא באתרא וזה ציית דין אבל אם אינו צייית דין רשאי למסור דינו לשמים וכן כשאין לו דיין במקומו וזה אינו רוצה לילך לדון עמו במקום אחר ושרה שנענשה מפני שב"ד של שם ועבר היה קיים וי"א דאפילו לית ליה דיינא במקום זה אסור לו לצעוק עליו מקודם לשמים אא"כ יודיענו תחלה וכשלא יקבל עליו לילך לאיזה ב"ד או יסמור דינו לשמים ואין חולק בזה ובסי' צ' נתבאר דהנחבל נשבע ונוטל כשיש ערים שנכנס ת"י שלם ויצא חבול אע"פ שלא ראו שחבלו ע"ש :

ד מלשון המור משמע דא"צ החובל לבקש מחילה מהנחבל אא"כ היה בושת בהחבלה וכן משמע מרש"י ז"ל ומלשון הראב"ד ז"ל שהובא בש"ם שם אבל מלשון הנאון שהובא שם משמע דהמחילה היא על הצער דאין אדם מוחל צערא דגופא בער ממון ומפרש מ"ש בגמ' אבל צערו אין נמחל לו צער ממש [וכ"ל שמפקים מ"ס סס כל תלו דמי בושתו לגמור דוקן וריפוי ומכת ושבי דילפ בדמים ומשילו בושת ג"כ ילפ בדמים ממש"כ לעני ולפ קלי מתפקם הקודמת ע"ם וזו"ק) :

סימן תכג [הנוקף מעוברת והפילה ושטין דמי ולדות ובו ו' סעיפים] :

א באה"ע סי' פ"נ נתבאר דהחובל בא"א השבת והריפוי לבעל דהוא ח"ב במזונותיה וברפואתה ומעשה ידיה שלו והצער שלה רצערא דנפשה לא זכי ליה רחמנא והנזק והבושת אם התבלה במקום גלוי כמו בידיה או בפיה

בפניה ובצוארה שני שלישים לבעל ושליש שלה מפני שנזקו ובושתו מרובים משלה ואם במקום יסתר שליש שלו ושני שלישים שלה וכן כשחרפוה בדברים וקנסו את המחתך בממון אם הרפה בפני רבים לו שני חלקים ולה חלק אחד ושלא בפני רבים הוי להיפך:

ב כתיב וכי יגצו אנשים וגנפו אשה הרה ויצאו ילדיה ולא יהיה אסון ענוש יענש כאשר ישית עליו בעל האשה ונתן בפלילים וה"פ דאע"פ שלא נתכוין לגנוף את האשה אלא שע"י המריבה דחפה והפילה חייב לשלם דמי ולדות להבעל ונזק וצער לאשה ואע"ג דבבל החבלות יש לבעל חלק בנזק מ"מ בזה שהוא נוטל דמי ולדות לא תקנו לו חלק בהנזק כן נראה דעת הרמב"ם בפ"ד מחובל [מ"ע] ויש מרבותינו דס"ל דבהנזק דינו ככבל החבלות [רמ"ה כ"ק מ"ע] וכיצד משערין דמי ולדות שמין את האשה כמה היתה יפה למכירה בשפחה עד שלא ילדה וכמה היא יפה משילדה דעד שלא ילדה דמיה יקרין מפני הולדות ולמה אין שמין כמה שוין הולדות בעצמם למכירה מפני שהקונה מעוברת לא יתן בעדם מה שנותנין בעד ולדות שנתילדו דחייש שמא תפיל לפיכך אין השומא אלא על גבי אמם ונותנים זה להבעל ונזק וצער משערינן כמה נפחתה האשה עצמה מרמיה כשהיא מפלת ע"י הבאה משילדה כדרכה וכן הצער כמה נבחשת וסובלת יותר צער ע"י הפלה זו מע"י הלידה וכן בריפוי אם היא צריכה יותר רפואה מע"י הלידה וכן שבת אם היא במילה יותר מע"י לידה:

ג אם מת הבעל אחר שנגפה נותנין דמי הולדות ליורשיו ואם נגפה אחר מיתת הבעל כתב הרמב"ם ז"ל דנותנין אף דמי הולדות להאשה דס"ל דאין הולדות ירושה שאינם ממון בעצם אלא כשהמיתו אותם או נעשים ממן וכשלא נגמה בחייו אין זה כממון שירשוהו יורשיו וכיון שהם ילדיה זכתה בהם ורבים חולקים עליו וס"ל דבמעי אמם נחשבים כממונו וכשמתו זכו יורשיו ככל הירושות:

ד היתה נשואה לנר [כזמן קדמון] וחבל בה בחיי הנר נותן דמי ולדות לבעל מת הנר בלא יורשים פטור וזכה החובל דאין לו למי לשלם ואם חבל בה אחר מיתת הנר להרמב"ם וכתה היא בדמי הולדות ולה"ה חולקים פטור כיון שאין כאן יורשים:

ה אפילו נתעברה בזנות אם רק הקידושין היו תופסין אם היה מקדשה ואפילו חייבי לאוין ושניות לעריות כיון שהקידושין תופסין בהם שיך דמי הולדות להבועל דקרינן ביה בעל האשה אבל אם אין קידושין תופסין בה כמו חייבי כריתות ומיתות ב"ד דמי ולדות שלה דלא קרינן ביה בעל האשה לפיכך שפחה או בותית הנבעלת לישראל ובשעת נגיפה היתה משוחררת ונעשית ישראלית הרי דמי הולדות שלה דלא תפסי בהן קידושין כמ"ש באהע"ז סי' ד' וי"א דלהחולקים על הרמב"ם אינם שלה ואם בועלה קיים הרי הם שלו ואם לאו פטור אבל רבים חולקים בזה דבמקום שאין קידושין תופסין לא נקרא כלל בעל האשה וכ"ש בשפחה וכותית שאין הולד מתייחס אחריו כמ"ש שם [רמ"ל וס"ך וסנ"ל]:

ו הנוגף חייב בחשלומי ולדות כשלא מתה האשה אבל כשמתה אע"פ שהיה שיגג פטור לפעמים מהשלומין שנאמר ולא יהיה אסון ענש יענש הא אם יהיה אסון לא יענש כמ"ש בס' שנ"א דחייבי מיתות שוגגין פטורין מתשלומין בר"א כשנתכוין להאשה עצמה אבל אם נתכוין להרוג את חבירו ונדחה ידו וגנף את האשה ומתה הוואיל שהיה בלא כוונה לעצמה ה"ז כדבר שאין בו ענין מיתת ב"ד כלל ומשלם דמי ולדות ולפ"ז הא דכתיב ולא יהיה אסון ענוש יענש וכשיהיה אסון לא יענש לא קאי אפשטא דקרא שנתקומטו זה עם זה וע"י המריבה נגפו האשה דבכה"ג אף אם היה אסון יענש דאין כאן צד מיתה כלל ודיוקא דלא יהיה אסון קאי אאם נתכוין לאשה לנגפה אף שהיה שוגג במיתתה וי"א דאפילו לא נתכוין לאשה פטור מתשלומין ולפ"ז גם לפי פשטא דקרא אם היה אסון לא יענש ולמה אין אנו דנין דיני אסון על העובר לפי שעל העוברין אין חייבין מיתה אפילו הרגם בכוונה דאפילו על נפל אין חייבין דכתיב ואיש כי יכה כל נפש אדם מות יומת ועובר אינו נפש [כלס מ"ד]:

סימן תכד [חובל באביו ואמו וחובל בשבת ואשה שחבלה בבעלה ובו י"ז סעיפים]:

א כתיב ומכה אביו ואמו מות יומת וא"א לומר דוקא כשהרגן דא"כ אפילו אחר גמי ועוד דלא כתיב ומת אלא בשלא הרגן וקבלו חו"ל דדוקא כשעשה בהם חבורה שיצא דם ולמדנו זה מקרא דאמר דכתיב ומכה בהמה ישלמנה ומכה אדם יומת מה מכה בהמה בחבורה דכתיב שם מקודם נפש והרם הוא הנפש אף מכה אדם בחבורה ובע"כ דקאי על אביו ואמו דלא כתיב שם ומת וגם לא כל נפש אדם כנפשוק הקודם ומיותר הוא וקבלו חו"ל [י"פ סנמקן] דעל אביו ואמו קאי ועוד ק"ו ומה מרת נוקן שהוא מרובה מעונשי מיתה ומצוי יותר אינו חייב נוק

נזק אלא בחבורה דבלא חבורה לא משכחת נזק עונשי מיתה לא כ"ש [מכילתא] ויה שבתוב אביו ואמו פירושו או אמו ולמדנו זה מקרא דמקלל שנאמר מקודם רבשם הפי' או אמו כרכתיב בקדושים איש איש אשר יקלל את אביו ואת אמו מות יומת אביו ואמו קלל דמיו בו וסיפא דקרא מיותר אלא דברישא דקרא סמכה קללה לאביו ובסיפא לאמו להורות דחייב אפילו על אחד מהם ומזה למדנו נ"כ להכאה והטעם שלא כתבה מפורש בארנו בם"ד בסי' ת"כ סעיף ח' ע"ש :

ב מיתת המכה הוא בחנק דסתם מיתה האמורה בתורה קבלו חז"ל דוהו חנק דוהו כמיתה בידי שמים שאין בו רושם ושם השתנות בגוף [סס נ"ג:] ומקלל הוא בסקילה כדכתיב דמיו בו ובתיב ק"א אחרינא באבן ירגמו אותם דמיהם בם ותומר במקלל מבמכה שהמקלל אביו או אמו לאחר טותם חייב ומכה לאחר מיתה פטור דלא שייך חבורה לאחר מיתה וילפינן חיוב דלאחר מיתה במקלל מקרא דקדושים דמיותר הוא ולאו דוקא בן חייב דה"ה בת ושומטום ואנדרונינום מדכתיב איש איש וכולם בכלל איש ובמקלל אין ההיוב עד שיקללם בשם בדכתיב בעניגא אחרינא בנקבו שם יומת [סס ס"י.] ואינו חייב אלא בהתראה כבבל חייבי מיתות :

ג לפיכך החובל באביו ואמו ולא הוציא מהם דם דפטור ממיתה חייב בחיובי ממון מהחמשה דברים של חבלות ואם הוציא דם וחייב מיתה פטור מתשלומין דקם ליה בדרבה מיניה ואפילו היה בלא התראה ואפילו בשוגג דחייבי מיתות שוגגין פטורין מתשלומין לפיכך לא יקיו הבן לאביו או לאמו ולא יוציא קיץ מבשרן ולא יפתח להם מורסא דשמא יבא להוציא מהם דם ויבא לאיסור שגגת מיתה ונתבאר ביו"ד סי' רס"א ע"ש :

ד החובל בחבירו בשבת ועשה חבורה פטור מתשלומין אפילו הוא שוגג כיון שבעשיית חבורה בשבת בבעלי חיים יש מיתת ב"ד אבל החובל ביוה"כ אפילו במזיד ובהתראה חייב בתשלומין דיוה"כ הוא חיוב כרת וברת אינו פוטר מתשלומין כמ"ש בסי' שנ"א וחובל ביו"ט אם היה במזיד ובהתראה פטור מתשלומין דביו"ט יש איסור לאו וחייבי מלקיות פטורין מתשלומין ואם היה שוגג או בלא התראה חייב כמ"ש שם דבזה אינו דומה לחייבי מיתות ואע"ג דחבורה הותרה ביו"ט לצורך אוכל נפש לשחוט ולאכול לא אמרינן מתוך שהותרה חבורה לצורך הותרה נמי שלא לצורך כבבל מלאכת יו"ט דעל דבר איסור לא שייך לומר כן [כ"נ] ואין לשאול למה חייב מיתה בשבת על חבורה והרי מקלקל הוא ומקלקל פטור בשבת תירץ הרמב"ם בפ"ד מחובל הואיל שעושה נחת רוח ליצרו הרע בעת שחבל בו הרי הוא כמתקן וכן הדין בקורע כלים בחמתו כמ"ש בפ"י משבת :

ה החובל בעבד בנעני שלו פטור מכולם דמה שקנה עבד קנה רבו וכבר נתבאר בסי' ת"כ סעיף ג' דחייב מלקות כמו בהכאה שאין בה פרוטה בכל אדם ואם חבלו בו אחרים נוטל רבו כל החמשה דברים והוא שוכר לו רופא ומה שנשאר מרפואתו לפי מה שאמדוהו שייך לרבו ולא עוד אלא אפילו ציערו הרופא בסם חזק ונתרפא מהרה הוי מותרו לרבו דהא גם דמי צערו לרבו דאין לעבד ממון בלא רבו :

ו יש עבדים שרגים שיוצאים לחירות ומ"מ צריכים נט שיחרור כמו יוצא בראשי אברים או מפקירו או חציו עבד וחציו בן חורין כמ"ש ביו"ד סי' רס"ו וכל זמן שלא קבלו עדיין הנט שיתיור אם חבלו בהם אחרים אין לסי ליתן ממון דהעבד אינו יכול להוציא שעדיין לא נגמר שיחרורו ונם רבו אינו יכול להוציא דאין העבד שלו ולכן י"א דאם הרב והעבד כותבין הרשאה ול"ז נותין ממ"נ וכן אם נגח שור לזה העבד פטורים הבעלים מקנם ומי שחציו עבד וחציו בן חורין שהכהו אדם או נגחו שור אינו משלם כלום ובשור אינו משלם לא קנס כבעבד ולא כופר כבבן חורין דהוא כמחוסר שטר שיחרור ובשפחה בשאין נוהגין בה מנהג הפקר אין כופין את רבה לשחררה ועובדת את רבה יום אחד ולעצמה יום אחד ושור שהמיתה נותן חצי קנם דהיינו מ"ו סלעים לרבה ובחצי הכופר פטור ואם הביה וחבלוה אם יש נזק בהחבלה כגון שנקטעה ידה חולקת הנזק עם רבה ואם אין נזק כגון שהכה אותה על ידה וצמתה וסופה לחזור אם הכה אותה ביום שעובדת את רבה שייך הד' דברים לרבה וביום שעובדת לעצמה שייך לעצמה דרבר דסכליא קרנא כגון שהמיתה השור או חיסרה אבר אין הוכיון אחר היום ובדבר דלא מכליא הולכין אחר היום אבל הרמב"ם ז"ל כתב בפ"ד מחובל דין י"ב מי שחציו עבד וחציו בן חורין שביישו אדם או ציערו או שנגחו שור וכיוצא באלו אם אירעו זה ביום של רבו לרבו ביום של עצמו לעצמו ע"ל ואינו מרמזהו למחוסר גט שיחרור ואינו מחלק בין מכליא קרנא ללא מכליא וכן משמע בירושלמי פ"ד דגיטין [כל' כ'] ואע"ג דתקנו חכמים שיכופו את רבו לעשותו בן חורין זהו מטעם איסורא שאינו יכול לישא לא שפחה ולא בת חורין אבל לענין ממון כל זמן שלא הי'ציאו לחירות דינו כעבד גמור במחציתו [מ"ע] :

ז החובל בעבדו העברי חייב ליתן תשלומין להעבר לבד טבת מעכב לעצמו דהא המלאכה שלו היא ואם חבלו בו אחרים כתב ה"מב"ם ז"ל שלוקחין בער החמשה דברים קרקע והרב אוכל מפירותיו כל זמן שהוא אצלו וכשיצא לחירות יקח העבד הקרקע לעצמו וי"א דאין זה רק בדמי הנזק כגון שקטע ידו רבזה יש לשניהם נזק דאינו יכול לעשות מלאכתו הקודמת לרבו וכשיצא לחירות לא יהיה ביכלתו לעשות לעצמו אבל השבת דשמין כאלו הוא שומר קשואין כמ"ש בסי' ת"כ זהו הכל לרבו דהרי משועבד לו למלאכה וריפוי ובושת

להעבר

להעבד ואם חבלו אחרים בו ברבר שאין הפבד לרבו כמו קטע ראש אזנו או ראש חוטמו דאין ספני זה עיבוד למלאכת הבל לעבד ואין לרבו בו כלום [טור] ובזמה"ז אין נוהג עבד עברי ובשביר הכל להשכיר ומנבה לו המשכיר משכירותו הזמן שנתבטל ממלאכתו [ל"ל] :

ד התורה זיכתה לאב בכעשה ידיה של בתו עד ימי בגרותה שהוא י"ב שנה ומחצה ובקדושיה שיכול לקדשה למי שירצה וכסף קידושיה שלו שנאמר את בתי נתתי לאיש ובמציאתה ויכול למוברה לאמה בקטנותה לפיכך החובל בכת קטנה של אחרים אם הוא נזק הפוחת אותה מכספה בגון שפצעה בפניה וב"ש אם חיסרה אבר שאם יבא למוכרה או לקרשה יפחתו דמיה בשביל החבלה הרי הנזק של האב ובן שבתה של אב שהרי מעשה ידיה שהו אבל צער וריפוי וב"ש הוי שלה ואף אם נשאר מדמי הריפוי מהאומר הוי שלה וב"ש אם נתרפאה בהמרה ע"י סם חריף וכן נזק שאינו פוחתה מכספה צריך ליתן לה [מ"ל] :

ה זה שבתבנו דשבת הוי שלו י"א דזהו דיקא כשסמוכה על שולחנו אבל אם אינה סמוכה על שולחנו הוי שלה רצריכה להשבת להיות ניזונית ביתי חליה ואפילו רוצה האב ליתן לה עתה מזונות כדי ליקח השבת אין שומעין לו [סמ"ע] דשמא ישאר לה מהשבת יותר ממזונותיה ואפילו חבל בה הוא עצמו צריך ליתן לה השבת כשאינה סמוכה על שולחנו דהא אין מעשה ידיה שלו כשאינו זנה אבל אם רוצה ליתן לה עתה מזונות ביתי חליה א"צ ליתן לה השבת [סמ] וי"א עוד דאפילו בסמוכה על שולחנו השבת שלה אם אחרים חבלו בה דבמידי דאתי מעלמא וע"י צער לא קפיד האב [סמ] ואף אם יאמר שמקפיד לא צייתינן ליה דמסתמא מחל לה בשעת החבלה ועתה רוצה לחזור בו וי"א דאב החובל בבתו אינו חייב בכל מה שנתבאר אלא באינה סמוכה על שולחנו אבל בסמוכה פטור מכולם וגם בבנו הדין כן לרעה זו והטעם דכיון דנותן להם מזונות אינו מהראוי לנבות סמנו חבלותיהם בשחבל בם במקרה והבת מזמן בגרותה דינה כבן דאינה עוד ברשות האב :

ו החובל בבנו בין נדול בין קטן אם אינו סמוך על שולחנו חייב בכל החמשה דברים כמו אחר ואם הבן הוא נדול בשנים נותנין לו מיד ואם הוא קטן שאין בו עריין דעת לשמור מעות ילקחו בהם קרקע והוא אוכל הפירות עד שיגדל ואח"כ יעשה בה מה שירצה וי"א דלוקחין לו ס"ת או ספרים וילמוד בהם ואם סמוך על שולחן אביו אם אחרים חבלו בו נותנין לו כל החמשה דברים אפילו שבת מפני שהאב לא קפיד בזה וג"כ אם הוא נדול נותנים לו מיד ובקטן לוקחין לו קרקע או ספרים ואם האב חבל בו י"א דאינו פטור אלא משבת וי"א דפטור מכולם בין שהיה הבן נדול ובין שהיה קטן

וזהו דעת הרמב"ם ודעה ראשונה היא דעת הרא"ש ז"ל :

יא החובל בא"א נתבאר בריש סי' הכ"נ ואיש שחבל באשתו שבת וריפוי אינו משלם דהרי גם אחר שחבל בה נותן לו והצער וראי דניתן לה ונזק ובושת היה מן הדין שישלם לה כפי מה שמניע לחלקה שליש כשהחבלה בגלוי ושני שלישים בסתר וגם בזה יש לו פירות כבנכסי מלוג אלא שהנאונים קנסוהו שלא יאבל פירות מחלקה אבל מה שמניע לחלקו אינו משלם ודעת הרמב"ם ז"ל שהנאונים קנסוהו לנמרי שלא יקח בלל חלק מהנזק והבושת מפני שלא שמר א"ע בחבלתה כמ"ש הטור באה"ע סי' פ"נ וב"ש שאינו אוכל פירות וביכלתה לעשות בהמעות ברצונה אפילו ליתנם לאחר :

יב האשה שחבלה בבעלה אין לו עתה ממה לנבות דכל נכסיה שייך בלא זה להבעל דמה שקנתה אשה קנה בעלה וגם מנכסי מלוג הרי אוכל הפירות אמנם אם יש לה נכסים שאינו אוכל הפירות כגון אם נתן לה מתנה מיקודם שבזה אינו אוכל פירות כמ"ש באה"ע סי' פ"ה וכן אם מכרה כתובתה וגרוניותה במובת הנאה לאחרים וכן אם עשתה שטר מברחת קודם הנשואים דאינו אוכל הפירות וכן כשנתן לה אחר מתנה ע"מ שאין לבעלה רשות בה לדעת הפוסקים שאינו אוכל הפירות כמ"ש שם משלמת לו מאלו הנכסים [ל"ל] :

יג ואם אין לה נכסים כאלו אם יש לה תוספת כתובה או נכסי מלוג או נכסי צאן בבזל אם רצה לגרשה ולנבות ממנה הכל נובה ואפילו אינו רוצה לגרשה או שאין רצונה להתגרש ובזמן הזה שאסור לגרש בעל כרהה ג"כ יש תקנה שיגבה והיינו שאנו מחייבים אותה שתמכור את התוספת והמלוג והצאן ברזל בטובת הנאה והוא דהרי הזוג הזה אם היא תמית קודם יירשנה הוא ואם הוא ימות קודם או יגרשנה תטול היא את נכסים אלו ולכן אין נותנין בעד מקח כזה כבשאר מקחים מפני שהוא מקח על הספק והייט דאין המקח מתקיים אלא אם יסות הוא קודם או יגרשנה ואז יטלם הלוקח ואין נותנין דמים הרבה בעד מקח כזה וזה נקרא מכירה בטובת הנאה כלומר בדבר מועט ובמעות אלו תשלם ואם אין מי שרוצה לקנות מקח כזה המכרם להבעל בעצמו שאם יגרשנה יטול הנכסים ואם יסות הוא קודם ישלו יורשיו ואם תמות היא קודם ממילא דנוטלם גם בלא מכירה אמנם אם אין לה רק כתובה דאורייתא אין לו תקנה לנבות עתה דלמכור הכתובה בטובת הנאה א"א דאיש אחר לא יתרצה כלל לקנותה ממעט דקיי"ל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול והכתובה היא שט"ח על הבעל וכל לגבי בעלה ודאי תמחול ושתמכור להבעל עצמו ג"כ אסור מפני שאסור לשהות עם אשתו שעה אחת בלא כתובה ולכן אין זו תקנה אלא אם רצה הבעל

כותב עליה שטר בדמי החבלה ובשתתגרש ותטול הכתובה תשלם לו או אם ימות תשלם ליורשיו וכן אם מגרשה עתה ברצונה נוטל מכתובתה דמי חבלתו וזה שאמרנו דלמכור לו אסור מפני שישהנה בלא כתובה אין זה אלא כשכתובתה מרובה מדמי החבלה אבל כשהחבלה עולה כנגד כתובתה רשאה למכור לו דבזה לא שייך הטעם שאסור לשהות בלא כתובה מפני שלא תהא קלה בעיניו להוציאה דהרי אף אם לא תמכור לו ביבלתו לגרשה ולגבות כל הכתובה בחבלתו אבל כשהכתובה יותר מהחבלה לא יגרשה כדי לגבות חבלתו דהרי עדיין יצטרך ליתן לה מביסו לאפוקי אם תמכור לו בער החבלה תהא קלה בעיניו להוציאה ונ"ל דבזמה"ז שאסור לגרש בע"כ לא שייך כלל זה הטעם דקלה בעיניו להוציאה וכמ"ש בכעין זה רבינו הרמ"א באה"ע סי' ס"ו אמנם הפוסקים לא חילקו בזה וגם בשם כתב דאין המנהג כן:

יד החובל בחרש שוטה וקטן חייב ונתבאר בסי' ת"כ סעיף מ"ד והם שחבלו באחרים פטורים ואע"פ שאח"כ נתפקח החרש ונשתפה השוטה והגדיל הקטן אינם חייבים לשלם מפני שבשעה שחבלו לא היו בני דעת וכן העבד והאשה החובל בהם חייב בכל החמשה דברים והם שחבלו באחרים פטורים ופטורם אינו מפני שאין חייבין לשלם אלא מפני שאין להם במה לשלם ולכן אם יש להאשה נכסים שאין לבעלה רשות בהן חייבת לשלם וכן העבד ואם יש להאשה נכסי מלוג או צאן ברזל מוכרת לאחרים בטובת הנאה ומשלמת להנחבל אם יהיה מי שירצה לקנותן אבל אם אין לה אלא כתובה אין כופין אותה למכור מפני טעם מחילה שבארנו ואף אם נאמר שתמכור להנחבל עצמו ואין לו מה להפסיד דמעות אינו נותן עתה ואם תמחול תשאר לו בע"ח כמקדם כמ"ש בסי' ס"ו מ"מ למה לטרוח בהנם דהרי ודאי תמחול לבעלה ושתמכור לבעלה אסור בדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ולכן נותנת לו עתה שט"ח כפי דמי החבלה ואם תתאלמן או התגרש תשלם מכתובתה וכן העבד יתן שט"ח וכשישתחרר ויהיה לו מעות ישלם:

מז בסי' תכ"א סעיף ט"ו נתבאר דשנים שחבלו זה בזה משלמים במותר נ"ש וכבר נתבאר דהחובל בא"א יש להבעל חלק בהחבלה אם שליש אם שני שלישים ולכן ראובן ואשת שמעון שחבלו זה בזה לא אמרינן שישלמו זל"ז במותר נגד כל החבלה דהרי החלק שיש להבעל אין בזה ניכוי כלל דהבעל לא חבלו ולכן ישלם החובל להבעל חלקו ובחלק השייך לה מנכין לו נגד חבלתו ואם מגיע ממנה ואין לה עהה לשלם השלם לאחר גירושין ומ"מ מה שעולה נגד חבלתו אין הבעל יכול לומר הלא אני צריך לאכול הפירות תשלם לה כדי שאוכל הפירות וגם זה ישאר עליה חוב עליך דבזה אין סברא כלל להוציא ממנו מה שמגיע ממנה בער מה שחבלתו גם היא ואי משום הפסד פירותיו עשאום חכמים כנכסים שיש לאשה שאינם יהועים לבעל שאינו אוכל מהם פירות [סמ"ע]:

מז בסי' תכ"א סעיף ח' נתבאר דשליח ב"ד שבייש את המסרב לדין פטור מבושת מ"מ בחבלות חייב בשארי הד' דברים דמי נתן לו רשות להכותו ואפשר דבחבלה חייב גם על הבושת דבנמ' [ב"ק כ"ת] לא מצינו דפטור רק בבושת לבד וצ"ע לדינא ודוקא שלא ע"פ ב"ד אבל אם הב"ד צוהו פטור [ב"ל]:

יז יש מי שאומר שהרב שהכה את תלמידו פטור מדמי חבלות כשהכהו בעד לימודו וראיה לזה ממה שאמרו חז"ל דפטור מגלות כשהרגו בשוגג דהכי אמרינן [מכות מ'] ואשר יבא את רעהו ביער לחטוב עצים מה יער רשות אף כל רשות יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח ב"ד דמצוה קעבדי וכיון שעושה מצוה למה יתחייב בחבלתם ולפ"ז מה שנתבאר דאב חייב בחבלות בנו ובתו אין זה אלא כשחבלום בלא כוונת מוסר ליסרם אבל בכוונת מוסר פטור ויש חולקין דאין להם ליסר כדי לעשות חבלות וזה שפטרתם התורה מגלות הוא גזירת התורה מפני שנראה שהיה עליו גזירה מן השמים ונראה דתלוי לפי הענין בראיית עיני ב"ד:

סימן תכה [דיני חיובי רוצחים בזמן הבית ודיני ענלה ערופה ובו פ"ד סעיפים]:

א כל הורג נפש אדם עובר בל"ת שנאמר לא תרצח ואם רצח בזדון בפני עדים מיתתו בסייף שנאמר נקם ינקם ואע"ג דהאי קרא כתיב בעבד אבל בבן חורין כתיב ככה איש ומת מות יומת וכך מיתה האמורה בתורה סתם אינה אלא חנק כמ"ש בסי' תכ"ד סעיף ג' מ"מ א"א לומר כן דהא חנק קיל מהרג ואיך אפשר דעבד יהיה חמור מבן חורין ועוד דכתיב ואתה תבער הדם הנקי מקרבך ובענלה ערופה כתיב והוקשו כל שופכי דמים לענלה ערופה מה ענלה ערופה בסייף ומן הצואר אף כל בסייף ומן הצואר [סמ"ג ל"ב:] ומנין דנקם ינקם הוא בסייף שנאמר והבאתי עליכם חרב נוקמת [פס] ואין חילוק כמה שהרגו אם בברזל אם בעץ או

או השליכו לאש ולמים או חנקו או תלאו וכ"ז בזמן שבהמ"ק היה קיים והסנהדרין היו על מכונם אבל בזמה"ז אין לנו רשות לדון לא חייבי מיתות ולא חייבי מלקיות והמלכות שופטת אותן ואם עשו בסתר הש"י ינקום נקמת דם השפוך ומבדילים אותן מן העדה ואמרו חז"ל דמים שתרב בהם"ק אע"פ שבמלו ריבי ארבע מיתות ב"ד דנים אותם מן השמים מדה כנגד מדה וכל זה הוא מצד הדין אבל אם רואין צורך שעה ומינדד מילתא ויש רשות מהמלוכה יכולין לענוש כמה שרואין לפי פרצת הדור ומ"מ נבאר בס"ד כל הדינים שנהגו בזמן הבית:

ב כתיב מות יומת הרוצח גואל הדם הוא ימית את הרוצח בפגעו בו הוא יסיהנו ואמרו חז"ל [סם מ"כ:] גואל הדם ימית מצוה בגואל הדם ומנין שאם אין לו גואל שב"ד מעמידין לו גואל שנאמר בפגעו בו מכל מקום וז"ל הרמב"ם בפ"א מרוצח מצוה ביד גואל הדם שנאמר גואל הדם ונו' וכל הראוי ליורשו הוא גואל הדם לא רצה גה"ד או שלא היה יכול להמיתו או שאין לו גה"ד ב"ד ממיתין את הרוצח בסייף האב שהרג את בנו אם היה בן לנהרג ה"ז הורג אבי אבי מפני שהוא גואל ואם אין לו בן אין אחר מן האחין נעשה גה"ד להמית את אביו אלא ב"ד ממיתין אותו ואחר הזכר ואחר הנקבה בגאולת הדם עכ"ל דבן בנו אינו מוזהר בכבודו אבל בנו מוזהר בכבודו לפיכך אסור לו להיות גואל הדם של אחיו להמית האב וכך אמרו חז"ל [מכות י"ב] אין הבן נעשה שליח לאביו להבותו וקללו חוץ ממסית ואע"ג דאביו רשע הוא מ"מ אין לו להבותו בעצמו ואין לומר דאכתי יהרגנו בנו של זה הבן די"ל דכיון דהראוי ליורשו אין ביכלתו להיות גואל הדם שוב אין כאן גואל הדם ודע דפי"ג ממנהדרין כתב הרמב"ם וז"ל ורוצח שלא הרגוהו עדיו חייבין להמיתו ביד כל אדם עכ"ל וכבר תמהנו על זה בסי' ל' סעיף ב"ו ע"ש וצ"ל דס"ל להרמב"ם ז"ל דעיקר המצוה היא ביד גואל הדם ואם לאו ב"ד מצוין להעדים שימיתוהו ואם לאו מיתתו ביד כל אדם וצריך לדחוק סוגית הש"ס בסנה' לפירושו ע"ש:

ג האמנם דעת רש"י ז"ל [סם] דזה שמצוה ביד גואל הדם אינו על הנהרג בידי ב"ד אלא והו כשברח מב"ד לאחר שנגמר דינו וכמו שוגג שיצא מעיר מקלטו שיתבאר בסי' זה וזהו שאמרו חז"ל שאם אין לו גואל הדם ב"ד מעמידין לו גואל כלומר שירדפנו ויהרגנו וזהו לשון בפגעו בו הוא ימיתנו ר"ל בכל מקום שיפגענו [ומ"ם כל מס מסקנו סרמב"ן והמל"מ סם עם רס"י ז"ל ולפמ"ש פירושו ממוור ומתייסב לפי ססוגיא סם בסנה' מ"כ: ועמ"ש בסעיף ל"ח]:

ד ומוהרין ב"ד שלא ליקח כופר מן הרוצח ואפילו נתן כל ממון שבעולם ואפילו רצה גואל הדם לפטרו שאין נפשו של זה הנהרג קנינו של גואל הדם אלא קנינו של הקב"ה שנאמר ולא תקחו כופר לנפש רוצח ונו' ולא תחניפו את הארץ ולאו רוקא רוצח דה"ה לכל ח"יבי מיתות שבתורה בין מיתות קלות ובין מיתות חמורות לא ניתנו לפרותן בדמים שנאמר כל חרם אשר יחרם מן האדם לא יפדה מות יומת כלומר כל מי שנזדה התורה עליו להחרימו מן העולם לא מהני פדיון [כסובות ל"ז:]:

ה רוצח שהרג בוזון אין ממיתין אותו העדים ולא הרואים אותו עד שיביאוהו לב"ד וידינוהו למיתה שנאמר ולא יומת הרוצח עד עמדו לפני העדה למשפט ואפילו סנהדרין שראו אחר שהרג את הנפש אין ממיתין אותו עד שיעמוד בב"ד אחר [מכות י"ב:] וה"ה לכל חייבי מיתות ב"ד שעברו ועשו אין ממיתין אותם עד שיגמר דינם בב"ד בד"א כשעבר ועשה העון שחייב עליה מיתה אבל הרודף אחר חבירו להרגו אפילו היה הרודף קטן הרי כל ישראל מצווים להצילו הנרדף מיד הרודף ואפילו להרוג את הרודף אם א"א באופן אחר כיצד אם הותירוהו והרי הוא רודף אחריו אע"פ שלא קיבל עליו התראה כיון שעדיין הוא רודף ה"ז נהרג ובאמת רודף א"צ התראה [סנה' ע"ב:] וכ"כ המור וגם הרמב"ם שכתב לשון התראה אין כוונתו התראה ממש אלא אזהרה בעלמא [ב"י]:

ו ואם יכולים להציל הנרדף באחד מאברי הרודף כגון שיכו אותו בחץ או באבן או בסייף ויקפצו את ידו או ישברו את רגלו או יסמו את עינו עושין וכתב הרמב"ם וז"ל כל היכול להציל באחד מאבריו ולא טרח בכך אלא הציל בנפשו של רודף והרגו ה"ז שופך דמים וחייב מיתה אבל אין ב"ד ממיתין אותו עכ"ל ובודאי אם התרו אותו שלא יהרגנו להרודף ויציל את הנרדף באחד מאברי הרודף וקבל עליו התראה ודאי רב"ד ממיתין אותו אלא דוקא לא שכיח דממ"נ אם יש ערים בשעת מעשה יצילו כולם להנרדף ובע"כ שאין ערים שם ולכן כתב דאין ב"ד ממיתין אותו [ומתוך קושיית המור ועכ"י] ואם נהאמץ הרודף והרג את הרודף אחריו נהרג עליו [מל"מ] בשיש ערים והתראה [ומ"ם סרמב"ם למדנו מוקלוסה מת כסס זסו דלך ססספרי ובב"ק כ"ז: מפורס זסו ממון ובגע' למדו מבעלים סמפורסם]:

ז לדעת הרמב"ם יש כוח מצות עשה להציל את הנרדף אפילו בנפשו של רודף ואם לא עשה כן עובר בשני לאוין דלא תחום עינך ולא תעמוד על דם רעך וביטל מ"ע וכתב דלפיכך הורו חכמים שהעוברה שהיא מקשה לילד מותר לחתוך העובר במעיה בין בסם בין ביד מפני שהוא ברודף אחריה להרגה ואם משהוציא ראשו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש וזה טבעו של עולם עכ"ל ובמשנה סף"ו דאהלות מפורש הטעם מפני שחייה קודמן לחייו דעובר אינו עדיין נפש ולא מפני שהוא רודף והא טבעו של עולם הוא ועוד דאי

ממעם רודף מה הפרש יש בין הויציא ראשו ללא הויציא [וכמכס' סניך בד' ע"כ: למ"ד לקמן הרודף חייב מסיפא וממרן כלל ולא מריפא ול"ע] :

ח אחד הרודף אחר חבירו להרגו או רודף אחר נערה המאורסה לאונסה שנאמר כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש כן הדבר הזה ותרי הוא אומר צעקה הנערה המאורשה ואין מושיע לה הא יש לה מושיע מושיעה בכל דבר שיכול להושיע ואפילו בנפשו של רודף וכן לשאר כל העריות כשרודף אחריהן לאונסן חוץ מן הבהמה אבל הרודף אחר הזכר למטאו במשכב וכזר מצילין אותו כשאר כל העריות אבל הרודף אחר בהמה לרבעה או שרדף לעשות מלאכה בשבת או לעבוד כוכבים ומזלות אע"פ שזהו מעיקרי הדת וחמורין מעריות מ"מ אין ממיתין אותו עד שיעשה ויביאוהו לב"ד [רמב"ם] דזה שצותה התורה להרוג את הרודף זהו מפני הצלת נפש הנרדף או מפני פגמו כמו בעריות דחייבי כריתות ומיתות ב"ד שהפגם גדול להאשה וכן במשכב זכר ולפיכך אם בעבר עשה העבירה אסור להורגו בלא ב"ד וכן בחייבי לאוין אין מצילין בנפשן מפני שאין הפגם גדול כל כך [סמ ע"נ] וכן אם בעבר נעבירה בהאשה עבירה חמורה כזו אין מצילין אותה בנפשו של רודף [סמ] והשמסקים השמיטו דין זה ולא ידעתי למה [ומוני מכרים בגמ' שעמס נעבדים בם סעביליה ועגמרס ול"ע] :

ט רדף אחר ערוה ותפשה ושכב עמה והערה בה אע"פ שלא גמר ביאתו אין ממיתין אותו עד שיגמור ברין דעיקר חידוש הוא על ההעראה וכבר נגמר האיסור היה רודף אחר ערוה ואחריו היו רודפין אחריו להציילה ואמרה להם הניחו אותו דאני מתירא שלא יהרגני אין שומעין לה אלא מבחילין אותו ומונעין אותו מלבעול ומצילין אפילו בנפשו דאפילו במקום שהיא אינה מוסרת נפשה על העבירה ומותב לה להבעל מלהרג ם"ם צותה התורה להרגו דהשתא הוא מפני הפגם כמ"ש :

י הבא במחתרת מותר להרגו שנחשב כרודף שבוראי על עסקי נפשות נ"כ בא רקים לן דאין אדם מעמיד עצמו על ממתו ויודע הגנב שבעל המטון יעמוד נגדו והוא הולך ע"מ כן שכשיעמוד נגדו יהרגנו לפיכך התירה תורה להרגו להנגב כדי להציל נפשו של בעל המטון אמנם אין להרגו אלא כשיודע בודאי שאם בעל המטון יעמוד כנגדו שיהרגהו וכיהו כל אדם הוא בחזקה זו ויכול להרגו להנגב אא"כ ברור הוא שלא יהרגנו לבעל המטון אף אם יעמוד כנגדו וכן אם האב חותר על הבן אסור להרגו מסתמא דמתם אב רחמיו על הבן ולא יהרוג את בנו בשיקום נגדו להציל את ממונו אא"כ נודע בבירור שהאב הוא שונא להבן ויהרגנו אם יעמוד כנגדו דאז מותר להרגו ובן החותר על אביו דינו כשאר כל אדם ועמ"ש בריני מחתרת בסי' שנ"א ושנ"ח :

יא הבא על המצרית מי שמקנא לשם ה' יכול להרגו כמו פינחס שהרג את זמרי אבל אם בא לב"ד לישאל אין מורין לו להרגו וגם הוא אין לו רשות להרגו רק בשעת מעשה העבירה וכשהרבר הוא בפומבי שעשרה מישראל יודעים שהוא מחייחד עמה כמעשה דזמרי אבל בצינעא או אחר שפירש הבועל ממנה אין המקנא רשאי להרגו [טור] ואפילו לא פירש והרשע הזה הרג את המקנא אינו נהרג עליו ואם הרג אדם אחר את המקנא להציל את הבועל נהרג עליו וכל דינים אלו הם הלכה למשה מסיני וי"א דהמקנא צריך שיתרה בו מקודם ואם לא פירש ממנה או מותר להרגו [רמב"ם פי"ב מ"ב] :

השלחן

יב המינים מישראל והם עובדי כוכבים או העושים עבירות להבעים כגון אוכל נבילה או לובש שעטנז להבעים והכופרים בתורה שבע"פ ובנבואת תרי הם אפיקורסים ואין להם אמונה והם ממיקי עולם ונתבאר דינם בי"ד סי' קנ"ח וישראל בעל עבירות שחוא עומד ברשעו תמיד ושונה בעבירות ומשלשן כמו רועי בהמה דקה שנוזנין סנוה תמיד והולכין באולתן וכן בשארי עבירות בכח"ג גם הם ממחריבי עולם ואין מסייעין להם שיתקיימו ונם אין מסבבין העברתן אבל ישראל בעל עבירות שאינו עומד ברשעו תמיד אלא עושה העבירה לתאות יצרו הרע כגון שאין לו בשר כשר ואוכל טריפה דעושה לתיאבון ולא להכעים ה"ז רק כרשע בעלמא ואסור לעמוד על דמו ומצוה להצילו דוהו רק רשע לעצמו ואינו מסית לאחרים ואינו מחריב העולם :

יג כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב מרוצח כל ההורג חבירו בידו כגון שהכהו בסייף או באבן הממיתו או שחנקו עד שמת או שרפו באש הויאיל והרגו מכל מקום הוא בעצמו ה"ז נהרג בב"ד אבל השוכר הורג להרוג את חבירו או ששלח עבדיו והרגוהו או שכפתו והניחו לפני האריו וביוצא בו והרגתו חיה וכן ההירג את עצמו כל אחד מאלו שופך דמים הוא ועון הריגה בידו וחייב מיתה לשמים ואין בהם מיתת ב"ד ומנין שכן הוא הדין שנאמר שופך דם האדם באדם דמו ישפך זה ההורג בעצמו שלא ע"י שליח את דמכם לנפשותיכם אדרוש זה ההורג עצמו מיד כל חיה אדרשנו זה המוסר חבירו לפני חיה לטרפו מיד האדם מיד איש אחיו אדרוש את נפש האדם זה השוכר אחרים להרוג חבירו ובפירוש נאמר בשלשתן לשון דרישה הרי דינם מסור לשמים וכל אלו הרצחנים וביוצא בהן שאינם מחויבים מיתת ב"ד אם רצה מלך להרגם בדין המלכות והקנת העולם הרשות בידו וכן אם ראו ב"ד להרגם בהוראת שעה אם היתה השעה צריכה לכך יש להם רשות כפי מה שיראו הרי שלא הרגם המלך ולא היתה השעה צריכה לכך לחזק הדבר הרי ב"ד חייבים מ"מ להכותם מכה רבה הקרובה למיתה לאסרם במצור ובמצוק שנים רבות ולצערן בכל מיני צער כדי להפחיד ולא"ם על שארי הרשעים שלא היה

הדבר להם לפוקה ולמכשול ויאמר הריני מסבב להרוג אויבי כדרך שעשה פלוני ואפטר ע"כ ועתה אין לנו שום שיכות בדינים אלו ומשלת הקיסר יר"ה רבה אותם :

יד כתבו הקדמונים דהמאבד עצמו לדעת אין לו חלק לעוה"ב ויש כדמות ראיה לזה סנט' [ניסין כ"ז] שבשעת החורבן הוליכו כמה מאות ילדים וילדות לזנות ושאלו את הנדול שבהם אם אנו מובעים עצמנו בים היבואו לעוה"ב והתיר להם כרי שלא יזנו עסם הרי משמע דבלא זה אין באין לעוה"ב ועוד ראיה מאבל רבתי [פ"ב] דתניא המאבד עצמו לדעת אין מתעסקין עמו ואין קורעין עליו ואין מספידין עליו ונתבאר בי"ד סי' שם"ה ודוקא כשהורג א"ע אבל אם צוה לאחר שיהרגנו אין על עצמו דין מאבד עצמו לדעת אלא עבירה חמורה וההורג הוא השופך דמים ולכן לא רצה שאול הצדיק להרוג א"ע ודוד המע"ה הרג את האיש שהרגנו לשאול אע"פ שהרגו בצוויו כמפורש בקרא ושאול צוהו כדי שלא יתעלו בו האויבים כמבואר שם [ועפי"ל ל' י"ג] :

טו אחד ההורג את הנדול או את הקטן אפילו קטן בן יומו בין זכר בין נקבה או טומטום ואנדרוגינוס אם רק ידוע שבלו לו חרשיו שאינו נפל נהרג עליו אם הרג בסויר וגולה לערי מקלט אם הרגו בשוגג ואם אינו ידוע שבלו לו חדשיו הרי הוא בנפל ער שלשים יום והורגו בתוך ל' אפילו ביום שלשים עצמו אינו נהרג עליו דהא לענין בכור ואבילות ג"כ דינו כלפני שלשים וכ"ש לדיני נפשות ומדברי הרמב"ם ז"ל מפורש דאם נולד לט' חדשים מקרי בלו לו חדשיו אבל בשם רש"י ז"ל כתבו [סנה"מ פ"ח מ"ב] דגם זה אין ראיה אא"ב לא שימשה עם בעלה רק בתחלת תשעה דאל"כ שמא נתעברה אח"כ ואם נולד לשמונה חדשים אפילו שהה ל' יום הוי נפל [רמב"ם פ"ח מ"ב] ויש חולקים בזה [רמב"ד] ואולי לענין נפשות מורים לדעה ראשונה וכל זה כשנולד אבל אם עדיין הוא במעי אמו אפילו כלו לו חדשיו ומפרכם לצאת אין נהרגין עליו דאין נקרא עדיין נפש כמ"ש בסעיף ז' אבל בן נח חייב אף על העוברין לדעת הרמב"ם בפ"ט ממלכים דכתיב שופך דם האדם באדם דמו ישפך ואיזה אדם באדם הוי אומר זה עובר ולבני נח נאמרה דבישראל כתיב כי יכה כל נפש ועובר אינו נפש ולא איש ואין להקשות מי איכא מידי דלישראל שרי ולבן נח אסור דהא גם בישראל יש איסור גדול אלא שאינו נהרג ע"ז [תוס' חולין ל"נ] :

טז אחר ההורג את הבריא ואחר ההורג את החולה הנוטה למות ואפילו הרג את הנוסס ה"ז נהרג עליו ואם היה נוסס בידי אדם כגון שהכוהו בני אדם עד שנוטה למות ובא אחר והרגו כשהיה נוסס אף שעשה עבירה מ"מ אין ב"ד ממיתין אותו והחפרש בין נוסס בידי שמים לבידי אדם דבידי שמים כיון דלא איתעביד ביה מעשה דינו כחי נמור כל זמן שחי אבל בידי אדם כיון דאיתעביד ביה מעשה א"א לחושבו כחי [סנה' ע"ח] ואע"ג דחשבינן את הנוסס שבידי אדם כמת מ"מ א"א לחייב מיתה למי שעשאו נוסס דהא עכ"פ עדיין חי הוא ואע"ג דרוב נוסטין למיתה האמנם בחיות לא אולינן בתר רובא והרי ההורג נוסס שבידי שמים מחייבינן לו מיתה אע"ג דרובן למיתה א"כ כ"ש דלא נחייב מיתה העושהו נוסס [תוס' סה] :

יז ההורג את הטריפה אע"פ שאוכל ושותה ומהלך בשוק ה"ז פטור מדיני אדם וכך אדם הוא בחוקת שלם וההורגו נהרג ער שיוודע ודאי שהוא טריפה שיאמרו עליו הרופאים שמכה זו אין לה תעלה בארם ובה ימות אף אם לא ימיתנו דבר אחר כן כתב הרמב"ם בפ"ב ומבואר מדבריו שאע"פ שנתוודע שיש לו מכה ס"ם כל זמן שלא אמרו הרופאים נואש לחייו אולינן בתר רובא ואומרים שהוא מרוב האנשים הבריאים אף שיש בו ריעותא שאינו בשארי בני אדם אלא שאנו אומרים דאין זה ריעותא [ומכאן למיש לע"ע בסוכניס בסיכות סריפה דכיון שיש ריעותא לע מזלזון בה בתר רובא דרוב בסמות כשרות הן ובכאן אין לומר מפני שעדיין הוא מי שבנוסס בי"ם דשם בטריפה פעמר דטריפה לאו נוסס וגם אין לומר כיון דשם מכוח מולין לחיים כיון שיש בו ריעותא דספק טריפה וגם מנדש כ"מ מוכח דלא כדעה זו ע"ש ודו"ק] :

יח כתב הרמב"ם ז"ל [שם] אדם טריפה שהרג את הנפש נהרג שנאמר ובערת הרע מקרבך והוא שיהרוג בפני ב"ד אבל בפני עדים פטור שמא יזמו ואם הזומו אינם נהרגין שהרי לא זממו אלא להרוג טריפה וכל עדות שאינה ראויה להזמה אינה עדות בר"נ עכ"ל וזה שכתב בריני נפשות לא שיש חילוק מן התורה בין ד"נ לד"ם ברין הזמה אלא מפני שלא דקדקו בר"ם שיהא עדות הראוי להזימה מפני נעילת דלת ותרי מפני זה במלו שבע חקירות דאיזו יום בריני ממונות וכן שט"ח מאוחר כשר בר"ם אע"נ שע"י זה לא יהיה ביכולת לבע"ח לידי הזמה כמ"ש הרמב"ם מספב"נ ממלוה [ע"ך מי' ליש מקמ"ז] ועוד דענין טריפה לא שייך כלל בדיני ממונות דאיזה הפרש יש במטון בין טריפה לאינו טריפה וכן עידי טריפה כשרים בד"ם ופסולים בד"נ כמ"ש פ"ק מעדות ויל וכן העדים שהיו טריפה והעידו בדבר שחייבין עליו מיתת ב"ד נהזמו אין נהרגין שאם יזומו זממיהן אין זממיהן נהרגין שלא הזימו אלא טריפה עכ"ל וצ"ל שבשעה שהעידו לא ידעו הב"ד שהם טריפה דאל"כ לא היו דנין על פיהם [כ"מ] :

יט אחד ההורג בן חורין ואחד ההורג עבד כנעני ה"ז נהרג עליו ואם הרג בשונג נולה וישראל שהרג גר תושב מצרי אינו נהרג עליו בב"ד שנאמר וכי יוד איש על רעהו ואצ"ל שאינו נהרג על המצרי ואחד ההורג את עבד אחרים או ההורג עבדו ה"ז נהרג עליו שהעבד

קבל עליו עול מצות ונוסף על נחלת ה' [רמב"ם] ומה בין עבדו לעבד אחרים שעבדו כשהכהו הכאה שיש בה כדי להטית ונטה למות ועבר כ"ד שעות ומת אינו נהרג עליו אף שמת מחמת המכה שנאמר לא יוקם כי כספו הוא ומה זה שכתוב אך אם יום או יומים יעמוד יום שהוא כיומים שהוא מעל"ע [סמ] דכשההכאה היתה לא בתחלת המעל"ע ממש בע"כ שנמשך ביום השני אבל המכה עבד שאינו שלו אפילו מת לאחר כמה ימים מחמת המכה כיון שהכהו כדי להמית ה"ז נהרג עליו ואף גם בעבדו כתב הרמב"ם דאינו פטור בקיום מעל"ע אלא כשהכהו בשבט ומקל ורצועה וכיוצא בהן ולא בהכאת רציחה אבל המכה את עבדו בסכין וסייף או באבן ואגרוף וכיוצא בהן ואמדוהו למיתה ומת אינו בדין יום או יומים אלא אפילו מת לאחר שנה נהרג עליו לכך נאמר בשבט שלא נתנה תורה רשות להבותו אלא בשבט עכ"ל ולפ"ז א"ש מ"ש בסי' ת"כ סעיף ג' דחובל בעבדו לוקה דאין לו רשות לחבלו דבזה שוה לאחר:

כ המוכר את עבדו ופסק עמו שישמשנו ל' יום והכהו אחר מהם בתוך הל' יום והמיתו ה"ז נהרג עליו אע"פ שמת לאחר זמן ואינו בדין יום או יומים הראשון לפי שאינו כספו המיוחד לו והשני לפי שאינו עדיין תחתיו דהרי עושה מלאכתו של ראשון וכן מי שחציו עבד וחציו בן חורין ועבד של שני שותפין אינם בדין יום או יומים שהרי אינו לאחר מהם כספו המיוחד לו ונהרג עליו כעל אחרים [רמב"ם] ובחציו עבד וחציו ב"ח בל"ז דינו כבן חורין כיון דקיי"ל דכופין את רבו ועושה אוהו ב"ח [וסלמב"ם ס"ל דרק לענין מיסור דימו כבן חורין כמ"ש בסי' תכ"ד סעיף ו'] :

כא כתב הרמב"ם ז"ל בפ"נ מרוצח המכה את חבירו בזדון באבן או בעץ והמיתו אומרין בבר שהכהו בו ומקום שהכה עליו אם ראוי אותו חפץ להמית באבר זה או אינו ראוי שנאמר באבן יד אשר ימות בה הכהו או בכלי עץ יד אשר ימות בו הכהו עד שיהיה בו כדי להמית ואינו דומה מכהו על לבו למכהו על ירכו הואיל ונאמר אשר ימות בה מכאן שאומרין מקום המכה וכשם שאומרין החפץ שהכה בו ומקום המכה כך אומרין כח ההכאה שנאמר באבן יד מכאן שמשערין את היד אינו דומה זורק אבן בחבירו בריחוק ב' אמות לזורק בו בריחוק י' שבריחוק י' יהיה כחו יותר ואינו דומה זורק בריחוק י' לזורק בריחוק ק' שבריחוק המקום ביותר יתמעט כח ההכאה עכ"ל דבריחוק טועט יתרבה כח ההכאה ובריחוק מרובה יתמעט והרמב"ם ז"ל לאו דוקא נקט י' וק' ודוגמא בעלמא נקט והב"ד משערים הריחוק והקירוב ובן משערין המכה עצמה ומשערין כח ההורג וכח הנהרג אם גדול אם קטן או חזק או חלש או בריא או חולה וכן כל כיוצא בזה שנאמר אשר ימות בה מיתתו של זה משערין כל סבותיה:

כב כלי ברזל לא נתנה בו תורה שיעור שנאמר ואם בכלי ברזל הכהו ויומת רוצח הוא ולא נאמר אשר ימות בה כבכלי עץ מפני שברזל יכול להמית אפילו בכל שהוא כמו מחט או שפוד שיש לו חידוד או סכין וכיוצא בהן אבל בדבר שאינו מחודד כגון שהכהו בעשת של ברזל וכיוצא בה אומרין אותה כדרך שאומרין העץ ואי קשיא דא"כ גם בחתיכת עץ קטן אם יעשה לו חידוד ויתחבנו בלבו או בגרונו הלא ג"כ ימיתנו אמנם ודאי דכן הוא אלא דאורחא רמ"לתא היא דמברזל עושין דברים הנוקבים ומחתכין:

כג המכה את חבירו בלא כלי והמיתו כגון שהכהו בידו או ברגלו או נגפו בראשו והמיתו משערין כח המכה וכח הנהרג ומקום המכה דאינו דומה דוחף חבירו באצבעו לבועט בו ברגלו ואינו דומה בעיטה ברגלו שלא נכח לבועט בכל כחו ואינו דומה מכהו על לבו למכהו על מתניו ואינו דומה אדם חלוש המכה לאדם בריא כבריא שמכה חלוש ואינו דומה בריא המכה את החלוש לבריא המכה את הבריא וכ"ש אם המוכה היה חולה דבקל ממיתין אותו וכ"ש אם היה נוסס בי"ש דחייבין עליו כמ"ש בסעיף ט"ו ומנין שמשערין בכל אלו שנאמר או באיבה הכהו בידו ויומת מות יומת המכה אע"פ שנאמר בידו הצריך הכתוב להיות ההכאה באיבה מכלל שמשערין כח ההכאה דאל"כ מה לי באיבה או שלא באיבה וירו לאו דוקא דה"ה ברגלו או באבר אחר אלא שהתורה אורחא דמילתא נקטה דמתם הכאה הוא ביד:

כד וכן הדוחף את חבירו מראש הגג ונפל ומת משערין הגובה ומשערין כח הנדחף שאינו דומה בן יומו שנפל לגדול שנפל ואינו דומה חולה לבריא ומנין שמשערין גובה המקום שנאמר ואם בשנאה יהדפנו דאם א"צ שיעור מה לנו אם בשנאה אם לא בשנאה דאם הפילו במזיד חייב אלא דה"פ דבשנאה יהדפנו מסתמא הראוי להמית וכתב הרמב"ם ויראה לי שכל מקום שאין בנובהו עשרה טפחים אין בו כדי להמית כמו שאמרו בבור לענין בהמה ע"ל וכשמת בפחות מעשרה אינו חייב מיתה דלא על ידו מת אלא מן השמים נגזרה עליו שימות ברבר שאין בו למות ונ"ל דזהו דוקא אם מת מחמת הגובה אבל אם דחפו על אבן חייב אפילו בפחות מעשרה דהאבן המיתו ואחד המכה את חבירו באבן או בעץ או שהכהו בגוש עפר או בגוש מלח וגפרית או בסל מלא עפר או צרורות ואפילו בפלח דבלה שנאמר אשר ימות בה כל שהוא ראוי להמית והכובר הוא שממית [סמ]:

כה הדוחף את חבירו לתוך המים או לתוך האש אם היה יכול לעלות משם ולא עלה פטור ואם לאו חייב לפיכך אומדין זה לפי האש והמים והדחיפה אם היה יכול לעלות אם לאו וכן אם זה הנהרג ירד מעצמו לתוך המים והאש ובקש לעלות מיד וזה כבש על גופו

או על ראשו ולא הניחו לעלות ומת או שכבשו עד שלא נשאר בו כח לעלות חייב אע"פ שלא הוא דחפו בתחלה לתוך המים והאש דאין זה כנרמא דהא עשה מעשה בגופו ומה לי מעשה דחפיפה או מעשה דכבישה וה"ה המניח ידו על פי חבירו ועל חוטמו שלא ישאף האויר ונחנק ומת או הניחו חלוש ומפרפר ואינו יכול לחיות חייב מיתה ואפילו כפתו ולא עשה לו כלום אלא הניחו בצינה או בחמה באופן שלא יוכל לזוז משם ומת מחמה או מצינה אם החמה והצינה היה שם בעת שכפתו חייב דכיון שסיבת ההרינה היתה שם בעת מעשה הרי הוא הרינה בידים דמה לי הרינה ע"י חרב או ע"י חום וקור והיא מיתה אריבתא אבל אם החמה והצינה לא היה אז אלא שבאו אח"כ פטור מדיני אדם שאין זה אלא כנרמא כיון שההורג לא היה מוכן בשעת מעשה וחייב בד"ש :

כו וכן אם הבניטו למערה או לבית ועישן עליו בעשן עד שנחנק ומת או שהכניסו לבית של שיש והדליק עליו נר עד שהמיהו ההבל בכל אלו נהרג עליו שזהו כמו שחנקו בידו אבל הכופה את חבירו והניחו ברעב עד שמת פטור בידי אדם דבשעה שכפתו אין כאן דבר הריגה והרעב בא מאליו והולך וחזק לאחר זמן והוי כסוף חמה לבא ואפילו היה רעב כבר בשעה שכפתו דכיון דאם לא היה מתחזק עליו הרעב לא היה מת הוה ליה סוף רעב לבא ולא דמי לכפתו בחמה שכבר נפלה עליו חמה הראוי למות בה [תוס' סנה' ע"ז] וכן אם כפה עליו גיגית עד שנתמעט האויר ובלה לגמרי ונחנק מהעדר האויר פטור מדיני אדם דההורג בא לאחר זמן וכן אם סגר עליו הבית ופרע את המעזיבה מן הגג עד שנכנס הקור ומת פטור ג"כ דהמיתה לא היתה מוזמנת דהקור נכנס מעט מעט לתוך הבית ולא דמי לכפתו בצינה או בחמה דכל הקור והחום היה שם בשעת מעשה וכתב הרמב"ם ז"ל דאם בנה עליו מקום עד שמגע מגו הרוח חייב מיתה והטהו עליו דזהו ככפיית גיגית ולי נראה שכוונתו שבנה עליו ממש ולא הניח לו אויר כלל ואין לך הורג מזומן כזה שבהכרח שיחנק אבל אם בנה עליו סביבו ברוחב מקום רק שבמשך העת כלה האויר בזה מודה הרמב"ם שפטור דהוי דומיא דגיגית :

כז אם השיך בו את הנחש פטור מדיני אדם דהנחש מעופו מקיא את הארס והוי כגרמא וכ"ש אם שיסה בו את הכלב או את הנחש אבל אם נמל שיני הכלב והשיך בו עד שמת חייב מיתה דמה לי הריגה בסייף או בשיני כלב ולא דמי להשיך בו את הנחש דפטור דנחש ממית בארסו וארסו אינו בין שיניו אלא בגופו והנחש מעצמו מקיאו ואינו אלא גרמא וכן הרוחף חבירו בבור והיה שם סולם שיכול לעלות עליו או שורק בו חץ והיה תרים בידו להגן עליו ובא אחר וסילק את הסולם והסיר את התריס שניהם אין נהרגין בב"ד ואפילו קדם הוא עצמו וסילק הסולם והסיר התריס פטור דשעה שרחפו להבור וזרק החץ לא היה הריגה כלל ואח"כ כשסילק המולם והתריע אין זה אלא גרמא כיון שלא עשה מעשה בגופו ודינו מסור לשמים ואם כפתו לפני ארי אם הושיטו לתוך פיו חייב מיתה ואם הניחו וקפץ עליו הארי והרגו פטור דכיון דהארי לא עמד עליו בשעה שכפתו הוי גרמא וכן אם כפתו והניחו לפני יתושין ואכלוהו אע"פ שעמדו עליו יתושין בשעת מעשה מ"מ פטור והטעם מפני דאלו יתושין שעמדו עליו לא הרגוהו עד שהלכו אלו ובאו אחרים והאחרים לא היו בשעת מעשה [גמ' סנ] והרמב"ם ו"ל השמיט דין זה ולא ידעתי למה :

כח החורק אבן בבותל וחזר האבן לאחוריו והרגהו חייב מיתת ב"ד דגם החזרה הוא מכח החורק וכן אלו שמשחקין בכדור שחובטים אותה בבותל וכוותם שתחזור הרבה לאחוריה אם התרו בהן ולא השגיחו והרגו אם עמד האדם בתוך ד' אמות מהבותל פטורין דלא היתה כוונתם לכך וחוץ לד' אמות אפילו לסוף מאה אמה חייבין והוא שיש בו כדי להמית כמ"ש וזוקא שהנהרג לא היה יכול לזוז ממקומו וי"א דאפילו תוך ד"א חייב מיתה כיון שהתרו בו [תוס' סנ ד"ס סמם] ואם זרק אבן למעלה והרגה אדם בירידתה למטה פטור דהחזרה למטה אינו מכח האדם ולא דמי לחזרה דכדור שחוזרת לצדדין דזהו מכח החורק אבל מלמעלה למטה טבע כל כובד לירד ולכן אם זרק אבן למעלה וביריתה למטה לא הלכה בשוה אלא הלכה לצדדין והרגה חייב דזהו מכחו ואין לומר דהא ע"פ כחו היה לו להאבן לעלות מעלה מעלה דהא למעלה זרקו דהאמת הוא דעיקר כחו כלה ולכן לא עלה עוד למעלה אבל קצת כחו נשאר בו והלך לצדדין דאל"כ היה יורד בשוה [גמ'] וכן הכופת את חבירו והניחו במקום שאינו יכול לברוח והציף עליו מים ומת ה"ז נהרג עליו דהוי כזורק בו חץ וזוקא שמת מכח הזרם הראשון שבא ממעשיו אבל בשמת מהזרם השני או השלישי פטור מדיני אדם דתרי הוא לא עשה רק הזרם הראשון ושארי הזרטות לאו מכחו באו אלא בגרמתו וכן אם לא הניחו מסוך לגפילת המים ממסגרותם אלא הניחו רחוק באופן שהמים בצאתם ממסגרותם לא פגעו בו אלא שהמים הלכו הלוך ושטוף עד ששטפוהו פטור מדיני אדם וחייב בד"ש דזהו נרמא ולא מברו [רש"י סנ ועכ"י מולין ע"ז- ספי' כהלמב"ם] :

כט כתב הרמב"ם בפ"ד מרוצח המתכוין להרוג את זה והרג את זה פטור ממיתת ב"ד ומן התשלומין ומן הגלות לפי שאין ערי מקלט קולטות אותו כמו שיתבאר לפיכך הזורק אבן לתוך עדה מישראל והרג אחד מהם פטור ממיתת ב"ד ע"כ ולמדנו זה מקרא דויאבד לו וקם עליו דמשמע עד שיתכוין לו לזה שהרגו ולכן אפילו עמדו ראובן ושמעון ואמר לאחד מהם אני

מתכוין או אפילו עמד איש מרחוק וכוון אליו והרגו אלא שהיה סבור שהוא ראובן ונמצא שהוא שמעון פטור ויש חולקים בזה וס"ל דמתכוין להרוג את זה והרג את זה חייב [רמב"ד] ואינו פטור אלא כשעמד מצדי אחר ביניהם וזרק חץ לתוך החבורה דאע"ג דרובם לאו מצדיו ניגהו מ"מ כל קבוע כמחצה על מחצה דמי ומפקפ גפשות להקל [גמ' סס והכמב"ס פוסק כר"ס סס מטוס דמס סוגית מזגן מליכת דר"ס כמ"ס סלמ"מ ס"ח ממוכ] :

ל נתכוין להכות את חבירו על מתניו ולא היה בהכלי או בהאבן כדי להמיתו בהכאה על מתניו והלכה לה הכלי והאבן על לבו והיה בה כדי להמית על לבו ומת או שנתכוין להכותו על לבו והיה בו כדי להמית על לבו והלך לו על מתניו ולא היה בו כדי להמית על מתניו ומ"מ מת פטור ממיתה וגם מגלות מפני שאין ההורג בכוונה גולה אבל אם נתכוין להכותו על מתניו והיה בו כדי להמית על מתניו והלך לו על לבו ומת ה"ז נהרג וכן כל כיוצא בזה ואינו דומה לנתכוין להרוג את זה והרג את זה כדעת הפוסר מפני שהכל גוף אחד :

לא המכה את חבירו באבן או באגרוף וביוצא בזה אומרין אותו אם אמדוהו הרופאים לחיים נותן החמשה דברים של חבלות ונפטר ואפילו חלה המוכה והכבידה חליו ומת ה"ז פטור דאין אחר האומרנא כלום ואם אמדוהו למיתה אוסרין את המכה בבית הסהר מיד וממתינים לזה אם מת יהיג המכהו ואם הקל ונתרפא רפואת שלמה והלך בשוק על רגליו כשאר הבריאים משלם החמשה דברים ונפטר ועל זה נאמר אם יקום והתהלך בחוץ על משענתו ונקה המכה דקשה סה מלמדנו פשיטא שפטור המכה אלא ללמד שחובשין אותו בבית הסהר וכשהמוכה ילך בחוץ אז מנקין אותו ומוציאין אותו מבית האסורים וזה שנאמר על משענתו אינו שיהלך והוא נשען על משהו דהרי אפילו חולה יכול לילך על משענת אלא פירושא דמשענתו הוא משענת בריאותו בלומר שילך כבריא על משענת כה עצמו שלא יצטרך משענת אחר להשען עליו ואם אמדוהו למיתה והקל ממה שהיה ולאחר מכאן הכבידה עליו מחלתו ומת ה"ז נהרג ואין אומרין אותו אומד שני כשהקל שרגלים לדבר שלא הוקלה באמת המחלה שהרי לאחר מבאן הוכבדה [כ"ס לגי' סלמב"ס] :

לב עשרה בני אדם שהכו לאחד בעשרה מלקות ומת בין שהכותו בכת אחת בין שהכותו בזה אחר זה כולם פטורין ממיתה ב"ד ודינם סטור לשמים שנאמר ואיש כי יכה כל נפש אדם ער שאחד יהרוג כל הנפש ואפילו בזה אחר זה והתשיעי עשאו גוסס אין העשירי חייב דגוסס בידי אדם פטור ההורג ונם מי שעשאו גוסס בס"ש במעוף מ"ן ודינם סטור לשמים וה"ה לשנים שהכפו לאחד להוך המים או בכשוהו בהוך המים או שהיו רבים יושבים ו'צא חץ מביניהם והרג אדם כולם פטורים בדיני ב"ד ואפילו שנים ש'שבו אחר צדיק ואחר רשע ויצא חץ מביניהם שבודאי הרשע עשה זאת מ"מ כיון שעדים לא ראו שהוא ירה החץ פטור בדיני אדם דאין דנין דיני נפשות ע"פ אומדנא אפילו באומדנא היותר גדולה :

לג כתב הרמב"ם ז"ל זרקו בו עשרה אבן זה אח"ז וכל אחד מהן אין בו כדי להמית וזרק אחר אבן באחרונה ויש בו כדי להמית ומת ה"ז האחרון נהרג עליו עכ"ל וצ"ל דההפרש מעשרה מקלות שנתבאר דבשם כולם שוין וע"י כולם יחד מת אבל בבאן לא היה מת בהתשעה הקודמים ובהעשירי לבדו היה מת ולפ"ז אין זה רבותא כלל ואפשר אע"ג דאם ע"י העשירי לבדו לא היה מת ג"כ לפי הבאתו וזרק מפני שהקודמים החלישוהו מ"מ כיון שע"י אבן זה היה ראוי להמית אם היה מבהו בחוזק חייב מיתה כיון שאבנו גדול משל הקודמים ובאמת לגירסתנו בגמ' [סס ע"ח] אין הדין כן ולהרמב"ם היה לו גירסא אחרת דלגירסתנו גם בדינא דעשרה מקלות חייב האחרון [ע"ס דסס"מ כריב"ב] :

לד רוצח שנגמר דינו ונתערב באחרים ולא נודע מי הוא הרוצח וכל אחד אומר אינני הרוצח הדבר פשוט שכולן פטורים ואפילו נתערב ברוצחים אך לא נגמר דינם עדיין ואפילו רוצח אחר שלא נגמר דינו שנתערב בהרבה רוצחים שנגמר דינם כולם פטורים מסיתה שאין גומרין דינו של אדם אלא בפניו וכשאינו ידוע מי הוא הוי כשלא בפניו ולכן אין הורגין אותם ומ"מ אין פוטרין אותם לגמרי ומבניסין אותם לבית האסורים כיון שכולם רוצחים אלא שלא נגמר דינם לא גרע מהורג נפש שלא היה שם עדין בד"ת כמו עדות מיוחדת או שלא התרו בו ובה"ג שהענין אמת אלא דנפסלו מדין תורה וכתב הרמב"ם ז"ל דכונסין אותם לכיפה ומאכילין אותם לחם צר ומים לחץ עד שיצרו מעיהם ואח"כ מאכילין אותם שעורין עד שתתבקע כרסם מבובד החולי ואין עושין דבר זה לשארי חייבי מיתות ב"ד אלא לשופכי דמים מפני שיש בזה העון השחתת ישובו של עולם עכ"ל :

לה כל ההורג נפש בשגגה גולה מעירו שהרג בה לערי מקלט ומצות עשה להגלותו וישב בה ער מות הכהן הגדול כמפורש בתורה והוזהרו ב"ד שלא ליקח כופר מן הרוצח בשגגה כדי שישב בעירו שנאמר ולא תקחו כופר לנוס אל עיר מקלטו וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ה מרוצח אין הרוצח בשגגה גולה אא"כ מת הנהרג מיד אבל אם חבל בו בשגגה אע"פ שאמדוהו למיתה וחלה ומת אינו גולה שמא הוא קרב את מיתת עצמו או הרוח נכנסה בחבורה והרגתהו אפילו שחט בו שני הסימנים ועמד מעט אינו גולה על ידי לפיכך אם

אם לא פירכם כלל או ששחטו במקום שאין הרוח מנשבת בו כגון בית סהום של שיש ה"ז גוזה וכן כל כיוצא בזה עכ"ל ואע"ג דבמזיר חובשין אותו ואם מת הורגין אותו כמ"ש בסעיף ל"א מ"מ בגלות מקילינן ובהרבה דברים קיבא גלות ממיתה כמו בין דרך ירידה לדרך עליה כמו שיתבאר וזהו מגזרת התורה ומעם גדול יש בדבר דהא עכ"פ בשוגג הרג אבל יש חולקין על הרמב"ם וס"ל דרק בשחט בו שנים או רוב שנים חיישינן שהרוח בלבלתו [ניטין ע:] אבל חבורה אחרת כשמה על ידי החבורה ה"ז גולה דאין הרוח והפירכוס מקרבין את מיתתו [רמב"ן] והמיהני דא"כ גם במזיר כששחטו בו שני הסימנים יפטר ממיתה אם זהו חשש גמור דהרוח בלבלתו ואדרבה הרמב"ם לסר מק"ו משחיטה שלא ראינו אפילו אחד מאלף שיחיה ועכ"ז פטור מגלות וב"ש בשארי חבורות וגם רבותינו בעלי התוס' כתבו כהרמב"ם [כס] :

לן כתב הרמב"ם ז"ל ישראל שהרג בשגגה את העבד או את גר תושב [בזמן קדמון] גולה וכן העבד שהרג בשגגה את ישראל או את גר תושב וכן גר תושב שהרג את גר תושב או את העבר בשגגה גולה שנאמר לבני ישראל ולגר ולתושב בתוכם עכ"ל וי"א דישראל שהרג ג"ת אינו גולה וכן עבד וג"ת אין גולין זה ע"י זה וכן משמע במכות [ח"י] ודבינו הב"י כתב בספרו כ"מ דמ"ם הוא ע"ש אבל גם בפי' המשנה כתב הרמב"ם כן ע"ש [וע"ל דס"ל דלמסקנא סם דג"ת אינו גולה מ"מ ע"ג ג"ת זכו בתומר מיתר טוב מדבין בפכל גולין דליסא גם ג"ת לגד ג"ת סהרג ישראל כדמסיים מוך מג"ת לגומר כשהרג ישראל ולא לסיפך ולעון פכל משמע כן ודו"ק] :

לן ג"ת מצרי שהרג את ישראל בשגגה ה"ז נהרג דאדם מועד לעולם כמו בנזקין וזה שפטרה התורה בישראל שהרג בשוגג זהו נזירת התורה וכן ג"ת שהרג ג"ת מפני שהיה סבור שמותר לעשות כן אף שזהו כעין שוגג מ"מ נהרג עליו דאומר מותר הוה קרוב למזיר והואיל שנתבוין להרגו ה"ז נהרג עליו ומצרי שהרג מצרי בשגגה אף שאינו נהרג מ"מ גם אינו גולה דאין ערי מקלט קולטות אותן שנאמר לבני ישראל :

לח הבן שהרג את אביו בשגגה ה"ז גולה וכן האב שהרג בנו בד"א כשהרגו שלא בשעת ליטוד או שהיה מלמדו אומנות אחרת שא"צ לה הבן לפרנסתו אבל אם ייסר בנו ללמדו תורה או חכמה או אומנות פטור כשמת על ידו וכן הרב המכה את תלמידו או שליח ב"ד שהכה את הבעל דבר הנמנע מלבא לדין והמיתו בשגגה פטור מגלות שנאמר ואשר יבא את רעהו ביער לפטוב עצים ודרשינן מה חטיבת עצים רשות אף כל רשות יצאו כל אלו ששגגו בשעת עשיית מצוה וי"א דשליח ב"ד שהכה להנמנע מלבא לב"ד חייב גלות ואינו פטור אלא כשהלקהו מלקות ע"י ב"ד והלקהו יותר ממה שאמרותו וסת ת"י ה"ז פטור [רמב"ד] ואע"פ שפטורים כך אלו מגלות זהו מגזירת התורה אבל מ"מ עשו עבירה גדולה דאין להם ליסר באופן זה וכמ"ש בס"ם הכ"ד ע"ש :

לט דרך הרוצחים כך היה דאחר שוגג ואחד מזיד היו בורחין לערי המקלט וב"ד של אותה העיר שהרג בה היו שולחין ומביאין אותו משם ורנין שנאמר ושלחו זקני עירו ולקחו אותו משם ומי שנתחייב מיתה מיתין אותו שנאמר ונתנו אותו ביד גואל הדם ומת ולהרמב"ם הגואל הדם בעצמו ממיתו ולרש"י הביאו לב"ד והב"ד המיתוהו ואם ברח מב"ד רודפו גואל הדם וממיתו כמ"ש בסעיף ג' ומי שנתחייב גלות מחזירין אותו למקומו שנאמר והשיבו אותו העדה אל עיר מקלטו אשר נס שמה ומי שפטור גם מגלות בגין שהרגו בשוגג דרך עליה או שארי פטורי גלות פוטרין אותו לגמרי ושומרים אותו מיד גואל הדם שלא יהרגנו שנאמר והצילו העדה את הרוצח מיד גה"ד וכן המחוייב גלות כשמחזירין אותו לעיר מקלטו מסרין לו שני ת"ח לשמרו בדרך מיד גה"ר ואומרים לגואל הדם אל תנהג בו מנהג שופכי דמים והרי בשוגג בא מעשה זה לידו ולכן צריכים ת"ח כדי שידברו דברי מוסר לגואל הדם שלא יהרגנו ווה שכתבנו שדרך הרוצחים כך היה גם מעיקר דין תורה כך היא שנם המזיד ילך מקדם לעיר מקלט שהרי כתיב וכי יהיה איש שונא לרעהו וארב לו וקם עליו והכהו נפש ומת ונם אל אחת הערים האל ושלחו זקני עירו וגו' ולא כתיב וינום אלא ונס משמע דכן הדין [רמ"י ס:] ואפשר להת טעם בזה דאל"כ עד שב"ד יחקורו אם חייב מיתה אם לאו יהרגוהו גואלי הדם בחמימות לבבם כשיהיה בעירו וכן בורח לערי מקלט וכשמביאין אותו משם שומרים אותו ונם גואלי הדם נתקררו מעם ולכן בהברח שיגלה מקודם :

מ ידאה לי דאע"פ שנתבאר בסעיף ל"ד דרוצח שלא ננסר דינו שנתערב באחרים פטורים מ"מ חייבי מיתות וחייבי גליות שנתערבו כיון דגם מזידים נולים מקדם בס"ש אין מוציאין לבולן משם ואפשר דאף אם נתערבו קודם שגלו לשם מגלין אותם כדי שלא יעמדו גואלי הדם ויתיתו את השוגגים משא"כ בננסר דינם שנתערבו בלא ננסר דינם לא חיישינן להו אם יהרגום כיון שכולם מזידים הם וכן רוצח שנתערב באחרים נקיים פשימא דגואלי הדם לא יהרגו את הנקיים כשיהיה אצלם ספק אם הוא הוא הרוצח :

מא אמרו חז"ל [מכות י:] רוצח שגלה לעיר מקלטו ומצאו גואל הדם והרגו פטור וא"א לומר שהרגו בעיר מקלטו דוודאי חייב הגואל הדם מיתת דאל"כ איזו תועלת יש בערי מקלט ועוד דכתיב במסעי ואם יצא יצא הרוצח מעיר מקלטו ויהרגנו גה"ר אין לו דרישת דמו מבלל דבעיר מקלטו נהרג עליו אלא דה"ם כשיהרגנו

קודם שיבא לעיר מקלטו כמו שפי' רש"י וז"ל הרמב"ם ריצח בשגגה נה"ד חוץ לתחום עיר מקלטו פטור שנאמר ולו אין משפט מות עכ"ל ואע"ג דפשטא דקרא ארוצח קאי כדכתיב פן ירדוף גה"ד וגו' והכהו נפש ולו אין משפט מות מ"מ דרשינן ליה אגואל הדם כלומר שיהרגנו מפני שהוא בטוח שלו אין משפט מות אם יהרגנו דאי ארוצח קאי מיתור הוא דרישא דענייגא מפורש שהוא שונג ושאין לו משפט מות וכרמסיים קרא כי לא שונא הוא לו כלומר דמסתמא הרגו בשונג ונם טעם המקרא מוכח דאגואל הדם קאי דעל והכהו נפש הוא אתנחתא להורות דסליק ענינא ולו אין משפט מות הוא ענין אחר עוד כתב הרמב"ם ז"ל דאחר ההורגו בדרך קורם שיכנס לעיר מקלטו או שהרגו בחוירתו עם השנים ששומרים אותו פטור ורוצח שנכנס לעיר מקלטו ויצא חוץ לתחומה בזדון ה"ז התיר עצמו למיתה ורשות ביד נה"ד להרגו וגם כל אדם שהרגו אין חייבין עליו שנאמר ואם יצא יצא הרוצח את גבול עיר מקלטו וגו' ורצח נה"ר את הרוצח אין לו דם וא"א לומר דלאחר יש לו דם דא"כ הו"ל למיכתב אין לו משפט מות ומדכתיב אין לו דם משמע דעד הנהרג קאי ראין לו דרישת דם כלל ולמה כתבה התורה גואל הדם אורחא דמילתא היא דאחר לא ימצא לבבו להתנקם ואמנם זהו לנירסת הרמב"ם אבל לפי נירסת ספרים שלנו במשנה ובריייתא דמכות [י"ח:] איש אחר שהרגו נהרג עליו דמה לו להרגו [לר"ע דסלקא כוותים ועמוע"ש ססניס סס כסרמב"ס] :

מב עוד בתב יצא חוץ לתחום עיר מקלטו בשגגה כל ההורגו בין גה"ד בין שאר אדם נולה על ידו עכ"ל ואפילו הרגוהו במזיד ואפש' לומר הטעם דכיון דאם יצא במזיד רשאים להורגו אין להם לדעת אם יצא בשוגג אם לאו ולכן אפילו יצא בשוגג הרי הורגיו ג"כ בשוגגין וסן חייבין אלא גלות ונראה דהרמב"ם מפרש מה שאמרו שם [י"ב:] במזיד נהרג בשוגג גולה דנהרג קאי על הרוצח וגולה קאי על הורגו לחרוצח ודבר תימא הוא ונם בנמ' מפרש שם הטעם שלא יהא סיפו חמור מתחלתו ולדבריו מה ענין ל"ז ועוד דהיכן מרומז זה בתורה ולולי דבריו היינו מפרשים דה"פ אם יצא במזיד נהרג ואם יצא בשוגג חוזרין וגולין אותו לעיר מקלטו ואסור להורגו ואם זה שהרגו ירע שבשוגג יצא חייב מיתה דסיפו כתחלתו בכל רוצח שבמזיד נהרג ובשוגג גולת ואפשר דנם הרמב"ם לא פסרם מסיתה אלא כשלא ירעו שבשוגג יצא וכמ"ש וצ"ע לדינא וכתב עוד דאם גואל הדם הרגו בהוך תחום עיר מקלטו ה"ז נהרג עליו וכבר בארנו זה :

מג כתב הרמב"ם ז"ל המוצח קולט שנאמר בהורג בזדון מעם מובחי תקחנו למות מבלל שההורג בשגגה אינו נהיג במוצח לפיכך ההורג בשגגה וקלטו מוצח והרגו שם גואל הדם ה"ז נהרג עליו כמו שהרגו בחוך עיר מקלט אין קולט אלא גגו של מוצח בית העולמים כלבד ואין קולט אלא כהן ועבודה בידו אבל זר או כהן שאינו עובד בשעה שנהרג או שהיה עובד ולא היה על גגו של מוצח אלא סמוך לו או אותו בקרנותיו אינו נקלט וכן מי שקלטו המוצח אין מניחין אותו שם אלא מוסרין לו שומרין ומגלין אותו לעיר מקלטו בד"א במחוייב גלות אבל מי שפחר שלא יהרגנו בדין המלכות או סב"ד שלא יהרגוהו בהוראה שעה וברח למוצח ונסמך לו ואפילו היה זר ה"ז ניצול ואין לוקחין אותו מעם המוצח למות לעולם אא"כ נתחייב מיתת ב"ד בעדות נמור והתראה כשאר כל הרוגי ב"ד תמיד עכ"ל ואע"ג רבש"ם [יומא פ"א] מבואר דבשעת עבודה אין מבטלין גם את המזיד דדריש מעם מזבחי ולא מעל מבחי מ"מ פסק כהמבילתא שאמרה מפורש שמבטלין אותו מעבודה במזיד ומפני שגם בש"ם נמצא ג"כ דרציחה דוחה את העבודה דמשמע אפילו בשעת עבודה נ"ל להרמב"ם ז"ל דפלוגתא היא ולכן הפם לו דרך המכילתא ולפ"ז ממילא מבואר דהא דדייקינן למיתה ולא לגלות אינו אלא בשעת עבודה וכן דרש במכילתא תקחנו למות ולא ולקוח ולא לגלות ולפיכך פסק שמוסרין לו שומרים שבשינמור עבודתו מנין אותו וזה שפסק שמי שברח מהפחד למוצח ניצול בכל ענין למר מיואב שברח והחזיק בקרנות המוצח כמפורש במכים ואע"ג דבנמ' [מכות סס] אמרי שטעה יואב בכמה דברים ולכן הרגו שלמה נ"ל שהרמב"ם מפרש שבוה שהחזיק א"ע בקרנות המוצח וזומה זה לעיקר קליטה של מוצח בחייבי גלות טעה בזה מפני שאינו קולט אלא גגו ובהם"ק דירושלים ובכן אבל בעיקר הדבר שנבנס למקום הקדש כדי שממה לא יהרגנו ואף אם הסנהדרין יהרגוהו ירשו בניו נכסיו כמ"ש חו"ל [סנה' מ"ח:] וכ"ם בירושלמי מכות פ"ב ה"ו ע"ש בהא לא מעה וכזה מביארים כל דברי הרמב"ם ומתורץ כל מה שהקשו עליו [ע"ם בפ"ם ומל"מ] :

מד אין ההורג בשוגג חייב גלות אלא כשהרג בשוגג גמור אבל בשוגג שקרוב לאונס פטור מן הגלות ושוגג שקרוב למזיד אין מועיל לו גלות וז"ל הרמב"ם ז"ל בפ"ו מרוצח שלשה הם התורגים בלא כוונה יש הורג בשגגה והעלמה גמורה וזהו שנאמר בו ואשר לא צדה ודינו שיגלה לערי מקלט ויגצל ויש הורג ותהיה השגגה קרוב לאונס והוא שיארע במיתת זה מאורע פלא שאינו מצוי ברוב מאורעות בני אדם ודינו שהוא פטור מן הגלות ואם הרגו גואל הדם נהרג עליו ויש הורג בשגגה ותהיה השגגה קרובה לזדון והוא שיהיה בדבר כמי פשיעה או שהיה לו להזהר ולא נזהר ודינו שאינו גולה מפני שעונו חמורה אין גלות מכפרת לו ואין ערי מקלט קולטות אותו שאינן קולטות אלא המחוייב גלות בלבר לפיכך אם מצאו גה"ד והרגו בכל מקום פטור :מה יעשה זה ישב וישמור עצמו מגואל הדם וכן כל הרוצחנים

שהרגו בעד אחר או בלא התראה וכיוצא בהן אם הרגן נה"ד אין להם דמים לא יהיו אלו חמורים מההורג בלא כוונה ע"ל ומ"ש בעד אחר כיוצאו שעכ"פ נתברר לכ"ד שהרגו דאל"כ א"א לומר שיפטר נה"ד כשהרגו ע"פ העדאת עד אחר וכן הוא דעת הראב"ד ז"ל [ועכ"מ] וע"ל דגם אם לא היו עדים כלל אלא שהרוצח הורה מעצמו שהרג לזה אף שאינו נדון בכ"ד ע"פ הוראתו שאין אדם משים עצמו רשע ומזה בקנס פטור מ"מ אם נה"ד הרגו ע"פ הוראתו אינו נהרג עליו כמו בע"פ עד אחר [עיין"י מכות ה' ד"ה מ"ע וכתוס' סנ וזו"ק] :

מה הזורק אבן לרה"ר והרג אדם או הסותר כותלו לרה"ר ונפלה אבן והמיתה בין שסתרו ביום בין שסתרו בלילה ה"ז קרוב למזיד שהרי במה אנשים הולכים ברה"ר גם בלילה ואינו גולה שזהו פשיעה שהיה לו לעיין ואם סתרו לאשפה בלילה אם רבים מצוים באשפה ה"ז קרוב למזיד ואם הרבים אין מצוים בה כלל ה"ז קרוב לאונס ופטור מגלות ואם האשפה היתה עשויה להפנות בה בלילה ולא ביום ובמקרה קרה שישב אדם שם ביום ונפלה עליו אבן בשעה סתירה ומת ה"ז גולה דזהו שוגג גמור ואם אחר שנעקרה הבותל ממקומו בא זה וישב ונפלה עליו ומת ה"ז פטור מן הגלות דזהו כממציא א"ע ובעל הבותל לא עשה כלום וכן הזורק את האבן ואחר שיצאת מידו הוציא הלה את ראשו וקבלה פטור מגלות שנאמר ומצא את רעהו פרט לממציא א"ע ואפילו הנהרג לא ידע מהאבן מ"מ בעל האבן לא עשה כלום :

מו ואלו הן הקרובין למזיד כגון שונא שהרג אע"פ שבשוגג הרגו אינו גולה שנאמר והוא לא איב לי מכלל דאויב אינו שוגג בחר וחזקתו שהוא קרוב למזיד ואיזהו שונא כל שלא דיבר עמו ג' ימים מחמת איבה דנשרשה השנאה בלבו וחשדינן ליה אע"פ שנראה לעינים ששוגג גמור הוא ובן אם נבנם לקרן זוית והיתה שם בשגגה שוה הלך בסכין מסבוי זה ורצה ליכנס למבוי אחר ליסין או לשמאל וזה בא כנגדו מן הצד בקרן זוית ולא ראהו והרגו והוא קרוב למזיד דהיה לו להעלות על הדעת שיבא איש מן הצד וכן אם דחפו בגופו וכן אם נתבוין לזרוק שתים והנהרג עמד לסוף ארבע ונתהוה סיבה שהלך האבן ארבע אמות והרגו דעכ"פ אינו שוגג נמור דמי הבריחו לזרוק שתים והיה לו לחוש שילך יותר או שהיה סבור בדעתו המשובשת שמותר להרגו ואומר מותר הוי קרוב למזיד או נתבוין להרוג אח זה והרג את זה לדעת הרמב"ם שבסעיף כ"ט שפטור ממיתה ופשיטא שאינו שוגג ואפילו נתבוין להרוג בהמה והרג אדם הרי כל אלו קרובין למזיד ואין המקדש קולמתן :

מז כתיב ואשר יבא את רעהו ביער וברשיון מה יער שיש רשות לניוק ולמזיק ליכנס לשם לאפוקי במקום שלא היה רשות להנהרג ליכנס והמזיק לא ראהו שנכנס פטור מגלות דאונס נמור הוא לפיכך הנכנס לחצר בעה"ב שלא ברשות והבעה"ב לא ראהו והרגו בשוגג פטור מגלות וכן הנכנס לחנותו של נגר שלא ברשות ונתזה בקעה ונשפחה לו על פניו ומת פטור מגלות ואם נכנס ברשות ה"ז גולה אף שלא ידע רנע זו מביאתו דה"ל למיחש ומ"מ אין זה פשיעה כזורק לרה"ר ועמ"ש בסי' תכ"א סעיף י"א :

מח קבלו רבותינו ז"ל מדכתיב בחיוב גלות ויפל עליו וימות שאינו חייב גלות אע"כ הרגו דרך ירידתו כגון ששילשל חבית יין מלמעלה למטה ונשמטה החבית ונפלה על האדם והרגתו אבל אם הרגו דרך עלייתו כגון שהיה דולה חבית מן הבור להעלותה ונפסק החבל ונפלה והרגה ה"ז פטור מגלות והרמב"ם ז"ל הסביר הטעם מפני שדרך נפילה מצוי ברוב עתים להזיק שהרי טבע כל כובד לירד למטה במהירות והואיל שלא זירז עצמו לתקן מעשיו בשעת ירידה יגלה אבל דרך עלייתו הוי כמו אונס שאין זה דבר הקרוב להיות ברוב העתים וכמו פלא הוא לפיכך אם היה מעגל במעגילה על הגג למוח במיט והמיט הוא משופע קצת ונוטלין עץ כבד שנקראת מעגילה ומגלגלין אותה עד הגג איכך ואילך כדי להשוות המיח ועגל בהמעגילה מלמעלה לצד השיפוע למטה ונפלה על האדם והרגתו חייב גלות ואפילו משלשל חבית יין מלמעלה למטה דודאי זהיר בו שלא תשפך יינו מ"מ אם נפלה על האדם גולה ולא נחשבנו כאונס ואפילו כשהיה יורד במולם ונפל מן הסולם והרגו דפשיטא שהוא זהיר שלא יפול בעצמו מ"מ לא נחשבנו כאונס וגולה [תוס' לפ"ב דמכות] אבל אם היה מושך את המעגילה ממטה למעלה ונשמטה המעגילה ונפלה על האדם והרגתו או שהיה דולה בחבית ונפסק החבל ונפלה עליו והרגתו או שהיה עולה במולם ונפל עליו והרגו ה"ז פטור מגלות וכן כל כיוצא בזה :

מט ירידה שהיא צורך עלייה כגון שעלה במולם ונשמטה השליבה מתחתיו דלגבי עצמו היא עלייה ולגבי השליבה היא ירידה ואע"פ דהעיקר הוא לצורך עצמו ומקרי ירידת השליבה צורך עלייתו מ"מ חייב גלות לפי שהרבר שהרגתו שהיא השליבה הרגו דרך ירידתו לפיכך קצב שהיה מקצב בשר בקופין וכך הוא דרכו שמשפיל הקופין מלפניו כדי להדימה בכח מלפניו ומשפיל אותה לאחוריו ומנביהה מלאחריו ואח"כ משפילה לפניו כדי שע"י זה קוצב בכח וכן הוא דרך בבקיעת עצים כל שהרגה דרך השפלתה בין מלפניה בין מלאחריה חייב ואע"ג דהשפלתה לאחוריו הוי צורך עלייה כדי שיגביהנה מלאחוריו וכן השפלתו הראשונה שלפניו הוי צורך עלייה שינביהנה מ"מ חייב גלות כיון שעכ"פ הרג דרך ירידה וזהו לשיטת רש"י ז"ל במכות ז' וכן משמע שם בסוגיא :

אבל

ב אבל הרמב"ם ז"ל יש לו שיטה אחרת בזה דירידה שצורך עלייה פטור וז"ל בפ"ו מרוצח קצב שהיה מקצב והגביה ידו בקופיץ לאחוריו והחזירו לשבר העצם כדרך שעושין הקצבים כל שימות בהולכה שהיה ההנבהה מלפניו וירידה מאחריו אינו גולה עליו וכל שימית בחזרה שהיא עלייה מאחריו וירידה מלפניו גולה זה הכלל כל שברך ירידתו גולה שלא ברוך ירידתו אינו גולה ואפילו בירידה שהיא צורך עליה אינו גולה כיצד היה עולה בסולם ונשמטה שיבה מתחת רגליו ונפלה והמיתה פטור מן הגלות עכ"ל ולכן בהולכת הקצב פטור אף בירידה שאחרי ומפני שהיא צורך עלית החזרה מאחוריו ובעליה מאחריו חייב מפני שהיא צורך ירידה שלפניו דכשם שבירידה שלצורך עליה פטור כמו כן להיפך עליה שהיא צורך ירידה הייב ולמה אינו חייב בהולכת הגבהה שלפניו דהרי היא צורך ירידה שלאחריו מפני שהעיקר הוא החזרה העליה שלאחריו ולא תלינן לה בגמר הירידה שבחזרה וליהדי כולהו צורך ירידה מפני שאין אנו תופין אלא בהסמוך לה ובזה א"ש כל מה שהקשו עליו [וע"ל דגרס בגמ' כל כדרך ירידתו לימוי מתי ולטעמיך כל כלא כדרך ירידתו למחוי מתי וכו' לדגירסת רש"י למה לית כריסיה בסיפא ולא כריסיה וגריס כאן בעלייה מלפניו וירידה מאחריו כאן בעלייה מאחריו וירידה מלפניו וה"ק כולהו בריותא וזו"ק] :

נא המתכוין לזרוק בצד זה והלכה לה לצד אחר פטור ואינו דומה לנתכוין לזרוק שתים וזרק ארבע דהוי ברוח אחת אבל שהלך לצד אחר הוי באונס גמור וכן אם היתה לו אבן מונחת בחיקו ולא הכיר בה מעולם ועמד ונפלה מחיקו והזיקה פטור ראונס נמור הוא שנאמר בשגגה מכלל שהיתה לו ידיעה מקודם אלא ששגח כגון שהיתה אבן בחיקו והכיר בה ושכחה ועמד ונפלה והמיתה דחייב גלות וכן הסומא שהרג בשגגה ה"ז פטור מגלות דסימא דמי לאונס וכתיב בלא ראות פרט לסומא [כר"י בשבועה מכות פ"ו] :

נב היה חושב עצים בקרדום ונשמטה הברזל מן העץ דהיינו מקתו והוא יד הקרדום והרג חייב גלות ובזה נאמר ונשל הברזל מן העץ אבל אם לא נשמטה מן הקתא אלא שנתחבה בהעץ המתבקע ונשמט הברזל מן העץ המתבקע אינו גולה מפני שאין זה בא מכחו אלא מכח כחו ואע"ג דלענין נזקין כח כחו ככחו דמי כמ"ש בסי' ש"צ מ"מ במיתה וגלות יש חילוק מפני שזהו כמו אונס ומפני מה נקרא זה כח כחו מפני שהעץ המתבקע הוי כח ראשון וכשנשל הברזל ממנה הוי כח שני וי"א דאם יצא קיסם מן העץ המתבקע וניתז למרחוק והרג דפטור [רמ"י סס ז'] דזה מקרי כח כחו דהקרדום הוא כח ראשון והעץ המתבקע הוי כח שני ובן הזורק אבן לעץ תבר להפיל תמרים ונפלו מן התמרים על תינוק והרגוהו פטור מפני שנפלו מכח כחו דהתמרים כח שני והאבן כח ראשון וכ"ש אם היו התמרים כח שלישי כגון שהאבן הכה בעץ והעץ הכה להתמרים וכן כל כיוצא בזה משארי הסיבות מפני שרומה לאונס :

נג כתיב הוא ינום אי אחת הערים האלה והי וצריכים לראות שיהיה לו חיות מפני שאינו במקום מגורו ואמרו חז"ל דאמותיהם של הכה"נ היו מספיקין להם מים ומזון כדי שלא יתפללו על בניהם שיטותו מפני שתלתה התורה ישיבתם במקלט במיתתם של הכה"נ ודאי יתפללו שימותו ואע"ג דקלקלת חנם אינה כלום כדכתיב [מכלי כ"ו] כצפור לנוד כדרור לעוף כן קללת חנם לא תבא מ"מ חשו לזה מפני שתלוי קצת חטא בבה"נ שהיה לו להתפלל ולבקש רחמים שלא יארעו תקלות כאלו כיון שהוא נדול הדור ולפיכך תלתה התורה ישיבה הרוצח בחייו של הכה"נ כדי שיבימי עליו כעל גרם נזק [סס י"ט] ולא עוד אלא אפילו תלמיד שגלה מגלין רבו עמו כיון שנאמר וחי והייו של בעל חכמה בלא תורה כמיתה חשובה וכן הרב שגלה מגלין ישיבתו עמו ועבד שגלה לעיר מקלט כיון דכתי"ל ביו"ד סי' רס"ז שיכול הרב לומר לעבד עשה עמי ואיני זנך וכן אפילו בעיר מקלטו יכול לומר לו כן ואע"ג די"א דבשני רעבון אינו יכול לומר כן מ"מ ערי מקלט אינן רומים לשני רעבון דהרי אמותיהן של הכה"נ מפרנסין אותם ואשה שנלתה לעיר מקלט בעלה חייב לזונה ואפילו רוצה ליתן דה מעשה ידיה לעצמה מ"מ אם אינו מספיק לה מעשה ידיה מחוייב ליתן לה מזונות כמ"ש באה"ע סי' ס"ט :

נד כתיב לשבת בארץ ער טות הכהן והאי בארץ מיתר ודרשינן דאף אם מת שם נקבר שם ובעת שימות הכה"נ מוליכין עצמותיו הרוצח לקברי אבותיו ולא עוד אלא אפילו רוצח שנגמר דינו בעירו להגלותו ובת קורס שגלה מוליכין עצמותיו לשם ואע"פ שהלוים הדרים בערי מקלט בשימות אחד מהם אינו נקבר בעיר ולא בתוך תחומה של עיר שנאמר ומגרשיהם יהיו לבהמתם ולרכושם ולכל חיתם דלחיים נתנום ולא לקבורה מ"מ את הרוצח מקברין בהעיר ודרשינן ג'שר ינום שמה שם תהא דירתו שם תהא מיתתו שם תהא קבורתו [סס י"ב] :

נה רוצח שהרג בשנגה בעיר מקלטו גולה בה משבונה לשבונה לקיים בו מצות גלות אבל אינו יוצא מהעיר אבל בן לוי שהרג בעירו גולה לעיר אחרת מערי הלוים לפי שבולן קולטות כמו שיתבאר וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ז דאם הרג חוץ מערי הלוים וברח לעירו ה"ז קולטו עכ"ל דדוקא בשהרג בעיר נגלה לעיר אחרת אבל לא בשהרג חוץ לעיר ודרשינן כי בעיר מקלטו ישב עיר שקלטתו כבר ויש מרבותינו שאין מחלקים בזה אלא דלכתחלה מגלים אותו לעיר אחרת אמנם אם הוגלה לעירו עירו קולטו ו"מ דבשהוגלה לעיר אחרת יהיה רשאי לילך בכל העיר ובתחומה ובשיגלה

וכשיגלה לעירו אסור לו לצאת משכונתו ווהו נלוותו בישוב בבית האסורים [תוס' סנ' י"ב:] :

נו ביהושע [ג' כ'] כתיב דין ערי מקלט וכתיב ונם אל אחת מן הערים האלה ועמד פתח שער העיר ודבר באזני זקני העיר ההיא את דבריו ואספו אותו וגו' בלומר שידבר להם דברים המתישבים על הלב שאינו רוצח בזדון ושירחמו עליו וכן דרשו רז"ל דעיר מקלט שרובה רצחנים אינה קולטת שנאמר ודבר וגו' את דבריו ולא ששוה דבריהם לדבריו כלומר כשהם בעצמם רוצחים אין לו לדבר התנצלות על רציחתו וכן עיר שאין בה זקנים אינה קולטת שנאמר זקני העיר ויש ליתן טעם בזה דמפני שצריכין להשניח עליהם בעין חמלה ולבלי יפנעו בו נואלי הדם והזקנים מסוגלים לזה שדבריהם נשמעין ולכן לא דרשינן זקן שקנה חכמה מפני שהדבר הלוי בוקנים שיש להם נשיאות פנים ויודעים איך להתנהג ורוצח שגלה לעיר מקלטו ורצו אנשי העיר לכבדו יאמר להם רוצח אני כלומר איני ראוי לכבוד ואף שהוא שונג מ"מ הלא סנהלגין חוב ע"י חייב ואם אמרת לו אעפ"כ אנו רוצים לכבדך יקבל מהם הכבוד וא"צ לסרב שנאמר וזה דבר הרוצח דהי כשמדבר דבריו :

נז הגולה אינו יוצא מעיר מקלטו לעולם עד מיתת הכה"ג ואפילו לדבר מצוה או לעדות בין עדות ממון בין עדות נפשות ואפילו להציל נפש בעדותו או להציל מיד אנס או מן הנהר ומן הדליקה ומן המפולה ואפילו כל ישראל צריכין לתשועתו כיואב בן צרויה אינו יוצא משם עד מות הכה"ג ואם יצא התיר עצמו למיתה [רמב"ם] ואף שאין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש אמנם י"ל כיון דאם יצא הותרה דמו א"א לומר לו שיתיר דמו בשביל אחרים ועוד כיון שנתגלגלה על ידו הרינת נפש רחוק הוא שיתגנבל זכות על ידו [כ"ן] ויש להסתפק אם רצונו לצאת למצות פקוח נפש אם מוחין בידו אם לאו דמצד הסברא היה נראה שאין מוחין בידו וזה ששינינו במכות [י"ח:] שאין יוצא משם היינו שאין כופין אותו לצאת וכן משמע קצת בירושלמי שם וצ"ע לדינא :

נח זה שהתורה הלתה ישיבתו במיתת הכה"ג אין חילוק בין כה"ג שנמשח בשמן המשחה שעשה משה רבינו ובין כה"ג שרק נתרבה בבגדיו לשמש בשמונה בגדים והיינו מוסן שנגנו השמן המשחה וכן אין חילוק בין כה"ג העובר לבין כה"ג שעבר מבהונתו ואחר מכל אלו שמת חוזר הרוצח למקומו אבל משוח מלחמה אינו מחזיר את הרוצח דלעניין זה אינו נחשב ככה"ג וזה שכתבנו שאחד מאלו מחזיר את הרוצח כן פסק הרמב"ם ואע"ג דבגמ' שם איבעיא להו אם במיתת כולן דוקא חוזר או במיתת אחד מהם והגמ' רצתה לפשוט דדוקא במיתת כולן ורחי לה הש"ס ע"ש ס"ל להרמב"ם דדיחוי גמור הוא משום דכן משמע פשטא דמשנה שם

ובריייתא דיומא [ז"ג:] וכן משמע מדברי רבותינו בעל התוס' [סנ' י"ת] וכן כתב דרוצח שנגמר דינו לגלות ולא היה שם כה"ג והורג כה"ג ולא היה שם כה"ג אחר וכה"ג שהרג ולא היה שם כה"ג אחר הרי אלו גולין ואין יוצאין לעולם עכ"ל מפני שאין להם במי לצאת ודוקא כשלא היה או כה"ג אחר אבל כשהיה אחר היה יוצא במיתתו של זה ואם נגמר דינו לגלות ואח"כ מת הכה"ג קודם שהגלוהו ה"ז פטור מן הגלות דכיון שחיה בשעת גמר הדין ומת אח"כ כיפרה לו מיתתו [גמ'] ואם עד שלא נגמר דינו מת ומינו אחר תחתיו ואח"כ נגמר דינו ה"ז חוזר במיתתו של שני שנגמר דינו בפניו ואם נגמר דינו ונמצא שהכה"ג הוא בן גרושה או בן חלוצה בטלה כהונה ובאלו נגמר דינו בלא כה"ג דאגלאי מילתא שלא היה כהן כלל ולכן אינו יוצא משם לעולם אבל אם נתהוה בו פסול בהכהן הגדול אחר גמר הדין ג"ל דדינו כמת ואינו גולה דהא בשעת גמר הדין היה כהן כשר :

נט רוצח ששב לעירו אחרי מות הכה"ג הרי הוא כשאר כל אדם ואם הגיע גואל הדם נהרג עליו לפי שכבר נתכפר לו בגלותו וכמיתתו שי' הכה"ג ומ"מ אינו חוזר לשררה שהיה בה קודם שהוגלה עד עולם דהואיל שבא על ידו תקלה נהולה משפיכת דמים אינו ראוי לשום התמנות וכתב הרמב"ם ז"ל אע"פ שהחובל באביו ואמו חייב מיתת ב"ד כשעשה בזדון כמו ההורג שאר אדם מ"מ אם חבל בהם בשוגג אינו חייב גלות דמרכתיב רוצח הוא ש"מ שלא חייבה התורה רק על רציחה ולא על חבלה :

ס כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ח מ"ע להפריש ערי מקלט שנאמר שלש ערים תבדיל לך ואין ערי מקלט נוהגות אלא בא"י ובזמן המקדש ושמת ערים היו שלש הבדיל משה רבינו בעבר הירדן ושלש הבדיל יהושע בארץ כנען ואין אחת מערי מקלט קולטת עד שהובדלו כולן שנאמר שש ערי מקלט תהיינה לכם עד שיהיו כל הששה דאל"כ מיותר האי קרא לגמרי וא"כ למה הבדיל משה אחרי שלא קלטו בחייו אלא אמר מצוה שבאה לידי לא אחמיצנה ולעת"ד לבא יוסיפו עוד ג' אחרות ברצות ה' וזהו שנאמר כפ' שופטים כי ירחיב ה' אלהיך את גבולך וגו' ויספת לך עוד שלש ערים על השש האלה והיכן יוסיפו אותם בערי הקיני והקיני והקדמוני שנברת לאברהם אבינו ברית עליהן ועדיין לא נכבשו וזהו שנאמר ואם ירחיב ה' אלהיך את גבולך וחייבין ב"ד לכוין הדרכים לערי מקלט לתקנם ולהרחיבן ומסירין מהם כל מכשול וכל תקלה ואין מניחין בדרך לא תל ולא גיא ולא נהר אלא עושין עליו גשר כדי שלא לעכב את הבורח לשם שנאמר הכין לך הדרך ורותב דרך ערי מקלט אין פחות מל"ב אמות דהיך רה"ר ט"ו אמה ומדכתיב הדרך ולא דרך לרבות בפל כדי שיקך בריוח ומקלט מקלט היה כתוב על פרשת דרכים כדי שיכירו הרצחנים ויפנו לשם

יבט"ו באדר בכל שנה ב"ד שולחים שלוחים לתקן הדרכים מפני שהוא אחר ימי הגשמים שהורכים מתקלקלים וב"ד שנתרשל בזה מעלה עליהם הכתוב כאלו שפכו דמים וכן מודרין בין כל עיר ועיר מערי מקלט בתחלת הפרשתן עד שיהו משולשות בשוה שנאמר תכין לך הדרך ושלשת את גבול ארצך ושלשה שבא"י היו מכוונין נגד שלשה שבעבר הירדן כמו שתי שורות שבכרם חברון ביהודה כנגד בצר במדבר שכם בהר אפרים כנגד רמות בנלעד קדש בהר נפתלי כנגר גולן בבשן [נמ'] ובכל פרשת הדרכים היתה כתין יד שמראה להם הדרך [ירושלמי] :

סא ערי מקלט אין עושין אותן עיירות גדולות ולא כרכים גדולים ולא קטנים אלא עיירות בינוניות ולא יהיו מוקפות חומה [ערכין ל"ג:] ואם מושב העיר היתה קודם ואח"כ הקיפוה משמע שם דשרי ואפשר דכא התירו זה אלא בערי הלוים אף שרינם בערי מקלט כמו שיתבאר והרמב"ם לא כתב כלל דין זה אמנם נראה שכלל דין זה בישון כרך דכרך הוא מוקף חומה ואין מושיבין אותם אלא במקום אוכלוסין נתמעטו אוכלוסיהן מוסיפין עליהן ואוכלוסין נקרא שיהיה כפרים וישוב סנהדרי להן [ס"ו] נתמעטו דיוריהן מכניסין לתוכה כהנים לוים וישראלים ואין מושיבין אותן אלא במקום שוקק ובמקום המים ואם אין שם מים ממשיכין לתוכה מים ואין פורשין בתוכה מצודות ואין משלין בתוכה חבלים והטעם בכל דינים אלו כדי שכל הצטרכות הארם יהיה מצוי שם כדי שלא יצטרך הגולה לצאת ממנה וכן להיפך שלא תהיה רבת עם ומקום המסחר כדי שרגלי גואלי הדם לא יהיה מצוי שם :

סב כל ערי הלוים ארבעים ושתים עיר שנתנו להם קולטות את הרוצח וכל אחד מהן עיר מקלט הוא שנאמר ועליהם תתנו מ"ב עיר כל הערים אשר תתנו ללוים מ"ח עיר הקישן הכתוב כולן ול"ו לקליטה ומה הפרש יש בין ערי המקלט הששה שהובדלו למקלט ובין שאר ערי הלוים דבע"כ יש הפרש ביניהם דאל"כ למה פרשן התורה ביחוד אלא שערי המקלט קולטות בין לדעת בין שלא לדעת כיון שנכנם בהן ה"ז נקלט ושארי ערי הלוים אין קולטות אלא לדעת ורוצח הדר בערי מקלט אינו נותן שכר דירתו ובשארי ערי הלוים נותן שכר לבעה"ב [רמב"ם] ונ"ל דגם הרינים שבסעיף ס"א אין נוהגין ג"כ בערי הלוים לבד שיהיו בינוניות וגם מקלט אין כתוב עליהן וגם דרך של ל"ב אמות א"צ בהם והש"ס לא חשבה ההפרש רק בעיקר הקליטה והישיבה וכן משמע בתוספתא דמכות פ"ב :

סג כל עיר הקולטת תחומה קולטת כמוה וכתב הרמב"ם ז"ל אילן שעומר בתוך תחום ערי מקלט וגופו נוטה חוץ לתחום משגיע תחת הגוף נקלט היה עומד חוץ לתחום וגופו נוטה לתוך התחום משגיע לעיקרו נקלט והתורגו שם נהרג עליו ואע"פ שהתהום קולט אין הרוצח דר בו שנאמר וישב בה ולא בתחומה עכ"ל ואע"ג דבכל התורה קיל"ל דשדי נופו בהר עיקרו מ"מ לענין הריגת נפש פסק לחומרא דגם שדי עיקרו בתר נופו וכי היכי דבנופו אינו יכול להרגו כמו כן בעיקרו [ומעתה כיון דר"ת מוקי סס י"ב: לסני סמתמות כר"י פסק כוותיה ומ"מ קושים הכ"מ] :

סד כתיב כי ימצא חלל באדמה אשר ה' אלהיך נותן לך לרשתה נופל בשדה לא נודע מי הכהו ויצאו זקניך ושופטיך ומדדו אל הערים אשר סביבות החלל והיה העיר הקרובה אל החלל ולקחו זקני העיר ההיא עגלת בקר אשר לא עובד בה אשר לא משכה בעול והורידו זקני העיר ההיא את העגלה אל נחל איתן אשר לא יעבד בו ולא יזרע וערפו שם את העגלה בנחל ורשו רז"ל בסוטה [מ"ז:] מרכתיב זקניך ולא זקנים סתם בכסיפא דענינא ש"מ דעל מיוחדין שבשופטים הכתוב מדבר והם מסנהדרי גדולה וזקניך שנים ושופטיך שנים ואין ב"ד שקול מוסיפין עליהן עוד אחד הרי כאן חמשה וז"ל הרמב"ם בפ"ט הרוג שנמצא נופל לארץ ולא נודע מי הכהו מניחין אותו במקומו ויוצאין חמשה זקנים מב"ד הנדול שבירושלים ומודדין ממנו אל הערים שסביבות החלל ואפילו נמצא בצד עיר זו שהדבר יודע בודאי שהיא הקרובה מצוה למדוד עכ"ל דאל"כ למה לה להתורה לכתוב שימדדו והרי כתיב העיר הקרובה וממילא ידעינן דאם אין להכיר קורבתה במראית העין נמדוד אלא ודאי דמצוה לעסוק במדידה בכל ענין כדי לעשות פומבי לדבר הזה ואולי ע"ז יתוודע מי שהרגו [ופסק כר"י ולא כת"ק ממש דכרים סנס' סת"ק סוס כ"ם ור"י ור"ם סלכס כר"י כת"ם סכ"ת ועוד דמעמת ד"ק מפרס סס ללא דלים ויו"ו וכמוסס ו'; יומא מ"ס: סנס' כ"ח: ועוד כ"ת דלסיון ויו ועוד דכיומלמי ס"ע דמוסס ס"ל כרמין דר"י בעריפס] :

סה אחר שמודדין ונודעה העיר הקרובה קוברין את הנהרג במקומו וחוזרין זקני ירושלים למקומן וב"ד של אותה העיר הקרובה מביאין עגלת בקר משל אנשי אותה העיר ומורידין אותה אל נחל איתן ואמרו חז"ל [סס מ"ס:] דאע"פ שאינו איתן כשר דאינה אלא למצוה והרמב"ם כתב ומורידין אותה אל נחל השופף בחוקה וזהו איתן האמורה בתורה עכ"ל ובפי' המשניות ביאר דאיתן הוא גדול כמו גוי איתן הוא וגם ביאורו חזק כמו איתן מושבך ואם היה חזק ההמשכה אפילו אם לא היה גדול השיעור כשר ע"ש ומפרש דמה שאמרו אע"פ שאינו איתן כשר ר"ל אע"פ שאינו גדול אך כשהוא חזק מקרי נ"כ איתן ומתקיים קרא כרכתיב אבל לא שאיתן אינו מעכב [ע"ם כב"מ] אבל רש"י ז"ל בפי' החומש פי' איתן קשה שלא נעבד ומפרש נחל איתן עמק קשה ואפשר דגם הרמב"ם מפרש נחל עמק אלא שיהא עמק קשה כשהמים שוטפים בו בימות הגשמים שוטפים בחזקה [בגלס מ': מפורס כרס"ו ובפסמים כ"ג: ל"ל

ר"ל כסרמב"ם ופ' מסרי"ק סורס קל"ח] [וכפסחים מפ"ג סלריך סיגלו בו קיים ע"ש] :

כו ועורפין שם את העגלה בקופיץ מאחריה וב"ד של אותה העיר עם כל זקניה אפילו הם מאה רוחצים את ידיהם שם במקום עריפתה כדכתיב וכל זקני העיר ההיא ירחצו את ידיהם וגו' ואומרים שם בתוך הנחל ידינו לא שפכו את הדם הזה ועינינו לא ראו ואין הפ' שהזקנים מהוודים שלא הרגוהו דאיזהו רבותא היא אלא מהוודים שלא היו גרמא לזה כלומר שלא בא לידינו הנהרג הזה ופטרנוהו בלא מזונות ולא ראינוהו ופטרנוהו בלא לויה והכהנים אומרים כפר לעמך ישראל וגומרין הפסוק והולכין להם והקב"ה מכפר להם כשעושין בסדר הזה שנאמר ונכפר להם הדם והזקנים והכהנים צריכים לומר זה דוקא ביה"ק :

כז כשמודדין מן החלל ? להעדים סרקרקים בהמדה ומודדין בריוח גם בהרים ועמקים ומדרונות ואע"פ שבמדידת תחומין מקדרין בהרים שאין מודדין השיפוע כמ"ש בא"ח סי' שצ"ט ס"ם בעגלה ערופה שהיא של תורה אין מקדדין כלל וכן כשמודדין התחומין של ערי מקלט לענין קליטה כמ"ש בסעיף ס"נ אין מקדדין [עיטובין כ"ה:] ואין מודדין אלא לעיר שיש בה ב"ד של כ"נ שהם סנהדרי קטנה ואין מודדין לירושלים שירושלים אינה מביאה עגלה ערופה לפי שלא נתחלקה לשבטים וכעגלה ערופה נאמר אשר ה' אלהיך נותן לך לרשתה ולכן אם נמצא ההרוג קרוב לירושלים או לעיר שאין בה ב"ד מניחין אותה ומודדין אל שאר העיירות הסמוכות שיש בהם ב"ד דבעינן זקני העיר וליכא ואין להמוה כיון דנראה שההרוג הוא מעיר הסמוכה איזו שיכות הוא להעיר אחרת שיש בה ב"ד די"ל דבאמת עיקר החטא הוא על הב"ד שלא השגיחו ולכן החטא הוא על העיר שיש בה ב"ד היותר קרובה לזה המקום שהיה להם להשגיח גם על העיר ההיא כיון שאין בה ב"ד שישגיחו עליהם [עתוס' ב"ב כ"נ: ד"ה בדליכא] ומסמוך לירושלים לא קשה דהא משם יוצאים תמיד סנ"ד הגדול כמ"ש ועוד דירושלים הרים סביב לה ורחוק שיהא ההרוג מירושלים ואם נמצא ההרוג סמוך לנבול ח"ל או לעיר של עובדי כוכבים אין מודדין כל עיקר שבחוקה שהם הרגוהו והוי כגודע מי הכהו :

כח קיי"ל דרוב וקרוב הלך אחר הרוב דרובא עדיף אף מקרוכא דמוכח [תוס' סה] ואע"ג דשניהם מן התורה ולכן כתב הרמב"ם דאין העיר הקרובה מביאה אלא בזמן שמנין הרוב שבה כמו מנין העיר הרחוקה סמנה אבל אם בהרחוקה מרובין על הקרובה הולכין אחר הרוב והמרובין מביאין הענלה אע"פ שהולכין אחר הרוב מן התורה והולכין אחר הקרוב הרוב עדיף עכ"ל ודע דבסמ"ם שם משמע דעיר שאינה יושבת בין ההרים אינה מביאה לעולם עגלה ערופה משום דאולינן בתר רובא דעלמא והרמב"ם ז"ל השמיט זה [וג"ל סמפרש דעצמות כיוצאת בין סאדים מפני שעצ"ם שמביאים מפסיקות בסרים אז שניים כיוצא בין סאדים ועמ"ש בכ"מ וחי"ק] :

כט בגמ' שם במבות [י:] משמע דאם בכל הערים שמביבות החלל אין ב"ד יש פלוגתא דחד אמר שאין מביאין כלל וחד אמר דמביאין דהב"ד אינו לעיכובא אא"כ נמצאת עיר אחת מסביבותיה שיש שם ב"ד [תוס'] ונראה לדינא דאין מביאין דבעינן קרא כדכתיב כמו בעיר מקלט כשאין בה זקנים כמ"ש בסעיף נ"ו [מל"מ] והרמב"ם ז"ל לא הזכיר כלל מזה ונ"ל שמפרש דפליגי אי בעינן קרא כדכתיב אם לאו ומ"ד מביאין ס"ל דלא בעינן כלל קרא כדכתיב ומשנה דסוטה ס"ל דבעינן קרא כדכתיב ממש דפלונתא דתנאי היא בכ"מ [כזר מ"ו: נגעים פי"ד] וקיי"ל כן ולכן בהכרח לחפש אחר עיר שיש בה ב"ד באיזה מקום שהוא ובבר כתב דין זה כמ"ש בסעיף ס"ז :

ל נמצא הנהרג מבוין בין שתי עיירות שוות במנין אם באמת שוות הם שניהם פסורים דכתיב קרובה ולא קרובות אמנם א"א לצמצם כלל שיהו שניהם שוים ממש דאפילו במדה שהאדם מודד א"א לצמצם לגמרי דהצמצום האמיתי בכל מדה ומשקל אין ביכולת האדם זולת ה' לבדו [כסוסק י"ז] וכ"ש דבר שנפל מעצמו כמו ההרוג הזה א"א שיהא המדה שוה ממש לזו ולזו אלא שאין ביכולת לירע זה לפיכך שתי הערים מביאים עגלה אחת בשותפות ומתנים ואומרים אם זו היא הקרובה הרי היא שלהן ואלו נותנים להם חלקם בסתנה וכן להיפך ולא תקשה לך כיון שא"א לצמצם במדה האיך אנו יוצאים בתפלין שצריכין להיות מרובעים וכן איך עשו במדות המזבח דבאמת אמרו חז"ל שם דהתורה אמרה עשה מה שביכלתך ותצא ידי חובתך ואין להקשות דא"כ נמרור נם כאן כפי יכלתנו אמנם בזה ידעינן ברור שא"א להיות שוות כיון שההרוג מעצמו נפל [כ"ל] :

לא מאיזה אבר של החלל מודדין מחושמו דעיקר החיות הוא בהחושם דהרי אם יסתמו נחיריו של אדם על זמן מרובה לא יחיה כדכתיב כל אשר נשמת רוח חיים באפיו ואם נמצא קמוע ראש וגופו במקום אחר וראשו במקום אחר מוליכין הנוף אצל הראש וקוברין אותו במקומו וכן כל מת מצוה טוליכין גופו אצל ראשו ונקבר במקומו דאמרינן דהראש נפל במקומו והנוף רק מעט בלא הראש מחמיטותיה ואם נמצאו מתים רבים זה בצד זה מודדין מחושמו של כל אחד מהם ואם לזה תהיה עיר אחת קרובה ולהשני השניה ולהשלישי השלישית תביא כל אחת מהן עגלה ערופה ואם עיר אחת היא הקרובה לכל המתים לא תביא רק עגלה אחת על כולם כ"כ הרמב"ם ז"ל וזה שנאמר כי ימצא חלל לשון יחיד אורחא דמילתא הוא שאין דרך למצוא שני חללים באחד ומה שיתבאר בסעיף ע"ם דאין מביאין

סביאין שתי עגלות כאחת דמשמע דעיר אחת סביאה שתי עגלות משכחת לה בגון שנמצא חלל היום וקברוהו ולא הספיקו להביא עגלה עד שנמצא השני ואפשר דמשכחת לה שמצאום כאחד רק שאחד היה סמוך לעיר שאין בה ב"ד והב"ד הסמוך הוא העיר הראשונה דכיון דמשני מקומות הן אף שב"ד אחד מביא מביאין שתים [ג"כ] :

עב כתיב כי ימצא חלל ודרשינן ולא חינוק דחלל משמע בכלי ברזל כמו חללי חרב ודרשינן ולא מפרפר דעדיין אינו חלל לגמרי ואם פירכם כאן ומצאוהו אח"כ שמת במקום אחר מודדין ממקום שמצאוהו מת ואם העתיקו אותו ממקומו לאחר מותו מודדין ממקום שמת ובאדמה דרשינן שיהא מונח בארץ ולא מטען בגל נופל ולא תלוי באילן בשדה ולא צף על פני המים דבכל אלו גזירת התורה שאין מביאין עגלה ערופה ובש"ם דסוטה [פ"ט] איבעיא להו בשנמצאו שני מתים זה על זה אם מין במינו הוי מטען ולא נקרא צף ומעליון מורד או דמקרי צף ומתחתון מורד או דהוה מטען וצף וא"צ להביא כלל ויש להסתפק עוד אי לא הוה לא מטען ולא צף ומודדין לכל אחד מחוטמו ובירושלמי פסק דהוי מטען וצף ובש"ס שלנו משמע דנשאר בספק אבל הרמב"ם ז"ל כתב דאם נמצאו זה על זה מודדין מן העליון כמות שהן מונחין ע"ל ותמהו עליו מאין לו לפסוק דהוי מטען ולא צף [וכ"ל הלח"מ ל"ל כרש"י שם בד"ה מניחוס דעל לף לא פסיע ויש מעליון לטעמו מפני שמחזיק בו עכ"ל דתע"ב דסבי מן נפ"ו דפחם מ"מ ר"ם דתמר עליון אינו סבסס מפני סמוס לף ולא קתמר מפני חזקתו לא ס"ל כן ומש"ק לזה מולק עליו בזס וקתמר סברוס וכו' ודמי דכ"ע הוי מטען ורבנן כרבנן ולפ"ז טעמא דעליון לזה סבסס מטעם לף ומיסתמא לס דהוי מטען ז"ל ומ"ק] :

עג כתיב לא נודע מי הכהו הא אם נודע מי הכהו לא היו עורפין ואפילו נודע לאחד בסוף העולם אף לעבד או לאשה או פסול לעדות מן התורה מפני עבירת בגון גולן וכיוצא בזה מקרי נודע ולא היו עורפין לפיכך אמרו חז"ל [סס מ"ז] דמשרבו הרוצחים בגלוי קודם חורבן ב"מ"ק הפסיקו להביא עגלה ערופה אע"פ שלא היה ידיעה ברורה בעדים ומשמע מהרמב"ם ז"ל דדוקא אם ראו את ההורג שכתב אפילו ראה ההורג עד אחד ולא כתב לשון ידיעה וכן מסתבר שכשם שידיעה בלא ראיה אינו מועיל לעדות נפשות כמו כן אינו מועיל לענין שלא להביא עגלה ערופה ועוד משמע בגמ' רצריך לידע מי הוא ההורג אבל כשאינו יודע מי הוא אע"פ שראוהו כשהרג אין זה ידיעה רק בסנהדרין שראו לאחד שהרג את הנפש אע"פ שאין מכירין אותו לא היו עורפין כן מבואר שם בגמ' והרמב"ם ז"ל השמיטם זה ולא ידעתי למה [ומסתר סמפרש מפילו ע"ש וכ"ם מתרים שרמו ולכן לף נרמויסס מ"מ לון מביסון ע"ש וכ"ם מתרים שרמו ולכן לף

כתב ומכירו מבל בירושלמי שם מפורש כמ"ש] :

עד כתב הרמב"ם ז"ל עד אחד אומר ראיתי את ההורג ועד אחר הבחישו וא"ל לא ראית היו עורפין בד"א כשבאו שניהם כאחד אבל אם אמר אחד אני ראיתי את ההורג ה"ז נאמן כשנים לענין זה ואם בא אח"כ עד אחר והבחישו וא"ל לא ראית אין משגיחין על דברי האחרון ואין עורפין באו שנים אחר שהעיד האחד והבחישוהו ואמרו לו לא ראית הרי הם כשני עדיות המכחישות זא"ז ועורפין אשה אומרת ראיתי את ההורג ואשה אחרת מכחשת אותה ואומרת לא ראית היו עורפין בין שבאו שתיהן כאחת בין שבאו זו אחר זו עכ"ל וס"ל דדוקא בעד כשר כשבא קודם לא מהני העד הבא אח"כ להכחישו ולא בפסולי עדות וי"א דאין ג"ט בזה [רמב"ן] :

עה שנים אומרים ראינו ואחד אומר להם לא ראיתם אפילו באו בבת אחת לא היו עורפין דאחד במקום שנים לאו כלום הוא ואם אחר אומר ראיתי ושנים אומרים לו לא ראית כבר נתבאר דהוי במכחישים וא"ז ואפילו באו לאחר עדותו עורפין וכ"ש בשבאו בבת אחת בד"א בשהיו שלשתן שוין כשרים או פסולים אבל אם עד כשר אמר ראיתי ההורג ושתי נשים או פסולים אומרים לא ראית כתב הרמב"ם דאין עורפין וי"א דדינם כשנים המכחישים וא"ז ועורפין ואם שתי נשים או שני פסולין אומרים ראינו ההורג ועד אחד מכחישן ואומר לא ראיתם פסק הרמב"ם דעורפין שאפילו מאה נשים ופסולים ועד אחר מכחישן הרי אלו כעד נגד עד וי"א דזהו דוקא כשבא העד הכשר מקודם אבל כשבא לבסוף הולכין אחר רוב דעות וזה שכתב הרמב"ם בעד אומר ראיתי ושתי נשים אומרות לא ראית אין עורפין זהו כשבא העד מקודם דאלו בבת אחת כיון דדינם כמכחישים וא"ז הרי הין דעורפין ואם ג' נשים או פסולים אומרים ראינו ההורג וד' נשים או פסולים אומרים לא ראיתם עורפין אפילו כשבאו זה אח"ז וזה הכלל דבפסולין הולכין אחר רוב המנין בכל מקום לפיכך דינם כעד אומר ראיתי ובאו שנים אח"כ והכחישום וע' באהע"ז סי' י"ז מ"ש בסעיף צ"ג :

עו בירושלמי פ"ט דסוטה הל' ב' מבואר דאם מצאו להחלל עומד על מטתו והסכין תקועה בלבו אין עורפין דאין זה נופל בשדה עור אמרינן שם דאם נמצא החלל ממוך לעירי מקלם הדין הוא למאן דס"ל דעירי מקלט נתנום בחלק להלוים מביאין עגלה ערופה ולמאן דס"ל דרק לדירה נתנו להם דינם בירושלים דלא קרינן בהו לרשתה ואין מביאין ופלוגתא זו היא בירושלמי פ"ב דסמות ובש"ם שלנו לא נמצא כלל מזה וגם הרמב"ם ז"ל השמיטו ולדינא נראה דכיון דקי"ל דבעירי מקלט לא היה הרוצח מעלה שכר ובעירי הלוים היה מעלה שכר במ"ש בסעיף ס"ב לפיכך אם נמצא קרוב

לעירי

לערי מקלט אין מביאין ומסוך לערי לוים מביאים [פ"מ] ואם נמצא החלל בהעיר עצמה נ"ל דאין מביאין דנופל בשדה כתיב ולא בעיר וגם מראמרו חז"ל שאפילו נמצא בסמוך לעיר היו מודדין ולא קאמר אפילו בעיר ש"מ דבעיר אין מביאין :

עז אין דין עגלה ערופה נוהג אלא בא"י ובעבר הירדן לעתיד בהשלש הנוספות קני קנזי וקדמוני וכהב הרמב"ם בפ"י מרוצח עגלה ערופה בת שתי שנים או פחות אבל אם היתה בת שתי שנים ויום אחד פסולה עכ"ל ואע"נ דענל הוא בן שנה כמ"ש בפ"א מקרבנות שאני הבא דכתיב עגלת בקר ובקר הוא בן ג' שנים ולכן באה הקבלה דמוסיפין על שנה ופוחתין מן ג' וזה שכתב דשתי שנים ויום אחד פסולה משמע דשתי שנים ושעה אינה פסולה ואע"נ דשעות פסולות בקדשים מ"מ עגלה ערופה כיון שאינה נקרבה בפנים אין דינה בזה כקדשים [פל"מ] וכן אין המוסיון פוסלין בה מפני שאינה נקרבת על המזבח אבל פריפה פסולה דכפרה נאמר בה בקדשים ומריפה לא תוכל לכפר :

עח כתב הרמב"ם ז"ל כל העבודות פוסלות את העגלה כמו שפוסלין בפרה אדומה שנאמר אשר לא עובד בה ולמה נאמר עול אחר שנאמר אשר לא עובד בה שהוא כולל העול עם שארי עבודות שהעול פסלו בין בשעה מלאכה בין שלא בשעת מלאכה כיון שמשכה בעול טפח נפסלה אע"פ שלא תרש בה ולא עשה בה מלאכה ושארי עבודות אין פוסלין אלא עד שעת מלאכה עכ"ל כלומר כגון שהניח עליה איזה משא לטובת מלאכתו אבל אם הניח עליה באקראי שלא בכוונת מלאכה לא פסלה [סם מ"ו פרס"י] ומפילא למדנו מזה דכל מלאכה שהיא לצרכה כגון פירש בגדו עליה מפני הזבובים אינו פוסלה ושלא לצרכה כגון שפירש בגדו עליה לנושאה והוליכה הבגד למקום שהיה צריך פסלה אבל אם לא הוליכה אע"פ שנתן עליה לכוונת מלאכה כיון שלא עשה בה לא פסלה וכן כל כיוצא בזה וזהו כוונת הרמב"ם [כלי ד' ע"ם ותי"ק] :

עט אין עורפין את העגלה אלא ביום לפי שנאמר בה כפרה בקדשים ביום צותו וכל היום כשר לעריפה פעה"ש עד צה"כ ונ"ל דמ"ם לכתחלה לא יעשו קודם נץ החמה כבשארי מצות היום שמבשירין מעה"ש וצריך לכתחלה לעשותן אחר הנץ [מגילה ספ"ב] אמנם אפשר לומר דבשם המעם שמא ימעה בין יום ללילה ובמצות המסורות לב"ד לא חיישינן והרי התמיד שחמורו קודם הנץ [רפ"נ דיומם] ואין עורפין שתי עגלות כאחת לפי שאין עושין מצות חבילות שלא יהיו נראים עליו כמשא ועם"ש בסעיף ע"א :

פ כתב הרמב"ם ז"ל עגלה ערופה אסורה בהנאה ונקברת בסקום עריפתה ומשתרר לנחל איתן תיאסר בהנאה אע"פ שעדיין לא נערפה ואם מתה או נשחמה אחר ירידתה ה"ז אסורה בהנאה ותקבר עכ"ל ום"ם שגינו בהוספתה דפרה פ"א שרשאין לפדותה אפילו אחר ירידתה לנחל ושהצא לחולין ליגזז וליעבר ויקחו אחרת במקומה ונ"ל דאחר עריפתה כיון שנעשית מצותה לא שייך בה פדיון ואע"נ דפרה אדומה נפדית גם על נכי מערכתה זהו מפני שכל זמן שלא נעשית אפר לא ננמרה מצותה :

פא נמצאו העדים זוממין אפילו אחר ירידתה לנחל מותרת כיון שהתורה האמינה להזוממים אנלאי מילתא שהקדש טעות היתה וכיצד משכחת לה והרי אין מביאין עגלה ערופה ע"פ עדים אלא ע"פ ב"ד שרואים את החלל בגון שאמר עד אחר אני ראיתי את הורג ופמורים מלהביא ובאו שנים והכחישוהו ואמרו לא ראינו והביאו על פיהם כמ"ש בסעיף ע"ד והפרישו את העגלה והורידוה לנחל לערפה על פיהם ואח"כ באו שנים והזימום ה"ז מותרת בהנאה אבל בהכחשה אין נאמנים ובהכחשה עורפין ונ"ל דאפילו אם הזימום אחר עריפתה מותרים העור והבשר והעצמות בהנאה ונם סקום הנחל מותר לזורעו ולא דמי לנמצא ההורג שיתבאר דהתם כדין ערפוה אבל בהזמה אנלאי מילתא דמעות היתה אמנם אפשר כיון דקיי"ל דאם באו עדי הזמה לאחר שנהרג זה שהעידו עליו אין בזה דין הזמה דכתיב באשר זמם ולא כאשר עשה כמ"ש בסו' ל"ח גם בכאן כשנערפה העגלה לא שייך הזמה אך להרמב"ם בפ"כ מערות דרק בחייבי מיתות דנין כן ולא במלקות י"ל דגם בזה דנין דין הזמה ודע שזה שכתב הרמב"ם ז"ל דמותרת בהנאה בהזמה לאו דוקא נקט וה"ה באכילה :

פב כתב הרמב"ם ז"ל נמצא ההורג עד שלא תיערף העגלה תצא ותרעה בעדר נמצא אחר שנערפה תקבר במקומה שעל הפסק באה מתחלתה כיפה ספיקה והלכה לה עכ"ל והקשה עליו הרשב"א ז"ל דלהדיא מבואר בבריתות [כ"ס:] דתמאי דקיי"ל דאחר ירידתה לנחל אסורה בהנאה אף אם נמצא ההורג קודם עריפתה אחר ירידתה לנחל אסורה בהנאה ורבינו הב"י בב"מ נדחק בזה ולי נראה דדברי הרמב"ם ז"ל צודקים דאמת רבא אמר שם כן והוקך לשיטתו מקורם באשם תלוי אף כשהזומו עדים ס"ל לרבנן דאסור בהנאה אף שלא שייך מעמא דלבו נוקפו ומקדישו בלב שלם כיון שהקדישו ע"פ עדים כמבואר שם וה"ה בעגלה ערופה ע"פ עדים וס"ל לרבא דע"פ עדים אין חילוק בין אשם תלוי לעגלה ערופה אבל אם נאמר הלא כרבא שם אלא כרב דאם האשם חלוי היה ע"פ עדים מודים רבנן דמותר בהנאה כשהזימום אע"פ שהיה קדוש א"כ גם בעגלה ערופה אחר ירידתה לנחל מותרת וכ"ש הוא מאשם תלוי [וכלאמת סיס יכול הס"ם לתרץ כן הלא דמסרץ לדעמים דרבא ס"ם ופף מסרמב"ם פסק בפסס מלוי כרבא פס"ד מפסס"ק כלי י"ע מ"מ לדיון לפסר לחלק כן וס"ם בסוס' ד"ס פס לוימסכי ותו"ק] :

ואע"פ

פג ואע"פ שלענין הענלה יש חילוק בין נמצא קודם עריפתה לאחר עריפתה ס"ם לענין הרוצח אין חילוק דאם נמצא הרוצה אפילו אחר העריפה ואחר קבורתה ס"ם הורנין אותו דלאחר פרשת ענלה ערופה כתיב ואתה הבער הדם הנקי מקרבך ובאה הקבלה דה"פ, שהבער הדם הנקי אף אחר עריפתה וס"ם הענלה נשארת באיסורה בהנאה כיון שנעשית מצוותה [רס"י מ"ז] וכן הנחל נשאר באיסורו :

פד כתב הרמב"ם ז"ל הנחל שנערפה בו הענלה אסור בראיה ועבודה לעולם שנאמר אשר לא יעבד בו ולא יזרע וכל העובר שם עבודה בנופה של קרקע בנין שחרש או חפר או זרע או נטע וכיוצא באלו ה"ז לוקה ומותר לסרוק שם פשתן ולנקר שם אבנים שזהו במי שארג שם בגד או הפרו שאינה מלאכה בנוף הקרקע לכך נאמר לא יעבד ולא יזרע סה וריעה בנופה של קרקע אף כל העבודה שנאמרה שם אינה אלא בנופה של קרקע עכ"ל וכהב עוד ואנשי עיר הקרובה שנתאתרו ולא הביאו ענלה ערופה כופין אותן ומביאין ואפילו לאחר כמה שנים שהייבי ענלה ערופה שעבר עליה יוה"כ חייבים להביא אחר יוה"כ עכ"ל דיוה"כ אינו מכפר רק על אשם תלוי כשלא חביאו קודם יוה"כ כמבואר בבריתות וברמב"ם פ"ג משנגות :

סימן תכו [חייב אדם להציל חבירו בין בנופו בין בממונו ובו ד' סעיפים] :

א הרואה את חבירו טובע במים או ליסטים באים עליו או חיה או שאר מין צרה ויכול להצילו בעצמו או לשכור אנשים להצילו ולא הציל או ששמע שונאים מלחשים לעשות לו רעה ולא הודיעו או ידע שאנס רוצה לאנסו לחבירו והוא יכול לפייסו ולא פייסו וכן כל ביוצא ברברים אלו עובר על לא העמוד על דם רעך ום"ם אם הצילו בממון מחוייב והעצול להחזיר לו אם יש לו [מוך] וכ"ש שמחוייב להציל את חבירו מכל תקלה ונזק שאחרים רוצים להבשילו וכ"ש שמחוייב להציל נזק רבים לפיכך אם יודע באחד שעושה דבר שקרוב להיות נזק לרבים או אפילו ליחיד מחויב למחות אם ביכלתו למחות ועם"ש בסי' שפ"ח :

ב ס"ע מדבריהם ללוות אורחים ואסרו חכמים כל מי שאינו מלוה כאלו שופך דמים והרי זהו וידוי ב"ד כעגלה ערופה בס"ש בסי' הכ"ה סעיף ס"ו וכיפין ללויה כדרך שכופין לצדקה וב"ד המהקנים שליחים ללוות אדם העובר ממקום למקום אפ נתעצלו בדבר זה טעלה עליהם הכתוב כאלו שפכו דמים ועכשיו לא נהגו בזה מפני שאין הולכין ברגל אלא נוסעים בקרון ואינו נוסע לברו [ב"י] וכמה שיעור לויה הרב לתלמיד עד עיבורה של עיר ואדם להבירו עד תחום שבת ותלמיד לרבו עד פרסה ולרבו מובהק עד ג' פרסאות [רמב"ם פ"ד מאבל] וכתב רבינו הרמ"א בד"ם דבזמה"ז מוחלים על כבודם ויש לילך עמו או עם חבירו עד לפני שער העיר או לכל הפחות ד' אמות :

ג גם"ח שבגופו שאין להם שיעור כגון בקור חולים ונחום אבלים והוצאת המת והכנסת כלה והלוית אורחים אע"פ שכל מצות אלו מדבריהם הרי הם בכלל ואהבת לרעך כמוך וכל הדברים שאתה רוצה שיעשו אותם לך אחרים עשה אתה להם ושכר הלוית אורחים מרובים מן הכל והוא החוק שחקקו אאע"ה ודרך החסד שנהג בה מאביו עובדי דרכים ומשקה אותן ומלוה אותן וגדולה הכנסת אורחים מהקבלת פני שכינה שנאמר וירא שלשה אנשים וירץ לקראתם ואמר להקב"ה אל נא העבר מעל עבדך והניהו והדך לקבל האורחים ומצות הלוייתן יותר מהכנסתן [רמב"ם שם] :

ד הפוסקים הביאו בשם ירושלמי דחייב אדם להכנים א"ע לספק סכנה כדי להציל חבירו והראשונים השמיטו זה מפני שבש"ם שלנו טוכח שאינו חייב להכנים א"ע ומיהו הכל לפי הענין ויש לשקול הענין בפלס ולא לשמוע א"ע יותר מדאי ובזה נאמר ושם אראנו בישע אלהים והו ששם אורחותיו וכל המקיים נפ"ש מישראל כאלו קיים עולם מלא ועיו"ד סי' רנ"ב :

סימן תכז [ס"ע לעשות מעקה ולהסיר כל מכשול מרשותו ובו י"א סעיפים] :

א ס"ע לעשות מעקה לגגו שנאמר ועשית מעקה לגגך ולא תשים דמים בביתך ודעת הרמב"ם בפי"א מרוצח ודוקא בבית דירה אבל בית אוצרות ובית הבקר וביוצא בהם אינו וקוץ למעקה ובספרי מרבה להדיא דחייבין במעקה ויש שתירצו דעת הרמב"ם ז"ל משום דמעקה תלוי במזוזה ובמזוזה יש מחלוקת והרמב"ם פסק דפטורי ממזוזה ולפיכך פסק דפטורין ממעקה אבל לפי מה דקיי"ל ביו"ד סי' רפ"ו שחייבין במזוזה ודאי שחייבין במעקה

במעקה [סנה"ג] ויש מי שאומר דאף שחייבין במזוזה יכול להיות שבמעקה פטורין דבזין דאין זה תשמיש תדיר לא חיישינן לתקלה שיפול הנופל ממנו [סמ"ע] וכן כל בית שאין בה ד' אמות על ד"א פטורה ממעקה שאינה בכלל בית ואינה מקום דירה ואם בכולל יש ד' על ד' והיינו שהאורך יותר מד' והרוחב פחות מד' נראה דהוי מקום דירה וחייבת במעקה וגם במזוזה חייבת כמ"ש בי"ד שם לענין מזוזה ואף החולק שם במזוזה ס"ס במעקה דהוא ספק סכנה יש להחמיר [כ"ל] :

ב בית של שני שותפים חייב במעקה אע"ג דכתיב לשון יחיד לגנך לא אתי למעוטי שותפות והרי נאמר כי יפול הנופל ממנו לא תלה הכתוב אלא בנופל והרי משתמשים שם א"כ למה נאמר לשון יחיד למעוטי בתי כנסיות ובתי מדרשות לפי שאינם עשוים לדירה ואף לבית האוצרות אינן דומות לפי שאין בהם השמיש כלל וכבר נתבאר בסי' שי"ד דמי ששכר בית מחבירו על השוכר לעשות מעקה ע"ש :

ג כתב הרמב"ם בפי"א מברכות דהעושה מעקה צריך לברך אשר קדשנו לעשות מעקה ובכמה מקומות בראשונים מבואר דאין מברכין כמו שיתבאר בסעיף י' עוד פסק לברך שהחיינו דס"ל דעל כל מצוה מברכין שהחיינו ואנן לא קיי"ל כן כמ"ש בא"ח סי' ב"ב ואין לברך שהחיינו על מעקה [כ"מ] ולהרמב"ם דמברכין לעשות מעקה אפילו עשה ע"י פועל כותי מברך דיד פועל כיד בעה"ב ואע"ג דאין שליחות לכותי פועל שאני ויש מי שאומר דאם הפועל הוא שכיר יום מברך הבעה"ב אבל כשהאומן עושה בקבלנות אפילו הוא ישראל יברך האומן ולא הבעה"ב [מחה"מ] ולא נראה כן דכיון דחיובי עליה דבעה"ב רמיא הוה האומן שלוחו ואין זה ענין לאומן קונה בשבח כלי ואין יברך האומן ולהרי אינו דר שם ואי משום שנחשוב אותו כמשכיר להבעה"ב הלא השוכר חייב במעקה ולכן העיקר לדינא דהבעה"ב יברך :

ד כתיב כי יפול הנופל ממנו ודרשינן ממנו ולא בתוכו הלכך אם היתה רה"ר גבוה ממנו אינו זקוק לעשות מעקה לגגו ושיהיה גבוה מרה"ר י' טפחים כדי שבני רה"ר לא יפלו לתוך גגו ואם יש חשש נפילה יתקנוה בני רה"ר או מפני העיר ואע"ג דקדירא דבי שותפי כל אחד יסמוך על חבירו ולא יעשו כלל מ"מ עליו אין החיוב מוטל דהתורה פטרתו :

ה נראה דחיוב מעקה בגגין אינו אלא בגגין שדהן שהיו שרין ולא בשיפוע והיה להם הגג להשתמש אבל גגין שהנו שהן משופעין וא"א להשתמש בהן אין בהן חיוב מעקה :

ו ולאו דוקא הגג חייב במעקה דה"ה כל דבר שיש בו סכנה נפילה וביכולת האדם להכשל בו כגון באר או בור שבחצר חייב לעשות סביבו חוליא שתהא גבוה מן הארץ עשרה טפחים דגובה מעקה אינה פחיתה מעשרה טפחים וצריכה להיות מחיצה חזקה כדי שישען אדם עליה ולא תפול והעשרה טפחים צריך להיות בכל סביבו [סמ"ע] ויש מי שאומר דא"צ י"ט רק בהצד שהולכין בו ושאר הג' רוחות די בג"ט [רמ"ל פי"ח מהלי] ואפי' לדעה זו במרתף ובור וכיוצא בהן צריך י"ט מכל הצדדים מפני שהולכין בכל סביבם אמנם דעת הרמב"ם ז"ל דאין מעקה בשום מקום פחותה מי' וכן משמע בתוספתא פ"ו דב"ק [סנה"ג] ולא תקשה לך דהא התורה לא הצריכה מעקה רק לגג אמנם כתיב ולא תשים דמים כל דבר שיכול לגרום דמים מיתה או נזקין וכן דרשו חז"ל בספרי אין לי אלא גג מניין לרבות בורות שיחין ומערות הריצין ת"ל ולא תשים דמים בביתך : **ז** בבורות ומרתפים די שיעשה להם כמו שוב ולא היישינן שמא יניחנו פתוח דאם באנו לחשוש חששות כאלה אין לדבר סוף וכל המניח גגו או בורו או מרתפו בלא מעקה או כמו ביטל מ"ע ועבר על ל"ת דולא תשים דמים וכן כל מכשול שיש בו חשש סכנה מ"ע להסירו ולהשמר ממנו ולהזהר ברבר שנאמר השמר לך ושמור נפשך מאד ואם לא הסיר והניח המכשולות ביטל מ"ע ועבר על ל"ת ואין לוקין על לאו זה ומינקת חייבת ליזהר כששוכב אצלה הילד שמא יארע לו סיבה ח"ו ואם אירע ח"ו נהגו שמקבלת תשובה ואף שמדינא אינה כמכה נפש בשגגה שהרי למזבת התינוק נתכוונה ועדיף מאב המכה את בנו שפטור מגלות כמ"ש בסי' הב"ה סעיף ל"ח מ"ם פושעת היא ומוב שתניקהו בעיסתו או להניחו בעריבה במטתה ואין לך יפה מן הזהירות ועמ"ש בסי' ת"ם :

ח הרבה דברים אסרו חז"ל מפני שיש בהן חשש סכנה וכל העובר עליהם ואומר הריני מסכן עצמי ומה לאחרים עלי או איני מקפיד בכך כתב הרמב"ם ז"ל דמכין אותו מכת מרדות ואין כוונתו דזהו רק איסור דרבנן דודאי יש בזה איסור דאורייתא אלא שאין לוקין עליו כהרבה לאוין שאין בהם מלקות [ב"י בשם יו"ל סי' קמ"ו] :

ט ואלו הן לא יניח אדם פיו על הסילון המקלח וישתה ולא ישהה בלילה מן הנהרות ומן האגמים כשאינו רואה ברור שאין בתוך המים דבר של סכנה דחיישינן שמא יבלע עלוקה ולא ישהה מים מגולים שמא שתה נחש ויין אפילו מזוג אסור ואפילו התחיל מעמו להשתנות לחומץ והחלב והדבש והציר אבל שאר משקין אין מקפידין על גילויין שאין בעלי הארס שותין מהן וכבר נתבאר ביו"ד שם דעכשיו במדינתנו שאין נחשים מצויים אין סכנה בגילוי ולכן אין אנו נזהרין מגילוי ושם נתבאר עוד כמה דינים מאלו הענינים וכן מכל דבר מאוס צריך האדם ליזהר והנזהר עליו תבא ברכת טוב :

י כבר כתבנו בסעיף נ' דדעת הרמב"ם ז"ל לברך על עשיית מעקה כעל כל המצות וכ"כ בם' תמים דעים

סי' קע"ט בשם הלכות פסוקות וז"ל מי שעושה מעקה צריך לברך לעשות מעקה ע"ש אמנם י"א דאין לברך מפני שיש בה לאו דלא תשים דמים ועל לאו לא תקנו ברכה וכמה מצות יש שאין בהם ברכה וז"ל שם בשם בעל העיטור ושאלתי מאה הרב החסיד למסור מפתח על המצות מפני מה מברכין במקצתן ומקצתן אין מברכין עליהן כגון מי שעומד מפני רבו או חכם והנותן צדקה לעני והלואת מעות והשבת העבוט ושלוח הקן ומעקה ובקור חולים ונחום אבלים ומכניסי חתן וכלה לחופה ועל לקט שכחה ופאה ופרט ועוללות ופטר חמור עריפתו ונתינתו ונתינות בכור לכהן וראשית הגז ומתנות וגזוזן שקלו וחזה ושוק ומגיש וסומך והבאת שלום ומורא וכבוד וטוכית חבירו והשמטת כספים ושלוח עבדים ומשמח נר יתום ואלמנה והשבת אבדה ומעינה ופריקת ומצוה חליצה ויבום עכ"ל ותירץ דכל מצוה שאינו בינו לבין עצמו אבל חלויה באחרים א"צ לברך כ"ל וכ"כ בתשו' הרשב"א סי' י"ח ע"ש ואכתי אין התירוץ מספיק על שילוח הקן ומעקה ועריפת פטר חמור אמנם בשילוח הקן ומעקה באמת צריך לברך כדמסיים שם בעצמו וז"ל והלכתא צריך לברך בשילוח הקן ובמעקה ובפדיון הבן ומילה ביון דקמן הוא כבינו לבין עצמו דמי עכ"ל ועל פטר חמור כתב המור יו"ד בסי' שכ"א דמברך על פדיון פטר חמור ע"ש ובעריפה אינו מברך משום דמצות פדיה קודם לעריפה ואפשר דעריפה במקום פדייה לאו כלום היא כמו שאמרו חו"ל דחליצה במקום יבום לאו כלום הוא [יבמות כ"ח-] ולכן לא תקנו ברכה על עריפה וחליצה ועל יבום יש ברכה כמו בכל קדושי אשה דמצות יבמין מקדש ואח"כ בועל ושתי ברכות על דבר אחד א"א לתקן ומה שהקשה מהגשה וסמיכה לא ידעתי והרי אין זה גמר מצוה דבקדשים התחלת המצוה היא השחיטה ומברך לשחוט הזבח וסוף המצוה לאכול הקרבן ומברך באמת בשעת אכילה כדתניא בתוספתא פסחים פ"י וכן במשנה שם וכן בהפרשת תרומות ומעשרות מברכין כדתניא בתוספתא פ"ו דברכות ע"ש ועל עניני הצדקות שאין מברכין אלולי דברי הקדמונים ז"ל היה נ"ל טעם מה שלא תקנו ברכות באלו העניינים דאע"ג דהאיש הישראלי מחוייב לעשות גם מצות שבליות לא מפני השכל אלא מפני צווי הקב"ה כמש"כ והיה עקב תשמעון את המשפטים וגו' כלומר אפילו המשפטים השמע מה שצוותה התורה ולא העשה מפני שכלך אלא כשארי מצות השמעיות מ"ם קרושת ישראל אינו ניכר כל כך בהשכליות כמו בהשמעיות כמ"ש חו"ל ביומא [ס"ז:] ולכן לא תקנו ברכות על מצות שבליות ודרך ארץ שיש סופר בכל אום ולשון ולא תקנו לברך אשר קדשנו בכ' תיו אם כי אינם עושים רק מפני השכל מ"ם יש בהם עשיות כאלו ובזה א"ש כל מה שהקשו צא ולמד דהא שבת ויו"ם מצוה לאכול ולשתות ולא תקנו ברכה ע"ז לבד ממצה בלילה ראשונה של פסח מפני שמשונה אפייתה וכן אכילת מרור מפני שאין דרכו של אדם לאכול כאלה שייך לומר בזה אשר קדשנו במצותיו ועל מעקה מברכין דהיא נ"כ אינה שבליית דע"פ שכל ישמור ההולך שם א"ע ועל שמיטה לא שייכא ברכה שאינה פעולה:

יא כמו שהזהירה התורה על נפשו וממונו של חבירו כמו כן הזהירתו על שמירת נפשו וממונו שאין להוציאם על דברים של סה בכך ואין לארם להוציא ממונו רק על הכרחיותו כדרך האנשים המכובדים ועל צדקות וגמ"ח שהם מהרברים שאובלין פירותיהן בעוה"ז והקרן קיימת לעוה"ב והש"י יזכנו לעולם שכולו טוב ולעולם שכולו ארוך אמן ואמן:

תם ונשלם