הלכה · שולחן ערוך · מפרשים · חכמת שלמה

חכמת שלמה על שולחן ערוך, חושן משפט

רבי שלמה קלוגר [המהרש"ק]

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

חכמת שלמה על שולחן ערוך, חושן משפט

רבי שלמה קלוגר [המהרש"ק]

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/חכמת-שלמה-על-שולחן-ערוך-חושן-משפט/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן ג 7
סימן ד 8
סימן ז 9
סימן ח 11
סימן יג 13
סימן יד 14
סימן טו 15
סימן יז 16
סימן יח 20
סימן כ 20
סימן כא 23
סימן כב 23
סימן כג 24
סימן כד 24
סימן כה 26
סימן כח 26
סימן ל 33
סימן לא 34
סימן לב 36
סימן לג 38
סימן לד 42
סימן לה 49
סימן לו 49
סימן לז 51
סימן לח 53
סימן לט 55
סימן מא 57
סימן מב 58
סימן מג 59
סימן מה 61
סימן מו 62
סימן מז 65
סימן מח 65
סימן מט 67
סימן נב 67
סימן נה 69
סימן נו 71
סימן נז 72
סימן נח 73
סימן ס 75
סימן סא 76
סימן סב 76
סימן סו 77
סימן סז 80
סימן סח 81
סימן סט 81
סימן עב 81
סימן עג 84
סימן עד 88
סימן עה 90
סימן עז 93
סימן עח 94
סימן פא 96
סימן פב 96
סימן פג 97
סימן פו 98
סימן פז 98
סימן פח 100
סימן פט 102
סימן צא 103
סימן צב 104
סימן צג 104

סימן צז 105
סימן צט 107
סימן קד 108
סימן קה 108
סימן קו 109
סימן קז 109
סימן קי 110
סימן קיא 111
סימן קיב 111
סימן קטו 112
סימן קיז 113
סימן קיח 113
סימן קכ 114
סימן קכא 114
סימן קכג 114
סימן קכה 115
סימן קכו 118
סימן קכח 118
סימן קכט 119
סימן קעא 121
סימן קעה 122
סימן קעו 124
סימן קפב 127
סימן קפג 129
סימן קפה 131
סימן קפו 134
סימן קצ 135
סימן קצא 135
סימן קצד 136
סימן קצז 137
סימן קצח 138
סימן ר 139
סימן רא 140
סימן רג 141
סימן רה 141
סימן רז 145
סימן רח 146
סימן רט 147
סימן רי 150
סימן ריב 150
סימן ריד 150
סימן ריח 152
סימן ריט 152
סימן רכא 153
סימן רכד 154
סימן רכה 154
סימן רכז 155
סימן רכח 158
סימן רלב 159
סימן רלג 163
סימן רלה 163
סימן רלז 164
סימן רמא 164
סימן רמב 165
סימן רמג 166
סימן רמד 168
סימן רמו 168
סימן רמז 169
סימן רמח 170
סימן רנ 171
סימן רנא 172
סימן רנב 173
סימן רנג 173
סימן רנה 173

סימן רנז 175
סימן רנח 176
סימן רנט 177
סימן רס 177
סימן רסב 178
סימן רסג 179
סימן רסד 179
סימן רסה 181
סימן רסו 182
סימן רסז 182
סימן רסח 182
סימן רסט 185
סימן רעג 186
סימן רעה 186
סימן רעו 187
סימן רעז 189
סימן רעח 190
סימן רעט 192
סימן רפ 192
סימן רפא 194
סימן רפב 195
סימן רפג 195
סימן רפד 196
סימן רצ 196
סימן רצא 197
סימן רצב 200
סימן רצה 202
סימן רצו 202
סימן רצח 203
סימן שא 204
סימן שב 206
סימן שג 206
סימן שה 206
סימן שו 207
סימן שיב 208
סימן שטז 210
סימן שכא 210
סימן שכד 211
סימן שלג 211
סימן שלד 212
סימן שלז 212
סימן שמ 215
סימן שמב 216
סימן שמו 216
סימן שמח 217
סימן שנ 218
סימן שנא 218
סימן שנג 219
סימן שנו 219
סימן שנט 220
סימן שס 220
סימן שסא 220
סימן שסב 222
סימן שסו 223
סימן שסט 223
סימן שעא 224
סימן שעג 224
סימן שעז 225
סימן שעח 226
סימן שעט 226
סימן שפב 226
סימן שפה 227
סימן שפז 227
סימן שפח 228

סימן שצו 230
סימן שצט 231
סימן תא 233
סימן תז 233
סימן תי 234
סימן תיח 234
סימן תיט 235
סימן תכ 235
סימן תכא 235
סימן תכו 236

סימן ג

סעיף א' יש כח ביד ב"ד וכו' בין מיתה וכו'. נ"ב הנה הנמוקי פ"ד

סעיף ב' פחות משלשה אין דיניהם דין נ"ב גרסי' בסנהדרין דפ"ז ע"ב ד"מ בפלוגתא דשמואל ור"א עי' בפרש"י ד"ה בפלוגתא דשמואל ור"א וכיון דאפוקי בי תרי וכו'. לכאורה תמי' לי טובא דלמה תלוי זה בדיין ממ"נ אם הדין באמת עם הזוכה והוי הממון שלו מה בכך שלא הי' דיניהם דין. סוף סוף הממון שלו הוא וכבר זכה בו ואם באמת מן הדין אין הממון שלו ושלא כדין נטלו שהם פסקו שלא כדין או שהוא טען שקר ויודע ששלא כדין הוא. א"כ אף אם הוי דיניהם דין סוף סוף אינו שלו ולא הוי קידושין. ולכאורה הי' נראה לפרש דזה מיירי שהי' הדין בשודא דדיינא. וא"כ זה תלוי בדעת הדיינים ואם הוי דיניהם דין הוי של הזוכה מי שאמדו בדעתם. אבל אם אין דיניהם דין לא הוי שלו. ואחרים פוסקים האומדנא להיפוך. אך באמת אי אפשר לומר כן. דנראה דאף למאן דסובר דדיניהם דין דוקא בדין ולא בדבר התלוי בדעתו של דיין. דזה דומה לשומא דקיי"ל לכ"ע דבעינן שישומהו תלתא התלוי בדין המפורש. וכדומה בזה אין לחלק בין יחיד לרבים אבל בדבר התלוי בדעתו וסברת השם אין לסמוך איריד רק בעינן שלשה. וכמו לדידן דקיי"ל דיחיד מומחה הוי כג' ומ"מ לענין שומא לא מהני רק בעינן שלשה. וה"ה נמי למאן דס"ל דשנים שדנו דיניהם דין מ"מ לענין שומא לא מהני ועוד אם מיירי רק בשומא וכדומה טפי הו"ל להש"ס לפרש דמיירי בפשרה ופליגו בפלוגתא דר"מ ורבנן בפ"ק אם פשרה ביחיד או בג' יעו"ש. ולכאורה הי' נראה לומר דמיירי דטעו בשיקול הדעת בענין דקיי"ל דקם דינא. ולכך נ"מ שפיר דאם הוי דיניהם דין קם דינא והוי של הזוכה אף דטעו. אבל אם אין דיניהם דין לא הוי שלו דבטל דינא והוי גזל. ולכך שפיר בדין זה תלוי הדבר אך כדדייקינן גם זה ליתא דנלך בתר טעמא דמה טעם בשיקול הדעת קם דינא כאן דלא יכרע הלכתא כמאן אי אפשר למהדר דינא וא"כ מה בכך שאין דיניהם דין סוף סוף כיון שכבר תפס זה השני הרי קיי"ל דיכול לומר קים לי כדיעה זו אף במיעוט נגד הרוב. וסוף סוף א"צ להחזיר ואף אם לא נימא כן רק דצריך להחזיר מ"מ כאן דעכ"פ אף אם אין דיניהם דין הוי פלוגתא וליכא הלכה ברורה ולא יומשך כרת ומיתה ע"י הזקן ממרא דאולי הלכה כדברי האומר שהדין עם הזוכה. ואף בלי הב"ד הוי שלו ולמה יתחייב הזקן ממרא מזה כשפסק שהמעות של הזוכה דנהי דמצד שני שדנין אין דבריו נכונים. דלמא מצד אחר הוי כן וסוף סוף ליכא מיתה ממש. ובטעה בדבר משנה הרי הדין חוזר וא"כ לא משכחת לה שיהי' תלוי זכות הזוכה דוקא ע"י הדיין. מיהו נראה לכאורה דמזה יהי' ראי' לדין אם מכר לחבירו דבר והי' מקח טעות מ"מ אם

קידש בהם המוכר אשה מקודשת ולא נחשב כגזל רק כהלוואה יעו"ש בסי' כ"ח באהע"ז. ולפי"ז א"ש דאם הי' דיניהם דין אף שהם טעו בדבר משנה מ"מ כיון דעפ"י ב"ד לקח שהם טעו הוי כקבלה בטעות ולא כגזילה ובא לידו ברשות ולכך "הוי כהלוואה בנתים ומקודשת. אבל אם אין דיניהם דין א"כ לא הוי כקבלה בטעות רק גזל ממש בכוונה ואז אינה מקודשת והוי כאילו מקדשה בגזל. כן הי' נראה לומר מיהו באמת אין מזה ראי' די"ל דנ"מ כמש"כ הש"ך בחו"מ סי' כ"ה סעיף ד' שם ד' נ"מ בלא טעה דחוזר הדין לענין הפירות. יעו"ש כן ה"נ י"ל דאם הלך הזוכה וקידשה בפירות אותו הדבר שהגבוהו הב"ד השנים ואז אם דיניהם דין הוי הפירות שלו. ואם אין דיניהם דין אין לו הפירות עד שיגבוהו הב"ד ואז הוי הפירות כגזל בידו כנלפע"ד כעת ודוק היטב:

סעיף ב' פחות אין דיניהם דין נ"ב עיין בחיבורי לאהע"ז הל' גיטין סימן קמ"א למהדורא זיין סימן נו"ן מה שכתבתי בזה:

סימן ד

סעיף א' בהגה אבל תפיס' בעלמא שתפסו למשכון וכו'. נ"ב עיין בקצוה"ח שכתב דאפילו פקדון שבידו אסור לעכב והוא על פי דעת הזוהר הקדוש. והביא סמך לזה מדברי הריטב"א בפ' הכותב עיי"ש. אך הנה באמת מפורש כן בש"ס דהוא היתר גמור במס' שבת פרק השואל דף קמ"ח גבי רבא בר עולא מערים אערומי ופרש"י לאחר יו"ט לוקח ממנו שום חפץ ומעכבו א"כ כיון דרבא עביד הכי ומעשה רב וודאי מותר לעשות כן. ואין לומר דהכוונה דהיה לוקח אותו בתורת קנין והיה מעכב דמיו. דא"כ ה"ל לרש"י לכתוב ומעכב את דמיו. ומדכ' ומעכבו משמע דקאי על גוף החפץ דהיה מעכבו ומשמע שלא קנהו בתורת קנין רק היה לוקח ממנו סך החפץ בפקדון או שאלה והיה מעכבו א"כ מוכח דמותר כה"ג כיון דרבא עביד הכי עובדא מוכח דמותר לעשות הערמה זו וז"ב לדעתי מיהו אפשר דאם בא לידו בפקדון ממש גרע. דדוקא היכא שמתחלה לא התכוין בפקדון כלל רק להערמה בעלמא או ל"ש לומר דצריך לעשות השבה מעליא כיון דלא נתכוין מתחלה לפקדון רק להערמה אבל היכא דתחלה נתכוין לפקדון ממש ולא לעכב אז כיון דבא לידו בפקדון כבר צריך לעשות השבה מעליא ובזה אין רשאי לעכבו ובהכי הוי א"ש שלא יסתור דברי הזוה"ק להש"ס דילן ובהכי יש לקיים דברי הקצוה"ח עיין בש"ס דב"ק דמוכח שם דאם שיש משרתת או משרת אצל אחד וחוששש שלא יפסיד לו כגון שהוא בחזקת גנב וכדומה או אם רוצה לגרשו מביתו והוא אינו רוצה לילך רשאי אף להכותו ולמעבד דינא לנפשיה יעו"ש גבי עבד דמוכח שם כן בסוגיא דנ"ח הב"ע

בעבדי גנבא עי"ש. שוב ראיתי דין זה מפורש בש"ע לקמן סימן תכ"א סעיף י"ד בהג"ה ואדרבא האחרונים הקשו משם לכאן ואכ"מ להאריך אולי יזכני ה' בזמן אחר:

סימן ז

סעיף ז בהג"ה וי"א דבשונאו ממש דהיינו שלא דיבר עמו ג' ימים נ"ב עיין בתשובתי ליו"ד מהדורא וא"ו ובתשובה לק' סטאניסלאב קנה מקומו ביו"ד סימן א' מה שכתבתי שם דבזה"ז דשכיחי המדברים אחד בפה ואחד בלב. והותרה הרצועה לדבר שקר בזה כל דניכר דהוי שונאו ממש אף דמדבר עמו הוי שונאו ממש ופסול לדינו יעו"ש ע"כ:

סעיף ט מתחלה יש לבאר איזה לשונות בלשון הב"י שם מ"ש ולישנא דלא לידון הכי דייק וכו'. וצ"ע דבריו דהרי גם דעת הטור הוי כן שכתב ואם אינו אוהבו ושונאו כ"כ אין לדונו לכתחלה א"כ מה ראיה מלשון לא לידן לכתחלה לדעת הרמב"ם גם מ"ש הב"י דהרמב"ם פליג על הטור בתרתי ולכל הפחות בחדא אין הדבר מובן דהאיך הוי בתרתי דממ"נ אם נפרש הרמב"ם הכל לכתחלה אמר אם כן לא פליג עם הטור רק באוהב ושונא ממש שלא דיבר עמו דלהטור בדעבד אין דינו דין ולהרמב"ם תמיד דינו דין אבל באינו אוהב ושונא ממש דלהטור מהני בדעבד. ולהרמב"ם לא מהני. ואם נפרש דהרמב"ם לא מיירי מענין דעבד ולא כללם הרמב"ם רק לענין לכתחלה ומדעבד לא מיירי רק ס"ל לחלק בין אם הוא אוהבו ושונאו ממש או לא. א"כ אין כאן מחלוקת כלל בין הטור והרמב"ם ואיך כת' דפליגי בתרתי ולכה"פ בחדא ואין לדבריו הבנה לכאורה אך נראה ביאור דבריו עפמ"ש הב"י לקמן בסי' ט' סק"ד ומ"ש ולא שוחד וכו' אבל מדברי הרמב"ם בפכ"ג מה' סנהדרין נראה דמדינא נמי תפס לי וכו' ולכאורה דבריו צ"ע שהרי הטור נמי כתב בסימן זיין דלא לידון למאן דרחים. וכו' א"כ י"ל נמי דלכתחלה מיפסלי א"כ סתרי דבריו לפי הבנת הב"י דבסי' זיי"ן ס"ל דלכתחלה מפסלי ובסי' טי"ת ס"ל דהוי רק ממדת חסידות וצ"ל דס"ל להב"י דגם מ"ש הטור בס"ז דלא לידון אנשי היינו רק ממדות חסידות שיהיה נמנע הדיין בעצמו מלדונו ולא שיהיה נפסל לכתחלה אף אם רוצה לדון שיהיה הבע"ד יכול לפוסלו. וראיה ממ"ש הטור תחלה דאם רצה הבע"ד לפוסלו מלדונו צריך להביא עדים שלא דיבר עמו ג"י מתוך איבה. וקשה כיון דהטור מיירי לענין לכתחלה כמשמעות לשונו שכ' שהבע"ד רוצה לפוסלו מלדונו א"כ למ"ל ראיה שלא דיבר ג"י מתוך איבה אף אם מביא ראיה רק ששונאו כך נמי פסול לכתחלה כמ"ש הטור אח"כ. א"ו אח"כ מיירי הטור רק ממדות חסידות אם הדיין בעצמו רשאי לעשות כן. ע"ז כ' דהדיין בעצמו אין לו לדון לכתחלה וכו'. אבל אם הדיין רוצה שהבע"ד יפסלנו אין בידו

לפוסלו. אבל אם הבע"ד רוצה לפוסלו אז בעינן ראיה שלא דיבר עמו ג"י מתוך איבה ולכך שפיר כ' הב"י דהרמב"ם פליג בתרתי דס"ל גם בלא דיבר עמו ג"י מתוך איבה נמי בדיעבד דינו דין וגם באינו אוהבו ושונאו ממש פסול לדין לכתחלה ויכול הבע"ד לפוסלו אם כן חולק בתרתי ולכך כתב דלכה"פ אף אם נפרש דהרמב"ם לא מיירי לענין דיעבד וי"ל דיעבד מחלק נמי בין שונאו ממש או לא עכ"פ בזה פליג. דהרמב"ם ס"ל אף באין שונאו ממש או אוהבו ממש פסול לכתחלה ויכול הבע"ד לפוסלו. והטור ס"ל דהוי בזה רק מידות חסידות והרמב"ם פוסלו ממש וכמ"ש הבית יוסף בשיטה ט' בשם הרמב"ם. וזה נרא' כוונת הב"י על נכון ודוק. וע' בש"ך סי' זיין ס"ה סק"ה מ"ש אף אם ראהו בשבת ויו"ט אינו נעשה דיין. והש"ך כ' וצ"ע ולכאור' היה נראה דדין זה תלוי במה דפליגו ר"מ ור"י בפ"ב דסוכה בעשאה בראש הגמל ובראש האילן וכו' דר"מ ס"ל דבתר דאורייתא אזלינן. וכיון דמה"ת כשרה נקרא ראויה לשבעה. ור"י ס"ל דבתר דרבנן אזלינן ולא הוי ראויה לשבעה. וכבר ידוע דרוב הפוסקים פסקו כר"מ דבתר של תורה אזלינן וכתבנו בחידושינו במק"א דאף דקיי"ל גבי שבועות העדות דלאפוקי משחק בקובי' אזלינן בתר דרבנן היינו דשבועת העדות תליא באם יכולו לפסול את העדו' אם נוצי' ממון על פיהם או לא. לכך כיון דעכ"פ פסולין מדרבנן ואם כן לא יוציאו ממון בעדותן לכך אזלינן בתר דרבנן. אבל בסוכה דתלי' רק בראייה לשבעה ולכך בזה אזלינן בתר של תורה. וכיון דמה"ת כשר הוי ראוי לשבע' ולכך ה"נ אם נקרא עד או לא בזה שפיר דמיא להתם ואזלינן בתר ד"ת. וכיון דמה"ת הוי זמן דין ולא הוי מה"ת שם עד עליו רק דיין ולכך בזה אזלינן בתר דין תורה ולא הוי שם עד עליו. ולכך נראה העיקר כדעת הש"ך בזה. ואף דהשעה"מ מביא בפ"ה מה' סוכה יש פוסקים דקיי"ל מ"מ הרי אף להני דס"ל דבתר דרבנן אזלי' הוי רק פסול דרבנן. ובזה ודאי כדאי לסמוך על הני פוסקים. ובפרט דרוב הפוסקים ס"ל כן. והכי קיי"ל בפשיטות בש"ע או"ח ה' סוכה. ולכך הכא נמי אזלינן בתר דאורייתא. ואין פנאי להאריך בזה. אולי יזכני ה' בזמן אחר לבאר יותר בזה ויש לעיין בזה בדרכי האו"ת כאן ואדבר במק"א אי"ה: שם סעיף ט ' כל הפסולין להעד מחמת קורבה או עבירו' נ"ב נלפענ"ד דלאו דוקא. אולי דה"ה נמי אלם דפסול להעד לכ"ע מפי כתבו כמ"ש לקמן סי' כ"ח פסול נמי לדין אף שהוא יכול לגלות דעתו בכתב מ"מ כיון דאיתקש עדים לדיינים שמה שפסול בעדים פסול בדייני' ה"ה נמי בזה דבעינן שיהי' הדיין ראוי להגיד דעתו בע"פ ולא בכתב. ועוד כיון דכתי' על פיהם יהי' כל ריב וכל נגע אם כן כמו דדרשינן גבי עדים מפיה' ולא מפ"כ. ומה"ט אתמעט אלם לכ"ע. כן ה"נ דכתי' על פיהם יהי' כל ריב וכל נגע בעינן נהי שיהיה הדין ראוי להיות נגמר מפיהם ולא מפ"כ ולכך אלם פסול לכ"ע

ואף אם אינן אלמים אם הגידו הפס"ד בכתב יהיה תלוי בפלוגת' המבוא' בסי' כ"ח גבי עדים דלאותן הפסולין אף בראוי' להגיד ה"נ לא נחשב הגדה דכתב הגדה להנך דברי' דבעי' גמר דין רק נחשב עדיין כאילו לא נגמר הדין ומה שב"ד יכול לכתו' בלי מצות הלוה היינו מטעמא אחרינא דהפקר ב"ד הפקר וכו'. אבל לולי זה לא הוי הגדתן בכתב הגדה. ולכך היכא דבעינן נגמר הדין כגון בקא"פ וכדומ' אם העידו בכת' לא בע"פ לא נחשב עדיין נגמ' הדין להנך דס"ל בעדות כן ואלם פסול לכ"ע כנלפענ"ד ודו"ק:

סימן ח

סעיף ה' בהג"ה והשליח ב"ד יכול להגיד לב"ד ואין בזה משום לה"ר נ"ב עי' בסמ"ע מקור לדין זה. ובאמת אין מזה ראיה כלל. לפי דעת הגהות מיימוני הוב' במג"א באו"ח סי' קנו דמות' לספר לה"ר על בעלי מחלוקת ויליף לה מדכתי' ואני אבא אחריך ומלאתי את דבריך יעו"ש וא"כ הרי אין לך בעלי מחלוקת יותר מדתן ואבירם שהיו בעלי מחלוקת בכל הענינים כמו שאי' במדרש ובגמרא לכך מותר לספר עניהם לה"ר. ומניין לנו לשאר אנשים שאינן בעלי מחלוקת שמותר לספר עליהם השליח ב"ד לה"ר וצ"ע כזה. סעיף ה' הנוטל שכר לדון כל דיניו שדן בטילין. נ"ב נלע"ד דהיינו דוקא אם דן ע"י כפי' אז דיניו בטלים אבל אם באו מעצמם לפניו לדין וידעו דרכו שהוא רגיל בכך לקבל שכר. ובפרט אם נתנו לו שכר קודם שאמר להם הפס"ד א"כ היה הברירה בידם לילך מאתו ולא לשמוע ממנו הפס"ד וא"כ אם הם עומדי' לפניו לקבל פסק דינו ונותנים לו שכר א"כ הרי סברו וקבלו ע"ז. וכיון דקבלו עליהם דינו דין ולא גרע מאם קבלו עליהם קא"פ דמהני אף דהתם יש חלוקי דינים בזה. הכא דאין הפסול מדאורייתא רק קנסא בעלמא ודאי כיון שהסכימו הסכימו ודינו דין ואינם יכולין לחזור בו אח"כ ועוד נראה דגוף האיסור של קבלת שכר הוי רק אם דן בכפי' דאז דיין שדן בכפיה והוא מבקש שכר בעבור זה בזה אסור לו לקבל שכר דבזה שם דיין עליו ואסור לו לקבל שכר אבל אם שלא בכפיה הוא דן רק שהם באים מרצונם ומבקשים הימנו לדון לפניו הם יודעים שהוא נוטל שכר אם כן מסכימים הם על ככה דאדעתא דהכא באו א"כ מחויבין הם עצמם בדבר שאינן חייבין והוי כאילו נותנים לו מתנה בעלמא ברצונם לא בתורת שכר ומתנה בעלמא ודאי מותר ליקח משניהם יחד בשוה כיון דאין ע"ז תורת שיחד כנלע"ד ברור. ומזה הטעם נתפשט המנהג שלוקחים הדיינים שכר בזה"ז ואחד מאלף נזהר בזה מכח דבזה"ז הוי רוב הדיינים בלי כפי' ולכך מותר לקבל שכר כנלפע"ד טעם המנהג ועי' באורים ותומים שכ' טעם אחר ודו"ק: סעיף ב' בהג"ה ואין ב"ד יכולין לכוף וכו' וי"ח וכו'. נ"ב אעתיק

מ"ש בקצרה להרב הגדול מוה' דוד זאב נ"י אבד"ק בערימלייא אשר שאל אותי אם יפה עשה שלא רצה לכוף על הפשר. תשובה יפה עשה שנתיירא כי בכ"מ שכ' הרב וי"ח העיקר כדעה ראשונה ובפרט להוציא ממון הרי יכול לומר קים לי. ומכש"כ דאין לדיין לכנוס בזה בעובי הקורה מיהו לקרותו עבריין כדעת האו"ת אין כאן הוצאת ממון בזה יפה עשה. ומה ששאל אם נאמן על הפשר. הנה לפי משמעות נראה דהבע"ד בעצמו הבטיח כן. אבל לא שרו"מ כת"ר פסק כן. א"כ הרי אין בו ממש כיון דהוי דיבור בעלמא ויכול לחזור בו ומה מהני נאמנות של רומ"ע ואם אין לשונו מדוקדק. רק רו"מ פסק כל שקבל עליו ק"ס נמי אם מתחלה פסק רב על סנה אחת א"כ כבר קיים הק"ס ואין לו בת לחדש אח"כ דבר עוד כיון שפסק פעם אחת שוב נסתלק מלהיות דיין בזה ואף אם לא פסק רו"מ עדיין לגמרי. הנה להיות נאמן בדבר ידע רומ"ע כי אף אם יהי' נאמן אינו רק כע"א ולא יועיל רק לשבועה. ובלא"ה הרי הוא חייב שבועה עכ"פ מכח טענות שמעון שטוען שרו"מ פסק כן ואין נ"מ בין דאורייתא או דרבנן. גם אף אם הבע"ד שמעון לא שמע מראובן כן יכול להשביעו ע"פ הגדת רו"מ כדין הוגד לו מפי אחר ואף אם הוי רו"מ כע"א אינו ברור די"ל כיון דנסתלקו מלפניו גרע ועי' בש"ך סי' ק"ג שהביא כמה דעות דגם שנים אינן נאמנין לכך לכ"ז דיין אחד אף כע"א א"נ והוי ראוי לומר דאף להחולקים דב' נאמנין היינו רק בב'. דב' לא אמרו בדדמי כמ"ש באהע"ז סי' י"ז אף בע"א י"ל דמודים דדיין אחד אפי' כע"א א"נ. רק משמעות אחרונים משמע דהוי כע"א אך עכ"פ להסוברים דב' א"נ ודאי דדיין א' לא הוי כע"א. וא"כ הוי ספק ויכול הנתבע לומר קים לי. ועוד מה שסמך רו"מ על הש"ך בסי' ל"ט דבדיין לא שייך חוזר ומגיד. ידע רו"מ שבחו"מ שלי ציינתי שם על דברי הש"ך שזה סותר לדברי הרמ"א בסי' מ"ו סכ"ד דשם מבואר דבדיינים נמי אין חוזרין ומגידין. והוא תמיה וכעת נ"ל דאפשר לחלק בין דיבור למעשה דבסי' מ"ו אם לא היו ביחד אז עשו מעשה שלא כדין שכתבו וחתמו שלא כדין לכך לעשות מעשה כולי האי הוי נגד הסברא בזה אף בדיינים אין חוזרין ומגידין. אבל בסי' ל"ט דהמעשה כדין עשו רק מה שלא הגידו לו. כיון דזה אינו במעשה רק בשוא"ת לכך הם חוזרין ומגידין. ולפי"ז היה נראה בנדון שלנו דגוף המכתב ככתב שלא כדת ודאי דאינו חוזר ומגיד. והנה שבתי וראיתי במכתבו שהי' הבטחתו בקגא"ס להשכיר לו אחר שנה הרחיים בשוי' א"כ אזיל לי' חשש דברינו הנ"ל. דא"כ אין זה פס"ד שלו רק עדות בעלמא שראה רו"מ אם כן יש לו דין ע"א כשאר עד. ובעדים ודאי אינו חוזר ומגיד לדעת הש"ך ודעמיה בס"ס מ"י אך באמת זה אינו ענין כלל לחוזר ומגיד דאם היה הפשר על שאר השנים שוה לשנה הראשונה אז כיון דהפס"ד שלו כתב רק על שנה ובאמת היו על כמה

שנים. אם כן כסותר דבריו הראשונים לכך הוי כחוזר ומגיד. אך באמת אינו שוה פשר שאר השנים לשנה הראשונה דשנה הראשונה הוי פחות משויו ושאר השנים כשויו אם כן אינו סותר דבריו הראשונים דיפה כתב דשנה הראשונה יהיה בפחות משויו ועל שאר השנים לא הזכיר א"כ הוי זה עדות אחרת ואין זה חוזר ומגיד. ועי' כעין זה ממש בסי' נ"י סעיף א' בש"ך ס"ק ג' בשם הרשב"א כיון שלא כתבו על תנאי זה בלבד הושלש בידו יכול לומר שהיה תנאי אחר והוא ממש כזה לכך העיקר דאין זה כחוזר ומגיד ונאמן רו"מ כע"א. כן השבתי להרב הנ"ל ועיין בחיבורי טוב טעם ודעת מה"ק הלכות צדקה מ"ש בתשובה לק' ירושלים יע"א תובב"א:

סימן יג

סעיף א' בהג"ה. נ"ב נראה לי דאם הבעל יש לו קטטות עם אשתו אף אם תחלה הוא דר במקום שאשתו שם ואח"כ נסע ע"י קטטה למקום אחר אז מוכרחת האשה ללילך אחרי הבעל לעמוד עמו לדין כיון דק"ל דיכול הבעל לכוף את אשתו וללילך אחריו למקום שהוא רוצה. א"כ אם לגמרי יכול להוציא' למקום שהוא רוצה מכש"כ שיכול להוציא' לפי שעה ובפרט כיון שאם הבעל רוצה יכול לומר אני אקבע דירתי כאן. ואז מוכרחת ללילך אחריו אם כן גם לפי שעה מוכרחת ללילך אחריו מכח מיגו דאי בעי רוצה לקבוע דירתו כאן לעולם. וכן נמי נראה באם אחד נתקשר עם חבירו להשיא בתו לבנו ובתנאי כך וכך וכתבו ביניהם תנאים כמנהג. אם א' אינו רוצה לקיים התנאי ורוצה לעשות שידוך אחר אז רשאים הב"ד לכתוב אזהרה להשני שיבואו למקום השני הרוצה לעשות שידוך אחר ולעסות עמו גמר וסוף ובאם לאו יתירו לו לעשות שידוך אחר ואין זה בכלל התובע הולך אחרי הנתבע דזה נאמר רק באם התובע רוצה להוציא ממון מהנתבע. אבל כאן הרי אין הלוה רוצה להוציא ממון מהשני רק למפטר נפשיה מקשרי התנאים ולעשות שידוך אחר כיון שלא עשה רק על תנאי כך וכך ולא קיים חבירו התנאי וא"כ אדרבה הוא בכלל נתבע. ואם השני רוצה להכריחו שלא יעשה שידוך אחר צריך הוא ללילך אחריו ולהראות לפני הבע"ד שמקיים תנאו או כדומה. והרי יש ללמוד ק"ו דמה באם עקלו מעותיו בעיר התובע נחשב התובע כמוחזק בהם וצריך לדון בעירו. מכש"כ אם הלה מוחזק בשלו ממש והשני רוצה לעכב על ידו דנקרא המעכב התובע והוא הנתבע והוא ברור ונכון לדינא:

סעיף ו . ויכולין לשאול שלא מדעת בע"ד. נ"ב עיין בחיבורי לאו"ח הל' בה"כ סי' קנ"ג מ"ש שם דדוקא אם בררו רק ב' בעינין שיכולים הבוררים לברור להם עוד שלישי אז

יכולין לשאול ג"כ בלי דעתן אבל אם הוא בענין שא"י לברור בלי ידיעת הבע"ד גם לשאול לאחר אינן יכולין בלי דעתן יעו"ש דברי בטוב מעם בעז"ה. כי הרי הסמ"ע כתב דזה נלמוד מזה א"כ דיו לבא מן הדין להיות כנדון וע' בש"ך סק"ר וז"ב:

סימן יד

סעיף א' . נ"ב הנה הב"י כתב בשם הריב"ש דהיכא דפתחו ליה בדינא א"י לומר לב"ד הגדול אזלינא. והנה האו"ת בסי' כ"ח סי"ו בהגה תמה ע"ז שהוא היפוך לשון הש"ס דמשמע דבלא נקט דיסקא מב"ד הגדול אף דפתחו נזקקין לו. ולדעתי נראה דהוי א"ש בפשיטות דהרי יש להבין מה דפריך הש"ס כי פתחו לו בדינא נמי מצי למימר לב"ד הגדול אזלינא וכו'. ולכאורה היא תמיה מאי פריך כ"כ בפשיטות דבכהאי גוונא נמי מצי למימר לב"ד הגדול אזלינא. אך נראה דהרי עיקר הטעם דבפתחו לו ל"מ למימר הוי מטעם קבלה דהוי כקבלוהו עליהם וא"י לחזור בו. ולכך י"ל לפמ"ש הש"ך בשם הבאר שבע. דא"צ לפרש הטענות שלו עד בב"ד דעביד אינש דלא מגלי טענותיה אלא לב"ד יעו"ש א"כ יכול הנתבע לומר דמה דעמד בדין לפתוח בדינא הוי רק שרצה לשמוע התביעה ממנו מה יתבענו. ואך כיון ששמע הטענות רוצה לילך לב"ד הגדול ומעולם לא קבל אותם לדון לפניהם. לכך הש"ס דמיירי מן הנתבע כמו שמשמע שם להדיא דמיירי מאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ולפטור מקבלין. בע"כ דמיירי דתובע מביא עדים ואין הנתבע שם. לכך פריך שפיר כי פתחו לו נמי מצי למימר לב"ד הגדול אזלינא דלגבי הנתבע פשיטא דלא הוי זה קבלה והסכמה לכך מסיק דאף בכה"ג יכול לחזור בו. אבל הריב"ש וב"י כאן מיירי אם התובע רצה לילך לבית דין הגדול דבי' אין שייך לומר טעם זה דרצה לשמוע טענות שלו. דהרי הוא התובע והוא יודע התביעה שלו לכך שפיר הוי פתחו לי' בדינא כקבלה וא"י לחזור בו ודוק: ואין לומר דגם התובע יטעון דרצה לשמוע תשובת הנתבע. ז"א חדא דהרי הש"ך חולק על הבאר שבע וס"ל דצריך לגלות לו טענותיו. ולדידי נראה להכריע כך. כיון דעבד לוה לאיש מלוה ולכך התובע א"צ לפרש טענותיו אל הנתבע ולכך יכול לומר לו דלכך שתק ובא לדין כי יסבור התובע שהמה דיינים ויגלה טענותיו להם. אבל כשהתובע חוזר בו א"י לומר דלכך שתק לשמוע טענותיו דבלא"ה יכול לכופו לגלות לו טענותיו ובזה הדין עם הש"ך ולכך א"י לומר דשתק כדי שישמע הטענות דבלא"ה הי' יכול לכופו להגיד לו הטענות וא"כ למה שתק ובא לדין. ובע"כ דקבלם לדין ממש ועוד נראה דדוקא בנתבע לתובע כיון דא"י גוף התביעה לכך י"ל דרצה לשמוע התביעה אבל התובע דידע התביעה ממה חייב לו

לשמוע כפירת הנתבע אין הכרח לו ויכול להבין מדעתו שיכפור הלה ולכך לא הוי זה אמתלא לומר דלכך עמד בדין. ולכך הוי פתחו ליה קבלה ממש ודו"ק היטב וא"ש. והנה אם התובע והנתבע היו במקום א' ואח"כ הלך הנתבע למק"א. ע' בכנה"ג בהגהות ב"י בשם מהרשד"ם שכופין הנתבע לבא למקום התובע. ועי' בחיבורי על אהע"ז סי' ע"ה [מהדורא חית סי' י"ג] מ"ש בזה לאה"ק. וגם בדין אם הבעל עקר ממקומו מאשתו אם מחיוב לבא למקום אשתו לדון עמה יעו"ש וע' עוד בחיבורי על אהע"ז מהדורא וא"ו סי' קל"ו כתבתי כמה חילוקי וחידושי דינים בזה בעז"ה:

סימן טו

סעיף ב' היו לפניו דינים הרבה וכו' נ"ב. הנה הטור הביא בשם הרמב"ם דאלמנה קודם לת"ח. ותמהו עליו דבש"ס פ"ב דכתובות מוכח כן לדין יתום ת"ח קודם וכבר הקשה כן הד"מ ע"ש ובמפורשים ולדעתי נראה דא"ש בפשיטות דע"כ אין חיוב להקדים דין יתום רק באם התובע הוי יתום דאז כיון דאינו בר דעת לעמוד על נפשו לכך אם יראה שדוחין אותו יהי' נפשו עגומה שיאבד מעותיו כי יסבור שאין הב"ד רוצין על הזדקק לו לכך מחויב להקדים דין יתום שלא יסבור שאין רצון הב"ד להזדקק לדינו אבל באם היתום הוי הנתבע אין חיוב להקדימו. דבזה אין צער ליתום. כי אדרבא אם לא יזדקקו לו יפטור בודאי. כי כל עוד שאין הב"ד מוציאין ממנו הוא פטור ומה צער הוי לו אם לא יזדקקו לו לכך אין חיוב להקדימו ולכך א"ש דהרמב"ם מיירי אם התובע ת"ח: וגם היתום והאלמנה התובע לכך הם קודמין לדין ת"ח. אבל בש"ס מיירי דהו"ל דינא דיתמי היינו דהיתומים היו נתבעים לכך בזה דין ת"ח קודם. ומה דנקט הש"ס דינא דיתמי ונקט הנתבעים ולא התובעים היינו דלרבותא זו עצמה דבנתבעים ת"ח קודם לדין יתום ואין חייב בזה להקדי' היתום וז"ב ונכון מאד ושוב הראו לו שבאו"ת הביא בשם שו"ת חות יאיר ושו"ת שבות יעקב שמחלק כן בין תובע לנתבע. ות"ל שכוונתי לדעתם בזה: באותו סעיף. היו לפניו דינים הרבה וכו'. נ"ב לכאור' קשה לי למה סתמו כל האחרונים וראשונים ולא ביארו באם א' הוא כהן. צריך להקדימו תחלה ולדון דין שלו תחלה כמו דמקדימין דין של ת"ח ובפרט בכהן כיון שאחז"ל וקדשתו לכל דבר שבקדושה לפתוח ראשון וכו' וא"כ להתחיל בדינו תחלה הוי בכלל ולפתוח ראשון וכמדומה לי שראיתי כן באיזה ספר שמפרש כן באמת מ"ש הש"ס לפתוח ראשון היינו לענין דין שצריך להקדים דין של כהן תחלה. ואף בלי פירוש זה נראה דמוכח להדיא מן הש"ס נדרים דס"ב. דקאמר שם שרי ליה לצורבא מרבנן לומר צורבא מרבנן אנא שרי לי תגראי ברישא שנ' ובני דוד כהנים

היו. מה כהן נוטל חלק בראש אף ת"ח וכו'. א"כ מוכח להדיא דלא נשמע דדין של ת"ח ראוי להקדים רק מכח דנקרא כהנים וכהן נוטל חלקו בראש א"כ מכש"כ בכהן ממש דיש חיוב להקדימו לדין של אחר. וא"כ כיון דכולם פסקו דדין של ת"ח ראוי להקדי' מכש"כ דין כהן כדמוכח להדיא בש"ס וצ"ע על ?כלם למה לא ביארו דכן הדין בדין של כהן וישראל שצריך להקדים דין הכהן ולדינא נראה כמ"ש. ובפרט דכן פריך שם בש"ס וכהן מנ"ל. משמע דגם בכהן חייב להשרות תגראי ברישא. ואדרבא עיקר דין ת"ח נצמח מכח דנקרא כהן כמ"ש בש"ס וצ"ע. ועי' מ"ש בחידושו ביו"ד ה' מילה לענין מילת כהן איזהו קודם. ואפשר לומר דלכך השמיטו זה משום דאין אנו בקיאין ביחוסי כהונה כמ"ש המג"א באו"ח סי' רי"ש אך א"כ הרי גם דין ת"ח אינו נוהג בזה"ז ועדיין צ"ע:

סימן יז

(**סעיף א'**) בהג"ה וסמוכה הוי כישיבה לענין זה. נ"ב וכתב הסמ"ע שבסי' כ"ח פסק רמ"א לענין עדים דסמיכה כעמידה וכ' הסמ"ע דעכ"פ לא יהיו הדיינים והעדים נסמכים ביחד דהני תרתי דסתרי אהדדי וכו'. והש"ך הביא בשם הב"ח שהקשה מש"ס דמשני דיתיב כמאן דשארי מסאני וכו' ונלפענ"ד ליישב דעת הסמ"ע דהנה התוס' בש"ס הקשו דלמה לא הושיבה ר"נ הרי עשה דכבוד התורה עדיף ותירצו כדי שלא יסתתמו טענותי' וכו'. ועוד תרצו דל"ש עשה דכבוד התורה באשת חבר לאחר מיתה וכו'. והמהרש"א הקשה לתירוץ הראשון דמאי פריך הש"ס והאמר מר בגמר דין ד"ה דיינים בישובה ובע"ד בעמידה וכו' הרי מותר לו לעמוד מכח עשה דכבוד התורה וכו'. ונפענ"ד דלק"מ דהר"ן הביא דעת הרמב"ן שכתב דאם ת"ח בא לדין מותר לדיין לעמוד לפניו ולא שייך מסתתם טענותיו דאידך דהכל יודעין שמצוה לקום בפני ת"ח רק שמעשה דר"נ אשת חבר לאחר מיתה הוי והנה קשה לי טובא על דבריהם דהאיך קי"ל דאם בא ת"ח וע"ה לדין יתבינו לת"ח ולע"ה אמרינן ליה שב כדי שלא יסתתמו טענותיו הרי הכל יודעין שמצוה לכבד הת"ח דכתיב והדרת וכו'. שוב מצאתי באו"ת באורים שם שהקשה כן ומישב בדוחק גדול אך עכ"פ הנה מדברי התוס' הנ"ל לפי תירוצם הראשון שמשמע מדבריהם די"ל אף באשת חבר לאחר מיתה שייך עשה דכבוד התורה ואעפי"כ אמר ר"נ אוקים מקמא מסתתמא טענותיו דבע"ד מבואר שחולקין ע"ז וס"ל דאסור לעמוד בפני ת"ח וכו' והנה זה רחוק מאד לומר דפליגו במציאות שהרמב"ן סובר שהכל יודעין שמצוה לקום בפני ת"ח והתוס' ס"ל שאין הכל יודעין שרחוק מאד שיהיה פלוגתא בזה. אך נראה דודאי גם התוס' מודים שהכל' יודעים כן רק שסברו שהרי עיקר מה שמסתתמין טענותיו פרש"י

שרואה שמכבדים את חברו יותר ממנו עי"כ מסתתמין טענותיו וא"כ סברי התוס' דאף שיודע שמצוה לקום מפני ת"ח סוף סוף עיקר המצוה הוא כדי לכבדו וא"כ סוף סוף הוא רואה שמכבדין את חברו יותר ממנו ואדרבא אם יודע שאף מצוה איכא לכבד ת"ח ולא לו מכש"כ שיסתתמו טענותיו מלטעון כנגדו כי יהיה ירא שבודאי יהפכו בזכותו כל מה דאפשר שהרי מצוה לכבדו וע"כ אף בזה יסתתמו טענותיו. וע"כ אסור לקום מפניו. כן נראה דעת התוס' ולפי"ז לק"מ קושית מוהרש"א דהש"ס מקשה כך בשלמא אי לא הי' מצוה בדיינים בישיבה אז הי' מועיל שפיר רב נחמן בהפרחת אוזא שהי' סובר בע"ד שלא מפניו עומד רק מחמת האווז אבל או דייני' דוקא בישיבה אז לא מועיל הפרחת האווז דאעפ"כ או שמחויב לישב ולא יקפיד על הפרחת האוז או שממתין מלומר הפס"ד עד שתפרח האוז ממנו ואז ישב ויאמר הפס"ד וא"כ אם הוא לא יעשה כן רק יעמוד ויאמר הפס"ד אז אפשר שהבע"ד יודע מזה הדין שהדיינים בישיבה דוקא וע"כ יבין מה שר"נ עומד לא מכח הפרחת האוזא רק מכח שמותר לו לעמוד מכח העשה דכבוד התורה לזה הכל יודעין וכנ"ל וא"כ עדיין יבין שמפניו ועדיין יש לחוש שנסתתמו טענותיו ומה הועיל ר"נ בהפרחת האוזא לכך משני הש"ס דיתיב כמאן דשרי מסאני ובזה מותר לדיינים לפסוק כן ולא יבין תו הבע"ד שעושה כן לכבודה רק יהיה סבור מחמת האוזא וא"כ לא יסתתמו טענותיו כן נראה לישב קושית המהרש"א ז"ל ולפי"ז מיושב קושית הב"ח דבאמת דברי הסמ"ע נכונים. דהיכא דתרויהו סומכין אסור רק דבש"ס בר"נ באמת הי' מותר לו אף לעמוד רק שהי' חושש רק שיסתתמו טענותיו א"כ נהי דהיכי דסתרי אהדדי אסור מ"מ היכי דלא סתרי אהדדי ודאי דמותר לדיינים לישב כמאן דשארי מסאני שהרי אין כאן דבר הסותר. וא"כ לא יסתתמו טענותיו ואצל בע"ד יהי' נחשב לישיבה ואצל ר"נ יהי' נחשב רק כעמידה ואעפי"כ אינו עובר על העשה דדיינים בישיבה שהרי עשה דכבוד התורה עדיף ומותר אף לעמוד. וא"כ אין כאן דברים הסותרים כלל וא"ש דברי הסמ"ע. ולפי תירוץ השני של התוס' וכן להר"ן בשם הרמב"ן שכוותייהו פסקינן פשיטא דלק"מ שהרי מה"ת א"צ קימה כלל רק מדרבנן צריך ודי בהידור כזה אף שהוא באמת ג"כ כישיבה מ"מ נחשב להידור קצת ודי בזה שהרי לא נלמוד מקרא כלל. רק שלתירוץ הראשון של התוס' הקושיא לכאורה שפיר שהרי כבוד התורה נלמוד מן מפני שיבה תקום. ונאמר בו לשון קימה ויתיב כמאן דשארי מסאני ע"כ לא נקרא קימה רק ישיבה שהרי בדיינים נאמר וישב משה וכו' וע"כ שגם זה נקרא ישיבה וא"כ אינו בכלל קימה. ובכבוד התורה נאמר קימה וכו' אבל לפמ"ש א"ש לדעת

הרמב"ן בלא"ה כיון דאינו מה"ת ולא נאמר לשון קימה גבה ודאי דאף שנקרא ישיבה מ"מ הוי הידור לגבה כנלפענ"ד נכון ודו"ק היטב:

סעיף ח' אפילו הביא הבע"ד ע"א לא יאמר אין ע"א נאמן. נ"ב עי' באחרוני' מ"ש שיש בזה פלוגתא והנה ראיתי בירושלמי פ"ג דר"ה הלכה א' וז"ל כחדא רב הונא הוי ידע סהדי לחד בר נש אזיל בעי מידן גבי' כפר בי' א"ל ר' שמואל בר' יצחק בגין דאת ידע דר"ה גברא רבא אתה כפר בי' מהו אלו ?ייזיל אסהיד עליך בב"ד אוחרן א"ל ר"ה ועבדין כדין א"ל אין ושרא ר"ה גרמי' מן דינא ואזיל וסהיד עלוי' בב"ד אוחרי עכ"ל הירושלמי ועיין בקרבן עדה שנדחק לפרש מ"ש ועבדין כדין יעו"ש. ובחנם נדחק דכוונתו הוי לו' למה נתן פתחון פה לבע"ד שכנגדו לומר שלא ידין לפני ר"ה והרי הוי כעורכי הדייני' והיינו ממש כעין נדון דידן לומר אין ע"א נאמן א"ל אין דאין זה כעורכי' הדיינים ומוכח כדעת המתיר לומר אין ע"א נאמן ודו"ק:

סעיף יב כשאחד מבע"ד מגזם לחברו כך וכך תתחייב לי בדין וכו' נ"ב צ"ע על המחבר מה שמשמע מדבריו דוקא דאם אומר שכך וכך תתחייב לי בדין משמע שאומר כן יפסק הדין כן יהי' עכשיו באמת בזה צריך הדיין לגעור בו אבל אם אינו אומר שכן וכן יהי' הדין כעת רק אומר שאם הי' בידי דבר זה אז הייתי עושה כך וכך מה אעשה שאין זה בידי או דומה לזה שאינו אומר על הדיין שיפסוק לו כעת כן א"צ לגעור בו הדיין ובאמת מהש"ס דכתובות. שממנו יוצא דין זה מוכח להיפוך דגם בזה צריך לגעור בו שהרי שם היה המעשה בכתובות דס"ט דהאחים הוי אמרו לה אולי הוה לן זוזי הוי מסליקנא לה בזוזי ואשתק אמימר ומזה מוכיח בש"ס מדאשתיק דס"ל כן. ומזה הוציא הר"ת דין זה בתוספת שם ואם כן מוכח דאף בכה"ג חייב הדיין לגעור בו. ותימא על המחבר והאחרונים שלא ביארו כן. שוב עיינתי בהאו"ת ומצאתי שהוא דוחק א"ע לפרש דברי המחבר דמיירי כה"ג שאם הבע"ד אומר על עכשיו שכעת יפסוק לי כך וכך אסור לגעור בו דעי"כ יסתתמו טענותיו וגם בעיני היה הדבר תמיה טרם ראייתי בדברי האו"ת דהן אמת מצד סתימות טענותיו יש לומר דלא חיישינן. והא דל"ח לסתימת הטענות רק אם בלא"ה לא הוי כאן חשש סתימות טענותיו רק ע"י דיבור הדיין יולד לו החשש הזה לכך צריך ליזהר. אבל הכא בין כך ובין כך יש חשש סתימו' הטענות. דכיון שהלה אומר כך וכך תתחייב לי בדין. א"כ אם ישתק הדיין יהיה נראה כהודאה. ואז בודאי יסתתמו טענות הבע"ד שכנגדו ואם כן אף אם ישתוק יש כאן חשש וכיון שבין כך ובין כך יש חשש זה. שאם לא יאמר נסתתם טענות שכנגדו. ואם יאמר נסתתם טענות זה. א"כ שוב מוקמינן אדינא. וכיון שבאמת הלה דובר שקר צריך למחות בו. בפרט כיון

שהדיין רואה שהדין נוטה לשכנגדו יש לחוש יותר לסתימת טענותיו שהוא צדיק בדין מלחוש לסתימת האומר שנראה שהוא חייב. לכך מחויב לומר. רק הא הוי ק"ל האיך רשאי הדיין לחלוט הדין טרם עיין בו. שהרי מבואר לעיל שאף שכבר יצאו הבע"ד לחוץ. והדיינים כבר עיינו בדינם אין למהר לומ' הפס"ד רק צריך לגמור בלבו שהוא ברור כן. ואח"כ לומר. גם מבואר בש"ך דעות שהדיין שכבר נשאל על דין זה הוי כנוגע ואסור לו להיות דיין. אם כן הכא שהבע"ד עדיין לפניו ולא עיין בדינם רק שנראה לו' שכך הוא. מ"מ אין רשאי לחתוך הדבר לומר שהדין להיפך אולי יראה אח"כ טעם לשנות הדין כאן. וכיון שכבר הוחלט דעתו בפעם אחת שוב לא חזי ליה זכותא והוי כנוגע והאיך רשאי אח"כ לפסוק הדין ולהיות דיין בזה. ומן הש"ס אין ראיה דהתם לא באו לפניו אז על דין זה ולא הי' דיין על דבר זה רק הי' רשאי לומר דעתו ואח"כ אם יבואו המה לדין זה לפניו באמת לא ירצה להיות דיין ע"ז אבל הכא קשה והי' נראה בעיני לפרש דאין הדיין אומר לו שקר אתה דובר דהיינו שהדין להיפך רק שאומר לו מה שברור בידך בפשיטות שהדין כדבריך זה הוי שקר שאינו דין ברור כל כך ויש לעיין בו לכאן ולכאן ואינו ברור כ"כ כמו שאתה אומר בפשיטות לכך בזה אין הדין כנוגע והיו מיושב בזה גם קושית האו"ת שבזה לא נסתתמו טענותיו. אך עיינתי בתוספת עצמו בכתובות שכתבו בלשון ר"ת שהיה אומר שקר אתה דובר. כי לא יתחייב לך. משמע להדיא שהיה אומר בפירוש שהדין הוא להיפך וא"כ קשה כל הנ"ל לכך היה נראה פירוש האו"ת והוי א"ש הכל. אך הלשון של הר"ת והש"ע לא משמע כן. לכך נראה דהם מיירי בדין פשוט כ"כ כביעתא בכותחא שגלוי לכל וא"צ עיון כלל רק שזה הבע"ד טעה ואומר להיפך בזה רשאי לומר שטועה שהדין הוא להיפך כגון אם אומר בכופר הכל שיתחייב לו שבועה דאוריית' וכדומ' או שיועיל ע"א לממון וכל כה"ג שא"צ עיון כלל. לכך רשאי לומר להיפך ממש כיון שא"צ עיון עוד. וקושית האות לק"מ כנ"ל בפתח דבריו. ועיקר ראיות ר"ת דודאי לחשש נסתמו טענותיו ידע מסברא כיון דבשני הצדדים שייך חשש זה בודאי ל"ח רק דהיה ס"ד דבלא"ה הדיין א"צ להשיב לחוש מה שהוא אומר לכך מוכיח מהש"ס דכמו דהתם שבשניהם לא שייך חשש נסתתם טענותיו שהרי לא היו טוענים ע"ז. ואם לא הי' הדין הכי הי' מחויב לומר לו שקר אתה דובר. ה"ה באומר שעכשיו יתחייב לו בדין כך מחויב להוכיח על פניו שהוא שקר ונסתתם טענותיו מסברא לא מהני כיון שיש חשש גם להיפך. והמחבר דנקט הדין באומר שעכשיו יתחייב לו בדין היינו לרבותא אף דיש בזה חשש נסתתמו טענותיו לאפוקי מסברת האו"ת. מיהו בזה יש חילוק באם אומר עכשיו יתחייב לי כך בדין אין הדיין רשאי להשיב הדין בהיפך רק בדין הפשוט מאד.

אבל בדין שיש לעיין בו אף שנראה להדיין שהדין כך לא יאמר לו הדין בהיפך. רק יאמר לו שאין זה פשוט. ושקר הוא אומר שז"פ. ולכך קיצר המחבר ולא סיים כלשון התוס' כדי לכלול כל הדינים יחד שר"ת לא מיירי רק בדין פשוט ואם אינו אומר על עכשיו רק בנדון של הש"ס אז אם נראה להדיין שהדין בהיפוך אף שלא עיין בו לגמרי רשאי לומר דעתו שהדין בהיפך כן נ"ל בזה לפענ"ד ברור:

סימן יח

סעיף א' בסמ"ע סק"ג ילכו אחרי הרוב וכו' משא"כ בד"מ שמה הוי זכות לזה הוי חוב לזה יעו"ש. נ"ב. ולפי"ז היה נראה דבאיסור והיתר או כגון בדין אם אחד' הוא פסול לבא בקהל או אם הוא גזלן וכדומה לפסלו לעדות ולשבועה דכל כה"ג הוי חוב לבד בלי זכות לא מהני לחוב וילך אחרי רבים רק אם יש שנים יותר מן המועטין. והנה בהוראת או"ה היה אפשר לומר דדי באם א' יותר ואין דומה לד"צ או לד"מ וטעמא רבא איכא במילתא דבאו"ה כיון דדי ביחיד ול"ב שלשה. א"כ אף אם יש כאן כת מחייבין וכת מזכין אם אחד נוטה לחובה יותר מהמזכין א"כ אמרינן אוקי הני המזכין כנגד המחייבין ושקולין והוי כמאן דליתא. ונשאר אחד בפ"ע המחויב ואוסר והרי די בהוראת או"ה ביחיד ולכך בזה די בחד אבל בד"נ וד"מ א"א לומר אוקי הני לבהדי הני. דאם כן ישאר אחד ואין די באחד לגמור דינם הללו ובע"כ צריכין אנו לצרף את כל הדיינין יחד וכיון שנצרף יחד וצריכין לבא מטעם הליכת בתר רובא ושיכרעו המחייבין את המזכין ויבטלו דבריהם בזה גלי קרא דבעינן דוקא רובא דמינכר שיהיה שנים יותר לחוב ולפי"ז לפסול את האדם לעדות ולשבועה וכדומה דבזה ודאי בעינן ג' לא מהני רוב רק באם יש שנים ואין לומר דגם לעדות ולשבועה הרי אין נ"מ רק באם שנים תובעין זה לזה והוא ג"כ חוב לא' וזכות לאחד אך ז"א דבתר השתא אזלינן וכל זמן שלא נולד לנו גוף התביעות רק שאנו דנין ע"ז לבד אם הך אדם פסול או כשרהוי רק לחובה לו ואין כאן צד זכות וראוי להצריך שנים. מיהו גוף דברי הסמ"ע אינן מוכרחין דדילמא דוקא גבי ד"נ דחמיר גלי קרא חידוש זה. אבל בד"מ דקיל וה"ה שאר דינים. י"ל מדינא לא נצרך לשנים להכרעת החוב ולא מטעם דהוי חוב לזה וזכות לזה. ולכן בכל דבר ל"ב שנים יותר לחוב וא"ש וז"ב:

סימן כ

(**סעיף א'**) ואפי' אם כבר פרע כ"ז שהוא מביא ראי' סותר הדין נ"ב הנה הגיע לידי ספר נדפס מחדש ושמו נקרא שער המשפט וראיתי בו שרוצה לחדש דין באחד שתבעו אותו

ממון והשיב אינו יודע ונתחייב ע"פ עדים ואח"כ הביא עדי הזמה והוזמו הראשונים או ביורשים שנתחייבו עפ"י עדים והביאו עדי הזמה אח"כ או להוציא ממון שכבר נתייאשו מגוף הממון והביא ראי' ממה דאמרי' במס' כריתות דכ"ד בשור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זוכה בו. אמר רבא מסתברא טעמא דר"י כגון דאמרו לי' נרבע שורו אבל אמרו רבע שורו הוא בעצמו מידע ידיע דלא רבע ומייתי עדים ולא מפקר ליה יעו"ש והנה לבבי לא כן ידמה. כיון דבגזלן קיי"ל דייאוש כדי לא קני ובאבידה יאוש קונה ומבואר בש"ס הטעם דשאני אבידה דבהתירא אתי לידי'. אבל בגזלן באיסורא אתי לידי'. והנה זה פשוט דבגזלן אין חילוק אם הוא אלים שתיכף בשעה שבאה הגזילה לידו מייאש הנגזל נפשו. והי' דבר הראוי להתייאש שאף סתמא הוי ייאוש מ"מ לא קנהו בייאוש דאף זה נקרא באיסורא אתי לידי'. דבהתירא לא מקרי רק כגון מוצא אבדה שהייאוש הי' קודם שבא לידו. וכ"ז שלא הי' הייאוש קודם אף שההגעה לידו הי' בשוה עם הייאוש ל"מ כיון דהייאוש לא נעשה רק מחמת שהגיע לידו. זה נקרא באיסורא בא לידו ולא קנה. ולפי"ז א"ש בשלמא בשור הנסקל שקיי"ל משנגמר דינו אסור בהנאה. אע"פ שלא הגיע לשום אדם כבר היה אסור בהנאה. וא"כ תיכף מייאש הבעל נפשו מזה אף בעודו ברשותו ולכך הוי הייאוש קודם שבא ליד שום אדם. ודומה למוציא אבדה ולכך הזוכה בו אח"כ. כזוכה מן ההפקר וקונה כמוצא אבדה אבל בנידן זה. כיון דאף אם נפסק הדין שראובן חייב לשמעון מ"מ כ"ז שהמעות ביד ראובן עדיין שלו וברשותו ותדע שהרי הוא באחריותו ואם נאבד צריך לשלם אחרים תחתיהן וא"כ שלו הוא ולא מייאש מנייהו עד אחרי שנתנם ליד התובע א"כ כיון שבאמת לא הי' חייב להתובע כלל ל"מ אם ידע התובע שאינו חייב ובשקר תבעו פשיטא דהוי גזלן ממש. ובאיסורא אתי לידי' לכך אף דהוי ייאוש תיכף ל"מ כמו בכל גזלן. אף שגם התובע לא ידע רק עפ"י העדים מ"מ כיון דאח"כ נתברר למפרע שלא הי' חייב לו מעיקרא כלל. א"כ מתחלה כל היכא שהי' ממון של הנתבע ברשותא דמרא הוי קאי והוי כגזל ביד התובע ול"מ בזה ייאוש [גם כיון דלא הוי הפקר לכל רק לאותו פלוני לא הוי הפקר כדקיי"ל הפקר לעניים ולא לעשירים אינו הפקר] ועכ"פ לא גרע מאבדה קודם ייאוש שכבר נתחייב בהשבה ול"מ הייאוש אח"כ. ה"ה נמי בנ"ד. כיון שלא חל הייאוש על ממון זה רק מחמת שהגיע ליד התובע א"כ חל ביאת הממון ליד התובע קודם ייאוש וכבר נתחייב בהשבה ול"מ הייאוש אח"כ ואינו דומה למה שפוסק הרא"ש בס"פ הגוזל בתרא בא' ששלח שליח לפרוע להכותי ושכחן הכותי דזכה בהם השליח מטעם דייאושי מייאשי הבעלים מנייהו והביא ראיה מהך דשור הנסקל יעו"ש. והביאו בס' שער המשפט הנ"ל דהתם בהתירא לא בגזילה אתי

ליד השליח. שהרי הוא נתן לפרוע להנכרי והשליח קבלם אדעתא לפרוע להנכרי רק ששכחו הנכרי א"כ עכ"פ בהיתרא אתי לידו דשליח לכך מהני הייאוש. גם אינו דומה למוציא אבדה קודם ייאוש. דהכא לא נתחייב השליח מתחלה בהשבה להמשלח. שהרי הנתינה לידו הי' מדעת המשלח ליתנם להנכרי לכך מהני הייאוש שיזכה בו השליח שייאוש הזה לא הי' מחמת שהגיע ליד השליח כי לא הי' השליח גורם בדבר רק בשביל חוב הנכרי לכך מהני הייאוש ודומה ממש לשור הנסקל. ומה דאמרי' בזה שנתייאשו הבעלים מהם אף קודם שהגיע ליד הנכרי. ואני כתבתי דפרעון חוב לא מייאש נפשו עד שהגיע ליד התובע. היינו חדא. דהא כבר הוציא המעות ליד השליח אבל בנ"ד הי' הממון ביד הנתבע עד שסילק ליד התובע לכך כ"ז שבידו לא מייאש עד שמוציא הממון מידו ואף באם פרע ע"י שליח בנ"ד נראה וי"מ דהרי בגזלן אטו אם יגזול ע"י שליח נימא כיון דייאש הנגזל נפשו בשעה שהגיע ליד השליח קודם שבא ליד הגזלן. וכיון דאשלד"ע. א"כ כ"ז שלא הגיע הגזילה ליד הגזלן עצמו לא הוי כבא לידו א"כ נימא כיון דהייאוש נעשה מקודם שבא ליד הגזלן בייאוש לבד קנה וזה לא שמענו מעולם. וכן ראיתי כבר מזה באיזה אחרונים דאף זה לא מהני דס"ס נקרא באיסורא אתיא לידי' כיון דהייאוש נעשה מכח דעת הגזלן כן נמי בזה כיון דלא מייאש נפשו רק מכח התובע אף שבא ליד השליח מיקרי באיסורא אתי' לידי' ול"מ הייאוש כבשאר גזלן משא"כ בשולח לפרוע להכותי דבאמת הוא חייב להכותי רק שעתה שנתן. אבל מכל מקום תחילת שליחות הפרעון והייאוש הי' כדין והשליח אין לו חלק ואשם כלל בזה הוי בהיתרא מהני בי' ייאוש שפיר שזה דומה ממש למוציא אבדה. וזה שפיר דומה לשור הנסקל ואין להביא ראי' לדברינו ממ"ש הסמ"ע בשם מוהרי"ק ס"ס ק"ה יעו"ש דהתם ג"כ לא הוי ידע הנתבע הטעות ואח"כ נתברר ולא אמרינן דיאש נפשי' דהתם י"ל כיון דלא ידע כלל הנתבע מעיקרא שהיה יותר נכסים הוי ייאוש של"מ ולא הוי ייאוש. אבל בנ"ד דהרי ידע הנתבע מה שמשלם וייאש נפשי' מסך זה מיהו מטעם שכתבתי לעיל נראה ברור דבזה ג"כ הדין כמו בכל פשרה ודין בטעות שצריך לשלם התובע מה שקבל להנתבע וז"ב לפענ"ד לדינא ודוק היטב. ובזה יונח לנו מה דאמרינן באונאה דלא ידע ומחיל וא"צ לכל הדחוקים של ס' שער המשפט הנ"ל. וראיה גדולה לדברינו מצאתי מהירושלמי הביאו הרי"ף ס"פ הכונס והג"א והש"ך בסי' קע"ה גבי אריסי דבר זוזי אפקיד גבי' חברא ומית אתו יתמי דבר זוזא לתבוע לפני ר"י אמר להם וליתן פלגא וכו' הדר אתא לקמי' דר"ח אמר ליתן אידך פלגא לבני דארוסא אמריו לו נהדר לן אידך פלגא א"ל כבר הורה זקן וכו'. והנה מזה מוכח דוקא מכח דר"ח לא היה יכול לברר הטעות של ר' ישמעאל רק שבסברא

נחלק עליו לכך לא צוה להחזיר ומה שעשה עשוי וכן מוכח מדברי הש"ך בחו"מ סי' כ"ה ס"ק כ"ט במ"ש שם דברי הטור והרא"ש בזה יעו"ש אבל אם היה יכול לברר הטעות של ר"י אז היה מצוה להחזיר אף אידך פלגא ואמאי נימא דהרי כבר נתייאשו בני דאריסי מהך פלגא שכבר נתנו וזכו בהם בני בר זוזי ודוחק לומר שבני בר זוזי היו שם גדולים וקטנים אבל הני דארוסי כבר היו כולם בני דעת ועוד שמלשון הרא"ש שהביא המעשה זה של הירושלמי בענין אחר והביאו הטור והש"ך בסי' כ"ה ס"ק הנ"ל מבואר שא"ל ר"י להיתומים זולו ופרעו פלגא משמע שכבר היו בני דעת ופרעו מוכח שהיו גדולים. ואעפ"כ אם יכול ר"ח לברר הטעות של ר"י היה מצוה להחזיר ולא אמרי' דהוי מחילה וייאוש. א"ו דבר זה ליתא ולא ניתן להאמר כלל ודוק היטב בזה ועוד דהתם לא מייאש רק מכח דנאסר בהנאה תיכף לאחר שנגמר דינו להחולקים על ר"ת אבל אם היה מותר בהנאה לא הי' מייאש נפשו עד לאחר שנהרג ממש וא"כ ה"נ אינו מייאש נפשו עד שבא הממון ליד חברו ויעשה מעשה הדין. וא"כ שוב הוי באיסור' אתי' לידי' ואף לר"ת כאן עדיף כנ"ל ודו"ק היטב:

סימן כא

ש"ך ס"ק ג נ"ב הנה אם אירע דין כזה שלא העמיד המוכר לזמן שקבע לו הלוקח לא מבעיא אם המוכר מספיק א"ע בהדראהן שנתן לו הלוקח ודאי דיכול לו' קים לי כהטו"ז דדברי הש"ך אינן מוכרחין. רק גם אם אינו מספיק א"ע בהדראהן היינו הערבון נמי מחויב הלוקח ליקח המקח אף אם לא העמידו בלתי אונס די"ל דבזמן הש"ך לא הוי דרך התגרים להתנות כך. ולכן אירע דאחד התנה כן אמרי' דהוי כוונתו לתנאי גמור דהוי אומדנא דמוכח כן. אבל בזה"ז הוי דרך התגרים רובן לכתוב כן. ואעפ"כ אם איבו מעמיד לזמנו נמי מקבלין המקח. וא"כ הוי הדרך להתנות כן רק לזרוזי נפשיה של המוכר ואין כוונתו לדוקא. ולכך כל דלא הותנה בפירוש דאם לא יעמידנו לזמן הזה בטל המקח דלא כפל התנאי המקח קיים ובזה מודה הש"ך ולמעט בפלוגתא עדיף ודו"ק:

סימן כב

(**סעיף א**') ואם כופר. נ"ב עי' בסמ"ע שכ' שאין שייכות כאן שבועה. והש"ך השיג עליו יעו"ש. מיהו לפמ"ש הש"ך שם בתחל' בתירוץ אחד דלכך ל"מ חזרה דלא נודע ודאי שטעו א"כ לפי"ז א"ש דשבועה אין שייך כאן. דממ"נ אם לא טעה הרי אין כאן נ"מ לענין

ממון ול"ש שבועה. ואם טעה הרי ראוי שיתבטל דינו בלא"ה וא"כ אין נ"מ בזה שקבלן ולכך אין כאן שבועה וא"ש ודו"ק:

סימן כג

(**סעיף א'**) בד"א בדיין א' כגון במומחי או קבלוהו עליהם נ"ב כן הוא בש"ך בשם הטור והפוסקים משמע מזה שדוקא אם מתחלה הי' רק דיין אחד אז נאמן כ"ז שלא נסתלקו מלפניו אבל אם היו תחלה שלשה או שנים ואח"כ הלך האחד לדרכו ונשאר דיין א' אף שהבע"ד עומדין עדיין לפניו א"נ. דאל"כ הו"ל לפרש בפשיטות דמיירי כגון שהשנים הלכו לדרכם ונשאר רק אחד. ולמה להו לפרש במומחה או קבלוהו וכו' והטעם נראה דלא מבעיא אי נימא כנ"ל. דמה שנאמן בעודן לפניו הוא מטעם המני' וכו' ואף שהם כתבו דיחיד מומחה אף שלא קבלוהו ג"כ נאמן י"ל דס"ל דכיון שנתנ' לו התורה נאמנות לענין למיפסק הדין יש לו נאמנות לגמרי ואין נאמנות לחצאין ולכך כ"ז שהם לפניו נקרא דיין ונאמן מכח שהתורה האמינתו ולכך נאמן לגמרי ולפ"ז פשיטא דא"ש דאם יש שנים עוד עמו א"כ לא היה נאמן לבדו על גוף הדין ולכך אינו נאמן אף לומר לזה זכיתי. ואף לפמ"ש במק"א שהטעם דרק מדרבנן מהימן. י"ל דלא עשו חז"ל תקנה זו רק באם הי' מתחלה רק חד דאז זה הוי מילתא דשכיחי ועבדו רבנן תקנתא אבל באם כבר נחית לשלשה אז מילתא דל"ש שילכו לדרכם תיכף בעודם לפניו ולכך לא הימנוהו בזה רבנן. ועוד י"ל דלפרש"י הטעם דבעינן לפניו דרמי אנפשי' ומזכיר לפי"ז י"ל דלא רמי היא אנפשי' רק אם הוא לבדו פסק הדין מתחלה אז רמיא אנפשי' למידכר כ"ז שהוא לפניו. אבל אם היו עוד שנים עמו בשעת ישיבת הדין אז לא רמי אנפשי' הוא לבדו למדכר וא"נ אף בעודם לפניו ועוד דמה לי שנסתלקו הבע"ד מה לי שנסתלקו הדיינים. וכיון שנסתלקו שני הדיינים חשוב נסתלקו ושוב אין הדיין נאמן דזה דומה כאלו נסתלקו הבע"ד וזה נכון וברור ודו"ק:

סימן כד

(**בסעיף א'**) נזקקין לתובע תחלה. נ"ב ראיתי בס' נקרא שער המשפט שהביא עוד פירוש א' ע"ז מאיזה פוסק שכחתי שמו אם התובע תובע ממון הנתבע ונתחייב בשבועה וגם הנתבע תובע את התובע להיפוך ממון ונתחייב שבועה אז משביעין את הנתבע תחלה שהוא ג"כ בכלל נזקקין לתובע תחלה יעו"ש שכ' וסיים שכן נוהגין כל בעלי הוראה. ולפענ"ד אין נראה כן חדא שמוכח מדברי הש"ע שלא סבירא לי' כההיא פירושא שהרי

לקמן סימן ע"ב סכ"ח מבואר באם המלוה תובע ללוה ולוה למלוה שניהם נשבעין. ואם רצו להפך מהפכין. ואם זה אומר אני מהפך וז"א אני מהפך אז ישתהא הדבר עד שיתרצו וכו'. והוא מהטור בשם הבעה"ת וקשה למה לא נימא בזה גם כן נזקקין לתובע תחלה ויהיה יכול להפך שבועתו על הלוה ובפרט דאם הדין שהלוה נשבע תחלה א"כ ודאי ראוי לומר שהרי אף שניהם נשבעים מחויב הוא לשבע תחלה א"כ בשעה שנשבע ודאי הוה ראוי הוא שיהיה יכול המלוה לומר כיון שאתה נשבע בין כך ובין כך תכלול בשבועתך גם את שלו ואשלם לך. א"ו ס"ל להטור ובעה"ת שאין זה בכלל נזקקין לתובע תחלה. ועוד נראה דאף אם נאמר כן שהוא בכלל זה. נראה דזה דוקא לדינא דש"ס שלא היה המנהג שהמטיל שבועה על חברו צריך לקבל חרם תחלה. ולכך הוי זה טובה להתובע שהוא הנתבע ישבע תחלה. אבל לדידן דקיי"ל בסי' פ"ז שהוא תקנה מדורות האחרוני' דהמשביע לחברו צריך לקב"ח תחלה אם נימא שהנשבע יתבע תחלה יצטרך התובע לקב"ח תחלה ואח"כ לשבע אחר הנתבע ג"כ והנתבע יפטור בשבועה אחת שיכלול בה שאינו מביא להתובע לידי שבועה בחנם ולהיפך אם נאמר שהתובע נשבע תחלה א' יפטור הוא בשבועה אחת והנתבע יצטרך לעשות ב' פעמי' לכך אין הדבר מוכרע מה טובה לו לפעמים טובה לו לשבע הוא תחלה. ולפעמים טוב לו שהנתבע ישבע תחלה לכך אין זה בכלל נזקקין להתובע תחלה דאף דהתובע טוען שניחא ליה בגוונא הדא אין שומעין לו. דנזקקין לתובע תחלה הוי רק. במה שאנחנו מעצמינו רואין שהוא זכות וטובה לרוב התובעים כן זה הוי בכלל נזקקין לתובע תחלה. אבל כל שהב"ד מעצמן אי אפשר לידע מה הוא הטובה לסתם בני אדם. אף שהוא טוען שלו הוי טובה כך אין שומעין לו. דאולי אצל רוב בני אדם הוי ניחא ליה להיפוך ובטלה דעתו אצל כל אדם. ולכך אין זה בכלל נזקקין לתובע תחלה ולכך שפיר השמיטו הש"ע והרמ"א והאחרונים דין זה שלא שייך לדידן לכך נראה בזה הדין כמו בסי' ע"ב סכ"ח שישתהא הדבר עד שיתרצי שני הצדדים מילשבע תחל'. אך נראה דאם מתרצין להטיל גורל מי נשבע תחלה ג"כ מהני וכן בסי' ע"ב לענין היפוך ג"כ הוי כן ומה שלא ביארו הטוש"ע זאת. היינו דזה הוי בכלל ריצוי שהזכירו שם עד שיתרצה זה וזה. וה"ה נמי אם מתרצין בגורל בכלל ריצוי הוא. וה"ה נמי בנ"ד. וכן ראוי למורה הוראה להגיד להם לכתחלה שיטילו גורל בין בנ"ד ובין בסי' ע"ב הנ"ל וז"ב לפענ"ד:

סימן כה

(**בסעיף ג'**) בהג"ה וי"א דבכל ענין מה שעשה עשוי ואין הדין חוזר. נ"ב ע' בש"ך שחולק על הטור וס"ל דכשלא נעשה מעשה חוזר לכ"ע. וק"ל טובא לדעת הש"ך דא"כ מה פריך הש"ס בפ' אד"מ. דדיני ממונות מחזירין ורמינהו דן את הדין וכו' מה קושיא נימא דד"מ מחזירין מיירי כשלא נעשה מעשה עדיין דומיא דד"נ מחזירין דמיירי בע"כ בלא נעשה מעשה ודן את הדין מיירי שכבר נעשה מעשה ולכך מה שעשה עשוי. ומאי קושי' א"ו כדעת הטור דאף קודם שנעשה מעשה אמרינן דקם דינא וצ"ע. ומשכחת לה שלא נפסק ונעשה מעשה עדיין כגון שהיה לו משכון ביד המלוה ואף שפסק הדיין שפטור מ"מ לא נטל המשכון ממנו עדיין ולא עשה מעשה ולכך מחזירין ודוק היטב בכ"ז וצ"ע. והנה בדין הנה ג' במחלוקת הפוסקים ואחד המכריע אם הלכה כדברי המכריע ע' בש"ך ח"מ סי' ל"ד סק"ה שכ' וז"ל. ודברי ריב"ש נ"ל להלכה שבכ"מ הלכה כדברי המכריע עכ"ל. ואני תמהתי עליו בתשו' דהרי אין הלכה כמכריע רק היכא שהזכירו בעלי פלוגתא בלשונם זה מזה כמפורש בספ"ק דפסחים ואח"כ בתשובת מהדורא ה' שבתי דבריו. וכעת נראה דבמחכת"ה של הש"ך נעלם ממנו לשון הרי"ף והרא"ש בפ"ק דקידושין בסוגיא דת"ר בכולן יוצא בהן עבד לחירות וצריך גט שחרור שם מפורש כהרי"ף והרא"ש דאין הלכה כמכריע רק במתני' ולא ברייתא יעו"ש. א"כ מכש"כ במחלוקת הפוסקים דאין לנו ראיה לומר הלכה כמכריע דלא עדיפא מחלוקת הפוסקים מברייתא. כנלפענ"ד ודו"ק:

סימן כח

סעיף א' כל מי שיודע עדות לחברו בין שיש עד אחר עמו בין שהוא לבדו ואם כבש עדותו וכו' נ"ב עי' בסמ"ע שכ' דזה נלמד מקרא דאם לא יגיד ונשא עוונו יעו"ש והנה לכאורה ק"ל טובא על הטוש"ע וסייעתם דהמעיין בלשון הש"ס בב"ק פ' הכונס גבי השוכר עדות שקר וכו' והכובש עדותו דפטור מד"א וחייב בד"ש ופריך הש"ס דאורייתא הוא דכתיב אליונ"ע וכו' ומשני בע"א א"כ מוכרח לכאורה דבע"א ל"ש אל"י דאם גם בע"א שייך כן א"כ הדרא קושיא הנ"ל דהו"ל דאורייתא. ובע"כ דבזה ל"ש אל"י והכא משמע בין בשנים בין בע"א דינם שוה לאם לא יגיד ובש"ס מוכח להיפוך ולפי"ז הי' צ"ע גם על מה דאי' בסי' כ"ט דאין ע"א יכול לחזור מעדותו ולדעתי הדבר ל"ע שהרי זה נלמד רק מאל"י דכיון שהגיד שוב א"ח ומגיד וכיון שזה הפסוק מוכח בש"ס דהדין דוקא בשנים ובע"כ דהטעם הוא כמ"ש רש"י שם דכ"מ שנא' עד הרי כאן שנים. א"כ וגם דין זה הוי רק בשנים דוקא. אבל בע"א כיון דאינו בכלל אל"י להיות עובר אם אינו מגיד

כן נמי אינו בכלל כיון שהגיד שוב א"ח ומגיד כיון דזה נלמוד רק מקרא והפסוק מוכח בש"ס הנ"ל דמיירי בשנים לא ביחיד. ועוד נראה מצד הסברא דזה תלוי בזה דבשניהם כיון שעברו אם לא יגידו האמת ואם לא יגיד ממילא אמרי' דמסתמא כל מה שאמרו בתחלה אמרו האמת דהרי לא עברו אאל"י לכך הוי עדותן הראשונה אמת דמסתמא דייקי בתחלה לומר האמת. אבל בע"א כיון דאינו בכלל אל"י י"ל דלא דייק מתחלה ועכשיו אומר האמת ובפרט אם אמר מתחלה איני יודע לך עדות. די"ל דמתחלה לא רצה להעיד ועכשיו אומר האמת. לכך נלפענ"ד דיכול לחזור בו כ"ז שלא העידו שניהם יחד אך מדברי כל הפוסקים משמע להיפך וצ"ע בזה טובא וע' קצוה"ח סק"ג מה שהביא בשם הירושלמי והר"ן מוכח ג"כ דבע"א ל"ש אל"י יעו"ש ודו"ק: **שם** ואין חילוק בין שהוא אחד לבדו נ"ב בס' או"ת רוצה לומר שלדידן דקיי"ל שבועת היסת א"כ אף בלא העד מחיוב לשבע או ע"א אינו מחיוב לילך להגיד כי אין חילוק בשבועה בין בנק"ח או לא. ואם לא ירצה לישבע לשקר גם היסת לא ישבע וכו'. אך אח"כ דחה זה אבל בזה הסכים לדינא שאם הוא כבר חייב שבועה דאורייתא מכח דהודה במקצת ודאי דאין אחד מחוייב להעיד כי אין נ"מ בעדותו ולפענ"ד בשנים אין נראה כדבריו בדין הראשון ודאי דנ"מ רבתי שהרי קיי"ל דשבועת היסת יכול להפוך ובשבועה דאורייתא א"י להפוך וא"כ אפשר שהנתבע אינו חשוד לשבע שקר רק כשיהי' החיוב מהיסת לאמר לו השבע אתה וטול. ויהי' מוכרח התובע לשבע ובאמת אינו רוצה לישבע אף באמת. אבל כשיעיד לו יהיה חייב שד"א ויהי' חייב. אז או ישבע או ישלם בלא שבועה. ואם ישלם לו ואח"כ יתבענו שנית אז לא יהי' צריך לישבע אף היסת שיהי' לו עד המסייע וכו'. ואף שכבר חייב שבועה דאורייתא שהודה במקצת מ"מ י"ש נ"מ בהעד כי אולי יביא הנתבע ע"א שמעיד כדבריו. ואז יהי' לו עד המסייע ליפטר משבועה אבל עכשיו שיעיד זה העד כדברי התובע אז אפי' יביא הנתבע ע"א יהי' עד נגד עד ושניהם כמאן דליתא וחייב שד"א מכח דהודה במקצת כמש"כ הש"ך בסי' פ"ז יעו"ש וודאי יש נ"מ בעדותו ומחיוב להעיד כנלפענ"ד פשוט ונכון לדינא. והנה האחרונים הביאו הסוגיא דב"ק דף נ"ו דמוכח שם דבע"א לא שייך אם לא יגיד וע' בנתיבות המשפט וראיתי בספר אחד שהביא בשם היראים סי' רמ"ג שנסתפק בזה אם בע"א שייך אל"י. ותמה עליו דהרי הוא ש"ס מפורש בב"ק הנ"ל. ולפענ"ד לק"מ מתרי טעמי אחד י"ל כאן דע"א פועל לשבועה ומי יימר דמשתבע דילמא משלם א"כ הוי עכ"פ גורם לממון וכמ"ש הרא"ש גבי מיגו לאפטורי משבועה דשבועה אתיא לכלל ממון. אך הרי קיי"ל גורם לממון לאו כממון דמי. וע' בש"ך סי' שפ"ו דדעת בעה"ת דדינא דגרמי וגול"מ חד דינא הוא. וכיון

דדיינינן דינא דגרמי קיי"ל דגורם לממון כמ"ד. לכך א"ש דס"ל להיראים דהך ברייתא דב"ק מוקי לה הש"ס כמ"ד גורם לממון לאו כמ"ד ולכך ל"ש באחד אל"י אבל הוא ס"ל כדקי"ל גורם לממון כמ"ד לכך שפיר י"ל דגם ע"א גורם לממון כמ"ד ולכך שייך ביה אם לא יגיד. ועוד י"ל הרי בע"א אם הנתבע טוען א"י הוי משואיל"מ. וא"כ שפיר נ"מ בעדותו דדילמא יטעון הנתבע א"י וישלם רק הרי איכא פלוגתא בפ"ז דשבועות ורב ושמואל ס"ל חזרה שבועה לסיני וכו' ולכך הש"ס אזיל למ"ד דלא ס"ל משואיל"מ לכך שפיר פטור בע"א מאם לא יגיד. או י"ל לדידן דקיי"ל משואייל"מ י"ל שפיר דאף בע"א חייב אם לא יגיד כיון דאולי יטעון הנתבע א"י והברייתא לא קשיא ליה די"ל דמוקי לה בעבדים ושטרות וקרקעות במה דל"ש שבועה או כגון בין היורשים דאין שייך בהן משואיל"מ וא"ש ודו"ק:

שם (**סעיף א'**) בסמ"ע סק"א. ע' באו"ת מ"ש דאם נשבע שלא לגלות לשום אדם הוי כולל ולא הוי שבועת שוא. וע' בחיבורי לאהע"ז ה' גיטין בתשו' לק' קאלימייא [מהדורא ח' סי' רס"ו] שם כתבתי דלא כן הוא. דלא נחשב כולל דאינו דומה לכל כולל ע"ש בטעמו כי טוב הוא: שם (סעיף ב') נ"ב ע' או"ת ובקצוה"ח כאן שהאריכו בדין אם פטור מכח קלבד"מ אם חייב לציי"ש היכא דעבדינן החומרא ואם מהני בזה תפיסה ונ"ל ראי' לזה מדברי הרמב"ם ה' מעילה פ"א ה"ג. כל המועיל בזדון לוקה ומשלם וציין שם המגיה להקשות הרי אין לוקה ומשלם כמ"ש הרמב"ם ה' תרומות. וכ' לעיין בשו"ת דבר שמואל אין ספרו בידי. ולפענ"ד נראה דהרמב"ם ס"ל דמהני תפיסה בקלבד"מ אף היכי דעבדינן החומרא וא"כ זה ודאי דאחר התפיסה אם חזר המתחייב ותפסו ממנו שוב חייב להחזיר לו מדינא כיון דכבר זכה בו. וא"כ ה"נ בהקדש נחשב ההקדש כמוחזק כיון דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא. וגם הרי אמרי' הקדש חמץ ושחרור מפקיע מידי שעבוד וגם אמרי' בכמה דוכתא דיד ההקדש על העליונה וכן הוא בפ"ק דב"מ דהקדישה הרי היא כתקפה עיי"ש. וא"כ הוי ההקדש כתפס. לכך ל"ש קלבד"מ בהקדש ושוב חייב להחזיר מדינא. אבל התם בה' תרומות דהוי התשלומין לכהן לכך פטור מכח קלבד"מ. ואין זה סותר להש"ס דפסחים דכ"ט דקאמר באוכל חמץ של הקדש וכו' וי"א לא מעל וקאמר הש"ס מאן י"א רנב"ה הוא דס"ל כרת פוטר מתשלומין. ואמאי הרי ההקדש הוי מוחזק. אך נראה דא"ש דמה דאמרי' דחייב לציי"ש. וממילא אם תפס מהני היינו רק היכי דלולי דקלבד"מ הי' חייב התשלומין מדינא אז נהי דהוי קלבד"מ פוטר רק מדינא אדם ולא מדיני שמים והיינו כגון אוכל הקדש במזיד דגם בד"א חייב לשלם. ולכך נהי דכאן פטור מכח קלבד"מ מ"מ בד"ש חייב ומהני תפיסה ג"כ. אבל באוכל בשוגג ולעניין

חומש דבהדיוט ל"ש חומש רק בהקדש. א"כ בזה החיוב גופו של החומש הוי רק לצי"ש וממילא היכי דהוי קלבד"מ פטור אף לצאת י"ש ונחתינן חד' דרגא וכיון דליכא חומש פטור אף מקרבן כמ"ש שם התוס'. ומה שהקשה הקצוה"ח והאו"ת מסנהדרין דע"ב מרבא דאגנוב לי' דיכרי מ"ט לא קבלם הרי מהני תפיסה. ומה שתירץ האו"ת דע"כ אסור כתפוס אינו נראה לי דלו יהא כן הרי התם באמת מדינא היו חייבין גם להחזיר וכאן דלא קיי"ל כרב רק דרבא החמיר על עצמו הואיל ונפיק מפומי' דרב והוי רק חומרא וא"כ כיון דעכ"פ מדינא חייבים לשלם דלא קיי"ל כרב. א"כ נהי דלא רצה לעבור על דברי רב עכ"פ תפיס' שוב מותר לתפוס כיון דאף לרב תפיסה מהני. ואיסור ליכא לכתחלה כיון דמדינא לא קיי"ל כרב. אך נראה ליישב דנהי דהתפיסה מהני היינו אם גילה דעתו קודם נטילתו שנוטלו לתופסו אז מהני תפיסה אבל אם נטלו תחלה סתם ואח"כ או' שתפסו ל"מ. והוי כעין המפורש בפ' הכותב במלוגי דשטרי דבעי' תבעינהו מחיים וכו'. ובחו"מ סי' ס"ד. כן ה"נ כיון דנטלו מתחלה סתם נעשה רשותו כרשות המפקיד וכמ"ש הרא"ש בפ"ק דפסחים. כיון דהשאיל ביתו לשמירת ממונו דהמפקיד. ביתו דהמפקיד קרינן בי' כן ה"נ בזה ואינו דומה לשאר תפיסה דהתם אי הוי ידעינן דהאמת כדברי התובע הי' יכול להוציא אף מרשותו עפ"י ב"ד רק דאנן לא ידעינן האמת או דהוי ספק בדינא. בזה מהני תפיסה אף דתחלה הוי בידו בפקדון אבל גבי קלבד"מ כיון דמדינא ודאי פטור בל"ס רק כיון דחייב לצי"ש מהני תפיסה בזה ל"מ תפיסה רק אם תפסו מתחלה לשם כך וגלה דעתו מתחלה שלשם כך הוא תפסו אבל אם תפסו תחלה סתם בפרט אם נטלו תחלה מדעתו דנותן ל"מ אח"כ תפיסה בזה דנעשה ידו כיד הבעלים ולכך הוי ממ"נ כיון ודהתוס' כתבו שם דלכך קבלם רבא מכח דהם רצו להחזיר רק מן הדין וא"כ ממ"נ אם יאמר רבא קודם שקבלם שמקבלם דרך תפיסה לא יתנו לו ואם יקבלם סתם שוב נעשה ידו כידם דרך פקדון ול"מ תפיסה אח"כ כנלפענ"ד ברור ונכון:

סעיף ו צריכין הדיינין להיות יושבין וכו' נ"ב גרסי' בגמ' והאמר מחלוקת בתחלת דין אבל בגמ"ד ד"ה דיינים בישיבה. לכאורה קשה דמאי מקשה הש"ס דילמא באמת מעשה דר"נ בתחלת דין הוי. והנה בס' ת"ח מצאתי שמשמע מדברי' שהרגיש בזה שכ' לקושית הש"ס הוא כיון דר"נ רוצה לחלוק לה כבוד ועמד בפני' כל שעת הדין במה חלק לה בגמ"ד הלא אז הי' צריך ליישב וכו'. משמע שרוצה ליישב זה. אבל לא זכיתי להבין דבריו דאימא דבאמת לא חלק לה כבוד אז שהרי כל עיקר שרצה ר"נ לחלוק לה כבוד הוא מחמת מצות ד' והרי הקב"ה צוה שבשעת גמ"ד לא יחלוק כבוד רק ישב וכאן שמכח שאסור לו לעמוד ישב מה איכפת שלא חלק לה כבוד הלא אסור לו עכשו

לחלוק לה כבוד ואנוס הוא מכח מימרא דרחמנא וכו'. וסוף דבר אין דבריו מובנין. אבל לפי מה שהקשו התוס' דהו"ל להושיב אותה שהרי עשה דכבוד התורה עדיף ותרצו דמסתמי טענותיו דאידך. והקשה המהרש"א דהו"ל להושיב גם את שכנגדו ותירץ דהא דמושיבין שניהם היינו בתחלת דנן. אבל לא בגמר דין וכוונתו דנהי דהיא עצמה מותר לה לישב מכח עשה דכבוד התורה האיך מותר להושיב את שכנגדו ונעבור על עשה שבע"ד בעמידה וכו'. אבל בתחלת דין ליכא עשה ולפי"ז מקשה הש"ס שפיר דע"כ מיירי ר"נ בגמ"ד. דאי בתחלת דין מה צורך לו לעמוד הי' לו להושיבה ואת שכנגדה ג"כ ולא יסתתמו טענותיו כמבואר בש"ס אח"כ. וע"כ דמיירי בגמ"ד ואסור לו להושיב את שכנגדה מכח דבע"ד בעמידה א"כ האיך מותר לו לעמוד הלא דיינים בישיבה לכ"ע כן נראה פשוט:

שם (**סעיף י"א**) העדים ששלחו עדותן בכתב. נ"ב הנה בש"ס גיטין דע"א אמר ר"כ אמר רב חרש שיכול לדבר מתוך הכתב וכו'. עד סוף הסוגיא מיתבי כשם שבודקין אותו לענין גיטין וכו' לעדיות וכו'. הנה הסוגיא אינו מובן דבל"ז הי' יכול להקשות ברייתות אהדדי. ועיין בתוס' שם שנדחקו בזה. ולפע"ד י"ל כך. דהנה לכאורה הי' מקום לחלק בזה בין אם נולד אלם ובין אם נשתתק אח"כ כעין דמצינו ביבמות דקיי"ל סריס אדם חולץ וחולצין לאשתו. וסריס חמה אינו חולץ. ומפרש הטעם דזה הי' לו שעת הכושר וזה לא הי' לו שעת הכושר. הרי אף דשם בעינן ראוי להיות לו זרע מ"מ אם הי' לו שעת הכושר נחשב ראוי כיון דמתחלה הי' ראוי פן י"ל בזה דנהי דבעינן שיהי' ראוי להעיד בפה היינו למעט אי מעולם לא הוי ראוי להעיד בפה אבל אם הי' בפה יכול לדבר ונשתתק אח"כ דמתחלה לא הוי ראוי בפה בזה פסול להעיד. ולכך הי' א"ש דהך ברייתא אם לא יגיד פרט לאלם מיירי דלא הי' לו שעת הכושר. והך ברייתא דבודקין לעדיות מיירי דהי' לו שעת הכושר ולק"מ. אך לר"כ פריך שפיר כיון דהוא מיירי בחרש שאינו שומע ואינו מדבר נהי נמי דמיירי שנעשה אח"כ חרש וכדמוכח בש"ס דבלא"ה א"י יכול לכתוב. מ"מ בזה לא מהני לי' שעת הכושר דהרי אמרי' בפ"ק דקידושין גבי לאחר שאשחרר לאחר שתשתחרר דהוי דשלב"ע מכח דמתחלה בהמה עכשו דעת אחרת מקנה ומוכח מזה דהיכי דנשתנ' דינו הוי כברי' חדשה והו"ל דשלב"ע. א"כ ה"נ להיפוך בפקח ונתחרש כיון דחרש פטור מכל המצות אי"כ הוי כברי' חדשה. ומכש"כ הוא דהרי חרש אשתני גופי' ג"כ א"כ ל"ש לומר דהי' לו שעת הכושר דהרי הוי כברי' חדשה ואם אעפ"כ יכול להעיד מתוך הכתב שפיר פריך מאלם דלו יהא דלא הי' לו שעת הכושר קשר מ"ש מחרש. ולזה משני מכח דכתיב מפיהם ולא מפי כתבם. והנה מדרש זה משמע דאפי' עתה ראוין להעיד

בפיהם פסול מפי כתבם ומוכח מזה כדיעה זו דלשון מפיהם ולא מפ"כ הוי אפילו אם יכולין להעיד בפיהם לא מהני מפי כתבם וכמ"ש התוס' ביבמות דל"א דלשון מפיהם ולא מפ"כ משמע כן דאף דראוין להעיד בפיהם פסול מפ"כ. וא"כ שוב פריך שפיר מברייתא דבודקין לעדיות דמה אמרת דמיירי דהו"ל שעת הכושר הרי מלשון מפיהם מוכח דאף אם עתה ראוין להעיד בפיהם נמי לא מהני מפ"כ ודוק. כן נראה לי נכון ביאור הסוגיא בעזה"י. ויש מזה ראי' להרמב"ם וסייעתו. והנה ראיתי אח"כ בחידושיו שכ' דבאלם אין סברא לחלק בין אלם מעיקרא ובין נשתתק אח"כ ולא הרגיש בסברתינו הנ"ל. כי יש סברא גדולה לחלק בזה. כדמצינו בסריס אדם דנחשב ראוי להקדים זרע כיון דהוי ראוי בשום פעם. כן י"ל דנחשב ראוי להגיד כיון דהוי ראיי' בשום פעם ומה שכתבתי הוא הנכון בעזה"י:

בהג"ה ודלא כיש מכשירין אם העדים ראוין להעיד בפה ואין אלמים. נ"ב עיין מ"ש בתשובה לק פמארן. קנה מקומה באהע"ז מהדורא וי"ו סי' ק"ך. באהע"ז סי' קי"ט מ"ש שם דיכול לומר דהיינו דוקא אם חתמו ביום דאז ראוין להגיד בפה. אבל אם חתמו בלילה דאז אין ראוין להגיד בפה מודה דל"מ עדות בכתב וה"ה שטר דל"מ מה"ת אם חתמו בלילה יעו"ש:

סעיף יב חותכין ד"מ בעדות שבשטר וכו' נ"ב הכל תמהו על הרמב"ם בזה בכמה מקומות וכבר כתבתי בחידושי איזה אופנים. וכעת נרא' כך. דהנה דעת ר"ת דהיכי דהעדי' אינן אלמים וראוין להעיד בפיהם מהני עדות שבשטר מכח כל הראוי לבילה וכו'. והנה מש"ס עירובין דף וא"ו ע"ב במ"ש ר' נחמן פנינהו לעפרייהו מכלל דר"ל ס"ל דבעינן נעילות בלילה ומשני לא כיון ראויות לפנות העפר ולמה ראויות לנעול מהני וראויות לפנות ל"מ הרי זה וזה מחוסר מעשה. אך מזה הוכחתי בחיבורי ליו"ד ה' טריפות סי' ל"ה [מהדורא ה'] דתרי רואין לא אמרי' יעו"ש וא"כ ה"נ הרמב"ם יסבור כר"ת דבאינן אלמים כשרים להעיד בכתב מכח דראוין להגיד בפה או היכי דבעינן שטר רק לגמור גוף הדבר כגון בגט וכדומה בזה כיון דאם היו עדי מסירה מהני לגמור הדבר מהני נמי עדי חתימה כיון דראוין להיו' עדי מסירה אבל היכי דבעינן שטר ובעינן גם הגדה בב"ד כגון לגבות מלקוחות וכדומה בזה הוי תרתי רואין לומר דמה שחתמו בכתב הוה כאילו הי' עדי מסירה והרי אף אם היו עדי מסירה לא הי' מועיל אם לא שיעידו עתה בב"ד על הדבר וכן נמי אם היו מעידין עתה בב"ד נמי לא הי' לו דין שטר מה"ת אם לא הי' עדי מסיר' תחל' א"כ בעינן תרי רואין כאילו הי' עדי מסירה וכאילו עתה העידו בב"ד בזה תרי רואין לא אמרינן. וזה הוי רק דרבנן מפני תיקון עולם. ולזה דייק הרמב"ם בלשונו

דחותכין ד"מ בעדות שבשטר מדברי סופרים וכו'. דלחתוך הדין בב"ד בעדות שבשטר היכי דבעי' שטר בעינן הגדה בב"ד בזה הוי רק דרבנן. ובכלל זה יתיישב הרבה קושיו' בעזה"י הפוך בה והפוך בה כי היא כלל גדול בעזה"י ובדרך קצר: והנה לעיל הבאתי דעת ר"ת דמפיהם ולא מפ"כ אינו פסול רק בד"נ ולא בד"מ. עיין בפוסקים וק"ל טובא מן הש"ס דפ"ק דמכות די"ח ע"ב בהני לעוזי שבאו קמי' דרבא. ופריך שם והאנן תנן שלא יהיו הסנהדרין שומעין מפי המתורגמן וקשה מאי פריך הרי לעיל מינה קאמר ר"נ דבד"מ כשרה עדות מיוחדת דמה דכתיב לא יומת ע"פ ע"א בד"נ כתיב. וא"כ ה"נ מה פריך עפ"י שני עדים נמי בד"כ כתיב. ומה פריך מינה לד"מ. המשנה מיירי בד"נ ובימי רבא ד"נ לא הוי. ובע"כ כמ"ש התוס' שם ד"ה בדיני נפשות דבאמת ילפינן ד"מ מד"נ ממשפט אחד רק הך קרא דלא יקום ע"א בע"כ מיירי מד"נ. אבל עפ"י ב' עדים מיירי גם מד"מ מכח משפט אחד. ולכך פריך לרבא כן א"כ מוכח דמה דילפינן מפסוק עפ"י שני עדים אין לחלק בין ד"מ לד"נ ושלא כדעת ר"ת הנ"ל וצע"ג. ומה אם ילפינן מעפ"י ב' עדים למעט מתורגמן אף בד"מ מכש"כ דראוי למעט מזה מפי כתבם דגרע ממתורגמן דאין העדים לפנינו כלל ודוק וצ"ע:

סעיף טו וחוזרין ומגידין בפניו נ"ב עיין בקצוה"ח ס"ק זיין הביא שם ב' דעות אם אמרי' עביד אינש לאחזוקי בדיבורו יעו"ש. עיין בחיבורי לאהע"ז מהדורא וא"ו סימן קע"ז מ"ש שם ראי' מן הש"ס דאמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורו ולא מהני לחזור ולהגיד עיי"ש. ועיין לקמן סי' ל"ג סי"ב בהג"ה דאמרי' עביד אינש לאחזוקי דיבורו: ועיין בחיבורי לתורה פ' ויקהל בשנת תר"ח מ"ש ליישב בזה בעזה"י: סט"ו בהג"ה וי"ח דאם נתקבל העדות בדיעבד שלא בפניו מהני. נ"ב עי' ש"ך שהביא מהרש"ל שאף בדיעבד ל"מ. ואין ספרו המוהרש"ל בידי לעיין בו ראיותיו. ולפום ריהטא נראה ראי' שלא כדעת מוהרש"ל מן הש"ס דב"ק דף מ"ם ע"ב דפריך שם גבי הועד בבית שואל והחזירו לבעלים וכו' ומשני שם תברא וכו'. וחד משני שם דאמר לי' לאו כל כמינך דמייעדת לי' לתוראי ועי' בפרש"י שם וקשה מה פריך ומי דחקו לכל הני שנויים נימא כפשוטו שהועד בבית שואל לפני השואל ולא לפני הבעלים שהעדות נגבה לפני השואל אבל לא לפני הבעלים. לכך לענין שיתחייב השואל לשלם אם בפני בע"ד שלענין אחריות של השואל הוי השואל הבעלים והוי עדות בפני בע"ד. אבל לענין שיתחייבו הבעלים לשלם אם הוחזר להם לא מהני עדות זה שהרי הוי שלא בפני בע"ד ולא הוי עדות. ומקרא מלא כתיב והועד בבעליו שיעמוד בעל השור על שורו. לכך משלם רק ח"נ. ומאי פריך א"ו מוכח דאף לכתחלה אין מקבלין אלא בפני בע"ד בדיעבד מהני אף שלא בפניו. וכאן כיון דכבר נגבה העדות שהרי

קתני שהועד בבית שואל ראוי שיתחייבו אף הבעלים בעדות זה. ושפיר פריך הש"ס וא"כ מכל זה מוכח כדעת הי"ח דהוי קבלה בדיעבד ודלא כדעת המוהרש"ל וסייעתו. והנה אין עסקי כלל בענינים האלה כעת אולי יזכני ד' בזמן אחר להאריך בפרט זה:

סימן ל

(**סעיף י"א בהג"ה**) אבל אחרים ששמעו הענין א"י להצטרף דהוי עד מפי עד. נ"ב עיין בסמ"ע מ"ש דהא שראו שנחקרו עדותן בב"ד ל"מ. והטו"ז השיג עליו ות"ל דמהני וע"ש. ובאמת במחכ"ת נעלם ממנו דברי התוס' בב"ק דף צ"ח ע"א ובמס' כתובות די"ח שמבואר מדבריהם דבעדים המעידים ראינו עדות שנחקרו עדותן בב"ד דמהני. ושוב ראיתי שהקצה"ח הרגיש בזה ג"כ. ועיין בחידושי מילדותי למס' גיטין בפ"ק בסוגיא דבפני כמה נותנים לה דהבאתי ראי' דמהני דלא כדעת הסמ"ק רק כדעת הט"ז החולק על הסמ"ע. ועכשו בלמדי מס' ב"ק עיינתי וראיתי ראי' לזה ממה דאמרינן שם ד' ע' ע"ב אמר אביי מי לא מודה ר"ע בשנים אומרים קידש ובשנים אומרים בעל דאפי' עדי ביאה צריכים לעדי קידושין כיון דאין עדי קדושין צריכין לעדי ביאה דבר קרינ' בי' יעו"ש. ולכאורה אין הדבר מובן דמה בכך דאין עדי קדושין צריכין לעדי ביאה סוף סוף עדי ביאה צריכין לעדי קדושין. אך הענין נראה דאם אין עדי קדושין צריכין לעדי ביאה א"כ כשהעידו עדי קדושין בב"ד נגמר עדותן. וא"כ שוב עדי הביאה ששומעין עדי הקדושין מעידין בב"ד והם מעידין ראינו עדים שנחקרה עדותן בב"ד. וא"כ מה שעדי ביאה שמעו העדים המעידים על הקדושין הוי כאלו ראו הקדושין עצמן. ושוב הוי כאילו א"צ לעדי קידושין רק כהם עצמם שמעו הקדושין. דבשלמא בעדים הצריכים זה לזה א"כ כל העדות שמעידים כל כת בפ"ע לא חל עדותן וא"כ לא הוי נגמר הענין בעדותן ושוב מה ששומע מן האחרים עדותן אין יכולין להעיד על הדבר כיון דלא נגמר הענין בעדותן לכך הוי כחצי דבר שכ"א צריך לחברו. אבל באם כת אחת א"צ לחברו. א"כ בשמעו העדים עדות השנים הוי כאילו העידו ראינו עדות שנחקר' עדותן בב"ד. וכיון שהם נחשבים עדים שוב הוי כאילו ראו הקידושין ממש ושוב א"צ גם עדי ביאה לעדי קדושין ג"כ ואף אם לא הי' עדי הביאה בשעה שהעידו עדי הקידושין מ"מ כיון דאם היו הם בשעת מעשה היו יכולין להעיד בדבר או אם אחרים ראו העדות שהעידו בב"ד ג"כ היו יכולין להעיד א"כ כבר הוי כאלו הוחזק' אשת איש אצל כל העולם והיכי שהיא מוחזקת אצל כל העולם בחזקת א"א ודאי הוי עדי ביאה מהני עדותן דהיכי דהוחזק' בכל העולם לא"א וגלוי לכל לא חשיבי עדי ביאה נצרכין לעדי קדושין וכמו שמשמע מדברי

התוס' שם שכתבו דעדי ביאה ג"כ היינו כגון שלא הוחזקה א"א משמע דבהוחזק' לא חשיבי נצרכין לעדי קדושין וכו'. וא"כ אף בלא הוחזק' דתיכף שמעידין בב"ד כיון דכל מי ששומע יכול להעיד בדבר וא"צ לעדים הללו או להב"ד עצמן רק כל השומע יכול להעיד הרי כבר חשוב כהוחזקה א"א ישוב אין עדי ביאה חשובי נצרכין לעדי קדושין. ובפרט כיון דאם היו הם עצמן שומעין עדות עדי הקדושין היו הם עצמם יכולין להעיד בדבר אף שלא היו הם כיון שהיה אפשר להעדים של ביאה להשמיע עדות עדי הקדושין הוה כאילו הי' אפשר להם נצרכין לעדי קדושין ולכך הוי דבר שלם וא"ש. ומזה ראיה דמהני להעיד ראינו עדות שנחקרה עדותן בב"ד ודוק היטב ועיין בחיבורי על חו"מ מה"ת בהשמטות בתשובה לק' וויטקוב בחו"מ סי' כ"ח מ"ש בביאור דברי הרמ"א והסמ"ע בזה שלא יסתרו לדברי התוס' הנ"ל:

סימן לא

סעיף א' . נ"ב עיין בש"ך ס"ק א' ומ"ש ראיה מהר"ן לפשוט מה שנסתפקו חכמי בריסק וראיתי בספר גאון צבי שכתב דלפמ"ש בשם המוהרי"ק בתשובה דע"א המעיד ששחט שלא כהוגן הוא עצמו מותר לאכול משחיטתו אחר כך דאינו מוחזק לפסול עולמות בשביל כך יעו"ש א"כ אין ראי' מן הר"ן די"ל דאח"כ יכולין להעיד יחד דאינו מוכרח לפסול עולמית בשביל כך ואולי עשה תשובה. אבל הר"ן באותו מעמד שפיר פסולין ירד ע"כ תו"ד דברי הגאון צבי הנ"ל. ולדעתי צדקו דברי הש"ך דאינו דומה שוחט שהוציא טרפה מת"י לעדות דבשחיטה עיקר הפסול שלו הי' רק שמא אירע לו מכשול כיון שחשוד דאין דרכו לדקדק ולהיות מתון בדבר. אבל מ"מ אין לו דין מומר להכעיס להיות שחיטתו נבלה אפי' אם שחט כהוגן. וכנראה מלשון המוהרי"ק שם דמיירי בכה"ג דהוי עיקר החשש שמא אירע לו מכשול הא אם ידענו שלא אירע לו מכשול הוי שחיטתו כהוגן וכשרה ולכך בבה"ג דאיכא ספיקא טובא שמא עשה תשובה. ואף אם אין עושה תשובה אכתי דילמא לא אירע לו מכשול בכה"ג מותר העד לאכול משחיטתו. אבל בעדות שהתורה אמרה אל תשת רשע עד ואפילו מעיד אמת פסול לעדות ואפילו עד השני היודע שהוא רשע אסור לו לצרף עמו. וכמש"כ הש"ך בטעמו בסי' ל"ד ודאי אין ספק תשובה מוציא מידי ודאי פסלניתו ואינו דומה לשחיטה דשם אם הי' יודע העד שהעיד עליו שיצא טרפה מת"י והי' רואה בעצמו ששחט כעת כהוגן הי' כשר והי' מותר בודאי. ולכך אף דלא ראה כיון דאפשר דעשה תשובה ואפשר דלא אירע לו טריפות הוי בלי ידיעה' ומקצת ידיעה ככל ידיעה. אבל בעדות אף שהשני יודע שהוא אמת אסור

להצטרף עמו להעיד א"כ מכש"כ דספק תשובה לא מהני להצטרף עמו כיון דבודאי הוא פסול והיותר נראה דהם גופייהו לא נסתפקו רק לענין דבר הצריך עדות דוקא כגון לענין גיטין וקדושין וכדומה דבזה כיון דבלי עדות ודאי לא מהני אף דהענין אמת א"כ בזה ודאי ספק תשובה אינו מוציא מידי ודאי פסלותן ובזה יש לדחות ראיות האו"ת להיפך דשם הכל מיירי בדבר דלא בעי עדות רק לשקרא לברר האמת בזה ודאי יכולין להצכורף ומטעם דדומה לשחיטה דשמא עשה תשובה ושמא הענין אמת ודי אף בלי עד זה. אבל בדבר דבעי דוקא עדות בזה כיון דודאי פסול אין ספק תשובה מכשירו והש"ך מביא ראי' מן הר"ן כמו התם דהוי במעמד אחד דל"ש לומר שמא עשה תשובה אף דאם הענין אמת לא בעינן עדים בשביל ספק אחד אינן מצטרפין ה"ה נמי באחר זמן היכא דהוי צורך עדים לגוף הענין אף דהוי ספק אחד שמא עשה תשובה אין מצטרפן כנלפע"ד כעת ואין פנאי להאריך: (שם) ב' כתי עדים המכחישים זא"ז וכו'. נ"ב הנה נסתפקתי באם ראובן ושמעון נשבעו זה כנגד זה כגון בחנוני ופועלים המבואר בסי' צ"א דקיי"ל שניהן נשבעין ונוטלין מבעה"ב אף דאחד מהם לשקר נשבע לא קיי"ל כבן ננס דאמר האיך אלו ואלו באים לידי שבועת שוא. וכן בהך דסי' ע"ב סעיף' כ"ח במלוה ולוה המכחישין זא"ז דכתב שם הסמ"ע ג"כ אף דאחד נשבע לשקר לא קי"ל כבן ננס וכו'. אם הך שני הבע"ד כגון החנוני והפועל או המלוה והלוה חתמו עצמם אח"כ יחד בשטר אחד אם נפסלו או לא. אי נימא כיון דחד מנייהו לשקרא משתבע א"כ הוי אחד מהם עד פסול ובטלה העדות. או נימא דהרי האו"ת וחכמי בריסק כתבו שבחד נגד חד כשר עדותן. ואף דג"כ בע"כ דאחד מנייהו ודאי משקר והעיד שקר וא"כ פסול ולמה יכשר כשחתמו יחד ואעפי"כ צריך לומר כיון דלא אתכחיש משנים לא מופסל. וא"כ מה לי עדות שקר מה לי שבועת שקר הרי שניהם שוים דכמו שמופסל מפסל. וא"כ אי בעדות שקר כיון שלא נתברר שקרו רק ע"י חד לא מופסל ה"ה נמי בשבועת שקר כל דלא הוכחש בבירור שנשבע לשקר עפ"י ב' רק עפ"י אחד לא נפסל וכשר השטר ודו"ק וצ"ט: בדין זה: (סעיף ג') נ"ב עיין סמ"ע דהיכי דהעד הועיל לחייב ממון אינו מועיל עוד לחייב שבועה ונ"ל ראי' לזה ממה: שאיתא בפ"ק דב"מ דף ד' דפריך מה לעדים שכן הוחזק כפרן. ולכאורה אינו מובן דאדרבא אם הוחזק כפרן ראוי יותר להתחייב ולא לפטור. והנה נראה דרש"י הרגיש בזה ופירש שלא נאמנוהו על השבועה. אך תינח להך תירוצא של התוס' בההוא רעיא דבחשוד לא שייך משואיל"מ מה"ת כיון דרוצה לישבע א"ש. אבל לאידך תירוצא דעשו תקנה לחשוד א"כ כאן דקאי על ד"ת מה פריך אדרבא אם הוחזק כפרן ראוי לחייבו שבועה וא"י לישבע ומשלם ואין לומר דכוונת הש"ס הוי מכח דיין כיון דנלמוד מפיו

וע"א וא"כ אם נתחייבנו לשלם הוי יותר מפיו וע"א וראוי לומר דין. דא"כ קשה מה הקשו התוס' בההיא רעיא דנימא משואיל"מ הרי י"ל דיו. ואין לומר דעל שאר חשוד הקשו. דא"כ למה ציינו שם ולא בשבועת ובע"כ על הך דינא גופו הקש ומה הקשו הרי י"ל דיו ובע"כ דל"ש דיו רק דאם גוף הדבר שאנו רוצים ללמוד הוי להחמיר מעיקר הנדון אבל כאן עיקר הנלמוד הוי רק לחייבו שבועה ומה שישלם הוי מטעם אחר ול"ש דיו א"כ מה פריך הש"ס שהוחזק כפרן. ובע"כ מוכח הכוונה כיון דהעדים פעלו להחזיק כפרן אין להם כח לפעול עוד לחייבו שבועה משא"כ פיו וע"א אין מועילין לדבר אחר לכך מועילין לשבועה והוי ראי' לסברת הסמ"ע הנ"ל ודו"ק ואכ"מ להאריך: (מחבר סעיף ג') מלוה אחד נ"ב. ק"ל בהך דפריך הש"ע במס' ב"ק דל"ט גבי שורף שט"ח של חברו למאן דדאין דינא דגרמי מגבי בי' דמי שטרא מעליא. ה"ד אי איכא עדים לחזי מאי הוי כתוב בי' לכתבו לי' שטרא אחרינא ואי ליכא עדים מנא ידעינן מאי כתוב בי' ומשני במאמינו ומ"ט לא משני כגון שהיה מתחלה שני כתי עדים המכחישים זא"ז דקיי"ל דכ"א באה בפ"ע ומעידה והוה השטר של ראובן חתום מכת א' מעדים הללו ואם הי' השטר קיים היה גובה בו וזו באה בפ"ע ומעידה ועתה ששרף שמעון השטר שלו וכת השני' ראו מה הי' כתוב בו ולכך לכתוב לו שטר אחר אינן יכולין שהרי צריכין לזכור בשטרם שמכח שטר הראשון כתבו לו אחר. וא"כ אח"כ כשבא המלוה לגבות צריך לבא מכח צרוף שני הכתות מכח עדי שטר הראשון ומכח השנים שכתבו לו עתה. ובשני כתי עדים המכחישים זא"ז הרי ממ"נ אחת מהם פסולין ולא יוכל לגבות בשטר השני שכתבו לו השנים אבל להעיד על השורף שפיר מהני עדות הללו דזה בא בכלל כ"א באה בפ"ע ומעידה. דעכ"פ מעידין שעשה לו היזק גדול שהרי אם הי' שטר הראשון קיים הי' יכול לגבות בו ועתה חסרו ממון והוי כמעידין ששרף חפץ שלו ולכך מתחייב השורף לשלם בעדותן. ולתרץ הש"ס כך דרכה דאמר השורף שטר ס"ל כר"ה דזו באה בפ"ע ומעידה וכו'. וצע"ג:

סימן לב

(**סעיף ב'**) בהג"ה וכן אם לא שכרן כו' נ"ב כן הוא דעת התוס' פ' הכונס ועיין בש"ך שתמה על דבריהם מש"ס דקידושין דמתמה מכלל דת"ק אפי' מד"ש נמי פטור בתמי' יעו"ש. והנה לפענ"ד יש ליישב דיש לדייק בסוגיא שם דקאמר ואב"א לעולם דריש רק שחייב בד"ש. וקשה מ"ט לא קאמר נמי דב"ש לא דריש הוא רק סבירא ליה שני כתובים הבאים כאחד אין מלמדין ומאי חייב בדיני שמים. ומ"ט קאמר דוקא דדריש הוא ההוא

ונלפענ"ד סברא חדשה לחלק בין המ"ד דסבירא ליה שני כתובים הבאים כא' אין מלמדין והוא לא דריש ובין למ"ד מלמדין רק דדריש הוא דהנה אם נאמר דלא דריש הוא ושלד"ע דלא אמרי' הוא מסברא חיצונה וממעילה ליכא למילף דאין מלמדין ממילא אין חילוק בין ד"א לד"ש ובכל ענין פטור כיון דמסברא נפקא לן זה. משא"כ למ"ד מלמדין רק דדריש הוא. א"כ מסברא יש שלד"ע דנפקא לן ממעילה רק דהתורה גילתה בשחוטי חוץ מיעוט דאשלד"ע. א"כ י"ל דהמיעוט אינו רק מד"א אבל מד"ש דליכא הוכחה למעוטי הדרינן לסברא דיש שלד"ע כמו דילפי' ממעילה ויש נ"מ בין הנך תרי לישני. ולפי"ז לא מצי הש"ס לומר דב"ש לא דרש הוא רק דס"ל אין מלמדין דא"כ אין סברא לחלק בין ד"ש לד"א ולכך איצטריך לומר דס"ל מלמדין ודרשינן הוא וא"כ גם קו' הש"ך מיושב דלפי מה דרצה התנא לומ' ואבע"א ע"כ הי' דוחק בעיניו תירוץ קמא דפליגי אם מלמדין או אין מלמדין משום דא"כ הו"ל לאפלוגי בעלמא רק דס"ל דבע"כ הם שוין בזה לענין אם מלמדין או לא וא"כ כיון דהשתא י"ל דב"ש ס"ל מלמדין גם ת"ק יהי' סבר מלמדין רק דדרשי' הוא. א"כ שפיר הקשה מכלל דת"ק אפי' בד"ש פטור דלהך לישנא אף הת"ק מחייבו בד"ש. אבל אליבא דאמת דמסיק שאני התם דכתיב אותו הרגת א"כ י"ל דס"ל לב"ש שני כתובים הבאים כאחד אין מלמדין. ות"ק נמי הכא ס"ל דאין מלמדין שוב שפיר אף בד"ש פטור ושפיר כתבו התוס' ודו"ק ויש להסביר הדבר יותר דקושית הש"ס מכלל דת"ק היינו דבע"כ להך לישנא ס"ל דל"פ באם מלמדין או אין מלמדין דאם פליגו גם להך לישנא למה נדו מתירוצא קמא ולמה לדחוקי דב"ש בד"ש קאמר ובע"כ דהוי דוחק לומר דפליגי בזה דא"כ לפלוגי בעלמא לכך ס"ל דכ"ע אמרי' מלמדין והוא דרשינן. ולכך שפיר פריך מכלל דת"ק אפי' בד"ש פטור ולזה משני דינא רבא ודינא זוטא א"ב משום דלכ"ע מלמדין להך לישנא. אבל לדידן דאין מלמדין אפי' בד"ש פטור וא"ש ודו"ק. והנה הש"ך כאן בהג"ה הקשה מסנה גבי נחש הקדמוני דמוכח להיפך דאפי' בד"ש פטור והנה המל"מ פ"ב מה' רוצח והפ"י נתכוונו לדבר א' לומר דבזה נהנה וזה מתחייב אפי' לצי"ש פטור יעו"ש. והנה לכאורה הי' נראה ראי' לדבריהם מהא דקאמר שם רבא בקידושין פ"ב מודה שמאי באומר צא ואכול את החלב וכו'. וכבר הקשו כל המפרשים דמאי קמ"ל רבח מה שהוא לא אליבא דהלכתא. ולפי הנ"ל מיושב דיש בו נ"מ לדידן לענין לצי"ש. אך באמת דבריהם תמוהים בזה דהאיך אפשר לומר דמה דקאמר רבא שלא מצינו בכה"ת כולה זה נהנה וזה מתחייב היינו אפי' לצי"ש האיך קאמר שלא מצינו בכה"ת כולה זה נהנה וזה מתחייב. מה ראיה הוא זה מכה"ת כולה דמיירי בד"א ומה ראי' הוא לענין לצי"ש גלל כן רבא מיירי רק בד"א ובד"ש מודה דחייב. ומה שקמ"ל

רבא בזה נלפע"ד לתרץ דנ"מ לדידן לענין מעילה ונקדים דברי הנ"י פ"ק דב"מ שכ' הא דאמרי' השולח את ההבערה ביד קטן פטור היינו דוקא בקטן דאית לי' יד אבל קטן דל"ל יד חייב המשליח דהוי כמו חצר דבע"כ מותיב בי' יעו"ש. ולפי"ז יש נפקותא לדידן היכא דאמר לקטן דל"ל יד כלל אכול דבר זה של הקדש דאי לא הוה אמרי' זה נהנה וזה מתחייב פטור הוה חייב המשלח כדעת הנ"י אבל אם זה נהנה פטור המשלח גם הכא פטור דהרי התוס' הקשו שם בסוגיא האיך מעל באומר לשלוחו ה"ז נהנה וזה מתחייב ותרצו דמדאגבי' קני'. וזה שייך באדם גדול אבל בקטן דאין לו יד ל"ש גבי' מדאגבי' קניא דאין לו יד לזכות ולכך פטור הוא המשלח מכח דלא מצינו זה נהנה וזה מתחייב אבל בלא"ה הוי חייב אף דאין שליחות לקטן מ"מ בקטן ממש ס"ל להנ"י דיש שליחות ודוק ושפיר קמ"ל רבא ואין ראי' לדעת המל"מ והפ"י עוד כתבתי בחידושי למס' ב"מ בפ' הזהב ליישב מה שקמ"ל רבא בזה. ולפי"ז נשאר קו' הש"ד במקומה מסנה' אך בחידושי תורה שלי לפ' בראשית כתבתי ליישב קו' זו ע"ש מיהו בערוה א"א לומר דנ"מ לקטן דבקטן פחות מבן ט' אין ביאתו ביאה ובבן ט' כבר הוא בר דעת ואינו כחצר רק באכול את החלב שפיר אפשר לפרש בקטן ממש וע' בחיבורי לאו"ח סי' רס"ג ביישוב קו' הש"ך ובנדון מה שחלק הש"ך על התוס' הנה מל' הש"ס שם בב"ק משמע כהתוס' דקאמר שם בשוכר עדי שקר דקמ"ל דסד"א דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ובד"ש נמי לפטור קמ"ל. והנה כל מעיין בצדק ישפוט דמל' זה מוכח דהיכא דשייך ובריי הרב פשיטא דפטור אף בד"ש והי' סד"א דאף הכא נימא כן קמ"ל דלא אמרי' כן כיון דהוי שוכר ומשלם ממון והוא ממש כדעת התו' ודלא כהש"ך:

סימן לג

(**סעי' ב**) בהג"ה וי"א דקרובי האם אינם פסולין אלא מדרבנן נ"ב הקשה לי ידידי המופלג השנון מוה' געציל מרגליות נ"י מן הש"ס דשבועות פ"ד מה דפריך הש"ס בכפרו שתיהן בשלמא שני' וכו' אבל ראשונה אמאי תתחייב הא קיימא שני' ומשני שהיו קרובין בנשותיהן והיו גוססין וכו'. ולהרמב"ם הרי אינו אלא מדרבנן ובשלמא למ"ד לעיל דלאפוקי משחק בקוביא דגם בפסול מדרבנן ל"ש שבועת העדות א"ש אבל למ"ד משחק בקוביא מדאורייתא מחזי חזי א"כ ה"נ הרי מדאוריי' ראוין לעדות האיך יתיישב הך קו' הש"ס. והשבתי דלק"מ דנהי דס"ל להך מ"ד משחק בקוביא חייב ק"ש היינו רק לעצמו כיון דעכ"פ מדאורייתא מחזי חזי לא הו"ל לשבע אבל להיפך אם יש עדים אחרים רק שהם פסולין מדרבנן נמי חייבין הראשונים קרבן שבוע' דעכ"פ ל"ש לומר הא קיימי שני'

דהרי עכ"פ השני' לא יועיל עדותן מדרבנן והוי עכ"פ כליתנהו והוי כמו הלכו למד"ה ואינם כאן ובשלמא בהם עצמם שנשבעו בראוין לעדות תליא מילתא. ולכך י"ל כיון דמה"ת ראוין לעדות חייבין בק"ש אבל באם יש עדים אחרים לענין האחרים לאו בראוין תליא מילתא רק אם באמת אפשר לברר ע"י אחרים אז פטורין אבל אם א"א לברר ע"פ השנים יהיה באיזה אופן שיהי' עכ"פ הוי תיקון דרבנן כמו אם הלכו למדה"י השניי' דהראשונים חייבים כן ה"נ בזה ודומה למ"ש התוס' לעיל דל"ב גם למ"ד מדאוריית' מחזו חזו דבתר תרווייהו אזלי' לחייבו וכן ה"נ בזה אם הם עצמן נשבעו אזלי' בתר דאוריית' וחיובין. ולענין אם יש אחרים אזלי' בתר דרבנן וחייבין נמי הראשונים ק"ש. ואדרב' אני אומר מה שמתרץ הש"ס בקרובין בנשותיהן אזיל הש"ס רק להך מ"ד דמשחק נמי פטור לכך מוכרח לתרץ בקרובים בנשותיהם אבל למ"ד משחק בקוביא חייב דבתר דאוריית' אזלי' הוי מצי לתרץ דמיירי דהשניים היו משחקים בקוביא ולכך הראשונים חייבין דהרי עדות השניים לא יועיל מדרבנן והוי כהלכו למדה"י. ומ"מ השנים חייבים דלגבי עצמן אזלי' בתר דאוריית' רק דמשני בקרובים בנשותיהן הוי למ"ד דמשחק בקוביא נמי פטור וא"כ למה יתחייבו השניים בע"כ דמיירי בקרובים בנשותיהן ודוק:

(**סעי' ד בהגה**) ומיהו לכתחלה לא יחתמו על השטר ביחד. נ"ב ע' בסמ"ע הטעם דחיישי' לב"ד טועין והדבר תמי' דהרי קיי"ל לב"ד טועין ל"ח אפי' בדבר איסור גבי מיאון וחלוצה יע"ש באהע"ז ומכ"ש בממון וכה"ג תמה בתשו' מוהרש"ך על דעת רבינו יונה הובא דבריו בסי' ר"ה דאם אומר כתבו לי מודעא שמסרתי בפניכם יעו"ש. וטעמו ג"כ משום דחיישי' לב"ד טועין ותמה עליו מוהרש"ך שם כן והובא דבריו בס' נתיבות המשפט ח"ב ושם ישבתי דבריו בחידושנו וכן באהע"ז סי' י"ז כתבתי ג"כ מזה אבל כאן ל"ש התירוצים שכתבתי שם וצ"ע בזה: (שם סעי' יב בהגה) אם נפסק הדין כשהי' קרוב נ"ב הנה בני הילד הנבון והשנון כמר חיים יהודא שי' נתן טעם לזה מכח דקיי"ל דבעי' תחלתו וסופו בכשרות כיון דעיקר הגדת עדים תליא בשעת התביעה וכיון דבשעה שנפסק הדין היו קרובים הוי כאלו אז הגיע זמן עדותן ונפסלו ונחשב כאלו אינו תחלתו וסופו בכשרות וגם הוי בכלל כיון שהגיד שוב א"ח ומגיד. כן ה"נ כיון שבשעת התביעה לא הוי ראוי להגיד וכיון דאז הגיע שעת הגדה ולא הוגד הוי בכלל כיון שהגיד שוב א"ח ומגיד. ועוד אמר על מ"ש בש"ע בסעי' י"ז בעדים שהיו קרובים לש"מ ורחוקים מבניו די"א דהם פסולין ואמר הטעם בזה די"ל כיון דמה שמועיל מתנת ש"מ הוי מכח דלא תטרף דעתו של השכ"מ. וכן מצינו כיו"ב בכמה מקומות שחששו חז"ל דלא תטרף דעתו א"כ כיון דקיום המתנה הוי נ"ר להש"מ דבזה לא תטרף דעתו ואם לא יתקיים המתנה תטרף

דעתו שפיר מקרי עדות זו הנאת ש"מ כאלו מעידין לתועלתו ולהנאתו ופסולין כיון דהם קרובין לו וא"ש:

(**סעי' יג**) נ"ב ע' ש"ך סק"י מ"ש נראה דה"ה בגירש את אשתו וכו' נ"ב לכאורה אין לו הבנה לדבריו דמה קמ"ל זה הלא זה מפרש בש"ע דבעי' תחלתו וסופו בכשרות ואין לו' דקמ"ל אף בפסול מחמת חיתון בעי' תחלתו וסופו בכשרות דהרי כ' המחבר היה יודע לו בעדות משנטשה חתנו ומתה בתו הרי דנקט רבותא דאפי' לאבי אשתו פסול מכח דבעינן תחלתו וסופו בכשרות מכש"כ להאשה עצמה: ונראה דדבר גדול דבר הש"ך דהנה בפסול ממון פסק בש"ע שם דלא בעינן תחלתו וסופו בכשרות לפירוש הסמ"ע טעם אחד מכח דבידו לסלק א"ע מתחלה א"כ אין שם פסול עליו. א"כ הוא דפסול חיתון מחמת דבידו לגרש את אשתו לא נקרא שם. פסול עליו מעולם לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות ולכך אין ראיה מהש"ע דהתם מיירי דהי' יודע עדות לחתנו א"כ אין ביד חמיו לסלק הקורבה ממנו דאין בידו שיגרש חתנו את בתו. ואף אם מיירי שחתנו יודע לו עדות כיון דמיירי דמתה בתו וזה אין בידו לעשות שאף שבידו לגרש הרי אמז"ל כמה קשה הגרושין א"כ נחשב כאינו בידו לכך בעינן תחלתו וסופו בכשרות אבל אם גרשה באמת א"כ כיון שלא חשש ע"ז הי' יכול לעשות כן מתחלה והא דל"ב בזה תחלתו וסופו בכשרות כמו דלא בעי' בממון קמ"ל הש"ך דאף בזה בעינן תחלת וסופו בכשרות. זה נראה נכון כוונת הש"ד לפענ"ד ודו"ק: (סעיף ט"ז ל"ש אם הלוה בא לפטור בטענות כפירה וכו'). נ"ב הנה הגיע לידי לפי שעה ספר מחנה אפרים וראיתי בו בה' עדות שכתב באם אחד נתחייב בשבועת' היסת מהני לו עדים לפוטרו אף שלא הי' תחלתן וסופן בכשרות דבדרבנן ל"ב תחילתן וסופן בכשרות. כמו אלו נאמנין להעיד בגדלן מה שראו בקטנן יעו"ש. ואין דבריו נראין לפענ"ד דאין לדמות תקנת חכמים זל"ז. דאין לנו אלא מה שאמרו חכמים. וראי' דאל"כ למה לא קאמר הש"ס נ"מ זו בפ"ז דשבועות במה דקאמר נ"מ בין שבועה דאורייתא לדרבנן הו"ל לומר נ"מ זו ג"כ דבדאורייתא בעינן תחלתו וסופו בכשרות ובדרבנן ל"ב. מיהו יש לדחות דלא קאמר נ"מ רק במה דשייך בשבועה בלבד אבל ענין זה דבדרבנן ל"ב תחלתו וסופו בכשרות הוי גם בשאר דרבנן ולא בשבועה בלבד לכך לא נקט לי' מיהו בלא"ה אין דבריו נראין דאין לדמות בגזירת חכמים זל"ז כמ"ש בכמה דוכתא וז"ב ונכון: שם בהג"ה קרובי נרצח יכולין להעיד על הרוצח. נ"ב עי' בש"ך ס"ק ט"ז להוכיח דל"ב בעדות שאילה"ז ובדיק' בדרישה וחקירה וכ"ז היינו לכתחלה. אבל אם הוכחשו בחקירו' או אמר אחד מהם אינו יודע לא מהני כיון דמה"ת בעינן עדות שאילה"ז והביא ראי' מהרמב"ם והובא במחבר סי' ל' דבהוכחשו בחקירה

עדותן בטלה. ובע"כ הטעם מכח שאיל"ז יעו"ש. ובאו"ת דחה ראייתו דאין הטעם מכח זה רק דאם הוכחשו בחקירות ה"ל כאילו זה מעיד שלא לוה. ועוד נותן טעם אחר שם ע"ש ולפענ"ד להביא ראי' לדעת האו"ת ולמותיב תיובתא על דעת הש"ך מפ"ק דסנהדרין מסוגיא דחוששין ללעז דמסיק שם הש"ס ליישב במה דפליגו ר"מ ורבנן דר"מ ס"ל מוש"ר בשלשה. ורבנן בעשרי' ושלשה כגון דאתכחיש בבדיקות ופליגו בפלוגתא דריב"ז ורבנן יעו"ש. וקשה לכאורה דא"כ האיך קאמר ר"מ בשלשה משמע דממון שפיר מפסידה ע"י עדים הללו והלא כיון דטעם ר"י בן זכאי מפורש בסנה' דמ"א דבדיקות כחקירות משוו לה יעו"ש וא"כ כיון דבממון אם הכחשו בחקירות עדותן בטלה ה"ה נמי בבדיקות לריב"ז וא"כ אף לענין ממון בטל עדותן ולמ"ל שלשה. ואף דהאומר פ"פ מצאתי נאמן להפסידה כתובתה הרי כבר פרש"י שם לעיל בד"ה והזימום שכשיבאו עדים והזימום שוב אינו נאמן דמוכח דאסהדי שקרי סמך יעו"ש. וא"כ כמה לי שלשה הרי אינו יכול להפסידה כתובתה כלל. א"ו דבממון עיקר הטעם דהכחשה בחקירות בטלה לאו מכח עדות שאאילה"ז רק כמ"ש האו"ת וכ"ז ל"ש בבדיקות ובהא מודה ריב"ז דלא משוה בדיקות כחקירות רק בעדות דבעינן שיהי' יכול להזימה בזה י"ל בדיקות כחקירות אבל לא בד"מ דהוי טעם אחרינא בחקירות דל"ש בבדיקות כן הי' נראה לכאורה מיהו באמת זה טעות דבממ"נ למאן מותבינן להתוס' שם לא מיירי כלל להפסידה כתובתה רק להיפך לענין מאה סלעים. ולפרש"י ג"כ ממ"נ אם אנו ממשיכין הכחשת העדים ג"כ להזמה לענין זה דחזינן שמהדר אסהדי שקרי א"כ הרי גבי הביא עדים והזימום מפרש רש"י עצמו ג"כ דהוי התביעה למאה סלע דבזה נתחייב מאה סלע. ואי נימא דדוקא בהזמה הוי כן שנתברר שהן מעידין שקר אבל בהוכחשו בבדיקו' נהי דא"א לקבל העדות מ"מ לא מוכח שהם שקרים וליכא הוכחה שמהדר אחר עדים שקרים ואינו חייב מאה סלע א"כ שוב הוא מעצמו נאמן להפסידה כפרש"י דהאומר פ"פ מצאתי נאמן. ועוד כיון דרש"י לא פירש כאן מאומה בע"כ דסמך עצמו אדלעיל שכל הני אמוראי סברי דחוששין ללעז ולכבודו של ראשוני' א"כ בע"כ ס"ל דדין ממין הוי כאן לענין מאה סלע דבלא"ה הרי יש חשש לכבודן של ראשונים. ובע"כ דיש לומר דגם בהוכחשו חייב מאה סלע ול"ש בזה לחוש לכבודן של ראשונים כמ"ש לעיל גבי הזמה. וא"כ נסתר קושיא הנ"ל ואין ראי' דלא כהש"ך. אך אין ביהמ"ד בלא חידוש והואיל ועסקו בענין זה נראה להקשות ממה דפריך שם הש"ס מברייתא דתבעו ממון בשלשה תבעו נפשות בכ"ג יעו"ש ומאי קושיא נימא כמו דמשני הש"ס בכתובות די"ב במה דפריך וניחוש שמא תחתיו זינתה ומשני שקידש ובעל לאלתר. א"כ ה"נ נימא דהכוונה כך דתבעו ממון היינו היכא דליכא נ"מ רק

לענין ממון כגון שקידש ובעל לאלתר אז הוי בשלשה אבל היכי דיש נ"מ לנפשות ג"כ שלא קידש ובעל לאלתר ויש נ"מ לנפשות אז הוי בכ"ג ובפרט דרבא ס"ל דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כלל. ולדידי' אף בקידש ובעל לאלתר נאמן להפסידה כתובתה מכח חזקה דאין אדם טורח וכמ"ש התוס' בכתובות ד"י ד"ה חזקה עיי"ש. א"כ מאי פריך נימא דהכוונה של הברייתא בקידש ובעל לאלתר בשלמא לפירוש התוס' ניחא קצת אבל לפרש"י קשה וצ"ע כעת:

סימן לד

(**סעיף א**') רשע פסול לעדות נ"ב הנה המל"מ בה' מלוה ולוה נסתפק באם ראו שני עדים בראובן שעשה עברה אך אין יודעין אם בשוגג או במזיד אם נאמן לומר מזיד הייתי. אם בזה ל"ש לומר אאמע"ר או גם בזה שייך לומר אאמע"ר עיי"ש. והנה בחידושי במק"א הראתי סתירת דבריו מן התוס' פ"ק דב"מ גבי אמרו לו שנים אכלת חלב וכו'. שהקשו שם דהאיך נאמן לומר מזיד הייתי הרי אאמע"ר וא"כ מוכח להדיא דגם בזה שייך אאמע"ר וכן הבאתי שם בשם הרשב"א והר"ן גבי שבועת העדות יעי"ש. אך כעת שבתי וראיתי בתוס' פסחים פ"ה דס"ג ע"ב ד"ה התראת ספק ל"ש התראה שכתבי מל' הקונט' נמי יש ליישב דה"ק כיון דאנן לא ידעינן לאו התראה היא שיכול המותרה להכחישנו ולומר שוגג הייתי עכ"ל. ולפי"ז למ"ד שם דה"ס שמה התראה אף דיכול לומר שוגג הייתי בע"כ מיירי שהי' מזיד דבלא"ה האיך לוקה. וא"כ מוכח דבכה"ג מהני הודאתו אף דהוי יכול להתנצל ולומר שוגג הייתי אם מודה שמזיד הוא לוקה. והרי אין אדם מע"ר ובע"כ דס"ל להתוס' דבכה"ג ל"ש אאמע"ר כדעת המל"מ. והנה דבריהם סותרין זא"ז בל"ס. ודוחק לחלק בין היכי דהוי התראה ללא הוי התראה. דהתם בב"מ מיירי בלא התראה דשכיח שוגג כמזיד לכך אינו נאמן לומר מזיד הייתי דאין אדם מע"ר. אבל בפסחים מיירי בהתראה וכיון דהתרו בו ממילא שוגג לא שכיח ונהי דבטוען שוגג הייתי נאמן ונחשב ה"ס דילמא יטעון שוגג הייתי אבל במודה דהוי מזיד לא נחשב משים עצמו רשע כיון דבזה קרוב לומר יותר דהוי מזיד משוגג כיון דהתרו בו דזה דוחק. ועוד דא"כ מה פריך הש"ס שם והא אפליגא בה חדא זימנא דאיתמר שבועה שאוכל מאי קשיא הרי י"ל דקמ"ל לרבותא למ"ד לאו שמה התראה' דהוי ס"ד לומר דדוקא התם בשבועה שאוכל ועבר היום ולא אכלה דשכיח הוא האכילה כמו הלאו. לכך ס"ל דל"ש התראה. אבל בזה דשכיח הוא המזיד יותר משוגג כיון דהתרו בו הוי סד"א דשמה התראה קמ"ל אף בכה"ג לא הוי התראה. ואי איתמר כאן הוה סד"א דוקא כאן ס"ל לר"י דשמה התראה דשוגג

ל"ש אבל בעלמא מודה דלאו התראה היא. ומה פריך ובע"כ דשוה בזה השוגג כמו מזיד והצדדים שוין והוי כמו התם בעבר היום ולא אכלה וא"כ קשה האיך נאמן לומר מזיד הייתי הרי אין אמע"ר כמו שהקשו התוס' בפ"ק דב"מ וכאן לא שייך תרוצים דאינו רוצה להביא חולין לעזרה. וצ"ע ליישב דבריהם: שם ואפילו עד כשר היודע בחברו שהוא רשע וכו' נ"ב עיין בב"י מה שתמה על הרמב"ם והטור שכתבו אפי' עד כשר היודע בחברו שהוא רשע אסור להעיד עמו שנאמר אל תשת ידך עם רשע. ובש"ס למד מקרא מדבר שקר תרחק. נראה לפענ"ד דא"ש כיון דקיי"ל בעדים שנמצא אחד מהם קא"פ עדו' כולה בטלה א"כ המצטרף עם הגזלן להעיד אף עדות שלו נפסל ולפי"ז אם יודע עד הכשר בחברו שהוא רשע ויודע שלא יודע מרשעו לב"ד רק יסמכו על כך ויוציאו ממון בעדותן אז בודאי הוי עד חמס ועבר על קרא אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס. אבל אם יודע הכשר שבודאי יודע פסולו אח"כ לב"ד ולא יגבה ממון בעדותם רק דרוצה להצטרף עמו להעיד כדי שבזה יופסל העדות שלו ולא יתחייב הנתבע שבועה כלל ויתכוין להטיב להנתבע או להרע להנתבע בזה להיות עד חמס ל"ש בזה כיון דיודע דלא יוציאו ממון בעדותן כלל רק עובר על מדבר שקר תרחק דעושה עצמו כבא להעיד להתובע ומתכוין להרע לו ולפסול עדותו בזה שפיר ל"ש אל תשת ידך רק עובר על מדבר שקר תרחק ומזה מיירי הש"ס והרמב"ם והטור מיירי אם לא יודע לב"ד רשעו אז עובר על אל תשת ידך עם רשע וכו'. וזה ברור ונכון לדעתי. ובהכי א"ש מה שתמה הסמ"ע בסי' זה סעיף א' על מ"ש הטור והש"ע ואצ"ל וקשה כיון דאצ"ל הוא למה כתבו. ולפמ"ש א"ש דהא היו באמת אתו וראו המעשה רק דהוא גזלן מכבר א"כ אף הוא עצמו נפסל ואין כאן עד כלל להוציא ממון על פיו לכך אסור להצטרף עמו דמוציאו ממון שלא כדין אבל אם הוא שקר ממש א"כ לא ראו כלל המעשה יחד ולא נצטרפו עמו בשעת ראי' ובהגדה לבד בלא ראי' לא נפסלו [עיין בש"ך סי' לו] א"כ בזה כיון דעדות שלו כשר ה"א כיון דכ"ז שאינו נשבע כנגדו נחשב ע"א כשנים כמ"ש הפוסקים בטעם משואיל"מ כיון דהאמינה התורה לע"א כשנים כ"ז שאין נשבע כנגדו. א"כ ה"נ הרי הב"ד לא יפסקו לו. שבועה דסבורין שני עדים יש כאן. וכ"ז דאין נשבע הוי הוא כשנים ועדותו כשר. הא דלא יקרא עד חמס וה"א דדוקא שיודע בו שהוא גזלן ולא שהוא שקר לכך כתבו דכש"כ הוא דאדרבה בזה פשיטא דאסור. וע"ד שפירש הסמ"ע בסי' ל"ג מ"ש ואצ"ל שני בראשון כן יתפרש כן. וא"ש ודוק היטב ויצא להרמב"ם וטור כן מהמדרש איכה בפסוק בני ציון היקרים וזה"ל. ולא היו חותמין אא"כ יודעין מי חותם עמהם לקיים מה שנא' אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס והרי חתימה הוי תחלת עדות. א"כ גם השני אינו משקר רק עיקר החשש

שמא פסול מצד אחר ומש"ה נקט קרא דאל תשת ידך עם רשע:

(**סעיף א**) נ"ב הנה בדין המרים יד להכות את חברו דנקרא רשע כמ"ש התוס' בסנהד' דע"ח ובחו"מ סי' ת"ך אם פסול לעדות מצאתי בהגמי"י בפ"ה מה' חובל ומזיק דפסול לעדות ושכנגדו נשבע ונוטל. מיהו נראה דפסול רק מדרבנן דאין בו מלקות כיון דהוי לאו שאב"מ ואינו רשע דחמס. אבל אם הכהו כיון דמבואר ברמב"ם המכה את חברו הכאה שאין בה ש"פ לוקה א"כ יש בו מלקות ופסול מה"ת. שוב ראיתי שמבואר כן ברמ"א בסי' זה סעיף ב' מבואר בפי' שהוא פסול רק מדרבנן. ומוכח כן בש"ס יבמות דכ"ב דפריך מ"ש הרגתיו ומ"ש הרגנוהו ומאי פריך בשלמא הרגתיו חייב מיתה לכך הוי רשע ופסול להעיד אבל בהרגנוהו מפורש בש"ס ורמב"ם הל' רוצח דפטורין ממיתה א"כ כשר להעיד ובע"כ דגם בזה פסול דעכ"פ בכלל מכה הוי וחייב מלקות דאין לומר בשביל הרמת יד נפסל דזה הוי רק דרבנן ודילמא דוקא בפסול דאורייתא פוסל ר"י אף בעדות אשה אבל בפסול דרבנן מודה ר"י כמו גזלן דדבריהם כשר לעדות אשה ובע"כ דגם זה פסול מה"ת דבכלל מכה הוי עכ"פ ופסול. מיהו קשה נימא דהרגנוהו היינו בלי הכאה רק שהשקוהו סם המות וכדומה בענין דליכא לאו דהכאה וחיוב מיתה נמי ליכא לכך כשר להעיד וצ"ע:

סעיף ד' קוברי המת ביו"ט ראשון וכו' נ"ב עיין באו"ת ס"ק י"א מ"ש בזה והעלה דהיכא דיצא אחזקת כשרות מדרבנן אף מה"ת לא אזלי' בתר חזקה ועיימ"ש עליו בתשובה למדינת אונגרין קנה מקומה בהשמטות לקונטרס מיני מטעמים יעו"ש מ"ש בזה וחלקתי עליו ודחיתי ראיותיו יעו"ש:

סעי' ז' בהג"ה החולק עם הגנב אינו נפסל. נ"ב הנה ראיתי בס' נתיבות המשפט שהביא בשם האו"ת שתמה ע"ז למה לא יופסל הרי הוי ככופר בפקדון יעו"ש. והוא כתב דטעמו כיון שלא הוציא הדבר מרשות אחריו מזה הוציא דין חדש שאם עשה בו שינוי נפסל ולדעתי אין הדבר כן דהרי אף אם לא עשה בו שינוי כיון דקי"ל לקמן סי' שנ"ח שאסור לקנות דבר מן הגנב ובפרט היכא דאפשר דלא נתייאשו הבעלים דיש כאן גזל ממש בידו דנהנה מגזלה א"כ מה בכך שלא הוציא דבר מרשותו סוף סוף יפסול כיון דעשה איסור וקנה ממנו א"כ עשה איסורא ואף אי נימא דזה הוי רק איסור דרבנן יופסל מדרבנן. א"ו צ"ל דלא משמע לאינשי איסורא בהכי כמו קוברי המת ביו"ט ראשון. כן ה"נ לא משמע לאינשי איסורא רק אם גנב בעצמו ולא אם קונה ממנו או נותן לו במתנה. א"כ ה"נ אף אם עושה בו שינוי מעשה וכדומה ג"כ לא משמע לאינשי איסורא בהכי כיון

שהוא לא גנבם ובלא"ה יש כח ביד הגזלן עצמו לעשות כן לכך לא נפסל בזה בכל ענין כנלפענ"ד נכון:

סעיף ח' בש"ך ס"ק ה' מ"ש ודברי הריב"ש נ"ל עיקר להלכה והלכה כדברי המכריע וכבר כתבתי לעיל בה' דיינים שהוא תמי' מן הש"ס פ"ב דשבת וספ"ק דפסחים דאין הלכה כמכריע רק היכי דהחולקים מזכירים שני הדברי' זה לזה וכאן שלא הוזכר בדברי הפוסקי' בפירוש לומר בין בשוא"ת בין בקום ועשה לא שייך הלכה כדברי המכריע. ואף אם בכאן נראה לו עיקר גם בזה כן עכ"פ האיך כתב דהלכה בכ"מ כדברי המכריע הלא בכל מקום אין הלכה כה"ג המכריע וצ"ע. ועיין בחיבורי לאהע"ז מהדורא ה' סי' ס"א ובתשובה אחרת ישבתי דבריו: שם בהג"ה מי שבאו עדים וכו' אינו נאמן לומר שוגג הייתי וכו'. נ"ב עיין בחיבורי לאו"ח ה' פסח סי' תנ"ה [בחלק צ"ה] דל"ב בתשו' לק' סטאניסלב שם העלתי דבר חדש דוקא בשבועה הוי כן דאיתרע חזקת כשרות שלו כיון דנשבע ותיכף נקרא רשע. אבל בשאר עברות י"ל דנאמן שהי' שוגג וגם בשבועה הוא דוקא היכי דלא הוי מצוה לישבע אבל אם הוי מצוה לו לישבע נאמן לומר שהי' שוגג יעו"ש והוא נכון בעז"ה. והנ' עוד נראה ראי' לדברינו בכוונת הרשב"א במה שא"נ לומר שוגג דאל"כ קשה על הרשב"א מן הש"ס דגיטין בנטמאו טהרותיך דאמר ר' יוחנן אינו נאמן. ורב אסי אמר מה אעשה שהתורה האמינתו. ופריך שם היכן האמינתו וקשה למה לא פריך אר"י מברייתא דכהנים שפגלו במקדש דתנו בברייתא דשוגגין פטורין אלא שפיגולו פיגול והביא הברייתא זו בנדרים דל"ה ושם קשה במה מיירי אי בלא שמעו דמפגל א"כ מוכח דנאמן ואין לדחות דמיירי דשמעו דמפגל א"כ האיך נאמן לומר שהי' שוגג והרי להרשב"א ס"ל דא"נ לומר שוגג אני. ואין לומר דחזקת ממון שאני דאין הולכין בממון אחרי הרוב אבל להכשיר עצמו א"נ דהרי מפורש בפ"י דב"ב גבי פלוגתא דאין הולכין בממון אחר הרוב מגמל האוחר בין הגמלים ומשני דע"כ לא אמר ר"א אלא בחזקה דאיהו גופי' מוחזק. אבל בתר רובא לא והנה אנן קיי"ל כרב אחא בגמל האוחר בין הגמלים והרי קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב בע"כ דקיי"ל כהך תירוצא דחזקה דאיהו גופא מוחזק עדיף. א"כ לממון נאמן לומר שוגג הייתי מכח חזקת ממון מכש"כ דנאמן להכשיר עצמו מכח חזקת כשרות דחזקה דאיהו גופי' מוחזק עדיף מחזקת ממון ובע"כ מוכח דנאמן לומר שוגג הייתי להכשיר עצמו. ובע"כ דוקא ס"ל להרשב"א כן ולא בשאר עברות כמש"כ בחיבורי לאו"ח הנ"ל באריכות עיי"ש ודוק היטב ועיין בהשמטות לחיבורי שנות חיים לפרט ועוללות מ"ש בזה דאפילו היכא דליכא חימוד ממון א"נ לומר שוגג הייתי עיי"ש:

סעיף ח' עד זומם נ"ב הנה מקור הדין בהש"ס ב"ק דע"ב עיי"ש עד א"ב דאסהדי בי תרי לחד. הנה קשה לי טובא למה לא קאמר נ"מ לענין חיסורא כגון שהיו עדים ביני וביני על גיטין וקידושין או על ענין מיתת ב"ד דאם הוי טעם דרבא מכח דחידוש הוא א"כ גם לענין איסור כשרים עד הנה. והוי הגט וגם הקידושין כשרים ונתחייב הלה מיתה ע"י עדותן, אבל אם הוי הטעם מכח פסידא דלקוחות א"כ תינח לענין ממון דהפקר ב"ד הפקר אבל לענין איסור בטל עדותן למפרע דאין כח ביד חכמים לעקור איסור תורה בקום ועשה והתוס' שכתבו דמה דלא קאמר נ"מ היכא דליכא פסידא משום לא פלוג כוונתם בדבר שבממון היכי דליכא לקוחות או שלא חתמו ביני וביני ובזה שפיר תירצו דמשום ל"פ הכשירן לכל ממון דהפקר ב"ד הפקר. אבל אין יכולין להתיר א"א משום ל"פ והנה אי נימא כדעת התוס' יבמות דקי"ד דהיכי דהוי למיגדר מילתא יש כח ביד חכמים לעקור ד"ת בקום ועשה הוי א"ש. אך י"ל דאין הענינים דומין ופסידא דלקוחות לא נחשב מיגדר מילתא. ואף אם נחשב מיגדר מילתא הרי רק לאותו דבר דהוי בו מיגדר מילתא יש כח ביד חכמים לעקור בקום ועשה, אבל כאן לענין איסור ליכא מיגדר מילתא. ומה שהי' נראה ליישב לפי חומר הנושא הוא די"ל דודאי אביי לא יכחוש דע"ז חידוש הוא לכך מה"ת מודה אביי דאינו נפסל למפרע והיינו מכח דתרי ותרי ספיקא דרבנן הוא ומדאורייתא אוקמי אחזקה. א"כ ה"נ כיון דהניזומין היו בחזקת כשרות ע"ע ואם שקר העידו כבר נפסלו למפרע, ואם האמת העידו המזומין לא נפסלו מכאן ולהבא ולא למפרע, א"כ יש להניזומין חזקת כשרות עד הנה לכך מודה דמכאן ולהבא הוא נפסל רק מדרבנן ס"ל דלמפרע הוא נפסל וכיון דמדרבנן לא מוקמינן אחזקה בתרי ותרי ה"ה נמי בחזקת כשרות לא מוקמינן אחזקה ונפסל למפרע מדרבנן, וס"ל דח"כ שוה לשאר חזקות דמדרבנן לא מהני במקום תרי ותרי ורבא ס"ל דחזקת כשרות אלים משאר חזקות ואף מדרבנן מוקמינן אחזקה בתרי ותרי או דס"ל דנהי דבשאר חזקות החמירו רבנן דל"מ בתרי ותרי מ"מ בעד זומם כיון דהתורה החמירה עליו להיות נפסל בודאי לכך הקילו עליו רבנן שלא יהי' נפסל למפרע כלל ופליגו רק אם נפסל מדרבנן או לא ולאידך לישנא משום פסידא דלקוחות ס"ל נמי דחידוש הוא ומה"ת לכ"ע נמי אינו נפסל למפרע רק מדרבנן הי' ראוי שיהי' נפסל דמדרבנן אינו חידוש כיון דמדרבנן לא מוקמינן אחזקה בתרי ותרי רק מכח פסידא דלקוחות אוקמיהו אדאורייתא, וכעין שכתבו המפרשים בכמה דוכתי כן, ומהם בסי' ל"ט גבי ש"ד ולפי"ז א"ש כיון דתקנו משום פסידא דלקוחות לאוקמי אדאורייתא לכך גם באיסור הוי כן דל"פ בתקנתן דאם יפסלו אותם לענין איסור יבואו לפוסלן גם לממון לכך בכל ענין אוקמיהו אדאורייתא, ומה דאמרינן דאסהידו

בי תרי לחד וכו' היינו דבזה לאו חידוש הוא ומה"ת פסולין רק מ"מ לענין ממון הקילו וכשרים מכח פסידא דלקוחות דהפקר ב"ד הפקר אבל לענין איסור אף לרבא פסולין מה"ת ודוק. כן נראה לפי חומר הנושא ולא ראיתי כעת מי שנתעורר בזה:

סעיף ט' אם יש שם עדים שיודעים היום וכו' נ"ב עיין בסמ"ע שכתב פירוש שראו שחתמו ולא ראו בתוך השטר הזמן והמקום שכתב בו דאל"כ הו"ל הם עצמן ג"כ עדי הזמה עכ"ל והביאו ג"כ הטו"ז ותמה עליו הטו"ז תמי' אחרת, ולדעתי התמי' על שניהם מגופו איך הוו הם עידי הזמה עדי הזמה לא נקראו רק אם אומרים על היום שמעידין עליו הראשוני' שהיו עמהם ביום פלוני זה נקרא הזמה. אבל זה שאין מעידין על היום שמעידין עליו הראשונים רק על השטר שנעשה ביום פלוני כך וכך. א"כ הוי רק הכחשה שהללו אומרים ביום פלוני נעשה השטר והללו אומרים ביום פ' נעשה והוי רק כעין הכחש' ואף את"ל דהכחשה שאני שאין מעידין על גוף העדים כלום רק על המעשה וכאן הם מעידים על גוף העדים שחתמו על שטר מוקדם ובזה נאמנים האחרונים כמו שנאמנים לפוסלן שהם גזלנין כן נמי נאמנים שחתמי על שטר מוקדם שהם פסולין כמ"ש בהג"ה מ"מ ל' עדי הזמ' שכתב הסמ"ע לא יתכן וסוף סוף אין להם דין זוממין רק כאלו פוסלין אותן בפיסול אחר. ובפרט לשיטת הרמב"ם דס"ל דכל הכחשה והזמה יחד לא הוי הזמה. והכא הוי הכחשה והזמה יחד ולא הוי דין הזמה ובפרט כיון דהזמה חידוש הוא כמ"ש בש"ס דמה חזית דציית להני וכו'. א"כ אין לך בו אלא חידושו דדוקא אם מעידין על יום אחד שמעידים עליו העדים ואומרים עמנו הייתם לא בכה"ג שמעידים על גוף הדבר שנעשה אחר כך והוי רק כעין הכחשה ודברי הסמ"ע צ"ע מאד לדעתי ואכ"מ להאריך יותר מזה אולי יזכני ד' בזמן אחר לבאר יותר:

סעיף כג בהג"ה ואפי' פסול מה"ת וכו' נ"ב עי' בקצוה"ח שהקשה דלמה לא נימא כמו גבי סכין דהרי פגום לפניך ובהדי חזקת איסור דבהמה מצטרף כן ה"נ נימא הרי הרשיע לפניך ובהדי חזקת ממון ויפסול יעו"ש. אבל לפמ"ש בחידושי על יו"ד סימן ב' דחילוק גדול יש. דמה דחזקת כשרות מועיל אף להוציא ממון היינו כיון דאין הספק נולד דוקא לגבי ממון דאטו עדות הוי דוקא להוציא ולא להחזיק דכמו כן יתכן שיעיד להחזיק לכך אף אם נולד ספק אם הוא כשר או לא הוי כנולד במקום חזקת ממון רק בעלמא ולכך כיון שאינו במקום חזקת ממון לכך אף אם אירע אח"כ נגד חזקת ממון כיון דנפסק הדין נפסק וכיון דהוחזק הוחזק דכשרות העדים הוי כענין בפ"ע. והוצאת ממון הוי ענין בפ"ע ולכך א"ש גם בזה בשלמא בסכין שאין חילוק לנו בין אם הסכין פגום או לא רק לענין שחיטה א"כ כל אימת שנחקור אם הסכין היה יפה או לא הכל צריכין אנו לדין רק לענין

שחיטה וא"כ הוי הספק תמיד נגד חזקת איסור דבהמה לכך ראוי לומר דמצטרפין הרי לפניך של הסכין בהדי חזקה דבהמה אבל גבי עדות לא הוי ספק שלו דוקא לענין ממון להוציא ולא הוי דוקא נגד חזקת ממון רק אף במקום דליכא חזקת ממון כנגדו וכיון דשם אין מקום לפוסלו ויש לאוקמי אחזקת כשרות להכשירו. וכיון דהוכשר הוכשר לכל כיון דאיחזק איחזק וא"ש וז"ב לדעתי ולפימ"ש הפרמ"ג ביו"ד סי' א' בטו"ז ס"ק וא"ו מכח חזקה העשוי' להשתנות דסכין עשוי להתקלקל ג"כ אינו דומה לכאן דאדם אינו עשוי להרשיע יעו"ש ודו"ק. וע' בחיבורי לאהע"ז סי' י"ז במהד"ק מ"ש ליישב קושית הקצוה"ח הנ"ל: ומ"ש כאן בסעיף זה והפסול מדבריהם וכו' עי' בסמ"ע וש"ך דלאותו עדות ל"ב הכרזה. וע' בתשובתי לאהע"ז מהדורא וא"ו סי' קס"ט מ"ש שם בטעם הדבר דהוי מכח אי עביד ל"מ אפי' מדרבנן. ומזה למדתי דבעברו על שבועה וחרם דקיי"ל דבזה לכ"ע אי עביד מהני כמ"ש התוס' בתמורה בזה אף לאותו דבר בעי הכרזה והוא דבר חדש. גם כתבנו שם די"ל היכא דלא נגמר על פיהם לבד רק בצירוף עדים אחרים הוי כלעדות אחרת ובעי הכרזה ובדרבנן שומעין להקל עיי"ש היטב בתשובתי:

סעיף כח ה"ז ספק פסול וכו'. הנה אם במחלוקת הפוסקי' אמרי' ג"כ דפסול מספק או דומה לשאר ספק דמוקמינן בחזקת כשרות. הנה דעת תשו' פני משה דמוקמינן לי' בח"כ. והאו"ת הוכיח דדומה לתרי ותרי דלא מוקמינן לי' בח"כ עיי"ש. והנה במחכ"ת נעלם משניהם דברי התוס' במס' ב"ב ודברי מוהרי"ט בתשובה סי' קל"ג ח"א הביא שם דברי התוס' במס' ב"ב גבי הלכתא כוותי' דרבה בארעא וכר' יוסף בזוזי שכתבו שם דספיקא דפלוגתא גרע מתרי ותרי דלא מוקמינן בהן אחזקה דתרי ותרי כמאן דליתנייהו דמי וכו'. אבל המוהרי"ט הקשה שם עליהם דאדרבה בתרי ותרי יותר אין מעמידין אותה אחזקתה דבתרי ותרי עכ"פ לדברי כת האחת כבר יצא מחזקתה וכו'. א"כ דין זה במחלוקת שנוי' בין התוס' ובין המוהרי"ט דלדעת התוס' שם בשם הרשב"ם דספיקא דפלוגתא לא מוקמינן אחזקה דמרא קמא ולא אחזקת כשרות מכש"כ תרי ותרי. אבל לדע' המוהרי"ט בתרי ותרי לא מוקמי' אח"כ. אבל בסברא דפלוגתא מוקמי' אחזקת כשרות ואין בידי להכריע כעת. רק נראה כיון דהוי בזה פלוגת' אם מוקמי' אח"כ או לא בזה עצמו אזלי' בתר חזקה דמעיקרא ומוקמינן לי' אח"כ כן נלפענ"ד. ועיין בשו"ת מוהרי"ט הנ"ל בדין המחזיק בשל חברו מי נקרא המוחזק עי"ש דין חדש בזה וק"ל:

סימן לה

סעיף א' נ"ב עיין בש"ך מה שהאריך אם בעינן שעות בשנים או לא ועי' באו"ת מה שהאריך בזה. ולפענ"ד נראה לכאורה להביא ראיה מן הש"ס דבעינן שעות. ממה דדרשו חז"ל ע"פ לא אוכל לצאת ולבוא היום. שהיום מלאו ימי ושנותי והנה הקשו המפרשים דהרי אדרבא אחז"ל על פסוק יען לא האמנתם בי שאם האמנתם בי עדיין לא הגיע זמנכם לפטור מן העולם. והנה באמת לק"מ דאין הכוונה שמלאו שנותיו שנגזר עליו להיות חי. רק הכוונה שלא מת בחצי שנה וכדומה רק שהק' ב"ה ממלא שנותיו מיום ליום להיות השנים שלו מתמלאין. אך לפי"ז קשה למ"ל הכפל של ימי ושנותי. הל"ל ימי לבד או שנותי לבד ועוד אף אם כתבנו בחידושינו לעין יעקב לישב קושיא זו בד"א מ"מ משאחז"ל שבז' אדר נולד משה ובז' אדר מת משה וא"כ האיך אמר משה בן מאה ועשרים שנה אנכי היום שהרי תיכף בתחלת הלילה בשעה שכלה יום וי"ו אדר כבר נעשה בן מאה ועשרים וא"כ עכשיו ביום ז' אדר כבר הוא בשנת האחד ועשרים ובפרט למ"ד יום א' בשנה חשוב שנה האיך אומר בן מאה ועשרים אנכי היום א"ו בשעות בעינן בשנים לכך כיון שהיום נולד נעשה היום בן מאה ועשרי' שנה. ושפיר אמר בן מאה וגו' אנכי היום ולכך אחז"ל שהיום מלאו ימי ושנותי כלומר ששניהם מלאו ימי ושנותי דכמו שבימים תלוי הדבר במעל"ע שבימים ומנינן לשעות לכמה דברים כן נמי שנותי נתמלאו גם כן היום ולכך הזכירו חז"ל תרוייהו ללמוד מזה דאף בשנים הדבר תלוי בשעות. ואין הכוונה שכלו שנותיו שנגזר עליו תחלה רק הכוונה שהשנים שלו נשלמו היום ולא אתמול וכן הימים שלו נשלמו היום דבז' אדר מת ובז' אדר נולד. דא"כ בין הימים ובין השנים נשלמו היום ובהכל בעינן מעל"ע בשעות כנלפענ"ד ראיה ברורה בעז"ה:

סימן לו

ס"א . נ"ב עיין בחיבורי לאה"ע ה' קידושין סי' כ"ח [מהדורא זיין סימן רי"ב] מ"ש בתשובה להסתפק בנוגע דפסול לעדות אם פוסל שאר העדים כדין נמצא אחד מהם קא"פ. או כיון דנוגע אין פסול ברור רק חשש אינו פוסל שאר עדים והנחתי הדבר בצ"ע עי"ש וה' יאיר עיני לדעת כהלכ' אמן: **שם** סעיף א' נ"ב עיין בש"ך ס"ק ג' ועיין בנתיבות מה שהקשה עליו ועיין בתשובתי לאהע"ז סימן ל"א מ"ש ליישב קושייתו וחלקתו בין ד"מ לד"נ או עדי קידושין דבהו מודה הש"ך דלא מבטלו הכל אף דגם הכשרים לא כוונו להעיד יע"ש בטוב טעם ודעת בעזה"י ועיין בחיבורי לאהע"ז ה' קידושין סי' מ"ב בתשובה למדינת וואליחיא [מהדורא ואו] שם כתבנו דגם בצירוף עכו"ם נחשב נמי נמצא א' מהם

קא"פ ומבטל העדות לכל חד כדאית ליה. וכש"כ הוא משאר קא"פ רק דהיינו דוקא אם העכו"ם מבין המעשה הנעשה לפניו אף דהעכו"ם לא כיון להעיד אם גם הכשרים לא כוונו להעיד כדעת הש"ך. אבל אם הנכרי וה"ה הקא"פ אינו מבין כלל ענין המעשה א"כ הוי ראייתו לאו כלום הוא והוי כלא ראה כלל ואין עליו תורת עד פסול ואינו מבטל העדות וזה נכון לדינא בעזה"י. ושם הארכתי קצת בזה ע"ש. והנה הפוסקים מחולקים כאן למי שואלים למחזי אתיתו אם להכשרים או להפסולים. ולפענ"ד נראה להכריע ובדעת הכשרים תליא מילתא והיא ממ"ש בש"ס דגיטין דפ"א ע"ב. ור"ע עבד מ"ט לא דאתי למימר כשר לעדות קרוב נמי אתי למימר וכו' ומאי פריך נימא דבשלמא קרוב דהוא בחזקת כשרות אינו פסול רק מכח דבר אחד שהוא קרוב לכך מוקמינן ליה אח"כ. ומן הסתם לא יכוין להעיד רק למלאות הקרח. אבל בגזלן דהוא רשע וכן עבד סתם דסתם אין לו ח"כ וכמו שכתב הש"ך ביו"ד סי' א'. לכך חיישי' שמא יתכוין להעיד ובטל כל הגט ומה פריך בע"כ מוכח דבלאו דעת הפסולים תליא מילתא רק בדעת הכשרים אם הם לא כוונו להצטרף אל הפסולין ולכך אין חילוק בין קרוב או גזלן ועבד מיהו יש לדחות די"ל דלר"ע פריך דמשמע במכות ד"ו דר"ע אינו מחלק בין כוון להעיד או לא ותמיד פוסל בנמצ' אחד מהם קא"פ. וא"כ אם כוונתו מכח חשש צירוף אף בקרוב ופסול אף דאינו מתכוון להעיד ובע"כ גט קרח שאני דמוכח דהוי רק להשלים א"כ גם בגזלן ועבד נימא כן ועדיין צ"ע:

שם בסעיף א' . נ"ב הנה שמעתי מקשין ומטו בה משמיה דגברא רבא. דלמה קיי"ל בנמצא אחד מהם קא"פ עדותן בטלה. והלא כיון שהלה כופר ואומר שקר הוא ולא ראה העדים כלל. א"כ האי לחוב הוי הודאת בע"ד יותר ממאה עדים. אבל לזכות ל"מ הודאתו א"כ ממ"נ הרי כיון שכופר טוען שלא היו הפסולים בראיה עם הכשרים א"כ לא נתבטל עדות הכשרים א"כ ממ"נ לחוב מהני הודאתו דלא ראו הפסולים עם הכשרים ולזכות ל"מ הודאתו ואזלינן בתר עדים הכשרים זהו תוכן הקושיא ששמעתי והשבתי דלק"מ לפמ"ש התוספות בקידושין פ"ב גבי שליח נעשה עד דאף אם ישבעו לא מהני דכל עד שאינו נאמן בעדותו לבד רק צריך לצרף דבר אחר עמו ל"מ דהתורה אמרה עפ"י שנים עדים יקום דבר. שיהיו נאמנים בדיבורים לבד ולא בשצריכים לסיוע מדבר אחר. וכ"כ הב"ש באהע"ז סי' ל"ה ס"ק וא"ו דלכך לא מהני עם עד המסייע לו עיי"ש א"כ ה"נ כיון דאין נאמנות להם לפי דבריהם שהרי אמרו שנצטרפו עם הפסולין ועדותן בטלה ורק מכח הודאת בעל דין יכשרו ומצד עצמן אין להם נאמנות ועדים כאלו אינם נאמנים ואין דומה לאומר לא לויתי ובאו עדים שלוה ופרע דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי

וחייב לשלם דהתם לענין עדות הלוואה אין העדים צריכים להודאתו דבלא הודאתו מהני עדות הלוואה ולכך עדות הלוואה נגמר בדבריהם לבד. והפרעון שוב נתבטל מכח הודאתו לבד דהודה שלא פרע והודאה והלוואה ב' ענינים הם. אבל הכא דמעידין על חד ענין ובלא הודאות בע"ד לא היה מועיל עדותן כלל דפסולין הם. דמה לי קרוב ופסול עצמו שנפסל מה"ת מה לי אלו שנצטרפו להפסולין כיון דהתורה פסלה אותם הם גופין פסולין לעדות זה. א"כ כיון דמצד עצמן פסולין ואין מועיל עדותן רק בצירוף הודאת בע"ד אין שום עדות עליהם ואף לדעת המכשירים באם היו לו עד המסייע היינו דהתם דאינו פסול ממש רק נוגע ולכך בהסתלק הנגיעה חוזר להיות עד כשר דנגיעה אין שם פסול עליו רק הוא ענין מבחוץ. ותדע דהרי בזה לא בעינן לכמה פוסקי' תחלתו וסופו בכשרות. ובע"כ דהוי ענין מבחוץ ולא פסולו בגופו. ולכך זה שם עד עליו ונחשב נאמן בדיבורו רק שיש מונע מבחוץ. ובהסתלק המונע נשאר עד כשר כבתחלה ואינו דומה לאם נשבע דל"מ דהתם הוא עצמו מסיר המונע וא"נ רק' ע"י שעושה עוד מעשה ונשבע לכך לא הוי נאמן בדיבורו לבד. אבל אם הוא אינו צריך לעשות שום מעשה רק להעיד כעד דעלמא והתרת המניעה נעשה ע"י דבר אחר שפיר הוי עד שנאמן בדיבורו לבד. אבל בנמצא אחד מהם קא"פ כיון דעדות כולה בטלה נחשבו הם עצמן פסולין לאותן עדות דלפי דבריהם שנצטרפו עם הפסולין הם עצמן פסולין דמה לי פסול זה או זה ולכך אף בהצטרף הודאת בע"ד ל"מ דהוי עד שאינו נאמן בדיבורו לבד. ולא הוי עד וזה ברור דנכון ודו"ק. וגם יש לומר דבאמת דין זה משכחת לה כגון א"י אם הלויתני ובאו עדים שלוה והיו בהם קרובים דבזה בטל כל העדות והודאה ליכא. ובזה כדחה תירוץ חתנו של הרב בעל שטרי תורה בהקדמותו. יעו"ש דהרי יכולין העדים לטעון שסברו שיטעון איני יודע ליפטר ודו"ק כי קצרתי:

סימן לז

סעיף א' בש"ך ס"ק א' נ"ב הנה הש"ך מפלפל אם נוגע כשר להעיד לחובה. והנה ראיתי בשו"ת צמח צדק סימן ל"ז שהאריך לפלפל בזה והביא דעות הראשונים בזה. וזה"ל הצמח צדק שם בד"ה אלא בתשו' הרא"ש וכו'. דאלת"ה קשה להבין דבריו כי הוא עצמו כתב בתשובה דסילוק מהני והיינו כשאין לו הנאה בעדותן וכו' עכ"ל הצ"צ. ואחרי המחילה מהדר גאונו לא דק בזה דמה ענין זה לזה הרי י"ל אם עתה עדיין הוי נוגע ופסול אם היה מעיד לזכות שוב פסול אף לחובה דהוי בכלל עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. וכיון דבטל לזכות בטל אף לחובה. אבל אם מסלק נפשו אם כן מעתה כשר בין

לזכות בין לחובה לכך מהני סילוק. ובעיקר הדבר היה נראה לי לחלק וליישב דברי הפוסקים דלא סתרי אהדדי כיון דזה ידוע דבדין אינו בגדר עד פסול. וכ"כ האו"ת ס"ק א' וא"כ י"ל דהיכי דמהני סילוק כגון בפורע מס אז אין עליו תורת בע"ד כיון דאפשר בסילוק ומ"מ עד פסול הוי וכיון דיש לו חשש נגיעה אם אינו מסלק נפשו בזה שייך לומר עדות שבטלה מקנתה בטלה כולה ואינו נאמן אף לחובה אבל בדבר דל"ש בי' סילוק וא"כ א"א לו להעיד לזכות שוב הוי כבע"ד ואינו בגדר עד לכך ל"ש לומר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה בזה כשר להעיד לחובה. והנה האו"ת בס"ק כ"א הביא דברי תשובת הרא"ש הנ"צ ולא הביא דברי הצ"ל שדוחה ראיותיו ומפרש כוונת הרא"ש בע"א וגם הנתיבות סק"א לא הביא דבריו יעו"ש והנלפע"ד כתבתי. אמנם בעיקר פלפול הש"ך אם נוגע כשר לחובה הבאתי בחיבורי מכבר הוכחה ממקר' מלא בפ' וילך ממ"ש ואעיד' בם את השמים ואת הארץ מוכח דנוגע כשר לחובה דהרי לזכות אמרי' בפ"ק דע"ז דשמים וארץ נוגעין בעדותן הן ואעפ"כ כשרים לחובה אך יעוין בחיבורי עה"ת פ' וילך שנת תרי"א דחיתי ראי' זו ע"ש: שם (בסעי' א') נ"ב הנה גרסי' בש"ס ב"ב דמ"ג אמאי נוגעין בעדותן הם וכו' ובתוס' ד"ה מפני שמעמיד' בפני בע"ח וכו'. א"נ הכא מיירי אפי' במכיר בה שהיא שלו דליכא תרעומת וכו' קשה לי לפי תי' אמאי קאמר הש"ס אחריות דמאן אי אחריות דעלמא כ"ש דניחא לי' וכו' וקשה מאי פריך הרי קיי"ל בחו"מ סי' רכ"ה דאף אם קיבל עליו אחריות מ"מ היינו רק אם מוציאין ממנו בב"ד של ישראל אבל אם מוציאין ממנו באונס ע"י ב"ד נכרים א"צ לשלם מכח דדילמ' משקרי. וא"כ מכ"ש אם יודע הלוקח שהם עדי שקרים דאינו חייב לשלם לו דאין לך אונס גדול מזה. וא"כ מאי פריך כ"ש דניחא לי'. וממ"נ אי באינו מכיר בלא"ה פסול מכח תרעומ' ואי מיירי במכיר בע"כ שהודה תחלה שהוא מכיר וא"כ אף אם קבל אחריות דעלמ' נמי פטור מלשלם לו ומה פריך ואפשר דהתוס' לפי תירוצם זה אינם מפורשים כפי' הרשב"ם דאחריות דעלמ' היינו גזילה ואחריות דנפשי' היינו בע"ח רק הכוונה אחריות דעלמ' היינו אם יקחו ממנו אף באונס ואחריות דאתי מחמתו היינו אם באמת היא גזלה או חייב לבע"ח ובזה א"ש ודוק: שם (ס"א) נ"ב הנה יש לחקור דין חדש הנוגע בעדות ולא ידעו מן הנגיע' והעיד שקר אם עובר בלא יגיד או לא וכן במשביע איזה נוגע שיבא ויעיד אם חל עליו השבועה אם נשבע לשקר נלע"ד דודאי חל עליו השבועה כיון שבידו לסלק הנגיעה וכן אם העיד שקר עובר באם לא יגיד. והנה אף דהדבר פשוט לדעתי נ"ל להבי' ראי' מן הש"ס ממ"ש בפ"ד דשבועות דל"א דקאמר שם ואינה נוהגת אלא בראויין להעיד לאפוקי מאי וכו'. ולמה לא קאמ' לאפוקי נוגע ובע"כ דדוק' כגון מלך או משחק בקובי'

דאין ראוין לשום עדות או קרובים דאין ראוין מפאת עצמן ואין בידם לסלק הדבר בזה פטורין אבל בנוגע כיון דבידו לסלק הנגיעה חייב עליו ק"ש וממיל' עובר באל"י אם מעיד שקר וגם ממה דפריך שם בגמ' דל"ב ע"ב גבי היו שני כתי עדים וכו' אלא ראשונ' למה תתחייב הרי קיימ' שני' וכו' ולמה לא משני כגון שהיו' השניים נוגעין בשעת מעשה ואח"כ נסתלקו והוי סד"א כיון דבידם לסלק עצמן פטורים הראשונים קמ"ל דהשת' לא נסתלקו בע"כ דכה"ג נמי פשיט' כיון דביד הבע"ד להשביע השניים ואם לא השביעו איהו דאפסיד אנפשי' וזה ראי' ברורה ולא הצרכתי לכותבו רק ששמעתי שמבהיל א' כ' לק' קריסניפאלי בנדון השוחט דשם להיפוך לזה כתבתי כאן זה ודוק היטב. וע' בחיבורי לחו"מ סי' קע"א מהדור' ד' מ"ש כמה חילוקי דינים בסי' זה בענין גזברים אם יכולין להעיד ומ"ש בשם הכנה"ג סי' זה דבני העיר לאנשים שמאותה העיר יכולין להעיד ומה דאמרי' בזה דהוי. נוגעים היינו לאנשי עיר אחרת ע"ש:

סימן לח

(**סעיף א'**) עדים שהעידו בב"ד וכו' ואח"כ אמרו שקר העדנו נ"ב הנה נשאלתי מאת הרב ר"ח משה שור ממאניסטריטש וז"ל השאל"ב אחד שהוצי' ק"ס בח"י המוכר על מקום בהמ"ד דשם ובח"י ב' עדים כשרים ובא איש אחד והראה שטר שעבוד על מקום בהכ"נ הזה בח"י ב' עדים וטען שלא היה רשות למוכר למכרו ואחר כך נודע שהשיעבוד הזה הוא שקר מחמת שע"א הודה שזה שמנה ימים שחתם עצמו על השיעבוד ולא ראה ההלואה ובשטר השיעבוד נכתב הזמן קודם ב' שנים ועד השני הוא שותף עם בעל השעבוד במו"מ מה דינו עכת"ד השאלה והשבתי לדידי אין כאן מקום ספק דאינן נאמנים אפילו באין כ"י יוצא ממק"א דהרי משוו נפשייהו רשיעי. ובזה אפי' מיגו ל"מ ומכש"כ אם כ"י יוצא ממק"א דאינן נאמנין ואף שכ' רו"מ דהי' ניכר שהי' כתב חדש אם כי אין זה הוכחה גמורה אף גם אם הים הוכחה גמורה הרי אפשר שלפני ב' שנים קנו ממנו ויכולין לכתוב זמן הראשון ולכך השיעבוד בתקפו וגם העדים אין נפסלין עפ"י עצמן כיון דאאמע"ר ולענין הודאתן לחייב א"ע ממון שחתמו שקר. הנה אין זה דומה למ"ש בש"ס מכות באומר עדות שקר העדתי ובחו"מ סי' כ"ט וסי' ל"ח דכאן לא הפסידוהו ממון דהרי יכולין לטעון דעכ"פ יודעים שהוא חייב ממון לו. אך מ"מ זה אפסידוהו דזילי נכסי' שעשו ממנו מלוה בשטר לכך תליא בשומת ב"ד מה ששוה לעשות למלוה בשטר ממלוה ע"פ כעין שאיתא פ"ק דמכות גבי כתוב' דשמין טובת הנאה וכו' כנלפענ"ד נכון:

עוד שם באותו סעיף נ"ב הנה דעת הרמב"ם דהיכי דהוי הכחש' והזמ' ביחד אינו הזמה והוי עדות שאילה"ז. והנה עלה בלבי הערה אחת דא"כ קשה בד"נ דבעינן התראה ובלא התראה לא מיקטל וא"כ אם העדים מעידין שהתרו הרי הוי עדות שאילה"ז שאם יזומן עמנו הייתם ממילא לא התרו בו והוי הכחשה והזמה יחד וצע"ג דהרי הם הבע"ד לענין התרא'. ובפרט אם אומרין העדים שלא היו שם עדים רק הם והתרו בו א"כ אם אומרין עמנו הייתם הוי הכחשה והזמה ביחד והוי עדות שאילה"ז ואפשר דדוק' עדות על גוף המעש' בעינן עדות שאתה יכול להזימ' אבל עדות על התרא' ל"ב עדות שאילה"ז וא"כ נהי שיאמרו עמנו הייתם ומוכחשין על התרא' מ"מ המעש' יכול להיות אמת והוי עדות שאילה"ז. שייך בהו דין הזמנה ועדיין צ"ע. והנה הלח"מ תמה על הרמב"ם הנ"ל מאין הוציא דין זה דהיכי דהוי הכחש' והזמה ביחד לא הוי הזמה ע"ש ואני תמה יותר דמוכח להיפוך בגמ' דמכות ד"ה דתנא שם במשנה אין העדים נעשין זוממין עד שיזומו א"ע כיצד אמרו מעידין אנו באיש פלוני שהרג את הנפש אמרו להם האיך שהרי נהרג זה או ההורג הזה הי' עמנו באותו היום במקום פלוני וקשה למה לא אשמעינן רבותא יותר דאפי' אם מעידים אתם וההורג הי' עמנו נמי אין נהרגין ונדע זה מכש"כ אם מעידין על ההורג או על הנהרג לבדו שאין נהרגין גם הי"ל תחלה אין העדים נעשין זוממין עד שיזומו א"ע בלבד ומדלא תני ל' מלבד מוכח דכל דהם מזימין ומעידין על גוף העדים אף שמעידים גם על ההורג נהרגין וכן מוכח אח"כ בגמ' אמר רבא באו שנים ואמרו בחד בשבתא הרג פלוני וכו' ולא עוד אפי' אמרו ע"ש הרג פלוני את הנפש נהרגין וכו' ומדלא קאמר הרג פלוני נפש אחד רק אמר בתרי בשבתא הרג פלוני את הנפש וגם מדקאמר בה"א הידוע' משמע דעל אותו נפש שמעידין הראשונים על חד בשבתא מעידים הם על תרי בשבתא וא"כ בזה הוי הכחש' והזמה ביחד דהרי אם מעידין שהרגו בתרי בשבתא או בע"ש ידעינן שלא הרגו בחד בשבתא ואעפי"כ נהרגין וצ"ע בזה וע' בחידושי לב"ק פרק מרובה דע"ד שם הבאתי ראי' לדברי הרמב"ם וע' בזה: והנה האו"ת בסי' זה הביא קושית המפרשי' על הרמב"ם דסובר דבמלקות ל"א כאשר זמם ולא כאשר עשה ואפי' אם נלקה האיש ג"כ מקיימים בעדים כאשר זמם ותמהו עליו מדוע יהי' כן ולפענ"ד א"ש מאד בפשיטות כי הנה במיתה כתיב קרא מפורש דיד העדים תהיה בו בראשונ' להמיתו ואף אם היו כמה כתי עדים כולם ידם תהי' בו בראשונה ולכך בזה גלי קרא דכאשר זמם ולא כאשר עשה היינו אם הזוממין בעצמם יעשו בו המשפט ל"ש בהם דין הזמה כיון דעשו מעשה ג"כ ולא הגדתן לבד וכן מורה דרשת חז"ל כאשר זמם ולא כאשר עשה והיינו דהם מעצמם עשו פטורין אבל בדין מלקות דאין העדים לוקין רק השליח ב"ד וכן

בממון אין הם הגובין הממון רק בב"ד וסוף סוף העדים לא עשו רק הגדה שייך בהן דין הזמה והוי כאשר זמם דהם לא עשו רק ההגדה וז"ב ונכון בעזה"י:

סימן לט

(**סעיף א**') גובין מנכסים משועבדים וכו' הש"ך בס"ק ב' האריך לדחות דברי מוהרש"ל שדחה דברי התוס' שיש חילוק בין מלוה הכתובה בתורה או לא וכו'. ואני אומר אף שדברי הש"ך במה שדחה ראיית מוהרש"ל אמת מ"מ הדין עם המוהרש"ל שאין חילוק. וראי' ברורה לפענ"ד ממס' ב"ק דמ"ג דפריך ובנזקין לא אמר ר"ע והתניא וכו' ומתרץ רבה ור"נ שם ומקשה ולוקמי לר"נ כגון שגבו קרקע ולרבה כגון שגבו מעות וכו'. ולפי דברי התוס' קשה דהא משמע בב"ב דקע"ה דמקשה לרבה דס"ל גבי שדה יש לו ואמאי הא ס"ל שיעבודא ל"ד ומשני רבה לטעמא דבני מערבא קאמר ולדידי' בין גבי מעות בין גבי קרקע אין לו ולפי"ז קשה מאי מקשה הגמ' לר"נ לשני בגבו קרקע לפי שיטת התוס' נימא דהא דר"נ ס"ל גבי קרקע אין לו היינו דאזיל לשיטתו דס"ל לר"נ גבי גובין מן העבדי' שלד"א כמ"ש התוס' והרא"ש הביאם הש"ך כאן והיינו דוקא בהלואה אבל כאן הא מיירי בנזקין והוי מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי ומודה ר"נ בזה דשיעבודא דאורייתא ע"כ גבי שדה יש לו משתעבד מחיים כמו שמחלק הגמ' הנ"ל שם בב"ב בין שיעבודא דאורייתא או לא ע"כ הוצרך ר"נ לפרש בגרושה א"ו דאין חילוק בין מלוה הכתובה בתורה או לא ולר"נ דס"ל שיעבודא לאו מה"ת בכל מילי לאו דאוריית' ע"כ שפיר הוי מצי לשנויי בגבו קרקע ופריך שפיר. וגם מדברי התוס' שם משמע שס"ל שאין חילוק שהקשו שם דהוי מצי לפרוך לרבה בין גבו מעות בין גבו שדה לדידי' שיעבודא ל"ד ולפי דבריהם שיש חילוק בין כתובה בתורה לא הי' מצי פריך לרבה כלל דרבה ס"ל של"ד היינו בהלואה אבל כאן בנזקין הוי מלוה הכתובה בתורה דמודה רבה. דשיעבודא דאורייתא ע"כ הוצרך לשנויי בגרושה ולק"מ לזה הוצרך להקשות מהא דאמר רבה גבו מעות אין לו ובו קרקע יש לו וע"כ היינו למ"ד שד"א כמו שמבואר בב"ב דקע"ה הנ"ל ומ"מ ס"ל דגבו אין לו ע"כ שפיר קשה תו דגם בנזקין הוי מצי לשנויי בגבו מעות דלמ"ד ש"ד אין חילוק בין כתובה בתורה או לאו וקשה שפיר אבל בל"ז לא הי' ק"מ כלל. כן נראה ביישוב קושית התוס' ומדלא תרצו התוס' כן משמע דס"ל כאן דאין חילוק בין כתובה בתורה או לא למ"ד של"ד וקשה לרבה בין גבו קרקע לגבו מעות ובזה מיושב קושית הרשב"ם בב"ב דקכ"ד ע"ב ומה שהקשו התוספת שפיר דהוי מצי להקשות עליו דיש לומר דהרשב"ם ס"ל כדעת התוס' בקידושין דיש חילוק בין כתובה בתורה או לא

ומקשה תו לרבה דוקא בגבו מעות מש"ה נקיט לרב נחמן בגבו קרקע כמ"ש התוס' שם ודו"ק היטב. שוב מצאתי קושיא זו באורים ותומים עיי"ש:

סעיף י בהג"ה ואם לא אמרו לו נ"ב עיין בש"ך ושם בגליון ציינתי שתמי' על הש"ך מסי' מ"ו סעיף כ"ד ובחיבורי לאהע"ז מהדורא ואו סי' ל"ט ישבתי זה ע"ש: (סעיף י"ג) בד"א בשטר שיש בו קנין וכו' עי' בש"ך ס"ק ל"ט במ"ש בשם הרא"ש דמחולק הרי"ף בין מחילה להלואה ע"כ מחלק בין הלווא' למכר וכו' עכ"ל ונשאלתי דאינו מובן דמה ענין זה לזה. אך נראה דהא קשה להרא"ש כמה כתב הרי"ף בסוגיא דמצא שט"ח ואע"ג דלא מטיא לידי' דמחילה הוא. כמה סיים זה ולזה מוכיח דבע"כ הרי"ף ס"ל דבמכר לא אמרינן עבחז"ל והיינו כיון דאין העדים זוכים לו תיכף רק אם מטו לידו בסוף זוכין למפרע א"כ תינח אם לא היו הנכסים מכורים ממש מכבר רק שיעבוד בעלמא זה יש להם כח להפקיע כיון דאין כאן הפקעת ממין ממש רק שיעבוד בעלמא ולכך יש להם כח להפקיע למפרע אבל בלוקח ממש שזכה בו ממש אין להם כח להפקיע מכירה ממש למפרע ולכך הוי קשה לו מה בכך דיהי' מטו לידו עכשיו דילמא מכרה מכבר וגם מכירה לא אמרי' עדיו בחז"ל למפרע ומוכח לומר דמחילה עדיף ול"ב מטו לידו בסוף כלל רק תיכף זוכין מתחלה ואז עדיין לא הי' נמכר וגבו לו תיכף ובשלמא היכי דאי אפשר לזכות רק כשמטו לידו בסוף לזכות למפרע זה אין להם כח כיון דכבר נמכר בינתים לזכות למפרע אין להם כח להפקיע ממון. אבל מחילה דזוכין לו תיכף קודם המכירה מהני שפיר ולא הוי המכירה אח"כ כלום. לכך כתב הרי"ף ואע"ג דלא מטו לידו מכירה הוא וא"ש ולפי שראיתי רבים וכן שלמים מקשים בזה ביארתיו כאן ודוק היטב:

(**סעיף י**"ז) לוה שבא לב' בשט"ח שבידו וכו' נ"ב. הנה נשאלתי כיון דזה בע"כ מיירי רק בשטר שיש בו קנין דבאין בו קנין אין כותבין בלא מלוה וביש בו קנין העלה הש"ך לעיל דעיקר הפירוש הוי בין לא ילוה א"כ האיך מצי לתובעו להלוות לו כיון דהוי הקנין אף אם לא ילוה והשבתי דלק"מ מתרתי טעמי חדא דאין כוונת הש"ך אף אם לא ילוה כלל רק הכוונה אף אם לא ילוה עתה דהיינו אם הכוונה דוקא שילוה עתה א"כ לא נשתעבד לו בתורת חיוב חדש בדבר שאינו חייב בו רק בשיעבוד הלוואה ע"י קבלת המעות ובזה כל דלא קיבל מעות אינו משועבד ויש בו חשש מוקדם אבל אם נשתעבד אף אם לא ילוה עתה ונהי דהתנה שילוה לו בשום פעם מ"מ במה דנשתעבד מעכשיו למפרע הרי עתה לא לוה אין זה רק דנשתעבד בדרך חיוב בדבר שאינו חייב ותנאי הלוואה הוי רק כתנאי בעלמא כמו ע"מ שתלך למקום פלוני דאטו אם נשתעבד לו מעתה ונתחייב לו ע"מ שילך למקום פלוני אימתי שירצה אטו יחשב בזה מוקדם כן ה"נ לא גרע תנאי הלוואה

שהתנה עמו להלוותו בשום פעם מתנאי דעלמא לעשות לו דבר פלוני. ותדע דאם הוי כוונת הש"ך לעיל שלא ילוה כלל לא הו"ל להזכיר לשון מעכשיו כיון דאין כאן תנאי רק חיוב בעלמא. ובע"כ דמיירי דהתנה עמו להלוותו בשום פעם רק כיון דהתנה שאם ילוונו יתחייב לו מעכשיו א"כ הוי עיקר החיוב מעתה בדבר שאינו חייב ומ"מ מחיוב להלוות לו כיון דתלה חיובו ושיעבודו בהלוואה מחיוב הלה לקיים תנאו ולהלוותו כיון דזכה בשיעבוד נכסים מחויב לקיים תנאו ולהלוותו בשום פעם עכ"פ: ועוד נראה אף אי נימא דכוונת הש"ך כפשוטו שלא ילוה כלל מ"מ א"ש דזה דומה למוכר חפץ לחבירו ונתחייב לו הלה דמי' לשלם. והנה אף אם אח"כ אינו משלם לו המוכר אינו בטל בזה המכירה ולא הוי כגזל בידו דמ"מ כיון דלא התנה בהדיא דאם לא ישלם לו יתבטל המקח אין המקח בטל וע' בחלקת מחוקק באהע"ז סי' ק"כ שנסתפק בזה יעו"ש והעיקר דלא הוי כגזל בידו ולכך ה"נ אם נימא דכוונתו הוי דוקא אם ילוה לו ואם אינו מלוה לו בטל השיעבוד למפרע א"כ יש חשש מוקדם בזה אבל כיון דהשיעבוד בין ילוה או לא ילוה הוי הכוונה כך דהוי כמוכר לו נכסיו בכל ענין בין אם ישלם לו או לא מ"מ יזכה בשיעבוד נכסיו ואין זכיות השיעבוד תלוי בהלוואה אבל מ"מ כיון דזכה הלה בשיעבוד נכסים צריך הלה לשלם לן דמים כדין תשלומי דמי המכירה ולכך יכול לכפותו לשלם לו דמיו להלוות לו עבור דמי השיעבוד שזכה בשלו דהוי כקנה ממנו חפץ דחייב לשלם לו דמיהן ומ"מ בין אם משלם בין אינו משלם החפץ נקנה לו כן ה"נ מ"מ בגוף השיעבוד זכה בין אם ילוה או לא ילוה דלא הוי השיעבוד על תנאי אם ילוה לו ודו"ק היטב וא"ש:

סימן מא

סעיף א'. והוזקקנו לעדותם של עדי' ונמצאת מכוונת וכו' נ"ב עיין בסמ"ע מה שפירש בזה וכו' ולפי דבריו ה"ה נמי בנשרף השטר נמי צריכין שידעו גוף העדות ובלא"ה אין גובין בו. כיון שאין גוף השטר לפנינו. וקשה לי על זה מהסוגיא דהגוזל קמא דקאמר שם השורף שט"ח של חברו באנו למחלוקת ר"ש ורבנן ופריך שם הש"ס ה"ד אי דאיכא עדים דידעו מה' כתוב בו לכתוב לו שטרא אחרינא וכו'. אי דליכא עדים מנא ידעינן מה כתוב בו. ולפי הנ"ל קשה נימא דלעולם מיירי שיש עדי' שיודעים מה כתוב בו והכירו השטר רק שלא היו יודעין אם ההלואה אמת נמצא דשטר אחר אין יכולין לכתוב כיון דאין יודעין גוף העדות והשורף שפיר יגרם לו היזק שהרי אם היה השטר בעין היה גובה בלא"ה כמ"ש הסמ"ע שהשטר לפנינו גובין בו אף שהבית דין יודעין שאין עדי הקיום

יודעין גוף העדו' וכו' ולמה להש"ס לדחוק במאמינו. ודוחק לחלק בין שורף ונמחק. וצע"ג כעת:

סימן מב

סעיף ט. לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה אלא בכל כי הני גוונא דלעיל שאין השטר בטל לגמרי וכו'. נ"ב לכאורה צ"ע טובא מדברי רש"י בגיטין דף מ"ב ד"ה הא דאמר וכו'. דאיכא למימר חד פלגא כ' לתרווייהו ואיכא שיור. והרא"ש מסיים שם עוד דיד בעל השטר על התחתונה וכו'. וכן הוא דעת הטור בסי' רס"ז יקשה דהא אם יתבטל הענין לגמרי לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה רק על העליונה. א"כ התם אם נימא דלחד חצי מכוון בטל הכל שהרי לא נעשו בני חורין עי"כ לרבנן דהתם. וממילא נכסים לא קנו. וכל היכא דבטל לגמרי ראוי לומר בו יד בעל השטר על העליונה. ולכאורה צ"ע טובא. ואפשר כיון דהתם רבי פליג וס"ל דהמשחרר חצי עבד קנה. וא"כ יש לומר דטעה ביה האדון וסבר דמהני. ודומה למ"ש הרמ"א בשם המוהרי"ק דבדבר שאפשר למטעי ביה הנותן אמרינן ביה יד בעל השטר על התחתונה. א"כ ה"נ בענין זה. ולפי זה יש ראיה לדין של המוהרי"ק מפרש"י והתוס' והרא"ש הנ"ל. והנה לדינא צ"ע על מה שלא הוציאו הפוסקים הדין לענין מתנה שאם אחד כתב שני שטרות בכל אחד כתב חצי נכסי ומסר את השטרות לאחד שיזכה לשניהם יחד דחיישינן שמא על חצי אחד הוא מתכוין ולא קנה כ"א רק את הרביעי ואדרבא בהא כ"ע יודו דהכא לא יתבטל הענין לגמרי כיון דקנה כ"א הרביעי עכ"פ. א"כ לא יתבטל הענין לגמרי לכך ראוי לומר בו יד בעל השטר על התחתונה כמו שמשמע מפרש"י והרא"ש והטור הנ"ל בזה. וצ"ע כעת:

סעיף טו אלא לשון שנוהגין ההדיוטות לכתוב במקום ההיא הולכין אחריו ואפי' לא נכתב דנין אותו כאלו נכתב. נ"ב עיין בש"ך מה שהאריך בזה. ועיין בחיבורי מזבח אבנים על אהע"ז סימן נ"ד מה שכתבתי בזה על דברי הב"ש שם. ומה שחלקתי היכא דאמרינן מסתמא ידע והיכי דלא בעינן ידע דיש לחלק בין היכי דבעי' הסכמת המתחייב ע"י המנהג ובין היכי דדי בדעת הזוכה מצד המנהג לבד עיי"ש. וגם דברי הש"ך צ"ע שמלשון הר"ן בשם הרשב"א שכ' הדרך תלי לפי ראות עיני הדיין שאי אפשר לומר באשה שתדע בנוסח השטרות וכו'. משמע דוקא באשה חיישינן דילמא לא ידעה אבל באיש דדרכו לידע אמרינן מסתמא ידע מהמנהג ולא כהש"ך שכ' דתלינן שלא ידע בכל אדם וצ"ע. והנה ראיתי באו"ת שכ' ליישב קושית הש"ך בענין אחר בין אם המנהג לעשות כן אפי' בלי כתובה או המנהג הוי לכתוב בכל השטרות כן והיכי דהמנהג הוי לכתוב ל"מ

במקום שלא נכתב עיישה"ה. ולדעתי מדברי תשובת הרשב"א שהביא הרב בהג"ה לקמן סימן ס"ז שכתב וזה"ל. אם נהגו לכתוב בשטרות ובשטר אחד לא נכתב לא אמרינן דהוי כאלו נכתב אע"פ שלענין שאר הדברים אמרינן וכו' הרי התחיל בלשון שנהגו לכתוב כן בשטרות וכו' משמע דרק הכא הוי כן אבל בעלמא אף אם המנהג לכתוב שטרות ב"כ אמרינן אף שלא נכתב הוי כאלו נכתב וכל לשון הש"ע כאן בסימן מ"ב לשון שרגילים ההדיוטים לכתוב משמע ג"כ דלא כהאו"ת. רק העיקר צ"ע כהש"ך וגם דבריו צ"ע היכי דאין ידוע שאינו יודע. די"ל דמסתמא ידע אא"כ בענין דמוכח דלא ידע כגון באשה וכדומה כנלפענ"ד נכון. ועיין באהע"ז שם נכון:

סימן מג

סעיף א כותבין בשטר זמן הלואה נ"ב גרסינן במסכת ע"ז דף יו"ד ההוא שטרא דהוה כתוב ביה שית שנין יתירתא. מתקיף לה רב אחא בר יעקב ממאי דממלכות יוונים מנינן דילמא ליצ"מ מנינן וכו' והאי מאוחר הוא וכו' והנה בעו"הר לא יכולתי להבין פשט דברי הש"ס דבממ"נ אם סבירא ליה דמספקא יש לחוש דילמא מאוחר הוא א"כ למה לי להאריך ולהרשות מכח דילמא ליצ"מ מנינן הו"ל להקשות בפשיטו' ממאי דהסופר קחשיב מתחלת מלכות יון דילמא חשיב כמו אנן והאי מאוחר הוא ואם ס"ל דמספקא אין לחוש למאוחר כפירוש רש"י ד"ה ספרא דיקנא דלא ניחא לך למימר מאוחר הוא לפי שאין דרך למחול שיעבודו שמא ימכור זה כל נכסיו א"כ מה"ט ל"ק נמי מה דפריך ודלמא ליצ"מ מנינן. הרי מזה עצמו מוכח דלא הוי ליצ"מ. דאם הוי ליצ"מ א"כ הוי מאוחר והרי אין דרך למחול שעבודו ובודאי אינו מאוחר ומונה למלכות יון מתחלת המלכות. ולהבין זה נראה בעזה"י דהכלל כך הוא. דהיכא דאין ספק רק על כוונת הסופר מה כוון אז סגי בהוכחה זו דאין דרך לעשות שטר מאוחר וזה מעיד על כוונת הסופר עצמו. אבל אין די בהוכחה זו להוכיח ממנו על כל מנין שלנו דמה אלים הסופר להוכיח על כל תקנת חז"ל. גם עוד נקדים דהיכי דהוי אפשר למיתלי בטעות. דעבידי למיטעי אז די בהוכחה זו לומר למתלי בטעות דלא עבידי למיטעי וטפי מוכח דהוי מאוחר ובזה א"ש כוונת הסוגיא דודאי אם ידעינן דאין מונין למלכות יון רק דהספק הוי על כוונת הסופר בזה הוי הוכחה דאין דרך לעשות שטר מאוחר לכך טפי איכא למיתלי בטעות כיון דאנן נמי מנינן ליון א"כ למנות מתחלת המלכות הוי טעות דעבידי למטעי. אבל אם אפשר לומר דאנן מנינן ליצ"מ א"כ מן הוכחה זו ומן הסופר אין להוכיח מנינו. וכיון דאפשר לומר דאנן מנינן ליצ"מ. א"כ לתלות דהסופר טעה ומונה למלכות יון ולתחלת

מלכות זה הוי טעות דלא עבידי למטעי ובפרט לטעות בתרתי. ואם כן כיון דהוי טעות דלא עבידי למטעי טפי יש לחוש דמאוחר הוא. כנלפע"ד כוונת הסוגיא. שוב ראיתי בתורת חיים הרגיש קצת בסוגיא זו ונדחק ליישב אך לפימ"ש יותר נכון בעזה"י:

שם סעיף א' ויש מי שאומר שאם קנה אחר שראו העדים השטר וכו' נ"ב עיין בש"ך מה שהקשה על זה ועיין בחיבורי לאו"ח ה' פסח בתשובתי למיקאלאייוב מ"ש בזה בישובו. ולמה כתב בשם י"א משום דרש"י וראב"ד חולקין בזה ע"ש:

סעיף י"ב הא דשט"ח המאוחרים כשרים וכו' נ"ב אם גם מן הלוה אינו גובה או ממנו גובה ובדין שטרי מכירה הנכתבים מאוחרין מדעת המוכר מה דינם ע' בתשובתי לאו"ח ה' פסק מה שכתבתי בזה: סעיף י"ז יש מי שאומר דהא דאמרינן דעסוקין באותו ענין כשר היינו דוקא וכו' נ"ב עי' בסמ"ע הטעם ולפי"ז נראה דה"ד נמי בכתובה אם לא היה החופה והקנין רק בלילה והכתובה נכתבת ביום פסולה אף שהיו עסוקים באותו ענין כיון דכתובה לא קבל ממנה שום דבר כנגד מה שמוסיף לה ומה שמתחייב הוי רק ע"י החופה שכנסה לחופה ובזה מתחייב לה כתובה (ואף דהש"ך כתב דמהרמב"ם משמע דליכא חילוק מ"מ ספיקא דדינא הוי ואין גובין מספק בפרט נגד הכרעת המחבר) דומה ממש לשטר חוב או קנין שלא מהני עסוקין באותו ענין. ואין דומה לשטר הלוואה שהחייב מתחיל מזמן המעות שנתן ביום וכן אף למ"ד בש"ס גיטין י"ח דכתובה נכתבת ביום ונחתמת בלילה דכמעב"ד דמי גם כן פרש"י שם להדיא דוקא כשכנסה לחופה ביום אבל אם לא כנסה לחופה ביום לא מהני. וה"ה נמי למאי דדוחה שם הש"ס דאין טעמו מכח דעב"ד רק מכח דהוי עסוקין באותו ענין ג"כ בעינן שיהי' החופה אז דומה לשטרי הלואה אבל אם לא הי' החופה רק בלילה לא מהני עסוקין ופסולה בכתובה כן נלפע"ד נכון לדינא. ומכש"כ לפמ"ש דבעינן שיהיה החופה ביום כפרש"י כן נראה לי ודו"ק. והבית שמואל בסי' ס"ו הביא בפשיטות דכשר בכתיבה נכתב ביום ותימא שלא הביא כלל הדעות שהביא הש"ך בס"ק ל"ד כאן וצ"ע וכויין מה שכתבתי באהע"ז סי' ס"ו בזה:

סעיף כח נותנין למי שכתוב בו אדר סתם וכו' נ"ב עיין בש"ך שהעלה כאן וביו"ד סי' ר"כ דיחלוקו והטעם כיון דדעת הרמב"ם הוי דאדר סתם הוא אדר שני עיי"ש ולכאורה קשה למה לא נימא כיון דמי שכתב בו אדר סתם עכ"פ אף אם הכוונה על אדר שני עכ"פ שוה הוא למי שכתב בו אדר שני והי' הדין שיחלוקו. ולכך אף אם הוי הכוונה אדר שני ג"כ היה הדין שיחלוקו. ואם הוי הכוונה אדר ראשון מגיע לו הכל. וא"כ כיון דיש לו' ודאי בחצי וספק בחצי שני נימא אין ספק מוציא מידי ודאי. וכמ"ש האו"ת

בסי' ק"ד יעו"ש. ומזה הי' ראיה למ"ש שם דהיכי דאין הספק בכוונתו רק בהדין ממש אין הספק מכריע הדין. א"כ ה"נ דאף אם בעהש"ט התכוין על אדר ראשון אם הוי הדין דסתם אדר הוי שני אזלינן רק בתר השטר מה שמשמע מלשונו. כמו אם נמסר השטר באמצע היום דלא חשבינן רק מסוף היום כיון דאין כותבין שעות א"כ ה"נ לא חל רק משני. וא"כ אין הספק בכוונתו רק בעיקר הדין. ולא שייך אין ספק וכו'. מיהו י"ל דמיירי שאותו שכתב בו אדר סתם כתב בו היום מאוחר מיום של המפורש בו באדר שני. ולכך אף שכתב בו אדר סתם הוי ספק. דאם הוא אדר שני הוי הראשון מוקדם שזמנו קודם ולכך הוי ספק וספק מי קודם ולכך יחלוקו. אבל אם לא נכתב בו זמן החודש רק סתם בחודש זה אף להש"ך הוי הדין שנותנין למי שכתב בו אדר סתם לדעת האו"ת הנ"ל. מיהו לפימ"ש בחיבורי לחו"מ סי' ל"ט דלא שייך בספקא דדינא אין ספק מוציא מידי ודאי. אז בכל יחלוקו כנ"ל וא"ש דעת הש"ך ומ"ש כאן בש"ע דנין בשטרות כמו בנדרים. זה אינו שייך לדידן דזה דוקא במקום שמדברים בלשון תורה אבל במקום שמדברים בלע"ז וכתב בלשון תורה הולכין בתר לשון תורה כמ"ש הש"ך ביו"ד סי' רי"ז בשם רבינו ירוחם. וא"כ ה"ה בשטרות ודו"ק:

(**סעיף כ"ח**) ב' שטרות שנעשו בשנה מעוברת וכו' נ"ב עיין בחיבורי ליו"ד מהדורא ה' סי' רנ"ט מ"ש שם דרך אגב השייך לכאן לחיבורי נ"ז סי' ר"כ דף כ"א ע"י"ש מה שנ"מ לכאן וזה חידוש דין שם ודו"ק:

סימן מה

סעיף ז' אבל אינו יכול לטעון להד"מ עיין בש"ך ס"ק י"ד וזה"ל מטע' שכתב הר' יונה כיון שניתנ' עדות זו להכשיר אלו מלאוהו בקרובים או בחזרת דברים עכ"ל. נ"ב לכאורה דבריו צ"ע שמה שניתן עדות זה להכשי' במלאוהו בקרובים הוי רק קודם שנראה פסולו בב"ד דאח"כ ל"מ כמ"ש לקמן. וא"כ הרי במוקדם ג"כ דעת הש"ך לעיל דכשר. אם כתב עליו קודם שנרא' לב"ד שלא ניתן לגבות רק מזמן זה. אך נרא' כוונת דבריו דהתם עדות זה שמעידין כמו שנכתב בשטר שנעשה הענין ביום פלוני זה לא ניתן להכשיר בשום ענין. שאף אם כתב עליו קודם שבא לב"ד שניתן לגבות מזמן זה כבר הוי שינוי מגוף העדות ופנים חדשות בא לכאן כאלו נעשה כאן שטר חדש מעתה. אבל עדות זה הנכתב בשטר מתחלה האיך שנעשה ביום פלוני. זה הוי שקר ולא אפשר להכשירו בשום ענין לכך א"א לגבות בו מב"ח בעדות זה שהוי בפסול אבל כאן הרי אין כאן שינוי בגוף העדו'

ועדות זה ניתן להכשיר כמו שהוא עתה בלי שינוי בגוף עדותן כלל לכך כשר הוא לגבות ממנו אף שעדיין לא מלאוהו. וא"ש ונכון. ודו"ק היטב בזה כי הוא סברא נכונה וברורה:

סעיף י"ג אם נפסל ע"י חתימות הפסולים אם הכשרים זוכרים העדות ע"י ראיית השטר וכו' נ"ב עיין בסמ"ע והש"ך ועיין בחיבורי לאהע"ז מהדורא וי"ו סי' צ"ח מ"ש בתשובה לק' הרימלוב ליישב דעת הפוסקים. והעליתי דהיכי דהוי השטר מדעת המלוה והזוכה אז כיון דמרצונו נצטרפו יחד בטל לגמרי ואינו יכול לחזור ולהגיד בפ"ע אבל אם חתמו שלא מדעת המלוה והזוכה אז בע"כ שנצטרפו כדי לבטל השטר דהוי כמאן דליתא. אבל לא בטל גוף העדות כיון דלא הוי ראי' והגדה ע"ש והוא נכון בסברא בעזה"י. גם כתבנו שם לחקור אם במילי דרבנן דלא בעי עדות רק מדרבנן אם אמרינן נמי בנמצא אחד מהם קא"פ בטלי כולם עיי"ש:

סימן מו

(**סעיף א'**) המוציא שט"ח על חבירו כ"ז שלא נתקיים יכול הלוה לומר מזויף הוא. נ"ב עיין בחיבורי לאו"ח שנת תר"ה בה' ר"ה לחידושי הש"ס שם מה שהוכחתי מתוס' גיטין די"א גבי איגלאי דכותי חבר הוי דס"ל בטוען מזויף בעי קיום מה"ת גם עי' בירושלמי שם מוכח דס"ל דאף בנתקיים ח"י העד ע"י אחרים נמי א"י להעיד הוא ואחר על השני דהוי נכי רבעי היפך מן הש"ס וממה דקיי"ל ועי' מ"ש בביאור דברי הירושלמי בחידושי הנ"ל ודוק היטב:

(**סעיף י'**) מי שחתם על השטר וכו' נ"ב הנה גרסינן בפ"ב דכתובות דף כ"א זה אומר כתב ידי וזה אומר כת"י צריכים לצרף עמהם אחר וכו'. והנה קשה לי לתירוץ התוספת לעיל דף י"ח בתירוץ קמא דלכך אינן נאמנין אנוסים היינו מחמת ממון במיגו דמחמת נפשות דמחמת נפשות לא שכיח. משמע הא בלא"ה הוי מיגו כב' עדים א"כ הכא קשה למה בז"א כת"י וזה אומר כת"י צריכים לצרף עמו אחר יהיו נאמנים במיגו דכ"א הי' אומר זה כת"י חברי ג"כ. ומיגו להוציא לא הוי דבשטר אמרי' מיגו להוציא וצ"ע. גם קשה במה דפריך שם פשיטא כיון דהלוה טוען ברי. אבל כיון דאיכא שטר העדים מקיימי' רק דהוי ספקא דדינא אם על מנה שבשטר הם מעידין או על כת"י. א"כ הוי ספקא דדינא ומהני תפיסה בעדים ולימא נ"מ זו. ומזה יהי' ראיה דלא מהני תפיסה בתיקו וספקא דדינא וצ"ע גם בזה: (סעיף יו"ד) מי שחתם על השטר ובא להעיד על כת"י בב"ד וכו'. נ"ב הנה גרסי' בש"ס פ"ב דכתובות ומי אמר שמואל הכי וכו' וחייש שמואל לב"ד טועין וסבר שמואל דילמא איכא דס"ל דהלכה כרבי מחברו ולא מחבריו ובהא אפי' מחבריו וכו'. והנה הפני

יהושע דקדק למה לי לחדש דס"ל בעלמא הלכה כרבי מחבריו ומ"ש לתרץ הוא תמוה לפענ"ד דהרי חשש שמואל הוי שיבוא לב"ד לגבות ויטעו בדין והרי אז ראו הדיינים שהוא אינו מודה בשטר רק טוען מזיוף האיך יאמרו שהי' לפני שמואל מודה בשטר שכתבו ואם יאמרו שהבע"ד חוזר וטוען ומכח קיום שמואל יחזיקוהו לכפרן אכתי מנין יוכיחו כן. ואם כי לא יתלו ששמואל טעה בדין אכתי יתלו שלא הי' הבע"ד לפני שמואל וקיימו שמואל מכח דעכ"פ יועיל אולי יהי' מודה בשטר שכתבו אבל עתה שישמעו שהבע"ד אינו מודה לא יסמכו על הקיום. גם יש לומר שיאמרו ששמואל כתב קיום זה. אולי יזדמן עוד ע"א על כל חתימה ואכתי מי דחקו לומר דבעלמא יודו דהלכה כרבי מחברו ולא מחבריו. ועוד דנהי דקיי"ל דב"ד בתר ב"ד לא דייקו היינו לדידן דקיי"ל ל"ח לב"ד טועין. אבל שמואל כיון דחייש לב"ד טועין א"כ יטעו הם להיפוך ויאמרו דשמואל טעו דאם חיישינן לב"ד טועין גם ב"ד בתר ב"ד דייקי כדמוכח ביבמות דק"ו ובב"ב דקל"ח. ולכך נראה לי דכוונת הש"ס דקשה לו האיך נאמר דשמואל חייש לב"ד טועין הרי הלכה כשמואל בדיני. ובב"ב קאמר הש"ס הלכתא דלב"ד טועין ל"ח ולזה מפרש כך דיש לחלק בין דאורייתא לדרבנן דבדאורייתא ודאי בקיאים ול"ח לב"ד טועין. אבל בדרבנן חיישינן לב"ד טועין. דבדרבנן לא בקיאין כ"כ ולכך קאמר הש"ס דרק בדרבנן חיישינן לב"ד טועין לכך בעלמא בשל תורה ודאי יהיו בקיאין דהלכה כרבי מחברו ולא מחבריו. רק מדרבנן יהיה טועין ויסברו דהלכה כרבי אפי' מחבריו ולכך לא סתרי ההלכתא אהדדי. דבמס' ב"ב בשל תורה מיירי וכאן מיירי מדרבנן וראי' לדברינו ממה דשם בב"ב דקל"ח ע"ב למה פריך מרבא דחייש לב"ד טועין הו"ל להקשות טפי משמואל דהוא קודם רבא דחיישינן לב"ד טועין כדמוכח כאן. ובע"כ דיש חילוק בין של תורה לדרבנן ובהכי א"ש מה שהקשתי בחיבורי לאו"ח במ"ש המג"א בישוב דעת הרמב"ם דהוצרך עד"ר אף דקיי"ל דצריך לפרוט הנדר מכח דחייש לב"ד טועין וכו'. והקשתי הרי קיי"ל דלב"ד טועין ל"ח ע"ש ולפי"ז א"ש דמה שצריך לפרוט הנדר הוי רק דרבנן מכח גזרה ובדרבנן חיישי' לב"ד טועין ודו"ק. עוד י"ל בישוב קושית הפ"י דלכך לא רצו לומר דטעו. דבכ"מ הלכה כרבי מחבריו דהרי קיי"ל דאין חוששין לב"ד טועין ולזה מחלק כך די"ל דנהי דבעלמא ל"ח לב"ד טועין מ"מ בזה יש לחוש כיון דהוי דבר שבממון. וקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב. וכאן כיון דבעלמא הלכה כרבי מחברו רק דאין הלכה מחבריו וא"כ עיקר המעלה הוי מכח דרבים חולקים עליו. לכך אין הלכה כרבי. וא"כ בהא כיון דהוי דבר שבממון ולרבי הוי להחזיק ולפטור מממון הוי הלכה אפילו מחבריו

דהריבוי אינו מעלה דאין הולכין במאה"ר. ולכך הוי חשש טעות ואין בזה סתירה למה דקיי"ל בעלמא ל"ח לב"ד טועין דכאן הוי עבידי למטעי ודוק היטב:

(**סעיף י"ג**) בהג"ה וכש"כ אם היו עדים לקיים חתימת החי וכו'. נ"ב עיין בש"ך שכתב שאם העיד הוא עצמו תחלה שוב הוי כל יתר כנטול דמי וכו'. ונסתפקתי אם הי' עדותו תחלה שלא בפני בע"ד וכדומה משאר ענינים דלא מהני עדות זה רק דבקיום שטרות הקלו ואח"כ ליכא עדים אחתימת הב' ובא לחתום ידו אחספא או אחרים להעיד על חתימתו ושהוא ואחר יעידו על השני אם מהני. אם נימא כיון דהעיד תחלה שוב לא מהני אח"כ כמ"ש הש"ך כאן או נימא דהרי מדינא עדות זה לא מהני שהעיד בתחלה רק מכח דבקיום הקילו ולקולא לבעל השטר אמרו כן אבל לא לחומרא. והיכי שנמשך ממנו חומרא אוקמוהו אדינא כמו בכל דוכתא וכיון דלא הוי עדותן כדין עדיין לא נפיק ממונא אפומי' ולכך מהני להעיד אחרים על חתימתו ולקולא אמרו ולא היכי דנפיק מנייהו חומרא או אפשר כיון דתקנו לקבל זה לגמרי תקנו וכיון דנתקבל נתקבל:

(**סעיף כ"ד**) שנים מהם מכירים חתימות ידי העדים ואחד אינו מכיר וכו'. נ"ב הנה לכאורה לפענ"ד נראה דהיינו דוקא בכה"ג היכי דהם עצמן מכירין החתימות בזה שפיר אמרינן דמשחתמו אין מעידין וחותם דכבר נתבטל צרופם. והיינו כיון דהם חתמו כבר. ונהי דלא יהיה השלישי עמהם. מ"מ כיון דעכ"פ מכירין החתימות הם עצמן ומועיל חתימתן להיות תורת עדות עליהם דהעדאת עדים מיהו הוי להריב"ש והרב רמ"א וא"כ שפיר כיון שחתמו בלא השלישי שוב הועיל חתימתן להיות עדים ונפקא מתורת דיינים לדין עדים וכיון דהועיל במקצת שוב לא מצי אחר כך השלישי לחתום עמהם ולהיות חוזרים ונעשים דיינים ובזה אמרינן שכבר נתבטל צרופן. אבל אם הם לא הכירו החתימות כלל רק אחרים העידו לפניהם א"כ כ"ז שלא הי' השלישי עמהן לא מהני עדותם וחתימתן כלל דהוי כעד מפי עד. וא"כ עדיין לא נתבטל צרופן כיון שלא הועיל חתימתן כלל. וכעין זה קיי"ל בש"ע אהע"ז ה' גיטין דהיכי דהנתינה הראשונה לא הי' מועיל כלום לא בעינן אח"כ נתינה חדשה. אבל אם הועיל הנתינה במקצת בעינן אחר כך נתינה חדשה. וא"כ ה"נ היכי דהחתימה שלהם הועיל תחלה במקצת לא מהני שיחתום אח"כ הוא עמהם ובעינן גם שלהם חתימה חדשה. אבל אם עדיין לא הועיל חתימתן כלום עדיין לא חל כלל חתימתן ולכך מהני חתימתו אחר כך ומצטרף עמהם. וכך נמי בדין שאח"ז וגבי העידו עליו שהוא גזלן ג"כ כיון והמימרות נאמרו יחד ג"כ מיירי שהכירו הם עצמן החתימות כל כה"ג אמרינן שנתבטל צרופן אבל כל שלא הכירו הם רק אחרים העידו לפניהם לא הועיל חתימתן ולא נתבטל כלל עד הראשון. דמעתה

גם מ"ש הש"ך גבי ולא החתימה דפירש בש"ך כגון שהעידו לפני שנים. דלדעתי אינו נכון דאף אם הם לא הכירוהו רק העידו לפניהם כל שלא שמע השלישי אין זה כלום דהוי כעמפ"ע. דלכך הוה כאלו לא העידו לפניהם כלל עדיין ורשאים לכתוב ולחתום כמו אם לא העידו עדיין לפניהם כלל וזה נראה כוונת הש"ג שהביא הש"ך והש"ך תמה עליו שזה סותר הש"ס וכל הפוסקים עיי"ש. ולפמ"ש א"ש דהש"ג מיירי שהם לא הכירו בעצמם רק אחרים העידו כן לפניהם ובזה לכ"ע רשאים לחתום אח"כ דלפי"ז יהי' מוכח מן הש"ס כדעת הריב"ש שמהני בזה עדות מפי כתבם. גם לפי"ז יהי' מוכח מה דאוסר הש"ע לכתוב החתימה. היינו מכח דבחתימה חיישינן טפי לשקרי כן נראה לפי עניות דעתי נכון וברור לדינא:

(**סעיף ל**') בהג"ה וי"א דפסול נ"ב עי' בש"ך שהקשה מלשון הראשון דמלשון הרא"ש לא מוכח מידי ע"ש. ואפשר לומר דכוונת הרב לדעת הרמ"ה שהביא הש"ך לעיל בסעיף הקודם דס"ל דאם לא נכתב וחד ליתניהו. חיישיינן שמא קרוב או פסול הי'. ולכך לא חתם וא"כ לדידי' אם לא חזינן שהוא פסול חיישינן שמא היה פסול כיון דאיכא רעותא מכש"כ הכא שנמצא אחד מהם קא"פ ממש. שאינו כשר ולא תלינן לי' בהכשר דשלא חתום ולכך ס"ל דהרמ"ה פליג בזה ודוק היטב:

סימן מז

(**סעיף א**') מלוה שאמר על השטר שבידו שהוא אמנה או פרוע וכו' נ"ב. הנה נשאלתי מהרבני המופלג מוה' ברוך מק' מקיליניטץ מדי היותו בק' בארזאן דלמה ביש ע"א שהוא פרוע אין המלוה נאמן לומר שהוא פרוע כיון דמשועבד מדר"נ ולמה אם אין לו נכסי' למה לא יהי' נאמן מדין ע"א כמ"ש בה' ערב דלוה מעיד לערב. והשבתי דהרי בכל עד הוי ראוי לחוש שמא משקר רק דמוקמינן ליה אחזקת כשרות. וכיון דאומר דהשהה אצלו שטר פרוע עבר על אל תשכן באהלך עולה א"כ איתרע חזקת כשרות דידי' וחיישינן שמא משקר והוי ממ"נ גם כאן דהוי חזקה דשטרך בידי מה בעי סותר לדבריו וחזקה דמי' לע"א. לכך אין לו דין עד דחוקה שבידו סותרין דבריו ודוק היטב:

סימן מח

(**סעיף א**') סופר שבא לכתוב וכו'. נ"ב גרסינן בש"ס ספ"ק דב"מ אר"י המוצא שטר בשוק וכו'. עד סוף הסוגיא שם. והנה לכאורה אין הבנה לסוגיא זו דקארי לה מה קארי לה. וכי לא ידע המקשן דכל דבר אף דלא שכיח כלל מ"מ אפשר שיזדמן. והרי ר' יוחנן

ל"ק רק אם נזדמן כן שפרע בו ביום ומה התחיל להקשות. ולכאורה הי' נראה שהם יהיו מחולקים בפלוגתת ר"ל ואביי בפ"ק דב"ב אם אמרינן חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו או לא יהיו מחולקים בדין סתם הלואה למ"ד יום אם שייך בי' חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו. ולכך המקשן הוה ס"ל כמ"ד דאין אדם פורע ת"ז. וגם ס"ל דגם למ"ד יום הוי בכלל תוך זמנו. ולכך הוה קשה לו למ"ל דכתוב בו ביום בלא"ה הרי הוי תוך זמנו או בתוך למ"ד יום. ובע"כ כיון דכפל איתרע חיישינן אף ללא שכיח. וא"כ שפיר הוה קשה לו אם איתא דאפשר שיפרע אדם בו ביום. נהי דהוה ע"ד המועט מ"מ כיון דאפשר שיזדמן כן הוי לנו לחוש כיון דנפל איתרע כמו בת"ז או למ"ד יום. ובע"כ דא"א להיות כלל שיפרע ביומו. ולכך פריך שפיר והא חזינן דאפשר שיזדמן כן. א"כ נהי דלא שכיח מ"מ נימא כיון דנפל איתרע כמו בתוך זמנו ולכך משני דבאמת אפשר שיזדמן ע"ד המועט ומ"מ ל"ח לזה אף דנפל איתרע. ומה דחיישי' לזה בתוך זמנו היינו דאדם פורע תוך זמנו או בתוך למ"ד לא הוי תוך זמנו. כן י"ל. אבל היותר נראה בכוונת הסוגי' דהכוונה כך. דהנה קיי"ל אין הולכין בממון אחרי הרוב. אך היינו דוקא בסתם רוב. אבל במיעוטא דמיעוטא דל"ש אפילו בממון ל"ח כדמוכח בכמה דוכתא. וא"כ ה"נ הנה שטר שלוה בו ופרעו דנמחל שיעבודו זה הוה רק אם נותן לו בתורת פרעון אבל אם נותן לו בתורת פקדון לא נמחל שיעבודו בכך כידוע וא"כ אף אם נותן לו בתור' פרעון ראוי לומר כמו דקיי"ל בהכיר בה שאינו שלו דהוי המעות פקדון מכח דאדם יודע שקרקע אין לו. וגמר ונתן לשם פקדון. וההוא דלא אמר לו לשם פקדון סבר לא מקבל מני'. א"כ ה"נ בפרעו בו ביום נימא כיון דפרעון ביומו לא שכיח כלל. וא"כ ודאי דהוה כוונת הלוה שנותן לו רק לפקדון ולחזור ולקבל הימנו לשעה וההוא דלא אמר לו סבר דלא מקבל מני' וא"כ כיון דהוי רק לשם פקדון אם כן לא נמחל שיעבודו כלל. וי"ל המלוה בעצמו יודע זה ואינו מוחל שיעבודו. ואף אם המלוה אינו יודע ומוחל הרי עכ"פ הלוה אינו רוצה להחזיק במחילה זה והוי כזה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות גם הוי כמחילה בטעות דאם היה יודע המלוה דנותן לו רק לפקדון לא הי' מוחל לו. וא"כ כמו התם דאמרינן דהוי לפקדון אף דהלה מוחזק במעות והרי ע"ד מועט יתכן להיות דכיון למתנה מ"מ כיון דהוי רק מיעוטא דמיעוטא דל"ש אף בממון אין חוששין לו. א"כ ה"נ למה יהי' נמחל שיעבודי. כיון דלא עביד אינש דפרע ביומו. א"כ ודאי הוי לפקדון ואינו נמחל שיעבודו כלל ושפיר מוכח דעביד אינש דפרע ביומו ולזה משני מי אמרינן דלא פרע כלל להיות מילתא דל"ש כלל. אני מודה דהוי מיעוט דשכיח רק דמ"מ ע"פ רוב אינו עשוי לפרוע. וא"כ בזה הולכין אחרי הרוב כיון דאי נימא דלא פרעו הוי השטר בתקפו לכך אזלינן

בתר רובא ולא חיישינן לפרעון בת יומא כיון דאם נלך בתר רובא נתחזק השטר וכמו דאמרינן מגו להוציא בשטר כה"ג כמ"ש הב"ש סי' ס"ח ה' כתובות כן ה"נ בזה. אבל התם בנמחל שיעבודו כיון דעכ"פ פרעו בודאי בזה איתרע שטרא. וכמו דקיי"ל בסי' נ"ח בסטראי דאם רק חזינן שנתן לו מעות איתרע שטרא. מכש"כ בזה דנתן לו על שטר זה ודאי איתרע שטרא והוי כאילו לא הי' שטר כלל. ולכך שוב אין הולכין בממון אחרי הרוב ואין גובין בו מן הלקוחות דחיישינן דנמחל שיעבודו. וא"ש ודו"ק. כן נלפענ"ד נכון מאד בביאור הסוגיא בעזה"י ובמהדורא ג' שלי על חו"מ סי' רפ"ז בתשובתי לק' קאלימייא ביארתי הסוגיא הנ"ל באופן אחר:

סימן מט

(**סעי' א'**) צריך שיכירו העדים וכו'. נ"ב ע' בקצוה"ח בסי' זה שהוכיח מן המשנה דמי שהי' מושלך בבור ומוכח דבמקום סכנה כותבין אע"פ שאין מכירין. וע' בחיבורי לאהע"ז מהדורא ו' הי' ל"ה לק"ק באר מה שדחיתי ראי' זו בכמה אופנים:

(**סעי' ב**) בהג"ה וכן בשאר ט"ס דמונח וכו'. נ"ב דבריו צ"ע שנראה שהוא מפרש דמה דאמרי' אחריות ט"ס היינו דהוי טעות להעדים שהמה טעו בזה שהמלוה והלוקח התנו מסתמא על אחריות רק שהמה טעו ולא כתבו וכדעת הנ"י שכ' הסמ"ע כן בסי' לט אך הרי הש"ך מביא שם דעת רוב הפוסקי' דאמרי' אף שלא התנה כלל הוי ט"ס מכח דהוי טעות מוכר א"כ אין מכאן ראי' כלל די"ל דלעולם היכי דהעדים טעו לא תלינן בטעות דהם מדקדקים בודאי כהוגן רק מה דלא כ' אחריות מכח דהם עצמן לא התנו כן לכך לא הוי להם לכתוב כיון דהם לא התנו כן אבל לומר דהעדים טעו זה לא תלינן וצ"ע ודוק:

שם סעיף ז בהג"ה אם ב' יוסף בן שמעון בעיר אחת והאחד מת אביו וכתב בשטר יוסף בן שמעון שלי"ט ?אי נרו וכו'. עיין בחיבורי לאהע"ז מהדורא חית סימן י"א מ"ש שם די"ל דוקא בשם הלוה מבעיא ליה אם אכולה מילתא קמסהדי אבל בשם המלוה אין ספק דלאו אכולה מילתא קמסהדי עיי"ש מ"ש בעזה"י מילתא בטעמא וגם הבאתי ראי' לזה ודו"ק:

סימן נב

(**סעי' א'**) שטר שיש בו רבית מפורש וכו'. נ"ב גרסי' בש"ס פ"ה דב"מ ת"ר שטר שיש בו רבית ופרש"י כגון שכתוב בו פ' לוה מפ' ברבית כו"כ לזמן פ' וכו'. הנה לכאורה שינה רש"י קצת בלשונו ממ"ש בפ' המניח ששם פי' בקיצור כגון שכתוב בו פ' לוה מפ'

מנה ברבית ולא הזכיר בלשונו ברבית כו"כ לזמן פ' ונראה דרש"י כיון כוונה מיוחדת כמו שאגיד דודאי להס"ד דהש"ס דפ' המניח דס"ד דטעמא דר"מ משום דקנסו גופן אטו שבחן בזה אין סברא לחלק בין נזכר בשטר כמה סך הרבית או לא רק כיון שהזכיר בל' השטר שהי' ההלוואה זו ברבית שוב ראו לקנוס הקרן משום הרבית לר"מ. אבל למה דדוחה התם הש"ס וכן בפ' המוכר פירות דטעמא דר"מ משום דבשעת כתיבה עביד לי' שומא וכו' ולכך בעינן דוקא שהשטר יהי' מועיל לגבות הרבית אז כיון שאפשר להמלוה לגבות הרבית. ע"י שטר זה א"כ משעת כתיבה עביד לי' שומא ולפי"ז היינו דוקא כשמפורש בשטר כמה סך הרבית ועל איזה זמן אז מן השטר ניכר בסוף כמה רבית עולה להמלוה בחוב זה. א"נ ע"י כתיבת שטר זה עביד לי' שומא אבל אם נזכר בשטר זה רק סתם שהלואה זו הי' ברבית ולא נזכר באיזה סך ואיזה ענין אז עדיין א"א לגבות הרבית ע"י זה השטר ואז ל"ש בזה משעת כתיבה עביד לי' שומא ולכך במס' זו פרש"י לפי המסקנא דהתם דלכך קנסינן התירא אטו איסורא משום דתיכף נעשה ההיזק דמשעת כתיבה עביד לי' שומא לכך הוכרח לפרש דמיירי בפירוש הרבית כמה הוא על איזה זמן. ובפ' המוכר פירות פירש שם הרשב"ם ג"כ דמיירי שהלוה לו מנה במאתים לזמן פ' וכו'. אף דהתם לס"ד לא ידע מהך תירוץ דכתיבה עביד לי' שומא היינו דרשב"ם לא ס"ל כרש"י רק ס"ל דאף להס"ד דש"ס לא קנס ר"מ התירא אטו איסורא רק אם מפורש סך הרבית כמה הוא דבלא"ה כיון דלא ניכר כלל מזה סך הרבית הוי כאלו לא הזכיר בו רק הקרן לבד ומודה ר"מ דלא קניס וזה נכון. ויש נ"מ מזה לדינא אף לדידן דקיי"ל כרבנן דגובה הקרן. ולפרש"י והתוס' דמפרשי דמיירי בפירש לו הרבית ובע"כ מוכח דאין העדים נפסלים בכך מ"מ לפי דעת הסוברים דהא דגובה הקרן כרבנן היינו משום דהוי לאו שאין בו מלקות ואינו נפסל רק מדרבנן ומדרבנן ס"ל דבעינן הכרזה אף לאותו עדית ע"ש בה' מלוה ולוה. ולפי"ז עכ"פ היכא דהכריזו עליהם המה נפסלין מכאן ולהבא. ולפי"ז י"ל דהתוס' כאן ובפ' המניח ובפ' המוכר פירות רוצין מתחלה לחלק הא דעדים נפסלין היינו דוקא בכולל הקרן עם הרבית אבל אם הוא מפורש הרבית דלא אתי' לכלל גבייה שהב"ד לא יגבו אותו אין עוברין בזה בלאו רק שדחו זה מכח מה דאמרי' בש"ס דמשעת כתיבה עביד לי' שומא וכו' ולפי"ז נראה דהיינו דוקא אם מפורש כמה הוא הרבית בשטר זה אז נק' שומא אבל אם אינו מפורש סך הרבית בשטר גם לא כלל הקרן עם הרבית רק נכתב סתם שהי' הלואה זו ברבית זה ודאי דלא נק' שומא כלל ולא נפסלו העדים בזה ובפרט לפי מ"ש המ"ל בשם מוהרא"ש שבשביל בע"פ לא עברו העדים רק בשטר או כשלא ידעו העדים אף בע"פ כמה סך הרבית זה. ודאי לא

נק' שומא ולא עברו בלאו כלל וז"ב לפענ"ד ודוק היטב. ואף דעכ"פ מועיל השטר אף בלא הוזכר בו רק סתמא לגבות בו פרוטה עכ"פ אך י"ל חדא דלמא אף בפחות מש"פ הי' נק' אצלו רבית ומ"ש שהי' הלואה זו ברבית אפשר שהי' כוונתו אף בפמש"פ וא"א לגבות ע"י שטר זה אף פרוטה גם אם נכתב ברבית סתמא. י"ל דהי' ע"י רבית מוקדמת שכבר שילם לו הרבית מקודם על ההלואה וא"א שיגבה המלוה הרבית עתה ע"י שטר זה משא"כ כשנכתב סך הרבית שנותן לו סך כו"כ לזמן הזה אז גובה ע"י השטר שמסתמא לא שילם לו קודם הזמן קודם שעלה סך החיוב כמו בשכירות דאינו משתלמת אלא לבסוף גם י"ל כיון דעכ"פ לפי האמת היה הקציצה יותר מפרוטה ובשטר לא פירשו כן העדים א"כ לא כתבו כפי מה שהיתה השומא באמת ולכך לא מקרי זה שומא לגבי העדים כיון דלא כתבו כפי האמת לא מחשב זה עדות שיתחייבו העדים עליו וק"ל. וע' בחיבורי ליו"ד סי' קסב מ"ש בזה באריכות ודו"ק: (שם באותו סעי' א') נ"ב הנה בס' קצוה"ח ר"ל דלכך אין העדים נפסלים בחתמו על הרבית משום שלא נעשו רשעים עד לאחר החתימה ע"ש שהאריך בזה מכמה מקומות בש"ס. ואם אמנם גם אנכי אמרתי בילדותי סברא זו עכ"ז הדרנא בי שזה אין סברא כלל בשלמא לענין שחיטה לא קפדינן רק שיהי' בשעת מעשה כשר הוא ולכך אמרי' שבאותה שחיטה לא נעשה מומר כלל ועדיין הוא כשר אבל בעדים אין שם עדים עליהם רק אם ראוי' לבוא לב"ד להעיד על מעשה זו אז נחשבים עדים. אבל אם בשעת מעשה תיכף ידוע שלא יוכלו לבא להעיד בב"ד שיהי' נפסלין בודאי אין עליהם שם עדים דהרי ל' עדים מורים עי"ז שראוי' להעיד בב"ד וכל שאין ראוי להעיד לא נק' עדים ולכך אף אם בשעת ראי' כשרים כיון שהדבר ידוע תיכף בשעת מעשה שאח"כ לא יוכלו להעיד בב"ד שיהיו נפסלין תיכף לאו שם עדים עליה' כלל וכמ"ש בחידושי לאהע"ז סי' ל"ה בזה ולכך הקשו שפיר שהרי העדים נפסלים ודו"ק:

סימן נה

סעי' א') מי שפרע מקצת חובו והשליש את השטר וכו'. נ"ב הנה בדין אם השליש שטרו באופן שאין בו אסמכתא אם לא יפרע כו"כ לזמן פ' אזי יתחייב יותר ועבר הזמן ולא תבעו המלוה בזמנו אם נחשב זה ביטול התנאי ויתחייב בכולו נ"ל דלא הוי ביטול התנאי דהרי מפורש בסי' ע"ג ס"ו בסמ"ע והש"ך דאף בנשבע לפרוע ליום פ' אינו חייב לפרוע עד שיתבענו וא"כ אם בשבועה הוי כן מכש"כ בתנאי דהוי כן. ואף הטו"ז החולק שם היינו רק בשבועה דמכח איסור שבועה מחיוב לקיימו אפי' בלי תביעה ככל הנשבע

לעשות איזה דבר אבל בלא חיוב שבועה מודה הט"ז דאינו חייב לקיים רק כשיתבענו. וכן מצאתי בב"ש ה' גיטין סי' קמ"ג ס"ק י"ד דאין נחשב ביטול התנאי רק כשתובעו (וע' בתשובתי לחו"מ מהדורא ג' ראיה לזה בסי' רמ"ג ע"ש). וגם בשבועה נראה עיקר כהש"ך והסמ"ע ומה שהביא הט"ז בסי' עג וביו"ד סי' לח ראי' דבעינן שיהי' כתוב בשטר כשיתבענו נראה דאינו ראיה דהתם מיירי לענין אם מחויב לפרוע לשני ולא לראשון בזה בעינן שיהי' כתוב בשטר כשיתבענו דאז כל שלא תבעו אף אם יפרע לראשון אין כאן קיום שבועה כלל ולכך אף אם ישלם לראשון לא קיים השבועה כלל וביטל השבועה שנשבע לשני ולכך חייב לקיים שבועתו וליתן לשני אבל אם לא כתב כשיתבענו נהי דלהיות מחויב לשלם לו בלא תביעה אינו מחויב מ"מ אם פרעו לו מעצמו קיים בזה מצות שבועה דהרי נשבע שיפרע לו והרי פרע לו וכיון שכן אינו מחויב ליתן לשני דאם יתן לראשון נמי קיים השבועה ומאי אולמא דהך מהך סוף סוף קיים השבוע' לכך ל"ש לומר שמחויב ליתן לשני דבידו ליתן לראשון וקיים השבועה ג"כ ומה לי זה או זה ובפרט דסתם נדרים להחמיר ופירושיהן להקל א"כ בנשבע סתם לכופו ליתן בלי תביעה אין בידינו לכופו דיכול לומר שהי' כוונתו רק כשיתבענו ואינו נדון כעובר על השבוע' אבל התם אם נשבע סתם יכול ליתן לראשון דיכול לומר כוונתו הי' לשלם לו אפי' בלי תביעה או סתם נמי הוי להחמיר ולכך אין בידינו לכופו ליתן לשני רק אם פירש לראשון כשיתבענו. ועוד והוא העיקר בעיני דהנה מה דאינו חייב לשלם רק כשיתבענו היינו כיון דבלי שבועה לא הי' חייב לפרוע חובו רק אם יתבענו א"כ ה"נ אף אם נשבע אנן סהדי דלא הוה כמותו רק על מה שהוא חייב מן הדין ולא מה שהוא יותר מן הדין כמ"ש בחו"מ סי' ע"ג בנשבע' לשלם ומגיע השמטה פטור מלשלם דלא נתחייב לשלם רק מה שיהיו חייבין מן הדין א"כ ה"נ כיון דבלא שבועה אינו חייב רק אם תבעו אף כשנשבע הוי רק ע"ד כן וא"כ תינח התם אבל ביו"ד סי' רל"ח מיירי שהי' חייב לב' בני אדם ולא הי"ל לשלם רק לא' כמ"ש הש"ך ביו"ד סי' רל"ח ס"ק ק"ג דביש לו לשלם לשניה' מהו נ"מ ופשיטא שחייב לשלם לב' ובע"כ דמיירי שאין לו לשלם רק לא' וא"כ י"ל דהמעשה הי' דגם בשעת השבועה לא הי"ל לשלם רק לא' וא"כ מן הדין לא הי' חייב ליתן הכל לא' רק יחלוקו כמ"ש בה' גביות חוב וא"כ השתא דנשבע לשלם הכל לראשון הוי נשבע יותר על החיוב כיון דחזינן דנשבע יותר על החיוב שוב ממילא הוה דעתו ג"כ בלי תביעה כיון דחזינן שבא לחייב נפשו יותר ממה שהוא חייב לכך חייב לשלם אף בלי תביעה לכך בעינן שכתב בפירוש כשיתבענו אז חל שבועת הב' אבל בלא"ה לא חל שבוע' הב' רק אמרי' כאן נמצא כאן הי' כיון דעתה אין לו רק כדי חוב א' מהסתם וגם בשעת השבועה

הוי כן כמ"ש כן בסי' ס' ובסי' קי"ב דעות דאמרי' כאן נמצא וכאן הי' וא"כ ה"נ אמרי' מדהשתא אין לו יותר גם בשבועת הראשון לא הי"ל יותר לכך לא חל שבועת הב' רק אם מפורש בראשון כשיתבענו וזה סברא ברורה בעז"ה. ולכך גם בשבועה העיקר כהסמ"ע והש"ך ובלי שבוע' י"ל כ"ע מודים כי למעט בפלוגתא עדיף כנלפע"ד בזה ביטל התנאי בפרט דקשה להוציא ממון: (באותו סעי') והוא שלא יהי' אנוס. נ"ב ע' בש"ך ונראה דאם הי' צריך לפייס אחרים התחייב באיז' דבר לעשותו והוא תלוי בדעת אחרים אך סבר שיפייסם ולא יכול לפייסם הוי אונס ואף שהי' אפשר לפייסם בממון רב וכדמוכח בש"ס פ"ג דגיטין ר"ל א"ד א"ר יוסף אטו תרקבי דדינרי בעי למיסב לה הא כמ"ד יש אונס בגיטין הא כמ"ד אין אונס בגיטין וכו'. מוכח דעכ"פ אונס הוי א"כ היכי דמועיל אונס אף זה הוי אונס וז"ב וכן מבואר באהע"ז סי' נ' כב"ש סקט"ז ע"ש כן: שם סעי' א' בהג"ה השליש פטור דהוי גרמא בניזקין. נ"ב עמ"ש בזה בחיבורי על חו"מ מהדורא ה' סי' תקס"ט בתשו' לק' קאלק אימתי חייב לשלם ואימתי פטור ודו"ק:

סימן נו

(**סעי' א'**) שליש בזמן ששלישותו בידו נאמן וכו'. נ"ב נשאלתי בשליש שהי' מושלש בידו שט"ח ונמצא כתוב אצלו כתב מיוחד שעל תנאי כו"כ הושלש בידו וכעת טוען השליש היפך הכתב ואומר שמה שכתב כך וכך היינו בזמן דכבר לא הי' זוכר על מה הושלש בידו וטעה ונדמה לו שהושלש ע"ת כך וכך. וכעת נזכר שאיני זוכר על איזה אופן הושלש בידו ונשאלתי אם נאמן או לא. וזה אשר השבתי דנראה דאינו נאמן ל"מ אם ליה ליה מגו כגון שראוהו בידו הכתב טרם שנפל מחלוקת ביניהם פשיטא דאינו נאמן לומר דבשעה שכתב זה לא הי' זוכר הדבר. דאין אדם משים א"ע רשע. ואם לא הי' נזכר האיך כתבו. ולכך אינו נאמן אף גם אם הי' לו מגו דהי' יכול להטמין הש"ש לגמרי ולומר להד"מ שלא כתבו אעפ"כ אם מודה ומראה שכתבו וטוען שכתבו בשעה שאינו זוכר דא"נ במגו דאמע"ר אפי' במגו כדמוכח מפ"ב דב"מ באנוסים היינו מחמת ממון וכו'. וא"כ ה"נ ודאי אם הי' האמת כדבריו שכתבו בשעה שאינו זוכר נעש' רשע שהאיך כתב לעדות דבר שאינו זוכר ואולי היום ולמחר ימות ויבא הדבר לידי יורשיו ויסמכו על כתב זה כדת וכדין וא"כ כיון דנעשה רשע ואמע"ר לכך אפילו במגו א"נ להכחיש כתב השלישית לומר שכתבו בשעה שלא זכר רק על הכתב אנו דנין וזה ברור ונכון לדעתי בלי ספק:

שם ס"א שליש בזמן ששלישיתו בידו. נ"ב עיין בש"ך סק"ג מ"ש בשם הרשב"א ועיין

באהע"ז סימן קע"ג ס"י דבהתנה תנאי וחזר והתנה תנאי אחר ונראין כסותרין הדברים משם לכאן ועי' בחיבורי על אהע"ז במהדורא ד' שם כתבנו מזה בסימן קמ"ג:

סימן נז

(**סעיף א'**) והוא שיכתוב שובר על גביו ממה שנפרע. נ"ב עיין בש"ך מה שהשיג ע"ז דע"י שובר או שנכתב ע"ג מהני ואין איסור בדבר והנה המעיין בפרש"י במס' שבת דע"ח גבי הוציא שטר פרוע מבואר שם בפרש"י דאף בכתיבת השובר יש איסור וכן מוכח לפענ"ד מגוף הסוגיא שם דקאמר דפליגי רבנן ור"י אם מותר להשהות שטר פרוע. דרבנן ס"ל דאסור להשהות שטר פרוע לכך פטור עיי"ש. ואם איתא דע"י שכותב ע"ג מותר להשהות א"כ אף לרבנן נצרך לו לצור ע"פ צליחותו. ואף דאסור להשהותו הרי יש לו תקנה לכתוב על גביו א"ו דאם אסור אפילו לכתוב ע"ג לא מהני וצ"ע. ואפשר לדחות ראי' זו דס"ל דהתם כיון דשבת הוא וא"י לכתוב עליו א"כ כיון דכל שעה ושעה עובר על אל תשכן באהלך עולה א"כ צריך הוא להחזירו ללוה תיכף בשבת ואין רשאי להמתין עד יום חול לכתוב עליו. אך אם כותב עליו תיכף מכאן ולהבא מותר להשהותו. ואף דבשבת הוי השטר מוקצה וא"א להחזירו ללוה. מ"מ השתא שהמלוה מוציאו כבר הוא בידו וקיי"ל דמוקצה דכל זמן דהוא בידו מותר להוליכו למקום שירצה. וא"כ כיון שהוא בידו חייב הוא להחזיר היום תיכף ללוה ושוב א"צ לו עוד דא"א עוד להשתמש בו ולכך פטרו רבנן וא"ש. אך עכ"פ מדברי רש"י יש ראי' שפיר וגם מגוף הש"ס אי נימא דצורך מצוה נחשב צורך. א"כ ממ"נ אם אינו מחיוב להחזיר היום השטר ללוה נצרך לו השטר שבמוצאי שבת יכתוב עליו ואז יהיה מותר להשתמש בו. ואם מחויב היא להחזירו תיכף א"כ תו הוי הוצא' צורך לקיום המצוה ויהיה מטעם זה חייב. מיהו י"ל דצורך מצוה דרבנן לא תיקון להתחייב עליו מה"ת. אך עדיין יש לומר ממ"נ חייב עליו דאם אזלינן בתר דרבנן הרי הוי צורך מצוה תיקון וצורך. ואם בתר דאורייתא דלא הוה זה מצוה שוב ראוי להשתמש בו וחייב עלה מכח דראוי לצור ולכך חייב ממ"נ. וע' בתוס' במס' שבת בפ' האורג דק"ו גבי מקלקל בחבורה דפליגי שם רש"י ותוס' אם צורך מצוה חשוב תיקון. ובתוס' פ"ק דפסחים ובפ"ק דכתובות ע"ש עכ"פ מפרש"י ודאי מוכח דלא כהש"ך. ודו"ק היטב. שוב הגיע לידי ספר שער המשפט וראיתי שהרגיש בפרש"י הנ"ל אך ביתר הדברים לא הרגיש כלל ע"ש:

סימן נח

ס"א חייב השליח לפרוע למשלח. נ"ב נסתפקתי היכא שהזכיר להשליח השטר והלך השליח ולא לקח השטר רק פרע לו בפני עדים. ואח"כ טוען המלוה סטראי. והנה לדעת המחבר ליכא לספוקי כלל דהרי השטר בטל לגמרי ומוציאין השטר מידו ונמצא שלא פשע השליח בכלום. אך לדעת הרב בהגה שלא בטל השטר לגמרי ואי תפסי לא מפקינן מניה בזה שפיר יש לספוקי אי חייב לשלם. אי נימא כיון דיש ביד המלוה לתפוס וא"כ אין מוציאין כלל השטר מידו חשיב פשיעה מה שלא לקח השטר מידו ואז לא היה יכול לתופסו ג"כ. אי נימא כיון דבלא תפיסה לא יטול הוי ברי הזיקא שהרי הברירה בידו דלוה לשמור עצמו שלא יתפסנו א"כ לא הוי ברי הזיקא. ודוקא היכא שהמלוה נאמן אף להוציא אז חשיב פשיעה אבל לא כשצריך לתפיסה. או דילמא הוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס דג"כ חייב השליח לשלם. ולכאורה יש להוכיח זה מדברי התוס' בסוגיא דאבימי דכתבו דלאחר שתיקן ר"נ שבועת היסת מיירי. אבל מקודם הוי השליח כעד ע"ש. והקשה הפנ"י דלמה מקודם יהיה השליח עד הרי מחויב לשלם והוי נוגע. ותירץ דקודם תקנת ר"נ לא הוי השליח פושע שסמך עצמו על זה שלא יהיה חציף להכחישו ע"ש. ולכאורה קשה אכתי פשע שהרי דעת התוס' במס' שבועות דהיכי שיש שני עדים שפרע אעפ"כ אי תפס ל"מ מניה. א"כ אף אם השליח חשוב עד והוי מחויב שבועה ואיל"מ מטעם דלית ליה מגו דלהד"מ דלא חציף להכחיש. מ"מ ודאי דאי תפיס ל"מ מניה. והוא כש"כ משני עדים דבודאי לית ליה מגו ואעפ"כ אי תפיס ל"מ מניה. ואם כן מכ"ש שכשיש רק ע"א א"כ אכתי השליח חייב לשלם. שפשע במה שהניח השטר בידו ויהיה יכול לטעון סטראי ויועיל אם תפס וא"כ חייב לשלם. וכיון שחייב לשלם תו לא הוי עד כלל. א"ו שזה לא חשיב פשיעה כיון שאין לו בלי תפיסה ולכך חשיב שפיר עד. כן היה נראה לכאורה. מיהו לפי מה שביארתי בחידושי לחו"מ שהתוס' מפרשים שהכא מיירי שהשליח אמר לו בפירוש שנותן לו על השטר ובכה"ג [פסק] הרב שאם תפס מפקינן מיניה ע"ש. ולפ"ז נדחה הראי' הנ"ל: דתו י"ל דהיכי דתפס לא מפקינן חייב השליח לשלם. וכעת לא מצאתי גלוי לדין זה וצ"ע. ובחבורי לחו"מ בסי' זה במשפט צדק הרבה פלפלתי בענינים הללו עש"ה:

סעיף ב טען הלוה ואמר הלא פרעתיך בפני פלוני ופלוני וכו'. נ"ב הש"ך הביא כאן דברי הרא"ש שמגו במקום עדים פסולי' לא אמרי'. ולכאורה יש להקשות מזה על דברי הריטב"א בפ' הכותב והובא בסמ"ק בסוגיא דאבימי שמתחלה הקשה דלמה יהיה השליח כעד ויהיה מחויב שבועה ואיל"מ. ותירץ ומיירי בתר דתיקן ר"נ שבועת היסת.

ואח"כ הקשה על תירוץ זה דא"כ למה שאל אית לך סהדי דפרעתינהו למה לו שנים בע"א די. ומסיק דהטעם היא דבשבועה דרבנן לא אמרינן מחויב שואיל"מ ע"ש שמסיק שזה הנכון ולכאור' קשה אכתי מה יושיענו זה אכתי נשאר הקושיא ל"ל תרי סהדי בע"א די ואז יצטרף עם השליח ויהיו שנים. ונהי שלא נחשבים כשני עדים גמורי' מכח דהשליח מתחייב לשלם מ"מ לא גרע משני עדים פסולים דלא אמרינן מגו א"כ ה"ה לא יהיה לו מגו כלל. ובפרט לפי מה דקי"ל דעד מסייע פוטר. א"כ עכשיו שאומר השליח פרענו למלוה אף אם יכחיש המלוה ויאמר שלא נפרע ג"כ פטור השליח משבועה דיש לו עד המסייע. ונהי שאעפ"כ לא נחשבו לשני עדים דמשום דכיון דלא נפטר השליח מהשבועה ולא נתכשר להיות עד רק ע"י השני א"כ נפיק נכי רבעא דממונא אפומי דחד מ"מ לא גרעו מעדים פסולים דל"א מגו ואכתי להיות סגי בעד אחד וצ"ע. ונראה לתרץ דדוקא דבמקום עדים פסולי' שאינם נוגעים בדבר ואין להם הנאה אם היה הדבר כך או כך אז אף שמן התורה הם פסולים מ"מ העולם אומרים שבודאי כיון ששני ב"א אומרים כן בודאי כן הוא האמת דמה להם לשקר. ולכך אין יכול הלה לכפור ולהעיז נגדם שיודע שכל העולם יחזיקו אותי לשקרן משא"כ שהיכא שאחד מהם נוגע בדבר ויש לו תועלת בהגדתו זאת אז אף בעיני העולם הדבר ספק דאולי האחד אומר כן להנאתו ולטובתו אף שגם השני שהוא אינו נוגע ג"כ אפשר שיאמר שקר שא' שליח הוא לשקר. ואף אם יכחיש אותם לא יחזיקו אותו העולם לשקרן ע"כ מעיז ומעיז וא"כ ה"נ נהי שהתוס' כתבו בקידושין דהיכי דנשבע השליח שפרע למלוה תו לא חשוב נוגע דהרי יכול לומר אהדרינהו ואינו פסול רק מטעם שהוי עד שצריך שבועה היינו דוקא היכא דליכא אחר עמו אבל אם יש עוד ע"א שאומר כן א"כ עכשיו שאומר השליח שפרע למלוה פטור משבועה דיש לו עד המסייע ואם יאמר אהדרינהו ללוה יצטרך לשבע ותו הוי נוגע גמור ופסול ולכך מעיז ומעיז נגדם ושפיר יש לו מגו דלהד"ם וא"ש. דברי הריטב"א. ולפי"ז מוכח מן ש"ס זו דעד המסייע פוטר. דאי אינו פוטר א"כ גם עכשיו מוכרח השליח לישבע שפרע למלוה ואינו נוגע. נהי שפסול מטעם עד שצריך שבועה עכ"פ יהי' די עוד באחד ולא יהי' לו מגו דלהד"מ דבמקום עדים פסולים לא אמרי' מגו א"ו דעד מסייע פוטר והוי נוגע ממש כן נלפענ"ד נכון. שוב אחר החיפוש מצאתי בספר מעשה חושב בשבועות שנסתפק בדין זה ומה שכתבתי מוכח בעזה"י ודוק היטב:

סימן ס

סעיף ו' על התובע להביא ראי'. נ"ב עיין בסמ"ע וש"ך שהאריכו בזה והנה מפרש"י מס' ב"ק די"ד ע"ב ד"ה ביתמי שכתב דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי דאיכא למימר לאחר מיתת אביהן קנאן וכו'. והן אמת שדברי רש"י תמוהין דאטו אם יש עדים שקנאן אביהם מחיים יגבה ממטלטלין דיתמי והוא נגד המפורש בכמה דוכתא ובמקומו דלמ"ל שתפש מחיים אף בלא תפס אם רק ידוע שקנאן מחיים יועיל ועוד הרי בש"ס בכתובות קאמר שם הש"ס דתפיסה לא מהני רק בתבעינהו מחיים ול"ש תבעינהו מחיים בל"ז כיון שהם בידו ובודאי קנאן מחיים למה לא יגבה. ועוד תמיהות הרב' מכמה דוכתא מ"מ מוכח מפרש"י דלא אמרינן כאן כמצא כאן הי' במטלטלין אף בטוענין היורשין שמא ל"א כנכ"ה כדעת הסוברי' כן. מיהו להיפך אין ראי' מרש"י לומר דמוכח בקרקעות אמרינן כנכ"ה די"ל דכוונתו דבקרקע מסתמא יש עדים שיש להם קול ויודעין מתי קנאן משא"כ במטלטלין אבל עכ"פ במטלטלין מוכח שפיר וכעת אין להאריך יותר:

שם בריש הסעיף . המחייב עצמו בדשלב"ל או שאינו מצוי אצלו וכו' נ"ב נלפע"ד דהיינו דוקא אם יכול אותו המתחייב להשיג אותו הדבר. אבל אם יש לו אונס בדבר כגון ע"ד משל מי שמכר חטין לחברו ואמר לו חטים של פלוני אני מוכר לך בכך וכך כל מדה והתחייב א"ע בחיוב גמור להעמיד לו' החטים. הנה אם יכול להשיג החטין הללו בדמים הללו שמכרו לחברו או במעט יותר אז חייב הוא לקנותן מחברו וליתנו להלוקח כיון שחייב א"ע בחיוב גמור חייב. אבל אם אין יכול לקנותן רק בהוספת דמים הרבה יותר מה שלקח הוא אצל הלוקח. א"כ כיון דקיי"ל אונס רחמנא פטרי והמתחייב לחברו איזה דבר ואירע אונס פטור ע' בסי' כ"א וסי' נ"ה וכמה דוכתא. גם קיי"ל ביו"ד סי' רל"ב סי"ב בהג"ה דאונס ממון הרב' הוי אונס. והיינו שיעור שיש אומדנא שאדעתא דהכי לא נשבע עיי"ש. א"כ ה"נ אם יש הפסד להמוכר כ"כ עד שיש אומדנא שאדעתא שיצטרך להפסיד כ"כ משלו לא הי' מתחייב א"ע להעמיד המקח הזה אז פטור מכח דאונס רחמנא פטרי' ואף אם יש מין חטים אחרים כאלו לקנותם בשוק. מ"מ כיון דעל מה שיתחייב יש לו אונס והוא פטור וא"כ הוי כאלו לא חל החיוב עליו ואינו מחויב לקנות לו חטים אחרים כן נלפענ"ד ברור ונכון לדינא:

שם סעיף ו' בהג"ה אבל רבים חולקים ע"ז וכו' נ"ב עיין באו"ת מה שהקשה ע"ז וע' בהשמטות לקונטרס כינויי נדרים מ"ש ליישב בכמה אופנים עיי"ש בת"ש נ"ז:

סימן סא

סעיף ד' שטר שכ' בו שיוכל כל המוציאו לגבות בו. נ"ב עיין בסמ"ע דלא אמרינן מדלגבי עכו"ם לא מהני התנאי דאיסור יש בדבר וכו'. והנה לכאורה לא נדע מה איסור יש בדבר ועיין באו"ת שעמד בזה. ונראה הכוונה דיש איסור מכח לא תחנם. וכמ"ש ביו"ד סי' קנ"א דאסור ליתן מתנה לנכרי לא מבעיא אם גוף השיעבוד הזה הוי שטר חיוב בחנם. א"כ ודאי עובר בזה מכח לא תחנם כיון דמשתעבד לנכרי בחנם אף גם אם גוף השט"ח הוי שטר הלוואה מ"מ כיון דהוא אינו לוה מן הנכרי רק מן הישראל אם כן ממ"נ אם נימא דהנכרי בא מכח ישראל המלוה א"כ כיון דבא מכחן הרי צריך הרשא' ואיך משתעבד א"ע לגבות בו בלי הרשא' בע"כ שהוא מחייב א"ע אל גוף המוציאו בלא אמצעית כח המלו' רק שנחשב הוא משועבד לגוף המוציא השט"ח. ואם כן שוב בזה כיון דשיעבוד א"ע לנכרי בחנם שלא ילוה ממנו יש איסור' בזה לאו דלא תחנם והוי איסור וזה כוונת הסמ"ע לדעתי לא כמו שנדחק בזה בס' נתיבות המשפט עייש"ה ודו"ק:

סעיף יג מי שטען על כתובת אשתו וכו'. נ"ב הנה בכאן משמע דאפילו בשטר בעדים בלי חתימתן נמי משתעבד בכל מה שכתוב בו דהרי בכתוב' אין הבעל חותם א"ע. אך הסמ"ע סימן מ"ה ס"ג ס"ק ה' כתב שם בשם הרמב"ן וזה"ל וכש"כ בזה שלא קרא וחתם בח"י וכו' מוכח מלשונו דדוקא בח"י ממש אבל אם לא חתם רק העדים חותמים לא מהני והדברי' סותרי' אהדדי. ואפשר לחלק די"ל דבאם מה שנוסיף בשטר אינו בעיקר החיוב רק בסניפין כגון נאמנות וכדומה בזה י"ל דאינו חיוב חדש אף בשתיק' בעלמא די. ובזה מהני אף אם הוי השטר בעדי' בלי ח"י דבזה די בהסכמ' בעלמא אבל אם הוי בזה תנאי וחיוב חדש כיון דאין יכול אדם להתחייב אלא בשטר או במצוה לעדים לכתוב שטר כזה בעינן אמירה בפה ממש ולא מהני בזה שתיקה. וההסכמה בעלמא רק אמירה בפה לכך מה בכך ששתק וסמך על העדים רק בח"י ממש נתחייב אף שלא ידע מחיוב זה. וזה נלפענ"ד חילוק נכון וברור לדינא:

סימן סב

בש"ך ס"ק א'. שהעלה דבנושאת ונותנת אף שיש לה מגו אינה נאמנת ע"ש היטב נ"ב ולכאורה דבריו תמוהין מדברי התוספת ד"ה אימור מעיסתו קימץ שכתבו ואז אף אם אמר מבית אבי אמי נפל נאמן במגו ע"ש. הרי מבואר שהוא נושא ונותן במיגו. אך באמת לא קשה מידי דהרי טעם הש"ך הוא דהוי מיגו במקום חזק' דכל מה שבידה בחזקת הבעל הוא. ולפי"ז דוקא כשאין חולקין בשום דבר שאז מעיקרא איתחזק כל מה שבידו

שהוא משל האחים דירושה ל"ש שיכול וגם אינו ידוע כלל. וכיון שמעיקרא אתחזק שמה שבידה הוא משל בעלה אז אף כשטוענת כך שהוא שלה שנפל לה מירוש' ויש לה מגו ג"כ אינה נאמנת דהוי מגו במקום חזק'. אבל אם הם חלוקין מעיסתן אז מעיקרא לא אתחזק כלל מה שבידה שיהי' משל בעל' שתיכף נודע שאפשר לה לקמץ מעיסתה ואין כאן מגו במקום חזקה כלל. ולכך שפיר כתבו התוספת שנאמנת במגו ודוק היטב:

סימן סו

סעי' י בהג"ה וי"א דשטר אינו נקנה באגב. נ"ב הנה ראיות הפוסקים הללו הוא ממה דמשני בפ"ק דב"מ דאמר אביי בשטר כתובה יוצא מתח"י ולמה לא ניחוש דילמא מכרה באגב והובא ראיה זו בהרא"ש ובש"ך כאן. ולפעד"נ דאין זה ראיה לפי דעת בפוסקים דמחיל' לא מהני בתפיס שטרא והקשו ממוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו דמחול ותירצו דהתם אין השטר בידו רק ביד אחר. ולפי"ז י"ל דהרי תחלה אמרי' שם בש"ס ש"מ איתא לדשמואל דאמר המוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול והיינו דיש לה מגו דמחלה ואביי דוח' אפי' תימא דליתא לדשמואל בששטר כתובה יוצא מתח"י. ולפי"ז י"ל דכוונת אביי באמת דמה"ט ליתא לדשמואל מכח דמחילה ל"מ בתפיס שטרא אפי' כשהוא ביד אחרים ולכך אינו מחול אבל כאן מיירי בששטר כתובה יוצא מתח"י ואז שפיריש לה מגו דתמחול ותחזור לה שטרא ובכה"ג ודאי איתא לדשמואל ומה בכך דמכרו באגב. והפוסקים שהביאו ראיה זו היינו או דס"ל דמחיל' בתפיס שטרא מהני או דס"ל כדעת הש"ך דאין הכונ' במגו דאי בעי מחיל רק הכוונה דפרוע גופא מחילה וא"כ אדרבא אם שטר כתובה יוצא מתח"י ל"מ מחילה א"כ ל"מ פרוע דאינה נקנה באגב ודוק היטב:

סעיף טו נ"ב עיין בש"ך ס"ק נ"ה ד"ה כתב הטור והמחבר ועיין בחיבורי לחו"מ מהדורא ג' מ"ש ליישב דברי הרא"ש במ"ש לאו כ"ע דיני גמירי ודו"ק:

סעיף כא אבל אם מכרו לשני עדים החתומים עליו. נ"ב עיין בש"ך מה שהקשה על זה וע' מ"ש לעיל בסי' מ"ו שהרגשתי בקושיא זו וישבתי שם. וכעת אני תמה שבסמ"ע שאח"ז מבואר שם כעין חילוק זה. ובזה מיושב קושית הש"ך דהתם גבי כותי וכדומה הפסול הוי בשעת החתימה תיכף בשעת התחלת העדות. וכאן בשעת העדו' לא הי' רעותא רק אחר כך. וזה מכוון לתירוץ שכתבנו לעיל. והדבר תימ' על הש"ך שהקש' ולא ראה דברי הסמ"ע לקמן וצ"ע:

סעיף כב ראובן שיש לו שטר על שמעון. נ"ב ע' בש"ך שכ' דכל היכי דהוי נוגע אם הבע"ד מודה הוי עדות עיי"ש. ולשיטתם אזלי דס"ל בסימן ל"ז דפסול נוגע לא הוי רק

מכח משקר. בזה אם הם מודים וליכא חשש משקר הוי עד כשר. אבל לפענ"ד דס"ל דנוגע פסול מטעם קרבות יש לו' דאם הוא עד פסול לא מהני אף שהבע"ד מודה כיון דהוי כקרוב בזה. ובקרוב כל היכא דבעינן עדים לא מהני הודאת בע"ד להכשירו ודוק היטב בזה:

סעיף כג המוכר שט"ח כדינו וכו' נ"ב עיין בש"ך מ"ש בשם המבי"ט דהלוה יכול לומר שהוא יתן לו המעות הזה אף אם כבר מכר דמכירת שטרות דרבנן והש"ך דחה דבריו דהרי קיי"ל מכירות שטרות דאורייתא ומסימן שי"ן אין ראי' דהתם גוף הבית שלו וגם יכול לומר לך השכרתי ולא לאחר עיי"ש. ואני אומר שדברי הש"ד תמוהין ודברי המבי"ט נכונים. דהרי למ"ד מכירות שטרו' דאורייתא מה שיכול למחול הוי מכח שני שיעבודים שיעבוד הוף ושיעבוד נכסים ועיקר המכירה הוי רק שיעבוד נכסים ע"ש. וא"כ כיון דעיקר קניות הלוקח הוי שיעבוד נכסים וג"כ שייך בהו טענה זו שעיקר הנכסים שלו הוא. וגם בזה יכול לומר שלך נשתעבדתי ולא לאחר שהרי בזה ג"כ י"ל דהראשון נוח לי והשני קשה הימנו דגם בלו' יש קפידא זו כמ"ש לעיל בסעיף הקודם ע"ש א"כ דומ' ממש לסימן שיי"ן דיכול לו' לך נשתעבדתי ולא לאחר וגם גוף הנכסים שלו הוא וא"ש דברי המבי"ט ודלא כהש"ך ודו"ק:

סעי' כה וישראל שמכר לעכו"ם כאלו מכר לישראל. נ"ב ע' באו"ת דנה"מ בזה וע' בחיבורי על חו"מ מהדורא ג' מ"ש בטעמו של דבר ע"ש:

סעי' מ אבל מפסידין שכרן. נ"ב ע' בנתיבות המשפט וע' בחיבורי לחו"מ מהדורא ג' סי' רי"א מ"ש להקשו' ע"ז גם מה שהעלה הש"ך דלשבועה ל"מ קנין ע' בתשו' הנ"ל מ"ש בזה על דברי המח"א ודו"ק ומ"ש כאן המחבר ויש מחייבי בפשיעה טעמם דס"ל פושע מזיק הוא וע' בחיבורי לאהע"ז בהשמטות שם הוכחתי מן הש"ס דע"ז דל"א ע"ב דפושע מזיק הוא ע"ש ודו"ק: שם סעי' מ' ויש מחייבין בפשיעה. נ"ב הנה זה הוא דעת הרמב"ם והנה ל' הרמב"ם בה' מעה"ק פי"ד הל' ה' וז"ל מה בין נדרים לנדבות שהנודר אם הפריש קרבנו ואבד או נגנב חייב באחריותו עד שיקריב כמו שנדר והמתנדב אם מת או שנגנב אינו חייב באחריותו עכ"ל והנה יש לדייק למה נקט במתנדב מת או שנגנב הול"ל רבותא יותר דאפי' פשע בו פטור מוכח מזה דס"ל דעכ"פ דין ש"ח יש לו עליו לחייב בפשיעה דלשיטתו אזיל דפושע מזיק הוא ואף דמזיק הקדש פטור היינו רק מקרבן מעילה ומחומש אבל קרן חייב ומ"ש אח"כ גבי ע"מ שאקרבנו בבית חוניו דיצא ידי נדרו דהוי כאילו התנה ע"מ שלא אתחייב באחריות אף דשם הזיקו בידים שהקריבו בבית חוניו התם שאני כיון דאמר ע"מ שאקרבנו בבית חוניו הוי כאילו התנה

בפי' שאפי' כשיזיקו בידים יהי' פטור אבל בסתמא אף באומר ה"ז בהזיקו בידים או בפשע בו חייב והנה יש לעיין עוד באומר הרי עלי עול' אם מת באונס אם חייב להביא אחר דהנה מל' הרמב"ם שכ' ברישא אם נאבד או נגנב ולא נקט אם מת מוכח דבאונס פטור אבל בסיפא דכתב אם מת או נגנב משמע דברישא דבנודר אפי' אם מת חייב. ובאמת צ"ע מ"ט לא נקט גם ברישא מת ואפשר לישב דקמ"ל הרמב"ם דחייב באחריותו ומחויב להביא תיכף ומיד כאילו גוף הקרבן קיים ומחיוב להביאו ברגל הראשון ואם לאו עובר בב"ת. לכך ברישא קמ"ל רבותא דאפי' כגנב או נאבד וא"כ י"ל דיהיה נמצא עוד דלא יעבור על ב"ת כאילו היה קיים לזה קמ"ל דחייב באחריותו כאלו היה קיים ועובר על ב"ת וא"י לו' שימתין אולי יהי' נמצא ובסיפא קמ"ל דאפי' מת שבודאי לא יהי' עוד נמי פטור מלהביאו אחר ומה שנקט ונגנב היינו לרמז דמת דומיא דנגנב דלא הוי באונס נמי פטור וקמ"ל בזה דאם היה מת באונס גם ברישא הי' פטור ומוכח מזה דבאונס גם בנודר פטור ועדיין צ"ע בכ"ז ובפרט דהרמב"ם שינה מל' המשנ' דהמשנ' נקטה ומה בין נדר לנדב' נדר מת או נגנב חייב באחריותו נדב' מת או נגנב אינו חייב וכו' הרי דנקט בשניהם מת והראב"ד שינה ונקט ברישא נאבד ובסיפא מת ע"כ בכוונ' שינ' לרמז דבאונס פטור גם בהרי עלי ודו"ק:

שם באותו סעיף ואם קנו מידו שיתחייב כדין שומרים וכו' נ"ב ע' בש"ך בדין אם קנו מידו שישבע דל"מ דהוי קנין דברים. והנה ראיתי בס' מחנה אפרים ה' שומרים סי' כ"ב דהביא דברי ת' מוהרא"ש בזה ודברי הש"ך ותמה עליהם ממש"ל סי' כ"ב דאם קנו מידי שישבע דחייב לשבע מוכח דלא הוה קנין דברים והניח בצ"ע. והנה מה שהביא דברי מוהרא"ש וכתב עליו שכ"כ הש"ך צ"ע. דהנה הש"ך בסי' רצ"א בסופו הביא דברי מוהרא"ש ולא כתב עליו כלום. ולמה לא ציין לעיין בסי' ס"ו ובסי' ס"ו כאן לא הביא ת' מוהרא"ש כלל. ולכך נראה דהם ענינים נפרדים דבסי' ס"ו מיירי אם קנו מידו להדיא שישבע אם מהני ומוהרא"ש שם. שהביא הש"ך סי' רצ"א היינו דמסופק אם קיבל ק"ס סתם להיות דינו כש"ש אם יכול לומר דלא כוון כלל על השבועה או לא. וכוונתו לדעת הד"מ והסמ"ע דמהני קנין על השבועה. אך עדיין קשה למה נא ציין הש"ך כלל דלעיל סי' ס"ו כתב דל"מ כלל קנין על השבועה אך נראה דא"ש ונתרץ תחלה בעזה"י קו' המח"א מלעיל סי' כ"ב והוא דלפי השקפ' הראשונה הי' נראה לדחות דברי הסוברים דהוי קנין דברים דאין ראיות הש"ך ראיה כלל דכל ראיותיו הוו על מה דהוי רק קנין דברים אבל בשבועה הרי אם לא נשבע חייב לשלם. וא"כ הוי קנין על הממון ושיעבוד נכסיו וכך ראיתי אח"כ באו"ת ונתיבות שכתבו כן. אך נראה כוונת הב"י והש"ך דהרי באמת הוי

זה אסמכתא והוי ראוי שלא יועיל בזה קנין רק דלכך מהני בי' קנין מכח ההוא הנאה דמהימן לי' גמר ומשעבד נפשי'. וכן ראיתי בתומים כאן כן וא"כ יש חילוק בין חד מי יימר לתרי מי יימר כעין שאיתא בב"מ בפ"ג לחלק בין חד מי יימר לתרי גבי דשלב"ל. וכן ה"נ כן הוא אם משעבד נפשי' לשלם הוי רק חד מי יימר דילמא לא יהי' נגנב. וא"כ בזה מהני הסברא דבההיא הנאה גמר ומשעבד נפשי' וזה מהני לחד מי יימר ולא לתרי. אבל אם משעבד נפשי' לשבע א"כ אמרי' ממ"נ למה יחול הקנין אם על השבועה הרי הוי קנין דברים ואם על מה שמוכח ממנו שאם לא ישבע ישלם ה"ז הוי תרי מי יימר דילמא לא יהי' נגנב ואם יהי' נגנב אולי ישבע וא"כ שוב להיות חל הקנין על הממון הוי אסמכתא ולא מהני סברת בההיא הנאה לדחות תרי מי יימר. וא"כ אין כאן התחל' לקו' המח"א מסי' כ"ב דהתם מיירי שאמר אשבע על טענה שכבר יש לכשנגדו ואין שם שייכות אסמכתא. לכך ע"ז לא הוי קנין דברים דהרי אם לא ישבע ישלם וא"ש. ולכך לא סתרי דברי הש"ך אהדדי דבסי' ס"ו מיירי דקבלת קניין הוי שישבע אם ע"ז הוי הקנין שייך ה"א דהוי קנין דברים ומכח ממ"נ אבל בסי' רצ"א בתשו' מוהרא"ש מיירי דהקנין הי' לשלם וע"ז ודאי חל הקנין כנ"ל ולא הוי אסמכתא ובזה ראוי לומר כיון דאם יודה חייב לשלם ממילא חייב בשבועה בלי קבלת קנין שלו כדין כל חייבי ממון שממילא אם כופר חייב לשלם רק דנסתפק די"ל כיון דחיובו ממון הוי רק מרצונו ודעתו. אפשר י"ל דלא הוי דעתו רק כשיוד' אבל לא להתחייב לשלם רק מכח אומדנא והי' נחשב כאלו התנה שאם יכפור לא יצטרך לשבע ואין זה ענין לסי' ס"ו כלל ודו"ק היטב:

סימן סז

סעיף ז' . ע' בסמ"ע ס"ק מ"ה שכתב בזה"ל. וה"ה אם השכירו לו פי' לא מבעיא שאלה דהוי ברשותו אפילו לענין אונסין עכ"ל. ודבריו תמוהין דהרי הכא קרקע בעינן ואין בו דין שומרין כלל. ואפשר כוונתו כיון דבעלמא שואל חייב באונסין ולא שוכר מוכח דשאל' קמה יותר ברשותי' ודוק בזה:

שם סעיף ז' . וכתבו לו פס"ד הוי בגבוי ואינו משמט. נ"ב הנה שאלני בני החריף ושנון הילד כבר שבע' שנין כמר אברהם בנימין שיחי' עמ"ש למה במוכר שט"ח לחברו אינו מחלק דאם כבר כתבו לו הב"ד הפס"ד שישלם הלוה ללוקח דאין בידו למחול דהוי כגבוי. והשבתי לו דיפה העיר אך באמת א"ש דזה הוי נמי מכח הקונ' פרוזבול דאם כתבו לו הפס"ד עשהו חז"ל כאלו עשה פרוזבול אבל מדין תורה ודאי לא הוי כגבוי אף ע"י פס"ד ולכך יכול למחול וזה ברור:

סימן סח

סעי' ב' שנמצא כ"א כמסלפ"ת. נ"ב ע' בחיבורי ליו"ד ה' תערובת במהדורא ה' סי' קסג מה ששייך לכאן ודוק:

סימן סט

סעיף א' הוציא עליו כת"י שהוא חייב לו. נ"ב הנה בדין ממרים חלק שנחלקו בו הראשונים עמ"ש בזה על ראיי' הש"ך בשם אביו הג' ז"ל בחיבורי לאו"ח ה' פסח ס ' תס"ז דרך אגב לק' דזיקוב ודוק:

סעיף ו שאביהם נתחייב לו שבוע' נ"ב ע' בקצוה"ח. וע" בחיבורי לחו"מ מהדורא גימל סי' פ"ו מה שכתבתי בענין זה לק' לעשנוב ודוק:

סימן עב

סעיף ד' המלוה על המשכון ונתן לו רשות להשתמש בו וכו' נ"ב ע' בסמ"ע והש"ך מ"ש בשם הר"ן בשואל ספר מחברו ונתן לו ספר אחר למשכון דלא נחשב שואל דאין כל הנאה שלו דהמשאיל נהנה פרוטה דר"י עיי"ש. ולדידי הדבר תמוה מן הש"ס פ"ח דב"מ דף צ"ד ע"ב דקאמר שם תדע דשואל כל הנאה שלו אינו משלם אלא קרן. ושואל כל הנאה שלו והא בעי מזוני. ומשני דקיימי באגם והא בעי נטירה ומשני בנטר מתא. ואבע"א לא תימא כל הנאה שלו אלא רוב הנאה שלו וכו'. וא"כ מוכח דכל שואל אין כל הנאה שלו רק רוב הנאה שלו. ואף לתירוץ הראשון לא מכחיש זה רק דמשני דקושית הש"ס הוי ממקום דכל הנאה שלו דהיינו דקיימ' באגם ואעפ"כ אינו חייב רק בקרן אבל זה מודה בדלא קיימא באגם ובלא נטר מתא דלא הוי כל הנאה שלו ומ"מ חייב באונסין וא"כ מוכח דאף באין כל הנאה שלו חייב באונסין ולא פטרינן בהשאילני ואשאלך רק דהתם כיון דזה משאיל לו כנגדו אף רוב הנאה שלו לא הוי שהרי משאיל לו כנגדו אבל באין משאיל לו רק שפטור מפרוטה דר"י קשה שפיר מאי אולמא ריוח זה ממה שמרויח בבהמה המזונות גם הנטירה היכא דליכ' נטירת' מה לו הרוחה זו מה לי הרוחת פרוטה דר"י בספר דליכ' הרוחה אחרת רק זה וצ"ע טובא מן הש"ס הנ"ל ודו"ק:

סעיף ה מי שנתמשכן ע"י נאמני הקהל וכו'. עיין בש"ך מ"ש בשם הע"ש דאפי' אם כבר פרעו הקהל להשלטן לא הוי החוב להם עיי"ש. ולכאורה זה סותר למה דקיי"ל לעיל בסי' ד' במה דהקהל נקראים מוחזקים לגבי היחיד דהיינו דוקא שלא פייסו להמלך אבל אם כבר פייסו להמלך לא נקראים מוחזקים עיי"ש ואם כן מוכח להדיא להיפך

דהיכי דכבר פייסו להמלך שוב שייך החוב להם לא להמלך ולא אמרינן דהוי כאלו הלוו להמלך וכעת גובין חובותיו של מלך. ולכך נראה לכאורה דאין דין זה נכון רק אם כבר שלמו להמלך נחשבין הם ש"ש ובזה א"ש גם דברי הסמ"ע בהג"ה שלא היה נראה בעיניו לפרש כמו שפירש הש"ך דהמנהג הוא אם כבר פרעו להמלך דבזה א"צ מנהג כלל רק אף מדינא הוי כן בלי מנהג ובע"כ המנהג כמ"ש הסמ"ע ועדיין צ"ע:

סעיף י' אמר המלוה סלע הלויתיך עליו וכו' ישבע המלוה וכו' נ"ב נסתפקתי אם הביא המלוה ע"א שמעיד שנאבד ממנו אם נימא שפטור המלוה מלשבע שבועה זו שאב"ר כיון דקי"ל דעד המסייע פוטר מן השבועה וגם ל"ש בי' החששא דשמא יוציא המלוה המשכון אחרי שבועת הלוה כיון דקיי"ל ע"א נאמן באיסורין א"כ ה"נ לגבי חששא זו סומכין שפיר על אותו עד. שמעיד שנאבד ממנו. או אם נימא דכיון דאיכא למיחוש בזה שנמצא ש"ש מתחלל ע"י לא סמכינן בחששא כזו על ע"א וצ"ע לע"ע לא מצאתי גלוי לדין זה ודו"ק:

סעיף יב ויכלול בשבועתו שאינו יודע שהיה שוה יותר מדמי חוב נ"ב עיין בש"ך מה שהקשו למה לא נימא בי' עשו תקנות נגזל בפקדון שישבע הלוה ויטול עיי"ש. ולק"מ דבשלמא בפקדון שעפ"י רוב אין דרכו של המפקיד לדקדק כמה היה שוה וכיון שהוא אינו יודע אם כן ימשך מזה הפסד להנפקד אף אם יטעון אמת לכך חששו חז"ל ועשו לו תקנה להיות נשבע ונוטל שלא יפסוד הטוען אמת אבל המלוה על המשכון דעפ"י הרוב המלוה מדקדק לידע כמה היה שוה ויכול לטעון ברי כמו הלוה ואם גם הוא טוען ברי אין מקום לעשות להלוה תקנה יותר מהמלוה להיות נשבע ונוטל רק בזה ראוי לעמוד על עיקר הדין שמי שהוא הנתבע עליו לישבע ורק באם אינו יודע המלוה היה סברא לומר שישבע הלוה ובשביל מילתא דל"ש לא תקנו רבנן וכמ"ש בכמה דוכתא וז"ב ונכון ודו"ק:

שם באותו סעיף הנ"ל מחיוב שבועה ואיל"מ נ"ב עיין בש"ך ס"ק נ"א והנה בדין פלוגתת הפוסקים אם בלא הו"ל למידע אם אמרינן מחוייב שבועה ואיל"מ או לא נראה להוכיח מדעת רש"י דס"ל בלא הו"ל למידע לא הוי משואיל"מ והיא ממ"ש בבכורות ד"ט ד"ה והוא לעצמו שהוא לעצמו יאכל הטלה ולא יתננו לכהן דכהן הוה המוציא מחברו עליו הראיה להביא עדים. וקשה לי למה נקט רש"י עדים דמשמע תרי עדים בחד הוי סגי דאם היה כופר ומכחישו הי' חייב שבועה ועכשיו שהודה הו"ל מחויב שבועה ואיל"מ. ובע"כ כיון דלא הו"ל למידע מה ילדה החמור לא הו"ל משואיל"מ מיהו זה טעות דכאן אם הוי כופר לא הוי מחויב שבועה בין דהוי ממון שאין לו תובעין שהיה יכול לומר

לכהן אחר אני נותן ואין כאן מחיוב שבועה כלל עוד נראה להביא ראיה מוכרחת לדעת הרמב"ם שבדבר דלא הו"ל למידע חייב מן הש"ס פ"ק דב"ק די"ז ע"ב דקאמר שם עפ"י עדים פרט למודה בקנס ואח"כ באו עדים. הניחא למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור אלא למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב מאי איכא למימר וכו'. וקשה מאי פריך נימא דקמ"ל דוקא עפ"י ב' עדים אבל בע"א אפילו הניזק אומר איני יודע פטור מכח דלא הו"ל למידע ובע"כ דגם בלא הו"ל למידע חייב ובמכחיש בברי פשיטא דל"מ ע"א. וזה ראיה גדולה לפענ"ד ודו"ק:

סעיף יד בהג"ה. והמלוה אומר אמת פרעתני אבל איני יודע כמה הלוה נאמן וכו'. נ"ב ראיה לזה מן הש"ס דפ"ב דב"ב גבי ספק אילן קודם וכו' כן ה"נ כיון דעכ"פ אף אם הוי כדברי המלו' נמי מחייב להחזיר המשכון ואין לו רק דמים עליו לכך הו"ל הלוה מוחזק. וע' ומ"ש בתשובתי מהדור' ה' סי' מ"ב דמה"ט אם באים לדון אף דבשאר תביעות ממון אין מחיוב הנתבע להשליש תחלה הממון כמ"ש הש"ך בסי' ע"ה אבל במשכון צריך להשליש כיון דבין כך או כך מחיוב להחזיר ולא הוי זילות' דבי דינא בחנם עש"ה ודו"ק:

סעיף כח ואם לא נתרצו שניהם נשבעין נ"ב הנה ראיתי בס' נה"מ שהקשה למה לקמן סי' קל"ח קיי"ל דאם שניהן אינן רוצין לישבע חולקין בלא שבועה עיי"ש שנדחק מאד והעלה מזה דין חדש ובאמת אין מקום לקושייתו כלל דבשלמא התם דדינא דחולקים הוי בלא"ה מעיקר התקנה דכן תקנו חז"ל מתחלה דיחלוקו בזה רק דתקנו שיחלוקו בשבועה ואם אין רוצין לישבע יחלוקו כך כיון דבלא"ה חולקין מעיקר דינא אבל כאן ממ"נ כיון דאין התביעה שוה שזה תובע לזה שלשה דינרין וזה תובע לזה דינר אחד א"כ ממ"נ אם נימא שיעמוד כ"א בשלו הוה זה עולה לשוה שהוא תובע המלוה ג' דינרים ומרויח המלוה תביעה של ג' דינרים והמלוה אינו תובעו רק דינר ומרויח הוא רק דינר. וא"כ לא יסכים הלוה להיות כ"א עומד בשלו בלא שבועה והוי זה עולה נגד הלוה לומר שכ"א יעמוד בשלו ולו' שיחלוקו שוה בשוה א"כ הו"ל לחדש דין חדש שיחלוקו בזה לא תקנו חז"ל תיקון חדש לתקן מה שיחלקו מה שלא היה בלא"ה ראוי כיון דלא תקנו חז"ל בזה חלוקה לא תקנו בזה תקנה חדשה לחלוק עבור מה שהם אין רוצין לישבע ולכך הוי ההכרח שישבעו שניהם ולכך לא נקט המחבר בדין אם תובעו המלוה ללוה ב' דינרין והמלוה תובע לו ב' דינרין דמי המכירה משום דבכה"ג דתביעתו שוה באמת אם לא רצו לישבע עומדין כ"א בשלו בלא תביעה כדין דהתם רק אם תביעתו שוה אז לא שייך שכ"א יעמוד בשלו אז שניהם נשבעין גם מה שהקשה אם יטילו גורל ואחד ישבע ובאו אחר כך השני להפוך עליו לא ידענא מה קשיא ליה מי הגיד לו שאין כופין אותו

לעשות גורל אדרבא לפי משמעות הש"ע אין מטילין גורל ביניהם ואם מעצמם נתרצו בגורל אם הסכימו בדעתם על כך ולא חששו על ערמה זו מה לנו בכך וזה פשוט ונכון:

סעי' לט מפני שא"ל לוי שותפי ששמעון חייב לו. נ"ב נלפע"ד דהיינו דוקא כה"ג שאין שמעון יודע כלל אם חייב לו ראובן וכדומה בזה אין יכול לתפוס אבל אם ראובן טוען ג"כ ברי שראובן חייב לשותפות אז ל"מ שעל חלקו יכול לתפוס רק אף על חלק חברו ג"כ מהני תפיסתו כיון דהם שותפין בחוב זה וקיי"ל בשותפין דכ"א יכול לתבוע כל החוב וא"כ נחשב כ"א בע"ד על כל החוב ונחשב כאלו כל החוב שלו ומהני תפיסתו על כל החוב וע' בסי' ע"א גבי נאמנות ובש"ך שם ובכאן נראה ברור דמהני תפיסתו של א' מהם לגבות כל החוב של השותפות ונשבע וגובה הכל ודו"ק וז"ב לפענ"ד:

סעי' מא משכונו של עכו"ם ביד ראובן וכו'. יש להסתפק אם זכה שמעון וכו'. נ"ב ע' בש"ך מה שתמה ע"ז דהרי אף אם הי' ביד המלוה בחצר שאינה משתמרת לא זכה מכ"ש כאן שהוא ביד אחר וכו' והניח בצ"ע. ולפענ"ד לק"מ די"ל דכאן עדיף דכיון דכתב הרא"ש בפ"ק דפסחים דכיון דהשאיל הנפקד ביתו למפקיד ביתו דהמפקיד קרינן בי'. א"כ ה"נ ודאי אם הוי חצר המשתמר ע"י שלוחו נחשב משתמ' כאלו הוא משומר ע"י עצמו דמה לי הוא מה לי שלוחו דהוי כמותו א"כ בשלמא במשכון דאז המלוה השני מחזיק את המשכון לטובת עצמו ואז לא הוי מקום הנחת המשכון קנוי להמלוה הראשון לכך לא הוי כחצרו ולא זכה בו אבל בפקדון המקום שהניחו המפקיד הוי כקנוי להמפקיד ונק' ביתו של המפקיד וכיון דהשומר קבל עליו לשומרו בעבור המפקיד והמקום ג"כ הוי של המפקיד והוי השומר כשלוחו ממש והוי כחצר המשומר לדעת המפקיר לכך י"ל דזכה בו הראשון ואף דקי"ל לקמן סי' שי"ג דבחצר המושכר ביד אחרים קנוי להמשכיר וכ"כ הש"ך בסי' ר"ס א"כ ה"נ נימא כן אך הכא שאני דהתם מיירי באם בא דבר אחר לחצרו וכדומה דלא נשכר אדעתא דהכי רק ששכרו לדבר אחר לכך לענין מציאה י"ל דהוי כשל המשכיר. אבל דקניות המקום הוי לענין דבר זה עצמו שאנו מסופקין עליו כאן י"ל כיון דהקנה השומר המקום לאותו דבר עצמו שפירש שומר דהמקום קונה לשוכר כיון דהקנה לו המקום לדבר זה ולכך י"ל דהוי חצר המשומר לדעת השוכר והיינו ספקו של המרדכי והוא ברור ונכון לפענ"ד לדינא ודלא כהש"ך:

סימן עג

סעי' ב' המלוה את חברו וקבע לו זמן. נ"ב נסתפקתי אם טוען המלוה מנה שהיום סוף זמנו והלוה מודה שחמשים היום סוף זמנו וחמשים לאחר עשרה ימים אם חי בשבועה

מודה במקצת או נאמן במגו דכופר הכל שכל המנה זמנו אחר עשרה ימים. ולכאורה נראה בדין מה שמחולק הטו"ז כאן בסי' זה עם הדיינים באם מודה בחמשים לאחר עשרה ימים וחמשים כופר הכל אי הוה מודה במקצת שלדעת הדיינים דלא הוה מודה במקצת דנאמן במגו דכופ' הכל די"ל דזה נמי הוה העזה מ"ש לאחר עשרה ימים. א"כ כאן הוה להיפך דהוי מודה במקצת דאין נאמן במגו דכל המנה הוי לאחר עשרה ימים משום דהוי מגו דהעזה כמו כל מודה במקצת אבל להט"ז שם דס"ל דהוי חייב שבועה בנידון דידי' דזה לא הוי העזה מה שמודה לאחר עשרה ימים. א"כ לכאורה נראה דכאן לא הוי מודה במקצת דנאמן במגו דכל המנה הוי לאחר עשרה ימים וא"כ הוי טוען כך נמי לא הוי העזה ותו יש לו מגו. אבל כד מעיינין שפיר נראה דלכ"ע הוה כאן מודה במקצת אף להט"ז דס"ל דזה לא הוי העזה היינו דוקא דזה לא הוי העזה כ"כ כמו אם היה כופר הכל שאינו חייב לו כלום זה הוי העזה יתיר' ע"כ לא אמרי' דיהי' נאמן במגו דכופ' הכל דאינו יכול להעיז כ"כ פניו אבל אם אומר החמשים זמנם תיכף וחמשים לאחר עשרה ימים בודאי נגד ההודאה דזמנו תיכף זה נמי הוי העזה דהזמן הוי כפירת ממון ואין לו מגו דיכול לו' שהכל לאחר הזמן דהוי מגו דהעזה וגם שייך אשתמוטי קא משתמט דיש לו דין מודה במקצת ודבר זה לכאורה אמת מצד הסברא ונכון ופשוט:

סעיף ב' המלוה את חברו וקבע לו זמן לפורעו. נ"ב הסמ"ע והכה"ג והש"ך כולם הביאו דברי הש"ג בסתם שאותן המלוים לחניות אין יכולין לחזור תוך הזמן. ולכאורה צע"ג שהרי מבואר ביו"ד סי' קע"ז שהמקבל עסקא יכול לחזור בו תוך הזמן דהוי כפועל וכו'. וזה סותר להש"ג דע"כ גם הש"ג מיירי בתורת עסקא דאל"כ אסור ליקח ריוח. שוב ראיתי שבאו"ת הרגיש בזה. ונראה לפענ"ד דודאי לא נעלם מכל הפוסקים זה הדין אך יש חילוק בדבר דהנה מבואר בחו"מ סי' של"ג דקבלן א"י לחזור בו תוך הזמן כגון שקבל עליו לעשות לו כך וכך חבית של יין וכו'. וכתב הש"ך בשם ת"ה דאף שמן הבציר ידוע מ"מ לא איכפתלן כל שאינו נוטל שכר בעד יום או שבוע. ולפעד"נ לי שהמחבר ביו"ד מיירי שקבל עסקא בסתם לחלוק בריוח ולא פיר' להנותן כמה ריוח יתן לו אז אף שבאמצע הזמן הריוח הרבה אין כח בידו שלא להתעסק בו שוב לולי הטעם דהוי כפועל ומחויב להתעסק בכל יום עד כלות הזמן וכל מה שמרויח דבר יום ביומו חולקין בשוה אז הוי כאלו נוטל שכר בעד כל יום שעסוק בו נוטל ממנו ריוח של היום ההוא מחצה ע"כ דמי לפועל. משא"כ הש"ג נלפענ"ד דמיירי שנתן להמקבל שילוה להכותים בריבית והוא יתן להנותן בעד חלקו בריוח בעד דבר קצוב והשאר למקבל כמו שאנו עושין. וכן משמע מל' הש"ג שכתב ויתחרט הלוה ויתן ריוח למלוה כפי התנאי שביניהם משמע שאינו

נוטל המקבל חצי ממה שהרויח וכו'. רק הלוה חייב עצמו בדבר קצוב. ובודאי אם בתוך הזמן כבר הרויח בהך שקצב להנותן ורוצה לסלקו כל הסך בודאי יכול ליתן לו בתיך הזמן א"כ הוי רק כאלו קבל עליו לעשות לו כך וכך חביות יין אף שזמן הבציר ידוע. ומה לי חביות של יין ומה לי שקבל עליו שיעשה לו סך י' זהובים עד הזמן והשאר יהיה מה שיהיה שייך להמקבל בודאי דין קבלן יש לו ואינו יכול לחזור בו תוך הזמן ולפ"ז בזמנינו נמי אינו יכול לחזור בו תוך הזמן כנלפע"ד נכון לדינא:

סעי' ג זה אומר חמשה ימים נשאר מהזמן וזה אומר עשרה וכו'. נ"ב נסתפקתי אם בשעת ההודאה לא אמר הילך רק אחר החמשה ימים אז בשעה שהגיע לישבע אומר הילך אי נילך בתר שעת הודא' ואז נתחייב שבוע' רק שצריך להמתין לזמן סוף חמשה ימים ואז לא אמר הילך וחייב. או נימא כיון דבשעת הודא' אינו חייב לישבע לא נחשב הודא' אז כלל לחייב ש"ד רק אם אחר סוף חמשה ימים מחזיק בהודאתו נתחייב ש"ד אז. ואם אמר אז הילך מהני. והנה ראיתי שיש לפשוט זה מסוגיא דהילך דפריך ממתניתן הא כלים וכלים דומיא דכלים וקרקעות וחייב והא הילך ומאי קשיא נימא דמיירי שטוען שמסר לו קרקע במתנה לזמן או שמשכן לו קרקע לזמן שיאכל פירות בנכייתא וכבר כלה הזמן וטוען שיחזיר לו הקרקע והוא מודה לו בחצי קרקע לאחר חמש' ימים שאומר שעדיין לא כלה הזמן וחצי' כופר לגמרי או שמוד' בקרקע וכופר בכלים וא"כ הילך ליכא בשעת הודא' שהרי אף חצי שמוד' לו אינו נותנו השתא רק אומר שעדיין הוא ברשותו לאיזה ימים א"כ השתא עדיין לא הוא שלו תיכף ולולי הטעם שקרקע פטור מש"ד הי' חייב לישבע על כל פנים אחר ה' ימים אבל כיון שקרקע פטור משבועה ג"כ פטור לעולם אבל בכלים כה"ג דלאו הילך הוא חייב לאחר חמשה ימים א"ו מוכח דאם מודה במקצת לאחר חמשה ימים אף שבשעת הודאה לא אמר הילך אם אחר החמשה כשהגיע זמן השבוע' או' הילך פטור. וא"כ בקרקע נמי אם מודה בהנהי שאומר שלא כלה הזמן הלא כ"ז שלא כלה אינו חייב בל"ז ש"ד רק כשיכלה הזמן אז נתחייב בו ואם אז אח"כ ג"כ מחזיק בהודאתו אז הוי הילך שהרי הקרקע מעכשיו והלא' של התובע הוא ומשמע דבכלים כה"ג אם לאחר חמשה ימים אומר הילך חייב ואמאי דאם הילך פטור גם בזה ראוי שיהי' פטור כן נראה לכאורה ועדיין צ"ע:

סעיף ח עדיין השבוע' במקומ' עומדת נ"ב עיין בסמ"ע וש"ך שהעלו דבנשבע אינו חייב לשלם רק אם יתבענו ועיין בטו"ז כאן וביו"ד סי' רל"ט שחולק ועיין במהדורא ו' לחו"מ שלי סי' רמ"ז שכתבתי לדחות ראיות הטו"ז על נכון והעיקר כהסמ"ע והש"ך ובלי שבוע' כ"ע מודים דאינו חייב רק אם יתבענו הן בפרעון הן בתנאי כמ"ש שם ובב"ש ה' גיטין

סי' קמ"ג סקי"ח. והנה מ"ש הפוסקים באם נשבע לשלם וחלה השמיטה באמצע דפטור מלשלם דלא נשבע רק ע"ד שיהי' חייב. הנה לכאורה זה היפך מ"ש בש"ס דשבועות בפ"ג דקאמר שם נזיר שנשבע שלא יאכל חרצן בכמה כי קא משתבע אדעתא דהיתרא קא משתבע. וא"כ יש סברא להיפך דדוקא דעתו אהיתרא והרי נשאר האיבעיא בתיקו לא ומרא. ועוד דהרי אף אם לאידך צד דקאמר שלא אוכל דעתו אכזית משמע הא אם לא הוי הוכח' זו הי' מודה דיש סברא לומר דאדעתא דהיתרא משתבע ולמה כאן פשיטא לי' להיפך. ואפשר כיון דהוי חיוב ממון שאני וממון אין דרך אדם להתחייב במה שאינו חייב ובודאי הי' כוונתו רק ע"ד שיתחייב מן הדין או י"ל דהתם בנזיר שנשבע ע"ד עצמו לכך מסתבר טפי דהוי כוונתו על ההיתרא אבל בבע"ח מן הסתם נשבע רק להפיס דעתו של המלו' שיהי' בטוח לשלם לו וזהו ודאי לא הוי שבועתו רק כענין שחייב לשלם לו. אז נשבע ולא כשלא יהי' חייב לו מן הדין אז ל"ש הפסת דעת. אבנ אין לומר דש"ה שהי' מצוה בלא"ה על כזית דהרי גם בבע"ח מצוה לשלם דקיי"ל פריעת בע"ח מצוה ועיין בקצוה"ח בזה לכך נראה כמ"ש בזה. ונ"מ בזה לדינא אם נשבע לשלם והי' השבועה מדעת עצמו ושלא בפני המלוה לטעם הראשון נמי פטור אם חל השמטה באמצע ולטעם הב' בזה חייב גם אם חל השמטה וצ"ע בזה לדינא:

סעיף ח' בהגה מי שנשבע לשלם לחברו אע"פ. שלא הי' חייב לשלם לו וכו'. נ"ב עיין בסמ"ע כאן מ"ש לחלק בין אם נשבע תחלה ע"ד לשלם ובין אם נתחייב תחלה ואח"כ נשבע דאז אם מדינא פטור גם משבועה פטור. ועיין מ"ש בחיבורי לתורה פ' ויגש שנת תרי"ט דלפי דבריו גם בדיבור הוי כן דדוקא אם זכר השבועה תחל' ואמר אני נשבע לשלם לך אז חייב מכח השבועה. אבל אם זוכר תחלה החיוב ואח"כ השבועה ואמר אני חייב לך כך וכך ואני נשבע לשלם אז אינו חייב מן הדין גם משבוע' פטור ובזה לא אמרינן תוכ"ד כ"ד. והבאתי שם ראי' לזה ע"ש ודו"ק: והנה עיין כאן בטורי זהב ס"ק ח' בהגה מה שנשאל במי שנתקשר לפרוע החוב ליום פלוני ואם לא יפרע ליום פלוני יתן קנס י' זהובים ופרע רק מקצת חוב מה דינו כמה קנס יתן ע"ש מה שנחלק עם הדיינים. והנה מצאתי במדרש רבה פ' וישב בר"פ שם וזה"ל אנטנינוס שאל את רבינו מה"ד אם שוט ימות פתאום. אמר רבי גזור דיסוב מאה גלבין והוא יהיבין מאה דינרין דין סכום לדין ודין סכום לדין ולא מפקין מידי' כלום כענין זה מלעיג על המוכה וכו' ע"ש ובפי' מ"כ. ומוכח שם דלא אמרי' כיון שנלקה ה' יתן לו נ' דינרין רק כל שלא קבל כל המאה אין לו כלום ע"ש ומוכח להיפך מדברי הט"ז. ואף דקי"ל אין למדין מן המדרש היינו

דרך דרוש אבל כאן דרבי הביא לו דמיון ממנהג העולם משמע דהדין כן וכל שלא שילם כולו חייב בכל הקנס ע"ש ותבין ודו"ק:

סעיף י"ז המלוה את חבירו על המשכון וכו'. הוי אסמכתא נ"ב עיין בש"ר כאן סק"נ שהביא כמה פוסקים דאין דין אסמכתא במשכון מטלטלין ע"ש שהאריך בזה וקשה לי מן הש"ס דגיטין דמ"ג ע"ב גבי מתיב רב ששת הארוסין עד סוף אלא אידי ואידי דלא מטו זימניה וכו'. ולפ"ד הפוסקים הנ"ל קשה מה פריך הרי הרא"ש כתב בפ"ק דב"ק דלמידי דרבנן הוי עבדא כמטלטלי דמי ולאו דוקא להחזיק ממון רק אפילו להוציא ממון בתקנתא דרבנן הוי עבדא כמטלטלי כמ"ש בחו"מ סי' ר"ב ובסמ"ע שם דעבדים נקנין אג"ק אף דקנין אג"ק הוי רק דרבנן מוכח דאף להוציא ממון מהני בדרבנן להיות להם דין מטלטלין. וא"כ ה"נ כיון דהך דינא דהמוכר עבדו לנכרי דקונסין אותו הוי דרבנן אם כן הוי כמטלטלין ובמטלטלין אין בו אסמכתא לכך הוי כמכירה. אבל בשדה ולגבי מעשר דהוי קרקע ממש שייך ביה אסמכתא לכך פטורין מן המעשר. והנה מזה יהיה ראיה לדעת הראב"ד שהובא בה"פ סי' תמ"א דאין דין אסמכתא לנכרי וה"ה בישראל מנכרי והסוברים דיש אסמכתא לנכרי הם יסברו דיש אסמכתא גם במשכון מטלטלין אך יש פוסקים דס"ל דאין אסמכתא במטלטלין וס"ל דשייך אסמכתא גם בנכרי לדידהו קשה מכאן וצ"ע:

סימן עד

סעיף ג' חוב דמשכונא וכו' ע' בתשובתי ליו"ד ה' בכור סי' קצ"ט מהדורא ה' מ"ש לחלק בין סתם משכנתא לקובע זמן דבקובע זמן לא מהני לשלם לו בעד הפירות רק יכול לומר בגוף הפירות אני רוצה אבל בסתם משכון נהי דהוי שתא מ"מ מהני לשלם לו גם בעד הפירות ע"ש שהוכרחתי כן מן הש"ס:

סעיף ו לוה שאמר כשהגיע זמן הפרעון אין לי מעות וכו'. ע' בש"ך כאן מדין מכירת המשכון ועיין בתשובתי ליו"ד ה' בכור סי' ה' הנ"ל מ"ש הרבה דינים לענין מכירת המשכון והעלתי דבמשכון מטלטלין ודאי לא הוי ספק ופשיטא דיכול למכרו ודוק:

סעיף ז המלוה את חברו על המטבע ונפסל וכו' נ"ב עיין כאן בש"ך סקכ"ה בשם המוהרש"ל שעכ"פ בעינן סוחרי מדינה. דבריו צ"ע וסותרים לדבריו לעיל ששם כתב בשם המוהרש"ל דסוחרי אותה מדינה מצויין הוי כמו אית ליה דרך לשם וא"כ אף שהמלכות מקפיד כשמוציאין מ"מ הוי פרעון ומ"ט למה לו כאן שהמלכות לא יקפיד אף כשמוציאין וצ"ע ודו"ק: והנה נשאלתי מהרב מוה' מרדכי זיידמאן דיין דק' אוזיראן

בנדון "באנק נאטען שהוזלו האיך ישלמו הלוין. וכתב ששמע מהגאון מוה' משולם מפרעסבורג זצ"ל שכתב שאין דינו כמטבע רק כשטרות ובלוה שטרות ונפסלו צריך לשלם דמיהן. רק רו"מ כתב דאפשר רק בנפסלו לגמרי ולא בהוזלו הנה הטוב אשר דבר רו"מ בזה דלו יהא דאינו מטבע עכ"פ יהי' כמו לוה סאה בסאה דמפורש בש"ס וטור וש"ע יו"ד סי' קמ"ב דבלוה סאה בסאה בהוזלו נותן לו הסאה ובהוקרו נותן לו דמיו א"כ מוכח דבהוזל יכול לחזור לו סאה כזו אף שהוזיל וה"ה בשטרות הוי כן אם מחזיר לו שטרות מאותו הלוה בעצמו שהלוה ממנו יכול לחזור לו כן. ה"נ בבאנק נאטען ודוקא בנפסלו לגמרי בזה אף סאה בסאה אם נרקב הסאה אינו יכול לחזור לו. כיון דאינו ראוי כלל כן ה"נ בנפסל לגמרי הוי כמו מום בגוף הדבר ודבר שיש בו מום א"י להחזיר. אבל בלא נפסל לגמרי רק שהוזל זה אינו כמום. ויכול להחזיר לו שטרות כאלו וז"ב ופשוט. ובלא"ה אין צורך לדין זה כי דינא דמלכותא דיכול לפרוע בהם. ולפי הנשמע הוי דינא דמלכותא אפי' בלוה כסף ישלם נאטען מיהו בזה יחקור את הדבר א"כ הוא אבל בלוה נאטען לו ודאי דדינא מלכותא כן הוא שישלם לו ב"נ ודינא דמלכותא דינא ואין זה צריך לפנים. ע"כ השבתי. ובחיבורי על חו"מ מהדורא ד' דף נ"ג ע"ב הארכתי עוד בענינים אלו להרב מוה"ר משולם לאהר זצ"ל לק' סינאוויץ עש"ה: שה"ה בנשבע ונוטל או שהפך עליו השבועה על התובע צריך ג"כ לקב"ח דלא כדעת הט"ז החולק עליו. לפי"ז יתיישב שבש"ס הוצרך לזה לפי שבימיהם עדיין לא הי' תקנת הגאונים ולא הי' צריך לקב"ח אז צריך לפסוק הדין שאסור לטעון שקר מכח מדבר שקר תרחק. אבל לאחר תקנת הגאונים בלא זה אין נ"מ בדין דממ"נ להתובע ודאי דא"צ דין זה שהרי אם יטעון ר' יצטרך לקב"ח תחלה שהאמת כדבריו ודאי דחרם חמור כמו עונש שבועה והאיך יקבל בחרם בשקר ואם חשוד לקב"ח בשקר מכ"ש שלא יקפיד על מדבר שקר וכו'. ואם לא יקבל בחרם אז לא ישבע שכנגדו ומה מרויח בטענות שקר. ואף להנתבע אין נ"מ שהרי השתא תקנו רבנן היסת וא"כ כמו שאסור לשבע בנק"ח כן אסור בלי נק"ח ואין חילוק ביניהם כלל. וא"כ אף אם יכפור הכל יצטרך לשבע היסת על התביע' ועל הגלגול ואם כופר הכל כדי שיהי' יכול להפוך על התובע מש"ד אין יכול להפוך. הלא אף אם יהפוך יהי' צריך לקבל בחרם תחל' שאינו משביע על חנם וא"כ בודאי לא יטעון כן. ואם נ"מ שהרי בהיסת לא נחתינן לנכסיו אם אינו רוצה לישבע זה אינו שהרי עכ"פ מנדין ליה למ"ד יום ואם יעבור על הנדוי גם על מדבר שקר לא קפיד וא"כ אין כ"מ כלל לדידן ולכן השמיטו הטור ודוק היטב: **שם** באותו סעיף. אומרים לו ברר דבריך וכו'. נ"ב עיין בש"ך סק"ב שכתב וז"ל ונראה עיקר כמו הרד"ך וכן המנהג ע"כ. נראה דהיינו דוקא

בדורות הראשונים שהיו ידינו תקיפה לקיים הד"ת אבל בזמננו בעוה"ר דאין יד ישראל תקיפה והותרה הרצועה לדון בדיני עכו"ם אם הב"ד מבינין שמהראוי להשליש הדין עמהן והוי שודא דדייני לפי ראות עיני הדיין. גם מדינא נראה להכריע דהיכן דלפי דברי הנתבע הוי גוף הדבר שלו אז שייך סברת הרד"ך דאטרוחי ב"ד בכדי לא מטרחינן. אבל היכי דאף לפי דברי הנתבע נמי אין בידו הדבר רק למשכון ואין לו עליו רק חוב א"כ גם לפי דבריו יהי' מוכרח להחזיר החפץ כשיתן לו הלוה דמיו אז מודה דמחויב להשליש המשכון. מיהו גם הלוה מחויב להשליש המעות כנגדו וזה דומה למה דקי"ל ספק אילן קדם ספק עיר קודם דנחשב הם מוחזקים ומה"ט א"ש מה דקי"ל בטוען ספק על מלוה על המשכון מחויב להחזיר. ולכאורה אין מקור בש"ס ע"ז. אך מזה היה מקורו כיון דסוף סוף מוכייח להחזיר המשכון נחשב הלוה מוחזק ודוק היטב: ועוד נראה דהמהורד"ך לא קאמר רק אם התובע רוצ' שהנתבע ישליש מעותיו אז י"ל דלכוף את הנתבע בתרתי לדון וגם להשליש ז"א לעשות לו כבי תרי. אבל אם ראובן תובע לשמעון ושמעון משיב יש לי בידך יותר אז אדרבא אתה חייב לי והשליש לי מה שיש לי עליך וגם אני אשליש ודאי הדין עמו דהתובע אם רוצ' לתבוע ישליש ג"כ. ואם אינו רוצה להשליש לא יתבע ובזה לא נעשה לו כבי תרי דאם רוצה לדון ישליש ג"כ ובפרט דהנתבע רוצה ג"כ להשליש ולמעט בפלוגתא עדיף. גם בל"ז נרא' דהתובע יכול לומר קים לי כהר"מ דמחויב להשליש. מיהו בזה אם עני תובע לעשיר ומשיב לו העשיר כנ"ל יש לחוש לערמה שאומר כן יען כי יודע דאין ביד העני להשליש אז יזהירו הב"ד את העשיר דעובר על מדבר שקר תרחק גם שיש חדר"ג שלא לטעון שקר כנלפע"ד נכון. ובפרט בזה"ז כנ"ל. ועיין בסי' ע"ב סי"ד בהג"ה מפורש שם דהלוה נקרא מוחזק אף שהמשכון ביד המלוה לכך פשיטא דחייב להשליש ודוק היטב. וכן השבתי להרב מו"ה שמעריל ז"ל מהרימלוב ששאל אותי בזה"ז דשכיחי אינשי דלא צייתי דינא ואין יד ישראל תקיפה אם יכול הדיין להכריח להשליש תחלה הממון. וכתבתי לו שיפה הורה אם מבין הדיין שהשע' צריכה לכך כנ"ל ודו"ק:

סימן עה

סעיף א'. אומרים לו ברר דבריך וכו'. נ"ב גרסינן בש"ס פ"ד דשבועות מנין למי שנושה בחברו מנה וכו'. ובש"ך סימן זה תמה על מה שהשמיט הטור והמחבר דינים אלו ונלפע"ד לפי מה שפסק הרמב"ם והמחבר בסי' פ"ז שתקנת הגאונים שכל המשביע את חברו צריך לקבל בחרם תחל' שאינו טוען דבר שאינו חייב לו כדי להשביעו בחנם. ודעת הסמ"ע מ"מ מהני לשלם לו גם בעד הפירות ע"ש שהוכרחתי כן מן הש"ס:

סעיף ב' **ואם** יש א' שמסייע י"א שפוטרו משבועה. נ"ב הנה בדין אם עד מסייע פוטר מהיסת עיין מ"ש בבעה"ת שער כ"א ראי' דאינו פוטר והג"ת תמה עליו עמ"ש בזה בחיבורי נדרי זריזין בהשמטות ח"ב בתשוב' לק' יאניווע במדינות פולין ע"ש. והנה ראיתי בשו"ת ברית אברהם חלק חו"מ שהביא קושיא אחת למה לא יתחייב ברוב שבוע' הרי רוב עדיף מע"א כדמוכח גבי אבדה וא"כ אם בע"א מחייב שבועה מכ"ש ברוב. ובתשובה אחת כתבתי ליישב מכח דבע"א חזו לאצטרופי אך נרא' דא"ש יותר כיון דבממון אין הולכין אחר הרוב. ובאיסור הולכין אה"ר א"כ בממ"נ לחייבו ממון א"א דאין הולכין בממון אה"ר. אבל ליתן לו שבועה א"א כיון דבאיסור הולכין אה"ר והרי ידוע שכשבע לשקר כיון דהוי רוב להיפוך ולומר להיות משואיל"מ א"א כיון דטוען ברי ורוצה לישבע כמ"ש התוס' בפ"ק דב"מ גבי חשוד ולומר שכנגדו נשבע ונוטל נמי א"א דהתם פשע כיון דנעשה חשוד לכן איהו דאפסיד אנפשי'. אבל בזה הרי זה לא פשע ולמה נחייבו שחז"ל יתקנו לו תקנה לרעתו כיון דמדינא פטור וז"ב ואמת לפענ"ד:

סעיף ז' **מנה** לי בידך אין לך בידי כלום ואפילו שנים מעידים שהלוהו וכו' נ"ב הנה מה שהקשה אחד דברי הבל דמ"ש מתנאי שהוא בקום ועשה דעליו להביא ראי' שקיימו עמ"ש לבאר טעמו בתשובתי ליו"ד ה' ס"ת במהדורא ז' סי' כ"ח ע"ש:

סעיף ח' **מנה** לי בידך שגזלתני וכו' נ"ב עיין בחידושי לחו"מ סי' רצ"ח מה שנסתפקתי בטוען א"י אם הלויתני ומאמין לו בלבו אם חייב לשל' ואם יכול להטיל עליו גלגול שבוע' או קב"ח שאינו מאמין לו בלבו או אפשר אף במאמין לו בלבי אינו חייב לשלם לו וצ"ע בזה ע"ש:

סעיף ט' **מנה** לי בידך שהלויתיך וכו' ואיני יודע אם החזרתי לך אם לאו חייב לשלם כו'. נ"ב ע' בש"ך סקכ"ז מ"ש דאפילו ספק פרעון קודם ההלוא' חייב. והאו"ת כתב שהוא מוכרח מן הש"ס פ"ק דב"מ במה דאמרינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו. והנה שמעתי שרבים תמהו עליו דהרי אביי הוא דקאמר כן בב"מ שם. ואביי לשיטתו דס"ל בפ' י"נ דאפי' בא"י אם הלויתני חייב. ולא ידעתי מה זה תימה הרי עיקר ראייתי הוי לדידן דקשי' הלכתא אהלכתא דקיי"ל כמ"ד ספק מלוה ישנה כמ"ש בש"ע סי' צ"ב שם ובסמ"ע שם ובסי' פ"ז וקמ"ל דבא"י אם הלוויתני פטור וקשיא הלכתא אהלכתא ומוכח דבספק פרעון קודם הלוא' חייב וז"פ. אבל לומר דאביי לא מחייב רק בברי טובה ושמא גרוע. אבל בספק פרעון אפ"ה בכה"ג חייב והש"ס מיירי בכה"ג דקשה מנ"ל כן לראי' הרי כיון דהוי רק חששא בעלמא דחיישינן שמא יש לו מלוה ישנה וא"כ י"ל דהחשש הוי שמא יש לו מלוה ישנה מהיכי דהוי ברי טוב ושמא גרוע דאז חייב לשלם. ובפרט די"ל

דלכך באמת נקט הש"ס ל' מלוה ישנה די"ל דהישן בעצמו מה שלא תבעו עד הנה. משוי לי' לברי טוב ושמא גרוע וכמ"ש כעין זה בסי' ס"א דזה ראי' אפילו לבטל השטר ולכך כיון דהוי ספק מלוה ישנה והוי ברי טוב ושמא גרוע ולכך אזיל אביי לשיטתו. ובע"כ כמ"ש בכונתו דראייתו הוי לדידן אליבא דהלכתא ודוק כן השבתי להחריף מוה' אהרן זאב וואלף פרענקיל לק' קראקא וע' באו"ת דפוס אוסטרהא מה שהקשה שם המגיה על דברי הש"ך הנ"ל ואין בדבריו כלום. דע"כ לא קאמר הש"ך רק באם נטל הלה בתורת הלווא' או אף שיתפס מעצמו ולא שחברו פרע לו על ספק הלוא' דמעיקרא בזה דומה לספק אם פרעתיך כיון דודאי נתחייב ע"י הלוא' או על ידי תפיסתו וספק אם יש לו בידו כנגדו מקודם. אבל היכי שהלו' פורע לו מעצמו בפי' על ספק ההלוא' דמעיקרא ודאי אין כאן א"י אם פרעתיך. רק א"י אם נתחייבתי דאף עדיף מא"י אם נתחייבתי כיון דהוא עצמו נותן לו בתורת פרעון על פסק הלוא' דמעיקרא ודאי פטור המלוה לגמרי יז"ב בעיני ופשוט:

סעיף טז התובע ליורש הלוה מלוה על פה וכו'. נ"ב הנה ראיתי בנתיבות המשפט סי' ע"ב סקכ"ה שכתב דאם נתחייב לישבע ונשתטה דלא מהני מחיוב שבוע' ואיל"מ והביא ראי' ממ"ש הש"ך כאן הטעם דגבי יורשים לא אמרינן משואיל"מ ודילמא אם אביהם הי' חי הי' טוען ברי דהרי עכ"פ כשמת הוי אונס ע"ש. ולפענ"ד אין נראה כך דודאי בנשתטה דנהי דא"י לישבע מכח אונס מ"מ אמרינן נסתחפ' שדהו ומזלו גרם ודומה למ"ש בפ"ק דכתובות גבי חלה הוא או שחלתה היא דמעלה לו מזונות דנסתחפ' שדהו כן ה"נ בזה דמזלו גרם שא"י לישבע וחייב לשלם. ולכך אין ראי' מיתומים דהתם ממ"נ קודם שמת אביהם עדיין הי' בידו לישבע ואימתי מתחיל האונס כשמת והרי אז אין הנכסים של רק של היורשים והם לא אירע להם אונס ול"ש לומר נסתפח' שדהו דאין האונס אצלם משא"כ בהוא חי דהנכסים שלו ולא אירע שדהו נסתפחה ולכך חייב לשלם וזה לפענ"ד נכון לדינא וראי' ברור' דהרי ביו"ד סי' רל"ב יש פלוגת' בשכח' אם תשוב אונס. וא"כ למ"ד דחשוב אונס למה יתחייב בטוען חמשין ידענא וחמשין לא ידענא הרי שכחה הוי אונס. ואף את"ל כדעת האומרים שם ביו"ד דלא הוי אונס היינו מכח דה"ל לשלם קודם שיגיע יום האחרון אבל לולי זה מודים דמה ששכח הוי אונס וא"כ למה בא"י מחויב לשלם ובע"כ מוכח דאונס לא מהני בזה מיהו לפמ"ש בספרי ספר החיים סי' ק"ח יש לדחות ראי' זו אמנם בלא"ה הדין דין אמת כאשר כתבתי כנלפע"ד ודו"ק: עוד שם באותו סעיף. נ"ב ע' בש"ך דביורשים נמי הוי העזה שמה שטוענים ברי הוא מכחישם והוי העזה קשה לי ע"ז ממ"ש הר"ן בפרק כל הנשבעין על הא דפריך

שבועת השומרין דחייב רחמנא האיך משכחת לה להימין במגו וכו'. וכתב הר"ן דאמאי הוי מגו הא הוי מגו דהעזה וכו' ותירץ הר"ן דקושית הגמ' על מה דקאמר כמה מעליא הא שמעתתא דנאמן לומר פרעתיך במגו דלא שכרתיך אף דבמה שטוען פרעתי אינו מעיז שטרוד בפועליו וכשאמר לא שכרתיך יעיז בפניו וע"כ ס"ל דהוי אמרינן מגו דהעזה על זה הקשה שפיר שבועת השומרין דכתב רחמנ' וכו' ולפי דברי הש"ך נשאר קושית הר"ן דמאי מקש' שבועת השומרין האיך משכחת לה הא הוי מגו דהעזה ומשכיר לא הוי מגו דהעז'. הא התוס' כתבו הא דמהימן במגו ולא הוי מגו בדמי וכו' שמיירי שטוען ברי פרע תוך וכשיש עדים ששכרו אמרינן שטרוד בפועליו ואינו יודע ומה שטוען שיודע בברי הוא שקר. אבל כשאין עדים אז מהימן מה שאומר שיודע בברי פרעתיך במגו דלא שכרתיך. ולפ"ז לפי דברי הש"ך השתא נמי כשטוען ברי פרעתיך מעיז נגדו שהרי מכחישו שמה שטוען שיודע בברי הוא שקר. ודמי בעה"ב לכל מילי ליורשים נמצא לא הוי מיגו דהעזה. ומה ראי' היא זו לענין נאנסו בודאי השתא שטוען נאנסו אינו מעיז ומנ"ל דאמרינן מיגו דהעזה ונשאר קושית הר"ן במקומו לפי דברי הש"ך וצ"ע גדול בזה:

סעיף י"ח ובין כך ובין כך יכול המלוה להחרים סתם וכו' נ"ב משמע דברצון הלוה תליא מלתא וגם בדין אם מותרין הב"ד להודיע זה להלוה וכן בעלמא כה"ג עמ"ש בתשובתי ליו"ד מהדורא ד' סי' צ"ד שהארכתי שם ומה דנשתנה בין זמן הש"ע לזמינו בזה ע"ש היטב: סעיף י"ט ואם הודה הרי הודה במקצת ומתוך שאיל"מ וכו'. נ"ב והנה בדין טוען ונטען אם בעינן שיהי' התובע אמוד לטענ' שלו או לא בעינן שיהי' אמוד עמ"ש בתשובה דל"ב אמוד וכתבתי טעם נכון לחלק בזה ובין דין המבואר בסי' צ' ובסי' רצ"ז עש"ה:

סימן עז

סעיף א'. נ"ב עש"ך סק"ב וז"ש דבשותפין הוי כאלו הותנה שכל מעשיו. יהיו קיימין לעלמא וכ"כ הב"ש באהע"ז עי' פ"ו בשם הב"ה וע' בחיבורי ליו"ד מהדורא ה' קצ"ה מ"ש ראיה לזה בעזה"י מן הירושלמי פ"ה דגיטין ה' ד' ע"ש ודוק: **שם** בהגה או שקבלו פקדון ביחד נ"ב ע' בש"ך. שהביא דעת הרמ"א בשנים שקבלו שמירה ביחד לא הוי אחראין זל"ז וכו'. והנה לכאורה נראה להביא ראיה ברורה שנעשו ערבאין זל"ז מן הש"ע דב"ק דכ"ח ע"א בעי רבינא חומשא וכפילא בתרי גברי מהו. ה"ד כגון שמסר שורו לשני ב"א וטען בו טענת גנב חד נשבע וכו'. וחד נשבע ובאו עדים וכו' או דילמא עילוי' חד ממונא קפיד רחמנא דלא נשלם עלה חומשא וכפילא ה"נ חד ממונא הוא כו'. וקשה דאי נימא דאין אחראין זל"ז א"כ כ"א נעשה שומר רק על חלקו ואם כפרו וטענו טענת

גנב כ"א נתחייב רק על חלקו וא"כ זה צריך לשלם על חלקו כפל וזה חומש על מחצית שלו ואם כן לאו י חד ממונא הוא כלל דכל אז נתחייב רק על חלקו לבד. ודוחק לומר שמיירי בנעשו אחראין זל"ז בפי' דא"כ ה"ל לפרושי ולא לומר סתם כגון שמסר שורי לב' ב"א א"נ אף בסתם נעשו אחראין זל"ז ולכך כ"א נתחייב בכולו וצריך לשלם הכל לכך הוי רק חד ממונא לבד ושפיר מבעיא ליה ודו"ק היטב וע' בהרא"ש פ' המפקיד סימן ג' דלא מתרץ שם בהתנה בהדיא שלא יהיו אחראין בע"כ דהוא גם כן מה"ט דאם כן ה"ל לפרושי כה"ג ולא למסתם ודוק היטב בזה. אמנם שוב נ"ל ראיה להש"ך ממשנה פ"ח דפרה מ"א גבי ג' ששמרו מי חטאת ונטמא אחד ע"ש ואי נימא דלא חל השמירה על כ"א רק החצי אם כן בנטמא אחד נשאר המחצית בלי שמירה ובע"כ דבב' שקבלו השמירה חל על כל אחד כל השמירה וא"כ ממילא חייב על כולו ולדעתי זו ראיה ברורה למבין ודוק היטב: עוד שם באותו סעיף שניהם ערבים זה לזה וכו'. נ"ב הנה ראיתי בס' שערי המשפט בסימן זה שחולק על הרמ"א בטעמו בדין שקבלו השמירה ועל הש"ך בדינו וטעמו כיון דיש דעות דלא נתחייב הערב רק כשיש הנאה ללוה ובזרוק מנה לים דאין לו הנאה לא נתחייב הערב ואם כן ה"נ בשומרין אם הוי בחנם לכך ל"ש בין ערבות ע"ש. ואחרי המחילה לא דק ונעלם ממנו ש"ס ערוך בב"מ גבי מתנה ש"ח להיות כשואל דפריך במהו?ו שני ר' יוחנן אפי' תימא בשלא קנו הידו בההיא הנאה שיצא עליו קול דאינש מהימנא הוא גמר ומשעבד נפשי' וא"כ מפור' אומר דיש הנאה לש"ח ואינו דומה לזרוק לכלב אולים דאין לו הנאה כלל וז"ב ופשוט: ועוד אף אם יהא כדבריו היינו ערב דעלמא אבל בשנים שקבלו שמירה כיון דכל חד נעשה ערב עבור חברו וא"כ י"ל אגב דבעי למקני גמר ומקני ומ"ל לכ"א נעשה ערב בעד השני בזה ודאי כ"ע מודו דמהני אף בלי הנאה ולמעט בפלוגתא עדיף דהרי יש פוסקים דאף בזרוק לכלב שייך ערבות וע' כיוצא בזה גבי אסמכתא דהיכי דבעי למקני גמר ומקנה ודוק כי קצרתי: **ומ"ש** הש"ך כאן בסקי"ב כשתפס בעדים וקשה הרי הש"ך פי' דלא תבעו ליה היינו שמא ואם כן אף בלי עדים ליכא מגו. וכבר נשאלתי ע"ז מק' קאמינץ וע' בחיבורי לאו"ח מה שהשבתי זה דרך אגב ע"ז ע"ש בחיבורי הנרשם מאה וי"ט דף קס"ב ע"ב:

סימן עח

סעיף א' **הקובע** זמן לחברו ותבעו בתוך הזמן נ"ב ע' בחיבורי על חו"מ מהדורא ב' בסופו סי' קפ"ב והוכחתי שם שלדעת רש"י נהי דלדינא קי"ל דאמרינן מגו במקו' חזקה עכ"פ שבועה בעי מן התורה ע"ש בטעמו כי טוב הוא ודו"ק:

סעיף א הקובע זמן לחברו וכו'. נ"ב ע' בש"ך סק"א מה שמשיג על הסמ"ע ולפענ"ד דבריו תמוהין דודאי צדקו דברי הסמ"ע דבטוען המלוה שמא נאמן הלוה אף בתוך זמנו. כיון דחזקת ממון מסייע לו אמרינן ברי ושמא ברי עדיף. דבהדי חזקה אמרי' ברי עדיף וכמ"ש הש"ס בפ"ק דכתובות גבי משארסתני נאנסתי דהיכי דאיכא חזקה דגופא בהדי ברי ושמא ברי עדיף אף דמצד עצמו הוי חזקה דממונא עדיף מחזקה דגופא מ"מ בהצטרף בהדי ברי מהני ה"ה נמי הכא. אף דת"ז עדיף מחזקה דממונא מ"מ בהצטרף בהדי ברי ושמא עדיף. ומה שמביא הש"ך ראיה מיורשים דבריו תמוהין ובמחכת"ה נעלם ממנו סוגית הש"ס והרא"ש וכל הקדמונים דרפ"ב דכתובות דקאמר שם הש"ס לימא מתני' דלא כר"ג וכו'. ומשני אפי' תימא ר"ג וכו'. ע"כ לא קאמר ר"ג אלא בברי ושמא אבל הכא ברי וברי היא. והקשו הכל דתינח נתגרשה אבל נתארמלה הרי טוענין היורשין שמא יתרצו כיון דאנן טענינן ליורשים כל מה דמצי אביהן למיטען חשוב כטענת ברי. וכ"כ שם הרא"ש להדיא ובשיטה מקובצת בשם כל הקדמונים א"כ מוכרח דהיכי אמרינן ברי ושמא ברי עדיף מ"מ טענות היורשים חשיב כטענת ברי ולכך גבי יורשים ודאי שייך הך חזקה דאין אדם פורע ת"ז ולא כשהוא בעצמו היה טוען שמא וצדקו דברי הסמ"ע. מיהו בחידושי משפט צדק לחו"מ סימן נ"ט שם העלתי דהיכי דהוא חוב בשטר ותו"ז כיון דאיכא חזקות. חזקה דשטרי בידך מה בעי וחזקה דתו"ז אז הדר ה"ל חזקת ממון חדא במקום תרתי ולאו כלום הוא ושוב לא אמרי' ברי עדיף ובזה גובה המלוה אף כשטוען שמא. וז"ב ונכון לדינא: **שם** ס"א והניח יתומים אפי' קטנים. נ"ב עבש"ך סק"ב מה שנסתפק בשם המוהרשד"ם באם הגיע הזמן ונתחסד המלוה עם הלוה להאריך לו הזמן אם שייך בהזמן הב' אין אדם פורע תוך זמנו. והקצה"ח פשט ליה מדברי הנ"י שכ' בקבע זמן בשעת הלואה אז אח"כ עש"ה. והנה לדעתי אין זה כלום. דהנ"י כוונתו כגון דתחלה לא קבעו זמן כלל רק הלוה לו סתם ולא שאלו על איזה זמן ואחר כך פנעו זה בזה וקבעו זמן אז בזה נחשב זה כקביעת זמן בשעת הלואה והוי כהוכיח סופו על תחלתו כאלו קבעו בשעת ההלואה כיון שלא היה קביעת זמן אחר תחלה דדרך כל הלואה לקבוע זמן ואם כן מה שקבעו אחר כך הוי כאילו קבעו תחלה וכ"ש אם דברו בשעת הלואה שמלוה לו ע"ת מה שיקבעו אחר כך זמן כשיהיה להם פנאי וזה הוי כקביעת זמן בשעת ההלואה. אבל אם מתחלה בשעת הלואה קבעו זמן ואח"כ קבעו זמן שני בזה נ"ל שפיר כדעת המוהרשד"ם. אך מן הש"ס יש להביא ראיה דמאי פריך שם אילימא בזמנו פשיטא אלא לאו תוך זמנו וכו'. ודילמא מיירי שקבעו זמן שני וקמ"ל דאף שהוא תו"ז שני נאמן לומר פרעתי ובע"כ מוכח דאין חילוק בין זמן ראשון לזמן שני. ודוק היטב:

שם סעיף א' בהג"ה אבל אם היה מעות מופקדין בידו ועוסק בהם לצורך אחרים האי כשאר פקדון וכו' נ"ב עיין כאן בש"ך סק"י מה שהשיג על המהר"א ששון בדין סחור' אם שייך בי' אין אדם פורע ת"ז ועיין בחיבורי לחו"מ מהדורא ה' סימן קע"ט מ"ש להחזיק דברי המהר"א ששון ועכ"פ המוחזק יכול לומר קים לי' ע"ש ודוק:

סימן פא

סעיף ז'. בהג"ה מי שאמר לחתנו העשיר תלמוד עם בנך וכו'. נ"ב עיין בש"ך שכתב דנ"ל דאף באמר אתם עדי דפטור יעו"ש. והקצות החושן השיג עליו דזה חייב מטעם שכירות ושכירות לא בעי קנין עיי"ש בקצוה"ח. ולפענ"ד דברי הש"ך נכונים דשכירות לא שייך רק באומר ראובן לשמעון שיעשה לו דבר הצריך לראובן עצמו שהוא עצמו נהנה ממנו בזה חייב בשכירות אבל אם אמר ראובן לשמעון שיעשה מלאכה בשל לוי שאין תועלת לראובן ממנו. נהי שמ"מ ראובן חייב לשמעון היכי שא"י לומר טול מה שעשית כמו שמשמע להדיא בסי' ועכ"פ יכול ראובן לחזור וליטול מלוי מה שההנהו כמו שמבואר שם. וא"כ כאן נמי אם חתנו לומד עם בנו אין לראובן וקנינו רק לו עצמו שהוא התחייב ללמוד עם בנו או לשכור לו מלמד. וא"כ אם לומד עם בנו בעצמו הוא נהנה דברא מזכה אבא וא"כ אם נימא דראובן חייב מטעם שכירות א"כ ישלם הוא לחתנו ויחזור מחתנו מה שההנהו וא"כ אפוכי מטרתא למה לי. רק דהי' אפשר לומר שזה אינו שכירות רק חיוב בפ"ע בתנאי ע"ז כתב הש"ך שפיר והבן ודו"ק היטב:

סימן פב

סעי' י"א בהג"ה אע"פ שיש בו נאמנות שהנאמנות לא קאי אלא על הפרעון וכו'. נ"ב מזה תמוה על דברי הש"ך בסי' ע"ה שכתב הא דנאמן מחלת לי היינו במגו דפרעתי כמו שאם הי' טוען פרעתי הי' יכול להשביעו הא אפי' ביש בו נאמנות וא"י להשביעו ע"י פרעתי צריך לישבע על מחלת לי וצ"ע:

בדיני מגו אות ט'. נ"ב הנה לענין בדדמי. עיין מ"ש בזה בעזה"י כלל נכון וישוב קושית התוספת ביבמות פרק האשה שלום בחבירו לאהע"ז מהדורא זיין סימן נ"ו עייש"ה ודו"ק ומה שיש להקשות בסוגיא דב"ב צ"ע במפקיד אצל חברו בשטר דמשמע דמודה ר"ח דלא אמרינן מגו במקום עדים. ומ"ש בפ"ג דב"ב דל"ג לר"ח דאמרינן מגו במ"ע עיין מ"ש לק"ק וועגנרוב בהשמטות לספרי סתם ע"ש. והנה קיי"ל מגו ובשנים לא אמרי' ולמה

בשליח נעשה עד אמרינן מגו בשנים ובדין הפה שאסר אם הוי מטעם מגו או לא עיין על כל זה היטב בחיבורי לאהע"ז מהדורא חי"ת סימן קכ"ד ודו"ק:

סימן פג

סעיף א'. אם המלו' מודה שקבל ממנו דמי השטר וכו'. הנה נסתפקתי בראובן ושמעון שהיו שותפין ועשו חובות אצל אחד וגם היה לראובן חוב אצל הלוה הזה משלו לבד ובא הלו' לפרוע לראובן החוב השייך לשותפות וקבלו ראובן ואומר אחר כך שקבלו על חוב שלו ולא של שותפות ומתוך כך נפסד החוב של השותפו' דהלו' העני ואין לו לפרוע אי נימא דהדין עם ראובן דכמו דלוה דעלמא הבריר' ביד המלו' לקבלו לאיז' חוב שירצה כן ה"נ הבריר' בידו לקבלו על חוב שלו ושל השותפות נפסד או נימ' דשאני שותף כיון דשותף חייב בשמירו' ממון השותפו' ולא להזיק השותפות או לפרוע בו. והכא כיון שהלו' רצה לפרוע של שותפו' רק שהשותף קבלו על שלו ומתוך כך נפסד השותפות אם כן הוי פושע שמתוך מעשיו נפסד של השותפות והוי כמזיק להשותפות. מיהו אף שלא מצאתי גלוי לדין זה. מ"מ נרא' ראיה לזה ממ"ש לקמן סי' קע"ו שאם גבה השותף חלקו מחוב השותפות יכול לומר לעצמי הצלתי במקום פסידא ואם כן אם מחוב שותפות יכול לומר לעצמי הצלתי וגביתי חלקי אף שהשותף רצה לפרוע לשותפות ומן הסתם הוי שייך להשותפו' מ"מ אם גבה לעצמו מהני ולא נחשב השותף כמזיק ופושע להשותפות. כן ה"ל מכש"כ אם גובה חוב שלו ממש שאינו של שותפות ומן הדין יכול הוא לטעון שגובה לעצמו ולא נחשב בזה כמזיק כיון שמתכוין להציל את שלו. ואף דהתם בסימן קע"ו הוי דוקא במקום פסידא היינו כיון שהוי של השותפות ממש אין בידו לחלוק מעצמו בלי רשיון חבירו רק במקום פסידא אבל הכא שגוב' משלו אף שלא במקום פסידא יכול לומר כן ולא הוי בזה כמזיק להשותפות כן נלפענ"ד נכון וברור ובזה נרא' שא"צ שיאמר כן בפני עדים לעצמי הצלתי רק די אם טוען שבלבו כוון כך דדוקא אם גוב' משל שותפות רק שטוען שגבה חלקו בזה לא נחשב כחלוק' רק באומר בפני עדים אבל בזה שטוען שגבה שלו ממש א"צ עדים ואמיר' ודי בכוונ' בלב וז"ב ודוק היטב:

סעיף ב הדין עם המלו'. נ"ב ולכאור' קשה ע"ז מדברי הרא"ש בכתובו' פ"ט בסוגיא דאבימי שכתב שם דבלא מגו לא מהימן לומר סטראי דיותר אדם פורע ברצון המלו בשטר ממלו' ע"פ עיי"ש וק' מה בכך שהוא פורע על מלו' בשטר. אמת הוא שהוא פרע על מלוה בשטר רק שהמלו' טוען אף שאתה פרעת על השטר אני קבלתי על מלו' ע"פ והדין עמו. וא"כ למה לא יהי' נאמן בלי מגו. ולכאור' יהי' מוכח דהרא"ש לא ס"ל הדין

הזה וא"כ יסתור הטור דעת אביו הרא"ש ולא יזכירו. אך נראה דא"ש דהמעיין בהרא"ש שם כתב בתחלה גבי האי בקרא ובלא מגו לא מהימן לומר בחיים תפיסנא לי' דכל טענ' שטוען שבא לידו בלא דעת הבעל לאו טענ' מעליותא הוא. ולא מהימן עלה בלא מגו עיי"ש א"ש הכא דברי הרא"ש שכוונתו ממ"נ אם המלו' טוען שהלו' נתנו לו על השטר והוא עצמו קבלם על בע"פ א"כ הוי כתופס בעלמא בע"כ של חברו שהרי חברו לא נתנם אדעתא דהכי רק הוי כתופס בע"כ ונהי דבידו לעשות כן מ"מ אם אינו יודע אינו נאמן רק במגו כיון שתופס שלא ברשות רק שהי' קשה דלמה לא יהי' נאמן שהלוה בעצמו נותן לו על בע"פ ואז הרי טוען שתופס ברשות ומדעת בעלים ובזה הי' ראוי שלא להצריך מגו על זה שפיר כ' דזה הוי טענ' גרועה דיותר אדם פורע תחלה מלו' בשטר וכו'. ולתפוס בעצמו שוב צריך מגו כנ"ל ודו"ק היטב והדין דין אמת והכל מתוקן:

סימן פו

ס"א ראובן שנושה ק' בשמעון כו'. נ"ב קשה לי בסוגי' דכ"א ע"ב אלא זיכה את החייב דאמר לו פטור אחה האיך משכחת לה נשא ונתן ביד וקשה לי מאי פריך לימא בשיעבודא דר"נ כגון ראובן שחייב לשמעון ושמעון ללוי וא"כ משועבד ראובן ללוי ובאו שמעון ולוי לדין ופסק הדיין דשמעון פטור מלוי ונשא ונתן מיד הלוה ראובן ונתן לשמעון ובאמת מגיע זה ללוי מכח שדר"כ וצ"ע בזה ודו"ק: **עוד** שם באותו סעיף. נ"ב הנה מה שנשאלתי מאחד על דברי הש"ך בסוף סי' זה דס"ל אף באית לי' נכסים שייך שדר"נ עיין בחיבורי לחו"מ מהדורא ה' סימן ר"ט מ"ש בזה בעזה"י ודו"ק:

סימן פז

סעיף א' בהג"א וי"א דמשכון חשוב הילך דהא אפילו שטר חשוב הילך נ"ב. עיין בש"ך שכ' שזה דוקא כשנתן לו רשות למכרו בלי שומת ב"ד ואדם בעולם הא לא לא ה"ל הילך עש"ה. ולכאור' קשה לי ע"ז מהש"ס דפ"ק דב"מ דקאמר שם ותנא תונא אאידך דר"ח והא הכא דמה דתפס הילך היא וקתני ישבע וקשה מה ראי' היא זה הלא מבואר הוא לקמן סי' קל"ח שאם היא דבר שנפסד בחלוקה חולקין אותה בדמים: ולפ"ז ודאי אם א' רוצ' למהר למוכר' בפחות משו' או אחד רוצה להמתין עד שיקחנ' אחד בהרבה דמים ודאי דיכול השני לעכב עליו רק שמין אות' בב"ד כמה שוי' ומוכרים אות' וא"כ מה ראי' ממתניתין דהילך חייב דילמא מיירי בדבר שאין ראוי לחלק ואין חולקין רק בדמים וא"כ צריך שומת ב"ד ולא הוי הילך. ודוחק לומר כיון דמתניתין סתמא קתני דמשמע דמיירי

אף בדבר הראוי לחלוק דזה דוחק. גלל כן נרא' דהש"ך לא קאמר רק במשכון כיון דגוף המשכון אינו שלו עדיין ולדעת כמה פוסקים לא הוה הילך כיון דהגוף אינו שלו. לכך אף להפוסקי' דס"ל דהוי הילך היינו משום שיכול למכרו ליטול מעותיו. ולכך בעינן שיהי' יכול למכרו בינו לבין עצמו ולא יהי' מחוסר שומא. אבל בדבר שהוא שלו ממש ודאי אף דמחוסר שומא כיון דשלו ממש הוא הוי הילך ונ"מ לדידן באם אחד לבד תפוס בה ואומר חצי' שלי וחציה שלך ואינו ראוי לחלוק אעפ"כ הוי הילך או אם מודה שמכר לו חפץ אחד כפי מה שישומו אותו בבקיאים והילך אותו והלה טוען ששני חפצים מכרת לי פטור מש"ד דמיקרי הילך אף שמחוסר שומא כנלפענ"ד פשוט ונכון ודו"ק:

סעיף ו' הודה במקצת וע"א מסייעו וכו'. נ"ב עיין בהרא"ש פ"ק דב"מ שדחה ראיות רבינו יונה דבעדים י"ל אף בע"א משמע ועמ"ש ראיה לדבריו בחידושיו לב"ק בפ' מרובה בש"ס ד"ע במשנה דגנב ע"פ שנים: וע' בחיבורי לחו"מ מהדור' גימל סי' ס"ח שם בארתי דברי הרא"ש שם בב"מ מ"ש ויש מקשין הבל ליישב קושית המע"מ שם גם דברי הב"י סי' כ"ח שהביא האו"ת כאן מה שמשמע במשואיל"מ מהני עד המסייע ע"ש ודו"ק היטב:

שם סעי' י"ב אע"פ שהנשבעין ונוטלין כו'. נ"ב ונראה דאם אמר כן בב"ד שוב א"י לחזור בו אח"כ ולומר דישיב לדינו וכן באם היה תופס משלו והי' הדין שישבע ויטול או במלוה על המשכון אם אמר הריני כשאר תובעין א"י לחזור בו אח"כ כדין המבואר בסי' כ"ב. וכן בסעי' הקודם בהג"ה במ"ש מיהו יכול הנתבע וכו' ג"כ הדין כן. כנלפע"ד ברור:

(**סעי' יג**) **הי'** הנתבע חשוד על השבועה וכו'. נ"ב נשאלתי מהרב מלעשנוב זצ"ל בטוען חשוד אני ויש לו ע"א המסייע אם נפטר מהשבועה כדין עד המסייע. והשבתי הנה לדידי אין כאן ספק כיון דעיקר דין עד המסייע פוטר נלמד מעד המחייב שבועה מכח ק"ו כמ"ש הרא"ש בפ"ק דב"מ ולפ"ז דיו לבא מן הדין להיות כנדון והרי אם התובע מביא ע"א שהנתבע חשוד אינו נאמן לפוסלו מן השבועה להיות שכנגדו נשבע ונוטל ואין אדם נעשה חשוד רק ע"פ ב' עדים וא"כ להיפוך אם ע"א מסייע שהוא חשוד אינו נפטר מהיסת וכדומה. ועוד דבשלמא אם ע"א מסייע בענין הממון דגם פיי מהני לפטור מממון ואף לחייב עצמו ממון מתחייב בהודאת פיו לכך גם עד מהני לחייבו שבועה או לפטרו אבל לעשותו רשע דלא מהני הודאת פיו לעשות עצמו רשע לכך אלים חזקת כשרות ואף ע"א לא מהני והרי בלא"ה יש חולקין על דין עד המסייע. ולכך י"ל אף החולקים מודים בזה ולמעט בפלוגתא עדיף כן השבתי להרב הנ"ל ודו"ק היטב:

סעי' כ חומרים זל"ז סורו נא מעל אהלי האנשים הרשעים. נ"ב עיין בסמ"ע סקח"א ועמ"ש בחיבורי לחו"מ מהדורא ד' סי' קמ"ו מ"ש שם בשם פרש"י בשבועות דף ט"ל ע"ב ע"ש ודו"ק:

סעיף כב כל מי שנתחייב שבועה בב"ד וכו'. נ"ב נראה דאף להחולקים על הט"ז בנשבע ונוטל בשבועת אלמנ' נגד יתומים ודאי לא בעו היורשים קבל' דבלא"ה לא מצינו חיוב קבל' זו ביורשים ואפשר דלא החמירו כן ביורשים וגם הוי נשבע ונוטל דדעת הט"ז בלא"ה דל"ש קבל' ואף אם שייך גם בנוטל קבל' היינו רק מכח לא פלוג בתקנתן ובשבועת אלמנ' דהוי חוץ דב"ד ואינו ככל שבוע' דל"ש ל"פ נראה דקי"ל ודאי כהט"ז ולא בעינן קבלה לכל בזה ודו"ק:

סעיף כג בהג"ה ואז אין צריך לישבע בפני התובע נ"ב עיין בש"ך מה שהקש' מאע"ז סי' צ"ו והנה בהשקפ' ראשונ' עלה בדעתי לומר דנוטל שאני. ומצאתי אח"כ באו"ת שכתב כן. לדעתי נרא' לומר עוד די"ל יתומים שאני כמו דהחמירו ביתומים שמחוייבים לישבע אף בלא אשתבע לי. וכן אין אדם מוריש שבועה לבניו בזה ולא כן בשאר שבועות. כן י"ל דהחמירו בזה. ולכאור' הי' אפשר לומר עוד דנשאלתי כמה פעמים דאם אין הבע"ד רוצה לעמוד אצל השבוע' אם יכול הנתבע לכופו שיעמוד אצל השבוע' אם לאו והשבתי דאין בידו לכופו. וראי' שלי מאהע"ז סי' צ"ו דשם כתב דתשבע במעמד היתומים אם ירצו דמוכח הא אם אינם רוצים אין בידה לכופם על כך וכעת ראיתי דאין משם ראי' די"ל התם בטענת שמא אין ביד' לכופם אבל בטענת ברי י"ל ביד' לכופם ולכוף את הבע"ד שיעמוד אצל השבוע'. ובלא"ה פטור. ובזה קמ"ל הרמ"א אם הוא רק תבעו ע"פ העד אין ביד הנשבע לכוף את התובע שיעמוד אצל השבועה רק אם ירצה אבל הנתבע אם התובע רוצה מוכרח תמיד לישבע בפני התובע אף בשמא והוי שני הדיינים לאחדים כן היה נרא' לכאורה אך ל' הרמ"א א"צ לישבע לא משמע כן ובע"כ מוכח כמ"ש תחלה ודו"ק:

סימן פח

ס"א אין מודה מקצת הטענ' חייב לישבע כו'. נב"ב הנה מריש הוה קשיא לי על דברי התוס' בפ"ק דב"מ ד"ג ד"ה בכולו בעי דלודי לי' שהקשו דכופר הכל מנ"ל דפטור. ואין לומר מע"א דלמא לתבעו ע"פ העד וקשה למה לא כתבו דע"א איצטריך לאם כפר בפחות משתי כסף דפטור מכח כופר הכל דלא עדיף ממוד' במקצת וחייב מכח ע"א. ושוב ראיתי בספר מעיין החכמ' על מס' ב"מ שהביא בשם השטמ"ק כן. והדבר תמוה על התוס' שלא כתבו כן. ושמתי בלבי ליישב זה בעזה"י ע"פ מה דגרסי' במס' שבועות ד"מ

ארנב"י אמר שמואל ל"ש אלא בטענת מלוה והודאת ליה אבל בטענת מלוה והעדאת ע"א אפי' לא כפר אלא בפרוטה חייב מ"ט דכתיב לא יקום ע"א באיש לכל עון ולכל חטאת. לכל עון ולכל חטאת אינו קם אבל קם הוא לשבועה. ותניא כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבוע'. והנה מה שהביא הש"ס ב' ראיות הללו הוא דמן הקרא דאבל קם הוא לשבועה אין ראי' דדילמא היינו באיכא ב' כסף לכך הביא ראי' מברייתא דכ"מ שב' מחייבין אותו ממון ע"א מחייבו שבועה אבל על הברייתא גופה קשה מנ"ל כן. ולכך מביא הך כתוב. דהכתוב אומר לא יקום ע"א באיש לכל עון ולכל חטאת דמשמע דהס"ד הוי שיהי' ע"א כשנים ויחייב גם ממון לכך קמ"ל דלא יקום ע"א באיש לכל עון כו'. וא"כ כמו דלהס"ד דע"א יהי' כב' לממון לא הוי חילוק בין טענו שתי כסף או פרוטה. כן ה"נ השתא דקמ"ל דלא יקום ע"א באיש כו'. אבל קם הוא לשבועה הוי נמי בכל ענין בין בהרבה בין במעט לכך מזה למדו כל מקום שב' מחייבין אותו ממון ע"א מחייבו שבועה כן הוה כונת הסוגיא ולפ"ז א"ש דתינח השתא דידעינן דכופר הכל פטור לגמרי ואעפ"כ בי מחייבין אותו ממון א"כ שוב אין לחלק בין טענו ב' כסף או פחות לגבי ב' עדים וא"כ ודאי דעדים מחייבין אותו אף בפרוטה. לכך גם ע"א לשבועה הוי בפרוטה. אבל אם היה אמרינן דכופר הכל נמי חייב שבועה הוי אמרי' דגם בממון אין נאמנים ב' עדים רק על ב' כסף והיינו דחזקת ממון אלים. וכמו דאין הולכין בממון אה"ר כן ל"מ עדים בממון ועדיף מד"נ דאזלינן בי' ב"ר רק מה דב' עדים נאמנין בממון היינו מכח דהרי עכ"פ חייב שבועה מה"ת והרי יש ב' עדים שהוא נשבע לשקר וא"כ אין אנו יכולין למסור לו שבועה. ושוב הוי משואיל"מ לכך ב' נאמנים א"כ תינח בב' כסף אבל בפחות מזה כיון דליכ' שבוע' אין עדים נאמנים וכיון דב' אינם נאמני' בפחות מב' כסף גם ע"א לשבועה לא מחייב בפחות מב' כסף. ולכך שפיר כתבו די"ל מע"א יוכיח דמוכח דכ"ה פטור ושוב ב' מחייבין ממון אף בפחות מב"כ דכיון דכ"ה פטור אין לחלק בעדים בין הרבה לפחות א"כ ממילא בע"א בשבוע' נמי חייב אף בפרוטה ולכך דחו בע"א מכח די"ל דהוי לתבעו ע"פ עד בזה שפיר י"ל דגם בב' עדים אף אם אין מחייבין רק מכח משואיל"מ מ"מ בזה מחייבין בטענת ספק דע"פ ב' עדים ולא נחשב טענת ספק רק ברי דהרי בריש פ"ב דכתובות אמרינן דס"ד כיון דרוב נשים בתולות נישאת כברי ושמא דמי. הרי דס"ד דאפי' ע"פ הרוב הוי כברי א"כ נהי דלפי האמת אינו כן מ"מ ע"פ ב' עדים ודאי הוי כברי עכ"פ. א"כ חייב שבועה בכ"ה וכיון דאיכא עדים א"י לשבע והוי משואיל"מ. ולכך כיון דשנים היו מחייבים ממון ע"א מחייבו שבועה ומכח כ"ה הוי פטור כיון דליכא טענת ברי אם ליכא ב' עדים וא"ש דברי התוס' בעזה"י ודו"ק:

סעיף יד וט"ו נ"ב עיין בתשובתי לק' יאניווי בהשמטות לחיבורי נ"ז ח"ב שם העלתי בישוב דברי הרשב"ם דפ"ה גבי יין וחומץ שם העלתי דין חדש דבמין א' אף קדמה הודא' לתביע' ואף אם הוה כמודה חייב ש"ד ע"ש בטעמא דמילתא ודוק:

סימן פט

ס"א כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין וכו' נ"ב גרסינן בפ"ז דשבועות רמ"ו. שלח להו ישבע בה"ב ויפסיד אומן וקשה מה"ת הוי ס"ד שיפטור בעה"ב אף משבועה הרי הוא מודה במקצת ולמה יגרע מכל מ"מ. והנה לכאורה היה אפשר לומר דהוי ס"ד דכאן יש לו מגו דפרע הכל וכמ"ש התוס' דכאן מיירי בלא פרע ויש לו מגו דפרע הכל. ובשלמא בשאר טוען הוי מגו דהעזה אבל בשכיר דלא עשה לו טובה אדרבא הוא עשה לו טוב' להשוכר דשכרו לכך מעיז ומעיז ולכך הוי ס"ד דפטור אף משבועה. ולמסקנא ס"ל דאף בזה אינו מעיז והוי מגו דהעזה. אך בהיות כן קשה לי מה פריך מברייתא דבזמנו נשבע ונוטל דילמא הכוונה כך דלעולם י"ל כס"ד דבשכיר מעיז ויש לו מגו רק דלכך מחייב שמואל שבוע' ולא בחשב מגו דהרי אם הי' טוען שפרע הכל הי' השכיר נשבע ונוטל ולא היה מרויח בכפירתו לכך לא נחשב מגו וא"כ נימא דשמואל מיירי בתבעו בזמנו וכונת הברייתא הוי כך דהיינו דקמ"ל דבזמנו כיון דאם הי' טוען פרעתי הי' נשבע ונוטל לכך אין לו מגו לזה חייב הבה"ב ש"ד עבר זמנו א"כ אם טען פרעתי הי' המע"ה לכך יש לו מגו לכך גם עתה פטור משבוע' במיגו דכופר הכל ומאי פריך וצ"ע ודו"ק. **עוד** שם כל הנשבעין שבתורה וכו'. נ"ב הנה ל' רש"י בר"פ כל הנשבעין. כל הנשבעין שבתור' נשבעין ולא משלמין ופרש"י שלא חייבה התור' לשבע וליטול כו'. ובעיני אין לשונו מדוקדק. דמה"ת הוי ס"ד שיתחייב לשבע וליטול הרי בידו שלא ליטול ולא לישבע. וכך הל"ל שלא האמינ' לו התורה לישבע וליטול. והן אמת דבזה היה אפשר לפרש דהכונה כגון בא"י אם פרעתיך או במשואיל"מ שנוטל לא חייבה התור' לישבע וליטול רק ממ"נ או דלא מהני שבועתו ליטול ואם נוטל הוי בלי שבועה. ומ"ש ואלו נשבעין ונוטלין הכונה נמי כן דאף שנוטלין מ"מ אין יכולין ליטול בלי שבועה. אבל מ"מ קשה מי דחקו לכך ולא פירש הכונ' דמן התור' דלא האמינ' התורה לישבע וליטול אבל רבנן תקנו שיהיו נאמנים ליטול בשבועה וצ"ע:

סעיף ג' בד"א כשיש עדים ששכרו וכו' נ"ב הנה בש"ס שם מקור דין זה פריך שבועת השומרין דחייב רחמנא היכי משכחת ליה עד דתפקיד לי' בשטרא והרמב"ם השמיט זה. ועיין בחיבורי לחו"מ מהדורא ג' סי' קפ"ב מ"ש בישוב זה ע"ש ודו"ק:

סימן צא

ס"ב בד"א כששניהם לפנינו כו'. ובהג"ה וי"א וכו'. נ"ב עיין בש"ך שהכריע כדעת הרמב"ם שהרי ר"ה ור"י ס"ל דגם במנה לי בידך וכל האומר א"י חייב רק דר"נ ור"י ס"ל דפטור מכח חזקת ממון וכאן ליכא חזקת ממון כיון דסוף סוף חייב בממון זה ע"ש. ולפע"ד נראה להוכיח דלא כוותיה ומזה יהי' מוכח דלא כהרמב"ם ויהיה ראי' ברורה דגם באופן זה שייך חזקת ממון והוא ממה דגרסינן בפ"ג דגיטין דכ"ד ע"ב גבי כתב לגרש בו את הגדולה לא יגרש בו את הקטנה הא גדולה מצי מגרש. אמר רבא זאת אומרת שני יב"ש הדרים בעיר אחת מוציאין שט"ח על אחרים ע"ש בפרש"י. א"ל אביי אלא מעתה רישא דקתני שמי כשמך פסול לגרש בו. שני הוא דלא מצי מגרש אבל הראשון מצי מגרש הא אמרינן ולא אחר יכול להוציא שט"ח עליהם ע"ש ופרש"י וקשה מאי קושיא הרי ידוע דחזקת ממון עדיף מחזקת א"א דבכל חזקה אזלינן בתר רובא ובממון לא אזלינן ב"ר. וא"כ ה"נ בשלמא בסיפא להיות הם מוציאין על אחרים דבזה ליכא חזקת ממון דהלוה עכ"פ חייב לשלם ומה נ"מ לו זה או לזה והוי ממש כעין נדון הש"ך א"כ בזה דליכא חזקת ממון שפיר למד רבא ק"ו דאם לחזקת א"א ל"ח מכ"ש לדין ממון אם ליכא חזקת ממון אז קיל ממון מאיסור ושפיר למד רבא ק"ו אבל ברישא אין ראיה מיזה לדין שאחרים יוציאו שטר עליהם הרי בזה יכול לטעון הלוה שאינו חייב כלל א"כ שפיר אלים בזה חזקת ממון יותר מחזקת א"א לכך נהי דלחזקת א"א ל"ח לחזקת ממון חיישינן ומאי פריך בע"כ מוכח דלא כהש"ך רק על הוצאות ממון לפי שעה דאם יהי' מדח' זה יהי' הממון עוד בידה איזה שעה נמי חשיב חזקת ממון דזה נמי שוה ממון ולכך בהם מוציאין שט"ח על אחרי' נמי שייך חזקת ממון כמו באחרים עליהם ושפיר פריך אביי וא"כ ה"ה בחנוני הוי כן ממש. מוכח דלא כהש"ך. מיהו יש לדחות כיון דאביי ס"ל בפרק י"נ דקל"ה גבי זה אמר מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב וא"כ ס"ל דברי ושמא עדיף מחזקת ממון וממילא דס"ל נמי דהולכין במאה"ר דהרי ברפ"ב דכתובות אמר שם דרוב הוי כברי ושמא ע"ש ובפרט בשמא טוב וברי גרוע א"כ לאביי לא אלים ח"מ מחזקת א"א ושפיר פריך. אבל לרבא לשיטתו דס"ל שם דפטור לדידי' לק"מ כנ"ל וא"צ לאוקמי בעדי מסירה וכר"א אך א"כ קשה על הרמב"ם וכל הפוסקים דפסקו דשני יב"ש אין מגרשין אלא זה בפני זה מנ"ל כן לשיטת הרמב"ם וסייעתו. ולפי דברי הש"ך די"ל דוקא אביי לשיטתו מוכיח כן וצע"ג. והנה מן הש"ך במחכת"ה נעלם ממנו דברי התוס' בב"ב דקל"ה דכתבו שם דבברי גרוע ושמא טוב גם ר"י מודה דפטור. הרי דבזה בלא חזקת ממון פטור

דהרי לר"י לא אלים חזקת ממון ומ"מ פטור. וא"כ בחנוני הוי ברי גרוע ושמא טוב ומה ראי' מביא הש"ך מר"י דמיירי בברי טוב ושמא גרוע ע"ש וצריך עי' בכ"ז ודוק:

סימן צב

ס"ט וי"א כיון ששטר מקוים בידו גובה בלי שבועה. נ"ב עי' בתשובתי לק' סאמבור בחיבורי על חו"מ מהדורא ד' סי' ס"ט מ"ש דדוקא מקויים מכבר בעינן ולא מהני שיתקיים אח"כ ודו"ק היטב שם בטעמא דהא מילתא:

סימן צג

ס"י או לא הייתי שותפך מעולם וכו'. נ"ב הנה נרא' לפע"ד דדוקא באומר לא נשתתפנו מעולם אבל באם מודה שנשתתפו או שיש עדים שנשתתפו להסוברי' דאמרינן מגו לאפטורי משבוע' רק שטוען שהי' תנאי עמו שלא ישנה ואם ישנה יתבטל השותפות למפרע אף דהוי דינו כאלו לא נשתתפו מעולם מ"מ חייב שבועה. והטעם נראה דהרי כיון דשבועות השותפין הוי רק מכח דתקנו חז"ל מכח דמורי התירא א"כ מה לי טענה זו או זו סוף סוף מורי התירא לכך ראוי לתקן בזה שבוע' רק באומר לא נשתתפנו יחד מעולם או בטוען כבר חלקנו בזה לא תקנו שבועה מכח דא"כ לא שבקי' חיי דיתפוס לכל אדם ויאמר היינו שותפין או אם כבר חלקו יאריכו ימים ושנים ובאיזה זמן שירצה יתבענו לכך בזה לא תקנו חז"ל שבועה. ולומר דבלי התקנה חייב בשבוע' כדין כפירת כל הטענות בזה שפיר נתנו טעם דזה אינו כפירת ממון דאם יודה אינו עליו רק שבועה אבל באם הוי עדיין שותפו רק שטוען טענ' אחרת בענין שבטל השותפות בזה ל"ש לומר לא שבקת חיי לכך בזה חייב שבוע' מתקחז"ל מכח ה"ט גופי דמורי היתירא וראי' לזה מדעת הרא"ש דס"ל דבעינן עדים שהי' שותפו דבלא"ה נאמן במיגו וברמזים מפרש יותר דבעינן עדים שהיה שותפו וכן בהר"ן מבואר דאיכא דיעות דבעינן שיהי' שותפו מה יועיל זה הרי יש לו מיגו דשינה בשותפות והיה לו תנאי עמו דאם שינ' יתבטל ובע"כ בכה"ג לא הוי מיגו מכח טעם הנ"ל והן אמת די"ל דלא הוי מיגו זה מכח דלא שכיח דהרי בשבועת השומרים מהני מיגו דנאנסו אף דלא שכיח אף די"ל דהתם שאני דלא הוה העזה מ"מ הרי גם בשכיר כתב הרא"ש והר"ן הטעם דבמגו כל דהו אדינא א"כ ה"נ נימא מיגו כזו ששינה בשותפות ובטל השליחות ובע"כ כמ"ש דגם בזה חייב שבועה והנה ראיתי בקצה"ח שכתב דאם טוען תנאי הי' שלא ישבע פטור והנתיבות כתב עליו דליתא ולא כתב שום טעם בדבר ולפמ"ש צדקו דבריו דבזה שפיר שייך מורי התירא

ולנך גם בזה תקנו שבוע' וראיה מהרא"ש ואינך פוסקים הנ"ל דאל"כ תמיד יש לו מיגו כזו והאיך משכחת שבועת השומרין ואף דיש עדים ולא שמעו התנאי יכול לומר אח"כ היה לי תנאי בינו לבין עצמינו ואטו עדים בכנפיו תלוי להי. ובע"כ כה"ג דלא מהני טענה זו דגם בזה חייב שבוע' וז"ב לפע"ד ודוק היטב:

שם סעי' י"ג ראובן שהטיל לכיס ת' מנה כו' נ"ב עיין בנה"מ שכתב דאם קיבל בעיסקא דהחצי הי' מלוה חייב עליו מכח דהוי כא"י אם פרעתיך ע"ש ואין דבריו נראין דהרי דעת המש"ל בלא הוי ליה למידע אף בא"י אם פרעתיך פטור והוא עצמו בסי' ע"ה הסכי' שם לדברי' והן אמת דקי"ל לעיל בסי' ע"ב ס"א דאם טוען המלוה שנאנס המשכון והלוה א"י שנשבע המלוה וגובה חובו וכתב שם הטעם בטור וסמ"ע דהוי כא"י אם פרעתיך כו' וא"כ לכאורה מוכח מזה דאף בלא ה"ל למידע חייב בא"י אם פרעתיך אך באמת ז"א דהתם שאני דהוי כא"י אם יש לי בידך כנגדו דגרע מטענות פרעתי וראי' שהרי באם טוען הלוה ברי שמכרו ג"כ דעת הש"ך שם ובסכ"ט דנשבע המלו' וגובה חובו היכי דלית לי' מגו ללוה ובע"כ דהיינו מכח דהוי טענות יש לי בידך כנגדו דאינן נאמן רק במיגו דפרעתי וא"כ מה"ט בא"י אם פרעתי י"ל דפטור בלא ה"ל למידע ושאני א"י אם יש לי בידך כנגדו מטענות א"י אם פרעתי ולפ"ז בנ"ד בשותפין אם קיבל הסחורה הזו עצמה שנקנות במעות העיסקא בזה י"ל דהוי כפרעון ממש ואין דומה לשאר משכון כיון דכתב הב"ח והובא בכמה מקומות דדבר הבא מאותה הסחורה נחשב כסחורה עצמה וכן הבא מאותו המעות וכו' וא"כ ה"נ בזה י"ל דהרי אם החזיר לו מעות העיסקא עצמה ודאי עולה לפרעון א"כ ה"ה אם הי' הסחור' מאותו עיסקא בידו ומכרה וקיבל דמיו זה עולה לו במקום פרעון ממש ואין דומה ליש לי בידך לכך פטור הוא בלא ה"ל למידע ודו"ק היטב ובחידושי משפט צדק על חו"מ בסימן זה הארכתי בזה:

סימן צז

סעיף א' מ"ע להלוות לעניי ישראל וכו'. נ"ב ע' פרש"י בשבועות פרק וא"ו דצ"ט ע"ב ד"ה חלה על שניהם ששניהם נענשין בה דה"ל למסור ממונו ביד נאמן. מזה משמע דאינו מחיוב להלוות רק למי שיודע שהוא נאמן אבל בלא"ה אינו מחיוב להלוות דא"ל רק בפקדון אמר כן דא"כ בהלואה לא תהי' חלה על שניהם והרי בבריית' נקט סתמא דבשבועת הדיינים אומרים לו כן מוכח דבכל שבועת הב"ד אומרים כן וחלה על שניהם. וכן הוא בש"ע סי' פ"ז. ואם בהלואה הוי טעם אחר ל"ל בפקדון הך טעמא. ובע"כ גם בכל שבוע' הוי כן ובע"כ גם בהלואה הוי כן. ומוכח דאיני מחויב להלות רק למי שיודע שהוא

נאמן ובאמת פרש"י צ"ע מי דחקו לכך יופי ה"ל לומר דה"ל להלות בעדים ואי עשום פרעון ה"ל ללות בשטר או לומר אל תפרעני אלא בעדים וצ"ע. והנה באמת בסמ"ע סי' פ"ז סקס"א נתן טעם אחר דהו"ל להשוות עמו וצ"ע שלא ראה פרש"י שמפרש טעם אחר ובאמת על פרש"י קשה עדיין מה יעשה בניזוקין וכדומה דל"ש האי טעמא ולמה כלל הברייתא כל שבועת הדיינים שאומרים כן ולהסמ"ע א"ש וצ"ע בזה ודוק: שם באותו סעיף. נ"ב הנה הב"ח כתב בסי' זה הובא בב"ש סי' צ' בקצה"ח כאן דהיכי דיש בע"ח הרבה והלוואת אחד או דבר דאתו מחמתו הוא קודם ולמד כן מדברי הבעה"ת שהביא הב"י סי' זה באשה שלותה וכו'. הנה לדעתי הדבר צ"ע מאוד. דמה ענין זה לזה ולא דמי כעוכלא לדנא דהתם מיירי הבעה"ת לענין הבעל דאין לו תורת בע"ח רק יורש או מה שקנתה קנה בעלה ובזה החכמים לא הקנו לו רק שלה ולא של אחרים. וכל דהוי של אחרים בעין אינו יורש ולא הקנו לו חכמים ולא עדיף ידו מידה לענין זה וכיון דהיא עצמה מחויבת להחזיר לו לכך גם הוא מחיוב לשלם. וכן מ"ש הב"ח בשם הטור בסי' ק"ח וסי' ר"פ התם מיירי הכל בנדון יורש הבא לירש ואינו בע"ח בזה לא עדיף ידו מיד הלוה עצמו ומה שאינו שלו אינו יורש. אבל באם חייב לכמה בע"ח אז כיון דהמלוה להוצא' ניתנה ונחשב של הלוה ואם קידש בו אשה אינה מקודשת אפי' כשהוא בעין א"כ נשתעבד כסף זה לכל בע"ח לכך הוי כשל הלוה עצמו ויד כולן שוין בו ואין לו דמיון זה לזה כלל. ולענין בע"ח יד הבע"ח עדיף מבע"ח עצמו ודוק וצ"ע: הנה בקרקע כה"ג אם מכר לו קרקע ונתחייב לו דמי המכירה ואח"כ יש עליו כמה בע"ח אם המה שוין אי נימא נמי כיון דהקרקע שלו הוא. הוא קודם לדמי המכירה לכל בע"ח. והנה מדברי הקצה"ח סי' ק"ד סקי"ד שהקשה ע"ז משבח משמע דס"ל להב"ח אף בקרקע הוי כן אבל באמת אין ענין זה לזה בכלל. דהב"ח וראייתו מבעה"ת מיירי רק בהלואה של מטלטלין ומעות כזה כיון דאין שיעבוד וסמיכות בע"ח עליהן לכך בזה י"ל דזה הוי גוף הדבר שלו הוא קודם גם בהלואה לא הקנה לו גוף הממון רק הלוה עליו. והרי יש דעה בש"ס לחד דעה דמלוה הוי ברשות בעלים לחזרה כשהיא בעין לכך נהי דקי"ל דאינו ברשות בעלים עכ"פ לענין זה הוי ברשות בעלים לענין דהוא קודם לגבות'. אבל באם מוכר לו איזה סחורה לפי טעם השני הנ"ל או עכ"פ במוכר לו קרקע או בית דהוי סמיכת בע"ח על הקרקע. וזה מדינא משועבד לכל בע"ח ולכן בזה הוי כולן שוין ואזיל ליה קושית הקצה"ח משבח דהתם הוי קרקע והוי מכירה ממש בזה הכל מודים דיד כולם שוים. וז"ב לפענ"ד וכיון דבלא"ה דעת הב"ח הוי חידוש ואין לו ראיה לכך הבו דלא לוסיף עלה הוא ובקרקע ודרך מכירה ודאי אין הדין כן ודוק היטב כנלפענ"ד נכון לדינא. והנה בדין

השבת העבוט אם מהני מחילת הלוה או לא ע' בחיבורי לי"ד מהדורא ד' סי' קס"ה מ"ש שם וגם מ"ש התוס' דהברכ' הוי רבית ובביאור הש"ס ב"מ דף ק"ד הכל ביארתי שמה בעזה"י היטב הדק:

סעיף ח כלים שעושה בהם אוכל נפש וכו' נ"ב ע' בסמ"ע מה שהק' ע"ז ולענ"ד א"ש דכוונת הש"ע דהמלוה בעצמו חבל כלי של או"נ אז כיון דעבר על תרי לאוין שהוא עצמו חבל שאסור אף באינו או"נ גם סבל כלי של אוכל נפש דהוי עברה אף לשליח ב"ד. ולכך נהי דלכ"א בפ"ע מהני שמחזיר לו בעד צרכו. אבל לתרתי יחד לא מהני כלל מעשיו. חדא כמו דאמרינן בעלמא דלא אתי חד עשה ועקר תרי לאוי כן ה"נ לא מהני מה שמשיב לו בעת צרכו לעקור תרי לאוין. ועוד כיון דלולי דגלי קרא הוי אמרי' לא מהני מעשיו אף בחד לאו. רק דגלי קרא דמהני כמ"ש הסמ"ע והיינו רק היכא דגלי קרא בחד לאו. אבל באם עבר שני לאוין בכ"פ דליכא גלוי מקרא הדרינן לסברא דל"מ מעשיו ולכך דייק בלשונו ואם חבל כלומר שהמלוה עצמו חבל אז מחזיר בע"כ לגמרי וא"ש ודוק היטב:

סעיף כז נ"ב ע' בהשמטות לחיבורי נ"ז סי' רכ"ח שכתבתי שם דבבגדים שעשה לבניו לנשואין לכ"ע אין בע"ח גובה מהם אף שעדיין לא נשאו אף לדעת המחבר ע"ש מה שכתבתי לברדיטשוב:

סימן צט

סעיף א'. אלא שאומר שאין לו במה לפרוע. נ"ב נשאלתי מק' סקאלי באיש אחד שהי' לו חוב באחד ולא רצה לשלם לו והלך המלוה ותפס ממנו מטלטלין בעד חובו. ובא אחר ואמר שהמטלטלין הם שלו שלקח ממנו בהקפה ולא נתן מעות עדיין והשבתי כי לא אאמין שיעלה על דעת שום בן תורה לומר שיהיה הבע"ח נאמן לומר שלא פרע לו שיגבה כל המטלטלין לעצמו ואף אם הלוה מודה לו שלא פרעו לו עדיין מטלטלין אלו אינו נאמן לחוב לאחרים. ודאי אם היה אומר כן קודם שתפס הבע"ח אז הי' לו מגו הי' נאמן דכאן אינו נגד החזקה כיון דאף לפי דבריו המה כבר שלו רק שמוד' שהוא חייב ובזה מהני מגו כמ"ש הש"ך כאן בסי' צ"ט והי' נוטל זה לבדו אך באין לו מגו אינו נאמן. ואף דיש למלוה שט"ח עליו אינו נאמן לומר שמטלטלין אלו שלו ויקח הכל כפי התקנ' רק יש לו חלק כפי שאר בע"ח (היינו אם לא תפס או אף אם תפס לפי התקנ' המבואר בכה"ג ובב"ש באהע"ז סי' נג) ומה שהביא השואל ראיה משו"ת צ"צ שכתב בסי' קי"ז כיון דהוי רק תקנה לכך הוי רק איהי גופי' ולא דאתי מחמתי' וא"כ ה"ה לענין זה דהיינו דוקא אם לא תפס ולא כשתפס הנה מן הצ"צ נפלנו במחלוקת באשלי רברבי דהרי הב"ח

והב"ש באהע"ז מביאו ס"ל להיפוך דגם בזה הוי דאתי מחמתו כמוהו. והצ"צ יחיד הוא בדבר דא"י לומר קים לי'. מ"מ יותר הו"ל להביא ראיה ממ"ש הש"ך סי' שנ"ג בשם מוהר"ם אלשיך והסכים עמו בזה לענין תקנת השוק דאם בא ליד בעלים הראשונים א"צ לשלם לו. א"כ מוכח דהיכי דהוי תקנה אפי' בימי הש"ס אם תפס א"צ לקיים התקנה מכ"ש לענין תקנות ארצות וכן לענין מחויב שבועה ואיל"מ כיון דאמרי' הבו דלא לוסיף עלה לכך כשתפס אף מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה אין מוציאין מידו כמ"ש בש"ס וחו"מ סי' ק"ח. ולכך ה"נ בתקנה ולו יהא דהוי ספק בתקנה אוקמיהו אדינא ויפה דן ויפה הורה בזה ע"כ השבתי ודוק היטב:

סימן קד

סעיף א'. מי שיש עליו בע"ח הרבה. נ"ב בדיני סידור בע"ח ע' בחיבורי סת"ם בהשמטות סי' סמ"ך מ"ש דרך אגב גם קצת סידור בע"ח בעזה"י ע"ש ודוק:

סעיף יג מלוה בשטר ומלוה ע"פ מוקדמת. נ"ב הנה אם יש כאן שני שטרות להמוקדם לא נשתעבד מא"ק ולהמאוחר נשתעבד מא"ק לכאורה נרא' דדינו כדין מע"פ ומלוה בשטר דלהמחבר דס"ל דמלוה ע"פ קודם ה"ה הכא הראשון קודם. אף שלא נשתעבד לו מא"ק חבל להפוסקים שהביא הש"ד דס"ל דמלוה בשטר קודם ה"ה הכא המאוחר שיש לו שיעבוד מא"ק הו' קודם מיהו לפמ"ש הש"ך דאם שיעבד בפירוש לכ"ע מלוה בשטר קודם א"כ ה"נ כיון דמטלטלין לא נשתעבד רק כששיעבד בפירוש ובהא לכ"ע המאוחר קודם ונותנין לזה שיש לו שעבוד מא"ק בשטרו וז"ב לפענ"ד ודוק היטב:

סעיף טו נ"ב הנה כל מה שיש לפלפל בזה ע' בת' לק' עיר ישן בחיבורי לח"מ מ"ד סי' קנ"ב מ"ש ליישב קו' האחרונים מסי' פ"ו גם מה שקשה ע"ז מסי' קכ"ו ע"ש ודוק:

סימן קה

סעיף א' ואפי' עשאו שליח נ"ב הנה כדעת רש"י דבעשאו שליח יכול לתפוס ע' בב"ק ד"ע בסוגיא דלא כתבינן אורכתא וכו' ?שם מוכח מפרש"י דאף בעשאו שליח הוי תופס לבע"ח ולא מהני. ודבריו סתרי אהדדי. ודוחק לחלק דדוקא באמר לו בפי' לתפוס אז מהני תפיסתו אבל בעשאו שליח רק לגבות ולא לתפוס מודה רש"י דל"מ דזה דוחק וצ"ע וע' מ"ש בתשובתי ליו"ד ה' בכור במהדורא ה' סימן ע"ז בתשובתי לק' סקאלי. שם כתבתי ליישב דעת רש"י בעז"ה. בדברים נכונים ודוק: והנה בדין תופס לבע"ח כתבתי קצת בתשובתי לאה"ע מהד' זיין סי' נ"ט ע"ש מ"ש דרך אגב השייך לכאן. ומ"ש כאן

ואפי' עשאו שליח והוא דעת רש"י וע' בחיבורי ליו"ד מהדורא ה' מה שכתבתי בישוב שיטת רש"י ע"ש ודוק:

סימן קו

סעיף א' ו**יגבנו** נוסף על חובו נ"ב נ"ל דהיינו דוקא אם יש כאן נכסים שיש כדי לגבות המלוה חובו עם הוצאות שלו. אז כיון דאין הפסד להמלוה בדבר לכך תקנו להודיע תחלה ללוה. אבל באם אין כאן נכסים לגבות גם הוצאות שלו ואז אם יתן המלוה הוצאות שלו יש לחוש. אולי לא ירצה הלוה להחזיר לו מעותיו ויפסיד המלוה משלו אז לא מחייבין למלוה להודיע דלא תקנו תקנה זו רק לטובת הלוה ולא להפסיד להמלוה ותדע שהרי אם יש שהות יותר מל' יום לא מחייבין למלוה להודיע אף בקפידא מועטת של ב' או ג' ומכ"ש היכי דיש הפסד ממון ממש דלא מחייבין למלוה להודיע וכן נמי נראה באם המלוה רחוק בענין ששליח צריך לשהות יותר מל' יום רק ע"י אגרת הבי דואר אפשר להודיע ולהשיג תשובה תוך ל' אין ממתינין לו למ"ד יום דאגרת הב"ד אינו בכלל בירור הודעה דבשלמא ע"י שליח בודאי יחזור השליח ויאמר לנו מה דעת הלוה ואם ישנו שם במקומו או לא. אבל ע"י אגרת אף אם לא יביא הודעה תוך ל' לא נדע אם הגיע לשם. ואולי לכך לא בא תשו' שלא הגיע האגרת לידו וכדומה משאר חששים לכך אין מחייבין למלוה להודיע מיהו בזה אפשר דאעפ"כ כיון דאפשר שיתברר מהיות טוב א"ת רע ומחייבין להמתין למ"ד יום. אבל זה כשיש כאן נכסים לגבות ההוצאה אבל כשיש חשש הפסד ממון למלוה בודאי לא מודיעינן לי' וז"ב לפענ"ד ודוק. וע' במהדורא ד' שלי על חו"מ סימן צ"ג מ"ש שם דאם רבים תובעים ליחיד גובים שלא בפניו אף דאפשר להודיעו מכח קדרא דבי שותפי דמה להשליש תחלה חייב ביחיד לרבים מכ"ש לגבות שלא בפניו דגובין אף דאפשר להודיעי ע"ש ודו"ק:

סימן קז

סעיף א' **מצוה** על היורשים לפרוע חוב אביהם וכו'. נ"ב ע' בסמ"ע וש"ך שהביאו דעת הרמב"ן והרא"ש שמחולקין בדין מ"ע שמתן שכרן בצדה שאין ב"ד של מטה מוזהרין עליו אם הב"ד רוצים לכוף אם הרשות בידם עיי"ש. ונראה להביא ראיה דהיכי דאין מצוין לכוף אסורים לכוף מהא דאמרינן במס' ר"ה ד"י ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך. ופריך הש"ס הא מיקריב אותו נפקא כדכתיב יקריב אותו מלמד שכופין אותו וכו', וקשה מאי קושיא נימא דאי מיקריב אותו הו"א שאין מחייבין לכוף רק דקמ"ל דאם

הב"ד רוצים לכוף הרשות בידם אף בכל דוכתא רשאים לכוף כאן דכתיב לרצונו הו"א דאין רשאין לכוף וכעין דכתבו התו' שם ע"ש לכך קמשמע לן קרא דאם רוצין רשאין לכוף. אבל לא נשמע דמחויבין לכוף לכך ועשית לרמז שאזהרה לב"ד שיעשוך כדאיתא בברייתא שמחויבין לכוף ומאי קושיא א"ו מוכח דהיכי דאין מצוין לכוף אסורין לכוף ולכך מקרא דויקריב מוכח דרצתה התורה שיהיה נעשה ברצון ממש. ועיין במס' ב"ב דמ"א שמוכיח מקרא דויקריב דתלוהו וזבין זבינ' זבינא ולפי"ז בדבר שלא צותה התורה לכופו מוכח דרצתה התורה שהמצוה יהיה נעשה ברצון ממש ולא באונס א"כ אם כופהו הב"ד לא יהיה נחשב המצוה מצוה כלל. כיון דעשאו באונס לא ברצון. וכיון שלא יהיה נחשב מצוה שוב אין כח ביד ב"ד לכוף ע"ד הרשות ולגזול את חברו לכך אסורין לכוף ודו"ק היטב:

סימן קי

סעיף א' בהג"ה הרשות ביד ב"ד להגבותו וכו'. נ"ב עיין בש"ך מ"ש בשם מוהר"א בן חיים דה"ה אם יש קנס על הפרעון וכו'. ולכאורה הדבר תמיה דהיאך שייך בזה קנס הרי הוא אונס ואונס רחמנא פטרי' כיון שמת מחמת אונס. ואין לומר שפירש שאף אם ימות ולא יפרעו היתומים לו יתחייב קנס דהרי חיוב הקנס לא הוי רק משע' העברת התנאי ואילך א"כ הקנס לא יחול רק מזמן הפרעון ואילך והרי אם יפלו נכסיו קמי יתמי ואין יכול לחייב אותם קנס והרי אז אין הנכסים ברשותו. ונראה דא"ש דמיירי דנתחייב בשטר כך שאם יגיע הזמן ולא יפרע אף אם יהי' שום אונס הן שאר אונס או שימות ויפלו נכסיו קמי יתמי אף שיהיו קטנים מ"מ אם לא יפרע בזמן פלוני תחייב לו מעכשיו. כך וכך מעתה באופן היותר מועיל דלא כאסמכתא וכו'. לכך כה"ג שפיר משכחת לה קנס והוי ריוח להיתומים ולכך נזקקין וא"ש ושוב ראיתי באו"ת שהרגיש קצת בזה ונדחק ליישב בגוי אלם. עיי"ש ולדעתי הדבר פשוט כמ"ש וז"ב:

סעיף ד יורש גדול שנתן נכסי מורישו לשטן. נ"ב דברי המחבר לכאורה צ"ע שסותרין למ"ש בה' נחלות שאם אמר הבכור איני נוטל פי שנים וכו'. ונ"מ שאם שאר אחים קטנים אין ב"ד יכול לגבות וכו'. ולפי טעם הסמ"ע אין לחלק כלל. ולפי דברי הש"ך הי' ניחא אך דבריו צ"ע דמאי איריא יורש גדול שנתן ליורש קטן וכו' וכן נמי למ"ש הרא"ש לחלק בין שטר מקוים לאינו מקוים נמי ניחא די"ל דשם מיירי באינו מקוי' רק שיש עדים שיכולין לקיימו וכו' ואף להסוברים דאף שאינו מקוים בחיי אביו יכול לגבות י"ל דשם מיירי שאין שטר כלל רק שיש עדים שאביהם הי' חייב לזה ומעידים שהוא תוך זמנו וכו'. אך

באמת א"א לומר כן דא"כ אף מהקטנים יכול לגבות דהוא אחד מג' דרכים שנזכר בסי' ק"ח ע"כ דברי המחבר צ"ע. מיהו י"ל דמיירי שלא נתקבל העדו' בחיי אביהן ובסי' ק"ח מיירי שנתקבל בחייו ודו"ק:

סעיף ט או שכתב הוא עצמו צוואתו בכתב ידו הניכרת לב"ד. נ"ב קשה לי למה יועיל בזה עדות הב"ד והכרתם הלא אין עד נעשה דיין. ואין לומר בזה דלא תהי' שמועה גדולה מראי'. לא מבעיא להסמ"ע בסי' מ"ו שמפרש דלכך מהני הכרת הדיינים מכח דלא תהי' שמיעה גדולה וכו'. פשיטא דקשה בכאן כיון דלא מהני לקבל עדות מפי אחרים לקיים החתימות דאין מקבלין עדות על יתומים קטנים למה יועיל הכרת הדיינים כיון דלא מהני בי' שמיעה ואף גם לטעם הע"ש שהביא הסמ"ע בסימן מ"ו דמכח קיום שטרות דרבנן הקילו הכא לדעת הרא"ש וסייעתו דאף קיום אין מקיימין על היתומים וס"ל דנגד יתומים לא הקילו אף בקיום שטרו' א"כ למה יועיל בזה הכר' הדייני' להיות עד כעשה דיין וצ"ע כעת:

סימן קיא

סעיף י"ט לוה שלוה ואח"כ נתן נכסיו במתנה. נ"ב הנה מה שמשמע מדברי המחבר שבמתנה עמ"ל בסתם יכול לחזור אימתי שירצה המקבל (גם בסימן רמ"א ס"ד בהג"ה מבואר כן שיכול להחזיר אימתי שירצה) לכאורה נ"ע דלמה לא יהי' דומה למה שמבואר בחו"מ סי' סמ"ך שהמחייב לזון את חברו נפטר בשנה א' וכן מה שמבואר בסי' רי"ב שאומר ידור פלוני בבית זה אף שעה אחת במשמע וכו'. ונימא גם כאן הכי שרק על זמן אחד שיכול המקבל ליהנות ממנו ואח"כ יהיה חייב להחזיר לו וכו'. וצ"ע ועי' בחיבורי ספר החיים ה' פסח סי' תמ"ח שם ישבתי זה באופן נאה בעזה"י:

סימן קיב

סעיף א' בהג"ה יש אומרים דאף אם כתב לו דאקנה יכול לחזור בו כ"ז שלא קנה ויש חולקין. נ"ב הנה נרא' לפי ענ"ד ראי' לזה מן הש"ס דגיטין ד"נ דקאמר שם מר זוטרא ברי' דר"נ משמי' דר"נ שט"ח היוצא על היתומים וכו' עד סוף הסוגיא וקשה לי הרי רש"י פירש שם הטעם מה דהוי דינא מדאורייתא בעדיות וזה"ל שהרי שיעבד לו ונעשה קרקע זו ערב וערב משתעבד מה"ת דכתיב אנכי אערבנו וכו'. משמע הא אם לא היה ערב משתעבד מן התור' גם הקרקע לא הי' משועבד מן התורה. ואם כן לפי"ז בשיעבד לו דאקני דאז כיון דאין השיעבוד חל עד שקנה והרי אז הוי ערב לאחר מתן מעות וא"כ

גם ערב אינו משתעבד. ולפי"ז לא הי' מדאורייתא בעדיות. וא"כ נהי דמ"מ משועבד לו מדרבנן עכ"פ מכח נעילת דלת על כל פנים שוב מן היתומים לרבא אינו גובה רק מן הזיבורית ואם כן מה פריך הש"ס לרבא מברייתא דאפילו הם עדיות מה לאו דכתב לי' עדיות בשטרא נימא דמיירי דכתב לו דאקני עדיות בזה אינו גובה אלא מן הזיבורית וזה ניחא טפי מלתרץ בשפאי עידיות ובע"כ מוכח דדאקני חל השיעבוד מיד וא"י לחזור בו א"כ לא הוי ערב לאחר מתן מעות ומ"מ לא משועבד מן התורה. אבל אם נימא דיכול לחזור בו קודם שקנה א"כ אימתי מתחיל השיעבוד רק כשקנה ואז הוי ערב לאחר מתן מעות ואינו משועבד מן התורה. ולכך כה"ג בע"כ דא"י לחזור בו מחל השיעבוד מיד ודו"ק היטב:

סימן קטו

סעיף א' כשבא בע"ח לטרוף נ"ב עיין בש"ך מה שכתב דין חדש שדאקני אף אם כתב לה לא מהני לכתובת אשה וכו'. לפענ"ד במחכת"ה נעלם ממנו ב' הגהות רמ"א באהע"ז סימן צ' שכתב הדין בסוף סימן אשה שסילקה כחה מנכסי בעלה קודם שקנאן ואח"כ קנאן אינה יכולה לטרוף מהן דסילוק מהני קודם שב"ל וכו'. ואי נימא כמ"ש הש"ך אם כן מה אריא סילוק אפי' לא סילוק נמי שהרי דאקני הוא ואינו משתעבד כלל. ועוד לעיל כתב הרמ"א הדין בישראל שהיה לו משכון קרקע מן הכותי וכו'. ולפי דברי הש"ך הרי דאקני הוא ואין יכולה לטרוף כלל בכל הנכסים של דאקני וצ"ע ודו"ק: הנה מקור דין זה בש"ס פ"ק דב"מ דט"ו ומבואר שם בסוגיא דרב אמר יש לו מעות ויש לו שבח ושמואל אמר מעות יש לי שבח אין לו ומבעיא שם פירש לו את השבח מהו וכו'. וקשה לי לשיטת התוספת שם דס"ל לשמואל דבמכר הוי אחריות לאו ט"ס מ"מ בגזלה מודה דהוי ט"ס מכח דהוי רק בהלואה קשה למה מבעיא ליה בפירש לו את השבח ה"ל למבעיא אפילו בלא פירש לו את השבח רק דפירש לו באחריות נמי הוי מצי למבעיא כן די"ל אולי דוקא בלא פירש לו אחריות בזה י"ל לדשמואל דהוי כרבית מכח ממ"נ דאם לא הוי הלואה א"כ לא הוי אחריות ט"ס ולמה יחזיר עליו ובע"כ מוכח לומר מכח דהוי כהלואה ולכך חוזר עליו ואם כן אם רק בתורת הלואה אתי עלה אם כן שוב אם יגבה השבח הוי מחזי כרבית והוו תרתי דסתרי אהדדי אבל בפירש לו אחריות דאז אף בבע"ח כשגובה חוזר עליו וא"צ לבא לטעם בהלואה לכך ל"ח כרבית או דילמא בכל ענין חיישינן והו"ל למבעיא כן וצ"ע ודוק:

סימן קיז

סעיף ו' עבד שעשאו רבו אפותיקי וכו'. נ"ב מדברי המחבר משמע שכתב אעפ"י שפירש לו לא יהא לך פרעון וכו' משמע דאף בלא פירש לו כותב לו שטר מזמן ההיא ובאמת באפותיקי סתם דודאי לא גרע מאשתדף וגובה משאר נכסים מזמן הראשון וכו'. ודו"ק:

סימן קיח

סעיף א' לוה שמכר נכסיו לשנים. נ"ב עיין בש"ך סק"ב מה שהשיג על הב"ח ולדעתי צדקו דברי הב"ח דע"כ לא אמרינן דאם טרפו בע"ח מוקדם אינו חוזר עליו רק אם לא הוי להמוקדם אפותיקי. אבל אם הוי להמוקדם אפותיקי ובפרט אפותיקי מפורש א"כ זה דומה לנמצא שדה שאינ' שלו דחוזר עליו ואף דהטעם של טרפו בע"ח מוקדם מכח דיכול לסלקו בדברים אחרים ובאפותיקי מפורש ג"כ יכול לסלקו. מ"מ אינו דומה דבשלמא בסתם בע"ח כיון דיכול לסלקו אף בקרקעות אחרים לכך לא הוי כטעות מעיקרא. אבל באפותיקי כיון דא"י לסלקו רק במעות ומטלטלין מי יודע אם יהיה לו מעות אז או מטלטלין לכך נחשב כאין הדבר בידו לסלקו והוי כטעות מעיקרא. ועוד אף דיכול לסלקו מ"מ כיון דאזלינן בתר אומדנא אנן סהדי אם ידע בע"ח השני דעשה לראשון אפותיקי מפורש ואמר לו לא יהי' לך פרעון אלא מזה דגם להשני אמר כן על שדה זו עצמה בכה"ג ניכר ערמתו שרוצה להפקיע בחנם חובו. ובשלמא בלא עשאו אפותיקי מפורש לראשון שפיר י"ל דאף אם היה יודע הבע"ח שחייב לאחר מקודם מ"מ היה מסכים לקבל אפותיקי זה כיון דאינו ניכר הערמה אולי דעתו לסלק למוקדם ממקום אחר ולו יסלק בזה ולא ניכר הערמה. וגם בזה כיון דלא דקדק הבע"ח לחקור אם חייב לאחר תחלה דמי יודע לכמה בני אדם הוא חייב והו"ל לאסוקי אדעתא ולא לקבלו ומדקבלו אמרינן דגמר והסכים אף שחייב לאחר לקבלו באפותיקי וסומך שיסלק לאחר בדברים אחרים. אבל באם עשאו לראשון אפותיקי מפורש וגם להשני בזה ניכר הערמה שעוש' שרוצ' להפקיע בשדה זו כל חובותיו וניכר שרוצ' להערים להשני והפסידו בחנם חובו בודאי אם ידע לא היה מסכים הבע"ח כן רק דלא חש לכך דאפותיקי מלתא דלא שכיח הוא ובפרט לעשות ערמה בכוונה ולא הו"ל לחוש לכך שיעשה במזיד להיות רשע ובודאי אם ידע לא היה מקבל לכך אנן סהדי דהוי טעות התנאי מעיקרא וצריך להחזיר לו מעותיו ומה דנקטו הפוסקים הדין בנמצאת שאינה שלו. י"ל אדרבא זה הוי רבותא דבזה לא ניכר הערמה כ"כ דיש לומר כיון דגזלה תחלה והיה ידו תקיפה סבר שלא יחוזר הנגזל לטרפו ממנו. או שסבר שקנהו מהנגזל להעמידו בידו וקמ"ל דמ"מ דהוי טעות

ומכ"ש הכא דהוא מדעתו עשה ערמה זו להתנות עם זה כן ועם זה כן שלא יהיה להם פרעון רק מזה ודאי הוי טעות וערמה עשה והוי טעות ממש ודוק היטב בזה:

סימן קכ

ס"ב בהגה אם פרט לאשת המלוה אם היא בת דעת נפטר הלוה בכך נ"ב נלפע"ד מכ"ש אם מת המלוה שיכול לפרוע לאשתו וק"ו הוא דבחיי המלוה אין לה רק דין שליח בלבד ובשאר שלוחין אם לא צוה המלוה שיתן לידו לא הוי פרעון ואעפ"כ באשתו מהני מכ"ש אחר מותו כיון שמגיע לה הכתוב' הרי הוא כשותף עם היורשים גם הרי הלוה משועבד לה מדר"נ שבודאי יכול הלו' לפרוע לאשתו ונפטר בכך ואדרב' כ"ע מודים בזה אף החולקים כן נראה נכון לדעתי וכן כתבתי בתשובה לק"ק אדעסי ודוק ועיין בש"ך כאן שהמורש"ל חולק על דין זה ועיין בחבורי לחו"מ מהדורא ג' סימן רס"ט מ"ש שם ראי' דהעיקר כדעת המהרש"ל ומה שהסברתי דבר זה בטעמו ודו"ק:

סימן קכא

ס"ט במה דברים אמורים כשעשאו שליח להביא את שלו וכו' נ"ב עיין בחבורו לחו"מ מהדורא ג' סימן רס"ט מ"ש שם דאפילו בן הלוה או השואל כל עסקיו עם אביו נמי דינו כאחר והמלוה נשבע ונוטל ואפי' במפקיד אף דע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד ונאמנים לומר נאנסו מ"מ לענין החזרה אינן נאמנים ודינו כא"י אם החזרתי וכדין המפורש כאן דהמלוה נשבע ונוטל ע"ש בטעמו כי נכון הוא ודוק:

סימן קכג

סי"ד יכולין לשלוח הרשאה ביד עכו"ם נ"ב ע' בש"ר סק"ל יכולין להרשות ע"י עכו"ם וכו' עיין בחבורי לה"פ סימן תמ"ח מ"ש שם בתשובה דאף להש"ך היינו רק נכרי מישראל אינו קונה בחליפין אבל ישראל מנכרי ודאי קונה בחליפין מכח ק"ו ע"ש והנה בגוף דברי ר"מ דס"ל נכרי קונה בחליפין הנה הפ"י תמה מאד על ר"ת דס"ל דבנכרי קונה בחליפין דהרי מפורש אומר וזאת לפנים בישראל וכו' ולפע"ד אדרבה דברי ר"ת מוכרחין מן הש"ס בפ"ד דב"מ דקאמר שם מדישראל בחדא נכרי נמי בחדא וקשה הרי הוי נמי חליפין והן אמת דהתוס' הרגישו בזה וכתבו דהכוונה בחדא ליש מחליפין אבל באמת הוא דוחק מאוד דסוף האיך קאמר לשון בחדא כיון דאיכא עוד קנין אך לדעת ר"ת א"ש. דהכוונה כך דמה דנשתנה ישראל מנכרי ונכרי מישראל זה הוי רק

חדא מה דנשתנו זה מזה אבל מה דלא נשתנו איכא עוד דהיינו חליפין ומוכח אדרבה מזה דמהני חליפין בנכרי ועוד ראיה מפ"ב דפסחים דכ"ט דקאמר שם במשכון דוקא ישראל מישראל דכתיב ולך תהי' צדקה אבל ישראל מנכרי לא קנה ומשמע דוקא מכח דבישראל מישראל דהוי צדקה בזה יש לחלק בין ישראל לנכרי אבל היכא דליכא טעם לחלק אין לחלק בין ישראל לנכרי דאל"כ למ"ל הטעם דלך תהי' צדקה הו"ל בלא"ה דדוקא בישראל נאמרה ולא בנכרי ובע"כ דגבי קנין ממון אף דנאמר בישראל מ"מ אין לחלק בין ישראל לנכרי רק התם דהוו טעמא לחלק ואם כן בחליפין דאין טעם לחלק בין ישראל לנכרי אין לחלק בזה ואין לומר דקושית מפני יהושע הוי על הש"ס גופו מנ"ל כן כיון דכתיב בישראל ומדייק בלשונו בישראל משמע למעט נכרי אך גם זה אינו דבשלמא אם הוי כתוב כן לדינא שפיר הוי משתמע למעט נכרי אך הרי לא כתוב שם לדינא רק דמספר המנהג מה שנהגו אז כמשמעות הכתוב וזאת לפנים בישראל וכו' ולקיים כל דבר שלף איש נעלו וכו' אם כן משמע במה שהיו נוהגין בישראל אם כן בזה שפיר קאמר דבישראל היו נוהגין אז לקנות בזה אבל בנכרי לא נוהגין אז לקנות בזה אבל מ"מ לדינא גם בנכרי הו' כן ויובן יותר דקשה דתיבת לפנים מיותר והו"ל לומר וזאת בישראל לזה נראה דאדרבא קמ"ל דכן היה לפנים אף בזמן דלא קבלו התורה מ"מ היה קונה בחליפין וז"ש וזאת לפנים בישראל אף קודם מ"ת היו עושין כן והרי אז היו להם דין ב"נ ומוכח דאף אז היו קונין בחליפין ומוכח כדברי ר"ת ודוק היטב: **דהנה** בהיותי בזה נראה הוכחה למה דכתבו הפוסקים דמנהג הסוחרים קונה וגם אם הוי דאורייתא או דרבנן יהיה מוכח מזה הפסוק דקשה למה מספר מה דהיו עושים לפנים ה"ל לומר כפשוטו וישלוף נעלו וכו' וממילא נדע דזה הוי קנין מדבועז עשה כן בע"כ מוכח דקנין חליפין אינו קנין מצד התורה עצמה רק מכח דזאת לפנים בישראל לקיים דבר שלף איש נעלו הוי קנין מכח דנהגו כן ומוכח דמנהג הסוחרים מהני ומהני גם מה"ת והוי זה קנין על תמיד ולכך אם הוי מכח מנהג הסוחרים אין לחלק בין ישראל לנכרי ולכך אמר וזאת לפנים בישראל דגם קודם שקבלו התורה נהגו כן וא"ש בעז"ה והנה המלצנו בעד ר"ת הקדוש אשר אין אני כדאי להזכיר אפילו שמו יהא רעוא ויהיה ר"ת ממליץ עלינו לפני אבינו שבשמים לעשות עמנו אות לטובה אמן:

סימן קכה

סעיף א' **ראובן** שהיה חייב מנה לשמעון וכו' נ"ב הנה גרסינן בגיטין דמ"ג ע"ב למימרא דמספקא ליה לרב אם הולך כזכי והא איתמר הולך מנה לפלוני שאני חייב לו אמר רב

חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר ומשני התם ספק ממונא לקולא הכא ספק איסורא לחומרא עכ"ל הש"ס ותמיה לי מאד למה יחשב ספק ממון לקולא הרי אדרבא הוי להממון חזקת מארי קמא שהיה תחלה של הלוה וספק אם זכה בו המלוה או לא אם כן אדרבא נחשבו הבעלים כמוחזק. וראיתי אח"כ בפ"י שהרגיש קצת בזה. וכתב וז"ל דהשליח נקרא מוחזק דהוי כתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים אבל במתנה הוי בחזקת מ"ק וכו' עכ"ל. ולכאורה אין לו הבנה דבממ"נ במה מיירי אם השליח אינו תופסו באמת אם כן מה זה שכתב דהוי כתופס לבע"ח. ואם מיירי שהשליח תופסו להבע"ח אם כן ל"ל טעם זה בלא"ה אינו יכול לחזור בלא הולך דתופס לבע"ח במקום דלא חב לאחריני דמהני. ונראה לפרש הכוונה דזה דומה למה דקי"ל בנכרי שקבל כסף ולא משך ובא אחר והחזיק בו דזכה דנכרי מכי משך זוזי אסתלק וישראל לא קנה עד דמשך וכו' כן ה"נ בזה באם נותן לשליח ליתן לבע"ח מעות ויודע הדין דאם ירצה השליח לתפוס בו להבע"ח יהיה יכול במקום שאינו חב לאחרים. אם כן סילק רשותו מזה ויצא המעות מרשותו לכך אף שאין השליח תפסו לבע"ח בע"כ מ"מ ברשות הלוה ג"כ אינו כיון דנסתלק ממנו ולכך ל"ש בו חזקת מ"ק אף דהיה יכול לחזור בו דאם הוי אמרינן דאם בידו לחזור לא יצא מרשותו א"כ הדרא קושיא לדוכתא כיון דספק אם יכול לחזור נלך בתר חזקת מ"ק ובע"כ אף אם יכול לחזור בו יצא מרשותו דנסתלק ממנו. ולפ"ז נראה ללמוד מזה דין חדש דבנותן לשליח ליתן לבע"ח כך וכך אף דאמר לו בענין דלא זכה בו המלוה ויכול הלוה לחזור בו מ"מ אם נתנו הלוה לאחר בקנין וכדומה ל"מ הקנין כיון דאינו ברשותו. הוי כדבר שהוא שלו ואינו ברשותו דא"י למכרו וליתנו לאחר ואינו דומה לפקדון ומשכון דהתם הוי ברשותו ממש אבל כאן כיון דמוכח דנחשב יצא מרשותו ואין לו חזקת מ"ק א"י למכרו וליתנו לאחר [וגם מטעם זה אין דומה לפקדון דשם כל היכי דאיתא ברשותא דמפקיד איתא כמ"ש הרא"ש דפ"ק דפסחים דכיון דהשאיל ביתו לשמירת ממונו דמפקיד. ביתו דמפקיד קרינן ביה משא"כ בזה אם הוי נחשב בית השליח בית המפקיד א"כ הוי הלוה מוחזק ולמה נחשב השליח מוחזק בע"כ דאינו בית הלוה א"כ לא הוי ברשותו. ונ"מ נמי מדין זה דבכה"ג לא הוה הלוה עובר בב"י וב"י אף להרא"ש ודוק] ואף שכתב הפ"י בחידושיו הנ"ל דלשמואל כיון דחייב באחריותו א"י לתופסו דהוי כתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים. מ"מ הרי אנן לא קי"ל כן דהרי קי"ל בסי' ק"ה בתופס לבע"ח במקום שאינו חב לאחרים דזכהו והרי עכ"פ מפסיד ללוה שחייב באחריותו ובע"כ דזה לא נחשב חב לאחרים. וא"כ כיון דהשליח יכול לתפסו לבע"ח ויודע זה תחלה סילק רשותו מהם ונחשב עכ"ע אינו ברשותו ולא הוי דומיא דביתו וא"י

להקנותו לאחר ואף דבידו לחזור בו הוי רק כמו בהפקר דאף דיכול לזכות בו כל דלא זכה בו אינו שלו להקנותו לאחר. כן ה"נ בזה ואף דאינו הפקר ממש דאין אחרים יכולין לזכות בו מ"מ הוי כמו גזל ולא נתייאשו הבעלים דא"י למכרו דאינו ברשותו. כן ה"נ בזה הדין כן. וזה חידוש דין הוא לפע"ד. אכל מוכח הוא לפי שיטת הש"ס שוב ראיתי בס' טוב גיטין על מסכת גיטין שעמד נמי בזה ומתרץ בדוחק ודבריו תמוהין דאי מיירי שהשליח תפסו באמת לבע"ח שלא"ה א"י ליטול ממנו ול"ל מאמר הילך ואם הוה כזכו או לא והדבר מוכרח כמ"ש בעז"ה:

שם בהגה כולם הוי כהולך והוי כזכי. נ"ב הנה בדין אם אומר החזר לפלוני אם הוי כזכי שמחולקין הסמ"ע והט"ז עם הש"ך. והתומים הכריע כהסמ"ע ועמ"ש אני בתשובה באה"ע מהדורא ח' סימן פ"ה הכרעתי כדעת התומים דבמזכיר לשון בחובו גם הש"ך מודה וא"כ לשון והחזיר הוי נמו מודה בחובו ע"ש וגם כתבנו שם דבאומר הולך לפלוני מה שחייב לו אף תכ"ד א"י לחזור בו ודוק ע"ש בטעמו:

שם סעיף ה' ואם הי' המקבל עני שאין לו ק"ק זהובים נעש' נדר וא"י לחזור בו. נ"ב עיין בסמ"ע שהשיג על הב"י דאף מתנה לעניים נחשב של גבוה ומיד גבוה זכו העניים וכו'. והנה אני בעניי לא יכולתי להלום דבריו כלל דאם כן אם יקדשו העניים בחלק צדקה שלהם את האשה לא תהי' מקודשת כמו בכהנים במקדשין בחלקם דאמרינן משלחן וגבוה קא זכי ולא הוי קידושין רק בתרומות ומעשרות מקודשת דבזה לא אמרינן משלחן גבוה קא זכו. א"כ הכא בצדקה דהוי משלחן גבוה לפמ"ש הסמ"ע א"כ לא יוכל העני לקדש בהם אשה וזה לא שמענו מעולם. והנה זה הי' אפשר ליישב לפמ"ש בחבורי בגדי י"ט על מס' ביצה די"ל אף בתרומות ומעשרות משלחן גבוה קא זכו רק דיש חילוק ביין אם כגבוה הזא ניתן לו תיכף במתנ' להיות שלו לגמרי ובין אם אמרינן שתמיד הוי של גבוה רק משלחן גבוה זכו לאכלה לבד. לכך בתרומה ומעשרות אף דהמה זכו משלחן גבוה תיכף בשעת נתינה נחשב שלהם משלחן גבוה. אבל בקדשים אמרינן דאף ביד הכהן הוי של גבוה רק משלחן גבוה זכו לאכלם ע"ש א"כ ה"נ י"ל כונת הסמ"ע משלחן גבוה קזכו דהקב"ה זיכ' להם להיות שלהם ממש משל גבוה. ולכך הוי שלהם ויכולין לקדש בו אשה אך זה תמי' מאד על הסמ"ע שהרי מבואר בטוש"ע סי' צ"ה שהקדש לעניים אין לו דין הקדש. ולדעת הסמ"ע יהי' לו דין הקדש כיון דהוי לגבוה. מיהו זה הי' אפשר ליישב ע"פ דרך הנ"ל דבתר תרווייהו אזלינן לטיבותא דלענין שיחול בו האמיר' מכח אמירתו לגבוה שפיר מהני ביה אמיר' כיון דעכ"פ מתחל' הוו לגבוה ומגבוה זוכין העניים לכך מהני ביה האמיר' להיות נעש' של גבוה ומגבוה זכו בו עניים. ולהיפך לענין

שמיר' כיון שע"כ הגבוה הקנ' אותו משלחנו לעניים. ולכך שוב נעשה של העניים ולכך שייך בהם דין שמיר'. אך זה תמי' לי ממ"ש בעוש"ע סימן רי"ב דאף שבהקדש מהני מחשב' שבלב משום דכתיב כל נדיב לב עולת מ"מ בצדק' לעניים לא מהני מחשב' שבלב רק דבור דיש לו דין הדיוט. ולפי דעת הסמ"ע בצדק' לעניים הוי של גבוה תחל' א"כ אף בלב יחול הצדק' ומוכח להדיא דלא כהסמ"ע רק כהב"י דמטעם נדר הוא ולכך צריך דוקא שיוצא בשפתיו ודברי הב"י נכונים בביאור לשון הטור וע' מ"ש בחיבורי לי"ד סי' רנ"ח ביאור דבר זה יותר נכון ודוק היטב:

סימן קכו

סעי' א' ראובן שהי"ל מנה ביד שמעון נ"ב ע' בש"ך בסי' זה שחולק וס"ל דאף דאין לשכירות אלא לבסוף מ"מ החיוב מתחיל מתחל' ועד סוף. וע' בחיבורי עבודת עבודה על ע"ז בדס"ה ע"ב בהשמטות שהבאתי ראי' מהש"ס להיפך ע"ש כי היא ראי' ברורה בעזה"י:

סעי' כב ויש מי שאומר שאין חילוק בין ישראל כו'. נ"ב עמ"ש בת' לק' טארנאפאל ליישב קו' הגד"ת על הי"א ע"ש ודוק:

שם יש מי שאומר שאין חילוק בין ישראל לעכו"ם וכו' נ"ב ועיין בהגהות רמ"א כאן ועמ"ש בתשובה לק"ק בריגל בחיבורי על חו"מ מהדורא ג' סי' קצ"א מ"ש בזה בעזה"י לישב דברי הרמ"א מקושית הש"ך כאן ועוד ענינים בזה ע"ש ודו"ק:

סימן קכח

סעיף א' הפורע חובו של חברו וכו' נ"ב גרסינן בגיטין דנ"ח ע"ב גידל בר עלאי קבל ארעא בטסקא מבני באגי עד אלא אמר רב הונא ברי' דר"י הניח מעותיו על קרן הצבי. והנה תמי' על הרי"ף והרמב"ם והרא"ש שהשמיטו דין זה ולא כתבוהו במילתא דנ"מ לדינא. ולכאורה תמי' על גוף הש"ס למה יפסיד מעותיו. ל"מ להסוברים דבבע"ח דוחק חייב לשלם פשיטא דקש' כיון דהוא שילם עבורה למה יפסיד מעותיו. ואף להסוברים דגם בבע"ח דוחק פטור קשה הרי במס המלך ודאי חייב לשלם אם פרע עבורו וא"כ כאן למה יפסיד מעותיו אך נראה דרש"י הרגיש בזה ופי' בד"ה טירפא וז"ל ומעתה שיאכלו אחרים יטול המלך מנתו מהם ולא יעל' אלה בחשבון וכו'. וא"כ א"ש דגבי פורע חובו שלא מדעתו אז משתרשי לי' הלו' אבל כאן לא משתרשי ליה דהם יחזרו וישלמו וא"ש אך קשם עכ"פ למה לא יתחייבו הני מכח דינא דגרמי דהוי כשורף שט"ח של חבירו וגרע

מזה דהוי כשורף משכונו דהרי הקרקע הוי כמשכון ביד הנותן המס ואם נוטלין ממנו הם מפסידים לו מעותיו ויתחייבו מדינא דגרמי. ולכך נראה דלכך השמיטו הפוסקים דהם ס"ל דר"ה בר"י ס"ל כמאן דלא דאין דד"ג. אבל לדידן דק"ל כמ"ד דדאין דד"ג הוה כמו שורף שט"ח של חברו וכמו שליש שהחזיר השט"ח ללוה דהוי בר הזיקא וחייב לשלם ולכך מן הדין מחוייבים הם להחזיר מעותיו ואז יחזיר להם הקרקע. כנלפענ"ד נכון ודו"ק היטב:

שם סעיף א' ו**ב** בהיותי באמצע הדרך נשאלתי באדון אחד שקנה סחור' אצל ישראל אחד ושילם לו מעות והטעהו הישראל שנתן לו סחורה גרוע והאדון לא הרגיש ונתנו לחייט לתפור לו הבגד ואח"כ תבע האדון את החייט כי הוא החליף לו הסחור' והוצרך החייט לשלם לו ואח"כ תבע החייט את הסוחר לשלם לו כי הוא יודע דהסוחר הטעהו ורצו הדיינים לומר שהוא פטור מכח דאין אדם נתפס על חברו ויש שרצו לומר דחייב הסוחר מדר"נ ושאלו את פי והשבתי דהדין עם הפוטרים דאין לו' דשייך בזה מדר"ן דא"כ למה הוצרך במס לטעם דד"מ כן תיפוק ליה מדר"ן דהרי הוא חייב למלך והמלך חייב לו דלקח שלא כדין ממנו וגם למה בנתפשרו עם המלך הוא פטור הרי שייך דר"נ בזה. והרי קי"ל דר"נ שייך בכל הענינים כמ"ש הש"ך ר"ס פ"ו בע"כ דר"נ ל"ש רק בישראל ולא בעכו"ם דהרי הוי כהפקעת הלואתו דמותר וכיון דליכא חיוב בו עצמו ל"ש דר"נ. ואף דכתבו הפוסקים בסי' פ"ו דדר"נ שייך גם בעכו"ם היינו היכי דשלישי המתחייב הוי עכו"ם שחייב לישראל אז העכו"ם משועבד גם לישראל הראשון אבל אם הוי ישראל המתחייב לעכו"ם והעכו"ם לישראל אין ישראל השני משועבד לראשון וה"נ כיון דהמעות נתן לו מעצמו א"כ ברשות נתן לו והטעות הוי בסחור' וקי"ל כל היכי דהוי מקח טעית הוי המערת מע"פ וסחורה אחרת אין בידו להכריחו ליתן לו ואין ביד האדון לתבעו רק מעותיו והמעות הוי מלוה והוי בזה כהפקעת הלואתו וא"כ ל"ש בזה מדר"ן ופטור הסוחר כן דעתי נוטה בקצרה בלי עיון בספר כיון דאני עובר אורח ואין בידי להאריך ודו"ק:

סימן קכט

סעיף א' **בהגה ואם** אמר הלוה פרעתיך והוא מע"פ נשבע הלוה היסת ונפטר הוא וערב וכו'. נ"ב ע' בסמ"ע דבקבלן אינו פטור. ונסתפקתי בטוען הלוה א"י אם פרעתיך מה דינו. ונ"ל לפשוט ספק זה ממ"ש לקמן סי"ב דה"ה אם מת הלוה אינו נפרע מן הערב א"כ מוכח דגם בא"י אם פרעתיך הוי כו' ופטור הערב אבל הקבלן חייב כה"ג. והטעם

נראה דבערב כיון דאינו חייב עד שיתבע הלוה א"כ נהי דבנתחייב הלוה נתחייב הערב למפרע מ"מ אם הוי ספק אם פרע הלוה הוה לגבי הערב א"י אם נתחייבתי לך דדילמא לא נתחייב הלוה כעת ונפטר הערב למפרע לכך נהי דלגבי הלוה הוה א"י אם פרעתיך אבל לגבי הערב הוי כא"י אם נתחייבתי לך ופטור אבל בקבלן כיון דאיהו נשתעבד בפ"ע ויכול לתבעו מיד א"כ הוי דאי נתחייב וספק אם פרעו הלוה ונפטר זה הוי גם לגבי הערב א"י אם פרעתיך וחייב לשלם. ובזה יונח לי לפרש דברי המדרש תנחומא סוף פ' ויגש. ויגש אליו יהוד' ילמדנו רבינו איזה ערב שהוא חייב לשלם כך שנו רבותינו ר"ש בן ננס אומר איזהו ערב שהוא חייב לשלם הלוהו ואני נותן לך ונשא ונתן ביד הערב חייב ומי היה הערב זה יהודה שאמר תנה אותו על ידי וכו' ומי עמד כנגדו הערב ויגש אליו יהודה עכ"ל והוא תמוה. וכבר הארכנו בחידושינו לבאר זה וכעת נראה כך דהמדרש בא ליישב קו' העולם למה תחלה אמר יהודה הנני לעבדים לאדוני גם אנחנו וכו' ולא חשש על הערבות ואח"כ כשאמר להם יוסף ואתם עלו לשלום עמד כנגדו עבור הערבות. ולזה מפרש המדרש כך דהנה השבטים בעצמם היו מסופקים אם יוסף עשה זה בעלילה או אם ח"ו אמת שגנב הגביע דהרי האדם יראה לעינים וכו' והרי יש במדרש שהכהו בין כתפיו ואמרו לו גנבתא בר גנבתא הרי דחששו שהוא אמת. והנה יהודה מה שהוא ערב היינו על האונס אבל לא שיגנוב בנימין ברצון ובמזיד וא"כ כיון דעכ"פ ספק הוי אם הוי במזיד או עלילה א"כ אם הוה יהודה סתם ערב הי' פטור מספק אך כיון דהוה ערב קבלן חייב בספק ג"כ. ומיהו היכי דאיכא רגלים לדבר פטור גם הקבלן כמ"ש הסמ"ע סקכ"ג ומוכח כן בסעיף ט"ז ולפ"ז הי' מוכרח דבנימן עשה כן ברצון. דאם הי' עלילה למה עשה כן על בנימן ולא על שאר השבטי' בע"כ מוכח דבנימן עשה זה ברצון. וכיון דאיכא הוכחה גם הקבלן פטור. אך י"ל דמזה אין ראי' מדוע העליל דוקא על בנימן. די"ל כיון דהי' יפ"ת גדול חשק להיות לו לעבד ועיין במדרש שכתב כן שאמרו אחיו מפני שהוא יפ"ת חשק בו יוסף לזנות וא"כ שוב ליכא רגל"ד והוי רק כספק בעלמא וחייב הקבלן. אך הרי י"ל כיון דיש במדרש פ' מקץ דעשרה שנמצ' הגנבה באחד כולן נתפסין וא"כ אם הוי מעליל על אחד מן השאר נמי היו כולן נתפסין והי' גם בנימן עמהם ולמה הוצרך להעליל עליו הי' לו להעליל על הגדולים וממילא יהי' נתפס בנימן עמהם. א"ו ניכר הדברים שהי' במזיד ופטור יהודה. ולכך תחלה כשאמר יהוד' הננו עבדים לאדוני גם אנחנו וכו' לא חשש יהודא על הערבות דאמר כיון דיש רגל"ד שהוא אמת מדלא עשה עלילה זו על שאר השבטים. לכך נפטר מן הערבות. אך כיון שאמר יוסף חלילה לי מעשות זאת. א"כ אומר שאין דינם כן במצרים להיות כולם נתפסים ואינו

יכול יוסף לתפוס כולם. וכיון דאין הדין שלהם כן אין ראי' דלא הוי בעלילה די"ל דעליל' הוא ובבנימין חפץ יותר וליקח י' א"י כיון דאצלם לא הוי הדין כך. ולכך ויגש יהודא כי מעתה נוגע לו וז"ש המדרש תנחומא דקמ"ל דאם הוי יהודא סתם ערב הי' פטור מספק. וא"כ קשה מה נשתנה לערער עכשיו יותר מתחלה לכך אמר איזה חייב לשלם כלומר מיד בלי תביעת הלוה תחלה לכך אמר אם אמר הלוהו ואני נותן ומי הי' ערב כזה יהודא לכך חייב אף מספק. לכך מתחלה לא ערער רק עתה וכנ"ל ודו"ק היטב וא"ש:

תם ונשלם הגהות וחידושים **חכמת שלמה** על חלק ראשון מטוש"ע חו"מ יום ה' לסדר כי ישוב ד' לשוש עליך לטוב כאשר שש על אבותיך. **אך** אלול **תרמ"א לפ"ק**: **הפעם** אודה את ד' כי זכיתי לבא עד הלום לגמור ח"ר בעזה"י. ואם אמנם כי הצרכתי להשמיט כמה ענינים יקרי' יען כי חזקו עלי דברי המדפיס לקצר במקום שאמרו להאריך. אעפ"כ גם בזה המעט אשר הבאתי ישבעו ויתענגו כל חכמי לב ודורשי תורה ותופסי תושיה ויהי נועם ד' עלי ומעשה ידי יכונן שאוכל להדפיס בקרב כל ספריו הקדושים הרחבים והעמיקים מני ים. אז תמלא הארץ דעה את ד' כמים לים מכסים. אמן ואמן:

סימן קעא

סעיף ח' בהג"ה לא חלקו והשתמש בו אחד מן השותפים וכו'. נ"ב נסתפקתי אם הוא דוקא בדירה אשר אין עומדין להשכיר לאחרים רק לעצמן. ולכך כיון שאינו עומד להשכיר כמו דקי"ל לעיל באם הניח להם אביהם בית הבד ומרחץ דאף לכתחלה אם אי אפשר להשני להשתמש שם לא איכפת לי' ואומר העשיר להעני קח לך זתים וכו'. ה"נ אף שניהם עשירים אם לא חלקו ושתק האחד והניח להשני להשתמש בו הוי כגילה דעתו שא"צ עכשיו לכך. ולכן יכול השני להשתמש שם לבדו. אבל בדבר אשר עומד להשכיר לאחרים ולהשתכר בו כגון בעשאן לשכר אז דינו כמו דלעיל דיכול העני לכוף את העשיר להשכירו כן ה"נ כיון שהי' עומד לשכר אם השתמש בו השותף עצמו הוי כאילו הותנה בפירוש שהוא יתן השכר כמו אחר ואדעתא דשכר נחית. ואף אם הוא לא נחית לכך אפשר דמעצמו מחיוב לשלם לחברו כיון דאם לא היה משתמש בו הוא הי' משכירו לאחרים והיה מרויח השותף בזה. ולכך א"י להזיקו לדור בחלקו חנם. וצריך לשלם לו וצ"ע. ועוד אני מסופק אף אי נימא דאף בדבר העומד להשכיר אמרי' בחלקי הייתי משתמש או זה דוקא בדבר שיש בו ממש כגון בית וחפץ וכדומה. אבל בדבר שאין בו ממש כגון ששכרו ארענדא לשרוף יי"ש או הפאחט הנהוג בזמנינו זה וכדומה. מעינן זכיות המלך ועינינו הוי שכל מה שעושה דבר פלוני צריך לשלם כך וכך להשוכר כפי

קצבת המלך או כפי אשר נתפשר עם השוכר אם שכרוהו שנים בשותפות והאחד שרף יי"ש הרבה או שחט לו בהמות הרבה והשני לא עשה כן אז בסוף שנה צריך העושה להעלות שכר בעד עסקיו כמו שמשלמין אחרים כיון שבזה לא הוי כאן דבר ממשי לומר בחלקי הייתי משתמש גם עומד להשכיר ואם לא שרף הוא היו אחרים שורפין במקומו יותר או שוחטין יותר ולכך הזיק במעשיו להשני וצריך לשלם חלקו או דגם בזה יכול לומר בחלקי הייתי משתמש והיה לך ג"כ לעשות כן או למחות בתחלה וצ"ע ועי' במג"א סי' קל"א גבי קדיש משמע שם לכאורה דבכה"ג ל"ש לומר בחלקי הייתי משתמש וצ"ע כעת:

סימן קעה

סעיף ל"א נמלך המוכר בבן המצר וכו' לא צריך וכו'. נ"ב מעשה בא לידי באחד שהיה דר בחנות בתורת שכירות ואח"כ בא אחר אצל הבעלים לשכרה והעלה בדמים. והלך בעל החנות והודיע להשוכר מכבר שכך וכך נותנין לו אם אתה רוצה תן אתה כך והשיב השוכר שאינו רוצה ליתן לך ושכור לאחר. והלך בעל החנות ושכר לאחר אך לא נתן ערבון כסף רק נתן לו משכון גם עשו ת"כ ואח"כ נמלך השוכר העבר ורוצה להיות מצרן ליתן זה הדמים ובאו לפני לדין. והנה אם יש בשכורות דין מצרנות כיון שהוא פלוגתא דרבוותא ובעל החנות אינו מקפיד יהי' נשאר בחנות מי שיהי' ואיזה שירצ' לכך כיון דשוכר העבר דר בחנות מכבר אמרי' היכא דקיימא ארעא תיקום. אך בזה היה רעותא כיון דכבר נמלך המוכר היינו הבעל החנות ואמר לא בעינא א"כ הפסיד דין מצרנות שלו כמבואר בסעיף זה. אך כך דייקינן אעפי"כ נרא' דזכה המצרן כיון דלא נתן השוכר כסף רק משכון וכבר קיי"ל בכמה דוכתי דמנה אין כאן משכון אין כאן. א"כ ליכא כאן כסף כלל רק סטימותא לבד. והן אמת שבסי' ר"א מבואר שבסטימותא לבד צריך לקבל מי שפרע אך הביא שם הש"ך בשם הב"ח דהיינו דוקא במטלטלין אבל לא בקרקעות אף לפי מה שמסיק שם הש"ך עכ"פ הב"ח גלה מנהגנו עכשיו דבקרקעות ל"ש סטימותא וא"כ ליכא כאן קנין כלל להשוכר החדש וכל דליכא עדיין קנין ודאי קודם שקנה הלוקח יכול עדיין המצרן לחזור בו ולומר עדיין שרוצה הוא דמידי הוא טעמא שא"צ למיקנא בי' היינו מכח דאינו נעשה שלוחו בע"כ וזה הוי דוקא כשכבר קנה הלוקח אבל כל שלא קנה יכול לחזו' בו עדיין והוא קודם. ואף אי נימא דכוונת הב"ח והש"ך שדוקא לענין קנין גמור לא הוי סטימותא קנין גמור גבי קרקעות אבל לענין מי שפרע שייך אף בקרקעות. הנה חוץ מה שציון של לשון הש"ך לא משמע כן רק אף לענין מי שפרע

ל"ש בקרקעות מיהו בל"ז אף אי נימא דמי שפרע שייך אף בקרקעות מ"מ הכא לא שייך מי שפרע כיון דהקונה לא קנה עדיין בדין ממילא לא שייך לומר שאינו נעשה שליחו בע"כ כיון שעדיין לא קנה וא"כ כיון שהדין שהמצרן יכול לחזור בו והדין נותן שהמצרן קודם שוב אין על המשכיר לקבל מי שפרע כיון שהוא אינו משנ' מרצונו רק שהדין נותן שהמצרן קודם א"כ ל"ש בזה מי שפרע כלל כיון שמשנה מכח הד"ת והדין לא מרצונו ומכח ועשית הישר והשיב לך לא שייך בזה מי שפרע כלל ויכול לחזור בו והוי המצרן קודם זה נראה לפענ"ד ברור לדינא והכי פסקתי ודוק היטב כי די ברור הוא בעז"ה ועיין בתשובתי לחו"מ סי' ע"ב לק' קאזליב מהדורא ג' שכתבתי שם דבר חדש דאף אם אין המצרן בידו לקנות לבדו יכול ליקח שותף עמו ואין יכול הלוקח לומר לו כי הוא יהי' שותף עמו כי יכול לומר לו זה נוח לי והשני קשה ממנו עיי"ש כי דבר נכון הוא ובילדותי ממש בהיותי בן כ"ב שנה בק"ק ראווא הייתי בורר בעסק גדול עם הרב הגאון אשר היה אבד"ק אוהנוב ואח"כ בק' טיסמניץ ועם הרב הגדול מוה' ארי' מזאמישץ ז"ל אבי הגאון מוה' צבי הירש העלליר ז"ל. והמה היו אז כבר ישישים באו בימים. ופסקנו אז דגם בשענק שייך לומר בחלקי הייתי משתמש. וכן אני מורה תמיד. והן אמת דאם השותף משכירו לאחר ומקבל דמים בזה מודינא דשייך לשניהם וכן פסקתי אני מסברא טרם ידעתי מספר נתיבות המשפט. אך זה שאני דהתם הוי הריוח מגוף הקרקע ולכך כיון דשותפין הם שלוחין זה לזה וידו כיד שותפו הוי כאלו אנן סהדי שכוונתו היה לקבל בעד שניהם ולא גרע משותף שהציל דהוי לאמצע מכש"כ בזה אבל במחית הבית הנה ז"א ריוח מגוף הקרקע רק מן המו"מ שמרויח בי"ש ויגיע כפו ואינו הנאה מגוף הקרקע רק שצריך לדירה בעלמא לעשות שם זה והוי כשאר דירה דיכול לומר בחלקי הייתי משתמש והרי הוא בידו לשכור לו בית אחר ולעשות מו"מ זה רק שהיה צריך לשלם שכר דירה אם כן עתה שדר בבית המשותף יכול לומר בחלקי הייתי משתמש וזה ברור ונכון. אך בזה אני מסתפק באם קודם שהשכיר אמר בפירוש שמשכיר לו רק לדור בחלקו ובמקומו לבד כאילו הייתי אני דר ולי יגיע השכירות בזה י"ל אף קבל דמים א"צ להחזיר. ולא אמר הנתיבות המשפט רק בסתם אז שייך השכירות לשניהם וצ"ע בדין זה. אבל אם דר לבדו אף אם עשה בו כל המו"מ אין מנכין לו מחלקו. ולו יהא דהוי ספק המע"ה וכל דבר השותפין הוי בחזקת שניהם כמ"ש בחו"מ סי' צ"ג. א"כ הדין עם השותף שיכול לומר גם בזה בחלקי הייתי משתמש. כן השבתי להרב מהרימלוב הנ"ל:

סימן קעו

סעיף ח' השותפין שומרי שכר הן. נ"ב הנה אם להם חפץ הראוי להשתמש ולקחו כל אחד זמן ידוע להשתמש בו יש להסתפק מה דינו אם נאבד תח"י אחד מהם בשעה שהוא משתמש בו. ולכאורה הי' נראה כיון דקיי"ל הכא דשותפין ש"ש המה זל"ז. ממילא בדבר הראוי להשתמש הוי שואל עליו בשעה ההוא מחייב באונסין. אך כר דייקינן נראה לכאורה לומר דהא ליתא רק אדרבה כה"ג לא הוי שואל ואפשר דאף ש"ש לא הוי. דהנה המעיין לקמן סכ"ה בבור של שני שותפין ועבר עליו הראשון ולא כסהו דעכ"פ לכ"ע אין השני חייב לבדו עד שמסר לו דיליה. והוא מהש"ס פרק שור שנגח את הפרה דכ"א ע"ב דקאמר שם דהוי כתנאי. דלרבנן דסברי אין ברירה משיתחיל השני לדלות בו נעשה שומר עליו. וראב"י סובר יש ברירה כמו בחצר השותפין דס"ל דאין אחד יכול לאסור על השני. כן ה"נ יש ברירה והאי מדילי' קא ממלא והאי מדילי' קא ממלא. לכך לא נעשה שומר עליו יעו"ש ופסקו הפוסקים כראב"י כיון דקיי"ל בנדרים כוותיה. והיינו אף דקיי"ל אין ברירה מ"מ כבר האריך הר"ן שם לפרש הפעם דברירה דהכא שאני. ולפי"ז ה"נ בחפץ של שותפות דלדידן דקיי"ל יש ברירה לא נעשה הלה שואל על השני דההוא בדידיה משתמש כמו שלא נעשה בבור שומר על חלק השני ואין לומר דהתם שאני שי"ל באמת שנוטל רק מחלקו אבל הכא הרי משמש בכל הבגד דהרי הש"ס מדמה זה לחצר השותפין דנדרים והתם ג"כ מותר לו להשתמש בכל החצר. ובין ביש בו דין חלוקה ובין באין בו דין חלוקה מותר לו להשתמש התם. ובע"כ כסברת הר"ן שם דבשעה שהוא משתמש בו הוי אז כשלו דע"ד כן קנו מתחלה בשעה שכ"א ישתמש בו יהיה בשעה ההיא שלו. וא"כ ה"נ הוי כן. ולכך אין לו דין שואל עליו רק נראה דהוי כמו לוקח בהמה על למ"ד יום דקיי"ל בסי' שמ"ו דהוי רק שומר חנם עליו. כן ה"נ אף ש"ש לא הוי כיון דבשעה ההיח שמשתמש בו הוי שלו והוי רק כלוקח לזמן דבאמת לאח"ז כשיטלנו חברו יהיה נחשב כשלו. מיהו השתא יש לו עליו דין לוקח לזמן שפטור אף בגניבה ואבדה רק כשומר חנם הוא. ומה דאמרינן שותפין ש"ש הם. היינו בדבר שאין עומד להשתמש בו רק לעסוק בהם במו"מ וכדומה זה ל"ש הך סברא של הר"ן דאדעת כן לקחו שיהיה של כ"א בשעה שישתמש בו. לכך הוי של שניהם ואחד שומר עליו בשעה שהוא בידו משא"כ בדבר הראוי להשתמש אמרינן יש ברירה והוי של כ"א בשעה שהוא משתמש בו והוו כלוקח לזמן ודוק בזה:

סעיף יו"ד או שמכר בהקפה וכו'. ואם היה ריוח. הריוח לאמצע. נ"ב. הנה נראה דזה דוקא באם מכר סחורה ממש שייך דין זה. אבל בשוכר אראנדא וכדומה שדרך הוא

שכל מוכר י"ש שלו צריך לשלם להמחזיק אראנדא כך וכך מכל טאפ והי' שותפין בדבר ושותף אחר הקיף לאחרים למזוג בהקפה והיה הדרך שלא למזוג בהקפה רק לשלם מיד ואחד הקיף להמוזגים ועי"ז נעשה הפסד שכמה מוזגים לא שלמו חובם ונפסדו וכעת באו לדין שהתובע אומר שלא היה לו להקיף רק להכריחם לשלם מיד. והנתבע אומר שאם היה אומר להם שישלמו מיד לא היה מוזגין כלל. וסוף סוף לא הו"ל הפסד. ושותף השני אומר אם הם לא היו מוזגין היו אחרים מוכרין יותר והיו להם יותר. גם אולי היו משלמין הם. והנתבע משיב שאם לא היו מוזגין הם לא היו אחרים מוזגין יותר כי מה שמכרו הם היו מחמת מזל דבי תרי עדיף. נראה לפענ"ד דהדין כך שיחשבו כל עסק הארנדא שאם בלי חובות הנפסדין היה עולה גוף הקרן שלהם ואין מפסידין מכיסם כלום בזה אין כח ביד התובע להכריח את הנתבע לשלם לו הפסדו ולומר שאם לא היה מקיף להם הי' פורעין והי' ריוח בדבר והוא פשע ויהיה ההפסד לעצמו. רק אולי לא כן הוא ומספק אין לחייבו לשלם מביתו ולחייבו בחיוב חדש. אבל אם היה היזק בהארנדא ע"י הפסד החובות הלא א"צ התובע לשלם חלק היזק דבכה"ג אמרי' להיפוך. אולי ע"י פשיעת השני נעשה ההיזק ואם לא היה מקיף לא היה נעשה ההיזק ומספק אין לחייבו אף אם א"צ התובע לשלם מביתו רק שיש לו ממון בשותפות ואף אם שותף השני מוחזק בממונו כיון דכאן א"א לטעון טענת ברי לכ"א דזה דבר שא"א לעמוד על האמת לא מהני תפיסתו בשמא וכל הדבר השייך בשותפות הוא בחזקת שניהם ואין לחייב את התובע בחלק היזק שלו מספק וא"א להטיל עליו חיוב חדש. ובפרט כיון דהשותף השני שעשה חובת הארנדא הוא ודאי חייב עכ"פ בהיזק שלו כפי חלקו. וגם אם יש ספק אי נתחייב גם בחלק השני ע"י פשיעה שלו או לא. והשני הוי ספק אם נתחייב כלל בהיזק החובות לבד אין ספק מוציא מידי ודאי. כיון דשותף שעשה החובות צריך ודאי להפסיד כפי חלקו ולשלם דמיהם. והשני הוי ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי. וכמ"ש האו"ת סי' ק"ז גבי דין קדומה ששייך בו אין ספק מוציא מידי ודאי. ובמק"א הארכתי בזה. ובארתי דבריו דנדון דהתם שייך שפיר לדין אין ספק מוציא ודאי ואינו דומה לספיק' דדיני. וה"ה אם היה הדרך ליתן בהקפה רק שהתנה בו השותף השני שלא ליתן בהקפה והוא לא שמע לדבריו ג"כ דינא הכי ודוק היטב:

סעיף יד נ"ב הנה אם השותף מכר גם חלק חברו שלא מדעתו אם יכול הלוקח לטעון אולי הי' ברשות חברו עיין לקמן בחו"מ סי' קפ"ה סעיף ה' ב' דעות בזה. אך עיין בתשובתי מ"ש לק' זיוועהל העלתי דבכה"ג לכ"ע יכול הלוקח לטעון כן במטלטלין שהוא מוחזק אבל בקרקע אינו נאמן דקרקע בחזקת בעלי' עומדת וחזקה הנהוג בזמנינו

דין מטלטלין יש לו. ואם דרכם של אחד למכור בלא"ה מעשיו קיימין אף אם הוי בלי ידיעת חברו כמ"ש בב"ש באה"ז סי' פ"ו עיי"ש:

סעיף טו בהג"ה ואם שינה או פשע או עבר על תנאו נ"ב נראה דהיינו דוקא אם לא הותנה בתנאי כפול דבאם יעבור יתבטל השותפות רק דהוי ס"ד מכח אומדנא יתבטל קמ"ל דבזה לא אזלינן בתר אומדנא. אבל אם הותנה בת"כ שבאם ישנה יתבטל השותפות ודאי אין אחרי תנאי שבממון כלום ובטל השותפות וז"ב ופשוט:

סעיף טז נשתתפו סתם ולא קבע להם זמן. נ"ב עיין בש"ך ס"ק כ"ט. ועיין בש"ך לקמן ס"ק מ"ם וצ"ע. ונראה דא"ש דהיכי דיש זמן להשותפין כגון ששכרו או קנו לזמן או בשט"ח שמתחלה לוו ע"ד שהלוה ישלם להם א"כ אין לומר בזה גוד או אגוד שבזה שייך הטעם דמוהר"י מג"ש שהרי נתרצו תחלה להיות ביחד שותפין לזמן הזה ולא יוכלו לחזור אבל היכא דמיירי שלא הי' זמן ידוע למכירת הסחורה א"כ כיון שלא עשו זמן וליכא זמן אף שעה אחת במשמע. ויכול לטעון שלא נתרציתי להיות שותף עמך רק עד זמן זה ולא יותר ולכך מה שמוכר לאחרים או לעצמו יכול לכופו מכור לי. ואם אתה אומר שהוא בזול קנה אתה בסך זה ולכך כתב הש"ך כאן בלשון פשיטא שי"ל גוד או אגוד. וא"צ לדחוק דהש"ך לדעת המחבר קאמר דהלשון לא משמע כן ודוק:

סעיף יח ואם חלק בפחות משלשה לא אמור כלום. נ"ב. נסתפקתי אם נשתתפו תחלה ע"ד לקנות סחורה ולחלוק מיד עם הסחורה אם נמי בעינן ג'. ובלא"ה לא הוי כלום. או בזה כיון דאתנו והסכימו לחלוק די אף בשנים. או אפשר אף בינו לבין עצמו בשוה אם חלק בשוה וצ"ע בזה. מיהו זה פשוט אצלי לדין מה דקיי"ל דשותפין שלקחו מקח הוו אחראין זל"ז. זה ודאי רק כשנשתתפו סתם להיות הריוח לאמצע או לכ"א חלק ידוע אבל אם נשתתפו ע"ד לחלוק הסחור' מיד ודאי לא נעשו אחראין זל"ז למה שיתחדש אח"כ רק לענין תשלומי דמי הקניה לא יותר וז"ב ופשוט. ולספק הנ"ל היה נראה דלישנא יתירא לטפויי קאתי כיון דבנשתתפו סתם נמי הוי מותר לחלוק בלי דעת חברו עפ"י ג'. וא"כ למה לי להתנות בע"כ לטפויי קאתי שיהיה יכול לחלוק בלי ג'. ולכאורה היה נראה מלשון הש"ס פ' א"נ דס"ט והובא בב"י ד"ה נשתתפו סתם אות ב"ד דקאמר אית לך סהדי דפלגית באפי תלתא משמע דבעינן עדי' גם בלי עדים א"נ דפליג באפי תלתא. ותמי' על הרמב"ם והש"ע שלא העתיקו דין זה. ועכ"פ קשה למ"ל עדים יהא נאמן במיגו דאמר שנשתתפו ע"ד לחלוק כך ולא בעי ג' משמע דאף בכה"ג בעינן ג'. מיהו מזה אין ראיה. די"ל דמיירי בהיו עדים דנשתתפו סתם אבל בלא"ה יש לו מגו ובאמת בטוען כן דנשתתפו כדי לחלוק מיד בסחורה י"ל דל"ב ג'. וה"ה בכה"ג נאמן במיגו הנ"ל לומר

דחלק בפני שלשה. וכן היה נראה לי עיקר. וכן פסקתי לדינא במעשה אחד שבא לפני בדין מלבוב. ואחד הי' מתושבי קהלתינו ודוק:

סעיף מא ועיין לעיל ס"ז בהגהות רמ"א. נ"ב נשאלתי באחד במעשה שאירע ששותף אחד שילם הסעקיראציע וכעת נשרף הבית ואינו רוצה ליתן חלק סיקיראציע להשותף השני. ורצה השואל לדמות זה לאומר לעצמי אני מציל שא"י לומר כן. ובאמת לא דמי כעוכלא לדנא דהתם הוי גוף הסחורה או הממון חוב של שותפין משא"כ בזה הוי רק ריוח דאתי מעלמא ואם היה כפי דעתו לעצמי אני מציל לא היה צריך להאריך בזה כי הדין לעצמי אני מציל הוי רק לענין אם גבה רק חלקו ולא יותר ויש לחקור אם מגיע זה לשותפות או לא. אבל אם גבה יותר מחלקו ודאי המותר שייך לחברו. אבל באמת אין לו דמיון זל"ז וזה הוי רק כשאר מו"מ כמו אם קבל אחריות על ביתו של חברו וכיון דלא היו שותפין רק בבית ולא בשאר מו"מ. וזה הוי רק שאר מו"מ. וגם מה שרוצה השואל לדמות לדין המבואר כאן סי' קע"ו סעיף זיי"ן בהג"ה ובמחבר כאן סעיף מ"א והנה לפי מושכל ראשון היה גם לי נראה כן. אך אחרי היישוב ז"א דהתם דברו תחלה להיות שותפין ונשתתפו יחד אבל כאן לא דברו זע"ז להיות שותפין בסיקראציע ולכן אף אם דחוה למחר אתן כל שלא נשתתפו יחד תחלה לומר שיהיו שותפין בזה ולא אמר בתחל' שיתן חלקו נעשו שותפין בזה וגם לא דמי ליורד ברשות דהתם הפירות הם מגוף הקרקע אבל כאן הוי הנאה דאתי מעלמא. ולכן נראה לי הדין כך. דישאלו את הדינא דמלכותא אם יכול אדם לעשות סיקראציע על בית אחר ולהגיע לו תשלומי השרפה אז אין להשותף השני כלום בזה. אבל אם דת כמלך יר"ה דאין יכול לעשות סיקראציע על בית אחר א"כ מה שזה נוטלהו הוי רק מכח השותפו' בזה א"י לעשו' סחור' בפרתו כו'. בזה שפיר י"ל דין יורד ברשות כמ"ש השואל. כן נלפענ"ד נכון לדינא:

סימן קפב

ס"א בהג"ה בכ"ד שלוחו ש"א כמותו. חוץ מלדבר עברה. נ"ב אכתוב כאן איזה הערוה סק"א מה שפלפל אם קיי"ל כרבינא או כר"ס ובחיבורי ליו"ד מהדורא ה' כתבתי ראי' מפרש"י בסנהדרין דע"ד ד"ה מרי דוראי אדון עירי ונכרי היה. הוכחתי שם דרש"י ס"ל דהלכה כר' סמא באי עביד תליא מילתא ולא בבר חיובא עיי"ש והוא הוכרח גדול לדעתי. והנ' הקצה"ח כתב דאם עשאו שליח לגרש כך והוא גרשה בע"כ לכ"ע מהני. ובתשובתי לק' שאטץ השגתי עליו והעלתי להיפך דבזה לכ"ע לא מהני והגט בטל מה"ת יעו"ש כי טוב טעמו בעזה"י. ועיין בחיבורי לתורה פ' מטות שנת תר"י אמרתי חידוש דין. דכמו

היכי דאין לשליח דין שליחות מ"מ היכא דבע"כ מותיב בה יש לו שליחות כמו חצר וכדומה כן ה"נ במשלח אף היכי דאי ניכר השליחות כגון במידי דלא מצי עביד או בנכרי אם כופה את השליח בע"כ והשליח מוכרח לעשותו יש לו דין שליחות יעו"ש וזה לדעתי נכון לדינא. ועיין בחיבורי ליו"ד מה שכתבתי לחלק במה דלא מצי עביד לא מצי משוי שליח היינו בחנם אבל בשוכר ודאי מצי משוי שליח אף לדעת החולקים על המח"א. ואין מחלקים בין בשכר לבחנם היינו אם חסרון השליחות הוי מצד השליח כגון בנכרי או לדבר עברה אבל היכא דהוי החסרון מצד המשלח דלא מצי עביד ודאי יש חילוק בין בשכר לבחנם והסברתי היטב החילוק הזה עיי"ש:

שם בסעיף זה. נ"ב הנה כבר הבאתי בחיבורי לעיל דברי המח"א דהיכי דהוי בשכר יש שליחות לנכרי. והנה נראה לי ראי' לזה ממ"ש בזבחים פרק פרת חטאת דקט"ז ע"ב דקאמר שם אמר ר' יוסי שאסור לסייען ולעשות שליחתן. וקשה הוי אין שליחות לנכרי. וא"כ פשיטא דאסור שליחותן ומה קמ"ל

סעיף ו נ"ב בסמ"ע וש"ך. ונסתפקתי אם השליח הודיע להמוכר בשביל מי קונה אותו דבזה הדין דמקח בטל כיון דשינה בשליחות אם המוכר אומר שמקבל אחריות ע"ע אם המקח קיים דהרי מעתה לא עיוות כלום או מ"מ המקח בטל. והנה נ"ל לפשוט זה ממ"ש בעירובין פרק הדר דע"ה ע"ב למעיין שם בכל הסוגיא עד סוף ע"ב דקאמרי לה עד דוקא מבטלת. עד דקא מבטלת קאסרת עלי. והנה ידוע דהלכה כרבנן. דהלכה כר"ע מחברו ולא מחבריו וא"כ מוכח דאף דהוי העיוות לפי שעה ובידו לתקן נמי אמרי' לתקוני שדרתיך ולא לעוותי וא"כ ה"נ בזה כיון דמזמן המכירה עד שחוזר ומקבל אחריות הוי עיות ובטל השליחות כן נלפענ"ד בזה ודוק. והנה הלום ראיתי בס' יד מלאכי בדין שליחות הביא בשם הריטב"א בב"מ דנ"ה ע"ב דהיכי דהוי לחובתו ל"א שלוחו כמותו עיי"ש. והנה דבר זה תמו' לי מן הש"ס דפ"ק דב"מ ד"י דקאמר וחצר משום שליחות איתרבאי והתנן אם המצא תמצא בידו אין לי אלא בידו חצרו וכו' מנין ת"ל אם המצא תמצא מ"מ א"כ מצינו שלד"ע וקיי"ל אין שלד"ע וקשה למה פריך מאשלד"ע הרי בלא זה הוי לחובתו וחיובי כפל ולחובה לא נעשה שליח לד"ע לחובתו לחייבו כפל. וכן קשה יותר במה דקאמר שם אח"כ א"ב איש דאמר לאשה אקפי לי קטן וקשה הרי לא זכר דאמר ליה בפירוש להיות שלוחו רק אמר לי' סתם אקפי' לי קטן. ואעפ"כ קאמר הש"ס דלמ"ד בר חיובא חייב המשלח והרי הוי לחובתו ונעשה שלוחו בסתמא. והנה בס' החיים סי' רס"ג כתבנו ליישב קושייתנו. ומצאתי בפי"ג למה בשבת כשקיבל שבת מבעוד יום או במ"ש כשכבר חשכה מותר לעשות מלאכה ע"י אחרים. והרי הוי שלוחו כמותו. וכתבנו

ליישב דהיכא דל"ב שליחות לא נעשה שלוחו בסתמא עד שיאמר לו שיהיה שלוחו. והנה מדברי הריטב"א הנ"ל היה ראיה לדברינו דלחובתו לא נעשה שלוחו בסתמא. אך כעת ראיתי דמן הש"ס דפ"ק דב"מ מראיות הנ"ל יהי' מוכח דאף במה דלא בעינן שליחות נעשה שלוחו בסתמא וגם לחובתו נעשה שליח וצ"ע כעת בזה: באותו סעיף נ"ב נסתפקתי בשולח שליח לעשות איסור ד"ת או מדרבנן אם מחויב ליתן לו שכירתו או לא. ונראה לפשוט זה מן הש"ס דבכורות דנ"ט במה דקאמר שם אם היה כהן מטמאהו מתרומתו איהו גופא היכא אזיל וכו' בבית הפרס מדרבנן וכו'. וקשה לי מה פריך דילמא מיירי דכהן עבר והלך או ע"ה היה. והרי כעין זה כתבו התוס' פ"ק דפסחי' ובפ"ב דנדה גם שפחתו של מציק אחד ברמון שהטילה נפל לבור ובא כהן והציץ וכו'. שכתבו שם התוס' דכהן זה שוטה היה אי ע"ה הי' וא"כ ה"נ נימא הכי דע"ה היה או שוגג הי' או דעבר וחטא בזה. ובע"כ מוכח דאם הוי דבר עברה אין לו שכר (רק) דקנסוהו רבנן שאין לו שכר בזה ומדלא משני כפשוטו בבית הפרס רק מסיים בהך מימרא דפרס שנדוש טהור וכו' מוכח דאף באיסור דרבנן אין לו שכר ואף דמפסיד השליח בזה מ"מ אין לו שכר וזה חידוש דין. וצ"ע עדיין בזה:

סימן קפג

סעיף א'. הנה ראיתי בנ"מ סימן זה שהעלה דשליח או שותף אם פשעו ולא קנו חייבין לשלם אף הריוח אם היה משוך השער יעו"ש. ולפענ"ד לא דק בזה דכוונת הש"ס כך הוא כיון דעיקר קושייתו הוי למה לא תקנו חז"ל לכתוב כך או להיות כאילו נכתב ומשני כך דהתם הוי בידו לכך כיון דשכיח הוא לכך במילתא דשכיח תקנו חז"ל כן אבל זה אין בידו וכיון דעכ"פ הרוב אין בידו לכך לא תקנו שוב אף אם לפעמים הוי בידו. אין חילוק כיון דלא תקנו לא תקנו ועיין כיוצא בזה פירוש הש"ך בסי' סמ"ך כיון דעשאוהו כאילו לא נכתב הוו כאילו לא נכתב כלל אף במקום דל"ש תק"ה יעו"ש. כן ה"נ בזה. ועוד נראה יותר כיון דדרך הסחורה הוי כך אם יש לו שער קבוע לשער הזול הוי הריוח לא שכיח כיון דהשער משוך ולהיפוך אם אין שער הזול קבוע רק שהוזל דרך מקרה אז הוי הריוח שכיח כיון דהוי רק עפ"י מקרה סופו להתייקר. אך אז א"כ שוב הוזל לא שכיח ולכך זה הוי כוונת הש"ס דגבי אם אוביר ולא אעבוד הוי שניהם בידו הן הזרוע לזרוע עכשיו הן הריוח שיהיו אח"כ כי יגדל אבל גבי קניית הסחורה ממ"נ ותבואה ממ"נ אם הוי תרעא דמשיך הוי הזול שכיח אז אין הריוח שכיח. ואם הוי הזול רק במקרה הוי הריוח שכיח אז אין הזול שכיח והמעשה דשם הי' בזול דהוי הזול ל"ש. נקט הש"ס האמת כפי מה

שהיה שם וה"ה נמי להיפך לכך העיקר דאין שותף ושליח חייבין במניעת ריוח כיון דלא תיקן כן לא הוי כאלו נכתב זולתי אם נתחייב כן בפירוש אז כל תנאי שבממון קיים כנלפע"ד נכון לדינא:

סעיף ב' הנותן מעות לחברו. נ"ב עיין בש"ך סק"ב מ"ש כדברי רבינו ירוחם. והנה הגיע לידי ספר מחנה אפרים וראיתי בו בהל' שלוחין סי' י"ח שהאריך בזה והראה בקיאתו להביא ראיות מן הש"ס ומן הירושלמי לכאן ולכאן. והנה בקיצור אני אומר להכריע עפ"י מ"ש בחידושי בילדותי בסוגיא דשליחות והוא דהנה יש ב' עניני שליחות. יש שליחות דהשליח מקנה כחו למשלח והוי ידו יד המשלח או להיפוך דהמשלח מקנה כחו לשליח ונעשה השליח כאילו הוא הי' המשלח והנה הנ"מ יהי' בזה דין רבינו ירוחם הנ"ל דאם השליח מקנה כמו למשלח וא"כ אף שהוא שמעון הוי כאילו היה ראובן והרי לא הודיעו לבעל המוכר שהוא ראובן והמוכר סובר שהוא ברשות עצמו ולא הקנה רק לו ולא למשלמו ולא קנה אבל אם המשלח הקנה כחו לשליח וא"כ סוף סוף השליח הוא עצמו שבתחלה רק שהוא קנה גם כח המשלח והרי עכ"פ לעצמו הקנה לי המוכר וממילא קנה המשלח. וממילא לא סתרו הש"ס דגיטין פ"ה גם פדו לכם מע"ב להירושלמי שהביא המח"א דבש"ס מיירי בת"ח שידע לאקנויי ובפרט דמיירי בקטנים והרי אין להם דעת להקנות עצמו למשלח רק אדרבה המשלח מקנה כחו להם ונעשו הם כמשלח לכך מהני פדייתם להקנות לו אבל הירושלמי מיירי להדיא בע"ה שאמר לחבר והנה הע"ה לא ידע לאקנויי כחו לשליח וכעין דאמרי' בפ"ב דגיטין אשה לא ידעה לאקנויי א"כ בזה הוי האמת כן דע"ה לא ידע לאקנויי בסתמא והחבר מקנה כחו למשלח וא"כ בזה שפיר נ"ק המשלח כיון דלא הודיעו לבעל המעות וי"ל דגם החולקי' מודים לזה רק מ"ש דלא קי"ל כהך תירוצא והיינו דהרי התוס' הקשו ד"ה שאני חיטין וחיטין דהקשו למה איצטריך לאתווי ממקום אחר ממקומו משמע כו'. ולפי הנ"ל א"ש דמברייתא הנ"ל לא הוי משמע רק אם המשלח עשאו שליח לקנות בזה י"ל כיון דודאי עשאו באופן המועיל הוי כוונתו שמקנה כחו בשליח לכך קנה המשלח אבל הך משנה דתנן באין לו כסות אשתו ובניו בזה אם הוא קנה אותם שלא מדעתם כלל א"כ ל"ש לומר דהם הקנו לו כחו רק להיפוך הוא יכול להקנות להם כחו דזכין לאדם שלא בפניו. מזה מוכח דאף בכה"ג קונה המשלח דאל"כ כיון דקיי"ל חזקה מה שביד האדם הוא שלו. א"כ נימא כיון דכסות אשתו ובניו הוי ברשותו הוי מן הסתם שלו ומן הסתם קנה להם שלא בשליחותן והוי שלו ובע"כ בכה"ג נמי קנו הם והרי זה ראינו דהוי כסות אשתו ובניו ומזה מוכח דאף בכה"ג קנה המשלח. ובזה חולקים הרא"ש ורבינו ירוחם

די"ל בזה ל"ק המשלח אבל היכי דעשאו שליח מודים דקנה המשלח והסוברים דל"ק מיירי דקנה השליח מדעתי' דנפשי' עבור השני או במשלח ע"ה שלא ידע הדין אבל באם עשאו שליח והוא צורבא מרבנן מודו דקנה. ומזה מיירי הפוסקים דס"ל קנה המשלח. ויתיישבו בזה שני הדעות ואף אם הם לא כוונו לכך. עכ"פ לדינא נראה להכריע כך. והוא מילתא דסברא בעזה"י ודו"ק:

סימן קפה

סעיף א' נ"ב בש"ך סק"א העלה דכמו דאמרינן בגיטין דהיכא דלא חזרה שליחות אצל בעל לא מהני ה"ה במקח וממכר כה"ג לא מהני עיי"ש. ושמעתי אומרים לי בשם ספר תורת גיטין וספר נתיבות המשפט ח"ב שחולק על דין זה. ומחלק דשאני גט דל"מ דהוי כטלי גיטיך מע"ג קרקע משא"כ בממון עיי"ש ואני לא ראיתי בספר הזה עצמו כי אינו נמצא ת"י ולדעתי צדקו דברי הש"ך דנהי דבממון מהני באומר לו טלי חפץ זה מע"ג קרקע היינו דעכ"פ אף בשעה שהחפץ מונח עג"ק עדיין לא יצאו מרשות המקנה כל היכא דאיתא ולכך כשמגביה הלה בציווי ודעת המקנה יש כאן דעת אחרת מקנה אותו שהרי בשעת הקנין ממש המוכר מקנה לו ודעתו מהני שעדיין שלו הוא ומועיל הקנאתו. אבל בשליח המוכר ונותן ולא המקנה בעצמו אז שפיר כתב הש"ך שא"י להיות שליח לקנות מכח מ"נ אם נחשב שלוחו של המוכר ממש עד שעת הקנין ממש הרי לא חזרה שליחות אצל בעל ולא נחשב שליח וכמשמעות לשון רש"י ותוס' בפ"ב דגיטין ובפ' התקבל דמצד השליחות עצמו יש קפידא במה שאין חוזרת שליחות אצל המשלח ואי נימא שנעקר משליח של המוכר תחלה ועדיין לא נעשה שליח הלוקח ויש שהות לחזור להמשלח שליחותו דא"כ אי נעקר כבר מן שליחות המוכר שוב נהי דמהני ממון טלי חפץ זה מעג"ק מ"מ כאן ליכא דעת אחרת מקנה שהרי המוכר לא ידע מהקנאה שנקנה לו והשליח לא מהני דעתו כיון שכבר נעקר משליח המוכר ואם כן אין כאן מי שיקנה לו. ולהפקר אין דומה כיון דבאמת יש לו בעלים הוא המוכר ממש לכך צריך דוקא דעת אחרת מקנה וליכא. לכך ממ"נ לא מהני כאן וצדקו בזה דברי הש"ך ודו"ק בזה: שם באותו סעיף. נ"ב נשאלתי בראובן ששלח איזה חפץ לשמעון למכור אותו וצוה עליו שלא למכור רק במזומן ודרכו של שמעון ליקח שכר אצל כ"א רק בנ"ד שהוא עם ראובן אהבת רעים ובודאי לא יטול. ועכשיו אירע ששמעון מכר החפץ ולקח אדרוף ולא קבל מותר הדמים ואח"כ ברח הלוקח אם חייב השליח לשלם או לא. הנה תשובתו בצדו כי השליח ששינה מדעת המשלחו חייב לשלם מתרי טעמי א' כי השליח ששינה נחשב

פשיעותא וחייב אף בחנם כמ"ש כאן בריש סעיף א' וכן משמע בש"ך לעיל סי' קפ"ג סק"ט ובכמה דוכתא ובסי קע"ו בשותפין מוכח ג"כ דאם מכר בהקפה הוי פשיעותא. ועוד בנ"ד הוי שומר שכר כיון דלא התנה עמו בחנם. ואם הי' רוצה הסרסור היה יכול לתבעו שכרו אף דהוי אוהבו כמ"ש בסי' רס"ד בכל פועל א"י לומר בחנם עשית עמדי ולא מחלקינן בין אוהבו או לא. וא"כ כיון דהי' יכול לתבוע שכרו אם היה רוצה נעשה ש"ש כעין דקיי"ל במפקיד מעות כיון דאילו רצה היה יכול להשתמש בו נעשה ש"ש גם באומן בההוא הנאה דאילו בעי תפוס לי' אאגרי'. וה"ה בזה. ומה דמשמע בסי' קפ"ה ובסי' ש"ג בהג"ה דדוקא בעינן ששלח לו דורן דמשמע הא בלא"ה לא הוי ש"ש אף בסתמא דאי בפירוש שיהיה ש"ש לא הוי מהני דורן. ובע"כ מסתמא מיירי ומ"מ לולי הדורן לא הוי ש"ש התם מיירי שאינו עושה פעולה רק שמירה ובזה אין לו שכר בסתם דדוקא בעושה פעולה אין דרך אדם לעשות בחנם ומגיע לו שכר אף בסתם אבל שמירה בלי מעשה דרק להתחסד זה עם זה אין לו שכר בסתם. כן מוכרחין אנו לחלק. אבל זה אמת דאם עושה לו פעולה היינו דין סרסור ואף בסתם נעשה ש"ש ואין פנאי להאריך. ע"כ השבתי ודו"ק בזה: שם סעיף ה' וחזר בו אחר שקניתי נ"ב עיין בחיבורי לאו"ח ה' פסח סי' תמ"ח בתשובה לק' אוזיראן מ"ש שם דרך אגב לבאר אם שייך פלוגתא זו גם בקרקע או רק במטלטלין. דבקרקע י"ל גם הרמ"א מודה גם כתבתי בדין אם טען שחזר בו קודם שמכרו השליח דנאמן לכ"ע עיי"ש:

סעיף ו כל סרסור וכו'. וי"א דוקא שלא אמר לו מכור וכו'. נ"ב נלפענ"ד דה"ה בדבר שיש קפידא להמוכר למי נמכר ענין המקח. כגון שרצה למכור חצי הבית שלו או כולו רק שיש לו עוד בית אצלו ודרך האדם להקפיד על השכן מי יהיה שכנו הטוב או רע. וכן נמי בבהכ"נ במקומות דשם ג"כ דרך האדם להקפיד עם מי יעמוד ומי שכנו אז כל כה"ג אם מכר השליח לאחד ואח"כ טוען המוכר אינו רוצה למכור לזה ג"כ דינו כמו במעות כאן אם אומר שאינו רוצה למכור בדמים הללו אף שנתן לו למכור סתם מ"מ יכול לומר איני רוצה רק בכך וכך א"ב ה"ה באדם הלוקח אם הוי דברים שדרך ב"א להקפיד על הקונה ושוכר ויש לו קפידא הוי ממש כמו אם לא הזכיר סכום המעות וטוען אין רצונו בדמים הללו. אבל אם אמר מכור לכל מי שתמצא דינו כמו במה שתמצא וא"י לחזור בו אח"כ כן נראה לפענ"ד נכון לדינא. וכן מעשה בא לידי. ופסקתי כן והוא נכון ומ"ש כאן בש"ע ראובן אומר במאה אמרתי לך למוכרו וכו' עיין בנה"מ כאן כמה הערות לדינא בזה. ובתשובתי לק' סטאניסלאב בחיבורי לחו"מ מהדורא ה' שם ישבתי קושית הנה"מ שפלפלתי הרבה מזה. והעליתי לדינא באם לא היה שוה מאה באמת וגם בדין אם נאבד

מיד הסרסור כה"ג בפשיעה או בגניבה כמה חייב לשלם עיי"ש. ומ"ש הנה"מ דקיי"ל כר"מ ע"ד בעה"ב נקרא גזלן דבריו תמוהין להמעיין בהרא"ש פ"ו דב"מ דע"ח ובהה"מ הובא בסמ"ע סי' ש"ט ובש"ע שם מוכח דלא קיי"ל כר"מ ובע"כ כוונת הש"ע כמ"ש בתשובה הנ"ל טעמו ונ"מ לדין חדש שכתבתי שמה עיי"ש:

סעי' ו בהג"ה אבל אמר לו מכור במה שתמצא. נ"ב לכאורה נלפענ"ד דמוכח גם מפרש"י כן במס' ב"ב דנ"א ע"ב ד"ה הנושא ונותן באמנה וכו' שאמר לו מכור במה שתוכל וכו'. אין לו עליו הנאה לומר יותר הי' שוה וכו'. א"כ מזה מוכח שאין יכול לחזור בו ולומר שלא נתרצה בדמים הללו אף אם מכר בשיעור הנאה ויותר כיון דאמר לו מכור במה שתוכל א"י לחזור בו כדעת הראב"ד והרמ"א. וכעת לא גרם הפנאי להאריך יותר ודו"ק:

והנה נשאלתי בראובן שאמר לשמעון יודע אני שיש ללוי סחורה הוי סרסור שימכרנו לי והלך הסרסור והשתדל אצל לוי בנדון המקח ולא היה יכול להשוות אותם והשיב לראובן כי לא יוכל לקנותו בדמים שהוא רוצה והלך ראובן ושלח סרסור אחר והשתדל הסרסור הזה עד שמכרו לוי לראובן בדמים מועטים כמה שרצה הסרסור הראשון ליתן לו וכעת תובע סרסור הראשון שכר סרסרות שלו. ונשאלתי מה דינו והשבתי דהנה הרמ"א כתב בסי' זה סעיף וי"ו כאן דאם אמר לשמעון שלוי שונאו וחזר ומכרו לו חייב ליתן לשמעון סרסרותו וכו'. והנה הרמ"א קיצר כאן במקום שהיה ראוי לו להאריך דהמעיין במקור דין זה בהרא"ש מוכח שם דדוקא אם חזינן דהוי ערמה בדברים דמחמת ערמה דחה הסרסור אז צריך ליתן לו שכרו. אבל כל דלא הוי ערמה בדבר רק דאפשר דהוי שונאו והשני הפציר בו מאד ומחמת הפצרתו מכר לו שפייסו הקונה בינתים או דלא היה שוין בענין קניית המקח ובא השני והשוה אותם כל כה"ג דליכא ערמה דיש כמה ב"א דמתחלה אין רוצה למכור בכך וכך עד שמרבין עליהם רעים והפצרת דברים או דמתיישב בדעתו ורואה דאין לו קונים טובים כל כה"ג דליכא ערמה אין מגיע להראשון שכר סרסרות דכמה קנינים נעשים כן יעו"ש בלשון תשובת הרא"ש והבן. ושוב ראיתי בשו"ת נודע ביהודא מה"ת בחו"מ שהשיב כן ותה"ל כוונתי לדעתו בזה. אך מ"ש שם בתשובה דבזה אין להשדכן רק תרעומות על הבע"ד אין נראה כן. לא מבעיא אם לא ידעו הבע"ד משידוך זה וכן הגומר לא ידע מזה רק עפ"י דעת השדכן הראשון וכן הסרסור דצריך ליתן לו שכר הראוי לו עבור כן אף גם ידעו בלי הראשון ממנו מ"מ כיון דאין דרך שישתוו הצדדים רק אחר הרבות דברים עם כל אחד ואחד שזה ינוח מקצת מדעתו וזה יוסיף א"כ אף שלא היה יכול השדכן או הסרסור להשוותם ממש מ"מ הוקל אצל השני דהיה נקל לו להשוותם בטרחא מועטת. ואם לא הוי הראשון היה צריך להשתדל טרחא

יתרה להשוותם אחרי שהיו רחוקים זה מזה הרבה א"כ היה מסייע להשני לכך צריך ליתן לו כפי אשר ישוו הב"ד כמה היה שוה טרחתו אבל חלק מחצה אין לו רק העיקר שייך להגומר כל דלא חזינן ערמה בדבר שדחה להראשון דרך ערמה וז"ב ונכון לדינא:

סעי' י סרסור שנתן כלי לבקרו. נ"ב הנה בטעם חיובו אם הוי מכח לוקח או שואל יש בזה חילוקי דעות עיין בר"ן פ"ק דע"ז בש"ס דט"ו בסוגיא דנסיוני ובהרא"ש בב"ב דפ"ח ובנדרים דל"ח ובר"ן והרא"ש שם ודבריהם סותרים זא"ז. ובתשובתי לק' באטישאן הארכתי ליישב דבריהם בעזה"י ודו"ק:

סימן קפו

סעיף א' ואני אתן לך שכר מועט. נ"ב עיין בסמ"ע שהביא לשון הטור ואני אתן לך שכר הנאה וכו'. והנה באמת כן הוא לשון הש"ס בברייתא אני נותן לך כפי טובת הנאה שבהם. אך עיין בחיבורי לנדרים נקרא נדרי זריזין שם העלתי דבכוונה שינה הרמב"ם הלשון. והדין הוא כך דבאם משלם דמי כל הטובת הנאה שהוא נהנה אז אינו חייב באונסין רק בזבינא חריפא. אבל בזבינא מצעי פטור מאונסין אבל אם נותן לו רק שכר מועט לא כפי שוויו של טובת הנאה שנהנה רק פחות מדמיו בזבינא מציעא. נעשה שואל וחייב באונסין. ומיושב בזה מה שתמה המל"מ בפ"ב מה' שלוחין בזה על הרמב"ם עיי"ש והבן: ועוד כתבנו יישוב אחר בזה די"ל דבאונס לבדו אף בזבינא מציעא חייב בההוא הנאה דנותן לו לבקרו או לקנותו על הספק אם ירצו בית חמיו או לא נעשה שואל וחייב באונסין אך במתה מחמת מלאכה יש חילוק דאם הוא זבינא חריפא נעשה אף לוקח וחייב אף במתה מחמת מלאכה ואם הוא זבינא מציעא פטור במתה מחמת מלאכה ודינה לשאר שואל עיי"ש בחיבורי נדרי זרוזין ותבין מילתא בטעמא. ועיין מ"ש בזה לקמן בסימן רי"ש סעיף יו"ד גם בסרסור ל"ב חריפא זבינא לענין אונסין דבההיא הנאה שנותן לו על הספק מתחייב באונסין ורק לענין מחמת מלאכה בעינן זבינא חריפא ומיושב קושית התו' בב"מ דף פ"א עיי"ש: @33לסימן @33הנ"ל. עיין בסמ"ע ס"ק כ"ו בהג"ה מ"ש. כתב בהגהות מרדכי כל שכירות פועל א"צ קנין. ועיין בתשו' מוהרי"ט ח"ב חלק חו"מ סי' נ"ג והביאו המשל"מ בה' איסורי מזבח פ"ד הלכה י"ג ומ"ש שם בשם הרא"ש במס' ע"ז ר"פ השוכר את הפועל ועיין מ"ש בתשובה אחרת לחקור בדין היכא דשייך דין קלבד"מ אם נמי חל החיוב בדבור או לא. ונ"מ לענין לחייב לציי"ש או לענין תפיסה עיי"ש מ"ש בזה ובדיני אתנן:

סימן קצ

סעיף א'. נ"ב עמ"ש בחיבורי ליו"ד מהדורא ה' סי' ?רע' בדין אם קונין בנאטין בנכרי למ"ד מעות קונה. ומ"ש ביישוב דברי הרמב"ם מה שתמהו עליו מן הש"ס דפריך אי בשט"ח וכו' אמאי קונה. ובה' שומרין כתבתי ובארתי בטעם דהוי שטרות. ולא כספר שו"ת חתם סופר. גם כתבתי שם בדין מנה אין כאן משכון אין כאן אם שייך גם בנתן נאטין למשכון או יש לחלק. והנה עוד נראה דהדבר מוכרח דלא כהחתם סופר הנ"ל דאטו אם יועיל עשיית המלך מטבע כפי שיעור קצבתו להיות די בו לשיעור פדיון הבן זה ודאי אינו. ובשיעור הפדיון בעינן שיהי' כסף הקצוב בתורה ולא מהני קביעות המלך לדין תורה רק בשאר ענינים שבין אדם לחברו דאי בהנאה תליא מילתא בזה מהני קצבות המלך. כיון דיכול להנות ממנו לקנות בו צרכיו וכן ד"ת במה דיש במטבע עכ"פ כסף ש"פ ולד"ת די בפרוטה לכך בזה מהני מטבע. אבל במה דאין בו בגופו ש"פ. ומצד הראיה שבו לא הוי גופו ממון לא מהני קביעות המלך לעשותו ממון לד"ת וז"ב ונכון ואמת:

סעיף ח בהג"ה ראובן שהי' חייב לשמעון וכו' נ"ב מה שקשה ע"ז מסימן פ"ה בש"ע חהע"ז במוכר שדה לאשתו דאמרינן לגלוי זוזי הוא דבעי עיין מ"ש בזה דרך אגב בחיבורי לאהע"ז מהדורא וי"ו סי' ק"ג בעזה"י:

סעיף ט הקונה קרקע וכו'. והניח משכון וכו'. נ"ב ע' בתשובתי ליו"ד הלכות בכור [מהודרא ה' סי' קצ"ה] מ"ש בזה הערות חדשות בעזה"י דיש לחלק אם הקונה ישראל או הנכרי. ואם הוא נכרי י"ל דקונה אף במשכון. וגם כתבתי לחלק בין מכירה למתנה. וי"ל במתנה מהני אף במשכון עיי"ש בטעמו בעזה"י:

סימן קצא

סעיף ג' שטרי דידן שטרי קנין הם. נסתפקתי אם הוא דוקא שטר בעדים או אף בכ"י מהני והוא דנהי דקיי"ל דבשטר מהני אם כותב לו שדי מכורה לך אפי' בלא עדים כמש"ל מ"מ י"ל דהיינו דוקא אם כותב לו שכעת הוא מקנה לו אז מהני אף בכ"י בלי עדים אבל אם אינו כותב רק שכבר הקנה לו א"כ י"ל דדוקא בשטר בעדים כיון שא"י לכפור בו עוד בזה אמרינן כיון דכתב לו שטר ראיה בענין שא"י לכפור בו גמר והקנה לו. ולכך אף שבאמת לא הקנה לו מכבר בראי' זו אנן סהדי שגמר והקנה לו אבל אם כתב לו בכ"י בלי עדים י"ל דלא גמר והקנה כיון דיודע שבלא"ה יכול לכפור בו ולומר לא כתבתיו וכדומה לא גמר והקנה בזה ואף אם אח"כ נתקיים כת"י מ"מ כיון דיכול להיות שסמך מתחלה על מה שאח"כ אפשר להשמט לא גמר ומקנה ובפרט וי"ל כיון דיכול להיות

שנתכוין להשטאה ולהשבעה לכך דוקא אם כתבו בעדים או מכרו בעדים מהני דאנן סהדי כיון דעשה לפני עדים לא נתנוין להשטאה וגמר והקנה אבל בכ"י לבד י"ל דנתכוין להשטאה אף דבכ"י לא שייך השטאה והשבעה היינו אם רק מודה על ממון בעלמא וחיוב בעלמא אבל אם מודה על דבר פרטי שהקנה לו קרקע ידוע כיון דאין דרך של אדם למכור קרקעותיו כמ"ש בכמה מקומות י"ל דבזה מסתמא להשטאה והשבעה בפרט כיון דהקונה עצמו יודע שלא הקנה לו י"ל דבכ"י שלא בפני עדים לא גמר והקנה ולא הוי שטר ראי' בשטר קנין אם הוי בלי עדים ולדינא צ"ע. לכך עכ"פ בארץ יש להחמיר ולהקנות הקרקע בכסף ולפרש כן להנכרי שיתכוין לקנות בכסף ובפרט כיון דבלא"ה מבואר לעיל דבאינו מוכר מפני רעתה ל"מ שטר בלי כסף ונהי די"ל דחמץ הוי כמוכר מפני רעתה ומהני שטר לחוד מ"מ כיון דאיכא ספיקא טובא דילמא לא הוי כמוכר מפני רעתה ודילמא בכ"י לא הוי שטר ראי' כשטר קנין ולכך צריך לפרש שהכסף שנותן לו הנכרי הוי גם על הקרקע ומקנה לו בכסף. ואף דבכסף בלי שטר ל"מ מ"מ שכירות קרקע נקנה בכסף ואף אם מוכר לו הקרקע מ"מ לזה די בשטר ראיה לבד ולשטר ראיה מהני כת"י. כנלפע"ד נכון ודו"ק:

סעיף ד קנה קרקע וכו' שקבל הלוקח נאמן וכו'. נ"ב עיין בסמ"ע שהעיר למה בעינן שכ' בשטר שהודה שקבל וכו'. ולעפנ"ד נראה עפ"י מה שהיה נראה לי וכן מצאתי אח"כ במוהרי"ט הובא דבריו בנתיבות שכ' כן דזה דוקא בעייל ונפיק

סימן קצד

ס"א נ"ב עיין בקצוה"ת שהאריך אי מהני קנין אודיתא באיסור. ובתשובתי להלכות פסח הוכחתי דמהני קנין אודיתא באיסו' ובחיבורי ליו"ד כתבתי דבדבר שאינו ברשותו או חב לאחריני ל"מ אודיתא לכ"ע עיי"ש בטעמו: סי' קצו ס"א נ"ב נשאלתי מחכם אחד שראה תמי' גדולה בס' נתיבות המשפט שכתב בחדושים וזה"ל עיין ביאורים דעבד אשר לקוח מנכרי אינו נקנה בשטר. ותמה רו"מ דביו"ד סי' רס"ז מפורש. להיפך דעבד נקנה בכסף ובשטר ובחזקה בין לקוח מישראל בין לקוח מנכרי ע"כ. והשבתי הנה זה ודאי יש שם בס' הנ"ל איזה ט"ס דהרי כתב עיין בביאורים ובביאורים לא נזכר כלל מזה. וכוונתו לעיין באיזה ספר מזה. ולפי"ז כיון דהוי ט"ס. נראה דגם זה הוי ט"ס דמ"ש דבלקוח מעכו"ם אינה נקנה בשטר וצ"ל להיות דאינו נקנה אלא בשטר. וכוונתו כיון דדין עבד כנעני כדין קרקע לכל דבר. וכיון דקיי"ל כש"ס ופוסקים לעיל סי' קצ"ד דאין קונין קרקע מנכרי אלא בשטר ה"ה בעבד הוי כן. ובזה לק"מ מיו"ד דהתם מצד עיקר

הדין קנייתו מיירי ומצד עיקר עדיין קנייתו נקנה באחד משלש הנ"ל דהיינו קרקע נמי מדינא קונה באחד מאלו ומה דלא קנה רק בשטר הוי רק מצד לא סמכא דעתא. וא"כ ה"נ התם מיירי מצד עיקר דין קנייתו נקנה בחד מג' ול"ב שטר רק מכח סמכא. ונ"מ היכא דאומר בפירוש דסמך דעתו מהני. ל"מ לדעת הביא דס"ל בסי' קצ"ד דס"ל גם שם מהני סמכא דעתא פשיטא דא"ש ואני החזקתי דבריו בתשובה לק' יאססי רק אף גם להטו"ז סי' קצ"ד דס"ל דלא מהני שם תנאי מכח דלא סמכא דעתא ובטלה דעתו אצל כל אדם. מ"מ נראה דזה הוי דוקא בקרקע כיון דא"א להביאו לביתו ולשמרו לכך בזה אנן סהדי דלא סמכא דעתא בודאי. ועפ"י רוב הוי כן. ואף אם אומר להיפוך בטלה דעתו אבל בעבד דאפשר להביאו לביתו נהי דלומר דתמיד סמכא כמו במטלטלין זה לא אמרינן כיון דהוי מילי דנייד וכדקיי"ל כעין זה דגודרת אין להם חזקה כן ה"נ י"ל דלא סמכא דעתא אולי יתפסנו הנכרי לביתו אבל עכ"פ להיפוך לומר בודאי לא סמכא דעתא זה נמי לא אמרינן כיון דעכ"פ אפשר להביאו לביתו ולשמרו י"ל דסמך דעתו ולא אמרינן בזה בטלה דעתו לכך בזה מהני תנאו אם פירש דסמך דעתו ומזה מיירי ביו"ד. ובכאן מיירי הנתיבות בסתם בלא פירש בזה נ"ק רק בשטר וז"ב ונכון בכוונתו ואף אם אין כוונתו כן. הדין לפענ"ד ברור כן. ובחיבורי ליו"ד כתבתי חידוש דין השייך לסי' קצ"ד דאף לדעת הסוברים דישראל מנכרי קנה בכסף היינו רק אם נותן לו כל הדמים. אבל אם נשאר חייב לו מקצת דמים אף דלא עאל ונפיק אזוזי אף דבישראל קונה בכה"ג בזה נשתנה דין נכרי מישראל בכ"ע עיי"ש מילתא בטעמא ודו"ק.

סימן קצז

סעיף ב הגבהה קונה בכל מקום. נ"ב עיין בקצוה"ח שכתב דאפי' מוגבה מכחו קנה הן ברה"ר או ברשות מוכר. כיון דהגבהה קונה בכל מקום אין סברא לחלק בין בידו או בא מכחו וכו'. הנה באמת לפי טעם הסמ"ע שכתב דלכך מהני הגבהה בכל מקום דהי' בידו וכל דהוי בידו כאלו בא ברשותו וא"כ שפיר יש לחלק בין אם הוא בידו ממש או שהוגבה מכחו ואינו בידו דאז כיון דלא הוי בידו שוב לא הוי כברשותו וא"כ נהי דמהני הגבהה כזו מ"מ שוב אינו רק כשאר ענין כמשיכה ומסירה וס"ל דלא מהני רק בסימטא ולא ברשות רבים ורשות מוכר. מיהו ברשות מוכר מוכח בתוס' פ"ק דקידושין דכ"ו ד"ה א"נ בחבלי זמורות מוכח שם דמהני הגבהה מכחו ברשות מוכר דהרי על מה דפריך שם הש"ס ש"מ כליו של לוקח ברשות מוכר וכו' הרי דמיירי שם ברשות מוכר ואעפי"כ מהני עם הגבהה מכחו לפי פי' התו' וכן בחולין דקמ"ג שם דקאמר דאקני

פירות שובכו משמע דגוף השובך לא הקנה והוי ג"כ ברשות מוכר אך שיועיל הגבהה מכחו ברה"ר לא שמענו מיהו נראה כיון דחזינן דמהני ברשות מוכר אף דבשאר קנינים לא מהני מוכח דהגבהה מכחו עדיף משאר הקנינים והוא שוה להגבהה בידו ממש. א"כ ה"ה דמהני ברה"ר ובין רשות רבים ובין רשות מוכר אין טעם לחלק. לכך לדינא נכון כדעת הקצוה"ח ודו"ק:

סעיף ד בהג"ה מכר ספר אחד וכו'. נ"ב הנה מדברי כולם הש"ע והרמ"א וכל הפוסקים מוכח דל"מ משיכת חצי הקנין להיות נגמר על ידו חצי הקנין האחר. אבל המעיין בפרש"י מס' ע"ז דע"א ד"ה תדע דהנהו פרסאי משדרי וכו'. בלשין בית בשם תשובת הגאונים שכתב שאם מכר לו כור חטים הוא שולח לו קב לביתו אם מחזיק בו נגמר המקח וכו'. מוכח מדבריו לכאורה דאה מוכר לו כור יחד אז ע"י משיכת קב לבד נקנה כל המקח וכו'. וכן התו' הסכימו לפירוש זה. מיהו מלשונם לבד אין ראי' לדין זה די"ל דהם מפורשים או דמשכו כל הכור או דהכונה לענין אותו קב לבד. אבל מלשון רש"י משמע דע"י הקב נקנה כל המקח משמע כיון דהקנה לו כור יחד במשיכת קב ממנו נקנה הכל. ובאמת מלשון הש"ס דאם אמר לו המשכו א"צ לומר לך חזק וקני מוכח דדוקא משוך וקני א"צ אבל עכ"פ משיכה בעי לכל דלא כדעת רש"י. אך בזה היה מקום ליישב די"ל דיש חילוק בין אם מוכר לו בלשון זה אני מוכר לך כך וכך בהמות אז נדון כ"א בפ"ע ולא היה משיכת חד מועיל לשני. אך אם מכר לו בלשון כור יחד אז כיון דכללו בדיבור אחד ממש נחשב מכירה חדא לכך במשיכת מקצת ממנו די לכל הקנין כן היה נראה בישוב שיטת רש"י אך מלשון כל הפוסקים מוכח דבכל ענין לא מהני משיכת מקצת לשאר הקנין היפוך דעת רש"י וצ"ע למה לא הביאו בזה דעת רש"י וק"ל:

סימן קצח

סעיף א' אלא בהגבהה. נ"ב הנה אם כבר פסקי הדמים אך הלוקח הגביהו לא לתורת קנין לבד רק כדי לרשום עליו סימנו שהוא שלו או שידע אם שוה הוא או אין בו אז הגבהה זו אינה קונה כדמוכח ביו"ד סי' קנ"ב בש"ך סכ"ה בשם הרשב"א דבעינן הגביה תחלה אבל הגביה בשעה שמודד לא מהני דהגבהה זו לא הוי לקנין רק למדידה יעו"ש. וא"כ ה"ה נמי בזה כן היה נרא' לכאורה אך האמת צ"ע מה שהש"ך מביא דין זה בפשיטות. ובאמת נראה שזה יהי' תלוי בדין המבואר לקמן סי' רי"ש סעיף זיי"ן בהגה"ה וס"ח בש"ע שם דהרשב"א שהביא הש"ך ביו"ד ס"ל כדעת הראב"ד שהביא בחו"מ סי' רי"ש שם דל"ק כיון דלא נתכוין רק למדוד ולא לקנייה. אבל לדעת הטור שמה קנה במדידה אף

שנתכוין רק למדוד וה"ה נמי בהגבהה כה"ג קנה אף שנתכוין לדבר אחר וטעם פלוגתתן נרא'. היינו אם אמרי' אומדנא זו או אפשר דפליגו אם מהני בי' אומדנא לעשותו קנין או לא אהני אומדנא בזה. ולדינא הוי ספקא דדינא וצ"ע. ועיין בזה הדין במחנה אפרים ה' מכירה סי' ד' ומה שהקשה דברי תו' אהדדי. ובחיבורי לה"פ סי' תמ"ח בתשובתי לק"ק לינטעוויטיץ כתבתי ליישב קושייתו על דברי התו' ואכ"מ להאריך:

סעיף ב י"א דבעינן ג"ט וכו'. נ"ב הנה המחבר סתם ולא ביאר דלהך דעה ג"כ צ"ל דמודים בהפקר דדי בטפח וכמו שמבואר בהרא"ש מס' ב"ק פ"ג עיי"ש שנתן טעם כיון די"א אפ' הבטה בהפקר קנה. לכך עכ"פ די בטפח ומה שמבואר בסי' רע"ט דבעינן ג' היינו רק באם לא הוגבה בידים רק בכח בעינן שלשה. אבל בהגבהה בידו ממש די במציא' בטפח לבד ודו"ק:

סימן ר

סעיף י"א. הנוטל כלי מבית האומן ע"מ לבקרו וכו'. נ"ב והנה הש"ע סתם כשיטת הסוברים דבכל ענין בעינן שיהיו דמיו קצובין אף אם הוי זבינא חריפא אבל השטמ"ק בב"מ דף פ"א מביא שם דעת הריטב"א דמחלק דבזבינא חריפא ל"ב דמיו קצובין אבל בזבינא מציעא בעינן דמיו קצובין ומחלק בין הך סוגיא לסוגיא דפ' הספינה. והנה טעמו נראה עפמ"ש התוס' במס' ב"ב דהאריכו לחקור בטעם הדבר אם הוי חיובו מכח שואל או מכח לוקח ולכך ס"ל להריטב"א בזבינא חריפא דיש לו הנאה והוי כל הנאה שלו לכך יש לו דין שואל ומה בכך דלא הוי דמיו קצובין סוף סוף שואל הוי ולכך ל"ב דמיו קצובין אבל בזבינא מציעא דלא הוי נאה ללוקח לבדו. א"כ אין כל הנאה שלו ולכך ל"ש בי' דין שואל דק מכח דין לוקח ובלוקח מחייב עשה בלוקח בעינן סמכא דעתא לכך בעינן שיהי' דמיו קצובין זה נראה טעמו אך בהיות כן ק"ל טובא על דעת הריטב"א. חדא מה ראי' מייתי הש"ס לשמואל. בנדרים מברייתא דלוקח כלי לשגר לבית חמיו דילמא התם מיירי שהיו דמיו קצובין ולכך נתחייב מטעם לוקח. אבל שמואל דנדרים כיון דלהריטב"א מיירי בלא קצב דמים ומטעם שואל דילמא כה"ג פטור. ועוד קשה מה פריך הש"ס כלל לשמואל שם ממשנה דישראל נהנין לי דילמא התם מיירי שמואל בקצב ומטעם לוקח הוא מתחייב לא מטעם שואל והנאה הוי שוה לשניהם. ומה פריך הש"ס ומנ"ל דשמואל מיירי באין קצובין דמיו וצ"ע בזה: והנה אחר כתבי זאת ראיתי בס' נה"מ ח"ב ולפי דבריו שם היה אפשר ליישב זה. אך דבריו תמוהין מ"ש דמשמע דשמואל ס"ל אף אחר החזרה חייב דבריו תמוהין. דמנ"ל להש"ס כן דהרי אף לפי מה

דמשני הש"ס מיירי שמואל לצדדין בזבינא חריפא א"כ נימא דמיירי לצדדין ומיירי קודם החזרה. והרשב"ם כתבו כן לדינא. אבל לא שיהי' מוכרח כן משמואל ומה פריך הש"ס דלמא מיירי שמואל קודם חזרה ומטעם לוקח ועוד מה שתמה על הש"מ דבדלא קייצי דמיו ולא שייך זבינא חריפא דילמא ירצה ביוקר. נעלם ממנו דברי התוס' בב"מ שם שהקשו דבההיא ספרא האיך הוי זבינא חריפא הלא לא היה יכול למכרו דלפי מה שרצה למכור ביוקר לא היה יכול למכרו. א"כ משמע דאף אם רצה ביוקר שייך זבינא חריפא. מיהו י"ל דהתם הסרסור רצה למכור ביוקר. אבל המוכר נתן לו בשויה אך מ"מ אין תמיהתו תמי'. דדוקא אם נתן באמת ביוקר הוי הנאת המוכר. אבל כשלא הבטיח לו הלוקח כן בפרט אם לא אמר לו כלל המוכר כמה רוצה אז ודאי סמך הלוקח דעתו שיבא לידי מקח. השוה דלא ירצה המוכר יותר ממה שהדרך ליתן עבורו והו"ל הנאה וזבינא חריפא. ודו"ק בזה.

סימן רא

ס"א נ"ב נשאלתי מאחד. ותוכן שאלתו יובן מתוך התשובה ידע רו"מ דהמנהג עתה בכל המקומות דת"כ הנקרא האנדשלאג עם אדרוף קונה קנין גמור ולא מבעיא לפי דעת הקונים שאומרים שיש להם עדים שהיה להם האנדשלאג ג"כ אך אף בל"ז נראה דאם כתבו שלום צעטיל הנהוג בין הסוחרים זה ודאי הוי כמו סטומתא וקונה עם אדרוף דלא גרע שלום צעטיל מכל מנהג הסוחרים ואף דמטלטלין לאו בני שטרי נינהו מ"מ מצד המנהג קונה כמו האנדשלאג. ומה שאחד מתעקש שרב אחד פסק להיפך הבל יפצה פיהו. חדא שאין ביד רב אחד לעשות מנהג והוא לגרמי' הוא דעביד כן ונדולה מזו כתבתי לק' סטאניסלאב ברב אחד שהיה מחמיר בכמה חומרות בטריפות ואח"כ הלך לעולמו. וכתבתי שאין חייבין לנהוג כן לעולם. דלא שייך מנהג ברב אחד ומכש"כ בדיני ממונות שבין אדם לחברו. שאין ביד אחד לעשות מנהג לעצמו להרע לזה ולהטיב לזה גם בקהלות קטנות ל"ש מנהג ואין דרך לסחור שם הרבה והם נגררין אחרי מקומות הגדולות אשר סביבותיהן כדמוכח בכמה דוכתא. ועיין בחו"מ סי' של"א דמנהג הוי מה שנהג ג"פ ולא פ"א ובכל מקומות הגדולות המנהג שקונה קנין גמור ולו יהא דהוי ספק הנה מדין תורה מעות קונה רק שחז"ל תקנו שאינו קונה וכיון דהוי מנהג הסוחרים לקנות הדר אוקמיהו אדאורייתא ונעשה כשל תורה וא"כ הוי רק ספק אם שייך בזה תקחז"ל או לא הוי ספק ותקנה ואוקמיהו אדינא אפי' להוציא ממון כמש"כ בקצוה"ח סי' שס"ב בשם הה"מ בהלכות גזילה ואף דהוא כתב דרק בתפס אח"כ ולא בתפס מעיקרא

עיין בב"ש באהע"ז סי' קי"ח מוכח דאף בתפיס מעיקרא הדין כך וכמ"ש בתשובה אחרת ובגליון הקצוה"ח. וא"כ ה"נ בזה וזה אני כותב לרווחא דמילתא. אבל מדינא בלא"ה המנהג שקונה בזה בכל המקומות וזה ברור ופשוט ואף דנתן רק מקצת מעות מ"מ הרי מפורש בסי' ק"צ סי"א בערבוני וקנין קונין הכל. וזה ודאי הוי מנהג בסוחרים דדעתם שע"י דראהן יקנו הכל והרי חייב מי שפרע על הכל. ובע"כ דדעתו אכולה וא"כ ה"נ לענין לקנות קנין ממש והוי סתמא כפירושו והדר לדין תורה והוי ספק בתקנה ואוקמוהו אדינא דקונה וז"ב ונכון לפענ"ד ודו"ק היטב:

סימן רג

סעיף י בהג"ה החליף מעות ומטלטלין יחד וכו' נ"ב עיין בתשובתי לחו"מ סי' קצ"ח מ"ש לכאורה ראי' מן הש"ס דפ"ד דב"מ דמ"ח גבי בשמשך כלי אומנתו דמוכח דבכה"ג בטל כל הקנין. אך אח"כ דחיתי זה ועכ"פ מוכח משם דבדבור אחד לכ"ע בטל בזה או היכי דזה תלוי בזה לכ"ע בטל הכל עיי"ש. אך בחיבורי לאהע"ז מהדורא זיין הוכחתי מן הש"ס להיפך דאף בדיבור אחד חל מקצתו עיי"ש:

סימן רה

סעיף א' נ"ב ק"ל טובא מ"ט לא כתבו הפוסקים ראשונים ואחרונים דבאונס מיתה מרש אף בתלוהו ויהיב הוי מתנה ול"ב מעות. והרי ש"ס מפורש היא בגיטין פ"ה דנ"ה ע"ב גבי לא דנו בו דין סיקריקון וזה"ל רש"י שם הלכך אגב אונסי' כי אמר לי' שא קרקע זו ותניחני אקני בלב שלם. וקיי"ל תלוהו וזבין זביני' זבינא עכ"ל. וכן לשונו במשנה ד"ה לא הי' סוקריקין וכו'. וא"כ מוכח דבאונס מיתה. אף במתנה קנה. והן אמת דאין לשון רש"י מדוקדק מ"ש דקיי"ל תלוהו וזבין הרי התם הוי זבינא. והוי אגב הנאת זוזי וכאן הוי מתנה ובע"כ כוונתו רק לראי' היכי דמוכח דגמר ומקנה בלבד הוי מכירה ה"ה נמי במתנה היכי דמוכח דגמר ומקנה הוי מתנה. והנה לשון הש"ך ביו"ד סי' רל"ב ס"ק מ"א וזה"ל וצ"ע להקל באונס מיתה שהוא מבורר די"ל בי' אגב אונס גמר ומקני כמ"ש בפסקי מוהרא"י וכו'. ותמי' לי למה לא הביא מן הש"ס הנ"ל דש"ס מפורש הוא כן שוב ראיתי במרדכי פ' הנזקין אות שצ"ה דמונח שם דיש בזה דעות דתחלה משמע מדברי ר"ת דתמיד הוי כן דע"י מיתה גמר ומקנה והוי כמו תלוה וזבין. אבל אח"כ הביאו דברי הר"מ בתשובה ומוכח שם דתחלה ס"ל דדוקא בסוקריקין דהוי תחלה הגזרה מאן דלא קטל ליקטל דיודע הישראל דודאי יהרגנו אז גמר ומקנה. אבל בעלמא היני דביד הנכרי

שלא להורגו עביד איש דגזים ולא עביד ולא גמר ומקני ובזה הוי א"ש שיטת הפוסקים שלא העתיקו דין זה אבל אח"כ מחלק בחילוק אחר דהיכי דלא מחוסר גובייגא בזה קנה ע"י אונס מיתה אבל היכי דמחוסר גובייגא לא קנה ע"י אונס מיתה ולפי"ז היכא דנותן להגזלן מיד ולא מחוסר גובייגא קנה הגזלן ותמיה לי שלא כתבו מזה הפוסקים ראשונים ואחרונים דבר והנה עפ"י דברי המרדכי הנ"ל היה א"ש דברי הש"ך בי"ד שלא הבי' דברי הש"ס דמשם אין ראי' די"ל כיון דהוי הגזירה מאן דלא קטל לקטלוהו אך הרי הש"ך כתב בלשינו היכי דהוי אונס מיתה מבורר. ואם הוי מבורר אונס מיתה מוכח מן הש"ס דגמר ומקני והו"ל להביא דברי הש"ס. ואם מיירי הש"ס במחוסר גובייגא האיך הבי' דברי המרדכי שהרי במרדכי מפורש דבמחוסר גובייגא הוי אונס ובטל החרם ע"ש וצ"ע:

והנה אין לומר דלכך לא כתבו הפוסקים דין זה דבאונס מיתה גמר ומקני מכח דהיינו דין סוקריקין האמור בסי' רל"ו אך ז"א דהתם בע"כ מיירי היכא דמתיירא הנכרי לקטלו וכדמוכח בש"ס מקור דין זה דדוקא בבתרייתא דאמרו כל דקטל לקטלי' לכך יש בו דין סוקריקון דאמר למחר תבענא לי' בדינא. ומוכח שם להדיא הא אם אינו יכול לתבעו בדין ל"ש בי' דין סוקריקין וא"כ הו"ל לבאר זה היכא דאין אחריות הגזלן כגון שר ומלך וכדומה אז הוי מתנה. ואפשר כיון דלא שכיח הוא לא כתבוהו. דומה למ"ש החק יעקב ה' פסח סי' תנ"ד דלכך השמיט הרי"ף דין אוונכרי מכח דאין אוונכרי בבבל עיש"ה.

והנה אזכור מילתא דתמי' לי להיפך על הש"ך מה שכתב די"צ עבור אונס מיתה גמר ומקנה הרי אדרבה מוכח בש"ס וחו"מ סי' רל"ו דאף באחריות מיתה לא גמר והקנה כיון דיכול לתבעו והגזלן חייב מיתה אם יהרגנו כזה לא גמר והקנה ולכך נוהג דין סוקריקין וגם בעינן יב"ח אבל קודם יב"ח מחזיר בחנם וא"כ מה זה זה שכ' הש"ך דמחמת אונס מיתה גמר והקנה וצ"ע:

סעיף ה בהג"ה מיהו אם כבר נכתבה המודעא וכו'. נ"ב לעיל בסי' ל"ט בביאור דברי רבינו יונה שם תמהתי למה יועיל עדותן להצטרף הרי הוי חצי דבר בשלמא להך דעה דס"ל כל היכי דראו כל מה שיכולין לראות באותה שעה הוי דבר שלם א"ש כמ"ש שם. אבל להסוברים דבעינן דוקא שיועיל עדותן לשום דבר כאן עדות כל אחד אינו מועיל כלל וצריך לומר שבאמת הפוסקים הללו שממנו הוציא הרב דין זה ס"ל כדעת הפוסקים דהכל תלוי באם ראו כל מה שיכולין לראות. ולפי"ז לדידן הוי ספקא דדינא.

והנה לכאורה היה נראה ראי' לדעת הפוסקים מן הש"ס דמכות דף וא"ו ע"ש בתוס' ד"ה או אחד רואה אותן מצטרפין שהקשו. וא"ת והיכי מהימני לי' למתרה שראה אותן כדי להרוג את זה. וי"ל דמיירי שיש עדים שמעידים שראו שהמתרה רואה אותן אך לא

ראו המעשה אותן עדים עכ"ל: והנה לכאורה תמי' טובא דהרי הוי חצי דבר כיון שרא המעשה אין יודעין אם ראה המתרה אותן וכן עדים שראו שהמתרה רואה אותן לא ידעו גוף המעשה וא"כ הוי חצי דבר ממש ולא מהני אף לרבנן. בשלמא להני פוסקים דס"ל דבעינן כל מה שיכולין לראות באותן פעם י"ל דהרי התראה הוי קודם המעשה. וא"כ י"ל בשעה שראו העדים שהמתרה רואה אותם א"כ עדיין לא נעשה המעשה אז בשעה שהתרה בו המתרה וראה את העדים. א"כ עדים המעידים שהמתרה ראה מעידין כל מה שהי' יכולין לראות באותו פעם שמעידי' עליו עדותן ולעמוד לראות גוף המעשה אין חייבים לעמוד יותר. אבל לאינך פוסקים דס"ל דבעינן שיועיל עדותן לשום דבר קשה. ולפי"ז הי' מוכח דלא כוותייהו דלדידהו נשאר קושית התוס' בדוכתה מיהו כד דייקינן א"ש דהרי מפורש בש"ס דמס' סנהדרין גבי מי שהרג חת הנפש שלא בעדים מכניסין לכופה. ומקשה שם הש"ס וכו' ומשני בעדות מיוחדת א"כ מוכח דאף בעדות מיוחדת לא מהני להרגו בב"ד מועיל להכניסו לכופה וא"כ אהני סהדותייהו של גוף העדים שאם לא יהי' עדים שהמתרה ראה אותן יועיל עכ"פ להכניסו לכופה ושוב לא הוי חצי דבר כיון דרק כת אחד לא הוי חצי דבר כמ"ש הפוסקים בכמה דוכתי ודו"ק וא"ש: שם ס"ה י"א שאפילו אמר לעדים כתבו לי מודעא וכו'. נ"ב הנה נרא' לי דכל מודעא בעינן שיאמר להם כתבו לי מודעא אבל באינו אומר כתבו לי והם כתבו המודעא ל"מ אח"כ המודעא עד שיעידו כן בפה. ובלא"ה הוי מפי כתבם וראי' לזה ממ"ש הכנה"ג בסיכ"ח בהגהות הטור אות י"ב שבמחאוה צריך לכתוב פלוני העדנו על עצמו לכתוב עליו שמיחה וכו' ובל"ה הוי מפי כתבם. וכ"כ הרמ"א בסי' קמ"ו ס"ס עיי"ש. וא"כ הרי בש"ס השווה אותם דאמר מחאה ניתן לכתוב ומודעה ניתן לכתוב. ואם במחאה בעינן שיעש' אותם שלוחין לכתוב ה"ה במודעא נמי הוי כן דבעינן שיאמר להם לכתוב ואף דהסמ"ע שם כתב דאף בסתם באם מייחד עדים לכך דעתו שיכתוב מ"מ הרי טעמו בצדו שכתב הסמ"ע כיון דכוונתו להיות מוחה כדי להוציא קול א"כ הוי דעתו שיכתוב א"כ דוקא במחאה שדעתו להוציא קול אבל במודעא דאדרבה רוצה הוא להיות בסתר כידוע ודאי לא מהני רק שיאמר לעדים לכתוב ובלא"ה הוי מפי כתבם. ועוד הרי הסמ"ע לא כתב רק דהוא א"צ לומר בפירוש כתבו אבל העדים צריכין לכתוב בו פלוני העדנו לכתוב וכדמפורש בלשון הנ"י בב"ב וברמ"א אבל אם הם לא כתבו לשון זה מודה הסמ"ע דלא מהני וא"כ ה"נ במודעא וז"ב ונכון לדינא. ועיין בחיבורי לאהע"ז מהדורא חי"ת סי' כ"ח ודוק:

סעיף יא בהגה"ה אם חזר וביטל וכו' נ"ב עיין בתשובת מוהרי"ט ח"ב חלק חו"מ ס"ס מ"ג שהאריך בטעמו של דבר למה מהני גם העלה שם לדינא דאם תחלה נשבע בשעת

המודעא שלא יחזור מהמודעא כל זמן דלא יקרע את המודעא אז ל"מ כל הביטולין כיון שנשבע גם לא קרעו עדיין עיי"ש ותבין ועיין בחיבורי עה"ת פ' עקב שנת תר"י מה שהוכחתי מדברי התוס' פ"ט דשבת ד"ה מכאן מודעא רבא לאורייתא ממ"ש בלשונם ושמא אח"כ יהיו חוזרין בהם מדלא כתבו בדרך וי"ל דאח"כ חזרו בהן ולמה כתבו בלשון שמא וגם למה כתבו יהיו אח"כ חוזרין בהם הו"ל אח"כ חזרו בהם לשון עבר מוכח דבאמת לא חזרו בהם כלל רק דחשש הקב"ה שמא יחזרו בהם לכך כפה אותם שלא יחזרו בהם. והנה מזה נלמוד חדש באם נתרצה למכור לחברו איזה דבר וטרם גמר הקנין במעשה נתירא הלוקח פן יחזור בו המוכר והתחיל לאונסו לגמור המכירה וכן עשה המוכר אז הוי בו מודעא ונחשב אונס אף אם לא חזר בו תחלה כל המוכר ומיהו במכר לא משכחת לה זה דהרי צריך מסירת מודעא תחלה וממ"נ אם מסר מודעא תחלה הרי חזר בו ואם לא עשה מסירת מודעא תחלה בלא"ה לא הוי אונס רק נ"מ למתנה או להתרצה למכור פחות משויו בענין דלא בעינן מסירת מודעא ואף דנתרצה תחלה ליתן לו ולא ראינו חזרה כלל מ"מ כל דבשעת גמר המתנה והקנין אנסו המקבל מחשש שמא יחזור בו נחשב אונס ולא נחשב המעשה של הנתינה לכלום ובטלה הניתנה והוא חידוש דין לפענ"ד:

שם סי"א בהג"ה בד"א במכר אבל במתנה וכו'. נ"ב ה"ה מזה למדתי בעזה"י בדין אחד דאף דפשרה דינה כמכר מ"מ היינו רק אם מוסר מודעא על גוף הפשרה אז כיון דטוענין זה כנגד זה נחשב כמכר אבל אם כבר נעשה הפשרה המועיל עפ"י דין ולא רצה אחד לקיים הפשרה וההכרח לוותר לו הבע"ד השני עוד מן הפשרה בזה כיון דאין אחר הפשרה כלום. שוב המותר הוי רק כעין מחילה ומתנה ואף דביטל כל הבטולין מהני מודעא אף שביטל יפסל כל העדים כיון דהוי הכל באונס ודו"ק:

סעיף יב בהגה"ה וכ"ז באנסוהו למכור דאמרינן אגב אונסא וכו'. נ"ב עיין בחיבורי לתורה פ' ואתחנן תרי"א לפ"ק שהעליתי דוקא לקנות במעות אינו קנין אבל אנסוהו לקנות במתנה הוי קנין ותתהפך כחומר חותם להקנות במתנה לא מהני באונס ובמעות הוי קנין באונס ולקנות הוי להיפך לקנות במעות לא הוי קנין באונס ולקבל במתנה הוי קנין עיי"ש כי כתבתי מילתא בטעמו ועפ"י דברינו בחידושינו לה' קידושין סימן מ"ב במהדורא קמא עיי"ש ודו"ק:

סימן רז

סעיף ז מכר לו סתם ואמר לו הלוקח מדעתו וכו'. נ"ב הנה בב"י בשם הריטב"א בסי' זה בתחלתו מבואר דבעינן שיבואו בעצמו אבל נתינת בניו לא מהני. ועיין בתשובתי שכתבתי לק' בוטשאיטש סי' ש"ל שם העלתי דהיינו דוקא אם התנה כן הלוקח מדעתו אבל אם התנה המוכר עמו כן אז מהני נתינת בניו עיי"ש מה שכתבתי ראי' לזה ודו"ק:

סעיף ט"ז בהג"ה ויש מקומות שנהגו לכתוב ב' שטרות וכו' נ"ב הרמ"א קיצר כאן בזה ומקורו מבואר באהע"ז סי' נ' וכן ציין בבאר הגולה דכן כתב המחבר שם. ושם מפורש דהיינו דוקא שיתנו שאם לא יעבור מוחל לו החוב משמע דבעינן שהחיוב יחול מיד רק אם יקיים כן מוחל לו. אבל אם לא משליש שטר סתם דאז יתכן להיות דהוי כוונתו שאם לא יקיים יחול החוב והדר הו"ל אסמכתא לכך בעינן שהחוב יחול בלי תנאי רק אם יקיים מוחל לו. וגם זה נראה דאף אם כן הוא שמתנה עמו שמוחל לו מ"מ בעינן שישליש גם זה שכנגדו כן ואז תרתי טעמי יחד הוי דהרי בלא"ה יש דעה לעיל דבכה"ג לא הוי אסמכתא דאגב דבעי למקני גמר ומקנה לכך נהי דחולקי' מ"מ בהשלישו שטרות מודים דמהני. אבל אם רק אחד השליש כן נראה אף באם עשה כנ"ל הוי אסמכתא. ומכש"כ באם השני לא השליש שט"ח רק מעות או חפץ וא"כ ודאי זה לא נתחייב רק ע"ד שסבר דגם השני אם יעבור כן ישלם כי לא היה בקי בדינא אסמכתא. וא"כ כיון דבאמת השני אף אם יחזור פטור לכך גם הוא אדעתא דהכי לא נתחייב ופטור כן נלפענ"ד בזה ודו"ק:

סעיף יט נדר ושבועה ות"כ מהני אפילו באסמכתא וכו'. נ"ב אף שהמחבר פוסק כן בפשיטות לדעתי אין זה מוכרח להמעיין בש"ס דסנהדרין דכ"ה ע"א במה דקאמר שם הש"ס ההוא ר' יהודא שאמר משום ר"ט הוא הוא דאמר לעולם אין אחד מהם נזיר דלא נתנה נזירות אלא להפלאה והמעיין שם בפרש"י מוכח דס"ל דאף בנזירות שייך אסמכתא ונזירות ונדרים דינם שוה. וה"ה לת"כ ושבועה. וכן לדעת הרמב"ן שהביא התוס' שם מוכח ג"כ דס"ל כפרש"י דדין נדרים וממון שוה לענין אסמכתא. אך לפירוש הר"י שם אין ראי' דבנזירות שייך אסמכתא. אך עכ"פ לפירוש רש"י והרמב"ן הוי כן וא"כ נהי דהתם קי"ל דהוי נזירות וכן במשחק בקוביא קי"ל דלא הוי משום אסמכתא הייינו מטעמא דמבואר בפוסקים דל"ש במשחק בקוביא אסמכת' מה"ט נמי ל"ש בכה"ג בנזירות אסמכת' כיון דהש"ס מדמה לה להדדי לכך ק"ל דהוי נזירים. אבל עכ"פ מוכח דממון ונדרים דינם שוה. ולמאן דפוסק במשחק בקוביא הוי באמת לדידן משום אסמכתא הוא דפסק באמת גבי נזירות כר' יהודא משום ר"ט דזה תלוי בזה עכ"פ מוכח דיש פלוגתא בזה לפרש"י והרמב"ן יש בנדרי' ושבועות משום אסמכתא היכי דשייך

בממון דין אסמכתא ואכ"מ להאריך. אולי יזכני ד' בזמן אחר לבאר יותר. והנה שאלנו משכיל אחד תמי' על המהרש"א בסנהדרין דכ"ד ע"ב ד"ה כל כה"ג לאו אסמכתא הוא שהקשה לפר"ת מה דמדמה לה הש"ס לנזיר עיי"ש והקשה המשכיל הנ"ל הלא הוא קושית התוס' בעצמו פ' א"נ בב"מ דע"ד עיי"ש. וכתבתי לו שיפה אמר ואין מקום לנטות. ובמכת"ה של המהרש"א הי' אז ממנו בהעלם עין דברי התוס' הנ"ל. והנה קושייתם בב"מ וקושית מהרש"א כאן יש ליישב בפשיטו' עפ"י דברי התוס' ד"ה ההוא ר"י משום ר"ט הוא דאין כוונת הש"ס בנזירות מכח אסמכתא גם יש ליישב יותר דר"י לשיטתו אזיל דס"ל טוב מזה ומזה נודר ומשלם ע' בפ"ק דנדרים ובפ"ק דחולין וא"כ לדידי' גם נזיר נקרא קדוש א"כ שפיר סובר כל אחד להרויח שיהי' נזיר ז"ז אין להעריך כי אני כותב רק דרך הער' בעלמא כי יש לי ענינים אחרים ודו"ק:

סימן רח

ס"א נ"ב עיין בסמ"ע ועיין בקצוה"ח מה שחלק על הסמ"ע בזה וכתב ד"א בביאור לשון התוס' יעיין בתשובתי לאהע"ז סי' קל"ד למדינת וואליחייא בדין נשבע שלא לגרש מ"ש בזה על דברי הקצוה"ח עיי"ש. והנה שאלני המשכיל מוה' שמחה ביק מק' דובנא קושיא על הרמב"ם דפסק בשומרת יבם כר' יוסף דאמר השתא דאמר רחמנא לא לזבון אי זבין לאו מידי עביד ומשמע דס"ל כרבא דס"ל כאעל"מ ופסק דמערבין לקרנות. הנה ידע כי דבר זה דדברי ר' יוסף הוא משום דאעל"מ הוא דברי הסמ"ע כאן ס"ק כ"ח. וקושייתך הוא קושיא ישנה מביאה הישועת יעקב אהע"ז ח"א. אבל גם זה לא דידי' והקושיא מבואר בשו"ת שער אפרים אך לא מדין זה דשומרת יבם רק ממקומות אחרים ברמב"ם תמה כן. והנה מהך דאמר רבנן לא לזבין לק"מ די"ל דנהי דהוי טעמא משום דאעל"מ מ"מ י"ל דמאי דהוה מדרבנן גרע דחז"ל עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה. ועיין בב"ש אהע"ז סי' צ"ב ובסי' ס"ו ובאמת קושייתו בסי' צ"ב י"ל דודאי להוציא ממון מחזקתו דחזקת ממון אלים טובא לא עשו חיזוק יותר משל תורה ולכן בירושת הבעל להוציא ממון מרשות היורשים לרשות הבעל לא עשו חיזוק יותר מש"ת אבל במה דאמר רחמנא לא ליזבין אז לבטל המכירה לקיים הממון בחזקת הבעלים בזה עשו חיזוק יותר משל תורה לבטל המקח בכתובה שאני דהתם לא הפקיע ממון בתקנתם רק דהם אמרו דהוי בעילתו בעילת זנות. וזה שפיר בידם לעשות משום דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ושויא לבעילתו ב"ז. אבל בעלמא להוציא ממון לא עשו חיזוק. אבל להחזיק ממון עשו חיזוק ועוד י"ל יותר דודאי היכא דלא אסרו רבנן גוף המעשה כגון בירושת הבעל

דאטו אסרו חז"ל שלא להתנות שלא ירש הבעל. הם לא אמרו כן רק שעיקר תקנתם הי' שהבעל יורש. אבל כיון דגוף המעשה אינו באיסור בזה לא עשו חיזוק יותר מש"ת. אבל במה דהוי גוף המעש' באיסור דאסרו חכמי' לעשות כן לזה עשו שפיר חזוק. ולכ"ע אי עביד ל"מ. ולכן דייק רב יוסף ואמר השתא דאמר רבנן לא ליזבין אי זבין לאו כלום הוא. כיון דעיקר תקנתם היה דלא ליזבן הוי גוף המעשה באיסור ובזה אעל"מ בדרבנן דעשו בזה חיזוק יותר מש"ת וא"ש ודו"ק. כן נלפע"ד לפום ריהטא:

ס"א. נ"ב נלפענ"ד דבר חדש דאף להסוברים דקי"ל דאעל"מ מ"מ היינו רק בדבר הרשות אבל בדבר מצוה לכ"ע אי עביד מהני ואף דבש"ס בתמורה שם פריך דמכמה מצות היינו דשם מיירי בדברים דהוי המצוה שלא לעשות כן רק הוא עבר ועשה לכך כיון דבגוף המצוה הוי שלא כהוגן הוי כדבר הרשות כיון דלכתחלה אין לעשות כן גוף המצוה אבל היכא דהמצוה מצד עצמה נעשה כדינה מתחלה רק המניעה מצד אחר שנתן ת"כ שלא לעשות כן וגוף המצוה נעשה כהוגן בזה לכ"ע אי עביד מהני ודו"ק ולמעט בפלוגתא עדיף כנלפענ"ד נכון וברור:

ס"א עיין בסמ"ע שהוכיח דאפי' בדרבנן אמרינן אעצ"מ וכבר הבאתי לעיל דבריו ותמי' לי ממשנה מפורשת בבכורות פ"ק ובפ"ב דהמוכר לנכרי והמשתתף עמו אעפ"י שאינו רשאי פטור מן הבכורה הרי אף דאינו רשאי למכור לו מ"מ בדיעבד אם מכר המכירה קיימת וצ"ע. ועיין בחיבורי לאהע"ז מהדורא ה' בתשובה סי' קי"ח ה' קידושין ללבוב מה שהקשתי שם ממכרו וקידש בדמיהן מקודשת עיש"ה. ועיין בחיבורי שם העלתי דאף אי נימא בקנין ממון אעל"מ מ"מ בקנין קרקע וודאי אי עביד מהני דילפינן מקידושין עיי"ש:

סימן רט

סעיף א'. נ"ב עיין בתשובתי לק"ק טאלטשין קנה מקומה בה' יבום בחיבורי לאה"ז מהדורא מי"ו סי' קנ"ב שם חדשתי דבר חדש בעזה"י ויתעלה כי יש לומר דקיי"ל אין אדם מקנה דשל"ב לעולם הוי רק מדרבנן ומה"ת אדם מקנה דבר של"ב לעולם כעין שכתב הש"ך בשם הב"ח בסי' ר"ז גבי אסמכתא ע"ש וע' מ"ש שם בזה ביאור לשון הש"ס ב"ב דף קכ"ז ע"ב ע' שם היטב: שם ס"א נ"ב הנה נשאלתי מהרב המאוה"ג המנוח מ"ה משולם יעקב ז"ל אבד"ק בארשטוב לענין מכירת הראנדאר החזקה שלו אם מהני. וזה אשר ישבתי הנה בדיני קניות החזקה ציין הש"ך בחו"מ סי' ק"מ סק"א ובסי' קע"ה ס"ק ס"א לענין דין ב"מ ובסי' קצ"ב סק"א ובסי' רכ"ז סק"ה והב"ש באהע"ז סי' צדי"ק ס"ק נ"א הביא דדין קרקע יש לה ובסי' ק' ס"ק י"ג יעו"ש והנה מכל הנ"ל מוכח דלקצת דברים

הי"ל דין קרקע ולקצת דין מטלטלין אבל לדברי כולם שייך בי' מכירה וקני'. ולא כמו שמדמה כת"ר לדין מצרן דשם לא הקנוהו חז"ל שום זכות בגוף הקרקע רק דלו משפט הקדימה לקנות אבל תקנות החזקה הו"ל כאלו הקנו לו חלק וזכות בגוף הקרקע שיהיה דינו כשותף לענין זה ועדיף ממצרן ולכך ודאי שייך בי' קנין. ויותר מסתבר דדין קרקעות יש לו וכמ"ש הב"ש סי' צדי"ק. ועכ"פ מוכח ממקומות הנ"ל דשייך בי' מכירה ואף אם ל"ש בי' מכירה עכ"פ סילוק ודאי מהני. והרי קיי"ל דיכול להסתלק מדשלב"ל כמ"ש בסי' ר"ט. ועכ"פ קצת זכות יש לו שיועיל גם סילוק. גם מ"ש רו"מ דיש לו בשטר מכירה שמוסר לו החזקה שלו וישלם החובות שלו דזה הוי כתנאי אינו נראה דהרי מבואר בש"ס וחו"מ סי' רנ"ג באומר תנו לפלוני וינסב ברתי דהוי ב' דברים ומוכח דכל דהקדים טובת חבירו אינו תנאי וא"כ ה"נ אם הי' אומר ישלם חובות שלו ואני מוכר החזקה אז הוי כתנאי וגם זה הוי תלוי אם בעינן דיני תנאי אי לא עיין בש"ך סי' רנ"ג אבל להיפך אינו כתנאי ומצד אומדנא דמוכח נראה כיון דלדין מצרנות יש לו דין מטלטלין אינו כקרקע מכש"כ דלא אלים בזה האומדנא לומר בי' דאין דרך למכור קרקעותיו לכך הוי לענין זה כמטלטלין ול"מ בי' האומדנא ולכך נראה דאין להמוכר טענה רק מה שטען שלא מכר לו רק על ג"ש בזה הוי עסק שבועה ביניהם וזה ודאי יכול לטעון אף דנכתב סתם כמ"ש סי' סמ"ך וקס"ג וריי"ב כל חד כפי ענינו והמוחזק נראה דהוי המוכר כיון דלכמה דברים הוי כקרקע ובפרט כיון דכבר שכר הראנדא הוי הוא המוחזק וישבע שלא מכר לו בכוונה על עולמות כן דעתי נוטה:

סעיף ב נ"ב הנה בדין הקונה אתרוגים סתומים ונמצא מקולקלים מאד והפסיד הקונה הרבה אם יש בהם דין אונאה ומקח טעות הנה באמת נער הייתי וגם זקנתי ולא ראיתי מי שיבא לתבוע אונאה וביטול מקח באתרוגים. ואנכי יושב פה זה ל"ז שנים. ומקור קניות אתרוגים הוא פה ורוכלת עמים בזה ולא נשמע מעולם שיבא אחד ויפצה פיהו בזה והטעם הוא כי כן הוא המנהג התגרין שקונין אדעתא דהכי אם טוב ואם רע ואף דהמתנה ע"מ שאין עלי אונאה יש לו עליו אונאה היינו מדינא אבל מ"מ אם נעשה כן מנהג בין התגרים שלא יהיה בזה אונאה כמו דמהני מנהג התגרים לענין קנין דקנה בו אף דלא הוי קנין מה"ת. כן ה"נ בע"מ שאין לך עלי אונאה מהני מנהג התגרים במה שדרכן בכך. ועוד יש להסביר הדבר יותר עפמ"ש הסמ"ע בסי' ר"ט דאף לדעת הרמב"ם במשחק בקוביא אין בו אסמכתא כאן מודה מכח דהמוכר יודע והקונה אינו יודע ומכיר בהם אבל במשחק בקוביא שניהם אינם יודעין וכו' וא"כ באתרוגים דגם המוכר אינו יודע ומכיר בהם כמו הלוקח אם כן הוי כמו משחק בקוביא והוי סוגין דעלמא כדעת

הרמב"ם. ובזה יש ליישב דעת הרמ"א בסי' רכ"ז שהביא שם י"א דקנו ותמה הסמ"ע לא הביא דעה זו כאן בסי' ר"ט ולפמ"ש א"ש. דבסי' ר"ט מיירי אם המוכר יודע רק הלוקח לא ידע אבל בסי' רכ"ז מיירי באופן דהלוקח יודע דגם המוכר אינו יודע דומיא דחפן מעות דמיירי דהמוכר ראה דהלוקח חפן המעות ואינו יודע כמה הם. וא"כ שניהם לא ידעו בכה"ג מיירי גם בפירות כן ובשניהם לא ידעו בזה הביא דעה דקנו. אך יש עוד טעם לחלק בזה די"ל כיון דהטעם דע"מ אין לך עלי אונאה דל"מ מכח דלא ידע ומחיל וי"ל היינו היכא דסמוך דהמוכר יודע מה היא שוה וא"כ הלוקח סומך דמן הסתם אין המוכר מטעה אותו דמוכר או לוקח לא מרעא אומנותו ואין דרך אדם להטעות חברו לכך לא מחל בלב שלם. אבל היכי דהלוקח יודע דגם המוכר א"י א"כ בזה אסיק אדעתי' אולי הוי בו טעות אז נחשב ידע ומחיל גם י"ל דסי' ר"ט מיירי דראה הלוקח המקח בזה י"ל דסמך אאומדנא שלו דשוה כך ואף אם הי' בתוך התבה אין דרך להניח זהב או מרגליות לא תבן. ולכך כל כה"ג י"ל דסומך אאומדנא שלו ולא מחל אבל בסי' רכ"ז מיירי דלא ראה כלל המקח ולא מקומו בענין דלא הוי לו כלל אומדנא מה הוא ומה שוה לכך בזה מהני כפירות אכסרה ודו"ק. עכ"פ לדינא באתרוג ל"ש מקח טעות ובא וראה בקונה אתרוג או ב' וכדומה סתומים בכך וכך ואח"כ כשנפתחו אם שוה האתרוג הרבה אם מערער המוכר לומר דהוי מקח טעות או אם הוא מקולקל שאינו שוה כלום הכי מערער הקונה ע"ז. זה ודאי אינו ופוק חזי מה עמא דבר ובע"כ דרך מנהג הסוחרים דל"ש מקח טעות באתרוגים בכה"ג וז"ב לדינא:

סעיף ד אפילו אחר שתלד הפרה נ"ב הנה בדין אם הוכר העובר אם חל הקני' עיין באחרונים ועיין בקצוה"ח ובחיבורנו מכבר הארכנו בזה להביא ראיה לדעת הרמב"ם דהוכר עוברה נחשב בדבר שבא לעולם עיי"ש דגם לענין מכירה הוי הדין כן. והוא בחיבורי לאהע"ז סי' צ"א במהדורא וי"ו סימן פ"ח לק' קאלימיא. וכעת נראה ראיה ברורה לדין זה מבכורות דנ"ו ע"א במ"ש הני תנאי קמיה דרב איזה אתנן שנכנס לדיר להתעשר כל שנתן לה וחזר ולקחה ממנה והא אפסיל לי' בלקוח אשתמיטתי' הא דא"ר אסי אמר ר' יוחנן לקח עשרה עוברין במעי אמן כולן נכנסין לדיר להתעשר וא"כ מוכח דמהני למכור עובר במעי אמו דאי מיירי שלקח פרה לעוברה אם כן אין הולד לקוח כלל ולמ"ל קרא דתעשה דבשעת עשי' תלה הכתוב הרי בלא"ה אין הולד לקוח כלל ואין לומר דאיצטריך למחוסר זמן. חדא דעכ"פ על מה דאמר ר' יוחנן לקח עשרה עוברין במעי אמן כולן נכנסין לדיר להתעשר אמר שם מ"ט דכתיב תעשה בשעת עשי' בלא"ה הרי אין הולד לקוח כלל ובפרט דעיקר המועט דלקוח פטור הוי מבכור בניך מה בניך אינו

בלקוח אף צאנך אינו בלקוח. ואם בקונה בהמה לעוברה הרי גם בבניך קונה דקיחה כתיב בה ואשה נקנית וכו' ולמ"ל קרא דתעשה ובע"כ דמיירי בקונה העובר לבד ולכך מיירי דקונה רק העיבור. וכן קשה עכ"פ לר"ש בן יהודה דס"ל מחוסר זמן פטור ממעשר ואינו ממעט תעשה רק עובר במעי אמו ול"ל קרא אם לא משכחת קנין בולד רק בקונה אם לעוברה דא"כ אין הולד לקוח ובע"כ דבהוכר עוברה חל הקנין וזה ראיה ברורה ונ"מ גם לגבי בכור דפטור כה"ג מבכורה ודוק:

סי' ד בהג"ה לכשיהיה בעולם וכו' וי"ח וכו'. נ"ב עיין בתשובתי ליו"ד ה' בכור סי' ש"ך מהדורא ה' סי' ר"ה מ"ש טעם למה בסי' ר"י הכריע הרמ"א דלא כי"ח וכאן לא הכריע גם שם כתבתי דאף בהוכר עוברה הוי נמי דבר שלא בא לעולם כמ"ש בסי' זה מ"מ אם חומר לכשיבא בעולם מהני לכ"ע. וישבתי בזה דעת הרמב"ם והש"ע מה דסתרו אהדדי לה' קידושין עיי"ש:

סימן רי

ס"ג קנה הוא מחצה. נ"ב הנה בזה יש דעות בש"ס גם עיין לעיל ר"ט וסימן י"ג ועיין בחיבורי לאהע"ז סי' ק"ך סעיף א' מ"ש שם דאף להחולקים בזה היינו רק באם הדבר שאינו נקנה אין לו זכות כלל אף מדרבנן. אבל אם מדרבנן הוי קנין דבר שאינו נקנה נמי קנין רק מדאורייתא אין לו קנין בזה י"ל לכ"ע אם הקנה עמי דבר שיש לו קנין מה"ת נקנה הכל מה"ת אף להסוברי' דמדרבנן לא נעשה דאורייתא מ"מ אם הוקנה עמו דבר שיש לו קנין מה"ת לכ"ע נעשה דאורייתא עיי"ש יטעמו כי טוב הוא בעזה"י:

סימן ריב

ס"א בהגה"ה האומר ידור פלוני בבית זה אפי' שעה אחת במשמע וכו'. עיין בחיבורי לתורה פרשת חיי שרה שנת תר"ה שם כתבנו דהיינו דוקא במתנה לעשיר אבל לעני כיון דחייב מטעם נדר כמ"ש בסי' קכ"ה ובכמה דוכתא לכך בנדרים הוי לחומרא וסתמא משמע לעולם. ובזה הוי אפשר ליישב דברי המחבר בסי' סמך ועיין באהע"ז סי' נון דהזיוג עניים הם עיי"ש ובחיבורי עה"ת הארכתי בזה בדרוש בהקדמה הנ"ל:

סימן ריד

סעיף א' ק"ל טובא אמאי לא הביא הטור והמחבר בשום מקום דין המבואר בש"ס פסחים פ' מקום שנהגו דפריך בש"ס למאי נ"מ למקח וממכר וכו'. ולמה לא הביאו דין

זה בשום מקום בפוסקים דאם מכר לו הר או עמק שצריך שיהי' בו דקלים וכו' וצ"ע. והנה אם מכר לחברו שעוה אם צריך ליתן לו שעוה נקי או די שיתן לו הפסולת של דבש בתוס' במס' שבת רפ"ב ד"ה למנ"מ למ"ו מוכח דא"צ ליתן לו נקי רק די שיתן לו פסולת של דבש אך הנה באמת קי"ל דדנין בשטרות כמו בנדרים. ובנדרים הולכים אחר ל' בני אדם. ובלשון ב"א בודאי לא נקרא שעוה רק נקי ממש אך נ"מ עדיין אם מדברי' בלשון חול והוא מכר לו בלה"ק דאז קיי"ל בנדרים שהולכין בתר לשון תורה וה"ה נמי בשטרות כן. וא"כ כה"ג א"צ ליתן לו נקי כיון דלשון תורה הוי שעוה שאינו נקי כן היה נראה לומר ועדיין צ"ע בזה לדינא:

סעיף יב האומר לחברו בית מביתי אני מוכר לך וכו'. נ"ב עיימ"ש בזה בתשובה לק' טארנאפאל קנה מקומה במהדורא ד' סי' קמ"ח בדין אם התנה עמו ליתן הטוב או עכ"פ הבינוני לא הגרוע אם יכול ליתן לו עיי"ש. ונשאלתי מק' בולקאמין שאיש אחד מטארנאפל קנה סחורה אצל איש אחד מקהלתינו קנאהלין של פאדים קודם פורים העבר וליקח אותם אחר פסח והיה לו בביתו ובא אחר פסח ואמר ששמע שיש בתוכם אבנים ואין רצונו ליקח והשיב המוכר שיתן לו בלא אבני' ויברור לו כ"ה שיהי' בלי אבנים והוא נתן לו קודם סך שלשים ריינש כסף על הסחורה ובא ביום אח"כ ליקח הסחורה וטען הקונה כשבא ליקח הסחורה אמר שצריך לברור לו בלא אבנים והשיב שעתה אין פנאי שהדבר צריך לעכב זמן והוא צריך ליסע בלילה על יריד למק"א והוא ג"כ אמר שיסע ויבא אחר ב' ימים וביום שני בלילה הים שרפה בקהלתינו ונשרף הסחורה ובאו לד"ת מחמת שנתן לו למ"ד ריינש כסף עכ"ל השאלה אשיבהו בקצרה הנה רו"מ לא ביאר ע"נ במה היה קנין הסחורה אם בכסף לבד ולא קנין אחר ולא סטימותא הנקרא האנדשלאג בזה הדין פשוט שההפסד על המוכר כמ"ש בחו"מ סי' רי"ד ס"ב עיי"ש אבל אם היה בו קנין ממש או סטימותא הנהוג בין הסוחרים אז ההפסד על הקונה דאינו דומה לראיות של רו"מ דיש חילוק דהיכי דהברירה ביד הקונה לברור איזה שירצה אז הוי אחריות ההפסד על המוכר אבל היכא דאין הברירה ביד הקונה רק ביד המוכר ואם הי' מראה לו אלו שאין בהם אבנים הי' מוכרח לקבלם הוי ההפסד על הקונה כמ"ש סי' רי"ד ואין על המוכר רק קב"ח שהיה לו כך וכך בלי אבנים ואז פטור מלהחזיר לו מעותיו ואין פנאי להאריך ע"כ התשובה:

סימן ריח

סעיף א' נ"ב הנה בדין אם מכר אחד לחברו או כתב לו במתנה צאן והיה לו כבשים ועזים אם הוי רק הכבשים בכלל או גם העזים. הנה אם מדברים בלשון חול וכתבו בלשון חול או להיפך שדברו בלה"ק וכתבו בלה"ק. הנה בזה אזלינן בתר לשון ב"א בנדרים וה"ה בשטרות דדנין בשטרות כמו גבי נדרים ובלשון ב"א אין עזים בכלל צאן רק כבשים אבל אם הם מדברים בלשון חול ובשטר מכירה או מתנה כתבו לה"ק צאן הוי אף עזים בכלל וזה נלמוד מבכורות ר"פ מעשר בהמה דמפורש במשנה דמעשרין מזה על זה דכל צאן אחת עיי"ש וזה חידוש דין בעזה"י:

סעיף כד בהג"ה אבל אם אמר נכסי דבי פלניא וכו'. הנה בדין אם אמר כל נכסי דבי פלניא עיין בסמ"ע וש"ך. ולפענ"ד נראה דבאומר כל נכסי דבי פלניא דינו כדין כור בלמ"ד סאה בסלע ואינך היכי דלשונות סתרי אהדדי. ובזה הוין ספיקא דדינא אם תפוס ל"ר או לשון אחרון והדין עם המוחזק ובזה א"ש דלא סתרי הדיוקים אהדדי בלשון רבינו דבאומר נכסי דבי פלניא אפילו אם המקבל מוחזק לא הוי מטלטלין בכלל. ואם אמר כל נכסי בלא דבי פלניא אפילו הנותן מוחזק מוציאין ממנו. אבל באומר כל נכסי דבי פלניא הוי ספק אי תפיס לשון ראשון או לשון אחרון ואזלינן בתר המוחזק כנלפענ"ד נכון בזה:

סימן ריט

סעיף ב' הרי הדבר מסור לב"ד כפי מה שיראו לאיזה דרך שדעתו נוטה כן יעשו. נ"ב הנה ראיתי בבאר הגולה שהביא שהכ"מ כתב שהרמב"ם מפרש כפרש"י עיי"ש. ולפי"ז להחולקים שמה והמה התוס' וסייעתם וכמ"ש בסמ"ע סימן ר"מ אף בכאן יהיה מחלוקת זה. ולפענ"ד דבכאן כ"ע מודים דאין הדבר תלוי ברצון הדיין דבשלמא בשני שטרות היוצאין ביום אחד דעיק' הספק הוי בין המקבלי' ועכ"פ הנותן מסתלק הימנו ושלו לא הוי בין כך או כך רק הספק הוא מי מהמקבל זכה לכך כיון דאין לשניהם חזקה כלל לכך סברא הוא לתלות ברצון הדיין ליתן למי שירצה ובפרט די"נ דכוונת הנותן בעצמו לכך היה דלכך נתן לשניהם שטר שוה ביום א' כי הוא היה אוהב לשניהם ולא היה יכול לגמור בדעתו למי ליתן יותר לכך נתן לשניהם והטיל על הב"ד שיעשו הם כמו שירצו והוציא הדבר מדעתו. אבל הכא שהספק הוא בין המוכר והלוקח וא"כ כיון שהמוכר יש לו חזקת מ"ק בודאי אין סברא לומר שהדיין ברצונו יכול להוציא ממון מחזקתו ובפרט דלגבי עצמו ממ"נ אם רצה ליתן הדבר לחברו הו"ל לפרש ואם נתכוין לעצמו

הו"ל לפרש ג"כ דלגבי עצמו וחברו אין שייך לומר שהי' ספק לו לעצמו. ובע"כ גמר בדעתו לחד צד רק שאמרי' שבאמת הוא נתכוין רק לחד צד ואנן הוא דמספקינן בכוונתו למה הוא מתכוין. ובכה"ג ל"ש למיתלי ברצון הדיין רק באומדן דעת שלו דבזה כמה פעמים מצינו דאף מוציאין ממון על אומדנא לכך ה"נ אזלי' בתר אומדנא וא"ש. ואין להקשות דא"כ למה הקשו התוס' בכמה דוכתי על פרש"י מהא דאמרי' בגיטין ספק גבי שליח ונקראו התם שודא. ולמה לא הקשו מהכא דנקראו שודא ומשמע כפרש"י וא"כ אדמקשי מגיטין לסייע לי' מהכא ונראה דא"ש דודאי לשון שודא סובל כך וכך דהרי לשון זה מל' ירה בים וכפרש"י ורשב"ם והיינו או שהדבר מוטל על הדיין לעשות כו כך וכך או שהכוונה יטיל הדבר להזוכה בו. וא"כ בין אם הכוונה שתלוי ברצון הדיין או באומדן שלו בשניהם יתכן לשון שודא דעכ"פ מוטל הדבר על הדיין לעשות בו דין או שהדיין מטיל הדבר למי שיטילו לכך אפשר לסבול בו שני בכוונות. ואפשר לפרש כך וכך בכל מקום כפי השייך בו רק קו' התוס' מגיטין הוא לפרש"י דס"ל בכל דוכתא הוי הפי' שודא ע"פ אומדן דעת הדיין ועל השליח שהוא אינש דעלמא ל"ש לומר שעליו מוטל הדבר דעל הדיין שפיר מוטל הדבר לעשות דין אבל על השליח אינו מוטל רק מה שנק' שודא הוא שם מושאל מל' שודא דדיינא ולכך שפיר הקשו דמוכח דגם בדיין נמצא כן. א"כ הרי התם בגיטין לא מיירי מדיין ממש רק משליח יעו"ש רק שקראי השם שודא כיון דדמי לשודא דדיינא. ולכך בשלמא אם נמצא בש"ס במקום אחר ל' שודא דדיינא גם ע"פ רצון הדיין שפיר שייך לומר שם שנק' שודא כיון דדומה לו אבל אם בעלמא שודא דדיינא הוי הכוונה ורק ע"פ אומדן הדיין ולא נמצא מקום בעלמא כוונת שודא כן. א"כ לא הוי בהש"ס נקראו התם שודא כיון דאינו דומה לו. ומדיין ממש לא מיירי התם וא"ש. כנ"ל נכון דגם התו' מודים בזה לדינא כאן. ושוב האיר ה' את עיני ומצאתי בהרא"ש פ"ד דב"ב דין ב' דט"ו ע"ב שכ' שם דהך שודא דדייני דשם אינו כשאר פירוש שודא שלדעת ר"ת הוי כמו שירצה הדיין ע"ש וה"ה בנ"ד ממש כן הוא וראי' ברורה לדברי ודו"ק:

סימן רכא

ס"א נ"ב עיין בקצוה"ח כאן דכתב דלא אמרינן ע"ד הראשונה רק בהי' להם תרעומת זע"ז עיי"ש. ועיין בשו"ת שלי מהדורא וא"ו לאה"ז סימן קל"ט שם הבאתי דנעלם ממנו לשון הר"ן בגיטין פ' מי שאחזו ד"ה ת"ר אמר לה בפני שנים וכו' עיי"ש שמפורש היפך מדבריו והדין עם הב"ש ודו"ק:

סימן רכד

סעיף א' וי"א כו'. נ"ב הנה אם לקח חפץ מחברו ונמצא בו כתם וכדומה ולא נודע אצל מי נעשה הכתם אצל הראשון או אצל השני ונ"מ הוצאות הכביסה על מי חל. דבר זה יש ללמוד מן הש"ס ותוס' בנדה דנ"ח וד"ה ולענין דינא תנן. שהקשו שם דנימא כל שנולד הספק ברשותה עליו הראיה. דתירצו כיון דאינו ממש שלה רק שאול בידה לא נחשב ברשותה ממש. ועוד תירצו דהתם אם ירצו להוציא צריך להביא ראיה אבל הכא לא תתחייב האחרונה לכבס. והנה תירוץ השני תמי' לי מאד דהמעיין בכל הסוגית דהי' בה מומין שם גבי המחליף פרה מוכח דאמרי' כל שנולד' הספק ברשותו אפי' אם בא להחזיק צריך להביא ראיה וכן קיי"ל הכא ועיין שם בסוגיא להדיא והאיך כתבו דוקא להוציא ולכך העיקר כתירוץ הראשון ולכך מוכח שאם קנתה כה"ג על השני' לכבסו אף אם עדיין לא נתנה דמי המקח או שהוא מוחזק מצד אחד בממון המוכר מ"מ כיון שנולד ברשותו עליו לכבסו. אבל אם בשאלה אירע כה"ג מוכח מדבריכם הנ"ל דבשאלה לא אמרי' כל שנולד הספק ברשותו רק בזה פטור מספק וא"כ אם שאל חפץ או בכמה מחברו ואח"כ נמצא בו מום שלא נודע אימת נעשה פטור השואל כדמוכח מש"ס ותוס' הנ"ל. ותירוצם השני צ"ע ועיין בפסקי תוס' שם העתיק לדינא רק התירוץ הראשון לבד וז"ב: שוב הגיע לידי אחר כמה שנים ספר סדרי טהרה על נדה והרגיש בתמי' זו ועיין בחיבורי מי נדה לפרש דבריהם על נכון עיי"ש מה שיוציא משם לדינא לכאן:

סימן רכה

ס"א נ"ב. ע"ד המעשה בשוכר כפר שהשכיר ממנו חלק לשנים וכתב להם אחריות אפי' דאונסין ואח"כ שכח לפרוע לשר הראטע בזמנו כי סבר דעדיין אינו הזמן. ובאמת כבר עבר הזמן ולכך לקח ממנו השר הכפר הנה יפה דן דמחייב לעלם להשנים כל חלקם אף כי אם מצד פשיעה ושותפין שומרין זל"ז הוא פטור כי אין דין פשיעה בקרקע. אך מצד קבלת אחריות ודאי חייב. ל"מ אם אפשר דגם בד"י היה השר זוכה לפי מכתבו. ובפרט דיש דעות דאין אסמכתא לנכרי ויכול הנכרי לומר קים לי דפשיטא דחייב באחריות רק גם אף אם בד"י לא הי' זוכה והוי רק באונס מ"מ כיון דכתב אחריות דאונסין ג"כ ואף להסוברים דשכחה הוי אונס מ"מ אונס דלא שכיח ודאי לא הוי והרי דעת כמה פוסקים דשכחה הוי פשיעה והאיך נעשה פלוגתא רחוקה ביניהם לכך להסוברים דהוי אונס מ"מ הוי אונס דשכיח. ובספר החיים סי' ק"ח כתבתי להכריע דשכחה אינו אונס רק בשוגג עיי"ה. ומכש"כ דלא הוי אונס דל"ש לכך חייב לשלם להם חלקם וז"ב ופשוט לפענ"ד:

סימן רכז

ס"ב כמה תהי' האונאה. נ"ב מעשה בא לידי בסוחר תבואה אחד שלקח שלשים קארץ חטים וטחן אותם על קמח וכשכבר נעשה הקמח מכרו לאחר כפי ערך שיווי כל ק' חטים בכך וכך כמה יעלה דמי למ"ד ק' חטים ככה ישלם לו הקונה וידעו מזה המוכר והקונה שכבר נעשה קמח ואח"כ טוען הקונה שהיה מן החטים הללו מעט קמח שאין דרך להיות מלמ"ד קארץ חטים מעט קמח כזה ויהי' לו הפסד רב בקני' זו ובאו לפני לדין. ופסקתי כך דודאי המוכר חטים לחברו בעת שהם חטים אף שעשאו אח"כ קמח מיעוטא אין למוכר בכך כלום. שחטים מכר לו קמח לא מכר לו. ואזלינן בתר שימת החטין ואם נראה לבקיאין שכן חטין כזה שוה כך כפי דמי ממכרו או פחות מעט שאין בו שיעור או אונאה אין ביד הקונה לבטל המקח לא בטענת אונאה ולא בטענת ביטול המקח כי לא ערב לו על קמח אך בנ"ד שכבר לא הי' כאן חטין רק קמח קודם המכירה א"כ ממ"נ לומר שהמכירה חל על חטין זה דבר נמנע שהרי אין החטין בעולם כעת הקני' ובמה יחול המכירה רק על הקמח ובקמח אם ישלם לו כפי חשבון שיעלה דמי למ"ד ק' חטין כפי קצבתו יהי' בו יותר משיעור אונאה לכי מעט הקמח שישנו בעולם ולכך בזה מחזיר אונאה בשתות ובטל המקח ביותר משתות ז"ב ונכון לדינא. אמנם בזה אני נבוך קצת היכי שסמך על דבריו שאמר שיש שם למ"ד ק' חטים ואח"כ טוען שאינו מאמין לי שהי' שם כל כך ואולי הוי פחות מזה מה דינו. והנה אם לא אמר בפירוש שסומך על נאמנתו וקונה על נאמנות שלו ודאי דיכול לטעון אח"כ שאינו מאמין לו שיש שם כ"כ רק אף גם באם התנה בתחלת המקח שקונהו על נאמנות שלו שיש שם למ"ד ק' וכדומה מ"מ נראה דיכול לחזור בו כל שלא קנה בק"ס דאף שנתן מעות ות"כ הנהוג בי הסוחרים או משך וכדומה מ"מ קני' כזו לא מהני רק לגוף החפץ הנקנה מה שישנו בעולם אבל בזה אם נימא דהאמת הוא שאין שם שלשים ק' א"כ זה שאינו בעולם ל"ש שם קנין משיכה או מעות רק דנאמר דנתחייב מכח שנתן לו נאמנות והוי כנאמן עלי אבא וכו'. וא"כ כיון שמצד שנתן לו הנאמנות נחייב אותו בזה צריך קנין כדין נאמנות המפורש בסי' כ"ב וע"א אבל בלא"ה יכול לחזור בו. כן נלפענ"ד ברור ונכון ודבר זה כלל הוא במקומות רבות לפענ"ד: (שם) ס"ז במחבר עד מתי יכול לחזור וכו' עד כדי שיראה לתגר. נ"ב צ"ע מ"ט השמיטו הפוסקים דברי התוס' בפ"ד דב"מ דמ"ט ע"ב ד"ה בכדי שיראה לתגר שכתבו וזה"ל וא"ת ונתת דבריך לשיעורין דפעמים שהם רחוקים הרבה ופעמים שהם קרובים. וי"ל דלעולם יש שיעור אחד לפי מה שמצוי רוב פעמים שיוכל להראות לתגר או לקרובו. ואם הם קרובים או רחוקים בשביל כך לא יתנו לו שהות לא

פחות ולא יותר עכ"ל. וא"כ קשה למה לא הביאו הפוסקים דין זה שחידוש הוא והתוי"ט מביאו ויותר תימא על הטו"ז מ"ש בסעיף זה דאם לא הי' שם תגרים ובאו משערינן מזמן ביאתם וכ"ז הוא להיפך ממשמעות התוס' הנ"ל וצע"ג בזה ולא ראיתי מי שחולק על דעת התוס' הנ"ל ודו"ק: שם בהג"ה דהי' יודע הלוקח וכו'. נ"ב עיין בחיבורי לתורה פ' תולדות תדי"ר לפ"ק שכתבנו לשם דהיינו בלוקח אבל במוכר אם ידע הוי מחילה מיד והטעם דהרי בלא"ה דעת ר"י דבעה"ב המוכר כליו אין בו אונאה. ובע"כ כיון דמוכר מכח דחקו אגב אונסו גמר ונתרצה א"כ נהי דלא קיי"ל כן מ"מ אם ידע שיתאנה ומכר אמרינן אגב אונסא גמר ונתרצה והוי מחילה עיי"ש והוא נכון לפענ"ד. שוב מצאתי באור החיים פ' הנ"ל שהביא בשם המוהרי"ק כעין זה:

סעי' ט בהג"ה אמר המאנה שנשתנה השער וכו' נ"ב עיין בחידושי לאהע"ז סי' ל"א שהקשתי ע"ז מדעת הרמ"ה שהובא שם דס"ל דאזלינן בתר השתא. והארכתי שם בישובו. והנה כעת נראה להביא ראי' לדעת הרמ"ה מב"ק דקה ע"ג דקאמר ר"פ ל"ש הגזלה קיימת ל"ש אין הגזיל' קיימת א"צ לילך אחריו לשמא תייקר ל"ח וכו'. וכן הוא בש"ע חו"מ סי' שם ע"ש א"כ מוכח דל"ח לשמא נשתנה השער והשתא ק"ו הוא ומה להבא ל"ח שמא תייקר השער אף דבעלמא גרוע להבא מלשעבר דהרי קיי"ל לשמא מת ל"ח לשמא ימות חיישינן והיינו דלשעבר אזלינן בתר חזקה ולהבא ל"מ חזקה. א"כ הכא אף דלהבא ל"ח לשמא תייקר השער ול"ח לשמא ישתנה השער אף דל"ש לילך בתר חזקה מכש"כ דלמפרע אין לחוש לשמא נשתנה השער והיינו כדעת הרמ"ה וכפי מ"ש שם בחידושי לאהע"ז. ועוד נראה ליישב דין זה דהכא שאני כיון דיש רגלים לדבר שאין מדרך ב"א ליתן להונות א"ע ודרך כל אדם לדקדק תחלה אם שוה כך וכך או לא. לכך יש רגלים לדבר שלא נתן עצמו להונות רק שנשתנה השער ועי"כ חוזר בו אבל בלא רגלים לדבר ל"ח לשינוי השער כלל רק הכא מכח דיש אומדנא שלא נתן המתאנה להונות א"ע כנ"ל והוי דין זה אליבא דכ"ע. ודוק היטב. ולדינא עדיין צ"ע. וכעת ראיתי שזה הוי פלוגתא מפורשת בין רש"י ותוס' במס' ערכין ד' ח"י ד"ה שיתן כשעת נתינה עיי"ש לכך אין דין זה של המרדכי כאן ברור כיון דהרמ"ה והתוס' חולקין עליו ורש"י ס"ל כהמרדכי והוי ספקא דדינא. ועיין בחידושי לאהע"ז שהבאתי ראיה לדעת רש"י ונ"ב:

סעיף כ המחליף כלים בכלים וכו'. נ"ב יש להסתפק כלים בפירות מה דינו אם יש לו אונאה או לא. דמדיוקא דרישא דנקט המחליף כלים בכלים משמע הא כלים בפירות יש לו אונאה ומדיוקא דסיפא נראה להיפך מדנקט פירות בפירות משמע הא פירות בכלים אין לו אונאה לכך מהא ליכא למשמע מני'. ועפ"י הדין נראה דיש לו אונאה דל"ש לומר

הטעם דזה רוצה במחט יותר מבשריון רק כששניהם הם כלים אבל אם בחד צד ליכא כלי ל"ש לומר כן דאל"כ בכל מו"מ בקונה כלי דיש לו עליו אונאה נימא דהלוקח רוצה בהכלי יותר מבמעות ובע"כ כיון דכ' צד איכא מעות יש לו אונאה א"כ ה"נ כיון דבפירות שייך אונאה ול"ש לומר דזה רוצה בזה יותר מבזה. א"כ ה"נ המחליף כלים בפירות יש לו אונאה כמו במוכר בדמים. ומה"ט פסקתי במוכר לחברו חפץ ע"מ שיעשה לו מלאכה כך וכך דיש לו עליו אונאה ממ"נ דמצד חליפין ל"ש בזה כיון דמצד המלאכה לא הוי כלי ודומה לפירות ועדיף מני' ודומה לסחורה דשייך בזה אונאה כמ"ש הרדב"ז הובא באחרונים וא"כ ה"ה למוכר סחורה בחפץ או להיפך דיש לו אונאה ומצד שכירות פועל דאין לו אונאה נראה דבתר הענין אזלינן דאם עשה עיקר משכירות ובעד השכירות הבטיח לו חפץ אז אמרינן דאין לשכירות פועל אונאה אבל באם עשה עיקר במכירת החפץ רק בעד דמי המכירה הבטיח לעשות לו מלאכה יש לו עליו אונאה ודין מכירה יש לו וז"ב ונכון לדינא והבן כי קצרתי מאד:

סעי' כא ע"מ שאין לך עלי אונאה וכו'. נ"ב עיין בפרש"י דמכות ד"ג ע"ב ד"ה אין לו עליו אונאה דהמתנה עמ"ש בתורה תנאו קיים ואם אמר לו ע"מ שאין בו אונאה אין זה מתנה שימחול לו כו'. ודבריו צ"ע דסתרי אהדדי דתחלה משמע דמתנה עמשב"ת תנאו קיים ולא מטעם מחילה א"כ מה בכך שאין כוונתו שימחול לו. ואף דבסוף סיים דהוי מקח טעות אבל מ"מ מה טיבו של מחילה שבכתב כאן ואם כוונתו דגם מתנה עמשב"ת תנאו בטל רק דמהני מכח מחילה א"כ למה כתב מתחלה דהמתנה עמשב"ת תנאו קיים הרי אין זה מתנה עמ"ש בתורה כלל רק מתנה שימחול לו לכך דבריו צ"ע כעת. ואם כוונת רש"י נמי דלכך תנאי קיים מכח מחילה הו"ל עכ"פ לומר דמתנה עמשב"ת בממון תנאו קיים. ומדכתב סתם מתנה עמש"ב תנאו קיים משמע אף שלא בממון ובכל ענין תנאו קיים ולכך דבריו צ"ע דסתרי אהדדי:

סעיף כז הנושא ונותן באמונה וכו' נ"ב הנה בס' נה"מ בסי' זה חידש דין מדעתו דהיכא דכבר ידע המוכר שנתאנה יש לו אונאה מכח דעבר על לא תונו עיי"ש. ולפענ"ד לא נהיר ולא צהיר דין זה. דהא בפחות משתוה אפי' בכ"ש עבר על לא תונו ואעפי"כ אין לו אונאה. ובע"כ לאו בלא תונו תליא מילתא. ואף דהתם הטעם דעד שתות מחיל הנה גם באמונה הוי כן. ול"ש בזה לומר דלא ידע דמחיל דבשלמא דאם קונה בשיווי דדעתו על שיווי החפץ ואז הוי נתינת המעות דרך דמי המקח שנותן לו בעד שיוי החפץ בזה הוי דלא ידע ומחיל אבל בנושא ונותן באמונה דאין דעתו על שיוי החפץ כמ"ש הפוסקים וכן הנה"מ עצמו וא"כ לא הוי הממון דמי המקח רק הוי כנותן לו במתנה רק ע"מ שיתן

לו הדבר הזה החפץ במתנה. וא"כ כיון דהוי כנותן הדמים במתנה הרי ידע ומחיל. ונהי דמום מבטל המקח גם בזה היינו באם יש בו מום אין שמו עליו והוי כחפץ אחר. והוי כהתנה ליתן לו חטין ונתן לו שעורים אבל אם הוי זה עצמו בלי מום רק טעות בדמי' כיון דלא הוי דעתו על שיוי הדמים הוי כידע ומחיל דהרי נותן לו זה במתנה והוא יתן לו ד"א ותדע עוד דאם הוי החזרת אונאה מכח דעבר על ל"ת גם בשוגג עבר על ל"ת דאדם מועד לעולם ובע"כ לא מכח דל"ת מחזיר אונאה וז"ב לפענ"ד. דלא כהנתיבות בזה והמע"ה לחדש דין כזה ודו"ק: סכ"ט אלו דברים שאין להם אונאה וכו'. נ"ב עיין בתוס' פרק הכותב ד"ה המוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מונח דאף במוכר שט"ח על הנייר בעלמא נמי אין לו אונאה וצ"ע למה לא העתיקו הפוסקים דין זה וצ"ע: שם בהג"ה וי"א דוקא עד פלגא וכו'. נ"ב עיין בחיבורי לתורה פ' חיי שרה שנת תר"ז שם הבאתי ראי' מן המדרש דפלגא הוי אונאה. גם העלתי שם דאף דכתב הסמ"ע דהוי ביטול מקח היינו רק ישראל מישראל אבל בישראל הקונה מן הנכרי דכסף אינו קונה רק מעט פועל הכסף דהנכרי נסתלק ואח"כ קונה הישראל בחזקה בזה אם הוי אונאה פלגא אז חייב הנכרי להחזיר לישראל כמ"ש הש"ך לעיל דבנכרי שאינה לישראל חייב להחזיר אונאה וביטול מקח אין כאן כיון דנסתלק הנכרי ונעשה הפקר זכה מן ההפקר והקנין קיים ומחזיר אונאה עיי"ש מ"ש פלפול נכון בעזה"י:

סימן רכח

סעיף י"ח. וכן יכול למכור בזול יותר מהשער. נ"ב הנה נשאלתי באחד שדר בכפר אם מותר למכור יי"ש בזול לאנשי העיר אחרת או לא. והשבתי בפשיטות דאין שום איסור בדבר דבשלו הוא עושה. וק"ו הוא דמה שבעיר שדר שם מותר למכור בזול ממה שמוכרים אחרים מכ"ש במקום אחר שמותר לעשות כן אך הוגד לי שבשו"ת פנים מאירות ח"א כותב לאיסור ובשו"ת גור ארי' יהודא חלק חו"מ סי' כ"ב מביאו וחולק עליו. והנה עיינתי שם. ושם הי' המעשה דב' הכפרים הי' בתחום אחד במקום שמותר לילך בשבת ולכך בזה דינם כעיר אחת. ואף ע"ז חולק הגור ארי' יהודא הנ"ל אבל בכפר שאינו בתוך התחום גם הפמ"א מודה שמותר. גם דברי הפמ"א תמוהין שמחלק בין תבואה לייי"ש ומכח דבתבואה הוי מעלה דזילי תרעא כמש"א בש"ס. והוא תמוה דהרי בש"ע וטור כתבו סתמא דמותר למכור בזול ולא חלקו בין תבואה לשאר דבר ומוכח דאין חילוק ומה דקאמר שם הש"ס מ"ט דרבנן נעלם ממנו פרש"י במקומו דהשאלה הוי רק למה מברכין אותו רבנן ע"ז מתרץ דזילי תרעא אבל גוף הדין אין חילוק בין זולי

תרעא או לא. והגור ארי' אף שהרגיש קצת בזה מ"מ הבי' ממרחק לחמו מדברי הנ"י ולא ראה שהוא רש"י במקומו ולכך הש"ע דנקט סתם שמותר ואינו מכרכו אינו מחלק בשום דבר ולא כתב הטעם דזילי תרעא וגם מה שדוחה הפנים מאירות ב' כפרים בתוך התחום אחד כאלו דרים יחד. מנ"ל זה לומר דתוך התחום הוי כעיר אחת לענין זה. ואין לומר דמעשה שהי' כך הי' ובאמת אף באינו בעיר אחת אוסר. דא"כ מה ראי' הוי מן הש"ס דלו יהא כפי הבנתו דכוונת מ"ט דרבנן הוי על גוף ההיתר מ"מ זה הוי רק בעיר אחת אבל כל שאין מקום אחד דא"ש בלא"ה וגם הת"ק מודה בזה ומה ראי' הו"ל ובע"כ דס"ל דתוך תחום אחד הוי כעיר אחת לענין זה ומנ"ל כן לכך דבריו תמוהין בזה. ולדינא ודאי דמותר אפי' בעיר אחת כדמוכח להדיא מלשון הש"ע ומפרש"י הנ"ל וזה ברור לפענ"ד:

סימן רלב

סעיף א' כיצד מכר לו מאה מאה אגוזים בדינר ונמצא ק"א או צ"ט נקנה המקח ומחזיר הטעות אפילו אחר כמה שנים נ"ב נראה דהיינו דוקא אם לא מכר לו על נאמנות רק סתם בזה א"י הלוקח לחזור בו רק מוכרח למלאות לו החסרון אבל אם מכר לו על נאמנות שכך וכך נתן בעד שק זה נהי שאמר לו שיש מאה ונמצא אח"כ שלא היה בו מ"מ יכול המוכר לומר לו יהא דהוי בו פחות סוף סוף אני נתתי בעדו כך וכך וצריך אתה ליתן לי כפי שנתתי עם הריוח שהבטחת לי. והן אמת דלכוף את הלוקח לקבל המקח אינו ביד המוכר דהרי סוף סוף יאמר הלוקח אני סברתי שיש כאן מאה אבל בפחות מזה המה ביוקר לפני מיהו היינו רק דהמוכר א"י לכוף את הלוקח ליקח כך מ"מ גם הלוקח א"י לכוף את המוכר למלאות לו רק יכול לומר כך וכך נתתי בעדו והרי מכרתי לך על נאמנות א"כ כיון דהוי על נאמנות או קחנו כך או החזיר לי מקחי וצריך הלוקח להחזיר לו אם רוצה למלאות החסרון ואם יש בו ריוח שייך גם הריוח למוכר אם מחזיר לו המקח כן נראה לי נכון לדינא וברור בסברא:

סעי' ג אבל אם נשתמש בו וכו'. נ"ב ע' בסמ"ע מ"ש בשם הה"מ בדבר שיכול לנסותו לאלתר ולטעמו וכו'. נלפענ"ד דהיינו דוקא דבר שהזיוף בו שכיח. כגון ביין דשכיח שיהי' נעשה חומץ או כדומה לזה דשכיח הי' המום לכך בזה הו"ל לאסיק אדעתא ולטעמו ולנסותו אבל דבר שאין מצוי בו הזיוף והטעות לא הו"ל לאסוקי אדעתא כלל שיש בו זיוף לנסותו כל כה"ג הוי מקח טעות כ"ז שנודע לו מן הטעות וז"ב ונכון בסברא. ומדי דברי בזה אזכיר מה שיש לעיין בסי' זה בדברי הש"ך א' מ"ש בס"ק רג גבי נשבע שאינו יודע ונפטר דכאן הוי כטענת ברי. הנה זה סותר דבריו למ"ש בסי' רנ"ה ס"ק יג שהניח

סברא זו בצ"ע וכאן כתוב בפשיטות. גם מ"ש בס"ק טו בשם תשו' מוהרשד"ם דהוי א"י אם פרעתיך וע' בט"ז סי' ע"ה שכתב להיפוך. וקשה לי שהרי מדברי הרמ"א כאן בסעי' יח מ"ש שנשבע שאינו יודע שהיו בו בדיל מפורש כדעת הטו"ז שהרי כאן ודאי קבל ממנו המעות כך וכך וספק לו אם מסר לו המקח בדיל או לא מסר לו והוי נמי א"י אם פרעתיך ול"מ אם קבל ממנו המוכר מעות ואח"כ נתן לו המקח ודאי דהוי כא"י אם פרעתיך לדעת המוהרשד"ם אף גם אם קבל הלוקח המקח ואח"כ נתן המעות מ"מ הוי כספק פרעון קודם הלואה ונמי חייב לדעת הש"ך בסי' ע"ה וכך צ"ע על הש"ך האיך פסק בפשיטות היפך מזה. ועל הטו"ז קשה שלא הביא ראיה מכאן רק דעל הטו"ז ל"ק דלא הי' יכול להביא ראיה מכאן די"ל דכאן מיירי שנתן המקח תחלה ואח"כ קבל המעות ונ"ל דלא כהש"ך רק בספק פרעון קודם ההלואה פטור ואין ראיה מזה. אך להש"ך דפוסק לעיל דספק פרעון קודם ההלואה נמי חייב קשה האיך פסק כאן להיפך. ואפשר דמחלק בין בא לידו בתורת חיוב שנתחייב א"ע ובין בא לידו שלא בתורת חיוב רק בתורת פרעון אף דהוי ספק אם יצא י"ח נגד שכנגדו מ"מ כל שלא קבלם בתורת חיוב לא הוי א"י אם פרעתיך וזה דוחק וצ"ע. ולהלכה עיקר כמשמעות הטו"ז וכמשמעות הרמ"א כאן וכן הסכימו האו"ת והנתיבות המשפט ודוק. והנה מצאתי ראיה לדברי הסמ"ע שהביא בשם הה"מ דין הנ"ל מהגמ' פ"ב דבכורות די"ג ע"ב דקאמר שם לא מקח טעות כיון דקא יהיב זוזי אי בעי ליה לעיוני הדר ממשך וכו'. א"כ מוכח שם כסברא זו דאם היה יכול לנסותו לא הוי מקח טעות כדעת הה"מ הנ"ל. וגם משם יהיה מוכח דדוקא בנתן מעות אמרי' בו אבל ברישא בלא נתן מעות אף דמשך הוי מקח טעות אף שהיה יכול לעיין א"כ יהי' דינו של הה"מ ג"כ רק בנתן מעות ולא בלא נתן מעות אך בהיות כן יהי' מוכח מן הש"ס לדינא להיפך דהרי רבא אמר שהרישא וסיפא הוי מקח טעות א"כ לא ס"ל דאיבעי ליה לעיוני והרי אביי ורבא קיי"ל כרבא ומוכח להיפוך מדברי הה"מ. ואפשר דוקא התם לא הו"ל לעיוני דלא אסיק אדעתיה שהנכרי ימכור ע"ז שלו. אבל בעלמא היכי דהו"ל לאסוקי אדעתי' אולי הוי בו מודה רבא לאביי ולמעט בפלוגתא עדיף מיהו עכ"פ יהיה מדברי אביי מוכח דהרי הוא ס"ל דגם בזה איבעי ליה לעיוני ומ"מ בלא נתן מעות אף דמשך לא אמרינן איבעי ליה לעניוני ה"ה בנדון הה"מ כן וזה חידוש דין לפענ"ד. והנה על דברי הה"מ שהביא הסמ"ע דבדבר שיכול להבחינו ומכרו סתם א"י לחזור בו. ראיתי בס' נה"מ להגאון מליסא זצ"ל שכתב דזה דוקא כשנשתמש בו אחר שהיה יכול להבחינו עיי"ש. והנה אף לפי דבריו נראה דלא בעינן נשתמש בזה הדבר גופו שהמום בו רק כל שקנה מקח אחד ביחד סחורה וכדומה ומכר מהם מקצת ואח"כ

טוען בהמותר דהוי בו מום. והיה יכול להבחינו לאלתר דמחל כיון דקנהו ביחד תיכף היה לו להבחין אולי מקצתם לא טובים. וכיון דלא הבחין כולם ונשתמש במקח הזה מחל. דהרי עיקר ראיות שלו הוי מדברי המשל"מ בפט"ו מה' מכירה ומדברי התוס' וא"כ אין לנו רק אם לא נשתמש במקח הזה כלל. אבל אם נשתמש במקח הזה י"ל כיון דהי' יכול להבחין כל המקח ולא הבחין מחל והבו דלא לוסיף עלה הוא ובעיקר דברי הנה"מ נמי אינו נרא' לי דמלשון הסמ"ע שציין על מ"ש המחבר אם נשתמש בו שכתב וה"ה וכו'. מוכח דל"ב בזה נשתמש ומה שהקשה המשל"מ בפט"ו מה' מכירה דהרי אפי' נראה המום בעינן נשתמש בו זה לק"מ דבראה המום ונשתמש מיירי אפי' אם לא היה יכול להודיע להמוכר שהמוכר אינו בכאן ולא היה אפשר להחזירו מ"מ אם נשתמש בו מחל. אבל אם לא נשתמש בו לא מחל ומה שלא הודיעו כיון דלא הי' המוכר שם אבל הה"מ והסמ"ע מיירי בהי' המוכר עמו והי' יכול להודיעו אז אף אם לא ראהו ורק דהיה יכול המוכר להבחינו מחל. או י"ל דהרמב"ם מיירי אף שלא נתן מעות עדיין בזה אין ראיה במה ששתק דסמך דלא נתן המעות בזה בעינן נשתמש ג"כ אבל הה"מ והסמ"ע מיירי בנתן המעות אז אף שהיה רק יכול להבחינו מחל ומ"ש ראיה מדברי התוס' בב"ב גבי יין במחכת"ה לא דק דהרי הסמ"ע כתב רק באם המוכר מכר לו סתם. אבל אם פירש לו שהוא טוב מודה דלא הוי מחילה אף שהיה יכול לנסותו. וא"כ התוס' מיירי במכר לו יין וסתם יין הוי שיהי' טוב ולא שיהי' חומץ סתם לשון יין שיהיו יין ולא טעמו או ריחו חומץ בזה אין קפידא מה שהיה יכול להבחינו לכך לדעתי אחר כבוד תורתו של הגאון בעל נה"מ יטול מה שחידש ואין לנו אלא דברי הנה"מ והסמ"ע כפשוטו כנלפענ"ד נכון בעזה"י:

סעיף כג נ"ב הנה זה כלל בידינו דאין הולכין בממון אחר הרוב. ומה שהקשו בתוס' בר"פ המניח למה בדיינים אזלי' בתר רובא. ומ"ש לתרץ זה עי' בחיבורי למס' ע"ז ד"מ בהשמטות מ"ש בתשובה על דבריהם. וביאר כוונתם גם מה נחשב רובא דאיתא קמן. ומה נחשב ליתא קמן וביאור דברי התוס' יבמות דף ס"ז ע"ב ודקי"ט ע"א ד"ה כגון הכל כתבנו שם עיי"ש. והנה בדבר הזה אי הוי דאורייתא או דרבנן הנה הראש יוסף בחולין כתב דהוי רק דרבנן אבל לדעתי ז"א ומוכח מדברי התוס' דהוי מה"ת ממה שהקשו בר"פ המניח וכן בסנהד' דלמה אזלי' בתר רובא בדיינים והרי אין הולכין במאה"ר וממ"נ למאן הקשו אם על דין תורה גם בממון הולכין אחר הרוב. ואם על דרבנן מה הקשו הרי י"ל דכדי שלא תנעול דלת בפני לוין העמידו בזה על ד"ת והרי למ"ד מה"ת בעינן ג' מומחין מ"מ מדרבנן די בג' הדיוטות מכח שלא תנעל דלת. א"כ אם הקילו אצל תורה מכח

שלא תנעל דלת מכש"כ דאין ראוי להחמיר אשל תורה ואוקמי' אדאורייתא האיך אמרה התורה אחרי רבים להטות. ועוד ראיה ממה שהקשו בפ"ק דב"מ ד"ה מהו קדמית אסורא לממונא שהקשו דאדרבה הרי ממון חמור דאין הולכין במאה"ר ומה הקשו משמע לפי תירוצם בתרא שם שחדשו מחשש שני יב"ש הוי רק מדרבנן ומשמע דלהס"ד שם הוי ס"ל דהוי חשש זה מה"ת. וא"כ מה הקשו הרי שפיר פריך הש"ס דלחשש דאורייתא מאי ראיה מממון דבשל תורה ממונא קיל. ומה"ת אזלינן ב"ר בממונא. ובע"כ דס"ל דאין הולכין במאה"ר הוי מה"ת וא"כ חזינן דממון חמור. וזה ראיה ברורה דהוי מה"ת ודוק: והנה שמעתי מקשין העולם דא"כ למה חייבה התורה באונס ומפותה הקנס לאבי הנערה הרי בזה נשאר קושית הש"ס דילמא לאו אבי' הוא. ואי משום דאזלינן ב"ר הרי אין הולכין במאה"ר והשבתי דנלפענ"ד דבקנה הולכין אחר הרוב דהטעם דאין הולכין במאה"ר הוי מכח חזקת ממון המסייע למוחזק וחזקת ממון אלים. וא"כ זה א"ש בכל החובות דכבר נשתעבדו נכסיו ואם הוי האמת כדברי הטוען כבר היו נכסיו משועבדים לו. וא"כ הוי זה סותר חזקת ממון דמה שביד האדם בחזקה שהוא שלו לכך אין הולכין בממון אחר הרוב. אבל בקנס דאינו מתחיל חיובו רק משעת העמדה בדין ואילך. וא"כ אף אם נתחייב מכבר עדיין לא זכה זה שכנגדו בשעבוד נכסיו וא"כ אינו סותר חזקת ממון והוי בספק רק על להבא אם נשתעבדו לו נכסיו ועל להבא ל"ש חזקה כמו דלשמא ימות חיישי' כן ה"נ בזה ולכך בקנס אזלינן ב"ר. והנה כעת נראה לי ראיה לזה מן הש"ס דב"ק דק"י ע"ב דפריך שם והא הכא דא"א לכזית בשר בלי שחיטה וקתני משלם תשלומי כפל. תשלומי כפל אין תשלומי דו"ה לא. ומשני כגון שאכלה נבלה וכו'. וקשה לי ל"ל לתרץ דמיירי ברשיעי הו"ל דאכלו כשרה רק דמיירי דשחטו מי שלא ידענו בו אם יודע ה"ש או שאינו מוחזק שלא יתעלף. וא"כ עיקר ההיתר מכח רוב מציין אצל שחיטה מומחין הם ומוחזקין הם. והרי אין הולכין במאה"ר לכך פטור מדו"ה דדילמא נבלה הוא ולמה לא משני כן. ובע"כ מוכח דבקנס הולכין אחר הרוב ודוק. והנה הש"ס הוי ליה לתרץ שם בפשיטות בספק נבלה דהמע"ה רק י"ל באמת כן כוונתו דמה נתנבלה ספק נבלה כדאמרי' כן בעלמא וק"ל: שם סכ"ג בהג"ה כל היכי דהוי מקח טעות וכו'. דהוי כבע"ח נ"ב עיין בחיבורי לאהע"ז סי' כ"ח מהדורא וא"ו סי' כ"ח בה' קדושין מה שתמהתי על הרב דכאן מה שלא ביאר החילוק בין מעות לחפץ דאם נתן לו חפץ בעד המקח הוי רק כפקדון ואינו כב"ח רק כשומר יעו"ש שהנחתי הדבר בצ"ע:

סימן רלג

ס"א ואם מכר לו יפות ונמצאו רעות וכו'. נ"ב עיין מ"ש בזה בחיבורי לתורה. שנת תר"ח דהיינו דוקא בשאר קנינים ולא לקח דמים או שנתן לו חליפין ולא מעות אבל אם לקח מעות ממש א"י לחזור בו והוא חידוש דין. ושם כתבתי טעמא דהא מילתא עוד כתבנו שם דאם לוי מכר לאחד איזה דבר וכבר שהלוקח הוא שמעון ואח"כ נודע לו שהוא ראובן א"י לחזור בו ולא הוי מקח טעות עיי"ש שהוכחתי כן מסי' קפ"ג ודוק:

שם בס"א המוכר לחברו וכו'. נ"ב הנה לכאורה נקל ללמוד מן הש"ס דפסחים דף מ"ח ע"א דין חדש דאמרינן שם הא בחסיסתא הא במעליותא אר"פ ש"מ גריען חיטי חסיסתא מחיטי מעליותא טפי מדגריען שערי וכו'. ופרש"י שם דנ"מ לענין מקח וממכר. ולכאורה נראה כוונתו שנדע אם מכר לו חטים יפות לקמח אם נותן לו אח"כ רעות צריך ליתן לו שליש יותר. ובשעורים צריך ליתן לו רביע יותר אם כן היה מוכח מזה דמה שכתבו הפוסקים ביפות ונמצא רעות בטל המקח היינו אם אין מוסיף לו יותר אבל אם רוצה להוסיף לו יותר מחויב הלוקח ליקח ממנו בע"כ אך באמת אין מזה ראיה די"ל דהתם מיירי שלא אמר לו חיטין אלו וכדומה רק שמוכר לו חטים יפות סתם אז יכול ליתן רעות טפי לפי השיעו' אבל אם מכר לו חטים אלו והראה לו שאותו מוכר לו ואמר לי שהם יפות ונמצא רעות כיון דאלו מכר לו יכול לו' שאינו רוצה באחרים אף שיתן לו טפי פורתא ואף אי מכר לו סתם יש לפקפק וי"ל אם מכר לו חטים יפות בשום ענין אין יכול לית' לו רעות אף אם יוסיף לו כמה וכמה וכוונת הש"ס כגון שמכר לו סתם חטים בזהב כפי השער שהי' אז דרך משל ביפיו קם לזהב אז. אם רוצה ליתן לו חטין רעות צריך ליתן לו שליש יותר ובשעורים רבע יותר או הכוונה שהתנה עמו שיתן לו חטים שיעשו כך וכך קמח אז צריך ליתן לו יפות כך ושליש רעות יותר ובשעורים רבע יותר ותמוה על הפוסקים הראשונים והאחרונים שלא הביאו דין זה כלל ודוק:

סימן רלה

סעיף ז' קטן שקנה קרקע ונתן דמים וכו'. נ"ב הנה מה דנקט ונתן דמים וגם בדין אם מהני בפני המוכר לבד או שיאמר לו המוכר לך חזק וקני עיין בתשובתי לק' בארשטשוב מהדורא ה' מ"ש בזה כמה חלוקים בעזה"י ובדין פלוגתת הפוסקים אם הוי לקטן זכי' מה"ת או דרבנן עיין בחיבורי ליו"ד מהדורא וא"ו סי' רע"ח בתשובתי לק' זאלישטשיק שם פלפלתי בזה והכרעתי דהיכי דהוי דעת אחרת מקנה לכ"ע הוי מה"ת עיי"ש שבארתי שלא יהי' שום סתירה לדברינו משום מקום בעזה"י:

סימן רלז

סעיף א' המחזיר אחר דבר וכו'. נ"ב הנה ע"ד המשפט שבין מו"ה אברהם פסאלר מק' קריבטף בקרייז זאלישטשיק ובין הרבני מוה' ליבוש גאטיסמאן מק' בארשטשוב שר' ליבוש שכר הכפרים שישב בהם מוה' אברהם וטען שר"א נתן לו רשות לשוכרם ור"א כופר ובאו לדין לפני הרב מסקאלי ופסקו שבועה לר"א ובנו שלא שלחו אותו לשכור וקבעו זמן לר"א לישבע ולא נשבע בזמנו. ונשאלתי אם איבד ר"א זכותו. והנה זה פשוט שלא איבד זכותו בכך וזה א"צ לפנים. אך גוף הדין הוא משפט מעוקל מתרי טעמי חדא כיון דר' ליבוש שכרו מן האדון אם כן הוי הוא במקום האדון ובאו מכחו וקרקע בחזקת בעלי' עומדת והוי הוא המוחזק והוי השבועה על ר' ליבוש השוכר לא על מחזיקי הכפרים עד הנה וכדין מצרן דהלוקח הוי מוחזק ולו שייך השבועה. והשנית היא כיון דבאמת דין מצרנות ל"ש בזה כיון דהוי מיד נכרי וא"כ אינו רק מכח השגת גבול וזה אין בו תביעת ממון רק איסור וחרם שגבלו הראשונים ובדבר שאין בו רק איסור שבועה אם כופר פטור משבועה כמ"ש בסי' פ"ז וגם כיון דשכר עוד דברים אחרים מן הארון ביחד ל"ש דין מצרנות ואף אם שכר רק ב' הכפרים כיון דעד היה אחד של ר"א ואחד של בנו א"כ נגד כ"א יש לו טענה ששכר דבר אחר עמו ול"ש דין מצרנות בזה ולכך אין בזה שייכות שבועה והדין עם ר' ליבוש ע"כ ציינתי לעצמי אבל לא שלחתי הפסק לשם כי רבו היום המתפרצים בעוה"ר וכו'. ודו"ק:

סימן רמא

סעיף א'. הנותן מתנה לחבירו נ"ב הוה בדין הנותן מתנה לחברו ונתן לו גוף הדבר אם יכול לחזור בו תכ"ד. דעת הטו"ז שא"י לחזור בו ותמהו עליו כולם. עיין בתשובתי לאהע"ז לק' זאלקווא מהדורא חית סי' פ"ה מ"ש ליישב דברי הטו"ז על נכון בעזה"י:

סעי' ג המוחל וכו'. נ"ב נשאלתי מאחד הרי הוי מחילה בדשלב"ל. ובאמת לק"מ דהרי מפורש לעיל בסי' ר"ט דאם תפס מהני בדשלב"ל והוא ש"ס מפורש וא"כ ה"נ כיון דלא חזר בו עד שכבר נטלה הרי הוא תפוס בו. לכך מהני המחילה ולכך מה"ט בקרקע ל"מ כיון דקרקע ל"ש תפיס' שוב הוי מחילה בדבר שלב"ל וזה פשוט ואמת:

סעי' ו' בהג"ה לא קצב לו זמן להחזיר יכול המקבל להחזיר לו כשירצה וכו'. נ"ב מה שקשה ע"ז מסי' מ"ב גם התנה לפרוע בפסח עמ"ש בזה בתשובה לק' ראהטין במהדורא ג' סי' רמ"ג עיי"ש היוצא מזה לדינא. וע' בב"ש אהע"ז ה' גיטין סי' קמ"ג סק"ו עיי"ש. והנה ע' בסמ"ע כאן ס"ק ט"ז מ"ש כלומר אחר החג. ועיין בתשובתי מהדורא ג' סי' ש"ל

מ"ש בכוונת דברי הסמ"ע והיוצא משם לדינא אימתי בעי תביעה ואימתי ל"ב תביעה עיי"ש גם מה דשייך לסעיף זה בהג"ה כמה חילוקי דינים עיי"ש גם אימתי מהני נתינת בניו מבואר ג"כ שמה:

סעיף ז לפיכך הנותן וכו'. נ"ב עיין סמ"ע בהג"ה בשם הרשב"א ועיין בב"ש אהע"ז סי' קי"ד בשם הטו"ז בנתן ת"כ ליתן מתנה ומת בתוך הזמן. ועיין ביו"ד סי' רכ"ח סעי' כ' בהג"ה ושם מוכח דאם מת צריך ליתן לבניו. גם מוכח שם דאפי' אם הבטיח שלא יעשה סחורה בלתי רשותו נמי מורישׁ לבניו. וע' בחו"מ סי' רע"ו דאין אדם מורישׁ לבניו דבר שאין בו ממש או טובת הנאה מוכח דאינו מורישׁ זה לבניו ועיין בחו"מ סי' קמ"ט סל"א בהג"ה ראובן ושמעון שירשו מאביהן שאין לשום אדם כח לבנות בהכ"נ בלי רשות וכו'. מוכח שם דיורשי' יורשים זכות זה וצ"ע. ואפשר דהתם מיירי דנתנו בפירוש גם ליורשין ועדיין צ"ע בכל זה כי הדברים נראים כסותרים אהדדי עיי"ש ודו"ק:

סימן רמב

סעיף ג' כל מתנה בין של בריח וכו'. נ"ב לכאורה היה נראה דאם לא אמר להם כתבוהו בשוקא אסור להעדים לכתוב שטר מתנה כלל. כדקיי"ל בסי' ר"ה דאסור להם לכתוב המודעה אם אין מכירין האונס מכח דחיישי' לב"ד טועין. כן ה"נ יש לחוש לב"ד טועין שלא ידעו הדין שצריך לכתוב בו כתבוהו בשוקא אך אי נימא כן תקשה למה אם לא נכתב בו המתנה בעלה. ולמה לא אמרינן חזקה על העדים שעשו כהוגן. ומסתמא לא היו כותבין אם לא היה אמר להם כתבוהו בשוקא כיון דאסור להם לכתוב בלא זה. ולפי מ"ש בסי' ל"ט שמה שפסק המחבר בסי' ר"ה דאם לא נכתב הכרנו באונסו לא הוי מודעא הוי רק מנח ספקא דדינא עיי"ש. א"כ לפי זה ה"ה בספק זה אם לא נכתב בפירוש כתבוהו אם מהני אף כאן היה פלוגתא זו: ונ"מ דהיה מועיל כתבוהו כיון דהוי ספקא דדינא. אך ז"א דהרי בסעיף ה' מביא הרמ"ה בהג"ה דעת רבינו יונה דלכתחלה טוב לפרש להדיא אף האידנא ומכש"כ לדינא דש"ס ואם איתא הרי לרבינו יונה אף לדינא דש"ס א"צ לכתוב כמ"ש לעיל גבי והכרנו באונסו. לכך היה צריך לומר דהכא שאני. וזה דומה למה דקיי"ל סי' רנ"ה דכותבין אעפ"י שאין מכירין ול"ח לב"ד טועין עיי"ש. מיהו כד דייקינן בלא"ה א"ש. דכאן לא שייך החשש דב"ד טועין דזה ל"ש רק היכי דנמשך מזה היזק לחברו לא להמבקש לכתוב. אבל הכא הרי הנותן המבקש מהם לכותבו ומתכוין להברחה בעלמא ואם יטעו הב"ד יהיה ההפסד לו ואם הוא מצוה להם

לכתוב ואינו חושש על הפסדו למה לנו לחוש יותר ממנו בעצמו וא"ש וזה פשוט ונכון ודו"ק היטב:

סימן רמג

סעיף יו"ד אפילו אם קנו מידו וכו'. נ"ב עיין בסמ"ע שכתב בשם הטור דאפילו קנו מידו לכתוב שטר מכר נמי קנין דברים הוא שכבר נשתעבדו לו נכסיו משעת מכירה וכו'. ולפי"ז היה נראה דין חדש. באם מתחלה מיחה אחר המכירה שלא לכתוב שטר ואח"כ קנו מידו לכתוב לו שטר שפיר חל הקנין דכאן לא שייך לומר דכבר חל השיעבוד משעת מכירה לפימ"ש הרמ"א לעיל בסעיף חי"ת דאם מוחה בשטר אינו טורף ממשעבדי. וכתב בסמ"ע הטעם אף דשאר מוכר שדהו בעדים גובה ממשועבדים כאן כיון שמוחה אינו גובה א"כ ה"נ בשלמא בתחלה כ"ז שלא מיחה ל"מ בקנו מידו על השטר היינו כיון דלא חזר בו עדיין אם כן בלא"ה היה טורף ממשעבדי לכך היה קנין על השטר קנין דברים אבל אם כבר מיחה אז לא יטרוף ממשעבדי בלי השטר א"כ שוב הוי קנין על השטר קנין ממש ולא דברים ולכך א"י לחזור בו עוד. כן היה נראה לכאורה אך באמת צ"ע דא"כ בשטרי הלוואה דקיי"ל דמע"פ אין טורף ממשעבדי רק בשטר א"כ ראוי שיועיל הקנין על השטר שלא יהיה יכול לחזור בו. ובאמת אי' לעיל בסי' ל"ט ס"ה הביא המחבר דעה ראשונה שאף בקנו מידו אם מוחה אין כותבין והוא דעת הרא"ש והטור וא"כ קשה שדברי הטור סתרי אהדדי דהכא נותן טעם שבלא"ה כבר נשתעבדו נכסיו משעת מכירה משמע שבלא נשתעבדו א"י לחזור בו והתם ס"ל שאף בשטר הלואה אינו יכול לחזור בו. וכן קשה על המחבר ששם הביא שני דיעות אם יכול לחזור בו והכא פוסק בפשיטות דיכול לחזור בו. וצ"ל דהמחבר ס"ל עיקר כדע' ראשונה ולא הביא שם דעת הי"א רק לחלוק כבוד כדרכו בכמה מקומות. ולייישב דעת הטור נראה דאין הדבר תלוי באם גובה ממשעבדי או לא. רק העיקר תלוי בגוף השיעבוד שהטור ס"ל כדעת אביו הרא"ש ויהיה מוכח דהרא"ש סובר שיעבודא דאורייתא ולכך אף במע"פ כיון דבאמת נשתעבדו נכסיו מה"ת אפילו במע"פ רק שמדרבנן אינו גובה מהלקוחות מפני תיקון עולם. אבל כיון דעכ"פ גוף הנכסים נשתעבדו שוב ליכא כאן הקנאת ממון ממש. דעכ"פ גוף הנכסים נשתעבדו ולכך ה"נ במכר כיון שעכ"פ גוף הנכסים נשתעבדו לא הוי קנין ממון. ולפי"ז אף אם כבר מיחה בו נהי שאינו טורף ממשעבדי מ"מ גוף הנכסים נשתעבדו. ולכך הוי קנין דברים. וזה נראה טעם הרשב"א דס"ל בסימן ל"ט דא"י לחזור בו דהוא יסבור שיעבודא ל"ד וכיון שלא הוי שיעבוד נכסים בע"פ לכך הוי הקנאת ממון ממש. ולכך

ס"ל דא"י לחזור בו ותלוי הך פלוגתא אי ש"ד או לא כן נלפע"ד נכון. ולפי"ז בכל ענין יכול לחזור בו לפי הכרעת המחבר כהרא"ש:

סעיף ט"ו קטן שנותנים לו. נ"ב הנה בדין אם יש לקטן זכי' מה"ת עיין בחידושי לסוכה דמ"ו ע"ב שם הוכחתי דהוי מה"ת. ומדברי התו' שם למדתי כן עיי"ש:

שם בהג"ה ודוקא כשיש דעת אחרת מקנה לו. אבל במציאה לא נ"ב עיין בש"ך מה שהאריך לחלוק ע"ז וס"ל דמה דאמרינן מציאות קטן הוי רק מפני דרכי שלום. היינו בפחות משיעור צרור וזרקו אבל כשיעור צרור וזרקו יש לו זכי' ואף דליכא דעת אחרת מקנה. עיי"ש. והנה כבר הארכתי בזה בחידושי בכמה דוכתא אך כעת מצאתי און לדברי הרמ"א בפרש"י פ"ז דב"מ דצ"ב בסוגיא דפועל משלו הוא אוכל או משל שמים הוא אוכל. והנה בד"ה לדידי' זכי ליה רחמנא פרש"י דכ"ז דלא מטו לידים לא זכה לי' דליתבה לאשתו ובניו מבואר להדיא הא אם כבר הגיע לידו אף למ"ד משל שמים הוא אוכל יכול לתנו לאשתו ובניו וכן הובא בטור דעה זו ואלו בדף ההוא ע"ב בד"ה אי אמרת משל שמים הוא אוכל משורו אינו קוצץ ע"י עבדיו הקטנים דאין לפועל קטן זכות אלא כשנותן לתוך פיו. וכן פירש אח"כ בד"ה משל שמים הוא אוכל הלכך לית להו למרייהו זכי' באכילתן דאף שלהם אינו עד שיתנו לתוך פיהם עכ"ל. והנה לכאורה דבריו סתרי דתחלה פירש דאם כבר הגיע לידו יש לו זכות והוי שלו. וכאן פירש דאפי' בהגיע לידי אינו שלו עד שיתנה לפיהם. ובע"כ דהתם בגדול מיירי דיש לו זכי' אבל כאן בקטן מיירי דאין לו זכי' רק כשיש דעת אחרת מקנה. ולכך בשלמא אם משלו הוא אוכל והוי בשכרו ויש כאן דעת אחרת מקנה לכך הוו שלו ויכול להתנות עליו. אבל אם משל שמים הוא אוכל הוי כמציאה והפקר. א"כ אינו שלו כלל כיון דאין לקטן זכי' והוכרח רש"י לפרש כן לפי שיטתו דס"ל גבי פועל בעלמא אף אם משל שמים הוא אוכל מ"מ בהגיע לידו נעשה שלו א"כ אכתי היה ראוי שיהיה יכול להתנות בקטנים כיון דבהגיע לידו יהי' שלו הוי ראוי שיוכל להתנות עליהם כמו למ"ד משלו הוא אוכל. ולכך הוכרח רש"י לפרש דפועל קטן שאני כיון דאין לקטן זכי' אף בהגיע לידו לא הוי שלו עד שיתן לפיו ולכך אין יכול להתנות וא"כ מזה מוכח דס"ל לרש"י דכל קטן אין לו זכי' בליכא דעת אחרת מקנה דאם בהגיע לצרור וזרקו יש לו זכי' קשה לימא ולטעמיך דאף אם משל שמים הוא אוכל למה מחלק שמה הברייתא בין גדולים לקטנים דבגדולים יכולים להתנות ולא בקטנים הו"ל לחלק בקטנים עצמם בין הגיע לצרור וזרקו דיש להם זכי' בהגיע לידן יכול להתנות ובין לא הגיע לצרור וזרקו דאין יכול להתנות ולמה לא מחלק בקטנים גופייהו

ובע"כ דכל קנין אין לו זכי' כלל היכא דליכא דעת אחרת מקנה וז"ב ואמת בשיטת רש"י ומצינו חבר להפוסקים הנ"ל את מאור עינינו רש"י ז"ל דס"ל כותייהו ודו"ק:

סעיף כג קטנה זכתה לה חצרה וכו' נ"ב הנה פסק כאן לפי מסקנת הש"ס בפ"ק דב"מ ד"י דמא"ח ומא"ח ולא פליגי. מר אמר בקטן ומר אמר בקטנה וצל"ע מן הש"ס ר"פ הזורק שם וזה"ל מה"מ דת"ר ונתן בידה אין לי אלא ידה וכו' ותניא נמי הכי גבי גנב אם המצא וכו' צריכי וכו'. קשה לי טובא ל"מ להמסקנא דפ"ק דב"מ דחצר דגברא משום שליחות אתרבאי ודאשה משום ידה אתרבאי א"כ אין לו ענין זה לזה כלל ובודאי צריכי תרווייהו. רק אף גם אי נימא דפליגי עכ"פ קשה הרי בגנב ודאי אצטריך דהרי הוי שלד"ע רק דחצר שאני דבע"כ מותיב בה או דאינו ניכר חיובא עכ"פ קרא בעי דבלא"ה הוי ס"ד דאף בזה אין שלד"ע ואין ראי' מגט דלא הוי לדבר עבירה דכל הסוגיא שם אזיל להס"ד דפ"ק דב"מ דר"י ס"ל דחצר הוי מטעם יד ולא משום שליחות כלל דזה דוחק דסתמא דש"ס יהיה דלא כמסקנא שם ומכש"כ דלא הוי כהלכתא וצ"ע בזה כעת ודו"ק:

סימן רמד

סעיף א' המתנה כגט. נ"ב הנה בדין אם מהני לומר להם לומר לפלוני ופלוני בשמי שיכתבו וכו' עיין בב"ש אהע"ז סי' ק"כ מ"ש בזה. ומ"ש אני בתשובה לק' ראהטין במהדורא ג' סימן רמ"ג עיש"ה:

סימן רמו

סעיף י"ז בהגה החומר לחברו אכול עמי צריך לשלם לו וכו'. נ"ב עיין בש"ך ס"ק יו"ד מ"ש וכן מי שמאכיל וכו'. ואם קרא לאורח הסועד וכו'. הנה בא מעשה לידי ביתום שהיה סמוך אצל אחד שהיה מאכילו בחנם והיתום היה קטן עדיין ולא הוטב בעיניו להיות שם ובאה אמו ולקחה אותו לביתה והאכילה אותו וכעת תובעת האם שכר מזונות ממעות של היתום המושלש. והנה השני טוען שהוא היה רוצה להאכילו בחנם. ואין מחיוב היתום לשלם לה והשבתי דנראה דבכה"ג פטור היתום כיון שכ' כאן הש"ך בשם המוהרש"ל שאם דעת האורח לאכול בחנם פטור הוא כיון שהיה סועד אצל אחר בחנם. ולפי"ז הנה בקטן קי"ל דאף שהוי מדעת הוי כמו שלא מדעת כיון דקטן הוא ודעתו לא חשוב דעה והכי מבואר בכמה מקומות עצמו מספר דקטן מדעת הוי כשלא מדעת. וכן אי' בב"י סי' קכ"ח מחודש ב' לענין חיוב היתום דל"ש הו"ל להודיעו כיון שאין לו דעת א"כ ה"נ להיפך אף אם הקטן הסכים לשלם לא נחשב דעתו דעת. והוי כשלא מדעת.

וא"כ כיון שלא הי' כאן חיוב בדעת הקטן אין לה תביעת ממון כיון שהיה אוכל אצל אחר בחנם. ואף דהקטן אומר שאין טוב לו אצל הראשון מ"מ כיון דדעתו אינו דעה לא הי' לה ליקח אותו עד שתטול רשות מב"ד או מאפטרופס של היתום שיעיינו אם באמת טוב לו יותר שיאכל אצלה אף שמשלם ממונו מה שיאכל אצל האחר בחנם וכל שלא נטלה רשות מב"ד אין לה תביעת ממון על היתום ואבדה זכותה. מיהו עדיין יש לפקפק בזה כיון דקי"ל לעיל בסי' רל"ה דמבן וי"ו ולמעלה מקחו מקח וממכרו ממכר במטלטלין. א"כ ה"ל לענין מזונות אם הוא לא טוב לו יותר אצל הראשון ובחר בעצמו להיות אצל אמו ולשלם לה מהני מעשיו וכמ"ש בסי' רל"ה דאם לוה לצורך מזונותיו מוציאין ממנו א"כ ה"נ בזה. ודברי הב"י בע"כ אינן נאמרין רק בקטן שהוא פחות מבן וי"ו אבל בבן וי"ו שפיר הו"ל להודיעו ואם לא הודיעו פטור א"כ ה"נ להיפך אם הודיעו תחלה י"ל דמהני אך באמת גם זה ליתא דהרי מבואר שם בסי' רל"ה דאם יש לו אפטרופס אין מעשיו קיימין עד שיגדיל וכאן בנ"ד העמידו הב"ד אפטרופס על ממונו שזה שהאכילו בחנם נתמנה אפטרופס עליו להתעסק בממונו וא"כ אין מעשיו כלום בלי האפטרופס בפרט דיש לצרף עוד לזה מה שהאם לא התנית תחלה עם היתום תיכף שע"מ כן שישלם לה היא לוקחת אותו רק האכילה אותו התם. א"כ יש לומר דאפשר שגם היא היתה כונתה בחנם תחלה דמצוה להאכיל יתום בפרט כי בנה הוא. לכך כל כה"ג נראה שאין לחייב את היתום לשלם רק כיון דלא נמצא הדין מפורש ראוי לעשות פשרה בזה כפי ראות עיני הדין כן נלע"ד נכון:

סימן רמז

ס"א נ"ב. הנה בדין אם שכ"מ צוה לתת לחתנו אם הכוונה גם על חתניו שנעשו אח"כ היינו אחר מותו או רק על חתניו שהיו כבר עיין במשל"מ ה' זכי' ומתנה ובה' פרה פ"ה שהביאו דברי המוהרי"ט בתשובה ח"ב חלק חו"מ דאם אמר חתניו אין בכלל אלא אלו שכבר לקחו עיי"ש שהביאו ראי' לזה. והמשל"מ דחה זה ותמי' לי שלא הביא ראיה ממקרא מלא בפ' וירא. ויצא לוט אל חתניו לוקחי בנותיו ופרש"י חתניו שתי בנות נשואות היה לו לוקחי בנותיו אלו שהם בבית ארוסות היו להם עכ"ל רש"י. והנה מדלא אמר בקיצור אל חתניו והי' בכלל אלו שכבר נשאו ואלו שעתידין להנשא בע"כ דאין בלשון חתניו רק אלו שכבר נשאו לכך כתב גם לוקחי בנותיו לרמז גם אלו דעתידים ליקח אותם. אבל אם חתניו משמע גם להבא הוי לוקחי בנותיו למותר והי' די לומר אל חתניו לבד ואדרבא מדלא כתבה התורה רק לוקחי בנותיו והי' נמי כולם בכלל כיון שמבואר

בש"ס ברכות פ"ז דלשון מוציא משמע לשעבר ולכ"ע הוי כן. א"כ ה"נ לוקחי הוי לשעבר ומשמע להבא נמי כמ"ש הטו"ז ומג"א לענין גואל ישראל דמשמע להבא ומשמע לשעבר ולמ"ל למכתב חתניו ובע"כ דקיי"ל לדיוק דהכא חתניו בלי לוקחי בנותיו משמע דוקא לשעבר וגם מוכח דאף שכבר היו ארוסות להם אינן בכלל חתניו רק לאחר נשואין דהרי שם פרש"י דלוקחי בנותיו שהיו ארוסות ואעפי"כ מוכח דחתניו לבד לא היו הם בכלל. ואין לומר דאין ראיה מלשון תורה לדין שטרות שדנין בתר ל' בני אדם. דהרי המוהרי"ט הביא נמי ראיה מלשון תורה מבגדיו וכיון דהביא ראי' מלשון תורה הו"ל להביא גם זה וצ"ע. ולדינא נראה כמש"כ כנ"ל. ועיין בחיבורי לחו"מ מהודרא ה' סי' רנ"א מ"ש שם. והנה בחיבורי לתורה פ' חיי שרה בפסוק ויתן אברהם את כל אשר לו ליצחק. שם כתבנו ראיה דהכוונה רק על אלו שכבר הם ולא על אלו שיתחדש ואח"כ דחיתי זה די"ל דלכך הוצרך ליתן פעם אחרת דהוי ס"ד דלא נתן ליצחק רק תחלה שסבר שלא יהי' לו עוד זרע. אבל כיון דנולד לו אח"כ עוד זרע הוי ס"ד דלא זכה יצחק כעין שאיתא בחו"מ סי' רמ"ה לכך חזר ונתן לו מחדש פעם ב' והבן זה:

סימן רמח

סעיף ז' בהג"ה אבל אמר אחריך לי או ליורשי נ"ב הנה הר"ן מביא בחידושיו לגיט"ן גבי היום אי את אשתי והביאו האבני מלואים בסי' כ"ח שבנותן מתנה לזמן הוי שלו לגמרי כיון דפסקה פסקה וכו'. ועיין שם בר"ן שהקשה מנכסי לך ואחריך לפלוני דמהני יעו"ש. ונראה לפע"ד בטעמו כי נכון דהרי קיי"ל בעושה שליח למכור לו קרקע או חפץ א"י השליח לקנות לעצמו וע"ש מזה מוכח דבכל הקנאות בעינן שני דעות נפרדות דעת קונה ודעת מקנה. אבל חד דעה לקנות ולהקנות ל"מ. ולפי"ז א"ש דבשלמא באם אומר אחריך לפלוני א"כ יש כאן שני דעות הנותן הוא המקנה ואחריך לפלוני הוא הקונה. אבל באומר אח"ז תהיה שלי או אחריך לי. אם כן הרי הוא המקנה והקונה וא"י להקנות ולקנות לעצמו כיון דאין כאן דעת אחרת קונה. דאנן בעינן דעת מקנה ודעת קונה ולכך בעצמו א"י לקנות ולהקנות לכך נשאר של הראשון. ולפי"ז ס"ל להרא"ה באומר

ס"ח שכ"מ שאמר. נ"ב כלשון זה איתא ברי"ו נכ"ג ה"ד ועיין נתיבות המשפט שם דהעלה בצ"ע דאמאי נקטו דוקא בשכ"מ ולא בבריא:

ס"י הנותן מתנה. נ"ב אמר ליתן תבואה אינו בכללו אלא ה' מינים בלבד וכן אמר מן עללת' דעללת' היא תרבס של תבואה כן מבואר בנדרים דף נ"ה ובהרא"ש שם וכן פסקי' ביו"ד סי' רי"ו:

סעי י"א אמר נכסי. נ"ב פ"ב דבכורים משנה י"א הכותב חייתו ובהמתו לבנו לא כתב לו את הכוי. ועיין רמב"ם דמפרש חייתו או בהמתו מש"ה הממע"ה אבל בכתב לו שניהם קנה ממנ"פ וכן לפי' הר"ש שם למאי דפסקי' נדרים י"ט דמעייל בספיקא. ונ"ע דהשמיטו הפוסקי' משנה זו ועיין לעיל סי' רי"ח סכ"ד ובש"ך שם:

ש"ך אות י"א הוי בכלל ל' מטלטלי'. נ"ב וזה שלא כהרמ"א סי' ב' דלהמבי"ט לא מהני תפיסה דדוקא בנכסי מספקי' אבל לא במטלטלי': אמרי' כיון דפסקה. ואף שבש"ס מבואר ע"כ לא קאמר רשב"ג אלא לאחר אבל לעצמו לא התם מיירי שהקנתה להמקבל כל ימי חייו. ובזה מודה הרא"ה שאם מת א"כ ממילא בלא"ה יוצאת המתנה מרשותו רק שהי' נעשה של היורשים ועתה חוזר לרשותה ובזה א"צ הקנאה חדשה כ"כ. אבל אם התנה שבחייו יחזור לנותן ס"ל להרא"ה דלא מהני כיון דפסקה פסקה. ודוק היטב בסברא וזו. ואי"ה אבאר במק"א. ובפרט מ"ש שהרא"ש ס"ל כהרא"ה. הנה ממ"ש הרא"ש שאם אמר לו יהא שלך עד שתצא בו ואח"כ יהיה שלי כבתחלה לא יצא. מוכח דלא ס"ל כהרא"ה וצ"ע:

סימן רנ

ס"א בהג"ה דמיד שמת נפלו נכסיו קמי יורשין. נ"ב הנה מזה פסקתי בשכ"מ שכתב בצוואה שלו כשימכרו הבית וירצו נכדי לקנותו יהיה נמכר להם בפחות פחות מסך מה. ופסקתי שאין בצוואה זו כלום. כיון דלא נתן להם בפרוטרוט איזה דבר שיהיה להם זכות בו רק אמר כשימכרו יורשין ימכרו להם בפחות הנה כבר נפלו נכסיו קמי יתמי ואין לו כח לגזור עליהם זה גם כיון דאיתא בש"ס ב"ב פ"ט דקמ"ח דכל דליתא בבריא ליתא בשכ"מ. וכן קיי"ל בסי' רנ"ג בסעיף כ"א א"כ ה"נ כיון שלא קצב הסכום בכמה יקנו בפחות נכדיו הנה ליתא בבריא בקנין כמ"ש בסי' ר"ו בהג"ה ליתא בשכ"מ. ואין לומר דהוי איתא בבריא אם היה מפרש הסך זה אינו דמה דאמרינן בש"ס הואיל ואיתא בבריא במעמ"ש היינו אם איתא בבריא באותו לשון עצמו דאיתא בשכ"מ וכעין מה שאמר השתא בשכ"מ כן באותו ל' שומו איתא בבריא רק דנוסף בו דבר אחר כגון מעיי"ש אז כיון דעכ"פ דלשון זה ממש איתא בבריא הוי נמי בשכ"מ דדבריו ככתובין ומסורין והיינו אף דהוי בלי קנין עשוהו כאלו היה בו קנין המועיל. אבל לא עשו מתנת שכ"מ כאלו אמר בלשון אחר ולכך לא קאמר התם הואיל ואיתא בבריא בהודאה דמקני באודיתא דזה תלוי בלשון והוי שינוי ל'. וא"כ הכא דכעין שאמר השכ"מ עתה ליתא בבריא כיון שלא פירש הסכום ל"מ גם בשכ"מ. גם במתנת שכ"מ בעינן סמיכת דעת

הזוכה ורק מצד השכ"מ הנותן עשוהו חז"ל כאלו הוי בקנין המועיל. אבל לצד המקבל שאינו שכ"מ בזה אזלינן בתר עיקר הדין לכך בשלמא במה שסמכא דעתא דהמקבל ואם הוי בקנין המועיל הוי מהני גם בבריא רק החסרון מצד המקנה דלא עשו קנין בזה כדי שלא תטרף דעתו עשוהו ככתובין ומסורין כאלו עשה קנין. אבל במה דהחסרון מצד הזוכה דלא סמכא דעתו אין חילוק בין בריא לשכ"מ. וכיון דבבריא ל"מ כה"ג מכח לא סמכא דעת הקונה גם בשכ"מ ל"מ ובעינן סמיכת דעת הקונה. כל דלא סמך דעתו אף במתנת שכ"מ לא קנה. וכיון דאיתא בסי' ר"ו דבכה"ג לא קנה דלא סמך דעת הקונה גם בשכ"מ ל"מ וזה ברור. ולכך אינן להנכדים דין קדימה כלל וז"ב ונכון לפע"ד. ועיין במהדורא חמישי שלי על חו"מ סי' מ"ג שקבעתי עוד בהפסק ההוא מסמרות ראיות וגם ?ספקתי השגות על הפסק הזה אשר כתב אלי הרב מדובנא עייש"ה:

סעי' ד אין כל הדברים הללו אמורים אלא בנותן כל נכסיו ולא שייר כלום וכו'. נ"ב נסתפקתי בשייר קרקע כל שהוא. אך שהוא משועבד לבע"ח אם זה נחשב שיור או לא. והנה לכאורה היה נראה ממ"ש באהע"ז סי' קמ"א סעיף וי"ו בהי' שם מותר דינר אפי' משועבד לבע"ח נחשב מותר דינר עיי"ש א"כ ה"נ י"ל דהו' שיור. אך י"ל התם טעמא כיון דעכ"פ פריעת בע"ח מצוה לכך אף זה נחשב שיור. משא"כ במתנת שכ"מ דהוי אומדנא דאינו משייר לנפשו כלום י"ל אף דשייר כיון דמשועבד לבע"ח אינו משייר לנפשו כלום. אך י"ל התם גופא י"ל טעם אחר דלכך הוי שיור כמו דקי"ל בפורע חובו של חברו דפטור מכח די"ל מפייסנא ומחל לי א"כ י"ל מה"ט הוי שיור דעדיין נחשב שלו דיכול לומר דהוי מפייס לי' ומחל ליה. וא"כ ה"נ בזה י"ל דהוי שיור כיון דאפשר דסומך דיפייסנו וימחול לו. וצ"ע בזה לדינא:

סימן רנא

סעיף ב' לפיכך הנכסים בחזקת היורשים וכו'. נ"ב עיין בתשובתי לאהע"ז ה' כתובות סי' ק' במהדורא ח' סי' קפט מ"ש שם דדוקא אם מחולקין אם היה בריא או חולה. אבל אם מסופקין אם הי' שפוי בדעתו או לא. או שיש ב' עדים אומרים שהיה שפוי וב' עדים אומרים שלא היה שפוי או חד נגד חד אז זכה המקבל ועל היורשים להביא ראיה עיי"ש בטעמו כי נכון הוא בעזה"י: שם בהג"ה על המקבל להביא ראיה וכו'. נ"ב הנה בגליון החו"מ שלי הקשתי מסי' של"ה בהג"ה דשם מוכח דאזלינן בתר השתא כדעת ר"נ במס' ב"ב ושוב ציינתי דבשו"ת גבעת פנחס הרגיש בזה ומיישבו ועיין מ"ש אני בתשובה ביישוב קושיא זו לעיר קאלנא במדינת פולין בחיבורי על אהע"ז מהדורא ט' סימן רי"ג:

סימן רנב

סעיף א' נשאלתי מק"ק קאנימייא בשטר צוואה שהיה כתוב בו היאך שיש לו בית דירה שהוא שוה ד' מאות ר"כ ומזה יתנו לפלוני כך ואחריהם יתנו לפלוני כך ונמצא שהדירה נמכר בפחות מזה. וכתב השואל שזה דומה למ"ש כאן בסי' רנ"ג ס"ט דהאחרון הפסיד וקם אחד וערער עליו ממ"ש כאן בסעיף י"א בשם הרשב"א. והשבתי דיפה אמר השואל דבלשון ואחריות תליא מילתא כיון דאמר ואחריהן אין לו רק מה ששיירו הראשונים ויפה פסק וזה פשוט:

סימן רנג

סעי' טז בהג"ה ויש חולקין באלו הדינין וס"ל דאם אמר ליתן להשיאה ומתה לא זכו בהם יורשים נ"ב נלפענ"ד ראי' לזה ממ"ש בנזיר דכ"ד במשנה דאשה שנדרה בנזיר רבא אמר אפילו תימא רבנן כי מקנה לה נמי במילתא דצריכה לה במילתא דל"צ לה לא מקנה לה א"כ מוכח שם דאף בלא התנה עמה בפירוש רק הקנה לה סתם נמי אמרינן דמילתא דל"צ לה לא אקני לה וחוזרת הבהמה לרשותו והרי שם בע"כ מיירי שהקנה לה ממש ומסרו בידה דבלא"ה נשאר שם קושיית הש"ס דאין אדם מקדיש דשא"ש ואף בהבטיח לה בפה עדיין אינה ברשותה ואיך בידה להקדישה ובע"כ מיירי שמסרה לידה ממש וזכתה בה. ואעפי"כ אם הפר לה ולא צריכה חוזרת לבעלים מכש"כ בזכר בפירוש שנותן לה להשיאה כשמתה חוזר ליד הנותן וזה ראיה ברורה וצ"ע על החולקים בזה ודו"ק:

סימן רנה

ס"א עיין בש"ך ס"ק ה' מה שהביא דעת כמה פוסקים דבהקדיש תוך כ"ד לאו כד"ד. וקשה לי עליו מן הש"ס פ"ק דשבועות די"א בסוגיא דתמידין שלא הוצרכו לצבור נפדין תמימים דלב ב"ד מתנה עליהם. ופריך הש"ס ממ"ש רבה הקדיש זכר לדמיו קדוש קדושת הגוף והנה כוונת הקושיא דהרי התם ל"ש לב ב"ד מתנה עליהם דהוי קרבן יחיד ובע"כ הכוונה כיון דהותנה לדמיו א"כ לא גרע מלב ב"ד מתנה עליהם. וא"כ לדברי הש"ך קשה מהו קושיא הרי התם כיון דהקדישו תחלה חל עליו קדושת הגוף ואף דאח"כ אומר לדמיו לא מהני עוד כיון דכבר הקדשו לא חל התנאי אח"כ. משא"כ בלב ב"ד מתנה עליהם דהוי התנאי קידם דהקדש לכך חל התנאי ומה פריך ובע"כ מוכח דבהקדש נמי מהני חזרה תכ"ד. מיהו לפמ"ש הב"י באהע"ז סי' ל"ח דבדבור אחד ממש בכל דבר מהני חזרה א"ש דהפוסקים הנ"ל מיירי בנמלך רק דהוי תכ"ד אבל הש"ס דקאמר הקדש זכר לדמיו

משמע דהוי דיבור אחד ממש דשפיר פריך ודו"ק. ומ"ש הש"ך כאן בפי' זה להוכיח דיש חילוק בין תרומה להקדש. דאל"כ תקשה ר"א אדר"א הנה כבר כתבתי במק"א דדבריו תמוהין דבנזיר דף ח' גבי הרני נזיר מן הגרוגרות מוכח שם דאין חילוק ודין אמר להם. אך לדעתי נראה ליישב עפ"י מ"ש המוהרי"ט בשם אביו המבי"ט דס"ל דמה דבעינן פתח חרטה היא רק מדרבנן ומה"ת מתירין לו בלי פתח וחרטה ולכך לדידן ודאי די' דמה דס"ל לב"ש אין שאלה בהקדש הוי רק דרבנן דמה"ת כיון דל"ב פתח וחרטה מה"ת לא יטול שאלה. גם נלמוד מקרא דאחרים מוחלין לו רק מדרבנן. כיון דמדרבנן בעינן פתח או חרטה א"כ חיישינן שמא משקר. ולכך תקנו רבנן שלא יועיל שאלה. ואף גם פי נימא דלא כהמבי"ט בזה מ"מ י"ל כן דנהי דמה"ת מהני שאלה מדרבנן ל"מ שאלה דחיישי' שמא משקר בפתח וחרטה. ולכך א"ש דתינח לענין חשש וקנוניא שפיר יש לחוש כיון דעכ"פ לדידן לא מהני שאלה אין לו מגו וחיישינן לקנוניא אבל התם בפסחים כאן דמדאורייתא מהני שאלה עובר בב"י דבתר דאוריית' אזלינן לחומרא. וכיון דעובר בב"י מן התורה שוב מותר אף לאפותו כיון דמדאורייתא מותר לאפותו ע"י הואיל נהי שמדרבנן ל"מ שאלה מ"מ י"ל במקום איסור בל יראה ד"ת לא העמידו דבריהם במקום מצוה כמו כמה דברים דלא העמידו דבריהם במקום מצוה כמ"ש כן בפ"ח דפסחים. ומה שלא מנאו ג"ז שם היינו כיון דלא קיי"ל כר"א בזה העולה מזה בקיצור די"ל אף לב"ש מה"ת מהני שאלה ומדרבנן ל"מ ודו"ק והרבה יש לדבר מזה ואכ"מ:

ומ"ש הש"ך דבבא ליד גזבר ל"מ שאלה עיין בחיבורי על או"ח הלכות פסח מה שתמהתי על הש"ך והבאתי ראיה דלא כוותי'. ומה שהקשתי שם על גוף הדין דמהני שאלה בתרומה עיי"ש בארוכה ותמצא נחת:

ס"ג שכ"מ שהקדיש נ"ב עיי' בש"ך מה שהאריך כיון דקי"ל כב"ה דיש שאלה בהקדש למה חיישינן לקנוניא ועי' בחיבורי ליו"ד מהדורא וא"ו סי' רס"ו השייך להשמטות טוב טעם מה שישבתי זה על נכון בעזהש"י. והנה בדין תוך כ"ד כד"ד המבואר בסי' זה אם הוא דאורייתא או דרבנן עי' בחיבורי השמטות לספרי נ"ז סי' ר"י מ"ש בזה בתשובה לק"ק קראקא עי"ש ודו"ק:

סעי' ח' בא אחד ואמר וכו' נ"ב עיין מ"ש בחיבורי לחו"מ מהדורא ג' סי' קכ"ב דהיינו דוקא באומר של פלוני הוא שהוי הפקדון ביד אביהם. אבל אם אומר ששמע מאביהם שחייב לפלוני כך וכך אף שבידו ליטלן אינו נאמן עמ"ש מילתא בטעמו כי נכון הוא בעזה"י:

סימן רנז

סעיף א' נשאלתי בחולה שכתב בצוואתו וזה"ל בצוואה שהי' מחלק נכסיו לאחרים. וכתב שנותן במתנת בריא משעה אחת קודם מותו ואילך ובסוף סיים וקניינא מני' בקאג"ס וכו'. וסיים דברי הבאעה"ח וחתם א"ע החולה בח"י ממש והי' כתוב הזמן שנכתב היום כך וכך ומת ושל"ח. וכעת עמדו קצת מערערים לומר כיון שכתב דהמתנה יחול שעה אחת קודם מותו א"כ ל"מ בזה הקנין דכבר כלתה קנייתו והדרא סודרא למרא. אך נראה דוודאי הצוואה קיימת כיון שנכתב בו זמן. וקיי"ל בסי' זה דאמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו. א"כ ה"נ כן הוא. ואף שכתב הרמ"א שם דהיינו דוקא אם לוה לעדים לכתוב זמן. ולא שכתבו מעצמן התם מיירי שהוי הצוואה בח"י העדים לכך אם כתבו הזמן בלא צוואתו אין ראי' שהי' כוונתו בתורת מהיום ולאחר למ"ד יום. אבל כאן שחתם א"ע החולה בח"י נהי שגוף הכתב הוי בכ"י אחר מ"מ כיון שהחולה ראה שכתב כן וחתם א"ע הוי כהסכים לכתוב זמן והוי כאלו כתבו ברשיון שלו ובפרט שכתב בלשון נאום כמו דהחולה בעצמו אומר כן והוי כהודה שאלו דבריו א"כ הודאות בע"ד כמאה עדים דמי. ואין אחר הודאתו כלום. ובפרט לפמ"ש במק"א שמה שמהני חתימת ידו בכל מקום בלי כתיבה הוי הכל מטעם הודאה שהוי כהודה שהכל כתב שלו. א"כ כיון דמהני מטעם הודאה הוי כהודה שהכל לשונו הוא והוי גם הזמן שלו. ועוד בלא זה כיון דהיכי דיתבטל השטר לגמרי לא אמרי' יד בעהש"ט על התחתונה א"כ אמרי' מסתמא עשו באופן המועיל ושמעו הזמן מפיו. ולכן נראה דאף אם עדי שטר עצמן מעידין שלא שמעו הזמן מפיו אינן נאמנים כלל. והוי כחוזרים ומגידים וא"נ כיון שהגיד שוב א"ח ומגיד ומ"ש הרמ"א דאם לא שמעי מפיו ל"מ היינו באם עדים אחרים מעידין כן או שהבעל דבר מודה דלא הוי מפיו אז בטלה המתנה. אבל מן הסתם אמרי' דהוי באופן המועיל ולכך ה"נ בודאי הי' באופן המועיל ונעשה זה מפיו ואמרינן דהוי כאומר מהיום ושעה אחת קודם מותו. והוא כאלו אמר הגוף מהיום והפירות שעה אחת קודם מותו. והן אמת דיש לפקפק בזה. דכיון דאמר שעה אחת קודם מותו ואם איתא דהי' כוונתו בלשון מהיום לא הוי צ"ל שעה איזת קודם מותו דאף הפירות לאחר מיתה נמי חל באומר מהיום ולאחר מיתה. ובע"כ מדאמר שעה אחת קודם מיתה היה כוונתו שגוף המתנה יחול שעה אחת קודם מותו ולכך לא אמר אחר מיתה כי אין קנין אחר מיתה לכך אמר שעה אחת קודם מותו וא"כ מוכח דכוונתו לא הוי על היום. ומיהו מזה אין ראיה לבטל המתנה דממ"נ אם נימא דהיה כוונתו דגוף המתנה יחול אח"כ בע"כ לא היה בקי בדינין ולא ידע הדין דאין קנין אחר שלשים יום דכבר כלתה קנין שלו א"כ אם לא היה בקי י"ל להיפוך דלא

היה בקי וסבר דאף בפירות בעינן דוקא קודם מותו ולא לאחר מיתה. ולכך נראה ברור דהצוואה קיימת וזה ברור ונכון:

באותו סעיף בהג"ה המקדיש נכסיו וכו' דא"א לומר הגוף מהיום וכו'. נ"ב בס' קצוה"ח תמה. נהי דא"י לומר גוף ופירות נמי דתנאה וכו'. ולפענ"ד לק"מ דהרשב"א לשיטתו אזיל דפסק כר"י דלא אמרי' כלל תנאה הוי רק שיורי שייר בקנינו וכו'. ובחידושי הריטב"א כתב דלר' יוחנן בממון הוי השיור כפירות ע"ש ולפי"ז הכא דלא שייר הפירות בטל הדבר לגמרי. וכן הרב אפשר דס"ל כוותיה. ואי נמי עכ"פ מספקא ליה אי כרב או כר"י וע"כ שם באהע"ז סותם כדעת המחבר בסי' מ"ם שחושש לחומרא לדעת רב. וכאן חושש להיפוך לחומרא וע"כ מוקמינן הנכסי' בחזקתי'. דאפשר קיי"ל כר"י ודו"ק:

סימן רנח

סעיף א' נ"ב שאלה בשטר מתנה שכתב אני נותן לשמעון כל נכסי במתנת ברי מהיום ולאחר מיתה רק בעודי בחיים חיותי יהיה הכל שלי ולאחר מיתתי יהי' הכל שלו מהיום אם יש לו דין סתם שטר מתנה שכתב בו מהיום ולאחר מיתה. וא"י יכול לחזור בו או דשאני שטר זה מאיזה צד ואפשר דיכול לחזור בו. תשובה נלפע"ד ברור דיכול לחזור בו בעודו בחיים דבשלמא בסתם שטר מתנ' מהיום ולאחר מיתה אמרי' שכוונתו הגוף מהיום ופירות לאחר מיתה. אבל כאן הרי פירש ואמר רק בעודי בחיים חיותי יהיה הכל שלי. רק אחר מיתתי יהיה הכל שלו מהיום. הרי גילה דעתו שלא יהיה הגוף מהיום תיכף רק כשימות יהיה שלו למפרע ואף אם נימא דלשון מהיום ולאחר מיתה אינו סובל רק פי' הגוף מהיום מ"מ הרי הוא חזר' תיכף ודמי לכתב למעלה מנה ולמטה מאתים בחו"מ סי' מ"ב. ולכאורה נראה לדמות ל' זה האחרון לאומר קני מעכשיו ולאחר למ"ד יום. והנה הב"ש באעה"ז סי' מ"ם הביא דעת רש"י בקידושין פרק האומר שבמעכשיו ולאחר למ"ד יום תנאה הוי אם לא יחזור בו בתוך למ"ד ויכול לחזור בתוך למ"ד. והביא משם הרשב"א והרמב"ן שחולקים ע"ז. וס"ל דהתנאי אם לא ימות וכו' ע"ש. והנה שלא הביא הב"ש רק דעת רש"י לבד כן. מ"מ המעיין בפוסקים בתוספת פ' האשה רבה ובפרק האשה שנפלו וכו' יעו"ש שמשמע להדיא שס"ל כפרש"י דהתנאי אם לא יחזור בו וכן משמע מלשון הר"ן בפ' הכותב בפיסקא דבעי רמב"ח ע"ש כדעת רש"י. וכן הרשב"א בחידושיו דחה דברי הרמב"ן והסכים לדעת רש"י ודבריו סותרין למ"ש בתשובה. וא"כ עכ"פ ספקא הוי אי יכול לחזור והדין עם המוחזק. וא"כ כיון דהיורשין המה מוחזקין

א"א להוציא מהם. כן נלפע"ד ובחיבורי משפט צדק מהדורא קמא בסי' זה הארכתי בזה ופלפלתי עם איזה חכמים שרצו להשיג עלי בזה וכתבתי כאן רק תבנא לדינא:

סימן רנט

סעיף א' המתן עד לאחר ייע"ש. נ"ב ע' לעיל בסי' קצ"ח שהוכחנו דגם אם לא בא לידו עד לאחר יאוש אם הוא באופן שלא מצי זכה בו תיכף ומיד אז לא מצי זכה בי' אח"כ כיון דהוי כמו באיסורא אתיא לידו כיון דלא מצי זכה בו תיכף שוב הוי כבאיסורא אתי' לידי' עיי"ש. מיהו זה דוקא לדברי הש"מ והג"א שם אבל לפימ"ש הרא"ש והתוס' שאר תירוצים בזה יש לומר דס"ל דקנה כה"ג אח"כ. או אפשר דנהי דאינו בזאח"ז מ"מ בב"א מצי קנה דס"ל דלא קיי"ל כרבה דכל שאינו בזא"ז. וכמ"ש הפ"י בקידושין ד"נ עייש"ה. ולכך ס"ל דחצרו וקנייתו באים כאחד. ולכך תרצו בענין אחר וזה פשוט: שם בס"א. נ"ב הנה גרסינן בש"ס פ"ב דב"ב אר"ח רוב וקרוב הולכין אחרי הרוב. ופריך מוהי' העיר הקרובה וכו' ומשני בליכא ועיי"ש בתוס' אפילו בקורבא דמוכח מיירי עיי"ש. וקשה לי מ"ט לא פריך ממשנה דמכשירין פ"ב משנה ג' ב' ברכות אחת טהורה ואחת טמאה המזיע קרוב לטמאה טמא. לטהורה טהורה. ומ"ט לא נלך בתר רובא אם המים שבשני' נפישא ואין לתרץ התם נמי בליכא דהרי אח"כ במשנה בגסטריות וכדומה מחלק שם בין רוב או לא. וכן במשנה וי"ו זיין שם מחלק הכל בין אם יש שם רוב או לא. והו"ל לחלק ג"כ כן. ובע"כ דזה מיירי אפילו אם איכא רוב נמי קרוב לזה טמא ולזה טהור ולו יהא דמוכח יותר דהזיעה הוי מן הקרוב אכתי קורבא דמוכח מוכח דקרוב עדיף ואין לומר כיון דהוי דשיל"מ דאפשר בטבילה ואזלינן לחומרא בתר קרוב דתינח לחומרא אבל לקולא אם הוי קרוב לטהור למה לא נלך בתר רוב לחומרא וצ"ע:

סעי' ז' אעפ"י שהבעל עומד וצווח נ"ב עיין בחבורי לאו"ח משנת תר"ג בהלכות פסח סי' תמ"ח שם הארכתי בזה ועיין מ"ש חידוש דין היוצא מזה ודו"ק:

סימן רס

סעיף י' מצא גוזלות מקושרים וכו' נ"ב עיין בש"ך ס"ק כ"ח מ"ש א"כ ל"ל מדדין וכו'. ובנתיבות המשפט תמה עליו דהרי הש"ס הוכרח לאוקמי כן מכח קושייתו שם דיהי' מקום סי' עיי"ש. ולפענ"ד א"ש כוונת הש"ך דאי משום מקום סימן לוקמי במפורחין דלא הוי מקום סימן. ואף דמבואר לעיל בהגהות רמ"א דמפורחין הרי אלו שלו. היינו היכא דליכא ספק הנוח אף דהוי סמוך לשובך מ"מ אין דרך להניח שם. אבל אם הוי

סמוך לגדר או לנופה דרך להניח שם הוי ספק ננוח ולכך לא יטול. ואין לומר דמפורחין הוי אבדה מדעת די"ל דקושית הש"ך הוא לשיטת המחבר והרמב"ם לקמן סי' רס"א דבאבדה מדעת לכתחלה לא יטול. וא"כ לדידי' קשה על הש"ס דלוקמי במפורחין ולא הוי מקום סי' ומ"מ לא יטול דהוי ספק הניח. ואף דהוי אבדה מדעת לכתחלה לא יטול כן נראה לי כוונת הש"ך שלא יהיה תמי' כ"כ ודוק:

סימן רסב

סעיף ד' ראה אבדה שנפלה משנים או משלשה וכו' ואם אין בו סימן יהא מונח עד שיבא אליהו וכו'. נ"ב הנה לדעתי לשון אינו מדוקדק שהתחיל בתחלה בלשון שנפלה משנים או משלשה משמע שבשניהם מדבר דע"ז סיים ואם אין בו סימן יהא מונח וכו". משמע דא"צ לשאול פיהם כלל דהרי ביש בו סימן כתב דצריך להכריז ביניהם משמע דאין בו סימן לא מודיע להם. ולכאורה לא נודע טעמו למה לא נשאל פיהם אולי יתברר של מי הוא ובע"כ צ"ל הטעם דהכא מיירי ששהה קודם שבא לידו שיעור שיכול למשמש בכיסו וכן משמע בש"ך דמיירי בכה"ג ולכך אם היה ידענו שהם לא היו שותפין בו רק היה של אחד לא היה צריך להחזיר כיון דבשל אחד מייאש נפשי' כיון דשנים היו עמו ולכך הוי של מוצאו. רק שלכך יהיה מונח דחיישי' שמא הם שותפין ובשותפין אינו מייאש א"כ לכך לא ישאל את פיהם דשמא באמת אין שותפין בו רק שהם יעשו קנוניא ביניהם ויסכים האובד לחלוק עמהם ויודו זה לזה שהם שותפין כדי להפקיע מיד המחזיק שלא כדין וכמו בעלמא דחיישינן לקנוניא לכך ?א"א להודיע להם דאף אם יאמרו שהם שותפין א"צ להאמין להם דבשלמא ביש בו סימן הכל יתברר ע"י הסימן משא"כ בשאין בו סימן ולפי"ז תינח בשלשה אבל בשניה דאף אם הוא של אחד אינו מיאש נפשי' מכח דסבר תבענא לי' בדינא א"כ בזה ודאי אף באין בו סימן צריך לשאול פיהם דשמא יודו זה לזה של מי הוא והרי הוא יודע שלא נפל מאחר רק מאחד מהם. ואם יודה אחד לחברו של מי הוא בודאי דצריך להחזיר לו כיון דלא נתיאש לכן ודאי דצריך להכריז ולשאול את פיהם ולא קאי המחבר רק אשלשה לבד בזה א"צ לשואלם. והמעיין במקור דין זה שהוא מהטור מוכח להדיא כן שהוא שינה את לשונו שבתחלה גבי שנים כ' סתם ואצ"ל אם הדברי' מוכיחי' שלא נתייאשו הבעלי' שצריך להחזיר כגון הרואה חפץ שנפלה מב' וכו'. משמע דבכה"ג בכל ענין צריך להכריז בין יש בו סימן או אין בו דבאם מכחישין זא"ז בהא לא מיירי רק מדין המוציא ואח"כ כתב ואפי' שרואה שנפל מג' וכו' בהא מחלק שם בין יש בו סימן ולא ראה ממי נפל וכו' מוכח להדיא שם

דדוקא בכה"ג מחלק שם מכח טעם הנ"ל ולא בשנים ודברי המחבר בע"כ מתפרשין כן אף שהוא דוחק בלשונו מ"מ ההכרח כן כיון שאין טעם בדבר גם הרי מקור הדברים מהטור ושם מוכח כן וז"ב בעיני ודו"ק:

סימן רסג

סעיף ב'. הי' דרכו להחזיר וכו'. נ"ב עיין בהרא"ש ס"ק כ"א מה שתמה על הרב אלפס שכתב בעיא הוא ולא איפשיטא ולא יחזור בעיר וכו'. וכתב שם שהי' לו גירסא אחרת יעו"ש. ולדעתי דבריו תמוהין די"ל דהרי"ף היה לו גרסא שלנו רק דכיון שכתב הרא"ש בתחלה דכאן הוי ספק איסור שלא להחזיר דאין רשאין לבזות כבוד התורה גם לפימ"ש לקמן דהכא ל"ש אנקטי נגרי ברייתא דהרי החזירה למקום טוב. א"כ א"ש דהרי"ף ג"כ גורס הגירסא שלנו. מיהו לדינא י"ל כך דבשדה חייב להחזיר מכח דאזלינן לחומרא ולהיפך אין שייך לומר דהוא מבזה כבוד התורה. דהרי עכ"פ בשדה דרכו ליטול זה. א"כ עכשיו בשדה אין לו בזיון לכך ראוי לילך להיפוך לחומרא מכח מצות השבה ולהחזיר אך זה בשדה אך בהגיע לעיר אז אזלינן להיפוך לחומרא אמרינן אולי לא היה חייב להחזיר אף בשדה שלא בתורת חיוב בא לידו בשדה א"כ הוא מבזה כבוד התורה לכך אמרינן להיפוך דלא היה חייב להחזיר בשדה לכך שוב אין צריך להחזירו בעיר ואנקיטי נגרי ברייתא לא שייך כאן במ"ש הרא"ש וכו'. ולכך מניחו בעיר וא"ש דברי הרי"ף ודברי הרא"ש שנדחק צ"ע. וכעת אין ספרי אחרונים על הרא"ש בידי לעיין אם הרגישו בזה ודו"ק:

סימן רסד

סעיף ד' בהג"ה. נ"ב נשאלתי מן הרב מוה' משה מו"ץ בק' קאסניטין חדש ע"ד התקנה שיש בקהלתם שלא להיות חניות רק סך ידוע מקודם ונעשו מסמרות קבועים בהסכמת גדולי הדור וקם אחד ורצה לפרוץ גדר ולהשתדל עם השר לבנות עשרים חדשים והוכרחו קצת להתפשר עם השר ליתן לו מכל קלייד שמנה זהובים מס. ועד הנה נתנו רק ארבעה זהובים וכעת אלו שלא היו אצל השר טוענין שלא ניחא להו בזה. ושאל הדין עם מי. והנה זה ברור שמחויבין כולם ליתן לזה. והוא מפורש כאן בסי' רס"ד ס"ד בהג"ה עיי"ש. ולזה אם יראו הב"ד דהוי טובה לכולם דגם חניות שלהם נעשה בזול ודאי חייבין ליתן וכן הוא בחו"מ סי' קס"ג בהג"ה סוף סימן שם. דאם בא עלילה על עיר אחת כל הקהלות אשר יש לחוש שגם עליהם יעבור העלילה מחויבין ליתן לזה. וכן הוא בש"ס וחו"מ סי'

קנ"ח סעיף וא"ו במי שהי' לו חורבה וכו'. דל"ש עמד ניקף ל"ש מקיף אם נהנה צריך ליתן חלקו. ואינו יכול לומר שלא היה צריך לזה מיהו כמה יתנו כל אחד נראה דנהי דהם קצבו עם השר דבר קצוב בשוה מ"מ הם יעשו ביניהם חשבון לפי ממון כמה שויה של כל חנות וכמה פחתם וכן יעשו ביניהם הערכה לפי ערך. וכ"מ בחו"מ סימן רע"ב סעיף ט"ו בשיירה שחנתה במדבר ועמד עליו גייס לטרפה עיי"ש. וכן בסי' קס"ג בס"ג בהג"ה. וכשנותנים מבתים כל בית החשוב יותר ועושה שכירות יותר צריך ליתן יותר. וכן נראה עוד לשער לפי ערך מקום העמדת החניות החדשים שרצה לעמוד למי הוא מזיק יותר ולפי ערך מעמד הישנים לפי מעמדם במקום דשכיחי בה רבים יותר והוי הפדיון יותר. וכ"ז תלוי בראות עיני הב"ד וכפי מה שיעריכו הב"ד דשם בצירוף בעה"ב הישישים כן יעשו כן השבתי:

סעיף ז' בהג"ה ובשדכנות אין לו אלא שכרו אעפ"י שהתנה עמו לתת לו הרבה. נ"ב צ"ע האיך פסק כך בפשיטות. והמעיין במרדכי פ' הגוזל מביא שם דעת הרבה פוסקים להיפך דס"ל דחייב ליתן לו הכל. ועיין בסוף דבריו שם דמביא דעה דמחלק בין היכי דמחויב לעשותו אז א"צ ליתן לו כל מה שהתנה עמו. ובין היכי שאינו מחיוב לעשותו אז צריך ליתן לו כל מה דהתנה עמו והו"ל להביא גם דעת החולקים דעכ"פ נמי לענין אם תפס השדכן. והנה מוכח מלשון רש"י והרא"ש ג"כ ביבמות פרק מצות חליצה דק"ו ד"ה אמר לי' וזה"ל כיון דחליצה כשרה היא מדינא נ"מ ליכא למימר כיון דעליו רמיא למעבד ולא בעי משטה אני בך עבדה לי' משמע הא אי לא רמיא עליו למעבד אין יכול לומר משטה אני בך. וכן מורה לשון הרא"ש בפסקיו וזה"ל כיון דלא הוי הגון לה ולא בעי' לי' מה שקצבה דמים יתרים כעין אנוסה היא וגם הוא לא פסיד מידי וכו' משמע דוקא מכח דהיתה כאנוסה כיון דהוי מדינא בחציצה ואינה יכולה להנשא באופן אחר הוי כאנוסה משמע הא בעלמא חייב לשלם כל מה שהתנה. וא"כ בשדכנות דאינו אנוס למה לא יתחייב ליתן לו אף דהרא"ש בתשובה כתב להיפך הרי קי"ל דפסקיו עיקר. והנה עוד הוה קשיא לי למה בהי' בורח מבית האסורין א"צ ליתן לו אלא שכרו הרי זה מבואר בפוסקים דהיכי דאין קצבה לשכרו לכ"ע מחיוב ליתן כל מה שפסק עמו וא"כ הרי קיי"ל דאין לשכירות פועל אונאה א"כ אין לו קצבה לשכרו ולמה לא ישלם הכל. ואין לומר דקיי"ל קבלן יש לו עליו אונאה דהרי בקבלן הטעם כיון דיכול לעשות בזמן שירצה לכך אין לו דין פועל וכמ"ש הסמ"ע בסי' רכ"ז וא"כ תינח בשאר קבלן. אבל בבורח מן בית האסורין והי' מעבורת לפניו דודאי כוונתו לעשות תמיד. וא"כ כיון דמחויב לעשותו מיד הוי כפועל שכיר יום ואין לו עליו אונאה. ולכאורה הי' נ"ל כיון

דשכר נמי המעבורת וא"כ בשכר המעבורת יש בו אונאה ודמי למ"ש סי' רכ"ז סל"ג בהג"ה בשכר פועל עם סוס דאף מצד הפועל אין לו אונאה מצד הסוס יש לו אונאה עיי"ש. אך א"כ הו"ל להש"ס ופוסקים לבאר זה. ואין לומר דנהי דאין לפועל אונאה מ"מ כיון דהבטיח ?לו יותר מן הצורך ליתן לו ואין הדרך כך ליתן כ"כ יכול לומר משטה אני כך דא"כ בכל פועל דקיי"ל אין לו עליו אונאה נימא דנהי דאין לו אונאה מ"מ יאמר לו משטה אני בך. ואין לומר דמיירי דוקא דכבר נתן לו השכירות דמן הפוסקים לא משמע כן. וראי' ממ"ש הש"ע בסעיף ל"ג בשכירות פועל דאין לו עליו אונאה ואח"כ כתב בסעיף ל"ד בשכרו לזרוע לו קרקע דהוי ספק. ואין מוציאין מיד הנתבע ומשמע הי' בסעיף הקודם אף דלא שילם לו צריך לשלם לו ומוציאין מיד הנתבע. וקשה מ"ט הרי י"ל משטה אני בך. והנה להסוברים הנ"ל דזה הוי רק בדבר מצוה א"ש. אבל להרמ"א דלא ס"ל חילוק זה קשה טובא כנ"ל וצ"ע בזה. ועיין בחיבורי ליו"ד מהדורא ד' הלכות ביקור חולים סי' קנ"ז מ"ש שם בזה ודו"ק

סימן רסה

(**סעיף א**) ואם התנה עם הבעלים או בפני ב"ד כו'. נ"ב הנה לא נתבאר בכאן אם בעי' ב"ד מומחין או די בג' הדיוטות והנה המעיין בש"ס דל"ב דקאמר שם ולאו מי איתמר עלה אר"נ אינה צריכ' ב"ד מומחין אבל צריכה ב"ד הדיוטות וא"כ מוכח דגבי מכירה וחלוקת השותפין דס"ל לרב ספרא דלא בעינן כלל ב"ד אעפ"כ בעינן הדיוטות ממילא מוכח דגבי תנאי זה דגרע ומודה ר"ס דבעינן ב"ד. בעינן ב"ד מומחין. ואין לדחו' דלפי המסקנא מוכח דאין חילוק בין זה לזה ודיניהם שוה. ז"א דסוף סוף מלשון המשנה מוכח כן מדנקט כאן בב"ד והתם באלמנה נקט שלא בב"ד דהוי הכוונה התם שלא בב"ד מומחין בממילא מוכח כאן דנקט התנא דבעי ב"ד הוי מומחין וגם לפי טעם רש"י שמפרש דכאן הוי תועלת בב"ד שיש כח בידם להפקיר נכסי חבירו לפי"ז ודאי בעינן ב"ד מומחין אין כח בג' הדיוטות להפקיר נכסי אחר וגם לפי משמעות הש"ע דכאן נקט בב"ד סתם ולעיל סי' קע"ו בחלוקת השותפות פירש דלא בעינן מומחין וסגי בהדיוטות מוכח בכאן בעינן ב"ד ממש ומה"ט נראה דלא מהני בזה יחיד מומחה כיון דמעות הבע"ד הוא. דהם יש להם כח להפקיר נכסי השני וא"כ ודאי דהפקר ב"ד הפקר לא אמרינן רק בשלשה ולא ביחיד מומחה. ולכך נראה דלא מהני בזה יחיד מומחה רק בעינן שלשה מיהו בחד דגמיר וסביר סגי בסתם ב"ד עיין בסי' ג' ולעיל סי' קע"ו ובכמה דוכתי' ודו"ק:

סימן רסו

(**סעיף א'**) נ"ב הנה בדין אם הי' ביד ישראל פקדון מיד נכרי ונאבד ומצאו ישראל אם חייב להחזיר או לא עיין בחבורי בהשמטות לספרי סת"ם מ"ש דרך אגב לק' אעניברוב דחייב להחזיר עיי"ש ודו"ק:

סימן רסז

(**סעיף ח'** בהג"ה וכו') נ"ב ע' בחבורי לאהע"ז מהדורא ו' בסי' א' מ"ש בזה בתשו' והעליתי דזה מיירי באין מובהקין אבל במובהקין ינתן לבעל הסי' לכ"ע ע"ש ודו"ק: (שם סג ט"ז) נ"ב הנה אם יש חילוק בזה בין אם הוי סי' מובהק או עדים של מי הוא ובין אם אין בה רק סי' אמצעי ע' בחבורי לאו"ח משנת תד"ר בך' סיון בה' תפילין סי' לט מ"ש שם בזה בעזה"י ומה ששייך לסי' זה מדין שומר אבדה אם הוי ש"ש ובמה חייב בשטוח וניעור ועוד כמה ענינים בזה עי' בחיבורי על חו"מ מהדורא ד' סי' ש"א בתשובתי לק' הרימלוב מ"ש בזה ודו"ק: (סעיף טז בהג"ה) וי"א דשומר אבדה אינו אלא ש"ח. נ"ב ע' בש"ך וע' בלח"מ רפ"ז דנדרים גם הוא הקשה קו' של המוהרש"ל וגם במחכת"ה נעלם ממנו לשון הר"ן בנדרים שהביא הש"ך והתוס' בפ"ק דב"ק ע"ש. והנה לפי חילוקו של הלח"מ הי' מוכח משם דבשעה שמוליך האבדה לביתו ונגנב או נאבדה אז אין לו דין ש"ש רק ש"ח רק אח"כ כשמונחת בביתו ונתחייב בשטוח וניעור נעשה ש"ש ונ"מ לדינא מדבריו. אך עיין מה שתמהתי עליו בחיבורי נדרי זריזין שם בש"ס על דברי הר"ן הנ"ל בתירוצי ועל דברי הש"ך יעו"ש שהארכתי בזה ובישוב דעת הרמב"ם:

(**סעיף כא**). מצא תפילין שם דמיהן. נ"ב עיין בסמ"ע שכתב דדוקא תפילין וכו'. ולפענ"ד אינו נראה דהרי מבואר בסי' ע"ב דהיכי דכל מינו מצוי בשוק א"צ לשבע שאינו ברשותו וא"כ אם הוי קפידא בגוף הדבר למה לא ישבע שאינו ברשותו ואם אין לו קפידא למה לא יוכל כאן לשומו ולהניח דמיו ודוחק לומר דדוקא שבועה לא תקנו עבור הקפידא הזו אבל לכתחלה מ"מ אסור לשנות דזה דוחק וצ"ע:

סימן רסח

ס"א בהג"ה ודלא כי"א נ"ב עיין לעיל סי' קצ"ח סי"ב והדברים סותרין זא"ז ונראה שהרגיש בזה המל"מ פ"ב מזכי' ה' ה' ועמ"ש ליישב זה על נכון בחיבורי לה' פסח סי' תמ"ח בתשובה לק' יאסי בדין מכירת חמץ עיי"ש ודו"ק:

שם (סעיף א'). נ"ב הנה מדברי הר"ן בנדרים דף ל"ד ע"ב ד"ה אמר רבא ככר של הפקר

וכו'. יש ללמוד מדבריו דין חדש דהיכי דהי' מונח דבר אחד של מציאה והפקר תוך ד' אמות של ראובן בענין שאם הי' ראובן רוצה יכול לזכות לעצמו בו אז יכול לומר שיהי' נקנה הדבר הזה לשמעון כמי בהמגביה מציאה לחברו דקנה חברו במיגו דאי בעי זכי לנפשי' זכי נמי לחבריה. כן נמי בד"א ג"כ הוי כן ומיגו דאי בעי זכי לנפשי' זכי נמי להקדש או לחברו ע"ש היטב. גם מדברי הר"א ממי"ץ שהביא הרא"ש שם יש ללמוד דין חדש שהיכא שהי' מונח כאן דבר הפקר וראובן הי' עומד סמוך לו ורחוק מד"א בענין שלא הי' נקנה לו בתורת ד"א רק שאם רצה ראובן הי' יכול לזכות בו ולהגביהו שלא היה אחר עומד כ"כ סמוך כמו הוא אז כיון דאי בעי לזכות בו הוי זוכה בו שוב יכול הוא להקדישו אף שלא זכה בו עדיין כיון דבידו להקדישו כמו דאמרינן בשדה זו שמשכנתי וכו' כן ה"נ. ולפי"ז הה"נ דמצי למכרו לאחר וחל המכירה דהרי הקדש ומכירה תמיד דין אחד להם והיכי דיכול להקדיש יכול למכור. ולכך ה"נ דיכול להקדישה חל נמי אמכירה. מיהו נראה דזה דוקא אם אח"כ בא לידו הדבר ההיא שהגביה אותה וקנאה אז לענין זה חל ההקדש והמכירה דלא נימא כיון שבשעה שהקדיש ומכר לא הוי שלו עדיין א"כ הוי דבשלב"ל. ושוב אף שקנאה אח"כ לא חל האמירה שלו בזה ס"ל להר"א ממי"ץ כיון דהוי בידו לא חשוב האמירה שלו דשלב"ל. רק הוי כבא לעולם. ואם אח"כ נעשה שלו כיון שזכה בו ממש אז חל ההקדש והמכירה מכח האמירה שלו מכבר. אבל מ"מ אם לא זכה בההיא אלא אחר ודאי דאין בהקדש ומכירה כלום. והוי של האחר דודאי לענין שיהיה נחשב שלו ממש שלא יהיה יכול לאחר לזכות בו בזה לא מהני מה שיכול לזכות רק בעינן שיעשה קניה ממש ולא מה שהי' יכול לזכות. וכן משמע מכמה דוכת' עצמו מלספור דלא מהני מה שהיה יכול לזכות שיהי' נחשב שלי. וע' מ"ש ב"ה בחידושי לדיני חופה סי' ז' בכיוצא בזה א"ו דעת הרא"ש כמ"ש שלענין זה מהני מה שבידו דלא חשיב דבשלב"ל כיון שהוא בידו. ואם אח"כ זכה בו הוא עצמו מהני שפיר. מיהו בזה צ"ע אם אח"כ חוזר בו קודם שקנאו ואומר שאינו רוצה להקדיש או למכור אם יכול לחזור בו קודם שקנאו או לא ומצד הסברא נראה שיכול לחזור בו. ולפ"ז לא נ"מ לענין מכירה כלום דאם לא חזר בו בלא"ה קיי"ל אף בדשלב"ל דחזר וטרח כי היכי דליקום בהמנותי' ואם חזר בו מקודם שקנאו הרי אף הכא יכול לחזור בו דלענין הקדש שפיר יש נ"מ אם לא חזר בו קודם שזכה בו. ולדינא צ"ע בכל זה שוב עיינתי שנית בלשון הרא"ש בנדרים ומוכח שם להדיא כמש"כ דמיירי באומר לכשאזכה בזה יהי' הקדש וכו'. מוכח להדיא דודאי כ"ז שלא זכה לא מהני כלל רק כשזכה אח"כ נעשה הקדש כמ"ש בתחלה ע"ש ודו"ק היטב:

שם באותו סעיף. נ"ב הנה גרסי' בפ"ב דיומא דכ"ב בעי ר"פ ד' אמות שאמרו בהדי אמה היסוד וכו' וקשה לי למה מיבעיא לי' הרי בפשיטות י"ל דהני ד"א מה טיבן. ובשלמא אם הוי קרוב לדשן בתוך ד"א י"ל כיון דל"א קונה לו כן ה"נ זכה בתוך ד"א להיות הוא התורם אבל אם נימא דהוי ששה אמות ממזבח מה טעם הוי להני ששה ומה לי ששה ומה לי מאה וצ"ע בזה:

סעיף ג' נ"ב הנה דעת מוהרש"ל דבחצרו קונה לו אף שבא לידו קודם ייאוש ושאלני חכם אחד שזה סותר לדברי הש"ס בב"מ דכ"ב ובחולין דאמר שם מי איכא מידי דאלו ידו לא קני לי' וחצירו קונה לו וכו'. ובאמת לק"מ דעיקר סברת הש"ס שם הוי מכח מה דאמרינן בעלמא מי איכא מידי דאילו איהו לא מצי למיעבד ושלוחו מצי עביד. כן ה"נ ממ"נ אם חצרו מטעם ידו הרי ידו לא קני לי'. ואם מטעם שלוחו מי איכא מידי דאלו איהו ל"מ למיעבד וכו'. ולפי"ז היינו דוקא אם איהו לא מצי עביד מעשה זו בשום ענין והוי מניעת העשי' מצד המעשה עצמה שמעשה זו ידו לא מצי עבדה כעת בזה אמרינן כיון דאיהו לא מצי עביד שלוחו נמי לא מצי עביד. ולכך נמי בשלוח הקן כיון דבידו לא מצי עביד מטעם עכשיו כיון דחייבה התורה כשיגיע לידו לא יזכה רק אדרב' ישלחנה א"כ מצד גוף המעשה של עכשיו לא מצי הוא עביד מעשה זו ולא משכחת מעשה זו דרך היתר כלל לכך כיון דאיהו לא מצי עביד שלוחו נמי לא מצי עביד. אבל גבי בא לידו קודם ייאוש שעיקר הטעם כיון דבאיסורא אתי לידו לא מצי לזכות בו כיון שכבר בא לידו קודם ייאוש וכבר נתחייב להשיבו שוב לא פקע א"כ לענין חצרו דלא איכפת לנו מה שקודם ייאוש בא שם דזה לא נקרא באיסורא אתי לידו ולחייבו לא הוי חצרו שלוח שלא מדעתו ולא נתחייב בעבור זה להשיבו ולא נקרא בא לידו באיסור והוה כאלו מונח בעלמא בשאר מקום רק כאלו אחר יאוש בא לכאן לחצרו ולזכותו נעשה שליח. וא"כ עיקר הדין שאנו דנין על החצר הוי על של עכשיו כשכבר הוא לאחר ייאוש אם קונה לו א"כ מעש' זו מצד עצמו אף ידו מצי עביד דתרי לאחר יאוש ודאי קונה א"כ מעשה זו מצד עצמו מצי עביד רק מצד אחר היה אמור אם היה בא לידו קודם יאוש. ולענין המעשה של קודם היאוש בזה לא הוי חצרו כשלוחו ובחצר ל"ש האי טעמא דבאיסורא אתי לידיה. וכיון דהעיקר המעשה הנעשה כעת אף בידו מצי קונה א"כ אמרינן הרי אם היה בא לידו אחר יאוש ודאי מצי זכי אך חצרו נמי קונה לו כן ואף שלחצר בא קודם ייאוש זה לא איכפת לנו דמה שבא לידו קודם ייאוש לא הוי חצר כשלוחו והוי כאלו נעשה שלוחו מחדש עכשיו לאחר ייאוש כאלו לא היה החצר שלו מקודם רק עכשיו לאחר יאוש קנה את החצר מכח דלחייבו לא הוי שלוחו ולזכותו הוי שלוחו א"כ לא

נעשה כשלוחו רק עכשיו ולא קודם ומעשה זו מצד עצמה גם אי מצי עביד כמו החצר שאנו רוצין משא"כ בשלוח הקן שמעשה זו שעושה החצר עכשיו מה שאנו רוצין בו בשעה שאנו דנין דנחשב החצר שלוחו לזכות בשעה זו ממש לא מצי ידו עביד כן מעשה זו מצד עצמה לכך אמרינן שפיר דמי איכא מידי דאילו איהו לא מצי עביד ושלוחו מצי עביד וזה ברור בסברא מאד ודוק היטב ובסי' קצ"ח כתבנו ראיה לדעת הש"ך דלא כמוהרש"ל עיי"ש:

סימן רסט

סעיף א'. המגביה מציאה לחברו קנה וכו'. נ"ב הנה אם היה מונח תוך ד"א שלו מציאה. או בחצרו ואמר הלה יזכה חצרו או ד"א שלי לפלוני את המציאה הזאת אם קונה או לא. עיין בהר"ן בפירושו למס' נדרים דל"ד ע"ב ד"ה היתה לפניו ככר של הפקר מוכח שם מדבריו דבכה"ג קנה חברו והטעם ביארתי בחיבורי כ"ז שם דאף אם אומר שיקנה חצרו לפלוני דבר דהוי כבר שלו לא מהני זה עדיף כיון דעדיין לא זכה בו הוא. ואם רצה הוא יכול לזכות בו לכך מגו דזכה לנפשיה זכה נמי לחברי' וכמו דעדיף משליחות דקיי"ל התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנאו אף בעשאו שליחו מ"מ במגביה מציאה לחברו קנה מכח מגו דזכי לנפשיה כן ה"נ בקנין חצר וד"א דנהי דחצר מטעם שליחות הוא ולכך לאחר שאינו בעל החצר א"י החצר להיות שלוחו מ"מ היכי דעדיין לא הוי החפץ שלו רק דיכול לזכות בו עתה אמרינן מגו דאי בעי זכי לנפשי' זכי נמי לחברי' וכן מוכח משיטת הר"ן שם אבל משיטת שאר המפרשים שם משמע דס"ל דלכתחלה יכוון לקנותו ואח"כ יחול ההקדש משמע דס"ל דאינו יכול לזכות בו תיכף לומר דיקנה הד"א להקדש. מיהו יש לומר לדינא מודים להר"ן דלחברי' מצי זכי ע"י ד"א רק להקדש ס"ל כאן דד"א קונות מטעם חצר. וקיי"ל בחצר מטעם יד ואין יד להקדש כמ"ש המג"א בסי' קנ"ד באו"ח בשם האגודה דמצא דבר בחצר בהכ"נ זכה בו. ולכך ה"נ האיך יקנה הד"א להקדש הרי אין חצר ויד להקדש ואם היו ממש הד"א חצר של הקדש לא היה זוכה בו משא"כ בנדון כזה. אבל אם הזוכה לחבירו בענין דאם היה חברו כאן אצל הד"א אם היה החצר של חברו היה זוכה בו שפיר אף באם הוא עומד אצל הד"א נמי יכול לומר דיזכה חצרו או ד"א שלי לפלוני מכח מגו דבעי זכה לנפשי' זכה נמי לחברי' ומודו בזה הכל להר"ן דלמעט בפלוגתא עדיף ואדרבא על הר"ן קשה האיך מפרש דכוונתו הוי לזכות הד"א להקדש הלא אין חצר להקדש ויהיה מוכח מן הר"ן להיפך דס"ל יש חצר להקדש דלא כדעת האגודה ואין פנאי להאריך אולי יזכני ד' בזמן אחר לבאר יותר ודוק בזה:

סעיף ד' נ"ב עיין בחיבורי ליו"ד מהדורא ה' סי' ע"ז מ"ש בזה ודוק:
סעיף א' נ"ב עיין בקצה"ח סי' זה ובאבני מלואים סי' ל"ז מ"ש ראיה דאב זוכה במתנת בתו ועיין בחיבורי באה"ע מהדורא טית סימן קכ"ז בהלכות קידושין מ"ש לדחות דבריו בעזה"י מלבד מ"ש ע"ז בחיבורי הגדול על ה' קידושין ודוק:

סימן רעג

סעיף ז' אבל מד"ס אינו הפקר עד שיפקיר בפני ג' נ"ב עיין ביו"ד סימן רכ"א ס"ט מביא שם הש"ך דעת התוס' דדוקא בקרקע היה כן אבל במטלטלין לא בעינן ג' ודעת הב"ח שדוקא שיכול לחזור בו אבל כל שלא חזר בו הוי הפקר ממש ולדידהו ל"ל דגם בהך דסעיף ט' שקודם ג' ימים הוי גם כן לכל חד כפי שיטתו דאל"כ נשאר קושית הש"ך שם מדין קודם ג"י שהרי שם הוי קודם ג"י וצ"ל גם כן כתירוצם אך הנה באמת המעיין בר"ן פ"ק דפסחים גבי ביטול שהקשה דלמה מהני ביטול הלא בעינן בפני ג' קודם שלשה ימים עיי"ש מזה מוכח דחולק על התוס' והב"ח דאף במטלטלין בעינן כן ואין שם הפקר כלל עליו אם לא נעשה כתיקון חז"ל וצ"ל להר"ן כתירוץ הראשון של הב"ח והש"ך ביו"ד יעו"ש. ועכ"פ יש בזה פלוגתת הפוסקים ודלא כהש"ך והב"ח ביו"ד שלא הביאו דעת החולקים בזה דמשמע כאלו הוא מוסכם. ובאמת ז"א. שוב ראיתי שהקצוה"ח הרגיש בזה. ועיין בחידושי לאו"ח ה' פסח סי' ת"ס סעיף ג' מ"ש בזה שהעולם נוהגין כדעת התוס' ויש סוגיא דעלמא כוותייהו ודו"ק:
סעיף י"ד הפורש מצודה וכו' נ"ב עמ"ש בביאור דעת הרמב"ם והטור והרמ"א בתשובה לק' זאלישציק בחיבורי על או"ח ה' פסח סי' תמ"ח בקיץ שנת תר"ד עיי"ש ודו"ק:

סימן רעה

סעיף י"א המחזיק בשטרות של גר נ"ב עיין ש"ך מה שפירש בדברי הבעה"ת לפענ"ד יש לפרש דהנה קשה לפירש"י שמיירי בשט"ח מאי קמבעיא לי' אי דעתיה אשטרי' או לא. משמע שאם החזיק בפירוש בשטר פשיטא דזכה. הא כיון דקיי"ל דגוף השטר של הלוה שהוא נותן השכר והשטר אינו למשכון ביד המלוה כמ"ש הרשב"א הביאו הש"ך בסימן ס"ו. וא"כ כיון דמת הגר פקע שיעבודו ואפילו החזיק בו צריך להחזירו כמו דקיי"ל משכון של ישראל ביד הגר ובא אחר והחזיק בו מוציאין מידו וכו'. אך צריך לפרש דברי רש"י דמיירי שהגר נתן השכר של הסופר ע"כ הוי השטר שלו ואלו היה דעתו עליו היה זוכה בו. אך לבעה"ת היה דוחק לפרש כן דמיירי בנתן הגר השכר כיון דקיי"ל דעל

הלוה ליתנו ולא שכיח שיתנו המלוה. ע"כ נ' דאי מיירי בשטר ע"כ פשיטא דפקיעי ר"ל שהשיעבוד נפקע א"כ אפי' הי' דעתו אשטרא נמי לא זכה כיון דקיי"ל החזיק במשכון מוציאין מידו ודוחק לומר דמיירי שהגר נתן השכר ע"כ פירש דמיירי בשטר מכר וכו' ושפיר היה זכה בשטר אם היה דעתו עליו. וזה נראה נכון בפירוש דברי הבעה"ת ודו"ק. ובדין עודר בנכסי הגר וסבר שלו הוא דלא קנה עי' בקצוה"ח במה שהאריך בדין אם הוי דעת אחרת מקנה אם קנה. ועיין בחידושי לאהע"ז סי' קס"ו שם הוכחנו מדעת רש"י דלא קנה אף בדעת מקנה עיי"ש:

שם באותו סעיף. נ"ב עיין בש"ך מה שהקשה דחצרו קונה לו שלא מדעתו. והוא קושית התוס' בנ"ב דנ"ד ד"ה אדעתא ועיין בתוס' גיטין דכ"א גבי הנוקף בראש הזית דהוי גזל גמור ובר"ן שם ודבריהם נראין כסותרין זה את זה. ולזה העירני חכם אחד. ועיין מ"ש ליישב זה בחיבורי לאו"ח ה' פסח סי' תמ"ח בתשובתי לק' לינטעוויטץ שם כתבתי ליישב דבריהם וכל הדינים השייכים לכאן עיי"ש היטב. והנה אם קטן יכול להפקיר עיין מ"ש בזה בתשובה לק' אייזין שטאט במדינת אונגרין בהשמטות לחיבורי שנות חיים שם כתבתי בפשיטות דאין יכול להפקיר דאין בו דעה וגם כתבתי שם הוספות קצת ראי' לזה עיי"ש בחיבורי כתב יד השמטות לחיבורי שנות חיים דף קמ"ח

סימן רעו

סעיף ה' בהג"ה ודוקא שנולד הקטן אבל עובר אינו יורש אמו וכו' נ"ב עיין בסמ"ע מה שתמה על הע"ש וע' במג"א ה' שבת סי' ש"ל ס"ה שכתב שמהרמב"ם והמחבר משמע דלא ס"ל כדעת התוס' והסמ"ע. והנה לדעתי יש להביא ראיה להיפך מדברי הרמב"ם דס"ל כדעת התוס' והסמ"ע. גם אשתדל להביא ראיה לדעת הע"ש. והוא ממ"ש הרמב"ם בה' איסורי מזבח פ"ג הלכה ד'. וזה"ל תחת אמו פרט ליתום שנשחטה אמו וכתב הכ"מ וז"ל משנה פ"ז דבכורות דנ"ז איזה יתום כל שנשחטה אמו או מתה אמו קודם שילדתו. ואיני יודע למה השמיט הרמב"ם או שמתה אמו עכ"ל הכ"מ. ולפענ"ד א"ש דהוי קשה להרמב"ם במתה אמו האיך משכחת לה שיחי' הרי הולד מיית ברישא. ואין לומר דהכוונה שמתה בידי אדם שנהרגה דא"כ היינו שנשחטה ותרתי למה. והנה התוס' מב"ב דקמ"ד ובחולין דל"ח פירשו שם ההוא דהשוחט דקאמר מתה עמו והדר ילדתה היינו ע"י אדם. והתם שפיר פירשו דנקט רק מתה אבל במשנה דנקט תרוייהו נשחטה ומתה. ואי מיירי בידי אדם היינו הך. ובפרט בע"כ דהך נשחטה מיירי שחיטה פסולה דאי שחיטה כשרה א"כ הולד הנמצא בה הרי הוא כשחוט ופשיטא דפסול לקרבן

דהרי שחיטה הוי מד' עבודות והרי נחסר השחיטה. ודוחק לומר דמיירי דנשחטה אמו בפנים לשם קרבן דאכתי הרי הוי הפסק בין שחיטת האם לולד הרי פסול הוא לקרבן עד יום חי"ת ללדתו. וא"כ פשיטא דפסול לקרבן ובע"כ מוכח דנשחטה היינו שחיטה פסולה א"כ היינו נהרגה ותרתי למ"ל ולזה בע"כ מפרש הרמב"ם שמתה היינו מעצמה רק שנעקר הולד מקודם לצאת. ולפ"ז קשה להרמב"ם אליבא דר"ש דס"ל דכל העומד לזרוק כזרוק דמי. וכן כל העומד לפדות כפדוי דמי. א"כ כיון דנעקר הולד לצאת כבר היה עומד לצאת א"כ הו"ל כילוד והוי כנולד קודם מיתה ובפרט כיון דבעלמא מיית ברישא ובע"כ מה דבנעקר הולד לצאת מה דחי בע"כ הוי מטעם דהוי כאלו כבר נולד. א"כ מה"ט גם לקרבן יהיה כשר אך בע"כ המשנה דבכורות אתי' כרבנן דס"ל כל העומד לזרוק לאו כזרוק דמי. וא"כ ה"נ אף דנעקר ועומד לצאת לאו כילוד דמי ולכך פסול לקרבן אבל הרמב"ם כחב הב"ש בה' גיטין סי' קכ"ד דהרמב"ם פוסק כר"ש דכל העומד לזרוק כזרוק דמי. ולכך ה"נ כל שנעקר לצאת הוי כילוד. ולכך במתה מעצמה ליכא לאשכוחי מכח ממ"נ דאם לא נעקר הוא מיית ברישא ואם נעקר הרי הוא כילוד וכשר לקרבן ולכך נקט רק נשחטה דאז משכחת לה בלא נעקר לצאת והוא חי וא"כ מוכח מדברי הרמב"ם כהסמ"ע וא"כ למה נקט הרמב"ם בן יום אחד אפילו עובר נמי בנעקר לצאת ואח"כ מת א"כ בשעה שנעקר הו"ל כילוד הו"ל לירש כדי להוריש לאמו ובע"כ מוכח דאף אם הי' נולד ומת נמי לא הוי יורש ומוכח מדברי הרמב"ם חילוק הע"ש ולא כמ"ש הסמ"ע דמנ"ל לחלק ודוק. אך שבתי וראיתי דיש ליישב קושית הכ"מ והוא עפ"י דברי הש"ס בחולין פ"ב דף ל"ח דתחת אמו פרט ליתום לא נצטרך רק היכי דהוי תרויהו ביחד זה פירש למיתה וזה פירש לחיים. והקשו שם התוס' דהרי בידי שמים א"א לצמצם. ותירצו דנ"מ אם ספק הוי ואם יבוא אליהו וכו'. יעו"ש. וא"כ קשה על הרמב"ם למה לא ביאר דהוי ספק ונ"מ אם עבר והביא אם חייב קרבן אחר או לא ומספק א"א להביא קרבן אחר אם לא באופן היכי דשייך מייתי ומתנה ולכך נראה דהרמב"ם ס"ל דהך משנה או שמתה אתיא כמ"ד דאף בידי שמים אפשר לצמצם. אבל הרמב"ם פוסק כמ"ד בידי שמים אי אפשר לצמצם ובידי אדם אפשר לצמצם. ועיין בת"ש ביו"ד סי' כ"א ובפמ"ג שם. ומכאן יהי' מוכח דס"ל דבידי אדם אפשר לצמצם. ולכך נקט נשחטה דזה הוי בידי אדם ואפשר לצמצם שיהי' מושך השחיטה עד שתצא הולד. אבל במתה א"א לצמצם. וא"כ הוי ספק והרמב"ם לשיטתו דס"ל סד"א לחומרא דרבנן ואיסור דרבנן י"ל דאין שבות במקדש ואף בשאר איסורין כן עיין בפרמ"ג או"ח ה' יוה"כ סי' תרנ"ב

סימן רעז

סעיף ח הבא אחר נפלים אעפ"י שיצא ראש הנפל כשהוא חי ב"ב הנה נלפענ"ד דין חדש בעזה"י. והוא דלכאורה קשה לי על התורה בפ' כי תצא דכתבה כי תהיין לאיש וכו'. ודרשו חז"ל בקידושין פ' האומר דס"ו דמיירי בח"ל דקידושין תופסין בה. וקשה כיון דקיי"ל באמת אפי' ממזר מח"כ ומיתות ב"ד הוי בכור לנחלה למה רמזה התורה זה בח"ל והו"ל לאשמעינן רבותא יותר דאפילו בממזר מח"כ הוי. והנה דברי הסמ"ע בסימן זה ס"ק י"ז תמוהים שכתב וזה"ל. והיותר נראה ששנואה בנשואיה ר"ל דאין קידושין תופסין בה ע"כ ובמחכת"ה נעלם ממנו לשון הש"ס בקידושין דף הנ"ל דמוקי הך קרא בח"ל דקידושין תופסין בה. ועכ"פ קשה קושייתנו. לכך נראה לומר בעזה"י הנה מ"ש וילדו לו האהובה והשנואה למה נקט הלידה באהובה תחלה כיון דאח"כ אמר והי' הבן הבכור לשנואה וכבר דברנו מזה בחיבורנו לחו"מ מכבר וגם בחיבורי עה"ת וכעת נראה כך דין המפורש כאן דהבא אחר נפלים שיצאו ראשם חי הוי בכור לנחלה. ודעת הסמ"ע אפילו נולד כולו. והטעם משום דאין לבו דוה עליו. הרי דלידה נקרא רק דאינו בכור מכח דאין לבו דוה עליו. וזה שה"כ וילדו בנים האהובה והשנואה האהובה תלד תחלה. רק שאעפי"כ יהי' בן הבכור לשנואה דבן האהובה לא יהי' בן קיימא נמי לא יוכל לבכר וזה דסיים כי הוא ראשית אונו דמזה למדו חז"ל דבעינן לבו דוה עליו וא"ש. ולפי"ז נראה דזה דוקא באם אין הולד ממזר אך אם הוא ממזר דבזה אין לב אביו דוה עליו דודאי ניחא לי' שלא ירבה ממזרים בישראל גם אם ימות יהיה לו תקנה בתשובה. אבל כשהוא חי אין לו תקנה כשמחז"ל בחגיגה איזה מעוות לא יוכל לתקון זה שבא על א"א והוליד ממנה ממזר. וא"כ בזה ודאי אין לב אביו דוה עליו. מיהו מ"מ הוי בכור כיון דבאחרים כיוצא בו הוי לב אביו דוה עליו ולא מיעטה התורה רק אם מצד גוף הולד אין לבו דוה ככל ולד כיוצא בו. אבל ממזר בבן כיוצא בו הגדול הוי לבו דוה עליו. מיהו בזה דוקא אם לא ילדה לו אשה כשרה נפל חי. אבל אם ילדה הכשרה נפל חי דאז ולד הוי רק דאין לבו דוה עליו וכיון דבממזר נמי אין לבו דוה עליו אמרינן ממ"נ. ובזה גלי קרא דלא משגיחין באם על אחרים כיוצא בו לבו דוה רק בתר דידיה אזלינן ולכך כתוב כי תהיין בח"ל דאז אף שילדה האהובה תחלה ולד נפל נמי לא יוכל לבכר. אבל בח"כ דהוי ממזר יכול לבכר כיון דהוי ממזר וזה חידוש דין. אבל משמעות הכתובים מסייעים לי בעזה"י ודוק בזה. ודע דהמחבר כאן השמיט דין המשנה בהפילה שפיר וכו' או מחותך וכו'. וכן הרמב"ם השמיטו והטור כתבו ומצאתי בב"י שהרגיש בזה על הרמב"ם ועי' בחיבורי

לאהע"ז מהדורא וא"ו סימן צ"ד מ"ש ליישב דברי הרמב"ם שלא כתי' הב"י. ומכח זה תמהתי על המחבר ששינה מלשון הרמב"ם שם והי' לו לבאר עיי"ש מ"ש בעזה"י:

סימן רעח

סעיף א' נ"ב הנה מה שיש לפלפל בסוגיא דיכיר אי בעי יהב לי' כל נכסיו במתנה ע' בחיבורי טוב טעם בהשמטות בחיבורי ליו"ד מהדורא ו' סי' רסו השייך להשמטות לחיבור הנ"ל שם הארכנו בזה בעזה"י ודו"ק: (שם) אין הבכור נוטל פי שנים אלא וכו' נ"ב הנה אכתוב כאן כמה ח דושי דינים בעזה"י השייך בענין זה. א' נשאלתי מחכם אחד ששמע מהג' מוה' חיים וואלאזינר זצ"ל שנשאל במי שיש לו ב' נשים ואחת נתעברה תחלה והשני' ילדה מקודם איזה הוי בכור ופשוט לי' להג' זצ"ל מקרא דוילדו לו בנים האהובה והשנואה נאמר האהובה תחלה ואח"כ השנואה ואמר והי' הבן הבכור לשנואה וכו' הנה בזה הייתי בר מזלו דהג' ז"ל וכבר כתבנו מזה לעיל בסי' שקודם וע' בחיבורי לתורה שנת תקפ"א ותקצ"ב הארכתי בענין זה ומה שהרגיש רו"מ במכתבו מיעקב כתבנו שם בעצמנו הטע' מכח מאמר חז"ל בנדה דאתהפוכי מתהפך רק ביעקב הוי נס דלא נתהפך אבל הם לא ידעו מזה (והטעם כמו שאי' בזוה"ק דהוי צריך שיתברך יעקב בלי רצון יצחק עיש"ה ואם היה יעקב יוצא ראשון הי' יצחק יודע שהוא בכור והי' מברכו ברצון לכך לא נתהפכו ויצחק סבר דנתהפכו והוי עשו הבכור וזה הכוונה במדרש פ' תולדת בפ' ותקרא לעשו בנה הגדול שאמר הקב"ה אצליכם הוא בכור אבל אצלי הוא בנס שבנסים ע"ש והכוונה מבואר כדברנו) ובזה אזלו כל הערות של רומ"כ למה לא שאלו מאשה אחת יולדת תאומים דבזה מן הסתם אתהפוכי מתהפך וע' בחיבורי מי נדה ד"ז בש"ס כתבתי שם דמסוף הסוגי' מוכח דהנוצר אחרון יוצא ראשון עיש"ה. והנה י"ל עוד דבילדה תאומים י"ל דאלו הוו טפה אחת ונתחלקה לב' אי אפשר נהי דזה התחיל להתרקם תחלה מ"מ אלו בגמר היצירה הוי השני תחלה דזה מיהר להתרקם ובודאי בגמר היצירה תליא מילתא וא"כ כיון דעכ"פ זה יצא תחלה והוי זה ודאי בכור ללידה. והשני ספק אם הוי בכור ליצירה לכך אין ספק מוציא מידי ודאי. אבל בשאר נשים משכחת לה דראינו והוכר עוברה של זו תחלה א"כ ידענו דזה בכור ליצירה לכך אזלינן בתר היצירה. ומ"ש רו"מ דלשון והוא אינו סובל דוקא היצירה לא ידעתי מי דחקו להגאון ז"ל דיוק זה. בלא"ה א"ש דמלשון וילדו לו האהובה משמע דאהובה ילדה תחלה ואיך אמר אח"כ והי' הבן הבכור לשנואה בע"כ הכוונה על היצירה דבתר היצירה אזלינן ודו"ק: ובהיותי בזה עלה בלבי דבזה א"ש המדרש פ' תולדת מ"ש הכניס עמו כת של

פריצים אמרו ניכול מדידי' וכו' וניחוך עלה ולפי שהיו כמשחקים שחק הקב"ה עמהם והסכים שהבכורה ליעקב ע"כ והוא תמוה מאי מכ"מ הוא. בחידושי הארכתי בזה וכעת נראה כך דבאמת הי' גלוי לפני השי"ת דיעקב ראשון ליצירה וראוי' לו הבכורה רק דבגלוי לעיני בו"ד לא נודע אם הי' אתהפוכי מתהפך או לא. וכיון דאין משגיחין בב"ק ולא בשמים היא ולכך הי' לעשו דין בכור אך כיון דיעקב קנה ממנו הבכורה אך הם אמרו דניכל מדילי' ונשתה מדילי' וניחוך עלה. והיינו מכח דאמרו דעשו לא גמר ומקנה לו רק משטה בו ובלב אינו גומר ומקנה. רק כיון דקיי"ל דדברים שבלב אינן דברים א"כ הוי מכירה. רק הם אמרו דדברים שבלב אינם דברים ואמרו קמי שמיא גליא דלא גמר ומקנה וא"כ אמר הקב"ה אם עשו אומר דאזלינן בתר קמי שמיא גליא הוי יעקב בכור כיון דהוא ראשון ליצירה ואינו צריך לבא מכח מכירת עשו וא"ש ודו"ק: שבתי וראיתי שדין זה מבורר ממ"ש בש"ס בבכורות פרק יש בכור דיוצא דופן אינו בכור דבעינן וילדו לו וליכא מוכח דבלידה תליא ולא בעבור תלוי והדבר פשוט להיפך דהנולד ראשון הוא הבכור עיי"ש ודו"ק: והנה שבתי וראיתי שדין זה יהי' מוכרח מפרש"י פ' תולדות מ"ש וזה"ל ויעקב בא לעכבו שיהי' ראשון ללידה כראשון ליצירה ויפטור את רחמה ויטול את הבכורה מן הדין. והנה כפל לשונו ויפטור את רחמה ויטול וכו' מבואר כונתו שרצה שיהי' פטר רחם לאמו גם שיהיה בכור לנחלה מן הדין מבואר הא אם יהי' עשו נולד ראשון לא יהי' בכור לנחלה ג"כ אף שיהי' ראשון ליצירה. בע"כ דבכור לנחלה נמי לאו ביצירה תליא מילתא רק בלידה. וגם לפי פרש"י דמשל לשפופרת א"כ בתאומים הוי היוצר ראשון נוצר אחרון והו"ל להמשנה בפ' יש בכור למנות זה דיש בכור לכהן ואינו בכור לנחלה ויש דהוי לנחלה ואינו לכהן הו"ל למנות בילדו תאומים היוצא ראשון בכור לכהן והאחרון בכור לנחלה. אלא בע"כ דהכל תלוי בלידה ודוק היטב:

ב הנה בדין ישראל שקנה כפר או עיר להניח אחר מותו בכור או פשוט אם שייך בשכר אוראנדא או בחלק המס המגיע להקיר"ה מן היי"ש וכדומה ומה שמוותר בזה חלק לשר העיר או הכפר אם שייך בזה חלק בכורה או לא. הנה לדידי הדבר פשוט דבשכר האוראנדא דתלוי בהקרקע זה הוי כמו שכירות בית. וכדומה ודאי דשייך בזה חלק בכורה ואסביר יותר עפ"י השכל דהרי אם רצו היו יכולין לחלוק הכפר או העיר לג' חלקים זה יטול ב' חלקים וזה חלק אחד ויעמיד זה קרעטשמע בחלק שלו וזה יעמוד קרעטשמע בחלק שלו ובודאי חלק שכר האוראנדא של הנוטל ב' חלקים יהי' יותר משכר האוראנדא של חלק האחד. וא"כ כל זמן שלא חלקו נמי הוי כן דלזה שייך ב"ח ולזה חלק אחד. ומה שהקיר"ה מוותר הוי כך אם דרך המלך לותר אף לשורפי י"ש שאין

להם קרקע א"כ ויתור זה לאו מכח הקרקע בא רק מגוף המו"מ אז אין להבכור חלק בכורה מזה. אבל אם אין המלך מוותר רק להשרים שיש להם כפרים ועיירות א"כ הוי זה זכות הנצמח מן הקרקע והרי על גוף הקרקע יש לבכור ב' חלקים. א"כ מגיע לו מזה ג"כ ב' חלקים ומכש"כ בהאוראנדא דודאי הוי כן דהוי שכירות מגוף הקרקע והרי יש לו ב"ח בקרקע מגיע לו שכר האוראנדא ג"כ ב"ח וזה פשוט:

סעי' ז ואם הלוה על משכנו של הקרקע באתרא דלא מסלקי וכו'. נ"ב עיין בחיבורי בתשובה לק' סציטין כתבנו דהיינו דוקא בגוף המלוה הוה לבכור פי שנים ולא בהפירות אפי' הו' הלואה מעות והפירות מעות עיי"ש בטעמא דהא מילתא

סימן רעט

סעיף ג' האומר זה בני נ"ב עי' בסמ"ע בשם הטור דתכ"ד נאמן ובטור גופו מבואר דדעת הרשב"ם אף בתכ"ד א"נ ועיין בב"ח מ"ש בטעמו כיון דאינו חוזר ממש לא הוי תכ"ד כד"ד. ועיין בתשובתי לק' קראקא קנה (מקומו) בחיבורי בהשמטות לחיבורי נ"ז סי' ר"י מ"ש בזה ודו"ק ועיין בסמ"ע סקי"ב ועיין בחיבורי לאהע"ז מהדורא ה' סי' קכ"ב בתשובה לק' בראדשען מ"ש בביאור דברי הסמ"ע שלא יסתרו דברי הש"ע אהע"ז סי' ד' סעיף למ"ד והרמב"ם שם עיי"ש ודוק היטב:

סימן רפ

סעיף ב'. נפל ללוי נכסים אחרים יחלקו אותם. נ"ב הנה זה הוי משנה מפורש בפ"ח דב"ב. דהנה הרשב"ם והרע"ב פירשו שם דמיירי שנפל לו בחייו. ובתוי"ט שם תמה עליו דמ"ט כתבו כן עיי"ש ולפענ"ד אין מקום לתמיהתו כלל דהרי לא משכחת לה בע"א דממ"נ מנין יפול לו ירושה אם מצד משפחת אביו אם הוי ידעינן משפחת אביו הוי ידעינן אם הוא אחיהם או לא ובע"כ לא מיירי שנפל לו ממשפחת אביו ורק מצד האם. ובזה שפיר משכחת לה דאמו ידועה לנו אבל אביו אין ידוע לנו או דנפלו לו מאשתו וא"כ זה לא משכחת לה רק בחייו דאין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחיו מאביו ומכש"כ באשתו ודאי אינו יורש כשמת הוא תחלה ולכך לא משכחת לה רק כשנפל לו בחייו אז משכחת לה באשתו או באמו וא"ש וזה פשוט ונכון:

סעיף ד אמר שמעון אין לוי זה אחי וכו'. נשאלתי למה כאן אין יכול שמעון לטעון שלא טען שאינו אחי רק להרויח שלא יתן לו מחלקו ועכשיו מודה הוא על האמת שאחיו הוא כדברי השני ויחזור לו מחלקו והוא יחלוק עם השני ולמה לעיל בסי' מ"ז בטוען

שטר אמנה הוא מבואר שם דאם בא לגבות אח"כ מהלוה דנראין אם כשטוען שטר אמנה בשעה שבא המלוה לגבות חובו יכול אח"כ לגבותו עיי"ש. שוב מצאתי אח"כ בס' נתיבות ח"ב הרגיש בקושיא זו וכתב ליישב דהיה יכול לומר איני יודע ודבריו תמוהין דהא גם בסי' מ"ז הי' יכול המלוה לומר איני יודע אם הוא פרוע דג"כ אם לא חב לאחריני אינו זוכה כמ"ש בסי' נ"ט ודוק. אמנם אנכי בחיבורי משפט צדק על חו"מ ח"ב בסי' ר"פ כתבתי ליישב הקושיא ההוא בטוב טעם ודעת בעזה"י וכאן לקצר אני צריך:

סעיף ו וזה אומר לו איני מכירך נאמן. נ"ב תמי' לי על מה שלא הביאו דברי התוס' בפ"ג דב"מ שזה מקור דין זה. דמדבריהם משמע דדוקא היכא דהוי ריעותא כגון שראהו תחלה בלא חתימת זקן ובא בחתימת זקן אז אינו נאמן שהוא אחיו אבל היכא דליכא ריעותא נאמן לומר שהוא אחיו וצ"ע. ואפשר דהתוס' לא כתבו רק לתרץ גוף הסוגיא שם והיינו דס"ל כמ"ד מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב דס"ל ברי ושמא ברי עדיף. ולכך הוא ס"ל כמ"ד זה הילכך אם לא היה ריעותא היה נאמן. אבל לדידן דקיי"ל מנה לי בידך והלה אומר א"י דפטור לכך שפיר קיי"ל אף בליכא ריעותא אינו נאמן ליטול בספק אבל עכ"פ יהי' מוכח מזה דס"ל להתוס' דלמ"ד מנה לי בידך והלה אומר א"י אף בלא הו"ל למידע חייב ויהי' מוכח לדידן בא"י אם פרעתיך חייב אף בלא הו"ל למידע דממ"ד ברי ושמא ברי עדיף בא"י אם נתחייבתי נלמוד מזה לדידן בא"י אם פרעתיך ודוק' היטב:

סעיף ז מי שמת והניח בן וטומטום וכו'. וכן כל ודאי וספק אין ספק מוציא מידי ודאי. נ"ב הנה מקור דין זה הוא מהרמב"ם ויש לו מקום עיון ממ"ש הרמב"ם בה' מעה"ק פ' יו"ד הלכה כ"ב נטמא אחר זריקה יטבל והרי הוא טהור אף בשעת הקטר חלבים הרי הוא ספק אם חולק או אינו חולק לפיכך אם תפס אין מוציאין מידו עכ"ל. וקשה לי מ"ט לא נימא גם שם כיון דשאר הכהנים מגיע להם ודאי הקרבנות ולא הוי ספק א"כ אין ספק מוציא מידי ודאי. ואפשר ליישב זה עפ"י דברי התוס' בפ"ק דב"מ דהקשו בחצי שלי וכולה שלי נימא כן אין ספק מוציא מידי ודאי. ותירצו דהתם היבם ודאי יורש אבל כאן בשביל דהוה ודאי בחצי זה אין לו להיות ודאי בחצי האחר ע"ש. וא"כ ה"נ כיון דהטמא נמי ודאי הוי כהן ויש לו חלק בכל הקרבנות רק בקרבן זה הוי ספק אם יש לו חלק כיון שנטמא. לכך אף דשאר הכהנים הוו ודאין בחלק אחד אין להם להיות ודאין בח"ש ודו"ק:

סימן רפא

סעיף ז' בהג"ה מיהו בשטח"ז וכו' נ"ב הנה נשאלתי במי שהי"ל ב' בנים ובת ומת וצוה לפני מותו שלא יחלקו בניו בעזבונו עד שתמות אשתו ובחייו תשלוט היא בכל וביני ביני נאבד הרב' מנכסיו ובשעת מותו היה מגיע חלק ח"ז יותר מכדי החוב אך אח"כ כשמתה אשתו כבר כלו הנכסים והוי ח"ז פחות מכדי החוב גם ביני וביני מת בן א' בלי זש"ק ויורשו אחיו השני ונשאלתי כמה מגיע להבת אם החוב או חלק ח"ז כמו שהיא עתה וגם אם חלק חמשית או שלשית השבתי דלא מבעיא בזה דלא הוי ביד היורשים לקיים תנאם מיד לפרוע החוב כיון דצוה שלא יחלקו עד אחר מיתת אשתו רק גם אף אם לא לוה כן והי' בידם לפרוע מיד מ"מ כ"ז שלא תבעה הבת זה או זה ולא ביררו להם איזה רוצים והיו נותנים ונושאים בממון וכלה מהם בדרך מו"מ שלא בפשיעתם נמי בידם ליתן לה חלק חצי זכר כמו שהוא עכשיו דבתר שעת החלוקה אזלינן ולא בתר שעת המיתה ובידם לברר להם איזה דרך כל שעה שירצו. וראי' לזה ממ"ש באהע"ז סי' קי"ג דיכולין היורשין לסלק לבע"ח במטלטלין ולשייר להם הקרקעות ויפסידו השטח"ז עיי"ש והרי אף דעיקר שעבוד נכסים הוי לבע"ח על הקרקע וא"כ בעת מיתה זכו היורשים במטלטלין והיה מגיע להן שטח"ז מ"מ יכולין היורשין אח"כ לעשות להיפוך וליתן המטלטלין להבע"ח להפסיד השטח"ז ועי' בב"ש שם דיכולין לעשות כל מה שירצו דבתר שעת חלוקה אזלינן ולא בתר שעת מיתה וא"כ ה"נ בזה כל דלא חלקו הברירה ביד האחין לבחור זה או זה מיהו אם כבר בררו להם דרך אחד נראה דבזה די באמירה בעלמא ואין יכולין לחזור אך יש חילוק בדבר דאם בררו להם הדרך שישלמו החוב אז חייבין לשלם כדין האומר לפני עדים חייב אני לך מנה שבשטר שמתחייב בדיבור בעלמא כן ה"ל בזה כיון שאמרו שישלמו החוב הוי עליהם כחוב אבל אם אמרו שיתנו חלק ח"ז הנה זה הוי הקנאה בגוף הממון ובזה בעינן קנין ובלא"ה יכולין לומר משטה או דחוי קמדחי לך וכעין שאיתא בחו"מ סי' קסו וסי' של"ה בדין טול מה שעשית בשכרך ע"ש ובדין השני האיך נשער הנה זה ודאי דאין לבת רק חלק חמשית דחלק הבן השני שלא הניח יורשים אחריו לאו מן אביו קא ירית רק מאחיו ומה לו אם הוי זרע לאחיו שהיו יורשים חלקו כן ה"נ אחיו במקום זרעו הוא ומני' קא ירית ולא מאביו ואף לפי משמעות הש"ס פ' י"נ דהנחלה חוזרת לאביו וממנו יורש בנו לפי סדר הנחלות מ"מ הוי כאלו זכה האב בנכסים הללו אחר מותו והוא לא התחייב רק מה שיהיה נשאר ממנו בעת מותו ולא אח"כ לזה אין לבת בזה רק חלק חמשית וארבע ידות לאחי' ע"כ השבתי ודו"ק:

סעיף ח'. לשון יחזיק בנכסים הוי ל' מתנה וכו'. נ"ב ע' בקצוה"ח מ"ש בשם מוהרי"ט וע' בחיבורי על חו"מ מהדורא ד' בתשובתי לק' באליחוב סי' נ"ב כתבתי דלא קי"ל כן ומה שהשיג הקצוה"ח על המוהרי"ט מדברי הרמב"ן דמוכח מדבריו דבמת הבכור בחיי אביו אין לו חלק בכורה הנה מן הש"ס יהי' מוכח כדעת מוהרי"ט ממה דפריך בפ' י"נ יכיר למה לי הא אי בעי יכול ליתן לו כל נכסיו במתנה ומאי פריך הרי י"ל אם יתן לו כל נכסיו אם ימות הבכור בחייו יטול גם בנו זכות זה אך אם אמר זה בני בכורי אם ימות בחייו אין לו חלק בכירה ומה מגו הוה זה ובע"כ מוכח דגם במת יש לו חלק בכורה מיהו יש לדחות דהרי יש לו מגו דיתן לו כל נכסיו ויתנה עמו שאם ימות בחייו יהי' המתנה בטלה ולכך אין הדבר מוכרע עדיין ודוק:

סימן רפב

סעיף א' כל הנותן נכסיו לאחרי' וכו'. נ"ב הנה ראיתי במוהרש"א בח"א מס' סנה' פ' חלק גבי מה שבאו בני ישמעאל עם ישראל לדון לפני אלכסנדר מוקדן הביא שם קו' הר"א מזרחי שהקש' האיך העביר אברהם נחלה משאר בניו הלא אחז"ל שלא תהיה בעבורי אחסנתא אפי' מברא בישא לברא טבא. ומתרץ המוהרש"א כיון דשאר הבנים היו בני הפילגשים לא היה צריך ליתן להם ירוש' עם יצחק ע"ש ומשמע מדבריו לדינא דאם יש לאדם בן פלגש רשאי להעביר נחלה ממנו לבתו מאשתו ממש ודבריו תמוהין דמנ"ל הא כיון דקי"ל דבן פלגש הוי בנו לכל דבר ויורשו ומנ"ל שרשאי להעביר נחלה ממנו ואפשר כיון דכתיב כי תהיין לאיש שתי נשים וכו' לא יוכל לבכר ומדכתיב נשים ממעט פלגשים דאם אחת פלגשו רשאי לבכר אך עדיין קשה דילמא דוקא חלק בכורה אבל מנ"ל שרשאי להעביר נחלה היינו אפי' חלק פשוט וצ"ע בזה:

סימן רפג

סעיף א' בהג"ה נ"ב עי' בסמ"ע סק"ו וע' בחיבורי לחו"מ מ"ד סי' קע"ה מה שתמהתי על הסמ"ע מדברי מוהרי"ק והובא בד"מ סי' קצד ע"ש ודו"ק: שם בהג"ה. אם אין העכו"ם יודעין מזה אינו חייב לפרוע ליורשיו וכו'. נ"ב עי' בסמ"ע שכתב דאם העכו"ם יודעין מזה הוי גזל עכו"ם ואסור והם היפוך דברי הש"ס והפוסקים דהפקעת הלוואתו מותר אף בחיי הנכרי בעצמו ואינו אסור רק מפני חילול השם וגזל נכרי דאסור אינו רק כעין גזל החנית דבא לידו שלא מדעת הבעלים אבל כל שבא לידו מדעת הבעלי' בהיתר לא הוי גזל ומותר ואינו אסור רק מכח חה"ש ויפה כתב הש"ע כאן ודברי הסמ"ע תמוהין

מאוד בזה ועיין באהע"ז סי' כ"ח נמי מוכח גבי קדשה במשכון של כותי דכל חוב הוי רק הפקעות הלוואתו עיי"ש ודו"ק:

סימן רפד

סעיף ב אין היורשים נוחלים עד שיביאו ראיה שמת מורישן אבל אם שמעו בו שמת וכו נ"ב הוגד לי בשם הגאון בעל שג"א זצ"ל [וכן אי' בשו"ת הריב"ש וע' בנו"ב מ"ק אהע"ז בתק"ע] דדבר זה מבואר בש"ס דכתובות דק"ו דקאמר שם אלא אמר ר"פ בששמעו בו שמת בע"א הוא דבעית לאנסובי בע"א מצי מינסבא מזוני נמי יהבינן לה בניו ובנותיו דאי בעי למיחת לנכסים בע"א לא מצי נחית מזוני נמי לא יהבינן לה כו' עכ"ה ג"כ א"כ מפורש כן דבע"א אין היורשים יורדים לנכסיו. אך לדעתי לאו ראי'. להמעיין בש"ס שם דשם פריך הגמ' לשמואל דס"ל אין פוסקין מזונות לא"א ולזה מתרץ ר"פ דמיירי בששמעו בו שמת אבל לרב דס"ל פוסקין מזונות לא"א א"כ יתכן להיות דנחתינן לנכסיו ג"כ בע"א ואסביר הדבר יותר דהנה יש לומר דרב ושמואל לשיטתם אזלי דודאי למ"ד צררי אתפסי הוי מילתא דל"ש ורב לשיטתו דס"ל הולכין בממון אה"ר לכך לא חייש לצררי דל"ש ושמואל לשיטתו דס"ל דלא אזלינן ב"ר בממונא לכך חייש לצררי. והנה אנן אף דקיי"ל אין הולכין במאה"ר כשמואל מ"מ קיי"ל פוסקין מזונות לא"א בע"כ דלהתפיס צררי הוי ל"ש כלל בזה קיי"ל כרב דהולכין בממון אחר הרוב ולכך א"ש דהנה נהי דהוי ע"א מ"מ כיון דאשה דייקא ומינסבא וכיון דדייקא ודאי מת וראוי למיחת לנכסי' אף בע"א רק לשמואל דס"ל דחיישינן לצררי וס"ל אף למיעוטא דל"ש חיישי' בד"מ ולכך לדידי' שפיר משני ר"פ בע"א לא מצי למיחת לנכסים דאף דדייקא ומינסבא מ"מ גם ללא שכיח חיישינן בד"מ אבל לדידן דקיי"ל פוסקין מזונות לא"א ומוכח דלמיעוטא דל"ש ל"ח גם בממון גם בע"א שמת בצירוף סברא דדייקא נחתינן לנכסיו דהוי מיעוטא דלא שכיח לחוש שלא מת כנלפענ"ד נכון בעזה"י:

סימן רצ

סעיף ט בהג"ה הדין עם היתומים נ"ב עי' בסמ"ע מ"ש בשם המרדכי דכל דאין להקדש אלא מקומו ושעתו לא נאמר רק בהקדש ולא בשאר דברים וקשה טובא מדברי הרא"ש בפ"ק דקידושין והובא בב"ש סי' ל"א באהע"ז גבי שמא ש"פ במדי דשם מוכח להיפך דבכל דבר הדין כן וגם דברי הרא"ש גופו סתרי אהדדי דבב"ק פ"א גבי שמין לבע"ח והובא בש"ע חו"מ סי' ק"א סעי' טית נתן שם טעם אחר שלא תנעול דלת בפני לוים ולא

נתן טעם דאין להקדש אלא מקומו ושעתו מוכח דס"ל כדעת המרדכי ובקידושין משמע להיפך ואפשר דוקא בקידושין ס"ל דילפינן מהקדש דקידושין דין הקדש יש להם דאסר לה אכ"ע כהקדש ועדיין צ"ע בזה:

סימן רצא

סעיף ה' ויש מי שאומר שאינו חייב עד שימשך ובמקום שמשיכה קונה נ"ב ראיתי בס' קצוה"ח שהקשה דלמה לי קרא למעט שטרות מדין שומרין ובפרט לדעת הרמב"ם מחייב באמת בפשיעה והרי בשטרות לא מהני משיכה רק כתיבה ומסירה ובשומרין ל"ש כתיבה והניח בצ"ע עיי"ש ולדידי לא קשה כלל דע"כ לא בעיצן בשטרות כתיבה רק בלוקח כיון שהלוקח רוצה לקנות גוף החוב לכך ל"מ משיכה ומסירה לבד כיון שאף החוב אינו נמשך במשיכת ומסירת הנייר ויומתק יותר עפ"י דברי הר"ן בריש הכותב שלכך ל"מ תפיסה בשטר דבשלמא חפץ הוי התפיסה לראי' בידו שהוא שלו דתפיסתו מוכחת עליו שהוא שלו אכל בשטר אין מתפיסתו הוכחה שקנה גוף החוב ולכך אינו נאמן בתפיסתו לבד שהחוב שלו עיי"ש ומה"ט גופו ל"מ בי' מסירה או משיכה דבכל הקנינים בעינן שיהיה מוכח מגוף הקנין שקונה החפץ דבכל דבר בעינן הוכחה מתוכו ולכך מוכח מן המסירה והמשיכה קנין גוף החפץ אבל בשטר אין ממסירתו ומשיכתו מוכח שקנה גוף החוב דילמא רק הנייר לבד קנה לכך ל"מ בי' משיכה ומסירה אבל בשומרין דהרי אינו מוסר לו לשמור רק גוף הנייר והרי החוב גופו אינו בר שמירה ואינו בידו כלל וכיון שאף אי נימא שיש בשטרות דין שמירה היינו רק שאם לא שמר הנייר כראוי מתחייב לשלם גוף החוב אבל מ"מ חיוב השמיר' על השומר אינו רק שישמור הנייר ואנן ל"ב בשומרין משיכ' רק שבדבר שמתחייב עליו לשמרו אותו בעינן שימשוך אבל דבר שא"צ לשומרו ל"ב שימשוך אותו השומר וכאן אף אם נימא דיש דין שומרין בשטרות מ"מ חיוב השמירה עליו אינו רק בגוף הנייר וא"כ הרי ממשיכתו ותפיסתו את הנייר מוכח על הנייר גופו שנותן ביד לשמור וע"ז שפיר מהני משיכה ומסירה לבד שמשיכת ומסירת השטר מוכח הקני' על שמירת השטר בעצמו וע"ז שפיר הוי הוכחה ממסירה ומשיכה שני על השטר עצמו והרי הוא לא מתחייב רק בשמירת השטר לבד ובזה שפיר מהני משיכה ומסירה ולק"מ ודוק היטב כי ז"ב:

סעיף ו' אם פשע בו ולא שמרו כראוי נ"ב הנה ראיתי במח"א ה' שומרין שנסתפק במי שהפקיד אצל חברו פקדון וראה הנפקד שהיו אבודין ולא מכרה בב"ד אם חייב לשלם והוי פשיעה או כיון דההפסד בא ממילא שלא ע"י מעשה הנפקד נהי דלכתחלה הי'

מחיוב להצילו מן ההפסד מ"מ אם לא עשה כן י"ל דפטור דאין זה בכלל חיוב שמירתו יעו"ש מ"ש בזה והביא הך דינא דש"ש שהי' לו לקדם ברועים ומקלות ודחה שם זה וגם הביא דברי הטור סי' תמ"ג והנה אחרי מחילת כת"ה והנשאה נעלם ממנו דין המפורש בש"ע חו"מ סי' ע"ב סעיף כ"ז שכתב שם וז"ל ואם מודה ששם אותו במקום שאינו משתמר מהעכברי' או לא נערו כראוי חייב לשלם הפחת א"כ מוכח דאף עבור שלא נערו כראוי אף דבזה בא ההפסד ממילא חייב לשלם מכח שהיה חייב לנערו כראוי וא"ל דהתם מיירי שלא היו הבעלים שם כדמשמע מדברי המח"א שמחלק בין אם היו הבעלים שמה או לא דז"א דא"כ למה לא קמ"ל חילוק זה דאף אם מודה שלא נערו כראוי רק שטוען דאתה היית בעירי בשעת ההלואה ולא קבלתי עלי שמירות השטיחה וניעור נמי פטור מוכח דאין חילוק ואין לחלק בין פקדון למשכון דגם במשכון יכול הלוה לשטחו ולנערו בבית המלוה והרי המלוה יכול לשמרו הוא או אחד מבני ביתו וגם אין לחלק בין היכי שכבר התחיל ההפסד קודם פשיעתו ובין אם לא היה מתחיל כלל רק ע"י פשיעתו דמה סברא לחלק בזה דסוף סוף לענין מה דנפסד אח"כ אחר שפשע ולא מכרו הוי כהפסד חדש גם מה שמדמה זה לדין חמץ קודם הפסח הרי דשם לא התחיל ההפסד רק ע"י פשיעתו ומוכח שהוא עצמו אינו מחלק בזה לכך צ"ע שנעלם ממנו כ"ז

סעיף כו שומר שמסר לשומר חייב. נ"ב יש להסתפק אם יכול השומר הראשון להטיל חרם על המפקיד שהאמת הוא דאינו מאמין להשני בשבועה או אפשר דעלילה הוא מבקש ומעליל עליו כדי שישלם לו. והנה לפטור ח"ע בטענה זו א"י השומר דהוי כא"י אם החזרתי לך כיון דבודאי קבל על עצמו לשמור ונתחייב בשמירתו וספק לו אם נפטר בשמירת השני ובשבועתו דאם נימא שבאמת אינו מאמין לו המפקיד חייב הוא לשלם ולכך כיון שא"י הוי כא"י אם החזרתי ומזה ראי' לדעת הש"ך כאן דגם בשומר הוי כאיני יודע אם החזרתי אבל עכ"פ בא"י אם פרעתיך קיי"ל דצריך התובע לקב"ח תחלה אם גם כאן צריך לקב"ח שאינו מאמין להשני או לא וכן נמי אם הוא מאמין לו בלבו אם רשאי לומר אינו מאמין לו וכן הוא ביו"ד סי' קצ"ז דאם מאמין בלבו א"י לומר איני מאמינך אם מאמין לו בלבו א"כ ה"נ אם מאמין לי בלבו בשבועה אז הוא א"י לומר איני מאמינך בשבועה או שיכול לומר כן אף אם מאמין בלבו וצ"ע כי לא ראיתי לע"ע שום גלוי לדין זה. וכן אני מסופק בשומר אבדה דיש לו דין שומר ולא נעשה מן המפקיד לשומר אם זה מסרו לאחר אם יש לו דין שומר שמסר לשומר או לא כיון דעיקר הטעם בזה מכח דאת מהימנת לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה ובזה הרי גם לראשון לא מסר לו מדעתו רק התורה עשת' לשומר ומה לי זה או זה. גם אני מסופק באם אחד מבני ביתו של

המפקיד או איש אחר לגמרי נעל חפץ ראובן ונתנו לשמעון לשמור ונודע אח"כ שהחפץ של ראובן ושמעון מסרו לשומר אחר אם חייב בזה הראשון דהרי לכאורה אין יכול ראובן לומר את מהימנת לי בשבוע' דהרי גם לו לא מסר ראובן מדעתו ולא ידע בה וגם אם נימא דסוף סוף יכול ראובן לומר כיון דנגד זה שמסר לו לשומר חייב לשלם דזה יכול לומר את מהימנת לי וכו' וא"כ הרי אני בא מכחו מ"מ אם השומר השני רגיל זה שמסר לו החפץ להפקיד אצלו אך ראובן אינו רגיל להפקיד אצלו אם נלך בתר הבעלים שמסר לו החפץ. והנה בכל הני דינים נ"ל כיון דעיקר חיובם דהוי מחויב שבועה ואיל"מ א"כ ה"נ בכל הני דינים כיון שאינו ידוע להנפקד שהדבר ברור בלב המפקיד שנאבד כיון שאין ידוע זה בעדים וגם אינו ידוע אם היה מאמין להשני או לא וכל שאין ידוע להנפקד שהמפקיד עצמו יודע שנאבד חייב הוא לישבע שנאבד והרי אינו יכול לישבע כיון דלא נאבד בידו הוי משואיל"מ ולכך הן נגד יורשים היינו אם מת המפקיד קודם שעמד בדין או שומר אבדה או שזה שמסר לו רגיל להפקיד אצל השני אם בעלים האמתיים של החפץ אין רגילים להפקיד אצלו חייב הוא לשלם כיון שאינו יכול לישבע מיהו אם המפקיד בעצמו מאמין בלבו נראה דגזל הוא בידו אם טוען איני מאמינך ולכך נראה דצריך לקב"ח תחלה שאמת הוא שאינו מאמינו ועדיין צ"ע בזה כי הפוסקים קצרו בזה ביותר:

והנה בדין הנ"ל היכי שאחר מסרו לידו נראה דיש חילוק בדבר דאם ידע השומר תיכף שחפץ זה של ראובן הוא א"כ נעשה שומר לראובן ולכך אם אין ראובן רגיל להפקיד אצל השני חייב לשלם אף דזה שמסר לו רגיל להפקיד אצלו אבל אם לא ידע כלל בשעת קבלת השמירה שחפץ זה של ראובן א"כ יכול השומר לומר לראובן אני לא נעשיתי שומר לך רק לפלוני זה שמסרו לידי והרי הוא רגיל להפקיד אצל השני וא"כ נגדו אין צריך אני לישבע ולכך לא נעשיתי שומר ובלתי קבלת השמירה אינו חייב לישבע מה"ת ול"ש משואיל"מ וז"ב לפענ"ד מיהו בלא ידע תחלה ונודע לו אח"כ שהוא של ראובן ולא החזירו ונשאר בידו בזה צ"ע אם נחשב שומר לראובן או לא ודוק בזה:

סעיף כ"ו בש"ך ס"ק מ"ד ד"ה כתב הב"י בשם הרשב"א וכו' נ"ב ע' מ"ש בתשובה לק' פמארן בחיבורי לחו"מ סי' פ"א ומה דנ"מ לדינא בזה ודו"ק ועיין בש"ך ס"ק מ"ט בשם מוהרא"ש דנסתפק וכו' ועמ"ש בחיבורי לחו"מ מהדורא ה' סי' כ"ה לפרש כ"ז ולייישב דברי הש"ך דלא סתרי לסימן ס"ו:

סימן רצב

סעיף א' הנה מה שדברי הריטב"א על ב"מ פ"ג במשנה דהשוכר את הפרה והשאילה לאחר וכו' מ"ש שם דהשוכר אינו חייב בשליחו' יד השואל דאשלד"ע וכו' והוא תמיה דבשליחות יש שלד"ע ועמ"ש בישובו בעזה"י קנה מקומו דרך אגב להשמטו' לנדרי זריזין ח"ב ולשיורי טהרה דף ק"ה ע"ש ודו"ק: שם אין הנפקד רשאי לשלוח יד בפקדון. נ"ב נשאלתי מק' סקאלט באחד שנסע ללבוב לקנות שם סחורה ונתנו לו גם אחרים מעות לקנות ואין נותנין לו שכר כלל ונגנב ממנו המעות בדרך ועתה עמד השואל ושאל אם הוי ש"ש או לא והנה מה שרצה השואל לומר דהוי ש"ש כדין שולחני המבואר בסי' רצ"ב דעכשיו הכל כן עיין בסעיף ז' יפה דיבר דאף שהוא שליח לקנות בעדן סחורה מ"מ אלו מתרמי עיסקא יכול הוא לקנות ולמכרן בלבוב לקבל המעות ועוד נראה לי בענין זה הוי לו הנאה אם קונה שם סחורה או דהמוכרים נותנים לו מתנה עבור כך כדרך בעלי חנות ואף אם זה אין עושין עכ"פ קונה גם סחורה שלו בפחות מכח דנותן להם פדיון הרבה לכך מוותרין לו בדמי המכירה ועבור הנאה זו הוי ש"ש כיון דאפשר דמטי' לי' הנאה כדרך דאמרי בשומר אבדה דהוי ש"ש דפטור אם יבא עני ויפטר וכו'. אך זה ידע אולי הי' המעות נאטין ולא כסף בזה הוא פטור דהם יש להם דין שטרות ואין בהם דין שמירה וכ"כ אצלי בילדותי לענין רבית. וכן שמעתי מכמה גדולים וכן מצאתי בסידור הגאון מליסא בה' פדיון הבן דפוס זאלקווא וכ' שם דאין פודין בנאטין דהוי שטרות ולזה אף אם נילך בתר דינא דמלכותא ויחשב כמטבע דלענין מטבע אפשר דאזלינן בתר דינא דמלכותא וחייב בפשיעה. אך עכ"פ בגנב' ואבדה פטור ממ"נ אם נילך בתר דינינו הוי שטרות. ואם בתר דינא דמלכותא אין לו רשות להשתמש ולא הוי ש"ש ואף לפמ"ש דיש לו שאר הנאה אין להחמיר בזה כמה דאין בו חיוב רק מכח דד"מ. ואין לומר מכח דד"מ אפשר חייב לשל' כל שומר אף בגנבה ואבדה ז"א דלהחמיר אין הולכין בדין שבין אדם לחברו בדינא דמלכותא כמ"ש בסי' שס"ט דלא אמרינן דד"מ רק במסים וה"ה במטבע ולא בשאר דברים רק לענין ממ"נ הנ"ל שפיר ראוי ליילך בתר דד"מ ולכך אם הוא נאטין ודאי דפטור ודו"ק:

סעיף ד אמר שרוצה לשלוח יד בפקדון נ"ב עיין בסמ"ע וש"ך בדין אש"ל ד"ע ועיין בחיבורי ליו"ד מהדורא ד' שם הבאתי ראי' גדולה לדברי הסמ"ע מסנהדרין פרק בן סורר ומורה דאף היכא דיש שליחות השליח חייב ולא מהני שליחות רק לחייב גם המשלח. גם הוכחתי שם בדין אין שליחות לנכרי דמ"מ היכי דבע"כ עביד או באונס בזה יש שליחות לנכרי עיש"ה. ומה שתמה הש"ך על הסמ"ע עיין בחיבורי לאו"ח כתבתי ליישב דברי

הסמ"ע. ומה שחדשתי שם די"ל דמה דגלי קרא דבמעיל' וטביח' יש שלד"ע היינו דוקא בזה א"י וזה א"י אבל בזה יכול וזה יכול אף במעילה וטביחה אשלד"ע דהוי כשנים שעשאוהו עיי"ש. ומה שהעלה הש"ך בשם אביו דאף במה דיש שליח לד"ע היינו לחייב המשלח ולא לפטור השליח עיין בחיבורי למס' ע"ז ח"ב בהשמטות כתבתי ראי' לזה. והנה מה שהעלה הש"ך בסי' זה דמה דגלי קרא בהני דיש שלד"ע הוי רק דהמשלח חייב ג"כ אבל השליח חייב ג"כ עיי"ש. ולפענ"ד צ"ע על דבריו מן הש"ס פ"ב דקידושין דמ"ג דקאמר שם רבא מודה שמאי באומר לחברו אכול חלב ובעול את הערוה שהוא חייב ושולחיו פטור שלא מצינו דזה נהנה וזה מתחייב. והנה מלשונו דנקט שהוא חייב משמע דבעלמא היכי דמחייב שמאי שולחיו הוא פטור דאם בעלמא נמי מחייב את השליח רק דקמ"ל שמאי דגם שולחו חייב למה נקט רבא כאן שהוא חייב הרי זה תמיד הוי לשמאי כן ולא הוי לי' למנקט רק דמודה שמאי בזה דשולחיו פטור ולמה נקט שהוא חייב בע"כ משמע לי' דבעלמא היכי דמחייב שולחיו הוא פטור לכך קמ"ל דבזה הוי להיפך וא"כ אם איתא כדברי הש"ך דמשכחת לה דשניהם חייבין מנ"ל כלל לרבא דבעלמא פוטר שמאי השליח הרי הוא לא קאמר רק דשולחיו חייב ומ"מ י"ל דמודה דגם השליח חייב כדברי הת"ק רק דמחייב גם שולחיו ובע"כ מוכח דס"ל לרבא דאין זה סברא לחייב שניהם כיון דהוי כזה יכול וזה יכול ועשאוהו שנים דפטורין כמ"ש לעיל רק בזה פליגי ת"ק ושמאי דכאן עושה הת"ק השליח עיקר ושמאי עושה המשלח עיקר אבל ששניהם יתחייבו א"א ומוכח שלא כדברי הש"ך ז"ל ודו"ק:

סעיף ח' המפקיד אצל חברו ממון או כלים וכו'. נ"ב ע' בש"ך ס"ק י"ט ונתן להם הפקדון וכו'. לפענ"ד יש ט"ס בדבריו והבן. וכך צ"ל אפילו אם היו הגנבים מוצאים אותה בלא"ה חייב והכי מוכח מדברי הרב המגיד שמודה בזה להרשב"א וכו' פי' דבריו שהרשב"א פירש דברי הג"מ בהיו יכולין ליטלו בעצמם ומש"ה פטור באין אמוד משמע אבל באמוד ברישא חייב אף דהי' יכול ליטול בעצמו. והרב המגיד לא נחלק עליו רק שבאין אמוד הוא פטור אף בלא יכולין אבל באמוד שחייב אף ביכולין ליטול מעצמם בזה משמע דמודה ליה כן נראה לי בכוונת דברי הש"ך ודו"ק:

סעיף י' בהג"ה וכל דפריש מרובא קפריש וכו'. עי' בש"ך ועיין בפרש"י פ"ב דב"מ דף כ"ב ע"ב מ"ש רש"י וזה דהולכין אחרי הרוב ודבריו צ"ע דהרי אין הולכין בממון אה"ר ואפשר דבאבדה שאני. ועיין ברשב"ם מס' ב"ב דצ"ג ד"ה בתר חזקה שהוא גופו מוחזק מוכח שם דס"ל דברובא דאיתא קמן מהני אף בממון ובזה יש סיוע להגהות רמ"א הנ"ל ודו"ק:

סימן רצה

סעיף ב' נמצא כל שומר שנשבע וכו' נ"ב עיין בש"ך מ"ש בדין שהיה עדים השומר פטור ואעפי"כ שילם דלא מקני ליה כפילא דלא הוי מסיק אדעתא שישלם כשיהי' עדים ועכשיו אינו יכול להקנות הכפל דהוי דשלב"ל. וכתב הש"ך אבל אם נתייקרה שפיר זוכה בזה יכול להקנות רק בקנין נא במעות וכו'. לכאורה משמע מדבריו דבאותו גווני שאינו קונה הכפל דהיינו בגנבה קונה בנתייקרה ובאמת ז"א דגנבה אף נתייקרה א"י להקנות דכיון דלא הקנה לו מתחלה דלא אסיק אדעתא רק עכשיו כשמשלם והרי אז כבר נגנבה וא"כ אין אדם מוכר דבר שאינו ברשותו דגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם א"י להקדיש ולא למכור והאיך יכול לחול המכירה השתא וע"כ דלצדדין קתני והש"ך בנתייקרה מיירי בנאבדה וכל היכא דאיכא ברשותא דמרי' ע"כ יכול למוכרו וגם מ"ש הש"ך בקנין משיכה אינו מובן לדעתי דהרי אינו יודע היכן הוא. ובמשיכה בעינן שיאמר לו משוך וקני ואף אם נודע להשומר היכן הוא ומשכה ולא נודע עדיין להמפקיד פשיטא דלא מהני דבעינן שיאמר לו משוך וכו' ואם נודע גם להמפקיד היכן הוא. יאמר לו משוך פשיטא דהוי קני' ככל המוכר פרה. ואפשר דמיירי דבשעה ששילם אמר לו לכשיוודע לך ממנה משוך וקני. אבל גם זה פשיטא ואולי כוונת הש"ך בקנין חליפין שמשך המפקיד החפץ שנתן לו השומר ועי"כ נקנה הפרה בכל מקום שהיא להשומר כמו שמבואר בה' מכירה גם מ"ש הש"ך בדין אי הוי גם גוף החפץ של השומר נלפענ"ד דמשמע קצת כן מעובדא דכיפי שהובא בש"ס אמר ר' נחמן הדר כיפי למרי' והדר אפדנא וכו' ואי נימא דגוף החפץ הוי של המפקיד א"כ בזה הדין של דהדר כיפי למרי' והדר אפדנא אין בו רבותא כ"כ שהרי אף אם הי' משלם מרצונו ג"כ הי' הדין כן. רק שהי' צריך המפקיד לשלם לשומר מה שהכיפי שוין יותר ועכשיו א"צ לשלם אבל האיך עיקר הרבותא והדין שנשתנה כאן לא הזכיר ר"נ בלשונו כלל רק סמך שנדע על מה שלא אמר שישלם המפקיד היותר וגרע משתיקתו והאיך שתק על עיקר הדין אבל לפי דעת הש"ך ניחא דזה עיקר הדין דהדר כיפי למרי' דאם הי' משלם מרצונו הי' הכיפי של השומר והאפדנא הי' נשאר להמפקיד ואמר ר"נ בלשונו גוף הדין מפורש ודו"ק:

סימן רצו

סעיף א' המפקיד או המשאיל וכו'. נ"ב הנה מה שדברי הרמב"ם תמוהין דבש"ס פ"ג דשבועות מפורש דלא משכחת שבועת השומרין באפקיד ליה בשטרא והרמב"ם לא

העתיק זה. עיין בשו"ת שלי על חו"מ מהדורא ד' סי' צ"ו מ"ש בתשובתי לק' ברדיטשוב ליישב זה בדרך נכון בעזה"י:

סימן רצח

סעיף ב' בהג"ה מפקיד שאמר נגנב לי מן הפקדון והשומר אומר א"י נשבע שא"י ופטור נ"ב עיין בש"ך שציין לעיין בסמ"ע סי' רצ"א ס"ק י"ב וכוונתו דשם הקשה הסמ"ע דברי הש"ע אהדדי דלמה לא קמ"ל שם דאפי' בא"י נמי פטור עיי"ש. ולפענ"ד יש לחלק בין אם טוען אתה ידעת או אמרתי לך תחלה שיש שם יותר ובין אם אינו טוען כן דכאן מיירי באינו טוען אתה ידעת וגם אינו טוען שאמר בשעת הפקדון שיש בידו כך וכך בזה כיון דלא ה"ל למידע לכך אף בטוען א"י פטור ומ"מ שבועה בעי שא"י כמ"ש הש"ך בסי' רל"ב סקי"ג ובסי' רנ"ה כאן שהי' הפקדון בידו ודרך הנפקד לעיין בפקדונו י"ל לכ"ע הוי כטענת ברי וחייב לישבע שא"י ומ"מ פטור ודבטענה זו כיון שלא הודיעו תחלה. אבל התם מיירי שטוען אתה ידעת מתחלה שכך וכך הי' בו או אמרתי לך תחלה שכך וכך יש בו בזה אף שטוען א"י חייב לשלם דהו"ל כא"י אם החזרתי לך. והיינו דכ"ז שאינו מחזיר כל הפקדון לאו חזרה הוא לגמרי הוי כאלו לא החזיר כלל ואינו דומה לטוען א"י אם נגנב באונס או בפשיעה דפטור דקיי"ל משעת אונסין אשתעבד נכסיו דלא הוי כא"י אם החזרתי התם שאני כיון דמודה שהי' בידו רק שנאבד בזה נחשב חזרה כעין שכתוב בתורה ולקח בעליו ולא ישלם. ודרשו חז"ל ולקח בעליו השבועה הרי דשבועה נקרא לקוחה. וה"ה היכא דהאמינה התורה לו בלא שבועה הוי הטענה כלקיחה ודומה למ"ש בירושלמי לחד מ"ד אונסא כמאן דעביד ואף דמ"ד אונסא כמאן דלא עביד היינו היכי דהוי חייב למכרו בכך מ"ש בש"ך בחו"מ סי' כ"א. אבל למיפטר נפשי' ודאי הוי כמאן דעביד ולכך אם טוען שנאבד הוי נמי חזרה. דמכש"כ אם מחזיר מקצת דהוי חזרה אף דאינו מחזיר כולו (ואין ספק רק אם נאבד באונס או בפשיעה וזה הוי חיוב חדש ולא משתעבד רק משעת אונסין לכך הוי כא"י אם נתחייבתי לך) אבל באינו טוען שנאבד א"כ הוי כמודה שלא נאבד ואם הוי בו מותר הוי עדיין בידו לכך כל שאינו מחזיר כולו לא נחשב חזרה והוי כא"י אם החזרתי ומשא"כ באינו טוען אתה ידעת או אמרתי לך תחלה בזה דלא הו"ל למידע פטור אף בטוען א"י ואף דבא"י אם החזרתי גם בלא הו"ל למידע חייב כמ"ש המשל"מ מ"מ כאן בפקדון דלא הו"ל א"י אם החזרתי ממש יש לחלק כה"ג בין הו"ל למידע או לא או די"ל דזה גופו פשיעה הוא כיון שאמר כך וכך יש בו הו"ל לדקדק אם יש בו כן ואם לא דקדק הוי פשיעה וחייב. אבל בלא אמר תחלה כלל

כמה יש בו לא הו"ל לדקדק ואינו פשיעה ופטור אף בא"י כן נלפענ"ד נכון לדינא לחלק בזה: והנה בהיותי בזה נתחדש לי עוד ספק אחד באם טוען א"י כמה הי' בו או בטוען א"י אם הלותני ובלבו מאמין לו שאינו משקר אם חייב לשלם לו או לא. והנה לענין איסור מבואר ביו"ד סי' קכ"ז דבשאר איסורין לא מצי לומר איני מאמינך אם מאמין לו בלבו ויש להסתפק בממון מה דינו. והנה לכאורה יש ראי' דמאמינו מהני גם בזה ממה דמשני בפ"ב דב"מ גבי תהא במאמינו מיהו יש לדחות זה די"ל אין תביעת ממון רק חשש שמא יוציא הלה את הפקדון ויהי' נפסל לעדות או יהי' ?חה"ש כפי פירוש המפורשים. הנה ז"א תביעת ממון לכך מהני מאמינו ויכול למחול תקנתו. אבל להוציא ממון אינו מחיוב אף דמאמינו. אך ממה דפריך שם ולהמלו' מלוה ללוה כמה הי' שוה ומשני מלוה מקיים בלוה וסלף בוגדים וכו'. ולמה לא משני דשאני ושאני דנאמנות לוה להמלוה לא הוי נגד תביעת ממון ונאמנות מלוה ללוה כמה שוה יש בו תביעת ממון מוכח דאף בזה מהני מאמינו וחייב המלוה לשלם לו הסלע. אך א"כ קשה למה סתמו כל הפוסקים וכתבו דבטוען א"י פטור בשבועה שא"י ולמה לא יצטרך לשבע ג"כ שאינו מאמין לו בלבו ואף דהתובע אינו יודע אם מאמין לו בלבו וליכא טענת ברי מ"מ הרי דרך גלגול מגלגלין אף בטענת שמא או עכ"פ קב"ח ע"ז. וגם אם טוען התובע ברי שיודע שמאמין לו בלבו ואינו חשדו למשקר למה לא ישבע ע"ז או אם יש רגלים לדבר ואומדנא דמוכח שמאמין לו בלבו למה לא ישבע ע"ז ולא מצינו בשום פוסק שיאמר כן ומוכח מזה דאינו מחיוב לשלם ממון אף במאמין לו בלבו דחזקת ממון אלים מספק איסור. אך קשה מן הש"ס דפרק המפקיד הנ"ל וצ"ע בזה כעת אולי יזכני ד' בזמן אחר לבאר יותר. ומן הש"ס דכתובות דף פ"ה גבי קים ליה בגווה ובחו"מ סי' נ"ו דמוכח דלקרוע לא מהני קים לי' בגוי' מזה אין ראי' דהתם אין המלוה מאמין לו רק הדיין גם התם הוי טענת ברי המכחישו ודו"ק היטב בכל זה:

סימן שא

סעיף א' ג' דינים האמורים בתורה וכו'. נ"ב עיין בשו"ת מוהר"א שנסתפק בהני דאין להם דין שומרין וחייב לשלם אם חייב לשבע אם טוען שנאנס ועיין בקצוה"ח מה שכתב בזה ועיין בחיבורי מלי דנזיקין במס' ב"ק בסוגיא דמיטב שדהו הוכחתי שם דפטור משבועה דלמה שנתחייב נתחייב ומה שלא נתחייב לא נתחייב וה"ה אם מחיוב לשלם אינו גובה מן העדיות כדין שומרין כדמפורש בש"ס שם ובש"ך סי' תי"ט רק דינו כבע"ח. ובזה כיון דלא שייך נעילת דלת אוקמוהו אד"ת ואינו גובה רק מן הזיבורות עיי"ש מה שהוכחתי

זה בהוכחה גמורה ונכונה:

סעיף א נ"ב הנה המוהרא"ש נסתפק במתנה ש"ח להיות כשואל אם מחיוב גם לשבע והובא בש"ך וקצוה"ח כאן וע' בחידושי לב"ק בפרק מרובה אשר למדתי עם בני החריף השנון החתן שיחי' מ"ש לפשוט זה עיי"ש בפרק מרובה ודו"ק בזה:

סעיף ד כל אלו אם קנו מידם להתחייב באחריותם חייבים. נ"ב ראיתי בקצוה"ח שהקשה דלמה לי קנין בהקדש הרי אמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי עיי"ש שהניח בצ"ע. ולפענ"ד לק"מ דנהי דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי מ"מ שאלה מהני בי' דקיי"ל דנשאלין על ההקדש ואף בקדושת הגוף מהוי שאלה כיון דהוא רק ע"י דיבור ואתי דיבור ומבטל דיבור כמ"ש הש"ך בסי' רנ"ה עיי"ש וא"כ לולי שקנו מידו של האומר רק בדיבור אז הי' יכול לשאל עליו ולחזור בו וגם כיון שיכול לשאול ולחזור בו ממילא כשטוען נאנסה בגוני שפטור מתשלומין נאמן וא"צ שבועה כלל חדא כיון דאינו חייב רק מכח האמירה לגבוה א"כ הוי נדר ואין שבועה חל על שבועה ועוד הרי יש לו מגו דיכול לשאול ומגו כזה מהני לכ"ע וא"כ פטור משבועה אף בלי שאלה בלל ואין לו דין שומרין לכל מילי לכך נקט ואם קנו מידי שאז מהני בכל גוני בין להתחייב באחריותן בלי שום חזרה בין לשבע כשכופר ומדין אמירה לא מיירי ז"פ ונכון:

שם כל אלו אם קנו מידם נ"ב מקור לזה הוא בש"ס פ"ד דב"מ דנ"ח ועמ"ש בחיבורי לחו"מ מהדורא ד' סי' קצ"א שם כתבתי מה שיש לפלפל בדברי הש"ס שם מה דקאמר בקנו מידו ודו"ק:

סעיף ו' מי שהפקידו אצלו מעות עניים וכו'. נ"ב נשאלתי במעות צדקה מן הפישקע שדרך כל אחד לקבוע בביתו פישקע ולהשליך שם צדקה ונטל הבעה"ב צדקה זו ושלחו ע"י אחד להגבאי והשליח מעל בשליחותו ולא מסרו להגבאי אם הבעלים חייבים לשלם הנה יפה אמר דודאי הוי זה רק כנדבה כהרי זו ואינו חייב באחריותו רק דצריך להוסיף בזה דברים כיון דבמעות מפורש בש"ע חו"מ סי' רצ"ב דלדידן הוי כ"ע כשולחני והוי ש"ש בשביל שיכול להוציא המעות ולהשתמש בהם ומפורש ביו"ד סי' רנ"ט דבמעות צדקה שבידו מותר ללוותו ולשלם לאחרים א"כ הוי כש"ש ומפורש כאן בש"ע סי' ש"א דבמעות עניים שייך דין שומרים רק דפטור דהוי אין לו תובעים ולכך אם היו מעות צדקה זו לעניי העיר וקייץ להו הי' לחייב לשלם בנאבדו רק כיון דלא הוי לעניי העיר ולא קייץ לכך הוי אין לו תובעין גם אם הי' לו תובעין כיון דלא נאבד מידו רק מידי השליח. הנה לפמ"ש הגהות רמ"א כאן בסי' ש"א ס"א בשומר שמסר לשומר גרע מפשיעה דהוי כמזיק הוה חייב לשלם אך לפמ"ש הש"ך כאן י"ל כיון דבזה לא שייך לומר אין רצוני שיהי'

פקדוני ביד אחר וכן ל"ש אמר את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן לי בשבועה כיון דלא מסרו אדעתא דנפשי' ולכך בזה הוי הדין כמי שרגיל להפקיד אצלו והוי דין עניים עם השליח והמשלח פטור בכל ענין וז"ב ופשוט ע"כ השבתי:

סימן שב

סעיף ב' קטן שהפקיד או השאיל לגדול נ"ב הנה בש"ס פ"ב דב"ב דף נ"א איתא דאין מקבלין פקדונות מן העבדים ולא מן הקטנים דדילמא הוא של אביו ואם קבל יעשה לו סגולה ועיין ברשב"ם שם שמפרש דאסור ליתן ליד הקטן דהוי אבדה מדעת וממילא אם החזיר חייב לשלם להקטן. ולכאורה נראה דס"ל להרשב"ם כדעת המחבר והרמב"ם דיש דין שומרין לקטן דלהסוברים אין דין שומרין לקטן למה מתחייב בשמחזיר לקטן ואפשר דשאני הכא דאף דאין שמירה לקטן מ"מ מכח שומר אבדה והשבת אבדה חייב הוא לשמרו ולא להחזירו להקטן ותדע שהרי קיי"ל לעיל סי' קפ"ו בהשולח להחנוני ביד הקטן ליתן לו באיסור שמן דחייב החנוני בהחזיר להקטן. וקשה להסוברים דאין לקטן דין שמירה. א"כ ממ"נ בשביל מסירת הקטן אין לחייבו דאין לו דין שמירה ובשביל אביו לומר דהוי כאלו מסר לו אביו ליכא דהרי אין הקטן נעשה שליח ולא נחשב שלוחו של אביו. א"ו דשאני בהני דחייב מכח שמירת אבדה וצ"ע על המחבר למה השמיט דינים הללו ובפרט מ"ש בש"ס שאם קבל מהקטן יעשה לו סגולה ופליגי שם בש"ס אם הוי ס"ת או דקלי ודו"ק וצ"ע:

סימן שג

סעיף ג' בחו"מ נ"ב עיין בש"ך סק"ז מ"ש בשם הרמ"א בדין אם הציל את שלו וכו' ועמ"ש בתשובה לק' פאמארין בחיבורי לחו"מ מ"ה סי' עט מ"ש לפלפל בזה בעז"ה עיי"ש ודו"ק:

סימן שה

(**סעיף ד' בהג"ה**). אמר סתם ע"מ שלא אתחייב באחריות וכו' נ"ב עיין בסמ"ע ובש"ך ס"ק ג' תמה עליו ולפענ"ד נראה בכוונתו דס"ל להסמ"ע דבשומרין לא הוי תכ"ד כדיבור דמי והיינו או דס"ל הסוברים דשמירה הוי כדיבור בעלמא ולא בעי קנין. וכיון דהוי כדיבור בעלמא בלי מעשה ס"ל כדעת הרמב"ם והמחבר לעיל סימן רנ"ה דבהקדש לא הוי תכ"ד כדיבור וא"כ ה"ה בשומרין והכל הוי בכלל הקדש דכל מה דנגמר בדיבור לא

אמרינן בי' תכ"ד כדיבור דמי או להיפך דס"ל דשומרין בעי משיכה כמ"ש לעיל סי' רצ"א פלוגתא זו. וכיון דבעי משיכה א"כ עשה קנין בגוף הדבר ויסבור הסמ"ע כדעת הטו"ז באהע"ז סימן ל"ח באם נתן מתנה לאחר לא הוי תכ"ד כדיבור. והנה הב"י כתב בסי' ל"ח באהע"ז שם דהיכי דהוי כדיבור אחד הוי כדיבור. והטו"ז חולק שמה וס"ל דאין חילוק והסמ"ע מחלק כך דהיכי דאומר בלשון ע"מ אז מורה דהוי דיבור אחד. אבל שלא ע"מ לא הוי דיבור אחד. ולכך זה הוי כוונת הסמ"ע דאם מתנה תחלה שאינו מקבל אחריות א"כ הרי לא קבל עליו שמירה כלל. א"כ אם קבל השמירה באופן המועיל הן בדיבור להסוברים כן. הן במשיכה לאידך דעה עכ"פ בין כך או כך לא הוי כדיבור לכך אם אמר ע"מ יכול לחזור בו. ואם לא אמר ע"מ אין יכול לחזור בו כן נ"ל להמליץ בעד הסמ"ע והוא נכון בעז"ה:

סעיף ו האומר לחבירו שמור לי ואשמור לך. נ"ב עיין בחיבורי לאו"ח משנת תד"ר ה' שבת סי' ש"ז מה שפלפלתי שמה בדין זה לענין שבת באומר שמור לי פירות שבתחומך. והעלתי שמה דבשבת כה"ג אין להם דין ש"ש זה לזה. ובדין שומר אבדה בשבת אם הוי ש"ש עיי"ש:

סימן שו

סעיף א' נ"ב עיין בסמ"ע וש"ך ס"ק א' ועיין בחיבורי לחו"מ מ"ד סי' קצ"א ובדברי הנה"מ שם עיי"ש ודוק והנה בש"ס פליגי אם מעביר ע"ד בעה"ב נקרא גזלן או לא ועמ"ש בתשובה בחיבורי ליו"ד מהדורא ד' סי' קפ"ב בתשובה שני' מ"ש בישוב דברי הרמב"ם ה' מגלה וכמה ענינים שם ודו"ק: (סעיף ב' שאין האומן קונה בשבח כלי) נ"ב הנה בדין אם אומן קונה בשבח כלי. אם ב' אומנין נוטלין לתקנו אם שייך לומר בהו ג"כ אומן קונה או לא. וכן אם קונה רק השבח או גוף הכלי. ונ"מ אם הוקר או הוזל כמה משלם בעד גוף הדבר עיין בחיבורי במס' ב"ק פ' הגוזל דצ"ט מה שהבאתי בזה דעת הראשונים והארכתי בזה בעזה"י ושם כתבתי שהקצוה"ח לא ראה דברי הרשב"א שהבאתי שם שאולי ראה לא הי' כותב מ"ש שם באריכות ודו"ק:

(**סעיף ג'**) נתן צמר לצבע וכו' נ"ב עיין בש"ך סק"ו מ"ש ועוד אם אינו שוה בדמים הראשונים אמאי אין שומעין לו. הרי זה פחתו בידים. והנה נשאלתי מו"ה אלישע אהרן אבד"ק לעשנוב דהרי קיי"ל שמין הדברי' למזיק ומה בכך דפחתו בידים. והשבתי לו דיפה העיר וכבר כעיר בקושיא זו בס' גאון צבי סימן זה על הש"ס גופא אבל לפענ"ד א"ש דנהי דהוכיח משם הגאון צבי דשומר שכר הוי רק כמזיק ושמין לו. היינו רק אם

לא הזיק השומר בידים אבל אם הזיק השומר בידים הוי כשולח יד בפקדון ושולח יד בפקדון הוי גזלן ואין שמין לגנב ולגזלן. ואינו דומה לשאר מזיק דלא נעשה שומר עליו אבל היכי דנעשה שומר עליו גרע דהוי תרתי לרעותא שומר ומזיק יחד ועיין כיוצא בזה בסי' ש"פ גבי קרע את כסותי דיש חילוק בין אם בא לידו בתורת שמיר' או לא. הרי דבתורת שמירה גרע משאר מזיק. כן ה"נ בזה ובפרט אם עשה בו מלאכה בענין אחר כפי רצונו וכוונתו הוי להשתכר הוי כשולח יד בפקדון ממש דנחשב גזלן וא"ש כוונת הש"ך ואף דבגזלן באין לו דמים יכול ליתן לו מטלטלין מ"מ י"ל כוונת הש"ך דעכ"פ ביש לו דמים למה א"י לומר כן. ומלשון הש"ע משמע דבכל ענין א"י לומר כן. וגם י"ל דנהי דבשאר מטלטלין יכול ליתן לו היינו מכח דבכל מילי מיטב הוא. והיינו דוקא אם לא גילה דעתו מתחלה דניחא לי' בזה אף שצועק עכשיו דלא ניחא לי' בכך אין שומעין לו. אבל בזה דנתן לו לצבעו אדום וצבעו שחור. א"כ גילה דעתו תחלה לפי תומו שאינו רוצה בשחור בזה גרע משאר מטלטלין. וא"י ליתן לו בע"כ. וכיוצא בזה כתבתי בחידושי מכבר בסימן ק' לענין לפרעו באותו סחורה. אך מ"ש כת"ר דבפחות מדמיו יכול לומר אולי לא ימכור לי כפי השומא. אינו נראה דהרי הב"ד שמין רק לפי מקומו ושעתו שיוכל למכרן מיד. גם מה שנא מכל שומת ב"ד דאינו יכול לומר אולי לא ימכרנו כפי השומא. ע"כ השבתי ובמהדורא ג' על חו"מ והארכתי עוד בזה להרב מלעשנוב הנ"ל ודו"ק: (שם סעיף ה' בהג"ה וכו'). נ"ב עיין בחידושי לב"ק דצ"ט ע"ב מה שהבאתי ראי' לדעת החולק והסברתי בטעמו של דבר למה חייב מספק עפ"י דברי הרשב"א שם עיי"ש ודו"ק ועיין בקצוה"ח מה שהביא תשובת הרא"ש דכתב דאף למ"ד אומן קונה בשבח כלי בחזותא אינו קונה. והקצוה"ח תמה עליו מן הש"ס דף צט פרק ז' דב"ק ועיין בחיבורי סת"ם סימן מט מ"ש ליישב ע"נ בעזה"י ודו"ק:

סימן שיב

סעיף א' המשכיר לחברו בית וכו' נ"ב עיין בחיבורי לחו"מ מה"ת בסי' זה שהעלתי בתשו' דהמשכיר לחברו במה שכבר שכור הוא ביד אחרים ועדיין לא כלה הזמן לא חל השכירות ע"ש מילתא בטעמא וכתבתי דאף דאינו רק מחוסר זמן ושמשא ממילא ערבא נמי הוי דבר שלב"ל דלא כסברת התוס' בערכין דכ"א ע"ש. והנה כעת מצאתי און לי ת"ל בדברי הר"ן במס' נדרים די"ז במשנה דיש נדר בתוך נדר דאם לא הוי חל הנדר מהשתא לא הוי חל לאחר זמן יהי' שמשא ממילא ערבא וסופו לחול ממילא. וכן שאלני איש א' (ונעתק בחיבורי נ' ז להשמטות ח"ב) ובע"כ מוכח כמ"ש שם דלענין

דבר שלב"ל לא מהני שמשא ממילא ערבא. ות"ל מצאתי תנא דמסייע לי דזה נחשב דשלב"ל לכך בודאי אין השכירות חל. והנה היו דמנהג העולם אינו כן ויהי' מזה ראי' למ"ש בחיבורי זה שם דמהני סטימותא בדשלב"ל. מיהו זה הוי רק אם עשה תק"כ עם ערבון הנק' אדרוף כפי המנהג. אבל אם חסר א' מהם נהי דשכירות קניא בכסף היינו רק בדבר דהוי ברשותו אבל בדבר דאינו ברשותו מדינא בלא"ה לא הוי קנין ואינו רק מצד המנהג והמנהג הוי דוקא בתרווייהו ולא בחדא. כנלפע"ד נכון ודו"ק: (שם) אפי' נפל ביתו של משכיר שאין לו מקום לדור בו. נ"ב מעשה אירע פה בראדי בשנה זו שנת תריט ביום ב' דר"ח אייר אחר חצות דנפלה שרפה וגדולה בעוה"ר ונשרף רוב העיר והנה אירע שראובן דר בבית שמעון דשכר לשנה אז בשנת ת"ר ביום כ"א אייר על שנה וכן התחיל לו כל שנה והתנ' בתחלה שהעיבור לא יחשב לו רק יהי' מיום ליום וקבל המשכיר שכירתו בכל שנה ושנה אבל לא דברו זה מזה בכל שנה אם יהי' נשאר רק דרו סתם בלי דיבור מאומה כי סמכו על דיבור הראשון. וכעת שנפל' השרפה נשרף הדירה העליונה שהי' דר בו המשכיר למעלה והדירה התחתונה של השוכר נשאר קיים והנה בא המשכיר ולא הניח להשוכר לכנוס להחדרים שלו ששכר ולקח לעצמו הדירה של השוכר. הנה לדעתי הדבר פשוט דשלא כדין עשה המשכיר כי הנה על ערך ג' שבועות שהי' להשוכר לדור בו עד כ"א אייר כמ"ש כאן בש"ע סי' שיב ס"א דבשוכר לזמן אפי' נפל ביתו של משכיר א"י לדחותו וא"כ ה"נ כיון דתחלת הי' השכירות לזמן ובכל שנה הוי על תנאי הראשון וכן קבל המשכיר השכירות בזמן ההוא ודאי הוי השוכר לזמן. ואף דאין למשכיר לדור א"י להוציא את השוכר מביתו עד זמנו. אך נראה דגם אחר הזמן היינו הכ"א יום ג"כ א"י לדחותו כיון שמפורש כאן בש"ע דאין המשכיר יכול להוציא השוכר עד שיודיעו לו ל' יום מקודם ואף דזה הוי רק בשוכר סתם ולא בשוכר לזמן זה הוי רק מטעם דאם הוי לזמן הו"ל להשוכר לאסוקי אדעתא ולשאול להמשכיר אם יהי' נשאר א"כ תינח אם שכרו לשנה או ב' או בכל שנה דברו מחדש שיהי' דר בו שנה זו א"כ בכלות השנה הו"ל להשוכר לאסוקי אדעת' ולשאול להמשכי' אבל באם דר בו כמה שנים ולא דברו זע"ז מאומה כלל א"כ לא הו"ל להשוכ' לאסוקי אדעתא ולשאלו. א"כ בזה לענין הודעה מקודם הו"ל להמשכיר להודיעו ואם לא הודיעו הוי זה מן הסתם כאילו השכירו לו עוד להבא א"כ אין יכול לדחותו אף אם אין מקום להמשכיר לדור בו. ולענין הודעה ל' יום כיון דזה תלוי בטעם דהו"ל להשוכר לאסוקי אדעתא בזה ודאי הוי כשוכר סתם כיון דדר בו כמה שנים ולא דברו זע"ז מאומה לא הו"ל לאסוקי אדעתא ולשאלו ובפרט דהמשכיר בעצמו יודה דאם לא הי' נשרף לא הי' בדעתו לדחותו רק

לשיירו להבא הוי כשכרו ממנו להבא ואין בידו לדחותו עוד וכמ"ש בחיבורי לחו"מ מה"ת סי' שיב דחזקה דקודם כלות השכירות שלו מהני גם להבא וכתבתי שאין ראי' מן המרדכי שהביא הסמ"ע סי' שיב או מטעם תקנ' חז"ל שתקנו כן אם לא הודיעו ל' יום קודם גם י"ל כיון דהדין כן אז מתחלה כשהחזיק החזיק מן הסתם על תנאי זה והוי כאלו התנה מתחלה כן ודו"ק:

סעיף ה המשכיר בית לחברו סתם וכו'. נ"ב הנה ראיתי במחנה אפרים ה' שכירות סי' ט' שחקר בדין שוכר בית לחברו ובתוך פסח סי' תמ"ח בחלק הנרשם צ"ה דקל"ג עיי"ש דרך אגב השייך לכאן אם אזכה לסדרו על נכון בעזה"י:

סימן שטז

סעיף ב וא"י לכופו לחלוק שהבית אינו שלהם. נ"ב נלפענ"ד ראיה לדעה זו מן הש"ס דקידושין דנ"ג במה שאמר ר' יוחנן נמנו וגמרו המקדש בחלקו בין קדשי קדשים ובין קדשים קלים לא קידש וכו' אמר אביי כוותיה דר' יוחנן מסתברא וכו' עד מאי חולקין חוטפין עיי"ש ובתו' מוכח שם להדיא דזה תלוי בזה דאם הוי ממון שלהם אז יש בו דין חלוקה וחולקין ואם אין הממון שלהם דמשלחן גבוה קא זכו וא"א לקדש בו אשה אין בו דין חלוקה וא"י לחלוק. ואם כן ה"ה בדבר השכור לזמן כיון דאינו שלו דשכירות ליומא לאו ממכר הוא ואם קידש אשה בגוף הכלי אינה מקודשת לכך אין בו דין חלוקה. ונהי דהתם היינו דוקא לחלוק קרבן אחד כנגד של חברו אבל בקרבן אחד ממש חולקין היינו דאי אפשר בענין אחר כיון שעכ"פ שייך לכולם לאכילה א"א בענין אחר. אך כיון דבקרבן נגד קרבן אין חולקין אם לא הוי שלהם מוכח כיון דאפשר ליטול מכל אחד ואחד ויטלו כולם מכולם לא ניתן לחלק אחד נגד חברו א"כ ה"ה בשכירות כיון שיכולין להשתמש שניהם יחד בכל הבית אין בו חלוקה כמו התם שיכולין להשתמש שניהם בשני הקרבנו' ולאכול מזה ומזה לזה ראי' ברורה לפענ"ד ודו"ק היטב:

סימן שכא

סעיף א' בהג"ה וכן פסק מהר"ם על מלמד שגזר המושל שלא ילמוד דהוי מכת מדינ' נ"ב עיין בסמ"ע והש"ך שהקשו דברי התשו' אהדדי ונראה לחלק כך דבהך תשובה שגזר המושל שלא ילמוד דבזה הוי הכונה ורק על התלמידים למונעם מן הלימוד לא על המלמד ובזה ס"ל דההפסד על הבע"ה דמזלו דידי' גרם אבל המוהר"ם פוודא מיירי דהוי האונס מחמת שינוי האויר ובזה הוי האונס על המלמד כמו על התלמיד בזה כ'

המוהר"מ פוודאה שפטור הבעה"ב ואף אם לא יהי' משמעות התשוב' לחילוק זה מ"מ לדינא הדברים מסתברים לחלק בזה להכריע להלכה ולמעשה כן נראה לפי ענ"ד כעת ודו"ק:

סימן שכד

סעיף א בהגה י"א דכ"ז בחכירות אבל בקבלנות יכול לשנות אפי' לדבר המכחיש ויש חולקין וכו'. נ"ב הנה דעה ראשונה הוא דעת רש"י וז"ל רש"י שם. והא לא מתוקמי אלא בחכרנות דאי בקבלנות הא אמרי' תכחיש ארעא ולא תכחיש מרה עכ"ל. והנה בעניי לא זכיתי להבין ראיה זאת מה ראיה מהתם הרי התם מיירי להיפך שהתנאי היה לזרוע חיטין דבר המכחיש יותר רק שהוא שינ' וזרע דבר שאינו מכחיש לו ורוצה לנכות לו מה ששוה מה דלא הוכחש ארעא כ"כ בזה שפיר יכול המחכיר לומר דהרוחת ממון הוה ניחא ליה יותר אף שהיה מכחישו ארעא שהרי כן התנה תחלה לזרוע דבר המכחיש אבל כאן שהתנה לזרוע דבר שאינו מכחיש להיות מותר לשנות מדעת הבעה"ב לכתחלה לזרוע מדבר המכחיש על הך סמך דלכחיש ארעא ע"ש וע' בס' דברי משפט שכ' ליישב ע"פ המבואר בס"ס שכב ובסמ"ע שם דבחכירות אם החוכר רוצה דלא לזרוע כלל אין המחכיר יכול לכופו לזרוע דמתחלה לא הי' דעתו ליקח דוקא תבואה שדה זו דהא אם לא יצמיח כלל צריך לקנות מן השוק וע' נ"י ב"מ דף ק"ה ולפ"ז מתורץ קו' הט"ז הנ"ל כו' ע"ש: ולא נכחוש מרה זה לא שמענו ומה ראי' הוא מזה לזה. הן אמת דממ"ש הש"ס לעיל דף קד דמכאן ואילך מה דאיתא בקבלנותא ליתא בחכרנות' ומה דאיתא בחכרנותא ליתא בקבלונותא מוכח כפרש"י דאל"כ הך משנה אתי' בשניהם מ"מ ראיות רש"י ממה דקאמר לעיל לכחיש ארעא ולא ליכחש מרה זה צ"ע דאין לו דמיון להתם ועל הי"ח קשה מן הש"ס הנ"ל דמוכח דמינה זו לא מיירי' מקבלנות וצ"ע ודוק:

סימן שלג

סעיף ג' התחיל הפועל במלאכה וחזר בו בחצי היום וכו'. נ"ב הנה נראה לפענ"ד דבר חדש דמה דקיי"ל דפועל יכול לחזור בו בחצי היום היינו רק אם אינו נשכר לאחר או אף דאפשר למחר וליומא אוחרא יהי' נשכר לא אמרינן דאז איתרע והשתא הוא דאיתרע אבל עד הנה הי' כשר ואינו רוצה להיות עבד לאדם אבל אם באותו מעמד משכיר עצמו לאחר א"כ סוף סוף עושה עצמו לפועל והוי עבד בזה א"י לחזור מן הראשון ומ"מ לא נחשב עבד כיון דבידו לחזור בו שלא יהי' פועל כלל לא נחשב עבד כן נראה לי. ועוד

נראה לי כיון דקבלן אינו יכול לחזור בו וא"כ ה"ה אם שכרו להיות לומר ב' שעות ביום אבל אם לא פירש לו איזה ב' שעות ביום כיון דביד המלמד לבחור לו איזה ב' שעות שירצה הוי נמי קבלן ודוקא בסתם מלמד כיון שמחיוב ללמוד כל היום כדרך כל המלמדים בזה נקרא פועל אבל באם שכרו רק להיות לומד ב' שעות והברירה ביד המלמד לבחור לו איזה ב' שעות שירצה הוי לו דין קבלן וא"י לחזור בו מיהו בלא"ה מלמד הו"ל דין דברהאבוד כמפורש ברמ"א סי' של"ג ועוד נראה לי במלמד בקנין ודאי א"י לחזור בו דהרי הש"ך הביא דעות הקדמונים דכל פועל בקנין אינו חוזר ואף שם הביא גם חולקין מ"מ נראה דמודים בדבר האבוד בקנין לכ"ע א"י לחזור בו אף היכי דגם בדבר האבוד יכול לחזור מ"מ בקנין א"י לחזור לגמרי ולמעט בפלוגת' עדיף ולכך היכי דנתן לו דראהן כסף למלמד בשעת ונקנה בכסף לבד וכן מבואר בסי' רס"ז עיי"ש ודו"ק: ואינו דומה למ"ש המחבר דאפילו שילם לו כל דמי שכירתו יכול לחזור בו היינו דזה מיירי דנתן לו שלא בשעת השכירות דאז לא כוון בתור' קנין רק תשלומי המלאכ' אבל היכי דנתן לו תחלה בשעת השכירו' ודאי כיון בתורת קנין ועבד נקנה בכסף ותדע דהש"ך חולק וס"ל דל"מ קנין למה לא הוכיח מדברי המחבר בזה שחולק דקנין לא מהני בע"כ מטעם הנ"ל וא"ש גם דברי הש"ך שם תמוהין במ"ש בטעם השני דהוי קנין דברי' והוא תמוה דזה הוי קנין גוף הפועל והוי כעין קנין עבד עברי ואינו קנין דברי' ודו"ק היטב כן נרא' לפענ"ד בזה ודו"ק:

סעי' ח בהג"ה מיהו י"א וכו'. נ"ב התורת חיים במס' סנהדרין פ' חלק חולק ע"ז ועמ"ש בעזה"י בתשוב' לק' קארנין בחיבורי על אהע"ז מהדור' ח סי' קט דרך אגב מה ששייך לכאן ומה שיוצא משם לדינא בעזה"י:

סימן שלד

סעיף א' בהג"ה לכך אם קבל השכר כולו א"צ להחזיר כלים נ"ב עיין בש"ך ועיין במהדורא ג' שלי על חו"מ סי' ל"ד שם בארתי דהיינו דוקא אם כבר דר בו עכ"פ שעה אחת אבל אם עדיין לא דר בו כלום ודאי צריך להחזיר רק מ"מ מכח ספיקא דדינא א"צ להחזיר אבל לא מתורת ודאי כי בזה מודה הש"ך ודו"ק:

סימן שלז

סעיף א' פועל העושה במלאכה לבעה"ב נ"ב הנה הש"ך בסק"א כתב אי' בש"ס בכרם רעך ולא של הקדש וה"ה עכו"ם לא למה דקי"ל גזל עכו"ם אסור כן הוא בש"ס וכו'. והנה

נשאלתי בזה מכבוד תלמידי הרב החריף מוה' יעקב סגן הכהן נ"י שהוא היפך המפורש בש"ס להמעיין שם והשבתי לו הן אמת דלפי הגי' שלנו בש"ס מפורש היפך מדברי הש"ס אך להש"ך לא הי"ל גי' זו אך דלא גרס כלל הך לישנא בש"ס במה דקאמר היינו דאיצטרך קרא למישרי פועל או דגריס למסרי בס' ומפרש כוונת הש"ס דמה דקאמר בבריי' בכרם רעך ולא של נכרי היינו דבכרם נכרי אף לאכול אסור דל"ש דין אכילת פועל בכרם נכרי ופריך הש"ס בשלמא למ"ד גזל נכרי אסור שייך לומר דגלי קרא בכרם נכרי אסור לו לאכול אבל למ"ד גזל נכרי מותר בלא"ה מותר לו לאכול דלא גרע מגזל כן הוי כוונת הש"ס לפי גי' הש"ך. והנה ת"ל מצאתי כדברי מפורש בשט"מ בשם הריטב"א וז"ל הניחא למ"ד גזל נכרי אסור פירוש ואיכא למימר דה"נ לא יאכל דאחשיבי' רחמנא בגזל כיון דאיהו לאו בר מצוה הוא אלא למ"ד גזלו מותר מאי איכא למימר עכ"ל הריטב"א הרי מוכח כדברינו דלא גרס כלל הך לישנא היינו דאיצטריך קרא למישרי פועל וכ"כ עוד השט"מ אח"כ וז"ל אבל הריטב"א כ' וז"ל רעך ולא של הקדש וכו' ולמ"ד גזל גוי אסור תרתי שמעת מני' רעך ולא של גוי ולא של הקדש דלאו רעך הוא עכ"ל הרי מפורש ממש כדברי הש"ך ודוק היטב ועיין בחיבורי לאו"ח סי' תרלז מ"ש שם בסוגיא הנ"ל לשיטת היראים עיש"ה:

סעיף ח' בד"א בשיודע הפועל שנפתחו אבל אם לא ידע וסבר שעדיין לא נתחייבו במעשר חייב לעשר ולהאכילו נ"ב עי' בסמ"ע שמטעם מקח טעות נגעו בה ועי' בתיו"ט פ"ד דב"מ מקור דין זה מבואר הדבר יותר ע"ש והנה נסתפקתי בכוונת דין זה כיון דהוי משו' מקח' טעות גם המאנה יכול לחזור בו א"כ אפשר דה"נ מה דאמרי' דמחיוב לעשר ולהאכילן היינו רק אם אין הבע"ה רוצה לפוטרן ממלאכה ורוצה לכופן לקיים שכירתן כגון בענין שהדין הוא שאין הפועל יכול לחזור בו ולכך כשרוצה הבעה"ב לכופן יכולין הם לומר שלא נתרצו רק באופן זה שיאכלו ולכך אם רוצה הבעה"ב לכופן צריך לעשר וליתן להם. אבל אם אין הבעה"ב רוצה לכופם למלאכה רק אומר להם אם תרצו כך בלי אכילה הרי טוב ואם לאו לא תעשו מלאכה בזה אין ביד הפועלים לכוף את הבעה"ב לעשר ולהאכילם כיון דהוי מקח טעות ביד שניהם לחזור וכן אם כבר עשה קצת מלאכה אפשר דלא אמרינן דחייב לעשר ולהאכילן רק אם נימא דבטלה קצבה ויהי' נשום המלאכה כמה יהי' שוה יותר מקצבתו וא"כ מוכרח הבעה"ב להחזיק כפי קצבתו בזה אם מחזיק בקצב' יכולין הפועלין לומר שהם לא נתרצו בקצבה זו רק כפי הענין שסברו שיאכלו ממנו אבל אם המלאכה שוה עכשיו פחות מקצבתן י"ל דהבעה"ב יכול לומר להיפך שהוא סבר כפי האמת שאין רשאים לאכול בזה. ואם הם סברו להיפך והוי להם

מקח טעות לו יהא כן ובטלה הקצב' מ"מ גם הוא לא נתרצ' ליתן להם לאכול ויהי' ושום המלאכ' כמה שוה וכך יטלו. או יש לומר להיפך דאין כח ביד הבעה"ב לחזור וגם לא לשום המלאכ' רק הוא מחיוב לשלם להם שכבר נגמר מלאכתו למעשר אז הוה כאלו התנה עמהם שיאכילם ולא התנ' בזה הוי כהתנ' דסתמא הוי כך וכיון דבעלמא בעה"ב א"י לחזור בו וגם בזה א"י לחזור בו ומחיוב דוקא לעשר ולהאכילן וצ"ע כי לא מצאתי לע"ע מקום לדין זה. ועוד נראה דאף אי נימא דהפועלין כופין לבעה"ב לעשר ולהאכילן נראה דהיינו דוקא היכי שלפי ראות עיניהם הוי הרוב כן. וכעין שפיר' התוי"ט בשם הה"מ. ובזה כיון דרוב פירות אינו כרם רבעי ורוב פירות לא נגמרו מלאכתן למעשר וזה ל"ש הוא שיהי' נפתחו החביות וכו' ולכך אין לפועלים לחוש למילי דלא שכיחי. לכך מסתמא הוי כאלו התנ' שיאכלו ולפועל לא הו"ל לאתנויי כיון דסתמא הוי כך אבל היכי דהדבר שכיח להכי ולהכי אין כח לפועלי' לומר שהם סברו כך וכך דכל כה"ג ה"ל לפועל לאתנויי וכל דלא אתני הוי יד הפועלים עה"ת. ולכך אין ללמוד מכאן לעלמא רק דוקא הכא הוי כן מכח דהרוב הוי כן כנלענ"ד בזה ודו"ק:

סעיף יב ואם קצץ עם בעה"ב שיאכל עד שיעור כך וכך וכו' נ"ב גרסינן בש"ס איבעיא להו פועל משלו הוא אוכל או משל שמים הוא אוכל. ופרש"י משלו הוא אוכל תוספת שכר הוא שזכתה לו התורה וכן כפל ושלש לשונו דלמ"ד משלו הוא אוכל הוי באגרא וקשה האיך אפשר לומר דהוי באגרי' הרי קיימא לן אין שכירות משתלמת אלא לבסוף וכאן הרי הוא אוכל אי מתי שירצה. ומכש"כ דקשה למ"ד אין לשכירות אלא לבסוף דהיינו גוף השכירות אינו מתחיל אלא לבסוף והאיך כאן הוא אוכל בתחל' ובע"כ דהוי גזירת הכתוב שהתורה זכתה לו שלא בתורת שכירות דאם הוי בתורת שכירות האיך הוא עדיף מגוף השכירות יציבא בארעא וגיורא בשמיא ובפרט לפי משמעות הש"ס ברפ"ק דפסחים דקאמר שם ר"ע דבע"כ תשביתו הוי מעיו"ט דאי ביו"ט הרי כתוב לא תעשו כל מלאכה ומצינו להבער' שהוא אב מלאכ' וכתב שם הפ"י דמה דלא אמרינן דהוה גזה"כ דחמץ מותר לבער ביו"ט דאין סברא דהוי גזה"כ היפך ממה שמצינו בעלמא היכי דאפשר שפרש"י בע"א עיי"ש ואם כן ה"נ נימא כיון דבעלמא אין שכירות משתלמת אלא לבסוף א"כ מה"ת נאמר דכאן הוי גזה"כ להיפך דשכר זה הוי מתחילתו כיון דאפשר לפרשו בענין אחר דמשל שמים הוא אוכל ולא בתורת שכר וצ"ע בזה כעת. ובנדון מה שנאמר משל שמים הוא אוכל אם הכוונה דוקא קודם שהגיע לידו או אף אם אחר שהגיע לידו ע' פרש"י דמשמע דוקא קודם שהגיע לידו ומסתימת שאר פוסקים משמע אף אחר שהגיע לידו א"י ליתן לאשתו ולבניו ונ"מ לקדושי אשה בהו ואין כעת הפנאי להאריך:

סעיף כ שהרי הקפידו על ברכ' רביעית של ברכת המזון שלא יברך אותה נ"ב עיין בסמ"ע מ"ש שפועלים פטורין מברכת זימון. ועיין במג"א מה שהשיג עליו ובאמת דבריו רחוקים בפירוש דברי הטור שמאי נ"מ להטור אם הם פטורין מברכה רביעית כשמזמנ' עליהם או כשהם מברכים לבדם. אך באמת גם דברי הטור תמוהין לי שלכאורה נעלם מהם גמרא דברכות דמ"ו שאמרינן שם הכא בברכת פועלים עסקינן וכו'. עיי"ש ברש"י משמע להדיא שפועלים חייבים בזימון דלא כהסמ"ע והי' נראה לכאורה לפרש דברי הסמ"ע דדוקא אם אוכלים עם אחרים והמה סיימו כבר אכילתן אחרים לא סיימו שאז באיננו פועלים צריך להמתין עד שיסיימו אכילתן אבל פועלים א"צ להמתין זמן רב. אבל אם כל בני הסעודה סיימו כאחד בשביל זמן מועט כ"כ אין בעה"ב מקפיד ומברכין בזימון. ובהכי א"ש נמי מה שהביא המג"א ראי' וכ"מ ל' הסמ"ע אך מגמרא הנ"ל אכתי תקשה דלשון רש"י שם משמע דמפר' דהברייתא מחלק בין שנים לשלשה וכו'. ולפי הנ"ל הו"ל לרש"י לפ' כולה בשלשה רק פעמים שנים היינו כשלא סיימו כאחד שלשה ופעמים ג' כשכבר סיימו כאחד ויהי' רבותא טפי ומדלא פירש כן משמע דפועלים לעולם חייבין דלא כהסמ"ע וצ"ע:

סימן שמ

סעי' א' השואל מחברו בהמ' או מטלטלין. נ"ב נשאלתי מק' מאניסטרישץ בנדון ראובן שהשאיל לחברו קמעות לרפואה ונאבדו וטוען המשאיל שהיו שוין הרבה שהוצי' עליהם עשרים ר"כ והשואל רוצה לדמות זה למ"ש הש"ך סוף סי' רצ"ח בשם המבי"ט ומה שחלק עליו הש"ך ובאמת לא זה הדרך ולא זה העיר כי אין כאן שייכות לענין משואיל"מ כי אין כאן חיוב תשלומין דזה דומה להמפקיד סייף המבואר בסי' ע"ב ובח"מ סי' רצ"ח באמר לה של כסף הוא די"ל דאדעתא דהכי לא קבל השמירה ועיין בש"ך סי' ע"ב ובטו"ז שם כן ה"נ להיות הקמיעות שוין הרבה לא אסיק אדעתי' ולא קבל עליו נטירותא ואף אם הי' יודע שהוצי' עליהן הרבה אין בזה חיוב ממון דאין גופי ממון. וזה דומה לשטרות דאין בו דין שמירה דאין גופו ממון ואף שיכול לפעול הרבה בהם מ"מ אין גופן ממון כן ה"נ ?ו בזה עיין ביו"ד סימן של"ו דאפילו פסקו לו הרבה בעד סממנין לרפואה מ"מ אין לו אלא דמיהן ומכש"כ בלא פסקה לו ומה גם ברפואה שאינו בדרך הטבע ודאי דאין גופו ממון. ועיין כעין חילוק זה בין רפואה בטבע או דרך סגולה בפירוש המשניות להרמב"ם בפ"ח דיומא ובתוס' יו"ט שם גבי מי שנשכו כלב שוטה דאין מאכילין אותו מחצר הכבד שלו. עיי"ש וה"ה בזה וזה פשוט וברור לדינא:

סעי' ג השואל בהמה מחברו וכו'. נ"ב עיין בסמ"ע וש"ך לקמן סעיף ד' במה שמחלקין בדין שואל וכתב הש"ך דתליא בהך פלוגתא דהכי ועיין בחיבורי לב"ק ספר מילי דנזיקין ד"ד ע"ב גבי מה דאמרינן שם הא תני לי' הש"ח והשואל מה שהוכחתי שם מלשון הש"ס דנקט נמי השואל מוכח כדעת המחבר וסייעתו דגם בזה פטור השואל ומשכחת לה בשואל טוען טענת גזלן. אבל מפרש"י שם דכתב דשואל בכדי נקט מוכח דס"ל כדעת הרמ"א והש"ך בזה וכ"כ שם הרשב"א בחידושיו מוכח דס"ל כדעת הרמ"א עיי"ש בפרש"י ודו"ק היטב:

סעיף ה השואל פרה מחברו ושלחה לו המשאיל ביד בנו או ביד שלוחו וכו'. נ"ב הנה דעת המח"א דאם אומר לשכירו ולקיטו צא והשאל עם פרתי הוה שאלה בבעלים דפועל עדיף משליח. ועיין בתשובתי לאהע"ז מהדורא זיין סימן מ"ט בתשובתי לק' סימוואטיש כתבתי לבאר דעת המח"א בזה עיי"ש ודו"ק:

סימן שמב

סעיף א' אין השואל רשאי להשאיל נ"ב עיין בש"ך שפוטר ברגיל לשאול ועיין בתשובתי לאהע"ז מהדורא וא"ו סימן צ"ד לק' דזיקוב מ"ש להוכיח דלאו דוקא בדיעבד פוטר הש"ך רק גם לכתחלה מותר לעשות כן והבאתי שם דברי התוספות בגיטין דכ"ט המורה להיפך וחלקתי שם ביניהם בעז"ה עיי"ש ודו"ק:

סימן שמו

סעיף א אבל אם משך תחלה ואח"כ השקהו לא הוי שאלה בבעלים וכו' נ"ב נלפענ"ד דזה דוקא המחבר לשיטתו דס"ל בכל דוכתי שאין השומר מתחייב באונסין רק משעת משיכה ע"כ דוקא משך ואח"כ השקהו אבל קודם שמשך הוי שאילה בבעלים אבל לדעת הרב שס"ל שמשעת שנסתלקו הבעלים נתחייב השומר באונסין אף קודם משיכה א"כ אף קודם שמשך או נסתלקו הבעלים ואח"כ השקהו לא הוי שאילה בבעלים וצ"ע על הרב שסתם כאן ודוק:

סעיף ו שותפין ששאל א' מהם נ"ב הנה ראיתי בס' מח"א ה' שומרין סי' לו שחולק על מוהר"מ אלשקר סימן ד' ומוהרי"ט ח"א סי' קכג. והעלה דשמירה בבעלים ל"ש רק באם לא היו בבעלים הי' חייב לשלם עבור השמירה בזה נחשב שמירה בבעלי' אבל אם זולת השמירה בבעלי' נמי לא היה חייב לשלם לא הוי שמירה בבעלים עיי"ש. ולפענ"ד אחרי מחילת כת"ר כי רבה היא נעלם ממנו ש"ס ערוך בפ' השואל וכל הפוסקים. דתלמידי

דרבא אמרו לרבא שאיל לן מר וכו' והכי קיי"ל דבכל השנה התלמידים נשאלין להרב ובשבתא דרגלא שאיל להו והרי שם ליכא חיוב שמירה ואם רוצין אין לומדים כלל ואין שם חיוב תשלומין מ"מ כיון דמן הדין חייבין ללמוד והרב מחויב ללמדם נחשב שמירה בבעלים וא"כ ה"נ בשתי שותפין היושבי' בחנות אף בשעה ששניהם יושבים בו הוי שמירה בבעלים כיון דכ"א מחיוב לישב ולהתעסק לטובת שניהם וכל מה שעוסק הוי לטובת שניהם וא"י לומר לעצמי עשיתי הוי שמירה בבעלי' וז"ב ופשוט לפענ"ד. והדין עם מוהר"מ אלשקר והמורי"ט ודו"ק:

סעיף י"ג הרב השונה לתלמידו עיין בחיבורי על חו"מ מהדורא ג' סי' נג לק' לעשנוב שם כתבתי הלכה למעשה מה ששייך לכאן:

שם בהג"ה עיין בחיבורי לחו"מ סי' קפב במהדורא ד' בתשובה לק' קאלימייא ביאור הדברים ושינוי הלשון מלשון שהובא בית יוסף עיי"ש ודו"ק:

סימן שמח

סעיף א' אסור לגנוב אפי' כל שהוא דין תורה נ"ב הנה אם נעשה לאחד גנבה בביתו והוא יש לו אומדנא שזה וזה עשאו שגנב אם מותר לו להכותו להודות או אסור להכותו עפ"י אומדנא נראה דמותר לו להכותו ודבר זה מפורש הוא בהרא"ש בפ"ב דב"מ גבי מר זוטרא חסידא אגנוב לי' כסא דכספא באשפיזא חזי להההיא בר בי רב דמשי ידי' ונגב בגלימא דחברי' אמר היינו האי דלא חס על ממונא דחברי' כפתי' ואודי ועיין בהרא"ש שם שביאר שסמך על אומדן שלו וכפה אותו בשוטים עיי"ש א"כ מוכח דמותר להכות כה"ג עפ"י אומדנא אף אם הוא בר בי רב וצורבא מרבנן וז"ב לדינא:

שם נ"ב עיין בש"ך שהאריך בדין אם בשוגג יש שלד"ע ועמ"ש בתשובה לק' שאטץ בחיבורי על אהע"ז מהדורא זיי"ן סי' יג שם כתבתי לחלק דהיכי דאם יתבטל השליחות יתבטל העברה ולא יהיה עברה כלל אז לכ"ע אשלד"ע בשוגג דהוי שליחות בטעות ואם היה יודע השליח זה לא הי' נעשה שליח. אך היכי דאף אם יתבטל השליחות הוי עברה נעשית בין כך ובין כך ואז אדרבה אם יתבטל השליחות אז יחול כל העברה על השליח אז ניחא לי' טפי שיהי' שליח ויחול על המשלח בזה ס"ל להני פוסקים דיש שלד"ע בשוגג ויש ליישב בזה כמה קושיית של הש"ך ואכ"מ להאריך. שוב ראיתי בנו"ב מה"ק ומה"ת שכתב כן וכוונתי לדעתו בזה:

סימן שנ

סעיף א' גנב חלבו של חברו ואכלו וכו'. נ"ב נשאלתי מהרב דק' לעשנוב ז"ל למה דקי"ל דבמעילה וטביח' יש שליח לד"ע אם גם ע"י נכרי הוי שליחות. והשבתי לו שלפענ"ד הדבר פשוט שאין ע"י נכרי בזה שליחות דהרי במעילה גופו כתב הרמב"ם בלבד שלא יתערב עמו איסור אחר בזה מוכח דלא אמרי' במעילה יש שליחות רק מה דגלי קרא. אבל מה דלא גלי לא גלי. א"כ ה"ה אם נתערב עמו עוד פסול אחר דאין בו דין שליחות וכ"ש היא דאם מה דפסול נמי מכח אשלד"ע אף דחד איסורא הוא אמרינן מה דלא גלי לא גלי א"כ ה"ה אם נתערב עמו עוד פסול אחר דאין בו דין שליחות מכ"ש מה דהוי פסולו מכח ד"א לגמרי דאמרי' מה דלא גלי לא גלי והדבר מוכרח גם בש"ס פ"ב דקידושין דהרי מעילה דיש בו שליחות נלמוד שם מתרומ' דהוקש לתרומה ובתרומה גופא אין שליחות לנכרי דהרי אתם גם אתם עיקרו בתרומה נאמר וא"כ במעילה דנלמד מתרומה דלא הוי בעכו"ם וא"כ אם נימא דבשליחות יד הוי נמי ע"י עכו"ם א"כ שוב לא הוי שני כתובים ולמה קאמר שם דאין מלמדין בע"כ דגם טביחה לא הוי בנכרי וז"ב ואמת. כן השבתי להרב הנ"ל ודוק:

סימן שנא

סעיף א' בהג"ה אבל אבדו אח"כ חייב. נ"ב עיין בש"ך מ"ש צ"ע די"ל כיון דעדיין החיוב מיתה עליו פטור. והנה נלפענ"ד ראי' לדבריו מן הש"ס פ"ב דשבועות די"ז ע"א במה דקאמר שם אי דשהה בר כרת הוא וכו' עד אמר אביי מה קושיא משכחת לה קשה לי לאביי בלא"ה ל"ק דהרי הוא ס"ל בפ"ג דכתובות דלרנב"ה גם חייבי מיתה בידי שמים פוטר מתשלומין א"כ מה פריך הרי י"ל דאתיא כרנב"ה וא"כ נ"מ אם קרע שיראין של חברו בשעה ששימש וא"כ בשביל ששהה כבר הוא חייב כרת מתחל' ושוב חייב לשלם אבל בשביל ששמש עכשיו א"כ עכשיו הוא מתחיל חיוב המיתה ופטור מן התשלומין ואף שהתוס' הקשו בלא"ה דיש נ"מ עכ"פ למה לא הקשו גם מזה ואין לומר דנהי דחייבי מיתה פטורין מן התשלומין היינו היכי דשייך בי' מיתה אבל כאן כיון דכבר הוא חייב כרת א"כ ל"ש בי' חיוב מיתה עוד ואינו פוטר ז"א דהרי קיי"ל חייב מיתה שוגגין פטורין מתשלומין דאן עליהן עונש מיתה כיון דעכ"פ האיסור הוי בו חיוב מיתה פטור מתשלומין וא"כ ודאי לא גרע זה החיוב מיתה במזיד רק דבלא"ה הוא בר כרת מידי דהוי שוגג וא"כ פטור מן התשלומין והוי נ"מ בזה ומה פריך ולמה לא משני אביי כן לשיטתו. והתוס' למה לא הקשו כן מזה מוכח דלא כהש"ך רק כהרמ"א וא"כ ה"נ

כיון דעדיין שוהה שם וכבר נתחייב כרת ולכך פטור מתשלומין בלי חיוב מיתה ולכך פריך האיך משכחת לה ודו"ק היטב. ועיין בחידושי לפרק מרובה בשנת תרי"ג מ"ש ראיה לזה מדברי הרא"ש ג"כ לסיוע דברי הש"ך. אך בסוגיא דעקוץ תאנה הבאתי דברי התוס' שם דמוכח דס"ל כהטור עיי"ש ודו"ק ועיין בש"ך סק"א מה שהשיג על הרמ"א ובחיבורי לאו"ח ה' שבת סי' שנ"ח פלפלתי שם בדברי הש"ך והבאתי ראיה לדבריו מן התוס' פ"ז דשבת ד"ע והעלתי שם דבחייבי המתות שוגגין מודה הש"ך להרמ"א דאח"כ חייב עיי"ש ודו"ק:

סימן שנג

סעיף א' נשתנה שם הגנבה וכו'. נ"ב הנה שינוי החוזר אינו קונה ועיין בחידושי לה' לולב סי' תרמ"ט בחיבורי לאו"ח הנרשם ק"ב דקכ"ד מ"ש בביאור הירושלמי ר"פ לולב הגזול והוכחתי דיש לחלק בין שינוי החוזר דאפשר להחזירו כמו שהוא עם השינוי ובין אם א"א להחזירו לנגזל עד שיבטל השינוי עיי"ש ודו"ק:

סימן שנו

סעיף א'. נ"ב עיין בחיבורי על אהע"ז מהדורא זיי"ן סי' ר"מ מ"ש בתשו' למדינ' זיבענבירגען דיש לספק במתנה עמ"ל אם נחשב שינוי הרשות או לא ולפי מושכל הראשון נראה דלא חשיב ש"ר עיי"ש:

סעיף ב' בהג"ה ואפילו הנגנב א"צ להחזיר לו מעותיו נ"ב עיין בש"ך סק"ז מ"ש בתוך דבריו ואלמלא שאיני כדאי לחלוק על המרדכי וכו'. הייתי אומר דאפי' שמואל מודה כאן ודוקא בקרקע שאינה נגזלת אמרינן אדם יודע שקרקע אין לו וגמרו ונתנו לשם מתנה משא"כ הכא די"ל דהלוקח סבר שיקנהו ביאוש וש"ר וכו'. ובמחכת"ה נעלם ממנו ל' הש"ס בב"ק דצ"ה ע"ב דקאמר שם מה לאו בע"ה דלא ידע שקרקע אינה נגזלת א"כ מוכח דגם בקרקע איכא דלא ידע שאינה נגזל' ואעפ"כ ס"ל דהוי מתנה בע"כ מכח דעכ"פ ספק הוי אולי ידע ואין מוציאין ממון מספק או עכ"פ מועט ידעינן ואין הולכין בממון אחר הרוב. וא"כ ה"נ במטלטלין הוי כן ועמ"ש בחידושי לב"ק שם בש"ס הנ"ל. ובעיקר קו' הש"ך על הרמ"א הוי נראה דא"ש די"ל דהנה אין דרך להפקיד אצל גנב מפורסם והאיך שייך לומר דהוי לפקדון ובפרט דהרי אמרינן בש"ס ולימא לי' לפקדון סבר טריחא לי' מילתא בגנב מפורסם ל"ש לומר כן. רק התוס' בסי' שע"ג מיירי דלא הוי גזלן מפורסם רק דהוי גזלן על שדה זו. וא"כ בזה י"ל דהלוקח סבר דאילו גזלו מכח ספק מלוה ישנה

כמו שהקשו התוס' בפ"ק דב"מ דלמה יופסל לעדות ולשבועה נימא ספק מלוה ישנה רק דהתם תרצו כיון דהוחזק גזלן בעדים אין לומר כן וזה לדינא. אבל מ"מ הלוקח יתכן דסבר דלנגזל עושים כן דהורה לו היתר מכח מלוה ישנה אבל אצלו הוא נאמן. אבל בגנב מפורסם לכל העולם אין דרך להפקיד אצלו ובפרט דהוי אומר לו לפקדון ולכך לכ"ע הוי המעות מתנה ולפענ"ד צדקו דברי הרמ"א ודו"ק:

סימן שנט

סעיף ד' צריך שלא יקחנו אלא ע"ד לשלם וכו' נ"ב עיין בסמ"ע מ"ש דע"ד לשלם מותר ליקח לצורך פ"נ עמ"ש ראי' לזה בעזה"י בחיבורי עה"ת פ' ויצא שנת תרי"א מפסוק ותגנוב רחל את התרפים עיי"ש ודו"ק:

סימן שס

סעיף א' **בהג"ה** גזל קרקע וכו'. נ"ב עמ"ש בזה בתשובה לק' זלאטשוב בחיבורי על חו"מ מהדורא ג' בדין המאפיל לחברו בבנינו אם שייך בזה תק"ה גם אם לא ידע שהוא גזול אם שייך תק"ה גם ביאור ל' הסמ"ע כאן כתבתי שמה ודו"ק. ועיין בנתיבות המשפט שהקשה בתמורה דפריך למ"ד עבוד לא מהני משינוי קונה והקשה הוא הרי זה אפשר להיו' ממילא ועיין בחידושי לב"ק בפ' הגוזל שישבתי זה גם בחיבורי ליו"ד מהדורא וא"ו סי' ג' כתבתי בזה:

סעיף ח בהג"ה ואין נקרא שינוי אא"כ נשתנה שם הגזלה מכח השינוי. נ"ב עיין בש"ך מ"ש בזה ובחיבורי לאו"ח כתבתי שם לחלק בין אם השינוי הוי ממילא אז בעינן גם שינוי השם ואם הוי בידים ל"ב שינוי השם והבאתי ראי' לזה מסוגיא דאוונכרי ואח"כ כתבתי חילוק אחר ליישב הש"ס דתמורה עיי"ש ודו"ק:

סימן שסא

סעיף ד' יאוש עם ש"ר קנה. נ"ב נסתפקתי באם מכר חצי חפץ הגזול לאחר ולא ציין לו חלק ידוע אם נחשב ש"ר או לא והנה למ"ד יש ברירה ובחפץ דאפשר למפלוגי כך אין ספק דבחצי' שנופל ללוקח דהוי ש"ר כי קא מבעי' להו בדבר דא"א למיפליגך כך או אף דאפשר למיפליגו לפי מה דקי"ל דאין ברירה דקי"ל כראב"י בנדרים דזה נכנס לתוך שלו וכו'. וכמ"ש הפוסקים בטעמו שנחשב של כ"א בכולו. וכן קיי"ל האחין שחלקו לקוחות הן וא"כ בזה יש לעיין אם נחשב כל החפץ הגזול כש"ר או לא וכעת לא מצאתי

גילוי לדין זה אך את זה לבדו ראיתי בלשון הרמב"ם ה' אסורי מזבח פ"ה ה' ז' הגונב או הגוזל והקריב הקרבן פסול ואם נתייאשו הבעלים הקרבן כשר ואפילו היה חטאת שהכהנים אוכלין את בשרה וכו' והנה הראב"ד תמה שם מה אפילו וכוונתו דהוא היפוך דברי הש"ס פ"ה דגיטין דשם קאמר להיפוך דבעולה הוי רבותא טפי. והכ"מ נדחק בזה. ולפענ"ד א"ש דכוונת הרמב"ם דהוי ס"ד כיון דיאוש ל"ק ובע"כ מה דבזה חל ההקדש הוי מכח דהוי יאוש וש"ר וא"כ תינח עולה דהוי כולה כליל וכל היכי דאיתא בי גזא דרחמנא איתא ולכך הוי ש"ר אבל חטאת הוי ס"ד כיון דיש לכהנים זכייה ביה בהבשר א"כ נהי דחלק גבוה בכ"מ דאיתא בי גזא דרחמנא איתא מ"מ חלק הכהנים לא הוי בי גזא דרחמנא והכהנים נמי לא בא לידם עדין ולא זכה בו א"כ חלקם נשאר ברשות הגזלן. וא"כ נהי דיש להקדש גם חלק בו מ"מ הוי כשותפות ונמכר חציו ולא הי' ש"ר לכך קמ"ל כדאמרינן בש"ס דכהנים משלחן גבוה קא זכו. ולכך אף חלקם הוי כרשות גבוה והוי כולו לגבוה ולא הוי ש"ר. והש"ס דקאמר הצריכותא להיפך היינו דשם אזיל לר' יהודא דס"ל יאוש כדי קנה. וא"כ כיון דל"ב ש"ר לכך אין רבותא בחטאת יותר מבעולה לכך מוכרח לפרש להיפך דעולה הוי רבותא אבל לדידן דקי"ל דיאוש כדי לא קני ובעינן ש"ר לק"מ קושית הש"ס די"ל דחטאת הוי לרבותא דאף זה הוי ש"ר וקנה. והנה מזה יהי' מוכח דאף באם מכר חלק מבורר ללוקח כל שלא מכר כולו לא הוי ש"ר ודו"ק ועדיין צ"ע בזה לדינא:

סעיף ה אבל אם בא אחר ונטלו מבית הגזלן וכו'. נ"ב הנה מה שקשה ע"ז מן המשנה והדין בסי' שס"ח בהמציל מן הליסטין וביאור דברי הרמ"א בכאן ומה שיש בזה חילוקי דינים עיין בחיבורי על אהע"ז מהדורא וא"ו סי' מ"ז בתשובה לק' בריגל מה שכתבתי שם ודו"ק:

סעיף ז מת והוריש הגזלה לבניו נ"ב עיין בחיבורי על חו"מ מהדורא ג' סי' נ"א בתשובתי להרב דק' לעשנוב שם פלפלתי הרבה בדין גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו וכמה חידושי דינים יצאו שם מזה עיי"ש. והנה בתשובתי לק' מאנאסעריש בהשמטות לחיבורי טוב טעם ודעת הוכחתי מן הש"ס דב"ב דדוקא חלק פשיט לא הוי ברשות לוקח אבל חלק בכורה דמתנה קרי' רחמנא הוי רשות יורש כרשות לוקח והוי שנוי רשות ודוק עיי"ש. ועיין בחיבורי לאהע"ז מהדורא ט' סי' פ"א שם כתבנו חידוש דין השייך לכאן דאף דבפחות מש"פ א"צ להחזיר מ"מ אם תפס הנגזל דבר זה אינו חייב להחזיר להגזלן ופטור מלשלם אף לצאת י"ש שיכול לומר של דידי שקלתי עיי"ש בטעמו די"ל דהוא מן

המועט מחלו גם י"ל נהי דבפחות מש"פ הגזלן פטור היינו מדינא אבל לצאת י"ש חייב וכל דחייב לצי"ש מהני תפיסה ודוק:

סימן שסב

סעיף ה' מכר הגזלן לעכו"ם והשביח העכו"ם השבח חוזרת לבעלים נ"ב ע' בחיבורי ליו"ד מהדורא ה' בשו"ת שם העלתי אף דמפורש כאן בש"ע ומקורו בש"ס דצ"ו דשבח אין הנכרי קונה דלא עשו תק"ה בנכרי מ"מ להסוברים דיאוש קנה מדרבנן אף דהוי נמי מכח תק"ה כמ"ש הש"ך כאן ובש"ס דס"ו מ"מ קונה אף בנכרי מדרבנן ע"ש בטעמו כי טוב הוא ודוק:

סעיף ו' ואם תפס הנגזל אין מוציאין מידו נ"ב ועיין בב"ש שכתב שזה פשוט דבתפס וכו' ועי' בקצוה"ח מה שהקשה מדברי הה"מ בה' גזלה גבי תקנת נגזל בפקדון גבי שכירו ולקיטו דאינו נשבע ונוטל מכח דהוי ספק בתקנה אוקמוהו אדינא ול"מ תפיסה ומה שמתרץ שם רמזתי זה בתשובתי ובגליון שם ועמ"ש בתשו' לק' קארטשוב בחו"מ סי' ש"ס וכעת נראה דא"ש ע"נ דהרי דעת כמה פוסקים בה' קידושין דמדרבנן נעשה דאורייתא ומכח דהפקר ב"ד הפקר וא"כ גם בזה י"ל כן דנהי דהוי תקנה מ"מ כיון דהפקר ב"ד הפקר הוי בשל תורה וראוי שיועיל תפיסה ולכך א"ש דודאי בדין זה של השבח כיון דבבירור שייך השבח להלוקח א"נ הוי הפקר ב"ד הפקר והוי כשל תורה ומהני תפיסה אך זה אם הוי התקנה בבירור אבל התם בתקנת נגזל בפקדון שם כיון דאף לפי התקנה אין לו רק אחר שנשבע והרי עדיין לא בשבע לכך ל"ש בי' לומר דהפקר ב"ד הפקר לכך הוי רק ספק בתקנה ולכך אוקמיהו אדינא ובאהע"ז סי' קיח אף דשם הוי התקנה בלי שבועה מ"מ התם לא הוי תקנת בעלי הש"ס רק תקנת אחרונים ול"ש בזה הפקר ב"ד הפקר מה שאינו מדין דש"ס ובהכי מיושב מה שהקשתי בתשובה א' מכבר בפוגמת בעדים אי בפוגמת בפרוטה פרוטה דהוי בעיא דלא אפשיטא וקיי"ל דהדין דאין יכול ליטול בלי שבועה והרי עיקר השבועה הוי רק תקנה ולמה בספק לא אוקמיהו אדינא ואף דהלוה מוחזק הרי גם תפיסה ל"מ בספק בתקנה שלא יטול בלי שבועה א"כ בזה שפיר שייך לומר דהפקר ב"ד הפקר דכל עוד שלא נשבע לא יטול לכך לא נחשב ספק בתקנה אבל בתקנת נגזל הוי להיפך שיטול בשבועה בזה מי יימר דמשתבע ל"ש הפקר ב"ד הפקר לכך א"י לישבע וכיון דא"י לישבע שוב אף אם נשבע אינו כלום והוי כלא נשבע כיון דלא נשבע כמו תקחז"ל וא"ש דאין שבוע' זו שבועה ודו"ק:

סעיף ח הדר בחצר חברו וכו'. נ"ב ויש להסתפק אם חסרו פחות מש"פ אם משלם הכל או כיון דפחות מש"פ אינו ממון אינו משלם הכל אך עיין בתוס' פ"ג דכתובות ד"ה דמצי דאהדורי ע"י הדחק מוכח שם דאף אם חסרו בפחות מש"פ ג"כ מגלגלין עליו את הכל ודו"ק והוא חידוש דין: סעיף זיין. י"א דכשאין החצר עומד וכו'. נ"ב עמ"ש להקשות ע"ז מבכורות דל"ז ע"א גבי דברים שאין הנפש קצה בהם ינכה להם מן הדמים ויהיה מזה ראי' להחולקים כאן והארכתי בזה בחיבורי ליו"ד:

סימן שסו

סעיף א' אם אין הגזלה קיימת אין מקבלין ממנו נ"ב עמ"ש בזה בחידושי לב"ק פרק הגוזל עצים כמה חידושי דינים בזה בעזה"י ומ"ש כאן בש"ע דאם החזירו לצאת י"ש מקבלין ממנו קשה לי טובא שהוא נגד משמעות לשון הש"ס בפ"ט דב"ק דקאמר שם בדף צד ע"ב אמרו מחזירין ואין מקבלין מהם ואלא למה מחזירין לצאת י"ש וא"כ מפורש אומר דמ"ש מחזירין היינו לצאת י"ש ואעפי"כ קאמר אין מקבלין מהם ומוכח דאף לצאת י"ש אין מקבלין מהם ועוד דפריך א"ה אמאי תשובתן קשה ומאי פריך אם חייבין לצי"ש להחזיר ואם הם מחזירין לצי"ש מקבלין מהם וא"כ ודאי תשובתן קשה א"ו גם לצי"ש אין מקבלין מהם. והנה ביו"ד סימן קע"א סקי"ג כ' בשם הריב"ש וזה"ל אין מקבלין מהם כתב הריב"ש דמ"מ הם חייבים להחזיר לצי"ש. והנה מלשונו שכתב דמ"מ הם חייבין משמע דרק הם חייבין להחזיר אבל מ"מ אין מקבלין מהם ולא כמ"ש בש"ע כאן מיהו י"ל התם רבית שאני וכמ"ש התוס' בב"ק דצ"ד ע"ב אבל מ"מ קושיא הנ"ל קשה וצ"ע. עיי"ש ודו"ק:

סימן שסט

סעיף ח וכן מלך שכעס על עבדיו וכו'. נ"ב עיין בחיבורי לתורה פ' ראה שנת תרט"ז שם העלתי חידוש דין בעזה"י דנהי דכתבו הפוסקים דאם המלך אינו גוזר על כולם לא שייך דינא דמלכותא זה הוי רק אם כולם מבני מדינתו אבל אם גוזר על הגרים שאינם ממדינתו אף דאינו גוזר על בנו מדינתו שפיר הוי דדמ"ד. גם כתבנו שם דאם הוא מושל בכיפה ל"ש לומר דדמ"ד דהאיך יכול דאינו רוצה שידורו במדינתו דהרי הכל שלו ואזי יפרחו באויר לכך ל"ש בזה דדמ"ד עיי"ש:

שם בהג"ה י"א דל"א דדמ"ד אלא במסים וכו' נ"ב תמי' לי טובא ומן הש"ס מפורש במס' ב"ב דנ"ד ע"ב דפריך שם ומי אמר שמואל הכי והאמר שמואל דינא דמ"ד ומלכא אמר

לא לקני ארעא אלא באגרתא וכו' ומאי פריך הרי דדמ"ד ל"ש רק במסים ומה ענין זה לדין קנין קרקע ומטלטלי ובע"כ דמוכח דס"ל בכל הדברים שייך דינא דמ"ד והן אמת דזה יש לדחות די"ל דמה"ט קיי"ל התם בהמחזיק בהם קנה וקיי"ל כשמואל דדמ"ד והרשב"ם שם נדחק ליישב קושית הש"ס דהוי מקום לומ' דמה"ט קי"ל כתרווייהו מכח דקיי"ל דלא אמרינן דדמ"ד רק במסים אבל שדבר יהיה תמי' על הרא"ש שהרא"ש שם בב"ב כתב בפסקיו דאם הוי דד"מ ליתנו ללוקח ראשון זכה הראשון ופסקינן כוותי' לעיל סימן קצד ומשמע דס"ל דהילכתא דדמ"ד הוי בכל דבר וכאן הוי נמי דעת הרא"ש דס"ל דל"ש דדמ"ד רק במסים וסתרי דברי הרא"ש אהדדי ועי' בב"י יו"ד ה' נדרים מוכח שם דהרא"ש בפירושו הוא עצמו שבפסקיו. וכן מוכח בהרא"ש בפסקי נדרים וא"כ סתרי דבריו אהדדי וצ"ע גם להרמ"א קשה למה סתם בסימן קצד ולא ביאר שיש בזה פלוגתא שמביא כאן וצע"ג:

סימן שעא

סעיף א' קרקע אינה נגזלת נ"ב אם ראובן גזל קרקע משמעון ומכרה ללוי אם שלא גזלה מראובן ושמעון בא כעת לתבוע לראובן שיחזור לו קרקעו אם ראובן יכול לדחותו אצל לוי לומר הרי בידו קרקע שלך לך ונטלו ממנו ואין לך עלי כלום או א"י לדחותו דין זה לא מצאתי מפורש לעניי דעת כמוני היום אבל מוכח היא בש"ס חולין דקל"ד במה דקאמר שם לא דכ"ע אית לי' דר"ח והכא במתנת כהונה נגזלת קמפלגי וכו' ומוכח להדיא שם דאם אין מתנת כהונה נגזלת אין לו שום תביעה. על הגזלן רק על מי שבידו המתנות וא"כ הרי בקרקע לכ"ע אינה נגזלת לכך אין שום תביעה על הגזלן רק על מי שבידו הקרקע כעת ואף אם הוא אלים וא"י לאשתעי בדינא עמו פטור הגזלן דאין לו עוד תביעה רק על מי שהקרקע אצלו וז"ב ונכון לענ"ד ודו"ק:

סימן שעג

סעיף א' ואם הכיר בה שהי' גזילה וכו' נ"ב צ"ע למה השמיטו דעת הרא"ש בפ"ק דב"מ שם בסוגיא ההוא שכ' שאין בידו של לוקח לתבוע המעות מן הגזלן כ"ז שאין הנגזל טורף ממנו השדה עיי"ש וצ"ע למה לא הביאו האחרונים דעה זו ודוק. ועיין בחובורי לאהע"ז מהדורא וי"ו סי' מ"ג מה שנסתפקתי שמה בדין הכיר בה שאינה שלו ולקחה אם הגזלן עצמו יכול לחזור בו להוציאה מן הלוקח או עכ"פ הוא א"י לחזור בו כיון דעכ"פ הוא נסתלק גם אין המקח שלו לכך א"י הוא לחזור בו עד שיביא הנגזל ויטלנו

מן הלוקח ועיין בחיבורי על מס' ב"ק מה שהקשיתי שם על דין זה ויש נ"מ בזה לדינא ועיין בחיבורי על חו"מ מהדורא ד' סי' ש"ג שם כתבתי דאם הוי גזלן מפורסם הוי מתנה עיי"ש ודו"ק:

סימן שעז

סעיף א' בהג"ה מצר שהחזיקו בו רבים ברשות אסור לקלקלו נ"ב הנה בדין מצר שהחזיקו בו רבים כבר כתבתי תשובה ארוכה בחיבורי על מו"מ מהדורא ג' סי' מג דהדבר פשוט לי דבזה"ז הוי דינא דמ"ד בזה ובכל ענין לא שייך זה עתה עיי"ש בתשובתי בארוכה. והנה נ"ל לי דל"ש דין זה רק אם הוי ניחא תשמישתי' לרבים אז כיון דטוב הוא לרבים וניחא להו בכך י"ל דהוחזקו בו דרך קנין או מתנה וטענינן להו במה דאפשר למיטען אבל היכי דלא ניחא להו תשמישתי' כגון בבתים בצד זה ובתים בצד זה ומקום פנוי באמצע ולפנים הוי בית רק אחורי הבית הוי רק קצת פנוי בזה כיון דלא ניחא תשמישתייהו רק ע"י הדחק ותשמיש ע"י הדחק לאו שמי' תשמיש ואין זה חזקה לרבים כיון דהוא גופא חידוש הוא אין לך בו אלא חידושו ועוד נראה לי דדין זה אינו רק בהחזיקו בו רבים רוב אנשי המקום אבל אם מיעוט אנשי המקום החזיקו בו אין לו דין מצר שהחזיקו בו רבים והבו דלא לוסיף עלה וקצת יש להוסיף טעם הדבר. דהנה דעת הרשב"ם דבמצר שהחזיקו בו רבים היינו שעשו בו חזקה ותקנו אותו עיי"ש. והנה אמת דבתשובה הנ"ל כתבנו אם עתה באין להחזיק לפנינו אבל אם מוחזקין בו כבר אנו תולין שעשו בו אז חזקה כדין עיי"ש. כעת נראה דקשה למה לא נתלה כן הרי בכל ספק קיי"ל דארעא היכי דקיימא תיקום וקרקע בחזקת בעלי' עומדת ולמה נתלה דעשו בו חזקה כדין ולכך נראה לי דרבים שאני כיון דרבים נקראו מוחזקים לגבי היחיד לכך בזה לא אמרינן קרקע בחזקת בעלי' עומדת וא"כ לפי"ז מה דרבים נקראים מוחזקים לגבי היחיד כבר כתבנו בתשובתינו דהיינו דוקא ברבים רוב העיר אבל שנים ושלשה אין נקראין מוחזקין א"כ הדר דינא דמספק אין להם להחזיק להוציא ממארי קמא ולו יהא דיש חולקים על הרשב"ם כמ"ש בתשובה הנ"ל מ"מ שוב קרקע בחזקת בעלי' עומדת והוי של בעל הקרקע כנלפענ"ד נכון לדינא. כן היה תוכן תשובתי לק' בוזאנוב אך שם לא ביארתי טעמו רק כתבתי הלכה פסוקה וכאן אני מבאר טעמו של דבר לפענ"ד ובנדון החלון ששאל מבואר ברמ"א סי' קנד דהכל כמנהג המדינה ובזמנינו בבנין אבנים אפילו בלי פצימין של עץ הוי תורת חלון עליו ולא נקרא חור והוי חזקה וזה פשוט ונכון:

סימן שעח

סעיף א' אסור להזיק ממון של חברו וכו' בין שהי' שוגג בין שהיה אנוס וכו' נ"ב עיין בב"י ביו"ד סי' קלב ובכ"מ סוף פי"ג ממה"א שהעלה דין חדש דאדם מועד לעולם בין שוגג היינו רק בדבר היזק הידוע לכל העולם אבל במה דאין ידוע לכל העולם רק לישראל לא שייך לחייבו בשוגג והוא חידוש דין ועיין מה שתמהתי עליו בחיבורי למס' ע"ז בק"א ביו"ד סי' קל"ב עי"ש ודו"ק:

סימן שעט

סעי' א' שנים שהיו מהלכין ברשות הרבים וכו'. נ"ב ע' בש"ך סק"א ואם עמד לכתף וכו' הס"ק הזה נרשם כאן בטעות וצריך להיות בסעיף ג' אך דברי הש"ך במה שהקשה על הישׁ"ש תמוהין דבשלמא בס"ב שהיה בעל הקורה ראשון ועמד לכתף דהאיך נוכל לחייבו משום דלא ידע בעל החביות שעמד לכתף דמה איכפת לבעל הקורה שלא ידע בעל החביות מ"מ הוא לא פשע שהרי היה אונס שהוצרך לעמוד לכתף ולו היה שהי' טרוד ולא מחשב פושע ע"כ פטור אבל כאן בהיה בעל החביות ראשון דלחייב בעל הקורה מטעם דהיה פושע שהיה לו לעמוד שפיר בזה יכול לפטור א"ע מכח דלא ידע שבעל החביות עמד לכתף וסבור שעמד לפוס ולא הוי פושע ע"כ פטור ואין הנדון דומה זה לזה כלל ודברי הש"ך תמוהין לפענ"ד ודו"ק:

סימן שפב

סעיף א' שור שהיה עומד להריגה וכו' ואילן העומד לקציצה נ"ב עיין בש"ך סק"א מה שהקשה על הטור דדבריו סותרים זא"ז וגם שסותר דברי הרא"ש שי"ל דדינא הוי ולא קנסא עיי"ש ולפענד"נ דה"ה הסמ"ע כתב לפרש מ"ש עד שיראו הדיינים היינו שיראו אם היה מחבב המצות או לא וכו' ולפי"ז הנה קיי"ל באמת בחו"מ סי' שס"ג בחצר דלא קיימא לאגרא אם חסר מקצת מגלגלין עליו את הכל כל מה שנהנה והנה נראה לפענ"ד הא דחכמי' אמרו שהעושה מצוה נהנה יו"ד זהובים היינו דוקא כגון ברהמ"ז שכל העולם מצוים עליו דהנה מבואר בש"ס דגדול המצווה ועושה יותר ממי שאינו מצווה ולפי"ז דוקא כגון כסוי הדם שמבואר בפ' כסוי דם שכל ישראל חייבי' לכסות וא"כ וא"צ הדיינים לראות כלל דנהי שהשוחט לא חביב עליו כ"כ המצות מ"מ עכ"פ בכל בר ישראל שוי' לו המצות מעט וכיון שמסר מעט תו מגלגלין עליו כל מה שנהנה דהחוטף גילה דעתו של חבוב המצוה ונהנה הוא עשרה זהובים אבל בשור העומד

להריג' ואילן שמשמע שם מדברי הרמב"ם פי"א מה' רוצח שמדין מעקה נגעו בה ולמדו מלא תשים דמים בביתך וכ"כ הרמב"ם במנין המצות וז"ל מ"ע על הב"ד לסקול השור וכו' לפי"ז נראה דחיוב הדבר בשור ואילן אינו רק על הבעל הדבר שהשור והאילן שלו או על הב"ד אבל אדם אחר שרואה זה האילן והשור אינו מחויב להורגו רק אם הורגו מצוה קעביד ועכ"פ הוי אינו מצווה ועושה ואינו נהנה הוא עשרה זהובים נהי דגרם היזק לבעל הדבר שהי' מצווה ועושה והיה נהנה יו"ד זהובים תו צריך ראיית הדיינים כמה חביב עליו המצוה וכמה הזיקו כיון דצריך לשום ההיזק ולפי"ז ס"ל להטור דבאמת דינא הוא כסברת הרא"ש רק שלא הי' יכול ללמוד מכסוי ששם הוא מצווה ועושה אבל כאן אינו מצווה רק שלמדו בש"ס מכסוי לענין שאם יראו הדייני' שחביב עליו המצוה אז גרם לחברו היזק עשרה זהובים שחברו היה מצווה ועושה ודמי לכסוי ושמין לו ההיזק וכו' וס"ל להטור דבאילן והשור אינו מוטל החיוב רק על הבע"ד ולא על כל האדם כן נראה בעיני ודו"ק:

סימן שפה

סעיף א' המזיק את חברו היזק שאינו ניכר נ"ב גרסינן בפ"ה דגיטין בסוגיא דמטמא ומדמע וכו' מנסך קלבד"מ ופרש"י דהו"ל עובד ע"ז ונסקל הנה תיבת ונסקל אין לו הבנה דהו"ל וחייב סקילה אבל לשון ונסקל משמע דאם לא ידונו ממש בסקילה וחייב התשלומין וזה אינו חדא דמבואר בכתובות דחייבי מיתות בלא התרו בו או שוגגין לכ"ע פטורין ול"פ בחייבי מלקות שוגגין ועוד דאף אם נקט רש"י לפי דעה זו דמחייבי מיתות שוגגין נמי חייבין א"כ קשה למה לא מפרש מנסך ממש והוה מזיד ולא התרו בו דחייב בתשלומין ומיתה ליכא ובע"כ דהך מ"ד יסבור דחייבי מיתות שוגגין פטורין מתשלומין א"כ הול"ל וחייב סקילה ולמה כתב ונסקל וצ"ע:

סימן שפז

סעיף א' לפיכך הדוחף מטבע של חברו עד שירד לים חייב. נ"ב עיין בש"ך סק"ח מ"ש בשם מוהרש"ל ושחולק עליו ועיין בתשובתי לחו"מ מהדורא ג' סימן נ"א מ"ש שם בזה במה פליגי הרש"ל והש"ך עיי"ש בדין אם גזלה ע"מ לאבדה אם נחשב גזלן או לא עיי"ש ודו"ק:

סימן שפח

סעיף ב' המוסר ממון וכו' נ"ב עיין בסמ"ע סק"ז צריך לפרש דבריו דלא תקשי מחובל דאין צריך הבעל לשלם אחר מיתה אף שלא אפסיד אנפשי' וצריך לפרש דבריו כמ"ש הש"ך דשאני חובל דל"ש אבל מוסר דשכיח עיי"ש. והנה בש"ך כתב שמדברי תירוץ הרמב"ן משמע שחולק ע"ז ונראה טעם הרמב"ן שמ"ש שמשום דקודם נשואין חששו ולאחר נשואין לא חששו ונ"ל שס"ל דדוקא קודם הנשואין אז לא נכנס כלל בשעת נשואין לתק"ח דלא נעשה לוקח כלל וכן לפסידא דידי' חששו משום דלטובתו עשו ולא להורע כחו אבל לפסידא דאחרינא אשר נעשה אחרי נשואין כיון דבשעת נשואין לא היתה חייבת ונעשה לוקח בתק"ח לא הפקיעו חכמים כחו משום פסידא דאחרינ' אך קשה לי טובא לדברי הרמב"ן דא"כ מה צריך לתרץ בש"ס פ' יש נוחלין הא דל"ח משום פסידא דלקוחות גבי דריב"ח משום דאינהו דאפסידו אנפשייהו דלא הוה להו למיזבן מאתתא דיתבא תחת בעלה הלא בל"ז נמי ניחא דהרי ר' אסי מיירי שמכרה אחר נשואין ולפסידא דבתר נשואין ל"ח אף במה דלא אפסידו אנפשייהו ולמה אמר בש"ס טעם אחר דחזרתי על כמה צדדים ליישב דברי הרמב"ן ולא עלתה בידי כהוגן וצ"ע:

סעיף ז נ"ב עיין בסמ"ע ופירש דבריו דכיון דנאמן לומר לא מסרתי נאמן לומר שלא מסרו אלא כך וכך ע"כ נאמן וכן נמי מ"ש הש"ך בסק"א נמי מיירי שאין כאן עדים שהוזק ע"כ אם מכחישו פטור ולא היה להש"ך להביא ראי' מסימן תי"ח שכן מבואר כאן בסעיף זה ודו"ק:

סעיף ח בהג"ה ואפילו לא מסרו עדיין רק שאומר אלך ואמסור וכו. נ"ב עיין בחיבורי ליו"ד מהדורא וא"ו סימן סא מ"ש דיש להביא ראי' לזה מפרש"י דסנהדרין דף ע"ד ד"ה מרי דוראי [אדון עירי] ונכרי הוה. דס"ל לרש"י כדעת היש חולקין כאן ולא כדעה הראשונה אך אח"כ דחיתי זה עייש"ה ודו"ק:

שם בהג"ה וכן אם הודה שמסר ואין עדים בדבר. נ"ב עיין בש"ך ס"ק נ"א ועיין בחידושי למס' פסחים בסוגיא דעיקרה בטעות דע"ב בשנת תדי"ר. והנה כעת נראה דפלוגתא זו מבואר בראשונים והובא ביו"ד ה' עבדים סי' רס"ז סעיף כ' דהמחבר פסק שם דאין גובין קנס זה בבבל והש"ך שם הביא דעת הרא"ש שהשיג ע"ז דקנס זה דהוי רק מדרבנן אין לו דין קנס וגובין בבבל וא"כ ה"ה לענין הודאה הוי כן דחד טעמא הוא וכן מ"ש הרמ"א אח"כ דתפיסה מהני בזה והש"ך הביא דעת הראב"ד דתפיסה ל"מ בזה ותליא נמי בזה דאם מהני בזה הודאה מהני תפיסה ואם ל"מ בזה הודאה ל"מ תפיסה דעיקר טעם הראב"ד דל"מ הודאה בקנס מכח כיון דאלו מודה מפטר ולא מהני בזה תפיסה וא"כ

לפי דעת הרא"ש והטור ודאי מהני בזה תפיסה רק להסוברים דאין גובין קנס זה בבבל בזה תליא בפלוגתת הרמב"ם והראב"ד אי מהני תפיסה בקנס ונראה לדינא דתפיסה ודאי מהני בזה מכח ס"ס דילמא כהרא"ש ואת"ל כהסוברים דאין גובין קנס זה בבבל דילמא כהרמב"ם דמהני תפיסה בקנס והנה משם יש ללמוד לדינים הללו מכאן ותליא בפלוגתא זו דכאן ודוק:

סעיף ט"ו בהג"ה מי ששלח שליח למסור אם השליח הוחזק לעשות חייב. נ"ב עיין בחיבורי לאהע"ז מהדורא ט' סימן י"ג בתשובה לק' זאמושץ שם כתבנו ליישב מה דקשה מב"ק בדבר חדש בעזה"י. אמנם קשה לי כעת על דעה זו מן הש"ס דב"ק דף נ"א דפריך שם בור של שותפין ה"ד ומה פריך נימא דעשו שליח לאחד שהוחזק לעשות כך לחפור בר"ה ואז יש שליח לד"ע ואף אי נימא דדוקא בהוחזק למסור בזה יש שלד"ע מכח מה שהביא בשם הרמב"ם דהמוסרי' גרועי' מנכרים אבל בהוחזק לשאר עברות מ"מ אין שלד"ע אף למה שהוחזק אכתי קשה יתרץ כך דעשה שליח למי שהוחזק למסור או למומר דבזה יש שלד"ע ובע"כ מוכח דאף בכה"ג אשלד"ע אך נראה דא"ש דמזה יהי' ראי' להסוברים דמומר אינו בן ברית ואינו בר שליחות והוי כעכו"ם ולכך לא מצי לתרץ כן דא"כ הוי כעכו"ם ואינו בר שליחות כמו עכו"ם ובאמת קשה לי טובא לפי"ז הרשב"ץ והרמ"א דס"ל דבזה יש שלד"ע מכח מ"ש הרמב"ם דהמוסרי' גרועי' מעכו"ם דקשה ממ"נ אם יש לו דין עכו"ם נהי דל"ש בי' אשלד"ע אכתי הרי אין שליחות לנכרי ואם עדיף מעכו"ם ויש לו שליחות א"כ אשלד"ע אך נראה דא"ש דכוונת הרשב"ץ והרמ"א הוי כך דהנה טעם אשלד"ע זה הוי מכח דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין אבל טעם אין שליחות לנכרי זה הוי מכח גזה"כ בלי טעם וספק אם יעשה ולכך כאן חייב מכח דינא דגרמי רק אם היה כאן דין אשלד"ע דהוי מכח דברי הרב וכו' וא"כ הוי ספק אם יעשה או לא לא הוי גרמי דאינו ברי הזיקא ואולי לא יעשה ובגרמי בעינן שיהיה ברי הזיקא אבל כיון דל"ש בזה אשלד"ע א"כ בודאי יעשה נהי דאין שליחות לנכרי עכ"פ חייב מכח ברי הזיקא ומתורת גרמי ומיושב קושית הש"ך ולכך א"ש דהתם בב"ק לא מצי לתרץ בכה"ג דשם אין שליחות לנכרי ומומר ומסור הוי כנכרי וברי הזיקא ל"ש התם דילמא לא יפול שום דבר שם וא"כ ל"ש גרמי ושליחות לא הוי דאין שליחות לנכרי ומוכח דמומר ומסור אין לו שליחות ועיין בחיבורי לאהע"ז מהדורא טית סי' פ"ז באהע"ז סי' קמא בתשובה לק' אדע"ס ג"כ כתבתי ראי' דמומר אינו בר שליחות עיי"ש ודו"ק היטב:

סימן שצו

סעיף ג' הוציאוה כדי לאבדה פטורים וכו'. נ"ב עיין בש"ך ס"ק א' ועיין בחיבורי על חו"מ מהדורא ג' סי' נ"א מ"ש שם בזה ופלפל אם בגזל ע"מ לאבדה אם יש לו דין גזלן או מזיק עיי"ש:

סעיף ח מסרו לא' מארבעה שומרים וכו' נ"ב הנה גרסינן בש"ס פ"ד דב"ק ד"מ והעתיקו הרמב"ם בפ"ד מנזקי ממון ה' ח' וז"ל שאלו בחזקת תם ונמצא מועד אם ידע השואל שהוא נגחן בעלים משלמין ח"נ שכ"מ שהולך שם בעליו עליו והשואל משלם ח"נ שאפי' הי' תם כשעלה בדעתו ח"נ הי' משלם דהרי ידע שהוא נגחן. ואם לא ידע שהוא נגחן אין השואל חייב כלום והבעלים משלמין נ"ש שאלו כשהוא תם והועד בבית השואל והחזירו לבעליו הוחזר לתמותו הואיל ונשתנית הרשות וכו' עכ"ל הרמב"ם והוא מן הש"ס הנ"ל ועיין בחיבורי לאו"ח משנת תד"ר בכ' סיון בה' פ' סימן תם מ"ש בזה. והנה תמיה על הש"ע כאן שלא כתב כלום מדעה זו דהרמב"ם ואפשר לתרץ די"ל דמה דלא קמ"ל דהחזיר לבעליו חזר להיות תם י"ל דס"ל דהך מימרא אתיא למ"ד שכירות קניא ולכך מה ששאלו הוי רשות אחר לכך נחשב ש"ר ורשות משנה אבל לדידו דקיי"ל שכירות ל"ק א"כ גם כשהי' בבית השואל הוי של בעלים ואין כאן רשות משנה ואפשר עוד לומר דהרמב"ם יסבור כדעת הג"א שהביא המג"א ה' שבת דשכירות קניא לחומרא ולכך ממילא הוי ספק לממון ג"כ וא"כ יכול המשאיל לפטור עצמו לומר אולי שכירות קניא והוי רשות משנה אבל המחבר ס"ל להלכתא דשכירות לא קניא ולכך אין כאן ש"ר לכך אף אם החזירו הוי עליו תורת מועד ודוק ומה שלא הועתק הדין לחלק בין ידע שהוא נגחן י"ל דהנה הראב"ד בהשגות שם תמה דהרי הוי נגד הש"ס והה"מ מיישבו שם ותמה עליו הלח"מ דזה שייך הכל למ"ד פ"נ ממונא אבל לדידן דקיי"ל פ"נ קנסא ובלא"ה יכול לומר הוי מודינא ומיפטרא והניח בצ"ע ובאמת לדעתי לק"מ דהש"ס דקאמר דיכול לומר הוה מודינא ומיפטרא היינו דבע"כ היו עדים שנגח דאל"כ האיך משלמין באמת ובע"כ מיירי דיש עדים א"כ מה בכך אם היה מודה הרי היה מביא אח"כ עדים ובע"כ דאזיל למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור מיהו אף אם פטור הרי יש דעה לקמן דע"ה דהיינו דוקא היכי דמחייב עצמו בכלום אבל אם אינו חייב עצמו בכלום חייב וא"כ בפ"נ קנסא הרי אם מודה אינו מחייב עצמו בכלום וא"כ חייב ומה יועיל הודאתו ובע"כ דהש"ס אזיל למ"ד דאף אם מחייב עצמו בכלום ג"כ פטור אבל לדידן דקיי"ל היכי דאינו מחייב עצמו בכלום חייב בבאו אח"כ עדים א"כ ה"נ לא יוכל לומר דהוי מודינא ומיפטרא כיון דיש עדים וא"ש פסקי הרמב"ם והה"מ ולפי"ז י"ל דהמחבר ס"ל להלכה דאף באינו מחייב

עצמו בכלום נמי פטור במודה אף דאח"כ באו עדים א"כ הכא בכל ענין פטור השואל כל שלא ידע שהוא מועד והבעלים משלמין נ"ש והשואל פטור בין אם ידע שהוא נגחן או לא ואם ידע שהוא מועד היינו מה דכתב המחבר כאן דנכנסו תחת הבעלים כנלפענ"ד כעת ועדיין צ"ע אולי יזכני ה' לבאר בזמן אחר יותר:

סימן שצט

סעיף א' פרה מעוברת שהזיקה וכו' נ"ב עיין בש"ך סק"א הביא דעת התוס' דבקנס ל"ש משואיל"מ והכוונה מכח ל"ש דמחיוב שבועה בקנס כלל כיון דבמודה מיפטר וכ"כ הש"ך אח"כ בסי' זה כדעת הראב"ד. והנה נ"ל ראי' לדבריו מב"ק דע"ד ע"ב עפ"י ע"א פשיטא ומשני הא קמ"ל עפ"י עצמו דומיא דע"פ ע"א הא מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב לאפוקי מדר"ה וכו' ואח"כ גרסינן שם גופא אר"ה מודה בקנס וכו' מעשה בר"ג וכו'. והנה קשה לי טובא מה פריך לר"ה מברייתא ונדחק ליישב הרי כבר נדחה דבריו ממתני' דהרי במשנה מוכח דמודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב וא"כ כבר נדחה דבריו ול"ש עוד תיובתא ונ"ל לתרץ דלכאורה תמי' מה פריך הש"ס ע"פ ע"א פשיטא דילמא קמ"ל דאפי' שבועה לא בעי דהרי בעלמא ע"א מחייב שבועה וקיי"ל דשבועה אתיא לכלל ממון ולכך אמר דאינו משלם דו"ה אך הרי קשה באמת למה לא ישבע כדין בכל התורה אך הרי התוס' כתבו דבקנס ל"ש שבועה כיון דאלו מודה מיפטר וא"כ תינח דאם ידעינן דמודה בקנס פטור אבל אם לא ידעינן דמודה בקנס פטור מה"ת לא יתחייב שבועה וא"כ הוי קושית הש"ס כך דממ"נ אם קמ"ל דאינו משלם זה הוי פשיטא דאין ע"א נאמן ואם קמ"ל לענין דפטור משבועה קשה הוא גופא למה פטור ואין לומר מכח דאם מודה בקנס פטור דא"כ כבר נשמע מזה דמודה בקנס פטור וא"כ ל"ל עוד הסיפא דע"פ עצמו כבר נשמע מדין ע"פ ע"א ועוד דהול"ל אינו נשבע למה נקט אינו משלם. והנה לכאורה היה אפשר ליישב עוד די"ל דהמשנה מיירי באינו מכחיש העד רק טוען אינו יודע אם טבח ומכר שלו או של הגנבה וא"כ הוי קמ"ל דהוי ס"ד דבזה יהא נאמן ע"א וכמו בסוטה דאם נסתרה ע"פ ע"א כיון דקינא לה ע"פ שנים הוי אח"כ רגל"ד ודי בע"א א"כ ה"נ כיון דכבר גנב ע"פ שנים הוי ס"ד דדי בטביחה ומכירה ע"פ ע"א לכך קמ"ל דאינו משלם ע"פ ע"א גם הוי ס"ד כמ"ש התוס' סב"ב דל"ד דהתורה האמינה לע"א כשנים כל שאינו נשבע נגדו כן ה"נ הוי ס"ד כן לכך קמ"ל דאינו משלם אך י"ל דקשה הוא גופא אם טוען א"י למה לא יהיה מחיוב שבועה ואיל"מ ואף דבקנס ל"ש משואיל"מ היינו מטעם דלא הוי מחיוב שבועה כלל כיון דאלו מודה מיפטר א"כ יהיה מוכח מזה

דמודה בקנס פטור א"כ למ"ל עוד מפי עצמו לכך הוכרח לתרץ דקמ"ל דמודה ואח"כ באו עדים אך זה תינח אם קיי"ל כר' אבא דהוי משואיל"מ אבל אם לא ס"ל כר"א רק לא אמרינן משואיל"מ באינו יודע א"כ שפיר הוי מצי לתרץ המשנה דמיירי בטוען הגנב א"י ומשואיל"מ לא הוי כיון דבכל דוכתא לא הוי משואיל"מ רק דכיון קמ"ל דהוי ס"ד דהוי רגל"ד כמו בסוטה לכך קמ"ל דאינו נאמן ולכך א"ש הכל דלדידן דקיי"ל כר"א ואמרינן משואיל"מ פריך הש"ס שפיר פשיטא דא"ל דמיירי לענין שבועה או לענין אם הגנב טוען א"י למה באמת לא יהי' מחויב שבועה ואיל"מ ובע"כ מטעם מודה בקנס וא"כ קשה למה לי שוב מפי עצמו ולזה מוכרח לומר דקמ"ל דמודה ואח"כ באו עדים חייב אבל לר"ה עצמו לא הוי קשה די"ל דס"ל דלא כר"א ולא אמרינן משואיל"מ א"כ י"ל דקמ"ל בטוען הגנב א"י דהוי ס"ד שיהיה נאמן כיון דהוי רגל"ד כמו בסוטה לכך קמ"ל דאינו נאמן ושבועה לא שייך דאין נשבעין שבועת התורה באינו יודע כמ"ש הש"ך סי' ע"ה בשם הפוסקים אבל לעולם י"ל דמודה בקנס חייב ואם היה טוען ברי הי' חייב שבועה ומה דלא תנא במשנה שבועה מכח דמיירי בא"י ולכך הוצרך להשמיענו דמפי עצמו נמי פטור לכך אין ראי' דלא כר"ה מן המשנה לכך הוצרך להקשות עליו מן הברייתא ויש ראיה ברורה מן הש"ס כדעת התוס' דלפי האמת לא שייך שבועה או משואיל"מ בקנס ודוק היטב בזה:

סעיף ב פרה מעוברת שנגחה וכו'. נ"ב מקור דין זה בש"ס ר"פ שור שנגח את הפרה וכו' עד זה כלל גדול בדין המע"ה וכו' עמ"ש ביאור זה בחיבורי ליו"ד מהדורא ה' ה' מילה סי' רסו. והנה מידי עיוני בזה ראיתי דבר חדש דהרמב"ם והמחבר כאן הפכו סדר המשנה דבמשנ' נקט תחלה שור שנגח את הפרה ואח"כ וכן פרה שנגחה את השור והם כתבו להיפך תחלה פרה שנגחה וכו' ואח"כ וכן שור שנגח הלא דבר הוא ומה שנרא' לי בזה בעזה"י דהנה קיי"ל בספק ויבם דאין ספק מוציא מידי ודאי ועיין בתוס' בסוגיא דכולה שלי וחצי' שלי שהקשו נמי כן ותרצו עיי"ש ה וא"כ ה"נ בפרה שנגחה ואינו ידוע אם גם הולד נגח או לא נימא כיון דעכ"פ הפרה ודאי נגחה רק דספק אם גם הולד נגח נימא דאין ספק מוציא מידי ודאי אך י"ל דזה תליא בפלוגתא דר"ע ור"י בב"ק דף ל"ו ובכמה דוכתא אם יוחלט השור או בע"ח נינהו. ועיין בתוס' בסוגיא זו דר"פ זה דמשמע דלמ"ד דיכול לסלק לו בזוזי אין לו זכי' בשור כלל ואזלינן רק בתר המזיק עצמו ונחשב מוחזק וא"כ ה"נ להיפך לר"י דס"ל בע"ח נינהו כיון דאנו דנין על המזיק עצמו בזה י"ל כיון דעכ"פ מקצת ודאי חייב אין ספק מוציא מידי ודאי אבל לר"ע דס"ל יוחלט השור א"כ אנו דנין רק על הפרה עצמה והפרה והולד תרי גופי נינהו ולא שייך לומר

אין ספק מוציא מידי ודאי אבל בהפרה הניזקת בזה ודאי אזלינן בתר הניזק שהפסיד ממונו וראוי לומר כיון דהזיקו מקצת אין ספק מוציא מידי ודאי והזיק גם הולד ולכך א"ש דס"ל להרמב"ם והמחבר דהמשנה אתיא כר"י דבע"ח נינהו ולכן הוי לא זו אף זו ל"מ אם השור הזיק הפרה דהוי ספק בהניזק כמה הוא אין ספק מוציא מידי ודאי רק גם אם פרה שנגחה דהוי ודאי כגוף החייב המזיק נמי לא אמרי' אין ספק מוציא מידי ודאי והוי דרך לא זו אף זו אבל אנן דקיי"ל יוחלט השור כר"ע ולכך הוי רבותא להיפוך ל"מ בפרה שנגחה דליכא למימר כלל אין ספק מוציא מידי ודאי כיון דב' גופים הם רק גם אף בשור שנגחה פרה דהוי סברא לומר אין ספק מוציא מידי ודאי לגבי הניזק מ"מ לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי והוי רבותא להיפך ודו"ק היטב. ובחיבורי ליו"ד הנ"ל בסי' הנ"ל כתבתי בעזה"י ישוב אחר לדברי המחבר הנ"ל עפ"י הדרך שכתבנו שם ודו"ק:

סימן תא

סעיף א' שור שנגח וכו'. נ"ב הנה בדין אם יש זכי' באיסורי הנאה או לא עיין בקצוה"ת ועיין מ"ש בחיבורי לאו"ח הנרשם ספר ק"ב בהשמטות לקונטרס לקוחה תמה מ"ש לדחות ראיות הקצוה"ח ועיין בקונטרס הזמנה מילתא מ"ש בישוב שיטת הרמב"ם שם די"ל לחלק היכי דיש לו פדיון ונקרא לכם לא יצא מרשותו והיכא דאין לו פדיון לא נחשב לכם ודו"ק עיש"ה:

סימן תז

סעיף א' שור תם שהזיק אם מכרו המזיק עד שלא עמד בדין וכו' נשאלתי מש"ב הרב ר' נחום גינסבערג ליישב קושיא א' מה שהקשה מחו' הרב בב"ק דל"ג דקאמר שם הקדשו מוקדש אפילו לר"ע משום דר"א דאמר שלא יאמרו הקדש יוצא בלי פדיון וע"ז הקשה מן הש"ס דב"ק ד' י"ג וד' מ"ד דבעינן שיהי' העמדה והערכה בדין כאחד וכן תמה על הרמב"ם בה' נזקי ממון שסתרו דבריו תכ"ד והיה בעיני השואל לקושיא חמורה ואני השבתי שתמה אני עליו ועל מחו' הרב שנעלם מהם לשון התוס' במקומם שכתבו דבקדשי בדה"ב מיירי דקדשי הגוף מפקיע מידי שעבוד עיי"ש וא"כ א"ש דבדף ל"ג מיירי בקדשי בדה"ב כיון דהוא אינו מפקיע מידי שעבוד א"כ לא חל ההקדש כלל והוי העמדה בדין ונגיחה כאחד רק כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון לכך פודהו בדבר מועט אבל בדף י"ג ומ"ד מיירי בהקדש מזבח כיון דמפקיע מידי שעבוד א"כ חל ההקדש לכך לא הוי הנגיחה והעמדה בדין כאחד ובהכי מיירי הרמב"ם דין זה דבנגח

והקדיש קודם העמדה בדין פטור דמיירי בהקדש הגוף ומ"ש אח"כ דפודהו בדבר מועט מיירי בהקדש בדה"ב ואף שלא פירש כן דרכו של הרמב"ם מה דאינו מפורש בש"ס אינו מפרש גם הוא כידוע ברוב המקומות ואין כאן התחלת קושיא כלל ואח"כ חזר השואל והשיג עלי והשבתי לו באריכות בעזה"י בחיבורי לחו"מ מהדורא ד' דק"ו ע"א עיי"ש ואכ"מ להאריך:

סימן תי

סעיף א' בור הוא מאבות ניזיקין וכו' נ"ב הנה בש"ס דב"ק דכ"ט אמרינן דב' דברים. אינן ברשותו של אדם ועשאן חכמי' כאלו הם ברשותו ואלו הן חמץ בפסח ובור ברה"ר וע' בשטמ"ק מה שהקשה למה לא מנה גם שור הנסקל ועיין בחיבורי לאו"ח ספר ב' בה' פסח בדף קכ"ו בתשובתי לק' שענסטחוב סמוך לקראקא ישבתי זה בעזה"י. והנה בחיבורי לחו"מ מה"ק בסימן זה הבאתי דברי הרשב"א גבי קרן במחוברת אימא כולה מועדת מ"ש הרשב"א דספק ניזיקין לחומרא ומה שתמהתי עליו ואח"כ ישבתי זה ועוד בכמה מקומות בחידושי. ועיי' בחידושי לב"ק פ' הגוזל דצ"ט ע"ב מה שכתבתי עוד ישוב לדברי הרשב"ם וגם הבאתי ראי' לדברנו עיש"ה:

סעיף כה ומשמסר דליו לשני לדלות ממנו נפטר הראשון וכו'. נ"ב הנה מקור דין זה הוא מהש"ס דב"ק פ"ה וקשה לי טובא דמה מהני שמסר לו דליו הלא בש"ס משמע שם דמדין שמירה אתי עלה דכיון שמסר לו דליו נעשה כשומר עליו והלא קיי"ל דאין דין שמירה בקרקעות וא"כ למה יתחייב הלה לשלם מכח שמור וצ"ע טובא:

סימן תיח

סעיף א' אש הוא אב דכתיב כי תצא אש ומצאה קוצים וכו'. נ"ב הנה אנן קיי"ל דאשו משום חציו ובחיבורי לאו"ח ה' חנוכה בספר צ"ה סי' נ"ו שם הוכחנו מסוגיא דמנחות דאף אם אשו משום חציו היינו במביא האש על דבר הנדלק דעשה מעשה בגוף האש אבל אם הוי להיפך מביא דבר הנדלק על האש ואינו עושה מעשה בגוף האש אז לכ"ע אשו משום ממונו עיי"ש שהבאתי ראי' מוכרחת לזה בעזה"י ודו"ק:

סעיף ד עברה נהר או שלולית שיש בהם מים וכו'. נ"ב הנה מה שדברי הרמב"ם תמוהין שהוא נגד הש"ס דב"ק דס"א בפלוגתא דרב ושמואל גם דברי הלח"מ תמוהין עיין בחיבורי לאהע"ז מהדורא חי"ת סי' נ"ח שכתבתי שם ליישב כל זה בדברים נכונים בעזהש"י דו"ק ותמצא:

סעיף יג הגמל שהיה טעון פשתן וכו' ואפי' היה נ"ח וכו'. נ"ב הנה מה שיש להעיר ע"ז על דעת הרמב"ם דהוא ס"ל דאין מצוה להניח בתוך י"ט כמ"ש בה' חנוכה א"כ הו"ל ליתן טעם דהו"ל להניחה למעלה מגמל ורוכבו עיין בחיבורי לאו"ח ה' חנוכה סי' תרע"א בחלק הנרשם ק"ב מ"ש ליישב זה ועוד כמה הערות בענין זה עיי"ש:

סימן תיט

סעיף א כשב"ד נזקקין לגבות לניזק וכו'. נ"ב עיין בש"ך סק"ב ועיין בס' עטרת צבי מה שהשיג על הש"ך ודבריו נכונים מאד אך לא כתב לדחות הראוי' מה שהביא הש"ך מהש"ס מה דאמר אין ב"ד נזקקין וכו'. אך לפענ"ד דברי הש"ך תמוהין שלפירושו מה הקשה בש"ס כלל והא תני ישיב לרבות ש"כ נימא דהאי ישיב לרבות ש"כ מיירי דלית לי' קרקע ע"כ גובה מטלטלין ולעולם באית לי קרקע ומטלטלין נזקקין רק לשדה וכמ"ש הש"ס לעיל כן דפריך על ר"ה דאמר כסף או מיטב דפריך ישיב לרבות אפילו סובין ומתרץ דלית ליה ה"נ וה"נ הו"ל לתרץ כן ומדלא תירץ כן משמע כפרש"י דהוי ס"ד שאין גובין ממטלטלין כלל אף דלית לי' קרקע כלל ע"כ פריך שפיר ותו מוכח אדרבא דלא כהש"ך שאל"כ למה הוכרח הש"ס לתרץ הכא ביתמי עסקינן וכו' הו"ל לפרש ולתרץ כפירוש הש"ך שאם יש לו קרקע ומטלטלין וכו' מדלא תירץ כן משמע דס"ל גם בכה"ג ודאי דהברירה ביד המזיק ואין סברא כלל לומר שהברירה ביד הניזק וכו' כן נראה לי נכון ודו"ק היטב:

סימן תכ

סעיף ל"ח בהג"ה האומר לחברו הרי אתה עושה כמו ממזר או אתה כממזר אינו כלום. נ"ב עיין בזוהר הקדוש פ' משפטים בפסוק ואנשי קודש תהיון לי שם מבואר כדעה הראשונה דהאומר כרשע אינו עושה איסור והביא שם ראיות מפסוק היתה כאלמנה ומפסוק היה ד' כאויב עיי"ש ודו"ק:

סימן תכא

סעיף ג' דאדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד בין ער בין ישן וכו' עיין במשל"מ פכ"א מה' אישות וה' חובל ומזיק וה' שלוחין מה שרצה לחלק בדעת הראב"ד פכ"א מה' אישות דס"ל דלענין שמירה בבעלים אישות דס"ל דלענין שמירה בבעלים הוי רק דין אדם מועד לעולם רק בדין פושע ופטור בבעלים בלא נתכוין להזיק ועיין בחיבורי לאהע"ז מהדורא

ה' סימן י"ז מ"ש בזה בתשובה לק"ק אוסטרהא לחלק בין שומר לאדם אחד דדוקא בשומר פטור בין מזיק בבעלים ולא בשאר עיי"ש בטעמו כי טוב הוא בעזה"י:

סימן תכו

סעיף א' הרואה את חבירו טובע בים וכו'. נראה לפענ"ד לכאורה דין חדש דהיינו דוקא אם אינו דרך בזיון להמציל אז מחיוב להצילו בגופו אבל אם הוי הצלה דרך בזיון להמציל אם א"י לשכור לאחרים להצילו אז אינו מחיוב להצילו בגופו אם הוי לו בזיון או טרחא יתרה דהוא זקן או כדומה והטעם כיון דילפינן הצלת גופו מוהשבותו לו וכו' כמ"ש בש"ס ובסמ"ע ג"כ א"כ כיון דמטעם השבת אבדה הוא כמו באבדה קיי"ל והתעלמת פעמים שאתה מתעלם כמו שדרשו חז"ל כגון זקן ואינו לפ"כ א"כ ה"נ מהשבת גופו פטור כה"ג וא"ל נהי דמהשבת אבדה פטור מ"מ גופו שאני מכח הפסוק דלא תעמוד על דם רעך מחיוב להצילו דא"כ מנ"ל להש"ס דחייב להצילו בשכר מכח דפריך דאי בגופו מוהשובותו נפקא דילמ' לכך נצרך לא תעמוד אף על אינו לפ"כ א"ו אף מלאו דלא תעמוד פטור באינו לפ"כ וראי' ברורה לזה ממה דאמרינן בסנהדרין דע"ה ע"א דפריך אלא למ"ד פנוי' היתה מאי כולי האי ומשני ר"פ משום פגם משפחה וכו' וקשה אטו משום פגם משפחה ימות זה והלא המשפחה עצמם מחויבים להצילו בגופם ובממונם א"ו דהיכי דאיכא פגם פטורין דילפינן מפסוק והתעלמת שפעמי' אתה מתעלם ואין בזה משום והשבותו או משום לא תעמוד על דם רעך וכו' כן נלפענ"ד נכון וברור ודוק היטב מיהו צ"ע מפרש"י ב"ק ד"ק ד"ה ביקור חולים וקבורה שכתב וזה"ל קבורה כגון בזקן ואינו לפ"כ קמ"ל דאפ"ה חייב עכ"ל א"כ משמע דאף קבורה חייב אף דאינו לפ"כ וכן הוא ש"ס מפורש בב"מ דף למ"ד ומכש"כ בחיי' דחייב דאיכא פ"נ וצ"ע טובא כעת ודו"ק:

סעיף א' ויכול להצילו הוא בעצמו וכו'. נ"ב נשאלתי מרב אחד בגיסתו ימ"ש שהמיתה את בעלה בסם המות אם ראויה היא להצילה והשבתי לו זה היא גמרא מפורשת במס' נדה דס"א והא אמרו רבנן ההיא לישנא בישא וכו' מיחוש הוא דבעי וכו'. והנה רש"י פירש שם ואסור להציל אתכם ע"כ לדעת רש"י ודאי אסור להצילה אלא אף לפירוש התוס' שם בשם השאלתות י"ל דהם לא אמרו רק בספק אם קטלו אבל אם בודאי קטלו מודים ועוד אף אם הוי פלוגתא נראה דלא אמרינן בזה ספק נפשות להקל כיון דהרגה נפש וראיה ממשה"כ ומצא גואל הדם את הרוצח ורצח גואל הדם את הרוצח אין לו דם ואם נפטר הגואל בהריגתו את הרוצח אף דהיה שוגג מכש"כ אם הרג במזיד אין לו דמים

להיות נאמר בו ספק נפשות להקל ע"כ נראה ודאי דאין להצילה. וד' ינחם אותם ויסיר חרפה מעל עמו ישראל ונזכה לראות בנחמות ציון וירושלים אמן: