הלכה · שולחן ערוך · מפרשים

ערך שי חושן משפט

רבי שלמה יהודה טבק

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

ערך שי חושן משפט

רבי שלמה יהודה טבק

מקור הטקסט: דיקטה · רישיון: CC BY-SA 4.0

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/ערך-שי-חושן-משפט/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 9
סימן ב 15
סימן ג 16
סימן ד 21
סימן ה 24
סימן ו 26
סימן ז 27
סימן ח 30
סימן ט 31
סימן י 36
סימן יא 37
סימן יב 38
סימן יג 48
סימן יד 49
סימן טו 56
סימן טז 59
סימן טוב 62
סימן חי 64
סימן יט 66
סימן כ 67
סימן כא 69
סימן כב 74
סימן כג 76
סימן כד 79
סימן כה 80
סימן כו 101
סימן כז 110
הלכות עדות סימן כח 113
סימן כט 128
סימן ל 130
סימן לא 135
סימן לב 138
סימן לג 139
סימן לד 144
סימן לה 156
סימן לו 157
סימן לז 163
סימן לח 172
הלכות הלואה סימן לט 176
סימן מ 187
סימן מא 188
סימן מב 192
סימן מג 194
סימן מד 199
סימן מה 199
סימן מו 202
סימן מז 217
סימן מח 218
סימן מט 221
סימן נ 227
סימן נא 230
סימן נב 234
סימן נג 238
סימן נד 238
סימן נה 241
סימן נו 245
סימן נז 253
סימן נח 253
סימן נט 259
סימן ס 259
סימן סא 274
סימן סב 280

סימן סג 282
סימן סד 285
סימן סה 287
סימן סו 299
סימן סז 334
סימן סח 337
סימן סט 340
סימן ע 342
סימן עא 343
סימן עב 353
סימן עג 383
סימן עד 394
הלכות טוען ונטען סימן עה 396
סימן עו 407
סימן עז 408
סימן עח 412
סימן עט 415
סימן פ 422
סימן פא 424
סימן פב 430
סימן פג 447
סימן פד 451
סימן פה 453
סימן פו 457
סימן פז 459
סימן פח 472
סימן פט 488
סימן צ 491
סימן צא 497
סימן צב 499
סימן צג 505
סימן צד 509
סימן צה 511
סימן צו 515
הלכות גביית מלוה סימן צז 516
סימן צח 520
סימן צט 522
סימן ק 523
סימן קא 525
סימן קב 528
סימן קג 529
סימן קד 532
סימן קה 536
סימן קו 539
סימן קז 541
סימן קח 543
סימן קי 549
סימן קיא 553
סימן קיב 553
סימן קיד 553
סימן קטו 554
סימן קטז 559
הלכות אפותקי סימן קיז 560
סימן קיט 561
סימן קכ 563
הלכות העושה שליח לגבות חוב 564
סימן קכא 564
הלכות הרשאה סימן קכב 571
סימן קכג 575
סימן קכד 578
סימן קכה 579
סימן קכו 581
סימן קכח 592
הלכות ערב סימן קכט 594

סימן קל 603
סימן קלא 604
סימן קלב 608
הלכות חזקת מטלטלין סימן קלג 609
סימן קלה 612
סימן קלו 612
סימן קלז 613
סימן קלח 614
סימן קלט 620
הלכות חזקת קרקעות סימן קמ 621
סימן קמב 626
סימן קמד 629
סימן קמו 630
סימן קמז 637
סימן קמח 638
סימן קמט 639
סימן קנ 644
סימן קנב 646
הלכות נזקי שכנים סימן קנג 649
סימן קנד 651
סימן קנה 664
סימן קנו 669
הלכות שותפים בקרקע סימן קנז 673
סימן קסב 674
סימן קסג 677
סימן קסד 682
סימן קסה 683
הלכות חלוקת שותפות סימן קעא 684
סימן קעג 688
סימן קעד 692
הלכות מצרנות סימן קעה 693
הלכות שותפים סימן קעו 706
סימן קעז 731
סימן קעח 731
סימן קפ 732
סימן קפא 734
הלכות שלוחין סימן קפב 735
סימן קפג 746
סימן קפד 757
סימן קפה 758
סימן קפז 765
סימן פקח 768
הלכות מקח וממכר סימן קפט 768
סימן קץ 769
סימן קצא 773
סימן קצב 774
סימן קצג 779
סימן קצד 780
סימן קצה 782
סימן קצו 782
סימן קצח 784
סימן קצט 789
סימן ר 792
סימן רא 797
סימן רב 800
סימן רג 807
סימן דר 809
סימן רה 813
סימן רו 820
סימן רז 824
סימן רח 840
סימן רט 840
סימן ריב 846
סימן ריד 850

סימן ריח 852
סימן רכב 853
סימן רכג 854
סימן רכד 855
סימן רכה 855
הלכות אונאה ומקח טעות סימן רכז . . 857
סימן רכח 865
סימן רל 866
סימן רלא 868
סימן רלב 868
סימן רלד 870
סימן רלה 870
סימן רלו 871
סימן רלז 873
הלכות מתנה סימן רמא 882
סימן רמג 884
סימן רמד 885
סימן רמה 886
סימן רמו 886
סימן רמח 887
הלכות מתנת שכ"מ סימן רג 889
סימן רנב 891
סימן רנג 892
סימן רנה 897
סימן רנו 900
סימן רנז 902
סימן רנח 905
הלכות אבדה ומציאה סימן רנט 906
סימן רס 909
סימן רסא 912
סימן רסב 913
סימן רסד 916
סימן רסה 919
סימן רסו 920
סימן רסז 922
סימן רסח 924
סימן רסט 926
סימן עד 926
הלכות הפקר סימן רגע 929
סימן ערה 930
הלכות נחלות סימן ערח 933
סימן רפ 935
סימן רפא 937
סימן רפב 938
סימן רפג 939
סימן רפד 940
סימן רפה 940
סימן רפו 941
סימן רפז 943
סימן רפט 944
הלכות אפטרופס סימן רצ 944
הלכות פקדון סימן רצא 949
סימן רצב 955
סימן רצג 959
סימן רצד 961
סימן רצה 963
סימן רצו 966
סימן רצח 967
סימן שא 968
הלכות ש"ש סימן שג 969
סימן דש 973
סימן שה 973
הלכות אומנים סימן שו 976
הלכות שוכר סימן שז 978

סימן שח 978
סימן שי 979
סימן שיב 980
סימן שיג 988
סימן שיד 988
סימן שטו 988
סימן שטז 989
סימן שיז 991
סימן שיט 992
הלכות שכירות פועלים סימן שלא 993
סימן שלב 994
סימן שלג 994
סימן שלד 998
סימן שלה 999
סימן שלו 1000
סימן שלז 1000
סימן שלט 1001
הלכות שאלה סימן שמ 1004
סימן שמא 1006
סימן שמב 1007
סימן שמד 1007
סימן שמו 1009
הלכות גנבה סימן שמח 1012
סימן שמט 1013
סימן שנ 1014
סימן שנג 1014
סימן שנד 1015
סימן שנה 1016
סימן שנו 1017
סימן שנח 1019
הלכות גזלה סימן שנט 1021
סימן שס 1021
סימן שסא 1022
סימן שסב 1025
סימן שסג 1025
סימן שסד 1026
סימן שסה 1026
סימן שסז 1027
סימן שסח 1029
סימן שסט 1032
סימן שעא 1040
סימן שעג 1041
סימן שעז 1044
הלכות נזיקין סימן שעח 1047
סימן שפ 1048
סימן שפב 1050
סימן שפה 1054
סימן שפו 1054
הלכות מאבד ממון סימן שפח 1067
הלכות נזקי ממון סימן שץ 1075
סימן שצא 1078
סימן שצב 1079
סימן שצד 1079
סימן שצה 1081
סימן שצז 1081
סימן שצח 1081
סימן שצט 1082
סימן ת 1083
סימן תא 1091
סימן תד 1093
סימן תז 1093
סימן תח 1094
סימן תי 1096
סימן תיד 1096

סימן תטז 1096
סימן תיז 1096
סימן תיח 1097
סימן תיט 1099
הלכות חובל בחבירו סימן תכ 1099
סימן תכא 1099
סימן תכד 1102
סימן תכז 1105
טוב בצדקתו יחיה. 1106

סימן א

סעי' א בזה"ז בריש סנהדרין איתא האי דלא בעי מומחין משום נע"ד והקשה הר"ן דמפרק המגרש דפ"ח ובב"ק דף פ"ד מבואר דהא דל"צ מומחין גם בהודאות והלואות משום דשליחותייהו עבדינן וא"ל דתרוייהו צריכא דהא לענין דו"ח סגי בטעם דנע"ד **ונלע"ד** דאף דתקנו דל"צ דו"ח משום נע"ד דהפקר ב"ד הפקר וכמ"ש הר"ן מ"מ יתכן דוקא בדו"ח דעפ"י ד"ת אינו חייב ע"י עדים בלא דו"ח אהני תק"ח דהפקר ב"ד הוא אבל למה שגזרה תורה דבריך מומחין אף דהודה או יש עדים ואפילו ראו הב"ד בעצמם דזה לוה מזה וכדומה מ"מ גזרה התורה דהדיוטות לא יזדקקו לזה להוציא ממון מהחייב א"כ מה יועיל ההפקר ב"ד להפקיר ממונו בלא"ה ודאי חייב וידענו שחפץ זה אינו שלו ומ"מ אין רשות להדיוטות להוציא ועכצ"ל שליחותייהו עבדינן דיש לסמוכין כח להוציא ומשום נע"ד עשו אותנו לשלוחים ולפ"ז הוי מן התורה.

אלא דקשה עכשיו דליכא סמוכין כלל איך שייך לומר שליחותייהו עבדינן ותוס' פרק המגרש הקשו כן ותרצו שליחותייהו דקמאי עבדינן ואני תמה איך עשו שליח על דבר שלב"ל וגם השליח לא ב"ל עיין נזיר ד' י"ב דהיכא דלא מצי עביד השתא לא משוי שליח ולומר דהוה מתק"ח ג"כ א"א וכמ"ש בנתיבות כאן סק"א דא"כ איך כופין על הגט ומגיירין גרים ונושאים בת ישראל ובקום ועשה אין כח ביד חכמים לעקור דבר תורה ומצאתי בחת"ס חא"ח תשובה פ"ד עמד בזה וכתב דאינו רק נתינת רשות ולע"ד קשה דהא כתב רמב"ם פ"ד מה"ס דאין כח למוסמך ליתן רשות לאחרים רק אם שניהם בא"י.

לכן נלע"ד לפמ"ש התומים בסימן זה דאליהו הנסמך מאחי' השילוני יסמוך כשיבוא הגואל ב"ב כיון שלא מת דינו כחי עיי"ש ואף שבפסקי מהרא"י סימן ק"ב כתב דאשת אליהו מותרת לאחר הא כתב הטעם דלא חשוב אשת רעהו דהוא מלאך רוחני אבל סמוכין אלקים כתיב וא"כ גם עתה שליחותו עבדינן ובדבר שצריך שלשה סמוכין י"ל כיון דבא"י מהני נתינת רשות על דברים פרטים כמ"ש הרמב"ם בפ"ה מה"ס ה"ל הוי כנתינת רשות לחכמי א" והם שיצאו לח"ל יכולים לדון על דבר שהורשו וה"נ בעודם בא"י יכולים לעשות שלוחים בח"ל ויש נ"מ לדינא כמו שיבואר אי"ה בסימן י"ז ס"א.

ואם כנים הדברים י"ל מה דבסנהדרין אמר משום נע"ד ובב"ק וגיטין משום שליחותייהו דבכל דין יש שני דברים האחד לברר אם חייב וצריך הדיין לשמוע הטענות בע"ד והעדים והשבועה ולעיין בדין כפי ראות עיניו ושכלו ושיקול דעתו השני לומר חייב אתה ולירד לנכסיו או לכופו ועל שני דברים הללו לא הורשו רק סמוכין וכמ"ש הרא"ש פ"ק דב"ק דט"ו ע"ב סימן כ' עיי"ש ושם כתב לענין קנס וה"ה בהודאות והלואות לפי ד"ת לולא

שליחותייהו ומפרט לפמ"ש תוס' ריש סנהדרין ד"ה ליבעי דלענין כפי' ילפינן מלפניהם דצריך סמוכין ולענין גוף הדין ילפינן מאלקים ומבואר ברמב"ם ה"ס פ"ה אף דיחיד מומחה יכול לדון מ"מ מה שמודה לפניו ל"ח הודאה וכן אם כפר ובאו עדים והכחישו אותו לא הוחזק כפרן ויכול להחליף טענותיו דלא חשוב ב"ד וא"כ לחייבו ולכפותו י"ל שלוחיתייהו עבדינן אבל לענין שמיעת הטענות והעדאת עדים ל"ל שליחותייהו דל"ה מילי דעשי' וכמ"ש הרא"ש בפירושו לנדרים ד' ע"ב ע"ב וז"ל ושמיעת אפטרופס אינו כשמיעת הבעל אף שעשאו שליח להפר דבמידי דממילא ליש שליחות וה"נ ל"ל מה שמודה לפני הדיוטות או נשבע או העידו עדים הוי כלפני סמוכים מחמת שליחותייהו דזה הוי מידי דממלא א"כ מה שפוסק אח"כ הדין ומגבה אף דהוי כעושה המשלח הסמוך מ"מ הוי כטען והעידו לפני אחר שאינו דיין והסמוך פוסק ומבואר לקמן סימן י"ז דהדיין בעצמו צריך לשמוע הטענות ואסור להעמיד מתורגמן וכן לענין עדים לקמן סימן כ"ח וגם לענין עיון הדין ל"ש שליחות דאיך נאמר מה שמעיין השליח בשכלו כאלו עיין המשלח וגזה"כ עפ"י שיקול דעת רוב הב"ד סמוכין יהי' ולקמן סימן רצ"ז איתא ואומדן דעתם אינו אומדן דעתו ואין לו לדיין אלא מה שדעתו סומכת עליו ועוד לפמ"ש הב"ח בא"ח סמן תל"ד דעל מחשבה שבלב לא מהני שליחות וה"נ עיון הדין רק מחשבה ועכצ"ל משום נע"ד תק"ח הוא ומשום הפקר ב"ד וכמו דא"צ דו"ח אבל נהי שנתברר הדין שחייב א"א לכופו בהדיוטות ולזה לא מהני הפקר ב"ד וכמ"ש ולזה צ"ל בב"ק וגיטין שליחותייהו עבדינן שהוא מעשה ובב"ק מיירי לענין גבי' וכן בגיטין דמיירי לענין כפי' אבל בסנהדרין דמיירי בגוף הדין כמ"ש דיני ממונות צ"ל משום נע"ד ובב"ק איתא בהדיא כל הנישום בעבד אין מגבין בבבל ופריך מידי דהוה אהודאות והלואות דחגבין. **ואין** להקשות דהא כתב הרא"ש שם פ"ק דב"ק סימן כ' שאין ב"ד נזקקין לקבל עדות בקנס משמע דאסור וא"כ איך משום נע"ד תקנו לעבור על זה דלק"מ דלעיין בלבו מותר גם בקנס כמה מגיע כמ"ש הטור בשם רב שרירא גאון רק אסור להוציא מפיו כמה חייב ובזה נעשה שליח לסמוכין במידי דשכיח ולא חשוב דיין לענין שמיעת עדות וטענת רק משום נע"ד תקנו שיעיינו בדין ויקבלו העדות ובשליחות הסמוכים יחייבו ויוציאו מה שנתחייב מכח הפקר ב"ד ודעת הרי"ף שהביא הטור דרשאי לשום ההיזק רק לא יחייבו ועוד גם להרא"ש אין לב"ד להזדקק לשום כדי שלא יגרמו הפסד לבע"ד אחד במה שפטור לפי ד"ת בזמן שאין סמוכים וכ"ז בקנס אבל במידי דשכיח ויש ח"כ דתק"ח והעקר ב"ד הפקר אין איסור רק מה שאין רשות להדיוטות להוציא ממונו של נגזל

מגזלן דבזה אין תירוץ מכח הפקר ב"ד דבלא"ה ממונו של נגזל הוא בודאי לזה אהני דשליחותייהו עבדינן.

ולכאורה עמ"ש יש להקשות מהא דמבואר לקמן סימן קכ"ד דנשים היקרות או ת"ח שתורתן אומנתן וזילא בהו מילתא לבא לטעון לפני ב"ד שולחין להן סופרי הדיינין וטוענין בפניהם הרי דמהני שמיעת שליח אמנם כד דייקת יש ראיה לדברינו משם דהא בסימן י"ג מבואר להיפך דצריכים הבע"ד דוקא לטעון לפני הדיינים ואם אינם יודעים הדין ושולחין לב"ד הגדול אזי כשיבא הפס"ד יפסקו להם הב"ד שטענו בפניהם דוקא עיי"ש ש"ך סק"ח וכבר עמד שם בתומים על סתירת הדברים ואפשר לומר דבסימן קכ"ד תקנה הוא משום כל כבודה בת מלך פנימה וכבוד ת"ח אבל לע"ד בלא"ה א"ש דסופרי הדיינין נעשין שליחו' וברצונה שזו כבודה משוי להן שלוחים ישלוחה כמותה וכן משמע בר"ן ורא"ש ר"פ שבועות העדות ובב"י סימן קכ"ד אבל בסימן י"ג מה שהב"ד כותבין הטענות ושולחין לפני ב"ד הגדול אינו בשליחות הבע"ד דגם בע"כ של בע"ד עושים כן כמבואר ברמ"א שם וגם י"ל טענת בע"ד רק מילי וכיון שהדיינים לא יפסקו בעצמם ל"ה רק שלוחים אינם יכולים למנות שליח אחר דמילי לא ממסרי משליח לשליח אפילו ע"י ב"ד כדלקמן סימן רמ"ד ומ"ש הרמ"א לקמן סימן ג' דתלתא דלא גמירי יכולים לקבל הטענות ולשלחם לפני מורה צ"ל נמי דאח"כ יפסקו הדיינים ששמעו הטענות אחר דגמירי מהמודה.

וכ"ז לפי מה שסתם בסימן קכ"ד אבל המעיין ברא"ש ור"ן בפרק שבועות העדות יראה שהלא המה ורמב"ן תמהו על דין זה ודעתם דצריכה לבא בעצמה לפני ב"ד כיון דילפינן מקרא דאין שומעין מפי מתורגמן רק קבלו באהבה אחר שכבר הורה זקן הרי"ף וי"ל שגם הרי"ף לא הקיל רק בזה"ז דבלא"ה ליכא סמוכין ולענין שמיעת הטענות ל"ל שליחותייהו עבדינן וצ"ל משום נע"ד והפקר ב"ד ובטלה ד"ת בזה שהצריכה לטעון לפני סמוכין ולענין קבלת הטענות עתה כמו זר נחשבו ע"כ בנשים יקרות ות"ח ממנין להם סופרי הדיינין אף דל"ל בזה שמיעת הסופרים כשמיעת הדיינים דבלא"ה נמי ל"ל שמיעת הדיינין כשמיעת הסמוכין ולולא זאת בודאי צריכין הבע"ד לטעון לפני הסמוכין מן התורה כדמוכח מכל הפוסקים הנ"ל ומדברי הש"ך סימן י"ג סק"ח מבואר דרק בגמ"ד יליף הרשב"א דא"צ בפני בע"ד אבל הטענות צריכין הדיינים דוקא מן התורה כדכתיב ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ד' והכהנים והשופטים אשר יהי' בימים ההם ואשר להם הריב היינו בע"ד כדאיתא בפרק שבועת העדות.

שם אין דנין אותם אלא מומחין כתב הב"ח דוקא בכפי' אבל בקבלום בע"ד רשאין לדון והשיגו התומים דתוס' ריש סנהדרין ד"ה לבעי הקשו ל"ל אלקים להצריך מומחין הא דרשינן בפרק המגרש מלפניהם ולא לפני הדיוטות ותרצו דבהמגרש לענין כפיה מיירי אבל אלקים מיירי בדין בעלמא ולהב"ח קשה אלקים ל"ל ולע"ד ודאי הסברא כהב"ח דלמה יגרע מקיבל עליו קא"פ ורועי בקר ורשאי לאדם לעשות בממונו מה שירצה בשלמא בקנסות דאורייתא י"ל אשר ירשיען אלקים דוקא וכיון שאין סמוכין אינו חייב כלל והוי כמרשיע א"ע דפטור ובספר מאזנים למשפט הקשה מתוס' בפרק המגרש דף פ"ח כתבו אהא דלפניהם ולא לפני הדיוטת ומדבורה דכתיב בה והיא שופטת את ישראל שמא קבלו אותה עליהם משום שכינה עיי"ש ובאס"ז ב"ק דפ"ד כתב בשם המאירי דרשאין. לדון בקבלו עליהם וכ"כ בפירוש רמב"ן פ' משפטים ובשו"ת ר"ן סימן ע"ג הובא בשע"מ.

ונלע"ד דגם לתוס' ר"ש סנהדרין רשאין לדון בקבלום רק תורה פסלן לדין והוי כקבלו קא"פ דהברירה ביד הפסול לדון או למנוע ואף דנתיבות ר"ס כ"ח כתב בקבלו קרוב לעדות חייב להגיד משום השבת אבידה שא"ה דהוא ראה ולא אחר וה"נ בזה"ז דאין סמוכין אבל כשהיו סמוכין יכול להנצל ע"י סמוכין.

אמנם הר"ן בחידושי סנהדרין כתב בשם רמב"ן דלפניהם ולא לפני הדיוטות אצטריך דאסור לילך לדין לפני הדיוטות הכמו לפני עכו"ם שלא לעטרם בכתר מומחין ונחזי אנן דעת הרמב"ם וז"ל בפ"ה מה"ס ה"ח דיני קנסות כגון גזלות וחבלות ותשלומי כפל וכו' אין דנין אותם אלא שלשה מומחין הסמוכים בא"י אבל שאר ד"מ וכו' דנין בהודאות והלואות ואין להם רשות לדון ד"ק בשליחותן ובפ"ט ז"ל אין דנין ב"ד של ח"ל אלא דברים המצוין תמיד ויש בהן ח"כ אבל אין בהם ח"כ כגון תשלומי כפל אין דנין אותם דיני ח"ל וכן הקנסות שקנסו חכמים בתוקע לחברו וסוטר את חברו וכיוצא בהן אין גובין אותו דייני ח"ל וכל המשלם ח"נ אין גובין אותו דייני ח"ל חוץ מח"נ צרורות מפני שהוא ממון ואינו קנס כל הנישום בעבד אין גובין דייני ח"ל ובהלכה י"ג כתב מי שגנב או גזל גובין ממנו הקרן דייני ח"ל וכו' דיני גרמות אינן כקנסות וגובין אותן ודנין בהם בח"ל עכ"ל ויש להבין דפעם כתב דנין או אין דנין ופעם גובין ופעם תרתי אמנם כונתו דאין דנין אפילו קבלום בע"ד וישלם מעצמו אין דנין ד"ק ודברים שאינם מצויים ובקנסות שקנסו חכמים ליכא למילף מהמשפטים אשר תשים לפניהם כיון דלאו מדאורייתא הוא אינו בכלל המשפטים כמ"ש הר"ן בנדרים דל"ז דלפיכך מותר ליקח שכר פיסוק טעמים דלאו מדאורייתא ננהו הלכך ל"ה בכלל חקים ומשפטים ליתסר מראה למדתי אתכם חקים

ומשפטים עיי"ש לכן בקנסות דרבנן מותר לדון בקבלום ומשלם מעצמו ע"כ כתב אין גובין דלא עדיף ממה שחייב מדין תורה דאסור להדיוט להוציא בע"כ וה"נ נהי דהפקר ב"ד הוא לא עדיף ממודה מעצמו או יש עדים וא"צ דין כלל רק מחוסר גוביינא אסור להדיוטות לגבות דאלה המשפטים אשר תשים לפניהם דילפינן איסור לבע"ד לקבלם לדון אינו על הגבי' דהא משלמים מעצמם רק על הדין ובזה כתוב משפטים אבל מה דילפינן מאלקים איסור על הדיינים בשלא קבלום הבע"ד וצריכים להגבות בע"כ זה לא מצד המשפט ועיון הדין רק כח הכפיה להגבות אין רק לסמוכין ומ"ש כל המשלם ח"נ אין גובין משום דכבר קמ"ל דאין להם רשות לדון ד"ק ועיקרו בא עתה לאשמעינן דח"נ צרורות אינו קנס לכן כתב ברישא אין גובין משום סיפא דח"נ צרורות גובין אפילו בע"כ וכיוצא כתב המג"א בסימן תרמ"ח סק"ג וכן מ"ש הרמב"ם כל הנישום בעבד אין גובין משום דכבר כתב דאין דנין דברים שאינם מצויים ובא לומר עתה אבל שבת ורפוי גובין ובגנב או גזל קמ"ל דאפילו בע"כ גובין הקרן ומ"ש דיני גרמות גובין ודנין תחלה קמ"ל דגובין אפילו בע"כ אבל כיון דיש גלמות דפטור מד"א וחייב בד"ש כדלקמן סימן כ"ח ס"א וכה"ג בזה אין גובין בע"כ רק דנין כדי להודיעו כמה חייב לצאת יד"ש אם ירצה לשלם מעצמו אבל במלתא דל"ש והוא ממון אף דחייב לצי"ש אין רשות לדון בפה כמה חייב כמבואר מלשון רבינו שרירא גאון בטור.

ובזה י"ל מ"ש הרמב"ם תחלה גזלות אין דנין ואח"כ כתב גנב או גזל גובין הקרן ולא כפל דמיירי דאין גזלה קיימת ודנין אי נתחייב באחריות וכמה חייב וקבלום בע"ד מעצמו דאם גזלה בעין יחזיר מעצמו ול"ש דין בסתמא וכן משמע מלשון רמ"א שבס"ג דכשהוא בעין ל"ש לשון דין וכיון שמעצמו בא תק"ח שלא לקבל ממנו כמ"ש רמב"ם בפ"א מגזלה הי"ג ודאי כה"ג לא יעשו אותנו שלוחין ואח"כ כתב דגובין הקרן כיון דאינו רוצה לשלם מעצמו וצריך לגבות.

סעי' ה' וכן אם תפס בש"ך ס"ק ט"ז כתב דטוען טענת גנב על הפקדון ונשבע לא חייב כפל דהוי כנשבע חוץ לב"ד והקשה נתיבות א"כ עדים שהוזמו לא יפסלו מן התורה כהעידו חוץ לב"ד ובגאון צבי תירץ דהוי כחשוד לאותו דבר והנתיבות כתב דבדבר דעבדינן שליחותייהו הוי כאלו נעשה בב"ד סמוכין ודברי הש"ך הם ג"כ דברי המלחמות בפרק הגוזל עצים ולפמ"ש לעיל י"ל דמה שנשבע לפני ב"ד הוי רק שמיעה ול"ל בזה שליחותייהו שיהא כנשבע לפני סמוכין.

שם אין מוציאין ואם תפס הניזק וחזר המזיק ותפס מהניזק מה שתפס מוונו כתב הישי"ש פ"א דבינן סמ"ג וז"ל אבל זה לא יכול לחזור ולתפוס מאחר שבא ליד הניזק כבר זכה בו

בדין משא"כ בשאר תפיסה דספיקא דדינא עכ"ל וז"ל הנתיבות אכן מדברי הרא"ש דף ח"י ס"ב שהקשה על הרי"ף שלא הביא הבעיא דיש שינוי לצרורות ותירץ דליכא נ"מ דאי לא תפס אין גובין עתה ואי תפס גובה ח"כ מצד ספיקא דדינא עיי"ש אלמא דשוין הן דאי לא הו"ל להביא האיבעיא דהא נ"מ לענין זה עכ"ל ויש לדחות כיון דכל עיקרו לאו אורחא ויזדמן עוד שיתפוס הניזק ויחזור המזיק שיתפוס מהניזק ודאי לא שכיח לכן השמיטו הרי"ף וכה"ג כתב התומים בקונטרס התפיסה סק"ט במה דהשמיט הרי"ף בעיא דכשכש בזנבה וכה"ג הביא שם מהנמ"י.

עוי"ל דהא י"ל כיון שתפס הניזק נתייאש המזיק כיון דא"י להוציא בדיינים דבלסטים ישראל כיון דאומרים הבא עדים סתם גזלה וגנבה מתייאש והכא ודאי מתייאש כיון דלא יקוה שיוציאו ע"י דיינים או שישוב מעצמו כיון דבדין תפס ול"ל דנתחייב בדמיו כמו ביאוש דגזלה או דיאוש כדי לא קני כיון דבהיתרא אתי לידי' ולא נתחייב בהשבה ובדמיו כלל ועיין בב"ק דף ס"ו ובתוס' שם ד"ה ה"נ ובאס"ז שם תראה מבואר דהיכא דלא נתחייב בהשבה ובהיתרא אתי לידי' קנה ביאוש לבד לגמרי לפטור אף מדמיו ובתה"ד סימן ש"י הובא לקמן סמן רס"ח ס"ג בהג"ה אם זכה שמעון בספקא דדינא מחמת שתפס ועמד בדין ואח"כ אירע עוד כהאי עובדא ובא עליו ראובן מכח ממ"נ לא מהני לו כיון דכבר נתייאש ראובן ואסח דעתי' ועיין נתיבות בכללי תפיסה סנ"ה הא דמצריך התה"ד דוקא עמד בדין ואל"כ לא מייאש כיון דבפלוגתא דרבוותא יכול הדיין להכריע וכמ"ש יש"ש בפרק כיצד הרגל ס"ה ע"כ לא מייאש עיי"ש וא"כ בבעיא דשינוי בצרורות דעלתה בתיקו דאין בעולם שיכריע וכמ"ש יש"ש שם ומ"מ ס"ל לרי"ף דאי תפס לא מפקינן כמבואר ברא"ש וביש"ש שם א"כ אפילו לא עמד בדין כיון שתפס נתייאש אידך וא"כ לא נ"מ דבין אם הוה תיקו אי משלם רביע או ח"נ בין ודאי ח"נ אינו גובה רק בתפס וכשתפס זכה ואי חזר ותפס ממנו מוציאין ממנו ויש"ש שכתב כשתפס מספק כשחזר ותפס אין מוציאין הא מבואר שם בספק פלוגתא או בעיא דלא אפשטא דאפשר להכריע דבתיקו ס"ל ליש"ש דלא כרי"ף דמהני תפיסה רק כיון דא"א למפשט א"י לומר קי"ל ואף דרא"ש בפרק אלו מציאות דף כ"ו ע"ב כתב בראה נפל משנים דלא מייאש דמימר אמר היום או למחר אתפוס משלו לק"מ חדא דרש"י ותוס' שם לא ס"ל כן וה"נ י"ל לרי"ף דרא"ש רק מתרץ דברי רי"ף ועוד המוצא לאו גברא אלמא רק מצא וגם אינו נזהר לשמור עצמו שלא יתפוס ממנו חברו דכסבור חברו לא ראה שמצא ואינו חושדו בודאי משא"כ זה שתפס מכח דהאי גברא אלים יותר ויודע שחברו יודע תפיסתו ונשמר ממנו ועוד מי שהדין עמו ימסור נפשו להעמיד שלו בידו כמ"ש רא"ש בפחז"ה סכ"ב וע"כ בב"מ דלפי דעת

העובד ודאי חברו מצאו ימסור נפשו לתפוס ממנו ואינו מתייאש משא"כ בתיקו וגבר חברו ותפס ממנו וא"י להוציא בדיינים ודאי מתייאש וי"ל אפילו צווח שאינו מתייאש הוי כצווח על ביתו שנפל כדאיתא בב"מ דכ"ד ע"ב וראיה דמתייאש אחר שחבירו תפס דהא התה"ד כתב שם הא דבפרק החולץ בספק ויבם פסקינן דקם דינא משום דאסח דעתו ונתייאש וכן בכל פלוגתא דרבוותא ולא אמרינן דלא מתייאש דמימר אמר היום או למחר אתפוס ממנו ואהא מוחזק וגם הרא"ש בפרק החולץ ההיא דברי הרי"ף דקם דינא וגם הוא כתב דלא מפקינן ולתה"ד הוא משום דנתייאשו ולא אמרינן מימר אמר שיתפוס ויהא הוא מוחזק ולא יוציאו מידו ואפילו הרא"ש דס"ל בפרק כיצד הרגל שם דא"י לתפוס מספק היינו כמ"ש שם דאוקי ממונא בחזקת מריה וזה יתכן כשהוחזק קודם שנולד הספק ואחר שנפל הספק מוקמינן בחמ"ק אע"כ דכה"ג הוי יאוש ולא נמצא שום פוסק שיאמר אם צווח השני דלא מתייאש עד שבא לידי' ממ"נ לומר דלא קם דינא וכיון דיש"ש טעמא ונימוקו עמו כיון דתפס הניזק עביד דינא לנפשו וזכה בדין נעשה שלו ול"מ תפיסת אידך דהוי גזל ממש ומדברי הרא"ש אין סתירה קם דינא כיש"ש.

ודוקא בקנסות הכתובין בפרק המפקיד דף ל"ז בחידושי ר"ן ואס"ז ונ"י שם בשם ראב"ד מבואר דגם קנס שקנסו חכמים אין דנין בזה"ז ול"ל דרמ"א סמך אהרי"ף שם ורמב"ם וש"ע לקמן סימן שס"ה דא"כ יסתרו א"ע דביו"ד רס"ז סי' ס"ה פסקו גם קנס חכמים אין דנין בזה"ז וזה שהביא רמ"א כאן הוא דעת רא"ש ומרדכי דחולקין על הרי"ף במוכר עבדו לגוי וע"כ דעת רי"ף בההוא דהמפקיד כמ"ש לקמן סימן שס"ה וכוונת רמ"א כאן רק למעט קנס שב"ד עושין מעצמן לשעתן וכמ"ש נתיבות.

סימן ב

שהעם פרוצים כתב הסמ"ע אפילו יחיד שפרוץ יכולים לענשו ולקנסו שלא מן הדין ועיין ב"ח לקמן ריש סימן קפ"ב הוכיח מפרק מי שמת דף קנ"ו ע"ב דלדברי הכל היכא דקא עבדי איסורא באיזה דבר אין נזקקין להם להורות לו להוציא ממונו מיד אחר ופירוש בזה דברי הג"ה שכתב דרבא פליג על אבוה דשמואל דאמר דאסור להשתתף עם הגוי משום דחזינן דאחד נשתתף עם הגוי ואתי לקמיה דרבא לשאול אם מותר ליטול בחול נגד מה שנוטל הגוי בשבת והתיר לו רבא והקשה הב"י שמא משום דכבר נשתתף ובדיעבד א"צ לחלוק ולהפסיד ותירץ הב"ח כיון דעביד איסור לא הו"ל לרבא להזקק לו עיי"ש מוכח אף דכבר עביד האיסור ועתה ליכא איסור כיון דבדיעבד א"צ להפסיד מ"מ אין נזקקין לו וא"כ אף דרק לדעת הג"א כתב הב"ח כן ושאר הפוסקים דפסקו כאבוה דשמואל לא

ס"ל הכי י"ל משום די"ל דבשוגג עשה או מתחרט עתה דהא חזינן דנזהר באיסור דרבנן דבא לשאול באיסור שבות דשבת משא"כ כשעבר במזיד ולא עשה תשובה אך מלקמן סימן צ"ב ס"ט וסי"א מוכח דנזקקין לרשע שלא עשה תשובה וצ"ל דהך דפרק מי שמת עדיין היו עושין האיסור ומקיימין הקוצים בכרם משא"כ אם כבר עבר אף דלא עשה תשובה עדיין נזקקין לו ולפ"ז אם גזל אחד והגזלה בעינו עדיין תחת ידו או השיג גבול רעהו בקרקע או חזקה ועדיין תחת ידו או כהן שנשא גרושה והיא עדיין תחתיו וכיוצא אין נזקקין לו לעשות לו דין להוציא ממונו מיד אחר

בין מיתה בפרק ד' מיתות נ"ב ע"ב בת כהן שזינתה אקפה ר"ח בחבילי זמורות ושרפה ואר"י טעה בתרתי טעה בדר"מ דס"ל דשרפה דקרא שרפת נשמה וגוף קיים וטעה בדתניא בזמן שיש כהן יש משפט והקשה נ"י הא ב"ד עונשין לעשות סייג ותירץ דלענוש ממש בד"ת אין להם רשות ועיין מהרמ"ל סימן קל"ח ושבו"י ח"א סימן ק"ל שהקשו דא"כ מה טעה בדר"מ אדרבה לפיכך לא דנה בד"ת ממש משום דליכא כהן אין משפט ונ"ל לפי המבואר בד"מ שם דר"י ס"ל דסייף אינה בהתזת ראש משום בחקותיהם ל"ת ורבנן כיון דכתיב סייף באורייתא לא מנייהו גמרינן וא"כ ה"נ כיון דשרפה שדנין א"ה הוא שרשת גוף כמו שהקיפו לרחב"ת בחבילי זמורות והשליכו לאע"ה ולחמ"ו באש לא הוי לנו לענוש בשרפת גוף משום בחקותיהם אך כיון דכתיב שרפה באורייתא ש"ד אך לרב מתנה דאינה שריפת גוף הק"ל וע"כ טעה בדר"מ וס"ל דזהו שרפה הכתובה א"כ טעה נמי בדתניא דלפ"ד הוי ממש כד"ת וא"ש דהקדים דרב מתנה שהוא אמורא לדתניא.

הג"ה שטובי העיר בעירן כב"ד הגדול עיין שו"ת ד"ח ח"ר חחו"מ סימן כ"ג כ"ד.

סימן ג

סעי' א' אין ב"ד פחות משלשה בפיה"מ לרמב"ם ריש סנהדרין ז"ל והטעם הוא מה שאמר רחמנא בד"מ עד אלקים יבא דבר שניהם ואין אלקים פחות משנים ומעיקר דתינו שלא יהי' זוגין עכ"ל ותמוה דבפ"ק שם ג' ע"ב יליף בד"ק שלשה מדכתוב ב"פ אלקים ואין ב"ד שקול ועוד מניין שאין אלקים פחות משנים ונראה דרש"י פירוש בפ"ק שם ב' ע"ב דאלקים משמע לשון שררה ובפ"ה דשקלים תנן אין עושין שררות על הציבור פחות משנים ופירש הרמב"ם שם מה דיליף לה בפ"ק דב"ב ובירושלמי בשקלים שם מקרא אסמכתא הוא לכן בד"ק דצריך מן התורה ממש שלשם יליף משני אלקים אבל בהודאות והלואת רק מד"ס צריך שלשה וכמ"ש הרמב"ם בפ"ב מה"ס רק כיון דאסמיכוהו אקרא חמיר כד"ת כמ"ש תוס' בפ' ב"מ דל"ד בד"ה ל"ק ז"ל נראה לר"ת

בפירש הקונטורס דבעירובי תחומין מחמרינין משום דאית להו סמך מן המקרא וכן יש בירושלמי ובירושלמי שם איתא ע"ת דבר תורה תן וע"כ משום דאסמיכוהו אקרא חמיר כד"ת לכן פסק הרמב"ם דפחות משלשה גם דיעבד אין דיניהן דין ורב אחא דלא ס"ל עירוב פרשיות כמו שפרש"י שם דף ג' ולא קאי אלקים אהודאות והלואות לכן צ"ל דצריך שלשה מגזרה דיושבי קרנות לכן רק לכתחילה הוא ולא קשה קושית הש"ך עליו אלא דק"ל הא בב"ב דף ח' ע"ב איתא אהא דקופה של צדקה נגבית בשנים משום דאין עושין שררה על הציבור פחות משנים מאי שררותא לפי שמשכנין על הצדקה וא"כ דיין שמוציא ממון בלאו טעמא דכתיב אלקים לבעי שנים דהוי שררות ואין ב"ד שקול בדין לכן צריך עוד אחד וקשה על פיה"מ לרמב"ם וגם על ר' אחא דלמה ל"ל משום גזרה דיושבי קרנות ונראה לפמ"ש בקצו"ח ומשובב נתיבות כאן דאם של"ד רק מצוה לפרוע ומכין לקיים המצוה ואפילו נחתינן לנכסיה משום כפיה הוא וצריך סמוך אבל להפריש מאיסור גם הדיוט רשאי להכות כמו שאמרו בב"ק ד' כ"ח בנרצע שכלו ימיו דיכול רבו להכותו כדי להפרישו מאיסור שפחה וכן אי שיעבודא דאורייתא הוי רק להפרישו מאיסור דנחתינן לנכסיה ליתן למלוה שלו וע"ש וא"כ לפמ"ש תוס' בפרק ג"פ דף קע"ה ע"ב דמיניה דידי' לכ"ע שיעבודא דאורייתא חשוב רק חזרה נכסי מלוה למלוה ולהפריש הלוה שלא יגזול משל מלוה ואין זה שררות ואין למילף מצדקה דממשכנין דחשוב כפיה על מ"ע דהוא שררות דמשכנין שלו ממש אך כיון דכתיב אלקים בדיני הודאות והלואות הרי דאחשביה תורה לשררות משא"כ לרב אחא דלא ס"ל עירוב פרשיות אין למילף מצדקה ולפ"ז יש לתרץ למה נקט שמואל שנים שדנו ותוס' ה' ע"ב הוכיחו דאפילו יחיד מדברי חכמים ומדפריך על ר' אבוהו מדן את הדין דלפמ"ש רשב"ם בב"ב שם ורמב"ן שם דלמ"ד של"ד מיני' דידי' אין משעבדין רק גובין בתורת כפיה לקיים מ"ע ושמואל ס"ל שם של"ד ע"כ צריך שנים כמו בצדקה ולא ס"ל דמשום ב"ד שקול יפסל דיעבד אבל כיון דפלוגתא הוא אין קושיא עליו ממ"ד יחיד נמי דינו דין די"ל דס"ל שיעבודא דאורייתא ותוס' שכתבו דגם שמואל ל"ד נקט שנים לשנותייהו דמיניה דידיה לכ"ע שיעבודא דאורייתא והא דיחיד מומחה לרבים לכ"ע דן בלא"ה כתבו תוס' דף ה' דהוא תק"ח משום נע"ד וגם לרמב"ם דס"ל ע"פ ועד אלקים קאי אהלואות סגי בחד דילפינן מבצדק תשפוט.

בהג"ה דא"א דלית בהו חד דידע סברות בדין ק"ל דמ"מ אפשר השנים דלא ידעו יחלקו עליו ויוחתך הדין אחרי רבים ומזה יש להוכיח כרה"ג שהביא בחידושי רמב"ן פאד"מ דאם האחד עדיף מהשנים הולכין אחר מי שנותן טעם לדבריו אלא קשה איפכא דאז

יוחתך הדין עפ"י אחד רק מה בכך הא דיעבד סגי בחד ולכתחילה הא ישבו ג' אמנם לרבא דדיעבד צריך ב' הק"ל ועכצ"ל כרמ"ה דלרבא צריך ג' גמירי ומה דלא אמר בגמרא דזה א"ב בין רבא לר' אחא כיון דזה יוצא מא"ב דאמר אי ס"ל כשמואל בדיעבד עכצ"ל הך א"ב וממילא יוצא זה וא"ש דברי רמ"ה ולא מסתבר למימר דכשהולכין אחר הנותן טעם הוי כהולכין אחר רבים וכאילו נגמר הדין בכולם דודאי רבים ליכא אלא דחשבינן לאותן שאינן נותנין טעם כאלו ליתנייהו וא"כ תינח אי בדיעבד סגי בחד ה"נ ואף דבפ"ק דסנהדרין דף ה' ע"ב פריך לשמואל משנים מזכין או מחייבין ואחד אומר א"י יוסיפו הדיינין ומשני שא"ה דמעיקרא אדעתא דתלתא יתיבו שאני התם דלא סלקא אדעתם שיאמר אחד א"י אבל בתלתא דרק חד גמיר מתחילה ישבו אדעת כן לעשות כאשר יאמר הגמיר אם יחלוקו ולע"ד י"ל דגם לרמ"ה ל"ל רק שסתלתא בצירופם גמירי שזה שמע קצת וזה קצת דיני הלואה ובצירופם גמירי ממש כל הדינים ומה שאמרו בגמרא תלתא א"א דלית בהו חד דגמיר ל"ד חד דגמיר הכל לבדו כיון דבצירופם גמירי לא יצא משפט מעוקל וכן מסתבר דאל"כ למה א"א הא כמו שהשנים לא גמירי אפשר גם השלישי לא גמיר אע"כ כל חד למד קצת ובצירף קבלת כולם נעשה חד גמיר ממש וכדעת מהרמ"ש שבש"ך סק"ב ועיין שער משפט לקמן סימן ח"י סק"א ע"ש בשם החינוך במצוה ע"ח.

בהג"ה ומ"מ יכולין לקבל הטענות ולשלחם לפני המורה בשע"מ סק"ג כתב דמשמע ממרדכי שהביא מהרמ"ש דע"י סירוב וכפיה מיירי ותמה דהא כתב המרדכי בר"פ ז"ב אמתניתין דנאמנין עלי שלשה רועי בקר דס"ל לחכמים דא"י לחזור בהם בלא טעו ונ"מ שלא יחזור ויטעון בע"א וא"כ כשטוענין ע"י כפיה פשיטא דיכול לחזור גם אחר גמ"ד לכ"ע דהא גם בקבלו לר"מ חוזר אף לאחר גמ"ד ולחכמים קודם גמ"ד

ולע"ד דודאי מד"ת גם לקבל טענות צריך מומחין רק משום נע"ד וכשאין מומחה בעיר בכלל נע"ד לכוף ע"י הדיוטות בעירן לקבל הטענות וא"כ כח ב"ד להם דאל"כ לעולם יחליף הטענות ויסתור הדין וינעול דלת משא"כ לדון בעצמם שלשה רועי בקר לא תקנו חכז"ל ולא שליחותייהו דסמוכין עבדי רק בע"ד קבלם וכשחוזר מקבלתו אינם דיינים ול"ש בזה חשש נע"ד דבלא"ה מתחלה הברירה ביד נתבע שלא לדון בפניהם.

סעי' ב' כל שאינם שלשה בנה"מ סק"ג כתב דהן בעצמן יכולין לדון עפ"י קבלת טענות ועדות רק לשלוח לפני ב"ד אחר צריך מתחלה שלשה שיקבלו טענות ועדות ובספר מאזנים למשפט הסביר כיון שיודעים שיגמר הדין ע"י זה ששומע העדות וטענות לא חשודי לשקר וכן בע"ד חזקה שאינו משקר לחובתו עיי"ש והוא סברא ולע"ד גמרא מגיטין פרק התקבל דס"ז ותוס' שם ד"ה דיבורא אמרי מעשה לא עבדי דכשנגמר ע"י

דיבורא שע"י כך ניסת לשוק חשוב מעשה גמור ולא חשודי לשקר אבל כשאין נגמר על ידם לא הוי אלא דבור בעלמא כגון אמר לשנים אמרו לסופר ויכתוב ולפלוני ופלוני ויחתמו חיישינן שמא תשכור עדים עיי"ש ה"נ כשמעיד או טוען בפני מי שיפסק הדין ויוציא ממון חשוב מעשה וא"י לומר מילי דכדי הן משא"כ כשלא יגמר הדין ע"י דיין זה הוי כאמרו לסופר ויכתוב ולפו"פ ויחתמו ולקמן סימן מ"ו סכ"ט הבאתי ראי' ברורה להנתיבות מרשב"א פ"ב דכתובות דכ"א ע"ב.

סעי' ד' ואסור לאדם חכם שישב בדין עד שידע עם מי יושב ולקמן סימן זיין ס"י איתא דיין שיודע בחבירו שהוא גזלן או רשע אין לו להצטרף עמו והקשו דכאן אוסר עד שידע ושם אינו אוסר רק כשיודע שהוא רשע ולע"ד כאן מיירי דסגי בלאו הכי ולא נצרכה אלא להעדפה כיון דהוא חכם יכול לדון בעצמו או דקאי אמה דסליק כ"ז שהם רבים וכו' לכן מספק יפרוש ולקמן בצריך להצטרף א"צ לפרוש רק בודאי וסמכינן ארובא בחזקת כשרות דלא ליתי בע"ד לפסידא אע"ג דשכיחי אינם מהוגנים ולא סמכינן ארובא בשכיחי המיעוט כמו שפרש"י בפ"ק דחולין די"ב לענין בדיקת הריאה היינו לכתחלה כיון דאפשר לבדוק אבל כשלא אפשר סמכינן ארובא גם במיעוט דשכיח וה"נ כשצריך לאצטרופי אם לא נסמוך ארוב יתעכב הדין ואתה נועל דלת בפני לוין דהא מן התורה צריך שלשה אף במומחין ומתק"ח יחיד מומחה דן כמ"ש התוס' בפ"ק דסנהדרין ריש דף ה' ולכן כאן כתב ואסור לאדם "חכם לישב" ולקמן כתב אין לו להצטרף דשם מיירי דמצטרף לשיעור ב"ד כגון בקבלת עדות או באינן מומחין לרבים ורמב"ם ספ"ב מה"ס דכתב ואסור לאדם חכם שישב בדין עד שידע עם מי ישב שמא יצטרף עם אנשים שאינם הגונים כונתו דא"צ מתחלה לאצטרופי וסגי בלא"ה רק כשישב עמם שמא יצטרכו לעמוד למנין ויבאו לצירוף או משום דעי"כ נמצא גם החכם בכלל קשר בוגדים אמר לשון צירוף.

עוי"ל דכאן מיירי שצריך לידע שהגונים הם דאינם בעלי מדות רעות או ע"ה דזה שכיח טובא וליכא בזה חזקת כשרות שהוא מתולדה וכדאמר וצריך שיהיה כל היושבים בב"ד ת"ח וראוים ואסור לאדם חכם לישב בדין עד שידע עם מי יושב שמא ישב עם אנשים שאינם הגונים ונמצא בכלל קשר בוגדים הרי דלא מיירי בחשש פסול תדע דשורשו מפז"ב דקאמר התם נמי דלא היו מסובין בסעודה אא"כ יודעין מי מיסב עמהן והתם ע"כ לא בחשש פסול לדיין רק בחשש ע"ה ובעלי מדות רעות וה"נ מיירי לענין דין וכדלקמן סימן זיין ס"יא וריש סימן חית ולקמן סימן זיין קאמר אם יודע בחבירו שהוא גזלן או רשע שזה פסול הוא ויש לו חזקת כשרות ואין לחוש מספק.

בב"ה סק"ב בשם הרש"ך ח"ב סימן רכ"ט תובע אומר להתדיין בד"ת ואחד אומר שאין לו להתדיין רק בדיני סוחרים שכך המנהג במקום שנעשה העסק הדין עם השני כיון דבמקום שעשו העסק יש מנהג להתדיין כפי דרך הסוחרים ולא כפי ד"ת מנהג מבטל הלכה עיי"ש ולע"ד לא יצדק לפמ"ש בשו"ת רשב"א שהביא ב"י לקמן סימן כ"ו בנשא אשה במקום שנהגו לילך בדיני עכו"ם וכל הנושא שם אשה כאלו התנה כן שלא לירש אשתו ובסוף דבריו שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דדמ"ד בכלל עוקר כל דיני התורה השלימה ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ור"א ולמדו את בניהם דא"ה לא תהא כזאת בישראל שמא תחגור התורה שק עליהם עכ"ל טעם זה שייך גם בזה שנהגו רק בדיני סוחרים מה צורך בלימוד הש"ס ופוסקים בדיני ממנות וילמדו ביניהם דיני סוחרים ומה שאמרו מנהג מבטל הלכה היינו בדבר פרטי ולא לעקור הכל.

וגם לדברי רש"ך דודאי נחית ע"ד המנהג דוקא כשידוע שזה ידע מהמנהג וכמ"ש הש"ך בסימן ע"א ס"ק ל"ג על מ"ש הרש"ך במנהג נאמנות וכ"כ בס"ס מ"ב ובסימן ס"א ס"ה וא"כ צריך שידע מנהג הסוחרים בדין זה דאל"כ אף שידע שנהגו באותו מקום לדון בדין סוחרים מ"מ לא נשתעבד עד שידע דין זה עצמו שנהגו בו לדון שלא כד"ת אך י"ל דהוי כקבלו עליהם בני העיר דיינים דלא גמירי כדלקמן סימן ח' וסימן כ"ב ס"א אמנם התם דוקא כשאין בעיר מומחים דידעו לדון ד"ת אבל כשיש בקיאי בד"ת אסור למנות יושבי קרנות וכמבואר בשו"ת רשב"א שבב"י סימן חית ובאורים סימן כ"ב ס"ק ט"ו ובחידושי ר"ן ר"פ ז"ב מבואר דכשהמחו בני העיר עליהם יושבי קרנות שא"י ד"ת ואין בעיר רק דיינים כאלו גם לוה י"ל נלך לחוץ לעיר לדון לפני הבקיאין בד"ת עיי"ש בד"ה ואפילו לוה ובד"ה ולענין פסק הלכה וכ"כ בחידושי רמב"ן ונ"י שם והרי כיון שהמחו בני העיר עליהם יושבי קרנות ואין בעיר מומחים נהגו לדון שלא כד"ת רק לפי דרך יושבי קרנות מ"מ גם לוה י"ל נלך מחוץ לעיר לפני מומחים דידעי לדון ד"ת אף דלוה במקום שנהגו לדון שלא כד"ת הרי בזה אין מנהג מבטל הלכה שו"ר בבכור שור בסוטה ד' ומ"ז צווח על כיוצא בזה וז"ל ומה יוד שניטל משרה עמדה וצווחה כמה שנים כמ"ש בסנהדרין דף קיז כיש לאלה העוקרים כמה פרשיות וכמה תורה שבע"פ וקרא עליהם המקרא במיכה ג' המתעבים משפט היינו אותן שפוסקין בדיני ממנות שלא ע"י דייני תורה או שמושיבים ראשים לתוך הדיינים כדי לערב פסקי בעלי בתים עם דיני התורה והמתחכמים אל ד"ת לומר לא לכל אדם ולא לכל זמן ולכל מקום ראוי לדון כן עיי"ש.

סימן ד

סעי' א' יכול להכותו בב"ק דכ"ח פריך מנרצע שכלו ימיו ורבו מסרהב בו לצאת וחבל בו פטור ומשני בעבדא גנבא ורנב"י משני לאפרושי מאיסור שפחה תו עריך מוקצותה כפה א"ל בשא"י להציל ובעלה מוכה כל שעה ומ"מ אסורה לעשות דין לעצמה והקשה במאזנים למשפט כיון שמכה בעלה ועובר בלאו בכל מכה היינו לאפרושי מאיסורא ואיך אפשר דמיירי בשא"י להציל ותירץ דרק בשפחה שנתן לו רבו והוא גרם לו או מחמת שהוא בביתו ואינו רוצה לשאת העון בביתו רשאי להכות לאפרושי מאיסורא אבל זולת זה אינו רשאי רק הב"ד עיי"ש אך מדהקשה הנתיבות לעיל סימן ג' סק"א על קצו"ח דכתב דאי של"ד וב"ד כופין צריך מומחין דהדיוטות לאו בני עישוי כמ"ש תוס' והקשה עליו דכל אדם מחויב להפריש חבירו מאיסור כדאמרינן גבי נרצע ובמשובב נתיבות תירץ דשאני כפיה על עשה דצריך מומחה ש"מ דלא ס"ל כמ"ש המאזניים ולכאורה לדידי נמי היה נראה דלהיות מושל על חוץ לביתו צריך ב"ד מומחה משא"כ בביתו וכדאיתא במגילה דף י"ב ע"ב פשיטא קרחה בביתיה ערדשכא ליהוי פרש"י פקיד ונגיד אלא דא"כ מה פריך מנרצע ומסרהב לצאת מביתו לימא בחוץ לביתו אסור למעבד דינא לנפשיה וצריך לילך לב"ד משא"כ בביתו אע"כ על זרים אין לו ממשלה גם בביתו ומה שהקשה המאזניים ג"כ לא קשה דהא לס"ד דוקצותה מיירי בא"י להציל והוי במקום פסידא ומ"מ לא עביד דינא לנפשיה כפרש"י א"כ תקשי מברייתא דנרצע לתירוץ ראשון בעבדא גנבא דמשום פסידא רשאי להכותו וע"כ לס"ד פליגי הברייתות וה"נ לתירץ רנב"י דהא גם במקום פסידא הוי לאפרושי מאיסור גזל כיון דלא יתוקן האיסור אח"כ ומ"מ ס"ד כיון דנוגע הוא לא עביד דינא לנפשיה ולפי דמשני דמיירי ביכולה להציל ובמקום פסידא לכ"ע עביד דינא אפילו חוץ מביתו אף דנוגע כ"ש לאפרושי מאיסורא כשאינו נוגע דאין לך פסידא יותר מאיסור וכל ישראל ערבים ועוד דלכאורה קשה הא כל מקום שרוצה לגזלו הוי לאפרושי מאיסורא אף דיוכרח לשלם ע"י הב"ד מ"מ גם ע"מ לשלם אסור כמבואר בפרק הכונס דף סמ"ך ע"ב חבול ישיב רשע גזילה ישלם אע"פ שגזלה משלם רשע הוא וא"כ למה לר"ח אסור למיעבד דינא לנפשי' במקום דליכא פסידא וגם לר"נ רק משום דלא טרח ועכצ"ל משום דנוגע ואדם קרוב אצל עצמו ולהפרישו משפחה היינו כשאין רבו מקפיד לולא האיסור וא"כ כשמכה בעלה ודאי איכפת לה ס"ד שפיר דגם לאפרושי מאיסורא אין לה רשות אלא דקשה איך חייבה התורה הא יכולה שתאמר שנתכוונה להפריש מאיסור אלא די"ל שבעצמה מודה ואינה טוענת כן אמנם לחייבה ממון י"ל הודאת בע"ד כמאה עדים אבל אם וקצותה כפה ממש א"א ע"י הודאתה אפילו

בא לעשות תשובה לכפרת עון וכמו שהאריך בתשובת רלב"ח והביא מהרמב"ם סוף פח"י מהלכות סנהדרין ואפילו למהר"י בי רב שם י"ל דוקא מלקות צער גופיה לבד מהני מחילתו כממון משא"כ לחסר אבר כדאיתא בס"פ החובל דף צ"ג האומר קטע את ידי ע"מ לפטור חייב והאומר הכני ע"מ לפטור פטור וא"כ אם וקצותה כפה היה ממש ע"כ א"א לומר בשא"י להציל ע"י ד"א מיירי כיון דלאפרושי מאיסורא שרי אם כוונתה לכך ממילא א"א לחייבה ע"י הודאתה ובזה מה נעים מה דקאמר וקצותה את כפה ממון ומה הוצרך להקדים דוקצותה ממון ולפמ"ש א"ש ומוכח כמ"ש דלאפרושי מאיסורא אפילו שלא בביתו כל אדם מחויב.

ולפמ"ש הרא"ש בפ"ג דברכות ס"ס י"ג דאשה אינה בכלל הערבות י"ל דהא לאפרושי מאיסורא רשאי כל אדם לעשות דין ולהכות משום דכ"י ערבים זה בעד זה ופסידא דידי' הוא אבל אשה דאינה בכלל ערבות אין לה רשות להכות לאפרושי מאיסורא אמנם לפי דעת זרע אברהם הובא בברכ"י א"ח סימן קכ"ד דכוונת הרא"ש דאינן בכלל ערבות במידי דלא שייכי ל"ל כן.

ולפ"ז י"ל מ"ש תוס' דלענין עשוי וכפיה צריך סמוכין ונתיבות תמה דכל אדם מצווה להפריש חבירו מאיסור וראיה מנרצע שכלו ימיו דרבו מכהו להפרישו מאיסור שפחה והמשובב לחלק יצא בין עשה לל"ת ואינו סברא ולפמ"ש י"ל דבמידי דערבים זה בעד זה כל אדם מצווה להפריש חבירו מאיסור ע"כ הנרצע רבו מכהו אבל במידי דלא שייך בגוה כגון כהן שנשא גרושה דאין ישראל שייך בגוה וכה"ג עיין בפרמ"ג א"ח סימן קס"ז במשב"ז ס"ק י"ז בזה צריך סמוכין תדע דהא פרש"י בגיטין פ"ח לפניהם ולא לפני הדיוטות דלפניהם קאי אשבעים זקנים הכתובים בסוף ע' משפטים שעלו עמו להר וא"כ מה פריך לר"י נימא אז שעדיין לא נעשו ערבים עד שעמדו על הר גריזים כמו שפרש"י בפ' נצבים לכן אמרה תורה דוקא שבעים זקנים יש להם כח על העישוי וכפיה אע"כ דפריך ג"כ בדבר דגם עתה אינו ערב ואפשר רב יוסף דסומא הוי ופטור מן התורה ממצות לא שייך בערבות בשום דבר או דהוה מעשה בכהן שנשא גרושה דכל מי שאינו כהן לא שייך בגוה וברא"ש פרק המניח סי"ג כתב אם רואה ישראל מכה חבירו מותר להכות המכה לאפרושי' מאיסורא כדאמרינן בנרצע עיי"ש הרי דלא מחלק בין אם הוא בביתו ולקמן סימן תכ"א סי"ג הג"ה והוא בתה"ד סימן רי"ח שכתב וכן מי שהוא תחת רשותו וכו' משמע דוקא ברשותו וי"ל דנידון דרא"ש דאין פנאי להביאו לב"ד ודאי ל"צ ב"ד וברשותו אפילו יש פנאי דבביתו הוא כב"ד ורא"ש יליף רק דשרי להכות לאפרושי

מאיסור וכיון דאין פנאי אין לחלק דא"צ ב"ד רק כשיש ב"ד ואפשר להעשות על ידיהם אין לו רשות למשכן אותו בחובו עיין שער משפט סק"א ועמ"ש לקמן סימן ס"א ס"ו.
בהג"ה יחיד נגד רבים והוא מבני העיר עבדי דינא לנפשייהו אם יודעים שהדין עמהם צל"ע מהמבואר בא"ח סימן שס"ז דאינו יכול ליטול ממנו בע"כ אבל ב"ד יורדים לנכסיו לערב עמהם ול"ל משום דא"א להיות לרבים קנין במה שנוטלים בע"כ בלא ב"ד דהא כל היכא דע"י ב"ד קונה ה"נ אם נטל בזרוע עביד דינא לנפשי' וקונה כמו במשכנו בזרוע אחר ההלואה וכמ"ש בנתיבות בסימן ע"ב סק"ו ואפשר דהא דרבים עבדי דינא לנפשייהו רק תקנה דרבנן משום קדרי דבי שותפי וגוף עירובי חצרות ומבואות תקנה ותקנתא לתקנתא לא עבדינן כדאיתא פ"ק דב"מ ובפרק שה"ד או דוקא רבים מבני עיר ולא רבים בני חצר או מבוי.
ויל"ע אם יש שתי קהלות בעיר אחד וקהל אחד הם יותר ונ"ל לפמ"ש בתה"ד סימן שמ"א דאם היחיד ת"ח ומתדיין עם הקהל א"צ ליתן משכון דטעמא מאי נהגו הקהילות כך שלא יחשוב כ"ח עולה נגד רבים ויסמוך דקדרי דבי שותפי הוא ות"ח לא חשוד עיי"ש וא"כ ה"נ ציבור לא חשודי יהיו מאה או עשרה דסתמא אמרו בפרק כל הצלמים מ"ג ע"ב דרבים לא חשודי ובשו"ת חכ"צ הביא משם ראי' לענין דין שיש לרבים בעסקי ממון עם יחיד דרבים לא חשודי ועוד הא חזינן בע"ז שם דרב יהודא ור"נ דת"ח מופלגים היו וחייש לחשדא והוכרח לתרץ כיון דשכיחי רבים גבי' לא חשודי הרי דרבים עדיפי מן ת"ח מופלג בדורו לענין חשדא וא"כ כאן דבת"ח לא חיישי לחשדא ולא חלקו אם בתוך הרבים יש ג"כ ת"ח דמ"מ ת"ח היחיד כיון דלא חשוד א"ל ליתן משכון להחשיבן נתבע אף דהקהל יש להם מעלת רבים ויש בהם ת"ח ה"נ קהל המועטים נגד קהל הרבים יותר תדע דהא לא אמרו המנהג רק בציבור ולא בשותפים רבים שיש להם דין עם יחיד לאלם כח הרוב ע"כ דלא תקנו רק למעלה ציבור וכיון שכן אם מדיינים ציבור עם ציבור חזר הדין לסיני ובמהרי"ק ש"ב כתב שהשיב רבינו עזריאל ז"ל ע"ד הדוכס שאמר ליהודים הדרים תחתיו שאם לא יבואו גם היהודים הדרים תחת שרים קטנים לדור תחתיו יגרש גם אותם דכופים היהודים לבוא לדור תחתיו ואם יש להם פסידא שנעקרו ממקומם יטענו אח"כ לאחר שיסלקו סכנת הרבים כהא דפרק לא יחפור דף כ"ד אם האילן קדם לעיר קוצץ ואח"כ נוטל דמים משום קדרי דבי שותפי עיי"ש ומזה לכאורה מוכח דגם ברבים ורבים מכריחין המועטים ליתן משכון לאותם הרוב וכמ"ש בכנה"ג סימן זה בהגהת ב"י אות כ"ח דל"ד יחיד אלא אפילו יחידים כיון שהרוב הם תובעים ליחידים כן דקדק משא מלך מדברי מהרי"ק וכ"כ הראנ"ח ז"ל והר"א ששון ובשו"ת פקפקתי ע"ז ומ"מ העלתי

שהדין כך עכ"ל ותספרום אינם ת"י ונראה תוכחתם מזה שכתבתי ומ"מ נראה דאין זה סתירה למ"ש דבנידון ההוא כל יחיד היה לו טענה בפ"ע על פסידא שלו מחמת עקירת מקומו מה שאין לחבריו חלק בזה וא"כ חשוד שיחשוב עולה נגד הרבים וזה שדקדק בעל משא מלך וכתב אפילו יחידים ר"ל נתי דרבים הם מ"מ יחידים הם שכל אחד נפרד בהפסידו מחבריו ובזה נראה אפילו אם סך היחידים רבים מכלל הציבור מ"מ נחשבו הציבור לרבים דכל יחיד מהיחידים נידון בפ"ע נגד הציבור אך מלשון המשא מלך כיון שהרוב הם תובעים ליחידים לא משמע הכי וצ"ל משום דזה אינו ד"ת רק תקנה אין לנו רק מה שתקנו בפירוש לאלם כח הרוב דוקא ומינה נמי דדוקא אם המועטים טענתם במה שנוגע לכל אחד לבדו דכל ספק בתקנה מוקמונין על ד"ת כדאיתא בא"ע סימן קי"ח ס"ו ואפילו בתקנת חכמים המבואר בש"ס כדאיתא בתה"ד סימן של"ז וברמ"א חו"מ סי' קע"ה סמ"ה שו"ר בשו"ת חוו"י סימן קנ"ז נסתפק אם דוקא צבור נגד יחיד או אפילו נגד עשרה שנקרא קהל שנתיישבו בקהל אחר וכ"ש אם נקבעו בביהכנ"ס אחת לבדם אם עדיין יש להם דין יחידים נגד הקהל שמשם יצאו.

סימן ה

סעי' א' אסור לדון בשבת ויו"ט ואם עבר ודן דינו דין במאזנים למשפט קיהה בהא דינא למה אהני מעשיו מ"ש מאין מפרישין דכתב המג"א בסי' של"ט סק"ז דדינו כמבשל בשבת ועוד בירושלמי פרק משילין איתא אסור לדון בע"ש ועיו"ט ד"מ והא מתניתין פליגא אין דנין בע"ש ד"נ הא ד"מ דנין כאן להלכה וכאן לד"ת ופי' הק"ע מתניתין להלכה בדיעבד והא דאסור לדון לתורת לכתחלה הרי היכא דנקט אין דנין הוי דיעבד נמי וא"כ לענין שבת ויו"ט דתנן אין דנין נמי דיעבד דאל"כ שוה שבת לע"ש ולמה בע"ש נקט אין דנין ד"נ הא ד"מ דנין ובשבת נקט אין דנין כלל ומזה הוליד דבדין ומקח וממכר נמי דוקא אם לא חזרו בהם הבע"ד לפני בכדי שיעשו את"ד ולא נ"ל כלל דמסתימת כה"פ לא משמע הכי ועוד אם דנו שלא ברצון הבע"ד אינן חרוצין מעיקרא וראייתו מפירוש ק"ע אינו ראיה דהפ"מ פירש כאן להלכה מדרבנן כאן בד"נ מדין תורה וכן הוא בב"י בשם סמ"ג הביאו בגליון הירושלמי ומה שהקשה מ"ש מאין מפרישין לענין דין י"ל דסגי כשאסרו לכתחילה והועילו בתקנתן דב"ד לא יעשו איסור דהא צריך יחיד מומחה או ב' סדיוטת דא"א דלית בהו חד דגמיר וכמו דאיתא בפרק שני דגיטין י"ז ע"ב ג' גיטין פסולין ואם נשאת הולד כשר מה הועילו חכמים בתקנתן אהני דלכתחלה לא תנשא ופרש"י דלא כתבו לה סופרי הדיינים ולא חתמי עלי' סהדי ול"ד למבשל בשביל אחר

דאסור למי שנתבשל בשבילו דבישול כיון דהכל מצויין ע"ה ונשים וקלי הדעת הוכרחו לאסור גם דיעבד אפילו נעשה בשביל אחר ולא פלוג אם נעשה ע"י מאן דגמיר ועוד דחזקה א"א חוטא ולא לו וסי כשאסרו לכתחלה ולא שכיח שיחטא בשביל אחר ואם אירע לא גזרו בלא שכיח לאסור דיעבד רק במבשל דשכיח אם עושה בשביל עצמו או בשביל אחר בשכר וכן במפריש תו אסרו דיעבד ונכלל הגזרת גם על לא שכיח כשעושה בשביל אחר בחנם משא"כ בדין דנוטל שכר לדון בלא"ה דיניו בטלין ואין נ"מ רק כשדן בחנם ולא שכיח שיחטא בשביל אחר ולא גזרו בלא שכיח לבד וכמ"ש תוס' כסברא זאת בפ"ק דשבת י"ד ע"ב בד"ה כיון ובעביד דינא לנפשי' כדלעיל ס"ד בלא"ה ל"ש גזרה שמא יכתוב הטענות או הפס"ד.

אמנם ברי"ף ורא"ש בפרק משילין מבואר דגם במו"מ אינו בטל לכן נראה לפמ"ש בש"ך יו"ד סימן קי"ט ס"ק כ"ז במכר איסור דרבנן ואכלו הלוקח דאין המוכר מחזיר מה שקיבל יותר מדמי הטרפת משום דהם לא גזרו איסור כדי להוציא ממון דלענין ממון אוקמוה אד"ת עיי"ש וה"נ נהי דלכתחלה הוצרכו לאסור דין ומו"מ משום גזרה שמא יכתוב עדיין אין בזה הוצאות ממון רק מניעת ריוח אבל לבטל בדיעבד המקח והדין הרי נוציא ונפסיד ממון שזכה אחד מהן לפי דין תורה.

וצ"ע אנן דהדיוטת אנן רק שליחותייהו עבדינן כדלעיל סימן א' אפילו תימא דאינו שליחות ממש רק נתינת רשות מ"מ לא נתנו רשות לדון בשבת דהא אסרו ותינח כשקבלום תבע"ד א"צ לשליחותייהו דיכולין לקבל רועי בקר אבל לדון בע"כ מנ"ל וירושלמי י"ל דמיירי בעיקר הדין וכשדנוהו סמוכין או קבלום בע"ד.

סעי' ד' אין יושבין בדין מתפלת שעה שביעית בפ"ק דשבת דף טית תנן לא ישב אדם לפני תספר וכו' ויל"ד למה לא קתני לא יספר נמי ונ"מ למספר גוי או למי שהתפלל וסתמא מסתפר מישראל דהא אין מסתפרין מעכו"ם כדאיתא בפרק אין מעמידין דף כ"ז ובאבל כבתי תני ישב לו לגלח באו ואמרו לו מת אביו הר"ז משלים אחד המגלח ואחד המתגלח ואולי י"ל דספר סתמא שכיר הוא ובא בשכרו לא העמידו דבריהם במקום ממון וכה"ג כתב הה"מ הובא בש"ך יו"ד סימן קי"ט ס"ק כ"ז דלפיכך דוקא דבר שאיסורו מה"ת אסור לעשות בו סחורה ואיסור דבריהם מותר לעשות בו סחורה משום דלא העמידו חכמים דבריהם לענין ממון וכה"ג מצינו טובא באבלות וחוה"מ וט"ב שהקילו בדבר אבד משום חשש פסידא ועיין בא"ח סימן קל"ט שתגר ביטול דידי' חשוב פסידא מן הקרן כין דזה פרנסתו וכ"ש כאן דחזינן דאפילו התחיל באיסור ושרי המייני' לא אטרוחי' למפסק קיו בחשש פסידא שמא לא ירצה המסתפר להמתין וכה"ג ועיין בתה"ד ס"ה ולפ"ז יש ללמד

זכות על הדיינין שיושבין לדון סמוך למ"ק אפילו במקום דאין השמש קורא לבהכנ"ס דדין המשנה לפי אותו זמן דאסור היה ליטול שכר לדון זולת שכר בטלה א"כ ליכא דררא דממונא משא"כ עכשיו בעוה"ר דלוקחין שכר לדון עיין לקמן סי' טית באחרונים וקצת ראיה מפרק הניזקין דף ס"ב דהקילו רבנן משום כדי חייו דגבל ומשום כדי חייו דבדד עיי"ש ול"ד לבורסקי דבשכיר שייך יותר משום כדי חייו ואין מדמין גז"ח זל"ז.

סימן ו

פחות מש"פ בשע"מ הביא גמרא דשבועות דל"ח דבתבעו פרוטת מגזל ואבדה והלואה מצטרף והקשה הא בסנהדרין דנ"ז ודנ"ט משמע להדיא דלכך אינו חייב בגזל פחות מש"פ משום דמסתמא מחלי ישראל בתר הכי וא"כ איך יצטרף אח"כ כיון שכבר מחל לו עיי"ש ולע"ד אינו מחילה ממש רק הוי כדבר שאין הבעלים מקפידין עליו ומבואר בנוב"ת חא"ע סימן ע"ז דאף דאין משום גזל בדבר דליכא מאן דקפיד בי' כדאיתא בחו"מ סי' שנ"ט ס"א מ"מ לא זכה הנוטלו להיות שלו דכ"ז שלא הפקירו בעליו בפירוש א"א לזכות בו וכמ"ש המג"א בסימן תרל"ז בשם ספר יראים דאפילו למ"ד גזל עמלקי מיתר לא חשוב לכם והובא בפ"ת א"ע סימן כ"ח ובפ"ת לחו"מ סימן שנ"ט וה"נ בפחות מש"פ אחר שכבר גזלו אינו מקפיד עליו להשיב לו ומ"מ כיון שלא מחל בפירש לא זכה בו הגזלן וכשיבוא עוד לידו מהנגזל פחות מש"פ והוא עתה דבר שמקפידין מצטרף וכן אם נתייקר ועמד על ש"פ עיין לקמן סימן שס"ז ס"ג ואח"כ מצאתי בישע"ק סימן תרמ"ט סק"ה שכ"כ והנה בנו"ב שם כתב בדבר דלא קפדי בעלים דהוי כיאוש עיי"ש ולפ"ז בגזל פחות מש"פ דתחלה באיסור אתי לידי' דאינו מוחל רק אחר שכבר גזלו אינו מקפיד עליו להשיבו ואז לא קני לי' ביאוש מ"מ אם נתנו גזלן לאחר קנהו ביאוש וש"ר ואם יש לנגזל על האחר תביעה מפחות מש"פ אינו מצטרף וכן אם נתייקר אח"כ.

ובאס"ז ב"ק דף ק"ה בהא דנשבע והחזיר לו הגזלה חוץ מפחות מש"פ א"צ להוליך אחריו למדי אף שהגזלה קיימת אין חוששין שמא תתייקר לש"פ וכתב באס"ז כיון שפחות מש"פ מחל הל"ל ברשות גזלן נתייקר ושלו הוא ושמא על דעת שתתייקר אינו מוחל הרא"ש ז"ל ולפ"ז י"ל ה"נ על דעת שתצטרף עוד לפחות מפרוטה ויהא לו אצלו פרוטה אינו מוחל ועיין בר"ן ר"ה די"ז בהא דאמרינן ביומא פ"ז ע"ב עבר אדם עברה פעם ראשונה שני' ושלישית מוחלין לו הוא רק כשלא יצטרפו אח"כ לרובא עונות כדאיתא בר"ה שם מעביר ראשון ראשון ועון עצמו אינו נמחק דאי איכא רובא עונות מיחשבי בהדייהו עיי"ש הרי כך המדה למחול אם לא יצטרף אח"כ ה"נ מה דאמר בסנהדרין

דישראל מחל על פחות מש"פ היינו ע"ד שלא יצטרף אח"כ עם פחות מש"פ ויהא פרוטה ואף דודאי אי מחל בפירש ל"ל על דעת שיצטרף לא מחל דהוי דברים שבלב רק כשלא מחל בפירש אלא דאמדינן דעת ישראל מחמת שאין ש"פ מחיל א"כ כיון די"ל דלא מחל לחלוטין על דעת שיצטרף לש"פ ממילא ליכא אומדנא על מחילה חלוטה ולכן אין הנגזל יכול לומר שמא מחלת לגמרי.

אם הדין על פרוטה ויותר רק הדיין יש לו מלאכה ומוכרחין לשלם לו שכר בטלה דמוכח ומחמת כן לא יעלה ביד התובע ש"פ ג"כ אין נזקקין לו כן יש ללמוד מהמהרש"א בפ"ק דסנהדרין בח"א דף חית רק הוא כתב שם דכה"ג מחויב הדיין לדון בלא שכר ואני בעניי השגתי עליו לקמן סי' יו"ד דאינו מחויב לדון בחנם בכה"ג וממילא א"צ להזדקק כלל.

סימן ז

סעי' א' גר ה"ז פסול לדון לישראל בטויו"ד סימן רס"ט כתב אם מקבלו לדון כשר והוא מתוס' ורא"ש דמוקי למה דאיתא בסנהדרין הכל כשרין לד"מ לאתויי גר היינו בלא כפי' ואחרונים הקשו דא"כ אפילו פסול ליהוי כקיבל עליו קא"פ עיין ברכ"י ולפמ"ש לעיל סימן א' א"ש דנ"מ אם כשר כשבאו לפניו מחויב לדון אבל קרוב או פסול רשאי למנוע.

סעי' ג' ואפילו לא הביא שתי שערות במאזנים למשפט כתב אם מתנין עמו שישלם כשיטעה מחויב לשלם ולא נראה לי דלא גרע ממזיק וחובל כל שאין לקטן הנאה דפטור אפילו לאחר שהגדיל כדאיתא לקמן סימן צ"ו ס"ג ואפילו נתחייב בשטר וקנין אין מוציאין ממנו כדאיתא לקמן סימן רל"ה ס"ה.

סעי' ה' ש"ך סק"ה ובב"ח כתב דה"ה אם ראוהו בשבת ויו"ט אינם נעשים דיינים אע"ג דאינם אסורים רק מדרבנן ובגאון צבי כתב דז"א אלא לדעת הי"א שהביא הרב בסימן ה' סס"ב דבדיעבד בלילה נמי כשר וכ"מ בדברי הב"ח הביאו הש"ך בסק"ב דבלילה כשר בדיעבד אבל למאן דפוסל בלילה בדיעבד אין ראי' על שבת ויו"ט די"ל דבשבת ויו"ט הוה שם דיינין עליהם הואיל ואלו עברו ודנו בשעת ראייתן הדין דין עכ"ל ולע"ד אף למ"ד בלילה אם עברו ודנו דינו דין אין ראי' דבדאורייתא לא אמרינן הואיל אם עברו מהני חשוב ראוי וכמ"ש בגליון תוס' בשבת פרק כירה דף מ"ג מת"י גבי טבל מוכן הוא אצל שבת הואיל ואם עבר ותקנו מתוקן דלא אמרינן הואיל ואם עבר רק באיסור דרבנן.

סעי' ו' לפני דיין שקטן ממנו בברכ"י הביא מחלוקת הפוסקים אם לפני ב"ד של ג' הקטנים מחויב לילך ולע"ד להכריע דאם בהצטרפם גמירי יותר ממנו מחויב לילך לפניהם וע"ד שכתוב בד"ה א' י"א מן השלשה בשנים נכבד ויהי להם לשר ועד השלשה

לא בא עיי"ש פרש"י דגבורתו הי' כנגד השנים ולכלל גבורת השלשה לא בא ואמר עליו הכתוב בשנים נכבד ועד השלשה לא בא שאינו חשוב נגד שלשה כיון דבהצטרפם יש בהם מעלה יתירה ממנו.

סעי' ז' לדון למי שהוא אוהבו עיין ברכ"י אם רו"ש נתעצמו בדין ובירר ראובן אוהבו של שמעון אם שמעון יכול לפסלו והחו"י ס"ל דא"י לפסלו ויש שהוכיחו כן מהטור ולע"ד תליא במחלוקת שבסימן קע"א ס"י אם אמר לו טול אתה הגדול במתנה דלדיעה ראשונה י"ל אין רצונו לקבל מתנה אף דהנותן עושה לטובת עצמו וה"נ יכול שמעון לומר כיון שהוא אוהבי לא יראה לי חוב ואולי יזכנו בחנם ואף דראובן מקבלו עליו הוי כמתנה והטור ודאי ס"ל כהרא"ש שם דא"י לומר אין רצונו במתנה לכן ג"כ כאן אין שמעון יכול למחות בשו"ת דברי ריבות סימן ס"ח כתב בקצת מהקהל עשו הסכמה בשבועה שלא יקבלו שום רב זולת עפ"י ארבע אנשים פו"פ המשביעים אותם ואח"כ רצו קצת מהחתומים על ההסכמה להתיר שבועתם והנשארים מעידים שכולם קבלו הנאה מהארבעה אנשים הללו וא"א להתיר אלא מדעתם ופסק דנוגעים בעדותם ובכה"ג סגה"ט סימן ל"ז אות מ"ם כתב דמהרי"ט ח"א סי"ד חולק ועיינתי במהרי"ט דטעמו דכיון דליכא הנאת ממון לא חמיר מאוהב ושונא ולפ"ז פסול לדונו בענין זה אם מוכרח להיות בהסכמתו עמו ועיי' תוס' רפ"ב דגיטין ט"ו ע"ב בד"ה אני הוא עד שני נוטה כסברת ד"ר יותר ועיי"ש ברשב"א וריטב"א דבהדי אחר מצטרף להעיד ולא חשוב נוגע רק כשמעיד לבדו ובד"ג כע"ו הביא מהריב"ל ח"ג סימן קכ"א דכל שאין הנאות ממון ל"ח נוגע וכתב בד"ג ראי' ברורה דהוי נוגע מהא דשלשה שישבו לקיים את השטר יעיי"ש ותמהני כי מהריב"ל שם מביא ראי' זאת ודחאה והובא במהרי"ט חחו"מ סימן פ' ומהרי"ט דחאה באופן אחר ובחלק א' סימן י"ד כתב אהא דשלשה שישבו גם לפרש"י רק לכתחילה לא יחתום דמחזי כנוגעים.

סעי' ב' בני העיר שנגנב ס"ת שלהן בפחז"ה דמ"ג אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראי' מאנשי אותה העיר ופריך וליסלקו בי תרי ולדיינו והקשה מהר"ם הא לדין בעי שלשה ואי ר"ל מומחין בחד סגי ואי קאי לשמואל דשנים שדנו דיניהן דין אלא שנקראין ב"ד חצוף הא מ"מ חיצוף הוא ועוד לשמואל גם בחד סגי כמ"ש תוס' בפ"ק דסנהדרין ה' ע"ב.

ונלע"ד דפריך ליסלקו בי תרי ויהיו עדים ודיינים וקאי בין לשמואל ובין לדידן במומחין אבל ביחיד מומחה לא סגי אף דראה בעצמו ולא תהא שמיעה גדולה מראיה מ"מ יחיד מומחה לא מתכשר רק לדיין ולא לעד כמ"ש באס"ז ב"ק דף צדיק בשם הרשב"א לכן

צריך תרי ואף דאין עד נעשה דיין הא מבואר לעיל ס"ה אם ראה ביום נעשה דיין וא"ל דהכא הוי כראה בלילה דקודם שנסתלקו הוי פסולים לדון דזה ליתא דבשלמא כשראה בלילה פסול אז לדון ומ"מ נעשה עד על שעת ראי' ע"כ אח"כ אין עד נעשה דיין אבל כאן כשהיו נוגעין פסולין לעדות ג"כ וכשנסתלקו נעשים עדים ודיינים בב"א ולא תהא שמיעה גדולה מראי' וידיעה.

וי"ל דבכה"ג אף שראו בלילה כשהיו נוגעים כשנסתלקו אח"כ יכולים להיות דיינים ג"כ דל"ש לומר אין עד נעשה דיין דאזי לא הי' בגדר עד רק בע"ד אלא דזה תליא בשני טעמים שכתב באס"ז בב"ב שם בהא דמהני סלוק אף דאין תחלתו בכשרות דהראב"ד כתב משום דקודם סלוק לא הי' בגדר עד רק בע"ד אבל לטעם האחר משום דנוגע לא חשוב פסול רק נחשד לשקר וכשמסלק עצמו איגלאי למפרע דלא משקר ומעיקרא כשר הי' דלפ"ז בראה בלילה אין עד נעשה דיין וכן למ"ש הרמב"ן דמהני סלוק משום דמעולם לא הי' פסול לזה שמעיד לו עכשיו נמי י"ל כשראה בלילה אין עד נעשה דיין אבל כשראה ביום ודאי נעשה דיין וראי' לדברי ממ"ש המלחמות פרק שני דכתובות דף כ"א לענין אם ראו הדיינין בלילה עדים שחתמו על השטר דדעת הרז"ה שם דיש בו משום אין עד נעשה דיין לילא דקיום שטרות דרבנן והמלחמות השיג עליו כיון דבקיום שטרות מעיד בגודלו מה שראה בקוטנו לא נעשה עד בשעת ראי' רק מעיד בב"ד על ידיעתו עכשיו ממילא נעשה ג"כ דיין משא"כ במקום אחר בשעת ראי' נעשה עד כשראה בלילה ואז פסול לדון ושוב לא נעשה דיין עיש"ה וה"נ כאן ע"כ בשעת ראי' לא נעשה עד דהי' נוגע ותחלתו בפסול וע"כ צ"ל דקודם סלוק אינו בגדר עד רק בע"ד כמ"ש הראב"ד ועתה כשנסתלק נעשה עד על ידיעתו א"כ נעשה ג"כ דיין אף כשראה בלילה לראב"ד רק לשאר פוסקים הנ"ל לרמב"ן וסייעתי' עכ"פ כשראה ביום מהני דממ"נ לזה שהי' פסול לדון גם להעיד הי' פסול ולזה שכשר עתה לדון גם להעיד כשר והי' כשר לדונו גם מתחלה וכיון דנסתלק החשד איגלאי למפרע על הדין ועל העדות שכשר הי' ולתוס' שכתבו בב"ב שם דמהני סלוק אף דתחלתו בפסול משום דאינו פסול התלוי בגוף יש לצדד ג"כ אם ראה בלילה כשהי' נוגע יכול להיות דיין ביום כשנסתלק מכניעתו דגם פסול דיינות בלילה אינו פסול הגוף אלא דצ"ע דבשלמא פסול נגיעה בידם להסתלק מיד וליתכשר משא"כ פסול לילה.

ונחזור לענין דמש"ה מסתלקו תרי שיהיו ג"כ עדים ולשמואל דהפרכא קאי עליו במה דאמר שותפין מעידין זל"ז ע"י סלוק פריך כפשוטו דלדידי' שנים שדנו דיניהן דין ואי דנקראו ב"ד חציף הא מבואר בתוי"ט פ"ד דאבות משום דמחציפים פניהם נגד הבע"ד דידעו מי מחייבם אבל בשלשה אפשר נגמר הדין עפ"י רוב עיי"ש והכא ל"ש שנים

משלשה דאם יסתלקו שלשה ע"כ צריכים לידע כולם אותו עדות דאל"כ צריכים לעמוד שנים להעיד לפני השלישי ולפני בע"ד ותו פסולי לדיינים כדלעיל וע"כ כל השלשה עדים שזה גנב הס"ת ממילא ידע המתחייב שכולם חייבוהו ואמרו דס"ת אינו שלו דא"א לחייב זולת עדים וראי' ואין חוצפית בשנים יותר משלשה ואפילו יסתלקו חמשה ויעידו שנים מ"מ השנים שיעידו ע"כ מחציפין פניהם ואין מוסיפין חוצפה כשידיינו ג"כ דהעיקר תלוי בעדות ועוד עד הרואה לא חזי לי' זכותי' כדאיתא ר"פ ראוהו ב"ד וא"כ הדר הדין דגם לכתחלה א"צ יותר משנים לשמואל ולדידן במומחין אין חוצפה בשנים יותר מבשלשה כשנעשין עדים ודיינים,

ובזה י"ל מה דנאדו תוס' בב"ב שם ממ"ש בפרק בא סימן אהא דפריך וליסלקו בי תרי ולדייני משום בדיין ל"צ תחלתו וסופו בכשרות עיי"ש דעכצ"ל דכונת הגמרא דיהיו גם עדות דאל"כ או דצריך שלשה או דסגי בחד ומוכרח דגם בעדים מהני סלוק ועמ"ש ר"ש סימן ל"ו.

סעי' י"ב צד הנאה ברדב"ז ח"ג סי' תע"ב מקום שיש בה ארבע קהלות וקהל אחד מהם עשו הסכמה שלא יצא אחד מהם להתפלל חוץ לפי שהיו מחולקות בצדקות ובמסים ויצאו מקצתן להתפלל בקהל אחר גם מאותם שלא עשו הסכמה יצאו להתפלל באותו הקהל טובי העיר מהקהלה שלא עשו הסכמה יכולין לדון בין שתי הקהלות שאין נוגעין בדבר ועיי"ש דמשמע גם קהל שלא עשו הסכמה חשובי נוגעין משום דניחא להו יותר ברוב עם הדרת מלך אך אם מחמת איבה ושנאה מתפרדים יותר טוב שלא יתפללו יחד עיש"ה.

סימן ח

סעי' ד' פרנס על הציבור אסור לו לעשות מלאכה בפני שלשה בירושלמי פ"א דמגילה הדא איתא דרבי הי' מפרסם עצמו שני ימים בשנה רחץ בי"ז בתמוז ונוטע נטיעות בפורים ופירשו ק"ע ופ"מ עשה בפני רבים ול"ל דע"י פועלים עשה דא"כ מה פריך במגילה דף ה' ע"ב לימא רבי נמי במקום שנהגו איסור נטע והפועלים היו עכו"ם וקמ"ל דאין אסור במלאכה מדינא בפורים כיו"ט וחוה"מ רק מחמת מנהג ומותר ע"י עכו"ם כמ"ש מג"א סימן תרצ"ו סק"א אלא ודאי כפשוטו דבעצמו עשה ללמד דמותר במלאכה בפורים ומוכח דמותר לעשות מלאכה בפני רבים להראות הלכה למעשה.

סעי' ה' וכן אם הזיקו בממונו פטור ומבואר ברי"ו אפילו הי' יכול להציל בד"א וכ"כ הסמ"ע אמנם באס"ז ב"ק דף כ"ב מבואר דגם שליח ב"ד אינו פטור כשהי' יכול להציל ע"י ד"א וכ"כ בשב"י בשם הנ"י וכ"כ בשער משפט בשם ת"ח ונראה דהוי ס"ד.

סימן ט

סעי' א' צריך להחזירו בב"ח כתב משום כ"א דא"ר ל"ת אעל"מ וצ"ע לפמ"ש מהרי"ט בסימן ס"ט הובא בנה"מ סימן ר"ח דה"ד אם יתוקן האיסור במה דל"מ וא"כ בשוחד דמפורש הטעם כי השוחד יעור א"כ מה יתוקן כשיחזיר אחר שנפסק הדין ולכאורה י"ל לפמ"ש תוס' בע"ז דף ע"ב בד"ה ומאי דהיכא דמשיכה אינו קונה במקח אף בגזל נמי לא תקנה דלא דמיא למציאה ומתנה דקני כיון דליכא זוזי דבהתירא אתי לידי' אבל גזל דבאיסור אתי לידי' אי לא מהני משיכה במקח לא מהני אף בגזל עיי"ש וא"כ כיון דקיי"ל ד"ת מעות קונה לא משיכת ובמתנה דקונה משיכה כיון דליכא מעות היינו דבהיתרא אתי לידי' אבל בשחד דבאיסורא אתי לידי' אין משיכה קונה אמנם קשה דבפ"ק דתמורה דף ה' ע"ב סיד למ"ד כ"ע דא"ר ל"ת איע"מ ר"ק אינו יוצאת בדיינין ואמאי כיון דבאיסורא אתי לידי' לא ליקנו במשיכה ועכצ"ל כיון דשכר מעותיו נוטל א"כ כמו דמוכר חפץ קונה המעות בעד חפצו או דלוקח קונה החפץ בעד מעותיו ה"נ ברבית קונה באגר נטר וכן בשחד ליקני בעד טרחתו ועוד דסברת התוס' נראה כיון דבמקח מעות קונה הרי דעיקר תלוי שיקבל המוכר מחיר החפץ כיון שאינו רוצה ליתן בחנם ממילא בגזל דמחסר לגמרי רצון הנגזל ואינו רוצה להקנות בחנם אין משיכה קונה וא"כ בשוחד וריבית דנותן מדעתו שפיר קונה וצ"ל דבשוחד נמי יתוקן האיסור דכשיחזיר ובטלה הנאתו יפקח עיניו ויראה שטעה ומ"מ צריך עיון דהך מלתא דאעל"מ אינו ברור להלכה ואיך נוציא ממון וכמ"ש בשו"ת רע"א ז"ל סימן קכ"ט הובא בפ"ת לא"ע סימן ק"ח סק"ד ולא מבעיא לרמב"ם וש"ע דס"ל ת"כ א"מ מידו אלא גם לרא"ש וסייעתי' קשה דבתפיסה ברשות מודו דאין מוציאין והרי כאן הבעלים התפיסוהו ועוד דעביד לאחזיקי דיבורי' ולא יחזור כמ"ש בעה"ט שבש"ך לקמן סימן ל"ג סק"ט.

וכתב הב"ח דאם לקח בתורת שכר א"צ לאחזירו והקשה בשע"מ סק"ב דה"נ נימא אעל"מ כיון דעבר על מה אני בחנם ולע"ד י"ל כיון דהנותן אינו עובר דהא כתב אמת קנה כשלא מצא בחנם א"כ י"ל לפמ"ש בשו"ת בית אפרים דהיכי דא"ל כונה ל"ל אעל"מ דלא גרע מצורם אוזן בכור כיון דממילא נמי מהני כמ"ש תוס' פ"ק דתמורה ד' ע"ב בד"ה רבא וא"כ ה"נ א"ל כונת הנוטל דסגי בדעת אחרת מקנת אותו כמ"ש רשב"א בגיטין ד' כף

וראב"ד פרק חזקת ד' מ"א הובא בנמ"י שם והובאו בקצו"ח סימן ער"ה אמנם י"ל דכיון דאין דינו דין הוי נתינה בטעות ובשע"מ כתב כיון דרק מדרבנן אין דינו דין א"צ להחזיר וכמו בכתב לכהן אני חייב לך חמשה שקלים דאין בנו פדוי ומחויב ליתן ועיין בש"ך יו"ד סימן קי"ט ס"ק כ"ז ומ"מ יש לחלק דשאני הכא דגוף האיסור דאורייתא והנוטלו לבד עבר ומשום איסור דעבר איהו קנסו חכמים שלא יהא דינו דין ואם אתה אומר דא"צ להחזיר הוי טובי' חטא וזיגוד מינייד ושאני פדיון דלא עושה הכהן איסור יותר מאבי הבכור אדרבה רוצה הי' יותר במעות משטר והמניעה מאחי הבכור ועוד דמשמע מלשון הר"מ דאם מחזיר הממון דין זה ג"כ דין וא"כ העכבה ממנו משא"כ בפדיון אם יחזיר או לא יטול ודאי אינו פדוי ואין העכבה ממנו ועיין ירושלמי פרק מי שאחזו ה"ו אלא דבר"ן ספ"ב דקידושין מבואר דוקא אם חוזר ומעיד באותו עדות אחר שהחזיר עדותו קיימת ממילא ה"נ בדין ועוד הא נתן לו שכר שידונו וישאר השכר בידו ובזה האופן אין עכבה מן הדיין ובנתיבות סימן ל"ד סק"י הבין ג"כ מלשון הרמ"א שם דאם החזיר השכר מהני עדותו אפילו לא העיד מחדש אמנם הא דברי רמ"א הם מהר"ן ומבואר שם דוקא כשחוזר ומעיד.

סעי' ה' שכר לדון עקור האיסור בפרק עד כמה דף כ"ט ויליף לה עראה למדתי וכו' אף אתה בחנם וכן איתא בפרק אין בין העודר ומבואר שם דשכר פיסוק טעמי שרי דל"ה מן התורה ועיין יו"ד סימן רמ"ה דעל חידושי סופרים שרי למשקל שכר וא"כ הא מן התורה צריך סמוכין גם בהודאות והלואות ולפי דת דין שדנו אינו סמוך אינו דין ורק משום נע"ד ותק"ח אמרו שיהא דין וכמבואר בחידושי רמב"ן פז"ב ובחידושי ר"ן ריש סנהדרין ובש"ך לעיל ריש סימן ג' א"כ לפי ד"ה דיין שאינו סמוך אינו מצווה לדון ואין דינו דין מה"ת א"כ למה אסור ליטול שכר שוב מצאתי בנוב"י חא"ע סימן כ"ו דעת השואל בעד מיתה כיון דא"נ מה"ת שרי ליטול שכר להעיד והנוב"י סתר דבריו דא"כ למה סתמו הש"ע ופוסקים דאין ליטול שכר דיינות ועדות בזה"ז דליכא סמוכין ומ"מ לא ביאר הטעם והנה מוכרח הדין מכתובות דף ק"ה דפריך על קרנא היכי שקיל שכר והרי משמע דלא הי' סמוך מדלא נקרא רבי וכדאיתא בפ"ק דסנהדרין י"ג ע"ב דהנסמך קורין רבי וקרנא הי' בימי אמוראים דייני גולה קרנא ודייני א"י ר' אמי ור' אסי כדאיתא בפ"ק דסנהדרין די"ז ואז כל מוסמך רבי יתקרי וקשה דבב"ב פרק המוכר את הבית דף עיי"ן ע"ב משמע דקרנא תנא הי' מדאמר תנאי דתניא וכו' דייני גולה אמרי עיי"ש ומצאתי ביד מלאכי באות ד' עמד בזה והכריח דאמורא הי' וצ"ל דשאני פיסוק טעמי דעיקרו מד"ס משא"כ דין עיקרו מן התורה רק גברא לא חזי או משום דעכ"פ מחויב מן התורה משום

השבת אבדה כיון דעתה שתקנו חכמים מועיל הדין ועדות לא יגרע מקבלו פסול לעדות דחייב מדאורייתא משום השבת אבדה לבעלים כמ"ש נתיבות ריש סימן כ"ח.

ובשער משפט כאן נסתפק ביחיד וקבלוהו אי מותר ליטול שכר כיון דמדינא צריך שלשה רק בקבלוהו דן יחידי אבל אינו מחויב לקבל קבלת בע"ד והוי כפסול מן התורה והקשה מכתובות דף ק"ה דפריך על קרנא ושכר בטלה מי שרי והא תנן כל דיין שנוטל שכר לדון דיניו בטלים וא"כ מה דתניא מכוער הדיין שנוטל שכר לדון ע"כ באגר בטלה ולמה לא משני ביחיד וקבלוהו שדינו דין רק מכוער והניח בצ"ע ולע"ד ל"ק דא"כ גם מכוער אינו דמוכח היתרו לכל דל"ש מכוער רק בשכר בטלה דלא מוכח די"ל מלאכה לית לו בלא"ה ולא ניכר ההיתר ועוד הרי מבואר במלחמות פאד"מ דסתם דיינא הנזכר בגמרא היינו דייני דקביעי וגמיר וסביר א"כ מותר לו לדון יחידי בע"כ של בע"ד כדלעיל סימן ג' והש"ך בסימן כ"ה סקי"ד אות י"ב כתב על המלחמות די"ל דמיירי בלא גמיר וסביר אבל המעיין בלשון המלחמות יראה דדייק דלשון דיינא משמע דקביעי ודאי גמיר וסביר וכבר צווחו עליו מהר"י והתומים בזה והנה עתה דליכא מומחה לענין זה שידון ביחידי בע"כ וכמ"ש רמ"ה לעיל סימן ג' ס"ב א"כ בקבלוהו יש סמך ליטול שכר דל"ש בזה משום חיוב דהשבת אבדה כיון דאפשר בשלשה.

ולפמ"ש המבי"ט בקרית ספר ספ"א מה"ס ז"ל כל הנסמכין בא"י דנין ד"ק אפילו בח"ל דסנהדרין נוהגת בח"ל כדתנן התם וכן אפילו בלא סמיכה נראה דמדאורייתא דנין דייני ח"ל אפילו בדבר שאינו מצוי כדייני א"י דבזמן שאין סמיכה כולן שוין והכל הולך אחר החכמה עכ"ל הובא בשו"ת שדה הארץ הלכות דיינים א"כ בזה"ז הוי ד"ת לכן אסור ליטול שכר ולולא שנראה שהוא נגד דעת ראשונים נלע"ד שדבריו נעימים דהא בהמגרש דפ"ח ע"ב איתא ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם לפניהם ולא לפני נכרים ד"א לפניהם ולא לפני הדייוות א"כ לא מצינו רק כשיש סמוכים אמרה תורה לפניהם תשים ואין אתה רשאי לפני אחרים וגם לפני נכרים כשא"א להציל שלו לפני דייני ישראל כגון שמסרב מותר לילך לפני נכרים וגם לפמ"ש רמב"ן בפז"ב וחידושי ר"ן ריש סנהדרין דאסור כדי שלא ישתמש הדיוט בכתר סמוכין. ג"כ שייך דוקא כשיש סמוכין בעולם ול"ל כיון דנאסר במנין אף דבטל הטעם האיסור במקומו דבשלמא אי הוי כתוב שלא ידון הדיוט ולפני הדיוט ה"א הכי אבל לא כתיב רק לפניהם ודרשינן לפניהם ולא לפני הדיוט לא נאסר רק כשאפשר לפניהם וכמו כשנאסר לזמן וכלה הזמן דממילא מותר כמ"ש תוס' בפ"ק דביצה ד' ה' ד"ה כל וכ"ז בממון אלא שאינו מצוי נהי דלא אמרינן שלוחיתייהו עבדינן בדבר שאינו מצוי כשאין סמוכין בעולם ל"צ לשליחות אבל קנס דאינו חיוב

בעצם רק אשר ירשיעון אלקים והם עושים החיוב לא חדשה תורה רק בסמוכין דיש להם כח לעשות חיוב חדש לכן גם עתה אינו נוהג משא"כ ממונו דחיוב מצד עצמו וא"צ רק גילוי מלתא ולימוד רק בזמן שיש סמוכין נאסר לאחרים ולכן גזלות אף דלא שכיח דנין בזה"ז אמנם לפ"ז הן נסתר מחמתו מ"ש הפוסקים דבזה"ז אין דנין דבר דל"ש או דלית בו ח"כ לכן נראה דגם המבי"ט לא אמר רק דמדאורייתא דנין אבל מדרבנן לא וכ"כ בשדה הארץ שם ואפשר כיון דבזמן שהי' סמוכין נתון לזה דין קנס ונקרא בש"ס קנסא וכמ"ש סמ"ע לעיל סימן א' סק"ה עתה נמי שאין סמוכין כלל אין דנין דלא ליחלופו בקנס.

וא"ל דהמבי"ט ס"ל כמ"ש בכתובות ריש סימן א' דבאמת הוא מדאורייתא רק שנמסר לחכמים ולא עשו אותנו לשלוחים רק במקום דאיכא נע"ד דא"כ בדבר שאינו מצוי שלא עשו אותנו שלוחים מדאורייתא אין דנין ומ"ש הנתיבות תדע דמקבלים גרים בזה"ז וקידושיו קידושין י"ל לפמ"ש תוס' בקידושין דף ס"ב ע"ב בסד"ה גר בשם ר"נ אבל לתירץ ראשון דתוס' שם שפיר מוכח ואפשר נמי לתירץ ר"ב כיון דכתיב בגר לדורותיכם לדורות עולם ע"כ אפילו כשלא יהיו סמוכין וא"כ כיון דגמרא אמר משפט כתיב בו דצריך שלשה כמשפט ואמרה תורה לדורותיכם לא הוקש למחצה אלא לעולם שוה למשפט ומשפט לגר דבזמן שאין סמוכין גם במשפט סגי בהדיוטת ועיין טו"ז יו"ד סימן רס"ז סעיף מ"ם סוף ס"ק ט"ו.

משניהם בשוה לשון הרמב"ם פ"ג מה"ס ה"ה אם הי' עוסק במלאכתו ובאו לפניו שנים לדין ואמר להם תנו לי מי שיעשה תחתי עד שאדון לכם או תנו לי שכר בטלתי הר"ז מותר והוא שיהא הדבר ניכר שהוא שכר בטלה בלבד ולא יותר ויטול משניהם בשוה זה בפני זה ובב"ח שם כתב דיליף לה מכתובות דף ק"ה דר"ה אמר להו הבו לי גברא דדלי בחריקאי משמע שעם שניהם הי' מדבר יעיי"ש וצל"ע דבירושלמי פ"ק דסנהדרין איתא חד בר נש אזיל מידן קומי ר"ה א"ל אייתי לי ב"נ דיסוק תחותי לדיקלא ר"ה הוי רעי תורין והוה ידע סהדי לב"נ א"ל איתא סהיד עלי א"ל הב לי אגרי ותני כן נותנין לדיין שכר בטלו ולעד שכר עדותו ובהגמ"יי מביאו וגורס ולעד שכר בטלו והרי ר"ה לא דיבר רק עם אחד וחד ב"נ אזיל מידן וממנו ביקש שיעשה תחתיו ועוד ודאי לא שילם לו רק מי שביקש ממנו שיעיד לו דעליו מוטל לטפל להביא לו עדים וכדאיתא לקמן סימן כ"ח ס"ה וכן מבואר בנתיבות סימן ל"ד ס"ק כ"א דשכר בטלו מותר ליקח מבע"ד אחד ול"ח נוגע וא"כ כיון דתני נותנין לדיין שכר בטלו ולעד שכר וכו' משמע דבחדא מחתא מחתינהו ועוד לפי המסקנא בכתובות שם דשכר בטלו ל"ח שוחד למה יהא אסור ליטול מאחד לבד וקרנא דשקיל מתרווייהו י"ל משום דשניהם צריכין לשלם וכדלקמן

סימן י"ד ס"א דשני בע"ד יפרעו שכר השליח ואפשר דהיא הנותנת כיון דמדינא מוטל על שניהם לשלם בשוה א"כ כשיטול מאחד פחות מחבירו מחזי דזה שנותן יותר מתנה יהיב ושוחד הוא ולפ"ז דוקא כשבאין שני הבע"ד לפני דיין זה וכלשון הרמב"ם אבל אם רק אחד רוצה דוקא בדיין זה יכול השני לומר נלך לפני דיין שאינו עוסק במלאכה וידון בחנם דאז אפילו זה שיש לו מלאכה יותר חכם אינו יכול לגרום הפסד לבע"ד וכמ"ש לקרן בהג"ה סימן י"ד ס"א וכיון שהשני פטור מלשלם רשאי זה לשלם הכל אם רוצה דוקא בדיין זה ולא מתחזי כשוחד כיון דדינא הכי דעל זה לבד מוטל לשלם לכן בבבלי דשני בע"ד אתי לקמי' דר"ה אמר לשניהם הבו לי גברא דדלי בחריקאי וכה"ג מיירי הך דקרנא ובירושלמי דרק חד ב"נ אזיל מידן קמי ר"ה דיכול השני לומר נלך לפני דיין שאין לו עכשיו עסק ע"כ אמר ר"ה רק לזה אייתי לי גברא וכן זה שביקש ממנו שיעיד לו כיון דעליו לבד מוטל לטפל להביאו מדינא שזה לבד ישלם ולא מיחזי כשוחדא גם י"ל כיון דמדינא אינו שוחד לא גזרו חכז"ל איסור לענין ממון כמ"ש ה"ה הובא בש"ך יו"ד סימן קי"ט ס"ק ז"ך וכ"כ בקהלת יעקב בתוספת דרבנן אות פ' פדיון בהא דכתב לכהן חייב אני לך ה' שקלים דמחויב ליתן ואין בנו פדוי עיי"ש וה"נ בשלמא כשבאין שניהם לפני הדיין דמוטל על שניהם השכר בטלה אין הפסד לשום אחד כשיטול דוקא משניהם בשוה משא"כ כשאחד פטור מן הדין אם נגזור שלא יטול גם מהשני יפסיד הדיין שכר בטלו ואם לא ידונם אפשר יפסיד הבע"ד כשלא ידונו חכם כזה.

ולפ"ז אפשר ג"כ דאם אחד מהבע"ד מבקש להביא לו דיין ממרחק על הוצאות ולשלם לו שכר טרחא מכיסו לבד שרי כיון דמדינא בע"ד שני א"צ ליתן שכר די"ל נלך לפני דיין שבמקומינו והדיין אינו מחויב לילך בחנם כמו לילך ולראות בעדים כדלקמן סימן ל"ד סח"י בהג"ה ובתוי"ט פ"ד דבכורות מ"ו לא מיחזי כשוחד דמה דמשלם לו אחד בלבד דהוא לבדו מחויב דלא מיחזי כשמד רק כשאחד אינו מחויב יותר מהשני ומ"מ נותן יותר אולם נראה דגרע משכר בטלה דבשכר בטלה כשיטול רק מאחד לא נהנה הדיין כלום ממנו דבלא"ה הי' לו מלאכה משא"כ שכר טרחא מהנהו וכמ"ש הר"ן ספ"ב דקידושין כיון דשכר הבאה ומלוי שרי אף כשמקדשה בגוף אפר ומי חטאת אית לה הנאה מינייהו שאף היא נוטלת פרוטה ממי שצריך להן ונחמת טורח הבאתן ומלויין ע"כ וכן ביו"ד סימן ק"ס סכ"ג מיחשב כה"ג רבית וכן מחלק הנתיבות בסימן ל"ד בחידושים ס"ק כ"א **משניהם** בשוה שלשה שישבו לפשר או לדון ואינו נוטל שכר טרחא רק תשליש וכשנגמר תפסק בין הב"ד ובאו הבע"ד לומר להם הפסק ואינו נותן שכר הפסק רק אחד מהבע"ד י"ל דמותר דלא שייך חשש שחד דכבר נגמר הפסק וגם שחד מאוחר שכתוב

ברא"ש פז"ב סי"ז וברמ"א לקמן סל"ד סח"י שאסור לא שייך בזה דהבע"ד עדיין אינם יודעים מי נזדכה וליכא חשש שהשליש יהפך הפסק אחר שקבל שכר רק מן בע"ד אחד דהא שנים הנשארים יודעים איך נגמר הפסק והם לא נהנו ועיין לקמן סי' ס"ו סכ"א ואפשר כה"ג אפילו כל השלשה חולקים בהשכר מ"מ ליכא חשש דכיון דבע"ד עומדים לפניהם ירא השליש להפוך הפסק שמא לא יסכימו עמו השנים ויהא מוכחש משנים וכמו דלא אמרינן מגו במקום שנים אפילו הם פסולים דירא שיכחישוהו ועיין תומים בכללי מגו ס"ק ח"י.

סימן י

סעי' ד' דין של פרוטה בפ"ק דסנהדרין ד' ח' כקטן כגדול תשמעון אר"ל שתהא חביב עליך דין של פרוטה כדין של מאה מנה למאי הילכתא אילימא לעיונא ולמפסקי' פשיטא אלא לאקדומה והקשה מהרש"א בח"א ז"ל וקשה דאכתי מהיכא תיסק אדעתין להקדים דין של ק' כיון שבא לפניו קודם דין של פרוטה דפרוטה של העני ודאי שהיא שקולה כמו ק' מנה של העשיר ויש להשיב בזה לפי שהותר לדיין ליטול שכר בטלתו אבל מדין של פרוטה לא יוכל ליטול שכר בטלתו דא"כ לא יהיה הדין בפרוטה ואין נזקקין לפחות מש"פ גם אפשר שהפרוטה כולה לא תספיק לשכר בטלתו ושמא יאמר הדיין אקדים הדין של ק' מנה שאוכל ליטול ממנה שכר בטלתו ע"כ תזהיר עליו הכתוב דכקטן כגדול תשמעון שאם בא קודם לפניך הדין של פרוטה הקדימתו אף שלא תנוול עליו שכר עכ"ל הביאו במאמר קדושין סימן זה ותמוה הוא וכ' זה עדיף מהשבת אבדה דאם יש לו מלאכה שלו קודם וילפינן לה מאפס כי לא יהי' בך אביון כדאיתא בפרק אלו מציאות למ"ד ע"ב וכדלקמן סימן רס"ד ורס"ה וגם קושיתו אינו מכריח דנהי דפרוטה של עני שקולה כמאה מנה של עשיר אבל פרוטה של עשיר ודאי אינה שקולה כמאה מנה של עשיר והאי כקטן כגדול לא קאי על התובע רק על התביעה דבר קטן ודבר גדול וכן ת"א מלי זעירא ולפ"ז נראה דבזה"ז דנוטלין שכר לדון וכבר כתבו הפוסקים טעם לדבר לעיל סימן טית בתומים ונה"מ ושאר אחרונים י"ל גם כשקדם בעל הפרוטה יוכל לדחותו ולשמוע בעל המנה אם יש בזה לדיין הפסד דמוכח כגון שלא ימתין בעל המנה וכה"ג וחייו קודמין כדלקמן סימן רס"ד.

סימן יא

סעי' ד' והוא נותן שכר הסופר כתב יש"ש פ"י דב"ק סימן י"ד דשאר הוצאות שמוציא כדי לגבות חובו שהלך בעבורו או שלח אחר המעות אינו משלם אפילו כתב לו בכתב לשלם לו כל הוצאותיו הוי כאסמכתא וכ"כ הרא"ש בתשובה והטור הביאו בסימן ס"א עיי"ש וכ"כ הב"ח בסימן ס"א אבל הסמ"ע בסימן ס"א ס"ק י"ב כתב דל"ה אסמכתא כיון דלא גזים ובד"מ ג"כ כתב כיון דאינו קנס דאינו משלם רק מה שמפסידו ל"ה אסמכתא ודמי להא דתנן אם אוביר ולא אעבוד אשלם במיטבא דחייב לשלם ע"כ ולע"ד לא נעלם זה מיש"ש וב"ח ושאיה דמבואר בפרק א"נ בהך דאם אוביר דל"ה אסמכתא משום דהוא בידו וכתיב באס"ז שם ז"ל התם בידו ופושע הוא איכא דמקשו גבי אסמכתא בעלמא כגון דא"ל אם לא אפרע לך עד יום פלוני שדה זו שלך אפילו אפותיקו ליה היכי דידעינן דיכול לפרוע לאותו יום ולא פרעו נימא כיון דבידו הוא קני הא לאו שאלה דאע"ג דחזינן לו מעות מנא ידעינן שהם שלו שמא חייב למקום אחר והי' לו בו הפסד גדול אם לא יפרענו והלב יודע מרת נפשו וכו' הראב"ד וכ"כ הריטב"א שם בשמו מבואר דמה דל"ה אסמכתא באם אוביר כיון דבידו ופושע הוא לכן ל"ח גזים מת דמתחייב לשלם לחברו מה דמפסידו בפשיעתו אבל בפרעון ל"ה בידו וקצת אנוס הוא הוי אסמכתא גם אם מתחייב רק לשלם לחבירו מה דמפסיד על ידו מ"מ כיון דלאו בפשיעתו הוא חשוב חיוב בחנם הן אמת דתוס' בפא"נ דף ס"ו ע"ב בד"ה ואי אמר ס"ל דאם אמר א"ל אפרע ליום פלוני קני למגבא מיני' מה דהוי אסמכתא דחשוב כגזים דאין אדם רגיל למכור קרקעותיו כלל אבל אל"ה הוי בידו ולא גזים כמו אם אוביר אשלם במיטבא ולדבריהם נכונים דברי ד"מ וסמ"ע אבל לראב"ד וריטב"א אינו כן וכבר תמה הפנ"י בפא"ב דף ס"ו שם על התוס' דל"ד לאם אוביר והוא גברא דמרי' סייעי' דב"ד ראב"ד וא"כ י"ל בפשיטות שכן ג"כ דעת הרא"ש ומ"ש הסמ"ע דהוצאות עד כפל הוי גוזמא בד"מ לא ס"ל הכי דמה לי עד כפל או פחות סוף סוף לא נתחייב רק מה שיוציא ע"י שלא פרעו בזמנו ואם החוב סך מועט שכיח טובא שיעלו הוצאות שכר שליח וכדומה עד כפל ולמה לא יעלה זה על דעת הלוה כיון דנתחייב לשלם ההוצאות והמלוה לא ירצה להמתין מה איכפת לו בהוצאות שיחול על ראש לוה בסבתו שאינו פורע ומ"ש סמ"ע דכן משמע מתשובת רא"ש שבטור סי' ע"א סכ"ב כבר כתב רש"ל שם והובא בדרישה שם דמיירי במסרב ומוציא לכופו לדין וכ"כ הב"ח שם ולכן כיון דלראב"ד וריטב"א וישי"ש וב"ח ופנ"י חשוב אסמכתא אף דלסמ"ע וש"ך ס"ל דלא חשוב אסמכתא וכ"ד תוס' וברא"ש יש מקום לכל מר כדאית לי' צ"ע להוציא וכ"כ ריטב"א בפא"נ דף ס"ו ע"ב זמן דפרעון זוזי חשוב תנאי שאינו בידו

ומה שתמה ד"מ על רשב"א שהביא ב"י שם סימן ס"א שכתב בלוה שקיבל עליו ליתן למלוה כל הוצאה והפסד שיבוא לו מחמת עיכוב הפרעון ותבעו אח"כ שיפרע לו דמזומן לו ריוח ע"י המעות ולא פרעו והשיב שפטור וכתב הד"מ דודאי משום אסמכתא פטרו וקשה כיון שהפסיד על ידו לא גזים וכמו אם אוביר וב"ח יישבו ולא ראו ברשב"א עצמו והוא בח"ג סימן רכ"ז ומבואר שם דנעשה בקנין ובלא אסמכתא ופטרו משום דמניעת ריוח אינו בכלל הפסד ולא קיבל עליו לוה לשלם מניעת ריוח ושער משפט לקמן סימן ס"א סק"ב כיון בזה לכונת הרשב"א ולפ"ז צדק ג"כ השע"מ שם דאם קיבל עליו בפירש לשלם מניעת הריוח חייב דהא אם אוביר ולא אעבוד ג"כ רק מניעת ריוח אמנם בשאלה להרשב"א שם שאלוהו דיש אומרי' כיון שקיבל עליו בלא אסמכתא לשלם הפסידו גם זה חיוב והרשב"א השיב דלא נכלל זה בלשון הפסד משמע דלולא זאת הדין עם היש אומרים ולמה שתק לו הרשב"א מלהעמידו על האמת דאם קיבל בפירש מניעת ריוח חייב אפילו קיבל סתם ולא נעשה כקנין ובלא אסמכתא כמו באם אוביר ולא אעבוד דאין בו משום אסמכתא אלא ודאי ס"ל ג"כ כראב"ד וריטב"א דבאם אוביר הוי פושע משא"כ בפרעון לזמן כיון דהמעות להוצאה נתנה אפשר שהוא אנוס בזמן הפרעון וי"ל גם תוס' ורא"ש בפא"נ דף ס"ו ע"ב דמדמי תנאי אם לא פרענא לך ביום פלוני לאם אוביר דחשוב בידו היינו לפי ס"ד בקושייתם אבל לתירוצם דחשוב כמו גזים לפי שאין אדם רגיל למכור קרקעותיו כלל וגם מטלטלין אם מוכרח ליתנם בזול עיי"ש מה"ט גופא ל"ד תנאי דאם לא פרענא ליום פלוני לאם אוביר דכיון דשלא יהא לו מעות א"א לפרוע בזמנו רק אם ימכור קרקע או מטלטלין בזול כשלא ימצא קונים א"כ אינו פשיעה דהוי אנוס קצת ואין בידו להמציא לו מעות ביום פלוני בלא זלזול נכסי'.

סימן יב

סעי' א' בהג"ה שלא למחות משום שיש סכנה בדבר כתב הב"ח דתמוה דבספרי מפורש דאפילו איכא חשש הריגה והפסד כל ממונא חייב להזדקק ולשון הספרי ורמב"ם לא תגורו מפני איש שמא תאמר מתיירא אני מפני פלוני שמא יהרג את בני או שמא ידליק את גדישי או שמא מקצץ את נטיעותי ת"ל לא תגורו וי"ל למה נקט בחריגה בנו ולא עצמו כמו בממונו ואף דסתמא מיירי דמדיינו בע"כ דאל"כ אין מגור וא"כ הדיין חזק ממנו רק שלא בפניו אפשר ירע לו מ"מ גם הדיין תוקפו רק במושב ב"ד ויותר סברא שינקום ממנו וג"כ יותר רבותא לכן י"ל לפמ"ש רשב"ץ הובא בב"י א"ע סימן קל"ד אפילו הוציאו להריגה בנו שרחמיו עליו אם הוא לא יגרש אשתו וגרשת להציל בנו אין זה

גט מעושה כלל שאין העשוי אלא בגופו ועור בעד עור וכל אשר לאיש יתן בעד נפשו עכ"ל והב"י שם כתב תמוהני עליו האיך יעלה על הדעת שממון יהא חמור מחיי בנו ע"כ והכא בדיין דמשום פחד היזק ממונו כתיב לא תגורו ה"נ משום פחד הריגת בנו ל"ח אנוס אבל בהצלת עצמו חשוב אנוס ורחמנא פטרי' לכן בחשש מסירות דים סכנה לדיין עצמו בגופו פטור מלמחות אך מ"מ רחוק מסברא דהריגת בנו לא יחשבהו אנוס והוא פקוח נפש וכ"כ בריב"ש סימן שפ"ז והב"י ג"כ יסבור כן רק תמה דלא יעלה על הדעת שממון יהא חמור מחיי בנו ועוד מלשון רמ"א ביו"ד ס"ס של"ד משמע דגם משום חשש ממון אין למחות בע"ע וכן בסמ"ע כאן.

ובשו"ת שבו"י ח"א סימן קמ"ג כתב בשביל היזק ממון אין לו לדיין להסתלק מן הדין ולעבור על מצות ל"ת דלא תגורו ומ"ש הרמ"א בשם מהרי"ו ה"ד במ"ע דהוכח תוכיח וכמבואר חילוק זה ביו"ד סימן קנ"ז עיי"ש ולע"ד מדכתב הרמ"א דין זה כאן מיירי ודאי לענין סילוק הדיין ועוד בר"ן פרק לולב הגזול משמע דדוקא בל"ת אם צריך לעבור בקום ועשה יתן כל הון ביתו ולא יעבור וכ"כ החו"י הובא בפ"ת ליו"ד סימן שנ"ז וסימן קנ"ז בשם פרמ"ג וכאן כשלא ידון הוי שוא"ת ועוד תינח אם ודאי עובר על הל"ת אבל כאן אנו דנין אם נאמר לא תגורו כלל בהיזק ממון ודאי והעיקר נלע"ד דלא אמרה תורה שיפסיד הדיין ממונו מפני ממון הבע"ד דאין זה סברא כלל דמאי חזית ושלו קודם אלא דאמרה תורה לא תגורו דהמקום יהי' בעזרו דשליחי מצוה אין ניזוקין ודוקא אם לא שכיח היזקא וכדאיתא בפ"ק דפסחים דף חית וביומא דף י"א לכן עתה בעו"ה דשכיחי מסירות שפיר כתב מהרי"ו דהוא כתוא מכמר וכמ"ש הב"ח וכ"כ מהרשד"ם בסימן שע"ח דגם משום היזק ממון אם ברי היזקא רשאי להסתלק והביא ג"כ מפסחים ומשמע להדיא שם אם רק שכיח היזקא כהך דפסחים ואפילו כבר שמע ויודע להיכן הדין נוטה רשאי להסתלק והש"ך כאן רמז לעיין במהרשד"ם.

סעי' ב' מצוה בטור כתוב בפשרה או בדין והקשה ב"י דבגמרא איתא דאמר רב הלכה כריב"ק דאמר מצוה לבצוע איני והא ר"ה מתלמידי' דרב הוי ואמר אי דינא בעיתו אי פשרה בעיתו ולמה היפך הטור ולע"ד י"ל דבב"מ דף ק"ב ע"ב איתא דרב ור"ה מבי רב אמרו דתפוס לשון אחרון לכן כיון דמצוה בפשר אמרה באחרונה להראות דזה רצונו יותר ואנן קי"ל שם כר"נ דמספ"ל קמ"ל הטור דיכול לומר תחילה פשרה בעיתו ופותחין בשלום.

אחר שגמר בשו"ת רשב"א אלף קי"ג תשובה מרה"ג ז"ל פעמים שבאים שני בע"ד אחד חזק ואחד רך ואין החזק רוצה ליתן מה שהוא חייב והולך ותולה עצמו בשלטון ישמעאל

ואנו עושין פשרה ביניהם והשיב אתם יודעים דר"ש ב"מ דאמר משתשמע דבריהם ואתה יודע להיכן הדין נוטה אי אתה רשאי לומר לתם צאו ובצעו שנאמר ולפני התגלע הריב נטוש אבל יעלו אחרים ויפשרו ביניהם שלא במושב הדיינים תביאו ב"י ומחבר כאן נקט סופי' אבל אחר שאינו דיין והשמיט עיקר השאלה בגבר אלם ולענ"ד תוס' חולקים דבפ"ק דסנהדרין ד"ו ע"ב בד"ה נגמר הדין כתבו דכיון דנתברר אין להטעותו לעשות פשרה שאלמלי הי' יודע שאתברר דינו לזכות לא הי' מתרצה בפשרה בשום ענין ולרש"י דמיירי שאמרו איש פלוני אתה זכאי קשה מה ביצוע שייך אחר שנפסק הדין לגמרי ובדוחק י"ל שלא יטעו אותו לומר לו יראים אנו שמא טעינו בדין וכו' הרי דרק משום שלא להטעות הבע"ד אתי עלה וא"כ כשאין אומרים שמא טעינו ומפשרים משום דבע"ד אלם ל"ש זה ועוד למה נדחקו ולא תרצו כה"ג שהבע"ד אלם אלא ודאי ס"ל דכה"ג שרי לבצוע ומצאתי בת"ח תירץ כן דהחייב בע"ד קשה וסומך על אלמותו שלא יכופנו הדיין והדיין מפייס הרך שיתפשר כדי שלא ירדפנו הקשת אסור לפשר אלא צריך לכוף את החייב עיי"ש ומשמע שהדיין עושה לטובת עצמו שחושש אם יכוף את הקשה ירדפנו זה אסור דלא תגורו כתיב אחר שיודע הדין אסור להסתלק וה"נ הוי כמסתלק מלדונו אבל כשאין בידו לכופו כלל ועושה לטובת בע"ד רשאי וכבר כתב רמ"א לעיל ס"א דעכשיו אין למחות ועוד דרה"ג השיבם מדר"ש ב"א והרי"ף ורא"ש וכ"פ ובש"ע כאן לא פסקו כן אלא כשכבר אמרו איש פלוני אתה זכאי ולכאורה מה חילוק בין אמרו או לא כיון דיודעים הדין וצ"ל משום זילותא דב"ד שנראה שחוששין שטעו או כיון שהגידו א"י לחזור לומר שמא טעו או כמ"ש בנתיבות כיון דבע"ד יודע הדין כל מה שמגרעין מזכותו נראה אצלו כהטיית פשר א"כ כ"ז ל"ש אם עושין מפני שהבע"ד אלם ואינו ציית דמוכרחין לפשר לפי ראות שיתרצה האלם אלא דרה"ג דפוסק כר"ש ב"מ דגם כשלא אמרו הפסק אסורין לבצוע ע"כ לא מהנהו טעמי הוא ועוד לאיזה צורך האריך רה"ג בתשובתו להביא הפסוק דר"ש ב"מ גופא צ"ל מאין למדו אבל רה"ג די לו להביא גוף תדין ועוד דהשיבם אתם יודעים דר"ש ב"מ וא"כ ודאי ידעו כל הברייתא ומה נסתפק להם בכבר נתחייב דבזה לכ"ע אסור לפשר ומה חידש בתשובתו לפשוט להם אלא דנסתפקו די"ל משום דאסור להטעות הבע"ד ומאינך טעמי דל"ש בגבר אלם והשיב להם דמקרא ילפינן לה לא דרשינן טעמא דקרא כדקי"ל בב"מ דק"י ולקמן סימן ל"ז סי"ד לכן אין להקל מחמת חילוקי טעמים וא"כ כ"ז לרה"ג דתופס עיקר דברי ר"ש אבל אנן דקי"ל כת"ק והקרא דרשינן לענין אחר שם וא"כ מה דאמר ת"ק דנגמר הדין אסור לבצוע לאו מקרא יליף לה רק מסברא ושפיר כתבו תוס' טעם ממילא בגבר אלם דל"ש הנו מותר

וכיון דמתוס' בסנהדרין שם מוכח דלא ס"ל כרה"ג וכן מוכח בתוס' ב"ק דף ס"ט וכ"כ הרשב"א שם דכל האיסור רק שלא להטעות הבע"ד לומר לו שמא יזכה חבירו וזה ל"ש אם מפשרין מפני אלמותו וכן נראה לפי מה שפסק בש"ע כשיש שבועה מותר לפשר אלמא כשיש טעם מותר ועוד אם הפשר מחמת אלמותו הוי פשרה באונס ואפילו בקנין ולא מסר מודעא הפשרה בטלה כיון דכבר יודע הדין ומחמת שנתלה בשלטון הוכרח לפשר ואפילו נתן לו האלם זוזי לאחר הפשרה מ"מ כיון דהגיע לו יותר הוי כמתנה באונס כמ"ש בנתיבות לקמן סימן ר"ה ולפ"ז להש"ג שבש"ך סק"ו דפשרה מדעת בע"ד מותר ה"נ כיון דיכול לחזור כששמע אין הדיין מכריחו והברכ"י כתב דרה"ג חולק אש"ג מדלא נתן עצה זאת ול"ק לפמ"ש הנתיבות הטעם דפשרה שלא מדעתו הוי כהטיית דין שמגרעין מזכותו כיון שידע שהוא זכאי וא"כ לרה"ג דתופס דברי רשב"ם ליש זה וע"ב אפילו מדעת בע"ד אסור וא"כ לדידן דלא קי"ל כרשב"ם ליתא לדברי כה"ג ואפילו שלא מדעתם מותר לפשר כה"ג לכן השמיט בש"ע ראשית דברי רה"ג.

שם אבל אחר דבר זה הובא ביתה יוסף מאגודת ורה"ג והב"ח כתב שכ"כ תוס' פ"ק דסנהדרין ד"ו ע"ב וכתב הברכ"י דטעמו של ב"י שלא הזכיר דברי תוס' דקיימו אדר"א דס"ל אסור לבצוע לעולם ואהרן בצע אבל לדידן דמחלקינן בין קודם גמ"ד לאחר גמ"ד י"ל כיון דנגמר הדין גם לאחר אסור דהוי זילותא דב"ד ואהרן כי בצע במלתא דלא אתיא לפני מרע"ה א"כ משום דלר"א בר"י אסור למרע"ה לבצוע ליכא זלזול אבל לדידן דמצוה לדיין לפשר קודם גמ"ד והר"ז משובח יהא זלזול כשיפשר אחר אמנם בפסקי תוס' ואגודה דאחר רשאי לבצוע לעולם עכת"ד וק"ל דא"כ גם מאגודת ורה"ג ופסקי תוס' אין ראי' דהא ס"ל גם קודם שהגיד הפסק אסור לבצוע מיד שיודע הדין א"כ ל"ל משום זילותא דדיין אפילו כבר הגיד הפסק די"ל מיד ששמע הטענות ידע הדין והי' אסור לו לבצוע משא"כ לש"ע דפסק דכ"ז שלא הגיד הדין מצוה לבצוע איכא משום זילותא בין מה שלא נתקיימו דבריו בין מה שלא נתאמץ לבצוע קודם שתגיד הדין וצ"ל דס"ל דל"ש בזה זילותא וכן משמע בע"ש דכתב הטעם דצריך שיפשר שלא במושב ב"ד משום זילותא דב"ד משמע במק"א ליכא זילותא.

סעי' ז' בפשרת בב"ד יכולין לחזור כתב בשו"ת מהרש"ל ס"ס ד' דוקא כשחוזר מפשרה לדין אבל אם פוקר בדייני ישראל ואומר בפומבי שיש לו חרטה שירד לפני דייני ישראל ואומר אני אראה איך שיפסקו לי יהודים ודייני ישראל בזה נשאר הפשרה בע"כ דכה"ג לא אמרו חכמים שיכול לחזור ולעשות תקנתא לרשיעי עיי"ש נראה דס"ל דרק תק"ח הוא שיכול לחזור כשלא קני ואפשר משום דהוי כאסמכתא ומד"ת גם אסמכתא קניא

כמ"ש ב"ח בסימן ר"ז ועיין הגהות טו"ז לקמן סימן טו"ב סס"א דבדרבנן יש לסמוך אטעם אחד שכותב הפוסק לצירוף טעמים אחרים ועוד דמשמע מלשון רש"ל שם דעל טעם זה לבד יש לסמוך.

שם דפשרה צריכה קנין בפ"ק דסנהדרין ד"ו איתא ביצוע בג' דר"מ וחכ"א ביחיד אר"מ ש"מ פשרה אצ"ק דאס"ד צ"ק למ"ד בג' תיסגי בתרי וליקני והלכתא עשרה צ"ק וכתבו תוס' הא דלא סגי בתרי משום דלא בקיאי בפשרה שפיר והוי כמו קנין בטעות ובשו"ת רשב"א שבב"י הקשה דרשב"ג אמר יפה כח פשרה מבדין ששנים שעשו פשרה אין בע"ד יכולין לחזור הא בדין נמי אי קנו מידן א"י לחזור ובשע"מ כאן הרבת עוד בקושית ומכח זה הכריח דמיירי שקבלו קנין להתפשר ולא פרשו מי ומי יהיו הפשרנים דקנין ודאי מהני עיי"ש אמנם בחידושי ר"ן כתב דצריך שיקנו שפלוני ופלוני יפשרו והובא בנתיבות ולע"ד אין קושית שע"מ מכריחות די"ל לפמ"ש בתומים סימן קכ"ט סק"ה כי מהני קנין לסלק אסמכתא היינו בא"צ לקנין ומ"מ עביד קנין חזינן דמיתה כחו ומסתמא מקנה בלב שלם ומסלק אסמכתא אבל היכי דצריך בלא"ה קנין אין כאן יפוי כח ואינו מסלק אסמכתא עיי"ש וה"נ י"ל דפשרה דומה לאסמכתא דסמך בדעתו שלא יאמרו כל כך כדלקמן סי"ט ובתומים סק"ז אלא דקנין סגי באסמכתא כזו והיינו אם בלא"ה פשרה ביחיד מהני הקנין לסלק האסמכתא אבל אי מקשינן פשרה לדין וצריך ג' בלא קנין א"כ הקנין שיועילו שנים אפילו אל"ה אסמכתא ממילא ל"מ הקנין לסלק האסמכתא ושפיר מסיק והלכתא עשרה צ"ק ומ"מ לר"מ לא סגי בתרי דא"כ לא הי' מועיל הקנין לסלק האסמכתא ורשב"ג ה"נ קאמר יפה כח פשרה דסגי בשנים בלא תקנין דהא הקנין ע"כ משמש רק לסלק האסמכתא ונ"מ אי קבלו אחד לפשר ביניהם ועשו ת"כ או שבועה דמסלק אסמכתא כדלקמן בסימן ר"ז לסמ"ע שם ס"ק נ"ג דגם כשנשאל על השבועה מ"מ אהני לסלק האסמכתא וה"נ כיון דפשרה א"צ ג' גם בלא קנין אם נשבעו לקיים הפשרה ל"ח תו שאלה משא"כ בדין אם נשאל קודם גמ"ד יכולין לחזור ועיין נתיבות סימן נ"ה סק"ג.

ש"ך ופשרה שעשו בע"ד עצמן אצ"ק בשע"מ הקשה דהוי דוקא כשמוחל כמבואר במהר"ם וכנה"ג ושוב פקפק די"ל דגם הנתבע מתחייב דהוי כמכר וכ"כ בשו"ת ד"ח ח"א חחו"מ ס"ג כיון דמחילה אצ"ק שוב נתחייב שכנגדו בהחיוב נגד המחילה ושם ס"ה כתב דאפילו קי"ל אין לומר כנתיבות בזה דכתב דגם בפשרה שבין בע"ד בעצמם המתחייב יכול לחזור עיי"ש והפריז בזה כי רבים הם שכתבו כהנתיבות עיין פ"ת אמנם אם תפס אח"כ מהמתחייב אין להוציא מידו.

אבל אם קנו כתב בשו"ת גוא"י חחו"מ סימן קי"א כשהדיינים מתעצמים לפשר ואחד מבע"ד אינו רוצה בפשר ומקבלים קנין מהשני ואח"כ מרצים גם לזה לקבל קנין יכול הראשון לחזור בו כיון דהסודר אינו של הקונה ל"מ רק אם ניחא לו בשעה שקונין מהשני ומשום דזכות הוא לו וראייתו מלקמן סימן קצ"ה ס"ג וטו"ז סימן קפ"ד ס"ב ע"ש וצל"ע דלא משמע הכי ברדב"ז ח"ו סימן שני אלפים ס"ג הובא בפ"ת לא"ע סימן נו"ן סק"י דראובן רצה לשדך אשה וקנו מידו על התנאים ועל הקנס וכשבאו אצל הכלה לא נתרצית ולמחר נתרצית וקנו מידה וכשבאו אל החתן אמר כיון שלא רצתה באותו שעה אינו חפץ בה והשיב דהחתן פטור מהקנס שלא הי' דעתו בשעת קנין אלא אם תתרצה מיד עיי"ש ותיפוק לי' דכבר הדר סודר למרי' קודם שנתרצית וטעם הרדב"ז ל"ש כאן כיון דראה שהשני אינו רוצה ומ"מ קיבל קנין ע"כ ע"ד כן שיועיל אם יתרצה אח"כ וכאומר ע"מ שיאמר הן בא"ע סימן ל"ח ס"י וגם יש לשדות כרגא בטעם גוא"י דנהי דהשני אינו רוצה בפשרה היינו דאינו רוצה לקבל קנין לחייב עצמו שיהא מוכרח לקיים הפשרה א"ל תהא נאות לו אבל זה ודאי ניחא לו מה שהראשון נתחייב בקנין לוותר אצלו כפי הפשר דזה זכות הוא לו אלא דראשון לא קיבל קנין ע"ד כן שהוא יהא קשור בעשר וחבירו יהא לו הברירה רק באופן שיתרצה חבירו אח"כ ויקבל ג"כ קנין על הפשר וזה נתקיים אח"כ וזה זכות לשני מיד ומעולם לא אמר שאינו רוצה בקבלת קנין של הראשון ע"ד כן רק הוא אינו רוצה,

נתן שטר עליו היינו שנתן ליד בע"ד אבל ליד הב"ד או לפשרנים לא מהני אא"כ אמר לשליש זכה בשביל פלוני בע"ד אבל תן והילך ל"מ כדלקמן בסימן קכ"ה וכן בהך דלקמן סי"ג שיודע כבר סך הפשר צריך שיתן השטר לתובע לכן מה שמתפשרים בערכאות ובע"ד חותמים על כתב הפשר ונשאר בידי הערכי לא מהני ואפילו הערכי יש לו הרשאה מהתובע ואפילו אמר הנתבע לערבי זכה בכתב זה לתובע שלי וכמבואר לקמן סימן קכ"ג סי"ד דאין זכי' לעו"כ והרשאה בלא קנין אינו רק שליח ואין שליחות לעו"כ ובקנין פליגי שם וגם מעמ"ש ל"מ בעכו"ם כדלקמן סימן קכ"ו סכ"ב ואם השליש שטר ביד ב"ד או שליש שאם לא ירצה לקיים הפשר יתנו השטר לכשנגדו לא מהני גם זכי דלא עדיף מהשליש משכון ואמר שאם לא ירצה לקיים הפשר זכה במשכון לכשנגדו כמבואר בשו"ת רשב"א אלף ושלשים משום דהוה אסמכתא א"כ גם במעמ"ש לא מהני ואם השליש שטר שיכתבו בו סך הפשר שיחייבוהו ויתנו לכשנגדו והי' במע"ש או אמר זכה לפלוני לתומים סק"ז לא מהני דעכ"פ לא עדיף מנתן ליד בע"ד ולסמ"ע סקח"י מהני

כתב בשו"ת מהו"ח א"ז אם נתפשרו ע"ת שיתן המעות לז"פ ולא נתנה הפשרה בטלה ולא יכול השני לומר הריני כאלו התקבלתי בזמנו אע"ג דבפרק מי שאחזו משמע כל היכא דלא לצעורי' קמכוין יכול לומר הריני כאלו התקבלתי זהו דוקא מכאן ולהבא ולכך בהאי דנדרים יכול להתיר נדרו שלא עפ"י חכם אבל אמר קונם שאתה נהנה לי אם אין אתה נותן היום לבני כור חטין ועבר היום ולא נתן לו לא יוכל לומר הריני כאלו התקבלתי אתמול מדלא אשמעינן רבותא ועוד דהתם הטעם משום דלא איצטרך והכא אנן סהדי דאיצטרך ומה שאומר עתה הריני כאלו התקבלתי לאו משום דלא איצטרך אלא משום שתתקיים הפשרה וכיון דאיכא פלוגתא באונאה יתרה על שתות אם המאנה יכול לחזור עיין לקמן סימן רכ"ז ס"ד ה"נ החייב יכול לחזור ואין להוציא מידו כיון דכשנגדו הי' יכול לחזור עכת"ד ונ"ל דה"ד לשיטת רשב"א דאין מחילת תנאי מועיל רק בדבר שבממון משום די"ל הריני כאלו התקבלתי אבל ע"מ שאין לך נדרים והיו עלי' נדרים נתבטלו הקידושין מיד ול"מ מחילה וכמ"ש בחמ"ח בא"ע סימן ל"ח ס"ק מ"ו אבל להר"ן שם ובב"ש הביאו שם ג"כ דגם תנאי שאינו של ממון יכול לבטל והקידושין חלין למפרע כיון שלהנאתו התנה כונתו שאל יבוטל מיד אלא דוקא אם יקפיד כשישמע אז יבוטל ואם אז לא יקפיד לא יבטל הקידושין יעי"ש ה"נ בתנאי ממון ליתן לזמן ועברו כל זמן דלא שמענו שקפיד י"ל הריני כאלו התקבלתי ומ"ש הב"ש שם בתנא ממון אפילו אם הקפיד כששמע מהני מה שמוחל אח"כ אם מיירי לאחר שעבר הזמן הוי תשובה זאת סתירתו ועיין קצו"ח סימן רמ"ג סק"ב ונה"מ סימן רמ"א.

מעשה בא לפני ראובן תבע משמעון מאתיים ושמעון טען נגדו ונעשה פשרה שיתן שמעון לראובן מאה עד ארבע חדשים בכל חדש כ"ה זהובים ואם יעבור זמן אחד ישלם כל המאה מיד ועבר זמן ראשון והנה י"ל דמה שנתחייב לשלם הכל מיד אם יעבור הוי אסמכתא ול"מ קנין ושטר לזה רק לגוף החיוב על הסך מאה זהובים דאינו דרך קנס ותנאי אמנם ראובן מ"ל לא נתרצתי לוותר ולהמתין רק באופן זה לכך יקוב עתה הדין ביניהם ואם לפי הדין יגיע לראובן מאה זהובים וכ"ש יותר טענת ראובן טענה ומחויב לשלם כל המאה מיד ומ"מ אינו מחויב ליתן לו יותר כיון שנעשה הפשרה וכבר מחל לו ראובן היותר וכיון שזה נותן לו על כרחו המאה זהובים נשאר הפשרה וראי' לזה משו"ת ר"י מיגא"ש הובא ברכ"י יו"ד סימן ש"ה אות ח' אמנם אם לא נתברר עתה שיש ודאי לראובן ביד שמעון לפי הדין מאה ז"כ או יותר אין שמעון מחויב ליתן לו רק כל חדש כ"ה זהובים ודוקא אם מעצמו קיבל עליו עשרה זאת ליתן המאה כשיעבור זמן אחד אבל אם קיבל סתם בקנין להתחייב כאשר יאמרו הפשרנים והם עשו על אופן זה

מחויב לשלם המאה ז"כ מיד דהא בידם הי' מתחלה לחייב אותו כן ליתן מיד המאה זהובים ומעצמם הטילו תנאי זה ול"ל בזה כל דאי לא גמר ומקנה דלאו בדעת שמעון תליא וכשקיבל שמעון מעצמו הפשרה על אופן זה וטוען עתה כיון דראובן יכול לחזור מהפשר מחמת שאיני מקיים התנאי בנתינת המאה ז"כ מיד אחר שעברתי הזמן של הכ"ה זהובים גם אני יכול לחזור מכל הפשר תליא בפלוגתא הנ"ל שהבאתי מהר"ח א"ז ורשב"א ור"ן ויכול שמעון לומר קי"ל ועיין מהריב"ל ח"א סימן ק"ה.

סעי' ח' מחילה אצ"ק כתב רש"ל דאם אמר התובע שהי' בדעתו למחול לו רק עכשיו תובעו שרוצה להתנקם א"י לתבעו דמחילה בלב הוי מחילה ויפה השיג קצו"ח ממ"ש מהרי"ט דלא אזלינן בתר מחשבה רק כשיש אומדנא דמוכח אבל אכול עמי שאומר שהי' בדעתו למחול מהני דהוי כנתנו במתנה בשעת מעשה עכ"ל נתיבות ובענ"ד תליא במחלוקת ש"ך וסמ"ע בריש סימן רס"ט בממל"ח ולא אמר בפה דס"ל לש"ך שם דק"ח וכ"ד תוס' יו"ט בפ"ק דב"מ ול"ד למ"ש נתיבות באכול עמי דנתנו במתנה בשעת מעשה דשאני התם שלקח חבירו עפ"י דיבורו אבל במגבי' לא עשה שום מעשה ודיבור עם חבירו וסתמו לעצמו מגבי' רק מודה שבלבו לצורך חבירו הי' וקנה חבירו אמת דקצו"ח בסימן רס"ט חולק על הש"ך משום דברים שבלב ל"ה דברים אבל נתיבות שם הביא מחידושי רשב"א בקידושין ד' נו"ן דילפינן לכל התורה מתרומה דכתיב ונחשב ונטלית במחשבה דבכל מקום דברים שבלב אם אינו סותר לדברי פיו מהני לכן קשה לדחות דעת רש"ל מפני המהרי"ט ומפרט להוציא ובש"מ לנדרים פ"ק ד"ז בד"ה אין יד לצדקה ז"ל אם בדעתו הי' לצדקה למה לא נחייבנו משום נדיב לב דאמר בשבועות גמר בלבו אף שלא הוציא בשפתיו ושמא גמר בלבו פירושו שנתיישב בלבו לעשות הצדקה ולא יתחרט אבל כאן לא נתיישב עליו לבו כל כך הרא"ם ז"ל עכ"ל וא"כ ה"נ דוקא שנתיישב בלבו למחול ולא יתחרט ובתרומה כיון דע"כ צריך להפריש מהיכי תיתי יתחרט שו"ר בשבועות כ"ו ע"ב דאמר דלא גמרינן מתרומה דהוי ב"כ הבכ"א ולמ"ד מלמדין מ"מ חולין מקדשים לא גמרינן עיי"ש ח"ר וע"כ כונת ח"ר בקידושין מדלא פריך שם דנילף מתרומה למ"ד ב"כ הבכ"א מלמדין כדפריך בשבועות ותירוץ חולין מקדשים לא ס"ד שם בקידושין מדרצה ללמוד מיקריב ע"כ משום דדברי לבו לא מבטלין דברי פיו שאני מסברא והא דבשבועות אמר דאין מלמדין היינו שיהא קיום לדברים שבלב לבד שלא יוכל לחזור אבל כשיש דיבור או מעשה אהני דברים שבלב לבאר ולקיימן וליתא בחזרה משום הדיבור או המעשה דהדברים שבלב רק גילוי מלתא וא"כ מחילה בלב יכול לחזור וממל"ח מהני מחשבתו לחבירו.

סעי' י"א הפחיד במאזניים למשפט כתב דאם לוה אנס למלוה שיחזיר לו שט"ח של מאה בחמשים זהובים שיתן לו עתה אינו יכול לחזור כיון דאין אונאה לשטרות הוי כתלוית וזבין עיי"ש ונעלם ממנו מ"ש בש"ע לקמן סימן ר"ה ס"ד בכופהו ליתן לו בפחות משוי' גם בקרקע הוי כאנסותו ליתן ואינה מתנה.

סעי' י"ב ובנה זה קצת הב"ח וסמ"ע וטו"ז נתקשו דבסימן קנ"ז כתב דאפילו החזיק אחד סגי ומכח זה המציאו חלוקי דינים כל אחד לפי מה שפירש מהות תשובה זאת אמנם בשו"ת רשב"א ח"ג סימן ר"ב מבואר הנידון רו"ש היה להם בית ועלי' הבית לראובן והעלי' של שמעון ורצה שמעון להגביי העלי' וראובן מוחה בידו מלהכביד על ביתו וראובן רצת להרבות חלונות בבית ושמעון מוחה בידו וכמבואר לקמן סימן קס"ד ס"ו ופשרו בינם שזה יבנה ויחזיק וזה יבנה ויחזיק וקבלו והתחילו לבנות כל אחד בשלו ופסק דא"י לחזור שכבר קבלו והלך זה והחזיק וזה והחזיק ואין אחר חזקה כלום עכת"ד ויל"ד דהל"ל דחזקה קונה מאי כונתו באין אחר חזקה כלום ועוד דלכאורה סותר א"ע דבב"י וש"ע לקמן סימן ר"ג ס"י איתא תשובת רשב"א המחליף קרקע בקרקע כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו ולמה כתב כאן משום דעשו שניהם חזקה אמנם בשו"ת רשב"א ח"א סימן אלף רכ"ו מקור דין זה דסימן ר"ג ז"ל במחליף קרקע בקרקע כיון שהחזיק בשדה זו קנה חבירו בשדה השני ותדע לך מדאמרינן בריש פ"ק דב"ב רב אשי אמר כגון שהלך זה בתוך שלו והחזיק והלך זה בתוך שלו והחזיק ורגילין אנו לפרש דר"א בא לחדש וכל שנתרצו באותה חלוקה וקדם האחד והחזיק בפני חבירו באותו חלק גם השני קנה החלק השני ואין אלו חליפין גמירין אלא כעין דמים דקנה זה שדה ראובן בדמי שדהו שנתן לו וקרקע נקנה בכסף ובשוה כסף ושמא אף זה במקום שכותבין את השטר ואי נמי כאן הוי לי' כמוכר שדהו מפני רעתה לפי שכל אחד מהם רוצה בתוספת החילוף עכ"ל וביאור דבריו מ"ש ושמא אף זה היינו אף זה השני צריך להחזיק במקום שכותבין את השטר דאינו קונה בכסף בלא שטר ובחזקה ל"צ שטר כדלקמן סימן קצ"ב סט"ז דחזקתו של חבירו לא הוי נגד זה רק כנתן לו הכסף ובשו"ת רבצ"א סימן ח"י העתיק משו"ת רשב"א ושמא אף זה במקום שאין כותבין עכ"פ מספ"ל לרשב"א במקום דכותבין שטר אם צריך שיחזיקו שניהם ולכן בח"ג דהמעשה הי' שהחזיקו שניהם השיב מילתא דפסיקא שאין אחר חזקה כלום היינו אחר כסף צריך עוד שטר באתרא דכתבי שטרא משא"כ אחר חזקה אבל אם לא החזיק רק אחד אינו ברור אם לא צריך שטר ובסימן ר"ג בב"י באמת כתב נעיין בשו"ת רשב"א ובש"ע לא מיירי רק לענין דהוי קנין כשמחליף קרקע בקרקע אבל לענין שטר ובאתרא דכתבי שטרא לא מיירי דמ"מ נ"מ

דקנה למפרע או כשהתנו שיקנה בלא שטר עיין סימן קצ"א ולפ"ז כאן כשבנה זה קצת וזה קצת קנו בכ"מ אבל כשרק אחד עשה חזקה הוי ספק באתרא דכתבי שטרא וצ"ע אם נימא ארעא בחמ"ק או דנוקמוה אעיקר ד"ת דכסף לבד קונה ועיין לקמן סימן קע"ה סעיף מ"ב בסמ"ע שם ס"ק ע"ה ובש"ך ס"ק ל"ח נראה דחליפין ל"ח כמוכר שדהו מפני רעתה דאינו ניכר לכל שזה רע מפני שרוצה בתוספת החילוף דהרי שני זה יפה לו וא"כ עיקר במקום שכותבין שטר לא קנו בלא שטר עד שיחזיקו שניהם.

סעי' י"ד ונתפשר עמו עיין שו"ת שו"מ תליתאה ח"ג סימן ק"ס חלפן אחד לקח מעות מבעה"ב ואמר שאבדו וחבשוהו ונתפשרו במקצת אח"ז רב נמצא ביד עכו"ם המעות ואמר שראה יהודי טומן המעות בשדה ולקחו הוא ופסק שו"מ דהוי פשרת בטעות דאלו ידע ב"ה שימצא המעות לא הי' מוחל וגם הי' פשרה באונס דחשש בעל המעות שמא באמת אבד המעות וכדי שלא ישב בבית אסורים מחלו עיי"ש מ"ש דהוי פשרה בטעות אינו כיון דבאותו שעה אבוד הי' באמת מבעל המעות עכ"פ ועיין פ"ת מ"ש מבעל דג"מ וק"ו כאן דגם עתה אין ידוע אם ידע החלפן מהמעות בשעת פשרה וגם הטענת אונס אינו כלום דביד בעל המעות הי' להוציאו גם בלא פשר ומחילת שאר הממון ועוד כיון דאין האונס בגופו ולא בבנו ואביו לכ"ע ל"ח אונס כדאיתא בא"ע סימן קל"ד ס"ד בהג"ה אבל בל"ז הפשרה בטלה דבמה יקנה החלפן המעות כיון שלא היו ברשותו בשעת פשר דעדיין צווח דבאמת הי' אבוד ממנו ואפילו נאמר שהטמינו מ"מ אם השדה של אחר לא קנהו ואפילו בקנין דאין מטבע נקנה בחליפין וכ"מ שהמעות נמצא הוא של בעליו ואם טוען עכשיו החלפן שהי' ברשותו המעות בשעה שנתפשר אין אדם מע"ר כיון שאינו להחזיק ולפטור עצמו לכ"ע עיין הג"א פרק הגוזל עצים סח"י ועוד כיון שהטעהו החלפן לבעל המעות עיין פ"ת סימן רמ"א ס"ב סק"ג ולקמן בחו"מ סימן קכ"ו ס"י ובחידושי לקמן סי' צ"ב ובפ"ת לקמן סימן כ"ה ס"ק י"ג ועיין שו"מ תליתאה ח"ב סימן קי"ז הביא מתשב"ץ ח"ב ס"ב דאף דמחילה בטעות הוי מחילה היינו כשטעה מעצמו אבל אם הטעוהו אחרים ל"ה מחילה והשו"מ הקשה מכריתות דף כ"ד דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם זכת בו והרי חתם הטעות הי' ע"י עדים ולק"מ דיאוש ודאי הוי דכל יאוש ע"י הגזלן שאינו רוצה להחזיר ומ"מ כשבא אחר יאוש ליד אחר זוכה בו אבל גזלן עצמו כיון דבא לידו לפני יאוש אינו זוכה וה"נ במחילה לזה שכבר הוא בידו אם בערמתו הטעהו בעצמו או ע"י אחרים ל"מ יאוש ועיין בהגהות טו"ז לקמן סימן קס"ג ס"ג ובהג"א פרק איזהו נשך סימן ל"ב.

סימן יג

סעי' א ברצון הבע"ד בפ"ת סק"ב ז"ל בתשובת נוב"י ס"ב וכו' שאפילו בעשרה אם הוא בזה בורר לו ב' וזבל"ב והתנו בהדיא שילכו אחר הרוב אזי יכולין לברור החמישי בלי רצון הבע"ד מאחר שהתנו שילכו אחר הרוב הפשרה הוא כדין ועדיין הדבר צ"ת אמנם כ"ז לענין לברור לתם מכריע אבל אם רוצים לשאול הדין לאחר בודאי דא"צ רצון הבע"ד כמבואר בסימן ח"י ס"א בהג"ה דלא כסמ"ע בסימן זה ס"ק י"ט שכתב עמ"ש בהג"ה ס"ו ויכולין לשאול למי שירצו שנלמד זה מדין הנזכר בס"ס זה דהמבוררין בוררין השלישי הטוב בעיניהם דלפ"ז היכא שאינם יכולים לברור ג"כ אינם יכולים לשאול למי שירצו והא ליתא דבהגה"ה דסימן י"ח הנ"ל מבואר להדיא דאף דאין בידם לקחת מכריע מ"מ השאלה חפשי להם לשאול למי שירצו עכ"ד ע"ש וכתב בפ"ת ואיני מבין דלכאורה מדברי הרמ"א הנזכר הוא סתירה ג"כ לדבריו במ"ש מאחר שהתנו שילכו אחר הרוב שוב הפשרה הוא כדין ויכולין לברור החמישי בלי רשיון הבע"ד והרי בהג"ה הנ"ל מבואר להדיא ואם אמרו הקהל שילכו אחר הרוב והם שקולים א"א שיבאו אחרים ע"ש וצ"ע עכ"ל.

ולע"ד דשאני היכא דכל בע"ד בירר רק בוררים שלו אין כאן הוכחה שאינם רוצים בחמישי שלא מדעתם כי מה שלא בררו החמישי ג"כ כמו הארבעה הוא דלא בררו רק כל אחד מי שיהפך בזכותו לבד והממוצע לשניהם לא קפדי מתחלה מי שיהי' והניחו אותו על רצון הבוררים משא"כ הך דלקמן סימן ח"י דהקהל כולם גם יחד ביררו כל הארבע נבררים וא"כ כולם ממוצעים ואם איתא דרוצים בחמישי למה לא בררוהו ג"כ ביחד כמו הארבעה.

אמנם גם קושית נו"ב על הסמ"ע י"ל דלא קאמר הסמ"ע דתליא דין שאלה בבירה רק כמו היכא דלא גילו הבע"ד מתחלה על השלישי שלא יהא רק מדעתם א"צ רצונם כשכבר טענו או כתבו דא"י לחזור ה"נ יכולים לשאול הדין למי שירצו הדיינים וא"צ רצון הבע"ד אם ליכא גלוי דעת מתחלה מהבע"ד דקפדי בהכי ולקמן בסימן י"ח דעל ברירת החמישי יש הוכחה דקפדי בע"ד מבלא בררו רק ארבעה אבל על השאלה ליכא הוכחה דלא ידעו אם יצטרכו לשאול ואפילו ידעו מ"מ הם לא בררו רק מי שיקבל טענתם ויעיינו בדינם ויציעו לפני איזה חכם תוכן הדברים וכל הארבעה יסמכו עליו.

סעי' ו לפני הדיינין ובתומים הקשה מלקמן סימן קכ"ד דבנשים יקרות ות"ח שולחים להם סופרי הדיינין לשמוע טענתם והב"ד עוסקים ובמאזנים למשפט כתב דלק"מ דודאי מי שהוא שלוחו של ב"ד הרי הוא כב"ד עצמו כמו דאנן שלוחי ב"ד דעבדינן שליחותייהו

דקמאי ושלוחו של אדם כמותו וא"כ התם ששולחין סופרי הדיינין בשליחות ב"ד הוי כאלו ב"ד קבלו הטענות עכ"ל ואין זה כלום דמה זה ראי' מדעבדינן שליחותייהו לפסוק הדין ג"כ ע"כ אנן דיינין ולפנינו טוענין משא"כ לקמן סימן קכ"ד דסופרי הדיינין אין פוסקין הדין ועל השמועה דהוא מידי דממילא לא הוי שליח כמותו כמ"ש הרא"ש בנדרים ע"ב ע"ב.

סעי' ז' עשרה וכו' עשרה שכתבו ס"ת ונתנוהו לביהכ"נ ועשו כתב ביניהם שבאם יסכימו הרוב מהחתומים על הכתב לשנות מקום הס"ת ולהוציאו למקום אחר הרשות בידם ועתה מתו ג' מהם והנשארים התאספו והסכימו ארבע להוציאו למק"א ושלשה מעכבים עיין בספר משפט שלו' סימן רל"א בקונטרס תק"ע נשאל בזה ולא תעלה להלכה ולע"ד כיון דיש ספק במשמעות לשון הכתב אם הכונה דוקא מכל החתומים היינו ששה או אם ישארו שבעה ילכו ג"כ אחר רוב מהנשארים לכן י"ל יד בעהש"ט עה"ת כדלקמן סימן מ"ב ובלאו תנאי זה שכתבו הל"ל דישתמשו בזמנים מחולקים כדלקמן סימן קע"א ס"ח והתנאי שבא לשנות מוקמונין ספקו על עיקר דינו לכן אם הארבע רוצים לשנותו למקום אחר לחלוטין יכולים השלשה לעכב ולומר תשתמשו בו אתם או באי כוחכם ד' חדשים ואנו ג"ח אבל אם הארבע רוצים בכך והשלשה אינם רוצים הדין עם הארבע אך ציבור שבאותו ביהכ"נ יכולים לעכב מלהוציא הס"ת כיון שנתנוהו להם רק התנו שאם הסכימו הרוב מהחתומים להוציאו הרשות בידם א"כ י"ל אפילו אם יסכימו עתה כל השבעה להוציאו ל"מ דלא חשוב רוב דדוקא אם המיעוט מתווכחים עמהם אזלינן בתר הרוב משא"כ כשמסתלקים או אומרים א"י כמבואר הכא והי' אפשר לומר דדוקא הכא שפרשו שא"ל יסכימו לדעת אחר ילכו אחר הרוב לכן צריך שיאמרו כולם דעתם רק לא יסכימו לדעה אחת משא"כ כאן שאמרו שאם יסכימו הרוב הרשות להוציאו א"צ שהמועט יאמרו להיפוך אך מהרמ"א שבסימן י"ח ס"א משמע דלא מחלק בזה וא"כ בני ביהכ"נ מוחזקים וי"ל קי"ל כמבואר בש"ע פה אפילו כל העשרה קיימים ושלשה אומרים א"י כ"ש מתו דלכ"ע לא חשיבו הנשארים רוב כמבואר ברמ"א וסמ"ע לקמן סימן ח"י ס"ד ובע"ש כאן ה"כ שמא הקפידו דוקא כשיסכימו רוב מהחתומים מתוך כל העשרה.

סימן יד

סעי' א' התובע צריך לילך אחר הנתבע אם הוא בעיר אחרת בשו"ת שו"מ ח"ג סי"ח פסק בטראט שנכתב שהפרעון יהא במקום המלוה צריך הלוה לילך שם לדון ולע"ד אינו

דא"כ כל מלוה יכוף ללוה הדד בעיר אחרת שיבא לדון בעיר המלוה דהא מחויב לתבוא הפרעון לבית המלוה כמ"ש הב"ח בחו"מ סימן ק"כ וכן משמע להדיא בש"ג פ"ק דמכות דמלוה יכול לכוף ללוה להביא לו המעות למקום דירת המלוה כיון שהלואה נעשית שם וכ"כ מהרי"ק שי"ז הובא בשע"מ סימן ע"ג סק"י דאם המלוה דר במקום אחר צריך הלוה להוליכו אחריו דאומדנא דמוכח בודאי לא נתכוון המלוה שיצטרך ללכת אחריו וע"כ גם כשנשבע אם המלוה בעיר שהי' תחלה חייב גם מצד השבועה להוליכו אחריו אבל אם זולת השבועה לא הי' חייב גם איסור שבועה ליכא עיי"ש וממילא מוכח נמי דכשהיו הלוה והמלוה דרין בעיר אחד בשעת הלואה ואח"כ עקר הלוה דירתו מחויב להוליך הפרעון לעיר המלוה מדכתב מהרי"ק שם והרמ"א בסימן ע"ג ס"ח בכה"ג דיש חיוב שבועה על הלוה להוליך הפרעון למלוה כיון דמלוה נשאר במקום שהי' דר תחלה וא"כ לשונו הל"ל דאם יש למלוה דו"ד עם הלוה יכוף ללוה לדון עמו בעיר המלוה כיון דמחויב להוליך אחריו הפרעון וזה ודאי ליתא וכמבואר בשו"ת מבי"ט בסימן שג"ם דאפילו יש למלוה ראי' אין המלוה יכול לכוף ללוה שבעיר אחרת שיבא לדון עמו בעירו אפילו יש בעירו ב"ד גדול יותר וכן מוכח ממ"ש הרמ"א לקמן בסימן ע"ג סוף ס"י מי שהי' דר בעיר עם המלוה ויצא משם והניח ממונו בעיר שיצא משם יכולים התובעים לכופו לדון עמהם בעירם שלא יהא כאו"א לוה והולך למדה"י ועיי"ש בתומים דוקא כשהרחיק נדוד וי"ל קרקע במקום המלוה וכ"ז משום נע"ד וכמ"ש בשו"ת הרשב"א ואם איתא ת"ל כיון דצריך לפרוע במקום המלוה צריך לילך שם לדון עמו ומ"ש בשו"מ דמה שהתובע צריך לילך אחר הנתבע היינו כשאין למלוה עדים וראי' עיי"ש זה ליתא דכה"ג גם כשהמלוה רוצה לילך למקום אחר לדון א"י לכוף ללוה וברמ"א כאן משמע דלעולם צריך לילך אחר הנתבע ואשתמיטתי' לשו"מ דברי מבי"ט הנ"ל גם תשובת הרשב"א סימן אלף קמ"ט הנ"ל שכתב דאם הלוה יצא לדור במקום אחר יכולין הב"ד לכופו שיבוא לדון עם המלוה בעירו כיון שהניח קרקעות במקום המלוה ואם אינו רוצה לבא מחליטין נכסיו למלוה עיי"ש וע"כ מיירי בשטר מקוים מדמחליטין נכסיו ומ"מ דוקא כשיש קרקעותיו במקום המלוה ומשום שלא יהא כאו"א נוטל מעותיו של חבירו והולך ויושב במדה"י וא"כ כשהלוה לא יצא למקום אחר ולא הרחיק נדוד או אין לו קרקע במקום המלוה אין לכופו לדון עם המלוה בעיר המלוה אף בשטר מקוים ויש ממש בטענותיו ומ"ש עוד בשו"מ טעם דכמו אם כתוב בשטר בבל מגבהו מעות בבל כיון דכתוב בו בבל חזינן דקיבל על עצמו לפרוע במעות בבל ה"כ דכתב הפרעון יהא במקום המלוה ודאי קיבל על עצמו שידון עמו שם במקום שמגיע הפרעון עיי"ש אינו ענין זה לזה כלל דכיון דכתוב בבל

הרי נעשית בבבל ודאי ממטבע בבל הלוהו וגם בלא כתוב בו כלל מ"מ אם ידוע המקום שהלוהו צרין לפורעו מאותו מעות וכדאיתא לקמן סימן מ"ב סי"ד עיי"ש בהג"ה ובאה"ג ואם כדברי השו"מ דמדמה זה לזה ה"כ נימא דיכוף המלוה ללוה לבא לדון עמו במקום הכתוב בשטר או במקום שנעשה הלואה וכבר מוכח מתשובת הרשב"א הנ"ל דאינו כן גם מ"ש השו"מ דהך דמהרי"ק שהביא רמ"א כאן לא מיירי במלוה ולוה דעבד לוה לאיש מלוה ליתא ג"כ דברמ"א סימן ע"ג סוף ס"י מוכח דגם מלוה צריך לילך אחר הלוה וכ"כ במבי"ט הנ"ל.

ובשו"ת מהרי"ך חחו"מ סימן א' כתב משפט הטראשי השילום מחויב להיות ביום הנגבל וכי יהי' להלוה דבר נגד חיוב הפרעון מחויב להניח המעות בטרם יקריב את משפטו נגד הטרנשי ומקום המשפט הוא מקום השילום הנקבע בטראטי והלוה עם חתימתו נוטל עליו לעשות ככל חוקי הטראו ומשפטם ואף דמבואר בנו"ב סימן ס"א דלא מהני מה שמקבלים עליהם לדון בדיני עכו"ם הכא לא שייך זאת כמו שאמרו בגיטין דף פ"ד ע"ב כי אמרינן מהנה עמש"ב ת"ב כגון שכו"ע דודאי קעקר אבל הכא מי קאמר לה לא סגיא דלא אכלה לא תיכול ולא תגרש ה"נ בשעת חתימה אינו עוקר בודאי הד"ת ועוד דבאמת ע"י מה שקבל עליו חוקי הטראטין גם הב"ד מחויבים לעסוק כן מבלי נגרע ממנו דבר והוא דינא דמלכותא דינא עכת"ד הנה מ"ש ראי' מגיטין אינה ראי' דשם אינה מחויבת לעבור רק המעשה גירושין בטל כיון דאינה נק קונות התנאי אבל הכא איך יועיל החיוב לעבור על ד"ת ובשו"ת הרא"ש שבטוח"מ לקמן ריש סימן ס"ז מבואר דאם כתב בשטר ש שיוכל המלוה לגבות בכל צד בין בדרכים הדתיים בין בדרכים שאינם דתיים הרי הוא מתנה עמש"ב ועיין טו"ז לקמן סימן כ"ו ובשו"ת ר"ן שאלה ע"ג הי' דעת השואל לומר דליכא בזה משום מתנה עמש"ב דלאו ודאי עקר כההיא דגיטין ודחה הר"ן התם אינן עוברין על ד"ת ככל אבל כאן א"ל יפרע חובו והמלוה מביאו בערכאות שלהם נמצא עובר על לפניהם ולא לפני נכרים ובשו"ת הרא"ש כלל ל"ג ס"א כתב המהנה בכתובה שלא ישא אשה אחרת עלי' אינו מתנה עמש"ב לפי שאינו ודאי עוקר דשמא תלד ואף אם לא תלד יכול לגרשה ולישא אחרת דלא מיקרי מתנה עמש"ב אלא היכא דבשעת תנאו ידוע שעוקר דבר מן התורה כגון ע"מ שאין לך עלי שכו"ע וע"מ שלא השמיטנו שביעית ובקו"א להפלאה סימן קי"ח סי"ד הקשה הא לא קי"ל כשמואל בב"מ דף נו"ן גבי ע"מ שאין לך עלי אונאה ואפילו לא ודאי עקר חשוב מתנה עמש"ב וגבי שמיטה נמי לא ודאי עקר דשמא יפרע קודם שמיטה עתוס' מכות ג' ע"ב בד"ס ושמואל עיי"ש ולע"ד כיון דאין צורך ונ"מ בתנאי רק אם לא יפרע לפני שמיטה וכן באונאה אין נ"מ

בתנאי רק אם יש בו אונאה ע"כ ס"ל לרב דחשוב ודאי עקר דכונת ותכלית התנאי רק לעקור מ"ש בתורה ושמואל הוא דס"ל דג"ז ל"ת ודאי עקר משא"כ בתנאי שלא ישא עלי' נ"מ בתנאי גם כשתלד ואין כונת ותכלית התנאי לעקור ודאי ויש מקום לתנאי לחול ולא יעקור ד"ת לכך חל אף דאח"כ עוקר ובגיטין פ"ד ע"ב נמי נ"מ בתנאי כשלא תעקור הד"ת שלא תאכל ולא תתגרש וא"כ ה"נ דאין נ"מ רק כשלא יפרע חשוב ודאי עקר ועוד דידוע לפי נימוסיהם אין רשות לב"ד ישראל לכוף לד"י בדיני ממונות כלל ואיך נאמר שהלוה קיבל עליו שיכופו אותו הב"ד שלנו שבמקום המלוה לדון בפניהם מחמת שנתן טראט ונתחייב לילך בנימוסיהם ועוד מהיכי תיתי נאמר שנתחייב שידונו לו בנימוסיהם אם ירצה לציית ד"ת כל עיקרו של טראט הוא שאם לא יציית לד"י יכופו בערכאותיתם ואז יוכרח למשפטיהם וכמ"ש בשו"ת הרא"ש כלל ח"י ס"ד ומביאו ב"י לקמן סימן כ"ו ועוד לא אזלינן בהר גילוי דעת ואומדנא כל שלא פירש בפירוש היכא שהוא לבטל ד"ת עיין שו"ת ד"ח ח"ר חחו"מ סימן ל"ח וסמ"ע סימן רמ"ז סק"ד ועוד לא ראיתי ולא שמעתי שכשיבוא לפני ב"ד ישראל ויטעון הלוה פרעתי ויש לו מגו דמזויף או יאמר יש לי עדים שפרעתי וכה"ג שיוכרח הלוה להניח המעות טרם יצא המשפט כמו שעושים בדא"ה ועכצ"ל לפמ"ש הש"ך לקמן סימן ע"ה בשם רד"ך מי שיש לו דין על חבירו והנתבע מוחזק אין אומרים להוציאו ולהניחו ביד שליש ואח"כ ידונו דכל מלתא דעל"ג לא מטרחינן ב"ד עיי"ש משמע דיש תועלת לתובע להשליש קודם מדבקש זה ושורת הדין הי' נותן כן וכמ"ש באורים שם דמודה החוב רק אומר יש לי בידך כנגדו ומ"מ משום טרחת ב"ד אין עושין כן דאל"כ לא צריך טעמא דטרחת ב"ד ונ"ל ראי' לזה מב"מ פרק המקבל דק"י ההיא שטרא דהוה כתוב בי' שנין סתמא מלוה אומר שלש ולוה אומר ב' קדים מלוה אכלינהו לפרי ר"כ אמר פירות בחזקת אוכליהן והא קיי"ל קרקע בחזקת בעלי' התם מלתא דלא עבידא לאגלויי הכא על"ג ואטרוחי ב"ד תרי זימני לא מטרחינן עיי"ש פרש"י הרי דלולא דשל"ג הדין להוציא ודאי תועלת גדול לבעל הקרקע שלא ימתין כמה שנים וכשימותו העדים ולא יהא אפשר להתברר יוציא הפירות וזה שוה ממון כמבואר פ"ק דמכות דף ג' אומדין כמה אדם רוצה ליתן ויהיו בידו אלף זוז בין נותנין מכאן ועד שלשים יום בין נותנין מכאן ועד עשר שנים ול"ל דהתם דוקא משום דתרי זימני לא מטרחינן ב"ד בהדי אבל להוציא שיניח ביד ב"ד דהוי רק טרחא דחד זימנא מטרחינן דמ"ש ועוד דהא ברא"ש שם לא כתב רק אטרוחי לב"ד בכדי לא מטרחינן וכ"כ הטור לקמן סימן שי"ז ס"ב ואם דוקא תרי זימני הו"ל לכתוב לשון הגמרא ואפשר לומר מה דדייק הגמרא תרי זימני משום דאפשר ימצא בעל הקרקע ב"ד שירצו להזדקק

לו ולמחול על טרחם ור"כ דאמר פירות בחזקת אוכליהן משמע דאין אופן להוציא לכן אמר דהוה אטרוחי תרי זימני ונהי דב"ד זה עתה מוחלין על טרחתם מי יודע טרחא של פעם שני' על איזה ב"ד יוטל וכ"כ ריב"ש סימן רל"ד והוא לקמן סימן כ"ח סכ"ה דאפילו חד זימנא לא מטרחינן ב"ד בכדי ובטו"ז חו"מ סימן שי"ז משמע אפילו שיהא תחת יד ב"ד עד שיתברר לא מטרחינן ב"ד בכדי ואפילו ירצו ב"ד למחול טרחתם אין להם להכניס ראשם עיי"ש ונראה הטעם דכיון דא"צ לטרוח ולהוציא חשוב משוא פנים כשיטרח להוציא בשביל טובת התובע ולהפסיד לנתבע ועוד כיון דחכז"ל אמרו שלא להטריח הב"ד אם ירצו למחול על טרחתם הוי כאומר א"א בתק"ח וכתוב במרדכי פרק שני דייני גזרות בשם מהר"ם דא"י לומר א"א בתק"ח שתקנו לטובתו כשבא להפסיד לאחר ולהוציא ממנו ועסמ"ע סימן רפ"ה ס"ב סקי"ג וב"ח שם.

וא"כ נהי דהלוה לו אדעתא דהכי שיתחייב בנימוסיהם להשליש קודם שידונו לאו כל כמינייהו דמלוה ולוה להטיל הטרחא על הב"ד שיוציאו קודם שידונו ולפ"ז ממילא א"צ הנתבע לילך למקום תובע דגם נימוסם אינו כן דסברא מאן דכאיב לי' כאיבא ליזל לבי אסיא ומה זה ענין למ"ש בטראט לשלם במקום המלוה אלא מחמת דבדיניהם מוציאין מן הלוה הממון קודם שמיעת טענותיו וגמר דין ומונח במקום המשפט שמה המלוה ממילא מוכרח לוה לילך לדון שם דהשתא הוא דכאיב לי' ואינו מוחזק והוא תובע וגם לפי ד"ת כן הוא היכא דמעכבין מעותיו של לוה בעיר המלוה צריך הלוה לילך לדון שם כמ"ש רמ"א כאן וכיון דב"ד ישראל אין מוציאין המעות קודם הדין מן הלוה ממילא צריך התובע לילך אצל הנתבע דאין דינא דמלכותא ונימוסיהם כלל שילך הלוה לדון בעיר המלוה כ"ז שמוחזק.

אב שיש לו תביעה על בנו וכו' מעשה בא לפני באשה שאסרה עצמה על בעלה וקיים לה ולכשהלכה ממנו לעיר אחרת תבעה בעלה שתעמוד עמו לד"ת בעירו ועלה בדעתי כיון שמחויבת בכבוד בעלה תלך אחריו לדין כבן אחר אב ומצאתי בע"ת כאן כ"כ בשם גדול אחד והוסיף טעם דטלטולא דגברא קשה מדאיתתא עיי"ש ולפמ"ש בחידושי לא"ע סימן קי"ט דמה"ט לא היתה נידחית מלפניו לולא הטעם דזנות גנאי לה יותר כמ"ש לבוש שם וביארתי שם דבריו א"כ כאן ל"ש זה ולפמ"ש הג"פ שם ס"ק נ"ט להקשות דבב"מ דף ק"ח לענין בר מצרא איתא דאשה אין בה דדב"מ דלאו דרכה למטרח ולצאת דכל כבודה דב"מ פנימה ותירץ דהתם שהאשה כבר לקחה והמצרן בא להוציא מידה חיישינן לטורח האשה משא"כ כששניהם מוחזקים עיי"ש וא"כ אם האשה אינה תובעתו לדין רק בעלה בא להוציאה ממקומה לדון עמו אזי י"ל כל כבודה פנימה וכן משמע קצת

בנוב"ת חא"ע סימן ק"ב דלא הזמין האשה שתבא למקום בעלה לדון לפניו רק שתעמוד בד"ת במקומה וכאן יש להשיב עוד מפני הכבוד דמבואר בהמאירי בנדרים דל"ד אהא דמודר הנאה מחבירו מחזיר לו אבדתו שאינו מהנהו כלום דשלו מחזירו ואם מטורח השבה מתוך שמצוה הוא הרבה מצוים להחזיר ובשיטה מקובצת שם כתב ז"ל ומחזיר לו אבדתו אם הגיעה לידו ישיבנה אבל לחזר אחר אבדתו אסור שהוא טורח בשבילו דמחזיר תנן אבל מחזר לא עכ"ל והרי הרואה אבדה של ישראל מרחוק ריס מחויב לחזר אחרי' ולטפל להשיבה וכמ"ש הב"ח לקמן ריש סימן רנ"ט ומ"מ בנודר אסור דטורח שמטריח בשביל חבירו חשוב הנאה אף דמטריח שלא על פיו וכ"ש בנ"ד דע"פ הבעל שמזווינה שתטרח לבא למקומו מפני כבודו עש"ך יו"ד סימן רכ"א ס"ק י"ג וכאן שקיים לה נדרה תרי נפקא שעבודו מעלי' מה שנכלל באיסור הנאתה עליו.

סעי' ה' לא הלך אחריו עיין בשו"ת מהר"ם מינץ ברו"ש שהשוו עצמן לדון במרחשון לפני פו"פ על אופן שיביא שמעון בטחונות וראובן ישלח כתב מהשררה לבטחון והוציא ראובן הוצאות על הכתב ושלחו ונתקלקל החותם בלא פשיעה ועתה חוזר שמעון מלדון עמו ופסקו מהר"ר דוד אייזן שטאט ומהר"ם מינץ דא"צ לדון לפני פו"פ וא"צ לשלם לראובן היזקו כיון דלא קנו מיני' וגם עבר יומא אף שראובן רוצה עתה להביא כתב אחר מ"מ א"א להיות עד מרחשון רק חייב בד"ש על שגרם לו היזק עיי"ש וצ"ע דממ"נ אם מה דתעביר המועד טענה למה חייב בד"ש וע"כ משום דע"י אונס הוא וגם אין עיקר הדבר תלוי בזמן ולא התנה ע"מ שיבא בהזמן אין הקשר בטל וכמ"ש הש"ך לקמן סימן כ"א סוף סק"ג א"כ גם בדיני אדם ליחייב כמבואר כאן ודין זה נובע ממהר"ם שבמרדכי ואיך לא הביאו ובכל תשובותיו שמעתתי' בפיו ואפשר כיון דהחיוב רק מדד"ג דקנסו רק בדבר השכיח וכמ"ש רמ"א לקמן סימן שע"ו עיי"ש ש"ך ס"ק כ"ד כיון דד"ג קנסא דרבנן הבו דלא לוסיף עלה ואין לך אלא מה שאמרו תם וא"כ י"ל כיון דחזרת שמעון מחמת דעבר יומא ואם הי' בפשיעת ראובן הי' הדין עמו רק שהי' באונס ואונסא לא שכיח והבו דלא לוסיף דלא קנסו רק כשחזר מעצמו וחבירו הלך בזמנו דזה שכיח אבל אם חבירו עבר הזמן מחמת אונס אף דזה חוזר שלא בדין מ"מ כיון דלא שכיח לא קנסו וזה מדויק בלשונו דא"צ לדון בפני פו"פ וא"צ לשלם לו הזיקו כיון דלא קנו מיני' וגם עבר יומא דמשום דלא קנו ישנו בחזרה ומ"מ הי' צריך לשלם מדד"ג רק כיון דעבר יומא פטור בדיני אדם ובביאור הגר"א כאן כתב דצ"ע דין זה עיי"ש לכן נהי דלא דחינן הדין שסתם רמ"א בנידון דמהר"ם מינץ אין להוציא מהמוחזק.

ובגוף הדבר שכתב שא"צ לילך ולדון לפני פו"פ כיון דלא קנו מיני' תמוה לי דהא הוי קנין דברים עיין לקמן בש"ך סימן כ"ב סק"ד וסימן ר"ג ס"א ואפילו קנו מיני' שמחייב עצמו הוי אסמכתא כיון דתלה באם יבא ראובן כתב מהשררה עיין לקמן סימן ר"ז סי"ג ואפילו לי"א בהג"ה שם דמשחק בקוביא מאחר ששניהם מתנין זה כנגד זה ושניהם אין בידם אגב דבעי למקני גמר ומקני מ"מ בדין מהר"ם לא דמי אסמכתות רו"ש להדדי דראובן צריך להביא כתב מהשררה דאין בידו ושמעון צריך להביא בטחונות שלו ולא צריך לאחרים ול"ש בזה אגב דבעי למקני גמר ומקני ועיין ביאור הגר"א לקמן סימן ר"ז ס"ק ל"ב דלדבריו אם הקנה ראובן לשמעון על מנת שיעשה שמעון איזה דבר שבידו חשוב בידו אבל כשמתנה ע"מ שיעשה אחר ל"ח בידו עיש"ה וא"כ להאי י"א לא מהני קנין של ראובן כיון דהי' על תנאי שיביא שמעון בטחונות וחשוב בידו ממילא לא מהני הקנין של שמעון ג"כ כיון דבטל קנין של ראובן ל"ל אגב דבעי למקני גמר מקני ואף דראובן צריך להביא כתב מהשררה ואינו בידם ואפילו נימא דכאן ל"ח גזים מ"מ לגבי שמעון הוי אסמכתא כיון דאין בידו אפילו לא גזים לדעת המחבר וי"א ראשון בהג"ה שם.

ומה שצידד שם מהר"ם מינץ דבלא קנין הוי מחוסר אמנה ומותר לקרותו רשע לע"ד כיון דהוי אסמכתא ל"ה מחוסר אמנה ג"כ כמ"ש תוס' בפרק איזהו נשך דף ס"ו ע"ב בד"ה התם דבפירות דקל אין לו לחזור כי היכא דליקי' בהימנותי' משא"כ באסמכתא.

כל יציאותיו צ"ע אם משלם גם שכר טרחא כשכיר יום וכן לעיל בהוצאות שהוציא אחר שנעשה שכנגדו סרבן ועיין רש"י פ"ק דע"ז דף זיין דשכר פעולה כשכיר יום בכלל היציאה וכן פרש"י בפרק הבית ועלי' דף קי"ז ע"ב דשכר טרחא כשכיר יום בכלל היציאה והביאו בש"ך לקמן סימן ש"ו סק"ה ובריטב"א במועד קטן דף יוד ע"ב כתב ג"כ בשם תוס' דשכר עמלו בכלל הפסד קרן לענין דבר האבד ועיין לקמן סימן קכ"ג ס"ט בש"ך ס"ק כ"א דפטור להחזיר לו שכרי בטלה דהוי כגרמא בניזקין והוא מהיש"ש דב"ק פרק מרובה סי"ד וכתב שם הטעם דגם לגבי שבת אם סגר לפניו החדר שלא יצא משם ובטלו ממלאכתו פטור מה"ט עיי"ש ואין מזה ראי' על שכר טורח הדרך ומדברי רא"ה שהביא הש"ך הנ"ל בסימן ש"ו משמע דגם שכר בטלה בכלל הוצאות אך שאני התם דנהנה לכן חייב גם בגרמא ועיין טור לקמן ש"ג ס"ו מבואר דשכר טרחא חייב לשלם ועיין בחידושי לקמן סימן ר' ס"ז.

סימן טו

סעי' א שבא לפניו תחלה בפ"ק דסנהדרין יליף לה ר"ל מקרא דכקטן כגדול השמעון להקדים דין של פרוטה מדין של מאה מנה כשבא לפניו תחלה ובסמ"ע סק"ה כתב דקרא מיירי שפתחו כבר ושמעו דין של קטן וקשה הא ר"ל גופא ס"ל ביומא דף ל"ג דאין מעבירין על המצות ויליף לה מקרא עיי"ש פרש"י ול"ל עוד קרא כקטן כגדול ואפילו רק הכין עצמו קודם לדין קטן ג"כ י"ל דאין להעביר על המצות ואפילו ת"ל דדין גדול יותר מצוה מ"מ אין מעבירין כמ"ש נמ"י בהלכות ציצית דיש להקדים ציצית לתפילין דמצות ציצית שקולה נגד כל המצות ועוד דתדירה יותר דנוהג גם בשבת ויו"ט ומ"מ כשמצות תפילין בא לפניו תחילה אין מעבירין עיי"ש ואפשר דנ"מ לענין דיעבד כמ"ש תוס' פ"ק דמגילה דף וא"ו ע"ב בד"ה מסתבר א"נ לפמ"ש חכ"צ סימן ק"ו דבשני מיני מצות אין מעבירין על ולה מפני חמורה משא"כ בחד מצוה ומ"ש שם בבהמה אחת אינו מוכרח דאפילו בשתי בהמות מ"מ מצוה אחת הוא או משום דמיירי לענין קרבן מוסף וקרבן תמיד אף דמצות קרבן הוא מ"מ אינו מצוה אחת שוה לגמרי לכן הוצרך לומר משום דהיא בבהמה אחת עיי"ש וא"כ הכא דחדא מצוה הוא ומצוה יותר דין של מאה מנה מדין של פרוטה דודאי יותר חשובה הצלת ממון מרובה והפסד גדול מהפסד מופט כדאיתא בספ"ק דפסחים דף כף ע"ב להפסד מרובה חששו להפסד מועט לא חששו וא"כ הי' מן הדין להעביר וצ"ל קרא דכקטן כגדול תשמעון ולפ"ז כשבאו בבת אחת יש להקדים הגדול אמנם כ"ז בעשיר ועשיר אבל פרוטה של עני שקולה כמאה מנה של עשיר כמ"ש מהרש"א בסנהדרין שם בח"א.

ונ"ל כה"נ ישמע הקטן תחלה דמסתמא שהייתו מעוטה דבמאה מנה סתמא יש בו טענות יותר מעסקים וחשבונות רבים וראי' מלקמן סימן ער"ב סי"ד הן למחבר בש"ע שם דקרובה לנטות תדחה הקרובה הי"ג דין של מאה אם ימתינו הבע"ד עד שידון בעל הפרוטה ישהה רק מעט מחמת דין של פרוטה משא"כ אם ימתין בעל הפרוטה טרחתו יותר להמתין הרבה הן לטור שם דאינה קרובה למקום חפצה תדחה דבלא"ה לא תבא תיכף למקום חפצה ה"נ בעל המאה מנה בלא"ה ישהה הרבה.

וצ"ע כשקדם בעל הפרוטה וא"א לדון שניהם גם בזה אחר זה דעדים לא ימתינו וכה"ג דבשניהם עשירים מצוה יותר להציל מהפסד מרובה ולא נאמר רק להקדים כשאפשר בזה אחר זה וכה"ג כתבו תוס' בפרק במה מדליקין דף כ"ג ע"ב בד"ה הדר ובש"ע א"ח סימן תרע"ד בטו"ז סק"ד ומג"א סק"ב ובסימן תרפ"ז ס"ב בהג"ה וכן נ"ל ועמ"ש לעיל סימן ט'.

אבל צריך להקדים דין של ת"ח אפילו בא לבסוף מזה נ"ל ראי' למ"ש לעיל בשם החכ"צ דבמצוה אחת מעבירין על הקלה מפני החמורה דה"נ אף דמצוה דכבוד תורה מצוה אחרת מ"מ מקיים נמי מצוה דושפטתם צדק כמו בזה שבא תחלה ועוד בה כבוד תורה ומוכח כמ"ש לעיל דמ"ש החכ"צ בבהמה אחת ליתא דהא הכא בתרי גברא ומ"מ משום דכשמעביר מקלה לחמורה מקיים נמי מצוה ראשונה צריך להעביר על המצוה ונהי דכאן יש לדחות משום דמצות ושפטתם צדק אינו רק כשבע"ד אינם מוחלים דכל עיקרו משום תביעת ממון דניתן למחול ולהרחיב זמן וא"כ גם הבע"ד מחויבים בעשה דכבוד תורה ומחויבים למחול מ"מ בכתובות דף ק"ו גבי ר"נ דקאי דינא דיתמי קמי' וסלקי' משום כבוד קרובי' דרב עכן ויתמי לאו בני מחילה ננהו כדאיתא בב"מ דף כ"ב ע"ב וע"כ דבמצוה אחת מעבירין מקלה לחמורה ואף דשפטו יתום מצוה אחרת היא י"ל כיון דרק מדברי קבלה הוא מחויב לעצור עלי' מפני מצוה דאורייתא אף בשני מיני מצות ולפמ"ש לקמן ס"ב בלא"ה א"ש.

סעי' ב' דין היתום לדין האלמנה ודין האלמנה קודם לדון ת"ח והוא מהרמב"ם דכתיב שפטו יתום ריבו אלמנה וכתב הכ"מ דכ"ש שדין יתום קודם לת"ח והקשה מעובדא דרב ענן בכתובות דף ק"ו דר"נ סלקא לדיני' ריתמי ואחתיה לדיני' עיי"ש ורבו התירוצים בזה בדוחקים כ"ש מה שהמציאו דר"נ טעה בזה ל"נ כלל דר"נ דיינא אלא דרב ענן גרם לו במה דשלח דפסול לו לדייני' דבשביל כן כסבור ר"נ דקרוב לרב ענן ובע"ד דידע דאינו קרוב נסתתם טענהי' אבל ח"ו לומר דר"נ טעה בדין בלא שום הכרח מש"ס לכן נלע"ד דדבר הלמד מענינו הוא דכתיב אשרו חמוץ שפטו יתום ריבו אלמנה דמצוה להציל עשוק מיד עשקו כמו אשרו חמוץ וה"נ יתום ואלמנה לתשות כחם עלולים בקל להיות נעשקים לכן מצוה גדולה על הדיין לעמוד בימינם וכ"פ הרד"ק שם דעפ"י רוב נעשקים ויתום לקטנותו ואינו בקי בטיב מו"מ קל יותר לעשקו מאלמנה לכן משפט יתום וריב אלמנה מצוה יותר מאחרים ומשפט יתום יותר ממשפט אלמנה לכן יש לו משפט קדימה ג"כ וכ"ז כשיש להם דין עם איש גדול דעפ"י רוב אלם יותר מהם אבל כשנתבע ותובע יתומים מאי אולמא דזה מזה ואין מצוה יותר במשפטם משני גדולים לכן ת"ח קודם להם ורמב"ם לא קאמר רק דין היתום שאחד מבע"ד יתום אבל הנתבע גדול ובגמרא אמר דין יתמי שתובע ונתבע יתומים ועיין במרדכי ב"מ פרק המקבל סוף סימן שצ"ד ולקמן סימן קע"ה סעיף מ"ז מבואר דיתום היינו קטן דוקא וברמב"ן פ' עקב פירש עושה משפט יתום ואלמנה מן הגדולים עיי"ש פסוק טו"ב.

סעי' ה' יש לדיין לדון וכו' לשון הרמב"ם א"כ למה הצריכה התורה שנים עדים שבזמן שבאו העדים לפני הדיין ידון על פיהם אעפ"י שא"י אם העידו אמת ובנתיבות כתב ולכאורה תימא דהא אפילו ראה כשנעשה עד אינו נעשה דיין ואין לך אומדנא דמוכח גדול מזה שבעצמו ראה המעשה ואפ"ה אסור לו לדון ותירץ דאומדנא שידוע לכל העולם אין זה בגדר עדות כמ"ש תוס' ר"פ האשה רבה ומוציאין ממון אבל בדבר שידוע רק לדיין פסלו רחמנא מגזה"כ ואין להוציא ממון רק מרענא לשטרו או לענין מיפך שבועה ובמאזנים למשפט תמה עליו הא בגמל האוחר בין הגמלים מוציאין ע"י האומדנא לר' אחא ואפילו אי קי"ל כרבנן מ"מ קשה על ר"א מהך דראוהו ב"ד בלילה אין דנין ואמאי הא איכא אומדנא ועוד הא מיפך שבועה נמי אפוקי ממונא דאידך נשבע ונוטל עיי"ש ולק"מ דגמל האוחר הוי אומדנא לכל העולם לר"א משא"כ ראוהו ב"ד לא ידוע לאחרים ומ"ש דמיפך שבועה נמי אפוקי ממונא כבר בלא"ה הקשה כן באס"ז פרק הכותב דף פ"ה דהא אמר קרענא ס"ד ואיך אפיך שבועה ליטול ותירצו שם דזה ל"ח להוציא עיי"ש ובמהר"ם אלשיך סימן מ"ם הביא תשובת רשב"א דרמב"ן קרע שטר ע"י אומדנא והקשה מהרמ"א הא אמר בש"ס דלא קרעינן שטרא ע"י קים לי' בגוי' ולנסיבות י"ל שם לא ידוע לאחרים רק לדיין דקים לי' בזה דלא משקר ורמב"ן מיירי באומדנא שכל השומע ידע האמת ע"י אומדנא זאת ור"מ אלשיך תירץ דע"י אומדנא דמוכח מוציאין ממון וקים לי בגוי' אינו מוכח כל כך דאפשר דלא נחית דיינא לסוף דעתי' דהאי גברא אי בר סמכא הוא עיי"ש ולדבריו הדרא קושית נתיבות לדוכתי' דאם ראוהו ב"ד בלילה אין לך ידיעה ברורה יותר ומ"מ אין נעשין דיינים ואפשר לומר דבשלמא בראו בלילה ילכו ויעידו לפני דיינים אחרים משא"כ בנתברר להם ע"י אומדנא אם לא יועיל יפסיד הבע"ד לגמרי דגם שאר דיינים לא יתברר להם רק האומדנא והרי אף דהצריכה תורה דייני ישראל מ"מ כשא"א להציל ע"י דייני ישראל כגון הבע"ד אלם ב"ד ישראל נותנין לו רשות להציל שלו ע"י ערכאות כדלקמן סימן כ"ו ה"נ כשא"א ע"י העדאת עדים לפני דיינים יש להציל עשוק בלא"ה כיון דאומדנא דזה עשוק ובב"ק דף צדיק ע"ב גבי ההיא דתקע לחברי' דא"ל ר"י נשיאה הא אנא דפריך דאין עד נעשה דיין לימא דלא ראה אחר ואם לא ידינונו ע"י ראייתו יפסיד לגמרי י"ל התם ליכא חסרון כיס דהני הוי קנס ולא דיינין בזה"ז דליכא סמוכין או כיון דהוי קנס צריך שלשה סמוכין וממ"נ אם ראה רק ר"י נשיאה איך ידונוהו כל השלשה ואם ראו כולם יכולים להעיד לפני אחר אמנם ברשב"א שם משמע להדיא דע"י מומחה יחיד אפילו ראה ביום לבדו אין להוציא ממון ומשמע דאפילו במקום דיש חסרון כיס עיי"ש ואפשר כיון דאינו רק אחד יכול הבע"ד להכחישו לגמרי ואף דהמומחה אומר

דראה בעצמו אנן לא מהמנינן לו משא"כ אם אחר מעיד לפני הדיין והדיין אמר דקים לי' בגוי' דלא משקר אין כח בבע"ד להכחיש דהרי ידוע אמיתת הענין ע"י שנים לכן אי סברא דקי"ל בגוי' הוי בירור גמור הי' מהני גם לקרוע שטר וגם הנתיבות לא הקשה רק מראו בלילה דגם שלשה שראו אין דנין ובזה י"ל כמ"ש אמנם גם זה ליתא דהא בכתובות שם אמר ר"פ כגון אבא מר ברי קרענא שטרא אפומי' ופריך קרענא ס"ד והרי אב ובנו אינם כשני עדים ומ"מ למהרמ"א מה דלא קרעינן משום דאינו אומדנא ברורה ונראה דרשב"א ומהרמ"א פליגי וא"כ מה שתירץ מהרמ"א דברי הרמב"ן ושהרשב"א הסכים לו ע"כ ליתא דאיך יתכן באומדנא ברורה יוציא ממון וכשרואה המומחה בעצמו ביום לא יוציא ממון אלא וראי לק"מ על הרמב"ן דקרע שטרא דודאי הי' לפני ב"ד של שלשה ומפני כבודו של רמב"ן לא הזכירם וכיון דנראה האומדנא לכל השלשה הוי כראו בעיניהם וא"ל עדים משא"כ ר"פ דלבדו קים לי' בברי' נהי דלו נודע אמיתת הענין לא עדיף משראה מומחה יחידי דאין ראיית אחד מועיל להוציא ממון לכן פריך קרענא ס"ד.

ועיין שו"ת אמרי א"ש חיו"ד סימן א' כתב דדבר שכשר ביחיד מומחה או קבלוהו עליהם דעיקר תכליתו לדון עפ"י אמיתת הדבר יכול לדון עפ"י ראייתו לבד אעפ"י שא"י לדון עפ"י הגדת ע"א והביא כן מהפלאה וריטב"א בקידושין דף ע"ד וצ"ע שלא הזכיר דברי רשב"א הנ"ל ועש"ך לקמן סימן כ"ג סק"ה ותומים שם כתב דמריטב"א משמע דלא כהש"ך אך בזר זהב על ריטב"א שם כתב דלא משמע כלל ועיין מבי"ט ח"ב סימן קמ"ח דיקב"ח שאינו מאמין להחכם ואמו ושבו"י ח"ב קס"ט חולק הובא בפ"ח סימן רנ"ג ונ"ל דגם מבי"ט שחייבו לקב"ח דוקא נגד דיין חכם ואמו דסברא דיורש מאמינם בלבו בודאי ועמ"ש בסימן רנ"ג

סימן טז

סעי' ב' בהג"ה אם כתב בשטר שיפרע לו בלא דחי' תנאי שבממון קיים וכ"כ לקמן סימן קכ"ט ס"ט לענין ערב מעשה בא לידי בכתב היתר עסקא שכתב לראי' ביד מוכיח איך שאני הח"מ קבלתי ממנו סך פלוני ואני מתחייב לפרוע לו תיכף שיתבעני בלא שום דחי' וזמן ב"ד ועל הקרן נתתי לו וועקסל בחת"י עם ערב ראובן בן אשר ועוד כתוב כמה חיובים בהודאה ובקנין ולמטה חתם הלוה ואח"כ ראובן בן אשר ואח"כ תבע המלוה את הערב לד"ת ומבקש הערב זמן ב"ד נ"ל דהדין עם הערב אף דכתוב בשטר הת"ע חיוב לפרוע בלא דחי' הכל לשון הלוה לשון יחיד והוא נתחייב אבל הערב לא נתחייב בזה ומה שחתם ג"כ אינו אלא כמעיד או מודה שכן התנה מלוה עם הלוה ומודה שנעשה

ערב על הוועקסל אבל כל חיובי של הת"ע אינו משמע כלל על הערב ולא התנה המלוה עמו כלל בשלמא לוה גופא אף דגם עמו לא התנה מלוה בפיו מ"מ חת"י עושה כל מ"ש בהת"ע כאלו נאמר בפה וכל החיובים חלין עליו משום חיוב בכתב או משום הודאה אבל הערב לא הוי כלל כהותנה עמו בפה כיון דאין משמעות הלשון רק על יחיד והוא הלוה לבד לא הערב א"כ חתימה בלא נוסח שלפניו אינו כלום ואין לחייב את הערב אפילו לא יטעון כ"ז ואפילו מודה עתה דבלבו הי' להתחייב ג"כ עם חתימתו בכל התנאים הכתובים בהת"ע מ"מ הכל רק דברים שבלב כיון שאין נוסח השטר נופל עליו ואינו שטר ראי' נגדו אין לו דין שטר כלל וכמ"ש בתומים ס"ס ס"ח והובא בנה"מ סימן מ"ה ססק"ב כל שאין מן השטר ראי' לאו שם שטר עליו ואין קנין בשטר כזה עיי"ש א"כ ה"נ לא הוי כהותנו בעל פה ופשיטא אם בלאו שטר זה יטעון מלוה בלבי הי' בשעת הלואה ע"מ שלא ליתן זמן ב"ד ולוה או ערב יאמר גם בלבי הי' כן הכי יועיל זה כיון דדברים שבלב ל"ה דברים כלל אפילו לחומרא גבי קדושין כדאיתא בפרק איש מקדש ובכולן אעפ"י שאמרה בלבי הי' להתקדש אינו כלום וראי' לזה מגיטין דף פ"ז וא"ע סימן ק"ל ס"ג כגון שכתוב בגט לפני חתימת העדים שאלו בשלומה פסול שמא לא חתמו אלא על שאלת שלום וכתב ב"ש היכא דמוכח דהחתימות לא קאי על גט זה אז הגט בטל ואם אינו מוכח הוי ספק גט עיי"ש וקשה למה לא נשאל עדי חתימה איך הי' כונתם ול"ל דמיירי דליתנייהו דכל כה"ג ה"ל לש"ס וכה"פ לפרש אע"כ אפילו היכא דלא מוכח רק חכז"ל עשו אותו לספק לא מהני אמירת העדים כלל דהוי רק דברים שבלב והוי כאלו לא חתמו כלל וא"כ כ"ש כאן דמוכח טובא מדכתוב הנוסח בכל הת"ע לשון יחיד על הלוה לבד ולא כתבו אנחנו ח"מ קבלנו ונתחייבנו וכל התנאים בלשון רבים אע"כ רק הלוה התחייב והודה בכל הנכתב בהת"ע והערב חתם עצמו רק בתורת ערב על ההלואה וכיון דעמו לא הי' תנאי שלא ליתן לו זמן ב"ד נהי דנתחייב לשלם אבל זמן ב"ד מנלן שלא ליתן לו ואפילו ערב על הקרן לולא שכבר חתם על הוועקסל לערב לא הי' נעשה מחמת חתימתו בהת"ע דכיון דמוכח מנוסח ההת"ע דרק הלוה קיבל עליו התנאים וחיובים י"ל דראובן חתם רק בתורת עד שלפניו נעשה כ"ז דהא עדים שחתמו שמם לבד ולא כתבו עד הוי עדות כדאיתא בא"ע סימן ק"ל סי"א ולפ"ז אינו ערב כלל רק על הקרן ולא על העסקא אף דנזכר בהת"ע שנעשה כל הנכתב בו בקנין זה קאי על הלוה אבל הערב לא הודה על זה בחתימתו ובלא קנין לא חל הערבות על עסקא כמ"ש הש"ך ביו"ד סימן ק"ע ונתיבות סימן קכ"ט.

סעי' ד' שטר שבידך פירש הסמ"ע כשאומר כן לאיש אחר שאינו תובע שלו והקשה בשער משפט דא"כ אמאי כשכופר חייב היסת הא הוי רק כובש עדותו דפטור מלשלם ואין משביעין היסת בדבר דליכא כפירת ממון וכמ"ש הב"ח בר"ס כ"ח ובסימן פ"ז דמה"ט הטוען לחבירו שידע לו בעדות וכבש עדותו אינו חייב היסת דלא הוי כפירת ממון ותירץ כיון דעדיין זכיתו בידו וחייב משום השבת אבדה ומכין אותו עד שתצא נפשו חשוב ממון גמור וכשכופר חייב היסת עיי"ש וזה ודאי אמת דהא ברבית ג"כ אין יורדין לנכסיו רק כופין אותו בהכאת לקיים מצות וחי אחיך עמך כדאיתא ביו"ד סימן קס"א ואם תבעו לוה לקחת ממני רבית חייב שבועה וראי' זאת הביא בקצו"ח סימן פ"ז ס"ק למ"ד לענין שאם טענו נשבעת ליתן לי מתנה דאף דשבועה אינו עושה קנין להתחייב רק שמחויב לקיים השבועה מ"מ כשכופר יש להשביעו לולא מטעם דבלא"ה חשוד אשבועה וצ"ע על הנתיבות שם ס"ק י"ב שכתב במקום דאין ממשכנין רק מכין אותי אין לחייבו שבועה ואיך יתרץ הך דלקחת ממני רבית ועוד לפי מה שהוכיח בקצו"ח סימן פ"ז מדברי רי"ו דאף דאין יורדין לנכסיו רק מנדין שישלם חייב שבועה אם כופר וא"כ ה"נ ודאי כשיודה שיש לתובע זכות אצלו על אחרים ואינו רוצה להוציאו ינדו אותו לסלק היזקו אף דבדיעבד אינו חייב לשלם דהוי רק גריוא וכמו בשליש לקמן סימן נ"ה סס"א בהג"ה ולקמן סימן קע"ה סעיף מ"ם אמנם בשע"מ הקשה עוד למ"ש ריב"ש סימן שד"ם וש"ך סימן פ"ז ס"ק פ"א שטוען לחבירו שנשבע לו ליתן לו מתנה וזה כופר אין משביעין על זה דאף אם יודה אינו חייב אלא משום השבועה אף דכופין אותו לקיים השבועה ל"ח כפירת ממון וכן הקשה בקצו"ח הנ"ל מהך דרבית ואפשר כיון דאינו עושה קנין ישנו בשאלה לכן ל"ח כפירת ממון ובשע"מ כאן הביא עוד ראיות ובספר מאזניים למשפט פסק ג"כ הכי דא"צ לישבע כה"ג ולע"ד אין לדחות דברי המחבר וסמ"ע דיש לדחות כל הנהו ראיות והוא דעיקר שבועה הוא משום הפסד ממון תובע ולא משום שנשאר הממון אצל הנתבע וכדמוכח ממ"ש הש"ך לקמן סימן שי"ן סוף סק"י וכן בשבועת עדות אם תבעם שיעידו בדבר שאם יעידו לו יטול ממון מאחרים והם כפרו לו והשביעם בעל כרחייהו בב"ד אפילו לא ענו אמן חייבין משא"כ אם תבע אותם שיעידו לו בדבר שלא יטול ממון ע"י עדותם וכמבואר ברמב"ם ריש פ"ט מה"ש וה"נ בשלמא כשכפר לו הקדש אינו ממון של תובע אצל שום אדם רק גורם לממון וכן כשטענו נשבעת לי ליתן לי מתנה או כבשת עדות דכבר הפסידו ועתה אין לו תביעת ממון ממש אצל שום אדם אפילו יודה לכן לא חשוב כפירת ממון לחייבו שבועה משא"כ כשטענו שטר שבידך יש לי זכות בו על אחר זה הוי ממון גמור לתובע דכשיודה ויראה הזכות וראי'

ירויח ממון מאחר ועתה כשכופר הוי כפירת ממון אף דאין לו דמים לנתבע מ"מ כופר לו ממון שיש לו ביד אחר ועיין נתיבות סימן כ"ו ס"א סק"ד.

סימן טוב

סעי' א' בעמידה לכתחילה בסמ"ע כתב דראב"ש ס"ל בזה"ז דליכא סמוכין לכתחילה מותרין לישב וקצו"ח דחה דבריו מפ' שבועות עדות ד"ל בהאי דאשת ר"ה שבאתה לפני ר"נ ואמר היכא אעבד והא ר"נ ל"ה סמוך ולע"ד בזמן שהיו סמוכין בא"י ושליחותייהו עבדו בבבל שליח של אדם כמותו רק עתה דליכא סמוכין בעולם ל"ל ממש שליח כמותו דכשמת משלח בטלה שליחות וכמ"ש רש"י בב"ק דף ק"ד ע"ב ותוס' בגיטין דף י"ג וגם א"א לעשות שליח שלא בא לעולם עדיין ועל דשלב"ל וכמ"ש תוס' בנזיר די"ב ומ"ש תוס' בגיטין דף פ"ח דשליחותייהו דקמאי עבדינן ע"כ רק נתינת רשות הוא וכמ"ש חת"ס בחא"ח סימן פ"ד וע"כ לראב"ש גם לכתחלה מותרין בישיבה ובימי ר"נ הוי סמוכין בא"י כדמוכח בב"ק דף פ"ד ע"ב דשלח ר"נ לר"ח קנסא קמגביה בבבל משמע דבא"י שפיר מגבין אך לעיל סימן א' העלתי דלא כהחת"ס.

סעי' ה' אסור לדיין לשמוע דברי בע"ד האחד קשה לי דבר"פ האומר דאזל ר"ג קבלי' לר"ז אזל ר"ז קבלי' לר"י נפחא א"ל המתין עד שיעלה אצלנו לרגל עי"ש ואפשר דר"ז משום שלא הי' דיין בדבר ור"י לא שמע מהבע"ד ליכא חשש שישקר שלא בפני חבירו א"נ כיון דאין לדיין לפסוק בדיעבד שיחזיר דאינו רק רשע ולצאת יד"ש יש לו להחזיר וא"א לחייב שבועה בהכחשה ליכא חשש דישקר בע"ד ראשון דשכנגדו יודע האמת אמנם קשה מס"פ ז"ב דשלחו למר עוקבא עוקבן הבבלי קבל קדמנא ירמי' אחי העביר עלי את הדרך אמרו לו השיאוהו ויראה פנינו בטבריא פרש"י בל"ק העביר עלי את הדרך איבד ממנו דרך ב"א שסרסו וקשה איך שמעו דבריו שלא בפני ירמי' ובפ"ד דקידושין דף עין ע"ב דא"ל ר"נ לר"י מ"ט שמתי' מר להההוא גברא וכו' אדהכי והכי אתא ההיא בר דיני' מנהרדעא עי"ש משמע דידע ר"נ בבר המעשה קודם שבא ר"י אלא דרש"ל מחק תיבת אתא וכו' ובאמת לשון להההיא גברא ולא אמר להאי גברא משמע להדיא דעדיין לא הי' שם אלא דמוכרח כרש"ל דאיך שמע טענת ר"י שלא בפני בע"ד והרי צריך הי' לשמוע צורת הטענות לגמרי דלא מצינו חילוק בין תובע לנתבע בזה שו"כ בשו"ת ז"י שאלה ב' אות זיין הביא מהך דעוקבן ותרצו עי"ש.

סעי' י"ב בע"ד שתבע בט"ק דב"ב ד' ה' רוניא אקפי' רבינא מארבע רוחותיו א"ל וכו' אתא לקמי' דרבא א"ל זיל פייסי' במה דאיפייס ואי לא דאיננא לך דינא כר"ה אליבא

דר"י וכתב בשו"ת מעיל צדק סנ"ג משום דכ"ז שלא באו לדין לא יוכל רבינא לחזור ממה שכבר נתפייס ומחל עיי"ש וליתא דמבואר בשו"ת מהר"ם מלובלין סמ"ז דאם לא קבל המתחייב מחילתו ליתן עכ"פ המועט שנתפייס תובע בו אזי גם תובע ישנו בחזרה וה"נ רוניא לא קבל ליתן אגר נטירא.

וכתב עוד תמע"ל אם אנו מסתפקים אם מחל לו המותר או טפה בדין נאמן לומר שטעת ליתבע ממנו זה המועט והסברא נותנת שאמת אתו דלא שכיח שאדם ימחול כל כך והנכון שהב"ד יאמרו לו שאם מתחילה כיון למחול מותרו הרי גזל בידו ליקח יותר ואפשר יש עליו חרם סתם עיי"ש ולי צ"ע כיון דאין לנו אומדנא ברורה דמחל הוי מחילתו דברים שבלב אפילו אם מחל ולא הוי מחילה כמבואר לעיל סימן י"ב בקצו"ח ונתיבות ואף דש"ך ג"כ כתב כיון שלא טענו יותר הוי ספק אי מוותר ומוחל או טעה בדין ומספק לא יפסוק להוציא ממון י"ל משום דכל זמן שאינו חוזר להדיא אין צריך השני לשלם יותר כיון שאין הבעלים מקפידין אינו גזל אבל לא זכה הנתבע ע"י מחילת לב שאינו מוכח שלא יוכל לחזור וכה"ג כתב בנוב"ת חא"ע סימן ע"ז בד"ה ומה שנסתפקתם וכבר נתקשו במה דאמר ואי לא דאיננא לך כר"ה הרי אין לו לפסוק ליתן יותר כרמ"א ואם אינו כרמ"א ה"ל לפסוק מיד כר"ה גם יל"ד במה דא"ל זיל פייסי' דמה צריך פיוס כיון שכבר רבינא עצמו אינו תובע יותר והל"ל זיל הב לי' לכן נלע"ד דרוניא לבד אתא לקמי' דרבא וכמ"ש המע"ל והתומים וחשש רבא שמא יחזור בו רבינא ויתבע יותר ואם יאמר לו הב לי' במה דאיפייס הוי משמע כיון דכבר איפייס א"צ ליתן יותר בעל כרחי' דרבינא לכן אמר לי' זיל פייסי' במה דאיפייס שיפייסנו במעט שנתפייס כבר שגם עתה יתפייס בזה ואי לא שלא יפייסנו בזה אף שיתן לו אגר נטירא אלא שלא יתפייס בזה דאיננא לך כר"ה שמן הדין יכול לחזור ומדלא חשש רבא שמא רבינא מתפייס במועט מחמת שאינו יודע הדין ע"כ דאין לדיין לפסוק יותר ממה שתובע כל זמן שאינו חוזר לתבוע יותר וזה ע"ד שדרך התומים ובאופן אחר קצת כי התומים פירש ואי לא תתן לו ויתבענך בדין אפשר יתבע יותר וזה דוחק ועיקר חסר ולפמ"ש א"ש.

ובנתיבות הקשה מב"מ דף ס"ג דכשהוא בכדי שהדעת טועה לא תלינן במחילה ומתנה רק בטעות ולע"ד שאני התם דהתפיסותו בטעות ל"ה תפיסה משא"כ כאן דמוחזק מכבר רק הי' לו עליו חוב והוי תפיסה ברשות קודם שנולד הספק לכן אפילו נימא דעל פי רוב אין נותנין מתנה ואין מוחלין מ"מ א"צ לשלם ואין בו משום ספק גזל דלא אסרה תורה רק גזל ודאי ועיין בנתיבות בדיני תפיסה סימן י"ב י"ג י"ח ובב"מ כיון דעפ"י רוב אין

נותנין מתנה ותלינן שהתפיסה בטעות א"כ לפי הרוב אינו מוחזק כלל והראשון חשוב מוחזק ועיין בראש"ש פשה"ד ס"ס י"ט וסמ"ע סימן נ"ח סקט"ו.

שוב ראיתי בשער משפט סימן כ"ב סק"ה כתב ג"כ דכ"ז שלא קיבל הנתבע מחילת התובע וליתן המעט שנתרצה בו התובע גם התובע יכול לחזור ועיי"ש השיג על מהר"ם מלובלין בסמ"ז שכתב דאם המלוה נתן להם זמן עד ר"ח ניסן באם יתרצו דהמחילה מהני והשע"מ ס"ל דיכול המלוה לחזור בו עד ר"ח ניסן קודם שהודיעו המתחייבים שנתרצו בהמחילה דכיון דבשעת אמירתו לא נתרצו בהמחילה לא זכו בעל כרחן כדאיתא בחולין דף ל"ט ע"ב דהוינן בה ולת"ק אפילו עומד וצווח ופרש"י דפשיטא דאין אדם זוכה המתנה בע"כ עיי"ש וכל דבריו לא נראין חדא דאין ראי' ממתנה למחילה ומבואר במחנה אפרים סימן י"א מהלכות זכי' והפקר לדעת תוס' בקידושין דף י"ט ד"ה אומר אדם ולרשב"א שהביא ב"י חו"מ סימן קצ"ה דמחילה ל"ה הקנאת רק סילוק בעלמא מיד שיצא מחילתו מפיו נסתלק שעבודו אף שלא נתרצה הלוה עיי"ש ועוד דאין כאן מחילה בע"כ דאטו המתחייבים אינם רוצים במחילה זאת אלא רוצים שימחול להם עוד יותר ובכלל מאתיים מנה רק המלוה יכול לחזור כ"ז שלא נתרצו המתחייבים משום דלא מחל אלא באופן שיתרצו ויקבלו עליהם עכ"פ ליתן המעט וכיון דלא קבלו עליהם נשאר על חיוב ראשון אמנם כשפירש דמוחל אף שאינם מקבלים עליהם מיד רק באם יתרצו עד ר"ח ניסן אף שלא נחרצו מיד אינו יכול לחזור בו אלא בתנאי אם בלא"ה יכול לחזור כל זמן שלא נתקיים התנאי ובתנאי ע"מ וכה"ג אינו יכול לחזור אם אח"כ נתקיים התנאי כמבואר בא"ע סימן קמ"ג.

סימן חי

סעי' א' י"א דטוב להתחיל מן הקטן עיין סמ"ע בגמרא דל"ו אמרינן מניינא דרבי מן הצד הוי מתחלי ופרש"י משום ענוה ומזה נלמד דיותר טוב להתחיל מן הצד וכ"כ הלח"מ פי"א מה"ס וקשה דלמה לא זכרו רי"ף ורמב"ם זה ונלע"ד דהנה רמב"ן פאד"מ כתב ברוב מנין נגד רוב חכמה רצו עושין כרוב חכמה אבל יחיד נגד שנים בטלו דבריו אף דחכם מהם יותר ולפ"ז בדיני ממונות דבשלשה כשהגדול אומר דעתו רשאין השנים לחלוק עליו דבטלו דבריו ולא נאמר לא תענה רק בב"ד יותר משלשה וכמ"ש תוס' שם דלא נאמר רק בד"נ דאזי כשחולקין רבים נגד רבים והמופלא אחד מהם דלא בטלו דבריו אף דצד החולקים רוב מנין ואף דנאמר דלהלכה עושין כרוב מנין גם כה"ג כיון דיצאתה ב"ק דהלכה כב"ה אף דב"ש מחדדי טפי וכמבואר בחולין דף מ"ד בתוס' שם מ"מ מסתבר

דלא תענה על רב להכי אתי שלא לענות על רב משום דגדול בחכמה כשיש עוד עמו דלא יבטלו דבריו אבל ביחיד לבד אין סברא וכמו דמחלק הרמב"ן ואם שנים אומרים בשוה והגדול אחד מהם מה אכפת לן אם יחלוק היחיד על הגדול בלא"ה דעתו בטלה ומה חשש דלא נתחיל מהגדול דממ"נ אם יסכים עוד אחד עמו מה אכפת אם השלישי לא יענה על רב בלא"ה הלכה כגדול ואם שנים ירצו לחלוק עליו כשאין דבטלה דעתו רק רבי לשיטתו דס"ל בפ"ק דסנהדרין דף ג' ע"ב דד"מ בחמשה לדידי' שייך לא תענה על רב גם בד"מ כשיאמרו שנים לזכות ושנים לחוב והגדול בחכמה מצד אחד דאז אין לבטל דעתו ואין להחמישי לחלוק עליו לנטות מדבריו ע"י רוב מנין ע"כ כל מניינא דבי רבי והצד מתחילין אלא דלפ"ז קשה למה אמרו בסנהדרין דף ל"ו ע"ב בשור הנסקל אין להתחיל מן הצד הא לכ"ע בכ"ג אלא אף דאין לענות על רב מ"מ דרך שאלה מותר רק בד"נ חיישינן מתוך חומר שבהן כיון שלא בדרך שאלה אסור לחלוק וכמבואר בסמ"ע כה"ג ובד"מ כיון דאין לדבר לפני הגדול משום כבודו מוטב יותר להתחיל מן הגדול וכמ"ש התוי"ט שם וע"כ לא חיישינן שמא לא ירצה לענות על רב אמנם רבי משום ענוה שבו מחל על כבודו ומשום דאסור לענות על רב חשש שלא ירצו לחלוק עליו אפילו דרך שאלה וזה דוקא לרבי דד"מ בחמשה וכשיש עוד אחד עמו לא בטלו דבריו אבל לדידן דד"מ בשלשה והשנים רשאין לחלוק עליו להדיא דבטלו דבריו אין חשש ולמה יוותר הגדול כבודו בחנם ע"כ השמיטו רי"ף ורמב"ם זה.

אחר הרוב ברמב"ן פאד"מ הביא מ"ש רה"ג דאם נחלקו ב"ד של שלשה שנים אומרים כך אם שוים בחכמה דוחין דברי יחיד ועושים כשנים ואם אחד עדיף מן השנים הולכין אחר מי שנתן טעם לדבריו ורמב"ן הביא ראי' לדבריו מיבמות דף י"ד דעשו כביש דמחדדי טפי והקשה מר"א בן הורקנוס דבטלו דבריו ומדר"מ שאין בדורו כמוהו וע"כ חולק בין יחיד נגד שנים דבטלו דבריו ובין רבים נגד רבים אבל דברי ר"ה נדחה דהא ס"ל גם ביחיד נגד שנים כן עיי"ש ולע"ד גם רה"ג לא אמר רק אם הגדול בחכמה הוא גדול ועדיף מן השנים אבל אם רק גדול מכל אחד וטובים השנים מן האחד ע"י צירוף מודה רה"ג דהולכין אחר הרוב מנין וכן הדין לענין ביטול איסור ברוב דאם חתיכה גדולה נתערבה בין סתים קטנות אם בכמות גדולה מהשתים אינה בטלה ואם השתים בכמות ע"י צירוף יותר מהאחת בטלה ברוב כמ"ש ש"ך ביו"ד סימן ק"ט סק"ו וע"כ דייק רה"ג אם האפד עדיף מן השנים אין מזניחין רוב חכמה דעדיף רוב באיכות מבכמות ור"א ור"מ לא עדיפי רק מיחידים אף דבאבות פ"ב מ"ח תנן אם יהיו כל חכמי ישראל בכף אחד ור"א בן הורקנוס בכף שני' מכריע את כולם הרי שם אמר א"ש דאם יהיו כל חכמי

ישראל בכף מאזנים ור"א בה"ק עמהם ור"א ב"ע בכף שני' מכריע את כולם וכתב שם תרב"ע דבחריפות ר"א ב"ע גדול א"כ בחריפות אין ר"א בן הורקנוס גדול מכולם ועוד בלא"ה מבואר בגמרא דאין הלכה כי"א דשמותי הוא ומבואר בירושלמי שהוא מתלמידי ב"ש ומעולם לא אמר רק מה שקיבל מרבותיו א"כ כבר הלכה כב"ה דיצאה ב"ק אלא דזה צ"ע למה עמד ר"י מעל רגליו ואמר אין משגיחין בב"ק דכבר נאמר אחרי רבים להטות כדאיתא בב"מ דנ"ט דלר"י דאין משגיחין בב"ק א"כ הרוצה לעשות כב"ש עושה דמחדדי טפי ור"א מכריע ג"כ את כולם ועמ"ש בחידושי לא"ח סימן תרח"י.

סמ"ע פסק"י ספק בתקנה עמ"ש בס"ד בסימן קע"ה סל"ז.

סימן יט

סעי' ב' ומדבריהם האורים סק"ד השיג על המבי"ט שכתב דיכתבו סופרי הדיינין הפס"ד והוכיח מהירושלמי דשלשה שדנו ומת אחד מהם חותמים בשנים ואומרים אעפ"י שחתמו שנים דבנו בשלשה ואלו הסופרים חותמים כך וכך נפסק מב"ד א"צ לכתוב כלל דהא בב"ד תיו תלתא ויכתבו מב"ד שלשה יצא כך א"ו שהדיינים חותמים עכ"ל ותמה אני איך יפרנס הלשון ומדבריהם דהל"ל ומדברינו ולא ראה בחידושי ר"ן פז"ב דף למ"ד דכתב דהל"ל מדברינו אלא שאפשר שאין זה לשון הב"ד אלא שהתלמיד אומר שהדיינין יכתבו שמדבריהם נזדכה פלוני או אפשר שאמרו כן שלפעמים כותבין מעב"ד בלשון עדים שנצטוו מפי הדיינין עכ"ל ולשון הש"ע משמע שהוא ממש לשון הכתוב בפסק וכותבים מדבריהם וע"כ דהוי לשון הסופרים ומה שהקשה מהירושלמי י"ל דדוקא ששמעו הסופרים מפי השלשה אבל כששמעו רק משנים מהשלשה הוי עדים מפי עדים עיין לקמן סימן למ"ד סי"א ובסמ"ע שם אמנם בהנה"מ שם סק"ח כתב דכל שנשאר שנים עדיין תורת ב"ד עליהן ומ"מ י"ל דמה דסופרים כותבין בלשון עדים שלא מדעת המתחייב ולא חשיב מפי כתבם משום דשלוחי ב"ד ננהו וכאלו ב"ד בעצמם כתבו וכמו כשכתבו מדעת המתחייב מהני דהוי מפי כתבו כמ"ש רז"ה בפד"א וא"כ דוקא כשב"ד בעצמם יכולין לכתוב אבל אם נאמר כשמת אחד אין תקנה שיכתבו הב"ד ממילא גם כתיבת שלוחם לא מהני דמי איכא מידי דאיהו לא מצי למעבד ושליח מצי משוי וע"כ הוצרך הירושלמי להודיענו דבמת אחד עדיין יכולין בעצמם לחתום פס"ד וממילא נדע דמצי משוי שליח.

סימן כ

סעי' א ואפילו אם פרע עיין שע"מ שכתב באחד שתבע לחבירו בספק עפ"י עדים והלה השיב א"י והוצרך לשלם בב"ד עפ"י העדים ואח"כ הביא הנתבע עדי הזמה או יורשים שתבעו מיורשים בשטר בב"ד ופרעו להם ואח"כ באו עדים שהשטר פרוע מאביהן פטורין מלהחזיר כדאמרינן בכריתות דכ"ד שור הנסקל שהזמו עדיו כל המחזיק בו זכה בו וה"נ מתייאש וזוכה התובע בהמעות מהפקר אף שהתובע נתכוין לזכות מחמת שהי' סובר שמגיע לו עפ"י הדין מ"מ כיון שנתכוין לזכות בו זוכה בו מתורת הפקר כמ"ש הרא"ש בתשובה והביאו הטור ס"ס רנ"ו ובש"ע ס"ב ועוד דחצרו וידו קונה לו שלא מדעתו בדבר שאם הי' יודע שהוא הפקר הי' רוצה לזכות בו כמ"ש התוס' בפחז"ה דנ"ד ד"ה אדעתא עכת"ד ועיין בכ"מ פ"א מהלכות זכי' הלכה י"ד כתב ג"כ כל שנתכוין לשם קנין קונה מן ההפקר אף עפ"י שזה אינו מתכוין לזכות מן ההפקר ומ"מ לע"ד י"ל דוקא באנן סהדי אלו ידע שהוא הפקר הוי ניחא לו לזכות בו השתא נמי הוי כאלו ידע ואע"ג דקי"ל ישל"מ ל"ה יאוש עיין ש"ך לקמן סימן שנ"ח וקצו"ח שם ובענייי כתבתי במקום אחר דמידי דלאו זכותו ולאו חובתו תליא בישל"מ אבל מידי דזכות לו ואנן סהדי אלו הוי ידע הוי רוצה לקנות או להקנות לכ"ע השתא נמי דלא ידע כאלו ידע לכן חצרו זוכה לו שלא מדעתו וכן הך דתשובת הרא"ש אלו ידעה היתומה דהוי הפקר ודאי הוי ניחא לה לזכות מהפקר וכן בהך דב"מ השתא נמי הוי כידע וכיון דקנין עשה אלא דלא ידע לכוין לזכות מהפקר הוי כאלו ידע אמנם בנידון זה דתובע משום דכסבור דמגיע לו מדינא נהי דחבירו מתייאש ומפקירו בעל כרחי' אפשר תובע זה לא הי' רוצה לזכות משל חבירו דבר שמפקירו שלא מרצונו ובפרק כל כתבי דף ק"כ איתא ואם היו פקחין עושים עמו חשבון ופריך הש"ס חשבון מאי עבידתי' מהפקירא קזכו אר"ח מדת חסידות שנו כאן אמר רבא חסידי אגרא דשבתא שקלי פרש"י אם חסידים הם יש להם לוותר משלהם בכל דבר שיש בו נדנוד עבירה אלא אמר רבא הכא בירא שמים עסקינן ולא ניחא לי' דליתהני מאחרים פרש"י בזכי' דהפקירא דידע דלא מרצונו הפקירו עייי"ש מבואר אע"ג דלאו חסיד הוא לוותר משלו משום נדנוד עבירה מ"מ ירא שמים הוא דלא ליהנות מאחרים בזכי' דהפקר שהפקיר חבירו שלא מרצונו וא"כ ה"נ לאו זכות הוא לו שיזכה מהפקר שהפקיר חבירו שלא מרצונו ול"ל אנן סהדי אלו ידע הוי ניחא לו ואפילו יאמר השתא דניחא לו י"ל השתא אחמיץ ולקמן סימן קצ"ה ס"ג בסמ"ע סקי"א הביא מתשובת מהרי"ו ס"ד דאפילו במתנה יש לומר דלא ניחא לי' לזכות בה משום שונא מתנות יחי' ועיי"ש ונהי דשם לאו כ"ע הכי ס"ל משום דנותן מדעתו אבל כאן י"ל לכ"ע דל"ל זכות הוא לו

וכ"ש דחצירו וידו אינו קונה לו שלא מדעתו רק במידי דזכות וזכין לו שלא בפניו וזה ודאי אינו זכות ובב"מ דף ק"ב דאמר היכא חצירו קונה לו במידי דמצי זכי בעצמו אבל כשיש בו איסור אין חצירו זוכה לו משום דלא מצי זכי בעצמו ולא אמר כיון דיש בו איסור ל"ל חצירו זוכה לו שלא מדעתו שם ר"ל אע"ג דכשבא ליטול האם והבנים כבר ידוע לו ומ"מ אין חצירו זוכה לו עיי"ש בת"ח והך דכריתות מירי דמחזיק לזכות בו מהפקרא והרי יודע דשלא מרצונו הפקירו והך דרא"ש בסימן רנ"ו בגר דנעשה הפקר ממילא והיתומה ודאי זכות לה לזכות מהפקר ואפטרופס השאיל לה רשותו ואי אלמלי ידע האפטרופס דלא מהני מתנת ש"מ בגר לא היה משאיל לה רשותו כבר תמה שם הטו"ז כן בלאו דברינו על הרא"ש ועיין נתיבות שם דהיתומה קונה המתנה בתורת חצר כיון שהקנה לה רשותו וא"כ לא איכפת לנו אם האפטרופס טעה וכסבור דיתומה זכתה במתנת שכ"מ דבין כך ובין כך הקנה לה רשותו ואי דנימא אומדנא אלמלי ידע דאינה זוכה במתנת שכ"מ לא הוי מקנה לה רשותו כדי שיזכה לעצמו מהפקר כמו שהקשה הטו"ז י"ל דאין זה אומדנא דשמא הי' מבטל רצונו מפני רצון הגיורת כיון דגם היא נותנת לו מתנה ועבדת לו נייח נפשא וגם אפשר ג"כ הי' חס על היתומה ועיין יו"ד סימן רנ"ג ס"ה בהג"ה ואם יאמר אחר שבאו עדים שרוצה עתה לזכות לא מהני כיון דאינו מתייאש עתה כיון דלא אפקרי' רק לזה אינו הפקר גמור רק יאוש ואם כלה היאוש קודם שזכה אחר ממילא הדרא למרא קמא וכמבואר בנתיבות סימן רס"ב וכה"ג כתב בנוב"ת סימן קנ"ד בשם ר"ן נדרים דף מ"ה ורמזו בנ"צ.

ועוד נראה כיון שתובע זה גרם לו ההיזק אף שבטעות הי' וגם הנתבע טעה מ"מ חייב לשלם לנתבע וכמבואר לקמן סימן קכ"ו סי"ד ועיין בנתיבות שם אף דנתייאש מיד שהוכרח ליתן לו מ"מ ע"י גרמתו הי' דמחמתו בא היאוש עיין נתיבות סימן שס"א ס"ה ועיין בש"ך סימן קכ"ו כשהמחהו בחובו מודה הש"ך כיון שהוכרח לשלם ע"י המחאתו הוי כפורע מדעתו וה"נ בא לידו ומשתרשי לי' ואפילו יהא רק גרמא חייב כמ"ש שע"מ לקמן סימן כ"ו סק"ב וכיון דאפילו גרמא חייב ע"כ דינא הוא ולא קנסא דבגרמא לא קנסו והיכא דדינא הוא חייב אפילו גרם לו בטעות וכמ"ש בתומים סימן קכ"ו ס"ק ח"י ועיין לקמן סימן שע"ח ס"א וכ"ש בחוב שמתייאש כשפורע וזה מקבלו בידו דהוי מעשה ממש דאפילו מאן דל"ד דד"ג מחייב בדוחף מטבע לים שא"א להוציאו כדאיתא בב"ק דצ"ח וא"כ מזיק באונס חייב לכ"ע עיין סימן שע"ו סק"ו.

אע"פ שמצא עיין נתיבות שכתב בתובע מנה ובאו לו עדים שמגיע לו מאתיים אינו גובה כלל דפסל העדים ובמאזנים למשפט השיג עליו מדאמרינן בב"ב דף קכ"ח מלוה

אומר לא נפרעתי כלום ולוה אומר פרעתי מחצה ועדים מעידים שפרע כולו גובה מחצה מבנ"ח והרי העדים מוכחשים מן הלוה ופסולים נגדו וא"כ השטר בחזקתו ויגבה המלוה כולו עיי"ש ותמוה דאדרבה משם ראי' דהא מבואר שם דלוה נשבע הרי דחשבינן לעדים פסולין דאל"כ נהי דלוה מחל מנה יועיל עדותן על אידך מנה דבכלל מאתיים מנה ויפטרו אותו משבועה ומה שהקשה דיהא השטר בתקפו נעלם ממנו תוס' דשם שתרצו דחשובה כמע"פ שהרי עדים מעידין שהשטר פרוע אע"ג דלדבריו העדים פסולים שהרי מכחישם ואמר שחייב מחצה מ"מ שטר אינו מתקיים אלא ע"י הודאתו והא קאמר דפרע מחצה ולדברי נתיבות כאן בתובע מנה ועדים מעידים מאתיים ולוה כפר בכל אין עליו רק היסת כיון דמלוה פסל לעדים והנתיבות כאן חולק על התומים שכתב דהודאת פיו אין פוסלן רק אומרים שטעו העדים ולקמן סימן למ"ד סק"ג כתב הנתיבות דלא פסל לעדים רק עשאן כטועים בסך המעות ומ"מ ודאי ראו שהלוה לו ומסיק בתבעו מנה ועדים מעידים מאתיים דאין מקבלין עדותם לחייבו במנה מ"מ חייב שבועה מדין העדאת עדים דר' חייא וכ"פ בחידושים שם סק"ה ולע"ד אין לחייבו שבועה כיון דלתוס' פסל המלוה להעדים וכ"ד הנתיבות כאן ואפילו היסת א"א להשביעו דאיך נניח אותו לישבע שלא לוה כלל ועדים מעידין שלוה וכמ"ש נתיבות בסימן למ"ד שם דנהי דמלוה פסלן לגבי עצמו אנן מחזיקים אותם לסהדי קושטא עיי"ש וא"כ פטור הלוה לגמרי כיון דא"א לישבע כשאר כ"ה והוא חשוד ודלקמן סימן צ"ב סי"א וכן בתבעו מלוה מנה ולוה כפר בכל ושאלו ב"ד לתובע אם יש לו עדים והשיב שאין לו עדים ונתחייב הלוה היסת וקודם שנשבע באו עדים שחייב לו מנה פטור הלוה אפילו מהיסת דמלוה פסלן לגבי עצמו ואנן מחזיקים אותם לכשרים וא"א להניח ללוה לישבע אפילו היסת דישבע לשקר עיין סימן צ"ב בסמ"ע סק"א וה"נ אף דלא נעשה חשוד בהלואה מ"מ ידעינן ע"י העדים דודאי חייב וכשישבע להיפך ישבע בשקר ועמ"ש לקמן סימן צ"ב ס"ו.

סימן כא

מי שקנו מידו שא"ל יבא. מי שכתב לחבירו שמחייב א"ע להעמיד את ראובן לדין וגם הוא מחייב עצמו לעמוד עמו לדין ליום פלוני ואם יעבור יתן לחבירו כו"כ ועבר אותו יום ולא הביא את ראובן הנה י"ל הך ואם יעבור קאי רק אדסמוך שבעצמו לא יעמוד ויד בעל השטר עה"ת אלא דא"כ בטל החיוב שהתחייב להעמיד את ראובן דזה אינו בידו כלל ול"מ רק אם נאמר דהקנס קאי גם עליו עיין סימן סמ"ך בנתיבות ס"ו סק"י וכיון דחיוב זה שהתחייב להעמיד את חברו יתבטל לגמרי תו הוי יד בעל השטר על עליונה

כדלקמן סימן מ"ב ס"ט עיי"ש בתומים דגם אם מקצת השטר יתבטל ג"כ יד בעהש"ט על עליונה כגון לענין משעבדי ובנ"ח עיי"ש כ"ש הכא דחיוב זה בחנם נכתב אם לא נפרש דהקנס גם עליו קאי וממילא דגם יום פלוני קאי על העמדת ראובן ג"כ דאל"כ ידחנו לעולם כמו בעד הפסח דסימן מ"ב ס"ט ובטל החיוב לגמרי ול"ל דאדרבה נימא שמחויב להעמידו ליום הבא ראשון כמו התם לפסח הראשון דזה אינו דהכא י"ל דיום פלוני קאי עליו ולא נתבטל לגמרי ואפילו כתוב שמחייב א"ע להעמיד את פלוני ליום פלוני ומחייב א"ע נמי שיעמוד ג"כ ליום פלוני ואם יעבור יתן כו"כ קנס קאי הקנס גם אפלוני מטעם שכתבתי.

ואם כתב שמחייב א"ע לעמוד עם מוכ"ז ביום פלוני לד"ת וגם מחייב א"ע להעמיד שותפו ג"כ עם מוכ"ז ליום פלוני לד"ת ואם הוא לא יעמוד ולא יעמיד את שותפו לד"ת ביום פלוני יתן כו"כ למוכ"ז לכאורה ר"ל דלא נפרש הך ולא יעמיד בואו העיטוף אלא או לא יעמיד דאל"כ בטל כל החיוב שנתחייב להעמיד שותפו ועוררנו בני מאיר דוד שיחי' דבזה י"ל דחל החיוב לשלם החצי ויפה אמר לפמ"ש טו"ז ביו"ד סימן רל"ח סקי"א ולקמן סימן ע"ג ובשער משפט סימן נ"ה.

סעי' א' שאם לא יבוא בשו"ת שער אפרים שאלה קל"ז פסק בראובן עשה מקח עם שמעון להעמיד לו סחורה לזמן קצוב ונתקשר בקנס באם שיעבור הזמן ולא יועיל לו שום אונס ונתן משכון על הקנס וקודם שעבר הזמן בא לוי ואמר ברור שלא יבא שמעון לזמן ואעמוד לך הסחורה וראובן משיב לאו בע"ד דידי את הלא אין אתה שליח שלו דמחויב לקבל הסחורה מיד לוי דזכין לאדם שלא בפניו אף שמחייב לאחרים וראיתי מטותו"מ סימן פ"א ס"ל וז"ל ראובן שאמר לשמעון חייב אתה מנה ללוי וא"ל הן כו' ואעפ"י שלא בא ראובן בהרשאת לוי ועוד ראי' קצת מפ"ק דקידושין דף כ"ג ע"א גבי עבד כנעני קונה עצמו בכסף ע"י אחרים שלא מדעתו דקבלת רבו גרמה לו אע"ג דר"מ סבר חוב לעבד שיוצא לחירות מ"מ חבין שלא בפניו כיון שאחרים עוסקין לטובת האדון עכת"ד ובענ"ד איני מכיר ראייתו דמסימן פ"א אין ראי' דבשלמא כשבא לחוב לו בע"כ אין בכחו אף דרוצה לזכות לאחריני דמה חזית דדמים דהאי סמוק טפי משא"כ התם בסימן פ"א דהנתבע סיפוק בידו לדחותו מעליו ושלא להשיבו כלל ולא בא לחוב לו רק ברצונו אם ירצה להשיב לו אין אנו אחראין לו ואיהו דאפסיד אנפשי' ומחייב לעצמו לכן זכין לאידך שלא בפניו ומקידושין נמי אין ראי' דמבואר שם ברש"י דבכסף א"צ שהנותן יהא שליח לעבד כלל דרבו מעצמו משחררו דהא גם המפקיר עבדו יצא לחירות עיי"ש בפנ"י ובפנ"י בפ"ק דגיטין דף י"א ע"ב על תוס' בד"ה ש"מ ולדברי ש"א

בשטר נמי ישתחרר ע"י אחר בע"כ כיון דרצון הרב לשחררו זכותו הוא והא כ"מ דאין חבין לאדם שלא בפניו ודאי מגיע זכות לאחר והרי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ל"ק ומבואר בסמ"ע ריש סימן ק"ה דאע"ג דזכין לאדם שלא בפניו דוקא כשאין באותו זכי' חוב לאחרים ואף כשאינו חב לאחרים רק ללוה מהני התפיסה הוא מטעם שכתב בתשובות הרי"ף הובא ברין פ"ק דגיטין דמשום פסידא דמלוה התקינו כן א"כ י"ל דהוא משום נע"ד בפני לוין דלא שייך כאן ומפרט דאיהו דאפסיד אנפשי' ולא חש לקמחי' שהתחייב אף באונס דלא שכיח ולא תקנו בלא שכיח ואפילו לרא"ש בסוף פ"ק דגיטין דס"ל דמדינא מהני תפיסתו נגד הלוה ה"ט דלוה חייב לשלם גם כשלא יתפוס אבל כאן אם לא יעמוד לו היום הסחורה אין עליו חיוב לקבלם ויוחלט לו המשכון ואולי י"ל משום דללוקח ליכא רק מניעת ריוח ולמוכר יש היזק לא חשוב חוב לאחריני נגד זכות המוכר דל"ד למגבי' מציאה לחבירו ולקיטת פאה בפ"ק דמציאה ד"י דמחשיב חב לאחריני לר"נ ור"ח אף דאינו רק מניעת ריוח משום דגם מה שזוכה לזה ג"כ רק ריוח ומצאתי בשער משפט סימן ק"ה סק"ג הביא משו"ת מהר"ם אלשיך שכ"כ דמניעת ריוח לא חשוב חב לאחרים והקשה עליו ממל"ח ובמ"ש נתיישב ומ"מ מתשובת ריב"ש סימן ק"ז הובא במהר"ם אלשיך סימן ל"ז וסימן ק"ט משמע דגם במניעת ריוח חשוב חב לאחריני דהא אלמנה שתפסה למזונות ע"י שליח כתב דל"מ כשחב למקבלי מתנות ואפשר כיון דמיד שמת השכ"מ זכו המקבלי מתנות רק משום דמשעבדים למזונות האלמנה מהני תפיסה חשוב פסידא ממש משא"כ מניעת ריוח שלא בא עדיין לעולם אמנם הש"א לא נחית לחלק בזה כלל דהא ממקום שהוכיח לפי דעתו יהא מוכח אף בחב ממש וזה ודאי אינו ולפ"ז בהוזלה הסחורה ויהא הפסד ממש ללוקח ודאי א"צ לקבלם מזה וגם במניעת ריוח ברור י"ל דחשוב חב לאחריני ול"ד לנידון דמהר"ם אלשיך שכתב דמה שהי' אפשר שירויחו היורשים במעות שתפסה הוי מניעת ריוח לבד דשא"ה דמחוסר מעשה משא ומתן והוי דשלב"ל ומי יימר דיהא רווחא משא"כ בריוח ברור כנידון דש"א דלולא זה שבא להעמיד לו הסחורה בעד המוכר הי' הלוקח מרויח בודאי ואינו מחוסר שום מעשה וכאלו כבר בא לידו הריוח דמחוסר זמן ל"ה דשלב"ל ולכן בנידון דהריב"ש חשוב חב למקבלי מתנות משום דלולא תפיסת השליח ודאי היו זוכים ואין מחוסר מעשה וחילוק זה מוכח מירושלמי פרק איזהו נשך ה"ג דאמר המבטל כיס חברו פטור ומבטל שדה חבירו חייב עיי"ש בפ"מ.

אנוס בספר ד"ג כ"ח ס"ד כתב ז"ל ראובן הדר בטבריא עשה חליפין עם שמעון הדר בציפורי שראובן נתן לו סחורה בעד מאה מדות חטים ובתנאי מפורש שנתחייב לו

שמעון למסור החטים עד סוף אייר בנהר פלוני בספינה שישלח ראובן לשם ואם יעבור הזמן ולא יעמידם נתחייב שמעון לשלם לראובן בעד הסחורה שלקח ממנו כו"כ מעות מזומן ולזמן הנזכר שלח ראובן הספינה ולא הביא שמעון החטים וטען שמעון שהי' אנוס כי שר העיר עיכב על ידו ועתה רוצה ליתן לו חטים ופסק הבני חיי דהדין עם ראובן והביא ראי' מתשובת רשב"א ח"ב סימן רכ"ט באחד שמכר לחבירו שדם ע"מ כשיחזיר לו המעות עד שנה תתבטל המכירה ובתו"ז בא מוכר ליתן המעות ולא רצה לוקח לקבלם עד שתעבור הזמן ופסק הרשב"א אף דנאנס המוכר מחמת הלוקח לא בטל המכירה וראי' ממוכר בית בביתו ע"ח וכו' ודחה הד"ג דשם בא להוציא מן הלוקח ואונס רחמנא פטרי' אמרינן אבל לא לחייבו מחמת אונסו של מוכר כמו הכא דנאנס בעל החטים ואין להוציא ממנו עכת"ד והמעיין בחידושי רשב"א בגיטין דף ע"ו דהביא הך ירושלמי דאונסא כמאן דלא עבד יראה דאין לחלק בהכי וז"ל שם בירושלמי גרסינן ר"א בשם ר"י סדר סמפון כך הוא אנא פב"פ מקדש לך ע"מ דאי אתא יום פלן ולא כנסתיך לא יהוי לי עלך כלום אירעו אונס ר"י אמר אונסא כמאן דלא עבד כלומר דאין טענת אונס ור"ל אמר אונסא כמאן דעבד כלומר דיש טענת אונס חד ב"נ אקדים פריטי לאלפא ונגב נהרא אתא עובדא קמי' דרנב"י אמר הא אלפא אייתי נהרא ר' אבא הוי מצלי דינגב נהרא כי היכא דלימא לי' למרי אלפא הב לי פריטין דיהבית אשכחת ר"י ור"א לא סברין כרשב"ג דאמר עכבה שאינה ממנה הר"ז גט ר"ל ורנב"י סברין כרשב"ג עכ"ל ואם איתא בסברתו הא מרי אלפא מוחזק במעות והאשה מוחזקת בעצמה וכבר נתגרשה על תנאי ונאנסה בקיומו ונימא גם ר"י ס"ל כרנב"י וכרשב"ג וא"ת גם בקדשה ע"ת חשוב הבעל המוחזק כיון דהקידושין ודאי רק נעשה ע"ת א"כ למה אמר רי אונסא כמאן דלא עבד ולבטל הקידושין והרי כל סברת הש"ך כאן אליבא דר"י דקי"ל כותי' דאמר כאלו לא עבד משום דאין לחייב האשה מחמת אונסו של בעל ודו"ק וכן מבואר בספר בית מאיר על א"ע סימן קמ"ג ס"ח שהוכיח מחו"מ סימן של"ד מלשון הרמ"א שם בהג"ה ס"א דבאונס דהוי פסידא דפועל דאפילו כבר נתן מחויב להחזיר וכן באלפא אח"כ נדפס ספר משפט שלום ומצאתי בו בסימן ריי"ש ס"ג בפסקא המתחלת והנה כבר הבאתי כתב דאונס רחמנא חייבי' לא אמרינן אפילו כבר קיבל המעות מחויב להחזיר ללוקח אם לא העמיד המקח לזמן שהותנו מחמת אונס והוכיח כן מח"ר הנ"ל גם הביא מב"מ בא"ע ר"ס ל"ח שכ"כ ועיין בנתיבות סימן כ"ה האריך בנידון הרשב"א הנ"ל די"ל אונסא רחמנא פטרי' למוכר ובאמת אין לבנות יסוד מתשובת הרשב"א הנ"ל דמבואר שם להדיא שכתב שם רק שלכאורה זה כענין בית בביתו ע"ח עיי"ש וגם לפי הלכאורה

סברתו לע"ד משום דלא אזלינן בתר אומדנא דמוכר שלא נתחייב אדעתא דאונס ומשום דלוקח נתן מעותיו מיד לא נחית על דעת כן וה"נ צ"ל לדעת המג"א בסימן ק"ח סקי"א עיי"ש דגם בהלוה על שדהו ע"ת שא"ל יפדנו עד ג"ש יהא של מלוה ואירעו ללוה אונס דהשדה חלוטה למלוה עיי"ש.

ובעיקר דין הנ"ל נלע"ד דודאי אין לחייב את שמעון ליתן מעות בעד החטים אלא דאם הוזלו החטים אין לחייב את ראובן ליקח עכשיו חטים בעד סחורתו דמשוה אונסו של שמעון אין לחייב את ראובן ואם הסחורה בעין בטלה המכירה ואם לאו הוי כלקחם שמעון מעצמו ולא נמכר לו דצריך לשלם כמו שהיו שוין בשעה שהוציא הסחורה מן העולם עיין לקמן סימן שס"ב ס"י ובסמ"ע שם ס"ק י"ט ובראש בפרק לולב הגזול סוף סימן למ"ד ובנתיבות לקמן סימן רמ"א ס"ח סק"ט מ"ש בשם המל"מ ויכול ליתן לו חטים כשויין דמעכשיו למוכרן מיד כדלקמן סימן ק"ג וכך יתן לו עפ"י שומא כל כך חטים שיהיו שוין עכשיו כמו שהיו שוין הסחורות של מוכר בשעה שהוציאן הלוקח מן העולם.

באותו היום אם קנו מידו שאם לא יבא ביום פלוני לב"ד יבטל זכיותיו משמעות לשון ב"ד הוא ב"ד של אותו מקום ותואיל והי' ב"ד של אותו המקום בלתי נמצא באותו יום פטור ואם נמצא הב"ד בחצי יום ולא נצצא בחצי האחרון אם אין מנהג בב"ד זה לשבת לדון בקביעות אלא בחצי הראשון מהיום הואיל והי' הב"ד נמצא בעת שמנהגו לשבת לדון ולא בא לב"ד כבר בטלו זכיותיו ואם הי' מנהג אותו הב"ד לשבת כל היום לדון הואיל ואירע שלא ישב בחצי היום יכול לומר שהי' סומך לבא בחצי האחרון מן היום עכ"ל שו"ת ר"י אבן מיגאש סימן קכ"ז וזה מבואר כדעה הר"ן ולא כהאגודה שביו"ד סימן רל"ב סי"ב בהג"ה ועיין בנה"מ סימן נ"ה

פטור עש"ך בשידוכין שנעשו בסתם ואח"כ נכתב בתנאים זמן לנשואים ועבר אחד באונס הזמן מחויב חברו לקיים השידוך ומעשה שעבר אחד הזמן וטען שהוא אנוס מחמת בן או בת גדולה שלא נשאת עדיין ומחותן של הגדולה מעכב הנשואין ועלה שאלה זאת על שלחן מלכים אי חשוב אונס שלא להשיא הצעירה לפני הבכירה ולענ"ד נלמד מקידושין פ"ג דף ס"ד ע"ב דהמקדש בתו סתם אין הבוגרת בכלל ואפילו שויתי' הבוגרת שליח ואמרה לו קדושיי לך אפ"ה לא שביק אינש מצוה דרמיא עלי' ועביד מצוה דלא רמיא עלי' פרש"י בתו קטנה רמיא עלי' להשיאה ועליו מוטל המצוה דכתוב ואת בנותיכם תתנו לאנשים ע"כ ואם איתא דאינו יכול להשיא הקטנה לפני הגדולה נימא דקיבל קדושין בעד הבוגרת כיון דא"א להשיא הקטנה קודם ועיין בא"ע סימן ל"ז סט"ו דאם אמרה לו הגדולה שיקדשה לפלוני אזי הוי ספק שמא קיבל הקדושין לגדולה

כיון דיש רמאות אם יקדש הקטנה לזה וא"כ אם איתא דאיכא איסור לתת הצעירה לפני הבכורת בלא"ה התא הגדולה ספק מקודשת ול"ל דבנשואין אסור ולא בקידושין דהא רש"י פירש לא שביק מצוה דרמיא עלי' בתו הקטנה להשיאה הרי דגוף הקדושין דקטנה דרמיא עליו הוא רק מחמת דרמיא עליו להשיאה וכן מוכח בשו"ת מהרי"ט חא"ע סימן ל"ה דאין לחלק בזה בין נישואין לקידושין דהוכיח דלא שביק אינש מצוה דרמיא עלי' מהני גם לסמוך עלי' בחומרא דא"א מההיא דאין הבוגרת בכלל ואעפ"י דלאו ארח ארעא דלא יעשה כן במקומנו והובא בקה"י חלק מדות חכמים אות ט' והרי דלאו ארח ארעא גם בקידושין ומ"מ לא שביק מצוה דרמיא עליו מוכח דאין אונס דאל"כ אונס רחמנא פטרי' ולא רמיא עליו עד שישיא הבוגרת.

סימן כב

סעי' א' מי שקיבל עליו עמ"ש לקמן סימן קכ"ד.

קרוב ראובן יש לו תביעה על שמעון ולוי שערבו לו כל אחד בפ"ע על חלקו ואמר לוי דון עם שמעון וכאשר יושת עליו יקום עלי ג"כ ובוררו רו"ש דיינים ואחד קרוב ללוי וקודם שנפסק הדין חוזר ראובן מקבלת הקרוב ללוי ושמעון טוען לי אינו קרוב חזור בך נגד לוי לבד הדין עם שמעון אמנם אם שמעון לבד בירר אותו דיין אף שטענו לפניו ולפני דיין שבירר ראובן יש ספק אם ראובן יכול לפסלו דאפשר י"ל אינו רוצה למשוי נפשי' הדרנא ממה שקבל נגד לוי אך אם מוכח דבעצת לוי בירר שמעון קרובו ושמעון ולוי הטעימו דבריהם לאותו דיין אע"ג שחוזר ראובן עתה ממה שקיבל נגד לוי ואין הדין רק על שמעון מ"מ תו לא חזי אותו דיין שום חובה לשמעון דשבטתא כיון דעל על לכן מצי ראובן לפסלו שלא יהא דיין עוד אלעתיד לבא כל כמה שלא נפסק הדין קודם חזרתו של ראובן אך מה שפסק כבר כגון חילוק הטענות או שאילות העדיות יהא שרירא וקיימא מהר"ם מינץ ספ"ד.

בש"ך סק"א דהא קי"ל כר"י ור"ל לגבי שמואל ולדידהו **ביך** אפילו נטל מזה ונתן לזה יכול לחזור בו כשקבל בפני שנים עכ"ל ועמ"ש לקמן סימן כ"ה סק"ל דצ"ע כיון דשתק הבע"ד הא קי"ל כר"נ בפא"נ דס"ו ע"ב דאי שמיט ואכל לא מפקינן מיני' עיי"ש.

הג"ה דאיכא תרתי עיין סמ"ע באם קיבל כשר במקום שלשה ועיין ש"ך ונתיבות ועכ"פ לכ"ע קודם שנגמר הדין יכול לחזור ולי צ"ע דכמה פוסקים ס"ל כרב אחא דבפ"ק דסנהדרין דף ג' דמדאורייתא חד נמי כשר רק חכמים תקנו שלשה משום גזירה דישובי קרנות ובדיעבד דינו דין ורמב"ם פסק כרב אחא ומ"מ בדיעבד אינו דין ובטו"ז לעיל

סימן ג' כתב דגם הרא"ש ס"ל כן דאף דהוא רק מדרבנן מ"מ כיון שעבר אתקנתא דרבנן גם דיעבד אין דינו דין וכה"ג כתב בשער משפט לעיל סימן ג' דכיון דעבר אדרבנן הוי רשע ופסול לאותו דבר עיי"ש ולפ"ז ה"ד אם דן בכפי' אבל אם קבלוהו דבזה לא גזרו רבנן דהתקנה רק לטובת הבע"ד ובעצמם לא חשו לקמחייהו וא"א להם בתק"ח א"כ דיעבד שכבר נגמר הדין אף שחוזר הבע"ד וישנו בחזרה מ"מ כיון דלא עבר הדיין אדרבנן הל"ל אוקמוה אד"ת דחד נמי כשר ונהי דלאחר שנגמר הדין אין נ"מ לדינא כיון דבלא"ה מחלוקת אי חשוב תרתי לריעותא ובתרתי לריעותא נמי מחלוקת ואם עדין תורה חד כשר נמי מחלוקת אבל נ"מ כשנפסק תדין שלא בפני הבע"ד כדלעיל ס"ס י"ח והבע"ד ביטל קבלתו בפני עדים שלא בפני הדיין קודם שנגמר הדין ולא ידע הדיין בזה יכול המוחזק לומר קי"ל דמדאורייתא חד נמי כשר וכיון דלא עבר הדיין אדרבנן דינו דין ומ"ש רמ"א אם קבל קא"פ בדיין אחד אבל אם קבלו בתרי אפילו אחר גמ"ד יכול לחזור ולפמ"ש הל"ל דבדיעבד לא נשאר רק חדא לריעותא דקא"פ לק"מ דמ"מ כיון דתק"ח שלא ידון יחידי בלתי קבלת בע"ד א"כ מה שקבל עליו לוותר ריעותא זאת וגם ריעותא דקא"פ הוי גוזמא ובטלה קבלתו מיד אף דבדיעבד לא נשאר רק ריעותא דקא"פ.

וכן הסכמת רוב הפוסקים וכתב הש"ך ומ"מ צ"ע לדינא כיון דהרמב"ן והריב"ש מסכימין לסברא הראשונה וכן מוכח לכאורה בש"ס פי"נ וכמ"ש בחידושי הרמב"ן שם ולע"ד מפי"נ אין הוכחה וז"ל רי"ף פז"ב והיכא דקבל עליו קא"פ כבי תרי חזינן לו לגאון דקאמר אפילו קנו מצי הדר בו דקנין בטעות הוא דרחמנא אמר עפ"י ב' עדים ורבוותא אחריני אמרי דלא מצי הדר בי' דאין אחר קנין כלום וכוהייהו מסתברא דהא אפילו קבלו עלי' לבע"ד כבי הרי וקנו מיני' לא מצי הדר בו כדאמר בפרק שה"ד דף מ"ב ע"א מהימנת עלי כבי הרי כל אימת דאמרת לא פרענא עכ"ל ועיין ברא"ש ונראה לתרץ דעת הגאון לפמ"ש התשב"ץ והפ"י ונתיבות סימן ל"א דטעם דע"א לא קם לממון דחיישינן דאומר בדדמי ולפיכך נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי דמדייק דרמיא עליו כדלקמן סימן רכ"ב ולשקר לא חיישינן ובממון די שנדע אמיתה הדבר ולפ"ז בע"ד ל"ש ה"ט דאומר בדדמי דמי רמיא עליו למידק יותר מהבע"ד רק שמא משקר במזיד להנאתו נמצא ליכא רק חדא ריעותא מה שהוא בע"ד אבל מה שאינו רק אחד ליתא וכיון שהלוה מקבל עליו ריעותא דבע"ד שלא ישקר מצד שהוא נוגע והרי הוא עליו כמסולק מהנגיעה ממילא הוא כעד אחד דידענו דמידק דייק משא"כ כשמקבל קא"פ כשנים דיש תרתי לריעותא דחשש שיש בע"א דעלמא ישנו גם בו ועוד שהוא קא"פ דאפילו שנים אינם נאמנים ולפ"ז גם קנין א"צ בתך דשה"ד ובאמת לא הוזכר שם קנין וכן השיגו הרא"ש ואולי לזה

י"ל דהוי כפשרה כיון דמאמינו ואפילו נגד עדים אם ירצה לומר שלא פרעו אף אם פרעו באמת יוכרח לפרעו שנית וע"כ י"ל דצריך קנין.

אמנם דעת הרי"ף שהשיג על הגאון אף דס"ל בהא דנאמן בעל המקח משום דדייק שלא יעבור במי שפרע כמ"ש סמ"ע בסימן רכ"ב בשם הרי"ף ורש"י צ"ל דגם בפרעון י"ל דלא דייק כמבואר בהכותב דף פ"ה ע"ב דמופרע לא דייק ורמי רבנן שבועה עליו כי היכי דהידוק ואף דתוס' כתבו שם דדוקא בנפרע מקצת אמרינן אימר נפרע כולו ולא דייק ה"נ הא הימני' אף כשיודה דנפרע קצת א"כ הוי תרתי לריעותא ולפ"ז יתורץ מה שהקשו הראשונים על הרי"ף דס"ל בתרתי לריעותא ל"מ קבלה בלא קנין והקשו עליו מפרק יש נוחלין דף קכ"ח עבדי גנבת לא רצונך השבע וטול ונשבע א"י לחזור בו ויש גורסין נשבע וא"י לחזור וכן גרסת הרי"ף והרי הוא בע"ד ויש תרתי לריעותא חדא שהוא בע"ד ואחד ואין שני ועיין בחידושי ר"ן ולפמ"ש א"ש דרי"ף לשיטתו בזה דהיכא דמידק דייק נאמן ע"א א"כ בע"ד דדייק ליכא אצלו רק ריעותא דנוגע וחשוד לשקר וגנבה ל"ד לפרעון ועוד דגם בפרעון בשבועה דייק כדאמר בהכותב שם ובקצו"ח סימן ל"ד המה על האחרונים שהקשו למה הודאות בע"ד כמאה עדים הא אדם קרוב אצל עצמו ולמה לא תקשו דלא הוי רק ע"א ולפמ"ש א"ש דבעל דין רמיא עליו לדייק הוי בשנים אבל קרוב מגזה"כ אינו נאמן אף דאמת אתו וכמ"ש ש"ך ריש סימן ל"ד בעד שיודע בעד שני שהוא קרוב או פסול לא יצטרף עמו להעיד אף דיודע בעצמו שהענין אמת דגזה"כ דצריך כשרים ועיי"ש ודו"ק.

סעי' ג' בהג"ה ויצא מב"ד אחד טען א"י א"פ וא"ל המלוה אמור בהן צדק שאינך זוכר ותפטור ויצאו מב"ד ונשמט הדבר זמן ארוך נ"ל דיכול המלוה לחזור די"ל אפשר שכחת מאז עד עתה דהא שוחט דנמצא שא"י אמרינן השתא שכח.

סימן כג

ואפילו יש שני עדים שמכחישים אותם עיין שע"מ סק"ד דאם ע"א מכחישו לדיין נאמן הדיין יותר כשעומדין לפניו דהא נאמנות הדיין עדיף טפי מע"א המכחישו דהא חזינן דשני דיינים ושני עדים המכחישים הדיינים מהימנו טפי ובחיה אינה נאמנת יותר מע"א המכחישה ובזה ניחא הברייתא דקידושין דבחי' מחלק דבערעור חד אינה נאמנת וגבי נאמנות הדיין לא מחלק משמע דבדיין ערעור חד לא מהני דהדיין חד כתרי עכת"ד ולע"ד בלאה"נ יש לחלק דבחי' עדותה על ראייתה ממי יצא הולד וגם המערער אומר שראה בהיפך משא"כ בדיין בו לבד תלוי לזכות ולחייב והמכחיש אין כחו בפיו רק לומר

ששמע מהדיין עצמו להיפך ובזה נאמן הראשון יותר וכמבואר ביו"ד סימן קכ"ז וסימן קפ"ה ובא"ע סימן קט"ו עיי"ש בב"ש סק"ד ולפ"ז גם בחי' בכה"ג דדיין דאין המערער אומר שראה בעצמו רק ששמע מהחי' להיפך ממה שאומרת עכשיו החי' נאמנת וגם בדיין אפילו לאחר שנסתלקו מפניו נהי דאינו נאמן יותר מע"א דעלמא מ"מ אם עד אחד מכחישו יש להאמין הדיין יותר הן מטעם הרא"ש כאן בשני עדים הן לטעמא דידי ונ"מ דלא ליהוי עד נגד עד רק הוי כעד אחד לבד והמערער שאומר ששמע מפי הדיין להיפך כליתא ואף דלאחר שנסתלקו מלפניו לא דייק היינו לא חשוב כשנים אבל עד אחד חשוב וכיון שהוא בעל המעשה וממנו יצאו הדברים והמערער נתלה בו הדיין נאמן יותר שו"ר בקצו"ח הערה בזה לענין נסתלקו מלפניו איך יכול הבע"ד להכחיש הדיין לומר אותי זיכה כיון שאומר מפיו של דיין וכהך דפלוני חכם טיהר לי הכתם ונתיבות חולק עליו ועיין במשובב ומ"מ גם להנתיבות היינו רק דס"ל דנגד בע"ד דאהני לו חזקתו לא אתמר סברא זאת עיי"ש אבל מ"מ לדחות עד המכחישו ושישאר הדיין כעד אחד המעיד ולענין שבועה נכון מ"ש בס"ד.

הרמב"ם השמיט דין זה עיין ב"ח ריש סימן כ"ד וי"ל דאיך יצויר אם ביחיד מומחה כיון דדן יחידי בע"כ אפילו נסתלקו איך יכחישנו הבע"ד כיון דיודע בעצמו אמתת הדבר ידונו גם עתה בע"כ דא"צ עדים וראי' רק כשאינו יודע בעצמו כדלעיל סימן ט"ו עמ"ש שם ס"ה ואם אינו מומחה לרבים וקבלוהו לדון ביחידי לרמב"ם יכול לחזור כל זמן שלא הוציאו הממון מזה ונתנו לזה כמבואר בטור לעיל סימן כ"ב וא"כ אם מסייע הדיין להמוחזק גם עד אחר מהימן ואם מכחיש להמוחזק אם מוחזק מעיקרא שעדיין לא הוציא הדיין ממנו בלא"ה יכול הבע"ד לחזור מקבלתו ואפילו ת"ל דגם מגו דבידו ל"מ נגד נאמנות הדיין דהוי כעדים מ"מ כיון דנאמנות הדיין רק מתק"ח כמ"ש בחידושי רשב"א בפרק ע"י דף ע"ד ולמה יתקנו בחנם דמה יועילו בתקנתם דאם לא יאמינו לו יחזור מקבלתו ואם הדיין כבר הוציא רק אחד אומר אותי זיכה והשני תפס ממנו והדיין מכחיש להמוחזק עתה הנה כיון דרוב דינים אינם בדין שודא ושיתרמי עוד שאחר שזיכה הדיין והחזיק לאחד יתפוס השני ממנו זה לא שכיח כלל וכמ"ש כה"ג בתומים בכללי תפיסה סק"ט וא"כ במלתא דל"ש לא תקנו חכמים וגם ל"ל דנ"מ כשהי' שלשה דיינים דהא כתב הר"ן דכל התקנה להאמין הדיין משום דא"א בלא"ה דזמנין טובא לא יהיו סהדי ואם לא משכחת רק בשלשה אדרבה כשבע"ד עומדין לפני הדין עפ"י רוב עדיין כולם שם ומ"ש ריטב"א בקידושין שם דנ"מ ביחיד מומחה דדן בע"כ צ"ל דס"ל כמ"ש לעיל בסימן ט"ו בשם הרשב"א דיחיד מומחה אינו דן על פי ראייתו לבד ואינו נאמן יותר מחד סהדא אבל כבר

כתבתי שם דדעת מהר"ם אלשיך אינו כן לפי דעת הרמב"ם דאם הדיין יודע אמתת הדבר א"צ עדים כשדן בעצמו עיי"ש אבל משכחת בקנו מידו אמנם י"ל דשודא שאינו דין רק תלוי ברצון ואומד דעת דיין לא עדיף מפשרה ואפילו בקנין צריך שנים דוקא לרמב"ם פכ"ב מה"ס ה"ו כמ"ש כ"מ שם ותליא בפלוגתת חכמים ורשב"ג בפ"ק דסנהדרין ד"ו ובלא"ה דעת ר"ח לקמן סימן ר"ז מירושלמי דשודא צריך ב"ד מומחה וגדול הדור ונהי דרמב"ם לא הזכיר זה דבלא"ה גם דין ביחיד צריך מומחה לרבים אבל באינו מומחה וקבלוהו אפילו בקנין לא עדיף מפשרה וצריך שנים לרמב"ם רק ברייתא ע"כ כחכמים דגם פשרה ביחיד.

ולפמ"ש בקצו"ח דלרמב"ם דגם בממון נאמן הראשון להכחיש השני שאומר מפיו ה"נ גם כשנסתלקו מלפני הדיין כשאומר אותי זיכה נאמן הדיין להכחישו רק מ"מ יכול להכחיש הדיין שלא זיכה את חבירו והוי כאלו לא פסק עדיין עיי"ש ולפ"ז במומחה לרבים דדן בע"כ או בקבלוהו בקנין הרי ביד הדיין לדון עתה כמו שאומר ובקבלוהו ליחיד בלא קנין דלרמב"ם יכול לחזור כל זמן שלא הוציא מזה ונתן לזה ג"כ אין נ"מ כמ"ש לעיל אמנם מה דצריך קנין או שהוציא כבר הוא דוקא כשפסול מן הדין אבל לרב אחא ברי' דר"א בפ"ק דסנהדרין ד"ג דיליף בצדק תשפוט דחד כשר מן התורה רק גזרה משום יושבי קרנות אסרו חכז"ל לכתחלה וכתב בטו"ז לעיל סימן ג' דמ"מ כיון שעבר אדברי חכמים גם בדיעבד אין דינו דין וכתבתי לעיל סימן כ"ב דלפ"ז בקבלוהו דלא עבר הדיין כלום וגמר הדין אפילו שלא בפני הבע"ד והבע"ד חזר בו לפני עדים שלא בפני הדיין מ"מ כיון דכבר נגמר הדין הדר לד"ת ומהני הדין וא"כ נ"מ הכא בקבלוהו דאם הי' נאמן הבע"ד להכחישו לדיין שלא זיכה חבירו עכ"פ א"כ לא נגמר הדין ויכול לחזור בו שלא יגמור דינו כיון דהדיין יודע מחזרתו אמנם כ"ז למ"ד דלית לו עירוב פרשיות אבל למה דפסק הרמב"ם ע"פ אף דילפינן מבצדק תשפוט דסגי בחד מ"מ צריך מומחה מן התורה וכמ"ש בחידושי לסנהדרין וכ"כ תומים ונתיבות לעיל סימן ג' א"כ אין נ"מ.

ועוי"ל דבפ"ק דסנהדרין ד"ו בפלוגתא דתנאי בברייתא דפשרה בכמה אר"א ש"מ פשרה אצ"ק ומסיק והלכתא פשרה צ"ק ותמהו תוס' ור"ן הא מברייתא ש"מ דאצ"ק וי"ל לפמ"ש רש"ל בשו"ת סס"ד דתק"ח להצריך קנין תקנת בתראי הוא כהיסת וכה"ג והתקנה משום דתולה באומדן דעת הדיין דומה לאסמכתא כמ"ש לעיל סימן י"ב וא"כ שודא נמי תולה באומדן דעת הדיין ול"מ קבלה בלא קנין על דיין פלוני כמ"ש בנה"מ לעיל סימן י"ב בפשרה ובקנין יכול לדונו בע"כ ואפילו נסתלקו מעליו וכמ"ש באופן השני לכן אין נ"מ לדידן והברייתא מיירי בקבלה לבד דעדיין לא ניתקן להצריך קנין וכשלא נגמר הדין

יכול לחזור וא"ש לדעת המפרשים דלרמב"ם הוציא ליד וכשנגמר הדין ואמר צא תן לו א"י לחזור.

סימן כד

לתובע תחלה י"ל דנ"מ למ"ש בסימן נ"ו דת"ח ויתום ואלמנה קודמין וא"כ בשני דינים ובאחד התובע ת"ח ונתבע ע"ה ובשני להיפוך נזקקין לדין שהתובע ת"ח כשלא זילי נכסי' דנתבע ואח"כ מצאתי בשבו"י סימן קמ"ד ח"א שכ"כ.

ובתשובת מיימוני לספר משפטים סימן נ"ז כתב יש גאונים שפרשו נזקקים לתובע תחלה אם ראובן טוען על שמעון ושמעון טוען על ראובן ושניהם כופרים זל"ז משביעין הנתבע תחלה עכ"ל אך מלשון הריטב"א שהובא באס"ז פרק המפקיד משמע להיפך שכתב שם גבי מתניתין דהמלוה על המשכון ואבד וטוען המלוה סלע הלויתך עליו ושקל הי' שוה והלוה טוען ג' דינרים הי' שוה חייב הלוה ש"ד מי נשבע מי שהפקדון אצלו שמא ישבע זה ויוציא הלה את המשכון והקשה הריטב"א ותיפוק לי' דהכי דינא שישבע המלוה תחלה שאין המשכון ברשותו כדמוכח לעיל ותירוץ דס"ד דהלוה ישבע תחלה שהוא מחויב ש"ד ושבועה שאינו ברשותו הוא תקנתא דרבנן קמ"ל דע"כ ישבע המלוה תחלה ולפי דברי הגאונים למה לי' להמציא דבר חדש לחלק בין ש"ד לדרבנן בפשיטות ה"ל לתרץ כיון דמלוה תובע תחלה את הלוה מותר המעות והלוה כופר אף שיש להלוה תביעה עליו עבור המשכון נזקקין לתובע להשביע הלוה תחלה א"ו דריטב"א לא ס"ל כהגאונים עכ"ל שע"מ ולע"ד ל"פ דבשלמא בנידון דגאונים שבועות תובע ונתבע שקולים דאיזה שנקדים להשביעו אם לא ירצה לישבע ויודה שחייב לכשנגדו יפטר שכנגדו מלישבע אבל במשכון שבועת מלוה בודאי דגם כשיודה הלוה שלא הי' שוה רק שתים יוכרח המלוה לישבע שאינו ברשותו ושבועת הלוה ספק דאם יודה המלוה ויוציא המשכון לא ישבע הלוה וגם לגאונים כה"ג בודאי יש להקדים שבועות המלוה דאפשר שלא יצטרך לוה לישבע כלל לכן צ"ל דס"ד כיון דמן התורה אין על המלוה שבועה כלל ומוכרח הלוה לישבע בודאי ושבועות מלוה רק מתקנתא ישבע הלוה תחלה ומריטב"א זה מוכח דבמק"א החייב ש"ד ישבע קודם להמחויב שד"ר דה"נ ס"ד כן רק דא"א משום שמא יוציא הלה את הפקדון ודלא כשבו"י שאלה קנ"א בח"א ומה שהוכיח מדמקשה מי נשבע תחלה ולא עלה על דעת המקשן דלוה שמחויב ש"ד ישבע תחלה עיי"ש אינו ראי' וכמ"ש לעיל דאם חיוב שבועות שניהם שקול בודאי יש להקדים החמור משא"כ כאן אם נשבע למלוה תחלה אפשר יודה ולא יבוא לוה לשבועה כלל רק יש מעלה להיפך

דשבועת לוה מדאורייי' לכן שאל מי נשבע תחלה ומה שהוכיח מדכתב בע"ת דאם לוה טוען שהי' שוה כדי החוב דנשבע היסת ישבע המלוה תחלה שא"ב משום שמא יוציא המשכון אחר שבועות הלוה ולא הוזהר משום דשבועות א"ב חמיר עיי"ש ג"כ אינו ראי' דצ"ל טעם שמא יוציא דאז אפילו ירצה לוה להאמינו מוכרח לישבע כמבואר בסימן ע"ב סט"ו ומ"ש מדלא אמר בשבועות דא"ב בין שבועה דאורייתא לדרבנן להקדים ג"כ אין ראי' דהא קי"ל דאורייתא באנקיטי חפצא כדלקמן סימן פ"ז סי"ג אף דלא אמר בגמרא הך א"ב ומשום דלא שאל מ"ב רק בדין כשלא ירצה לישבע ותלי"ת מצאתי בתומים סימן פ"ז ס"ק ט"ו כמ"ש ושם הביא מלשון הריטב"א דהוה ס"ד דלוה ישבע תחלה שבועה דאורייתא אם ירצו ב"ד משמע דתליא ברצון תבית דין ולי צ"ע כיון דסברא דאורייתא תקדם אין טעם ברצון לכן נלע"ד משום דיש סברא ג"כ להיפך להקדים שבועת מלוה דשמא יוציא המשכון לכן תליא ברצון הב"ד לס"ד וקמ"ל הש"ס דע"כ ישבע המלוה תחלה ומה דה"א אם ירצו הב"ד היינו אם ירצו לאיים על הלוה שיחוש לעצמו מלישבע שקר דשמא יוציא המלוה המשכון ויתברר שקנו כדלעיל סימן ט"ו ס"ד אבל במקום אחר אין לנו לכן מ"ש התומים שם מכח זה דאם יראו הב"ד דמחמת הקדמת שד"ר יותר יתפשר יכולים לעשות כן אינו מוכרח.

סימן כה

סעי' ב' מומחה בסנהדרין דף ל"ג ע"א ד"א מחזירין ורמינהו דן את הדין וכו' מה שעשה עשוי וישלם מביתו אמר רב יוסף כאן במומחה כאן באינו מומחה ובמומחה מחזירין והא קתני סיפא ואם הי' מומחה לרבים פטור מלשלם אמר ר"נ כאן שיש גדול ממנו ע"כ הנה יפלא דעת רב יוסף וכי לא ידע מסיפא דמומחה ג"כ מה שעשה עשוי ותוס' שם הקשו מעובדא דמר זוטרא דפ"ק דסנהדרין דף ה' דטעה ואתא לקמי' דרב יוסף אמר לו אם קבלוך לא תשלם וא"ל זיל שלים ולא החזירו רב יוסף ותרצו תוס' דד"מ מחזירין במומחה דסמוך וזה גופא טעמא בעי מ"ש סמוך א"ל כיון דמומחה לבד יש לו כח לדון בכפי' והש"ך כאן ס"ק י"ד הקשה למה לא תירץ על קושית הגמרא מסיפא דשם איירי באינו סמוך עוד קשה רב יוסף גופא לישני כאן בסמוך שם באינו סמוך ולמה מחלק בין מומחה להדיוט כיון דגם מומחה שאינו סמוך הוא כהדיוט לזה ויותר מכל זה נפלאו דברי הסמ"ג הובא בהגמ"י על הרמב"ם דפסק כרב יוסף דמומחה וסמוך מחזירין ולא הזהיר כלל מגדול הימנו או לא וא"כ איך יפרנס דברי הגמרא שסתרו דבריו מסיפא דמתניתין דאם הי' מומחה ולא תרצו דשם אינו סמוך.

ונלע"ד דהסמ"ג לשיטתו דגרס בגמרא וסוגיא דעלמא כאידך לא סוגיא דשמעתא ומפרש שפשטה המעשה בכל העולם כאידך כמבואר כאן ובש"ך סק"ט שנהגו לעשות כמותו ועכצ"ל שנהגו כל המומחין דאין ראי' מהדיוטות דמומחה אחד יש לו שיקול הדעת יותר מכל הדיוטות וא"כ לא שכיח שדיין מומחה לא יפסוק כן דהא פשטה המעשה ונהגו לעשות כאידך ועכ"פ רוב מומחים עושים כאידך וא"כ שיזדמן דין דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר ופשטה המעשה כאחד ומומחה לרבים דגמיר וסביר ומנוסה לרבים דמנוסה זמנין סגיאין כמ"ש הרא"ש בשם רב שרירא ובקי במשנה וגמרא ובקי נמי בשיקול הדעת וחשוב כר"נ בדורו ומעיין בדיני כמה שנין א"כ מומחה כזה ויודע הפלוגתא ויכריע דעתו היפך מכל מומחין דעלמא אין לך מלתא דלא שכיח יותר מזה והנה מבואר בש"ך לקמן ס"ק כ"ו דטעה בשיקול הדעת אינו כדבר משנה שחוזר הדין מעצמו אלא הדיין צריך להחזיר בדין חדש וכ"כ בס"ק מ"ד ובזה נראה דאינו יכול להחזיר בלא רצון בע"ד המוחזק לפי מה דקיי"ל עירוב פרשיות כתיב ומן התורה סמוכין צריך רק משום נע"ד ל"ב בהודאות והלואות כמבואר בפ"ק דסנהדרין דף ב' ואיתא בגיטין דף פ"ח דרב יוסף הוי מעשי אגיטי ופריך לו אבייי דהא צריך סמוכין ומשני לו רב יוסף דאנן שליחותייהו עבדינן רק במלתא דלא שכיח לא עבדינן שליחותייהו וא"כ במומחה אף קיל מ"מ כשגמר הדין וזכה אחד נסתלק קבלתו ולא נתקבל על דין חדש להחזיר הדין וצריך סמוך כיון דלא שכיח יותר מגזלות וחבלות אף לפירוש תוס' גזילות שע"י חבלות אמנם כל זה אם אין לדון על החזרה רק במומחה אבל אם הי' דין נותן גם בשלשה הדיוטות שדנו בלא קבלה או יחיד וקבלוהו שטעו בשקול הדעת דחוזר הדין אזי הוי שכיח טעות בשקול הדעת דבהדיוטות שכיח וממילא גם במומחה הל"ל דיחזיר דדרך כלל שכיח שדיינים יטעו בש"ה וכעין זה כתב הסמ"ע לעיל סימן א' סקי"א והלח"מ פ"ה מה"ס דדנין בזה"ז צער רפוי שבת ובושת דשכיח אבל נזק לא שכיח ומ"מ אי אתרמי צער רפוי שבת ובשת בהדי נזק דנין אותם מחמת דהם שכיחי דרך כלל עיי"ש ודו"ק אלא דמש"ה מתרץ רב יוסף דאין מחזירין רק במומחה ומטעם דבע"ד י"ל אימור מעיקרא יפה דנת כפרש"י או דקנסו להדיוט וממילא במומחה לבד החזרה לא שכיח וצריך סמוך ומתניתין דדיני ממונות מחזירין בסמוכין דומיא דד"נ דמיירי ע"כ בסמוכין וע"כ לא משני כאן בסמוך וכאן באינו סמוך דזה החילוק כל סבתו מהחילוק שבין מומחה להדיוט בענין החזרה אבל ר"נ דס"ל בפ"ק דסנהדרין דף ה' ע"ב דשני הדיוטות שדנו דיניהן דין ולא ס"ל עירוב פרשיות ומן התורה א"צ סמוך אפילו ביחיד דאם הי' צריך סמוך מן התורה אף דמתק"ח א"צ מ"מ הם אמרו שיהיו שלשה שאינם סמוכים והל"ל

בשני הדיוטות אוקמוה אד"ת דאין דיניהם דין וא"כ לר"נ גם אינו סמוך דן גם בלא שכיח ומבואר בכללי ש"ס דכל קושיא דסתמא דגמרא דמשני בתר הכי חד אמורא הוא מותיב לה והוא מפרק לה כמ"ש תוס' ר"פ אלו מציאות וע"כ כאן ר"נ גופא פריך מסיפא ולדידי' א"א לחלק בין סמוך או לא והוכרח לתרץ כאן דיש גדול הימנו אבל על רב יוסף גופא לק"מ ואנן דפסקינן עירוב פרשיות ומן התורה צריך סמוך ואף הרמב"ם דפסק דחד נמי כשר מבצדק תשפוט מ"מ סמוך בעי מה"ת דלענין סמוך דרשינן עירוב פרשיות וע"כ פוסק שנים שדנו אין דיניהם דין דאוקמוה על ד"ת וכיונתי בישוב דעת הרמב"ם בזה להתומים ונתיבות דלעיל סימן ג' ממילא יש לפסוק כרב יוסף לחוד ולחלק בין סמוך לאינו סמוך ודברי סמ"ג מוכרחין וא"ל מטומא את הטהור דבהוראות איסור א"צ סמוך ולמה במומחה מה שעשה עשוי דשם הטעם דשוי' אנפשי' חד"א עיין ש"ך סקי"ד אות י"ד.

ובתומים ס"ק י"ב העלה בסתירת דברי רא"ש וראב"ד דאם הגדול סמוך יכול להחזיר לכן עתה דאין סמוך נפל האי דינא בבירא עיי"א ולא ביאר טעם מספיק להצריך סמיכה לגדול הימנו הלא בכל דין דן בע"כ וה"נ למה לא יחזיר הדין ולפמ"ש י"ל דה"ט דלבטל דברי מומחה שטעה בשיקול הדעת לא שכיח ולא עבדינן שליחותייהו בלא שכיח והרווחנו עוד בזה מה דקשה לפי חילוק זה חדא דלא נזכר בדברי ר"נ כלל דצ"ל סמוך ועוד דהל"ל כאן וכאן ביש גדול הימנו רק כאן שהגדול סמוך ובבכורות אינו סמוך ולפמ"ש י"ל דלדידן דקיי"ל עירוב פרשיות וצריך סמוך בכל דין רק במידי דשכיח עבדינן שליחותייהו לכן כאן דל"ש צריך סמוך אבל לר"נ גופא דל"צ סמוך בהודאות והלואות מן התורה וכמ"ש לעיל א"כ גם באינו סמוך הגדול ממנו מחזיר רק לרב יוסף צ"ל סמוך דוקא גם לפירוש הש"ך ומפרשים דרב יוסף נמי מחלק בין יש גדול הימנו וא"כ לדידן דליכא סמיכה אף מומחה ויש גדול הימנו קם דינא בש"ה.

ש"ך ס"ק י"ב כיון שכבר זהה זה שכנגדו עמ"ש לקמן ס"ג בש"ך סק"ל דלע"ד אף שנו"נ הדיין ושתק הבע"ד י"ל דהוה מחילה בטעות וחוזר מקבלת הדיין נמצא לא נפסק הדין עפ"י דיין.

ש"ך ס"ק י"ד אות וא"ו הוכיח דר"נ ור"י חדא תירוצא משני מדלא אמר אלא אר"נ ונדחק למה לא תרצו רק כאן בגדול ובבכורות באין גדול הימנו ומשום דרישא דבכורות צ"ל ביש גדול כיון דמיירי בהדיוט מי הגיד לו שטעה ואינו מוכרח כיון דמיירי בגמיר אף דלא סביר אפשר נזכר וכן הקשו עליו המפרשים ויותר הל"ל כיון דעדיין לא מוקי לה בנו"נ ביד וחיובו מגרמי דהוא קנסא להש"ך בסימן שפ"ו וגם לרמב"ן דגרמי דינא מ"מ

כאן הל"ל כיון דקבלוהו אדעתא שידון ד"ת וטעה יתבטל הקבלה רק קנסוהו משום שהגיס דעתו כדאיתא בירושלמי ודעת מהרש"ל הובא בש"ך סימן שפ"ח מודה בקנס דרבנן פטור א"כ באין גדול הימנו מאן מוכח אם לא יודה בעצמו שטעה ולמה ישלם וש"ך דהשיג על מהרש"ל שם הוכרח לדחוק כאן.

והרי"ף גורס להיפוך דבבכורות מיירי במומחה ופריך הש"ס הא סיפא קתני ואם הי' מומחא ומשני ר"נ סיפא באין גדול הימנו דהוא מומחא לרבים והגדול שבהם ויש להבין מה חילוק בין גדול המינו לענין חיוב ופטור ולמהרש"ל י"ל דבאין גדול לא מתברר טעותו רק מפיו ומודה בקנס פטור ולהש"ך צ"ל דמבואר בביצה דף ל"ו ע"ב דאלו הן משום שבות ומשום רשות לא דנין והא מצות קעביד ל"צ דאיכא דעדיף מיני' וא"כ י"ל לפמ"ש המלחמות דהדיין הוי כאנוס מחמת מצוה דעביד א"כ דוקא באין גדול הימנו אבל ביש גדול הימנו הוי כמסור שתראה מעצמו וחייב.

ובזה הי' אפשר לומר לפי גרסת רש"י ביש גדול מחזירין לפי מה שאבאר בעזה"י לקמן דאם הדיין חייב ראוי שיחזיר הדין ולא יגרום היזק לדיין ע"כ ביש גדול הימנו דלא עביד מצוה וחייב מגרמי מחזירין וברישא דבכורות דישלם מביתו ומ"מ מה שעשה עשוי משום דהדיוט הוא וקנסוהו שהגיס דעתו לדון יחידי כמבואר בירושלמי ולפ"ז באיסור לא שייך כיון דכל החזרה מחמת דחייב לשלם לא יגרום הבע"ד היזק לדיין זה שייך רק בממון משא"כ באיסור דהחיוב מחמת שנאסר ונעשה חד"א וא"א לומר שיחזיר להיתר מחמת גרם היזק לדיין דמה ענין גרמי להתיר איסור ובזה מתורץ קושיה מהרש"א דלמה לא פריך הגמרא לר"נ ג"כ דלימא רע"ק לר"ט לאו כלום עבדת דאני גדול ממך והי' הדין חוזר.

ש"ך ס"ק ח"י כתב דאם אין הרבים מסכימין מטעם אחד אין הולכים אחריהם להקל באיסור דאורייתא רק כשיושבים וחולקין ולא מהחיבורים ונראה הטעם עפימ"ש בשאילת יעב"ץ הובא בפ"ת על יו"ד סימן רמ"ב לחקור איך הולכים אחר רוב מחברים הכתוב בספרים הא ה"ל קבוע ותירץ לא מטעם ביטול ברוב הוא עיי"ש ועכצ"ל דהוא מסברא כיון דרוב דיעות סבירי הכי ודאי אמת אתם אבל כשמחולקים בטעמים י"ל מסברא כמ"ש הש"ך דאולי נגד כל אחד סברת האחרים דלא ס"ל טעמו יותר אמיתי אבל כשהרבים לפנינו יש רוב מד"ת דל"ח קבוע דהדיבור פירש מפיהם כמבואר במג"א סימן רח"ץ ס"ק י"ג כה"ג ע"כ גם כשאינם מסכימים מטעם אחד בטל דעה המיעוט דכה"ג איסורים מבטלים זא"ז ופגול נותר וחלב שבללן ואכלן פטור אף שאין הרוב משם אחד וטעם אחד.

ש"ך ס"ק כ"ד הביא דעה הרז"ה דיחיד דלא גמיר אף דקבלו חוזר הדין אפילו לא טעה וגם נו"נ ביד והמלחמות השיג עליו ממשנה דפז"ב דמהני קבלה לשלשה רועי בקר או לבע"ד גופא בדור לי בחיי ראשך. מה שהקשה מדור לי בחיי ראשך י"ל דדוקא בקבל עליו בפני ב"ד של ג' כמ"ש נ"י פז"ב וכן העלה הש"ך בסימן כ"ב מה שא"כ כאן אינו לפני ב"ד רק מקבל להדיוט זה לדונו ואם הי' מקבלו כשלשה הי' אפשר לומר כיון שקבלו כשלשה וטען לפניו הוי כב"ד אצלו וכמ"ש לקמן ועדיין הוי תרתי לריעותא בזה אף לסמ"ע בסימן כ"ב סק"ו דכאן לא גמיר ומקבלו כגמיר וגם כשלשה ע"כ יכול לחזור בו ובגמור י"ל דס"ל כסמ"ע דיחיד שמקבל כשלשה הוי רק חד ריעותא או דס"ל כרמב"ם דמן התורה חד דגמיר כשר רק רבנן גזרו שיהיו שלשה וברצון בע"ד לא גזרו וממילא כשר או כיון דלכתחלה בהיתר דן ע"כ אף דחוזר בו אח"כ הרי כבר הוא דיעבד ודינו דין בלא הקבלה כיון דלא עבר אדרבנן אבל בלא גמיר דפסול מן התורה דהוי כאשרה צריך קבלה גמורה לפני ב"ד ואל"ה יכול לחזור בו גם בלא טועה ואף שנו"נ דס"ל כר"י ור"ל בירושלמי פז"ב בקבל קרוב בפני שנים דגם כשנו"נ יכול לחזור ולק"מ משלשה רועי בקר דכשמקבלם לב"ד הוי קבלה בב"ד וליכא רק מד לריעותא דלא גמירי והמלחמות לא מחלק בין תר"ל לחדא וגם יחיד יכול לקבל כשלשה.

וה"ש"ך השיג על המלחמות דמסכים להרז"ה בטועה דחוזר ולפמ"ש י"ל דה"ט כיון דלא גמיר גם לרמב"ם פסול מה"ת וצריך קבלה בפני ב"ד ואפילו נאמר דהלכה כשמואל בקבל שלא בפני ב"ד ונו"נ א"י לחזור ה"ט מדשתק מחל ול"ה מחילה בטעות דגם אלו ידע דיכול לחזור ל"ה חוזר דניחא לו דליקו בהימנותא וכשטעה לא שייך זה דהשתא לא ידע דיכול לחזור ול"ל אלו ידע ג"כ לא הי' חוזר דאלו ידע נמי דטעה א"צ ליקו בהימנותי' ודאי הי' חוזר ולא אמרינן אלו ידע לחצאין כמו שאבאר לקמן בס"ד וגם כשקבלו כשלשה אף דהרמב"ן לא ס"ל לחלק בין תר"ל לחדא מ"מ שאר פוסקים דמחלקי בהכי א"כ בלא טעה תו א"י לחזור בו בנו"נ דמחל משא"כ בטעה ולרמב"ם וסמ"ג דגמ"ד היינו שהוציאו הממון מזה לאידך וילפי סברתם מהירושלמי י"ל דה"ט אחר שהוציאו מהבע"ד ושתק ולא חזר בו תו א"י לחזור דברצונו עשו ואף דטוען אלו הי' יודע שיכול לחזור הי' חוזר לאו כל במיני' דניחא לי' דליקו בהימנותי' כמוכר פירות דקל דאי שמיט ואכיל לא מפקינן בפא"נ ס"ו ע"ב ובתוס' שם אבל בשטעה אדרבה אמרינן אלו ידע הי' חוזר ול"ל אלו ידע שיכול לחזור ולא ידע שטעה הדיין לא הי' חוזר דלא אמרינן ידיעה לחצאין דמה"ט ישל"מ ל"ה יאוש דלא אמרינן אלו ידע שנאבד ולא ידע מקומו הי' מתייאש כמ"ש בש"ך סימן שנ"ח וא"כ בטעה ודאי אף אחר שהוציאו מהני חזרה ואולי גם דעת רמב"ן כרמב"ם

דגמ"ד היינו שהוציאו מתבע"ד ע"כ מחלק בין טעה א"ל אבל בהדיוט דגמיר ולא סביר אף דג"כ צריך קבלה מ"מ לרמב"ן דרק מדרבנן צריך שלשת דס"ל כרב אחא בזה אף בטעה א"י לחזור בו דבדיעבד דינו דין בלא הקבלה כיון שלא עבר אדבריהם וכמ"ש.

סעי' ג' קבלו אותו בפ"ק דסנהדרין ד"ו פריך אריא מדן אה הדין ומשני דקבלי' עלי' ופריך א"ה אמאי משלם מביתו דא"ל דיינת לן ד"ת ולקמן בש"ך סק"ל כתב דס"ל דע"כ בשעה קבלה לא אמרו לו בפירוש אנו מקבלים אותך אדעתא דתידון ד"ת דא"כ ודאי כשלא דן ד"ה הדר דינא דהא ע"ה זה קבלוהו וכיון שלא נתקיים התנאי ה"ל קבלה כמאן דליתא והדר דינא לר"א רק ת"פ דלהכי משלם מביתו דיכלי למימר לי' כי קבלנו אותך מתחלה בסתם היתה כוונתינו ואדעתא דהכי קבלינא לך עלן דדייבת לן ד"ת וכיון דטעת לאו ד"ת דן עכ"ל ויש להבין כמו דחייב לשלם משום די"ל אדעתא שתדון דין תורה קבלתיך מה"ט יתבטל דינו לגמרי ונראה דלבטל הדין ליכא אומדנא די"ל איידי דבעי שיתקיים הדין אם יזכהו מהרצה נמי להיפך דמה"ט במשחק בקוביא גמר ומקני כמ"ש תוס' בפז' ב דף כ"ה אבל בחיוב הדיין מה איכפת לי' אם ישלם נמי לחברו ואנן סהדי דאינו רוצה להפסיד ול"ה דברים שבלב או דליכא אומדנא דאדעתא דד"ת קבלו ומ"מ כיון דמדינא חייב הדיין דגרם לו היזק רק שלא האמר מדקבלו פטרו ודאי ע"ז אמר דיכול לומר אדעתא דתידון ד"ת קבלתיך ולא פטרתיך ממילא הוי דברים שבלב אפילו לאו אדעתא דהכי קבלו אבל שיתבטל הקבלה לבטל הדין הרי קבלו לדיין בפירש וצריך תנאי גמור לבטל הקבלה וכיון דליכא אומדנא דמוכח על התנאי לא מהני דברים שבלב לבטל דברי פיו.

ובירושלמי פריך לר"י ור"ל דס"ל שנים שדנו אין דיניהן דין מדן את הדין ומסיק כשא"ל ע"מ שתדונינו ד"ת מה שעשה עשוי מפני שטעה ודנן מש"ה וישלם מביתו לפי שהגיס דעתו לדון יחידי ורש"י ורא"ש פירשו בש"ס בבלי דלא אמר כן תחלה ויש להבין הירושלמי כיון שהתנה ולא נתקיים יתבטל הקבלה ול"ל משום קנס דהגיס דעתו דהא טעם זה לא אמר רק אמה דישלם אבל מה שעשה עשוי אמר משום שטעה בש"ה ועוד איך מה"ט יתקיים תדין וכשלא יתא לדיין לשלם יפסיד הבע"ד מה פשע הבע"ד יותר מחבירו ונראה דאם מה"ת חד כשר רק תק"ח משום יושבי קרנות נמצא שהוא לטובה הבע"ד שלא יפסיד בחוב ול"ל מה אכפת לן הא אם יטעה ישלם דשמא לא יתברר טעותו אמנם אם נתברר שטעה בש"ה ואם נוקמוה אד"ת והוי דיינא יקום הדין וישלם הדיין הל"ל אוקמוה אד"ת ול"ל דה"נ חשו שמא לא יהא לדיין לשלם דאדרבה יש חשש להיפך דאם יתבטל הדין יפטר הדיין גם כשלא יהא לבע"ד להחזיר דלאו כלום עבד וכמ"ש תש"ך וכ"פ בס"ק כ"ו וצ"ל משום דסוגיא דעלמא כאידך הל"ל דנוציא מיד המוחזק

רק כיון שנעשה מוחזק ע"י דיין דעבד כמר עבד אין מוציאין וא"כ כיון דכשלא נתברר שטעה אין דינו דין דעקרו רבנן גם דיעבד א"כ לאו דיינא הוא ולא נעשה מוחזק עפ"י דיין אמנם כשקבלוהו והי' מוהר לישב בדין יחידי וכשלא נתברר שטעה דינו דין ממילא גם כשטעה בש"ה ונתבטלה הקבלה כיון שקבלו ע"ת שלא יטעה מ"מ בזה ל"ש הקנה לטובת בע"ד וממילא נשאר אד"ת אבל אם מה"ה צריך שלשה ודאי י"ל כיון דלא נתקיים התנאי בטלה הקבלה ור"י דלא ס"ל עירוב פרשיות כמ"ש תוס' בפ"ק דסנהדרין דף ב' ע"ב ע"כ ס"ל מה"ה חד נמי כשר ומה דאמר גר צריך שלשה דמשפט כתוב בו משום דמקיש לגזלות כמ"ש תוס' בקידושין דף ס"ב ע"ב ומת דס"ל גם דיעבד אין דינו דין משום דעבר אהק"ח ע"כ בירושלמי משני אליבי' דאמרו לו ע"מ שתדינינו ולדידן דקי"ל ע"פ וחד פסול מה"ה וכמו שפסק הרא"ש לכן ל"ל כשאמרו בפירש ע"מ.

עוי"ל דלמ"ד חד נמי כשר רק הק"ח משום יושבי קרנות וכיון שהדיין עבר אתק"ח גם דיעבד אין דינו דין מ"מ כיון שכל התקנה משום טובת בע"ד שלא יפסיד וכשקבלוהו הוי כאמרו א"א בתק"ח ממילא אף דלא נתקיים תנאו נשאר על ד"ת והוי דיין מעצמו ועוד כיון דלא עבר אתק"ח אף דא"ל דיינת לן ד"ת מ"מ בהיתר ישב לדון דלא גזרו חכז"ל בזה דלא ישב לטעות רק לבו אנסו וטעה אח"כ ממילא בדיעבד דינו דין דאוקמוה אד"ת.

בש"ך ס"ק כ"ח הובא השובת רבינו האי גאון ז"ל והביאו ב"ע ורא"ש ז"ל אפילו נשא ונתן ביד אם ישנו לבע"ד מה שנטל דיש לו להחזיר יש מן הדין להוציא ממנו ואם אינו או שישנו ואין לו להחזיר משלם הדיין מביתו בזמן שנו"נ ביד עכ"ל והקשה עליו הרא"ש דלישנא דמה שעשה עשוי לא משמע הכי והש"ך תמה על הרא"ש דהי' לו להקשות עליו כמה קושיות דלמה כל התירוצים של ר"י ור"נ ור"ש וכ"ח הא בבכורות מיירי דאין לו להחזיר ובסנהדרין דתנן מחזירין ע"כ דאפשר בחזרה שנית מה פריך בפ"ק לר' אבהו דאמר שנים שדנו אין דיניהן דין ממשנה דדן את הדין מם שעשה עשוי לישני לו דמיירי בא"א בחזרה וקושיא זאת יש לתרץ דבשלמא אם יחיד שלא טעה דינו דין ע"כ בא"א להחזיר חייב לשלם דבע"ד טוען נגדו לא ידעתי שטעית והוכרחתי לשלם וגרמת לי היזק ופשיעות דבע"ד ל"ש רק בטעות בד"מ כמ"ש הרז"ה דאם הי' שואל הי' נודע לו מיד אבל אם שנים שדנו אין דיניהן דין כלל בידו הי' שלא לשלם ולאו כלום עבר הדיין וכה"ג מחלק הש"ך גופא בס"ק מ"ה ועוד הא משמע בכל הסוגיא דדומיא דטעה בדבר משנה דמחזירין כן בש"ה קם דינא באפשר בחזרה ועוד בנו"נ ביד לכ"ע קם דינא דומיא דלא נו"נ שחוזר הדין ע"כ באפשר להחזיר ועוד רבינו האי ס"ל אפילו בלא נו"נ ביד משלם ע"כ ובאמת נפלאתי על הרא"ש מיד בראותי דבריו איך לא דחה דברי ר"ה רק

ממשמעות לשון והדברים תמוהים לעיני כל רואה ונקדים עוד דברי הגאון שהובא ברי"ף דלא קי"ל כר"ח דמשום דלא נסתמוה כר"מ דדאין ד"ג מוקי לה הכי ואנן קי"ל כר"מ והקשה עליו הרב אלפס דהא מנ"ל דר"ח הא באוקמתא דקושטא ודסמכא מוקי לה הכי לענין מה שעשה עשוי ולא משום ענין החיוב דר"ח לא מתרץ רק רומיא דמתניתין מה דבבכורות קם דינא והמלחמות כתב עוד לדחות דברי הגאון די"ל גם בבכורות רק לס"ד הוכרח לומר דגם דיין חייב לר"מ דאל"כ מתניתין אמאן תרמי' אבל לפי מה דמסיק בנו"נ ביד אמרינן גם לר"מ פטור הדיין מגרמי ומיד בראותי דברי הרא"ש הנ"ל עלה בדעתי לומר דס"ל לר"ה אף דקם דינא וחייב הדיין לשלם לבע"ד מ"מ אח"כ חוזר על הבע"ד שני ומוציא מידו דבא לפסידא ע"י מחמת שאינו רוצה להחזיר וכה"ג רצה הש"ך לתרץ דברי ר"ה אבל הקשה א"כ למה מסיים בתשובת ר"ה אם אין לו להחזיר ישלם הדיין מביתו הא כבר שילם והל"ל מפסיד הדיין מה ששילם וגם הלשון לא משמע כלל כן אלא קודם מוציא מהבע"ד ונותן לחבירו ואם אין לו לבע"ד אזי משלם מביתו ואח"כ ראיתי בשער משפט כתב ג"כ לתרץ דברי ר"ה עד"ז והביא ראי' ברורה מסימן נ"ח בשלח הלוה לשלם למלוה ואמר לו ליקח השטר וליתן המעות למלוה ונתן השליח המעות קודם דנאמן המלוה לומר סיטראי נינהו ומ"מ מסיק הש"ך שם בשם הפוסקים דמחויב המלוה להחזיר מחמת היזק השליח שיצטרך לשלם ללוה ויגרום מלוה היזק לשליח עיי"ש ועם כ"ז לא תירץ כל קושיות ש"ך הנ"ל גם נדחק מאד דמשנה דבכורות לצדדין קתני מה שעשה עשוי אם הדיין הלך למדה"י א"י להוציא מן הבע"ד וישלם מביתו כשישנו וכל רואה יבין הדוחק ואף דגם בתוס' תירצו דטיהר את הטמא לצדדין קתני מלבד דגם ע"ז צווח הש"ך דהוא דוחק עכ"פ שאר הבבות דזיכה את החייב ואינך אינן לצדדין אגב גררא נקט ג"כ האי דינא דטיהר את הטמא אף דלא שייך רק לצדדין אבל לשע"מ כל המשנה לצדדין וע"כ הנלע"ד דודאי כיון דחייב הדיין לשלם יכול לחזור על בע"ד שזיכה שיחזיר וישלם לו וכיון שכן מיד משתעבד בע"ד לחבירו משדר"ג דמיד שבא היזק לבע"ד ונתחייב לו הדיין נתחייב אידך לדיין ולדעת כ"פ גם ביש נכסים ללות שייך שדר"נ וכן העלה הש"ך בסימן פ"ו ואף אם יאמר הבע"ד אין לי עסק רק עם הדיין יכיל הדיין לדחותו אצל חבירו הבע"ד וכמבואר בסימן פ"ו ולדעת בע"ת שם ס"ג אין הלוה הממוצע צריך לטרוח כלל להוציא מבע"ח שלו ליתן למלוה שלו דב"ד מפקי לא הוא ואף שהש"ך השיג שם עב"ת מ"מ אם רוצה לטרוח ולהוציא מבע"ח שפיר דמי ואינו מחויב לשלם במזומן והוא יחזיר עב"ח שלו עיי"ש בסמ"ע וש"ך והכא דיין הוא והוא מוציא מבע"ד לבע"ד משדר"נ אמנם דעת רבינו שמחה הובא בש"ך שם סק"ב במסור דיש לו פקדון או מלוה

ביד אחר דאין הנמסר יכול להוציא מיד הנפקד משדר"נ משום דחיובו של מסור רק מגרמי קנסא דרבנן עיי"ש ולפ"ז לא שייך כאן שדר"נ והנה לא הוזכר הדין להיפוך אם המלוה יכול להוציא מהמסור של לוה משדר"נ ולכאורה הדין שוה אבל לפי המבואר באחרונים שם בטעמו של ר"ש דאם מת לא קנסו בנו אחריו הרי דאין נכסיו משעבדין רק גופו לבד וע"כ גם מה שיש לו אצל אחר לא משתעבד מדר"נ דל"ה רק שעבוד נכסי כמ"ש בתומים סק"ה והשע"מ שם כתב כמו דלדידי' קנסו לא לבנו ה"נ לא חל החיוב על הנפקד עיי"ש וא"כ המסור של לוה משתעבד מדר"נ למלוה דכל נכסי לוה משעבדין למלוה וגופו של מסור נמי המשעבוד ללוה משתעבד מדר"נ למלוה דע"י שדר"נ גם גופו משתעבד כמבואר בחו"מ סימן פ"ו ובאחרונים שם עוד נלע"ד דאף להש"ך שהשיג על הר"ש שם והעלה דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון מ"מ י"ל במסור של מסור לא משתעבד להנמסר דהוי תרי דרבנן דלא אלים כדאורייתא כמ"ש תוס' ורא"ש בפ"ק דפסחים ובא"ע סימן כ"ח לענין חמץ דרבנן ושעות דרבנן ודעת הראב"ד הובא בא"ע סימן קס"ח ס"ה ובש"ך סימן ש"ז סק"ג דלא מחמירינן תרי חומרי בשדר"נ כגון בכתובה דהוא חיוב' דרבנן להוציא ממטלטלי דיתמי שהוא ג"כ רק תקנתא דרבנן וה"נ במסור דמסור דחיובו דמסור ראשון רק מדרבנן וכן חיובו של שני וצ"ע בזה דהשני חיובים ותרי דרבנן משם אחד.

והנה הא דסימן נ"ח דצריך המלוה להחזיר משום פסידא דשליח הוא משום גרמא ומצאתי שכ"כ תומים שם בשם מהר"ם מקור דההיא דינא וקיימתי' מסברא דנפשאי וה"נ כאן דקם דינא וזכה נגד בע"ד שלו רק מחמת דהדיין יחויב לשלם לחבירו שנתחייב ע"כ צריך הבע"ד לשלם לדיין מחמת גרמי שגורם לו הפסד ואף דהדיין נו"נ ביד ולא עשה הבע"ד מעצמו מ"מ לא קיל מהמלוה שנתן לו השליח ומפרט דנהנה ומשתרשי לי' בגרמא נמי חייב עיין בשער משפט סימן כ"ו והנה כשנשא ונתן ביד דחייב הדיין מדין מזיק מן התורה משתעבד בע"ד לבע"ד חבירו מדר"נ גם לר"ש וכמ"ש וא"צ הדיין לשלם מכיסו רק כשאין לבע"ד לשלם אבל כשלא נו"נ ביד דחיובו רק מגרמי אין הבע"ד שזכה משתעבד מדר"נ לר"ש ואפשר גם לש"ך וכמ"ש וע"כ להס"ד דמשנה דבכורות כר"מ ומיירי בלא נו"נ ביד תנן שפיר מה שעשה עשוי ואין לבע"ד שנתחייב עסק עם הזוכה רק עם הדיין וישלם לו הדיין מביתו ויתבע מבע"ד שזיכה ולמסקנא דהמשנה בנו"נ ביד שייך שדר"נ והל"ל דבע"ד שיחזיר על שכנגדו מ"מ הא לפ"ז אתיא המשנה כרבנן דלית להו דד"ג כלל וכיון דקם דינא זכה הבע"ד מדינא ומה לו במה שיגרום הפסד לדיין וא"צ להחזיר גם לדיין ואולי משום זה נדו בגמרא מלאוקמוה למשנה כר"מ אף

דקי"ל כותי' ורישא דנשחט ע"פ מוכח ג"כ כותי' כמ"ש תוס' שם אלא דקשיא לי' דישלם מביתו ולא קאמר דחוזר אח"כ על בע"ד שזיכה ולשון דמה שעשה עשוי משמע דזכה הבע"ד לעולם במה שזכה ולפ"ז עכצ"ל דר"ח דמוקי לה בנו"נ ביד ס"ל דלא כר"מ דאל"כ למה מה שעשה עשוי כלל הלא יאמר הדיין להחייב זיל אצל בע"ד שזכיתי משדר"נ וגם הזוכה אינו יכול לדחותו כלל ועכצ"ל דר"ח מוקי לה כרבנן ואין הבע"ד הזוכה מחויב כלל לדיין ומיושב דברי רבינו האי שברי"ף אמנם לדידן דקי"ל כר"מ ממילא בנו"נ הדיין ביד משתעבד בע"ד לחבירו בשדר"נ מחמת שגורם היזק לדיין ואינו יכול לדחותו ומיד הולך הדיין או בע"ד ומוציא ממנו רק כשאין לבע"ד משלם הדיין מביתו אבל בלא נו"נ ביד אין הדיין יכול לדחות החייב אצל הזוכה רק מיד ישלם מביתו והוא יחזור על הזוכה ובזה מדוקדקין דברי ר"ה דהתחיל אפילו נו"נ ביד אם ישנו לבע"ד יש מן הדין להוציא מידו דלענין להוציא מהבע"ד שוה נו"נ ולא נו"נ רק לענין שישלם הדיין קודם מביתו אינם שוין רק אם אין לבע"ד להחזיר ישלם הדיין מביתו אבל בשישנו א"צ לשלם מביתו בזמן שנו"נ ביד ומיושב כמין חומר בס"ד והרא"ש שכתב עליו דלישנא מה שעשה עשוי לא משמע הכי היינו לפי מה דס"ד דמתניתין ר"מ וא"כ חוזר אח"כ הדיין ומוציא מהבע"ד ואף דמקודם שילם הדיין מ"מ הלשון לא משמע הכי דהוי רק אפיכי מטרתא אלא משמע דזכה הבע"ד ואינו מחזיר גם לדיין אבל כבר כתבתי דמה"ט נדו מלאוקמוה להמשנה כר"מ.

הש"ך סק"ל הביא ירושלמי דפ"ק דסנהדרין ז"ל שמואל אמר שנים שדנו דיניהן דין אלא שנקרא ב"ד חצוף ר"י ור"ל תרוייהון אמרין אף שנים שדנו אין דיניהן דין תמן תנינן דן את הדין זיכה את החייב מה שעשה עשוי וישלם מביתו ר' בא בשם ר' אבוהו כשאמרו הרי אה מקובל עלינו כשנים במה אנן קיימין אם כשטעה ודנו משקול הדעת בדא מה שעשה עשוי אם כשטעה ודן ד"ת בדא ישלם מביתו ר' בא בשם ר' אבוהו כשאמרו לו הרי את מקובל עלינו כשלשה ע"מ שהדונינו ד"ת וטעה ודנו בש"ה מה שעשה עשוי מפני שטעה ודנו בש"ה וישלם מביתו שהגיס דעתו לדון יחידי דתנן אל תהי דן יחידי עכ"ל והש"ך רצה להגיה אם כשטעה ודנן ד"ת בדא מה שעשה עשוי עוד הקשה למה לא אמר דחייב משום גרמי או בנו"נ ביד כדאיתא בבבלי בבכורות עוד הקשה ממנו על הרז"ה דלעיל בס"ק ט"ו אות ה' דס"ל בשלשה וקבלם חייבין ולפי טעם דירושלמי שהגיס דעתו לדון יחידי שלשה פטורין ותירץ זה דירושלמי לא ס"ל דד"ג ושכ"כ הרמב"ן וסותר דבריו שבסימן שע"ו העלה דגם לדידן דד"ג קנסא והוכיח מהירושלמי ותחלה נפרש מ"ש בירושלמי אם כשטעה וכו' לפמ"ש הרי"ף ולא הי' ר"י טועה בש"ה דבסברא

נחלק עליו ר"ח ע"כ מה שעשה עשוי והרא"ש כתב דמה"ט לא שילם ר"י ליתומים אף דלסברת ר"ח טעה טעות גמור מ"מ כיון דא"א לברר טעותו ממחלוקת קדומה פטור ע"כ וזה שאמר אם כשטעה ודן משקול הדעת שיש מחלוקת קדומה וטעה ודן דלא כסוגיא דעלמא בדא מה שעשה עשוי הא אפשר לברר טעותו מסוגיא דעלמא אם כשטעה ודן ד"ת דליכא פלוגתא ודנן ד"ת לסברתו וטעה בסברא בדא ישלם מביתו.

עוי"ל לפמ"ש בתשובת מיימני הובא בש"ך סק"ח אם ידע שיש מחלוקת ועשה כאחד היינו טעה בש"ה אבל א"ל ידע רק מדעת אחד ועשה כמותו ל"ה טעות בש"ה דמה ה"ל לעשות הוא פסק כדעה שידע וראי' מר"י וכ"ח דאמר כבר הורה זקן ופטרו ולפי הס"ד דירושלמי קיום הדין ותשלומין תלוין זה בזה ע"כ פריך אם כשטעה ודנן בש"ה שידע מהפלוגתא ושקל דעתו להכריע וע"כ משלם דלא ה"ל לעשות כאחד מהן מאחר שידע מהפלוגתא והרי טעה נגד סוגיא דעלמא למה מה שעשה עשוי ואם כשטעה ודנן ד"ת שלא ידע רק מדיעה חדא ולפי דעתו ד"ת דן ולא פשע למה ישלם.

ומה שאמר דקבלוהו כשנים י"ל דבש"ך סימן כ"ב ס"ל דקבל חד כשלשה הוי תרתי לריעותא ושע"ט כתב דמה דצריך שלשה אף דל"כ רק תרי אלקים משום דאין ב"ד שקול ובקיבל חד ל"ש הנויי' א"כ ליכא רק חד לריעותא דמחוסר עוד אחד עיי"ש וע"כ אמר דקבל חד כשנים וסגי דאם יצטרך לקבל כשלשה יהא תר"ל וישנו בחזרה ולא הוכרח הבע"ד לצייתו ואין לחייב הדיין מגרמי רק כשהוכרח הבע"ד ולא הי' יכול לחזור כמ"ש הש"ך בס"ק מ"ה.

אמנם מ"מ א"א לחשבו כב"ד לדבר הצריך דוקא ב"ד דהרי יחיד מומחה ואפילו שנים סמוכים לא חשובי ב"ד לדבר הצריך ב"ד לדעת הרמב"ם ובזה ע"כ אין הטעם משום דאין ב"ד שקול דביחיד מומחה ל"ש זה ולדעת כנה"ג בסימן ג' גם כשקבלו ליחיד ל"ח ב"ד וש"ך לעיל סימן ג' הסכים לדעת הרמב"ם דלחשוב ב"ד צריך דוקא שלשה ובנתיבות סוף סימן זה כתב דלענין שיהא דינו קיים בטעה בש"ה צריך דוקא כח בית דין חשוב דדוקא אם הוחזק עפ"י ב"ד מה שעשה עשוי ואף דמומחה וקבלוהו חשוב כב"ד היינו דקבלה אהני לו להיות כשלשה כיון דבלאו קבלה יכול לדון בע"כ אבל בהדיוט צריך לפרש שמקבלו כשלשה וכה"ג מחלקי ש"ך ורא"ש לענין שיועיל הקבלה לפוטרו עיין בס"ק זה וע"כ פריך הירושלמי דכשקבלו כשנים אם טעה בש"ה למה מה שעשה עשוי ע"כ משני כשקבלו כשלשה דיש לו כח ביד אלא דא"כ הוי תר"ל כיון דצריך דוקא ב"ד ויכול לחזור וליכא גרמי דבטימא הטהור שוי' חד"א כשטעה בש"ה ובטעם בדבר משנה לא ה"ל למהר להאכילו לכלבים כמ"ש תוס' בב"ק ד"ק ובחייב את הזכאי בדבר משנה

אף דמוכרח לציית דין לא ברי היזקא דאף שאחר שיתן לבע"ד יחזיר א"ל ילך למהד"י אבל כשקיבל לחד כתלת דיכול לחזור גם כשלא טעה לאו כלום עבד הדיין בדיבורו ול"ל כשנו"נ ביד כיון דלא רצה ליתן בעצמו הרי חזר מקבלתו וה"ל הדיין גזלן ודאי הדין חוזר ולמה מה שעשה עשוי ואם לא חזר א"צ לישא וליתן ביד ע"כ הוכרח הירושלמי לומר דאמר ע"מ שתדונינו ד"ת ומ"מ הגיס דעתו לדון ע"כ קנסיהו ובשלשה י"ל גם לירושלמי חייבים מגרמי וכהרז"ה וסייעתו ובב"ש סימן ק"ב סק"ז כתב ז"ל בודאי א במטלטלין עדיף טפי תפיסה ברשות ב"ד מתפיסה בעצמו בלא רשות ב"ד.

ובלאו סברת השע"מ י"ל לפמ"ש בחידושי הר"ן דשמואל דוקא שנים שדנו קאמר והקשה דא"כ בפ"ק דסנהדרין ד"ו דפריך מדן את הדין לר' אבוהו ליפרוך נמי לשמואל וי"ל דידע די"ל דקבלוהו רק לשמואל סגי קבלה כשנים משא"כ לר' אבוהו דצריך לקבל כשלשה והוי תר"ל ויכול לחזור ולאו כלום עבד ולמה ישלם ובירושלמי נמי פריך לר"ל ור"י ואמר ר' בא בשם ר' אבוהו וליטעמך דלשמואל בקבלוהו כשנים א"כ ל"ה ב"ד וכמבואר בירושלמי פז"ב והובא בש"ך סימן כ"ב סק"א וסק"ו ולמה כשטעה בש"ה מה שעשה עשוי כיון דאין לו כח ב"ד ועכצ"ל דקבלוהו כשלשה ואי דישנו בחזרה ה"ט דקנסוהו כיון שאמרו לו ע"מ שתדונינו ד"ת והגיס דעתו לכן קנסוהו.

אמנם גם לולא סברת הנתיבות י"ל מה דאמר הירושלמי דקבלוהו כשלשה ולא אהני לו קבלה סתם או כיחיד מומחה דמבואר בירושלמי פז"ב ובש"ך לעיל סימן כ"ב סק"א וסק"ו דעל שום ריעותא צריך קבלה בפני ב"ד שלשה אבל קבל בפני שנים גם לאחר גמ"ד יכול לחזור ולשמואל כשנטל מזה ונתן לזה תו א"י לחזור ולר"י ולר"ל יכול לחזור עיי"ש וא"כ כשקבלוה כשנים או כמומחה אין כאן קבלה בפני ביד כמו לשמואל דשנים דיניהן דין ומ"מ בקבל בפניהם ל"ה קבלה וכדעת רמב"ם דיחיד או שנים מומחים ל"ח ב"ד ויכול לחזור מטענתו אף דדינם דין ול"ק קושית התומים על הש"ך שם ודו"ק אבל בקבל חד כתלת וטען בפניו הרי קבלו לב"ד יפה וכשנגמר הדין א"י לחזור מקבלתו וקיימתי' מסברא דנפשאי ומצאתי' בתומים שם דכתב בקבל חד לדיין וטען בפניו הוי קבלה בב"ד כיון שקבלו לב"ד עיי"ש ולפמ"ש לדעת הש"ך ה"ד כשקבלו כשלשה ואף דהוי תרתי לריעותא מ"מ לאחר שהוציא הממון לא שייך חזרה וכמ"ש הש"ך בס"ק י"ב ואף דמבואר בירושלמי פז"ב קבל בפני שנים יכול לחזור לר"י ור"ל גם כשנטל מזה ונתן לזה היינו משום דאינם ב"ד ומהני חזרה כאלו נטל מעצמו וזה מוכרח דהא הש"ך גופא כתב בסימן כ"ב סק"א דקי"ל כר"י ור"ל דבקבל עליו קא"פ בפני שנים מהני חזרה גם לאחר שנטלו מזה ונתנו לזה ובקבל בפני ב"ד תרתי לריעותא כתב דלאחר שזכה בממון

שנתנו לו ליתא בחזרה ואפשר להסביר דקבלה שלא בפני ב"ד ל"ה קבלה כלל וע"כ גם כשנטל מזה ונתן לזה יכול לחזור משא"כ בתר"ל דהוי קבלה רק יכול לחזור דהוי כגוזמא וקצת אסמכתא ומבואר בחו"מ סימן ר"ז דמהני תפיסה מדעת בעלים באסמכתא משא"כ כשלא קיבל בפני ב"ד פטומי מילי בעלמא ננהו ובמרדכי פ"ק דסנהדרין לענין פשרה כתב אם קבל עליו בפני בית דין א"י לומר משטה אני בך וכשקבל שלא בפני ב"ד י"ל משטה ובחו"מ סימן פ"א ס"ד ובתומים שם מבואר דבטענת משטה ל"מ תפיסה אף מדעת בעלים אחר ההודאה אך כיון דקודם שהוציאו הממון הי' יכול לחזור לאו כלום עבדי ולמה ישלם ואם בע"כ נו"נ ביד הוי גזלן ולמה מה שעשה עשוי וכמ"ש לעיל לכן מסיק דא"ל ע"מ שתדונינו ד"ת ומשום שהגיס דעתו קנסוהו.

אמנם כ"ז להש"ך בסימן כ"ב סק"ו דפירש הירושלמי להסכים עם הפוסקים דגמ"ד הוא קודם שהוציאו הממון אבל לרמב"ם דגמ"ד אינו רק כשהוציאו הממון ויליף לה מהירושלמי כמ"ש הלח"מ וש"ך שם א"כ ה"נ אם קבל חד כשלשה אפילו לא יהא רק חד לריעותא כסמ"ע בסימן כ"ב סק"ו מ"מ מהני חזרה קודם שנו"נ ולאו כלום עבד ומוכרח לומר משום שהגיס דעתו וצ"ע על בבלי בבכורות דס"ד דמשנה כר"מ ומשום דד"ג אלא או דס"ד דלר"מ חייב אף דלאו כלום עבד וכמ"ש הרא"ש בטעה בד"מ דאמר רע"ק לאו כלום עבדת היינו לרבנן דל"ל דד"ג ולרמב"ם ל"ל הכי דהא ס"ל דד"ג ופטור בטעה בד"מ משום דלאו כלום עבד וצ"ל כמלחמות דלס"ד הוכרח לומר דלר"מ חייב כה"ג דאל"כ משנה אמאן תרמי' ולמסקנא היכא דאין דינו דין גם לר"מ פטור כהרי"ף ורמב"ם ועדיין קשה מה משני בשנו"נ ביד דאם לא חזר הבע"ד יתן מעצמו ואם חזר ונטל הדיין בע"כ פסקה קבלתו וחד פסול ולמה מה שעשה עשוי אלא לרמב"ם דמן התורה חד כשר אצ"ל שקבלוהו כשלשה לפמ"ש לעיל סימן כ"ג דלמ"ד מן התורה חד כשר רק מדרבנן הצריכו שלשה משום יושבי קרנות אזי כשקבלו הבע"ד לא גזרו דכלום תקנו רק לטובתם שלא יכופו אותם בע"כ ועוד בלא"ה הוי כבר דיעבד והא לשמואל דיעבד דינו דין רק לדידן כיון דעבר אדרבנן אין דינו דין וכשדן ברצון בע"ד לא עבר וע"כ אף דבע"ד חוזר מתקיים הדין מעצמו בלא קבלתו של בע"ד תדע דרמב"ם הא פסק בפ"ג מה"ס כר' אבהו דצריך שלשה ומ"מ פסק ביחיד הדיוט שקבלוהו וטעה בש"ה ולא נו"נ ביד חייב ולמה הא יכול הבע"ד לחזור קודם שנתן ולא הוכרח לקיים הפסק ומ"ש מטעה בדבר משנה דפטור א"ו כמ"ש.

נמצא לפ"ז אצ"ל ג"כ שקבלוהו כשלשה לדעת הרמב"ם ולרא"ש נמי דמה"ת צריך שלשה מ"מ סגי בקבלה במומחה שדן ביחידי בכפי' ויש לו דין ב"ד לכל דבר כמבואר ברא"ש

פ"ק דסנהדרין ובפ"ק דסנהדרין ד"ו דפריך לר' אבהו מדן את הדין ומשני דקבלוהו ולא אמר כשלשה לרא"ש ניחא ולרמב"ם נמי י"ל מן התורה גם לר"א חד כשר רק כיון דעבר אדרבנן אין דינו דין והירושלמי דמתרץ לר"י ור"ל דס"ל מן התורה צריך שלשה כמ"ש תוס' בפ"ק דסנהדרין ב' ע"ב בד"ה דברי הכל וכרבא שם נ' ע"א צ"ל דקבלוהו כשלשה שיהא ב"ד וכמ"ש.

והנה בבבלי פ"ק שם דמשני דקבלוהו ולא ביאר מהו ענין הקבלה ובמשנה דלא הוזכר הקבלה רק דן את הדין לא קשה דמיירי באופן שהוא דיין מן הדין וקבלוהו על אופן המועיל רק לר' אבהו אין הכרח דלא הוכרע דעתו אם מן התורה צריך שלשה או מדרבנן ומהני קבלה סתם וכמ"ש אבל לרבא דמה"ת צריך ג' מומחין ולמה מה שעשה עשוי אף דקבלוהו כ"ז שלא פירש כשלשה אף אם סבר נו"ן כקבלו בפני שנים כמבואר בירושלמי ולומר דלרבא מיירי בקבלו בקנין או פירש כשלשה דוחק דלא נתבאר בגמרא לרבא כמו בירושלמי לר"י ור"ל.

ונלע"ד מה שהחליט הש"ך דבתרתי לריעותא ל"מ חזרה אחר שזכה אידך בהממון יש מקום לומר דוקא כשלא טעה הדיין בשקול הדעת דאם טעה אף דכשדן דיין שהוא כשר מעצמו להיות דיין מן הדין וטעה בש"ה ונו"ן בע"כ של בע"ד מה שעשה עשוי באינו דיין רק בקבלוהו שאני דהנה י"ל מה דפליגי בירושלמי בקבלו בפני שנים ונו"ן אם יכול לחזור ה"ט כמו מוכר פירות דקל דהוי דשלב"ל ויכול לחזור בו מ"מ אי שמיט ואכיל לא מפקינן מיני' אף דהוה מחילה בטעות וכתבו תוס' בפא"נ דס"ו ע"ב בד"ה הכא משום דאמרינן דניחא לי' דליקו בהימנותא ואפילו הוה ידע דיכול לחזור לא הי' חוזר ה"נ כן אם נו"ן ממנו ולא מיחה ובזה פליגי שמואל עם ר"י ור"ל וא"כ למאי דקי"ל כר"נ עיין בחו"מ סימן ר"ט ס"ט ה"נ הלכה כשמואל כיון דר"נ קאי כותי' דקי"ל כר"נ אפילו נגד ר"י ור"ל כמ"ש בש"ך סימן ס"ו ס"ק קכ"ב בראיות ברורות לפ"ז מ"ש הש"ך בסימן כ"ב סק"א בקבל בפני שנים דקי"ל כר"י ור"ל דיכול לחזור בו גם אחר שנטל מזה ונתן לזה צ"ע לדינא אמנם בטעה בש"ה אף דבמקום אחר קם דינא בטעה שאני דהא דאמרינן ניחא לו דליקו בהימנותי' ואלו הוה ידע ל"ה חוזר כתב בנתיבות סימן ס"ו סקכ"ח דהוא כיאוש של"מ דעכשיו סובר דא"י לחזור רק אמרינן אי הוה ידע שיכול לחזור ג"כ לא הי' חוזר והי' מוחל והרי השתא לא ידע רק מהני במתנה כה"ג כמ"ש הש"ך בסימן שנ"ח סק"א עיי"ש ובש"ך מחלק שם דשאני אבדה דישל"מ ל"מ משום דל"ל אם הי' יודע שאבד הי' מתייאש כיון דאם הי' יודע מקום האבדה לא הי' מתייאש ל"ל אלו ידע לחצאין וא"כ בטעה בש"ה ל"ל אלו הוה ידע שיכול לחזור ל"ה חוזר והי' מוחל דליקו בהימנותא דהא

אלו ידע שטעה הדיין לא הי' מוחל ועכשיו לא ידע לא זה ולא זה ול"ל אלו ידע לחצאין דקי"ל כאביי דישל"מ ל"ה יאוש אבל לרבא מהני ישל"מ ואמרינן אלו ידע שאבד ולא ידע מקום האבדה הי' מתייאש השתא נמי הוה יאוש ה"נ אלו ידע שיכול לחזור ולא ידע מהטעות הי' ניחא לי' דליקו בהימנותא ולא הי' חוזר והי' מוחל השתא נמי כידע ומחל ע"כ לרבא מה שעשה עשוי אף בקבלה סתם אלא דמ"מ חייב לשלם אף דהי' יכול לחזור קודם שנתן משום דאמרו לו תחלה דיינת לן ד"ת והגיס דעתו כמו שפרשו כ"פ דמיירי שאמרו כן תחלה וירושלמי הוצרך לפרש שקבלוהו כשלשה חדא דקאי לר"י ונ"ל דס"ל קבלו בפני שנים יכול לחזור ועוד דאנן קי"ל ישל"מ ל"ה יאוש אבל כשקבלוהו כשלשה א"י לחזור אפילו קודם שנו"נ ודו"ק.

ואחר הדברים האלה יש לתרץ תשובת רב האי הנ"ל וז"ל ספר העטור אינו מומחה וטעה בשקול הדעת וקבלו בע"ד חייבים לשלם לד"ה בנו"נ ביד כדתנן דן את הדין זיכה את החייב מה שעשה עשוי ואוקימנא בקבלו עלייהו תשובה לרבינו האי אפילו נו"נ ביד אם ישנו לבע"ד מה שנטל דיש לו להחזיר יש מן הדין להוציא ממנו ואם אינו או שישנו ואין לו להחזיר משלם הדיין מביתו בזמן שנו"נ ביד ירושלמי תמן תנינן דן את הדין זיכה את החייב מה שעשה עשוי וכו' ר"א בשם ר"א כשא"ל הרי את מקובל עלינו כשלשה ע"מ שתדונינו ד"ת וטעה בש"ה מה שעשה עשוי מפני שטעה ודנן בש"ה וישלם מביתו מפני שהגיס דעתו לדון יחידי ד"ת עכ"ל והש"ך בס"ק כ"ט הרבה לתמוה עליו עיי"ש וי"ל דסתם קבלה בלא קנין ולא פירש כשלשה וע"מ שידון ד"ת וכ"כ הש"ך בס"ק י"ב ודברי ר"ה על יחיד הדיוט שקבלו דמיירי בו עתה הב"ע וע"כ לא מבעיא בלא נו"נ ביד כשא"א להחזיר דפטור דאלו קמן הוה תדר כל שלא קבלו כשלשה דליהוי ב"ד ולאו כלום עבד וקנס לא שייך כיון שלא אמרו לו ע"מ לדון ד"ת וכדמשמע בש"ך כאן סק"ל ואפילו נו"נ ביד מ"מ אם ישנו לבע"ד יש להוציא מידו כמו קבלו בפני שנים דאמר בירושלמי אפילו נו"נ חוזר בו ה"נ כל שלא קבלו כשלשה אינו ב"ד ואף שקבלו כמומחה ולא עדיף מיחיד מומחה בלא קבלה או שנים לשמואל דדינם דין ומ"מ לענין קבלה דצריך שיקבל בפני ב"ד אינם כב"ד וכסברת הרמב"ם דפחות משלשה ל"ח ב"ד לענין חזרה ופוסק ר"ה כרבא וכירושלמי דמה"ת צריך שלשה ואפילו נו"נ ובע"ד שתק מ"מ ל"ל אלו ידע דיכול לחזור ג"כ ל"ה חוזר דניחא לו דליקו בהימנותא דאלו ידע שטעה ודאי הי' חוזר והוי כישל"מ באבדה ולא עוד אפילו קבלוהו בפירוש כשלשה להש"ך דהוי תר"ל יכול לחזור דדעת רה"ג בתר"ל גם לאחר גמ"ד חוזר כמ"ש נ"י פרז"ב ואם נו"נ בע"כ הרי כבר חזר וגם כשנו"נ ברצון הבע"ד הוי כמחילה בטעות וכמ"ש וע"כ הביא הב"ע תשובת ר"ה אדין

שאינו מומחה וקבלוהו כי דברי ר"ה לא נאמרו רק על הדיוט וקבלוהו ואמר אם א"א להחזיר ישלם מביתו כשנו"נ ביד דא"ל נו"נ כיון דאלו הוה קמן הי' חוזר הדין וגם הבע"ד אינו מחויב לציית דין ויכול הי' לחזור פטור ולזה הביא הירושלמי דמשנה דדן את הדין דמה שעשה עשוי וישלם מביתו ואף בלא נו"נ ביד מוקי לה באמרו לו הרי את מקובל עלינו כשלשה וע"מ לדון ד"ה משא"כ בקבלה סתם ובזה ניחא למה הביא ב"ע בהדיוט וקבלוהו וטעה בש"ה ונו"נ ביד דחייב לד"ה אחר שכבר כתב דלית הלכתא כר"ח וחייב אפילו כשלא נו"נ ב"ד אלא דבא לומר אף דלתשובת ר"ה בקבלה סתם מחזירין הדין אף בנו"נ ב"ד מ"מ אם א"א בחזרה חייב דבשלמא אם הי' משום גרמי הי' אפשר לומר דלא ברי הזיקה כשנו"נ ביד אבל כיון דבנו"נ חייב לד"ה גם לר"ח ע"כ חשוב מזיק דלר"ח ל"ל גרמי לכן אם א"א בחזרה ישלם אף דקבלוהו דהא ר"ח מוקי למשנה דדן את הדין בנו"נ ביד וחייב אף דקבלוהו.

וגם דברי הרז"ה וש"פ דס"ל בשלשה הדיוטות וקבלום חייבים לשלם מיושבים דמה שהשיגם הש"ך מהירושלמי דאמר הטעם ביחיד הדיוט וקבלוהו מפני שהגיס דעתו א"כ בשלשה ל"ש זה דלא הגיס לדון יחידי ולפמ"ש א"ש דבג' וקבלום דהדין דין ודאי חייבים רק ביחיד וקבלו הל"ל דאין דינו דין בלל דבטלה הקבלה או דבתרתי לריעותא דקבלו כשלשה יכול לחזור בו ולא הוכרח לציית דין כלל ולאו כלום עבד או דגם עכשיו שהוציא מידו יחזיר דהוה מחילה בטעות וכאשר ביארתי לזה הוצרך הירושלמי לומר דא"ל ע"מ שתודינינו ד"ת וקנסוהו משום שהגיס דעתו לדון יחידי להיות דינו דין כאלו לא טעה ויחויב לשלם וכיון שתלי"ת מצאנו ישוב לדברי רה"ג ורז"ה אין לדחות דבריהם מהלכה ובפרט דברי גאון שכל דבריו דברי קבלה.

בנתיבות ס"ק ט"ז הקשה למה לא פירש רש"י וא"ל קבלוך שדן בכפי' דהשתא נמי שפירש דא"ל שידון ד"ת כיון דלא ד"ת דן בטלה הקבלה ותירץ דצריך שיהא מוחזק ע"י ב"ד ובכפי' ל"ח כב"ד אבל כשא"ל דיינת לן דין תורה טעות בש"ה נמי חשוב ד"ת ולא נתבטל הקבלה עיי"ש וצל"ע דרש"י פירש להדיא בדף וא"ו שם כיון דטעה לאו ד"ת דן ומיירי שם בש"ה עיי"ש ולע"ד נראה דאם כפה אותו הוי תפיסה שלא ברשות דטעם דקם דינא משום דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר וזה נעשה מוחזק וכן לרש"י דפירש שם דף ל"ג שם די"ל אפשר תחלה יפה פסקת היינו ג"כ משום דכבר מוחזק אבל בא לידו שלא ברשות חשוב הראשון מוחזק דחמ"ק יש לו וכ"ש דסוגיא דעלמא סייעתי' ואף את"ל דמה שהתפיסוהו דיין חשוב ברשות מ"מ הא רב יוסף ס"ל בגיטין דפ"ח דלענין כפי' צריך סמוך ואנן שליחותייהו עבדינן ושלוח שטעה בטלה השליחות אף בטעות שאם

לקח ומכר בעצמו לא הי' חוזר עיין קפ"ב וקפ"ה משום דא"ל לתקוני שדרתיך לכן אפילו בכל שהוא בטל השליחות וה"נ הכל יודעין דאינו סמוך אינו רק שליח וכשקבלוה בע"ד בסתם מה שעשה עשוי ולא אמרינן לענין גוף הדין נמי לתקוני שדרי' י"ל דאינו אומדנא ברורה די"ל דרוצה שאם יטעה ויזכהו ג"כ יקום דינא כיון דבש"ה אינו גזל ובחיוב הדיין לא אכפת לי' שישלם לו ולחבירו וע"כ צריך שידון ברצון בע"ד דנתן לו מדעתו ועל אותו דבר שדנין התפיסוהו ואף דע"י טעות הי' חשוב תפיסה ברשות כמ"ש התומים בכללי תפיסה דאם נתן לחבירו בטעות מפני שסבר דשל חבירו הוא בדין וצריך ליתן לו הוי תפיסה ברשות אך הנתיבות בדיני תפיסה סקי"ח ס"ל כהש"ך דהוי תפיסה של"ב.

סעי' ה' ש"ך ס"ק מ"ח עמ"ש בסימן צ"ב על דברי בה"ג שבכאן.

בספר ת"כ סימן זיין הביא מ"ש מהר"ם רקנטו סימן תט"ו ז"ל כל דבר שתחלת דינו תמוע"ה אם ראינו שתקף בו אחר אין מועיל תקיפה שלאח"כ ומוציאין מיד התוקף אבל אם תקף שלא בפנינו קודם שנולד הספק לא מפקינן מיני' וכתב הת"כ שלא בפנינו ל"ד אלא ר"ל קודם שנולד הספק לפני הב"ד אפילו תפס בעדים ובסימן תמ"א כתב מהר"ם רקנטו וז"ל פסקו ר"א ור"ח דכל תיקו דממונא חולקין ורשב"ם פירש דהמע"ה והרמב"ם ז"ל כתב גבי כשכשה בזנבה דמספקא לש"ס אם הוא תולדה דרגל ופטורה בר"ה או תולדה דקרן וחייבת ח"נ כתב דפטור ואם תפס הניזק גובה ח"נ ממה שתפס דזה הדבר ספק הוא עכ"ל ונתקשה הת"כ למה לא הביא דברי הרמב"ם בסימן תט"ו ורצה מזה להכריח חילוק בין ספק בעיא לספק אחר דספק בעיא בש"ס מועיל תפיסה די"ל לדידי נוטה דכן הדין ומלבד דגוף הסברא רחוק שיוכל לומר לדידי נוטה הדין לצד אחד ובש"ס לא הוכרע גם לשון הרקנטו בסימן תט"ו משמע דבכל ספק מיירי מדכתב כל דבר שתחלה דינו המע"ה גם הרי"ף השמיט בב"ק דף ח"י בעיא דיש שינוי בצרורות וכתב הרא"ש שם משום דאין דנין בזה"ז דיני קנסות רק אי תפס וא"כ אי תפס ח"נ לא מפקינן מיני' בספק תיקו וע"כ לא נ"מ בהיקו זאת בזה"ז ותמה הרא"ש דהא מסקינן בפ"ק דב"מ דף זיין ה"כ מוציאין מידו עיי"ש ויותר מזה תימא דהרי"ף פסק ברועה מזוין מטור דסליק בתיקו וכתב הנ"י משום דס"ל גם אם תפס מיני' מוציאין כיון דסליק בתיקו ע"כ סתם וכתב פטור ונתקשו אחרונים בזה.

ונלע"ד דהנה בתפס קודם שנולד הספק מסקו בתוס' וראשונים דלא מפקינן מני' ואם תפס לאחר שנולד הספק מפקינן י"ל הטעם דכשנולד הספק והי' ראוי לידון ומחמת חמ"ק החזקנו אותו ברשותו והונו כשתפס אח"כ הוי כתופס ודאי ממון חבירו וכה"ג

כתב הגהה או"ה הובא בטו"ז יו"ד סימן ק"י ס"ק י"ד ולפ"ז אם התפיסה והספק באו כאחד מהני התפיסה ותלי"ת מצאתי כן בתומים.

והנה בקנס בזה"ז דאין דנין לאו מחמה ספק החזקנו אותו רק כשתפס ועביד דינא לנפשו נולד הספק ועוד בקנס אשר ירשיעון אלקים כתוב ובזה"ז דאין סמוכין אינו חייב ממון קודם שתפס הניזק רק כשהפה ועביד דינא לנפשו נולד החיוב והספק ותפיסה באו יחד ומהני ולפ"ז א"ש ג"כ דברי רקנטו ולפ"ז אפשר בדוקא נקט תקף שלא בפנינו קודם שנולד הספק דרק כשכבר נולד הספק בב"ד ל"מ תפיסה שלאח"כ כיון דהוחזק בב"ד ונפטר נעשה כודאי אלא די"ל דזה דוקא בספר שאינו אצל הבעל דינים שכל אחד יודע בעצמו בשל מי הדין נהי דכבר קודם ביאם לב"ד נפלה המחלוקת ביניהם מ"מ ל"ל דההחזקנו אותו לודאי שלו דמי החזיקו ולבע"ד גופא אין ספק לכן חשוב נולד הספק רק לפני ב"ד וכשתפס שלא בפני ב"ד קודם שנולד הספק בב"ד מהני תפיסתו אבל בספק שגם לבע"ד ספק מיד שנולד הספק ונודע לבע"ד עצמו בעצמם דנו אם חייב אם פטור.

בתומים ס"ק נ"ד הוכיח מתוס' ב"מ דף ק' ד"ה וליחזי דמהני תפיסה בדררא דממונא בטוען ברי אפילו תפס בעדים והקשה מס"פ המניח בשנים רודפין זה אומר מועד הזיק את הגדול ותם לקטן דמוקי לה כשתפס והא הוי דררא דממונא מדאמרינן שם לסומכוס דחולקין וא"א דתפיסה מהני לישתלים לגדול מהמועד ומתוך כך חילק בין טוען על הגוף דבר שהוא שלו דמהני תפיסה ובין בא עליו מכח חוב ובנתיבות הקשה דהא בספק בשטר מהני הפיסת אפילו מחמה חוב ובנתיבות כתב כיון דהעדים מסופקין ולא ראו כל מה שהיו אפשר לראות אין עושין ספק עפ"י עדותן ול"ה דררא דממונא כי אם כשיש עדים כמ"ש תוס' בב"מ דף ק' בד"ה דמי עבד ונתקשה דא"כ לסומכוס אמאי חולקין עיי"ש ובקונטרס הספקות ולפע"ד י"ל קושית התומים דכיון דמה שמעידים דמסופקין אם מועד הזיק הגדול אין גורם חיוב למזיק רק כשהפס הניזק הוי עדות שאי אתה יכול להזימה דיכולין לומר כשהעדנו מי יימר דיתפס ולרא"ש דמיירי שתפס קודם שעמדו בדין כמ"ש ס"פ המניח מ"מ י"ל לשיטת רש"י שהביא הכ"מ בפ"כ מה"ע ה"ב וכ"ד ראב"ד שם דגם בממון אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה וכ"ד רבינו יהונתן באס"ז ריש ב"ק דף ד' ע"ב וא"כ כשתפס קודם שהעידו מיד שיגמר הדין יהא כאשר עשה וא"כ א"א לקיים בהם כאשר זמם ואפילו למאן דס"ל בממון כיון דא"צ דו"ח משום נע"ד א"צ נמי שיהא יכול להזימנה עיין ש"ך לקמן סימן ל"ג מ"מ בהמה שחבלה בחברתה אינה בכלל הודאות והלוואות כדלעיל סימן א' ס"א ואין להקשות א"כ גם בקטן יהא פטור דמודה בקנס פטור דזה אינו חדא כיון שתפס חייב גם מודה כמ"ש הראב"ד והובא במ"מ

פ"ט מנזקי ממון הי"א וכ"ד הרמב"ם שם ועוד י"ל עפימ"ש מהרש"א ר"פ שור שנגח את הפרה וכיון דא"א להזימן על מה שאומרין דשמא מועד הזיק לגדול אין כאן עדים על ספק זה ולא חשוב דררא דממונא משא"כ לסומכוס דחולקין א"כ ע"י עדות' פוסקין הב"ד חלוקה אף כשלא תפס והוי יכול להזימה לכן נעשה דררא דממונא ומה דאמר שם ז"א חלוקין עליו חביריו על סומכוס מדקתני המע"ה דודאי המע"ה היינו כשלא תפס וניזק מוציא וכמ"ש הרא"ש שם וכשלא תפס הוי יכול להזימה לסומכוס וחולקין ומ"מ צ"ע לפמ"ש לח"מ פכ"א מה"ע ה"ד דאם העידו בדבר שאינו מתחייב רק כשתפס ממנו כשהוזמו יכול לתפוס מהעדים עיי"ש וא"כ הוי עדות שיכול להזימה אמנם דברי לח"מ אינו מוכרח די"ל כשהעידו כבר הפס התובע וראב"ד השיגו לשיטתו דגם בממון אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה ובגמרא דהוזמו משלמין דמי עינו כמ"ד א"צ גט שחרור עיין השולח מ"ב ע"ב ואף די"ל דראב"ד רק במלקות ס"ל דאם נלקה אינם לוקין מ"מ משיג כאן דלא משמע לי' דמיירי בתפס,

בר"ן נדרים דף זיין כתב בבעיא דיד לצדקה דהוי כשאר ספק ממון ולקולא ובקונטרס הספקות כלל א' דין ט' הקשה מפ"ק דחולין דבעי ר"ז האומר הרי עלי לחמי תודה מהחמץ או מהמצה והביא שיאור מאי ספק הוי ונפטר ממ"נ או ברי' ולדעת הר"ן הבעי לי' אפילו באומר הרי עלי מחמץ לחוד דאם הוי ספק נפיק דספק ממונא לקולא עיי"ש ולע"ד ביש חזקת חיוב מודה הר"ן כמבואר בחולין דף קל"ד גבי ספק לקט קמה בחזקה חיובא והביאו שם הר"ן ועוד לפמ"ש בחו"ד בסימן ק"י דתורה דברה על הודאי וכשאמרה קום עשה צריך שידע שודאי עשה וה"נ ככל היוצא מפיו יעשה בודאי וכשיש ספק עשה לא נפטר משא"כ בספק נדר מעיקרא עיין פ"ק דר"ה דף וא"ו ובתוס' ד"ה זו מצות עשה ובריטב"א שם וברמב"ם פ"א מהלכות נדרים ה"ד.

המל"**מ** בפ"ט ממעשר הקשה על הרמב"ם דפסק בדמאי דהוי עון מיתה דנותן לכהן בלא מחיר ובגר שנתגייר והי' לו עיסת ספק נילושה קודם שנתגייר נותנה לכהן במחיר עיי"ש ונלע"ד דהי' צריך לקיים מצות נתינה לשבט רק שמוחזק והמע"ה אך כיון דצריך ליתנה לכהן משום עון מיתה א"כ לענין המחיר לא שייך לומר דתפיס וכמבואר כה"ג בב"מ דף ק"י ע"ב ועיין ריטב"א ביבמות גבי ולד שנתערב דף צ"ט ב' אך הא יש חמ"ק ונהי לענין עון מיתה ל"מ כמ"ש רש"י בחולין דף קל"ד מ"מ לענין מצוה נתינה לשבט יועיל חמ"ק אך בדמאי ל"ש חמ"ק כי בעת שקנה התבואה לא נודע אי מעושר ואינו זוכה בתרומה ומעשר שבה אבל בחלה בגר שנתגייר י"ל חמ"ק קודם שנילושה ע"כ מקבל מחירו.

ובריט"א על בכורות הביא ממפרשי ירשלמי דירושלמי מסיק גם בחלה בגר שנתגייר אינו מקבל מחיר וכדעת המל"מ והקשה שם מ"ש ונתערב ולד כהנה בשפחה או ספק בן תשעה לראשון כהן או בן זיין לאחרון ישראל דנותן תרומה ומ"מ מקבל דמי מחירו כמבואר ביבמות דף צ"ט ע"ב ונלע"ד די"ל ספק ממון לקולא גם אם יש בה מצות נתינה וכמ"ש הר"ן הנ"ל לענין צדקה אלא דבחולין שם אמרו כיון דכתוב עני ורש הצדיקו צדק משלך ותן לו בספק לקט ומתנות רק היכי דבחזקה פטורה קיימא פטור כשאינו עון מיהה וא"כ י"ל דוקא כשבחזקת פטורה ותפיס ובחלה לענין נתינה לכהן בלא מחיר דלא חשוב תפוס וכמ"ש לעיל דלגבי ממיר כהן תפיס י"ל עני ורש הצדיקו אבל בולד ספק כהן דאם כהן הוא לא נאמר עליו עני ורש הצדיקו בזה דאינו מחויב במתנות כלל ע"כ לענין נתינה בלא מחיר דליכא עון מיתה מוקמינן על חמ"ק וספק ממון לקולא לשיטת הירושלמי ודו"ק.

ובשכ"מ שהקדיש נכסיו דמבעיא אם עמד חוזר ועלתה בתיקו והרמב"ם סתם דחוזר והקשו עליו דלפי מה שפסק ת"כ א"מ מידו ה"נ הל"ל דהוא ספק ונ"מ לענין תפס והנה י"ל כיון שטוען בעצמו ברי שלא הקדיש ע"ד כן ויש לו חמ"ק ע"כ ל"מ תפיסה כמבואר בפ"ק דכתובות דף י"ב דברי וחזקה מהני להוציא מהטוען שמא.

אלא דעדיין צ"ע דהא דברים שבלב ל"ה דברים ואם כן אם הדין דא"י לחזור בו אם עמד דדעהו להקדיש לחלוטין ממילא אף דצווח דלא הקדיש רק ע"ת הוי דברים שבלב ולענין הדין גם הוא מסופק במה דסליק בתיקו ונלע"ד דלענין נדר מהני דברים שבלב וכמ"ש תוס' בפ"ג דשבועות דף כ"ז לענין נודרין לאנסין ובלבד שיאמר בלבו היום דבת"ח ומדינא אף בלא אונס מהני דברים שבלב עיי"ש וכ"כ הנ"י דאין איסור מעילה למי שטוען ברי רק בקנין דברים שבלב ל"ה דברים כדאיתא בחו"מ סימן ר"ז והטעם דחבירו א"י מה בלבו משא"כ בנדר נלפי שמיא גליא והכא מה דדברי שכ"מ ככו"מ הוא רק תק"ח ממילא הוי ספק בהקנה ומצאתי בתומים ס"ק ע"ח כ"כ אך בח"ר קדושין דף נון ס"ל גם בנדר דברים שבלב ל"ת דברים וכ"ד ריטב"א שם.

הרא"ש כתב דאם התופס טו"ב א"מ אבל בשמא מוציאין והוכיח מהא דאר"נ פרק השואל דף ק"ג קרקע בחזקת בעלי' קיימא ומוציאין מיד השוכר והמה הש"ך בה"כ דבב"מ דף ק"י במשכנתא דכתב בה שנין מלוה אומר שלש דאין מוציאין הפירות פריך והא קי"ל כר"נ דקרקע בחזקת בעלי' הרי גם בטו"ב הדין כן ונלע"ד דבפ"ק דב"מ ד"ג אמרינן לענין סלעין דינרין ולוה אמר שתים פטור משבועה וכתב הרא"ש שם דחזקה העדים לא היו חותמין לתקלה אם הי' יותר משתים עיי"ש וא"כ ה"נ הל"ל דודאי רק

שתים הוי ול"ל דחזקה לא עדיף מרוב וכ"כ התה"ד דחזקה מכח סברא לא עדיף מרוב וע"כ ל"מ לאפוקי ממונא ממלוה אמנם בראשונים פ"ק דכתובות ד"י מבואר דאם חזקת קמייתא מסייע לרובא מוציאין ממון וגם לענין מגו אם חזקה מסייע לה מהני להוציא לדעת המרדכי ולכן פריך והא קיי"ל כר"נ אוקי קרקע בחזקת בעלי' אף דאין דנין עתה על גוף הקרקע רק על התשלומין וה"נ גבי שנין סתמא דחזקה דאין עדים חותמין לתקלה וחזקה דקרקע יועיל להוציא מהטוען ברי.

בשו"ת רשב"א הובא ביתה יוסף סימן כ"ט וס"ס מ"ו באחד שהוציא שטר מכירת כרם וטען המוכר שמכר ע"ת שאם יחזיר מעותיו עד ג"ש יתבטל המכר והביא עדים בדבריו ולוקח הביא עדים שנמכר בלא תנאי ופסק דמוקמינן בחזקת לוקח שמוחזק עכשיו ולא מוקמינן בחמ"ק וביאר בקונטרס הספקות כלל זיין ס"ח הטעם כיון שיש מכר ודאי כבר אתרע חמ"ק אף שיש ספק דלמא הי' תנאי ולכשיתקיים התנאי יהא המכר בטל למפרע אין זה תרע להמכר ודאי משום דתנאי מילתא אחריתי הוא וכה"ג אמרינן בפ"ב דכתובות דתנאי הי' דברינו נאמנים משום דתנאי אינו עוקר המעשה לגמרי להחשיבו כלא הי' מש"ה אתרע חמ"ק דמוכר והקשה מתוך דברי רשב"א ור"ן דפרק התקבל שאחר שהעלו דנתינה בע"כ ספ"ד הוא אי שמה נתינה כתבו הלכך הנותן מתנת לחבירו ע"מ שתתן לי מאתים זוז ונתן לו בע"כ מוקמינן הקרקע בחמ"ק עיי"ש ולענ"ד י"ל לפמ"ש הר"ן בפכ"ש בגוי שהלוה לישראל על חמצו וא"ל א"ל אפדנו עד אחר הפסח יהא שלך מעכשיו והגיע הזמן ולא פדאו מותר החמץ והקשה דנימא הואיל ובידו לפדותו שלו הוא כמו הואיל ובידו למתשל ותירץ כיון דמחוסר ממון לא אמרינן הואיל והביאו מג"א סימן תמ"א וע"כ בשלמא בתנאי שיפדנו אפילו אם הי' תנאי מ"מ אתרע חמ"ק דכ"ז שלא פדאו אפשר שלא יפדנו ואינו שלו משא"כ בספק נתינה בע"ב אדרבה לוקח מחוסר ממון ואם נתינה בע"כ לאו שמי' נתינה ביד מוכר שלא לקבל המעות וא"כ אפילו קיבל המעות מרצונו אח"כ מ"מ כל זמן שלא קבלו חשוב כודאי של נותן הואיל ובידו שלא לקבל ולא יצאה מחזקתו ותנאי זה עוקר המעשה ול"ל בזה תנאי מילתא אחריתי לכן בספק אם צריך לקבל בע"כ חמ"ק מכריע הספק דא"ל לקבל ולא אתרע חזקתו כלל.

ולפ"ז כה"ג במוציא לוקח או מקבל שטר חתום בעדים ולא הוזכר בו תנאי זה שאם לא יתן לו המקבל או לוקח כך וכך עד ז"פ יתבטל המתנה או המכר ועדים החתומים מעידין עתה שתנאי זה הי' אין נאמנים דבתנאי זה עוקרים חתימתן לגמרי דאפילו יתקיים התנאי אח"כ מ"מ כל זמן שלא נתקיים חשוב ודאי של מרא קמא דבידו שלא לקבל המעות ועמ"ש לקמן סימן מ"ו סל"ז בשם ר"י מיגאש עוי"ל לפמ"ש מתרי"ט ח"א ס"א לענין נדר

אם תלאו בתנאי דקום ועשה אינו חל עד שיעשה ואם תלאו בשוא"ת חל מיד ה"נ במכר ע"ח שיעשה כלא מכר עד שנעשה ובשוא"ת תנאי מילתא אחריתי ודו"ק.

בשב שמעתתא שמעתתא ד' פט"ז הקשה על הש"ך בת"כ שכתב בסימן קכ"ג דמצי למימר קי"ל כהמועט נגד הרוב כשתפס משום דאין הולכין בממון אחר הרוב והקשה מדאמרינן בספ"ק דכתובות אם רוב ישראל ישראל נ"מ להחזיר לו אבדתו וכתבו תוס' אפילו לשמואל דאהבוא"ה היינו כשבהיתר בא לידו ומדעתו נתנם לו וכ"פ הרמב"ם פט"ו מא"ב וכתב שם הה"מ שאין למוצא אותה חזקת ממון בה וכ"כ במרדכי וכ"כ הרשב"א עיי"ש והנה מתוס' אין ראי' דס"ל גם בספק בכור ושאר ספק ל"מ תפיסה שלא ברשות כמבואר בפ"ק דב"מ דף וא"ו ע"ב בד"ה פוטר ומכ"ש נגד רוב רק לרמב"ם דס"ל ת"כ אין מוציאין ורשב"א בתשובה יישב דבריו ומ"מ נגד רוב ס"ל דמחזיר אבדתו משמע דהולכין אחר הרוב להוציא מהתופס ואף דנגד טענת קי"ל אין ראי' די"ל דחשוב כטוען ברי כמ"ש מהרי"ק ואחרונים מ"מ משמע בשמא ותופס נגד רוב מוציאין דהא מהש"ס מוכרח מדמחזיר אבדתו אמנם לענ"ד י"ל לפמ"ש ספר יראים וכ"כ המלחמות פרק לולב הגזול אף דגזל עכו"ם מותר מ"מ ל"ה לכם והובא במג"א סימן תרל"ז ובהגהות רב"פ שם וא"כ נהי דא"צ להחזיר אבדתו מ"מ אין לישראל קנין בו ול"ל אוקים ממונא בחזקת מרי' דודאי לאו מרא הוא וכל תפיסה שאין עמה קנין לאו תפיסה הוא ולא חשוב מוחזק וכמ"ש תוס' ושאר ראשונים הובא בקוה"ס ר"ח ס"א ובנתיבות סימן נ"ו סק"ה והוה כמונח בסימטא דודאי מהני רוב וזה נ"ל כונת רשב"א בחידושיו ספ"ק דכתובות ז"ל להחזיר לו אבדה וא"ת הא אין הולכין בממון אחר הרוב ולימא לי' הביא ראי' דישראל את ל"ק דהתם איכא למימר אוקי ממונא בחזקת מרא אבל מוצא אבדה לאו מרא הוא עכ"ל וכ"כ הרמב"ן באס"ז שם ולשון תה"מ בפט"ו מא"ב שאין למוצא אותה חזקת ממון בה וכונתם נ"ל משום דאפילו האובד הוא גוי מ"מ אינו קנוי להמוצא ע"כ לאו מרא הוא ואין לו חזקה בה משא"כ כשתופס בטענה דמצד המיעוט עכ"פ הוא שלו וקנוי לו או יש לו שעבוד עליו מחמת חוב דאם מגיע לו ואין שכנגדו משלם לו יכול ליטול זה בעד חובו והוי מרא דהאי ממונא וזה נ"ל יותר בכונת דבריהם ממה שהבין הש"ש בכונתם משום שלא בא לידו מדעת בעלים דא"כ עיקר חסר.

סימן כו

סעי' א אסור רמ"א בתשובה סנ"ב כתב דבשישראל דן עם חבירו בדיני עכו"ם אסור לעדים להעיד אעפ"י שהוא כדין משום דמסייע לעוברי עברה ואע"ג דלית בי' משום ל"ע

וכו' איסורא דרבנן איבא כמ"ש התוס' ורא"ש ור"ן ברפ"ק דשבת ובשע"מ סק"א הקשה דאינו דומה להתם דמ"מ גורם לג לעשות האיסור משא"כ כאן דהאיסור דמייקר שם אלילים כשדן לפניהם וא"כ מה שהעדים מעידים לפניהם שהאמת כדברי תובע אינו גורם ומסייע כלל לעשיית עבירה דהא אף שלא יעידו כלל הוא מייקר כשהוא דן לפניהם ואין שום תועלת בעידותן ליפו כח שלהם ע"כ ולע"ד כיון דקבלת עדות צריך שלשה דאף דיחיד דן אין שם ב"ד עליו לקבל עדות עד שיהיו שלשה כדלקמן סימן כ"ח סכ"א א"כ כשמעיד לפני עכו"ם מייקרם ומיפה כחם לאחשבינהו לב"ד גמור ועוד דעיקר יפוי כחם מה שגומרין הדין וכופין הנתבע לשלם דהא בגיטין דף פ"ח ע"ב דרשינן לפניהם ולא לפני נכרים ולא לפני הדיוטות וכתבו תוס' שם ובפ"ק דסנהדרין ב' ע"ב ד"ה ליבעי דלענין מילי דכפיה איירי דצריך סמוכין וא"כ ע"י העדים יכופו לשלם ומיפי' כחם וגם בפ"ק בב"ב דף חית ע"ב אמר אין עושין שררות על הציבור פחות משנים מה שררותא שממשכנין הרי עיקר השררות כשגובין וממשכנין עד שאני תמה על הרמ"א מ"ש דליכא איסור תורה משום ל"ע כיון דבלאו העדים עושה האיסור דלפמ"ש בעדים יש איסור מוסף שלא יכול הבע"ד לעשות בלעדם וצ"ל כיון דבלא"ה כופין הנתבע לדון ולטעון בפניהם ועושין כב"ד חשוב העיקר הבע"ד והוי רק מסייע כשמעיד אבל מ"ש השע"מ דאין שום תועלת בעדותן ליפוי כח שלהם ליתא ומ"מ מסיק גם הוא דאסור כדי שלא ירגיל ומ"ש מ"מ ל"נ וכי משום שלא ירגיל בכך ימנעו מלהעיד לו שהוא מ"ע ועובר על ל"ת על דם רעך והשבת אבדה ועוד כיון שהם יודעים האמת שהנתבע חייב ממון לתובע והוא כופר לו א"ל יעידו מסייעים ידי נתבע שגוזל ממון חבירו ואין לך מסייע ידי עוברי עבירה גדול מזה דהא אח"כ אין ב"ד נזקקין לדברי תובע כלל וכי משום חומרא דרבנן יעברו העדים בכל אלה.

ולע"ד אין בזה כדי השג דהא יש מצות עשה ושפטתם צדק כדאיתא בכתובות דף ק"ו ומ"מ אין נזקקין לו והרי אף דצועק ככרכיא יש לי עדים ולא משגיחינן בו וילפינן לה מקרא יען טהרתיך ומשום קנס כמ"ש בתומים ונתיבות ואיהו דאפסיד אנפשי רק הנתבע יחוש לעצמו מלגזול אבל הב"ד בשוא"ת וכמו כן העדים ושא"ב כשיעידו מסייעו ידי עברי עבירה בקום ועשה ואדרבה בעדים ליכא עשה רק להעידו לפני ב"ד כמ"ש ברמב"ם ריש הלכות עדות ומד"ת צריך דו"ח וב"ד סמוכים לקבלת עדות רק משום נע"ד תקנו למיעבד שליחותייהו ולא להו עשו שליחום ולא עשו תקנתא לרשיעי ועוד לית בזה משום השבת אבדה כיון דבשלו אסור לילך לדיני א"ה כשבע"ד אינו מסרב וגם מלעבור איסור דרבנן צריך ליתן כל ממונו כמ"ש רדב"ז וחו"י ובפ"ת ליו"ד סימן קנ"ז הביאם

וכיון דיש בזה איסור מדרבנן לסייע ידי עוברי עבירה בקום ועשה ואי הוה מתרמי בשלו הי' צריך ליתן כל ממונו ממילא אינו חייב בעשה דהשבת אבדה לחבירו דלא דחינן איסורא מפני ממונא וכמבואר בב"מ דף למ"ד אח"כ מצאתי ביש"ש פ"י דב"ק סכ"ג ז"ל היכא ששני יהודים מריבים זע"ז והלכו לפני ערכאות של גוים ואתא חד וקמסהיד ומפקי ממונא אף שלא טוב עשה בעמיו שעשה אובינו פלילים ונגמר דין הגוים על פיו וראוי להענישו כראות עיני הדיין לפי ענין והסבה ואף שנים לא יעידו בלתי רשות מורה וטובי העיר עכ"ל.

הר"ז רשע נשאלתי סופר שהלך בערכאות אם כשר לכתוב סת"ם והשבתי ביו"ד סימן רפ"א ס"ג איתא ס"ת שכתבו עסור פסול ובפו"מ סימן שפ"ח יש שני דעות כשמתכוין להציל שלו והש"ך שם הביא דברי יש"ש פרק הגוזל ומבואר שם סמ"ט דאין לו דין מסור לפסלו לעדות ולשבועה ומ"מ ראוי לכפותו על העמוד וצריך פדיון נפשו כפי ראות עיני הב"ד עיי"ש ובשו"ת הגאון מהר"ז זלה"ה שאלה טית לענין שוחט שהשיג גבול כיון דשוחט ומוכר לאחרים לא די שיהא בחזקת כשרות דכל ישראל אלא שיודעים בו שהוא אדם כשר כמ"ש בד"מ יו"ד סימן א' וזה שהוא רשע אינו אדם כשר עיי"ש וא"כ ה"נ בסופר ומוכר לאחרים צריך להיות מוחזק בכשרות כמ"ש מג"א סימן ל"ט ס"ק י"ג ולא די שאינו חשוד כמו שוחט עיי"ש בא"ר סק"ד ובמחה"ש.

הג"ה ונתחייב בתומים כ' שני טעמים ט"א דהוי כקיבל עליו קא"פ דא"י לחזור אחר גמ"ד ולפ"ז אם נתחרט קודם שנתחייב נזקקין לו וטעם שני משום קנס נ"ל ג"כ דכ"ז שלא נתחייב נזקקין לו דאל"כ אתה נועל דלת בפני שבין ויוכרח לבצע משפטו בערכאות ואפילו לא חזר מעצמו רק מכח כפיות ב"ד כייפינן נמי לאידך לעמוד עמו בד"ת כמבואר במהרי"ק שורש קנ"ד ונ"מ כשמת אחר שנתחייב דלא קנסינן לבניו עיין לקמן סימן ק"מ ס"ב בש"ך ותומים ואם אפטרופס דיתמי הלך בערכאות ונתחייבו היתומים נזקקין להם לשני הטעמים דאיסור דעביד אפטרופס לא יזיק ליתומים עיין בי"ד סימן ק"ס בטו"ז ס"ק י"ז.

אין נזקקין לו בתומים שמך סוללה על דין זה ורצה לדחותו לגמרי כי טעמא דדמ"ד לא קי"ל רק במסים וקרקעות וקבל עליו קא"פ וטעו ג"כ יכול לחזור בו עי"ש ולע"ד י"ל טעם לד"ז דמסקינין ריש פ"ק דסנהדרין דמן התורה צריך סמוכין ומשום נע"ד התקינו לדין בזה"ז דליכא סמוכים וא"כ כ"ז בסומך על דיינא ישראל אבל זה שלא רצם בתק"ח והלך בערכאות ועליהם סמך לא שייך לתקן לו דמשום זה לא ינעול דלת בפני לוין דלעצמו הפסיד שלא הלך בד"י דמ"מ ילוה בפ"א ויסמך על ד"י ובעסק זה דלא סמך אד"י אוקמוה

אד"ת דהוה כאומר אצא בתק"ח דשומעין לו לחובתו דה"נ כיון שלא רלה לילך בד"י כאמר א"א בתק"ח שהתקינו לדון לפני הדיוטות וא"ל נתחייב בדיניהם לא אהני דבריו לומר א"א בתק"ח ולהפסיד לאחר ולייקר פלילים אבל כיון שנתחייב בדא"ה דנמצא דייני ישראל טובתו ותקנתו היו ולא רצה שומעין לו כיון דאיסורא כבר עבר וכל האומר א"א בתק"ח ליתא בחזרה כדאיתא בא"ע סימן ס"ו ס"ד בהג"ה עיי"ש ה"נ בממון זה כבר אמר א"א בתק"ח ונתבטלה התקנה לדון דינו בהדיוטות אצל איש זה בממון זה.

ולפ"ז לא גרע מקנס דלא תקנו חכמים לדון בזה"ז ומ"מ עביד דינא לנפשו ואם תפס לא מפקינן מיני' כדלעיל סימן א' וכן מורה לשון ההג"ה אין נזקקין לו דאנן לא נזקקין לו ומ"מ לא הפסיד ועביד דינא לנפשי' ומוכח דל"ה מטעם דינא דמלכותא או כקבל קא"פ דא"כ גם כשתפס נוציא מידו וכן צ"ל לפי טעם שכתבו תומים ונתיבות משום קנס לא קנסו רק שלא להזדקק לו ושוא"ת ובפ"ק דגיטין דתנן שטרות העולות בערכאות כמרים ואמר שמואל משום דדמ"ד וש"ס תירץ תני חוץ מכגיטין נשים וכתב הר"ר יונה דמיאן הש"ס בטעם דינא דמלכותא לפי שאין המלך מפקיע ממון ישראל אצל חבירו אלא כשבא לדון בערכאות ושמואל איירי בכה"ג שבא לדון בערכאות שלהם והקשה הישׁ"ש דדוחק דמיירי שהלך באיסור ואי איירי שלא הי' מרוצה לדון עד שהוכרח להזקיקו בפני דייני עכו"ם פשיטא שהפסיד דינו ולא נזקקים לו וכן פסק מהר"י חולין בתשובה עיי"ש ש ולפמ"ש לא אתמר רק אין נזקקין אבל כשעביד דינא לנפשו ותפס נזקקין לעיין בדינו ולטעם דדינא דמלכותא בשטרות שלהם דאמר שמואל כיון שדנו והכשירו השטר תו לא מהני תפיסה וגזלה ביד הנותן הוא.

ואגב אורחא למדנו מן הישׁ"ש אף במי שלא הלך מעצמו בערכאות רק לא רצה לידון בד"י והוכרח חבירו להזקיקו בפני דייני עכו"ם ג"כ אין נזקקין להמסרב כשנתחייב בדיניהם והפסיד דינו עיי"ש סכ"ב.

סעי' ב' ומציל בדיני עכו"ם וכתב בנתיבות דמיירי שידוע החוב לדייני ישראל כגון במלוה בשטר וכיוצא דבמלוה ע"פ א"א לדייני ישראל ליתן לו רשות להוציא דאומר אינו חייב לו כל כך רק משמתין אותו כשאינו רוצה לבא. וא"כ עתה דאין לנו רשות לשמת יאכל הלה וחדי ובטלת רוב מו"מ שהם בשותפות ועסקא דמנין ידעו הב"ד ואסורין לשמוע טענת בע"ד אחד ובישׁ"ש ס"פ החובל סימן ס"ה כתב דלפניהם ולא לפני נכרים היינו כשציית דינא אבל באלם מותר מה"ה לילך בדא"ה בלא נטילת רשות מב"ד רק תקנה הוא שנהגו בבתי דינים שבישראל שלא לדון בדא"ה בלא נט"ר עיי"ש וא"כ כשא"י לב"ד ויודע בעצמו מה"ת יתקנו בזה לרשיעי דלא ציית לילך בד"י וכעין שכתב

בשו"ת רש"ל ס"ס דתקנתא לרשיעי ניקו ונעביד ולמה נזדקק לו לאסור על בע"ד מלילך בערכאות והנה בכופר הכל ומתחייב היסת ואינו רוצה לישבע דאנן לא ידעינן האמת עם מי ולא נחתינן לנכסי' אי תפס התובע לא מפקינן מיני' כמ"ש רדב"ז הובא באורים סימן מ"ז ס"י וה"ט כיון דלא ציית דינא אין הב"ד אחראין להזקק לו וגם הוי כדררא דממונא דמהני תפיסה אפילו בעדים כמ"ש מהרי"ק ואחרונים בכללי תפיסה וה"נ כיון דאינו רוצה לישבע ומסרב הוי דררא ורגל"ד דאינו יכול לישבע וכן כשמסרב לדון בד"ת וא"כ הבע"ד בעצמו אם יודע שחייב לו המסרב יציל שלו בדא"ה ויתפס ממנו ואנן לא נחתינן לנכסי' רק אין אוסרין על התובע מלילך ולתפוס ע"י ערכאות ואף דבתה"ד סימן ד"ש והובא בש"ע לעיל סימן ד' כתב אף כשא"י להציל אסור לעשות דין לנפשי' ע"י ערכאות היינו כשאינו מסרב רק הב"ד ג"כ א"י להציל כגון דין כד"ג נזקקין לעמוד בעדו ואין מניחין לבע"ד לילך בערכאות כיון דא"י לנו עם מי האמת אבל כשמסרב אין אנו אחראין לו לאסור על בע"ד מלילך בערכאות וממילא היודע צרת נפשו יציל עצמו תדע דכבר הבאתי לעול דברי יש"ש דאם סירב לילך לד"ת והביאו חבירו בדא"ה ונתחייב המסרב שם תו אין נזקקין לו וע"כ דא"י לב"ד דחייב דא"כ מה ירויח כשיבא בד"י ובפירוש כתב שם הש"ש דהפסיד דינו משמע אפילו ידוע לנו דיזכה בד"י ה"נ במע"פ אף דבד"י לא נחתינן לנכסי' מ"מ אין נזקקין לו למחות בחבירו.

ומה שהוכיח הנתיבות ממ"ש הב"י כשא"י להוציא ממנו עפ"י אדרכתא משמע שידוע שחייב לו כבר אינו הוכחה דודאי כשאפשר לדונו בב"ד ולכתוב אדרכתא ולכופו אח"כ ע"י גוים שיקיים ד"י צריך לעשות כן משום דכה"ג ליכא משום לפניהם וכמ"ש ב"י בשם סה"ת וא"כ צריך שידעו בודאי חייב דאל"כ א"א שיפסקו הב"ד של ישראל לחייבו אבל כשגם זה א"א ונותנין לו רשות לדון לגמרי לפני עכ"ם כמ"ש הב"י א"צ לב"ד לידע כלל אם חייב וכן מהדרישה אין ראי' כלל דלרבותא כתב לתירץ ראשון שאפילו ידוע שחייב לו מן הדין אסור רק צריך שיאמרו עשה מה שישראל פוסקין עליך ועוד דשם דמיירי שהב"ד חובטין אותו ע"י עכו"ם ודאי אין להם לחבטו ולכופו ע"י עכו"ם ליתן ממון שא"י לב"ד דלא נחתינן לנכסי' אבל בע"ד עצמו דיודע דמגיע לו אין לנו לאסור לו מלילך בערכאות ולתפוס ע"י להציל שלו כיון שא"א להציל בד"י ועיין בד"ג כנ"ב ס"א הביא ג"כ מכת"י של גדול אחד שהשיג על הנתיבות ואפשר גם הנתיבות לא סגר הדרך בפני התובע רק אין הב"ד יכולין ליתן רשות אבל ג"כ אין אוסרין ונ"מ לענין שא"צ הנתבע להחזיר לו ההוצאות דמבואר בישש"ש פ"י דב"ק סס"ד והובא בפ"ת לעיל סימן י"ד ס"ק י"ג דאם עשה ברשות ב"ד מחויב הנתבע להחזיר לו ההוצאות ואם לא נטל רשות אף

שבהיתר הלך בערכאות שנכתב בשטר שיוכל להביאו בערכאות דאזי כשהלוה אלם א"צ רשות מב"ד בזה א"צ להחזיר לו ההוצאות דאינו רק גרמא ולא הוציא ברשות ב"ד וכן משמע בנתיבות לעיל סימן י"ד סק"ה.

ויציל בדיני עכו"ם בשו"ת ד"ח ח"ב חחו"מ ס"ט כתב מי שנתחייב היסת ומסרב מותר ליתן לתובע כתב פס"ד שחייב לשלם א"ל ישבע וילך בפס"ד לערכאות אף דלא נחתינן לנכסי' והם יכפוהו לשלם א"ל ישבע וכמ"ש כנ"הג דמותר אף דיכבדו עליו העכו"ם יותר מחיובו ועיי"ש ונלע"ד דה"ד בתובע טוען ברי אבל בטוען שמא וכגון הנשבעים שבועה דדבריהם על טענת שמא כדלקמן סימן פ"ז ס"ט אין התובע רשאי ליטול ממנו בע"כ וכ"ש שאין לב"ד ליתן לו כתב או רשות לכופו דנהי דלא איכפת לנו אם יכבדו עכו"ם עליו היינו אם הישראל לא יגזלנו לעצמו.

סעי' ג' שאין ב"ד מוציאין בטו"ז תמה דבפ"ק דר"ה ד"ו ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך ולע"ד י"ל דבמלחמות ב"ק בפרק שור שנגח דו"ה כתב דאין ב"ד יורדין לנכסיו למכור ולגבות רק ממשכנין דלמא פשע הובא כאן בברכ"י ויל"ד נימא חזקה ל"ש התירא ועביד איסורא ולמה יפשע ישאל לחכם ויתיר נדרו דמהני בצדקה כמבואר ביו"ד סימן רנ"ח ס"ו וצ"ל דאין בידו שמא אין לו פתח וחרטה דמעיקרא דמחמת סבת נדר ועיין טו"ז יו"ד סימן שכ"ג סק"ב והנה מבואר בתשובת רמב"ן סימן רנ"ה דכשנדר דרך קנס א"צ חרטה מעיקרא רק כשאומר שאינו רוצה בהנדר מעתה מתירין לו וא"כ אין לחוש שיפשע דאם לא ירצה בהנדר יתשל לחכם ואף דבפ"ת ליו"ד סימן רנ"ח שם כתב בשם תרדב"ז שהחכם המתיר נדר של צדקה חייב נידוי והנדר הותר אפשר הרי"ף לא ס"ל כן דמה חזית להפסיד הנודר יותר ועוד תינח כשנתכוין החלה לטובת עניים אין להתיר בלא דעתם אבל כאן לא נתכוין רק לטובת המלוה ומ"מ א"צ דעת המלוה כיון דמונעין הנתבע מלילך עמו בדא"ה תו אין לו תועלת וכ"כ מהרי"ט הובא בפ"ה ליו"ד סימן רכ"ח סק"י ועיין בריב"ש סימן תס"א שכתב היכא דיש תועלת לחבירו בנדרו דאין מתירין בלא דעהו דוקא כשנדר נתכוין לתועלת שלו בפרט ועוד דמדאורייתא אין לחלק בין תחלה לדיעבד וע"כ רדב"ז לא אמרו רק מדרבנן לכתחלה לא נתיר לו וי"ל כאן מודה דגדר ע"ת והוי אסמכתא רק בצדקה ל"מ כיון דאסמכתא קונה מן התורה כמ"ש במרדכי ב"ק שם וא"כ לענין לכתחלה שלא נחוש להפסד עניים אהני טעמא דאסמכתא דלא גמר בלבו לידור ועוד דבפרק כ"כ דף ק"כ מבואר דירא שמים לא ניחא לי' דליתהני מאחריני ופרש"י בזכי' דהפקרא דשלא מרצונו הפקירו ומוכח שם דגרע מנדנוד עברה וא"כ ה"נ דתחלה נדר שהוכרח לעשות רצון מלוה וגם, כסבור שילך עמו בדא"ה או יפרענו ולא יבא לזה

ועתה מונעין אותו הב"ד מלילך נמצא מעולם לא הי' רצונו בזה וא"כ אדרבה לכתחלה נכון להתיר לו שלא יתהנו אחריני ממנו שלא ברצונו אח"כ מצאתי במהרלב"ח ס"ד באם קבל ע"ע לתת לעניים כך וכך אם ישאל על שבועתו שאסר על עצמו מותר להתיר לו נדר הצדקה כיון דאינו רק דרך קנס.

ועוי"ל דיל"ד למה ב"ד ממשכנין אותו שמא ישאל על נדר ויוחזר לו המשכון בחנם דודאי מה דל"מ שאלה בבא ליד גבאי היינו כשכבר פרוע גוף דבר הנידור אבל משכון של בעלים הוא ואינו רק לבטחון וכשמתיר נדרו מנה אין כאן משכון אין כאן ומבואר בב"מ דף ק"י במלתא דעל"ג אטרוחי ב"ד בכדי לא מטריחינן ואף דשם איתא תרי זימני ל"ד וכמ"ש לעיל סימן י"ד עיי"ש וי"ל לפמ"ש תוס' בגיטין דל"ג בנזיר שישתה יין לוקה ול"ה התראת ספק שמא יתשל דאוקמנין על חזקתו שהוא עכשיו נזיר עיי"ש ויל"ד הא שמא ימות חיישינן דחזקה לא מהני לומר שלא ישתנה להבא וצ"ל דכשישאל על נזירתו יעקר למפרע נזירתו והרי עתה הוחזק נזיר לפנינו בודאי ומה"ט נמי עדיף מחזקה דמעיקרא דל"מ קרקע בחזקת בעלים קיימא בב"מ שם וחשבינן לספק ולענין התראה ל"ח ספק אלא דשם השתא לא ידעינן אי החזקה במקומה או נשתנה וכבר נפל ספק לפנינו אם נשתנה החזקה ומלוה טוען ברי שנשתנה משא"כ בנזיר הוחזק לפנינו עתה בודאי נזיר ולא נפל שום ספק עדיין בזה והנה הא דעוקר הנדר למפרע משום דאין מתירין רק בחרטה דמעיקרא אבל כשמתיר בלא חרטה דמעיקרא רק שאומר שאינו רוצה הנדר מעתה אינו עוקר הנדר למפרע וכמ"ש בשער המלך ובאחרונים וא"כ הכא דנדר דרך קנס דא"צ חרטה דמעיקרא וכמ"ש הרמב"ן בתשובה יש לומר שמא לא ירצה ליתן ויחשל ולא יעקר למפרע ול"מ חזקה בזה וא"כ הוי כמלתא דעל"ג דאטרוחי ב"ד בכדי לא מטרחינן דאף דלא נעקר הנדר למפרע מ"מ יהא מוכרח להחזיר לו משכונו דאינו פרעון רק לבטחון ועיין בקוה"ס כ"ב ס"ה.

סמ"ע ס"ק י"א ומשמע מזה וכו' אבל אם יש למלוה זכות בזה וכו' קסה על המחבר שסתם וכו' ולע"ד כיון דזכות זה אינו לפי ד"ת ונתחייב אם לא יפרע בזמנו מעצמו הוי אסמכתא ואפילו ת"ל דל"ח גזים דפרעון חשוב אינו בידו וכמ"ש לעיל סימן י"א רק לענין שמטה מהני כע"מ שלא תשמט דאינו משלם יותר ממה שלוה ועוד דל"ל דלא גמר ומשתעבד דמ"מ מלוה לא הלוהו רק ע"ד כן ואם לא נתרצה להתחייב בזה הוי כנוטל בלא רשות מלוה וכגזל בידו וכמ"ש הרא"ש בפרק לולב תגזול ס"ס למ"ד וגזל אין שביעית משמט כמבואר בתוספתא הובא בהגר"א סימן ס"ז ס"ק י"ג והרא"ש בתשובה דקאי על מה שנהגו לכתוב בין בדיני ישראל בין בדא"ה ומנהג מסלק אסמכתא כמ"ש

תוס' פא"נ דס"ו קנס שעושין בשעת שדוכין מהני אפילו לא קנו בבד"ח כיון שנוהגין בו כל העולם מידי דהוה אסטומתא דלקמן דף ע"ד עיי"ש ודאי מ"ש כיון שנוהגין כל העולם ל"ד דהא בדף ע"ד מבואר באתרא דנהיגי למקני ממש קנו הרי חד אתרא שנהגו סגי ובשו"ת אמרי אש חחו"מ סימן כ"א הביא תוס' זה ובחתם סופר חחו"מ סימן ס"ו כתב בודאי דבאסמכתא מועיל מנהג וא"כ אם הוה מפרשינן כל שטרות דמתחייב אף כשלא יהא אלם הוי מהני מצד מנהג ואה"נ כשהוא אלם ומוציא בדא"ה לא חשוב גזל אבל עכשיו דמפרשינן כשהוא אלם ולא נהגו להתחייב כשאינו אלם יותר מד"ת אם אירע איזה איש שפירש הוה אסמכתא דכה"ג לא נהוג ול"ל כיון דמקבל דא"ה ואצלם ליכא דין אסמכתא ממילא אין לו טענת אסמכתא וכמ"ש המג"א בטעמו של ראב"ד בסימן תמ"ח דהא לא קי"ל כראב"ד כמבואר שם סימן תמ"א ממילא לא מועיל הקנין להתחייב הזכות שבדיניהם ובטל לגמרי אפילו כשהוא אלם כמו אשלם אלמא זוזי דאפילו במיטבא א"א לשלם כיון דמתחייב יותר מהמנהג ומכ"ש דא"צ לילך עמו כלל בדא"ה דזה לבד הוי ק"ד ובשו"ת הרא"ש כלל ק"ח סט"ו ז"ל למ"ד המתנה עמש"ב בדבר שבממון תנאו קיים ה"מ ליפטר ולהחזיק מה שבידו והובא בב"מ יו"ד סימן ס"א וקשה דע"מ שלא השמיטנו הוא להוציא וצ"ל כמ"ש דמתנה בשעת הלואה דע"מ כן מלוהו ואל"ה הוי כגזל ואז מתנה על מה שבידו שלא תהא הלואה מדעתו ומ"מ צ"ע דבנידון דהרא"ש שם ברבית בלא"ה ל"מ דבדבר שבממון מהני דבידו למחול כדפרש"י בפרק הזהב דין נ"א וברבית מדעתי' יהיב ותורה אסרה.

סעי' ד' ב"ד חייב לשלם לו בשע"מ סק"ב המה על המחבר דבריטב"א שהביא ב"י בסימן ס"ו מבואר במוכר שט"ח לעכו"ם משמתינן לו שיקבל עליו כל אונסא ומשמע דוקא כשמקבל עליו כן ואל"ה פטור דגרמא לבד הוא וכמ"ש הרמ"א בסימן נ"ה ושפ"ו בשליש שהחזיר שטר פרוע שלא תי' לו להחזיר פטור דגרמא הוא אף שהחזיר לעכו"ם שטר פרוע על ישראל וכן הוא בסימן קע"ה סעיף מ"ם עייש"ה ולע"ד שאני הכא דמסר לעכו"ם שיתבענו בדיניהם כמ"ש המחבר דהוי גרמי וכשלא אמר לו הוי רק גרמא וכמבואר בריטב"א שבאס"ז דף יו"ד הובא בנתיבות סימן קפ"ב ומל"מ פ"ה ממלוה הי"ד כתב דבשליח עכו"ם לכ"ע יש שליחות לחומרא דהוי כחצר ובשע"מ גופא לקמן סימן קפ"ב מביאו ועוד דהוי כמסור עיין בש"ך סימן שע"ו ס"ק כ"ד דשליש שהחזיר לעכו"ם אפשר לא שכיח עיי"ש וי"ל משום דהוא רק שליש וחזקה אא"ח ולא לו ומשא"כ לטובת עצמו שכיח וחייב גם בגרמא וא"כ כמו בתבעו בעצמו בערכאות וגרם השק לנתבע חייב משום מסור כדלקמן סימן שפ"ח ס"ק כ"ו בש"ך ה"נ כשמסר לעכו"ם שיתבענו והפסיד

עי"כ ועיין לקמן סימן שפ"ח סט"ו בהג"ה וביאור הגר"א שם ס"ק פ"ז ובפ"ת שם הביא משו"ת ח"ס חחו"מ סימן קפ"ה שכתב דמשום מסור חייב אפילו ע"י גרמא דגרמא ושליח שליח דרוב מוסרים לשלטון אין השלטון עושה בעצמו ומ"מ ה"ל מסור וכ"כ הגר"א בכאן דמשום מסור חייב ועוד י"ל שאני מוכר שט"ח לעכו"ם דמכירת שטרות לא שכיח כדלקמן סימן סמ"ך ס"א ובלא שכיח לא קנסו כדלקמן סימן שע"ו

הג"ה אלם מותר כתב בא"ג ובנטילת רשות מב"ד וכמו שנתבאר לעיל ס"ב ע"כ וקשה דלפ"ז מה קמ"ל הרמ"א כיון דכבר נתבאר בס"ב אמנם בישש"ס פ"ח החובל סימן ס"ה מבואר דלפיכך נהגו בתנאי זה שכותבין בשטרות שיוכל לתבעו בדא"ה דנ"מ כשאין הלוה ציית ד"ת ואין כח ביד ב"ד לכוף אותו יש לו רשות לדון בערכאות גוים בלא רשות ב"ד דלא הוה כמתנה עמש"ב דלפניהם ולא לפני גוים כשכנגדו ציית דין ומן התורה א"צ נט"ר מב"ד רק תקנה הוא ונהגו בבתי דינים שבישראל שלא לדון בדא"ה בלא נטילת רשות ומהני התנאי לעקור התקנה והוכיח כן משו"ת הרא"ש עיי"ש ויותר מזה משמע בשו"ת הרא"ש כלל ח"י ס"ז דמהני התנאי דאם הלוה דוחתו ואינו מזומן לילך עמו לד"ת דא"צ המלוה לטרוח ולהוציא הוצאות לכופו ע"י דייני ישראל עיי"ש וע"כ הרמ"א כאן דקאי על שטר זה שכתוב בו שיוכל לתובעו בדא"ה קמ"ל דאם הלוה אלם מותר למסרו לעכו"ם וא"צ נט"ר מב"ד ומצאתי בפ"ת לעיל סימן י"ד ס"ק י"ג שכ"כ הגר"ע איגר רק דא"צ לשלם לו תהולאות כשלא נטל רשות מב"ד וגם בשו"ת מ"ע סימן נ"א כתב דאם כתב בשטר בין בד"י בין בדא"ה א"צ ליטול רשות.

ובלא"ה כיון דמקור הדין מריטב"א דמיירי במכירה לעכו"ם מנין לבאר הגולה דצריך נט"ר כשהלוה אלם כיון דאינו רק מצד התקנה י"ל במכירת שטר לא תקנו דלא שכיח כמו דליכא תקה"ש במכשנט"ח משום דל"ש כדלקמן סימן סמ"ך ס"א ה"נ לא תקנו בל"ש ליטול דוקא רשות.

והנה בישש"ס פ"י דב"ק ס"ד מבואר מתשובת הרשב"א דאם מחמת סרובו הוצרך להביאו בערכאות והוציא הוצאות א"צ הנתבע להחזיר לו דהוי רק גרמא וכתב הישש"ס דוקא כשלא נטל רשות אף שהי' מותר כיון שנכתב כן בהשטר שיוכל להביאו בערכאות עיי"ש ואפשר כ"ז בזמנם דרשות לב"ד לשמת ולא הי' שכיח לסרב ושיוכרח לילך בדא"ה כל כך משא"כ עכשיו דאין רשות לב"ד לשמת לכן נערץ במלאו ושכיח טובא י"ל גם גרמא חייב כמ"ש רמ"א לקמן סימן שע"ו דגם גרמא חייב בזמן דשכיח עיי"ש בד"מ וש"ך ס"ק כ"ה ונהי דיכול ליטול רשות מ"מ כשאין ידוע לב"ד שיוכלו לפסוק וכמ"ש לעיל בשם

הנתיבות דאין יכולין ליתן רשות להוציא הוצאות א"כ עתה י"ל דגם גרמא חייב ועכ"פ אם כבר נטל לא יחזיר.

מותר למסרו לעכו"ם כתב בשע"מ בסקס"ב דבאלם כיון שאינו רוצה לציית דין כיון דמותר למסור השטר לגוי אף דיבא לו הפסד גדול דשדינן עליו גודא רבה מותר אף ליקח ממון מן העכו"ם בעבור הזכות שיש לו בדיני עכו"ם יותר דהא בלא"ה הנכרי יגבה בהשט"ח לפי הזכות שיש לו בדיני עכו"ם דה"ל זה נהנה וזה לא חסר וכמ"ש הרב בסימן שס"ג ס"י בהג"ה עיי"ש ולי צ"ע דשאני הכא דהלוהו אסור גם כשזה נהנה וזה לא חסר כמבואר בי"ד סימן קס"ו וכ"ש הכא דמחמת הלואה בא וכ"ש אם מה שנוטל יותר בדא"ה הוא שפוסקין אגר נטר.

סימן כז

סעי' א' המקלל בשע"מ תמה למה השמיטו הט"ו דכשאינו עושה מעשה עמך מותר לקללו ולק"מ כיון דכתבו בסימן ר"ד במי שאינו עומד בדיבורו מילט לייטינן לי' הרי דרשאי לקללו משום דאינו עושה מעשה עמך וכמבואר בב"מ דמ"ח ע"ב דזה טעמו של רבא דפליג אדאביי דרק מודיעין לי' ולפ"ז אב שמכר לבנו ונתן לו מעות או להיפוך והאב חוזר אין הבן יכול להטיל עליו מש"פ עיין יו"ד סימן רמ"א ס"ו ואין תקנה רק להודיעו כאביי אבל להקנותו לאחר א"א דמבואר בשו"ת מהר"ם אלשיך דאם קנה מאחד במעות לא מצי להקנותו לאחר ואף דיכול להרשות אף אמלוה דכפרי' היינו לעשותו שליח אבל לא שיהא באמת קנוי לו עיין סימן קכ"ג והכא אסור לשלוח לקלל אביו דהא גם כשתבעו בעצמו אינו משביעו רק ע"י הדיין או השמש ומ"ש הט"ז שם ביו"ד דאומרים לו הקנה תביעתך ל"ל באופן דקנוי לו דשטר נקנה בכומ"ס וכה"ג או בקרקע דמצי להקנותו לגמרי אף דכפרי' ואם נזדמן לו זה עם אחיו הגדול יכול להטיל עליו מש"פ או שבועה עיין יו"ד סימן ר"ם סכ"ג ומבואר בב"מ שם משום דלא נתרבה אחיו הגדול למורא רק לכבדו וכשאין עושה מעשה עמך אינו חייב בכבודו.

בברכי יוסף דין טית ז"ל מי שנגמר דינו למיתה אם קללו פטור הואיל והולך למיתה הרמב"ם ונראה דה"ה אם נגמר דינו לחריגה בדיני העכו"ם ולא בעינן דנגמר דינו בסנהדרין שהרי הטור בי"ד סימן רמ"א כתב דין זה וגם מרן בש"ע שם כתב דין יוצא ליהרג באביו משמע דנוהג בזה"ז אם יוצא ליהרג בדיני עכו"ם ופשוט עכ"ל ולדידי מספקא טובא דהא בגיטין דף כ"ח א"ד אר"י ל"ש דיוצא ליהרג נותנין עליו חומרי חיים אלא בב"ד של א"ה ופסק כן הרמב"ם והש"ע בא"ע סימן קמ"א סס"ט ומהטור אין ראי'

דפוסק שם כל"ק בגיטין שם דיוצא ליהרג בדא"ה חשוב כמת ודאי ובלא"ה גם מש"ע אין ראי' דהא בזה"ז נמי משכחת כדלעיל סימן ב' ס"א וכן משמע בטויו"ד שם שכתב באחד שקללו אחר שנגמר דינו אעפ"י שעשה תשובה משמע דמיירי בדיני ישראל דאינו נהרג רק על רשעתו וצ"ל אעפ"י שעשה תשובה ועושה מעשה עמך ואף דבזה"ז אין חיוב מיתת ב"ד ממש מ"מ משום הוראות שעה שהעם פרוצין י"ל אף שעשה תשובה כדי למיגדר דבלא"ת כל המומתים מתודין ודאי זה שרכב על סוס בשבת בסנהדרין דמ"ו ג"כ התודה ודו"ק ונ"מ לפוסלו לעדות ונהי דיש פלוגתא י"ל דהוה ספק פסול ובדברי הטור יל"ע כיון דפסק בא"ע שם דיוצא ליהרג בד"י נותנין עליו חומרי חיים הרי קודם שנהרג אינו ודאי הולך למות ולמה בירד כתב דאחר שקללו פטור הואיל והולך למות ואפשר אף דלענין א"א נותנין עליו חומרי חיים מ"מ לענין לפטור המקללו לא חיישינן דחזי לי' זכותא דלא שכיח ולפ"ז י"ל גם לרמב"ם ביוצא ליהרג ע"י עכו"ם רק משום חומר א"א נותנין עליו חומרי חיים וכן בתרומה דאפשר להיות ניזונית בחולין ותרומה לזר בכרת ועכ"פ כיון דנותנין עליו גם כן חומרי מתים לכן פטור המקללו דאין להלקותו מספק אמנם להברכ"י דס"ל דטוי"ד מיירי ביוצא ליהרג בדא"ה י"ל בד"י כיון דנותנין עליו חומרי חיים הרי אינו ודאי הולך למיתה וחייב המקללו דכיון דאינו ודאי שימות והשתא חי הוא לא חשוב גברא קטולא ולרמב"ם להיפוך ש"ר בפ"ת הרגיש בהך דגיטין.

סעי' ב' מכלל הדברים וכ' בט"ז הקשה מהרש"ך דהא באיסורא ע"כ לכ"ע מכלל לאו אתה שומע הן וודשתוי יין שנכנסו למקדש במיתה כדאיתא ס"פ שבועת העדות ולמה לא לקי ותוס' שם הקשו דלענין נדר נמי לא אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן גבי קרבן לא אוכל לך ונלע"ד שאני שתוי יין דכתיב יין ושכר אל תשת הרי מפורש האיסור אהני מכללא לחייב מיתה דבלאו מכלל לאו הוי איסור משא"כ נדר וקללה אם לא דמכלל לאו שומע הן ליכא איסור לא חשוב איסורא דמנלן לומר מכלל לאו לעשותו איסור נימא דאינו איסור כלל ומכלל לאו אי אתה שומע הן ועיין הה"מ פ"ב ממאכלות אסורות ה"א דאם כבר נאסר בלאו הבא מכלל עשה מן התורה בביאור אפשר ללאו לבא מק"ו ואין להקשות דה"נ כתב הטור וש"ע דאיסורא איכא י"ל משום דהקללה מכלל ברכה הוי עכ"פ איסור וכדמשמע מהב"ח אבל אי לאו מכללא אפילו איסור לא הוי וגבי אין מזהירין מן הדין נמי עכ"פ אהני ק"ו לאיסורא ולא לעונש מלקות כמבואר במל"מ שם ומ"מ אין מזהירין מק"ו ללקות רק אם כבר יש איסור בביאור זולת הק"ו ועוד דבלא"ה קשה למה בנדר אפילו איסורא ליכא וכמו שהקשה התומים וי"ל דחזינן בממון מכלל לאו אי אתה שומע הן ובאיסור אתה שומע הן ובקללה אם נימא מכלל לאו אש"ה יהא איסור וי"ל

אדרבה אי אתה שומע הן ואינו איסור ואין הכרע ועוד כיון דאינו ממון ולא איסור יש ספק למאי מדמינן לכן איסורא איכא אבל להלקות אי אפשר משא"כ בנדר דקי"ל לא מחית אינש נפשי' לספקא עיין נדרים דח"י ובנתיבות בכללי תפיסה סק"ב דכל שיש ספק בלשון לא מחית נפשי' לספקא שאין כונת הנודר רק על המשמעות ודאי שבלשונו ולא על משמעות הספק לכן בנדר מותר לגמרי משא"כ בקללה לא נחית נפשי' רק חבירו ומה דבשבועה גבי לא שבועה לא אוכל לך חייב שהביאו תוס' שם יש באס"ז לנדרים דט"ז תירוצים אחרים דלאו משום מכלל לאו אש"ה חייב רק מטעם אחר.

ודברי רמב"ם צל"ע דמשמע דמפרש הא דתנן בפרק שבועת העדות אל יככה ויברכך במקלל חבירו ור"מ מחייב דמכלל לאו אש"ה וס"ל דאל קאי על יברכך נמי ואע"ג דהפסיק ביככה וכמ"ש בפירש המשנה וכן מוכרח דס"ל בספרו הי"ד מדלא כתב דין זה לענין שבועות עדות רק לענין קללה לחבירו בסוף הלכות סנהדרין וכמ"ש הלח"מ בפ"ג מזכי' וא"כ י"ל דגם חכמים דפוטרין מודו לר"מ דחשוב איסורא לבד ולא ממון והל"ל מכלל לאו אש"ה רק דפוטרין משום דהפסיק ביככה וכונתו לברכו דאל לא קאי רק איככה ולמה בסוף הלכות סנהדרין הביא רק דין אם אמר אל יהא פלוני ברוך דאינו לוקה דמנלי' דחכמים פליגי בהא ואדרבה בזה מיושב קושית רש"י ותוס' בס"פ שבועות העדות לגרסא לא תיפוך עיי"ש ונלע"ד שאין כונתו בפיה"מ כהלח"מ רק מפרש דאמר אל יברכך רק מה דתנן אל יכך ויברכך דלא רצה המשנה לפרש הקללה לכן הפריש בין אל ליברכך וכמו דגרם במשנה לפני זה יכהו יכנו ומפרש דהוא כנוי על קללת אדם עצמו או על חבירו דהיינו כדאיתא בגמרא כנה שלא לומר לנכח לכן כאן דרצה המשנה לכתוב הדין דאל יברכך כנה בהפסקת יכך דרבי למד עם תלמידיו אל יכך ויברכך לכנות והם הבינו מה דרצה לומר וברמב"ם נמי כתב אל יהי פלוני ברוך ולא לנוכח כדי לכנות כשלומד זה עם תלמידו ואתה תחזה בלשון פירש המשנה לרמב"ם ובלח"מ ותבחר.

ולפ"ז לרמב"ם לר"מ במקלל חבירו מכלל לאו אתה שומע הן ובנדר לא ולחכמים גם במקלל מכלל לאו אי אש"ה אף דבאיסורא ע"כ מודו מדשתוי יין במיתה י"ל כמו שכתבתי דבמקלל ליכא איסורא כלל אם לא נשמע מכללא אמנם להלח"ם הק"ל מ"ש מקלל מנדר וצ"ל כמ"ש הר"ן בנדרים דמשום דהוה איסור חפצא חשוב ממון או י"ל דלר"מ ס"ל כסברת הסמ"ע כאן דאל יברכך איסורא הוא אפילו זולת מכלל לאו אש"ה דקצת קללה תחשב לכן אמרינן מכלל לאו אש"ה להוסיף באיסורו ומתורץ קושית תוס' בס"פ שבועות העדות דלגרסא לא תיפוך ולר"מ מכלל לאו אשיה משום דבאיסורא מודה מ"ט דחכמים דפוטרין דע"כ מודו באיסורא ודדשתוי יין במיתה ולרמב"ם א"ש וכמ"ש.

ובתוס' שם כתבו דוקא באיסור חמור ס"ל לר"מ מכלל לאו אשיה ושבועה נמי איסור חמור הוא והקשו הלא בקידושין ס"א ע"ב בעי ר"מ ת"כ בשבועה גבי אז תנקה מאלתי ואינו מבין קושיתם דבשלמא אם מכלל לאו אשיה עושה איסור י"ל כיון דאיסור חמור הוא מסתבר להחמיר יותר מבאיסור קל אבל אז תנקה בא להקל ולהתיר איסורו ואיך נאמר משום דשבועה איסור חמור מכלל לאו אתה שומע הן להקל.

הלכות עדות סימן כח

סעי' א' וראוי להעידו בת"ק כתב דאם קבל קא"פ אינו באליו"ע מדכתיב והוא עד או ראה משמע שיהא עד משעת ראי' ולפ"ז בקבלוהו בשעת ראי' ישנו בלא יגיד אמנם בירושלמי פרק שבועות העדות ה"א בפני ב"ד להוציא ע"א כשאמרו לו הרי אה מקובל עלינו כשני עדים יהא חייב ת"ל והוא עד או ראה או ידע אליו"ע את שכשר להעיד עדות תורה יצא אחד שאינו כשר להעיד עכ"ל ויש להבין איך נתמעט מבפני ב"ד ונראה עפ"י המבואר בירושלמי פז"ב ה"ד דקבלת פסול ל"מ רק בפני ב"ד לכן תני כאן בראוין להעיד בפני ב"ד דאפילו בפני ב"ד דמהני קבלה אינן חייבין רק בראוין להעיד מצד עצמן ויליף מדכתיב והו"א עד משמע מצד עצמו הוא עד כשר דכ"מ שנאמר עד הרי כאן שנים וא"כ אפילו נתקבל משעת ראי' אינו חייב ומה דאיתא בגמרא שם דעד מיתה חייב אף דמה"ת אינו כשר כיון דמ"מ עתה כשר מצד עצמו בלא קבלת הבע"ד נכלל בוהוא עד דמה לי אם התורה עשאו עד או רבנן מ"מ מצד עצמו עד הוא.

אם יתבענו כתב הסמ"ע דכמו בלא תביעה אינו חייב קרבן על שמעו קול אלה ה"נ לענין נשיאת עון אינו בלא תביעה ובשע"מ תמה הא ילפינן בספרי מלא תעמוד על דם רעך וכן יש משום השבת אבדה ולע"ד הש"ע לא הצריך שיתבענו רק משום דמטתמא יודע הבע"ד מי הם עדיו וכשלא תבעו להעיד מחל לו אלא דתינח מהשבת אבדה פטור דהוי כאבדה מדעת וכן משום לא תעמוד דבפירש הקפידה תורה משום נזק רעך והרי מחל וממונו יכול למחול ועוד הא קרא מיירי בהיזק גופו וא"כ אף דלא חלקה תורה בין תבעו בין לא תבעו משום דל"מ מחילה לכתחילה דאינו רשאי לחבול בעצמו וליכא למילף לענין ממון רק כשלא מחל דבממון מהני מחילה אבל משום לא יגיד ה"א דחייב דהא חזינן בלא תלין פעולת שכיר אתך דרשינן בב"מ דף קי"ב יכול אפילו לא תבעו ת"ל אתך לדעתך פרש"י ולא מדעתו וא"כ בלא יגיד הל"ל אפילו לא תבעו עובר ועוד דחזינן דלאו משום הפסדו של בע"ד לבד קפדה תורה דהא כשקבלו ע"א כשנים אינו חייב אף דיש

תועלת בעדותו רק דבגמרא דרשינן מדכתיב אם לו יגיד דוקא בתבעו ילפינן ג"כ דאינו בנשיאת עון.

בדיני שמים כתב המאירי פרק הכונס הובא בנ"צ סימן ל"ד היכא דחייב בד"ש פסול לעדות עיי"ש ונראה דתוס' לא ס"ל הכי מדהקשו שם דף נ"ו בד"ה כסויי דגלוי וידוע למקום למה נתכוין עיי"ש ואם פסול לעדות נ"מ לדידן שנדע אם פסול וכמו שהוכיח הישׁ"ש מתוס' זה דתפיסה ל"מ ובתרומת הכרי סימן ל"ד הביאו וכתב דמסתברא דפסול מדאורייתא דא"ל דכל דחייב לציי"ש לבד מדרבנן הוא החיוב שהרי בפ' המועל קאמר אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו אלמא דחיובו מדאורייתא דאל"כ ל"ה התורה קורהו אתנן תן אתת דצ"ע דהא כל הנהו דהכונס מחויב בתשלומין הוא ולא יהא אלא ככופר במלוה דכשר עכ"ל ולק"מ דכופר במלוה תחלה בהיתר אתי לידי' ואח"כ משתמיט משא"כ זה למה גרם היזק מתחלה ומזיק נמי פסול כמ"ש הב"ח בסימן ל"ד סי"ב בשם הר"ר יקיר ומ"ש ראי' מאתנן דפסול מה"ת אינו ראי' דקים לי' בדרבה שאני וכמ"ש מהרש"ל לחלק לענין תפיסה גם בשבו"י ח"א סימן קמ"ו כתב דגרמות דהכונס רק מדרבנן חייבין לציי"ש ובאתנן מן התורה ונראה לדינא אין להוציא ממון מחמת סברת המאירי כיון דתוס' חולקים ובגרמא דרבנן בלא"ה י"ל דאינו פסול כיון דאינו מרויח ליכא חימוד ממון וכשר כדלקמן סימן ל"ד בהג"ה ס"ג ובחייב לציי"ש מן התורה י"ל דתוס' מודים.

ש"ך סק"ב אי תפס מפקינן מיני' אפילו לפרש"י שפירש בפרק השוכר את הפועלים גבי חוסם פי פרה ודש בה שפטור בקלב"מ וחייב בד"ש ואי תפס לא מפקינן מיני' מאחר שחייב לציי"ש וכ"פ הא"ז מ"מ כה"ג לכ"ע מפקינן וכו' שגרמא בניזקין הוא פשיטא דמפקינן ע"כ ובשו"ת מהר"ח א"א סימן רכ"ט כתב ז"ל בגרמא בניזקין אם כדי הפסדו יתפוס לא מפקינן מיני' שכ"כ אבא מארי זצ"ל בשם ספר המקצעות למאן דלא בעי למידן דד"ג אי גרם לי' חוסרנא ותפס מיני' בכדי הפסדו לא מפקינן מיני' עכ"ל הרי דא"ז ובנו ס"ל דלא מפקינן וספר המקצועות הוא לר"ח וכ"ד מהר"ם מינץ הובא בברכ"י.

ובתומים הכריח כהישׁ"ש מדאמרינן אתנן אסרה תורה ובתומים אפילו בא על אמו כיון דחייב לצאת יד"ש קרוי אתנן וקשה א"כ הא דפרכינן בפרק השוכר בע"ז בא עלי' ואח"כ נתן לה הוי אתנן ופריך גמרא הא מחוסר משיכה וכתבו תוס' אף דד"ת מעות קונות הא רבנן הפקיעו הקנין וקשה דלציי"ש הוי קנין דהא מילט ירנן עליו מש"פ ואין לך לציי"ש יותר מזה וא"כ הוי אתנן כמו בבא על אמו אלא ודאי דהתם שאני דשורת הדין דחייב רק משום תרי קטלא איפטר בדיני אדם משא"כ במחוסר משיכה עכ"ל ואין זה ראי' חדא

דבקנין מעות הפקיעו שלא יועיל תפיסה נמי דהא כל התקנה עיקרה שלוקח יוכל לחזור והרי מוכר מוחזק במעות לכן לא חשוב אתנן דהא מרש"י בב"מ שם משום דחייב בד"ש ואי תפס לא מפקינן לכן הוי אתנן וזה דוקא כשמשך דכשלא משך ל"מ תפיסה דכך התקנה ולא חלקו בין מוכר ללוקח כדאיתא בב"מ מ"ט ע"ב ועיין באס"ז שם דמ"ז ע"ב ובת"ח שם בד"ה כשם שתקנו.

ועוד כיון דבאיסורא נקנה ליכא מש"פ כלל כדלקמן סימן ר"ח ור"ט דמקח שנעשה באיסור דוקא אם עשה קנין גמור מהני אבל קנין מעות ל"מ למש"פ כיון דרק משום שאינו עומד בדיבורו ועיקרן דברי איסור כמ"ש בנ"י פא"נ וכיון דחזינן דהיש"ש לא נחית לס"ד א"ז וש"ך נגרר אחר הישש"ש ודאי מאן ספין להוציא מהתופס די"ל קי"ל כר"ח בעל המקצועות דדברי גאונים דברי קבלה והא"ז ובנו ומהר"ם מינץ

סעי' ג' די"ל אמת העדתי כתב בנתיבות אם הבע"ד טוען ששקר העיד ורוצה להשביעו אינו יכול כמו בכל ע"א כשמשלם על פיו דכ"ז שלא נשבע נגדו הוא כשנים כדמוכח בנסכא דר"א עיי"ש ולי צ"ע כיון דקבלת עדות צריך שלשה מומחין וכל זמן שלא העיד בפני ב"ד שלשה הוי כהעיד חוץ לב"ד וכמ"ש ש"ך בסימן מ"ו סק"ע א"כ כל לפני עכו"ם הוי כהעיד חוץ לב"ד ויכול לחזור ולומר מבודה הייתי וכדומה ואינו בגדר עד ואף דנתיבות לעיל סימן ב' חולק אש"ך ה"ד עכ"פ ביחיד מומחה דחכז"ל תקנו שידון אבל עכו"ם מנלן שיהא לו דין ב"ד לענין זה ואי דגם עתה אומר העד כן לפני ב"ד הרי עתה כבר נוגע דפוטר עצמו ואין ראי' מנסכא דר"א שהעיד לפני ביד ואפשר לפמ"ש לעיל סימן ג' ס"ב דהיכא דהעד יודע שיעסקו הדין על פיו חשוב מעשה ואינו משקר ה"נ כשמעיד לפני עכו"ם כיון דיודע דפוסקין על פיו מדקדק בדיבורו ותו אינו חוזר ומגיד והוא בגדר עד ומ"מ כ"ז להנתיבות אבל הש"ך דס"ל דגם יחיד מומחה דדינו דין מ"מ אם קבל עדות לא מהני הרי דלא תליא בהכי

גם מ"ש הנתיבות דגם בד"י היה מחייב את הבע"ד לישבע ומי יימר דמשתבע עיין בשער משפט דכתב דנגד עכו"ם לא מחייב שבועה כדלקמן סימן צ"ה ונראה דאם תפס אפילו בעדים א"ל להחזיר עד שישבע העד שהעיד באמת.

בתומים סק"ח נסתפק אם ישראל מוציא על הגוי שט"ח וע"א מעיד שפרוע הוא ובדא"ה נפטר הגוי אם חייב נדוי דיאמר אמת העדתי עיי"ש ולע"ד חייב לשלם כיון דחזקה שטרו בידו מה בעי והי' הגוי מחויב בד"י לשלם דגם בישראל הלוה וע"א מעיד שפרוע מד"ת נוטל המלוה בלא שבועה רק להפיס דעת הלוה תק"ח שישבע המלוה כמבואר בכתובות פ"ז ע"ב ולא מצינו שתקנו ג"כ לטובת גוי כדאיתא בב"ק דצ"ו ומכ"ש להפוסקים דבטוען

הלוה שמא א"י להשביעו עיין בסימן פ"ד וטענת העכו"ם רק כשמא כמבואר בסימן קמ"ט סי"ד ובסמ"ע ס"ק כ"ג ומפרט דבדא"ה אין מניחין אותו לישבע מדינא היכי דא"א לישבע נוטל בלא שבועה כדאיתא בסימן ע"ד ס"ם ומצאתי במאזנים למשפט עמד ג"כ בזה וכתב דיש לחלק דבשלמא גבי לוה שיש ג"כ חזקת חיוב דבודאי הי' חייב לו מהני חזקה דשטרך בידי מה בעי משא"כ נגד העד נוכל לומר דלא אלים חזקה זו להוציא מידו עיי"ש וגם זה אינו דהא קי"ל בפ"ק דכתובות דף י"ג ע"ב כר"י מאן דמכשיר בה מכשיר בבתה ומבואר באס"ז בשם ריטב"א דר"י ס"ל אף דבתה אין לה חזקת כשרות מסני חזקת כשרות דאם לבתה וכ"כ הריב"ש סימן רל"א ול"ל דשא"ה דבתה עכ"פ לית לה חזקה להיפוך משא"כ עד זה יש לו חזקת פטור דהא מבואר בריטב"א בקידושין דף ע"ט גבי טבל במקוה ונמצא חסר דאמרינן אוקמוה בחזקת טמא ולא מוקמונין טהרות בחזקתן כיון דודאי נגעו בהם אין להם חזקה וכדאמרינן בשליא בבית כיון דרוב שליות יש להם ולד הבית טמא ולא אזלינן בתר חזקה דבית כלל למימר אוקים מיעוט שליות שאין להם ולד לחזקת בית שהוא טהור מכיון דהוי שליא בבית ה"ל כשליא עיי"ש וה"נ כיון דודאי גרם שיפטר הגוי על פיו ואם הגוי חייב נכנס העד תחתיו אין לנו לדון רק על חיוב הגוי וחזקת פטור דידי' לאו כלום ואפשר לומר דחזקה דשטרך בידי לא אלים להוציא ממון רק דבלא"ה שטר לא חשוב כמוציא וכמבואר בת"כ ובנתיבות בכללי תפיסה ובסימן פ"ב לענין מגו להוציא דבשטר מהני מגו וא"כ נגד העד אין לו שטר וא"י להוציא ומ"מ י"ל כיון דחזקה דאתיא מכח סברא חשוב כרוב וכמ"ש תה"ד סימן ר"ז. וגם יש חזקת חיוב ומבואר בראשונים פ"ק דכתובות ד"י דרוב עם חזקם דמעיקרא מהני להוציא ממון עיין קוה"ס כ"ו ס"ט וסי"א ולולא דברי תומים הי' נ"ל דחייב לשלם אלא דמת אנו נגדו ומ"מ נ"ל דיכול להשביעו שלא שיקר נגדו דבלא"ה דעתו נוטה כן כמ"ש לעיל והכא י"ל כ"ע מודו דנגד שטר לא מהני עדותו והוי כקרוב ופסול דכתבו נתיבות וקצו"ח דיכול להשביעו ואפשר דחייב לשלם ולכן נלע"ד דאם תפס המלוה אפילו בעדים נשבע היסת דהגוי הי' חייב לו וא"צ להחזיר.

סעי' ד' יכולים להעיד עיין פ"ת שהביא מהח"ס חחו"מ סכ"ג באדם חשוב שיש ח"ה כשלא יעיד ילך ויעיד ואם צריך לישבע ישבע ויאמר האמת ואם אולי אח"כ יפסקו על הבע"ד יותר מהראוי זה פשוט שצריך העד לשלם מביתו להבע"ד דה"ל מציל עצמו בממון חבירו שמותר אלא שצריך לשלם לו הפסדו ע"כ ואני תמה כיון דאנוס הוא מחמת שלא יחלל ש"ש ומוכרח לישבע באמת הרי אנסוהו להראות פטור כמבואר בחו"מ סימן שפ"ח ס"ב והא דמציל עצמו בממון חבירו חייב היינו בנשא ונתן ביד כדאיתא שם ס"ד

ואף אם הי' יכול להציל עצמו בממון שלא יעיד רשבע מ"מ מבואר בש"ך שם ס"ב ס"ק כ"ג דהרמב"ן ורשב"א והרא"ה סוברים דאף באונס ממון פטור כשהראה ופסק הש"ך שם די"ל קי"ל.

איברא דגם הרמ"א ביו"ד סימן רל"ב סי"ד כתב שני יהודים שהכו זה את זה וגזר השלטון אחר עדות אם אינם יכולין להשמט וצריכין להגיד יעידו וישלמו לניזק נזקו ואל יצילו עצמן בממון חבריהם ע"כ וג"כ לא הבנתי הא מה שיעידו הוא רק כאנסוהו להראות ולמה ישלמו כיון דאינם נו"נ ביד הוי רק גרמי דפטור באונס וראיתי בשו"ת פרח מטה אהירן ח"א סימן ק"ה הביא תשובת רמ"א סימן פ"ח דכתב כהח"ס וגם הביא הש"ג שממנו יצאו הדברים הנ"ל שביו"ד ותמה עליהם מחמת דכשנאנס מחמת הניזק אף שאנסו להביא או ליתן ביד הוי נמי ספיקא דדינא וכמבואר לקמן סימן שפ"ח ס"ד ובש"ך ס"ק כ"ד ותמהני איך לא עמד ג"כ בזה דאנסוהו להראות לכ"ע פטור ואנסוהו להעיד ודאי אינו רק כאנסוהו להראות דאינו רק גרמי ומצאתי בעצי לבונה ביו"ד שם הביא בשם הש"ב שעמד בזה על הג"ה שם וכתב דאיירי באונס ממון וס"ל דל"ח אונס עיי"ש ולא משמע כן בש"ג שכתב דאם יכולין להתעשר עם השר יתעשרו ואם לאו יעידו וישלמו לניזק משמע דאינם יכולין להשמט אפילו בממון וי"ל דאם יכולין להתעשר היינו בפחות ממה שיחויב הניזק ולפ"ז י"ל דגם הר"ם שבש"ג שם מודה דאין להוציא מהם רק דלצי"ש ישלמו דודאי קהל לאו רשיעי ננהו ועדים שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון אינם נאמנים משום דמשוי נפשייהו רשיעי הרי באונס ממון עכ"פ רשע הוי ומבואר בביאור הגר"א בסימן שפ"ח ס"ק כ"ח דמאן דפטר באונס ממון ס"ל דרשע הוי ואסור ומ"מ אין להוציא מידו כמו בגרמא עיי"ש וגם הח"ס מיירי שם באדם מפורסם לצדיק וגם בחיוב לצי"ש שייך לשון תשלומין כמבואר בב"מ דף צ"א ובתוס' שם ד"ה בבא ומ"מ לענ"ד אין דברי הגר"א מוכרחים ובלא"ה ל"ק מעדים שחתמו שקר דעוברים על לא תענה ברעך עד שקר ומחויבים ליתן כל ממונם ולא לעבור על לאו כמבואר ביו"ד סימן קנ"ז סעי' א' משא"כ כשמעיד אמת ליכא ל"ת רק איסור משום דגורם היזק לחבירו י"ל באונס ממון שאנסוהו להראות של חבירו או להעיד האמת אינו מחויב ליתן ממונו להציל ממון חבירו כיון דמחמת חבירו בא עליו האונס לא חשוב מציל עצמו בממון חבירו אלא דאינו מחויב להציל חבירו בממונו וכמ"ש הש"ך בסימן שפ"ח ס"ק כ"ד כסברא זאת לענין אונס נפשות ואף דש"ך כתב שם משום דאין דבר עומד בפני פ"נ וכן לרי"ף וסייעתי' לא ס"ל סברא זאת ה"ד בנו"ן ביד

סעי' ה' שולחין אליו הטו"ז כתב דא"צ לשלוח ג' אנשים כיון דהולך בשליחות ב"ד ל"ה עליו שם עד מפ"ע ומדייק כן מדכתב רי"ו בפני שלוחם ולכ"ל לפמ"ש הרא"ש בנדרים דף ע"ב ע"ב דא"א לעשות שליח לשמיעה דהוי מידי דממילא וכ"ש דלפי דיוק הטו"ז משמע דבחד שליח סני והרי שליח ב"ד אינו נאמן להוציא ממון כדלעיל סימן י"א ס"א.
צד אפרושי מאיסורא רש"י פירש כגון שב"ד רוצין להתיר אשה וסמ"ע כתב דאפילו לאסרה יש בו צד אפרושי מאיסור שמא יקדשנה אחר ויל"ד על רש"י למה פירש דוקא כשרוצין להתיר ונראה משום דתוס' הקשו הא בשוא"ת אף באיסור דוחין מפני כבוד הבריות ותירצו בתירוץ שני כיון שעושין איסור על ידו לא חשוב שוא"ת ובגיטין דף ס"ז בד"ה דיבורא אמרי מעשה לא עבדי כתבו דאם ע"י התרת ב"ד ניסת לשוק מעשה גמור חשוב לי' משא"כ כשלא נגמר על ידם עיי"ש לכן ה"נ דוקא כשב"ד רוצין להתיר דנגמר מיד חשוב מעשה אבל כשאוסרין ומחוסר מעשה כשיקדשנה אחר ואח"כ יתירה ל"ח מעשה אמנם לתירץ ראשון דעדות כיון דאינו גנאי גדול גם בשוא"ת צריך להעיד במקום איסור י"ל גם כה"ג.
וביו"ד סימן שע"ב כהן ששוכב ערום ומת אחד אסור להלביש רק יצא מיד והקשה בחו"י הא הוי שוא"ת וכתב במאזנים למשפט דלא הבין קושייתו דהא כל לא תעשה הוי קום ועשה כמו כלאים שלבוש כבר דמקרי קום ועשה עכ"ל ואישתמיטתי' תוס' ביבמות צדיק ע"ב בד"ה כולהו כיון שלבש באיסור חשוב קום ועשה משא"כ בכהן כשנכנס חי הי'.
סעי' ה' מעומד בח"ר מביא ראי' דבדיעבד כשר מיושב מפ' מ"ש בודקין לעדיות ואמר בירושלמי ז"א מעידין מיושב ובשע"מ תמה דבבלי בגיטין דף ע"א פריך הא מפיהם ולא מפ"כ ומוקו לה בעדות אשה ועכצ"ל גם לירושלמי כן דס"ל בסוף יבמות בד"מ צריך מפיהם ולא מפ"כ וא"כ פשיטא דמיושב לא גרע מקא"פ עי"ש ולק"מ דירושלמי שם ס"ל דהרכנת ראש כשמיעת קול ומהני גם לנדרים דצריך לבטא בשפתיו כדאיתא שם והבבלי שם ס"ל דבהרכנת ראש ל"ח מפיהם וכמבואר בח"ר שם.
סמ"ע ס"ק כ"ח דל"מ אם הב"ד רוצים להתיר וכו' ולע"ד לפי המבואר בגיטין דף ע"א להתיר אשה הקילו ומהני מכתבם א"כ יכול לשלוח כת"י ואם ע"א כשר העיד דבעלה חי אפילו יבא בעצמו ויעיד שמת תשאר בחזקת א"א דע"א בהכחשה לאו כלום ואם פסול או ע"י כתב העיד אחד דבעלה חי גם הוא יכול לשלוח בכתב דבעלה מת לפר"ת המבואר לקמן סי"א דמדינא יכול לשלוח כת"י לב"ד דראוי לבילה ובתומים שם כתב דמ"מ חשוב שלא בפני בע"ד אמנם דוקא לחוב צריך בפני בע"ד וכמבואר בפרש"י בכתובות ריש דף כ' וא"כ זה שהעיד דבעלה חי דהוה לחוב ל"מ שלא בפני בע"ד וזה שיעיד דמת מהני

לזכותה מדינא ובגיטין שם מיירי באלם דא"ר לבילה וא"כ באינו אלם כשבא להתיר כת"י כהעיד בפיו לזה צ"ל דוקא כשב"ד רוצין להתירה ות"ח זה יודע ועד לאסרה דכת"י ל"מ.

סעי' י"א עדותן בכתב לב"ד אינה עדות זה דעת רש"י שפירש בחומש עפ"י שני עדים שלא ישלחו עדותן בכתב ור"ת חולק דראוי לבילה ועיין טו"ז א"ח סימן נ"ה דכל הראוי לבילה הוא רק בדיעבד אבל לכתחלה אין לעשות כן כשאפשר לתקנו א"כ י"ל דגם לרש"י רק לכתחלה אין מקבלין העדות רק בע"פ ובגיטין דף ע"א פרש"י ז"ל ולא מפ"כ יעידו בב"ד דלא דמי לשטר שחתמוהו ביומו דההוא אורחי' להכי עכ"ל ובמאזניים למשפט הביא דברי רש"י הללו ונתקשה דמה זו טעם דאורחי' להכי ולפמ"ש י"ל דמה"ט הוי כדיעבד וא"א לתקנו.

סעי' י"ב בעדות שבשטר ז"ל הרמב"ם ובפ"ט מה"ע כתב דצריך העד להעיד בפיו או שיהא ראוי להעיד בפיו משמע דס"ל כר"ת ולמה אמר כאן דאינו רק מד"ס ולכן כתב הלח"מ בפ"ג מה"ע דלא אמר הרמב"ם דהוי מד"ס רק כשמתו העדים ולא משמע כן מלשון הרמב"ם דסיים ואין דנין בעדות שבשטר בד"ק ואצ"ל במכות ובגלות אלא מפיהן משמע אפילו כשהן בחיים וצ"ע ובנו"ב א"ע סימן ל"ג הוכיח ג"כ דלרמב"ם עדות בשטר מן התורה מדכתיב בפי"ד מהלכות מלוה דשט"ח בע"א ולוה טוען פרעתי הוי משואיל"מ ובשבועה דרבנן לא אמרינן משואיל"מ ועיי"ש ולע"ד י"ל אחר שכבר נהגו להכשיר עדות בשטר לו יהא דחכז"ל הנהיגוהו הוי כסטימתא דמהני באסמכתא וקנין כדאיתא בב"מ דף ע"ד ובתוס' שם דס"ו בד"ה ומניומי וחשוב כדאורייתא וכאשר בררתי בחידושי לא"ח סימן תרנ"ח ומהני מנהג שהתקינו גם לעדות כדלקמן סכ"ג

אמנם בלא"ה יל"ד לר"ת דכשר משום דראוי לבילה ניחוש דמשקרי ויש איסור להעיד בפה ואינו ראוי לבילה ואינם עוברים בלא תענה בכתיבתם ועיין במשבצות זהב סימן ל"ב סקח"י דהיכא דיש איסור לעולם אף דבידו לעבור לא הוי ראוי לבילה וצ"ל דעדים בלא"ה לא חשידי לשקר דחזקה א"א חוטא ולא לו רק גזה"כ מפיהם וכקרובים דאפילו משה ואהרן פסולי כדאיתא בב"ב קנ"ט ולקמן סימן מ"ו סל"ה אבל א"כ אינן ראויין להזמה דכשיוזמו הרי חתמו שקר ואלו העידו בפה היו עוברין בלא תענה ואינו ראוי לבילה ול"ח עדות אמנם ע"א דאינו מחייב רק שבועה אינו בהזמה דיכול הלוה לטעון האמת דלא לוה וישבע וא"כ א"צ עדות שאי אתה יכול להזימה כיון דבלא"ה א"א לקיים כאשר זמם וכמ"ש תוס' ריש מכוה בתירוץ שני וכתב הנו"ב בא"ע סימן נ"ז דתירוץ זה עיקר ואפילו לתירוץ ראשון צריך שיחייבו מלקות ודוקא אם רצו להרשיעו לחייבו איזה דבר עיי"ש וא"כ בע"א דאינו מחייב כלום רק שבועה וישבע על האמת וא"כ שפיר

אמרינן דראוי לבילה משא"כ בשני עדים ומתורץ קושית לח"מ ונו"ב ור"ת מכשיר לשלוח בכתב דא"צ בממון עדות שאי אתה יכול להזימה עכ"פ מדרבנן אחר שבטלו דו"ח כדעת הרבה פוסקים ולפ"ז י"ל גם רש"י מודה לו רק פירש הפסוק דמה"ת צריך יכול להזימה. **ולפ**"ז י"ל מה שתפסו על הרמב"ם דבגיטין דל"ו פריך דאורייתא הוא דכתיב וכתוב בספר וחתום דלפמ"ש לרמב"ם פסול מפ"כ רק מחמת דא"י להזימן ובדברי חיים בשער התשובות סימן רל"ה כתב דבע"ח ל"ש הזמה דכותבין גט לאיש ועדיין לא זממו לעשות דלא אמרו מהנתינה ולא אמרו רק שכן כתב הבעל עיי"ש ויל"ד דברמב"ם פי"ט מה"ע הלכה ג' כתב דשייך בעדות שבשטר הזמה כשאמרו בזמנו נכתב וצ"ל דוקא בגט משום דכותבין לאיש אף כשאין אשתו עמו ע"כ אין מעידין על הנתינה משא"כ שטרות דאין כותבין ללוה עד שיהא מלוה עמו ויתן המעות ללוה או בשטר אקנייתא דאפילו לא ילוה משתעבד וכדאיתא בפ"ק דב"מ ד' י"ג וברמב"ם פכ"ג ממלוה הל' ה' ופכ"ד ה"א ועיין ש"ך לקמן סימן ל"ט ס"ק ל"ט ובזה חתימתן הוא עדות על גמר הדבר ועל הנתינה ושייך הזמה ולפי המשמעות מרמב"ם פכ"ד ממלוה דבמכר ג"כ כותבין למוכר בלא לוקח ובלא קנין כגט כמ"ש הה"מ שם א"כ בגט ושטר מכר דליכא דין הזמה א"צ עדות שאיל"ז ול"ה מפ"כ דראוי לבילה לכן בגט ומכר דאורייתא כשר ורמב"ם בשטר הלואה קאמר דהא סיים שלא תנעל דלת בפני לוין אפילו להמחבר דבסימן רל"ח פסק גם בשטר מכר אין כותבין רק כשקנו מיד מוכר או שימסור השטר ללוקח בפניהם מ"מ זה דחששו חכז"ל שמא יכתוב בניסן ולא ילוה או ימכור עד תשרי ואתי למיטרף לקוחות שלא כדין ודאי אינו רק חששא דרבנן ומן התורה מותרין לכתוב שטרות בלא קנין וליתן ביד מוכר או לוה א"כ מן התורה אין עדותן על הנתינה וא"ל שיוכל להזימן רק לפי מה דתקנו חכז"ל דאין כותבין רק כשימסור ללוקח ולמלוה בפניהם או שיש בו קנין ושייך הזמה צריך שיהא יכול להזימן ועכצ"ל דמשום נע"ד הכשירו מפ"כ וכדעת הש"ך לקמן סימן ל"ג דגם בממון צריך עדות שאיל"ז וי"ל ג"כ עד"ז לפמ"ש הרז"ה דלפיכך ל"ח מפי כתבם דהוי רק מפי כתבו דבעל והם רק שליחותי' עבדי עיי"ש והרי לכשיזומו ונתברר דבעל לא שלחם והא מפ"כ רק בע"ח בלא"ה ל"ש הזמה וכמ"ש ובזה י"ל ג"כ מה שהקשו מפרק כל הנשבעין דאמר שבועות שומרין דא"ר היכא משכחת דאפקיד בשטר הרי דמן התורה מהני שטר ולפמ"ש א"ש דשטר פקדון ודאי מותר לכתוב דליכא חשש טריפת לקוחות דבלא"ח נטעון להו נאנסו או החזיר במגו דנאנסו עיין לקמן סימן ק"ח וגם החיוב אינו מתחיל עד שעה שנאבד כדלקמן סימן שד"ם.

ובתשובה די"ח ח"ב א"ע סימן ק"ג כתב וז"ל מה הזמה שייך בע"ח וכי העידו שנתגרשה האשה הם לא חתמו רק שהבעל אומר כן לאשתו הריני מגרשך אבל אולי לא מטא לידה כלל עכ"ל וצ"ל מ"ש הרמב"ם דבשטר שייך הזמה בשט"ח דאין כותבין למלוה עד שיהא לוה עמו ויראו המסירה ומבואר בריטב"א רפ"ק דר"ה דהעדים אינם נאמנים לומר שכתבו ולא נמסר אז או דיש לחלק בין שטר ראי' דנכתב בו שכבר נעשה הלואה או המקח ובין גט ושטר קנין דכתבו רק אמירת הבעל והמקנה שדי נתונה לך ולא נכתב בשטר שכבר נעשה ולפמ"ש הר"ן בהמגרש דהוי להו ע"ח כעדי מסירה שהרי הגט יוצא מחמת ידה בעדים הללו ובידוע שהבעל מסרו לה ונמצאו כאלו הן עצמן מעידין על המסירה א"כ מה"ט שייך בהו הזמה כאלו העידו על המסירה ומפרט לפמ"ש הרי"ף בפד"א דכמו שנחקרו עדותן בב"ד הוא בזמן שמסרו השטר למרי' ולא מצי כבשי לשטרא א"כ כיון שהאשה מוציאה הגט בע"ח ע"כ נמסר לה הגט מהבעל או מהעדים וכנחקרה עדותם בשעה שנמסר לה ועל זה מתחייבים דכיון שהוזמו הרי הם מסרו הגט לידה וגמרו העדות שנתגרשה וגם קודם שהוזמו מעת שנראה הגט בידה בע"ח כנחקרה עדותן שנתגרשה וצ"ל כונתו דמסירה מלתא אחריתי דבחתימתן כשמוסרין לבעל אינם מעידים על הגירושין רק שבעל צוה לחתום כך ואינם יודעים מהמסירה כלל רק אח"כ כשמוסר הבעל הגט לאשה אנן סהדי מחמת ע"ח שהבעל מסר לה ורק אנן סהדי ולא הע"ח רק מחמתן אנן סהדי וכמ"ש בנתיבות כאן ולכן אף שחתמו שקר ומסרו לה והוזמו מכח זמן הכתוב בגט הרי הוזמו רק על זמן החתימה שבאותו יום לא היו במקום הכתוב בגט והמסירה אפשר הי' אח"כ ומלתא אחריתי הוא וכיון דליכא הזמה רק על עדות החתימה והחתימה לבדה אינה עדות על הגירושין ליכא לענשם מכאשר זמם ונהי דרשעה עשו במסירה זו רשעה בפני עצמה ולא העידו ע"ז ולא הוזמו על זה רק גרמו להטעות אותנו להיות אנן סהדי על המסירה.

אע"פ שאין העדים קיימין וכו' הקשה בתומים סקט"ז דהא כתב הרמב"ם בפ"ח מת"ע והוא בש"ע לקמן סימן מ"ו ס"י דצריך שיזכרו העדים גוף הלואה רק כשכת"י יוצא ממ"א לא מהימנו לומר שאינם זוכרים וא"כ כשמתו ודאי אינם זוכרים ולע"ד לפמ"ש הרי"ף בפד"א דאם השטר ת"י העדים ל"ה כנחקרה עדותן דאי בעי כבשי לסהדתייהו וע"כ כשאינם זוכרים גוף הענין הוי מפ"כ עיי"ש ה"נ כשאין כת"י יוצא ממ"א אף דאין השטר אצלם אי בעי כבשי לסהדותייהו לומר שאין זה כת"י ול"ה כנחקרה עדותם עד הקיום וצריך שיזכרו אז ואף דרמב"ם ס"ל דמשום נע"ד מהני עדות שבשטר היינו דמשום נע"ד עשו שיהא כנחקרה עדותם בב"ד ולא מפ"כ והך דכתב בספר וחתום דברי קבלה כמו

שתרצו אליבי' או כמ"ש לעיל ודוקא כשלא יוכלו לכבוש עדותם וכשכת"י יצא ממ"א אי הוה מהימנו דאינם זוכרים הי' מוכרח לשאול אותם אם זוכרים רק משום דבלא"ה אינם נאמנים א"צ לשאול אותם כמבואר בלשון רמב"ם וש"ע שם וא"כ אם הי' צריך לשאול אותם אי בעי כבשי לסהדותייהו ממילא ל"ה כנחקרה עדותם עדיין והוי מפ"כ כשאינם זוכרים עתה לכן הוכרח הרמב"ם לומר דכיון דיצא השטר מידם כבר וכת"י יוצא ממ"א תו אינם נאמנים לגרע כח השטר ומוקמינן אחזקה שלא שכחו ולית להו מגו דכבשי עדותם ממילא משעת חתימה כנחקרה עדותם ותו הדר דינא אף אם ודאי שכחו או מתו לא הוי מפ"כ כיון דכנחקרה מכבר דמי.

ולפ"ז י"ל ג"כ דברי רמב"ם מ"ש דמד"ס חותכין ד"מ בעדות שבשטר והוא דמבואר ביו"ד סימן א' דשוחט שבדקוהו וא"י ה"ש אם נטל קבלה מוקמינן אחזקתי' דהשתא שכח ופר"ח שם סק"ט השיג מכח מ"ש הר"ן שמקוה שהוחזק בו מ"ם סאה והוחזק ג"כ להיות מימיו מתמעטין שאין לסמוך על חזקתו הא' אעפ"י שעכשיו ג"כ נמצא שלם וצריכה לחזור ולטבול והביא ראי' מהא דאמרינן בפ"ב דקידושין וכ' דאיכא למימר העמד ממון על חזקתו לא אמרינן העמד אדם זה בחזקת בריא שהי' מתחלה לפי שעשוי' להשתנות שהחולי מצוי וה"נ חזקת זכור עשוי' להשתנות דשר של שכחה שכיח כדאיתא בר"פ כיצד מעברין אמר רב אשי אנן כי אצבעתא בבירא לשכחה ופרש"י כשם שהאצבע נח לכנוס בפי הבור כך אנו מתירין לשכוח עיי"ש ות"ש שם השיגו דכיון דהאדם בחזקת שוכח האיך סומכין על סתם עדים אפילו אמעשה שעבר ששים שנה ואיך אכלינן בשרא ניחוש שהשוחט שכח אלא דחזקה שנותן לב ואם לא יודע בבירור אינו אומר עי"ש ולפ"ז קשה בשכת"י יוצא ממקום אחר ועדים החתומין אומרים שאינם זוכרים המעשה איך נוציא ממון דל"ש תירוץ הת"ש דהרי אדרבה אומרים ששכחו ואפילו ליתנייהו קמן ניחוש להכי וכמו במקוה שהוחזק להתמעט וצ"ל כיון דנזכר מתוך הכתב מהני כדאמר ר' יוחנן בפ"ב דכתובות דף כף ואפילו אינו נזכר הכל בפרטות רק דרך כלל נזכר מהני וכמ"ש בשו"ת דרכי נעם סימן ה' וזה לא מצוי לשכוח לגמרי שלא יזכור גם ע"י הכתב עיקר המעשה והנה הרמב"ם פ"ח מה"ע הלכה ג' כתב קל הוא שהקלו בדיני ממונות שאעפ"י ששכח הדבר מכמה שנים והכתב הוא שהזכירו הר"ז מעיד וכתב הכ"מ שם דיצא לו זה מפד"א דמשמע התם אפילו נזכר ע"י הכתב לא מהני בד"נ ובד"מ הקילו כמו שהקילו לדון ד"מ עפ"י השטר כמבואר ברמב"ם בפ"ב מה"ע עיי"ש נמצא לפי הדין תורה כשנזכר מתוך הכתב הוי מפי כתבם וא"כ כיון דעתה האדם בחזקת שוכח מהר הי' צריך לשאול העדים אם זוכרין שלא ע"י הכתב רק משום דרבנן הקילו שיועיל נזכר מתוך

הכתב א"צ לשאול דאינו בחזקת שוכח כ"כ וכיון דא"צ לשאול ואין להם מגו דאי בעי כבשי סהדותייהו הוי כנחקרה עדותן ואפילו מתו העדים מהני השטר וכ"ז מד"ס בממון אבל בקנסות ומכות וגלות אין לדון בעדות שבשטר אפילו בחיי העדים דשמא שכחו ולא יזכרו רק ע"י השטר וכשהן לפנינו ממ"נ אם זוכרין מעצמם יעידו בע"פ ואם צריכין להזכר מחמת הכתב הרי הוא מפ"כ וכל זה אחר שנתמעט הלב והשכחה מצוי' וכמבואר ג"כ בגיטין דף סמך דמן התורה דברים שבע"פ אינו רשאי לאומרן בכתב וכ"י מעיין בספרא דאגדתא בשבת כיון דלא אפשר עת לעשות לד' שלא תשתכח תורה מעת שמצוי השכחה ולפיכך אמר נמי ר' יוחנן בעדות אעפ"י שאינו זוכרה מעצמו רק ע"י הכתב מעיד שחכז"ל תקנו כן אחר שהשכחה מצוי אמנם מעיקרא דלא הי' שכחה מצוי ודברים שבע"פ לא ניתן לכתוב ה"נ א"צ לשאול העדים אם זוכרין מעצמן וא"כ מיד שמסרו חתימתן למרי' כנחקרה עדותן מן התורה לכן דאורייתא הוא ממש ומצאתי בפרישה ס"ס מ"ו ז"ל מסתמא העדים זוכרין עדותן ואף אם יעמוד הדבר זמן ארוך וישכחו הדבר לכל הפחות כשיראו בתוך השטר יעלו הדברים על דעתם ומ"ה אף שאין העדים לפנינו מכשירים השטר ואמרינן מסתמא העדים יזכרו הדבר ע"י השטר עיי"ש וכן נראה מהירושלמי פ"ב דכתובות בהא דפליגי רבי ורבנן בכל אחד מעיד אכת"י דלרבנן סגי ואמר שם רבנן כר' יוחנן דנזכר ע"י הכתב מעיד ומה ענין זל"ז הא העדים סתמא אומרים כת"י הוא ובבבלי בכתובות ד' כ"א אמר דרבנן ס"ל אמנה בשטר קמסהיד ונראה דהכל חד דלרבנן דסגי שיזכרו ע"י הכתב וזה מסתמא נזכרו לכן מיד שאומרים כת"י הוא אמרינן מסתמא נזכרו ע"י הכתב עיקר הענין ורבי דס"ל דלא סגי בנזכר ע"י הכתב לכן באומרים כת"י הוא נהי דודאי נזכרו ע"י הכתב לא מתני ואמנה בשטר שזוכרין מעצמן לכ"ע לא מסהדי עד שיפרשו דאין זה נכלל בכת"י הוא ולא תלוי בו.

סעי' ט"ו אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד והיכא שתובע לשני שותפים והאחד איננו כאן מבואר בח"ר ור"ן ס"פ השולח דאם ליתא במתא מהני קב"ע נגד שותף שמעידין בפניו ואם איתי' במתא מהני גם נגד השני והקשה בשע"מ סק"ח מהא דהעלה הש"ך בסנ"א סק"ח בעדים שהעידו שנגנב דבר אחד לשנים והם קרובים לאחד דכיון שא"י להעיד על החצי יה לחוש שמעידים כן בשביל הקרוב וה"נ כיון דל"מ נגד חלק השותף דליתא אף בדיעבד גם נגד השותף שישנו לא יועיל די"ל שהעידו כן מפני חלק השני עיי"ש ולק"מ דהתם נמי אלו מעידין לחובת שנים וקרובים לאחד אף דפסולין גם לחובה מ"מ מועיל נגד הרחוק רק במעידין לטובתן יש חשש דמשקרין בשביל הקרוב וא"כ הכא ל"ש ה"ט דגזה"כ הוא והועד בבעליו וא"ת מפני שלא יעיז בפניו לשקר י"ל להיפוך

כיון דאחד כאן לא יעיזו בפניו ולע"ד יש ראי' מפ"ב דכתובות ד"כ דאם הזימו שלא בפני העדים דל"ה הזמה אבל הכחשה הוי כיון דהבע"ד עומד שם והכחשה אינו מחייב את העדים ונימא כיון דאינם נאמנים בהזמתן נגד העדים מחמת שאינם כאן לא יועיל ג"כ נגד הבע"ד

עוד הניח בצ"ע הדין שכתבו דאם איתי' במתא מהני גם נגדו הקב"ע כיון דידע ולא מיחה להוי כקבל קא"פ דשלא בפני ב"ד יכול לחזור גם לאחר גמ"ד להש"ך ר"ס כ"ב וגם לשיטת הרבה פוסקים ל"מ קיבל עליו קרוב או פסול אלא בשקבלו בפירוש אבל כשבא לדון בפניו בסתם ל"ה קבלה א"כ כ"ש הכא באיתא במתא ולא בא לב"ד דלא חשוב כאלו קיבל בפירוש לקבל עדות שלא בפניו שהוא פסול מדינא עכ"ל ולע"ד לפמ"ש הב"י דהא דאין מקבלין בממון עדות שלא בפניו רק מדרבנן וקרא אסמכתא והם אמרו דהיכא דאיכא אונס מקבלין והיכא דליכא אונס וקבלו אפילו דיעבד לאו כלום הוא עכ"ל וא"כ כיון דתק"ח לטובת בע"ד הוא וכשמסכים שיקבלו שלא בפניו הרי הוא אומר א"א בתק"ח דשומעין לו וליכא פסול כלל דאינו בדין אם יעידו לטובתו יועיל ואם לחובתו יחזור וכמ"ש הר"ן והוא בא"ע סימן ס"ט ס"ד בהג"ה.

ועוד דז"ל תשובה רא"ש סוף כלל ע"א אין מקבלין עדות אלא בפני בע"ד ואם קבלו שלא בפני בע"ד אינה עדות לדון על פי' כי נתקבלה שלא כדין וכאלו לא העידו עיי"ש נראה דר"ל לסתור ראיית הראב"ן מדמקבלין במקום אונס ש"מ דבדיעבד מהני ואף דלפמ"ש הרא"ש שם דגם במקום אונס אין מקבלין רק בהתרו בו שיבא דאזי הפקיעו ממונו מ"מ כמה ראשונים ס"ל דגם בלא שלחו אחריו מקבלין לכן תירץ כיון שנתקבלה שלא כדין ליומו בדיעבד ואפילו יהא רק תק"ח כיון שעברו אדבריהם וכדאיתא בפרק האשה שנפלו כיון דאמור רבנן לא ליזבין אי זבין ל"ה זביני' זבינא וכ"ש אם מדאורייתא אין מקבלין ועוד קאמר וכאלו לא העידו לשיטתו דגם במקום אונס אין מקבלין הרי דלא חשוב עדות כלל ואנן דקיי"ל במקום אונס גם בלא שלחו מקבלין הרי דיעבד מהני העדות צ"ל תירוץ ראשון כיון שעשו שלא כדין וא"כ כשעשו מדעת בע"ד כדין עשו ואח"כ כשחוזר הוי כבר דיעבד אלא דצ"ע לפ"ז יועיל גם נגד שותף השני אף דליתי' במתא כיון דכדין מקבלין נגד שותף זה בפניו ממילא הוי דיעבד נגד השני ולא עברו הב"ד כלום וי"ל דבשלמא כשפוסלין כל גביית העדות שעשו כבר הרי טרחו הב"ד בכדי וגם איכא זילותא לב"ד לכן הוי דיעבד משא"כ אם מתני נגד שותף שהי' בב"ד הוי לכתחלה נגד השני לקבל עוד הפעם ועיין ש"ך יו"ד סימן ע"ג סק"ט מ"ש בשם הת"ח דיש חילוק בין דיעבד סתם לבין דיעבד שהורה המורה וע"כ דליהדר עובדא של סגורה חשוב דיעבד

יותר משום זילותא דמורה אף דהורה שלא כדין מכ"ש כשעשה בדין דליהדר עובדא הוי דיעבד ועיין בפ"ק דסנהדרין ד"ח וי"ל בזה דברי ראב"ן שפסק דאם קבלו דיעבד מהני וריב"א הוכיח מכתובות דף כף דאם הזימן שלא בפניהם ל"ה רק הכחשה אלא כיון דהועילו עכ"פ דהוי הכחשה ולא הוי מיהדר עובדא לכן ל"מ לענין הזמה וצ"ל דר"ן ורשב"א ס"ל דקבלת עדות שלא בפניו דיעבד נמי ל"מ אף דלא עברו לכן ל"מ נגד השותף דליתא במתא וי"ל גם הרא"ש דקאמר הטעם שנתקבלה שלא כדין לא פליג ומודה ג"כ דנגד השותף דליתא ל"מ העדות אף דנתקבל כדין כיון דזה ל"ח מיהדר עובדא וליכא זילותא רק היכא דמבטלין לגמרי הקבלת עדות ה"א משום זילותא יועיל דיעבד ע"כ כתב כיון שנתקבלה שלא כדין לא משגחינן בזה דה"ל לעשות כדין ואפשר גם המכשירין קב"ע שלא בפני בע"ד דיעבד יודו דל"מ נגד שותף השני ומטעם שכתבתי דאל"כ מה ראי' הביא ראב"ן מדמקבלין עדות שלא בפני בע"ד במקום אונס ש"מ דיעבד כשר הא י"ל משום פסידא דא"א בלא"ה מקבלין אבל כשאפשר לקבל העדות שנית מה הפסד בדבר וע"כ כיון דיש בזה זילותא דב"ד חשוב כהפסד אף די"ל כיון דבאונס מיחשב עדות ה"נ בלא אונס יהא עדות שלא יוכלו לחזור וממ"נ אם יעמדו בדבריהם אין צורך להעיד שנית ואם יחזרו הרי יש הפסד לבע"ד מ"מ י"ל בשלמא באונס אין ריעותא לפנינו וסמכינן גם בפני בע"ד היו מעידין כן משא"כ בלא אונס יעידו שנית בפני בע"ד ואם יחזרו הרי דבפני בע"ד לא העידו כן ואינו נפסד בחנם וע"כ משום זילותא דב"ד דחשוב דיעבד ועמ"ש לקמן סימן ל"ג סי"ב ואין להצריך לקבל העדות שנית ולסמוך שגם בפני בע"ד יעידו כן ואין ריעותא לפנינו לכן י"ל בשותף דליתא במתא גם רמב"ן מודה אמנם כשכבר פסקו הב"ד גם נגד השותף דליתא במתא לראב"ן לא מהדרינן עובדא ולרשב"א ואינך פוסקים דלא חיישו לזילותא דב"ד כיון שקבלו שלא כדין י"ל אף שעסקו ל"מ ומ"ש מהר"ם פאדווא הובא בד"מ דאם כבר דנו מהני דיעבד לכ"ע לא משמע כן מסתימת הפוסקים גם רמ"א השמיטו בש"ע והרי הנ"י כתב דגם דיעבד ל"מ משום דהוי טועה בד"מ וגם בתשובת הרא"ש כתב וכאלו לא העידו כלל משמע מה"ט אפילו כבר דנו ל"מ.

ולפמ"ש הטעם משום דעברו וקבלו שלא כדין וכן מצאתי בתפארת שמואל סימן זה ס"כ ה"ט שייך נמי בכבר דנו אמנם בנתרצה לקבל שלא בפניו דלא עברו כלום וכן בשותפים וחד ליתוהו בב"ד ואיתא במתא וכבר נתקבל העדות ופסקו גם נגד השני זה ודאי הוי דיעבד כיון דאיכא זילותא למהדר מעב"ד י"ל גם לרשב"א וש"פ מהני אף דחוזר בו עכשיו אין בחזרתו כלום לכן שפיר כתבו רשב"א ור"ן דבאיתא במתא אינו יכול לבטל הדין שנפסק ע"י העדים שהעידו שלא בפניו והמעיין ברשב"א שם בס"פ השולח יראה להדיא

דאפילו כבר דנו ע"י הקבלת עדות שלא בפני השותף דליתא במתא לא מהני וכן משמע בר"ן שם דלא כמהר"ם פאדווא ומשום דלא הוי להו לפסוק נגד זה דליתא בעיר אף דלא עברו כלום בקב"ע דהוצרך נגד זה שעומד בב"ד עיש"ה ודו"ק.

ונ"מ בין שני התירוצים שכתבתי דלתירוץ זה דוקא אם כבר חייבו הב"ד גם לשותף שני א"י לחזור ולתירוץ ראשון אפילו בא לב"ד אחר שנתקבל העדות קודם שפסקו הדין א"צ לקבל העדות שנית בפניו כיון דרק מדרבנן צריך לקבל העדות בפניו כמ"ש הב"י וכן מבואר ברשב"א ב"ק שם דף קי"ב ע"ב.

עוי"ל קושית השע"מ די"ל מה דיכול לחזור אפילו אחר גמ"ד במקבל שלא בפני ב"ד משום דדמי לאסמכתא די"ל אלו ידע שיעידו לחובתו לא הי' מתרצה לכן צריך דוקא שיקבל בב"ד וכעין דמהני באסמכתא כשקבל בבד"ח אמנם ידוע מ"ש במרדכי דאסמכתא רק מדרבנן לא קני וא"כ כאן דמן התורה מהני עדות שלא בפני בע"ד רק תק"ח וכשקבל עליו א"י לחזור דתקנתא לתקנתא לא עבדינן כדאיתא בפ"ק דב"מ דף ה'.

ואם קבלו אין דנין על פיו כן הוכיח ריב"א מפ"ב דכתובות מעדים שהוזמו שלא בפניהן דל"ה הזמה ודעת ראב"ן י"ל כיון דבמקום אונס מקבלין הרי דבמקום פסידא דבע"ד לא גזרו ה"נ בדיעבד שהעידו יש חשש פסידא דאם יעמדו בדבריהם א"צ לקבל שנית ואם יחזרו שמא תחלה העידו האמת ועתה חוזרין ומן התורה מהני העדות שהעידו שלא בפני בע"ד א"כ נפסיד הבע"ד ע"י תק"ח אמנם מצינו בחוה"מ דהתירו חכמים מלאכה בדבר האבד כשיפסיד מהקרן ולא במניעת הריוח כגון במציאה עיין א"ח סימן תקל"ט ובמ"א שם סק"ו וסק"ט וה"נ בשלמא בהזמה דאינו רק קנס ועדיין לא זכה בו קודם שחייבוהו תב"ד הוי רק כוציאם ול"ח הפסד משא"כ בממון שעפ"י ד"ת מועיל העדות וכבר זכה לפי ד"ה לא העמידו דבריהם דיעבד להפסיד ממון אף שתחלה עשו שלא כדין וכמ"ש בש"ך יו"ד סימן קי"ט ס"ק כ"ז ואף דהש"ך שם כתב גם לענין סחורה באיסור של דבריהם לא העמידו דבריהם משום הפסד ממון היינו דסחורה מניעה ריוח חשוב יותר הפסד וכמ"ש מג"א הנ"ל.

וחוזרין ומגידין בקצו"ח הוכיח דלא עביד לאחזוקי דיבורי' מתוס' מרובה ע"ד ע"ב דאמרינן שם עפ"י ע"א כי אתי ע"א מצטרף וכתבו התוס' אפילו למ"ד אין מצטרפין מ"מ כי אתי אח"כ עד הראשון ומעידין כאחד מצטרפין וכן בפז"ב דלר"נ מכניסין את העדים להעיד ביחד ואי אמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורי' כי אתי אח"כ הראשון מאי מהני כיון דחשדינן לי' באחזוקי' דיבורי' וראיתי לחכ"א בקונטרס אה"מ פ"ה ע"ב דתמה מה ענין זה לעביד לאחזוקי' דיבורי' דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ואם ישנה אינו מעלה

ומוריד עיי"ש וא"ל מה הוא סח דנהי דאינו חוזר ומגיד מ"מ כשיחזור מעדותו עכ"פ ליכא הגדה שנית להצטרף עם עד השני וכיון דחשדינן לי' באחזוקי' דיבורי' הרי הוא כאלו לא הגיד שנית כלל והגדה ראשונה לא הי' בצירוף עם עד השני.

וחוזרין ומגידין בפניו בקצו"ח הקשה דברי עיטור אהדדי דבדין דלקמן סכ"א כתב דסומכין על העדים עצמן ואם העיד ואשתכח כי קרוב הוא ובטל העדות ואח"כ נתרחק כתב דעביד אינש לאחזוקי' דיבורי' אולי יש לחלק בין אחד לשנים.

ויותר נ"ל דבסכ"א כהגידו חוץ לב"ד די"ל מבודין היינו ולא חשו לדקדק כיון דלא היו לפני בד"ק הראוי לקב"ע מש"ה אינם נוגעין בעדותן לאחזוקי דיבורם ועוד כיון דאינם ראויין לדון מסתמא הם רק מקבלי העדות ולשלוח השטר גביית העדות לפני ב"ד הראוי לדון וכה"ג ל"ה רק דיבור לבד שלא נגמר עדיין משא"כ כשהעידו לפני ב"ד הראוי לדון דחשוב מעשה וכמבואר בתוס' גיטין דף ס"ז ד"ה דיבורא וכה"ג עביד לאחזיקי דיבורא ולא למשוי נפשי' רשיעא לעשות מעשה שע"י עדותן נגמר הדבר וב"ד תחלה לא ידעי מקורבתו גם בבד"ח אינו משטה ומחייך ומדייק ודאי אם לא שבזדון משקר ועיין ר"ן בפירושו לנדרים פ"ג דכ"ז ע"ב דבבד"ח אנן סהדי דלא מחייך ובהודאה גמורה משוינן ה"נ לענין עדות ולפיכך אין להם התנצלות שלא דייקו ולא כוונו לעדות גמור ומה שהוכיח בשע"מ עי"ז מה"א הי"ב מריטב"א שכתב אהך דינא דא"ע סימן ל"ז סכ"ד דנאמן ליתן גט אף דתחלה רצה לכונסה לא אמרינן לאחזוקי שקרי' עיי"ש לע"ד אינו ראי' כלל דיכול הי' לומר גם עתה אני קדשתי' ואיני רוצה ליתן גט ואף דאין מניחין אותו לכונסה הלא י"ל שמא אמצא עדים ולא נזכר דכופין אותו לגרשה ומדנותן גט ודאי קושטא קאמר דלמה יתיר א"א לעלמא בחנם.

הולכין אחר העדות השני נלע"ד דזה דוקא כה"ג דתחלה לא הגידו לפני בע"ד כלל אבל בשני שותפים וחד ליתוהו במתא דל"מ העדות נגדו רק נגד השותף שמעיד בפניו כשיבוא השני ויעידו שנית בפניו אם שנו בעידותן א"א לילך אחר עדות השני' כיון שנתקבל עדות הראשון נגד השותף שהי' שם א"י לומר דלא דייקו וממ"נ רשעים הם וסלק עדות השני וכאלו ליכא עדים כלל נגד שותף זה שבא עתה לדין ועיין סמ"ע לקמן סימן כ"ט סק"ד ואאמע"ר ונראה דחשיבי עתה כובשי עדותם על שלא העידו כבראשונה גם נגד שותף השני ולפמ"ש לעיל ס"א דאם תפס ל"מ מיני' י"ל ה"נ ואין העדים יכולין לומר ששקר העידו בראשונה דאין אדם משים עצמו רשע עיין טו"ז יו"ד סימן קע"ז סקי"א וס"ק י"ט ובש"ך יו"ד סימן קס"ט ס"ק ע"ט ולקמן סימן קפ"ג ס"ב בהג"ה וש"ך לקמן סימן ס"ו ס"ק ק"ט מ"ש הש"ג בשם ריא"ז.

סימן כט

סעי' א' א"י לחזור בשע"מ סק"ב כתב בשני כתי עדים המכחישים זא"ז ובת אחת חזרה ואומרת מוטעים היינו נאמנים לחזור ועיי"ש ולא נ"ל דהא כתבו בתוס' פ"ק דפסחים י"א ע"ב דאי לאו דרובא טעו בעיבורא דירחי מיד שמכחישים עצמם ביום החדש ה"ל עדות מוכחשת וכשמכונים אח"כ ביום בשבת אין חוזרין ומגידין ואמאי נימא דודאי מוטעה כיון דיש הכחשה ול"ל דצ"ל מיד שהוכחש דמוטעה הי' וכיון שלא אמר מיד החזיק עדותו דהא חוקרין העדים זה שלבפ"ז וכשהוכחשו ביום החדש לא ידע מה שאמר הראשון ול"ל ע"א שאני די"ל שמשקר במזיד דאדרבה יותר תלינן בטעות ע"א מבשנים כמ"ש תוס' שם דף י"ב ועוד את"ל כן לעולם הוי עדות שאאיל"ז דכשיוזמו יכולין לומר טעינו ואף די"ל דוקא בהכחשה דעדיין כשרים דכל כה באה בפ"ע ומעידה כדלקמן סימן ל"א י"ל טעינו משא"כ כשיוזמו דיש עדים דראשונים ודאי שקר העידו וכמו שחלקו תוס' פ"ק דב"מ ד"ו בד"ה ספק ולפ"ז י"ל קושית מהרש"ל ומהרש"א על פרש"י ר"פ היו בודקין בד"ה באיזה יום אמנם המהרש"ל ומהרש"א לא נחתו שם לחלק בהכי ותרוייהו ס"ל דא"י לומר טעינו רק בעיבורא דירחא ס"ל למהרש"ל די"ל טעינו כיון דמצוי לטעות.

משום דמסתמא הריטב"א הקשה לל"ל מסתברא דלא מייתי אינש חובתי' לנפשי בלא"ה יכולים לחזור תכ"ד ותירץ דה"מ מעצמו אבל הכא שחזרו מחמת אימתו של זה שאמר להם אנא רמאי אנא יש לנו לומר שאינם חוזרין ומגידין והקשה בשע"מ סק"ד מהא דאמרינן בכתובות ד' ל"ג דעדים לאו בני התראה נתרי בהו בשעת מעשה פרשו ולא מסהדי נתרי בהו לבסוף מה דהוה הוה מתקיף לה אביי ונתרי תכ"ד ופרש"י דיכולין לחזור ולריטב"א אכתי א"י לחזור די"ל מחמת אימת התראה חזרו דמה"ט לא מתרינן בשעת מעשה וכן בפאד"מ דף ל"ב ע"ב בד"ה פותחין בזכות דאמרינן להו מי יימר כדאמריתי א"ל עולא חסמינן להו ופרשו רש"י ותוס' דחזרו תכ"ד ומה קושיא כיון די"ל מחמת אימה חוזרין מדאמרינן דחסמינן להו במאי דאמרינן להו מי יימר ל"מ חזרה תכ"ד עיי"ש ולע"ד דבלא"ה קשה איך נחליט דמחמת אימה חוזרין אימר נתיישבו באמת בדעתם ע"י זה ומודים שטעו כיון דתכ"ד מהני חזרה לומר דבאמת טעו ה"נ נהי דאפשר מחמת אימה חזרו מ"מ מידי ספיקא לא יצא אלא כיון דצריך עדים שאינו רמאי ומגידין עתה כן ואם יהא ספק עכ"פ אין לתפוס עדותן שאינו רמאי דאין אנו יודעין אי בהר מעיקרא ניזל אי בתר השתא אבל עדות הראשונה עכ"פ בטל וע"כ בכתובות וסנהדרין יכולין לחזור תכ"ד גם ע"י אחר וריטב"א כתב דאין חוזר ומגיד דייקא ולפ"ז כשלא הביאן

בעצמו רק באו ע"י כרוז או חרם אין חוזרין להגיד עדות חדש רק חוזרין לבטל מה שהעידו תחלה.

ומה שהקשה התומים דלפ"ד ריטב"א לא מוכח מגמרא רק תכ"ד והפוסקים סתמו דמשמע גם אחר כ"ד י"ל כיון דתכ"ד כאן ל"א כיון שהוא ע"י אחר ומ"מ מהני מכח הוכחה אין לחלק בין תכ"ד לאח"כ ומפרט לפמ"ש דאפילו תכ"ד הל"ל שמא מחמת אימתו חוזרין ולא נחזיק הגדה חדשה שאינו רמאי אלא משום דהוכחה זאת משוי לודאי וכמ"ש הרי"ף וראש ודאי מטעם טעי ולא אמרינן בכי הא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ומה בעי בודאי זה אלא כיון שתופסים הגדה שני' צ"ל ודאי וא"כ מה"ט גם לאחר כ"ד דהא גם בשאר עדות בדבר המצוי לטעות נאמנים גם לאחר כ"ד וכן ברובא טעי בעיבורא דירחי כ"ש כאן דודאי.

ומה שהוכיח התומים דנתקבל העדות שלא בפניו דהא לא העידו בפ"א רק בזה אחר זה וא"כ למה שתק כשהעיד הראשון ואם צווח וכי אנא רמאי והעד חזר בו איך העיד השני ג"כ שהוא רמאי עיי"ש וזה ל"ק די"ל דעד שני לא ידע מה שהעיד הראשון וחזרתו דהא מעידין זה שלא בפני זה כדלעיל סימן כ"ח ס"ח וס"ט אלא דיש להקשות דהא פרש"י כסבורין שאמר להם ידעותין בי' דלאו רמאי הוא שכך הי' לו לשואלן וא"כ רבה בר"ה כשראה שעד הראשון טעה ע"י שלא שאלו אם לאו רמאי הוא הו"ל ליזהר כששאל השני אמנם פשטות המימרא משמע דשאל אותן יחד דרק מתקנה צריך עדים וגם אין מעידין על גמר הדבר אם האבדה שלו רק מעידין שזה אינו רמאי ומוכשר להאמינו אם יתן סימן והוא כמ"ש הרי"ף ביבמות דף ל"ט גבי ואשתמודענא דאחוה דמיתנא הוא ומ"מ בעינן כאן שנים דכיון דמעידין בשעת מעשה עיין בה"ט ופ"ת א"ע סימן קס"ט ס"ח וכמ"ש בנתיבות לעיל סימן כ"ח סק"ו כה"ג ועוד משום דניתקן מפני הרמאים לא סמכו על עד אחד דעדיין יעשו קנוניא אבל מ"מ לא החמירו בזה כדין עדות ממון או ערוה לקבל העדות זה אחר זה לכן שאלם בבת אחת וברמב"ם פ"ב הלכות קדוש החודש הלכה ג' ז"ל אם לא יהיו ב"ד יודעים את העדים שראו את הירח משלחין אנשי העיר שנראה בה עם העדים שראו עדים אחרים שמזכין אותם לב"ד ומודיעין אותם שאלו כשרים הם עכ"ל ויותר הל"ל ומעידים עליהם שכשרים הם אלא דקמ"ל דאינו רק הודעה בעלמא וא"צ דו"ח כשאר עדות ושאר דיני קבלת עדות ביום ועדים בעמידה וב"ד בישיבה וסגי בזה עמפ"ע וכמ"ש הרי"ף בפרק החולץ שם וכיון דמודעי לי' הכי עיי"ש בחידושי אנ"ש.

מאזנים למשפט הקשה ל"ל הך טעמא דמסתמא וכו' ת"ל דהא צריך לשאלו מהיכן ידעת שהוא רמאי דהא יכול להיות שבדבר קל שהוא חושב שהוא רמאות ובודאי צריכין

לשאלו על כך כמו במי שאומר חייב לו כדקי"ל בסימן כ"ח וא"כ כיון דלא נגמר העדות ועסוקין באותו ענין בלא"ה יכול לחזור ומזה הוליד חדשות דמהיפוך להיפוך לומר ששיקר תחלה א"י לחזור אף קודם שנחקר רק יכול לשנות לומר שלא ביאר כ"צ או מוטעה הי' ובתוספתא דתני די"ל מבודין היינו מיירי שנותן אמתלא קצת יעיי"ש תה דוחק וקושייתו לק"מ דבשלמא כשמעיד שזה חייב לזה צריכין שנידע האיך דשמא טועה בדין אבל כאן תכלית עדותו שיעיד שאינו רמאי וכיון שמעיד שהוא רמאי אפילו הוא רק לפי דעתו מ"מ אינו מעיד שאינו רמאי וא"צ לשאלו יותר דכבר גמר עדותו שאינו מוחזק דלאו רמאי הוא.

סימן ל

סעי' א' חוץ מעידי חבלות א"צ דו"ח בפרק היו בודקין תנן חקירות אמר אחד א"י עדותן בטלה בדיקות אחד אומר א"י ואפילו שנים אומרים א"י עדותן קיימת ומפרש רבא ה"ק אפילו בחקירות שנים אומרים ידענו ואחד אומר אינו יודע עדותן קיימת כמאן דלא כרע"ק והרמב"ם פ"ב מה"ע פסק ג"כ דשנים יודעין ואחד א"י בחקירות עדותן קיימת ובפ"ה שם פסק דנמצא אחד קא"פ בטל כל העדות וגם ס"ל דאין נעשים זוממין עד שיזומו שלשתן והלח"ם נדחק בישובו.

והנלע"ד דנסתפקתי בנמצא קא"פ בשעת הגדה וכשר הי' בשעת ראי' ומצאתי בקצו"ח ח ונתיבות בסימן ל"ו דהוכיחו מתוס' דגם בזה בטל העדות ודעת רי"ף אינו כן דהא ס"ל דצריך שידעו הכשרים בפסול הפסולים עיי"ש אמנם ה"ד לרבי דלא מקיש שלשה לשנים רק אם התרו ונתכונו להעיד ונצטרפו בשעת ראי' הרי דאותו זמן גרמא לא שעת הגדה וע"כ אם היו קרובים רק בשעת הגדה לא נתבטלה העדות אבל לר"י ורע"ק דלגמרי מקשינן גם כשלא נתכונו להצטרף בשעת ראי' ה"כ אם נמצא פסול רק בשעת הגדה דצירוף הגדה גורם הביטול והנה כשאומר על איזה מהחקירות א"י כל פסולו עתה דנשכח ממנו דבשעת ראי' יכול לדעת כל דבר כשיתן אל לבו ומפרט להרז"ה כשאומר עכשיו א"צ לחקירות ובשעת ראי' הוי עכשיו אלא דגם לרמב"ם דלית לי' כהרז"ה א"ש כמ"ש ובר מן דין הא המעיין בריטב"א פ"ק דמכות ד"ו יראה דמפרש דרבי פליג על רע"ק ור"י דלדידהו כל שהעידו כשרים ופסולים אפילו לא ידעו אלו באלו ולא אתו לאסהודי ביחד פסולין ור"ע ור"י פליג דבד"א כשהתרו דאי לא מאי איכא בין רבי לרע"ק והנה לרבי צריך הצירוף בשעת ראי' ולהרי"ף היינו שידעו מפסול הפסולים דאל"כ לא הי' דעתם להצטרף בפסולים והש"ך ס"ס ל"ו הסכים דעת רמב"ם לרי"ף דצריך שיכירו

הכשרים בפסול הפסולים בשעת ראי' וא"כ הא לא ידעו בשעת ראי' שזה יאמר בשעת הגדת עדות על החקירה א"י וע"כ בש"ס שפיר אמר דלא כרע"ק דפוסל אפילו נמצא קא"פ רק בשעת הגדה ורמב"ם מכשיר דהא פסקינן כרבי ואף דבפירוש המשנה למכות כתב דאין חולק על רע"ק ור"ש אין מזה קושיא דהרבה פעמים חזר בו בפסקיו ועוד דלא קאמר רק בהא דארע"ק דבא הכתוב להחמיר עליו ולא על הא דנמצא אחד קא"פ ועיין תוספתא פ"ק דמכות זיל ורבי אומר אף בד"מ כן והוא לא ידע שיש להן קא"פ תתקיים עדות בשאר עדים

עוי"ל לפמ"ש בפירוש המשנה לרמב"ם בפ' היו בודקין דלפיכך כשאמר א"י בחקירה פסול משום שא"א להזימו ונאמר עדות שקר הוא דזה שאומר א"י כדי שלא תתקיים עליו הזמה עיי"ש וא"כ ממ"נ אם משקר לא הי' אצל המעשה לא נצטרף עם השנים לפסלם דצריך להצטרף בשעת ראי' וכמ"ש הרמב"ם בפ"ה מה"ע ת"ד ואם ראה באמת אין טעם לפסלו אלא דכ"ז לרבי ולפמ"ש הריטב"א רבי פליג על רע"ק לכן אמר הש"ס דלא כרע"ק ואנן הא קיי"ל כרבי ואת"ל דרבי ל"פ על רע"ק י"ל דכ"ז לפי מה דמסיק הש"ס הטעם דא"י בחקירות פסול משום דאילה"ז ולס"ד לא ידע הש"ס זה לכן אמר תחלה דלא כרע"ק ויש קצת הוכחה לזה דיל"ד בגמרא שם דתחלה מפרש הסיפא דאפילו שנים אומרים א"י והדר מייתי הך שאלה דרמב"ח למה גרע חקירות מבדיקות דה"ל להביא זה תחלה ארישא דמה בין חקירות לבדיקות אלא להורות דמה שאמר דלא כרע"ק משום דלא ידע עדיין הטעם דבחקירות א"י מבטל העדות משום דאילה"ז ולפיכך אמר רמב"ח טובא אמריתו בה דלכאורה מה נ"מ לדינא בטעם זה וסוף סוף ליכא רק חד טעם ומה טובא אלא משום דלפ"ז מתניתין כרע"ק וכהלכה.

סעי' ב' עדותן בטלה סמ"ע סק"ט כתב אפילו שביעה א"צ ולע"ד תליא במחלוקת דחכמי בריסק דלקמן סימן ל"א בש"ך שם באם אחד פסול נשאר ע"א בלא הכחשת עד אחר אבל אם לעדות אחרת שניהם כשרים ביחד א"כ על שמן ויין יש הכחשה די"ל זה שמכחיש דלא הלוהו שמן קושטא קאמר ומסייעו ללוה לפטרו משבועה ומ"מ המעיד דהלוהו שמן לא נפסל ויכול להכחיש את העד שמעיד שהלוהו יין ומצאתי בנו"ב מא"ע סמ"ז כתב דאפילו לחכמי בריסק אין ספק שבעדות זה עצמו שהעיד בשקר העדות זה עכ"פ פסול לגמרי ואינו מועיל להיות עד המסייעו לפטור משבועה עיי"ש ולע"ד כיון דתובע שמן ויין כל חד עדות אחרת וכמ"ש נו"ב גופי' שם סימן מ"א בד"ה ואמנם הנלע"ד ולשון חכמי ליטל שבבע"ת משמע דעד קמא אינו מכחיש לשני לכן כתבו רק דעד קמא

כליתא ומחייבו השני ושבעה ולתומים דקמא נמי מכחיש לשני דלא לוה בתשרי מ"ש עד קמא דנקטי.

סעי' ו' הרי אלו מצטרפין מתוס' ב"ק דף ע"ג בד"ה דאסהידו מוכח דאם אין אחד יודע כלום מעדותו של חבירו ואין מסייעין זל"ז ושנים אחרים מכחישים כל חד וחד הוי תרי לגבי חד ותרי לגבי חד ולא אמרינן דליהוי כתרי ותרי וכן מצאתי בשע"מ עיי"ש ומה שהקשה על מהריב"ל וח"מ י"ל לפמ"ש בעזרת נשים סימן י"ז ס"ט ס"ק ס"ט לתרץ הא דריב"ל צירף המכחישים דהא כיון דמכחישי ליכא רק אחד דקושטא קאמר משום דאין השומעים בקיאין בדינא ומצוים לטעות וכל אחד הבין דברי הגוי בסגנון אחר משונה מחבירו מקצתם הבינו דהיה מל"ת ואחד הבין דלא הי' מל"ת ואחד הבין דלא נתברר לו שמת פלוני עיי"ש ולפ"ז דמי ממש לדיינים שחולקין בזכאי או חייב דכל אחד אמר לפי הבנתו ומצטרפים לרובא אפילו כשאינם מטעם אחד משא"כ בהכחשה גמורה דאינו מחמת טעות הבנה רק מחמת דקצת משקרים בזה תרי כמאה ובעדות מיוחדת ושנים שראו ביחד מכחישים אותם הוי כתרי לגבי חד.

סעי' ז' כשתבע שתי מנין וכתב הסמ"ע בשם הב"י דאם ההודאה קודם להלואה א"צ לתבוע שניהם דאין זה הכחשה דאיכא למימר דאמאי שרצה להלות לו הודה לו קודם הלואה ובשע"מ סק"י דחה זה מהלכה דע"כ גם לדברי תובע אם באנו להשוות דברי שני העדים צ"ל שהודה בפני ראשון מה שרצה להלוות אח"כ א"כ הי' אמנה ביניהם שהאמין למלוה שלא יתבענו בחנם והעד הראשון כמאן דליתא דהא אף בשטר כשבאו גדי השטר ואמרו שאמנה הי' שנודע להם אחר שחתמו מבטלים השטר אף שא"י אם לא הלוה לו אח"כ וה"נ כיון דלדברי תובע עד הראשון כמאן דליתא היכא מהימן עד שני לבד להוציא ממון עיי"ש ולע"ד דודאי לולא הכחשת תובע הוה אמרינן מדהודה הנתבע הוא חייב לחלוטין ולא היתה אמנה רק מחמת שלא תבע רק חד מנה ההכרח ליישב הודאות הלוה שלא לוה עדיין מ"מ כל מה שנוכל ליישב הודאתו ולהחליט חיובו אין לנו לגרע יותר וא"כ נוכל לומר דהודה באמת לחייב עצמו חיוב מוחלט בין ילוה בין לא ילוה ומ"מ כשילוה אח"כ לא יהא חייב רק חיוב אחד וכמו שפרש"י בפ"ק דב"מ דף י"ג בשטרי הקנאה שמקנה לו נכסיו בין ילוה לו בין לא ילוה לו ועיין ש"ך בסימן ל"ט סס"ק ל"ט דכל שיש בו קנין סתמא שעבד נפשו בין ילוה בין לא עיי"ש וודאי כשילוהו אח"כ אינו חייב רק חיוב אחד ושם הוא לענין שטר לטרוף מלקוחות ולענין מע"פ אודיתא קנין הוא וכיון שהודת שחייב הוא בין ילוה בין לא ילוה ומ"מ מלוה הלוהו אח"כ על סמך אותו הודאה והלוה הימני' ונתחייב לחלוטין וכמו בשליש בגיטין דף ס"ד דפרש"י

דנתרצה בהבטחתו עליו למחול על ממונו ולהאמין כל מה שיאמר וכן נאות ליישב הודאות הלוה תחלה והודאות תובע עתה כיון דהודאות בע"ד כמאה עדים יש ליישב דבריהם שלא יהא הכחשה כל מה שאפשר ואם נאמר דלוה הודה רק על תנאי שילוהו אח"כ הרי הודאתו שקר מוחלט דהודה דחייב ועדיין אינו חייב כלל אלא צריך לומר דנתחייב באודיתא בין ילוה בין לא ילוה וקיים במלוה תומת ישרים תנחם שלא יקח ממנו בלא הלואה ומ"מ אם לא ילוהו יהא חייב לו וקושטא הודה וההוא דשטר אמנה מיירי שמסר לו השטר על תנאי שילוהו אח"כ.

שם וטעו בעיבורא דירחא במהרש"א ר"פ היו בודקין כתב דוקא בזה דשני העדים אומרים דנעשה המעשה רק מוכחשין בזמן אמרינן טעו אבל כשמזימין דבאותו יום בחדש עמנו הייתם דלדברי מזימין אפשר לא נעשה המעשה כלל לא מתרצין עדים ראשונים שטעו בעיבור החדש ובתומים הקשה עליו ממ"ש תוס' בב"מ דע"ב בד"ה שטרי דמוקדמין דלא פסולי העדים כגון דאמרו דטעו בין מלא וחסר עיי"ש ולא הבנתי קושייתו דהתם נמי מי שאומר עכשיו דמוקדם אומר דראה המעשה אחר זמן הכתוב בשטר וכיון דהמעשה אמת י"ל דטעו בין מלא לחסר.

ובתוס' פ"ק דפסחים בד"ה אלא הקשו אחד אומר בג' שעות ואחד אומר בס' אמאי עדותן בטילה נימא דעובדא ברביעית הוי ותרצו דאין לתלות טעות בשניהם ושם בד"ה לר"מ כתבו דמש"ה לא אמרינן דמזימין שאומרים בה' עוני הייתם טעו וקרו לד' ה' דלא תלינן הטעות בשני עדים כלל והביא א"ח שם שמקשין ג"כ מתוס' דב"מ הנ"ל וי"ל כיון דלא חזינן ריעותא בשני עדים המזימין אין לתלות טעות בשנים וכן בתוס' ד"ה אלא ליכא ריעותא רק בע"א ולמה נאמר שטעו גם שניהם משא"כ בשטר מוקדם דשני העדים אתרעי מוטב לומר שטעו מלומר שעשו שקר במזיד.

עוי"ל דעדות ע"פ וחוקרין אותם על הזמן כדי שיוכל להזימן גם הם מדקדקין יותר משא"כ בשטר דמעצמן חותמין על תכתוב בשער י"ל לא דקדקו כל כך בין מלא לחסר ובלא"ה לא יוכלו לבא להזמה בשטר די"ל אחרנוהו או כהרז"ה בפ"ד אחין דע"ח בשטר לית בתו דין הזמת ועיין בש"ך לקמן סימן ל"ד ס"ק י"ג וכיון דאינם יראים כל כך י"ל גם שניהם לא דקדקו בין מלא לחסר.

סעי' ח' מחזיקים בפרוע ממנה כתב בשע"מ סק"ח דתובע נעשה חשוד דל"ש אשתמוטי דרוצה ליקח ממון וגם לא שייך לומר שתובע משום ספק מלוה ישינה כיון שהוחזק כפרן בעדים כמו כופר בפקדון דפסול לעדות ולא תלינן בסמ"י וכיון דמשמע דלוה טען שפרע הכל הל"ל דנשבע היסח ונפטר לגמרי לדעת רמב"ם וסייעתי' בסימן פ"ב דמלוה

שפגם שטרו וחשוד נשבע לוה היסת ונפטר יעיי"ש וגם בגאון צבי כתב דהוחזק כפרן דל"ש אשתמוטי בזה ובקושית השע"מ י"ל לפמ"ש נתיבות בר"ס ל"א דאם אין ידוע שעבר רק על ידי ראיית ע"א אף דאנן סהדי שכן הוא מ"מ תלינן בכל מה דאפשר כגון שוגג או אונס עיי"ש וע"כ ה"נ אחד אומר פרע מנה בניסן ואחד אומר פרע מנה בתשרי מחזיקין רק בפרוע מנה דאפשר ע"א משקר וא"כ לא נתברר שקרו של תובע רק ע"י ע"א ושפיר תלינן בספק מ"י והא דסעי' ה' דע"א מעיד חמשים וע"א מעיד ק"ן דהוחזק כפרן לאותו ממון בלא"ה כתב הטו"ז שם דמעידין על שמיעת זמן אחד ואינם עדות מיוחדת וא"כ ה"נ נעשה חשוד עפ"י שנים ואין תולין בסמ"י ובלא"ה לק"מ קושית השע"מ דלא אמר דצריך לשלם רק מנה אלא מחזיקים בפרוע מנה דזה הוא ודאי ואותה מבקש לומר דמצטרפי ועל המנה השני אכ"מ ותלי' בפלוגתא ולכ"ע עכ"פ צריך לוה שבועה.

סעי' י"א אחרים ששמעו בטו"ז כתב דאם שמעו שנים העידו לפני ב"ד יכולין להעיד לפני ב"ד אחר דלא כסמ"ע כן מבואר בתוספת רי"ד בפג"פ דף קס"ח ושם כתב דטעם פסול עפמ"ע דראשונים יכולין לחזור כ"ז שלא העידו לפני ב"ד לכן כשהעידו לפני ב"ד תו כשר עפו"ע וקשה א"כ גם בשמעו ע"א העיד לפני ב"ד דג"כ תו א"ח ומגיד כדלעיל סימן כ"ט ובסמ"ע ס"ס מ"ו וצ"ל דשני עדים כיון דא"ח ומגיד השומע מהם נתאמת לו הענין כראה בעצמו ובע"א אף דא"ח ומגיד מ"מ אינו נאמן כתרי ול"ח לשומע כראה בעצמו.

סעי' י"ב אבל דיין וכו' כתב המלאה בכתובות דף כ"א הטעם דלפי עדות הדיין אין העד ראוי עתה להעיד כיון שכבר הגיד אינו חוזר ומגיד עיי"ש ולפ"ז י"ל דוקא עם עד שהעיד לפניו לא מצטרף וב"כ במאזנים למשפט מטעם אחר כיון דידיעת הדיין חציו ע"י עד זה גופא הוי כמעיד עד זה על שלשה חלקים אמנם לשון הש"ס לא משמע כלל כדבריהם דמה דמסהיד סהדא לא קמסהיד דיינא משמע אפילו לא העיד עד זה לפני הדיין דמ"מ אינו חד עדות וגם בנ"י שם ובאס"ז שם כתב הרשב"א בשם הרי"ף ג"כ טעם אחר ומשמע להדיא כהסמ"ע דה"ה דאינו מצטרף עם ע"א שראה המעשה ולא העיד לפניו.

סעי' י"ג שניהם בשער אחד כתב סמ"ע ול"ד לעדי חזקה וכו' ודעת הרי"ף דעדי חזקה שאני דיש תועלת בכל כת לענין פירות וק"ל מריש סוטה דר"י אומר מקנא עפ"י שנים ומשקה עפ"י שנים ויליף לה בגמרא בה ולא בקנוי בה ולא בסתירה דבקינוי וסתירה צריך עדים וכ"פ כה"פ והרי כל כת אין בו שום תועלת לא לאסרה ולא להפסידה כתובתה או להשקותה א"כ כל כת הוי חצי דבר ונבעי כת אחד שיעידו על הקנוי וסתירה וכ"ש דקשה להירושלמי שהובא בתוס' שם ב' ע"ב בד"ה מ"ט דר"י יליף מערות דבר ערוה זו הסתירה דבר זו הקינוי וילפינן דבר דבר מה דבר האמור להלן עפ"י שנים אף כאן עפ"י

שנים והרי במרובה עי"ן ע"ב אמר דבר ולא חצי דבר והרי הקינוי חצי דבר ונימא דצריך כת אחת על קינוי וסתירה ולתוס' א"ש דכיון דבזמן שקינא לא הי' אפשר לראות יותר וכן בזמן הסתירה הוי כל כת דבר שלם ואפשר דוקא אם באנו לעשות דבר ברור עפ"י עדותן צריך שיעידו על דבר שלם אבל בסוטה עושין רק ספק דע"י קינוי וסתירה יש רגל"ד דזינתה ומשקין אותה לברר ואם אינה שותה מפסדת כתובתה מחמת שמעשית גרמו ליתסר מספק על בעלה בזה א"צ דבר שלם ולכאורה רציתי לומר טעם דל"מ עדות על חצי דבר דדיבורא אמרי מעשה לא עבדי כמבואר בפרק האומר בגיטין דף ס"ז ובתוס' שם דיה דבורא דאם לא נגמר על ידם אינו אלא דבור בעלמא ולפ"ז הא דאמר בש"ס במרובה דף עי"ן ע"ב שנים אומרים בפנינו קידש ושנים אומרים בפנינו בעל כיון דעדי קדושין א"צ לעדי בעילת ל"ה ח"ד דוקא כשעדי קידושין העידו תחלת אמנם זה לא יתכן לשיטת תוס' דאם לא אפשר לראות יותר לא הוי חצי דבר וגם בגיטין שם אינו רק חשש דרבנן לכתחלה ומצאתי בשו"מ תליתאה סימן רע"ט ששמע בשם הפני משה טעם זה והקשה עליו כמ"ש משיטת תוס' ומה שהקשתי דל"ה רק חשש דרבנן י"ל שם א"צ לתורת עדות דאינו דבר שבערוה ממש כמ"ש בנתיבות בשם רמב"ן לעיל סימן כ"ח סי"ב.

סימן לא

סעי' א ש"ך סק"א ול"נ מדברי הר"ן וכו' בנו"ב חא"ע סימן מ"ז כתב דאפילו לחכמי בריסק אין ספק שבעדות זה עצמו שהעיד בשקר עדות זה עכ"פ פסול לגמרי עיי"ש ולדבריו לא איש ראיית הש"ך ול"ל דחשוב שתי עדות דקודם תרווייהו מסהדי דא"א היא ובגירושין נחלקו והיא עדות אחרת דא"כ מה מקשה הר"ן דהא באס"ז בכתובות שם כתוב בשם תלמידי רשב"א דכי אמרינן בעדות מוכחשת דלא מצטרפי לעדות אחרת ה"מ להבא אבל למפרע לא מפסלי והכא כשמכחישין זא"ז כבר היתה עדותם שהעמידוה בא"א עדות גמורה ועדות זו שמכחישין בה זא"ז עדות אחרת הוא דנשואין לאו בגירושין מתלא דתרתי מילי ננהו וכן בכת"י ותנאי תי' עיי"ש והר"ן ע"כ ס"ל כיון דאומרים הכל תכ"ד הוי עדות אחת או דלא אמרו כלל א"א היתה רק כיון דאומר נתגרשה מכלל דעד השתא א"א היתה ואם משקר כשאומר נתגרשה נפסל עתה ואינו נאמן שהיתה א"א ואי איתא לסברת נו"ב אין ראי' מהר"ן ורמב"ן וריטב"א וכן מצאתי בשו"ת בית יעקב סימן קנ"ד.

ויש לעיין דבב"ק דף ע"ג במהרש"א בד"ה בפרש"י כתב דאם העידו בב"א על הגנבה וטביחה והוזמו על הגנבה לא אמרינן למפרע נפסלו ופסולין היו כשהעידו על הטביחה

כיון דתכ"ד הי' והיו יכולין לחזור בהן כמ"ש תוס' שם בד"ה שהעידו ומכ"ש כשהזמו על הטביחה דלא נאמר בשעת עדות גנבה פסולין היו אלא דלכך נפסלו נמי אגנבה דהו"ל כמו עדות מוכחשת כיון דהוזמו על הטביחה הוי מוכחשין על הגנבה ובטלה כל העדות דתכ"ד כד"ד עיי"ש וא"כ ה"נ יפה אמרו תלמידי הרשב"א דלא חשוב פסול בעדות א"א אבל מ"מ הדין עם הר"ן דמוכחש הוי נמי אעדות א"א כדמוכח התם בב"ק דלמ"ד תכ"ד כד"ד כי אתזמו אטביחה נתבטל ג"כ עדות הגנבה כמ"ש תוס' ומהרש"א שם וצ"ל דתלמידי רשב"א ס"ל דבשלמא חתם דאתזמו אטביחה חזינן דרצו לחייבו בשקר דו"ה א"כ הוכרחו להעיד בשקר שגנב משא"כ הכא נהי דחשוד זה שאמר נתגרשה דשיקר מ"מ לא הוכרח לשקר ולומר דא"א היתה דהא אדרבה ר"ל דפנוי' היא וכיון דלא תלוי זה בזה ואינו נפסל רק להבא מהימן במה שהעיד דא"א היתה והר"ן י"ל דס"ל דאפשר רצה להחזיקה בגרושה לאסרה אכהן א"כ הוכרח נמי לשקר דא"א היתה ולפ"ז מתורץ קושית הבית יעקב שם למה לא הקשה הר"ן קושיתו בכתובות שם אמימרא דע"א אומר תנאי הי' וע"א אומר לא הי' תנאי דתרוייהו בשטרא מעליא מסהדי דהאי מימרא קדמה ולפמ"ש א"ש דנהי דחשוד שאמר תנאי בשקר לא הי' מוכרח משום זה להעיד דכת"י הוא דהא אדרבה רוצה לבטל השטר והרמב"ן וריטב"א דהקשו גם בע"א אומר תנאי צ"ל דס"ל דנעשה פסול למפרע אף על מה שהעידו מקודם בתכ"ד ורק לענין הזמה לחייב העדים אמרינן דבר הגדה הי' כיון שהי' יכול לחזור בו וכמ"ש הפנ"י בב"ק שם בישוב פרש"י והכא כיון דהאחד מהשני עדים משקר ופסולי לצרפם יחד מכאן ולהבא ה"נ אמת שהעידו לפני זה תכ"ד.

והנה הפנ"י שם הקשה על המהרש"א מפחז"ת דל"א דזה אמר של אבותי ואכלתי' שני חזקת וזה אמר של אבותי ואכלתי' שני חזקה זה אייתי סהדי דאבתתי' ואכלת שני חזקת ואידך אייתי סהדי דאכלה שני חזקה דקי"ל שם כר"נ דלאבהתי' דלא אתכחיש לא אתכחיש וכתבו תוס' דתי' תכ"ד ואמאי לא אמרינן דמתוך שבטל העדות במקצת בטל כולה ולע"ד לפמ"ש באס"ז בב"ב שם דאם היו לזה עדים דאבהתי' לבד ולאידך דאכלה שני חזקה מוציאין ונותנין לאידך דיש לו עדים דאבהתי' משום דזה שאכלה שני חזקה אין עמה טענה דלא טען שקנה מהשני רק טען של אבותי ובזה אתכחיש מעדים וא"כ ל"ל בטלה מקצתה בגולם כולה דלא נתבטל כלל עדות בהכחשת אכלה דאין צורך ותועלת כלל בעדות שני חזקה כיון דהעידו דשל אבותיו היא משא"כ בעדי גנבה וטביחה דלולא דאתזמו אטביחה הי' נ"מ בעדותם דו"ה. ובזה יאיר לנו דברי מישרים בנתיב שני חלק שביעי ז"ל שני כתי עדים המכחישות זו את זו עדותן בטלה ופטורין

אבל אם מכחישות זו את זו בקצת העדות ובקצת האחר אינן מכחישתן נתקיים אותו הקצת ומרבינו שמואל ז"ל עכ"ל והביאו ב"י כאן וכנה"ג תמה הלא גמרא ערוכה היא בפחז"ה דל"א כנ"ל ולפמ"ש א"ש דה"א דוקא התם דקודם דאייתי אידך נמי עדי אבהתי' לא נתבטל לדינא שום עדות בהכחשת עדי חזקה לכן ל"ל כיון שבטלה קצתה בטלה כולה משא"כ כשע"י הכחשת קצת נתבטל באמת ולולא הכחשה הי' העדות פועל לדינא יותר וכדעת מהרש"א דאף דלא נפסלו מ"מ כיון דבטלה קצת בטלה כולה קמ"ל דנתקיים אותו קצת אף דהשאר לא נתקיים.

ותומים תירץ דב"י קמ"ל דאם ב' כתות אומרים דאבהתי' ומכחישין עצמן בחזקה דל"ה כנמצא פסול ויתבטל כל עדות דאבהתי וסיים בצ"ע כיון דכת אחד פסולין הוי לי' נמצא אחד קא"פ ונתיבות השיגו דבשעה שהעידו דאבהתי' עדיין לא היו פסולים כדמוכח ברש"י ותוס' בב"ק דף ע"ג עיי"ש מ"ש כדמוכח מרש"י אדרבה רש"י ס"ל דכיון דאתזמו אטביחה אפסלו אגנבה משום פסול עדות וכמו שפירש שם סוף העמוד אלא דהמהרש"א המה על רש"י והפנ"י תירץ וכמ"ש לעיל א"כ הוי שפיר נמצא קא"פ וגם רמב"ן וריטב"א ס"ל דנחשב עד פסול על מה שהעיד תכ"ד אם העיד בשקר אח"כ וכמ"ש לעיל.

ובספר דברי אמת בענין תרי ותרי הביא תשובת רא"ש כנ"ט ס"א בעד שהעיד שיצחק אמר לו וליאודה שילכו ויקנו מאשתו ואח"כ ממנו איך שניתנו הבתים שלהן לאביגדור וכן עשו ויאודה מכחישו שלא אמר יצחק בפניו עוד העיד ע"א שאביגדור החזיק שני חזקה והשיב הרא"ש דל"ה הכחשה דלא רמיא עלי' לא מדכר ואפילו חשבת הכחשה מ"מ בעיקר העדות שקנה מיצחק לא הוכחש כי ההוא דחז"ה זה אומר של אבותי וז"א של אבותי ההוא אייתי סהדי דאבהתי' ואכלה שני חזקה ואידך אייתי סהדי דאכלה שני חזקה וארי"נ דבאבהתי' דלא אתכחיש לא אתכחיש וכן בנידון זה נהי שהכחישו שלא ראה הקנין עמו מ"מ לא הכחישו במה שאומר שראה הקנין ומזה יליף בד"א בשני עדים שהכחיש אחד לחברו במקצת ובמקצת לא הכחישו אעפ"י ששניהן אינן מצטרפין לעדות אחרת מ"מ למה שלא הוכחש אית לן חד סהדי כשר עיי"ש ולע"ד אינו ראי' דשם לא נתבטל שום דבר מחמת הכחשתו דלא ראה עמו ולא הועיל עד ראשון כלום במה שהעיד שהשני ראה עמו אפילו לא בא השני להכחישו והוא מלתא דכדי ואפשר אפילו יכחישו אותו בזה שני עדים ובלאו טעמא דלא רמיא לא דכיר מ"מ לא יפסל כי אין נ"מ בעדות זה לשום חיוב ופטור וע"כ דייק הראש בעיקר העדות לא הוכחש אבל אם הוכחש בקצת עדות שיש בו נ"מ לדינא י"ל מתוך שבטלה מקצתה בטלה כולה גם י"ל

דהוה כנמצא אחד קא"פ ואין להקשות מב"ב שם דאמר אליבא דר"ח פ"ע ל"פ ופירשב"ם דר"נ ודאי לא ס"ל כותי' ואמאי נימא כיון דאין תועלת בעדות חזקה לא נפסלו י"ל נהי דתחלה אין תועלת מ"מ נ"מ אם יביא אידך נמי עדי אבהתי' דאם לא הי' לראשון עדי חזקה לאידך יהבינן ומש"ה העידו לראשון דאכלה שני חזקה או דנ"מ אם יביא אידך רק עדי אבות ולפיכך יש לפסלן כשהוכחשו משא"כ בנידון דהרא"ש דעה שהעיד דעד שני הי' עמו אך למותר ומ"מ בהך דב"ב ל"ל מתוך שבטלה מקצתה דקודם שהביא אידך עדי אבות אין צורך בעדי חזקה דראשון ולא נתבטל כלל מחמת הכחשה דעדי חזקה של שני ואחר שהביא אידך ג"כ עדי אבות לא נתבטל עדות ראשון רק מודאי לספק מי מהם מעיד אמת על החזקה ובלא"ה עדות אבהתי' ג"כ נעשה רק ספק ול"ל דתבטל כולה יותר עמה שנתבטלה מקצתה ועיין מגדל עוז פכ"א מהלכות עדות ס"ד ועיין הוי"ו ספ"ב דר"ה הובא בחת"ס חא"ע סימן ע"ח.

סעי' ב' שלא ישביעו הקשה בתומים איך ישביענו בטענה שמא דאפילו ראה אצלו עוד שטר שמא שרפו אח"כ קודם בואו לב"ד ולע"ד כיון דס"ל לטור דצריך שישבע קודם שיטול אינו בגדר היסת רק כנשבע ונוטל דמשבעינן אפילו על שמא ואדרבה קשה לי מה שנסתפק הרא"ש אי חשוב דררא דממונא דאין זה רק בהיסת והכא הרי נשבע קודם שיטול אבל לפי מה דס"ל לטור דצריך לישבע י"ל משום דבא ליטול אין זה היסח.

סימן לב

אלא פיתה אותן תוס' דייקו כן מדקתני השוכר עש"ך ולענ"ד י"ל רבותא תני שוכר דבפ"ק דשבת דיינו תני אין משלחין אגרת ביד נכרי ע"ש אא"כ קצץ לו דמים ופרש"י כיון דקצץ לו דמים בדידי' טרח ובמדרש רבה פ' נח פ' ל"ד מיד איש אחיו זה השוכר את אחרים להרוג את חבירו והדר אמר שופך דם האדם באדם ע"י שליח דמו ישפך והוא כפול ונתקשו בזה ולי קשה יותר דמיד איש אחיו אדרוש היינו דיני שמים ודמו ישפך היינו דיני אדם ונקט בד"ש שוכר ובד"א שליח ולפמ"ש א"ש דבדיני אדם אם משלח חייב ע"כ שליח פטור דאיך נהרוג שנים דאם השולח עיקר ההורג שליח פטור ואם השליח עיקר השולח פטור לכן אמר בד"א שליח דאזי עביד אדעתי' דמשלחו והמשלח עיקר בב"נ דיש שלד"ע כמו במעילה דיש שלד"ע שליח פטור ומשלח חייב ובד"ש נקט שוכר דאזי שליח אדעתי' דנפשי' עביד וחייב בעצמו בד"א ומשלח פטור רק חייב בד"ש וקרא דייק דתחלה נאמר מיד איש ואח"כ אדם אלא דאיש היינו אדון כמו ביומא דח"י אישי כ"ג ופרש"י אדוני והיינו כיון ששוכרו נעשה עבדו והוא אדון לו ומחמת דיד פועל כיד

בעה"ב כדאיתא פ"ק דב"מ ד"י ע"א לכן דרש מיד איש אחיו שנותן שכר לאחיו והוא איש לאחיו וידו כידו לכן חייב בד"ש ולתוס' צ"ל הא דדרש האדם באדם ע"י שליח ר' חנינא ס"ל הכי דבב"נ יש שלד"ע אבל מי שדרש תחלה לשוכר פליג וס"ל גם בב"נ אין שלד"ע רק שוכר חייב דגורם הוא משום דידו כיד בעה"ב אבל שליח לבד אפילו גורם לא חשוב וכמ"ש בנתיבות סימן קפ"ח וכן משמע בסנהדרין דף נ"ז דלא דרש האדם באדם רק להורג עובר ות"ק דלא ס"ל פריך מאי דרש באדם ולא משני לע"י שליח וכן ברמב"ם לא כתב שיתחייב ע"י שליח ועיין קצו"ח וחכ"צ סימן קל"ח ופנ"י פרק הכונס דף נ"ו מ"ש ליישב דברי תוס' אך לא ראו דברי הגמ"י פ"ו מממרים והבאתיו לקמן סימן רס"ו.

סימן לג

סעי' א' להעיד עיין שער משפט ססק"א ועמ"ש ריש סימן רנ"ג

סעי' י"א הגר"ה בסנהדרין דף ע"א ע"ב אד"ח ב"נ שבירך את השם ואח"כ נתגייר פטור הואיל ונשתנה דינו ומיתתו ת"ש ב"נ שהכה את חבירו ובא על אשת חבירו ונתגייר פטור עשה כן בישראל חייב ואמאי נימא הואיל ואישתני ובתוס' שם תימא דבהחולץ דמ"ח ע"ב מפני מה גרים מעונין בזה"ז מפני שלא קיימו זיין מצות ב"נ אלמא מיענשו ור"י פליג התם ואמר דכקטן שנולד דמי ולא מיענשו כלל והוה מלתי' דר"ח כתנאי ועו"ק דסוגיא דהכא דלא כחד דאמר עשה כן בישראל חייב ואי כר"י כקטן שנולד דמי ונראה די"ל דשמעתין בד"א והתם בד"ש ע"כ ובש"ת בית יעקב שאלה ג' כתב דלפ"ז אם עבר בגיותו דבר שחייב עליו מיתה אחר שנתגייר כיון שחייב בד"א פסול לעדות ואח"כ כתב לתרץ קושית התוס' עפ"י הגמרא דיבמות דכ"ב גרים אחים מן האם אם העידו עדותן עדות והקשו ע"ש ערוה דגר שנשא אחותו יוציא ערוה לכל מסורה עדות מסורה לב"ד פרש"י לכל מסורת הכל נושאין נשים הלכך אי שרית לקיימה אתי נמי למשרי ערוה בישראל דכ"ע לא ידעו דטעמא דגר משום דכקטן שנולד דעי עדות לב"ד מסורה וב"ד ידעו והלכך ל"ק קו' תוס' ואמאי אם עשה כן בישראל חייב הא כקטן שנולד דמי דבעריות ל"א כקש"ד דמי דאי לא עביד דינא לגוי שבא על אשת יהודי אתי למישרי נמי בישראל וגם ל"ק דר"ת כתנאי די"ל מ"ד גרים מעונים על איסור עריות שהם מכלל זיין מצות ב"נ לכן העלה עיקר להלכה דגוי שבא על א"א דישראל ונתגייר פסול לעדות משא"כ בשאר עברות עכת"ד ודבריו תמוהים חדא מ"ש הא דאם עשה כן בישראל חייב משום דעריות לכל מסורה הא קאי ג"כ על שהכה את חבירו כמבואר שם דאמר בשלמא רוצח עיי"ש ועוד וכי משום דעריות לכל מסורה נחייבי' מיתת ב"ד כ"ז רק תקנתא דרבנן להוציא מתחת

בעלה ועוד אטו שאר עבירות לאו לכל מסורין ואם נאמר כשנתגייר פטור אתי למשרי גם בישראל אע"כ דל"ש לומר משום האי גזרה לחייב מיתה גם נראת דאישתמיטתי' דברי רמ"א לקמן סימן ל"ד סכ"ב מומר שחזר בו וקבל עליו תשובה כשר מיד אעפ"י שלא עשאה עדיין עיי"ש בסמ"ע וש"ך וה"נ כשנתגייר הרי קיבל שלא לעבור גם על זיין מצות ב"נ דבכלל תרי"ג מצות הן ועוד דרוב עכו"ם שוגגים הם דאינם יודעים אם נצטוו בשבע מצות ב"נ ולא נפסל לעדות אם נוכל לומר שעבר מחמת טעות כדלקמן סימן ל"ד ס"ד וסכ"ד שו"ר בשבו"י ח"א סימן קע"ז דחה ג"כ דברי הבית יעקב.

סעי' י"ב אם נפסק הדין ז"ל עיטור אות ק' בדיני קרובים דף ל"ג והיכא דאתי בי תרי לדינא ואייתי סהדא ואשתכח דקרוב הוא ואיפסל ופסקו לדינא ובתר כמה יומי נתרחק דאי הוה מסהיד האי שעתא כשר הי' מסתברא כיון דאפסק האי דינא איפסק ולא סתר דינא דעביד אינש לאחזוקי דיבורי' עכ"ל וכתב הש"ך דאין טעם לחלק בין נפסק אלא הטעם דעביד לאחזוקי דיבורי' עיי"ש וקשה הא לא נחשדו קרובים לשקר רק גזה"כ כדלעיל סע"י א"כ ל"ש חשש דיחזיק שקרו וכן מצאתי בתומים תמה כן ועוד דבעל עיטור דף ל"א באות ק' קבלת עדות כתב היכא דאתקבל סהדותא שלא בפני בע"ד מסתברא דאי אתי ומסהדי זימנא אחריתי באפי' ואתכוין קבלינן לו וגמרינן לדינא ואי לא לא עכ"ל הרי דלא חייש לאחזוקי דיבורא ונלע"ד כיון דבא לב"ד והעיד והעלים קורבתו רק אח"כ אשתכח קרוב אתרעי דחזינן דעשה רשעה דאפילו הענין אמת אסור להעיד שיוציאו על פיו דגזה"כ דפסול וכמבואר לקמן סימן ל"ד דלא יצטרף עם רשע אף דהעדות אמת ובטו"ז סימן מ"ו הקשה למה נאמנים עדים לומר כת"י הוא זה וקרובים היינו הא משוי נפשייהו רשעים שלא הי' להם לחתום והוכיח כן ג"כ מריש סימן ל"ד ותירץ דסברי שיוודע קורבתם ולא אתי לסמוך עליהם וזה ל"ש כאן דהרי עומד לפני ב"ד ולא ידעו וגם שם תירוצו דחוק דא"כ למנ"מ חתמי וסמ"ע תירץ דחתמי רק למלוי וסברו דמלוה יחתום עוד כשרים עיי"ש עכ"פ חזינן דרשעה עשה ול"ל דגם העד לא ידע דקרוב הוא דסתם קרוב מכיר בקורבתו כמבואר לקמן בסימן ל"ו בש"ך ותומים דסתם קרוב אינו נאמן לומר לא ידעתי מהקורבה עיי"ש וע"כ כיון דעשה עולה ויצא מחזקה דאין אדם חוטא ולא לו נחשד ג"כ ששיקר ועתה יחזיק דיבורו משא"כ כשהעיד שלא בפני בע"ד הב"ד ג"כ ידעו שאינו בפני בע"ד ובזה מתורץ כל קושית שהקשו קצו"ח ונתיבות על ב"ע וש"ך.

עוד י"ל דהנה אי עבידי לאחזוקי דבורייהו חשודים לאותו עדות לשקר ופסולים לאותו עדות מעת שהעידו כשהיו קרובים אלא דאמרינן לא נחשדו לשקר אמנם במרובה דף

ע"ב מבואר דאם העידו אגנבה ואח"כ אטביחה ואתזמו אח"כ על הגנבה וטביחה דלא משלמי מטביחה דאגלאי למפרע כשהעידו אטביחה כבר היו פסולין ואין עדותן עדות ולפ"ז ה"נ אם יוזמו יתברר שכבר שקרו כשהיו קרובים ונפסלו לאותו עדות אף שנתרחקו דנוגעים לאחזוקי דבורייהו דכך לי כשנפסלו לאותו עדות או לכל העדיות ולית בהו דין הזמה ובדין מרומה ודאי צריך דו"ח ועדות שיכול להזימה כמ"ש הש"ך ס"ס זה ובפאד"מ פרש"י דין מרומה שב"ד מכירין בתובע זה שהוא רמאי א"כ הכא שהביא עד קרוב והעלים מב"ד קורבתו דסתם קרוב מכיר בקרוביו עשה רמאות בעדות זאת וכיון דהות עדות שאיל"ז פסול משא"כ בהעיד שלא בפני בע"ד דב"ד ידעו ג"כ:

אמנם לפמ"ש הריב"ש בסימן רס"ו הובא ברמ"א לעיל סימן ט"ו דגם בדין מרומה כשאמרו א"י בחקירות עדותן קיימת דא"צ דו"ח רק מה שאפשר לחקור ועיין תומים רס"ל נ"ל דלפיכך כתב בה"ע רק באיפסק הדין דהנה בב"ב דף ל"א ע"ב ס"ד דאמוראי דמשום זילותא ב"ד לא סתרינן הדין ע"י עדים שהביא אח"כ וכן ס"ל לחד תנא שם בשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת דאם באו עדים לאחר שניסת לא תצא משום זילותא דב"ד ומסיק שם דתליא באשלי רברבי וא"כ י"ל נהי דמסיק דל"ח לזילותא דב"ד היינו דמה"ט אין מעבירין על ד"ת אף בשוא"ת דאינו גנאי גדול אבל מ"מ ודאי גנאי קטן הוא ומבואר במג"א סימן י"ג סק"ח דאיסור דרבנן דחינן בשוא"ת גם משום גנאי קטן ועיי"ש וצ"ל לפ"ז מה דס"ד בב"ב שם להוכיח מדר' מנחם בר"י דחוששין לזילותא דב"ד ולא דחי דבדר"מ בר"י מן התורה לא תצא אף שבאו קודם שנשאת עיי"ש בתוס' רק מדרבנן תצא לכן משום זילותא דאינן איסור דרבנן משא"כ בזה אומר של אבותי דהוי גזל מן התורה לא דחינן משום זילותא י"ל כיון דתצא משום ספק איסור א"א שהוא מן התורה חשוב כאיסור תורה וכמ"ש או"ה הובא בש"ך בכללי ס"ס ועכ"פ כיון דאיסור דרבנן נדחה משום גנאי קטן דגדול כבוד הבריות ח"נ בממון באופן דמן התורה אין לו רק מתק"ח במקום זילותא לא תקנו וכיון דכאן הוי עדות שאואיל"ז ול"מ העדות רק מתח"ח לכן משום זילותא דב"ד נדחה התקנה דרבנן ולא סתרינן דינא ואף דא"א לדמותו ממש לכבוד הבריות דאם כן בממון גם בגנאי קטן רשאי בשוא"ת כדמוכח בשבועות העדות דף למ"ד ע"ב ובתוס' שם בד"ה אבל לחד תירוצא מ"מ סברא הוא נהי דלא חיישינן לזילותא דב"ד היכא דזוכה מד"ת מ"מ היכא דלפי ד"ת אין לו זכות רק במקום אחר תק"ח והפקר ב"ד במקום זילותא דב"ד לא תקנו וא"צ הב"ד לעשות הפקר ב"ד כיון דיש חשש זילותא אוקמי' אד"ת ומה שהקשה התומים הא כ"ז שמביא ראי' סותר הדין לק"מ לפמ"ש דשם הראי' שמביא כשר לפי ד"ת וגם אותו ראי' לא הי' לפני ב"ד עדיין משא"כ

כאן דכבר העיד ולא קבלו עדותו ועתה יקבלו ומה דאסקינן דלזילותא לא חיישינן אף דבממון א"צ להעיד משום זילותא אף דאם הי' מעיד היה זוכה לפי ד"ת צ"ל משום דבת"ח ודאי גנאי הוא משא"כ כאן הוא רק חשש שמא ילגלגו על הב"ד לומר שטעו תחלה כמו שפירשב"ם שם ועיין סנהדרין דף חית דחכמים ס"ל דחוששין ללעז ופירש נ"י שם שאם יבאו עדים אח"כ ויסתרו מה שפסקו תחלה יוציאו לעז על הב"ד שלא ידעו שבאו עדים אח"כ עיי"ש והובא בברכ"י לעיל סימן ח"י צ"ל דשם לכתחלה כל מה דאפשר לתקוני יש לתקן משא"כ בהך דב"ב דא"א לתקן עתה אם לא שנפסיד לבע"ד לכבוש זכותו וא"כ י"ל תינח כשיש לו זכות לפי ד"ת משא"כ כאן דלפי ד"ת ל"ח גם עתה עדות כיון דהוה עדות שאי אילה"ז רק משום נע"ד תקנו שיועיל עדות כזה וכאן ל"ש חשש נע"ד דלא שכיח שיהא עד תחלה ואח"כ נפסל ויבא לב"ד ויעיד ואח"כ נכשר ולא אתי לנעול דלת משום זה ומפרט דאיהו אפסיד אנפשי' שהביאו להעיד בקורבתו רק משום לא פלוג אין לחלק בין שכיח לל"ש וכמ"ש תוס' בפ"ק דשבת דף י"ד ע"ב בד"ה כיון ותינח אם אין צורך וטעם לתקן להיפך י"ל ל"פ משא"כ בזה דיש חשש זילותא דב"ד וה"ט לא שייך במקום אחר וכה"ג כתב הלח"מ פ"ג מהלכות יו"ט הובא ביד מלאכי סימן ש"ס דאם אסרו בשלא לצורך ל"ל ל"פ לאסור כשהוא לצורך דשני ענינים הם.

סעי' י"ד הקרובים לו ורחוקים מבניו כתב בפ"ת לכאורה י"ל דאם היו חתימות עדים שעל הצוואה קדמי לחתימות עצמו לכ"ע כשר כיון דבשעה שנמסר להם העדות קיבלם עליו ככשרים ואחר שמת לא יכלו היורשים לומר אין אנו מאמינים להם דהא עתה להם הם כשרים וצ"ע עיי"ש ולע"ד דהא מבואר בסמ"ע דילפינן תחלתו וסופו בכשרות מדכתיב והוא עד או ראה דצריך שיהא כשר בשעת ראי' ואיתא בירושלמי פרק שבועת העדות ה"א ע"א בשאמרו לו הרי את מקובל עלינו כשני עדים יכול חייב ת"ל והוא עד או ראה את שכשר להעיד עדות תורה יצא אחד שאינו כשר להעיד עיי"ש ממילא או ראה מיירי בעד כשר מצד עצמו אבל בפסול מעצמו אף דקבלו הוא חייב בעצמו אבל על בניו דל"מ הקבלה שם פסול על העד בתחלתו.

לענין שטח"ז על סך מסוים כנהוג כתב נה"מ דאינו נוגע רק ליורשים דא"י לתבוע בחייו ובמאזנים למשפט כתב דנוגע לו דלא ילוו לו כיון דכבר נשתעבדו נכסיו עיי"ש ואישתמיט לי' מ"ש סמ"ע בסימן רפ"א ס"ק י"ד ולי נראה דלמ"ד טוה"נ ממון הוי חוב לו דבתו תתן לו איזה סך כדי ליתן לה שטח"ז גם אסור להערים ליתן לבניו ולאחרים להפקיע מבתו כמ"ש בא"ע ס"ס ק"ח ולא ניחא לו שיאמרו עליו דעבד איסורא ולא יוכל להפק רצונו ליתן הכל לבניו ועיין לקמן סימן ל"ז ס"ט.

סעי' י"ז שקרובים זל"ז בפ"ת הביא מתשובת רע"ק וחת"ס שנסתפקו בקרובים זל"ז בקורבה דאישות וראו ערוה ואח"כ נתרחקו אי הוי תחלתו בפסול כיון דבעת ראי' הי' עכ"פ ע"א כשר דכ"א יכול להעיד בפ"ע ובהג"א כתב דחשוב תחלתו בפסול עיי"ש ומירושלמי הנ"ל יש ללמוד כהג"א דדרש והוא עד שיהא שנים דוקא זה כשר להעיד וא"כ ילפינן והוא עד או ראה שיהי' שנים בשעת ראי' ובריטב"א פ"ד דשבועות דף ל"ג ע"א כתב ז"ל כגון שהיתה שני' בשעת כפירה ראשונה קרובים בנשותיהן וכו' דוקא בקנו בשעת כפירה ראשונה לומר דבעת ראיית העדות רחוקים וכשרים היו דאי בשעת ראי' היו קרובין כי נתרחקו מה הוי הא תחלתן בפסלות וכו' ואח"כ מסיק דלשון הגמרא משמע כפרש"י דהעדים בשעת כפירה קרובים זל"ז עיי"ש הרי ס"ל כהג"א ומוכח לה מדקאמר הש"ס בשעת כפירה לדייק דבשעת ראי' רחוקים היו.

קרובים לדיינים בנו"ב סימן ע"ב העלה דבממון ל"צ עדות שאילה"ז מן התורה מדאמר בסנהדרין דף למ"ד שומעין דבריו של זה היום וכשיבא חברו למחר שומעין דבריו אבע"א סברא אבע"א קרא והראשון אינו מתחייב בהזמה דמ"ל לא ידענא שיבא עוד אחד לאצטרופי רק לחייבו שבועה באתי עיי"ש ולי לא מכרעא דאם רק לשבועה בא למה אמר שיודע כל השבע חקירות דהא דא"י בחקירות בטל העדות משום דא"א לקיים כאשר זמם כדאיתא ר"פ היו בודקין וכשמחייב רק שבועה בלא"ה א"א לקיים כאשר זמם והנו"ב בעצמו כתב שם דאינו בהזמה כלל אפילו ללקות דלא הרשיעו כלום בעדותו והיכא דא"א לקיים כאשר זמם אפילו אמר על החקירות א"י לא בטלה עדותו עיי"ש וכשהוזם חזינן דשקר העיד ולמה לו לשקר יותר מהצריך לחיוב שבועה לומר באיזה מקום ובאיזה שעה אלא ודאי זמם לחייב ממון כשלא יוכל הבע"ד לישבע או להצטרף עוד עם ע"א ואף דאפשר לא ימצא עוד ע"א מ"מ על מחשבתו חייב וכמ"ש המגדול עוז פכ"א מה"ע ה"ד וכבר אמרו חכז"ל למוד לשונך לומר א"י שמא תתבדה ותאחז וכ"ש בזה דשיקר הי' לו לחוש שלא יתפס בשקרו ע"י החקירות ועוד דל"ד להך דעדי נערה מאורסה דכאן מעיד שחייב ממון וגם ודאי לאו כדי להשביעו מעיד דמה הנאה לו בזה ואדרבה העונש על המשביעו רק הבע"ד מביאו כדי לחייבו ממון וכן עד"ז מעיד העד וא"כ כשבא עי"כ לחיוב ממון ישנו בהזמה ואי"ל לחייב שבועה לבד באתי עוד הביא ראי' דהרי אפילו דו"ח בממון ילפינן ממשפט אחד וע"כ שיכול להזימה ג"כ ממשפט אחד יליף דבלא דו"ח לא משכחת הזמה ובתוס' מכות ד"ו ע"ב בד"ה בד"נ הקשו נילף ממון דפסול עדות מיוחדת מד"נ דכתוב משפט אחד ותירצו דע"כ לאו בממון קאי תאי קרא דפסל עדות מיוחדת דע"א מועיל לממון דלשבועה מיהא איתא עכ"ל וא"כ כיון דעד

המחייב שבועה כשהוזם אין בו תורת הזמה כלל דלא הרשיע כלל וע"כ עדות שאאילה"ז מועיל לשבועה וא"כ ע"כ הך דמשפט אחד לא קאי אממון לענין עדות שאילה"ז כיון דע"א מועיל עיי"ש ולע"ד ג"כ אינו ראי' דתוס' שפיר כתבו לענין עדות מיוחדת דע"א מועיל לממון דלשבועה מיהא איתי' וכשאי"ל משלם אבל לענין יכול להזימה נימא משפט אחד כשמחייב ממון כיון דרצה להרשיע ושייך הזמה צריך יוכל להזימו ואי כשמחייב רק שבועה ע"כ לא יוכל להזימו שם א"צ כיון דאינו מחייב כלום את הבע"ד כיון דיודע האמת בעצמו ישבע והיכא דע"א מועיל לממון ע"י דאיתא לשבועה כשאינו יכול לישבע נימא משפט אחד דבצריך יכול להזימה כיון דמרשיע את הבע"ד בעל כרחו כמו בד"נ ומשכחת יוכל להזימה בממון לעולם גם בע"א.

ובנו"ב שם בהג"ה הקשה על הש"ך דכתב דלדעת נ"י בעינן בד"מ עדות שאילה"ז והא בפחז"ה עלה דמתניתין היו שנים מעידין בראשונה וכו' והן עדות אחד להזמה הקשה הנ"י היכי מיירי אם קודם שנגמר הדין אין משלמין ולאח"כ כבר מוחזק בקרקע והוי כאשר עשה ותירץ הרישב"א דמיירי שאינו באותו שדה והרי איתא בפחז"ה דכ"ט מה בעית בההוא ביתא וכיון דכבר דר הוי כאשר עשה ואילה"ז עיי"ש ול"ת כיון מה דצריך יכול להזימה ילפינן מדכתוב ועשיתם לו כאשר זמם וכיון דדרשינן ולא כאשר עשה א"כ כשתחלת העדות הוא כשיגמר הדין לא מחוסר מעשה והוי כאשר עשה לא קאי הקרא על זה כלל דלא זמם רק עשה כמו דעונש דהזמה לא חייבה תורה רק כשזמם ולא עשה כן יוכל להזימה לא הצריכה תורה בזה וכמ"ש תוס' כה"ג בפ"ק דמכות ריש המסכת ד"ת מעידין הובא בנו"ב שם וז"ל ריטב"א ריש מכות הובא בב"מ סימן תכ"ז דגבי עדים זוממין תרי דיני כתיבי חד ועשיתם לו כאשר זמם ולא מעטי' קרא מהזמה בעינן עדות שאתה יכול להזימה אבל בכל מה דלא שייכה הזמה דמעטינהו קרא מיני' כי היכי דמתניתין וכל דכותייהו לית לן למבעי בהו עדות שאתה יכול להזימה דהא חיובא דידהו מוהצדיקו את הצדיק ולא מכאשר זמם וזה טעם נכון מאד עכ"ל.

סימן לד

סעי' ה' שוגג כתב בנתיבות בשאר עבירות פשוט דא"נ לומר שוגג דרמיא עליו למידק בשעת מעשה דבאיסור בדיל מיי"ש ולעד"נ להיפוך וראי' מכריתות די"ב א"ל אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי ר"מ מחייב וחכמים פוטרים דמה אם ירצה לומר מזיד ואיך מחייב ר"מ דל הכחשתו סתמא נמי מזיד הי' ולרבנן לצ"ל מזיד הייתי דאפילו עומד בדיבורו לא אכלתי אנן נימא נהי דעדים נאמנים שאכל מסתמא ל"ה שוגג ותוס' הקשו שם דאאמע"ר

ומה קושיא דל אמירתו ופטור מקרבן ול"ל אכלת חלב שוגג מעידים כדפרש"י בפ"ק דב"מ דא"כ הוי מגו נגד עדים וכמ"ש תוס' שם וע"כ דאינם יודעים רק סתמא תלינן דשוגג **סעי' ז'** החולק עם הגנב אינו נפסל בתומים תמה הא לא גרע מכופר בפקדון ולע"ד כיון דסתם גנבה יאוש בעלים א"כ יש יאוש וש"ר ואף דידע דגנב וחייב דמי כיון דקונה גוף החפץ ל"ד לפקדון רק לכופר במלוה די"ל אשתמוטי ומ"ש סתומים דבריב"ש איתא שהי' מוכרח להחזיר מה שגנב עפ"י ב"ד ליתא בריב"ש רק שהכריחו בדין להחזירה וכונתו בדא"ה וכן משמע שם בגביית העדות שבחצר איה נידון וא"כ י"ל דכיון דה"פ ס"ל דגם דמים א"צ לשלם כמבואר בשנ"ג לכן לא ביטל עדותו על הקידושין ואף דחייב משום דד"מ כמבואר לקמן סימן שנ"ו ס"ז ובש"ך שם סק"י מ"מ י"ל דמה"ט אינו נפסל עכ"פ מן התורה דלא עדיף מגזל דרבנן וכ"ש לפמ"ש ש"ך שם דאינו רק משום שכך תקנו ובחדושי רשב"א פ"ק דגיטין דף יו"ד כתב לענין שטר מכר הנעשה בערכאות דאמר שמואל טעמא משום דדמ"ד היינו שאין המוכר יכול לחזור בו שכבר הופקעה ממנו השדה בדינא דמלכותא וכשיחזיק בה הלה יזכה ולא בשטר עצמו אי כמי בשטר עצמו וכמו סתומתא באתרא דנהיגי למקני ודד"מ נמי כמנהגא הוי עכ"ל וא"כ לפי מ"ש דדד"מ עושה רק הפקר ולא קנין לשני ממילא ה"נ אין לפסול זה על שלא החזיר מעצמו ולאידך פירושא דהוי כסתומתא דעת כ"פ דסתומתא גופא רק כקנין דרבנן ולא חשוב גזל תורה ומשום פסול עדות דרבנן אין לבטל הקידושין כמבואר בא"ע סימן מ"ב אמנם הרמ"א דסתם דלא נפסל משמע גם מדרבנן צ"ל אף דחייב להחזיר משום דד"מ מ"מ לא הוי כגזל וכמ"ש הרשב"א דדד"מ אינו עושה קנין רק אפקעתא וכן מסיק להלכה עליות דר"י שבאס"ז בפחז"ה דף נ"ד ב'.

סעי' ח' עד זומם בשע"מ סק"ו כתב עדים שהעידו בב"ד ואח"כ העידו בחילוף דבריהם אף דלא מהימנו מכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד מ"מ נפסלין לעדות מכאן ולהבא בממ"נ פ"א העידו שקר וראי' מסגו"ר שבסמ"ע סימן כ"ט סק"ד דהעידו בב"ד וחזרו והעידו בחילוף מלקין אותם והקשה מהא דלקמן סימן מ"ו סל"ז דע"ח שאמרו כת"י ואנוסים מחמת ממון היינו אינם נאמנים דאמע"ר והשטר כשר וע"כ מיירי שאמרו הכל תכ"ד א"כ לא ליהמנו מה שאמרו כת"י וכמו במרובה ע"ג בשנים מעידין אותו שגנב וטבח והוזמו על הטביחה דעדות הגנבה נמי בטל עיי"ש וזה יש לדחות דשא"ה דבגנבה וטביחה לחייב איש אחד באו או לזכות איש אחד וכיון דחזינן דבחנם רצו לחייבו אטביחה לא מהימנו נמי אגנבה משא"כ כת"י טובת מלוה ואנוסים מחמת ממון טובת לוה וכבר כתבתי לחלק כן בסימן ל"א ועתה מצאתי בפ"ת כאן מהגאון רע"ק

שהביא מאס"ז ב"ק שם דדוקא בב' עדיות לתובע ונתבע אחד אבל בשני עדיות לתרי גברי בתכ"ד והוזמו אשני' עדות שמקודם קיים עיי"ש ונ"ל הטעם כמ"ש וע"כ אף במלוה ולוה אחד בכה"ג לא נתבטל עדות ראשון אמנם דעת רמב"ן וריטב"א שהבאתי לעיל סימן ל"א מוכח דגם בכה"ג בטל כל העדות וכמ"ש שם ובעיקר הדין נ"ל כיון דאין תועלת בעדות השני' ואינן ראוין לחזור ולהעיד בחילוף פטומי מילי בעלמא ננהו ואין נפסלין אף ששקרו וכאמרו שקר בשוק דמי וכמו עד זומם דנתגלה למפרע דבשעה שהעיד פסול הי' אינו חייב כדמוכח במרובה שם ה"נ ל"ח עדות כלל וכן מבואר בנתיבות סימן ל"ג דלא חשוב איסור והך דהגמ"ר לאו מלקות דאורייתא ואפשר אפילו מדרבנן אינם רק הוראות הגאונים ועכ"פ כיון דאינו מן התורה ולא נתברר דמשום חימוד מעון הוא אין לפוסלן ונראה הא דמלקין אותם על שהעיזו לומר ששקר העידו וכמבואר בברכ"י ס"ק ל"ג מכמה ראשונים כה"ג ומקורו מע"ק דכתובות דף יו"ד עיי"ש ועיין בגאון צבי סימן ל"ו בד"ה בא"ד ומוכח שכתב נמי דאם אין נגמר הדין על פיהם ליכא מלקות משום לא תענה אף שרצו לחייב שוב מצאתי כדברי בתומים בכללי מגו סס"ק נ"ב.

סעי' ט' שאפשר שכתבוהו ואחרוהו ז"ל הרז"ה בספר המאור בפ"ב דכתובות ומתורת הזמה נפקא לן שלא יהיו העדים קרובים לדיינין כשם שאין העדים כשרים כשהם קרובים זל"ז כדאמר בירושלמי הגע עצמך שאם הוזמו לא מפיהם הם נהרגין ואף אנו יכולין לומר כן בעדי קיום שאם הוזמו משלמין אלו עפ"י אלו אבל אם הם קרובין לעדי השטר כשרים שלא תתכן הזמה לעולם בעידי השטר שי"ל אחרוהו ועוד אין דומה לעולם לשלם ממון אלא בעדות ע"פ עכ"ל וכתב הר"ן משמע דס"ל ז"ל אפילו כתוב בשטר שבזמנו כתבוהו משום דהמה חידוש הוא תה שלא כדברי הרי"ף ז"ל שכתב בב"ק גבי עד זומם דבשטר נמי איכא הזמה כל שכתוב בו שנכתב בזמנו עכ"ל וברי"ף שם ליתא רק ז"ל דלא קיימא הזמה אסהדי דשטרי אלא עד דאמרי בב"ד בעידן סהדותיהו שטרא דנא בזמניה כתבנוהו ולא איחרנוהו והב"ח כתב כאן דגם הרז"ה לא קאמר רק לענין עונש העדים אבל לענין פסלות העדים מודה הרז"ה דפסולים ובתומים צווח דא"כ הדיינים לא יקבלו הזמה לפסול הקרובים שלהם לעדות ולשבועה וגם מ"ש עונש ממון מפסול העדות עיי"ש אמנם לשון הרז"ה לשלם ממון משמע כב"ח ולע"ד טעמא לפי המבואר בפרק אלו נערות דל"ו ע"ב שטרא ריעא לא מגבינן בי' דאתו בי תרי ואמרו לדידהו א"ל זייפו לי כיון דמהדר אזיופא אימר זייף וכתב פרש"י הוא עצמו למד לכוין כתב הדומה לכתב ידי העדים שחתם בו ומבואר בחו"מ סימן ס"ג דאפילו ע"ח עצמן שאמרו דמכירין חתימתן ל"מ שמא זייף כל כך עד שגם להם נראה שהוא חתימתן וכההוא דב"ב דף

קס"ז ע"א וא"כ כשהוזמו עידי חתימה חזינן דמוציא השטר הדר אזיופא ועשה אפילו נאמר דעדים עצמן חתמו שקר מ"מ מאין בא שטר זה למלוה זה רק ע"י העדים וכמ"ש הר"ן בס"פ המגרש והרי לוה לא נתנו לו כיון דשקר הוא רק העדים נתנוהו לו א"כ ע"כ הדר אזיופא וא"כ י"ל דמלוה עצמו זייף וחתם העדים ולמה נרשיע העדים בחנם ועיין תוס' פ"ק דב"מ דף י"ג ע"ב ד"ה הא קאמר דאם נפל השטר ולוה טוען להד"ם ל"מ קיום אפילו מע"ח עצמן דמחמת ריעותא דנפילה חיישינן דזייף כ"כ עד שהעדים עצמן טוענים שזה חת"י וא"כ כשהוזמו הע"ח אין לך ריעותא גדולה יותר ואיך נחייב הע"ח הא י"ל דמלוה זייף חתימתן עד שנראה לכל שחתימתן הוא ולפ"ז ל"מ אפילו כתב בשטר שבזמנו נכתב רק כשהעידו הע"ח שבזמנו כתבוהו הרי זוכרים הענין שחתמו דאם טעו וסברו שזה חתימתן הול"ל חתימות ידינו הוא ואין אנו זוכרים מגוף המעשה אם חתמנו כלל ואפילו כתוב בשטר שבזמנו נכתב ועתה מעידין בע"פ שזוכרים שחתמו על שטר זה י"ל דל"מ לענין לענוש העדים די"ל שזייף חתימתן עד שנראה להם שזה חתימתן והם על שטר אחר חתמו שלא הי' בזמן זה וכמ"ש הש"ך כה"ג בסימן ס"ג סק"ג לכן דוקא כשאומרים שבזמן הכתוב בשטר זה כתבו השטר אזי תחול הזמה עליהם ואפשר שלכונה זאת האריך הרי"ף ז"ל דצ"ל בזמני' כתבנוהו ולא איחרנוהו וכתבנוהו דלכאורה סגי שיאמרו לא אחרנוהו וכתבנוהו דכולל בין מה שפרש"י בר"פ אד"מ דחיישינן שמא אחרוהו וכתבוהו היינו דקנו מידו במקום הכתוב בשטר קודם ניסן ונתאחרו מלכתבו עד אחד בניסן ובין פירש תוס' שנכתב באדר רק אחרו הזמן וכתבו אחד בניסן ואם ס"ל דלשון זה אינו סובל רק חד פירש של רש"י או של תוס' אכתי סגי לומר לא אחרנוהו לתקן חשש שמא אחרוהו שאמרו בגמרא ולפמ"ש א"ש דאם יאמרו רק לא אחרנוהו וכתבנוהו י"ל טועין שזה חתימתן ובאמת שטר אחר חתמו למלוה זה בזמן אחר ולא אחרו אותו ושטר זה מזויף עכצ"ל בזמנו כתבנוהו ר"ל שזמן הנכתב בו באחד בניסן זוכרים שכתבו השטר באחד בניסן אלא דמ"מ שמא הי' הקנין באדר ונתאחרו מלכתבו עד אחד בניסן עכצ"ל נמי ולא אחרנוהו.

נמצא לא תחול הזמה רק על מה שהעידו ע"פ שזוכרים שביום הנכתב בו כתבוהו אבל כשאין מעידים כלל ע"פ לא תחול הזמה ויכולין הדיינין להיות קרובים לעידי השטר אמנם נהי דיש חשש שזייף כל כך עד שנדמה לחתימות העדים חשש בעלמא הוא דלא למגבי בי' ואינו רק ספק לחוש על צד המיעוט דרחוק שיזדמן שיכוין החתימות כל כך דהרי בעלמא סמכינן אקיום להוציא ממון ולא חיישינין להכי ומן התורה א"צ קיום כלל דחזקה לא חציף אינש לזייף חתימות העדים דמרתת שיכירו שאין זה חתימתן ויותר מזה

הובא בש"ך לקמן סימן מ"ו סק"ט מהירושלמי דאפילו ע"ח עצמן אומרים לא חתמנו ואין כת"י יוצא ממקום אחר אין נאמנין מדאורייתא הרי דאלים מן התורה כל כך החזקה דלא חציף לזייף חתימות עדים וא"כ אף דמהדר אזיופא שביקש מעדים שיכתבו לו שטר בזה לא מרתת שבאמת חתימתם הוא אבל מ"מ מרתת לצייר בעצמו החתימות דאפשר שיכירו הזיוף וא"כ ע"כ רק חשש בעלמא שלא להוציא ממון וגם בהך דסימן ס"ג דעת כ"פ אי תפיס מלוה לא מפקינן וכמ"ש בתומים שם ואפילו לסמ"ע שם י"ל דוקא תפיסה שהוא שלא ברשות ל"מ להוציא מחמ"ק וה"נ אם הוזמו עידי השטר אין לחייבן ממון לשלם די"ל מוציא השטר זייף בעצמו כמו בהך דהדר אזיופא דלא מוציאין ממון מה"ט וכן לפסלן לשבועה א"א דא"כ כשא"י לישבע ישלם ולהוציא א"א אבל פסולין להעיד לאחרים להוציא ממון בעדותם דודאי אתרע חזקת כשרותם כיון דמן התורה לא חיישינן כלל דבעל השטר זייף וגם עכשיו הוא רק חשש על צד המיעוט וע"כ דייק הרז"ה ז"ל אין הזמה לעולם לשלם ממון אבל מועיל הזמה לפסלן לעדות שלא להוציא ממון בעדותם אלא בזה דאין פסידא לעדים דבלא"ה נוטל שכר להעיד עדותן בטלה ובחנם אין להם הפסד לכן יכולין הדיינין להיות קרובים להם דל"ל בזה לא יומתו אבות על בנים דאין מפסידין על פיהם וכמ"ש ריב"א הובא בב"י לעיל סימן כ"ח סעיף כף בהא דאמרינן בכתובות דף כף בהזמה שלא בפני עדים דהכחשה מיהא הוי שאינה חובת העדים אלא חובת בעל דין דלא מגבינין לו בעדותן וכ"כ הש"ך ס"ס ל"ח עמ"ש שם.

ולשון הרמב"ם כלשון המחבר כאן רק לא נכתב ולא אחרנוהו כי הוא כפל לשון כיון דס"ל דחשש אחרוהו שכתבו באדר ואחרו הזמן וכתבו ניסן וס"ל דברי"ף נמי לאו דוקא הוא רק לבאר כוונת בזמנו כתבנוהו ולא ס"ל דבזמנו כתבנוהו היא מחמת מ"ש דיש לחוש שכתבו שטר אחר בזמן אחר וזה מזויף דס"ל דבלשון זה עדיין לא יצאנו מחשש זה אם אין אומרים כת"י הוא אלא מקוים מאחרים די"ל דיודעים דמעולם לא כתבו שטר לפלוני בשינוי הזמן וכיון שאחרים מקיימים ואומרים דמכירים בהחתימות וכסבורים שזה שטר שחתמוהו אומרים בזמנו כתבנוהו לכן כתב הרמב"ם שהעידו בב"ד שזה כת"י שמכירין חתימותן ואזיל לשיטתו בסוף ה"ט דגם בהעידו עליו שמהדר אחר זיוף מ"מ אם ע"ח עצמן מעידין על כת"י מהני ול"ח שצייר כל כך שיטעו העדים מעצמן עיי"ש כ"מ ונ"ל דיצא לו זה מל' הרי"ף שכתב דלא קיימא הזמה אסהדי דשטרא אלא עד דאמרו בב"ד בעידן סהדותייהו שטרא דנן בזמני' כתבנוהו ומה כונתו בעידן סהדותייהו דמשמע שהוא עדות זולת מה שאומרים בזמנו כתבנוהו וע"כ הכונה שמעידין שזה כת"י ונתיישב קושית התומים למה הוצרך הרמב"ם שיעידו שזה כת"י ומה שתירץ דס"ל

דליכא הזמה רק בעדות ע"פ לכן דוקא כשאומרים כת"י הוא דאמנה שבשטר מעידים עיי"ש יט להשיב דהרמב"ם בפ"ו מה"ע הצריך שיאמרו כת"י הוא ואני עד בדבר זה וכתב שם הלח"ם דצ"ל ואני עד כלומר שזוכר העדות וב"כ הסמ"ע וש"ך לקמן סימן מ"ו ואם אמרינן מסתמא כיון שמכירין כת"י זוכרין נמי גוף העדות א"כ סגי במה שמעידין דבזמנו כתבנוהו כיון שזוכרין שכתבוהו ובזמנו הוא כ"ש שזוכרין גוף הלואה ועוד הא יכול להתחייב אף שאינו חייב וכיון שאומרים שבזמנו כתבוהו הרי זוכרים שכתבו השטר ומה ל"ל כת"י הוא ובמ"ש א"ש ולפ"ז א"ש נמי למה לא כתבו הרמב"ם תחלה אין עדי השטר נעשים זוממים עד שיאמרו זה כא"י ובזמנו כתבנוהו אלא משום דאפשר בלאו כת"י יזומו כשעדים אחרים יעידו שחתמו על השטר דתו לא ניחוש שבעל השטר זייף בעצמו ואפילו הע"ח יכחישום ל"ה כתרי ותרי כיון דהוי כחוזרים ומגידים דעדות שבשטר כנחקרה עדותן ומן התורה לא מהימנו כלל לומר לא חתמנו ואפילו מדרבנן כשנתקיים ממקום אחר וכמ"ש במהרי"ק שורש ע"ד לכן לא כתב הרמב"ם שיעידו שזה כת"י רק אחר שכתב דאין עדים שראו עדותן משא"כ בזמנו כתבנוהו עכצ"ל דע"ח עצמם יאמרו שאם אחרים יאמרו כן יכולים הע"ח להכחישם ויהיו תרי ותרי כיון דעל זה לא הוי כנחקרה עדותם וכחוזרים ומגידים דרשאים לאחרו ועדיין לא העידו על שנכתב בזמנו וכיון דאפילו לפסלן מכאן ולהבא לכתחלה לא פסלינן להו רק כשאמרו כת"י הוא אצ"ל כשבאנו לפסלן למפרע ע"י עדים שראו השטר בחתימות ידם ביום פלוני דהוא דוקא כשאמרו אח"כ הע"ח שזה כת"י לכן לא כתב הרמב"ם גבי עדים שראו זה השטר וחת"י ביום פלוני דנפסלין למפרע דוקא כשאמרו הע"ח אח"כ כת"י הוא נמצא דלהרז"ה אין הזמה לעולם לשלם רק בעדות ע"פ ואפילו כתב בשטר בזמנו נכתב ואם אמרו הע"ח בזמנו נכתב י"ל דנכלל בעדות בע"פ דהרי ניזמין על מה שהעידו עתה ע"פ ואפשר אפילו כה"ג ואפילו אמרו כת"י הוא להרמ"ה ור"ן שבהג"ה ס"א בסימן ס"ג דל"מ הכרת החתימה ה"נ ל"מ אלא דכ"ז להוציא ממון מהעדים וכמ"ש ולרמב"ם כשאומרים כת"י הוא ובזמנו כתבנוהו יש בהן הזמה לגמרי אבל כשלא אמרו כן אפילו לפוסלן לעדות מכאן ולהבא א"א וכן נוטין דברי הרי"ף והמחבר כאן שו"ר בתומים סימן מ"ו סק"ו כתב ג"כ דאם הע"ח אומרים לא חתמנו ושנים אחרים אומרים דזה כת"י של הע"ח דלא הוי כתרי ותרי דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכ"כ הקצו"ח סוף סק"י ונתיבות כתב בסק"ז דדברי התומים תמוהין ותלי"ת הראתי לעיל דברי המהרי"ק שבשורש ע"ד ושרשו מהר"ש סוף מסכת שבועות כתב בפירש דעדות שבשטר כנחקרה עדותן אפילו מדרבנן אם כת"י יוצא ממקום אחר ולא מהימני לומר לא חתמנו דכיון שהגידו שוב

אינם חוזרים ומגידים ול"ל שאני כשכת"י יוצא ממ"א דנראה לכל העולם שזהו חתימתן כמ"ש תוס' ביבמות הובא לקמן בש"ך סימן מ"ו ס"ק ס"ו ובנתיבות בסק"ז דא"כ לא הי' צ"ל הטעם כיון שהגיד ועוד בשלמא בהכחשת הכרה בטב"ע י"ל דבר הניכר לכל העולם עדיף מתרי אבל כשאומרים לא חתמנו אינו מצד הכרה רק יודעים שלא חתמו וזה עדיף מטב"ע דאפשר זייף וצייר כל כך עד שנראה לכל שזה חתימתו כההיא דרבא בפג"פ דף קס"ז גם ל"ל דכל עד אינו מעיד רק על עצמו שלא חתם וכיון דכת"י יוצא ממ"א הוי כתרי לגבי חד דא"כ ג"כ אצ"ל הטעם כיון שהגיד אע"כ אלים חזקה דלא זייף להיות כנחקרה עדותן דשוב אינו חוזר ומגיד לומר לא חתמנו כל זמן דלא הועד על בעל השטר שחזר אחר זיוף.

סעי' כ"ב והמומרים בא"ע סימן מ"ב ס"ה מבואר אם המיר סעי' כ"ב מכח אונס לא נפסל אע"ג דעברו על מצות קידוש השם ובתומים בסימן ל"ה סק"ה הניח בצ"ע מחמת מ"ש הרשב"א בתשובה אלף רל"ז דאומר אני באתי על אשת פלוני ל"ל פ"ד ונתבטלה עדותו לגמרי דא"א להתקשות רק מרצון ואם אמרו לו התקשה וא"ל קטלינא לך מ"מ חייב ליהרג ולא יעבור ואם עבר רשע הוא עיי"ש הרי דגם כה"ג נפסל וכ"כ התומים בסימן זה ס"ק כ"ג ולע"ד ל"ל הכי דבריב"ש סימן קע"א משמע דלרשב"א ג"כ לא נפסל עיי"ש אלא דהעיקר נ"ל דהרשב"א ס"ל דאינו משים עצמו רשע אפילו במידי דלא נפסל כיון דמ"מ לא הו"ל לעשות ומ"ה דברשב"א בכתובות דף י"ט מבואר דאפילו במדת חסידות אאמע"ר שאינו חסיד רק כיון דאלו אתי לקמן מורים להם שאל יהרגו אינה רשעים אם חתמו ול"ל אין אדם מע"ר ובזה נדחה נמי השגת הנוב"י א"ע בסימן ע"ב על הרשב"א דהוכיח דבאמר אני זניתי עם אשתך ל"ל פ"ד מדלא נקט הגמרא רבעהי את פלוני ותמה הנו"ב הא מוכרח למנקט כן משום דרב יוסף דאמר פלוני רבעני לאונסי נאמן לרצוני א"נ דרשע הוא ואין רשע עד וברבעתי א"א להמציא לאונסי דאין קישוי אלא לדעת ולק"מ דמשכחה שרבע את פלוני דא"ל התקשה וא"ל קטלין לך כמ"ש הרשב"א וא"כ אינו פסול לעדות ורב יוסף ס"ל דמשים עצמו רשע והרשב"א לדידן קאמר דקי"ל דאאמע"ר אזי אינו נאמן על עצמו לומר שהתקשה לזנות מחמה אונס הריגה ולפ"ז מוכח דהרשב"א ס"ל היכא דלא פלגינן דיבורו אמרינן דאאמע"ר ונתבטל כל העדות אף דלא נפסל מחמת רשעתו דלא כהנו"ב דס"ל שם בדעת הרשב"א דאם לא ס"ד מתוך דנאמן על חבירו נאמן על עצמו ואם לא נעשה פסול נשאר העדות דהרי קמן אף דאומר זניתי עם פלונית מחמת אונס הריגה בטל כל העדות אף דלא נפסל והנו"ב ג"כ אזיל כסברת התומים דרשב"א ס"ל דאנוסים פסולין מדכתב דאינו משים עצמו רשע ואינו ואלו ראו

דברי רשב"א בכתובות לא היו כותבין כן ומדברי ר"ן ספ"ב דקידושין שבהג"ה לקמן סימן קפ"ג ס"ב נמי מוכח דאפילו ברמאות שאינו נפסל על ידו אינו נאמן להשים עצמו רשע שו"ר בקצו"ח בסימן ל"ה דחה קושית התומים כמ"ש והוכיח מגמרא דפ"ב דכתובות די"ט דר"ח ס"ל דלר"מ א"נ העדים לומר אנוסים מחמה נפשות היינו משום דס"ל יהרג ואל יחתום שקר ופרש"י ולא משוי לנפשייהו רשיעי עיי"ש ולע"ד מהא לא אריא דהא בריב"ש מבואר דאנוסים כשרים אף דיהרג ואל יעבור משום דאין חייבים מלקות ואין נפסל רק בעבירה שיש בה מלקות עיי"ש וא"כ הא זה רק בשאר עברוה אבל בעברה דחמס א"צ מלקות כמבואר ברמב"ם פ"י מה"ע עיי"ש בכ"מ ואם הדין דיהרג ואל יחתום שקר הרי הוא עד חמס אעפ"י שאין בו מלקות ועוד דחשוד להעיד שקר נפסל אף שאין בו מלקות וכמ"ש המל"מ פ"ד ממלוה ה"ו ואף די"ל אין חשודין רק ע"י אונס נפשות מ"מ אם הדין דיהרג ולא יעיד שקר חשודין הן דאטו אם נשבע לשקר על פקדון אלף זוז לא יהא חשוד לישבע שקר על זוז אחד.

סעי' כ"ג שהכריזו בפז"ב דכ"ה איתא בר בניתיס אסהודי בי' תרי סהדי חד אמר קמי דידי אוזיף ברבית וח"א לדידי אוזיף ברבית פסלי' רבא לבר בניתיס והא רבא דאמר הלוה ברבית פסול לעדות ה"ל רשעי התורה אמרה אל תשת רשע עד רבא לטעמי' דאמר רבא אדם קרוב אצל עצמו ואאמת"ר והקשה הנ"י הא לא הוי רק פסול דרבנן וצריך הכרזה וא"כ הכא כל כמה דלא אכרזי עלי' כשר הוא י"ל דלא בעינן הכרזה אלא משום פסידא דלקוחות אבל מדינא פסול והכא דליכא פסידא דלקוחוה א"כ הרי הוא פסול עוד תרצו דלא בעינן הכרזה אלא למפסלי' לשאר עדות אבל לאותו עדות שנפסל בשבילו לא ראו חכמים להאמינו ואפילו בלא הכרזה פסול לו וכן תירץ הרא"ה ז"ל עכ"ל והב"י וסמ"ע העתיקו דברי נ"י והש"ך המה בס"ק כ"ג דהנ"י לא כ"כ רק לסברת המקשה דהוי ס"ד דפסול לעדות ע"פ עצמו א"כ כשמעיד לדידי אוזיף ברבית אינו נאמן אבל למאי דמשני דפ"ד לא משכחת להאי דינא דאי מעידים עליו שלוה ברבית ה"ל עדות אחרת עיי"ש והתומים תמה עליו דהא משכחה בחתמו בשטר ביוט"ב דנפסלים ע"י אותו עדות וא"ל בעי הכרזה השטר בטל ולע"ד דברי ש"ך נכונים דאין טעם לחלק לענין הכרזה לעדות זאת או אחרת אלא י"ל הטעם לפמ"ש נו"ב חא"ע סע"ב דהא דס"ל לר"י גבי פלוני רבעני לרצוני ה"ל רשע ותורה אמרה אל תשת רשע עד אף דהוי קרוב לעצמו מ"מ מנו דמהימן על חברו מהימן על עצמו רק כיון דמהימן ה"ל רשע אף דלו יהא אמת פסול מגזה"כ דאל תשת רשע עד והכריח כן בראיות עיי"ש ולפ"ז אמינא דגם לרב יוסף נשאר גם הוא כשר דקרוב אצל עצמו דל"ל מגו דמהימן אחברי' דאדרבה אין מקבלין עדותו אחברו ורב יוסף

ה"ק דא"א להאמינו על חברו וגם על עצמו במגו דא"כ רשע הוא ופסול לחברו וממילא ל"ל מגו וגם הוא כשר ולפ"ז המקשה על רבא דפסל לבר ביניתיס דס"ד מגו כר"י ג"כ ס"ל דישאר גם העד כשר והנה הנ"י לא ניחא לו בתירץ ראשון דהיכא דלא שייך פסידא דלקוחות ל"צ הכרזה מתרי טעמי או דלא משום פסידא דלקוחות הצריכו הכרזה רק כיון דאינו אלא פסול דרבנן הקילו עליו שלא לפסלו בלתי הכרזה או משום דגם לטעם פסידא דלקוחות ל"ש לומר פסול לחצאין דעל עדות אחת יפסל אם ליכא גבי' פסידא דלקוחות ואם יהא חתום על שטר קודם הכרזה נכשיהו משום פסידא וכמ"ש הסמ"ע כה"ג ס"ס זה דל"ל פסול לחצאין ע"כ תירץ דכ"ז ל"ש כאן דלס"ד דרוצה לפסלו לעדות זאת א"ת דא"צ הכרזה לא יקובל עדותו על המלוה וליכא מגו וישאר גם הוא כשר ולא יהא פסול לחצאין משא"כ כשמעידים עליו לפסלו גם אם ליכא פסידא דלקוחות א"א לפוסלו בלא הכרזה דא"כ תפסלהו גם כשיהא חתום על שטר דאין פסול לחצאין וכן ל"ל דלטובתו צריך הכרזה דאדרבה חומרא הוא אצלו דאת"ל דצריך הכרזה נאמן לפסול חברו ועצמו ונכריז עליו לפסלו אבל א"ל נצריך הכרזה א"נ על חברו ועל עצמו וישאר כשר וכ"ז ל"ש רק לס"ד כרב יוסף אבל לדידן דאינו נאמן על עצמו רק אחרים צריכים לפסלו שייכי טעמי שכתבתי דאם תפסלהו לעדות אחת כגון שחתם ביוט"ב ע"כ אתה מחזיקו לפסול לעדות אחרת ג"כ דאין פסול לחצאין ולפ"ז נסתר גם הנ"מ שני' שכתב התומים בראובן שמעון לוי מעידין שיודא שחק בקוביא עם ראובן דא"ל צריך הכרזה ה"ל נמצא אחד פסול ובטלה כל העדות עיי"ש ולפמ"ש ליהא כיון דע"כ ישאר פסול אף דנתבטל העדות לגבי יודא לגבי ראובן לא נתבטל דעל עצמו לא חשוב עד כלל עיין במכות ד"ו גבי נרבע יציל ובתוס' שם במקיימי הדבר הכתוב מדבר ואף דלגבי יודא נצטרף להעיד ונבטל העדות לגבי יודא מ"מ לא נבטל לגבי ראובן דבשני ב"א בעדות ע"פ לא אמרינן כיון שנבטל לאחד נתבטל לשני כדלקמן סימן נ"א וכיון שראובן ישאר פסול צריך הכרזה ממילא ע"כ גם נגד יודא כשר דאין פסול לחצאין גם מה שהוכיח חתומים מתוס' פ"ק דב"מ דף ה' ע"ב בד"ה בלא דמי דהקשו איך ישבע שא"ב דשמא נתן עיניו בו הא חמסן פסול מדרבנן ומוכח דלאותו עדות ל"צ הכרזה ג"כ ל"ק לפמ"ש דשם ליש טעמי דאמרן דאם נאמר דלא צריך הכרזה לא ישבע וטובה היא לו וגם ל"ל אין פסול לחצאין דאף דנפסל אותו לשבועה זאת לא יפסל כלל דכאן נמי לא מפסל רק בממ"נ אמרינן דלא ישבע דאם קושטא אמר למה ישבע ואם מכחיש חשוד גם לשבועה אבל מ"מ לעלמא לא יפסל מספק.

סעי' כ"ד עושה מלאכה בשבת בשו"ת ב"י שאלה ב' כתב באחד מעדי קדושין שהעידו עליו ששבר ציר הדלת בליל שבת ליקח חמין מהתנור דפסול דאין לך אדם שלא ידע שזה חילול שבה וכיון שהלך לגנוב החמין ידע שהוא שבת שאין טומנין רק לשבת עיי"ש ותמוה לי דהא עשה דרך השחתה ומקלקל פטור כמבואר ברמב"ם פ"א מהלכות שבת הי"ז ופ"י הט"ו וא"כ פסול רק מדרבנן כדלעיל ס"ג ואיך נפקיע הקידושין עיין א"ע סימן מ"ב ס"ה גם הכרזה לא הי' ולדעה ב"י הובא בברכ"י כאן בסכ"ג דגם לענין איסור לא נפסל בלא הכרזה וצ"ל כיון דצ"ל כדי ליטול החמין ל"ח מקלקל כמו חובל וצריך לדם ומ"מ לר"ת בפרק הארג דף ק"ו היכא דהנאתו בא אחר הקלקול חשב מקלקל וגם לפוסקים דמשאצ"ל פטור ה"נ ועיין כ"מ פי"ב מה"ש ה"א.

וה"ל לפוסלו משום דהזיק ממון חברו ואפשר משום דלא מצינו לאו במזיק ממון חברו ואף דחייב לשלם וכיון שאינו משלם הוי רשע דחמס י"ל דלא גרע מכופר במלוה כיון דאין הממון אצלו בעין ועל בל תשחית אף דכתב בספר המצוה לרמב"ם מצוה נ"ז מי שישרוף בגד לריק או שובר כלי עובר משום ב"ת הכא דשבר כדי ליקח החמין לא חשב לריק ועיין ד"מ כאן סק"ה בשם מהרי"ק והגהות דו"פ אמנם הב"ח כאן סי"ב הביא ממרדכי האריך דמזיק ממון חברו במזיד אף שדעתו אז לשלם לו ההיזק נקרא רשע דחמס ומשמע דפסול מן התורה לעדות ושבועה מדכתב המרדכי וה"ה חובל בחברו במזיד משמע דחד דינא ננהו וחובל בחבירו דפסול מדאורייתא הוא דמדרבנן אפילו לא הכה אותו רק הגבי' ידו עליו פסול כמ"ש הב"ח שם ואפשר נהי דמדינא רשע הוא מ"מ אפשר שא"י שיש איסור כיון שלא התרו בו ואם עשה על דעת לשלם ודאי י"ל דאין רוב העולם יודעים שיש בזה איסור והרי המרדכי ראייתו מס"פ הכונס מדהע"ה ששאל אם להדליק גדישים של שעורים לשלם בעדן גדישים של עדשים והשיבו חבול ישיב רשע גזלה ישלם אף דמשלם רשע הוא והרי דוד נסתפק אלא די"ל כיון דעדשים חשיבי יותר נסתפק דוד די"ל דבעלים ניחא להו בהכי ועיי"ש תוס' דעדשים חשיבי טפי משעורים וצ"ל מה דהשיבו לאיסור משום דאדם רוצה בקב שלו יותר מט"ק של חבירו כדאיתא בב"מ דל"ח ולא משמע שם בהכונס הכי דהשו"ת בהאי סברא אזלא דאם רוצה בקב שלו יותר לא הוי צ"ל חבול ישיב כיון דאינו השבה מעליא עוד קשה על הב"י דהא מבואר שהועד עליו שגנב החמין הרי גנב ודאי פסול ולמה לא פסלו מה"ט לכן צ"ל דכך נהגו משום שמחת שבת ואין בזה משום גנבה ומשום מזיק וכדאיתא בפרק לולב וערבה דף מ"ה ברש"י ותוס' ובחו"מ ס"ס שע"ח ובא"ח ס"ס תרצ"ו ולא מהני רק לענין ממון דניתן

למחילה ולא לאיסור שבת ועיין פנ"י ס"פ הכונס דמזיק אף דמשלם פסול לעדות כגזלן ועיין יש"ש פרק הכונס ס"ל.

סעי' כ"ה שאאמע"ר בשו"ת מהרמ"ל ספ"א פסק באחד דכפר בפקדון ולא ראוהו אז בידו דהמ"ל אשתמוטי עד דבחיש והתנצל א"ע בטענה אחרת ונתפס ששיקר מ"מ אאמע"ר והקשה בשע"מ כאן ממ"ש הרמב"ם פ"ב משבועות די"ב דאם נשבע אחד בפנינו שלא יאכל היום ואכל והתנו בו ואמר לא הי' בלבי אלא שלא אצא היום וטעה לשונו והוציא אכילה שלא הי' בלבו הר"ז אינו לוקה עד שיודה בפני עדים קודם שיאכל שעל אכילה נשבע או שקיבל עליו התראה וכן אם התרו בו ואמר מעולם לא נשבעתי על דבר זה ואחר שהעידו עליו שנשבע אמר כן הי' אבל לא הי' פי ולבי שוים או תנאי הי' בלבי אין שומעין לו ולוקה עכ"ל והטעם משום דהוחזק כפרן בדבריו וכיון דמלקינן לי' עי"כ אף דאין נלקה עפ"י עצמו ה"ה דנפסל ע"י עצמו בכה"ג דמחויב מלקות נקרא רשע כדלעיל ס"ב ותירץ דיש חילוק בין דבר שאנו טוענין עבורו להכשירו אף שלא טען כן בעצמו לכן אף שהוחזק כפרן ע"י טענתו לא פסלינן לי' ע"י עצמו דהוי כמעיד על עצמו משא"כ היכא דבלא טענתו לא טענינן לי' ומפסל ע"י דבר שעשה לפנינו אלא דיכול לתרץ דבריו בטענה אחת א"כ אם טען טענה אחרת והוחזק כפרן שוב לא מהימן ופסול לכך בשבועה דסתמא לא תלינן בתנאי או בפיו ולבו אין שוין רק כשטען בעצמו כן ע"כ כשאומר דלא נשבע והוכפר ע"י עדים הרי הודה שלא הי' תנאי בלבו דאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי ותו לא מהימן לומר תנאי הי' בלבו ודיינין לי' כסתמא משא"כ בכופר בפקדון דסתמא נמי כשר אף שלא טען בעצמו דאישתמיט כמ"ש המ"ב סנ"א ע"כ אף שטוען טענה אחרת והוחזק כפרן אינו נפסל ע"י עצמו ולפ"ז מ"ש הש"ך יו"ד סימן רל"ב ס"ק כ"ז על דברי רמב"ם הללו דאפילו יש עדים כדבריו האחרונים אינו כלום דאדם נאמן ע"ע יותר ממאה עדים ליתא דכיון דיש עדים כדבריו אחרונים א"כ עיקר חיובו אינו בא אלא עפ"י הודאות עצמו ואינו לוקה או נפסל עפ"י עדות עצמו עכת"ד השע"מ ובחנם דחה דברי הש"ך וקושיתו על מהרמ"ל מהרמב"ם לק"מ דשם נתפס בדבריו שאמר קודם שאכל לא נשבעתי הרי הודה קודם שאכל שלא הי' בלבו תנאי ואז מהני הודאתו דעדיין אינו משים עצמו רשע ואינו לוקה עפ"י עצמו רק מחזיק עצמו למישבע ושוי' אנפשי' חד"א אף דהעדים שהכחישוהו באו אחר שאכל מ"מ לוקה מחמת הודאתו שלפני אכילתו לכן אפילו יש עדים כדבריו אחרונים לא מהני לו ועובדא דמהרמ"ל נתפס לכפרן בדבריו שאמר אחר המעשה ואינו נאמן על עצמו לומר שכבר עבר.

סעי' כ"ו ובלבד שלא יהא לו הנאה ובש"ך הגיה שלא יהא להם הנאה ור"ל דקאי על הלוה ונגזל ועיין בהשמטות לשו"ת ד"ח ח"ב די"ל דל"ח נוגע כיון דאין מקבלין עדותו שלוה או נגזל רק שחברו פסול שלקח רבית או גזל רק כשעד השני מעיד ג"כ שלקח פלוני רבית מזה ומחויב לישבע עפ"י העד ואילש"מ כיון שנפסל נמצא נהנת בעדותו אולם להפוסקים דבידע שהוא חשוד ל"ש משואיל"מ שלא יערמו על החשוד א"כ כשלוה ברבית ידע זה אבל בגזל ל"ש זה והוי משואיל"מ א"כ נתנה והוי נוגע עכת"ד עיי"ש ולפ"ז מדויק דברי הרמ"א שכתב שלא יהא לו הנאה על נגזל דסליק מיני' שצריך למחול תביעתו וכדומה אבל ברבית ממילא אין לו הנאה אמנם לפמ"ש הש"ך בסימן צ"ב סק"י דהטעם כשידע בפסולו ה"ל כאלו קבל אנפשי' שיהא החשוד פטור בלא שבועה ואיהו דאפסיד אנפשי' עיי"ש א"כ ברבית ל"ל כן דהא נתנו אדעת להחליט בידו באמת רק תורה אסרה ול"מ המחילה דשעת נתינה אלא די"ל בריבית ל"ל דמשואיל"מ דא"כ מאמינים לעד שלקח רבית מעד השני א"כ השני רשע ואיך יצטרף לפסלו לפלוני משבועה והוי תרתי דסתרי וע"כ א"א להצטרף לפסול את פלוני רק כשלא נאמין לעד השני ג"כ שמזה לקח הרבית ופ"ד ולא מהימן רק לפסול פלוני דיש צירוף שני עדים משא"כ בגזל ומתורץ לפ"ז מ"ש הש"ך בס"ק כ"ח על הסמ"ע שהרי הרב כתב וה"ה שהנגזל יכול להעיד על הגזלן ובלבד שלא יהא להם הנאה עיי"ש כי באמת הגירסא לו וקאי אגזל לבד.

סעי' כ"ח הר"ז ספק פסול בשע"מ סקט"ו ונסתפק אי העיד עם אחר על שטר שהוא פרוע אם נאמן להחזיק וכן כששני עדים כשרים מעידין שראובן לוה משמעון מנה ושנים ספק פסולין מעידים להכחישן די"ל דוקא להוציא ממון אין נאמנים מספק דהמע"ה ולכאורה יש להוכיח מתוס' מרובה ע"ב עמוד ב' בד"ה אין לך בו שכתבו לר"ח דס"ל שתי כתי עדים המכחישים זא"ז דפסולים לעדות אחרת מספק דאם שנים מן השוק מעידין דפלוני לוה מפלוני מנה וכת מהשתי כתות המוכחשים אומרת לא לוה אין מוציאין מספק עיי"ש וא"כ ה"ה לר"ת בכגון סעיף זה עיי"ש ולע"ד לפי מה שהעלה הש"ך בסימן ל"ג דצריך עדות שיוכל להזימה גם בממון אין ספק פסול נאמן להחזיק דא"א להזימו דכשיוזם א"א להוציא אשר זמם דשמא כבר פסול הי' קודם שהעיד ואין בפסול דין הזמה כדאיתא במרובה דף ע"ג ול"ל דשייך בזה הזמה אם יתפוס ממנו זה שרצה לגרום לו היזק חדא כיון דאינו תפיסה ברשות והוא לאחר שנולד הספק ואינו טוען ברי לא מהני תפיסה לכמה פוסקים וכ"ש בקנס עיין בספר תק"כ ועוד דאינו כאשר זמם דבעדותו גרם מיד היזק דהלוה מוחזק ועומד ולכשיוזם מחוסר המלוה תפיסה ול"ד למ"ש הלח"מ פכ"א מה"ע ה"ד גבי העידו שסימא את עינו ואח"כ הפיל את שינו והזמו ונמצא להיפוך

דמשלמין דמי עין לעבד היינו כשתפס מהם העבד דהתם לא רצו להפסידו רק אם יתפוס הוי שפיר כאשר זמם אם יתפוס העבד מהם וראייתו של השע"מ יש לדחות דתוס' לא נקטו רק לדוגמא דלר"ח הוי רק ספק פסול כדי לתרץ קושייתם הא דאמר התם הזמה חידוש והא לר"ח שתי הכתות פסולים לזה תרצו דהחידוש הוא דהמוזמים ודאי פסולים דמחמת דר"ח הוי רק ספק פסולים וגם לולא דחדשה תורה דהנוזמים נפסלו בודאי הי' אמינא מסברא דאינם רק ספק ובהכחשה דתרי ותרי ממילא לא הוי אפשר להוציא מהם כאשר זממו ועל כרחך היו כשרים לעדות כל עדות שבתורה בלא"ה דלא צריך שיוכל לקיים כאשר זמם רק היכא דשייך כאשר זמם וכמ"ש הריטב"א ריש מכות הבאתיו לעיל סי' ל"ג ושפיר כתבו התוס' דמצד דר"ח היו הניזומים מועילים להכחיש שנים מן השוק להחזיק דהא מה דא"א לקיים בהם כאשר זמם נצמח רק מהחידוש דהימנה תורה רק למזימין ולא הוי כתרי ותרי ודו"ק אך לפמ"ש לעיל סימן ל"ג להריטב"א כשמעידין להחזיק א"צ שיהיו יכול להזימן כיון דמיד שנגמר הדין הוי כאשר עשה רק לפמ"ש נמ"י בפחז"ה על משנה שנים מעידין אותו שאכלה ג"ש בשם אחד מגדולי צרפת דבממון כיון דאפשר בחזרה הוי לעולם רק כאשר זמם ולא כאשר עשה א"כ צריך גם בלהחזיק עדות שיכול להזימן.

סימן לה

סעי' א' קטן וכו' בשו"ת ד"ח ח"ב בהשמטות סוף סימן ל"א כתב אם אינו עוסק בקבורת מתו בודאי חייב להעיד דהוי כמו שהולך בתפילין שאינו פטור מכל המצות דיכול לעשות שתיהן כמבואר בתוס' ברכות ובשעה שעוסק בקבורה ודאי פטור עכ"ל ותוס' זה הוא בב"מ דף כ"ט סוכה דכ"ה ותמהני איך פשוט לו דחייב להעיד וזה תליא בבעיא שבירושלמי פרק מי שמת אונן דפטור אם הוא משום כבודו של מת או מפני שאין לו שישא משאו וביו"ד סי' שמ"א מבואר אפילו אם א"צ לעסוק בצרכי המת כגון שיש לו אחרים שעוסקים בשבילו פטור מכל מצות בתורה וי"א אפילו אם ירצה להחמיר על עצמו אינו רשאי ואם ראה עדות כשהי' אונן יכול להעיד אח"כ ול"ה תחילתו בפסול דלא גרע מראה בלילה ואף די"ל מחוסר זמן שאני דממילא אתי או דאזי אין החסרון מצד העד מ"מ ה"נ כיון דאם העיד כשהוא אונן בדיעבד מהני העדות אף דאסור לכתחלה מפני כבודו של מת ל"ל בזה אי על"מ כיון דאינו אסור מצד עצמו של דבר עיין חו"מ סימן ר"ח וגם אינו רק איסור דרבנן ועיין בחכ"צ תשובה א' א"כ לא חשוב תחלתו בפסול כלל וכה"ג איתא בשבת דף מ"ג טבל מוכן הוא הואיל ואם עבר ותקנו מתוקן.

ולאפרושי מאיסורא ודאי מחויב לילך ולהעיד כשהוא אונן אם יש חשש מעוות לא יוכל לתקון כיון דאין זה בזיון גדול למת וחשוב מעשה מה שיעשה אחר איסור כשלא יעיד כמבואר בתוס' שבועות דף למ"ד ע"ב וגם אונן חייב בל"ת כמ"ש החכ"צ שם.

סעי' ז' אינו נאמן בש"ך ואינו נ"ל דא"כ למה לי' בגמרא בעכו"ם טעמא דלא דייק ת"ל דבעינן תחלתו וסופו בכשרות אלא ודאי כיון שבידו לגייר וכו' לע"ד י"ל שא"ה דבידו לגייר כיון דדעתי' לאיגיורי כדאמר התם לר' יוחנן בן ברוקה דסבר כיון דדעתי' לאיגיורי מידק הוי דייק משמע דזה פשוט לו דדעתי' לאיגיורי רק פליג עם הה"ק אם הוי דייק אבל האנוסים דהם מומרים במזיד כיון דמיירי דיכולים להמלט דאל"כ אנוס בלא"ה כשר וא"כ בשעת מומרתם אין דעתם לשוב ולא חשוב בידו כמבואר בתוס' פ"ג דזבחים ל"ד ב' בד"ה כל שבידו דהמיר דת אינו קרוי בידו כיון דאין דעתו לחזור.

במזל"מ הקשה עמ"ש הש"ך דל"ה החלתו בפסול דבידו להתגייר והא בע"ג דקידושין איתא הא"מ לי לאחר שאתגייר א"מ דל"ה בידו דמי יימר דמזדקקי לו תלתא ולק"מ דמבואר בתוס' פא"נ דף ע"ד בד"ה הכא דאם מצוי לקנות חשוב בידו ולאו בידו כיון דתלוי באחרים ולא גמר ומקנה וה"נ מצוי שמזדקיקים ומ"מ כיון דתלוי ביד אחרים חשוב כדשלב"ל דלא סמכ"ד ולא גמר ומקנה משא"כ לענין פסול עדות אינו תלוי בסמיכה דעתו.

סימן לו

סעי' א' שנמצא אחד מהם קא"פ ואם נמצא בדיינים עיין מל"מ פט"ז מה"ע וברכ"י לעיל סימן זיין ובקצו"ח סימן זה סק"ז הוכיח דלא נתבטלו כולם מדאמרינן פ"ק דסנהדרין ד"ת בחד סגי ומ"ט בשלשה משום יושבי קרנות ובתלתא א"א דלית בהו חד דגמיר והא כיון דנצטרף עם דלא גמיר ולא סבור נצטרף עם פסול דהוי כאשרה ולע"ד דלא גמיר פסולו שאינו יודע הדין אם חייב אם זכאי הוי כמי שבא להעיד ולא ראה העדות ואומר איני יודע דאינו מבטל העדות לא מבעיא לרמב"ם פ"ב מה"ע ה"ג דאמר אחד מהעדים על החקירות א"י לא נתבטלו השאר ה"נ בדיינים אלא אפילו לפי מה דמשמע בסנהדרין דף מ"א ע"ב דנתבטלו וכמ"ש הלח"ם שא"ה דעכ"פ נצטרף בשעת ראי' וגם עתה מעיד על גוף הענין שזה הרג לזה וכדומה רק א"י אחד מהשבע חקירות דנפסל עדותו לכן הוי כנמצא עד פסול אבל אם יאמר על גוף העדות שא"י אין לו צירוף כלל דאינו בגדר עד ה"נ דיין דלא גמיר א"י גוף הענין ולא נתבטל הדיינות מן התורה ואף דרבנן הצריכו שלשה ונצטרף הם אמרו והם אמרו שלא יבטל את הכשר משא"כ פסול או קרוב מבטל השאר.

ומ"מ יכולין הכשרים לחזור ולדון דין זה לפמ"ש תוס' בפרק בא סימן דף נו"ן בסד"ה ור"מ דגבי דיינין תחלתו בפסול וסופו בכשרות כשר ומשום דבעדות שאני דכתיב והוא עד או ראה דבשעת ראיית המעשה יהא ראוי לעדות זו כמ"ש רשב"ם פי"נ דף קכ"ח אמנם מתוס' בפחז"ה דף מ"ג בד"ה וליסלקו משמע דס"ל דגם בדיינים צריך תחלתו וסופו בכשרות ועמ"ש לעיל סס"ז.

אומרים להם ב"ד בש"ך סק"ג כתב דלא מסתבר לומר דקרובים שבאו לראות לא יחשבו עדות וכשרים יחשבו לעדות אמנם רש"י פירש היכי אמרינן להו לקא"פ הרי דלא אכפת בכונת הכשרים ונלע"ד דרבא דאמר הכי אמרינן להו למחזי אתיתו לטעמי' דס"ל בפ"ג דר"ה לצאת לא בעי כוונה לעבור שבא בזמנו בעי כוונה ובתוס' עירובין דצ"ו בד"ה מיכל כתבו לרש"י שם דלגבי אשה דלא מיחייבא הוי כשלא בזמנו וכיון דלא מיכונו לה לא עברה עיי"ש ולפ"ז ה"נ עד כשר הרואה עדות מחויב להעיד דאליו"ע וברמב"ם ריש ה"ע כתב העד מצווה להעיד בכל עדות שיודע עיי"ש וע"כ גם בלא כוונה להיות ראי' זאת לעדות נעשה עד משא"כ קא"פ דאינו מחויב ואדרבה תורה אמרה אל תשת רשע עד ולא יומתו אבות על בנים דילפינן פסול קרובים וכשרוצה להעיד הוא לעבור על ד"ת לכן בלא כונה לא נעשה עד וכאן עדיף טפי דבע"כ נעשה עד כיון שראה תורה עשאתו לעד משא"כ קא"פ ורשב"ם דכתב בב"ב דף קי"ג ע"ב דבנתכוין להעיד אינו נעשה דיין אבל אם לא נתכוין להעיד אינו עד ונעשה דיין אף דכשר וראוי לעד ה"ט דאם ירצה להיות דיין אינו מחויב להעיד לפני ב"ד אחר דלא תהא שמיעה גדולה מראי' ומצוה נמי לשפוט דכתיב ושפטתם צדק כדפרש"י בכתובות דף ק"ו לפ"ז יש נ"מ גם לשיטת רש"י אם הכשרים אומרים לאסהודי באו אפילו דיינים אין נעשים אבל כשאומרים למחזי אף דהפסול אתי לאסהודי ומבטל הכשרים מעדות מ"מ יכולים להיות דיינים כשהם שלשה עיין נו"ב חא"ע סימן כ"ח ובנתיבות ס"ס זה וא"ל האיך נאמן הקרוב להעיד באתי כיון דהוי לעבור על ד"ת אאמע"ר דהא הטעם דקרוב אצל עצמו וכאן קרוב נאמן.

ודעת רמב"ם וש"ע דשואלין גם הכשרים י"ל משום דכשיש קא"פ עמם ובא להעיד אם יצטרפו עמו להעיד נפסלו ג"כ ואינם רשאין להעיד ע"כ דוקא כשמתכוונים להעיד נעשים עדים פסולים אבל אם למחזי אתי אין חל עליהם שם עד ולא מצטרפו עם הפסולים ואם הפסולים יסתלקו אח"כ מלהעיד יכשרו הכשרים להעיד אף דמתחלה בשעת ראי' לא הי' ראוים כמו דנוגע כשר כשמסתלק מנגיעתו משום דאין פסלות תלוי בגוף כמ"ש תוס' בפחז"ה דמ"ג בד"ה וליסלקו ה"נ בשלמא כשנתכונו גם הכשרים להעיד נצטרפו עם הפסול ונפסלו גם הם דנעשו כגוף אחד פסול לכן אף דהפסול נסתלק אח"כ

ל"מ כיון דכבר חל הפסול על גוף הכשר להיותו עד פסול אבל כשלא נתכוין להעיד דאינו חל עליו שם עד כיון דאינו מחויב להעיד עם הפסול ואין לו צירוף עם הפסול לחול על גוף הכשר שם פסול לכן כשנסתלק הפסול יכול הכשר להיות עד ועיין בש"ע של התניא בא"ח סימן קס"ז סי"ז.

ועוד נראה די"ל אף דחל עליהם שם עד בלא כונה לאסהודי מ"מ אין מצטרפין כשאתו למחזי וכמ"ש הרא"ש בפרק כיצד מברכין סל"ג בשם ר"ח דאם היו יושבים לעסק אחר ונזדמן להם לאכול מברך כל אחד לעצמו אבל הסבו לאכול ולא לעסק אחר אחד מברך לכולן עיי"ש הרי דאם ישבו לעסק אחר אף דאכלו וחל החיוב עליהם לברך מ"מ אין להם צירוף רק כשישבו לאכול ה"נ כשאתו למחזי רק ממילא נעשים עדים אין להם צירוף רק כשאתו לאסהודי מצטרפו ונפסלו מחמה שנצטרפו לפסול אבל לא אתו הכשרים רק למחזי יכולין להעיד דחל עליהם שם עד בע"כ גם בספר ב"מ בא"ע סימן מ"ב השיג על הש"ך ודעתו ג"כ דאם הפסול אתי לאסהודי והכשרים למחזי אין להם צירוף ותתקיים בכשרים עיי"ש.

אמנם לע"ד יש להוכיח כהש"ך דהפ"מ הקשה על הא דאיתא הכא דבכולם כשרים אפילו לא נתכוונו להעיד כשרים לעדות ובכריתות י"ב ע"ב אמר אביי מודה ר"מ לחכמים שאם אמרו לו שנים יודע אהה עדות לפלוני והוא אומר לא ידעתי פטור דאי בעי אמר לא נתכונתי לעדות הרי דעד כשר ג"כ אינו עד בלא כונה וכמ"ש תוס' שם ולעד"נ כשנדייק דא"ל יודע אתה ומשיב לא ידעתי הל"ל במשקל אחד אלא דאם משיב איני יודע בלא"ה פטור דאפשר אינו זכור כדאיתא בכתובות דף כף ע"ב דר"א אמר לא ידענא ואח"כ אידכר והובא בטו"ז לעיל סימן ל"ד אבל כיון דהעדים אמרו יודע אתה והיינו בשעה שהבע"ד משביעו שיעיד לו וה"ל להשיב איני יודע ומשיב לא ידעתי ע"כ הכונה מעולם לא ידעתי בזה ל"ל שאינו זוכר וכ"כ בקצו"ח סימן כ"ח סק"ח והנתיבות בהשמטוה לסימן כ"ח הקשה דאף שנשבע לא ידעתי מ"מ כשא"י עכשיו אינו ראוי להגיד ואינו חייב בשבועה העדות עיי"ש ולע"ד כל שאמר לא ידעתי הודה שלא שכח וכאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי ול"ל מגו דהיה אומר איני יודע דהוי מגו במקום עדים רק צריכין לתרץ דיבורו כמ"ש רש"י ותוס' שם ומפרט אם הוא מזמן קרוב דלא שכיח שישכח ומלתא דל"ש לא טוענין לו רק כשטוען מעצמו וכשאומר א"י יכול לפרש דיבורו שאינו זוכר עתה אבל כשאמר לא ידעתי לא טען שאינו זוכר וכ"ז כשאומרים השנים בשעת השבועה אבל אם נשבע כבר ובאו העדים עתה לומר לו ידעת בעדות פלוני ומשיב לא ידעתי מצינן לתרץ דיבורו בשעת שבועה לא ידע שלא הי' זכור ומדויק הלשון בגמרא אמנם כיון דמצויים

העדים בשעת שבועה ואומרים לו יודע אתה בעדות פלוני ע"כ ראו עמו העדות דאל"כ מנא ידעו דאם שמעו מאחרים הוי עד מפי עד ואם הודה בפניהם ל"מ כיון דהי' חוץ לב"ד ואם אמר בב"ד הרי כבר העיד וא"צ עוד לעדותו ועוד אפשר העיד שקר וכשנשבע אמת נשבע וא"א לחייבו קרבן כמו שי"ל אכלתי חלב מזיד ועכצ"ל דראו עמו וא"כ קשה הא מצויים עדים זולתו ואינו חייב קרבן שבועת עדות וכמ"ש רמב"ם פ"י מהלכות שבועות הט"ו ותוס' בפרק שבועת העדות דל"ג בד"ה הא קיימא ועכצ"ל דהשנים הללו קרובים לבע"ד ורחוקים לזה שנשבע וא"כ קשה כיון שראו כאחד הא נמצא קרוב ועכצ"ל דלמחזי אתי וע"כ פטור הנשבע די"ל לא נתכונתי לעדות דאתי ג"כ למחזי וכהש"ך דבנמצא קא"פ דאתי למחזי גם הכשר פסול בלא כונה לאסהודי ותוס' דס"ל דקא"פ אינו פוסל רק כשמעיד בב"ד הכריחו בכריתות שם שפיר דבלא נתכוין לעדות אינו ראוי להעיד.

ש"ך סק"ו ומוכח מכ"ז וכו' וכתב בגאון צבי לדעתו ל"ש הזמה על קא"פ כלל דהוי עדות שאאילה"ז דהקא"פ פטורין מממון דללוה עשו טובה ולא נגמר הדין עפ"י ולמלוה העידו חייב לו ואטו משום שגרמו לו היזק עי"ז יהא שייך בו הזמה וכן מלקות ל"ש הכא על ל"ת ברעך דאף שרצו לחייב הלוה לא נגמר הדין עפ"י ומכ"ש לגבי מלוה ל"ש ל"ת ברעך דל"ש חלא אם העידו היפך דיבורו של בע"ד ומש"ה גם כשיוזמו הזוממין לא יתחייבו כלל ע"כ ולע"ד אם ניזומו הקא"פ יש לחייבם מדד"ג שע"י עדות שקר שלהם נפסלו עדיו וכשליש שהחזיר שטר ללוה או שורף שטר דחייב משום שביטל ראייתו ול"ד לכובש עדותו דהוי רק מניעת דיבור כמ"ש המאירי בהכונס דנ"ו משא"כ כאן בדיבורם גרמו והוי גורם דגורם דחייב כמ"ש רמב"ן הובא בש"ך סימן שפ"ו סק"ג וגם להש"ך דפטרו שם משום דכל גרמי ס"ל דהוא רק קנס חכמים ובגורם דגורם לא קנסו אבל אם הוי מדינא ל"ש גרמי מגורם דגורם וא"כ עכ"פ חייבים בלא תענה דהא כל עדות שקר רק גרמי וה"נ בעדותם גורמים היזק ולרמב"ן נ"ל ברור דחייבים לשלם זולת כשהמלוה הביאם וידע בשקרם דאפסיד אנפשי' ואי"ל לא כוונו להזיק דאם גרמי מדינא חייב אין חילוק בין שוגג למזיד דאדם מועד לעולם כדלקמן סימן שע"ח ס"א ובש"ך לקמן סימן שפ"ו סק"ו וכ"ש כאן דפשעו להעיד שקר במזיד גם לש"ך חייב אף שלא כיוון להזיק וכמ"ש הש"ך בסימן ס"ו ס"ק פ"ב אלא להש"ך פטורין כאן משום גורם ונ"מ לדינא כשתפס.

ואפילו תימא דהקא"פ פטורין מ"מ המזימין נאמנים דמנלן דצריך עדות שאילה"ז מועשיתם לו כאשר זמם כדפרש"י בסנהדרין דמ"א ותוס' ריש מכות וא"כ אם באים לחייב מה שלא יחויבו כשיוזמו אינו כאשר זמם לעשות אבל כאן דעדותם אינו מחייב ל"צ שיתחייבו דהא לא מחייבו לקא"פ כלום רק עשאם לסהדי שקרי וכשיזמו המזימין

ה"כ יוחזקו לסהדי שקרי והוי כאשר זמם לעשות וא"ת דמזימין ראשונים גרמו חיוב ללוה א"כ שייך נמי כאשר זמם לחייבם לשלם ללוה כשיוזמו המזימין.

ש"ך סק"ח עיקר כרמב"ם והרמ"ה ורש"י ורשב"ם דבכוון להעיד לחוד סגי אפילו לא העידו אח"כ ובגאון צבי הכריע דלא כוותייהו מכח הוכחה מב"ק דמ"א פריך כיון דתם קטלינן מועד המ"ל ומשני רב אחא ברי' דר"א כגון שהוזמו זוממי זוממין ונתאמתו שלשה כתות בפ"א ופריך הא בעי לייעודי גברא תלתא יומי ויכול לומר ל"ה ידענא ומשני דאמרי כל אימת דקטל תורי' גבי' הוי קאי ובפ"ק דסנהדרין אמרינן גבי פלוני רבע שורי דא"א קרוב אצל ממונו ופירש הראב"ד דל"ד לרבעני דהוי בע"ד אבל בשורי חשוב רק כקרוב וא"כ כיון דבעל השור עמד נמי במקום הנגיחה ה"ל נמצא אחד קרוב ובד"נ לר' יוסי כל העדות בטל אפילו לא נתכוין להעיד ואיך יתורץ לרב אחא הקרא לרבי יוסי וסייעתי' אע"כ בלא הגדה בב"ד אינו בטל עכת"ד.

ולע"ד משכחת דבעל השור אף שראה הנגיחה והעדים מ"מ אינו יודע אם גוי אם בן חורין נגח או מת מאותו הנגיחה או אם הי' בנגיחה זאת כדי להמית נמצא אינו עד ששורו חייב מיתה ומ"מ יודע עפ"י העדים שהעידו בשלימות ויודע שהזוממין שקר אמרו כיון דראה העדים אצל הנגיחה ואי דא"כ הול"ל כל אימת דקטל תורי' גבן הוה קאי דהיינו שראה העדים מ"מ הא באמת קי"ל כרבי דצריך שיכוין הפסול להעיד ואינו מזיק אף שראה ג"כ בשלימות לכן אמר גבי' הוי קאי דראה הנגיחה ולרבי יוסי משכחת כמ"ש דראה העדים שם ומזה יש ראי' לפסק הרי"ף ורמב"ם וש"פ כרבי אף דשמואל רבי' דר"נ פסק כר"י עיין נוב"ת סימן ע"ז.

אמנם מלשון רש"י בב"ק שם למדתי תירץ אחר דז"ל שהמזימין העידו דגבי' הוה קאי וראה בנגיחותיו והקשה הת"ח דאמאי לא מפרש דעדים ראשונים שהעידו על הנגיחה אמרו דגבי' הוה קאי דהוה ניחא טפי דמסתמא המזימין לא ראו נגיחות השור דלא באו אלא להזים זוממי זוממין ואומרים להם עמנו הייתם עיי"ש אלא דק"ל לרש"י הא הוי נמצא אחד קרוב ועכצ"ל דלא ראו זא"ז כדאיתא במכות ד"ו ע"ב דאם אין רואין זא"ז הוי כשתי כתות ולא נפסלו מחמת קא"פ עיי"ש תוס' עכצ"ל רק המזימין היו יחד עם בעל השור וראו זא"ז כשנגח השור והמזימין לא ראו העדים שהעידו על הנגיחה ג"כ רק מזימין הזוממי זוממין על מה שאמרו שהיו אז רחוק ממקום הנגיחה עם עדי הנגיחה ולכן מזימין לא באו להעיד להמית השור מחמת שראו הנגיחה לפי שהי' עמהם בעל השור ונפסלו מלהעיד על השור לכן מזימין רק הזוממי זוממין ומעידין על בעל השור לחייבו כופר דכל אימת דקטל תורי' גבי' הוה קאי ולענין ממון כיון דאין ממיתין השור

על ידם הוי בעל השור בע"ד וכמו שאכתוב אי"ה לקמן בש"ך ס"ק ט"ו ועוד דלא נצרכא רק לרבי יוסי דהא לרבי אין מבטל ע"י קרוב רק בכונה להעיד רק דמוכרח לפרש הקרא גם לר' יוסי ובממון לר"י אינו בטל העדות ע"י קא"פ והשור נהרג ע"י עדים הראשונים וא"ל כיון דמזימין ראו הנגיחה ביחד עם בעל השור ונפסלו להעיד על מיתת השור נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ולא יועיל עדותם לחייב את בעל השור כופר למ"ד גם בשני גופים אמרינן אם נפסל לאחד נפסל גם לשני כדאיתא לקמן סימן נ"א דליתא דהא ברא"ש פ"ק דמכות ד"ז הביא זה מהירושלמי דיליף לה מנמצא אחד קא"פ כי היכי דהתם כל עדותם בטלה ה"נ כשנמצא פסול לאחד נפסל גם לשני דבטלה מקצתה בטלה כולה וא"כ לר"י דבממון ל"ל נמצא אחד קא"פ שיתבטל כולה ממילא ל"ל נמי כשנפסל לגוף אחד יפסל גם לגוף שני במעשה אחת ועוד הא לרמב"ם ורש"י אפכא אמרינן גבי פלוני רבע שורי מגו דמהימן לפלוני מהימן נמי לגבי שורו אף דקרוב אצל שורו ה"נ מגו דמהימני המזימין נגד בעל השור לחייבו כופר ליהמני נמי לגבי מיתת שורו וא"ת ממיתה לממון לא אמרינן מגו ה"נ לא נימא שיבטל עדותם בממון מחמת שנבטל למיתת השור רק קודם שנעשה מועד לא נ"מ לחייבו כופר ול"ל מגו לכן לא באו תחלה להעיד בנגיחת השור שו"ר בגאון צבי סימן ל"ז דרך בדרך זה בפרש"י רק הוקשה לו כיון דמזימין ראו בעל השור והעדים לפסל כל העדות ומזה הכריח דסלוק מועיל וה"נ כיון דבלא"ה יש כת חדשה על מיתת השור ול"ח תו ממונו ודפח"ח ולפמ"ש א"ל דבפשיטות משכחת כמ"ש דהותימין היו רק עם בעל השור ולא ראו העדים שראו מחלון אחר.

ולפמ"ש בשו"ת בית יוסף בהלכות קידושין ס"י דאם הקא"פ מכחיש לכשרים גם לרמב"ם וסייעתי' לא נפסל עדות הכשרים בראי' לבד בלא"ה ל"ק דה"נ בעל השור מכחיש שלא ראה נגיחת השור מדצ"ל דהעדים אומרים כל אימת דקטל תורי' גבי' הוה קאי דאם מודה הרי יודע דאמת העידו והו"ל לנטורי' תורי' ועכ"פ משכחת דמכחיש.

ובתוס' פי"נ דף קי"ד הקשו לפרשב"ם דמדמה אין עד נעשה דיין לנמצא אחד מהם קא"פ א"כ לר' יוסי דס"ל דבראי' בעלמא בלא כונת עדות נמצא אחד קא"פ עדותן בטלה כמו כן לא יעשה שוב דיין א"כ ל"ל לא תהא שמועה גדולה מראי' ובר"ה משמע דליכא מאן דפליג ועוד דרב יהודא פסק כר' יוסי ואיך קאמר בב"ב שם בשלשה שנכנסו לבקר רצו עושין דין עיי"ש ולע"ד הא לא מכרעא דאפשר גם לר' יוסי אין קא"פ פוסל רק בנתכוין להעיד אלא דס"ל דאינו נאמן לומר למחזי כי קרוב הוא וממילא בטלה כל העדות מספק.

ש"ך ס"ק ט"ו דאין בע"ד פוסל ובתומים תמה על הריב"ש וש"ך דברא"ש פ"ק דמכות הביא דברי ראב"ד דאדם קרוב אצל ממונו ול"ח בע"ד רק כשמעיד על גופו ובפ"ת הביא

מתפל"מ דלטובתו חשוב בע"ד וכשמעיד לחובתו חשוב קרוב אצל ממונו כמו בפלוני רבע שורי אמנם בחידושי ר"ן פ"ק דסנהדרין ד"י מבואר אליבא דראב"ד דאומר פלוני רבע שורי שהוא לעשות דין בממונו להמית השור שהוא ענין חשוב לעצמו יותר מהפסד שלו שהרי הקפידה תורה לדון השור בכ"ג אינו כמעיד לעצמו רק כמעיד על קרובו אבל אם יאמר אני מעיד שנכסים אלו שלי או שאינן שלי זהו ודאי מעיד אצל עצמו ולא שייך בו עדות כלל ופ"ד וזהו כהריב"ש וש"ך וכן מוכח מראב"ד גופא במחז"ה דמ"ג דלפיכך מהני סליק בנוגע דל"ח תחלתו בפסול דאינו עד רק בע"ד ובנו"ב חא"ע סימן כ"ז הוכיח מרא"ש הנ"ל דלא כע"ש דנוגע פסול מטעם קרוב דא"כ יבטל עדות ממון דמלוה הוי קרוב לממונו והוי נמצא קא"פ עיי"ש ולדברי הר"ן אינו הוכחה.

סימן לז

סעי' א' כל עדות שיש לאדם הנאה בה בשו"ת בית יעקב סימן קכ"ח באחד שידע עדות לאשה שמת בעלה ולא רצה להעיד עד שהבטחיתו שכר ואחר שהעיד נתנה לו ופסק דהעדות כשר דנוטל שכר להעיד אמרו דאין עדות היינו שנוטל קודם שמעיד וראי' ממ"ש בחו"מ בשטר שיש בו רבית דאיכא למ"ד דאינו גובה אפילו הקרן משמע דבהלואה בע"פ והבטיחו ליתן רבית לא קנסו על הקרן דרק שטר דהוי קצת כגבוי אבל בע"פ שאינו רק הבטחה בעלמא לאו כלום עוד ראי' ממ"ש הריטב"א והוא בסמ"ע סימן זה ס"ק כ"ג דאף דנתן הגזבר אח"כ לבת אחיו מ"מ כיון שלא ניכר הנאה בשעת העדות אין פוסלין למפרע ה"נ בשעת העדות לא הי' הנאה לעד רק הבטחה אף שהגיע לו הנאה אח"כ אין פוסלין העדות עיי"ש ולא ה"ל כלל דמה שהוכיח מרבית והוא בחו"מ סימן נ"ב ושם מיירי דכלל הרבית עם הקרן בזה קנסו רבנן משום שלא יבא לגבות הרבים וכמבואר בסמ"ע וש"ך שם וזה ל"ש במע"פ ולר"מ דקניס אפילו ברבית מפורש אה"נ דקניס נמי במע"פ כמבואר בתוספתא הובא בתוס' פא"נ דע"ב ומריטב"א אין ראי' ג"כ כיון דהבטיחה לו שכר הרי ניכר הנאתו בשעת עדותו ובנידון דריטב"א לא נזכר בשעת העדות ולפניו שיתן הגזבר לבתו ובגוף הדין עיין בברכ"י לעיל סימן טית אות י"ט והכא לע"ד לכ"ע אסור כיון דאם יאמר העד בב"ד דבעלה חי או שאינו יודע ודאי לא תתן לו שום שכר דאומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא הבטיחתו שכר אלא מחמת שאמר שיודע לה עדות שמת בעלה א"כ יש לו הנאה בעדות זה ופסול מן התורה לכ"ע דהוי נוגע ועיין בג"פ סימן ק"כ סק"ט ובנתיבות לעיל סימן ל"ד סק"י וכאן סק"ט ובסוף ספר תה"ד סימן דשין מוכח גם כן

דאפילו לא נטל השכר הוי נוגע אם בודאי יתן לו שכר כשפסק לו ומדחשוב נוגע הנאה הוי נוטל שכר ועיין ב"י ס"ס זה.

הנאה בה עיין מ"ש לעיל סימן זיין ס"ז.

על חלק השותף בסמ"ע סק"ה כיון דהוא עצמו פוסל וכו' ובטו"ז הש"ג עליו וז"ל משמע דאם חלקו והמערער בא להוציא חלק השותף שהיא גזילה אינו מעיד וק"ל וכו' ובשו"ת ד"ח בהשמטות מח"ב סל"א ז"ל נלע"ד דאו"א דא"ח דהנה אפילו אי נימא כשיטת הטו"ז ז"ל דלגבי לוקח אינו חוזר דהוי כלוקח שלא באחריות מ"מ אם הגזלן מכר להשותפים באחריות א"כ בודאי כל השני חלקים של השותפים היו משועבדים לאחריות כדאיתא בפסחים דף ל"א ע"א וא"כ נהי דהשותפים שחלקו לא קבלו עליהם אחריות מ"מ השעבוד שיש על זה מהגזלן מזה לא פטר לו וא"כ יגבה מחלקו של שותפו שלא הי' ערעור מכח אחריות שמשועבד מהגזלן המוכר ולכן לדינא י"ל דהסמ"ע ס"ל כדעת הטו"ז דבלקוחות אינו חוזר אך כ"ז כשמכרו הגזלן שלא באחריות ולכן מה שנראה מדברי הסמ"ע דכשמערער על חלק השני פסול להעיד אפילו חלקו משום דיחזור על המעיד כונתו כשנמכר להשותפים באחריות מהגזלן אבל אם נמכר להם שלא באחריות אינו יכול לחזור ולטרוף ממנו עכ"ל ולא נראה חדא כיון דאחריות המוכר והמכירה באין כאחד לא חל השיעבוד על שדה זאת דבשעת חלות אחריות אינו של המוכר ול"ד להך דפסחים דחזר אח"כ לרשות המוכר מחמת זקיפת דמי המכר וחל שעבודו עליו משא"כ כאן אין למוכר שום שיעבוד עליו מעתה עד עולם וכשסי' השדה שלו לא נשתעבד המוכר עדיין לא מבעיא באתרי דכתבי שטרא ואח"כ יהבי זוזי אלא אפילו נתנו המעות תחלה כבר נקנה השדה בכסף וכשנכתב השטר נגמר המכירה למפרע בשטר ראי' כמ"ש הר"ן הובא בב"י סימן ק"צ ועוד כ"ז שלא נגמר המכר ליכא אחריות דהמעות אף שהן ביד מוכר כפקדון בידו הוא וברשות לוקח קיימא כמ"ש תוס' בפרק המפקיד דמ"ג בד"ה מאי אריא ועוד כיון דהשותפים קנו ביחד ונשתעבד המוכר להם ביחד וחל השעבוד אחריות על נכסיו לשניהם ביחד ואין להשותפים קדימה זה על זה והוי כשני בע"ח ביום ושעה אחת דאם קדם אחד וגבה מה שגבה גבה וה"נ איך יבא הנטרף להשני לגבות מחלקו מכח האחריות הא נשתעבד השדה עצמה גם להשני וכבר הוא מוחזק ותפוס בת ואפילו לדעת ר"י והסכים לדבריו הש"ך בסימן ק"ד ס"ק י"ד דדוקא כשהגבהו ב"ד או הלוה עצמו ולא כשתפס עיי"ש ראייתו מדגובה הב"ח חצי שבח מלוקח אף דלוקח מוחזק מכבר ויש לו ג"כ אחריות על המוכר אלא משום דלא גבה עפ"י ב"ד ולא עפ"י מוכר דהמוכר לא שם לי' השבח עי"ש שאני הכא דהמוכר נתן להם גוף הקרקע בעד מעותיהם וכיון

דכלקוחות הם השותפין שחלקו וקיי"ל דאין ברירה הוי ספק דשמא הוברר למפרע שזה חלקו משעה ראשונה וא"כ זה שנתן לו המוכר בעד מעותיו ומה שגבה גבה ועוד דגם התם רבים חולקים וכמ"ש התומים ואין להוציא מיד התופס א"כ זהו השיתוף שנטל החלק שאין מערער עליו תפס בחלק זה בעד מעותיו ושעבודו על המוכר נעשה ביחד עם שותף השני ואיך יגבה ממנו השותף שטרפו ממנו חלקו.

ואפילו לא סלק עצמו עד לאחר הערעור מהני ובשע"מ תמה מהא דלקמן סימן קכ"ו סי"ד גבי מעמ"ש דאם הנותן מודה שטעה בחשבון ואין לו נכסים לא מהימן אפילו כע"א דחיישינן לקנוניא והרי כיון שמודה שאין לו אצל הלוה אין לך סלוק גדול מזה עיי"ש ויש לתרץ לפמ"ש תוס' בפ"ב דכתובות ד' י"ט בד"ה וכגון דל"ד הודאה למחילה דכשמוחל מפסיד חובו וכשמודה שהוא אמנה לא מפסיד מידי כיון שאין הלוה גזלן הרי אף דהלוה לא מחויב עתה למלוה שלו רק למי שחייב המלוה מדר"נ מ"מ ישלם לזה שהלוה לו ה"נ גבי מעמ"ש חיישינן לקנוניא דל"ח סלוק דכסבר הלוה שנטל ממנו יחזיר לו כיון דיודע בעצמו דההודאה שקר משא"כ כאן דסלוק א"ע יחזיק השותף באמת בכולן ועש"ך לקמן סימן קכ"ג ס"ק כ"ד.

ובשע"מ תירץ דטעיתי טענה גרועה וכן אמנה לכן חיישינן לקנוניא וע"כ העלה בשני שותפים שיצא עליהם שט"ח ואומרים שחייבים לאחרים בע"פ נאמנים כיון דמסלקים עצמם מהממון ולפמ"ש הודאה ל"ח סילוק דיודעים שהאחרים אינם גזלנים ועוד לפמ"ש בנתיבות וג"צ כאן דמודה על ממונו לחובתו אינו בגדר עד דקרוב לעצמו רק מצד הודאות בע"ד נאמן דיכול לעשות בשלו מה שירצה בשלא חב לאחריני עיי"ש וא"כ כשאומרים שחייבים לאחרים אינם עדים ומשום הודאות בע"ד ל"מ כיון דחבים לאחריני משא"כ כאן דהסלוק אינו הודאה ועדות רק מה שמעיד לפסול עדי המערער זה ענין אחר והוי שפיר עדות וכמו דלא חיישינן בכל עדות שמא קנוניא עשה עמהם המביאם ה"נ לא חיישינן ובהך דמעמ"ש מעיד על ממון אחר כיון שכבר המחהו לאחר רק משום דטעות ל"ש חיישינן לקנוניא.

על חלק השותף בלבד כתב הב"י בשם רשב"ם דאם חלקו השותפים וברר כ"א חלקו הר"ז מעיד על של חבירו ובתומים הקשה דהא בעדים קרובים לערב ורחוקים למלוה אמרינן בטלה מקצתה בטלה כולה וה"נ א"א למפלג דיבורו עיי"ש ואמת אם בא לפסול העדים בגזלונותא דא"א למפלג ומעיד משום מה דנוגע לחלקו וכמבואר בסימן נ"א בש"ך שם סק"ח וכ"כ הנתיבות דמיירי דמעיד דאין השדה גזולה וזה אפשר למפלג דחלקו גזול וחלק חברו אינו גזול והקשה עוד לראב"ד ורא"ש דמה שנוגע לעצמו הוי בע"ד ול"ש

בטלה מקצתו אבל מה שבטל מצד קורבה אמרינן בטלה מקצתו בטלה כולה וס"ל אדם קרוב אצל שורו ול"ח בע"ד א"כ ה"נ מה שמעיד על חלקו הוי רק קרוב ונימא בעלה כולה גם מה שמעיד על חלק חברו וכבר כתבתי בסימן ל"ו דברי הר"ן דמה שמעיד על ממונו הוי נמי בע"ד זולת במיתת השור דהוא ענין חשוב במ"ע עוד הקשה דבסימן נ"א קי"ל דב"א הרחוקין מזה וקרובים לזה לא פלגינן עדותם בתרי גברי וה"נ נימא כן ותמוה דאדרבה מבואר שם ברמ"א ס"ו דפ"ד ואפילו לתומים שם דמסיק דהוי ספ"ד הרי הכא בא להחזיק בעדותו.

סעי' ז' לאחד מהחתומים בש"ת מהרי"ט ח"א סע"ט כתב דאם לא הוחזק השטר בחת"י קודם שקנאו י"ל שחתם א"ע אח"כ והקשה בשע"מ סק"ד מהא דאמרינן פחז"ה דמוכר לחברו מעיד לו שאינה גזילה כשהלוקח מכיר שאינה גזילה וכמ"ש הש"ך בס"ק כ"א וה"נ הלוקח חתם בעצמו ומכיר דלוה טוען שקר א"כ המלוה אינו נוגע ויצטרף עם עד השני שחתום על השטר שלא יוכל הלוה לטעון להד"ם כדאיתא ר"ס נ"א עכ"ד ולע"ד לפמ"ש הראשונים בטעמא דמוכר שט"ח יכול למחול משום דמכירת שטרות אינו קנין גמור רק מדרבנן או משום דאינו יכול למכור רק שעבוד נכסי ושעבוד הגוף נשאר אצל מוכר וכיון שמוחל שעבוד הגוף ממילא נפקע שעבוד נכסי דאינן רק ערבין בזה וכמבואר בסמ"ע בסימן ס"ו ס"ק נ"ה וכבר כתבתי לעיל דכל שמעיד לעצמו אינו בגדר עד אפילו מעיד לחובתו רק מהימן משום הודאות בע"ד כשאינו חב לאחרים וא"כ כאן המלוה אינו יכול להעיד דהלוה חייב דמעיד לעצמו שהלוה גופו משועבד לו וכן לטעם דאינו קנין גמור הרי נשאר אצלו עיקר השעבוד מדיכול למחול וכיון שאינו נאמן המלוה על זכות שיש לו אצל הלוה ממילא אין ללוקח על הלוה כח לגבות כמו אלו מחל המלוה זכותו משא"כ במכר דבר שגופו ממון דאחרי נמכר לא נשאר למוכר בו כלום כמו זר נחשב ומעיד כשאינו נוגע.

סעי' ח' שאם יתעשר עמ"ש שם לקמן סימן פ"ב ס"ג

סעי' י"א ראובן שיש לו שט"ח מקורו מבע"ח שנ"א ח"ד ס"ט ז"ל בשטר של יודא שרצה לתתו ללוי והלוה חתם על השטר מתנה עם עוד אחר מי אמרינן דקרוב הוא הלוה בענין ונוגע בדבר קרינן לו שהרי מעיד שנפטר מבע"ח ושני נוח לו ואיכא מ"ד דל"ח נוגע כיון דלא רווח אלא דשקיל מהאי ויהיב להאי וההוא דריש חז"ה מוכיח דאוקימנא לה בנקטו אגר ביתא בידייהו ואמרו למאן כותבי' ולא פסלינן משום נוגע בדבר דשני נוח לו ואני אומר דחשוב נוגע והתם משום דהוה מע"פ ויש להם מגו דפרענו לך אבל כאן בשטר ליכא מגו דפרעתי ואין ממש בעדותם שאין כאן אלא ע"א כשר וכבר נפסל כשנצטרף

עמו בעדותם עכ"ל והגד"ת תמה כיון דנקטו אגר ביתא ואמרו למאן נותבי' מה נוח להם זה מזה שייך דהא פורעים עתה עוד הקשה דל"ה מגו דיראים לטעון פרענו שמא יזכה האחר ויתבע מהם פעם שנית כמ"ש תוס' בריש חז"ה וזה לק"מ כיון דעדיין לא פרעו כלל עו"ק הא קי"ל מגו בשנים לא אמרינן כמ"ש תוס' בקידושין דמ"ג דאין אחד יודע מה בלב חברו לטעון רק להרויח ממון בטוחים זה בזה שיסכימו לטענה אחת עיי"ש ובהנאה דשני נוח אפשר לזה נוח השני ולזה הראשון עו"ק למה אמר הש"ס דנקיטו אגר ביתא בידייהו דמשמע אם הממון אינו בעין הוי נוגעים עו"ק מ"ש הבע"ת דאין ממש בעדותם שאין כאן אלא ע"א וכבר נפסל כשנצטרף עמו עיי"ש והרי נוגע דינו כבע"ד ולמה אין ממש בעדותם דסוף סוף כשיפרע ויסתלק מנגיעתו יוכשר וכדעת בע"ת גופא בשער כ"ט ס"ה וז"ל ומסתברא דאע"ג דאמרינן פחז"ה ולסלקו בי תרי ולידייני הכא לא אמרינן דלימחל משלח תבועתו לשלוחים וליהדרו בתר הכי עדים כשרים דלא אמרינן דינא ליסלקו אלא כשסילוק ביד החוזר לכשרות אבל הכא דמתחלה תלויה באחרים לא עכ"ל וגם מנ"מ אם נפסל עד השני אם לא הא בלא"ה אין ע"א מועיל רק לשבועה ובשטר הוי שע"ק דעדותו על השט"ח למי שייך וכמו שהקשה בשע"מ סימן מ"ו.

ונלע"ד כיון דלבע"ת ל"מ סילוק רק כשבידו א"כ עד השני מתחלה נפסל בהצטרפו עם הנוגע ותו לא מצטרף אפילו עם אחר דכבר נפסל כדאיתא לעיל סימן ל"ו בנמצא קא"פ וה"נ זה שאינו נוגע אין בידו להתכשר והוי תחילתו בפסול וע"כ אף כשפרע הנוגע אח"כ וסילק מכניעתו לא מהני רק לעצמו ואף דהשני לא נפסל רק מחמת הנוגע והרי הוכשר וכן מצינו בנוגע גופא דע"י סלוק נתכשר וקרובו לא מתכשר כמבואר באס"ז פחז"ה דף מ"ג ובתומים סימן זה הרי הקרוב דנפסל רק בשביל נגיעת קרובו נשאר פסול לעדות זה אף דהנוגע גופא הוכשר לכן סיים הבע"ת דכבר נפסל בהצטרפו וגם לכשיפרע לא יוכשר ועיין לקמן סימן ס"ו סכ"ב בש"ך ס"ק ע"ב דאם מוכר מודה כשר השטר א"כ ה"נ אי הי' מהני סילוק להכשיר העדים הרי קושטא הוא העדות וכשר השטר ולפמ"ש שם דמיירי בצוואה של שכ"מ בלא"ה א"ש ולפ"ז בשנים נוגעים אינו מועיל סלוק להכשיר לעדים דאין ביד כ"א שחברו יסתלק וכיון שנצטרף עם חבירו אף דחבירו נסתלק והוכשר מצד עצמו מ"מ הוא כבר נפסל ומה דאמר ולסלקי תרי ולידייני משום דבדיינין לא נפסל ע"י צירוף קא"פ כמבואר ברש"י יבמות דק"ד ובמל"מ פט"ז מה"ע ומ"ש בפוסקים גם לעדות צ"ל דס"ל סילוק מהני אף כשאין בידו והנה בש"ך לעיל ריש סימן ל"ו כתב בנמצא קא"פ ולא כיונו כולם להעיד נפסלו כולם משעת ראי' לרמב"ם וסייעתו וא"כ הכא דהשוכרים חשיבו נוגעים לבע"ת משום דשני קשה להם ל"מ סלוק כיון דאין ביד

כ"א שיסתלק השני ונפסל בצירופו וע"כ שפיר הוכיח דל"ח נוגע מחמת זה נוח לו מזה אף דיש לפרש דמביאין המעות לפני ב"ד כמשמעות הלשון דנקיטי אגר ביתא בידייהו והרי אינם נוגעים עכשיו מ"מ היו נוגעים בשעת ראיית העדות והנה הא דמגו בשנים לא אמרינן דאינם בטוחים שיסכימו לשקר אחד אף דהיו יכולים קודם שבאו לב"ד להתיעץ איך יאמרו ויכונו דבריהם רק דהוה מגו למפרע ואמרינן השתא אחמיץ כמ"ש האחרונים ולמפרע לא היה כלל בדעתם לשקר א"כ שפיר דחה בע"ת הוכחתם דעכשיו הרי נקיטי המעות ואינם נוגעים רק תחלתן בפסלות ואזי היה להם מגו ואין לחשדם משום נגיעה ולא נפסלו דגורם בואם לב"ד יכול אחד לשאול לחבירו מה בלבו.

ומ"ד דמוכח דל"ח נוגע י"ל לא נעלם ממנו דחיית הבע"ת אבל ס"ל דודאי חשש זה נוח לו מזה אינו שוה בכל אדם ולזה נוח לו זה ולאידך אפכא א"כ יש חשש דע"א נוח לו יותר הראשון וחשוב נוגע ולא נשאר רק ע"א דבלא"ה אינו ועיין בש"ך סימן ס"ו סק"ע ובתומים שם דבחשש פסול מד"ס סגי באחד כשר אבל בנגיעה ממש דפסול מה"ת לא סגי באחד וא"כ ליכא מגו דפרענו דשמא אחד מהם אינו רוצה לומר פרענו דרוצה להחזיק הראשון בשקר ולא משום דראשון נוח לו ועד שני לולא הנגיעה לא הי' משקר רק ראשון נוח לו להיות חייב לו הפרעון וא"כ אפילו היו מתיעצים טרם בואם לב"ד לא היו מסכימים לומר פרענו וע"כ מוכיח שפיר דמשום דזה נוח לו מזה ל"ח נוגע ובזה מדויק לשונו שכתב אלמא שהם חייבים לתת השכירות והם מעידין כי זה זכה בו ולא האחר ולא פסלינן לי' משום דשני נוח לו ונוגע בדבר עכ"ל דפתח בתרתי שהם חייבים והם מעידין וסיים בחד ולא פסלינן לי' משום דשני נוח לו ובלשונו הצח סתר תירץ הבע"ת אלא דעדיין לא נתיישב להאיכא מ"ד דלמה אמר בש"ס דנקיטי אגר ביתא בידייהו דמשמע להדיא שהמעות בעין הא ס"ל דמשום זה כוח לו ל"ח נוגע לכן נלע"ד דלא פליגי רק כשיש ע"א שאינו נוגע כלל בזה לא חיישינן דהלוה משקר משום הך חששא וכמ"ש בתומים סימן ס"ו כה"ג וא"כ צ"ל דנקיטי אגר ביתא בידייהו דאל"כ שניהם נוגעים אלא דמ"מ נסתלקו עכשיו מנגיעתן ותחלתן בפסלות וצ"ל מגו דפרענו דאז היו יכולים להסכים יחד גורם בואם לב"ד אבל שמא אחד אין ראשון נוח לו רק בלא"ה משקר שרוצה להחזיקו בבית זה א"כ לא הי' מסכים לאידך לומר פרענו ואידך דראשון נוח לו משום השכירות הוכרח לשקר משום הנגיעה ועכצ"ל היכא דליכא האי חששא דזה נוח לו רק באחד לא חיישינן אם השני אינו נוגע ומוכחי שפיר ומ"ש שם דההיא דחז"ה דמוכר שדה לחבירו דאמר השני כוח לי משום דניחא לי' למידן בהאי ולא בהאי ולא דחה דבחד שאני משום דגם שם מיירי דמצטרף עם ע"א וכפירשב"ם שם דמ"ג ע"ב ועיין קצו"ח סק"ה.

ואפשר אף דס"ל לבע"ת דסילוק מועיל כיון שבידו הי' להסתלק כאן ע"כ ס"ל דל"מ סילוק מדכתב שאין ממש בעדותם והרי סוף סוף מוכרח לפרוע ולא יהא חשש נגיעה ודוחק לומר דס"ל דעביד לאחזוקי דיבורו כב"ע ובש"ך לעיל סימן ל"ג סק"ט משמע דעכ"פ צריך להיות נמי נפסק הדין וכמ"ש הנו"ב.

אלא די"ל בשלמא בחלקם בס"ת וכן במנה לעניי העיר דכל הנגיעה דמרויחים מליתן חלקם דקי"ל להו ליתן לענים ואין חיוב כשאין לו לכן בידו להסתלק אבל בראשון נוח לו אם אין לו לפרוע דיוכל יותר לפייס זה ל"ל דבידו לפרוע ולהסתלק מנגיעתו דכל החשש שמא לא הוי בידי' ובר"ן פרק כל שעה דף ל"א כתב דלא אמרינן בידו לפדות המשכון דמחוסר ממון עיי"ש ואם ילוה מאחרים וכדומה אינו בידו רק ביד אחרים ובע"ת הא מחלק דביד אחרים ל"מ סלוק.

ולדברי הגד"ת בשכ"ט דסברת הבע"ת דמה שתלוי באחרים ל"מ סלוק משום דיש לחוש דמעיד לו בהנאה דפטרו משבועה עיי"ש י"ל דבעל התרומות ס"ל כראב"ד דלפיכך מועיל סילוק בנגיעת ממון משום דתחלה ל"ח עד פסול רק בע"ד וא"כ בשער נ"א דכתב דעד השני נפסל בהצטרפו ע"כ דמחשיב נוגע לעד פסול ולא בע"ד וא"כ ה"נ י"ל לענין סילוק דזה בזה תליא דאם חשוב בע"ד הוי ממקיימי הדבר ואינו מבטל שאר העדים וגם לא חשוב תחלתו בפסול ועיין ביאור הגר"א סימן נ"ו סקי"ב ותומים בסימן זה סק"א.

וגם א"ל דבע"ת ס"ל דסלוק מועיל משום דנוגע אינו פסול רק דנחשד לשקר וכשנסתלק החשד כשר וכמ"ש באס"ז פחז"ה דף מ"ד דלטעם זה ל"ח נמי כנמצא אחד פסול דלא הוי פסול הגוף וכן מצאתי בנו"ב חא"ע סימן כ"ז וגם לטעם רמב"ן ונ"י בפחז"ה שם דסלוק מהני בממון משום דלזה שמעיד עכשיו לא נפסל מעולם ע"כ בע"ת לא ס"ל דהא כבר תנה המל"מ פ"ה מה"ע על הבע"ת דלמה יפסל עדות הכשר מחמת צירופו עם נוגע דהא במקיימי דבר הכתוב מדבר ובע"ד אינו עד כלל וע"כ צ"ל כיון דע"י נגיעתו פסלינן עדותו בין הנותן ומקבל ולגבייהו עד פסול הוה ע"כ מבטל גם עדות הכשר דהא עיקר העדות אינו לעצמו דל"ד לשליח שמעיד דפרע למלוה מעיד לעצמו ממש וכן בדייני אותה עיר שיש להם חלק בס"ת מדיין לעצמו כמו לאחרים והוי בע"ד ומהני סלוק אבל עד החתום בשטר מתנה על השט"ח שחייב לשמעון שנתן ללוי אינו לעצמו דבין כך ובין כך חייב לשלם ולפיכך האמ"ד בבע"ת ס"ל דכשר להעיד רק בע"ת חושש לצד נגיעה קצת דשני כוח לו אבל עיקר העדות לזולתו ולא מיחשב כבע"ד רק כקרוב ופסול וכה"ג כתב הר"ן בחידושיו פ"ק דסנהדרין ד"י דאצל ממונו הוי בע"ד אבל כשמעיד על מיתת השור שהוא חשוב יותר מהפסד ממונו אינו כמעיד לעצמו רק כמעיד על קרובו ועדותו בטלה לגמרי

וכ"ש הכא דעיקר העדות לנותן ומקבל של מי כל החוב והעד אין לו רק הנאה קצת דשני נוח לו וחיישינן דישקר בשביל זה ואינו רק כגזלן ולא בע"ד וחשוב פסול לענין נמצא קא"פ או לענין תחלתו בפסול וכמ"ש התומים ריש סימן זה סק"א וע"כ ס"ל לבע"ת כאן דל"מ סלוק וחשוב נמצא אחד פסול ופוסל השני וכן השוכרים אף דנקוטי אגר ביתא לא מהני כיון דתחלתן היו נוגעים ולזה הועיל תירוצו דאז הי' להם מגו דפרענו.

פסול עיין נוב"ת חחו"מ סי' יו"ד כתב דוקא הכא חשוב נוגע דשני נוח לו שלא לוה ממנו ולא חשוב בעיני הבריות לוה רשע משא"כ אם המלוה הקנהו לשמעון בכומ"ס ושמעון נתנו ללוי וחתום הלוה על שטר מתנה של לוי עיי"ש והמעיין במקור דהאי דינא בבע"ת שהבאתי לעיל יראה דלא מחלקי בהכי לא האמ"ד ולא הבע"ת דאי איתא להאי סברא מאי מוכח מעדות השוכרים דל"ש להו בין מערער למשכיר וגם בע"ת לא דחי ראייתם רק משום די"ל מגו דפרענו ולפמ"ש בסמוך סי"ב מוכח מהש"ס דגם בכה"ג דלקח משניהם בשוה הו"ל נוגעים משום דשני נוח לי לכן ודאי אין להוציא בעדות כזה.

סעי' י"ב אם לקח בידו השכירות כתב בשע"מ סק"ו דלדידן דנתקן היסת ול"ל מגו דפרענו ונוגעים משום הראשון נוח להם צריך דוקא שיהא המעות מזומן בידם לפני ב"ד משא"כ לדין המשנה לכן ליתא בש"ס דהמעות בעין עיי"ש ולפ"ד אם מערער יורש די"ל פרענו לאביך וא"י להשביעם בשמא א"צ להיות המעות בעין ול"נ דלשון דנקטי אגר ביתא בידייהו משמע דמזומן בידם וגם מה הלשון אומרת ואמרי למאן כותבי' למאי נ"מ שואלים אם אינם רוצים לפרוע עתה ישאלו כשיהא להם לשלם הלא טוב להם להיות בספק ויכלו להשמט מכל אחד דלאו בע"ד דידי את וגם בגד"ת בשער כ"א ח"ד ס"ט הבין פשט הלשון שבש"ס דמביאין המעות בידם וכן בביאור הגר"א לעיל סי"א הוכיח כן מלשון הש"ס גם ידוע דרכו של רמב"ם שאינו כותב מה שאינו מבואר בגמרא וכאן כתב בפט"ו אם לקח השכירות בידו הרי דמפרש לשון הש"ס כן והנה בתוס' בפחז"ה דף כ"ט הקשו אמאי הוי נוגעים והאיכא מגו די"ל פרענו לך וי"ל שיראים לומר פרענו לך דשמא יזכה האחר ויתבע מהם פעם שנית עיי"ש וזה שפיר לס"ד דכבר פרעו אבל כשלא פרעו הדרא המגו לדוכתי' ואי דראשון נוח להם הא יש להם מגו דפרענו ואם יזכה האחר לא יפסידו כלום דבלא"ה עדיין לא פרעו ורוצים לפרוע לו והש"ס דקאי על המשנה ועדיין לא נתקן היסת הל"ל דעדיין לא פרעו ולמה משני דנקיטי בידייהו ונלע"ד לפמ"ש תוס' בפרק איש מקדש דמ"ג ע"ב בד"ה השתא דמגו בשנים לא אמרינן דאין אחד יודע מה בדעת חבירו לטעון רק אם רוצים להרויח ממון גם בשנים מהני מגו דבטוחים הם זה בזה שיסכימו לדעת אחת וא"כ קושית התוס' די"ל מגו דפרענו אף דהוי בשנים

משום דהוא הרווחת ממון אמנם כשלא פרעו עדיין דליכא רק נגיעה דראשון נוח לו לאו כל דעות שוין בזה ואפשר לאחד נוח שיהא חייב לזה ולאידך נוח יותר למערער א"כ הוי מגו בשנים דלא אמרינן דאין אחד יודע אם לשני נוח לו הראשון יותר ועוד כיון דאינו הרווחת ממון ממש שמא אחד אין לו קפידא בזה ואידך יש לו נייחא בראשון והוי נוגע ולא נשאר רק ע"א דבלא"ה אינו נאמן ומנו לנוגע ליכא לומר פרענו למערער דשני לא יסכים כיון דאינו רוצה להרויח רק משקר להחזיק הראשון ככל ע"א דבלאו נגיעה אינו נאמן ועכצ"ל גם לדינא דמשנה דליכא היסת דמיירי דנקיטי אגר ביתא בידייהו ובדברי בע"ת כתבתי לעיל סי"א.

סעי' י"ז בא להעיד שהוא של ראובן עיין בגאון צבי דנ"ל מסברא אם ראובן הלוה לשמעון ושמעון ללוי ונתייאש שמעון דלא נפקע החוב של לוי כיון דנשתעבד מדרבי נתן לראובן עיי"ש אמנם בשו"ת מהר"ח א"ז סימן רנ"ג מוכח להדיא דמהני יאוש של שמעון ונפטר לוי גם מראובן ומוכח ג"כ דיאוש מהני בחוב דלא כדעת האחרונים לקמן סימן קס"ג ס"ג.

שכיון שהודה בטו"ז הקשה מלקמן סימן מ"ז ולפמ"ש הבית מאיר בא"ע סימן וא"ו סי"ג שאני הכא דנתקבלו דבריו בתורת עדות ולשון הש"ס כיון דאסהיד דלוי מדוקדק.

סעי' ח"י עד שיסתלק בפחז"ה דמ"ג בהא דאמר תנו מנה לעניי עיר פלוני אין מביאין ראי' ולא דיינים מאותה עיר ופריך וליסלקי תרי מינייהו ולדיינו וכתב הגמריי בפט"ו מה"ע מדלא פריך דליסלקו בי תרי וליסהדי משמע דאין שנים יכולין להסתלק ולהעיד אמנם הרא"ש בתשובה וש"פ הוכיחו דמהני סלוק בעדים מדאמר שמואל שותפין מעידין זל"ז כשסלק עצמו ולפמ"ש לעיל סעיף י"א יש לומר דלא סתרו שתי המימרות בש"ס דסלוק מהני בחד משום דבידו הי' להסתלק אבל כשראו שנים נוגעים אין ביד כל אחד שיסתלק חבירו א"כ חבירו פסול אצלו תחלה והוי נמצא אחד פסול דנפסל גם הכשר לעולם וע"כ שמואל קאמר דמהני סלוק בנוגע כשהוא יחיד וכן בשנים כשלא ראו כאחד דעדות מיוחדת כשר בממון וגמרא לא הי' אפשר להקשות דליסלקו וליסהדי דאם ראו כאחד ל"מ סלוח ומדויק אפשר בזה לשון הגמ"י משמע דאין שנים יכולים להסתלק ולהעיד אבל כשסגי באחד מהני סלוק ולא מיירי בעדות מיוחדת רק בגונא דבני עיר דסתמא ראו ושמעו ביחד.

ובש"ך דחה ראיות הרא"ש משותפים דמעידים דמיירי שנסתלקו קודם ראייתן והוכיח מתוס' שם די"ל כן מדהקשו אהא דליסלקי בי תרי דהא בעינן תחלתו וסופו בכשרות ולא הקשו כן לעיל מינה אהא דשותפין מעידין זל"ז ולפמ"ש אינו הוכחה דלעיל י"ל משום דבידו משא"כ כאן בתרי.

ש"ך סס"ק כ"ב יכול המוחזק לומר קי"ל דצריך תחלתו וסופו בכשרות ובנוב"ת חו"מ סימן מ"ה בהג"ה שם נתקשה דבסימן ל"ד ס"ק ל"ג פסק בפסול מחמת רשעה ל"ב תחילתו וסופו בכשרות והובא בפ"ת ובנ"צ עיי"ש וי"ל לפמ"ש הר"ן בנדרים דף נ"ט אהא דשאני קונמת דמצוה לאתשולי דכיון שכן כאלו אתשיל עלייהו דמי עיי"ש וה"נ בפסול מחמת רשעה דמצוה לשוב כאלו שב משא"כ בפסול מחמת נגיעה דאינו מצוה להסתלק הוי תחלתו בפסול ובהכי מיושב נמי קושית בה"ט לעיל סימן ל"ד ס"ק ל"ו מסימן ל"ג סי"ג דראה לו עדות כשהי' חתנו ומתה בתו עיי"ש כלומר דשם נכוי בידו לגרשה ולפמ"ש א"ש דמ"מ אינו מצוה לגרשה ועוד י"ל כיון דחס רחמנא שיועיל תשובה לעקור העון כאלו לא עשה וזדונות נעשין כשגגות וזכיות נמצא למפרע נכשר משא"כ בחתנו או בסלוק נגיעה דלא נכשר למפרע והוי תחלתו בפסול וכדאיתא בפרק המדיר דף ע"ד ע"ב הלכה אצל חכם והתירה מקודשת אבל רופא וריפא אותה אינה מקודשת מה בין חכם לרופא חכם עוקר את הנדר מעיקרו ופרש"י שהרי פותח לה בחרטה וכו' ה"נ בחרטה עוקר העון מעיקרו.

ובמה שנתקשו הראשונים דס"ל דסילוק מנגיעה מהני למה בשאר פסול צריך תחלתו נמי בכשרות י"ל לפי המבואר בכתובות דף כ"ח ע"ב וכולן אם היה נכרי ונתגייר אין נאמן וכו' ת"ק סבר כיון דנכרי הוא לא הוה דייק ור"י ב"ב סובר כיון דדעתי' לאיגיורי מידק הוי דייק והבאה"ט בסימן ל"ד ס"ק ל"ו סתר מכח זה דברי הש"ך דשם דס"ל בפסול מחמת רשעה וחזר להכשירו כשר להעיד על מה שראה ברשעתו ואינו קושיא דחזינן דר"י ב"ב סובר דאם נתגייר אח"כ הוכיח סופו על תחילתו דדעתי' לאיגיורי ומידק הוה דייק י"ל דת"ק נמי לא פליג רק בנכרי דאין בידו להתגייר וכמבואר בפ"ג דקידושין דף ס"ב ע"ב לכן לא דייק משא"כ רשע בידו לשוב והוכיח סופו דדעתו היה לשוב ועכ"פ גם למה שהוכיחו האחרונים דלא כהש"ך י"ל משום דבשעת פסולו לא דייק אבל בנוגע זולת העדות רמיא עליו למידק אם שלו או לא ומדייק יותר משאר עד כדאיתא בקדושין דף ע"ג ע"ב נאמן בעל המקח לומר בזמן שמקחו בידו לזה מכרתי ולזה לא מכרתי ופרש"י דמידק דייק משום דרמיא עליו לדייק שלא לחזור ויקום במש"פ.

סימן לח

סעי' א' עדים שהעידו בשבו"י ח"א ס"ס קמ"ז כתב אם הודו ששקר העידו קודם שהוציאו ממון ע"פ דאין לחייבם מדד"ג כיון שלא עשו מעשה רק דיבורא בעלמא אף שאין אנו מאמינים להם ואם חתמו בשטר שעשו מעשה יש לחייבם עיי"ש ולע"ד מוכח מיבמות

דף כ"ה ע"ב איפכא מדפריך התם אהא דתנן מיאנה או שחלצה בפניו ישאנה מפני שהוא ב"ד טעמא דב"ד הא בתרי לא מ"ש מהא דתניא עדים החתומים על שדה מקח ועל גט אשה לא חשו חכמים לדבר זה והקשו תוס' שם ובסוף התקבל גבי חיישינן שתשכור עדים אמרינן דיבורא אמרי מעשה לא עבדי ותרצו דכשמעידים שקר חשוב נמי מעשה כיון דעל פיהם נגמר ולא קרי דיבורא אלא באומר אמרו דלא נגמר על ידיהם עיי"ש ואם כשבו"י מאי פריך הש"ס מעדים החתומים על עדות בע"פ הא עדות בע"פ ל"ח מעשה כחתימה דחתימה הוי מעשה מיד אבל עדות בע"פ אינו מעשה עד שיוציאו ממון על פיהם או עד שתנשא האשה על פיהם ואין לומר דשא"ה דנגמר על ידיהם שלוקחים בעצמם השדה או האשה ע"י עדותם חדא דמ"מ שאני חתימה דמיד עושה מעשה ועוד למה אמרו בש"ס באומר אמרו חיישינן שמא תשכור עדים יותר משאר עדות משום דיבורא אמרי מעשה לא עבדי הא גם שאר עדות בע"פ אינו מעשה מיד עד שתנשא ע"י עדותם וה"נ באומר אמרו סוף סוף תנשא ע"י עדותם וכן פרש"י בסוף התקבל מעשה לא עבדי שיחתמו שקר או יעידו שקר ול"ל כיון שאינם חוזרים טרם שנעשה מעשה על פיהם חשוב כעשו המעשה בעצמם דא"כ כיון של"ח מעשה רק מה שנעשה לבסוף על פיהם ולא חזרו ה"כ באומר אמרו הא אין חוזרים עד שנעשה על פיהם ועוד אם על העדות בדיבור פטור לא יחויב ג"כ על הוצאות הממון שאח"כ אפילו הוציא בעצמו כיון שבעדותו מקלי קלי' דא"א לחזור דשוב א"ח ומגיד וכדאיתא בהגוזל בתרא דף קי"ז ע"א באנסוהו גוים והראה פטור ואם נו"נ ביד חייב ואם הראה באונס והדר נו"נ ביד פטור כיון דאוקמו עלי' מעיקרא מקלי קלי'.

עדים שהעידו בב"י הובא מהמשרים נ"ב ח"ו ז"ל והא דאמר אין משלמין עפ"י עצמם דוקא כשאמרו העדנו בב"ד והוזמנו ולא נגמר הדין לחייבינו ממון והאמת העדנו אבל אמרו העדנו שקר משלמין עפ"י עצמן למאן דד"ג עכ"ל ביאור דבריו דכשאמרו הוזמנו וממילא נבטל הדין ולא גרמו הפסד וליכא רק קנס ומודה בקנס פטור לכן דוקא אם אמרו שנתחייבנו ממון בב"ד תו אינו קנס כדאיתא בפרש"י רפ"ק דמכות ד"ג אבל כשאמרו לא נתחייבנו עדיין אפילו אינם אומרים אמת העדנו פטורים והאמת העדנו הוא וא"ו מקלקת או אמת העדנו אפילו אמרו שנתחייבו מ"מ פטורים דהמה שאסר הוא הפפ שתתיר דהרי אומרים דהעדים שהזימן שקר אמרו ואם אמרו שקר העדנו ולא ניזומו דאז א"ח ומגיד ונפסד בע"ד חייבים מדד"ג ומצאתי בהגהת דו"פ שפירש קצת כן וא"נ הא הוי מגו במקום עדים דהיינו דוקא אם העדים לפנינו אבל כאן לא ידעינן כלל מעדים המזימין ופה שאמר שהוזם מעדים אומר אמת העדנו ומהרי"ט ח"א סימן ס"ב הוכיח

דמגו דאי בעי מכחיש כת"י ולומר מזויף הוא ל"מ במ"ע מדגרסינן בפרק מי שמת דף קנ"ד ע"ב עיי"ש דמודה בשטר שאינו מזויף אינו נאמן לומר שטר פסים הוא דאנו סהדי דעדים לא חתמו אשטר פסים ולכאורה התם נמי הוי הפה שאסר די"ל מזויף ולא חתמי כלל העדים אמנם מלשון מהרי"ט שם משמע דוקא מגו כזה ל"מ דלא הוי ממש הפה שאסר כיון דהלה תובעו צריך להשיבו ולטעון ואי שתיק היה חייב משא"כ כאן אי בעי שתקי ולא אמרו כלל דהוזמו וכ"כ בנתיבות סימן ע"א סק"ד דהפה שאסור מהני גם במקום עדים דלא מגרע בדבריו הראשונים מידי וחשבינן כאלו לא אמר חובתו כלל וכמ"ש תוס' בב"ק דף ע"ב ד"ה אין לך.

וראיתי בב"ח ז"ל ואיכא למידק למאי דמשני תלמודא אלא באומר העדנו והוזמנו בב"ד פלוני דאכתי קשה כל כמיני כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ונראה דוקא באומר עדות שקר העדתי דמשים עצמו רשע התם הוא דפרכינן כל כמיני' כיון שהגיד אבל באומר העדנו והוזמנו בב"ד פלוני דלא משים עצמו רשע דאומר אמת העדתי אלא דהוזמנו לא קשיא כל עיקר כל כמיני' ולהכי לא פריך אהא אוקימתא אלא כמאן דלא כרע"ק ולפ"ז אע"ג דכתב רבינו באומר העדנו והוזמנו בב"ד פלוני אינן משלמין עפ"י עצמן מ"מ ודאי עדותן בעלה דאין כאן מקום לומר כיון שהגיד שוב א"ח ומגיד כיון דלא משים עצמו רשע עכ"ל ופליאה בעיני דבכתובות דח"י ע"ב מבואר דכיון שהגיד אינו חוזר אפילו כשלא משים עצמו רשע כגון אנוסים מחמת נפשות היינו וקושייתו לק"מ דבאומר העדנו והוזמנו בב"ד פלוני לא ידענו מעדותו רק מפיו והוא שאמר הוזמנו משא"כ כשתוזם כאן או העיד כאן.

ומ"ש הב"ח כשאמרו העדנו והוזמנו בב"ד פלוני רק אמת העדנו עדותן בטלה ודאי משום דאינו משים עצמו רשע ולפ"ז אפילו העידו כאן ואח"כ באו ואמרו שהוזמו ואמת העידו חוזרין ומגידין ואינו כמו שהוכחתי דלא תלוי זה בזה ואפילו אמרו העדנו והוזמנו בב"ד פלוני רק אמת העדנו אין עדותן בטלה דהפה שאסר ואמר הוזמנו התיר ואמר אמת העדנו דהיה יכול לשתוק ולא לומר כלל הוזמנו וכמ"ש ואפילו נאמר דהוי מגו במקום עדים כיון דתורה האמינה לעדים אחרונים המזימין לראשונים אינן יכולין הראשונים לומר דמזימין שקר אמרו אפילו יש לראשונים מגו דפה שאסר מ"מ כיון דממ"נ או משוי נפשייהו רשעים דהוזמו או דמשוי למזימין רשעים שבשקר הזימן א"כ נימא פלגינן דיבורא דתרי מילי ננהו חדא דהעדנו וחדא הוזמנו וליהמנו דהעדנו לבד ובאמרו העדים כת"י הוא זה ואנוסים מחמת ממון היינו אמרינן דמהימנו על מה שאמרו כת"י וא"נ

שהיו אנוסים מחמת ממון דפ"ד ותוס' שם הקשו בכתובות דח"י ע"ב דנפליג דבורייהו שהיו אנוסים ולא מחמת ממון וכל תירוצם ל"ש כאן וא"כ כאן קושטא קאי ועדותן קיים, **ומצאתי** בשער משפט בסק"א תמה ג"כ דאינו חוזר ומגיד אפילו כשאינו מע"ר כדמוכח בכתובות ובסק"ב הביא דברי רי"ו במשרים הנ"ל ונדחק מאד בפירושו וס"ד ז"ל יצא לנו מדברי רי"ו דבאומרים נתחייבנו בב"ד פלוני ואמש העדנו חייבים לשלם דכיון שנגמר הדין ממון גמור הוא ולא קנס ולא מהימנו במגו דהוי במקום עדים אך בחידושי ריטב"א כתב להיפך דבאומרים אמת העדנו נאמנים במגו ודברי רי"ו נראים יותר דהוי במקום עדים כדאיתא בב"מ דף פ"א עכ"ל ובחנם עשה פלוגתא דאדרבה דעת רי"ו כריטב"א וכמ"ש וראייתו מב"מ אינו כלום דשם אנן סהדי דאיכא מיא באורחא דנהר פקוד בלאו אמירתו רק י"ל מגו דלא אזיל שם משא"כ כאן אין אנו יודעים מעדים רק הם אומרים דהוזמנו והם אומרים אמת העדנו והמזימין שקר ענו וליכא עדים.

ובספר מאזניים למשפט כתב אם באו עדים ואמרו העדנו וחייבנו לפלוני בב"ד פלוני אבל שקר העדנו דמהימנו לבטל העדות שהרי אלו יאמרו ראובן חייב לשמעון ובתכ"ד יאמרו אינו חייב מהימנו לבטל העדות ה"ה כשאמרו שקר העדנו ובאנוסים מחמת ממון היינו לא מהימנו שא"ה כיון שאמרו כת"י הוא ממילא נתקיים השטר וכשאמרו אנוסים היינו אין מבטלין מה שאמרו תחלה דעדיין דבריהם קיימין שכת"י הוא רק שהוסיפו בעדותם עיי"ש ולא נראה דה"נ אין עוקרים דבריהם שכבר העידו רק שקר העידו וכמו התם כת"י הוא היינו העדנו רק אנוסים מחמת ממון ושקר העדנו ול"ד לחוזרים תכ"ד דלא משוי נפשו רשע כל שחזר תכ"ד כמבואר במרובה דף ע"ג ברש"י ותוס' וכאלו לא העידו כלום משא"כ כשאומרים העדנו כבר בשקר משוי נפשייהו רשיעי ולא אמרינן המה שאסר רק פ"ד.

ש"ך סק"ב הביא דברי הרז"ה בפ"ב דכתובות דאין הזמה לעולם לשלם ממון אלא בעדות בע"פ וכתב ש"ך בטעמו דחידוש הוא אעפ"י שלא עשו מעשה משלמין ואין לך בו אלא חידושו משא"כ לענין לפסלן ולדבריו הרי גם הפסול חידוש כדאיתא במרובה ובפ"ג דסנהדרין מה חזית דסמכת אהני.

ולע"ד דס"ל להרז"ה כמ"ש בשו"ת ר"י מיגאש סימן קכ"ו לענין שבועה בכתב דדינו מסור לשמים ואין לחייבו דבר בדיני אדם הואיל ולא הוציא שם שבועה מפיו עכ"ל הרי דכתב אינו דינו כמפיהם בדיני אדם וע"כ ה"נ להזמה וכיון דאין ב"ד מחייבין, ממילא אפילו בדיני שמים פטורין מלשלם דקנס אשר ירשיעון אלקים בעי וכן מלקות פטורין ומ"מ פסולין כיון דדינן מסור לשמים על שהעידו שקר אף דאין בו מלקות כיון דעברו בעדות

עצמו וכמ"ש מהר"י אשקופה הובא במל"מ פ"ד ממלוה ה"ו לענין עדים שחתמו על שטר שיש בו רבית והמל"מ לא השיגו רק משום דלא חשידו להעיד שקר אבל כאן דהעידו שקר אף דפטורין ממלקות וממון הן חשודין לאותו דבר ועמ"ש לעיל סימן ל"ד ס"ט.

ש"ך בסוף סק"ב הביא מהריב"ש סימן רס"ו דהזמה שלא בפניהם פוסל הראשונים והביא ראי' מרמב"ן שפסלן כשמתו ואמרו גזלנים הם עיי"ש ויש לדחות כשמתו ל"ש דאין חבין שלא בפניו דלא נ"מ להו מידי אם נפסלו ומ"ש הש"ך דאין מחייבין אותן דמה להם בכך שפסולים להעיד יש לדחות דנ"מ להו טובא דמותר ליקח שכר לילך ולראות ולהעיד כדלעיל סימן ל"ד סח"י בהג"ה גם מותרין ליקח שכר חתימה כמ"ש בתו"ג סימן ק"ל סכ"א וחת"ס א"ע ח"א סימן ק"ג וגם אם כבר לטלו שכר לילך לראות ולחתום אם יפסלו למפרע יצטרכו להחזיר ומניעת הריוח חוב הוא וכדמוכח מקושיות הר"ן בפרק השולח גבי פרוזבול דמזכה המלוה קרקע כ"ש ללוה שלא מדעתו הא אין חבין שלא בפניו והרי לא ישלם רק מה שלוה ואינו רק מניעת ריוח ובטו"ז יו"ד סימן קס"ב סק"ח הקשה למה לא יוכל להקנות ממין תבואה שהלוה שלא מדעתו כדי שיחויב להחזיר לו אף שיתייקר ונה"ך שם טרח לתרץ מ"ש מפרוזבול ולא תירצו דגבי סאה בסאה יחויב לשלם כשיתייקר יותר ממה שלוה הוי חוב משא"כ בפרוזבול אינו רק מניעת ריוח מה שלוה וע"כ דלא מחלקי בהכי ואפשר משום דלא שכיח לשלם כיון דאסור ליטול שכר להעיד רק כדי לילך לראות ומפרט הללו דכל מידי דבי דינא קלא אית לה וכל מי שיצטרך עדים בשכר יחוש לעצמו אולי אמת דפסולין הן ויעידו בפניהן ויפסלו למפרע ומשום דפרוטה דר"י ל"ש ל"ה ש"ש.

הלכות הלואה סימן לט

סעי' א' ואינו גובה ברמב"ן ס"פ ג"פ כתב דלמ"ד שלי"ד רק פריעת ב"ח מצוה מכין אותו עד שתצא נפשו ונחתינן לנכסי' לא מטעם שעבוד רק משום כפי' דעדיף הכפי' לירד לנכסי' מלהכותו ובקצו"ח הקשה מרבית קצוצה ביו"ד סימן קס"א דמכין אותו עד שתצא נפשו להחזיר הרבית אבל לא נחתינן לנכסיו והניח בצ"ע

ולפע"ד י"ל נהי דלטובתו נחתינן לנכסי' דטוב לו מלהכותו וכל אשר לו יתן בעד נפשו מ"מ אם הוא אדם דחביב לי' ממונו מגופו יכול לומר אי אפשי בטובה זו כמו איני ניזונת ואיני עושה בכתובות דף נ"ח ע"ב אלא דכתב מהר"ם והוא במרדכי בפרק שני דייני גזירות דדוקא היכא דליכא פסידא לאחריני וביארתי דבריו בחידושי להלכות גיטין סימן קי"ט דבאיני ניזונת אף דמפסדת לבעל כיון דעדיין לא בא לידו הוי רק מניעת ריוח

והוכחתי כן מלקמן סימן קי"ט ס"ד וע"כ בשלמא בניזקן ושומרים וחוב דהוי פסידא אינו יכול לומר א"א בטובה זו להפסיד לאחריני משא"כ ברבית דהיא אגר נטר כשכירות מטלטלין וכמ"ש החו"ד בסי' ק"ע ובנתיבות סימן קכ"ט רק דתורה אמרה אהדר לי' דניחי ולדידי' אזהר לא לברי' א"כ הוי רק מניעת ריוח ומה דבצדקה יורדין לנכסיו עיין חו"ד סימן קס"א סק"ו וקצו"ח כאן:

ויש לעיין דביו"ד סימן רנ"ב סי"א איתא מי שנשבה ויש לו נכסים ואינו רוצה לפדות עצמו פודים אותו משלו בע"כ א"כ היכי דמדינא מכין אותו עד שתצא נפשו שיקיים המצוה נפדה אותו בע"כ מנכסיו וי"ל כיון שהוא עבריין שלקח ריבית ועומד ברשעו שאינו רוצה להחזיר אין חיוב להחיותו כדאיתא ביו"ד סימן רנ"א ועיין טו"ז שם מ"ש בשם הכ"מ וכיון דאין חייב להחיותו אין לירד לנכסיו בעל כרחו וא"כ בלוה ושומר וכה"ג דלא הוי עבריין במה שבא בהיתר לידו ועתה אשתמוטי דכופר במלוה כשר לעדות וחיוב להחיותו לכן יורדין לנכסיו לפדות נפשו ממכת מות ובכל זה לא מתיישב מ"ש הרמב"ן לתרץ בזה מה דכתיב חיים שנים ישלם וזה ריוח ועבר אלא תגנוב אלא דבלא"ה קרא א"ש כיון דמצוה עליו לשלם ואפילו היכא דאינו מחויב רק לצי"ש אמר בב"מ דף צ"א לוקה ומשלם עיי"ש כ"ש כאן דב"ד כופין אותו שישלם מעצמו אלא הרמב"ן הוצרך לומר דנחתינן נמי לנכסי' כדמוכח בש"ס בפרק שה"ד דלכ"ע נחתינן לנכסי' וכמ"ש בקצ"ח ולפי הנראה הוכרח לומר כן משום דהכי משמע לי' לישנא דאיתא שם בגמרא אינו גובה אלא מנכסים בני חורין משמע אף דשל"ד גובה מבני חורין בע"כ של לוה.

גובה מן המשועבדים בש"ך האריך להוכיח דשל"ד ותומים דעתו דיש ראי' ברורה להיפך דהא בפרק יש בכור נחלקו ר"מ ור"י אם חלקו עד שלא נתנו דס"ל לר"מ פטורים ור"י ס"ל דנתחייבו הנכסים ואמרינן דפליגי אי אחים שחלקו כלקוחות ואין מע"פ גובה וא"כ בכל יורשים דיש עליהם מע"פ וחלקו נכסים לא יגבה בע"ח אם של"ד ואין שום ב"ד שידון כן עיי"ש ולע"ד לק"מ דהש"ך לקמן ק"ז סק"ח מסיק דיורש שמכר חייב משום מזיק שעבודו של חבירו ובנטל דמים לכ"ע חייב דמשתרשי לי' עיי"ש א"כ נהי דחלקו וכלקוחות הא משתרשי וחייבים וכבר הקשה ריט"א בבכורות שם למה פטורים הא חייבים משום מזיק שעבודו ואף דמזיק מתנות כהונה פטור מ"מ במשתרשי חייב כדאיתא בחולין דף קל"א ולק"מ דהא מבואר ביו"ד סימן ס"א סל"א דאם מכר מתנות כהונה פטור מפני שאין לו תובעים ידועים והרי כשמכר משתרשי המעות ועוד הוא משנה בפרק ראשית הגז דאם צבען קנאן בשינוי ופטור משום דמזיק מתנות כהונה פטור כמבואר ברש"י ותוס' שם דף ק"ל ע"ב והרי משתרשי ובאמת הקשה הרשב"א שם מ"ש מאנס המלך גרנו

בחובו דחייב לעשר משום דמשתרשי אבל בריטב"א שם תירץ דדוקא מזיק בידים פטור משא"כ כשלקחו ממנו בחובו וא"כ יורשים שחלקו דכלקוחות הן הוי כמכרו וכצבע הגז דקני בשינוי ה"נ לקח קרקע אחר והזיק בידים ומה שהקשה הריט"א שם אמאי כשלא חלקו חייבין משום ירושה הא ממון שאין לו תובעין הוא דמ"ש הר"ן דכי אתנייהו בעין חייב משום מצוה ה"ד לבעל המתנות דעלי' רמי המצוה משא"כ יורשים וכמו שהקשו הראשונים בקידושין דף כ"ו למה כהן בפדיון הבן טורף מלקוחות הא ממון שאין לו תובעין הוא ותרצו דמיירי במכירי כהונה עיי"ש ול"ק לפמ"ש בתומים סימן ס"ו ס"ק מ"ג דכשיורש נכסים משתעבד גופו כלוה עצמו ועליו מוטל לפרוע כמו אביו הלוה והסכים עמו בנתיבות לעיל סימן ל"ג סק"ב משום דיורש כרעא דאבוה והרי הוא הלוה תדע דהא מחויב לתבוע היורש תחלה קודם שגובה מהנכסים אלמא דהנכסים ערבים בעד היורשים ולא בעד המת עיי"ש וכן הסמ"ע ריש סימן ק"ז מחלק בין לוקח ליורש דבמקום אביו קאי אם נשאר קרקע אפילו קנה הלוה אחר הלואה היורש כלוה עצמו לכן בפדיון בכור כשנשאר נכסי חל המצוה על היורש כל זמן שהקרקע בעין וכשמכרו ביטל מצותו ופטור מלשלם.

ולפי מה שכתבו האחרונים לקמן סימן ק"ז ס"ד דאפילו משתרשי אינו חייב רק מצד גרמי כיון דליכא על הנכסים רק שעבוד ושלו מכר משתרשי בשלו דלא כהש"ך שם ובתומים שם כתב דהיכא דמדינא אינו גובה מלקוחות ומכר היורש גם הרא"ש מודה דחייב משום גרמי ובש"ך סימן שפ"ו העלה דגרמי רק קנסא ולא קנסו רק בשכיח ורגיל וא"כ בשלמא יורשים שמכרו והפקיעו הלואת בע"פ שכיח אבל שתלד מבכרת שני זכרים ולא נדע איזה הבכור וימות האב קודם שיפדם וישארו נכסים רק שוה חמש סלעים והיורשים יחלקו לא יאמר אדם שזה שכיח ורגיל לכן פטורים ולפ"ז מיושב למה נדחק הש"ס שם דמוקי פלוגתא ר"מ ור"י דליכא אלא חמש סלעים וס"ל חמש ולא חצי חמש כיון דע"כ פליגי בדר"א ור"פ לימא דמיירי בכל גוונא אפילו נשאר הרבה ור"מ פוטר דס"ל אחין שחלקו לקוחות ומע"פ אינו גובה מלקוחות דהא גם שמואל ס"ל דלקוחות הן בכמה דוכתי כדאיתא בתוס' שם אלא כמ"ש דמוכרח לאוקמא במלתא דלא שכיח דהא ר"מ דאין דד"ג ואם יסבור ר"מ דאחין שחלקו לקוחות א"כ אפילו נשאר הרבה נכסים וחלקו לא היה יכול לגבות ושכיח היזקא וחייבין מדד"ג לכן הוצרך לומר דס"ל לר"מ כר"א מחצה יורשים ואם נשאר הרבה לא גרמו היזק בחלוקתם רק בנשאר חמש סלעים ולא מעשר ולמעלה וזה ודאי לא שכיח שיזדמן עם לידת שני זכרים ונתערבו ולא פדאן האב לאחר שלשים ומת והבנים חלקו ומצאתי ביש"ש פ"ה דב"ק בדיני ברירה נתקשה בזה

למה לא מוקו כפשוטו אפילו נשאר הרבה ור"מ ס"ל לקוחות הן וכן בריט"א שם הקשה כן למה נדחק רבא לאוקמוה בדוחק גדול דלא נשאר רק חמש סלעים ובלא"ה אין הלכה כר"א ולפמ"ש א"ש.

והנה לפי מה דק"ל דמזיק מתנת כהונה פטור ואפילו מכרן מכ"ש דגרמי פטור דלא עשו גרמי חמיר ממזיק בידים אמנם בחולין ק"ל ע"ב אמר תרי טעמי דפטור אב"א משום דכתיב זה ואב"א משום דה"ל ממון שא"ל תובעין וכתבו תוס' ורא"ש דא"ב אי חייב לציי"ש דלטעמא דאל"ת חייב וכתב הרא"ש דקי"ל לחומרא דחייב לציי"ש הרי דס"ל דבאמת ליתא רק חד טעם רק דפליגי לישני מאיזה טעם והנה פריך שם מעני העובר וכו' ומשני רבא משום דר"ח דמדת חסידות שנו כאן ומבואר בתוס' שם דאינו לציי"ש עיי"ש ועכצ"ל דקאי ללישנא דטעמא משום זה דלטעמא משום דאין לו תובעין הל"ל בבא לציי"ש וה"ט דצריך לתרץ המשנה לתרתי לישני וכ"כ הכו"פ בסימן ס"א בסק"ה דהא דאמר רבא דהא עשיר חייב ולא תירץ לציי"ש משום דללישנא דזה מא"ל דאליבא דרבנן צריכין להיות כל הלשונות אתיא על נכון וכן כתב שם בסקי"א מהא דפריך מאנס סמלך גרנו דחייב לעשר ומשני משום דמשתרשי לי' קאי הכל ללשנא דפטור משום דכתיב זה ופטור אפילו לציי"ש ובמשתרשי חייב לציי"ש והנה להך לישנא דפטור משום דכתיב זה דוקא במתנות כהונה וכה"ג דתורה חייבה ליתן דבר מסוים וכשהזיקו ביטל מצותו ופטור ולא שייך בפדיון בכור דמחויב ליתן חמש סלעים אינם מסויימין וגם יורשים שנשאר להם נכסי מ"ט אם ירצו ישלמו משלהם והנכסים יחזיקו לעצמן ול"ש טעם דזה כלל רק טעם דאין לו תובעים דה"נ השעבוד נשאר על נכסי האב וכשמכרן היורש דאין חיוב רק משום מזיק וגרמי הלא אין לו תובעים לכן הוצרך רבא לתרץ דמיירי דלא נשאר רק חמש סלעים כדי שלא תקשו ללישנא דזה ולמאי דקי"ל כאידך לישנא כמבואר ברמב"ם פ"ט מבכורים הי"ד א"צ לדחוקי לכן פירש הרמב"ם במשנה שם דפליגי ר"מ ור"י אי כלקוחות אי כיורשים ותוי"ט נתקשה שם בזה ולא מצא מענה ולפמ"ש א"ש.

אמנם נראה דאחין שחלקו בנכסי דמי לאנס המלך גרנו בחובו לפמ"ש הר"ן בחולין שם שכל שנתכוין ליקח מת"כ לעצמו ושינה אותן בצביעה או אכלן פטור שהרי הפקיע מצותו וחיוב ממון אין בהן אבל אנסו המלך שלא הפקיע הוא מצותו ומשתרשי לי' עדיין מצותו עליו דמ"ל הן ומ"ל דמיהן עכ"ל וריטב"א ביאר יותר דצבעו גלה בדעתו שנתכוון לגוזלו ולהפקיע מן הכהן עיי"ש וא"כ באחין שחלקו הנכסים דליכא שום גילוי דעת דלא היו מחויבים ליתן לכהן הנכסים שירשו דיכולין לשלם תמורתן וה"נ עתה חלקו משום שבח בית אביהן ולא נתכוונו להפקיע כלל משא"כ במת"כ דהמצוה על גוף המתנות

לתתן לכהן וגם כשישלם הפקיע מצותו אלא לדעת אחרונים שהבאתי לעיל בשעבוד שאני דכשמכר שלו מכר וממילא משתרשי וליכא רק גרמי אבל להש"ך ה"נ מדינא חייב אמנם בריטב"א בחולין דף קל"א כתב דרק מדרבנן חייב כשמשתרשי וא"כ כיון דלא שכיח וכמ"ש לא תקנו ומוכרח הש"ס לאוקמוה במלתא דלא שכיח וכמרש ולפי העולה מדברי דפטור משום דלא שכיח שישאר שוה חמש סלעים דוקא בהצטרף לידת שני זכרים ונתערבו י"ל שפיר דר' יהודא ס"ל דלא כרב אסי ואפילו לקוחות הן חייבים דדוקא לר' אסי דמחצה יורשים ואם נשאר הרבה משלמין לכהן ממחצה ירושה וליכא גרמת היזק רק כשנשאר חמש סלעים ואזי לא שכיח אבל אם הפקיעו השעבוד אפילו כשנשאר הרבה ושכיח אין לחלק בין נשאר הרבה או מעט כיון דלעולם גורמים היזק ושכיחא ועיין תוס' בשבת דף י"ד ע"ב ד"ה כיון ומתורץ קושיית יש"ש על פסק הרמב"ם ופוסקים כולם כר"י דנתחייבו הנכסים ופסקו דאחין שחלקו לקוחות וקי"ל כר"פ דמע"פ אינו גובה מלקוחות והתומים רצה להוכיח מפח זה דקיי"ל שעבודא דאורייתא וכיון דל"ש בזה פסידא דלקוחות גובין מתן וש"ס בבכורות דאמר דר"י דלא כר"א אי ס"ל כר"ע משום דר"פ ס"ל של"ד ומדינא אין גובין מלקוחות עיי"ש ולפמ"ש א"ש בלא"ה דר' יודא מצי סבר כלקוחות רק לא יסבור כר"א דמחצה יורשים.

שקנו מידו כתב בנתיבות דאם העדים מסופקים באיזה יום הי' הקנין מנהג העולם שכותבין בשטר היום שברור להם שאז הי' כבר הקנין ובמאזניים למשפט דחה דבריו דהוא נגד הש"ס דב"ב דף קע"ב ומבואר לקמן סימן מ"ג סי"ט ואפשר נתפשט על פי דברי הש"ך דלקמן סימן מ"ג סי"ט אמנם תומים דחה דבריו והנתיבות כתב שם כהתומים ואפשר דדוקא אם אינם יודעים איזה יום קנו והרבה ימים בספק ול"ל ספק ביום זה הי' הקנין דאין זה ספק השקול דניזול בתר הרוב ימים שבכלל הספק אבל אם מסופקים על שני ימים לבד כדוגמא דנקט הנתיבות אם הי' בר"ח ניסן או בר"ח אייר אזי רשאים לכתוב ר"ח אייר דשמא אותו יום הי' ולספק מחזי כשקרא לא חיישינן וכמ"ש הר"ן הובא בסמ"ע בסימן מ"ג ס"ק ל"ו.

סעי' ב' צריכים להמלך בו נלע"ד דרק לכתחלה ועיין הה"מ פי"ז מהלכות אישות הי"ד גבי הא דאלמנה שמוכרת צריכה ב"ד כתב דהרמב"ם ס"ל דהיינו רק לכתחלה ואינו מעכב בדיעבד ובשו"ת פרח מטה אהרן סימן נו"ן הביא מרשב"א וריטב"א יבמות ק"ג דצריך לכתחלה משמע וכן דעת הטור בא"ח סימן ריט ודעת רש"י בפרק הי' קורא דף ט"ו הובא בב"ח א"ח שם וכ"ד הב"ח שם ואף דר"י שהביא ב"י שם חולק מ"מ מסתבר כאן דהוא רק לכתחלה דיש לנו לאוקמי' על חזקתו שלא נשתנה דעתו אלא משום דכל

היכא דאיכא לברורי מבררינן ולא סמכינן אחזקה היכא דאנו באין להוציא מחזקה אחרת וכמ"ש המג"א סימן תל"ז סק"ד ושם מבואר דרק לכתחלה כשישנו בעיר צריך לשאלו ובפרק ב' דמגילה דף כף מבואר דלשון צריך רק לכתחלה משמע עיי"ש ברש"י ד"ה דרבי' ועיין נתיבות סימן ס"ח ס"א ביאורים סק"ג משמע דס"ל דמעכב דיעבד והנלע"ד כתבתי וראי' דבפחז"ת בעי רב במתנה האיך אי מהני כשתחזיק שלא בפניו כשלא א"ל לך חזק וקני עיי"ש דף נ"ג והא רב אמר לשמשי' כשאומר לך ליתן מתנה אימלך בי תניינית הובא בב"י ס"ס ר"ד וא"כ ודאי יש לחוש שחזר קודם שהחזיק המקבל אע"כ דאימלך בי לכתחלה ועיין סמ"ע סימן קכ"ב סק"ה דבשליח חזקה לא חזר המשלח עב"ח ר"ס רט"ז.

סעי' ד' אם הלוה עיין שע"מ סק"ד ומ"ש עליו לקמן סימן נ"ח.

סעי' י"ג בד"א בשטר שיש בו קנין זה דעת הריף דלא ס"ל עבז"ל דהא רבא פליג עלי' בפ"ק דב"מ ד"כ דת"ר מצא שובר בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל והוינן ניחוש דלמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ואזלה וזבינתה לכתובתה לפני תשרי ומפיק לשובר ואמר רבא ש"מ איתא לדשמואל דמוכר שט"ח לחברו ומחלו מחול ואביי אמר שובר בזמנו טריף דעבז"ל ואי אמרת האי דאיפלג הוא רבת הא רבה רבי' דאביי ואין הלכה כתלמיד במקום הרב ועוד דקאמרינן בפרק המפקיד מאימתי אכיל פירי אמר רבה מכי מטי אדרכתא לידי' אביי אמר עבז"ל רבא אמר מכי שלמן יומי אכרזתא והנה רבה ורבא תרוייהו לא ס"ל דעבז"ל עכת"ד.

ונלע"ד לתרץ שיטת ש"פ דס"ל עבז"ל דלכאורה קשה כיון דמסיק בב"מ שם די"ג דדוקא אי מטא לידי' אח"כ איך חל למפרע נימא אין ברירה דהא גבי אם מתי יהא גט מעכשיו פרש"י בפרק כל הגט דף כ"ה ע"ב דתנאים שאדם מתנה בגט לא שייך בהו ברירה שבידו לקיימם ודעתו לקיימם כשמתנה עליהם אבל היכא דאין בידו תליא בברירה וכ"כ תוס' שם והנה מ"ש רש"י דבידו לקיים ודעתו לקיים תרווייהו צריכי דאם אין בידו ל"ל דדעתו לקיים ואם אין דעתו לא חשוב בידו וכמ"ש תוס' בזבחים דף ל"ד ע"ב בד"ה כל שבידו וא"כ כיון שכתבו שלא בפני המלוה שמא לא ירצה להלוות ולא יתן לו השטר דודאי אין דעתו ליתן לו השטר רק אם ילוהו א"כ אינו ביד הלוה ודעת המלוה לא נודע בשעת חתימת עדים ואפילו אם נימא דתנאי ל"ש בו ברירה דמלתא אחריתי הוא היינו כשאינו בגוף הדבר כמו אם תתן מאתיים זוז וכדומה אבל הכא גוף הזכי' ע"י השטר וצ"ל כמ"ש מהרי"ט הובא בקצות ונתיבות בסימן ס"א דבשעבוד לא אכפת מה שאינו מבורר למפרע כמו דחל שעבוד דאקנו אף דהוא דשלב"ל ולפ"ז לא קשה מהאדרכתא

דנ"מ לאכילת פירות דהוי כמכר ממש בזה ל"ל עבז"ל אלא דקשה בשובר פרעון דכתבו על דעת שיפרענו ואין בידו של מלוה שיפרענו הלוה נימא אין ברירה אלא כיון דברירה ספיקא דלכך בדאורייתא א"ב ובדרבנן י"ב א"כ הלוה מוחזק ומהני אמנם לפי מה דמשמע בעירובין דף ל"ז ע"ב דרבא לא ס"ל לחלק בברירה בין דאורייתא לדרבנן דלכן משני דשירי' ניכרים בעינן ובקדושין דף נ"ב ס"ל ג"כ אחין שחלקו לקוחות הן א"כ גם בשובר ל"ל עבז"ל ואנן קי"ל לחלק בין דאורייתא לדרבנן כדאיתא בפרק המשילין והנה בגיטין דף ס"ו בתוס' ד"ה התם כתבו תוס' דגרסינן בעירובין שם רבה מדאירי אביי בתרי' והנה ה"נ ספקו של הרי"ף אי גרסינן רבה משום דאירי אביי בתרי' וכמ"ש באמת הרא"ש וא"כ ע"כ רבה ס"ל גם בדרבנן אין ברירה כדמוכח בעירובין מדמשני שאני התם דבעינן שירי' ניכרים עיי"ש וגם בביצת דף יו"ד מוכח דרבה ס"ל גם בדרבנן א"ב דמוקי לב"ה לטהר הפתחים מכאן ולהבא ומש"ה האריך הרי"ף בהך דשובר דל"צ לאביי מטא לידו אף דלא נ"מ למאי דלא ס"ל עבז"ל רק כדי לשלול דחיית ראייתו דרבא ס"ל א"ב דכיון דל"צ מטי לידו אינו צריך לברירה ומה שהוכיח מאדרכתא י"ל מדמלוה לא אכיל גם הפירות שעל הקרקע כשנוטלה דאז חשוב המלוה מוחזק.

ולפי מה דמתני רב אחא ברי' דרבא בקידושין דף מ"ג רב אמר אין שליח נעשה עד ומבואר שם הטעם דשלוחו כגופו א"כ ל"ל עבז"ל דזכי' מטעם שליחות ובמלחמות פרק כירה הכריח בראיות דלעולם י"ל דתלמיד דרב כרב זולת כשפליג בפירוש וסתר עי"ז דברי הרז"ה וכן איתא בפ"ק דסנהדרין דף וא"ו ע"ב דהא ר"ה תלמידי' דרב ורבה נמי תלמיד דרב ולהלכה מסיק בקידושין דשליח כ"ע.

שהרי משעה שקנו מידו נשתעבדו נכסיו דעת הרי"ף דדוקא במטי לידי' ותמהו עליו הראשונים דהא בפ"ק דב"מ די"ג דפריך לשמואל דאמר המוצא שטר הקנאה יחזיר לבעלים דל"ח לפרעון אי סבר כאביי דעבז"ל איך מתרץ המשנה דמצא שט"ח לא יחזיר והקשה רש"י מה קאמר אי ס"ל כאביי ע"כ לא ס"ל כאביי דלאביי למה נקט שטר הקנאה ותירץ רש"י עבז"ל דוקא כדמטא לידי' ושמא לא מטא לידי' עכצ"ל שער הקנאה ואם איתא כהרי"ף הק"ל ונלע"ד עדיפיתי' דקנין משום שהקנה ודאי להעדיף כחו במלתא חדתא דאל"כ קנין למה וכמ"ש הר"ן בהכותב לחברו דו"ד אין לי בנכסייך דאוכל פירות ואי קנו מידו אין לו פירות דהטעם כיון שעשה דבר מותר בקנין ודאי להעדיף וא"כ אי עבז"ל ע"כ תקנון להעדיף שלא נצטרך מטא לידו אבל א"ל עבז"ל צריך קנין שיקנה כשמטא לידו למפרע וע"כ להרי"ף דפסק דלא אמרינן עבז"ל צריך בקנין דמטי לידי' אבל אי שמואל ס"ל כאביי דעבז"ל שפיר נקט שטרי הקנאה דאז א"צ מטי לידי'.

ובזה א"ש דברי ד"מ וסמ"ע דקיי"ל דלא כאביי דכ"כ הנ"י דגדולי הפוסקים פסקו כהרי"ף ותמה הש"ך דגדולי הפוסקים פסקו רק דבעי מטא לידו בשטרי אקנייתא ולא מיירי מדין עבז"ל ולפמ"ש כיון דצריך מטא לידו בשטרי הקנאה ע"כ דלא ס"ל עבז"ל.

בש"ך ס"ק ל"ט עוד תמוה לי עמ"ש הרא"ש דמתוך דברי רב אלפס משמע דהא דאמרינן לעיל דאביי ס"ל עבז"ל רק בדמטא לידי' אינו בשובר דהא בהך דפ"ק דב"מ די"ג גרסינן אלא הא דתנן מצא ג"נ וכו' ושוברים לא יחזיר שמא נמלך שלא ליתנם והא עבז"ל ה"מ היכא דמטי לידו ע"כ הרי אכתי לא מיתרצא הקושיא משוברים עכ"ל ובגאון צבי תמה למה הביא ממרחק ולא הקשה מיני' ובי' דברייתא דשובר אשה דמשני עלה אביי וקיימי עלה הרי"ף ורא"ש תנא בזמן שאין האשה מודה לא יחזיר דמה"ט דמחזירין כשמודה דעבז"ל ה"נ כשאינה מודה כיון דל"צ מטי לידו עכ"ל ולק"מ די"ל אין האשה מודה דטוענת מזויף וכפרש"י שם דף י"ג בסוף ע"א בד"ה שמואל מוקי לה בשאין חייב מודה בכתיבת השטר וטוען מזויף ע"כ מקשה הש"ך מהא דאמר שמא נמלך שלא ליתנם.

ובקושית הש"ך י"ל דכבר הסכימו המפורשים בטעם הרי"ף משום דמחילה בדיבור סגי אמנם לפ"ד הר"י דלעיל סימן י"ב ולקמן סימן רמ"א דבתפיס שטרא לא מהני דיבור ה"נ צריך דלימטי שובר לידו והב"ח לעיל סימן י"ב כתב דטעם הר"י דקי"ל כב"ש שטר העומד לגבות כגבוי וש"ך שם ס"ק י"ז תמה דלא קי"ל כב"ש כדמוכח בס"פ כל הנשבעין ויפה הקשה על הב"ח דיהיב טעמא דקי"ל כב"ש אבל בגוף הדין י"ל שפיר דדוקא בנולד ספק על השטר אזי קי"ל דל"ה כגבוי כמו בפלוגתא דב"ש דקינא לה ומת עד שלא שתתה או מת לוה בחיי מלוה דנתחייב מלוה שבועה ומת דאימר לא הי' נשבע ושמא היה פרוע אבל באין שום ספק על השטר ודאי עומד לגבות לכ"ע כגבוי לכן לא מהני מחילה בדיבור לבד וש"ך גופי' בסתק"כ סימן ק"ל כתב כהאי חילוק והובא בנתיבות בדיני הפיסה ס"ק י"ד ואף דתומים שם דחה דעת הש"ך שכתב בדעת הרי"ף דלפיכך ספק מחילה בכתובה גובה הכתובה משום דחשוב כגבוי וכתב שם מטעם אחר הוא מ"מ היינו ג"כ דמ"מ נולד ספק מחילה המועלת והוי כספק פרעון משא"כ כשבא למחול בדיבור ל"א דלולא המחילה כגבוי כיון דליכא שום ספק אמנם י"ל רק שטר הוי כגבוי משא"כ כתובה בחיי בעל דשמא תמות בחייו ולא הבא לגבי' כלל וכה"ג כתבו תוס' בפ"ק דב"מ דף כ"ף ור"ן וריטב"א הובא בש"ך לקמן סימן פ"ו סקי"א

עוי"ל לפמ"ש נתיבות בסימן רמ"א דבתפוס שטרא דמהני מחילה בדיבור על גוף החוב אבל השטר א"צ להחזיר עיי"ש וא"כ להרי"ף וסייעתי' דמהני אף דלא מטא לידי' כיון דהחוב ת"י ומחילה סגי בדיבור עדיין נ"מ לענין החזרת השטר וקשה מה הועיל בעבז"ל

ניחוש שיוכרח הכתיבה קודם שהגיע ליד הבעל השובר וא"צ הלוקח להחזיר השטר וכשנחזיר השובר לבעל כשיבואו לקוחות עם השטר כתובה יוכרחו להחזיר ואי דאינו שוה השטר רק פרוטה דין פרוטה כדין מנה ועור דלפעמים שוה הרבה שיתן הבעל בעדו שלא יצטרך לשמור שוברו וכמ"ש תוס' בכתובות דף פ"ה ע"ב הובא בנתיבות שם וגם הה"מ פכ"ג ממלוה הובא בקצו"ח סימן ס"ו ס"ק כ"ז אלא דגם לתירץ דש"מ איתא לדשמואל דמוכר שט"ח לחברו יכול למחלו ג"כ קשה לדעת הסוברים בסימן ס"ו סכ"ג דאין הלוקח מחויב להחזיר השטר אלא דצ"ל כיון דצריכה להחזיר ללוקח מה שקבלה דהוי מקח טעות ממילא יחזיר ע"כ השטר דאם יחזיק בשטר ויאמר דשוה אצלו נגד הלוה והבעל הלא ינוכה לו מדמיו דודאי אין לחוש דשוה לו יותר ממה שנתן בעדו ובעד החוב הכתוב בו וכ"ז כשהאשה מודה משא"כ במצא שוברים חיישינן דנמלך וע"י חזרת השובר נכריח למלוה בחנם להחזיר השטר דלא קנהו הלוה.

ועוד דנ"מ לגוף השובר דלא קנה כ"ז דלא מטא לידו ואף דנמחל החוב ולכן חיישינן שמא נמלך שלא ליתן ושוה הרבה שיתן הלוה בעדו משא"כ כשהאשה מודה והשובר שלה יכולה לעשות בו מה שתרצה אם בלא"ה גוף החוב מחול.

ולע"ד יש הוכחה לדברי הרי"ף דבשובר א"צ מטי לידו למ"ד עבז"ל מב"מ דף כף דמשני רבא ש"מ איתא לדשמואל ואמר אביי אפי"ת ליתא לדשמואל והבו"ע בששטר כתובה יוצא מת"י ורבא אמר חיישינן לשתי כתובות ואביי אמר לך חדא לשתי כתובות לא חיישינן ועוד שובר בזמנו טורף ואביי לטעמי' דעבז"ל והקשה באס"ז א"כ למה תירץ כלל אביי בשטר יוצא מידה כיון רס"ל עבז"ל ובשע"מ כאן תמה ג"כ דלמה העלים אביי תירץ דעבז"ל

אמנם להרי"ף כיון דמחילה סגי בדיבור א"צ מטי לידו אבל אי הוה צריך מטי לידי' לא הוה מהני אחרי נמכר השטר והנה איתא בפרק אע"פ לר' יהודא דוקא בכותבת התקבלתי כתובתי אבל אומרה ל"מ דעשו חיזוק לדבריהם ומרדכי פוסק דמחילה בכתובה ל"מ רק בכותבת התקבלתי וכ"פ בש"ע א"ע סימן ס"ו ס"ג וכתב החמ"ח שם אע"ג רבשט"ח פסק המרדכי דמהני מחילה בע"פ ואפילו תפיס שטרא בכתובת אשה כ"ז שיושבת תחת בעלה יכולה לומר משחקת הייתי בך עיי"ש וכ"ז משום דאסורין לדור בלא כתובה וכשיש לה שתי כתובות מהני מחילה לכתובה אחת אפילו בע"פ לכן לא אפשר לאביי לתרץ דעבז"ל לבד דבכתובת צריכה שובר דוקא וצריך מטי לידו וכשמכרה כתובתה מקודם ל"מ תו מה דמטי לידו השובר אח"כ כמו במכר ומתנה ע"כ תירץ רק בשטר כתובה יוצא מתחת ידה ולשתים ל"ח ואת"ל דחיישינן הרי מהני מחילה ע"פ

לכתובה אחת וא"צ מטי לידו א"כ י"ל עבז"ל ומוכרחין דברי הרי"ף דבמכר ומתנה לא אמרינן עבז"ל לענין גוף המכר כשנמכר לאחר קודם שבא לידו השטר ובשובר א"צ מטי לידו כלל בשט"ח וכן בשתי כתובות ומחלה אחד ומתורץ מה שהקשה הש"ך מניין להרי"ף לחלק בין מחילה להלואה ועוד דלמה לי' להרי"ף לחלק בכך הא שפיר מתוקמה שמעתתא כפשוטו במטא לידו ולפמ"ש מגוף השמעתתא מוכרח.

ולשיטת ש"פ נ"ל כיון דאסור לדור עמה בלא כתובה אינו ודאי זכות וכמו מקח דאפשר יותר ניחא לו לדור עמה בהיתר מלהרויח הכתובה ואף דאח"כ אור דניחא לו לא מהני למפרע במקח כדאיתא בפרק אותו ואת בנו דף פ"ג ובחו"מ סימן קצ"ה ס"ג ואם יכתוב לה כתובה אחרת אינו מרויח לכן לא תירץ אביי דעבז"ל רק על חשש דשתי כתובות ולפ"ז צ"ע איך יתכן במכירה עבז"ל ולרי"ף במכר אה"נ ל"ש עבז"ל ומה דכותבין שטר למוכר אף שאין הלוקח עמו עכצ"ל תירוץ אחר אלא דגם מכותבין שטר ללוה קשה שמא אינו רוצה המלוה להלוות ואינו זכות ועכצ"ל דמ"מ עבז"ל אף דבמידי דחוב לא מהני גם כשנתרצת אח"כ וכמבואר בב"מ דף י"ט לענין שטר שחרור היינו דוקא מידי דודאי חוב הוא אבל מכר אינו חוב אם יתרצה כיון דהברירה ביד לוקח אם ירצה ליקח וכמ"ש בנתיבות סימן קצ"ה ותהיא דחולין מיירי דוקא דקונה בשר לאכול חוב הוא לו שאם לא ימציא לו לאכול ירויח ממונו וכפרש"י שם חוב הוא לו להוציא הוצאות הפסד הוא לו וכמ"ש בחת"ס בע"ז דף ע"א דכה"ג אפילו עומד על המקח ורוצה מ"מ חוב הוא ואינו קונה בשלא נתכוין לקנות לכן בשאר מכר שפיר י"ל עבז"ל דאם יתרצה לוקח זכות הוא לו שיחול משעת חתימה ובשט"ח נמי דאין השטר מחייבו להלוות רק אם ירצה ילויהו ואזי זכות הוא לו שיחול השעבוד משעת חתימה ובקדימתו אינו מפסיד כלום רק מרויח משא"כ בשובר כתובה דסתמא אינו בחנם רק ע"ד לקבל פרעון דהא מחילה טענה גרועה ואינו נאמן רק במגו דפרעתי וכ"ש שכשנמצא השובר יש לחוש שמא כתבה ליתן כשיפרע לה ואזי ודאי חוב הוא לבעל כיון דמיירי שיושבת תחתיו כמו שפרש"י ובאס"ז ואם יחול השובר למפרע ולא יועיל מה שמכרה ללקוחות אסור לדור עמה בלא כתובה והוי חוב ופרענותי' כדאיתא בגיטין דף י"ח משא"כ אם מכור ללקוחות מותר לדור עמה כדאיתא בהחובל דף פ"ט ואם יכתוב לה כתובה אחרת הרי מפסיד הפרעון א"כ נהי דעכשיו מתרצה לחוב לעצמו מ"מ כיון דחוב הוא ליכא למימר עבז"ל לפיכך לא תירץ אביי דעבז"ל רק כששטר כתובה בידה אלא דחיישינן לשתי כתובות שיש לה כבר א"כ זכות הוא לו כשאר מקח דקונה הכתובה בטוה"נ ויהא מותר לדור עמה וכיון דל"ל תירץ דעבז"ל רק בשטר כתובה יוצאה מת"י ולאביי ל"ח לשתי כתובות

א"כ אצ"ל כלל עבז"ל וסגי בתירץ דשטר כתובה ת"י לכן לא הזכירו כלל לתירץ דעבז"ל דמה שאמר ועוד שובר בזמנו טורף לא נצרכא רק להעדפה לכשתדל דחיישינן לשתי כתובות והיוצא מזה דבשובר כתובה כשיושבת תחת בעלה לא אמרינן עבז"ל רק כשיש לה שתים אבל בכתובה אחת אינו זכות כיון דצריך לכתוב אחרת ממאתיים וכמבואר בטור ופרישה א"ע סימן ס"ו הובא בב"מ שם סק"י.

סעי' י"ז אבל אמר להלוות וכו' צל"ע דהא מבואר ס"פ שה"ד דמלוה על המשכון מצוה קעביד וכן הוא לקמן סימן ע"ב ס"ב ומדלא מחלק בין עשיר לעני ש"מ לעולם הוי מצוה ול"ד למתנה דאינה מצוה רק בעני וא"כ הוי כאמר אשנה פרק זה או אעשה מצוה פלונית דחייב משום נדר ואפילו אמר להלוות לו בלא משכון ועיין יו"ד סימן רי"ג ס"ב ובש"ך שם סק"ז ובקידושין דף מ"ז ע"ב דפליגי במלוה ברשות בעלים לחזרה אפשר בנתן לו המעות על בקשת הלוה ומלוה לא אמר בפ"ו כלום לכן אין בו משום נדר דלא יחל דברו דוקא אבל ל"ל דכיון דמהני שאלה בנדר עדיין לענין קידושין חשוב פקדון דהא כיון שבא ליד המקבל ל"מ שאלה כמו בתרומה שבא ליד כהן בנדרים דף נ"ט וביו"ד סימן רנ"ח ס"ו אך י"ל דלמ"ד דמלוה ברשות בעלים לחזרת דס"ל משיכת המעות להלואה אינו זוכה לו עד שיוציאנו ממילא מהני נמי שאלה דל"ד לתרומה ביד כהן דנותן לו לחלוטין והוא כמתנה דמשיכתו זכתה לו אבל משום נדר יש אפילו באמירה לעשיר איברא ברמב"ם ריש הלכות מלוה מבואר דמצות עשה להלוות לעניי ישראל משמע דוקא לעניים וכ"כ הריטב"א ס"פ האומנין דף פ"ב ע"ש והא דקתני סתם מלוה על המשכון ש"ש לדעת רשב"א וסייעתי' דבשעת הלואה עוסק במצוה ולא חילק בין עני לעשיר צ"ל דסתם לוה על משכון מפני דחקו וחשוב עני ולקמן ריש סימן צ"ז בטוש"ע מבואר דמצוה גם בעשיר שצריך להלוות ובסמ"ע שם סק"א דמצות עשה הוא להלוות אפילו לעשיר הצריך לפי שעה וא"כ ודאי חייב משום נדר ועיין שו"ת הרא"ש סוף כלל צדיק.

מעשה בא לפני באחד שבא לחבירו עם שטר וביקש ממנו שיחתום עצמו לערב קבלן וילוה לו מגוי על שטר זה וחתם עצמו ואח"כ חזר בו ומוחה בחבירו שלא ימסור השטר לגוי ואינו רוצה לערב בעדו ופסקתי דיכול למחות דלא נתחייב לחברו כלום שנאמר דזכה בחתימה ומסורת השטר לידו רק חתם עצמו להתחייב להגוי כשילוה על שטר זה וכ"ז שלא הלוה י"ל אינו רוצה להתחייב והוא כ"ש מהא דריש סימן קל"א דשם המלות גופא קנה מהערב וגם לא עדיף מהרשאה בכתב וקנין דקבל עליו מה שיתן הלוה למורשה כאלו נתן לידו דיכול לבטל ההרשאה כדלקמן סימן קכ"ב ס"ג ה"נ הוי

רק כנתחייב מה שיתן הגוי ללוה כאלו נתנו לו והלוה שלוחו וכ"ז שלא הלוהו יכול לבטל השליחות.

סימן מ

סעי' א המחייב עצמו עיין שע"מ סק"א שכתב דבכה"ג שחייב עצמו בדבר שאינו חייב והוא חייב עוד לאחרים מה שלוה ממון מהם ואין בידו לשלם לכולם נותנים למי שהלוה לו כדאמרינן בהכותב דפ"ו דבע"ח וכתובת אשה נותנין לבע"ח דיותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא ובזה תירץ קושיית התומים עמ"ש הש"ך בסימן צ"ט דאם חייב לאחד בשטר אינו נאמן לומר שחייב עוד לאחרים אף במטלטלים שאין בהם דין קדימה והקשה חתומים הא יכול לחייב עצמו אף שאינו חייב וכ"ש כשהודה בב"ד חייב מכח הודאתו ולפמ"ש ניחא דנותנין למי שהלוה לו ואף שאומר שגם זה הלוה לו אינו נאמן דחיישינן לקנוניא עכת"ד ולפ"ז אם חייב לאחד בשטר שמפורש או מודה התובע שנתחייב לו בחנם אזי שניהם שווין ולע"ד נהי אם אומר עתה שמחייב עצמו בשטר שניהם שוים אבל אם אומר שחייב לו מכח הלואה וכדומה לא מהני דחיישינן לקנוניא וכיון דמכח הודאה באמת לא מהני גם קנין אודיתא לא הוי דאוריתא ג"כ רק היכא דשכנגדו הי' תובעו מכח הודאתו הי' מחויב ליתן ה"נ כשמודה שכנגדו שלא הי' חייב מכבר מהני מצד אודיתא לעשות חיוב חדש ואי דיש לו מגו דיכול לחייב עצמו וכמ"ש תומים שם סק"ב לע"ד אינו מגו דמבואר בסימן ל"ז היכא דיש חשש דמעמידה בפני בע"ח אינו נאמן להעיד דנוגע כדי שלא יאמרו הבריות שהוא לוה רשע ולא ישלם וא"כ כשחייב כבר לאחר אפילו חיוב חנם מ"מ כיון שכבר נתחייב מחויב לשלם במה שיש לו וכשמתחייב עוד אח"כ לאחד ואין לו לשלם לשניהם הרי גוזל את הראשון בשאט נפש וטוב לו שיודה שחייב לזה באמת מכח הלואה דנדחק למעות והוכרח ללוות וכשחייב א"ע לראשון תי' קודם הלואה או שאז הי' לו לשלם לשניהם ואח"כ מטה ידו וכיון דנח לו להודות מלהתחייב אינו מגו וחיישינן לקנוניא וממילא גם מכח אודיתא לא מהני ועש"ך סימן צ"ט סק"ה.

ואם חייב עצמו בחנם ויש עליו כתובת אשה ואין כדי שניהם לשלם נראה דכתובתה קודם כדמוכח ברש"י ותוס' שם בהכותב דלפיכך בע"ח קודם משום נע"ד אבל אל"ה הי' כתובת אשה קודם משום חינא ובחיוב חנם ליכא נע"ד ומ"מ צ"ע גם דברי השע"מ דהא למ"ד של"ד דטורפין מלקוחות משום נע"ד לא חלקו בין שטר שלוה בו ובין שטר חיוב בחנם ה"נ לא חלקו בין בע"ח לבע"ח וגם בחיוב חנם אי לאו דעביד לי' נייח נפשו לא נתן

לו וחשוב פסידא וכמ"ש סמ"ע בסימן ל"ט סק"ב משא"כ בכתובה דיותר רוצה להנשא ואין לה פסידא וחכז"ל חלקו בזה בין חוב לכתובה ולא מצינו שחלקו בזה בין חובין לחוב וכיוון דמדינא שניהן שוין אין לנו להוסיף על התקנה מספק וכדאיתא בא"ע סימן קי"ח ס"ו ועוד דחיוב חנם לא שכיח כמ"ש הרא"ש בפרק שה"ד ססי"ט א"כ ליכא חשש נע"ד דלא מסיק מלוה אדעתי' שיתן הלוה בחנם ולא יפרע קודם מה שחייב שיהא נועל דלת וכדאיתא בפרק הנזקין דף נו"ן כה"ג לענין בינונית מיתמי.

עיין ברכ"י שכתב דהודאת תקנאה היא אפילו אמר זה שלי הוא אך הפעם אודה להקנותו לראובן אהניא הודאתו וקנה ראובן בהודאה כשאר הקנאות עיי"ש והוא זר אצלי דאין זה הודאה כיון דשוברו עמו דאומר זה שלי דהשומע שמע ההודאה ומודעה ותוס' שכתבו בהזהב דף מ"ו דהודאה הוי קנין כאודיתא דאיסור גיורי היינו עכ"פ הודה דרך הודאת אבל כשאמר זה שלי מגרע להודאתו ולא הודה כלל.

ובקצות כתב דאם לא הודה בפני עדים ובאתם עדים אינו זוכה באודיתא זו אפילו מודה שלא נתכוין להשטות ונתיבות אינו חולק עליו רק דא"צ בפני עדים והודאה גמורה שחשוב הודאה נגד טענת השטאה חשוב ג"כ קנין ובשו"ת הר המור בלקוטים על חו"מ סימן פ"א בסמ"ע סק"ב כתב דהא דצריך לישבע שכיון להשטות דאם מודה שהודה ואינו אומר טעם שכוונתו להשטות חייב מחמת קנין אודיתא רק בטוען להד"ם טענינן לו לכן א"ל נשבע שכונתו להשטות אף דנשבע שאינו חייב לא מהימן שכיון להשטות ועיין סימן פ"א ס"כ סמ"ע ס"ק מ"ו ס"ל כנתיבות וש"ך שם סק"נ כקצו"ח ותומים שם ס"ק כ"ח הוכיח כסמ"ע ולקמן סימן קל"ח ס"א הבאתי ראי' מהתוס' כקצו"ח.

סימן מא

סעי' א' עדי השטר ובשו"ת הרא"ש כלל ס"ח דין ל"א כתב דאפילו נכתב כדין ובא ליד המלוה וידוע שנשרף ולא נפרע כותבין למלוה שטר אחר ותמה מהרא"ש סימן ס"ו הובא בתומים כאן דרב אמר אין הלכה כר"י דעדים יכולים להחליף השט"ח אלא דוקא ב"ד ולע"ד י"ל דבלא"ה קשה איך יחלוק רב אר"י ורשב"ם ותוס' כתבו דרב תנא ופליג ולע"ד א"צ לזה דאם שע"ד גם מע"פ טורף מלקוחות רק משום פסידא דלקוחות היכא דליכא קלא תק"ח דלא לטרוף בלא שטר אבל כשנכתב שטר ויצא קול אפסדו לקוחות אנפשייהו לכן יכולין העדים לכתוב עתה שטר בזמן הראשון ור"י לטעמי' בפרק י"ב דמ"ח וכאשר הוכיח בתומים לעיל ריש סימן ל"ט דר"י ס"ל שע"ד לכן נתחייבו הנכסים אף דאחים שחלקו כלקוחות כיון דל"ש אצלם טעם פסידא משום דליכא קלא נשאר

אד"ת דגם מע"פ טורף מלקוחות ורב ס"ל בשילהי ב"ב ד"ת מע"פ גם מיורשים א"ג א"כ השטר גורם טריפת לקוחות וכיון דנשרף נתבטל שעבודא אף דהקול לא נתבטל ע"כ דוקא ב"ד דאלימי להפקיע ממון עושים שטר ול"ק רב כמאן דכמה תנאי פליגי אי של"ד וגם ר"א ור"י בפי"ב דמ"ח פליגי בזה לכן הרא"ש דפסק שע"ד בכ"ד עיין תומים סל"ט פסק דעדים יכולין לכתוב הבעור שנית מזמן הראשון כיון דהקול לא נתבטל ועיקר השעבוד נעשה בהלואת לבד ושטר שני רק לגלויי מלתא וכמו במתנה ומכר שאין בהם אחריות לכ"ע יכולים לכתוב מזמן ראשון כמבואר בפג"פ שם ה"נ בשט"ח עיין פירשב"ם שם בד"ה בשלמא ב"ד ז"ל ב"ד מקרעין ומחליפין אחר וכותבין מזמן ראשון לטרוף שלא כדין מזמן ראשון דמן הדין לא אלים שטרא למטרף אלא מיום שנכתב ואילך ומ"מ צל"ע דאטו כשנשרף או קרעו השטר נמחל השיעבוד כיון דכבר חל ורמב"ן בחידושי ב"ב דף קע"א כתב דלא כל הימני' דלוה לשעבד עכשיו נכסיו למפרע ואי מפני שטר הראשון כיון שאתה החליפו נמחל שעבודו והרי הוא כמי שאינו ומקשינן ולאו וכו' דקס"ד דכיון שהשטר הראשון הי' לו קול משעה ראשונה יכולים הם להחליפו וישתעבד בשני ומפרקינן בשטר מתנה שאין בו שעבוד ואינו אלא לראי' בעלמא עכ"ל ולא הבנתי דכיון שקורעין השטר כדי להחליפו לא נמחל שעבודו דאטו בשטר קנין אחר שקרעו חוזר הקרקע למוכר ה"נ בשעבוד ואפשר כיון דמדינא לא חל שעבוד על הנכסים רק משום נע"ד תקנו לטרוף מלקוחות וכשאינו יכול לטרוף מחמת שנאבד שטרו דליכא חזקה שטר בידו מה בעי והודאות לוה ל"מ לגבי לקוחות ממילא ליכא שעבוד כלל כיון דבלא"ה לא טריף ל"ש תקנה משום נע"ד א"כ קיום השעבוד בקיום השטר ראי' תליא משא"כ בשטר בלא אחריות דגוף הקנין או החיוב מדינא לכן אף דאין לו ראי' מ"מ ממונו הוא רק ארי' רביע עלי' דאינו מניחו ליטלו לכן שטר שני רק גלויי מלתא וכן בשעבוד למ"ד ש"ד חל מדינא וכשאין לו ראי' לא נתבטל שעבודו רק ארי' רביע עלי' ושטר רק גלויי מלתא ושוה שעבוד חוב למכר ומתנה דכותבין אפילו עשרת שטרות גם בלא דעת מוכר ונותן כיון דאינו רק לראי' ואם לא יוכל להוציא הקרקע מהמוכר ונותן מחמת חסרון השטר גזל הוא ת"י ולא חשוב חוב לכן כותבין שלא מדעתו אבל שעבוד מלקוחות למ"ד של"ד רק תק"ח ל"ל הפקר ב"ד עד שעת טורפא וכמ"ש תוס' יבמות דף פ"ט ע"ב בד"ת שהפקר ב"ד הפקר ז"ל אבל מן הטמא על הטהור ל"ל דאפקוהו מרשותו בשעת הפרשה כין דבתר הכי נמי שלו הוא עיי"ש וה"נ ל"ל הפקר ב"ד בשעת הלואה או בשעה שקנו דבתר הכי נמי של לוקח הוא וא"כ אם יהא נמי מהנמנע לטרוף מהם בחסרון שטר ליכא גזל תחת ידם כלל דתק"ח אינו רק משום נע"ד בשטר לטרוף ואזי

הפקר ב"ד הפקר וא"כ השטר מחייבם וא"א לעדים לחייבם שלא מדעתם וגם הלוה אין לו כח עכשיו דמכר כבר הנכסים משא"כ אי שע"ד דחל השעבוד מדינא ואם לא נוציא הקרקע מלקוחות מחמת חסרון שטר ישבו בארץ לא להם ע"כ ל"ח חושפת חוב במה שחוזרין וכותבין שטר כשנשרף הראשון ובשלהי ב"ב ביתומים שגבו קרקע איתא דלמ"ד שע"ד בכור נוטל פי שנים ולמ"ד של"ד הוי רק ראוי ואמאי הא מ"מ מדרבנן נשתעבדו הנכסים ולפמ"ש א"ש דל"ל הפקר ב"ד עד שגבו.

סעי' ג' וכל שטר שמטפיסין במל"מ פכ"ג ממלוה הביא דברי ריב"ש סימן הי"ג וז"ל אף דנימא דבהתפסה נמי צריך שיאמרו בפירוש בלא אחריות אם הי' ברצון המתחייב כותבין ולדבריו הא דאמרינן במכר אין כותבין וחוזרין וכותבין הוא שלא מדעת המתחייב אבל מדעתו כותבין ואף דאיכא למיחש לפסידא דלקוחות דטריף והדר טריף ודין זה הוא פלא בעיני שיהא בידו להזיק ללקוחות שלא כדין והרי גבי נאמנות אצל לקוחות כמה דיות נשתפכו אי מהני וצ"ע עכ"ל ולע"ד אינו פלא דהא מיירי הריב"ש שם שהי' דעת המתחייב כן בשעת נתינת שטר ראשון שיכתבו עוד הטפסה ואז לא קנו הלקוחות עדיין ועושה בשלו ויכול להתחייב במה שאינו חייב וקדם השעבוד ללקוחות וכמו שנותן מתנה בשטר אחד על מנה כן יכול להתחייב במאתיים מיד ולקוחות אפסדו אנפשייהו דשמעו מהשטר והתחייבות הכתוב בו שיתפיסו עוד שטר אחד עיי"ש בריב"ש ומה שהקשה המל"מ מנאמנות גם שם צמחו בו קמאי הרז"ה וראב"ד ורא"ש וכ"פ כיון דקדם הנאמנות ללקוחות למה לא מהני דהרי יכול להתחייב ולשעבד נכסיו כמה שירצה ותרצו משום קנוניא חששו הרי"ף וגאונים שמא נפרע המלוה והחזיר השטר ללוה ונתבטל הנאמנות ואח"כ החזיר השטר למלוה אחר שכבר קנו לקוחות הנכסים מהלוה ובשער משפט סימן ע"א הובא דבריהם באורך והעלה דכ"ז לא חששו רק להצריכו שבועה אבל לא להפסיד ממין עי"כ למלוה שלא יגבה אף בשבועה כיון דחזקה דשטרך בידי מה בעי לא שייך בלקוחות דאימר קנוניא הוא ע"כ דלהפסד ממון לא חששו עיי"ש וכ"כ הש"ך בסימן ס"ט סק"ו דלקנוניא לא חששו רק לחייבו שבועה אבל לא שלא יטול גם בשבועה עיי"ש תדע דל"ח שלא יטול גם בשבועה משום קנוניא דמוכר ונותן גופא דבפרק ג"פ דף קס"ט פריך למ"ד כותבין שובר נכתוב שטרא מעליא ללוקח ונותן תברא למוכר ומשני שובר לגבי לקוחות ליכא ולא ידעו שיש שובר למוכר ושמיט ואכיל פירי עיי"ש ולימא שמא יטמין המוכר השובר ויעשה קנוניא עם הלוקח ובמלוה למה כותבין שובר אע"כ דלא חיישינן לזה דא"כ אין לדבר סוף דכל מלוה ולוה

יוכל להחזיר השטר אחר הפרעון ויטרף בחנם וכיון דאם ניחוש לזה יבוטל כל דין טריפת לקוחות ע"כ לא חששו:

ה"נ כיון דדעת המתחייב מתחלה לכתוב שתי שטרות ומשתעבד בכך הוי כמאמין למקבל מתנה וקדם השעבוד לקנין לקוחות ודאי כשיטרף מלקוחות יחויב לישבע ככל הבא להפרע מנכסים משועבדים ויותר לא חיישינן ובשע"מ כאן סק"ב הביא ראי' להמל"מ מהגמ"י פ"ט מהלכות אישות דין טית שכתב בשם הסמ"ג דהיכא דארכסא כתובתה דאפילו ברשות בעל לא יכתבו אלא בלא אחריות דלאו כל כמינה להפסיד ללקוחות עכ"ל הרי להדיא כהמל"מ עכ"ל השע"מ ולא קרב זא"ז דסמ"ג והגמ"י מיירי דעכשיו אחר שארכס נותן הבעל רשות לכתוב כתובת אחרת מזמן ראשון וכבר קנו הלקוחות ולאו כ"כ דבעל להפסידם עתה והריב"ש הא מיירי שמתחלה הרשה להטפיס ועיין בטוחו"מ סימן רל"ח בשם הרמב"ן ובש"ך סימן קי"א סק"ב עוד הוכיח השע"מ כהמל"מ ממה דמסיק בפרק ג"פ דף קס"ט דמשום חשש לוקח שלא באחריות אין כותבין תברא למוכר וכיון דליכא פסידא למוכר רק ללוקח מה אכפת לנו אם רצונו לכתוב אחר אם לא עיי"ש וגם זה אינו ראי' דבשלמא בעצמו יכול לשעבד נכסיו גם בחנם קודם שמכרן ואם יתגלגל פסידא ללוקח שקנה אח"כ לא אכפת לנו אחר שהוא מצוה לכתוב ויכול לעשות בשלו אבל אם אינו מצוה לכתוב ואינו משעבד נכסיו אין לב"ד לתקן ללוקח זה ולהצילו מחשש פסידא היכא דאפשר יבא פסידא ללוקח אחר דשאני הוא עצמו יכול להאמין לזה על נכסיו ולשעבדם על חד תלת ואם הוא מאמינו על נכסיו אנו מה איכפת לנו ודו"ק.

סעי' ד' מי שהי' בשעה סוף סק"ה נסתפק בכת"י והוא תו"ז שנפל אי אמרינן ג"כ בו כיון שלא נזהר בשמירתו ונפל אתרע ולא מגבינן בי' א"ד בכת"י לא אתרע כלל במה שנפל די"ל לכך לא נזהר בשמירתו דהא מלוה לא ניתנה להתבע בחו"ז ולאח"ז הלא בכת"י הלוה נאמן לומר פרעתי כדאיתא בסימן ס"ט והא דנטל מתחלה הכת"י הוא משום דאסור להלוות בלא עדים כמבואר ברס"ע עכ"ל ולע"ד כמו דנזהר ליטול הכת"י משום דאסור ה"נ ה"ל ליזהר בו אח"כ דכשיאבד הכת"י יחזור האיסור למקומו דיש חשש לפנ"ע וגורם קללה לעצמו ועוד דהא קשה מה אהני כשמלוה בעדים שלא יכפור עדיין י"ל פרעתי וע"כ דיותר חששו לטענת להד"ם דליכא דררא דממונא משא"כ בפרעתי יאמינו למלוה יותר וכמו דמחלק בש"ס פרק שה"ד דמ"א ומה"ט גם הלוה יחוש לעצמו דלא ליתרע נאמנותו וא"כ ה"ל ליזהר בכת"י שלא יוכל הלוה לטעון להד"ם וחוץ לזה כמה תועלת יש בכת"י שלא ישכח בעצמו במשך הזמן סכום הממון הוא או הלוה ושמא ימות וכשימצאו

היורשים הכת"י ידעו או דיוכל למכרו ופוק חזי מה עמא דבר ומדלא נזהר בו סברא דנפרע אף שהוא חו"ז.

סימן מב

סעי' א' שטרי אקנייתא בש"ך סק"ב השיג על הב"ח דפוסל בע"ח בלא ע"מ וקצו"ח כתב כיון דמזדייף אינו מוכח מתוכו ול"מ ע"ח וכאלו מסר כת"י אחר בלא ע"מ ונתיבות השיג עליו כיון דאלו אתי ע"ח קמן ואמרו דליכא זיוף מועיל ה"נ מועיל הודאות בע"ד דל"צ מוכח מתוכו לכ"א עיי"ש וכבר כתבתי בחידושי להלכות גיטין סימן קכ"ד לפמ"ש הרי"ף בפד"א דע"ח לפיכך כשר ול"ח מפ"כ כיון דהוציאו השטר מת"י ואינם יכולין לחזור כנחקרה עדותן בב"ד עיי"ש וא"כ כשחתמו על דבר המזדייף אף דהוציאו השטר מת"י יכולים לומר שלא חתמו על דבר זה וצריכים לשאול העדים אם חתמו על זה ולא נזדייף א"כ עדיין לא נחקרה עדותן והוי מפ"כ ול"ח עדות כלל בשעה שנמסר השטר ליד הקונה כיון דלא הי' ע"מ ומה יועיל אח"כ שיודה המקנה או שיאמרו הע"ח שלא נזדייף מ"מ הוי כשטר בלא עדים בשעת מסירה.

ולדעת הרמב"ם דעדות שבשטר מתק"ח מפני נע"ד שמא ימותו העדים א"כ בכתב על דבר המזדייף דעדיין לא הועיל בע"ח דיכול להכחיש כשלא יבאו העדים הדר לד"ת.

סעי' ט' שהשטר בטל בקצו"ח סק"ב הביא מהמל"מ שהביא מהראנ"ח שכתב על ראובן שהוציא שטר על שמעון ונפל ספק בלשון השטר אם חיוב פרעון לג"ח או לג"ש ומסיק כיון דלפרעון קאי רק הלוה בא לעכב מכח התנאי עליו הראי' וקצו"ח דחה דבריו דא"כ למה הוצרכו רשב"א ורא"ש בעד הפסח לומר טעמים דכונתו עד פסח ראשון ת"ל דמלוה חשוב מוחזק כיון דסופו לפרוע ועוד א"כ אפילו מע"פ נמי כשמחולקים מלוה ולוה בז"פ נאמין למלוה ובסימן ע"ג מבואר דלוה נאמן א"ו כיון דב"ח מכאן ולהבא גובה חשוב הלוה מוחזק עיי"ש ואין מכ"ז תפיסה על ראנ"ח דשאני שטר דעומד לגבות כגבוי דמי לכ"ע היכא דאין ספק בחיובו ודאי לא נפרע ולא נמחל וכמ"ש לעיל סימן ל"ט סי"ג מן כ"פ ותקשי הא מכאן ולהבא גובה אע"כ דאם דנין על קרקע פרטית דאקדשה מלוה בזה איתא בפכ"ש דל"א כיון דמצי לסלוקי בזוזי מכאן ולהבא גובה אבל דרך כלל מלוה בשטר דע"כ עומד לגבות למפרע גובה משא"כ מע"פ אפשר ימכור הנכסים וזוזי לא יהא לו ויבריח כל אשר לו ובעד הפסח לולא דכונתו על פסח ראשון הי' מתבטל השטר לגמרי ולא הי' עומד לגבות כלל והלוה מוחזק וגם נ"מ כשאין קרקעות ללוה או דאין בשטר רק חת"י ובתוס' ס"פ השואל מבואר דקרקע ביון שא"י לשומטה ולהצניעה בחמ"ק קאי

וא"כ שאלה בחפץ שואל מוחזק אבל מלוה בשטר שעיק ויש ללוה קרקעות דע"כ עומד להפרע י"ל כראנ"ח כיון שא"י יכול להצניע ולהשמט מלפרוע ואולי במטלטלין מודה ראנ"ח דהתופס חשוב מוחזק אף בנפל ספק על זמן השאלה ומלשון הראנ"ח שבמל"מ פט"ו משמע להדיא דרק בשטר אמרה הראנ"ח והמל"מ לפי שלא עלה בדעתו לחלק בכך אמר שדעת הראנ"ח גם במטלטלין כן ואין הראנ"ח ת"י ולפי המבואר לקמן סימן רמ"א ס"ב ובש"ך שם דהוי ספ"ד אי מהני מחילה בלא קנין בשטר ומאן דס"ל דמהני ס"ל דל"ח כגבוי ומוחזק בידי מלוה משום דאינו רק שעבוד ומחוסר גוביינא אפשר גם כאן חשוב הלוה מוחזק אמנם י"ל כיון דכשיועיל המחילה לא יגבה ונשאר ברשות הלוה מחילה וקניינו בכ"א כמו גיטה וידה בכ"א בגיטין דע"ז ע"ב וכ"כ הרשב"א בגיטין דנ"ה גבי גזל והקדיש אחר יאוש דחל ההקדש משום שינוי רשות אף דיאוש כדי ל"ק משום דהקדשו וקניינו בכ"א וגם במטלטלין יש להוכיח כהראנ"ח מדפליגי בהשואל דצ"ט אי משיכה קונה בשואל לענין חזרה וחד אמר דתקנו משיכה בשומרין והרי כתבו תוס' בע"ז דף ע"א וע"ב דהיכא דליכא מעות משיכה קונה מן התורה וכ"כ באס"ז בהזהב דמ"ז ובאס"ז דף צ"ט נתקשה בזה ולראנ"ח י"ל בשלמא משיכה במכירה יציאה מרשות מוכר והקנין בכ"א אבל בשאלה דעומד לחזרה לא חשוב יציאה מרשותו ועיין טו"ז לקמן סימן קנ"ה סל"ה בד"ה ואגב.

בפ"ת כתב דוקא בשטר דעביד מעשה ולא בדיבור ונ"ל ראי' ממ"ש רא"ש פ"ק דקידושין ס"כ בהשאיל טבעת לקדש דנעשה כאומר שנתן לו במתנה והרי בפרק אעפ"י דף כ"ח ע"ב אהא דנעשה כאומר פריך והא לא אמר ואנן קי"ל דלא כר"מ דס"ל דאינו מוציא דבריו לבטלה אע"כ שאני מעשה מדיבור אך עיין תוס' פרק המדיר דף עי"ן ע"ב בד"ה נעשה דהיכא דא"צ לשנות דיבורו גם לרבנן ס"ל דאין אדם מוציא דבריו לבטלה.

בפסח במאזנים למשפט איתא אם אמר בשנה זו בר"ח אשלם לך דאז לא בטל השטר דעכ"פ סוף שנה ישלם לו ולהש"ך צריך לשלם בר"ח ראשון ולדעתו שאני בין אמר עד ר"ח דאזי הוא ר"ח ראשון ואם אמר בר"ח יכול להמשיך עד כלות השנה ויש קצת ראי' דבלא אמר עד שיגיע אין החיוב מיד דהא לענין תענית מצינו שאם נדר להתענות יום אחד יכול לקיים נדרו באיזה יום שירצה וי"ל דשם לא הזכיר זמן כלל אבל כאן דהזכיר זמן י"ל דבראשון קאמר עכ"ל ומה יענה להריטב"א שבב"י סימן זה דהביא ראי' מירושלמי דפסקה עמו לזון בתה חמש שנים חייב לזונה שנים הראשונים דהמתחייב לעשות דבר שום זמן ולא פירש אימתי חייב לעשות כן בזמן הבא ראשון עכ"ל והרי בחמש שנים לא הזכיר זמן רשום כלל ובאמת צ"ע דבסימן תקס"ח ס"ג דנודר להתענות איזה ימים

יכול לדחותם עד החורף ולמה הא כאן מחויב מיד ואפשר דשאני הכא כיון דלא פרשו חזקה דדעתה על הראשונות כמ"ש בחמ"ח א"ע סימן קי"ד סק"ב וכיון שהוא בין אדם לחבירו והוא הכריחתו לחיוב זה א"י לומר דעתו על זמן אחר משא"כ נודר לעצמו בינו לקונו ויודע שלא נתכוין על יום ראשון רשאי לדחות עד החורף וכמ"ש תוס' בכתובות דף מ"ז ע"ב בד"ה שלא כתב לה לחלק בין היכא דלא תלוי רק בדעת הנותן או תלוי נמי בדעת אחר וגם בחו"מ סימן ר"ז ס"ד בהג"ה מחלק לענין דברים שבלב בין מתנה למכר ולפ"ז אם אמר בר"ח אשלם מחויב בר"ח ראשון בין לטעם דמתבטל כל השטר בין לטעם דכונתן על הראשון אבל אם אמר בשנה זו בר"ח י"ל כיון שהזכיר בשנה זו כונתו שיהא לו זמן כל השנה וגם הש"ך מודה דאם הכונה על ר"ח הבא ראשון למה אמר בשנה זו ומה שהקשה במאזנים מתשובת רשב"א סימן אלף עיין לקמן סימן קי"א סי"ט בתומים סק"ט.

סימן מג

סעי' ז' דפסול לגמרי בש"ך העלה אפילו לענין להד"ם ובהגהות טו"ז הקשה הא ל"ה מפ"כ מדאמר בפא"נ דאינו גובה מזמן שני משום גזרה דיגבה מזמן הראשון הא אל"ה הי' גובה מזמן שני ונלע"ד לפמ"ש באס"ז פ"ק דב"מ די"ג ע"ב בשם רמב"ן וראב"ד ורשב"א דטעמא דר"מ דשטר שאין בו אחריות אפילו מב"ח ל"ג דכיון דלא אהני על משעבדי אינו עושה מעשה שגור רק ככותב לזכרון והוי מפ"כ ע"ש ולפ"ז י"ל טעמייהו דרבנן דס"ל דל"ח מפ"כ כמ"ש הרמב"ם דכל שטר כשר מתק"ח או כמ"ש רז"ה בפד"א דעדים עושין שליחות המתחייב והוי מפי כתבו דעכצ"ל בשטר ראי' דאינו רק לזכרון ואינו עושה מעשה שטר דכשר מטעם רמב"ם ורז"ה אמנם מוקדם שלא עשו כתיקון חכמים ל"ל טעם רמב"ם וגם נועם רז"ה דאשלד"ע וגם בשוגג ובדרבנן כמ"ש בנו"ב סימן ע"ה ובמל"מ פ"ב מרוצח וע"כ אי לאו הגזירה דהי' מועיל לגבות ממשעבדי מזמן שני הי' עושה מעשה שטר ול"ח מפ"כ אבל אחר שפסלוהו שלא לגבות גם מזמן שני הוי מפ"כ ופסול לגמרי ועיין סמ"ע לעיל סימן כ"ח ס"ק מ"ג.

עיין בבית מאיר א"ע סימן קכ"ז סס"ב שהוכיח מפרש"י בגיטין דפ"ז דלא כריב"ש שמן הסתם נידונים חותמי מוקדם לפסולים מדכ' ות"ל דהוי כולהו בר מבתרא ולריב"ש שהם פ"ע אף האחרון יפסל עיי"ש ולכאורה י"ל דלא נפסלו רק אח"כ כדמוכח במרובה דף ע"ג עיי"ש בתוס' בד"ת שהעידו וה"נ במעשה חתימה י"ל לא נפסלו עד אחר כ"ד דגם

במעשה מהני חזרה תכ"ד כמ"ש ב"מ בסימן ל"ח ס"ב והא דמגרש תכ"ד לכד"ד היינו בבע"ד לא בעדים כמ"ש ריב"ש סימן רס"ו.

רק לפמ"ש הפנ"י במרובה שם לתרץ תמיהת מהרש"א על פרש"י א"ש הוכחות הב"מ גם דלא לפסלו מכאן ולהבא מדלא נפסל אותו חתימה מכח פ"ע אבל למהרש"א י"ל מכאן ולהבא נפסלו ואין הוכחה רק נגד הריב"ש דפוסל אותו חתימה ג"כ מכח פ"ע וגם לפנ"י לא נפסלו תכ"ד רק משום שבטלה מקצתה בטלה כולה וכן מבואר באס"ז שם דדוקא בתובע ונתבע אחד והובא בנתיבות סימן נ"ב ובפ"ת סימן ל"ד ס"ק ח"י לכן שפיר כתב ריב"ש כיון דנפסלו על הקדמת זמן בטלה כל אותה עדות וכמ"ש פנ"י דדוקא בנפסלו אמרינן בטלה כולה משא"כ בגיטין דהם אנשים ונשים נפרדים וכדלקמן סימן נ"א ס"ו אם כתב בשטר אחד שנתתי לראובן וכו' שתי עדיות הן אעפ"י שהן בשטר אחד ועיין בסמ"ע שם ס"ק י"ג.

סעי' ח' שגובה מב"ח כשלא הקדימו זמנו בכונה ובשע"מ סק"ג כתב לדינא דאם כתבו אחר זמן הלואה והקדימו וכתבו זמן שבאמת הי' הלואה למ"ד ש"ד רק מדרבנן מע"פ א"ג מלקוחות לא עברו רק אדרבנן וכיון שלא עשו משום חימוד ממון כשרים וכמ"ש תוס' בחתמו אשטר שיש בו רבית דרבנן עכת"ד ולא נראה דשאני בממון דהפקר ב"ד הפקר וכיון שהפקיעו חכז"ל השעבוד אם יטרוף מלקוחות גזל גמור הוא דאפילו לדעת הסוברים דגם בממון שזוכה בקנין דרבנן ל"ח שלו מן התורה היינו משום דס"ל דחכמים עושים רק הפקר ולא קנין כמבואר בג"פ סימן ק"כ סק"ה משא"כ הכא סגי דע"י הפקר ב"ד נפקע השעבוד וממילא זכו הלקוחות מן התורה בקנין שעשו ול"ד לרבית דרבנן דתוס' מיירי שם להדיא דמפורש הרבית בשטר וא"כ א"י לגבות בע"כ ע"י ב"ד וכשהלוה נותן מדעתו ליכא גזל רק איסור דרבנן ואינו חייב להחזיר הרי לא עשו אותו חכז"ל כדאורייתא דר"ק יוצאה בדיינין משא"כ אם טריף בשטר מוקדם כזה ודאי יוצאה בדיינין ול"ד לדלעיל סימן ל"ד סי"ג דשם אינה יוצאה בדיינים דמשחק בקוביא אינו אסמכתא וקונה כדלקמן סימן ר"ז ומציאת קטן אינו רק גזל מפני ד"ס וא"י בדיעבד כדלקמן סימן ש"ע איברא דבגד"ת שער מ"ו ח"ב ס"ג כתב כשנכלל רבית דרבנן עם הקרן לכ"ע גבי בו ממשעבדי דע"כ לא גזרינן תוס' קרן אטו רבית אלא בדאורייתא וגם לרמב"ן ז"ל לא יפסלו העדים כיון דלא עברו אדאורייתא והביאו הש"ך לקמן סימן נ"ב וגם דבריו ל"נ וכ"ש מ"ש כן לכ"ע הרי לפוסקים של"ד אינו גובה מלקוחות רק מדרבנן וברבית דרבנן אמרו דאינו גובה א"כ כשיגבה הוי גזל דאורייתא ובספר גאון צבי בסימן נ"ב הוכיח נ"ב דלא כהנד"ת ועיין יש"ש במרובה סימן זיי"ן והובא בב"ש א"ע סימן כ"ח סק"ו ודעת רי"ו

שם דקדשה בגזל אחר יאוש מקודשת רק מדרבנן י"ל דהא לרש"י בגיטין ל"ח יאוש הוי הפקר וע"מ בגזל משום דבאיסורא אתי לידי' א"י לקנות מדאורייתא כדאיתא בב"ק דס"ו ע"כ נהי דרבנן אמרו דיאוש קני והפקירו מ"מ אין לו יד לקנות מן התורה ודעת יש"ש דיכולים רבנן לעשות קנין תורה עיין יש"ש פ"י דיבמות סי"ט או ס"ל כתוס' בב"ק דף ס"ו בד"ה כיון.

סעי' ט"ו עד שיביא ראי' כ"כ הטור והקשו דהא הטור ס"ל בסימן ל"ט דעבז"ל והב"ח כתב כיון דאתרע בנפילה חיישינן דאמר לעדים שיתנוהו בידו ותמה הש"ך דא"כ מה פריך בפ"ק דב"מ די"ג לאביי ממשנה דמצא שחרורי עבדים ושוברין ומתנות ועוד כמה קושית והיותר קשה דא"כ לא יכתבו לו העדים דלאביי הא דכותבין שטר ללוה בלא מלוה משום דעבז"ל ובפ"ק שם דף י"ט על הא דת"ר מצא שטר שחרור בשוק בזמן שהרב מודה יחזיר לעבד פריך נחוש דכתב ליתן בניסן וכו' הניחא למ"ד זכות לעבד וכאביי דעבז"ל אלא למ"ד חוב הוא לעבד מא"ל ומשני דכי אתי למטרף אמרינן לי' אייתי ראי' אימת מנוה שחרור לידך והרא"ש ורי"ו וטור בסימן ס"ה כתבו דצריך להביא ראי' אימת מטי לידו וצווחו האחרונים הא קי"ל זכות הוא לעבד והם ס"ל עבז"ל ובאס"ז שם דף י"ט גבי מתנה ודייחקו כתב בשם רמ"ך דיש לחוש שיאמר לעדים שלא יזכה המקבל עד דמטי לידו ומה יעשה ג"כ לקושיות הש"ך.

ונלע"ד דיש להבין במה פליגי אביי ורב אסי בב"מ שם די"ג דלר"א חיישינן דאיקרי וכתב ללוה בלא מלוה שלא כדין ולאביי ל"ח ונראה משום דלא שכיח שיעשו העדים שלא כדין רק גם זה שיפול השטר ולא ישמרנו בעליו לא שכיח בשטר כשר דודאי נזהר בו כדאיתא בפרק ג"פ דף קע"ב ע"ב בשטר שכתוב בו לויתי ממך מנה דלא חיישינן לנפילה ע"כ י"ל מדנפל יש בו פסול ואקרי וכתוב ללוה בלא מלוה שלא כדין אבל אביי דס"ל בפג"פ שם דחיישינן לנפילה גם בשטר כשר עיי"ש בתוס' ועכצ"ל דשכיחא דאתרמי גם בכשר ממילא ל"ל מדנפל אקרי וכתב שלא כדין דלא שכיח שיעשו עדים שלא כדין ויותר נאמר דנפל בלא פסול דשכיח לאביי וע"כ אביי ל"ח לדאקרי וכתב באיסור ולפ"ז לדידן דקיי"ל שם לנפילה לא חיישינן הדר דינא דניחוש מדנפל דכתבו שלא כדין וע"כ אף דקיי"ל כאביי דעבז"ל מ"מ לדאוקרי וכתב חיישינן ע"כ דלא כאביי ואף דבב"מ שם דף י"ג אמר משום דקשיא לי' לאביי אמר עבז"ל הא כתבו תוס' שם דלא תליא זב"ז רק משום דקשיא לו לא ניחא לו בתירץ דר"א ודין דעבז"ל מלתא באנפי נפשי' הוא עיי"ש ומצאתי בתומים כאן דכתב נמי דהטור חייש לדאקרי וכתב דלא כאביי וכיונתי לדבריו בזה אבל לא נתן טעם לדבר והנה בע"ת ונ"י הקשו על הרמב"ם דס"ל דחששא דכתב

בניסן ולא נתן עד תשרי בשטר שנפל אינו רק לכתחלה ואם החזירו לו השטר גובה בו וא"כ מה משני בב"מ שם דף י"ט דאמרו לו אייתי ראי' הא אז כבר השחרור בידו ומזה הכריחו דגם בהחזירו לו השטר חיישינן אמנם המקשן דלא ס"ד דיאמרו לו אייתי ראי' ס"ד דאינו רק חשש קצת לכתחלה וע"כ דס"ד דגם בשטר כשר שכיח נפילה ואין הוכחה גמורה מדנפל שיש בו פסול ע"כ ס"ד דל"ח דאקרי וכתב שלא כדין ולהתרצן דיאמרו לו אייתי ראי' דהוי חששא גמורא מדנפל דבשטר כשר לא שכיח נפילה לכן גם דיעבד לא מוקמונין השטר אחזקתו וכבע"ת וראב"ד ושטה באס"ז שם דף י"ג ובחו"מ לקמן סימן ס"ה ממילא גם אי עבד חיישינן מדנפל דאקרי וכתוב אף דהתנה המכתיב שיתנו לידו.

סעי' כ"ז דבלשון העולם עש"ך ס"ק מ"ה בסתירת שתי תשובות הרא"ש דתירץ מהרא"ש דתשובה ראשונה מיירי ששניהם מודים דמחל לו גם אותו יום אלא שטוען דהשטר מאוחר לשובר וכ"ת יהא נאמן במגו דאי בעי אמר שלא מחל לו אותו היום י"ל דהוי מגו להוציא וש"ך סתר דבריו דבשטר מגו להוציא נמי אמרינן ולע"ד עיקר כתירץ מהרא"ש דבתשובות הרא"ש כלל ע"ו ס"ג מבואר דמלוה טוען דשטרו מאוחר ופסק דיד בעל השטר עה"ת ושם ס"ד לא כתב דבעל השטר טוען דהשטר מאוחר ומה שהקשה מהרא"ש דליהמן במגו נלע"ד דהרא"ש בזה לשיטתו שהובא בכללי מגו לככה"ג מגו דאם יאמר ירא שימצאו לו מכחישים ל"ה מגו דמרתת שיבאו העדים ויכחישוהו וה"נ כיון דמודה שהי' הכונה גם על יום שנכתב ירא להכחיש זה שמא יבאו העדים ויאמרו דאף דסתמא מפרשינן עד ולא עד מ"מ העדים נאמנים לפרש דהכונה הי' עד ועד דהא מבואר בשו"ת מהרי"ט סימן קמ"א דשומעין לעדים שמפרשים השטר היפך משמעותו כל שאין השטר סותר דבריהם להדיא עיי"ש וכ"ש כאן דבלשון תורה עד ועד בכלל כמ"ש בתומים ובלשון הש"ס הוא ספק ואזלינן לחומרא רק בלשון ב"א עד ולא עד בכלל וכמ"ש הרא"ש שם ויכולין העדים לפרש כונתם שכיונו עד ועד ובתומים כתב דהוי ספק אם כונת העדים ללשון תורה או ללשון ב"א ומספיקא לא מפקינן ממונא רק במחילה כל שיש ספק בלשון אנו תופסין הפחות ולא משמע כן בתשובות רא"ש שם סיד שכתב אע"ג דלגבי איסור והיתר אמרינן בפא"ט דכ"ח דאזלינן לחומרא דאי עד ועד חומרא אמרינן עד ועד בהלל בנדרים ליכא ספיקא דבנדרים הולכין אחר לשון ב"א עיי"ש ואם כהתומים ה"נ ספיקא רק כיון דהוא מחילת חכם אין לתפוס רק הברור ולא מה שיש ספק בלשון וצ"ע דהא מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו דנאמן לומר פרוע במגו דמזויף ולא אמרינן דמרתת שיבאו עדים ויקימוהו ומצאתי בתומים בכ"מ ס"ק ל"ז הקשה כן ותירץ דשם יש לו מיגו דאינו יודע אם אינו מזויף וא"כ לכאורה ה"נ יכול המלוה לומר

אינו יודע איך הי' הכונה אם עד ועד בכלל וממילא נפרש דלא עד בכלל וכשיבאו עדים מ"מ לא יתפס בשקרן כיון שאמר א"י שכחה מצוי' אמנם נראה כשיאמר א"י ולוה טוען ברי לא יוציא ממון דהא בשטר אינו נאמן לומר פרעתי דחזקה שטרך בידי מה בעי ומ"מ כשמלוה טוען שמא צריך להחזיר השטר כדלקמן סימן נ"ט ה"נ לא עדיף הוכחה מלשון ב"א דודאי מצוי שאינם יודעים דקדק הלשון ועוד דבב"מ דף ק"י גבי שטר משכנתא שכתב בו שנין סתמא ומלוה אומר שלש ולוה אומר שתים אף דקרקע בחזקת בעלי' קיימא לא מוציאין פירות של שנה שלישית מהמלוה משום דהוי מלתא דעל"ג דשמא יבואו העדים ויאמרו דכונתם על יותר משתים אף דסתם שנין רק שתים וכמו בסלעין דבפ"ק דב"מ דף ד' ואי תפס יותר משתים מפקינן מיני' משום דסתם סלעים משמע רק שתים כדאיתא בסמ"ע לעיל סימן מ"ב ס"ק ל"ב ומבואר בש"ך שם ס"ק כ"ה דשאני מהך דשנין דלא מסייעין ללוה מלישנא דשטרא דמשמע רק שתים דכיון דהניחו לוה למלוה לאכול פירות שנה שלישית איתרע לי' סהדותא דשטרא עיי"ש וא"כ אם יאמר המלוה דאינו יודע איך הותנו אם עד ועד בכלל רם לא ולוה טוען ברי אין לך אתרע סהדותא דשטרא יותר דמלוה אינו טוען ברי בדבר דה"ל למידע וכיון דעל"ג לא נוציא מיד הלוה ממילא אין לו מגו לומר א"י אמנם מקור דברי הרא"ש שהביא הכנה"ג הוא פחז"ה ס"ז על הך עובדא דלקמן סימן קמ"ו סי"ג ולפמ"ש הש"ך שם אין הלכה כהרא"ש שם ולכן ה"נ כשטוען המלוה השטר מאוחר נאמן במגו דעד ולא עד בכלל.

ובגוף קושיתי בפרוע מגו דמזויף נימא נמי דמרתת שיבאו העדים י"ל דלא מרתת רק אם כשיוכחש מעדים יפסל לעדות ושבועה וכמו דאמרינן בשבועות דף מ"ג שמא יוציא הלוה את הפקדון לפרש"י שם וגם לתוס' דחלקו משום דלא עבדינן תקנתא לרשיעי מ"מ הוא עצמו מרתת מזה וע"כ במזויף דלא יפסל דכופר במלוה כשר דאשתמוטי משתמיט לא מרתת ובחז"ה בקרקע ל"ש אשתמיטי וה"נ במלוה שתובע אמנם מהרא"ש פרק שה"ד סי"ג גבי א"ל אל תפרענו אלא בעדים דאינו נאמן אם אמר פרעתיך ביני לבינך משמע דאין לחלק מדכתב שם דאם אמר פרעתיך בפני פו"פ והלכו למדה"י או מתו נאמן והקשה הרא"ש דיהא נאמן במגו דפרעתיך בפני פו"פ ומתו והשמיט או הלכו למדה"י דהיא קושיא אלימתא דיותר יאמרו דהרוצה לשקר מרחיק עדותו כשאומר דמתו וע"כ משום דמרתת שיבאו ויכחשו אותו.

דבלשון העולם עד ולא עד בכלל בא"ע סימן קמ"ג ס"ז אמר לה שתתני לי עד שלשים יום אפילו לא נתנה לו עד יום שלשים בסופו מגורשת ועיין מח"א הלכות נדרים סל"ד למד משם דהא דעד ולא עד בכלל דוקא כשאמר עד יום פלוני אבל כשאמר עד יום כ"ט

לחודש יום כ"ט בכלל ובחידושי ליו"ד סימן ר"כ כתבתי דדוקא כשאמר עד כ"ט יום לחדש יש ללמוד משלשים יום כיון דיום האחרון נכלל במנין אחד עם ימים שלפניו א"א להפרידו לומר ולא עד בכלל אבל כשאמר עד יום שלשים או עד יום כ"ט הוי כמו עד הפסח כיון דנפרד בפ"ע עד ולא עד בכלל ואפשר ט"ס במח"א וצ"ל אבל כשאמר עד כ"ט יום ולפ"ז יש להסתפק באומר עד כ"ט לחדש אי הוי כמו עד יום כ"ט או עד כ"ט יום.

סעי' כ"ט אחר הפסח ואם כתב אחר הפסח מיד וכה"ג עיין פ"ט דטהרות מ"ד בר"ש וברטנורה דכל אותו היום מיד קרי לו אך בכס"מ פי"א מהלכות מטמאי משכב ומושב כתב דרמב"ם ס"ל דמיד לאו היינו כל היום אלא תיכף דוקא וכן כתב בפירש המשנה לרמב"ם פ"ט דטהרות שם שו"ר בצ"צ סימן ק"כ ושבו"י ח"א סל"ד והובא בקה"י בל"ח אות מ"ם ובפ"ת לקמן סימן ע"ג ס"ט הוכיחו מהך משנה דמיד היינו באותו יום ולא הרגישו דרמב"ם פליג ושאר ראיות דמייתי התם אינן ראיות כלל למעיין שם.

סימן מד

סעי' ה' הוי כשטר שאין בו זמן בשבו"י ח"ג סימן קמ"ו הקשה דבתשובת רשב"א מבואר דפסול לגמרי והובא בפ"ת ולע"ד דה"ט כיון שנמחק הזמן הוי כדין מרומה דיש חשש שמחק הזמן בכונה כדי שלא יוכל לבא להזמה ולהכחשה ובגיטין י"ז ע"ב פריך גזי' לזמן מא"ל ומשני לרמאי ל"ח הרי דזה רמאות ובפאד"מ מבואר דבדין מרומה צריך דו"ח והזמן הוא מהחקירות ולפי הנראה משו"ת רשב"א סימן א' ר"ט ס"ל בדין מרומה גם דיעבד מעכב דו"ח דכתב שם בעידי קידושין שנראה בו רמאות אף אי הוי כד"מ צריך דו"ח וכ"ש שאפשר שהוא כד"נ הואיל וראוי לבא לידי נפשות אם תזקק לאחר משמע דהוא רק כ"ש ומ"מ לדינא שוה דין מרומה בממון לנפשות ומעכב דו"ח דיעבד וכ"כ תומים סימן למ"ד ססק"א דכן משמע מתשובת רשב"א זה אבל הב"י בסימן למ"ד שם העלה דאינו רק לכתחילה וכ"פ הרמ"א בסימן ט"ו לכן כאן נמי אינו פסול דיעבד שו"ר בקצו"ח סימן למ"ד סק"א דביאר כן פרש"י בפד"א דל"א דאם נמצא הזמן מחוק קטלינן לה כיון שיש חשש רמאות מעכב דו"ח דיעבד ועיין תומים לעיל סימן מ"ג ס"ק כ"ד.

סימן מה

סעי' ב' דשנים יקראו לפניהם והן חותמין בעה"ע כתב דאי מקרי להו תרי במסל"ת חותמין כדאמר בשטרי פרסאה והרא"ש השיג עליו דל"צ מסל"ת רק בנכרי דבי תרי דישראל לא חשידי לשקר ושע"מ תמה על בעה"ע דהאיך שייך בישראל מסל"ת דכי

חשידי לשקר ואי דחשוב עד מפ"ע א"כ מנלן דמתני מסל"ת דהא בשטרא פרסאה ל"ש עמפ"ע דקורין לפני ב"ד ולע"ד י"ל לפמ"ש בתוס' רי"ד בפרק ג"פ דף קס"ח הא דפסול עפמ"ע כיון דראשון לא העיד לפני ב"ד יכול לחזור בו עיי"ש ובשו"ת ר"ן סימן מ"ז כתב שאף עפ"י שהעידו בב"ד כל שלא נחקרה עדותן יכולין לומר מבודאין אנו לפי שאין העדים מעידין עד שעת גמר עדותן בב"ד עכ"ל וא"כ מסל"ת דהיינו אינו מתכוין להעיד כמבואר בהאשה בתרא דף קכ"א ע"ב במשנה שם אין לחלק בין לפני ב"ד או לא ומדסמכי רבנן בשטרא פרסאה אתרי גוים מסל"ת ע"כ דהוי אומדנא דמוכח שכן אמתת הדבר ממילא לא חשיב עד מפי עד דהוי כנודע לעדים החותמין אמתת הדבר משא"כ כשאין הראשונים מסל"ת אפילו בישראל כיון דיכולים לחזור לא נודע עדיין אמתת הדבר א"ח שיחתמו על סמך זה.

סעי' ג' הודאה בחת"י והשטר בגופן של עכו"ם והדבר ברור שא"י לקרות ויש עדים שחתם עד שלא קראו מ"מ מתחייב הוא בכל מ"ש בו יש להסתפק אם המתחייב מביא עדים שבפירש התנה בע"פ שאינו מתחייב בחיוב אחד הנמצא עתה בשטר והתנאי הי' לפני כתיבת השטר באותו מעמד די"ל כיון דהודאות בע"ד כמאה עדים הרי הודה בחת"י שנתחייב בכל הכתוב והודאתו מכחיש העדים רק לפמ"ש הסמ"ע בשם רמב"ן בטעמו של דבר כיון שלא חשש וסמך על הסופר מתחייב בכל הכתוב שכל הסומך על נאמנות של אחרים הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר מי שהאמין על עצמו וה"ט דשליש עכ"ל וא"כ דיו לבמת"ד להיות כנידון ומבואר לקמן סימן נ"ו ס"ב דאם עדים מכחישין לשליש אינו נאמן וקצת הוכחה לזה מדלא אמר רבותא יותר אפילו עדים מעידים שלא הי' המדובר כן ובפירש הותנה להיפך אלא דיש לדחות דגם בסימן כ"ח בסופו איתא כן וסיים דה"ט דשליש ושם הוא בתשובת הרשב"א והרשב"א ס"ל דשליש נאמן אף כשעדים מכחישים אותו וכמ"ש ב"י סימן נ"ו ומ"מ לא קמ"ל אפילו כשעדים מכחישים ועכצ"ל משום דמעשה שהי' כך הי' ואף דזה יש לדחות דבשו"ת רשב"א סימן תתקפ"ו לא נזכר עדים כלל רק כתב אפילו מלוה מודה דאין לוה יודע לקרות מ"מ סמך על הערכי וא"כ במלוה מודה א"א לומר רבותא יותר דאז מודה שלא הלוהו כל כך וכה"ג הרי הודאתו סותרת הודאות הלוה והלוה מוחזק ופטור אמנם לפמ"ש ב"י בהקדמתו לא"ח דכל ע"ש בב"י בשם תשובת רמב"ן הם תשובת רשב"א באמת א"כ גם אותה תשובה שהביא ב"י כאן בשם רמב"ן הוא לרשב"א ומ"מ לא נקנו רק דעדים מעידים שלא קראו ולא אמר רבותא יותר אף דמעידים שבפירוש התנה להיפך כיון דשליש נאמן לרשב"א יותר מעדים וע"כ משום דמעשה שתי' כך הי' אלא די"ל כיון דרשב"א נמי בחד

תשובה שהביא ב"י לקמן סימן נ"ה מסתפק אי שליש נאמן יותר מעדים ע"כ גם כאן לא פסיקא לי' לומר רבותא זאת אבל את"ל דכאן עדיף משליש דמהימן גם נגד עדים מחמת דחת"י כמאה עדים למה לא קמ"ל רבותא זאת בתשובה שהביא ב"י כאן כיון דנחית לומר אפילו עדים מעידים שלא קראו ואף דסיים בטעמא דכ"ש כאן משליש דנתחייב אף מה שאינו חייב כדר"י בפרק הנושא ולפ"ז י"ל דל"מ עדים כיון דנתחייב יותר בחנם וגם י"ל דעדיף כאן משליש משום דחת"י הוא הודאת בע"ד ממש דנאמן יתר מעדים מ"מ י"ל דלא האמינו לסופר ולא נתחייב רק אם לא יוכל לברר בעדים שהסופר משקר וסמך על העדים וכנלע"ד עיקר ועמ"ש לקמן ס"ס ס"ח.

סעי' ה' שהסופר חותם כתב הש"ך דוקא בעד בעינן קבלו בני העיר דאל"כ הוי כעד מפי העד אבל גבי לוה שמתחייב הוא עצמו בכך אפילו לא קבלו בני העיר מנהג זה מתני ובקצו"ח כתב דל"מ רק בשטר ראי' ולא בשטר חיוב ובנתיבות השיג עליו דמועיל שליחות לעשות קנין ובמשובב נתיבות חזר וחיזק דבריו כמו דלר"מ דוכתב היינו שחתם עצמו על הגט אם צוה לחתום אינו כורת ה"נ בשטר חיוב אך לפמ"ש נתיבות בסימן ק"ל סט"ז סק"י דשטר חיוב אינו מטעם קנין דהתוס' כתבו בפרק הנושא דף ק"ב דאיך משתעבד בשטר הא אין מטלטלין נקנין בשטר ותרצו הואיל וטרח למכתב שטר גמר ומשעבד נפשו וא"כ כשטר ראי' הוא דהא לרמב"ם גם אתם עדים מהני וא"כ אינו ראי' מגט דשטר מקנה הוא דהשטר כורת וכמו במצוה לעדים לחתום אמרינן מדטרח גמר ומשעבד נפשו ה"נ במצוה לסופר לחתום אותו גמר ומשעבד נפשו כמו חתם בעצמו ומה שכתב הנתיבות דכשאין מנהג כיון שאין מן השטר ראי' לאו שם שטר עליו דמנין ידוע שהדבר אמת י"ל דמ"מ נ"מ כשחתמו אח"כ עדים שבפניהם מסר הקולמוס דלא הוי שטר בעדים כיון דאין מעידין לקיים הענין דאין יודעים כלל על מה מסר הקולמוס רק הוי קיום החתימה דל"ה רק כת"י כדלקמן סימן ס"ט ס"ג.

סעי' י"ב אם יש שם עדות ברירה שכולם ישבו לחתום בשער משפט סק"ו תמה הא קי"ל בסימן כ"ב דאם קבל קא"פ לעד כיון שהעיד א"י לחזור וה"נ עדות שבשטר כנחקרה עדותן בב"ד והקרובים נמי חתמו בציווי המתחייב וקבלם עליו ול"ל דאין נאמנים שקבלם דלמה לא נאמין לכשרים שלא נצטרפו עם פסולים רק המתחייב קבלם עליו מעצמו וכמו דמהימנו לומר דלמחזי אתי או דלא ידעי בפסול וקרבת הקרובים והניח בתימה ונלע"ד כיון דבלא דעת המתחייב ל"מ השטר כלל דהוי מפ"כ ועיקר העדות של הכשרים ג"כ שחתמו בציווי המתחייב והקרובים אינם נאמנים שצוה המתחייב לחתום ממילא בטלה גם עדות הכשרים שמעידים שהקרובים חתמו בציווי המתחייב כיון שקרובים

העידו ע"כ זה בגוף העדות שחתמו מדעת המתחייב וכיון דאיבטל עדות הקרובים על עצמם וגם עדות הרחוקים על כשרות הקרובים ממילא איבטל אח"כ גם עדות הכשרים אבל בעדות ע"פ דנצטרפו עם הקרובים דלמחזי אתי גם הקרובים נאמנים שלא יצורפו לעדות גוף הדבר ולענין דנאמנים הכשרים שלא ידעו בקורבתם ג"כ ל"ל דנמצא אחד קא"פ דאין הקרובים מעידים ע"ז אם ידעו הכשרים בפסולם רק מעידין על גוף הענין דמעשה שהי' רק הכשרים מעידים שלא ידעו בפסול וקורבת אחריני ונאמנים ממילא לא נצטרפו לקרובים שיובטלו על ידם ועוד דאם אומרים למחזי אתי או שלא ידעו בפסלות דאחריני מעידים לבטל הצירוף משא"כ כשמעידים להכשיר הקרובים מעידים להצטרף מדחתמו לעשות שטר ע"כ ג"כ מעידים שנעשה בציווי המתחייב ואינם נאמנים ממילא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כיון שבאים להצטרף.

ועוד מה דפשיטא לו להשע"מ דכמו שנחקרה עדותן בב"ד בעניי ביארתי בחידושי לא"ע סימן ק"כ דקרובים ופסולים ודאי לאו כמי שנחקרה עדותן בב"ד ותלי"ת מצאתי כן בגאון צבי סימן ל"ו ס"א תמה על הש"ך שכתב דגם קא"פ כמי שנחקרת בב"ד וא"כ ממילא ל"ה גמ"ד ומה שנפסל השטר בצירופן הוא מחמת שראו ביחד או מה שצוה להם המתחייב לחתום הוא ראייתן וחתימתן הוא הגדתן כמ"ש בקצו"ח בסק"ה וא"כ נהי דחתימת קא"פ ל"ח הגדה עדיין מ"מ בטלו כולם מצד צירוף ראי' לרמב"ם ורמ"ה ורש"י ורשב"ם ולדעת תוס' ורא"ש ורשב"א ור"ן דס"ל דתרתי צריך ראי' והגדה כמ"ש בש"ך לעיל סימן ל"ו סק"ח צ"ל כמ"ש הש"ך כאן ס"ק כ"ד כיון דחתומין יחד על שטר אחד הוי כמזויף מתוכו או כיון שצרפן יחד לחתום בשטר אחד הוי צירוף לענין מעשה השטר ואצ"ל משום דחשוב הגדה כאחד.

סימן מו

סעי' א' כתבתי ללות עיין סמ"ע דהיינו ממנו נפל ומצאו זה וברמב"ם פי"ב מה"ג כתב דא"נ לומר ממנו נפל הגט במגו דמזויף וכתב הה"מ שם דאין חוששין לנפילה שאין האסורין כדינו ממונות ובקצו"ח הקשה מר"פ כה"ג דאמר הא גדולה מצי מגרש ז"א שני יוב"ש מוציאין שט"ח על אחרים ואין הלוה י"ל לא ממך לויתי אלא מפלוני ששמו כשמך וממנו נפל ואיך יליף ממון מאיסור לחשש נפילה ובספ"ק דב"מ אמרינן גבי גיטא דאשתכח בי דיני דר"ה היכי פשיט איסורא מממונא תרי דחשו יותר באיסור לכן תעלה דה"נ לא מהימן דנפל במגו דמזויף.

ולק"מ דלנפילה דחד ל"ח דמזהר בו לשמרו וכמ"ש הב"מ בא"ע סימן י"ז סכ"ד להוכיח מיבמות ריש דף קט"ז והכא דיש ללוה מגו דמזויף לא חשש לשמרו די"ל בטוח שלא יוכל להתקיים וסמך די"ל מזויף ואף שיוציאנו המלוה שלא בפניו לא יגבה בלא קיום כמבואר בתוס' פ"ק דגיטין דף ב' דאל"כ ל"ש חיי משא"כ בגט כשאין עוררין א"צ קיום משום עיגונא וכ"פ הרמב"ם רפ"ז מת"ג וסיים שאין דיני האיסורין כדיני ממונות וא"כ בגט מזהר בו שלא יפול ממנו ותמצאו האשה ותנשא בו שלא בפניו ע"כ ל"ח לנפילה והן דברי הה"מ דל"ח לנפילה שאין האיסורין כד"מ ולק"מ מספ"ק דב"מ דכבר נפל הגט חיישינן יותר באיסור שמא אינו זה ובפרק כל הגט לחוש שנפל מהמלוה דיש לו ליזהר בו יליף שפיר ממון מאיסור ומצאתי אח"כ קצת מזה בנתיבות.

סעי' ד' אין מקיימין שטרות בלילה כתבו סמ"ע וש"ך דמדעת הלוה שני דהוי כקיבל קא"פ ותומים דחה זה דבשטר נ"מ ללקוחות ולע"ד כיון דדעת ר"י דאין טוענין ללקוחות מזויף והחולקים ס"ל רק דאל"כ ל"ש חיי דכ"א יעשה שטר ויגבה מלקוחות כמבואר בתוס' פ"ק דב"מ די"ג ע"ב וריש פ"ק דגיטין ובכתובות צ"ב ע"ב וכיון דנתקיים בלילה ליכא חשש דלא שבקת חיי דרק מגזה"כ הוא ובקיום מדינא בלא"ה א"ל נגד לקוחות ועוד דאם הלוה מודה דאינו מזויף דעת כ"פ דא"ל קיום גם נגד לקוחות רק הש"ך לקמן סימן ק"ו העלה דצריך קיום דחיישינן לקנוניא וכיון דנתקיים בלילה תו ליכא חשש קנוניא וכיון דהלוה נתרצה לקיים בלילה הרי הודה דהקיום אמת דהוי כנאמן עלי אבא לכן אם העדים רדופים לילך למדה"י וצורך לקיים גם נגד הלוה ושרי לכ"ע כיון דמקבל עליו ממילא אם יתגלגל אח"כ לגבות מלקוחות כבר הוי דיעבד ודעת רשב"ם אם קבלו עדות בלילה דנין על פיו וכ"ד הב"ח כ"ש כאן דיש לסמוך כיון דקבלו העדות בהיתר דנ"מ נגד הלוה.

בהג"ה קיום שטרות דרבנן דעת הר"א דכשבע"ד טוען מזויף צריך קיום מדאורייתא וש"ך בסק"ט סתרו מפ"ק דגיטין ד"ו דאי עבדית אהנית דאם אתי בעל ומערער לא משגיחינן בו ואין לסתור כל דברי הר"א ושאני התם דשליח העיד בפנ"ח ואוקי חד לגבי חד נגד הבעל וכלתנייתו תרוייהו וליכא ערעור דמי ואהני לה הגט בלא קיום מחזקה דל"ח לזיוף אבל אי ליכא זולתה אפילו חד להכחיש הבעל י"ל כהר"א דאם מערער וטוען מזויף פסול הגט מה"ת שדר בתומים דכתב אפילו רק מוציא השט או הגט טוען ברי סגי דאיכא חד לבהדי חד המערער אלא כשהאשה אינה יודעת אזי מהני ערעורו עה"ת אם השליח אינו מכחישו בברי ול"ל כן דמהיכי תיתי יזייף אחר בלתי ידיעתה ובכל מקום מוציא השטר הוי כטוען ברי שלא זייף ועכ"פ עם השליח דהביא הוי כטוענה ברי נגד הבעל

אבל לדברי מן התורה ל"ח לזיוף היכי דאחד מוציא השטר ואין מכחיש נגדו ואם זולת מוציא השטר יש ע"א מכחיש המערער בברי איכא חד נגד חד וכליתא מערער ואם אומר דמכיר החתימה ל"ל איכא חד לגבי חד די"ל דאומר בדדמי וטועה וכמ"ש תוס' רפ"ק דגיטין דף ג' ד"ה הכא דלכך ל"מ שיאמר השליח ידעתי ומכיר אני החתימה דאינו מדייק כמו כשאומר בפנ"ח וראי' לזה מפ"ק דגיטין דף ג' דאמר שם דרבה לא חייש לחלופי בקיום שטרות דעלמא דהכא בפני והתם ידענו והקשה מהר"ם סוף ניחוש דנסמך על עד אחד בקיום שטרות דעלמא כשיאמר בפני נחתם והניחו בתימא עוד הקשה הפנ"י שם דגם בא"י דאצ"ל בפנ"ח ואם ליכא ערעור נשאת ניחש לאחלופי בקיום שטרות דעלמא דנסמוך בלא קיום ולפמ"ש ל"ק דיש להבין בלא"ה כיון דמה"ת א"צ קיום למה חיישו לאחלופי דהוי גזרה לגזרה וצ"ל דחייש לאחלופי כשיערער דצריך קיום מה"ת וכיון דבגט מועיל גם לבטל הערעור חייש אבל בא"י כשלא אמר השליח בפנ"ח לא מהני רק כשאינו מערער ואז הקיום בשטרות דרבנן ול"ג אמנם כיון דע"א סגי לסלק הערעור שיהא כליתא מה חושש בח"ל לאחלופי לסמוך על ע"א רק זה במעיד בפני נחתם אבל ידעתי ל"ה חד נגד חד ומן התורה צריך קיום בשנים לסלק טענת המערער לכן חייש רבא לאחלופי ורבה אמר הכא בפני והתם ידענו ולא מחלף רק כשיאמר בשטרות לפני נחתם אז מן התורה סני בזה וגם הפנ"י בקו"א שם כתב דמה"ת סגי בקיום ע"א דלאו אמנה מסהיד והוי רק גלוי מלתא.

בש"ך סק"ט הניח בצ"ע אם ע"ח אומרים לא חתמנו אם נאמנים מן התורה ותומים דחה דבריו דע"ח אינם נוגעים בעדותם כלל ואי דחזקה לא חציף אינש לזייף ה"נ חזקה על כל איש ישראל דלא מחלל שבת ועע"ז ושנים נאמנים להעיד שחלל ועפ"ז ובמהית לסו"ת שו"מ ח"ד ס"ס ע"ד הביא מרב אחד שטען דהעדים נעשו בע"ד שהרי בעל השטר טוען יש לי ראי' בידכם שאתם חתמתם על השטר שלי והם טוענים שלא נעשו עדים לכך אינם נאמנים דלזה המה בע"ד לא עדים וכתב השו"מ דלכאורה יפה טען ונראה דזה דוקא אם כ"א אינו מעיד רק על כת"י בלבד שאינו כת"י אבל אם כל אחד אומר אינו כת"י ולא כתב יד חברי ה"ל לגבי כתב חברו עד ובזה יפה כתב התומים עכת"ד ולפע"ד לא יפה טען הרב דמה הנאה יש לע"ח בכבישת עדותם דכל בע"ד אינו פסול רק משום הנאתו קרוב לעצמו עש"ך לעיל סימן ל"ז סק"א ואדרבה יותר נהנה כשמקיים חתימתו כמבואר בתוס' רפ"ב דגיטין דט"ו בד"ה אני עד שני בשם ירושלמי ועוד דליכא למיחשבי' לבע"ד דאינו תובעו ממון דהא כובש עדותו פטור מדיני אדם כדלעיל ר"ס כ"ח ואף דחייב בדיני שמים מ"מ הא מבואר בש"ך לקמן סימן רכ"ב סק"ב דהיכא דצריך לקבל מש"פ חשוב

עד ולעיל סימן כ"ג מבואר דשני דיינים נאמנים לעולם לומר לזה זכינו והא שם נמי טוען בע"ד זכותי אצלם שיתנו לו הפס"ד ולהש"ך בסימן שפ"ו דד"ג רק מדרבנן אפילו לאחר שהעידו בשקר והפסידו לאחד פטורים מן התורה ובקצו"ח שם דגם למ"ד דדיני דגרמי מן התורה מ"מ שורף שטר למ"ד מכש"ט דרבנן פטור מה"ת וא"כ אפילו העידו שלא חתמו לא חמיר משורף שטר וגם תירץ השו"מ לא נראה דגם כשמעיד על חתימת חברו יחשב בע"ד מה"ט וע"כ דלא ס"ד לחשבו לבע"ד רק מחמת שטוען הבע"ד סמכתי עליכם שחתמתם שטרי ובואו והעידוני ולפ"ז קשה עוד כיון דמדאורייתא א"צ קיום מיד שחתמו אין לו ראי' אצלם דאם ישתקו ג"כ כשר השטר וראייתו בידו.

סעי' ה' שלא בפני בע"ד כתב הש"ך בכה"י לוה מה"ת צריך קיום ואין מקיימין שלא בפניו ובקצו"ח סק"ה הקשה דמ"ש כת"י מחתימת עדים דבשניהם לא חצוף לזייף דל"ל דמרהת מעדים שיאמרו לא חתמנו דהא מן התורה לא מהימנו ועוד יוכל לזייף עדים שכבר מתו ובע"כ לאו מעדים מרתת אלא מרתת שמא יתברר ע"י עדים אחרים שיעידו שמכירין שאינו חתימות העדים ומלתא דעל"ג היא ה"ה בכת"י לוה ולע"ד בחת"י אינו בירור די"ל בכונה שינה לוה חתימתו שיוכל לכפור ולפ"ז נסתר מחמתו נמי ראיות קצו"ח מסימן ק"י בצוואה בכת"י דכתבו הפוסקים דדמי לחתימות עדים דשאני צוואה דא"א משטה בשעת מיתה כדלקמן סימן פ"א ס"ב ולא יהא למוציא הצוואה התנצלות דהמצווה בכונה שינה חת"י.

ולפ"ז י"ל בחת"י לוה וטוען מזויף ומביא עדים שמכירין שאין זו חתימתו ומלוה טוען שבפניו חתם הלוה חייב היסת דאין ראי' מהעדים.

ובתומים סימן ס"ט סק"ז כתב דרב שרירא גאון לא אמרו רק במכחיש להדיא ואמר מזויף דבזה בעי קיום מן התורה עיי"ש ולא נלע"ד דהא כת"י בלא"ה אינו גובה רק מבנ"ח ולמאי נ"מ טוען מזויף ע"כ לומר שלא לוה כלל והרי לך לשון בע"ת בשער י"ג ס"ג בפרק ג"פ בעא מיני' רב"נ מר"י הוחזק כת"י בב"ד מאי פירוש רש"ג ז"ל בתשובה כגון שהביא המלוה אותו כת"י לב"ד והביא עדים שהעידו שזה כת"י וכו' ומבואר באס"ז בפג"פ דקע"ו דהבעיא ע"כ לא מיירי שכפר במלוה והעידו הם בב"ד ונתחייב דזה ודאי מעב"ד דהוי כשטר כיון שהוחזק לכוף הלוה אלא דבא המלוה לב"ד לקיים שטרו וקיימוה ובזה מבעיא לי' ומסיק דאינו כשטר וזה נראה שדייק רש"ג בלישני' כגון שהביא המלוה אותו כת"י לב"ד והביא עדים וכו' דמה הוסיף פירש בזה דודאי הוחזק כת"י בב"ד שהביאו המלוה וקיימו בב"ד אלא דר"ל דלא מיירי שהביא את הלוה ותבע ממנו חובו וכפר ומחמת זה הוכרח לקיים חת"י דבזה ודאי כשטר הוא אלא שאין כאן שום דבר זולת

שהביא המלוה אותו כת"י לב"ד והביא עדים שהעידו שזה כת"י דהיינו שלא בא לתבוע החוב רק לקיים הכת"י וא"ל ממ"נ אם אין הלוה כאן הא אמרת אין מקיימין חת"י שלא בפניו ואם בכאן הוא ומודה למה צריך עדים ואם טען מזויף הרי נעשה מעשה ב"ד י"ל כשאין הלוה כאן ובגונא דמקבלין עדים שלא בפניו כדלעיל סימן כ"ח סט"ז ומוכח דרב שרירא גאון מיירי באינו טוען מזויף ולפי"ז י"ל דבזה לבד פליגי עליו בע"ה וטור וש"פ אבל בטוען מזויף בפשר מודו דצריך מן התורה קיום.

אפילו עומד וצווח מזויף יליד כיון שעומד עדיף וכל עדות מקבלין בפניו בע"כ ונראה דקמ"ל אף דהוא חוב ללקוחות וה"א דנמתין עד שנבא לגבות ואם נגבה מלקוחות יקוים בפניהם כיון דצווח בברי דמזויף צריך קיום מן התורה להר"א וגם ל"ל מלתא דלא שכיח דלא טענינן להו.

סעי' ז' שיבאו העדים הש"ך הביא מירושלמי ע"ח אומרים כה"י הוא ותרי אחרינא אומרים אין זה כתב ידם הוי תרי והרי והקשה בשע"מ סק"ד לפי המבואר לקמן ס"י דכשאומרים כת"י אמנה שבשטר מעידים דסתמא זוכרים הלואה א"כ נהי דהוכחשו לענין השטר לא הוכחשו בהלואה וקי"ל בפחז"ה דף ל"א ע"ב דבמאי דאתכחיש אתכחיש ובמה דלא אתכחיש לא אתכחיש וצ"ל דאה"נ לא מהימן לוה כשטוען להד"ם או דמיירי שאינם זוכרים הלואה רק ע"י ראיית השטר וכיון דהוכחשו שאין זה כת"י הוי כהוכחשו ג"כ אהלואה אבל אם החתומים אומרים בפירוש שזוכרים הלואה בלא שטר מהני נגד טענת להד"ם עכת"ד וכ"ז ליתא דלא מבעיא כשאינם אומרים בפירוש שזוכרים הלואה נהי דאמנה שבשטר מעידים ע"כ היינו דיודעים שהלוה מסר השטר למלוה כדאיתא לעיל סימן ל"ט סי"ג אבל אפשר לא ראו כלל נתינת המעות דהא יכול להתחייב אף שאינו חייב ולמ"ד עבז"ל סגי כשזוכרים שצוה להם הלוה לחתום וזה פשוט וכן מבואר בקצו"ח בס"י ונתיבות שם ולעיל סימן ל"ט שם וא"כ ע"י הכחשת כת"י תו ליכא עדים כלל אחיוב דאפילו צוה לחתום אם לא נעשה שטר לא נתחייב בלא קבלת מעות ואם אומדים שזוכרים גוף הלואה תכ"ד לכת"י הוא כיון דהוכחשו אכת"י וא"א לגבות ממשעבדי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה והוי כהוכחשו נמי אגוף הלואה וכמבואר במהרש"א ב"ק פרק מרובה דף ע"ג ומפחז"ה אין ראי' כמ"ש בס"ד לעיל סימן ל"א דשם מה שהעידו דאכלה שני חזקה אין בו צורך וסגי במה שהעידו דאבהתי' הוי ולכן אף דהוכחשו באכילתא ל"צ עדות שבטלה מקצתה דלא בטול כלום דלא הי' מועיל יותר אפילו לא הוכחשו.

לשון רי"ו נ"ב ח"ח יש מחלוקת בתוספתא אם העדים אומרים כת"י הוא זה ואחרים אומרים אין זה כת"י אם נעשה כשטר שקרא עליו ערער ויתקיים בב"ד או נעשה כמו שנחקרה עדותן בב"ד וא"צ קיום אחר ולא אפסקא הלכתא כמאן והובא בב"י ריש הסימן ונתקשו בה האחרונים דמה יועיל עוד קיום הא תרי כמאה ונתיבות תירץ דדבר התלוי בטב"ע אזלינן בתר רוב דעות ודבריו נכונים אם שתי הביתות לא היו מע"ח ומעידין על טביעת עינם אבל ע"ח גופא שאומרים כת"י אמנה שבשטר. מעידים כדלקמן ס"י א"כ נאמנים יותר מכת אסרת די"ל כת אחרת טעו בדמיונם משא"כ ע"ח הא זוכרים גוף הענין וכמבואר בישו"ש פ"ק דגיטין ס"ה דאם שנים מעידים שמכירים החתימות ושנים אומרים שראו שזייף ל"ה תרי ותרי דאמרינן דזייף עד דטעו האחרים ואומרים בדדמי עיי"ש וה"נ בהיפוך אם אחרים אומרים שמכירים בטב"ע שאין זה חתימות העדים וע"ח אומרים שחתמוהו ודאי להם שומעים וכ"כ טו"ז בא"ע ס"ס קנ"ב וכה"ג מבואר לעיל סימן כ"ג ואפילו יעידו רק שמכירין חתימתן יש לסמוך עלי' יותר מעל אחרים וכמ"ש הסמ"ע לקמן סימן ס"ג סק"ז דקיומן של העדים עצמן הוא עדיף מקיום אנשים דעלמא דאיכא למימר בתו דטעו ועיי"ש וא"כ כשיעידו אחרים שלפי הכרתן אין זה חתימות העדים יש להאמין יותר הע"ח ובתומים נמי כתב דע"ח נאמנים יותר דצורת האותיות משתנות לכונת ורצון הכותב עיי"ש ועכצ"ל דהאומרים אין זה כת"י שלא חתמו דיודעים שמזויף ועל עדות ע"ח קאי דאומרים כת"י הוא דזוכרים שחתמו והם מכחישים וא"כ הק"ל הא הרי כמאה.

לכן נלע"ד דיל"ד מה זה שאמר ויתקיים בב"ד אטו עד השתא לא קיימו בב"ד אלא דאחד מהאופני הקיום שדיינים עצמם מכירים החתימות לכן כשיש הכחשה בין תרי ותרי תו לא יועיל שום עדים דתרי במאה אלא יתקיים בב"ד כדלעיל סימן ט"ו ס"ה יש לדיין לדון ד"מ עפ"י הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת והדבר חזק בלבו שהוא כך אעפ"י שאין שם ראי' ברורה עיי"ש ה"נ יבא בשטר זה אצל ב"ד שיכירו בעצמם החתימות ויגבה חובו על ידם דאידך ס"ל דא"צ שום קיום עוד כיון דעדות שבשטר כנחקרה עדותן בב"ד דחזקה לא חציף אינש לזייף מכריע להאמין לכת שאומרים שאינם מזויף וכמ"ש בשו"ת ברכת יוסף חיו"ד סימן ב' דבתרי ותרי כשיש הוכחה מבחוץ לסייע כת אחת מהני והביא כן מהמרדכי סוף קדושין וראב"ח ח"ב ס"א ובטור א"ע סימן קנ"ב ז"ל כתב בעל העטור אפילו אם יתקיים בחותמיו אם העדים מערערים עליו פסול הוא עד שיתברר דתרי ותרי ננהו ואינו יודע מה בירור יש אחרי הקיום כיון דחשוב כתרי ואפילו אם תביא מאה כתרי דמי אלא ודאי אין אחר הקיום כלום דבתר בי דינא לא דייקינן והביא

פרישה שם ממהרש"ל ז"ל אין אחרי הקיום כלום ותימה מ"ש משנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה דלא תנשא לכתחלה דכל תרי ותרי ספיקא דרבנן ב"ש היכא שהיא בחזקת א"א וצ"ל הכא שאני מאחר שהגט מסייעה והרי הוא יוצא מתחת ידה ודו"ק עכ"ל וכונתו כיון דיש הוכחה דלא חציף לזייף מסייעה לתרי שאומרים שאינו מזויף מהני ואף דהטו"ז שם הקשה על הטור מפ"ק דגיטין ד"ט דאמר אם יש עליו עוררין יתקיים בחותמיו ופריך אילימא תרי עוררין מה חזית דסומכות אהני סמוך אהני שפוסלין החתימות ותירץ דשא"ה שנולד הערער קודם שנתקיים עיי"ש וא"כ ה"נ איך נוציא לכתחלה ממון לק"מ דשאני איסורא מממונא כדאיתא בספ"ק דב"מ דף כף ע"ב ועיי"ש בתוס' ד"ה איסורא ולפ"ז י"ל דגם מ"ד דלא מהני עדים לקיימו עוד דוקא כשלא נתקיים קודם הערער דבי תרי וכה"ג כתב הנתיבות בסק"ה לענין העדים עצמם דאומרים לא חתמנו ולפ"ז י"ל מ"ש לעיל המחבר בס"ה מקיימין שלא בפני בע"ד ואפילו עומד וצווח מזויף הוא אל תקיימוהו אין שומעין דמקמ"ל הא בבל קבלת עדות אין שומעין לבע"ד שצווח אל תקבלו העדות ומצאתי שנתקשה בזה באס"ז ב"ק דף קי"ב ע"ב ולפמ"ש י"ל דצווח כיון דאינו מקיימו לגבות בו ימתינו דנ"מ כשיביא הוא עדים שיאמרו מזויף.

ולפ"ז י"ל פרש"י בב"ק שם דפירש מקיימין השטר שלא בפני בע"ד אם עדיו מבקשין לילך למדה"י והקשו תוס' דא"כ אמאי נקט קיום השטר הא קבלת עדים אמר נמי התם לעיל דבכה"ג מקבלין שלא בפני בע"ד ולפמ"ש טובא קמ"ל דיש לחוש שלא בפני בע"ד דיש לו עדים שהוא מזויף רק בשאר עדות לא יפסיד דיכול להביאן גם אח"כ אבל בקיום לא יועילו לו אח"כ קמ"ל דמ"מ מקיימין.

ואפשר עוד לפרש דברי ריו"ו עפימ"ש רמ"א לעיל ס"ד כיון דקיום שטרות דרבנן סגי ביחיד מומחה וא"צ ב"ד וכתבו שם סמ"ע וש"ך דהר"א ס"ל דכשמערער הלוה שהוא מזויף צריך קיום מה"ת וא"כ צריך בית דין ופחות משלשה לא נקרא ב"ד כדלעיל סימן ג' וע"כ כשהן אומרים כת"י הוא ואחרים אומרים אין זה כת"י נהי דע"ח נאמנים יותר כמ"ש לעיל מ"מ הוי כשטר שקרא עליו הבע"ד גופא ערער בטענת ברי שמזויף דצריך קיום מן התורה ה"נ אתרע ע"י אותם שאומרים שאינו כת"י ומדויק לשון כשטר שקרא עליו ערער ויתקיים בב"ד ולא ביחיד מומחה.

ולפי לשון ירושלמי הובא בתומים ז"ל הם אומרים כת"י זה ואחרים אומרים א"ז כת"י נעשה כשטר שקרא עליו ערער אר"א כשטר שקרא עליו ערער ונתקיים בב"ד ור' אלעזר אמר לא נתקיים בב"ד טעמא דר' אלעזר כיון שהוחזקו העדים להיות חתומין בשטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד עכ"ל יש לפרש דאחרים אומרים לפי טביעת עינם אין זה

כתב יד ע"ח ואפשר לומר ע"ח בקיאי טפי בחתומתם ואחריני טועים אלא דבתומים לעיל סימן למ"ד סוף סק"י כתב דאם העידו שני עדים ונתקבל עדותן בהכשר מבלי ערעור הרי הוחזק עדותן לכשרות בב"ד ולכך בבא אח"כ הזמה עליהן טרחינן ומיישבין דברי עדים ראשונים אבל אם תיכף בעת הגדת העדות נולד הכחשה לא טרחינן ליישב דבריהם ומספקא לא מפקינן ממונא עכת"ד וה"נ רב אסי ס"ל דהוי שטר שקרא עליו ערעור ואינו כשר רק אם בנתקיים בב"ד כבר אזי טרחינן ליישב ולומר דאחרים טועים בטב"ע ור' אלעזר סבר אפילו לא נתקיים בב"ד כבר כיון שהוחזקו העדים להיות חתומים בשטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד וטרחינן ליישב שלא להוציא מהחזקה ומדוקדק כיון שהוחזקו ויותר נראה דר' אלעזר לא פליג אמ"ד תחלה דהוי כשטר שקרא עליו ערער כדמשמע דרב אסי ור' אלעזר לפרושי דבריו קאתי רק ר' אלעזר ס"ל דצריך רק שיוחזקו חתימתן בב"ד קודם הערעור ועיין נתיבות סק"ה וסק"ט דקודם שנראו החתימות בב"ד ל"ה כנחקרה עדותן אפילו מן התורה דל"צ קיום אבל אם בשעה שנראה בב"ד אמרו אחרים דאין זה כת"י פסול.

בש"ך סקי"ב הם אומרים אינו כת"י ואחרים אומרים כתב ידם הוא לא מעלין עדי השטר ולא מורידין ובשע"מ סק"ה הוה מהא דאמרינן לקמן סימן ס"ג דאם באו עדים ששאל המלוה מהם לזייף ל"מ קיום דשמא זייף עד שהעדים טועים וה"נ כאן דאומרים אין זה כת"י כמעידים שזייף חתימתן מה מועיל אינך תרי נימא דזייף כל כך עד שטועים הא יש להשוות העדים שלא יוכחשו ותירץ דאחרים אומרים שראו כשחתמו וליתא דהא בירושלמי פ"ב דכתובות ה"ג איתא הך מימרא ואמר מתניתין אמרה כן אם יש עדים שהוא כת"י או כת"י יוצא ממק"א א"כ דאין להם מגו לומר אין זה כת"י אפילו כשכת"י יוצא ממקום אחר לא מהימנו ומסתימת הפוסקים ג"כ ל"א כן ועיקר תמיהתו אינו דבשלמא כשיש עדים ששאל מהם לזייף הרי יצא זה מרובא דעלמא דלא חציפי לזייף אפילו אם שטר זה שמוציא אינו מזייף ואין לנו לדון אם זה זייפן רק אם עדים טועים בהכרת החתימות וחיישינן למיעוטא שלא להוציא ממון משא"כ כאן אם שטר זה אינו מזייף גם בעל השטר לא יצא מרובא דלא חציפי וא"כ א"א להשוות העדים שלא יהיו מוכחשים רק בתרי מיעוטא דבעל השטר מהמועט ועדים טועים ג"כ מהמיעט ולמיעוט דמיעוטע לא חיישינן כדי להשוות העדים כמו זה אומר בג' בחודש וזה בחמש דלא אמרינן דטעו בתרי עיבורי כדאיתא בפרק היו בודקין דמ"א ע"ב ועיין לעיל סימן מ"ג ס"ח דלכ"ע אין העדים נאמנים לומר שטעו בטעות שאינם מצויים לטעות בו ובסימן כ"ט ס"א מבואר דיש לתרץ דברי העד שלא תהא עדותו מוכחשת מעצמו כמו דברי שני

עדים שלא יוכחשו נשמע דאין לתרץ הכחשת עדים בדבר שאינו מצוי אפילו להחזיק כמו בהך דסימן מ"ג דמיירי בלהחזיק.

הג"ה מתוך כתבם והש"ך סקי"ז הניחו בצ"ע דאפילו לקיים חתימות עדים אינו מועיל ולע"ד מבעל העיטור מוכח דמועיל אפילו לקיים כת"י לוה דז"ל באות ח' חוב ח"א מלוה בשטר ובשאלה לרבינו שרירא כתב בכת"י ואמר לעדים חתימו ומסרו לי' הרי הוא כשטר וגובה מנכסים משועבדים ואי אמר פרעתי א"נ אבל אם חתם בפני עדים ולא נתן רשות לחתום זהו שאמר הוציא עליו כת"י ונאמן לומר פרעתי וכ"כ רבינו האיי שאם ציווה לחתום על הודאתו דינו כמאן דמפיק שטרא אחברי' אבל אם לא כתבו חתימתן אלא להחזיק כתב ידו הוא כהוציא עליו כת"י ונאמן לומר פרעתי ומסתמא ה"ה לעדות בקנין אע"ג דסתם קנין לכתיבה עומד ה"מ לענין מהדר אבל מכתב לא כתבינן בלא דעתי' עכ"ל הרי דמתחלה כתב משם ר"ש לחלק בין נתן רשות לחתום ועלה כתב וכ"כ ר"ה משמע דג"כ מחלק כן וכשחתמו להחזיק חתימתו היינו בלא רשות הלוה וסיים ומסתמא ה"ה לעדות קנין לא כתבינן בלא דעתי' הרי גם בחתימתו מיירי בהכי וכן מוכח יותר ממ"ש שאם ציווה לחתום על הודאתו וכו' אבל אם לא כתבו חתימתן אלא להחזיק כת"י משמע דגם בסיפא ראו ושמעו הודאתו רק דמעצמן חתמו בלא צוואתו דזה עיקר החילוק דאל"כ הכי הל"ל שאם חתמו על הודאתו הוי שטר ואם חתמו להחזיק רק חתימתו הוי כתב ידו או דהל"ל אבל אם לא צוה לחתום על הודאתו אלא להחזיק כת"י אלא ברור הכונה דלענין עדות על הודאתו צריך צוואת המתחייב דלא ליהוי מפי כתבם ולקיים כת"י א"צ וחותמין בלא רשותו ולכן כשלא ציווה לחתום אין רשאים לחתום לחתום רק לחזק כת"י וא"כ כ"ש דמהני מפ"כ לקיים חתימות עדים דלכ"ע הקיום רק מדרבנן.

סעי' י"ד ואחד מעדי השטר מעיד על כת"י ושני עדים מעידים על חתימת אחד מהדיינים בנמ"י פ"ב דכתובות דף כ"א כתב אם כתב באשרתא ואשתמודענא דהיינו שהדיינין בעצמן הכירו החתימות ובאו שני עדים והעידו על חתימות דיין אחד וע"א מהחתומים אומר זה כת"י מצטרפי עיי"ש ומסתימת הפוסקים וש"ע משמע דלא מחלקי בכך וגם בהך דסעי' ט"ז חולק הנמ"י דלא מצטרפי רק אם כתב באשרתא ואשתמודענא והכל מטעם אחד דלפיכך עד ודיין לא מצטרפי כיון דדיין א"י רק מה שהעידו לפניו בע"פ אינו חשוב ידיעה כזה שמעיד על מנה שבשטר שראה בעיניו וכן אם הדיין מכיר החתימות הוי כנעשה הלואה בפניו דעדות שבשטר כנחקרה עדותן בב"ד ואלים יותר מעדות ע"פ וא"כ הש"ע דלא ס"ל בסט"ז כהנמ"י גם כאן לא מחלק וכן מוכח מדלעיל ס"ח דלא צריך לפרש אופן הקיום דלנמ"י נ"מ רבתי כשלא יכירו רק חתימות דיין אחד וחתימות ע"א.

סעי' י"ז קרובים לעידי השטר בתומים ס"ק כ"א הקשה לפמ"ש הרז"ה משום דבשטר ל"ש הזמה א"כ לירושלמי דלכך קרובים זל"ז פסולים להעיד לאחר משום דאין ניזומן עד שיוזמו כולם ויהא קרוב נלקה בסבת קרובו א"כ בשטר דל"ש הזמה יוכשרו עיי"ש ולע"ד דגם בשטר לא הוכשר רק כשראוי להגיד בפה וכ"כ בתומים לקמן ס"ק כ"ט וא"כ בקרובים זל"ז אינם ראוים להעיד בע"פ משא"כ אם קרובים למקיימים הרי בשעת חתימת העדים ראוים היו להגיד בע"פ וכנחקרה עדותן אז לפני שאר ב"ד.

סעי' כ"ד ומותר לכתוב בש"ך ס"ק נ"ו העלה דגם לחתום קודם שהועד לפניהם שרי ותומים ס"ק כ"ה הקשה דמ"ש מהא דאמרינן משחתמו אין מעידין לפני השלישי וחותם משום דהשלישי לא הי' ראוי לצרף עמהם כיון שלא הי' מכיר בחת"י עדים ואם הדין כמ"ש הש"ך דיכולים לחתום טרם שקבלו העדים השתא אי כולם לא ידעי מחת"י עדים רשאים לחתום אסמך שיעידו אח"כ בפניהם כ"ש אי שנים ידעו ואחד לא ידע יחתום אסמך שיעידו אח"כ בפניו עכת"ד וגם אני נתקשתי בזה עד שראיתי ברשב"א פ"ב דכתובות דכ"א ע"ב בד"ה עד שלא חתמו ז"ל וק"ל דלמחזי כשקרא ל"ח וכו' וי"ל הכא גבי אשרתא משחתמו מעולם לא היו במעמד ג' והם ב"ד ובשעת חתימה אכתי לא ידעו ובשעה שקבל עדות שנים מהן עדים הם ולאחר קבלת עדים אינם עושים כלום מפני שחזרו לישב יעשו ב"ד ויתקיים הדבר למפרע אי אפשר אבל בעלמא כותבין וחותמין ורואין מעשה ומוסרין השטר ליד בעליו עכ"ל ביאור דבריו דבעלמא חותמין אסמך שיקבלו כולם העדות אח"כ ואז יעשו מעשה ב"ד בקבלת העדות שלא ידעי תחלה משא"כ כשחתמו השנים שידעו מכבר אינם עושים אח"כ מעשה ב"ד כשיעידו לפני השלישי הם עדים לבד ולאחר קבלת עדות אינם עושים כלום ואזיל הרשב"א לשיטתו שכתב בד"ה והא ז"ל ואני תמה העדות שהעידו בפני אותו השלישי האיך שמה עדות והא צריך ג' ואין עדות אלא לפני ב"ד וי"ל כשהי' מומחה וראוי לדון או שיושיבו מחבריהם אצלם בשעת קבלת עדות עכ"ל וא"כ שנים שחתמו כבר ומעידים אח"כ אינם עושים מעשה ב"ד לעולם וזהו דלא כמ"ש סמ"ע בס"ק נ"ד דלפיכך מקבל האחד העדות מפי השנים אף דקבלת עדות צריך שלשה בקיום שטרות הקילו ואמרו דנעשו אלו העדים בשעת הגדה דיינים וכאלו ישבו עמו לקבל עדות מפי אחרים וכ"כ הש"ך בס"ק ס"ג ולא ראו דברי רשב"א הללו דבשעת הגדה אינם דיינים רק עדים וצריך השלישי להיות מומחה או שיושיב שנים אחרים אצלו ולהש"ך אינו עולה יפה תירוץ הרשב"א דגם כשיעידו השנים לפני השלישי יהיו בשעת הגדתן דיינים ויהיו אז ב"ד וכיון שלא ראו דברי רשב"א אין לזוז מדבריו וכשיעידו השנים לפני השלישי צריך שיהי' מומחה

הראוי לדון ד"מ או שיושיב שנים אחרים אצלו וכשלא ידעו כולם שהיא חת"י יכולים לחתום הקיום אסמך שיקבלו עדות אחתי אח"כ.

סעי' כ"ט בש"ך סק"ע דלענין קבלת עדות ל"מ יחיד מומחה רק בעינן שלשה עכ"ל ולא ראה מ"ש הרשב"א הבאתיו לעיל סכ"ד דמומחה שראוי לדון בשאר ד"מ יכול לקבל עדות לבדו וחותם ומוכח כמ"ש נתיבות לעיל סימן ג' סק"ג דמומחה יכול לדון עפ"י קבלת עדותו לבדו רק אין לו דין שטר לענין שב"ד אחר ידונו עפ"י אותו כתב שכתב היחיד מומחה שקבל העדות עיי"ש ולפיכך אף דהשלישי מומחה צריך חתימת שלשתן על הקיום כדי שיוכלו ב"ד אחר לדון עפ"י קיום זה אף שנכתב בלא צווי המתחייב ול"ת מפ"כ.

סעי' ל"ז אנוסים היינו מחמת נפשות כתב בשע"מ ס"ק י"ז שאם הוא בגונא דיהרג ואל יעבור כגון שמכוין להעבירו על דת אין נאמנים אף דלא נפסלו אאמע"ר וכמ"ש ריב"ש בסימן שצ"ו דגם באמנה הי' דברינו לא משמע לסהדי דליהוי רשיעי בהכי כיון שבע"ד נסכמים בה מ"מ כיון דעולה היא ולא מצי למחתם בה לא מהימנו במגו עכת"ד וכבר כתבתי תלי"ת כן בסימן ל"ד סכ"ב.

עוד כתב השע"מ דנלמד מדברי הריב"ש דעדים שחתמו על שטר אמנה אין נפסלים לעדות ולשבועה ויש להסתפק לפ"ז בעדים שאמרו אמנה הי' דברינו באין כת"י יוצא ממ"א ועדים אחרים מעידים עליהם שכבר חתמו עדי השטר פ"א על שטר אמנה אי בכה"ג נאמנים עידי השטר לומר דשטר זה שמקיימים הוא אמנה דל"ש לומר דלא מצוי למשוי נפשייהו רשיעי כיון דבלא"ה יש עדים שכבר עברו עברה זו א"ד דמ"מ א"נ לומר שעברו עברה זו ב"פ עכ"ל ולע"ד נעשו חשודים לא"ד עכ"פ אף דלא נפסלו לשבועה ולעדות אחרת מ"מ חשידי לחתום על אמנה ולכן אף דכת"י יוצא ממ"א ואין אומרים כלום יכול הלוה לטעון שחתמו על אמנה וראי' ממ"ש המל"מ פ"ד ממלוה ה"ו עמ"ש מוהר"י אשקאפה דע"ח על שטר שיש בו רבית פסילי משום דהוי עברה בעדות עצמו והוי כעדים שהעידו שקר דפסולים הם לעדות והמל"מ השיג עליו דשא"ה דבמה שאנו חושדים את העדים שאפשר שהם מעידים שקר כבר עשו עברה כזו עיי"ש הרי אף דלולא זאת לא היו נפסלים מ"מ מחמת שכבר עשו עברה כזו חשודים לאותו דבר ועוד ראי' ממ"ש רמ"א בי"ד סימן קי"ט ס"ז מי שהוא חשוד בדבר דלא משמע לאינשי שהוא עברה לא מקרי חשוד מיהו לאותו דבר אינו נאמן ועיי"ש בש"ך ס"ק י"ט ואף דלא קי"ל כמ"ד החשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו היינו דחשוד לעשות לעצמו אותו איסור דן ומעיד לאחרים דמ"מ אינו חשוד להעיד שקר אבל אם חשוד להעיד שקר אף משום דלא משמע

לו עבירה זו לאיסור מ"מ אינו נאמן על עדות זה דהא לא משמע לו שהוא עדות שקר וק"ו מאיסור דהא לעדות ממון חמיר מלאיסור כדאיתא בי"ד שם ס"ז ובש"ך ס"ק ח"י ועיין רמב"ם פי"א מעדות הלכה ז' והלכה ח' ומ"מ נראה דבלא מגו אין הלוה נאמן לומר אמנה דטענה גרוע מצד עצמה היא אף זולת הנועד עדים לא חתמו אעולה דאל"כ למה לא נאמן הלוה לעולם לטעון שהעדים כתבו השטר ומסרו לו דכותבין שטר ללוה אף שאין מלוה עמו ובעצמו מסרו למלוה באמנה וכן לקמן סימן ס"ט ס"ב מבואר דאינו נאמן בכת"י לטעון אמנה רק במגו דפרעתי אבל במגו נאמן אף בשאר מגו ואינו מגו דמזויף כיון דאינו במקום עדים עיין בקיצור כללי מגו מהכנסת הגדולה בתומים סימן פ"ב ס"ק צ"ד וכ"ש עדים אחרים נאמנים לומר דעדי השטר חתמו על אמנה ולא הוי תרי ותרי וכ"ש עדי חתימה עצמם כשיש להם מגו דאין זה כת"י אלא אפילו כת"י יוצא ממ"א מ"מ מהימנו לומר עתה דחתמו על אמנה כיון דחשידי לאותו דבר ולא מהימני מעולם על זה ל"ח חוזר ומגיד ומהימני עתה בתורת עדים לומר דחתמו באמנה דהא דבעלמא אין נאמנים לומר אמנה הי' דברינו דאמע"ר כיון דחזקה דעדים לא חתמי אעולה הוי כודאי וכמ"ש בתומים בכללי מגו ס"ק ק"ה אבל אלו דחשידי להכי ואין להם נאמנות על זה ליכא חזקה זאת.

ואם כת"י יוצא ממ"א בשו"ת חת"ס חא"ע חלק ראשון תשובה ע"ה כתב דוקא כשהמתינו עד שבא השטר לכלל גבי' וקיום ב"ד לכן מדשתקו עד עכשיו נהי דלא משוי נפשייהו רשעים במה שנתעצלו ושתקו בשוא"ת מ"מ בכלל חוזרים ומגידים הם ולא מהימנו אבל אם מיד כשיצאו מהסכנה באו לב"ד ואמרו אנוסים מחמת נפשות היינו נאמנים בלא מגו דל"ה חוזר ומגיד דהגדה ראשונה ל"ח הגדה כיון דאנוסים היו לפי דבריהם עיי"ש.

אין נאמנים וכתב הש"ך ס"ק קט"ו עדים אחרים נאמנים הנה ב"י סימן כ"ט הביא תשובת רשב"א דהאי דתנאי הי' דברינו נאמנים בשאין כת"י יוצא ממ"מ ובתשובה אחרת כתב על ראובן שכתב משכונא ת"ק דינרין על חצרו לשמעון ומתו ראובן ושמעון ויורשי ראובן מביאין עדים שלא היתה משכונא זו אלא לתנאי שיקנה ראובן זה קרקע לאשתו וכבר קיים תנאו הישוב דנאמנים אפילו הת"י עדי שטר משכונא יוצא ממ"א שאין אלה העדים מכחישים עדי השטר אלא בירור בעיקר העדות עכ"ל וכתב הב"י דאין זה חולק על דברי תשובה ראשונה דשא"ה שעדים אחרים הם המעידים על התנאי עכ"ל וצווחו האחרונים דכיון דע"ח א"נ לומר תנאי הי' ע"כ כיון דכתוב סתם העידו דל"ה תנאי וחשוב חוזר ומגיד א"כ כשיש עדים אחרים הוי כתרי והרי ובשע"מ סק"כ תמה עוד דב"י גופי' בא"ע סוף סימן קמ"ה הביא תשובת רשב"א בשכ"מ שנתן גט ואח"כ נתרפא ועדים אחרים

אומרים שהגט ניתן על תנאי אם ימות וכתב הרשב"א דהוי תרי ותרי דמכחישים לעידי הגט שלא הזכירו תנאי עיי"ש ומ"מ צ"ע בישוב דברי רשב"א ואפשר לפמ"ש מהרי"ט ח"א ס"א לענין נדר על תנאי ונאנס בשעת התנאי דאם תלה נדרו בתנאי אם יעשה כך יהא נדר אזי לא חל הנדר עד שיעשה ואם בשעה מעשה שכח או נאנס לא חל הנדר אבל אם תלה נדרו באם לא יעשה חל מיד ואם נאנס אח"כ מ"מ בשעת חלות הנדר לא הי' אנוס עיי"ש והנה בפ"ב דכתובות מבעיא או נאמנים לומר תנאי היה תנאי מלתא אחריתי או מיעקר שטרא הוא ומסיק דנאמנים ומפרשים דס"ל בשכת"י יוצא ממ"א א"נ ס"ל דלאו מלתא אחריתי הוא לגמרי רק נאמנים במגו דא"ז כת"י ובכת"י יוצא ממ"א א"נ כיון דכתבו סתם העידו דנעשה בלא תנאי וי"ל זה דוקא כשאומרים דשטר נעשה על תנאי שיעשה המלוה איזה דבר ובהדיא הגמרא מיירי בהכי דאמר שם אותו קיימו תנאייכו וכן בש"ע כאן וכיון דמחוסר מעשה לא חל השטר קודם שנתקיים וכיון שחתמו שנתחייב בשטר סתם הוי כהעידו דאינו מחוסר מעשה אבל אם התנאי בשוא"ת כנידון הרשב"א במשכנתא חל מיד ושפיר העידו ובזה ודאי תנאי מלתא אחריתי לגמרי הוא דאם יעשה התנאי הוי כמבטל המעשה מאותו שעה וכפרעון ובזה מתורץ ג"כ מ"ש המחבר בסימן פ"ב דנאמנים לומר תנאי הי' שאם יעשה הלוה כך יפטור וכאן כתב דא"נ לומר תנאי הי' שיעשה מלוה כך ולפמ"ש א"ש ורי"ף ורא"ש בפ"ב דכתובות די"ט ע"ב כתבו דאר"נ עדים שאמרו תנאי הי' דברינו נאמנים וכי אהי לקמי' לדינא א"ל זילו קיימו תנאייכו והקשה הק"נ למנ"מ הביאו הך דקיימו תנאייכו ולפמ"ש קמ"ל דגם בתנאי המחוסר מעשה נאמנים.

בשום דבר כתבו סמ"ע וש"ך דקאי גם אתנאי ובשו"ת ר"י אבן מיגאש נשאל איך יעקב נתן לראובן בנו בית מעכשיו שיוכל למכור ולמשכן ויש לראובן שטר ע"ז ואח"כ משכן ראובן הבית לנכרי והוציא יעקב שטר מקויים חתומים בו עדי השטר מהנה כתוב בו שאינו נותן המתנה אלא בתנאי שלא ימשכן אותו לנכרי והשיב אף דכשכת"י יוצא ממ"א א"נ לומר תנאי הי' דברינו היינו דוקא אם עדותם בתנאי עוקרה העדות ראשונה מעיקרא באותו תנאי שהם מעידים בו עתה דומיא דאמנה הי' דברינו ומודעא הי' דברינו וקטנים היינו ופסולים היינו אבל אם הי' שבעת שהם מעידים עדותם השני' אין עדותם הראשונה בעקרה מעיקרא בתנאי זה שבשעה שהעידו לא קדם אז בבית משכנו לנכרי באופן שתהא העדות של התנאי מבטלת המתנה מיד אבל היה באפשר שיתקיים התנאי ותהי' המתנה קיימת עדותן עדות אפילו כת"י יוצא ממ"א וכשיתברר שראובן זה עבר על התנאי ומשכנו בטלה המתנה עכ"ל ואף דבשעה שהוציא יעקב השטר בב"ד כבר

משכן ראובן הבית מ"מ עדות שבשטר כנחקרה בב"ד כשחתמו ואז עדיין הי' אפשר שיתקיים התנאי ונ"ל שזהו כונת מהרש"ך שהביא מל"מ פ"ג מעדות הלכה ה' ובנתיבות כאן ז"ל שמה שמעידים שלא מכר כ"א לעלות לא"י עדותן זה הוא בשטר לא מיקרי חוזר ומגיד עכ"ל והיינו כיון שהוא בשטר הוי כנחקרה עדותן כשחתמו ואז עדיין הי' באפשר שיתקיים התנאי אף כשנראה השטר בב"ד כבר עבר התנאי משא"כ אם העידו עתה בב"ד ע"פ כיון דהו לא אפשר לקיים ועוקרים עדות ראשונה הוי חוזר ומגיד.

ומבואר ג"כ מתשובת ר"י מיגאש זאת דגם כשעדותם בשטר על תנאי לשעבר ל"מ כשכה"י יוצא ממ"א כיון דבשעת חתימה לא הי' אפשר שיתקיים התנאי ולא כהנתיבות כאן.

גם מ"ש הנתיבות דלא ניתן לכתוב התנאי רק בציווי המלוה צ"ע דלעיל בסימן ל"ט ס"ג בהג"ה ולקמן סימן פ"א סכ"ט מבואר דכשמוחל דבר לחבירו או פטרו אצ"ל כתבו וחתמו וכן במכר קרקע או נתנה על תנאי לע"ד א"צ ציווי הלוקח ומקבל לכתוב דהוי כהודה שאם יתבטל התנאי תהא הקרקע של מוכר ונותן ובהודה בקרקעות אצ"ל כתבו ותנו כמבואר סימן ל"ט ס"ח ועיי"ש קצו"ח סק"ה ובסימן פ"א סכ"ט.

וצ"ל דמהר"י מיגאש גרס במימרא דר"נ כי אתי לקמן לדינא אמרינן להו זילו קיימו שטרייכו וחותו לדינא והובא גירסא זאת באס"ז דהיינו כשיקויים מאחרים לא יהיו ע"ח נאמנים לומר תנאי הי' דל"ל קיימו תנאייכו דהא מיירי דומיא דמודעא ואמנה דא"א עוד להתקיים אלא דקשה לי מ"ש הר"י מיגאש שם ז"ל שיש לנו בזה סברא חדשנו אותה במה שאמר התלמוד עדים שאמרו תנאי הי' דברינו נאמנים והוא שדקדקנו בחוזק העיון שזה המאמר הוא דוקא באין כת"י יוצא ממ"א עכ"ל ואם גרסתו היתה קיימו שטרייכו א"צ לחדש ולחחק עיון דמפורש יוצא דכשיקיימו השטר לא יאמנו דברי העדים על התנאי וצ"ל משום ד"ש גורסין קיימו תנאייכו הוצרך לחדש מכח העיון ולהוכיח דהגרסה אמיתית קיימו שטרייכו והראשונים דס"ל דמיירי בכת"י יוצא ממ"א ע"כ גרסי קיימו תנאייכו ולפ"ז י"ל דל"פ עם הר"י מיגאש בעיקר הדין דגם לדידהו לא מהימנו בכת"י יוצא ממ"א רק כשאפשר עדיין להתקיים התנאי ובתומים הובא סברא זאת מהרדב"ז ומיושב בדברי ר"י מיגאש קושית תומים בכללי מגו סק"ס דאיך יאמנו תנאי היה דברינו במגו דאין זה כת"י אפשר אינם רוצים להפסיד למלוה כל כך ולק"מ דא"צ למגו רק כשא"א עוד לקיים התנאי וא"כ גם בתנאי מפסידים למלוה לגמרי וזה ראי' לסברת ר"י מיגא"ש.

וצ"ע אם ע"א אומר שע"ת הי' ואפשר עדיין לקיים התנאי וכת"י יוצא ממ"א מדרמב"ן שבר"ן בכתובות שם הכריע דמיירי באין כת"י יוצא ממ"א מדאמרינן עלה עד אומר

תנאי ואסיקנא דנאמן ואי בכת"י ממקום אחר איך ע"א קם לממון ור"ן הירץ דגלוי מלתא בעלמא הוא ונאמן ע"א ג"כ והוא רחוק מהשכל שיהא ע"א נאמן אחר שכת"י יוצא ממ"א לגלוי מלתא לבטל שטר חתום ולא שבקת חיי דיעשה הלוה קנוניא עם ע"א שיאמר על תנאי הי' והתורה לא האמינה לע"א לממון.

ולע"ד י"ל הא דאמרינן עד אומר תנאי רק אי מהימן כעד אחד כיון דהעד אחר אינו מכחישו רק שלא שמע כמ"ש הראשונים והובא בש"ך ס"ק ק"ח ולא מבעיא רק לענין שבועה כע"א אומר פרוע וס"ל לר"פ דתרוייהו בשטרא מעליא מסהדי בחתימתם שעל השטר והוי כמעידים שלא הי' בו תנאי ואין דבריו של אחד במקום שנים ור"ה בר"י ס"ל כמו דשנים נאמנים לומר תנאי הי' ול"ה חוזרים ומגידים דהוי רק לברר שכן הי' כונת השטר חד נמי ל"ה במקום שנים ונאמן כשאר ע"א לחייב המלוה שבועה ונראה דר"פ ור"ה בר"י פליגי בסברת הר"ן בתשובה סימן ל"ד דע"א שהעיד וחזר והעיד יש לנו לכוין דבריו בכל מה שנוכל אפילו בדרך רחוק ולא יחשב חוזר ומגיד כשם שיש לנו לתרץ דברי שני עדים וכן הוא לעיל סימן כ"ט וה"נ תנאי שלא כתבו בשטר היא דרך רחוק לומר שהשטר נעשה על תנאי וס"ל לר"פ דזה דוקא בשני עדים נאמנים לומר תנאי ומתרצים דבריהם משום דלא חשידו תרי סהדי לשקר ודאי קושטא הוא משא"כ בע"א יותר י"ל דמשקר עתה מלתלות חסרון בתחלת חתימת שני עדים ור"ה בר"י ס"ל כסברת הר"ן וכן קי"ל ולמהר"י מיגאש ורדב"ז דגם בכת"י יוצא ממ"א אם אפשר לקיים התנאי כשמעידים תנאי הי' דברינו נאמנים ה"ד בשני עדים אבל ע"א אינו נאמן רק לחייב המלוה שבועה דגם הר"ן נדחק רק לישב הקושיא של רמב"ן על ראשונים דס"ל דגמרא מיירי בכת"י יוצא ממ"א וא"כ לדידן דקי"ל דמיירי באין כת"י יוצא ממ"א אין הכרח מהש"ס דע"א נאמן לומר תנאי בכת"י מקוים ועיין ש"ך לעיל סימן מ"ה ס"ק ל"ד לקיים מחקים אין ע"א נאמן דחיישינן דמלוה יעשה קנוניא עם ע"א ועיין גאון צבי סימן פ"ב סי"ב בד"ה שם ש"ע ולהסביר קצת דעת ר"ן בכתובות והש"ע לקמן סימן פ"ב סי"ב דגם בכת"י יוצא ממ"א נאמן עד אחד מעידי החתימה לומר הי' תנאי ופטור הלוה לפמ"ש בתשובה המיוחסת לרמב"ן בסימן צ"ד דגם בע"א ל"ח לזיוף ונאמן לשבועה ולפעמים למלתא דממון ולכך נאמן לקיים המחק ול"ח דמשקר הובא בקצו"ח סימן למ"ד סק"ט וה"נ י"ל דנאמן בגלויי מלתא על חתימתו ומ"מ הלא הרא"ה וריב"ש וש"ך בסימן מ"ה לא ס"ל הכי לכן לדינא נראה עיקר כמ"ש.

מודעא בשע"מ נסתפק אם ע"א מעידי השטר אומר שבפניו לבד מסר מודעא עיי"ש ומלשון הש"ע בא"ע סימן קל"ד פוסל כל עד או עדים שיעידו משמע דיש אופן דמהני

מודעא לפני ע"א ובכת"י יוצא ממ"א העליתי לעיל דגם בתנאי אין ע"א נאמן אף במקום דשנים נאמנים ושבועה ל"ש הכא דמודעא אינה בפני הבע"ד ועוד איא דע"א נאמן בזה ליהמנו כשאומרים אנוסים מחמה נפשות היינו אף דכה"י יוצא ממ"א במגו דמודעא דל"ל מגו בשנים ל"א דסגי שיאמר ע"א לבד ולמ"ד דע"א נאמן על תנאי הקשו ג"כ כן ותרצו דכשיאמר תנאי אינו עוקר כל השטר ואומר אנוס הייתי לבטל לגמרי עיין תומים ססקמ"ו והפלאה שם דף יט ע"ב בד"ה ולפ"ז ומ"ש התומים דירא לומר תנאי דלוה לא יסכים עמו אינו דלהרויח ממון ודאי יסכים כמ"ש תוס' בקידושין דף מ"ג ע"ב בד"ה והשתא ונהי דתוס' כתבו שם דבטענה שנפטרים בה מממון בטוחים הם זה על זה שיאמרו דבר אחד והכא העד אינו נפטר מממון מ"מ הא הוא בלא"ה חשדת לי' למשקר ונימא מגו דל"ל דירא שהלוה לא יאמר דכיון דהלוה נפטר ודאי יסכים גם מ"ש התומים דליכא מגו לומר תנאי נהי דסגי שע"א יאמר תנאי מ"מ נח לו לומר דבר שהשני מסכים עמו ממה שיאמר דבר שהשני מכחישו עיי"ש גם בתנאי יש לדחות די"ל דהשני לא שמע התנאי ואפשר דס"ל דזהו טענה גרוע כיון דהתנאי הי' בשעת חתימת השטר והיו שם השני עדים וכי כאב לי' פימא ללוה להשמיע התנאי גם לשני אבל במודעא ודאי י"ל דלא נזדמן ללוה אז העד שני או דרצה להסתיר הדבר כל מה שאפשר.

סימן מז

סעי' א' או פרוע כתב בשע"מ היכא שיש ביד הלוה שובר הודאה בעדים שנפרע או כת"י המלוה עצמו שנפרע פטור הלוה אף שבשעה שנתן לו השובר היה חייב לאחרים דודאי משום קנוניא לא מחייבינן ללוה לשלם דמ"מ דלמא האמת שנפרע אלא משום חזקה דשטר בידו מה בעי ובשובר י"ל דא"ל המלוה דארכס לו השטר וסמך הלוה על השובר דלא כמהר"ם אלשיך בסימן כ"ד וש"ך סימן נו"ן סק"ז את"ד ואין לדחות דברי מהרמ"א וש"ך ונתיבות כאן דגם בשובר יש חזקה דשטר בידו מה בעי דאין כותבין שובר רק בארכס השטר ולוה יכול להחרים עליו כדלקמן סימן נ"ד ונפילה לא שכיח כדאיתא בפג"פ קע"ב ע"ב דלנפילה ל"ח ולומר רק כיחש לומר דאבדו ליכא למיחש דלמה יעשה זה בחנם כיון דנותן שובר ואם דיוכל לתבוע פעם אחרת אם יאבד הלוה השובר זהו חשש רחוק ונעמידנו על חזקת כשרות לומר השתא אחמיץ לעשות קנוניא ולא מכבר שהעלים השטר כדי לתבוע בחנם וחזקה אא"ת אא"כ יש לו עליו כדאיתא בשבועות הדיינין דף מ"ם ע"ב לכן כיון שהשטר עתה בידו כנכ"ה בידו בשעת כתיבת השובר וקנוניא הוא דאל"כ השטר הי' לו להחזיר ובצירוף חזקת חיוב מתני אמנם אם השובר רק על מקצת

החוב דאז כותבין שובר בע"כ של לוה אפילו לא נאבד השטר ועש"ך סי' נ"ד סק"ב י"ל כשע"מ ולא מצינו בפירוש במהר"ם אלשיך וש"ך להיפוך ול"ל הא דלנפילה לא חיישינן היינו שימצאנו אחר אבל כשחזר ומצאו הוא שכיח וטענתו טענה דהא כל לא ידענא פשיעותא הוא כדלקמן סימן רצ"א ס"ז וכיון דאמרינן ביבמות דף קט"ז אי לבעילת מזהר זהר בי' ממילא אין לחוש דפשע בו ולא ידע אנה הניחו וראי' לזה מלעיל סימן כף דאם אמר אין לי ראי' אעפ"י שמצא אח"כ אינו כלום ולמה לא יוכל לטעון שאבד השובר או השטר ומצאו אח"כ ול"ל דמיירי שאינו טוען כן חדא דלא אישתמיט בשום פוסק דיכול לטעון כן ואדרבה מסתימת הלשון ומצא אח"כ אינו כלום משמע דגם כשמצא אבדתו אינו כלום ועוד דאמר שם אם היו השטרות מופקדת ביד אחרים מביא וסותר מפני שיכול לטעון ולומר זה שאמרתי אין לי ראי' מפני שלא הי' מצוי אצלי ודוקא שבאו עדים שאותו ראי' הי' מופקד עיי"ש וליהמן בלא עדים במגו דאבדו ומצאו ועוד הרי בפקדון ג"כ לא תלינן בלא עדים משום דכאן נמצא ברשותו כאן הי' וסתמא אמרינן בידו הי' וכמ"ש במלחמות יבמות פרק אשה שלום בפלוגתא דאביי ורבא בעובדא דיצחק ר"ג ולפמ"ש לקמן סימן פ"ב סי"ב וסי"ג בשטר שיש בו שעבוד נכסי אפילו כשליכא חזקה דשטרך בידי מה בעי מוקמינן לו בחזקתו כשיש ספק ה"נ כיון דיש לחוש לקנוניא הוי רק ספק ואפילו שובר על מקצת ל"מ וכן עיקר ואפילו ליש פוסלין דסימן מ"ד ס"ו בגרר מאחוריו או ביני שיטי במקום דנהגו לכתוב שם הפרעון שא"ה דרגל"ד דמה"ט גם לדעה ראשונה צריך לאיים על בעהש"ט כמ"ש בשו"ת רמב"ן ס"ס קוף ועוד דשטר גופא אתרעי גרע ועיין בכ"ש פ"ק דחולין דף יו"ד.

סימן מח

ש"ך סק"ב מיתו אם כתב בכת"י כל מי שמוציאו גובה בו או בממרנות שלנו ודאי דגם הב"ח מודה שחוזר ולוה בו עכ"ל ובשו"ת ב"ח הישנות שאלה ל"ד מבואר דממרמי נמי יש לה דין כת"י אם פרעו וחזר ולוה בו בעודה ביד המלוה פשיטא דמצי למימר שוב פרעתי דכבר נמחל שעבודו בשעת שפרעו ונעשה כחרס וכתב עוד אם לאחר שפרעו החזיר מלוה הכת"י ללוה ואח"כ חזר ולוה בו ונתנו ליד המלוה דעכשיו במסירה חדשה נעשה שטר חדש שהרי נשתעבד למלוה בחתימתו מחדש ומה לי חתימה חדשה ומה לי חתימה ושינת עיקר השעבוד חל משעה שנתן ומסר הלוה למלוה ומחייב עצמו מחדש ועיי"ש בסוף התשובה בד"ה אחר מוכח דס"ל דבשטר שאינו כת"י וחת"י לוה רק בעדים

לא מהני מסירה חדשה כשנמחל שעבודו אפילו לגבות מבנ"ח רק כשמוסר לפני עידי מסירה לדעת המרדכי מתני.

ולא זכיתי להבין כיון דמודה אם החזיר המלוה ללוה הכת"י או הממרני כשפרעו וחזר ומסרו לו מסני אפוכי מטרתא למה כיון שמונח בחצירו של מלוה הוי כמסירה וכי גט הוא דצריך ליטלו הימנה ולחזור וליתנו לה כמבואר בפרק הזורק דף ע"ח דשם הטעם משום דהוי כטלי גיטך מענ"ק ופרש"י משום דכתב ונתן לה אבל בממון נהי דנתינה קמייתא נתבטלה ע"י הפרעון מ"מ כשחזר ולוה עליו ואומר לו הלוה שישאר הממרני או כת"י בידו על חוב השני או אפילו לא לוה עליו שנית רק מחייב עצמו בחנם כיון דמונח ברשותו הוי כמסירה ואפילו בשטר בעדים ואינו כת"י וחת"י לוה למרדכי דמהני מסירה בפני עדים אם עדים רואים השטר ברשות מלוה והלוה אומר לפניהם שישאר אצלו על חיוב חדש הוי כמסירה דזכתה לו חצרו ועיין בקצו"ח סימן רי"ש ס"ב דבגט דכתיב ונתן צריך נתינה ולא זכי' ובשטר ממון כתיב ואקח את ספר המקנה בעי זכי' ועיין נתיבות סימן קפ"ה ס"א סוף סק"א ובאבני מילואים סימן קל"ו סח"י כתב דבממון אפילו היכי דכתיב ונתן א"צ נתינה מיד ליד רק זכי' ואפשר ס"ל לב"ח כמ"ש טו"ז לקמן סימן קפ"ט דאם המפקיד הקנה חפץ המופקד להנפקד אינו קונה ע"י חצירו והשטר ביד המלוה אחר הפרעון כפקדון אבל המהרי"ט וקצו"ח סימן קע"ט הביאו והסכים עמו וכן הנתיבות בפתיחה לסימן רי"ש דחו דברי הטו"ז ואפשר דס"ל להב"ח דצריך מסירה דוקא כיון דעיקרו אינו לגוף הנייר רק לראיות האותיות שבו וכמו במוכר שט"ח לקמן סימן ס"ו ס"ט דיש פוסקים ס"ל דמשיכה והגבהה לא מהני בלא מסירה מיד ליד ה"נ כת"י או חת"י דזהו הכתיבה וצריך מסירה מיד ליד ממש אמנם גם שם העלה הש"ך בס"ק כ"ד דמשיכה והגבהה מהני וא"צ מסירה מיד ליד וא"ל כיון דאין הקנין לגוף הנייר אינו נקנה ע"י רשות רק איזה מעשה צריך דז"ל רמב"ן בחידושיו לפרק הספינה דף ע"ו לפיכך אותיות נקנין במסירה מפני שהמסירה והמשיכה והגבהה שוה בהן שאין גופן מכור וקנוי והראי' שבהן אינה נמשכת ומוגבהת במשיכתן ולפיכך לא הצריכו בהן הגבהה ומשיכה ותקכ"ח הוא משעה שהוציא הלה ראיותיו מתחת ידי וגמר והקנה אותן לו עיי"ש בד"ה הא ובד"ה אי כתב נמי דאותיות לאו ברשויות תליאן הלכך מסר בכ"מ קנו וא"כ הקנין משיוציא ראיותיו מת"י והרי הכא כיון שמניחו ברשות מלוה סגי ועוד ראי' מתשובות הרא"ש סימן ע"ה ס"ג ז"ל ואעפ"י דכתב הרי"ף דענ"ק נקנין שטרות וכו' וכ"ש לדברי רבינו יצחק דאפילו בקנין אגב לא איקני הלכך לא קנתה השטרות ואף עפ"י שהיו בביתו והקנה לה כל נכסיו וקנתה לה חצרה ויש כאן כתיבה וחצרה

דהוי כמסירה לא קנתה השטרות כיון דלא כתב לה קנו לך איהו וכל שעבודי' עכ"ל הרי דחצרה קונה כמסירה וא"כ הכא דל"ל כתיבת קני לך וסגי במסירה כיון דמונח בחצר המלוה הוי כמסירה וכ"ש ממרני או כת"י תכתוב לכל המוציאו דכתב בתה"ד דנקנה כשאר מטלטלין לכ"ע כמ"ש הנתיבות לקמן סימן ס"ו בשמו בביאורים סקי"ג ובחידושים ס"ק כ"ד ואף דהב"ח הוכיח דשטר שנמחל שעבודו אם חזר ולוה בו אינו גובה אפילו מבנ"ח היינו שטר בעדים דאפילו למרדכי ל"מ מסירה חדשה רק בעדי מסירה אבל באופן דמהני מסירה אם כבר מונח ברשותו סגי באמירה שיחזיק המלוה בו על החיוב חדש.

ולכאורה י"ל לפמ"ש תוס' בכתובות פרק הנושא דף ק"ב בד"ה אליבא דהא דמשתעבד בשטר אם לא לוה דהא אין מטלטלין נקנין בשטר היינו משום דטרח למכתב שטרא גמר ומשעבד נפשו ומתוך שטרח ליהנו בשטר נמר ומקני עיי"ש וא"כ כשכבר נמחל שעבודו אשר נכתב בשבילו הרי עתה לא טרח ונהי אם מסרו מחדש י"ל עכ"פ טרח למסור אבל אם כבר מונח ברשות מלוה ליכא שום טרחא רק אמירה בעלמא ובשלמא בנותן מטלטלין אם כבר מונחים ברשות מקבל סגי באמירה משום דקנתה חצרו אבל כאן הא דשטר מהני כל עקרו משום דטרח ועשה מעשה ומפרט לפמ"ש הרמב"ן דרשויות ל"ש בראיות שבשטר וכ"ז בשנתחייב שנית בחנם ומ"מ גם בזה נראה כיון דלא נסתפק באמירתו שנתחייב לו רק אמר שיחזיק השטר על החיוב והשטר ברשותו הוי כמסירה מדטרח לזכותו ע"י השטר גמר ומשתעבד.

וי"ל כיון דכל כח הכתב מדהוא ביד המלוה מוכח שחייב לו דאל"כ איך בא לידו מיד לוה ואם איתא דפרע הוי נוטלו מידי ובשכבר פרעו פעם אחת ונשאר בידו תו אין בו ראי' על חיוב שנית דהא בא לידו מכח חיוב ראשון ול"ל דלולא שנתחייב לו שנית הי' נוטלו ממנו דהא כבר פרעו ולא נטלו ממנו ומה הוה לי' למיעבד אחר שכבר קיבל המלוה המעות ולא החזירו בשעת פרעון וגם כשטוען הלוה נתחייבתי שנית ופרעתי דלא ה"ל לפרוע שנית עד שיחזיר לו כתבו י"ל דל"ל חזקה שטרך בידי מה בעי דכבר אתרע החזקה בהנהו גברי ובהאי שטרא דהרי כבר פרעו פ"א ולא נטלו ממנו אמנם לפי מה דפסק בש"ע לקמן סימן מ"ד ס"ב דתו"ז אפילו פרע מקצת אמרינן על השאר חזקה אא"ת תו"ז דמה דאתרע אתרע ועל השאר לא אתרע החזקה ה"נ נהי דפ"א פרע ולא נטל השטר מ"מ לא נימא דגם פעם שנית עשה כן אבל לענין טענת להד"ם י"ל דהוי כחספא וצריך דוקא שהחזירו ללוה וחזר ומסרו לו והמלוה אינו נאמן במגו דלא פרעו כלל כדאיתא בפחז"ה דף ל"ב ע"ב דהאי שטרא חספא כיון דמודה דכבר נפרע פ"א אבל לענין פרעון שנית י"ל

שפיר חזקה שטרך בידי מה בעי אפילו נשאר אצלו מתחלה דל"ל דסמך הלוה שיכול לטעון להד"ם דהי' לו לחוש שיכפור המלוה פרעון הראשון.

ובזה נסתר ראיות הב"ח מפחז"ה דף ל"ב ע"ב בההיא ערבא דשם מיירי בטענת להד"ם אבל פרעתי י"ל דאינו נאמן דל"ל דליהמן בפרעתי במגו דלהד"מ דהא להד"ם אינו מועיל רק אם מודה המלוה שכבר פרעו חוב ראשון וירא לוה לטעון ל"ה דברים מעולם דמלוה יכחישו והרי שטרו בידו ויוחזק לשקרן יותר מבטענת פרעתי דהרי אף דחזקה שטרך בידי מוכיח דלא פרע מ"מ י"ל אשתבע לי דל"פ אבל אלהד"ס א"י להשביעו.

גם מה שהביא מהריב"ש סימן שפ"ב דהוכיח דמוקדם פסול לגמרי מלגבות אפילו מבנ"ח מדפריך בפ"ק דב"מ בשטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו דנמחל שעבודו ות"ל דהוא מוקדם ואי ממשעבדי לחוד אין גובה בשטר מוקדם הא דנמחל שעבודו עדיפא דלא גבי כלל אפילו מבנ"ח מחמת השטר כדאמר בפחז"ה דף ל"ב גבי ההוא ערבא עיי"ש ג"כ אינו מוכח רק לענין להד"ם דאם איתא דמוקדם כשר לענין בנ"ח הרי עדיפא לי' למימר דנמחל שיעבודו דפסול לענין טענת להד"ם א"ו דמוקדם פסול גם לענין בנ"ח וממילא ע"כ פסול לגמרי דאם קנסו לענין שלא יהא שטר על להד"ם משום משעבדי ה"נ לענין טענת פרעתי דבמוקדם אין שום סברא לחלק דהא מדינא שטר כשר הוא על בנ"ח רק משום דקנסו א"כ חד טעמא ללהד"ם ולפרעתי ולכן אפילו לא נאמר כמ"ש הע"ש וש"ך דשטר בעדים שאני הואיל ובטל מקצתו לענין לקוחות בטל כולו מ"מ אין ראיות הב"ח מכריחות לענין טענת פרעתי.

אמנם אם פרעו פעם ראשון בעדים י"ל פרעתי שנית דל"ל חזקה שטרך בידי מה בעי דסמך אם יתבענו שנית יכול לטעון להד"מ שלא הלוהו שנית והשטר נשאר אצלו מחוב ראשון שפרעו ולא החזיר לו שטרו והרי עדים ואפילו החזיר לו שטרו ללוה שלא בשעת הפרעון וחזר ומסרו לו שלא בפני עדים יכול להכחיש שלא החזיר לו ונאמן נ"ה לטעון פרעתי.

סימן מט

סעי' ג' שהוחזק שמו שלשים יום בעיר במבי"ט ח"ב סנ"ב כתב דהיינו אם חתם או קראו לו ג"פ בשם זה בתוך שלשים יום ששהה באותו עיר וגם אם חתם או נקרא פ"א באותו שם ועברו יותר משלשים ונקרא שנית או חתם בשם זה ועוד עברו שלשים יום ויותר ונקרא באותו שם נראה לו דהוי חזקה כמו ריחק נגיחותיו כל שלא הפסיק בשם אחר בנתים אבל נקרא או חתם ג"פ בפחות משלשים יום לא הוי הוחזק.

סעי' ז' הג"ה דצריכים לכתוב שם העיר כתב ב"י דאע"ג דשטר של"כ בו שם העיר כשר הוא מ"מ אי טעין לאו אנא הוא אלא יוב"ש ממקום אחר טענתי' טענה וכתב בת"ח בפג"פ דף קע"ב דלפמ"ש בפרק לא יחפור דקורבא דמוכח עדיף מרוב דלא מוכח א"כ כיון דהאי יוב"ש דר בעיר המלוה אזלינן בתר קורבא דלגבי רובא דעלמא הוי קורבת זו העיר קורבא דמוכח עכת"ד ולע"ד ל"ד ממון לאיסור כמו דלא אזלינן בממון בתר רוב ה"נ י"ל דלא אזלינן בתר קורבא דמוכח להוציא ממון ומצאתי בקצוי"ח כתב כן ועוד גם לענין ממון יש לחלק בין טוען ברי לטוען שמא דחזקה נמי לא מהני נגד ברי ועיין בקונטרס הספקות כלל ב' סימן ד' וביורש ולוקח תליא בפלוגתא דלקמן סימן ק"ח ס"ד אי טוענין להו מלתא דל"ש ה"נ כיון דקורבא דמוכח עדיף מרוב הוי המלתא דלא שכיח ובנתיבות כתב דלב"י כיון דהלוה מצי טעין לאו אנא הוא טענינן גם ללוקח ויורש ולדעה אחרונה ודאי לא מצי טעין כן דאלו הי' מצי טעין כן לא הי' שום שטר כשר לגבות מיתומים ולקוחות דהוי טענינן להו דהיוב"ש מעיר אחרת הוא ע"כ ואינו מוכרח לאותו דעה שבסימן ק"ח דלא טענינן להו מלתא דל"ש ונראה דמוכרח לומר להב"י שאני לי' ממון מאיסור דהא נהי דעסק ביו"ד סימן קכ"ט סח"י דאזלינן בתר רובא נגד קורבא דמוכח מ"מ הא מבואר שם סי"א בגנבים שנכנסו למרתף ופתחו חביות יין אם רוב גנבי עיר ישראל שרי ולא אזלינן בתר רובא דעלמא או אם רוב השכונה רוב גנבי ישראל לא אזלינן בתר רוב העיר וכתב הפרישה שם אף דרובא עדיף מקורבא דמוכח מ"מ ה"ד אם נמצא קרוב לעיר אבל אם נמצא בתוך העיר תלינן יותר שהוא מתוך העיר וכ"כ הרשב"א הובא בש"ך שם ס"ק כ"ז והך דרוב גנבי עיר הוא גמרא בע"ז פרק השוכר דף עי"ן וא"כ הכא דזה יוב"ש הוא מתוך העיר איך כתב הב"י דמצי טען דלאו אנא הוא אלא יוב"ש מעיר אחרת ובנתיבות כתב משום דלשיטת הר"ר ישעי' דצריך לכתוב שם העיר כשלא כתב איכא ריעותא ואתרע שטרא לכן טענתו טענה וזה אינו דהא מבואר בב"י דגם לרבינו ישעי' א"צ לכתוב שם עיר רק כדי שלא יוכל לטעון לאו אנא הוא וא"כ למה הצריכו לכתוב הא אם לא הי' צריך לא הי' ריעותא ולא הי' יכול לטעון ועכצ"ל דבלא"ה נמי יכול לטעון ומוכח אף דבאיסור אזלינן בתר קורבא כי האי בממון לא אזלינן בתרה להוציא מהטוען נגדה.

ועוד נלע"ד דהא דאזלינן בתר קורבא דמוכח היינו אם ודאי נעשה המעשה רק הספק אם העושה מרוב הרחוק או מקרוב המיעוט אבל כשאנו דנין אם ניזול בתר הקרוב ונעשה מעשה או ניזול בתר רוב הרחוק ולא נעשה מעשה בזה לא אזלינן בתר קרוב כמו דרובא התלוי במעשה לא אזלינן בתרה כדאיתא פ"ג דבכורות דף כף אף דכ"מ רוב עדיף ממיעוט ה"ד שניהן תלוין במעשה או לא תלוין במעשה ה"נ בקרוב דמוכח נגד רוב ולפ"ז

כשטען הלוה הכתוב בשטר לאו אנא הוא דלא לויתי כלל אימר יוב"ש דעלמא ציוה לחתום ועשו קנוניא ולא נעשה הלואה כלל דמה שצריך למעות הוא מעשה גדול וכמ"ש הר"ן בפכ"ש דלא אמרינן הואיל אי בעי פריק דמחוסר ממון וכ"ע בית מאיר בא"ע סימן קכ"ג סוף ס"ב דמחוסר הבאת מעות לפדות הוי מחוסר מעשה יותר גדול משאר מעשה שהוא בחנם ול"ל הא יכול להתחייב בחנם ונימא לוה מעיר זה הוא ונתחייב בחנם ואינו מחוסר מעשה דמתנה וחיוב חנם לא מצוי לכן אינו נאמן בטענת מחלה לי רק במגו וכדאמרינן בפ"ק דב"מ דט"ו ע"ב לא עבדי אינש דיהבי מתנות לנוכראה וכ"ש ליתן שטר חוב לשעבד נכסיו וא"כ הוי רוב ומצוי ובב"ב דכ"ד רוב ומצוי לכ"ע עדיף מקרוב אפילו את"ל קרוב עדיף מרוב ולפ"ז י"ל דאין ראי' מרמב"ן דס"ל דא"י לטעון לאו אנא כמ"ש תומים ונתיבות מדהקשה בשטרי הלואות ליחוש דלמא כתב שטר בשמא דידי' דהוא יוב"ש ואזל למתא אחריתי דאית בי' יוב"ש ויהיב למלוה שבשטר דאי איתא דיכול לטעון לאו אנא מה חששא דרמב"ן שם קאי על הראב"ד דהוכיח דצריך בגט שם עירו משום דלמא ממטי לאתתא של יוב"ש מעיר אחרת לכן הקשה דא"כ גם בשטרי הלואה ניחוש והרי מוכרח מברייתא דכתובות דף ק"י דא"צ לכתוב שם העיר בשטרות כמ"ש ב"י וא"כ תקשי למאן דל"ש לי' בין רוב התלוי במעשה או לא דלדידי' גם קרוב דמוכח אזלינן בתרי' אף דתלוי במעשה וא"כ אי טעין הלוה לאו אנא הוא אלא יוב"ש דעלמא לא מהימן ולמה לא תקנו לכתוב שם עיר בשטרות וכ"ש לפמ"ש תחלה כמו דאין הולכין בממון אחר הרוב ה"נ אחר קרוב דמוכח דלא עדיף קרוב דמוכח מרוב ממה דעדיף רוב ממיעוטא וא"כ לרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב ה"נ אחר קרוב וכל הפלפול של רמב"ן שם קאי על הסוגיא שם דאמר בה רב דיש לחוש לקנוניא בשני יוב"ש ולדינא י"ל מודה הרמב"ן דלא אזלינן אחר קורבא דמוכח בממון.

ובאס"ז בב"ב שם כתב דמדברי רמב"ן נלמד שהמוציא שטר על יוב"ש אעפ"י שאין כתוב בשטר שם עירו גובה מאותו יוב"ש שבעירו ואפשר שלמדה הרב מדמסקינן בפ"ק דב"מ דל"ח לשני יוב"ש אלא במקום שהוחזקו או שהשיירות מצויות וצ"ע ע"כ ולפמ"ש אין משם ראי' דשם אין הקרוב תלוי במעשה יותר מהרוב ומ"מ אפילו לדבריו אין ראי' משם רק אם שכנגדו אין טוען ברי דאין מבואר שם דל"ח לשני יוב"ש אפילו נגד הכחשת ברי ועכ"פ אם שיירות מצויית גם לדבריו חיישינן.

וברשב"א וריטב"א ביבמות דף קט"ו ע"ב איתא נמי דבאיסור א"א סמכינן אכאן נמצא כאן הי' אף בשיירות מצויות ובממון להוציא לא סמכינן אכנכ"ה ומוכח שם אף דלא מכחיש בברי וכ"כ נמ"י שם הביאו בחת"ס א"ע סימן ע"א ומבואר שם בנמ"י היכא שיש

רגלים לדבר לומר כנכ"ה גם בממון אמרינן ולפ"ז י"ל אם יצא הקול ע"י ע"ח דיוב"ש שבכאן לוה מפלוני סמכינן אכנכ"ה אף דלא הועד בב"ד רק נשמע בחוץ מפי העדים מ"מ רגל"ד הוי ולפ"ז נדחה נמי מ"ש הנתיבות דלדעה אחרונה שבהג"ה דאין כותבין שם העיר ודאי לא מצי טעין הלוה לאו אנא הוא אלא יוב"ש ממקום אחר דאלו הוה מצי טעין כן לא היה שום שטר כשר לגבות מיתומים ולקוחות דהוי טענינן להו דיוב"ש מעיר אחרת הוא ע"כ ולפמ"ש אין ראי' דהא סתם שטר קלא איתי לי' אפילו לא יחקרו כמבואר בפחז"ה דף מ"ב וא"כ כשיש קול דיוב"ש שמכאן החייב אהני כנכ"ה להוציא ואם לא יהא קול אדרבה אתרע החזקה דרגל"ד דיוב"ש ממ"א הוא ולכן לא יצא כאן קול על יוב"ש שבכאן וכדאמרינן ר"ע האשה שנ שנתארמלה רוב הנשאת בתולה יש לה קול וזו הואיל ואין לה קול אוזרע לה רובא.

ובמלחמות שם כתב אף דבב"מ וגיטין בגט הנמצא חיישינן בשיי"ו היינו משום דנמצא שלא במקום שנכתב דל"ל כנכ"ה אבל כשי"ל כנכ"ה כמו ביצחק ר"ג דאזיל מקורטבא לאספמיא פליגי אביי ורבא וס"ל לרבא דל"ח לתרי יצחק ומ"מ מסיק הש"ס שם גבי עובדא דשומשמי דחי דחיישינן שמא פינן ולא אמרינן כנכ"ה משום דשכיחא ואפוקי ממונא באומדן דעת דכדי לא מפקינן עיי"ש משמע דבכגון יצחק ר"ג לא שכיח אף בשיי"מ ואפילו בממון הוי סמכינן אכנכ"ה נהי דשיו"מ מ"מ תרי יוב"ש ל"ש ולא כאס"ז הנ"ל גם לא מחלק בין מכחיש בברי או לא דאל"כ למה לו למימר בשומשמי משום דמלתא דשכיחא לפנות תיפק לי' דהמוחזק טוען ברי דפינן ואפילו ל"ש משא"כ בגט שנמצא וכן בעובדא דיצחק ר"ג אין מי שיכחיש בברי וכן מחלק רבינו אביגדר לענין מזויף דחזקה לא חציף אינש לזייף ול"צ קיים מה"ת ה"ד נגד לקוחות ויורשים אבל כשבע"ד טוען ברי חיישינן דזייף וצריך קיום מן התורה וכ"כ תוס' ב"ק ר"פ המניח אף לרב דהולכין בממון אחר הרוב מודה שיכול המוחזק לומר למוציא אף שהרוב מסייעך לא תוציא ממני ממון דקים לי בנפשאי שאני מן המיעוט וגם בר"ן פרק המדיר בסוגיא דמומין מחלק לענין כנכ"ה בין טענת ברי לטענת שמא דלא מהני כנכ"ה נגד טענת ברי הביאו בחת"ס א"ע ח"ב סימן י"ב וכ"כ סמ"ע לקמן סימן סמך סק"כ.

ובתו"ג סימן קכ"ח בחידושים סק"ד כתב אם אשה מוציאה גט על איש שנכתב מקום עמידתו והוא מקום דירתו וטוען שאיש אחר ממקום אחר נתן לה גט זה נאמנת דאמרינן כנכ"ה והוא האיש שממקום זה ובביאורים שם הוכיח כן מהנח"י ואשתמיטתי' דברי הר"ן הנז"ל וכ"כ הב"ש בא"ע סימן קי"ז ס"ק ט"ז לשיטת רשב"א שברמ"א שם ל"א כנכ"ה אם טוען ברי ואין לחלק בין כנכ"ה לומר זה שנמצא כאן הי' כאן ולא אחר לבין כנכ"ה

דמומין לומר כיון שברשותו נולד הספק הי' שם מקודם דא"כ מה מקשו רשב"א וריטב"א ונמ"י מכנכ"ה דמומין שבפרק המדיר לכנכ"ה דיבמות ביצחק ר"ג.

לא גרש מסימן בתומים ס"ק י"ב הקשה כיון דא"צ לכתוב כלל שם העיר אמרינן לאו אכולה מלתא מסהדי כמ"ש הרא"ש פרק הזורק דאם שינה מקום לידתו הגט כשר ולא מפסל סהדי הואיל וא"צ לכתוב לאו אכולה מלתא מסהדי ולק"מ דשאני מקום לידה דאין הכל ודעין משא"כ מקום דירתו דאסור להם לחתום אא"כ מכירין אותו כדלעיל ס"ב סתמא דמלתא מכירין גם מקום דירתו רק אם ה"א אכולה מלתא מסהדי הי' מוטל אעדים שלא לחתום רק אם ידעו גם מקום לידתו כיון דנכתב בגט אבל כיון דא"צ לא מוכרחי לדקדק אבל לחתום בשקר אדבר דסתמא ידעו ודאי אין להם לחתום ואף דרמ"א בהג"ה בא"ע סימן קכ"ח ס"ב הביא יש מכשירין גם בשינה מקום העמידה יש לחלק דוקא אם כבר ראינו השינוי יש לנו לתרץ אפילו ע"י משמעות רחוק כדי שלא לפסול העדים ולומר דלא חתמו על זה ועיין טו"ז לעיל סימן למ"ד ס"ג שו"ר בדברי חיים בשער שינוי השמות סימן כ"ף כתב לחלק בין להכשיר העדים דתלינן דלא חתמו ע"ז בין כשאין דנין להכשיר אותם ולפ"ז י"ל דסמך הרמ"א אשם העיר אפילו אינו לישנא דסהדי והיינו דלא מחלק בזה כאן כמו דמחלק בסמוך ונ"ל שלזה כיון הרמ"א שכתב לא גרע מסימן וליכא למטעי באחר כלל דהיינו אפילו לא כתוב לשון סהדי כיון דכל אדם נקרא על שם דירתו וכמ"ש הרא"ש בפרק הזורק פלוני ממקום פלוני וכיון דהעדים צריכין להכירו בשמו סתמא יודעין מקומו ולא טעו אבל כהן אין דרך לקרות בחוץ פלוני הכהן או לוי או ישראל וכמ"ש הג"מ הובא בפ"ת לס"ג אות כ"ד וא"כ איכא למטעי ואפשר טעו העדים כיון דלאו אכולה מלתא מסהדי אין מחויבין לחקור על אמתתו רק אם יש שני יוב"ש בעיר אחת דמוכרח לכתוב סימן מחויבים העדים לירע אמתת הדבר כמ"ש תוס' פ"ב דכתובות דף כ"ד ע"ב בד"ה אמנה לכן לא מחלק הרמ"א בין כתוב בלשון עדים א"ל גם לעיל בכתב סימן דשם מיירי בשני יוב"ש בעיר אחת וכן מורין לשון העיר שושן להדיא דתחלה כתב בשני יוב"ש בעיר אחת יכתבו סימן נון או ארוך או כהן ולוי וישראל ואם הם משני עיירות כותבין יוב"ש מעיר פלוני ואם הם מעיר אחת אם האחד מת אביו אם כתב על בן המת ז"ל או על בן החי שליט"ט או נרו הוי סימן בד"א דשליט"ט או ז"ל הוי סימן כשהוא כתב העדים בעצמו אבל אם אינו כתב העדים אעפ"י שהעדים חתומי למטה א"ז סימן דשמא יוסף השני הערים לכתוב כך והעדים לא דקדקו בכך שאין דרך לדקדק בכך ולאו אכולה מלתא קמסהדי עכ"ל הרי רק בשליט"ט או נרו י"ל שלא דקדקו דאין דרך לדקדק בכך לכן אפילו בשני יוב"ש בעיר אחד חיישינן דלא חתמו אזה וטעו אבל בכהן

ושאר סימן דאין דרך לכתוב בשטר רק משום סימן כשיש שני יוב"ש מוטל על העדים לדקדק אם הסימן טוב ואמת משא"כ בנרו או שלי"ט אפשר לא עלה על דעתם שנכתב משום סימן כיון דבלא"ה דרך לכתוב כן בכל שטרות ובשם העיר כיון דאדם נקרא פלוני מעיר פלוני ליכא למטעי כלל לכן אפילו ביוב"ש משני עיירות לא טעי ואכולה מלתא מסהדי וכן מצאתי בד"ח שם דגבי כהן כיון שאין דרך לכתוב בשטרות רק ביש שני יוב"ש בעיר אחת כשיראו העדים שכתב כהן מעלין אדעתם דיש שני יוב"ש ומדקדקין והוא כמ"ש כנלע"ד ברור דלא כנראה מהקצו"ח דגם בשם העיר ל"מ להרמ"א רק כשכתוב בלישנא דסהדי גם דלא כהש"ך שכתב לרמ"א גם בכהן אם הוא לשון הלוה אינו סימן דמסידור דברי הג"ה נראה דלא כ"כ רק אסימן נרו ושלי"ט וכ"כ התומים וכ"ד הגי"ת והעיר שושן.

סעי' ח' בש"ך ס"ק י"ז דל"ל דעדים ל"י שיש עור יוב"ש בעיר דהא כיון שהוחזקו שני יוב"ש בעיר אחד ודאי ידעי וכן מוכח להדיא בתוס' פ"ב דכתובות דכ"ד ע"ב שכתבו דאם הוחזקו שני יוסף ב"ש אם כתוב בשטר כהן ודאי אכולה מלתא מסהדי כי אז צריכים לידע אם הוא כהן עכ"ל ולדברי ש"ך יסתרו התוס' א"ע דבב"ב דף קס"ז ע"ב בד"ה וליחוש לשני יוב"ש כתבו דעדים לא יתנו לב לדעת אם יש עוד יוב"ש אחר ועמד בזה התומים בסק"י אבל לפמ"ש לעיל א"ש דכונת תוס' אם כתוב בגט כהן מרגישים מה זה דקמן דא"צ לכתוב ואין רגיל לכתוב רק לסימן וירגישו שיש שני יוב"ש ומדקדקים לידע אם אמת הוא כהן.

ולפ"ז נסתר מ"ש התומים שם דאם יש שני יוב"ש ונכתב על אחד יוב"ש סתם והשני כהן הוי סימן דהישראלי הוא מדל"כ כהן כיון שיש שני יוב"ש ודאי ידעי העדים כדמוכח מהתוס' כתובות.

ומה שהוכיח ממ"ש בתיה בפו"כ ס"ו ועוד אמר גאון אם המגרש ישראל והשני כהן א"צ לכתוב שום סימן עיי"ש אינו ראי' לפמ"ש בעבוה"ג סימן מ"א דהגאון לשיטתו דס"ל כשהמגרש כהן א"ל נכתב כהן יש לפסלו כמ"ש שם בתה"ד ס"ז עיי"ש וא"כ מלבד דהב"י בס"ס קכ"ט וכל האחרונים העלו דכשר אם לא כתוב כהן ממילא גם בגט אינו סימן אלא אפילו להגאון י"ל רק בגט פסול כיון דס"ל דרגילים לכתוב כהן ואם לא כתבו יהא לעז דהמכירין יאמרו לא הוא וכ"כ בג"פ סימן קכ"ט ס"ק ל"ו וא"כ בשטרות אין הוכחה מדל"כ כהן דאינו כהן ועוד דהגאון שם ס"ל דרגילים היו לכתוב בשטרות הכהן וא"כ מדל"כ יש סי' דאינו כהן משא"כ אנן חזינן דלא רגילי וגם על הגאון צווחו דאין ראי' כלל דרגילי עיין בג"פ שם.

סימן ג

מתוך שנאמן לומר פרעתי נאמן לומר לא לויתי ממך אלא מאחר נפל זה דעת רמב"ן והקשה בשע"מ דהה"מ בפ"ב ממלוה כתב בשמו גבי מלוה שאמר על שטר שבידו שהוא אמנה או פרוע דא"נ אם חייב לאחרים אף שהשטר ת"י ואי בעי קליי' דהוי מגו במקום חזקה דכל מה שת"י אדם הוא שלו עיי"ש.

ולע"ד דהא הש"ך לעיל סימן מ"ז ובסימן צ"ט כתב דל"ש בשטר הך חזקה כיון ראין גופו ממון והמעות אינו ת"י עיי"ש ונראה הרמב"ן לשיטתו דכתב דלכמה דברים שטר הוי כגבוי וכאלו מוחזק בממון הובא בסמ"ע סימן מ"ד סק"י וע"כ ה"נ כאלו המעות ת"י ושייך חזקה דכל מה שת"י אדם הוא שלו והטעם כיון דעומד לגבות כגבוי דמי ואף דלא למפרע גובה היינו לענין קרקע מיוחדת או מטלטלין דאפשר לסלוקי בזוזי אבל החוב עכ"פ עומד לגבות בע"כ כיון דאינו יכול לכפור אבל כשי"ל פרעתי אינו עומד בע"כ לגבות ול"ה כמוחזק במעות מכח הראי' שבשטר ול"ש החזקה ונאמן במגו ועוד דשטר בעדים דגובה מלקוחות ע"כ עומד לגבות דא"א להבריח נכסיו ממנו משא"כ בכת"י ולפי הנהו חילוקים מתורץ נמי קושית קצו"ח לעיל סימן מ"ז למה נאמן אשטר שאינו מקוים לטעון פרעתי במגו דמזויף ובשטר פקדון החזרתי במגו דנאנסו לרמב"ן דהוי מגו במקום חזקה דמה שת"י הוא שלו ולפמ"ש א"ש כיון דיכול לכפור אינו עומד לגבות בודאי וגם ממשעבדי א"י לגבות ובשטר פקדון טענינן נאנסו גם ללקוחות לדעת רמב"ן שהובא בש"ך סימן ק"ח סק"ח דטוענין ליורשים נאנסו.

עוד הקשה בשפ"מ דהא משמע שרמב"ן וסייעתו הוכיחו דמגו במקום חזקה דת"י אדם הוא שלו ל"א מדמוקי אביי להא דא"ר האומר שטר אמנה הוא זה א"ל כשחייב לאחרים ולא מהימן במגו דקליי' ואמאי אמר אביי בפג"פ דף קע"ב בשטר שכתוב בו לויתי ממך דחיישינן לנפילה דרבים וגם ביבמות פרק האשה שלו' דף קט"ז דמותיב לי' רבא משטרי דכתוב בהו נאנו בר חבו ומגבי בהו רבה בר אבוה אע"ג דשכיחי טובא ול"ח לאחר ה"נ ל"ח להרי יצחק ואביי למה ניחוש אי לנפילה מזהר זהיר בי' אי לפקדון כיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' מה אמרת דלמא מסר לי' אותיות נקנית במסירה לימא שאני שטרות דחזקה כל מה שה"י אדם הוא שלו משא"כ גבי יצחק ר"ג חיישינן שפיר לתרי עיי"ש ולק"מ דמ"ט אמרינן חזקה כל מה שת"י אדם הוא שלו דאל"כ ל"ה תחת ידו דלמאי ניחוש לנפילה ל"ח ולפקדון כמו דבשטר דשמו כשמו לא מפקיד גבי' ה"נ במטלטלין כיון דאפשר לכפור וא"כ מוכרח אביי לומר כן ביבמות דאל"כ ל"ה חזקה כלל ולכן בפג"פ דחייש לנפילה דרבים זה גופא מרעא לחזקה ושטר אמנה כיון דשמי'

כשמי' לא מפקיד גבי ה"נ לא ימסור לו שטר אמנה ויש שפיר חזקה ולפ"ז מוכח דשטר שכתב בו לויתי ממך נקנת במסירה לבד נהי דקיי"ל לנפילה דרבים ג"כ ל"ח מ"מ ניחוש דלמא מסר לי' וליכא חזקה אף דקי"ל כנכ"ה מ"מ הא כתב הר"ן בפרק המדיר דנגד ברי לא מהני להוציא ממון והנמ"י ביבמות שם כתב דל"מ בממון רק בשטרי דחבי בר נאנו דאיכא רגל"ד והיינו משום דנפילה ל"ש וחזקת מה שת"י הוא שלו אבל אם לא נקנין במסירה י"ל חברו מסר לו ואף דקי"ל אין אותיות נקנין במסירה אפילו שמותיהן שווה וכמ"ש במלחמות פג"פ וכדלקמן סימן ס"ו ומ"מ שני יוב"ש מוציאין שט"ח על אחר ולא חיישינן למסירה היינו דכיון דהוי רק מסירה דיחיד הוי רגל"ד וכמ"ש החכ"ץ בסימן קל"ד למאן דחייש לשאלת היינו שאלה דרבים ולא לשאלה דיחיד אבל בשטר שכתוב רק לויתי ממך הוי מסירה דרבים וליכא רגל"ד וחזקה שכל מה שת"י אדם הוא שלו ועוד נהי דקי"ל לנפילה דרבים ל"ח דלא כאביי בב"ב דף קע"ב מ"מ ודאי מיעוטא יזדמן דנפל ובהצטרף לחשש מסירה אפילו לא ליהוי רק מיעוטא הרי מיעוטא הוי כפלגא כמ"ש ר"ן בחולין פא"ט וריטב"א בפ"ב דב"מ דכ"ג ור"ן שבאס"ז שם.

שובר משום אדם כתב הש"ך אם זה שקנה השטר טוען שלא ידע מהשובר גובה משום תק"ה מה שנתן זולה בשובר בעדים דקלא איתי לי' ה"ל כידע שהוא כגנב מפורסם ובקצו"ח הקשה מהשובה הרא"ש שבטור סימן סמ"ך דבשעבוד מטלטלי אג"ק אינו גובה עכשיו מלקוחות מפני תק"ה ואע"ג דבשטר שעבדם ואית לי' קלא ע"כ מוכח דתק"ה שייך אפילו במידי דאית לי' קלא א"ל שידע בודאי אבל הקול אינו מכריע שידע עיי"ש ול"ק דנהי דקול מכריע שידע מ"מ שייך תק"ה כיון דנהגו בכל השטרות לכתוב שעבוד מטלטלי אג"ק ובזה"ז עיקר מו"מ שלנו במעות ומטלטלין ואין לך אדם שאין עליו שעבוד כתובה כמבואר ברא"ש פרק מציאות האשה ס"ה וגם חובות שכיחי וא"כ א"א ליקח ממי שיש עליו חוב ופסק חיותי' משא"כ בנפרע משטרו ומוכר לאחר דהוא גנבה ממש לא יקחו ממנו באמה.

ועוד דמטלטלין אפשר למכור ע"י אחר ולמי שאינו מכירו דבשוק מתאספים גם רחוקים ול"ד לקרקע דשם בעליו עליהם ומפורסם של מי הוא וכמבואר בא"ח סימן רמ"ד עיי"ש במחצית השקל סק"ב ועוד דמטלטלין מוליכין למקומות רחוקים ומאין ידעו הרחוקים מהקול משא"כ בשטר לא יקנו רק המכירין את הלוה ומעמדו ואחר החקירה אם אינו בעל חוב מסתמא יוודע להם מהקול שפרע אה השטר.

ועוד כיון דקלא איתי לי' לא שכיח שלא ידע מהקול וכמ"ש תוס' בב"ב דף צ"ב ע"ב בד"ה לסטים אלא דמ"מ יש בזה משום תקנת השוק שיראו לקנות דכ"א יחוש למיעוט שמא

לא יצא הקול דעכ"פ מצוי קצה אמנם הכא לענין שובר דל"מ רק כשנכתב בו שראו העדים אז השטר ביד הנותן השובר כמ"ש בנתיבות וא"כ לא שכיח שיפרע ולא יקרע השטר או יכתוב על גבו כיון דהוא בידו סתמא אין הלוה סומך על שובר דלמה לו לצרה זאת לשמור השובר וא"כ לא שכיח כלל שיפרע ולא יקרע השטר או יכתוב ע"ג וגם לא יצא קול ולא יחושו לזה ולא יתבטל המסחר.

עוד כתב בקצו"ח דל"ש בזה תק"ה לפמ"ש הש"ך בסימן שנ"ו שאם בא דבר הגנוב אחרי שנמכר ליד בעלים ראשונים א"צ לשלם ללוקח מעותיו אף שידוע שקנהו מתחלה דל"ש בזה תקנה כיון שהוא עתה ביד בעלים ראשונים עכ"ל ש"ך וא"כ הכא דהלוה מוחזק בנכסים ה"ל כאלו בא דבר הגנוב אחרי נמכר לידו דא"צ לשלם מפני הק"ה דל"ש הק"ה רק אם בא להוציא מיד הלוקח לא כשבא לידו עכ"ל ולע"ד הש"ך אינו סותר א"ע דתק"ה משום דאל"ה לא יקנה שום אדם מטלטלין דיחוש שמא גנוב הוא וכיון שכשהוא ביד לוקח אינו מפסיד מעותיו אפילו את"ל כשבא ליד בעלים א"צ לשלם כולה האי לא יחוש שהוא גנוב ותבוא ליד בעלים טרם שיבא לידו ואפשר לומר אפילו תפסו בעלים מיד לוקח נמי לא שייך תק"ה דלא שכיח שיהא גנוב ושיתפס וכמ"ש בתומים בכללי תפיסה סק"ט דתפיסה לא שכיח ובל"ש לא עשו הק"ה כמ"ש הרא"ש הובא בש"ך כאן ונה"מ סימן שנ"ו כתב דאם תפסו בעלים מלוקח שייך הק"ה ואפשר כיון דכבר חל התקנה מיד שבא ליד לוקח מ"מ יפה כתב הש"ך דבממרני שייך הק"ה דאל"כ יתבטל מסחר הממרני דיחוש הלוקח שיתברר שנפרע קודם שקנהו ולעולם הלוה מוחזק בממונו

ומה שהקשה קצו"ח על הש"ך שכתב לחלק בין שובר בכתב לפרעון בעדים בע"פ דשובר מפיק לקלא ולא עדים בע"פ והא בפחז"ה דמ"ב בהא דא"ר המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים ופריך הא מלוה בעדים א"נ ממשועבדים ומשני מאן דיזיף בצנעא יזיף כי היכי דלא נתזלי נכסי מאן דזבין בפרהסיא זבין וא"כ פרעון נמי י"ל דמרע בפרהסיא ע"כ ולע"ד י"ל דשם מבואר בפרשב"ם דמוכר מוציא קול כדי שיקפצו עלי' לוקחין אבל מאן דיזיף מבקש שלא לפרסם הדבר וא"כ בפרעון נהי דליכא טעמא דמבקש שלא לפרסם מ"מ ליכא נמי כונה לפרסם ואפשר שלא יצא קול.

ועוד דמבואר שם בפירשב"ם דשטר אית לו קול ממילא בלא חיפוש וחקירה משא"כ מכירה בעדים אין לו קול ממילא רק אם יפשפשו ויחקרו יפה יוודע להם לכן היכא דאיכא אמתלא לומר דסמך משום זה ולא חקר ל"ל איתו דאפסיד אנפשי' עיי"ש בד"ה אינהו וא"כ ה"נ בשלמא בשובר כתוב ממילא יש לו קול אבל פרעון בע"פ בעדים צריך חקירה יפה ולוקח הממרני מאחר דראה שהממרני ביד המוכר לא חש שמא נפרע דא"כ

לא הי' מניח בידו הממרני דהרי על סברא זאת סמכו חכז"ל דא"נ לומר פרעתי משום דשטרא בידי מה בעי ועיין ס"פ השואל ואין לו לחוש לשובר מחמת דלא הי' הממרני בידו דהא כשלא ראו הערים בידו הממרני אנו אומרים שמא קנוניא הוא וכמ"ש לעיל בסם הנתיבות וה"נ אפילו ראו נתינת המעות י"ל קנוניא הוא וגם בלא"ה סתמא בידו הי' וכמ"ש לעיל סימן מ"ז מה אמרת כשיש עדים על פרעון מקצת מהממרני דאז א"צ המלוה לכתוב ע"ג ולא להחליף כדלקמן סימן נ"ד וה"ל ללוקח לחקור הא כיון שנשאר עדיין חייב הוא בכלל בצנעא יזיף דאינו רוצה שיתפרסם שפרע המקצת דא"כ יתפרסם דעדיין נ"ח ומתזלי נכסי' דיאמרו דמוכרח למכור בזול שיפרע מה שחייב כמ"ש רשב"ם שם וא"כ גם אחר החקירה לא יתוודע.
ואם כתב בשטר עיין ש"ך סק"ט ומ"ש בס"ד לקמן סמן ס"א ס"ג.

סימן נא

סעי' א אי"ל פרעתי ופירש הכ"מ דלענין משעבדי אינו שטר והקשה בסמ"ע סק"ב דא"כ גם בע"א לבד בכתב א"י לומר שפרע כמ"ש הרמב"ם פי"ד ממלוה דהוי משואיל"מ וכדלקמן ס"ב ולע"ד נ"מ דמבואר לקמן סימן ע"ה בתבעו מנה וכפר בכל ושני עדים מעידים שחייב לו חמשים חייב מן התורה שבועה על השאר ובנתחייב שבועה עפ"י ע"א ואי"ל ומשלם המקצת אינו חייב שבועה על השאר כמ"ש רמב"ם פ"ד מגזלה דין ט"ז וכדלקמן סימן שס"ד ס"ו וא"כ אי הוה רק ע"א בכתב על חמשים ותבעו מנה נשבע היסת על השאר אבל כשיש עוד עד שקנה מידו משלם החמשים עפ"י שני עדים מחויב שבועה דאורייתא על השאר דל"ה הילך כיון דאין בו שע"ק וכמ"ש הכ"מ ולח"מ בדעת רמב"ם פ"ד מטוען ה"ז וכן משמע שם לשון הרמב"ם דדוקא בשטר שיש בו שעבוד קרקע הוי הילך ואף להש"ך בסימן פ"ח סק"נ דדעת רמב"ם דגם בכת"י בנאמנות ה"ל הילך כיון דא"י לכפור אף דליכא שע"ק היינו במודה אבל בכופר ל"ה הילך עד שיהא לו קרקע ויהא שטר שע"ק וכמ"ש שם הש"ך ס"ק מ"ט ובסימן ע"ה סקי"ב.
שם ואם אותו שמעיד ע"פ אומר בפני נמסר השטר הוי כשטר גמור לגבוה ממשעבדי כ"ד הרא"ש וטור ובשע"מ סק"ב הכריח דאין מצטרפין כיון דע"א בשטר לא טרף ממשעבדי משום דלית לו קלא וא"כ דלמא השני שאומר בפניו נמסר משקר ונשאר רק ע"א בכתב דל"ל קלא בשלמא בהלואה אחר הלואה מצטרפין כיון דלדברי כ"א חייב ל"ח דשניהם משקרין וכיון דהמעשה אמת גובה כחד אבל לטרוף ממשעבדי לא סגי בע"א אפילו אומר אמת וכמ"ש תוס' בפ"ק דגיטין ד"י ע"ב על הא דאמרינן אי לאו דכותי חבר הוא

ל"ה מחתים לו מקמי' והקשו דא"כ כולה שטרא מתקיים אפומא דחד ישראל ותירצו דאין לחוש כיון דכותי כשר מדאורייתא עיי"ש וכבר הקשה כיוצא בזה קצו"ח בסימן למ"ד סק"ט בשטר שחתומים שנים כיון דחותמין זה שלא בפ"ז ניחוש דלא חתם אלא ע"א והשני חתם שלא מדעת הלוה ובשקר וגם קושיות השע"מ הקשה ולע"ד כיון דודאי חד קושטא ודאי הלוה אנן סהדי דמלוה גופי' מעיקרא מידק דייק ומחתם דלא שדי זוזי בכדי וכמבואר בפ"ב דכתובות דף ח"י ע"ב בשלמא פסולי עדות מלוה גופי' מידק דייק ומבואר בתוס' שם דרבנן נמי ס"ל האי סברא הרי דאלים סברא זאת לדחות המגו דפה שאסר וכ"כ הרא"ש שם דהך חזקה חשיבי כעדים וא"כ ה"נ אנן סהדי דמלוה דייק שיהיו שני עדים מעידין על השטר ול"ד להך דכותי דאם לאו חבר הוא נשאר רק עד אחד ושמא משקר וליכא הלואה כלל ונדחה ג"כ מה שכתב השע"מ לדידן דקי"ל דע"א בשטר נאמן הלוה לומר פרעתי ע"כ גם כשיש עוד ע"א שאומר בפני נמסר או קניתי מידו נאמן הלוה לומר פרעתי במגו דאי בעי הי' אומר שהעד שבע"פ משקר ופרעתיך ולפמ"ש אפילו יטעון כן אינו נאמן דאנן סהדי דנעשה בפני שני עדים כשרים ועם זה נדחה נמי מ"ש בשע"מ סימן ל"ט ס"ד סק"ד עמ"ש הש"ך בשם רי"ו אם הודה הלוה לפני ע"א ואמר לו כתוב ואח"כ הודה לפני שני וא"ל כתוב מצטרפין לעשות שטר מזמן שני והקשה דלמא אחד משקר ואיך מצטרף עמו השני לעשות שטר דצריך שנים דוקא לכן העלה דדוקא באמר לו כתוב עם פלוני וכן אמר לשני וסתימת הש"ך לא משמע כך וה"ט דודאי הלוה הוכרח להודות שנצרך למעות ודאי המלוה הכריחו שיאמר לשניהם לכתוב דלא שדי זוזי בכדי לכן כל עד יכול להאמין לחבירו דחזקה אלימתא הוא דהלוהו רק ע"ד ליתן לו שטר כשר בשני עדים ועיין שו"ת תולדת אדם לרשב"א סימן רל"ז בד"ה ועוד שצינו ובד"ה ועוד שהוא והעד דמחמת חזקה זאת הוציא השטר ממשמעותי' והאמין לעד אחד ובנו"ב חא"ע סימן נ"ד כתב כיון דרגילות בכה"ג לקדש ע"ת משום תקנת האשה ונתברר שהמסדר הקידושין נתן דעתו לקדש באופן זה הוי רגל"ד ונאמן ע"א אפילו בדבר שבערוה ובממון וכמו שפרש"י בסוטה ר"פ מי שקינא דע"א נאמן להפסידה כתובתה דרגלים לדבר והובא בש"ת ברכת יוסף חא"ע סל"ה וא"כ ה"נ חזינן דנחית לכתוב סטר ורגילות בכך לכתוב שטר ורגילות בכך לדקדק שיהא שטר בטני עדים רגל"ד ונאמן ע"א.

סעי' ו' אא"כ נסתלק בש"ך סק"ז הקשה כיון שכבר נתבטל משום עדות שבטלה מקצתה מה יועיל סילוק אח"כ ובאורים הביא משו"ת רשב"א שכתב כש"ך ולע"ד אין קושיא כיון דאנן פוסלין רק משום גזרה דאתי לחלופי להכשיר שטר בעדות קרוב אבל עדות שבטלה מקצתה לא אמרינן בתרי גופי וכמבואר במרדכי ובראש פ"ק דמכות בשם רבינו יואל

ולכן מכשיר כאן בעדות בע"פ וחשש אחלופי רק כשיפסקו הב"ד להכשיר השטר דהא חשש דילמדו מהעדים שחתמו להעיד לקרוב לא יתוקן אף אם נפסל השטר וא"כ כיון דנסתלק קודם גמר דין לא הי' העדות לצורך הקרוב כלל וכן מוכח להדיא בעיר שושן דמשום דאין הפסול מחמת שבטלה מקצתם רק משום אחלופי מהני סילוק וא"כ אין ראי' מרשב"א דהוא לא ס"ל כרבינו יואל רק הפסול משום עדות שבטלה וכמבואר בח"ר פ"ק דגיטין ד"ח ע"ב ומ"ש הש"ך מנ"ל דלא גזרינן גם בנסתלק י"ל אדרבה הבו דלא לוסיף על התקנה דלא מצינו להדיא דגזרו גם בסילוק ויש טעם עוד לפמ"ש הט"ז בא"ח סימן רמ"ד דהיכי דיש תרי צדדים לתלות בהיתר וצד אחד לאיסור לא חששו למראות העין וה"נ כיון דנסתלק אף דלאו כ"פ ידעו הסילוק מ"מ יכולין לתלות שמא לא נצרכה העדות לקרוב כלל דסילק עצמו ואף אם לא נסתלק שמא ב"ד לא הכשירו רק להרחוק משא"כ כשלא נסתלק אותם שידעו דלא נסתלק ליכא רק צד אחד להיתר שמא לא נכשר להקרוב ג"כ וצ"א לאיסור שמא כל העדות נכשר בזה חיישו לאחלופי ועוד דהרואה הרחוק נוטל חלקו מניין ידע שנטל עפ"י עדים שבשטר א"ל שהי' כשנפסק הדין והרי יראה דהקרוב הפסיד אלא שמא יבא רק הרחוק לתבוע אבל כשנצטרך תינוק הקרוב כשיפסקו על הרחוק יהא בבת אחת ויראה שהצריכו סילוק ועיין לקמן סימן נ"ח בש"ך סק"ד לשון הרמב"ן כל דלאו דינא הוא אלא תקנתא אין דנין בהם להחמיר ובא"ע סימן קי"ח ס"ו.

וגם לפוסקים דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה י"ל לפמ"ש הטו"ז לעיל סימן ל"ו דמה שחתמו הוי כראיית המעשה ומה שב"ד דנין על השטר הוי כאלו העידו לפניהם בע"פ ה"נ כיון דנסתלק קודם הדין לא נתבטל מחמת הראי' דהא סילוק מועיל אחר הראי' כדלעיל סימן ל"ז סעיף ח"י ועוד לפמ"ש בנתיבות לעיל סימן מ"ו ס"י בסק"ט דמדאורייתא ל"ה השטר כנחקרה עדותן בב"ד רק בשעה שבא לב"ד השטר והא דקי"ל דהוי כנחקרה עדותן בב"ד משעת חתימה הוא רק מתק"ח שמא ימותו העדים קודם שיבא לפני ב"ד ולא יהיו ראויין להגיד אז וכ"כ שם בסקי"א וא"כ אם נסתלק הקרוב קודם שבא השטר לב"ד לא נתבטל העדות מן התורה ול"ל דמתק"ח הוי כהעידו כבר דזה רק לתועלת בעל השטר שלא לבטל השטר והכא אדרבה זה טובתו שלא יהא כנחקרה משעת חתימה וי"ל א"א בתק"ח ונשאר על ד"ת.

ובגוף דברי רבינו יואל דכתב דחיישינן לאחלופי כמו בריש גיטין דאתו לאחלופי בקיום שטרות בע"א ק"ל דבשלמא התם יסברו כיון דקיום שטרות דרבנן סגי בע"א כמ"ש פנ"י שם או משום דהוי רק גילוי מילתא סגי בע"א כמ"ש הפנ"י בקו"א שם אבל שיטעו דקרוב

כשר להעיד מהיכי תיתי והלא עדות מסורה לב"ד כדאיתא ביבמות דף כ"ב ואפשר דיטעו דלא פלגינן העדות לחצאין ואם בטלה קצתה הל"ל בטלה כולה אלא ודאי מגו דמהימנו לרחוק מהימנו לקרוב וכמבואר בפ"ק דסנהדרין דף יו"ד בתוס' ד"ה אצל אשתו וא"ש נמי דחששו אף דלא יראו שהכשירו העדות לקרוב רק לרחוק דשמא לא יבאו הרחוק וקרוב בב"א ויפסקו הדין רק על הרחוק ע"כ יטעו הרואים דכה"ג ג"כ מהימנו לקרוב בינו דאל"כ הל"ל בטלה כולה.

ונתבטל השטר לד"א פירש מכח גוף הענין ולא מכח פסול העדים מש"ה מתקיים עדותן לשאר ענייניים שבשטר ואפילו נכתבים דרך כלל אינו דומה לעדות הפסול מחמת קורבה דהתם החסרון בעדים ושייך עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה משא"כ אם נתבטל מכח גוף הענין ולא מכח פסול עדים כ"כ מהרמ"פ סימן מ"ד ובשע"ח המה דבירושלמי פרק אלמנה ניזונות אמשנה דהיתה כתובתה ד' מאה זוז ומכרה לזה במנה ולזה במנה ולאחרון שוה מנה ודינר במנה של אחרון לבד בטל ואמר עלה בירושלמי דבשטר אחד בפלוגתא דר"י ור"ל דאתפלגון בכותב כל נכסיו לשני ב"א והיו העדים קרובים לזה וכשרים לזה הרי אף דבד' שדות אינו פסול עדים מ"מ לר"י מכר כולם בטל ועוד המה דבטוש"ע א"ע ס"ס ק"ג לא משמע דבשטר אחד יבטל מכר כולן ולענ"ד ודאי לא יגרע מקני אה וחמור דלקמן סימן ר"י דקנה מחצה וירושלמי תחלה ס"ד דר"י ור"ל פליגי כיון שהקנה לשניהם כאחד כמו דפליגי בב"ב דף קמ"ג ר"נ ור"ה בקני את וחמור ופרשב"ם דר"נ דס"ל קנה מחצה משום דהכי אמר את וחמור תקנו שניהם הוא מחצה ואת מחצה ולא אבד האיש חלקו בשביל החמור שלא תלאן זב"ז ורב המנונא אמר לא קנה ולא כלום דכיון דבקנין אחד שיתף שניהם לא נגמרה בדעתו להקנות לזה בלא זה וכן במכרה לד' ב"א בשטר אחד ור"ל ס"ל כר"נ דמי שיכול לקנות קנה חלקו שלא תלאן זב"ז אבל לפי מה דמייתי ירושלמי אח"כ ר' אלעזר אמר מתניתא מסייע לר"י דנמצא אחד מהן קא"פ עדות כונן בטלה ופליגי שם אי יאית אר"א דחד אמר יאות אר"א דה"נ הוי כעדות אחת ושייך לומר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וח"א לא יאית אר"א דל"ד לנמצא קא"פ דהכא כשתי כיתי עדות כשירין לזה ופסולין לזה עיי"ש וא"כ למ"ד דלא יאית אמר ר"א דאינו דומה להתם ע"כ טעמא דר"י כרב המנונא בקאו"ח וכס"ד דירושלמי אבל לר' אלעזר דהוא מטעם עדות שבטלה מקצתם אינו ענין למכרה לארבעה בסטר אחד דשם אין הפסול בעדות וא"כ הפוסקים כר"י ע"כ משום דס"ל כר"א דדמי לנמצא קא"פ וכמבואר בראשונים עיין ברא"ש פ"ק דמכות וכ"כ בח"ר פ"ק דגיטין ח' ע"ב דמ"ד לא יאית אר"א ס"ל דטעמא דר"י לאו משום עדות שבטלה מקצתה הוא דכיון דעל שני

בני אדם הן מעידין לא דמיא לעדות שבטלה מקצתה ומצאתי תלי"ת בחידושי רמב"ן פ"ק דגיטין בישוב דברי הרי"ף דפסק כר"י ופסק בכתב כל נכסיו לעבדו דע"ד והקשו הא ירושלמי פ"ק דגיטין תלי לה בפלוגתא דר"י ור"ל ותירץ דמעיקרא קס"ד כיון דעל שני ב"א הן מעידין לא דמיא לעדות שבטלה מקצתה וכמ"ד לא יאית אר"א אלא טעמא דר"י דלא פ"ד וכל שטר שבטל מקצתה בטל כולו אבל לר"א טעמא דר"י משום פסול העדות דה"ל כעדות אחת וכל עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דגלי רחמנא עפ"י שנים עדים או שלשה עדים וקי"ל כר"י אליבא דמ"ד יאית אר"א וקי"ל דפלגינן דיבורא עכת"ד וה"נ י"ל בכתובות וכמ"ש והמרדכי שהביא ירושלמי זה בפרק אלמנה ניזונות י"ל דאזיל לשיטתו דגם בקני את וחמור פסק דלא קנה כלום וכמ"ש הסמ"ע בסימן ר"ג בס"ק י"ט אבל אנן פסקינן דקנה מחצה.

ועוד נראה דכיון דאלמנה שמכרה דינה כשליח דאם טעתה בכ"ש בטל המקח לגמרי ואפילו בקרקע ובבעלים עצמם שנתאנו בשתות קנה ומחזיר אונאה וגם בטעו במדה ומשקל ומנין אין המכר בטל רק מחזיר הטעות ואלו בשליח משמע להדיא לקמן בטור סימן רכ"ז סנ"א ובש"ע סל"ז ובע"ש שם דבטל כלו ה"נ בשטר אחד ונתבטל דבר אחד מהשטר לא נתבטל השאר כמו בטעות בשתות ובמדת ומשקל אף דנכלל במכירה אחת אבל שליח שעוות בדבר אחד אם נכלל עם השאר במכירה אחת י"ל לתקוני שדרתיך ובטל לגמרי וראיות מהרמ"ש משטר מוקדם ומשטר שיש בו רבית י"ל אה"נ אם נעשה ע"י שליח שלא מדעת המתחייב בטל כל השטר דלתקוני שדרי' ועיין בג"פ סימן קכ"ז סק"ו ולכן באלמנה שמכרה לד' ב"א ולאחד מכרה קרקע שוה מנה ודינר במנה ומכרה בשטר אחד מדמה הירושלמי לפלוגתא דר"י ור"ל דלמ"ד שם אף דנתן לשני ב"א הוי כעדות אחת וכיון שבטלה מקצתה בטלה כולה ה"נ כיון שמכרה לכולן בשטר אחד הוי כמכירה אחת וכיון דהיא כשליח בטל כל השטר אבל בעה"ב עצמו שמכר בשטר אחד לשני ב"א ונתאנה נגד אחד בביטול מקח המקח קיים לשני דעדות שאני דגלי רחמנא הואיל ובטלה מקצתה בטלה כולה דמקיש שנים לשלשה בנמצא קא"פ.

סימן נב

סעי' א' רבית מפורש א"ג בו את הרבית אבל גובה את הקרן וכתב בתשובת מיימנו דספר משפטים סכ"ט דמ"מ המוצאו יקרענו ואם יבא לב"ד יקרעוהו הובא בב"י וכן הוא ביו"ד סימן קס"א ומקורו מתוספתא שהביאו תוס' בפא"נ דף ע"ב שהקשו לריב"ם דמבנ"ח גובה גם לר"מ למה יקרעיהו ותרצו שאסור להשהותו עיי"ש ואני תמה למה

נפסיד למלוה נעביר קולמס על הרבית וממילא לא יגבה בו כדלעיל סימן מ"ד ס"ה וכ"כ הנתיבות לעיל סימן מ"ג ס"ז סק"ה על זמן מוקדם וא"כ לכאורה מוכרח דשטר זה פסול גם לבנ"ח וגם זולת דברי ריב"ם דוחק לפרש התוספתא אליבא דר"מ דלפ"ז פליגי שם ואח"כ סתם דין זה גם לרבנן ולולא דבריהם נלע"ד דל"ל דנגבה בו הקרן לאלתר דשמא אינו חייב כיון דהלוה כופר והשטר נמצא כדאיתא פ"ק דב"מ ולקמן סימן ס"ה מצא שטר לא יחזיר לא לזה ולא לזה רק דקשה למה יקרענו הלא דינו דיהא מונח בידו והנה הא דלא יחזיר ללוה דוקא כשמלוה טוען ברי דאל"ה הא מבואר לקמן סימן נ"ט אם לוה טוען ברי והמלוה שמא קורעין השטר ומבואר לקמן סימן ס"ה במצא שטר חוששין דכתב ללוות ולא לוה עדיין כלל וא"כ כשיש בו רבית י"ל מדנפל אתרע וכתבו ללוות ולא לוה ומן הלוה נפל והוא רצה לעשות איסור אבל המלוה אינו נאמן לומר דעשה איסור והלוה עליו ובא לידו דאאמע"ר כמבואר ביו"ד סימן קס"ט דאף הלוה א"כ לומר דשטר יש בו רבית אפילו יש לו מגו משום דא"א משים עצמו רשע מכ"ש המלוה דבא להוציא א"כ מסלקינן לטענתי' וכשלוה טוען לא לויתי מהימן או פרעתי במגו דלא לויתי ואף בלא מגו כיון דמסלקינ' טענת מלוה הוי כלוה טוען ברי לוותי ופרעתי ומלוה טוען א"י אם הלויתי רק ודאי לא פרעתני דפטור הלוה כדלקמן סימן ע"ה ס"י ובש"ך שם וע"כ סיים בתוספתא בא ליד ב"ד יקרעוהו על דין דמצא שטר דוקא אבל כשמלוה מביא שטרו בידו לחכמים פשיטא דגובה וגם לר"מ י"ל כריב"ם וא"צ לקורעו רק להעביר שריטה על הרבית וא"ל הא סתמא תנא ומשמע אפילו מודה הלוה ז"א דאם מודה שחייב א"צ לשטר ולא נ"מ רק כשכופר וכמ"ש הש"ך סק"ד דבזה מיירי ואף שהגרסא בתוספתא המוציא שטר מ"מ בתוס' ובנ"י ובמרדכי והג"א פרק המניח ובשו"ת מיימנו סנ"ט ובב"י יו"ד סימן קס"א וכאן גורסין המוצא גם בלא"ה לשון המוצא אין לו הבנה בכאן דלמה יקרענו כשמוציאו דוקא.

גובה את הקרן הקשו תוס' ורמב"ן הא העדים נפסלים שחתמו על שטר כזה ועברו על לא השומין ולעד"נ דמבואר במרובה דף ע"ג דלא נפסלו אעדות שקר רק אחר כ"ד ועיי"ש בתוס' בד"ה שהעידו בב"א וא"כ ה"נ יכולין לחזור תכ"ד ולבטל חתימתן אף דכנחקרה עדותן בב"ד היינו לאחר כ"ד ואף במעשה מהני חזרה תכ"ד כדאיתא בסימן קצ"ה ובבית מאיר א"ע סימן ל"ח ס"ב ואף דלא ידעינן שבא השטר מיד לוה למלוה רק ע"י הע"ח דהוי כמעידין על המסירה וכמ"ש הר"ן בפרק המגרש ואז הוי אחר כ"ד מ"מ גם לא השומין לא עברי בחתימתן עד שנמסר השטר למלוה דקודם לזה ליכא עדות ושימה כלל ואף דבמרובה שם אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כשהעידו על הגנבה ובתכ"ד

על הטביחה והוזמו על הטביחה בטל גם עדות הגנבה שאני התם דעדות טביחה נתבטל מכח הזמה ששיקרו משא"כ הכא לא העידו שקר על הרבית דהלוה צוה לחתום רק בטל מצד גוף הענין ושטר שנתבטל בו דבר אחד לא מחמת פסול העדים לא נתבטל כולו כדלעיל סימן נ"א בהג"ה ומ"מ שייך חזרה תכ"ד כיון שחתמו שלא כדין יכולין לחזור ולומר מבודים היינו ולבטל חתימתן כמו דליה גופא יכול לחזור הכ"ד אף שמסר השטר כמבואר בסימן קצ"ה בסמ"ע ס"ק י"ז ה"נ ע"ח יכולין לחזור מחתימתן אחר מסירת השטר תכ"ד ומוכרח להחזיר השטר או לקורעו ובפא"נ דע"ב דפריך מוקדמין אמאי פסולין ליגבו מזמן שני ולא משני כיון דהעידו שקר על זמן ראשון בטל כל העדות ה"ט דבירושלמי דשביעית פ"י ת"ג פריך מוקדמין מי מודיע אמר ר' יוחנן החתומין בשטר שאומרים על הזמן לא חתמנו וכיון שנאמנין לתרץ דבריהם שלא השגיחו על הזמן לא נפסלו ול"ל עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דדוקא בגנבה וטביחה דהעידו שקר להפסיד את הבע"ד י"ל כל העדות שבתכ"ד בזדון שיקרו כדי להפסידו או להרויח לתובע ובאס"ז במרובה שם דלא אמרינן בטלה כל העדות רק בתובע אחד ונתבע אחד ולפ"ז י"ל דחילוק זמן ראשון מזמן שני דנ"מ בין הלקוחות הוי תרי נתבעין.

מפני שיבא לגבות בו את הרבית בשע"מ סק"ג הקשה מפ' הכותב דפ"ז דאמר פוחתת כתובתה באומרת אמנה היתה ביני לבינו נוטלת בלא שבועה והרי נכתב שלא כדין כיון דאין לה רק ת"ק וכתוב אלף והיא איסור דאמנה עולה היא ונגזור שיבא לגבות כל האלף א"כ פסול כל השטר וחספא בעלמא היא ונ"ל לכאורה לפמ"ש הר"ן בפ"ב דכתובות גבי תנאי הי' דברינו דמבעיא אם נאמנים ובאמנה א"נ והא תנאי נמי אמנה הוא ותירץ כיון דאם מגיע לו על שטר קצת אינו עולה אם משהה אצלו לכן תנאי נמי אינו עולה וא"כ בפוחתת דמגיע לה ת"ק מותרת להשהותו ואינו עילה ע"כ לא קנסו על הת"ק אמנם יש לחלק דב דבשלמא בפרע מקצת נשאר בידו השטר מותר להשהותו משום המקצת כדי שימהר הלוה לפורעו ומתחלה בהיתר בא לידו וכן בתנאי כיון שאם יקיים התנאי יגיע לו כל החוב מותר להשהותו אבל בפוחתת עולה היא דלווה תטול שטר מתחלה יותר על המגיע לה בחנם בלא דבר וצ"ע.

אמנם בלא"ה א"ש לפמ"ש הנתיבות סימן מ"ו ס"ק כ"ו דמ"ש אמנה מהניח אצלו משכון או מפקיד אצלו מעות דל"ה עולה כיון דמאמינו על שלו אלא דשאני שטר דכי שכיב והב"ד יחזיקו את השטר מכח העדות שחתמו בו והוי כעושת עדות שקר משא"כ במעות כי שכיב ויחזיקו הב"ד את היורשים לא מכח עדות רק מכח חזקה מה שת"י אדם הוא שלו והמפקיד אפסיד אנפשי' עיי"ש וא"כ זה שייך דוקא כשידעו העדים שהוא אמנה

אבל כשהיתה רק בינו לבינו תרי איהו אפסיד אנפשי' והעדים אמת העידו דהא נתחייב לפניהם ככל הכתוב ודמי למפקיד מטלטלין. דאנו מחזיקין אותו מכח אנן סהדי כל מה שת"י הוא שלו ה"נ העדים חתמו אמת דהודאות בע"ד כמאה עדים והרי הודה לפניהם. **ובסימן** נ"ז סק"ב כתב דשטר אמנה ופרוע אסור להשהות אף מרצון הלוה אף דמטלטלין של חבירו מותר להשהות אצלו היא מטעם דגורם היזק בשטר ללקוחות ומחזיק בעולה של אחרים שלא מדעתם דבאמנה לא חייל שעבודא ועדים לא מפקי לקלא משא"כ בתנאי מפקי לקלא ולקוחות אפסדי אנפשייהו עיי"ש וע"כ בפוחתת דאומרת אמנה היתה בני לבינו דייקי ועדים לא ידעו מזה א"כ עדים מפקי לקלא וליכא עולה דאפסדו אנפשייהו ואיהו הימני' על שלו לכן אין לפסול השטר משא"כ ברבית דאפילו ירצה למחול אסור דרבית אסרה תורה אף דנותן מדעתו ולפ"ז אם פוחת ששטרו ואומר שאמנה הי' על מחצה בפני עדי החתימה חזי באמת כל השטר כחספא וכן נראת מהריטב"א שבאס"ז בהכותב שם ז"ל באומרת אמנה כו' פירש כי בפני העדים נתחייב כראוי ככל הכתוב בשטר אלא שהיתה הסכמה בינו לבינה שלא תגבה אלא כך וכך ושטר כזה כשר הוא אפילו לנכסים משועבדים לגמרי שהרי נשתעבד כראוי ככל הכתוב בו עכ"ל וכונתו למ"ש.

אמנם לפמ"ש הש"ך בסק"ב דאם המלוה כותב ע"ג קודם שנראה השטר בב"ד מהני א"כ כיון דבשטר לא ניכר שום פסול גם לב"ד רק הודה בעצמו דאמנה הי' על מחצה הרי לא נראה פסולו לפני הודאתו וכשהודה הרי אינו תובע רק המחצה והב"ד לא יוציאו אותו עוד מידם בלא תיקון א"כ הודאתו הוי כתקנו קודם שנראה פסולו בב"ד ול"ד למוקדם שהעידו עדים שהוא מוקדם הרי נראה פסולו לב"ד זולת הודאות המלוה וכן בהרחיק שני שיטין השטר מחתימת העדים אף דהי' יכול למלאות ולהביאו לפני ב"ד מ"מ הרי לא ידע דצריך לתקנו ומוכרח הי' להביאו לב"ד לתבוע עמו משא"כ זה הפוחת שטרו הי' יכול לשתוק ותליא בפלוגתא דלעיל סימן מ"ה סי"ד וט"ו ועיי"ש בסמ"ע וש"ך.

וביד אפרים על יו"ד סימן קס"א כתב דאם אין עדים שנכלל בו רבית רק מלוה מודה הוי מודה בקנס דפטור ואשתמועתי' דברי ש"ך בסימן שפ"ח ס"ק נ"א דבקנס דרבנן גם מודה חייב ועמ"ש קצו"ח.

וי"א דפטור בהגמ"ר פא"נ ז"ל וחכ"א גובה את הקרן וא"ת במאי קני להאי קרן אי בעדים בשלמא למ"ד פלגינן דיבורא וכו' וי"ל דמודה דחייב לו ונתקשה התומים מה זה ענין לפ"ד ולפני זה כתוב שם בשם ר"י דמיירי בפירש הרבית וכתב הש"ך בסק"ד דר"מ לא ס"ל דמיירי דמודה עיי"ש וקשה מה יענה לקושיא זאת ונ"ל דתוס' הקשו דעדים

פסולים ותרצו ברבית דרבנן או שהיו אנוסים והנה מבואר בסה"ג דשליח שנאנס ל"מ השליחות וא"כ להרז"ה בפד"א הא דע"ח ל"ה מפ"כ משום דהוי מפי כתבו שעושים בציווי המתחייב וא"כ בנאנסו על החתימה ליהוי מפ"כ וכן לתירץ ברבית דרבנן אשלד"ע רק למ"ד פ"ד א"ש דלא נאנסו רק על שיעידו גם על הרבית וגם העברה רק ברבית וע"כ על הקרן ל"ה מפ"כ אך לפמ"ש תוס' בפ"ב דכתובות ד"כ ע"ב דא"צ מדעת המתחייב אם כתב בסדר השטר א"כ גם למ"ד דלא פ"ד א"ש אף דאין הלוה מודה והר"י לשיטתו שבכתובות שם ואין זה ענין למ"ש הרמ"א לעיל סימן ל"ד ססח"י דשם מיירי שחוזר ואומר שקר העדתי מחמת אונס כמבואר במהרי"ק משא"כ כאן אומרים שבאמת היתה הלואה לכן הוי שטר על הקרן אל"ה מפ"כ.

סימן נג

שיש לו שנים של חמשים חמשים ואמר שיעשו לי שטר על מנה אין שומעין לו לשון הרמב"ם פכ"ג ממלוה הי"ז שזכות הוא ללוה להיות שנים שלא יכוף אותו בדין בפעם אחת לגבות הכל עכ"ל והב"ח כתב נראה מלשונו דס"ל דבשנים של נו"ן נו"ן א"י לכופו בדין שישלם לו בפעם אחת דמצי למטען ולומר אין לי בידי לפרוע בפ"א ורשם שלויתי ממך בשני פעמים כך לא אפרע רק בשני פעמים ואף שכבר הגיע הז"פ דשני השטרות א"י לכופו לפרוע בפ"א ותימה גדולה מנין לו זה עכ"ל ואני תמה על תמיהתו דנהי דיכול לכופו מ"מ צריך שימא והכרזה אם ירצו למכור נכסיו וגם נותנין לו זמן ב"ד כדלקמן סימן ק"א וא"כ אם הי' שטר אחד על מנה ויביא לו חמשים ויבקש זמן על חמשים או שימכרו ב"ד ע"י שומא והכרזה יכול המלוה לומר לא אקבל מחצית עד שישלם לי בפ"א כדלקמן סימן ע"ד ובינו ובינו יאכל הלוה המעות וכדומה משא"כ אם יהיו שני שטרות של נו"ן נו"ן יפרע שטר אחד ויקרענו תכף.

סימן נד

סעי' א' מי שפרע מקצת חובו אם רצה המלוה ב"ד יעשו לו שטר בפג"פ דף ק"ע ע"ב אר"ה א"ר אין הלכה כר"י אלא ב"ד מקרעין השטר וכותבין לו שטר אחר מזמן ראשון והרי"ף השמיטו והה"מ פכ"ג ממלוה תמה למה השמיטו ולע"ד כיון דשלא מהדין הוא לכתוב מזמן ראשון ולטרוף מאז אחר שנקרע הראשון רק הפקר ב"ד הפקר כמו שפירשב"ם שם ריש דף קע"א וע"כ י"ל בשלמא רב לטעמי' דס"ל אין כותבין שובר דאין הלכה כר"י וכן בדף קע"א ע"ב איתא דרב ושמואל ס"ל אין כותבין שובר ע"כ מוכרח

להחליף השטר ומשום תקנה עשו הפקר ב"ד אבל אנן דקי"ל כר"י ור"ל שם דכותבין שובר בכדי לא עביד הפקר ב"ד אח"כ בא לידי שיורי שיטה מקובצת ומצאתי שכתב ז"ל ולית הלכתא כותי' דרב לענין מי שפרע מקצת חובו דרב אזדא לטעמי' דאמרינן לקמן רב ושמואל אמרי תרוייהו אין כותבין שובר וקי"ל כותבין שובר הלכך אין ב"ד נזקקין לכתוב שטר אחר מזמן ראשון ולפי דאין הלכה כרב לענין משנתינו השמיטה הרב הגאון ז"ל עכ"ל הר"י הגאון ז"ל בעליות ע"כ וזה הי' בהעלם עין מהמחברים ודאי אילו ראו לא היו סותמים נגד הגאונים הללו לכן לע"ג אם יזדקקו הב"ד לכתוב שטר מזמן ראשון בפרע מקצת חובו דשוא"ת עדיף.

סעי' ב' ישבע המלוה היסת שאבד השטר ואח"כ יפרע חובו בש"ך סק"ד שאין הלוה יכול לעכב הפרעון בשביל השבועה דא"כ אמאי סגי שישבע המלוה ישבע הלוה שהוא מוחזק ויפטר א"ו שבועה זו לא תלוי בפרעון אלא שבועה אחרת על שווי השטר ובלא"ה מוכרח לומר כן דלא מצינו בשום מקום היסת קודם פרעון כדי ליטול ולפ"ז מ"ש הרמב"ם והמחבר ישבע המלוה היסת ואח"כ יפרע חובו הוא לאו דוקא אלא הלשון הוא מהופך יפרע חובו וישבע המלוה היסת וכה"ג אשכחן בכמה דוכתי שהלשון מהופך בענין זה לקמן סימן ע"ב סח"י נשבע הלוה ופירושו ונוטל משכונו ואח"כ נשבע וכן לקמן סימן קל"ה כשבע היסת ונוטל ופירושו נוטל ואח"כ נשבע היסת עכ"ל ומאוד דחוק דרמב"ם ומחבר הפכו הלשון ולא דקדקו בדבר דנשתנה הדין וגם יהפכו בכמה דוכתי אשר לא כדת לכן נלע"ד לפמ"ש הרדב"ז ח"א סימן רי"ו הובא באורים סימן פ"ז סקכ"ד דאם על הנתבע היסת ולא רצה לישבע ותפס התובע ואמר השבע היסת או אני אתפיס משלך אין מוציאין ממנו עכ"ל הרי אף דאם אינו רוצה הנתבע לישבע היסת לא נחתינן לנכסי' מ"מ אם תפס התובע לא מזדקקינן לנתבע להוציא מהתובע עד שישבע וא"כ בהנהו דוכתי דמיירי הש"ך דכבר תפוס התובע ואינו רוצה לשלם עד שישבע שכנגדו ההיסת על תביעתו לא מזדקקינן להוציא קודם השבועה דאם רוצה לישבע מה נ"מ לו ישבע מיד ואם אינו רוצה לישבע הא אין לנו כח להוציא ועוד אטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינן כדאיתא בפרק המקבל דף ק"י וה"נ יצטרכו אח"כ לכופו על ההיסת בנידוי ומכות כדלקמן סימן פ"ז ס"ט וכיון דאם תפס אין הב"ד חייבין להוציא מידו אפילו לא יאמר אני תופס מיראתי שלא ירצה לישבע מ"מ יש בזה משום אטרוחי ב"ד בכדי ואנן טענינן ובש"ך סימן פ"ז ס"ק נ"ה הביא דמהר"ם ריקנטי סימן רמ"ט כתב מחויב שבועה דרבנן ואינו רוצה לישבע מספ"ל אי תפס התובע משלו עכ"ל נראה דלא מספ"ל רק כיון דלא נחתינן לנכסי גם הבע"ד א"י למעבד דינא לנפשי' אבל כשישנו כבר בידו הוי

רק בשוא"ת וכה"ג מחלק הישׁ"ש הובא בקצו"ח סימן ד' סק"א ומ"מ ע"כ משליש ביד ב"ד כדלקמן סימן פ"ב ס"ג ולכן כתב הרמב"ם פ"ט מטוען ה"א גבי אומן מוציאין אותו מיד האומן וישבע בע"ה היסת והשׁ"ך בסימן ע"ב ס"ק פ"ב הוכיח מזה דהלשון מהופך ברמב"ם פכ"ג ממלוה הט"ז שכתב כלשון השׁ"ע ולע"ד א"ש דליד מלוה אינו בא עד אחר שישבע לכן אמר ואח"כ יפרע חובו אבל מיד הלוה ע"כ מוציאין ולכן בהלכות טוען שם ה"ד כתב נשבע בע"ה היסת שלא מכרן ויחזרו הב"ד הכלים לבע"ה דהל"ל ויחזיר דב"ד מה עבידתייהו דפשיטא א"ל ירצה להחזיר דב"ד יוציאו אלא ע"כ דלפני השבועה מונח ביד ב"ד והא דלקמן סימן צדי"ק סי"ד מחזיר הכלים לבעה"ב מקודם נ"ל כיון שנטל שלא בפני בע"ה והוא בחזקת גנב ליכא חזקה אא"ת דמוכרח לומר לקוחין להתנצל ע"כ ליכא שום שבועה רק אם אחר שיחזיר לבעה"ב חוזר ותובע י"ל חזקה אא"ת ועיין לקמן סימן ס"ז סל"ח ומיושב קו' שׁ"ך סימן צדי"ק ס"ק כ"א.

סעי' ג' בהג"ה הדין עם הלוה בד"ג כפ"ג ס"ד כתב דתימא על הגאונים דאשתמיט להו דעת הריטב"א בפ"ב דכתובות דף י"ט ז"ל מכאן נלמוד שיכול המלוה לעכב שלא יתן השטר ללוה ולא לשום אדם עד שיתפרע עד סוף פ"א ואם חושש הלוה שיפרענו ולא יחזיר לו שטרו יפרענו בפני עדים או ב"ד עכ"ל הד"ג וזה אינו דלא אישתמיט להו והביאו ב"י בבד"ה ריש סימן נ"ז ובשׁ"ך שם סק"ד וכאן יפה עשו שלא הביאוהו דאינו ענין לכאן דכאן מיירי דמוכן הלוה במעות שבידו לשלם עד פ"ח מיד וע"כ י"ל שישליש המלוה השטר דמה יפסיד הא א"ל יתן מיד כל המעות יחזיר לו השליש השטר מיד וזה מבואר מראי' שהביא הרשב"א מכתובות דף פ"ח דה"ל לשקול שטרא והדר ליתן המעות ושם מוכן כל המעות ביד השליח והריטב"א מיירי דאינו משלם מיד הכל ורוצה להשאר חייב פשיטי דספרא אז יותר בזה יכול המלוה לעכב שלא ליתן השטר אפילו ביד ב"ד כדי שימהר הלוה לפרוע מיראתו שהשטר נשאר ביד מלוה וכמ"ש באס"ז שם תדע דהא ראיות הריטב"א מהא דמותר להשסות שטר פרוע בשביל פשיטי דספרא ואינו עובר על לא השכן באהליך עולה דא"צ ליתן השטר לשום אדם עד שיפרענו כולו דאלת"ה יש לו להשליש השטר וכשלא השלישו עובר על לא תשכן דאפשר לבא למכשל א"ו יכול לעכבו בידו כדי שידחוק הלוה א"ע וימהר לפרוע הכל וא"כ כשרוצה לפרוע הכל מיד אין ראי'.

כשכותבים שובר כתב ש"ך סק"ח דשובר מוקדם כשר ובתומים הקשה ניחוש דמכר החוב במעמ"ש דא"י למחול ותירץ בשע"מ עפימ"ש תוס' ורא"ש בפרק הכותב דלא חיישינן להכי דאם אין עדים על המע"ש הרי יכול לכפור ואם יהיו עדים הרי הודה

הלוה דהשובר פסול והקשה דמ"מ כיון שנכתב מוקדם שלא כדין ועפ"י הקדמת הזמן איכא פסידא ללקוחות יש לפוסלו כמו פרוזבול המאוחר דפסול משום דמפסיד ללוה שלוה אחר כתיבת הפרוזבול אף דליכא חשש קנוניא שהרי יכול לכתוב שלא מדעת הלוה עוד פרוזבול על הלואה שאח"כ גם מהימן לומר פרוזבול הי' לי ואבד ולכן סיים בצ"ע לדינא ולק"מ תדע דל"ד לפרוזבול דאינו מועיל רק מתקנה ותקנתא לרשיעי לא עבדי ועוד נהי דליכא חשש קנוניא מ"מ דלמא שכיב וכפול קמי יתמי וכמו דאמרינן בפא"נ דס"ח בשטרי מחוזנאי ובתום לבבם יגבו החוב מהלוה בחנם אבל בשובר מוקדם דהחשש שמא מכר החוב במע"ש בלא עדים א"א ללוקח לגבות בלא"ה בלא הודאה מלוה אפילו לא יהא שובר ואם המלוה יחיה אם ירצה לכפור בלאה"נ יכול לכפור.

סימן נה

סעי' א' אנוס ראובן שקנה חפץ משמעון ואמר לו לוי שאם לא ישלם ראובן לז"פ ישלם הוא כל ההפסד שיבא לו מחמת עיכוב הפרעון דעת הר"ר אשר כיון שהתנו במעמד ראובן ושתק נעשה לוי שלוחו וכחתנה ראובן עצמו ובידו לקיים ול"ה אסמכתא ודעת מהר"ח דשתיקה ל"ה כהודאה כיון דהי' יכול לפרש ולא פירש ל"ד להא דקידושין דף מ"ה ארצויי ארצי קמי' ושתק דשאני בן דא"א לשלחו לאביו משום חוצפה עיין א"ע סימן ל"ה ס"ה ועוד לפמ"ש רבינו ישעי' ז"ל דאם הקנה אחד לחברו עבד כנעני שלו להיות שלו יכול למכרו ולשחררו אבל אם לא הקנהו לו להיות שלו אע"פ שהקנה לו בקנין לשחררו אינו יכול לשחררו רק אם יכתוב השחרור בשם הרב כיון שא"י למוכרו הרי דא"י למוכרו מכחו כגון שיאמר אני מקבל קנין שאני מקנם לך העבד רק צ"ל אני מקבל קנין שיהא ידי ביד משלח שהוא מקנה לך העבד וה"נ כיון שלוי קיבל ע"ע החיוב ל"ל שלוחו כמותו שישתעבד ראובן ולוי אפילו קנו מידו בבד"ח ומעכשיו אינו חייב דאנוס שאין בידו לכוף לראובן לקיים המקח ואסמכתא לא קניא אפילו קנו מידו בבד"ח רק בדלא אנוס שו"ת מהר"ח א"ז סימן נ"א ונ"ב ול"נ דדוקא כשנולד האונס אח"כ פטור דלא אסיק אדעתי' ותנאו היתה רק שלא יהא המניעה ממנו ברצונו אבל כאן ידע לוי כשהתנה דאין בידו לכוף לראובן והרי התנה להתחייב כשלא ישלם ראובן אף דלא יהא המניעה ממנו ועל אונס זה נתחייב להדיא ובנדרים דף כ"ז ע"ב איהא אונסא דמיגליא שאני וכן מוכח מהפוסקים שהביא ש"ך כאן דמחלקי בין אונס דשכיח לל"ש דבשכיח ה"ל לאתנויי וכ"ש כאן דשכיח והתנה להדיא שיתחייב באונס זה ובגיטין פרק כל הגט דף למ"ד דאמר אי לא פייסנא לה עד תלתין יומין ליהוי גיטא אזל פייסא ולא איפייסא

דאמר שם דזה חשוב אונס אלא דאין אונס בגיטין שם התנאי אם לא אטרח לפייסה בדבר גדול במ"ש תוס' שם והוי התנאי שלא תהא המניעה מצידו והרי פייסה ולא איפייסה ותלי"ת מצאתי בריטב"א שם כמ"ש ז"ל וכתב הרמב"ן דמהא שמעינן דבממון טענינן טענת אונס מאן דמקבל עלי' לחברי' לפייסי' לפלוני שיעשה כך וכך ויקנוס עצמו בזה במנה והלך ופייסו ולא איפייס פטור דהא פייסי' במה שיכול לפייס ודוקא דאמר האי לישנא אבל אי מחייב עצמו במעכשיו שיתן לו ק' זוז אם פלוני לא יעטה כך וכך ואינו עושה דבר פשוט הוא שהוא חייב ואינו דומה למ"ש עכ"ל וכן מוכח בתשובות מהר"ם ב"ב שבמרדכי פ"ק דב"מ סוף סימן רמ"ז.

שליש שהחזיר שטר בד"ג כצ"ח סי"ט כתב ז"ל ראובן מסר שט"ח לשליח לגבות החוב מן הלוה והזהירו שלא ימסור השטר ליד שותפו שמעון ושינה השליח ומסרו לשמעון עיין חתם סופר חו"מ סימן ק"מ שחילק בין הא דינא דהרשב"א בשליש שהחזיר שטר פרוע להמלוה דהוי רק גרמא ופטור דשליח ושומר שאני כיון שבא הדבר לידו בתורת שמירה חייב אף בגרמא ע"כ חייב השליח עכ"ל מלשון זה משמע דשליש אינו שליח ושומר וזה ליתא ואדרבה משמע שם בח"ס להיפך אלא דכתב דהך דשליש מיירי שהלוה גופי' אמר לשליש שא"ל יפרע בז"פ יחזיר השטר למלוה ע"כ אין לחייב השליש מחמת שעיוות בשליחות ושמירה רק דמצד דין אסמכתא אין לשליש ליתן השטר למלוה בזה הוי כאינש דעלמא ופטור דאינו רק גרמא ולפ"ז א"ל עבר הלוה על תנאו והשליש החזיר השטר למלוה וגבה כל החוב חייב השליש לדעת החת"ס אולם גם דברי חת"ס צ"ע דמה שהביא ראי' מכתובות דף פ"ה ע"א בעובדא דאבימי דמסיק דמיחייב שליח משום לתקוני שדרתיך דה"ל למשקל שטרא תחלה אינו ראי' לפמ"ש השער משפט בסימן ס"ו ס"ק ל"ב דשא"ה דנעשה שומר על המעות שלא יפסידם וכל שהשאיר השט"ח ביד המלוה הפסיד המעות ששלח עמו לכן אין לעשות מעשה כדעת החת"ס להוציא מיד השליח או השליש שהחזיר השטר למלוה אף דלא עבר הלוה על תנאו כיון דדעת המ"ב וש"ך ואחרונים כאן דשליש פטור וגם בשו"ת רשב"א ח"ג ס"ס ע"ו מבואר דהשליש שהחזיר למלוה השטר פטור אף דלא עבר הלוה כלום ומוחה שלא יחזיר.

וכן פסקתי באחד ששכר חנות עד זמן שיחזיר המפתח ומסר המפתח לשליח שיחזיר למשכיר ולא החזירו והוכרח השוכר לשלם שכירות עד יום שהוחזר המפתח דה"נ הוי רק גרמא ובשליח בשכר צ"ע ועיין נתיבות סימן קפ"ג ס"א ובש"ך חו"מ של"ג ס"ק ל"א ובנתיבות שם ואחר בך נדפס ספר פ"ת ומצאתי שג"כ הניח דברי חת"ס בצ"ע.

למלוה אפילו עכו"ם כ"כ בשו"ת רשב"א ח"ג ס"ס ע"ו ויל"ד דמ"ש ממסור שהראה וכ"מ שהקשה הגר"א ס"ס שפ"ח עוד כתב הגר"א שם דגם במעיד אינו מתחייב מיד עד שיפסק הדין עיי"ש אות פ"ז ונראה דל"ד למעיד דאינו רק כשוכר עדי שקר וכמ"ש רשב"א שם ועיין תוס' גיטין דף ס"ז סד"ה דיבורא דעדות חשוב מעשה כיון שנגמר על ידם אבל אומרים לאחרים להעיד שקר אינו רק דיבור וה"נ מחזיר שטר הוי כנותן עדים למלוה דלא נגמר עד שיציע השטר לפני הב"ד ולמסור ל"ד לפמ"ש רמב"ן בדד"ג הבאתיו בסימן שצ"ה דדוקא אחוי דהוי כמוציא ממון המשומר והניחו בר"ה ול"ד למשסה כלב בחברו דרואתו בלא"ה וא"כ ה"נ הוי רק כמשסה כלב וגם לריצב"א דבשכיח קנסו י"ל דל"ש שיקבל עליו גוי שליש ישראל נגד ישראל ואח"כ השליש לא יעשה שליחותו באמונה ואם הגוי אלם לא יכניס עצמו השליש ועוד אם באמת אנוס פטור אף דנו"נ כיון דאינו רק גרמי.

הג"ה אלא מב"ח בד"מ כתב דגובה כולו מב"ח והקשה הסמ"ע דהל"ל דוקא בכומ"ס ובש"ך הוסיף להקשות דל"ל דדברי הרב הם עפ"י תירוצא קמא דהרא"ש דהא הרא"ש גופא לא מסיק הכי ובטו"ז כתב דהרב הכריע כתירוצא קמא מאחר דהמרדכי ס"ל כותי' לעיל סימן מ"ח וגם זה צ"ע דגם לעיל הביא הרב זה רק בשם י"א וגם לפמ"ש הש"ך שם דוקא כשמסרו בפני הע"ח.

ולע"ד הרב לא הכריע בין שני תירוצי הרא"ש רק מבנ"ח גובה כולו ממ"נ והוא דדוחק גדול לומר דמירי שבפירוש התנה שיהיו המעות מתנה שלא הוזכר במשנה וגמרא ורי"ף ורמב"ם מזה כלום וע"כ נלע"ד דתן לו שטרו סובל שני פירושים חדא שיתחייב מחדש וחדא שיהיו המעות שפרע מתנה וכיון שזה בא להקנות וגומר בלבו כך לר' יוסי דאסמכתא קניא או לדידן שהקנה בבד"ח ע"כ לישנא דמהני בו קאמר כדאיתא ר"פ השולח משמע דבטל ומשמע דליבטל גבי גט לישנא דמהני בו קאמר עיי"ש בפרש"י וכה"ג כתב מהרי"ו והוא בחו"מ לקמן סימן קצ"ה ס"ה בהג"ה דודאי כונתו באופן המועיל דבכדי לא עביד עיי"ש ואף דלאו כ"ע דינא גמירי מ"מ כונתו שיהא באופן המועיל וכעין שכתב הרא"ש בפ"ק דקדושין בהשאיל טבעת לקדש בו אשה דשאלה ל"מ מ"מ מקודשת דדעתו שיהא על אופן דיכול לקדש בו דלא גמיר דינא וכה"ג כתב מהרש"ל בתשובה סימן זיי"ן הובא בש"ך יו"ד סימן ש"ה סקי"ט בפודה בנו תוך שלשים יום אף דלאו כ"ע דינא גמירי מ"מ דעתו הי' שיהא פדוי כראוי באיזה יום שראוי לפדות וה"נ כן הדבר וכונת הרא"ש במ"ש א"נ גבי ממשעבדי כל החוב שכך התנה מתחלה שאם לא יתן לו לז"פ שיהיו המעות שנתן לו מתנה לאו שפירש להדיא כך אלא דכונת התנאי כך

הי' והש"ך הוסיף בלשון הרא"ש דמיירי שכך התנה ואינו ברא"ש וכן משמע בחידושי רשב"א בנדרים שם וא"כ ממ"נ לתירוץ שני דלא מהני מסירה אפילו לבב"ח א"ב כיון דודאי כונתו שיהא על אופן המועיל ע"כ כונתו שיהא המעות מתנה ומהני אף למשעבדי ולתירוץ ראשון דלבנ"ח סגי במסירה א"כ זה הוי אופן המועיל ול"ש לומר בכדי לא עביד כיון דמועיל לבנ"ח לא גבי ממשעבדי רק כשפירט שיהיו המעות מתנה לכן כיון דתליא בשני התירוצים אין להוציא ממשעבדי רק כשפירש אבל מבנ"ח גובה כולו בממ"נ.

ולפ"ז מתורץ הרמב"ם דס"ל במחילה ל"ה אסמכתא כמבואר בדבריו פי"א ממכירה והקשו עליו רמב"ן ור"ן ונ"י מהא דתנן מי שפרע מקצת חובו והשליש שטרו ואמר א"ל באתי עד ז'פ תן לו שטרו ר"י אומר נתקיים התנאי ור' יודא אומר לא יתן ועכצ"ל דאומר מתחלה תן לו שטרו שאני מוחל המעות שפרעתי דאם אני מתחייב בו מחדש קאמר הרי נמחל שעבודו של שטר ואפ"ה קי"ל כר' יודא דהוי אסמכתא ולפמ"ש א"ש דודאי אי הוה כונתו בבירור למחולי לא הוי אסמכתא דגמר ומחל ולהכי ר' יוסי דס"ל אסמכתא קניא דגמר ומקנה ה"נ ודאי כונתו שיהא באופן המועיל אבל ר' יודא ס"ל דאינו מיכוין להקנות רק להסמיך חברו א"כ ל"ל דודאי כונתו למחול כדי שיהא באופן המועיל דאדרבה נימא כונתו רק על חיוב חדש ואינו גומר ומקנה דאומר רק להסמיך ואינו רוצה שיהא באופן המועיל.

ולפ"ז מתורץ קושיות תוס' בפא"נ דף ס"ו בד"ה ומניומי דשם אר"נ אסמכתא קניא ובב"ב גבי מי שפרע מקצת חובו אמר ר"נ אין הלכה כרבי יוסי עיי"ש ולפמ"ש י"ל דודאי גם מתחלה סבר ר"נ דאסמכתא אפשר אינו גומר בלבו להקנות רק אומר להסמיך חברו רק סבירא לי' מעיקרא דמ"מ קנה דהוי דברים שבלב ולא מהני לבטל דברי פיו וכמ"ש הג"א בפרק אלמנה ניזונית בשם ר"א ממיץ דאף היכא דברור לן דברי לבו ל"מ לבטל דברי פיו אבל במשליש שטרו כיון די"ל כונתו להתחייב מחדש ואינו סותר בזה דברים שבפה דסובל שני הפרושים אלא הדין סותרו משום דנמחל שעבודו אמרינן כיון דאפשר אינו גומר בלבו להקנות אדרבה רוצה שלא יהא על אופן המועיל דאינו אומר רק להסמיך חברו ע"כ פסק ר"נ בזה דאין הלכה כר' יוסי דס"ל דודאי גומר בלבו להקנות ודעתו שיהא באופן המועיל ורמ"א פה דקאי אהקנה בבד"ח דאז גומר בלבו וכמ"ש הסמ"ע בסימן ר"ז ס"ק מ"ב לכן ודאי מקנה על אופן המועיל וכמ"ש ג"כ הר"ן בנדרים שם כיון דהוי בבד"ח אנן סהדי דלא מחייך בב"ד וגמר בלבו שיהא מעכשיו עיי"ש דהיינו כיון דלא מחייך בב"ד בכדי לא עביד ועושה באופן המועיל ולפ"ז י"ל אף דרמב"ן ור"ן ונ"י כתבו דר' יוסי מיירי דאמר להדיא שהמעות יהיו מתנה היינו דס"ל נהי דר"י ס"ל דאסמכתא קונה לא

יחלוק אסברא דאפשר לא גמר בלבו להקנות רק אומר להסמיך חברו אלא דסובר דל"מ דברים שבלב לסתור דברי פיו וא"כ ל"ל אנן סהדי דבכדי לא עביד אבל לדידן דלא מהני עד דקנה מיני' בבד"ח דאז ודאי גמר ומקנה ה"נ ודאי כונתו שיהא על אופן המועיל והמעות יהא מתנה וא"צ לפרש אלא דרמ"א חשש גם לתירוץ ראשון של הרא"ש דסגי במסירה לענין בנ"ח א"כ ל"ל בכדי לא עביד לכן אינו גובה ממשעבדי עד שיפרש שיהא המעות מתנה דלקוחות י"ל קי"ל כתירוץ ראשון אבל מבנ"ח גובה כולו בממ"נ לכ"ע.

ולפ"ז מתורץ קושית ב"י בסימן ר"ז סי"ט על בע"ת שער ס"ג דכתב בהשליש שטר ואמר מעכשיו אינו אסמכתא ויתן השליש השטר למלוה אפילו לא קנו מהלוה והא במאי קנה ולפמ"ש א"ש כיון דאמר מעכשיו ומסלק האסמכתא דחזינן דגמר ומקנה ממילא כונתו באופן המועיל דמה שפרע יהא מתנה.

סימן נו

סעי' א' אפילו הוא קרוב בבע"ת כתב משום דהוי כנאמן עלי אבא וקשה לפי מה דמסיק הש"ך לעיל סימן כ"ב דל"מ קבלה חוץ לב"ד ובב"ח הקשה בקרוב הוי תר"ל ותירץ דהוי כסאמינו עליו בשעת הלואה דאדעתי' דהכי חייל שעבוד עליו ה"נ אדעתי' דהכי מסר בידו השלישות נ"ל כונתו כיון דמסר החפץ ליד השליש והימני' אם יאמר שהוא של שכנגדו יהא באמת שלו כדאיתא בגיטין דס"ד וז"ל ר"ן שם דכי היכא דבממון אמרינן דמשעה שנמסר ביד שליש גמר והקנה שכל מה שירצה שליש יעשה וכו' וגמר והקנה בכל מה שיאמר שליש יעשה וכו' וגמר והקנה בכל מה שיאמר שליש ואפילו ישקר עכ"ל הרי דבהקנאה מסר לו ול"ל דהקנה לשליש גופא דהא לא האמינו ליטלו לעצמו רק האמינו אם יאמר שהוא של שכנגדו וכמו בגט שם האמינו אם יאמר שהוא שליח לגרש אף דמסר לו לפקדון ה"נ בממון אם יאמר שהוא של שכנגדו יהא כן ותהא קבלתו בשביל שכנגדו מעתם והמשיכם הוא קנין לכן מהני גם בתר"ל וחוץ לב"ד ועיין חתם סופר חחו"מ ס"י כתב דמשליש עושה יד שליש כיד המקבל וכשנתקיים התנאי זוכה השליש עבור המקבל א"כ כיון דהימני' כשאומר דנתקיים התנאי הרי נתקיים וזכה בשביל המקבל וכן אם מוחל על קיום התנאי מיד זוכה לשני וכמ"ש ח"ס שם.

וזה נ"ל כונת הגמרא בפז"ב לל"ק דהאשה שהושלש השטר בידה אמרה ידענא דפרוע הוא והימנה ר"נ וא"ל רבא מה דעתך דאותיות נקנין במסירה דנתקשו דאי משום מגו דלקוח הרי מחויבת עכ"פ שבועה וגם לכ"פ אפילו אין נקנין במסירה י"ל שטר כתיבה הי' לי ואבד עיין שע"מ סק"ב ולפמ"ש ה"פ דאם אין ניקנין במסירה אפילו ימסור השטר

ללוה לא קנה החוב כדלקמן סימן ס"ו גבי מקבל מתנה שהחזיר השטר רק בשט"ח אם מחזירו הרי מוחל לו ומחילה אצ"ק אבל לנאמנות השליש אם כה יאמר דדמי לאסמכתא גם במחילה צריך קנין כמבואר לעיל סימן כ"א בב"ח ודרישה ובסמ"ע שם סוף הסימן ובטו"ז לקמן סימן ר"ז סט"ז לכן דוקא אם אותיות נקנין במסירה קנם השליש השט"ח אם יאמר שהוא של הלוה יהא של הלוה וס"ד דרבא כריטב"א שבש"ך לקמן סימן ס"ו סק"ו דאף דקונה לכ"ע גוף הנייר במסירה לבד מ"מ מחרב להראותו לב"ד בשביל המלוה כיון דלא קנה החוב לרבנן דאין אותיות נקנין בלא כומ"ס.

ולישנא בתרא ס"ל דגוף השטר נקנה במסירה לכ"ע שיוכל לשרפו וא"צ להראותו לזכות מלוה וכדעת התוס' שבנתיבות לקמן סימן ס"ו סק"א וסק"ו וכיון שמסר לה השטר והאמינה אם תרצה לשרפו הרי קנתה גוף הנייר וביטול ראייתו ונשאר רק מע"פ כיון דאין ראי' למלוה וממילא י"ל פרוע.

ובזה א"ש דברי גמרא ספ"ק דב"מ סמפון שאין עליו עדים ויוצא מת"י שליש כשר דהא הימני' והקשו ראשונים כיון דאין עליו עדים חספא בעלמא מסר לו ומה הימני' ויש שתרצו שאין עוד קיום ועדיין קשה כיון דא"א לקיימו מניין שהי' ביד השליש לקיימו כבר וגם איך יתכן שיהא עדיף מאילו הוא ביד לוה דאינו נאמן בלא קיום וראב"ד ותוס' תירצו דהשט"ח ג"כ ביד שליש והקשה רשב"א שבאס"ז שם והג"א ומהרש"א בפז"ב דא"כ סמפון למה לו.

ולפמ"ש א"ש דבשטר לבד ל"ש קנין במסירה לרבנן ונהי דקונה גוף השטר החוב אינו קונה ונשאר מע"פ ויחויב לוה לישבע כשמודה במקצת או היסת בכ"ה ואם א"י רק עפ"י שליש יחויב לשלם דהוי א"י א"פ וכמ"ש בתומים סק"ד בביאר תשובת רא"ש אבל כשמסר גם שובר ליד שליש דאזי אלו מסרו ללוה זכה בגוף החוב במשיכת השובר עיין סמ"ע לקמן סימן ס"ח ס"ק י"ד ובריטב"א שבאס"ז ספ"ק דב"מ דף כף בד"ה אבי' ולטעמי' וא"צ עדים בשטר מקנה כמבואר בסימן קצ"א ס"א ואפילו לפמ"ש בתומים סימן ס"ח סק"ח ובנתיבות סימן מ"ה סק"ב דאין קנין בשטר שאין ממנו ראי' וליכא ע"מ ולפ"ז צ"ל דהך דסימן קצ"א מיירי דוקא בכתב המקנה עצמו מ"מ ה"נ עם השט"ח יש והשובר ראי' דכשיוציא הלוה השובר עם השט"ח אנן סהדי דמיד מלוה בא לידו וכ"ש דא"ש אם מיירי שיש עליו עדים רק דאינם מקוימים דהשט"ח שביד לוה מוכיח דהשובר אינו מזויף וא"כ כשנמסר ליד שליש ע"ד קנין אם יאמר שהוא של לוה יהא של לוה זכה השליש מיד בשביל הלוה ונמחל החוב וכשר מצד עצמו אף בלא טענת הלוה אבל אם

הי' השטר חוב לבד ביד שליש נהי דהימני' והקנה גוף השטר מ"מ החוב לא נקנה א"כ יכול לחזור מהימנותי' על גוף החוב.

ובזה א"ש מ"ש הגמרא יוצא מת"י שליש כשר דהא הימני' דהקשו הראשונים לימא משום מגו דבידו ליתנו ללוה ותירצו אפילו ראו בידו השט"ח מקודם דתו ל"ל מגו וקשה עדיין מי הכריחם דמיירי כן וגם רבא דמותיב לר"נ בפז"ב מניין לו דמיירי כשראוהו כבר וגם אפשר אתיא כרבי דאותיות ניקנין במסירה ולפמ"ש אתי שפיר דא"כ הסמפון למה לן כיון דעכצ"ל דגם השטר יוצא מת"י השליש כיון דהשובר אין עליו עדים אע"כ דכבר נראה השטר בב"ד ומשום דהימני' וא"י לחזור משום דעשה קנין במסירת השובר על גוף החוב ממילא בלא שובר נמי עכ"פ אין כאן חוב בשטר רק מע"פ ומותיב לר"נ דלא הימנה כלל ואף דבב"י ס"ס זה הביא משו"ת ת"א סימן צ"ט דא"ל פירש לשליש זכה לפלוני יכול לחזור וכ"כ נה"מ סימן ר"ז סט"ז וזה הי' בהעלם עין מהח"ס הנ"ל שאני התם דלא מיירי מענין הימני' רק הושלש אצלו ע"ת אם יקוים ותן לכשנגדו אבל לענין הימני' שיהא כמו שיאמר השליש והרי השליש אומר דזה דבר המושלש אצלו כבר הוא של המקבל ע"כ הוי כהקנה לשליש שיזכה בשביל שכנגדו ומיד אם כה יאמר שדבר המושלש הוא של השני דאל"כ א"א שיהא כעד שיאמר השליש. ועיין בה"ט לקמן סימן קל"ח סק"ז בשם מהר"מ מינץ משמע דשליש עכו"ם אינו נאמן ובד"ג כלל ק"ז ס"א הביא מערך שלחן סימן זה שהביא תשובת רשב"ש סימן תס"ב דשליש עכו"ם נאמן ולכאורה הדין כמותו כיון דבע"ת כתב דשליש קרוב נאמן דהוי כנאמן עלי אבא ולעיל סימן כ"ב מבואר דנאמן עלי עכו"ם ג"כ א"י לחזור אחר שהעיד אבל לפי מ"ש דצריך קנין והמסירה ליד שליש הוא הקנין בשביל שכנגדו שאם יאמר שהוא של שכנגדו יהא שלו עכו"ם אינו בר זכי'.

אמנם בנתיבות כאן כתב דמסירה לשליש הוי קני ע"מ להקנות דמהני כדאיתא בנדרים דף מ"ח ולפ"ד גם שליש עכו"ם מהימן וצ"ע אם בעכו"ם מהני קני ע"מ להקנות דהא כל הוכחת רב נחמן שם דקני ע"מ להקנות קני מק"ס וא"כ לפמ"ש הש"ך לקמן סימן קכ"ג בשם מהר"ם מינץ ומהרשד"ם וד"ע דבעכו"ם ליכא קנין סודר ממילא אין ראי' על קני ע"מ להקנות ודיו לבא מה"ד להיות כמותו דהא מסברא ל"מ קני ע"מ להקנות כמו דס"ל לפומדותא בנדרים שם א"כ שליש עכו"ם אינו נאמן זולת כשיש לו מגו עתה.

בסך הממון בש"ך בסק"ה תמה על בע"ת למה יפסל על מה שאין מוכחש דנוטל לעצמו ולע"ד ל"מ כששניהם מכחישים אותו הרי מודה דאתרע נאמנותו וכדאמרינן בכתובות דמ"ד נ"מ לאוריעו סהדי עיי"ש וכ"כ תומים אלא אפילו רק אחד מכחישו מ"מ הא דשליט

א"צ שבועה שנותן לחברו כדין משום דחזקה אא"ח ולא לו כמ"ש בע"ת אבל כשיש טענה עליו דנוטל קצת לעצמו וצריך שבועה חייב לישבע על הכל כמ"ש הטו"ז לקמן סימן צ"ד ס"ו דאפילו סברא דמהני להוציא ל"מ לפטור מגלגול וכיון דצריך לישבע על הכל נפסל מדין שליש כמ"ש בע"ת שם היכא דצריך שבועה אינו כשליש ואפשר הטעם דנולד בו פסול חדש כיון דעד הצריך שבועה פסול מלהיות עד ופסול זה לא הי' בו אף אם הי' קא"פ מ"מ פסול זה לא קבלו מתחילה וכן רחוק ונתקרב.

סעי' ב' דשמא אח"כ בשו"ת בית יעקב סמ"ו כתב בהוחזק השליש לרמאי לא מתרצינן דבורי' בשמא כיון דדין מרומה צריך דו"ח כדלעיל סימן ט"ו ס"ג וכשצריך דו"ח לא מתרצין בשמא כדמוכח בפאד"מ דף ל"א ובפרש"י שם גבי מה דפריך דאס"ד דצריך דו"ח איך אמרינן שמא אחריהו את"ד ואינו מוכרח דשאני הכא דהימני' וסבור וקבל אף דהוחזק רמאי ומה לנו לדרוש ולחקור אם הבע"ד הימנוהו דהא אפילו גזלן מהימן קודם שהוציא השלישות מת"י כמבואר בש"ך ס"ק כ"א ועיין לקמן סימן ע"א בש"ך ס"ק ל"א.

ואם לא הוחזק לרמאי עד אחר שהשלישו אצלו נראה דבטלה נאמנותי' וכן מצאתי בתומים סק"ז דפשיטא לי' הכי והנה"מ סק"ה חולק דגם בנאמן עלי אבא שהוחזק כפרן אח"כ נאמן חזקה אא"ח ולא לו ולע"ד יש לחוש לקנוניא ועיין שבועות דף מ"ב ע"ב וברשב"א ח"א סימן אלף מ"ז וח"ב סימן רמ"ה דלא סמכינן לגבי הדיוט לחוב לו מחמת חזקה זאת אלא דמרשב"א אין סתירה לנתיבות דהתם שאני דיש חזקה כל מה שת"י אדם והוא אומר דשל אחר הוא ובספר קה"י במדות חכמים אות חית כתב דמהרשד"ם חחו"מ סימן קס"ד ובא"ע ס"ס ק"ס דנשתמש בחזקה דאא"ח ולא לו להאמין למצוה מחמת מיתה לחוב להדיוט הוא נגד הרשב"א ולא דק דנידון מהרשד"ם צוה שאין הנכסים של אחרים ולא בא חזקה דאא"ח לסתור חזקה דכל מה שת"י שלו יעיי"ש אבל משבועות מוכח אף במקום דסמכינן אחזקה דאא"ח ולא לו כגון בשכ"מ שהקדיש נכסיו ואמר אח"כ מנה לפלוני בידי מ"מ בבריא חיישינן לקנוניא וליכא חזקה אלא די"ל דקודם שהראה בב"ד הי' לו מגו רק עתה בעמדו לפני ב"ד והראה השטר או החפץ דאין לו מגו דהוי מגו למפרע מ"מ עתה י"ל חזקה אא"ח ולא לו דאיך יעשה קנוניא לפני ב"ד והא דצריך לטעם הימני' דמחמת חזקה דאא"ח לא עדיף מע"א עכצ"ל דהימני' ונאמן כשנים והנתיבות שפיר קאמר אף דאתרע והוחזק כפרן אח"כ מ"מ לא אתרע רק לחטוא לו אבל לחטוא ולא לו לא הוחזק ולקנוניא ליכא חשש בפני ב"ד ולפ"ז אם אחר שהראהו בב"ד נתיחד עם השני קודם שמעיד לזכותו י"ל דאינו נאמן ומ"ש הנתיבות לרש"י דפירש דהוי כהקנה לו כשמסר לידו הרי הוא כשלו ומה אכפת אם הוחזק אח"כ כפרן עיי"ש ל"נ דהא פירש"י

בגיטין דף ס"ד שהאמינו ומסר בידו נתרצה בהבטחתו עליו למחול על ממונו ולהאמין כל מה שיאמר וא"כ כשהוחזק כפרן הרי הבטחתו עליו בטעות לא מבעיא אם נודע שהי' כפרן לפני השלישות אלא אפילו אח"כ וכמ"ש הש"ך לעיל סימן ל"ט סקמ"ט אפילו בקנין גמור שמכר לו איזה דבר בהקמה או לוה עשה לו שט"ח ושיעבד לו נכסיו אם מת הלוה או נודע לו שלא יהא בטוח יכול לחזור בו משמע להדיא אפילו בשעת כתיבת השטר או מכירתו הי' בטוח מבטלין הקנין דלא נעשה רק מחמת שהי' בוטח בו.

הג"ה ואין חלוק לענין שליש בין אם שניהם נתנו בידו בבע"ת שנ"ב ח"ג ס"ז כתב דאיכא מ"ד דוקא אם מודו שהימנוהו תרוייהו לשליש עליהם אבל אם טען המכחישו לפקדון נתתי לא מהימן ביניהם ודחהו בעה"ת מגיטין דף ס"ד דבעל אומר לפקדון נתנו לו דין שליש ועיי"ש גד"ת וכ"כ הרשב"א ולע"ד י"ל נהי דגם לפקדון ע"כ הימני' על כל מה שיאמר מ"מ י"ל דסמכא דעתו שלא ישקר בו והוי אסמכתא וגם בנאמן עלי אבא צריך שיקבל בב"ד וכמ"ש לעיל אלא כשהימני' שניהם עליהם י"ל איידי דבעי לקנות גמר ומקני כמ"ש תוס' פז"ב דף כ"ה בשם ר"ת והובא לקמן סימן ר"ז סי"ג בהג"ה דעת י"א הללו אמנם נ"ז בממון אבל בגיטין ליכא אסמכת כמ"ש רמב"ן בנדרים פ"ג ובריטב"א ובנמ"י שם בשם רא"ה ורשב"א ע"כ אף דהימני' רק הבעל סגי ושפיר מייתי משליש דממון אף דשם השלישו שניהם מ"מ מה דנאמן משום דהימני' על כל מה שיאמר אפילו ישקר רק משום אסמכתא צריך מושלש משניהם א"כ בגט נמי הימני' בעל ואסמכתא לא שייך לכן כשאין לשליש עתה מגו כגון דשכנגדו טוען שמא ל"ל מגו דנתנו לו דמ"מ יודה דא"י והשלישות הוא שטר דאפילו קלי' מ"מ כשלא יכחיש הלוה בברי יחויב לפרוע או אפילו חפץ ונראה כבר באופן דהשליש א"י להטמינו והמכחישו טוען לפקדון מסרתי לו יש מקום להאמ"ד שבבע"ת וגם כשיש לו מגו מ"מ מחויב לישבע כמו אלו טען להד"ם או לקוח וכדעת הש"ך בסק"ה.

סעי' ג' יש להם תרעומות בשו"ת שב יעקב חחו"מ ס"ה נשאל בעובדא בראובן ששלח בנו למדינה אחרת ושם לוה סך מה משמעון בשטר וכשחזר לאביו אמר לו שישלם הוא עבורו ומת ראובן ובא המלוה ותבע מבן ראובן בע"פ מה שנ"ח לו באמרו שנתן השטר ללוי בחיי ראובן באופן שאם יתן לו ראובן סך כך יחזיר השטר ולא שילם ראובן ולוי החזיר השטר שלא כדין ובן ראובן השיב שא"ל אביו ששילם הכל והשיב אם מתחלה הי' רק מע"פ הוי הלוה כא"י א"פ רק כיון שנתן לו השטר י"ל חזקה שליח עושה שליחותו כמו דאיתא בתשובת מהר"ם שהביא הש"ך בסק"כ אך אם השליש מודה שהחזיר שלא כדין בטל הנאמנות כמו דאיתא בסימן ע"א קי"ג עכת"ד הביאו בפ"ת ולא נלע"ד דהא

מבואר לקמן סימן קפ"ה ס"ה בהג"ה דל"מ הודאות סרסור לדברי המוכר לחוב ללוקח וגם אינו דומה לסך דסימן ע"א דשם בטל הנאמנות משעה שהוחזק כפרן ולא למפרע.
אמנם עיקר ראייתו מתשובת מהר"ם אינו מוכרח דשם מבואר עוד דחזקה אינו חוטא ולא לו וא"כ י"ל כיון דהמקבל מהשליש טוען עכ"פ ברי שלא עשה קנוניא עם השליש ממילא חזקה כדין עשה והוי כטוען ברי מכח החזקה משא"כ כאן י"ל דאביו נתן ללוי סך מה שיחזיר לו השטר ועשה קנוניא בשביל בנו דדוקא על הקדש אינו עושה קנוניא בשביל בניו כדאיתא בשבועות וברשב"א הבאתי לעיל ובש"ך סימן רנ"ה ססק"ח ובזה נדחה נמי ראייתו מתשובות הרא"ש וכיון דאינו מחשב אמירת אביו כטענת ברי לגבי בנו ממילא הוי הבן א"י א"פ ומכח זה ג"כ אין להביא ראי' מהג"ה דלקמן סימן קפ"ה ס"ה דשם לא הוי א"י א"פ גם הוי כטוען ברי כיון דאומר שלא עשה קנוניא עם הסרסור ממילא חזקה אא"ח ולא לו ואף דהמני' לשליש והי' לו מגו דאי בעי קלי' אינו מועיל רק לבטל השטר אבל נשאר מע"פ וכמ"ש לעיל דאפילו הי' שורפו הי' למלוה עדיין תביעת חוב בע"פ והלוה א"י א"פ ואפשר בחפץ אין לחוש לקנוניא כשהי' יכול לומר להד"ם או החזרתי דהי' יכול ליטלו לעצמו כולו ולמה יחלוק עם אסר אבל בסטר אינו שוה לו כלום ול"מ סברא דאי בעי קלי' יותר מאלו קלי'.
אלא כ"ז אם המלוה טוען ברי שלא קיבל השליש מראובן כל הסך שציווהו אבל אל"ה גם המלוה א"י דשמא נפרע כדינו והשליח כפר לו ופטור הלוה כדלקמן סימן קכ"א ס"א ועיין לקמן סימן צ"א ס"ב בסמ"ע סק"ז ואפשר גם לש"ך שם ובסימן קכ"א ס"ק כ"ח שאני הכא כיון דבא השטר ליד ראובן אתרע החזקת חיוב ובתומים שם סק"ב כתב דדוקא כשאמרו הפועלים בחייתם דלא נפרעו ועוד נ"ל דהכא י"ל דלא הוי ללוה למידע ואף לפמ"ש בנתיבות סימן צ"א דבעה"ב פשע דלא ה"ל למסרם אצל חנוני מ"מ הכא י"ל דמלוה גרם הספק במה שמסר השטר ללוי ובשלמא כשטוען מלוה ברי הרי מצידו ליכא ספק רק מצד הלוה מחמת שהמחהו אצל אביו אבל כשגם מלוה הטוען ספק הרי גם הוא גרם להסתפק מחמת ששלח את לוי ואפילו במע"פ פטור בן ראובן דיכול הלוה לומר אף שהמחתיך אצל אבי מ"מ אלו היית אומר ברי שלא פרעך אבי הייתי מאמינך אבל עתה גרמת הספק ע"י השליח ששלחת ולא פשעתי כלום.
בשע"מ סק"ג הקשה בהא דלקמן סימן קפ"ה ס"ה דאם ראובן אומר במאה אמרתי למוכרו והסרסור אומר בחמשים נשבע הסרסור ש"ד ואם ידע הלוקח שהחפץ של ראובן יחזיר לו החפץ ואמאי לא מחשב הסרסור כשליש ואף שאין הלוקח יודע מ"מ השליש נאמן כדמוכח כולה סוגיא דגיטין והש"ך רמז לסימן קפ"ה ס"ה וכונתו לזה ובנתיבות

סימן קפ"ה סם תירץ דמיירי דלא אמר השליח בשעת מכירה המוכר ציוה לי למוכרו בחמשים תלינן שמחמת אונאה מכרו בחמשים ואם לא הי' השליח בפנינו היינו מבטלין המקח ועתה אחר שיצא השלישות מת"י רוצה להעיד ללוקח לקיים המקח אינו נאמן ולע"ד דוחק לומר שנתאנה משום מאת שלא ידע אם שוה יותר מחמשים ובירושלמי פרק אלמנה ניזונית ה"ד אמר מכר קרקע שוה מאתיים במנה הוא מופלג וא"כ סתמא הוא בכדי שאין הדעת טועה דלא תלינן באונאה כמבואר לקמן סימן רכ"ז ס"ט ואין להוכיח איפכא מהג"ה שם סכ"ש בדברים שאין בהם אונאה ביותר מפלגא יש אונאה ונימא וודאי לא טעה כל כך ודאי מפני דוחקו עשה וע"כ דגם כה"ג הוי בכדי שהדעת טועה ז"א דנהי דבמופלג אין הדעת טועה מ"מ אמרינן ודאי לא מחל על שיעור אונאה שבמקח זה ונהי דידע ששוה יותר או פחות ומחל מ"מ לא ידע שיש בו אונאה פלגא שהוא שיעור אונאה בזה משא"כ הך דס"ט דידע עכ"פ שנתאנה שיעור אונאה ומ"מ מחל מפני דוחקו י"ל שמחל כל אונאתו דאיזה גבול תתן כיון דחזינן דידע ומחל שיעור אונאה שבדבר זה אבל בסרסור כיון דע"כ לא טעה כ"כ וידע דשוה יותר אי לאו דא"ל מכור בחמשים לא הי' מוכר דחזקה שע"ש וצ"ע בסמ"ע סימן רכ"ז ס"ק ל"ט ולדבריו שם אפשר גם בכדי שאין מדעת טועה דא"צ להחזיר הוא דוקא עד סך דודאי ידע ומחל ועל השאר דנין דין אונאה וביטול מקח ולע"ד דנגד סברא דחזקה שע"ש יש סברא להיפך דאין דרך למכור בפחות משויו דהא בכל אונאה מוציא טהמאנה ולא אמרינן שמא ידע ומחמת דוחקו מחל הרי דאלים סברא זאת אפילו להוציא ממון א"כ שם בסימן קפ"ה דישנו להחפץ הנמכר בעין וטוען המוכר ברי ולוקח שמא מוציאו מידו דל"ל דטענת לוקח הוי כברי מחמת חזקה שליח עושה שליחותו כיון דיש ג"כ סברא להיפך ועיי"ש בש"ך סק"ח ובסימן קפ"ב סק"ד ועוד דחזקה אין אדם מוותר כ"כ ויש ריעותא לפנינו והדמים ראי' לסייע לחזקת מוכר עיין בתוס' ר"פ המוכר פירות דף צ"ב בד"ה וליחזי וה"נ להש"ך חשוב החפץ בחזקת המוכר וגם נגד ראי' לא הימני' וראי' לזה ממ"ש הרמב"ם פי"ג משכנים ה"ב אמר הלוקח כן הוא והערמה עשינו ומכירה היא בכו"כ קניתי' נשבע בנק"ח ונוטל כדין השלוחין ויראה לי שצריך לטעון דמים שהן ראויין או יתר מעט אבל אם אמר על שוה מאת במאתיים קניתי אינו נאמן וכתב ה"ה וא"ת שאין אדם חשוד על השבועה ומתוך כך נאמינהו וכו' חזקה אין אדם קונה שוה מנה במאתיים יעיי"ש בלח"מ הובא בקה"י במדת חכמים אות חית סימן צדיק.

סעי' ז' אשה הנו"נ עס"ך כתב אף דאין לה מגו עתה נאמנת מתורת שליש כיון דהימנת ולפמ"ש ריש הסימן דאין שליש נאמן בלא מגו עתה רק אם נעשה קנין כשנמסר לידו

דהוי כאומר לו זכת לפלוני אם תאמר שהוא שלו וא"כ לדעת רא"ש בעירובין פ"ז ס"ח דא"י לזכות לאחר ע"י אשתו דידה כיד בעלה וכן הובא דעתו בש"ע א"ח סימן שס"ו ס"י א"כ בחיי בעלה אין לה קנין ולאחר מותו אין קנין לאח"מ ודין זה דכאן מיירי ביתום קטן כמבואר בשו"ת הרא"ש סימן ס"ח וא"י לזכות לאסר על ידה וכיון דיכול לחזור כשהי' בחיים ממילא כשמת בטלה הנאמנות ושליחות כדאיתא בהגוזל דף ק"ד ע"ב ובפרש"י שם בד"ה שכיב.

וגם לפמ"ש הנתיבות בסק"ה דנאמנות השליש דהוי כקני ע"מ להקנות מ"מ כיון דאינו מקנה לה במתנה גמורה הוי רק כשאלה דיד אשה כיד בעלה ואינה קונה כמ"ש תוס' בהזורק דף ע"ז ע"ב בד"ה מה.

לכן נראה דדוקא בהי' לה מגו כשאמרה בפני ב"ד והא דלקמן סימן ס"ב דבכתבה לאחרים שטר הודאה שה שהנכסים שלהם יכול הבעל להכחיש זולת בידוע שיש לה משל אחרים נלע"ד דכתבה שלא בפני ב"ד אבדה מגו דלקוח כדלקמן סימן ע"ב סח"י בהג"ה ובסימן קל"ג וה"נ אף דנאמנת לומר שלי הוא דבעלי נתן לי מתנה כדאיתא בא"ע סימן פ"ה מ"מ כיון שנתנה שטר הודאה לאחרים שלא בפני ב"ד אבדה המנו וגם ל"ל ענו דהיתה נותנת לאחרים בשעת כתיבתה דהא הודאתה היתה שאחרים נתנו לה שתתן לפיה מהנכסים מה שתרצה רק כשירצו יטלו ממנה הנכסים א"כ רוצה שיהיו הנכסים אצלה להנאתה ומגו דהן שלה או שתטמינם אבדה כשכתבת שטר שהם של אחרים דהוי כראו אצלה חוץ לב"ד וכמ"ש בשו"ת רא"ש סימן ק"ו ס"ב כשכתבה דהחפצים מעכבת בשביל חוב ואף דכתב שם משום דצריכה שבועה כבר כתבו באחרונים לקמן סימן ע"ב דל"ד משום השבועה עיי"ש בתומים ס"ק ל"ה גם י"ל דאינו מגו לומר בעלי נתן לי במתנה דא"י להעיז בפני בעלה אף דבמקום אחר אמרינן מגו דהעזה להרויח ממון העזה בפני בעלה שאני כמ"ש הב"ש סימן פ"ה וכשכתבה הודאה לאחרים לא הי' בפני בעלה.

ולפמ"ש בס"ס פ"ב וס"ס רנ"ה לחלק בין הפה שאסר לשאר מגו ה"נ א"ש דכתבה כל מה שתחת ידה שהוא של אחרים ודאי הבעל או יורשיו יצווחו עלי' אפילו תתן לאחרים ומוכרחת לטעון שהם של אחרים משא"כ בהך דהיתום קטן ואינה נותנה כל העזבון רק מקצת ובידה להעלים וליתן שלא ידע אדם הפת שאסר ואמרה שיש ת"י הוא שהתיר שהוא של אחר ומהני נגד חזקה שכל מה שת"י שלו כיון דהחזקה על פי' וגם בדדמי אין חשש כיון דאי בעי שתקה.

במגו עמ"ש הנתיבות ועיין מ"ש עליו בס"ס רנ"ה

סימן נז

אבל מותר וכ' והוא שיכתוב שובר והש"ך חולק דמותר גם כשאינו כותב שובר ובק"נ בפ"ב דכתובות דחה דברי הש"ך מהא דאמר בפא"נ דס"ח לית הלכתא כשטרי מחוזנאי דזקפי רווחא אקרנא דאף דדעת המלוה שלא ליטול ריוח רק אם ירויחו מ"מ שמא ימות ונפול קמי' יתמי עיי"ש ס"ק ל"ה וכן הקשה תומים ולא ראו דברי ריטב"א שם דהאיסור דנראה כרבית ור"ל משום דאפשר שימות ויפול השטר קמי יתמי ויגבו הכל אף אם לא יהא ריוח וחשש גזל לא אכפת לנו כיון דהוא מרצון הלוה או כיון דהמלוה עושה כן מחשש שהוא לא יבא לפסידא וכמ"ש הריטב"א שם דאם כתוב גם הריוח בכלל קרן לפעמים הי' מגזם והי' מפחידו מכח שטרא א"כ אין בזה עולה דמה חזית דדמי דהנהו סמיק טפי וכן כאן בשטר פרוע קצת אם משתהו בלא שובר כדי שיפחד הלוה וימהר לשלם אין עולה דמה חזית לחוש להפסד לוה או באי כחו ולא לחוש להפסד מלוה ולפ"ז נ"ל דאם אין קפידא למלוה שלא לכתוב שובר מחשש דלא יפרענו הלוה מהרה אזי צריך לכתוב על גבו או ליתן שובר וכדעת המחבר אבל אם חושש שלא ידחהו הלוה מלפרוע השאר כשלא יפחד מלהניח השטר של מנה על חמשים אזי הדין עם הש"ך דא"צ ליתן שובר ואפילו הלוה צווח.

סימן נח

סעי' א' אם לא נתנם לו בפני עדים בש"ס מבואר דמגו די"ל להד"ם י"ל סטראי והקשה הרא"ש בשה"ד דמה צ"ל מגו והא חזקה שטרך בידי מה בעי ותירץ דחזקה לא שביק אינש מלוה בשטר ופרע מע"פ לכן צ"ל מגו והקשה בשע"מ סק"א א"כ אף כשפרעו סתם לפני עדים להימן המלוה לומר סטראי ננהו משטר חוב אחר שהי' לי עליך והחזרתיהו לך ול"ל דאה"נ דא"כ גם כשאומר מע"פ פרעת לי ליהמן במגו דמלוה בשטר פרעת וצ"ל דס"ל לרא"ש דכשפרע בפני עדים סטראי טענה גרועה דאתרע שטרא כיון שעדים ראו הפרעון ויכול לומר דלכך לא נטל שטרו דסמך אדע על העדים משא"כ בלא עדים קשה שפיר למה צריך מגו והוכרח הרא"ש לתרץ דמיירי בטוען סטראי ממע"פ ולפ"ז ביורשים שראו הפרעון שפרע לאביהם שלא בפני עדים לא אתרע שטרא דתלינן הפרעון מחוב שבשטר אחר וגובין בשבועה שלא פקדנו משום חזקה שטרך בידי מה בעי עיי"ש ואינו מוכרח דמ"ש דסמך אעדים וליכא חזקה שטרך בידי א"כ לעולם יהא לוה נאמן לטעון פרעתיך בפני עדים והלכו למדה"י או מתו אע"כ דאין זה טענה דה"ל למיסק אדעתי' דלמא מייתי עדים אי אזלו למדה"י כמ"ש תוס' ורא"ש בגיטין דף ס"ד בהא דשליש נאמן

דהא הימני' ואפילו אומר הבעל שנתנו לו בפני עדים מ"מ סמך עליו דזימנין דמייתי סהדי או אזלו למדה"י ועיקר קושיית השע"מ ל"ק דכשפרעו סתם בפני עדים מהיכי היתי להאמין למלוה שפרעו אשט"ח אחר דשטרך בידי מה בעי דהא ע"כ העדים אומרים שלא ראו שהחזיר לו שטר אז א"כ איך פרעו והניח שטר האחר ואם כן כמו שפרעו על שטר אחר והניח שטרו כן י"ל דפרעו שטר זה והניחו דמה לי זה או אחר ול"ל דמלוה החזיר לו שטר האחר לפני הפרעון שלא בפני העדים דיותר סברא דהאמין לוה למלוה משיאמין מלוה ללוה כדאיתא בפרק המפקיד דף ל"ה וא"כ א"א לומר דודאי לא פרע אשטר זה דלא הי' מאמין למלוה להניח השטר אצלו אלא פרע אשטר אחר והמלוה האמין ללוה והחזירו לו לפני הפרעון וא"כ ביורשים שראו שפרע הלוה לאביהם ודאי אתרע שטרא דל"ל בהו מגו דלהד"ם דאינם טוענים ברי והן עצמן עידי פרעון.

ומה שהביא ראי' ממ"ש רמב"ן דנגד ע"א א"צ שבועה ואם א"נ סטראי רק במגו דלהד"ם הל"ל כמו דבהחזרתי מגו דנאנסו צריך שבועה ה"נ במגו דלהד"ם כמו שהי' צריך לישבע על להד"ם עיי"ש ואינו מוכרח דבנאנסו צריך לישבע מן התורה משא"כ כשטוען להד"ם נגד ע"א מן הדין א"צ לישבע רק להפיס דעתו כיון דבהדיא מסייע לי' ע"א אבל כשטוען סטראי והע"א א"י ואפילו בשני עדים אינו ודאי רק אתרע שטרא ולא קרעינן לי' א"כ א"צ להפיס דעתו וכמ"ש רמב"ן דמפויס ועומד הוא ומ"ש דא"כ איערומי קמערים עיין תומים סק"ט.

ומ"ש מדהקשה רמב"ן על ר"י הלוי דס"ל בנתן לו בסתם בפני עדים י"ל סטראי במגו דמתנה והקשה עליו דהוי מגו להוציא וא"כ איך בלא עדים נאמן במגו דלהד"ם וע"כ דסטראי טענה טובה מצד עצמה ובגמרא דאמר במגו דלהד"ם לשון מושאל עיי"ש ודאי לא נדחה פשטות לשון הגמרא בדוחק כזה משום קושיא ושערי תירוצים לא ננעלו תדע דרמב"ן גופא הא ס"ל בשטר אמרינן מגו להוציא כמ"ש הש"ך בשמו סימן פ"ב ס"ק כ"ט אלא צ"ל היכא בלא טענת מלוה ולוה כגון אם הוציאו שטר יורשים על יורשי לוה שמת אחר מיתת המלוה הי' גובה בשטר רק עתה דלוה טוען פרעתיך ואם יכחישו מלוה להד"ם אין ספק לב"ד דסלק טענה נגד טענה ונשאר השטר בתקפו ה"נ בטוען סטראי במגו דלהד"ם המגו רק לסלק טענת הלוה וממילא גובה בשטרו משא"כ כשיש עדים שנתן לו מעות אפילו בלא טענת לוה הוי ספק לב"ד מחמת העדים ולא הוי טוענין ליורשי מלוה דמתנה הוא דלא שכיח ליתן מתנה ולישאר בע"ח וכמ"ש הרא"ש בשבועות דף מ"ב ואפילו לפוסקים דטענינן ליורשים מלתא דל"ש היינו להחזיק דהוי כמו טענת ברי אבל להוציא לא ואפילו בשטר כדלקמן סימן ע"ב סל"ד ובש"ך שם ס"ק קמ"ב הביאו

בשע"מ כאן וא"כ הוי השטר בטל בלא טענותיהם רק אם טוען המלוה דמתנה הוא מהני לו בזה לא אמרינן דליהמין במגו דהוי מגו להוציא כיון דבלא טענה ובלא מגו בטל השטר ול"ה כגבוי אפילו בלא טענת לוה ועיין לקמן סימן ע"ב סכ"ט ובש"ך שם ס"ק קכ"ו דמלוה בשטר ומשכון אם טוען המלוה ברי דנאנס המשכון ולוה מכחישו בברי גובה המלוה חובו בשבועה ומ"מ ביורשים שא"י אם נאנס אף דלוה ג"כ א"י ויש שטר פטור כמבואר שם סל"ד דלא טענינן ליורשים ליטול ה"נ כשיש עדים שנתן לוה מעות למלוה סתם כשטוען המלוה מתנה היו נאמן לדעת ר"י הלוי ומ"מ ליורשי מלוה לא טענינן שמא מתנה הי' דל"ש.

ובזה עלתה ארוכה לקושית כנה"ג דמגו להוציא בשטר אמרינן דהוי כגבוי ולמה כתב הר"ן בפרק שה"ד שם אם תבעו לשלם לו מה שעדים מעידים שראה שמנה לו מעות נאמן לומר שנתן לו במתנה ובמוציא שטר על חברו ולוה מביא עדים שמנה לו מעות סתם אין יכול להוציא ונאמן שבפרעון נתן לו והרי בשטר הוי כגבוי והובא בתומים בכללי מגו סק"ח ולפמ"ש א"ש דשטר הוי כגבוי רק היכא דניתן לגבות מעצמו בלא טענת המלוה דאפילו יורשים גובים בו לכן אם בא לוה לאוריעו שטרא באיזה טענה מועיל מגו למלוה לסלק טענת לוה משא"כ במנה לו מעות בפני עדים דכה"ג יש ספק לב"ד בלא טענותיהם ויורשים לא גבו ע"כ ס"ל לר"ן דגם כשמלוה טוען ברי במתנה נתן מ"מ כיון דלוה מכחישו סלק טענת שניהם ובשטר עצמו א"א לגבות ואפילו מיורשי לוה י"ל ס"ל לר"ן דלא גבה מלוה ואינו נאמן לומר מתנה הי' דטוענין ליורשים הוי כברי ועוד כיון דבשטר עצמו זולת טענת המלוה אין גובים דלא תלינן במתנה ויש ספק לב"ד ואתרע חזקת שטר א"כ אינו נאמן לטעון מתנה הי' ולהוציא וצ"ע בהך דסימן ע"ב דסכ"ט וסל"ד כיון דליורשים לא טענינן שנאנס המשכון ופטור הלוה אפילו בשטר למה נאמן המלוה לומר שנאנס ולהוציא ואפילו בלא שטר כשיש עדים שלוה ולא פרע כמ"ש הש"ך שם ואם דהמשכון אינו פרעון רק חוב על המלוה וזה גובה וזה גובה לכן נאמן המלוה לומר שנאנס לפטור עצמו א"כ גם כשמת נטעון ליורשים שנאנס לפוסקים דמלתא דלא שכיח טענינן ליתמי לפטור ומצאתי בקצו"ח שם ס"ק ל"ז הרגיש בזה וכתב דה"ט משום דלא טענינן מלתא דל"ש ליתמי ולפוסקים דס"ל דטענינן ה"נ היו גובים כיון דזה גובה וז"ג הוי לפטור.

שלחם לו ע"י שליח בתומים ססק"ב כתב דאפילו יש עדים דמשלח אמר להדיא על אותו חוב כמבואר דהזכיר לו שטר מ"מ י"ל סטראי ואפילו למהר"ם ורוב פוסקים דמיירי דשליח לא פירש דנותן על תוב אחר רק נתן סתם עיי"ש ולדידי צ"ע דכל נאמנות המלוה

במגו דלהד"ם דמגו להוציא בשטר אמרינן והתומים גופא בכללי מגו סק"ח כתב משום דחזקה שטרך בידי מה בעי מסייע למגו וכאן דמעידים שציוה המשלח ליטול השטר ליכא הוכחה זאת ומ"ש התומים כמבואר דהזכיר לו השטר אינו מוכיח דמיירי שיש עדים דאפשר דשליח מודה ואהני הודאתו לחייב א"ע ולא נגד המלוה דאמרינן מסתמא לא הי' מעוות שליחותו דחזקה שליח עושה שליחותו ודאי עשה כמו שציוהו המשלח ולא ציוהו ליקח השטר א"כ יש למלוה חזקה שטרך בידי מה בעי אלא לפמ"ש בנתיבות סק"ג דשליח כשליש דאפילו עדים מכחישין אותו אמרינן דאח"כ שלא בפני עדים אמר לו המשלח ליתן על חוב אחר עיי"ש ה"נ י"ל דל"מ עדים כיון דלפי דברי העדים עיות השליח לכן מיישבין שלא יהא הכחשה דאח"כ אמר לו המשלח שיתן על חוב אחר ואף דשליח אומר עתה שלא אמר לו המשלח אח"כ לא מהמנינן לו לחוב למלוה וא"כ כשעדים מעידים שלא זזה ידם מהמשלח וכה"ג פטור הלוה מלשלם שנית אח"כ מצאתי בדרישה כאן שכתב בשם רש"ל ז"ל פירוש שהוא מודה לו אבל אם זה הביא עדים שכך אמר לו חוזר על המלוה ומוציא ממנו שבגזלה בא לידו אם לא שהמלוה הוציאם ואין לו במה לשלם שאז משלם השליח עכ"ל ועיי"ש בדרישה.

חייב השליח לפרוע למשלח הקשו בנתיבות ושע"מ כיון שיש למלוה מגו דלהד"ם מוכח דאומר אמת דחייב לו לוה חוב אחר ומה הפסידו שליח ומכח זה הכריח בשע"מ דל"מ מגו של אחר רק כשבע"ד טוען ברי ואינו מוכרח דהא הרא"ש בשה"ד כתב ז"ל אמאי צריכינן להאי מגו ולא מהימן סטראי בלא מגו דלהד"ם דמ"ל טענה סטראי ומ"ל טענה דלהד"ם וצ"ל דטענת סטראי אינה ברורה ומחוורת דחזקה לא שביק אינש מלוה בשטר עליו ופרע מע"פ הלכך כשיש עמו מגו דלהד"מ טענה בריאה היא ומגבינן בהאי שטרא עכ"ל א"כ גם עתה די"ל מגו אינו ראי' דאומר אמת דיש נגדו חזקה רק כיון דנגד חזקה זאת יש מגו ממילא גבי בשטרא משום חזקה דשטרך בידי מה בעי ובריש ב"ב מבעיא במגו במקום חזקה וא"כ הכא בשלח ע"י שליח ומודה שליח דהזכיר לו המשלח שיטול השטר הרי אין שום הוכחה מחזקה דשטרך בידי נגד המשלח רק דמלוה טוען סטראי ומהימן דשליח אינו נאמן לחוב לו ואמרינן סתמא לא עיוות וחזקה שע"ש והמשלח לא הזכיר לו השטר ויש למלוה חזקה דשטרך בידי נגד הלוה אבל לפי הודאות שליח למשלח ליכא לחזקה כלל וכיון דהמגו לבד ל"מ רק לעמוד נגד החזקה דלא שביק אינש מלוה בשטר עליו ופרע מע"פ הוי השליח נגד המשלח כא"י אם פרעתיך דודאי נתן בידו ומסופק אם החזירו דהא אם א"ל חייב חוב אחר לא החזירו וגם דברי סמ"ע שבסימן קכ"ה ס"ק י"ט א"ש וא"צ לדוחק שנדחק הנתיבות כיון דמגו להוציא ל"א ל"ה כאן המגו

הוכחה דמלוה אומר אמת כיון שהוא להוציא רק מתני למלוה בשטרו דכגבוי דמי עיי"ש ולא נ"ל כלל כיון דלפטור מהני מגו הוי הוכחה שפיר לפטור את השליח ונהי להוציא ל"מ דלא עדיף מרוב וכדומה אבל לפטור סמכינן אמגו דקושטא הוא ותועיל לשליח לפוטרו ואף דכיון דשליח מודה דמשלח הזכיר לו את השטר א"כ לא שייך חזקה דלא שביק אינש מלוה בשטר ופרע מע"פ הא דאמר בכתובות דף פ"ה הטעם דנאמן לומר סטראי מגו דלהד"מ היינו משום דמלוה טוען סתמא הלוה שלח לפרוע המע"פ אלא דדברי רא"ש צריך הבנה כיון דאף אם הלוה נותן על השטר יכול המלוה לומר אחר שקבלן סתם אני מעכבן בעד מע"פ כמבואר לקמן ובסימן פ"ג א"כ מה חזקה יש ועכצ"ל דאם הי' יודע הלוה דחייב עוד מע"פ ה"ל למידע דודאי יעכב המלוה המעות בעד מע"פ וה"ל ליזהר טפי הרבה שלא ליתן המעות עד שיטול השטר וכן מצאתי בתומים ס"ק י"ג וא"כ ה"נ כששלח ע"י שליח אם איתא דחייב עוד מע"פ הוי מודיע לשליח דודאי יעכב הפרעון בשביל מע"פ אף אם המלוה כשר וישר משא"כ כשאין השליח יודע ממע"פ אין לו ליזהר רק אם אינו בטוח במלוה שהוא גזלן לתבוע בחנם ופשיעת השליח אינו רק כיון שהזכיר לו הלוה השטר ה"ל לדקדק אם אין המלוה גזלן או ליטול השטר קודם וכמו שפירש"י בכתובות שם לתקוני שדרתיך וה"ל לדקדק בתקנתי וכיון דלפי טענת הלוה הוי המלוה גזלן ולא דקדק השליח ופשע אבל אי באמת חייב עוד מע"פ לא הוי הלוה סומך והוי מודיע לשליח או אפשר דלא הי' סומך על השליח כלל בזה דהא באמת אף דמשלח שלחו לפרוע השטר מ"מ רשאי השליח לפרוע המע"פ דשדר"נ וא"כ אפשר יפרע השליח על מע"פ דניכרין דברי אמת וכ"ז לא הצרכנו רק לרא"ש אבל בע"ת בלא"ה כתב דסטראי טענה גרוע כיון דהפרעון ודאי וחוב אחר ספק אין ספק מוציא מידי ודאי ובנתיבות סק"ז כתב דגם רא"ש מודה לטעם זה רק דל"ש כי אם דידוע הפרעון אבל כשפרעו בלא עדים ל"ל דהפרעון ודאי וכן צ"ל דהא הטור בסימן פ"ג מביא דברי בע"ת וא"כ הכא דשליח יודע הפרעון הרי אצלו הפרעון ודאי והחוב אחר ספק ונהי דיש למלוה מגו מסתיין שיעמוד נגד הודאי שלא יהא עדיף מן הספק תדע דהא אלים האי סברא דעומד נגד חזקה דשטרך בידי מה בעי לולא המגו וחזקה שטרך בידי אלים ממגו דמגו להוציא לא אמרינן.

עיין נתיבות סק"ד ועיין תוס' פחז"ה דף נ"ד ע"ב בד"ה וישראל בסה"ד שכתבו ונראה דשרי וכו' ובהג"ה שם וש"ך לקמן סימן קס"ג ס"ו ס"ק ח"י וסמ"ע סימן שפ"ח סס"ב סק"י ובחידושי לקמן סימן קס"ג ס"ו ובסימן קס"ב ס"א.

כתב בשע"מ בסק"ג דהיכא דשליח משלם למשלח נראה דא"צ המשלח לישבע שאינו חייב לבעל השטר חוב אחר בע"פ דאין נשבעין על טענת ספק ול"ד לשבועת מועלים בסימן צ"א ושבועת המלוה בקכ"א דצריכים לישבע וליטול עפ"י הכחשת החנוני והשליח דשא"ה דיש חזקה דשע"ש כמ"ש רשב"א בקדושין דמ"ג או משום דמשלם שני תשלומין ואחד מהם ודאי בחנם משא"כ הכא דהשליח פשע וחייב לשלם מדינא א"י להשביע המשלח בספק ע"י טענת בעהש"ט שהוא נוגע בדבר והוי כא"י א"פ דנוטל המלוה בלא שבועה וכ"מ מסתימת הפוסקים עכ"ל ולי צ"ע ממ"ש הרמ"א בסימן קע"ו סל"ו דשם לתנייהו כל הנהו טעמי וגם הלוה נוגע בדבר ומ"מ חייב שותפו שבועה על ידו ול"ל דשותפין שאני דגם בספק משביע דא"כ למה כשלוה עכו"ם אין על השותף רק חרם סתם כיון דעכ"פ ספק הוי א"כ ישבע כשאר שותף אע"כ דלאו שבועות שותפות רק מכח טענת הלוה הוי כברי וא"כ מה התם דהוי לפטור כ"ש הכא דמשלח בא ליטול ומפרט לפמ"ש השע"מ גופא לעיל די"ל דמלוה ודאי קושטא קאמר דאית לי מגו וכ"כ הנתיבות אלא דל"מ מגו שלא לפטור את השליח עכ"פ יהא כרגלים לדבר להשביע את המשלח וכמבואר לקמן סימן ע"ה סי"ז בהג"ה וכ"ש הכא דיש רגל"ד וברי של המלוה ואחד ודאי נוטל בחנם או משלח או מלוה ומשלח בא ליטול מכל הלין טעמי ל"ד למ"ש הש"ך לקמן סימן קכ"א ס"ק מ"ו ומ"מ דברי רמ"א בסימן קע"ו שם צל"ע מהך דתה"ד שהביא ש"ך בסימן קכ"א ס"ק מ"ו וממ"ש רע"א גופא בסימן ע"ה בסכ"ג ודוקא שאותו שאומר מפיו אינו נוגע בעדות ומצאתי בביאור הגר"א בסימן קע"ו עמד בזה והניח בצ"ע ולעד"נ דבסימן קע"ו מבואר דלוה פרע מקצת החוב ומעכב השאר וא"כ יש מגו ללוה דאי בעי הי' כופר בכל דאע"ג דאמרינן ריש ב"מ מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע וא"נ במגו דכ"ה משום דאינו מעיז היינו לפטור משבועה ל"מ מגו דהעזה אבל בממון הוי מגו כמ"ש הראשונים הביאם ש"ך בכללי מגו סק"ו לכן הוי כטענת ברי ויכול להשביע עפ"י הלוה דרגל"ד ע"י המגו וכמ"ש וא"כ ה"נ ואף לפמ"ש לעיל דנגד המגו יש סברא להיפך דאין מניחין הודאי חוב שבשטר לומר ספק יש עוד חוב ופרע עליו מ"מ כיון דמשלח בא ליטול ומלוה נטל ג"כ ואחד ודאי נוטל בקנס מן השליח צריך לישבע דהוי כטענת ברי וכמ"ש בסמ"ע לקמן סימן ע"ו סק"ו ובש"ך שם סק"ד כה"ג ואע"ג דבש"ך סימן קכ"א ס"ק מ"ו ובסימן קכ"ו ס"ק נ"ו וס"ק ע"ד כתב דאין משביעין על טענת שמא ע"י צירוף טענת ברי של אחר זולת אם ודאי בא המעות לידו היינו לפטור אבל כשבא ליטול ודאי מצרפינן כמבואר בסימן קנ"א ס"ט ובסמ"ע שם ס"ק כ"ב ובש"ך שם ס"ק מ"ט.

סעי' ד' קבל ושתק עמ"ש לקמן סימן פ"ה.

סימן נט

והמלוה אומר א"י צ"ע בתוך זמן פרעון ועיין ש"ך לקמן ריש סימן ע"ח ולע"ד בשטר גובה כיון דחזקה אא"פ תו"ז ומהרי"ט בחא"ע סכ"ו כתב חזקה דאתיא מכח סברא כגון חזקה דא"א פורע ת"ז חשיבא כעדים עדיף מרובא ומפקינן ממונא והובא בקה"י בחלק מדות חכמים אות חית וברפ"ב דכתובות מבואר כיון דרוב נשים בתולות נשאות כברי ושמא דמי א"כ הכא דכל הריעותא דלוה טוען ברי ומלוה טמא והרי כיון דרוב אין משלמין תו"ז הוי להיפך נמי כבו"ש וא"כ בשלמא במע"פ כיון דטענת מלוה ולוה שקולים אינו גובה משא"כ בשטר כיון דכשטוענים שניהם ברי או שמא גובה ה"נ גובה ובתומים ריש סימן ע"ח כתב דאם תובע גופי' טוען שמא דה"ל למידע שמא כזו מגרע חזקה ה"ל כמו אם נאבד השטר דאפילו תו"ז לא יחזיר כמבואר בסימן ס"ה דאתרע ומכ"ש ריעותא כזו דא"י אם קיבל פרעון וליתא לחזקה כלל עכ"ל ובאמת אינו ראי' מנאבד דשם ליתא לשטרא בידי' וליכא חזקה שטרא בידי מה בעי.

סימן ס

סעי' ב' בהג"ה או שלא נתן קצבה לשנים בש"ך סקי"א הקשה דבשו"ת רשב"א איתא להדיא איפכא דמי שנתחייב בקנין לתת לחבירו מנה כ"ז היותו סופר אעפ"י שאין השנים קצובות מיקרי קצוב אף להרמב"ם ולע"ד דשאני מתחייב לזונו בעד סך קצוב וכה"ג דהמחיר שנטל לא יתרבה וחיובו אפשר יתרבה ולא גמר ומקנה משא"כ אם ירבו השנים ירבו עבודת הסופר והרי סבר וקבל ליתן בעד עבודת שנה מנה וגמר ומתחייב ואם יאריך ימים הרי יהא שוה כל מה שיתן ול"ד לפסק לזון בת אשתו דהמחיר שוה בין יתיקרו המזונות א"ל וכאן דקאי על מתחייב לבד לא לסופר וכדומה שפיר כתב רמ"א דמיקרי אינו קצוב.

ובזה י"ל מ"ש הרמב"ם פכ"ה ממלוה באומר ערב אני לך על כל מה שילוה יראה לי דל"ה ערב והקשה מהריב"ל למה תלה ביראה לי והא פסק רבותיו הוא דל"מ חיוב בדסא"ק וע"כ ר"ל דרבותיו מודו בערב דכמו דמסלק אסמכתא בהנאה דמהימן לו ה"נ מסלק מה שאינו קצוב עיין לח"ם שם ולפ"ז גם מעכשיו ובד"ח יועיל בדשא"ק ורבותיו סתמו משמע דבכל ענין ל"מ ולפמ"ש א"ש דבערב משתעבד בהנאה דמהימן לו המלוה זה מחירו וברבות הממון שמלוה יתרבה הימנותי' ויתרבה הנאתו ע"כ גומר ומשתעבד

אפשר לרבותיו רק הרמב"ם יראה לו שלא לחלק בכך דל"מ הנאה דמהימן לו רק לסלק דבר אחד לא לסלק אסמכתא וגם דבר שאינו קצוב כמ"ש בסמ"ע סימן קל"א ס"ק כ"ה ולפמ"ש דבערב י"ל דהוי כקצוב נסתר מחמתו מה שהוכיח השער מלך פי"א ממכירה ה"ב כהלחם רב דאסמכתא ודבר שאינו קצוב לאו בחדא מחתא ואילו מה דמהני בדשא"ק לרבותיו של רמב"ם כגון בשעת נישואין מ"מ אסמכתא לא קני דלא כהמל"מ והוכחתו מדכתב הרמב"ם פכ"ה ממלוה דין ח' דערב על תנאי לא משתעבד ובדין י"ג בערב ולא קצב יש מגאונים הורה דנשתעבד עיי"ש בשע"מ בד"ה האמנם שסיים שהוא ראי' שאין עלי' תשובה ולפמ"ש אינו ראי'.

לא נשתעבד לרמב"ם בבע"ת שער ס"ד הקשה שם רמב"ן מפרק הנזקין דפירות ושבח גובה מב"ח אף דאינן קצובין ומה שדחה הרב ז"ל משום דאחריות ט"ס וכי יפה הטעות ממפרש ואין טעות זה של סופר אלא שפירש באחריות אני לוקח ועוד לשמואל דאחריות לאו ט"ס ואמר אימלך וכתוב שופרא ושבחא איך משתעבד ועיי"ש והוא פליאה איך יעלה על הדעת לתרץ משום ט"ס ונלע"ד די"ל לפי המבואר בחו"מ סימן ר"ז בהג"ה וכן בהגהות אלפסי באלמנה ניזונות דבמתנה דברים שבלב הוי דברים אבל במכירה ל"ה דברים אף שהדעת נוטה שכן היתה כונתו וע"כ י"ל אף דבאינו קצוב הדעת נוטה דאינו מקנה בלבו מ"מ הוי דברים שבלב ול"מ רק במתנה אבל במכירה אזלינן בתר דעת לוקח וכמ"ש ג"כ כה"ג במרדכי פ"ב דקידושין גבי ההוא דזבין ארעא אדעתא למיסק לא"י דדברים שבלב ל"ה דברים דאנן בתר דעת לוקח אזלינן אלא דתינח כשפירש בפיו ל"מ דברים שבלב לסתור דברי פיו אבל אחריות דמשתעבד אף שלא פירש משום אומדנא דודאי מתחייב וכיון שאינו קצוב נימא אדרבה לא גמר בלבו להשתעבד לזה תירץ הרב דאחריות טעות סופר אבל היתה תנאי מפורש ואף לרמב"ם וש"פ דס"ל דאחריות ט"ס אף כשלא הותנו בע"פ כמבואר לקמן ריש סימן רכ"ה מ"מ ה"ט דאכן סהדי דלא שדי זוזי בכדי הוי כהותנו להדיא אלא דל"ת דאחריות שבח ופירות הוי חיוב חנם דלא לקח רק הקרן וזה מחזיר בלא"ה והוי נמי כמתנה על כן אמר דאחריות ט"ס גם בשבח ופירות ע"כ גם זה אינו כמתנה דבמתנה אחריות לאו ט"ס.

ובמל"מ פ"א ממכירה בשם מוהרש"ח דעד כאן ל"ק הרמב"ם רק במתחייב בלא מחיר ותירץ בזה קושית רמב"ן מפירות ושבח דגובין מב"ח וכתב בקצו"ח דלא הועיל דהרי הרמב"ם כתב פכ"א ממלוה גבי מתנה דאם קיבל הנותן אחריות המתנה בע"ח גובה את השבח והיינו משום דיש לו על מי לחזור הרי דמשתעבד באחריות השבח גם במתנה והנלע"ד לפמ"ש במל"מ פי"א ממכירה דאם קנס עצמו אם יעשה כך וכך יתן מנה

מחציתו להקדש וחצי לחברו כמו דלא איכוין להקדש באסמכתא ה"נ ודאי גמר ומקני להדיוט והביא כן מתשובת רשב"א בנתן מחציתו ערבון ומתשובת רמב"ן הובא ביתה יוסף סימן רי"ב באם שייר לו ולחבירו אמרינן כמו דלעצמו שייר בעין יפה גוף לדירה כן שייר לחבירו כיון דבב"א שייר עיי"ש וא"כ ה"נ בדבר שא"ק דהוי כאסמכתא מ"מ כיון דנתחייב על קרן ושבח כמו דעל הקרן גמר ומשתעבד דקצוב הוא כן על השבח רק במכר י"ל דל"ד להך דתרוייהו חיוב קנס וכן בשיור דירה תרוייהו חד נושא דשם שיור חד כמו דלעצמו שייר בעין יפה כן לחבירו אבל אחריות הקרן אינו חיוב חדש כלל רק מעותיו שנטל מחזיר ומפרט בנגזל דהוי מקח טעות ומעיקרא מעות הלואה ננהו דאפילו לשמואל דצריך לימלך על שעבוד לשבח מ"מ לענין נגזל שטרפה א"צ לימלך על הקרן רק על השבח כמ"ש תוס' בפ"ק דב"מ די"ד ד"ה שעבוד וא"כ ל"ל כמו דעל הקרן מתחייב בכל לבו כן על השבח דעל קרן לא מתחייב כלל ע"כ הוכרח לתרץ דמחמת מחיר כסף גם לרמב"ם משתעבד אבל במתנה בלא"ה ל"ק כמ"ש.

ובזה יתיישב קושית רשב"א בת"א ספ"ט על הרמב"ם ממקבל לזון בת אשתו ולאו בפוסק לזון בת אשתו בלבד אמרו כמ"ש הרב דהא במזון בנותיו נמי אמרו שהן ניזונין מן הדין כשקנו מידו עיי"ש דנראה כונתו דל"ת בת אשתו משום דהן דברים הנקנין באמירה כמ"ש הרמב"ם אמנם זה דוקא במתחייב מחמת תנאי כמ"ש ריב"ש סימן שמ"ה והוא בהג"ה בא"ע סימן נ"א ובשלמא בת אשתו סתמא אינה נשאת לו רק על תנאי שיזון אבל בנותיו מעצמו מתחייב דאטו בנותיה ולא בנותיו הן ומבואר בגד"ת שער ס"ד ח"ב ובש"ך כאן סקי"ב דמיירי הש"ס דחד קנין עושה לבנות דנכלל בת אשתו ובנותיו וא"כ מיושב קושית רשב"א כיון דגומר ומתחייב על בת אשתו משום דנקנין באמירה דאינה רוצה להתחתן לו רק ע"ת זה ה"נ גמר ומקנה על בנותיו.

אמנם השתא דאתינא להכי דבמתנה י"ל כיון דמתחייב בב"א על הקרן ועל השבח מהני י"ל קושית רמב"ן ממוכר דמתחייב באחריות שבח ופירות אף אם נאמר דגם במכירה אינו מתחייב בדבר שאינו קצוב וכמו דאסמכתא שייך גם במכירה ושאני שבח ופירות כיון דכל עולם נהגו בכך מהני משום סיטומתא וכמ"ש תוס' בפרק א"נ לענין קנס שעושין בשידוכין עיי"ש דף ס"ו בד"ה ומניומי ובמכר ודאי נהגו כל עולם להתחייב בשבח ופירות ואפילו לא כתב הוי ט"ס דסתמא אדעתא דהכי נחתו כולא עלמא ואף לשמואל דאמר לסופר אימלך וכתב שבחא ופירי מ"מ גם קנס שידוכין אינו רק כשנכתב אלא כיון דנהגו לכתוב קנס מהני משום סיטומתא ה"נ לשמואל נהי דאצריך להמלך במוכר דאפשר לא יתרצה להשתעבד אף דסתמא עפ"י רוב לא שדי זוזי בכדי מ"מ א"א להוציא ממון עי"ז

אח"כ מצאתי בריב"ש ס"ס שמ"ה על מנהג הסופרים לכתוב סתם אגב ד"א קרקע ואינו מסיים הקרקע ולרמב"ם פ"ג מזכי' ל"מ מ"מ כיון דרגילי בתכי מהני מחמת סיטומתא ועיין תומים לקמן סימן ס"א סק"ג דגם לשמואל רוב וממש כל שטרות כותבין אחריות דמי יאבד מעותיו בכדי.

ובתומים הקשה מר"פ השוכר את הפועלים דאמר עד שלא יתחילו במלאכה וכו' דמה כל החרדה הא מזונות אינם קצובין ולעולם רשות בידו לחזור ולפמ"ש לק"מ כיון דמתחייב מעות ומזונות והמעות קצוב חל החיוב גם על המזונות אבל משום סיטומתא ל"ל דשם מבואר בפסק לתן מזונות ריבה לתן יותר מהמנהג עיי"ש דף פ"ו ע"ב וקצו"ח תירץ דשכירות שאני דאפילו בדיבור נתחייב ולע"ד דה"ד אחר שגמר הפעולה דליתא בחזרה אבל קושיות התומים דחרד לומר להם עד שלא יתחילו דהתחלה הוא רק קנין ובאינו קצוב ל"מ ועל אותו מלאכה שיעשו בהתחלה לא יעלה מורא על ראשו משום סעודת שלמה דא"צ רק לפי ערך כל המלאכה ודמי ההתחלה כלא יחשב ועוד כיון דבאינו קצוב לא גמר בלבו להשתעבד הוי הטענה משטה דלקמן סימן רס"ד ס"ז אפילו לפוסקים שם דוקא באונס קצת היינו דאל"ה א"נ לומר דהשטה אבל הכא ידעינן דלא גמר ומקנה.

בבע"ת שם הקשה רמב"ן מדפריך הגמרא יכיר ל"ל הא איבעי יהיב לו במתנה מה שיהי' לו נכסים לפני מותו אף דאינו קצוב ולע"ד נהי דמלשון רמב"ם שכתב שהוא כמו מתנה משמע דמיירי בחיוב חנם קצת מ"מ אינו בחנם ממש אלא ע"י סיבת המכריחו וכעין פוסק לזון בת אשתו דאינה רוצה להנשא לו על או"א וכה"ג י"ל דלא גמר ומקנה ותא דעשאו משום שהכריחו חבירו מחמת שהי' צריך לו אבל בנותן מעצמו בלא שום מכריח ל"ל דלא גמר ומקנה דא"כ מי הכריחו ליתן וכ"כ ריטב"א ונמ"י בפ"ג דנדרים דמה"ט בהמבשרני אם ילדה אשתי זכר יטול מנה דל"ה אסמכתא דא"ל גמר ומקנה מי הכריחו ליתן עיי"ש ולפ"ז שפיר קאמר יכיר ל"ל הא איבעי יהיב לו שני חלקים מנכסיו שיהיו לו דכיון דיתן מעצמו ל"ל דלא גמר ומקנה ולפ"ז מיושב נמי קושית רשב"א בתולדות אדם סימן פ"ט על הרמב"ם מהמקבל לזון את בת אשתו ולאו בפוסק לזון את בת אשתו בלחוד אמרו כמ"ש הרב ז"ל דהא במזון בנותיו נמי אמרו שהן ניזונין מן הדין מנכסים משעובדים בשקנו מידו לולא חשש צררי כדאיתא בפרק הניזקין דף נ"א עכ"ל ור"ל דבמזון בנותיו ליכא לתרץ משום דברים הניקנין באמירה כמ"ש הרמב"ם דזה דוקא אם היא התנתא עמו אבל אם מעצמו פסק אינו בכלל דברים הניקנין באמירה כמבואר בהגהת רמ"א א"ע סימן נ"א וא"כ בנותיו סתמא אינו מחמת תנאי שלה דוקא ולפ"ז ל"ק דממ"נ אם הכריחיתו אותו האשה שלא רצתה להנשא לו בלא"ה הוי דברים הנקנין

באמירה ואם מעצמו פסק לבנותיו ודאי גוזר ומקנה דאל"כ מי הכריחו משא"כ בנתחייב לחבירו שהכריחו ע"י סבה דסתמא הכי הוא דלא עבדי אנשי דיהבו מתנות לנוכראה כדאיתא בפ"ק דב"מ דט"ו ע"ב ואם נותן לשעתו אבל לחייב עצמו בקנין על זמן ודאי מחמת שנצרך לו וכן מיירי הרמב"ם.

ובזה י"ל מה שהקשו על הרמב"ם מר"פ הנושא דאיתא התם הנושא את האשה ופסקה עמו כדי שיזון את בתה חמש שנים חייב לזונה ופליגי שם ר"י ור"ל באומר לחבירו חייב אני לך מנה בשטר ר"י אמר חייב ור"ל אמר פטור ופריך מדתנן הנושא את האשה ופסקה עמו לזון את בתה חייב לזונה מאי לאו כה"ג לא בשטרי פסיקתא וכדר"ג עיי"ש והרמב"ם כתב הא דמהני חיוב המזונות לבת אשתו משום דר"ג והרי לר"י בלאו דר"ג חייב וכדס"ד.

וי"ל לפמ"ש באס"ז שם ותר"י דפליגי ר"י ור"ל במתחייב מעכשיו בחנם וכשיטת ר"ת ופריך ממתניתין דמתחייב בדבר שלא הי' חייב מתחלה ואפ"ה חייב ומתרץ דהתם מיירי בשטרי פסיקתא כלומר שמתחלה בשעה שנשאה התנו שיזון את בתה ולפיכך חייב אבל אם לא הי' מתנה מתחלה אלא שמעצמו הי' מתחייב לזון אותה לא הי' חייב עכ"ל הרי דלס"ד לא הי' דרך תנאי ממנה שע"מ כן נשאת לו אלא מעצמו נתחייב בכך וכ"כ הפנ"י שם לשיטת רש"י בד"ה תנן ולכאורה קשה דמה קאמר מאי לאו כה"ג אדרבה משמע לשון המשנה דהתנתה עמו וע"ד כן נשאת לו ודברי תר"י מוכרחין דס"ד דלא הי' דרך תנאי ממנה דאל"כ מה מדמה המשנה לדר"ל כיון דע"מ כן נשאת לו אינו חיוב חנם אבל מזה הוכחה דבאינו קצוב נ"מ חיוב לכן לס"ד דלא ידע מדר"ג הוכרח לומר דפסקה עמו מרצונו בלא הכרח ותנאי וע"כ ל"ל דלא גמר ומקני ומשני בשטרי פסיקתא שנשאת לו ע"ד כן ואינו חיוב חנם ואי דהוי אינו קצוב כדרב גידל דהן דברים הנקנין באמירה משום חיבת חיתון ונשואין גמר ומקנה וא"ל דהרי כתב הרמב"ם שזהו כמו מתנה הוא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה דמשמע דמתנה פשיטא לו יותר דל"מ בדשא"ק דהכונה כיון שמתחייב בדבר שאינו קצוב שאפשר יעלה יותר על שוה מחיר שמקבל זהו כמו מתנה ולא גמר ומקנת ליתן יותר ממה שמקבל משא"כ אם הי' מתרבה מחירו ג"כ כגון שנתחייב ליתן מנה כל שנה לסופר כמ"ש לעיל והב"ח נתקשה בלשון הרמב"ם מה כונתו בזה שכתב שזהו כמו מתנה הוא ופירש אף דהחיוב על גופו כיון שאינו קצוב הוא כמו מתנה דל"מ במה שאינו מצוי אף דלדבריו גם לדידי ל"ק מ"מ לא הבנתי הדמיון גם בהלכה שלפני זה כתב הרמב"ם שם המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל אעפ"י שלא הי' חייב לו כלום הר"ז חייב שדבר זה מתנה הוא ולמה כאן כתב שזו כמו מתנה הוא אלא ודאי כמ"ש דכאן מיירי שנתחייב בעד איזה מחיר ואינה מתנה בעצם

רק כיון שלא נתן קצבה הרי נתחייב אף אם יעלה הרבה יותר על המחיר לכן כמו מתנה הוא וכיון שאינו ידוע כמה לא סמכה דעתו ולא גמר והקנה וזה ראי' נגד הסוברים בדעת הרמב"ם דמיירי רק בנתחייב בלא מחיר כלל ובשו"ת פאר הדור לרמב"ם ז"ל סימן צ"ז כתב בקרוב אחד שקנו מידו לפרנס יתום הקרוב לו עד שיגדל בעד זוז שיתנו לו כל יום דאינו חייב מפני הקנין עיי"ש הרי אף דאינו בחנם ל"מ הקנין ול"ל משום דלא חייב גופו והוי קנין אתן דלע"ד לרמב"ם מהני קנין אתן כדמוכח ממ"ש בפ"ד מהלכות שותפין ה"א דאם קנו מיד שניהן שיביא זה מאה וזה מאה וישתתפו בהן לא קנו דאין מטבע נקנה בחליפין רק במטלטלין דכללו של דבר בדרכים שקונה הלוקח קונין השותפין זה מזה ממון המוטל ביניהם להשתתף עיי"ש והרי לשון זה שיביא זה מאה וזה מאה הוי קנין אתן וכדמוכח בתשובת רשב"א אלף ל"ג ומ"מ לולא דמטבע הוא מהני הקנין.

סעי' ג' המחייב עצמו לזון חבירו כתב בד"ג כלל נ"ה ס"ג המתחייב לזון את חברו והמקבל רוצה דמי מזונות דפסק הש"ע דחייב ליתן לו דמים עיין בתשובות הרא"ש כלל ע"ד ס"א שחילק דה"ד אם המקבל לא הי' אוכל מקדם על שלחן אחרים דאל"כ גם הנותן אינו מחויב רק לזונו על שלחנו עכ"ל הד"ג ואינו נכון דודאי לפי מה שפסק בש"ע דמתחייב לזון את חבירו צריך ליתן דמים אין חילוק אם הי' אוכל מקדם על שלחנו או לא רק הרא"ש דמיירי להדיא דראובן התחייב ליתן לשמעון מאכל ומשתה לפי כבודו ולפי הראוי לו בזה פסק דרואים אם שמעון כל ימיו הי' מתפרנס תוך ביתו ול"ה סמוך על שלחן אחרים גם עתה נמי ראוי הוא שיאכל תוך ביתו לפי כבודו עיי"ש והיינו דלפי כבודו הוא באופן זה שהי' מקדם והש"ע דלא הצריך שיהא כתוב לפי כבודו עכצ"ל דלא פסק כרא"ש רק כר"ן וריטב"א שהוכיחו מירושלמי דמתחייב לזון צריך ליתן דמים כמבואר בב"י ס"ס ר"ז וכן נראה מהבית מאיר א"ע סימן קי"ד דרא"ש פלי"ג או דגם הרא"ש מודה אם לא כתב לפי כבודו נמי צריך ליתן דמים אלא כשהוסיף וכתב לפי כבודו גורע דדוקא אם מקדם לא הי' ניזון על שלחן אחרים אבל כשלא כתב לפי כבודו אין לחלק בהכי לא לרא"ש ולא להש"ע.

סעי' ו' המחייב עצמו בדשלב"ל במח"א הלכות מכירה קנין מעות סי"ד כתב ז"ל אם נתן הדמים על דבר שלא בא לעולם ונתחייב המוכר בלשון חיוב לתת לו אותו דבר הרי זה נתחייב בנטילת הדמים כנ"ל ממ"ש רמב"ן בתשובה סימן רכ"ה עכ"ל ועיינתי שם ומוכח להיפך דכתב שם בגוי שלוה כ"ב דינרין והתחייב ליתן לו חמשה זקוקים שהיו שוים אז בשוק יותר ונתייקרו אח"כ דהוכיח דישראל קונה מגוי בכסף לכן כשקיבל המעות נתחייב בהזקוקים אעפ"י שאין לו דיש הרבה בשוק כדתניא יצא השער פוסקים ואעפ"י

שקיבל ממנו בפחות מדמי פסק השער שבשוק דבגוי ליכא רבית וישראל שנתערב בעדו אפילו בלא קנין חייב בכל עיי"ש הרי לולא דמצוי בשוק ל"ה חייב וס"ל ביצא השער מהני קנין לקנות לגמרי אף דלא נתן לו מעות חשוב כיש לו מדקנה כל החמשה זקוקים רק בישראל מעות ל"ק רק למש"פ.

שם המחייב עצמו בדשלב"ל או שאינו מצוי חייב כתב בנתיבות סק"י אם התחייב לקנות לו בית פלוני כיון דאין בידו לגמרי דאולי לא ימכור לו חבירו בעד כל הון לא חל החיוב כלל וכ"כ מהראנ"ח סימן ס"ו וכ"כ בסימן ריי"א ובסימן ר"ח סק"ג הביא הנתיבות מדברי מחנה אפרים ס"ד שכתב בשם מהראנ"ח דאם חייב עצמו בדבר שאין בידו כההיא דיהיב זוזי אחמרא ופשע ולא זבין לא אמרינן אסמכתא על קניית היין עצמו דודאי מחויב לקיים דבריו ולקנות וכתב ד"ג כלל מ"א סס"א דנתיבות סימן ר"ח כתב בסתם דל"מ חיוב בדבר שאינו מצוי לקנות וציין להמח"א ואני תמה למה לא העיר שיש סתירה בזה מדברי מהראנ"ח שהביא שם המח"א לדברי מהראנ"ח שהעתיק הנתיבות בסימן סמ"ך ובסימן ריי"א והסתירה רה מבואר למעיין בהשקפה ראשונה עכ"ל ואינו שום סתירה דהא מבואר בתוס' ב"מ פא"נ דף ע"ד בד"ה הכא לאו בידו דההיא דיהיב זוזי אחמרא הוי בידו ולאו בידו דאע"ג דמצוי הוא לקנות מ"מ כיון דתלוי באחרים דא"ל ירצו למכור ממי יקנה הלכך לא גמר ומקנה והוי אסמכתא עיי"ש ועל אין בידו כזה שפיר אמר מהראנ"ח דמחויב לקיים כיון דמצוי לקנות וכ"כ הנתיבות בסימן ר"ח שם דדבר המצוי לקנות יכול להתחייב ובאינו מצוי לא ובזה נסתייע מהמח"א משא"כ לקנות מפלוני זה אינו בידו כלל ול"מ חיוב ופליג עם החו"י שהביא הד"ג שם דלא כמו שהבין הד"ג.

בלשון חיוב חייב הנה במקנה דשלב"ל מוכר ולוקח יכולין לחזור כמבואר לקמן סימן ר"ט ס"ה ויש לעיין במוכר דשלב"ל וחייב עצמו בקנין אם לוקח יכול לחזור ונראה דתליא במחלוקת רמב"ן ורשב"א דלעיל סימן ל"ט סט"ז דלוה שבא לב"ד בשט"ח שבידו לכפות את המלוה להלוותו דלהרמב"ן כיון דקנה שעבוד נכסי דלוה מחויב להלוותו כקונה חפץ דמתחייב בדמיו ולהרשב"א יכול מלוה לחזור בו כשלא נטל משכון מן הלוה וכתב נתיבות שם הטעם דמה שקנה שעבוד נכסי לא דמי לקונה חפץ דשעבוד נכסי דבר שאינו ברשותו הוא דמכאן ולהבא גובם ואי מקדיש או זבין מלוה לאו כלום ואין לו שום קנין בהשעבוד נכסי משא"כ בהחזיק במשכון שיש לו קנין בגוף המשכון לקדש בו אשה ולקנות בו ועיי"ש עוד בסקי"ז דהמחייב עצמו הוא רק חיוב על המתחייב שהב"ד יכפוהו להגבות ולהקנותו במשיכה אבל אין לו קנין בגוף החפץ ואפילו תפס החפץ שנתחייב לו הלה וקידש בו אשה קודם גביית ב"ד אינה מקודשת ואם המתחייב קידש אשה בחפץ

זה או מכרו מהני דשלו הוא עיי"ש ולפ"ז לרשב"א גם כאן לא נתחייב שכנגדו בדמים כיון שלא קנה גוף החפץ עדיין עד שימשכנו או יגבוהו ב"ד ואף דרבא ג"כ לא אמר דמכאן ולהבא גובה אלא משום דמצי לסלוקי בזוזי והכא ודאי כייפינן לו ליתן גוף החפץ והל"ל למפרע גובה מ"מ כיון דאם מכרו המתחייב לא יטרופוהו מלקוחות ומסלק לי' בזוזי אמרינן מכאן ולתבא גובה וכמ"ש התוס' בפרק השולח דף מ"א סד"ה הקדש ולפ"ז נראה נמי אם הלוקח מכרו לאחר לא מהני אבל לרמב"ן ה"נ מתחייב הלוקח בדמי החפץ כיון דנשתעבד המוכר ליתן לו החפץ ונשתעבדו ג"כ נכסיו כמ"ש בקצ"ח שם ואפשר גם להחולקים על רמב"ן אין הלוקח יכול לחזור דשאני התם כיון דלות יכול לחזור שלא ללוות ולא ישתעבדו נכסיו לכן גם מלוה לא יגרע וכמ"ש בע"ת שער מ"ח ח"א משא"כ הכא דהמוכר א"י לחזור בו ממילא גם הלוקח אינו בחזרה דאל"כ לקתה מדה"ד דמוכר לא יוכל לחזור ולוקח יוכל לחזור וכמ"ש בתומים סימן ל"ט ריש ס"ק כ"ז ועוד מה לי אם זכה בגוף החפץ או זכה בחיוב גוף המוכר כיון שזכה במה שזכה נתחייב בדמיו וכמ"ש בקצו"ח סימן ל"ט סק"ח דמה לי אם זכה בקרקע גופו או בשעבודו סוף סוף מכי זכה במת שזכה נתחייב בדמיו ומש"ה מחויב להלות עיי"ש ואף דכתב זה לרמב"ן מ"מ י"ל ג"כ לרשב"א רק דשאני לוה דיכול לחזור ג"כ שלא ללוות וכמ"ש בע"ת.

אמנם מדסתם הרמ"א בסימן ל"ט שם דבהחזיק במשכון לכ"ע כופין את המלוה להלות דמשמע גם במשכון מטלטלין ומו"ש באורים שם ומשום דקונה משכון והרי ודאי אם ירצה לוה שלא ללוות יחויב המלוה להחזיר המשכון הרי דטעם הרשב"א אינו משום דלוה יכול לחזור רק משום דלא קנה שכנגדו גוף הדבר מעכשיו לא נתחייב בדמיו וכמ"ש הנתיבות וא"כ ה"נ י"ל כן וכיון דבסימן ל"ט הוי ספ"ד כמ"ש ש"ך שם ה"נ אין להוציא מהלוקח ועיין נתיבות סימן ר"ג ס"ד.

וכשנתן המעות אפשר דבלאו משום דתפיס מוכר אין הלוקח יכול לחזור אלא דשורת הדין הכי הוא דבכל מוכר דשלב"ל הל"ל כיון שנתן הדמים לא יהא יכול לחזור הלוקח כיון שזכה המוכר במעות רק עכצ"ל כיון דמוכר ישנו בחזרה ה"נ לוקח דאל"כ לקתה מדה"ד וכמ"ש לעיל וכמ"ש רמ"א סימן רכ"ז ס"ד ועיין סימן ק"ץ סע"י ובנתיבות כאן ס"ק י"א בביאורים דלוקח יכול לתבוע מעותיו משום דלא סמכה דעתו וא"כ הכא דנתחייב שכנגדו יש סמיכות דעת בגוף החפץ.

אח"ז נדפס ספר משפט שלום וראיתי בו בסימן ר"ט הביא מתשובת פמ"א ונתיבות ס"ס ר"ח דלוקח יכול לחזור ועיינתי בנתיבות שם ומיירי שם גם כשנתן כבר המעות יכול לחזור אמנם לא ירד המשפט שלום לעומקו ואדרבה משם מוכח כיון דנתחייב המוכר

גם לוקח א"י לחזור אם ליכא איסור כגון דלא נתייקר וכמבואר בש"ע שם דאין אחד יכול לבטל המקח ומיירי לפרישה ונתיבות בנתחייב ליתן פירות שלא היו ברשותו דל"מ קנין רק בחיוב אלא אם נתייקר דיש איסור ליתן כפסיקתן בזול אין הלוקח מחויב ליטול כשער היוקר כיון דפסק בזול ואין המוכר נותן לו כפי מה שפסקו וזה מוכרח בטור וב"י ופו"ד דלוקח א"י לחזור מטעם אחר זולת שלא ליטול ביוקר מכפי הפסיקה אף דלפ"ז דברי נתיבות צ"ע מה הועיל בזה לתרץ קושיות הסמ"ע כיון דחיוב מועיל שגם לוקח לא יוכל לחזור כשלא נתייקר א"כ למה בנתייקר יכול לחזור והמוכר בהמתנה ביוקר מוכרח ליתן בלא העודף על השיווי.

ונלע"ד ראי' דלא תליא חיוב לוקח בחיוב מוכר אף דמוכר מוחזק במעות מירושלמי פרק האיש מקדש הלכה ה' ר"ח בשם ר' יוחנן מלוה בקרקעות לא קנה ובמטלטלין אין מוסרין אותו למש"פ ביקש להעמיד לו מקחו נישמעינה מן הדא והרי לך אצלי בתן יין ויין אין לו הא אם יש לו יין הרי זה חייב עכ"ל פירש דלוקח ביקש שיעמיד לו המוכר מקחו ופשיט דמוכר חייב להעמיד לו אף שהוא במלוה ולוקח יכול לחזור בו ואפילו במש"פ אינו ורשב"א בחידושיו שם הביאו וסיים דיש להתיישב בפירש הירושלמי דאיך אפשר שאין מוסרין את הלוקח אפילו למי שפרע והמוכר יהא חייב להעמיד לו מקח עיי"ש ק מ"ז וגם הרשב"א לא תמה אלא כיון דמלוה לא מהני לחייב את הלוקח אפילו מש"פ איך לגבי מוכר יהא קונה מ"ש זה מזה אבל בנ"ד דמוכר חייב עצמו בקנין ולוקח לא חייב עצמו ומוכר ראה וידע כל זה ונחית להכי אוקמוה כל חד אדיני' ובישוב קושית רשב"א י"ל משום נע"ד בפני לוין הוא כן דלוה לא יוכל לחזור בו אבל מלוה יכול לחזור דאין בזה משום נע"ד.

ומצאתי בזכל"א חחו"מ אות ק' כתב ז"ל והיכא דמהחייב האחד בקנין אם מתחייב שכנגדו אפילו בלא קנין עיין מהרי"ט חו"מ סימן קי"ח וקי"ט וכו' אם יש קנין לחצאין עיין מהרי"ט סמ"ט עכ"ל ועיינתי בסימן קי"ח וקי"ט ואינו ענין לזה כלל דעוסק שם דסתמא יש לפרש לשון המשכיר באופן שיהא כחו וכח השוכר שוה לענין השכירות ואם השוכר יכול לחזור גם המשכיר יכול לחזור אבל כאן דחזינן דמוכר נתחייב בקנין אף דלוקח לא נתחייב שפיר י"ל דכל חד כדינו ובסימן מ"ט לא מצאתי כלום עוד ציין שם למהרי"ט ח"א סימן קכ"ו ושם כתב להוכיח שכל שדין קנין של מוכר ושל קונה חלוק זה מזה עלתה לזה אעפ"י שלא עלתה לזה וכיתומים שמשכו פירות מאחרים הי' בדין שיתומים חוזרים ומוכר אינו חוזר אי לאו מטעמא דרעה הוא לגבי יתמי ולא אמרינן כל שלוקח לא קנה מוכר נמי לא גמר ומקנה עיי"ש דלא פלפל רק למען דעת מחמת דלוקח

יכול לחזור אם גם מוכר יכול לחזור אבל להיפך לא ס"ד משום דמוכר מוכרח לקיים ממילא יחויב הלוקח במעותיו ומהך דיתומים שמשכו ג"כ מוכח כן דאפילו אי יתומים קנו בע"כ דמוכר מ"מ תיו יכולים בדין לחזור ולא אמרינן ממילא נתחייבו כיון דמוכר אינו יכול לחזור.

שקנו עש"ך ותומים ונתיבות חלקו עליו כיון שאינו בעולם צריך קנין ברשב"ש סימן רפ"א הובא במשפט שלום סר"ט ס"ד ז"ל ראובן מכר לשמעון סחורה בחליפי סחורה אחרת ונתן שמעון לראובן הסחורה וראובן לא ה"ל וכתב בפנקסו שחייב לשמעון כו"כ סחורה דאף דאא"מ דשלב"ל כיון שכתב בפנקסו שהוא חייב חייבים היורשים לתת אותה שהאומר לחבירו חייב אני לך מנה בשטר חייב אעפ"י שאין שם עדים וה"נ אפילו ל"ה חייב כלום וכתב בכת"י חייב אני לפלוני חייב לשלם ופנקס אלים מכת"י דבכת"י מ"ל פרעתי הרי ס"ל כש"ך ואפשר דשאני במחייב עצמו ליתן דמחויב מיד גופו בלא תנאי ותומים ונה"מ מיירי במחייב ליתן הפירות דקל אם יבאו לידו אמנם מ"ש דפנקסו עדיף מכת"י ה"ט דאזיל בשיטת הרמב"ם דאפילו רק אומר לחבירו חייב אני לך מנה בשטר חייב כמבואר בדבריו אבל להחולקים דדוקא בשטר או כת"י ומתחייב צריך נמי מסירת הכתב ליד חבירו כמבואר בטור וש"ך לעיל סימן מ"ם בדברי הראשונים שהובא שם סק"ה ובמשפט שלו' שם רמז לעיין בגוא"י חחו"מ ס"י וראיתי שם כתב דאם כתב בפנקסו לשון חיוב מהני כמוסר כת"י לחבירו ואפילו בדשלב"ל ונסתייע מרשב"ש הלזי והוא טעות דמה אלמותי' דפנקס שיזכה מקבל כשלא בא לידו יותר מכת"י ורשב"ש לא אמרו רק למ"ד דבע"פ נמי מתחייב ומ"ש עו"ש דגם בכת"י מתחייב בחנם גם כשלא בא ליד חבירו כמ"ש בחו"מ סימן פ"א סי"ז בש"ך ס"ק מ"ה ג"כ טעות דש"ך שם מיירי בהודאה בכת"י שלא נאמר שלא להשביע כ"כ ובנידון הגוא"י דתובע גופא הודה של"ה חייב לו רק תובעו מחמת שהבטיחו ליתן לו ריוח ומדינא יכול לחזור ורק מכח כת"י שבפנקסו אתי עלה שנתחייב בחנם זה ודאי ל"מ בלא מסירה הכת"י ועיין ביו"ד סימן קע"ז בש"ך ס"ק מ"א דמי שהלוה לחברו ואח"כ אמר לו שיהא למחצית שכר אינו צריך ליתן וכתב הדג"מ שם דה"ד שהתנו כך בדברים בעלמא אבל אם קנה ממנו או שעשה שטר עסקא משתעבד אפילו אחר הלואה עכ"ל ולע"ד תומים ונתיבות י"ל כיון דמתחייב רק ליתן ממה שירויח דהוי דשלב"ל ובדרך ספק אם ירויח ל"מ שטר רק קנין וכיון שדעת בע"ת וש"ע ותומים ונתיבות כן ודאי אין להוציא וגם רשב"ש לא אמר רק בחייב עצמו להעמיד הדשלב"ל דמחויב ן לחזור שיבא לידו.

שקנו מידו מבואר דגם ק"ס ל"מ בדשלב"ל זולת בלשון חיוב ובמשפט שלום סימן ר"ט ס"ד הביא מהתמים דעים לראב"ד סימן ק"ס דקונה דשלב"ל בק"ס ועיינתי שם שכ"כ על הא דאקניהו ניהליה אגב אסיפא דביהי' דמיירי אפילו אין המעות בעין כיון דסודר הוי חליפין מהני גם כשאינו בעין עיי"ש והרי מבואר לקמן סימן ר"ג ס"ט במטבע שהקנה אג"ק בקנין דל"מ רק כשהמעות בעין בפקדון וכ"כ על הך עובדא דאקנינהו אגב אסיפא דביתי' עיי"ש בבאה"ג הרי דל"מ בלא לשון חיוב ולפ"ז מ"ש כתיבות בסימן ר"ג דבחליפין מקנה דשלב"ל ובסימן ר"ז סט"ו כתב דק"ס ל"מ בדשלב"ל צ"ל דס"ל חליפין שוה בשוה עדיף ולא כרשב"ש הנ"ל.

סעי' ו' בהג"ה במגו דאי בעי אמר שלא הי' ברשותו כתב בשע"מ סק"ו משמע דאם יש עדים שהיו בידו באותו שעה א"י לומר נתתי וכן מבואר להדיא בתשובת הרי"ף שהביא הב"י אך בתשובה הריב"ש סימן שמ"ה כתב דגם אם נשאר המעות בי"ד הנותן הוי כשטר שנמחל שעבודו ואינו אלא מע"פ וי"ל פרעתי וגם כתב דיש לדמותו לשטר שכירות די"ל פרעתי כיון דעיקרו לא לכך נכתב כדלקמן ריש סימן שי"ז ה"נ נכתב עיקרו בשביל להקנות גוף המעות והרב בעל חמ"ח בא"ע סימן נ"א סק"ה הביא דברי הריב"ש בפשיטות ואישתמיטו לי' דברי הרי"ף והרב אלו עכ"ל ולא על החמ"ח לבד תלונתו כי אם על הריב"ש איך לא יזכיר תשובת הרי"ף המפורסמת בין הראשונים דשקלי וטרי בה טובא אמנם ריב"ש מיירי להדיא שלא שיעבד נכסיו ע"י קנין או שטר לגבות מתנה זה רק נתן מתנה בקנין להקנות מעות בעין שיש לו או שיבא לידו בראשונה ואחריות ושעבוד כתב רק לסלק מערער שיערער על המתנה מחמת חוב או מכירה או מתנה שקדמו עיי"ש בזה הקנין ושטר רק לקיים המתנה על המעות הראשונים ואם הוציאן ברצון המקבל חזרו להיות מע"פ והשטר נמחל שעבודו ואם שלא ברשותו הוי גזלן וג"כ נאמן לומר פרעתי דהשטר אינו רק על מעות הראשונים אבל אם משעבד נכסיו על המתנה עצמה לגבות מהן זהו חוב בשטר וא"נ לומר פרעתי עיישי"ה וא"כ כאן שנתן לו ק' זהובים בקנין וגם כתב ושעבדתי כל נכסי לגבותם מהם כמבואר כאן והרי הצריך שיהיו הזהובים ברשותו בשעת קנין ועליהם חל הקנין להיותם של המקבל ואם יש לו יותר מ"מ חלק המקבל הוא בין הזהובים שהם בעין ומה זה שהוסיף וכתב ושעבדתי כל נכסי לגבותם מהם מה ענין כל הנכסים לזה וגם מה ענין שעבוד לזה הרי גוף הזהובים נקנים למקבל אלא ר"ל שחוזר ולוה לו הזהובים ויהיו חוב עליו ומשעבד עליהם כל הנכסים בשטר זה לגבותם כשאר חוב לכן לא הימני' הרי"ף במגו דנאנסו דנעשו חוב עליו כ"ז שלא באו לידי גביינא וא"י לומר פרעתי דעשאן מלוה בשטר דנהי דמ"ש בשטר שנהתי לו הוא על

קיום המתנה מ"מ מה שכתב ושעבדתי כל נכסי לגבותם מהם אינו על קיום המתנה רק על הפרעון החוב וא"כ ל"ד לשטר שכירות וגם לא נמחל שעבודו ומ"ש רמ"א אבל לא שעבד עצמו להתחייב היינו תחלת המתנה לא הי' חיוב על גופו רק מתנה בעינא לכן צריך שיהא ברשותו אלא דהדר זקפן עליו במלוה לגבותן מנכסיו.

ולפ"ז י"ל קושית סמ"ע דלמה על התובע להביא ראי' ול"א כנכ"ה ומה שתירץ הסמ"ע לחלק בין מטלטלין די"ל כנכ"ה אם אינו נגד ברי ובקרקע דאינה זזה ממקומה ל"ל כנכ"ה דחה בחת"ס חחו"מ סימן קפ"ו דהעיקר תלוי ברשות לא במקום כדמוכח מרא"ש פרק המדיר דף ע"ו ולפמ"ש י"ל כיון דהשתא ודאי הזוזים של הנותן אפילו אם נתנן במתנה מ"מ הדר זקפן עליו במלוה א"כ ל"ל כנכ"ה כיון דתלוי ברשות ג"כ מה לי אם נאמר עתה ברשות נותן ובשעת מתנה ברשות המקבל היו דזכה בהן ופקדון בעלמא הוי אצל הנותן או אם נאמר בשעת קנין היו ברשות אחר ואח"כ באו לרשות נותן סוף סוף ע"כ כבר היו ברשות אחר ולא ברשות שהם עתה משא"כ בסימן ר"ן אמרינן כאן נמצא בשעת מיתה כאן היה באותו רשות בשעת מתנה ולא נתחדש מאז ועד עתה לא ברשות ולא במקום ולפ"ז א"ש נמי דמהני להוציא ממון אף דנ"י ביבמות פרק האשה שלום דף קט"ו כתב דל"מ להוציא ממון וכן בהמדיר לא קי"ל כרבא דס"ל כנכ"ה נגד חזקת ממון אלא ביבמות ליכא רק כנכ"ה במקום ובהמדיר ליכא אלא ברשות דהא אמרינן כיון דנמצא ברשות בעלה כשנשאה ודאי היה אחר אירוסין ואז היתה במקום אחר משא"כ בסימן ר"ן י"ל כנכ"ה במקום וברשות שרוצאו לפני מותו היו בשעת שקנו מידו על המתנה והסמ"ע נ"ל דלא ניחא לו בזה דלא אכפת לנו על שעת המתנה כיון דנעשה אז מעשה הגורם התחדשות ושינוי רשות ואין לכו לומר רק ברשות שנמצא עתה הי' לפני המתנה שלא נעשה השתנות בזמן שלא ראינו מעשה התחדשות לכן מקשה מכאן על סימן קי"ב ור"נ ומשני שפיר דבמטלטלין מהני כנכ"ה להוציא כיון די"ל כנכ"ה במקום וברשות ובסימן קי"ב בקרקע דל"ל כנכ"ה רק ברשות ולא במקום לא מהני להוציא דכנכ"ה מצד אחד ל"מ רק באיסור ונגד ברי ל"מ גם כשי"ל כ"נ וכאן הי' ברשות ומקום ועיין משמרת הבית לרשב"א שער א' בענין סמוך מיעוט לחזקה אם נתעסקו לסלק החזקה הורעה החזקה ואינו מעכב רק המיעוט וליתי' נגד הרוב וכן מצאתי בע"ת לע"א סימן י"ז ס"ק קכ"ח משו"ת שובת ציון דכ"מ שמצינו כנכ"ה הוא רק היכא שלא נחתום בינתים איזה מקרה וסיבה שראוי לתלות בו שנעשה מחדש יעיי"ש וכן משמע מלשון רשב"א שבב"י לקמן סימן ר"ב מחודש י"ד דמסתמא כנכ"ה וכל שטען חדש עליו הראי' עכ"ל ר"ל מסתמא שלא ראינו איזה מעשה שראוי לתלות בו שע"י נתחדש.

ומה שתמה בנתיבות על הסמ"ע אא"ע סימן ק"ח ס"א דאפילו נגד היורשין צריך להביא ראי' שהיו המטלטלין בשעת הצוואה לק"מ דבמקור הדין שם בנ"י פי"נ ובד"מ בא"ע שם כתב בזה"ל ואם יש מחלוקת בשעת מיתה אם היו אלו הנכסים בשעת מתנה ומחלוקת היינו ברי וברי דאל"כ הל"ל ואם יש ספק או טוענים שמא וגם הרמ"א דכתב דיש ספק מ"מ היינו לדידן אבל סתמא יורשים יודעים בברי כי הצוואה היתה כשהי' שכ"מ ולא עבר זמן רב ובסימן ר"נ לקמן מפורש דטוענים היורשים שמא ואדרבה נראה כהסמ"ע מדלא קמ"ל בסימן ר"נ רבותא אפילו טוענים היורשים ברי.

עוד הקשה בנתיבות דבסימן ר"נ משמע דמיירי בשמא ושמא ומ"מ מוציאין ממון מחמת כנכ"ה והרי כתבו תוס' בהמדיר דף ע"ו בד"ה חדא דחזקת הגוף עדיף מכנכ"ה ואפ"ה אינו מועיל נגד חזקת ממון רק בברי ושמא כמבואר בכתובות דף ל"ו וא"כ למה יועיל כנכ"ה נגד חזקת ממון אף דסמ"ע כתב דמיירי בברש מדברי הש"ע משמע דמיירי בשמא ושמא ולפמ"ש א"ש דבפרק המדיר דהכנכ"ה רק מכח חרשות לא עדיף מחזקה הגוף אבל בסימן ר"ל דכנכ"ה במקום ורשות ומצינו דכל חד בפ"מ הוי חזקה דהא ביבמות קט"ו הוא רק במקום וכן בסוף פ"ט דטהרות וכן בסימן תס"ז בא"ח מועיל כנכ"ה דמקום לענין איסור וגם כנכ"ה דרשות מהני בפ"מ כהך דהמדיר אלא להוציא ממון לא מהני בפ"ע אבל בסימן ר"נ נצמדו יחד ועדיפא מחזקת הגוף ומהני גם בשמא ושמא ובפרק בכל מערבין דף ל"ו מחלק ג"כ בין חדא חזקה לתרי חזקת וכן ריב"ש בסימן שע"ט.

סעי' ז' שטר כקנין עיין בשער משפט מה שהקשת על בעל העיטור ועיין בחידושי להלכות רביה סימן קע"ב כתבתי ליישב דס"ל לעיטור דחזקה אינו קונה בגוף המשכנתא אחר הלואת רק לשעבוד ולא חשוב כמכר לו לזמן וכמו דמשיכה אינו קונה במשכון לאחר שהלוהו להיות חשוב כנתן לו שוה כסף כמבואר בעיטור ובדין פרק שה"ד וכ"ש דלק"מ מה שהקשה הא קני בחזקת באכילות פירות ואף דרמ"א ס"ל דבקרקע ל"ה חזקה באכילות פירות ה"ד במכר כיון שאינו נהנה מגוף הקרקע אבל לענין שכירות קרקע לפירותיה מסתברא דודאי אכילת פירות הוי חזקה עיי"ש דכיון דל"ק גופו כמכר ממילא אסור משום רבית כמו דלא ישכור בפחות כמ"ש בה"ע דההיתר בנכייתא משום דהוי כמכר ועדיף משכירות.

סעי' ח' ראובן הוציא בנתיבות ס"ק י"ז כתב כשנאמן במגו דיהיב השטר בכומ"ס תו א"י למחול מדאמר בב"ב דף קכ"ז לר"מ ל"ל יכיר דאיבעי יהיב לו במתנה אף דשלב"ל כשאומר בני א"י לחזור בו כדמוכח גבי בני וחזר ואמר עבדי ובדשלב"ל יכול לחזור קודם שב"ל גם לר"מ וא"כ קשה דצריך יכיר לזה וע"כ כיון דנאמן הי' בשעת אמירתו שבנו

הוא במגו הוי כאלו יש עדים ע"ז וממילא א"י לחזור ובשו"ת חתם סופר חחו"מ סימן קפ"ו הקשה ג"כ הכי ותירץ דלר"מ נהי דיכול לחזור קודם שב"ל מ"מ בר קנין הוא ומהני מנו דחל אדשב"ל חל נמי אלב"ל וכמ"ש הסמ"ע בסימן ר"ג לענין קרקע ומטבע כיון דיש בהו קנין נקנין במגו אף בקנין סודר עי"ש ולא ידענא מה הועילו חכמים דעדיין קשה כיון שיכול לחזור קודם שב"ל א"כ לא חל הקנין עד שב"ל ואם מת הבכור לא קנה וא"כ ל"ל מגו דאי בעי יהיב דנ"מ דמשום מתנה לא יזכה בן הבכור אם לא נולד עתה דגם לר"מ אינו מקנה לנולדים כדאיתא בגיטין פ"ק די"ג ע"ב ומשום יכיר יטול בן הבכור פי שנים וכיון דלא מצי יהיב לבן הבכור נכסים שיבאו לידו ליכא מגו כלל וכמו דמסני בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס גם לר"מ לאו משום דצריך שיהא יכול לתקנות כשיבא לעולם דאז חל הקנין ומש"ה יכול לחזור קודם שחל הקנין וממילא ה"ה שאר נ"מ דנפקא מתך וחדא מנייהו נקיט ואין הכרח לסברת הנתיבות וח"ס.

אמנם לנתיבות יש להבין מה מגו הוה דאי בעי יהיב לו במתנה הא אי יהיב לו מצי לחזור בדשלב"ל ועתה דמעיד שהוא בכור לא מצי לחזור ול"ל דאין זה מגרע המגו דלא ישקר בשביל זה שיהא מכריח א"ע שלא יוכל לחזור דבידו שלא לחזור ואם רצונו יהא לחזור זו טובתו אמנם כאן י"ל דאינו מגו דאי בעי יתיב בכומ"ס כיון דאפילו יורש מוחל אינו רוצה בזה שאחרים יבטלו דבריו לכן מודה והודאת ל"מ נגד הלוה די"ל זה נח לי מזה והוי חב לאחרים אמנם בתוס' ב"ק ק"ד ע"ב בד"ה אגב ובריש אעפ"י ובפחז"ה מ"ד ע"ב בד"ה דלא כתבו דכותבין בהרשאת אג"ק אף דלית לו קרקע דמהני משום הודאה.

סעי' ט' שעשה לו שטר עיין שרת ר"י מיגאש סימן קי"ח ראובן נתן תוספת כתובה לאשתו וי"ל קרקעות וחששה האשה שמא ימכור קרקעותיו לגרם ובעת הגבי' לא תמצא מאין תגבה ובקשת מראובן שיעיד לה על עצמו בערכאותיהם בכל כתובתה כדי שאם ירצה למכור קרקע שתוכל למנעו מזה בערכאותיהם והשיב אם ימצא דרך תחי' בטוחה בו אשתו מבלתי שימשך לראובן נזק כשתתבענו בערכאותיהם אז מכריחין את ראובן לעשות זה עכ"ל ועפי"ז יל"ע במי שמת והניח נכסים הנכתבים בגרונד בוך ולו בן ובת דבדא"ה הבת יורשת כבן ואם תמכור חלקה לגוים יוציאו מהבן או אם תלוה ממון מגוים וכה"ג מסרבים בד"ת תשכיח בעוה"ר יטרפו מחלקם הוי לו להכריחה ליתן כתב המועיל בערכאותיהם לסלקה מהירושה דגם בזה אין לה פסידא דבאמת אין לה חלק ונחלה ועוד דאין הבן יכול למכור או להשכין הנכסים כיון דא"א לו ליתן טאובלאציאהן על כל הנחלה בלתי חתימתה א"כ יש בזה משום השבת אבדה כיון דיש לבן כמה היזקות ואין הנכסים שוין לו עתה כמו שישוו כשיכתב הכל בגרונד בוך על שמו לבד ומבואר לקמן

סימן רנ"ט ס"ט אבדת קרקע ג"כ חייב להשיב שאם ראת מים באים לשטוף שדה של חברו חייב לגדור בפניהם כדי להציל וילפינן לה בב"מ דל"א מלכל אבדת אחיך ומחויב להשיב בחנם כמבואר לקמן סימן רס"ה ול"ד לדין דכאן ולמה דאיתא בפרק הגוזל עצים דף ק"ב ע"ב בלוקח שדה וכתב השטר על שם ר"ג דא"י לכוף הר"ג שיתן לו שטר מכירה דהתם בעצמו גרם לו והוי אבדת מדעת ובבן ובת גם טעם דזילא לה מלתא ליכא אם הוא באופן שהיתה מוחלת על בזיונת בממונה אם תי' מגיע לה היזק או היתה מוכרת נכסי' כשצריכה למעות וכמבואר לקמן סימן רס"ג ס"א עיי"ש בסמ"ע סק"ב ול"ד כ"ד למ"ש בשחת ב"ח ישנות סל"ו דלא כפינן לאנשי לכתוב לחבירו מה דבעי אעפ"י דלית לו טעם דשם מיירי נ"כ דבעצמו הכניס את עצמו לזה וגם בזה חולק הישׁ"ש וכמ"ש ש"ך כאן ס"ק ל"ד דצריך ליתן טעם לדבריו דאל"כ כופין אותו על מדת סדום ומשו"ת ר"י מיגאש הנ"ל ראי' לישׁ"ש וכ"נ קצת ראי' מלעיל סימן ט"ז ס"ד וסימן ס"ו סי"ט עיי"ש בסמ"ע סק"נ שראי' של הזוכה הוא אצל המלוה ואין כובשין לו עדותו וראייתו ועיין בשו"ת גאוני בהראי סימן ס"ב דנסתפק בזינתה ברצון אם כופין הבעל לגרשה כיון דגרמא לעצמה ובאשת כהן שנאנסה כתב דודאי כופין אותו לגרשה להתירה לעלמא ועיין תוס' פ"ק דזבחים ב' ע"ב בד"ה סתם שכתבו דאפילו זנתה אם ירצה בעל לא יגרשנה אפשר היינו שגם האשה לא תתבענו שיגרשה וע"כ סתמא לאו לגירושין קיימא וצ"ע ממ"ש תוס' ורא"ש בהמוכר את הספינה דף ע"ז בהך דחוזר בשטר דלא ניחא לאפישי שטרי דזיילי' נכסי' דלפ"ז חשוב הפסד ממון עיי"ש אמנם בזה"ז דדמ"ד ואין קנין ושעבוד רק אם נכתב בגרונד בוך א"כ יכול למכור וללות דלא יחושו מטריפת לקוחות וב"ח כי גלוי תגרוכר בוץ לכל הרוצה לראות ועיין מהרי"ט חחו"מ ס"ס כ"ט דרק שטר מכירה אין כופין ליתן דזילותא הוא אבל שהר הודאה כופין ועיין שו"מ תליתאה ח"א סימן רס"ה ונ"ל סימן רע"ו ומ"ש סימן קפ"ד.

סעי' י"ב והשטרות כתובים בשם שניהם נשאלתי מרב אחד שבא לפניו מעשה שהי' כתוב בגרונד בוך הבית על שם הבעל ואשתו ונתאלמנה ומכרה חלקה לאחר והשבתי זה מבואר בשו"ת רשב"א סימן תתקנ"ז ז"ל ראובן קנה בתים ועשה השטר בשמו ושם אשתו והשיב אעפ"י שכתב השטר בשם אשתו לא קנתה אלו קנה ראובן מנכסיו דמימר אמרינן לפיוסא בעלמא דעבדא להבריח מבע"ח ומה שטוענת שהוסיף לה זה על כתובתה אינה נאמנת ואם טוענת שקנתה בעד נ"מ שנפלו לה מבית אביה רואיה אם מוחזקת בכך נאמנת וא"ל אפילו בשבועת אינה נאמנת שכל מה שיש לאשה היא בחזקה בעל ופסק הש"ך כאן ובסימן ס"ב סק"ז כמותו וכשמכרה הוי כמ"ש בהג"ה סימן ס"ב ס"א אעפ"י

שהיא א"נ אם מתה טוענין ליורשיה שהיא שלה וכן הדין בלקוחות וכשהאשה בחיים אעפ"י שמכרה אין טוענין ללקוחות שהיא שלה כשאינה מבררת שנלקח בנ"מ שלה או הבעל נתן לה במתנה וכדאיתא בנתיבות שם וכ"ז שייך ג"כ אם נכתב בגרונד בוך החצי על שם האשה וכ"ש הוא כי כשנעשה הגרונד בוך במדינת זאת הרבה כתבו החצי על שם האשה בלא ידיעה הבעל ושכיח ג"כ שבעל עושה כן כדי להבריח מבע"ה אמנם בחידושי להלכות גיטין סימן קנ"א הוכחתי מגיטין דף פ"א דאמר שם דלאו כל המינו לאבד זכותו של שני כקצו"ח סימן ס"ב דגם בחייה אין מוציאין מלוקח ועיין במשובב נתיבות סימן ס"ב ובמ"ש שם ומעשה וכתב הבעל גם על שם אשתו ונכתב בגרונד בוך על שניהם ונשלח בעשייד לשניהם ורצה רב אחד לומר לפמ"ש נתיבות בסימן ס"ב סק"ז דכשהשטר תחת יד האשה מודה רשב"א וה"נ הטאבולאציא שבגרונד בוך הר כשטר ת"י וגם הבעשייד תחת ידה. ולא נראה דדוקא בשטר קנין כתב הנתיבות וכדמוכח בנ"י ורשב"ם שהביא הנתיבות שם וא"כ צריך שיבא השטר קנין לידת כמבואר בסימן קצ"א ומ"ש בגרונד בוך לא בא לידה ואפילו זכי' ל"ל ע"י עכו"ם והבעשייד אינו רק העתק לראי' ואפילו ת"ל דמצד דד"מ השתא כשר שטר קנין הנעשה בערכאות כדלקמן סימן ס"ח זה אינו רק לראי' בעלמא והקנין הוא בשטר שנותן תחלה המוכר ללוקח והטואבולאציא רק לזכרון ולראי' מי קודם תדע דמיד שנרשם בגרונד בוך על שמו זכה בראייתו אף שלא בא ליד לוקח כלל ולפי דינינו לא זכה עד שתבא לידו ומה שהוא נגד תוה"ק ל"מ כדלקמן סימן ס"ח ואין עושין טאבולאציא רק אם נעשה מקודם שטר בין מוכר ולוקח או נותן ומקבל הרי דאין זה הקנין ועיין בסימן קל"א ס"ג.

סימן סא

סעי' ד' שיוכל כל המוציאו ברא"ש הוכיח זה ומה שנאמר והי' האיש אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול ונתחייב לדוד בממון זה וקדש בת שאול בזה ודחת מהרי"ט דע"כ מיירי דדוד אמר לשאול שתהא מקודשת לו בזה ואותו שעה ידוע תי' וקצו"ח הקשה דא"כ הוי בשכר שאעשה עמך דאיכא מ"ד דמקודשת ובסנהדרין דף י"ט משמע דכ"ע ס"ל דמלוה הוי א"ו אחר שהרג לגליות אמר לו דוד שמקדש בתו בממון זה והוי מלוה הרי נתחייב לו אף דלא נודע מתחלה מי שיכה לגליות ובנתיבות כתב דודאי דוד לא הלך להרוג את גליות בשכר קדושין רק לשם השם להציל את ישראל רק ששאול התחייב עצמו להעשיר למי שיכהו ונתחייב בזה ואח"כ קדשה באותו התחייבות שהתחייב כנגדו מעכשיו ובמשובב נתיבות כתב דלא תיקן כלום דמ"מ כיון שאמר בשעה שהלבישו מדיו

ושאול לא נתחייב אלא כשיכנו ליה מלוה למ"ד שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף כיון דעדיין לא נתחייב עכ"ל ולע"ד בשלמא בשכר פעולה כשגומר הפעולה הוי כנותן לה הפרוטה למ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף ומתקדשת בדבר חדש שלא תי' אצלה מקודם דהא הפעולה לא הי' אצלה משא"כ אם אינו עושה הפעולה בשכר רק האשה מעצמה נתחייבה ליתן לו מתנה אם יעשה זאת א"כ בפעולה אינה מתקדשת דהפעולה אינו בעד שכירות וקידושין רק שתתקדש בעד חוב שנתחייבה לו והרי לא בא לרשותה עתה שום דבר חדש ומלות הוא ודברי נתיבות מוכרחים דאל"כ קשה כיון דשאול המע"ה לא נתן לו בתו בעד העושר דא"ל מלוה אית לך גבאי א"כ למה לא נתן שכרו ביומו דל"ל לא תבעו אינו עובר דהא לא תבעו משום דסבר שיתן לו בתו בעד זה אע"כ דזה אינו שכירות ואף דנתחייב רק כשיכנו אינו רק תנאי וכעין שכתב הרמב"ם בפי"א ממכירה ה"ג נתן לו בית במתנה אם ילך עמו לירושלים או יביא לו דבר פלוני שזהו אסמכתא עיי"ש ואם זה הוי שכירות איך לא יקנה וע"כ אינו רק מתנה כיון שלא אמר לו אתן לך בית בשכר שתלך וכמו שאמר בקידושין דף ס"ג מדתני על מנת ולא בשכר משמע דאינו בתורת שכירות רק תנאי וכה"ג תמצא בר"ן גיטין דף ע"ה בית זה נתון לך במתנה ע"מ שתזון את בני ופרשו בח"ס חח"מ ס"ט דאינו מכר רק עשה לו חטיבה ויהיב לו מתנה הבית והוא יעשה לו חטיבה שיזון את בנו והובא בפ"ת לעיל סימן סמך סק"ז אמנם לפ"ז ק"ל הא הוי אסמכתא ואפילו מלוה אינו כיון דאינו בתורת שכירות ובהג"ה במשובב נתיבות הקשה אם דוד אדעתי' דנפשי' עביד ושאול ממילא התחייב עצמו קשיא במה נתחייב ובמה קנה דוד לאותו חיוב עד שתהא מלוה עליו עכ"ל ולק"מ לפמ"ש בהגמ"ר אחרונות פ"ו דב"מ סימן תנ"ז כל דבר הנעשה בפני טובי עיר א"י לחזור דאינו דומה מעשה רבים למעשה יחיד עיי"ש וכ"ש כאן דהוי שאול המלך וישראל וכמו שנאמר ויאמר איש ישראל וכו' איש אשר יכנו יעשרנו המלך וסתמא כשהתנה עמו שאול היה ג"כ ע"ד רבים ומה"ט נראה דגם אסמכתא אין בו כיון דמעשה רבים א"צ קנין הוי כנעשה בקנין באופן המועיל ועוד דב"ד חשוב מסלק אסמכתא.

ובש"ך לעיל סימן נו"ן סק"ט כתב דרא"ש יליף מהא דשאול אף במחייב עצמו בחנם לכל מוציא השטר חייב לו וכתב בגאון צבי ז"ל שם אע"ג דלכאורה לא התחייב שאול א"ע בחנם דטובה גדולה קיבל במה שנהרג גליות ואין לה ערך הן מצד המקבל הן מצד הפועל שסיכן את נפשו וה"ל כאומר מי שיעשה לי טובה זאת אתן לו ככה דפשיטא דחייב צ"ל דס"ל דהריגת גליות לא היתה טובת שאול אלא מצוה מוטלת על כל מי שנראה לו שאפשר בידו להרוג למי שחרף מערכת אלקים חיים וביקש להרוג ישראל ויכניס א"ע

לספק סכנה דהגע בעצמך דאטו משום קבלת ממון הותר לדוד להכניס א"ע לספק סכנה אלא בלא"ה מצווה ועומד ועל זה לא קאי וחי בהם וא"כ פסיקת דמים הי' בחנם בלי שום קבלת טובה אך צ"ע דהא בסימן מ"ם מבואר דלכ"ע ל"מ החיוב להתחייב בדבר שאינו חייב אלא אם התחייב את עצמו בלי שום תנאי אבל אם קיבל בתנאי אפילו אם נתקיים התנאי לא חל החיוב ועיי"ש בש"ך סק"ד עכ"ל ולפמ"ש מיושב דהא מבואר בש"ך שם דחיוב בקנין מהני ע"ח וברבים כבר כתבתי דהוי כקנין ובזה מיושב עוד דלפי דברי ג"ל תקשי כיון דמחויב בלא"ה אינו חל החיוב כמו לקמן סימן פ"א ס"א בהג"ה מי שאמר לחתנו העשיר תלמוד עם בנך ואשלם לך פטור ואע"ג דלא טעין משטה טענינן לי' אע"ג דלא טעינין לי' בשאר משטה וכן במי שברח מבית האסורים וכו' דלקמן רס"ד ס"ז משום דהוי כאנוס ולפמ"ש א"ש כיון דקהל ישראל פסקו לא אמרינן טענת משטה כמ"ש רמ"א לקמן סימן פ"א ס"א ולא מבעיא להטו"ז בא"ע סימן קס"ה דבקנין א"י לומר משטה ה"נ בקהל דדיבורם כקנין אלא אפילו לפמ"ש תב"ש שם סימן קס"ט ס"ק כ"ג דדוקא נתנה או השלישה המעות א"י לחזור אבל קנין ל"מ מ"מ י"ל כיון שכתב הרא"ש בתשובת כלל ששה דככתובין ומסורין דמי א"כ הוי כנתנו המעות דאי"ל משטה.

עוד נראה לפי המבואר בריש בתרא דף ג' ובפ"ק דערכין ד"ו שאני מלכותא דלא הדרי בי' דאמר שמואל אי אמר מלכותא עקרנא טורי עקר טורי ולא הדר בי' א"כ ל"ל קנין דסמכה דעתי' דמקבל אדבריו והוי דברי מלך כקנין וכנתן כבר.

וגובה בו בקצו"ח כתב דכותי אינו זוכה עד דמטי לידו ונתיבות השיגו דודאי בשעת הלואה יכול לשעבד עצמו אפילו בע"פ דדין זה למד מהא דמשתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך בגיטין די"ג ושם בע"פ מיירי דודאי יכול לחייב עצמו ולשעבד גופו בשעת הלואה דהוי כאומר הילך מנה והקנה או שעבד שדך לפלוני דקנה עכת"ד ולע"ד בהילך מנה והקנה שדך לפלוני י"ל דמוכר זוכה המעות בשביל פלוני ומוכר לו וזכייתו בהמעות וקנייתו בשדה באין כאחד וכה"ג כתב בטול א"ע סימן ק"כ בשם רמ"ה דכשאמר הבעל לסופר לכתוב גט וליתנו לאשתו א"צ להקנותו לבעל דהאשה זוכה בגט בשביל הבעל וזכיית הבעל וגירושי האשה בכ"א וכה"ג כתב נמי בהגהות מח"א הלכות שלוחין סח"י שו"ר בנתיבות גופא לקמן סימן קפ"ג ס"ד דכיון שאמר הילך מעות והקנה השדה לפלוני הוי כאלו זיכה מעותיו ע"י מוכר לפלוני וא"כ גם במשתעבדנא מה"ט הוא דהוי כזיכה המלוה המעות למאן דאתי מחמתי' ע"י הלוה ושעבוד לוה וזכיית המעות בכ"א.

אמנם הך דהילך מנה וכו' ילפינן בפ"ק דקידושין מעבד כנעני דמשתחרר בכסף ע"י אחרים וא"כ תינח לרי"ף ורמב"ם דאינו משתחרר בעל כרחו בכסף ע"י אחר רק שלא

מדעתו מהני משום דזכות הוא לו זכין שלא בפניו י"ל דאין לנו ילפותא מהתם רק היכא דהקונה בר זכי' לזכות לו שלא בפניו כיון דקי"ל דמשתחרר בכסף בין ע"י עצמו בין ע"י אחרים ודוקא כשאינו בעל כרחו א"כ י"ל נמי דהוי כמזכה לו המעות ע"י רבו ומשחררו במעותיו אבל לרא"ש וטור וש"פ דמשתחרר בכסף ע"י אחרים אף כשעומד וצווח כמבואר ברא"ש ובטוש"ע יו"ד סימן רס"ז סכ"ו ובשטר אינו משתחרר ע"י זולתו בעל כרחו א"כ יש ילפותא מעבד כנעני דכשזוכה המוכר בכסף מקנה מאיליו לפלוני אף שלא נעשה שלוחו לזכות לו המעות וצ"ע על הרא"ש דבכלל ס"ח ס"ז כתב דאין כותי זוכה דאין עבז"ל דאינו בר זכי' והרי לשיטתו א"צ המשתעבד להיות שלוחו כמו בעבד כנעני ונראה דבלא"ה קשה הא עכ"פ כשמטי לידו זוכה בעצמו וכן הקשה הנתיבות אלא ה"ט נהי דזוכה בשעבוד גופו ונכסי כמע"פ אבל לגבות ממשעבדי אף מלוה גופו אינו זוכה רק עד דמטי שטר לידו או דעדים זכו לו וא"כ בכותי דאינו זוכה בשטר עד דמטי לידו נמלא דהשטר מוקדם ולרא"ש הוי כחספא ופסול לגמרי כדלעיל סימן מ"ג ס"ז ובש"ך שם ס"ק י"ב.

ובפנ"י בקידושין דף זיין כתב דלפיכך השמיט הרמב"ם דין דהילך מנה והקנה שדך לפלוני דקנה מדין עבד כנעני דל"צ למילף מעבד כנעני דבלא"ה מגו דאי בעי זכה לנפשו זכי לחברי' וזכין לאדם שלא בפניו עיי"ש וקשה הא נ"מ אם אמר תהא שדך קנוי' לכותו א"ו פשיטא לו כמ"ש דאפילו כשנילף מעבד כנעני אין כותי קונה כה"ג.

ולרשב"א בקידושין דף כ"ג דבין שטר בין כסף ע"י אחרים מהני אפילו בע"כ דבשלמא מתנה דאינו זכות ודאי דשונא מתנות יחי' רק נפשו של אדם מחמדתן לכן חשוב זכות רק כשאינו עומד וצוח אבל שחרור זכות ודאי לכן אפילו צווח מזכין לו. בע"כ עיי"ש א"כ ליכא ילפותא מעבד כנעני רק לבר זכי' ושליחות.

ונלע"ד ראי' מפרק אז"נ דף ע"א ע"ב דתנא התם ישראל שלוה מעות מנכרי בריבית וביקש להחזירם לו ומצאו ישראל אחר ואמר לו תנם לי ואני מעלה לך כדרך שאתה מעלה לנכרי אסור ואם העמידו אצל נכרי מותר וכן נכרי שלוה מעות מישראל ברבית וביקש להחזירם לו מצאו ישראל אחר וא"ל תנם לי אם העמידו אצל ישראל אסור ופריך בשלמא סיפא לחומרא אלא רישא כיון דאין שליחות לנכרי איהו דשקיל מיני' ריבותא ע"כ ומה קושיא דנימא דלפיכך העמידו אצל נכרי מותר דישראל הלוה אמר להישראל השני הילך מעות והתחייב לנכרי ולא לי דמתחייב כמו הילך מנה והקנה שדך לפלוני דהשדה קנוי' לפלוני ואינו כלל של בעל המעות ה"נ חייב ישראל השני להנכרי לבד ולא לישראל כלל ואינו לוה שלו כלל ולמה לא יהא מותר אפילו יתן הרבית להישראל

כיון דאינו חייב קרן לישראל כלל וכ"ש אם נותן הרבית להנכרי ודוקא העמידו אצל הנכרי דאל"כ שמא הנכרי לא ירצה אבל כשהעמידו אצלו ורוצה הרי נתחייב לו השני ונפטר הראשון כיון דנתחייב השני הרי נתפרע מראשון וגם בסיפא מה דוחקי' לומר לחומרא הלא מדינא הוא כיון דנתן הנכרי המעות לישראל כדי שיתחייב לישראל השני הרי נתחייב לו א"כ הוי ישראל זה לוה של ישראל שני אע"כ דהילך מעות והקנה שדך לנכרי לא מהני כיון דאין שליחות לנכרי וכן בסיפא כיון דצריך שיהא שליח של בעל המעות כמ"ש תוס' שם אינו יכול לזכות המעות מנכרי בשביל ישראל השני לכן א"י להתחייב לו ומכאן קשה נמי על קצו"ח בסימן קכ"ג סי"ד וסימן קצ"ה סי"א דקונין בק"ס של אחרים אפילו לעכו"ם דלאו בר שליחות או בעבירה דאשלד"ע ומשום דנקנה מדין עבד כנעני וכ"כ סוף סימן ס"ו.

נולד לאחר מכאן בתומים הביא בשם גאון אחד שהקשה לדעת תוס' בר"פ בן סורר דקטן ליה לו זכי' כלל מן התורה א"כ מה פריך בב"ב דף קכ"ז יכיר ל"ל הא אי בעי יהיב לו במתנה והא נ"מ אי אמר על בן קטן ונתיבות תירץ דיכול להקנות לאחר ע"מ להקנות לקטן לכשיגדל דקני ע"מ להקנות מהני כדאיתא בנדרים דף מ"ח עכ"ל ולא נראה דודאי בקני ע"מ להקנות צריך הקונה להקנות מחדש להקטן כשיגדל ואם לא הקנהו לא נתקיים התנאי וחזרה למקנה ראשון וליורשיו וכן מצאתי בנתיבות גופא בסימן ר"י א"כ צריך יכיר דשמא לא ירצה להקנות לו אח"כ לכן נראה לפמ"ש תוס' די"ג ע"ב דאף דאמרינן לדבר שלב"ל גם לר"מ אינו מקנה היינו שאינו בעולם כלל עיי"ש וא"כ לקטן דישנו בעולם יכול להקנות ותוס' ביבמות דף צ"ג כתבו דלר"מ אם אמר מעכשיו קנה מעכשיו והובא בנתיבות בכאן סק"ג א"כ לא הי' יכול לתרץ דנ"מ בקטן דלר"מ מה איכא למימר כדמשני בנכסים שנפלו לו אח"כ פריך לר"מ מה איכא למימר ואף דלפי מה דמשני בנכסים שיפלו כשהוא גוסס כיון דאינו יכול ליתן לו אז לא קנה גם לר"מ ה"נ במקנה לקטן שיזכה סמוך למיתת האב ל"מ כיון דחזי הבן קטן וכשיגדל כבר מת האב ואינו יכול ליתן לו מ"מ מה לי תירוץ זה או זה דמחד טעמא הוא רק כל הקושיא לס"ד דלא ידע מהך סברא דלר"מ ל"מ בנכסים שיפלו כשהוא גוסס דה"ל לתרץ דנ"מ בקטן וכיון דלר"מ יכיל להקנות לו שיזכה כשיגדל וגם למפרע סמוך למיתת האב לס"ד שפיר פריך.

סעי' ה' הוצאות על הכפל עמ"ש לעיל סימן י"א.

סעי' ו' אינו רשאי לעבור בש"ך ס"ק י"א היכא שהמנהג לירד בלא רשות ב"ד ובלא שומא אזלינן בתרי' ונתיבות וביאור הגר"א חולקים דמנהג אינו מבטל הלכה רק לפטור ולחייב אבל לא לעבור מה שאסרה תורה,

ונ"ל דעכ"פ אם כותב או מתנה בפירוש שמלוהו על מנת שיפרענו מעצמו בזה ודאי אם אינו פורעו מעצמו הוי גזלן למפרע ואינו באיסור דלא תבא אל ביתו לעבוט ועיין ש"ך לקמן סימן צ"ז סי"ד סק"ו וכיון שיש אופן המועיל אהני מנהגא שיהא כהתנו באופן המועיל ולא יהא עבירה וכמו סטימתא דהוי כנעשה באופן המועיל ע"פ ד"ת כ"ש כאן דיש לכלול זה בכונת התנאי אח"כ מצאתי בהש"מ סימן צ"ג דמה שנהגו דל"צ דיני תנאי דתקנו שיהא כאלו התנה באופן המועיל משום תק"ה.

עוי"ל כיון שנהגו לירד שלא ברשות ב"ד ודאי כ"ע לאו רשיעי רק טועים דע"י התנאי ליכא איסור ומבואר בתוס' פרק אעפ"י דף נ"ו בד"ה הרי זו דהיכא דלא מתכוין לעקור ד"ת רק סבור שאין זו עקירה לד"ת אהני התנאי לבטל המעשה עיי"ש וא"כ ה"נ כיון דמלוהו רק אדעתא דהכי שיוכל לירד שלא ברשות אף דטועה דתנאי זה אין בו איסור מ"מ אהני לבטל זקיפת הלואה ובטל מעשה הלואה שהלוהו מדעתו דהוי הלואה בטעות דכסבור דמהני תנאי זה וא"כ ממילא הר כגזל ביד לוה למפרע ומותר מן סדין לירד שלא ברשות ב"ד אלא כשאין מנהג לאו כל כמיני' דטעה לבטל המעשה אבל כשנוהגין חזינן דאין זה איסור אצלם וכדלעיל סימן ל"ד סכ"ד בדבר שרוב העם טועים תלינן דטועה.

ולפ"ז נסתר ראיות הסמ"ע לענין לילך בדא"ה דאפילו נטל שלא ברשות אסור.

ולפמ"ש המל"מ בפ"ו מה"א ה"י דלדעת הריצב"א בשבועות דף כ"ד בתוס' שם ד"ה אלא דלפיכך שבועה שלא אוכל מצה ואכל מצה בליל פסח חייב דחייל בכולל כיון שלא תזכיר האיסור בפירוש משא"כ כשאמר שבועה שאוכל נבילות ושחיטות וכ"ד הרא"ש ה"נ במתנה עמש"ב והתנה נמי תנאי רשות כל שנכלל ביחד ולא הזכיר האיסור בפירוש כמו ע"מ שאין לך עלי שכו"ע י"ל מגו דחייל ארשות חייל נמי עמש"ב עיי"ש א"כ ה"נ דמה שהתנה שיוכל לירד בלא רשות ב"ד כולל רשות השלא ימצא דיין חייל נמי אף כשימצא רק כיון דיש לפרש שבאמת אין הכונה רק כשלא ימצא דייני ישראל מפרשינן כן אבל אם המנהג לירד בכל ענין הרי כונת התנאי על כל אופן חייל בכולל ואף דמ"מ איך יעבור עבירה עכ"פ י"ל דאהני לבטל המעשה שהלוהו על דעת תנאי זה ולא יחשב כחוב הבא מחמת הלואה מדעת מלוה.

אמנם עיקר דברי הרא"ש צ"ע דממ"נ מאי קסבר אם ס"ל דכשאינו מוצא דיין מותר לגבות בעצמו למה צריך תנאי ואם ס"ל דאסור מה הועיל בפירושו דכונת התנאי כשלא ימצא דיין כיון דגם זה עבירה ובביאור הגר"א יישב זה דבשלמא כשמוצא דיין הלוה לא יפטור אפילו בלא התנאי רק התנאי על האיסור לבד אם יגבה בעצמו בלא ב"ד משא"כ כשאין דיין דזולת התנאי אינו יכול לגבות מעצמו ונפטר הלוה הוי התנאי לחייבו ממון ומהני

ונסתר מחמתו דברי שער משפט לעיל סימן ד' שהוכיח מכאן דכשאין יכול לגבות חובו בדיין ישראל מותר לתפוס בעצמו ולפמ"ש אין ראי' כלל אדרבה נראה ראי' להיפך דזולת התנאי הי' אסור גם בזה ועיין קצ"ח לקמן סימן צ"ז ג"כ אוסר.

ועיי"ש עוד שהביא דברי נ"י שאם יורד בעצמו לגוביינא ליכא איסור דלא תבא אל ביתו והקשה קצו"ח דמאן שם לי' וע"כ רק למשכנו ואסור עיי"ש וכאן יורד לגוביינא וא"צ שומא והכרזה שכך התנה ומ"מ אסר הרא"ש שו"ר בקצו"ח סימן ק"ג ס"ז הרגיש בזה ועיין לקמן סימן רנ"ח סס"א להרויח הדבר כותבין אעפ"י שא"צ וא"כ י"ל בלאו הכתיבה נמי שרי.

סעי' ט"ז אחר הכונה ראובן הלוה לשמעון וכתב שיפרע כשיגיע בן המלוה שלשים יום לפני הנשואין כתב בשו"ת קרית חנה דאפילו לא שידך עדיין חייב לשלם כשיגיע לח"י שנים דבן ח"י לחופה דהולכין אחר הכונה וצידד לומר דחייב לפרוע כשיגיע ליג"ש דראוי לישא וכמו דכתובה נגבית כשראי' לינשא אף דכתוב לכשתנשאי עי"ש ולא נ"ל דסתם א"א לכתוב זמן מוגבל גם לכשתתגרש או תתאלמן א"א לכתוב תלוי דוקא בראוי' לינשא וכמו דאיתא בא"ע סימן י"ז ובב"ש סימן צ"ג סק"א אבל כאן ה"ל לכתוב הזמן בפירוש א"ו רק בנשואין תלה ואת"ל דלפיכך כתב כן משום דשמא ישא לפני יג"ש א"כ כונת לנשואין ממש ומנ"ל לפרש בו שני כונות ולהוציא.

סימן סב

אם מתה בב"י א"ע סימן פ"ו הביא תשובת רשב"א ז"ל שאלת ראובן מתה אשתו בלא בנים ויש בידו הרבה שט"ח יוצאים על שמה וקרוביה תובעים מהבעל אותם שט"ח שהבעל אינו יורש מלוה והבעל טוען שמנכסיו נעשו שהיתה מלוה משלו תשובה שכל מת שיש לאשה בחזקת בעלה היא וכדתניא וכן האשה שהיתה נו"נ וכו' ואל תשיבני דכשמתה אין יורשי' צריכין להביא ראי' וטוענים להם וכדאיתא ההם מודה לי אבא שאם מת על האחים להביא ראי' דהתם שאני שאין האחים טוענים ברי אבל כאן הבעל טוען ברי עכ"ל ותמהני דא"כ מה מתקיף ר"פ מדאפיק רבא זוגא דסרבלא דשם הבעלים טוענים ברי דשלהם הוא וכדפרש"י בשלהי המקבל ורשב"ם כאן ואפילו את"ל שכן הדין בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דגם יורשים מיורשים מוציאים מ"מ מנ"ל להקשות מדאפיק רבא די"ל משום דטוענים הבעלים ברי.

ונראה דברי לא מהני להוציא מהמוחזק רק בנידון רשב"א היו השט"ח ביד הבעל ונהי דלא חשוב הבעל מוחזק כל זמן שלא הוציא מהלוים מ"מ גם יורשי' אין מוחזקין ע"כ יפה

כתב הרשב"א כיון דהבעל טוען ברי עדיפא טענתו מן יורשי האשה דטוענים שמא כיון דלא בא להוציא מהם אבל רבא אפיק זינא דסרבלא ולהוציא ל"מ ברי של בע"ד דתפיסתן עדיף מברי דקי"ל בו"ש לאו ברי עדיף דאוקמי' ממונא בחזקתי' כדאיתא בכתובות דף י"ב וש"ך בס"ק י"א וי"ח כתב דעיקר הטעם משום דבעל יורשה וז"א דהרי טענת יורשי' דמלוה ראוי הוא ואין בעל יורש ומצאתי בתומים כ"כ לדחות דברי ש"ך ולפ"ז בשטרות תחת יד יורשי' צ"ע אי מהני ברי של הבעל ואפשר דמ"מ לא חשוב מוציא מידם כיון דהממון גופא אינו תחת ידם אבל כששטר ת"י בעל ודאי אין מוחזקים דלוה א"צ לשלם כשהשטר ביד אחר וכמ"ש תומים סימן ס"ד סק"ב אמנם במטלטלים ויורשי' מוחזקים דלדעת מהר"מ גם במטלטלין טוענין להם וכתב ט"ז די"ל קי"ל כמהר"ם בזה לא מהני גם כשטוען הבעל ברי כיון דהוי להוציא.

והניח יתומים בקצ"ח כתב דאם נתן בחייו ושאר אחין מערערין כשעודו חי ג"כ צריכין אחין להביא ראי' ונתיבות חולק דכ"ז שהוא לפנינו ואינו מברר אתרע שטרו.

ולע"ד יש ראי' לקצו"ח מס"פ הזורק בכתב שובר לאיש וגט לאשה ואח"כ יוצא הגט מת"י בעל אם נשאת לא כל המינו לאבד זכותו של שני ובא"ע סימן קנ"א כתב שאנו תולין שנפל ממנה ומצאו הבעל עיי"ש הרי מיירי שהאשה טוענת דגט בא לידה דאל"כ רק מודית ומשום קנוניא הל"ל שנתנתו לו וכן מיירי ברישא דמכחשת ונשאת אח"כ הרי אף דכל זמן שלא נשאת לא תלינן בנפילה ואמרינן לה אייתי ראי' דגט מטי לידה ואם נשאת בלא ראי' תצא מ"מ אחר שנשאת בלא ערעור לא כל המינו לאבד זכותו של שני וה"ט דאף דאינה מביאה ראי' מ"מ אינו מפסיד זכותו לכן לא אמרינן לא כל המינו לאבד זכותה אלא דהיא היתה בדין לאבד זכותה כיון דאינה מביאה ראי' אלא משום זכותו לא משגיחינן במה שאינה מביאה דגם היא אינה נאמנת לחוב לו ובחידושי לא"ע ביארתי יותר.

ולפ"ז ה"נ אם נפל הדו"ד בין האחים קודם שמכר או נתן לאחר ולא הי' נאמן אז שהצריכוהו ראי' גם כשנתן אח"כ לאחר לא מהני כיון שלא הביא ראי' לפני זה.

אבל בן בית בתומים ס"ק י"ג הביא מהר"א ששון בעובדא דס"פ הכונס בירושלמי דגדולים זכו בחלקם ולא הוציא ר"ח מהם משום דהיו יכולים לטעון קי"ל כר"י בר"י והקשה התומים דא"כ למה לא יתנו לקטנים חלקם דאטו אם שותף אחד תופס וטוען קי"ל אין צריך ליתן להשותף חלקו עיי"ש ולע"ד התם שאני דרוב"י פסק שיתן הנפקד להגדולים חלקם וחלק הקטנים ישאר אצל הנפקד הרי כבר חלקו בפני ב"ד ומצאתי בנתיבות כ"כ אמנם בלאה"נ כיון שא"א להוציא יותר הרי במקום פסידא חולק בלא

דעת שותפו ומציל לעצמו כדלקמן סימן קע"ו סכ"ח ואף דצ"ל לעצמי אני מציל הרי מתחלה בפירוש נטלו חלקם לעצמם ונראה דנתיבות שהוצרך לומר משום דנחלק עפ"י ב"ד דאזיל לשיטתו בסימן קע"ו שם דכשא"א להציל יותר צריך לחלוק עם חברו.

אמנם בלא"ה כיון דקטנים לא תפסו חלקם ולפי דעת ר"ח אין הדין עמהם רק מחמת דגדולים כבר תפסו א"א להוציא מהם ואלו היו הגדולים תופסים כולו היו צריכים להחזיר חלק הקטנים ליורשי בעה"ב של האריס כיון דלא בא ליד הקטנים לא חשובי קטנים מוחזקים ול"מ תפיסת הגדולים בעדם דהוי תופס לב"ח במקום שחב לאחריני ואף דתפסו חצי בשביל עצמם לא אמרינן מגו וכאשר כתב תומים גופא בסימן ק"ה סק"ג להוכיח כן דלא אמרינן מגו רק אי בעי זכי כולו לנפשו ואפשר משום דתומים לשיטתו לעיל בכללי תפיסה ס"ק קכ"ו אבל בנתיבות שם מצאתי בס"ק כ"א כמ"ש דל"מ תפיסה אפילו ע"י שליח דל"ש חזקת ממון כשהוא ביד אחר אפילו ביד שליח ונהי דבשליח תליא בפלוגתת רש"י ותוס' בפ"ק דב"מ דף י"ד מ"מ כשלא עשאו שליח לא מהני גם לרש"י וא"כ אם נאמר דגדולים צריכים לחלוק עם הקטנים במה שתפסו ומשום דקטנים שותפים והחצי שלהם א"כ עדיין לא יטלו הקטנים רק יוכרחו להחזיר ליורשי בעה"ב חלק הקטנים ולפי סברת ריב"י הדין עם יורשי האריס וכשמוחזקים גם לר"ח הדין עמהם א"כ תופסים מה שבידם נגד חלקם שנשאר בהחצי ליטרא דדהבא אצל הנפקד שנוטלים עתה יורשי בעה"ב.

ואף דלשון ירושלמי דאמר דגדולים א"צ להחזיר לקטנים די"ל מציאה מצאנו מוכח דלא כמהרא"ש דמשום קי"ל זכו רק דלר"ח אפילו תפסו מוציאין מידם דהוי טעות בשיקול הדעת אלא משום דנעשה עפ"י ריב"י מם דעבד עבד אף דהוי טעות וכמ"ש בתומים מ"מ בשאר תפיסה כשמהני משום קי"ל לדינא נ"ל כמ"ש דאם שותף אחד תפס גם מה שמגיע לשאר שותפים צריך להחזיר להנתפס אם לא בא עדיין לידי שאר שותפים ואם תפס רק כפי חלקו הגיעו וא"צ ליתן לשותפו חלק מזה אפילו לא אמר לעצמי אני מציל.

סימן סג

סעי' א' ואם עידי השטר דעת הש"ך דגם כשעידי השטר זוכרים שחתמו או אחרים מעידים שראו שחתמו ל"ה רק מע"פ והלוה י"ל פרעתי וזה שטר אחר הוא ומזויף רק כשעדים עצמן מכירין חתימתן ס"ל לרמב"ם דהוי קיום דודאי לא טעו ואף שמעידין סתמא אמרינן שזוכרים ג"כ ההלואה והקשה בשע"מ סק"ב דממ"נ אם כ"א מעיד על כת"י חברו נמי הא ל"א כיון דהדר אזיופא דלמא טועה ואם מעיד רק על כת"י הא דמהני

דעל מנה שבשטר מעידים והוי כמעידים על גוף הלואה ולא על חתימתן דהא כשאחרים מעידין על החתימות צריך שנים על כל חתימה רק כשכ"א מעיד על חת"י אמרינן על מנה שבשטר מעידין ול"ה מע"פ כיון דליכא על חתימות כ"א רק ע"א דמתוך דמתני עדותן על המלוה עצמה מהני נמי על השטר משום דקיום שטרות דרבנן בסברא מועטת יש להקל וכמ"ש בהגמ"ר פ"ב דכתובות והכא דהדר אזיופא מה"ת צריך קיום דהא הטעם דקיום שטרות דרבנן דלא חציף אינש לזייף כפרש"י ריש גיטין והכא חציף וכן מוכח מתשובת רשב"א שבב"י א"ע סימן מ"ב בשטר קדושין שהבעל הי' מהדר אזיוף דפסק הרשב"א שם דבשטרא ריעא לא מגבינן בי' ה"נ לא מוציאין האשה מחזקתה הרי מדאורייתא אין השטר כלום א"כ אמאי מועיל מה דכ"א מעיד על חתימתו הא אין כאן אלא ע"א המעיד על חתימה וחצי עדות הוא נהי דעל מנה שבשטר מעידין לא ליהוי רק כמע"פ ע"כ כראה דל"מ רק כשעידי השטר עצמן זוכרין שחתמו ביחד עכת"ד ואינו מוכרח שיהא צריך קיום מה"ת דנהי דהדר שיזייפו לו שטר היינו שיחתמו עצמן ולא יהיו החתימות מזויף רק העדות יהא שקר אבל שיזייף חתימות עדים בעצמו י"ל מן התורה לא חציף רק רבנן אחר שהצריכו בכל שטר קיום ולא סמכו אחזקה דלא חציף לזייף לכן בזה דמהדר אזיופא לא סמכו אקיום דאפשר למד לזייף עד שיטעו בהכרת החתימות כיון דמהדר אפשר למד נמי ומרשב"א נמי אינו ראי' דבלא"ה בשטר קידושין הוי לרשב"א מפ"כ רק דניחוש שמא יבאו ויעידו בפיהם כמ"ש הב"ש בסימן מ"ב ס"ק מ"ו וזה אינו רק חששא וחומרא דרבנן ממילא כשהדר אזיופא דמדרבנן גם קיום ל"מ אמרינן שמא אין לו עדים אפילו מפי כתבם.

אמנם אפילו ת"ל דמה"ת צריך קיום י"ל דכשא' מעיד על חת"י דעל מנה שבשטר מעיד מהני מדינא ואצ"ל כלל משום דקיום שטרות דרבנן וע"ד שכתבתי בסימן נ"א כיון דידעינן דאמת שהלוהו ועכ"פ אחד מהם ודאי חתם אשטר מלוה זה א"כ חזקת דמלוה גופא מידק דייק וחתם שנים באמת דלא יפסיד מעותיו לכן נאמן מדינא אחתימה שני' ע"א לבד ול"ל שמא שטר אחר הי' לו על המנה שהלוהו וזה מזויף דהא עכ"פ ודאי חד קושטא קאמר דשטר זה נכתב על אותו מלוה דהא מכיר חתימתו משא"כ בעלמא כשאין זוכרין המלוה וכל אחד ממ"ח אינו מעיד רק אכת"י י"ל דלמא אחד טועה ומשקר במה שאומר שמכיר חת"י ונהי דאין שנים חשודין לא נשאר רק חתימת אחד והוי רק שטר בע"א דל"מ כיון שאינו זוכר גם עד זה ההלואה אפשר מעיקרא בשקר חתם וכדומה דאינו עדות אחת מה שחתמו ומה שמעידין עתה אהכרת החתימות כיון שאומרים שאינם זוכרים ההלואה ול"מ צירוף רק כשמעידין על עדות אחת וכמבואר לעיל ס"ס למ"ד סי"ב

ובסימן מ"ו סי"ד דכשמעידין על ענין אחד מצטרפין אף שלא ראו כאחד משום דעכ"פ אחד לא משקר דלא חיישינן ששניהם משקרין על אותו ענין ונהי דהגמ"ר כתב הטעם דקיום שטרות דרבנן אינו מוכרח שגם רמב"ם יסבור כן ומה דבעלמא כשמעידין אחרים אחת"י העדים צריך שנים על כל חתימה משום דאין מעידין על גוף הלואה א"כ כשיעידו שנים רק אחת"י ע"א נהי דידעינן דאינו מזויף מ"מ אפשר לא היתה הלואה דע"א א"נ וא"כ ל"מ ע"א שיעיד שמכיר חת"י עד השני דע"א א"נ ושמא אינו מכיר ואין מצטרפין דאין מעידין על ענין אחד דמה דמסהיד עד החתום כשחתם היינו שהלוה ועד המעיד שמכיר חתימות השני מסהיד רק דמכיר חתימתו ובזה ל"ל ודאי מלוה גופא מידק דייק דלא ידעינן כלל משני עדים שהלוה ואימר לא הלוה כלל.

סעי' ב' ביד שליש בשע"מ סק"ג כתב דא"צ לישבע היסת עד שיחזיר לו שטרו לפי טעם השני שכתב הש"ך בסימן פ"ב בכונת הר"ן ודברים תמוהין הן דבין טעם א' ובין טעם שני אינו רק במקום דמהני תפיסה אף כשלא יברר י"ל לא אשבע עד שתחזיר לי כדי שלא תוכל לתפוס ממני משא"כ כשלא מהני תפיסה ועתה אינו גובה משום שמחוסר קיום יפה ודאי א"צ להחזיר השטר ומ"מ מחויב היסת כיון דכשיברר בירור הצריך הרי יבורר דאמת אתו וככל טענת מזויף דצריך לישבע ומ"מ א"צ להחזיר השטר אפילו להב"ח כמבואר שם בש"ך.

בהג"ה שטר סתם מעשה בסרסור שהיה דרכו שילוו אחרים מעות על ידו ונטל טראטין מהלוין ונתן למלוים ואח"כ נודע שזייף חתימת שלשה לוים על טראטין ונתנם לשלשה מלוים והמעות לקח לעצמו ואח"כ הוציאו שאר מלוים נוראטין על אנשים אחרים והטראטין באו ליד המלוים ע"י סרסור זה והנתבעים טוענים מזויף נלע"ד דדינו כהועד עליו ששאל לזייף שטר סתם דכיון דהוחזק על שלשה בני אדם הוחזק לזייפן נגד כל אדם וכל סכום אף די"ל גם בזה על אלו הי' לו ספק מלוה ישינה לכן זייף עליהם מ"מ אין סברא כשהוחזק בג"פ לתלות במקרה ודעת ריטב"א ורבו באס"ז פ"ג דכתובות דף ל"ו ע"ב דכשרצה לזייף על ראובן חשוד לזייף גם על שמעון א"כ בהוחזק בתלתא גברי י"ל כ"ע מודים ועיין פר"ח ירד סימן פ"ד ס"ק ל"ג אם קנו אנשים קמח ממוכר אחד ונמצא אצל קצתם תולעים ויש לתלות דמעלמא נפלו בביתם בלחמם ופסק שאם נמצא אצל שלשה קונים אצל כל בעה"ב תולע אחד אין לנו לומר דאתרמי לכולהו דנפל מעלמא אלא מסתמא הוחזק קמח של מוכר זה בתולעים וכל בעלי בתים שקנו מאותו קמח אסר פתם שמצטרפין הג' שקנו מאותו קמח ומחזיקין לקמח זה בתולעים הרבה אבל בשני בעלי בתים שנמצא אצלם תולעים הרבה לא הוחזק כל המקח של המוכר בתולעים די"ל

הנהו תולעים מעלמא אתי ונפלו בשני בתים הללו עיין שם הרי אף דיש לתלות דמעלמא נפל שם וכנכ"ה וכמ"ש פרמ"ג במשבצות שם ס"ק ט"ז מ"מ כשהוחזק בג' מקומות לא תלינן דאתדמי ומחזקינן הקמח בתולעים וכן בס"ת שנמצא בו שלשה טעיות מחזקינן לסופר שכתב כל הספר בטעות עיין ביו"ד סימן רע"ט וחת"ס א"ח סימן קל"ו ועיין יבמות דף ס"ד ע"ב ובא"ע סימן טית.

ועוד דהאיך נתלה כאן דזייף משום סמ"י שהי' לו על הלוים ומסר טראט מזויף לאחר ולקח מעות בעד חספא ועוד כיון דנתברר שלקח מעות מהמלוים שלא כדין אין לתלות בסמ"י כמ"ש תוס' בפ"ק דב"מ דף וא"ו בד"ה ספק ואפשר ה"נ דתלינן בסמ"י משום דעדיין לא עשה מעשה רק שאל מהם לזייף דבזה לא נפסל עדיין אבל אם נתברר עליו שכבר זייף אפילו אחד לבד לא תלינן בסמ"י והוי כשאל לזייף שטר סתם ועוד אפשר כיון דעדות שבשטר כנחקרה עדותן בב"ד ומן התורה א"צ קיום דלא חציף אינש דירא שהעדים יכחישוהו לכן תלינן בס"י משא"כ בחת"י לוה דבעי קיום מן התורה כמ"ש סמ"ע בסימן ל"ה סק"ט ובש"ך סימן ס"ט ס"ק י"ב וב"ח שם הרי דלא אלים החזקה דלא זייף בחת"י לוה.

ואם הוציא שטר ונתקיים ועידיו חו"ש ואח"כ הודה המלוה שהוא מזויף כל שטר בחתימות עדים הללו שיוציא על כל אדם פסולין אף שיקיימן דחיישינן שמא זייף גם אלו זה מבואר בתוס' ורא"ש בכתובות דף מ"ד בד"ה א"ב ולפ"ז ה"נ י"ל כשהוציא טראט על ראובן בחת"י ונתקיים והודה אח"כ שהוא מזויף כל טראט שיוציא על ראובן בחת"י ל"מ לו קיום אמנם כשראשון נתקיים ע"י דימוי ושני ע"י טב"ע י"ל נהי דזייף כל כך שידמה אבל לא שיהא ניכר בטב"ע דעדיף מדימוי כדלעיל סימן מ"ו בש"ך ס"ק כ"ד.

סימן סד

ואעפ"י שאין לו מגו בסמ"ע וש"ך תמהו דבכל משכון צריך מגו ואחרונים תרצו דמיירי בלא עידי פקדון דיש לו מגו דמתחלת ממושכנים ואז הי' נאמן בלא שום מגו וכמ"ש הרא"ש וסמ"ע וש"ך בסק"ה ומ"מ הקשו למה יהא עדיף ממטלטלין דאפילו טוען למשכון בא לידי מתחלה צריך מגו דוקא וקצו"ח בסימן ע"ב סק"כ תירץ משום דאינו קונה משכון במשיכה לחוד זולת אם נתחייב לו זולת זה בשטר או בקנין לכן אין התפיסה מוכחת שממושכן אצלו אבל כשידוע שהי' לו אצלו חוב קונה משכון במשיכה לחוד לכן נאמן בלא מגו שמתחלה בא לידו במשכון עיי"ש וזהו לא תעלה ארוכה לדברי רמ"א כאן דאפילו א"י שהי' חייב לו נאמן ונתיבות תירץ כיון דאינו תובע הלוה רק מחזיק בגוף

הנייר הוי כטוען על גוף החפץ לקוח וא"צ מגו וכמ"ש הר"ן הובא בש"ך סימן ע"ב ס"ק ע"א לחלק לענין שבועה והביא הנתיבות עצמו מהר"ן בב"ב דף מ"ה בהא דאומן דמיירי כשהטלית ביד האומן ואין האומן תובע ואפ"ה מצריך בש"ס מגו ועוד קשה לי דבש"ך בסימן ע"ב שם הניח דברי הר"ן בצ"ע דהפוסקים ס"ל דגם כה"ג צריך שבועה בנק"ח.

ולע"ד לפמ"ש בספר הזכות בשם ראב"ד מ"ש לקוח דנאמן בלא מגו ומשכון צריך מגו ותירץ כיון דמודה דגופי' דדידי' הוא בחזקתי' מוקמינן לי' לכן צריך מגו והביאוהו בקצו"ח ונתיבות ור"ל דאפילו אמת שהוא משכון פ"מ חשוב בעל החפץ יותר מוחזק דמ"מ הגוף שלו ולמלוה אין עליו רק טענת דמים מעלמא וגורם לממון לאו כממון דמי וכיון שע"י טענת משכון אנו דנין למגרע זכות הלוה בהחפץ שהגוף שלו שלא יוכל לקחתו או א"ל יפרע נמכרנו ונוציאו מחזקתו לכן צריך מגו וכ"ז שייך במטלטלין אבל שטר רק גורם לממון לגבות על ידו וגוף השטר של לוה והוא רק משכון אצל המלוה וכמ"ש רשב"א בכתובות דף פ"ו וכשהשכינו אצל אחר לא נשאר לו בו כלום דהא כל זכותו בו שעל ידו יכול לגבות מהלוה והרי ממון זה ע"כ צריך שישלם למלוה שלו ואם לאו לא יחזיר לו השטר ולא יוכל גם הוא לגבות בו א"כ אינו אצלו עתה אפילו גורם לממון וגם לוה ראשון יכול לפרוע למלוה שני בע"כ דמלוה ראשון ולהוציא שטרו כמבואר בסימן קכ"ח דאם יש לו בידו ל"ח מבריח ארי עיי"ש בהג"ה וש"ך סק"ח והא דלקמן סימן ס"ו סי"ז דבמסר ולא כתב א"י לפרוע ללוקח היינו כשמכרו בפחות מדמי הסך שחייב הלוה ע"כ אם טוען שמתחלה בא לידו בתורת משכון נאמן בלא מגו דלפי טענתו לא נשאר למלוה ראשון בו זכות גורם לממון דגוף השטר בלא"ה אינו שלו ואף דיש לו זכות דמלוה שני צריך כומ"ס לגבות בו היינו אם יפרענו מה שהלוהו וע"כ צריך לפרוע סך זה מה שיגבה אח"כ מהלוה ראשון וא"כ אינו אצלו עכשיו שום גורם לממון ואם לא יפרע יפרע לוה ראשון למלוה ויוציא שטרו אפילו בלא כומ"ס שלו וגם בע"כ של מלוה ראשון יכול לפרוע וכמ"ש ואפילו בע"כ של לוה וכדאיתא ר"ס ס"ו דשדר"נ.

בנתיבות סק"ו כתב דאם המלוה חי וטוען ברי שנפל ממנו ומצאו זה נהי דאינו נאמן נגד התופס מ"מ יכול לתבוע מהלוה מעותיו ולכתוב שובר דהוי כא"י א"פ כמו בנאבד המשכון וטוען המלוה שנאנס את"ד ואינו מוכרח לפמ"ש נתיבות עצמו בסימן נ"ד סק"א והוכיח דשטר שאני דהוי כא"י אם נתחייבתי שלא התחייב עצמו לשלם רק בהחזרת השטר ומ"ד בטוען אבד השטר כותבין שובר הוא רק תקנה עיי"ש וא"כ י"ל תינח כשאין אחר מכחישו לפנינו אבל כשתופס השטר ומכחישו דהשכינו אצלו והדין דאינו נאמן

נגד התופס דשמא אמת טוען איך נעשה תקנה שיגבה מלוה חובו בלא השטר ונפסיד לזה ועמ"ש לקמן סימן ס"ה ס"ד.

סימן סה

סעי' ד' אנן לא טענינן להו לשון הרא"ש בתשובה דל"ש להלוות מעות על שטרות שא"י לגבותם ומלתא דל"ש לא טענינן ליתמי ומשמע דאם הם כתובים בענין דיכול לגבותם אפילו ידעינן שאינן של אביהם טענינן להו שלקחם למשכון ש"ך ס"ק י"ג ושער משפט המה דש"ך סותר ד"ע דבסימן ע"ב ס"ק קמ"ג וקמ"ח במטלטלין שביד יורשים ס"ל דלא טענינן ליתמי שיש לאביהם עליו חוב עד כדי דמיהן כיון דהגוף של לוה וכן הקשה הנה"מ בסימן ע"ב סק"נ ותירץ שם דש"ך מיירי כאן דאינו תופסן לגבותן ואינו רק להחזיק לכן טענינן ליתמי ובסימן ע"ב מיירי שתובעים ללוה לגבות מהמשכון עיי"ש וסתימת הש"ך לא משמע כן דנהי דאינו יכול לגבות בהן בלא כומ"ס כשלא נכתב לכל המוציאו היינו מעצמו אבל ע"י ב"ד יכול לגבות וגם בשאר משכון צריך ב"ד וכמ"ש הנתיבות בסימן ס"ד סק"ב ועוד בסיפא דש"ך כאן דהם כתובים בענין דיכול לגבותם דטענינן דלמשכון לקחם משמע דטענינן גם לגבות על ידם דכל כה"ג ה"ל לפרש.

ולפמ"ש בסימן ס"ד א"ש דשטרות שאני דאין גופן של מלוה רק גורם לממון שיהא לו ע"י וכשהשכינן אצל אחר גם גורם לממון אינן אצלו דהא אינו יכול לגבות עם שטרות הללו מהלוה רק אם יתן סך זה למלוה שלו ואזי יחזיר השטרות ללוה ואפילו נימא דבשטרות דצריך כומ"ס חשוב מלוה ראשון יותר מוחזק מ"מ אם כתוב דנשתעבד לכל המוציאו דא"צ כומ"ס והלוה א"י לטעון לאו בע"ד דידי את דנתחייב לכל מי שמוציאו אפילו לא בא מחמתו רק דבעי מסירה לקנות מהמלוה וכיון שהמלוה חייב לא בעי שום קנין עד המלוה וגובה אותם מהמלוה ע"י תפיסה לכל זכות שיש להמלוה בשט"ח ונגד הלוה לא בעי מאומה כמבואר בנתיבות לעיל סימן ס"ד סק"א בממר"ם ולש"ך בסימן ס"ו סוף ס"א בסק"י כשנכתב שם המלוה בשטר גם כשנכתב לכל המוציאו צריך כומ"ס וא"כ מ"ש הש"ך כאן דאם הם כתובים בענין שיכול לגבותם דהיינו בממרים ע"כ דאל"כ אינו יכול לגבותם בלא כמו"ס דהא אף דא"צ הרשאה כשבא בשליחות המלוה מ"מ הרי יכול המלוה למחות וחוזר בשליחות וא"י לגבותם בעל כרחו וא"כ בכה"ג ודאי עדיפי ממטלטלין דאפילו חייב גופן שלו משא"כ בממרנות דגופן בלא"ה אינן שלו רק גורם לממון הן וכשהשכינן ביד אחר לא נשאר לו בהן שום זכות ולע"ד אפילו היכא דצריך כמו"ס מ"מ שאני שטרות וכמ"ש.

בש"ד ס"ק י"ד לפוסקים דמלתא דל"ש טענינן ליתמי ה"ה הכא טענינן להו וצ"ע ובתומים דחה דבריו דכאן לכ"ע לא טענינן מלתא דלא שכיח דאין גוף השטר שלהן רק שמא ממושכן ה"ל להוציא דאפילו במשכון מטלטלין הו"ל להוציא ולכך קי"ל דטוען עד כדי דמיו צריך לישבע בנק"ח כנשבע ונוטל ומכ"ש במשכון שטר שאין גופו ממון ואין עומד למכור רק בכומ"ס עכ"ל ולע"ד דאדרבה מה שאין גופו ממון היא הנותנת דלא חשוב מוציא כיון דמלוה ראשון ג"כ אין לו בו רק גורם לממון וכמ"ש לעיל ומ"מ דברי תומים נכונים דדוקא להחזיק י"ל דטוענין מלתא דל"ש דאין הולכין בממון אחר הרוב וכמ"ש תומים משא"כ כשאין להחזיק אף דל"ה להוציא ג"כ מ"מ הממון אצל הלוה ראשון ומוטב ליתן החוב למלוה ראשון והש"ך דמסיים דצ"ע כיון דבממון אין שום אחד מוחזק אפשר ליזול יותר בתר המוחזק בשטר ונטעון להם מלתא דל"ש להחזיק השטר להם וממילא הלוה יפרע למי שיחזיר לו השטר ועיין מ"ש בסמוך ס"י.

והנה בתשובת הרא"ש מבואר דאם הי' אביהם קיים הי' יכול לטעון מעות הלויתי לך עליו יע"ש דמיירי דמלוה ראשון חי וטוען שהשטר שלו וכן מבואר מלשון הלויתי לך וקשה עמ"ש נתיבות בסימן ס"ד סק"ו דאם המלוה חי וטוען שנפל ממנו ומלאו פלוני ואותו פלוני טוען שהשכינו אצלו צריך הלוה לשלם למלוה שלו וליקח שובר דהוי א"י א"פ ולפי דבריו מה זה שאמר הרא"ש דטענתו שטוען שהלויתי לך עליו טענה והא הלוה ע"כ ישלם למלוה שלו ויקח שובר ומה צורך לזה בהשטר ואם נאמן זה נגד הלוה שהשטר נפל ממנו כ"ש לומר שהפקידו או שותפו הוא כמבואר ביבמות דף קט"ז אי לנפילה מזהר זהיר אי לפקדון כיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' מבואר אם אין שמו כשמו יש לתלות בפקדון יותר מנפילה אע"כ כיון שהשטר ישנו ביד אחר ואינו ידוע של מי הוא אין ללוה לשלם עד שיוחזר לו שטרו ואפילו השטר ת"י יורשים אם היינו טוענין להם שמא ממושכן השטר אצל אביהם ג"כ אין ללוה לשלם עד שיוחזר לו השטר ועמ"ש לעיל סימן ס"ד.

ועיין בשו"ת חכמת שלמה סימן כ"ה בשטר שנמצא אצל יורשים שהניח אביהם וכתוב בו דהחוב מעות יתומים והלוה מודה שחייב וא"י מי המה היתומים ורצה השואל לומר דצריך לפרוע ליורשי המנוח כפי מה ששוה השטר למכור דטוענים עבור יתומים שאביהם קנה או לקח השטר למשכון בעד סכום זה ובעל המחבר השיב נהי שאביהם הי' נאמן במגו שהי' תובע הממון בעד יתומים שאינם ידועים לנו והי' מעכב המעות לעצמו אבל ליתומים ליכא מגו דאין להם רשות לגבות בעד היתומים ובכה"ג לא שמענו דטענינן להו להוציא המעות מיד הלוה וגם כיון דאין תפיסת השטר מוכיח דשייך למורישם דהא

הי' אפטרופס של יתומים ומקמונין המעות בחזקת היתומים והא דתשובת הרא"ש שאני דכיון דלא ידענו שהופקד אצלו ל"צ למגו או דמיירי רק שהמפקיד א"י להוציא השטר מיד היורשים אבל לגבות מהלוה לא שמענו.

והעלה דהב"ד יוציאו מיד הלוה ויכריזו ויתנו במכתב קורת העתים כי כל מי שיש לו ידיעה מהמעות יביא עדיו וא"ל יביא עד זמן הנקצב יחשב כיאוש ויתן המעות ליורשי המנוח עכ"ל ולא נ"ל כלל דשמא לא ישמעו מהכרזה כדאיתא ביבמות דף ל"ו ומג"א סימן תס"ז סק"א ותשובות רשב"א סימן תתצ"ג ובשו"ת ברכת יוסף ס"ו חא"ח.

ועוד אם היתומים קטנים לאו בני יאוש ננהו עיין פ"ב דב"מ כ"ב ב' ומ"ש שיתן לב"ד אינו נכון כמבואר בנתיבות סימן ע"ו סק"ד וסק"ה דכיון דאינו נפטר מחובתו אם יופסד ביד ב"ד ויבא המלוה האמיתי א"צ ליתן ליד ב"ד ול"ד לפקדון ולגזלה ועיין חת"ס חחו"מ סימן קכ"ב.

סעי' ז' הנפק אם חייב מודה כ"ב הרי"ף ורמב"ם ותמהו עליהם למה צריך הנפק כיון שנכתב בו ביום וחייב מודה ונלע"ד דברא"ש פ"ק דב"מ כתב דטעמא דרב אסי דאין כותבין שטר ללוה לבד ולא אמרינן עבז"ל משום דעדים מפקי לקלא משעת מסירת השטר ולא משעת חתימה והנה מבואר לעיל סימן מ"ח דשטר שנפרע וחזר ומסרו לו ביום החתימה בפני העידי חתימה עצמן כשר ועיי"ש בש"ך סק"ה דאם מסרו בפני עדים אחרים הוי כמזויף מתוכו וכתב הנתיבות שם משום שנסמוך על ע"ח שהוציאו הקול ועל ידם נגבה ובאמת לא הע"ח הוציאו הקול על מלוה שני' ולפ"ז כאן דחיישינן שחתמו ללוה ולא הי' מלוה עמו ולא הוציאו קול ועכשיו במסירה אינם כאן דאם היו כאן מפיהם אנו חיין אימת נכתב ואם מלוה הי' שם וכיון דע"ח אינם יודעים מהמסירה לא מפקי לקלא לא מהני אף דנמסר כעת לפני ב"ד ועדים אחרים וע"כ צריך הנפק דראי' דלוה ול"ל משום דלא לוה לא נזהר בשמירתו וכמ"ש תוס' בפ"ק דב"מ דף י"ב ע"ב בד"ה ולא לוה וע"כ ל"ח לשום ריעותא.

עוד נלע"ד דבלא הנפק חיישינן שמא כתב ללוות ונשאר ביד העדים דלא רצו לתתו לו כיון דלא קי"ל עבז"ל ואין כותבין ונותנין ללוה שטר בלא קנין ועדים אבדו השטר וכשלא נמצא ביום שנכתב ל"ל כן דעדים לא ישכנו באהליהם עולה ואם אבדוהו ביומו לא הי' נמצא אחר זמן דהי' נדרס וכ"כ הריטב"א דליכא למיחש מסופר נפל מכבר דהי' נדרס והיום ליכא חשש שנאבד כיון דזמנו מוקדם לא הי' משחהו בידו רק בנמצא ביום שנכתב י"ל מסופר נפל עיי"ש ולאביי דס"ל עבז"ל לא חיי שינן שיניח ביד עדים וסופר בלא הכרח וכמ"ש הריטב"א רק לר' יוחנן מרי' דהאי מימרא דלא ס"ל כאביי כמ"ש תוס' א"כ

מוכרח להניח בידם דלא יתנו לו שמא ימסר לאח"ז ומ"ש מורו דריטב"א דבדין דהוה מצי לשנויי לא משהה אינש שטרו בי ספרא אלא דבעי למימר טעמא באנפי נפשי' ולרי"ף י"ל דה"ט משום דעבז"ל לא משהי דלמה ישהה בלא הכרח אבל אי לאו עבז"ל מוכרח להשהות דלא יתנו לידו וע"כ לא משני כן וא"כ להלכה דס"ל לרי"ף דלא אמרינן עדיו בחתימיו זכין לו כשאין בו הנפק י"ל שנאבד מיד העדים וברי"ף פד"א כתב דכ"ז שהשטר ת"י הע"ח חשוב מפי כתבם דאי בעי כבשי לסהדותייהו רק אחר שהוציאו העדות מידם הוי כנחקרה עדותן בב"ד דתו א"י לחזור עיי"ש וא"כ דוקא כשיצא השטר מתחת ידם מדעתם הוי כהעידו אז אבל בנאבד מהם ל"ל כן וקודם שיצא מידם לא נחקרה עדותם דאי בעי כבשי לשטרא והוי עפ"כ וע"כ צריך הנפק דוקא דחזינן דכבר הי' ביד מלוה ונחקרה עדותם כשהוציאוהו מידם ליד מלוה ודו"ק מאד.

סעי' י' וא"צ שיאמר האיך היו כרוכין בספ"ק דב"מ בגמרא ש"מ קשר סימן תני ר"ח שלשה כרוכין פרש"י דכרך הוי סימן וכו' אלא שטרי מכריז עיי"ש מבואר מפרש"י דצריך כרך ומנין וכ"כ הב"י דכ"ד רש"י ורי"ו ובאס"ז תמה למה צריך ונלע"ד דקשה טובא לפי המבואר ביבמות דף קט"ו גבי ההוא דאפקיד שומשמי דקאמר מנין חושבנא בעלמא וכתב הנ"י שם אף דקי"ל מנין הוי סימן היינו גבי אבדה דל"ה להוציא וא"כ כאן דמחזירין השטר למלוה ויוציא ממון מהלוה ולקוחות למה מהני סימן ומצאתי בתוס' חולין דף צ"ו ע"א בד"ה פלניא הקשו כן ונלע"ד לפמ"ש מהרי"ו ומהר"א מזרחי ומ"ב והטו"ז בא"ע סימן י"ז עיי"ש בקו"ע דשני סימנים ביננום הוי סימן מובהק ובש"ך לקמן סימן רצ"ו הוכיח מדאמר ביבמות שם אימר חושבנא משמע דסימן מובהק מהני להוציא ממון וא"כ ה"נ כרך ומנין צריך להוציא וממילא מוכח דכרך או מנין לחוד הוי סימן אמצעי ומהני בשאר אבדה והא דבעי פרק אלו מציאות דף כ"ז אי ס"ד ופשיט לה מהא דמצא תכריך אף דיש כאן שני סימנין דהוי סימן מובהק י"ל לפמ"ש הפנ"י שם דגם על סימן מובהק בעי אי דאורייתא ובלא"ה י"ל דאם סימן אמצעי דאורייתא באבדה ע"כ דחשוב כרוב דלא יזדמן כמותו רק ע"צ מועט דאל"כ גם אבדה לא מהדרינן ע"פ רק להוציא ל"מ רוב ובשני סימנין הוי כתרי רובא דל"ח למיעוטא דמיעוטא גם להוציא אבל אי סל"ד באבדה דל"ח כרוב ממילא ל"מ להוציא שני סימנן כיון דאפשר יתרמו טובא כמותן.

ושיטת הרא"ש וש"ע דמהני סימן אחד כאן ס"ל כתוס' בחולין שם משום דבשטר אין שום אחד מוחזק וצריך פירוש דהא אח"כ יוציא ממון על ידו ונלע"ד עפימ"ש רמב"ן בב"ב לענין סטראי דמהני מגו דמהימן על מה שהוא תפוס סטראי ננהו ואין נאמנות על מנה שבשטר אלא על מה שפרע לו ואע"ג דממילא מהני לי' מגו לגבות בו מנה שבשטר

עיי"ש בפק"ה דף ל"ב ה"נ מהני הסימן לענין גוף השטר דאינו חשוב להוציא ונ"מ לצור ע"פ צליחותו כדאיתא בפ"ק דב"מ די"ג וכה"ג ומהדרינן ע"י סימן וממילא כיון דהשטר בידו מוציא עמו אח"כ כשיבא לב"ד לתבוע החוב וכה"ג כתב הרמב"ם לענין ע"א דמעיד על חתיכה שהוא חלב וכשיאכל אותו ישראל אח"כ ילקה וכה"ג כתבו הפוסקים לענין היכר אי אחוה דמיתנא הוא לענין חליצה ולענין היכר השליח את האשה שמביא לה הגט שהיא אשתו של פלוני וכ"ש לשיטת רמב"ם דכל שטר שדינו שלא להחזיר אם החזירו גובה בו דמעמידין השטר על חזקתו.

ובזה א"ש מ"ש הרא"ש ונ"י דבלא כריכה אפשר שיתפזרו ומיאש מהם והקשה תומים דמ"מ מגוף החוב לא נתייאש וצריך להראות שטרו עכ"פ שיגבה בו ועוד כ"פ ס"ל דל"מ יאוש בחוב ולפמ"ש א"ש כיון דבגוף הנייר זכה המוצא ע"י יאוש ממילא אין לידון רק על הוצאות החוב תו לא מהני סימן אחד להוציא ומצאתי בקצו"ח ושע"מ מזה ולפי שביארתי הדבר יותר לא זזה ממקומה.

וצ"ע על תוס' בחולין שם דמשמע מדבריהם דגם סימן מובהק ל"ח להוציא וכ"ד ריטב"א בקידושין הביאו קצו"ח סימן רצ"ז דמה יענו להוכחות הש"ך מיבמות הנ"ל ונלע"ד דס"ל דסימן מובהק כרוב דלא שכיח שיזדמן רק על צד המיעוט רק אין הולכין בממון אחר הרוב להוציא ומ"מ רובא כברי ושמא כדאיתא רפ"ב דכתובות וע"כ ביבמות שם שהפקיד אצלו שומשמי רק טענתן על החזרה הוי כא"י אם החזרתי משא"כ כשטוען להד"ם ל"מ סימן מובהק תה נלע"ד טעם הטור שהביא הש"ך בסימן רצ"ז דמחלק בין החזרתי ללהד"מ ודו"ק.

הג"ה אם הם של מלוה ולוה אחד עסמ"ע דגם מנין ל"ה סימן ועב"י והרא"ש לא חילק בין אם הם של מלוה ולוה אחד א"ל ובין הם לפנינו א"ל וכ"כ הב"ח ויש להבין הא הרמ"ה שפיר קאמר דשמא פרעו בפ"א לכן יודע כריכתן או מניינן מחמת שהחזירן ללוה כך או דלוה לקח המעות בפ"א ונתנן כך להמלוה ואפילו אחד א"י סימן כריכה שמא לא נתן אל לבו דהאחר כרכן ועיקר אנו דנין בין מלוה ולוה של מי הן ונלע"ד דרא"ש לטעמי' שכתב ספ"ק דב"מ ז"ל תכריך של שטרות הר"ז יחזיר למי שנותן בו סימן ולא אתרע בנפילה זו כיון שע"י הסימן מתברר אי ממלוה נפל אי מן לוה נפל עכ"ל ופירשו בפנ"י שלא נזהר בשמירתו כ"כ כיון דאם ימצאנו אחר יחזרנו ע"י הסימן ע"ש וא"כ מה"ט לא ניחוש דהאחר אבדן וזה נתנן לו כך ויודע הסימן דא"כ הי' האחר כזהר לשמרן כיון דאין לו לסמוך על הסימן כיון שכנגדו ג"כ יודע הסימן ול"ל דבאמת משום דיש בהן פסול לא נזהר בהן דלא מרעינן שטר בחנם רק מחמת הוכחה מדנפל אתרע אבל כשי"ל דסמך

אסימן למה נחזיק ריעותא בחנם ומפרט דאפילו שטר מרוע שוה קצת מחמת ראייתו אפילו ללוה ולא שכיח להשליכו בשלימות רק מ"מ יותר שכיח משטר כשר ואינו פרוע ע"כ היכא דל"ל דסמך אסימן אמרינן מדנפל אתרע ומפרט לשיטת רש"י בפ"ק דב"מ דף י"ג דהיינו דהמלוה זרקו מחמת פסולו דאין לו לחוש כלל אבל הלוה ודאי יש לו להזהר בו וגם אם מיד המלוה נפל משום דפסול הוא א"כ של לוה הוא וע"כ אמרינן ודאי זה שנתן הסימן מידו נפל דסמך על הסימן דידע ששכנגדו אינו יודע סימן זה ול"ל דה"ל למיחש דשכעדו עצמו ימצאנו ולא יכריז כלל דזה הוי נפילה דיחיד דלא שכיח כלל לכן גם הוא לא חש לה.

ולפ"ז גם בנותן לוה או מלוה סימן בנקב בצד אות פלוני יש להחזיר לו דל"ל מחמת שסי' אצלו השטר יודע סימן זה ולא ממנו כפל רק מיד שכנגדו דא"כ הי' שכנגדו נזהר בשמירתו ולא שכיח שיאבדנו כיון דאין לו סימן שלא ידע בו שכנגדו ועל כרחך הנקב נעשה רק עתה כשהי' אצלו וסמך דאין שכנגדו יודע מסימן זה ולפ"ז חולק אבע"ת דלעיל ס"ו אלא דבע"ת יהיב טעם אחר דמהני סימן ולא אמרינן מדנפל אתרע כיון דנמצא בתפיסה או מכורך חזינן דלאו דרך נפילה של פסולין נאבדו וא"כ צ"ע דהטור הביא לעיל סברת בע"ת וכאן הביא סברת הרא"ש ולא כתב דרא"ש חולק אבע"ת ובאס"ז ספ"ק דב"מ שם כתב הרמ"ך ז"ל אם מצא תכריך של שטרות והכריז שטרות סתם ובא זה ונתן סימנן בין לוה בין מלוה הרי זה יחזיר ולא חיישינן דלמא הכי אהדרי' מלוה ללוה בתר דפרעי' הלכך אפילו למלוה מהדרינן לי' בסימנא עכ"ל משמע נמי אפילו בא רק אחד כדאמר ובא זה מחזירין לו ול"ח ומשמע אפילו בסימן אחד כדמסיים בסימנא.

סעי' י"ג ומיהו אה יבא העבד לטרוף בו ממה שמכר אדוניו מנכסיו מאחר זמן הכתוב בו צריך להביא ראי' וכו' בש"ס דף י"ט פ"ק דב"מ פריך דניחוש שמא כתב בניסן ולא נתנו עד תשרי הניחא למ"ד זכות לעבד וכאביי דעבז"ל אלא למ"ד חוב מא"ל ומשני דכי אתי למטרף יאמרו לו אייתי ראי' אימת מטא לידך הרי דלאביי א"צ ראי' וראש וטור וריו פסקו דעבז"ל ומ"מ הצריכוהו להביא ראי' והב"ח תירץ דחיישינן שזרקו לאשפה ונעשה כחרס ועדיין קשה דא"כ מה קאמר דלאביי ניחא ונלע"ד דנהי דחיישינן מדנפל ולא נזהר בו כתבו ליתן ולא נתנו מ"מ י"ל כיון דעלה בדעתו שלא לשחרר בו לא שמרו אבל מ"מ אפשר לא זרקו וביטלו בפירוש שיהא כחרס שלא יוכל לחזור ולשחרר בו וא"כ יש ס"ס שמא נתנו ביומו ואת"ל מדנפל יש חשש שלא נתנו ביומו ונמלך מליתנו מ"מ שמא לא ביטלו בפירוש וי"ל כשנתנו עתה עבז"ל דהא פריך סם דף י"ג כי נמלך מה הוי הא עבז"ל רק הב"ח חידש דזרקו נעשה כחרס כמ"ש סי"ז עיי"ש.

אמנם קי"ל דס"ס ל"מ להוציא ממון אצא לרמב"ם דכשהחזירו שלא כדין מ"מ מוחזר ומוציא בו ממון וכל החשש רק לכתחלה א"כ ודאי מהני ס"ס על החזרתו לכתחלה דבשטר אין שום אחד מוחזק ועדיין אין מוציאין בו מלקוחות ואח"כ אם יבא להוציא מלקוחות הא בדיעבד בלא"ה גובה בו אמנם הבע"ת ונ"י הוכיחו דלא כרמב"ם מדאמר הש"ס כי אתיא למטרף יאמרו לו אייתי ראי' אימת מטא לידו ולרמב"ם הא כיון שיהא בידו השחרור יגבה בו בלא ראי' ולפ"ז כ"ז למה דמשני מוכח דלא כרמב"ם ול"מ ס"ס שפיר י"ל דחיישינן שביטלו בפירש כחרס אבל המקשן דלא אסיק אדעתו דיאמרו לו אייתי ראי' י"ל משום דס"ד דהחשש רק לכתחלה כרמב"ם וא"כ א"א להחזיר לו דתו לא יוכלו לומר לו אייתי ראי' וא"כ ממילא אי זכות לעבד ועבז"ל שפיר מחזירין.

עוד י"ל דבאס"ז גבי מתנה ודייתקי כתב בשם הרמ"ך דיש לחוש שאמר לעדים שלא יזכה המקבל עד דמטי לידו ולדבריו קשה למה ניחא למ"ד עבז"ל והנם ריטב"א הקשה גבי שטר הקנאה ניחוש דהתנה שלא יחול עד שיבא ליד הזוכה ותירץ דזה לא שכיח ונראה משום דרוצה ללות על שטר זה ואולי לא יתרצה המלוה לתלות על מוקדם וגם ללוה לא נ"מ אימת יחול השעבוד דמה לו אם חייב למלוה או ללקוחות ואפילו לפוסקים דשטר הקנאה היינו גם אם לא ילוה כלל חייל מיד י"ל דבלא"ה לא שכיח להתנות שלא יחול עד דמטי לידי' דא"כ קנין למה בלא"ה יכול להתחייב בחנם ולפ"ז במתנה דגם כשלא יחול רק בשמטי לידו יתרצה המקבל ואם לא יתרצה לית פסידא לנותן יש לחוש דהתנה שלא יחוג עד דמטי לידו וא"כ קשה בשחרור מה קאמר הניחא למ"ד זכות לעבד ועבז"ל אך בגיטין דף ח"י קאמר כתבי' ואותבי' בכיסתי' מא"ל ומשני לא מקדים אינש פרעוניתי' לנפשו ואסברה הרמב"ן שם משום דמפסיד פירות עד נתינת הגט דאפילו למ"ד יש לו עד נתינה מ"מ חושש דתטרוף מיום שנכתב בגט ויצטרך לחזור אחר עדים עיי"ש ולפ"ז גם בשחרור שייך לא מקדים פרעונתי' לנפשי' דיפסיד מה שיקנה עבד עד נתינה וצ"ל דכונת הקושיא שמא כתב בניסן היינו דכתב אדעת ליתן מיד ומחמת איזה סבה לא נתנו דלא שייך לא מקדים רק כשכותבו אדעת שלא ישחרר מיד וע"כ לא חיישינן שהתנה דלא יחול עד נתינה דא"כ לא גמר בדעתו בבירור לשחרר מיד ולא מקדים פרעוניתי' אמנם כ"ז לס"ד דגיטין אבל למה דמסיק שם דיש קול שלא נמסר ביום שנכתב ותצטרך האשה להביא ראי' אימת מטי לידה א"כ ל"ל לא מקדים פרעונותיה משום ספירות דכ"ז שלא מסר הגט יש לו פירות ואח"כ יהא קול ותצטרך להביא עדים ומפרט לשיטת רש"י דע"י הקול מוקמינן אותה אחזקת א"ו וקטלינן לה כשאין לה עדים אף היא יוציא מידה הפירות וכן לשיטת תוס' ידוע זמן שנמסר לכל דע"מ מפקי לקלא וא"כ ה"נ העדים

בלא"ה לא יכתבו שחרור ליתן בידו אם יתנה כן רק החשש שיאמר יהא בידכם דלא תיפוק תקלה וא"כ כשימסר בפניהם מפקי לקלא ולא יפסיד ויש לחוש שהתנה וכ"ז למסקנא דמשני שיהא קול דאינו נאמן שנשתחרר כבר וצריך לשחררו לפנינו עתה וע"כ ע"מ מפקי לקלא ול"ח דמסיק קלא אבל לס"ד דלא ידע מזה דכשלא נמסר בזמנו ע"מ מפקי לקלא או דחייש שישתקע הקול ויפסק א"כ לא מקדים פרעונתי' דגם הוא עצמו יחוש לה וליכא למיחוש רק דכתב בגמר דעתו ליתן בניסן מיד ומאיזה סבה נתעכב א"כ לא התנה כלל ע"כ למאי דמסיק דכי אתיא למטרף יאמרו אייתי ראי' אימת מטי דודאי יהא קול ממילא גם למ"ד עבז"ל יש חשש דהתנה שלא יחול רק מיום שנמסר וצריך ראי'.

וצ"ע מה קאמר דלמ"ד זכות לעבד ועבז"ל ניחא הא קי"ל המשחרר עבדו עובר בעשה כדאיתא בפרק השולח דף ל"ח ע"ב זולת במשחררו לצורך מצוה עיי"ש וא"כ ל"ל עבז"ל דזכי' משום שליחות ואשלד"ע דע"כ צריכין להיות ג"כ שליח לבעל הממון כמ"ש תוס' בפרק איזהו נשך דף ע"א ע"ב בד"ה בשלמא ובנוב"ק חא"ע סימן ע"ז נראה דאישתמיט לי' תוס' זה וא"כ באן דנפל נימא דכתב לשחררו בחנם לכן נמלך אח"כ שלא לעבור בעשה וא"כ ל"ל עבז"ל ואפשר משום דאביי לא חייש דאקרי וכתב כשאין מלוה עמו כיון דאין כותבין ללוה בלא מלוה כמבואר בפ"ק דב"מ דף י"ג הרי אף דנפל ואתרע לא חיישינן דעשו איסור ה"נ לא חיישינן דהרב יכתוב כדי לעבור בעשה וגם עדים לא יזדקקו לו לעבור בלפני עור אם לא לצורך מצוה דמותר וכבר כתבתי לעיל סימן מ"ג דאנן חיישינן דאקרי וכתוב באיסור דלא כאביו אף דקיי"ל עבז"ל וכ"כ תומים שם וכתבתי שם דזה תליא בסברת המקשן ותרצן כאן דלס"ד דמקשן דאינו רק חששא לכתחילה ואם נחזור לו השובר לא יוכלו לומר לו אייתי ראי' לא חיישינן נמי שעשו איסור ולתרצן גם כשיבוא שובר בידו יאמרו אייתי ראי' משום דנפל יש הוכחה על פסול דנפילה בכשר לא שכיח ה"נ חיישינן דנעשה באיסור אף דרוב כשרים וא"כ א"ש לדידן חיישינן דכתב לשחרר בחנם ונמלך אח"כ דבזה ל"ל עבז"ל

שבתי וראיתי דשחרור ל"ד למתנה דבירושלמי גיטין פרק האומר ה"א איתא דבמתנה אין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו ושאני גט דהתורה זיכתה אותה בגיטה והיא עושה שליח לקבל דבר שהיא שלה ופירש הפ"מ דבגט גלי תורה ושלחה עיי"ש וא"כ שחרור נמי ילפינן בקדושין פ"ק דף כ"ג מגט דעושה שליח קבלה לקבל שטר שחרורו וא"כ א"צ להיות שליח של רבו וממילא אף דרבו עושה איסור ל"ל אשלד"ע וכנו"ב ובמחנה אפרים בהלכות שליחין ושותפין סימן כ"ג הוכיח מתוס' דקדושין דכ"ג ע"ב וריטב"א שם דכתבו בשחרור מהני שליח קבלה ועבד אפילו פירש לו האדון שאינו

נותנו בתורת זיכוי דלא ס"ל כתוס' בפרק איזהו נשך ואינו דשאני שחרור דיליף לה לה מגט ואפילו ודאי משחררו בחנם לגמרי בלא שום קבלת טובה ומה שהביא מהרא"ש ור"ן דתופס לב"ח במקום שאינו חב לאחרים מן הדין זכה דזכין שלא מדעתו ומשמע אפילו לא שווי' ישראל המלוה שליח עיי"ש ג"כ אינם חולקין אתוס' דאיזהו נשך כמבואר בנתיבות סימן ק"ה.

סעי' י"ד לא יתננו לו בפ"ק דב"מ דף י"ט ע"ב בתוס' ד"ה ברייתא כתבו היינו דלא כאביי דלדידי' אמאי לא בהדר כיון שהוא רוצה דעבז"ל והרא"ש וטור העתיקו האי דינא דלא יתנו והטור דלא מחלק בין מכר ומתנה לשט"ח ובכ"מ עבז"ל גם כאן לא הוי לי' לכתוב דלא יתנו כמו שתמהו הכל ולפמ"ש בסימן מ"ג בטעם הטור שם דלדידן דלא חיישינן לנפילה דרבים דלא שכיח ע"כ מדנפל חיישינן דאיקרי וכתב שלא כדין אף שהתנה דלא יחול עד מסירת השטר אף דלא שכיח שיעשו עדים שלא כדין מ"מ נפילה בשטר כשר גם כן לאשכיח גם כאן נכונים דברי הטור והתוס' שכתבו דלא כאביי משום דאביי ס"ל בב"ב דף קע"ב ע"ב דנפילה דרבים שכיח גם בשטר כשר וע"כ ס"ל בפ"ק דב"מ דף י"ג דלא חיישינן דאיקרי וכתוב שלא כדין.

ועוד י"ל לפמ"ש תוס' בפ"ק דב"מ דף כ"ף בד"ה שובר בשני שטרות שזמנן כתוב ביום אחד גם לאביי זה שנמסר לו תחלה זכה והקשו דא"כ ניחוש שכתב לזה ולא מסר וכתב ומסר לאחר בו ביום ותרצו דלא חיישינן לזה והיינו דלא שכיח וזהו דוקא לאביי דנפילה דרבים שכיח גם בכשר אבל לדידן דל"ח לנפילה דרבים דלא שכיח בכשר דזהיר בו י"ל מדזה נפל אימר זכר או נתן לאחר בו ביום ונפסל הראשון לכן אבדו או זרקו ועתה אם נחזירנו כשיבאו יחד עם השני לא נדע למי נמסר תחילה ונעשה באיזה ב"ד שודא או חלוקה שלא כדין.

אא"כ פירש וכו' כתבו בסמ"ע וש"ך דשמא כתב ליתן לו ולא נתן לו השטר ונתנו לאחר והשתא קהדר בי' וכן מבואר בגמרא שם י"ט ע"ב והקשה באס"ז לימא שמא הדר אוזיף מאחר ונשתעבד לו הקרקע וע"י שיתן לו עכשיו שטר מוקדם יפקיע שעבודו עיי"ש ולפ"ז לא מהני אם פירש אם לא יחזור דמה דיזיף מאחר אינו חזרה וכן הקשה בתומים והביא מאס"ז דכיון דישנו בחזרה גם בע"ח גובה והוא דין חדש נגד הסברא כיון שכתב מהיום אם לא אחזיר בי ולא חזר נתקיים המתנה למפרע מלפני הלואה ונלע"ד דמסתיין במתנה הואיל ובידו לחזור חשוב כשלו כל שעתא משא"כ במכר דאין בידו לחזור בלא החזרת המעות דאטו בשופטני עסקינן שיחזור בו וירדוף אחר מעותיו ולא שדי זוזי בכדי וא"כ מחוסר ממונא לא אמרינן הואיל ובידו כמ"ש הר"ן בפרק כל שעה גבי הלוהו על חמצו

ולא חל שעבוד המלוה עליו ועוד דעכ"פ בתורת משכון ישאר אצלו כ"ז שלא מחזיר לו מעותיו וכדלקמן סימן קצ"ד ובסמ"ע שם סק"י וא"כ במכר יש לחוש שמא כתב לאחר ולא נתנו והדר יזיף מאחר או מכרו וכשנחזור עתה השטר לזה כשיבא השני יאמר זה שטרי נמסר לי מקודם לשורך בזמן הכתוב בו ואם דמפורש בו אם לא יחזור מ"מ ממושכן אצלי על המעות מכירה דלא מסר לי השטר בלא דמי והיינו דטור וש"ע פתחו בתרתי במכר ומתנה וסיימו במתנה דהאי אא"כ פירש לא מועיל בסתמא רק במתנה ובסמ"ע כתב וה"ה במכר ולע"ד נראה כמ"ש וי"ל דברי הסמ"ע עפימ"ש בתשובות רשב"א הביאו ב"י בחו"מ סימן ר"ז מסל"ד וסמ"ע שם סקי"א כיון דל"ח רק מע"פ ואינו מכר יוכל בע"ח אחר לטרפו אמנם בטו"ז שם מבואר דהוי מכר גמור כ"ז דלא מחזיר מעותיו ונראה דגם רשב"א ל"ק רק משום דלא ניתן לכתוב משום איסור אכילת הפירות וכ"מ בנתיבות שם ס"ו משא"כ הכא דמוכר אוכל הפירות בחייו הוי מכירה על תנאי ומכר גמור כ"ז שלא מברר שהחזיר המעות דשטרו ניתן לכתוב ובעיקר הקושיא דנימא שמא לוה מאחר קודם שנמסר השטר לזה הנה לפוסקים עבז"ל בשט"ח רק במכר לזה ולא מסר לו השטר וחזר ומכר לאחר וכה"ג במתנה לא אמרינן עבז"ל כיון דחזר ממש לפני מסירת השטר וא"כ כשלוה מאחר דאין זה חזרה גם בשטר מכר ומתנה אמרינן בחתומיו ז"ל ולפוסקים דשל"ד י"ל כל מה דחששו ה"ד בדאורייתא ולא נפסיד זה שיש לו ודאי זכות מן התורה מחשש פסידא דאחריני שאין להם זכות רק מתקנתא דרבנן ולפוסקים דשעבודא דאורייתא או בפירש אחריות בשטר ש"ד י"ל לפמ"ש בעל עיטור אהא דמשני בפ"ק דב"מ דף י"ט בגט שיאמרו לה לקוחות אייתי ראי' אימת מטי לידך דקשה שמא זנתה ויחפה עלי' בגט זה שנתגרשה מקודם ותירץ כיון דאיכא גט לפנינו על זמן מקדם הוי ספק אימת נתגרשה ואתרע חזקת א"א ומספקא לא נקטלה גם כשלא נחזיר לה הגט עיי"ש ולפ"ז ה"נ עדיין ימכור עתה השדה לזה התובע את השטר שנמצא וכשיבא הב"ח להוציא מיד לוקח זה לא יוכל להוציא מספק כיון דב"ח מכאן ולהבא גובה ויכול לסלוקי' בזוזי חשוב לוקח מוחזק וכבר יש ספק מחמת שטר הנמצא אם לא קדם לשעבודו של הב"ח אף שלא נחזיר לו השטר.

סעי' ט"ו והלוה אומר פרעתיו וממנו נפל קשה לי טובא אמאי יטול מלוה חצי כיון דספק לפנינו ביד מי הי' קודם שנפל ל"ל חזקה שטרך בידי ונימא הממע"ה דנהי דמלוה תפוס בנייר אבל בחוב מוחזק הלוה ול"ל דשטר העומד לגבות עכ"פ ל"ח מוציא וכמ"ש אחרונים דלפיכך בשטר מהני מגו להוציא וה"נ על חצי דתפיס מלוה ל"ח מוציא ובש"ך סימן פ"ב כתב דזה דוקא בשטר כשר מעיקרו רק הספק אם נפרע אבל ספק מעיקרו

ל"מ מגו דהוי להוציא ולפ"ז אם טוען הלוה כתבתי ללוה ולא לויתי לא יטול המלוה מן החוב כלל ומיושב קושית המפורשים בגמרא שם למה לא נקט דלוה טוען לא לויתי אלא דקשה א"כ להימן גם עתה הלוה על כולו לומר פרע במגו דלא לויתי ובנ"י כתב דמיירי כשיש עדים שראו השטר תחלה ביד המלוה ולא משמע כן מסתימת הפוסקים. **וי"א** שאם הוא מקום וכו' אוחז בתורף יש לדקדק דברישא נקט אם יכול לקיימו וכאן אם הוא מקום ונלע"ד דעילוי של תורף משום הזמן לטרוף ממשעבדי כמבואר בש"ס וקשה לפמ"ש הרא"ש בפירושו לנדרים והובא לעיל סימן נ"ה בשטר שנפרע קצהו והושלש שא"ל יפרענו השאר עד ז"פ יפרע הכל דהוי אסמכתא ואינו גובה גם מה שלא פרע רק מבנ"ח כיון דאפשר יגבה כולו וכמוקדם וה"נ המלוה נאמן רק על מחצה א"כ גם המחצה אינו גובה ממשעבדי ולפ"ז מוכח כש"ך שם דגובה השאר ממשעבדי וכן הסכים שם בתומים אמנם בתומים שם הפס לעיקר הטעם לחלק ממוקדם דמעיקרא לא חל השעבוד על כולו אבל זה שנפרע מחצה כבר חל השעבוד ולא נפקע עיי"ש ולפ"ז ה"נ אם לא לוה רק מחצה אינו גובה ממשעבדי כלל וא"כ נהי דלוה טוען דפרע ה"נ הי' יכול לטעון דלא לוה והי' מהימן על מחצה דכתב ללות וצא לוה וא"כ טענינן כן בעד הלקוחות ולא נגבה ממשעבדי כלל לכן אין מעלה בתורף רק במקום כבר דחזינן דכבר הי' ביד מלוה דלוה לא מקיים שטרו ומה דלא גבי כולו משום פרעון ע"כ גובה המחצה ממשעבדי ולפיכך כאן שהביא הי"א לחלק בין תורף לטופס דקדק לכתוב אם הוא מקום וברישא דלא מחלק בין תורף לטופס סגי ביכול לקיימו וש"ס דקאמר דזה נוטל תורף וזה טופס היינו ג"כ אם יש עילוי בתורף ואף דבש"ס מיירי באינו מקום מ"מ נ"מ למקום ובאס"ז שם כתב בשם הריטב"א ה"ה די"ל כתבתי ללות ולא לויתי והא דנקיט דלוה אומר פרעתי משום שטרא אקנייתא דמשעת קנין שעבד נפשו עיי"ש וא"כ כה"ג חורף עדיף אפילו באינו מקום אמנם לרי"ף ורמב"ם דגם בשטרי אקנייתא דוקא כשמטי לידי' אח"כ א"כ ה"נ על המחצה י"ל לא לויתי ולא מטי לידי' אבל כבר כתבתי לעיל סימן ל"ט דלמ"ד עבז"ל גם בלא קנין ע"כ הקנין לטפויי גם כשלא מטי לידי' וא"כ ר' אלעזר דס"ל עבז"ל כמ"ש תוס' בפ"ק דב"מ דף י"ג ע"ב בד"ה ד"ה ממילא באקנייתא ל"צ מטי לידי' וע"כ רמב"ם דלא ס"ל עבז"ל ובאקנייתא צריך מטי לידו אין עילוי בתורף כ"ז שאינו מקום לכן לא הביא הך דר"א ואף דנ"מ במקום מ"מ אין דרכו להביא מה שאינו מפורש בש"ס ומה דפריך לר"י אפילו אחד אדוק בתורף ולא קאמר דלא נ"מ בתורף דהא ר' יוחנן לפיכך קאמר לעולם חולקין לפלוני על ר' אלעזר אפילו היכי דיש עילוי בתורף ואפילו לרש"י

דלא פליג מ"מ כל עיקרו להשמיעני אפילו יש עילוי בתורף חולקין דאל"כ מה נ"מ בין תורף לתופס.

אמנם לפמ"ש הפנ"י בפ"ק דב"מ די"ג דגם בשטרי אקנייתא אפס משתים צריך או ילוה או ימטי השטר לידו הק"ל כיון דלקוחות י"ל מעיקרא אינו חייב יותר ממחצה ואינו גובה ממשעבדי כלל והודאת לוה דלוה לא מהני לגבייהו לכן נראה לפי מה דאיתא בפרק איזהו נשך דף ע"ב דמאן דס"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו גובה ממשעבדי ועיי"ש באס"ז בשם ריטב"א דאף דרב אסי לא אמר רק א"ל לקיימו מ"מ מפרש תלמודא כיון דא"צ לקיימו גובה מנכסים משועבדים ועיי"ש בתוס' בד"ה אמר אביי דגמרא יליף ממה דאר"א דמודה בשטר שכתבו א"ל לקיימו ומהני הודאתו לגבות מלקוחות אף דהלוה הי' יכול לטעון מזויף ה"נ במקום רק שהי' יכול לטעון פרעתי משום שלא ניתן לכתוב מ"מ כשמודה הלוה שלא פרע גובין מלקוחות ולא טענינן להו וא"כ ה"נ הכא דר"א דאמר מחלוקת קאי אדרשב"ג כדפרש"י הא דארשב"נ יחלוקו ורשב"ג הא ס"ל דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו א"כ ה"נ אף אלו הי' טוען לא לויתי לא היינו גובין מלקוחות כלום השתא דמודה דלוה ונעשה השטר בהכשר רק פרע אהני הודאתו דלא ליתרע שטרא לגבות המחצה ממשעבדי ואפילו לתוס' שכתבו בפ"ב דכתובות דף י"ט דה"ט דא"ל לקיימו דמן התורה א"צ קיום כלל מ"מ י"ל ה"נ כיון דמן התורה אף דלא לוה רק מחצה גובה המחצה מלקוחות רק מדרבנן גזרה שמא יגבה כולו פסלוהו שלא לגבות כלל מלקוחות אהני הודאות לוה דלוה ונכתב בהכשר לסלק חשש דרבנן משא"כ לדידן דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ול"מ הודאתו לחוב ללקוחות ה"נ ל"ת לכן אין גובה ממשעבדי ואין עילוי בתורף מבטופס באינו מקוים דמיירי בו רשב"ג ור"א לכן השמיטוהו רי"ף ורמב"ם וב"ע וגם המחבר כאן ל"כ הי"א רק במקוים.

ויל"ע כיון דהוי ספק אי לוה הכל וגם כשלא לוה רק מחצה כשר מן התורה לגבות ממשעבדי ה"ל כספק בתקנה ועיין הה"מ בפ"ד וה מהלכות גזלה גבי שכירו ולקוטו דספק בתקנה אינו מוציא מידי ודאי ד"ת אמנם בפנ"י ריש פ"ק דר"ה מבואר דספק מוקדם פסול לגבות מלקוחות גם מזמן שני ועיין שו"ת ברכת יוסף חחו"מ ס"י כתב דיש לומר רק אם הספק היא בגוף התקנה אם התקינו וגם הוא תפס עכשיו ולא מוחזק מעיקרא אבל אם הספק מצד אחר וגם מוחזק מעיקרא י"ל מספק אין מוציאין וכ"ש לבעל עיטור דס"ל של"ד כדלעיל בש"ך ריש סימן ל"ט בשם בה"ע א"כ עיקר השעבוד רק מדרבנן

ובתומים כתב לתרץ דעת רי"ף ורמב"ם עפ"י דברי רש"י דפירוש דאין מעלה בטופס שהע"ח בו משום שכבר הודה ורשב"ג ס"ל מודה בשטר שכתב א"צ לקיימו והרכיב בזה גם מ"ש תוס' דאם נתבטל השטר לגמרי בחסרונו אינו נחשב בעילוי שטר ומלבד דתוס' וכל הראשונים כתבו דפירש"י תמוהין בזה ולא מצאתי שום אחד מהקדמונים או אחרונים באס"ז שיתרץ דבריו אלא דארכביה אתרי רכשי דרש"י לא נדחק אלא מחמת דלא ס"ל סברת התוס' דמה שחסרונו פוסל השטר אין נחשב לעילוי וא"כ לתוס' אין מקום לסברת רש"י כלל ואין לומר כן ועכ"פ זה שכתבתי דמאן דס"ל מודה בשטר שכתבו א"ל לקיימו ס"ל דמהני הודאתו לחוב ללקוחות ומאן דס"ל צריך לקיימו ס"ל דל"מ הודאות לות לחוב ללקוחות אף כשהלוה צריך לשלם גם בתומים כתב כן כאן ובס"ס ק"ו.

סימן סו

סעי' א' אלא בכומ"ס בשו"ת הרא"ש כלל וא"ו סימן ט"ז כתב בראובן שטען שקהל נתנו לו שט"ח שעל שמעון לגבות ממנו בעד חובו שהי' לו על הקהל אינה טענה דאותיות אין נקנין אלא בכומ"ס וקשה דהא בכלל הנזכר בסימן י"ט וכ"א כתב דדברי קהל ככומ"ס ואין לומר משום דהכחישוהו לא הוי מוחזק בתפיסתו השטר כיון דבעלמא אין קנין לשטר אלא בכומ"ס א"כ אף דבקהל קונה בלא כומ"ס מ"מ כיון שאין התפיסה עושה קנין ל"ה מוחזק מחמתו וכמ"ש הש"ך בסימן זה סק"מ דאינו נאמן לומר שטר זה ניתן לי במתנה שכ"מ מה"ט אף דבשכ"מ א"צ כומ"ס והוא דעת הרא"ש וכה"ג כתבו רמב"ן ור"ן הובא בנתיבות כאן ס"ק י"ט דהא כתב הרא"ש שאם נתנו לו הקהל השטר לגבות בו הי' צריך כומ"ס דאותיות אין נקנית אלא בכומ"ס הרי דלגוף הקנין גם מקהל צריך כומ"ס ומה"ט נמי ל"ל משום דלא אמרו בע"פ קני לך איתו וכל שעבודי' דהא מצריך כומ"ס ועוד הא דעת הרא"ש בכלל ע"ה ס"ב ובכלל פ"ג ס"ד דשכ"מ שאמר תנו שטר זה לפלוני הוי ככתב ומסר לו וקנה אף דלא פירש איהו וכל שעבודי' ואף דבההיא דכלל ע"ה י"ל משום דאמר כל נכסי הוי גם השעבוד בכלל לענין שכ"מ וכדעת הרשב"א מ"מ הך דכלל פ"ג יוכיח כמ"ש ובב"י סימן זה סעי' מ"ג מחודש ל"ח כתב דנראה דדעת הרא"ש בתשובת שבטור ס"ס רמ"ח דשכ"מ אצ"ל קני לך איהו וכל שעבודי' ותשובה זאת הוא הכתובה בכלל ע"ה ס"ב וכ"כ הב"ח בס"ס רמ"ח בדעה הרא"ש וא"כ ה"נ דדברי הקהל ככומ"ס ודוחק לחלק בין שכ"מ לקהל דלא מצינו דמוסיפין על דברי שכ"מ רק במצוה מחמת מיתה ומפרש בים איידי דבהילו סגי כשאמר כתבו ולא אמר תנו ולרא"ש ל"ש

בריא ול"ש שכ"מ לענין הלשון כמבואר בטוח"מ סימן רנ"ג ס"ד ובשו"ת הרא"ש כלל י"ג ס"כ במכירות החכירות דהוי דשלב"ל כתב כיון דנהגו להקנות בשטר מהני משום סטימתא עיי"ש והלא בלא"ה דברי קהל ככומ"ס וא"צ קנין ולקמן סימן קס"ג כתבתי די"ל דבדשלב"ל מידה רא"ש דגם קהל א"י להקנותה ול"מ רק משום שנהגו אמנם הך דכלל וא"ו קשה

ונלע"ד דדוקא במתנה ומחילה דמיירי בו הרא"ש בסי"ט וכ"א אמר הרא"ש דדברי קהל ככומ"ס כיון דל"ש חזרה לענין היחיד דלא יפסדו הקהל כלום אבל במכירה ושכירות דנתחייבו ליחיד במחיר שנתחייב היחיד להם ויחיד לא גמר ומקני בדיבור לבד וישנו בחזרה ע"כ גם הקהל יכולין לחזור דאין קנין לחצאין וכמ"ש הרא"ש בב"מ דף ע"ז לענין דעייל ונפיק אזוזי הובא בנתיבות סימן קצ"ה ס"ג וע"כ הך דחכירות ומכירות השט"ח דדברי הלוקח לחוב לו אינם ככומ"ס וישנו בחזרה לכן גם קהל יכולין לחזור ולפ"ז אם נתנו הקהל שט"ח שיש להם על אחר במתנה א"צ כומ"ס ועיין בד"מ חו"מ סימן של"ג סק"ה ובנתיבות שם סוף סק"א ועיין מג"א א סימן נ"ג ס"ק כ"א בשם כה"ג דרבים יכולין למחות אפילו אחר שהסכימו על ש"ל ובשו"ת ריב"ש סימן עת"ה ותו"ע מוכח נמי דבשכירות לא אמרינן דברי קהל א"צ קנין מדהוצרך לומר דאין הקהל יכולין לחזור כיון שהחזן עשה פעולתי ול"ל דפליג על הרא"ש דס"ל מעשה קהל א"צ קנין כדמוכח מדברי הש"ך לקמן סימן פ"א סק"ד ועוד הא כתב בשו"ה ב"י על א"ע בדיני יבום שאלה ב' דל"ל דריב"ש חולק על תשובת הרא"ש דא"כ ה"ל להביאה ולדחותה ומדלא הביאה ע"כ לומר דלא פליג עליו ולפמ"ש א"ש ובמשפט שלום סימן ר"ט ס"ט כתב דבתשובת פרח מ"א סימן קנ"ג ח"א הקשה תשובת הרא"ש אהדדי ועיינתי שם שהקשה מכלל וא"ו ס"ה שכתב הרא"ש ועל הסכמה שבין הקהל ובין אביך ולא הי' קנין דע שכל עסק ממון שבין אדם לחבירו בלי קנין דברים בעלמא יש בחזרה חוץ ממוחל ממון לחבירו דל"ב קנין ע"כ דל"ל דמיירי שהיחיד מחל ובא לחזור ועל זה אמר חוץ ממוחל דלא שייך למימר ועל הסכמה שבין הקהל ובין אביך דמה צריך הסכמת הקהל למה שמחל לתם ותירץ הפרמ"א דבסימן ה' מיירי במקום שאין מנהג קבוע ופשוט להתנהג עפ"י תקנת טובי העיר אפילו בלא קנין ובסימן י"ט מטעם מנהג נגע בה עיי"ש והמעיין בסימן כ"א יראה דדינא קאמר דלא הזכיר מנהג כלל ונ"ל נמי דמיירי דקהל נתנו או מחלו דא"כ א"ל להסכמת היחיד ולומר דמיירי שהיחיד חוזר כבר נראה ונדחה בפרמ"א שם לכן מחוורתא כמ"ש דבסימן ה' נתחייב היחיד נגד חיובם לכן הוצרך הסכמה משני הצדדים וכיון דהיחיד יכול לחזור גם הקהל לא סמכו דעתייהו וישכם בחזרה והא דלעיל סימן

כ"ב ס"א בהג"ה דכל מה שמקבל בפני ראשי העיר א"י לחזור אף דהיחיד נתחייב שם ה"ט משום שקבלום לדיינים והפקרן הפקר כב"ד הגדול אפילו טעו ואדעתא דהכי לא קבלן וכמבואר בתשובת מיימני להלכות סנהדרין פחז ס"י וזה לא שייך רק בפסק שגזרו לא במכירה ושכירות שעשו עם יחיד דאין זה מעשה ב"ד ועיין שו"ת אמרי א"ש חיו"ד סימן צ"ג לענין ש"ץ שנשכר לקהל ורוצה לחזור בו הביא פוסקים דס"ל דגם כשחוזר מחמת יוקר או רוצה לילך לעיר אחרת אף דלא שייך טעמא דעבדי תם כיון שרוצה לעבוד אחרים מ"מ יכול לחזור ויהיב טעמא דהא דהתחיל במלאכה הוי קנין ולא הוי קנין דברים כמו ידור פלוני בביתי משום דנשתעבד גופו אבל השתא דגלי רחמנא דפועל יכול לחזור עכ"פ לישב בטל ממילא לא חל השעבוד עליו והוי רק קנין דברים ודפח"ח ולמה לא העיר דקהל א"צ קנין ונגמר בדברים לבד א"כ לא שייך לומר דהוי קנין דברים וכן משמע בש"ת ב"ח הישנות סימן י"ד ולפמ"ש דבשכירות לא אמר הרא"ש א"ש ומ"מ הל"ל דברי הד"מ בסימן של"ג דמלמד שנשכר לרבים א"י לחזור בו משום דכל דברי רבים א"ל קנין ולפמ"ש אם שתי קהלות עשו איזה הסכמה ביניהם להתחייב זה לזה א"ל קנין ואין להקשות הא בש"ת הרא"ש הנ"ל סט"ז טען ראובן שהקהל נתנו לו השטר לגבות ממנו מעות שהי' לו אצל הקהל וא"כ הרי מעות ראובן כבר אצל הקהל וא"צ קנין דמחילה אצ"ק ואם הקהל מקנים ג"כ בלא קנין למה הצריך כומ"ס די"ל דראובן לא פטר את הקהל מיד רק אם יוכל לגבות בשטר זה והלשון מוכיח כן מדלא טען שהקהל נתנו לו השטר בעד מעות שהי' לו אצל הקהל ומחילה על תנאי צריך קנין כמ"ש סמ"ע סימן כ"א סק"ו ובנו"ב סימן ל"א וא"כ יכול ראובן לחזור ולומר איני רוצה לתבוע אחר אלא הקהל.

נקנה בחליפין או במסירה בלא כתיבה והש"ך בסק"י תמה דבתשובת הרא"ש מבואר דבשטר כזה יכול למחול א"כ דמי לשאר שטר וצריך כומ"ס אמנם ברא"ש מבואר בשטר שהי' לאשה על בעלה. ונכתב בו לכל המוציאו ויוצא עכשיו מתחת ידי אחר ותובע מהיורש של הזוג דל"מ תנאי זה רק לענין דל"צ כומ"ס אבל לא לענין שלא יוכל למחול וע"כ מוחל לעצמו ומזה מוכח דא"י לחזור דאל"כ הרי היורש חוזר ומה צריך למחילה וכבר תמה התומים עליו בזה אמנם סברת הש"ך נכונה דתליא זב"ז וצריך ישוב דברי הרא"ש ונלע"ד דודאי י"ל אם נכתב לך ולכל המוציאו הוי כנכתב מעיקרא על שם המוציאו והראב"ד ס"ל דכה"ג א"י למחול ורמב"ן הקשה דהא אין ברירה והא דקי"ל א"ב דהוי ספק וע"כ בדרבנן י"ב כדאיתא בביצה דף ל"ח ובאחרונים והנה קי"ל ספק ממון לקולא והקשה מהר"י באסאן הא הוי ספק איסור גזל ותירץ דגם כשיתן לשכנגדו יהא

ספק גזל והאחרונים בכללי תפיסה הירצו כיון דנתבע מוחזק והתורה אמרה המע"ה לא אסרה תורה למוחזק ספק גזל ולפ"ז לפמ"ש לקמן סימן זה סי"ז במסר השטר ולא כתב ותפס הלוקח גם בלא דעת המוכר מן הלוה לא מפקינן והוא דעת ת"ה שם ועיין קצו"ח סימן קכ"ג וא"כ הכא דהוי ספק אי יש ברירה ונשתעבד ללוקח זה מתחלה ודי מסירה לבד וכשחוזר בו המוכר יש לדון למי יתן החוב אם למלוה או ללוקח צריך ליתן ללוקח מחמת ספק איסור גזל אצל המלוה דאינו מוחזק וללוקח ליכא ספק איסור כיון דאם תפס לא מפקינן אפילו כשלא נכתב דמשתעבד לכל המוציאו וחזקת הלוה ל"מ דהוא חייב ליתן בין כך ובין כך אבל כשמחל המלוה ללות אנו דנין על הלוה אם יש ברירה לא מהני מחילה ואצלו תרתי למעליותא דמוחזק וגם כשיתן ללוקח יהא אצל לוקח ספק איסור גזל דבמחל ל"מ תפיסת הלוקח וכיון שכן אף דמחילה מהני מ"מ לענין חזרה די במסירה לבד

ולפמ"ש בתומים לקמן ס"ק ל"ו דלפיכך דייק התיה מתשובת הרא"ש דאם תפס הלוקח אף בלא ידיעה העובר לא ומפקינן מיני' במסר ולא כתב דהרא"ש לטעמי' בתשובה שכתב דהוי ספקא דדינא אם מסירה קונה לבד בכל שטר דרשב"ם פוסק כרבי דמסירה לבד קונה רק הלוקח אינו יכול להוציא מן הלוה מספק וע"כ תפס אין מוציאין ממנו עיי"ש וא"כ הכא דכתב כל המוציאו רק דיש ספק ברירה הוי ס"ס והלוה לא הוי מוחזק דצריך לשלם עכ"פ למלוה או ללוקח וכמ"ש הש"ך בסימן צ"א ס"ק י"ב כה"ג אבל כשמחל המלוה ליכא רק ספק אי יש ברירה ולוה מוחזק ולענין חליפין נמי דג"כ הוי ספק בכל שו"ח אי מהני וכמ"ש הת"ה ועכשיו שנכתב לכל המוציאו הוי ס"ס.

אמנם ראיתי בתשובת הרא"ש כלל ס"ח סימן חיה שכתב דבנכתב בו לכל המוציאו מש"ה יכול למחול דאמדינן דעת המלוה ששייר לעצמו שיוכל למחול ונ"מ שאם יאבד הש"ח ומצאנו אחר שיגבה חובו הוא מהלוה וימחול לו ולא יגבה המוציאו עיי"ש ולפ"ז כיון ששייר עיקר הממון לעצמו הל"ל דצריך כומ"ס כמ"ש הש"ך אלא דבתשובה הקודמת לזאת לא כתב ה"ט וכתב דיכול למחול וא"צ כומ"ס וגם לתשובה זאת י"ל דל"ה רק כתנאי דודאי הלוה נשתעבד לכל המוציאו אלא כיון דהממון של המלוה ע"כ נשתעבד על דעתו רק כשלא ימחול אבל ל"ל אומדנא שיוכל לחזור בו דאם עתה נתחמץ ואינו קם בהימנותי' ורוצה לחזור מעיקרא בחזקת כשרות הי' ודאי הי' ניחא לו דליקי בהימנותי' ושארית ישראל לא ידברו כזב וכ"ש לש"ך דישנו במש"פ.

אך גם האומדנא לענין המחילה אינו רק לרא"ש דמוחל א"צ רק להחזיר דמים שקיבל אבל לפוסקים דמשלם כל דמי השטר מה יועיל במחילתו וליכא אומדנא וע"כ אף לש"ך

דכומ"ס תליא במחילה מ"מ למאי דמסיק ש"ך גופי' לקמן דצריך לשלם דמי כל השור ליתא להאומדנא ויפה דן הת"ה דשטר כזה א"צ כומ"ס וגם א"י למחול כמ"ש הש"ך בדעת הת"ה דא"י למחול ומתורץ קושית הש"ך מדברי תשובת הרא"ש דכתב דבשטר כזה יכול למחול אלא דלכאורה יש לדחות דודאי כשיאבד השטר וימצאנו אחר יטעון המלוה שלא מכרו רק דאינו נאמן כיון דמסירה לבד קונה שטר כזה ומ"מ כשימחול לא נוציא ממנו מדד"ג דיאמר ברי לא מכרתי וכ"כ אורים ס"ק מ"ז וא"כ כשיוכל למחול יפרע לו הלוה ויפטר מלוקח משא"כ אם לא יוכל למחול לא יפרע לו הלוה דיוכרח לשלם שנית ללוקח דנגדו נאמן הלוקח גם להוציא היכי דמסירה לבד קונה וא"כ האומדנא במקומה עומדת אבל מ"מ א"ש להסוברים לקמן סט"ז דאם פרע לוה למוכר חייב לשלם ללוקח וכתבו תומים ונתיבות שם דהוי כמוחל לעצמו וגורם הפסד ללוקח וע"כ חייב וס"ל להת"ה דזה לא עדיף ממוחל לעצמו ולרא"ש פטור מלשלם כל דמי השטר ודמים שנתן לא שייך בזה דנהי דנאמן נגד הלוה שקנה השטר והוא שלו משום דתפיסתו מוכחת עליו מ"מ לענין גרמי י"ל במתנה ניתן לו או בפחות שבממון לקחו וכן מוכח בתשובה הרא"ש הנ"ל ס"ב דכתב דיורש מוחל לעצמו ומה יועיל לו והא מפורש שם דמוציא השטר טוען שנתן כל דמיו אלא ודאי דלענין זה אין תפיסת השטר מוכחת ומועלת לטענתו רק לענין שהשטר שלו.

ולדעת הראב"ן דלקמן סכ"ו וכ"ד תוס' בב"ב דף קי"ח ע"ב ד"ה המוכר דאם אין למוחל לשלם ל"מ מחילתו וכ"כ הב"י בדעת הרא"ש וא"כ הכא כשימחול א"א להוציא מהמוחל דטוען לא מכרתי ונאמן לעצמו בברי אבל נגד הלוה נאמן הלוקח שקנה השגור להוציא ממנו ולטענתו דהשטר שלו המוחל מפסידו וצריך לשלם לו ולהוציא מידו א"א א"כ הוי כלות נכסי למוחל דכל הנועם משום דהיכא דמפסיד ללוקח ל"מ מחילתו וה"נ בודאי נפסד ממילא ל"מ מחילת המלוה ואם יפרע הלוה צריך לחזור ולשלם ללוקח דהפרעון רק מטעם מחילה וכמ"ש הרא"ש גופא שם נמצא לפוסקים דמוחל חייב לשלם הכל ולראב"ן בלית נכסי למוחל ל"מ מחילתו ה"נ ל"מ אבל לרא"ש דא"צ להחזיר רק דמי מכירה ובמתנה פטור ה"נ דאינו נאמן רק שהשטר שלו וכמ"ש ומהני מחילת הנותן ושפיר יפרע לו הלוה ע"כ האומדנא לא הוי רק להרא"ש.

אמנם כל זה להכרעת הרא"ש בפסקיו בספ"ק דב"מ דף כף דהמוכר שט"ח וחזר ומחלו א"צ לשלם רק דמים שנתן אבל למ"ש בתשובה דצריך לשלם כל דמי השטר הק"ל מה אומדנא זו עו"ק בדברי הרא"ש בתשובה כלל ס"ח הנ"ל דאמדינן דעהו ששייר לעצמו עיקר הממון שיוכל למחול ונ"מ שאם ימצאנו אחר יגבה מעותיו מן הלוה וימחול לו

חובו ולא יגבה האחר עכ"ל דמה צורך למחול אחר שנפרע ודאי נפטר הלוה ויתכן כי מן המלוה אינו יכול להוציא מצד דד"ג כשימחול דיטעון ברי לא מכרתי ואף דלוקח נאמן לומר קניתי נגד הלוה היכי דא"ל רק מסירת אלא להי"א לקמן סט"ז דאם פרע לוה למלוה צריך לחזור ולפרוע ללוקח וכתבו האחרונים שם דטעם הי"א עפימ"ש בתשובה הרא"ש כלל ע"ג ס"א באחד שסירב בדין מלשלם ועקלו הב"ד ביד לוה שלו חובו והלך הלוה ופרע למסרב הוי מזיק שעבודו של חבירו וחייב לחזור ולפרוע לו עיי"ש וא"כ ה"נ לא יפרע הלוה דכנגדו נאמן המוציא השטר ויחוייב לפרוע לו שנית ע"כ כתב הרא"ש שיגבה מעותיו היינו בצנעא וכשיתבעו האחר בפני ב"ד ימחול ועל המלוה אין למוציא השטר כח להוציא ממנו מדד"ג דטוען ברי לא מכרתי לך אך אף דלשון הרא"ש נראה כן מ"מ דוחק לומר אומדנא כזאת דאטו הלוה יציית לו להזיק שעבוד חבירו כיון דמן הדין אם יעשה כן חייב לשלם למוציא השטר וכלפי שמיא גליא ועוד הא כתב הב"י בשם תשובת הרא"ש דס"ל דאם ליכא נכסים למוחל לפרוע ל"מ מחילתו וה"נ כיון דמהמלוה לא יוכל להוציא הוי פסידא דלא הדר למוציא השטר ונגד הלוה נאמן דלקח השטר ל"מ מחילת המלוה וכמ"ש לעיל והיינו דבפסקי הרא"ש בפרק הכותב לא כתב אומדנא זאת לסתור דעת הראב"ד דס"ל בכתב משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דא"י למחול ובתשובה בכלל ס"ח שכתב אומדנא זאת עכצ"ל דסובב הולך לשיטתו בב"מ דף כף דהמוחל א"צ לשלם רק דמים שקיבל ובמתנה פטור לגמרי א"כ אף דמוציא השטר נאמן דהשער שלו משום דתפיסתו מוכחת עליו מ"מ אפשר במתנה ניתן לו ומהני המחילה וכמ"ש לעיל וע"כ יפה דן הת"ה לפי מה שהעלה הש"ך מרוב הפוסקים דמוחל משלם כל דמי השטר וכן במתנה א"כ בשטר שכתב בו משתעבדנא לך ולכל המוציאו אינו יכול למחול ונקנה במסירה לבד.

ולפ"ז לפמ"ש הנ"י בפרק החובל בסם ר"ת דבכתובה א"צ המוחל לשלם רק מה שקיבלה בעדה מהלוקח דשמא ל"ת לידי גובייגא ומעיקרא זבינא ריעא הוא ול"ד לשט"ח י"ל גם לראב"ד אפילו נכתב בכתובה משתעבדנא לך ולכל מאן דאחי מחמתך מהני מחילה מכח האומדנא שכתב הרא"ש ששיירה לעצמה זכות זה שתוכל למחול רק בשט"ח לא ס"ל לראב"ד אומדנא זאת דגם כשימחול יוכרח לשלם הכל מדד"ג ומתורץ מה שהקשו עליו מספ"ק דב"מ דף כ"ף דמצא שובר אם האשה מודה יחזיר לבעל דפריך וניחוש דמכרה כתובתה ומשני איתא לדשמואל דמוכר שט"ח ומחלו מחול והקשו לראב"ד ניחוש דנכתב בכתובה משתעבדנא.

ובתומים החזיק בסברת הת"ה בסק"ז דלשטר שכתב בו אני משתעבד לך ולכל המוציאו א"ל כתיבה אפילו נימא דיכול למחול עפימ"ש הרא"ש בפרק הכותב לדחות דברי הראב"ד הנ"ל דאף למ"ד במעמ"ש א"י למחול היינו משום דעמדו שלשתן ומחל המלוה ללוה שעבוד גופו אבל במוכר שט"ח כיון דלשעבוד הגוף ל"מ מכירה כמ"ש ר"ת ונשאר אצל המלוה שעבוד הגוף אנן סהדי דלא נשתעבד הלוה גופו למלוה וללוקח ולא נשתעבד רק שעבוד נכסי למאן דאתי מחמתי' עכ"ל הרא"ש וע"כ כיון דכל המכירה לשעבוד נכסי וכבר נשתעבד ללוקח א"צ כתיבת אבל למחול יכול דלא נשתעבד גופו לשניהם ודבריו נכונים אבל דברי הרא"ש עצמן אין מובנין דה"נ נימא דנשתעבד גופו ללוקח ע"מ שימחול לו המלוה שעבוד גופו כשימכור לאחר ומפרשי הרא"ש לא מצאו מענה.

והנלע"ד דבתשובה כלל ס"ח כתב הרא"ש דיש אומדנא שהמלוה משייר לעצמו עיקר הממון שיוכל למחול כדי שאם יאבד שטרו וימלאנו אחר יגבה הוא חובו מהלוה וימחול לו ובפסקיו בהכותב לא טען נגד הראב"ד אומדנא זאת וצ"ל דאינו ברור אדרבה מורין הדברים כראב"ד שגם גופו שיעבד למאן דאתי מחמתי' ואימר לא חס המלוה לנפילה דלא שכיח דמזהר זהיר בו ולו יהא כונת המלוה כן הוי דברים שבלב וזכו העדים בחתימתן למאן דאתי מחמתי' כמשמעות השטר דלוה משתעבד לו גופו כמו למלוה וע"כ הוצרך הרא"ש לבא מכח אנן סהדי דאין הלוה משתעבד גופו לשנים ועל כרחן נפרש הלשון רק אשעבוד נכסי והיינו עד"ז דאם אין המלוה מוחל שעבוד גופו אנן סהדי דלוה לא נשתעבד גופו לשניהם ולומר דהוי על תנאי שיהא מחול לו שעבוד גופו למלוה כשימכור צריך לומר אפכא דאנן סהדי דמחל המלוה שעבוד גוף הלוה ונחת אדעתא דהכי דאל"כ דתאמר דליכא אנן סהדי רק שמא מחל תו ה"ל רק דברים שבלב ול"מ מחילתו כמ"ש קצו"ח ונתיבות לעיל סימן י"ב דאם ל"ל הוכחה ברורה דמחל אף אם בלבו מחל הוי רק דברים שבלבו וה"נ ל"ל אנן סהדי דמחל ואדעתא דהכי כתב בשטר שהלוה ישתעבד לכל דאתי מחמתי דאימר אינו מרוצה המלוה שיהא שעבוד גופו מחול וישעבד הלוה גופו ללוקח ולא יוכל למחול דיבא לפסידא אם יאבד השטר ואדרבה יש אומדנא על זה כמ"ש הרא"ש בתשובה וכיון שכן תו ל"ל אנן סהדי דאדעתא דהכי נחת המלוה למחול שעבוד גופו של לוה כשימכור השטר וישתעבד גופו ללוקח וא"כ אף לכשת"ל אולי לא קפיד המלות בכך ואינו חושש שיאבד השטר ומוחל שעבוד גוף הלוה מ"מ הוי דברים שבלב וממילא כשמוכר השטר נשאר אצלו שעבוד הגוף דלולא המחילה אינו נמכר כמ"ש ר"ת וממילא אנן סהדי דלא נשתעבד הלום גופו לשניהם ואף את"ל דלא עלה כ"ז אדעת הלוה מ"מ אנן סהדי דאינו רוצה להשתעבד גופו רק לזה או לזה

וכיון שהדין נותן דאינו נמחל שעבוד גופו מהמלוה ממילא אין גופו משתעבד ללוקח אבל כשמכר החוב במע"ש דמחל המלוה ללוה שעבוד הגוף ממילא משתעבד ללוקח מכח משתעבדנא שבשעת מתן מעות לאמימר דודאי גם גופו נשתעבד ללוקח אם יהא נמחל לו מהמלוה נמצא דמ"ש הרא"ש בתשובה דיכול למחול מכח האומדנא של מלוה ומ"ש הרא"ש בהכותב דיכול למחול מכח אנן סהדי של דעת הלוה הכל עולת בקנה אחד וצריכין זל"ז ואצל המלוה ליכא אנן סהדי רק אומדנא קצת והשכל יעיד על זה רק אומדנא זאת מועיל להיות אנן סהדי אדעת הלוה דאינו רוצה להשתעבד לשניהם.

סעי' ט"ו ואין בו נאמנות ומשמע דאם יש בו נאמנות א"צ המוכר לישבע ותימא דבש"ע א"ע סימן צ"ח ס"א איתא דאם פטרה הבעל משבועה ומכרה כתובתה לאחרים דאם היא קיימה תשבע שלא נפרעה שלא פטרה אלא כשתגבה בעצמה ממנו והוא מדברי רא"ש וה"נ נימא בשט"ח עכת"ד השע"מ וקדמוהו ב"מ שם והנה הטו"ז שם כתב הטעם דלא פטרה אלא להנאתה וקשה הא תצטרך לשלם כשלא תשבע וא"כ הנאתה היא וכן הקשה הב"מ שם ולענ"ד הטעם דמוכח מגמרא בכתובות דף פ"ז ובראש"ש שם פרק הכותב סימן כ"ז וכ"ט והובא בשע"מ לעיל סימן נ"ה דהוי לן למימר דלא תבעה לפטרה רק ממה דאסקה אדעתא דהיינו משבועות פוגמת דשכיח ולא מאפטרופסת דלא אסקה אדעתה דלא שכיח כל כך רק כיון דתובעת שיפטרנה מפוגמת אסקה אדעתה שיוכלל בפטור גם שבועת אפטרופסת רק היינו כשתהי' אפטרופס בחיי בעלה אבל אפטרופסת ליורשים לא שכיח כלל ולא אסקה אדעתה כלל גם שהכלל בפטור פוגמת והנה אף דמכירת שטרות לא שכיח כמ"ש הרא"ש והיא לעיל ר"ש סימן סמ"ך מ"מ שכיח קצת וכיון דאסיק אדעתו דמלוה לתבוע פטור על שבועה נכלל בזה גם כשימכור השטר לאחר אמנם מכירת כתובה כשישבת תחת בעלה לא שכיח כלל כדאמרינן בב"ק דף פ"ט כל לבעלה ודאי מחלה וא"כ שהמכור ולא תמחול לבעלה לא שכיח כלל ולא אסיק אדעתה כלל לכן לא נכלל בהנאמנות ומקור דברי הרא"ש מפרש"י בהמשנה שם ומבואר שם ברש"י ורא"ש ובש"ע א"ע שמכרה הכתובה כשלא נתגרשה עדיין וא"כ זה לא שכיח כלל שו"ר בתומים ס"ק ל"א הביא מ"ש הרא"ש ספ"ק דב"מ ס"ס מ"ח כיון דלגבי בעלה ודאי מחלה לא תמצא מי שיקנה הכתובה והוי לא שכיח עיי"ש בראש"ש וקשה הא כל מכירת שט"ח לא שכיח כמ"ש הרא"ש גופא כדלעיל סימן סמ"ך ס"א וע"כ כמ"ש דמכירת כתובה בחיי בעלה קודם שנתגרשה לא שכיח לגמרי.

אפילו בשבועה עש"ך ס"ק נ"ו ועמ"ש עליו לקמן סל"ב.

סעי' ט"ז ב"ד אומרים לו ליתנו ללוקח ואם יפרע למוכר חוזר וגובה ממנו הלוקח ואם קדם הלוה וכו' והרא"ש פירש דאם עבר הלוה על ציווי הב"ד חוזר וגובה מן הלוה וש"ך הקשה דאינם יכולין לפסוק רק אם השטר בתקפו אבל כל שנמחל השטר אינם יכולים לפסוק שאין בכחם לעקור דין ודת תורתינו וכיון שפרע נמחל השטר.

ולע"ד י"ל דטעם דמהני מחילה כתבו ראשונים דמכסט"ח דרבנן וקשה למה לא יהא כד"ת מכח הפקר ב"ד הפקר אלא י"ל לפי מה דאיתא בפרק איזהו נשך דף עין גבי זוזי דיתמי יהבינן להו קרוב לשכר ורחוק מהפסד בבי דינא ופרש"י דצריך ב"ד שיש להם כח להפקיר נכסי המקבל אצל היתומים ולהתנות קרוב לשכר ועיי"ש במרדכי ומל"מ פ"ד ממלוה הרי היכי דיש איסור לא סמכו לומר דהפקר ב"ד בעמון ואלים תק"ח כד"ת אלא צריך ב"ד בשעת מעשה דכן היתה תק"ח דב"ד שבשעת מעשה שיתעסקו בו יעשו בכחם הפקר ב"ד וכן מוכח מפרוזבול דתיקון הלל משום הפקר ב"ד וצריך שיעשה הפרוזבול בפני ב"ד והם יעשה ההפקר וכדאיתא בהשולח דף ל"ה ע"ב וע"כ ה"נ אף דליכא איסור מ"מ כ"ז שלא נעשה בפני ב"ד עדיין ליכא הפקר ב"ד שיהא אלים כד"ת לכן יכול הלוה לפרוע למלוה ומלוה יכול למחול ובב"ד נעשה הקנ"ח כד"ת בכח הפקר ב"ד ועיין לקמן סימן ס"ז ס"ח ובמהרי"ט חחו"מ סימן קי"ד הובא בשע"מ שם סק"ג ובש"ך סימן פ"ו ס"ה ס"ק י"א בפסקא המתחיל ועוד מוכח מ"ש בשם רבינו ירוחם דס"ל כשתגבהו ב"ד הוי כגבוי וא"י למחול ותשובת רא"ש כלל ע"ג הובא בתומים סימן פ"ו ס"ק י"א דע"י פסק ב"ד נפקע כח מלוה וכאלו הוגבה לשני.

וי"א שאם פרע הלוה למלוה לא נפטר בזה מהלוקח בש"ך ס"ק ס"ב תמה דמה צד חיוב יהי' בזה ללוקח על הלוה דכיון שפרע הרי נמחל השטר ולע"ד י"ל לטעם שכתבו הראשונים דמהני מחילה משום דמכשט"ח רק מדרבנן וצריך טעם למה לא אלמותו לתקנתם שיהא כד"ת ומ"ש לענין חזרה דא"י לחזור וגם הלוה לא י"ל לאו בע"ד דידי את ונראה לפמ"ש הש"ך ביו"ד סימן קי"ט ס"ק כ"ז לענין איסור דרבנן דלא גזרו לענין להוציא ממון דלענין ממון אוקמוה אד"ת עיי"ש ה"כ בשלמא לענין מחילה והרוחת זמן דיש בזה הפסד ללוה והוצאות ממון לא תקנו להפסידו משא"כ לענין חזרת מוכר כיון דמעצמו מכר איהו דאפסיד אנפשי' ולענין שיטעון הלוה לאו בע"ד דידי את כיון דמ"מ צריך לפרוע לזה או לזה לא חשוב כ"כ הפסד ולא חשוב הוצאות ממון וכמ"ש כה"ג הש"ך בסימן צ"א ס"ק י"ב וא"כ ל"מ מחילה רק משום דלא תקנו להפסידו ולהוציא ממנו היכא דמד"ת הי' פטור אבל כשפרע הרי באמת חייב הי' הרי תקנו שמחויב לשלם ללוקח ועדיין לא פרע לו וחל התקנה עליו.

ועיין נתיבות מ"ש בטעם חיוב לוה משום דמלוה לא עשה כלום דפרעון בע"כ שמי' פרעון נמצא רק הלוה גרם ההיזק כיונתי לדעתו ומ"ש אח"כ לתרץ קושית הש"ך דראיות בע"ת דקלא אית למכירה דאל"כ קשה לפי הס"ד דהתם דלא ידע הא דשמואל הי' לו להקשות בפשיטות דהאיך כותבין שובר דילמא מכר השט"ח ומזיק ללקוחות דיטעון הלום שלא ידע מהמכירה ופרע להמלוה עיי"ש לא הבנתי דלס"ד דל"מ מחילה אפילו יטעון כן יחויב לשלם ללוקח דמלוה כמו זר נחשב.

בש"ך סוף ס"ק ס"ב ובספר גי"ת וכו' א"ו ל"ש לומר קלא אית לי' אלא ללוקח בתר הכא דאיהו דייק וה"ל להזהר אבל הב"ד אין יודעין מלקוחות עכ"ל המעיין בפחז"ה ריש דף מ"ב יראה דמוכר בעדים קלא איה לי' אחר שיחקור הלוקח וידייק אבל בשטר אית לי' קלא ממילא וכן מבואר בפירשב"ם שם ומה שהקשה הש"ך דא"כ בכולה סוגיא פ"ק דב"מ וכו' י"ל דנהי דרוב אית לי' קלא לכתחלה יש לב"ד לחוש למיעוטא כיון דאיכא ריעותא דנפילה ומשום קנוניא וגיית הכי קשיא לי' דאם דרוב יש להן קול בכתיבת מכשט"ח איך נוציא ממון מהלוה יטעון אני לא ידעתי דאין הולכין בממון אחר הרוב וכיון דחיובו רק משום מזיק אם לא ידע אינו מזיק בכונה ואנוס פטור בגרמי וגם לפמ"ש לעיל דחיובו דחל עליו התקנה לשלם ללוקח כיון דע"כ צריך לשלם לאחד ה"ד אם ידע הטילו חכמים עליו לשלם ללוקח כיון דבלא"ה ישלם לאחד אבל כשלא ידע לא הטילו חכמים עליו לשלם פעמים וכ"ש מנמחל החוב ובמוכר שדהו בעדים דגובה הלוקח מלקוחות שקנו אח"כ או מלוה דגובה מלקוחות ואינם יכולין לטעון לא ידענו ה"ט דע"כ אזלו חכמים בזה אחר הרוב משום נע"ד ולא חשו על המועט משא"כ בקונה שט"ח אף אם יפטור הלוה לא יתבטל תק"ח דיכול למכור שט"ח ואיש הירא יודיע ללוה ומדס"ל להנך י"א דאינו יכול לטעון לא ידעתי ע"כ כ"ע שומעים וא"כ גם ב"ד ישמעו אם מכר.

סעי' כ"ב נוגע עש"ך דאם המוכר מודה א"י לחזור וקצו"ח ובפ"ת הובא מגש"ע דהגר"ע ז"ל נמי הקשה כיון דהוי נוגע ממילא השטר כתיבה שהוא השטר קנין פסול ומה בכך דמודה הא לא נקנה ע"י השטר כתיבה זו ולע"ד י"ל לפמ"ש באס"ז פחז"ה דף מ"ג הא דמהני סילוק בנוגע והא בעדות צריך תחלתו וסופו בכשרות והא כשראה העדות הי' נוגע ותירץ הראב"ד דה"ד בפסול גוף או קורבה אבל נוגע משום חשדא הוא וכשנסתלק החשד כשר עכ"ל ור"ל דלא הי' פסול כלל גם בשעת ראי' רק נחשד למשקר בשביל הנגיעה וכשנסתלק הנגיעה ומעיד חזינן דלא משום הנגיעה מעיד אגלאי למפרע דתחלתו ג"כ כשר הי' ולפ"ז ה"נ כשמודה המוכר הרי דלאו בשקר חתמו והיו עדים כשרים בשעת חתימה וחל הקנין והבע"ת דמסיים דכבר נפסל גם עד הכשר כשנצטרף עמו צ"ל דס"ל

אף דהנוגע פסול רק משום חשד דמשקר מ"מ עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ומוכח דלא כנו"ב א"ע סימן ז"ך דכתב דאם פסול נוגע משום חשד דמשקר לא שייך לומר עדות שבטלה מקצתה דאינו עד כלל אלא די"ל דבע"ת ס"ל דנוגע כפסול קורבה דלא כש"ך ומה שהוכיח בשע"מ דבע"ת ס"ל דאם בע"ד מודה כשר השטר כש"ך מדכתב דעד הכשר נפסל בצירופי' עם הנוגע והיינו שלא יחייב שבועה ואם ס"ל דכיון שחתום נוגע אינו שטר א"כ בלא"ה שטר בע"א אינו שטר כלל עיי"ש לע"ד בע"ת לא מיירי בשטר כלל דלא נזכר שם שטר כלל אלא שהלוה הי' אחד מעדי הצוואה עיי"ש וכסבור השע"מ דפירושו מעדים שציוה להם לכתוב השטר ולא נראה דממ"נ אם כבר כתבו וחתמו הל"ל מעדי השטר וא"ל כתבו וחתמו בלא"ה יכול הנותן לחזור אלא כוונתו פשוטה שהי' צוואת שכ"מ וגם בדין שלפני זה קאי בצוואת שכ"מ ומסיק דא"צ כומ"ס ועל זה קאמר הכא דאם לוה הי' אחד מעדי הצוואה פסול ופוסל השני עמו ואינו מחייב ליורשים המכחישים אותו שבועה אבל הטור דנקט הדין בבריא והלוה חתום בשטר המתנה לא סיים דגם השני נפסל כבע"ת דבלא"ה שטר קנין אין בו ממש בע"א וכן נראה לע"ד עיקר אף לטעם דנוגע פסול משום חשד משקר מ"מ כיון דאם הנותן כופר ל"מ עדותו א"כ אין ראי' מהשטר והרי הרמב"ן הביאו בע"ת בשנ"א ח"ג דין ד' כתב דהצריכו חכז"ל קנין דכתיבה להיות לו ראי' לגבי ראי' ושעבוד שבשטרות עיי"ש א"כ איך יקנה ועוד מבואר בנתיבות לעיל סימן מ"ה סק"ב כל שאין מן השטר ראי' לאו שם שטר עליו ואין קנין בשטר כזה כמ"ש התומים בס"ס ס"ח ותמה הנתיבות על הש"ך שם דלא ס"ל הכי וה"נ הש"ך לשיטתו דאף דאין מהשטר עצמו ראי' מהני הודאות בע"ד להכשיר השטר שיחול ע"י הקנין למפרע.

סעי' כ"ג המוכר שט"ח המבי"ט פסק דלוה יכול לבטל המכירה ולומר אני אתן המעות כיון דמכירת שטרות דרבנן וק"ל דא"כ בפ"ק דב"מ דף י"ט ע"ב במצא שובר בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל דפריך ליחוש שמא זבינתא לכתובתה לאחר מאי חשש הלא ע"כ תחזיר ללוקח מעותיו ולמה להו קנוניא בלא"ה יכול הבעל לבטל המכירה וליתן המעות ואם יהא ללוקח עדים שהתרה בבעל והסכים להוכירה גם חשש פרעון ליכא כמ"ש תוס' שם בסד"ה ש"מ ומצאתי בתומים סוף ס"ק נ"א הקשה כן ונלע"ד דודאי י"ל אף דל"ה רק מדרבנן אלים כד"ת כמ"ש ב"י א"ע סימן כ"ח דאם קדשה במלוה שביד אחר במע"ש מקודשת מה"ת אלא דהיינו משום הפקר ב"ד הפקר וביבמות דף פ"ח ע"ב כתבו תוס' דל"ל הפקר ב"ד הפקר להיות כדין תורה רק אם הוציאו לגמרי מרשותו עיי"ש א"כ

במוכר שט"ח דהשאירו בקנינו דיכול למחול ל"ל הפקר ב"ד הפקר ולס"ד בב"מ שם דס"ל דא"י למחול אלים כד"ת.
ובזה י"ל קושית תוס' ופוסקים שם דמה ש"מ איתא לדשמואל דיכול למחול הא תתחייב לשלם כל החוב מגרמי ולפמ"ש י"ל דלשמואל בלא"ה יכול לבטל המכירה כהמבי"ט.
ולפמ"ש לעיל סט"ז דה"ט דיכול למחול דלא תקנו להוציא מהלוה ולהפסידו א"כ כשפורע הלוה מה שנתן הלוקח הרי ע"י התקנה יפסיד המותר מדמי המכירה אלא דלס"ד דלא יכול למחול הרי לא חשו לפסידא דלוה א"כ לק"מ אמבי"ט.
אלא דמשמע שם במבי"ט דגם אי מכירות שטרות דאורייתא יכול הלוה לבטל המכר וא"כ הק"ל אמנם הטעם משום מצרנות ובמקום שיש פסידא למוכר ל"ש מצרנות כדלקמן סימן קע"ה וכן במבי"ט ח"א סימן קמ"ד כתב דוקא אם אין פסידא למוכר השט"ח אם יקחנו הלוה וא"כ בכתובה כשיושבת תחת בעלה ממ"נ אם יכתוב לה כתובה אחרת לא ירויח וליכא משום אל תמנע טוב מבעליו ואם ידורו בלא כתובה יעשו איסור ודאי ל"ש אל תמנע טוב ועשיית הישר והטוב ולא עביד רבנן תקנתא לרשיעי וגם פסידא גדולה לאשה דקלה בעיניו להוציאה ואפילו כתובתה מרובה ויאמר הבעל אתן לה כתובה דאורייתא וגם טוה"נ שקבלה מהלוקח וירויח הרבה מ"מ יותר קלה בעיניו להוציאה אם כתובתה קטנה וכמשאחז"ל נתנני בידי לא אוכל קום זו אשה שכתובתה מרובה וכשמוכרת לאחרים מותר לדור עמה ואינה קלה בעיניו להוציאה וכדאיתא בהחובל דף פ"ט וכל טעמו דמבי"ט משום אל תמנע טוב מבעליו כמו שהביא מסימן שי"ו גבי משכיר ומשום עשיית הישר והטוב כמו שהביא מסימן קע"ה.,
ולפ"ז יש לתרץ מה שהקשו על הראב"ד דס"ל דבכתוב בשטר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך א"י למחול דניחוש שמא כתוב בכתובה כן ומה משני שם איתא לדשמואל ולפמ"ש י"ל דמבואר הטעם בהשגות פ"ו דמכירה דע"י משתעבדנא לוה בע"ד של לוקח ולוקח מלוה שלו ממש וא"צ לבא מחמת מלוה הראשון עכשיו וכאלו מעיקרא על שם לוקח נכתב וכמ"ש שמ"ע וש"ך לקמן ומבואר בתוס' פרק החובל דף פ"ט דאם יכתוב הלוקח הכתובה על שמו אף שהוא על תנאי אם יגרשנה הבעל מ"מ אסור לדור עמה דהוי כמשהה אשתו בלא כתובה עיי"ש וא"כ בכתוב משתעבדנא וכו' אסור לדור עמה כיון דהוי כנכתב על שם לוקח עכשיו והנה מבואר לקמן בש"ך ס"ק פ"ח דגם אם כתב משתעבדנא דלראב"ד הלוקח בע"ד של לוה ממש היינו דוקא אם כבר קנהו בכומ"ס ונתקיים הקנין כדין ונעשה לוקח אח"כ חשוב כמלוה עצמו אבל קודם שנתקיים הקנין כדין אינו בכלל אתא מחמתי' עיי"ש ולפ"ז גם בכתוב משתעבדנא לך ולמאן דאתי

מחמתך למבי"ט יכול הלוה לבטל המקח ולא נתקיים הקנין ללוקח ול"ח אתי מחמתי' כ"ז שלא ידע הלוה ושתק וא"כ בכתובה ליכא חשש שכתוב בה משתעבדנא וכו' דא"כ כשמכרה הכתובה לאחר אסורה לדור עם בעלה ולית לה פסידה כשתמכרנה באותו טוה"נ לבעלה וליכא חשש קנוני' דבלא"ה יכול לבטל המכירה.

אין הלוקח מחויב להחזיר ללוה שטרו וי"ח וכתב הש"ך דאם הלוקח קידש אשה באותו הנייר וש"פ הוי ספק מקודשת ובשע"מ ס"ק כ"ד כתב דהוי ודאי קדושין כיון דהמע"ה א"כ זוכה בד"ת והוי שלו ממש ועוד דזוכה ביאוש ולע"ד נהי דמספק א"צ להחזיר מ"מ ל"ח שלו ודאי וכמ"ש בספר יראים לענין גזל עכו"ם אף דמותר מהד"ת וא"צ להחזיר מ"מ ל"ח לכם באתרוג הובא במג"א סמן תרל"ז סק"ג ויאוש ג"כ ליכא עד עמדו בדין לדעת ת"ה ולדעת הש"ך גם כשעמד בדין כיון דבפ"ד מהני תפיסה וכמו שהעלה בנתיבות בסוף דיני תפיסה.

סעי' כ"ה עכו"ם שמכר שט"ח לישראל עיין שו"ת ד"ח ח"ב חחו"מ ס"ו בישראל ב"ח לעכו"ם ורצה להבריח נכסיו ובא ישראל אחר וקנה הוועקסל מהעכו"ם וטען הלוה מה לי ולך שקנית השט"ח ואיני יכול להטמין ממך ופסק הד"ח דלוקח עשה איסר ונסתייע מהיש"ש ב"ק פ"י סכ"ג דאם העיד לעכו"ם משמתינן לו עיי"ש ולע"ד ל"ד דבישש מבואר דוקא עד אחד ולא בשני עדים אף דהי' מפקיע הלואתו בהיתר אלא בע"א דעכו"ם מוציאין שלא כד"ת לכן אף דחייב כיון דבהיתר מפקיע הלואתו משמתינן לע"א וא"כ בלקח שט"ח ממנו ל"ש זה אך דגם בשני עדים כתב היש"ש דלכתחלה אסור רק לא משמתינן להו וי"ל עוד אף דהוי רק גרמא למניעת ריוח כיון דבאמת חייב מ"מ אינו בדין שישתרש במניעת ריוח של חבירו עיין רא"ש פרק כיצד הרגל ובחו"מ סימן שס"ג ס"י ובשע"מ סימן כ"ו ובחת"ס חחו"מ סימן קע"ח ובנחלת צבי להפ"ת חו"מ סימן רצ"ב ומ"מ יש לדחות דכל הנהו מרויח בחפץ חבירו כמו דר בחצר חבירו והך דסימן רצ"ב מרויח במעות חבירו משא"כ כאן מרויח ע"י מעותיו שקנה שט"ח של גוי רק אלמלא קנהו הי' הלוה מרויח שהי' מפקיע הלואתו וקדם זה והרויח והוי כעני מהפך בחררה במציאה וזכה בה אחר דלא הוי רשע כדלקמן סימן רל"ז וא"כ גם מהיש"ש אין ראי' דודאי התם כיון דהישראל מותר להפקיע החוב ויכול להרויח לולא העדים והם אין להם הנאה כופין על מדת סדום משא"כ הלוקח להרויח ואף דמוכר שט"ח לחבירו ומת ויורש מוחל לעצמו חייב לשלם כדלעיל סעי' כ"ג התם שאני דמפסיד וגורם היזק ללוקח במה שמרויח לעצמו משא"כ אם רק מונע חבירו מלהרויח וראי' לזה מפרק הכותב דף פ"ו דאר"נ תיזול ותיחלה לכתובת אמה לגבי אבי' ותירתי' מני' וכתבו תוס' שם בסד"ה תיזל

והשתא לא תקשי האיך השיאה ר"נ עצה להפסיד ממון אחרים בשביל קורבה שהרי לא היו מפסידין לגמרי שהיו מחזירין להם מעות שנתנו עכ"ל הרי אף דלקוחות כבר קנו הכתובה והי' ריוח ברור מ"מ השיאה ר"נ עצה שתמחול ותרויח לעצמה ושם משמע ופרש"י דעדיין לא בא הכתובה ליד הבת אמנם בישש"ש פ"י דב"ק סכ"א הובא בטו"ז לקמן סימן שס"ט ס"ז משמע דלכתחילה גם כה"ג אסור דז"ל שם אי עבר והציל עצמו ואמר לאנשי המלך שיגבה מאחד מאנשי הבקעה ונפטר בזה א"צ לשלם ולא גרע מהא שהעיד לפני עש"ג על יהודי שחייב לגוי עכ"ל אמנם סמ"ע בסימן קצ"ד סט"ו ועיי"ש נתיבות סק"ז נראה חולקים על הישש"ש וגם החכ"צ סימן ס"ח הובא במשפט שלום סימן קע"ו סוף סי"ב ס"ל כסמ"ע ונתיבות ודוחק לומר דגם ישש"ש לא קאמר רק במס דנהי דדמ"ד היינו דאינה גזלה כשמוציא אבל כשתפקיע עצמו הישראל בהיתר לא חשוב ריוח רק מציל עצמו מהפסד וכשחבירו מגלהו הוי כמפסידו ואסור להציל עצמו בממון חבירו דכ"ז שלא נודע ממונו הוא דא"כ איך מדמהו הישש"ש לעדות על הלואה שכבר נטול הממון וחייב רק רוצה להרויח וגם על הנתיבות שכתב דדוקא להציל עצמו שרי לגלות קשה מהתוס' שהבאתי דגם להרויח שרי ובנידון הד"ח בשטר דלא חשוב כמוציא הוי ממש רוצה להרויח והלוקח מונעו ועדיף ממע"פ ועיין לקמן סימן שפ"ח סי"ב בבאר הגולה אות ס'.

ואפילו את"ל דאסור מ"מ מש"ס הד"ח דאי עביד ל"מ ל"נ דאין איסור בגוף המכירה דהא אפשר יתעשר הלוה או יהא זמן שלא יוכל להבריח נכסיו ולהטמין ויוכרח לשלם להגוי הכל ורשאי ישראל לקנות השט"ח וארי' אברח מעליו אם קונה ע"ד כן רק האיסור שקנה ע"ד לגבות מיד וא"כ ל"ל אעל"מ כיון דבעצם משכחת בהיתר וכקונה קנין בשבת ועדיף מעני מהפך בחררה דכתב הד"ח שם דל"ל אעל"מ כיון דמשכחת בהיתר ור"נ לנדרים מ"ג דף כ"ח כתב דאם ישראל קנה המכס אסור להבריח ממנו אף דרשאי הי' להבריח א"ל קנה ותקשי הא אסור לקנות דגורם היזק לישראל שלא יוכלו להציל עצמם ונימא אעל"מ וא"ת שא"ה דחל הקנין לענין אופן שא"א להבריח ממילא חל לגמרי ה"נ י"ל כן דחל הקנין כשלא יוכל להבריח ממילא יחול לגמרי.

בלא כומ"ס עמ"ש בסימן שס"ט סי"א.

סעי' כ"ו משתעבדנא כתב הש"ך דוקא שנתרצה הלוה וה"ט דרמב"ן הקשה לראב"ד דא"כ לאמימר דקאמר בפ"ק דגיטין דף י"ג בטעמא דשמואל דמע"ש קונה דנעשה כאומר לו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך איך קאמר שמואל דמוכר שט"ח יכול למחול ותירץ הר"ן דלאמימר דוקא למי שאתרצה אמנם ראב"ד סתמא קאמר ומשמע דלא

מחלק נם דוחק לומר דשמואל מיירי דוקא כשלא נתרצה הלוה עוד הקשה הרמב"ן דהא קי"ל א"ב לומר הוברר למפרע דלזה נשתעבד וע"כ לאמימר רק מדרבנן נעשה כאומר משתעבדנא וא"כ יכול למחול ונלע"ד דהרא"ש פרק הכותב דף פ"ו כתב דגם בכתב משתעבדנא לא נשתעבד רק למי שיתרצה ובגיטין דף י"ג כתב וז"ל ומה"ט דמפרש לקמן נעשה כמי שאומר לו משתעבדנא אין לדקדק שיקנה בע"כ דדלמא לכל דאתי מחמתך שירצה להשתעבד לו מרצונו קאמר עכ"ל הרי כתב רק דלמא וא"כ י"ל מש"ה לא מחלק הראב"ד דכיון דאינו ודאי דכונתו רק למי שיתרצה ממילא הוי דברים שבלב ולא מבטל מה שאמר בפירוש משתעבדנא לכל מאן דאתי מחמתך דמשמע לכ"ע אבל אמימר דרק נעשה כאומר ואין אומר ואין דברים ולכאורה זה גופא דברים שבלב רק צ"ל דאומדנא כן הוי לאמימר וכיון די"ל כונתו רק למי שיתרצה תו אין אומדנא על היותר ואפילו היתה כונתו להשתעבד לכל גם למי שלא יתרצה הוי דברים שבלב וע"כ צריך שיתרצה דוקא ותלי"ת מצאתי כן בתומים והנה בקושית הרמב"ן דאין ברירה י"ל לפמ"ש תוס' ביומא דף נ"ו בד"ה דברי לתרץ דשמואל אדשמואל דהיכי דהתנה בפירש יש ברירה ה"נ כיון דפירש לך ולכל מאן דאתי מחמתך יש ברירה וכן לאמימר אף דלא אמר בפירוש מ"מ כיון דנעשה כאומר מכח אומדנא הוי כהתנה בפירוש אמנם לענין זה דצריך דוקא למי שיתרצה בנעשה כאומר משום דליכא אומדן דעת על היתר מ"מ אפשר דלא היתה כונתו על תנאי זה דוקא שיתרצה רק לדינא צריך שיתרצה א"כ אין ברירה לומר הוברר למפרע דנתרצה ונשתעבד לזה דל"ל דהוי כהתנה בפירוש דמי יימר דכונתו היתה על תנאי זה ויהא אומדנא כאלו התנה הא י"ל דנשתעבד גם למי שלא יתרצה א"כ לא התנה כלל ומ"מ בעינן דוקא למי שיתרצה משום דברים שבלב על יותר מזה וע"כ ס"ל לשמואל דמוכר שט"ח יכול למחול אף אם שמע הלוה ונתרצה.

ולפמ"ש הר"ן בגיטין דבמשתעבדנא ל"ש ברירה דדוקא בדבר אי דמר לאו דמר כמו לאיזה שתצא בפתח תחלה אבל הכא יכול להשתעבד לכל העולם בזה אח"ז י"ב יעיי"ש וא"כ כ"ז אם א"ל שיתרצה אבל אם נשתעבד רק למי שיתרצה צריך לברירה לומר הוברר למפרע דנתרצה לזה וקי"ל בזה א"ב כמו ע"מ שירצה אבא בר"פ כל הגט עיי"ש ברמב"ן וא"כ לפי מה שכתבתי בכתב מפורש משתעבדנא א"צ שיתרצה ממילא לא תליא בברירה וא"י למחול משא"כ לאמימר דנעשה כאומר משתעבדנא דצריך שיתרצה תליא בברירה וקי"ל א"ב לכן יכול למחול.

עוד י"ל קושית רמב"ן לראב"ד דבמשתעבדנא א"י למחול א"כ לאמימר איך אמר שמואל דיכול למחול דבט"ך לקמן ס"ק קח"י הביא מהריטב"א פא"מ די"ל שהלוה נעשה בשעת

מתן מעות כאומר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך כל זמן שלא תמחול לי עכ"ל וראב"ד לא יחלוק אזה רק כיון דל"ל אנן סהדי דעל תנאי זה נשתעבד הוי דברים שבלב אבל לאמימר דרק נעשה כאומר משתעבדנא דאנן סהדי דע"ד כן מלוהו ול"ה דברים שבלב וכיון די"ל אולי לא הי' בלבו להשתעבד רק א"ל ימחול לו המלוה א"כ אפילו לא היתה כונתו כן מ"מ ליכא אומדנא דמוכח לומר דנשתעבד יותר רק על זה דעכ"פ אם לא ימחול נשתעבד י"ל אנן סהדי וע"כ על היותר הוי דברים שבלב ויכול למחול וע"כ לאמימר יכול למחול ומה שהצריך הראב"ד במכירת שט"ח לכתוב זיל דון ואפיק משום דאנן לא קי"ל כאמימר כיון דמסקינן בגיטין בטעם דמע"ש דלא כאמימר.

א"י למחול הראשונים הקשו על הראב"ד מספ"ק דב"מ בסוגיא דמצא שובר בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל דפריך ניחוש שכתובה ליתן בניסן וזבינתא לכתובתה מניסן ועד תשרי וכו' ומשני ש"מ איתא לדשמואל עיי"ש וניחוש שנכתב בכתובה משתעבדנא ונראה דהדרישה וטו"ז בסימן ס"ה הקשו דבלא"ה יכולה לכתוב שובר בלי זמן ולא יוציאו הלקוחות מבעל מספק ועוד קשה לפמ"ש בעל עיטור דלפיכך מחזירין לה גט הנמצא ול"ח דזנתה ויחפה על בת אחותו כיון דנפל הגט יש בלא"ה ספק אם נתגרשה ולא נקטלי' מספק וא"כ ה"כ הלקוחות לא יוציאו מספק כיון דשובר לפנינו ומה פריך וצ"ל דחזקה כל מה שת"י אדם הוא שלו ודאי הכתובה שלה היתה כשמכרה ולתוס' שכתבו שם דליכא למיחש רק שמכרה קודם שנתגרשה י"ל אף אי בשטר ליכא האי חזקה דכל מה שת"י אדם כמ"ש הש"ך לעיל סימן מ"ז דמ"מ חזקה א"א פורע תו"ז ואפילו לאביי ורבא דלא ס"ל הך חזקה בריש ב"ב בכתובה מודו כמ"ש לקמן.

אלא דבין חזקה שת"י אדם ובין חזקת דאינו פורע תו"ז לא עדיף מרוב דודאי ימצא על צד המיעוט יוצא מחזקות הללו רק אי שטר לא חשוב מוציא ולפיכך אמרינן בשטר מגו להוציא כדעת כ"פ ה"נ מועיל רוב או חזקה כזו ובש"ג בהמקבל כתב דכתובה דהיא מעב"ד חשוב הגבוי ולא שט"ח דעלמא וי"ל דזהו טעמן של אביי ורבא דלא ס"ל באפת"ז דלא עדיף מרוב רק בכתובה דמע"ב מהני רוב ומשני ש"מ איתא לדשמואל וליכא חשש רק למשתעבדנא וזה לאו מעב"ד רק כשט"ח ול"ח כגבוי ובלא"ה לא יוציאו מספק ואביי ורבא הן בעלי המימרא דשם עיי"ש.

ולהש"ך בסימן פ"ב דבשטר ל"ה כגבוי רק אם ודאי הי' שטר טוב ונפל ספק אי נפרע אבל אם יש ספק על התחלתו ל"ה כגבוי ול"מ מנו להוציא ועיי"ש ובאחרונים וא"כ בשלמא לענין החוב הבא מכחה ידענו שטרם השובר הי' חייב לה אבל לענין משתעבדנא יש

לידון אם נקדם השובר למכירתה ולא נשתעבד הבעל מעולם ללוקח ולא הוי הגבוי אצלם רק מה שבאין מכחה והרי איתא לדשמואל דיכולה למחול מה שבא מכחה.

ולפמ"ש במקום אחר דהא דמהני חזקה דא"א פורע תו"ז אף דלא עדיף מרוב משום דרובא כברי ושמא כדאיתא ריש פ"ב דכתובות א"כ הוי כא"י א"פ וכ"ז אם באין הלקוחות מכחה לס"ד דא"י למחול אבל יכולה למחול ומשום משתעבדנא אי קדם השובר למכירה לא נתחייב הבעל ללוקח והוי כא"י אם נתחייבתי ובלא"ה לא נוציא מספק לב"ע או יכולה לכתוב שובר בלא זמן.

עוד נראה דהנה דעת תוס' בב"ב דף קמ"ז ע"ב וכ"ד הראב"ן דבלית נכסי למוחל א"י למחול וכתב קצו"ח הטעם דכשמוחל מתחייב מדד"ג א"כ מחויב הלוה ללוקח משדר"נ וליתא בזא"ז עיי"ש והרמב"ן הקשה על הראב"ד דמה יועיל משתעבדנא הא קי"ל א"ב ולפ"ז י"ל דמ"מ ספק הוא וא"י להוציא מהמוחל די"ל י"ב ול"מ מחילתו ואף דמ"מ ע"י מחילתו א"י להוציא מן הלוה וכמו טבח שעשה ספק טריפות דפטור כדלקמן סימן ש"ו עיי"ש בסמ"ע ובה"ג וכיון דא"א להוציא מידו הוי כלית לי' נכסי וכן מצאתי בתומים סימן מ"ט דהיכא דא"א להוציא הוי כל"ל נכסי וא"כ בא הלוקח על הלוה בממ"נ אי י"ב ל"מ המחילה ואי א"ב מחויב לי המוחל מדד"ג ויש לי אצלך משדר"נ אף דיש למוחל נכסי הוי כאין לו כיון דאינו יכול לגבות ממנו מספק אי יש ברירה ושפיר קאמר הראב"ד דא"י למחול אף דקי"ל א"ב אמנם לפי המבואר בסימן מ"ט בשני יוב"ש ואחד ערב בעד חברו או קנו קרקע זה מזה א"י המלוה לטרוף מקרקע זאת בממ"נ אם אתה חייב לי שפיר ואם השני הרי אתה ערב לו או קנית שעבוד שלי דערב אינו חייב רק ביכול לגבות מהלוה עצמו והכא כל יוב"ש יכול לדחותו לומר יוב"ש השני לוה ממך ולפ"ז גם בשדר"נ כן הוא בשני יוב"ש ואחד חייב לחבירו ואחד מהן חייב לאחר א"י לגבות האחר ממ"נ אם אתה חייב לי שפיר ואם יוב"ש השני הרי אתה חייב לי מדר"נ דכל שדר"נ הוי כנכסי לוה ומשום ערבות וה"נ נכסי' לוה שלי משתעבד מדר"נ מטעם ערבות וקיימתי' מסברא ומצאתי' בנתיבות סימן פ"ו בשם הגאונים דשדר"נ ערבות הוא וצריך שיתבע הלוה תחלה וא"כ ליתא למ"ש אמנם זה להטור ומחבר דלעיל סימן מ"ט דפסקו כרבא בבכורות דמ"ח דחידש דין זה דשני יוב"ש הנ"ל אבל הרמב"ם פי"א מבכורים פסק אף דמת האב תוך שלשים נתחייבו הנכסים שנשארו להשני זכרים מכח ממ"נ עיי"ש בכ"מ ובריט"א על בכורות ובתומים סימן מ"ט ומהרש"ך ומהריק"ו כולם כאחד אמרו דרמב"ם פסק כר' ירמי' בבכורת שם דגובה בממ"נ לא כרבא והראב"ד מדשתק לו ודאי מודה לו א"כ נכון מ"ש לראב"ד אבל רבא שפיר קאמר בב"מ שם ש"מ איתא לדשמואל דלרבא

משתעבדנא ל"מ דא"ב מהמוחל א"י לגבות דשמא י"ב ומן הלוה א"י לגבות בממ"נ כיון דמהחייב עצמו א"י לגבות משדר"נ א"י לגבות כיון דאינו רק ערבות וא"כ יכול הלוה לדחותו שמא אין ברירה ומהני המחילה.

שאעפ"כ יכול למחול כתב בסמ"ע ס"ק ס"ד דמוכח מהרא"ש דלדעת החולקין על הראב"ד דגם בכתב לו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך יכול למחול דא"צ כומ"ס ובשו"ת הרא"ש כס"ח פ"ח כתב דלפיכך בכתב משתעבדנא וכו' יכול למחול דאומדנא ששייר המלוה לעצמו עיקר הממון שיוכל למחול שאם יאבד השטר וימצאנו אחר יגבה המלוה מהלוה וימחול לו ולפמ"ש הסמ"ע בדעת הרא"ש קשה לי על תשובת הרא"ש ביון דנחת להאומדנא יאמרנו על זה האופן ששייר לעצמו עיקר שעבוד הגוף והממון שיצטרך הלוקח כומ"ס ואם יאבדנו לא יוכל לגבות המוצאו בלא כומ"ס דלגבי לוה לכ"ע איבר לומר שטר הי' לי ואבד היכי דצריך כומ"ס משא"כ כשלא יצטרך רק מסירה יהא נאמן לכ"ע שקנאו דתפיסתו מוכחת על קנינו וזה עדיף לו משיור מחילה דשמא יקדמנו המוצאו ולוה לא ירצה לפרוע רק למוצאו והב"ח וש"ך בס"ק זה כתבו דמלוה חושש שמא יאבד השטר וימצאנו אחר ויגבה בו ויפסיד חובו וגם להפקידו אינו יכול מהך חששא וצ"ל דס"ל לרא"ש דא"כ למה הצריך המלוה ללוה לכתוב משתעבדנא לכל מאן דאתי מחמתך או לכל המוציאו ע"כ כדי שלא יצטרך כומ"ס ולפ"ז יש לתרץ קושית הש"ך לדעת הסוברים דשטר כזה א"צ כתיבה א"כ לאמימר דכל לוה כאומר משתעבדנא לכל מאן דאתי מחמתך למה מוכר שט"ח לרבנן צריך כומ"ס ורמב"ן הקשה לאמימר למה יכול למחול המוכר שט"ח ולפמ"ש י"ל דודאי מה דאמר אמימר נעשה כאומר משתעבדנא מנלי' דלוה משתעבד בכך מה נ"מ לו בזה וכ"ש להסוברים דמע"ש גם בע"כ של לוה למה לו צרה זאת אלא דהאומדנא דהמלוה רק ע"ד כן מלוהו שישתעבד לכל דאתי מחמתי' כדי שיכול להמחות ולהקנות החוב לאחר ולוה שצריך המעות ע"כ משתעבד על דעת המלוה ולפ"ז כ"ז במע"פ דיש תועלת גדול בזה למלוה דבלא"ה א"י להקנות החוב לאחר ועתה ע"י שהלוה משתעבד לכל דאתי מחמתי' לא יפקיד כלום משא"כ בשטר דע"י שישתעבד לוה לכל דאתי מחמתי' לא יצטרך כומ"ס ויוכל לבא להפסד גדול אדרבה אין רצון המלוה בזה וגם תועלת גדול אין לו דיכול בלא"ה להקנות בכומ"ס וקרוב להפסד ורחוק משכר ואף את"ל דלאו כל אדם קפיד בזה מ"מ תו ל"ל אנן סהדי דרק ע"ד כן מלוהו כיון דיש מקום חשש פסידא והרי לרא"ש וב"ח קפידא גדולה למלוה בזה וע"כ בשטר לא אמר אמימר סברא זאת דנעשה כאומר וכו' משא"כ הראב"ד דמיירי בפירש

בשטר משתעבדנא חזינן דדעת המלוה שישתעבד הלוה לכל דאתי מחמתי כאלו נכתב על שמו מעיקרא ממילא א"י למחול וא"צ כומ"ס.

ולהש"ך דגם במשתעבדנא וכו' צריך כומ"ס ג"כ א"ש דבשלמא במע"ת לס"ד בגיטין שם דלית בו שום קנין רק משום דנעשה כאומר משתעבדנא אזי אנן סהדי שכן הי' דעת המלוה דעל אופן זה מלוהו כדי שיהא יכול להקנותו משא"כ במלוה בשטר דמהני כומ"ס בלא"ה וגם עתה דנעשה כאומר משתעבדנא צריך כומ"ס להש"ך א"כ אין תועלת למלוה בזה לענין למוכרו ול"ל אנן סהדי דמלוהו ע"ד כן דוקא ממילא אין הלוה משתעבד לכל מאן דאתי מחמתיה וע"כ יכול למחול לאמימר ולק"מ על הראב"ד.

ואין לו במה לפרוע דעה ראב"ן פ"ב דכתובות דאם אין למוכר לשלם ההיזק ללוקח לא מהני מחילתו והש"ך בס"ק פ"ט השיגו מפרק החובל דף פ"ט דפריך התם אאשה דפגיעתה רעה משום דלית לה נכסי דתזבין לכתובתה ומשני דתמחול לבעלה ותוס' בב"ב דף קמ"ז ג"כ ס"ל כראב"ן והקשו דא"כ מה קאמר רבא בספ"ק דב"מ גבי מצא שובר כתובה ש"מ איתא לכדשמואל דמחלו מחל הא אם לא יהא לה לשלם ל"מ מחילתה ונלע"ד להסביר טעמו של ראב"ן לפמ"ש במח"א סי"א מהלכות זכיה והעקר דמוחל לחברו מה שחייב לו והלוה לא רצה במחילתו תליא במחלוקת דלתוס' בקדושין דף י"ט בד"ה אומר אדם דגם אי לית זכיה לקטן גבי יעוד דין היא שתזכה בשאר שאינו אלא מחילת שעבוד בעלמא ע"כ נראה דס"ל דמחילה לא הוי הקנאה רק סילוק בעלמא כמ"ש ב"י חו"מ סימן קצ"ה בשם רשב"א לפ"ז יראה דמה שמחל לחברו מיד שיצא מחילתו מפיו נסתלק שעבודו אף שלא נתרצה הלוה אבל לפמ"ש הריטב"א בקדושין דף ט"ז בשם רבו דמחילה כמתנה א"כ הוי הקנאה וכל שלא רצה הלוה לא מהני עכ"ל והובא בכ"נ בכלל דשלב"ל והנה מראב"ן שבמרדכי פ"ק דסנהדרין מוכח דס"ל מחילה כמתנה וצריך שיתרצה הלוה דכתב מחילה א"צ קנין כיון שהחוב ביד הלוה זכה במה שבידו כאותה ששנינו ברשות לוקח כיון שקיבל עליו מוכר קנה לוקח עכ"ל ולפ"ז כשמוחל המוכר ללוה החוב הוי לן למימר דגם לוה חייב בתשלומין כיון דסייעו במחילה ואף דאינו עושה שום מעשה מ"מ גורם היזק ולא גרע מאם אמר הלוה למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך ולא רצה המלוה לישבע דחשוב גרמי ומחויב לשלם ללוקח כדלעיל סי"א ובש"ך שם ס"ק ל"ז ובס"ק ק"ט בשם ריא"ז בש"ג פרק הכותב והרי אינו אומר כלום רק אינו רוצה לישבע מ"מ כיון שלוקח נפסד על ידו חייב מדד"ג וא"כ למה ישלם המוחל הכל ואדרבה לדעת הפוסקים הובאו בקצו"ח סימן כ"ה דהיכא דלא יכול אחד לעשות לבדו ההיזק שייך דינא דר' נתן רצה מזה גובה רצה מזה גובה והיכי דלית לו לחד גובה

כולה מאידך א"כ ה"נ יגבה הלוקח ממי שירצה אבל ביורש שמוחל לעצמו דעת קצת פוסקים כיון שאינו מתכוין להזיק פטור ודעת קצת פוסקים דחייב כדלעיל סכ"ג והש"ך הסכים דחייב וי"ל דה"ט כיון דלוקח מפסיד לא משגחינן בכונתו כעין דבר שאינו מתכוין דחייב בפ"ר אמנם כאן דלוה שמסכים להמחילה אינו מתכוין להזיק רק לטובת עצמו ואי דפ"ר דלוקח מפסיד זה אינו דגם כשיפטר הלוה יוכל לגבות מהמוכר דמכוין להזיקו וכיון דאין פסידא למה לא יתרצה הלוה לטובת עצמו וכ"ש לדעת הש"ך דד"ג קנסא נהי דקנסינן לו גם כשמתכוין לטובת עצמו משום דחבירו נפסד על ידו אבל הכא לוקח לא יפסיד לוה נקנוס ללוה ותלי"ת מצאתי בש"ך לקמן סימן שצ"א ססק"א ז"ל אלא דאם יש לו לשלם כיון דעכ"פ חייב המושיט מטעם מזיק ובעל הפרה לא הזיק בידים שאלו לא הושיט לא אכלה לכך גובה מהמושיט עיי"ש וה"נ הלוה אף דנתרצה מ"מ לא עביד מעשה והמוחל עביד בדיבורו לכן כשיש למוחל פטור הלוה אבל כשאין נכסים למוחל חייב לוה מדד"ג דמסייעו בהסכמתו ולפ"ז איבול שטרא רק חייב חיוב חדש ובטו"ז לעיל סימן ס"ה כתב דגם כשאין האשה מודה ולא יחזירו השובר אין מוציאין מבעל מספק כיון דשובר לפנינו והב"ש בא"ע סימן ק"י ס"ל דגובין בשטר וכדבריו משמע דאל"כ מה חשש לקנוניא כיון דבלא"ה א"א ללקוחות לגבות מבעל ואף דספק הוא לא מרעינן לשטר ומוקמינן בחזקתו אמנם כיון דמפלו מחול איבטל השטר ודאי רק דנין לחייבו חיוב חדש מגרמי י"ל השובר אמת וכבר נפרע השטר ולא נוציא מספק ואף דהי' לוקח גובה מספק ל"ח גורם ודאי דאם כבר נפרעה אין עליו כלום מדינא ומכ"ש להמבואר לקמן סעיף ל"ב דאם קנה שט"ח של עכו"ם ויודע שנפרע אף דיכול לגבות בו וזה מחלו לא חשוב גורם היזק ופטור דהוי רק מניעת ריוח וה"נ ובגיטין דף מ"ח בע"כ שעשאו רבו אפותקי ושחררו לת"ק דפטור המשחרר חייב העבד לפי הנאתו ולרשב"ג דמשחרר חייב פטור העבד אף דנהנה ולעולא שם עיקר השחרור נעשה עתה ע"י שכופין את רבו לשחררו ומ"מ לרשב"ג כיון דמשחרר ראשון התחיל לגרום ההיזק חייב כל ההיזק וממילא פטור העבד וה"נ בשיש למוחל לשלם פטור הלוה אף דנהנה וכשאין לו שדינן על הנהנה.

אמנם י"ל בכתובה כשיושבת תחת בעלה לכ"ע מחילה מטעם סילוק דמהרי"ק בשורש פ"ט כתב דמהני מחילה בחוב שלא הגיע ז"פ דהוי דבר שבא לעולם דיכול להקדיש החוב ולמוכרו וכן בכתובה ואף דקי"ל ב"ח מכאן ולהבא גובה דוקא אי מכר קרקע הלוה לא מהני דיכול לסלקו בזוזי אבל החוב בכלל גם מע"פ הוי בא לעולם ולפיכך יכול למוחלו עיי"ש ובפרק שור שנגח דו"ה ס"ל להרז"ה דחוב חשוב בא לעולם ולהמלחמות דשלב"ל ומה דיכול למכור בכומ"ס י"ל דשטר שאני משום שעבוד נכסי ואינו מוכר גוף

חוב מדיכול למחול רק מוכר השעבוד וכשמוכר גוף החוב באג"ק נחלקו במרדכי פרק הכותב כדבסמוך בהג"ה די"א דא"י למחול וצ"ל דס"ל כהרז"ה דלהרמב"ן א"י למכור גוף החוב רק השעבוד אם לא יפרע ותו' בב"ב דף ע"ז ד"ה קני לך כתבו דמכש"ט דרבנן דבע"ח מכאן ולהבא גובה ור"ת ס"ל דשעבוד נכסי יכול למכור מן התורה וא"י למה לא הזכירם המהרי"ק ולרמב"ן קשה למה מהני מחילה בחוב דהוי דשלב"ל וצ"ל מטעם סילוק ולהרז"ה מטעם מתנה והקנאה דסילוק ל"מ בדבר שבא לרשותו ויכול למכור ולהקדיש אמנם כ"ז בחוב דודאי עתיד לבוא רק מחוסר זמן דממילא אתי וזה מוכרח לשלם משא"כ כתובה דאפשר תמות תחתיו ולא יבא לגובייא וכמו קרקע פרטי של לוה דחשוב דשלב"ל דאולי יסלקו בד"א אף דגבאו אח"כ ותוס' כתבו דלא תקנו בכתובה מעמ"ש דאין כאן חוב ברור דשמא לא יבא לגובייא לעולם ועש"ך ריש סימן קכ"ו נסתפק לדעת תוס' בשאר מלוה שלא הגיע ז"פ אי מועיל מעמ"ש וי"ל דתליא בספיקו של המל"מ פ"ד מה"א ה"ז אי מתוס' זמן הוי דבר שב"ל והנה לפוסקים דמהני מחילה בע"פ על הכתובה לאחר נישואין וכמ"ש ב"ש סימן ס"ו עפ"י סברתו בדעת הרמב"ם דרק תנאי בשעת נישואין ל"מ אבל מחילה אח"כ מהני אפילו בע"פ וע"כ משום סילוק דמשום הקנאה ל"מ בדשלב"ל וכן לפמ"ש החמ"ח שם דגם למ"ד דצריכה לכתוב התקבלתי היינו דאל"כ י"ל משחקת הייתי בו י"ל ג"כ מטעם סילוק נגעו בה ול"צ הקנאה רק כיון שכתבה גמרה בדעתה להסתלק ולפ"ז מהני אפילו בע"כ של בעל מטעם סילוק ואין הבעל גורם היזק ללוקח כלל וגם בלית לה נכסי מהני המחילה גם לראב"ן ול"ק מפ"ק דב"מ ומפרק החובל כלל ואף דלקמן סל"ב לא כתבתי כן בדעת הרא"ש מ"מ לראב"ן י"ל כן.

אמנם י"ל גם למ"ד דמחילה מטעם הקנאה דוקא כשהוא גופא עתיד לגבות החוב חשוב אצלו בא לעולם משא"כ כשמכרו דלוה יכול לפרוע ללוקח תו אינו ברשות המלוה ורק משום סילוק מהני מחילה ומהני גם בע"כ ועב"ש סימן כ"ח סקט"ז לכן נראה להסביר טעמו של ראב"ן דאם אין למוחל לשלם ל"מ מחילתו דאיתא בכתובות דף פ"א כל היכא דאמרו רבנן שלא ליזבין אי זבין ל"ה זביני ועיין בחו"מ סימן ר"ח לענין מקח הנעשה באיסור דמהני ועיין ש"ג פרק המשולין ומהרי"ט כתב כללא דאם אפשר לתקן האיסור אעל"מ ולפ"ז המוחל דגורם היזק עושה איסור והל"ל אעל"מ לתקן האיסור אלא דנכופו לשלם מדד"ג ויתוקן ולמה נפסיד ללוה אבל כשאין למוחל לתקן דבורו כלא חשוב דעבר אדרבנן עכ"פ ועיין ש"ג שם דגם בנשבע שלא למחול ל"מ מחילתו.

אך בזה לא יוסרו קושית הש"ך מפרק החובל וקושית תוס' ממצא שובר ונראה לפמ"ש רשב"א הובא בש"ך לקמן ס"ק ק"י במוכר שט"ח ובא הלוה וטען שפרע למלוה ומלוה אינו רוצה לישבע ומודה שנפרע אם יש למלוה נכסים ליפרע ללוקח ליכא למיחש לקנוניא ופטור הלוה ויטול לוקח מעותיו מן המלוה ואם א"ל נכסים חוששין לקנוניא ואין זוקקין מלוה לשבועה דחזקה דשטר לא סי' פרוע כשמכרו ונוטל הלוקח מהלוה בלא שבועה וש"ך השיגו דנאמן לומר פרוע מגו דמחל וודאי כן הוא לדעת ש"ך דלעיל ס"ק ע"ה אבל לראב"ן דשם אדרבה מה דמצי מחיל משום די"ל אשתבע לי דלא פרעתיך א"כ י"ל מה דזוקקין המוכר לשבועה דוקא ביש לו נכסים וכרשב"א וכה"ג מבואר לקמן סימן קכ"ו סי"ד דבא"ל נכסים א"נ וא"כ לא נשתייר אצלו זכות וע"כ ס"ל לראב"ן דל"מ מחילתו ולפ"ז י"ל לתרץ הא דמצא שובר כתובה דאמרינן כיון דמצי מחיל נ"ל פרוע להיפך מראב"ן ורא"ש וכמו שהקשה הש"ך לעיל ס"ק ע"ה על הראב"ן ובס"ק ק"י על הרשב"א וכן קושית תוס' על סברת ראב"ן בב"ב דף קמ"ז דבסוגיא דמצא שובר ל"ח דאשה לית לה נכסי וכן מה שהקשה הש"ך מפרק החובל דיש להקשות לראב"ן דטעם דיכול למחול משום דיכול הלוה לומר אשתבע לי דל"פ א"כ תו"ז ל"מ מחילה וגם כתובה כשיושבת תחת בעלה לכ"ע אאפתו"ז דל"ל דפרע כדי לא ליטרדן וכ"כ הב"ש בא"ע סימ' צ"ו לדעת רוב הפוסקים א"כ לא יזקק הלוקח לשבועתה דאם יטעון אחר גירושין פרע לה לא מהני דמכירה קלא אית לה וה"ל לפרוע ללוקח וכמ"ש בע"ת הובא בש"ך לעיל ס"ק ס"ב ואף להסוברים לעיל סט"ז דאם פרע למלוה נפטר היינו משום דיכול למחול זהו גופא מחילה כמ"ש ש"ך שם אבל לראב"ן אדרבה נימא דאינו נאמן לומר אשתבע לי דל"פ קודם גירושין וממילא א"י למחול ואף אם יטעון שפרעה אחר גירושין לא יפטור בזה ובסוגיא דמצא שובר דפריך שמא מכרה כתובתה בטוה"נ היינו קודם שנתגרשה כפרש"י שם וצ"ל דגם ראב"ן לא הוצרך בזה הטעם רק בשט"ח שנמכר אחר ז"פ דהוי כגבוי וכדעת הרז"ה בפרק שור שנגח ומהרי"ק בשורש פ"ט וכן בסמוך מאן דס"ל בהג"ה דאם הקנה החוב גופא אג"ק א"י למחול ס"ל מה דמהני מחילה משום דאינו נמכר רק השעבוד וגוף החוב של מלוה רק כ"ז שחייב למלוה יכול לכופו שיתן לו השעבוד ויפרע לו ומכחו של מלוה בא אבל אם התנה לו גוף החוב א"י למחול ודעת החולקים דל"מ שום קנין על גוף החוב דאינו ברשותו ורק מוכר השעבוד וע"כ לעולם יכול למחול והש"ך מסיק כן להלכה וא"כ להרז"ה דחוב חשוב ברשותו יכול למכור החוב גופו ואף דבע"ח מכאן ולהבא גובה ואי אקדיש או זבין קרקע של לוה ל"מ היינו בדבר פרטי דאפשר יסלקנו בזוזי אבל החוב בכללו דודאי יגבנו הוי ברשותו ואפילו נימא במע"פ

דלא כהרז"ה אבל בשטר לכמה דברים חשוב כגבוי וכשאין ספק בשטר ודאי כגבוי כמ"ש כנה"ג בחו"מ סימן פ"ב וכ"כ רמב"ן דמגו להוציא מהני בשטר דל"ח להוציא וע"כ ס"ל לראב"ן דגוף החוב נמכר ולמה ימחול וע"כ חידש משום די"ל אשתבע דל"פ ע"כ נהי דאצל מלוה גופו כגבוי דבידו לישבע על האמת אבל לוקח השטר אינו בידו דשמא לא ירצה מלוה לישבע וא"כ לוקח א"י לזכות בגוף החוב דאצלו הוי אינו ברשותו וכ"ז לאחר ז"פ אבל קודם ז"פ גם אצל מלוה ל"ה כגבוי כעת לפמ"ש המל"מ פ"ד מה"א ה"ז בשם התוס' דמחוסר זמן חשוב לא ב"ל ועיין שע"מ הלכות מכירה פכ"ב א"כ אפילו לא י"ל אשתבע לי דל"פ אינו נקנה גוף החוב ואף את"ל דבשט"ח גם לפני ז"פ חשוב החוב ברשותו דמחוסר זמן ל"ח דשלב"ל דממילא אתי בודאי מ"מ בכתובה דשמא לעולם לא תבא לגוביינא לכ"ע הוי דשלב"ל וא"כ ל"מ המכירה לגוף החוב ויכולה למחול אף דאינו נאמן לומר פרעתיך ממילא אדרבה מהני פרעון אחר המכירה למוכר ויכול המלוה לומר שנפרע במגו דמחיל אף דאין לו נכסים דלא תלוי במה דלא י"ל אשתבע לי דל"פ ודברי ראב"ן אחד.

ואם הקנה לו החוב עצמו אג"ק י"א דא"י למחול וטעמם דאם מכר השט"ח בכומ"ס לא קנה רק השעבוד ולא גוף החוב אבל אם הקנה אגב קרקע גוף החוב א"י למחול וקשה מספ"ק דב"מ דמשני איתא לדשמואל ניחוש שמכרה גוף החוב אג"ק גם מהחובל דף פ"ו תיזבון כתובתה אג"ק ולפמ"ש בסמוך לעיל דבכתובה בעודה נשואה גם ראב"ש מודה דחשוב דשלב"ל ול"מ מכירה בגוף החוב רק למכור השטר בכומ"ס לגבות מכתובה ע"י קנין השעבוד נכסי ומד"ס כדעת ש"פ אלא דלראב"ש בכומ"ס לא נקנה רק שעבוד נכסי ולראב"ן הנ"ל ס"ל דגם גוף החוב קונה ע"י כומ"ס וכן מבואר ברא"ש פג"פ דף קס"ט דקונה שעבוד נכסי וגם החוב ע"י כומ"ס.

סעי' כ"ז במתנת שכ"מ דוקא בכולה או במצוה מחמת מיתה אבל במקצת הוי כמתנת ברי דלא כמשמעות רשב"ם כ"כ תפארת שמואל על הטור ושמ"י,

סעי' כ"ח מכנסת לבעלה וכו' אינם יכולה למחול בתוס' כתובות דף פ"ה ע"ב הקשו א"כ במצא שובר כתובה דאם אשה מודה יחזיר לבעל משום דיכולה למחול דניחוש שהכניסם כתובתה לבעל שני ונלע"ד דמהר"ם שי"ף בב"מ שם הקשה מה חששא הא יכולה לכתוב לו שובר כ"י ובלא זמן אף בעדים ומספק לא נוציא מיד הבעל וכן הקשה בדרישה בסימן ס"ה ונראה לפמ"ש הרשב"א הובא בש"ך לעיל סימן מ"ז ולקמן ס"ק ק"י דחזקה כל מה שת"י אדם הוא שלו ובשעה שמכר השטר ודאי שלו הי' עיי"ש וא"כ בספק נוציא מכח האי חזקה אלא דאפילו ת"ל דחזקה דאתיא מכח סברא היא כרוב

כמ"ש תה"ד מ"מ ע"י רוב ג"כ אין מוציאין ממון והא דלקמן סימן צ"ט אהני חזקה זאת אם תולה מעותיו באחר שם לא חשוב מוציא דאינו ברשות האחר אלא דכאן חזקת חיוב מסייע וכמבואר באס"ז רפ"ב דכתובות דאם חזקה מסייע לרוב מוציאין ממון ע"י אמנם עדיין י"ל דודאי גם לס"ד בב"מ שם דא"י למחול מ"מ ידע מכשט"ח דרבנן דבע"ח מכאן ולהבא גובה רק ס"ד דמ"מ א"י למחול וא"כ לפמ"ש הר"ש במקוואות דאם יש ספק אם יצא מחזקתו מדרבנן ולד"ת ודאי יצא מחזקתו לא מוקמינן אחזקתו עיי"ש וא"כ ה"נ אפילו נכתב השובר אחר המכירה מן התורה מתני תמחילה ויצא מחזקת חיוב אמנם גם מן התורה בשעת מכירה חזקת חיוב לא נשתנה והשתא נכתב השובר ואתרע מהשתא החזקה כמו מקוה שנמדד ונמצא חסר אבל לפמ"ש מהרי"ט דחזקה העשוי' להשתנות ל"ת חזקה מעליא ולעיל סימן ס"ה בטור ובש"ג ב"מ דף י"ג הובא תשובת הרא"ש דהא דאמרינן שטר שנפל אתרע וחיישינן לפרעון ולא מוקמינן על חזקת חיוב משום דעומד להפרע ובטו"ז יו"ד סימן שצ"ז כתב בחזקה שעומד להשתנות אם כבר נשתנה רק א"י אימת לא מוקמונן אחזקה לומר דמזמן היותר קרוב נשתנה עי"ש וא"כ כיון דמה"ת כבר נשתנה החזקה ליכא לאוקמוה כלל אחזקה ולומר השתא אתרע וא"כ נהי דאנו דנין לפי דין דרבנן דמהני מכירה בשט"ח מ"מ תו ל"ל אוקמוה אחזקתו כיון דמה"ת ודאי נשתנה אלא דהש"ס פריך דניחוש שמכרה בטוה"נ דהיינו קודם גירושין וכפרש"י ואזי אינו מחויב לפרוע ואינו עומד ליפרוע דשמא תמות קודם לבעלה א"כ שפיר י"ל אוקמוה אחזקתו והשתא איתרע כיון דבשעת מכירה לא הי' עומד ליפרע וא"כ ל"ק דלמא גרשה והכניסה כתובתה לבעל שני דבלא"ה תוכל ליתן לו שובר בלא זמן או בכת"י וחזקת חיוב ליכא על אותו שעה שהכניסה לשני דכבר הי' עומד ליפרע ולפ"ז ל"ק נמי שמא מכרה במעמ"ש דקודם גירושין ל"מ מעמ"ש כמ"ש תוס' שם ולאחר גירושין עומד ליפרע.

סעי' ל"ב כשמוחל הרא"ש בספ"ק דב"מ הקשה למ"ד דצריך לשלם כל דמי השטר מה משני ש"מ איתא לדשמואל הא אם תמחול צריכה לשלם הכל עכשיו שהוא גרושה וכשמכרה לא קבלה רק טוה"נ שהיתה עדיין נשואה ותירץ דמיירי שגם עכשיו היא נשואה והש"ך ס"ק נ"ו כתב שלא הועיל בתירוץ זה דודאי לפי מה שהקשה דעכשיו היא גרושה שייך תירוץ זה אבל ל"ה צריך להקשות כן ועדיפא מיני' איכא לאקשוי דבין שהיא עכשיו נשואה או גרושה סוף סוף הא אנן לא ידעינן למי מכרה הכתובה ודלמא מכרה בזול או אפילו בזול הרבה ואין אונאה לשטרות ואי מחלה השתא צריכה להחזיר לו כל מה ששוה הכתובה ואי נפרעה קודם לכן א"צ להחזיר רק דמים מועטים שקבלה עכ"ל.

ונלע"ד דבמחנה אפרים סי"א מה"ז והפקר נסתפק אם מוחל לחבירו מה שחייב לו והלוה לא רצה במחילתו וכתב דתליא במחלוקת דלפמ"ש תוס' בקידושין דף י"ט ד"ה אומר אדם דגם אם לית זכי' לקטן גבי יעוד דין הוא שתזכה בשאר שאינו אלא מחילת שעבוד בעלמא ע"כ נראה דס"ל דמחילה לא הוי הקנאה רק סילוק בעלמא כמ"ש ב"י חו"מ סימן קצ"ה בשם רשב"א לפ"ז יראה דמת שמחל לחבירו מיד שיצא מחילתו מפיו נסתלק שעבודו אף שלא נתרצה הלוה אבל לפמ"ש הריטב"א בקדושין דף ט"ז בשם רבו דמחילה כמתנה א"כ הוי הקנאה וכל שלא רצה הלוה במחילתו לא מהני עכ"ל והנה לעיל סימן כ"ה ס"ג בהג"ה איתא כשטעו הב"ד ומשלמין אם פסקו הדין ע"פ הרוב משלמין שני חלקים וחלק שלישי מפסיד דשלישי י"ל אם לדידי צייתי לא טעיתם והשנים יכולים לומר מ"מ לולא השלישי לא הי' נגמר הדין ולא גרמנו כל ההיזק בלעדו ולא נשלם חלקו והן דברי רא"ש פאד"מ וא"כ אם מחילה הקנאה וצריך דעת הלוה שניהם גורמים המחילה ונהי דלוה פטור דמתכוין לטובת עצמו כמ"ש כ"פ הובאו בש"ך לעיל ס"ק פ"א או משום דאינו עושה מעשה ודיבור רק נתרצה במחשבתו ואין לחייבו על מחשבה כדאיתא בגיטין דף נ"ג גבי פרה שהכניסה לרבקה ע"מ שתינק ותידוש ופרש"י ד"ה ותידוש דאמחשבה לא מחייבינן עיי"ש ולעיל בש"ך סימן כ"ה סק"ה בשם הרשב"א מ"מ יאמר המוחל אני לא עשיתי כל ההיזק דאלמלא נתרצה הלוה לא הועיל מחילתי ולא אשלם חלקו ואף דלוה לא חשוב מזיק ופטור הא גם בסימן כ"ה כשטעו הרוב פטור השלישי דלא חשוב מזיק ומ"מ כיון דבלעדו לא אהני מעשיהם פטורים מחלקו ועל שאר פוסקים והריטב"א דס"ל דמוחל משלם הכל ל"ק די"ל דלא ס"ל הך דהרא"ש אלא כיון ששניהם גרמו ההיזק וא"י לגבות מהלוה גובה מהמלוה כולו ועיין קצו"ח סימן כ"ה שם אבל על הרא"ש קשה וצ"ל לרא"ש דמחילה מטעם סילוק ול"צ רצון הלוה.

אמנם בכתובה כשיושבת תחת בעלה כתבו המרדכי והג"א פרק החובל דלא מהני מחילה בע"פ וצריכה לכתוב לו התקבלתי וכ"כ תוס' שם וחמ"ח וב"ש בא"ע סימן ס"ו ומשום דל"מ תנאה לבטל תק"ח בסוף ביאה לכ"ע כדאיתא בפרק אע"פ דף נ"ז וע"כ מטעם מתנה הוא לא משום סילוק כיון דתנאה ודיבור בע"פ ל"מ ועוד כיון דמחילה בע"פ ל"מ רק בכותבת לו התקבלתי א"כ כתיבות תשובר עושה המחילה הוי כשטר הקנאה דהשטר אינו עושה הקנין עד שיבא ליד הזוכה ורצה לזכות בו דל"ש בזה לומר דהוי ראי' לבד וכמ"ש השיך לעיל סקי"א לענין כתיבות קני לך איתו דצריך שיבא ליד הלוקח כיון דל"מ בע"פ הוי שטר מקנה אלא דק"ל על מה שמבואר בפרק אעפ"י שם לחד מ"ד בכותבת התקבלתי בתוך הכתובה דהא לא בא השובר ליד בעלה ותלי"ת מצאתי

בהפלאה שם שכתב כמו שכתבתי ממש ומה דקאמר בשוברתה בתוכה היינו דמוסרת לו שובר חוץ לזה וגם כותבת על הכתובה דס"ל אין כותבין שובר שמא יאבדנו עיי"ש ואף את"ל בשוברתה מתוכה לבד מהני מ"מ כשאינה כותבת על כתובתה כ"ז שאינה מוסרת השובר לידו מילי בעלמא ננהו וכמחילה ע"פ וכותבת על הכתובה שאני דתברא בצדה. **ובזה** נתיישב לי מ"ש בש"ס בב"מ שם ועוד אביי לטעמו דשובר בזמנו טורף דעבזיל וכתב באס"ז בשם הריטב"א דע"כ מיירי בשובר מקנה שאומר לו חוב פלוני מכור לך בשטר זה אבל בשוברים שלנו שמוחל או מודה לו ואינו אלא לראי' אפילו רבא מודה דמשעה שמחל והודת נפטור הלה ופשוט הוא עכ"ל ולפי דבריו ק"ל מאי דוחקי' דרבא לאוקמוה בשובר כזה דלא שכיח דלמה יכתוב כן ודי במחילה בעלמא וגם גוף הדין צ"ע אם בתורת מכירה יצטרך כומ"ס ואולי ס"ל לריטב"א דדוקא מוכר לאחרים צריך מסירת השטר אבל ללוה עצמו א"צ דהשטר שלו דנותן שכר הסופר ואינו של מלוה רק עד פרעון וכיון שמקנה לו גוף החוב ממילא השטר של לוה אבל לפמ"ש הרא"ה בב"ב דף ע"ז דצריך מסירת השטר קודם כתיבת קני לך כי מכירה ל"מ בשיעבוד דהוי דבר שאין בו ממש רק נגרר אחר השטר וע"י זכיית השטר זוכה גם השעבוד עיי"ש וא"כ ה"נ איך ימכור לו השעבוד בלא מסירת השטר בתורת מכירה וצע"ג לדינא אמנם לפמ"ש א"ש דודאי לא נכתב בשובר רק התקבלתי וזה צריך בעודה נשואה ובשובר זה נעשה המחילה ושובר מקנה הוא וצריך שיבא ליד תבעל ויזכה בו וכן פרש"י דנכתב בשובר התקבלתי כתובתי ולא כמ"ש הריטב"א ולפי מה דפשוט לו לריטב"א תקשי לרש"י וע"כ כמ"ש ולפ"ז מתורץ קושית מהרש"א שם דאמאי לא פריך על משנה דמצא שוברין לא יחזיר שמא נמלך ודייק לעיל שם בגמרא אם אמר תנו נותנין וכו' ולפ"ז א"ש דבשאר שוברין מיירי ודאי בשובר ראי' כיון דמהני מחילה בע"פ וגם לרבא עבז"ל רק בשובר כתובה דצריך לכתוב התקבלתי והוי שובר מקנה פליג רבא וגם המקשן ע"כ כרבא ס"ל דאל"כ לא פריך כלום ודע דמ"ש הריטב"א דבשובר ראי' גם רבא מודה דוקא כשמחלה לו אח"כ או מטי השובר ליד בעל ברצונה דבלא"ה ודאי ל"ל משעה שמחל נפטר הלה דודאי לא כתב שובר רק על תנאי אם ימחול אח"כ יהא לראי' או כשיפרע לו ועיין תומים סימן ס"ה ונתיבות סימן ל"ט וכן מורין לשון הריטב"א דבשובר ראי' גם רבא מודה נמצא בעודה נשואה צריך שובר מקנה ורצון הבעל לזכות בו ויכולה האשה לומר לא גרמתי כל ההיזק אף דהבעל א"צ מעשה דבנתינת השובר לרשותו מרצונו סגי מ"מ פטורה מחלקו ואף לדעת רמב"ם דס"ל מחילה בע"פ ג"כ מהני דוקא אם מגרשה או כותב לה כתובה אחרת וכמ"ש הה"מ פי"ב מה"א וא"כ ז"ש שלא יכתוב לה כתובה אחרת ל"מ

מחילתה וא"כ היא לבדה א"י לעשות כל ההיזק בע"כ של בעל ואף דגם בזה אין לחייב הבעל כלום דמה שכותב לה כתובה אחרת ל"ה רק גורם דגורם דעי"כ מהני מחילתה מ"מ לא תשלם רק פלגא דע"י שניהם נגמר המחילה וכל אחד לבדו א"י לעשות ההיזק וכמו בהך דסימן כ"ה ג"כ לא חשוב השלישי גורם היזק מדפטור ולא חשוב רק גורם דגורם ע"י שלא נסתלק מביניהם הי' יכולת ביד הרוב לגרום ההיזק אבל לאחר גירושין מהני מחילה בע"פ לכ"ע וכמ"ש מרדכי פ"ק דסנהדרין והחמ"ח וב"ש בא"ע סימן ס"ו וא"כ צריכה לשלם הכל ושפיר כתב הרא"ש כשמחלה אחר גירושין צריכה לשלם הכל אבל לפי מה שתירץ דמיירי בעודה נשואה א"כ כשתמחול א"צ לשלם רק פלגא ודעת הרא"ש וכ"פ בפרק הזהב דאין אונאה לשטרות רק עד פלגא וא"כ ממ"נ אם יוציא הבעל השובר שקדם למכירה ומכרה בזול בחצי שוי' צריכה לשלם דמים שקבלה ושפיר נאמנת במגו שתמחול עכשיו ולא תשלם ג"כ רק פלגא משוי' ואם מכרה בפחות מחצי שוי' בלא"ה בטל המקח והמוכר לעולם חוזר היכי דהוי ביטול מקח כמבואר בסימן רכ"ז ס"ח ועוד דכולה האי שנתאנית ביותר מפלגא ליכא למיחוש כיון דמופלג ואינו בכלל אונאה כדאיתא בירושלמי פרק אלמנה ניזונית ה"ד וא"כ לא שכיח שיתאנה בדבר מופלג ועיין הה"מ פי"ג הלכות שכנים ה"ב דחזקה אין אדם קונה שוה מנה במאתיים והובא בקה"י ה"נ אינו מוכר שוה מאתיים במנה ולא חיישינן להכי.

והנה בנ"י תירץ קושית הראשונים הנ"ל דמאי מגו איכא תהא אם תמחול תחויב לשלם כל דמי הכתובה דלאו משום מגו אתינן עלה רק כיון שמודה בשובר היא גופה מחילה וכן נראה מפרש"י שם בב"מ ד"ה ש"מ דאף דכתבה ליתן בניסן ולא נתנה מ"מ שפיר זכי בעל בשובר ולזה הסכים הש"ך לעיל ס"ק נ"ו אמנם ברש"י בד"ה חיישינן לשתי כתובות פירש דנאמנות מתוך שבידה למחול עכשיו ומהר"ם שי"ף עמד בזה על רש"י והניח בצ"ע ולפמ"ש תרתי צריכי דאיך נאמר דהוי כאומרת מחול לך כשהיא נשואה הא ל"ח מחילתה כ"ז שאינה נותנת שובר לידו וא"ת עכ"פ כשנמסר השובר לבעל עפ"י הודאתה יזכה ע"י השובר למה נעשה כזאת כיון דכ"ז שלא נמסר השובר לידו לא נמחל לו איך נחזיק ידי עושי עול לגרום היזק ללקוחות דע"י שובר זה כשיוציא הבעל לא תחויב להחזיר רק מה שקבלה משא"כ אם תכתוב לו שובר עתה ועכצ"ל משום מגו אלא דמגו ליכא כמ"ש הנ"י אלא ממ"נ אם גרושה היא מהני מחילה בע"פ וכבר נעשה המחילה בהודאתה ואם נשואה היא נאמנת במגו דגם כשתכתוב ותתן לו שובר מהיום לא תשלם רק פלגא אמנם רש"י ס"ל בפרק אעפ"י דבסוף ביאה צריך לכתוב התקבלתי מפני שכבר זכתה בכתובה ולפ"ז אף אם תמחול לו הכתובה שמשעת נישואין כדי להפקיע שעבוד

נכסי שלמפרע ועתה יתן לה כתובה מחדש ל"מ מחילה בע"פ על חיוב הכתובה דנשואין שכבר זכתה עפ"י התורה או תק"ח ועשו חיזוק לדבריהם וכן מוכח בתוס' פרק החובל דף פ"ט ד"ה כל שהקשו הא בסוף ביאה לכ"ע א"י למחול ותרצו שתכתוב התקבלתי והקשו הא אסור לשהות עמה בלא כתובת ותרצו שיכתוב לה כתובה מעתה וכ"ז בעיקר הכתובה אבל תוס' לא עדיף משאר שט"ח דמהני מחילה בע"פ וכן מבואר בב"ש סימן ס"ו סק"י והנה לדעת הרמב"ם פי"ב מה"א גם התקבלתי ל"מ למחול כתובתה דהלכה כר"מ בגזרותיו דאסור להשהות עם אשתו בלא כתובה אמנם לפ"ז בכותב לה עיקר כתובם מעכשיו מהני וכן מוכרח לפמ"ש הה"מ שם באינו רוצה לדור עמם ומגרשה מהני דל"ש טעם זה אלא לרמב"ם כה"ג מהני מחילה בע"פ ולרש"י דבסוף ביאה ל"מ מחילה בע"פ לכ"ע שכבר זכתה וע"כ גם בכותב לה כתובה מעכשיו צריך לכתוב התקבלתי וכדעת התוס' הנ"ל אבל בזה י"ל דרש"י כרמב"ם ס"ל דכ"ז שאינו מגרשה ואין כותב לה כתובה אחרת ל"מ מחילתה אף בכותבת התקבלתי דקי"ל כר"מ בגזירותיו רק בכותב לה אחרת גם ר"מ מודה דמהני התקבלתי ופשוט ולפ"ז מתפרשין דברי רש"י כמין חומר דההיא שובר סתמא נכתב בו התקבלתי כתובתי וכל כתובה היותר גדולה מתבר לה כמ"ש באס"ז וא"כ ליכא מני דמחילה דתחויב לשלם מדד"ג הכל וצ"ל בעודה נשואה וגם בזה יש חשש דמכרה בזול וצ"ל כיון דצריך שובר מקנה א"ל לשלם רק פלגא אמנם כ"ז בעיקר כתובה אבל לתוס' כתובה דמהני מחילה בע"פ ומחויבת לשלם הכל ליכא מיגו וצ"ל דהודאתה גופא היא מחילה ומהני לתוספת כתובתה אמנם מה שלא פרש"י גם הטעם דמגו לענין עיקר הכתובה דל"ל זהו גופא מחילה דכ"ז שלא נמסר השובר לידו ל"ה מחילה ולא נמסר לו שלא נגרום היזק ללקוחות ה"ט משום דעודה נשואה גם בזמן השובר ישבה תחתיו דמש"ה חייש דמכרה בטהו"נ בדבר מועט כפרש"י וא"כ לא מהני שובר על עיקר הכתובה לעולם גם כשיוציא הבעל השובר כדעת רמב"ם הנ"ל ואם דניחוש שכתב לה כתובה אחרת מזמן השובר ואילך הא לשתי כתובות לא חייש לס"ד אבל למאי דמסיק דחיישינן לשתי כתובות תו יש לחוש גם על זה שתוציא עוד כתובה זולת זאת על עיקר כתובתה מזמן השובר ויועיל שובר התקבלתי על כתובת הנשואין ואת"ל גם רבא לא יחוש לשלשה כתובות הא רבא מתרץ ש"מ איתא לדשמואל ולא מוקי בשטר כתובם יוצא מת"י מוכח דלשמואל א"ש בכל אופן וא"כ ניחוש שיוציא השובר והאשה תוציא כתובה מזמן השובר ואילך ועל עיקר כתובה ל"ל זהו גופא מחילה דכ"ז שלא בא ליד הבעל ל"מ ואין לנו למסור לו ולגרום היזק ללקוחות ע"כ פרש"י בזה עוד טעם מתוך שבידה למחול ולכתוב שובר ל"ח לשמא כתב וכו' דא"א להציל הלקוחות

שלא המחול העיקר ואי דאם לא נחזור השובר לבעל לא תמחול תוס' כתובה מעתה שלא תשלם ואולי משום זה היא רוצה ליתן שובר הנמצא לבעל שמוקדם למכירה מ"מ כיון שאמרה פרוע היא גופא מחילה לענין תוס' וזכה בדין ולמה נפסיד לבעל בעם שזכה בדין.

היוצא להלכה דאם מכרה כתובתה עודה תחתיו וחזרה ומחלה לבעל דצריך שובר מקנה אינם צריכם לשלם ללוקח רק פלגא וצ"ע בשטר עסקא דנראה לכאורה דבפסקא לכ"ע מחילה מטעם הקנאה ומתנה לא סילוק בעלמא כיון דאפילו בחלק מלוה אסור למשתי בו שכרא והוי כפקדון וכמ"ש נ"י הובא בקצ"ח סימן זה ס"ק ל"ה וכשמכר סלק המלוה בכומ"ס יכול למחול עיי"ש וא"כ כמו פקדון צריך הקנאה ה"נ דברשותו עומד רק הוא באחריות אונסים על המקבל וגם בחלק הפקדון לפי תשובת המיוחסת לרמב"ן שהביא שע"מ ססק"ו דמהני כומ"ס על על שטר פקדון עיי"ש ונראה דיכול לחזור ולמחול לנפקד כיון דלא נמכר רק בכומ"ס לא נקנה ללוקח מן התורה גוף הפקדון רק שעבוד נכסי שעל הנפקד אם לא יחזיר הפקדון נמכר אגב השטר וכמו חלק המלוה לקצו"ח ודאי בחלק פקדון כשמוחל לנפקד לא מהני רק ברצון הנפקד ומטעם מתנה וקנאה דבכ"מ דאיתא ברשותא דמרי' הוא ועיין לקמן סימן ע"ג סי"ט בסמ"ע והגהות ח"צ ולעיל ס"ס מ"ז בהגהות מוהרר"ע וא"כ א"צ לשלם רק פלגא ועיין מ"ש לקמן סימן ס"ז ס"ג בשם מהר"ח א"ז.

ואם כתב מלוה ללוה שמוכר לו החוב שחייב לו ולא מסר לו השטר הנחתי בצ"ע ועתה מצאתי בשע"מ לקמן סק"ל הביא תשובת רשב"א שבב"י ס"ס ר"נ והוא שם סוף מחודש ט"ו דאם נתן מלוה ללוה בשטר מתנה כל מה שאדם חייב לו אינו קונה ולפיכך אפילו מה שחייב לו לא קנה ולא נמחל לו מחמת מתנת זו עיי"ש ואף דמיירי שם במלוה ע"פ מ"מ ה"כ כיון דלא מחזיר לו שטרו אינו מקנה לו רק החוב וכ"ש כשכבר מכר השטר לאחר בכומ"ס לא נשאר אצלו רק שעבוד הגוף ולא עדיף אצלו ממע"פ ועוד בד"מ בסימן רמ"ח סק"י שמביא השע"מ משמע להדיא דגם במלוה בשטר שנתנו ללוה במתנה א"ל קנה השטר גם החוב לא קנה הואיל ולא מחל לו דרך מחילה רק כיון להקנות דרך מתנה עיי"ש סרי אף דכיון להקנות גוף החוב ל"מ לשון מתנה כל שלא קנה השט"ח.

הג"ה אם מכר לו שט"ח של עכו"ם בש"ך יו"ד סימן קס"ט ס"ק ס"ב כתב דל"מ קנין כומ"ס בשט"ח שעל עכו"ם ועיי"ש בחוו"ד בביאורים ס"ק ל"ט אמנם בשו"ת רבצ"א סימן ל"ו מבואר דמהני וש"ך רמזו לעיל ס"ק ל"ט וכתב עוד בשו"ת שם דאם לוקח השט"ח זקף דמי המכר על עצמו בטלום ונתן שט"ח וקנו מידו מחויב לשלם אף אם לא הי' קונה השט"ח של עכו"ם דיכול לחייב עצמו מה שאינו חייב עיי"ש ולכאורה צ"ע דהא

כל היכא דמעות אינו קונה אם חזר הלוקח צריך המוכר להחזיר לו מעותיו והרי יכול ליתן המעות במתנה ונימא אף דלא קנה המכר מ"מ מה שנתן דמיו אינו בחזרה ועמ"ש לקמן סימן רי"ב אמנם החילוק מבואר דכשנתן המעות לא עשה דבר נוסף רק נתן בעד חפץ שקנה ולא נתכוין למתנה ע"כ כשחוזר ומבטל הקנין ממילא צריך המוכר להחזיר לו מעותיו אבל בנידון דר' בצלאל אשכנזי מה שזקף במלוה בקנין הוא דבר מחודש ונוסף דאם בעבור שקנה השט"ח בלא"ה הוי המעות חוב עליו ואם צריך המוכר לראי' ולשעבוד נכסי סגי שטר בעדים וקנין למה עשה וע"כ דזקיפת המלוה בקנין לחייב עצמו גם כשיבטל מכירת השט"ח ומהני מחמת חיוב חנה ויצא לנו מזה דבנ"ד דלא חל הרנין כגון מוכר דשלב"ל וכה"ג אפילו נתן הלוקח על דמי המכר שט"ח סתם ולא נזכר בו שהוא בעד המקח יכול לחזור בו וצריך המוכר להחזיר לו השט"ח ועיין תה"ד ס"ס שכ"א ראי' לדברינו אבל אם נתן שט"ח בעדים וקנו מידו על החוב אזי גם אם יחזור הלוקח מחויב לשלם המעות ועיין בשו"ת אבקת רוכל סימן קכ"ט דאם קנה מטלטלין מחבירו בכו"כ דמים ונתן המקצת והשאר זקף עליו במלוה ונטל לו קנין לשלחם לו מעירו מלובשים בענייני סחורה ואח"כ נאבדו המטלטלין יכול הלוקח לחזור בו וצריך המוכר להחזיר לו מעותיו ואצ"ל ששארית המעות שנתחייב לשלחם לו מלובשים שיעכבם בידו שאעפ"י שנטל קנין ע"כ קנין בטעות הוא וחוזר ותמה על עצמך אם המעות שנתן חוזר ונוטלם כ"ש שלא יתחייב ליתן מה שבידו עכ"ל והרי בקנין יכול להתחייב בחנם כמו בשטר כלעיל סימן מ"ם וע"כ משום דכאן ל"ל שעשה מלתא יתירה דהוצרך ליטול קנין שישלח לו סחורה בעד המעות דבלא הקנין לא סי' חייב רק מעות גם כשלא יתבטל המכירה ובזה ניחא מה שהביא ראי' בש"ת רבצ"א משו"ת רשב"א הובא בב"י סימן זה ראובן נתן לחתנו בנדוניא שט"ח שיש לו על אחר וקיבל עליו ראובן אחריות שא"ל יוכל לגבות מהלוה שיפרע הוא ומכירת השטר לא נעשה כדינו והשיב כיון שחייב עצמו בקנין באחריות מחויב אף דלא נקנה השטר שאין אחריות תלוי במה שהדין נותן שקנה או שלא קנה ע"כ הא קמן אע"ג דקבלת אחריות קאי על עיקר הקנאה ועיקר הקנאה ליתא מ"מ חייב משום דר"י דיכול לחייב עצמו במה שלא חייב בנ"ד נמי ה"ה והוא הטעם עכ"ל וראייתו תמוה דאדרבה האחריות מגרע המכירה דאחרי נמכר הל"ל מזלו של הקונה גרם וע"י שקע"א הוי כתנאי שא"ל יפרע הלוה בטלה המקח ומחייב עצמו לסלק הנדוניא מכיסו ועיין ביו"ד סימן קע"ג ס"ד א"כ האחריות לא בא מחמה קיום המכירה משא"כ מה שנתחייב הלוקח בעד המקח בא מחמה קיום המכר ולפמ"ש י"ל כיון דנתחייב בקנין עשה דבר נוסף להתחייב אף שיבוטל המכירה ודומה לקבלת אחריות של המוכר.

סעי' מ"ם בפשיעה פטור בשע"מ ס"ק ל"ב הביא שו"ת רא"ש ברו"ש שותפין שמהו וטוענת אלמנת ראובן ששמעון פשע שהחזיר שט"ח לגוי שהי' חייב להם שהי' רובו פרוע ומתוך כך באו לידי הפסד ופסק דחייב שמעון דשותפין ש"ש וחייבין בגו"א כ"ש בפשיעה והא הרא"ש ס"ל דפשיעה בשטרות פטור ותירץ דהוי שומר על גוף המעות ובמה שהחזיר השטר לעכו"ם לא עשה שמירה להמעות ולכך חייב מדין שומרים והביא עוד תשובת רי"ף דראובן הי' לו שו"ח על שמעון והרשה את לוי לתבוע החוב ופשע ואבד השטר וכפר שמעון בהחוב וכתב דהוי גורם לאבד ממון ראובן וחייב והא הרי"ף ס"ל דשומר שפשע בשטרות פטור אע"כ ה"נ מה"ט דנעשה שומר על המעות את"ד וכבר קדמו בתמיה זאת על הרי"ף בתפארת שמואל בסימן קכ"ג ותירץ השע"מ אינו נוח לי דאיך נעשה שומר על המעות שאינו בעולם דמלוה להוצאה נתנה וגם השע"מ נתקשה דהא צריך משיכה בשומרין ותשובת רא"ש אפשר לתרץ כיון דהחזיר השטר הוי כמזיק בידים ועוד דפשיעה בשטרות הוי פלוגתא דרבוותא נהי דבפסקיו הכריע כהפוטרים בתשובתו לא הכריע וכנראה בכלל ל"ט ס"ב ואשת ראובן היתה מוחזקת בנכסים כמבואר שם לפני זה גם בלא"ה נראה עיקר הגירסא שהחזיר שט"ח שהי' לגוי עליו שהי' רובו פרוע וכמ"ש הב"ח ס"ס קע"ו הפירש דהי' השטר ביד שמעון שהאמינו הנוי עיי"ש וא"כ החיוב שהפסיד הממון של שותפת ע"י חזרת השטר פרוע לגוי וזה נראה מלשון שהי' רובו פרוע דהל"ל שלא הי' רק רובו פרוע אבל תשובת הרי"ף תמוה ולפע"ד לאו מדין שומר חייבו הרי"ף רק מדין קבלן כמו אם אוביר ולא אעבוד דחייב גם בקרקע ואפילו לא כתב כיון שקיבל עליו לעבוד הקרקע וזה סמך עליו דחייב מדין ערב או מתקנה כמ"ש ריטב"א והנתיבות סימן ש"ו וריש סימן קפ"ג דאם הוא שליח בשכר חייב גם על מניעות הריוח ה"נ כיון שקיבל עליו לגבות החוב ופשע וע"י פשיעתו לא גבאו חייב מדין קבלן דלא גרע ממניעה ריוח וגם בשותפין י"ל לפמ"ש נתיבות בסימן קע"ו סי"ד דחייבין גם על מניעות הריוח אי גרמו דהוי קבלנים זל"ז והוי כאמר אם אוביר ולא אעבוד אעפ"י שלא התנו בפירוש ועיין בשו"ת חה"ס חחו"מ סימן קע"ח דגם רא"ש מודה לדינא לריטב"א בזה וא"כ ה"נ כששותף פשע וע"י פשיעתו נפסד החוב שאצל הגוי לא יגרע ממניעת ריוח דחייב שותף מתורת קבלן שקובל עליו לעסוק לצורך השותפות רק אם לא היו שותפים כש"ש הוי כקבלן בחנם כיון דיכול לחזור פטור וכמ"ש נתיבות ריש סימן קפ"ג ואף דפועל על זמן גם בשכר יכול לחזור שותפין גם לזמן א"י לחזור כמבואר בסימן קע"ו ולכן ל"ד לשומרים דאפילו בשכר פטור דממ"נ בלא זמן יכול לחזור וכשפשע ולא שמר כראוי הוי חזרה ובזמן ג"כ יכול לחזור כעבד ולכן א"א לחייבו מהורה

קבלן רק משום חיוב התורה דהטילה על השומרין ובשטר לא הטילה תורה איברא דצל"ע למה שותפין פטורין בפשיעה כשהתחילו לשמור ביחד משום שמירה בבעלים כמבואר בסימן קע"ו ס"ח ובש"ך שם דאיך פשיעה שגרם הפסד יפטר ומניעה ריוח ע"י פשיעה יחויב ואפשר דפשיעה בבעלים שאני וכמו שכתב הש"ך כאן בס"ק קכ"ו דפשיעה בבעלים בפירוש כתבה תורה לפטור דהא כתיב אם בעליו עמו לא ישלם וה"ט דקרא דכשבעלים עמו ל"ה שומר עליו כלל אלא ה"ל כאינש דעלמא משא"כ כשאינו בבעלים אף דשטרות ואינך אימעטו מכלל ופרט דאינן בכלל חיוב השומרים מ"מ חייב היכי דיש סברא לחייב עיי"ש וא"כ ה"נ כיון דבפירוש כתבה תורה אם בעליו עמו ודהוי כאינש דעלמא אין לחייבו מתורת קבלן דהוי כאלו לא סמך עליו כלל לשמרו וגם מתקנה אין לחייב כמ"ש תוס' בפרק א"נ דף ס"ד ע"ב בד"ה ולא ישכיר דלא רצו חכמים להעמיד דבריהם נגד מה שהתירה תורה בהדיא.

ויש להוכיח כן מפירשב"ם בפחז"ה דף מ"ג ע"ב בהא דשותפין נעשין ש"ש זל"ז דפריך הש"ס אמאי שמירה בבעלים הוא ומשני ר"פ דא"ל שמור לי היום ואשמור לך למחר ופירשב"ם שמור לי היום כל השדה חלקי וחלקך וכו' נעשו ש"ש זל"ז להתחייב באונסין עיי"ש ותמוה דש"ש פטורין באונסין ואם ע"י פשיעה בא האונס גם ש"ח חייב ועוד בשדה אין דין שומרים דהוי קרקע ולפמ"ש י"ל דאם ע"י שפשע נפסד השדה באונס הוי כאוביר ולא אעבוד דחייב משום קבלן רק אי הוי ש"ח פטור ומשמע לי' לרשב"ם דמיירי בשדה כיון דאמר שם שותפין אין מחזיקין זה על זה ואין מעידין זה על זה וש"ש זל"ז ואין מחזיקין מיירי בקרקע בחזקת נ"ש וגם אין מעידין מוקי שם בקרקע וה"נ ש"ש מיירי בקרקע ועכ"פ בשליח שקיבל עליו לגבוה חוב ופשע ואבד השט"ח ונפסד החוב והשליח הלך בשכר אף שלא הקדימו לו השכר יש לחייבו ובחנם פטור אף לפוסקים דשומרים א"צ משיכה שו"ר בספר משפט שלו' סימן קע"ו סי"ד הביא משו"ת ספ"י פו"כ סימן ס"ד הקשה על הנתיבות דלמה פטור שותף מפשיעה כשהוי שמירה בבעלים כיון דהוי כהתנו אם אוביר ולא אעבוד וכבר נתיישב בדברינו ואף דהש"ך כתב רק לתרץ שיטת הרמב"ם דס"ל פושע חייב בשטרות וקרקעות דהוי כמזיק והקשה הרא"ש עליו דא"כ פשיעה בבעלים למה פטור מ"מ י"ל גם לרא"ש סברת הש"ך דשמירה בבעלים חדשה תורה דל"ה שומר כלל אלא דרא"ש הקשה לסברת רמב"ם דפשיעה מזיק הוא אף באינש דעלמא יחויב ולא נחית למ"ש הש"ך דל"ח מזיק רק בשומר שקיבל עליו לשמור ועיין לקמן סימן רצ"ג ס"א דאם הפקידו אצלו לזמן ידוע א"י להכריחו לקבלו ממנו תו"ז ועיין ביאור הגר"א שם דרשב"א ס"ל דחוזר כמו פועל וגם רמב"ן בסה"ת ש"נ ח"א משמע

דחולק רק ס"ל דצ"ל לו תא שקול פקדונך ונראה דגם נתיבות לא אמר דפטור מקבלתו כשיכול לחזור אף דלא הודיעו לבעליו רק דנפטר מתורת קבלן ופועל שקיבל על עצמו אבל מדין שומר לא יפטר כ"ז שלא הודיעו דהא תורה חייבה ש"ח שפשע ולא שמר וכן ש"ש ואפילו נעשה שומר בלא זמן דכל שעה יכול לחזור ונימא כשפשע ולא רצה לשמרו הרי חזר בו אע"כ דאינו נפטר מחיוב שומר עד שהודיע לבעלים שלא ישמרנו ואפשר דה"ט דמ"ד דשומר א"י לחזור תו"ז מדחזינן דחייבה תורה בפשיעה והרי כיון שלא רצה לשומרו חזר בו ולא ס"ל לחלק בין הודיעו שחוזר א"ל אע"כ תו"ז גזה"כ דלא יכול לחזור וכשלא קצב זמן הוי סתמא עד זמן שיחזיר לו או יאמר לו דתחלה עד אז קיבל עליו לשמור ומ"מ צ"ע כיון דשומר לא כלתה שמירתו עד שיודיעו ויאמר לו טול את שלך ועיין לקמן סימן ע"ד ס"ג למה בקבלן מהני חזרתו בשלא הודיעו וגם צ"ע אם לדמות שותפין לקיבל שדה דבשלמא קיבל שדה הקבלן נוטל שכר טרחו ואם לא עבדה דאין לו שכר לא הפסיד כיון דלא טורח ובעל השדה הפסיד שכר שדהו לכן הקנו שישלם משא"כ בשותפין דשניהם סובלים הפסד אין לחוש שיפשע בעצמו ומצאתי בספר משפט שלו' בסימן קע"ו סי"ד כתב ג"כ כן ועיין מה שכתבתי לקמן סימן קפ"ה להוכיח דליכא דין שומר בחוב ולכן העיקר בטעם הרי"ף משום דהוי קבלן ואפילו משום שמירה בבעלים לא יפטר כיון דבשותפין ליכא משום קבלן אין הכרח לומר דשמירה בבעלים יפטור גם קבלן כיון דחידוש הוא ואין ללמוד הקנה מד"ת.

ומ"ש השע"מ כיון דל"ש משיכה בחוב כיון שמשך השטר נעשה שומר מחמת כסף שכירות שנתן לו וכמ"ש הג"א מא"ז בפרק הזהב והה"ד סימן ע"ב דהיכא דאין לו מה למשוך לכ"ע מעות קונה בנתיבות סימן ש"ד ס"ד כתב ג"כ בשם האס"ז ב"מ דף צ"ט דקבלה הנאה של שואל הוי בכסף ובהנאה זו מחייב עצמו באחריות בלא קנין משיכה כאלו קיבל שכר לשמור ולהתחייב באונס דאדם משעבד עצמו בכסף וע"כ אר"ה בב"מ שם השואל קורדם מחבירו בקע בו קנאו עיי"ש ודברי נה"מ אין מוכרחין דאס"ז שפיר כתב לר"ה דס"ל דבשאלה ל"ש בו קנין משיכה כיון דאין לשואל רק קנין פירות ע"כ מעות קונה משא"כ לדידן דמשיכה קונה בשומרים ולדברי הג"א ותה"ד זב"ז תליא מ"מ לדברי שע"מ יש ראי' אם הי' שייך דין שומרים בחוב וה"ד אם הקדים השכר וכמו בשואל דוקא שכבר בקע בו קנאו ועיין נתיבות סימן של"ג ס"א דאם הקדים שכר לפועל קנהו דמעות קונה כה"ג ובד"ג כלל צ"ו סי"ט כתב ראובן הי' לו חפץ בפקדון ביד שמעון הדר בעיר אחרת ונסע לוי לשם והבטיח לו ראובן שכר שיביא לו הפקדון ונתן לו אגרה ובבוא לוי שלח אה יהודה עם האגרת לשמעון שיתן לו החפץ הנפקד ונהנו שמעון ליהודה

ונגנב ממנו עיין בשו"ת הר הכרמל בחו"מ סט"ז שפסק דלוי פטור ול"ה ש"ש שמסר לש"ח כיון שעדיין לא בא הפקדון ליד לוי ולוי לא מסר הפקדון לידו ל"ה רק גרמא ויש לעיין מדברי שע"מ בשלח לגבות חוב מן הלוה ואבד השטר דחייב לשלם אף דאין דין שומרים בשטרות מ"מ כיון דנעשה שליח לגבות המעות נתחייב בשמירת המעות אף דעדיין לא בא לידו ואף דיש לחלק בין שטר לאגרת מ"מ סברא אחד הוא אדרבה בפקדון יותר הדעת נוטה שכיון שמסר לו אגרת ליתן הפקדון לידו תכף נסתלק משמירת הנפקד דודאי ימסור הפקדון לשליח כיון דהוא בעין אבל בחוב אף שמסר לשליח השט"ח לא נסתלק המלוה משמירת המעות דפן לא יתן לו הלוה דמלוה להוצאה נתנה ועכ"ז חייבו השע"מ מטעם דלוה סמך עליו ונסתלק משמירתן עכ"ל ד"ג ולא דק דאיך יחויב משום סילוקו משמירתן הא קי"ל דאינו חייב עד שימשוך אף דנסתלקו הבעלים משמירת החפץ וכמבואר בחו"מ סימן רצ"א ס"ה בש"ך ס"ק י"ג והשע"מ גופא מסיק דלפוסקים הללו אינו חייב רק מחמת קבלת מעות שכירות ומשיכת השטר ומשום דל"ש משיכה במעות שאינו בעין וא"כ בנידון דהר הכרמל משיכת האגרת אינו דומה כלל למשיכת השטר וגם לא נתן לו שכר עדיין וגם החפץ הי' בעין ושייך בו משיכה וכמ"ש באס"ז בב"מ דף פ"א ע"ב תשובת הר"י אבן מיגאש דאם הי' לו חפץ מופקד באיזה מקום ואמר לאחר קח אותה ושמור אותה לי אינו מתחייב בשמירה עד שימשוך וגם בכלל צ"ו סמ"ד העתיק הד"ג דברי שע"מ לחייב השליח כשפשע בשמירת השט"ח ולא דק כמ"ש.

וכשקיבל שכירות אפילו בגנבה ואבדה שלא בפשיעה חייב למסקנת השע"מ וכ"כ הנתיבות סימן רצ"ג ס"ה דאם הקדים שכר לש"ש הר ש"ש בלא משיכה ולפמ"ש דמדין קבלן הוא פטור בגו"א.

ולפמ"ש לקמן סימן קצ"ב סי"ג וסימן רנ"ט וסימן רצ"א ה"נ א"צ להקדים מעות השכירות רק כיון דמשך השליח השטר והתחיל במלאכתו הוי כקנין דשניהם א"י לחזור ומתחייב המשלח בהשכירות זה הוי כנתן לו כסף ובחידושי ר"ן ב"מ דף ל"ט כתב דש"ש כשמושך הכלי שנעשה שומר עלי' הוא כהתחלת המלאכה תוכה בשכרו שאין בע"ה יכול לחזור עיי"ש ובסימן רצ"א הבאתי דברי רמ"ה שבאס"ז ב"ק דף צ"ט דש"ש לא מיחייב בשמירה ע"י הקדמת שכר רק במשיכה וא"כ היכי דיש לו מה למשוך עכ"פ צ"ע אם להוציא נגד דעת רמ"ה שו"ר בתוס' רי"ד ב"ק דף ע"ט ז"ל תיקנו משיכה בשומרין שאעפ"י שקיבל עליו לשומרו וגם קיבל שכר שמירתו אם לא משכו אינו מתחייב בשמירתו ואם נאבד פטור וכ"כ גאון שבאס"ז שם.

אבל מפסיד שכרו עד שישבע ששמר כראוי הקשה בשע"מ דהא הר כאיי אם נתחייבתי וגם הוי כתנאי בקום ועשה דצריך לברר בעדים עיי"ש ולע"ד שא"ה דיש חזקה שליח עושה שליחותו וכמ"ש בתשובת מיימני לספר משפטים סמ"ד דמכח הך חזקה אמרינן ודאי לא פשע ואף דכתב שם דלהוציא ממון ל"מ סך חזקה הכא כיון דהוי ברי ושמא עם חזקה מהני להוציא כדאמר פ"ק דכתובות דף י"ב ע"ב.

ויש מחייבין בפשיעה עש"ך ולעד"נ להכריע דפושע אינו מזיק ממש רק גרמי דמפקיד סמך עליו גרמי חייב אבל בשטרות דשודף ממש ל"ה רק גרמי כדאיתא בפרק הגוזל דף צ"ח ע"ב הפושע ולא שמרו הוי רק גורם דגורם ומבואר בבע"ת שנ"א דשולח בערה ביד חש"ו ושרפו שטרות פטור וכ"כ מהר"ם דפוס פראג סימן תתמ"ד דגורם דגורם פטור וכן הסכים הש"ך בסימן שפ"ו סק"ג רק בשומר ס"ל להש"ך דהוי כמזיק אבל לש"פ ל"ה מזיק לבן אפשר להכריע דהוי גורם עכ"פ וכן הוא להדיא לשון תשובת רי"ף הנ"ל אלא דרי"ף לא מחלק בין גורם לגורם דגורם.

בהחולץ דף מ"ו חזו דמונייכו קבעית משמע דשומר חייב בעבדים בפשיעה ול"ל דהתם שאני דאתני בהדיא והוי כאם אוביר ולא אעבוד אשלם במיטבא דבשליח בחנם לא מהני תנאי זה בלא קנו מידו כמ"ש בנתיבות ר"ס קפ"ג ועוד דע"כ כה"ג אינו בכלל תקנה דאם אוביר דהא קמן מאן דפוטר בעבדים ושטרות ואינך בפשיעה לא מהני תנאי רק בקנו מידו אפילו בש"ש ול"ל כיון דעדיין לא טבל ואין גופו קנוי לא אתקש לקרקעות דהא לקמן סימן רכ"ז סל"ג מבואר דשוכר חברו לזמן אין לו אונאה דהוי כעבדים דאהקש לקרקעות.

ואם קנו מידו בשע"מ ס"ק ל"ה הקשה דבפרק הזהב אתא דשוכר לשמור הפרה מוקו לה בקנו מידו ולמה לא יתחייב בהנאה שמקבל שכר על שמירתו כמו מתנה ש"ח להיות כשואל בהנאה דנפיק עליו שמא דמהימן ולק"מ דמתנה ש"ח להיות כשואל הנאתו קיימת אף כשישלם לכן גמר ומשעבד נפשי' משא"כ בשכר שימור אם יחויב לשלם כל הפרה לא יהא לו הנאה כלל ובהכי לא אמדוהו חכז"ל דגמר לשעבד נפשו לשלם אף שלא יהא לו הנאה אח"כ ומפרט דיש בו אסמכתא דכסבור שלא יבא לתשלומין ושכר שימור לא יסלק אסמכתא זאת דאדרבה כיון דמחמת השכר מתחייב י"ל יותר אלמלי ידע דיחויב בהפסדו דיעלה יותר משכרו לא הי' מתחייב ולכן צריך קנין דמהני לסלק אסמכתא גם בערב אחר מ"מ אבל הנאה דמהימן לו דיהא גם כשיחויב לשלם י"ל דגמר לשעבד נפשו על כל אופן.

סימן סז

סעי' ג' משמטת פלגא שהוא מלוה ובשו"ת ר"ח א"ז סימן ל"ט כתב דאינו משמט כלל דבין שמעות העסקא בעין אצל הלוה בין הלוים לגוים ואינם רוצים לפרוע לו עתה ברשות המלוה קאי הכל והוי כפקדון רק שהמקבל חייב באחריות אונסים לכשיפסד וכ"ז שלא נפסד אינו לוה עלי' רק כנפקד וכ"ש אם אחר שהגיע זמן לפרעו הלוים בלא רשות הנותן שיאמר הנותן למקבל אין אתה לוה עלי' כלל אעפ"י שאתה חייב באחריותו כל הריוח שלי כי כל מה שאדם מסגל במעות חבירו הריוח של בעל המעות כדמוכח בעובדא דרב ספרא פרק מי שמת אכן שכר טרחו שקיל לפיר"ת ולריב"ם לא שקיל כלום עכת"ד מה שסיים דהריוח של בעל המעות דעת רשב"א אינו כן וכמ"ש הסמ"ע לקמן סימן רצ"ב סק"כ דאפילו לא הי' לו רשות להשתמש ולא גילה דעתו שמשתמש כדי ליקח הריוח לעצמו מ"מ הריוח שלו ועיין טו"ז יו"ד סימן קע"ז ס"ק ל"א ומהך דר"ס דפרק ח"ש דף קמ"ד אין ראי' לפע"ד דשאני אחין דמחלי אהדדי ואדעתא דאחין עביד ובפרש"י פרק המקבל ק"ד ב' ד"ה להכי מוכח דפלגא מלוה הוי מלוה ממש ושל המתעסק הוא מדפירש דלפיכך לא נעשת מטלטלין אצל בניו כיון דאין בידו להוציאן סמך מלוה עליהן והוי כקרקע.

סעי' ט' התנה עמו שלא ישמיט הוא חוב זה ואפילו בשביעית תנאו קיים בפרישה סי"ב הקשה מלקמן סימן רכ"ז דפסק בש"ע דל"מ תנאי באונאה וגם באן לא ידע דמחיל כמ"ש תוס' בפרק הזהב דף נ"א לענין ירושה וכתובה ולפע"ד בשלמא אונאה אלו ידע לא הי' מוחל ולא הי' לוקח או מוכר אם חבירו לא הי' רוצה זולת התנאי אבל בהלואה ע"כ מוחל דאין המלוה רוצה להלות לו כלל בלא"ה א"כ מה אכפת לו למחול שלא ישמיט דאינו מפסיד כלום וכיון דצריך ללוות מוחל בלב שלם ועוד מה אמרת דלא ידע דמחיל דסובר שיפרענו לפני שביעית א"כ אין דעתו להרויח כלום.

והתומים כאן הקשה כיון דקי"ל בכתובה ל"מ מחילתה וכתובה דרבנן ועכצ"ל דעשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה א"כ גם שביעית בזה"ז דרבנן ולא יועיל תנאו ולע"ד בשלמא כתובה התקינו כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ואם מהני תנאי לא הועילו בתקנתן ע"כ עשו חיזוק לדבריהם אבל שביעית בזה"ז התקינו משום זכר למצות שמיטה שלא תשתכח וכשמתנה תרי יש לו זכר דלא קפדו חכז"ל דוקא להפקיע החוב דבפרוזבול נמי מהני.

והה"מ כתב בפי"ב מה"א דבכתובה ל"מ מחילה דעשו חיזוק לדבריהם כשל תוכה ותמהו הב"ש והתומים דגם בשל תורה בדבר שבממון תנאו קיים ולע"ד משום שאמרו

חכז"ל דבלא כתובה בעילתו ב"ז ואלו הי' איסור תורה חשוב מתנה על מה שכתוב בתורה דע"י מחילת הממון לא אזיל האיסור וא"כ ממילא ל"ק קושיא הנ"ל דשביעית ליכא רק צד ממון וניתן למחילה אפילו אי הוי כשל תורה.

סעי' כ' ואין חילוק בין אם המלוה בעיר הדיינים וכו' זה למד ר"א מירושלמי פ"י דשביעית ה"ב דאמר אפילו נתונים ברומי ופירוש הדיינים כלומר יכול לומר מוסרני לפו"פ הדיינין שבמקום פלוני אעפ"י שרחוקין ממנו הרבה אף שאינם בפניו ודעת ה"ר יחיאל ז"ל דצריך למסור בפניהם ונראה ביאור הירושלמי לדעתו דסד"א דוקא בפני ב"ד שבעירו כיון שהומחו על בני עירם יש להם כח להפקיר אבל ב"ד מעיר אחרת ואינו גדול הדור אין להם כח כדלעיל סימן ב' ובריב"ש סימן רע"א וה"נ אין לב"ד שבעיר אחרת כח על הלוה כיון שלא קבלם עליו לב"ד קמ"ל אפילו נתונים ברומי היינו ממונים כמו שופטים ושוטרים תתן לך ות"א תמני לך ואפילו ברומי שאינם מעיר ומדינה וגליל זה מ"מ כיון שהם ביד ממונים בעירם יכול למסור בפניהם אבל מ"מ י"ל דוקא בפניהם והוצרכו לתקן בן דאם יהא המלוה בשעה שרוצה לעשות פרוזבול במדינה אחרת לא יעצרנו מלעשות ומדויק לשון נתונים דלהר"א ז"ל הל"ל אפילו הם ברומי וגם מה חידוש ברומי יותר מעיר הסמוך כיון שלא בפניהם הוא אבל לפמ"ש קמ"ל אפילו אינם ממונים בעיר הלוה והמלוה רק בגליל אחר מ"מ כל שממונים בעירם ויש להם כח להפקיר שם לצורך יכול למסור בעניהם אם המלוה במקומם או הם במקום המלוה נזדמנו לפי שעה א"צ להמתין על ב"ד שבעירו.

סעי' ל"ג נאמן אדם לומר פרוזבול ה"ל ואבד הכי אמר רב בגיטין דף ל"ז משום חזקה לא שביק התירא ועביד איסורא והרי"ף השמיטו ונלע"ד דס"ל דהחזקה לא עדיף מרוב דע"ל המועט ימצא להיפך ואף דחזקת חיוב מסייע וברז"ה רפ"ב דכתובות כתב דאם חזקת חיוב מסייע לרוב מוציאין ממון וז"א כיון דמה"ת ל"מ פרוזבול ודאי יצא מחזקת חיוב רק דנין לפי תק"ח וכה"ג לא מוקמינן אחזקתו כמ"ש הר"ש במקוואות ואפילו לפוסקים דשמיטה בזה"ז דרבנן לא שייך כאן חזקת חיוב דכל עיקר החזקה בכל מקום לומר דלא נעשה מעשה התחדשות דילפינן מנגע אבל כאן התחדש ודאי שנת השמיטה רק נאמר שעשה פרוזבול לדחות השמיטה בזה לא שייך חזקה כיון דצ"ל שעשה מעשה חדשה ובשוא"ת נשתנה ודאי החזקה ועיין ב"י לקמן סימן ר"נ מחודש י"ד משו"ת רשב"א דכל שטען חדש עליו הראי' ועכצ"ל רב לשיטתו בב"ב דף צ"ב דהולכין בממון אחר הרוב ואנן לא קי"ל הכי להכי השמיטו הרי"ף לפי גרסת הרא"ש אר"י אמר רב ולפי גרסת ש"פ אמר ר"נ וכן פסקו רוה"פ צ"ע איך מהני להוציא ומזה יש סייעתא לספר יראים דאינו

משמט עד שיאמר משמט אני רק כופין אותו לומר משמט אני וע"כ מחמת החזקה לא נכופו וממילא חייב.

ובמרדכי פרק השולח בשם רבינו חזקי' ובכנה"ג משו"ת הרא"ש הובא דדוקא כשהלוה א"י אז מהני חזקה זו והקשה השע"מ דת"ל דהוי א"י א"פ שהחוב ודאי והפרעון ספק וגם מ"ט דמאן דפליג בש"ס אזה ולפמ"ש ל"ק דבין אם נאמר בא"י א"פ דחייב משום חזקת חיוב ל"ש כאן ובין אם הטעם דחיוב ודאי ופרעון ספק אין ספק מוציא מידי ודאי כמ"ש הרי"ף בפ"ק דכתובות ג"כ ליתא ה"ט הכא כמו דהחיוב ודאי מחמת הלואה כן הפטור ודאי מחמת השמיטה רק מצד אחר בא ספק התחדשות שמא עשה פרוזבול.

שפותחין לו הרמב"ם בפ"ט משמיטה כתב כשתובע החוב אומרים לנתבע שלם לו ואם טען הנתבע אי' הפרוזבול אומרים לתובע הי' לך פרוזבול ואבד והקשה השע"מ והא כיון דאיכא לברורי מבררינן כמו במשכיר בית בע"פ דחזקתו בדוק מ"מ אם הוא בעיר שיילינן לו עיי"ש ולפמ"ש המ"א בסימן תל"ז סק"ד דה"ט משום דכל השנה הי' בחזקת חמץ ובחזקת בדוק אתה בא להוציאו צריך לברורי משא"כ בכל ח"י טריפות דלא הי' בחזקה טרפה א"צ לברורי א"כ ה"נ דאינו בחזקת פטור דאדרבה הי' בחזקת חיוב ואף לפמ"ש דליכא כאן חזקת חיוב כיון דודאי בא שמיטה מ"מ להיפך נמי ליכא חזקה רק ספק אם נשאר בחזקת חיוב או נפרע ע"י השמיטה דשמא עשה פרוזבול ונהי די"ל מספק אתה בא להוציא מחזקת שמיטה עכ"פ נרצה להעמידו על חזקת חיוב והן שקולים וא"צ לברר ולפ"ז י"ל ג"כ למה כאן א"צ שבועה ולענין רבית ביו"ד סימן קס"ט סכ"ה בטוען בעל השטר בהיתר נעשה צריך שבועה אף דג"כ יש חזקה ל"ש התירא עי"ש ולפמ"ש א"ש דשם הלוה בחזקת פטור צריך המלוה לברר ע"י השבועה.

עוי"ל קושית השע"מ דבחמץ אם יאמר דבדק יבורר בלאו החזקה כהא דמבואר שם סימן תל"ז ס"ד דאף דודאי לא בדקו המשכיר אפילו אשה קטן ועבד נאמנים שהם בדקו אבל הכא אף כשיאמר שעשה פרוזבול אינו נאמן להוציא ממון רק מחמת חזקה דל"ש התירא א"כ מעולם ליכא לברורי שלא נצטרך לסמוך אחזקה וכ"כ הנו"ב לענין רוב דאם א"א לברורי לגמרי וסוף סוף מוכרחין לסמוך ארוב ל"צ לברר כלל וע"ב א"ש נמי דביו"ד צריך המלוה לישבע דשם כשישבע נאמן בלא חזקה דיש לו שטר ומנו דלהד"ם שאין בו רבית כלל דנאמן מחמת השטר רק כשמודה שיש בו רבית מגרע לשטרו עכ"פ הפה שאסר התיר וא"צ לחזקה דל"ש התירא ומנו לאפטורי משבועה ל"א אבל הכא בלא חזקה דל"ש התירא ל"מ שטר ושבועה להוציא כיון דודאי הי' שמיטה וכיון דס"ס רק אחזקה נסמוך ל"צ לברר כלל.

סימן סח

סעי' א המעות בפניהם עיין נתיבות סק"א שכתב דאין הישראל מכיר טיב העכו"ם משא"כ הערכאים יודעים בטיב העכו"ם חבריהם ומבואר כן בפרק אין מעמידין כלב ע"ב אינהו דידעי בהדדי וכו' ועיי"ש בתוס' ד"ה רגלא גרסת ר"ח ופירש הערוך.
הג"ה ממשעבדי הקשה הנתיבות הא צריכין להמלך בו בין כתיבה ונתינה כמבואר בסימן ל"ט ושמא לא נמלכו בו ולפמ"ש שם ס"ב דאינו רק לכתחלה איש.
או שטרי מחילות עפדר דא"ל שיכתוב שטר מחילה ללוה ועי"ז השטר יהא נעשה המחילה וזה הוי כעין קנין ולכן ל"מ ועיין נתיבות והשע"מ הקשה כיון דמחילה א"צ קנין א"כ כשצוה לכתוב שטר מחילה גילה בדעתו שמוחל לו בלב שלם דאל"כ למה לו לכתוב שטר מחילה וא"כ כיון דמזה שצוה לכתוב יש ראי' שמחל לו הוי מחילה גמורה דאף שהשטר חספא בעלמא מ"מ הרי מחל לו בלב שלם ואנן סהדי על דברים שבלבו ול"ה דברים שבלב עיי"ש ולק"מ דמחילה א"צ קנין רק אם מוחל בלא קנין אבל כשמוחל ע"י קנין ואין הקנין מועיל ל"ה מחילה כיון דלא מחל רק בקנין צ"ל כדין וכמ"ש. תוס' גיטין בפרק האומר דף ס"ו ע"ב בד"ה הא כתב הגט כה"ג עיי"ש פנ"י.
סעי' ב שטר שעדיו עכו"ם שמסרו הלוה וכו' תמהו רבים דבס"א בשטרי מתנות וכדומה שנעשה הקנין ע"י השטר הגיה שם רמ"א דפסול אפילו נמסרו לפני עדי ישראל ולא חילק רמ"א בין שמות מובהקים וכאן שמסרו לוה למלוה או מוכר ללוקח בפני עידי ישראל אעפ"י שאינו עשוי בערכאות גובה מבנ"ח ויש מ"ש דה"מ בשמות הע"ח מובהקים בגיות וברמב"ם פ"ז מגירושין ובא"ע סימן ק"ל מבואר דאפילו במובהקים הוי מזויף מתוכו וניישב ג"כ פרש"י בפ"ק דגיטין דף י"א דאמר רבא האי שטרא פרסאה דמסרי ניהלי' באפי סהדי ישראל מגבינן בו מבנ"ח ופרש"י שחתמו פרסיים הדיוטות והקשה רא"ש הא מזויף מתוכו ומה אהני ע"מ כדאמרינן פז"ב דף כ"ח גבי ההוא שטר מתנתא דהוי חתומי עלי' תרי גיסי ובכ"מ עכ"ז ממלוה וב"י כאן בבד"ה כתב וז"ל והרמב"ם שלא חילק בין שמות מובהקים לא"מ ק"ל דהא מודה ר"א במזויף מתוכו וא"ל דס"ל דלא אמרינן הכי רק בג"נ דהא בפז"ב גבי ההוא מתנתא דחתימי עלי' תרי גיסי אמרינן מודה ר"א במזויף מתוכו ואפשר לומר דסבר הרמב"ם דהא דמשמע בגמרא דבעדים נכרים חשוב מזויף מתוכו ה"מ בג"נ אבל בשטרי ממון אע"ג דבישראלים קרובים או פסולים חשוב מזויף מתוכו התם ה"ט משום דאתי לאחלופי לאכשורי בלא ע"מ אבל בעדי נכרים ל"ח להכי אפילו בשמות שאינן מובהקין עכ"ל ועדיין מ"ט בגט הוי מזויף גם בגוים ובממון לא דאם ליכא חשש גם בגיטין יכשר ונלע"ד בשלמא בשטרי ממון כ"ז שלא יקיימן ל"מ

א"כ עדים שיעידו שמכירין החתימות ודאי ידעו אם הם נכרים דלא ימצא רק בדרך רחוקה שיתקיים החתימות ולא ידעו אם נכרים הם ול"ח למלתא דל"ש אמנם בגיטין דל"ח למזויף וכ"ז דליכא מערער א"צ קיום כדאיתא רפ"ק דגיטין בתוס' שם ד"ה ואם יש לחוש דלא יתברר שהם גוים ויסמכו עליהם בלא עדי מסירה דנאמר ע"י הע"ח דודאי בא לידה כמו בע"ח ישראל ואף דאמת כן אין לנו לעשות זולת עפ"י עדים כשרים כמ"ש תוס' בפ"ק דגיטין דף ד' ד"ה מודה ר"א ותו ל"פ בין גט לגט דאף דבא ממדה"י דצריך קיום פסלו אמנם אם ע"ח קרובים זל"ז אף דיתקיים חתימתן אפשר לא יוכר קרובתן.

אמנם לתרץ גם הש"ע נלע"ד דהנה בריטב"א בגיטין שם הקשה ג"כ כמאן אמרה רבא אי לר"מ ע"מ מה מהני ואי לר"א הא הוי מזויף מתוכו ואי בלא ע"מ לא גבי גם בע"מ לא ליגבי ועוד דלר"א כיון דאיכא ע"מ דינא דליגבי בו ממשתעבדי דהא אר"א אעפ"י שאין עליו עדים רק שנהנו בפני עדים גובה ממשעבדי והנכון דשטר פרסאה שטר דהדיוט הוא ומן הדין שטר שנעשה בהדיוט כשר א"ל טעמא דחיישינן לשקרא ומרעי נפשייהו וכיון דמסרה ניהלי באפי סהדי ישראל לוה למלוה הא אודי דהאי שטרא לאו שקר הוא וכיון שכן השטר כשר לגמרי והאי דגבי לאו משום עדים אלו אלא משום השטר עצמו שהוא כשר וכו' דעדים אלו לא אמנה שבשטר מסהדי אלא עדי הודאה בלבד הן ועדי השטר הוא דמשוי לי' שטרא לגבות בו מבנ"ח עכ"ל ונראה דריטב"א ס"ל כספר החכמה והרר"י שבהג"א שם דמן התורה נכרים כשרים לעדות רק חוששין דמשקרי אבל לדעת רוה"פ אינם בני עדות כלל זולת החשש דמשקרי וכמ"ש תוס' שם דף ט' ע"ב ד"ה אעפ"י וכמ"ש תומים ס"ס זה הק"ל דאף דהודה דלאו שקר חתמו מ"מ פסולי כקרובים והוי מזויף מתוכו וכן כל קושיות הריטב"א הדרן אמנם זה יצא לנו דאם נוכל להכשיר בע"ח לבד אף דהכשרן נתגלה לנו ע"י ע"מ תו לא הוי מזויף מתוכו והדין עמו בזה דמה ניחוש שיבא לסמוך על ע"ח הללו בלבד כיון דכשרים ולעיל סימן מ"ה סי"ב איתא שטר שהיו עדיו מרובים ונמצא בהם קרובים אם ישבו כולם לחתום נתבטל עדות כולם והקשה שע"מ ישם הא קי"ל בר"ס כ"ב דאם קבל עליו קא"פ א"י לחזור אחר שהעיד וא"כ שטר שאינו נכתב רק עפ"י ציווי הלוה שאמר לעדים כתבו וחתמו והבו לו הרי קבלם עליו הלוה ומיד שהעיד בשטר הוי כהעיד בב"ד ולפמ"ש אחרונים לקמן סימן ע"א דהא דלאחר הלואה ל"מ נאמנות בלא קנין ול"ה כנאמן עלי אבא משום דכתבו התוס' בב"מ דף ע"ד דרק כשיש להם תביעה זע"ז מהני בלא קנין היינו אחר שכבר נפל הכחשה אבל קודם לזה צריך קנין א"כ לק"מ בסימן מ"ה אם הוא שלא בשעת מתן מעות אבל בשט"ח הנכתב בשעת מת"מ דל"צ לקנות גם בנאמנות דע"י קבלת המעות משתעבד והוי כקנין כדלקמן

סימן ע"א הק"ל אמנם לעיל סימן מ"ה תרצתי כיון דהקרובים ע"כ ג"כ מעידים על עצמם שחתמו מדעת המתחייב ואינם נאמנים בטלה ג"כ עדות הרחוקים מה שמעידים שהקרובים חתמו מדעת הלוה וממילא איבטל עדות הרחוקים על גוף הענין ג"כ והנה הכא דע"י ע"מ חזינן דהמתחייב החתים העדים מדעתו א"כ קבלן עליו לעדים ומבואר בסימן כ"ב דגם בעכו"ם מהני והנה אף אם נאמר דכה"ג בהחתים קרובים ומסר לפני רחוקים דל"מ משום דע"כ מעידים הקרובים שנצטוו מהמתחייב לחתום וקבלן עליו לעדים וכן מעידים העדי מסירה מדמסר הלוה השטר חתום ודאי מדעתו חתמו וקבל הקרובים לעדים ונתבטל כל העדות ע"י צרופם דהוי כנצטרפו לראות בשעת מסירה דאז עיקר קבלת ע"ח דכ"ז שלא מסר השטר למלוה לא קבלם עדיין לעדים וליכא עדיין ראיית עדות והוי כנצטרפו יחד קרוב ורחוק ועוד כיון דעדי מסירה ע"כ על קבלת הפסילים מעידים וזולתם א"א לקבל העדאת ע"ח ועדי מסירה ג"כ אין בם מועיל לבדם דאל"ה הוי מזויף מתוכו א"כ בע"כ מצטרפים וכיון שהפסולים מעידים ג"כ ע"י כתבם שנתקבלו לעדים ואמר להם כתבו ואינם נאמנים איבטל ג"כ עדות הרחוקים על זה אמנם בעדי חתימה נכרים דלאו בני עדות ננהו כלל ול"ש בהן נמצא אחד קא"פ לבטל כל העדות וכמו לענין בע"ד דאינו בגדר עד לומר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכן מצאתי באחרונים בסימן ל"ו דבעכו"ם ואשה וקטן ל"א נמצא אחד קא"פ לבטל כל העדות וא"כ כאן דאיכא עדי מסירה הרי הדבר אמת שנעשה מדעת המתחייב וקיבל המעות ככתוב בשטר וקיבל עליו עדות עכו"ם החתומים א"כ כשרים הם כנאמן עלי אבא ובשעת מתן מעות א"צ קנין כמו בהאמין למלוה עליו וא"כ עדות שבשטר כשרים ואינו מזויף מתוכו ועדי מסירה רק מגלים לנו דקיבל עליו עדות העכו"ם ע"ז הלואה או המכר והודה ע"ז דאמת כתבו וחתמו ושטר בעדים הוא אף למ"ד עדי חתימה כרתי אבל במתנה ופשרה ואינך דלעיל ס"א דאין שם קבלת מעות ואין דבר שיקנה ע"י זולת ע"י השטר כמבואר לעיל וכן בשטר הודאה היינו ג"כ דשטר עושה קנין אודיתא כמ"ש נתיבות שם ע"כ אף דיש עדי מסירה וחזינן דקיבל עליו הנותן עדי חתימה גוים ל"מ בלא קנין והשטר חספא בעלמא והוי מזויף מתוכו בפסולים אף דהדבר אמת וע"י השטר א"א להיות הקנין דהא פסול וכן בגט ודעת הי"א דגם בשטר מכר והלואה צריך שמות מובהקים י"ל משום דבלא"ה אימר לא הכיר בהם המתחייב דתמה גוים וכסבור דישראלים הם ועיין בא"ע סימן ק"ל סי"ט מבואר דבאינם מובהקים י"ל מחתימי העדים טעו בם שהם יהודים וכ"ד כמה ראשונים דאם אינם שמות מובהקים אפשר שיטעם הבעל דין שאינם גוים וכמ"ש ברא"ש שם בשם רשב"ם ור"ח וכן נראה דעת רש"י וכמ"ש במהר"ם שיף וא"כ לא קבל

עליו מדעתו פסולים או לפי הטעם שכתב בסמ"ע דבשמות שאינם מובהקים יש לחוש שיסמכו עליהם בשטר אחר בלא ע"מ ובש"מ לא אתי למטעי

ובזה מתורץ קושית הרשב"א ע"ק דגיטין דף ג' ע"ב על הפוסקים בשאר שטרות דלא כר"א דעדי מסירה כרתי דמם פריך בדף י"א א"ה ממשעבדי נמי דהא לא קי"ל כר"א ולפמ"ש לק"מ דלאו משום עדי מסירה אתינן עלה דשפיר יש עדי חתימה כשרים.

והלוה בעצמו חתם נ"ל לפמ"ש לקמן בסימן ס"ט דעל חת"י נאמן לומר פרעתי ה"נ מהימן לומר שמלוה או סופר הטעהו ואמר לו שכתוב רק מנה ובטעות חתם על מאתיים דנהי דהימני' הא במגו דפרעתי נאמן לטעון אמנה או שאר אמתלא כמבואר לקמן סימן ס"ט ס"ב ובטו"ז שם ה"נ ודאי חיוב בטעות לא עדיף ממחילה בטעות ה"נ סבר דאמת אומר לו ורשב"א דסתם לה משום דס"ל דא"נ לטעון פרעתי על חת"י וגם י"ל דכיון די"ל פרעתי סמך עצמו אם מטעהו המלוה יטעון פרעתי ולא גמר להתחייב וכה"ג כתבו תוס' ורשב"ם בב"ב דף עיי"ן גבי שטר פקדון ועיין בע"ה שנ"א ח"ו ס"ט ולקמן סימן של"ב ס"ד בהג"ה.

סימן סט

סעי' א' בהג"ה תעיד עלי כמאה עדים, בשו"ת מהר"ם מינץ סע"ט כתב הטעם די"ל הלוה דכונתו עדים פסולים ואפילו כתב כעדים כשרים י"ל כעדים שראו הלואה או כאלו הודה בפני עדים ואין הפירוש כעדים החתומים או ראו מסירת השטר דיד בעהש"ט עה"ת עיי"ש ולפ"ז אם כתב תעיד עלי כעדים כשרים החתומים עהש"ט אינו נאמן לומר פרעתי דחשוב כשטר אמנם בפסקי מהרי"א סימן ר"א כתב הטעם משום דלית לו קול לא חשש הלוה לתבעו ולפ"ז אפילו כתב חת"י תעיד עלי כעדים כשרים החתומים על שטר נאמן לומר פרעתי דמ"מ ל"ל קול ועש"ך לקמן סקי"ד.

סעי' ב' נתקיימה חתימתו בטור הביא דעת רש"ג דל"מ לקיים חת"י דלוה משני שטרות וכתב הטו"ז משום דאמרינן בגמרא דגם בזה יש חשש דחזי ומזייף רק בעדים לא חששו דמצי לכוין כ"כ משום דמה"ת א"צ קיום כלל וביו"ד סימן רכ"ח סל"ח משמע אפילו במידי דאורייתא מהני מה שמכיר החתימה ובתומים תירץ דשם אינו מכחיש אבל בטוען מזויף ל"מ הכרת החתימה רק בעדים החתומים ולכאורה תמוה דהא רש"ג לא אמר רק קיום ע"י דמוי חתימה לחתימת ל"מ בחת"י אבל טב"ע מהני וכ"כ הב"ח וא"כ אין ראי' כלל מהך דיו"ד דשם מכיר החתימה והיינו בטב"ע ומצאתי בקצו"ח סימן מ"ו כ"כ ונלע"ד כיון דהך די"ד היא תשובת רמב"ן והיא תשובת רשב"א כמבואר בב"י בי"ד שם ובחידושי רשב"א כתובות דף כף מבואר דס"ל דהכרת טב"ע לא עדיף מדמוי חתימה

לחתימה והיכא דחיישינן דזייף גם בטב"ע יש לחוש וכ"ד בעל עיטור הובא בש"ך לעיל סימן מ"ו ס"ק כ"ד ושפיר כתב הטו"ז כיון דרשב"א ס"ל דהכרת חת"י מהני בדאורייתא ל"ש טב"ע מדמוי.

הג"ה דאי"ל פרעתי בטראטין ודאי הוי כח"כ שכתב בתומים דאי"ל פרעתי ומ"מ לא עדיף משטר בעדים די"ל אשתבע לי דלא פרעתיך אף דד"מ דאי"ל אשתבע לי לא אמרינן כיון דחתם קיבל עליו דינא דמלכותא מדהוצרך בשו"ת רמב"ן סכ"ב ותומים כאן לומר בח"כ דאי"ל פרעתי כיון דבדד"מ אי"ל פרעתי אינו מניח שטר פרוע כזה וחזקה שטרך בידי מה בעי ולא אמרו כיון דחתם קיבל עליו להתחייב בדד"מ וכ"כ ח"ס סימן קכ"ח דנגד יורשים צריך שבועה בח"כ דלא עדיף משטר בעדים ול"ל דנידון דרמב"ן שאני שהי' עד בע"ח מאוחר דגם נאמנות מפורש ל"מ דז"א רק להחמיר להשביעו כמ"ש בשו"ת הרא"ש הובא בש"ך סימן ע"א סי"ט ונידון דרמב"ן מיירי שכבר גבה המלוה הגוי ומכר לאחר בית שגבה וממ"ש בסימן פ"ב ס"ב.

סעי' ג' כת"י שהחתים בד"ג כלל ק"ב ס"א ז"ל שטר שחתם עליו הלוה בח"י והחתים עליו עדים בסתם ולא נכתב שמעידים על גוף הענין רק ראובן ביי עד עיין במהרשד"ם חו"מ ס"ל באמצע שכתב דמשוו דהוה שטר בעדים וא"נ לומר פרעתי עכ"ד וצ"ע מפסק ש"ע בסימן ס"ט ס"ג עיי"ש בסמ"ע וש"ך ובש"ך סימן מ"ם סק"ח שמבואר דא"ל חתמו לקיום הענין ל"ח שטר כלל וי"ל עפ"י דברי הה"מ בפי"א מהלכות מלוה ה"ב עכ"ל ד"ג ועייתי בהס"ט ולא מצאתי שום דבר ולכאורה הא במהרשד"ם מבואר דאחר הח"י כתוב והכל אמת פב"ב עד וכו' א"כ חתמו על גוף הענין שהכל אמת אמנם במהרשד"ם פלפל שם מה דלא הוחזר מענינו של שטר בשיטה אחרונה וכתב דהכל אמת הוי כהכל שריר וקיים עיי"ש א"כ משיטה אחרונה גופה ליכא למילף כלל כמבואר לעיל סימן מ"ד נמצא הוי כלא נכתב והכל אמת דשמא זייף שיטה אחרונה ועדים חתמו רק אחת"י אלא דקשה הא כשכל השטר כת"י הלוה למדין משיטה אחרונה כמבואר לעיל סימן מ"ד ס"ב ובנידון דמהרשד"ם הי' הכל כת"י החייב ול"ל דס"ל כמ"ש התומים שם דזה ל"מ רק לגבות מבנ"ח ולא מלקוחות דחיישינן לקנוניא וא"כ ס"ל למהרשד"ם כיון דל"ח שטר למשעבדי נאמן לומר פרעתי דלא חשש להניחו אצל המלוה וכמ"ש המלחמות ס"פ ג"פ הובא בש"ך כאן סקי"ד ועדיין י"ל דהא משמע לדעת המכשירים אם נכתב שריר וקיים דלמדים משיטה אחרונה משום דאז לא חיישינן דזייף כלל ועיין בתומים סימן מ"ד סק"ח א"כ מן והכל אמת גופא למדין וכיון שחתמו העדים אח"ז ממילא העידו דהכל אמת ועכצ"ל כן דאם ניחוש דזייף הך והכל אמת א"כ הוא כלא נכתב כלל ואיך

הכשירו השטר עי"כ וכמו שהקשו הרמב"ן וסייעתי' על הרשב"ם עיין בש"ך לעיל סימן מ"ד ס"ק י"ב.

אמנם בלא"ה נראה ברור דאם חתמו העדים סתם אחר חת"י הלוה הוי כחתמו להעיד על גוף הענין אף שלא נכתב לפני חתימתם בפנינו נעשה כל הנ"ל והפוסקים לא אמרו רק אם בפירוש כתבו בפנינו חתם פלוני דאזי מוכח דמעידים רק על חת"י וכן מוכח בב"י בסימן זה מחודש ב' דכתב דמוכח מהפוסקים שכתבו דכת"י שאין עליו עדים הוה כמע"פ דאם יש עליו עדים דינו כשטר גמור אעפ"י שאין כתוב בלשון שטר אלא מודה אני הח"מ עיי"ש ממילא משמע דבעדים לבד שלא פרשו שמעידים לקיים הענין ג"כ הוי שטר בעדים ועוד הא מבואר בא"ע סימן ק"ל ס"ג דאם כתב בסוף הגט קודם חתימת העדים דבר שאינו מענין הגט כגון שאלו בשלומה פסול שמא לא חתמו אלא על שאילת שלום אבל אם כתב ושאלו בשלומה כשר שהוא מדובק עם של מעלה ועל הכל חתמו עיי"ש בב"ש א"כ כשכתב מודה אני הח"מ וכו' וחתם למטה הכל ענין אחד מדובק ודאי על הכל חתמו ועיין בש"ך לעיל סימן מ"ט ס"ק ט"ו דהעלה דעדים אכולה מלתא מסהדי בין כתוב כל השטר בלשון סהדי בין כתב אני פלוני כהן לויתי ועיין נתיבות סימן מ"ה סכ"א סק"ז שהביא מתוס' שילהי ב"ב דדוקא אשאילת שלום אמרינן דאשאילת שלום בלבד חתמו משום דסותר להגט משא"כ כשאינו סותר אמרינן אכולה מלתא מסהדי ושאני טיוטא שהרחיקו העדים מגוף השטר שלא כדרך העדים דדרך העדים לחתום בסמוך אמרינן סהדי אטיוטא חתמו עיי"ש וא"כ בחת"י דלא שינו הדרך אמרינן אכולה מלתא מסהדי.

סימן ע

סעי' א אסור להלוות בלא עדים צ"ע לפ"ז איך מחייב את הנתבע היסת כשטוען להד"ם הא אאמע"ר ומבואר בריו"ו נתיב שמיני סוף ח"ו דהטוען לחבירו נטלת ממני רבית ומשכון הי' לי אצלך והוצרכתי לתת לך רבית והלה כופר פטור משבועה דאאמע"ר לומר נתתי לך רבית דהי' לו להפסיד משכונו קודם שהי' נותן לו רבית כ"כ ר"מ בתשובה עכ"ל ובתשובות מיימני לספר משפטים בתחלתו ג"כ דאין הלוה יכול לחייב את המלוה בשבועה דאאמע"ר לומר לויתי ממך ברבית קצוצה איברא דביו"ד סימן קע"ז סי"א דעת המחבר אינו כן וכ"פ הש"ך בסימן קס"ט ס"ק ע"ו ולדעת הר"ם צ"ל דשאני איסור ר"ק דידוע לכל וחמיר איסורי' אמנם בח"ר פ"ב דכתובות דף י"ט כתב דאאמע"ר לומר שעבר

אמידי דאין בו רק ממדת חסידות ובריב"ש סימן שצ"ו כתב שאין להאמינו במגו היכי דמשוי נפשי' רשע אפילו במידי דלא משמע להו לאינשי דלהוי רשע בהכי עיי"ש.
ותמהני שלא ראיתי אנשי מעשה נזהרין בזה ולולא לשון הפוסקים י"ל דז"ל הגמרא כל מי שיש לו מעות ומלוה אותם שלא בעדים עובר ויל"ד דהל"ל המלוה בלא עדים למס אמר מי שיש לו מעות דודאי אינו מלוה רק מי שיש לו אלא דחזקה א"א מעיז פניו בפני ב"ח ולא שכיח כל כך שיכפור ולכן כופר הכל פטור מן התורה משבועה רק מי שיש לו מעות מיוחדין להלותן ורגיל בכך בין הרבה פעמים יזדמן לוה שיכפור אבל מי שאין לו מעות מיוחד לכך רק מלוה באקראי לא חשו לכן דייק מי שיש לו מעות ומלוה אותן אמנם הטור וש"ע שינו הלשון ונראה דמעות שאינו שלו א"צ עדים וסגי בע"א כי הוא גופא ע"א קודם שניתקן שביעת היסת לכן דוקא מי שיש לו מעות ומלוה שלא בעדים אף דמלוה בע"א עובר בלפ"ע אבל השתא דתיקן היסת והשליח נוגע כמבואר בפ"ב דקדושין דמ"ג ל"ש לכן לא כתבו הטוש"ע האי לישנא אבל רי"ף ורמב"ם דכתבו דאסור להלות מעותיו בלא עדים נראה משום דמעות אחרים אפילו בעדים לא ילוה משום די"ל פרעתי ולהבריח נכסיו וכ"כ מהרשד"ם סכ"ג דנהי כשמלוה בעדים אינו עובר בלפני עור מ"מ פשיעה הוי כשמלוה מעות שאינו שלו בלא שטר בעדים עיי"ש.
ואפילו לת"ח הקשו המפרשים דבגמרא א"ל רבינא לר"א כ"ש מר דטריד בגרסי' ונראה דאף דמחמת טרדי' ישכח מ"מ יהא מסופק וכמ"ש תוס' בפרק כל הנשבעין דף מ"ה ע"ב בסד"ה מתוך ות"ח אינו חשוד לשקר ולטעון ברי כשא"י וחייב לצי"ש ודאי יצא יד"ש רק התם רבינא נמי ת"ח וטריד ואם התובע אומר ג"כ א"י אם הלותיך פטור אף מלצי"ש וכדלקמן סימן ע"ה לכן טוש"ע דמיירי בסתם בני אדם דרובם אינם ת"ח כתבו שפיר אפילו מלוים לת"ח אלא דק"ל לפי דברי תוס' דע"י טרדי' לא ידומה לו בבירר להיפך א"כ כשיטעון רב אשי בספק למה יקללו לרבינא כמו שאמר רבינא ואגרום קללה לעצמי הלא יראו דר"א גופא מסופק ובתומים כתב דגם כה"ג שייך קללה ודוחק לכן י"ל דכשיראה שזה תבעו וחזקה אא"ת אא"כ י"ל עליו יחוש לעצמו שמא מחמת טרדתו שכח אלא כשהתובע ג"כ ת"ח מה חזית אפשר הלוה לאחר וכדומה ומחמת טרדתו בגרסא טועה ועדיין קשה דא"כ מנ"ל לרמב"ם וטוש"ע דאפילו לת"ח וכן קשה לתירץ הטו"ז ותומים.

סימן עא

סעי' א' התנה המלוה וכו' בשבועות דף מ"ב ע"א ההוא דא"ל לחברי' מהימנת לי כל אימת דאמרת לא פרענא אזל פרעי' באפי סהדי אביי ורבא דאמרו תרווייהו הא הימני'

מתקיף לה ר"פ נהי דהימני' טפי מנפשי' מסהדי מי הימני' פרש"י ההוא לוה דאמר למלוה בפני עדים בשעת הלואה נאמן אתה עלי וכו' מבואר דשלא בש"ה צריך קנין וש"ך בסק"ז ר"ל דל"ד נקט ואין דרכו של רש"י שלא לדקדק ולומר דבר שא"צ ובתומים הקשה דבטור לעיל סימן כ"ב כתב בשם הרמ"ה דכיון דקיבל עליו הבע"ד כתרי הוי תר"ל וצריך לקבל בשעת הלואה או בקנין וא"כ רש"י דס"ל בפז"ב דכ"ד דגם בתר"ל ל"צ קנין למה פירש כאן בשעת הלואה ונלע"ד דהל"ל אומדנא דנגד סהדי לא הימני' כאתקפתא דר"פ ומ"ט דאביי ורבא וצ"ל דס"ל דה"ל לפרש וכ"ז שלא פירש כיון דבלשון מהימנת עלי י"ל דנכלל גם נגד סהדי לא אזלו בתר אומדנא ובב"ק פרק הגוזל עצים דף ק"ט ע"ב איתא נתן הכסף לאנשי משמר ומת היורשים א"י להוציא מידם אמר אביי ש"מ כסף מכפר מחצה דא"ל מכפר ה"א תהדר ליורשיו דאדעתא דהכי לא נתן אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתה דהכי לא קדשה נפשה ובתוס' שם וא"ת אדם שקנה מחבירו שום דבר ונתקלקל בטל המקח דעד"ז לא קנה וי"ל דהתם לא בלוקח לחודא תליא מלתא אלא כמו כן בדעת מוכר ומוכר אקני' לו אדעתא דהכי אבל בקידושין בדידה תליא והוא אינו חושש האיך דעתה להתקדש וכן גבי מקדיש בדידי' קאי וכן נותן הגזל עכ"ל וה"נ תינח בשעת הלואה דאדעתא דתנאה מלוהו שפיר י"ל דלא אזלינן בתר אומדנא דדעת לוה לבד דתליא ג"כ בדעת מלוה אבל שלא בש"ה תליא רק בדעת לוה דאי בעי לא נתחייב בתנאי זה והלואה כבר הי' גם לאביי ורבא הוה אמרינן דאדעתא דהכי שיכחיש סהדי לא הימני' ומל"מ פ"ו מזכי' פירש דברי תוס' בכתובות מ"ז ע"ב ד"ה שלא דהיכא דתליא בדעת שניהם ל"מ אומדן של אחד דאמרינן חברו לא נתרצה אדעתא דהכי וכ"ז דוקא אם יש לו פסידא אבל אם גם אחר האומדנא הוי כמעיקרא דזוזי יהיב וזוזי שקיל וכדומה בזה שפיר אזלינן בתר דעת אחד לבד עיי"ש וזה סברת ר"פ כיון דיש עדים שפרעו זוזי יהיב וזוזי שקיל אזלינן בתר דעת לוה לבד ולפ"ז אם פירש כבי תרי י"ל דעת רש"י גם לאחר הלואה ל"צ קנין.

בלא שבועה ואם יש ע"א מכחישו אפלגו הפוסקים עש"ך ולפמ"ש לעיל לא פליג ר"פ רק בשני עדים מעידים על הפרעון דודאי נפרע ולית פסידא למלוה אזלינן בתר אומד דעת לוה אבל נגד אחד דאפשר משקר ויש קפידא למלוה דיכריחנו לשבועה דאורייתא וטוב לו שלא ילוהו על אופן זה לא אזלינן בתר אומד דעת לוה וכיון דחזינן דאביי ורבא ס"ל גם נגד שני עדים מהימן למה נשוי פלוגתא רחוקה וכ"ז בש"ה אבל של"ב הלואה יש לילך בתר אומד דעת לוה וי"ל דגם נגד ע"א לא הימני' ואפילו הביא מאה עדים שפרעו עש"ך סק"ג ותומים סק"ב הקשה עליו מדברי רה"ג עיי"ש לא הבנתי דכל הטורח זה

לשיטת החולקים על ר"ה בהא דלקמן ס"ה וס"ל הסברא דאפוכי מטרתא ומש"ה ס"ל דגם בתר פרעון אין מועיל עדותם כמבואר בר"ן בפרק שה"ד וש"ך לקמן ס"ק י"ג לדדהו מחלק הש"ך בין סטראי ללהד"ם אבל לרה"ג לעולם לפני פרעון בתרא ל"מ עדותם וצריך לפרוע ואח"כ מביא עדים ומוציא ממנו ועמ"ש לקמן ס"ה.

סעי' ב' דוקא בשעת הלואה עש"ך דדוקא בהאמינו כבי תרי ובתומים הקשה הא לעיל סימן כ"ב פסק המחבר בנאמן עלי אבא גם בתר"ל א"י לחזור אחר גמ"ד וכן הקשה על רש"י כנ"ל ונראה לפמ"ש בנ"י פז"ב לחלק נאמן עלי אבא דא"צ קנין מפשרה דצריך קנין דתרוייהו אינו מהדין וכתב משום דנאמן עלי אבא רק לדין מאמינו משא"כ פשרה תליא רק בדעת הבוצע עיי"ש ועיין ב"י לעיל סימן כ"ב בקבלו בין לדין בין לטעות הוי כפשרה וצריך קנין ובנאמן עלי אבא ונודע שטעה מבואר לעיל סימן כ"ב דחוזר ועיין נתיבות סימן כ"ה סקי"א וא"כ הכא דמהימן נגד סהדי שיעידו שפרעו הרי תובעו שלא כדין אלא משום דלהכי קבלו וגרע מפשרה ע"כ צריך קנין או שעת הלואה דהוי כקנין ע"י משיכת המעות ומיושב גם דעת רש"י דצ"ל בשעת הלואה דלאביי ורבא דמהימן גם נגד סהדי הוי כקבלו אף לטעות אמנם דעת רש"י י"ל עוד דלשיטתו אזיל דס"ל בפז"ב דף כ"ד ע"ב דדבר שהוא בידו וגזים שייך בו אסמכתא ודבר שאין בידו רק תולה בד"א אף דגזים לית בו משום אסמכתא דעל מה סמך עיי"ש בתוס' ובחידושי ר"ן פז"ב בשם רבינו אפרים כתב הא דבתר"ל צריך קנין משום דגזים וא"כ לרש"י ה"ט דס"ל דל"צ קנין כיון דתולה בדעת אחר ואין בידו כלל לית בו משום אסמכתא אף שהוא גוזמא אבל הכא בידו לפורעו בב"ד או ליקח שובר בכת"י מלוה וכי אתני מעיקרא שא"ל יפרע לו בזה האופן ליהמן המלוה יש בו משום אסמכתא דסמכא דעתו שלא יבא לכך דיוכל לפרעו בב"ד או לא יפרע עד יתן לו שובר בכת"י המלוה וע"כ שייך בו אסמכתא.

הלואה צ"ע ברו"ש שנשתתפו ששמעון לבד יתעסק ויהא ת"י כל העסק והמעות של שמעון ותאמין ראובן לשמעון כבי תרי על ריוח והיזק אם צריך קנין כיון דלא האמין שמעון לראובן כלום ול"ל בהנאה דהימני' גמר ומשעבד נפשי' ולא משך ראובן כלום לומר במשיכת המעות משתעבד נהי דהשותפות מתקיים ע"י התעסקות לשם שותפות מ"מ לענין נאמנות כתרי אפשר דוקא קנין או שעת הלואה ומטעם שכתב המרדכי והובא בש"ך כאן דהוי כערב וכ"כ בהגר"א כמו בערב סוף ב"ב וכמו בב"מ דף ל"ד ושם הטעם בהנאה דמהימן לו ונפק עליו קלא דאינש מהימני' והכא לא האמינו דהא נשאר ביד שמעון כל מעותיו ואי דהימן שמעון לראובן שיחזיר לו חצי היזק אם יהי' י"ל משום זה ל"ח הימני' דהפסד לא שכיח כדלקמן סימן ק"ח ס"ד וגם בנאמנות סתם לפ"ד הטו"ז

דשלא בשעת הלואה צריך קנין ה"נ חשוב כשלא בשעת הלואה כיון דלא נתן לידו כלום ואף די"ל דשליחות א"צ קנין וה"נ דהוי כשלחו לעשות מסחר ואם יפסיד יחזיר לו מ"מ הנאמנות אינו ענין לשליחות דאם ישבע שהי' היזק דינא שישלם לו אבל בלא שבועה דאפשר שמשקר רק דמ"מ נתחייב ראובן וקבל עליו איך יתחייב בלא קנין ובלאו הנאה דמהימן לו.

סעי' ג' הודה בשו"ת ר"י אבן מיגאש סימן קע"ב כתב ז"ל הורה רבינו במי שהאמין את חבירו כשני עדים לענין פריעת הממון שאם פרעו לפני עדים והעידו עליו שנפרע אין עדותן מועלת כלום ויהי' דינו כדין כתי עדים המכחישות זו את זו ואיקו ממונא בחזקת מרי' ואם יש ביד התובע שטר ישאר בחזקתו ואין לו תקנה לענין פרעון הממון אא"כ יקרע את השטר ואם אין השטר מצוי יעיד על עצמו זה הנאמן כשני עדים ויאמר להם היו עלי עדים שקבלתי ממוני ויצא לו זה מהכחשה בגוף העדים וכשהעידו בגופו שנים שאמר להם היו עדים עלי היתה עדותן קיימת עכ"ל מ"ש ואוקי ממונא בחזקת מרי' קשה דא"כ יפטור הלוה וצ"ל דמוקי בתפס מלוה וכמ"ש בעה"ת הובא בש"ך סק"ב ואין מובן לפ"ז מ"ש אין עדותן מועלת כלום ואולי ט"ס וצ"ל כלומר ומ"ש שטר ישאר על חזקתו מבואר דלא כמ"ש הש"ך בסק"ב דבתרי ותרי לא מפקינן ממונא מהלוה.

ומ"ש שיאמר היו עלי עדים יל"ד הא בהודאה לפטור לא צ"ל אתם עדי כמבואר סימן פ"א סכ"ט ונ"ל כונתו כיון דאמר היו עלי עדים קבלם על עצמו לעדים שיאמנו יותר ממנו ופסל את עצמו נגדם אף דלוה האמינו כתרי וא"כ הוי כמעידים שנים על שנים אחרים דפסולים לעדות דנאמנים לפסלם כיון דמעידים על גופם ל"ח כתרי ותרי ובבעה"ת שער כ"ו ח"ד הביא לשון תשובת רי"ף דדוקא כי מסהדי דפרעיה הוא דל"מ דה"ל ההכחשה דתרוייהו בחדא מלתא מסהדי והא אכחיש להו מלוה דמהימן טפי מינייהו אבל הודאה מלתא אחריתי הוא ועליה דידיה קא מסהדי וה"ל כהזמה ומכי אמר דאודי גבייהו לא מצי למימר לא אמרי לכו מידי ע"כ ולפ"ז אצ"ל היו עלי עדים דמ"מ כהזמה דעמנו הייתם הוא אבל הר"י מיגאש נראה דס"ל כיון דהזמה דעמנו הייתם גופא חידוש הוא הבו דלא לוסיף משא"כ במעידין על גופן של עדות לפסלם לאו חידוש הוא כמ"ש בנתיבות לעיל סימן ל"ח סק"ב ובש"ך שם סוף הסימן דהזמה דעמנו הייתם ל"ח הזמה על גופן של עדות רק חידוש חדשה תורה שיחשב כמעידין על גופן וזהו שדיין הר"י מיגא"ש ז"ל וכשהעידו בגופו שנים שאמר להם היו עדים עלי ולא כתב שהעידו בגופו שהודת שקבל ממונו ע"כ ד ל"ח מעידין על גופו רק מחמת שאמר היו עלי עדים דהא דפסלינהו בגזלנותא לאו חידוש דמהימנו בתראי כיון דהעדות על הנוגע על עצמן של עדים הוי בעלי דינין

ולא עדים וא"כ הא גם בהכחשת פרעון כשמעידין שהמלוה נפרע דהוי בע"ד וחשוב כמעידין על גופו ומ"מ כיון דלוה הימניה כתרי עדים ל"ח כבע"ד א"כ כשמעידין בענינו הודה ג"כ דהא הלוה קיבל על עצמו שיחשב המלוה כתרי עדים מעידים על אחר ולא על עצמו אבל כשמעידין שאמר היו עלי עדים תרי פסל המלוה את עצמו נגדם שיהיו נאמנים כעדים על בעל דין א"כ עתה מעידין על גופו שנפסל מלהיות לו דין עדים ואפשר דפוסקים החולקים בהודאה גרידא יודו כה"ג וגם ראיית הרז"ה אינה רק על הודאה גרידא ונלע"ד דגם דעת רמב"ם כן ולפיכך כתב יעיד זה המלוה על עצמו וכו' ונתקשה הש"ך בלשון זה ופירש שיעיד בפני ב"ד וחוץ מה שסתרו התומים קשה דמה ענין יעיד על עצמו הל"ל יודה לפני ב"ד וגם הל"ל יפרע בפני ב"ד אבל ברור שנמשך אחר רבו הר"י מיגאש והכונה שיאמר היו עלי עדים דאזי בטל נאמנותו שנתן לו הלוה כעדים ופסל שאר עדים אלא עתה מקבלם עליו לעדים ועושה עצמו בע"ד והם מעידים אח"כ על גופו שנפסל מנאמנתו ובב"י לעיל סימן עי"ן ס"ז כתב בשם הר"ן שי"א לדעת הרי"ף היה אם בא והעידו שהודה בפניהן אינם נאמנים וי"א דבהא מודה הרי"ף דנאמנים וגד"ת בשער מ"ב הקשה הרי מבואר בתשובת הרי"ף שהביא בע"ת שם דעל הודאה נאמנים והנה הר"י מיגאש תלמיד הרי"ף וכתב הורה רבינו כנ"ל דהיינו שאמר היו עלי עדים בזה ס"ל לרי"ף דנאמנים אבל בסתם הודאה שנפרע ס"ל דאין נאמנים ושני היש אומרים צדקו ואף שלא ירדו הפוסקים לחילוק זה אפשר מחמת שלא ראו לשון הר"י מיגאש.

סעי' ה' הג"ה פרעו תחלה בעדים לשון הטור ס"ו ואם פרעו בפני עדים וצריך לפרעו שנית כתב ר"ה שמביא העדים שפרעו בפניהם ומוציא ממנו והר"י מיגאש כתב אפילו יש עדים על הפרעון ראשון אין עדותן מועיל לגבי הלואה זו לעולם שכיון שבתורת פרעון נתנם לו וכבר פסלן לזה אין לו עליו רק היסח כמו מנת לי בידך עכ"ל והר"ן כתב ז"ל וי"א אעפ"י שהעדים אינם נאמנים וכופין הלוה לפרעו מ"מ אחר שפרעו חוזר וגובה ממנו עפ"י אותן עדים דהא לא נפסלו אלא לעדות של אותו פרעון ואין דברים הללו מחוורין דא"כ הפוכי מטרתא למה עכ"ל ולע"ד כיון דצריך לחזור ולהביאם כמ"ש ר"ה שמביא העדים וא"כ יכולין לחזור ול"ח כיון שהגיד גם נ"מ אם נפסלו בין כך או מת המלוה והיתומים קטנים דלהוציא אין מקבלין עדים עליהם שו"ר בתומים כתב ג"כ דצריך לחזור ולהביאם ונ"מ טובא רק כונת הרן דאין כונת המלוה על זה דלא שכיח.

אמנם לולא דברי הר"ן נ"ל כונת ר"ה שיביא העדים רק אחר הפרעון וכן משמע מדלא אמר שחוזר ומביא העדים וה"ט דלעיל סימן ל"ג הובא בהג"ה בשם בה"ע דמם דאם העיד העד כשהי' קרוב ונודע מקרבתו ונפסק הדין אזי גם אחר שנתרחק. אינו חוזר

ומעיד והביא ש"ך שם הטעם דעביד לאחזוקי דיבורי' ה"נ כיון דהעידו לפני פרעון השני ולא נתקבלו ואפסק הדין מחמת שפסלם הלוה תו ל"מ עדותם אח"כ דעבידי לאחזוקי דיבורם כיון דלפי הנאמנות היו פסולים ואינם נאמנים כשהעידו ראשונה נהי דנכשרו עתה לא עדיפי מקרוב ונתרחק ול"ל דקרובים שאני דחשידו להעיד שקר דהא מבואר בפרק מי שמת דף קנ"ט ולעיל סימן מ"ו סל"ה דלא חשידי רק גזרת מלך הוא והר"ן לפי הלשון שהביא שפיר הקשה אבל לפי הלשין שבטור א"ש.

ולפ"ז נסתר מ"ש הש"ך לעיל בסימן עי"ן ובסימן זה לענין נאמנות כבי תרי וכן בא"ל אל תפרעני אלא בפני פו"פ ועדים אחרים מעידים שפרעו דאם טוען המלוה להד"ם כיון דאחר הפרעון יכול להוציא ממנו עפ"י אותם עדים דנהי דלא נאמין להו על מה שאמרו שפרעו חוב זה דלזה פסלן הלוה מ"ט פ"ד והוי כאמרו מנה לו מעות ואוקמוה במלוה עליו והפוכי מטרתא למה ובזה כ"ע מודה דמהני עדותם רק מיירי שטוען המלוה סטראי ומכחיש לעדים אשר אומרים שפרעו על חוב זה דלענין זה פסלם הלוה והוכיח כן מלשון השגות ראב"ד מט"ו ממלוה וצווח התומים דסתימת הראשונים לא משמע לחלק בהכי ולפמ"ש דלא שייך אפוכי מטרתא אם העידו קודם שפרע שנית דתו אין תועלת בעדותם ימה עשו שסתמו דנם בטענת להד"ם כיון דלפני הפרעון אין מועיל עדותה תו אינו מועיל דעביד לאחזוקי דיבורי' ותמהני על השיך דבסימן ל"ג העלה דעיקר הטעם של בה"ע משום דעביד לאחזוקי דיבורי' וכאן לא שת לבו לזה ואפשר לפמ"ש בסימן כ"ח דדוקא בעד אחד דתורה לא האמינו להוציא ממון הרי חשוד לשקר רק מחייב שבועה לברר שמשקר בכה"ג י"ל עביד לאחזוקי דיבורי' ונוגע בעדותו ולא חשוב עד כלל אבל שני עדים קרובים נמי לא חשידי רק גזרת המלך לכן כשנתרחקו ל"ל דנוגעים לאחזוקי שקרייהו ולפ"ז ל"ק מה שהקשה בתומים סק"ב על הש"ך דא"כ בעד אחד מעיד דפרעו ומלוה מכחישו ואינו טוען סטראי להש"ך לאחר הפרעון יכול לתובעו בפ"א וצריך לישבע וא"כ מה קושיות ראב"ד ורמב"ן בהא דאמרינן גדר ושבועה אין לי עליך פטורה משבועה ופריך הגמרא שבועה מה עבידתי' ולא משני משבועת ע"א והוכיחו מזה דאין נאמנות מועיל נגד ע"א וקשה מאי ראי' דלמא בטוען סטראי מועיל אבל באומר להד"ם מה יועיל הא יצטרך לישבע אח"כ ואפוכי מטרתא למה וא"כ איך אפשר לפרש המשנה דקתני בסתם פטורה משבועה דמיירי בשבועת ע"א הא במכחשת לגמרי לע"א צריכה שבועה ולפמ"ש בעד אחד מודה הש"ך.

ועיין כתובות דף פ"ח דקאמר אי פקח הוא מייתי לה לשבועה דאורייתא דפרע לה באפי סהדא קמא ובתרא ומודיע להו ותמה פנ"י שם א"כ אפוכי מטרתא למה דכיון שפסקו

לה ב"ד שתשבע ותטול ע"י שד"ר יסלק לה הכתובה ויחזיר ויתבענה עפ"י העד ותשבע שבועה דאורייתא וק"ו לרש"י דשבועה דרבנן בשלא שם ונק"ח תחויב אח"כ בשם ונק"ח וא"כ יותר הי' להם לתקן לטובתה שתשבע מיד שבועה בשם וחפצא דאטו בשופטני עסקינן שלא יתבענה אח"כ עיי"ש ולפמ"ש א"ש דכשיעיד העד קודם שיפרע שנית תו א"א להשביעה שבועה דאורייתא עפ"י אותו עד אחר הפרעון דצריך להעיד עוד הפעם דלפני פרעון לא נתקבל עדותו לחייב שבועה דאורייתא וא"כ עביד לאחזוקי דיבורי' ועכצ"ל אי פקח שלא יביא העד תחלה ולא ישביעה ותו ליכא שתי שבועות ואפוכי מטרתא ועכצ"ל כן דלמה פקחת להשביעה פעמים ואף אם תמנע מלישבע שנית בשם ונק"ח מ"מ נשבעת תחלה שד"ר לשקר ושבועת ד' תהי' בין שניהם חלה על שניהם כדאיתא ר"פ שה"ד ועיין לקמן סימן ע"ב סט"ו בש"ך ס"ק ס"ג בד"ה ונמצא.

ומ"מ עיקר נראה דאין לחלק בין שני עדים לעי"א דהא כ"פ ס"ל גם בהעידו שלא בפני בע"ד אינם חוזרים עוד להעיד משום דעבידי לאחזוקי דיבורא וכמ"ש תומים סימן ל"ג בשם הרמ"ה ומהרש"ל ובריטב"א בשבועות דף מ"ב ז"ל היכא דאתי עלי' בעדות פרעון דההיא הלואה כי אמר מלוה דלא נפרע בעוד שהשטר בידו הוחזק בנאמן כשני עדים ואיפסלו אידך לעדות פרעון תו לא הדר מלוה לאיפסלי ולאיכסורי אינהו שכבר הוחזק עדותו בב"ד אבל אם לוה פקח הוא מוקים להנהו סהדי דליחזי אידך פרעון בתרא והדר מסהדי עלי' דמלוה שיש לזה מנה אצלו שלא כדין דהא ידעי אינהו דההוא מנה בתרא שלא כדין שקלי' וגזל הוא בידו והשתא ודאי מהימני דלאו בעדות פרעון דשטרא אתי עלי' דהא לא אתי למסהד אפרעון קמא אלא מסהדי אמנה בתרא שיודעים שהוא גזל אצלו וזה הדין שוה בין בהאמינו כתרי ובין בא"ל אל תפרענו אלא בפני פו"פ וכן הודה לי מורי הרא"ה ז"ל וכן עיקר עכ"ל.

אלא שבועת היסת בתומים כתב דלא משתבע בלשון דמכחיש לעדים כגון שיאמר שלא נפרע רק משתבע דלית לי' גבי' וכן כתב ר"י מיגאש בחידושי שבועות דף מ"א ע"ב משתבע לי' המלוה השתא לבתר דפרעי' דליכא גבי' מהנהו זוזי דקטעין דיהבי' ניהלי' מעיקרא מידי ומיפטר עכ"ל ולא לחנם האריך לבאר לשון השבועה אלא כונתו כמ"ש התומים.

סעי' י' שאין בש"ך סקכ"ז דאם המלוה אומר ישבע לי הלוה היסת שפרע צריך לישבע היסת ואם לא יחזירו השטר למלוה בלא שבועה וכו' ושער משפט תמה הא באינו רוצה לישבע היסת לא נחתינן לנכסי ואם נחזיר השטר למלוה ילך לב"ד אחר ויוציא הממון ולע"ד י"ל לפמ"ש תוס' בחולין דף צ"ו בד"ה פלניא האיך מחזירין שט"ח בסימנין והא

אי אתי סהדי ואמרי פלוני פלוני דהאי סימני' לוה מפלוני לא מפקינן ותרצו שטר שאין אדם מוחזק בו שיאמר שלי הוא מהדרינן שפיר אבל שביד הבעלים אין להוציא ע"י סימנין הרי אף דאח"כ יוציא המלוה ממון מהלוה בשטר זה מ"מ עתה אנו דנין על גוף השטר שאין הלוה מוחזק ומחזירין ועמ"ש לעיל סימן ס"ה ס"י.

ומה שהקשה השע"מ עמ"ש הש"ך ברישא דאם הלוה אומר למלוה אשתבע לי דל"פ דצריך לישבע וא"ל ישבע יחזירו השטר ללוה בלא שבועה דהיכי מיירי אי הלוה אומר למלוה שישבע בנק"ח אמאי כשאיר לישבע יחזירו השטר ללוה בלא שבועה דעכ"פ יתחייב הלוה היסת שכבר פרע דהא אף בשטר ביד המלוה י"ל א"א בתקחז"ל וישבע לי הלוה היסת ה"נ אף דאינו תובעו שישבע יצטרך לישבע כבל כופר הכל שב"ד משביעין אותו היסת יעיי"ש לא ידענא מי גילה לו רז זה דביש שטר ביד מלוה ולוה אומר אשתבע לי דל"פ ואינו רוצה לישבע דמשביעין ללוה היסת אף כשאין המלוה טוען שישבע היסת דהא כיון דחכז"ל הטילו שבועה בנק"ח על מלוה ישבע ויטול או יחזיר השטר ובסימן פ"ז סי"ב לא אמרו רק כשמלוה בעצמו אומר א"א בתק"ח ואני מבטל השטר ישבע לי הלוה היסת שומעין לו אבל לא שנטעון לו אנחנו נגד תק"ח ולא עדיף מכל היפוך שבועה דא"ל מהפך בעצמו אין טוענין לו רק אומרים זיל שלים ועוד אם הלוה תובע שטרו ומלוה אינו רוצה לישבע ורוצה שישאר השטר מונח ולא יתן לו הלוה המעות הרי עתה הלוה תובע וכל חיוב היסת משום חזקה דא"א תובע אא"כ יש לו עליו ואצל הנתבע ליכא חזקה דאינו מעיז דאשתמוטי כמבואר בשה"ד והכא אפכא המלוה אינו מבקש המעות עתה ואינו תובע רק הלוה ואם לאשתמוטי טוב לו השתיקה ולא יעיז בפני המלוה וכן מבואר בפרישה סימן פ"ז ס"כ דאין טוענין למלוה להשביע ללוה היסת זה.

גם מ"ש השע"מ דאם הלוה אומר למלוה אשתבע לי בנק"ח ח דל"פ ואשלם לך אם אינו רוצה לישבע אין מחזירין השטר ללוה דכי כופין לאדם טובתו לישבע וליטול הלא המלוה י"ל א"א בתקנה זו ואינו רוצה לישבע אף על האמת וגם השטר אינו מחזיר כיון שמונח ביד שליש הוא כמוחזק בו ומכח זה נדחק דכונת הרא"ש דלוה אומר אשתבע לי היסת עיי"ש אשהמיטתי' דברי הדרישה לקמן סימן פ"ב ס"ח עמ"ש הרמב"ם בפי"ד ממלוה טען שפרע השטר ואמר ישבע המלוה ויטול אומרים לו הבא מעותיו ואח"כ ישבע ויטול דמיירי שמלוה אינו תובע ללוה אלא לוה תובע המלוה ובא לב"ד ואומר פרעתיו ויחזיר לי שטרי או ישבע שלא פרעתיו ואשלם לו בכה"ג ב"ד טוענין למלוה שיביא הלוה המעות וכ"כ סמ"ע שם ס"ק י"ז ולא נזכר כלל דהיינו היסת דהא סתמא משמע דהיינו שבועה בנק"ח גם קאי על דברי המחבר שם ס"ג דקאי עמ"ש בס"ב דישבע

המלוה בנק"ח וגם לשע"מ נצמח היסת זה ליטול מכח דיכול המלוה לומר השבע היסת והפטר ועדיין לא השמיענו הרמב"ם זה עד הלכות טוען בשם רבותיו א"ו דלוה י"ל החזר לי שטרי כי זיילי נכסי או שאר טעמים ואין המלוה י"ל א"א בתק"ח כשיש הפסד לאחר וכמ"ש מהר"ם במרדכי שני דייני גזרות ואם לא ירצה לישבע בנק"ח צריך להחזיר השטר להלוה וראי' לזה מהיש"ש פ"ה דב"ק ס"ה דכתב מדברי הראב"ד דלעיל שמעינן היכא שפסקו ב"ד לתובע לישבע וליטול כדרך הנשבעין ונוטלין ובא הנתבע לפני ב"ד ואמר הרני מוכן לקבל שבועתו ולשלם לו והתובע אומר אינו רוצה עכשיו לישבע ודעתי להמתין אולי תודה מעצמך או אולי אברר בראי' שלא אצטרך לישבע הרשות בידו עד אימת שירצה עכ"ל ודברי ראב"ד הביא הרא"ש שם על הא דנזקקין לתובע תחלה דהוא כה"ג שהתובע אומר להמתין ולא יפסקו הדין עתה ואי זיילי נכסי דנתבע נזקקין לנתבע לפוטרו לגמרי עיי"ש וא"כ ממילא בשטר כשזיילי נכסי' דלוה גומרין הדין דמחויב לישבע וליטול בנק"ח כדרך הנשבעין ונוטלין אף דלטובתו תקנו שישבע ויטול ומוחזק בשבועתו דמה לי אם נותנין הב"ד פס"ד ללוה דפטור או מחזירין לו השטר דאם לא כופין להחזיר השטר מטעם דמוחזק מ"מ יכתבו לו הב"ד פס"ד ויתנו בידו דנתבע דהשטר בטל גם אין טעם לחלק בזה בין מוחזק ב"ש הכא דמונח השטר ביד אחר.

סעי' ט"ו הג"ה בשעת הלואה בקצו"ח כתב דדעת המחבר דבשטר מהני גם שלא בש"ה דיכול לחייב א"ע בשטר אף דס"ל לעיל סימן מ"ם גם אתם עידי מהני הכא דהוי על תנאי אם יאמר שלא פרע צריך שטר וכמ"ש הר"ן גבי מתנה ש"ח עי"ש ואינו לפמ"ש הש"ך לעיל סימן מ"ם דכל שהוא דרך תנאי גם שטר ל"מ רק קנין וגם לעיל סימן י"ב בפשרה כתב התומים דשטר ל"מ.

ומ"ש הקצו"ח דדעת רמ"א דהוי קנין דברים לכן גם שטר ל"מ שלא בש"ה קשה דא"כ מה מעליותא דשעת הלואה דאינו רק משום הנאה דמהימן לו או משיכת המעות הוי כקנין והא כתב מהרא"ש סימן ע"ג הובא בקצו"ח לעיל ס"ס ס"ו דכמו דקנין ל"מ היכא דהוי קנין דברים ה"נ הנאה דמהימן לו לא מהני.

סעי' י"ט לקוחות והיכא דהאמינו כבי תרי ויש עדים שפרע לו מבואר בטור לקמן ס"ס פ"ב דלראב"ד מהני הנאמנות ולרי"ף ל"מ לגבי לקוחות ובשע"ש הקשה דהא הרמב"ן ובע"ת ורא"ש כתבו דטעם דרי"ף דל"מ נאמנות נגד לקוחות אף דקדם הנאמנות למכירה משום דחיישינן לקנוניא שפרע והחזיר השטר למלוה אלמא אף דלפ"ז ל"ל חזקה שטרך בידי מה בעי מ"מ לא חיישינן להפסידו לגמרי רק להשביעו וא"כ ה"נ בהאמינו כבי תרי יטול עכ"פ בשבועה עיי"ש ולק"מ דאין מניחין אותו לישבע וליטול כנגד עדים וכמ"ש

הה"מ פ"ו מטוען עיי"ש מל"מ וכיון דא"י לישבע וליטול מפסיד כדלקמן סימן פ"ב סעיף חית עיי"ש בטו"ז וא"כ להרי"ף לשיטתו לק"מ ואפילו להחולקים שם בסימן פ"ב היינו דלא הקנו להפסידו לגמרי למלוה משא"כ הכא דיש עדים שנפרע ואינו אלא מניעת ריוח וכיון שאינו יכול לישבע לא ירויח וניחוש יותר לפסידא דלקוחות

וה"ה למלוה מוקדם בשו"ת מהר"ם מלובלין סל"ה פסק בלוה שנתחייב להרבה נושים ומלוה המוקדם אין לו שט"ח בעדים רק כת"י בנאמנות ומאוחרים טוענים שמא פרוע ואף דלוה מודה שמא עשו קנוניא ופסק דגובה בשבועה ושע"ת הקשה לפמ"ש מהר"ם מרוטנבורג הובא בסמ"ע וש"ך סימן ס"ט דכת"י בנאמנות אינו גובה מהיורשים כ"ז שלא פירש דיהא נאמן גם נגד היורשים ה"נ לא מועיל נגד בע"ח מאוחר דהוי כלוקח ועי"ש ולע"ד בשלמא עד יורשים י"ל לא האמינו רק נגדו בחייו דלא יעיז פניו כמבואר בסמ"ע כאן ס"ק ל"א אבל לענין ב"ח מאוחר בחיי לוה ובפניו למה נימא דלא האמינו הא ג"כ לא יעיז ואם שמא עשו קנוניא מ"מ מה אכפת ללוה בשעת הלואה להוציא ב"ח מאוחר מכלל הנאמנות כיון דאינו חושש שיעיז המלוה נגדו ולא יבא לפסידא וגם חשש קנוניא אינו רק לחייב שבועה לברר יותר אבל לא להחליט להפסיד ממון מחמת כן דאל"כ אין לדבר סוף דגם בשט"ח בעדים איך יגבה מלקוחות ניחוש שנפרע ואי חזקה שטרך בידי מה בעי ניחוש דבאמת החזירו ללוה רק אח"כ משום קנוניא החזירו הלוה למלוה וכמ"ש השע"מ גופא בס"ק שלפ"ז וגם הב"ח מאוחר י"ל קנוניא עשה ומבואר כן בש"ת מהרמ"ל שם.

ומ"ש השע"מ דגם בנאמנות מפורש נגד בע"ח מאוחרים י"ל דאינו מועיל לדידן דקי"ל דנאמנות מפורש אינו מועיל לגבי מאוחר לענין שבועה וא"כ ה"ה דאינו מועיל לענין ממון כדמוכח מטור ס"ס פ"ב עיי"ש ג"כ אינו דכבר כתבתי לעיל דשאני התם דאין מניחין אותו לישבע נגד עדים גם אינו הפסד ממון רק מניעה ריוח אבל הכא דליכא עדים שנפרע משביעין אותו ולא יפסיד דאם ניחוש לקנוניא אפילו כשיפסיד לגמרי א"כ אין שום שט"ח שיועיל נגד לקוחות דל"ל חזקה שטרך בידי מה בעי כיון דניחוש לקנוניא ויהא נע"ד בפני לוין.

ומ"ש השע"מ דגם לראב"ד והרמ"ה דס"ל דמהני אם קדם הנאמנות ללקוחות ה"ד בנאמנות בשטר דקלא איתי לי' וכמ"ש הטור בא"ע סימן צ"ח וא"כ כת"י ל"מ נגד לקוחות וה"ה נגד בע"ח מאוחר עיי"ש לע"ד תמוהין דבריו דאם נדמה בע"ח מאוחר ללקוחות ממש להצריך לבע"ח מוקדם קלא א"כ בלאו חשש פרעון לא יקדים הבע"ח שאין לו רק כת"י דאין לו קול וע"כ דאזיל מהרמ"ל בשיטת הפוסקים דמע"פ מוקדמת ומלוה

בשטר מאוחר מע"פ קודמת לגבות מבנ"ח כמ"ש המחבר בש"ע לקמן סימן ק"ד סי"ג ולא כהחולקין דס"ל שם דבע"ח מאוחר בשטר הוי כלוקח ומע"פ כיון שאין לה קול אינו גובה ממשעבדי עיי"ש בסמ"ע והוא כן בטור א"כ מאן דס"ל דמע"פ מוקדמת למלוה בשטר קודם לגבות מבנ"ח לא ס"ל טעם דלית לו קלא דלא חשוב לו בע"ח מאוחר כלוקח נגד בנ"ח א"כ מה איכפת לן דהנאמנות אין לו קול כיון דמ"מ ידענו ע"י הנאמנות דהלוה חייב לא יהא רק מע"פ בעדים אמנם דוקא בידוע בעדים שקדם הכת"י להמלוה בשטר וכמ"ש הש"ך בסימן מ"ח ועיין תומים ונתיבות סימן מ"ג ס"ו וא"כ לדינא יחלוקו בעל הכת"י עם בעל השט"ח המאוחר וכמו שפסק הש"ך בסימן ק"ד סק"כ במע"פ בעדים מוקדמת ומלוה בשטר מאוחר.

סימן עב

סעי' א' שלא ישתמש בו וכתב הסמ"ע דאם נשתמש בו א"ל קיימא לאגרא פטור אף לצי"ש לרמב"ן ביו"ד סימן קס"ו והקשה בשע"מ דגם בקיימא לאגרא אין ביד לוה להשכירו דמ"ל מלוה אין רצוני שיהא ביד אחר והוי כלא קיימא לאגרא וכמבואר לקמן סימן שס"ג ס"י דאם לקח השר ביתו והשאילו לאחר א"צ להעלות שכר ותירץ דבקיימא לאגרא חייש לצי"ש דחסרי' ממונא עכת"ד ואינו נכון כיון דבלא"ה לא יכול להשכירו וחשבינן לו כלא קיימא לאגרא לא חסרי' כלל וכן מבואר במרדכי פרק כיצד הרגל בההוא עובדא דלקח השר ביתו דהוי זה נהנה וזה לא חסר וקושייתו י"ל בקיימא לאגרא אם משתמש אדעתא דשכירות ל"ה גזלן כיון דעשוי לשכר ודאי המלוה אדעת שכירות נתכוין ואינו נאמן לומר שלא ע"ד שכירות דאמע"ר וכמבואר לקמן סימן קפ"ג ס"ה בהג"ה ובי"ד סימן קע"ז ס"ה בטו"ז ס"ק י"א משא"כ סך דסימן שס"ג דגם כשדר בו שלא אדעת שכירות ל"ה גזלן דביתא מיתבא יהיב ובלא קיימא לאגרא כאן הוי שואל של"מ גזלן אפילו נתכוין לשלם דאינו עשוי להשכיר.

שולח יד כתב בסמ"ע סק"ה ונ"מ דמשם ואילך אף אם נאנסו מידו חייב באחריותן וגם וכו' לכאורה משמע דלאידך דיעה דקסבר מצוה קעביד פטור מאחריות ולפע"ד זה אינו דמבואר לקמן שנ"ט בש"ך סק"ה בחוטף משכון דלא נפסל לעדות משום דלא משמע להו לאינשי דלהוי גזלן בהכי ומ"מ קנהו כגזלן וחייב באחריות ה"נ נהי דכסבור דמצוה עביד ולא משמע לי' דהוי גזלה מ"מ הוי שולח יד בשוגג ומ"ש הש"ך בסימן שמ"ח אם אמר אחד לחברו קח לי שור בבית פלוני שהוא שלי ונמצא אח"כ שלא הי' שלו דהשליח פטור בין אי יש שלד"ע בין אשלד"ע כיון דלא ידע השליח צ"ל דשם כיון דסבור דשלו

הואהוי אנוס כמ"ש בישו"ש במרובה סל"ג וגם בזה דעת ד"מ וסמ"ע אליבא דנ"י דשליח חייב וכ"ש כאן דנשתמש בו ואדם מועד לעולם דע"י חסרון ידיעה שלא למד ל"ה אנוס עיין נסיבות בס"ב ס"ק י"ב ובש"ע לקמן סל"ג וקצו"ח שם ס"ק ל"ה.

עוד בסמ"ע אם אומר הממשכן שכו"כ נתקלקל מחמת למודו וזה שלמד בתוכו אומר שלא נתקלקל אינו נאמן בשבועה לפטור נפשו אלא הממשכן נשבע על פחיהתו ונוטל הקשו בגאון צבי ושע"מ הא בהיסת כשהוא חשוד לא עבדינן תקנתא לתקנתא ותרצו דמשום תקנת נגזל הוא אלא דג"צ הוסיף דאפילו אינו חשוד לשבועה מ"מ עשו תקנת נגזל כמבואר בש"ך בסימן צדי"ק סק"א וי"ד ועוד בכ"ד עיי"ש והמעיין במרדכי יראה להדיא דמשום דחשוד וא"י לישבע ישבע הלוה לכן נלע"ד משום דלוה בא לפדות המשכון ולנכות מה שפחתו ואם ל"ה המלוה חשוד נשבע בנק"ח ונוטל כדלקמן סי"ז וסכ"ז ועי"ש ש"ך ס"ק קכ"א ולראב"ן דחשוד ונפסל מלישבע ישבע הלוה ויטול משכונו וכדעת הפוסקים דלקמן סימן פ"ב ס"ח עי"ש בטו"ז ובש"ע לקמן סימן צ"ב ס"ט וה"נ הוא מהנשבעין ונוטלין ולפ"ז אם תובע לוה מהמלוה שישלם לו מכיסו כגון שכבר פרע החוב או טוען שפחתו יותר מהחוב אף לראב"ן לא יטול הלוה בשבועה ואפילו בשאר משכון ויש עדים שנשתמש המלוה בו רק טוען שלא פחתו דלא מצינו דעשו בזה תקנת נגזל ואדרבה מוכח מלשון ראב"ן להיפך מדכתב כיון שיש עדים ששלח יד נפסל מלישבע וישבע ראובן כמה חסרו שמעון ויטול ואם טענו עוד ראובן תביעות אחרות המוטלות על שמעון לישבע ישבע ראובן ויטול עיי"ש ואם כהנ"ל דראובן נשבע משום תקנת נגזל אף אל"ה שמעון חשוד רק דשני דינין קמ"ל חדא דפסול וחדא דיש בו תקנת נגזל א"כ הל"ל נפסל שמעון לעדות ושבועה מדקאמר נפסל מלישבע משמע דר"ל רק בהא תליא מה דישבע ראובן ועוד אם משום תקנת נגזל למה בשאר תביעות ישבע ראובן ויטול דאטו הנכנס לבית חברו ונטל כלום אם יטעון בעה"ב דהגזלן חייב לו אלף זהו' וזה כופר בכל יטול בעה"ב אלא ודאי דלוה יש לו עוד תביעות על המלוה ורוצה לנכות מחובו וליטול משכונו ושמעון כופר וכיון דחשוד א"י לישבע שבועת הנו"נ וישבע ראובן ויטול משכונו שו"ר לקמן סימן זה בשע"מ ס"ק י"ט הביא משו"ה הרי"ף דמלוה על המשכון והוא חשוד שכנגדו נשבע ונפטר.

סעי' ב' בין שמשכנו שלא בש"ה דעת רש"י בב"מ דף פ"ב שקונה משכון להתחייב באונסין וצ"ל הא דתנן המלוה על המשכון ש"ש דבשעת הלואתו אינו קונה כדאמר שם אימר דאר"ל שלא בש"ה ומלחמות פרק שה"ד הקשה דע"כ למסקנא גם בשעת הלואה קונה מדאמר בפרק השולח דמשכון בש"ה אין משמט והש"ך בסק"ט תירץ כמו

שלא בש"ה קונה משכון משום דאין ללוה לשלם ומשכנו ע"י ב"ד ה"נ כשמשכנו בש"ה וכשתבע חובו אין לו לשלם נקנה למלוה המשכון משעה שאין לו לשלם דלא מסתבר לומר כיון שבא לידו בשעת הלואה לא יקנהו עכשיו דלמה יגרע כשהי' בידו עד עתה וע"כ כיון דע"י שמיטה א"י לגבות חובו משאר נכסים הוי כנתברר לב"ד שאין לו לשלם ומשכון זה קנוי למלוה ל"מ לפוסקים דכל שנה שביעית אין ב"ד גובין שום חוב וגם המלוה אין לו ליטש את הלוה מיד שנכנסה שמיטה אבל אם יפרע מעצמו א"צ המלוה לומר משמט אני פשיטא א"ש דמלוה על המשכון אינו משמט מדרי"צ כיון דמיד שנכנס שביעית א"י לגבות חובו ע"י ב"ד המשכון נקנה לו ול"ל האיך יקנה המשכון כיון דאינו רשאי לגבות החוב דהא פשיטא דאם הי' משלם מדעתו לא הי' צ"ל משמט אני הוא גובה מעצמו מהמשכון והוי כמשלם לו וגם לדעת הב"י דכל השנה גובה חובו וכן נראה עיקר מ"מ ניחא דב"ח קונה משכון כיון דבסוף שביעית לא יוכל לגבות חובו א"כ כך הגזה"כ כ"ז שזה לא יוכל לגבות חובו יהא המשכון שבידו כאלו מכרו לו עתה וקבל מעותיו כבר את"ד והנך רואה כמה נדחק להב"י וגם לדעת ש"פ מה דפשיטא לש"ך צ"ע טובא דאיך נאחז החבל בתרין ראשין דהשמיטה שגורם להשמיט יגרום היפוכו לקנות המשכון ואם גזה"כ דרחמנא אקני למלוה המשכון היינו היכא דיש כח לב"ד למשכנו אבל היכא דאין ב"ד רשאין למשכנו מנ"ל.

אמנם בזה דברי ש"ך ברורין דגם במשכנו בש"ה יכול לקנות המשכון ממילא אח"כ כשאינו משלם בזמן אלו הי' ביד לוה הי' ב"ד ממשכנין א"כ עכשיו שכבר ביד המלוה ממילא אקני לו רחמנא דלמה יגרע מחמת שהוא כבר בידו שו"ר בנתיבות כדברי דגם במשכנו הלוה מדעתו אחר הלואה או עבר המלוה ומשכנו בזרוע אם הוא באופן המבואר בחו"מ סימן צ"ז דב"ד ממשכנין אותו היינו לאחר ז"פ ולוה דוחהו או קודם ז"פ ואין לו לשלם אזי מהני גם כשמשכנו הלוה מדעתו או משכנו בזרוע דעביד דינא לנפשו עיי"ש.

ומה שהקשה המלחמות מהשולח י"ל דאיתא שם דלב"ש דשטר העומד לגבות כגבוי אינו משמט א"כ נהי דב"ה פליגי בשטר משום דמחוסר גובייגא דב"ד ומי יימר דיזדקקו כמ"ש תוס' בסוטה דכ"ה ע"ב בד"ה לאו אבל בדבר שבידו אפשר גם ב"ה מודו ותליא בפלוגתת חכמים ור"מ בכל העומד לקצור עיי"ש וא"כ במשכנו בש"ה ודאי לולא השמטה עומד לגבות ע"כ או יפרעו במעות או לא יפרענו ויהא קנוי לו המשכון ממילא לאחר ז"פ כמשכנו הב"ד שלא בש"ה ולפ"ז י"ל דהכא עדיפא מעומד לקצור דמחוסר מעשה משא"כ הכא ממילא בא וכמ"ש בה"ע הובא בב"ח וש"ך לקמן סימן צ"ה דבתמרי דממילא נתנן לכ"ע כגדור וגם לש"ך דחולק שם מ"מ דעה מחבר שם וכן כ"פ דעומד

לקצור כקצור כיון דבידו לקצור אלא דזה דוקא לרי"ל דב"ח קונה משכון שלא בש"ה אבל אל"ה ל"ל כל העומד לגבות כגבוי כמו שטר לב"ש כיון דבשטר קי"ל כב"ה דאינו כגבוי משום דמחוסר מעשה ב"ד ה"נ במשכנו בש"ה לפי המבואר לקמן סימן ע"ג דאין המלוה יכול ליקחנו לעצמו וצריך למכרו בב"ד בקיאים בשומא א"כ מי יימר דמזקקי לו ומי יימר דיזדמן קונה ועכ"פ זה אינו בידו רק לרי"צ דקונה משכון שלא בש"ה ויכול לקדש בו ולקנות בו אף דאינו שלו ממש ואסור למוכרו לחלוטין כדלקמן סימן צ"ז מ"מ חשוב קנוי לו כגבאו בחובו שלא ישמט א"כ ה"נ משכנו בש"ה כשיגיע הזמן דרשות ביד ב"ד למשכנו ממילא קנוי לו כשהוא כבר ביד מלוה ולזה א"צ דיינים לשומו כלל וא"כ מיד שמשכנו בש"ה עומד לגבות ממילא.

ועוד י"ל דחשוב כגבוי גם לב"ה דתוס' בסוטה שם כתבו משום דמחוסר גובייא אמרינן מי יימר דיזדקקו לו דיינים כדאמרינן בקידושין דף ס"ב עיי"ש וכ"ז אם צריך דיינים ממש דלא שכיח ועיין בכתובות דף צ"ו ע"ב תוס' ד"ה נכסי בחזקת אלמנה ודף קו"ף בתוס' ד"ה מה אלמנה דמוכח מדבריהם כיון דמוכרת עפ"י שלשה הדיוטות וא"צ דיינים ממש חשיבי נכסי בחזקתה ודעת ריב"ש וכ"פ דמשכון יכול למכרו עפ"י סוחרים שלשה בזה ל"ל מי יימר דמזדקקי לו דשכיח טובא ואם הללו לא ירצו ימצא אחרים דאטו בהא דכל העומד לקציר כקציר אם צריך פועלים ל"ה כקצור ולקמן סימן ע"ג סט"ו בתומים וקצו"ח מבואר טעמו של הריב"ש משום דבע"ח קונה משכון הוי כעושה בשלו וכשותף שחולק בשלשה הדיוטות והובא בתומים שם לשון הריב"ש כיון שהוא מוחזק וקונה משכון עיי"ש ולפ"ז גם במשכנו בש"ה אף דאינו קונה כבר כתבתי דבזה פשוט דהגיע ז"פ ואין הלוה פורע ממילא קנוי המשכון למלוה ורשאי למוכרו בהדיוטות וא"כ מיד חשוב כגבוי דעומד ובידו לגבות ולפ"ז יומתק לשון הש"ס בהשולח דף ל"ז תנן התם המלוה את חבירו מעות על המשכון וכו' אלא מלוה על המשכון מ"ט אמר רבא משום דתפס א"ל אביי אלא מעתה הלוהו ודר בחצרו דתפיס ה"נ דלא משמט א"ל שאני משכון דקנוי מדרי"צ עכ"ל הש"ס וי"ל דא"כ למה מתחלה א"ר משום תפיסה דאם כונתו משום דקונה משכון הל"ל תכף דרי"צ ואם תחלה ל"ת טעמו רק מחמת דתפס איך לא שם לבו לדברי אביי וגם הדר הל"ל אלא שאני משכון א"ו דלא הדר בו רבא דודאי מלות על המשכון דהוי בשעת הלואה ל"ל דקנוי לו מדרי"צ דלא אמר רק שלא בש"ה ע"כ אמר דתפס א"כ אינו מחוסר גובייא מעשה ב"ד רק מיד שיגיע ז"פ ולא יפרענו יהא קנוי וגם לב"ה חשוב מיד כגבוי ע"כ לא אמר רק משום דתפס ואביי ס"ד דתפיסה לבד סני וע"כ פריך מהלוהו ודר בחצירו וגילה לו רבא שאני משכון דקנוי לו שלא בש"ה מדרי"צ וה"נ

כשיגיע ז"פ ולא יפרענו יהא קנוי לו וכיון דתפס ואינו מחוסר גובייגא לכ"ע כקנוי דמי כיון דעומד לקנות ממילא או לפמ"ש דא"צ דיינים למכרו כיון דתפס וקנוי מדרי"צ סגי בהדיוטות לכ"ע כגבוי דמי ואדסמיך לו קאי התם דמסיק בשטר שיש בו אחריות נכסים דאינו משמט לב"ש משום דעומד לגבות כגבוי דמי והכא דתפס כבר וא"צ מומחים לכ"ע כגבוי דמי וכ"ז לענין שמטה דע"כ עומד לגבות או מעות או המשכון והוי כגבוי כבר אבל לענין אחריות כשנאבד המשכון עכצ"ל המשכון עצמו של המלוה משום דעומד לגבות ובאמת משכון עצמו אינו ודאי עומד לגבות דיכול לפורעו במעות ואינו רשאי ללקחו לעצמו רק למכרו וגם ל"ל דמיד קנוי לו משום דעומד לקנותו כשלא ירצה לוה לפרוע או לא יהא לו לשלם דזה לא חשוב עומד לכך כיון דיכול לסלוקי' בזוזי גם לענין אחריות צריך קנין ממש.

ומה שהקשה המלחמות על רש"י מפסחים פכ"ש דאמר נכרי שהלוה לישראל וישראל שהלוה לנכרי על חמצו דפליגי בדרי"צ אי קונה משכון והתם כשהלוהו משכן חמצו נלע"ד דרש"י פירוש דשלא בש"ה קונה דנוטלו לגובייגא והיינו דמבואר לקמן סימן צ"ז כשמשכנו שלא בש"ה א"י לתבוע הלוה כ"ז שמשכנו בידו דחשוב גובייגא וא"כ י"ל דוקא בישראל שלוה מישראל אינו קונה משכון בש"ה דעיקר סמיכתו על הלוה דמשכון רק כערב וצריך לתבוע הלוה תחילה כדלקמן סימן ע"ג דאסור למכור המשכון עד שיתבע הלוה תחלה אבל נכרי עיקר סמיכתו על הערב כדאיתא בב"מ פא"נ דף עי"ן ע"ב דאסור להיות ערב בעד ישראל אצל נכרי ברבית כיון דנכרי בתר ערבא אזיל דבדיניהם הערב עיקר החייב ולוקח רבית מישראל ומבואר ברא"ש שם וביו"ד סימן ק"ע דה"ה אם הנכרי לוה מישראל אסור לישראל אחר להיות ערב דהנכרי ידחה המלוה אצל ערב דבדיניהם אזיל בתר ערבא קודם ואיתא בב"י מחודש כ"ט מ"כ בשם הר"ם דאם המשכון אינו שוה כפי הקרן ורבית שעלה על הישראל זכה הנכרי במשכון דדיני' דנכרי בתר ערבא אזיל ונכסוהו דאינש ערבין בו וכ"ש משכון שבידו עיי"ש וא"כ למ"ד דגם בגוי שייך דרי"צ דשלא בש"ה קונה משכון ממילא ה"ה בש"ה כיון דבתר ערבא אזיל ואינו תובע לוה תחילה עיקר סמיכתו על המשכון ונוטלו לגובייגא כיון דא"י לתבוע הלוה ויכול לדחותו ליפרע מהמשכון משא"כ בישראל מישראל צריך לתבוע הלוה תחלה וא"י לדחותו אצל המשכון לפי ד"ת ל"ח גובייגא ואינו קונה בש"ה.

ומה שהקשו על רש"י דלרי"צ שלא בש"ה דקונה משכון חייב באונסין והא בב"מ דף פ"ב מוקים למשנה דמלוה על המשכון ס"ש כרע"ק דאבד המשכון אבדו מעותיו דס"ל ברי"ל ולס"ד אמר רי"ל גם בשעת הלואתו ומ"מ הוי רק ש"ש נלע"ד דטעם רש"י משום

דיכול לקדש בו אשה ולקנות בו עבדים וקרקעות הוי כשואל והנה במפקיד מעות מותרין דמותר להשתמש בהן ל"ה רק כש"ש בפרק המפקיד דף מ"ג ובדמי אבדה בפרק א"מ דף כ"ט איתא דחייב באונסין ע"י היתר תשמיש וכתב רבינו אפרים שם דבמפקיד מעות דבלאו היתר תשמיש אינו רק ש"ח לכן ע"י הנאה שהותר לו להשתמש נעשה רק ש"ש משא"כ בדמי אבדה דבלא"ה הוי ש"ש ולפ"ז במשכון דנטלו לגוביינא שלא בש"ה לרש"י הוי ש"ש זולת היתר תשמיש ועוד בהנאה דתפיס לו אזוזי כאומן וכמ"ש הש"ך לקמן ס"ק י"ז וס"ק ל"ו ע"כ ע"י היתר תשמיש נעשה כשואל אבל בש"ה ל"ל הנאה דבטוח במעותיו דא"ל הלוהו כ"ש דהי' בטוח כמ"ש תוס' בב"מ דף פ' ע"ב ד"ה דקא וגם דר' יוסף לא ס"ד דש"ס עדיין וגם טעם דנוטלו לגוביינא לא ס"ד דרצה למצוא טעם לרע"ק דאבד מעותיו משום דרי"צ א"כ לולא דרי"צ הוי רק ש"ח וע"י היתר תשמיש נעשה רק ש"ש גם לרי"צ.

ועוד נ"ל לתרץ לרש"י דמשכנו שלא בש"ה חייב באונסין ובשעת הלואתו פטור וגבי שמיטה וחמץ אמר בש"ס דקנה מחמת דרי"צ אף בשעת הלואה דרש"י בפסחים דף ל"א כתב במשנה דנכרי שהלוה לישראל דבש"ס מוקי לה בהרהינו אצלו כיון דמטי זימנא ולא פרעי' ומחוסר גוביינא נמי לא הוי שהרי אצלו נתנן אגלאי מלתא למפרע דמשעה שהרהינו אצלו הוי דידי' וצ"ל אף דקי"ל א"ב משום דבשוא"ת לכ"ע י"ב כמ"ש שאג"א בתשובה וה"נ אם לא יפדנו יוחלט המשכון והיינו שפרש"י ומחוסר גוביינא נמי ל"ה וכו' ובפ"ק דביצה דף יו"ד בתוס' ד"ה ב"ש ז"ל תימא לב"ה דאית להו ברירה היכי משכחת כשמת בבית ולו פתחים הרבה דכולן טמאים הא איכא למימר לבסוף כשמוציאו בההוא פתח הוברר למפרע דסופו לצאת דרך שם וי"ל כגון שעשו פתח חדש והוציאו המת דל"ש ברירה עכ"ל הרי דכיון מה שלא הוציאו דרך שאר פתחים נולד ע"י מעשה חדש ל"ל הוברר למפרע וה"נ לענין אחריות דל"ל הוברר למפרע דקנוי המשכון למלוה מחמת דאינו פודתו כיון שנולד ע"י מעשה חדש שנאנס המשכון ולולא זאת הי' עומד ליפדות ואנו דנין אם יטול המלוה מעותיו דיש ללוה לפרוע ממ"א והלוה אינו רוצה לפרוע מחמת דאין מחזיר לו משכונו משא"כ כשישנו למשכון בעין ומ"מ אינו פודהו כגבי שמטה וחמץ אגלאי למפרע דקנהו מלוה דמש"ה נעלו שלא יעשה מטלטלין אצל בניו ולא תשמיטנו שביעית ויהא בטוח במעותיו שא"ל יפדנו יגבה ממנו ול"ל גם כשנאנס המשכון יפטר הלוה דשמא לא הי' פודהו והוברר למפרע דקנהו המלוה דמספ"ל אי יש ברירה והממע"ה דז"א דגם למ"ד יש ברירה היינו כשנתברר לבסוף י"ל הוברר למפרע וכאלו נתברר תחלה משא"כ כשלא נתברר לבסוף וכן למ"ד אין ברירה אף שנתברר

לבסוף דאמרינן דלא הוברר מעיקרא אין קנין חל הלל על הספק וכמ"ש הר"ן בפירושו לנדרים ר"פ השותפין.

אחר שהלוה דעת הר"י הלוי דשלא עפ"י ב"ד אינו קונה שלא בש"ה דמעות מלוה אינו קונה ומשיכה ל"מ ובקצו"ח סק"ב הקשה מפ"ק דקידושין ד"ח במשכון דאחרים מקודשת מדרי"ל דאיך זוכה האשה במשכון אף דנותן לה כל זכותו אכתי לדידה ליכא אלא משיכה ולאו קנין הוא במשכון עי"ש ולע"ד י"ל עפימ"ש רשב"א בפ"ב דקידושין מ"ז ע"ב בהא דקדשה בשט"ח דאחרים ז"ל אף ע"ג דאף הוא ניתנה להוצאה אצל אחרים מ"מ כיון שהוא מוציא השעבוד מרשותו ומכניסו לרשותה ה"ל כנותן פרוטה מידו לידה ולמקדשה במנה והניח לה משכון עליו ל"ד דהתם נמי אע"ג דנכנס לרשותה דבר מחודש דהיינו השעבוד שנשתעבד לה ואפילו נשתעבד לה בשטר דמ"מ הוא לא הוציא עדיין מרשותו שום דבר להכניסו ברשותה ואנן תרתי בעינן שיוציא מרשותו ויכנוס ברשותה עכ"ל ה"נ ס"ל להר"י הלוי דמשיכה ל"מ רק כשהוציא מרשותו ומכניס ברשות הזוכה ובמשכון דהגוף של לוה העיקר נשאר אצלו ולא חשוב הוצאה מרשותו משא"כ במשכון דאחרים דלא נשאר אצלו כלום סגי מה שנכנס ברשותה השעבוד ועמ"ש לקמן סימן ת"א.

דאם פירש בהג"א פרק האומנין כתב דהלכה כשמואל בפירש דל"ה אסמכתא וכ"ז בש"ה אבל שלא בש"ה ל"ש דשמואל להפסיד יותר על החוב רק משום דרי"צ מפסיד נגד משכונו עיי"ש ועמדו האחרונים דמ"ש בין ש"ה לשלא בש"ה לענין דשמואל ונלע"ד דאם משכנו שלא בש"ה ע"י שליח ב"ד ל"ש תנאי דאטו מתנין הב"ד שיפסיד היותר על דמיו דלאו דינא הכי ול"ש תנאי רק אם הלוה נותן מדעתו ומתנה עמו בזה י"ל דלא אמר המלוה רק להסמיך את הלוה שיתן לו אמנם בש"ה א"ל גמר בדעתו להתחייב מי הכריחו להלוות על תנאי זה וכמבואר בריטב"א ונמ"י בנדרים דף כ"ז דבמתנה וכדומה שאינו מוכרח ל"ש אסמכתא ויצא לו זה מפר"י בשה"ד בתוס' ד"ה מתניתין כדפריש וז"ל בא"ד ורע"ק ל"ח אסמכתא אלא כגון אם אוביר ולא אעבוד שאין בדעתו להתחייב אלא להבטיח את חברו על דבריו שיאמינהו אבל הכא דעתו לכך ולכך אומר כדי לקיים עכ"ל ואין כונתם דבאם אוביר מסמיכו שיאמינו שיעבוד אך במשכון ל"ש נאמנות דאף שיברר שנאבד מחייב עצמו דז"א דמ"מ בידו לשמור שמירה מעולה מגו"א כש"ש ומסמיכו שיאמינו שישמרנו יפה אלא כונתם דבאם אוביר רוצה לקבל השדה באריסות וזה מכריחו להסמיך חברו שיאמינו ויתן לו השדה אבל במשכון אם הלוה אין מאמינו לא ילוה וזה שכתב הג"א דכן משמע מפר"י ומה שהקשה אח"כ ממשחק בקוביא והא שם יש צד הכרח דרוצה להרויח צ"ל הכונה דל"ש שאומר להאמין ולהסמיך דאין בידו

כלל לנצח ואדרבה חברו רוצה שלא ינוצח ובלא"ה ל"ש כ"ז שם ואפשר לדעת ריטב"א יתיישב קושיית התוס' ממשחק בקוביא אף דל"ש טעם דאומר להסמיכו כדי להאמינו מ"מ לא גמר בלבו להתחייב דכסבור שינצח וזה הכריחו להכניס א"ע לכך משא"כ במשכנו בש"ה אין לו שום הכרח ולולא דגמר בכל לבו ורצונו לא הי' מתחייב דאינו מצוה שילוה על תנאי זה.

ולדינא אם פירש שלא בש"ה שאם יאבד המשכון יפסיד כל החוב תליא בפלוגתא דלקמן סימן ר"ז סי"א אי במחילה שייך אסמכתא.

נותן המלוה ללוה היתרון בס"פ שה"ד אמר משום פרוטה דר"י והקשו תוס' א"כ למה מודר הנאה ממעין טובל בימ"ג הא נהנה מפרוטה דר"י ונ"ל לפמ"ש תוס' בביצה דף כ"ז ע"ב אהא דאסור לשרוף תרומה טמאה בי"ט ולא שרי להסיקו תחת תבשילו דהוי אוכל נפש משום דבטל חלק הדיוט לחלק גבוה וכאלו כולו לגבוה וא"כ גם בימות החמה הל"ל כן דל"ח הנאה וצ"ל כמ"ש בשער המלך משום דנהנה אחר הטבילה דכלתה המצוה לכן אף דיש בו מצוה חשוב הנאה כן י"ל שלא תקשי על סברת תוס' הנ"ל ולפ"ז פרוטה דר"י דאינו רק כשעוסק במצוה י"ל דבטל הנאת הדיוט למצוה ול"ח הנאה אך כ"ז במה שאינו נוגע לחבירו אבל להיות ש"ש אם תאמר דבטל חלק הדיוט יפסיד חבירו שלא יהא לו ש"ש וחלק חבירו אינו בטל כדאיתא בביצה דף ל"ח ע"ב הרי שנתערב קב חיטים בשל חבירו יאכל הלם וחדי דממון שי"ל תובעין לא בטיל עיי"ש בפרש"י ד"ה ול"ש וה"נ כיון דנוגע לחבירו הוי ממון שיל"ת משא"כ במודר הנאה אין הפסד לאחר אם יתבטל הנאת הפרוטה לחלק גבוה והא דאמר פרק אין בין המודר דף ל"ג ע"ב דמודר הנאה מחבירו מחזיר לו אבדתו משום דפרוטה דרב יוסף לא שכיח צ"ל דאל"ה שמא יחזיר כדי ליפטר מפרוטה לעני וכשעושה זה לעיקר אחשבי' להנאה אבל כיון דל"ש ודאי מיכוין רק למצוה וכ"כ ריטב"א שם דמשום דפרוטה דר"י ל"ש לאו משום הנאה זו מחזיר אלא לקיים המצוה וגם טו"ז ביו"ד סימן רכ"א סי"ב ס"ק מ"ב כתב דבנדרים אזלינן בתר כונתו שאחשבי' להנאה אף דאינו הנאה.

הג"ה לא הוי כתב סמ"ע סקי"ד דאם השכין ישראל ביד ישראל חבירו משכון של עכו"ם ונותן לו ממנו רבית פשוט דהוי ש"ש וכו' ותומים חולק דאין דין שומרים בשל עכו"ם ולכאורה הי' נראה לפמ"ש מ"ר בהגהת תרומת הכר"י ס"ס ס"ו דאם הפקיד אצל חבירו של הפקר יש בו דין שומרים מדלא כתיב כי יתן איש אל רעהו כספו עיי"ש ה"נ כיון דישראל נתנו לחבירו אבל תמהני דהא מבואר בפרק שה"ד דף מ"ב ע"ב במשנה פלוגתא דר"ש ורבנן אם הפקיד ישראל אצל חבירו שור של הקדש שחייב באחריותו אם גורם

לממון כמ"ד ולת"ק אין בו דין שומרים הרי דלא אזלינן בתר המפקיד רק בתר גוף הממון של מי הוא ומה שהקשה בהג"ה הנ"ל מב"מ דנ"ח דשוכר פועל לשמור הזרעים דחייב באחריות ומיירי בזרעים של הפקר לק"מ דלס"ד גם בשל הקדש חייב דלא דרש רעהו למעוטי הקדש אזלינן בתר המפקיד ולא בתר גוף הממון של מי הוא וה"נ בהפקר ולמסקנא דרשינן למעט מוקמונין התם בקנו מידו ועמ"ש לקמן ס"ח.

וכתב חת"ס חחו"מ סימן רי"ו דפשיט דישראל רשע המלוה בר"ק דנעשה ש"ש על דמי המשכון כולו וכ"כ בשו"מ תליתאה ח"ב סימן ק"ע ולי צ"ע כיון דאיסור הוא כ"ז שלא נהנה ל"ח כנהנה כמ"ש תוס' ב"א פרק המפקיד דף מ"א ע"ב בד"ה חדא לומר לך ובאס"ז שם דכיון דאיסור הוא אפשר יחזור בו ומשליחות יד לא ילפינן כמבואר בסימן רצ"ב סס"א בהגביה להשתמש לא נעשה שואל ועי"ש בב"ח וכ"ש כאן די"ל דלוה מעמידו בדין ולא יתן רבית.

אבד מעותיו בשו"ת מהר"ח א"ז סימן קנ"ו פסק במשכון שמסר הלוה ליד נאמן המלוה עפ"י מלוה שלא רצה להלוות לו עד שהודיעו הנאמן שהמשכון אצלו אפילו נאבד מיד הנאמן בפשיעה חייב הלוה לשלם למלוה חובו בין למ"ד דמלוה על המשכון ש"ש בין למ"ד דנגד חובו הוי כפירש שיפסיד דוקא בנתנו ליד מלוה ואפילו אין להנאמן לשלם ואפילו לר"ת דס"ל בשומר שנתן לאשתו ובניו לשמור ואין להם לשלם דחייב השומר מודה הכא כיון שהלוה עצמו מסרו להנאמן וכ"כ בסימן רנ"ט ושם בסימן רנ"ח תשובת ר"מ בר' יקותיאל חולק על זה.

ולא יותר נשאלתי באחד שהלוה על משכון בהיתר עסקא הנהוג ולקח המשכון תחלה לשומו אם שוה כדי הלואה שביקש המקבל ואח"כ הלוהו עליו ונגנב המשכון דכתב התומים ס"ק י"ג דאימת יהא המלוה זה ש"ש על המשכון בשעה שמקבל הלוה המעות עסקא דמקודם אין כאן התחלת הלואה ולא התחלת שכר רק אז בעת נתינת המעות הוחל להיות ש"ש ולעומת כן הלוה מקבל ממנו פלגא פקדון וה"ל שמירה בבעלים עכ"ל ובשו"ת רח"כ חחו"מ סח"י כתב דאם לקח המשכון קודם שנתן המעות חייב לפי המבואר בחו"מ ס"ס רצ"א דאם נטל החפץ ונעשה עליו שומר תחלה ואח"כ שכר הבעלים אעפ"י שהי' עמו כשנאבד חייב עכ"ל והדעת נוטה כרח"כ דהא בסרסור בסימן קפ"ה חייב מיד בשעת הליכה אף דלא נהנה עדיין רק מספק אולי אתרמי לי' וימכור יקח שכר וה"נ מיד יש לו ספק הנאה אם ישומו אותו דשוה ללות עליו אותו סך ילוה עליו בריוח ויתפסנו למשכון אזוזי עכת"ד השואל והשבתי בש"ת הרא"ש סוף כלל צ' ולקמן סל"ב מבואר דלא נתחייב משמירות המשכון קודם הלואה וקשה מ"ש מסרסור והנה דין

סרסור מקורו מתשובת ר"מ במרדכי פרק האומנין סימן שנ"ט והוכיח מדאומנין ש"ש בהנאה דתפס אאגרי' מיד שלקח החפץ לביתו לעשות בו מלאכה אע"ג דלכאורה כ"כ דלא התחיל במלאכה יכול בע"ה לחזור עיי"ש וזה אינה ראי' לפמ"ש הנתיבות בסימן של"ג סק"א בשם הריטב"א דכיון שמשך החפץ לכ"ע א"י לחזור עוד כתב הר"מ שם דכיון כשימכרנו יטול שכר כפל כפלים מטרחו להכי טורח בחנם מעיקרא שיטול הרבה כשיגמור המקח ובההיא הנאה הוי ש"ש מעיקרא אע"ג דהמוכר מצי למיהדר כמפקיד מעות מותרין הואיל ונהנה אי מתרמי לי' זבינא מהנה להיות ש"ש מיד עיי"ש וא"כ פרוטה דר"י דהנאה פורתא היא כמ"ש תוס' ס"פ שה"ד דיה לשכרה בשעתה להיות ש"ש מחמתה ולפ"ז בעסקא י"ל ג"כ שכרו הרבה איברא דקשה לחלק בין רב למעט ואיזה שיעור ניתן אף דנראה מהר"ם דדוקא אם אפשר יהא לו ריוח יותר משכר טרחו אמרינן דמעיקרא טרח בחנם מש"ה מ"מ גם בפרוטה דר"י אפשר יזדמן עניים רבים או עני חשוב וכדומה שהי' צריך ליתן נדבה חשובה ושלא לעשות פלוגתא בין מהר"ם ותלמידו הרא"ש נ"ל דבסרסור אין צריך שמירתו על החפץ רק קודם שימכרנו דאח"כ כלתה סרסרותו ויחזיר המעות מיד ואם לא יחזירנו יהא לו הנאה מחודשת מהמעות כמפקיד מעות מותרין וגם במפקיד מעות כשיזדמן זבינא כלתה שמירתו לכן מהנה למפקיד קודם שיהנה להיות ש"ש משא"כ במשכון כשיהנה יהא בשעתו ואח"כ ש"ש ול"ל הואיל ונהנה מהנה למפרע כיון דישלם הנאתו אח"כ ולפ"ז במשכון על עסקא י"ל נמי דהוי ככלתה שמירתו בזמן הנאתו כשילוה המעות דאז יהא שמירה בבעלים לכן יהא ש"ש מעתה כן אפשר לתרץ דברי רח"כ שלא יהא נסתר מהך דלקמן סל"ב אבל לע"ד כיון דמ"מ נשאר בידו לשומרו חשוב מהנה וכמ"ש בחת"ס חחו"מ סימן צ"ד דשמירת ש"ש אף דהוא ש"ב הוי שמירה מעליא משמירת ש"ח והובא בפ"ת סימן רצ"א סכ"ו ועיין מל"מ פ"א משכירות סוף ה"ד ואפשר הרח"כ ג"כ ס"ל כהמל"מ.

ומ"מ לדינא נ"ל דמלוה פטור אף דנניח כשמשך המשכון נעשה ש"ש כסרסור מ"מ הא מבואר לקמן סימן שמ"ו ס"ג בש"ך וטו"ז דאם בשעת משיכת החפץ לשמור אמר בעליו להיות שאול לשומר לעשות מלאכתו כשיתן לו מלאכה ולא קבע זמן למחר רק כשירצה השומר ליתן לו מלאכה יטרח בה חשוב מיד בעליו עמו כיון דנשתעבד לו מיד באמירתו וא"כ ה"נ כשנתן לו המשכון הבטיחו המקבל כשיתן לו הנותן מעות יהא פלגא פקדון בידו וישמרנו ואלו רצה המלוה ליתן לו מיד מוכן לשרתו תכף נחשב משעת משיכת המשכון שמירה בבעלים.

ועוד לפמ"ש הטו"ז לקמן סימן קע"ו ס"ח בד"ה נשאלתי דאם שכר סוס לחדש ולמחר שכר הסוס עם בעליו לשני חדשים ונגנב הסוס תוך חודש ראשון דפטור השוכר דשכירות החדש שנעשה בבעלים מפקע שכירות של"ב עיי"ש וה"נ כשנתן לו המעות נעשה שומר מחדש דכשלקח המשכון לשומו לא נעשה שומר בבירור רק לפי שעה עד שישומו ואז או יחזיר לו ויכלה שמירתו או ילוה עליו ויהא שומר עד זמן פרעון ואח"כ כשנתרצה ללות עליו והלוה עליו קיבל שמירת המשכון לזמן מוגבל עד שיפרע לו מעותיו א"כ אתי שמירה חדשה שהוא בבעלים ומפקע שמירה ישנה של"ב.

ועוד אם לא הי' נותן לו המעות היתה כלתה שמירתו דהוא לא הי' תופסו למשכון וגם הלוה לא הי' מניחו אצלו ומחמת נתינת המעות נשאר להיות שומר מאז והלאה וא"כ דין הוא שתפקע השמירה בבעלים את השמירה שלא בבעלים דאיך נאמר כיון שנתחייב בשעת משיכה של"ב נגרר השמירה שלאח"כ בתר המשיכה דהא לולא שנתן לו המעות לא הי' עמה שומר כלל וא"כ מה שהי' שומר בשעת גנבה נמשך מנתינת המעות והרי אז נשכר בעליו למלאכתו משא"כ הך דס"ס רצ"א לא נתחדש שום דבר בשמירת החפץ בשעה שנשכר בעליו לשומר וגם זולת שנשכר לו בעליו הי' נשאר שומר על החפץ מחמת משיכה מתחלה ע"כ נשאר על חיובו מאז.

סעי' ג' חייב המלוה כתב הסמ"ע דהא הלוה אינו אלא ש"ח ופטור מגנבה משמע דאם פשע לוה פטור המלוה ובטו"ז סימן רצ"א סכ"ג כתב דש"ש שהפקיד החפץ שהוא ש"ש עליו אצל בעליו בחנם ופשע בעליו חייב הש"ש כיון דבשעה שחזר והפקיד הי' ש"ש שלו הוי שמירה בבעלים ופטור הש"ח ונתיבות סימן ש"ה כתב מלתא בטעמא דהש"ח חייב בפשיעה דאין הש"ש עמו במלאכתו כיון דאינו שומרו רק שחיוב הגוף מוטל עליו לענין גנבה ולע"ד יש לומר לפמ"ש בתשובת רמ"א הובא בסימן ש"ג ס"ג באחרונים ונה"מ דאם אירע שרפה וצריך השומר להציל שלו אם ש"ש הוא מחויב להניח שלו ולהציל הפקדון וש"ח א"צ א"כ אף דמסרו לבעליו לשמרו בחנם מ"מ לא נפטר משמירה מעולה אם יצטרך כה"ג ואף אם ירצה להציל שלו ולשלם הפקדון לא סגי דנ"מ לטירחא וכושרא דחיותא כדאיתא בב"מ דף צ"ג ע"ב ואף דעכשיו אינו שומרו מ"מ אם הי' מזדמן המקרה מחויב לעסוק הוי עמו במלאכתו וכמ"ש נתיבות סימן שמ"ו סי"ב ועיי"ש בטור ס"ו בשם הרמ"ה ועיין מ"ש עוד בזה בסימן ש"ה ס"ו.

על בגדי אשתו בח"מ וב"ש ס"ס ע"ג מבואר דגם בהשכין שלא בשע"ה אין מוציאין מהמלוה והשע"מ השיג עליהם נהי דסתמא ברשותה השכינה מ"מ מנה אין כאן משכון אין כאן דהאשה אינה חייבת ולאחר מתן מעות אין ערב משתעבד בלא קנין עיי"ש ולע"ד

כיון דב"ח קונה משכון שלא בש"ה אף דמלוה אינו קונה מ"מ קונה ע"י משיכה למשכון דגלתה תורה דקונה וה"ה בנתן לו הלוה מדעתו דהוי כמוכרו לו בעד חובו וכמ"ש ש"ך לעיל סק"ט בד"ה וגם בהך דפ' השולח וכן הסכימו קצו"ח ונתיבות לעיל סק"ו דבזמן שיש רשות לב"ד למשכנו גם כשנתן לו הלוה מדעתו קנהו וא"כ הה"ד כשנותן אחר משכון למלוה בעד ההלואה קונה אותו במשיכה על החוב וכמו דאיתא לקמן סימן ק"ץ ס"ג האומר לחברו תן מנה לפלוני וקנה לך קרקע שלי כיון שנתן קנה ה"נ שלא בשעת הלואה הוי כאומר בעד חוב שיש לך אצל פלוני אני מקנה לך המשכון והמשיכה הוא הקנין דמהני להשתעבד בתורת ערב גם לאחר מתן מעות ול"ד למנה א"ש משכון א"כ דשם אינו נותן משכון בעד חובו או חוב של אחר ועיין ר"ן בפ"ק דקידושין דף חי"ת גבי מנה אין כאן דאם נתן לה משכון ואמר לה קני במשכון זה שעבוד מנה והתקדשי לי בו מקודשת ובריטב"א שם כתב אם אמר לה זכי במשכון זה שיעור מנה והתקדשי לי בזו ומשכה אותו זכתה בו לשיעור מנה אלא שיכול לסלקה בדמים עכ"ל וא"כ כיון דשלא בשעת הלואה כשנותן הלוה משכון שלו קונה המלוה המשכון וכמכרו לו הוא רק דיכול לסלקו בדמים ממילא אם נתנה האשה לבעלה להשכין שלא בשעת הלואה הרי נתנה המשכון להקנותו שיעור החוב למלוה אף דלא פירשה לשון קנין ובר מן דין אפילו באמר ליתן מנה ונתן לו משכון הוי ספ"ד כמבואר בש"ך לעיל סימן סמ"ך ס"ו ס"ק כ"ב וא"כ שפיר כתבי הח"מ וב"ש דאין להוציא מיד המלוה אבל לדעתי אפילו חזרה ותפסה מהמלוה היכא דנתנה לו להשכין שלא בשעת הלואה ל"מ תפיסה ועיין לקמן סי"ז בביאורים לנתיבות סק"ל בנותן משכון כדי ללות קנה המלוה המשכון מיד אף שלא הלוה עליו עדיין ול"ד למי שאמר הריני נותן לך מנה במתנה ונותן משכון דכשלא נתן על הלואה אין שם משכון עליו עיי"ש וא"כ ה"נ כשנתן משכון על הלואת אחר שכבר לוה שם משכון עליו ובד"מ לקמן ס"ס קס"ג סוף ס"ק י"ב ובסמ"ע שם ס"ק מ"א הובא תשובת הרא"ש דאם נתן משכון בעד אחר לאחר הלואה מהני.

סעי' ח' במשכון מעכו"ם כתב בשע"מ ס"ק י"א בהשכין לו משכון של נכרי והודיעו שהוא של נכרי ואין המשכון שוה כדי חובו ונאבד אצל המלוה והנכרי מעליל על הלוה א"צ הלוה לשלם למלוה יתרון החוב דה"ל כאלו פירש שא"ל יחזיר לו המשכון לא ישלם לו את חובו ויש לדמות זה למ"ש הטור בסימן קל"א תשובת רא"ש דהיכא דשמעון יצא ערב לנכרי בעד ראובן חייב ראובן לפרוע לשמעון מה שאנסו הנכרי ליתן שלא כדין עיי"ש ואינו ראי' לפמ"ש בתומים לקמן סימן קל"א סק"ו דדוקא בערב דלא עשה לטובת עצמו גם הראי' שהביא השע"מ מרדב"ז וצ"צ מה שכתבו לענין נאבד הממרם מיד המלוה

וגם מה שהקשה השע"מ מפרק ג"פ דף קע"א לא ראה מ"ש הנתיבות לעיל סימן נ"ד לתרץ קושיא זאת וחילק בין שטר למשכון ממילא נדחה ג"כ ראיית השע"מ מהרדב"ז וצ"צ אך מסברא אפשר נכונים דבריו די"ל דזה שכיח ואסיק אדעתי' והוי כקיבל עליו ועוד י"ל כיון דשכיח דהנכרי יעליל עליו ודאי לא יניחנו הלוה אצלו ובטוח המלוה מחמתו על כל החוב אף דלא שוה הוי כשוה.

אלא דמי שוי' בנתיבות כתב דמיירי בשלא הודיעו שהוא של עכו"ם אבל בהודיעו חייב אפילו אם העליל העכו"ם כמו בערב לעכו"ם בשביל ישראל דלקמן סימן קל"א ס"ז וזה נכון כיון דשאל לו ועשה רק לטובת השואל הוי כערב אלא דקשה לי כיון דבלא הודיעו אייריי למה ישלם דמי שוי' הא הסייף של עכו"ם ואין דין שמירה בעכו"ם המפקיד לישראל דרעהו כתיב וכמו שכתב התומים לעיל ס"ב וכאן שתק התומים.

והנה השע"מ ס"ק י"ב כתב היכא דשמעון יכול לפטור עצמו מן הכותי בדבר מועט צריך ראובן לשלם לשמעון כל דמי שוי' ואפילו הי' אותו דבר מישראל וגם לא השאיל רק נגנב ממנו מצריך לגנב לשלם לנפקד כל שוי' אף דנתפשר הנגנב עם בעל החפץ בדבר מועט וראייתו מפרק המפקיד דף ל"ה ע"ב דשוכר פרה לחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר אר"י כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו אלא תחזור פרה לבעלים ראשונים וא"כ תקשי לרבא דסבר בפרק מרובה דף ע"ח ע"ב דהאומר הרי עלי עולה והפריש שור לנדרו ובא אחר וגנבו דגנב מצי למפטר נפשו בכבש אמאי ס"ל לת"ק דשואל ישלם לשוכר כיון דשוכר פטור לגמרי וא"ל דלר"י שואל שומר דבעלים הוא דהא תוס' והג"א והגמ"י ס"ל דאם המשכיר יודע שמתה כדרכה השואל ישלם לשוכר וא"כ תקשי יפטר השואל לגמרי א"ו דשאני הקדש דאין בו הנאה כלום והגנב אינו חייב לשלם אלא מפני שהבעלים חייבים באחריותו לכך כיון דמצי למפטר נפשו בכבש א"צ לשלם אלא כבש משא"כ היכא שיש להמפקיד שלו הרווחת ממון אף דהוא מצי למפטר נפשו בפחות לא מפסדינן זכותו כיון שהמפקיד בע"ד של הנפקד הוא וה"נ בהשאיל לו חפץ של עכו"ם עכת"ד ולא הבנתי החילוק דאם בהדיוט מרויח הנגנב אף דהחפץ של ישראל אחר הוא למה בהקדש לא ירויחו הבעלים דלא חשוב נהנה מהקדש כיון דשל הקדש נאבד ופטור הגנב בכבש וכן בפלוגתא דרבנן ור"ש בפרק שה"ד בהפקיד קדשים שחייב באחריותן ואם אינו חייב באחריותן לכ"ע פטור השומר ולמה לא ישלם למפקיד דואידו נטלו ובע"ד דידי' הוא למה נפסיד זכותו ויש לחלק מטעם אחר לפמ"ש ריטב"א הובא באס"ז פרק המפקיד שם דלרבנן משעת משיכה זכה בה השוכר עיי"ש א"כ בהקדש דלא שייך משיכה דכ"מ שהוא בי גזא דרחמנא הוא

וליכא קנין בהקדש רק כסף כדאיתא בפ"ק דקידושין דף כ"ט ע"כ אף שהדיוט הפקיד דבר הקדש אצל חבירו אין המפקיד בע"ד דנפקד משא"כ בחולין ע"י משיכתו זכה להיות בע"ד של חבירו שקיבל הפקדון ממנו.

אמנם מ"ש דל"ל דלר"י השואל שומר דבעלים הוא והוכיח מהתוס' והג"א והגמ"י קשה לי דאדרבה הא לא קי"ל כוותייהו וכמבואר לקמן סימן ש"ז דאפילו יודע משכיר דמתה כדרכה אצל שואל משלם שואל למשכיר אלמא דלדידן דקי"ל כר"י שואל שומר דבעלים הוא וכן מבואר בריטב"א שבאס"ז שם דבהא פליגי רבנן ור"י כדמוכח פרק השואל דף צ"ו דלרבנן האי שואל לאו שומר דבעל הפרה הוא כלל אלא שומר דשוכר ולר"י רק שומר דמשכיר הוא וא"כ ה"נ א"צ השואל לשלם יותר למשאיל רק מה שצריך לשלם הוא למלוה שלו וכן בגנב וכהש"ג שהביא השע"מ.

אמנם עדיין צ"ע בחפץ של עכו"ם לפמ"ש הרא"ש בפרק המפקיד שם דטעמא דר"י דחשוב שוכר כאלו השאילו בשליחות המשכיר הלכך דין המשכיר עם השואל וכ"כ תוספת שאנץ באס"ז שם דחשוב שוכר כשלוחו של משכיר וא"כ י"ל תינח ישראל דיש לו שליחות וזכי' מטעם שליחות ה"נ כיון דזה זכות למשכיר נעשה שלוחו שלא מדעתו כדי שיזכה בתשלומי הפרה אם תמות ביד שואל וגם במפקיד אצל חבירו חפץ של הקדש הוי כשליח ההקדש להפקיד לשמור דיש שליחות להקדש דהא מסקינן בפ"ק דקידושין דף כ"ג כהנים שלוחי דרחמנא וכ"כ התוי"ט פ"ג דמעילה הובא בקצו"ח סימן ר' דיש שליחות להקדש מכח ראי' שכתבתי לכן פטור הנפקד מלשלם למפקיד וא"צ לטעם הנ"ל דליכא משיכה בהקדש אבל בשל עכו"ם דאין לו שליחות וזכי' אף דממונו הוא וכמ"ש הריב"ש סימן ת"א בקונה חמץ לגוי בחוה"פ במעותיו של גוי אין הגוי קונה אותה דאין שליחות וזכי' לעכו"ם והרי הוא חמצו של ישראל הקונה וא"כ י"ל לכ"ע נעשה מפקיד או משאיל הישראל בע"ד של השואל ובזה הוה א"ש מ"ש הש"מ כאן דמשלם שוי' של סייף וכן הא דכתב הסמ"ע לעיל ס"ב דאם השכין משכנו של גוי לישראל אחר ברבית דמלוה הוי ש"ש משום דיש לו הנאה עיי"ש דלטעם זה דלא נחית דישראל ראשון שלוחו של שני ע"כ הוי בע"ד של המלוה דל"ל דהוא כשלוחו של העכו"ם דא"ש וזכי' לעכו"ם וגם צריך להיות שליח של בעל הממון דהיינו העכו"ם שהוא בעל המשכון וכמ"ש תוס' בפא"נ דף ע"א ע"ב.

אלא דצ"ע לפמ"ש נתיבות סימן קפ"ב דאם נתן לשליח גוי או קטן כסף לקנות קרקע קנה המשלח דהשליח מעשה קוף בעלמא עביד להוליך המעות להמוכר וא"כ ה"נ כיון דהחפץ של עכו"ם א"צ דין שליחות רק מעשה קוף דכשמשכו שומר שני נעשה שומר

לבעלים ע"י משיכת החפץ וי"ל דאין הנתיבות חולק על הריב"ש הנ"ל דדוקא כשידע המוכר שהשליח קונה לצורך אחר מכוין להקנות להמשלח בלקיחת הכסף ושליח מעשה קוף עביד אבל הריב"ש דמיירי כשאין המוכר יודע כמ"ש במקו"ח סימן ת"נ עיי"ש וא"כ לא מיכוין להקנות אלא לשליח רק אי הי' בר שליחות הוי ידו כיד משלחו וקונה משלחו על ידו וכמ"ש הרא"ש פרק הגוזל עצים סימן ח"י וע"כ ה"כ כיון דמיירי דלא הודיעו לשואל שהוא סייף של גוי לא נעשה רק שואל של ישראל ומשלם לו שוי' ובכה"ג אפשר גם דינו של שע"מ צודק דאם אינו משלם להגוי שוי' מ"מ נוטל מהשואל שוי' ומ"מ גם זה אינו מוכרח די"ל דלא הוצרך הרא"ש לומר דהוי כשלוחו על הא דס"ל לר"י דאין השוכר נוטל התשלומין דבזה לק"מ כיון דאין הפרה שלו ולא מפסיד למה יטול בחנם רק קשה לו למה יחויב שואל לשלם למשכיר הא לא השאילו לו ולא נעשה שואל שלו לזה הוצרך הרא"ש ליתן טעם דהוי כשלוחו של משכיר וכן מסתבר מאד רק דאין לנו לומר דפליגי ר"י ורבנן בתרתי טעמי ולולא דהוי כשלוחו לר"י יודה לרבנן דמרויח השוכר והשואל שומר של שוכר ומוכרחין אנו לומר כן שלא יסתר המחבר את דבריו דבסימן ש"א פסק דבנכסי עכו"ם אין דין שומרים וכאן פסק דהשואל משלם שוי' ובסימן ש"ז פסק דשואל בע"ד של משכיר ול"ל דמשכון שאני דיש למלוה קנין בו ע"י מעותיו שהלוה עליו וגם להכי השכינו דא"ל יפדנו יוחלט לו וכיון שנאבד ואינו פודהו הרי הוא קנוי לו לכן הוי הוא בע"ד של השואל דתינח נגד החוב אבל אם שוה יותר מהחוב הרי השאר של הגוי.

ואפשר דעד כאן לא פליג ר"י רק משום דלא יעשה סחורה בפרתו של חבירו כיון שיהא מכח זה ריוח לבעל הפרה אבל הכא דאין דין שומרים לעכו"ם ובלא"ה לא יטול העכו"ם מודה דהריוח של המשאיל ועיין יו"ד סימן קס"ט סי"ד והגהות פי"ד סימן שמ"ו.

אמנם דברי הגמ"ר שממנו מקור דין זה י"ל בלא"ה דאפשר ס"ל כפוסקים כר"ש דדבר הגורם לממון כממון דמי וכיון דישראל המשאיל חייב באחריותו לעכו"ם דידם תקופה בדא"ה הוי השואל כשומר של ישראל וגם אפשר לא ס"ל כלל דשומר לעכו"ם פטור וגם אפשר ס"ל דגם בדברים שנתמעטו מדין שומרים חייב בפשיעה ולהכי נקט שאבדו ולא נקט שנאבד אלא דאבדו בפשיעתו וגם כיון דכסבור דשל ישראל הוא הרי נחית אדעתא דישראל וקיבל עליו חיוב שואל לישראל וכמ"ש תוס' כתובות בפרק אעפ"י דף נ"ו בסד"ה הרי זו דחייבה תורה ש"ש על שלוקח שכר ושואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה עיי"ש ול"ל הכא דהוי קבלה בטעות דטעה וכסבור דשל ישראל הוא דהא אלו ידע דשל עכו"ם הוא הי' מתחייב ביותר אפילו מה שיעליל עליו כיון דהישראל

נכנס ערב בעבורו לגוי וכמ"ש הנתיבות ואף דבפרק הזהב גבי הקדש מצריך קנין הא כתב הריטב"א שם משום דבהקדש ל"ש הנאה דמאמינו וגם לתוס' ושאר פוסקים דבכל דבר שנתמעטו מדין שומרים והתנה להתחייב צריך קנין י"ל משום דהוי כאסמכתא לא גמר ומקנה בלא קנין וכאן דכסבור דשל ישראל הוא ונשתעבד לכל הכתוב בפרשה ע"כ לא נתכוין להסמיך בלבד דהא ב"ד יוציאו מידו ע"כ לפי דעתו דשל ישראל הוא וכמ"ש מג"א בסימן תמ"ח בדעת הראב"ד דבישראל שנתחייב לעכו"ם ליכא דין אסמכתא משום דבדיניהם ל"ה אסמכתא גמר ומקנה ועיין חת"ס חחו"מ סימן ס"ו ואה"נ אלו קיבל עליו חיוב נגד עכו"ם לבד ל"ה צריך קנין לדעה זאת אבל המחבר דפסיק ותנו לקמן סימן ש"א דגם בנכסי עכו"ם דוקא קנו מידו ואפילו בפשיעה פטור בלא קנין מנ"ל האי דינא.

והנה במרדכי פרק החובל סימן ק"א אהא דממון עניים דלא קיץ פטור השומר כתב ז"ל אם הגבאי אומר לשומר שמור לי לצורכי ארנקי של צדקה ואם תפשע תתחייב לי חייב והוא אינו יכול לפטור עצמו אלא משלם לגבאי והגבאי מיהא יש לו להחזיר לעניים ואין לו להרויח בדבר כי למה יעשה סחורה במעות של צדקה וקי"ל כר"י דאמר תחזור פרה לבעלים הראשונים עכ"ל והובא בהג"ה סימן ש"א בקיצור אם הגבאי אומר לשומר שמור לי חייב כשאר שומר ובטור שם כתב הופקדו אתו מעות של עניים דינו כשל הקדש ופטור עליהן וכתב הפרישה ז"ל בב"ק ל"ג יליף לה מדכתב לשמור ולא לחלק ופירש דע"כ לא חייבה תורה לנפקד אלא בשנמסר לידו ע"ת לשמור דהיינו שיחזיר לאח"ז לזה שהפקידו בידו אבל זה שמסר לידו מעות עניים לאו אדעתא שיחזיר ויקחם מידו אלא שהוא יחלקם וא"כ לאו שומר של המפקיד הוא וכ"ת א"כ שומר של עניים הוא לא מקרי שומר בשבילו שאין שום אחד יכול לתובעו ונראה דמ"ה דייק הטור וכתב דינו כהקדש פירש הר"ז כמו שהפקידו בידו הקדש שאין מחזיר לרעהו הפקדון וגם אין מי שיתבע אותו ממנו ולהכי לא נקט אינך דחשוב לעיל דפטור בהו לפי שהנהו לא מטעם זה איתמעטו עכ"ל וכה"ג כתב בסמ"ע שם ולפ"ז חזינן אף דהממון אינו של המפקיד והוא ממון שא"ל תובעין מ"מ אם הפקידו ע"מ להחזיר לו חייב ולכן כשאמר שמור לי דהיינו שיחזרו לו חייב וכמ"ש הסמ"ע שם וא"כ ה"נ בהקדש דאיתמעט מרעהו אם פירש שמור לי חייב וכן בשל עכו"ם וא"כ עולין דברי הגמ"ר והש"ע כאן יפין דודאי כשמור לי הוא דהא משאיל זה יש לו חוב על הסייף אצל העכו"ם והעכו"ם ממנו יבא לעדות וכ"ש כשהשואל לא ידע כלל שהוא של עכו"ם דקיבל עליו לשמרו למשאיל ולהחזירו לו וכן לעיל ס"ב בדברי הסמ"ע י"ל בזה ויש ראי' לזה משו"ת ר"ח א"ז סימן ר"ס הבאתיו לקמן ס"ס פ"ב.

אמנם מדברי המרדכי פ"ק דב"ב סימן תק"ג לא משמע הכי וגם מהמרדכי הנ"ל דפרק החובל לא משמע כן דהצריך שיפרש אם תפשע תתחייב לי ולא סגי במה דאמר שמור לי לצורכי אף דאז ג"כ הפקידו אצלו כדי להחזיר לו ונתיבות שם כתב דע"כ הך ותתחייב לי ל"ד דא"כ הי' צריך קנין ונדחק לומר דבממון יש ברירה ולמי שירצה הגבאי ליתן הוברר דשלו הוא והוי ממון שי"ל תובעין ולא נראה כלל להוציא ממון עי"כ דקי"ל א"ב גם בממון וכמבואר בשו"ת ת"א לרשב"א סימן פ"ב.

אבל לע"ד כיון דחיוב שנתחייב זה באחריות תועלת הצדקת הוא דהגבאי צריך ליתנן לעניים כדמסיק המרדכי שם לכן א"צ קנין ובזה מדויק מאד לשון המרדכי חייב והוא א"י לפטור עצמו והיינו נהי דכאן מהני מצד נדר אם התיר לו החכם פטור אף דאסור להתיר נדר זה מ"מ בדיעבד מהני וכמבואר ביו"ד סימן רנ"ח ס"ו וע"כ דייק והוא א"י לפטור עצמו אבל אחרים פוטרין אותו ע"י שאלה והיתר וי"ל גם חכם א"י להתיר לו בלא דעת המפקיד כיון דא"ל אם תפשע תתחייב לי הוי כהדירו ואין לו היתר בלא דעתו עיין יו"ד סימן רכ"ח בש"ך סק"מ וס"ק מ"ג מ"ש בשם המרדכי וכאן הדירו לתועלתו דהגבאי יש לו טוה"נ כשמחלק הצדקה למי שירצה.

ועיין ב"י לקמן סימן זה מחודש ל"ב בשם המרדכי פ' חז"ה דמספ"ל אם משכנו של עכו"ם ביד ראובן והפקידו אצל שמעון ומת העכו"ם אם זכה שמעון במה שהמשכון שוה יותר מהחוב אי נימא כיון שמכח ראובן תופס אותו לא קנה עכ"ל והיא בש"ע בסעי' מ"א וש"ך תמה שם מה הספק ובגליון שאצל ביאור הגר"א כתב דהספק מכח דברי ריטב"א שבב"י סימן פ"ג ובש"ך סימן כ"ח סק"ז דשמעון שהפקיד חפץ של ראובן אצל לוי אין לוי יכול לתפוס מחמת דראובן חייב לו דצריך לעשות השבה מעליא לשמעון שהפקיד אצלו עיי"ש הרי עכ"פ ספיקא הוי אם אזלינן בתר בעל החפץ או המפקיד חשוב בע"ד ולדידי' צריך להשיב וכיון דהש"ך לקמן סעי' מ"א ובסימן נ"ח סק"ח פסק דאין חילוק בין נפקד לאחר ה"נ אזלינן רק בתר בעל החפץ דלא כשע"מ ועיין רשד"ם ס"ס רס"ו שלפי דעת רבינו ירוחם שהביא שם מוכח ג"כ דלא אזלינן בתר המפקיד רק בתר ווי שהפקדון שלו ולרש"י אזלינן בתר המפקיד.

סעי' יב נשבע הלוה היסת שלא הי' שוה פחות מסלע והמלוה נשבע שא"ב ויכלול בשבועתו שלא הי' שוה יותר מסלע ואם הי' הלוה מאמינו שנאבד גם הוא לא ישבע אלא היסת הקשה הסמ"ע הא לקמן סט"ו איתא דכשהלוה צריך לישבע כמה הי' שוה לא ינצל המלוה משבועה שא"ב אף במאמינו עיי"ש ולכאורה ר"ל לפמ"ש ש"ך לקמן ס"ק ס"ג בשם בע"ת דחשש דכשיוציא ש"ש מתחלל היינו דיהא שבועת לוה לבטלה וכ"ד

המחבר ולפ"ז י"ל דכל החרדה בשבועה בשם וכנוי אבל היסת לא חמיר בזה מחרם דל"ח שיוציא המשכון כמ"ש הש"ך בס"ק ס"ג ומצאתי אח"כ בפרישה כ"כ והא דלעיל ס"ט כשהלוה כופר בכל וצריך היסת נשבע המלוה תחלה שא"ב י"ל משום דבלא"ה דינא הכי דאל"כ יכול הלוה לומר תן לי משכוני ואפרע וכבר הקשה באס"ז בב"מ דף ל"ה דלמה צריך לטעם שמא יוציא דבלא"ה דינא הכי כמ"ש ותירץ כיון דלוה מודה במקצת וחייב שה"ת הל"ל דלוה ישבע תחלה ואח"כ המלוה שד"ר עיי"ש וא"כ בלוה חייב רק היסת דינא שישבע תחלה המלוה שא"ב בנק"ח אמנם מלקמן ס"ס ע"ה מוכח דגם בהיסת חיישינן להכי ועש"ך ס"ק פ"ו שם לכן נלע"ד דבלא"ה קשה למה שינו הטור והמחבר הסדר כאן דכתבו נשבע הלוה היסת וכו' והמלוה נשבע הא הדין שישבע המלוה תחלה וכאשר דקדקו עד כאן וב"ח וסמ"ע וש"ך כתבו דלאו דוקא ולע"ד שורת הדין הכי הוא דכ"ז שלא נשבע הלוה שלא הי' שוה פחות לא נדע אם ישבע וכשלא ישבע ממילא לא ישבע המלוה בנק"ח שלא הי' שוה יותר אף דגם אם נחייב למלוה לישבע תחלה וכשלא ירצה לכלול בשבועתו שלא הי' שוה יותר מסלע יפטור הלוה מלישבע מ"מ כיון שאפשר יתברר ע"י שלא ירצה אחד לישבע שהשני א"צ לישבע וא"כ אם נשבע הוי לבטלה ומוטב נכריח לוה להיסת ולא נכריח את המלוה לנק"ח ובשם דודאי יותר יתחלל ש"ש אם יתברר שנשבע בשם ונק"ח לבטלה מאם נשבע רק באלה ויותר חשש שלא ירצה לישבע משיוציא המשכון וגם בסיפא במאמינו אם ישבע מלוה תחלה שלא שוה יותר ושא"ב ואח"כ לא ירצה הלוה לישבע נמצא נשבע המלוה שתי שבועות אף שנכללו מ"מ שתים הנה בחנם דהא אם היינו מחייבין הלוה לישבע תחילה והי' משלם לא הי' המלוה נשבע כלל אבל עתה דלוה נשבע תחלה א"ל ירצה מלוה לישבע יהא רק חדא שבועה בחנם ואפילו יוציא המלוה המשכון לכן אין כאן חיוב שבועה שא"ב על המלוה ויכול כ"א לישבע תחלה ולפ"ז לעיל סעי' ט' אם מאמין הלוה שנאבד א"צ לישבע שא"ב בנק"ח דיותר נכניס עצמינו בספק היסת לבטלה מבספק נק"ח בחנם דכשנשביע למלוה בנק"ח ואח"כ לא ירצה לוה לישבע היסת יתברר דנשבע מלוה בחנם ובלאה"נ כתב בשע"מ דאם מאמינו שנאבד א"ל המלוה רק היסת גם לסמ"ע וש"ך.

סעי' י"ג היו עדים שנגנב כתב הש"ך בס"ק נ"ג דוקא עדים ששוה יותר דאל"כ נאמן במגו דל"ה מגו דהעזה ועוד דחושב הלוה דמלוה לא קי"ל בגוי' וא"י ותומים ונתיבות תמהו דא"כ שבועת שומרין ומו"מ האיך משכחת הא י"ל מגו דהחזיר וכופר בכל וע"כ או מגו לאפטורי משבועה ל"א או מגו דהעזה ל"א לפטור משבועה ומ"ש הש"ך דמהימן במגו דא"י א"כ במלוה אומר ה' דנרין הי' שוה ליהימן במגו דא"י אם שוה יותר מסלע

עיי"ש ולפע"ד י"ל כיון דאמרינן בפרק המפקיד דף ל"ה מלוה לא קי"ל כמה שוה ועש"ך ס"ק נ"א א"כ הוי מגו בדדמי ע"כ ישבע שידייק היטב אבל הכא דטען דלא פשע זה יכול לדעת ומהימן במגו ומה שהקשו ש"ש האיך משכחת י"ל לפמ"ש ש"ך בסימן פ"ב בכ"מ דוקא בדבר דהימני' תחלה ולא הי' לו אח"כ שום עסק אחר ל"א מגו דהעזה אבל כשהפקיד אצלו ואח"כ מעכב הפקדון מחמת שאר טענה כגון דעיזיו אכלו חושלי' נאמן במגו עד כדי דמיו דאעפ"י שזה האמינו והפקיד תחלה אצלו מ"מ נעשה לו אח"כ עסק עמו עכ"ל שם אות וא"ו וא"כ ה"נ הרי נגנב המשכון בעדים ונולד חדשות לדון על שיוי המשכון יכול להעיז בשוי' ונאמן שלא פשע במגו דלא שוה יותר מחובו משא"כ כשלא נודע שנגנב א"נ דנגנב או נאנס במגו דלהד"ם והחזרתי דא"י להעיז כיון שלא נתחדש עסק ביניהן,

ועוד כאן עדיף יותר נהי דהימני' תחלה על המשכון שלא יכפרנו אבל על חיוב המלוה לשלם מכיסו אם יגנב ולא יכפר לו בשומת המשכון בזה לא הימני' כלל דא"כ הי' להם לשום המשכון תחלה כמה שוה לידע כמה ישלם כשיגנב דבלאו שומא אין המלוה מדקדק במה שוה דלא קי"ל בגוה ונהי דתחזיקו למלוה לנאמן מ"מ ה"ל לחוש אם יגנוב ובתום לבבו לא ידע ויפטר אע"כ כיון דל"ש לא עלתה ע"ד ואדרבה הימני' שישמרנו יפה דגם דמיו בו ועתה שיש עדים שנגנב ותובעו הלוה שישלם לו המלוה מכיסו יכול להעיז דל"ה שוה יותר מהחוב ונאמן שלא פשע במגו.

סעי' ט"ו ונמצא ש"ש כתב הש"ך דהכונה שע"י שיהא שבועה לבטלה נמצא ש"ש מתחלל דלא כפרש"י שיפסל וכדמוכח מלקמן סימן ע"ה ולפ"ז יכול המלוה לומר לא אשבע שא"ב כיון שמצוי' בשוק ותקבל אתה בחרם כמה הי' שוה ובשע"מ כתב דמוכח מדברי רמב"ם פ"ה מטוען ומטור לקמן סימן צ"ה להיפך דכתבו שם האומר לחבירו שטר מסרתי לך ועשרה דינרים הי' לי בו ראי' והלה אומר להד"ם ישבע היסת הפכה עליו הר"ז נשבע והקשה הפרישה איך ישבע תובע ניחוש שמא יוציא הלה את שטרו ויראה דלית בו ראי' כ"כ כמו שנשבע ונמצא ש"ש מתחלל ותירץ דודאי תובע יודע כמה יש בו משא"כ במשכון דתלוי בשומא וא"כ מוכח דלא ס"ל כר"ח עיי"ש

ולע"ד י"ל קושית הפרישה דשא"ה כיון דטען בב"ד להד"ם לא יוציאו לגלות קלונו שכפר בעיקר משא"כ בטוען אינו ברשותו י"ל מצאתיו אח"כ ועוד בשלמא במשכון הא דחיישינן שיוציאו לא שטען שקר רק ימצאנו אח"כ לפיכך ישבע שא"ב כדי שיטרח ויחפש אחריו ולא ישבע כמ"ש באס"ז משא"כ כשטוען להד"ם נאמר שטוען שקר ונרמי

עליו שבועה כדי שיודה האמת ה"נ כשנטיל השבועה על התובע אפשר יודה האמת ולא ישבע.

אמנם לדינא נ"ל כיון דיש בזה פלוגתא בין רש"י ותוס' יכול המוחזק לומר קי"ל לכן אם מטיל על הלוה חרם יכול הלוה לומר קי"ל דהטעם כרש"י שלא יפסלנו ולא אקבל בחרם עד שתשבע שאינו ברשותך אף דמצוי בשוק ואם הלוה בא ליטול יכול המלוה לומר קי"ל ואינו נשבע כלל רק קבל בחרם וטיל כי קי"ל כר"ח ולפ"ז י"ל לפיכך נקט המחבר כאן ונמצא ש"ש מתחלל דמשמע כשיטת רש"י לפי פשוטו ובס"ס ע"ה מוכח דס"ל כר"ח אלא משום דהתם הלוה מוחזק י"ל לא אשבע עד שתבטל כל שטרי דקי"ל כר"ח ובטור דסימן צ"ה דנתבע מהפך על התובע ג"כ י"ל קי"ל כרש"י.

סעי' ח"י נשבע הלוה עש"ך ס"ק פ"ב ועמ"ש לעיל סימן נ"ד ס"ב.

שם בהג"ה אמר בשעה שראו העדים בשו"ת אבקת רוכל כתב ראובן שהוציא שטר בעדים על שמעון כתוב בו שהודה שמעון שחייב לראובן תשעים פרחים גם הודה איך לקח סחורה במאתן פרחים מראובן והקיפם לאדון חציין מלוה עליו וחציין באחריות ראובן ומחויב לפרוע לראובן המאה ותשעים פרחים בשובו לביתו רק ראובן חייב לו שמונים פרחים ונתרצה שמעון שיתפרע מן החצי שהם באחריות ראובן כשיגבם ורצה השואל לדמותו לתשובת רא"ש זה כיון שכבר הודה בעדים מה שיש לראובן אצלו אינו נאמן במה שאמר שראובן חייב לו והמחבר השיבו דעדות שבשטר כנחקרה עדותן בב"ד הוי כהודה מתחלה בב"ד ומהימן במגו עיי"ש סימן קמ"ד קמ"ה.

בש"ך ס"ק צ"ב כתב ואפילו טוען בפירוש החזרתי לך אינו נאמן ובשע"מ ס"ק כ"ב השיג על הש"ך דר"י בעל התוס' שכתב דא"י לטעון החזרתי משום דאינו ראוי להחזירו לפי אותו טענה והוחזק כפרן ע"כ ס"ל ברבינו יונה שבטור לקמן סימן ע"ט דגם על כפירה לפני עדים הוחזק כפרן וע"כ אם אומר החזרתי הרי מודה כשאמר לפני העדים כשראוהו בידו מכורה אצלי בשקר טוען דאל"ה למה לא מהימן לומר החזרתי הא מבואר בסימן ע"ט ס"ט דאם אמר אחר שאמר לא לוית לפני העדים פרעתי נאמן וא"כ אנן דלא קי"ל כרבינו יונה שם ליתא לדברי הש"ך עכת"ד ולא נראה דבשלמא בסימן ע"ט בהלואה די"ל אשתמוטי משתמיט לא הוחזק כפרן לכפור בפני ב"ד אף דכפר ונשתמיט בפני עדים משא"כ ש"ך ור"י בתשובה דמיירי בחפץ בעין וראו העדים בידו וטען מכור הוא אצלי ובעשוי להשאיל דמוקמינן בחמ"ק ודאי שיקר וכ"ש דהא עתה מודה ששיקר דטוען החזרתי א"כ כשכפר לפני עדים הי' דעתו ודאי לכפור גם כשיביא אותו לפני ב"ד דאל"ה הי' מחזירו עתה דיודע ודאי שיביאו לב"ד ומה יעשה ביום שידובר בו לפני ב"ד.

ומ"ש ראי' מטור ובע"ת דראוי להחזיר אחר שכפר מבואר בנתיבות ראי' מבע"ת להיפך דכיון דכפר בעדים תו אינו ראוי להחזיר קודם שיחייבוהו ב"ד אף דלא נעשה כפרן והוא מבע"ת שער מ"ב ח"ז דין א' דכתב דאם אמר אחר שנתעצמו בדין פרעתי נאמן משמע דאם טען פרעתי קודם שחייבוהו ב"ד א"נ והא דלקמן סימן ע"ט דאם אמר פרעתי אח"כ נאמן היינו אחר שנתחייב בב"ד וכשהי' לפני ב"ד שתק ולע"ד סתימת לשון הטור והש"ע דלקמן סימן ע"ט אין סובלין פירש רחוק כזה דכל כה"ג לא ה"ל למסתם דאם הביאו לב"ד מה זו שתיקה וגם הבע"ת שכתב שנתעצמו בדין דלשון זה הוא בפז"ב דף ל"א ע"ב שנים שנתעצמו בדין אחד אומר נדון כאן ואחד אומר נלך לבית הועד ופרש"י נתעצמו שנעשו קשין זה לזה ואם שתק לא נעשה קשה ויותר ה"ל לבע"ת לומר דאמר פרעתי אחר שעמדתי בדין כמ"ש שם באותו ענין עיי"ש לכן נראה דכונת בע"ת דלאחר שנתעצמו בדין היינו בתחלת הדין לפני ב"ד מיד אמר פרעתי ולאחר שנתעצמו היינו שזה תובעו בב"ד פרע לי מה שאתה חייב לי וזה אינו רוצה לפרוע לו ואומר איני חייב לך וכדומה שזה אומר הדין עמי וזה אומר הדין עמי ולא אתי בע"ת רק לומר כשעמדו בדין לא טען לא ליתי כמו שאמר לפני העדים דא"כ הי' נעשה כפרן בב"ד ומה שהביא בנתיבות סימן ע"ט סק"ה לשון בע"ת דאם טוען פרעתי אח"כ אחר שנתעצמו בדין האי אח"כ אינו בבע"ת לכן לע"ד אפילו טוען פרעתי קודם שעמדתי בדין נאמן ולא אמרינן כיון דכפר לפני עדים תו לא הי' ראוי לפרוע עד שיחייבוהו ב"ד כמו כאן דשאני הכא דהחפץ בעין משא"כ התם י"ל אישתמיט עד דה"ל זוזי ואז פרע ומ"ש הנתיבות כאן דבטור סימן ע"ט מבואר דהדין כן גבי פקדון אגב שיטפא כ"כ דליתא שם בטור רק בס"ט בתבעו מנה פקדון ובמעות גם בפקדון י"ל אשתמוטי עד דבחישנא כדלקמן סימן צ"ב לכן לולא דהוחזק כפרן ראוי להחזיר אף שלא חייבוהו ב"ד עדיין.

ובלאה"נ צריך להבין דעת בע"ת וטוש"ע בהך דסימן ע"ט ס"ט דאם תבעו והשיב לא ליתי באתם עדים דאם הכחישוהו עדים שלוה אינו נאמן לומר פרעתי מקודם דכל האומר לא ליתי כאומר לא פרעתי ואם טען פרעתי אח"כ נאמן אם כשכפר תחלה הי' שלא בפני ב"ד דלא הוחזק כפרן רק כשכפר בב"ד עיי"ש והא מקור הדבר מע"ק דב"ב דף וא"ו בהא דא"ל מנה לי בידך וא"ל הן למחר אמר תנוהו לי ואמר להד"ם חייב משום דהאומר לא ליתי כאומר לא פרעתי והקשו הראשונים נימא מפני שהוחזק כפרן שהרי מודה בעדים שהי' לו מנה בידו ועכשיו אמר להד"ם ותרצו ראב"ד ורשב"א הובא באס"ז שם דאצטריך היכא דטעין שלא בב"ד להד"ם משום דעביד אינש דלא מגלי טענתו אלא בב"ד עיי"ש והנה הא דלא עביד אינש דמגלי טענתו חוץ לב"ד מקורו בפחז"ה דף ל"א

בטוען וחוזר וטוען ומבואר שם ברשב"ם ורא"ש דאינו רוצה שיחשוב שכנגדו תשובה על דבריו ובמזיד טוען טענות אחרות להטעותו עיי"ש וא"כ התינח שגם עתה בא בטענה לפטור ואפשר אמת אתו לכן לא רצה מעיקרא לגלות טענתו כיון דחבירו תובעו שלא כדין אבל אם באמת חייב אם אינו כפרן למה לא גילה טענתו בשלמא בהך דפ"ק דב"ב שפיר תרצו דצ"ל דהאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי משום דאל"ה אף דבמביא זה עדים שכבר הודה לו אתמול שחייב בו מ"מ יוכל לומר פרעתיך אח"כ ומחמת דתבעת אותי בחנם לא רציתי לגלות לך טענתי חוץ לב"ד ואמרתי להד"ם לכן הוצרך הש"ס לומר כאומר לא פרעתי דמי והודאה מתוך כפירה מהני חוץ לב"ד וכיון דהוי כאומר לא פרעתי וחייב באמת תו ל"ל דלא רצה לגלות טענתו חוץ לב"ד כדי להטעות חבירו דלמה יעשה כן דודאי רצה לכפור באמת לכן מטעהו כדי שיצא זכאי גם בב"ד וכן כשאמר לפני עדים לא לויתי והביא התובע עדים שלוה כיון דכאומר לא פרעתי דמי וע"י עדים ידענו שלוה למה לא נחזיקנו כפרן דאם לא רצה לגלות טענתו חוץ לב"ד כדי שלא יחשוב התובע מה להשיב נגדו בב"ד מוכח דאדעתא לכפור גם בב"ד כמר מתחלה וה"ל להיות מוחזק כפרן ולא ליהמן שוב לעולם לומר פרעתי בממון זה אע"כ ל"ל אף דלא רצה לכפור לו לחלוטין מ"מ לא רצה לגלות טענתו אלא בב"ד כי לא הי' לו זוזי לשלם ולטרח בעצמו למכור נכסיו אינו מחויב כדלקמן סימן ק"א ועכ"פ יכול לבקש זמן ב"ד ואם לא יהא לו לשלם אין מלוה רשאי לירד בעצמו לנכסיו ליקחם בחובו או למוכרן כדלקמן סימן ק"ג ס"ו וצריך שומא בב"ד והכרזה ודין איזה ימכור אם בינונית או עדית וכדומה ושומא הדרא כשנמכר ע"י ב"ד ומסדרין לב"ח וא"כ הרבה טענות יפלו ביניהם אף כשיודה שחייב וגם עביד אינש דיזיף בצנעא דלא לתזלו נכסי' שלא יבינו העולם שהוא דחוק למכור נכסיו לפרוע כדאיתא בפחז"ה דף מ"ב לכן כיון דהתובע אינו יכול למעבד דינא לנפשו וכשאין לו מעות ע"כ יביאו לב"ד אינו מחויב הלוה להודות לו כלל חוץ לב"ד להפסיד לעצמו לכן לא הוחזק כפרן כלל וגם יכול לומר פרעתי אחר שאמרתי חוץ לב"ד להד"ם כי באמת רציתי לשלם רק לא רציתי לגלות חובי וטענתי חוץ לב"ד ובתום לבבי ובנקיון כפי עשיתי זאת וא"כ בטענו חפץ מבורר שהוא שלו ויחזירנו לו והלה כופר שלא בפני ביד ואומר לקוח הוא כשנתברר אח"כ דשקר טען ודאי הוחזק כפרן דלזה א"צ ב"ד דעביד אינש דינא לנפשי' בחפץ בעין ומבורר שהוא שלו כדלעיל סימן ד' גם הוא הי' מחויב להחזיר לו תיכף ומיד ולמה כיחש לו ואם שלא רצה לגלות טענתו חוץ לב"ד משום שלא ילמד התובע מה שיטעון נגדו בב"ד מזה גופא הוכחה דכפר אדעת לכפור גם בב"ד.

ש"ך ס"ק צ"ד אין דברי הרב מדוקדקים במ"ש ואם יש ע"א דהא גם בב' עדים שבא לידו בתורת משכון וראוהו עתה בידו הדין כן דלסברא אחרונה המלוה נשבע ונוטל וכו' ולע"ד ה"ט דהרמ"א דבתשובת רשב"א סימן תתקל"ט כתב כיון דע"כ עומד להחזיר כמוחזר דמי כמו בספק אילן קדם רק כיון די"ל לקוח חשוב המלוה מוחזק נראה כונתו אף דיש לו קנין במשכון דהא זכה כשהחזיק וישב על המקום כמ"ש בטו"ז לקמן סימן קצ"ב ס"ז אך כיון דגם לפי טענתו ע"כ יחזיר רק תובע דמים חשוב לוה מוחזק דהא גם בספק אילן קדם יש לבעל האילן קנין בו מעולם ומ"מ כיון דעומד לקוץ כקצוץ דמי אך כיון די"ל לקוח אינו עומד בודאי להחזיר דאפשר יטעון לקוח לכן מלוה חשוב מוחזק עיי"ש שכן מוכח כונתו ולפ"ז ה"נ דוקא בע"א כיון דאם טען לקוח נאמן נגד העד הוי כמוחזק אף שטוען עכשיו דאינו לקוח ומגו ל"ה משא"כ בשני עדים אף דקנוי לו המשכון ל"ח כמוחזק דאין שום טענה מעכב מלהחזיר.

סעי' כ"ו מדחי לי' ברדב"ז ח"ב כתב דאם קנו מיד לוה מסתברא דגמר והקנה.

סעי' כ"ז המשכון הילך עש"ך ס"ק קי"ח הקשה מרמב"ם ונתיבות ותומים תרצו כשמחליט לו המשכון הוי הילך והרמב"ם מיירי כשאינו גובה מהמשכון רק שנותן לו מעות מביתו עיי"ש ויש להבין דהא לשון הרמב"ם שהובא בש"ך מנה לי בידך על משכון זה אין לך בידי עליו אלא חמשים תר"ז מודה במקצת וישבע ואם אין המשכון שוה אלא חמשים או פחות הרי זה נשבע ומשלם החמשים שהודה בהן הי' המשכון שוה מאה או יותר הואיל והמלוה יכול לטעון עליו עד כדי דמיו הרי המלוה נשבע ונוטל מדמי המשכון הי' שוה שמונים נשבע המלוה שאין לו פחות משמנים ונוטלן מן המשכון ונשבע הלוה מן התורה על העשרים שכפר בהן עכ"ל הרי בסיפא מבואר דנוטל מן המשכון ומ"מ נשבע הלוה מן התורה ונראה דדקדק הרמב"ם דברישא כתב דמשלם החמשים ובסיפא כתב דנוטלן מן המשכון דברישא שאינו נוטל רק מה שמודה לוה מוכרח הלוה לשלם מכיסו ואי"ל טול המשכון בחובך כדלקמן בסוף סימן זה ובסיפא דנוטל יותר מן הודאות הלוה במגו דלקוח אינו יכול לכוף ללוה לשלם מעות דלא עדיף מאם הי' טוען לקוח וגם ל"ל על השלשים שיש הכחשה דנאמן המלוה במגו דלקוח לא נכוף ללוה לשלם מכיסו והחמשים שמודה ישלם מכיסו ויקח נגדן מהמשכון דלוה יכול לומר לדידי שאיני חייב לך רק חמשים איני צריך לשלם לך כלל עד שתחזיר לי כל המשכון בעד החמשים דאחר שתקח מהמשכון שוה שלשים תו איני חייב לך רק עשרים וליקח מהמשכון שוה עשרים הרי כבר לקחת שוה ששים ונפרעת יותר מחובי לפי דברי וליטול מכיסי אינך נאמן ולפ"ז אם לא ישבע המלוה ואינו נוטל רק חמשים

מוכרח הלוה לשלם מכיסו וע"כ לא הוי הילך בשעת הודאתו דמי יימר דמשתבע מלוה וכמ"ש הר"ן בס"פ שה"ד דהיכי דע"י הודאתו לא מיחייב עד שישבע המלוה לא חשוב הודאה דמי יימר שמשתבע וה"נ ל"ח הילך וכ"כ הש"ך לקמן סימן פ"ז בסק"ה דהיכא דמלוה צריך לישבע ולגבות מהמשכון ל"ח הילך והגם שיש לומר בלא"ה לפמ"ש הש"ך שם סימן פ"ז סק"ד דכשנותן לו רשות למכור המשכון ע"י ב"ד לא הוי הילך כיון דמחוסר שומא לכן כאן נמי בסיפא דכתב הרמב"ם בשוה שמונים נוטלן מן המשכון היינו אחר שימכר ע"י ב"ד ושומא מ"מ דוחק לומר כן דמשמע דכבר נישום וידוע שויו שמונים אלא די"ל שנישום אחר טענתן ומ"מ לדינא נכון מ"ש.

סעי' כ"ח זה נשבע באס"ז פחז"ה דף ל"ג סוף ע"א משמיע מרבינו יהונתן דבהיסת לא אמרינן דזה נשבע וזה נשבע אם אחד ודאי נשבע ש"ש וכמ"ש לקמן סימן קמ"ב

עומד הדבר עד שיתרצה אחד מהם ואם לא נתרצו שניהם נשבעים בנתיבות ושע"מ תמהו כיון דבהיסת כשנהפך וחברו אינו רוצה לישבע פטור זה ה"נ יפטרו שניהן גם קשה מסימן קל"ח ס"א עיי"ש ולע"ד בלא"ה יש סתירה מיני' ובי' דתחלה אמר עומד הדבר עד שיתרצה אחד א"כ כ"ז שלא נתרצו יעמוד הדבר ואין לזה על זה והדר אמר א"ל נתרצו שניהם נשבעים לכן נלע"ד דהך וא"ל כונתו שאינם רוצים שיעמוד הדבר אלא כיון ששמעו הדין שיעמוד הדבר אומרים שיגמור הדין מיד אזי חוזר הדין דשניהם נשבעים ויטילו גורל מי נשבע תחלה ומוכרח לישבע כיון שאינו רוצה שיעמוד הדבר מיראתו שלא יתחמץ שכנגדו או דלא להזילו נכסי' וכה"ג ואחר שישבע אם ירצה חבירו להפוך שבועתו אה"נ דיכול להפוך אלא כיון שראה שכבר נשבע שכנגדו אפשר שלא ירצה להפוך עוד ולשלם.

סעי' ל"ג הי' יודע עיין מח"א הלכות גזלה ס"ו ועמ"ש לקמן סימן שס"א ובי"ד סימן קע"ז סל"ב.

סעי' ל"ד יורש וכו' בשו"ת ר"י אבן מיגאש חולק על זה ותוכן דבריו שם בסימן ס"ח כיון שאין כתוב בשטר חוב שקנו מיד המלוה שהמשכון הוא אצלו גם לא העיד המלוה על עצמו עדי השטר בזה הנה מה שנזכר המשכון בהשטר הוי דרך סיפור לא על דרך חיוב על המלוה ע"כ אם הי' המלוה חי וטען שהחזיר המשכון ללוה הי' נאמן בשבועה ראוי לטעון כן ליורש אחר שיחרימו בפניו ח"ס על מי שמצא משכון זה בעזבון מורישו או שידע שמכרו או שנאבד ממנו באופן שמחויב לפרעו ולא יודה ואחר שיחרימו כן מחויב הלוה לפרוע כל החוב עכת"ד ונראה דס"ל כמ"ש הקצוו"ח לעיל סימן כ"ד בשם הש"ג ובסימן זה בסק"ח וכ"ח ובמשובב נתיבות כיון דא"י לפרוע חובו במשכון בע"כ

דמלוה לכן למ"ד דמלוה על המשכון ש"ש דינו דזה גובה וז"ג ותובע מלוה חובו וזה תובע משכנו עיי"ש והוי המלוה נתבע על המשכון ואין על יורשיו רק ח"ס עיין סימן ס"ט ס"ה ובסימן ק"ח ס"ה ומה"ט נמי ס"ל דמלוה נאמן להכחיש הלוה ולטעון החזרתי ומוציא חובו מיד הלוה.

וכדי שלא לומר דר"י מיגאש חולק אדין דכאן ומפרט שהוא מתשובת הרי"ף כמ"ש בשע"מ ואין סברא שיחלוק ארבו לכן נראה דטעמו של ריי"ף דלא טענינן ליורש שאביו החזיר המשכון דלא שכיח כיון דעליו סמך להלות ואף דהרא"ש בתשובה סימן צדי"ק ס"א כתב דשכיח שיחזיר המשכון היינו שלא להוציא מיד המלוה ולומר דהוי כחזקה דאא"פ תו"ז עיי"ש אבל מ"מ ל"ש וכמו טענת נאנסו דנאמן לטעון בעצמו וליורשים לא טענינן כיון דקצת לא שכיח וכונת הרא"ש דשכיח קצת ועוד דרא"ש טעמא יהיב דלא נטל רק לזכרון וה"ד בלא שטר אבל כשיש שטר ע"כ לבטחון נטלו כמבואר בס"פ שה"ד וכ"כ נתיבות כאן דלא שכיח שיחזור המשכון אמנם עובדא דר"י מיגאש הי' באם שהלותה לבתה דשכיח טובא שהאם מוותרת נגד בתה לכן הוי טענת חזרה מעליא אלא אם קנו מיד האם שנטלה המשכון או העידה העדים עלי' דהוי חיוב עלי' בשטר אזי אף דשכיח שתחזור המשכון לבתה מ"מ אם לא מחלה גוף החוב הוי לה לכתוב בעדים שהחזירה המשכון דלא לאוריעו שטרא דהוי כתנאי שלא תהא נאמנת לטעון החזרתי.

נשבע הנתבע היסת עיין שע"מ ס"ק ל"ב השיג על הטו"ז דלעיל ס"ס מ"ח שפסק בשטר שכתב בו משכון ונפל חילוק בין מלוה ולוה אי זה הוא המשכון ופסק דנשבע המלוה ונוטל עיי"ש וסתר השע"מ דבריו מכח מ"ש הרי"ף בתשובה סנ"ט דאפילו אמר היורש לנתבע אני החזרתי לך המשכון השטר בטל עיי"ש ולע"ד אינו ראי' דשאני טענת חזרה דלא שכיח שיחזיר המשכון וחזקה לא החזירו ומה שהביא מתשובת הרא"ש דשכיח כבר כתבתי לעיל דדוקא בלא שטר י"ל דלקחו רק לזכרון וכבר הוכחתי לעיל מהר"י מיגאש דמלוה נאמן לטעון שהחזירו היכא די"ל דשכיח שיחזיר ואף דה"ד למ"ד מלוה שיש וזה גובה וז"ג משא"כ לפוסקים דהוי כהתנה שאם יאבד המשכון לא יגבה חובו הוי פרעון על החוב ונאמן הלוה מ"מ דוקא בטענת חזרה דטענה גרועה הוא כמ"ש נתיבות משא"כ אם מכחישין עצמם אי זה הוא המשכון ולטענת לוה הוי המלוה גזלן בזה נאמן המלוה יותר וא"צ למגו כלל דהוי כטענת יש לי בידך כנגד החוב ויש למלוה שטר דאינו נאמן הלוה עיין בנתיבות כאן ומה שהקשה על הטו"ז דסותר את עצמו מסימן צ"ה ל"ק דודאי אם שכנגדו טוען אמת אמאי יחוש שיאמר שקר שיודע שלא נאנס על מה שאינו יודע וע"כ דאמרינן שמא באמת ראה בידו סמוך לטענתו ותבע אותו מיד ומוכרח להשיב

משא"כ בסימן מ"ח ממ"נ אם הלוה תובע המשכון א"צ המלוה למגו דלהחזיק בלא"ה נאמן אע"כ דמלוה תובע מעותיו וא"כ אם הלוה ראה המשכון אצלו בידו להמתין קצת ויטעון אח"כ נאנס.

סעי' ל"ה יתן ביד שליש שע"מ הקשה נהי דא"י לישבע איך נוציא מידם ונפסידם בהמתנת המעות ואינו קושיא חדא דהא מבואר כאן דראובן שואל משכנו הרי היורשים אינם תובעים ורוצים להמתין או אפשר ע"ד כן הלוה עד שיתבע משכונו ועוד הא כשהוא ביד שליש אפשר להלוותו כשאר מעות יתומים בקרוב לשכר ואם לכשיגדלו לא ישבעו יחזיר המקבל רק הקרן ללוה זה. אך בעיקר הדין כיון דכתב הש"ך דאם יורשים טוענים שמא מגיע עליו כו"כ הלוה נאמן רק כשטוענים ברי אף דטענת קטן אינה טענה מ"מ כשיגדלו וישבעו הוי טענה ועיין נתיבות דהיינו דיורשים אינם יכולים למכור המשכון של לוה אלא גם הלוה א"י להוציא המשכון מידם דבזה חשובי מוחזקים דקנוי להם המשכון לעכבו עיי"ש וא"כ כשהן קטנים וטענתם כשמא עד שיגדלו וישבעו א"כ אינם יכולים למכור המשכון רק לעכבו שיעמוד כך ממילא אין להם הפסד בעמידת המעות.

ומה שהקשה השע"מ בסימן פ"ט סק"ד כיון דהלוה מעכב המעות שלא יבא ליד התובע לכ"ע חייב היסת דעכ"פ גרמי חשוב עיין בדבריו סימן ע"ו סק"ב ל"ק לפמ"ש הסמ"ע והסכים התומים לדבריו בסימן צ"ו ס"ג דאין נשבעין לקטן על תביעת שטרות היסת דתקנתא לתקנתא לא עבדינן ועוד דבסימן ע"ה הביא המחבר שני דעות באמר לי אבא אי מחייב היסת וכאן פסק דישבע היסת ונראה משום דבלא"ה יכול להשביע במקום שאינו חייב שבועה מצד הדין אם עושה כדי לברר האמת כמבואר לעיל סימן ט"ו ס"ד בהג"ה ע"כ הכריע כאן יותר להשביע ואפשר טעם מאן דס"ל דחייב היסת באמר לי אבא ובשאר רגל"ד ג"כ משום הכי דכל היכי דאיכא לברורי מבררינן אמנם כתב הנו"ב ואחרונים דדוקא אם יבורר לגמרי שני צדדי הספק אחר הבירור וא"כ כאן דאחר ההיסת מ"מ לא נאמין לו לפוטרו רק יניח המעות ביד שליש עד שיגדלו יתמי וישבעו להיפך ע"כ אין צריך לברר ועיין לקמן סימן ע"ה סי"ז בש"ך ס"ק ס"ג.

סעי' ל"ח חייב להשיבו לישראל וכתבו הב"ח וש"ך דאם השיבו לעכו"ם חייב לשלם להלוה ושע"מ ס"ק ל"ד דחה הדין מכח ההוא דפרק הגוזל בתרא דתרי סהדי דידעו סהדותא לעכו"ם על ישראל עיי"ש ולע"ד שאני התם דהעכו"ם לא נתייאש מהחוב משא"כ הכא דאבד המשכון דיודע דאבד חובו ואפילו להח"צ שבהגהת טו"ז לקמן סימן קס"ג דיאוש ל"מ בחוב היינו משום דנתחייב להשיב כמבואר שם אבל כאן דהפקעת הלואה שרי ודאי מהני יאוש וכן מבואר במהר"ם שהביא ב"י כאן דפקע חובו וע"כ

מטעם שנתייאש דהא מבואר לקמן סימן רנ"ט ס"ג דאבד במקום שרובה עכו"ם אפילו דבר שיש בו סימן ודאי נתייאש וא"כ עכו"ם שאבד דישראל א"צ ג"כ להחזיר לו ודאי מתייאש וצ"ע אם מצא הישראל וקודם שנודע להעכו"ם שאבדו החזירו לו דבכה"ג הוי ישל"מ ועדיין לא נפקע חובו דבזה י"ל כהשע"מ ואף דודאי הי' מתייאש אח"כ ואהני היאוש דב דבישראל כה"ג ל"מ משום דבאיסורא בא לידו משא"כ בעכו"ם מ"מ הוי רק מניעת ריוח ופטור כדלקמן סימן רצ"ב ס"ז בש"ך ס"ק ט"ו.

המעות מעכו"ם וכו' דמעות להוצאה נתנו צל"ע לפמ"ש ריטב"א בפ"ב דקידושין דף מ"ז ע"ב בהא דפליגי אי מלוה ברשות בעלים לחזרה דגם לדידן דס"ל דא"י לחזור הוא רק מתקנת חכמים אבל מן התורה לא נקנה ללוה המעות כיון דלא נתנן לו להיותן שלו רק להשתמש עיי"ש וא"כ למה יתקנו כן בהלואה לעכו"ם כדאיתא בב"ק דצ"ו תקנתא לעכו"ם ניקו ונעביד דאין בזה טובת ישראל דבאונסין בלא"ה חייב דלא גרע משואל כמבואר בקדושין שם ועיין בסמ"ע וש"ך ריש סימן ס"ו ואף לפי מה שהוכיח הש"ך שם ס"ק פ"ה מהנ"י דאף דהוא דרבנן הוי קנין גם לעכו"ם י"ל היינו במוכר שטרות וכה"ג דהוי טובת ישראל המוכר שיחול הקנין ומצאתי בתומים הביא ריטב"א זה ואין להקשות מלעיל סימן ל"ט סי"ז בהג"ה דאם אמר להלות לו על משכון והחזיק במשכון לא יוכל לחזור בו וה"נ הרי החזיק במשכון דנהי דאינו יכול לחזור משום דכשהחזיק במשכון נתחייב להלוות כמו לקח חפץ נתחייב בדמיו מ"מ אין ללוה קנין במעות הללו דוקא ויכול ליתן לו אחרים כל זמן שלא הוציא מהן אם מלוה ברשות בעלים לחזרה מחמת שאין ללוה קנין בגופן.

סעי' ל"ט זה קנה נגד מעותיו הרשב"א בפרק הפרה כתב דה"ה אם אין לו משכון רק מלוה ע"פ על גר ואין לו רק מטלטלין ובא אחר וזכה בהן אין שעבודו נפקע דאי לא גם במשכון למה קנה נגד מעותיו למ"ד דמשכנו בשעת הלואה לא קנה ושע"מ תמה דא"כ אכתי תקשי דלוה יהא יכול למכור משכון שיש לו ביד מלוה לאחר באג"ק ואדרבה אמרינן פח"ה עשה שורו אפותקי ומכרו אין בע"ח גובה ממנו דלית לי' קלא ולמה לא קמ"ל טפי אפילו במשכון א"ו דמשכון אית לי' קלא ועוד כיון דהא דבלית קלא אינו גובה מלוקח תק"ה וכה"ג שהוא מתחלה ביד מלוה לא אמרינן תק"ה דגם אצלו שייך תק"ה דהא אם משכן גנבה חייב הנגנב להחזיר למלוה חובו משום תק"ה וא"כ גם ראיית הרשב"א אינו כלום את"ד השע"מ ולק"מ דרשב"א מביא ראי' מהחזיק במשכון דאם הוי כלוקח אין להוציא מידו אבל ודאי אם מלוה מוחזק במשכון אין להוציא ממנו דתק"ה שלא להוציא דוקא וכמ"ש מהר"ם אלשיך הובא בש"ך סימן קכ"ו ס"ק ק"ה ובסימן שנ"ו

סק"ד ולכן לא אישתמיט בשום דוכתא דאם מכר הלוה המשכון באג"ק לאחר שיוציא היד מלוה דודאי כיון שהמלוה מוחזק יש בו משום תק"ה ולכן לא נקט בפחז"ה הדין במשכון דסתמא ביד מלוה הוא ואם הי' ביד לוה כשמכרו הוי אפותקי רבותא טפי אפילו ה"א דקלא אית לי' יכול לוקח לומר אף ששמעתי שהשבינו אצלך מכיון שראיתיו ביד לוה סברתי ודאי פדאו דאל"כ מת בעי גבי לוה ובלא"ה י"ל דנקט שורו אפותקי משום עבדו אפותקי דסיים שם דגובה ממנו אפילו אינו משכון.

סעי' מ"א יש להסתפק וש"ך ס"ק קס"ג הקשה מה ספק יש הרי אפילו במשכון שבחצר המלוה שאינה משתמרת אם קדם זה וזכה בו קנה השאר ולע"ד י"ל לפמ"ש המלחמות פרק אלו מציאות גבי נטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה דהיכא שנטלה בתורת אבדה ולא ע"מ לגוזלה קודם יאוש א"א לקנותה ביאוש מפני שידו כיד הבעלים ושומר שכר שלהם הוא הלכך לעולם אינה ניקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים עיי"ש וה"נ ספקו של מרדכי כיון דידו כיד בעלים א"א לקנותו לעצמו ואף דהמלחמות כתב דש"ש שלהם ל"ד ובאס"ז הובא שם דף כ"ו ע"ב דברי הרמב"ן ולא כתב משום דש"ש ועיין טו"ז לקמן סימן קמ"ט דרשות הנפקד שהחפץ מונח שם הוי רשות המפקיד ואין הרשות קונה חפץ המופקד לנפקד ואפשר דמלחמות דוקא קאמר בש"ש דידו כיד בעלים לפמ"ש הש"ך לקמן ריש סימן ק"ה דדוקא שליח בשכר ידו כיד בעלים ואזיל לשיטתו ולשיטת בה"ג דשומר אבדה ש"ש ומ"מ אם לא הגביהו בידו רק רוצה לקנותו מחמת המקום המונח י"ל גם בש"ח אין רשותו קונה ואף דבקצו"ח סימן קפ"ט הוכיח דלא כטו"ז מקדשה בפקדון שיש לו אצלה אינו הוכחה לכאן דשם כשקדשה סילק המפקיד א"ע מהמקום משא"כ כאן הישראל המפקיד לא סילק עצמו ומ"מ בנתיבות בפתיחה לסימן רי"ש פסק כמהרי"ט שאין רשות הנפקד קנוי למפקיד כלל ועמ"ש נתיבות כאן ס"ק נ"ב וראי' לדבריו מתשובת רש"י שבהג"ה לקמן סימן רפ"ג ס"ב.

סעי' מ"ד פטור שמעון דהא לא עשה שמעון משיכה במשכון ובמה יתחייב באחריות המשכון ועוד טעם אחר לפוטרו דבלא"ה הי' המשכון ממושכן בעבור ראובן והי' נשרף כ"כ מהר"ם ובשע"מ ס"ק ל"ח הקשה דהא שואל חייב במתה כדרכה אף דבלא"ה היתה מתה בבית המשאיל דמ"ה מ"ל הכא מ"ל התם ול"ל דנטמא דשואל חייב באונסין משום דכל הנאה שלו ולכן הכא דגם משאיל נהנה בו כיון שגם הוא לוה מהכותי ע"כ פטור השואל זה ליתא דאין הנאת המשאיל בא מחמת השאלה ולגבי השואל הוי כל הנאה שלו והוי שמעון שואל גמור וחייב באונסין ונראה דמהר"ם סובר דשואל משכון ללות עליו לא מיחשב כשואל ודמי למה דבעי בש"ס בפרק השואל דף צ"ז שאלה לראות בה

ופרש"י ויהא נראה עשיר ויתנו לו בהמתנה ואי ממונא בעינן ואיכא א"ד בעינן ממונא מיני' דשאלה גופא וליכא והוא איבעי דלא אפשטה ופטור השואל כמבואר בסימן שמ"ו ס"י וה"נ בשואל משכון ללות עליו לא מיחשב שואל דהא אינו נהנה מהמשכון עצמו אלא במה שילוה עליו עכ"ל ולפ"ז הוי ספק ומהני תפיסה ובד"ג כלל צ"ו סימן נ"ד כתב השואל מחבירו חפץ כדי למשכנו אצל אחר ללות עליו מעות לעצמו ונאנס המשכון ביד המלוה עיין שע"מ סימן פ"ב ס"ק ל"ח שכתב בדעת מהר"ם דפטור השואל מאונסין כיון דל"ה הל הנאה שלו דכיון דאינו נהנה מגוף המשכון רק במה שלוה עליו מעות ל"ה כשואל אלא ש"ש עכ"ל הד"ג וליתא דהשע"מ לא כ"כ ולא שייך כלל לומר בזה דאין כל תנאה שלו אלא דס"ד לומר כן על נידון דמהר"ם דראובן הי' לו כבר המשכון אצל הגוי דלוה עליו גם הוא ואח"כ כתב השע"מ ט"א כיון דאינו נהנה מגוף המשכון ואינו ענין לאין כל הנאה שלו והדג ערבב הטעמים שלא במשפט.

איברא דדברי השע"מ לא נהירין דקשה להלום דבריו בדברי מהר"ם ונלע"ד דמהר"ם ר"ל אפילו לפוסקים דל"צ משיכה בשומרים וסגי בנסתלקו הבעלים והניחו לפני השומר כדלקמן סימן ש"מ ס"ד מ"מ הכא דבלא"ה הי' בבית הגוי מחמת המשאיל לא חשוב נסתלקו הבעלים גם מה דר"ל השע"מ מחמת דאין כל הנאה שלו ומסיק דחשוב שואל גמור לא נ"ל אלא דהוי כאלו שאלו שנים כדי ללות עליו דהם שותפים ה"נ המשאיל והשואל שותפים וכל חד נהנה ממקצת המשכון לפי ערך חובו גם מ"ש השע"מ דזה דומה לשואל לראות בו לא נראה דכאן משעבד המשכון למלוה וא"ל יפדנו יגבה חובו ממנו שו"ר בנתיבות סימן ש"ם ס"א כדברי.

פטור שמעון מלשלם לראובן בשע"מ ס"ק ל"ט הקשה מר"פ הכונס דף נ"ח דהיכא דזה חסר בע"כ וזה נהנה חייב ול"ל כיון דבלא"ה הי' נשרף הוי לא חסר דהא התוס' פרק המניח דף כף ע"ב ד"ה הא אתהנית גבי תחב לו חבירו תרומה בבית הבליעה דחייב האוכל לשלם מה שנהנה הקשו הא זה לא חסר שאם הי' מחזיר הוא נמאס ותרצו דמ"מ זה נהנה מחמת החסרון שיש לחבירו מתחלה וא"כ ה"נ עיי"ש ולא ידענא מה קשיא לו דבכאן גם בלא הלואות שמעון הי' ראובן נחסר מצד הלואות עצמו נמצא אין הנאת שמעון מחמת שום חסרון שנעשה בשבילו גם מה שהקשה ממה שאנס המלך גרנו בחובו דחייב לעשר והביא ממהרי"ט שפסק בנפקד שנטלו ממנו הפקדון באונס עבור חוב הנפקד דחייב הנפקד לשלם מה שנהנה אינו קושיא דשאני התם שנטלו מבית הלוה ל"ל מפייסנא הוינא דהא נטלו ממנו בחובו ולא פייס משא"כ כשלא נטלו מביתו הוי

רק כנתפס בשביל חוב של חבירו דחבירו פטור כמבואר במקו"ח סימן תמ"א חילוק זה עיי"ש ועיין בהגהות רב"פ ז"ל בא"ח סימן תמ"א מה שהביא בשם הריטב"א.

סעי' מ"ה אם המשכון בעין ואינו שוה שיעור מעותיו יכול המלוה לכופו לפרוע מעותיו הנה אם הלוה אומר החזר לי משכוני ואפרע לך והמלוה אינו רוצה להחזיר המשכון ואומר פרע לי מה ששוה פחות מחובך דעת רמב"ן בס"פ שה"ד במשנה דהמלוה את חבירו על המשכון דאם איתי' למשכון בידי' דמלוה לא מיחייב לוה למלוה כלום עד דמהדר משכוני' וע"כ הקשה אהא דסלע הלויתך ושקל הי' שוה ולוה אומר שלשה דינרין הי' שוה חייב למה חשוב מודה במקצת הא הוי האומר א"י אם נתחייבתי כיון דאפשר המשכון ביד מלוה וליהוי כאומר חמשין ודאי לית לך גבאי וחמשין איני יודע אם נתחייבתי ותירץ כיון שהמלוה צריך לישבע שא"ב חשוב לוה מודה במקצת ותרי מילי ננהו והר"ן תמה עליו דא"כ לס"ד דגמרא פרק המפקיד דף ל"ה דלא צריך לישבע שא"ב תקשי יותר אמאי הוי הלוה מודה במקצת וגם לאחר שניתקן שבועה שא"ב היינו לטובת הלוה לא לטובת המלוה לכן העלה הר"ן דלוה חייב לפרוע המותר משווי המשכון לצי"ש רק הב"ד אין נזקקין כיון דמלוה עובר בלא תחמוד ולע"ד צדקו דברי רמב"ן דלכאורה קשה עוד עליו דאיך סלקא דעתי' לדמותו לאיני יודע אם נתחייבתי לך דלו יהא שמחזיק במשכון אין הלוה חייב לשלם העודף על שויו והוי כיש לי בידך כנגדו ולדידי שוה כנגד כל החוב ויהא לפרעון מ"מ עכשיו שא"י הוי א"י א"פ וא"כ מה הקשה רמב"ן הא כתב שם דכיון דמתוך טענתו חייב הוי מודה במקצת א"ו כונת רמב"ן דבשלמא בא"י אם פרעתיך מחויב מיד על טענתו כדמסיק שם אבל כאן צריך המלוה לישבע שא"ב ול"מ טענת מלוה בברי נגד שמא דלוה ולפני השבועה פטור והוי כא"י אם נתחייבתי ואחר שצריך לישבע ואינו מתחייב מתוך טענתו לבד הוי כחמשין דחבלה וחמשין הלואה דמלוה נאמן על החבלה בשבועה מ"מ ל"ה מודה במקצת עי"כ כדמסיק רמב"ן שם וע"כ תירץ דשאני במשכון דלוה מודה בהלואה ואי דשמא המשכון בעין אצל מלוה זה הוא מלתא אחריתי ומהני לזה מה שישבע המלוה ול"ד לשבועות חבלה דלוה כופר לגמרי וא"כ למאי דס"ד דא"ל לישבע שא"ב דאין הלוה יכול לחשדו בשמא א"כ הוי כא"י א"פ דחייב מתוך טענתו לבד והוי מודה במקצת גם לס"ד דרמב"ן אמנם לע"ד גם הרמב"ן לא קאמר רק במשכון שאין מינו מצוי דיש קפידא אצל בעליו ויפריז לפעמים יותר מדמיו וע"כ כשישנו בעין יכול לומר לדידי שוה לי יותר ולפ"ז הי' מקום לתרץ עוד דברי הרמב"ן אלא דא"צ ועיין בחידושי אנ"ש שם.

סימן עג

סעי' א זמן מדברי הב"ח נראה דה"ה אם אמר לו סתם הלויני לזמן והשע"מ השיג אליו די"ל כיון דסתם הלואה שלשים יום והוא אמר הלויני לזמן לישנא יתירה לטפוי אתי וא"צ לשלם לו עד זמן שירצה הלה עכ"ל וצ"ע דבקהלת יעקב בלשון חכמים כתב דבמ"ק דכ"ג ע"א איתא מאי לזמן מרובה אר"פ לאחר שלשים יום עיי"ש וא"כ נימא דלפיכך אמר הלויני לזמן למעט הזמן משלשים יום דשמא לא ירצה להלוות לו כסתם הלואה ועוד צ"ע דבר"פ הרואה בפירוש המשניות לרמב"ם משמע דזמן היינו שלשים ועיין מג"א סימן תכ"ב בסק"ה ובסימן ריי"ח סק"ד ובמחצית השקל שם ונראה היכא דהמנהג בחסר ויתר משלשים יום בסתם הלואה אם אמר הלויני לזמן הוי שלשים יום דלא מצינו דלשון בני אדם ישתנה בזה מלשון חכמים ועיין נוב"ת חחו"מ סימן מ"ג הביא מריב"ש סימן ר"ו דבמה שאין לשון ב"א ברור הולכין אחר לשון תורה אמנם לפמ"ש תומים בסימן ס"ז סי"ד סוף ס"ק ט"ז דאע"ג דסתם הלואה למ"ד יום אי תפס המלוה משל לוה לא מפקינן מיני' משא"כ בקובע זמן אע"ג דתפס מפקינן מיני' והכריח כן מהירושלמי והב"ח וכ"כ בסימן ע"ח ס"ח ס"ק י"ב בסתם הלואה למ"ד יום אין הזמן רק דאין ב"ד נזקקין דאולי לית לי' זוזי אבל ביש לו מחויב לפרוע משא"כ בקובע זמן אין חיוב לפרוע אפילו ביתו מלא זהב וכסף ואי תפס מפקינן מיני' עיי"ש וא"כ אם אמר הלויני לזמן ל"ה לישנא יתירה רק נ"מ שלא יחויב אפילו יש לו ול"מ תפיסה.

סעי' ב וקבע לו זמן מי שהלוה מעות לחבירו על חצי ריוח וקבע זמן פרעון והמקבל הלוום לגוים ומעכבים המעות בידם על כרחו עד אחר ז"פ של המקבל לא יוכל המלוה ליגוש את המקבל לומר פרע לי שכבר הגיע הז"פ ואפילו הגוים לא יפרעו לך לעולם מה לי בזה אתה חייב באונסין שהמקבל יאמר איני חייב לך כלום כל זמן שלא נפסד וכי מפני שאתה צריך להמתין אפרע לך דברשות מרא קיימה אפילו הפלגא מלוה דלמו"מ ניתנה ולא להוצאה שו"ת מהר"ח א"ז סל"ט ויל"ד דהא בפ"ק דמכות תנן מעידין אנו באיש פלוני שחייב לחבירו אלף זוז ליתן לו מכאן עד שלשים יום והוא אומר מכאן עד עשרה שנים וכו' א"כ ה"נ שהז"פ אצל הגוים ג"כ עתה וכשמעכבין המעות שוה החוב בפחות הוי כנאנס ונפסד קצת דמ"ל קטלה כולה או קטלה פלגא ונלע"ד דה"ט דעכ"פ ל"ה כנאנס כולו רק מקצת נשאר מה ששוה וזה המקצת נשאר ברשות הנותן וא"צ המקבל להחזיר לו וכיון דהמקבל חייב באחריותו הוי מלוה אצלו ואם ישלם מה דבינו בינו הוי כאגר נטר אבל ל"ל לפמ"ש בקצו"ח כאן סק"ב דמה שמעכב המעות אינו רק מבטל כיסו ש"ח דפטור ובעדים זוממים שאני דהעידו להוציא המעות לפני הזמן

דהא לקצ"ח כפירת זמן הוי ככופר בכל הממון וה"נ מה שהגוים אינם רוצים לשלם עתה יהא בנפסד לגמרי ויתחייב המקבל בפלגא מלוה ונלע"ד דהר"ח א"ז לטעמו דס"ל שם דעסקא אין שביעית משמט אפילו הפלגא מלוה כיון דאינו נעשה מטלטלין אצל בניו הוי כפקדון וברשותי' דמלוה ואינו בלא יגוש אבל לפי מה שפסק בש"ע לעיל סימן ס"ז ס"ג דשביעית משמט הפלגא מלוה הרי דהוא בלא יגוש וחשיב מלוה ממש הרי מחויב לפרוע הפלגא מלוה בז"פ שלו אמנם גם הך דסימן ס"ז אינו מוסכם ודעת רדב"ז דאינו משמט כלל ותומים שם הסכים עמו והרי תנא דמסייע להו וא"כ הוי סד"ד.

ואם המקבל עצמו קבע עם הגוים זמן מאוחר לז"פ שיש לו עם הנותן חייב לשלם מיד כל החוב כיון דשינה מדעת הנותן הו"ל גזלן ונתחייב לשלם מכיסו וכמ"ש בשו"ת הרא"ש כלל פ"ט ס"ז בשותף שהרחיב הז"ם לגוי שלא ברצון שותפו עיי"ש והריוח שעולה מחמת אריכת הזמן כולו למקבל כיון שמשלם מכיסו תכף וכמ"ש כה"ג בנתיבות סימן קע"ו ס"י.

שלא קנו עש"ך בהאריך לו זמן אחר הלואה ועיין אורים ולע"ד צ"ע די"ל גם למ"ד דמחילה בשטר א"צ קנין דוקא מחילה וכמ"ש לעיל סימן מ"ב ס"ט דל"ל דהוי כגבוי משום דעומד לגבות דע"י המחילה תו אינו עומד לגבות ומחילה וקניינו בכ"א אבל בהאריך זמן עדיין עומד לגבות וכגבוי דמי לכ"ע וצריך קנין עש"ך סימן י"ב ס"ק ח"י ומה שהביא הש"ך כאן ראי' מחה"מ יש לדחות כיון דהלוה א"י לסלקו בלא זוזי לא חשוב כמוחזק בקרקע דאינו עומד להחזיר בלא זוזי וכמ"ש הר"ן בפרק כל שעה והובא במג"א סימן תמ"א במחוסר מעות לא אמרינן הואיל ובידו לפדותו הוי כשלו עכשיו.

שלא קנו מידו בשו"ת ר"ח א"ז סל"ט הביא ירושלמי סוף שביעית המלוה את חבירו ע"מ שלא לתובעו השביעית משמטתו והקשה משבת ר"פ שואל דהלואות י"ט למ"ד דלא ניתנה ליתבע אין שביעית משמטתו כיון דלא קרינן בו לא יגוש ועוד מ"ש ע"מ שלא לתבעו מהלוהו לעשר שנים ותירץ ז"ל אכן זה עצמו צריך לדעת וכי עבור שא"ל לא אתבעך קאי בלא יחל דברו אם יתבע אלא מיירי שנדר או נתן ת"כ שלא לתבעו ואיסור נדר גורם אבל המלוה מצד עצמה ניתנה ליתבע עכ"ד ולי צ"ע כיון שהלוהו אדעתא דהכי זכה במשיכת המעות וגם אח"כ הוי כמחילה וכמאריך לו זמן דל"צ קנין כמבואר כאן וה"נ כיון שאמר שלא יתבענו הלה ברצון הלוה שיפרע כשירצה אח"כ מצאתי בשו"ת מהר"ם ב"ב שאלה תל"ה דאם אמר לא אתבעך כיון דלא אמר לו מחול לך או הפטר או אחד מלשון מחילה אין זה אלא פטומי מולי ואפילו אם הוא לא תבע חייב בדיני שמים כיון דלא פטר אותו לגמרי וא"כ ל"ה מחילה ויכול לתובעו דמה שאמר לא אתבעך אין

כאן מחילת ממון ולא זכה הלה במה שבידו דאין כאן אלא דברים בעלמא עכ"ל וא"כ ה"ה כשאמר כן בשעת הלואה כיון דליכא מחילת ממון ל"ל דזכה בקבלת הממון.

הלוה נשבע היסת בשע"מ הקשה מלקמן סימן קכ"ג ס"ז דראובן שבא בהרשאת שמעון ותבע את לוי ואמר להד"ם אבל ישבע שמעון ויטול מוציאין הממון מיד לוי ויהא מונח ביד ב"ד עד שישבע שמעון ואיך יכול להפך השבועה ולעכב הממון ביד ב"ד הלא ע"ז גופא חייב לוי שבועה דכפירת זמן ככפירת גוף הממון עכת"ד וזה לק"מ דשאני הכא דנשאר הממון ביד הלוה אבל התם מניחו ביד ב"ד ועיין לקמן סימן רס"ז ס"י בטו"ז דלא מצינו שתקנו חכמים שבועה כה"ג אלא דתקשי להי"א ברמ"א שם וגם למה שמסיק השע"מ לקמן סימן ע"ו סק"ב דחשוב גרמי והיסת חייב לכ"ע אמנם י"ל כיון דאינו מעכב המעות לעצמו רק גורם לעכב ואינו רק דרבנן והרשאה ג"כ אינו רק תקנה ומד"ת י"ל לאו בע"ד דידי את כמבואר בתוס' ורא"ש בפרק מרובה דף עי"ן דאלו הי' נקנה לגמרי לראובן איך יכול לעכב עד שישבע שמעון דהא מבואר בטור דהמורשה טוען ג"כ ברי וא"כ כיון דאינו רק מתקנה תקנתא לתקנתא לא עבדינן כמ"ש הסמ"ע ותומים בסימן צ"ו ס"ג בהא דאין נשבעין לקטן על שטרות ומא גם בכובש לו שט"ח גורם לעכב ממונו ביד הלוים ומ"מ כיון דעל טענת קטן א"צ לישבע מד"ת רק מתקנה פטור בכפירת שטר ה"נ על טענת שליח המורשה א"צ לישבע מדינא רק מתקנה.

סעי' ד' שהיום סוף הזמן וכתב הש"ך דמיירי שלא נכתב זמן הלואה בשטר והמלוה אומר שהוא לאחר שלשים יום ובשע"מ כתב דנמשך אחר שיטת מהראנ"ח שהביא המל"מ בפט"ו מטוען דגם במטלטלין כל מידי דלחזרה קאי מוקמינן בחמ"ק והביא ראי' משטר דהכא דהמלוה נאמן שכבר הגיע הזמן אך המ"ל הוכיח דלא כמהראנ"ח ומעתה ברור דלא כהש"ך עכת"ד וכבר כתבתי לעיל סימן מ"ב ס"ט דבשטר י"ל כמהראנ"ח ואין ראי' ממ"ש תוס' גבי מטלטלין וקצו"ח כתב שם דהכא ה"ט דסתמא משמע היום כראה כונתו דלפיכך לא נכתב זמן פרעון שיהא המלוה יכול לתבעו כל אימת שירצה ויאמר היום הגיע הז"פ זולת אם יברר הלוה שעדיין לא כלו השלשים יום.

ומ"ש השע"מ להוכיח כסברת מהראנ"ח דאל"כ קשה בכל שטר יהא הלוה נאמן לומר הרחבת לי הזמן דבזה ל"ל שטרך בידי מה בעי אינו דבשלמא פרעתי הוא טענה טובה דכל שטר לפרעון עומד לולא דחזקה השטר בידו מה בעי אבל לומר הרחבת לי זמן טוען שנעשה התחדשות ומבואר בשו"ת רשב"א הובא בב"י חו"מ סימן ר"נ מחודש י"ד כל הטוען חדש עליו הראי' אף שהוא מוחזק ועוד דבדבר שמבטל השטר לגמרי אמרינן יד בעל השטר על עליונה כדלעיל סימן מ"ב בעד הפסח דאל"כ בחנם טרח לכתוב שטר

ה"נ אם יהא נאמן לומר הרחבת לי הזמן בחנם נכתב השטר והזמן פרעון דיכול לדחותו לעולם וגם אפילו יודה לא יטרוף מלקוחות דכ"מ דיכול הלוה לטעון טענינן להו וכיון שכתב שטר ע"כ כונתם שלא יוכל לטעון הרחבת זמן והוי כחותנו.

סעי' ה' נשבע בש"ך סקי"א כתב דאינו חל בכולל לבטל מצוה רק טרם שחל החיוב ובשו"ת חוו"י חכם אחד הוכיח כן מנזיר דף ד' דאמר שם מיין ושכר יזיר לאסור יין של מצוה ברשות דלא הל"ל כרשות אלא דל"צ קרא רק כשלא שייך כולל כגון שנשבע לשתות מיד ונדר בנזיר קמ"ל דחל כרשות דא"צ לכולל עיי"ש ונראה דכ"ד המרדכי בשבועות שכתב אם נשבע לבטל המצוה בכולל חלה כדאמרינן בנזיר מיין ושכר יזיר לאסור יין מצוה כרשות והקשה עליו הביאור מרדכי בפ"ג דברכות ממ"נ אי גמרינן מנזיר גם ר"ש למה לא יליף ואם גזה"כ הוא בנזיר אנן איך נילוף ולפמ"ש יליף מהגמרא דקאמר כרשות ע"כ משום דבכולל א"צ קרא ובזה א"ש מה דאמר בנזיר שם ואי בעית אימא ר"ש ל"ל אחע"א דנדחקו רש"י ותוס' מה בעי בזה ולפ"ז הכונה דכיון שאין אחע"א אפילו בכולל אצ"ל דקרא אתי דוקא על אופן דמחויב לשתות מיד ועיין שע"ת בא"ח סימן תפ"ה.

ובגוף דברי ש"ך דחל בכולל להפקיע שעבוד חברו כמו במצות עיין בהגהת רבים זלה"ה יו"ד סימן רל"ח ס"ו שהוא עד מ"ש ר"ן בתשובה סע"ד שהובא ברמ"א שם ועיין שו"ת רא"ש כלל י"א ס"ד מוכח ג"כ דאין שבועה חל בכולל להפקיע שעבוד חברו דהא כלל הנאמן בשבועתו שלא לגלות החשבון לשום אדם ואין הפסד זולת להשותף וכן מוכח ברש"י ותוס' ור"ן ר"פ המדיר ובריב"ש סימן קנ"ט שוב מצאתי שכ"כ מח"א הלכות שבועות סי"ח ושכ"כ בשו"ת רשב"א אלף רל"ב

סעי' ו' שלא תבעו במסגרת השלחן הביא מעה"ג ס"ז באחד שלקח סחורה מחברו והתנה עמו שיתן לו הסחורה לז"פ והשליש המוכר ש"ח שאם לא יתן הסחורה להזמן יתן השליש השטר ללוקח ונעשה באופן דאינו אסמכתא ועבר הזמן ולא תבעו וטוען המוכר כיון שלא תבעו לא נתן לו והביא מפרק המקבל בשכירות שכיר דבלא תבעו אינו עובר לכן פטור המוכר והלוקח מחויב לקבל הסחורה ואינו ראי' דשם כיון שאינו תובעו מדעתו ממתין לו דאל"כ הי' תובעו אדל בנידון עה"ג י"ל דשתק כדי שיתחייב שכנגדו הקנס או שיתבטל המקח ועוד שאני בשכר שכיר ביומו דודאי לא שכח ואח"כ י"ל דשכח וכמבואר בפרק הגוזל דף קי"ג ובתוס' פ"ק דב"ב דף ה' בסד"ה ובא בזמנו ומעשה בא לפני באחד שהשכיר רחיים לחבירו על עשר שנים והותנו שהשוכר יפרע בכל חצי שנה השכירות מקודם וא"ל יפרע יתבטל השכירות ולא פרע בזמנו וטען השוכר משום

שלא תבעו ומשכיר השיב דלפיכך לא תבעו כדי שיתבטל השכירות ופסקתי דהדין עם המשכיר דראיית עה"ג אינו ראי' ועוד בט"ז כאן הביא מהרשב"א שבשו"ת מהרלב"ח להיפך גם קצו"ח הסכים לטו"ז ובש"ך סימן רל"ב סק"ב כתב בשם הש"ג דמלוה לחבירו ואינו תובעו אינו חייב לפרוע דבמתנה יהיב לו וש"ך שם הניחו בצ"ע נראה ג"כ לא ברירא לי' וא"כ קרקע בחזקת המשכיר.

במשפט שלו' סימן ק"ץ הקשה על עה"ג משו"ת רשב"א שבב"י א"ע סל"ח בתנאי שנעשה שיביא כ"א מנה יניח ביד שליש ואם ימאן שום אחד יחזיר השליש השטרות לצד המקיים ופסק דמיאן היינו אם תובעו ומסרב דמשמע הלא"ה גם בלא תבעו חייב ולע"ד שאני כשצריך ליתן לידו ממש דראה ושתק ודאי מחל משא"כ בשליש אפשר לא ידע הבע"ד וליכא הוכחה דמחל וכשליכא הוכחה הוי דברים שבלב.

בשו"ת ד"ח ח"ב בחיו"ד סי"א כתב בשו"ב שנשבע שלא יקח יותר משכר הנקצב ועבר ולקח יותר וטען מחמת שקהל לא נתנו שכרו בזמנו נתבטל השבועה וקהל השיבו דלא תבעם והשיב הד"ח דנהי דפטור מהשבועה שנשבע שיפרע כשלא תבעו המלוה אבל בפועל ודאי חייב השוכר לפרוע בזמנו בלא תביעה כמבואר בב"מ דף קי"ב המחפו אצל חנוני אינו עובר עליו איבעיא להו חוזר או אינו חוזר ר"ש אמר אינו חוזר ר"א חוזר א"ר מא"ל מדקתני א"ע עליו מיעבר הוא דלא עבר הא מיהדר הדר ור' ששת אמר מאי א"ע אינו בתורת לעבור אלמא דכיון דקתני אינו עובר משמע אבל חיובא איכא וגם ר"ש מודה בזה דל"ש תירוצא דר"ש בזה וכיון שמחויבים היו הקהל לשלם עברו על התנאי וממילא בטל שבועת השו"ב ואפילו בלא הוכחה מש"ס הנ"ל לא עבר השו"ב דנהי דנימא דדעת הקהל הי' אם יתחייבו ליתן כשיתבעם מ"מ חיוב השבועה של השו"ב ל"ה רק אם יתנו לו השכירות וא"ל יתנו יהא מאיזה טעם שיהי' בטול השבועה דמה לו בזה בחיובי אנשי הקהל הוא לא נשבע רק ע"ד שיתנו לו בזמנו עכ"ל ואיני מכיר ראייתו דנהי דקתני לא תבעו אינו עובר ומשמע חיובא איכא היינו לכשיתבענו יחויב לפרוע וה"נ בהמחהו דייק רק דמיהדר הדר והיינו כשחוזר ותובע וכן משמע לקמן סימן של"ט ס"י דבחדא מחתא מחתנהו לא תבעו או שהמחהו אצל שולחונו וקיבל עליו ליתן דאינו עובר ובקיבל עליו ליקח מהשולחנו ודאי אין השוכר חייב כ"ז שאינו חוזר הפועל ותבעו ומ"מ בקנו אינו עובר וה"נ בלא תבעו וגם בשו"ת עה"ג הנ"ל מבואר דגם בפועל הדין כן וראייתו ברורה מפרש"י דבלא תבעו הוי מדעת הפועל ולפי מה שפסק הע"ג לחייב הלוקח ליקח הסחורה ה"נ חייב השו"ב בשבועתו רק לפמ"ש יכול השו"ב לומר מה שלא תבעתי אינו משום דמחלתי אלא כדי שיתבטל השבועה שנשבעתי.

סעי' ז' הנשבע לפרוע לחבירו ביום פלוני וכו' וישומו בתשובת הרא"ש הלשון ראובן נשבע לשמעון ליתן לו מנה וכו' דשוה כסף ככסף וכו' במעות ולא במשכון כמובא בטור ומבואר כיון דלא פירש במעות דוקא הוי שומא כמעות ולקמן סימן רנ"ג סי"ט מבואר דאומר הריני נותן מנה לפלוני מנה דוקא ואם אין לו מעות בעין לא זכה המקבל ועיי"ש בנתיבות דהא דכתב י"א לענין הדינים שהזכיר באבדה קאי אבל הא דמנה דוקא קאמר ולא שוה כסף כ"ע מודו וסתם בסעי' ח"י בלא פלוגתא ובב"י לעיל סימן סמך סט"ו הביא תשובת רא"ש סוף כלל ל"ו דאם כותב אני נותן לפלוני כו"כ מעות אג"ק אינו קונה אם אין המעות בעין אף דיש לו נכסים דמעות דוקא נתן לו ומוכח שם דאין חילוק בין מעות למנה רק בין חיוב לנתינה ואפשר מש"ה שינה המחבר הלשון וכתב דנשבע לפרוע דבזה שוה כסף הוי פרעון אלא דא"כ דברי הרא"ש סתראי ננהו ועוד דבסימן קס"ג בסמ"ע ס"ק מ"א הביא מתשובת רא"ש כלל וא"ו ס"ו תקנה שכתוב בה שכל מי שיש לו מאה זהובים יתן מס היה אם יש לו שדה שוה כסף צריך ליתן ומבואר ברא"ש שם דאין להוציא שוה כסף כי הוצרך להזכיר סכום מעות הובא בקה"י במענה לשון א"כ קשה גם בנותן נימא דמה"ט אין להוציא שוה כסף דהוצרך להזכיר הסכום ועו"ק הא הך דסימן רנ"ג מוכח מפ"ק דגיטין דף י"ג כמ"ש הר"ן שם.

ולכן נלע"ד די"ל מנה דוקא וי"ל גם שוה כסף בכלל ולכן יד המקבל עה"ת משא"כ לענין מס קהל נקראים מוחזקים כדלעיל סימן ד' בהג"ה ולענין שבועה מפרשים לחומרא כמבואר ביו"ד סימן ר"ח ובש"ך שם סק"א דכ"ד הרא"ש ע"כ כאן בשבת דא"א לפרוע מעות ממש מפרשים להחמיר דגם שומא בכלל ע"כ צריך ליתן משכון בשומא ולפ"ז בחול צריך ליתן מעות דוקא.

ולפ"ז מוכח דאמרינן יד בעל השטר עה"ת בדבר שאפשר טעה הנותן בדין אף דליכא בו פלוגתא וגם יתבטל השטר לגמרי וכדעת הסמ"ע לעיל סימן מ"ב ס"ק כ"ו דלא כש"ך שם ס"ק כ"ב דהא הך תשובת הרא"ש דסוף כלל ל"ו מבטלין השטר מחמת דאמרינן מנה ממש קאמר ואין מטבע ניקנית בחליפין או כשהקנה אג"ק ולא היו לו בעין והרי לדידן הלכתא ודאי דאין אדם מקנה דבר שא"ב ואין מטבע נקנה בחליפין.

ומה"נ י"ל מ"ש הרא"ש שיתן לו משכון שוה מנה ולמה לא יחליטנו בפרעון ממש דהא כתב שם הרא"ש דמותר לפרוע בשבת לקיים השבועה אלא משום דצריך לפרוע במעות אחר שבת דאף דעבר הזמן לא נפטר משבועתו כמבואר בס"ו מתשובת הרא"ש ג"כ אלא דבשבת עבדינן מה דאפשר לתקן דשמא ל"ד מנה ממש נשבע וא"ל כיון דהוה ספק איסור תורה שמא מנה דוקא ידחה טלטול מוקצה דרבנן וישלם מעות די"ל עפימ"ש

מג"א סימן תמ"ו סק"ב דלא דחינן איסור דרבנן משום איסור תורה שעובר בשוא"ת כיון דאנוס הוא מחמת גזירת חכז"ל פטור ועוד דל"ה בעדנא דמקיים דאורייתא עובר אדרבנן ומה"ט אסר שם לטלטול מוקצה אף ע"י גוי ולפ"ז מתורץ קושית תומים כאן למה לא יתן מעות ע"י עכו"ם או שיקנה לו מקום שמונח בו המעות די"ל לפמ"ש הש"ך לקמן סימן קצ"ח וסימן רי"ש דאם רוצה להקנות לו מטלטלין ולהקנות לו המקום שיקנה המטלטלין בתורה חצר צריך להקנות החצר תחלה ואח"כ יקנה לו המטלטלין וא"כ לא יהא בעידנא משא"כ שומא דמותר בחפצי שמים דהוי רק דיבור וע"י אג"ק ל"ח פרעון מן התורה דקנין אג"ק דרבנן כמ"ש הרא"ש בהגוזל עצים ס"ו ופ"ק דב"ק סי"ד ואף דבממון הפקר ב"ד הפקר מ"מ אינו קנוי למקבל מן התורה עד שיבא לרשותו כמ"ש ג"פ סימן ק"כ סק"ה ועוד בשלמא שומא ופרעון התיר הרא"ש משום דחפצי שמים הוא לקיים הלוה שבועתו משום דמלוה אינו רוצה לוותר מותר הלוה וסייעתי' אבל למלוה ליכא מצוה די"ל הריני כאלו התקבלתי ומשום הצלת ממונו לא התירו כמ"ש הה"מ הובא במג"א סימן ש"ו ס"ק ט"ז אלא דפרעון בע"כ שמו פרעון כדלקמן סימן ק"כ ס"ב וא"כ המלוה אינו עושה כלום משא"כ אם יקנה לו ע"י חצר של לוה א"א שיקנה בע"כ.

ובזה י"ל מה שהקשה המג"א שם כיון דקציצת דמים לא הותר בשידוך הבנות משום דהצלת ממונו לאו מלוה הוא יתן לו חפץ ששוה יותר בודאי ולא יצטרך שומא ולפ"ז א"ש דיותר מחובו א"א להקנות למלוה בע"כ די"ל איני רוצה במתנה כדלקמן סימן רמ"ה ס"י ואסור למלוה לקנותו ברצונו דלדידי' אינו מצוה אלא דיותר ה"ל למג"א להקשות דיקנה לו בחפץ השוה יותר שיעור חובו וכמ"ש הב"ח כאן ואף דנאמר דלא הרווחנו בזה דהוי כמזכיר סכום כיון שאומר שיקנה כשיעור החוב מ"מ לא יצטרך שומא ונראה דכה"ג פרעון בע"כ ל"מ דמלוה אינו רוצה להיות שותף עמו או לשלם לו המותר בדמים וא"כ מחוסר מכירה ול"ח פרעון משא"כ כשישומו שוה מנה ויתן לו בפרעון הוי פרעון בע"כ דמלוה דאם ירצה המלוה לא יחזרנו ולא ימכרנו וזוכה בו לחלוטין וכיון דכאן מיירי דמלוה תובעו דבלא"ה אינו עובר הלוה על השבועה ומעות א"א היום ליתן הוי פרעון בע"כ בכל מילי עיין לקמן סימן ק"א.

וישומו אותו ובש"ך וטו"ז תמהו דא"א לאדם חטא בשביל שיזכה חברך כדאיתא בפ"ק דשבת גבי הדביק פת בתנור ול"נ דל"ד להתם דהשבות משום לתא דמלאכה ואין לדחות איסור קל משום איסור חמור של חבירו אבל שומא הוא רק משום ממצוא חפציך ולא אתסר חפצי שמים וכיון דמזכה חבירו לאו חפציך הוא אלא חפצי שמים ואינו חוטא כלל.

סעי' ט' החדש הראשון עיין פ"ת ועיין מה שכתבתי לעיל סימן מ"ג סכ"ט.
סעי' י' לעקל עיין אורים לקמן סימן קכ"ח ס"ק י"א ובשו"ת ד"ח ח"ב בחו"מ ס"ז בשם מהראנ"ח דבדבר דאיכא ספק שמא לא יבוא לידי גיבוי אין מעקלים עיי"ש עוד.
סעי' ט"ו וישומו אותו כמה שוה אם לסמוך על שומת עכו"ם עיין מג"א סימן ש"ו ס"ק ט"ז ובמחצית השקל שם ובתומים סימן ק"ג ס"ג סק"ב.
סעי' י"ד דנין כן בישראל נשאלתי בראובן שהעלה בגרונדבוך חצרו על שם שמעון ומכר שמעון החצר אחר מות ראובן ללוי והעלהו בגרונדבוך ע"ש לוי ועתה מבררים יורשי ראובן שלא העלה ראובן החצר ע"ש שמעון רק להברחה ובדד"מ נחלט החצר ללוי ויתבעו היורשים לשמעון והשבתי ברמ"א ס"ס שס"ט כתב היכא דד"מ לתקנת בני המדינה אזלינן בתרי' והש"ך סימן ע"ג סי"ד חולק ובתומים ריש סימן כ"ו נוטה לדברי הרמ"א וכן בשו"ת ב"א ס"ד הביא דברי התומים ונוטה לדבריו ובח"ס חו"מ סימן ס"ה כתב דהוי ספ"ד ובחידושי רשב"א גיטין דף יו"ד הביא דעות בזה עיי"ש לכן נהי דח"ס כתב בחו"מ סימן קמ"ב דחזקת יורשי הראשון עדיף מחזקתו של זה דכתב הערכי הקרקע על שמו וראוי זה שנכתב על שמי לנדותו שיסיר כח הערכי מעל הקרקע עיי"ש מ"מ כאן דהוי ספ"ד נהי דגוף הקרקע בחזקת יורשי ראובן וא"צ להחזיר דמי הקניה ללוי דלא נעשה בזה תקה"ש מ"מ א"א לכוף ללוי לחזור להכתיב החצר על שם יורשי ראובן דלענין זה ודאי י"ל קי"ל דדמ"ד ומ"מ הבירור צריך להיות באופן הכתוב בחו"מ סימן נ"ו ס"ב כיון דהימני' ראובן לשמעון.
ולע"ד עיקר כהרמ"א דמבואר בפ"ק דב"ב חי"ת ע"ב דרשאין בני העיר להסיע על קיצתן ולעיל סימן בי"ת מבואר דלכ"ע אם קבלו מדעת כולן בדיבור בעלמא נתקיים וא"כ דד"מ שהוא לתקנת בני המדינה הוי כהא דפ"ק דב"מ י"ב ע"ב עשו שאינו זוכת כזוכה מ"ט עניים גופייהו ניחא להו עיי"ש ה"נ ניחא לבני המדינה והמלכות שליחותייהו עביד אף דעכו"ם לאו בר שליחות כיון דא"צ רק הסכמה וכהא דפר"י נ"ג ע"ב אהא דא"א אוסר דשא"ש דנכרים שליחותייהו דישראל עבדי ומבואר בתוס' רי"ד אף דאין שליחות לעכו"ם שאני הכא דסגי בהסכמה ונתינת רשות וכ"כ בשו"ת בש"ר סימן ש"פ וברכ"י א"ע סימן ה' וח"ס א"ח סימן פ"ד וה"נ הוי כקבלו עליהן מדעת כולן.
סעי' י"ז ואם התנה עמו זה דעת מהר"ם דגם במשכון מטלטלין שייך אסמכתא א"ל אמר מעכשיו וראייתו מהמשליש שטרו וממה דאמר פא"נ דף ס"ו ע"ב גבי מההוא חמרא והקשו עליו מהתוספתא רפ"ק דב"מ משכן לו ביה ושדה ואמר א"ל נתתי לך עד ז"פ אין לי בידך כלום ר' יוסי אמר קנה ר' יודא אומר ינתחנו המלוה את חברו על המשכון וא"ל

אם לא נתתי לך ליום פלוני אין לי בידך כלום הגיע זמן ולא נתן הגיעו משכון בין רע בין יפה עכ"ל וכתב רמב"ן דתוספתא מחלקת בין משכון קרקע למטלטלין דב"ח קונה משכון והרי דלא כמהר"ם והרא"ש נדחק דסיפא כר' יוסי והש"ך כאן סק"נ דחהו דהא קאי על פלוגתת ר' יוסי ור' יודא דמשמע דבסיפא מודה ר' יודא ובב"י לקמן סימן ר"ז הביא מת"ר דלענין משכון מטלטלין מודה ר' יודא דל"ה אסמכתא דעשה לו טובה מש"כ בקרקע דאין אדם מוכר קרקעותיו ברצון הוי אסמכתא בכל גוני עיי"ש ונראה דמהר"ם ס"ל דממ"נ אם רק קונס עצמו הוי אסמכתא ואם מחמת שהלוה לו ועשה לו טובה גומר ומקנה הוי אגר נטר ואחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן ודאי רק קונס עצמו א"כ הוי אסמכתא ויוצא בדיינין אמנם ר' יודא דס"ל בפא"נ דף ס"ה ע"ב צד אחד ברבית מותר והיינו במכר אבל בהלואה מודה דאסור כמו שפרש"י שם וע"כ במשליש שטרו לא מהני טעם דעשה לו טובה לסלק אסמכתא לכן לא פליג ר' יודא בסיפא דתוספתא ולדידן דקיי"ל צ"א ברבית גם במכר אסור וקיי"ל אסמכתא ל"ק ע"כ גם במשכון הוי אסמכתא. **ולדעת** רשב"א שבנמ"י בב"מ שם דקי"ל כרבא דגם ר' יודא מודה דצ"א ברבית אסור ולא פליג רק בעמ"ל ל"ל כן וגם חילוק הת"ר בין קרקע למטלטלין קצת דוחק ולכן נלע"ד באו"א דהראשונים כתבו מדאמר ינתחנו ולשון אין לי בידך משמע דמלוה מוחזק במשכון ומכח זה דחו דעת הרמב"ם דס"ל בהחזיק מיד ל"ה אסמכתא עיין מגיד משנה וכ"מ פי"א ממכירה וי"ל בישוב התוספתא מרישא לסיפא כיון שהחזיק מיד הוי כמעכשיו רק מעכשיו נמי ל"מ לסלק אסמכתא כדמוכחי הפוסקים מנדרים והא דבפרק איזהו נשך ס"ו ע"ב מוקי דאמר מעכשיו לסלק האסמכתא היינו משום די"ל מחמת הטובה שעושה לו בהלואה גמר ומקנה וכמ"ש תוס' שם בד"ה ומניומי אלא דא"כ הוי אגר נטר רק במעכשיו קנה דנמצא ל"ה הלואה כלל רק מכר מעיקרא וליכא אגר נטר וכמ"ש תוס' שם דף ס"ה ע"ב בד"ה לא תמכרם וכ"כ הרא"ש והג"א ואס"ז שם אכן כ"ז אם התנה בשעת הלואה אבל התנה לאחר הלואה נהי דמעכשיו הוי מכר מ"מ עד עתה הלואה הי' ואם משום טובה שעשה לו גמר ומקנה הוי אגר נטר ופנותן רבית בשעת פרעון דאסור גם בסתם כמ"ש הרא"ש שם דף ע"ג ע"ב וא"כ צ"ל רק קנס קונס עצמו א"כ אסמכתא הוא ומבואר בב"מ דף פ"ב דמלוה על המשכון היינו בשעת הלואה וזה ישוב התוספתא דברישא קתני משכן לו בית וי"ל אחר הלואה ובסיפא קתני המלוה על המשכון דהיינו בשעת הלואה ובכיון שינה מרישא לסיפא ומהר"ם צ"ל דס"ל גם כשהחזיק מיד ל"ה כמעכשיו רק התוספתא מיירי דפירש מעכשיו קנה דכן מוכח לשון אין לי בידך כלום דאם לא מיירי במעכשיו אף שיקנה אח"כ עדיין הפירות של לוה

ויש לו אצל מלוה דמי פירות וגם ר' יודא מודה כה"ג דלא הקנה לו מיד דאסור כמו שפרש"י בפא"נ דף ס"ה ע"ב גבי לכי מייתית קני ומלוה משתמש ומוחזק במשכון מדאמר אין לי בידך וינתחנו אע"כ בדא"ל מעכשיו כדמוקי הש"ס להמשנה שם בפא"נ דף ס"ו וע"כ בסיפא דתוספתא דהתנו בשעת הלואה מהני מעכשיו דהוי מכר מעיקרא אבל בלא מעכשיו יפה פסק מהר"ם ולפ"ז לאחר הלואה גם במעכשיו הוי אסמכתא וכן בשעת הלואה אם אמר א"ל אפרע לך לז"פ גבה חובך מהמשכון והמותר יהא מתנה הוי אסמכתא דל"ל משום הטובה גמר ומקנה דא"כ הוי אגר נטר ובזה מיושבים שני תשובת הרא"ש שבטור סכ"ו במלוה על המשכון ואמר א"ל יפדנו יוחלט הוי אסמכתא ובסכ"ז באמר גבה חובך מהמשכון והמותר יהא מתנה הוי אסמכתא אפילו אמר מעכשיו דהקשו למה בסכ"ו לא קאמר אפילו במעכשיו ולפמ"ש א"ש ובזה מתורץ קושית ב"י לעיל סימן ע"ב וביו"ד סימן קע"ז על רי"ו דבנתיב ט"ז כתב אם א"ל אם לא אפדנו לז"פ המותר ששוה על החוב יהא שלך מעכשיו אסור משום הערמת רבית ובנ"ל הביא דעת ר"ם דאם אמר א"ל אפרעך לז"פ קנה המשכון מהני במעכשיו ולא הזכיר איסור ולפמ"ש א"ש דכשמוכר כל המשכון מעכשיו ליכא הלואה ומותר אבל אם רק היתר על החוב מקנה במעכשיו והחוב יגבה מהמשכון הרי עד ז"פ הלואה הוא אף דעושתו דרך קנס הערמת רבית הוא והא"ח שהביא ביו"ד סימן קע"ז שכתב ז"ל משכן לו משכון שוה יותר מן החוב וא"ל אם לא פרעתיך לז"פ הרי הוא שלך אסור לעשות כן לכתחלה אבל אם הלוהו כבר על משכון ועתה אמר לו א"ל פרעתיך יהא המשכון מעכשיו שלך מותר כיון שלא עשה כן בשעת הלואה ממש אינו נראה כרבית אלא קנסא דקניס נפשו עכ"ל חולק על רי"ו דמביא דברי ר"ם בנ"ל דמתיר בשעת הלואה דלא כנראה מהש"ך יו"ד סימן קע"ז ס"ק ל"ד וצ"ל דס"ל להא"ח בהרמב"ם דמעכשיו מסלק אסמכתא בכל מקום ולא משום שהלוהו ועשה לו טובה וע"כ מתיר כשאמר לו אחר הלואה שיהא שלו מעכשיו א"ב יפרע לז"פ דקנס בעלמא הוא ומ"מ מהני והא דאוסר בשעת הלואה אף דאם לא יפרע הוי מכר למפרע וליכא הלואה צ"ל דס"ל כתוס' בפרק איזהו נשך דף ס"ד בד"ה אי תקפה ברשותך ואי יתיקר ברשותי דאף כשמשך והתנה אי תקפת לא יהא מכר ותחזיר מעותי ואי יתייקר יהא מכר למפרע מ"מ אסור דבחד צד הלואה הוא וכ"כ הרא"ש שם וביו"ד סימן קע"ג סי"ג וע"כ ה"נ וכ"ש הוא כאן דביד לות לפרוע ולא יהא מכר אלא די"ל לאידך גיסא כיון דמחוסר ממונא הוא לא אמרינן הואיל וביד לפדותו כמ"ש הר"ן פכ"ש גבי תלוהו על חמצו וגרע מאי תקפה ממילא דהואיל ומחוסר ממון וקום ועשה הוי כנגמר המכר מיד וכמ"ש בס"ס כ"ה ולפ"ז לא יחלוק הר"ם אהך דסימן קע"ג סי"ג.

והרמב"ם בפ"ז מהלכות מלוה כתב הממשכן בית או שדה ביד חבירו והי' בעל הקרקע אוכל פירותי' וא"ל לכשתמכור קרקע זו לא תמכור אלא לי בדמים הללו אסור בשוי' מותר ובהשגות א"א קשיא לי והא הוי אסמכתא אם לא אמר מעכשיו עיי"ש ולפמ"ש י"ל דמשום שעשה לו טובה גמר ומקנה ולא הוי אסמכתא כמ"ש התוס' והא דמסיק הש"ס בפא"ב דאמר מעכשיו ולא נסתלק האסמכתא בלא"ה משום שעשה לו טובה היינו דא"כ הוי אגר נטר ועכצ"ל לא משום טובת הלואה הוא מחייב א"ע בכך רק דרך קנס וכמ"ש הריטב"א בפא"נ שם וא"כ הוי אסמכתא לפיכך מוקי במעכשיו ונהי דמעכשיו לא מסלק האיסור לדעת הא"ח מ"מ מסלק האסמכתא בכל מקום לרמב"ם ומוכח כן לדעת הא"ח דל"ל דמעכשיו מועיל שיהא מכר ולא אגר נטר דגם כה"ג אסור כמו באי תקפה ברשותך אמנם כשאומר לא תמכור אלא לי בשוי' דאין הלוה מתחסר כלום וליכא אגר נטר י"ל משום דעשה לו טובה גמר ומקנה ול"צ מעכשיו ובדמים הללו ג"כ לא הוי אסמכתא רק מחמת דל"ל דגמר ומקנה משום הטובה דאגר נטר הוא.

ואם א"ל ואם נשאר משכון ליורשים עיין טו"ז לקמן סימן רפ"א ס"ז בד"ה הוחלטו הספרים דטוענין ליורשים שמא התנה המלוה שא"ל יפדנו לז"פ יוחלטו ויהיו שלו מעכשיו.

ואם א"ל קנה מעכשיו א"ל אפדנו עד ז"פ במג"א סימן ק"ח ס"ק י"א כתב בהלוהו על שדהו והתנה לפדותו תוך ג"ש ואירעו אונס ולא פדאו חלוט לו כמ"ש הב"י בחו"מ סימן ר"ז ועיי"ש במחצית השקל דמיירי במעכשיו וכה"ג דסילק האסמכתא וכ"כ הב"י בסימן ר"ז במת הלוה ולא פדאו דחלוט לו וקצו"ח ונה"מ לעיל סימן כ"ה לא זכרו את דברי מג"א וב"י הללו אמנם בבד"ה סימן ר"ז הביא מהריטב"א דמהני טענת אונס ויכול לפדותה אח"כ ולע"ד כן עיקר דמסקינן בנדרים דף כ"ז בקנו מיני' בבד"ח ואתפיס זכוותי' והוא דלא אנוס.

בש"ך סק"ו השיג על הרא"ש דפירש הא דקתני הגיעו שאין המלוה יכול לחזור דסבר וקבל והלא המלוה לא התנה כלל אלא הלוה אמר א"ל אתן וכי בשביל שאמר הלוה יפסיד המלוה עיי"ש ולענ"ד לשון התוספתא הגיעו משכון בין רע בין יפה משמע דשניהם א"י לחזור וכן פירש המג"א אף שאינו שוה כפי החוב דסבר וקיבל וקושית הש"ך י"ל כיון דבשעת הלואה אמר כן עד"ז לוה ומשך המעות ובזה שתיקה כהודאה כמ"ש נתיבות סימן פ"א ס"ז סק"ה באמר לחבירו אני מושך חפץ שלך לקנותו בסך זה ומשכו בפניו ושתק הוי כהודאה וריצוי לכ"ע ויש הוכחה לזה דברישא דתוספתא גבי משכן לו בית קתני רק יתקיים התנאי וכאן קתני הגיעו בין רע אלא משום דכאן

קתני המלוה על המשכון דההתנה בשעת הלואה כדאמרינן בב"מ דף פ"ב ובמקו"ח סימן תמ"א הוכיח כהש"ך מלעיל סימן י"ב ס"ט דקנס אינו פוטרו מהקנין ולע"ד אדרבה דומה למ"ש החמ"ח בא"ע סימן נו"ן ס"ו ס"ק כ"ב דכשאמר א"ל אקיים אתן קנס הקנס פוטרו מהקנין ועיין יד אפרים בא"ח ח סימן תמ"א דס"ל דהוי כאפותקי מפורש ואף דמיירי התם במעכשיו היינו לענין נאנס לפני הז"פ דוקא במעכשיו אבל גם בלא מעכשיו הוי מכירה מז"פ.

סעי' י"ט עש"ך ס"ק נ"ה דהפקיד מעות מותרין אפילו תובע אותם המפקיד קודם שהוציאם א"צ להחזיר אותם המעות עצמם אלא יכול ליתן אחרים תחתיהם וכמ"ש תוס' בפרק א"מ א"ר דמי להלואה ושייך לשון מחילה עכ"ל וכ"כ הטו"ז והגאון ח"צ בהגהות טו"ז תמה דתוס' לא כתבו רק לר"ה דחייב באונסין אבל לר"נ דקי"ל כותי' דאינו רק ש"ש מוכרח דיכול לחזור בו המפקיד דאל"כ קשה גם לר"נ כמו דפריך לר"ה כי לא הוציא נמי למעול גזבר עיי"ש ולע"ד גם לר"נ אי הוי ברור דלהוצאה עומד הי' חייב באונסין רק ס"ל שמא לא יוציאן דלא יתרמי לו זבינא דאית בו רווחא או שלא יתחייב באונסין ול"ד לשואל דשאלו להשתמש בודאי משא"כ כאן רק ספק והממע"ה אבל מ"מ כשמפקיד תובע המעות יכול הנפקד לומר מתחלה נטלן להוציאן וצריכין לו עכשיו וליתן אחרים דהא המפקיד מותרין ע"ד נפקד הפקידן והממע"ה וממילא לא חשיבי ברשות מפקיד דכיון דחזינן לר"ה דחייב באונסין דודאי להוצאה נטלן למה נעשה פלוגתא רחוקה לומר לר"נ איפכא דודאי לא להוצאה נטלן והוא היפך הסברא אבל מעילה בספק לא מעל כמבואר ברמב"ם פ"ז ממעילה.

סימן עד

סעי' ז' נותן לו ממטבע היוצא ואם המעות שהלוהו בעין הובא בד"מ וסמ"ע וש"ך דעות בזה ותומים כתב כיון דההתנה ליתן לו מעות דהיינו מטבע היוצא איך יאמר הש"ל והמרדכי לשיטתו דס"ל שם בשם רש"י דהתנאי הי' ליתן לו מעות ולא סחורה שפיר י"ל המעות שהם בעין יחזיר לו עכת"ד ולע"ד לפמ"ש הריטב"א בפ"ב דקידושין דף מ"ז ע"ב דמן התורה כל זמן שמעות המלוה בעין יכול המלוה לחזור רק מדרבנן קנינהו הלוה עיי"ש והתקנה לטובת הלוה דל"ל לטובת המלוה דהא באונסין חייב דלא גרע משואל אף אי הי' המלוה יכול לחזור כמבואר בגמרא שם א"כ יאמר הלוה כאן כלום תקנו לטובתי א"א בתק"ח והוי המעות של מלוה ולא קננהו הלוה א"כ ממילא יכול לחזור מהתנאי אף אם התנה בפירוש לשלם ממטבע היוצא ולא אהני רק אם הוציא המעות דנתחייב

תמורתן כפי תנאו ול"ל כל תנאי בשעת מעשה מתקיים בלא קנין וכמ"ש הראב"ד הובא באס"ז בב"מ דף צ"ד דכל תנאי שהוא בשעת מעשה תנאו קיים וא"ל תתקיים תנאו תהא המשיכה בטלה וכ"ש שיהי' פטור לפיכך צריך קנין עיי"ש אלא די"ל לפי מה דאמר ר"י בב"מ שם אפילו לא קנו מידו בהנאה דנפק עליו שמא דאינש מהימנא הוא גמר ומשעבד נפשו וכן קי"ל בסימן ש"א ה"נ י"ל כן אך לפמ"ש תוס' בפרק הזהב דף נ"ח בסד"ה אמר ר"י דלפיכך מתחייב כשואל דעי"כ סבורים העולם דהוא שואל עיי"ש א"כ ל"ש הכא זה כיון דלוה ג"כ פטור כ"ז שלא הוציא המעות א"כ במה שיסברו שהוציאן לא יתרבה הנאתו דקלא דמהימנותא נפק מחמת הלואה לבד ונ"ל דדעת רש"י והג"א פ"ק דב"מ דף ד' דהילך אינו רק כשאומר לו לא הוצאתי מעות שהלותני ג"כ בשיטת הריטב"א אזלו דלא קנה המלוה כ"ז שלא הוציאם רק מדרבנן ויכול לומר א"א בתק"ח וא"כ בכ"מ שהן ברשותך הן ואינו מודה במקצת והר"ן כתב דלפ"ז לא משכחת רק בפקדון דבמלוה אפילו ישנם בעין ברשות לוה הן וקשה הא לרש"י בפקדון אפילו כופר הכל חייב וכן הקשה בהגהות הב"ח שעל הרא"ש ועוד הא הג"א כתב דדעת רש"י כן במלוה ומה יענו לקושית הר"ן ולפמ"ש א"ש ותמהני על הריטב"א שבפ"ק דב"מ נתקשה בפרש"י וחולק עליו מטעם דמלוה בעינא לאו ברשות מלוה לחזרה והרי לשיטתו בקידושין לק"מ ואפשר משום דכשמשך המעות סתם ודאי רצה לקנות כיון דבאונסין בלא"ה חייב טובה היא לו שלא יוכל מלוה לחזור שוב לאו כל כמוני' אח"כ לומר אי אפשי על מעות זה שכבר קנה וצ"ע דבש"ך כתב מסמ"ג דרש"י בתשובה פסק דגם מלוה בעין ברשות לוה וא"י לומר הש"ל ומפרש"י גבי הילך משמע להיפך.

ש"ך ס"ק ז"ך הביא ממהרש"ל כשהלוהו על המטבע לזמן ידוע ולא רצה לפרוע בזמנו ונפסל אח"כ דצריך לשלם מטבע היוצא וש"ך ותומים חולקין עליו והאבני מלואים בא"ע סימן קי"ד ושע"מ כאן הוכיחו כמהרש"ל מירושלמי ר"פ הנושא והוא בא"ע ריש סימן קי"ד בפסק לזון בת אשתו חמשה שנים דחייב שנים הראשונים ואם הוא עיכב ואח"כ הוזלו המזונות חייב כשעת היוקר ומסיק השע"מ דלפ"ז הה"ד בהלוהו חטים ועבר הז"פ שלא רצה לפרוע והוזלו החטים אח"כ חיוב לשלם דמיהן כשעת זמן הפרעון ביוקר עיי"ש אמנם לפמ"ש לקמן סימן ר"ט בשם התו"ג ונתיבות דלעיל סימן סמ"ך דעיקר חייב במזונות בת אשתו היינו מעות בעד מזונות כמ"ש הסמ"ע בסימן סמ"ך סקי"ב דלא כח"מ וב"ש והכריח כן מדברי הרא"ש עיי"ש וא"כ ה"נ אין ראי' ממזונות דצריך לשלם כשעת היוקר דאלו תבעה דמים הי' מחויב ליתן לה דמי מזונות בשעת היוקר ע"כ גם עתה מחויב אותן דמים וכשעכבה הבת שאני דלא נתחייב רק בזמן שתרצה ותתבע אבל

בנתחייב מטבע ידוע או חיטים לז"פ דאין המלוה יכול לתבוע מטבע אחר או מעות מחיר החטים א"כ לית לן גבי' רק מטבע זאת או חטים וברשות מלוה הוזל ושלו הוזל ואף דלוה גרם שלא פרעו בזמן היוקר הוא רק גרמא וכמ"ש התומים ואף דלהב"ש והח"מ דאם אין לה מזונות ממקום אחר א"צ ליתן מעות רק מזונות יש ראי' לרש"ל מ"מ אין להוציא מספק.

ולפע"ד יש לחלק דאם לא הי' לו מטבע זאת או החטים בזה"פ א"כ הי' צריך להוניא כך בזמן היוקר ליקח מהשוק ולפרע למלוה א"כ משתרשי לו ע"י שגרם היזק למלוה יש לחייבו לשלם הנאתו ועיין שטר משפט סימן ע"ב ס"ק ל"ט.

הלכות טוען ונטען סימן עה

סעי' ט' וא"י אם החזרתי עיין מ"ש פ"ת מהנוב"ת חחו"מ סכ"ג בראובן שנתן לשמעון מעות על ח"ר ואח"ז תבע קרן וריוח והשיב א"י א"פ הקרן מכבר דחייב לשלם הקרן ופטור מריוח משום דהוי א"י אם נתחייבתי וא"צ לישבע שא"י דאפילו יודה אינו חייב רק שבועה שלא הרויח והוא שבועת שותפות וכשיטעון ודאי פרעתיך הקרן מכבר פטור מלישבע על הריוח כדלקמן סימן צ"ג ס"ט בטוען כבר פסק השותפות וה"נ כשטוען א"י עיי"ש ולפי דבריו נראה אם יש למלוה שטר על הקרן שנתן להתעסק ותובע ריוח ג"כ ולוה טוען פרעתיך כבר הקרן ויש נאמנות למלוה בשטר על הקרן או תנאי שיצטרך לוה עדים על ההפסד דאז אינו נאמן במגו דנאנסו מ"מ לענין הריוח הוי כטוען הלוה כבר פסק השותפות מזמן שפרעתיך ואף דמלוה מכחישו פטור הלוה משבועה ול"ל דשטר עדיף מא"י א"פ דהא לענין להשביע למלוה כשאומר אשתבע לי עדיף א"י א"פ דא"י להשביע אבל סברת הנו"ב צ"ע דל"ד להך דסימן צ"ג דהתם לא ידעינן אם עדיין שותף הוא ואנו דנין על זה אם לחייבו שבועה שאינו שותף הוי רק שבועה על שבועה אבל בא"י א"פ דפסקינן דצריך לשלם הקרן אנו מחזיקין שעדיין שותף וכן בשטר אפילו ירצה לישבע שפרע לא מהני ופסק ב"ד כאן סהדי וכמ"ש הש"ך לעיל ס"ה וכיון דמחזקינן לו בחייב הרי עדיין בחזקת שותף ויחויב לישבע שלא הרויח במעותיו ונראה דגם להנו"ב עכ"פ צריך לקב"ח שא"י דהא גם בשבועה על שבועה מבואר לקמן סימן פ"ז סכ"ז בהג"ה דצריך לקב"ח ומיירי נמי לענין שבועת שותפת עיי"ש ש"ך ס"ק ס"ג ועוד נראה לפמ"ש ש"ך שם ס"ק ס"ה דאם טוענו אתה חייב לי שבועה דאורייתא וזה מכחישו חייב היסת וכ"פ קצו"ח ושע"מ שם והיינו דרק בשד"ר פטור משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן

א"כ ה"נ לפי הנהוג לכתוב בהיתר עסקא שלא יהא נאמן לא הרווחתי רק בשבועה הרי חיוב השבועה מדינא לא מתקנתא ומחויב היסת על הכחשתו.

סעי' ט' אם החזרתי לך בשע"מ סק"ו נסתפק במודה שקיבל מעות אלא א"י אם היתה הלואה או מתנה וכן אם א"י אם בפרעון חוב או בהלואה בא לידו אי בו"ש ברי עדיף והביא מלקמן סימן רס"ב דמצא דבר שאין בו סימן ואינו יודע אם נתייאשו הבעלים בשעת נפילה חייב להחזיר ולא אמרינן דילמא ידע בעל האבדה ונתייאש קודם שבא ליד זה וה"ל א"י אם נתחייב א"ו דברי עדיף בכה"ג ועוד מלקמן ס"ס רמ"ו דהזן חבירו סתם צריך לשלם לו והלא המקבל א"י אם במתנה זנו א"ו דכה"ג שבא ממון חברו בידו בו"ש ברי עדיף עוד כתב דמצא ראי' מפורש בבע"ת שער מ"ז ח"ד שכתב על הא דאמרינן בפא"נ האי מאן דאוזיף פשיטי מחברי' ואשכח בי' טופיינא אי בכדי שהדעת טועה חייב לאהדורי לי' ואי לאו מתנה בעלמא הוא דיהיב לי' ואי אינש תקיפא הוא דלמא מגזל גזלי' ואבלע לי' בחשבון וכתב שם הבע"ת דאי אתי בתר הכא ואמר טעיתי מחזירין אפילו אינו בכדי שהדעת טועה דבויש ברי עדיף ושוב כתב השע"מ דיש ראי' להיפך מס"פ השואל דאושלי' למרפק פרדיסי רפיק כל פרדיסי משום דמוחזק ואף דמשאיל טוען ברי כונתו רק על שנים וכן יש ראי' מלקמן סימן ר' ס"ז דאם אמר כור בשלשים סאה בסלע אני מוכר לך אחד אחד קנה משום דמספ"ל אי תפיס לשון ראשון או אחרון ומספקא לא מפקינן אף שהמוכר טוען ברי שכונתו היתה שיגמור דוקא מדידת כל השלשים סאה ולוקח טוען שמא את"ד השע"מ ולע"ד במסופק אי במתנה אי בהלואה בא לידו בלאו ברי ושמא תלינן בהלואה אם נוכראה הוא וכמבואר בפ"ק דב"מ דף ט"ו ע"ב ולקמן סימן שע"ג בטור וש"ע דגזל שדה ומכרה אם הכיר בה שהוא גזולה נוטל מהגזלן הקרן דודאי נתן דמים בהלואה עיי"ש בטור ובראי"ש פ"ק דב"מ כתב דאין ראי' מזה למקדש אחותו דשם י"ל דבמתנה נתן לה דרק בנכרי לא תלינן במתנה וכ"פ בטוש"ע א"ע סימן נו"ן ומבואר במל"מ פ"ט מגזלה ה"ז דאם הי' המוכר אחיו או אחותו תלינן במתנה ועיין נמ"י ר"פ אין בין המודר בשם הריטב"א ומה שכתבתי לקמן סימן ע"ט ס"ד.

ואם א"י אם בפרעון חוב נתן לו או בהלואה בא לידו הוי א"י אם נתחייבתי וראי' שהביא השע"מ מלקמן סימן רס"ב ס"ג אינו דלדבריו למה לא מצינו שם חילוק בפוסקים בין אם בעל אבדה כאן וטוען ברי או יורשיו ואינם טוענים ברי אלא דשם נולד הספק קודם שתפס ולא התפיסו בעל אבדה בכה"ג מוקמינן החפץ בחמ"ק משא"כ אם מסופק אם בהלואה בא לידו דלהוצאה נתנה בזה אהני תפיסה בשמא ג"כ וכן בנידון הבע"ת שטוען שבטעות נתן דלפי טענתו ליכא תפיסה ברשות כיון שבטעות נתן אלא דמצריך יטעון

ברי משום שהוא בכדי שאין הדעת טועה והך דפרדיסי והך דכור בשלשים הוי תפיסה ברשות דבעלים עצמם נתנו לידם בשעת הספק וכן מצאתי מפורש בנתיבות בדינא תפיסה לחלק בהכי עיי"ש ש"ג וסעיף י"ג וסי"ז וסי"ח ועיין אבני מלואים סימן כ"ח סכ"ב ס"ק ס"ב ומה שהביא מכנה"ג שכתב מהרשד"ם סימן סמ"ך עמ"ש הטור לקמן סימן ע"ט אם טען אמת שקבלתי ממך מנה אבל במתנה הי' או בפרעון חובי נאמן דלאו דוקא בטענת ברי אלא ה"ה בטענת שמא עיינתי ברשד"ם ועובדא הי' שם דטען א"י אם נתת לי ואם נתת לי הי' פרעון על חוב ולכן שפיר פסק דגם שמא מהני והוצרך לומר דבטור ל"ד נקט ברי משום טענת או בפרעון חובי אבל אם טוען רק טענת מתנה ונוכראה הוא אינו טענה בשמא וכן מ"ש הש"ך לקמן סי"ב אהא דכתב המחבר שם מנה לי בידך שהלותיך והלה אומר א"י וע"א מעיד שהלוהו הוי משואיל"מ דדוקא שמעיד שהלוהו בודאי אבל לא כשמעיד שמנה לו מעות היינו נמי משום דשמא בפרעון נתן לו ואפילו היו שני עדים הי' פטור אפילו טוען א"י אבל במתנה לא תלינן אפילו אין התובע טוען ברי כגון הזן חבירו ויורשיו תובעים ובהשאיל לו מרא למרפיק פרדיסי דטוען שמא ורפיק כל פרדיסי אף דשאלה ג"כ מתנה התם חזינן דעכ"פ גמיל חסד עמו על שנים י"ל דהשאילו על יותר נמי גם שאלה שכיח יותר דזה משאיל לזה וזה משאיל לזה בזמן אחר.

ואין התובע צריך לישבע כתב שע"מ היכא שטענו מכה הלותיך ופרעתני רק חמשים והלה משיב א"י אם פרעתיך כל המנה צריך התובע לישבע בפוגם שטרו משום דמפרע לא דייק וכ"ז שלא נשבע ל"ח ברי עיי"ש ואינו מוכרח די"ל רק כשנתבע טוען ברי חשו דתובע טועה משום דיש הכחשה ומצינו כה"ג בעדים המכחישין זה את זה תלינן דטעו במידי דעבידי למטעי כגון בעיבורא דירחי עיין לעיל סימן כ"ט ס"א ועוד כיון דנתבע טוען א"י וה"ל למידע רגל"ד דמשקר דלפיכך חייב וכמ"ש בנתיבות סק"ו ומהיכי תיתי שתקנו שבועה כה"ג עיין לקמן סימן פ"ז סל"ח ועוד לפמ"ש הרא"ש בתשובה הובא בש"ך לקמן סימן פ"ד סק"ד וז"ל דדוקא פרעון בע"פ דהורע כח בעל השטר דאמרינן כמו שהאמינו ופרע לו מקצת בע"פ והניח השטר אצלו ולא חש לכתוב הפרעון ביני שיטי גם אפשר שפרע לו הכל לכך הטילו חכמים שבועה על המלוה עכ"ל לפ"ז בתביעה בע"פ לא שייך זה דבשלמא כשגובה בכח השטר כשפגמו הורע השטר אבל כשגובה מחמת דלוה אומר א"י א"פ זה לא אתרע כלל וכ"כ בגד"ת שכ"א ח"ד ד"ד דרק בשטר נגרע כח המלוה ע"י הפגם ולא במלוה ע"פ עיי"ש תדע דלפי דברי השע"מ בטענו מנה הלויתיך ופרעתני חמשים ולוה אומר פרעתיך כולו או יותר מחמשים לא יחויב לוה שבועה כיון דמפרע לא דייק הוי כטענת שמא ומבואר בבע"ת שם דלוה נשבע בפוגם

מע"פ ועוד דיש להבין דברי הרא"ש בשנותו טעמו דפוגמת מהגמרא ובשלמא הגמרא לא אמר טעם הרא"ש דא"כ יש מגו ועכצ"ל דפ דפרע ל"ד והוי מגו בדדמי אבל מנ"ל לרא"ש ליתן טעם אחר אע"כ קשה לו כיון דמפרע לא דייק למה דוקא פוגמת ולא ס"ל דדוקא בין מקצת לכולו לא דק דאין סברא כלל בנפרע פרוטה אפשר נפרע מנה וטעה בדביני ביני ובלא נפרע כלל דייק א"ו דבלא נפרע כלל דלא אתרע חזקה דשטרך בידי מה בעי לא אמרינן דלא דייק רק בנפרע קצת דאתרע החזקה י"ל דפרע כולו ולא דייק ובזה א"ש מה דמבעיא בגמרא פוחתת כתובתה מאי דאחר שכבר אמר הטעם דמפרע לא דייק מה מספ"ל בפוחתת וכן נתקשו המפרשים שם אלא ודאי דגם בלא מודה שנפרע כלל כיון דלוה טוען שפרע הכל י"ל דמפרע ל"ד רק משום חזקה דשטרא בידי מה בעי לא משביעינן לו רק אם נפרע קצת חזינן דפרע והניח השטר והימני' לכן ה"נ בפוחתת חזינן דהימני' וכיון דבעל טוען דפרע כולו ישבע דשמא לא דייקה או דילמא דוקא שפרע קצת מרעי לחזקה דלא ה"ל לפרוע ולהניח הכתובה או השטר אלא דהימני' ה"נ י"ל פרע כולו והימני' אבל פוחתת לא מרעי החזקה לענין פרעון כיון דמפרע לא דייק לא הוי להניח שטרו אפילו מהימן אצלו דבתום לבבו יתבע הכל או דבשלמא בפוחתת י"ל הוכרח להאמינה כי לא נתרצית לו רק על אופן זה וכן בשט"ח לא רצה להלוות לו באופן אחר אבל לאחר גירושין ובשעת פרעון אין לו הכרח דהמעות בידו ומוכרח דגם בטוענת דלא נפרעת כלל י"ל דמפרע לא דייק וכן משמע מתוס' שם בד"ה דמפרע לא דייק וז"ל ודוקא בפוגם הוא דאיכא למימר הואיל ופרע במקצת יכול להיות שפרע הכל אבל בלא פוגם לא אמרינן דלא דייק עכ"ל דיל"ד דהל"ל ודוקא בפוגם י"ל דלא דייק אבל בלא פוגם דייק וגם הא קיימי על דמפרע הל"ל הואיל ונפרע מקצת יכול להיות שנפרע כולו ולמה דלגו מגברא לגברא אלא ברור לע"ד כונתם כמ"ש הרא"ש דלענין לא דייק אין לחלק בין פוגם א"ל רק החילוק הוא דבפוגם איכא למימר הואיל ופרע במקצת והניח השטר ולא כתב עליו הפרעון כן יכול להיות שפרע הכל והניח השטר כמות שהוא אבל בלא פוגם לא אמרינן דלא דייק משום דחזקה דלא מניח השטר ודאי לא פרע וכן מוכרח בתוס' שם בד"ה אבל שלא בעדים דכתבו דס"ד שלא בעדים שהוא זכור מקצת הפריעה א"כ ודאי דקדק עכ"ל ואם הכונה דמפרע לא דייק בין מקצת לכולו אבל לא ישכח כל הפרעון לגמרי ולכן כשאומר שלא נפרע כלל ודאי דייק ופטור משבועה משום דדייק א"כ ל"ל כשזכור מקצת הפריעה ודאי דקדק אע"כ דמפרע לא דייק ואפשר שישכח לגמרי ויטעון דלא נפרע כלל לכן ס"ד ודזכור מקצתן ודאי מדייק לגמרי קמ"ל דמ"מ אפשר שכח רק

השאר וכיון שגם בטוען שלא נפרע כלל יש סברא דלא דייק ומ"מ בטוען הנתבע א"י אם פרעתיך נוטל התובע בלא שבועה כמבואר כאן בש"ע ממילא ה"ה במודה שנפרע מקצת.
סעי' י"ב מעיד שהלוהו וכתב בתשובת מהרשד"ם מדלא נקט ע"א מעיד שמנה לו מעות מוכח דכה"ג פטור והקשה מ"ש מנסכא דר"א דא"י אם נסכא שלו נטל או של התובע ומ"מ חייב ותירץ דשם מיירי דליכא מגו דהחזרתי וכאן יש לו מגו דהחזרתי עיי"ש ולפ"ד כשמעיד שמנה לו מעות ולא זזה ידו ממנו וראה דלא החזיר חייב ולא הבנתי כונתו דהא בא"י ליכא מיגו וכמו שהרגיש שם בעצמו ונדחק מאד וקושיתו לא ק"מ דבשלמא בנסכא דר"א דחטפו יש חזקה דמה שת"י אדם הוא שלו ודאי של התובע הוא ותפיסת החוטף אינו ראי' לומר שהוא שלו מכח חזקה זאת דכל עה שת"י אדם הוא שלו דהא חטפו בע"כ דבעלים דגרע מנודרת או דברים העשוים להשאיל ולהשכיר דאין להם חזקה כיון דאין תפיסתו ראי' על שהוא שלו מחמת דעשוי לבא לידו אף שאינו שלו כ"ש כשראינו שחטף משא"כ אם מנה לו מעות דבעלים התפיסוהו מדעתם יש לנתבע חזקה שהוא שלו יותר מלתובע לכן אפילו ראו שני עדים שמנה לו מעות ואומר שבפרעון נתן לו נאמן בלא מגו כלל ול"ד להא דלעיל ס"ז דטענת יש לי בידך כנגדו לא מהני בלא מגו וכמבואר בש"ך שם דשם נטלו בפירוש לשם הלואה א"א לפטור בלא מגו ועיין תוס' פרק שבועת העדות ל"ב ע"ב בד"ה הוה ותומים בסימן זה סק"י.
סעי' י"ד א"י אם לויתי בשו"ת גוא"י ס"ח כתב דאם כופר חמשים ועל חמשים האחרים אומר א"י אם נתחייבתי לך רק בעינא לציי"ש ולשלם חשוב מודה במקצת וחייב שבועה מה"ת וראי' ממ"ש תוס' פ"ק דב"מ דף ה' ודף צ"ח דלפיכך לא אמרינן בחשוד משואיל"מ דאל"ה ל"ש חיי לחשוד דילוו לו פרוטה ויתבעו ממנו כל הונו וכתב באס"ז בשם גליון תוס' דא"ל דיכפור הכל דה"פ דאם ירצה לעשות כדין ולומר אמת א"נ א"א מעיז פניו לכפור הכל ועדיין תקשי לפמ"ש הש"ך בסימן ע"ה ס"ק נ"ד דמותר לטעון א"י על דבר שיודע בברי היכא דליכא כפירת ממון רק שבועה וא"כ יטעון מחשוד על הפרוטה א"י אם הלותני ואשלם לציי"ש וע"כ דחשוב מוב"מ את"ד ואינו הוכחה די"ל דיתן לו ומיד יתבענו על כל אשר לו דלא יוכל לומר על מה שהלוהו היום א"י דניכר שקרו דאין שוכחין ביומו וכמ"ש תוס' ופוסקים הובא לקמן סימן ע"ח בש"ך ס"ק ט"ז ואפילו לרמב"ן ובע"ת וטור דס"ל שם דנאמן לומר פרעתיך תו"ז במגו דפרעתיך היום סוף הזמן מודו דחשוב מגו דהעזה ולפטור משבועה ל"א כמבואר בש"ך בסימן פ"ב בכ"מ סק"ו וא"כ כמ"ש הגליון דלא יכפור הכל שלא יעיז כ"ש דלא יאמר א"י על הלואת היום דניכר שקרו לכל ואף אם ילוהו לשלשים יום מ"מ כשיתבע אותו יום על יותר ויודה שיעור מה שהלוהו היום יחויב

שבועת מודה במקצת לאחר שלשים כמבואר לעיל בש"ך וטו"ז סימן ע"ג ס"ב ומסברא ג"כ לא נ"ל דממ"נ אם משלם מיד הוי הילך ואם רק אומר שישלם יכול לחזור בו ואפ"ת דהוי כנדר לצי"ש מ"מ ישנו בשאלה כיון דלא נדר מחמת טובה שעשה לו חבירו שידור עיין יו"ד סימן רכ"ח ס"כ א"כ אינו דומה לכי הוא זה דילפינן מיני' מוב"מ דשם מתחייב בהודאתו ואינו בחזרה ואם משלם אח"כ כיון דבשעה שאמר שישלם לפייס ישנו בחזרה ל"ח הודאה עד שמשלם הוי אז הילך ואם מקבל בקנין מ"מ כיון דהודאתו אינו מחייבו רק הקנין הוי כמתחייב חיוב חנם מהיום ואינו כי הוא זה שחייב מכבר מקצת מטענת התובע וגם מה שהוכיח מהר"ן שכתב בפרק שה"ד דבמאמינו על המשכון שאינו ביד המלוה ומודה שהלוהו יותר ממה ששוה דחשוב מבמ"ק עיי"ש אינו ראי' דכיון דאומר דמאמינו אינו בחזרה ואה"נ אם אמר חמשים א"י אם הלותני רק אני מאמינך הוי מוב"מ כיון דאינו בחזרה דחשוב כנאמן עלי אבא דלאחר שהעיד אינו יכול לחזור כדלעיל סימן כ"ב ואפילו יאמר נזכרתי שלא הלויתני לע"ד א"י לחזור כיון דהאמינו הוי כשני עדים ועיין קצו"ח כאן סק"ח ונה"מ סק"ח ולע"ד מ"ש הר"ן הובא בש"ך סימן פ"ז ס"ק י"ג דאם אומר חמשים לית לך גבאי וחמשין א"י א"פ דחשוב מוב"מ דאזיל בשיטת מהרש"ל שבש"ך כאן ס"ק כ"ט דבא"י א"פ ל"מ לומר נזכרתי דאלת"ה אינו דומה לכי הוא זה כיון דישנו בחזרה לומר נזכרתי ולכשישלם הוי הילך דרק עתה חשוב הודאה וצ"ע בזה אבל באומר שישלם לצי"ש ודאי ל"ח הודאה דאין ב"ד יכולין לחייבו בע"כ ואם מת יורשיו פטורין כמו בנדר וכ"כ בתומים בכללי מגו ס"ק ע"ד דכה"ג אין עליו שבועה דאורייתא.

סעי' ט"ו דלא אמרינן בשבועה הבאה ע"י גלגול משואיל"מ זה דעת רא"ש ועור ובשע"מ הקשה דטור סותר א"ע דלקמן סימן רכ"ג כתב בטענו עבד גדול בכסותו מכרת לי וזה משיב א"י אם גדול או קטן דחייב הגדול משום שאיל"מ והרי העבד אין נשבעין עליו רק עי"ג וקדמו הדרישה בסימן רכ"ג וי"ל קצת כיון דמוכר נמי מודה דמכר עבד עם כסותו שעליו וא"כ כשנתחייב כסות הגדול מכח שאי"ל החזקנו לודאי ומוציאין ממנו כסות הגדול ממילא אין להקל עליו בספק העבד לומר ספק ממון קולא לנתבע דומה לזה באו"ה כלל כ"ו ס"א בספק טריפה שנתערבה אין להקל מכח ס"ס הואיל וספק הראשון הוי דאוריי' כשנודע ונעשה כודאי איסור תו ל"ל ספק אינה טרפה וכ"ש דא"ש יותר לפמ"ש בעין זוכר בשם מהר"י חאגיז שבשו"ת הלכות קטנות ח"א סי"ב דמתוך שאיל"מ דין זה הוא מדרבנן וכן הביא קצו"ח כאן סקי"א מתשובת מהרש"ך ח"א דף קס"ח וכן נראה מלשון הרא"ש בפרק השואל ס"י שכתב בשבועה הבא לו ע"י גלגול ולא על עיקר טענתו לא החמירו כולי האי שנאמר בה אם איל"מ עיי"ש משמע דחומרא דרבנן הוא

ומסתמא יש להם איזה ישוב אהא דילפינן משואיל"מ בשבועת דף מ"ז מפסוק שבועת ד' תהי' בין שניהם ואפשר דלפי האמת לכ"ע דרשינן בין שניהם שחלה על שניהם כמו דס"ל לרב ושמואל אלא מאן דס"ל משואיל"מ אסמוכוהו אתאי קרא ועכ"פ כיון דחומרא דרבנן הוא בעיקר שבועה ולא החמירו בג"ש ה"ד כשאינו תלוי זב"ז אבל כעבד בכסותו ומודה דמכר עבד וכסותו כיון דמחייבינן לו בכסות גדול א"א למפטרי' מעבד גדול ולומר דקטן מכר דליהוי מילי דרבנן כחוכא.

ועיין פר"ח יו"ד בכללי ס"ס כלל נ' ובכ"ש על יו"ד סימן ק"י הביאו מס"פ הדר דאין לפסוק תרתי דסתרו דמחזי כחוכא ומה שהקשה בכ"ש מפ"ו דטהרות לע"ד רק בדרבנן חשו דלא לזלזלו בהן והכי דייק לשון רש"י בס"פ הדר.

סעי' י"ז הג"ה רגלים לדבר בד"ג כלל ק"ג ס"ם כתב ראובן טוען על אשתו שפתחה תיבתו וגנבה מעותיו והודית מקצת מצאתי בתשב"ץ ח"ג סימן ק"מ שפסק כיון שבעל טוען ספק מחמת שהודית במקצת סתמא גנבה הכל אין נשבעין על טענת ספק אלא יחרים עלי' עכת"ד ונלע"ד לפי המבואר ברמ"א סימן ע"ה סי"ז דהיכא דיש רגל"ד יכול להשביע היסת א"כ בנ"ד שמודית שגנבה הוי רגל"ד עכ"ל ד"ג ולא נ"ל כיון דאית לה מגו דכפרה הכל והעזה ליכא דבעל טוען שמא השכל מחייב דאומרת אמת ע"כ גם לפוסקים דמגו לאפטורי משבועה ל"א היינו היכא דמצד טענת בע"ד שתובע מחויב שבועה אמרינן מה הפסד יש אם אמת אתך תוכל לישבע או משום דאיכא לברורי כמ"ש האחרונים אבל הכא דמהדין פטורה מלישבע דאין נשבעין על טענת שמא רק מחמת רגל"ד נתחייבה והרי המגו מוכיח להיפך וגדולה מזה אפילו יש ע"א על המקצת שגנב ומחויב לשלם מ"מ פטור מלישבע היסת על השאר כדלקמן סימן שס"ד ס"ז בלא חולק וראיתי בשו"ת ב"ח הישנות סימן כ"ט שנשאל בלאה שהלכה מביתה ובאתה רבקה ופתחה תיבתה ולאה טוענת שנגנב לה כיס עם י"א זקוקים בתוכו ורבקה הודית שלקחה הכיס עם תשעה זקוקים והביא הב"ח שם הך דסימן שס"ד והקשה דהטור שם הביא תשובה הרא"ש כלל ק"ז דין ד' פסק בעובדא דדמיא לנ"ד דמחייבת שבועה לכן העלה דהרא"ש ס"ל דכיון שהודה במקצת חשוב טענת תובע על השאר טענת ודאי לחייבו שבועה דאורייתא ואפילו לדברי ב"ח כיון דבש"ע סתם ופסק דאפילו היסת ל"פ ודאי י"ל קי"ל ואין לחייבו מספק אלא דלפע"ד אין כאן מחלוקת דהך דשס"ד ס"ז כיון דהעד לא ראה כמה נטל והנתבע הודה עשרה נהי דלא מהימן לומר שלי הם במגו דהוי נגד חזקה שמה שת"י אדם שלו הוא כמ"ש בסמ"ע שם מ"מ לענין השאר שאומר שלא נטול אהני לו המגו דהי' י"ל שנטל רק כלי אחד להאמינו ולא יחשוב רגל"ד משא"כ בנידון הרא"ש שהכמין

לה עדים והודית במקצת ואח"כ באו לב"ד בזה אין לה מגו כדאיתא שם ומבואר בשו"ת הרא"ש כלל ק"ו ס"ב והובא לעיל סימן ע"ב סח"י ברמ"א דאם הודה לפני עדים קודם שבאו לב"ד אזל מגו שלו וכ"ש הכא דהכמין עדים אפשר דעתה הי' לכפור הכל רק שלא בפני עדים לא אכפת לה להודית ומילי דכדי ננהו ועיין תומים סימן ע"ב ס"ק ל"ה ונתיבות שם ס"ק ל"ד כתב דגם לש"ך דס"ל בהראה לפני עדים ואמר לקוח חשוב מגו אם ממילא ראותו מלובש בו אף דמיד שראו אמר לקוח לית לו מגו עיי"ש וא"כ כ"ש בהכווין עדים דליכא מגו ע"כ הוי רגל"ד על השאר.

ועיי"ש בשו"ת הב"ח שכתב כיון דנטלה הכיס עם הזקוקין ולפי טענת לאה הי' בכיס י"א זקוקין ורבקה הודית דלקחה הכיס עם מה שבתוכו הוי כטענת ודאי שלקחה כל הי"א זקוקין ול"ד לטוען עשרים כלים היו בביתי וכו' דכל כלי וכלי בפ"ע שפיר י"ל דילמא זה לא נטל אלא עשרה עיי"ש.

תיבתו פרוצה צל"ע אם רשאי כה"ג להכותו שיודה ולכאורה כיון דאין מוציאין ממון בהוכחה זאת כ"ש דאסור להכותו כמ"ש סמ"ע לעיל סימן חית ס"ק כ"ג דהוצאות ממון קיל והשליח ב"ד לא מהימן להוציא ממון על פיו כ"ש להלקותו א"כ ה"נ כיון דהאומדנא אינו מועיל להוציא ממון כ"ש להכותו אמנם הטו"ז שם ס"ל להיפך דהוצאות ממון חמיר ויש ללמוד ד"ז מפרק ג"פ דף קס"ז והוא בטור לעיל סימן מ"ב ס"ד וז"ל הב"י שם פג"פ דף קס"ז מביא ב' מעשים שהכיר הדיין הזיוף ע"י דוחק ב' אותיות או ע"י הרווחתן וכפתי' לבעהש"ט ואודי וסבור הרמ"ה דהיינו שכפאו ע"י יסורין וסבור עוד הרמ"ה שלא עמדו דברים אלו בגמרא אלא היכא דאתי לאפוקי מיורשים כתב נמ"י פג"פ כפתי' ואודי ש"מ דאי לאו דאודי לא פסלינן שטרא ומירי שלא הי' המחק ניכר עכ"ל ב"י הרי דאפילו להחזיק הנתבע לא הי' אפשר אי לאו דאודי ומ"מ כפאו ע"י יסורין שיודה ומ"מ אין ראי' משם רק דהדיין רשאי לעשות כן אבל בעל הגנבה אסור דאינו רשאי למיעבד דינא לנפשי' רק היכא שיכול לברר שהוא שלו ואפילו כה"ג אסור ע"י עכו"ם כמבואר לעיל סימן ד' בהג"ה שו"ר בפ"ת כאן שהפ"מ הוכיח מב"ב שם כמ"ש ובפ"ת הביא מהרא"ש פא"מ ונראה דמש"ה פרש"י באלו מציאות דף כ"ד כלי של אושפיזא הי' דאם הי' של מר זוטרא לא הי' רשאי למיעבד דינא לנפשי' וכמ"ש אמנם לפרש"י במו"ק די"ז צ"מ עביד דינא לנפשי' בממון אף דמבואר שם דוקא במלתא דפסיקא לי' היינו להוציא ממון דבספק אינו רשאי לתפוס להיות מוחזק ועיין ברא"ש שם סימן כ"ז שכתב אף שהדבר ברור אין אדם דן דינו של קרובו כ"ש של עצמו וא"כ ה"נ להכות ע"י רגל"ד שו"ר בתשב"ץ

ח"ג שאלה קס"ח הביא ראיות הנ"ל והתיר לדיין ליתן אותו במאסר וצ"ע דמתחלת דבריו משמע דגם להכותו שרי.

להשביעו בסמ"ע ס"ק מ"ט כתב דאם תפס מהני והוכיח כן מהרא"ש וש"ך ס"ק ס"ד חולק עליו בזה וכן בא"ל אבא ל"מ תפיסה ובשו"ת הר הכרמל חחו"מ ס"ו כתב מכח דברי הסמ"ע בבורח שנשבע לבע"ח שאין לו רק אצל פלוני סך ממון ואותו פלוני מכחישו ותפס ממנו הבע"ח מהני תפיסתו ואפילו בשבועה א"י להוציא מן הבע"ח דהוי רגל"ד מחמת שבועת הלוה ולא שת לבו לדברי הש"ך דחולק ובתומים הוכיח כהש"ך מהמפקיד והוא ברא"ש שם סכ"ד ומוכח משם אפילו מוחזק מכבר לא אהני הרגל"ד וכ"כ בגאון צבי ובהר הכרמל הרגיש בראי' זאת ותירץ דטענת בקרא הוי א"י א"פ משא"כ כשהתובע תופס מהנתבע בטענת רגל"ד אינו תופסו לתשלומין כי מאן שם לי' אלא להחזיק בתפיסתו ושלא להחזירו וכיון שיש רגלים לדבר כדברי תובע אין ב"ד נזקקין להוציא מהתופס א"ל בראי' ברורה ולא בשבועה עכ"ל ודבריו מרפסן איגרי דאיך מחויב הבקרא משום א"י א"פ אם חשבינן הרגל"ד לטענת ברי ואם מה שמוחזק מקודם הספק ב"ד נזקקין ומוציאין מידו ק"ו למה שתפס אח"כ וכ"כ בתומים כאן ס"ק י"ז ובשע"ו כתב דגם סמ"ע מודה להש"ך וכ"כ שבו"י ח"ב סימן קס"ח דסמ"ע מיירי בגונא דברי לו עפ"י אומדנא בידיעה שלא בראי' וכגון שלא הי' שם רק התובע ונתבע וכעין הך דלקמן סימן צדיק ס"ו וסט"ז וצריך התופס לישבע שברור לו וצריכין לאיים עליו שלא ישבע א"ל שברור לו בודאי בלא פקפוק ספק כלל עכ"ל וא"כ כה"ג אם יעידו עדים מוציאין מהנתבע כדלקמן סימן צדיק ס"ו וסעי' ט"ז והרי בנידון ההר הכרמל הוי סהדי דבורח נשבע כך ומ"מ מודה בעל הר הכרמל דאין להוציא עי"כ הרי דל"ח ודאי ממילא גם תפיסתו ל"מ בטובה שמא נגד ברי שכנגדו ולא יוכל להמלט ההרה לומר קי"ל כהר הכרמל נגד הש"ך וטו"ז ותומים ונתיבות ושבו"י כיון דמוכח מהרא"ש גופא דלא כסמ"ע ולשבו"י ושע"מ גם סמ"ע מודה.

סעי' כ"ג קרוב שלו עש"ך דמי שהלוה לחבירו על משכון ושכח כמה הלוה וקרובו יודע יכתוב הרשאה לקרובו וישבע ויטול וקצו"ח הקשה כיון דאין מלוה נאמן רק במגו וכיון דא"י ל"ש מגו והאחר היודע אף שיש לו הרשאה אינו נאמן כיון דל"ל מגו דהא אין המשכון ת"י וראי' משו"ת הרא"ש שבטור לעיל סימן ע"ב ראובן הי' בידו משכון משמעון וטוען ראובן אני תופס המשכון מפני שאמר לוי שותפי ששמעון חייב לו מדמי השותפות אין בדברי לוי כלום מאחר שאינו בידו ומשמע דגם הרשאה ל"מ ועוד שותפין א"צ הרשאה עכת"ד נ"ל שא"ה דלוי נוגע משא"כ הכא י"ל חזקה אא"ח ולא לו דאפילו

בקרוב היותר כאב לבנו שייך חזקה זאת כדאיתא בשבועות הדיינין דף מ"ב ע"ב רק בבריא חייש שם לקנוניא וזה ל"ש כאן דליכא למיחשד למלוה דעשה קנוניא עם קרובו שיחלוק עמו דאם ירצה לגזול י"ל דיודע בעצמו או יטעון לקוח וע"כ אינו נותן חלק לקרובו א"כ איכא חזקה דאא"ח ולא לו רק בלתי הרשאה ל"מ וכמבואר בפרק המדיר דף ע"ו רישא מנה לאבא בידך ופרש"י להכי ל"מ חזקה דגופה לפי שאין הטענה שלה וגבי אב ל"א בגוף שלה דתיהני חזקתה עיי"ש וה"נ חזקה דאא"ח דקרוב ל"מ למלוה כיון דאין הטענה שלו ומלוה אינו טוען ברי ועיין נתיבות ריש סימן ע"ח דיליף משם לחזקה דא"א פורע תו"ז דל"מ בטענת שמא משא"כ כשנותן הרשאה לקרובו נעשה בע"ד לפי שעה אלא דצריך אח"כ להחזיר כדלקמן סימן קכ"ב ס"ו ומ"מ כל דין בע"ד יש לו בשעה שתובע להוציא אף דלא לו יהי' וא"כ החזקה דא"א חוטא במקומו עומד ומ"מ הוי טענת עצמו ומהני ברי שלו דמתנה עמ"ל הוי מתנה ה"נ חשוב שלו בשעת טענה ומצאתי בנתיבות לקמן סימן קכ"ב ס"ג מהרמב"ן שכתב דהרשאה הוי כמתנה עמ"ל ועיי"ש במלחמות פ' מרובה דנוסחת רש"ג ורה"ג בש"ס דהרשאה הוי קני ע"מ להקנות ובנתיבות לעיל סימן נ"ו סק"ה כתב דבקני ע"מ להקנות הוי בע"ד ממש ובתומים הקשה דא"י להקנות חוב שלו במעמ"ש ואינו רק שליח ואיך ישבע שליח שאין הממון שלא ותירץ קצו"ח דמשכון יכול להקנות אג"ק כיון דכותבין בהרשאה אג"ק נקנה המשכון קנין גמור ומ"מ קשה על הש"ך דאע"ג דקונה משכון ע"י הרשאה ל"מ כיון שאינו ת"י ולית לי' מגו וליתן לו המשכון הוי פשיעה כדלעיל סימן נ"ח עכת"ד וכבר כתבתי דכאן א"צ למגו אלא דלא הבנתי דברי קצו"ח דמשמע מדבריו אלו הועיל בקנין אג"ק לבד ל"ה פשיעה ולמה הא מבואר בריטב"א שבב"י לקמן סימן פ"ג דאפילו תפס לוי פקדון של ראובן שביד שמעון חייב שמעון שפשע ולא שמרו כראוי והרי שמעון לא עשה שום מעשה בגוף הפקדון וחייב כ"ש כאן שהקנהו אג"ק ומחמת כן נפסד הלוה ולא הוחזר לו משכונו והרי שומר חייב בגרמא בשוא"ת כ"ש בקום עשה ומ"מ נראה דל"ק על הש"ך דבסימן נ"ח דהתופס לא מהימן רק במגו דלהד"ם ואפילו הי' התופס טוען להד"ם הי' הנפקד חייב ה"נ לא עדיף המגו לאמת דברי התופס יותר מאלו טען להד"ם לכן חייב הנפקד כמ"ש בקצו"ח גופא בסימן כ"ח סק"א אבל כאן דהמורשה יהא נאמן מכח חזקה דאא"ח ולא לו כשיקנה המשכון ויהא חזקה שיש עמה טענה א"כ ממילא יפטר המלוה דלא הפסיד כלום ללוה כיון דנתברר האמת ע"י שבועת קרובו סמורשם.

קרוב שלו בשע"מ ס"ק ט"ו כתב דקרוב מסייע פוטר מהיסת דהא קי"ל עד מסייע פוטר משבועה מק"ו דמחייב ה"כ בקרוב ועוד דחזקה א"א חוטא ולא לו ול"נ דעל הק"ו יש

להשיב דבשלמא לענין עד כשר מסייע ילפי שפיר מק"ו דל"ל הא דמחייב שבועה דכל היכא דאיכא לברורי מבררינן אבל לפטור הסברא להיפך דישבע לברר ולא נסמך על העד דהא קי"ל משואיל"מ הרי דלהשביע האמינו תורה כשנים דאם לא ישבע הבע"ד להכחישו מחויב לשלם וכיון שכן גם לפטור נאמן כשנים דהא אין בע"ד מכחישו בשבועה אבל קרוב אינו זוקק רק להיסת וכשא"י לישבע נגדו פטור שאינו כודאי רק רגל"ד ולהטיל ספק שיוכרח הבע"ד לברר נגדו כשיוכל לישבע ממילא לסייע אין בו ממש דמ"מ ספקא הוי וצריך לברורי.

ועוד בקרוב בשלמא לחייב ל"ל שמא קנוניא עשו דאם התובע רוצה להשביע לנתבע בטענת שקר יטעון בעצמו ברי דאם הנתבע אינו חייב הלא ידע דקנוניא עשו עליו והלא טוב לו יותר שלא ירגיש בשקרו רק הנתבע וע"כ עדות הקרוב רגל"ד להשביע אבל לפטור י"ל קנוניא עשו דלא הי' אפשר לו להנצל מלישבע זולת הקרוב אבל בעד כשר הק"ו שפיר דאם ניחוש לקנוניא לא יחייב שבועה ג"כ דבלעדו לא הי' מחייב שבועה דאורייתא.

ומ"ש משום החזקה דא"א חוטא ולא לו הא בשבועות דף מ"ב ע"ב מבואר דרק בהקדש וש"מ נאמן משום דאינו עושה קנוניא על ההקדש אבל בריא או נגד הדיוט ל"מ הך סברא דחייש לקנוניא ועוד הא חזקה דאא"פ תו"ז דאלים להוציא ממון וכן חזקה דשטרך בידי מה בעי מ"מ לא אלימי אפילו בצירוף שתיהם לפטור מהיסת אחר הפרעון כמבואר בש"ך לקמן סימן ע"ח ס"ק ט"ו אלא דגם שם חולק שע"מ אש"ך וחילו ממהר"ם שבמרדכי הובא בטו"ז כאן סי"ז דאם טוען נגד חזקה דשטרך ביני מה בעי או טענה דל"ש אינו מחייב היסת אבל התומים כאן סי"ז ס"ק ח"י הוכיח דלא מסקינן כמהר"ם ואף דבפרק שה"ד פריך אתקנת היסת הא חזקה א"א מעיז פניו בפני ב"ח ומשני אשתמוטי משתמיט משמע דחזקה מועיל לפטור מהיסת היינו דפריך אעיקר התקנה למה חשו לתקן היסת אבל כשכבר נתקן תו ל"מ חזקה לפטור וכה"ג כתב התומים בכ"מ לענין מה דפריך בש"ס מוב"מ למה ישבע דליהמן במגו דכ"ה והא מגו לאפטורי משבועה ל"א דהקושיא על תחלת החיוב אבל אם כבר מצא החויב מקום לחול תו לא מהני כשיזדמן מגו לפטרו משבועה עיי"ש ועיין ש"ך לעיל סימן כ"ו ס"א סק"ה בד"ה וכן מצאתי.

ומה שכתב השע"מ כאן כיון דש"ס פריך אמאי דתקן היסת הא א"א מעיז פניו ומשני דאשתמיט ותוס' בפרק הגוזל דף ק"ו דל"ד בפני ב"ח אינו מעיז אלא בכל מידי שידע בי' חברי' דמשקר א"א מעיז לכפור בו וכן הוא שיטת כל הפוסקים א"כ בעד קרוב המסייע איכא חזקה דהעד קושטא קאמר דהא אינו מעיז לשקר במידי דידע בי' חברי' ולגבי העד ל"ש אשתמיטי וא"כ חזקה זו מגרע לחזקת התובע ופטור הנתבע מהיסת עכ"ל בתוס'

שם בסה"ד מבואר דדוקא במידי דכפירה לא מעיז וביאר הש"ך דבריהם לקמן בדיני מגו אות טי"ת דהיינו אם האמינו תחלה לא מעיז לכפור וא"כ לגבי העד ל"ה מידי דכפירה וליכא חזקה כלל ועוד לפמ"ש התשב"ץ ופנ"י ונתיבות הביאם לעיל סימן ל"א סק"א ובסימן נ"ו ס"ק י"ד וס"ק ח"י דבעד אחד ליכא חזקה דא"א חוטא ולא לו משום דאומר בדדמי עי"ש ה"נ ל"ח העזה דשכנגדו יסבור דאומר בדדמי ואזלה נמי בזה סברת מהרי"ט דעד מסייע יפטור מהיסת מכח חזקה דאא"ח ואנן דקי"ל דעד מסייע פוטר לא משום החזקה רק דתורם האמינו לשבועה לחייב ק"ו לפטור ובקרוב ל"ל כן וכמ"ש.

משביעין בש"ך כתב דוקא אם הקרוב מעיד לענינו וג"ז הניח בצ"ע ונראה כיון דכל השבועה מחמת עדות הקרוב יכול הנתבע להפך על התובע שישבע שלא עשה קנוניא עם הקרוב כיון דנתבע צווח דאינו חייב אם כן לפי דבריו ודאי קנוניא עשו שיעיד לו וכמ"ש הש"ך לקמן סימן פ"ז סי"א ס"ק ל"ב דיכול להפך לישבע דחשוד לי' אף דאין משביעין בשמא כיון ששבועת השותפין תקנו לישבע בשמא מכח חשד שחושדו ה"ה דיכול להפך דכותי' בשמא שישבע שהוא חשדו בכך ה"נ דמשביעו בשמא מכח עדות הקרוב דעושה רגל"ד לחושדו יכול להפך אם חושדו באמת מכח העד דשמא יודע דהקרוב משקר וליכא רגלים לחשוד ומשביעו בחנם.

סימן עו

סע' א' והשאר יהא מונח בשע"מ סק"ב הביא הא דלקמן סימן רס"ז ס"י גבי אבדה זה נתן סימני' וזה נתן סימני' וע"א דדעת נמ"י שם דא"צ לישבע נגד העד כיון דאפילו לאחר שנשבע אין נותנין לו ולזה הסכימו הב"ח וש"ך שם ותמה השע"מ הא מבואר בסימן שפ"ח ס"ז דהאומר לחבירו מסרתני והוא כופר חייב היסת ומשמע דנגד ע"א חייב שבועה דאורייתא וה"נ במה שאומר שהאבדה שלו הוי כמוסר ובדיבורי' קלי' שמחמת זה לא יתנו לשכנגדו ותירץ דנ"י לטעמי' דד"ג רק דרבנן וכמ"ש הש"ך ר"ס שפ"ו בשמו והש"ך הסכים עמו וע"כ הכא שהשני אינו נוטל האבדה אלא דע"י אמירתו אינו נוטלו שכנגדו ואינו אלא גרמי דבדיבורי' אפסידי' ולכך א"צ לישבע ש"ד נגד העד דס"ל כמ"ש הרמב"ן הביאו הש"ך סימן שפ"ו סק"י דאין נשבעין ש"ד בד"ג אבל היסת מודו הנ"י וסייעתו דכ"א צריך לישבע אפילו ליכא ע"א וה"ה הכא לכ"ע יכול להשביע היסת כ"א לחבירו עכת"ד ולע"ד זה אינו דומה למוסר דע"י דבורו נפסד ממון חברו ממש אבל כאן המעות לא הפסיד ולא הוציא מיד שכנגדו רק גרם להזיק ראייתו שמחמת שאמר שלחבירו ליכא בשטר רק מנה הפסיד ראייתו וכן בסימן רס"ז שחברו הי' נוטל ע"י

הסימן וע"י שגם הוא נותן סימן מפסיד ראייתו של חברו ומעכב ממונו אצל המוצא ואינו רק כשורף שטר דעי"כ נשאר הממון אצל הלוה ול"ה רק גורם אם שורף בידים אבל אם שורפו רק ע"י גרמי הוי גורם דגורם וכמבואר סימן שפ"ו בש"ך סק"ג בשם בע"ת וש"ך הסכים לו משום דד"ג רק דרבנן אמנם קצו"ח שם הביא דעת מהר"ם ב"ב דגורם דגורם פטור והעלה קצו"ח שם דאפילו למ"ד גרמי דאורייתא גורם דגורם פטור וא"כ הכא דרק ע"י דיבורי' מפסיד ראיות חברו הוי גורם דגורם דאם גורם בדיבורו היזק ממון ממש הוי רק גרמי והכא שאינו רק מפסיד ראיי' ומבטל כיסו ש"ח הוי גורם דגורם ופטור מהיסת ג"כ ודעת הרא"ש שבהג"ה דלקמן סימן רס"ז ס"י נראה דג"כ אינו מחמה דמדמהו למוסר אלא דנהי דגורם דגורם דיעבד פטור מ"מ לכתחלה כופין אותו שלא יגרום אפילו בגורם דגורם ולכן חשוב לכתחלה כפירת ממון לדעה הרא"ש ועיין קצו"ח סימן ע"ג ס"ב סק"ב ונתיבות סימן נ"ו סק"ד וצ"ע שי"ל שיתחייבו היסת כמו הא דלעיל סט"ז ס"ד שטר שבידך זכות יש לי בו והלה כופר דישבע היסת וה"נ בהך דסימן רס"ז ס"י והכא אם יודה האחד שאינו שלו יטול חברו המאתיים ע"י השטר או האבדה ע"י הסימן א"כ הוי כאומר זכות יש לי אצלך וא"כ יהיו דברי המחבר שבסימן ט"ז וסימן רס"ז סותרים זא"ז ול"ל דבסימן ט"ז כיון דהשטר ת"י הנתבע וזה תובעו שיש לו בו זכות ושוה אצלו משום הראי' הוי כטוען יש לי אצלך ממון משא"כ אם הם דברים שבע"פ דזה אינו דהא גם בסימן ט"ז השטר של נתבע והוי רק כבישת עדות וכמבואר בב"ח שם ומ"מ סתם המחבר דחייב שבועת היסת וא"כ גם בסימן רס"ז כיון דאם יודה יטול חברו יכול להשביעו שלא יכבוש עדותו לכתחלה ולבטל כיסו ועמ"ש לעיל סימן ט"ז ס"ד ולכן נראה דגם בסימן רס"ז פטור למחבר שם רק משבועה התורה נגד ע"א וכמ"ש טו"ז שם דשבועת התורה אינו רק במחזיק הממון אצלו ונשבע ולא משלם אבל מ"ש הטו"ז שם דלא מצינו שתקנו חכז"ל שבועה בכה"ג הא מצינו בהך דסימן ט"ז ולפ"ז גם כאן יש עליהם היסת ועיין נו"ב חחו"מ סי"ב.

סימן עז

סעי' א שקבלו פקדון ביחד בשע"מ סק"א כתב לפמ"ש הרשב"א ורא"ש בפ"ק דקידושין דף חית דלא מתחייב מדין ערב רק אם מטיא הנאה לאינש אחרינא וא"כ בש"ח ליכא הנאה ולא מתחייב מדין ערב עכת"ד ולע"ד גם בש"ח יש הנאה כדאיתא בפרק השואל דף צ"ד בהנאה דנפיק לי' קלא דאינש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשו ול"ל דדוקא התם דמתנה ש"ח להיות כשואל חזינן דהנאה הוא אצלו מדמתחייב יותר מש"ח אבל

בסתם אמרינן דאינו הנאה ולא עביד רק לגמול חסד דהא בפרק ג"פ דף קע"ג ע"ב בהנאה דמהימן לי' לערב גמר ומשעבד נפשי' ונימא דלא חשוב אצלו הנאה ועביד רק חסד עם הלוה והרמ"א בתשובה דר"ל דבפקדון לא נעשו ערבים זה בעד זה מחמת דלא נהנו היינו דבהלואה יש אומדנא שמקבלים על עצמם להיות ערבים דמלוה אינו רוצה רק באופן זה אבל בפקדון ליכא אומדנא כל כך דאימר לא חשוב להו הנאה זאת כל כך אבל כיון דהוכיח הש"ך דגם בשומרים נעשו ערבים ודאי הערבות חל דיש הנאה לבר דעת דנפיק לי' קלא דאינש מהימנא וע"י זכותו של זה משתעבד הערב.

ועוד דעיקר חיוב ערב הוא משום דקבלת לוה הוי כמקבל לצורך הערב ולכן צריך שיהא בר זכי' לאפוקי חרש או כלב כמבואר ברשב"א שם ולאו דוקא משום הנאת הלוה הוא דאם משום הנאה גם בתן לחרש או לכלב ישתעבד מדין ערב דהא עפ"י דבור הערב נהנה המקבל ונעשה רצון הערב ומה דנקטו הנאה הוא דמקבל עצמו אינו ראוי להתחייב רק כשנהנה כמו לוה דמתחייב בעד דמי הלואה וכן באומר תן לפלוני דמתחייב הערב דהוי הוא המקבל ע"י קבלת המקבל וגם בקידושין אינה מתקדשת רק בהנאה ומשומרים לא מיירי התם אבל בשומרים דמתחייבו באחריות פשיעה בלתי הנאה במשיכת חפץ הנפקד ה"נ משתעבד הערב כיון דעל פיו נתן לבן דעת ומשיכת השומר הוי כאלו משכו לצורך הערב ובשליחותו וז"ל הרשב"א באס"ז פרק השואל דף צ"ד שלא מצינו שיתחייב אדם אלא מחמת שנהנה מחברו בהלואת או שנעשה לו ש"ש או שואל שהנאה שלו וכיוצא בזה או שההנה לאחר על פיו כקבלן וערב דבשעת מתן מעות וא"נ בקנין שהוא כחליפין אליבא דהלכתא דבעינן כליו של קונה ואדרבה יש לתמוה ש"ח שחייבת תורה בפשיעה אלא שכיון שקבלו על עצמו וזה נשען על שמירתו ונאבד בפשיעתו הר"ז קרוב למזיק אבל להתחייב באונסין במה יתחייב והלכך לשמואל עד שיקנו מידו ולר"י משום דחשוב כמקבל הנאה להתחייב על ידה והוא שיוצא עליו שם אדם נאמן עכ"ל הרי מפורש דמש"ה ערב מתחייב משום שההנה לאחר על פיו דבלא תנאה לא מתחייב אדם וא"כ בשומרים דש"ח מתחייב בלא הנאה לשמואל רק במשיבת החפץ ממילא משתעבד הערב ג"כ בלא הנאה דכיון דעל פיו נתן המפקיד לשומר הוי השומר שליח הערב וכמו היכי דצריך הנאה מיחשב הנאת המקבל באלו נהנה הערב כיון דעל פיו קיבל הנאה כן היכי דא"צ רק משיכת מיחשב משיכת השומר כמשיכת הערב ולר' יוחנן דקי"ל כותי' ש"ח נמי חשוב כמקבל הנאת להתחייב על ידה משום שיוצא עליו שם אדם נאמן ממילא גם ערב משתעבד.

וצ"ע מ"ש הרשב"א דלא מצינו שיתחייב אדם אלא מחמת שנהנה והא בפרק הנושא ולעיל סימן מ"ם מבואר דמתחייב בשטר מה שאינו חייב ונראה דשאני שטר הואיל וטרח למכתב שטר גמר ומשעבד נפשו כמ"ש תוס' ר"פ הנושא ולא אמר הרשב"א רק בדברים לא מצינו שיתחייב בלא הנאה ומה שמושך החפץ אינו חשוב טרחא וגם ל"ל מדטרח דהא משכו לשמרו.

ואם פרע אחד מעשה בא לפני שותפים שכרו ארענדא לפרוע לזמנים והוצרך המשביר למעות ופרע לו שותף אחד פחות מכל השכירות וגילה דעתו שאינו עושה בשביל שאר שותפים ולקח שובר על כל השכירות ושאר שותפים רוצים להחזיר לו המגיע מחלקם כפי מה שנתן ונ"ל דהדין עמהם דהא דבשותפים ל"ח פורע חובו ש"ח משום דל"ש לומר מפייס הוינא כיון שלא הלוה מתחלה רק על ערבותו כשהם ע"ק כמ"ש בתומים סימן ק"ל או דהוי כהרשהו לשלם הן אם נאמר משום דבע"כ משלם ויש לו פסידא כמבואר בהג"ה שם מתוס' ב"ק דף נ"ח וגם כשאינם ע"ק דהסכימו תומים ונתיבות כאן דל"ה כפורע חובו ש"ח שלא מדעתו דדרך השותפים כן לשלם בעד חבירו וה"ל כאומר ערבני ושלם מ"מ אין טעמים הללו מספיקים רק להחזיר לו מה שנתן בעדם די"ל מפייס הוינא לו בפחות כמו אתה וגם ל"ל פסידא ול"ד לקונה שט"ח ש"ח בפחות דמחמת הקנין עומד במקום המלוה כמבואר בסמ"ע וש"ך ריש סימן קכ"ח וא"י לומר פרעתי בשבילכם כל השכירות ולי לבד מחל המשכיר מחמת שפרעתי בשבילכם קודם ז"פ דמ"מ י"ל גם מעמנו הי' נוטל פחות ולא הרשינו לך לשלם כל השכירות לעפני הזמן וגם ל"ל פסידא רק מניעת ריוח ודאי לענין הריוח הוי רק מבריח ארי ועיין חו"מ לקמן סימן קע"ח ונתיבות שם דאם הם שותפים בעסק זה שהחוב שחייבים בא מחמתו א"י לחלוק מהשותפות וכשהשתדל מהשר למחול לו המחילה לאמצע דע"כ שליחות דכל השותפים עושה וא"כ ה"נ אם רוצים ליתן לו מיד המגיע מהם ע"כ שליח דדהו הוא דחוב זה מחמת השותפות שבראנדיא אבל כשלא החזירו לו עד שהגיע הז"פ אינם יכולין לומר לכולם הרויח כיון שלא נתנו לו מעות דאגר מעותיו נוטל ממשכיר והם לא הלוו כלום משותף זה קודם הזמן דלא הרשוהו לשלם בעדם קודם הזמן ובהגיע הזמן גם למשכיר תיו צריכים לשלם במושלם ואינם נותנים רבית כלל ומ"מ צ"ע כיון דמ"מ לא פרע כל הסך שהגיע עליהם וכל מה שצריכים לחזור ולפרוע משום דשליחותייהו עביד אף דמחמת תקדמות מעותיו קיבל פחות מ"מ אפשר דחשוב רבית כיון דלא קנה החוב שיעמוד במקום המשכיר אמנם משום מצרנות אין בזה כדלקמן סימן קע"ה סעי' ס"ג בהג"ה וש"ך שם ס"ק נ"ה.

סעי' ב' לא נתברר בנתיבות סק"ד בביאורים כתב דאם שותף השני עשאו שליח ללוות ולוה והמעות לא בא לתוך השותפות אפילו לא הודיעו למלוה שהוא שליח של השני נתחייב השני תיכף בחלקו דהמשלח חייב בעשיית השליח אפילו לא הודיעו שהוא שליח ולא ידענא למה לא יוכל לומר למלוה לאו בע"ד דידי את דהא מבואר בתוס' פא"נ דף ע"א ע"ב בד"ה בשלמא דא"א לזכות לאחר מעות שיש לו בעלים רק שיהא שליח של בעל המעות לזכות לאחר וא"כ ה"נ אם המלוה אינו יודע ששלחו שותף השני ואינו מיכוין להלוות כלל רק לשותף זה הלוה ממנו הרי אינו מזכה לשני על ידו ואיך יהא שליח שלא מדעתו א"כ כ"ז שלא בא הממון לשותפות לא זכת השני ואינו לות כלל ואפשר שאני שותף דכפועל דמי דהשותפים שכירים זל"ז לעסק השותפות כדאיתא בב"ב דף מ"ב ע"ב ויד פועל ביד רבו אפילו היכא דלא מצי להיות שליח וכמו בחב לאחריני כדאיתא בפ"ק דב"מ דף יו"ד ועש"ך לקמן סימן ק"ה וגם תומים ונתיבות דפליגי עליו שם מודי במקום דיכול לזכות לעצמו ידו כיד בעה"ב עיי"ש א"כ ת"נ אלא דמנתיבות משמע דבשליח דעלמא נמי דינא הכי וליתא לע"ד וגם דברי שע"מ נראין בזה כיון דלא שלחו אלא אדעת שיתן המעות לתוך השותפות הרי לא גמר שליחותו ושינה בו ונתבטל השליחות מעיקרא ואף שנגמר הלואה נגד המלוה מ"מ המלוה לא הלוה לו אדעת שותף שני אלא שאתה רוצה לחייבו משום שנעשת בשליחותו וכיון דהשליח שינה אדעתא דהכי לא שלחו ובטל השליחות עיי"ש ונראה ראי' לדבריו מתוס' פרק נערה דף מ"ז ע"ב בד"ה שלא דאזלינן בתר אומדנא אפילו בדבר הנולד אחר המעשה דאדעתא דהכי לא עשה אם תלוי רק בדעתו ואין שכנגדו מעכב עיי"ש וה"נ ל"ל דמלוה לא הי' מסכים להלוות אדעתא דהכי שאם יקחם השליח לעצמו לא יתחייב שולחו דהא המלוה לא ידע כלל דלוה לצורך משלחו ומ"מ הלוה ע"כ יש לילך בתר אומדנא לבטל המעשה שכבר חל ולפ"ז אם בהסכמת משלחו לא נתן לו המעות חייב המשלח כמ"ש השע"מ שם אבל לפמ"ש אפילו בזה פטור שלא נעשה לוה עד שיבוא לידו או לרשותו רק בשותף דיד פועל כיד בעלים אין לפוטרו רק אם שינה הלוה ולא הביא המעות לשותפות בלא רצון שותף השני איברא גם בזה צ"ט לפמ"ש הפר"ח בא"ע סימן קכ"ב דאם הבעל אמר כתבו וחתמו ותנו גט לאשתי אם נאבד קודם הנתינה אפילו אבדוהו בידים במזיד יכולין לכתוב אחר דעדיין לא עשו שליחותם אבל אם אמר רק כתבו וחתמו כבר נגמר שליחותם וא"י לאבדו ולכתוב אחר עיי"ש ואם נאמר ודאי אדעתא שיתנו לו הגט עשאם שליחות כמ"ש השע"מ כאן דאדעת שיתן לו המעות עשהו שליח א"כ מ"ש בי אמר כתבו וחתמו ותנו לאשתי או כתבו וחתמו לבד דהא ה"נ אדעת שיתנו לו הגט צוה להם לכתוב ולחתום

וכיון דאבדוהו לא עשו שליחותייהו עדיין אלא ודאי כיון דלא פירש רק כתבו וחתמו כבר נגמר השליחות אחר חתימה ואם פשעו בו אח"כ אינו נעקר השליחות למפרע לומר לא עשו שליחותם ה"נ דאמר לו שילוה מעות כיון שלוה כבר עשה לגמרי השליחות ולא נתבטל אח"כ כשהחזיק המעות לעצמו כיון דתחלה לצורך שותפות לוה מה שלא נתנן אח"כ לשותפות פנים חדשות הוא אלא מטעמא חד יש לפטור שותף השני כיון דלא נתנו הראשון לשותפות הוכיח סע"ת דלא לוה לצורך שותפות רק לעצמו ועכ"פ מידי ספק לא נפק וא"כ לא עשה שליחותו כלל.

סעי' ח' לגבות כל החוב מהערב השני בתומים ס"ס קל"ב העלה דאם פרע ערב השני א"צ ערב ראשון להחזיר לו החצי כהמבי"ט ויל"ע למה לא יתחייב המלוה שמחל לערב ראשון מדיני דגרמי שגרם היזק לערב שני כיון דלוה אין לו לשלם ובמוחל שט"ח שמכר וצ"ל דכאן אין חיוב לערב שני על ראשון טרם שפרע ול"ח רק גרמא דלא נעשה ההיזק מיד וכמו דיש חילוק בין שליש שהחזיר שט"ח ללות דחייב מדד"ג ובין אם החזיר שטר פרוע למלוה דפטור ונראה דגם לכתחלה מותר למלוה למחול לערב אחד ועיין ש"ך לקמן סימן קס"ג ס"ו סקח"י בשם מהריב"ל וגליון שם שרמז לעיין בסימן שפ"ח סס"ב בהג"ה ובהגר"א אות כ"ט.

סימן עח

סעי' א' תו"ז במרדכי נסתפק בתובע בשמא והש"ך הוכיח מתשובת רא"ש שבטור סימן ע"א סכ"א דגם בשמא גובה ונראה דודאי יש מיעוט דפרעי תו"ז וא"כ הא אין הולכין בממון אחר הרוב ואולי זה טעם אבייי ורבא ריש ב"ב דס"ל עביד אינש דפרע גו זמני' וע"כ לא תקשי מבכורות דאם מת תוך למ"ד בחזקת שלא נתן דלא טענינן ליתמי מלתא דל"ש ומזה יש ראי' להגרסא בב"מ דף ק"ב דלא מייתי ראי' ממשנה דבכורות אמנם אנן דקי"ל אאפתו"ז צ"ל לפי המבואר בכתובות ריש פרק ב' כיון דאיכא רובא כבו"ש דמי ומשמע שם דלא נדחה הך סברא גם במסקנא ועיי"ש בתוס' ד"ה ה"נ וד"ה כיון דרוב ובגליון שם ובהרז"ה שם דרובא עם חזקה מהני להוציא ממון כיון דאיכא רוב כבו"ש דמי וה"נ כיון דטוענין על הפרעון ויש חזקת חיוב ורוב לא פרעי תו"ז דכבו"ש הוא הוי א"י א"פ וע"כ אם מלוה טוען סמא ולוה ברי עדיין שקולים ולפ"ז בשטר דמבואר לעיל סימן נ"ט בש"ך שם דבשניהם טוענין א"י לא מבטלינן לשטרא א"כ בתו"ז אף דטוען שמא ולוה ברי דע"י הרוב הוי להיפך כבו"ש וטענת לוה נעשה ג"כ כשמא מהני השטר

ואין ראי' משו"ת הרא"ש דמיירי בשטר אבל במע"פ י"ל כמרדכי ועמ"ש לקמן ס"ב שו"ר בתה"ד סר"ז דחזקה אאפתו"ז היינו דרוב אין פורעים תו"ז.

ולפ"ז מובן מ"ש הש"ע לקמן סימן פ"ד ס"ב בפוגם שטרו תו"ז אינו חייב שבועה רק אם אמר אשתבע לי ותמהו אחרונים דאם מהני החזקה דא"א פורע תוך זמנו לפטור משבועת פוגם למת ישבע באשתבע לי ולפמ"ש י"ל דטעמא דפוגם מבואר בהכותב דף פ"ז ע"ב דפרע דייק ומפרע ל"ד אבל בתו"ז דרובא לא פרעי ולמאי דלא אתרע לא אתרע כמבואר באחרונים סימן פ"ד ע"כ ע"י הרוב מהימן המלוה דטוען ברי באמת כיון דאיכא רובא כבו"ש דמי ונהי דמחמת הפגם חשו חכז"ל דטענת מלוה שמא וטענת לוה ברי מ"מ תו טענותיהם שקולים ואהני שטרא כמו בשטר בעלמא כשטענותיהם שוות נוטל בלא שבועה אבל י"ל אשתבע לי וא"ל ישבע חזינן דאומר בדדמי ולוה דייק יותר.

ובנתיבות כתב דבטוענים מלוה ולוה שמא אינו גובה דהוי חזקה שאין עמה טענה וכמו דאמרינן בכתובות דף ע"ו גבי מנה לאבא בידך ובחזקת ג' שנים עיי"ש ולפמ"ש כיון דרובא לא פרעי תו"ז כברי ושמא והוי א"י א"פ אינו ראי' מכתובות ומחזקת ג' שנים דאפילו יהא כברי ושמא הוי א"י אם נתחייבתי.

ועוד נראה הא דמהני החזקה דאא"פ ת"ז להוציא אף דאינו רק רוב דבבכורות רפ"ג מסיק דרובא התלוי במעשה ל"ח רוב וכתב רמב"ן שם דמיעוט שאינו תלוי במעשה עדיף ולפ"ז י"ל אף דאין הולכין בממון אחר הרוב היינו כרובא לרדיא וכה"ג דרוב ומיעוט בגדר אחד אבל אם הרוב אינו תלוי במעשה והמיעוט תלוי במעשה י"ל הולכין בממון אחר הרוב כיון דהמיעוט תלוי במעשה דאפילו רוב תלוי במעשה אינו רק כמיעוט שאינו תלוי במעשה א"כ כשהוא להיפך הוי כמיעוטא דמיעוטא ועמ"ש תוס' סנהדרין דף ג' בד"ה ד"מ דברוב חשוב אזלינן בתר רובא להוציא ממון ות"נ המיעוט דפורעין תו"ז תלוי במעשה ונ"מ למ"ש לקמן סימן קי"ד.

הוחזק כפרן בנתיבות סק"ב כתב דמיירי בתובע בעדים בתו"ז וטען אז פרעתיך ועכשיו תבעו בב"ד ואומר פרעתיך עכשיו דאמרינן ממ"נ אם אמת שפרע כבר ודאי לא פרע שנית דמי יימר דמחייבי לי' רבנן ואם שיקר לפני עדים הרי הוחזק כפרן עיי"ש ולשיטתו אזיל כמ"ש בסימן ע"ב סח"י ס"ק ל"ג וכבר סתרתי דבריו שם עיי"ש אך גם לדבריו שם הכא שאני דהתם כיון שתבעו באמת ל"ל שכפר להשטות בו כמ"ש נתיבות שם אבל הכא שהי' תוך הזמן ותבעו שלא כדין י"ל כשם שהשטת בי לתובעני שלא כדין השטתי בך לכפור אבל לא הי' דעתו לכפור לחלוטין.

סעי' ב' וי"א שצריך בשע"מ סק"ו נתקשה דזהו הוא שיטת ר"ה דבלקוחות לא סמכינן אתו"ז ובטור סימן ק"ד משמע לשיטת ר"ה דמלוה ע"פ תו"ז ויש ב"ח מאוחר בשטר המע"פ קודמת ובמטלטלין שוין הן לכ"ע והא ב"ח מאוחר דין לקוחות יש לו כמ"ש הטוש"ע לקמן סימן פ"ב ס"ב ובר"ן ס"פ שה"ד כתב דרמב"ן מפקפק אי ל"ח לפרעון תו"ז נגד לקוחות דאפשר במע"פ תו"ז לדינא דאורייתא לא גבי מן לקוחות אפילו בשבועה עיי"ש ולק"מ ואין כאן מחלוקת בין רמב"ן ור"ה דלהוציא מלקוחות לא מהני תו"ז כיון דמכאן ולהבא גובה הוי לקוחות מוחזקין אבל בסימן ק"ד גם ב"ח מאוחר אינו מוחזק ולשניהם יש שעבוד בהי דלשבועה אחשבי לב"ח מאוחר כלוקח משום חשש קנוניא אבל מוחזק ל"ה.

ומדברי רמב"ן הללו נראה דשטר עדיף מחזקה דאא"פ תו"ז דבשטר אפילו אחר ז"פ גובה מלקוחות מן התורה אפילו בלא שבועה ומע"פ תוך זמן מספ"ל ונוטה לדעת המרדכי שבש"ך ריש הסימן דיורשים אינם גובים מע"פ תו"ז אף דבשטר גובים אפילו לאח"ז ובקצו"ח ושע"מ שם הוכיחו דתו"ז עדיף משטר דבשטר צריך לישבע כשגובה מיתמי ותו"ז מע"פ גובה בלא שבועה עיי"ש וודאי לא נעלם זה מרמב"ן ומרדכי אלא די"ל דיותר לא שכיח לפרוע תו"ז מלפרוע ולהניח השטר כי זמנין משתמיט המלוה דא"ל למחר יהיבנא לך דליתי' השתא גבאי א"נ אפשיטי דספרא זייר לי' כדאיתא בפ"ק דב"מ דף ט"ז ע"ב לתני חשו רבנן יותר להטיל שבועה בשטר לאמת הענין משא"כ תו"ז נראת יותר טענת מלוה אמת מחמת דלא שכיח לפרוע תו"ז אמנם מע"פ דצריך להוציא ע"י החזקה דאאפתו"ז אפשר לא אהני החזקת רק עם טענת ברי וכן להוציא מלקוחות כיון דאפשר לוה יכול לברר שפרע רק אינו חושש ל"מ החזקה להוציא משא"כ שטר אף דהחשש פרעון יותר ממע"פ תו"ז מ"מ כיון דלא חשוב להוציא כמ"ש רמב"ן הובא בסמ"ע סימן מ"ד ס"ו סק"י לפי שהשטר מוחזק ביד המלוה וכאלו הממון שכתוב בו מוחזק בידו עיי"ש ע"כ גובים יורשים גם בשמא וכן גובה מלקוחות אבל לפטור משבועה לא סמכו חכז"ל אמה דלא חשוב מוציא דזה אינו מאמת הענין לומר דודאי לא נפרע דזה אינו מצד סברא וע"י השבועה יתברר יותר האמת משא"כ להפסיד לבעל השטר לגמרי ביורש דא"י לישבע או נגד לקוחות א"א אף דאין לנו בירור גמור כיון שמוחזק בשטר וכאלו ממון הכתוב בו מוחזק בידו.

ועוד די"ל שטר יפה כחו להוציא בלא טענת ברי מחזקה דא"א פורע תו"ז ומה שתקנו שבועה בשטר יותר ה"ט משום דמפרע לא דייק רמי עליו שבועה שידייק כדאיתא בפרק הכותב וכבר כתבתי לעיל בסימן ע"ה דגם בלא פוגם יש חשש זה ועתה מצאתי כן בביאור

הגר"א סימן פ"ב ס"ב ס"ק י"ג אמנם מהיכי תיתי ישכח הפרעון ויזכור ההלואה שנעשה מלפני הפרעון רק שההלואה נעשה בו מעשה שטר וגם מוצא השטר אצלו והפרעון נעשה בע"פ אין זכר לו אבל במע"פ ויפרע תו"ז והמלוה ישכח הפרעון ויזכור ההלואה שמקודם זה ודאי לא שכיח כלל ולא תקנו רבנן שבועה.

סעי' ה' נשבע הלוה היסת משום דנאמן במגו והוא בעיא דלא אפשטא וקולא לנתבע ותומים תמה על רמב"ם ומחבר שלא הזכירו דספיקא הוי ונ"מ אי תפס התובע בעדים כמ"ש הש"ך וע"כ ר"ל דס"ל דנפשט במ"א ולע"ד א"א לומר כך דהא רמב"ם ומחבר בסימן צ"ג פסקו דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן והך חזקה מהני לאפטורי משבועה דגבי מיתמי בלא שבועה הרי עדיפא החזקה ממגו ועכצ"ל כמ"ש בגליון תוס' הובא באס"ז ריש ב"ב דודאי החזקה עדיפא ממגו דקי"ל מגו להוציא לא אמרינן והחזקה אהני להוציא רק הבעיא משום דנתבע מוחזק ומסייעו המגו וא"כ אפילו הי' נפשט דמהני המגו ג"כ הוא רק משום דמוחזק וכשתפס המלוה ודאי חזקה עדיפא א"כ לא נ"מ אי נפשט דבין כך ובין כך מהני תפיסת התובע ובעיא דש"ס רק שמא ימצא לפשוט דל"מ המגו אף כשנתבע מוחזק וא"ל עכ"פ ה"ל להשמיעני דמהני תפיסת תובע חדא דרמב"ם אינו כותב רק המפורש בש"ס ועוד פשיטא דחזקה עדיפא לולא דנתבע מוחזק.

סימן עט

סעי' ד' אבל במתנה עיין שע"מ פלפל בנתן לו סתם והמקבל אינו טוען ברי אי תלינן במתנה ולעיל סימן ע"ה הבאתי ראי' מהכיר בה שאינו שלו דקי"ל מעות חוזרין ועתה ראיתי בנמ"י ר"פ אין בין המודר דפליגי רשב"א וריטב"א במתנה חברו סתם אי תלינן במתנה ורשב"א ס"ל דתלינן בהלואה ומביא ראי' מיורד לשדה חברו ונטעה שלא ברשות דחייב בעל השדה לשלם ולא כל הימנו לומר במתנה נתת לי והריטב"א פליג דשאני התם שלא התנה משום דמימר אמר כי מתרצה במאי דעבידנא אתבע לי' טרחאי אבל זן ומפרנס או משרה חברו בביתו אם איתא דע"ד פרעון עביד ה"ל לאתנויי עיי"ש וצ"ל לדעתו ההיא דהכיר בה כיון דנתן המעות בעד השדה סמך דא"צ תו לאתנויי מכיון דלא נתן סתם רק בעד השדה הרי פירש דאינו מתנת וכשיצא השדה מידו יחזיר לו וכן במקדש אחותו כיון דפירש לשם קידושין סבר דא"צ לפרש דאינו נותן במתנה וכן מצאתי במהרי"ט סימן מ"ג ומ"מ גם לריטב"א אי לאו אותו הוכחה מדלא אתני לא הוי תלינן מספק במתנה אף להוציא וא"כ כשזוכר שקיבל מחברו מעות ואינו זוכר אם במתנה או

בהלואה גם לריטב"א אין להלות במתנה ולזה יש ראי' מיורד לשדה חברו ומהכיר בה שאינו שלו דמספק לא תלינן במתנה וכמ"ש לעיל סימן ע"ת ס"ט.

והרשב"א דפ"ק דקידושין שהביא השע"מ עיין ביאור הגר"א בא"ע סימן כ"ז שכתב דרשב"א לשיטתו דפסק כשמואל דמעות מתנת כדאיתא בחו"מ סימן קמ"ו סי"ח בהג"ה ועש"ך לקמן סימן קמ"ו דתמה על הרמ"א ורשב"א דהא קי"ל כרב ומ"ש הגר"א דרשב"א ס"ל דוקא בהכיר בה שאינו שלו קי"ל כרב המעיין ברשב"א ח"ג סימן פ' ובב"י חו"מ לקמן סימן קמ"ו ס"ל יראת דלא משמע כן ועיין חתם סופר חלק א"ע סימן פ"ב הובא בפ"ת לא"ע סימן כ"ז פירש דברי רשב"א דפ"ק דקידושין דבאמת אינו מהנה רק האשת דאיכונת למתנת לא הוי ידה כידו ובאמת ברשב"א ור"ן שם מפורש דקנאתו לגמרי ושלה הוא מדינא ועיין לקמן סימן רמ"ו סי"ז בהג"ה ובש"ך שם סק"ט ובטו"ז שם ונראה כיון דריטב"א פוטר להדיא גם במפרנס המע"ה ותלוי בראות עיני הדיין לפי הענין ועיין זכל"א ח"ג חחו"מ אות מ"ם ס"ק ל"ח.

סעי' ה' ודוקא לאותו ממון הוחזק כפרן מעשה בראובן שתבע משמעון שותפו שתוציא מאה זהו' על עסק השותפות ופסקו ב"ד שישבע ראובן ויטול והביא שמעון עדים שהכחישו לראובן על חמשים ויש להסתפק אם הוחזק ראובן כפרן על החמשים שלא הוכחש שלא ליטול בשבועת כיון דתבע בשקר ובזה לא שייך אשתמוטי נעשת חשוד ומבואר בחו"מ סימן צ"ב דחשוד אממון חשוד אשבועה ואף דעדיין לא לקח הממון מצינו דנפסל גם בדיבור אלך ואמסור כדלעיל סימן ל"ד וסימן שפ"ח וגם החולקים שם הוא רק משום דעביד אינש דגזים ולא עביד אבל בתובע לחברו בב"ד תרי רצה לגזלו לולא הוכחש בעדים ועיין תוס' פרק המדיר דף ע"ב בד"ה אי דמה שרצתה להאכילו דבר איסור יכולת לומר משחקת הייתי ואם היית בא לאכול הייתי מונעת אותך ואינה מפסדת כתובתה עיי"ש וזה ל"ש בתביעת בב"ד דל"ל משחק הייתי דלא מחייך בב"ד כמ"ש הר"ן פ"ג דנדרים דף כ"ז ע"ב ולקמן סימן פ"א ס"ו שוב מצאתי בגאון צבי סימן למ"ד ס"ח דתובע שתוכחש בעדים על מקצת תביעת נעשת חשוד ואינו יכול לישבע וכ"כ בשער משפט סימן למ"ד וכ"כ בספר בית יתודה סימן למ"ד אך בשער משפט סימן ול"ד סק"ד הניח בצ"ע,

ולכאורה י"ל לפמ"ש הרמב"ם סוף פ"ב מה"ג בהא דגט מעושה שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני דלא הוי אנוס דאדרבה יצרו אנסו לעבור וכיון שהוכרח ע"י ב"ד וחשש יצרו ואמר רוצה אני מגרש ברצון וה"נ כיון שע"י ב"ד לא גזל מתחרט ברצון וגדול מזה דעת הב"ח בסימן ל"ד סט"ו בגזל פ"א ותחזיר בע"כ ע"י בית דין נכשר דלא כרמ"א שם סכ"ט

ודעת הב"ח לכאורה אינו מובן דלמת יוכשר כיון שלא החזיר מעצמו אלא לפמ"ש י"ל כיון שבע"כ מחזיר גם ברצון עושה כיון שחשש יצרו ולא הוחזק לגזלן רק באקראי ויתיישב בזה קושית קצו"ח שם על הב"ח מפ"ק דב"מ דף ת' בההוא רעיא דפריך והא גזלן הוא אף דיש עדים וע"כ מחזיר ולפמ"ש י"ל דהנה מה דלא אמרינן מגו דחשוד אממונא חשוד אשבועה ותלינן בסמ"י או באשתמוטי אף דאינו רק ספק מוקמינן בחזקת כשרות ואין ספק מוציא מידי ודאי כשר כיון שלא נתברר עדיין פסולו בעדים וכתב הנמ"י פ"ק דב"מ בשם ר"ת דגם למ"ד חשוד אממון לא חשוד אשבועה תא דגזלן מכבר פסול דממה שגזל כבר לא יפרוש גם מזה לא יפרוש דאין תשובה לחצאין עיי"ש ולפיכך פריך שפיר והא גזלן הוא מה תאמר כיון דבע"כ מחזיר עושה השובת ברצון מ"מ עדיין חשוד אמה שכופר ואי משקר ע"כ אין תשובה לחצאין וגם מה שמחזיר אינו ברצון ותו ל"ל דכופר מסמ"י משום חזקת כשרות דאדרבה איכא חזקת גזלן ואין ספק מוציא מידי ודאי וא"ש ואף דאנן קי"ל ברמ"א דבהחזיר בע"כ לא נכשר מ"מ י"ל דוקא בגזל כבר אבל כשרצה לגזול ונמנע ע"י עדים וב"ד מודה הרמ"א דחוזר ברצון וכמ"ש הרמב"ם בגט מעושת רק מהרמב"ם אין ראי' דודאי מתרצה בלבו אך דהוקשה לרמב"ם כיון דמחמת הכאת אומר רוצה אני אנן סהדי שבלבו אינו רוצה וע"כ תירץ די"ל ע"י שתשש יצרו נתרצה ואפילו יהא ספק הוי דברים שבלב כיון דל"ל אנן סהדי דבלבו אינו רוצה ודברים שבלב אינן דברים לבטל דברי פיו וה"כ כשתחזיר בע"כ י"ל אין ספק תשובת מוציאו מודאי פסול כשגזל כבר ונפסל אבל כשרוצה לגזול וטרם שנתברר שמשקר לא נפסל וכשנתברר פסולו נתבטלה מחשבתו הרעה וי"ל ברצון חוזר ואין לפסלו מספק.

אמנם בנ"ד יש לומר מט"א דלא יטול בשבועת דהא מדינא הממע"ת וצריך לברר כמה תוציא רק דשותף כיורד ברשות וכדלקמן סימן קע"ח ושע"ת דנוטל הוצאות שיעור שבח בשבועת או הרשהו להוציא וקיבל עליו לשלם לכן פסקו לו הב"ד ששבע כמת הוציא ויטול וכדלקמן סימן צא דכל מלתא דהאי ידע והאי לא ידע משתבע האי דידע ויטול וכתב הש"ך שם ס"ק כ"ג דכיון דהוציא ברשות חברו מתחלת הימני' חברו בשבועת דאל"ה מעיקר הדין צריך לברר בעדים והנה מבואר לעיל סימן ע"א בכתב לוה למלוה נאמנות והוחזק המלוה כפרן בדבר אחר בטלת נאמנותו גם בזה וא"כ בשותף או כשהרשתו להוציא כש,.הוחזק בקצת תביעת כפרן נמי אינו נאמן וכמ"ש הסמ"ע בסימן ע"א ס"ק כ"ד דמסתמא לא הימנו מעיקרא אלא משום שהי' בחזקת נאמן בעיניו והשתא דהוחזק כפרן בדבר אחר אתרע נאמנותו אף די"ל דשא"ת דהימני' בלא שבועה ובזה בטלה נאמנותו אבל ביורד ברשות לא הימני' רק בשבועה ולא הוחזק לישבע שקר

מ"מ הא קי"ל חשוד אממון חשוד נמי אשבועת זולת בלא נתברר בעדים כפרנהו תלינן בסמ"י אבל כשנתברר בעדים לא תלינן בסמ"י וכמ"ש תוס' פ"ק דב"מ דף וא"ו בד"ה ספק וכדלקמן סימן צ"ב א"כ ה"נ דנתברר בעדים שרצה לגזול לא תלינן בספק מ"י ונהי דלא נפסלתו לכל דבר מזלו לממון זה דרצה לגזול נחשד ג"כ לישבע לשקר ממילא אתרע נאמנות שלו וחזר דינו כיורד שלא ברשות דאינו נוטל בשבועת כיון דבטלת נאמנותו אף דנימא דנתחרט מרצונו וכמ"ש בשו"ת חכ"צ סימן ל"א לענין נאמנות בשטר והוחזק כפרן בדבר אחר דאפילו אם ירצה לחזור בתשובה ולקבל עליו דברי חברות דקי"ל דחוזר לכשרותו לא מהני לאותו הנאמנות מאחר שכבר אתרע ל"מ לו תשובתו כיון שהוא בדבר הנוגע לחברו עיי"ש.

שוב מצאתי בפרח מ"א ח"א שאלת ע"ד בשותף שנתן נאמנות לחבירו בכל מה שיאמר שנתן לו ואח"כ סתר את דבריו דקודם הראת חשבון על פחות ואח"כ על יותר והעלה דהוחזק כפרן דאתרע נאמנותו וגם בשבועה לא יטול אף דבההוא דלעיל סימן ע"א דהאמין לוה למלוה והוחזק כפרן בדבר אחר דכתב ר"ק דאתרע נאמנותו וצריך לישבע הרי בשבועה מתימן שא"ה דסלק נאמנותו נשאר על דינו ליטול בשטר בשבועה משא"כ אם בלא הנאמנות גם בשבועה לא הי' נוטל כשאתרע נאמנותו גם בשבועה לא מתימן אפילו לא הוחזק כפרן ע"י עדים רק מעצמו עיי"ש וכת"ג כתב בשו"ת עת"ג סמ"ט לענין גבאי הקהל שתבע הוצאות מקהל והוחזק כפרן במקצה דהו לא מתימן אפילו בשבועה ליטול מה שלא תוחזק כפרן ומשום דאלו ידעו הקהל כך לא הימנוהו עיי"ש.

ועוד י"ל בנ"ד בשותף שאני כמ"ש בשו"ת מהרש"ך ח"א סימן קצ"ו הובא בשו"ת ארח לצדיק חחו"מ ס"ג וז"ל וא"ל אעפ"י שהוחזק כפרן על סך ממון אחד לא נחזיקהו כפרן על תביעת ממון אחר ואלו החשבונת שבין רו"ש וההפרשים שביניהם הוי ממונות מחולקים דהא ליתא דבלי ספק כל עסק השותפות חד מלתא הוא ואף דטעמו קשת להבין גם האורח לצדיק כתב דיש להרהר אחריו מכל זה לא נדחת ודאי של מהרש"ך מפני הרהרו של ארל"צ.

סעי' י' מעולם לא הי' לך בידי והעידו עדים שתודה לו הוחזק כפרן יש לחקור אם א"ל מנה פקדון לי בידך וא"ל הן ולמחר א"ל להד"ם והעידו העדים דכבר הודה לו וחזר הנתבע ואמר אחר שהודיתי נאנס מידי ואמרתי להד"ם ליפטר משבועת שומרים אי מהני אמתלא זאת לפוטרו ותבנה בב"י סי"ג הביא מהרא"ש דבחייב אתה ליתן ויצא ואמר פרעתי והכחישותו עדים לא הוחזק כפרן כיון שאנו יכולים למצוא לו זכות דמכוין לאשתמוטי עד דמעייני רבנן בדיני' ולא לכפור באותו ממון נתכוין עכ"ל א"כ ה"נ לפי

אמתלא שנותן לא כפר ממון רק ליפטור משבועת וכיון שנאנס אין הפסד למפקיד בכפירתו ותנת דעת מהר"ש הלוי סימן כ"ף ומהרשד"ם הובאו בקצו"ח סימן פ' ומרדכי פרק מי שמת הובא בקצו"ח סימן פ"א ס"ק כ"א דגם בממון מהני אמתלא וכן נראה מוכח מסימן זה ס"ד וכ"מ ראי' זאת בשושנת יעקב סימן פ' והביא מהנו"ב חא"ע ס"ס דמהני אמתלא בממון ועיי"ש נו"ב שכתב די"ל גם לדעת הרא"ת שבר"ן פ"ב דכתובות דמהני אמתלא בממון לחוב לאחריני והר"ש הוכיח מרמב"ם פ"ז מטוען שכתב שהטוען בב"ד והוכחש בעדים יכול לחזור ע"י אמתלא אם יש במשמעת כמו שהשיא בזאת הטוענת האחרת ודחהו קצו"ח דשא"ה דמתקן דבריו ראשונים ולכאורה יש ראי' להיפך דאם אין במשמעת כטענה שני' ל"מ אמתלא וי"ל דדוקא התם דא"ל יתקן דבריו הוחזק כפרן וכמו דלא מהימן לומר פרעתי אח"כ ה"נ לא מהימן ליתן אמתלא דמלוה מסימן יותר וא"כ לפמ"ש מהרי"ט דע"י הודאות עצמו שקדמה לכפירתו לא הוחזק כפרן י"ל גם אמתלא מהני ולהשע"מ דדחה דבריו נ"מ לפמ"ש דבפקדון אף שהוחזק כפרן יכול לטעון אח"כ נאנסו כיון דאין המפקיד מכחישו בברי א"כ י"ל דאמתלא מהני ואף לפמ"ש מהרי"ט בחא"ע ס"ח הובא בקצו"ח סימן פ"א ס"ק כ"א דאם הודה לתביעת תובע ל"מ אמתלא י"ל דוקא במודה ממש אבל כשטוען להד"ם והוכחש מעדים י"ל אמתלא על מה שלא טען נאנסו מיד דבזה ל"ש לומר דאינו עשוי להודות בשום ענין כשיש תובע.

ולעיל סימן ע"ב סק"פ בש"ך הובא פלוגתה רמב"ן ות"ר וראב"ד דאם יש לראובן פקדון אצל שמעון וחייב לשמעון כנגדו ושמעון טוען על הפקדון להד"ם דלהרמב"ן וסייעתו יכול לישבע שיש לו בידו כנגדו ולראב"ד אי"ל דשמא נאנס ואף דטוען לא הד"ם ל"ש הודאה דאימר טוען כן להנצל משבועת שומרים ופסק ש"ך כריב"ן ומ"מ י"ל דאנן לא טענינן לו כ"ז שעומד בטענתו ראשונה וצריך בעצמו לטעון ועיין קצו"ח סימן פ"א ס"ק כ"א דגם ליתומים לא טענינן שום אמתלא גם להמרדכי זולת טענת שלא להשביע ומוציאין מן היתומים ומ"מ ק"ק דאם איתא דמהני כשיטעון איך ס"ל לרמב"ן דיכול לישבע שיש לו בידו שמא יטעון הנפקד אח"כ שנאנס ולהנצל משבועה טען להד"ם.

ויריעות שלמה בקונטרס בית יד ה"ז כתב דבתבעו והודה ל"מ אמתלא לפמ"ש מהרש"א ביבמות דף קי"ח והח"צ בתשובה ק"ן דאמתלא אינו פועל רק לעקור דבריו הראשונים דליהוי בשתק אבל להוסיף א"י ע"י אמתלא וע"כ בתבעו והודה דהוי כשתק על התביעה ג"כ חייב ע"כ ועיין תומים לקמן סימן פ' סק"ג ועיין פ"ת לא"ע סימן מ"ז סק"ב.

ולפ"ז כשנותן אמתלא על טענת להד"ם שטען להנצל משבועת שומרים נהי דעיקר טענת להד"ם הוי כשתק והודה לתובע דיש לו אצלו מנה ולא נאנס ומ"מ לא הוחזק כפרן דא"א

לעשותו כפרן רק כשתאמר דכפר ממונו של זה בפירוש והרי באמתלא עוקר דבריו וכלא כפר מעולם ונהי דגם לאמתלא כפר שבועה מ"מ לא הוחזק כפרן לממון דממון לממון אחר לא הוחזק כפרן כ"ש משבועה לממון כיון שנותן אמתלא וטוען שלא כפר ממון מעולם וא"כ אם יטעון אח"כ החזרתי לאחר העדאת עדים ליהימן ובזה לא יהא פלוגתא בין הרא"ש הנ"ל ובין הרמב"ן דהרא"ש קאמר דלא הוחזק כפרן אם יכולים למצוא לו זכות שלא נתכוין לכפור ממון דאמתלא אהני כאלו לא כפר ושתק אבל הרמב"ן קאמר כיון דנפקד טען להד"ם הודה דלא נאנס דאפילו יטעון אמתלא שעשה זה להנצל משבועה לא יועיל לו רק כאלו שתנן לתביעת התובע והודה דיש הפקדון אצלו.

ולפ"ז יש לתרץ קושית בע"ת שער מ"ב על מה דמסיק פרק קמא דב"ב דף וא"ו דמשנתינו בשה"ד באומר להד"ם וכל האומר לא לויתי כאומר ל"פ תיפק לי' דהוחזק כפרן כיון דבאו עדים דהודה אתמול ולא י"ל אפילו שפרע אח"כ כמבואר ע"ק דב"מ דף י"ז משא"כ לטעם דכאומר ל"פ יכול לטעון פרעתי אח"כ ותירץ דמיירי שכפר חוץ לב"ד בפני עדים דלא הוחזק כפרן וכשבא אח"כ לב"ד י"ל פרעתי אח"כ ובשע"מ סימן זה ביאר דבריו כן דלא כמהרי"ט ובאמת יפת טען מהרי"ט דמשמע המשנה דטען להד"ם בב"ד ומתוך כך הכריח מהרי"ט דע"י הודאתו לא נעשה כפרן ועיין קצו"ח כאן סק"י אבל שע"מ הכריח דהפוסקים לא ס"ל הכי ועוד לבע"ת שתירץ דמיירי שכפר חוץ לב"ד מה יענה רבינו יונה שבטור כאן דגם בכפר חוץ לב"ד נעשה כפרן ולפמ"ש א"ש דהא הר"ן בשה"ד כתב שם דיותר משמע דהמשנה מיירי בפקדון וכן פירש הרמב"ם במשנה וא"כ גם דלהס"ד בב"ב שם דר"ל הטעם דאם א"ל אין לך בידי חייב משום דמיירי תו"ז עכצ"ל דמוקי לה במלוה היינו משום דלא משכח אופן אחר הוכרח לדחוק ג"כ לומר דעסקינן בתוך זמנו אשר לא משמע כן כלל במשנה רק משמע החילוק בין נתתיו לך לאין לך בידי ולא הזמן גרמא אבל לפי מה דמסיק דמשום דאמר להד"ם הדרן למשמעות דמיירי ג"כ בפקדון וכבר כתבתי די"ל אמתלא דנאנס והוא כשתק אבל לא הוחזק כפרן להבא וע"כ אמר דכל האומר לא לויתי כאומר ל"פ וה"נ בפקדון בלהד"ם כאומר לא נאנסו ולא החזיר כמ"ש רמב"ן הנ"ל ולפמ"ש דמלעיל ס"ד נראה דמהני אמתלא והם דברי בע"ת וא"כ ס"ל דגם בתבעו והודה אהני אמתלא דליהוי כצווח מעיקרא דאינו חייב ע"כ הביא בע"ת יפה ראי' שלא כדעת ר"י דאם נימא דמיירי בפקדון ונותן אמתלא למה חייב כלל וא"ל דחייב לישבע שנאנס דא"כ לא צריך הש"ס לומר משום דכל האומר לא לויתי כאומר ל"פ דגם בלא"ה צריך לישבע אם אינו טוען שפרע רק נאנס עכצ"ל דהש"ס ר"ל למה קתני חייב סרי יכול לטעון פרעתי וכשיטעון כן הרי אינו נותן אמתלא והוחזק כפרן והל"ל דהוחזק

כפרן ע"כ הוכיח שפיר דבפני עדים לא נעשה כפרן אבל ר"י י"ל דס"ל דאמתלא ל"מ רק שיהא כשתק מעיקרא.

אמנם י"ל מט"א דאמתלא ל"מ בממון ובתבעו דמבואר לעיל סימן כ"ט דאחר שהעיד העד א"י לחזור בו לומר מוטעה או שוגג הייתי אפילו נותן טעם לדבריו ועיין חחו"ד סימן קפ"ה דכל עד א"י לחזור באמתלא ולפ"ז הודאות בע"ד דכמאה עדים וכתב קצו"ח סימן רמ"א סק"א הא דילפינן דבר דבר מממון דצריך שני עדים לקיום המעשה בגיטין וקדושין היינו דגם בממון הבע"ד היינו עדים ממש דהיכי דל"ח לאחריני הימני' תורה לבע"ד להיות כעדים ממש דילפינן מכי הוא זה ועיין קצו"ח סימן ל"ד ולפ"ז כמו בעדים אחר דו"ח ל"מ אמתלא ה"נ הודאות בע"ד שוב א"ח ומגיד ולפ"ז לפמ"ש קצו"ח סימן פ"א ס"ק כ"ב על התוספתא דקתני הודאות בע"ד כשני עדים אימתי בזמן שתבעו והודה אבל אם הודה מפי עצמו יכול לחזור דתפס שאסר הוא הפה שהתיר דה"ט דהודאות בע"ד ילפינן מכי הוא זה כמ"ש רש"י פרק האומר דף ס"ה והתם בתבעו דוקא כמ"ש רמב"ן ור"ן במשה"ד דכל שקדמה הודאה לתביעה לאו מודה במקצת הטענה הוא עכ"ל וא"כ אמתלא נמי דתבעו והודה דילפינן מכי הוא זה דכעדים דמי ל"מ אמתלא ודוקא כשהודה לחובתו דע"ז הימני' תורה כעדים אבל אם כפר להד"ם ואם לא נאמר כאומר ל"פ דמי ליכא הודאות בע"ד אדרבה כיון שקרוב אצל עצמו אין לו דין עד כלל ול"ש לומר כיון שהגיד שוב א"ח ומגיד ממילא מהני אמתלא לעקור דבריו הראשונים.

ויותר מזה י"ל ג"כ לענין טענת טעיתי דעל הודאתו אי"ל טעיתי כמבואר בסימן פ"א בש"ך ותומים ונתיבות אבל ה"ט כמו דעדים א"י לחזור ולהגיד מוטעה היינו ה"נ הודאות בע"ד כעדים ומבואר בקצו"ח סימן פ' סק"ג הא דמפטור לפטור יכול לחזור ולומר טעיתי ולא דקדקתי משום דכל זמן שלא נתחייב ליכא הודאות בע"ד וכמו שלא נחקרה עדותן דמי דיכול לחזור ולפ"ז מיושב נמי קושית בע"ת ומהרי"ט דמוכרח לומר משום דכל האומר לא לויתי כאומר ל"פ דאל"ה ליכא הודאות בע"ד בטענת לא לויתי ע"כ אפילו יכחישוהו עדים דלוה מ"מ עדיין לא נתחייב מחמת הטענה דלא לויתי דאימר פרע ולא הודה כלל א"כ יכול לחזור באמתלא ולומר טעיתי ולא הוי חוזר ומגיד כיון דלא הודה כלום ליכא דין עדות וממילא לא הוחזק כפרן ועכצ"ל דכאומר ל"פ ובכלל לא לויתי יש הודאה שלא פרע וכשהכחישוהו עדים דלוה נתחייב מצד הודאתו שלא פרע והוי כעדים וא"ח ומגיד וממילא הוחזק נמי כפרן.

סימן פ

סעי' א מי שטוען כתב בשע"מ סק"א באחד שתבע לחבירו בב"ד שחייב לו מעות והודה לו הנתבע רק שטען שחייב עוד לאחרים ואין לו כדי לשלם לכולם ואח"ז כשפרע לזה התובע חובו תבעוהו האחרים שהודה מתחלה שחייב להם ועכשיו אומר דלדחוי לבע"ח מתכוין א"י לחזור מהודאתו רק אם מסייעין לו שטר או עדים או מגו והוכיח כן מהך דלעיל סימן ל"ז סי"ז בהג"ה וטו"ז שם עיי"ש ואינו ראי' דשא"ה דאינו מוחזק לא סמכינן אטענתו דלדחויי הודה משא"כ הכא דמוחזק י"ל שמא קושטא טוען עכשיו וטו"ז שהקשה אהך דסימן ל"ז מסימן מ"ז משום דבסימן מ"ז מוציא ע"י אמתלא משא"כ בנידון השע"מ דבא להחזיק בקל מחזיקינן לו וכן מחלק התומים בסימן מ"ז סק"ד בטען פרוע עיי"ש ועוד לפמ"ש לעיל סימן ע"ט דוקא בתבעו והודה א"י לחזור דהודאת בע"ד כעדים רק בתבעו א"כ דהנהו ב"ח לא תבעוהו יכול לחזור ואף דיש בזה מחלוקת הפוסקים בסימן פ"א סכ"ב עש"ך שם ס"ק נ"ח וקצו"ח שם ובס"ח סק"י מ"מ להוציא ודאי א"א אפילו אין לו אמתלא רק בתבעו צריך אמתלא לכן אם לדחויי לבע"ח הי' סגי לו לומר דחייב לאחרים סתם ולא הי' א"ל לפלוני אינו יכול לחזור וכ"כ הנו"ב חא"ע סימן סמ"ך אהא דכתב תרין פ"ב דכתובות בשם הר"א באומרת מקודשת אני לפלוני לא סמכינן באמתלא שכבר הודית לו ולאו כל הימני' לחוב לו דטעמו דמיירי באמתלא שקפצו עלי' אינם מהוגנים ולא היתה צ"ל לפלוני רק סתם שנתקדשה וא"כ נגד זכות פלוני ל"ל טענה על הודאתה עיי"ש ולפ"ז אין ראי' מהך דסימן ל"ז סי"ז דל"מ אמתלא בממון די"ל התם דהוי סגי להעיד שאינו של יהודה המערער והעיד דשל לוי לכן תו לא מצי מפיק מלוי דאין לו אמתלא על הודאתו ללוי רק מפירשב"ם בפחז"ה שם נראה דלס"ד דפריך מכיון דאסהיד דלוי הוא איך הדר מפיק לה מלוי הי' ס"ד דש"ס דקרקע ת"י יהודה ולוי תבעה ומוכרח להעיד דשל לוי הוא דאם יעיד דלאו של יהודה לא יוכל לוי להוציאה ובאמת לשון הש"ס דבא יהודא ומערער משמע דלוי מוחזק ויהודה מערער דאם לוי בא להוציא מיהודה הל"ל לוי מערער ועיין בית מאיר סימן וא"ו סי"ג ולפ"ד אין ראי' מפחזי"ה כיון דנתקבל דבריו לודאי בתורת עדות ל"מ אמתלא ועכ"פ פ"ד אי אמתלא מהני בממון כמ"ש בית מאיר סימן קט"ו ס"ו.

ובנו"ב שם הקשה על הרא"ה מה זכות יש לארוס בארוסתו קודם הנשואין שנאמר שלא כל כמינה לחוב לו והא אפילו נתקדשה לו ואינה רוצה להנשא לו מה יש לו עליה ותירץ שיש לו זכות שאם יקחנה א"ל לתת לה כסף קדושין מחדש ועכשיו שאמרת שלא קדשה אם יקחנה צריך לתת לה קדושין זהו זכות וחוב שיש להמקדש ומעתה

המקדש בע"א דהוא רק ספק קידושין ואם יקחנה צריך לקדשה מחדש מהני אמתלא עיי"ש ותירוצו אינו מובן דהא אם לא תרצה להנשא לו ולהתקדש לו לא יקדשה בע"כ ואין לו שום הפסד והברירה בידה שלא להתקדש לו והרי צוחת שאינה רוצה בו ולמה לא יועיל אמתלאה אבל זכותו לכשתרצה להנשא והיא אגודה בי' ע"כ או תנשא לו או תתן לו תרקבי דדינרי להתירה בגט ואפילו בספק קדושין אין לכופו לגרשה אם רוצה לישאנה כדמשמע בתשובת רא"ש שברמ"א א"ע סימן קנ"ד ס"ז דוקא אם אסורה להנשא לו ולאחר כופין אותו להוציא וע"כ אף דלא שוה לו רק לה שוה הרבה שיתירה לעלמא חשוב אצלו זכות כמו מעלינן לי' בנכסי' דבר מריון דפ"ק דב"ב דף י"ב ע"ב לפיר"ת שם ועיין לעיל סימן נ"ד ס"ב בש"ך סק"ד בשם הה"מ דאף דאין ניירו של שטר ש"פ מ"מ מחמת ראי' שבו אפילו אחר שכתוב שובר יתן לו הלוה יותר מפרוטה עיי"ש ה"נ תתן לו האשה ממון שלא תהא אגודה בו וחשוב ממון ועכשיו שחוזרת מפסדת אותו זכות זה.

גם מה שהביא נו"ב שם מתוס' קדושין דף ס"ו בד"ה אמר אביי דמקדש בע"א למ"ד א"ח לקדושין המעות מתנה קשה הא קי"ל פ"ק דב"מ ט"ו ע"ב בהכיר בה שאינה שלו מעות חוזרין רק במקדש אחותו כיון דאחותו י"ל מתנה יהיב לה כמ"ש רא"ש שם ותוס' לשיטתם שכתבו בפרק האיש מקדש דף מ"ו ע"ב בסד"ה וש"מ דרב ושמואל ס"ל דמעות בעלמא מתנה ועיי"ש בד"ה דאתמר דכתבו דוקא באחותו דיודע שאין קדושין באחותו פליגי רב ושמואל אבל היכי דא"י אם יחולו אם לא שמא נתן לשם מתנה ולפיכך בדף ס"ו דרב ושמואל ס"ל שם דמקדש בע"א א"ח לקדושין וקושייתם לאביי מהם לכן כתבו דמעות מתנה אבל אנן דקי"ל כרב אמי דמעות בעלמא חוזרין ה"נ במקדש בע"א וממ"נ א"צ לקדשה בכסף אחר וסגי בכסף שנתן לה כבר לפני הע"א שיטלנה הימנה ויקדשה בו דאם הלכה דמקדש בע"א א"ח לקדושין הרי מעות חוזרין כרב אמי ואם חש לקידושין הרי אם נתקדשה כבר א"צ לקדשה שנית ואפילו להח"מ וב"ש בסימן נו"ן דבס"ק אין מעות חוזרין משום גזרה שמא יאמרו קדושין תופסין באחותה הכא דאינה מחזרת לו רק לקדשה שנית ליכא חשש דמשום ספק קדשה שנית במעות הללו בממ"נ ולא יטעו לומר דודאי ל"ה קדושין רק כשחוזרין לו המעות לחלוטין יאמרו מדהוציאו הממון ודאי ליכא ספק דהממע"ה.

תוך כ"ד יכול לחזור בפ"ת לא"ע סימן מ"ז סק"ג הובא מספר יד המלך דהודה לטענת חברו לא מצי לחזור תוכ"ד ופי' דעה הרא"ה בזה עיי"ש ובתשובת רשב"א סימן אלף סמ"ך שהביאו סמ"ע וש"ך כאן מבואר דגם בזה ישנו בחזרה תוכ"ד.

סימן פא

סעי' א לחתנו העשיר כתבו סמ"ע וש"ך ל"ד אלא כל שאינו עני שהי' חייב ללמד עם בנו ובתומים וקצו"ח הקשו דמ"ע ושננתם לבניכם גם לעניים נאמר וגם בתשובת מיימני איתא נו"א דעני שאין לו מאתיים זוז יש בו משום צדקה ונדר עיי"ש ולע"ד קשה דרמ"א כתב כיון דלאו עני וכו' יכול לומר משטה משמע דבעני אפילו יטעון משטה ל"מ והא להמבואר בתשובת מיימני דמשום נדר חייב לעני למה לא יוכל לטעון משטה הייתי ולא כיונתי לנדר כלל ול"ל משום דחשוב דברים שבלב ול"ה דברים לסתור דברי פיו וכמ"ש בח"מ וב"ש בא"ע סימן מ"ב ס"ב דהא במודה לחברו י"ל משטה ול"ל משום דחברו יודע שאינו חייב לו לפי טענתו וממילא ידע דהודה להשטות ולכן ל"ה דברים שבלב דהא גם כשחברו א"י י"ל להשטות כיונתי כדלעיל סימן ע"ה סי"ז ועיין תומים סק"ב דל"ה דברים שבלב כיון דרגילים להשטות א"כ גם לנדר יועיל טענה זאת כמבואר ביו"ד סימן רל"ב ס"ב ובטו"ז שם סק"ב דנדרי זריזין ל"ה נדר משום דל"ה פיו ולבו שוים בשעת הנדר וכתב הבית מאיר שם מפני שדרכן בכך לא מקרי דברים שבלב ואפשר לומר דרמ"א נמשך אחר דברי המרדכי דלא נזכר שם חיוב נדר בעני וס"ל דה"ט בעני דאי"ל משטה דיש בו משום שכירות דעני שחייו נדחקים ומוכרח לפקח על חיי גופו וב"ב ואין לו פנאי ללמוד עמו ומוכרח להתבטל יותר מהעשיר והרבה עשו כרשב"י ולא עלתה בידם כדאיתא פרק כיצד מברכין דף ל"ה ע"ב ועיין מג"א סימן תרנ"ו סק"ז ובזה ודאי יש בו משום שכירות ואין י"ל משטה דלאו בדעתי' תלי' כיון דזה עשה פעולה על פיו וע"כ קמ"ל רמ"א רק בעשיר די"ל משטה ובתשובת מיימוני קמ"ל בעני שהי' מחויב ללמוד בלאה"נ עם בנו וליכא משום שכירות מ"מ חייב משום נדר כשאין לו מאתיים זוז לכן בתשובת מיימני נקט נדר ליתן לו דזה סובל לשון מתנה בחנם וצדקה והרמ"א נקט ואשלם לך דהוא שכירות דבלשון זה לא מתחייב משום נדר אף לעני שאין לו מאתיים זוז כיון דבפיך זו צדקה וכאן בפיו קיבל רק לשלם ולא ליתן בחנם וא"כ כשפטור משום תשלומין גם נדר אין כאן וראי' לזה משו"ת ר"י אבן מיגא"ש סימן קנ"ג והבאתיו לקמן סימן ר"ז סעי' י"ט ועיין מ"ש שם.

אמנם במהר"ם במיימנו שם מוכח דגם לבטל הנדר אינו יכול לטעון משטה הייתי בך מדפסק שם כי טען להד"ם ישבע והרי היכא די"ל משטה כי טען להד"ם אפילו עדים מכחישים אותו פטור כמבואר כאן ועוד הא סיים בתשובה שם כיון דטען דלא הי' קנין בדבר וחוזרני הוה כאלו אומר משטה אני בך עיי"ש הרי דמ"מ חייב משום נדר ונראה לפמ"ש בתומים סק"ו דמהר"ם ס"ל דאם אמר לחתנו עשיר וקנו מידו חייב אבל לפמ"ש

הרמ"א בא"ע סימן קס"ט ס"נ בחליצה מוטעת כרשב"א דל"מ רק השלשת מעות דמשמע דקנין ושטר ל"מ וכמבואר להדיא בתשובת רשב"א ה"נ ל"מ קנין דמהר"ם גופא למד דין זה מחליצה עיי"ש א"כ כיון דנדר וצדקה כמסירה להדיוט והוי כקנין באופן המועיל וכמבואר בתשובת מהר"ם ב"ב סימן רי"ב ע"כ בעני דהוי נדר אי"ל משטה אבל לדידן דגם קנין ל"מ בכה"ג ה"נ בעני נהי דהוי כנדר לא עדיף מקנין ועוד דמבואר בתומים סימן ס"ו סק"ב דמהר"ם ס"ל בצדקה לעניים אמירתו המסירה וקנין ממש אבל ב"י כתב בחו"מ סימן רכ"ה דאינו בקנין ומסירה רק כנדר לבד וכדעת הרשב"א דפסק כמותו ביו"ד סימן רנ"ח ס"ז בהג"ה שם דהקדש לעניים אינו כקנין ועיי"ש בתומים שהקשה דברי הרמ"א אהדדי דביו"ד סימן רנ"ח פסק בצדקה אמירה אינו כמסירה וקנין ובחו"מ סימן ר"ז פסק בנדר לצדקה אין בו אסמכתא והא כל טעמו משום דהוי כקנין בבד"ח ולק"מ דבמרדכי פרק שור שנגח מבואר ט"א משום דאסמכתא קונה מן התורה וכיון דלמהר"ם הוי נדר לעני כקנין ממש אי"ל משטה וכמ"ש אורים כאן סק"ו דלפיכך ציבור המודים אין י"ל משטה דדברי ציבור כקנין וא"כ להרמ"א דל"ה כקנין י"ל משטה הייתי ולא נדרתי כלל ואפשר אפילו לא טען טענינן לי' דבשלמא כשנשבע על הודאתו אינו יכול לטעון משטה והשבעה דלמה ישבע אם אינו באמת משא"כ דלא נדר בפירוש רק אמר למוד עם בנך וממילא הוי כנדר כיון שהוא עני והרי יש כאן סבה שלא הי' יכול לעשות בענין אחר משום דרצה שילמוד עם בנו ולפיכך אפילו כשאמר א"ע טענינן לי' משטה כמ"ש הש"ך בסק"ז וע"כ יפה עשה רמ"א שהשמיט הך חידוש דתשובת מהר"ם דאם חתנו אין לו מאתיים זוז חייב משום נדר וצדקו סמ"ע וש"ך בפירוש דברי רמ"א דכונתו דבעני שלא הי' חייב ללמוד עם בנו חייב משום שכירות אבל בגונא דמיירי מהר"ם דהי' מחויב ללמוד עם בנו גם בעני פטור לדעת הרמ"א.

ומ"ש תומים וקצו"ח דיש בו משום שכירות לא נראה כן דמבואר בפרק שום היתומים דף כ"ג ע"ב דערב דכתובת לא משתעבד מ"ט דמצוה קעביד ולאו מידי חסרה ולמה לא יתחייב כערב על שכירות וכמבואר בש"ך סימן קכ"ט ס"ה סקי"ב וה"נ התא הכתובה כשכירות על שנשאת לו א"ו דלית בזה משום שכירות משום דמצוה הוא וא"ש בזה לתרץ קושית הב"מ למה לי הא דר"ג דהן הדברים הנקנין באמירה הא כל שכירות נקנה באמירה וביו"ד ס"ס של"ו ואעפ"י שיש מצוה לרפאותו שכל מצוה דרמיא אכ"ע וכו' מוכח דכאן דרמיא קודם רק על האב אין חייב משום שכירות.

סעי' ב' שכ"מ בשע"מ סוף סק"ב הביא מכנה"ג בשם ספר משפט צדק דהיכא דיש עדים להיפך תולין הודאתו בהשואה ולי צ"ע כיון דאודיתא הוי קנין מתחייב אף שאינו חייב

באודיתא וכבר הקשה תומים סק"ב גם בבריא למה יוכל לטעון להשטות נתכונתי כיון דבפיו נתחייב מה בכך דבלבו הי' כונה להשטות הא קי"ל דברים שבלב אינן דברים ותירץ כיון דרגילי להשטות לא הו"ל דברים שבלב וא"כ בשכ"מ דאין דרך להשטות הוי דברים שבלב ואף דגם לבריא כשלא טען אין טוענין לו היינו מכיון שאינו טוען הוכחה דלא השטה וליורשים טוענין אך י"ל קושית תומים דאם מחמת הודאתו באת עליו לחייבו משום דודאי באמת הודה ל"ש כלל לומר דהוי דברים שבלב דאם כיון להשטות אינו חייב מכבר כלל וקושית תומים רק שיתחייב חיוב חדש מחמת שהודה ולא יועיל כונת לבו א"כ י"ל כיון דל"ח הודאה לאמת הדבר מחמת הודאות בע"ד כמאה עדים ממילא גם קנין אודיתא ליכא וכמ"ש קצו"ח ונתיבות בסימן מ"ם דרק היכי דחשוב הודאה נגד טענת השטאה חשוב ג"כ קנין וע"כ גם בשכ"מ אף דל"ל א"ע מ"מ כיון דאם מביא עדים דאינו חייב נאמן לומר שכונתו להשטות ממילא גם חיוב מחמת אודיתא ליכא ולכן הוצרך ג"כ הסמ"ע לדחוק על שמשביעין אותו שכיון להשטות.

סעי' ז' שתיקה כהודאה בתומים פקפק על דין זה ונה"מ סק"ה כתב דאם עשה מעשה בשל חברו עפ"י דיבורו בפניו ושתק כגון שאמר לחברו אני לוקח חפץ שלך בסך זה ואני מושכו לקנותו ומשכו בפני חברו ושתק הוי כהודאה וריצוי לכ"ע עכ"ל ובשו"ת מהר"ח א"ז סנ"ג מבואר בראיות מכמה דוכתי דגם כה"ג ל"ה כריצוי עיי"ש וצ"ע מלקמן סימן רפ"ז סס"א בהג"ה ואפשר דוקא באחין וכדמשמע מלשון נמ"י ורמ"א וא"כ לכאורה מוכח ג"כ דלא כנה"מ ונלע"ד דדוקא במתנה וחיוב חכם אין שתיקה הודאה די"ל לא חששתי להשיב משא"כ במכירה לכן דייק הנתיבות שאמר לחברו אני לוקח חפץ שלך בסך זה דאלו אמר אני לוקמו בחנם ודאי אין שתיקה הודאה דלא עביד אינש דיהיב מתנה לנוכראה וכדאיתא פ"ק דב"מ דף ט"ו ע"ב ובהכי לא קשה מהראיות של מהר"ח דכולם מיירי באין מקבל מחירו או מחייב יותר מהראוי וא"כ כאן דהוי שכירות הוי כמכירה ואף דכתב מהר"ח גם לענין מכירה בעובדא דידי' דראובן קנה ספרים מאחד ולא רצה להמתין המעות וקיבל עליו שמעון שאם לא ישלם ראובן לזמן המוגבל שישלם למוכר מה שיפסיד ע"י עיכוב הפרעון וראובן שתק וכתב מהר"ח ז"ל ואם באת לומר דכל הנהו ראיות ל"ד להכא דהכא כיון שהמוכר לא הי' מוכר הספרים אם לא היו נודרים לו כך יש לנו לומר מדשתק ניחא לי' דליהוי שלוחו אדרבה להיפך יש לנו לומר מש"ה לא ניחא כי הי' ירא אם אמחה לא ימכור לי כמו עשאה סימן לעצמו דפרק בתרא דכתובות דף ק"ו ע"ב דאמר אי לאו דעבדי הכי לא הוה מזבין לי גם כאן אי לאו דשתק לא הוי מזבין לי עכ"ל וא"כ ה"כ נימא דהי' ירא אם ימחה לא ילמוד עם בנו זה אינו דאם שתק

מחמת דירא שלא ילמוד עם בנו א"כ ניחא לו בלימודו אצל מלמד זה ממילא מגלגלין עליו לשלם וכמו בהך דבנה למעלה מד"א דפ"ק דב"ב דף ה' ובטוש"ע לקמן סימן קנ"ז כ"י משא"כ כשבאנו לחייבו יותר על שוייו כהך דעשאה סימן וכנידון מהר"ח ועמ"ש בסימן פ"ח סי"ב ובפרק השולח דף מ"ם עבד שהניח רו רבו תפילין יצא לחירות ואם הניח תפילין בפני רבו לא יצא לחירות וכן כשנשא בת חורין בפני רבו ל"י לחירות רק כשהשיאו רבו הרי דשתיקה לאו כהודאה אף דלבו ראה שהעבד עושה מעשה בשלו לצאת ממנו לחירות.

סעי' י"ט המוסר לחבירו שטר ז"ל הש"ך ה"ה אם אמר לו לשון זה אני חייב לך מנה בשטר נראה כיון דלהרמב"ם והמחבר לעיל סימן מ"ם יכול לחייב עצמו בכה"ג כ"ש דמהני לענין הודה וכ"כ רה"ג ונראה דאף הרמב"ן ורשב"א שחולקים על הרמב"ם במחייב עצמו מודים כאן עכ"ל וקצו"ח ושע"מ הקשו ממ"ש במלחמות ובחי' רמב"ן ס"פ ג"פ עמ"ש הרי"ף דשכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי נאמן בנקט שטר מקוים אבל נקט שטר שאינו מקוים וכו' וה"ה היכא דלא נקט שטר כלל אי אמר תנו נותנין דרב ושמואל דאמרי שכ"מ שאמר מנה לפלוני בידי אמר תנו נותנין לא אמר תנו א"נ דאדם עשוי שלא להשביע את בניו וכתב עליו הרמב"ן ותמהני אמאי בלא נקט שטר ואמר תנו נותנין והא מע"פ אינו גובה ממשעבדי ותירץ שאמר יש לפלוני עלי מלוה בשטר תנו לו הרי דמ"מ בלא תנו י"ל שלא להשביע ושע"מ הוסיף להוכיח כן מש"ס גופא דפריך מכלל דרב ושמואל דלא נקט שטרא הא רב ושמואל דאמרי תרוייהו מע"פ א"ג מיורשים ומשני בנקט שטר שאינו מקוים אמר תנו קיימי' לשטר ואכתי קשה אף דאמר תנו נימא דהלואה אמת והשטר מזויף ומע"פ א"נ וכמ"ש סמ"ע לעיל סימן מ"ט ס"ה א"ו דמיירי באומר מנה לפלוני בידי בשטר תנו לו ואפ"ה בלא תנו אמרינן שלא להשביע אמר כן עכ"ל וזה יש לדחות דבלא"ה דעת קצת מראשונים דלא טענינן ליורשים מזויף רק הוכיחו מהך דס"פ ג"פ דדוקא כשאמר תנו דקיימי' לשטרא כמבואר בנ"י שם וא"כ מסתיין לומר כשלא ברור שהלוהו אבל כשאמר תנו דודאי הלוהו תו ל"ח דשטרו מזויף דחזקה מלוה מידק דייק ולא שדי זוזי בכדי כדאיתא בפ"ב דכתובות דף ח"י ע"ב גבי אינן נאמנין לפוסלו ואף דיש לדחות דשא"ה דנחית לכתוב שטר בשעת הלואה אמרינן ודאי דייק לחתום כשרים משא"כ כאן דמוציא עכשיו שטר ואפשר מזויף ומתחלה הלוה בלא שטר כלל מ"מ אין בזה קושיא על הש"ך ואין שום ראי' מסמ"ע דלעיל סימן ס"ט דמ"מ י"ל כיון דמזויף טענה גריעא ל"ח לה היכא דודאי הלוה ודאי לא שדי זוזי בכדי ועשה שטר וכן מוכח מהב"ח סימן ל"ט ס"ז וסימן ע"ג ס"ח ורמ"א וש"ך סימן ע"ג ס"א

דכתבו דהלוהו סתם ואח"כ מוחה הלוה מלכתוב שטר צריך להחזיר המעות דמסתמא לא הלוהו רק ע"ד שיתן שטר.

אמנם בלא"ה י"ל לפמ"ש נתיבות לעיל סימן ס"ט ס"ה דאף דהודה מנה לפלוני בידי בשטר י"ל שלא להשביע וסמך כיון דלית לזה שטר יבורר שהודאתו שלא להשביע כיון שלא הי' יכול להראותו עיי"ש שכתב בדעת הש"ך כן ובאמת הש"ך כאן כתב להיפך ונראה טעמו של הש"ך כיון דקי"ל לעיל סימן נ"ד באמר המלוה דאבד השטר כותבין שובר ה"נ מה זו סמיכה דיאמר שאבד השטר וא"כ לרב ושמואל דס"ל בפנ"פ דף קע"א ע"ב דאין כותבין שובר ע"כ דוקא כשאמר תנו דקיימי' לשטרא אבל כשלא אמר תנו אף דאמר מנה לפלוני בידי בשטר י"ל דשטר של זה מזויף והשכ"מ אמר שלא להשביע דסמך שלא יוכל לגבות בלא שטר וכן י"ל בזה קושית קצ"ח מהש"ס דלס"ד דר"ה מיירי דלא נקט שטר מקוים וא"כ היכא גובה ממשעבדים ול"ל דאמר מנה לפלוני בשטר ואפ"ה י"ל השבעה ולפמ"ש ל"ק דבפרק ג"פ דף ק"ע ע"ב אמר רב הונא אמר רב דאין כותבין שובר.

ומ"מ מרמב"ן שכתב בדעת הרי"ף אליבא דהלכתא לא נתיישב בזה לכן נלע"ד לפמ"ש תוס' בד"פ הנושא דלפיכך בכתב שטר מתחייב מדטרח לכתוב שטר ודאי גמר ומקנה ה"נ לרמב"ם מדאמר שחייב מנה בשטר גמר ומשתעבד וכן לשאר פוסקים כשאמר דרך הודאה שחייב מנה בשטר ודאי גמר והודה דשלא להשביע סגי לי' לומר שחייב לפלוני דאטו בלא שטר א"צ לשלם וכ"ז בבריא אבל שכ"מ שאומר שלא להשביע בניו ולרב ושמואל דמע"פ א"ג מיורשים אם יאמר שחייב מע"פ לא הועיל כיון דאין חיוב על היורשים לשלם ועכצ"ל דחייב בשטר שלא להשביעם ולדידן דמע"פ גובה מיורשים אין חילוק לכן לא חילק השיך ומה דפריך הש"ס על ר"ה בהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי דנימא שלא להשביע עצמו אף דמיירי נמי ע"כ שאמר מנה לפלוני בשטר כמ"ש קצו"ח ה"ט דהא שלא להשביע עצמו כדי שלא יאמרו עשיר הי' כשהי' בריא ולא פיזר צדקה כראוי וכדומה וא"כ דעושה רק כדי שלא ידברו בגנותו מוכרח לומר דחייב מנה בשטר דאל"כ איך הקדיש כל נכסיו והפקיע מע"ע שלא יגבה ממשעבדי והוי לוה רשע ולא ישלם ומבואר בפחז"ה דף מ"ה דחשיד להעיד שקר ולהיות רשע בסתר מלומר עליו דהוא לוה רשע ולא ישלם וכן מבואר לעיל סימן ל"ז וכן מבואר בכללי מגו דאינו מגו לעשות עצמו רשע וא"כ הוכרח לומר דחייב בשטר דאז לא הפקיע חובו ומ"מ כל כונתו רק שלא להשביע.

סעי' כ' בחזקת שהוא חייב עש"ך דלהתחייב בדבר שאינו חייב בעינן א"ע דוקא ול"מ הודאה גמורה ושע"מ הכריח כן מדברי ר"ן ר"פ הנושא שכתב דלרמב"ם דבאתם עדי

מתחייב הא דב"מ דף צ"ד במתנה ש"ח כשואל דפריך במאי בדברים ה"ה באומר א"ע והתם ל"ש שום השטאה והשבעה כמ"ש מרדכי והג"א דתנאי שמתנין בשעת מעשה ל"ש משטה והשבעה וה"נ מוסר ע"מ כן לשמור וא"כ למה צריך קנין או עדים עיי"ש והנה לש"ך בסימן מ"ם דכ' דשא"ה דדומה לאסמכתא אינו ראי' רק להר"ן דמהני א"ע הוי ראי' לכאורה ומ"מ אינו ראי' דשאני כשמתחייב בפירוש מעכשיו ממתחייב בלשון הודאה דכשהודה בהודאה גמורה חזינן דגמר בכל לבו והודאתו כמאה עדים דחייב מחמת דגמר לחייב עצמו וכמ"ש כה"ג סמ"ע סימן ר"ז סט"ו ס"ק מ"ב וה"נ מדהודה דחייב אנן סהדי דבכל לבו גמר והקנה כאלו הקנה משא"כ מחייב בפירוש מעכשיו הוי פטומי מילי ודברים בעלמא א"ל קנו מידו או שטר או א"ע לכל מר כדאית לי' דעי"כ חזינן דגמר בלבו להתחייב.

סעי' כ"ב תכ"ד עיין פ"ת לא"ע סמ"ז סק"ג בשם יד המלך פ"ט מה"א ופ"ג מה"ע דפירש דהך תוך כ"ד קאי רק אהודה מעצמו דתבעו אחר והודה א"י לחזור תכ"ד ויישב בזה קושית ש"ך מתוספתא עיי"ש ודוחק לפרש כן ועוד בתשובת רשב"א סימן אלף סמך ז"ל התובע מחבירו מנה בפני ב"ד והודה וא"ל התובע אל הפרענו אלא בפני עדים ובתכ"ד חזר הנתבע וטען טס של כסף יש לי בידך משכון תחת מנה אין בדבריו כלום דכיון שהודה אינו חוזר וטוען ולא אמרו הכ"ד כד"ד אלא תכ"ד עצמו אבל בכ"ד חבירו לא עכ"ל והובא בקצרה בסמ"ע סימן פ' סק"ז הרי גם בהודה לתביעת חבירו יכול לחזור תוך כ"ד של עצמו ואף דיש לדחות לפמ"ש ש"ך שם דמיירי שהי' משמעות דבריו ראשונים שאין לו אצלו משכון עיי"ש וא"כ י"ל דמיירי דבתביעת חבירו לא הי' מזה שום משמעות רק בהודאה נתבע וא"כ לענין החזרה שי"ל משכון הוי הודאה מעצמו מ"מ דוחק לומר דהודה יותר ממה שתבעו זה ודי לנו במה דדחק הש"ך לפרש וכל כה"ג ל"ה לרשב"א לסתום וקצו"ח שם השיג על הש"ך דאפילו ל"ה שום משמעות בהודאתו שא"ל משכון א"נ אחר כ"ד.

סעי' כ"ג ואי"ל טעיתי אע"ג די"ל מגו שני שותפין הקיפו סחורה לא"י ופרע בג"פ לאחד מהם ובשעת מכירה נתעסקו שניהם ובפרעון שלישי ספר לו השני שקיבל המעות ראשונים כמה קיבל וחשבו עתה עם הלוה וטעה ונתן יותר עשרה זהו' וביקש שותפו חצי מהטעות עיין בחו"מ סימן קפ"ג ס"ז דהיכא דעסקו תרוייהו אף שאחד לבד הטעתו חולקין וכתב שם בסמ"ע דבזה כ"ע מודו וה"נ תרוייהו מכרו הסחורה ועמדו שניהם בפרעון השלישי וחשבו עם הלוה והשליש השני הטעות באם לא יזכור הלוה יחלוקו ואח"כ חזר בו ואמר טעיתי כי לא נתן יותר כלל והי' שאר מעות עתה ת"י באופן שהי'

לו מגו לומר החזרתי או להד"ם בכנגד הטעות ובאו לפני לדון והנה כאן ובסימן קכ"ו העלה הרמ"א דעיקר דא"נ לומר טעיתי במגו דפרעתי היכא דהודה בעדים וכאן דהשליש המעות ועשה מעשה עדיף מ"מ פסקתי דנאמן דכל הטעם משום דלא שכיח שיטעה וכאן אדרבה נימא הלוה לא טעה דפרע דייק ומפרע לא דייק ועכ"פ אינו עלול לטעות יותר מהמלוה וע"כ לכ"ע נאמן לומר טעיתי במגו לכן אף דאין להאמינו מחמת דחשוב מודה מעצמו כיון שתשליש במע"ש עיין א"ע סימן קס"ה ס"א בהג"ה ולעיל סי"ז וש"ך כאן סק"ס וגם כיון שספר כמה קיבל בב"פ ראשונים קודם שידע שהלוה טעה ל"ח כמשיב אבדה מ"מ נאמן מטעם שכתבתי.

סעי' ל"א ומפני כח השטר וכו' מבואר בשו"ת הרא"ש דמה שטוען לוי אנוסים היינו מחמת השטר לאו טענה הוא כיון שלא מסר מודעא בפני עדים קודם שיפרע והובא בבאה"ג ונראה דדוקא בזה דמלוה גופא א"י א"ל הרויחו אבל אם טוען לוי אתה יודע שלא הרווחנו יכול להשביעו היסת כיון דמתנה באונס אף בלא מס"מ ל"ה מתנה ולא איברי סהדי אלא לשיקרי והרי טוען לוי אהה יודע בעצמך ומה צורך לעדות וכן משמע בב"ח וגם בגוף הדבר גמגם הגר"א דהא קי"ל כחכמים דפליגי על אדמון בכתובות דף ק"י וס"ל דירא למסור מודעא דחברא חברא אית לי' ואף דלפמ"ש הסמ"ע בסימן פ"ה סק"ה ל"ק מ"מ שנויי הוא והבו דלא לוסיף.

סימן פב

סעי' א' אפילו אם כתוב בו נאמנות אינו מועיל הטעם משום דנאמן במגו דמזויף וכתב בשע"מ סק"ב בשטרי עסקא שלנו שאין הלוה נאמן לומר הפסדתי הקרן רק בעדים אם השטר אינו מקוים י"ל שנאנס במגו דמזויף רק כשהתנה כן בע"פ ע"כ סבור וקיבל שלא יועיל המגו דהא לעולם יהא לו מנו ע"כ התנאי שלא יועיל המגו וכמ"ש החכ"צ בהגהת טו"ז לעיל סימן ס"ט משא"כ בשטר עכת"ד ונתיבות לעיל סימן ס"ט ס"ב סק"ט כתב דבכל ב"ד שבישראל פוסקין בהלואה עסקא דידן שאינו נאמן לומר שהי' לו הפסד בעסקא אף שהוא בע"פ ויש לו מגו דלהד"ם לכן נראה דתיקון מהר"ם הי' בעסקא דידן שכ"ז שלא יברר ההפסד בעדים שיחויב באונסין והוי תנאי בענין החיוב ודמי למתנה ש"ח להיות כשואל אבל בשותפין שהתנה אחד עם חבירו שלא יהא נאמן בהפסד אם יש לו מגו בענין הנאמנות עצמו נאמן עכל ולא נראה לע"ד אם התנאי בע"פ ע"כ התנאי שלא יועיל המגו גם בשותפין וכמ"ש תומים בסימן ע"א הביאו נתיבות שם סק"ד ובסימן קל"ג סק"ג משא"כ בשטר י"ל דהתנאי הי' כשלא יהא מגו למקבל ואין ראי' ממה שהב"ד

מחייבין בעסקא ע"פ דשם כשהתנו שלא יאומן לומר הפסדתי ע"כ אף שיהא לו מגו ואם אין המקבל מודה שחותנו שלא יאומן על הפסד בלא עדים נ"ל דאין להוציא ממנו דאפילו נימא שתקנת מהר"ם הי' כן מ"מ אפשר לא ידע מהתקנה ומהמנהג ועיין ב"ש סימן נ"ג ס"ק ט"ו בשם הרשב"א וש"ך לעיל סימן מ"ב ס"ק ל"ו וסימן ס"א סק"ט וה"נ נוהגין לכתוב בשט"ע שלא יהא נאמן לומר הפסדתי רק עפ"י עדים או כותבין דנעשה כתיקון מהר"ם ובנ"ש סימן מ"א הביא נוסח הת"ע שתיקן מהר"ם וכתוב התנאי מפורש ולא מצינו כלל שתיקן שלא יצטרך תנאי מפורש וכאן גרע משאר מנהג דלברר שהפסיד מעות העסקא שלא שכיח אחד מאלף דאטו לא יזוזו ידם מתוך יד המקבל משעה שבא המעות לידו עד שתפסידם וא"כ כשידע וראה שלא נפטר המקבל מחצי הפסד וגם הוא אדעתא דהכי נחיה אפשר לא על דעת תנאי והקנה מהר"ם נחית אלא כסבור שכן הדין ומקבל המעות על דעת לשלם לעולם כל ההפסד והוא איסור דקרוב לשכר ורחוק מהפסד וח"ו עקרת תקחז"ל ואם יש שטר ומפורש התנאי שלא יהא נאמן לומר הפסדתי רק עפ"י עדים אם י"ל מגו דמזויף נאמן לומר שהפסיד כמ"ש השע"מ בתחלה ומ"ש אח"כ דתליא במחלוקת דלרשב"א ור"ן ריש פרק כל הנשבעין דתורה חייבה שבועה לשומרין ואינם נאמנין במגו דלהד"ם או החזרתי דאפשר אומר בדדמי דסבור שהוא אונס כהא דאמרו בב"מ דף פ"א ע"ב ידעת בבר אחתיך דמצי לעבורי חדא חדא א"כ בעסקא כשטוען שנאנס י"ל דסבור שנאנס ולכן לא שיקר שהשטר מזויף דלא רצה לשקר כלל ואח"כ כשפוסקין לו שבועה ומדקדק אם הוא אונס שמא עכשיו כשהנה דעתו לשקר במזיד דהא כן התנה שלא יאומן אפילו בשבועה ומשום מגו דהי' י"ל תחלה מזויף אין להאמינו דהוי מגו למפרע דשמא תחלה לא רצה לשקר עכה"ד ולע"ד היא חכמה ואינה הלכה דודאי אם לא הי' חייב שבועה לא הי' מדקדק והי' חשש בדדמי אבל אחר שהדין פשוט דחייב לישבע מדקדק מעיקרא וכשטוען שנאנס אדעת כן טוען שישבע ואם אין דעתו אז לטעון שקר לא הי' טוען אונס וזה מבואר באס"ז פ' הכותב דף פ"ז ע"ב בד"ה דמפרע לא וז"ל הרשב"א דמפרע לא דייק פירש ר"ח דכיון דרמו עלה שבועה וידעה דמשתבעה תידוק ע"כ ומה שהביאו רשב"א ור"ן מהא דאמר ידעת בבר אחתך אף דזה כבר אחר שהדין שחייב שבועה מ"מ סבור שהוא אונס לדוגמא בעלמא נקטי דהא שם טען בפירש דאחת דחי' לחברתה ולא הי' הכחשה בזה ויכול הי' לישבע שהאמת כן רק טעה בדין דס"ל דסגי לנטורי כדנטרי אנשי וכדעת מ"ד דס"ל הכי שם אבל כשטען שנאנס אם אין דעתו לשקר ליכא למימר דטוען בדדמי דיודע שישביעוהו וא"כ י"ל מגו ול"ל שמא א"י

הדין דצריך שבועה דא"כ בטלת כל מגו דשמא א"י אם מועיל טענה אחרת וכמ"ש הש"ך לעיל סימן ס"ו סט"ו ס"ק נ"ו ואף הרא"ש שם לא אמר רק בדבר שיש בו פלוגתא.

כגון אמנה עיין ש"ך שכתב אפילו טען שהעדים ידעו מזה נאמן וקצו"ח סק"א חולק דל"מ מגו לעשות העדים רשעים דהוי מגו במקום עדים ואפילו ליכא עדים אלא מתוך טענתו וכדמוכח מעובדא דנהר פקוד בב"מ דצ"ג ע"ב את"ד ובנתיבות סימן ס"ט ס"ב סק"ז כתב דמגו דמזויף עדיף משאר מגו כיון דאנן טענינן מזויף וצריך דוקא הודאתו שציוה לחתום הוי הפה שאסר הוא הפה שהתיר ואהני אפילו במקום עדים כמ"ש תוס' בפרק מרובה דף ע"ב בד"ה אין לך מש"ה מהני אפילו במקום חזקה אלימתא וכ"כ עוד בסימן ע"א ס"א סק"ד דכל פה שאסר לא מגרע בדבריו הראשונים מידי וחשבינן כאלו לא אמר חובתו כלל כיון שהפה שאסר הוא הפה שהתיר עכ"ל וצ"ל בהך דאמר אין באורחא דנהר פקוד אזלינא לא הוי כתפה שאסר דכיון דהתנה עמו שלא ילך בזה הדרך הי' צריך עתה לטעון שלא הלך שם ואם הי' טוען איני יודע הי' משואיל"מ דשומר חייב בא"י וא"כ ל"ל דהוי כאלו לא טען דהי' חייב משא"כ אם יטעון איני יודע אם חתימת העדים הוא פטור דאנן טענינן שמא מזויף וא"כ כשהודה וטען דחתמו אאמנה הפה שאסר התיר והוי כאלו לא הודה בחתימתן ואנן מצריכין אותו לקיים.

סעי' ב' השבע לי של"פ כתב בשו"ת גוא"י חחו"מ סימן עיין דאם לוה טוען יש לי בידך כנגדו מחמה שאחר כתיבת השטר הזיקו או ע"י חשבון מאיזה עסק שמגיע לו ויחשב זה לפרעון השטר והמלוה מכחישו ואומר זה תשבע לי א"צ לישבע קודם הפרעון וראייתו מהרשב"א שבש"ך יו"ד סימן ק"ס סח"י סק"ל עיי"ש ובקצו"ח בסימן זה ס"י מהש"ג דאם לוה תובע דבר הראוי לפרעון שטרו כגון אתה חייב לי ממקום אחר כו"כ והמלוה מכחישו הוי כטוען שהשטר פרוע והכל תביעה אחת ואם טוענו שישבע לו לא יפרע אלא בשבועה ושלא לעשות פלוגתא בין רשב"א וש"ג נראה דשאני רבית דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן וטעם זה מבואר ביו"ד שם בעט"ז הובא בש"ך שם ועיין נתיבות לעיל סימן ע"ב סל"ד ס"ק מ"ט ולפ"ז כשטוען הזיקו א"צ לישבע קודם הפרעון ומ"מ אפשר לפמ"ש התומים בסימן פ"ז ס"ק ט"ז דעכשיו דמשליש המעות ביד ב"ד טרם שישבע שכנגדו הוי כאחר הפרעון עיי"ש ה"נ בזה ולע"ד נהגו להחשיב זה לפרעון מחמת דאין יד ב"ד תקיפה בזה"ז ושכיח שאחר שיקבל המלוה המעות לא יציית דינא לישבע לכן מחשבין זה כאחר הפרעון להשביעו היסת וכמו דיכולין לעקל וכדלעיל סימן ע"ג.

משביעין אותו ואם מוציא וועקסל וטוען השבע לי של"פ תלוי בשני טעמים שכתב בנוב"ק חחו"מ ס"י אהא דנתפשט בכל העולם דאינו נאמן הלוה על ח"כ לומר פרעתיך

דלטעם ראשון הואיל ודד"מ הוא כן שלא יהא נאמן כ"ז שהשטר ביד המלוה וא"כ שטר שנכתב בנוסח תיקון המדינה אמרינן שהלוה שיעבד נפשו והוה כאלו נכתב בו נאמנות וכעין זה כתב הב"ח בסימן ס"ט ס"ז על הממרנות הואיל והוא תיקון המדינה י"ל דין כ"י שנכתב בנאמנות וא"כ אי"ל השבע לי של"פ נגד נאמנות כדלעיל סע"א וגם דד"מ כן אבל לטעם שני שכתב שם שהוא מבורר יותר שלא הי' מניחו ביד המלוה דשמא יתבע אותו בערכאות וא"כ לא עדיף משטר מקוים בעדים בלא נאמנות דמבואר בגמרא די"ל שטרך בידי מה בעי ומ"מ י"ל השבע לי של"פ לכן נראה שהוא לפי ראות עיני הדיין ועיין לעיל סימן ט"ו ס"ד בהג"ה ומה שכתבתי לעיל סימן ס"ט ס"ב.

סעי' ג' אומרים לו הבא מעותיו בנשבע ליפטור וטוען שישלים התובע פטור כי ירא שלא יחזור אח"כ לתבעו בדא"ה ושם לא יועיל לו פסק ב"ד נ"ל דצריך להשליש דהא הה"מ פי"ד ממלוה כתב דיש סעד לדין דסעיף זה מפרק הכותב דאמרה כתובו לי זכותא דכי משתבענא שקילנא והוא דף פ"ה ומיירי דנשבעת ליפטר וכתבו תוס' דכתבו לה דנשבעת ונפטרת מפלוני ומשלישין ביד שליש שיתן לה אחר שבועה שלא להצריכה עדים לאח"ז ובאס"ז שם כתב דבע"ד תבעה ממון ורב ביבי עיין בדינה ולא חייבה רק שבועה ולכך תבעה מרב ביבי שיכתבו לה שנשבעת ונפטרת פן יחזור ויתבענה בב"ד אחר ותחויב ממון שלא כדין עיי"ש ולמד מזה הרמב"ם להצריך לבע"ד להשליש מעות כשלא סגי לה פסק מב"ד ממילא בנתבע וירא שיתבענו בדא"ה דלא סגי לי' פס"ד צריך להשליש לו הבע"ד פטור באופן המועיל בערכאות וגם יש קצת ראי' לזה מלעיל סימן ע"ה סכ"ד ואם אומר התובע שלא יתן לו פטור מחמת שיש לו עליו עוד תביעות מבואר בסימן פ"ז סעיף כ"ד דאומרים לו שיטעון עליו הכל ביחד ואם אינו רוצה והנתבע אומר שאינו חייב לו כלום ישבע ונפטר מכל תביעות שיש לו עליו עד היום עיי"ש וממילא א"צ לישבע עד שישליש לו פטור מכל תביעות עד היום כל זמן שלא יהא לו עדות וראי' המועיל בד"ת.

ואם טען הלוה שאין לו בשו"ה ר"י אבן מיגא"ש סימן ס"ד מחלק דפוגם שטרו וכדומה דאינו נוטל בלא שבועה אפילו הלוה אינו טוען השבע לי בזה אין צריך הלוה לישבע שאין לו עד אחר שישבע המלוה והיכא דא"צ לישבע רק כשיטעון הלוה השבע לי צריך הלוה לישבע תחלה שאין לו ותשאר שבועת המלוה עד שיהא לו לפרוע לפי שהוא בחזקת חיוב מכח השטר דלא מרעינן לשטרא מדאין מחייבין אותו שבועה כשלא טען הלוה הרי שהשטר אצלינו קיים על חזקתו עיי"ש וגם הרמב"ם אפשר יודה לזה דהא לא כתב רק כשצריך לטעון השבע ותשובה לקמאי בנשבעים ונוטלים דאין כופין הלוה

לישבע תחלה י"ל בהנהו דב"ד פוסקין השבועה בלא טענת שכנגדו שישבע ובטלה מחלוקת.

סעי' ו' ת"ח בש"ך ס"ק טו"ב הוכיח מהרא"ש פחז"ה סח"י בהך דרבה בר משרשום דבתפס מנדין וזהו ההפרש בין הדיוט לת"ח דלת"ח גם אין מנדין אותו כשתפס והקשה התומים בסק"ה דהא הרא"ש כתב זה בעובדא דרב"מ שהי' ת"ח ולא אהני לו תפיסתו מיתומים עוד הקשה על קושית הרא"ש שם על מה דאמר רב"מ דיהא נאמן במגו דלקוחה והלא יחויב היסת ומאי קושיא הא ת"ח לא משביעינן דיותר סברא לפטרו מהיסת משבועת אשתבע דל"פ דהוא בנק"ח ומחמת זה סתר דברי הש"ך ולע"ד משום כבוד ת"ח לא אמרו חכז"ל לגרום היזק לאחרים רק לא מזדקקינן לו ומשום דאפסיד אנפשי' דלא הי' לו להניח השטר בלא שובר ואף די"ל מה דלא משביעינן אשטר רק כשטוען אשתבע דחזקה דלא הי' מניח השטר ואי הימני' הא הימני' אבל כי טען אשתבע י"ל מתחילה אזה סמך ולא הימני' בלא שבועה מ"מ בת"ח לא הי' לו לסמוך על זה להשביעו דיש בזיון לתורה וכ"ז נגד הלוה אבל יתומים דהממון עתה שלהם ולא אפסדו אנפשייהו עם אביהן אפשר הי' לו שובר ולכן אנן טענינן שישבע ע"כ גם ת"ח אי תפס מנדינן לו.

ולפ"ז גם לענין היסת אין ראי' די"ל כיון דמלוה אפסיד אנפשי' והלוה בלא שטר לא מזדקקינן לו לבזות התורה ומבואר בפא"נ דף ע"ה ע"ב דרבינא לא רצה להלוות לר"א בלא שטר ואמר כ"ש מר דטריד בגירסי' ומשתלי וכה"ג בכל כפירת ממון ה"ל לעשות באופן שלא יבוא להשביע וגם מחאה הי' יכול לעשות בעדים אבל ביתמי ל"ל אינהו דאפסדו אנפשייהו ושמא אלו הי' אביהן קיים הי' מברר בעדים וכדומה וכמ"ש בש"ך סימן קל"ג סק"ז.

ונשאלתי מי שנתחייב שבועה אם יכול להפך על ת"ח והשבתי דשבועה דאורייתא דמדינא לא מהפכינן רק נהוג להפך אחר השלשת המעות מטעם דהוה כמשביעו אחר הפרעון וכמ"ש תומים סימן פ"ז סס"ק ט"ז י"ל בת"ח לא מזדקקינן לו ליקח ממנו המעות לחשבו כפרע ולא מצינו מנהג זה בת"ח ומפרט לפמ"ש די"ל דלא משביענן כלל היסת לת"ח א"כ נהי דיהא כאחר הפרעון פטור הת"ח וישבע בעצמו ואם אינו רוצה מפסיד אנפשי' ואין לנו להזדקק בשבילו לזלזל בכבוד תורה אבל בשאר היפוך דמדינא הוא הנה בסימן צ"ב סי"ג מבואר דמחויב שבועה א"י להפך על חשוד וקטן משמע דעל ת"ח יכול להפך מדלא אמר גם על ת"ח א"י להפך ומצאתי במשפט שלו' סימן קע"ה ס"נ הביא משו"ת כנסיי סימן צ"ה דמי שהומחה לרבים ונתקבל לרב גם בזה"ז יש לו דין ת"ח אבל שאר לומדים לא ולא פלוג בין למדן ללמדן ורב שנתחייב שבועה א"צ לישבע

רק יקב"ח בצנעה לפני שליח ב"ד בבית הרב עצמו ודוקא בשבועת היסת ומי שמזלזל ופוסק שבועה לרב מבזה כבוד התורה עכ"ל.

סעי' י' רבית הוא כתוב בד"ג כצ"ג ס"ה ראובן הוציא על שמעון שטר מקויים בנאמנות וטען שמעון שראובן מכר לו סחורה בהמתנה ביותר משוי' עיין רדב"ז ח"ג סימן תנ"א פסק דחייב לשלם ואף אחר הפרעון אין מחויב ראובן לישבע חדא דלדעת הרבה פוסקים מותר לכתחלה ותו דכן המנהג בין הסוחרים ותו כיון דכבר זכה ראובן המעות בשטרו וא"ר אינה יוצאה בדיינין אין חייב שבועה עכ"ד ונפלאתי שסותר ד"ע שבס"ס תפ"ה כתב שיש חילוק בין אם הלוה נותן מעצמו א"ר דכבר מחל לכך אינה יוצאה בדיינים אבל היכא דאנן מחייבים אותו ליתן מכח השטר מחויב להחזיר אם לא ירצה לישבע ואפשר לא כתב בנידון דלעיל הטעם הזה כ"א לסניף בעלמא ודוחק מאוד עכ"ל הד"ג ובעיני יפלא הא להדיא כתב הרדב"ז בסימן תנ"א גופא די"ל חילוק זה אלא דמסיק וז"ל ומיהו בנ"ד דאיכא כמה טעמי חדא דמותר לכתחלה לדעת רוב ראשונים ואחרונים דכן הוא המנהג בין הסוחרים ותו דיש בשטר שבועה על שמעון שלא יערער ותו שכבר צריך להוציא המעות מתחת ידו ליד ראובן אין ראוי לחייבו שבועה עכ"ל וי"ל דאין כונתו כלל משום דא"ר א"י בדיינים אלא כיון דצריך להוציא א"כ אפילו לא יהא מנהג להיתר ואפילו לא יהא מותר לרוב הפוסקים מ"מ יכול המלוה לומר קי"ל כמיעוט הפוסקים אף דתפס שלא ברשות כמבואר באחרונים בכללי קי"ל ובש"ך יו"ד ס"ס קע"ז מוכח היכא דפליגי הפוסקים אי הוי א"ר או מותר אפילו רוב הפוסקים ס"ל דהוי א"ר אין להוציא מהמלוה עיי"ש.

אלא ישלם כתב הסמ"ע ס"ק ל"ד כתב בע"ת דמיירי אפילו באין בו נאמנות והיינו דוקא בזה שהמלוה עומד בשטרו ואומר שאין בו רבית אבל אם המלוה מודה ואומר שיש בו רבית אבל בהיתר נעשה צריך לישבע בנק"ח עכ"ל מדכתב והיינו דוקא בזה משמע דוקא בזה אפילו אין בו נאמנות ישלם אבל כשאומר בהיתר נעשה ישבע המלוה כשאין בו נאמנות אבל יש בו נאמנות א"ל לישבע ול"ד למחילה שכתב הרמ"א בסי"א דהנאמנות לא קאי רק אפרעון וכן מוכח מבע"ת שער כ"א ח"ג בתנאי דל"ד לאמנה ורבית דעקרי לשטרא מיד הלכך מהימן לוה לטעון על תנאי הי' ומשתבע מלוה אף דאיכא נאמנות בשטר דכי הימני' בפרעון הימני' ולכל מאי דעקר שטרא מיד אבל תנאי דלא עקר לשטרא מיד אלא לאח"ז והוא מלתא אחריתי לא הימני' והלכך משתבע ושקיל עכ"ל הרי במידי דעקר לשטר מיד כגון רבית מועיל הנאמנות ולא נ"מ רק כשטוען בהיתר נעשה.

סעי' י"ב שעדיין לא קיימו הלוה משמע דהוי התנאי בקום ועשה מ"מ נאמן הלוה בלא ראי' כיון שהוא מוחזק ול"ד לדלקמן סימן רמ"א ס"י דנותן לחבירו ע"ה שלא יעשה מוקמינן אחזקתו שלא עשה אף להוציא מהנותן דהתם אדעת שלא יעבור נכנס ולא עשוי להשתנות משא"כ כאן בידו לקיים ודעתו לקיים וכמו שפרש"י בפרק כל הגט דף כ"ה ע"ב דמה"ט לא חשוב כספק דודאי יתקיים ע"כ ה"נ הוי כטענת פרעון אף דהוה בקום ועשה מ"מ במע"פ א"צ הלוה להביא ראי' וה"נ בשטר כיון דלא מהני השטר לזה וכמו שיבואר וש"ך בס"ק ל"ג דכתב דלוה מוכן לקיים או שיש עדים שיקיים היינו משום דפטור הלוה בלא שבועה עכצ"ל כן ובזה אזדא קושית מים חיים שהביא בע"ת.

נשבע הלוה היסת ונפטר יש לעיין למה יהא עדיף מטענת פרעתי ונראה דה"ט דלפי דברי הלוה נעקר השטר ולא חל השעבוד כלל וכן משמע בב"ח ולפ"ז אם נתן שטר בחיוב בלא שום תנאי רק אח"כ קנו מהמלוה שאם יעשה הלוה כו"כ יהא מחול החוב וטוען הלוה שקיים התנאי ומלוה מכחישו מלוה נאמן בשבועה כמו בטוען פרעתי אמנם בבית מאיר א"ע סימן קי"ג כתב משום דלא שייך חזקה שטרך בידי מה בעי וכתב דבטוענים מלוה ולוה א"י פטור הלוה דאף דבשטר בשניהם טוענים א"י חייב הוא רק משום חזקה דשטרך בידי מה בעי תדע שהרי כתובות דף צ"ז ע"ב מגורשת ואינה מגורשת חייב בעל במזונותיה פרש"י ז"ל משום דמעוכבת בשבילו להנשא וקשה דת"ל דהוי נתחייבתי וא"י א"פ ועל מזונות דלהבא לכ"ע הוי דומיא דשטר וא"נ לומר פרעתי א"ו דז"א משום דשניהם בספק ול"ה דומיא דספק פרעון לגבי שטר ששייך החזקה של שטרך וכו' וכן משמע בח"מ סימן ע"ב סל"ד דהלוה פטור בשבועה אף דמסופק אולי נאנס המשכון והוי א"י א"פ ויש שטר עליו עיי"ש ולע"ד אינו מוכרח דבשטר י"ל בשניהם טוענים א"י משום ספק לא מרעינן לחזקת חיוב של שטר דל"ה כמוציא דלהרבה דברים שטר כגבוי וכמ"ש הרמב"ן הובא בסמ"ע סימן מ"ד סק"י רק דזה הוא דוקא בשטר שגובה ממשעבדי דא"י להבריח וכמש"כ כ"פ וכ"כ בקצו"ח ח בסימן זה ובכ"ד אבל מזונות דאינו גובה ממשעבדי ודאי הוי רק כמע"פ ואין ראי' ממזונות דלהבא דאינו נאמן משום דחזקה אא"פ תו"ז ובמזונות שלעבר בעל נאמן דהוי רק כמע"פ כמבואר בא"ע סימן עיי"ן ומסימן ע"ב סל"ד ג"כ אין ראי' כיון דמתחלה נתן לו משכון הוי כתנאי שאם לא יחזיר לו משכונו לא יגבה חובו או משום דאונס ל"ש עיי"ש בקצו"ח וכן נראה כמ"ש מהטו"ז כאן וכן הוא במהרי"ט צהלון סימן י"ט איברא המל"מ פט"ז ממלוה ה"ג הובא בשע"מ סימן קכ"ו ס"ק י"ב דעתו כהבית מאיר ולע"ד מוכח מרמב"ם מכהריט"צ מדכתב בסוף הלכות גזלה שטר שנפל אם מצאו אחר והחזיר למלוה גובה בו והרי הוא בחזקתו והא

ליכא בזה שטרך בידי מה בעי אלא משום דמעמידין השטר בחזקתו וגם החולקים עליו י"ל משום דנפל אתרע דיותר יש למלוה ליזהר שלא ילך לאיבוד מן הלוה דאין לו לחוש רק שמא ימצאנו המלוה ונפילה דיחיד לא שכיח ועמ"ש בסעי' י"ב.

שנעשה ע"ת כתב הש"ך ס"ק ל"ג והלוה מוכן לקיים התנאי בהעלאה פ"ב דכתובות דף י"ט ע"ב תמה לפמ"ש הר"ן שם הא דבתנאי לא הוי עולה כמו אמנה כיון דביד המלוה לקיים התנאי וא"כ בתנאי שעל הלוה אם יעשה יפטר הוי עולה ובש"ע כאן משמע דמיירי בתנאי שביד הלוה דתחלת הסעיף מפורש בתנאי שביד הלוה ונראה לפמ"ש בסימן מ"ו סל"ז דתנאי שמחוסר מעשה כ"ז שלא נעשה לא חל החיוב משא"כ אם התנאי שאם יעשה הלוה יפטר החיוב אינו מחוסר מעשה וחל מיד לכן בתנאי שעל הלוה לעשות להפטר גם להר"ן לא הוי אמנה כיון דחל החיוב תכף ודאי חשוב חל שעבוד קצת אלא דר"ן הקשה לו בתנאי שעל המלוה לעשות כיון דמחוסר מעשה עד שיחול החיוב יהא כאמנה על זה תירץ כיון דבידו לעשות חשוב חייל שעבודא קצת דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי כדאיתא בקידושין פרק האומר דף ס"ב וא"ל דא"כ בתנאי שאם יעשה הלוה יפטר נימא כיון שבידו לאו כמחוסר מעשה ויהא כאמנה זה אינו דמפורש בהר"ן דמטעם שביד המלוה לעשות שעבודא מהשתא חייל במקצת דודאי ל"ל דחייל לגמרי כיון דמחוסר מעשה א"כ כשהתנאי שיעשה הלוה ויפטר חייל שעבודא קצת מהשתא כיון דלא יפטר עד שיעשה.

ועוד כיון דכתב הר"ן אם חל שעבוד במקצת מותר להשהות כמו שטר ממנה ונפרע חמשים או אפשיטי דספרא ה"נ אם מחויב הלוה לעשות איזה פעולה זה שוה ממון דהא בשכר שאדבר עליך לשלטון מקודשת כדאיתא בקידושין דף ס"ג וכ"ש כאן דאפשר שוה הפעולה כהחוב שבשטר מדהתנו לפטור מכל החוב כשיעשנה וכמ"ש בגאון צבי דמה"ט הוי כפרעון עיי"ש ולא הוקשה לר"ן רק בתנאי שעל המלוה לעשות שתלוי בפעולה זאת י"ל דשוה ככל החוב וכ"ז שלא עשהו ליכא חיוב כלל ויהא כאמנה לזה הוצרך לתרץ כיון דבידו לעשות בע"כ של לוה יש מיד שעבוד במקצת.

הג"ה מגו להוציא נלע"ד היכא שי"ל הפה שאסר הוא הפה שהתיר מהני להוציא כגון בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר ויש עידי ראה דאפילו יורש יכול להוציא מהנתבע המחזיק דאל"כ אפילו המערער גופא לא היה יכול להוציא כיון דהמחזיק מכחישו בברי וכן מצאתי בשע"מ סימן קל"ד סק"ב דבמטלטלין שאין למחזיק בהם חזקה כדברים עשוים להשאיל או אומן וכה"ג אם מה בעל הכלי ויורשיו תובעים להמחזיק והוא טוען שקנאו היורשים מוציאים מידו כמו בקרקעות דא"ל החזיק שני חזקה בחיי האב

היורשים מוציאים מידו עיי"ש בכה"ג אם המערער מודה שמכרו רק לא נפרע דמיו אף שעכשיו אין לו רק טענת דמים מ"מ נאמן במגו דאלו לא הודה שמכרו הי' החפץ בחזקתו בכל מקום שהוא אפילו לא טען כלום כגון היורש א"כ הודאתו לא מגרע לו וכמ"ש הרמב"ן בטעמא דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו דנאמן לומר פרוע במגו דמזויף אף דהוי נגד חזקה דשטרך בידי מה בעי, ומגו במקום חזקה הא מבעיא לה בפ"ק דב"ב דף ה' שא"ה דאם לא הודה דכתבו לא הי' אפשר לומר שטרך בידי מה בעי דאימר מזויף לכן מהני המגו וכ"כ לעיל ריש הסימן בשם נה"מ ה"נ לענין חזקת ממון ותלי"ת מצאתי כן לתלמידי רבינו יונה באס"ז פ"ק דב"מ דף וא"ו בד"ה ואמרינן להו זילו פליגו בשנים אוחזין בטלית ואמרו להו ב"ד שיחלוקו ויצאו וחזרו ותפוס כולו ביד אחד וטוען לקחתי' ממנו והשני אומר אמת מכרתי לו רק לא נתן עדיין הדמים מהימן במגו אף דהוי מגו להוציא כיון דרק על פיו הוחזק שעד עכשיו היינו סבורים שהוא של שניהם הפה שאסר הוא הפה שהתיר וכן אם ראובן מוחזק בקרקע ואמר לשמעון אמת שמכרתיו לך אבל לא נתת לי המעות עדיין נאמן מגו שלא הי' אומר מכרתיו לך ובענין זה לא אמרינן דהוי מגו לאפוקי ממונא כיון שחזקת הנתבע הוא עפ"י הודאות התובע עיי"ש וזה דלא כסמ"ע בסימן קל"ד סק"ב באומן שטען בעה"ב השאלתי לו ואינו מהכלים העשוים להשאיל א"י להוציא מאומן המחזיק בעדי ראי' במגו דנתתי' לו לתקן דמגו להוציא לא אמרינן ולפמ"ש אינו כיון דאם לא הי' מודה בעה"ב דהשאילו לו לא הי' לו חזקה אפילו נגד יורש בעה"ב ע"כ אף דהודה שלא נתנו לתקן ונגד טענה אחרת שוה אומן לאחר מ"מ הפה שאסר הוא הפה שהתיר ובתומים שם כתב דלר"ת דס"ל בכלים העשוים להשאיל י"ל גנובים במגו אף דמגו להוציא ל"א ע"כ משום דהכלי בחזקת המשאיל אף באומן הכלי בחזקת בעה"ב ול"ה להוציא ולכן ס"ל לרי"ף באומן אפילו ליכא עידי ראי' הבעה"ב נאמן אף דאית לאומן מגו דהחזרתי משום דהכלי בחזקת בעה"ב וחשוב האומן מוציא ואף דלא קי"ל כרי"ף מ"מ בזה דבעה"ב לא יחשב מוציא אפשר דכ"ע מודים וצ"ע עיי"ש וודאי לפי דבריו צ"ע דאם אומן ל"ח מוציא כיון דתופס בכלי יחשב בעה"ב מוציא כיון דאין לבעה"ב רק חמ"ק ועוד למה יגרע אומן נגד טענה אחרת שלא ניתן לו לתקן שלא יחשב מוחזק וכך באחר בכלים העשוים להשאיל ומערער מודה שלא השאילם רק טוען גנובים למה יהא חשוב בחזקת המערער בטענת גנובים דלטענה זאת שוה כלי זאת לדברים שאינם עשוים להשאיל וע"כ משום מגו אתי עלה והרי הוי מגו להוציא אבל לפמ"ש ה"ט דבאומן לענין טענת תיקון ובכלים העשוים להשאיל לטענה שאולה הוי המערער מוחזק דאפילו יורש מוציא בלא טענה וע"כ כשמערער מודה שלא נתן להאומן לתקן

ולא השאיל כלי העשוי להשאיל רק בדרך אחר בא לידו נעשה המחזיק מוחזק על פי הודאות המערער והמה שאסר התיר ומהני להוציא אבל כשהמחזיק יש לו מגו דהחזרתי דליכא עידי ראה אי בעי הי' אומר החזרתי ואפילו שניהם אומרים א"י אם הוחזר או מת האומן היו יורשיו פטורים דא"צ להחזיר בעדים ושמא החזיר בעדים א"כ ל"ל גבי מערער הפה שאסר דאדרבה גבי מחזיק יש פה שאסר דלולא הודאתו לא הי' מערער מוחזק כלל ובסימן קל"ג ס"ו הבאתי עוד ראי' ועוד ראי' מהגמ"ר ריש פ"ק דב"מ שכתב לתרץ למה בז"א כולה שלי וז"א חצי שלי לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי כספק ויבם משום דהאומר כולה שלי אינו ודאי רק על פי זה שמודה לו משא"כ ביבם דע"כ של ספק הוי ודאי ומוחזק לנו בכל הנכסים ובקצו"ח סק"ט הקשה מלקמן סימן קל"ח ס"ה דאם אמר השכרתיהו בפני פו"פ והלכו למד"ה נאמן במגו דחטפה ממנו והא הוי מגו להוציא ותירץ דמוקמינן לה בחזקה קמייתא שהוא של שניהם ומהני מגו ורמז לעיין בס"ק י"א ור"ל דאם תפס בעדים ויש לשני מגו ל"ה מגו להוציא דתופס אין לו חזקת ממון דגזלן הוא עיי"ש וה"נ מהני מגו דהוי כתפס בעדים וכ"כ באס"ז פ"ק דב"מ דף וא"ו בשם רמב"ן ז"ל כיון דתפסי לה מעיקרא תרוייהו מהימן השתא לומר מתקף תקפה לה ממני דכמאן דאיכא עדים דמני ולא מצי חד מינייהו לומר אודיי אודי לי או לקוחה בידי עיי"ש אבל קשה דא"כ מה צורך למגו בטוען השכרתי' כיון דבחזקת שניהם הוא וע"כ רק לענין טענת תקפה הוי כתפס בעדים דרגלים לדבר כיון דהיו תופסים ובאים לב"ד אבל כשאחד מודה דמרצונו בא כולו ליד חברו תו ליכא רגלים לדבר באיזה אופן לכן צריך מגו וא"כ יהא מגו להוציא כיון דעתה ל"ח כתפס בעדים ולפמ"ש ה"ט נהי דלפי טענה שטוען עכשיו חשוב מוציא מ"מ מהני המגו דהפה שאסר דאלו לא הודה שברצונו מסרו לחברו הוה אמרינן דחברו תקפה ממנו ולא הי' חשוב מוציא ואפילו יורש הי' מוציא כה"ג מהמחזיק לכן עתה הודאתו אינו מגרע לו וכ"כ תומים בכ"מ סק"ה דפה שאסר מהני להוציא מחזקת א"א.

סעי' י"ג נשבע הלוה עש"ך ס"ק ט"ל שהמה על הבע"ת נגד כמה מימרות בש"ס ולע"ד דס"ל דכשטוען שפרע מחצה אף דליכא חזקה דשטרך בידי מה בעי מ"מ מעמידין השטר בחזקתו וכמ"ש לעיל סי"ב דבשטר שגובה ממשעבדי א"צ לחזקה דשטרך וכו' רק בע"ת דס"ל בשטר מוקדם דאין הלוה נאמן לומר פרעתי אף דאין גובין ממשעבדי ועכצ"ל משום חזקה דשטרך בידי מה בעי ובזה י"ל בטוען פרעתי קצת באמת אינו גובה ולא נמצא סתירה לזה דבש"ס מיירי בכל דוכתי בשטר כשר דגובה ממשעבדי תדע דאל"כ תקשי לפי מה שהוכיח הש"ך בס"ס ק"ו מרמב"ם ובע"ת לענין מזויף אף

דלוה מודה שכתבו חיישינן לקנוניא א"כ לעולם לא נגבה מלקוחות שמא פרע הלוה ונטל שובר וקי"ל כשאומר המלוה אבד שטרי כותבין שובר בע"כ של לוה וכ"ש דאפשר לוה גופא מעיקרא לקנוניא נתכוין ודוחק לומר כיון דלא אפשר ואי ניחוש להכי לא נגבה מלקוחות לעולם וננעל דלת בפני לוין ועוד לרמב"ם דס"ל בסוף הלכות גזלה דשטר הנמצא והוחזר למלוה מוקמינן לי' בחזקתו וגובה אף מלקוחות הא ליכא בזה חזקה דשטרך בידי מה בעי דלא ידעינן ממי נפל ואף דיש לדחות דבדיעבד ס"ל כטעמו של שמואל בפ"ק דב"מ דף ט"ז אם איתא דפרע מקרע הוי קרע לי' לשטר מ"מ ניחוש שלאחר שנפל מהמלוה הוכרח הלוה לפרעו וליטול שובר ועתה נמצא השטר ויגבה מלקוחות דליכא שובר גבייהו והא הרמב"ם ס"ל דגם דיעבד חיישינן לקנוניא לענין מזויף אף דלא חזינן ריעותא ועוד כשיטעון הלוה שובר הי' לי ונפל ממנו למה נגבה כה"ג דלא ריעא טענת לוה יותר מהמלוה דגם הוא נפל השטר ממנו וכאן לא שייך נע"ד דנפילה לא שכיח או ניחוש דיגבה מלקוחות אחר מיתת לוה ואינו בפנינו לברר שפרע וע"כ כיון דהשטר מקוים ודאי חל החיוב ועומד לגבות בע"כ של לוה דאינו נאמן לומר פרעתי מוקמינן לי' אחזקתי' בלאו חזקה דשטרך בידי היכי דראוי לגבות בו ממשעבדי ושם בב"מ אמר שמואל המוצא שטר הקנאה בשוק יחזירו לבעלים דאם איתא דפרעי' קרע לי' וכתב רמב"ן הובא שם באס"ז ז"ל ותמהני שמא פרע מקצת חובו והשליש את שטרו ומיד שליש נפל וי"ל א"כ היו כותבין שובר ע"כ ויש להבין מה קשיא לי' הא כל החשש מחמת ריעותא דנפילה מדלא נזהר לשמרו ש"מ דפסול ולא שוה לו ואם הושלש ה"ל לשליש ליזהר בו ויותר יש ליזהר לשמור של אחרים משלו כדלקמן סימן רצ"א סי"ד וצ"ל דלאו משום ריעותא דנפילה קשיא לי' רק כיון שלא ידעינן ממי נטל אפשר לא הי' ביד מלוה רק ביד שליש ותירוצו דחוק דמה צורך לשובר אם הושלש ואפשר הותנו שאם לא יפרע כולו לז"פ יחזיר השליש השטר למלוה לכן לא נתן שובר ונעשה באסמכה או לא עבר עדיין וכשנחזור למלוה יתבע כולו אבל לפמ"ש ל"ק דזולת הריעותא דמורה על פסולו מדלא נזהר בו יש לנו לאוקמוה לשטר אחזקתו שלא נפרע כלל ומהנפילה אין הוכחה שאבדו השליש דה"ל ליזהר בו וכמ"ש והא דל"ח שמא מתחלת כתיבתו הושלש מכח איזה תנאי שביניהם תירץ הריטב"א דזה לא שכיח וה"ט דאם מתחלה הי' בתנאי שכיח יותר לכתוב התנאי בתוך השטר וא"צ שליש א"נ כמש"כ הפנ"י שם מדאמר שמואל יחזרנו לבעלים והא על זה אנו דנין מי הם הבעלים אע"כ דמיירי שבודאי כבר הי' ביד מלוה.

מגו להוציא קרקע מחמ"ק ומהמוחזק כתב קצו"ח סקי"ג דאמרינן וראי' מלקמן סימן קמ"ז גבי עשאה סימן לאחר דאם אין כת"י יוצא ממ"א נאמן לומר חזרתי ולקחתי במגו דמזויף אף דאידך מוחזק בקרקע ויש לו חמ"ק כיון דודאי כשעשאה סימן היתה שלו ומערער אומר חזרתי ולקחתי עכת"ד ואינו ראי' דהא מבואר ברמב"ן פרק המוכר את חבית דף עיין גבי מודה בשטר שכתבו דנאמן לומר פרעתי במגו דמזויף אע"ג דחזקה שטרך בידי מה בעי משום דכ"ז שלא מקוים לאו סטר הוא והפה שאסר הוא הפה שהתיר אבל שאר מגו י"ל דל"מ נגד חזקה דשטרך בידי מה בעי עיי"ש וכבר כתבתי לעיל דגם בממון דאידך תפס ומוחזק אי לא הוי מוחזק רק על פיו אמרינן הפה שאסר ומהני להוציא וא"כ בעשאה סימן דאם לא הודה שחתם על השטר הי' הקרקע בחזקתו דהוא מרא קמא ועל ידי הודאתו שהוא חתימתו נעשה אידך מרא קמא אמרינן הפה שאסר וכן משמע בריב"ש סימן של"ו דמגו להוציא מחמ"ק ל"מ רק לענין הפירות שאכל כיון שמוחזק בממון.

כתב בשע"מ סק"א להוציא מיורשים שטוענים ספק מהני מגו אע"ג דמה שב"ד טוענים ליורשים מוחשב ברי בכל דוכתי מ"מ אלים טענה התובע שטוען ברי דליתנו מגו ויש להוכיח כן מדברי תוס' בפחז"ה דף ל"ב ב' שפירש ריב"ם דס"ל לר"י אף היכא שהתובע מוחזק בקרקע ודנין עלי' כיון דקרקע בחזקת בעלי' עומדת הוי מגו להוציא וא"כ תקשי לדידי' ממשנה רפ"ב דכתובות מודה ר"י באומר שדה זו של אביך היתה ולקחתי' ממנו נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואמאי הא הוי מגו להוציא דקרקע בחזקת בעלי' עומדת א"ו כיון שהיורש א"י אם לקחה מאביו אמרינן מגו להוציא עכ"ל ואינו ראי' דשאני בהא דשדה של אביך היתה דחזקת מרא קמא בא ע"י הודאתו שהיתה של אביו לכן הפה שאסר התיר וכאלו ליכא חמ"ק ול"ח להוציא משא"כ בהך דפחז"ה בלאו הודאתו נודע שהקרקע תחלה היתה של המערער ודאי חשוב מגו להוציא וכמ"ש לעיל סי"ב ואע"ג דבפ"ק דב"מ דף ב' בד"ה זה כתבו תוס' בשם ריב"ם דבהך דפחז"ה הוי מגו דאי בעי שתיק דחתימת עדים ניכר לעומדים שם מ"מ חזקת מרא קמא לא מחמת הודאות של בעהש"ט הי' אלא דאי בעי שתיק והי' מוציא בשטר אבל מוציא הוה ועוד דדברי ריב"ם סותרין דבב"מ שם כתב דר"י ס"ל דאפילו מגו לא חשוב ובב"ב כתב דהוי מגו גם לר"י רק מגו להוציא לא אמרינן וא"כ י"ל דבב"ב ס"ל דלא חשוב מגו דשתיק כיון דהי' צריך להוציא שטר ולומר יש לי שטר אמת ולא חשוב הפה שאסר לכן לא הוצרך לומר לרב יוסף דל"ה מגו כלל רק דהוי מגו להוציא ובב"מ דכתב דהוי לרבה מגו

דשתיק ומהני להוציא נמי צ"ל לר"י דל"ה מגו כלל דל"ל דר"י ס"ל גם דאי בעי שתיק ל"מ להוציא דא"כ תקשי מהא דמודה ר"י בשדה זו של אביך.

תו כתב בשע"מ דמדברי תוס' בב"ב דף נ"ב ובשבועות מכ"ה מוכח דס"ל דאף בברי ושמא ל"א מגו להוציא דהקשו תוס' שם מהא דפרכינן בב"ק גבי המכיר כליו וספריו ביד אחר ישבע כמה הוציא ויטול דילמא זבנינהו ואיהו דמפיק לקלא והקשו דליהמן במגו דאי בעי אמר אני השאלתים לך ותירץ בשם הר"ד דהוי מגו להוציא ול"א והרי התם הוי בו"ש דהנתבע א"י אם נגנב או נמכר ובאמת נראה דזו הוא שיטת הרא"ש ומרדכי שם דפסקו דנאמן במגו דהשאלתים אף דס"ל דל"א מגו להוציא שא"ה דהוי בו"ש עכה"ד ול"נ בנתבע שהוא לוקח שאני דשמא שלו כברי דב"ד טוענין לו וכ"כ בנתיבות והרא"ש ומרדכי לא משום בו"ש פסקו כן רק דס"ל דדברים העשויים להשאיל בחזקת ודק בכ"מ שהן וע"כ עתה דאומר שנגנב ממנו אף דנגד טענה זאת חשוב מוציא דשוה כלי העשוי להשאיל לשאר כלי כיון דמודה דלא השאיל מ"מ הפה שאסר התיר וכמ"ש לעיל והר"ד ס"ל דכיון שתפוס ביד הנתבע אף שעשוי להשאיל חשוב התובע מוציא ומ"ש השע"מ שמצא כן ביש"ש פרק הגוזל בתרא דטעם הרא"ש משום בו"ש אמת שתחלה כ"כ הישׁ"ש שם סימן למ"ד אבל אח"כ כתב ז"ל ועוד נראה בעיני והוא העיקר דהכא לא קרי מגו להוציא מאחר שהוא מכיר כליו ועדים מכירין שהם שלו א"כ הוא חשוב כמוחזק בהן ותדע דהא אי טעין השאלתי לך מהימן להוציא אפילו אם זה טוען ברי כנגדו לקחתי ממך עכ"ל הרי דעיקר שלא חשוב מוציא וקשה ומה ראי' מטענת השאלתי לטענת גנובים הא מפורש בראש פרק כ"ה ס"ה דאם אמר גנובים בדברים העשויין להשאיל אתרע חזקתו של כלים שהן עשויין להשאיל כיון שטוען שלא יצאו מתחת ידו בתורת שאלה ושכירות ובמגו דשאלה ושכירות לא מחזיקינן אינשי בגנבי עיי"ש ונהי דדוקא כשטוען אתה גנבה לא מחזיקינן בגנבי כמ"ש יש"ש שם מ"מ כיון דאתרע חזקתו של כלים יהא חשוב מוציא אלא ודאי כמ"ש כיון דחזקת הנתבע בא ע"י הודאות התובע שלא השאיל דאם הי' טוען שהשאיל לא הי' חשוב הנתבע מוחזק כיון דעשוי להשאיל ואפילו בלא טענה תובע רק היורש הי' מוציא ג"כ ע"כ הפה שאסר התיר ונאמן במגו כאלו גם עתה לא חשוב מוציא משא"כ אם טוען אתה גנבת אף דאם הי' טוען השאלתי הי' מהימן ואפילו יורשו מ"מ עתה שבא להחזיק לנתבע בגנב ולהוציאו מחזקת כשרות אינו נאמן דחזקת כשרות הי' לנתבע בלא הודאתו ולא שייך בזה הפה שאסר לכן לא מהני המגו.

ועוד נלע"ד דהא דכתב מהרי"ד דהוי מגו להוציא אף דהוי ב"ש משום דדנין על כלי בעין שקנה הנתבע מאחר ויש לנו לומר חזקה כל מה שת"י אדם הוא שלו דזה עדיפא מברי

דהא אפילו מגו ס"ל לדעה ראשונה שבסימן צ"ט דל"מ נגד חזקה זאת אף דטוען ברי ומלוה שמא משא"כ בתביעת חוב ויש לו מגו מהני להוציא בבו"ש דבזה ל"ש חזקה דכל מה שת"י אדם כמ"ש הש"ך בסימן צ"ט סק"ה והרא"ש ומרדכי דס"ל דמהימן לומר גנובים במגו דשאולים לפמ"ש הד"מ ורמ"א סימן צ"ט ס"א דרא"ש ס"ל דמהני מגו נגד חזקה דמה שת"י הוא שלו ה"נ ולש"ך דכתב בדעת הרא"ש דל"מ מגו קשה איך ס"ל כאן דנאמן לומר גנובים במגו דשאולים הא הוי מגו נגד חזקה דמה שת"י אדם הוא שלו וכ"ש כאן שהוא להוציא וצ"ל דלולא שאמר התובע גנובים היו הכלים בחזקתו כ"מ שהן כיון שעשוים להשאיל ולא הי' בזה חזקה דמה שת"י אדם שלו כיון שעשוי להשאיל לכן גם עתה דטוען גנובים נגד החזקה נאמן כיון דע"י הודאתו נעשה החזקה ויצא לנו מזה גם בהך דסימן צ"ט דאם בא ב"ח לגבות חובו ממטלטלין שביד הלוה ולוה אומר של אחרים הן ויש לו מגו דיכול ליתנם להם הוי מגו נגד חזקה ול"מ אבל כשלא נראה לו מעות ואומר יש לי מעות ושל אחרים הן וכן במטלטלין כה"ג נאמן במגו דהא לולא הודאתו לא הי' לנו שום חזקה דלא ידענו כלל אם יש תחת ידו וזה מוכרח מדברי רא"ש ומרדכי דלא כש"ך שם דלא חילק בזה עיי"ש ותמהני על רמ"א בהג"ה שם שכתב אעפ"י שיש לו מגו להחזירם או לומר להד"ם אינו נאמן דהוי מגו במקום חזקה דכל מה שנמצא ת"י אדם הוא שלו המגיד פ"א דמלוה ובמגיד לא נמצא רק דלא מהני מגו שיכול לתתם במתנה או למוכרם וליתן המעות וב"ח לא יגבה מהן דזה ל"מ נגד חזקה אבל אם הי' יכול להעלים המעות והראה בעצמו ואומר של פלוני הן י"ל דמהימן כיון דבעצמו עשה החזקה הפה שאסר התיר.

תו כתב השע"מ שם דהמל"מ פכ"א ממלוה כתב דלכך ס"ל להנ"י פרק הגוזל בתרא דבדברים העשויים להשאיל א"נ לומר גנובים במגו דהשאלתים לך משום דהוי מגו דהעזה אף דלענין ממון אמרינן מנו דהעזה מ"מ מגו דהעזה ולהוציא לכ"ע ל"א וכתב השע"מ דמוכח אפכא ממשנה דפ"ב דכתובות ומודה ר"י באומר שדה זו של אביך היתה ולקחתי' ממנו דנאמן במגו אף דהוי מגו דהעזה כמ"ש תוס' בפחז"ה וגם להוציא לר"י דס"ל דאף היכא שהוא מוחזק בקרקע הוי מגו להוציא לפי' ריב"ם וכן הוא שיטת הנ"י שם וא"כ תפשוט ממשנה דמודה ר"י דאמרינן להוציא א"ו כיון דבו"ש הוא אמרינן מגו דהעזה ולהוציא עכת"ד ולפמ"ש ל"ק נהי דס"ל לר"י גם בקרקע חשוב מוציא היינו כשידוע בלאו הודאתו שהקרקע הי' של התובע או של אביו מכבר אבל בהא דמודה ר"י לא ידענו רק מפיו שאמר שדה זו של אביך לכן ל"ח להוציא והך דגנובים מגו דשאולים

ס"ל להמל"מ כיון דתפס בידו חשוב התובע מוציא אפילו כשיטעון שאולים דהא חזינן בעצמינו שזה תופס בו.

כתב בתשובות הרא"ש כלל ס"ו ס"ח מגו במקום שטר שחתומים עליו עדים קרובים לא מהימן בטענה שאינו מכחישם במגו שהי' יכול להכחישם ובתומים הקשה דא"כ אמאי שבועת העדות אינו נוהג בקרובים הא יש תועלת בעדותן לענין מגו כמו שחייב ק"ש בנסכא דר"א ועוד בב"ב פחז"ה דקאמר אי דיש עדים ליחזי עדים ווה קאמרי דלמא מיירי בעדים פסולים ועוד דלעיל סימן כ"ח איתא דאין החרם חל אקרובים לפי שאין תועלת בעדותן ולהרא"ש יש תועלת לענין מגו ולע"ד נהי דאמרו בב"ב פמ"ש דף קנ"ט דחתם על השטר עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו אחרים מעידין על כת"י אף שלא הוחזק כת"י בב"ד דהא דקרובים לא מהימני אינו משום דמשקרי רק גזה"כ היינו דלא מחזיקין לי' שיזייף וכותב אף אחר דגזה"כ דקרוב לא מהימן ומשום דמעשה לא עבדי אבל דיבורא אמרי כיון שאין תועלת בעדותן כשיכחישן הבע"ד רק אם יודה לדבריהן א"כ לא נגמר החיוב בעדותן לבד הוי רק דיבורא וכמבואר בגיטין דף ס"ז דאומר אמרו חיישינן שתשכור עדים ופריך והא עדים החתומים על שטר מקח וגט אשה לא חשו חכמים לדבר כשלוקחין השדה או האשה שתש"ה חתמו שקר ומשני דיבורא אמרי מעשה לא עבדו וכתבו תוס' שם אם ע"י דיבורא נגמר הדבר שע"י כך ניסת לשוק מעשה גמור חשוב אבל באומר אמרו לסופר שיכתוב אינו נגמר על ידם ואינו אלא דיבור בעלמא וא"כ בקרובים שאין נגמר על ידם אחר שפסלם תורה יש לומר דמשקרי וא"כ שפיר יש מגו דיכחישם ולא יוחזק לשקרן דאפשר הקרובים שקרו ולכן אין החרם חל עליהן דאין תועלת בעדותן רק כשחתמו על שטר ויוצא מתחת יד המלוה דהוי מעשה גמור אף דגזה"כ דאין נאמנין מ"מ מעשה לא עבדי לזייף דבשלמא דיבורא ל"ח מעשה רק כשנגמר העדות ובאין לידי עשיה על ידן אבל אם הוא מעשה בעצם לא צריך למעשה אחרת וא"כ כיון שגם קרובין לא חשידי לעשות לזייף נהי דגזה"כ דלא מועיל חתימתן מ"מ כיון דמסברא ודאי אמת ליכא מגו להכחישן דכ"ע יאמרו ששקר בימינו.

ועוד דודאי בכדי לא עבדי לחתום על שטר וודאי אדעתא שיועיל חתמו וסברי דכשר וא"כ בכה"ג גם קרובים לא נחשדו לשקר לזייף להוציא ממון ע"י עדותם אבל לענין החרם דלא חל אקרובים ע"כ דיודעין שפסולין לעדות ועדותם ללא יועיל וא"כ אף כשיעידו אפשר שישקרו ממילא הוי מגו מעליא להכחישן וגם שאר הקושיות מיושבים ובהך דב"ב פמ"ש דף קנ"ט נמי כיון שאחרים מעידין על כת"י חתנו בשטר שזמנו מטרם

שנעשה חתנו אם ניחוש שחתם בשקר ע"כ דהקדים הזמן כדי שיסברו הב"ד שחתם כשהי' רחוק ויוציאו ממון על פי חתימתו ע"כ לא נחשד להעיד שקר.

בתשובת מהרי"ט ח"א סל"ג וק"ה כתב בטוען על עסקא שת"י החזרתי כולו א"נ במגו דנאנסו דרוצה לפטר וכולו ובנאנסו הי' חייב בפלגא המלוה אף דהי' י"ל פלגא המלוה החזרתי והפקדון נאנס ל"ה מגו די"ל דרוצה לשקר רק בטענה אחת לא בשתים והשע"מ כתב דכן משמע מהרמב"ן ומ"מ לענין דינא אינו דיש ראיה ברורה להיפך מפחז"ה דל"ו בהנהו עיזי דאכלי חושלא אתא מריה דחושלא ותפסינהו והוה קטעין טובא ואמר אבוה דשמואל דנאמן עד כדי דמיהן במגו דלקוח ופירשב"ם דטעין טובא יותר מדמי העזים ונימא דרוצה לטעון יותר דהזיקו לו כדי לתבוע יותר מכדי דמיהן א"ו אמרינן מנו דיכול לומר העזים לקח בעד ההיזק שמכרן לו המזיק ויתבע המותר ולע"ד אינו ראיה דבשלמא כשטוען החזרתי כולו חזינן דסובר לזכות בטענה זאת בכולו וטועה בדין ע"כ ל"ל מגו דנאנסו דלא יזכה רק בפלגא ולטעון שני שקרים אינו רוצה משא"כ בהנהו עיזי אף דטען טובא מ"מ לא נחזיקהו בטועה כל כך שיוכל להוציא מחברו בלא ראי' אלא משום דמחוסר שומא ואפשר יעלה דמיהן טובא או לדידי' שוה לו טובא וכ"ז שלא ישלם לו חברו כל ההיזק לא יחזיר כהראב"ד בבע"ת שמ"ט חטיו ולעיל סימן ע"ב סכ"ף בהג"ה ואפילו להחולקים שם מ"מ הניזק סבור כן דאינו רחוק מהשכל כל כך משא"כ שיוכל להוציא מחברו בלא ראי' לא יעלה על הדעת וכמבואר ריש פרק שור שנגח את הפרה דל"צ קרא להמע"ה דסברא הוא ועוד הא חזינן דאזל ותפס להעיזים הרי חשש בעצמו שלא יוכל להוציא מחברו וע"כ מה דטען טובא ע"כ מהנהו טעמי או דנ"מ אם יתפוס עוד וא"כ לכ"ז הי' מועיל לו טענת לקוח ול"ה מנו לחצי טענה ול"ד להא דפירשב"ם באומר זה בני דנאמן בנכסים שיש לו לענין ירושה במגו דהי' נותן לו במתנה ועל נכסים שיפלו לו אח"כ א"נ דא"י ליתנם לו עכשיו אף דגם אנכסים שיש לו הוי מגו לחצי טענה דרוצה לומר שהוא בנו לזכותו גם בנכסים שיפלו לו אח"כ מ"מ נאמן כיון שיכול לעשות שניהם לומר שהוא בנו וליתן לו הנכסים שי"ל עכשיו במתנה והובא בתומים ונתיבות סקי"א שא"ה דבידו לעשות בהיתר ולפ"ז בטוען מנה לי בידך והלה משיב יש לי בידך מאתיים כיון דטענת יש לי בידך א"נ רק במגו כמ"ש הבע"ת הובא בש"ך לעיל סימן ע"ב סכ"ט ס"ק קכ"ו כאן ליכא מגו דלהד"ם או פרעתי דרוצה לתבוע משכנגדו ובסימן רנ"ה ס"ד הוכחתי כמהרי"ט.

במקום דלא חשדינן אותו למשקר רק בדדמי לא אמרינן מגו ובתומים רצה לחדש דבמגו דאי בעי שתיק אפילו בדדמי מהימן ולא שמיע לן עכ"ל נתיבות סקי"ז ובאס"ז פ"ב

דכתובות דף כ"ב ע"ב כתב וז"ל הרא"ש ז"ל תרוייהו בא"א קמסהדי וכו' מדאיצטרך למימר הכי משמע דאיירי באשה שאין אנו תופסין אותה בחזקת א"א אלא על פיהם וא"ת א"כ ליהמני' להאי דאמר נתגרשה במגו דאי בעי הוה שתיק י"ל דל"ח מגו דשמא הוא רוצה לומר האמת כדי לפוסלה מן הכהונה ואין כאן עדות מוכחשת לומר שעדותם בטל דהכא מיירי כגון שזרק לה גט וכו' עכ"ל ור"ל כמ"ש ר"ן וראשונים שזרק לה גט וע"א אומר קרוב לה הי' ונתגרשה וע"א אומר קרוב לו ותלינן דאחד טעה דעבידי למטעי בהכי וא"כ הל"ל מה"ט נמי דאין כאן מגו כיון דחיישינן דטועה ועכצ"ל במגו דשתיק מהימן וכן מוכח מהר"ן שם דהקשה דהעדים מוכחשים ותירץ דזרק לה גט וכנ"ל ולקושיא דמנו דשתיק תירץ דרוצה לפוסלה לכהונה וכן מוכח מב"ק דף ק"ז ע"ב הטוען טענת אבדה בפקדון ונשבע וחזר וטוען טענת גנבה כבר יצא בשבועה ראשונה ופירשו תוס' דנאמן במגו והובא בקצו"ח סימן פ"ז ס"ק כ"ז והר"ן פרק כל הנשבעין כתב דש"ש דחייבה תורה דחשדינן דאומר בדדמי.

מגו דאי בעי שתק לא אמרינן היכא די"ל שרצה לומר הך טענה מהא דאמרינן בכתובות דף כ"ב אחד אומר נתגרשה וע"א אומר לא נתגרשה וע"כ מיירי דהוא בחזקת פנוי' דאי בחזקת א"א למה לי הך דאמר לא נתגרשה בלאו איהו נמי לא מהימן לומר נתגרשה איו מיירי דהוא בחזקת פנוי' ואפ"ה לא מהימן מ"ד נתגרשה בהאי מגו דאי בעי שתיק דשמא הי' רוצה לפוסלה מן הכהונה עכ"ל ר"ש וכתב הש"ך ס"ק כ"א דכ"כ הר"ן שם ובחידושי רמב"ן פחז"ה דף ל"ג כתב וז"ל וא"ת הא אמרן דהיכא דליכא סהדי דאכל מהימן לומר אכלי ודידי אכלי מגו דאי בעי אמר לא אכלי מעולם ומפסיד ארעא וכו' וי"א כיון דליכא סהדי דאכל ואי שתיק מפטר כי אמר אכלי ודידי אכלי ה"ל הפה שאסר הוא הפה שהתיר ואע"ג דכי טעין לקוחה הוא בידי אלומי לטענתי' מהימן שהרי כל עצמך אינך יכול לתבעו פירות אלא עפ"י הודאתו אבל היכא דצריך טענה כגון באו עדים שאכל לא אמרינן בה מתוך שיכול לגרע טענתו יהא נאמן עכ"ל וצריך להבין לי"א מה יעשו בהראי' שהביא הר"ש וצ"ל דשא"ה די"ל דר"ל האמת לפוסלה מהכהונה דסבור דהגט קרוב לה הי' ול"ל הפה שאסר הוא הפה שהתיר וכמ"ש הרא"ש הבאתיו לעיל משא"כ כשאין חשש בדדמי רק לא מהימן דחשדינן לי' דמשקר אף דל"ל מגו דאי בעי שתיק דהי' מגרע טענתו ורוצה לומר לקוחה בידי ואכלתי הפירות כדי להחזיק בארעא מ"מ פטור מהפירות דאין לחייבו בהודאתו כיון דאמר דידי אכלתי ואם אתה אומר דמשקר במזיד כדי להחזיק בקרקע א"כ י"ל דלא אכל כלל ול"ל בזה הודאות בע"ד ועיין לעיל סימן פ"א סכ"ג ולפ"ז גם מהר"ן אין ראי' דס"ל כהר"ש דהא ברין שם מבואר נמי דמיירי

בזרק לה גט וע"א אומר קרוב לה ועבידי דטעי א"כ מש"ה כתב דלא מהימן במגו דשתק דרוצה לפוסלה מכהונה היינו דר"ל אמת ומ"מ לולא דרוצה לפוסלה ה"א מגו דאי בעי שתיק דא"ל דברור לו הי' שותק אבל לומר דמשקר במזיד ולחייבו עפ"י הודאתו של הפה שאסר הוא שהתיר אפילו י"ל דלא רצה לגרע טענתו וכן מדויק לשון רא"ש הנ"ל דר"ל האמת לפוסלה ולא סגי לו למימר דר"ל לפוסלה מכתונה אלא דמ"מ הוי הפה שאסר רק משום דרצה לומר האמת ל"ה מגו והפה שאסר וכדעת י"א וא"כ אף דהר"ש לא מחלק בהכי מ"מ כיון די"א דלא כותי' ומהר"ן אינו מוכרח כר"ש וגם מהש"ס אינו מוכרח הוי סד"ד.

כתב בשו"ת מהר"ח א"ז סימן ר"ס ראובן תבע משמעון השאלתיך סוס והזהרתיך כמדומה אני שהסוס בכוב אצל הגוי שמשכנו אצלי לכן הזהר שלא יאנסוהו מידך ושמעון טוען לא הזהרתני ובא אשר לו הסוס ולקחו אם הי' ראובן אומר שהסוס שלו הי' שמעון חייב דסתם גוים אנסים רק כיון שמודה שגנוב ישבע שמעון דלא אודעי' ויפטר מטעם דנטוריתי' דסוס גנוב לא קיבל עליו ולא נ"ל לחייבו מטעם מגו דאי בעי ראובן הי' טוען א"י כלל אם הסוס גנוב משום דהאי ראובן ידענא בי' דלא דינא גמר וסבור הי' להרויח בטענה זו יותר עכת"ד ועש"ך לעיל סימן ס"ו ס"ק נ"ו כתב דלא אמרינן כ"ע לאו דינא גמירי שלא להאמינו במגו ואפשר כיון דהוי להוציא אף דס"ל מגו להוציא מ"מ כה"ג מודה דאין להוציא ונ"מ לדידן במקום דאמרינן דנאמן במגו להוציא כגון בשטר מסייעו או בבו"ש כשיודע הדיין בזה הבע"ד דלא דינא גמר א"נ במגו:

ובעיקר הדין צל"ע לפי מה דהוכיח הש"ך לקמן סימן שס"ח דסתם גנבה בעכו"ם לאו יאוש בעלים א"כ בדין לקחו הבעלים שלהם ועיין לעיל סימן כ"ח ס"ג ואי דמ"מ הי' צריך להחזיר ממונו משום תק"ה דשייך אף בלקח מעכו"ם כמ"ש הש"ך לקמן סימן שנ"ו ואפשר תקנו גם על העכו"ם שבא להוציא גנבתו מ"מ כיון דהגוף אינו של המשאיל הוי רק גורם לממון ואין בו דין שומרים כקדשים שחייב באחריותן וכשטרות ואפילו אחר יאוש בעלים מ"מ הממשכון גוי הוא וכי יתן איש לרעהו ולא של עכו"ם ועמ"ש לעיל סימן ע"ב ס"ב וס"ח.

סימן פג

סעי' כ' ואפילו אמר בפירוש מעשה שהי' אחד חייב לחבירו חוב אחד מלוה וחוב אחד עסקא ושילם חוב אחד ואח"ז טען המלוה שקיבלו על המלוה ותובע ריוח מחוב העסקא ולוה טען שפרע העסקא הנם אם פירש שמשלם מה שנתן לו להתעסק הוי כאומר שלא

יתעסק עוד לשותפות וביו"ד סימן קע"ז ס"ה מבואר דדוקא כששינה מדעת הנותן ואמר בפני עדים שמתעסק לעצמו א"צ ליתן ריוח וזה דעת רי"ו בש"ך שם ס"ק נ"ו ובחו"ד בביאורים ס"ק כ"ה ייחס דעה זאת לרי"ף ול"נ כן מדבריו פרק המקבל דכתב דל"מ תנאי בפני ב"ד לעסוק בשביל עצמו לבד בחלק מלוה או גם בחלק פקדון כיון דלאו אדעתא דהכי יהבי ניהלי' דאל"כ מה אהני לן הא דעבדי רבנן עסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון הואיל ומלתא תליא בי' בלוה ואיבעי לאתויי ולבטולי מצי מבטל עיי"ש ואם איתא דשינוי מהני הק"ל דיכול לשנות ולבטל העסק ובחוו"ד שם בחידושים ס"ק ל"ב כתב דהודיעו למלוה מהני ושלא בפני מלוה א"י להתנות בפני ב"ד רק כששינם עיי"ש ולא הבנתי דאם הודיעו מהני הדרא קושית הרי"ף לדוכתא וגם להטעם שכתב בביאורים ס"ק כ"ה דאינו קונה בלא שינוי ודאי גם הודיעו ל"מ זולת כשנתרצה המלוה א"ל קח מעותיך אבל או אמר אתעסק בהן לעצמי ודאי ל"מ לדעת הרי"ף ורי"ו וסייעתם ולפ"ז כיון דהלכה פסוקה כאן דהברירה למלוה ואפילו שתק כשקיבל המעות י"ל אח"כ דקבלה אחוב המלוה וע"כ נותן ריוח עכ"פ אם לא שינה אמנם דעת הרשב"א הובא בב"י חו"מ סימן קע"ו מחודש ל"ו כשאמר השליח בפני עדים לעצמי אני קונם הריוח שלו ודעת המורים שברמב"ם פ"ז דמכירה הי"ב אפילו לא התנה בפני שוה אדם רק טוען עתה שכן היתה כוונתו לקנות לעצמו נאמן ולפ"ז ה"ה כשלקח למחצית שכר כדמוכח מהרשב"א שם דהדין שוה בשניהם וכן מוכח מהרמב"ם שם ומדברי ה"ה שם במ"ש וקרוב לזה דעת ההלכות בדין העסק בהמקבל ובדרישה סימן קפ"ג הוכיח מן הרי"ו דבשליח דוקא אם שינה קונה לעצמו ובמעות שקיבל למחצית שכר סגי כשאמר לפני עדים שקונה לעצמו וגם הנ"י לא החמיר בעסקא רק כשלא התנה בפני עדים עיי"ש והרשב"א הובא בהג"ה לקמן סימן קפ"ג ס"ג דאם אמר השליח לפני עדים שחוזר בשליחותו קנה לעצמו ובזכל"א ח"ג אות שי"ן הביא דרבינו ישעי' ורמב"ן קיימי בשיטת מקצת המורים דגם שליח שאומר שכיון לקנות לעצמו במעות המשלח טענתו טענה ומשפט שלום סימן קפ"ג ס"ג הביא מהנוב"ק חחו"מ ס"ל אות י"ט דלמ"ד אם אמר בפני עדים מהני ה"ה כשיש לו מגו כגון שאין עדים אם קנה הדבר נאמן וא"כ בעסקא די"ל לא הרווחתי י"ל ג"כ דלא נתעסק במעות הנותן ע"ד ליתן ריוח וזכה לעצמו וא"כ אפילו לא פירש שפורע בשביל חוב העסקא רק טוען שכן היתה כונתו נאמן בשבועה כיון דעכ"פ תו לא נתעסק לשם שותפות ול"ל דזה גרע כיון דלא נתכוין לגזול רק טעה שהברירה בידו לחשב הפרעון בשביל העסקא דהא בשו"ת תפ"צ חיו"ד סימן מ"ח אות ד' הביא תחלה בשם הרשב"א לחלק בין נתכוין לגזול או טעה ומ"מ אסיק דא"א להוציא ממון עפ"י סברא

זאת והובא במשפט שלו' סימן קפ"ג וכתב דגם מהרשב"א אינו מוכרח דס"ל לחלק בהכי עיי"ש ובמהרי"ט ח"א שאלה קט"ז ומח"א הלכות שלוחין סי"ז מוכח דאם לא נתעסק במעות חבירו לזכות לחבירו לדעת הרשב"א לא זכה חבירו אף דלא נתכוין לגזול רק דלא ידע אם המעות של חבירו אף דנותן לו המעות להתעסק בשבילו והנה בזכל"א ח"ב בחו"מ אות סטראי הביא ממהרש"א דכתב דהרא"ש חולק אהר"ן וס"ל אפילו פרע סתם יכול הלוה לומר חוב שבשטר כיונתי לפרוע וכ"ש אם פירש כשפרע אף דהמלוה השיב שאינו מקבלם על השטר והרב מטה שמעון דעתו די"ל קי"ל כהרא"ש והדין עם הלוה עיי"ש ונהי דאנן לא נהגינן לומר קי"ל בדבר שסתמו בעלי ש"ע וכמבואר בתומים ונתיבות בכללי תפיסה מ"מ הכא יכול לבוא משני צדדים לומר קי"ל כפוסקים דברירה ללוה לפרוע על איזה חוב שירצה ופרעתי חוב העסקא וקי"ל כפוסקים ד"ל לא כיונתי להתעסק במעות הנותן רק לעצמי ואפילו כשיזדמן כ"א לעצמו לא נימא קי"ל בהזדמן שניהם יחד אלים טענתי' וכמו דל"ל קי"ל כיחיד נגד רבים ובשנים חולקים י"ל קי"ל ולפ"ז אפילו שבועה א"צ וסגי בקב"ח שנתכוין לפרוע חוב העסקא כיון דבלאו מגו דלא הרווחתי נאמן.

והנה ברשב"א הנ"ל כתב דמפא"נ דס"ט בהנהו תרי כותאי משמע כהרי"ף עיי"ש ונ"ל לדעת החולקים דשם מיירי שעלה ריוח על הסחורה שנקנה כבר לשותפות וכגון שמכר חצי יין שפלג לעצמו ביוקר וחצי הנשאר הוזל אבל כשקנה במעות חבירו סחורה ואמר מקודם שקונה לעצמו הוא לעצמו וכמו שמחלק ברשב"א שם מטעם דמי הודיעו לבעל החטים עי"ש ולפ"ז בנ"ד אם הרויח אחר הפרעון בסחורה שקנה מקודם במעות העסקא או בחליפיהן צריך ליתן חלק להנותן עד שפרע גם חוב שני.

ואפילו שתק כשקבלם עמ"ש לקמן סימן פ"ה ס"א לענין אם קבלם על חוב שאמר הלוה ובתכ"ד חזר ואמר שמקבלם על חוב אחר דל"מ חזרה עיי"ש.

בהג"ה וכן אם שלח בשו"ת ד"ח ח"ב ס"ג כתב באחד שהוכרח להתפשר עם אחותו ליתן לה חלק ירושה שלא רצתה היא ובעלה לציית ד"ת ואח"כ חלתה ונתנה תכשיטין שלה לאחי' שיהא בידו בשביל בני' אחר פטירתה ועתה טוען שתופסן בעד מה שהוכרח ליתן לה בחנם ופסק לפמ"ש קצו"ח כאן סימן פ"ג כשאמר לשון זכות אינו נאמן לומר לעצמי תפסתי וה"נ אמרה שישמרם להיתומים הוי ממש כזכה בירושה וא"נ לומר אני זכיתי בו ומ"ש בנתיבות דכאן נאמן מפני שזה צריך לשתוק לקבל מעותיו דבריו אינם מובנים דמבואר בהדיא במכר קרקע לחבירו ואח"כ אמר שתופס הכסף בשביל החוב שעליו המכר קיים הרי דא"י לומר שכונתו הי' לתפוס בשביל חובו שאינו נאמן לבטל דיבורו

דדברים שבלב אינם דברים יעיי"ש ולא הבנתי ד"ק דאדרבה בקצו"ח כתב בפירוש דלענין נאמנות לעולם בכל הלשונות דהוי כזכי נאמן לומר לעצמי זכיתי זולת אם בהדיא אמר זכה ומ"ש הד"ח דהכא הוי ממש כזכי אדרבה מבואר בר"ן ספ"ק דגיטין ז"ל ירושלמי שא מנה זה לפלוני טול מנה זה לפלוני יהא מנה זה לפלוני בידך רצה לחזור לא יחזור פירוש משום דכל לשונות הללו בחוב ופקדון כזכה דמי עכ"ל הרי במתנה ל"ה כזכה וא"כ נהי דמבואר בסימן קכ"ה דבש"מ גם במתנה הולך כזכה מ"מ לא עדיף מהולך או תן בחוב דלאו ממש כזכה כיון דחזינן בבריא במתנה ל"ה כזכי וה"נ אמרה שיהא בידו בשביל בני' ואפילו אמרה שישמרם ליתומים עדיין אינו כזכה בפירוש ועוד מבואר בבאה"ט ס"ס קכ"ה מהכנה"ג דאם המקבל קטן אפילו הנותן שכ"מ הולך לאו כזכי דמי א"ל שיאמר בפירוש זכה לפלוני הרי גם בשכ"מ אינו כפירש זכה ועוד הד"ח גופא מסיק שם כיון דנצ"ב הבעל יורש ומוציא מהלקוחות אין זה רק מתנה מהבעל להיתומים וא"כ הא יהא זה לפלוני בידך אינו כזכה במתנה ולא זכו היתומים כ"ז שלא בא לידם אפילו נתכוין לקבל בשבילם.

ומה שהשיג על נתיבות לק"מ דמבואר לעיל סימן פ' ס"א בהג"ה דאם שתק תחלה ונתן טעם למה שתק יכול לחזור יעיי"ש משום דגם בטען תחלה יכול לחזור ולטעון אם מתקן טענה ראשונה ואומר כך נתכונתי ויש במשמעותה לשון שסובל זה ההיקן כדאיתא שם בש"ע ס"א לכן בשתיקה כשנותן טעם למה שתק לעולם הוי במשמעותה שסובל זה וכ"ש לש"ך דמשיג שם על הרמ"א וא"כ בשלמא במכר בפירש ועתה טוען דבלבו הי' רק לתפוס דברי לבו סותרין לגמרי דברי פיו ואינו סובלו כלל לכן הוי דברים שבלב ואינן דברים משא"כ כששתק דלא אמר כלום רק מכח הוכחה מדשתק נתרצה א"כ כשנותן נועם על שתיקתו ליכא הוכחה כלל ואינו סותר דברי פיו כלל וזה נראה כונת נה"מ בסימן פ"ה סק"ג עיי"ש וגם לפ"ד הי"א בסימן ר"ז ס"ד דבמתנה דברים שבלב הוי דברים ה"נ אף דאינו נותן ליתומים משלו מ"מ א"ל יזכה בשבילם יכול לתופסם בשביל עצמו וכשזוכה בשבילם מפסיד לחלוטין ובפרט כאן דלקחה באלמות הוי כמתנה משא"כ במכר ורוצה לעכב המעות בשביל חובו ל"ה מהנה דהחוב נשאר חוב ויכול לגבותו ולהחזיק במכירתו בתורת משכון עיין סימן ר"ד סי"א ואינו ברור דבלא"ה ל"ה פרע חובו לאח"ז.

אקבלם לעצמי עש"ך ססק"ב שכתב א"נ בלא א"ל אלא צא ופרע זה קאי על קושייתו בתחלה מסימן קכ"ה לא עמ"ש דמיירי דוקא בשידוע דחייב לו ואז יכול לעכב אפילו קיבל בעדים דבזה גם בצא ופרע א"י לעכבם בלית לו מגו וא"י שחייב לו דהא בסימן ע"ב סכינו בש"ך ס"ק קכ"ו כתב די"ל בידך כנגדו א"נ בלא מגו.

סעי' ג' ואם יש בו נאמנות נוטל בלא שבועה והקשה בשע"מ לפמ"ש הש"ך לעיל סימן ע"א מבע"ה וש"פ דנאמנות סתם ל"מ נגד ע"א וצריך לישבע וליטול א"כ ה"נ הלוה גופא שטוען שפרע החוב שיש בו ערב יחשב כעד דלדידי' אין שום נ"מ אי חייב חוב זה או האחר דהא עתה אין לו לשלם ולשמא יתעשר ל"ח כדלעיל סימן ל"ז וכ"ש הכא דגם כשיתעשר לא יהא לו שום נ"מ רק זה נוח לו דפשיטא דל"ה נוגע בהכי עכת"ד ולע"ד נהי דבסתמא ל"ח נוגע מ"מ כאן דחזינן דקפד בהכי ותחלה בפירוש אמר שפורע החוב שיש עליו ערב רק המלוה לפי טענתו לא נתרצה א"כ כיון דנוח לו יותר שיהא חייב למלוה מלערב חשוב נוגע אלא לפ"ז אם כשפרע הי' לו עוד נכסים רק עתה אין לו י"ל אז המלוה נוח לו אבל עכשיו דאין לו מה נ"מ לו ולשמא יתעשר ל"ח שיהא נוגע ומה דצועק עתה על חוב הערב נתתי משום דהאמת בוער בקרבו ומיחשב עד.

אמנם בנתיבות לעיל סימן ל"ז סק"א וסק"ט כתב דדוקא כשמעיד לאחרים אינו פסול משום נוגע מחשש שיתעשר אבל להעיד לעצמו אף שאין לו שום זכות פסול מנועם קרוב עיי"ש וכ"כ קצו"ח שם סק"ה וא"כ ה"נ אפשר חשוב מעיד לעצמו דפרע חוב זה אמנם נראה כיון דאין הכחשה בפרעון רק על איזה חוב אם על חוב שיש ערב הוי רק כמעיד לערב ובגוף הדין דל"ח נוגע משום זה נוח לו ושני קשה ממנו כשאין לו עתה רק לשמא יתעשר אני נבוך דהא דלעיל סימן ל"ז ס"י דהיכא דהשתא אינו נוגע רק כשיתעשר למדו מהש"ס בפחז"ה ולדינא דגמרא לא הי' צריך לישבע שאין לו לבן כשעכשיו לית לי' קרקע ליכא חשש דמעמידה בפני ב"ח ואפשר גם לאחר תקנת הגאונים דמשביעין אותו שאין לו כדלקמן סימן צ"ט ס"א מ"מ משכחת כהך דס"ד שם כשידוע לדיין או לרוב עם שהוא עני וכשר אין להשביעו עיי"ש בטו"ז אבל בסתם י"ל זה נוח לו מזה דזה ישביענו בכל שלשים יום ויצערו ויביישו וכדומה שכתב בש"ע שם ס"ד רק לא יוחזק התובע בב"ד דכונתו להכי ובקרבו ישים ארבו.

סימן פד

סעי' ב' תוך זמנו אעפ"י שפגם שטרו יפרע שלא בשבועה זהו שיטת רמב"ם ובטור הביא מרה"ג דצריך שבועה והה"מ פי"ד ממלוה כתב נמי דיש לפקפק דהא אתרע החזקה דחזינן שפרע והמל"מ שם כתב דל"כ המגיד כן רק לענין שבועה ולא לענין ממון כגון חוב בע"פ בתוך זמנו והמלוה מודה שנפרע קצת דגובה המותר ואין אומרים דאתרע החזקה דאל"כ אמאי גובה בפוגם שטרו אף בשבועה הא אתרע חזקה דשטרך בידי מה בעי דהא חזינן דפרע קצת והניח השטר והובא בשע"מ ולפמ"ש לעיל סימן פ"ב סי"ב

וסי"ג דבשטר גובה אפילו בדליכא החזקה דלא מרעינן חזקת חיוב שבשטר מספק ליק קושית המל"מ וא"כ במע"פ ונפרע מקצת י"ל להמ"מ דנאמן הלוה לטעון שפרע כולו אך הש"ע סתם כאן כרמב"ם.

ובשע"מ הוכיח דלא כרמב"ם מס"פ ג"פ דף קע"ג דאיתא התם א"ר שטר לך בידי פרוע הגדול פרוע חוב לך בידי פרוע שטרות כולן פרועין וכו' ואמאי ל"א שלא כיון אלא לשטר אחד ושאר השטרות נוקים בחזקתן וכ"ש כשמפרש דבריו שלא היתה כונתו רק לשטר אחד ועוד כיון דחזינן בשטר לך בידי פרוע הקטן אינו פרוע וע"כ משום חזקה דשטרך בידי מה בעי א"כ גם בחוב פרוע אמאי כל השטרות פרועין הא בלשון חוב י"ל נמי דשטר אחד קאמר ול"ה רק ספק וכי היכא דבשטר לך בידי פרוע לא אתרע חזקת שטרך בידי לגבי קטן ה"נ בחוב לך בידי פרוע יגבה בהם מכח הך חזקה ועוד אמאי א"נ לפרש דבריו כמו לעיל סימן נ"ו במלוה אומר א"י אם נפרעתי נאמן לומר אח"כ נזכרתי א"ו כיון דאתרע חזקה דשטרך בידי מה בעי בחדא אתרע לכולם רק באומר תחלה רק שטר אחד פרוע נאמן במגו אבל בחוב לך בידי פרוע דאפשר כונתו על כולם א"נ אח"כ במגו לפרש דבריו דהוי מגו למפרע עיי"ש ודפח"ח ומ"מ ח"ו לדחות דברי רמב"ם וסתימת הש"ע והתם לאו משום דאתרע החזקה דשטרך בידי באחד אתרע בכולם אלא משום הך חזקה לבד א"א להוציא ממון רק מחמת דדנין על פרעון ויש חזקת חיוב אמנם כשיש ספק לב"ד בלא טענותיהם א"א להוציא מהתופס ואפילו בטוען שמא אם מוחזק מכבר וכמ"ש תוס' בב"מ פרק השואל דף קו"ף בד"ה וליחזי ואפילו בשטר בס' דררא דממונא א"א להוציא וכמ"ש בנתיבות בכללי תפיסה ס"ק י"ד לכן באומר חוב לך בידי פרוע מיד נולד ספק בלא טענה הלוה אם כולם פרועין מכח הודאות המלוה דכמאה עדי דכל ספק דררא דממונא שהוא ספק לב"ד לא ראו הב"ד רק נודע להם הספק מכח ראיית עדים ה"נ מכח הודאות מלוה דכמאה עדים דמי וכיון דלוה תופס מכבר אפילו יטעון א"י פטור דלא נזכר שם ובש"ע לעיל ס"ס ס"ה דצריך שיטעון הלוה ברי משא"כ לעיל סימן נ"ט מבואר דדוקא כשטוען הלוה ברי ומשום בו"ש הרי דזה ל"ח ספק דררא דממונא וכ"כ תוס' בב"ק דף קי"ח דטענה איני יודע ל"ח דררא דממונא והובא בש"ג פרק שה"ד דף מ"א ועוד דלא ריט טענת מלוה כ"כ די"ל דסמך אשטרו כמ"ש נתיבות ריש סימן ע"ח לכן צריך דוקא שיטעון לוה ברי וא"כ רק מכח טענת לוה נולד ספק לב"ד ע"כ מהני כשמלוה חזר ואומר נזהרתי דהוי ברי וברי ובחוב לך בידי פרוע דלא משום טענת לוה פטור רק דספק לב"ד בכונת מלוה עצמו אם הודה על שטרות כולם דפרועים ותו ליתי' בחזרה כיון דהודה וכשאומר שגור לך בידי פרוע דלא הודה רק על אחד גובה הקטן

דחזקת שגורך בידי וחזקת חיוב שלו לא אתרע וכן בפוגם שטרו תוך זמנו לא נולד שום הפק לב"ד על השאר דמלוה מתחלה תובע השאר ול"ד כלל לחוב לך בידי פרוע כיון דיש מיד ספק בהודאתו אם כונתו שכולן פרועין הוי ספק דררא דממונא לב"ד בלא טענה הלוה על כל השטרות והמע"ה דלא מוקמינן אחזקה דמעיקרא להוציא מיד התופס בספק דררא דממונא וכמ"ש והשע"מ כתב לאלם קושיתו כיון דבשטר מוציאין ממון מיד המוחזק וא"נ לומר פרעתי משום חזקה דשטרך בידי מה בעי אלמא דחזקה זו אלימא טובא ומוציאה מחזקת ממון וכיון דאמר בפנים שם באומר שדה שיש לי מכורה לך אף די"ל דכונתו היתה לכל השדות מ"מ אמרינן אימר לא כיון רק לשדה אחת והמע"ה ומוקמינן שאר השדות בחמ"ק א"כ כ"ש דבחוב לך בידי פרוע נימא משום חזקה דשטרך בידי מה בעי דלא כיון לכל השטרות דחזקה זו אלים מחזקת ממון עיי"ש ולפמ"ש שאני כשלא נולד ספק דררא דממונא לא מתניחזקה ממון דלוה נגד חזקת חיוב דשטר משא"כ כשנולד ספק לב"ד אתרע חזקת חיוב וא"א להוציא ממוחזק ובשדה שיש לי מכורה אף דהוי נמי ספק דררא מ"מ כיון דאין הלוקח תופס בהן חשוב המוכר מוחזק ואידך הממע"ה דודאי א"א להוציא מספק וחזקת שטר לא אלים מחזקת ממון רק כשלא נולד ספק דררא דממונא ואי הוה אומר המוכר כה"ג במטלטלין שמכר והי' ספק בכונתו אי רק כונתו אחדא או איותר והלוקח מוחזק ואומר שכולן לקח לא הוי מוציאין מידו דכה"ג אלים תפיסה כיון שיש ספק דררא דממונא מכח הודאות מוכר דהוי כעדים רק בכאן דלא הי' בידו מקודם רק תפס עכשיו צריך שיטעון ברי כמ"ש תוס' בב"מ שם וכמבואר לעיל סימן מ"ב ס"ח ובש"ך שם ס"ק ט"ו.

סעי' ה' לא יפרע אלא בשבועה עש"ך דאפילו יש בשטר נאמנות סתם וכ"כ בשו"ת רשב"א ח"ב סימן קע"ד.

סימן פה

סעי' א' ואפילו שיש בו נאמנות בנתיבות כתב דאפילו שבועה אין צריך דהוי כאנן סהדי תדע דהא לרש"י אפילו מזויף יכול לטעון עכ"ל ובע"ת שער ל"ד ח"ג ס"ב כתב דדמיא לטענת סטראי דאבטל אף נאמנות שבו ומשתבע לוה היסת ומפטר הא נמי דכותי' הוא דאתרע הנאמנות ונשבע לוה היסת ונפטר עיי"ש ומשמע דגם בדליכא נאמנות בשטר חייב היסת כמו בטענת סטראי וכמבואר לעיל סימן נ"ח בש"ך ס"ק י"ד שו"ר בשע"מ הביא ג"כ דברי בע"ת וגם בשו"ת ד"ח ש"א חחו"מ ס"ז כתב דחייב היסת.

ובשע"מ הביא מתשובת מיימני ספר משפטים סל"ד באחד טוען לחבירו הטלנו לכיס אחד והרווחנו הרבה ולא נתת לי חלקי והנתבע משיב נפרעת לגמרי וקנית ממנו מעיל ולא רציתי להקיף לך רק ע"י ערב ואם חייב הייתי לך הל"ל תנהו לי בחובי והשיב ריצב"א דהנתבע חייב שבועה ל"מ אם אין עדים דמכר לו המעיל די"ל מגו אלא אפילו יש עדים י"ל אלו אמרתי תנוהו לי בחובי לא היית מוכר לי משמע דבלא"ה גם משבועה פטור ולע"ד דריצב"א לשיטתו דבתשובת מיימני שם סימן ל"ז פסק היכא דליכא דררא דממונא אין להשביע היסת כשיש רגלים לדבר דתובע משקר וכ"פ בהג"" סימן פ"ז סל"ח ומבואר בב"ק דף קי"ח בתוס' סד"ה והלה דגם כשטוען פרעתי אם ליכא עדים שכבר הודה טל החיוב ל"ח דררא דממונא וע"כ בהך דתשובת מיימני סל"ד דלא נזכר שהי' עדים שהרויח ועוד דטען נפרעת משמע דנפרע מעצמו כי ממון השותפות הי' ביד שניהם וא"כ מעולם לא נתחייב לו דנגד חלק ריוח שהי' ביד הנתבע הי' לו בידו כנגדו לכן לולא המגו הי' פטור מהיסת דהוי רגל"ד מכח הוכחה זאת ובזה מתורץ קושית הד"ח שם הא מגו להשביע לא אמרינן דמחמת זה גזר אומר דט"ס הוא ולא מיירי בתשובת מיימני מחיוב שבועה רק מחיוב ממון וכמדומה דלא עיין שם דהרואה בגוף התשובת יראה דא"א לומר דט"ס דכל השאלה והתשובה על אופן השבועה מתי ישבע ובאיזה לשון ולפמ"ש לק"מ דבלא"ה הי' חייב תיסת רק מחמת ההוכחה רוצה לפטרו וכיון דיש לתובע מגו יש הוכחה גם להיפך הדר דינא דלא עדיף משאר כופר הכל וכ"ש למ"ש דאף דהכחישו בפרעון ל"ח דד"מ משום מגו די"ל להד"ם וכיון דיש לתובע ג"כ מגו הוי מגו נגד מגו וכאלו שניהם אין להם מגו וחייב כשאר כופר הכל ולפ"ז ל"פ על בע"ת דמיירי בשטר חוב דידענו החיוב בלא הודאתו א"כ יש דררא דממונא ולפ"ז הה"ד כשיש עדים על החיוב.

לא מכרתי לך וכו' כתב הנתיבות דעיקר ההוכחה דה"ל לעכב המעות אפילו בכתבי והדר יהבי זוזי כיון דקרקע לא נקנה בשטר בלא כסף כדלקמן סימן קצ"א ומבואר לעיל בסימן פ"ג דאם חייב שני חובות ונתן למלוה בפירוש על חוב אחד ושתק המלוה י"ל אח"כ על חוב שני קבלתי ושתקתי כדי שתתן לי המעות ע"כ ה"נ הוי לי' לומר אחר קבלת המעות שמקבלם על חובו וממילא הי' צריך ליתן לו דמי המכירה שנית כדי לקיים המקח אף דמבואר לקמן סימן ק"צ ס"ו בהג"ה דאין שמעון י"ל המנה אני גובה בחובי כדי לבטל המקח שם גופא טעמא בעי דמ"ש מהך דסימן פ"ג ועכצ"ל דקנין שאני דדברים שבלב אינן דברים לבטל קנין ברור הנעשה לפנינו ולפ"ז נראה דבתכ"ד של קבלת המעות ודאי דיכול לבטל המקח ולומר שמקבלם בחובו דבתכ"ד יכול לחזור מהקנין עכת"ד

ונלע"ד דבחייב לו מכבר שני חובות וקיבל המלוה בפירוש על חוב אחד לא יוכל לחזור תכ"ד ולומר אני מקבלם על חוב השני דהא טעמא דתכ"ד כתב הרמב"ם והובא בקצו"ח סימן רנ"ה ס"ג דמורה שלא עשה בגמר דעתו וכאלו עשהו בטעות והר"ן בנדרים דף פ"ז כתב דלאו בגמר דעתו עושה ודעתו להתיישב עוד עד תוך כ"ד וכ"ז במקום דתליא בדעתו אבל פרעון בע"כ שמי' פרעון א"כ אפילו צווח המלוה דאינו רוצה לקבלם בפרעון החוב מ"מ אם לא אמר שמקבלם על חוב השני כבר נפרע בע"כ וכן אם שכח מחוב אחד וטעה וקיבל על חוב האחד כבר נפרע והדמים שלו ולא של לוה ואיך יאמר תכ"ד שרוצה לקבל על חוב השני דא"א לעשות זכי' למפרע כאלו אמר למפרע כשקבל שמקבל על פרעון השני וראיה לזה מפ"ק דב"מ דף ט' ע"ב דאם משנתנה לו אמר אני זכיתי בה תחלה לא אמר כלום ואמאי לא יועיל חזרה תכ"ד לעשותו זוכה לעצמו למפרע אע"כ דזה לא אמרינן תכ"ד כד"ד רק שיהא כאלו עשה בלא כונה וכיון שבא ליד חברו זוכה בעצמו מהפקר וא"צ לכונת המגביה וכה"ג כתב מהרש"א ביבמות דף קי"ח בכונת תוס' בד"ה סד"א לענין אמתלא דעוקר דיבור ראשון כאלו לא אמרה אבל לא שיהא כאמר מעיקרא דיבור אחר.

וראיתי בתיש סימן ד' סק"ה דאם שחטה ואח"כ תכ"ד חישב עליו לע"ז פשוט דאסורה דכללא תכ"ד כד"ד כדאיתא בב"ב דף קכ"ט ונדחק שם לתרץ מש"ס זבחים דף ט"ו דקאמר היכי אשכחן מחשבה דפסלה בחטאת העוף דאי חשיב מקמי דליפוק דם לאו כלום היא ומבתר דנפק אתעבד מצותו ומאי קושיא דלמא דחשב תכ"ד אלמא מחשבה בשעת מעשה בעינן וכן בפסחים דף ס"ג קאמר דלמ"ד ישנו לשחיטה מתחלה ועד סוף ולא הספיק לומר למולים עד שגמרה שחיטה ל"ה מחשבה משמע דתכ"ד ל"מ עיי"ש ולפמ"ש לא מבעיא בחולין דמתעסק בשחיטה כשר דאינו מזיק מה שמחשב אחר שחיטה תכ"ד דלו יהא דנתעסק ושחט כשר אלא אפילו בקדשים כיון דסתמן לשמן וא"צ כונה לשמן כמבואר בפ"ק דזבחים דף ב' ע"ב ואפילו חישב לפגל אינו מפגל רק כשפירש בפיו כמו שפרש"י ותוס' בפסחים דף ס"ג א"כ אפ"ה ע"י מה שאמר אחר שנעשה מצותו תכ"ד לפגלו הוי כלא כיון לשמן בשעת מעשה מ"מ לא הוי כאלו פירש שלא לשמן מעיקרא ונראה דגם הנתיבות לא אמר דמהני כשאמר תכ"ד שאינו רוצה לחבל על דמי המכר רק במכר כיון דלא קנה עד שיתן דמים צריך שיהא הקבלת מעות ברצונו ובדעתו על המקח ע"כ כשחזר תכ"ד הוי כלא גמר בדעתו עדיין למכור ואף דכתב הר"ן בפ"ק דקידושין דף כ"ו בהא דלא קנה בשטר עד שיתן דמים אין הדמים לקנין רק לפרעון

מ"מ כיון שכ"ז שלא קבל הדמים בידו לחזור מהמכירה צריך שיקבל הדמים בגמר דעתו שיגמר המכר וכשקבלם שלא בגמר דעתו הוי כלא קבלם כלל.

ומ"ש הנתיבות לחלק בין הא דסימן פ"ג להאי דסימן ק"ץ משום דאין לבטל קנין ברור בדברים שבלב משמע משום דהא דסימן פ"ג אינו קנין רק פרעון מהני דברים שבלב ואין בזה שום טעם ועוד הא בשו"ת רשב"א סימן אלף רכ"ז הוכיח מש"ס דפ"ק דקידושין כשחייב לאשה סלע ונתן לה סלע סתם דלא פירש הא לך סלע שאני חייב לך ואמר לה התקדשי לי בסלע זה אינה יכולה לומר דידי שקלי על החוב משום דסתם אשה ניחא לה להתקדש דטב למיתב ט"ד ואם כהנתיבות בלא"ה אין דברים שבלבה מבטלין קנין הקידושין אע"כ צ"ל כמ"ש לעיל סימן פ"ג דהתם שקיבל בשתיקה יכול אח"כ לומר על חוב אחר קבלתי ושתקתי כדי שתתן לי המעות משא"כ בסימן ק"ץ אמר המוכר בפירוש שמוכר לו אין דברים שבלב מועילין לסתור מה שאמר בפיו להיפך ובקידושין אף שקבלה בשתיקה סתמא לקידושין קבלה וצ"ל גם כונת נתיבות כן דאין לבטל קנין ברור שנעשה לפנינו כיון שמוכר גופא אמר שמוכר לכן גם במכר אם בא לוה ואמר למלוה הא לך מנה בעד שדך וקבלם בשתיקה י"ל על חוב קבלתים ושתקתי כדי שתתן לי המעות שאתה חייב לי ומצאתי בקצו"ח סימן ק"ץ ס"ו סק"ה כמ"ש.

סעי' ג' באתרא דכתבי שטרא כתב רמב"ן דיכול הראשון לומר לכך לויתי ממך כדי שאוכל למשכנך בהלואה שלויתי ממך ומ"מ זגוז"ג הואיל ולשם הלואה קיבל דומיא דמכר לו את השדה שמכירתו קיימת אעפ"י שמכירתו היתה כדי למשכנו עלי' הואיל ולא מסר מודעא ותמה בשע"מ סק"ד הא מודעא דלא ידעי עדים באונסו לאו מודעא הוא כדאיתא בפחז"ה וא"כ צ"ל דה"נ אנן סהדי על אונסו דעושה כדי למשכנו א"כ בשנים שלוו זה מזה וכתבי שטרא והדר יהבי זוזי אמאי זגוז"ג כשיש ריוח בנבי' זאת למלוה שני כיון דהטעם דראשון גובה משום די"ל לכך לוה ממנו כדי למשכנו על חובו א"כ אמאי השני גובה בריוח מהא' הא אנן סהדי דהא' לא חזר ולוה ממנו אלא כדי למשכנו על חובו הוי כתלוהו ויהיב דא"צ מודעא עיי"ש ולע"ד דליכא כאן אנן סהדי דאנוס הוא ומ"מ מהני מודעא כיון דעבד לוה לאיש מלוה י"ל אני נוטל הדמים על החוב כדלעיל סימן פ"ג וא"כ כיון דנוטל הדמים על חובו ממילא לא קיבל דמים על המכר כלל ובשטר לא קנה עד שיתן הדמים רק בלא מסירת מודעא הוי דברים שבלב ואפילו חבירו מודה לו על החוב ואינו מהני לסתור דברי פיו משא"כ בשאר מכירה כיון דמקבל דמים שאינו מגיע לו צריך שיכירו באונסו ובלוו זה מזה והדר לוה זה מזה לענין שלא יהא הוכחה דלא חייב לו מדלוה הוא ממנו שפיר אמרינן שעשה כדי למשכנו אף דליכא אנן סהדי

על זה רק מספיקא לא מרעינן שטרא אבל לומר שלא ישתעבדו נכסיו ולא הי' כלל כונתו להשתעבד רק לגבות חובו זה לא אמרינן דאין האונס ברור והוי דברים שבלב ולא מהני לסתור דברי פיו שפירש שנוטל לשם הלואה ועוד הא גופא מדמכר לו שדה או לוה ממנו ואפילו יהבי קודם זוזי לאו הוכחה ברורה דודאי אינו חייב לו דהא חייב היסת וכן מהני תפיסה כמ"ש אחרונים רק עושה ספק דררא דממונא שלא יוכל לגבות ולהוציא מהמוחזק וא"כ ליכא למימר דאנן סהדי דאנוס הוא דהא כבר אפשר אף דחייב לו מ"מ מוכר לו שדהו או לוה ממנו באמת לסבה אחרת אע"כ דמודעא רק לגלות דברים שבלבו שיטול הדמים בחובו וממילא שטר גופא לא קנה וכמ"ש.

סימן פו

סעי' א' ראובן נושה בשמעון ושמעון בלוי מעשה בא לידי דראובן הי' לו תביעה על שמעון בדבר שהוא פלוגתא דרבוותא דא"י לגבות רק ע"י תפיסה ושמעון יש לו חוב אצל לוי ותפס ראובן מן לוי נ"ל דלא מהני תפיסתו דשדר"נ אינו רק מטעם שעבוד נכסי ואינו רק כערב כמ"ש נתיבות בסימן זה ומבואר בפרק יש בכור ולעיל ס"ס מ"ט היכא דא"י לגבות מן הלוה מחמת ספק א"י לגבות גם מהערב אפילו רוצה לבוא בממ"נ ואפילו תפס מן הערב עיין שו"ת ושב הכהן סמ"ב הובא בפ"ת לקמן סימן קכ"ט סי"ב סק"ט.

סעי' ה' אין יכול למחול נחלקו הראשונים בזה ולע"ד יש להעיר בזה לפמ"ש מהרי"ק בשורש פ"ט דמחילה כמכירה ומתנה ול"מ בדבר שאינו ברשותו רק חוב חשוב ברשותו כיון דע"כ צריך לפרוע לא דמי למקדיש מלוה קרקע הלוה דל"מ משום דמכאן ולהבא גובה כיון דיכול לסלוקי בזוזי וא"כ חוב זה דלוי יכול לפרוע לראובן ולא יבא ליד שמעון כלל ועיקר דינא הכי ל"מ מחילה של שמעון דהוי כדבר שלא ב"ל רק י"ל דמ"מ מהני מטעם סילוק וכמ"ש לעיל סימן ס"ו סכ"ו אמנם לדעת תוס' וסייעתם בר"פ הכותב דסילוק ל"מ רק בחוב דרבנן וכמ"ש ראנ"ח הובא במל"מ פכ"ג ממלוה א"כ ל"מ מחילת שמעון דאם מתורת מתנה הוי אצלו דשלב"ל ואם משום סילוק ל"מ בשל תורה ולפ"ז מיושב קושית הש"ך וח"מ וב"ש בסימן עיין דשם כתב רמ"א בס"ח דאם לותה למזונות דמחויב הבעל למלוה מדר"נ ואם מחלה האשה לבעלה אין למלוה עליו כלום והרי כאן מבואר דל"מ מחילה בשדר"נ ולפמ"ש א"ש דמזונת דרבנן ואף דבלא"ה כתבו שם טו"ז והגהות חכ"צ משום דמזונות דרבנן דמי למכירת שט"ח דמהני מחילה לפי שהקנין רק דרבנן מ"מ בזה שפיר דחה השע"מ דאינו דומה דבמכשט"ח שאני דרבנן לא רצו להפסיד ללוה ותלי"ת כיונתי לדבריו בזה לעיל סימן ס"ו.

ואף די"ל כיון דביד לוי הלוה לשלם לשמעון יכול למחול שמעון ללוי דמדעת שניהם חשוב ברשותו וכמ"ש ב"ש בסימן כ"ח ס"ק ט"ז ולפ"ז יש מקום לחלק בין נודע בשעת מחילה שחייב לאחר בין לא נודע כמ"ש הב"ח לדעת רא"ש וטור דכיון דבנודע אסור לפרוע לשמעון ואם פרע חייב לחזור ולפרוע וכמ"ש הש"ך גופא לקמן ס"ק י"ד ממילא מה"ט תו לא חשוב החוב ברשות שמעון וא"י למחלו ובחנם דחה הש"ך בס"ק י"א בפסקא המתחלת ועוד מוכח דברי הב"ח משום דשדר"נ חייל בין נודע בין לא נודע ולפמ"ש א"ש דאפילו ת"ל דהוי פרעון רק חייב משום מזיק שעבודו כמ"ש הרא"ש ריש כלל ע"ג מ"מ כיון דא"א למחול רק מרצון לוי הוי לוי מסייע בגרם ההיזק וכשאין לשמעון נכסים משתלם ממנו וכמ"ש בסימן ס"ו שם ולפ"ז בלא"ה ל"ק עמ"ש רמ"א בא"ע סימן עי"ן לפמ"ש הב"ש בסימן צ"ג סכ"א ס"ק ל"ט דאם הפסיד שעבוד מזונות אינו חייב מדד"ג עיי"ש ואף דהב"ח ר"ל כ"ז שלא נודע שחייב לאחר ליכא שדר"נ כלל ובזה יפה השיג הש"ך מ"מ לע"ד י"ל אף דשדר"נ חייל מ"מ כיון דמודה הש"ך דאם פרע לוי לשמעון פטור מהני המחילה ג"כ אז וגם נראה אפילו נודע שחייב לאחר מ"מ אם הי' לו אז נכסים לשלם הי' רשאי לוי לפרוע לשמעון דאינו גורם היזק א"כ מהני נמי מחילת שמעון ולפ"ז עולין דברי ב"ש יפה במה שתירץ דרמ"א שם בא"ע מיירי דמחלה לבעלה כשהי' לה לשלם למלוה שלה והבית מאיר הקשה עליו מדברי הש"ך שבכאן סוף סק"ה דשדר"נ קאי עד שישלם ואם מחל כשהי' לו לשלם ואח"כ לא ה"ל בטלה המחילה עיי"ש והש"ך ודאי לשיטתו יפה כתב דס"ל דל"מ מחילה בשדר"נ דלוי בע"ד דראובן וכאלו אין שמעון באמצע אבל האחרונים צווחו דאינו רק שעבוד דשעבוד ולפמ"ש ה"ט דל"מ מחילה דאינו ברשותו כיון דאינו יכול לפרוע לו וא"כ כשיש לו נכסי בשעת מחילה וכשפרע אז פטור ממילא מהני נמי מחילה ופקע השעבוד.

איברא מלשון המחבר כאן דכתב דא"י למחול שהרי פקע השעבוד שיש לשמעון משמע כדעת הש"ך דנעשה לוי בע"ד של ראובן לבד אך דברי המחבר צ"ע דא"כ למה סיים ואם אחר שנתחייב לוי לראובן בב"ד הלך ופרע לשמעון חייב לפרוע לראובן פ"א למה הצריך שנתחייב בב"ד הא לפי טעמו דפקע השעבוד שיש לשמעון על לוי הרי פרע לוי לאיש זר והש"ך כתב דל"ד שנתחייב ואין לשון הש"ע סובלו כלל ומפרט בטור שכתב ואם אחר שנתחייב לוי לראובן בב"ד הלך ופרע לשמעון חייב לפרוע לראובן פ"א שכבר נתחייב לראובן בב"ד עכ"ל הרי כפל הטעם מפני שנתחייב בב"ד ובאמת ברא"ש ריש כלל ע"ג כתב שני טעמים אחד מפני שחייבוהו ב"ד הפקיע ב"ד כח שמעון והוי כהגבוהו לראובן ועוד דחייב מדד"ג דהזיק שעבודו של חבירו ולפי טעם ראשון דוקא בנתחייב בב"ד

ולטעם שני אפילו רק ידע לוי שאין לשמעון לשלם לראובן חייב רק כשלא ידע פטור מגרמי דשוגג הוא והשני טעמים אינם רק אם בשדר"נ מהני מחילה אבל להמחבר דס"ל דל"מ מחילה משום דבשדר"נ פקע שעבודו של שמעון מעל לוי ונשתעבד לוי לראובן מדינא חייב לוי ואין לחלק בין ידע ללא ידע גם אין לחלק כלל בין פרעון למחילה וכ"כ בפרישה ועיין גאון צבי בסימן פ"ה כתב דגם רישא דסעי' זה מיירי שפקע השעבוד שיש לשמעון ע"י הב"ד וגם זה אינו דמשמע להדיא דרק בסיפא בפרעון הצריך לשיתחייב בב"ד.

לכן הנלע"ד בדעת המחבר דדוקא במחילה כיון דאין לשמעון לשלם אין לו שעבוד על לוי ול"מ המחילה אבל כשפורע לוי לשמעון הרי בשעת פרעון יש לשמעון המעות וכשיש לו ליכא שדר"נ וכפשטות דברי הב"י והש"ע דסעיף ב' וכדעת הב"ש הנ"ל וע"כ הפרעון של לוי לשמעון מסלק נמי שעבוד ראובן מעל לוי דהרי השתא יש לשמעון לשלם וע"כ דוקא כשנתחייב לוי לראובן בב"ד דהפקיעו הב"ד שעבוד שמעון לגמרי וכאלו הגבוהו לראובן החוב מן לוי אזי לא נפטר לד מראובן.

ולדעת הש"ך דמחילה גם כשיש נכסי לשמעון ל"מ אם אח"כ לית לו נכסי א"א לומר כן לכן הוכרח לדחוק בלשון טור וש"ע דנתחייב בב"ד ל"ד.

וגם לפוסקים דמחילה מתני בשדר"ב יש מקום לחלק בין מחילה לפרעון דבלית לי' נכסי הרי גורם לסלק שעבוד של ראובן מעל לוי וחייב מדד"ג א"כ י"ל דכיון דעושה איסור ל"מ דבורו וכמ"ש לעיל סימן ס"ו סכ"ו וגם כיון דל"מ מחילה רק מדעת הלוה הוא מסייע בההיזק ובאין להמזיק בפועל לשלם חייב השני כאשר הבאתי ראי' בסימן ס"ו שם ומפרט דנהנה ומשתרשי לו עיין לקמן סימן ק"ז בש"ך סק"ח לכן דוקא כשפרע לוי דלא ברי היזקא מיד דהרי אפשר שישלם שמעון לראובן במעות זה והוי רק כסילוק שעבוד מקרקע אחת דפטור כמ"ש המל"מ פרק שלשים מהלכות מכירה הובא בקצו"ח סימן ס"ו סל"ב לכן נפטר לוי אם לא נתחייב בב"ד משא"כ במחילה דאין לשמעון במה לשלם והרי ברי היזקא מיד דהזיק עתה כל השעבוד כיון דאין לו רק זה השעבוד שעל לוי וגם לוי משתרשי לו לכן ל"מ המחילה.

סימן פז

סעי' ו' בש"ך ס"ק נ"ו אלא היכא שהראשון נאמן כתרי ולא השני אבל לדידן דקי"ל דעד מסייע פוטר משום ק"ו א"כ עד המסייע נמי נאמן מדאורייתא כמו עד המחייב וה"ל כתרי לגבי תרי דאין חילוק בבאו בב"א או בזה אח"ז עכ"ל כסברא זאת ממש כתב בשו"ת

רשב"ץ ח"ש שאלה פ"ט כיון דע"א נאמן לאסור מק"ו דאם להתיר האמינו תורה כ"ש לאסור לכן אין חילוק בין באו בב"א לבאו זה אח"ז עיי"ש וכבר תמהתי על הש"ע בי"ד סימן ל"ט סי"ז והב"י שם שהביא מהרשב"ץ לחלק בין באו בב"א לזאח"ז וכתבתי שם טעם הש"ע כיון דע"י עד ראשון האוסר הוחזק לודאי איסור דע"א שהעיד זה חלב ובא אחר ואכלו לוקה כמ"ש הרמב"ם פי"ו מהלכות סנהדרין לכן השני שבא להתיר אח"כ אינו נאמן נגד חזקת איסור וא"כ הכא דע"א אינו נאמן רק לחייב שבועה ולא הוחזק לודאי דיכול להכחישו בשבועה מהני עד המסייעו שבא אח"כ ומיושב קושית התועים מסימן ל"ט ביו"ד שם וכן ראוי להורות.

הש"ך בס"ק ט"ז דמשואיל"מ אין ע"א פוטרו ובש"ך לעיל סימן ע"ב ס"ק ס"א כתב בחמשין ידענא וחמשין ל"י אין עד מסייע פוטר וכ"כ סמ"ע שם ובשע"מ כאן סק"ה כתב דפוטרו כיון דאית לו מגו לומר כמו העד אנן סהדי דקושטא קאמר דא"י ופטור לפמ"ש הש"ך בסימן ע"ב ס"ק נ"א דל"א בנון ידענא ובנון ל"י דחייב רק משום דחשדינן לו דיודע ואין נשבעין שה"ת דא"י וכאן די"ל מגו אנן סהדי דא"י וסיים השע"מ אולי הסמ"ע וש"ך בסימן ע"ב מירי כשבא העד אחר שטען בב"ד א"י וא"כ כשטען לא ה"ל מגו עכת"ד ולע"ד אם כדבריו אפילו בא העד אח"כ הרי יש לו מגו עתה לחזור ולומר נזכרתי שאינו חייב רק בון וכמו בא"י א"פ דלעיל סימן ע"ה ס"ט בהג"ה ולעיל סימן כ"ט וכ"כ נתיבות לעיל סימן ע"ה סי"ב סק"ח דגם במשואיל"מ כגון בחמשין ידענא וחמשין ל"י יכול אח"כ לומר נזכרתי דמא"י ליודע לזה חתר וטוען אמנם י"ל בנידון דסמ"ע וש"ך בסימן ע"ב במלוה על המשכון ונאבד דמלוה טען א"י כמה הי' שוה יותר מהחוב מירי דטען שלא ידע מעולם כמה הי' שוה דשוב לא יכול לומר שיודע דהוי חוזר וטוען חמש דאחר דמתחלה לא ידע איך יודע עכשיו והמשכון כבר נאבד אבל באומר חמשין לא ידענא שאינו זוכר אם לוה בזה אפילו יבא העד אח"כ יש לו מגו.

אלא דשע"מ כתב וז"ל ול"ל דאין זה מגו לומר להד"ם בברי דהוי מגו דהעזה דהשתא שטוען א"י אינו מעיז דכיון דהעד מסייע לו מעיז וראי' ברורה מרא"ש פ"ק דב"מ דהוכיח דעד מסייע פוטר משבועה מדאמרינן בשטר שכתב בו סלעים והמלוה אומר ג' ולוה אומר שתים דפטור משבועה משום דמסייע לו שטר כ"ש בע"א מסייע והרי התם קי"ל במלוה אומר חמש ולוה אומר שלש נאמן במגו דשתים ול"ה העזה כיון דשטר מסייעו א"כ כ"ש כשע"א מסייעו ואינו ראי' דבשלמא כשאומר לוה שלש דמעיז גם עתה רק אינו העזה כ"כ ככופר הכל וגם עתה אין השטר מסייעו לכן י"ל מגו דיאמר שתים נהי דמעיז קצת יותר לעומת זה יהא שטר מסייעו משא"כ כשאומר א"י אינו מעיז כלל אפשר אינו

רוצה להעיז כלל אף בעד מסייע דמ"מ מלוה יכיר בשקרו וטוב לו יותר לומר א"י דיסייעו העד ולא יעיז כלל וכיון דהש"ך בסימן ע"ב ס"ק נ"א כתב דאפילו מסתבר יותר דבאמת אינו יודע מ"מ כל שהתובע אינו מודה לו שאינו יודע הוי משואיל"מ ה"נ אף דיש לו מגו כיון דהוי מגו דהעזה ל"ל אנן סהדי דקושטא קאמר תדע דהא בב"ש א"ע סי"ז סק"ו הביא מהרא"ש דבע"א מסייעה א"י להעיז ולדברי שע"מ יהא דברי רא"ש סותרין זא"ז ועכצ"ל כמ"ש.

כתב עוד השע"מ אף דבתשובת רשב"א שהביא ב"י בסימן ע"ב מחודש כ"ב מפורש דבנון ידענא ונון ל"י ל"מ עד מסייע אין ראי' מדבריו דאזיל לטעמי' דס"ל דאין עד מסייע פוטר מש"ד אלא משבועת התקנה דוקא כמ"ש המל"מ פ"ה משאלה אבל לדידן דקי"ל דעד מסייע פוטר אף מש"ד ה"ה בנון ידענא ונון לא ידענא וגם קצו"ח בסק"ט כתב דאין ראי' מתשובת רשב"א לפמ"ש מל"מ פ"ה מהלכות שאלה דרשב"א סובר דל"מ עד ע"פ ספק ומה אעשה שהמל"מ וקצו"ח ושע"מ לא ראו בתשובת רשב"א עצמו רק בב"י וברשב"א עצמו ח"ג סימן כ"ג ז"ל דבר ברור הוא שאין העד נאמן שאין עד אחד בא לממון כלל אלא לשבועה וד"ת אלו לא הי' כאן ע"א הי' המשאיל נוטל בלא שבועה דהוי משואיל"מ הרי דמשום דבא לפטור מממון אינו מסייעו לפטרו אפילו ת"ל דמשבועה דאורייתא הי' פוטרו

ובקצו"ח סק"ט הקשה דאם איתא דמשואיל"מ כשיפטר ע"י עד חשוב קם לממון א"כ כשטען א"י וע"א מעיד דחייב דמשואיל"ם למה הא הוי קם לממון וכן בחשוד דצריך לשלם עפ"י העד י"ל לפמ"ש בתשובת מיימני לספר משפטים סימן ס"א דבנסכא דר"א ל"ח קם לממון דאי הוה בעי הוה טען לא חטפי והי' נשבע ולא משלם להכי כי טעין דידי חטפי ואיכא חד סהדא משלם כיון דעיקרו לא אתי סהדא לחייב ממון קרינן בי' אינו קם לממון אבל בחשוד אי שכנגדו שקיל בלא שבועה ע"י ע"א ונמצא דבכל שעתא יטול ע"י ע"א ונמצא קם לממון שהחשוד א"א לו להשמט כלל מלשלם היכא דאיכא ע"א לכשכגדו ולפ"ז תינח כשנתחייב לשלם ע"י עד אחד ל"ח קם לממון דביד הנתבע להשמט בטענה להפטר וכשלא טען כן הודאתו גרמה לחייבו אבל כשמחויב שבועה ואי"ל ומשלם ומביא עד אחד לפטרו בזה אין ביד התובע להשמט מהפסד זה בשום טענה א"כ אם יפטר ע"י העד הוי קם לממון ובזה נדחה נמי קושית קצו"ח כיון דילפינן עד מסייע פוטר משבועה בק"ו אם מחייב מכ"ש דפוטר דכח המוחזק עדיף ק"ו זה יש נמי שיועיל לפטרו ממשואיל"מ ולפמ"ש א"ש דבשלמא כשמחייב לא הוי קם לממון

דביד הנתבע להנצל רק הודאתו גרמה אבל לפטור דאין ביד תובע להנצלותא קם לממון משא"כ לענין השבועה יש ק"ו דאין ביד נתבע להנצל משבועה נגד ע"א.

ומחשוד ל"ק דמה"ט שכנגדו צריך לישבע כמ"ש בתשובת מיימוני ואף דזה רק תקנתא צ"ל או דס"ל דמה"ת חשוד פטור מלשלם וכמ"ש תומים סימן צ"ב סק"י או דס"ל כמ"ש תוס' בב"ק דף ק"ח דמן התורה חשוד נאמן לישבע והובא בקצו"ח סימן צ"ב סק"א ובארעא דרבנן במה"ב אות ח' וא"כ הם אמרו והם אמרו דלא יטול שכנגדו רק בשבועה ולא קם הע"א לממון לא מן התורה לא מדרבנן רק הא קשיא לי על התשובת מיימני מה יענה בשניהם חשודים ועד אחד מעיד לחייב הנתבע דמבואר בשבועת העדות דף ל"ב ע"ב דחייב לשלם והא בזה קם לממון דשכנגדו נוטל בלא שבועה וגם מזה קשה לי עמ"ש תוס' פ"ק דב"מ דף ה' בד"ה שכנגדו הא דבחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל ולא אמרינן משואיל"מ כבחמשין ידענא וחמשין ל"י ובנסכא דר"א משום דא"כ לא שבק לו חיי דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו ועוד הוא ברצון ישבע אם נניחנו ולכך לא ישלם ומה יענו בשניהם חשודים דחייב לשלם א"כ לא שבקת חיי לחשוד דחשוד אחר יבואתו לידי שבועה וגם בזה צווח אני רוצה לישבע ועכצ"ל דלא אמרו תוס' ותשובת מיימני רק היכא דאפשר לתקן ע"י שבועת שכנגדו אבל כשכנגדו נמי חשוד לא השגיחו בזה דיחשוב קם לממון דהא בלאה"נ מן התורה או דחשוד נשבע ונפטר או פטור בלא שבועה וחכמים קנסוהו לחשוד וכיון דהשבועה עליו הי' מוטל קנסוהו לדידי'.

הג"ה כשכת"י תובע מסייע לנתבע פטור משבועה במבי"ט ח"ב סכ"א מתשובת רב עמרם גאון ז"ל אם כופר והשטר מסייע לדבריו אין אנו דנין להשביע שאם אנו דנין להשביע לא יהי' השטר מועיל כלום אבל צריכים להודיע את בעל הדין שאם יפטר אותו השטר מדיני אדם לא יפטר אותו מד"ש ויודע נסתרות ישפוט על אמיתת הדבר ומזהירין בזה דברים שחשובין כמו החרם לפי חכמת הדיין עכ"ל ונראה לעשות כן ג"כ בשטר שיש בו נאמנות.

סעי' י' אם קדם ותפס כ"כ הרי"ף אהא דאמר בפרק הכותב אי פקח מייתי לה לש"ד דנ"מ אי תפסה וכתב הרמב"ן דמסתברא דדוקא בתפסה מעות אבל תפסה מטלטלין כיון דגופייהו לא מקנינן מפקינן מינה והדר לא גבי' אלא בשבועה והביאו הסמ"ע וכתב הש"ך שכן דעת הש"ע בא"ע סימן צ"ו שכתב אי תפסה מעות לא מפקינן מינה וכ"כ האחרונים שם והשע"מ הקשה מהא דלעיל סימן מ"ב ס"ח דכל היכא דיד בעהש"ט עה"ת אי תפס מטלטלין לא מפקינן מיני' וכן הוא בסימן מ"ו סל"ז בספיקא דתרי ותרי

ולא אמרינן כיון דגופייהו לא מקנינן מוציאין ממנו והדר לא יגבה מספק לכן דחה השע"מ דברי הש"ע וסמ"ע וש"ך וכתב דהרי"ף ע"כ לא מחלק דהא כתב הנ"מ על הגמרא ומדינא דגמרא כתובה אינה נגבה רק מקרקע ומעות ומטלטלי לא משתעבדי ובקרקע לא משכחת תפיסה ועכצ"ל נהי דלא משתעבדי מ"מ תפיסה מהני עכת"ד ולק"מ דשאני בספק דא"א להשתלם כלל מהלוה אפילו אית לו מעות בעין א"כ הוי כלית לו מעות ושום דבר רק מה שתפס המלוה דלא עדיף מאם הלוה גברא אלמא דהוי כלית לו ונפרעין ממשעבדי ומערב כדלקמן סימן קי"א סי"ג וקכ"ט ס"י ה"נ נכסותו ערבין ביה וכיון דלא יוכל להשתלם מן הלוה נפרע מהמטלטלין שתפס אבל הכא הרי יכול להשתלם בשבועה ממעות ע"כ צריך להחזיר המטלטלין וממילא ל"ה כתפס דאין לו זכות בהן ומה שהקשה מדברי רי"ף ג"כ לק"מ אף דקצו"ח נמי הקשה הכי דשפיר נ"מ גם לדינא דגמרא דתפסה והוציאה ואין לה לשלם רק קרקע כקרקע שיש לבעלת א"כ כשתשבע תעמוד בשלה דל"ש ז"נ וז"ג כשהקרקעות שוין וכדלעיל סימן פ"ה ממילא חשוב תפיסה וא"צ שבועה והרמב"ן הורה הלכה עתה שתקנו הגאונים דגם מטלטלין ומעות משתעבדי לכתובה דוקא בתפסה מעות דבתפסה מטלטלין אין לה קנין בהן וצריכה להחזירה אף אחר שתשבע וישלם לה מעות לכן ל"ח תפיסה אבל תפסה מעות אפילו ישנם בעין א"צ להחזירה עתה ואף דגם בזה יש לפקפק לפ"ד האחרונים שחלקו על הש"ך דלקמן סימן ק"א סק"א מ"מ הא בלא"ה כתב הה"מ פט"ז מהלכות אישות סק"ה דדעת קצת מפרשים דגרושה הבאה לגבות מהבעל גובה אף מן המטלטלין דמיני' דידי' אפילו מגלימא דעל כתפי' ועיין תומים לקמן ריש סימן ק"א מה שהביא מהרשב"ץ ולע"ד ודאי כשתפסה מעות ובעל רוצה לסלקה בקרקע או מטלטלין אין להוציא מידה די"ל קי"ל כהפוסקים דכשיש לבעל מעות צריך לשלם במעות אבל כשתפסה מטלטלין ואינה רוצה לישבע אין לומר קי"ל נגד סתימת הש"ע וסמ"ע וש"ך וב"ש דפסקו כרמב"ן וי"ל תשבע ואשלם לך מעות ולא מטלטלין הללו שו"ר בזכל"א א"ע אות כף העלה לתלנה דאם תפסה מעות אפילו מיתומים יכולה לומר קי"ל ואין יכולין לסלקה בקרקע או מטלטלין.

ותפס לא מפקינן מיני' כ"כ הרי"ף בכתובות פרק הכותב אהא דאמר שם בש"ס אי פקח הוא מייתי לה לש"ד דנ"מ אי תפסה ובבע"ה שכ"א ח"א ס"מ כתב אהא דאמרינן בשה"ד אי צורבא מרבנן הוא לא מזדקקינן לי' דיש תימא מה אריא צ"מ הלא כך הדין בכ"א ויש דפריש דנ"מ אי תפס ואינו רוצה לישבע דלא מפקינן מצ"מ ואין זה נוח לפי מת שפסק הרי"ף בפרק הכותב דה"ג דינא לכולא עלמא דאי תפס בדרבנן לא מפקינן מיני' והר"ן בשה"ד תירץ דכי אמרינן בדרבנן לא נחתינן לנכסי' בנתבע שתפוס ברשות אבל

תובע שתפס שלא ברשות מפקינן מיני' וזה עיקר והקשה הגד"ת איך תפס הר"ן לעיקר היפך סברת הרי"ף ובשער שביעי ח"א ס"ב תמה עוד דבפרק הכותב החזיק הר"ן בסברת הרי"ף דאפילו בנשבעין ונוטלין דתפס שלא ברשות לא מפקינן כיון דבפרק שה"ד אמר טעמא דלא נחתינן לנכסי' בדרבנן דקי"ל כרבנן דבגזל דרבנן לא מוציאין וא"כ אין לך תופס שלא ברשות יותר מגזלן דרבנן ואפ"ה לא נחתינן לנכסי' וזה ראי' גדולה ומה יענה לזה הר"ן בפרק שה"ד והנלע"ד דמבואר לעיל סימן ס"א ס"ו שטר שכתב בו שיש רשות למלו' שירד לנכסי' לוה בין בפניו בין שלא בפניו בלא רשות ב"ד ובלא שומא והכרזה אינו רשאי לעבור על דברי תורה לירד לנכסיו שהמלוה את חברו לא ימשכנו אלא בב"ד אבל אם לא מצא דיין שרוצה לדונו אז יש לו רשות לעשות דין לעצמו עכ"ל מבואר אף דיורד לתפוס לגוביינא ואין החסרון מחמת השומא דהא הרשהו ליטול בלא שומא מ"מ עובר על דברי תורה ובב"מ דף קט"ז איתא ההוא גברא דחבל סכינא דאשכבתי' מחברי' אתא לקמי' דאביי אמר לי' זיל אהדרי' והקשו תוס' בד"ה וחייב הא אביי ס"ל אע"מ ולמה אמר זיל אהדר ותרצו שאם הי' יודע שהוא אסור לא הי' חובלו וה"ל זכי' בטעות לכן גם לאביי אעל"מ והובא בשע"מ לקמן סימן צ"ז ססק"ב וכ"כ תוס' בתמורה דף וא"ו בד"ה שאני דמיירי שלא נתכוין לעבור לכן א"ל אהדר ולפ"ז לאו דוקא בבלי או"ג דכיון דיורד שלא ברשות עובר על ד"ת ואם אינו מתכוין לעבור הוי זכי' בטעות וצריך להחזיר ממילא לא חשוב נחתינן לנכסי' דאין לו זכי' במה שתפס אבל צורבא מרבנן כיון דלא מזדקיקין לי' א"ב אין לו דיין שרוצה לדונו ולבזות תורתו לישבע אינו מחויב והוי במקום פסידא רשאי לעשות דין לעצמו ונ"מ שפיר בין צ"מ לשאר אינשי ולא ברשיעי עסקינן שיתכוונו לעבור על ד"ת ובמועד קטן דף י"ז איתא דצו"מ עביד דינא לנפשי' פרש"י דאמר לי' את מחייבת לי הכי והכי משמע משום דאחר אינו רשאי לעשות עצמו דיין ויש בו משום לא תבא אל ביתו אבל צו"מ ביון דפסיקא לי' עביד דינא לנפשי' ויש לו דין דיין לעצמו ועכ"פ בכה"ג דלא ימצא ב"ד להזדקק לו לעשות לו כד"ת לפרוע לו בלא שבועה ודאי רשאי וכ"ז בחוב הבא מחמת מלוה אבל בכתובה דהוי כבא מחמת שכירות שנשאת לו בזה אין איסור כמבואר בסימן ד' בהג"ה דאם חייב לו בלא הלואה מותר לתופסו וע"כ שפיר כתב הרי"ף בכתובה דמהני תפיסתה ואפשר גם הר"ן בהכותב לא כלל שאר בשבע נשבעין ונוטלין עם כתובה רק בדומה לכתובה ובזה לא יסתרו דבריו ולפמ"ש הי' ראוי לנו לומר דבחוב הבא מחמת מלוה ולא ידע התופס דאסור לתפוס ל"מ תפיסתו וצריך להחזיר רק אם מודיעין שעשה איסור ואינו חושש הרי הוא תופסו עתה בכונה לעבור ואע"מ אמנם לפמ"ש הריב"ש בסימן שצ"ו דנוטלו לגוביינא לא אסר תכתוב אלא בנוטלו

להבטחה לבד ואין דעתו להפרע מהמשכון ההוא וכ"כ נ"י הובא בקצו"ח סימן צ"ז סק"ג דבתורת גבי' שרי וקצו"ח הקשה היכא שייכה תורת גבי' בלא ב"ד ומאן שם לי' וע"כ אינו אלא למשכון והניח בצ"ע אבל בריב"ש מבואר דאם אין דעתו להפרע מהמשכון ההוא רק נוטלו כדי שלא תשמיטנו שביעית ולא יעשה מטלטלין אצל בניו עובר אבל אם נוטלו להפרע ממנו ע"י שומת ב"ד אינו עובר ונראה דחולקין על הרא"ש מרי' דהאי דינא דלעיל סימן ס"א ס"ו מ"מ צ"ע אי תפס בחוב הבא מחמת מלוה לגוביינא אם י"ל קי"ל כיון דפתיך בי' ספק איסור עיין ש"ך יו"ד ס"ס קע"ז ושאני בכל ספק ממונא כיון דב"ד לא יגבהו להוציא מהשני הוי כאין נמצא לו דיין אבל הכא דדיין יזדקק לו רק אינו רוצה לישבע ואינו צורבא מרבנן

סעי' י"א אין שומעין בשע"מ הנשה דלפמ"ש הרא"ש דנק"ח בש"ד רק מדרבנן א"כ יהפך עכ"פ שלא יחויב לישבע בנק"ח דיאמר או אשבע בלא נק"ח כד"ת או השבע אתה דהא דרבנן יכול להפוך ול"ק דמבואר בא"ח סימן ס"ז בספק קרא ק"ש מחויב לקרות כולה ובברכה אף דברכות דרבנן וספק דרבנן לקולא גם מן התורה אינו רק פ' ראשון מ"מ כיון דחייב לקרות הדאורייתא מחויב לקרותה במו שתקנו חכז"ל עיי"ש בפר"ח ה"נ כיון שגוף השבועה מוכרח לישבע דש"ד א"י להפוך ממילא צריך לישבע כמו שתקנוה חכז"ל.

סעי' י"ג חשוד פטור כתב בשו"ת ר"י אבן מגא"ש סימן קנ"ז מעשה שנתחייב אחד אצל רבינו יצחק ז"ל היסת ואמר התובע לנתבע אני יודע שתשבע לי לשקר שכבר נשבעת לפלוני ופלוני לשקר וא"ל ר"י מכיון שהודית שהוא חשוד לא נשאר לך עליו שבועה ולא שום דבר עכ"ל ונראה אם חזר לומר שסבר כך מחמת ששמע מפלוני ופלוני חוץ לב"ד וטעה בדין דכסבור דחשוב עדות מתני חזרתו כדמוכח בסמ"ע לעיל סימן כ"ח ס"ק ל"ז ולא גרע בע"ד מעדים רק כשאמר דהאומר לו נאמן בעיניו גרע בע"ד מעדים דעדים א"י להאמין לזולתם לחוב לאחריני משא"כ בע"ד דאומר דמהימן בעיניו הוי כתודה דיודע בעצמו וכמבואר ביו"ד סימן קכ"ז ואם חוזר ואומר שקר אמרתי שסברתי שיתנו לי השבועה או שאר אמתלא י"ל דמהני לפי המבואר ביו"ד סימן א' סי"ד עיי"ש בש"ך ובסימן ב' בש"ך ס"ק י"ט בשם מהרי"ק דל"ש בזה שוי' אנפשו חד"א לפוסלו נגדו לעולם כיון דמהני תשובה עיי"ש ולפ"ז גם בנידון הרי"ף אף דאומר דיודע בבירור שכבר נשבע הנתבע לשקר מ"מ כיון דלא נתברר זה בפני ב"ד לא יפסל מלישבע גם כנגד זה כיון דכל חשוד כשעושה תשובה מתכשר ומוכח מזה בהפר"ח ביו"ד סימן א' ס"ק מ"ב דס"ל דעד העד פסול לעולם ובת"ש שם סימן ב' ס"כ ובפרמ"ג וישפ"ק כתבו דגם מהרי"ק לא

קאמר רק כשהעד חוזר ואומר שקר העדתי ל"ש שוי' אנפשי' חד"א כיון דאין האיסור ברור דבידו לעשות תשובה עיי"ש א"כ ה"נ ועמ"ש לקמן סימן צ"ב ס"ו.

חוץ משבועת היסת שא"צ נק"ח וצריך טעם למה ישתנה משבועת המשנה דצריך נק"ח וכן לענין לישבע בשם ובכינוי מזה ראי' לדעת ידי אלי' הובא ביד מלאכי כללי הכף דכל דתיקן רבנן כעין דאורייתא תיקן לא אמרינן אלא בתקנת תנאים אבל אמוראים אין כח בידם לתקן כעין תורה והיסת דר"נ תקנו לא תיקון כעין תורה אבל רש"י דס"ל בפרק כל הנשבעין דגם היסת בזמן תנאים ניתקן הא ס"ל דגם שבועת משנה א"צ נק"ח כמבואר דעתו בפרק הכותב דף פ"ח.

והנה בפשה"ד דף מ"א בתוס' ד"ה מאי ז"ל בפרק הכותב גבי הא דאר"נ אי פקח הוא מייתי לה לש"ד פרש"י דנ"מ דבדרבנן לא בעי אנקוטי חפצא ואין נראת דההוא נפקותא לא אמרינן הכא עכ"ל ובעל עיטור הובא בש"ך כאן ס"ק ל"ח הקשה עוד מפ"ק דב"מ דף ה' דאמר אם איתא לדרח"ק משתבע ופריך נחייבו מדר"ג ומשני דר"ג תקנתא הוא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן משמע דבחדא תכסיסא הוא והש"ך הוסיף להקשות דנ"מ מדר"ח לחייב לכשנגדו בנק"ח והרא"ש תירץ קושית תוס' בסה"ד שם דלא בעי רק נ"מ לדינא לא לענין תכסיסי השבועה ומההוא דב"מ לא הזכיר ונלע"ד טעמא דל"צ נק"ח בדרבנן דהגר הכריח הרא"ש בריש הפרק שם דנק"ח תקנתא דרבנן לאיים וא"כ כשכל השבועה דרבנן תקנתא לתקנתא לא עבדינן ושפיר בעי מה איכא בין דאורייתא לדרבנן לס"ד דלא ידע האי סברא דתקנתא לתקנתא ל"ע אלא דמ"מ הי' קשה לו להרא"ש דלמה צ"ל נ"מ לענין חשוד לימא נ"מ לכל נשבעין לענין נק"ח אחר דכבר מוכרח להמציא הסברא דתקנתא לתקנתא ל"ע ע"כ תירץ דלא בעי רק לענין דינא אבל בב"מ שפיר פריך לס"ד דנחייבו מדר"נ כיון דלא ידע עדיין סברא דתקנתא לתקנתא ל"ע א"כ תכסיסי השבועות שוין ומשני שפיר בסתמא דר"נ תקנתא הוא ותקנתא לתקנתא ל"ע ותירץ זה כולל דממילא נ"מ גם לענין נק"ח ובחשוד שפטור לגמרי.

ועוד לפמ"ש האחרונים דכל דתיקן רבנן כעין דאורייתא תקון דוקא א"ל עשו שיור בתקנה משא"כ אם עשו איזה שיור ותקנו לחצאין לא אלים כשל תורה וא"כ ת"ג אם שבועה דרבנן כש"ד לענין היפך וחשוד ונחותי לנכסיו אזי גם תכסיס השבועה הי' כעין דאורייתא אבל לפי מה דמסיק דעשו שיור לענין חשוד ממילא גם נק"ח לא צריך וע"כ ל"ה אפשר לומר א"ב לנק"ח עד שלא מצא איזה שיור בענין החיוב של הנשבע לכן בב"מ לס"ד דלא ידע סברא דתקנתא לתקנתא ל"ע וס"ד דגם בשד"ר מחויב לגמרי או לישבע או לשלם א"כ גם לענין תכסיס השבועה כעין דאורייתא תקון ועיין לקמן

סימן צ"ב ס"ט ולדעה ראשונה דהתם הך דתקנתא לתקנתא ל"ע לא אמרו בשה"ד רק בהיסת לכן שפיר י"ל מה"ט דבהיסת ל"צ נק"ח משא"כ בשבועת המשנה אבל לדעה בתרייתא דגם בשבועת משנה מיירי א"כ אין לחלק בין שבועת היסת למשנה אלא או כרש"י דתרוייהו א"צ נק"ח או כמהר"ם שהביא הש"ך דתרוייהו בנק"ח אך לטעם ראשון שכתבתי דאמורא א"י לתקן כעין תורה א"ש.

סעי' כ"ב כל מי שיתחייב שבועה בין של תורה בין של דבריהם אפילו היסת יש לו להחרים וטו"ז הוכיח דא"צ קב"ח בנשבע ונוטל וכן בהיסת שהפכה מדכתב המחבר סימן פ"ב ס"ט ואין הלוה י"ל או השבע וטול או הוציאני מהחרם דהיכא ס"ד שרוצה שמלוה יוציאו מהחרם דהא גם כי ישבע זה צריך לקב"ח תחלה וא"א להפטר מחרם דהא יאמר אשבע ואתה תקבל בחרם ואחר החרם לא ירצה לישבע ובשע"מ הוכיח דאותן הנשבעין בטענת ספק שמבואר בריש סימן צ"ג א"צ המשביע לקב"ח מדכתב הב"י בבד"ה על דברי רמ"ה דשותף שטוען לישתבע לי שחשיד לי בכך הדין עמו דיש לתמוה הא טענת שמא הוא ואפשר דחרם סתם קאמר עכ"ל וא"א דבשבועת שותפין צריך התובע לקב"ח שחשדו בכך מה קמ"ל דמצי להפך עליו שיקב"ח ומה צורך להיפוך הא בלא"ה צריך התובע לקב"ח קודם שישבע ופשיטא די"ל שיקב"ח בכך וכך וישלם לו א"ו דבשבועת שותפין א"ל התובע לקב"ח עכת"ר ולשון המחבר ורמב"ם כל מי שיתחייב שבועה וכו' משמע דאין חילוק וקושית טו"ז ושע"מ י"ל עפימ"ש רבינו יונה והובא בתרומת הכרי סימן זה ס"כ דאסור לקבל עליו לאמר אנכי אשבע למען הפחד חברו אעפ"י שאין בלבבו להשבע וע"ז נאמר לא תשא שמע שוא ויש בכללו לא תקבל לשבוע שוא וכן אמרו חכז"ל במכילתון ותרגום לא תשא שמע שוא לא תקבל עכ"ל וא"כ י"ל דגאונים לא תקנו לקב"ח רק כשזה מקבל עליו לישבע רגל"ד שבאמת רוצה לישבע ולא חשדינן לו שעובר על תשא לא תקבל שמע שוא ע"כ הטילו חרם על המשביעו שלא יביאו לשבועת חנם משא"כ כשאומר לא אשבע וקבל אתה בחרם דאדרבה מדאינו רוצה לישבע רגל"ד דאמת עם השני ולא תקנו קב"ח בזה לכן ס"ד דלוה י"ל או השבע וטול או הוציאני מהחרם וגם ל"ל כמ"ש הטו"ז דא"א לו להפטר מחרם דהא יאמר אשבע ואתה תקבל בחרם ואחר החרם לא ירצה לישבע דאסור לקבל השבועה כשאין בדעתו לישבע ולוה בטוח שמלוה לא יעבור על זה דמיקיים לוה במלוה תומת ישרים תנחם וכן הב"י שפיר קאמר בפירוש דברי רמ"ה דיכול להפוך שיקב"ח אף דאומר לא אשבע דבזה ליכא תקנת גאונים ולכן אין לחלק והכי נוהגין.

סעי' כ"ה באתננה בש"ך ס"ק נ"ח כתב אף דסתמה נדה ובכרת מ"מ ל"ש קלב"מ רק בבא על אמו וח"ס חחו"מ סימן כ"ז כתב כיון די"ל אעל"מ רק גלתה תורה באתנן דמהני אפילו באמו אין לך בו אלא חידושו דאינו רק כשתפס או לצי"ש עיי"ש ולע"ד ליתא חדא דאיסור נדה הוי רק כזמן כיון דאין האיסור בעצם רק מצד אחר וכמו באיסור שבת דמקח קיים עיין לקמן סימן ר"ח ת"נ אי טבלם ליכא איסור מן התורה ועוד לפמ"ש מהרי"ט דאעל"מ רק כשיתוקן האיסור עי"כ א"כ ל"ש כאן.

סעי כ"ח אינו נפסל לשבועה עפ"י עצמו כתב בסמ"ע דר"ל דחוזר ונשבע בזה על השאר שהרי הודה ששבועתו הראשונה היתה לשקר וקצו"ח ס"ק כ"ז השיג עליו מדאמרינן בהגוזל דף ק"ז הטוען טענת אבדה בפקדון ונשבע וחזר וטען טענת גנבה א"צ לישבע פ"א דנאמן במגו דאי בעי אמר אמת נשבע ולק"מ דודאי בלא"ה י"ל דחוזר ונשבע כיון דמעיקרא לא נשבע רק היסת שלא בנק"ח ועתה מודה במקצת וכמ"ש הב"ח ע"כ דסמ"ג ר"ל אף כשאומר עתה הילך או בדבר שאין בו ש"ד וכן מוכרח דאל"כ הא יכול התובע לומר כיון דלדבריך חשוד אתה אני אשבע ואטול וכדלקמן סימן צ"ב ובפרישה שם ס"ח הקשה כן ותירץ דמיירי דאומר טעיתי בפעם ראשון ולא נראה דא"כ בלא"ה לא נפסל דנהי כשיש עדים ל"מ לומר שטעה מ"מ כשליכא עדים הפה שאסר התיר ולמה אומר דלא נפסל עפ"י עצמו דאאמע"ר הא אינו פוסל עצמו כלל ועכצ"ל דמיירי בגונא דגם השתא אינו חייב ש"ד ומ"מ אף דאומר הילך אין לו מגו דכפר הכל דהוי העזה יותר וכמ"ש בנתיבות סימן זה ס"א סק"א משא"כ בב"ק דגם עתה כופר הכל.

סעי' ל"ג אין להשביע היכא דאיכא למיחש שיתברר הדבר ופירש הש"ך כגון דהחשש שיוציא שטר עליו או יביא עדים שהמלוה התנה אל תפרעני אלא בעדים ויתחייב לשלם לו מפני העדים או השטר ונמצא שבועת לוה לבטלה וש"ש מתחלל ומביא ראי' מתוס' פרק המפקיד דכתבו דלוה אינו נשבע כמה הי' שוה המשכון שמא יוציא המלוה אח"כ המשכון ונמצא נשבע לבטלה וכתב בשע"מ דלפ"ז ה"ה אם ידוע לב"ד שיש עדים שהיו אצל גוף המעשה אלא דלתניהו קמן אין משביעין את הלוא דדילמא יבאו אח"כ ויעידו כדבריו ונמצא ש"ש מתחלל ומכח זה השיג על הב"ח דלעיל ריש סימן ט"ז עיי"ש ולע"ד אינו דבשלמא בגונא דצייר הש"ך שפיר יש חשש דמלוה יביא העדים אח"כ וב"ד ע"כ יזדקקו לגביית העדות דנ"מ לענין ממון וממילא יתברר שנשבע הלוה בחנם אבל בלא"ה אין חשש דאם לוה יביאן לא יזדקקו הב"ד להגביית עדות כיון דכבר נפטור הלוה למה יעשו כך שיהא ש"ש מתחלל ח"ו על מגן וכ"ז שלא יעידו בב"ד אין כאן בירור דאפילו יאמרו חוץ לב"ד אפשר משקרי דכ"ז שלא נחקרה עדותן בב"ד י"ל מבודין היינו ואפילו

יזדקקו הב"ד לשמען מ"מ כיון דאין נ"מ בעדותן מבואר בפרק שבועת העדות דכל דלא נ"מ בעדותן אין חייבין דאם לא יגיד ונשא עונו לא אמרתי אלא במקום שאלו מגיד זה מתחייב זה ממון עיי"ש דף ל"ב וכיון דאינם בא"ל יגיד ממילא ליכא להאמינם דלא האמינה תורה עדים רק אי קאי באם לא יגיד וא"כ הכא גם בב"ד הוי כחתן לב"ד ולא חשוב בירור כלל ולא לחנם הוכרח הש"ך לצייר בגונא שיהא תועלת בעדותם לענין ממון ובלא"ה כל הדין חידוש דמתוס' אין ראי' דשא"ה דאפשר לתקוני שישבע המלוה תחלה אבל שלא להשביע כלל ויאכל הלה וחדי מנ"ל וכן מצאתי בעה"ג סימן פ"ג וא"כ הבו דלא לוסיף עלה ואם אין חשש רק שיביא עד אחד אין לדחות השבועה לגמרי וכמ"ש השע"מ ונ"מ לדידי אף שאם יבא יהא נ"מ בעדותו לענין שבועת התורה וכה"ג אבל ה"ד שלא לדחות לעולם אבל זמן נותנים וכמ"ש בשע"מ סימן ט"ז סק"א דפשוט דשלשים יום נותנין ונסתפק אה נותנין זמן יותר אלא דאם לא בא לזמן שנתנו לו אזי משביעינן לו אף דידוע שיש ע"א שיודע הדבר גם ראיית השע"מ מתוס' אינו מוכרח רק דלא נימא דלא נשביעו לעולם עיי"ש דלא כד"ג כלל ל"ב ס"ה דכתב בשם השע"מ דאין ממתינן עד שיביא העד עיי"ש דמשמע דאין נותנין זמן כלל ולכן כתבו בכלל זמן לפרעון ולעדות ובאמת ליתא לישנא דאין ממתינין בשע"מ.

ובפחז"ה דף ל"ה זה אומר של אבותי וז"א של אבותי כד"ג כיון דאיכא למיקם עלה דמלתא וכתב בתשובת הרא"ש כלל ע"ז ס"א דאיכא למיקם עלה דמלתא שמא ימצא אחד מהן עדים לאח"ז וגנאי לב"ד שיפסקו שודא או חלוקה ויצטרכו להחזיר הלכך נסתלקו חכמים מן הדין ואמרו כד"ג אולי יתברר הדבר לאח"ז הילכך מצי אידך למימר אישתבע דבדין תפסת וכן הוא לקמן סימן קל"ט ס"א עיי"ש ולכאורה אדרבה כיון דאין ב"ד נזקקין מחשש שיתברר דסתמא יש עדים בעולם שידעו מי מאבותיהם החזיקו בו רק ליתניהו קמן כעת מה"ט גופא לא נשביעו דכשיבואו עדים יתברר שבחנם נשבע ויל"ע דבלאו חשש שיתחלל ש"ש אם ידוע שהיו עדים כשנעשה הוי על"ג ואיך נחייבו לישבע ואם אינו רוצה לישבע משמתינן לו שישלם וכ"ש בש"ד דניחות לניכסי' הא על"ג ואטריחי ב"ד בכדי תרי זימני לא מטריחינן כדאיתא בב"מ דף ק"י ולקמן סימן שי"ז ס"ג ומשמע שם דלא משבעינן לי' מדלא כתבו כמו בס"ב וכ"ש דקשה מלעיל סימן ט"ז דאם גלוי וידוע לב"ד שפו"פ הם עדים בדבר והרחיקו נדוד נותנים לו זמן עד שיוכל להביאם דאפילו נימא כמ"ש השע"מ דמיירי שהנתבע נתחייב ממון ורוצה להביא עדים ליפטר מהממון דכה"ג נותנים לו זמן ואם לא הביאן להזמן מוציאין הממון ממנו ולמה הא עבידי לגלויי ואטרוחי ב"ד בכדי לא מטריחינן ולכאורה ראי' מזה למ"ש הסמ"ע סימן שי"ז

בס"ק י"א דדוקא התם חשוב על"ג דמוטל על העדים לזכור כיון שסתמו בשטר אבל הש"ך וטו"ז חולקים והש"ך שם סק"ט הביא מריא"ז אע"פ שמתו העדים אפשר שיתברר הדבר כי שמא העדים או בע"ד גילו הדבר ברבים ועשוי להתגלות וגם הריטב"א בריש ב"מ חשיב הך דפחז"ה דז"א של אבותי וז"א של אבותי דעבידי לגלויי וא"כ אידי ואידי חד שיעורא וכמו בסימן קל"ט חייב שבועה ה"נ בהך דסימן שי"ז ודוקא ממון אין מוציאין כשעל"ג אבל להשביע משביעינן דאם ישבע לא מטרחינן לב"ד ואם לא ירצה לישבע רגל"ד דשקר בימינו וודאי לא יחזור הדין אחר שיוציאו מידו וא"כ מוכח איפכא מדברי השע"מ דהך דסימן ט"ז מיירי דוקא לענין שבועה אבל לענין חיוב ממון להוציא אין להזדקק כלל כ"ז שיש חשש שיתברר וכן משמע לקמן סימן פ"ח קל"ב דבכתוב בשטר סלעין ומלוה אומר שלש ולוה אומר שתים פטור רק מש"ד אבל היסת נשבע והרי על"ג כמו בהך דסימן שי"ז ע"י הע"ח וע"כ משבועה לא פלט ודוחק לומר דשאני הך דסימן שי"ז דלא ה"ל להניחו לאכול אחר עבור הזמן וכיון דלא עיכב עליו איהו דאפסיד אנפשי' ולא מטריחינן ב"ד בכדי דה"נ אפסיד אנפשו שהלוה שלש על שטר שכתוב סתם סלעין ועיין גד"ת סוף שער ס"ח והובא בש"ך לעיל סימן מ"ב סי"ב ס"ק כ"ה מוכח דלא מחלקי בין שטר שכתב בו סלעין לבין משכנתא שכתב בו שנין ולש"ך הך דסלעין עדיף לסייע ללוה ומ"מ נשבע היסת אף דעל"ג ע"י ע"ח שהיו שם ומוטל עליהם לזכור ועמ"ש לקמן סימן צ"א ס"ב.

סעי' ל"ד על תנאי כך וכך נאמן במגו בשע"מ ס"ק כ"ה כתב דאם לא פירש התנאי רק אומר שהי' כן בלבו ל"מ מגו דמ"מ הוי דברים שבלב מדאמרינן בקידושין דף נו"ן דהאומר לשלוחו הבא לי מן החלון והביא לו אעפ"י שאמר בעה"ב לא הי' בלבי אלא ע"ז מעל משום דהוי דברים שבלב אף די"ל מגו דמזיד הייתי והשיג מכח זה על החכ"ץ שכתב בסימן קט"ו בקדושי ע"א דהיכא דאיכא מגו ל"ה דברים שבלב עיי"ש וכבר קדמו בראי' זאת הב"מ בא"ע סימן מ"ב ולע"ד אינו מוכרח די"ל דבשלמא בלא מגו כיון דלא חשש לפרש ודאי לא קפיד משא"כ כשיש לו מגו י"ל דסמך שיאמנו דבריו מכח המגו לכן לא פירש וגבי אמר לשלוחו הבא מהחלון ל"ל כן דאם קפיד שלא יביא אלא מזה ה"ל לפרש דאחר שיוציא מעות אחר מה יועיל לו המגו דהא בלא"ה לא ידע כלל שהמעות הקדש רק אומר בלבו הי' שלא יביא רק מזה שלא הי' רצונו להוציא רק מזה.

אמנם נראה דתליא בשתי סברות שבתוס' ר"פ השולח בד"ה מ"ד איגלאי מלתא למפרע דתחלה כתבו דדברים שבלב אינן דברים אעפ"י שנאמן לומר כך הי' בלבי ואע"ג דבעלמא גבי ההוא דזבין אדעתא למיסק לא"י בדין הוא דל"ה דברים כיון שלא חשש לפרש רוצה

הוא שיתקיים הדבר בכל ענין אבל כאן עושה כל מה שיכול לעשות מ"מ עשאום חכמז"ל כדברים שבלב ולפ"ז י"ל רק בגט עשו כן וכמו דגזרו שלא יועיל ביטול שלא בפני ב"ד ומכ"ש בקידושין בע"א דגם למאן דמחמיר אינו רק דחוששין וכיון דמן התורה הוי דברים שבלב כה"ג דברים דמה דלא חשש לפרש דסמך אמגו א"כ הוי רק כספקא דרבנן אבל למ"ש תוס' אח"כ ועוד נראה לר"י דדברים שבלב אינן דברים אפילו היכא דקים לן שנאנס מלפרש א"כ הוי מן התורה ואפילו נאמן שכך הי' בלבו כמו התם בהשולח דאיגלאי למפרע א"כ ה"נ אנו ל"מ כיון דמ"מ בשעת מעשה לא נודע מה בלבו אף דל"ל מדלא חשש לפרש רוצה הוא שיתקיים בכל ענין דהתם בהשולח נמי ל"ל כן ומ"מ הוי דברים שבלב ואינן דברים ובפסקי תוס' שם העתיק רק סברא בתרא.

סעי' ל"ו פטור מהאחרים כתב הש"ך סקפ"ג דשותפים שחייבים שבועה נראה דישבע אחד וחברו יאמר אף אני כמוהו וקצו"ח השיגו ממ"ש ריי"ף פ"ג דשבועות דמתפיס בשבועה לאו כמוציא שבועה אבל מתפיס בנדר חייל כדתנן הריני נזיר ושמע חברו ואמר ואני ובנזיר מבואר והוא דהתפיס תכ"ד ואפ"ה דוקא בנזיר משום התפסה את"ד ובפ"ז דסנהדרין דף סמ"ך ע"א משמע דגבי עדות מדינא מהני אף אני כמוהו רק משום מעלה עשו אך רש"י פירש אף אני כמוהו שמעתי עיי"ש ובריטב"א פרק שני דנדרים כתב דההוא דנזיר לאו משום התפסה הוא כיון דאמר תכ"ד ואני כאלו פירש ואני נזיר כמותך רק כיון שתולה נדרו באחר קרי לו התפסה ולאחר כ"ד אם אמר ואני כמותך מהני משום יד אלא שהרמב"ן שם ור"ן בפ"ג דשבועות כתבו דהא דנזיר שאמרו ואני ואני תכ"ד לאו משום דהוי כמוציאין נזירות מפיהם כאומר ואני נזיר דא"כ אמאי הותר הראשון הותרו כולם הא לא אתפסי בי' והריטב"א תירץ זה אף דלאו התפסה הוא מ"מ תלה נזירתו בראשון כשיהא מותר יהא גם הוא מותר ולע"ד גם להרי"ף דהוכיח דההיא דנזיר משום התפסה י"ל שפיר דתכ"ד כאלו פירש ואני נזיר אלא דמה שאמר ואני יש לפרש בשני אופנים חדא ואני נזיר שנית ואני כמותך בתורת התפסה וקי"ל ספק נזירות מותר כיון דספיקו חמור מודאי כמבואר בנדרים דף י"ט לכן מפרשינן בתורת התפסה וכשהותר הראשון הותרו כולם משא"כ בשבועות דסתמן להחמיר כנדרים וכמ"ש במבי"ט ח"א סימן רנ"ו הובא בש"ך יו"ד סימן ר"ח סק"א ועוד כיון דבשבועות ל"ל התפסה וא"א מוציא דבריו לבטלה ע"כ כונתו אף אני כמוהו נשבע ואף דלא קי"ל כר"מ דס"ל א"א מוציא דבריו לבטלה מ"מ היכא שא"צ לשנות דיבורו לכ"ע יש לפרשו באופן שלא יהי' לבטלה וכמ"ש תוס' בר"פ המדיר דף עין ע"ב בד"ה נעשה וכ"כ ב"ח יו"ד סימן רל"ט ס"ח ורמ"א שם סי"ד ואף דנשבע בעל כרחו הגון הכא י"ל דל"ש לומר דאינו מוציא דבריו

לבטלה מ"מ כיון דב"ד משביעין אותו ואומרים לו לא על דעתך אנו משביעין אותך רק על דעתינו לב ב"ד במקום לבו וכמבואר ברמב"ם פ"ב מהלכות שבועות הלכה ט"ו וט"ז ועש"ך יו"ד סימן רי"ח סק"ב.

סימן פח

סעי' א' אין מודה וכ' בשערי רב אלפס בסיף שער ואיו כתב וז"ל והשבועה המחוייבת לנתבע ע"פ שנים עדים או ע"פ ע"א אין בזו שיעור כפירה שתי כסף וכו' הובא בשע"מ סק"א והקשה עליו דהא הך דרח"ק יליף מק"ו דהודאות פיו ודיו לבמה"ד להיות כנידון ולע"ד לפמ"ש הרמב"ם בפ"ג מטוען דשיעור זה דשתי כסף מדבריהם והתומים הוכיח מהש"ס כדבריו וא"כ לק"מ דמה"ת גם מודה במקצת ל"צ שתי מעות רק הם אמרו וכמו בע"א לא הצריכו שתי מעות וכן בשומרים להרמב"ם כן י"ל בדרח"ק וטעמא רבה י"ל כיון דבלא"ה יש מגו במודה במקצת רק הוי מגו דהעזה דל"מ לפטור משבועה אבל בממון מהני לכן בדבר שאינו חשוב לא רצו חכז"ל להטיל שבועה וסמכו אמנו או דבלא"ה אינו שכיח לטעון שקר בב"ד בדבר מועט כל כך אבל בע"א דיש רגל"ד אוקמוה אדינו וכן אם הוכחש קצת בשני עדים הרי חזינן דשקר טען ואף שעכשיו נשאר הכפירה על פחות ממה שכפר בראשונה מ"מ עביד לאחזוקי דיבורו אמר שכבר כפר והעיז ונ"ל ראי' לשערי ר"א מהירושלמי ר"פ שה"ד דאמר שמואל התם דבע"א א"צ כפירת שתי כסף והא דתנן שבעת הדיינין הטענה שתי כסף וההודא' ש"פ מתניתין בשנשבע מפיו ומה דאמר שמואל בנשבע מפי אחרים ר"ח פליג שה"ד כל שבועת הדיינין בין מפיו בין מפי אחרים אינו חייב עד שתהא הטענה שתי כסף והודיי' ש"פ עיי"ש והקשה הפ"מ דמה שייך הודיי' ש"פ בשבועת ע"א דהא לא בעינן הודאה במקצת גם יל"ד מהא דאמר בנשבע מפי אחרים הל"ל בנשבע מפי אחר דהא עד אחד לבד הוא אבל לשערי ר"א א"ש דלשמואל רק בנשבע מפיו צריך שתי כסף אבל מפי אחרים בין ע"י ע"א בין ע"י שני עדים א"צ שתי כסף ור"ח פליג דגם מפי אחרים צריך טענה שתי כסף והודיי' פרוטה והעדאת עדים קרי הודאה כדאיתא בירושלמי ריש ב"מ ז"ל אדם שאמר לחבירו תן לי מנה שאתה חייב לי אמר לו להד"ם והביא עדים שחייב לו חמשים זוז ר"ח רבה אמר הודיית עדים כהודיית פיו וישבע על השאר.

סעי' ד' בפרוטה חייב עיין שו"ת בש"ר סימן רכ"ה אם רוב הציבור רוצים לתקן משום חומר שבועות שלא יפסוק הדיין שבועה על דין שהוא פחות מעשרה פרחים ויש יחידים שאינם רוצים להם שומעים שאומרים כהלכה אף דבכ"מ אזלינן אחר הרוב.

סעי' ה' דבש"ש נמי בעינן שתי כסף בשע"מ סק"ד נסתפק בטענו פקדון שתי כסף ופרוטה והודה בפרוטה וטען על מעה אחת להד"ם ועל אחת נאנסה והוכיח מדכתב הר"ן בשה"ד דמשנה דשתי כסף ופרוטה יש לי בידך מיירי בפקדון וא"כ למה חייב בכפר השתי כסף הא י"ל מגו דמעה להד"ם ומעה נאנס והכא ל"ל חזקה דא"א מעיז ביון דלא כפר בכל א"ו דכה"ג נמי חייב שבועה דאורייתא עיי"ש ואזיל לשיטתו דלעיל בכללי מגו סק"ג הוכיח דלא כמהרי"ט ח"א סל"ג וק"ה דלא אמרינן מגו שהי' יכול לשקר בשני דברים אבל כבר דחיתי דבריו בסוף סימן פ"ב וא"כ ה"נ י"ל דאינו רוצה לומר שני שקרים ומסברא נראה דלא מצטרף כמו כל האיסורים שבתורה שאינן משם אחד שאין מצטרפין כשאכל ח"ש מזה וח"ש מאיסור שהוא בלאו אחר כמבואר ברמב"ם בהלכות מאכלות אסורות פ"ד הט"ז ה"נ לדון בדין שומר דהיינו שישבע שנאנס או נאבד אפילו לא הודה בכלום הוא מצות עשה בפני עצמה ולדון בדין טוען ונטען הוא מ"ע אחרת דהיינו לחייב שבועה במודה במקצת כמבואר בספר המצות לרמב"ם דמצוה כמ"ב לדון בדין ש"ח והוא אמרו יתברך כי יתן איש אל רעהו כסף ומצוה רמ"ו לדון בדין טוען ונטען והוא שנאמר על כל דבר פשע אשר יאמר כי הוא זה עד שיודה במקצת וכיון שאינם משם אחד לא מצטרפי דאף דשומר הוא על השתי כסף מ"מ מה שאומר על מעה אחת שנאבד דינו ממ"ע של שומר שישבע שבועת שומרים ועל המעה שטוען להד"ם דינו ממ"ע של טוען ונטען שישבע שבועת מודה במקצת ולפ"ז נראה דה"ה אם הוא ש"ח על דבר אחד וש"ש על דבר אחר וטוען נאנסו לא מצטרפי חצי שיעור מזה וח"ש מזה אף דשיעורן שוה כיון דאין חיובן שוה ואינן משם אחד וכדאיתא כה"ג במעילה פרק קדשי מזבח די"ז כל שאין טומאתן שוה אעפ"י ששיעורן שוה לא מצטרפי ה"נ זה חייב בגו"א וזה רק בפשיעה ואינן משם אחד דכל אחד מצות עשה בפ"ע כמו שמנאן בספר המצות שם אבל שוכר ונושא שכר נראה דמצטרפין כיון שחיובן אחד ונמנין במ"ע אחת שם ואף שכתב הרז"ה והובא באס"ז לב"מ פ' השואל דצ"ח ע"ב דעסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון ומקבל העסק נשבע בכפירת שתי כסף אף שהכפירה מתחלקת כסף אחד לפקדון וכסף אחד למלוה עיי"ש י"ל משום דחיוב מדין טוען ונטען והוא שם אחד וכן בטענו שתי פרות אחת שאולה ואחת שכורה ומודה באחת דנגנבה ובאידך טען דשכורה היתה ומתה דס"ל לרז"ה דחשוב מב"מ היינו ג"כ דמ"מ החיוב מדין טענה וכפירה משא"כ אם טוען על כסף אחד נאנס וכסף אחד כופר דחיוב שבועה על האונס אינה רק משם שבועת שומרים וכסף שכופר הוא מדין טוען ונטען י"ל מודה רז"ה לראב"ד דלא מצטרף כיון דאין חיוב השבועה משם אחד והוי כחצי שיעור מלאו זה ומ"ש מלאו אחר ומה"ט אין

ראי' מהך דלקמן סי"ט וכ"ש לראב"ד וסייעתו שם דמלוה ופקדון כיון שאין דינן שוה לא מצטרפי ויש לנו למעט במחלוקת דבכה"ג כ"ע מודו לראב"ד.

סעי' ט' בסתמא שוה קאמר כתב השע"מ סק"ו משמע דלא שיילינן לתובע אם שוה קטעין או דוקא קטעין ובאמת טעמא בעי דלמה לא מצריכינן לתובע לברר טענתו דאולי דוקא טען ויפטר הנתבע משבועה ואפשר לומר דלענין שבועה אף דשיילינן לתובע אח"כ ואמר דכונתו היתה לדוקא מ"מ חייב הנתבע ש"ד כיון שבשעה שהודה הנתבע מיחשב הודאה ממין הטענה כיון דמסתמא שוה קטעין אף דנתברר אח"כ שכונתו היתה לדוקא ול"ה הודאה ממין טענתו מ"מ אזלינן בתר הודאתו שהשיב לטענת תובע וכמבואר בסכ"א בשני בע"ד שתובעים זא"ז דאם הודאות שני יותר מהודאות ראשון אז גם השני חייב ש"ד כיון שלא א"ל בשעת הודאתו איני חייב לך שיש לי בידך כנגדו אלא הודה לו בדרך הודאה גמורה ומשמע התם אף דהנתבע פטור מ"מ מיחשב מב"מ דעיקר מב"מ תלוי לפי הודאתו שהשיב על טענת התובע וא"כ ה"נ כיון דבשעת הודאתו הוי מעין הטענה דהא מסתמא שוה קאמר מיחשב מב"מ ואף שנתברר אח"כ דדוקא קאמר ול"ה הודאה ממין הטענה ופטור אף מדמי הודאתו עכת"ד ולא הבנתי ראייתו דשם אף דאח"כ עושה לפרעון מה שאומר שיש לו אצל הראשון נגד הודאתו מ"מ כיון דתחלה לא עשהו לפרעון ונתחייב שבועת מב"מ והראשון עומד בתביעתו ולא הודה ולא מחל לשני ע"כ חייב ש"ד משא"כ כאן כיון דמתברר אח"כ דדוקא קטעין תחלה ולא שוה א"כ פטור זה ממה שהודה דהוי כהודה לו מעיקרא שאין לו אצלו שוה כטענו חטים והודה לו בשעורין דהודאת בע"ד כמאה עדים דמעולם לא הי' לו אצלו שעורים ה"נ מודה עתה שכונתו היתה דוקא והודה אז שאין לו אצלו שוה משא"כ לקמן סכ"א דבאמת חייב לחבירו מה שהודה רק שיכול הי' לעשות תביעתו לפרעון על הודאתו וכשעושה כן עתה פטור כאלו פרע עתה אבל כשהודה ולא אמר יש לי בידך כנגדו קיבל עליו לפרוע והוא יתבע שלו וכדין זה גובה וזה גובה ועיין נתיבות לעיל סימן ע"ב סכ"ז ס"ק ל"ז אך לטעם דטענו חטין והודה לו בשעורין פטור משעורין משום דמחל לו אפשר לומר כיון דמעיקרא הי' מורה תביעתו שוה אף שעכשיו מודה שכונתו הי' דוקא מ"מ לא חל המחילה עד עתה דמעיקרא הי' דברים שבלב וישנו בחזרה וכמ"ש קצו"ח ונה"מ בסימן י"ב א"כ כבר נתחייב במקצת הודאתו רק עתה נמחל לו וחייב שבועה על השאר.

סעי' י"ב דהטעם כאלו הודה רש"י פירש משום דהודה ומחל וכן פירשו בתוס' ובראש האריך לסתור טעם דמחל דאם אינו בשעה אחת בשביל שתובע זה לא מחל השאר ובשעה אחד ל"ל דמחל דעושה כדי להרויח ותובע יותר ע"כ העלה דהטעם דמודה

דבשעה זאת לא הלוהו שעורים והרמ"ה כתב הטעם משום דהודה שעורים דלא תבעו י"ל משטה הייתי בך ורא"ש סתר דבריו דא"כ כשיש עדים על שעורים חייב ומה פריך הש"ס על רב"נ ממתניתין דע"כ מיירי ביש עדים דפנ"ק ועוד הקשו ליקמי המשנה בעומד בהודאתו והש"ך כאן ס"ק נ"ז הכריח כרמ"ה משום דכן מבואר בירושלמי דהוי כמפליגו בדברים וכן מוכח בבה"ג דעל דין דטענו חטים והודה בשעורין דפטור הביא תוספתא דהודאות בע"ד כמאה עדים בד"א כשתבעו והודה אבל לא תבעו והודה יכול לחזור משמע דמש"ה פטור משעורין דיכול לחזור בו וצ"ע מה יענו החולקים על הרמ"ה נגד ירושלמי ובה"ג.

ונלע"ד דהנה מהריב"ל כתב הא דהודאת בע"ד מהני משום חיוב חדש שמתחייב דבתורת עדות ל"ל דאדם קרוב א"ע ולפי דבריו קשה אמאי טענו חטים והודה לו בשעורים פטור משום דהודה התובע הרי הנתבע הודה להיפך וסתרו ההודאות נימא אמת עם התובע רק הנתבע נתחייב חיוב חדש דל"ל דאמת עם הנתבע ותובע מחל כיון דתובע יותר כמ"ש הרא"ש וכן הקשת בתומים מסברת עצמו ולמהריב"ל קשה טובא אלא דבלא"ה סתרו אחרונים דברי מהריב"ל כמבואר בקצו"ח סימן ל"ד וגם בעיני יפלא דהא קי"ל באומר חייב אני לך מנה יכול לחזור בו ול"מ מחמת חיוב חדש בלא שטר וקנין כדלעיל סימן מ"ם א"כ ה"נ איך יתחייב בלא שטר וקנין ואף דאודיתא הוי קנין לדעת כ"פ אף בבריא היינו אחר דהדין דהודאות בע"ד מהני כמ"ע מהני נמי לעשות חיוב וקנין דהוי כהודה דבאמת חייב מכבר אבל אי הודאתו לאו הודאה גם להתחייב מעכשיו מצד אודיתא ל"מ דאין בדבריו כלום אבל כתבו רשב"ץ ורש"י בקידושין הובא בקצו"ח שם משום מגו ומשום גזה"כ דכי הוא זה נאמן על עצמו והק"ל כיון דכבר נאמן בהודאתו מהני נמי להתחייב מחדש מחמת קנין אודיתא וצ"ל כיון דתובע מודה להיפך והוי תרי הודאות דסתרו אהדדי א"כ לא מתחייב מחמת הודאות בע"ד כמ"ע דהדין עם המוחזק ממילא גם קנין אודיתא ליכא דכל שורש אודיתא דמהני דהוי כאלו באמת הודה שכבר חייב אבל כאן זו גופא ל"מ ול"ה הודאה ממילא גם קנין ל"ה.

אכן עדיין קשה לפמ"ש הישו"ש הא דפטור משעורין משום דלא אמר התובע אחר שהודה הנתבע על השעורין גם שעורין יש לי בידך ואדרבה אמר דוקא חטין אבל בלא"ה ל"ה הודאה דאימר לא רצה עכשיו לתבוע רק חטין שצריך לו כעת והתומים כתב דגם לתוס' ורא"ש דכתב דמיירי בשעה אחת עיקר הפטור משום דתובע צווח אח"כ דוקא חטין אתה חייב לי והוכיח כן מתוס' ורא"ש דכתבו דלר"ג חייב שבועה ופטור משעורים עיי"ש וא"כ הק"ל דמיד שהודה הנתבע בשעורין יתחייב מכח חיוב חדש באודיתא דאז הוי

הודאת בע"ד דעדיין אין סותרו הודאת תובע וא"כ אף דאח"כ הודה תובע דלא חייב לו שעורים נאמר דכן האמת רק דנתבע כבר נתחייב חיוב חדש באודיפא דבשעה שהודה היה הודאה גמורה אמנם היינו דוקא אי הוי מיד הודאה גמורה וליתה בחזרה אבל אם יכול לומר משטה הייתי גם קנין אודיתא אינו כמ"ש קצ"ח בסימן מ"ם וצ"ט וקצ"ד דכ"ז דל"ה הודאה מצד הודאת בע"ד גם לקנות ל"מ ומ"ש קצו"ח שם דפריך דוקא א"ע השיגו הנתיבות בסימן מ"ם דמוכח מכ"פ דל"צ רק אם הוי הודאה שא"י לומר משטה חשוב ג"כ אודיתא לקנין וא"כ כאן די"ל משטה ל"ה אודיתא ע"כ אף דאח"כ עומד בהודאתו אזי כבר הודאות התובע סותרו ולא חשוב הודאה ע"כ גם קנין לא הוי דעכשיו התובע אומר רק חטין ועכ"פ מדאינו צווח גם שעורין יש לי בידך הודה לו ואף דעדים מעידין שחייב לו שעורים התובע נאמן על עצמו יותר נמצא לק"מ על פוסקים שכתבו הטעם משום הודאות התובע מהירושלמי ובה"ג ואף דאם משיבו תובע מיד תכ"ד להודאות נתבע דוקא חטין י"ל בלאו טעם דמשטה ליכא קנין אודיתא דתכ"ד להודאות נתבע סותרו הודאות תובע לא חשוב הודאות נתבע הודאה מ"מ אם אינו משיבו תכ"ד רק אח"כ צ"ל טעם דמשטה הייתי דהא מבואר ביש"ש פרק המניח סימן ל"ד דמשום שהשיב אתה חייב לי מטים ש"מ שהודה לו שאינו חייב לו שעורים וכן בש"ך ס"ק י"ט כתב כיון שיצא מב"ד ולא תבע ממנו שעורים שהודה לו נתבע הרי כאלו הודה לו שאין בידו שעורים ולפרש דמירי שאמר בב"ד אחר הודאות הנתבע אתה חייב לי חטים הוא דוחק עיי"ש הרי דשתיקת תובע תכ"ד אחר שאמר הנתבע שעורים אין הוכחה על הודאות תובע זולת אם שתק עד שיצא מהב"ד וא"כ בזה מהני הודאות נתבע מתורת קנין אודיתא ועכצ"ל גם טעם דמפליג בדברים וכמ"ש ועיין תומים סק"ח מ"ש על הרא"ש דכתב דלר"ג חייב שבועה משום דהודאות תובע הוא רק אחר הודאות הנתבע ועכצ"ל ג"כ כמ"ש דהוי אחר כ"ד דאם תכ"ד נסתר הודאות נתבע לא חשוב מודה במקצת דתכ"ד כד"ד כאלו בדיבור אחד נאמרו.

ורש"י ותוס' דכתבו הטעם משום דמחל והודה ולא ס"ל כרא"ש דעשה להרויח ל"ה מחילה יל"ד למה צריכי תרתי וצ"ל דטעם משטה לא ס"ל כיון שהודה בב"ד כמ"ש מהרש"ל הובא בש"ך וע"כ ל"ל טעם הודאה לבד דנימא אמת הודה אבל דהודאתו אינו רק אחר שאמר הנתבע שעורים ותובע משיב רק מטין וכמ"ש יש"ש א"כ נימא דתובע אומר אמת והנתבע התחייב עצמו חיוב חדש בקנין אודיתא דלא הוי עדיין הודאות דסתרו כשהודה בשעורים וכ"ש לרש"י ותוס' דלא צריך טענו בשעה ידועה דודאי הודאות תובע רק אח"כ וכמ"ש יש"ש והש"ך ובזה נרויח דלא יסתרו הודאתם וכמו דיש

לישב העדאת עדים שלא יסתרו כדלעיל סימן כ"ט פ"א עכצ"ל טעם דמחל וא"כ י"ל אפכא הנתבע אומר אמת ותובע מחל והנה כתב הש"ך בס"ק י"ט דבטענו שעה ידועה הוי הודאות תובע מיד שאומר אתה חייב לי חטין ומבואר שם וברא"ש דבטענו זמן מיוחד לא שייך טעם דמחל כי תבע יותר כדי להרויח וע"כ ל"ל טעם דמחל לבד דלמה יפטר בטענו שעה ידועה ועכצ"ל דהודה ול"ל אדרבה תובע אמת הודה דאינו חייב לו שעורים ונתבע נתחייב בקנין אודיתא דבשעה ידועה הודאתו הוי מיד א"כ כשהודה הנתבע בשעורין הוי תרי הודאות דסתרו ול"מ מצד הודאות בע"ד ממילא גם מצד קנין אודיתא ל"מ וכשלא תבעו על שעה ידועה דל"ל מטעם הודאה דאזי ל"ה הודאת תובע רק אח"כ כשיצא מב"ד ולא אמר תן לי השעורים א"כ מהני מה שהודה הנתבע מכח קנין אודיתא ועכצ"ל מטעם דמחל דרבה ב"ג סתמא קאמר בין טענו שעה ידועה או לא וכמ"ש יש"ש וש"ך בסקי"ט ונ"מ כשיודע נתבע בעצמו דחייב שעורים צריך לשלם לצי"ש כשתבעו על שעה ידועה משא"כ כשלא תבעו על שעה ידועה ויצאו מב"ד ואינו תובע שעורים דמחל.

והבע"ת שער מ"ב כתב שאם התובע תפס וכו' אי"ל טענת השנואה כדלעיל סימן פ"א ס"ד ולמדו מדאמרינן ס"פ המניח בטענו חטין והודה לו בשעורין דחייב בתפס והקשה הגד"ת שם הא הבע"ת בש"ז ח"ב לא הסכים לראב"ד דטעמא דפטור משעורין משום השטאה רק מפני דהוי כאלו הודה התובע שאין בידו שעורין וכן תמהו כל האחרונים עד שמחמתו רצו לדחות דברי בע"ת מהלכה והנה בש"ז ח"ב כתב דתפיסה מהני והטעם דתפיסה משוי לו כתבעו שעורים אבל אם תפס לאחר טענותיהם ל"מ מידי וכו' שהתפסה עושה להודאות המזיק הודאה על תביעת התובע עכ"ל ודבריו משוללי הבנה דהא הבע"ת ס"ל בטעם דטענו חטין והודה לו בשעורין פטור משום שהודה שאין לו עליו שעורים וכמ"ש בשער זה חלק ח"י וי"ט והשיג שם על הראב"ד דס"ל הטעם משום משטה וא"כ למה סיים כאן דמשוי תפיסה להודאות המזיק הודאה על תביעת התובע מה צורך די לו במה דתפיסה משוי כאלו תבעו וכמ"ש תחלה ותו ל"ה כהודה וממילא חייב אפילו הודה הנתבע שלא על תביעת התובע עוד הקשה גד"ת דמה יושיענו טעם בע"ת גבי מזיקין דע"כ הודה שהתם או הקטן לא הזיק דרק אחד הזיק והוא תבע הגדול והמועד ונשאר במבוכה בזה.

והנלע"ד לפמ"ש לעיל דצ"ל טעם הודאה וטעם משטה דאל"כ אף דאמת שאין לו אצלו שעורים נתחייב נתבע חיוב חדש בקנין אודיתא רק משום די"ל משטה בשעה שהודה דליכא עדיין תביעת תובע נהי דגם הודאות תובע ליכא עדיין עד אחר שיצא מב"ד ואינו

תובעו שעורים או כשאומר רק חטין מ"מ אף דנתבע עומד בהודאתו ואינו טוען משטה תו ליכא קנין אודיתא דכבר סותרו הודאות תובע לכן כשתפס דמשוי כתבעו שעורים וכאלו נתבע הודה לתביעתו דתו לא י"ל משטה וכמבואר בתוספתא הובא בש"ך כאן כשתבעו בב"ד והודה א"י לחזור ולטעון השטאה ע"כ אף דאח"כ אומר התובע רק חטין חייב לי ומודה דאין לו שעורין תו לא אכפת לן דכבר הודה הנתבע הודאה גמורה ונתחייב בקנין אודיתא והנה גם במזיקין שנים י"ל עיקר הודאות תובע רק אחר טענת נתבע דבשור שנגח דף נ"ג איתא בשני שוורים שהזיקו יחד כר"נ דכל שור כולא היזיקא עבד ואי ליתא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי ועיין נ"י ס"פ המניח דפירש מ"ש שם בגמרא ש"מ שני שוורים שהזיקו יחדיו רצה מזה גובה רצה מזה גובה ולא אפשטא א"כ כשטוען גדול הזיק לגדול ליכא הודאה דלא הקטן הזיק דאפשר ראה ששניהם הזיקו יחדיו וכל חד כולא היזיקא עבד ומקטן לא יכול להשתלם כל ח"נ ומפרט דכל התירוץ שם דתפס קאי על נזיקין שנים ומזיקין שנים וא"כ אפשר אחר שיושם הקטן לא יהא שוה יתר מח"נ של קטן הניזק והגדול לא ישוה יותר מח"נ דגדול הניזק וע"כ טוען גדול הזיק לגדול אף דגם קטן הזיקו מ"מ צריך הקטן להשתלם ממנו נזק הקטן וכיון דליתא להשתלם מהאי משתלם מהגדול דכולא היזקא עבד וכן בתם ומועד דתם הזיק הקטן ומזיק אומר דתם הזיק הגדול אפשר להיות שגם לגדול הזיק אלא דצריך להשתלם ממנו נזק הקטן וע"כ גובה מהמועד או מעלי' כל הנזק דכולא היזקא עבד וממועד הזיק הגדול בלא"ה לא פריך כמ"ש הנ"י שם ואף דאין הדין ברור בשניהם הזיקו יכול להשתלם כל ח"נ מאיזה שירצה כשיכול לגבות מהשני כמ"ש הנ"י מ"מ ל"ה כהודה התובע שלא הקטן הזיקו דהרא"ש כתב פרק השואל אם טענו מלוה והודה בפקדון ל"ה כטענו חיטן והודה לו בשעורין דבין מלוה לפקדון טעי אנשי וק"ו כאן דקי"ל כר"נ דדיינא ונחית לעומקא דדינא דס"ל כל חד כולא היזקא עבד א"כ לא הודה כלל עדיין על הקטן שלא הזיקו אלא דמ"מ גם הגדול כל היזק עבד ומה דרוצה לגבות כל ח"נ רק מגדול משום דכולא היזקא עבד סובר רצה מזה גובה כיון דגמרא מספ"ל נמי או דאימר לא יהא מקטן להשתלם ומכ"ש לפמ"ש שם דמתניתין מיירי דשניהם חייבין דגם לדידן הספק אם שניהם יחד הזיקו או חד לבד וא"כ ליכא הודאה עד אח"כ ששמע דמזיק אומר קטן הזיק לגדול וזה צווח רק הגדול וכיון דתחלה אינו סותר הודאות נתבע הל"ל דמועיל מכח קנין אודיתא ועכצ"ל דל"מ משום די"ל משטה ל"מ נמי מכח אודיתא אף דאח"כ עומד בהודאתו ולא טען משטה הרי אח"כ תובע מודה להיפך וא"כ לפוסקים דביש עדים על אחד מהם גם לטעם דהודה תובע חייב ובהמניח דפריך לרב"נ אזלא הסוגיא למ"ד פנ"מ או בשעמד

בדין כמ"ש הש"ך סקט"ז או כשיטת מהרש"א ר"פ שור שנגח הפרה בראו עדים הרדיפה מהני הודאות מזיק גם בקנס ממילא מהני נמי קנין אודיתא וגם כשנאמר דלטעם דתובע הודה דאין לו אצלו שעורים גם עדים ל"מ כמ"ש המחבר כאן והסוגיא דהמניח כהלכתא דפנ"ק ויש עדים ול"מ הודאות נתבע מצד קנין אודיתא מ"מ מה דמשני בתפס מוכיח דמסלק גם טענת השנואה דכבר כתב הראב"ד דבמודה בקנס מהני תפיסה וכ"כ הה"מ בדעת רמב"ם וא"כ מהני כוו' קנין אודיתא והיינו דמשני בתפס ולא יכול לטעון משטה הוי מיד אודיתא ע"כ אף דיודה תובע אח"כ דלא הקטן הזיק כבר נתחייב מזיק באודיתא ומוכיח שפיר בע"ת דתפיסה מסלק טענת השטאה.

אפילו יש עדים עש"ך סקט"ז דדעת רמב"ם ורמ"ה דחייב כשיש עדים והקשו הראשונים דא"כ מה פריך לרב"נ ממשנה דס"פ המניח דא"ל מייתי ראי' שקיל בדאמר מזיק דאם ליכא עדים על הנגיחה הוי מודה בקנס והה"מ פ"ט מנ"מ תירץ דסוגיא אזלא למ"ד פנ"מ ויש"ש כתב דפלא גדול דסתמא דש"ס אזיל דלא כהלכתא והלח"מ כתב ז"ל כתב הה"מ דסוגיא כמ"ד פנ"מ בפרק המניח אמרו מתקיף לה ר"פ מדרישא וכו' הא לא מייתי ראי' שקיל ור"פ הוא דאית לי' בפ"ק פנ"מ וכאן אזיל ומקשה כפי סברתו והוא דלא כהלכתא אבל מ"מ קשה דבתר הכי קאמר גופא אמר רבא וכו' וכל הנהו קושי' לא הוי אלא למ"ד פנ"מ דלמ"ד פנ"ק היכי מקשי הא לא מייתי ראי' שקיל הא קנסא ומודה בקנס פטור והוא דוחק לומר דסתמא דש"ס אזיל דלא כהלכתא וע"ק אמאי לא מקשה סתמא דגמרא בספ"ק למ"ד פנ"ק מהנהו בבי דמתניתין עכ"ל אמנם בלא"ה יל"ד על לשון המשנה דזה אומר לא כי הממע"ה משמע אלו הודה חייב ותקשי למ"ד מודה בקנס פטור ועכצ"ל כמ"ש מהרש"א ר"פ שור שנגח את הפרה וז"ל בד"ה ואפילו ניזק כו' לא יהא מחויב שבועה גדולה מהודאות עצמו דמודה בקנס יל"ד דא"כ למ"ד פנ"ק ל"ל למימר דפטור משום דהממע"ה לסומכוס נמי אמאי קאמר יחלוקו הא אי נמי דהוה מודה המזיק ליפטור משום דמודה בקנס ונראה לומר דאע"ג דלא קי"ל כמ"ד בגמל האוחר בין הגמלים בידוע שזה הרגו מ"מ היכי דמזיק מודה אנן סהדי דכן הוא ולא מקרי מודה בקנס ה"נ הכא כיון דאיכא סהדי דנגח הפרה ונמצא העובר מת בצדה והחזיק מודה לאו מודה בקנס הוא אלא דאהני סהדי סמכינן ובידוע שזה השור הרג גם הולד וכצ"ל בההוא דס"פ המניח בשור שהי' רודף אחר שור וכו' ז"א ל"כ אלא בסלע לקה הממע"ה משמע דמודה לא מיפטר בקנס מטעם שכתבנו כיון דאיכא סהדי דרדף אחריו והוא מודה לית למתלי אלא בשור ולא בסלע עכ"ל ובעניי ק"ל על המהרש"א דבפרק מרובה דע"ה ע"ב מבואר אי אתו סהדי וא"ל גנבת וא"ל לא גנבתי בפניכם אלא בפני פו"פ ואייתי סהדי ואזמינהו

ואתי פו"פ ואסהידו בו דגנב טבח ומכר דרבנן סברו דה"ל עדות שאאיל"ז ול"ה עדות וסומכוס סבר ה"מ היכי דלא ידעו באיזה יום ושעה דליכא עדות כלל אבל הכא סיוע דקא מסייע להו עיי"ש וא"כ כ"ש תכא דע"פ עדותם ליכא חיוב כלל רק במה דמסייע להם דנגח דלרבנן הוי עדות שאי אילה"ז דשם בלא הודאתו יש עדים ואתה יכול להזימן לולא הודאתו וכאן לולא הודאתו אין כאן עדות כלל דגם לאחר שהעידו יכול להכחיש וליפטר ואם יוזמו יאמרו דבעדותן לא חייבוהו רק ע"י הודאות המזיק והרי הודה שהדבר אמת וכיון דהוי עדית שאאילה"ז הוי כליכא עדים רק הודאתו לבד מחייבו ואף דכן האמת קנס צריך עדים אמנם לסומכוס לא איכפת לן כיון דידענו דכן האמת אף דהוי אי אילה"ז רק בא"י באיזה יום חשדינן להו דמסתפי שיוזמו ומשקרי כפרש"י התם ולפ"ז אי המשנה כסומכוס ל"ק ומיירי שפיר כל המשנה דלא ראו הנגיחה רק הרדיפה וכמ"ש מהרש"א רק אי מוקים כרבנן אליבא דהלכתא ל"ל כן וע"כ ק"ל להת"מ דכל הטורח הזה אליבא דרחב"א דמוקי דלא כסומכוס ועליו פריך ר"פ דעכצ"ל דעדים גם הנגיחה ראו וא"כ מה פריך לרב"נ ומתרץ הה"מ שפיר דזה מקשה רב פפא והוא ס"ל פנ"מ אבל לדידן שפיר י"ל דברי ובני מודה סומכוס ואדרבה רבא דבתרא הוא ס"ל כן ובזה יונח לן דגם משנה זאת אתי כסומכוס כבסמוך ר"פ שור שנגח הפרה ואליבי' א"צ עדות שאילה"ז רק משום חשש דמשקרי אבל כשמאמת דבריהם הוי עדות יפה דמסייע להו וא"כ ל"ק למ"ד פנ"ק דמוקי למשנה כסמכוס דמודה בברי ובני כר"פ ורבא בב"ק ד"ק.

וצע"ק על המהרש"א דהוי כחצי דבר דלא מסהדי רק ארדיפה וא"א להוציא ממון ע"פ רק בצירוף הודאת המזיק דנגח א"כ לא ראו דבר שלם ועיין לעיל סימן למ"ד סי"ג **ואם** תפס התובע בש"ך ס"ק כ"א ז"ל והרא"ש הקשה על הרי"ף מדלא משני הש"ס לעיל דתפס משמע דתפיסה ל"מ אלא בשני שוורים שהזיקו שיש לו תביעה על שניהם וכן הוא בתוס' ואחריהם נמשך מהרש"ל ס"פ המניח סל"ו עכ"ל עוד עמדו גדולי חקרי לב מה יועיל תפיסה אם הודה שאין לו על הקטן וש"ך לקמן בס"ק כ"ב הפליג לתמוה דבזה ל"ש לומר מחמת שהייתי מוחזק לא תבעתי דגם בגדול הי' מוחזק וג"כ קשה על טעם דמחל אמנם רש"י ותוס' כתבו דפטור משעורים דהודה ומחל ותרתי למה וי"ל דבלא"ה נמי צ"ל טעם דהודה דאל"כ מה פריך מהמזיקין שנים סתמא דש"ס דקי"ל פכ"ק ובקנס ל"מ מחילה דלא זכה בו קודם שיחייבו ב"ד והוי דשלב"ל ואין לו עליו רק שעבוד וכמ"ש בחו"מ סימן ת"ז וכתב שם קצו"ח דס"ל לרמב"ם וש"ע דמאי דאמרינן לרע"ק הקדישו ניזק מוקדש דוקא אחר שעמד בדין ומשום סילוק ג"כ ל"מ בדאורייתא כמבואר במל"מ פכ"ג מה"א ועכצ"ל משום דהודה שאין לו בגדול מחמת נזק הקטן אלא דא"כ הל"ל דאמת הודה רק

המזיק נתחייב בקנין אודיתא חיוב חדש ולא יסתרו הודאתם רק בקנס ל"מ הודאה ה"נ אינו קנין ואף אם יש עדים דקטן הזיק או אחד מהם מ"מ הניזק מכחישן בענין זה דאומר לא הקטן הזיק לגדול והודאתו כמ"ע ועל מה שאומר קטן הזיק הקטן א"נ ועיין תומים סק"ו והיינו דמשני בתפס דראב"ד כתב במודה חנ"ק מהני תפיסה וכ"כ הה"מ מ"ט מנ"מ בדעת הרמב"ם וא"כ מהני הודאות בע"ד בקנס להיות קנין אודיתא ע"כ אמרינן דניזק אמת הודה אח"כ שאין לו על הקטן מ"מ זה נתחייב באודיתא ומה גם כיון דתפס מיירי שפיר דליכא עדים כלל דמ"מ שקיל כדאמר מזיק אף דמודה בקנס ומתחלתה ל"ה תרי הודאות דסתרו דכבר כתבתי לעיל בישוב בע"ת דגם כאן ליכא הודאות תובע תחלה די"ל שגדול הזיק גם לקטן וכן קטן גם לגדול וכל חד כולא נזקא עבד ורצה לגבות נזק גדול מגדול וקטן מקטן רק אחר שהודה המזיק לקטן על הגדול ולגדול על הקטן וניזק חוזר ואומר רק גדול לגדול וקטן לקטן ולא צווח דגם מזיק אומר אמת עכשיו הודה וכ"ז הכא משא"כ לעיל דכל האתקפתא מדברי ר"פ דס"ל בפ"ק דב"ק דף ט"ו דפנ"מ א"כ כמו די"ל ניזק הודה באמת ומזיק נתחייב באודיתא כן י"ל מזיק אומר אמת וניזק מחל דבממון מועיל מחילה ואין התפיסה מעלה ומוריד ואוקמי' לממונא בחמ"ק ע"כ לא משני לר"פ בתפס

ובקיצור י"ל מה דלא משני לעיל בתפס לפמ"ש מלחמות פרק שור שנגח וקצו"ח סק"ט דלפיכך מועיל תפיסה משום דהוי תרי הודאות דסתרו אמנם למ"ד פנ"מ דמועיל מחילה י"ל תובע מחל ול"ה הודאות דסתרו רק אי פנ"ק ל"מ מחילה ע"כ משני שפיר דתפס ולר"פ דס"ל פנ"מ א"א לומר כך ולפ"ז צ"ל כשתפס אחר הודאות הנתבע דאל"כ תפיסה מהני גם בזה"ז בקנס דעביד דינא לנפשו וזוכה בו וא"כ כשהודה הקנהו לחבירו באודיתא וכמו אי פנ"מ מהני אודיתא ואי די"ל איפכא הנתבע התחייב באודיתא א"כ עדיין הוי מועיל תפיסתו לסברת רמב"ן דלא מוקמינן בזה בחמ"ק וס"ל לתרץ לעיל ג"כ כשתפס אלא צ"ל דמיירי דתפס אח"כ ולא רצה לאוקים כשתפס קודם כעין שכתב הש"ך בס"ק כ"א דאיך יתפוס הקטן ודעתו להשתלם בב"ד מהגדול אלא דלפי סברת המלחמות הל"ל שתפס אחר העמדה בדין דנודע לו דאין לו מהגדול וכיון דהודאות סתרו מועיל ולפמ"ש ח"ש אך לפמ"ש הנתיבות בסימן א' דבמקום סמוכין ל"מ תפיסה לעשות דין לנפשו י"ל שפיר דמיירי דתפס קודם שעמד בדין.

אמנם בצורת השמועה במה דמשני בשתפס ולא משני לעיל מני' נ"ל דהנ"י הקשה במזיקין שנים למה הוי כטענו חטים והודה בשעורים הרי טענו בגוף שני השוורים סך גדול ומודה לו בשניהם סך מועט והוי כטענו דמי חטין והודה לו בדמי שעורין דחייב

דלא אזלינן בתר עיקר הדבר דאתי מחמתי' רק בתר הממון דאית לו גבי' בשעת תביעה ותירץ דה"נ הוי כטענו חטין דלא אמרינן בטענו דמי חטין והודה לו בדמי שעורין דחייב אלא בשעשאן עליו דמים מכבר או דאזקי' וגזלי' ונתחייב כבר בב"ד בדמיהן אבל הכא בתר עיקר הדבר דאתי מחמתי' אזלינן דהיינו בטענו נזק שור גדול ומודה לו בנזק שור קטן עכ"ל ודבריו סותרין למ"ש בפירוש המשנה גבי מועד הזיק הגדול וז"א מועד הזיק הקטן כיון דטוענו מעלי' ומודה לו בפחות מן מעליא הוי ממין הטענה ולא אזלינן בתר עיקר הדבר דטעני' מחמתי' ונ"ל להכריע דבמועד מיד שהזיק נתחייב בדמים מעלי' הוי כעשאן דמים מכבר משא"כ בקנס דב"ד עושין החיוב ועדיין לא עשאן דמים אך כשתפס דגם בזה"ז דל"ד ד"ק לא מפקינן מיני' ומבואר ברא"ש פ"ק דבב"ק ובטח"מ סימן שמ"ט משום דעביד דינא לנפשו והוי במקום סמוכין בתפיסתו וכן הוא לעיל סימן א' ס"ה וא"כ מיד שתפס המזיקין ויודע שיש לו עדים זכה מיד בכל מה שהיו מחייבין הסמוכין רק מחוסר שומא והמזיק תובע המותר אבל הניזק כבר זכה במזיקין תמורת הניזקין והוי כנתחייב כבר בב"ד ועשאן דמים דאזלינן בתר התביעה לא בתר הסבה ה"נ כבר זכה במזיקין תמורת ניזקין ועכשיו דנין בב"ד על כמה זכה מכבר כשתפס והניזק טוען הרבה זכיתי בהם ומזיק טוען בפחות בם והוי ממין הטענה ול"ה כטענו חטין והודה בשעורין כלל וע"כ משני שפיר כשתפס משא"כ לעיל דתבעו גדול הזיק וזה מודה קטן הזיק אף כשתפס מ"מ תבעו בגוף זה והודה לו בגוף אחר והוי טענו חטין והודה לו בשעורין ואף דקיי"ל כרע"ק יוחלט השור וכשהקדישו ניזק מיקדש ויש פוסקים ס"ל גם קודם העמדה בדין היינו משום כשעמד בדין אגלאי למפרע וכמ"ש תוס' בב"ק דף ל"ג ד"ה א"ב אבל מ"מ כ"ז שלא נתחייב מזיק לא זכה ניזק בקנס ועיין באס"ז שם דף ל"ג ולפ"ז אין שום ראי' דיועיל תפיסה כשלא הודה ממין הטענה רק הכא עדי התפיסה הוי ממין הטענה ולפ"ז גם רמ"ה ונ"י מודים בקנס דאזלינן בתר הסבה דעדיין ליכא חיוב כלל רק במועד או בתם למ"ד פנ"מ ס"ל כיון דכבר נתחייב בעצמו רק לא נתברר לדידן הוי כעשאן דמים.

ועוד נלע"ד דגם לדעת הנ"י בגמרא וכן הב"י כאן באומר לו שדה גדולה היזקתני וזה משיבו שדה קטנה כיון דלא נתברר החיוב ולא נתחייב עדיין על השדה הן דנין הרי ס"ל לב"י דגם בחיוב ממון בתר הסבה אזלינן וכן הנ"י בגמרא אזיל למ"ד פנ"מ ומ"מ ס"ל דבתר עיקר הדבר אזלינן וסותר דבריו שבמשנה מ"מ י"ל בתפס אדרבה המזיק תובע לניזק ועל מה שתפס הן דנין זה אומר כך וכך יש לי בו וזה אומר בפחות יש לך במה שתפסת וע"כ הוי הודאה ממין הטענה משא"כ במזיק אחד דזה תובעו גוף אחר וזה מודה לו בגוף אחר שוב מצאתי באס"ז בשם הרא"ה דס"ל ג"כ דאזלינן בתר הסבה רק

כשתפס חזר טענתם ותביעתם על מה שתפס וע"כ ל"ה כטוענו חטין והודה לו בשעורין משא"כ לעיל דמ"מ שני גופים הם והאריך בזה ויצא לידון דגם בטענו חטין אם הדברים בעין ל"מ תפיסה ואם טענו הלואת חטים ומשיב לו הלואת שעורין ותפס חזר תביעתם וטענתם על מה שתפס ותלי"ת כיונתי לדעתו בפירוש חדש בסוגיא והוספתי מיא וקמחא לפרש עוד לשיטת הרמ"ה דס"ל דבמועד הזיק הגדול ח"א מועד הזיק הקטן דהוי ממין הטענה דבקנס מודה ובתפס חזר הדין על מה שתפס.

דמי השעורין בקצו"ח כתב כל ששתק בדעתו ליתנו לו ומהני גם בדבר מסוים דהוי כלשון מתנה מדאשכחן בפחז"ה דף כ"ט גבי חזקה דג"ש דטפי מג"ש קפיד ומדשתק מחל אע"ג דבקרקע ודאי ל"מ אלא לשון מתנה א"ו כל ששתק דעתו ליתנו לו עכ"ל ותמוה דא"כ יועיל חזקה שאין עמה טענה ומפורש במשנה שם דף מ"א דל"מ אע"כ כפירשב"ם דף כ"ט מדלא קפיד ג"ש ודאי מכרו לו וגם מ"ש הב"ש בתשובה קמ"ט דאם משכו ממנו ושותק מהני צ"ע דא"כ למה ל"מ חזקה שאין עמה טענה אף דאכל פירותיו ונעל וגדר בפניו ושתק ג"ש גם במהרי"ק סימן צ"ד שורש ב' מבואר דוקא סייע בהדי' הוי כאמר לך חזק וקני וגם בשו"ת מהר"ח א"ז סימן נ"ג מבואר במושך בפניו ושותק ל"מ ולפמ"ש בסימן פ"א י"ל דברי הב"ח דמיירי שהניחו ליטול בעד המעות שחייב לו אך מ"ש שם דודאי במתנה נותן לו לא משמע הכי.

סעי' י"ז א"י אם חטים או שעורים משלם לו שעורים ובש"ך ס"ק ל"ה כתב דב"ע וראב"ד ובע"ת הקשו ע"ז מהא דקאמר בס"פ המניח אלא דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא אכתי לימא תיהוי תיובתא דרב"נ ולפמ"ש לעיל דצריך טעם דמשטה עם טעם דהודה תובע דבל"ז ה"ה תובע אמת אמר ונתבע נתחייב באודיתא בחנם משא"כ להיפך ל"ל דתובע מחל כיון דתבע יותר לא מחל וכמ"ש הרא"ש לכן צ"ל די"ל הנתבע משטה הייתי וליכא אודיתא עד אח"כ כשעומד עדיין בהודאתו ואז כבר סותרו הודאות תובע כשצווח לא כי רק חטים יש לי אצלך משא"כ בלא טעם דמשטה הוי מועיל אודיתא של נתבע תיכף כשאומר שעורים דעדיין לא נתברר הודאות תובע דאין לו אצלו שעורים עד אחר ששמע דאומר שעורים ואומר רק חטים או יוצא מב"ד ואינו תובע השעורים ואפילו תבעו על שעה ידועה כתב התומים דמוכרח מהרא"ש דליכא הודאה מתחלה כשתבעו חטין דאפשר גם שעורים יש לו אצלו רק כששמע שאומר שעורים ומשיב חטים עכשיו הודה שאין לו שעורים מדלא השיב גם חטים גם שעורים יש לי אצלך ובלא טענו שעה ידועה י"ל גם עכשיו לא חש להשיבו עיי"ש וא"כ א"ל הי' י"ל משטה הוי מהני מחמת אודיתא י"ל לפ"ז קושית הראשונים הנ"ל דבא"י דל"ש טענת משטה כמ"ש הש"ך ואחרונים דלפי

תומו אומר א"י זה או זה א"כ הוי הודאה גמורה ועדיין ליכא הודאות תובע בחטים ושעורים דליסתר לו משא"כ בניזק ומזיק דרק חד נגחו מיד שאומר גדול הזיק הודה דלא הקטן ולא ס"ל כמש"ל בדעת בע"ת א"כ גם זולת טענת משטה פטור המזיק דל"ל דנתחייב באודיתא דהודאות תובע כבר סתרו ונ"מ דאם תכ"ד לאמירת הנתבע א"י אם חטים או שעורים השיב תובע דוקא חטים פטור גם משעורים דכיון דמצד הודאה ל"מ לחייב תכף דתכ"ד סותרו הודאות תובע גם אודיתא ליכא.

סעי' כ"א כיון שלא אמר בשעה שתבעו בשע"מ סקי"ב העלה אם הכור חטים אינו שוה יותר ממנה והדה לו במקצת חטים פטור מש"ד כיון שהוא פטור מהודאתו כשטוען אח"כ שמחזיקו עבור טענתו ומהימנינן לי' שכך היתה כונתו מתחלה א"כ מוכח דקושטא קאמר שאינו חייב אלא כפי הודאתו דאי בעי לשקר הי' כופר הכל ואי דאינו רוצה להעיז אבל השתא שמב"מ ל"ה העזה כולה האי אף שפטור מהודאתו א"כ למה כופר בהמותר ה"ל להודות בכל הכור דל"ל אשתמוטי דהא אף אם יודה יפטר מהכל דהא יחזיק אותו עבור המנה שהוא תובע עכ"ל וסתימת הבע"ת והטוש"ע לא משמע הכי דכמו שביארו אם הודאתו יותר הל"ל נמי דהכור חטין שוה יותר ממנה ומפרט דלא שכיח שכור חטין יהא שוה יותר ממנה ובפאה פ"ח מ"ו נקט ארבע סאין בסלע ועוד לפ"ד דמהימנינן לו שכך היתה כונתו מתחלה במה יחויב ש"ד הא מעולם לא הודה במקצת אבל ביאור הדבר כמו שכתב בנתיבות לעיל סימן ע"ב סכ"ז ס"ק ל"ז כשהודה בחטין קצת לא הי' רוצה לעשות פרעון מעות שתבע על החטים שחייב רק תובע מעות והוא ישלם חטין ולכן חשוב מב"מ כיון שחייב חטין להחזיר ואף שאח"כ חוזר ואומר שיהא המעות לפרעון בעד החטין הוי כפרע אח"כ לפי טענתו וכבר נתחייב שבועת מב"מ וא"כ ליכא מגו דכופר הכל כיון שהודה קצת חטים הי' דעתו להחזיר חטין דוקא אשתמוטי עד דהוי לו כי לא רצה שישאר המעות בעד החטין ומ"מ אם מקצת החטין אינו שוה יותר מדינר שהודה חבירו חשוב הילך כיון דחבירו א"צ לתבעו החטין דאם לא יחזיר לו הרי יש לו בידו ועדיף ממשכון דצריך ב"ד לסומו ולמוכרו ועומד ברשות הלוה כיון שהוא בעין משא"כ זה מוחזק במעות ועמ"ש הש"ך לעיל סימן פ"ז ס"א סק"ה שכתב ארבע טעמים למה משכון ל"ח הילך והשלשה טעמים אחרונים ליתנייהו כאן שחייב לו מעות נגד החטין וכ"ש לדעת הראב"ד מרי' דהאי דינא דס"ל משכון הוי הילך בהשגות ע"ד מטוען.

סעי' כ"ד אלא עד החלון הקשה בשע"מ ס"ק י"ג ליהמן במגו במה שהנחת אתה נוטל לפוסקים דמגו לאפטורי משבועה אמרינן דאין העזה במה שיאמר לא מדדתים ותירץ

דסתמא כשאחד מפקיד אצל חבירו דבר לשמור והוא מדוד או מנוי מראה לנפקד כמה הם ולכך הוי טענה גרועה לומר א"י ומגו דא"י ל"ה מגו ולפ"ז אם התובע מודה שכשמסר לשמור לא הראהו אלא שטוען שהי' עד הזיז וזה משיב שראה אותם אח"כ ולא היו אלא עד החלון פטור מש"ד דיש לו מגו וכן לענין ממון פקדון בסכ"ג ועדיין צ"ע עכה"ל ולע"ד הא יש לתובע מגו דשתיק ולא אמר שלא הראהו עד היכן ואף דהב"ש בא"ע סימן צ"ו סק"ח כתב דאין אומרים מגו להשביע שאני הכא דמדינא מגיע לנתבע שבועה רק יש לומר מגו לפטרו דמכח מגו יש הוכחה שאומר אמת וכיון שיש לתובע מגו נגד זה הוי טענות שניהם שקולים ונשאר על דינו לישבע וכעין שכתב הש"ך בסימן פ"ז ס"ו ס"ק ט"ו בעד נגד עד.

סעי' כ"ט נאמנות ברמב"ם פ"ד מטוען כתב אין מב"מ חייב אלא כשיכול לכפור אבל אם יש שטר על חמשים ומודה פטור ותמהו הראשונים א"כ מה פריך בפ"ק דב"מ דף ד' ע"ב לר"ח דס"ל הילך חייב משטר שכתוב בו סלעים נימא משום הכא פטור דא"י לכפור לכן כתבו דא"י לכפור ג"כ הטעם משום הילך וצווחו בזה מה עניינו להילך עוד הקשו אחרונים דליתחייב מדרח"ק דב"ד מחייבין ע"י השטר וכמ"ש הש"ך בסימן מ"ז ס"ה ויותר קשה לרה"ג ז"ל שכתב דאם עדים מעידים שלוה ולא פרע ומודה ל"ה מב"מ והי' א"ל דרח"ק מיירי דאומר לא לויתי ועדים רק מעידים שלוה וכיון דתחלה הי' י"ל פרעתי הוי מב"מ אך שיטת סמ"ע בסימן פ"ז ס"ה דבכה"ג פטור ודרח"ק ע"כ מיירי במעידים שלוה ולא פרע ועוד הרמב"ם גופא הביא דרח"ק וכתב שטוען לית לך בידי כלום ועדים אומרים שעדיין יש לו בידו חמשים משמע עדיין לא פרעו וכן הוכיח גד"ת ואפשר לתרץ זה לפמ"ש תומים סימן צדיק דבדבר דל"מ הודאות בע"ד כגון קנס ל"מ ידיעת עדים בלא ראי' עיי"ש ובשטר מה דמוציאין ממון מחזקה דשטרך בידי מה בעי זה רק הוכחה ולא ראי' ורח"ק יליף מק"ו מקנס ובזה ליכא הק"ו וכעין זה כתב הטו"ז לעיל סימן למ"ד וע"כ כיון דמודה מעצמו לא חשוב כיון דא"י לכפור בשטר פטור דמדרח"ק אין לחייבו.

אבל השאר לא נתיישב עוד הקשו מרמב"ם פכ"ב מעדות בשתי שטרות ושתי כיהי עדים שהכחישו זא"ז חתומים עליהם אחד של מנה ואחד של מאתיים וכפר בכל חייב ש"ד מדרח"ק ושם א"י לכפור וברפ"ב דכתובות איתא דאם טוען הבעל אלמנה נשאתיך ואין עדים נאמן וכתב הרא"ש משום דהוי שע"ק א"צ לישבע וגם לתקנת הגאונים דגובה כתובתה ומטלנולין דיתמי מ"מ אינו יכול לכפור והוי הילך ותמה התומים כאן למה לא פריך בפ"ק דב"מ למ"ד הילך חייב לס"ד דלא ידע מתירוץ דשע"ק מכתובות ולע"ד דבפרק קמא דב"מ פריך מפני מנה א"ת מב"מ ישבע וכו' והאי בכולא בעי דלודי וכו'

פרש"י דנימא מגו דחשוד ומיאן בפירוש התוס' דנימא חזקת דא"א מעת כי הקשו מה חילוק בין מב"מ לכ"ה לענין העזה ולעד"נ כמו גבי סלעין אמר שם דיכול להעיז כיון דמסייע לו שטר ה"נ דבר אחר מסייעו וע"כ בכל מב"מ מה"ט גופא דיש לו הוכחה דאומר אמת דאל"כ הי' כופר בכל יכול להעיז אבל בכופר הכל דאין לו סייעתא א"י להעיז ומה"ט אנו אומרים דא"נ במגו דמש"ה מודה שיוכל להוכיח דאומר אמת ויכול להעיז על השאר עוד נלע"ד דהחילוק בין מב"מ לכ"ה לענין העזה דהנה פרש"י מ"מ א"ת מב"מ ישבע ליהוי כמשיב אבדה ותמהו דלימא משום מגו דמהני ונראה כיון דע"כ מסיק דאשתמוטי מה"ט גופא ליכא מגו דמקצת שמודה שיער בנפשו דיכול עכשיו לשלם ואינו רוצה לגזול כלל רק מה שכופר אין ידו משגת עכשיו ולמה צריך לטעם דחזקה א"א מעיז ע"כ פרש"י דהקושיא בלא מגו דעכ"פ כיון שאינו רוצה לגזול אף דיכול לכפור הכל משיב אבדה הוא והנה תוס' שם כתבו דמשום אשתמוטי ל"ש חזקה דאינו מעיז וצריך להבין מניין יודע המלוה כונת לוה אם לישתמיט אם לכפור וצ"ל דיודע זאת דאם לכפור הי' כופר הכל א"ו רוצה לאשתמוטי במה שאין לו ומה שמודה יש לו וא"כ ליכא העזה במב"מ דגם מלוה יכול לדעת דרק משתמיט אבל בכופר הכל דאין הוכחה לא ידע מלוה כונת לוה ואינו יכול להעיז וכ"ז כשיכול לכפור ומכל מקום מודה אבל כשא"י לכפור ליכא הוכחה וא"י להעיז לכן גם מב"מ פטור דחזקה א"א מעיז וזה טעם הדבר דא"י לכפור פטור אבל בסלעין דשטר מסייעו ויכול להעיז גם כשא"י לכפור ליכא חזקה דאינו מעיז ובכתובות דליכא שום כתובה ומ"מ א"י לכפור במנה חזקה דא"א מעיז ולא צריך לטעמא דהילך ע"כ פריך רק מסלעין לא מכתובות ובכפר בכל ועדים מכחישים במקצת חזינן דמעיז ויצא מהחזקה ע"כ חייב מדרח"ק גם בשתי שטרות הנ"ל ואדרבה גם כופר הכל הל"ל דחייב כיון דליכא חזקה דא"א מעיז וצ"ל דגם חזקה דא"א תובע לא אלים בזה כיון דיש לו עליו קצת וכמ"ש הלח"מ פ"א מטוען סוף הלכה חיה ועיין נתיבות בכ"מ ס"ק כ"ח או כמ"ש תוס' בפ"ק דב"מ ד"ג דכ"ה אפילו שיכול להעיז פטור רק מב"מ גזה"כ ומ"מ כיון דמיירי ביכול לכפור פטור בא"י לכפור משום חזקה דאינו מעיז.

ובפט"ז מה"א הכ"ה כתב הרמב"ם דאם טוען הבעל בעולה נשאתיך יש להשביעו שה"ת שהרי הודה במקצת הטענה והקשה הה"מ הא מנה א"י לכפור וכל שא"י לכפור פטור ולפמ"ש י"ל כיון דרוב הנשאה בתולות יש להן קול כדאיתא רפ"ב דכתובות א"כ מדלית לה עדים מסייע לבעל ויכול להעיז ולרמב"ם דס"ל דבעל דנאמן היינו בשבועה אצ"ל כמ"ש לעיל דבאמת הבעל נאמן רק בשבועה.

גם מה שהקשה התומים כאן ממ"ש הרמב"ם פ"ט מנז"מ בשני שוורים שרדפו אחר שור ויש עדים שאחד נגח וטוען בעל השוורים הקטן נגח ישבע כמב"מ הא א"י לכפור כיון שראו עדים י"ל לפמ"ש הש"ך לעיל סוף סימן פ"ב בכ"מ דהיכי דלא הימני' ל"ש חזקה דא"א מעיז ע"כ ה"נ לא עדיף משאר מב"מ ואפשר גם בכתובה דלא הלותה לבעל כלום רק רבנן רמי חיוב על הבעל לא שייך לומר דהימנה אותו שו"ר בחידושי רע"ק לב"מ ד' ב' דכשא"י לכפור פטור משבוה"ת דחזקה דא"א מעיז כיון שלא הודה רק מה שא"י לכפור. **והלח"מ** פ"ד מטוען כתב בדעת הרמב"ם כיון דא"י לכפור וכל נכסיו משועבדים הוי הילך ותמה שם על הרי"ף דכתב בפ"ק דב"מ גבי שטר שכתוב בו סלעים ומודה שתים פטור משום דהוי שע"ק דתירץ זה לא הוצרך בש"ס רק למ"ד הילך חייב ואנן דקי"ל הילך פטור הטעם כס"ד דש"ס מעיקרא משום הילך עיי"ש ולי צ"ע אף דתומים הסכים לזה דנהי דא"י להפקיע החוב ע"י מכירה ומתנה הא יכול להפקיע בקונם כדלקמן ס"ס קי"ז ומפרט לרמב"ם דס"ל קונם מפקיע אף מזונות דאשה שהוא מן התורה לדעתו כמ"ש הר"ן בכתובות ר"פ המדיר דלדבריו ב"ח מפקיע חובו בקונם כמ"ש במראה הפנים על ירושלמי ר"פ המדיר וא"כ איך יהא כגבוי וכהילך ואף לפמ"ש הש"ך בסימן פ"ז סק"ב דהילך היינו שביד הלוה ומוכן בידו ליתן אף שלא נתנו עדיין י"ל התם מיד שאומר הילך קנהו המלוה וכדלקמן סימן ק"כ ואף למאן דפליג התם י"ל משום דפרעון בע"כ אינו מקנהו בע"כ אבל כשמלוה מרוצה הוי פרעון ותו אין הלוה יכול לאסרו דא"א אוסר דבר שאינו שלו ומפרט דברמב"ם פ"א מטוען כתב ונתנו מיד ומה דס"ד דש"ס בשתים פטור משום הילך הוא דלס"ד דמוכרח לומר משום הילך י"ל דאתיא כמ"ד דקונם לא מפקיע מידי שעבוד וכדאיתא פלוגתא בזה בר"פ המדיר בר"ן אבל למה דקי"ל דקונם מפקיע מידי שעבוד ע"כ לאו הילך הוא ומוכרח כמסקנא דש"ס דהטעם משום שע"ק ואף דהרי"ף בר"פ המדיר מביא אוקימתא דש"ס באומר לה צאי מע"י במזונותיך היינו דס"ל כמ"ש הר"ן בתחלה דכשם דאלמוה לשעבוד הבעל אלעוה לשעבוד דידה ולא ס"ל כתוס' בפרק אע"פ נ"ט ע"ב בד"ה קונמת דגם לשעבוד דבע"ח אלמוה וכן הת"י בגליון התוס' שם לא ס"ל וכ"ד הי"ח דלקמן ס"ס קי"ז ואף דמ"מ משמתינן לו שיתיר נדרו כמ"ש הר"ן הובא בבא"ג שם ל"ה כגבוי כיון דאם לא ישגיח בזה לא ניחות לנכסי' אבל קשה דאיכא דמותיב שם בפ"ק דב"מ דס"ד להוכיח דהילך חייב מדאמר רע"ק שלש פטור הא שתים חייב ומה קושיא לימא דלא חשוב הילך דקונם מפקיע מידי שעבוד ומזה ראי' גדולה לפוסקים דס"ל דאלמוה לשעבוד בע"ח ולאידך דעה צריך לומר דהאיכא דמותיב ס"ל דקונם לא מפקיע משעבוד.

סימן פט

סעי' ב' נשבע השכיר עיין שע"מ סק"ג דיש לעיין אם מודה שקבל מקצת דאיכא רעיתא נמי להשכיר דהא פוגם שטרו קי"ל דלא יפרע אלא בשבועה דמפרע לא דייק אך מסתימת הש"ס ופוסקים משמע דאין חילוק והניח בצריך ישוב ולפמ"ש לעיל סימן ע"ה ס"ט אין חילוק בין נפרע קצת לכולו לא נפרע רק מחמת דפרע קצת יש ריעותא לחזקה דשטרך בידי מה בעי לכן יפה סתמו בש"ס ופוסקים כאן ומזה ראי' לע"ש שם.

הג"ה השכיר קטן נשבע בע"ה ונפטר משמע שנפטר לגמרי ויש לתמוה למה מפסידין להקטן נמתין עד שיגדל וישבע ויטול כמבואר בסימן קי"ח במת המלוה ויורשיו מוציאים שטר על הלוה וטוען הלוה אשתבע לי דנשבעים היורשים כשיגדלו ונוטלים ונ"ל דאה"נ דהשכיר כשיגדיל נ"ו עכ"ל שע"מ ואינו דבעצמו כתב דמשמע דנפטר לגמרי ומסימן ק"ח לק"מ דהתם השבועה רק שאינו יודע אם נפרע שלא מצא בכתבי אביו או שלא פקדו וזה יכול לישבע כשיגדיל משא"כ כאן דצריך לישבע בבירור גמור וכיון שטענתם על זמן שהי' קטן אף כשיגדיל לא חשוב טענת שכיר ברי גמור כיון שבקטנותו אינו בר דעת גמור וכמו במלתא דלא רמיא עלי' דאינש לאו אדעתי' לא מהני ברי שלו כמבואר בב"ח ומג"א בסימן תמ"ז ס"ק כ"ג ה"נ כיון שבקטנותו אינו בר דעת הוי לאו אדעתי' ותלי"ת מצאתי שכ"כ תוס' בב"ק דף ק"ו ע"ב בד"ה אבל אכלו כשהוא גדול הובא בנתיבות סימן צ"ו ס"א סק"ב דאם טוען לגדול החזרתי לך כשהיית קטן לא הוי העזה עיי"ש והיינו דאף שטוען עכשיו ברי שלא החזרת לי כשהייתי קטן לא מיחשב טענת ברי וכ"ש כאן דהא דשכיר נו"נ תק"ח ואינו דומה לההוא דסימן ק"ח דמד"ת נוטל בלא שבועה דהשטר בתקפו ועיין פנ"י פרק הגוזל שם דאם אמר החזרתי לך כשהיית קטן אף אם הקטן מכחישו בבירור אפ"ה הכחשת קטן במה שנעשה בקטנות כמאן דליתא דעי עכ"ל איברא דהרמ"ה שבאס"ז שם לא ס"ל הכי ומ"מ הכא דבע"ה מוחזק ומפרט דדברי הש"ע דנפטר מורה כן ודאי אין להוציא ואפילו תפס השכיר כיון דהוי נגד סתימת המחבר ומפרט דהוא ספק בתקנה.

סעי' ג' שתבעו כ"ז כתב סמ"ע ס"ק י"ב שתבעו בעדים בסוף זמנו והשיב לו שיבא אח"כ והרי שמעו שלא פרע לו תו"ז בזה השכיר נאמן לישבע וליטול עכ"ל ואיני יודע מניין לו זה דבש"ס ופוסקים לא כתבו רק שתבעו דהא הטעם דלאח"ז בעה"ב נאמן מבואר בב"מ דף קי"ג דחזקה שכיר לא משהה שכרו וכיון שיש עדים שתבעו תו ליכא חזקה אפילו אין עדים עה השיב לו וכ"ש כששמעו שהשיב הלה פרעתיך בע"כ משהה ועוד אף דהשיב לו אם איתא דדוקא הוא מניין לנו מזה שלא פרע הלא פ"ז שלא אמר א"ע י"ל

כשם שהשטתה בי השטתי בך כדלעיל סימן פ"א ואי דמודה בעה"ב אח"כ שלא נתכוין להשטות הרי י"ל מגו דלהשטות נתכוין ועוד דבגמרא שם פריך אהא דיש עדים שתבעו הא קתבע קמן ומאי קושיא לפירוש הסמ"ע דיש עדים שתבעו והשיב לו שיבא אח"כ והרי שמעו שלא פרע לו משא"כ הא דתבע קמן הרי קמן טוען שפרע אבל כשתבעו והשיב לו שיפרע אח"כ אפילו מיירי אח"ז מ"מ חזינן דעבר אב"ת והשכיר השהה שכרו וליכא החזקות לסייע לבע"ה לכן שכיר נשבע ונוטל וכן מוכח מתוס' בפרק המקבל שם בד"ה והא תבע לי' קמן דלמאי דס"ד שתבעו היינו אח"ז הוי מצי לעפרך אמאי נשבע ונוטל עיי"ש ומה קושיא הא כיון שהשיב שיפרע לו אח"כ חזינן דכבר עבר אבית וזה השהה שו"ר תלי"ת בת"ח שם כדברי וז"ל אם יש עדים שתבעו הר"ז נו"נ אין לפרש שיש עדים שתבעו והלה אומר אתן לך דא"כ אמאי כתבו התוס' דלמאי דס"ד דהוה מצי למפרך אמאי נו"נ דהא דינא הוא דישבע ויטול דמידי הוא טעמא דבעבר זמנו אין השכיר נו"נ משום דאית לי' לבע"ה תרתי חזקה והשתא הא לית לי' חזקה דלא עבר בב"ת כיון דמייתי עדים שתבעו לאחר זמנו והלה אומר אתן לך ותו מדפריך והא קתבעו לקמן משמע דהוי דומיא דהך תביעה דלקמן שהוא טוען פרעתיך אלא צ"ל דיש עדים שתבעו והלה אומר פרעתיך קאמר עכ"ל.

סעי' ד' בנק"ח דעת הרי"ף שא"צ לישבע רק היסת כשאינו מב"מ ותמהו עליו מהא דפרכינן בשבועות דף מ"ו איני והתני רב"ש וכו' והיכי ס"ד דבמב"מ יפטר משבועה ונלע"ד די"ל דס"ד כמו בפחז"ה דף מ"ם דאי איכא עדים דשכרו ניחזי עדים מה קאמרו וע"כ דלא שכרו בעדים ויש לו מגו דלא שכרתיך ופטור בטוען פרעתיך א"כ י"ל מגו דפרעתיך ואי דחזקה דא"א מעיז לכפור הכל הא כשיאמר פרעתיך יאמר השכיר מחמת טרדא שכח והכחשה דקציצה מעיז יותר אמנם גם אם נאמר דמיירי ששכרו בעדים ולא ידעו כמה קצץ וכמ"ש תוס' בשבועות שם ד"ה רישא מ"מ י"ל לפמ"ש בסימן שלפני זה דכשא"י לכפור המקצת שמודה פטור משבועת התורה משום חזקה דא"א מעיז דמלוה לא יתלה באשתמיטי ולבו נוקפו שמא כפיו כן לבו לכפור לעולם ובעלמא כשמודה במקצת ידע המלוה דלאשתמוטי עושה כן דאל"כ הי' כופר בכל א"ו אמד נפשי' דא"י לשלם כעת רק המקצת וא"כ ה"נ אי"ל ל"ש דיש עדים ששכרו וגם פרעתיך לא יועיל לו דישבע שכיר ויטול לכן ס"ד דפטור משבועה ולמסקנא או דנאמר דס"ל כהפוסקים דגם בא"י לכפור חשוב מב"מ כשאין בו שע"ק כדלעיל סימן פ"ח או דנימא רק מדרבנן ומה"ט גופא וכמ"ש הפנ"י בב"מ עפ"י דרכו וראיתי כאן בתומים דרך ג"כ דרך זה דס"ד דפטור משבועה משום דא"י לכפור והוי הילך ובעצמו סיים דלא קרב להילך דשכיר

מחוסר שבועה ומכ"ש לשיטת התקפו כהן הובא בקצו"ח ריש סימן זה דלא נחתינן לנכסי בע"ה ע"י שבועת שכיר ועל הראשונים אנו מצטערים לדמותו להילך ולפמ"ש א"ש כיון דיש עדי מלאכה א"י לכפור בפחות שבשכירות ולפ"ז מ"ש הסמ"ע בס"ק י"ז באם בעה"ב מב"מ צריך לישבע שבועה דאורייתא אינו רק לדעת המחבר לעיל סימן פ"ח סכ"ט אבל לפי מה שהעלה הש"ך שם בכת"י בנאמנות הוי ספ"ד ה"נ כשמודה רק בפחות שבשכירות ויש עדי מלאכה פטור משבועה דאורייתא דא"י לכפור לא שכרתיך או פרעתיך.

סעי' ז' אין מגלגלין עליו הקשה בשע"מ ס"ק י"א האיך שייך גלגול מנתבע לתובע הא אם הנתבע טוען ממון אחר שמגיע לו מהתובעת ממילא הוא בכלל השבועה שהוא נשבע ונוטל דאם חייב לנתבע הרי יצא זה בזה כדאיתא בא"ע סימן צ"ו ס"ב דאלענה שנשבעה שלא נהנתי מכתובתי לא חיישינן דגזלה משל בעלה דגזלה עולה לפרעון וגם למה בשכיר אין מגלגלין הא כיון שהשכיר נשבע שלא נפרע השכירות ממילא בכלל שאינו חייב לבע"ה מעון אחר וא"כ למה לא יגלגל עליו שהשכיר ישבע לו בפירוש שאינו חייב לו ממון אחר כיון דבלא"ה הוא בכלל השבועה יש לפרש כל צד רמאות שיש לחשוב ולכן העלה דמגלגלין כה"ג גם על שכיר עיי"ש ולא שערום אבותינו וקושיתו לק"מ דכמו דמבואר בסימן צ"ד באם נתחייב שבועה וגלגלו עליו עוד שבועות ואמר אשלם טענה ראשונה או אהפכנו אין שומעין לו ואומרים לו או תשבע על הכל או תהפך או תשלם הכל כן כשמגלגל נתבע על התובע א"י לומר לא אשבע ולא אטול כדי שיפטור משבועת הגלגול וא"כ נ"מ בשכיר דאינו בתורת גלגול ואפילו את"ל דוקא בנתבע שתובעין אותו לשלם וכפר ונתחייב שבועה אזי כיון דנתחייב שבועה וגלגלו עליו א"י לומר אשלם עיקר השבועה ליפטר מהגולגולים משא"כ בנוטל בשבועה שגלגלו עליו י"ל איני נוטל ולא אשבע על הגלגולים דגם כשפסקו לו שבועה ליטול לא נתחייב לישבע רק אם ירצה ליטול מ"מ נ"מ אם תפס השכיר בעדים דהשבועה ליפטר או להחזיר יגלגלו עליו אך לע"ד גם בתובע כשגלגלו עליו א"י לומר דלא אטול ולא אשבע דמ"ש דגם בנתבע אינו מחויב דוקא לישבע אם ירצה ישלם ה"נ אם ירצה לא יטול ואח"כ מצאתי כן בשע"מ גופא לקמן סימן פ"ד סק"ה וא"כ נ"מ רבתי.

ועוד דנ"מ כשהבע"ב טוען שיש לו על השכיר חוב לשלם לו אחר עשרה ימים ושכיר מכחישו לא יהא על השכיר רק היסת כדלעיל סימן ע"ג ס"ב אבל כאן אם הי' הדין לגלגל הי' מחויב בנק"ח ואף דבסימן ע"ג אמרינן המתן עד דמטי זמני' ואז ישבע היינו דשמא יודה עד שיבא הזמן ולמה נשביעו עכשיו אבל כאן דנ"מ דאם נמתין לא יחויב רק

היסת ועכשיו ע"י גלגול יחויב בנק"ח בשאר נשבעין מגלגלין בכה"ג ולא ממתינן דק"ו ומה היכי דבלאו הגלגול פטור לעולם מלישבע מגלגלין עליו ק"ו בזה דמחויב שבועה לאח"ז למה לא נגלגל עליו מיד תדע דהא גלגול שבועה ילפינן בפ"ק דקידושין מסוטה ובסוטה פ"ב דח"י ע"ב ופסקה הרמב"ם בפ"ד מסוטה הי"ז דמגלגלין אלהבא שלא תטמא ה"נ מגללין אלהבא שלא יעכב הממון מהזמן פרעון ואילך וא"כ אם נשבע השכיר רק שלא נפרע שמירתו לא נכלל בזה טענת בע"ה שהשכיר חייב לו לשלם אחר עשרה ימים דאפילו האמת אתו מ"מ אמת נשבע הלוה שלא נפרע שכירותו דצריך לשלם לו תכף והוא אינו מחויב עדיין ועיין לעיל סימן פ"ז סכ"ד בהג"ה והוא מירושלמי פרק בתרא דכתובות הלכה ד' הובא בב"י שם דאומרים לו שיטעון עליו כל מה שרוצה לתבעו אח"ז כדי לגלגל הכל בשבועה אחת אף דאינו רוצה לתבוע עתה א"כ הרי מרחיק זמן ואינו מחויב עתה ונמתין דשמא יודה ולא יבא לשבועה ומ"מ אין משגיחין בזה כדי לגלגל בשבועת אחת ה"נ כשהתובע רוצה לגלגל עליו שבועה דלהבא בשבועה של עכשיו מגלגלין ומ"ש השע"מ כיון דבלא"ה נכלל בשבועתו שאינו חייב לבע"ה ממקום אחר למה לא יפרע בפירוש אינו כיון דמקילין על השכיר מחשש שיפרוש אפילו משבועת אמת ולפיכך אומרים לו אל תצער עצמך השבע וטול ה"נ אין מחמירין עליו לפרש שאר תביעות שלא לצערו ושמא יפרוש בחנם וילך בפחי נפש ומצאתי במהרי"ט חחו"מ ס"ס ק"ה יליף מסוטה דמגלגלין שבועה אלהבא.

עוד כתב בשע"מ היכא דהשכיר מודה שנפרע מקצת מגלגלין עליו שאר טענות דבזה אף דטוענת בעה"ב כא"י א"פ חייב השכיר שבועה מן הדין דמפרע לא דייק עיי"ש ואזיל לשיטתו דלעיל סימן ע"ה ס"ט וכבר סתרתי דבריו שם וחז"ל חסו והקילו על השכיר ואין לנו לחפש ולהחמיר עליו מה שסתמו בש"ס ופוסקים ולא חילקו.

סימן צ

סעי' א' הנגזל כיצד ראובן מכר כשות לשמעון ומכר שמעון הכשות לגוי ומדדן שלא בפני ראובן וטען ראובן שלא ברשותו מדדן והיו מאה מדות ושמעון אומר שהרשהו למדוד שלא בפניו והיו חסר ממאה ישבע היסת שברשות מדדן ויכלול בשבועתו שלא הי' מאה שו"ת ב"ח ישנות סימן קד"ם נראה טעמו דכשלא ישבע שהורשה הוי ראובן נגזל אף דמכרן לא הי' לו למדוד שלא בפניו ונשבע ונוטל מאה ולפמ"ש הש"ך בסימן צ"א ס"ו ס"ק כ"ו ה"נ א"צ שמעון לישבע שהורשה דאפילו יודה שלא הורשה אין ראובן נוטל רק בשבועה ול"ח הכחשת ממון רק כשחוזר המוכר מהמקח ותובע מה שלקח

שמעון דמיהן כיון שלא נתן לו רשות למדוד שלא בפניו לא קנה במשיכה אזי משביעו שהרשהו למשוך ולקנות ויגלגל עליו אפילו בשמא ממה היו

אם טעה וכסבור שלו נוטל ומודה לו הנגזל דהגזלן טעה ויש הכחשה ביניהן כמה הי' שוה ישבע הגזלן אפילו לית לו מגו כיון דקנסא הוא שישבע נגזל לא קנסו בשוגג כדלקמן סימן שפ"ה.

מה הם בשע"מ סק"ב תמה על הרמב"ם בפ"ד מה"ג וטוש"ע דלקמן סימן שס"ד ס"ה דכתבו חטף ממנו זהובים בפני ע"א והוא אומר שלי חטפתי ועשרים היו אעפ"י שאין העד יודע כמה חטף צריך לשלם כל העשרים דאמאי לא יהא נאמן במגו שלא נטל רק פחות ושלו נטל ול"ל דל"א מגו אי בעי הי' טוען שתי טענות של שקר וכו' עיי"ש וכבר דחיתי דבריו בסימן פ"ב ואדרבה מכאן ראי' דמגו כזה לא אמרינן.

דברים שאינו אמוד בהם בשעמ"ש נסתפק אם תבעו שני כלים שאינו אמוד בהם והודה לו באחד אי בכה"ג עשו תקנת נגזל דהא חזינן דהודה במקצת במה דלא אמוד והעלה דחייב שבועת מב"מ וכיון דהוא חשוד שכנגדו נשבע ונוטל רק בהילך מהימן והביא מפירוש המשנה לרמב"ם דאם תבעו מרגליות ואבנים טובות והוא מפורסם שאין אצלו כגון אלה הדברים ישבע הגזלן היסת או של תורה כפי מה שהודה משמע להדיא דאף בהודה במקצת בדבר שאינו אמוד פטור מלשלם רק ישבע דס"ל שאינו חשוד ואנן קי"ל דהוא חשוד והטעם דאין הנגזל נו"נ דיש לגזלן מגו דכופר הכל והקשה דא"כ לר"י דמשנה דס"ל עד שיהא הודאה במקצת להימן במגו דכופר הכל כמו במב"מ בדבר שאינו אמוד והניח בצ"ע ולע"ד לפמ"ש בקצו"ח ונתיבות דתקנת נגזל רק כשיש דררא דממונא שנעשה ספק לב"ד בלא טענותיהם רק עפ"י עדים שראו שגזלו וא"י כמה עיי"ש א"ב בדבר שאינו אמוד ליכא שום ספק לעדים ולב"ד אם נטל כלים כאלו רק נולד ע"י טענותיהם. ובזה לא תקנו ולפ"ז אצ"ל טעם הרמב"ם בפירוש המשנה משום מגו ולק"מ מדר"י דמתניתין דקאי על דברים שאמוד בהם דיש ספק לב"ד ולעדים בלא טענותיהם ועשו תקנת נגזל להיות נו"נ.

ולע"ד אם הודה במקצת בדבר שאינו אמוד פטור משבועת. התורה דהוי כמשיב אבדה כמו בתבעו בשטר שכתוב בו סלעין והודה בשלש וזה תבעו חמש דמבורר לעיל סימן פ"ח סל"ג דפטור משום דל"ח חזקה דאינו מעיז דהי' י"ל שתים והי' השטר מסייעו ה"נ אם הי' מכחיש לגמרי הדבר שאינו אמוד הי' כ"ע מסייעין לו ואף שראו העדים שהוציא כלים תחת כנפיו הי' י"ל שהוציא כלים גרועים ועיין שיך לעיל סימן ע"ה סי"ט סק"ע דנסתפק אם התובע דבר שאינו אמוד מוחזק כפרן ולא יהא נאמן אפילו על דבר

האמוד וא"כ עכ"פ יכול להעיז דהא גם בשטר שכתוב בו סלעין אינו ודאי רק שתים וכדמוכח בפרק המקבל דף ק"י גבי שטר שכתוב בו שנין וברא"ש פ"ק דב"מ ס"ג דאינו רק סיוע בעלמא דאינו יותר משתים ומ"ש רמב"ם בפירוש המשנה או של תורה כפי מה שהודה מסייע לן דלדברי השעמ"ש הל"ל אם הודה אלא דגם כשהודה בדבר שאינו אמוד סגי בהיסת רק כשהודה במקצת מדבר האמור אך לפ"ז צ"ל אף דלעיל סימן ע"ה ל"ה משואיל"מ בדבר שאינו אמוד מ"מ אי טוען ברי שאינו חייב רק מקצת חייב לישבע שבועת התורה כל שלא הודה רק בדבר האמוד אלא שכנגדו אינו נוטל מחמת משואיל"מ בדבר דלא אמוד וצ"ע דממ"נ אם חייב שבועת התורה כשא"י לישבע הוי משואיל"מ ול"ל דרמב"ם מיירי דכופר במקצת גם מדבר האמוד בו הנגזל דא"כ בזה הנגזל נו"נ מ"מ נ"ל כמ"ש דכמה פעמים מצינו דחייב שבועת התורה ומ"מ כשא"י לישבע אינו משלם כדלעיל סימן ע"ה סט"ו וט"ז ובסימן צ"ב ס"ז וס"ח וצ"ע וכן משמע בתשובת מיימני לספר משפטים סל"ז דשבועה דאורייתא חייב אף שאין התובע אמוד על תביעתו ולפמ"ש בנתיבות לקמן סימן צ"ו ס"א סק"ג ה"נ אם הודה בדבר האמוד ובדבר שאינו אמוד קצת חייב לישבע ש"ד כיון דאפילו לא השיב אבדה הי' חייב שבועה דאורייתא.

ולדברי שע"מ דמודה במקצת כלים שאינו אמוד חייב שבועת התורה נ"ל מ"מ לדינא דהכא פטור כיון דיש פלוגתא בזה אי הוה חשוד א"כ א"א להשביעו שמא חשוד ולחייבו ממון שישבע שכנגדו ויטול ג"כ א"א די"ל קי"ל שאינו חשוד והמע"ה ועמ"ש לקמן סימן צ"ב ס"ב.

סעי' י"א ונשבע בע"ה היסת על טענתו כתב הש"ך ס"ק כ"א הלשון מהופך וכו' מ"ש הרמב"ם והמחבר סי"ד ואין כאן שבועה וכו' כבר כתבתי בזה לעיל סימן נ"ד ס"ב דאף דדינו דהיסת אחר שיטול מ"מ כיון דלא נחתינן לנכסי' כשלא ירצה לישבע שמא לא ירצה לישבע וזה שתפס יכול לעכב מליתן לו עד שישבע עיי"ש אמנם הריקאנטי דלעיל בש"ך סימן פ"ז ס"י ס"ק כ"ה מספ"ל אי תפס מהמחויב שד"ר ואינו רוצה לישבע וקצו"ח שם כתב כיון שאין הב"ד יורדין לנכסיו אם אינו רוצה לישבע גם הוא אין לו כח למיעבד דינא לנפשי' בנכסיו וצריך להחזיר עכ"ל ולפמ"ש הישׁ בפרק המניח ס"ס ה' דאינו יכול לתפוס שום דבר מחברו א"ל בחפץ המבורר שהוא שלו ודוקא שתופס משלו אבל היכא שיש בידו משכון או פקדון יכול לעכבו כדי להציל ממון שלו בכל טצדק' דבעי מאחר שברור לו שהוא חייב לו ולא יכול לברר בעדים וזה לא נקרא עביד דינא לנפשו שהרי לא תפס אלא שמעכב את שלו בשב ואל תעשה עכ"ל הובא בקצו"ח לעיל סימן ד' ה"נ אם כבר בא ליד התובע החפץ שדנין עליו שהשאילו הנתבע וטוען

השואל כי באמת שלו הוא וחייב המשאיל היסת ואינו רוצה לישבע א"צ להחזיר אף דלא נחתינן לנכסי' וגם הוא לא עביד דינא לנפשו היינו בקום ועשה לא הוא ולא הב"ד רשאין למיעבד דינא אבל בשוא"ת לא נקרא עביד דינא וחכז"ל לא אמרו רק לא נחתינן לנכסי' היינו לעשות מעשה ולא בשוא"ת ולכן לקמן סי"ד דנטל שלא בפני בע"ה הוי רק תפיסה וא"י לעכב משום שמא לא ירצה לישבע היסת דאפילו ודאי לא ירצה לישבע מחויב להחזיר משא"כ כאן דגם בע"ה מודה שהשאילן א"כ ל"ח עביד דינא רק בשוא"ת ע"כ א"צ להחזיר עד שישבע היסת דשמא לא ירצה לישבע והרי יתברר עתה האמת אם ישבע דאם ירצה לישבע אח"כ ישבע מיד והנה לעיל סימן פ"ח סכ"ב איתא מי שתבעוהו מנה והודה בנון וכשבא לישבע טען איני רוצה לישבע אלא אשלם כל המנה וישבע לי שיש לו בידי מנה וזה אומר לא אשבע עד שיפריעני החלה הדין עם התובע ולפמ"ש קשה למה לא יובל לעכב שמא לא ירצה לישבע ולא נוכל ליחות לנכסי' ובשעמ"ש סימן פ"ז ס"ט סק"ח הביא דעת ראב"ן דאם אינו רוצה הנתבע לישבע דלא נחתינן לנכסי' אם תפס התובע לא מפקינן מיני' וכתב השעמ"ש לעיין בסימן פ"ח סכ"ב ובסמ"ע שם וכונתו למ"ש הסמ"ע דלמה לא נשמע לו במה שאומר שישבע לו היסת דאולי לא ירצה ויפטר ממנו מיד דשאני הכא שאינו חייב לו שבועה היסת עד שיפרע לו החלה ויחזור ויתבענו משא"כ הראב"ן שפיר כתב דמהני תפס אחר שנתחייב שכנגדו לישבע היסת ולא רצה וא"כ לדידי ודאי קשה ונראה לפמ"ש הנתיבות בפתיחה לסימן ע"ו דגזל ופקדון כשנותנו ליד ב"ד אף דב"ד מעכבין אותו ואינם נותנים לנגזל ומפקיד מ"מ י"ל הש"ל והוי השבה מעליא משא"כ בחוב ל"ח פרעון עד שנותנו ליד מלוה עיי"ש ולפ"ז בשלמא בסימן פ"ח שם דתבעו חוב לא חשוב פרעון עד שבא ליד מלוה ע"כ כיון דדין היסת רק אחר שיטול וקודם שבא ליד מלוה עדיין לא נטל ואינו חייב היסת כיון שלא נפרע עדיין אין לו הגיעה עליו להשביעו היסת שתקנו חכמים על הנתבע ליפטר וגם בזה כתב שם התומים ונתיבות ובסימן ע"ז סי"ב סוף ס"ק ט"ז מה דנהגו גם בש"ד להפך היסת על התובע מחמת שבזמנינו אינו נשבע עד שמניח מעות התביעה ביד ב"ד מושלש עד אחר שבועה וא"כ מיחשב זה לפרעון הואיל והוא ביד ב"ד כאותו שאמרו חולש מעותיו ללשכה וא"כ הרי זה יכול אח"כ לתבעו השבע לי היסת שלא פרעתיך שלא כדין וא"כ תיכף נשבע כי היינו תביעה חדשה ואם כי יש לדחות כן עמא דבר עכ"ל ודאי יש לדחות דל"ח פרעון ביד ב"ד וגם הא דחולש מעותיו אינו מדינא רק מתקנה ועיין תומים סימן ע"ד סק"ג בשם כנה"ג ומהרש"ך וגם להתומים שם דפרעון חוב מדינא מהני כשנותן ליד ב"ד היינו דנפטור משעבודו אבל המלוה לא זכה בו כמבואר בחידושי רשב"א בגיטין דף

ע"ה וא"כ כשמשליש ביד ב"ד דלא זכה בו התובע לא חל עליו ההיסת דאין להמשליש עדיין תביעה עליו רק מחמת שאין בזה"ז כח ביד ב"ד לנדות ולכוף לכן התקינו שישליש ביד ב"ד אמנם מדינא ל"מ לכן בסימן פ"ח סכ"ב צריך לפרוע תחלה ואח"כ יתבענו וישבענו משא"כ כאן דהוא חפץ בעין בשאלה לפי טענת התובע וכשנותנו ליד ב"ד סגי וא"כ חל עליו תביעת השני כיון דכבר נפרע בעה"ב ע"י שבא ליד ב"ד ומדינא סגי בזה לכן כתבו הרמב"ם והש"ע ויחזירו ב"ד הכלים דלכאורה הל"ל ויחזיר לו הכלים דודאי אם לא יחזיר יוציאו ממנו הב"ד אלא דלפני השבועה צריך שיתן ליד ב"ד ואל"ה א"י להשביע לבע"ה היסת דאינו רק לאחר פרעון רק אם כבר הוא ביד ב"ד הוי פרעון בכלי בעין ושמא לא ירצה לישבע לכן הב"ד יעכבו אצלם בעד שניהם אם לא ישבע נשאר של הנכנס שנתן לידם ואם ישבע בע"ה הרי נתברר שכבר הוא אחר פרעון דשלו הי' וכשבא ליד ב"ד שלו הוא כאלו מונח בביתו ואם לא הי' צריך לישבע ג"כ כבר הי' פרעון גמור א"כ יכול לתבעו ולהטיל עליו היסה והכל מתוקן ומ"ש הש"ך בסימן ע"ב סח"י ס"ק פ"ב עמ"ש המחבר שם נשבע הלוה ונוטל משכונו ג"כ נתיישב בזה ומה שהביא הש"ך שם מרמב"ם פ"ט מטוען ה"ג ט"ס הוא וצ"ל פ"ח מטוען דכתב דראובן נוטל כליו ונשבע היסת על טענות שמעון ואפילו מת שמעון הרי ראובן נוטל כליו ולפמ"ש אינו קושיא כיון דע"כ מניחו קודם השבועה ביד ב"ד וזה חשוב השבה הרי שפיר אמר נוטל כליו ונשבע היסת ועוד כ"כ כלפי הוראות הגאונים דגם יורש משביעו דנראה סברתם דבע"ה חשוב מוציא לכן טוענין ליורש גם בשמא להחזיק בידם וכן דייק לישנא דיש מי שהורה שכתב הרמב"ם פ"ט מטוען הלכה ה' שישבע בע"ה היסת ואח"כ יחזיר כליו מיד היורש והרמב"ם דחולק עליהם משום דלא חשוב בע"ה מוציא כלל כיון דהיסת אין דינו רק לאחר פרעון ואז כבר מוחזק ואין טוענין ליורש בשמא להוציא כמבואר לעיל סימן ע"ב בש"ך ס"ק קמ"ב לכן כתב בפ"ח ראובן נוטל כליו ונשבע היסת על טענות שמעון להורות דעתו דאין השבועה עד אחר פרעון א"כ אין טוענין ליורש וכן מבואר לקמן סימן קל"ג ס"ה בהג"ה דהגאונים ס"ל דגם נגד היורש צריך לישבע וליטול ודעת המחבר כרמב"ם דנגד היורש א"צ שבועה דדינו דגם נגד מערער גופא ליטול ואח"כ לישבע לכן אין טוענין ליורש להוציא בשמא עיי"ש בסמ"ע וש"ך ולכן המחבר דכבר סתם כרמב"ם ולא הביא דעה הגאונים כתב בסימן ע"ב דנשבע הלוה ונוטל משכונו כי נשאר מונח ביד ביד עד אחר השבועה דרמב"ם לא כתב דנוטל ונשבע היסת רק לסתור דעת גאונים לכן סיים ג"כ ואפילו מת שמעון הרי ראובן נוטל כליו והורו הגאונים שישבע היסת שטוענין ליורש והל"ל אפילו מה שמעון ראובן נוטל כליו מת הרי וגם פה הביא סתם הוראות הגאונים

ובפ"ט כתב וכבר ביארנו שיש מי שהודה שישבע בע"ה היסת ואח"כ יחזיר כליו מיד היורש ואין דעתו נוטה לזה אלא בפ"ח כתב כמתמי' על הגאונים דהא נוטל קודם ואח"כ נשבע ואפילו מת שמעון הרי ראובן נוטל כליו ואם היורש הי' חשוב מוחזק איך יטול ראובן כליו בלא שטר וראי' וע"כ דחשוב מוחזק ולא מוציא והורו הגאונים כמתמי' כיון דחזקה דלהשאיל ולהשכיר עושה לבע"ה למוחזק עד שנוטל אפילו מיורש ולא חיישינן שמא הי' מברר אביו שלקחו א"כ איך הורו שטוענין ליורש להשביע היסת ועיין ש"ך סימן ע"ב סח"י ס"ק פ"ז ושם סכ"ג הלכך מחזיר המשכון ויביא ראי' על המעות רטול וישבע ראובן היסת פירש הש"ך שם ס"ק ק"י יטול ראובן וישבע כי לשיטתו הולך דנוטל קודם וקשה הא כבר כתב המחבר מחזיר המשכון ולפמ"ש נראה הפירוש דתחלה הורה דמחזיר המשכון דמשואיל"מ ואח"כ כתב או שיביא שמעון ראי' ויטול או כשלא יהא לו ראי' ישבע ראובן היסת וכן נראה שפירש הסמ"ע שם וא"כ לא משמע מכאן דיטול ראובן לפני השבועה ולא נתכוין כלל להורות אם החזרה קודם או אח"כ דהא ע"כ מ"ש ויביא ראי' אינו דוקא אחר החזרה דאם אומר שיש לו ראי' וירא להחזיר המשכון ע"כ נותנים לו זמן להביאם עד שלשים יום ה"נ מ"ש אח"כ וישבע היסת ג"כ לאו דוקא אחר החזרה רק הורה תחלה דמחזיר המשכון ואין לו על ראובן רק בראי' או היסת כבא ליטול ולכאורה יש להקשות עמ"ש דבחפץ בעין כיון דכשבא ליד ב"ד חשוב השבה חל עליו היסת שלאחר פרעון דהא הטעם דבכלי שהי' כבר שלו א"צ קנין משא"כ בחוב וא"כ איך ישביעו היסת הלה ישוב לו לפי דבריך שהכלי שלך לא זכיתי בו עדיין אף שהוא ביד ב"ד ואין לך תביעה עלי עדיין אבל יובן לפי מ"ש בשו"ת גבעת פנחס דכ"מ שנזכר היסת לאחר הפרעון צריך שיתבענו אחר הפרעון דכל החיוב היסת תקנו חכז"ל משום חזקה אא"ת אא"כ י"ל עליו וזה דוקא כשתובע להוציא לא כשבא ליפטר והנה אף דבקרקע וכת"ג ל"ש אשתמוטי וכל מקום שהוא ברשות בעלי' הוא ולא חשוב מוציא כמטלטלין מ"מ לא חלקו חכמים רק כיון שזה תובע מחבירו אם איתא דשל חברו הוא תובע בחנם וחזקה א"א תובע אא"כ יש לו עליו וא"כ בחפץ בעין לפי טענת הראשון שהחפץ שלו מיד שהניחו בב"ד שפסקו לו שיחזירנו כבר הוי השבה וכמונח ברשות בעליו ושייך חזקה דא"א תובע אא"כ יש לו עליו גבי השני דאיך יתבע בשקר להוציא מידו כיון דאם האמה לתובע ראשון כבר חשוב כמוחזק בו וזה השני בכלל תובע שתקנו חכז"ל דיכול להטיל שבועת היסת משא"כ בחוב אף דלוה הניחו ביד ב"ד לא זכה בו המלוה עדיין אפילו האמת אתו וא"כ לא חשוב הלוה תובע מן המלוה רק נתבע ואינו בכלל חזקה אא"ת דלא הוי תובע עדיין ואף דלענין אשתמוטי אפשר דאין חילוק בזה מ"מ צריך

להיות בכלל תובע ונתבע דאל"כ ל"ל דל"פ ומ"מ לפע"ד עתה שתקנו הגאונים שצריך לקב"ח קודם שישבע שכנגדו אין צריך תביעה חדשה דהא מקבל שאינו משביעו בחנם והרי תובעו כנלע"ד היוצא לדינא מכלל מ"ש ראובן שתבע לשמעון חוב מנה והודה במקצת א"י לומר לא אשבע רק אניח המעות בב"ד וישבע לי היסת עד שיתן המעות ליד מלוה ויתבענו אז וישביענו היסת וזה מדינא אבל במקום שנהגו דמשביעין היסת ע"י שמשליש המעות ביד ב"ד מחמת דאין רשאים לנדות המסרב יעשו כמנהגם ובכלי וחפץ בעין שבא ליד הנתבע ברשות התובע מדינא סגי להשלישו ביד ב"ד ולחייב לשכנגדו היסת משא"כ אם בא לידו ע"י תפיסה מחויב קודם להחזירו לתובע ואח"כ ישביעו.

וברמב"ם פ"א מטוען ה"ו כתב אין לך מי שישבע היסת ונוטל מחברו אלא זה שנהפכה עליו היסת וכתב הה"מ שם הוא כדברי רבו אבן מיגא"ש ז"ל ואחריו נמשך הש"ך בסימן קכ"א ס"ט ס"ק מ"ז ותמוה לי דבחידושי שבועת להר"י מיגא"ש פכ"ה דף מ"ז ע"ב מבואר אהא דאתמר בפרק איש מקדש דמ"ג השתא דתקון שבועת היסת משתבעי עדים ומשתבע מלוה דלא שקיל דמלוה נמי רק היסת משתבע וכפל ושלש דמשתבע והדר שקיל ויהיב טעמא כיון דבעי לאפוקי ממונא מן לוה ושליח מכחישו חייבוהו רבנן למלוה היסת ואח"כ יטול ול"ל דהלשון מהופך דיטול ואח"כ ישבע כיון דחיוב השבועה משום דבא להוציא ונלע"ד דר"י מיגאש מודה בהיסת שבא ע"י טענת ברי של התובע ומשום חזקה דאא"ת אא"כ י"ל אין ההיסת עד שכנגדו יהא תובע ולא נתבע משא"כ הך דשליח ומלוה דההיסת של מלוה אינו מכח חזקה דאא"ת רק מכח הכחשת שליח לכן ישבע קודם והרמב"ם דס"ל בשליח ומלוה דמלוה מחויב שבועת בנק"ח כאשר העידו עליו הב"י וש"פ דכן הנוסחא ברמב"ם פ"א משלוחין ה"ז שפיר כתב דאין עוד היסת בנוטל זולת ע"י היפך אבל בפשה"ד דף מ"א ע"ב כתב הר"י מיגאש עצמו ז"ל ונקוט האי כללא בידך דלא משכחת לה לעולם שביעת היסת בנשבע ונוטל אלא היכא דאיחייב בה הנתבע ואפכה אתובע אבל שבועה דהוי מעיקר דינא על התובע דמשתבע ושקיל לעולם לא הויא אלא כעין דאורייתא עכ"ל ודבריו נראין סותרין.

סימן צא

סעי' ב' ש"ך ס"ק י"ג אם קרוב וידוע שיבא יכול הבע"ה לומר הלא אין לך הפסד המתן קצת עד שיבא או תשבע ותטול מיד עכ"ל וצ"ע דהא מבואר לעיל סימן פ"ז סל"ג דאין להשביע היכא דאיכא למיחש שיתברר הדבר וכתב הש"ך שם דנראה כמו שבועה לבטלה וגנאי הוא לישבע היכא שהדבר מתברר אח"כ כמ"ש ר"ח בתוס' פרק

המפקיד סוף דף ל"ד ושם אפילו ברצון הנשבע לא משביעינן אף דבעצמו אינו חושש כמבואר בסימן ע"ב סט"ו בהג"ה וש"ך שם ס"ק ס"ב וא"כ ה"נ כשיבא החנוני יתברר כשיודה שלא פרע והודאות בע"ד כמאה עדים דמי ולפמ"ש שם אפשר ליישב דלא חיישינן שיתברר הדבר בב"ד רק אם יהא צורך ונ"מ לדין שיבורר לפני ב"ד וכמו במשכון דכשיוציא משכונו יביאו לב"ד למוכרו ולכוף ללוה לפדותו וכן בנידון שכתב ש"ך בסימן פ"ז משא"כ הכא אם החנוני לא פרע אין לו ענין לבא לב"ד וכשיביאו הפועל לא יזדקקו ב"ד בחכם וכל חוץ לב"ד ל"ה בירור ומ"מ צ"ע דכיון שידוע שיבא החנוני וכשיבא ולא יתבע את בע"ה ממילא יתברר שלא פרע דאל"כ היו באין לפני ב"ד להשביע לחנוני ול"ל דאין כאן שבועה לבטלה כיון שע"י השבועה נתן לו המעות מיד ולא המתין דעל עיכוב הזמן ג"כ מגיע שבועה כדלעיל סימן ע"ג ס"ג דא"כ גם בהך דסימן פ"ז נימא כך דאם לא ישבע יחויב תכף לשלם וכשישבע לא ישלם רק אחר זמן כשיוציא שטר או יביא עדים שהתנה עמו אל תפרעני אלא בעדים ועכצ"ל דהש"ך כאן ס"ל דרק לכתחלה כשאפשר לתקן הדבר בלא עיכוב זמן אין להשביע כשאפשר שיתברר כגון דיש חשש דמלוה יש לו השטר בידו או העדים בכאן אבל להמתין בשביל זה או לומר למלוה אם אינך רוצה להמתין תבטל העדים שהם עתה במקום אחר ויבואו כדי שלא ישבע לבטלה זה לא אמרינן דאינו לבטלה כיון שיש בזה פסידא בעיכוב הזמן וכן דעת הטו"ז וגר"א לעיל ס"ס ע"ה והש"ך שמחלק בס"ס פ"ז בין פורט העדים לאינו פורט היינו כשפורט העדים יכול מיד להביאם ואין לו פסידא ומוכח מזה ג"כ דלא כשע"מ בסימן פ"ז סל"ז שם.

סעי' ג' בהג"ה מי שהוציא שע"מ מסק"ד כתב מב"מ שנתחייב שבועה לחברו ומת התובע שאין השבועה בכלל ירושה כיון שאין בו ממש א"כ כשהיורשים תובעים לנתבע ל"ה רק כאמר לי אבא דפטור מש"ד עכ"ל ולי צ"ע דא"כ בשבועות דף מ"ז דדרש שבועת ד' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים דאם יורש הלוה טוען חמשין ידענא וחמשין ל"י פטור ופריך לרב ושמואל מה דרשו האי בין שניהם נימא דבין שניהם דוקא אם התובע חי אבל מת אחר שנתחייב לות שבועה פטור מלישבע ליורשיו דהא כמו דדרש לענין חמשין ל"י מיעוט רק כשמת הלוה ה"נ י"ל דממעט רק כשמת המלוה ובהכי הוה אתי שפיר טפי למעט משבועה עצמת משא"כ לר"א ממעט רק מתשלומין שע"י השבועה ולומר דזה פשיטא ול"צ קרא רחוק מהדעת,

ועוד ר"פ דס"ל במלוה שאינה כתובה בתורה של"ד כדאיתא שילהי ב"ב ובתוס' שם וס"ל בכתובות דף פ"ו פריעת ב"ח רק מצוה ופרש"י משום הין צדק ומ"מ בב"ב קמ"ח ס"ל דהלואה בע"פ יורש יורשה והא אין לו שעבוד נכסי של הלוה רק מצוה הן צדק ועוד

הא ר"ת כתב דלפיכך מוכר שט"ח יכול למחול דשעבוד הנכסים מוכר ושעבוד הגוף אין קנין נתפס בו וה"ט דהוי דבר שאין בו ממש וכ"כ בקצו"ח סימן ס"ו סכ"ג ס"ק כ"ו ומ"מ היורש מוחל הרי דיורש אף שלא נשאר לאביו רק שעבוד הגוף שאין בו ממש וע"כ כמ"ש ש"ך בסימן רע"ו דגם דבר שאין בו ממש שנופל לפני יורש ממילא יורשו עיי"ש נתיבות וכ"ש שבועה דיכול לכוף ללוה לישבע ה"נ יורש יורשו שעבוד גוף זה ועוד כיון שעמד בדין ונתחייב לוה כשלא ישבע ישלם נשתעבדו נכסיו וכמבואר בנתיבות וקצו"ח סימן ס"ט וסימן ק"ח וזה השעבוד נכסי יורש יורשו וכן מוכח מדברי רב האי ז"ל וסייעתי' דלקמן סימן צ"ו ס"כ בטור דא"א אין משביעין אותה דלא נ"מ עתה בשבועתה עד שתתאלמן והא נ"מ שמא ימות תובע ויפסדו יורשיו וע"כ כמ"ש.

סעי' ד' ויוכל לישבע בסמ"ע ס"ק י"ט נראה דעכו"ם ל"כ שד, וכו' דוקא בעכו"ם שאם יאמר שא"י בעצמו רק מכח פנקסו אפשר יפסיד רשאי לישבע שהעכו"ם חייב לו סתם דאם דאפשר טועה לבו אנסי' כמ"ש רא"ש שם משא"כ בדן לפני ישראל עם ישראל יפרש איך יודע וישבע כן דלמה יכניס עצמו לכתחלה.

סעי' ט' בש"ך ס"ק ל"ג בד"ה ועוד נראה דאפילו החנוני מודה שא"ל קני בכלי זה לא הוה בעה"ב מוחזק דהא מ"מ לא נקרא מוחזק אלא ע"פ החנוני שהודה וכו' עמ"ש לעיל ס"ס פ"ב ראי' לזה דכה"ג מהני להוציא במגו.

סימן צב

סעי' ב' וי"א דדוקא בשבועה דלעבר הכנה"ג הביא בשם כ"פ דכיון דהוי ספ"ד לא מפקינן ממונא ופטור הנתבע בל"ש ובשעו"ש סק"ב חולק כיון דודאי חייב ש"ד ומספק אסור להשביעו משואיל"מ רק שכנגדו נו"נ וראי' מפ"ק דב"מ דפריך ות"ל דה"ל רועה ואר"י סתם רועה פסול ומה פריך נהי דסתם רועה פסול דרובן רועין בשדות אחרות ופסול לעדות אבל ממון לא נוציא ממנו ע"י רוב א"ו כיון דהוא גרם הספק פסול שכנגדו נו"נ עכת"ד ואינו ראי' דכיון דהחזקנוהו לפסול מחמת הרוב לעדות הוי כודאי פסול כמבואר כה"ג ברמב"ם פט"ז מסנהדרין ה"ו לענין ע"א וכ"כ האחרונים לענין רוב ומ"ש כיון דמספק אסור לישבע הרי א"י לישבע וישלם כיון דבעצמו גרם הספק ג"כ ליתא דהא מבואר לקמן סימן ש"ו ס"ה בטבח שעשה ספק נבלה אע"ג דאסור מספק אפ"ה פטור מממון וכתב שם באה"ג אע"ג שידע שאם נעשה קלקול כזה תיאסר וה"ל ליזהר בכה"ג וכ"פ רמ"א בהג"ה שם ואף דהש"ך דעתו שם כדעת החולק הא בכו"פ סימן ח"י חולק עליו ומפרש די"ל בכאן כ"ע מודו דהתם במעשה זאת ה"ל ליזהר ופשע לכן חייב

משא"כ בעבר על השבועה דלהבא בפעם אחר לא פשע בדין זה וכיון דספק פלוגתא הוא י"ל שמא אני ראוי לישבע דאף דמחמת ספק אסור לישבע מ"מ התם נמי אף דמחמת ספק אסורה הבהמה ואין יכול לאוכלה מ"מ ל"ח ודאי היזק דשמא הדין דכשרה ולא הזיק דראוי לאוכלה ה"נ שמא הדין דכשר ויכול לישבע ולפוסקים דספקא דאורייתא מן התורה לחומרא י"ל דחשוב ודאי איסור וכמ"ש הר"ן בתשובה נ"א אבל רמב"ם ס"ל מה"ת לקולא.

ולכאורה נראה לפ"ד תוס' שהביא בקצו"ח ר"ס זה דחשוד שאסור לישבע דרבנן הוא הל"ל בזה דהוי פלוגתא סד"ר לקולא ורשאי לישבע אך לא נמצא כן בש"פ וגם דברי תוס' אינם מוכרחים לפמ"ש הראב"ד שבאס"ז שם דמיירי שעשה תשובה וראייתם מפרק כל הנשבעין דשכנגדו חשוד על השבועה משמע דהוא רק מדרבנן אינו מובן כלל דודאי דרבנן הוא מה שכנגדו נשבע אבל החשוד י"ל פסול מה"ת לכן צ"ע אף בדורות הללו שבטלו מלישבע בשם אם להשביעו בספק חשוד אבל זה ודאי דאין לחייבו לשלם ומכ"ש לפי מה שהכריח התומים בסימן זה סק"י מתוס' בכ"ד דבחשוד מן התורה אין לו דין משואיל"מ רק רבנן קנסוהו וא"כ בספק חשוד הוי ספק בדרבנן ופטור דאין להוציא ממון מספק אי בר קנסא הוא וגם בש"ך בס"ק י"ד כתב הא דחשוד מוכרח לשלם ע"י שבועת שכנגדו רק דרבנן הוא ומן התורה פטור עיש"ה.

סעי' ג' שחשוד ליקח ממון חברו בשו"ת ברכת יוסף חיו"ד ס"ב כתב על דבר העלמות כיון דשותף מורי התירא לא נפסל עי"ז כיון דלא משמע לאינשי איסורא בהכי וכ"כ הש"ך בחו"מ ס"ס כ"ה בשם בה"ג שאם נתגלה עליהם ממון אביו וכו' חזרה שבועה למקומה וכ"כ המרדכי בהכותב סימן רכ"ה בשם הגאונים עיי"ש ולע"ד לא משמע כן בסנהדרין דף כ"ו ע"ב דאיתא שם ואר"נ גנב ניסן וגנב תשרי לא שמי' גנב ה"מ באריסא ודבר מועט ובדבר שנגמרה מלאכתו פרש"י באריסא דטרח בה ומודי התירא ליטול דבר מועט יותר על חלקו מפני טרחו ודבר שנגמרה מלאכתו דמשויא נפשו כפועל ומורי בה התירא וסבר לא קפיד וכן הוא לעיל סימן ל"ד הרי לולא שהוא דבר שנגמרה מלאכתו ומשויא נפשו כפועל שהתירה לו התורה הי' נפסל אף דאריס חולק בפירות עם בעה"ב וכן מבואר בב"ח לעיל סימן ל"ד ס"כ דרועה שיש לו חלק בחלב ובגבינות ובגיזה וגם גונב בשעה שנגמרה מלאכתו פסול היא דל"ל הכא דמורי התירא דכל שהוא עושה מלאכתו בדבר שאינו גדולי קרקע כגון החולב והמגבן והמחבץ אינו אוכל עכ"ל והרי יש לו שותפות ומ"מ פסול שו"ר בשע"מ לקמן סימן צ"ג הביא ג"כ ראי' שכתבתי מפז"ב.

ומה שהביא מבה"ג אינו ראי' לפמ"ש בנתיבות שם דע"כ מיירי שגם להם לא נודע מעיקרא דאל"כ הוי עשרה בטעות כמבואר בסימן י"ב עיי"ש איברא דלשון נתגלה עליהם לא משמע הכי דהל"ל נתגלה להם ועוד אף דגם הנ"ש סימן כ"ד סק"ב כ"כ דלא אמרינן דהוי עשרה בטעות אלא היכא דהמתאנה לא ידע והמאנה ידע משא"כ כששניהם לא ידעו ונכנסין בספק מ"מ בתשובת זכרון יוסף ס"ד חולק בראיות כמבואר בפ"ת לקמן סימן רמ"א סק"ג איברא דיש לדחות ראיותיו דדוקא כשמאנה לא ידע ונכנס ג"כ לספק היזק אזי אף דאח"כ נודע שהרויח ל"ח טעות דלזה נכנסו שניהם להרויח או להפסיד אבל אם המאנה לא נכנס לספק היזק ודאי הוי מחילה בטעות ועיין לקמן סימן קכ"ו ס"י ובש"ך שם ס"ק מ"ג ולעיל סימן ס"ו סל"ד ולפמ"ש אפשר להשוות הפוסקים ואכ"מ ועיין שו"מ תליתאה ח"ב תשובה קי"ז מ"ש מהתשב"ץ ח"ב ס"ב.

אמנם י"ל קושית הנתיבות על הבאה"ג" מסימן י"ב דבה"ג מיירי שנתפשרו ונטל דמי הפשרה ואח"כ קנו מידו דכיון דכבר נטל דמי הפשרה שימחול השבועה ומחל לא הי' מוכרח לקבל קנין למחול כל מה שיש לו אצלם אינו מחילה באונס וטעות לכן כתב ז"ל ועשו ביניהם עשרה ונתנו לו דבר מועט ומחל להם את השבועה וקנו מידו אי קנו מידו בלשון הזה שנטלת ממון זה ומחלת כל שיש לך דהיינו שעשו שני דברים נתפשרו ונתנו לו דמי העשרה ומחל השבועה ואחר שכבר הי' המעות בידו קנו מידו דאל"כ מיותר מ"ש תחלה ומחל להם את השבועה ולפ"ז יש ראי' דלא נפסלו אף דהעלימו אלא די"ל שנתגלה עליהם חוב ומדוקדק לשון עליהם כמו הרי עלי דהוי חוב עליו או שלא נתברר שהי' בעין בשעת הכחשה די"ל אשתמוטי.

וראי' שהביא מהמרדכי דכתובות י"ל דמיירי שמשלמת כמ"ש בחלקת מחוקק סימן צ"ח סק"ז ואפשר משום דקשיא לי' למה לא נעשה חשודה על השבועה לכן פירש דמשלמת מה שהפסידה והיינו משלמת מעצמה בלא כפיית ב"ד וכמבואר לעיל סימן ל"ד סכ"פ ומ"מ אתרע נאמנותה וצריכה שבועה.

עוי"ל דמיירי המרדכי דראו קרובים דלאפוקי ממון ולפסלה על פיהם א"א אבל מ"מ כיון דנאמנים מסברא רק מגזה"כ אין עדותם מועיל יש רגל"ד ואתרע נאמנותה ועיין לעיל סימן מ"ו סל"ה ושרת עה"ג סי"ט ועיין ש"ך לעיל סימן ע"ה ס"ק פ"ב בפלוגתת ר"ב ור"ש דאם הקרובים מעידים לפנינו מודה ר"ש דיכול להשביע ע"י בטענת שמא דהוי כברי וה"נ אתרע נאמנותה דודאי אדעתא דהכי לא נתן לה בעלה נאמנות ונראה ראי' לזה מלשון הרמ"א בא"ע סימן צ"ח שהביא דברי המרדכי ז"ל פטר אשתו בשעת מיתתו מן השבועה נוטלת כתובתה בלא שבועה אבל אם ראו אותה אח"כ מפסידה הנכסים

צריכה לישבע ואם יש עדים שהפסידה או נתנה לאחרים או שהיא מודה צריכה לשלם ואינה נאמנת לומר שבעלה צוה לה כך עכ"ל הרי מדכתב ואם יש עדים משמע דעד הכא לא מיירי בעדים והא כתב ואם ראו אותם ועכצ"ל כמ"ש או נהי דפטרה משבועה בטענת שמא מ"מ נגד הכחשת ברי י"ל לא האמינה יותר מיורשיו וכן מצאתי כתב הב"ח בא"ע סימן ק"ה רק החח"מ בסימן צ"ח סק"ח הקשה דנאמנות מועיל אפילו בפוגמת נגד טענת ברי אבל הפנ"י בהכותב דפ"ו וישע"ק סימן צ"ח שם תירצו דכיון דאינה מעיזה להכחיש בברי פטרה לגמרי אבל אם כבר מכרה כתובתה מוכרחת להמיז גם בפניו וכה"ג לא פטורה נגד טענת ברי עיי"ש וא"כ ה"נ שמפסדת הנכסים וגונבת דהיינו ששמרה עצמה מהיורשים שלא יראוה וסבורם שלא ידעו וליכא העזה ואח"כ כשטוענין ברי מחזקת דיבורה ומעיזה ובזה א"ש מ"ש בתשובת הגאונים שבמרדכי שמפסדת הנכסים וגונבת דיליד מה צ"ל וגונבת ודאי סתמה אינה חוטאת ולא לה אלא דר"ל שעשתה תחלה בגנבה שלא בפני היורשים משא"כ אם טוענים שעשתה בפניהם יש סברה דאינה מעיזה ופטרה הבעל ולפ"ז מיירי דליכא עדים רק היורשים טוענים שראו לכן אינה נפסלת ומשביעין אותה אפילו על טענת שמא מכאן ולהבא ע"י גלגול כיון דטוענים ברי שגנבה אתרע נאמנותה מאז והלאה לפי טענתם ולכן כתב הרמ"א אח"כ ואם יש עדים דע"כ לא מיירי בעדים והבית מאיר בסימן צ"ח סס"א פירוש דרואים אפילו טענת ברי של יורשים ליכא רק ברי של חשד יכולין להשביעה עיי"ש ולשון גאון רב נטוראי ז"ל שבב"י שם שכתב שראו אותה מפסדת הנכסים בדבר גנבה ודבר ברור לא משמע כן רק דהדבר ברור ולפמ"ש א"ש דבאמת להרואים דבר ברור וכבר עלתה במחשבה לפני ומצאתי' בלבוש שם ז"ל בעל שפטר את אשתו בשעת מיתתו מן השבועה נוטלת כתובתה בל"ש אבל אם רואין אח"כ מפסדת הנכסים צריכה לישבע שעל זה לא פטר אותה שתפסיד הנכסים ואם יש עדים שהפסידה צריכה לשלם עכ"ל ור"ל נהי דפטרה משבועה דויתר כנגדה מה שתקח לעצמה לא ויתר מה שתפסיד ותתן לאחרים לכן אפילו ליכא עדים רק היורשים ראו אותה לפי טענותם משביעים אותה וא"כ אין ראי' דאינה נפסלת ע"י עדים כה"ג.

סעי' ד' שראוהו בידו בשעמ"ש סק"ה כתב בכפר תחלה לפני עדים ולא ראוהו בידו ואח"כ כפר בב"ד וראוהו אז בידו הוכיח סע"ת דגם מתחלה לכפור נתכוין ולא לאשתמוטי וגם י"ל כנכ"ה דגם מעיקרא בידו הי' והאריך בראיות וגמגם בהם בעצמו ולפע"ד ודאי י"ל דנוקמוה אחזקת כשרות ול"ל הוכיח סופו ע"ת דהא מבואר בסוכה דף נ"ב בתחלה התעם ולבסוף בקרבם ה"נ י"ל מתחלה לא עלול לעשות עברה גדולה לכפור בפקדון שיש בעין רק תחלה כיחש לאשתמוטי ומחמת כן גבר עליו היצר שיכפור גם

כשנמצא ועוד דחזקה א"א מעיז פניו אפילו בפקדון הוכיחו תוס' בב"ק דף ק"ז ובכ"ד רק לאשתמוטי מעיז כדאיתא בפ"ק דב"מ דף ד' וא"כ ודאי אם הי' בעין כשכפר תחלה לא הי' מעיז רק משום דנאבד הוכרח לאשתמוטי ואח"כ כשנמצא העיז כדי לאחזוקי שקרי' וכדאיתא בטור א"ע סימן קנ"ב אהא דאין אשה מעיזה פני' בפני בעלה לומר גרשתני ואם תחלה שלא בפניו קבלה קידושין מאחר וכשבא הבעל והכחישה אומרת גרשתני אינה נאמנת שלהחזיק דברי' אומרת כן ודעת ריב"ש סימן קכ"ד דאפילו רק תחלה אמרה שלא בפניו שגרשה תו חיישינן שבפני בעלה ג"כ מעיזה כדי לאחזוקי שקרא והובא בד"מ שם ובסימן י"ז ובב"ש שם ובזה נדחו כל ראיות השעמ"ש וסברתו מדכפר תחלה וחזינן דכפר השתא כשראוהו בידו י"ל הוכיח סע"ת ולפמ"ש הסברא להיפך דאתרע ואתאי בהדרגה מתחלה עבר וכפר משום לאשתמוטי והוכרח קצת להעיז ועי"כ עבר אח"כ יותר ותעיז אף שהי' בעין כדי לאחזוקי דיבורו.

סעי' ו' שיש לו עדים הב"י הביא בשם תשובת הרשב"א שאין פוטרים לבע"ד מפני שהתובע הודה שהוא חשוד על השבועה שאין אנו פוסלין אותו לחצאין שיהא לגבי זה פסול ולכ"ע כשר ומל"מ פ"ק מטוען רמז לעיין בתוס' פרק שנתפתתה דף מ"ד ד"ה א"ב לאוריעי סהדי ובמ"ש הר"ש שם דחולקין ולע"ד י"ל לפ"ד תוס' בב"ק דף ק"ח שהביא בקצו"ח ר"ס זה דרק לעדות פסול חשוד מה"ת אבל לשבועה רק מדרבנן ע"כ לא נפסל לשבועה לחצאין דלא ליהוי מילי דרבנן כחוכא ול"פ רבנן אבל תוס' בכתובות שם דמיירי לענין עדות דחשוד פסול מן התורה והודאות בע"ד ג"כ מן התורם י"ל לדידי' פסולין ולכ"ע כשרים ומ"מ הרי"ף חולק כמ"ש לעיל סימן פ"ז סי"ג.

ובשעמ"ש סק"ח הביא מרשב"א לכתובות דף מ"ד דראב"ד ס"ל גם לעדות לא פסלינן לו לחצאין והוכיח השעמ"ש כראב"ד מפרק שה"ד דלוה טען לא לויתי ותובע הביא עדים שלוה ופרע האומר לא לויתי כאומר ל"פ אף דתובע טוען שלא נפרע ומכחיש לעדים ולדידי' מעידים שקר א"כ יפסלו גם על מה שמעידים שלוה ומוכח כראב"ד וסיים דגם לראב"ד בתובע בספק עפ"י עדים אלו א"י להוציא ממון על פיהם לכן אם תבע כמדומה לי שהלויתיך והלה אומר להד"ם ובאו שני עדים שלוה ופרע בכה"ג א"צ הנתבע לשלם כיון דלתובע שאומר שלא נפרע העדים משקרים במה שאומרים שפרע וא"כ האיך יכול להוציא ממון בספק על פיהם במה שמעידים על הלואה עיי"ש וכבר עמד בזה הנתיבות לעיל סימן כ"ף ויישבו בטו"ט ולדבריו ליתא להאי דינא דכתב כאן השעמ"ש וכן לפמ"ש האורים בסימן כף סק"ב דבהודאות פיו אמרינן דהעדים טעו ואומרים בדדמי והעדים כשרים.

ולפע"ד ה"ט דבלא לויתי ועדים מעידים שלוה ופרע דלא נפסלו העדים לתובע שאומר שלא נפרע והעדים משקרים דכבר כתבתי כמה פעמים ומבואר כן בתומים בכללי מגו סס"ק נ"ב דכי מפסל העד כשמשקר בב"ד היינו כשמעיד דבר שיש תועלת בעדותו לענין ממון אבל אם אין תועלת בעדותו לענין ממון אף דודאי לא טוב עשה מ"מ לא יפסל וה"נ כיון דאין תועלת בעדותם שפרע דהא לוה מודה שלא פרע והודאות בע"ד יותר ממאה עדים א"כ לתובע שאומר דעדים משקרים במה שאומרים שנפרע מ"מ אינם פסולים וכאלו אמרו דברים של מה בכך בחוץ וע"כ על הלואה הוי עדים כשרים ובזה נסתר ג"כ קושית אורים בסימן כ"ף שם והך דכתובות שאני דכשחתמו על שטר ראשון כנחקרה עדותן אז בב"ד והי' נ"מ אזי בעדותן ונפסלו דהא בעל השטר לא הודה עד עתה ששטר ראשון מזויף ולפ"ז אם תבע ראובן לשמעון מנה ואמר שמעון א"י ובאו עדים שלוה ופרע ואח"כ אמר שמעון נזכרתי שלא לויתי פטור אף דכיון שאמר לא לויתי הודה שלא פרע והרי עדים מעידים שלוה מ"מ לדברי תובע העידו שקר במה שאמרו שפרע וכבר הועיל עדותן קודם שהודה הלוה ונפסלו דאם לא היו מעידים כלל הי' חייב לישבע שא"י ומה שהקשה הנתיבות בס"כ דאם לא תימא דכשהבע"ד אומר זכותו ועדים מכחישין אותו ואומרים חובתו אינו פוסל את העדים ויכול להביאן לעדות אחרת א"כ כל לוה שאמר לא לויתי ועדים מעידים שלוה יפסלו העדים נגד זה הלוה לעדות אחרת דהא אומר שהעידו שקר י"ל מאן יימר דלאו הכי הוא ועוד לפמ"ש מהרי"ק בשל"ג בשוחט שהעיד עליו ע"א ששחט שלא כהוגן דמותר העד לאכול משחיטתו מכאן ולהבא דל"ש בזה שוי' אנפשו חד"א כמו במעיד שנתנסך יינך כיון דאפילו יהא אמת שלא שחט עכשיו יפה מ"מ אינו מוחלט לפסול עולמת בשביל כך דיכול לעשות תשובה ונמצא דלא שוי' חד"א בעדותו כלל כיון שהדבר תלוי במחשבת השוחט וכ"פ ביו"ד סס"א ועיין ת"ש סימן ב' סכ"א וא"כ ה"נ כיון דאפשר בתשובה לא נפסלו בהודאות בע"ד אלהבא עכ"פ אם יחזור הבע"ד מדבריו הראשונים ותוס' בכתובות שם נמי לא אמרו רק כ"ז שעומד בהודאתו דסהדי חתמו שקר וגם נראה דדוקא לאורייעו סהדי שחתמו אשטר כמ"ש תוס' שם דאפילו יהא אמת הוי שטר בלא עדים ואינו מועיל לכל דבר הצריך שטר דוקא אבל כשמביא אלו העדים על תביעת בע"פ אף דלא חזר מהודאתו הראשונה מ"מ כיון דיכול לחזור בו ויהיו העדים כשרים אצלו אף שלא חזר בו הפה שאסור התיר והרי טוען דעדים עתה קושטא מסהדי לכן נקטי תוס' שם דוקא אם הוציא שטר אחר בע"ח הללו וכן הר"ן שם כתב דאי אית לי' להאי שטרא אחריני מהנהו סהדי פסלי להו ואפילו את"ל דלא ניחא לו לחזור בו מ"מ י"ל יודע אני שכבר עשו תשובה.

סעי' י"ג ואם נשבע ונטל יחזיר ובשעמ"ש הקשה הא מבואר לעיל סימן פ"ז ס"י דמחויב שד"ר אם קדם ותפס ולא רצה לישבע לא מפקינן מיני' ולא ידענא קושיתו דהא בריש הסעיף נמי אמר ישלם או ישבע היסת וה"ל להקשות הא לא נחתינן לנכסי' וע"כ דפוסקין דינו שישלם רק לא נחתינן לנכסי' ה"נ מחויב להחזיר אבל הב"ד אין יורדין לנכסיו ואפשר מש"ה דייק הרמב"ם פ"ב מטוען ה"ט ויש לבעל דינו להוציא מידו מה שנטל ולא כתב דמוציאין מידו אלא דב"ד לא מוציאין רק יש לבע"ד זכות לחזור ולהוציא ממנו בעצמו וכמו בחייב היסת ואינו רוצה לישבע דלא נחתינן לנכסי' מ"מ כתב הרדב"ז דאם תפס לא מפקינן וגם מהר"ם רקנטי שנסתפק בזה כמ"ש הש"ך לעיל סימן פ"ז אפשר יודה בכה"ג דלא בא לידו ברשות רק בטעות רשאי הבע"ד לחזור ולהוציא ממנו והה"מ שם כתב דלא גרע ממה שאמרו טעה בדבר משנה חוזר ותמה השע"מ מה ענין זה לטעה בדבר משנה הא הב"ד כדין עשו אלא דאח"כ נתברר שהוא חשוד עיי"ש ולפמ"ש י"ל כיון דע"י ב"ד בא לידו ה"א דהוי כתפס ברשות ולא יהא רשאי בע"ד להוציא ממנו ואפשר ג"כ דס"ל כמו שמחלק הר"ן בפשה"ד דאם תפס מוציאין כיון שתפס שלא ברשות ועיין בנתיבות ס"ס כ"ת דטעו בש"ה אינו חוזר אף דאם מעצמו תפס מפקינן מיני' כיון דסוגיא דעלמא כאידך מ"מ אם הוחזק ע"י ב"ד לא מוציאין ממנו לכן כתב הה"מ דלא גרע מטעה בד"מ וא"כ אין לו שום זכות בזה שבא לידו ע"י הב"ד והוי כתפס של"ב.

סימן צג

סעי' א' השותפים רו"ש הי' להם לכ"א סחורה למכור ונתפשרו שכל מה שימכרו יהא בשותפות ומכר ראובן במזומן ושמעון החליף בבע"ח וטען ראובן שמא קנה שמעון לעצמו הבעל חי לפרוע דמיו ואח"כ מכר החפצים בעד החוב א"צ שמעון לישבע שבחליפי סחורתו לקח הבע"ח רק אם ראובן אינו מאמינו על הקרן של הסחורה יגלגל עליו גם זה שו"ת ר"י מיגאש בשם רבו סימן ס"ז ואפשר הטעם דזה ל"ה חשד בשתי כסף אלא בין כסף לשוה כסף או דל"ש מורי התירא רק במעלים קצת מעות י"ל דנטלו בעד טרחו משא"כ להחליף ליכא חשש זה דבעד טרחו לא יעלה על הדעת ליתן לחברו חפץ בעד מזומן דאם שוה טרחו קצת מ"מ אין חברו מוכרח ליקח חפץ אפילו שוה מנה בעד דינר.

שתי מ"כ דעת ר"י בטור דבכ"ש חייב ותמהו דבפירוש אר"נ בש"ס דצריך כפירת שתי כסף גם הקשו הא בסימן פ"ח בהיסת מצריך ר"י שתי כסף דכעין תורה תיקון ונלע"ד ממה דצריך שתי כסף דוקא אם בשומרים נמי צריך שתי כסף דאל"כ כעין תורה הוא

דה"נ דמיא לשומר דמשביעו בטענת שמא ודעת כ"פ דבשומר ל"צ שתי כסף אף דכסף בשומר כתיב דע"פ כתיב כאן וכדאיתא בבאה"ג ס"ס רצ"ה ור"נ ס"ל בפ"ק דסנהדרין דף ה' דלא אמרינן ע"פ כפרש"י שם וכמ"ש מלא הרועים משא"כ היסת דאינו רק אטענת ברי כמודה במקצת ע"כ כעין תורה במודה במקצת צריך כפירה ש"כ ובחידושי רשב"א בפכ"ה הכריח מלשון הש"ס דצריך בשותפין הודאה קצת י"ל נמי דר"נ לשיטתו דלא ס"ל ע"פ א"כ צריך בשומרים הודאה במקצת כדאיתא בב"ק דק"ז ממילא כעין תורה תקון נמי במב"מ דוקא ורש"י שפירש דקרובה לדאורייתא אלא שטענת שמא הוא ר"ל דבשומר חשוב כברי דודאי אינו מחזיר מה שנתן לו כמ"ש תה"ד סימן ש"מ ולפ"ז להלכה י"ל מודה רש"י דא"ל הודאה מקצת.

סעי' ג' היורש משביע את שותף אביו נ"ל דהיורש צריך לקב"ח שאינו משביעו בחנם כדלעיל סימן פ"ז סכ"ב וה"נ ביורש אף שא"י במילי דאביו דהא א"י להשביע רק אם חושדו וא"כ יקב"ח שחושדו ומבואר בנוב"ק חחו"מ סי"ג דגם יורשים המשביעים לאחר צריכים לקב"ח ומשמע שם דה"ה אפטרופס שבא לתבוע אחר בשביל היתומים דמיירי שם באלמנה התובעת והיא אינה יורשת בעלה ומסתמא בעד היתומים הסמוכים עלי' תובעת ופסק שם דצריכה לקב"ח אם משבעת אחרים ובלא"ה אין אפטרופס עדיף מיורש אף דאין הממון שלו כדלקמן סימן קיחס"ו דאם יש לקטן אפטרופס ומבקש חובותיו של קטן צריך לישבע וא"כ ה"נ לענין קב"ח דינו כבע"ד וא"ל סלק האפטרופס הב"ד אביהן דיתמי זה אינו דאין לב"ד להשביע אם אין להם הוכחה דחשוד להו בכך דהא כתב הט"ז ר"ס זה דא"י להשביע לשותף רק אם טוען דיש לו הוכחה על מה שחושדו וע"כ יכול להפוך עליו שישבע דחשוד לי' ועיין בתומים סימן צ"ו סק"ג ונתיבות שם דאין יורש קטן יכול להשביע את שותף אביהם דאין לב"ד רשות להשביע רק אם יעמדו אפטרופס מקודם כמבואר שם בחו"מ ס"א משום דצריך שיהא הוכחה דחושדו וע"כ תחלה עושין אפטרופס שיעיין אם יש הוכחה עיי"ש וע"כ צריך לקב"ח דאינו משביעו בחנם וכן אפשר יכול להפוך עליו שישבע דחשוד לי' וכמו בסימן ק"ח ס"ו אך אם לא יבא המעות לידו כשיתן הנתבע רק נתמנה או בא מעצמו לטעון בעד היורש כיון דל"ח נוגע א"צ לקב"ח דאדרבה הוא כעד עיין נתיבות שם בסימן ק"ח ובפ"ת לעיל סימן פ"ז סכ"ב ס"ק כ"ג ואפילו קרוב שבא לטעון ואומר שיש לו הוכחה אם לא יש חשש נגיעה א"צ לקב"ח דחזקה אא"ח ולא לו הוא אפילו באב בשביל בנו כדאיתא בפרק שה"ד מ"ב ע"ב וזה גופא הוי לן הוכחה ורבליד וכדלעיל סימן ע"ה סכ"ג בהג"ה לכן לעיל סימן ע"ב קל"ה דמשליש המעות א"י להטיל חרם על הקרובים כיון דלא יבא המעות לידם.

שותף אביו בא"ע סימן צ"ח ס"ד כתב המחבר ויש מי שאומר שאפילו לא פטרה אין היורשים יכולים להשביעה על אפטרופסת שנעשית בחיי בעלה והטו"ז שם כתב דעיקר כמ"ש כאן ובתומים כאן תירץ דמיירי כאן שהאב פטרו משבועה נגדו ולכן ל"ל מדלא השביעו מחל לו ולפ"ז מוי ספ"ד וי"ל קי"ל וכשנמשך השותפות אחר מיתת אביו היורש משביעו דכבר הממון שלו ואפשר שהעלים אחר מיתה ומצאתי כן אח"ז בספר בית מאיר בא"ע שם בנמשך האפטרופסת אחר מות בעלה.

הג"ה המקבל עסקא צריך לישבע ואם צריך הנותן לקב"ח עמ"ש בסימן ק"ח וח"א אמר כיון שכותב בהת"ע שלא יאומן לומר לא הרווחתי רק בשבועה א"צ הנותן לקב"ח ולא נ"ל דהא לאחר מתן מעות ל"מ נאמנות בלא קנין ולענין הריוח הוי כאחר מתן מעות כמ"ש בש"ך יו"ד סימן ק"ע סק"ה ועיין פ"ת לעיל סימן ע"א סק"ג וכיון דערב לא משתעבד על הריוח ע"כ לא שייך בו לומר בההוא הנאה דקא מהימן דא"כ גם ערב ישתעבד ואפילו בקנין הוי ק"ד עש"ך סימן ס"ו ס"מ ס"ק קכ"ח ואפילו לתומים ונתיבות שם דהקנין שישלם כשיאבד רק בתנאי אם ישבע יפטר זה ל"ל כאן דאסור לחייב עצמו ליתן רבית כשלא ירויח וע"כ החיוב עיקר לישבע ובתנאי א"ל ישבע ישלם תו לכ"ע הוי קנין דברים אע"כ דחייב שבועה כשותף וא"כ צריך הנותן לקב"ח.

סעי' ו' חלקו השותפין עיין שעמ"ש סק"ז וכבר כתבתי בזה לעיל סימן צ"ב ס"ג דשותף שנתברר עליו שהעלים בדבר דל"ש אשתמוטי נפסל ומה שהקשה השעמ"ש דא"כ נימא דחשוד אממונא חשוד אשבועה לק"מ דהיכי דודאי גנב לא תלינן משום דמורי התירא דאין זה רק ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי משא"כ היכא דעדיין לא נתברר פסולו בודאי וכמ"ש תוס' פ"ק דב"מ ד"ו בד"ה ספק כה"ג ולעיל סימן צ"ב ס"ג ובסמ"ע שם סק"י.

סעי' י"א שהרי הוחזק כפרן כתב הסמ"ע דכל האומר לא נשתתפנו כאומר לא חלקנו וקצו"ח הקשה דבלא"ה אפילו ליכא הודאה וכגון שאמר מתחלה חלקנו והביא עדים שלא חלקו וטען אח"כ תנאי הי' שאפטור משבועה אפ"ה כיון שהוחזק כפרן בפני ב"ד תו א"נ כדלעיל סימן ע"ט סי"ג ולפמ"ש לעיל בסימן ע"ט ס"י א"ש דמטעם הודאה א"י לחזור ולומר טעיתי ואפילו באמתלא דהודאות בע"ד כמ"ש וכמו דעדים א"נ לומר מבודין היינו ואפילו באמתלא אין נאמנים לחזור משא"כ אי ליכא הודאה יכול לתרץ כפרונתו לומר טעיתי כיון שהי' בלא"ה פטור לא דקדק ומכ"ש כשנותן אמתלא.

סעי' י"ג בשוה עמ"ש נתיבות וצ"ע להרדב"ז שהביאו אחרונים לעיל סימן ס"ז ס"ג דפלגא מלוה נמי ברשות נותן קאי אף דהאחריות על המקבל כיון דקרן של נותן ה"נ יטול בעל הת' לפי מעותיו ועמ"ש בסימן ס"ז ס"ג.

סעי' י"ד אם יצא שט"ח עשעמ"ש סק"י ועמ"ש לעיל סימן ע"ז
סעי' י"ז כפי חלקו במעות בסמ"ע כתב הא דלא יטול אלא כפי חלקו במעות משום דראובן גופא טען שהתנה עם אחיו שלא יטול רק כפי חלקו ולע"ד אין בזה רבותא אלא דמיירי שאחיו הטיל יותר מעות מרו"ש ונוטל כפי חלקו במעות ואין שמעון יכול לעכב שלא יטול יותר ממנו וכ"כ בתפארת שמואל סימן קע"ו סל"ח אלא שכתב שם ז"ל משמע דמטעם תועלת השותפות הוא דפסק כן וצ"ל דאיירי שהניח אחיו מעות יותר ממעות השותפות דאם לא הי' מטעם דתועלת שותפות הי' לוקח אחיו רק חצי ריוח כדין דזה הניח מנה וזה הניח מאתיים דהשכר לאמצע עכ"ל ולא הבנתי דבלאו תועלת שותפות יכול השני שלא ידע לעכב מליתן מחלקו כלום.
ועיין בשעמ"ש שהשיג על הסמ"ע וס"ל דאם לא התנה שיטול לפי חלקו במעות מ"מ אינו נוטל רק כפי חלקו ונראין דבריו שלא יטול מחלק זה שלא ידע בו רק כפי מעותיו אבל עם אחיו יחלוק כאלו נתן מעות כמותו כיון דמדעתו נשתתף עמו ולא עוד אלא אם ראובן לא הודיע לאחיו שיש לו עוד שותף יש לאחיו ליטול חצי ריוח כאילו היו רק שנים ושמעון יטול המותר מהמגיע לאחיו של ראובן לפי מעותיו ולראובן כפי חלקו דרך משל רו"ש הניחו זה מאתיים וזה מאתיים ואחיו של ראובן רק מנה ולא התנה ראובן עם אחיו שלא יטול רק לפי מעותיו גם לא הודיעו ששמעון ג"כ שותף והרויחו ת"ק זהבים נוטל שמעון מאתיים ואחיו של ראובן מאתיים וחמשים וראובן רק חמשים כמו בשליח שלא הודיעו למוכר שהוא שליח ועבר ע"ד משלחו דלקמן סימן קפ"ב ס"ב דנקנה המקח והדין בין השליח ומשלח ואם ראובן הודיע לאחיו ששמעון שותף אזי יטול שמעון מאתיים ואחיו של ראובן שליש מהת"ק קס"ז בקירוב וראובן קל"ג בקירוב.
בירושלמי סוף פכ"ה על משנה בשותפין אמר ר' יוסי הדא אמרה בנו"נ שלא בחשבון אבל בחשבון לא בדא ר"ז כהדא דר"י חד ב"נ אזל למידן קמי דר"ז וחייבו שבועה על תרין דינרין א"ל הא טריפין לך א"ל ומלת פלן ופלן אר"ז או הב לי' כל מה דתבע לך או אשתבע כל דמגלגל עלך והפ"מ נתקשה מה ענין דר"ז לדר"י גם פירש אבל בחשבון שלא ככל הפוסקים אבל נ"ל דשלא בחשבון וזה טוענו שמא אבל בחשבון שניהם יודעים הסך רק הכחשת ברי לא בדא ומייתי דר"ז ג"כ ס"ל כן דמלת פלן ופלן הי' טענה מענין שותפות ודבר הלמד מעניינו דמיירי התם בזה וחייבו רק משום גלגול ומשום דטען ברי ומוכח כמ"ש אחרונים בריש סימן זה דבברי ליכא שבועת שותפין.

סימן צד

סעי' א לגלגל עליו בקצו"ח סק"א ז"ל נסתפקתי אם מגלגלין שבועת התורה כגון מלוה בשטר וטען הלוה פרעתי ועוד חזר ותבע הלוה למלוה בע"פ ובע"א ענין שמחויב המלוה לישבע שבועת התורה אם מגלגלין עליו שבועת התורה שלא נפרע עכ"ל והוא ירושלמי פרק כל הנשבעין סוף ה"א מהו לגלגל שבועת תורה על שבועת תורה וכו' ברם הכא זה נשבע ונוטל וזה נשבע ואינו משלם והפני משה רצה להגיה מהו לגלגל שבועת תורה על שבועת תקנה ואינו נכון דנהי דהבעיא בשבועת שאינן דומות דזה ליטול וזה ליפטר מ"מ עיקר חסר מהספר ואינו ענין כלל לתורה או לתקנה אלא מפני שאינן דומות יהיו שניהם תקנה או תורה וגם מה שבועת תורה הא מיירי כשאין בטענה זאת שבועה מצד עצמה ולכשיגלגל על של תקנה יהא גם זה דרבנן אלא דמבעיא בנוטל דאין עליו רק שבועה דרבנן והנתבע יש לו על התובע מחמת ענין אחר שבועת תורה אם יכול לגלגל עליו שישבע שבועת התורה גם על מה שיטול ורצה לפשטם ודחה דתמן שאני דעיקר וגלגול רק נשבע ואינו משלם ברם הכא זה נשבע ונוטל היינו הגלגול וזה נשבע ואינו משלם היינו העיקר וכיון דאינן מסוג אחד י"ל דא"י לגלגל שבועת התורה ושבועה דרבנן לא מספ"ל כיון דרבנן לא חלקו בין נוטל לנפטר דיש שד"ר בשניהם משא"כ לענין שבועת תורה הנוטל אינו בגדר שבועה כלל ואף דמגלגלין עבדים וקרקעות על מטלטלין לישבע שבועה ש"ד י"ל כמ"ש הדרישה בסימן רכ"ג דזוקקין המטלטלין את הקרקע לעשותן מין אחד וכ"כ בג"צ כאן או י"ל דולקח בעליו ולא ישלם הוי מפורש יותר למעט נוטל משבועת התורה מכלל ופרט דנתמעטו קרקע ועבדים ושטרות ומה דאמר הירושלמי מה לגלגל שבועת התורה על שבועת התורה ולא פירש לגלגל נוטל על נשבע ונפטר דקאי אמה דעסיק בי' עד אותו בעיא בשכיר ועל זה קאמר מה לגלגל על השכיר שבועת התורה על שבועת התורה שיש לבעה"ב עליו ממקום אחר ועל זה מסיק כיון דשכיר נשבע ונוטל א"א לגלגל עליו ש"ד מחמת שיש עליו ש"ד לישבע וליפטר ובמראה פנים שם הביא מבעל עיטור בדיני חוב מע"פ ח"ב שהביא ריש הסוגיא דירושלמי עם הגירסא כצורתה ולא פירש כלום אלא כתב על זה וכדאסיק בגמרא דילן לכל מגלגלין חוץ משכיר והקשה המראה פנים וכי לא ידע הירושלמי דילפינן גלגול שבועה מסוטה ומפורש בירושלמי גופא בסוטה ובכ"ד ולע"ד הפירוש כמ"ש וס"ל דמה דאמר בש"ס לכל מגלגלין חוץ משכיר היינו נמי דאין מגלגלין על שכיר שבועת התורה ליטול שכרו מחמת שבועת תורה שיש לבעה"ב עליו ממקום אחר וכרילב"א שבתוס' פכ"ה ריש דף

מ"ט דהא דקאמר חוץ משכיר דקמא נקנו וה"ה כל הנשבעין ונוטלין דתני בהדי' אלא דהפירוש חוץ משכיר ושאר נוטלין אין מגלגלין עליהם שבועת התורה וכמ"ש.

ומה דאמר בירושלמי שם דמגלגלין שבועת תורה על שבועת תקנה ושבועת תקנה על שבועת תורה אינו מובן כלל ואפשר ר"ל אם נתחייב שבועה מחמת תביעת ממון שהוא מתקנה כגון שקנה ממנו במשיכה או שאר חיוב ממון מתקנה ונתחייב עלי' שבועה מגלגלין עליו שבועת תורה כשתבעו עוד ממון המחויב מן התורה וכן להיפך שבועת תקנה על שבועת תורם ולא נימא כיון דכל החיוב מתקנה אפילו יודה בה אין לגלגל עליו ולחייבו שבועת תורה או הכונה דיש לראובן על שמעון שני שבועות שבועת התורה ושבועת תקנה ורוצה ראובן שישבע שני פעמים אין שומעין לו אלא מגלגלין שבועת תורה שרוצה להשביעו בזמן אחר על שבועת התקנה שמשביעו עכשיו וכן להיפך ושייך בזה לשון מגלגלין להשביעו בע"א וכמו שאמר שם בפשה"ד ה"ד דאמר לי' רב המתן עד דיגלגל עלך כל דבעי ובסופא תשתבע על כולן והובא לעיל סימן פ"ז ובפרק שני דייני גזרות ה"ד אמר כל מה דאת יכול מגלגלה עלי' גלגל ובסופא הוא משתבע לך והובא בב"י ס"ס פ"ז ובביאור הגר"א שם סכ"ד ולפ"ז י"ל דגם מה דאמר תחלה מה לגלגל שבועת תורה על שבועת תורה הכונה דנהי דילפינן ג"ש מסוטה היינו מה שאינו חייב עליו שבועה בפ"ע צריך לישבע ע"י גלגול אבל אם יש עליו שני שבועת תורה מה לגלגל להשביעו בפעם אחת ולפיכך לא מבעיא בחד מדרבנן דנגד שבועת תורה חשוב אינו מחויב שבועה ודאי מגלגלין להשביעו על שניהם ש"ד ואמר נשמיענה מן הדא מגלגלין שבועת תורה על שבועת תורה שבועת תקנה על שבועת תקנה פירוש נמי כה"ג דיש עליו שתי שבועת תקנה נשבע באחת שבועת תורה על שבועת תקנה ושבועת תקנה על שבועת תורה היינו אם רוצה להשביעו עכשיו שבועת תקנה ויש לו עליו ש"ד משביעין אותו כאחת וכן להיפך ואמר על זה הירושלמי תמן זה נשבע ואינו משלם ברם הכא זה נשבע ונוטל וזה נשבע ואינו משלם ר"ל אחר דתני דאם יש עליו שבועת תקנה ושבועת תורה מגלגלין ונשבע על שתיהן כאחד ש"ד כחמורה וכדלעיל סימן פ"ז סכ"ד ה"א גם בשכיר אם יש לבעה"ב עליו שבועת תורה וכן בשאר הנו"נ יגלגלו ג"כ להשביעו ש"ד גם על השכירות או השאר שנוטל לזה אמר תמן זה נשבע ואינו משלם בכולן לכן מגלגלין ברם הכא זה נשבע ונוטל וזה ש"ד שיש עליו ממקום אחר אינו ליטול ולפ"ז לא מספ"ל לירושלמי כלל בזה ויהא איך שיהא בפירוש הברייתא עכ"פ זה מוכרח וברור בפירוש הירושלמי דאין לגלגל על נוטל ש"ד ואפילו לפירוש ראשון שכתבתי עכ"פ בעיא הוא ולא כתנת כהנתיבות דדחה דברי קצו"ח וראייתו מהוס' דב"מ יש לדחות חדא דכמה

תירוצים תרצו התוס' וי"ל דמספ"ל אי כה"ג יכול לגלגל ועוד דיכול להניחו לבע"ח לטרוף והדר משתעי דינא בהדי' ואז יוכל לגלגל עליו דיהא נשבע ונפטר.

סימן צה

סעי' ד' שטר מסרתי לך כתב הב"ח וז"ל לענין הלכה נקטינן כדברי הרא"ש דאמרינן מגו לאפטורי משבועה כ"ש כאן דאומר להד"ם דמעיז כנגדו דנאמן במגו דנאבד דהי' פטור גם מהיסת וכ"פ כאן בש"ע ס"ד ומה שפסק בסימן ס"ו דנשבע היסת בשטרות אינו אלא במודה במקצת וע"א מיהא כאן בריש הסימן וכן בסימן ש"א משמע דגם בכ"ה נשבע היסת והש"ך בס"ק י"ז כתב עליו דאין דבריו נכונים דפשיטא דאין כונת המחבר משום מגו דהא פסק לעיל סימן צ"ג ס"ב ובר"ס רצ"ו דמגו לאפטורי משבועה ל"א וגם מ"ש דהא דבס"ס ס"ו אינו אלא במב"מ וע"א ל"נ דמה בכך ס"ס איכא מגו וגם פסק הלכה שלו אינו מחוור דנראה דאפילו למ"ד דאמרינן מגו לאפטורי משבועה היינו להפטר מש"ח אבל בהיסת ל"פ וכ"כ הריטב"א אם טוען החזרתי חייב היסת אף די"ל מגו דנאנסו עכת"ד וי"ל לפמ"ש בתשובת מיימני לספר משפטים סל"ז שאם נראה לדיינין מתוך הענין דטענת התובע שקר ורוצה לחייב לנתבע שבועה בחנם כך אנו דנין כיון דליכא דררא דממונא אפילו לל"ק דר"נ מחייב אתרע לו חזקה ופטור והוא בש"ע לעיל סימן פ"ז סל"ה דאם נראה לדיין שהטענה גרוע אין משביעין היסת במקום דליכא דררא דממונא עכ"ל וכיון דהקילו בהיסת במקום דליכא דררא דממונא היכא דנראה דטענת הנתבע יותר אמת ה"נ כשיש לו מגו דמגו דאורייתא ועדיף מאומדנא של תביעת עני לעשיר ע"כ גם לפוסקים דמגו לאפטורי משבועה ל"א דינא שיועיל בהיסת כשאין דררא דממונא כיון דסברא דנתבע אומר אמת מחמת המגו ואין סתירה מהריטב"א דבהחזרתי מחייב היסת כיון דאיכא דד"מ וגם מה שמחלק הב"ח דבמב"מ וע"א חייב נכון דבמב"מ הוי דררא דממונא כמ"ש תוס' וראשונים גבי ההוא רעיא דפ"ק דב"מ משום דאכיל תרי הוי דררא דממונא על כל התביעה וכ"כ להדיא הר"ן בס"פ שה"ד בסוגיא דמלוה על המשכון בשם הרשב"א דמודה במקצת הוי דררא דממונא ובע"א ודאי רגל"ד שטענת תובע אמת ודעת כ"פ דמגו ל"מ נגד ע"א עש"ך ואחרונים בסימן פ"ב ולפמ"ש בלא"ה שפיר קאמר הש"ע דנשבעין היסת בעבדים ושטרות וקרקעות דביש דררא דממונא גם בכ"ה חייב היסת בשטרות ובעבדים וקרקעות נשבעין בכל ענין דליכא מגו לכן סתם ולא פירוש דגם בקרקע לאו בכל אנפי נשבעין היסת כמבואר ריש סימן ק"ם ולא נחית כאן לפרש כל החילוקים רק

קמ"ל דיש היסת גם באלו ומיושב ג"כ קושית התומים ללישנא דר"ג לא תיקן היסת רק בפרעתי להימן במגו דלהד"ם דבאמת בפרעתי ל"מ מגו כיון דיש דרא דממונא.

והנה בשעמ"ש לקמן סימן קמ"ו סכ"ה הביא דברי הה"מ פי"ד מטוען עמ"ש שם הרמב"ם טען זה הישראלי הבא מחמת עכו"ם בפני לקחה העכו"ם שמכר לי מזה המערער עלי הר"ז נאמן וישבע היסת מתוך שי"ל אני לקחתי' ממך והרי אכלתי' שני חזקה וכתב ע"ז הה"מ כתב רבינו וישבע היסת כשטתו שאעפ"י שהחזינן נשבע וכבר כתבתי שי"א שאין לאחר חזקה כלום וא"ל לישבע עכ"ל וכתב השע"מ ויש לתמוה טובא חדא איך כתב בפשיטות דלהי"א אין צריך שבועה משום מגו דלקוחה ממך הא דעת הרמב"ם בפ"ב משכירות דאין אומרים מגו לאפטורי משבועה ואף דהה"מ כתב שם דעת החולקים ג"כ מ"מ לא הכריע וע"ק דלענין היסת לכ"ע ל"א מגו כדמוכח מרמב"ם פט"ו מטוען שכתב בפשיטות שחייב היסת בהוציא שטר מקוים על הקרקע וטען המערער שהוא מזויף והודה לוקח רק טוען שהי' לו שטר מקוים ואבדו אף די"ל מגו חייב היסת עכ"ל ולפמ"ש א"ש דשאני היכא דליכא דרא דממונא אלא דקרקע ביון שהוא בחמ"ק חשוב דרא דממונא כלויתי ופרעתי משום חזקת חיוב וכדעת הב"ח בריש סימן ק"ם הביאו בשעמ"ש שם אלא דה"ד בלא החזיק שני חזקה אבל בהחזיק אדרבה יש לזה חזקה שהוא שלו והרי דעת הרשב"א שהוא הי"א שהביא הה"מ דאין לאחר שני חזקה היסת ומבואר בתשובת רשב"א הובא באחרונים סימן ק"ם משום דחזקה כשמה שהוא בחזקת סלו וממילא אין למערער דרא דממונא כיון שהוא בחזקת המחזיק וע"כ כשטוען לקחתי מעכו"ם שלקחה ממך נאמן במגו דלקחה בעצמו מהמערער ופטור מהיסת כיון דליכא דרא דממונא וההיא דפט"ו ובחו"מ סימן קמ"ו דמיירי בלא החזיק שני חזקה רק בא לזכות מכח שטר שהי' לו ואבדו ובמגו דשטר זה אינו מזויף וכמ"ש בסמ"ע וש"ך ע"כ כיון דלפני ג"ש אין ללוקח חזקה יש למערער חמ"ק ויש דרא דממונא ול"מ מגו לאפטורי משבועה לשיטת הרמב"ם ככל שאר שבועות ובזה דעת הה"מ דלא כב"ח דלב"ח גם אחר שני חזקה חשוב דרא דממונא אלא דהב"ח כתב דבריו לפרש דברי המחבר דלקמן סימן ק"ם דמחויב שבועה בלקחתי' ממך והחזיק שני חזקה ולא ס"ל כרשב"א דחזקה כשמה שהיא בחזקת שלו אבל הה"מ הרי כתב דבריו מפורש לדעת הי"א שהוא הרשב"א דבהחזיק ג"ש ואומר לקחתי' ממך פטור מהיסת דחזקה כשמה שהוא בחזקת שלו וממילא ע"כ ס"ל דליכא דרא דממונא ועדיף מלהד"ם בהלואה דקי"ל כל"ק דר"נ דחייב היסת וע"כ גם כשטוען לקחתי' מעכו"ם שלקחה ממך נאמן במגו וא"צ היסת כיון דליכא דרא דממונא ויש לו מגו.

והטור כתב כאן דחייב היסת כרמב"ם י"ל משום דמגו דנאנסו אינה מגו דאונס ל"ש וכדעת הר"ש מקינון שבש"ך בכללי מגו והסכימו לדבריו האחרונים ויישבו הך דנאמן החזרתי במגו דנאנסו ולכאורה י"ל נהי דאמרינן ביבמות דף קט"ז לנפילה ל"ח דמזהר זהיר בו מ"מ כשהוא ביד אחר שאינו חייב כשלא שמרו כראוי שכיח שיאבד וע"כ י"ל דא"צ לישבע אלהד"ם די"ל מגו דנאבד ולפיכך הרמב"ם דמחייב בפשיעה בשטרות כתב דנשבע היסת אלהד"ם ואף דסיים דאפילו פשע פטור היינו משום שא"י אם נפסד החוב באבדתו מ"מ לכתחלה ה"ל ליזהר בו דשמא יפסיד החוב ע"י אבדתו ורשע הוא אם לא ישלם דא"י אם נתחייבתי חייב לצי"ש ומגו דיטעון טענה דמשוי נפשי' רשע לא אמרינן כדאיתא בקידושין דף נו"ן ובתוס' כריתות דף י"ב וע"כ המחבר דפסק בריש הסימן דפשיעה בשטרות פטור ואפילו לצי"ש לא כתב דחייב וע"כ דאפילו גרמא לא חשוב ומשום דלא חל עליו דין שומר וכמו זר בחשב ע"כ כתב כאן דבלהד"ם פטור מהיסת כיון דליכא דרא דממונא בלהד"ם אף דפסק המחבר לעיל סימן צ"ג ס"ב בשבועת המשנה דמגו לאפטורי משבועה ל"א היסת שאני אלא דלבי מהסס בדבר כיון דאמרינן בהזהב דף נ"ח בהקדשות דנשבעין לגזברין דלא לקרו להו פושעים א"כ ה"נ אינו מגו לומר דלא שמר כראוי ונקרא פושע וצ"ע בתוס' פרק השואל דף צ"ז ע"ב סד"ה והלה דהקשו מב"מ אמאי חייב יהא נאמן במה שכופר במגו דאי בעי אמר א"י ומה קושיא נימא דלא ניחא לו לטעון א"י דחייב לצי"ש וגם ה"ל למידע דוכל לא ידענא פשיעותא היא כדאיתא בפרק המפקיד דף ל"ה ועיין באס"ז פרק הכונס דף נ"ו לשון המאירי ז"ל כל שכתבנו עליו כאן שהוא חייב בדיני שמים פירושו שהוא חייב בהשבון הא לענין איסור אף מה שהוא פטור בו מד"ש איסור מיהא קא עביד ומכאן כתבו גדולי הדורות שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמים פסול הוא לעדות עד שישוב ועיי"ש ואפשר ס"ל לתוס' כיון דפטור בדיני אדם לא הוי רשע ואפילו פושע אינו בעיני בריות ושאני הקדש דחמיר להו לאינשי ואם כן שפיר י"ל כמ"ש והרמב"ם דמחייב היסת בלהד"ם וא"נ במגו דאבדו מחמת דלא שמרו כראוי ויאמר ג"כ א"י אם נפסד החוב ע"י אבדתו ויפטר לא ניחא לו לומר א"י וגם אין אומרים מגו דאי בעי הי' משקר בשני דברים וכמ"ש לעיל ס"ס פ"ב ועתה דטוען להד"ם חשדינן לי' דמעכבו מחמת דיודע טובו וששוה ממון כמ"ש הש"ך.

פטור אף מש"ה שאפילו פשע בו ואבד פטור כתב הת"מ משום דמפקיד אינו טוען ברי פטור מלישבע שא"ב וקשה א"כ אפילו חייב בפשע מ"מ הא המפקיד אינו טוען ברי ומשבועת שומרים נתמעטו שטרות ומצאתי כן בגאון לבי ונראה דהא מבואר ביבמות דף קט"ז ובפרק ג"פ לנפילה לא חיישינן וא"כ רגל"ד דלא אבד והיסת חייב גם ברגל"ד

וכ"ש הכא דודאי בא שטרו לידו וכמ"ש תה"ד סימן ש"ח כיון דודאי ממונו בא לידו חשוב כברי ויליף לה במרדכי משבועה שא"ב ונראה דה"ט כיון דאונס לא שכיח ואבדה בלא אונס לא חיישינן הוי רגל"ד ועש"ך לעיל סימן ע"ה סכ"ג ס"ק פ"ב אמנם לאבדה דל"ח משום דמזהר זהיר אבל אם לא ישמרנו הראוי שכיח שיאבד וע"כ צ"ל דאפילו פשע ואבד פטור א"צ לישבע שא"ב דטענת שמא הוא די"ל דנאבד מחמת דפשע בו ולפ"ז י"ל דוקא בשטרות ס"ל לרמב"ם דא"צ לישבע שא"ב ומשום דאינו מאמינו שנפסד החוב באבדתו משא"כ כשחייב בפשיעה צריך לומר שנאבד שלא בפשיעה ורגל"ד שלא נאבד וכמו בשלו או במשכון דממונו בו וזהיר בו צריך לישבע שא"ב אבל כיון דאפילו פשע פטור כאן י"ל כיון שאין השטר שלו לא נזהר בו.

והגד"ת כתב דכונת הה"מ דישבע היסת שא"י שהי' בו ראי' מש"ה קאמר שאין התובע יכול לומר בודאי אתה יודע שיש לי בו ראי' וכתב הש"ך שדינו אמת מ"מ אין כונת הת"מ לזה וכתב השעמ"ש בסק"ו דמה שהודה הש"ך לדינו של הגד"ת שאין הנתבע צריך לישבע שא"י שהי' בו ראי' אף שידוע שפשע בו או שרפו טעמו אף דקי"ל בסימן ע"ה דהאומר מנה לי בידך וז"א א"י צריך לישבע שא"י היינו משום דהנתבע ה"ל למידע אבל היכא שלא ה"ל למידע הוי טענת שמא לגבי תובע והש"ך סותר משנתו למ"ש בסימן רל"ב פי"ח גבי מכר לו טבעת בחזקת זהב ואח"כ שברו הלוקח ונמצא בו בדיל שחייב להחזיר לו מעותיו ואם המוכר אינו מאמינו שנמצא בו בדיל נשבע שא"י ונפטר והקשה הסמ"ע הא אין נשבעין על טענת ספק ומה"ת לומר שידע המוכר הרי גם הוא קנהו בחזקת זהב ותירץ הש"ך כיון דלוקח אומר ברי לי שהי' ב' בדיל ה"ל כאומר ברי לי שאתה חייב לי והלה משיבו א"י דנשבע שא"י הרי אף שהנתבע לא ה"ל לידע מ"מ צריך לישבע שא"י כיון שיכול להיות שיודע וכן מוכח מהמחבר לעיל סימן צ' ס"י גבי המפקיד אצל חברו שק צרור ופשע בו המפקיד אומר חלי זהב הי' בו והשומר אומר א"י די"א שישבע שא"י ויפטר עכת"ד ולע"ד שאני גרמי דלש"ך בריש סימן שפ"ו קנסא הוא ומבואר בסימן שפ"ח ס"ב דלמ"ד קנסא אם מת פטורין היורשים ואם עמד בדין חייבים היורשים הרי כשלא נתחייב בב"ד עדיין אין עליו אפילו מלוה ע"פ דמע"פ גובה מהיורשים וא"כ כשהגורם א"י אם גרם היזק וא"א לחייבו ודאי אינו חייב וכיון דתובע מסופק נמי אם הגורם יודע ואפשר באמת א"י ויכול לישבע ויפטר ולא יבא לכלל חיוב א"כ אינו יכול לומר ברי לי שאתת חייב לי דאף דברי לו שגרם לו היזק מ"מ כיון שא"א לחייבו נשאר על ד"ת שאינו חייב משא"כ בממונא דאפילו אין הב"ד יכולין לחייבו מ"מ ודאי חייב לפי טענת התובע וחייב לצי"ש ואף דלדעת רמב"ם והה"מ דד"ג דינא ולא

קנסא כמבואר בש"ך סימן שפ"ח שם הש"ך לברווי' שפיר הודה לדינו של ניד"ת ועל כונת הה"מ בלאה"נ חולק ולהכריח דכונת הה"מ אינו כניד"ת מכח מ"ש בסימן רל"ב א"א דשם גופא דעת סמ"ע אינו כן רק הש"ך כתב סברתו.

סימן צו

סעי' ו' בהג"ה ואם הבעל מודה לקמן סימן שמ"ט ס"ב לא כתב המחבר רק שצריך לישבע שא"ב ושלא שלח יד כי בבד"ה תמה עמ"ש הטור שצריך לישבע שלא פשע מאחר שאינו שומר כי פשע מה הוי וכן בחזה התנופה השמיט שבועה שלא פשע וכתב השעמ"ש סק"ה דיש לתמוה דלפ"ד דלא מיחשב שומר גם משבועה שא"ב ושלא שלח יד ליפטר כמ"ש הט"ו בסימן רצ"א ס"ב באומר הנח ול"ל דרגל"ד חייב היסת דא"כ בהנח ג"כ וכן בשטרות לעיל סימן צ"ה דעת המחבר דפטור אף מהיסת עכת"ד ולפמ"ש לעיל סימן צ"ה א"ש דברי המחבר דלא סתרו אהדדי דודאי כיון שבא לרשותו הוי רגל"ד דאונס לא שכיח וכ"כ סמ"ע בסימן רצ"ד ובסימן שמ"ט אלא דדוקא כי מזהר זהיר בו לשמרו לכן לקמן סימן רצ"א בהנח דאינו שומר ואפילו מפשיעה פטור ליכא רגל"ד דכשאינו שומר כראוי שכיח שיאבד ולכן גם לעיל בשטרות פטור מהיסת כיון דאפילו פשע פטור משא"כ כאן נהי דהבעל אינו שומר האשה חייבה לשמור וא"כ סתמא שמרה כראוי ולא שכיח שיגנב לכן הוי רגל"ד.

ודעת הב"ח בסימן שמ"ט וסמ"ע שם כדעת רמ"א כאן דגם שבועה שלא פשע מחויב דהוי שומר עיי"ש ודברי פרישה וסמ"ע שם סתומין דלכאורה נראה דאינו שומר כיון דלא קיבל עליו שמירה מדהוצרך לומר כיון שבא לרשותו ויש ריעותא לכן חייב לישבע שא"ב אף בטענת ספק כמו בשבועת שומרים ואם הי' שומר מה צריך להאריך בטעם וכן בפרישה משמע דלא הוי שומר כיון שלא קיבל עליו שמירה ומ"מ צריך לישבע שלא פשע כיון שבא לרשותו ויש ריעותא ויפה כתב השעמ"ש דדברי סמ"ע מרפסין איגרי ונלע"ד דהכונה דודאי לא שכיח שיגנב ויאבד כשנשמר כראוי וכל שומר ודאי זהיר לשמור והבעל שהודה שבאו התכשיטין לביתו היינו שהאשה פשטתן והניחה ברשותו דכשהן עלי' לא חשוב ברשותו כדאיתא בב"ב סוף דף פ"ה ולקמן סימן כ' ס"ח אלמלא שקיבל עליו לשמור לא היתה מניחתן דמחויבת ליזהר בהן אלא להשביעו אם לא קיבל עליו שמירה א"א דהוי שבועה על שבועה דאפילו יודה ליכא רק שבועה וכדלעיל סימן צ"ג ס"ט ועיי"ש בש"ך ס"ק י"ד לכן ישבע שלא פשע דהיינו דאם לא קיבל שמירה לא הוי פשיעה כלל כשלא שמרו ואם קיבל שמירה ושמרו כראוי ג"כ לא פשע וא"כ השבועה

אלשון שאם יודה יחויב ממון שאם יודה שפשע דזה כולל שלא שמר כראוי אחר קבלת השמירה ודאי יחויב ממון ומחויב לישבע מתורת גלגול דא"ב או מצד עצמו דבזה נמי יש רגל"ד דודאי לא הניחתה ברשותו לולא שקיבל עליו השמירה ואם לא פשע לא הי' נאבד ולפ"ז אין זה ענין לנידון הצ"צ ולא קשה מה שתמה עליו השעמ"ש שלא הזכיר מדברי הטור ורמ"א וסמ"ע ועיין סימן רצ"א ס"ג בש"ך סק"ח דאם הכניס לבית בעה"ב ברשות סתמא דמלתא קיבל עליו בעה"ב נטירותא אפילו לא פירש כלום משמירתן.

עוד תמה השעמ"ש הא הרא"ש ס"ל מגו לאפטורי משבועה אמרינן רק דאינו נאמן לומר נאנסו במגו דהחזרתי דהוי מגו דהעזה וכאן הי' יכול לומר שלא באו לרשותו ונ"ל כיון דתחלה כשהודה שבאו לרשותו לא טען שלא פסע רק טען אתה לא נתת לי וכסבור ליפטר בזה כיון שלא באו לידו מיד הבעלים א"כ י"ל דלא רצה לשקר כלל רק סבר שאינו שומר כלל אף שבהסכמתו הניחה אשתו התכשיטין ברשותו ועתה שנשאל הרא"ש ופסק דאם פשע חייב לכן צריך לישבע שלא פשע ואינו נאמן עתה בלא שבועה כיון שכבר הודה שבאו לרשותו הוי מגו למפרע ואף דמה שנשבע שא"ב ושלא שלח יד זה כבר נכלל בטענתו תחלה דזה ודאי ידוע שחייב אפילו לא נעשה שומר מ"מ כיון שחייב לישבע שלא פשע דהוי כשומר כמ"ש הב"ח והשעמ"ש עצמו ממילא חייב לישבע מצד נ"ש ול"מ מגו דהא כל נ"ש חייב אפילו אם בלא גלגול הי' פטור מחמת רוב או חזקה כמבואר בסימן צ"ד בטו"ז דאפילו היכא דאנן סהדי מדלית לו קלא קושטא קאמר ואף דהוכחה זאת מהני להוציא ממון מ"מ ע"י גלגול חייב לישבע וא"כ כ"ש מנו דלא מהני להוציא דאינו פוטר מג"ש ועיי"ש בש"ך ס"ג סק"ח וכ"כ השעמ"ש דמגו ל"מ לאפטורי מג"ש לכ"ע.

הלכות גביית מלוה סימן צז

סעי' א' מ"ע לתלות בב"מ פא"נ דף עיין ע"ב איתא מרבה הונו בנשך ותרבית לחונן דלים יקבצנו אר"נ אמר לי הונא לא נצרכה אלא אפילו רבית דנכרי ביותר מכדי חייו איכא דמתני הא דר"ה אם כסף תלוה את עמי עמי ונכרי עמי קודם פשיטא לא נצרכה דאפילו לנכרי ברבית ולישראל בחנם וקשה מדקאמר תחלה מרבה הונו לא נצרכה אלא אפילו רבית דנכרי מכלל דק"ל למה נצרכה וא"כ ללישנא בתרא הק"ל אמנם בילקוט במשלי כ"ח מרבה הונו אר"נ אמר לי הונא אפילו רבית דנכרי יותר מכדי חייו כיצד ישראל ונכרי באין ללוות אומר מוטב אלוה לוי שאקח ממנו רבית על זה אמר שלמה מרבה הונו בנשך ומרבית לחונן דלים יקבצנו עכ"ל ודלא יסתר מהש"ס צ"ל דה"פ דאיכא דמתני

להא דר"ה דלעיל ג"כ אתא דלעמי קודם והוא מלוה לגוי קודם ביותר מכדי חייו כפשטא דמרבה הונו וכן מוכרח דמנ"ל לעמי קודם בחנם מלנכרי ברבית רק דאל"כ פשיטא וא"כ עדיין נימא דקמ"ל קרא ביותר מכדי חייו וסברא הוא דבכדי חייו לא קאמר דחייך קודמין לחיי חבירך כדאיתא בב"מ דף ל"ב לענין אבדה ובזה יש ללמוד זכות על שאין נזהרים להקדים לישראל בחנם מלנכרי ברבית וה"ט דלל"ק אסור להלות לנכרי ברבית ביותר מכדי חייו רק כתבו תוס' בשם ר"ת ותשובת רש"י דבזה"ז הכל כדי חייו וא"כ גם לעמי קודם אינו מחויב דקרא לא נאמר רק לפי ד"ת דהי' מותר לעכו"ם ברבית גם ביותר מכדי חייו וע"כ זו דבר השמטה שהשמיט הטוש"ע כאן דמ"ע להלות לישראל בחנם ולהקדימו לפני נכרי ברבית וכבר תמה בזה בשעמ"ש.

אמנם הרי"ף ורמב"ם וסמ"ג ורא"ש כתבו דמצוה להקדים להלוות לישראל בחנם מלעכו"ם ברבית וכתב השעמ"ש דדוקא כשהרבית דבר מועט כמ"ש תוס' בע"ז דף כ"ף דהא דמצוה להקדים נתינה לגר למכירה דעכו"ם אינו רק בנבלה שאינה שוה לישראל אלא דבר מועט בא"י שלא היו עכו"ם מצויים וה"נ מיירי בהכי כיון דפשטא דקרא מיירי בעשיר דאינו מצוה להלוותו אלא לפי שעה ובכה"ג אם עכו"ם רוצה ללוות רק לפי שעה וליתן ריוח מועט הישראל קודם ולא בריוח מרובה דאל"כ תקשו מ"ש מהשבת אבדה דאם אין שם ב"ד שלו קודם איברא דעדיין קשה דאמאי בפני ב"ד מתנה ליטול כל שכרו ואמאי לא יוותר קצת ויש לחלק דשאני בהלואה דאם לא יוותר קצת יתבטל המצוה לגמרי עכת"ד ול"נ דא"כ לא נדע השיעור איזה מועט ותוס' בע"ז כתבו משום דנבלה לא שוה להישראל רק דבר מועט ולגר שוה הרבה זולת אם גם כאן נאמר כשעשיר הלוה לפי שעה שוה לו הרבה יותר מרבית שיתן הגוי אבל סתימת הפוסקים לא משמע כן גם קושיתו מאבדה משמע דלא ירד לזה דאל"כ לא הקשה כלום אף דמח"א שהבאתי לעיל סימן יו"ד משמע כשעמ"ש דדבר מועט מחויב לוותר היכי דמתבטל המצוה אף דלגבי חבירו ג"כ אינו רק דבר מועט כבר השגתי שם עליו לכן העיקר כמ"ש דלא מיירי רק ביותר מכדי חייו וכן נראה מפירוש ראב"ע ע"פ אם כסף תלוה אם נתן לך השם הון שתוכל להלות ולכן אם הוצרך העשיר ללוות לפי שעה לכדי חייו וכדומה אזי ישראל קודם וזה מבואר בלשון הפוסקים שכתבו ואפילו העשיר שצריך ללוות דלהרבות הון אינו צריך ובלא"ה ל"ק מאבדה דהכא שאני דגלתה התורה דאל"כ פשיטא והעיקר נראה דאם הדבר שקול דאינו נצרך לישראל הלוה יותר מהמלוה שרוצה להרויח בזה שלו קודם.

סעי' ו' לא ימשכנו בנה"מ כתב אם חייב לו עסקא כיון דבעד פלגא פקדון מותר לתפוס אף דיכול לתפוס חפץ קטן רשאי לתפוס חפץ גדול שוה גם הפלגא מלוה עיי"ש והנה בשבת ס"פ האורג מתיר רשב"א לנעול ביתו וצבי בתוכו כשמתכוין לשמוד הבית ולצוד הצבי כיון דיש בזה מעשה היתד עם מעשה האיסור וכתב הש"ג שם דנמצא למידין לרשב"א דאע"ג דקי"ל דפ"ר אסור ה"ד שבאותו מעשה דעבד הפ"ר אינו מתכוין ואינו עושה דבר היתר עמו אבל אם באותו הפסיק רישא שעושה עושה ג"כ דבר מותר עמו ויתכוין גם להדבר המותר אזי אפילו עביד הפ"ר ומיכוין גם לו שרי ובאמת כי קולא גדולה היא זו עכ"ל ורמב"ן ור"ן שם פליגי אסברת רשב"א ובפ"ב דביצה מתיר ר"ן ביו"ט לרבות בשיעור בחד טרחא באוכל נפש ול"ד לפ"ב בשבת דאם צריך שתי גרוגרות לחולה ויש שלשה בעוקץ אחד ושתים בעוקץ אחד דאסור לתלוש השלשה משום דשבת דחוי' לפ"נ ולא הותרה כאו"נ ביו"ט והרי נעילת בית לשמרו ג"כ היתר גמור הוא בלא צידת הצבי צ"ל דלא דמי דנעילת בית בלא צבי בתוכו אינו מלאכה כלל וכשצבי בתוכו הוי מלאכת צידה וליכא רק מלאכת איסור משא"כ למלאות קדרה בשר לבשל דגם הצריך היום הוי מלאכה והותרה ע"כ הותרה לגמרי ומ"מ דין משכון ל"ד להך דיו"ט דשם י"ל דהותרה אף דמלאכה אסור ביו"ט לאו"נ התירה תורה מכלל המלאכות וכיון דהותרה הותרה לגמרי ורשב"א דמתיר גם בשבת רבויי בשיעורא בצריך קצת לחולה אפשר ס"ל גם בדחוי' אמרינן הואיל ואדחי אדחי בחד טרחא ובזבחים דל"ב ע"ב פליגי אמוראי אי אמרינן הואיל והותרה או הואיל ואדחי ואיזה עדיף ועוד דשאני שבת ויו"ט דהאיסור משום שבות גופו וכיון דמעט מותר לצורך או"נ או פ"נ מותר להרבות בחד טרחא דגופו שובת כאלו לא הוסיף בשעור משא"כ לענין שאר איסור לכן נלע"ד דאיסור גמור הוא במשכון.

סעי' ח' מחזיר בע"כ הרמב"ם פ"ג ממלוה בחבל רחיים ורכב ובגד אלמנה כתב מחזיר בע"כ ואם נשרף לוקה ובנכנס לבית לוה למשכנו כתב דניתק לעשה ואם נשרף לוקה ומחשב דמי משכון ומנכה בחובו עיי"ש ובתרתי בבי קמייתא ל"ב דמנכה בחובו בנשרף וניתק לעשה ובמשכנו בביתו ל"כ דמחזיר בע"כ וגם למה כתב דמחזיר בע"כ משמע מיד וכיון דמרבינן השב תשב אפילו משכנו באיסור קנה רק מחזיר בעת הצורך למה הוציא מהכלל רחיים ורכב ובגד אלמנה וסמ"ע וטו"ז האריכו בזה ליישב ונלע"ד לפמ"ש בר"פ א"נ דמה דהוכיחו מרמב"ם דניתק לתשלומין אינו לוקה גם בלא ניתק לעשה כמבואר בפנ"י שם ה"ד אם יודדין לנכסיו בע"כ אבל בלא"ה צריך ניתק לעשה לפוטרו ממלקות והנה בחובל רחים ורכב או בגד אלמנה יש תרי לאוי לא תבא אל ביתו ולא תחבול ואיתא

בריש תמורה אין חד עשה מנתק תרי לאוי ואף דתוס' זבחים קי"ד ע"ב בד"ה אלמה כתבו דדוקא כשסמוכי הלאוין אצל העשה הוכחתם שם ממכות דחו בעצמם ומה שהוכיחו מגזלה דאיכא תרי לאוי דלא תעשוק ולא תגזול וחשבי לי' ניתק לעשה במכות לרמב"ם אינו מוכח דדוקא בסמוכים הלאוין להדדי לא אתי חד עשה לנתקם וכן דעת הר"ר שמואל מורדין בתוס' חולין דף פ"א בד"ה הנח וא"כ בחובל רחיים ובגד אלמנה רק משום דניתן לתשלומין אינו לוקה דגם בהשבת העבוט אם נשרף דשוב ליכא עשה דהשב מ"מ ס"ל לראב"ד דאינו לוקה משום דניתן לתשלומין ודעת הרמב"ם כיון דמחזיר בע"כ מיד דלא מהני תפיסתו לכן בנשרף ממילא אינו חייב באונסין כמ"ש הראב"ד לשיטתו היכי דלא קנה המשכון דצריך להחזיר מיד אינו מחויב באונסין אמנם כ"ז שלא נשרף דמחזיר בע"כ ניתן לתשלומין ואינו לוקה ומשלם אבל מה דמחזיר בע"כ כתב הריב"ש משום דקי"ל כרבא דאעל"מ עיי"ש ומה דחדשה תורה השב תשב במשכנו באיסור דקנה ומהני י"ל אין לך בו אלא חדושו היכי דעשה מנתק עכ"פ ללאו ומתקנו שלא ילקה דהלאו קיל אבל ברחיים ובגד אלמנה דיש שני לאוי במשכנו בביתו ואף לכשת"ל דעשה והשב גם עליהם קאי מ"מ לא מנתקן ולא שייך לומר דניתן לתשלומין כיון דתאמר דוהשב מרבה גם בהם דקנה ומהני ואינו מחזיר בע"כ ואין יורדין לנכסיו דאין כופין על מ"ע דהשבה דמתן שכרה בצדה וכיון דעכ"פ לקי אמרינן דהשב לא קאי כלל על לאוין דלא יחבול רחיים ובגד אלמנה והדרן לכללא דאי עביד ל"מ ומחזיר בע"כ ועל כן ל"ב דניתק לעשה דיש שני לאוי ומחזיר בע"כ ויורדין לנכסיו וניתן לתשלומין ואינו לוקה רק כשנשרף ואינו מנכה בחובו דלא נתחייב באונסין דלא קנהו אבל בהשבת עבוט ליכא רק לאו אחד כתב דניתק לעשה דהשב וקנהו ואין יורדין לנכסיו בע"כ ול"ח ניתן לתשלומין רק מחשב דמי המשכון אם נשרף דלא חשוב לרמב"ם בזה ניתן לתשלומין כיון דמנכה רק בחובו.

סעי' ל' נשבע לפרוע אין מסדרין בתומים הביא מתשובת הרא"ש כלל ח' ד"ד דסתמא דמלתא דאין אדם נשבע למכור כל חפציו וללין ברחוב ולמות ברעב וכתב התומים דזהו סידור הנרצה דלא ע"ז חל שבועתו רק זה אי מסדרין לב"ח אבל למ"ד דאין מסדרין וכל אלו בכלל הפרעון פשיטא דחל שבועה עליהם אך כיון דיש פלוגתא אי מסדרין לכן ספק שבועה לחומרא וריב"ש דס"ל גם בשבועה מסדרין ס"ל דברור לדינא דמסדרין עכת"ד ויל"ד הא בתשובת רא"ש שם מבואר דגם ביתו א"צ למכור ולענין סידור אין מניחין לו ביתו כמבואר בסכ"ג בש"ך ס"ק י"ד ועוד הא תשובת רא"ש שם מיירי בשידך בתו ונשבע לתת נדן וזה אינו הלואה רק כמתנה ושכירות ולית בזה דין סידר כמבואר בסכ"ה ואף דפליגי בזה למה לא כתב הטור דדעת הרא"ש כהך דעה דמסדרין אף בחוב שאין

מחמת הלואה ונראה כונת התומים דבשידוך שנתחייב בחנם ודאי גם ביתו באומדנא דלא נשבע ללין ברחוב ואף דרצה להשיא בתו אין דרך למכור ביתו בשביל זה כמ"ש שם אבל כאן אין לדמות להתם רק מה דמדינא מסדרין ופטור מדינא י"ל אומדנא שלא נשבע להתחייב יותר מחיובו וללין ברחוב אינו יותר מחיובו דכיון דמדינא מוציאין אותו מביתו לפרוע חובו י"ל גם בכלל השבועה הוא ולפ"ז למסקנת התומים דמשום דדינא דמסדרין אינו ברור לכן ספק בשבועה לחומרא א"כ גם הרא"ש לא פליג דהתם לא לוה ואינו מחויב כלום לולא השבועה והוי כסידור למ"ד דודאי הדין דמסדרין ובספר שם הגדולים מערכת ספרים אוה ח' הביא מספר משפט צדק דהקשה דהך דינא דהכא שהוא מחזה התנופה סותר למ"ש הרא"ש בתשובה הנ"ל ופסקו הש"ע ביו"ד סימן רל"ב סט"ז ולפמ"ש א"ש איברא דתירץ התומים קשה להולמו דכיון דאנן פסקינן דמסדרין אף יהא רק מחמת ספק ממונא לקולא מ"מ כך הדין המע"ה א"כ אינו חייב לפרוע מזה ושבועתו לא על זה חלה ולפע"ד בלא"ה כיון דסידור חידוש הוא דחדשה תורה והמלוה ודאי נפסד ליכא אומדנא לומר דלא נתכוין בשבועתו על זה ואדרבה י"ל אדעת המלוה נשבע דאלו פירש לא הי' מלוהו להפסיד משא"כ בנשבע לתת נדן נהי דלא נחשוב כמתנת חנם לחתנו מ"מ לבתו מתנת חנם הוא ואין אדם עושה למכור ביתו וכלי תשמישו לתת לנדן בתו ואפילו חתנו לא הי' מתרצה לא הי' נשבע וגם הראי' שהביא מהריב"ש יש לדחות דבנידון הריב"ש ג"כ לא קיבל מעות רק נתחייב לחתנו בעבור כתובה שנתן לבתו בערכאות שאם תתבע אותו בחייו בערכאות יהא האב מחויב להחזיר לבעל וה"נ י"ל האומדנא שבעבור בתו לא נשבע לצאת מביתו ערטלאי ובזה א"ש מה שהב"י ס"ס זה הביא שו"ת חזה התנופה דבנשבע לפרוע אין מסדרין וסמוך לזה הביא הריב"ש שבסימן ק"ג דנשבע לשלם ואין לו פטור דאנוס הוא ולא הביא מסקנת הריב"ש שם דמסדרין לו וסותר למ"ש בחזה התנופה והרגיש בזה בתפארת שמואל ולפמ"ש א"ש.

סימן צח

סעי' א' מחל לו עשמ"ש דאפילו חרם אין עליו א"ל מחל בלבו כיון דליכא אומדנא דמוכח הוי דברים שבלב כמ"ש מהרי"ט חחו"מ סימן מ"ה אך מהב"ח לקמן סימן קמ"ו מוכח להיפך שכתב ליישב דברי טור בסי"ד שם שכתב דחזקה שאין עמה טענה אינה חזקה כיצד א"ל המערער מה אתה עושה בתוך שלי והשיב לו המחזיק א"י של מי הוא וכיון וכיון שלא א"ל אדם דבר ירדתי לתוכה אין זו חזקה לפיכך אם יש עדים למערער שהיתה שלו נשבע ונוטל ותמה ב"י דשבועה זו מה טיבה כיון שאין המחזיק טוען שמכרה לו

ותירץ הב"ח דנשבע שלא מחל לו הקרקע כיון דשתק דלמא מחל לו עכת"ד השעמ"ש ולפמ"ש הנתיבות לעיל בסימן י"ב ס"ח סק"ה דדוקא מחילה על הדבר שכבר נתחייב לו ל"מ בלב אבל בדור עמי או אכול עמי שאומר שהי' בדעתו למחול לו ודאי מהני מחשבתו דהוי כנתנו במתנה בשעת מעשה עכ"ל י"ל דהב"ח אינו חולק אמהרי"ט רק ס"ל דגם חזקת קרקע הכי הוא דבתחלה החזיק במחילתו דחזינן דשתק כולא האי אגלאי למפרע דמחל מתחלה ועוד דקרקע אינה נגזלת וכל שעתא שמחזיק הוי כבא לידו עתה עם מחילתו של בעליו.

סעי' ד' המלוה אלם כתב השעמ"ש בסק"ב דדוקא כשטוען הלוה איברר ע"י עידי השטר שלא חתמו או שהמלוה חזר אזיוף דאף תפיסת המלוה ל"מ אבל אם נתקיים ע"י עדים שאמרו כת"י הוא וטוען הלוה שיביא עדים שאין זה כת"י אף שנראה שאינו אלא עלילות דברים מניחין המעות ביד שלים כמו באלם דאחר שיבוא ליד מלוה לא נוכל להוציא דהוי תרי ותרי עכת"ד ואינו מוכרח דבשלמא במקום דמדינא להוציא מידו רק מחמת אלמותו לא נוציא מתחלה יש לנו לחוש על צד רחוק אבל לחוש שיביא עדים ויהא תרי ותרי דאזי מדינא יתפוס המלוה מה לנו לחוש עתה שנראה שאינו אלא עלילות דברים כיון דמדין עתה לשלם ליד תובע ולבסוף ג"כ מדינא ישאר בידו וכעין זה כתב הרן בפרק הכותב בהא דלב"ח יהבינן משום נע"ד ולא לאשה דהקשה כיון שהדין נותן שיחלוקו האיך גוזלין את האשה ותירץ כיון שאלו קדם ובא בע"ח לב"ד והגבוהו ראשון מה שגבה גבה מן הדין אנו מגבין לבע"ח תחלה משום טעמא דיותר ממה שהאיש רוצה לישא ולאחר גבייתו זכה בהן מן הדין עיי"ש כ"ש הכא דעדיין ליכא תרי ותרי ודינא לשלם לו מיד וחשש רחוק לשיבואו עדים להכחשת תרי ותרי דודאי כת אחת משקרים וגם נראה לב"ד שאינו אלא עלילות דברים וגם הוי כס"ס ספק לא יביא עדים כלל ואת"ל יביא עדיין יהא רק תרי ותרי וספק דראשונים קושטא מסהדי ואף לפוסקים דאין מוציאין ממון בס"ס הא כאן סוף סוף מוציאין ממנו ומניחין ביד שליש א"כ יד שניהם שוה בממון זה ומהני ס"ס כ"ש דנוטה יותר שלא יביא עדים כיון דנראה לב"ד שאינו רק עלילות דברים וגם לפמ"ש הנו"ב ואחרונים דלא אמרינן כל היכא דאיכא לברורי מבררינן רק אם יתברר לגמרי ולא כשישאר עדיין ספק אחד וה"נ בשלמא אם אומר שיברר דודאי מזויף מעכבין הממון עד שיברר משא"כ אם אומר רק שיביא עדים המכחישין ויהא תרי ותרי כיון דלא יבורר לגמרי אין צריך להמתין ולעכב ממונו של זה כיון דמדינא מגיע לו עתם ואין הכחשה לפנינו ולפ"ז הי' נראה אפילו נראה ממש בדבריו אין נותנין לו זמן כה"ג אלא דהב"ח כתב דנותנין לו זמן כה"ג והבו דלא לוסיף עכ"פ בנראה לב"ד

שתואנה מבקש כיון דהש"ס מיירי ע"כ באומר אביא עדים ומרענא לשטרא שהי' פרוע וכה"ג באופן שיוציא מיד המלוה נמי וכמבואר ברא"ש כתובות הובא בב"י לעיל סימן מ"ו סל"ג.

סימן צט

של אחרים ברמב"ם פ"ב ממלוה הלכה ה' כתב ח"ל מי שנתחייב בשבועה זה מפני שט"ח שעליו והודה לאחרים בחובת אחרים והשיגו ידו יתר על הראוי לו לא יטול היתר אלא בעלי שטרות בלבד שמא קנוניא עושה בהודאתו על נכסיו של זה ראובן שהי' חייב לשמעון ק' ולוי חייב לראובן מאה מוציאין מלוי ונותנין לשמעון לפיכך אם אין לראובן נכסים והי' לו שט"ח על לוי וא"ל שטר אמנה הוא ופרוע הוא והודה לו ראובן אין משגיחין על הודאתו שמא קנוניא הם עושין לאבד זכותו של שמעון וכן כל מי שיש עליו שט"ח והודה לאחד מעצמו בחוב אחר אם אין לו נכסים שיגבו שניהם גובה בעל השטר בלבד שלא יעשו קנוניא על שטרו של זה עכ"ל ונתקשו נושאי כליו דמם קמ"ל תו בהא שכתב וכן כל מי דכבר אמרו בהלכה ה' וש"ך כתב דתחלה קמ"ל אף דנשבע לשלם במה שישיג ידו ונדחק במה דקמ"ל אח"כ ולע"ד דקדק הרמב"ם בתחלה כתב שמא קנוניא עושה על נכסיו וכאן כתב שלא יעשו קנוניא על שטרו גם לעיל אמר שמא קנוניא עושה וכאן שלא יעשו קנוניא גם לעיל כתב לא יטול היתר אלא בעלי השטרות וכאן כתב גובה בהש"ט ולכן נלע"ד דלעיל שנשבע ליתן מה שתשיג ידו אין ביד הלוה לתתן לאחר מכח השבועה ואפילו עבר ונתן ל"מ דכ"מ דא"ר ל"ת אעל"מ כדאיתא ביו"ד סימן ר"ל ובש"ך לקמן סימן ר"ח בנשבע שלא למכור ועבר ומכר וכאן גרע דאין בידו למתשל אשבועתו שנשבע לחבירו ועכ"פ לכ"ע לכתחלה אסור ליתן לאחר מכח השבועה וכיון דעומד לגבות כגבוי דמי מיד שבא ליד הלוה דלמפרע גובה היכי דא"א לסלוקי ממנו ודינא שלא יהא הלוה נאמן דעד אחד לא קם לממון שאינו שלו לכן אמר על נכסיו של זה משא"כ בסוף דלא נשבע עדיין ומיירי במטלטלין או בדאקני כמ"ש הש"ך ואלו נתן הלוה לאחר הי' מהני רק הודאתו ל"מ מחשש קנוניא דאינו רוצה ליתן כמ"ש המ"מ והש"ך וסד"א כיון דהממון שלו ובידו ליתנו לאחרים נאמן וקמ"ל דמ"מ משום שלא יעשו קנוניא על שטרו של זה אף דהנכסים עדיין אינם שלו אינו נאמן לכן אמר גובה דעדיין מחוסר גוביינא ולעיל אמר יטול דכבר שלו הוא נוטל ולפי הנראה דכאן אינו מעיקר הדין רק מתקנה משום נע"ד שלא יעשו קנוניא על שטרו של זה כיון דהממון של לוה ונתינתו מהני וגם הוי ברי ושמא ואינו להוציא מחזקת מרי' ואינו נגד חזקה

שכל מה שת"י אדם הוא שלו דמה לי אם חייב עוד לאחר סוף סוף הממון שלו רק צריך לפרוע ממנו חוב ובבבא האמצעית דהוא שדר"נ וגם יש חזקה דכל מה שת"י אדם שלו והשטר אינו אמנה ופרוע ומדינא א"נ לכן אמר נמי שמא קנוניא הם עושין.

עיין תומים סק"ב ועמ"ש עליו לעיל סימן מ"ם.

הג"ה לומר להד"ם עיין מ"ש לעיל ס"ס פ"ב דבמגיד ליתא דאינו נאמן במגו דלהד"מ ר"ל כיון דלא ידענו שיש ת"י הוי הפה שאסר הוא שהתיר ואפשר רמ"א נמי לא אמר רק בלהד"ם דהיינו דמלוה צווח ראיתי אצלך ממון וכיוצא ולוה הי' י"ל להד"ם דהי' מעיז משא"כ כשמלוה נמי לא ידע ובא לוה והראהו ואמר של פלוני הם דאי בעי שתיק דזה ממש הפה שאסר הוא שהתיר מהני גם נגד חזקה.

סעי' ב' צריך לקיים שבועתו וש"ך חולק כיון שהשבועה אינו עושה קנין וכי בשביל שבועתו יעשו הב"ד שלא כדין ולע"ד כיון דבדיעבד אי גבה אחד מה שגבה גבה לכן עתה שנשבע יש לנו לכתחלה לעשות כן שלא תהא השבועה לבטלה וכעין מ"ש הר"ן בהכותב דב"ח ואשה לב"ח יהבינן כיון דאם קדם וגבה מה שגבה גבה יש לנו גם לכתחלה להגבותו משום טעמא דיותר ממה שהאיש רוצה לישא עיי"ש.

סימן ק

סעי' ב' בא ותבעו כתב בשעמ"ש סק"ב ואם תבעו לאחר הזמן אף שתבעו בלא עדים רק שהלוה מודה בדבר אין נותנין לו זמן אחר וכמבואר בסימן ע"ג סי"ד בהג"ה לענין משכון וה"ה הכא דחד דינא אית להו כמ"ש הסמ"ע בס"ק ל"ז שם עכ"ל ואינו ראי' כלל דשאני התם דא"צ ב"ד לגובייניא דהא מוכרו בעצמו רק צריך ג' שמאים וכדעת הרא"ש וריב"ש שם וכדמסיק בתומים שם משום דקונה משכון עושה בשלו וכיון דעביד דינא לנפשו יכול בעצמו ג"כ ליתן זמן ללוה משא"כ הכא דצריך כח ב"ד לגובייניא דבא להוציא ואפילו קבע זמן בתחלת הלואה ל"מ מה יתן ומה יוסיף בתבעו שנית ואפילו לדעה דבקבע זמן בתחלת הלואה א"צ עוד זמן שאני דאז במלוה תליא דאינו מלוהו רק אדעת כן והוא מתחייב בקבלת המעות בתנאי זה משא"כ אחר שהלוהו פטומי מילי ננהו ואפילו קבל עליו יכול לחזור כל שלא קנו מידו שמתחייב בכך וסמ"ע שכתב שם בסימן ע"ג דחד דינא אית להו היינו אף שקבע לו זמן בתחלת הלואה צריך ליתן לו עוד זמן דבתחלת הלואה אין לחלק דבמלוה תליא להתנות על שלו וגם הלוה קיבל עליו ומ"מ לא נכלל בזה הזמן ב"ד עד שיפרש להדיא ה"נ התם וגם בזה לא כתב הסמ"ע אלא די"ל כן.

ותמהני על השעמ"ש דלא שת לבו למ"ש הש"ך כאן בסק"א דוקא שקבע לו זמן בתחלת הלואה אבל כשהי' תביעה ביניהם וקבע לו זמן לפרוע אמרינן אשתמוטי קמשתמיט ואם בא אח"כ לב"ד נותנין לו זמן שלשים יום ודוקא שלא קיבל עליו בשבועה או בחרם עכ"ל הישש"ש ובתה"ד סימן שכ"ה ז"ל ראובן תבע את שמעון בינו ובינו על סך מעות שנתחייב לו שיפרענו השיב שמעון אין לי מעות עתה תנה לי זמן עד יום פלוני ואפרע לך ונתן לו ראובן הזמן שבקש וכשהגיע הזמן לא פרע שמעון ובא אדרבה בטענות אחרות שלא לפרוע כל עיקר וחייבו ב"ד את שמעון לפרוע מי יהבינן לו זמן שלשים יום והשיב אפילו לר"ת דמלוה לזמן לא יהבינן לי' זמן כאן שלא היתה הקצבה בתחלת המלוה יש לו זמן ב"ד ואעפ"י שקצב לו זמן כשתבעו לפרוע וכן קבל עליו שמעון הזמן ההוא לפרוע בו איכא למימר אישתמוטי דמשתמיט ולא הי' בדעתי' מעולם למטרח אזוזי ולפרוע וראי' לדבר שבא אח"כ בטענה שלא לפרוע כל עיקר דבכל דבר דקטעין או מקבל עליו חוץ לב"ד לא רמי אנפשי' כיון דמצי לכחש ולחזור בו ול"ד למלוה בתחלה לזמן קצוב דהתם לא מצי לאשטמוטי דאיירי בשטר או בעדים עכ"ל ולפי דבריו אין ראי' ממשכון דמלוה מוחזק ונאמן נגד הלוה גם בענין אי תבעו וכמ"ש בתשובת חוט השני סימן ל"ז הובא בפ"ת לעיל סימן ע"ג סי"ד וא"ל דת"ה לא כתב רק משום דבא אח"כ בטענות אחרות שלא לפרוע כל עיקר דלא כתבו הת"ה רק לסניף דתחלת דבריו וסוף דבריו לאו מה"ט הוא וכן מוכח מהישש"ש וש"ך שהשמיטו זה איברא דיל"ד למה לא כתבו דדוקא שלא היתה התביעה ונתינת הזמן בפני עדים וי"ל דנתכונו לזה במ"ש שהיתה תביעה ביניהם דדוקא ביניהם לבין עצמם אבל בפני עדים י"ל סגי למ"ד דזמן שבתחלת הלואה מהני או כשיש לו מטלטלין דמהני לכ"ע ה"נ אח"כ כשאינו יכול להכחיש אלא דגם זה לא נייח לי דלא ה"ל לישש וש"ך לקצר כל כך ברמיזה בעלמא בדבר שהכל תלוי בו אלא ודאי כונתם כמ"ש ביניהם היינו שלא בפני ב"ד וכן פירש הריב"ש דברי הרא"ש שהובא לעיל בטור סימן ע"ג סכ"ג וס"ל לישש ולהש"ך דגם דעת ת"ה ע"כ הכי הוא מדחילק תחלה בין קצב בתחלת המלוה הז"פ בין אח"כ ולא כתב משום דלא קצב לו בפני עדים ותחלת המלוה מיירי בפני עדים כמ"ש אח"כ אע"כ דאפילו בעדים ל"מ אחר הלואה דלאו כל כמיני' דמלוה עתה ליתן לו בעצמו זמן ב"ד ואפילו קבל עליו יכול לחזור דאשתמוטי משתמיט רק דהקשה לת"ה אמאי שכתב הטעם דמה דמקבל עליו חוץ לב"ד לא רמי אנפשי' כיון דמצי לכחש ולחזור בו דא"כ ה"נ במלות תחלה לזמן קצוב יכול לכחש לכן כתב דמיירי בשטר או בעדים וכיון דלא מצי לכחש ל"ל דלאשתמוטי קבל עליו דכל תנאי בשעת נתינת המעות קיים ואינו בחזרה משא"כ לאחר הלואה אפילו בעדים דלא

מצי לכחש מ"מ איתי' בחזרה ויש לי ספק אפילו קבל בקנין דמחייב גופו לפרוע לז"פ אפשר ל"מ מדסיים הישׁ"ש רק בקבל עליו בשבועה או בחרם דאף דבב"מ דף ס"ז ע"ב במשכנתא דלא מסלקי כי אמר מלוה מסתלקנא וקנו מיני' מהני אפילו אחר הלואה התם ל"ש דעביד לאשתמוטי אבל הכא הוי כאונס קצת דחונקו לפרוע לו חובו וכמו בא"ע סימן קס"ט ס"נ בב"ש ס"ק נ"ג ומסתברא דקנין לחייב עצמו מהני ואף דיש לו טעם דעביד לאשתמוטי וכמו בב"מ דף ק"ח לענין בר מצרא אף דיש לו טעם דירא שלא יעלהו בדמים מ"מ בקנין לא י"ל משטה הייתי כ"ש הכא דחייב לפרוע לו ולא לדחותו בלך ושוב ויש אתו נכסים למוכרן.

שלשים יום מיום הזמן ומ"מ בגנב וגזלן ושולח יד בפקדון ועסקא שהוציאו שלא לצורך העסק אין נותנין לו זמן דהא בע"ת מכת הסוברים דאף דקבע לו זמן לפרוע נותנים לו אחר הזמן שלשים יום ומ"מ כתב דהא דנותנין זמן להלואה משום דמדעתא דנפשי' אוזפי' מסתמא ע"ד כן נכנס ונותנין לו זמן כמבואר בב"י וא"כ כשלא אוזפי' מדעתו אין לו זמן כחבלות ועוד ראי' מברטנורה פרק החובל מ"ו בד"ה ונתן לו זמן ז"ל ה"מ לבשת דלא חסרי' ממונא יהבינן זמן אבל לניזקין דחסרי' ממונא לא יהבינן זמן ובתוי"ט שם ז"ל ואע"ג דאר"ח אין נותנין זמן לחבלות אף נזקין שבממונו בכלל חבלות כדאמרינן בס"ק דסנהדרין מה לי חבל בגופו מ"ל חבל בממונו וכן אין לך חבלה שבגופו שלא יחסרו ממון רפוי ושבת עכ"ל הרי דנזקין בכלל חבלות משום דמה לי חבל בגופו או בממונו ובריש פ"ק דסנהדרין שם אמר זה"ל בגזלות וחבלות דצריך שלשה מומחין משום דבשולח יד בפקדון שלשה אלקים כתיבי בפרשה ושולח יד הוי גזלן ומ"ל חבל בגופו ומ"ל חבל בממונו ממילא ה"נ נכלל בחבלות שולח יד בפקדון מה"ט דמ"ל חבל בגופו מ"ל חבל בממונו גם בנמ"י ס"פ הבית והעלי' כתב דחובל דאזקי' בידים שאני אבל הלואה דמדעתי' דנפשי' נותנין זמן.

סימן קא

סעי' א' ואפילו חזינן שי"ל מעות ואומר של פלוני לא משבעינן לו הש"ך בסימן צ"ט סק"ו הביא בשם הגד"ת שהקשה לשיטת המחבר שם דבחב לאחרים א"נ על מטלטלין שת"י לומר של אחרים הן אף במגו משום חזקה דמה שת"י שלו מהא דלקמן ס"ח דתולה מעותיו בעכו"ם דכופין אותו למכור קרקע ואם איתא נכפיי' לפרוע מהמעות ותירוץ הש"ך דאין בידינו לכופו דיד עכו"ם תקיפה וכתב שעמ"ש ראי' ברורה יש דאפילו אין האחר אלם דאל"כ כיון דא"ל הי' אלם הוי כופין לשלם מהמעות משום החזקה שהן שלו

ה"נ מחמת חזקה זאת נכופו למכור קרקע ולשלם במעות אחרים דמה לי אותו המעות או מעות אחר כיון דמדינא כשיש לו מעות מחויב לשלם בממון ועוד דאי אמרה דכשאותו פלוני אינו אלם כפינן להלוה לשלם באותן מעות שת"י דמחזיקינן שמשקר ודאי א"כ אף שהאחר אלם נכוף ללוה לשבע עכת"ד ואינו ראי' לפמ"ש הנתיבות בסימן מ"ז ס"א סק"ג דדוקא כשמלוה אומר על מה שבידו שאינו שלו שאין לו חזקת ממון להאומר רק מגו לא מהימן במגו נגד חזקה שמה שת"י הוא שלו אבל כשחזקת ממון מסייע לדבריו נאמן במגו במקום חזקה כיון דלבעל המגו יש לו ג"כ חזקת ממון דעדיף מחזקה שיש לשכנגדו תדע דהא אפילו תפס בעדים נאמן לומר דידי חטפתי במגו דהחזרתי אף דלנחטף יש חזקה דכל מה שת"י הי' שלו עיי"ש וא"כ ה"נ בשלמא כשאנו דנין על המעות הנמצא ת"י הלוה אם ליתן למלוה או לפלוני שאומר הלוה דשלו הוא בזה ליכא חזקת ממון לסייע ללוה דממ"נ תצא המעות ממינו סמכינן אחזקה דמה שה"י שלו ליתן מעות זה למלוה משא"כ לכופו מחמת חזקה זאת למכור קרקעות שלו או להשביעו בזה מוחזק הלוה וחשוב להוציא מידו וכמ"ש תוס' בפרק שה"ד דף מ"א בד"ה ומאן והובא בש"ך לעיל סימן פ"ז ס"ג סק"י ושם יש לתובע חזקה דאא"ת ומ"מ פסקינן דלהוציא להשביעו י"ל קי"ל ואף דאנן קי"ל דחייב ה"ט דס"ל דא"ד טפל ללשון ראשון ומשאר ראיות שכתבו הראשונים שם משא"כ כאן לא אלם חזקה דמה שת"י אפילו כשאינו נגד מגו להוציא מהמוחזק הטוען ברי ולאידך ליכא חזקת מ"ק ומן התורה אף כשיש לו מעות יכול לפרוע בקרקע וכל עיקרו רק מתקנה מדפטור לשלם במעות במקום דאית לו פסידא וכמ"ש ג"כ התומים וקצו"ח א"כ מסתיין כשדנין על אותן מעות ליתן להמלוה מחמת החזקה כיון דליכא חזקה כנגדו אבל להוציא י"ל דספק בתקנה לקולא וכמו דס"ס להחמיר בדרבנן לא אמרינן לדעת כמה ראשונים ובנוב"ת חיו"ד סימן ס"ד העלה להלכה כן כשיש חזקת היתר הובא בפ"ת ביו"ד כללי ס"ס אות ט"ז ה"נ לא עדיף חזקה דמה שת"י שלו מס"ס דל"מ בדרבנן להוציא מחזקתו.

סעי' ב' א"צ למכור בשעמ"ש הביא מתשובת מהר"ם מלובלין באפטרופס שהלוה מעות יתומים דהלוה א"צ למכור כדי לשלם במעות והשיג עליו דהוי כאלו הב"ד התנו לפרוע במעות דוקא וראי' מיו"ד סימן ק"ס סי"ט באפטרופס שהלוה מעות יתומים בר"ק דאם הלוה נטל לחלקו כ"כ ריוח כמו שהתנה לתת להם חייב ליתן להם דהוי כאלו ב"ד אתני להדיא קרוב לשכר ובמל"מ הוכיח דאף דלא התנה ברבית כלל דינא הכי עכת"ד ועיינתי במל"מ פ"ד ממלוה הי"ד הניח בצ"ע ולפי דברי הבית מאיר ביו"ד סימן ק"ס סי"ט דליתן יותר מהקציצה כשהרויח הרבה לא נראה כלל ה"נ אין לנו לחדש תנאי במה שלא קבל

עליו הלוה בפירוש דשאני התם דמניחין תנאי הקציצה רק מסלקין מה שהתנו שיתן אף כשלא ירויח דכיון דקבל עליו הקציצה אף כשלא ירויח מכ"ש דנתרצה ליתן כשירויח.
סעי' ה' שט"ח עש"ך דבגביית ב"ד קונה בלא כומ"ס נלע"ד דוקא כשהגבו ע"י ד"ת אבל ע"י פשר או כשלא הי' גובה מדינא בלא שבועה רק ע"י שוויתר מחובו קצת הגבוהו בלא שבועה לא קנה בלא כומ"ס וכן אם לא היו ב"ד של שלשה אין לו דין ב"ד אף דקבלוהו כדלע"ל סימן ג' דמה יועיל קבלת בעל השטר לשעבד לוה שלו למי שאינו בע"ד בלא כומ"ס כיון דלולא רצון בעהש"ט לא הי' כח לב"ד להגבותו השטר הוי רק מסירה מבעל השטר ול"מ בלא כתיבה קני לך וכו' ואפילו נעשה הפשר בקאנ"ס הא במכירת שטר ל"מ קנין חליפין כדלעיל בסימן ס"ו וכן בחלוקת שותפין בחובות דא"צ כמו"ס כמ"ש נתיבות היינו כשהגיע זמן החלוקה דב"ד עושין החלוקה אף בע"ב של שותף אחד אבל כשא"י לכוף לחלוק רק נתרצו עכשיו שניהן אין ענין ב"ד לזה וכמו זר נחשבו וצריך קנין מבע"ד גופא בשטר כומ"ס ובחוב ע"פ מעמ"ש.
סעי' ו' דלא כי"א דצריך לישבע כתב הש"ך דבמרדכי בשם מהר"ם ר"פ המפקיד יליף מדנשבעין שא"ב דה"ה כשטוען לוה אין לי נשבע אבל כשטוען אין לי מעות רק שוה כסף אינו נשבע ויל"ד הא בשבועה דא"ב משלם רק נשבע שא"ב שמא עיניו נתן בו ה"נ שמא עיניו נתן במעות בעין שישאר אצלו וצ"ל דבשלמא במשכון ופקדון כשישנו בעין חייב מד"ת להחזירו בעין רמי רבנן שבועה עליו גם מספק אבל בפרעון חוב מד"ת יכול לשלם בשוה כסף אף כשיש לו מעות אין להטיל עליו שבועה מספק אתקנתא דרבנן ועיינתי במרדכי שם דכתב דשבועה שא"ב כיון דמעיקרא הי' ברשותו ובההוא שעתא הי' חייב להחזירה בעין מספק אל תפטרנו וה"נ כשטוען אין לי כלום לא כסף ולא שוה כסף משביעינן לו מספק כיון דודאי נתחייב לו אלא שעכשיו אין לו אל תפטרנו מספק אא"כ ישבע אבל כשטוען אין לי מעות רק שוה כסף לא משביעינן לו מספק כיון דספק אם מעולם נתחייב לפורעו במזומן דדלמא לא ה"ל מעות מזומן כלל דהלואה להוצאה נתנה ויל"ד דאם אפשר מעולם לא ה"ל לשלם ג"כ נימא דפטור משבועת דאטו עכשיו נשתנה החיוב דגם עכשיו רמי החיוב עליו לכשיהא לו וה"נ מתחלה לא נתחייב יותר ומעות הלואה ניתן להוצאה ואפשר ס"ל נהי דהלוהו להוציאו היינו באופן שעכ"פ יהא לו ממה לשלם מתמורת המעות או משאר דבר אבל להוציאן לגמרי לא עלה ע"ד המלוה שיאכל יגיעו לגמרי ולפי דבריו כשידעינן דה"ל מעות בעין יכול להשביעו מספק וכמ"ש התומים רק בתשובת מיימני לספר משפטים סימן נ"ג בהג"ה הביא מתשובת מהר"ם דאפילו הי' לו מעות שלו שמא פרע אותם לאדם אחר או נתנם במתנה או קנה בהן

סחורה הובא ג"כ בתומים ונראה דס"ל למהר"ם בתשובה זאת כמ"ש דאין ראי' משבועת א"ב דמד"ת חייב להחזירו בעין כשישנו או דשאני ששא"ב דל"ש שיאבד כשישמרנו יפה ובפושע לא מחזיקינן לי' משא"כ להוציא מעות בסחורה וכדומה שכיח טובא.

סימן קב

סעי' ה' והתנה עמו לפרעו מעידית יש לעיין כיון דדינו בבינונית כי התנה בעידית ליהוי אסמכתא דברא"ש פרק א"נ דף ס"ו ע"ב כתב בא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו דל"ה אסמכתא כיון שהמלוה א"י לתבוע ממנו פרעון ממקום אחר חשוב כקנה מידו אפילו לא אמר לי' מעכשיו וכ"כ ראב"ד ורשב"א שבאס"ז שם והכא לא אמר לא יהא לך פרעון אלא מזו ואפילו באפותקי סתם והוא בעין דעת טור דיכול לסלקו בנכסים אחרים ועיין סמ"ע לקמן ריש סימן קי"ז ובשלמא בש"ס דרצה המלוה שיתחייב להגבותו מעידי עידית וא"ל הלוה שלא יגבה לו רק מעידית א"כ קפיד בארעא דליכא משום אסמכתא כדאמר ר"פ שם בב"מ והוא לקמן סימן ר"ז ס"ט בהג"ה ונראה כיון דלא רצה להלוותו רק על תנאי זה א"כ הלוה דלא גמר ומקנה העידית הוי כלקח המעות שלא מדעת המלוה ממילא דינו כגנב וגזלן דמשלם בעידית כדלקמן סימן שמ"ח ס"ה ולפ"ז כשהתנה על עידי עידית לדעת רא"ש וטור דלקמן סימן תי"ט דניזק אינו גובה מהן גם תנאי לא מהני.

קיימא עידית במקום עידי עידית בטו"ז הקשה הא דברים שבלב אינן דברים והגע עצמך אם יחייב עשיר וכו' ולע"ד אפילו ת"ל במתנה מהני אומדנא כזאת כאן ל"מ דאלו פירוש לא הי' מלוהו וכמ"ש תוס' בכתובות פרק נערה דף מ"ז ע"ב בד"ה שלא דבלוקח חפץ ואירע בו אונס דלא אמרינן אדעתא דהכי לא קנה ומבטל המקח דאינו תלוי בדעת הקונה לבדו דהא איכא נמי דעת המקנה שלא הי' מקנה לו לדעתו אם לא יפרש וצ"ל דשא"ה דאפילו לא הי' המלוה מרוצה להלוותו לא הי' לוה ליתן העידית כשלא ישאר לו רק בינונית וכה"ג כתב הבית מאיר בצלעות הבית סימן וא"ו.

ולפ"ז י"ל קושית הטו"ז לפמ"ש הריטב"א והובא בקצו"ח סימן ל"ט דשעבוד מפורש מד"ת לא מהני למ"ד של"ד או פירש השבח אפילו אי ש"ד דאין קנין לחצאין רק אי חל ממילא בלא כח הלוה ומה דמהני פירוש לו השבח הוא מדרבנן עיי"ש וא"כ כיון דלא מהני רק משום נע"ד דממנע ולא ילוה הכא דיש אומדנא דלוה אינו רוצה ללות אדעתא דהכי ל"ש חשש דנע"ד ואוקמיה אדינא ובב"ח לקמן ס"ס שי"ב כתב כיון דשכירות לא קניא מד"ת לכן אם מת השוכר תו"ז פטורין היורשין עיי"ש הרי חילק בין הקנין מד"ת

לא אמרינן אומדנא דאלו ידע שיארע האונס לא הי' שוכרה ואי לא קני רק מדרבנן מהני האומדנא.

ועוד י"ל לפמ"ש הרא"ש בב"מ פרק השואל דף ק"א ע"ב ובפ"ק דע"ז דף כ"א דנפל ביתו של משכיר תוך זמן השכירות א"י להוציא השוכר מביתו אם שכירות מכר הוא עיי"ש משמע להדיא אי לא הוה כמכר הר אמרינן אומדנא אלו ידע שיפול ביתו לא הי' משכירו אף דודאי שעבוד יש לשוכר על הבית וכל זמן שלא נפל א"י להוציאו ה"נ בשלמא מתנה הוי קנין גמור לא אזלינן בתר אומדנא בדבר הנולד אח"כ לבטל הקנין משא"כ בשעבוד לבד מהני אומדנא דלא שעבד עידית שלו רק אם ישאר לו ג"כ עידית.

סימן קג

סעי' ב' אחד אומר בשעמ"ש סק"ג הוכיח במטלטלין ששמו ב"ד להגבות מיתמי לב"ח ואתי ארבעה ושמו בפחות לא הדרא השומא מתמורה דף כ"ז לענין הקדש דמסיק שם כיון דמן התורה אין אונאה להקדש לא אזלינן בתר רוב דעות באומדנא לבטל השומא כשנתאנה ההקדש ע"י ב"ד שלשה עיי"ש ויש לעיין מהא דרי"ו שהביאו בסמ"ע וש"ך לעיל סימן מ"ו ס"ז שנים אומרים כת"י הוא ואחרים אומרים אין זה כת"י אי צריך קיום אחר יש מחלוקת בתוס' ומבואר בנתיבות שם כיון שתלוי בטב"ע אזלינן בתר רוב דעות ולכן אפשר להתברר עיי"ש והרי תרי בקיום כשלשה בשומא וקיום שטרות רק מדרבנן ולמה יתבטל הקיום ע"י אחרים שאומרים אין זה כת"י ואפילו ת"ל דמיירי שבאו בבת אחת אין חילוק כמ"ש השעמ"ש בסמוך סק"ד מהש"ס הנ"ל ואפשר דשאני התם דמה דהצריכו עתה קיום דחששו לזיוף הוא מחשש דאורייתא לפי הדור דנתקלקל החזקה דלא חציף לזייף ודעת או"ה הובא בש"ך יו"ד בכללי ס"ס בגבינות עכו"ם כיון שאסרוהו חכז"ל מחשש איסור תורה חשוב כאיסור דאורייתא ולפ"ז לפמ"ט הרא"ש דבזה"ז הוי מטלטלין כגמליא דערבא ומדינא משתעבדי עיין לקמן סימן ק"ז בסמ"ע סק"ג וש"ך סק"ב הדר הר כקיום ועוד לפמ"ש התומים בסימן ע"ה ס"ק כ"ב דבמו"מ שנותן לו מטבע ומקבל תמורתו לא חל מעולם שום חיוב וכשנולד ספק הוי א"י אם נתחייבתי אבל במי שחייב לחבירו כבר ופרעו ונולד ספק על מטבעות הפרעון אם טובים הי' הוי א"י א"פ דחוב ודאי ופרעון ספק וא"כ ה"נ אם אמרו להקל באונאת הקדש כשנולד ספק על התמורה דהוי ספק חיוב מניין להקל במטלטלין דיתמי דהחיוב מעיקרא ודאי והספק אם פרעו בשלימות וכבר העלה בש"ך סימן ק"י בכללי ס"ס בסק"כ דאיסור דרבנן שיש לו חזקת איסור ספקו להחמיר וכ"ש הכא דרוב דעות אומרים שלא נפטרו היורשים עדיין.

סעי' ט' אינו נוטל הוצאתו דעת המחבר כיון דיש בזה פלוגתא הוי קולא לנתבע שהוא הלוה ותומים וקצו"ח והגאון מוהר"ר עוזר הקשו דלקמן סימן קע"ה חשוב לוקח מוחזק נגד ב"מ דקניינו מדינא וא"צ להחזיר לב"מ רק משום ועשית הישר והטוב ה"נ שומא הדרא רק משום הישר והטוב ע"כ נטו לדברי סמ"ע דבע"ח חשוב מוחזק ולע"ד שא"ה דלקח מהמוכר דמכר אדעתי' דנפשי' לא ע"ד ליתנו לבר מצרא דאל"כ הי' לו למכור מיד לבר מצרא משא"כ הכא כל זכייתו מהב"ד דאם לוה עצמו מגבהו אין שומא הדרא כמבואר בהג"ה סוף סעי' זה ובנוטל בעצמו ג"כ אינו קונה כדלעיל ס"ח וא"כ אין לו רק מה שהב"ד מזכין אותו והב"ד אדעתייהו מגבין לפי שעה לבד עד ישיג יד הלוה ולכן בשטר שומא משנין משטר שנותנין ללוקח דכותבין בו וזבנינא לי' ולעולם לא יהא רשותא להלוה למתבעי' מידי בהאי ארעא משא"כ בשטר שומא שנותנין לבע"ח לא כותבין לשון זבינא רק ליהוי דלי' למיכל פירי דארעא בלא נכייתא כמבואר בטור וב"י כאן סי"ז וא"כ השתא מדין תורה צריך להחזיר הקרקע ע"כ הלוה חשוב מוחזק.

ואם קנו מידו שלא לסלקו כ"כ נ"י בשם רמב"ן דיליף לה מדדב"מ ובשעמ"ש הקשה דאם התנאי קודם שירד להקרקע הא אדעתא דארעא נחית וזה לק"מ דא"כ בטלת כל דין שומא הדרא דלעולם יאמר המלוה אינו רוצה רק שלא להסתלק אלא דלא תלו חכמים זה בדעתו כיון דמעיקרא מחמת גובייא דהלואה מגבין אותו ואם הי' ללוה עתה מעות ע"כ הי' נוטל מעות רק בבא מכח המלוה דלקחה או קבלה במתנה מהמלוה אמרו כיון דלא מחמת הלואה בא לו בגובייא דב"ד א"צ להדר.

עוד הקשה דבר מצרא צריך לקנין משום די"ל משטה הייתי כדפרש"י כדי שלא יעלהו בדמים וזה ל"ש כאן וכשאמר הלוה לא מסלקינא לך זוכה המלוה בהקרקע בחזקה וכ"ש דקשה טפי אי מיירי שכבר ירד המלוה בהקרקע דגם בב"מ א"צ קנין אחר שירד כדלקמן סימן קע"ה ס"ל והיינו משום דזוכה בחזקה שעושה כל שעה כמ"ש רמב"ן גבי משכנתא באתרא דלא מסלקי ואמר דלא מסתלקנא דא"צ קנין דעכשיו מחזיק בקרקע בתנאי זה אף דכבר ירד בה עכת"ד וזה י"ל כיון דרמב"ן ס"ל דבעת דהדרא השומא צריך המלוה לחזור להקנות כמ"ש הכ"מ פכ"ב ממלוה ה"י א"כ כל זמן שלא החזירה יש לו למלוה קנין הגוף לעולם ואיך יקנה בחזקה שעושה בקרקע שיפטור מהחיוב להחזיר כשיביא לו הלוה מעותיו הא אין זה רק מה דרמי רבנן על קרקפתא דגברא אבל הקרקע בלא"ה שלו ועושה בשלו ול"ד למשכנתא דאין גוף הקרקע שלו וכשמסתלק מסתלק בלא שום קנין שייך חזקה לעשות בגופה לקנות הקרקע שלא יסתלק ממנה עד אחר זמן ואפילו מיירי קודם שירד בה המלוה דזה ודאי אם הלוה רוצה להורידו בשטר מכר מכחו אין זה

שומא אלא דלוה מגבהו מעצמו כמבואר ברמ"א רק אם לוה אינו מגבהו ואינו רוצה ליתן שטר על שמו רק הב"ד יתנו לו שטר שומא והורדה ומ"מ אומר לא אסלק אותך א"כ מה יועיל חזקתו הא קונה גוף הקרקע לחלוטין מכח הב"ד ומחמתן מחזיק בה ועושה בשלו בע"כ של לוה אלא כיון דבא מכח שומא והורדת ב"ד מוטל עליו לחזור ולמוכרה ומה יועיל על חיוב גופו לפטור מכח חזקה שעושה בקרקע שלו וזה ל"ד לבר מצרא לאו דאין לו הקרקע כלל זולת מחילת הבר מצרא א"כ כשירד הלוקח אחר התנאי והחזיק בה או החזיק אחר שירד מכח תנאי שמחל לו הב"מ שפיר קונה בחזקה אלא מטעם דמשטה צריך קנין אם עדיין לא לקחה אך להמחבר דס"ל דמלוה מסתלק בלא שטר מכר וכמ"ש הש"ך בסק"י יש להקשות שיקנה בחזקה אך הרדב"ז ס"ל גבי שוכר שכבר ירד בה והדר מכרה לו המשכיר דל"מ החזקה כיון דבלא"ה משתמש בה מכח השכירות ועיין משפט שלו' ריש סימן קצ"ב דכ"ד הב"י שם.

אך לרמב"ן קשה בלאו קנין יועיל בדיבור בעלמא כיון דאינו רק חוב על גוף המלוה לחזור ולמכור יועיל מחילה כמו בשאר חוב ונלע"ד כיון דמחוסר ממון לפדות ומבואר בר"ן פכ"ש דמחוסר ממון ל"א הואיל ובידו לפדותו שיהא כשלו וא"כ ל"ד לחוב דמהני מחילה דכבר יש לו חוב עליו משא"כ כאן כ"ז שאין לו ממון אינו חייב להחזיר לו וא"י למחול דשלב"ל כדלקמן סימן ר"ט סס"ד בהג"ה רק יכול לסלק עצמו כדאיתא שם ס"ח בהג"ה אך כיון שיש לו זכות זה שיכול לעדותו צריך קנין וכמ"ש פלפלא חריפתא בפרק המקבל אות י"ג עמ"ש הרא"ש שם דקנין המצרן אינו אלא סילוק ומחילה שמוחל ללוקח זכות שתקנו לו חכמים משום ועשית הישר והטוב דדייק לומר סילוק דאי מחילה לבד הא מסקינן לקמן בפרקין דמחילה א"צ קנין אלא הכא לאו מחילה איכא אלא סילוק זכות שיש לו באותו קרקע עכ"ל לכן ה"נ דכיון שמחוסר ממון וגם אז צריך הקנאה ממלוה ללוה ל"מ מחילה רק סילוק בקנין ועוד י"ל דשלא לסלקו לשון גרוע הוא ול"מ בלא קנין וכמבואר לקמן ר"ס קי"ח ובטו"ז סימן רמ"א ס"ג ובנתיבות סימן ר"ט סק"ו בשם מהרי"ק ויליף מב"מ דמהני אי קני מיני' ול"ה קנין דברים כדעת ר"ש שבמרדכי ובסמ"ע וש"ך בסימן קע"ה סכ"ט.

ומ"ש השעמ"ש דבבר מצרא אחר שזכה בה הלוקח מהני מחילת הב"מ בלא קנין משום דלוקח עושה בה חזקה לא משמע הכי לקמן סימן קע"ה ס"ל במחבר שכתב או שכרו ממנו דמה חזקה הוא ומכ"ש בסמ"ע דכתב דמחל בפירש בלא"ה מהני ומשמע מיד אבל שם ממ"נ אם אין לו מעות או אינו ישר בעיניו בלא"ה אין לו על הלוקח ואם ישר בעיניו ויש לו מעות בידו ליקחנו ומהני מחילה וא"צ קנין כיון דלא קנהו עדיין רק הק"ח

שאם יקפיד הבר מצרא דוקא שיחזיר לו הלוקח יחזיר לו ואם לא קפיד מעולם לא הי' שלו וכבר זכה בה לוקח משעה ראשונה כשקנהו משא"כ כאן דכ"ז שאין לו מעות א"י לפדותו ומ"מ תקנו חז"ל לכשיהא לו מעות שיוכל לפדותו א"כ להמחבר דמסלק למלוה בלא קנין חדש הרי כשאר ללוה עדיין זכות בגוף הקרקע וצריך מחילתו קנין וחזקה ל"מ דבלא"ה מחזיק בה וכמ"ש ולרמב"ן ל"מ חזקה כיון דבלא"ה קנה הקרקע לחלוטין ומחילה ל"מ דחשוב כדשלב"ל או משום דלשון גרוע הוא ולכן צריך קנין ועיין תומים סימן סמך סי"ו סקי"ד אהא דכתב בש"ע דמחייב עצמו בדבר שאינו מצוי אצלו צריך קנין כיון שהוא בדרך אפשרי אם יבא הדבר לרשותו הוי קצת אסמכתא וצריך לומר לדבריו דעני המחייב עצמו בסך מרובה שאני דבין ישיג ידו בין לא החיוב מוטל על גופו לכן מהני שטר לבד והכא כל זמן שאינו בהשג יד בלא"ה אין לו כלום על המלוה ואינו מוחל לו רק אם תשיג ידו שיוכל לסלקו שלא יסלקנו וכיון שכן דמי לאסמכתא קצת וצריך דוקא קנין וכן באימלך לוקח בבר מצרא צריך למקנא מיני' דאם לא ימכור המוכר אין לו מה למחול רק אם ימכור לכן לפני המכירה דוקא קנין בעי ושפיר מדמה הרמב"ן נידון דכאן להתם ולא ס"ל מה שפרש"י די"ל משטה.

סימן קד

סעי' א כל מי שקדם והיכא שיש מטלטלין אצל הלוה נגד חובו של אחד וקרקעות אצל לקוחות שלקחו אחר הלואת המוקדם לפני הלואת בע"ח המאוחר יש ליתן המטלטלין למאוחר שלא יוכל לטרוף מלקוחות משא"כ אם יש ללוה קרקע ב"ח נגד חובו של אחד וקרקע אצל לקוחות ליתא להאי דינא כ"כ השעמ"ש בשם הרא"ה וריטב"א ונתקשה דגם במטלטלין כשיש ביד הלוה בעת הגבי' אין טורפין מלקוחות קרקע שי"ל הנחנו לך מקום לגבות וגם אם הי' הקרקע ביד הלוה יכול לפרוע במטלטלין א"כ ה"ה כשבא לטרוף הקרקע מהלוקח דידחהו למטלטלין שביד הלוה דמה מכר ראשון לשני כל זכות שיש בידו וא"כ יבא המוקדם לפסידא ועיי"ש ולק"מ דמטלטלין אחר שיגבם המאוחר א"א למוקדם לטרפם ממנו לא יוכל הלוקח לומר לו הנחתי לך מקום לגבות משא"כ קרקע דגם כשיגבם המאוחר יכול המוקדם לטרוף הימנו כמבואר בש"ע כאן א"כ א"י לטרוף מלקוחות די"ל הנחנו לך מקום לגבות ול"ל דה"ל לתקן דגם כשגבה המאוחר קרקע שביד הלוה לא יוכל המוקדם לטרפה הימנו כשיכול לגבות חובו מלקוחות כדי שלא יבא ב"ח המאוחר לפסידא כמו שתקנו במטלטלין ליתן לכושל זה אינו לפמ"ש הר"ן בפרק הכותב בהא דב"ח וכתובת אשה שזמן שטרם שוה נותנין לב"ח משום נע"ד דהקשה

דכי משום דיותר ממה שהאיש רוצה לישא נגזול האשה ותירץ ביון דאם קדם וגבה מה שגבה גבה לכן בטעם כל דהוא מגבין אותו לכתחלה ול"ח גזל ה"נ לא תקנו ליתן לכושל רק היכא דבדיעבד אי גבה גבה ול"ח גזל וזהו במטלטלין דאם גבאם גבאם משא"כ קרקע דדינא אף לאחר שגבאם המאוחר שיחזור עליו המוקדם וי"ל הלוקח הנחתי לך מקום לגבות א"א לתקן משום פסידא דמאוחר מה דבדיעבד מוציאין מידו מדינא.

סעי' ג' עמד הראשון ותפסם בשעמ"ש סק"ד כתב דוקא כשהמאוחר קדם וגבה בב"ד דשלא בש"ת אינו קונה משכון רק ע"י ב"ד וכבר מבואר בקצו"ח ונתיבות בסימן ע"ב וכאן דקי"ל דקונה גם בלא ב"ד וכמבואר בסימן צ"ז דמשכנו בזרוע קונה ומ"ש השעמ"ש להוכיח ממהר"ם שכתב דאם תפסה האשה מוציאין מידה ונותנין לבע"ח והרי הר"ן ורא"ש כתבו דלפיכך נותנין לכתחלה לבע"ח כיון דאם קדם וגבה גבה ל"ח גזל ואם תפיסה מהני שלא יוכל השני לחזור ולתפוס מידו איך מוציאין מידה אינו ראי' דהרא"ש בלא"ה פליג בזה אמהר"ם וכן י"ל דמהר"ם לא ס"ל הא דר"ן ורא"ש וכ"כ הב"מ בסימן ק"ב וגם מהר"ם לא כתב רק בכתובה ומקולי כתובה הוא כמ"ש בה"ת הובא בב"ש שם וגם בכתובה מקהי בה טובא ומהריב"ל הכריע לגמרי כהרא"ש כמ"ש הב"מ שם לכן נראה אף דהראשון מוחזק א"י לומר קי"ל.

סעי' ה' מחזיקים להו בלוה ולוה וקנה צל"ע דזה סותר למ"ש לקמן ר"נ סכ"ו דאמרינן כנכ"ה ומצאתי בתומים סימן קי"ב הקשה כן ועיין נתיבות סימן סמ"ך ס"ו הביא ממהרי"ט דכלי תשמיש י"ל כנכ"ה ולא בסחורה וא"כ דין שבכאן אינו רק בסחורות.

סעי' ו' וכל הקודם וגבה עש"ך ס"ק י"ד ועמ"ש לקמן סימן קט"ו ס"א בישוב קושית הר"ר יונה וא"כ מ"ש הש"ך ותדע אינו מוכרח.

סעי' ט' אם הלוה מכרו כתב רי"ו והביאו ב"י בסימן ק"ג על הא דאמרינן דאם הגבה לוה למלוה קרקע בחובו דשומא לא הדרא וז"ל מ"מ בע"ח מאוחר א"י לומר לו משעת המכר נמחל שעבודך והרי הוא כמי שלקחת אותה במעות ושטר שלי מוקדם ממקחך ואטרוף אותה כי לגבי זה שעבודו קיים כאלו גבה אותה בב"ד וכן אם בא בע"ח מוקדם וטרף אותה ממנו חוזר וגובה משאר נכסי הלוה מזמן שט"ח ושע"מ השיג מדכתב שטר מכירה וקרע שט"ח סתמא אחלי' לשעבוד דזמן הלואה מדלא כתב בשטר המכירה דהשעבוד הוא מזמן הלואה ודמי לשט"ח המאוחרים דאינו טורף ממשעבדי אלא מזמן השטר ואילך משום דאמרינן שמחל לו השעבוד עד הזמן שבשט"ח וכה"ג אמרינן לענין כתובה מן האירוסין לשיטת הרא"ש פרק נערה דארוסה אף שכתב לה כתובה אם בשעת נישואין כלל הכתובה עם התוס' אינה גובה אלא מזמן שניסת משום דאחלה לשעבודא קמא וגם

בדין ראשון יש לפקפק אמאי לא נימא כיון שקרע שטר ראשון וכתב לו שטר קנין מזמן שני בפרעון חובו מחל לו שעבוד ראשון לגמרי וגם הבע"ח מאוחר שמוקדם למכירה זו גובה ממנו וכעין זה אמרינן בפי"נ דף קל"ב במי שכתב כל נכסיו לאשתו ויצא עליו שט"ח מוקדם דתקרע כתובתה ונמצאת קרחת דמחלה לשעבוד קמא מנכסים אלו ולא הוי מחילה בטעות משום דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה כמ"ש רשב"ם שם ואף דהתם רק לענין כתובה אתמר ולא לענין בע"ח וגם התם הוא מתנה וכאן הוא מכר בפרעון חובו מ"מ כאן איכא אומדנא דמוכח טובא שמחל לו שעבוד ראשון לגמרי כיון דקרע השט"ח עכת"ד ובעצמו הרגיש דאין ראי' מכתובה וכן קי"ל לענין שתחת כ"ה שנים ולא תבעה כתובתה דמחלה ולא כן בשאר חוב כדלעיל סימן צ"ח וגם בפנ"י שם מבואר דאדרבה יש אומדנא דהמחילה בטעות רק כיון דניחא לה דתיפוק עלה קלא דכתבינהו להנהו נכסים ניהלה לכן מחלה לגמרי גם מכתובת ארוסה אין ראי' דמבואר ברא"ש פרק נערה ס"ה כיון שמנהג לכלול עיקר כתובה ותוס' כשניסת אומדנא דדעתא הוא שזהו עיקר תחלה השעבוד וכתב האירוסין לא נכתב אלא שאם תתאלמן מן האירוסין ומ"ש דיש אומדנא דמוכח מדקרע שט"ח ראשון ול"ה מחילה בטעות כיון דבע"ח מכאן ולהבא גובה י"ל לפמ"ש תוס' בפרק נערה מ"ז ע"ב בד"ה שלא כתב בלוקח חפץ ואירע בו אונס דלא אמרינן אדעתא דהכי לא קנה ומבטל המקח דאינו תלוי בדעת קונה לבדו דהא איכא נמי דעת מקנה שלא הי' מקנה לו לדעתו א"ל יפרש ולכן באשה שנעשה בעלה בעל מום לא תיפוק בלא גט ולא אמרינן אדעתא דהכי לא קדשה נפשה כיון דתלוי נמי בדעת המקדש עיי"ש הרי גם באונס שאירע אח"כ הל"ל דהוי מקח טעות אף דעד אותו שעה שאירע האונס או המום הי' המקח קיים רק משום דתלוי בדעת המקנה לא הוי מקח טעות וא"כ הכא דל"ל אם הי' מפרש שאינו מוחל שעבוד ראשון לא הי' מגבהו דאין בזה הפסד ללוה דמה נ"מ לו להפסיד לזה ולפרוע לאחרים ע"כ אף דקרע שטר הראשון ומחל שעבודו הוי מחילה בטעות דאלו ידע שיבא בע"ח אחר לטרוף המינו ודאי לא הי' מוחל שעבוד הראשון כיון דבדעתו לבד תלוי ומ"ש משטר מאוחר שא"ה אפילו יהא מחילה בטעות מ"מ שטר אין לו רק מזמן הנכתב בו ואפילו אחרוהו שלא מדעת המלוה אינו גובה מזמן ראשון כדמוכח מהש"ך דלעיל סימן מ"נ סי"ב ס"ק כ"ד ואין השעבוד חל עד זמן שמוכח מתוך השטר כמ"ש הר"ן הובא בב"י סימן זה וגם נ"מ רבתי ללוה דלא ליתזלי נכסי' עד הזמן הכתוב בשטר ועדיין אין הריעותא עד להבא כשימכור ומלוה ולוה הם בספק אם ימכור קודם הזמן מנכסיו משא"כ כאן אין נ"מ ללוה לענין מה שלוה כבר דמה לו אם נשאר חייב לזה או לזה דכשא"צ להוציא לא אמרינן זה נח לו וזה קשה ול"ח

נוגע כמ"ש הש"ך בסימן קכ"ג ס"ק כ"ד ובנוב"ת חחו"מ סימן יו"ד ומוכח כן בפחז"ה דף מ"ה ולעיל ר"ס ל"ז וכיון דלא נ"מ ללוה בזה אזלינן בתר דעת המלוה שלקח דאלו ידע שיש בע"ח שיכול לטרוף המינו לא הי' מוחל השעבוד כמ"ש תוס' בכתובות שה לענין יבמה שנפלה לפני מוכה שחין כיון דבעל אינו חושש במה שאירע אחריו יש ליזול אחר דעתם וכ"כ תוס' בפרק הגוזל ק"י ע"ב בד"ה אדעתא והכא מה שקרע השטר ולא כתב בשטר מכר זמן השעבוד מהשט"ח הי' בחנם ואינו ענין להמקח כלל דהי' יכול לגבות הקרקע בחובי' ולהשאר בשעבוד הראשון והלוה לא הי' מעכב עליו רק מחמת שלא ידע שהקרקע נשתעבד לאחרים לא חשש והוי מחילה בטעות ול"ד לקונה בהמה ושחטה ונמצא טרפה ע"י סרכא די"א הואיל ושכיח ה"ל לאתנויי דהתם המוכר נמי לא ידע משא"כ כאן דלוה ידע שחייב לאחרים ומלוה לא ידע וכדלקמן סימן קכ"ו ס"י ובש"ך ס"ק כ"ג ודאי לא שדי אינש זוזי בכדי ולמה ימחול שעבודו הקדום בחנם ומה שהביא מהריב"ש שבש"ך דלקמן סימן קע"ה סק"ט אינו ראי' כלל דהתם כיון דמחזיר לו הב"מ מה שהי' שוה החוב א"כ לא מפסיד כלום ול"ה מחילה בטעות כלל ונראה אם פרע לו חובו בקרקע והתנה בפירוש שלא באחריות דאזי שפיר י"ל כיון שקרע השט"ח ולא כתב בשטר המכר זמן השעבוד דמחל השעבוד דל"ל אלו ידע שיש בע"ח מוקדם או בע"ח מאוחר להלואתו לא הי' מוחל השעבוד דבזה י"ל דתלוי בדעת מקנה דניחא לי' ליפטר מהבע"ח ולזה לא יהא לוה רשע כיון דלא קע"א וכדאיתא בפחז"ה דף מ"ה ול"ל כיון דלוה ידע הטעהו כיון שהתנה שלא באחריות.

סעי' י' כיצד עיין שו"ת אמרי אש חחו"מ סימן י"ב כתב למעשה כיון דדעת ר"ח לחלוק לפי הממון רק ריי"ף לא ס"ל כן ופסקינן כריי"ף ודעת כ"פ אף לריי"ף ביש לאחד שני שטרות ליטול שני חלקים בהצטרף שניהם יש ס"ס ומהני נגד שאר ב"ח שאינם מוחזקים לכן אם יש ארבע נושים לשלשה יש לכ"א שטר על מנה ולאחד יש שני שטרות כ"א על מנה יטול בעל השתי שטרות שני חלקים והנישים האחרים כ"א חלק אחד דהרי יש כאן שני צדדים להגבות לבע"ח הב' שטרות פ"ש דילמא קי"ל כר"ח ואת"ל כריי"ף דילמא גם לדידי' חולקין לפי שטרות אבל אם שנים יש להם שטרות כ"א ממאה וחמשים ואחד יש לו שטר אחד משלש מאות ואחד יש לו שתי שטרות כ"א מק"נ ויש חמש מאות זהובים ללוה דלדעת ר"ח בעל השטר מסך שלשה מאות כחו יפה כבעל השני שטרות וליכא לבעל השני שטרות ס"ס נגדו רק נגד הבעלי ק"ן ק"ן ולולא שהי' לזה שני שטרות הי' מגיע לבעל השלש מאות קכ"ה זהובים דהיינו מחלקים החמש מאות לארבע חלקים לזאת גם עתה יטול בעל השלש מאות בשטר אחד קנ"ה זהו' ובעלי הק"ן ק"ן יטלו מנה

מנה דנגדם יש לבעל השתי שטרות ס"ס ונחשב לשנים א"כ נוטלים כפי שהי' מתחלק החמש מאות לחמשה חלקים ונשאר לבעל השתי שטרות קע"ה זהו' עייש"ה כי נדפס בטעות ולפע"ד זאת תורת העולה.

סימן קה

דין התופס לבע"ח בשו"ת שו"מ תליתאה ח"א סימן תמ"ט פסק דאם תפס במקום שחב לאחרים ומסרו לזה שתפס בעדו פטור ולע"ד יש ראי' לזה ממ"ש הר"ן בפרק הכותב אהא דלב"ח יהבינן ולא לאשה כיון דלאחר גבייתו זכה מן הדין אנו מגבין לב"ח תחלה משום נע"ד ול"ח גזלה ואם התופס ונגבה לב"ח אחד חייב לשלם גם דיעבד חשוב אצל המגבה גזלה ואיך נגזל להוציא מזה וליתן לבע"ח כולו וגם משו"ת מהר"ם אלשיך סימן קי"ג שהביא בשעמ"ש לקמן סימן קי"א סק"ד ומהשעמ"ש גופא שם מוכח דפטור.

סעי' א' שחייב לשנים בד"ג כלל קי"ב ס"ז כתב דמהרשד"ם חחו"מ סימן ר"ט וסימן ק"נ העלה דהא דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה היינו במקום שחב לשנים אבל אם חב רק לאחד קנה וכ"כ בשו"ת קול אלי' ס"ט בשם מהרשד"ם עכת"ד ולא תאבה לו ולא תשמע לקולו דלא כתב מהרשד"ם זה כלל רק כתב דדוקא ביש שני נושים דלוה חייב לשנים ובא אחר ותפס בשביל אחד מהם לא קנה משום דחב למלוה האחר אבל כשאינו חייב רק לאחד ותפס אחר בעדו אף דחב ללוה קנה ודין זה מבואר כאן ס"ד אבל כשחב התופס רק לאחד היינו בשני מלוים ותפס בשביל אחד מהם מבואר להדיא בש"ע כאן דלא קנה וכן הוא להדיא בטור ריש הסימן ז"ל התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים כגון ראובן שחייב לשמעון ולוי ובא יהודא ותפס מראובן בשביל שמעון אינו מועיל כלום כיון שים בו חובה ללוי והרי מהרשד"ם הוציא דינו מהטור עיי"ש.

עשאו שליח הפנ"י בפרק הכותב כתב בטעמא משום דאשלד"ע דכיון דאי אתא לדינא לא היו נותנין לו ובקצו"ח ח השיגו כיון דאין עברה למשלח אינו ענין לשלד"ע וראי' לזה מדברי תוס' פ"ק דגיטין דף י"ב גבי פלוגתא דר"א ורבנן במי שליקט את הפאה ואמר זו לפלוני עני דחכ"א יתננה לעני הנמצא ראשון ואמרו שם הטעם דכתיב לא תלקט לעני והקשו בתוס' למ"ד כ"מ דא"ר ל"ת אע"מ ליקני העני ואע"ג דהשליח עבר ונימא אשלד"ע א"ו היכא דאין עברה למשלח אלא לשליח הוי שליחות עכ"ל וגם בנוב"ת פא"ע סקי"א הקשו לו אדברי תוס' הללו הא זכי' מטעם שליחות ואשלד"ע ותירץ דאם אין עברה למשלח ל"ש אשלד"ע ולע"ד דברי פנ"י ברורים דהא מבואר בסמ"ע סימן קפ"ב סק"ב דאשלד"ע משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ויכול המשלח לומר סברתי

שלא ישמע לי לעשותו וכן כתבו תוס' בב"ק דף ע"ט ד"ה נתנו דאם השליח א"י שהוא עברה יש שלד"ע בין למ"ד אי בעי עביד בין למ"ד דצריך שיהא השליח בר חיובא דהתם א"י שהשליח יעבור אבל כאן יודע הוא שהשליח יעבור מאחר דסבור שהוא מותר עכ"ל הרי דכל הטעם דהמשלח א"י שהשליח יעבור ולא סמכא דעתו והוי כלא שלחו ושמעינן מינה תרתי חדא דאה העברה רק לשליח אשלד"ע דמ"מ א"י שהשליח יעבור והוי כלא שלחו שנית היכא דמהני כשעשאו מעצמו בלא דעת משלחו ל"ש לומר אשלד"ע דאף דא"י אם השליח יעבור הא לא צריך דעתו כלל וא"כ לק"מ מהתוס' הנ"ל דקאי על מה דדחי הש"ס לעולם רבנן ס"ל תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה ושא"ה דכתיב לא תלקט א"כ בעלמא אף דתפס מעצמו בלא דעת המשלח קנה א"כ אף דאשלד"ע והוי כעשהו מעצמו מ"מ מהני ואף לתוס' דכתבו שם בד"ה התופס דזכי' מטעם שליחות מ"מ כיון דלמלוה זכות הוי שליחו שפיר אף דלעצמו חובה דמה אם חב לאחרים מהני זכייתו לזה להיות כשליחו כ"ש אם השליח חב לעצמו וא"צ דעת משלחו אבל אם צריך דוקא שישלחו כמו לדידן דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ל"ק שפיר קאמר הפנ"י.

ודעת רש"י כשעשהו שליח לתפוס קונה ותוס' סתרו דבריו מפרק הכותב דף פ"ד גבי יימר בר חשו דאמר לשלוחו וי"ל לפמ"ש המנ"י בטעמא דל"מ שליח דהוי כדבר עברה דכיון דאי אתי לקמן לדינא לא היו נותנין אלא ליורשין רק כשתפס בעצמו בדיעבד אין מוציאין מידו ולרש"י לא ניחא לי' בזה דא"כ היכי מדמה בב"מ מגביה מציאה לחברו לתופס לבע"ח ע"כ ס"ל לרש"י דרק היכא דלא עשהו שליח ואתי עלה משום דזכין לאדם שלא בפניו בהא כי חב לאחריני לא מצי זכי עי"ש ואומר אני דגם רש"י ס"ל בתופס לבע"ח יותר מעה שהב"ד היו נותנין הוי ד"ע אמנם אם תפס רק שיעור שהיו הב"ד נותנין דינא עביד ואין נדנוד עברה ומהני ע"י שליח וממילא מועיל גם על היותר משיעור זה דרש"י לשיטתו בפ"ק דב"מ ד"ח אמר רבא לעולם אימא לך הממל"ח לק"ח והכא ה"ט מגו דזכי לנפשו זכי נמי לחברו תדע שאלו אמר לשלוחו צא וגנוב לי וגנב פטור ושותפין שגנבו חייבין פרש"י פטור דאשלד"ע ואלו שותפין שגנבו והאחד הוציאו מרשות בעלים לדעתו ולדעת חברו חייבין הרי דס"ל לש"י לענין אשלד"ע מנו דזכה המקנה זכה בכולו ועיין קצו"ח כאן לכן פרש"י דלא עשאו הנושא שליח דאזי אינו רק מטעם זכי' וכיון דחב לאחרים לא אמרינן זכין שלא בפניו אפילו בשיעור שהיו הב"ד נותנין דאף דאינו עברה מ"מ חב לאחרים דלולא תפס הוא אפשר אחרים היו תופסין הכל וכמו במציאה דליכא עברה מ"מ לא זכה כיון דחב לאחריני דאלמלא הוא היו אחרים מוצאין וזה שפרש"י בפ"ק דב"מ ד"י דבא לקדם עד שלא יתפסנו ב"ח אחר ולא פירש דקודם עד שלא יחלקו

הב"ד דא"כ מה מדמה הגמרא תופס לבע"ח למגביה מציאה דבמציאה ליכא עברה ובחוב דתופס יותר מהשיעור שהב"ד היו נותנין הוי עברה ע"כ פרש"י דקודם עד שלא יתפוס האחר דחב לאחריני דאלמלא הוא הי' בע"ח אחר תופס כולו ודמי שפיר לממל"ח ורש"י ס"ל דגם נגד הסידור חשוב חב לאחריני וכסתימת כל הפוסקים דלא כהמבי"ט ח"א סימן ר"י אך בעשאו שליח לא איכפת במה דחב לאחרים אלא דהוי עברה על היותר משיעור הסידור ואהני מגו וכ"ז בלוה חי אבל בכתובות דמת לוה ואלו באו לפני ב"ד היו נותנים הכל ליורשים א"כ כל התפיסה עברה.

סעי' ד' שהוא גברא בשעמ"ש סק"ד כתב לפמ"ש הרשב"א שבב"י לעיל סימן ק"ד דאף דמע"פ מוקדמת קודמת לשטר מאוחר מ"מ לענין מטלטלי דיתמי דלא משתעבדי רק מתקנת הגאונים אם שיעבד מטלטלין אג"ק בשטר והי' עליו מע"פ מוקדם ומת נותנין לבעהש"ט מאוחר דלזה משתעבדי מדינא ולמע"פ רק מתקנה וכ"כ המרדכי בשם ראבי"ה בפרק הכותב דאם הבעל חי ויש עליו בע"ח וכתובה ואין לו רק מטלטלין דגובה הבע"ח לבד דלבע"ח משתעבדי מדינא מגלימא דעל כתפי' ולכתובה רק מתקנה לפ"ז אם הלוה מת והניח רק מטלטלין ויורשים עצמם חייבים לאחרים חוב היורשים קודם לגבות דחייבים מדינא בחוב עצמם לשלם מן המטלטלין עכת"ד ול"נ דשאני נידון רשב"א וראבי"ה דהבא מדינא והבא מתקנה מחמת חד גברא באים משא"כ כאן תקנת הגאונים על המטלטלין לשלם חוב אביהם ובע"ח דיורשים באים מכח היורשים ולא עדיפי מגברא דאתי מחמתי' דאין לו זכות ליטול המטלטלין אף דיורש מדינא ועוד בנידון הרשב"א וראבי"ה או זה יפסיד לגמרי או זה ובנידון או זה ימתין או זה לכן דינא דוחה תקנה משא"כ כאן אם ישלמו היורשים חוב עצמם יפטרו כדלקמן סימן ק"ז ס"ד ותו אין תקוה לבע"ח דאביהם משא"כ אם ישלמו חוב אביהם ישאר חוב עצמם על היורשים ויש לו תשלומין וכה"ג כתב במג"א סימן רפ"ו בהא דמנחה קודם למוסף דוקא ביש שהות להתפלל שניהן אבל באין שהות מוסף קודם דמנחה יש לה תשלומין בלילה ואף דדג"מ הקשה שם על מג"א מירושלמי תרצו שם בהגהות רב"פ גם אני תרצתי בחידושי שם וכאן עדיף דבשלמא כשהשתי חובות על אביהם והפסידן שוה ליכא נע"ד באחד יותר מאידך ולמה יתקנו להוציא מד"ת אבל אם חוב אחד על היורשים עצמם כשלא ישלמו ממטלטלין שירשו עוד יש תקוה אבל כשישלמו חוב עצמם ממטלטלין יפסדו בע"ח דאביהם לחלוטין דפטורים אח"כ לשלם משלהם ויש חשש נע"ד ביותר וכיון דתקנו הגאונים משום נע"ד גם עכשיו יעמדו דבריהם והרשב"א שבב"י ריש סימן ק"ז דכתב דכי הוה להו חוב מצד עצמן מצוה עליהם טפי לפרוע חובת עצמן קאי לדינא דגמרא דליכא

שעבוד על המטלטלין רק מצוה על גופם וס"ל שם דכופין אותם א"כ כשיפרעו חוב עצמם עתה לכשישיג ידם נכופם לפרוע חוב אביהם ועיין רמב"ם סוף פי"א ממלוה דאנשי מערב שהנהיגו לכתוב בשט"ח מטלטלי לסייג גדול ומבואר בלח"ם משום דהקשה לו כיון דמתקנת גאונים גובים מה צורך לכתוב וה"ה תירץ דנ"מ לקצת מפורשים ביש להם קרקע דלא תקנו גאונים ות"ל דנ"מ כשהיורשים יהיו חייבים חובות עצמם וע"כ גם בזה חלה תקנת הגאונים.

סימן קו

סעי' א' נאמנות בשע"מ סק"ב הקשה מהא דכתבו הטוש"ע לקמן סימן ק"ח ס"ג וק"י שאין גובין מיתומים קטנים שום מלוה בשטר אפילו הי' בו נאמנות דשמא לכשיגדלו יוציאו שובר המבטל גם הנאמנות וא"כ ה"נ בנפרע שלא בפניו דהא בערכין פרכינן לרבא דס"ל דאין נזקקין ליתומים קטנים משום שובר דא"כ בנפרע שלא בפניו נמי ומשני משום נע"ד וכיון שיטול בשבועה אין לחוש לנע"ד דהא חזינן דחכז"ל תקנו שבועה לנפרע שלא בפניו ולא חשו בזה לנע"ד וא"כ לא תועיל נאמנות לפטרו משבועה ותירץ בדוחק ועדיין הקשה דדברי בע"ת סתרו אהדדי דבנפרע שלא בפניו מהני נאמנות מפורש שיאומן נגד באי כחו ובכתובה ס"ל דלא מהני נגד יתומים קטנים דכמו שאינם חשובים דיש לחוש דלבי גדלי משכחי תברא להפסיד הנאמנות ודי לנו אם נזקקין לה הרי אף דנוטלת כתובתה מיתומים קטנים משום חינא או משום מזוני מ"מ ל"מ הפטור משבועה משום דחיישינן לשובר ה"נ ניחוש בנפרע שלא בפניו עכת"ד ול"ק דאף דנפרע שלא בפניו חייב שבועה ולא חשו לנע"ד משום דלא יפסיד החוב לגמרי ואי שבועה ירא יתנה בנאמנות משא"כ אם לא יועיל הנאמנות לא ילוה דהא חזינן דלא רצה להלות עד שנכתב נאמנות נגד ב"כ ואם לא יועיל אתה נועל דלת משא"כ נגד יתומים דלא חשו לנע"ד דאין נזקקין להם כלל והצריכוהו להמתין ולא חשו שלא ירצה להלות ובכתובה דחשו לחינא היינו לחן האשה כמבואר בבע"ת שער י"ד ח"א ס"ד ולא כפרש"י דחינא היינו שימצאו האנשים חן היינו שירצו להנשא להם הנשים וא"כ אף דכתוב בכתובה נאמנות ל"מ נגד יתומים קטנים דכיון דעכ"פ בשבועה נוטלת כתובתה סגי לחן האשה כמ"ש הגד"ת שם ס"ה ול"ל דהא חזינן שהתנתה כשנשאת בנאמנות ואם לא יועיל לא תרצה להנשא דהא לזה לא חשו כלל רק החשש לחן האשה עתה שיתנו לה הכתובה ויקפצו עלי' וכמ"ש תוס' בכתובות פרק הכותב דף פ"ד.

סעי' ב' ראי' בש"ך סק"ב ועוד וכו' מלתא דל"ש טענינן ליתמי לע"ד שאני להחזיק דאין הולכין אחר הרוב להוציא משא"כ בנידון דהרא"ש ומבי"ט דלא בא להוציא עם השטר מיד המוחזק ותופס.

לקיים שטר ברדב"ז ח"א סימן תק"ע עסק באחד שהוציא שטר על יורשים וא"י לקיימו אבל יש לו עדים שהודה אביהם בחייו שכתבו דאינו גובה כיון שלא בשעת מיתה הודה איכא למימר שמא קנוניא הי' עושה עם המלוה כדי לטרוף לקוחות הובא בשעמ"ש סק"ב והקשה עליו מהא דלעיל סימן מ"ז בטוש"ע באומר שטר אמנה הוא זה והוא חייב לאחרים דא"נ בהודאתו דאם לאחר שאמר שטר אמנה הוא פרע לבע"ח ובא לגבות השטר מהלוה רואים אם כשהבע"ח בא לגבות מזה השטר אמר שטר אמנה הוא אמרינן דלא היתה כונתו אלא לדחות הבע"ח חוזר וגובה בו אבל אם מעצמו בלא תביעת הבע"ח הודה ששטר אמנה הוא אינו חוזר וגובה בו הרי דאף שהי' חייב לאחרים כשהודה מעצמו לא חיישינן לקנוניא שעשה כן משום הבע"ח וה"נ מה"ת נאמר כשהודה שחייב לו שעשה כן לקנוניא בכדי לגבות מלקוחות עכת"ד ומהא לא אריא דבשלמא להוציא מהלוה א"א רק אם רואין שבודאי הודה רק להפקיע הבע"ח משא"כ להחזיק מספק נמי י"ל אפשר קנוניא הי' עושה ול"ש בזה דברים שבלב ל"ה דברים דאם לקנוניא הודה הרי ידע מוציא השטר דברים שבלבו או בדבר שדרכי בני אדם ל"ח דברים שבלב וכמ"ש לעיל ריש סימן פ"א אמנם מרשב"א שהביא בשעמ"ש מוכח דלא כרדב"ז דהרשב"א כתב דאשה שנפל לה ירושה והודית שאביה צוה ליתן לאחר דא"נ לחוב לבעלה מ"מ כשמת בעלה בחיי' צריכה ליתן מה שהודית לפלוני וא"י לומר לא הודיתי רק להפקיע מבעלי ול"ד להך דלעיל סימן מ"ז שלא הי' נאמן באותו שעה ונתבטלה הודאתו משא"כ כאן הקרן שלה ונאמנת עליו הרי אף דמוחזקת מוציאין מידה כל שלא נתבטלה ההודאה לגמרי מיד וי"ל שאני בנידון דרשב"א דאיך תעשה קנוניא להודית לאחר ויבוזו זרים חילה ועכצ"ל דהימני' אותו וכיון דהימנה הימנה אם יתבענה תעשה כהודאתה אלא די"ל דלא הימנה אותו רק דסמכה שלא יעיז נגדה אבל לאחר מות לא הימנה ולכן בנידון הרשב"א דעדיין בחיי' התובע עומד ותובע והרי הודית לו והימנה אותו שאם יעיז נגדה תתן לו משא"כ בנידון הרדב"ז שמת וכמו דמחלקינן דנאמנות סתם לא מהני רק נגדו ולא נגד יורשיו וכדלעיל סימן ע"א סי"ז ולפ"ז כשהלוה חי וטוען לקנוניא הודיתי אינו נאמן.

ועוד שאני נידון רדב"ז דמלוה לפנינו וא"י לקיימו זהו ריעותא וכנראה מדברי ש"ך כאן וכיון שא"י לברר חיישינן לקנוניא ואולי אם הי' הלוה חי הי' מברר להיפך משא"כ בנידון

הרשב"א בחיי' היא ואינה מבררת ואין טענת התובע גריעא מטענתה עתה ובכ"ז מתורץ נמי קושיית השעמ"ש על הרדב"ז מסימן מ"ז.

והקשה עוד בשעמ"ש על דברי הרשב"א דס"ל כיון דנ"מ עתה בהודאתה על קרנה א"י לחזור הא בשטר אמנה הוא נמי נ"מ כשבע"ח שלו משתלם מן השטר לוה זה מתחייב בהודאתו לפרוע מה ששילם לוה שבשטר שלו חובו בחנם ואין זה פורע חובו ש"ח שלא מדעתו דתרי ב"ד כפו אותו לשלם עפ"י ד"ת וב"כ במהרי"ט ח"א סימן קכ"ד דבע"ח של נפקד שגבה חובו מפקדון דמפקיד שביד הנפקד דמחויב הנפקד לחזור ולשלם למפקיד שפרע חובו עכת"ד ואין דמיונו עולה יפה דהא נתפס על חבירו יותר פשוט דחבירו א"צ לחזור לשלם לו כדלקמן סימן קכ"ח ועיין בנתיבות לקמן סימן קכ"ח ס"ב דאם היו נכסי שמעון ברשות לוי ותפסן בע"ח של לוי חייב לוי לשלם לשמעון וביאר הטעם במק"ח סימן תמ"א ס"א עיי"ש וא"כ שאני הך דמהרי"ט.

עוד הקשה בשעמ"ש מהשגות הראב"ד פח"י מא"ב על הרמב"ם דכתב דאשת כהן שאמרה נאנסתי אעפ"י שא"נ לגבי בעלה ומותרת לו מ"מ הרי היא אסורה לכל כהן אחר מות בעלה שהרי הודית שהיא זונה ושויא אנפשה חד"א והשיגו הראב"ד דיועיל אמתלא דלא אמרה רק שיגרשנה בעלה והרי ההם מוחזקת בגופה ומהני הודאתה לכשימות בעלה בחיי' ואפ"ה יכולה לחזור בהודאתה באמתלא זו ואיך כתב הרשב"א דל"מ אמתלא הנ"ל דאמרה כדי להפקיע מבעלה עכת"ד ולע"ד בנידון הרשב"א אף דעכשיו יש לבעל פירות מ"מ הקרן שלה ואם מכרה או נתנה לאחר אהני ח"ד על הגוף ויש תועלת מיד ללוקח ומקבל והנה כמבואר בא"ע סימן צדי"ק ס"ט עיי"ש וגם נ"מ דקודם שהודית היתה יכולה למכור זכותה שיש לה אם תתאלמן ועכשיו זה שהודית לו יכול עכשיו למכור זכותה שיש לה על הספק ומקבלין הודאתה מיד והיתה יכולה לומר שאבי' צוה לתת הפירות לפלוני כל ימי חיי בעלה וכה"ג משא"כ בנידון הראב"ד אינה עכשיו ברשותה כלל ומתבטלין דברי' עכשיו לגמרי כמ"ש בהשגות ולא נתקבלו דברי' כלל.

סימן קז

סעי' א' מהמטלטלין עשעמ"ש סק"א ועמ"ש על דבריו לעיל סימן ק"ה ס"ד.

סעי' ב' לעכב קבורתו עיין אורים במה שהשיג על הח"צ דאין לעכב קבורתו בשביל שהבנים אלמים ונסתר מחמתו מ"ש באמרי א"ש חיו"ד סימן קט"ז ללמד זכות על הח"ק שאין מניחין לקבור עד שהיורשים נותנים להם כרצון הח"ק דמעשין על הצדקה עיי"ש וק"ו דמה על פרעון חוב המת אין לעכב בשביל שהיורש אלם כ"ש מחמת צדקה שרוצין

להטיל על היורשין ונ"ל אם המת לא פרע מחמת אלמותו או הבריח נכסיו בדא"ה כדי שלא לפרוע מעכבין קבורתו כי לוה רשע ולא ישלם הוא ומבואר בא"ז סימן תכ"ב בהלכות אבלות שאסור להתעסק בקבורת רשע ולא עשה תשובה ובני המשפחה כופין זה את זה משום פגם משפחה כמ"ש ח"צ בסימן מ"ח ועד"ז יתכנו דברי הח"צ בביאור דברי הג"ה זאת.

סעי' ה' אם תפס וכו' ובשו"ת מהר"ם מינץ סימן ע"ד כתב דאם תפס לאח"מ ואין לו ראי' שאבי היתומים חייב לו גם לא מצי לטעון מחיים תפסתי דברור דלאח"מ תפס או מודה א"נ לומר דאבי היתומים הי' מחויב לי במגו דהחזרתי ליתומים כיון דתפס לאחר מיתה מיד כשמת אביהם קמו נכסים בחזקת היתומים בכ"מ שהם א"כ הוה הנהו נכסי כיתומים שקנו נכסי או שירשו נכסי לאח"מ אביהם דלא משתעבדי לבע"ח עיי"ש ובבמ"ת שמ"ט חי"ז ס"ד כתב דאיכא מ"ד דכל מידי דתפס בטענת מע"פ כיון שדין חתוך הוא שמע"פ אינו גובה מהיתומים אלא על דרכים הידועים כיון שמת הלוה פקע חובו מעל בניו ומעל נכסיהם ואיכא דפליג והרר"י לא הכריע הדעות ולדידן מסתברא דמהני תפיסתו בשיש לו מגו והובא בב"י מחודש יו"ד ויש ליתן טעם למהר"ם מינץ והאמ"ד דכיון שמת וליכא עדים למלוה ולא הי' יכול לגבות אסח דעתי' ונתייאש וזכו יורשים בנכסים ואף לפוסקים דל"מ יאוש בחוב דה"ט משום דשעבוד גופו הוי כקרקע דל"מ יאוש וכמ"ש בנתיבות סימן קס"ג ס"ג וביתמי אין עליהם שעבוד הגוף מהני יאוש לסלק השעבוד מהמטלטלין שנשארו ולקמן סימן רס"ח ס"ג בהג"ה כתב אם כבר נפסק הדין אינו יכול לבא אח"כ בממ"נ והוא מהתה"ד ומבואר שם הטעם משום דאסח אדעתי' ומשמע דאם לא נפסק בב"ד לא אמרינן דאסח דעתי' ובש"ך בספר תק"כ כתב דלפי טעם וראיות תה"ד י"ל גם בלא עמד בדין דנתייאש ובנתיבות בדיני תפיסה סכ"ה כתב דבפלוגתא דרבוותא כיון שיש כח ביד דיין להכריע בראיות כאחד וכשהדיין מכריע אי"ל קי"ל כמ"ש מהרש"ל לא מייאש עד שפסק הדיין לזכות המוחזק עיי"ש ולכן כאן דאין פלוגתא בזה הוי יאוש מיד אפילו לא עמד בדין ונ"ל דזה כונת האמ"ד במ"ש כיון שדין חתוך הוא ולכאורה אין נ"מ בדעת האמ"ד ומהר"ם מינץ כיון דמלוה תפיס ודאי י"ל קי"ל כבע"ת וש"ע דפסקו דמהני תפיסה ואפשר מה"ט סתם המחבר כבע"ת אך נ"מ אם היתומים חזרו ותפסו דאם הי' ברור כבע"ת וש"ע ל"מ מה שחזרו ותפסו כיון דתפיסת המלוה לאו מכח מוחזק אהני רק משום דיש לו מגו אנן סהדי דקושטא קאמר א"כ מה יועיל תפיסת היתומים דאינם יודעים אם אביהם אינו חייב דליכא גבייהו מגו וכבר נתברר לנו דמלוה קושטא אמר כשהי' לו מגו אבל אם תפיסת המלוה ל"מ רק

משום דמוחזק י"ל קי"ל אם חזרו היתומים ותפסו מהני תפיסתם וכן מוכח בש"ך לעיל סימן ע"ב ס"כ ס"ק ק"ד ועיין בקו"ה כ"ח ס"ה ול"ל ממ"נ אם תפיסת המלוה ל"מ משום דנתייאש ה"נ כבר נתייאשו היתומים וא"ל אמרינן דנתייאש מהני תפיסת מלוה מדינא די"ל דמלוה נתייאש טרם שנפסק הדין דאינו יכול לגבות כמ"ש משא"כ יתומים לא נתייאשו לפני פס"ד כיון דתליא בפ"ד אמנם כיון דלא הובא דעת החולקים בש"ע אין לומר קי"ל וכמ"ש תומים ונתיבות בדיני תפיסה ועוד שאר אחרונים ועוד דנתיבות בדיני תפיסה סוף ס"ק כ"ה מסיק דעיקר כש"ך דלקמן סימן רס"ח דלא אמרינן קם דינא כיון דקי"ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא דפ"ד לא הוי מחילה ותה"ד לשיטתו שפסק דל"מ תפיסה בפ"ד עיי"ש ולע"ד ראי' לדבר דאפילו היכא דמהני רק תפיסה שלא בעדים מכח מגו לא מתייאש ומ"ש הרא"ש בפרק אלו מציאות דכ"ו ע"ב בסימן ט' אהא דאמרינן ראה סלע שנפל משנים חייב להחזיר דלא מייאש אף אם ישבע לו דלמחר יתפוס משלו ולא יחזרנו לו וכן הוא בטוח"מ סימן רס"ב ואפשר מש"ה לא הביא הטור כאן מהדעות שבבע"ת וכבר עמד בזה הגד"ת ולפמ"ש י"ל כיון דכתב בסימן רס"ב דהיכא דמהני תפיסה לא מייאש ממילא ה"נ נדע דמלוה לא מייאש אפילו אחר שעמד בדין.

סעי' ט' בסמ"ע ס"ק כ"ד עיין קצו"ח וכדבריו מבואר בפרישה דנכסי שביד היורש ל"ח בנ"ח וצ"ל כן גם כונת הסמ"ע ומ"ש לאו כל כמיני' וכו' כונתו כמ"ש קצו"ח בשם בנו ודו"ק ולא כהנתיבות דיורש שירש נכסים יש עליו שעבוד הגוף.

סעי' י' בש"ך סקי"ב נ"ל דוקא כשאין להם מגו דפרעתי דל"ל כיון שהודו סתם חזקה טובא הוא שהודה בחוב עצמו ולא אמרינן מגו במקום חזקה זו דא"כ לא הי' צריך הבע"ת וסמ"ע גבי ע"א לדמות לנסכא דר"א עכ"ל ולפמ"ש הנתיבות בסימן ס"ט ובסימן ע"א דפה שאסר הוא שהתיר עדיף ממגו ומהני נגד חזקה אלימתא והוכיח כן עיי"ש אין דברי ש"ך כאן מוכרחים דבע"ת וסמ"ע גבי ע"א הוכרחו לדמות לנסכא דר"א כיון דהוי הפה שאסר דהודה עתה שהודה מכבר והי' יכול להכחיש העד שלא הודה כלל לכן יכול נמי לפרש הודאתו לולא דדומה לנסכא דר"א דהתם נמי הפה שאסר הוא שהודה שחטף ומ"מ א"י לומר דידי חטפי אבל כשיש שני עדים שהודה אפשר גם במגו דפרעתי א"י לפרש דבריו דחזקה אלימתא הוא והש"ך לשיטתו לקמן סימן ק"ח ס"ד ועיין קצו"ח סימן צ"ז סקי"א.

סימן קח

סעי' א' לזמן בע"ת שי"ד סוף ח"א ז"ל כתבו רבנן קשישי אע"ג דאמור רבנן המלוה את חבירו סתם אינו רשאי לתבעו פחות משלשים יום כדאיתא במסכת מכות אפ"ה אם

מת תוך שלשים יום לא מדמינן לי' לתו"ז אלא אמרינן דילמא פרעי' ולא גבי מיורשים קטנים עכ"ל והקשה כנה"ג הא אף מגדולים לא גבי כה"ג והובא בשעו"ש ונ"ל לפמ"ש תומים לעיל סימן ע"ח דבשטר שלא נכתב ז"פ גובה בלא שבועה תוך שלשים דודאי לא פרע בלא שובר לפיכך נקט בע"ת יורשים קטנים מלתא דפסיקא דאפילו בשטר לא גבי דדילמא לקח אביהם שובר ואינם יודעים וכדלקמן ס"ג משא"כ בגדולים אהני מה שהוא תוך שלשים לגבות מהם בלא שבועה כמו ת"ז ובזה י"ל קושיה תוס' בערכין כ"ב ע"ב בד"ה רבא אמר משום שובר דהיינו דא"ב בין רבא לר"ה ברי' דר"י.

סעי' ג' תו"ז נלע"ד אם נפרע מקצה דאתרע החזקה דא"א פורע תו"ז בזה החוב אין נזקקים לגבות מיתומים קטנים שאר החוב לדעת רה"ג והמ"מ הובא בסמ"ע לעיל סימן פ"ד סק"ז ועיי"ש באורים סק"ז וסעמ"ש שם סק"ד ובמע"פ אפילו ליכא עדים דפרע רק מלוה מודה לא מהני לו מגו להוציא משא"כ בשטר לפי מה שפסק הש"ך שם דתו"ז לא ישבע א"כ אפילו הי' טוען הלוה ברי לא הי' מהני לו ממילא מהני מגו נגד היתומים אפילו להוציא וכמ"ש בנוב"ת חחו"מ סוף סימן כ"ה.

סעי' ד' הוציא על היורשים שטר עסקא בשו"ת שו"מ מסדורא תליתאה ח"א תשובה מ"ז ז"ל השואל אותם השטרות שנכתב בהם שקיבל המעות לפרוע לא יאוחר לז"פ שעדיין אין הזמן כשמת י"ל שאיקפד לפרש לא יאוחר דשייר לעצמו שיוכל לפרוע תו"ז אף דשטרי עסקא הן וכתב הנתיבות בעסקא שרוצה לפרוע תו"ז חייב בריוח שהתפשר עד זמן שקיבל להתעסק ולענין זה מועיל מה ששייר הברירה לעצמו אבל עכ"פ מתורת תו"ז לא נפיק ול"מ בפלגא מלוה אף בחצי פקדון שבשטרות הללו אף דקי"ל דטענינן ליתמי נאנסו אף תוך זמן כמ"ש הש"ך סימן ק"ח סק"ח מ"מ כאן שיש מהעסק בעין וגם החובות שיש להנפטר ביד אחרים ידוע שהן מאותו עסק ולאותו עסק קיבל המעות מידי הבע"ח דהרי נודע לנו עניני מו"מ שלו וקי"ל דכה"ג לא טענינן להו נאנסו מה גם דכל עניניו במקום מפורסם היו דשכיחי סהדי דאמרינן בפרק המוכר את הבית דבכה"ג גם אביהן לא מצי למטען נאנסו והגאון המשיב זלה"ה קלסי' מאוד וכל דבריו לא נלע"ד מ"ש לא יאוחר היינו ששייר לעצמו הברירה להקדים לי נראה יותר דהכונה שלא יצטרך המלוה להמתין לו עוד זמן ב"ד ועיין לעיל סימן ט"ז ס"ב בהג"ה וסימן ק' בבאה"ט סק"ג ובזה לנופו נדרש לא לדייקא ולדבריו דרשאי לפרוע מקודם ליכא בזה משום א"א פורע תו"ז דאפשר לא רצה ליתן רווחים וכשלא ירויח יחויב לישבע שלא הרויח וכמבואר באורים סימן ע"ח ס"ג סק"ח ומ"ש כיון שיש מהעסק בעין לע"ד נהי דמועיל לחשש נאנסו לא יועיל לחשש פרעון ול"ד למ"ש כאן בש"ע דמיירי בנתן לו לקנות סחורה ולחלוק

בריוח דאין ביד המקבל להחזיר מעות אחר לנותן ולהחזיק העסק לעצמו להרויח בו יותר משא"כ עתה שמתפשרין ליתן לנותן דבר קצוב ורשאי לשלם לו מעות אחר והריוח של המקבל אפילו יותר ממה שנתן ומעשים בכל יום שמקבלין על עסקא ליתן ריוח סך קצוב לחדש וקונה סחורה וכשיזדמן לו מעות אחר מחזיר כזה המעות וה"נ אפשר כן הי' וגם דבריו סותרים זה את זה דא"כ למה הוצרך לטעם דתו"ז כיון שיש עדים שהוא מעסק זה וע"כ משום די"ל דפרע במעות אחרים א"כ נהי דנאנסו ל"ל כיון דידוע דהעסק ממעות הנותן ישנו בעין מ"מ שמא פרע תו"ז כדי שלא יצטרך ליתן הריוח מאז והלאה ומ"ש דכל ענייניו במקום מפורסם דשכיחי סהדי דאמרינן בפרק המוכר את הבית דכה"ג גם אביהם לא מצי למטען נאנסו הנה בהמוכר את הבית דף עי"ן דמיירי בעסקא ליתא שם כלל רק בב"מ דף פ"ג בשומר ומבואר במל"מ פכ"א ממלוה בסוף התשובה בד"ה והטעם השני דבעסקא ל"ש דין זה אלא במהרי"ט ח"א סל"ג משמע במעות שנו"נ בהם אינו י"ל נאנסו אם דירתו במקום רואים ונראה דהכל לפי ראות עיני הדיין איך הי' המו"מ אם בביתו או בחוץ אלא בלא"ה הי' י"ל דל"ל החזרתי במגו דנאנסו בעסקא עתה דצריך עדים על ההפסד וכמ"ש נתיבות לעיל סימן ס"ט ובפ"ט כאן אבל גם זה דחיתי לעיל סימן פ"ב ס"א ועיין מ"ש בסמוך בד"ה וטענינן.

והחצי אינו נוטל מעשה והוציאה אפטרופסת של יתמי בעלה טראט על יורשים ואמרה שמעות הללו ניתן לאבי היורשים למחצית שכר והטראט נכתב כולו מלוה כנהוג ויורשי לוה טענו שמא נפרעת ואמרתי אף דהודית דניתן המעות על עסקא ותבעה רווחים לא הורע כחה בזה ול"ד לשטר עסקא דנאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו דה"ט דל"ל חזקה שטרך בידי מה בעי די"ל דסמך אטענת נאנסו כמ"ש סמ"ע ואחרונים אבל כאן שיש טראט ונכתב כולו מלוה אף דנותן מודה עכשיו דפלגא פקדון מ"מ לא הי' לו לסמוך כלל אטענת נאנסו דאם ירצה מלוה לתבעו שנית לא יועיל לו שום טענה החזרתי או נאנסו די"ל המלוה כולו מלוה.

שנית דנאמנת לומר לא החזיר לי כלום במגו דכולו מלוה אף דהוי מגו להוציא חדא דהטראט מסייעה ועוד כל נאמנות הלוה לומר החזרתי במגו דנאנסו וכאן יש לה מגו נגדו ואוקי מגו נגד מגו והשטר בתקפו וכמ"ש בשער משפט סימן פ"ב וכה"ג כתב בנתיבות סימן ע"ב סכ"ז ס"ק ל"ז אך על טעם זה ערערו דיינים שעמי דאפשר הוכרחה לומר שהוא שטר עסקא כדי לתבוע רווחים אבל לפמ"ש השעמ"ש לעיל סימן פ"ב דאמרינן מגו לחצי טענה דהי' יכול לתבוע זה וזה וכמו בעיזי דאכלי חושלי אף דתובע יותר מכדי דמיהן משום דאכלי חושלי מ"מ נאמן עד כדי דמיהן במגו דלקוח וכן המלוה על משכון נאמן

עד כדי דמיו במגו דלקוח אף דתובע יותר שהי' י"ל שתיהן עיי"ש ה"נ י"ל שטר זה כולו מלוה וריוח תתבע מעסק אחר עמ"ש לעיל סימן פ"ב.

שלישית כיון דמעות יתמי הן דמותר ליתן קרוב לשכר ורחוק מהפסד כמבואר ביו"ד סימן ק"ס ובנו"ב חיו"ד סימן מ"ם א"כ יש לה מגו גם בטראט זה לומר שניתן על חצי ריוח ולא על הפסד א"כ אף דהודית דניתן לפלגא הפסד רק טענה לא נפרעתי כלום יש לה מגו טובה וטראט דנכתב כולו מלוה יסייעה וק"ו זאת דטענה דאינה יודעת באיזה אופן נעשה ואין לה היתר עסקא כתוב יש לנו לומר דניתן קרוב לשכר ורחוק מהפסד כיון דמעות יתומים הוא וטראט נכתב כולו מלוה וקבלו הדיינים דעתי ופסקנו שתשבע ותטול כדין הבא ליפרע מיורשים בשטר.

וטענינן להו בשו"ת טור האבן סימן מ"ה איתא באחד שהוציא על יורשים היתר עסקא כתיקון מהר"ם ז"ל בנאמנות לבעהש"ט ואמר חד מהדיינים דטוענים ליתמי שמא הי' אביהן טוען לא הרווחתי ולכן אין ראוי ליטול מעסק זה ריוח כפי השוואה שבהת"ע והמחבר טור אבן השיב דנראה דהתקנה של מהר"ם הי' שכ"ז שלא ישבע שלא הרויח מחויב לשלם והשבועה במקום הפרעון ולכן נהגו בכל בתי דינין שגובין רבית מיתומים ולא טוענין עבורם שמא אביהן הי' נשבע שלא הרויח שה"ז שלא נשבע הוא חייב לשלם רק הי' תנאי שבשבועה יכול לפטור את עצמו ולכן הנשבע שלא הרווחתי אין המלוה צריך לקבל בחרם שאינו משביעו בחנם וכן א"י להפך לומר השבע שחושד אתה לי בזה כי כ"ז שאינו נשבע שלא הרויח חייב לשלם עכ"ל ודבריו לא נהירין ולא שרירין ולא קיימין מ"ש דנראה דהתקנה הי' וכו' באיזה ספר התקנות נמצא זאת ובאמת תקנתו הי' לכתוב בנוסח העסקא שכ"ז שלא יביא עדים שלא הרויח יחויב לשלם כפי השואה ודחה הלבוש ביו"ד סימן תס"ז דבריו עד שהודה לו מהר"ם כמבואר בנחלת שבעה ותיקן שיחויב לישבע אם יטעון לא הרוחתי ועל הפסד יצטרך עדים דעל הקרן יכול להתנות שיהא בטוח ולא על הריוח דאינו יודע אם יהא ריוח כלל ולא ניתן למחילה כאשר האריך הלבוש שם וא"כ איך אפשר לומר דהתקנה שיחויב לשלם ריוח אפילו לא הרויח רק בתנאי שבשבועה יפטר עצמו דאיך יתחייב ריוח כשלא הרויח הא הוי רבית גמור ולא ניתן למחול וע"כ חיוב ריוח אינו אלא כשירויח רק תיקן שלא יאומן בלא שבועה מחמת דיש שתי דעות לעיל סימן צ"ג ס"ד בהג"ה במקבל עסקא ע"כ תיקן לכתוב בשט"ח שחייב שבועה שלא יטעון קי"ל וא"ל ישבע מחויב לשלם דודאי הרויח ככל שבועת שותף ושאר שבועות הבאות על הספק דאם חי ואינו רוצה לישבע משלם בסך שחושדו תובע אבל מת ולא נשבע איך נוציא מספק מיתומים ושמא לא הרויח ואף

את"ל כדבריו שהלוה חייב א"ע שא"ל ישבע יתן בחנם וכדרך קנס הרי מת ואונס רחמנא פטרי' וכמאן דלא עבר דאולי הי' נשבע אם הי' חי והנה אם התנה אל תפרעיני רק בעדים דכ"ז שאין לו עדים חייב מ"מ אם מת פטורים היורשים דשמא אלו הי' חי הי' מביא עדים כמ"ש נתיבות בחידושים סימן עי"ן סק"י אלא דבביאורים סימן ע"א סקי"ט לא כ"כ ובשע"מ סימן עי"ן העלה דיורשים פטורים וא"כ כ"ש לענין הרווחים דגם להנתיבות דסימן ע"א י"ל דוקא הקרן דודאי לוה והתחייב עצמו שלא יפטור רק ע"י עדים ע"כ כ"ז שאינו מברר אין טוענין לקלקל חזקת חיוב כיון דאביהן לא הי' יכול לטעון אבל ריוח אסור להתחייב א"ל ירויח וכל ההיתר ליתן ממה שירויח א"כ כ"ז דלא ידעינן שהרויח איך נחייב ליורשים מספק ויש להם חזקת פטור וכ"ש אם גם המלוה א"י ומ"ש שבכל ב"ד עוסקין כן קשה להאמין שהי' בקי בכל בתי דינין ואולי ראה כן באיזהו מקומן ואין זה הוכחה להכריע כל העולם.

ומ"ש עוד לכן הנשבע שלא הרווחתי א"י להפך וא"צ קב"ח אם המציא דין זה מעצמו מכח דבריו דלעיל מעיקרא דדינא פירכא כיון דאין השבועה פרעון הריוח כדבריו ממילא הוא כשאר שבועות שותפות ולמה לא יצטרך לקב"ח או יוכל להפוך ואולי כונתו דנוהגים כן ומביא מזה הוכחה לדבריו הקודמים דע"כ מתחייב בריוח אפילו לא ירויח רק תנאי התנה שאם ישבע יהא פרעון הריוח ואם קבלה הוא נקבל מטעם אחר משום דנהוג לכתוב כל דין נאמנות למוציא השטר בדיבור הקל ע"כ א"י להפך או לכופו לקב"ח כיון שהאמינו בדיבור הקל כמבואר הנוסח של סמ"ע ומור"ם בנ"ש סימן מ"ם עיי"ש ואולי כך היתה התקנה ומ"מ נראה גם לפ"ז דוקא במפורש שנעשה על צד הת"ע כתיקון מור"ם דנמצא דמתחייב כפי תקנתו ועיין לעיל סימן ס"א ס"ה ובתומים שם.

וראי' לדברי ממ"ש בנ"ש שם ז"ל כתב עוד בעל התקנות הנ"ל וצריך שיאמין ג"כ המלוה או הנותן בזה ללוה על שבועתו שלא הרויח ואין להם לבוא על הלוה בתחבולות כגון לומר השבע לי בין אשרי וב"ל והיוצא באופן שימנע בודאי לישבע ויצטרך לשלם ריוח אלא ישבע כדין שבועת השותפין שמחמירין בה לפי הענין עיי"ש ואם כדעת הט"א דשבועה זאת פרעון הריוח למה לא יעשה תחבולות למנעו מלישבע וממילא יחויב מדינא מכח התקנה או חיובו בשטר א"ו כיון דרוצה לישבע וניכר שלא הרויח אסור ליטול ריוח והמעיין בלבוש יו"ד סימן קס"ז יראה דכל מ"ש אמת ונכון ועיני ראו ולא זר הרבה פעמים ניכרין דברי אמת ולפי השמועה אשר הפסיד המקבל ונוגשו הנותן ליתן לו ריוח מחמת דמכריחו לשבועה ומקבל מונע עצמו גם משבועת אמת ואם יוכרח המלוה לקב"ח שאינו משביעו בחנם או להיפך שחושדו לא יבא לזה ליטול רבית או להשביע

בחנם ולב מלוה יודע האמת ואיסור גמור הוא ולפמ"ש לעיל סימן צ"ג ס"ג י"ל דנאמנות לפטור מקב"ח על שבועה דלא הרווחתי לא מהני ואפילו בקנין דהוי ק"ד ולא חשוב כשעת מתן מעות לענין הריוח ומתוך מ"ש נתבאר ממילא דאם טוען המקבל שאינו יודע אם הרויח או אם עולה החצי ריוח כסך השוואה סגי שישבע שא"י כיון דא"י א"א להוציא מספק וכשבועת שותפין דאם נשבע שא"י אם יש לשותפו אצלו פטור וכן חשוד ואומר לא הרווחתי פטור דלהטורי אבן חייבים בזה ואינו וכמ"ש וק"ו דיורשים שא"י אם הרויח אביהם דפטורים והרי בשבועת שומרים אם שומר גופא א"י לישבע חייב וכן בחמשין ל"י וע"א מעידו וא"י לישבע ומ"מ יורשין פטורין דשמא אם אביהן הי' חי הי' נשבע אף דש"ז שאינו נשבע חייב דחזינן דעיקר החיוב דחייבו רחמנא הוא ממון וכמ"ש בנתיבות בסימן פ"ב בכ"מ סכ"ח ואיך יהא חמיר תקנת מהר"ם להשביע משבועת התורה וגם בשטרי עסקא הנתונין בזמנינו דמתנין שלא יהא נאמן לומר הפסדתי רק בשני עדים מ"מ הניח בשעמ"ש סימן עין סק"ד בצ"ע אם גובין כל הקרן מן היורשים אף דבזה עדיף דהפסד לא שכיח גם יש חזקת חיוב ומה"ט דעת כ"פ דלא טענינן להו נאנסו וריוח שכיח טובא שלא ירויח ויש חזקת פטור ודאי יורשים פטורים לכ"ע ואחר שנדפס הפ"ת על חו"מ מצאתי שהביא כן כאן סק"ד משו"ת בגדי ישע ומח"ס שו"ר בשו"ת בית שלמה סימן קס"ו השיג על ט"א וכתב דצריך הנותן לקב"ח אף לפי תקנת מהר"ם ולפ"ז אפילו כתוב שנעשה כתיקון מורם צריך נותן לקב"ח ואם כתוב בפירש נאמנות לנותן מקב"ח לפני השבועה של לוה שלא הרויח צ"ע כיון דקב"ח תקנת הגאונים שלא יכריחו לישבע בחנם הרי קיבל עליו הלוה וכאומר א"א בתקנ"ח ועיין א"ע סימן ס"ט ס"ד בהג"ה.

סעי' י"א ודאי קורעין ונראה דמ"מ הנייר של יורשי המלוה דהוי כמשכון בידם כמ"ש ב"ש בא"ע סימן כ"ח ס"ק כ"ב דעל שוה הנייר הוי כמשכון וצ"ע לפמ"ש נתיבות לעיל סימן ס"ו סקי"ב דהוי כמשכון על מה ששוה למכרו להחזיק בו שלא להחזירו ללוה עיי"ש למה יקרעוהו הא בסמוך סי"ב מבואר במשכון גם יורשים גובים א"כ שיווי זה יפרעו ליורשי מלוה ועיין לעיל סימן ס"ו סכ"ג בהג"ה ואם יש להם טאבולאציא על החוב אין מחויבים ליתן פטורים דבזה מוחזקים.

א"ל קרעוהו ובא אח"כ לב"ד בתומים סקי"א הקשה לפי דעת רא"ש וטור דלעיל סימן כ"ה בטעה בשיקול הדעת וזיכה החייב אפילו גדול ממנו א"י להחזיר כ"ש כאן הורה כתורה איך יהא כח ביד דיין אחר לבטל הדין ולפסוק כאידך ועוד למה אי עבד כר"א והוציא מיתומים אין דיין אחר יכול לפסוק כרב ושמואל ואי פסק כרב ושמואל יכול דיין אחר לפסוק בהיפך עיי"ש ולע"ד הכא שאני דדיין ראשון לא פסק כלל דלא יועיל תפיסה

רק לכתחלה אין להוציא וודאי אין כח לדיין אחר להוציא לכתחלה ובלאה"נ לכתחלה צריך לעשות כרב ושמואל רק אי פסק והוציא עכ"פ יורשי מלוה תפיסי סלק כח הדיין ולא יגרע מתפסו בעצמן דאין להוציא מידם ומה שדייק התומים מלשון קדמו ותפסו דוקא קדמו לפני פסק הדיין אינו מוכרח תדע דבריטב"א פרק כל הנשבעין כתב רק אי תפסו ורגיל לשון זה כדלעיל סימן פ"ז ס"ו ושם לא שייך טעם של תומים זה שבכאן דהתם ל"ה פלוגתא ואמת שבתומים סימן פ"ב ס"ו ר"ל גם התם דוקא קודם שנפסק הדין שישבע אהני תפיסה מ"מ לא אישתמיט לשום פוסק לפניו ואחריו שיאמר כן ואדרבה בטור סימן פ"ב ס"ג כתב אם טען השבע לי של"פ משביעין אותו בנק"ח ויטול לא רצה לישבע ותפס לא מפקינן הרי אחר שחייבוהו ב"ד לישבע מהני תפיסתו ובלא"ה א"ש לשון אם קדמו ותפסו טרם שנשבעו לא מפקינן מהם אפילו אינם רוצים עוד לישבע.

סעי' י"ב משכונא בתומים הקשה למחבר ביו"ד סימן קע"ב לא שרי רק משכנתא דסורא דבמשלם שניא תיפוק בלא כסף א"כ ממ"נ עבר זמנו אין לו דמים ולמה ישבע תוך זמנו א"ל לישבע ולק"מ דנ"מ כשיטול לוה לסלקו תו"ז דליכא בזה חזקה דא"א פורע תו"ז דמיהר לשלם כדי שלא יאכל מלוה הפירות בדבר מועט ואימר אתפסי' צררי פרש"י בערכין דף כ"ב היינו מעות ולא הספיק ליטול ממנו השטר ועיין אורים לעיל סימן ע"ח סק"ח בשם מהרי"ט.

סימן קי

סעי' ב' התפיס צררי הכי ס"ל לר"ה בר"י ורבא אמר משום שובר ועמדו בתוס' מ"ב ותרצו דא"ב היכא שמסר שטרותיו לאדם אחר בפני עדים ואמר דאין לו שום שטרות אחרות דתו ליכא חשש שובר והקשה שעמ"ש דא"כ ר"ה בר"י מוסיף על על רבא וה"ל לש"ס לסדר דר"ה בר"י אחר דברי רבא ולע"ד י"ל דרבא מוסיף לפמ"ש בסמוך דלרבא ל"מ אפילו כתוב בשטר שיוכל לגבות מיתומים קטנים ויהא מלוה נאמן גם נגד שובר דמ"מ יש לחוש דפרע ונתן לו שובר שכתוב בו ביטול גם על תנאין הללו שבשטר משא"כ לחשש צררי דמהני תנאי שיוכל לגבות מיתומיו קטנים.

בש"ך סק"ז ואם כתוב בשטר נאמנות נגד שובר ונגד טענת שום תנאי השטר נזקקין להם וכן יעשה תנאי בפירוש שיגבה מיתומים קטנים וכו' ולע"ד צע"ג דהא מבואר בס"א דאפילו הי' בו כל תנאי שבעולם ואפילו נאמנות אין גובים ומבואר בהשגות ראב"ד פי"ב דמלוה ה"ב דאפילו כתב שיהא נאמן על שובר ועל מאה עדים אינו גובה לדעת זאת ומבואר בהה"מ הטעם דאפילו יש בו כל תנאי שבעולם הוא אפשרי הביטול וחוששין

לו בעודם קטנים ומ"ש וכן יעשה תנאי בפירוש שיגבה מיתומים קטנים הנה הראב"ד בהשגות שם הוכיח דל"מ שום נאמנות מדהקשו על רב אסי בערכין דף כ"ב ולא תרצו זה התירוץ בשטר שיש בו נאמנות ש"מ אין שום נאמנות מועיל לקטנים עכ"ל א"כ הוכחה זאת סותר גם זה דא"א דמהני תנאי שיגבת מיתומים קטנים למה לא תירץ הש"ס דמיירי כה"ג ונראה מה"ט סיים הש"ך בצ"ע וגם מש"ה ציין עצמו על מהניא תפיסתו דאי תפס אפילו בעדים דל"ל מגו י"ל דאין מוציאין באם כתב בשטר כן דיש דעות דכה"ג נזקקין ובתומים הביא ראי' מתוס' פג"פ דף קע"ד בד"ה ואם דלר"ת מועיל כשכתב לו הלוה שיהא לו כח לגבות מיתמי וכ"ש לטעם דצררי דיכול להתנות ולמחול ולכן ל"ק א"ב בין ר"ה ור"פ בהתנה על יתומים קטנים דזה מועיל לכ"ע עיי"ש ולע"ד לפי הטעם שכתב הרמב"ם והמחבר לעיל סימן ק"ח ס"ג שמא יש להם ראי' ששוברים גם תנאי זה וכמ"ש הה"מ דכל תנאי שבעולם אפשרי הביטול והיינו כרבא בערכין שם א"כ ל"מ שעבוד זה נמי ומ"ש בתומים וכן עמא דבר אפשר במקומו נהגו כן והיכי דנהוג נהוג ולא נתפשט מנהג זה כדמוכח בנוב"ת חחו"מ סימן כ"ו בפסקא המתחלת ומה שתמה וכו' שהם קטנים איך יפרע המלוה מהם אפילו בשבועה שאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים עיי"ש ואם המנהג הי' גם שם ונתפשט בכ"מ איך לא השיבו כן וגם מוכח שם דאפילו נכתב בפירוש להזקק לקטנים ל"מ דהא מיירי שה שהי' ריוח ניר חלוק לפני החתימה וכתב שם דהוי כנכתב נאמנות מפורש גם נגד יתמי במגו דהי' יכול לכתוב עיי"ש ומ"מ לא התנצל דמה"ט גם מיתמי קטנים יגבה והחת"ס חחו"מ סימן נ"ג כמדומה לא ראה הנוב"ת הנ"ל ואפשר ג"כ משום דמלוה תפס עיי"ש.

ולפ"ז נראה בטראט הנהוג שאין כותבין בשעת הלואה זמן פרעון רק המלוה כותב בו הזמן כשירצה וכשהוציא טראט כזה על יתומים קטנים לא יגבה בקטנותם אף דיכול לכתוב בו הז"פ שיהא אחר מות הלוה מ"מ כיון דל"ל חזקה א"א פורע תו"ז דכבר אפשר כלה הזמן בחיי הלוה ולא הוצרך למעות וליכא אלא משום דנתן לו טראט כזה שיכול לכתוב הזמן גם אחר מותו הוי כנתן לו כח לגבות מיתומיו קטנים וזה ל"מ וכמ"ש.

ואני חוכך כשהוציא טראנו שנכתב בו הז"פ עתה וכבר מת הלוה כיון דהמנהג שלא לכתוב מיד הז"פ אפשר לא לוה הלוה רק על זמן מועט ופרע בזמנו וליכא חזקה דא"א פורע תו"ז ומלוה כתב עתה הז"פ כדי שיהא תו"ז וכיון דל"מ שום שעבוד ונאמנות גם זה שהאמינו הלוה שיכתוב בו הזמן כמו שירצה ל"מ נגד יתומים קטנים ואין ראי' ממ"ש הפמ"א שהובא בפ"ת לעיל סימן ק"ח ס"ד סק"ה דמיירי התם ביורשים גדולים ואם נימא דמועיל לגבות מיתמי קטנים י"ל גם כשלא נכתב עדיין מהימן במגו אף דהוי להוציא

כיון דהוי בו"ש כמ"ש הנוב"ת הנ"ל סימן כ"ה בסופו דמהימן בשבועה במגו דהי' יכול לכתוב ועיי"ש סימן כ"ו בפסקא המתחלת זולת.

ובשו"ת חוט השני סימן צ"א דעת בנו דאין גובין מיתומים קטנים בשטר שכתוב בו שלא יועיל שובר אא"כ נכתב ע"ג ממש דשמא טען המלוה דנאבד השטר ונשבע ע"ז ופרעו הלוה ע"י שובר שנכתב בו תנאי כך וכך בטל ומבוטל וסתר אביו דבריו דנפילה ל"ש ול"ח גם ביתמי עיי"ש וקשה דלא הרגישו בראי' דלעיל דמוכח דגם תנאי כזה ל"מ ולע"ד יפה כח הבן דמ"ש חוט השני דכשלא ישבע שאבד השטר לא יפרע לו הלוה עד שיוציא השטר אינו מוכרח דאף דמלוה לא האמין ללוה מ"מ י"ל לוה האמין למלוה שאמר שאבד השטר ולא השביעו וכדאיתא בפרק המפקיד דף ל"ה דלוה מאמין לו אף דמלוה אין מאמינו ועוד תמוה לי כיון דמודו תרוייהו דכשנשבע המלות שאבד השטר מוכרח לפרוע כשיתן לו שובר בכת"י המלוה מפורש בו לבטל אותו תנאי א"כ גם שבועה ל"צ המלוה כיון דאין הלוה טוען ברי שלא נאבד וכדלעיל סימן נ"ד ס"ב ועיין בב"ב דף קע"א ע"ב דחששו בש"ס להך חששא לענין שטר מאוחר שיטעון מלוה שקר דאירכס לו שטרא ויוכרח הלוה ליקח שובר ולפרוע ונ"ל דס"ל דגם בטענת שמא חייב שבועה שאינו ברשותו ככל שבועה דא"ב וגם בשטרות פסק הש"ך בסימן ס"ו בס"ק קכ"ד דחייב שבועה שא"ב ורמב"ם וש"ע דס"ל דאין נשבעין על שטרות שא"ב כדלעיל סימן ס"ו סל"ט לכן בסימן נ"ד סתם ג"כ דא"צ לישבע שא"ב על טענת שמא ונתיבות שם הקשה למה לא ישבע שאינו ברשותו ותירוצו לא ס"ל לחוט השני.

ועוד י"ל דס"ל דגם בטענת שמא צריך לישבע עכ"פ היסת דהוי כרגל"ד כיון דודאי הי' לו בידו השטר וכמ"ש בתה"ד ומרדכי הובאו בש"ך לעיל סימן ע"ה ס"ק פ"ב ובסימן קכ"א ס"ק מ"ו ועיין ביאור הגר"א בסימן ע"ה ס"ק נ"ח ואף דהש"ך בסימן קכ"א כתב דוקא כשמצרפים טענת המלוה הוי כברי הכא עדיף כיון דנפילה לא שכיח זה הוי כרגל"ד דמשקר וכדאיתא בכתובות דף ט"ז כיון דאיכא רובא כבו"ש דמי רק דרמב"ם וש"ע דס"ל גם באמר לי אבא שי"ל בידך מנה פטור מהיסת אף דרגל"ד וכדלעיל סימן ע"ה סי"ז וסכ"א לכן גם באמר שנאבד לו השטר פטור מהיסת ואנן ס"ל כהפוסקים דברגל"ד חייב היסת ה"ב הוי רגל"ד ומ"מ רק היסת חייב דל"ה כנשבע ונוטל וכמ"ש הש"ך בסימן נ"ד סק"ד ולפ"ז לדין המשנה דלא הי' עדיין היסת מודה חוט השני דא"צ המלוה לישבע וע"כ לא מוקי ש"ס בערכין משנה דשום הדיינין כה"ג ומ"מ כיון דאפסקא הלכה לעיל סימן נ"ד דמלוה א"צ לישבע י"ל שפיר דבאמת לא אבד השטר רק שיקר ונתן שובר ואין שום תנאי שבעולם שלא יוכל אח"כ המלוה לבטלו וכמ"ש הה"מ הנ"ל וכ"כ הה"מ

בפ"ו מגירושין ה"כ ואף דשם כתב דמהני שיפסל העדים שיעידו על ביטול המודעות זה ל"ש כאן דאפילו יכתוב ג"ז בשטר יכול ליתן שובר בכת"י המלוה ולכתוב בו שמבטל כל התנאים שבשטר דאז אפילו נכתב בשטר דאפילו יוציא הלוה שובר בכת"י מלוה ובביטול כל תנאיו לא יועיל מ"מ כשיתן שובר בכת"י ויבטל גם תנאי זה דבריו אחרונים קיימים לעולם ולכן אם טען המלוה דאבד שטרו מוכרח לפרוע על שובר וראיתי בחוט השני שם סימן צדי"ק כתב לחזק דבריו שבסימן פ"ד דמהני תנאי לגבות מיתומים קטנים וכמ"ש סמ"ע בסימן ק"ג ס"ו דתנאי שבממון קיים נגד ד"ת ובנו הקשה לו דחשש שמא ימצאו שובר להיכן הלך וכן משמע בש"ע מדכתב דכל תנאי שבעולם ל"מ ודחה דבריו דאין למדין מהכללות דהגע עצמך אם יתנה שלא יועיל שום שובר אפילו בכת"י המלוה אא"כ שיהא כתוב ע"ג השטר ממש דאזי אין חשש כלל דאם שובר ודאי לפנינו ל"מ דאפילו על כת"י י"ל טעיתי בהודאתי כדאיתא בסימן קכ"ו סי"ג מכ"ש דאין לחוש לספק שובר דאפילו ימצא שובר הוי חספא וה"ה האמין למלוה נגד היתומים קטנים הוי כאלו פסל כל השוברים שיצאו על השטר עכת"ד ותמוה דאדרבה בסימן קכ"ו מבואר דבאין לו מגו לכ"ע א"נ לומר טעיתי בכת"י ומכ"ש לומר טעיתי להוציא ממון ואם מחמת דהאמין הלוה למלוה גם לטעון על כת"י הרי יכול לכתוב בשובר בפירוש שמבטל גם הנאמנות זה ולעולם דבריו אחרונים קיימים וכמ"ש והמעיין בחוט השני שם סימן צ"א יראה שנכתב זאת אחר התשובה שבסימן צדי"ק והודה לבנו דאפשר שיבטל גם תנאי זה אלא דחזר לומר מט"א דצריך שישבע דאבד שטרו ולנפילה ל"ח וכבר כתבתי דגם טענה זאת נפל בבירא ובר מן דין אפילו נשבע מי יימר דנשבע באמת דהא כ"מ דחששו לשובר ולצררי נשביעו וע"כ דלא סמכו על זה להוציא מיתומים קטנים וכל השבועה אינה רק היסת דל"ח השבועה ליטול רק לפטור כמ"ש הש"ך בסימן נ"ד סק"ד וא"כ איך נסמוך על זה עתה להוציא מיתומים דשמא לא אבד השטר רק נשבע שאבדו והוכרח לפרוע ע"י שובר ולכשיגדלו ימצאו השובר וצ"ל דס"ל דלהוציא ממון מיד לא מתימן בשבועה אבל שישבע לשקר דאבד השטר כדי לכבשו ת"י ולהוציא אח"ז כשלא ימצאו השובר כולא האי ל"ח דזה ג"כ ל"ש ובודאי קושטא משתבע אלא דג"ז ל"נ דא"כ מ"ד בב"ב דף קע"א ע"ב דלא כתבינן שובר באומר ארכס שטרי נשביעו דאבד ובודאי קושטא ישבע ול"ל דחייש שימצא השטר דהא מבואר בפ"ב דכתובות נ"ז ע"ב דאפילו אמרת נשרפה צריכה עדים שנשרפה הכתובה ולמה לא סגי שבועה ליטול אע"כ גם בזה חיישינן דישבע שקר ומ"ד דכותבין שובר אפילו שבועה ל"צ דעבד לוה למלוה וישמר שוברו כמבואר בב"ב שם,

ושמעתי דבמאמר קדישין כתב דתקנות ד"א לגבות בטראט מיתומים קטנים ולקיים חת"י ועיין בשו"ת אמרי א"ש חא"ע סימן מ"ו דבמדינת אונגארין לא נתפשטו תקנות ד"א ומוקמינן על ד"ת וכה"ג כתב בחת"ס חחו"מ סימן נ"ה.
ועיין בשו"ת מבי"ט ח"ב סימן רי"ד דהיכא דאין נזקקין ליתומים קטנים מחשש צררי ושובר אין מניחין נכסי הלוה ברשות היתומים או אפטרופס שלהם כשהנכסים רק מעט יותר מהחוב שאם יתפרנסו היתומים מהם לא ימצא מלוה מה ליקח כשיגדלו ולא ימצאו שובר או עדות על צררי אלא יהיו הנכסים ביד אפטרופס ויאכיל הריוח ליתומים ולא מהקרן עכ"ל.

סימן קיא

סעי' כ"ג ואם תפס אחד עיין מ"ש הש"ך בסימן ק"ד ס"ק י"ד ומ"ש שם עליו.

סימן קיב

סעי' א' א"ל כתב לו דאקני לא תמהו הראשונים א"כ מה פריך הש"ס בב"ב דף קנ"ז סוף ע"ב חצי שבח מבע"ל נימא דמיירי דלא כתב דאקני ללוקח ואין לו שבח ולע"ד דהטעם דבדאקני לאו ט"ס דאמרינן דלא סמכה דעתו דמלוה דאפשר לא יקנה ע"כ דוקא פירש וגילה דעתו דסמך והנה כתב הש"ך בסימן קט"ו ס"ק י"ב דנראה מדעת הפוסקים שכתבו דלוקח גובה כל הקרן ממשעבדי ואינו מנכה חצי השבח דגובה השבח בעד השבח עצמו ומה שהקשה הש"ך דא"כ איך נוטל במקום הבע"ח דהא הבע"ח דין משועבדים אית לי' ואין גובין השבח מנכסים משועבדים י"ל דכל הטעם משום דשבח אינן קצובין או לא כתובין דאינו יוצא קול במה שאינו ידוע אם יהי' וכמה יהא אבל לגבות משבח עצמו בעד אחריות השבח ממ"נ אם יושבח ביד לוקח הרי אחריות לוקח ג"כ עליו ואם לא יושבח גם לבע"ח לא יהא וה"ל לבע"ח לדעת שאם יהא שבח ביד לוקח יהא מכור גם כן ללוקח וקצו"ח שם תרצו באו"א וא"כ אין צריך דאקני גבי לוקח דל"ל דלא סמכה דעתו דממ"נ אם יהא שבח אחריותו על השבח עצמו וא"ל יושבח א"צ אחריות עליו.

סימן קיד

סעי' ד' תו"ז טורף בלא שבועה ורב ה"ג בטור חולק ולע"ד אם בא לטרוף ממה שקנה אחר הלואה לכ"ע צריך לישבע דחזקה דא"א פורע תו"ז לא עדיף מרוב דמיעוט המצוי פורעין תו"ז רק דיש חזקת חיוב מסייע לרובא וכתבו רז"ה וראשונים רפ"ב דכתובות

דחזקה ורובא מועיל להוציא ממון גם י"ל כיון דאיכא רובא כברי ושמא למי כדאיתא ריש פ"ב דכתובות לכן נהי דטענת שמא דלקוחות כטענת ברי דאנן טוענין להו מ"מ ע"י הרוב הוי כברי ושמא וא"כ נהי דגם בלוקח הוי כא"י א"פ דהשעבוד חל בשעת הלואה על הנכסים של לוה מ"מ במה שקנה אח"כ לא חל עד שקנה דלפיכך לוה ולוה וקנה חולקין כדאיתא בב"ב דף קנ"ז ע"ב ולעיל סימן קי"ב ולעיל סימן ק"ד ס"ו א"כ כשיש לומר דפרע טרם שקנה לא חל השעבוד על קרקע זה כלל וחיוב הגוף ג"כ אין על הלוקח הוי כא"י אם נתחייבתי' וחזקת חיוב של לוה לא אהני לגבי לוקח וכדאמרינן בהמדיר דף ע"ו דחזקת גופה דאשה לא מהני לאביה להוציא עי"כ ממון מבעלה ולפ"ז גם מיתומים אין לגבות במת תו"ז רק מנכסים שהיו לו כשלוה דאפילו נימא ברא כרעא דאבוה ויש עליו שעבוד גוף כדעת התועים סימן ס"ו מ"מ אם כבר פרע אביו מעולם לא נתחייב הבן והוי א"י אם נתחייבתי ומסתימת הש"ע בזה לעיל סימן ע"ח אין ראי' דבלא"ה יש פלוגתא בש"ע לעיל סימן קי"א ס"כ בלא כתב דאקני אי קנה והוריש גובה וע"כ דבסימן ע"ח לא מיירי בקנה אח"כ ואין שם מקומו אך בשטר י"ל דיש חזקה שטרך בידי מה בעי להצטרף לחזקה א"א פורע תו"ז רק בלקוחות דיש חשש קנוניא אין חזקה זאת מכריע אמנם לפמ"ש לעיל סימן ע"ח דרובא דאין פורעין תו"ז מהני להוציא כיון דהמיעוט תלוי במעשה י"ל ה"נ מועיל גם לטרוף מה שקנה אחר שלוה וא"ש סתימת הש"ע ופוסקים.

סימן קטו

סעי' א דאקנה עש"ך דגם לוקח צריך דאקנה ועמ"ש לעיל סי' קי"ב.

שבחו מאליהם טורף כל השבח בגיד"ת תמה דא"כ עדיפא מדאיקני ומה רוצה לפשוט בב"ב דף קנ"ז דאיקני משתעבד מברייתא דשבח קרקעות נימא דמיירי בשבח דממילא וכן מה פריך התם חצי שבח מבע"ל נימא דמיירי בשבח ממילא ונלע"ד דבנ"י פרק מי שמת שם הביא דעת ריטב"א ואחרונים דאם לוה ולוה וקנה ל"מ תפיסה דחד ודעת רא"ם ורמב"ן [כצ"ל דלא נמצא ברמב"ם מזה] דאם תפס ראשון כולו מהני וצ"ל הא דלכתחלה חולקין דמספקא לן אי ראשון לבד קנה אי שניהן קנו בשוה ולפ"ז קשה כיון דשני בודאי אין לו יותר מחצי ועל החצי יש ספק וראשון חצי ודאי שלו ושמא כולו שלו יהא כספק ויבם בנכסי סבא דבפרק החולץ דף ל"ח דהכל ליבם דה"נ ראשון ודאי יש לו שעבוד עליו ושני ספק ועוד קשה לפמ"ש מהר"י באסאן בטעמא דספק ממון לקולא ול"ה ספק איסור גזל משום דאם יתן לחברו יהא אצלו ג"כ ספק איסור גזל א"כ הכא אף דחולקין דהוי כשני בע"ח שוין ובשני בע"ח שוין קי"ל קדם אחד וגבה מה שגבה גבה א"כ לכתחלה יש

ליתן הכל לראשון דלשני הוי ספק איסור גזל ולראשון ליכא ספק גזל כיון דאי גבה גבה וע"כ מוכח כפוסקים דאין לראשון יותר זכות משני או דשניהם אהני תפיסתם בכולו דשמא הדר לגמרי מראשון ורק לבתרא משתעבד או לא הדר רק למחצה ועיין מרדכי פרק מי שמת אבל בשבח ל"ל דלגמרי הדר מבע"ח דא"כ למה כותב אחריות ללוקח על שבח דהוצאה וממילא דאם חוזר אחריות מה עבידתי' וע"כ ל"ל רק שמא חוזר ורוצה עתה שיהיו לוקח ובע"ח שוין ובזה מתורץ מה שהקשה רבינו יונה דאי מהני תפיסה גס לאחרון כדעת כ"פ הרי הלוקח מוחזק ותפיס בשבח ולפ"ז ל"ל בשבח רק הספק אי לראשון לבד משתעבד דלא מהני חזרה דחייל מיד ובפירשב"ם שם או שמא מועיל חזרה וכיון דכתב גם ללוקח דאיקני חזר בו שיהיו כשני בע"ח שוין א"כ מדינא יטול בע"ח הכל משום ספק איסור גזל ומפרט לפמ"ש הש"ך דלוקח לא חשוב מוחזק בשבח ל"ל כמ"ש התומים ואחרונים בכללי תפיסה בישוב קושית מתר"י באסאן דכיון דאמרה תורה הממע"ה לא הוי ספק איסור דתורה התירת הספק למוחזק עיי"ש וגם הוי כספק ויבם בנכסי סבא אך בשבח דמחמת הוצאה דמדינא ל"ה בכלל דאקני רק מבע"ד וכמ"ש הרא"ש א"כ הוי ספק בתקנה ואינו מוציא מודאי ד"ת וכ"ש דא"ש לפמ"ש הסמ"ע דכך תקנו שיהא מחצה ללוקח אבל בשבח דממילא דמדינא דאיקני הוא גם במתנה י"ל דיקח בע"ח הכל ומ"מ דאיקני הוא וכ"ז לדידן דמספ"ל אי מועיל חזרה אבל אי הוי ברור הדין דמועיל גם בשבח ממילא אין לבע"ח רק חצי ע"כ פריך שפיר דחצי שבח מבע"ל הברייתא דודאי ידע הדין וע"כ או דפשוט לברייתא דמהני חזרה או לא ופריך אי איתא דמהני חזרה א"כ גם בשבח דממילא ליתני חצי שבח ומשני תני כן וליכא למפשט ונשאר בספק והדר הדין דיטול הבע"ח הכל.

הג"ה הוצאה כלל בשע"מ סק"ג הביא מהמרדכי פרק אשה שנפלו באם לוקח בנם בית על קרקע שקנה הוי שבח וגובטו ב"ח וכתב השע"מ דמשמע דלא מצי למימר עצי ואבני אני נוטל כמו בכל שבח ומטעם שכתב הרא"ש דלאו אדעתא דשקיל מבע"ח עביד עיי"ש וליתא דמי הגיד לו דבכל שבח א"י לומר שבחי אני נוטל וכונת המרדכי אינו רק דהוי כשבח שיגבה הב"ח חצי וטעם דאדעת שיטול ממוכר אינו רק כשלא יאמר עצי אני נוטל ויתבע דמיו ובמה יזכה הבע"ח בגוף העצים כיון דמכאן ולהבא גובה לא הי' חצרו וכמ"ש נתיבות.

הג"ה אם שבחו הנכסים לאחר מיתת המוכר אין לבע"ח בו כלום כן דעת הת"י ותמה הש"ך דלפ"ז ווה פריך הש"ס בפרק המקבל דף ק"י על שמואל דאמר שלשה שמין להם

השבח בע"ח ללוקח והאמר שמואל בע"ח גובה השבח ולא משני דמיירי דמת המוכר טרם שנשבח.

ונלע"ד דהנה אם בשעת מכירת הקרקע ללוקח נקנה השבח שעתיד לבא למוכר ודאי אף שמה המוכר קודם שנשבח כבר קנהו אבל אם אינו קונהו עד שנשבח א"א לקנות אחר מיתה ויל"ד איך יקנה השבח קודם שביל ול"ל דהוי תנאי ומתנה על דשלב"ל וא"ל מקיים התנאי בטל המקח וממילא נוטל הבע"ח כל השבח דא"כ יהא כיורד שלא ברשות ויטול ההוצאה ועוד דהא כתב הריצב"ש באס"ז דלטובת הלוקח הוא שיקנה המוכר מה שישבח אצלו כדי שלא יאמר הנגזל טול עצך דלמוכר אין נ"מ אם יחוב לבע"ח או ללוקח א"כ ל"ל דהוי תנאי כיון דלא איכפת למוכר בכך ונראה לפמ"ש בהגמ"ר דב"ב בשם רבינו משולם והובא ג"כ לקמן בסימן ר"ט בהג"ה דאם הקנו זל"ז דשלב"ל אמרינן אגב דרוצה לקנות דשלב"ל גמר ומקנה דשלב"ל וע"כ ה"נ דלוקח מוכר השבח למוכר וקונהו ממנו כמבואר בנ"י וע"י שקונה ממנו השבח מקבל המוכר אחריותו וא"כ גם הלוקח רוצה לקנות שבח זה גופא שלא בא לעולם וע"כ מקנהו למוכר ממילא איידי דרוצה לקנותו גמל ומקנה וזה עדיף מדינו של רבינו משולם דהכא רוצה לקנות זה גופא ואם לא יגמור להקנות איך יקנהו.

והנה מדברי רבינו משולם הללו נראה בעליל דמה דקי"ל אין אדם מקנה דשלב"ל היינו דאינו גומר ומקנה וכמו באסמכתא דלא קניא משום דאינו גומר ומקנה אף דצווח דגומר ומקנה ל"מ וכמו הכותב דלא כאסמכת ע"כ כשרוצה לקנות דשלב"ל גומר להקנות כדמצינו באסמכתא נמי כה"ג במשחק בקוביא כמ"ש תוס' בב"מ דף ע"ד ד"ה הכא עיין בהגמ"ר בב"ב תראה שכל ראיותיו מאסמכתא וכן מבואר בהגמ"ר שניות דפ"ק דב"מ לענין מה שאירש מאבא מכור לך דפרש"י דהוי דשלב"ל והגמ"ר כתב משום דעדיין לא ירשו הוי אסמכתא דשמא לא יירש ואינו גומר ומקנה.

ובזה נלע"ד טעם לשעבוד דעדיף מקנין דכתבו תוס' בב"ב דף קנ"ז משום דממילא חייל וצריך תבלין דמ"ש אם ממילא חייל ולפמ"ש א"ש כיון דממילא חייל בלא דעתו ל"ש לומר דאינו גומר ומקנה ע"כ שעבוד חל על דשלב"ל.

ויש לחקור אימת חל הקנין של השבח מחמת איידי דבעי לקנות דגומר ומקנה אם מה"ט יכול לחול מיד אף שלא ב"ל או אינו חל עד שיבא לעולם ונ"מ לחזרה או כשמת אחד מהם קודם שב"ל אם נאמר אף דגמר ומקנה די שיחול כשיבא לעולם דיש על מה לחול אבל טרם בא נהי דגומר ומקנה אין לקנין על מה לחול או נאמר דחל מיד כיון דגומר ומקנה כמו לר"מ דאדם מקנה דשלב"ל וכתב הרשב"א דבכותב מעכשיו חל מיד ודבר

זה תליא בהא דבעי בב"ב שם בלוה ולוה וקנה אי לקמא משתעבד דשעבוד עדיף מקנין וחל מיד או גם לבתרא משתעבד דגם שעבוד דממילא חייל א"א לחול קודם שב"ל או לרשות הלוה ולדידן דיחלוקו משום דאינו חל עד שבא לעולם אף דממילא חל ה"נ אף כשגומר ומקנה לא עדיף מהיכא דחייל ממילא דא"צ דעתו אבל מאן דסובר בזה כר"מ וכשמואל דס"ל התם דלקמא משתעבד כמ"ש רשב"ם שם דף קנ"ז ע"ב ובתוס' שם ד"ה דאיקני דשמואל דס"ל בע"ח גובה כל השבח ס"ל בזה כר"מ כיון דממילא חייל חל מיד ולקמא משתעבד דל"פ על ר"מ רק היכא דצריך דעתו ואינו גומר ומקנה א"כ כשגומר ומקנה חל מיד וע"כ לשמואל אף שמת מוכר קודם שנשבח כבר קנה השבח בשעת חתימת שטר מכירות השדה ע"כ שפיר פריך בהמקבל לשמואל.

ולפ"ז יש ליישב דעת איכא מ"ד שברי"ף פ"ק דב"מ דף ט"ו אהא דפריך לשמואל דבע"ח גובה השבח מדתניא המוכר שדה לחבירו והשביחה ובא בע"ח וטורפה דנוטל הוצאה מבע"ח ומשני דמיירי שעשאו אפותקי והאיכא מ"ד ס"ל דלא סמכינן אהא דשמואל ולעולם יש לו הוצאה כיורד שלא ברשות וכ"ד חכמי המורים שברמב"ם בפכ"א ממלוה ותמהו האחרונים דלא מצינו פלוגתא על שמואל ואיך ניקו וניפלוג בטעמא בעלמא דא"כ מ"ט דשמואל ובאמת טעמא רבה הוא דלא יגרע מיורד שלא ברשות רק הרי"ף טען כיון דאשבח אדעת ליקח ממוכר שכך כותב לו מוכר ללוקח אנא איקום ואישפי זבינא אילין ועמלהון וצבי זבינא דנן וקביל עלוהי ופירש הנ"י דמכרו הלוקח למוכר לשבח ע"י כתיבה זאת אמנם לפמ"ש י"ל דשמואל דס"ל בע"ח גובה כל השבח ולוה ולוה וקנה לקמא לבד משתעבד משום דחייל מיד השעבוד טרם שב"ל משום דממילא חייל לא איכפת במה דלא גמר ומקנה ה"נ קונה המוכר תיכף השבח מהלוקח אף שלא ב"ל דאיידי דבעי לוקח לקנות השבח שלא ב"ל מהמוכר כדי שיהא האחריות על המוכר גמר ומקנה לי' כולו ואף ההוצאה אין לו מבע"ח אבל אנן דקי"ל לוה ולוה וקנה יחלוקו אף דשעבוד ממילא חייל א"א לחול קודם שביל דאין לו על מה לחול וא"כ י"ל מי איכא מידי דהשתא לא חייל ובתר הכי חייל דאנן לא קי"ל כר"מ בדשלב"ל והא דאקני משתעבד או משום נע"ד כמ"ש כ"פ או כמ"ש התומים בסימן ק"ד סק"ז וקצו"ח סימן מ"ג כיון דחיובא רכיב על הלוה כל שעתא ויש שטר ביד המלוה אזי בעת שקנה הלוה משתעבד וכמ"ש תוס' בפרק יש בכור דף מ"ט לענין פדיון בכור כה"ג וא"כ לדידן א"א למוכר שיקנה השבח מהלוקח בכתיבת וצבי זבינא דכן כיון דעדיין לא בא לעולם אף דלוקח רוצה לקנות וגומר ומקנה לא חל קנין דהוי דשלב"ל.

סעי' ג' מתנה בשעמ"ש סימן רכ"ה ס"א הקשה למה לא יחויב הנותן להחזיר דמשתרשי לו שנפרע חובו וכמ"ש הרא"ש כלל פ"ט ס"ט בשותפין שתפסו את אחד מהן עבור המס שלו ושל חבירו דחבירו צריך לשלם לו כדאיתא פרק הזרוע הרי שאנסו בית המלך אה גרנו ותירץ דעכצ"ל במתנה אמרינן דהוי כהתנה שאם יבא בע"ח ויטרפנו יפטר והוליד מזה דאפילו נתפס המקבל בשביל מס הנותן הקצוב עליו בכל שנה שנתחייב לפני הנתינה אף דבכה"ג צריך להחזיר לאחר להמקבל א"צ להחזיר את"ד ואינו נכון דבשו"ת הרא"ש כתיב באופן אחר דהיינו שתפסו משותף אחד דבר המשותף בעד מס שלו וזה דומה לאנס המלך גרנו וכמ"ש מקו"ח סימן תמ"א סק"ג משום דתפס מבית לוה עצמו גרע דא"י לומר מפייס הוינא לו עיי"ש וא"כ במס הקצוב דאם נתפס אחד בעד חבירו דצריך לשלם לו כדלקמן סימן קכ"ח ה"כ צריך הנותן להחזיר להמקבל.

סעי' ד' דאינו גובה מיתומים והטעם דאין להם על מי לחזור והקשה המהרש"א בפ"ק דב"מ דף ט"ו א"כ איך ס"ד דגמרא דאשה תגבה כתובה מלקוחות של הבעל אחר מותו וע"כ לא הניח אחריות נכסים דאל"כ יאמרו הנחנו לך מקום וא"כ הלא אין להם על מי לחזור ודומה ליתומים והש"ך בסק"ג כתב דלא כיון יפה בדינא דאע"ג שמת המוכר מ"מ בשעה שהשביח לוקח לא משבח אדעתא דשקיל לי' מב"ח רק אדעתא דשקיל ממוכר כיון דכתב אנא איקום וכמ"ש הרי"ף וטור עכת"ד ולע"ד דברי מהרש"א נכונים לפמ"ש תוס' בכתובות דף מ"ז ע"ב בד"ה שלא דלפיכך ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין פריך דתיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה ול"ד ללוקח חפץ ואירע בו אונס דלא אמרינן אדעתא דהכי לא קנה ומבטל המקח דאינו תלוי בדעת הקונה לבדו דאיכא נמי דעת מקנה שלא הי' מקנה לו לדעתו אבל יבמה בדידה תלוי הקידושין שברור לנו שהוא לא יעכב בשביל שום דבר שאירע אחר מיתתו כי אינו חושש במה שאירע אחריו עכ"ל וא"כ הכא נהי דאשבח אדעת להשתלם מהמוכר מ"מ היינו כשיטרפוהו ממנו והמוכר חי דאף שלא יהא לו אז מה לשלם עוד יש תקוה אבל לאחר מיתתו וכבר אין לו דאפס תקוה יש אומדנא דאדעת כן לא נתרצה שיהא השבח של מוכר וכה"ג כתב הש"ך בסימן ל"ט סי"ז ס"ק מ"ט והבית מאיר א"ע סימן צדיק ס"ט הוסיף דאף שהוציאו מרשותו י"ל דאזלינן בתר אומדנא דאדעת כן שלא ימצא ממה להתפרע לא מכר כ"ש כאן דלא יצא השבח עדיין מרשות לוקח ובלא אפותקי אין המלוה יכול לסלקו בממון לדעת הש"ע לקמן ס"ו ולא מבעיא למ"ש הריצב"ש באס"ז פ"ק דב"מ דף ט"ו דלא נ"מ למוכר בתנאי זה דכתב אנא איקום רק הלוקח לתועלתו עושהו שלא יאמר לו הנגזל טול עצך א"כ ודאי יש לילך בתר אומדנא אלא אף לדעת ריטב"א שם דמוכר טרח לכתוב כן

כי היכי דלא ליהוי תרעומת עלי' מבע"ח י"ל דעל אחר מותו אינו חושש כמ"ש תוס' דמה אכפת לו בתרעומת ומה לו כשישאר חייב לבע"ח או ללוקח וגוף קושית מהרש"א י"ל דנשאר למוכר נכסים במקום אחר וכמ"ש הה"מ הובא לעיל ס"א בסמ"ע סק"ה ובש"ך ס"ק י"א.

סעי' ה' על היתומים להביא ראי' בפרק המקבל אמרינן ארעא כיון דלגוביינא קיימא חשיבי יתומים מוציא ודעת הש"ע וכ"פ דגם בלא אפותקי אמרינן כן והקשה הש"ך ומפורשים לדעת הסוברים דבלא שוי' ארעא כדי החוב יכולים יתומים או לוקח לסלקו בזוזי ששוה הקרקע ולא מ"ל לדידי שוה לי כדי כל החוב ותנו לי כל החוב או הקרקע וכדלעיל סימן ק"ט סס"א א"כ למה חשוב בע"ח מוחזק הא יתמי יכולים לסלקו בזוזי ולע"ד דהכא לכ"ע י"ל לדידי שוה כל החוב דבשלמא במקום אחר דגם כשיטרוף הקרקע לא תעשה לו פירות ולא שוה לו יותר מלאחריני אך תואנה מבקש ובטלה דעתו אצל כל אדם משא"כ הכא דאם יגבה מעות הוי יתמי מוחזקים בשבח ואם יגבה קרקע ממילא המלוה מוחזק ושבח שלו א"כ הקרקע שוה לו באמת כפי ערכו עם השבח דנגרר השבח בכ"מ אחר הקרקע וע"כ בקרקע מסלקינן לו או ישלמו לו קרקע ושבחה כיון דמסיק שיעור ארעא ושבחא.

סימן קטז

סעי' א' וכן עש"ך ולע"ד לפי המבואר בב"מ דף ס"ד גבי אי תקפה ברשותך דאסור לקבל אחריות המכר רק אם על לוקח אחריות זולא ועיין רשד"ם חו"מ סימן רל"ב דאפילו קנה קרקע והחזיק בה אם מוכר מקבל עליו אחריות זולא ואחריות שרפה הוי הפירות שאוכל לוקח כבית ועיין יו"ד סימן קע"ו ס"ד בהג"ה ובחו"ד שם סק"ד דהברירה ביד המשכיר אפילו התנה באיסור אגרא ופגרא ולברור לו עתה או שישלם לו שוכר השכירות עד שעת שבירה והקרן כשוי' בשעת שבירה או רק קרן כשעת שכירות ועיין ביד אברהם שם סימן קע"ג סי"ג אהא דשרי לקונה יין להתנות אם יחמיץ יהא ברשות מוכר דאם נתחמץ משלם לו מוכר רק כפי השער דשעת חימוץ אם הוזלו יין דעיקר כדעת י"א שבסימן קע"ו ס"ד שהוא דעת רא"ש וטור ורמב"ן ונמק"י ורי"ו עיי"ש וא"כ אם אכל לוקח פירות אסור ליטול ממוכר מחמת האחריות רק כשעת טריפא רק הברירה בידו לנכות הפירות ויטול מעותיו שנתן ומתחלה יכול להתנות שיהא הברירה בידו וא"כ אחריות ט"ס וכהתנה באופן דמותר ובזה יש להשוות מחלוקת הפוסקים בזה ואף דדברי יד אברהם אין מוכרחין כמ"ש ביו"ד ס"ס קע"ז דדוקא כשנוטל שכירות או פירות ואתנס

אין לו רק כשעת זולא דדוקא בשניהם ביחד אסור מ"מ ה"נ או יסבול לוקח הזולא או ינכה הפירות.

הלכות אפותקי סימן קיז

סעי' א' אפותקי מי שמכר לחבירו חפץ והתנה הלוקח שישלם לו בזמן שיחלוק השר מעות על בגדי מלכות ואירע שבאותו שנה נתאחר זמן חילוק המעות והלוקח טוען שימתין עד זמן חילוק והמוכר טוען שאינו ממתין אלא כפי המורגל בכל שנה לחלק עיין בזכל"א חו"מ ח"ב ערך זמן בשם הפרמ"א ח"א סנ"א דהדין עם המוכר עדין העושה שדהו אפותקי עכ"ל ד"ג כלל ל"ב ס"ה הנה בפרח מ"א שם מבואר דאמר לו שיפרע לו ממעות שיתן השר והפרמ"א השוה אותו לאפותקי סתם ושטפה כהר ובשעמ"ש כאן כתב שיש לחלק בין אפותקי סתם שלא ייחד לו גוף הפרעון מזה רק אמר א"ל אפרע לך גבה מזה לכך אמרינן דלאו אדעתא דשדה זו לבד הלוהו אבל כל היכא שייחד לו גוף הפרעון שמזה יפרע חובו הרי לא נתחייב לשלם לו אלא בזה האופן אף שלא א"ל בהדיא לא יהא לך פרעון אלא מזו פטור לשלם ממקום אחר והביא שם שכ"ד רמב"ן שהביא הה"מ ספ"ו ממלוה ורש"י בס"פ מי שהי' נשוי חולק עיי"ש ואין להקשות מיו"ד סימן קס"א ס"י דשכר ע"מ לשלם ברבית שמגיע לו ומ"מ מחויב לשלם מביתו דנהי היכא דייחד לו הפרעון מזה מחל לו המלוה שיפטר מלשלם ממקום אחר אבל התם המשכיר נתרצה למחול לו שלא ישלם השכירות ממקום אחר בשביל אגר נטר שיש עליו ליתן לשוכר ולא מהני מחילה דכל רבית מוחל הלוה ומפקינן מהמלוה ועוד דאפילו באפותקי מפורש שא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו ונמצא השדה לא היתה שלו י"א דגובה משאר נכסים כמ"ש בהג"ה והתם נמי מעיקרא לא הי' של שוכר הדינר של רבית וגם הא דמביא השע"מ מרש"י ס"פ הי' נשוי דהשכין לו במשכנתא דסורא כרם וקש תוך הזמן דחייב לשלם מביתו י"ל כיון דקש אגלאי למפרע שלא הי' ראוי לעשות פירות בעד כל החוב ולא דמי לקלקול שנולד אחר ההלואה ולפ"ז לא יחלוק רש"י ארמב"ן ולא יקשה לרש"י מהך דס"פ כל הגט שהביא השע"מ אך מדנדחק בפ' השולח דמ"א דתתרגם שמעתי' דאמי שפיר נאה דאמר לא יהא לך פרעון אלא מזו משמע אם אמר תפרע מזה ושטפה נהר גובה משאר נכסים וכ"מ לשון רמב"ם ומחבר מדכתבו והוא שיכתוב מכאן תגבו דלשעמ"ש בבה"ג אינו גובה משאר נכסים אם שטפת כיון של"כ אם לא אפרע ואיך השמיטו העיקר שהדין תלוי בו ומהרמב"ן אין ראי' דשאני משכנתא דסורא שהתנה שאחר עשר שנים תחזור הקרקע לבעלי' חנם דנכנס המלוה לריוח או להפסד דאפשר

פירות עשר שנים יהיו שוין הרבה יותר מהחוב משא"כ כשנכנס רק אדעת לגבות חובו ועוד כיון דלרמב"ן כל ההיתר תלוי בזה ל"ל סתמא אין דעת המלוה שיפסיד חובו אם ישטפנה נהר.

סעי' ז' איסור הנאה מפקיע מידי שעבוד כמו קדושת הגוף בבע"ת שער מ"ג בשם רה"ג דאם הקדיש או אסר כל נכסיו לאו כל כמיני' להפקיע החוב וכתב בע"ת דזה הפסק ראוי לסמוך עליו ובגיד"ת הקשה מכתובות נ"ט דפריך באשה שאסרה מע"י על בעלה דליקדש מהשתא והוכרח הגמרא לתרץ אלמוהו רבנן לשיעבוד דבעל ות"ל דאין לו מקום להפרע ממקום אחר ונלע"ד דטעמו של ר"ה כיון דלא ימנע מאחת משתי אלה או יפרע או יקדיש ועכ"פ תצא מרשותו ע"כ מיד חשוב אינו ברשותו להקדיש וצריך דומיא דביתו מה ביתו ברשותו כדאיתא במרובה דף ס"ט ע"ב וקי"ל כל העומד לשרוף כשרוף וכה"ג ה"נ אם לא נשאר לו מה לפרוע זולת מה שהקדיש הא שיעור החוב מכבר עומד לצאת מרשותו אמנם לס"ד בכתובות שם דיכול לאסור על המלוה בקונם פרטי א"כ אפשר שישאר אצלו ור"ה קאי למסקנא דאלמוה רבנן לשעבודא דבעל דה"ה לשעבודא דמלוה כמ"ש תוס' וע"כ יצא מרשותו שיעור החוב ע"כ א"י להקדיש או לאסור כל נכסיו לרה"ג ז"ל.

סימן קיט

סעי' ב' אין ב"ח טורף מעידית שמכר משמע מסתימת הפוסקים אפילו התנה שיגבה עידית דלוקח אינו טורף כשנשאר זיבורית ב"ח ובשעמ"ש הניח בצ"ע למה דאפילו לפוסקים דנאמנות ל"מ נגד לקוחות אפילו פירוש שיהא נאמן נגד לקוחות ג"כ ה"ט דחיישינן לקנוניא וזה לא שייך כאן כ"ש לפוסקים דמהני הנאמנות ולפמ"ש לעיל סימן ק"ב הא דמהני תנאי להגבותו מעידית ולא אמרינן דהוי אסמכת משום דמלוה לא הלוהו רק אדעת כן ואם אינו מקיים נמצא נטול המעות שלא ברשות והוי כגזלן דדינו לשלם מעידית וכה"ג כתב הרא"ש פרק לולב הגזול לענין מתנה עמ"ל ומתה ואף להחולקים שם ה"ט דבמתנה נתן לו ולא הי' דעתו רק שיחזירה כשתהא בעין ולא כשתמות ולפמ"ש י"ל טעם לדעת טור וסייעתי' דלעיל סימן קי"ז באפותקי סתם דיכול להגבותו מנכסים אחרים דה"ט דבאפותקי מפורש בא"ל לא יהא לך פרעון רק מזו מבואר ברא"ש וריטב"א בפא"נ דף ס"ו דמש"ה ל"ה אסמכתא כיון דמחל לו המלוה שיעבוד שאר הנכסים גמר ומקנה לו זה וא"כ באפותיקי סתם דלא מחל לו דהא אי אשתדוף זו גובה מהשאר לכן הוי אסמכתא ולפ"ז אם קרקע זאת שעשאה אפותקי הי' ניזק גובה ה"נ באפותקי גובהו הבע"ח ע"ד המבואר לקמן סימן תי"ט אמנם כשמכר גם ניזק אינו גובה רק מזיבורות שביד המזיק

ממילא גם התנאי לא מהני ול"ד לנאמנות דע"כ אין בו משום אסמכתא מדמהני בלוה עצמו לכ"ע דל"ש טעם שכתבתי בעידית וע"כ משום דהוי כאמר שיהא מחול מה שפרע דאין אסמכת במחילה לרמב"ם וסייעתי' או בתולה באחרים ל"ה אסמכתא כדלקמן סימן ר"ז בסי"ב בש"ך ובסי"ג בסמ"ע ס"ק ל"ד או משום דהנאמנות אם ישלם בלא החזרת השטר או שובר וזה בידו לגמרי שלא ישלם ער שיתן לו השטר או שובר והא דמהני תנאי לגבות מעידית דיתמי לעיל סימן ק"ח אף דמקטנים ניזק אינו גובה רק זיבורות כמבואר שם סוף הסימן י"ל בשלמא בניזק ל"ש נע"ד אבל בע"ח ה"ל ליטול מיתמי כמו מן לוה גופא משום נע"ד רק דלא ימנע מלהלוות משום זה דלא מסיק אדעתי' שימות לוה כדאיתא בגיטין דף נו"ן לכן כשהתנה בפירוש שיגבה מיתמי מעידיה הרי אסיק אדעתי' ואינו רוצה להלות זולת כן ואם לא יועיל הרי אתה נועל דלת משא"כ מה דלא גובה מלקוחות במקום שיש בני חורין זיבורות לאו משום דלא אסיק אדעתי' שימכור דזה מצוי רק משום פסידא דלקוחות ובע"ת שכתב כמו דל"מ נאמנות לטרוף מלקוחות ה"נ ל"מ תנאי לטרוף מעידית אף די"ל בנאמנות הטעם משום קנוניא י"ל דודאי חשש קנוניא אינו רק חששא דרבנן בעלמא ולא חשו לנע"ד כיון דאינו רוצה להלוות בלא"ה וע"כ כיון דיש פסידא דלקוחות כשיעשו קנוניא לא השגיחו בנע"ד שימנעו קצת מלהלוות כשיצטרך לישבע נגד לוקח ה"נ לא השגיחו בנע"ד שלא ירצה להלוות רק שיטרוף מעידית כיון דסתם בני אדם מסתפקין בפרעון גרוע מזה ואידי ואידי חד שיעורא דהתנאי ליטול יותר על דינו מלקוחות.

והב"ח ס"ב הקשה על הטור שכתב בטעמא דאינו גובה מעידית שובר מידי דהוה אניזק ששיעבודו מן התורה בעידית ואם מכרה אין הניזק גובה אלא מזיבורית שביד המזיק שהוא בת חורין דבמאי מיירי הטור אי התנה סתמא שיגבה מעידית שבנכסיו הא פשיטא הוא דמי עדיף מאפותקי סתם דאין נפרעין ממה שמכר ול"צ ראי' וניזק ואי דהתנה לא יהא לך פרעון אלא מעידית שבנכסי א"כ ל"ד לניזק אלא לאפותקי מפורש עכ"ל ותמוה לי דבריו שכתב דפשוט דלא עדיף מאפותקי סתם דודאי לטור עדיף דבאפותקי סתם יכול להגבותו משאר נכסיו אפילו לא מכר האפותקי כמבואר בטור סימן קי"ז משא"כ בהתנה סתמא שיגבה מעידית דוקא כשמכר העידית מגבהו משאר נכסיו אבל כשישנם ביד לוה ע"כ מגבהו כפי תנאו כמבואר בטור לעיל סימן ק"ב ס"ח איברא טעמא בעי דמ"ש ולפמ"ש א"ש דאפותקי סתם אף דרק ע"ד כן הלוהו ובשלא יקיים תנאו נטל המעות שלא ברשות והוי כגזלן מ"מ אין דינו של נגזל ליקח משדה זאת דוקא ויכול הגזלן לשלם לו מאחרת אם האחרת עידית משא"כ כשהתנה לשלם לו עידית

אם לא יקיים תנאו הוי גזלן ובלא התנאי מוכרח לשלם לו עידית לכן אף דהתנאי הוי אסמכתא מ"מ מוכרח לשלם עידית לזה הוכרח הטור לומר נהי דמיני' דידי' ע"כ מגבהו עידית אבל כשמכר גם ניזק אינו גובה מעידית והא דהוצרך הטור לומר דניזק דינו מן התורה בעידית והא בלא"ה האי תנאי הוי אסמכתא ולא נשאר רק כניזק י"ל לפמ"ש במרדכי פרק שור שנגח והב"ח לקמן סימן ר"ז דאסמכתא קונה מן התורה א"כ אי ניזק ל"ה דינו בעידית רק מדרבנן י"ל בלקוחות אוקמוה אד"ת משא"כ כשהתנה דמן התורה אסמכתא קניא ומדרבנן ג"כ ניזק דינו בעידית לכן גם מלקוחות יטרוף לכן כתב דגם ניזק מן התורה בעידית.

והב"ח תירץ קושייתו דמירי דאמר לא יהא לך פרעון אלא מעידית שבנכסי ול"ד לאפותקי מפורש דהתם כי אשתדוף אינו גובה משאר נכסים הלכך אי מכרה נמי טורפה אפילו יש ללוה שאר נכסים אבל הכא אפילו אשתדוף גובה משאר נכסים אף במכרה אינו טורפה אי יש ללוה עוד נכסי זה דוחק גדול דמירי דלא אמר לא יהא לך פרעון אלא מעידית שלא נזכר מזה בבע"ת וטור כלל גם דינו צל"ע מ"ש כי אמר לא יהא לך פרעון אלא מזה ומ"ש אם אמר לא יהא לך פרעון רק מעידית שבנכסי ואשתדפו העידית כולן מ"מ התנה שלא יהא לו פרעון זולתם וצ"ל דהב"ח ס"ל דכשאמר רק מזה שאני דמחל השעבוד משאר נכסי משא"כ כשאמר רק מעידית שבנכסי אם נשתדפו עידית שהי' לו בשעת הלואה פורעו מעידית שבנכסיו בשעת פרעון דעכשיו הבינונית שנשארו חשיבי עידית אבל א"כ מה צורך ראי' מניזק ת"ל דכונתו על עידית שיהיו בעת הפרעון וע"כ הכונה על עידית דהשתא והרי אשתדפו וכן מבואר בש"ך יו"ד סימן רט"ז ס"ד ס"ק י"א דאם אמר קונם לביתך שאני נכנס ונפל וקנה בית אחר מותר שלא היתה כונתו אלא על בית שהי' לו בשעת נדר ה"נ כונתו שלא יהא לו פרעון רק מעידית שהי' לו בשעה שהתנה והש"ך שכתב כאן סק"ו שצריך ליתן לו מאיזה בינונית שירצה המלוה כיון שהתנה ליתן לו מעידית ומכרן י"ל משום דהזיק השעבוד שהי' לו על עידית צריך לשלם לו מעידית שנשאר דניזק דינו בעידית ומה שמכר הוי כהזיק שעבוד כדלעיל סימן ק"ד וק"ז בטוש"ע ס"ד והש"ך שם סק"ח העלה דעיקר כר"ה עיי"ש.

סימן קכ

סעי' ב' דפרעון בע"כ שמי' פרעון צל"ע אם אמר החזר לי השט"ח והילך מעותיך די"ל כיון דבידו להחזיר השטר וליטול המעות הוי פרעון ול"ד לאומן דלקמן סימן ש"ו ס"א באומר הבא מעות וטול שלך הוי ש"ש דה"ט משום דתפיס לו אאגרא הוי ש"ש משא"כ

כאן נהי דתפס ג"כ המעות עד שיחזיר לו השטר מ"מ יפטר מאונסין וי"ל דגם בהילך מעותיך והחזיר לי השטר לא עדיף ממעותיך ברורים בביתי דצריך המלוה לבוא לביתו ותליא בפלוגתא דסיפא ואפשר כאן כ"ע מודו כיון דלוה אינו מניחו ליטול בלא החזרת השטר ל"ה פרעון עדיין ולפע"ד באם השטר אינו מצוי ביד המלוה לכ"ע ל"ח פרעון כיון דאין ביד מלוה עתה ליטול המעות וכ"ש אם השטר על סך גדול וכבר נפרע קצת והשכין השטר ביד אחר על יותר ממה שמגיע לו עליו דהוי מחוסר ממון ול"ח בידו כמ"ש הר"ן פכ"ש גבי הלוהו על חמצו.

שם אם פרע לאשת המלוה נפטר בספר משפט שלו' סימן ר"ז ס"א בד"ה ואגב נסתפק אם התנה שיתן המעות לידו ונתנו לאשתו אם פטור עיי"ש ולע"ד יש לפשוט דחייב ממנחות דצ"ג ע"ב ידו ולא יד עבדו ידו ולא יד שלוחו ידו ולא יד אשתו כל הני ל"ל צריכא אי כתב רחמנא חד ה"א למעוטי עבד דלאו בר מצות אבל שליח דב"מ הוא אימא שלוחו כמותו ואי אשמעינן הנהו תרתי דלאו כגופו אבל אשתו דכגופו דמיא אימא תסמוך ע"כ ומלוה שהתנה שיחזיר לידו דלטפויי אתי ע"כ לאו למעוטי עבדו ושלוחו דכשלא שלח עבדו בלא"ה ל"ה חזרה כדאיתא לקמן סימן ש"ם ול"ל למעוטי כשישלח דהא כשישלחנו הני לא קפיד ומחל על תנאו דמעיקרא ועיין ר"ן בפרק המדיר דף ע"ד דכל תנאי היינו כשיקפיד וע"כ למעוטי אשתו דמן הדין הוי חזרה דכגופו דמיא וידו למעוטא אשתו ועיין לעיל סימן ס"א סט"ו דמדקדקין לשון השטר ודנין עפ"י אותו דקדק ולא אמרינן הא גברא לא גמיר כולא האי והי' סבור שהדין הי' בענין כך ומפני כך כתב אותו לשון ואם בלשון תורה למועטי אשתו כ"ש דבלשון בני אדם י"ל ידו דוקא הוא.

הלכות העושה שליח לגבות חוב

סימן קכא

סעי' א' אפילו ששליח עכו"ם בנתיבות סימן ק"כ ס"א חילק דזרוק לים צ"ל והפטר דלית בו משום ערבות כמבואר בא"ע סימן למ"ד בב"ש סקח"י דמה"ט אם אמרה זרוק לים ואתקדש אני לך או ואתחייב לאו כלום הוא דתן מנה לפלוני הוא מדין ערב ובכה"ג אין הערב משתעבד כיון שלא בא ליד אדם משא"כ אם אמר תן לחש"ו או לעכו"ם כיון שבא ליד אדם יש בו משום ערב וראי' ברורה לזה מתוס' קדושין יינו ד"ה אומר אדם שכתבו דאפילו הי' אומר תן מנה לפלוני ואתקדש וכו' וכ"ש בתו אף דבתו קטנה עכת"ד ואינו ראי' משם דאמר תן לבתי ויהא שלה הרי נהנית וזוכה בהמעות מחמת כן מתחייב אבי'

מדין ערב כיון דאחר נהנה עפ"י דבורו וכמ"ש הטו"ז בא"ע סוף סימן למ"ד וכן כונת הב"ש דאם בא ליד אדם כשאמר תן לו חייב משום ערב אבל שלח ע"י אדם דלא ישאר החפץ הנשלח של השליח ואין לו הנאה לית בו משום ערב כלל לאותם הפוסקים דבזרוק לים לית בו משום ערב רק אם אותו אדם יכול לזכות בשביל אחר זוכה בשבילו וחייב זה שאמר שלח כאלו נתן לידו דה"נ שלוחו זכה בעדו וא"כ בשלח ע"י עכו"ם וחש"ו לית בו לא משום זכי' ולא משום ערבות כיון דעיקר לדינא בזרוק לים אין בו משום ערבות כמ"ש הב"ש שם ואפילו באמר תן לחרש ושוטה לית בו משום ערבות דאינן בני זכי' לעצמם וצריך דוקא שיתן לבר דעת שיש לו זכי' וכמ"ש בחידושי רשב"א פ"ק דקידושין דף חי"ת והביא להדיא מירושלמי פ"ב דקדושין דתן לחרש אין בו משום ערב לפי שאינו בר זכי' ואינו ראי' מתוס' דקטנה יש לה זכי' לעצמה כמ"ש תוס' שם ומבואר לקמן סימן רל"ה איברא דמירושלמי זה נראה גם בקנון שא"י לזכות בשביל אחר אף דיש לו זכי' לעצמו א"י לחייב אחר מדין ערב בקבלתו אך זה רק לחד מ"ד בירושלמי שם אבל לר"א בשם ר' יוחנן שם א"צ רק שיהנה אחר בן דעת עיש"ה ואפשר לר' יוחנן א"צ שיהא הנהנה בן דעת ג"כ רק ע"י הנאתו גמר הערב ומשעבד נפשו וכן משמע ברא"ש פ"ק דקידושין סי"ג דכתב דאע"ג דלא מטיא לידי' מיהו מטיא לאינש אחריני גמר ומשעבד נפשי' אבל היכא דלא מטיא הנאה לשום אינש ל"ד לערב ועיי"ש ק"נ ולפמ"ש אצ"ל דכונת הרא"ש דוקא לאינש בר דעת אלא דמוכרח מדס"ל בתן לכלב דאין בו משום ערב ובאמת י"ל גם בתן לכלב מה שאוכל הכלב ונהנה הוי כאלו הוא נהנה כמ"ש המג"א ס"ס ת"ן וראייתו מס"ס תמ"ח מדאסור ליתן חמץ לכלב הפקר עכ"פ לא מתחייב משום ערב כשאין אחר נהנה על ידו רק לפוסקים דזרוק לים ג"כ מתחייב מדין ערב.

ובקצו"ח כאן הביא ראי' דבאמר המלוה ללוה שלח ע"י גוי לא נפטר הלוה כשלא אמר והפטור מפרק איזהו נשך דף ע"א ע"ב דאיתא שם ישראל שהלוה מנכרי ובא ישראל אחר ואמר תנה לי ואני אעלה הרבית לנכרי דאם העמידו אצל הנכרי ואמר לו הנכרי ליתנו לישראל השני אסור דאין שליחות לנכרי רק כשאמר לו הניחם עג"ק והפטר הרי דבאחריות המלוה הוא כשלא א"ל והפטר עיי"ש ואינו ראי' דהא מבואר ברשב"ם בב"ב דף קע"ג סוף ע"ב דערב חייב משום דשליחותא דערב קעביד מלוה כאלו הוא עצמו הלוה וכן הוא דעת ר' זעירא בירושלמי פרק איש מקדש ה"א דהחנוני נעשה שלוחו של בעל הבית לזכות לפועל ומה דס"ל שם לר' הילא פועל זוכה לבעה"ב משל החנוני וחזר זכה לעצמו ואם החנוני חרש על דעת ר"ז אין שליחות לחרש וע"ד ר"ה אף דאין חרש בר שליחות מ"מ הפועל זוכה מידו בשביל בעל הבית ע"כ ש"ס בבלי בפא"נ שם פליג על ר'

הילא דצריך שיהא שליח של הבעל ממון כמ"ש תוס' שם בד"ה בשלמא סיפא לחומרא וא"כ בשלמא כשישראל אומר לגוי שלח ע"י ישראל וכן כשגוי אומר לישראל שלח אין בו משום ערבות כיון דאין שליחות לנכרי דא"י להיות שליח ולא לעשות שליח משא"כ כאן דישראל המלוה אומר לישראל הלוה שלח ע"י גוי חייב המלוה משום ערב דלוה נעשה שלוחו ליתן להגוי ואצ"ל והפטר לפוסקים דזרוק לים ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב וכיון דלענין קדושין הוי ספקא כמבואר בא"ע ס"ס למ"ד בבאה"ט שם בשם ח"צ וצ"צ וכ"כ באבני מילואים שם דגם לענין ממון הוי ספ"ד כדלקמן סימן ש"פ ה"נ הוי ספק והנתיבות הביא עוד מאס"ז דב"מ דף צ"ט דשלח ע"י הוא מנועם ערב והנה שם כ"כ הר"ן וריטב"א ומבואר שם בד"ה הכישה במקל דס"ל בא"ל זרוק לים ואתחייב לך ג"כ חייב מדין ערב וא"כ אין ראי' לפוסקים דבזרוק לים אין בו משום ערבות כיון שלא נהנה שום אדם ע"י ה"נ באמר לו שלח דאין הנאה לשליח ולכאורה מוכח כפוסקים דזרוק לים יש בו משום ערב דאם כר"ן ורשב"א בפ"ק דקידושין ורא"ש שם דע"י הנאת המקבל דוקא מתחייב הערב א"כ ה"נ בישראל המלוה שאמר לנכרי הלוה תן המעות לישראל אחר יהא נפטר הגוי מדין ערב שנעשה המלוה ע"י הנאת המקבל וע"כ דערבות היינו משום דהנותן נעשה שלוחו של המצוה לו ליתן וא"כ מה לי כשנתנו לאדם או זרקו לים כיון דשלוחו הוא הוי כזרקו המשלח בעצמו ול"ל דצריך נמי שיהא המקבל הנהנה ראוי להיות שליח המצוה דאז זכיית המקבל כאלו זכה המצוה דהא בירושלמי מבואר לר' זעירא דהחנוני נעשה שליח של בעל הבית אפילו הפועל חרש ואינו בר שליחות נעשה בעל הבית ערב זולת כשנאמר דר' אביהו בשם ר"י שם דס"ל דתן לעני ואתקדש לך מקודשת משום הנאת העני ס"ל דתרתי צריך שיהא הנותן ראוי להיות שלוחו של המצוה ליתן לו והמקבל יהא לו הנאה דע"י הנאה זאת גמר הערב ומשעבד נפשו וכן מוכח בירושלמי שם דמביא תוספתא התקדשי לי בסלע זה ואמרה השליכה לים ואתקדש לך אינה מקודשת תנהו לעני מקודשת ופריך מ"מ לא נכנס לתוך ידה כלום ומ"ש עני מים ותירץ ר"א בשם ר"י רוצה היא להתקדש ותראה עושה טובה לעני ואמר שם ואתיא או כר' זעירא או כר' אילא והרי לר"ז משום שליחות הוא דחנוני נעשה שליחו של בעה"ב ומ"מ דוקא בתן לעני מקודשת ולא בזרוק לים הרי תרתי צריך.

עוד כתב הנתיבות דלפי מה שחלקו הפוסקים דזרוק לים הוי במקום הפקר משא"כ תן מנה לפלוני דהוא משתמר והתוס' כתבו בב"ק דף טי"ת בד"ה ולרב יוסף דחש"ו שומרים הן ה"נ עדיף שלח ע"י חש"ו מזרוק דבשלח ע"י חש"ו אצ"ל והפטר ולא הבנתי דמבואר בתוס' שם דכתבו דבהאי סברא פליג ר"י אר"ל והכי פסקו הפוסקים שם כר"ל א"כ בנתן

לחש"ו הוי בנתנו למקום האבוד וכן מבואר ברשב"ם ותוס' בב"ב דף פ"ז ע"ב דהשולח פנדיון ביד תינוק אבדה מדעת הוא וכן הוא לקמן סימן פק"ח.

סעי' ו' בש"ך ס"ק ל"ז ומשמע שם שהטעם הוא שהשליח י"ל דלמא המשלח ישלם לך ולפ"ז אם מת הלוה או הלך למדה"י מחויב לישבע שבועת השומרים מ"ד נגד המלוה ע"כ ובשו"ת בית יעקב כתב דטעות הוא דבתה"ד סימן ש"ח כתב לענין ראובן ששלח מעות ביד שמעון להוליך ללוי שיקנה בהם איזה דבר לאח"ז בא ראובן אצל לוי ותבע ממנו החפץ והשיב לוי ששמעון לא נתן לו כלום ושמעון מכחישו ופסק הואיל וטוען שמעון שמידו נתן ללוי בע"ד דידי' הוא ול"ד להא דאיתא במרדכי פרק הגוזל קמא דפסק ראב"ן באחד ששלח זקוק לאשתו למזונות ונאבד דאין נשבע לאשה אלא מדעת בעלה דהתם האשה אין לה שום טענה נגד השליח דלא אתי לידו מודה כלום אע"ג דהממון נשתלח להיות שלה מ"מ לא נקראת בע"ד דשליח דהא לא מצית טוען דיהיב לי' מידי ע"כ הרי משום דלאו בע"ד דידי' הוא וא"כ אפילו מת הלוה הדר תמה הבי"ע על התה"ד דהוא נגד משנה בשקלים פ"א ב"ה ששלחו שקליהן ונאבדו אם משנתרמה תרומה נשבעין לגזברין וא"ל נשבעין לבע"ה והא לא הגיע לשליח מיד גזבר ומ"מ נשבע לו אע"כ כמ"ש מהר"ם בתשובה סימן תשפ"ז הטעם כיון דראובן חייב ליתן מזונות אחרים לאשתו הוי כמו עד שלא נתרמה התרומה כיון דחייבים לשקול אחרים נשבעין השלוחים לבעה"ב ע"כ העלה דלוי יכול לתבוע את שמעון אעפ"י שלא הגיע המעות מידו ליד שמעון כיון דאין ראובן חייב ליתן מעות אחרים בנידון דתה"ד עכת"ד ולא נ"ל דמה שהקשה על תה"ד מדנשבעים לגזברים לק"מ דודאי כיון דאחר שנתרמה תרומה האחריות על ההקדש ממונם הוא והקדש בע"ד דשליח משא"כ האשה דאין אחריות המעות עלי' לאו בע"ד דשליח הוא וכמ"ש מהר"ם אלא דמ"מ ה"א כמו דלוי א"י להשביע להשליח משום דאין לו הפסד ולאו מעות דידי' הוא ל"ה בע"ד דידי' ה"נ השליח לא ישביע ללוי דאין המעות של השליח ואינו מפסיד להכי מחלק התה"ד דבנידון האשה לא נתנה מידה לשליח לפיכך מהני מה שאינה מפסדת דלא תהא בע"ד דשליח אבל לענין שישביע לוי לשמעון ודאי י"ל לו שמעון לאו בע"ד דידי את אף דלא מיחייב ראובן ליתן ללוי מעות אחר מ"מ לא הפסיד כלום ואפילו הי' משלם לו סרסרות או שלח לו מתנה מ"מ כיון דהולך לאו כזכי היכא דאינו חייב לו כדלקמן סימן קכ"ה לא הוה מעותיו של לוי מעולם ביד השליח ולאו בע"ד דידי' הוא וגם דברי ש"ך נכונים דכיון דבחוב הולך כזכי אלא דהאחריות על הלוה א"כ אף דלא בא המעות מיד מלוה ליד שליח למה לא ישביעו כיון דמעות שלו אבד ועכצ"ל כיון דהאחריות על הלוה דהולך ל"ה כזכי רק לזכות מלוה ולא

לחובתו וכיון דצריך לשלם לא נאבד מעות המלוה וי"ל השליח דלמא ישלם הלוה אבל כשא"י להשתלם ממנו לא הועיל לו האחריות והולך כזכי לזכותו והוא בע"ד דשליח דא"ל ירצה לישבע ישלם שו"ר בשעמ"ש השיג על הבי"ע כעין מ"ש אלא שנדחק כיון דהולך כזכי למה לאו בע"ד דמלוה ואשה ננהו גם הקשה כיון דלוה או הבעל ישלמו לאח"ז הוי ככפירת ממון השוה מחמת עיכוב הזמן ולפמ"ש א"ש כיון דסופן להשתלם מהלוה והבעל דודאי חייבים וזה שוה יותר משבועת השליח א"כ הולך לאו כזכי דאין זה זכותם שיהיו בע"ד של השליח ממילא לא זכו כלל מתחלה במעות הנשלח דכל הולך כזכי הוי רק על תנאי שלא יבא מזה חוב למלוה דאל"כ גם האחריות ל"ה על הלוה וא"כ ממילא לאו בע"ד של השליח ננהו דא"א לעשות תרתי דסתרי שישביע לשליח ואח"כ ישתלם מהלוה דכיון דלוה ישלם הרי למפרע לא זכה המלוה בהמעות הנשלח ולאו בע"ד דשליח הוא מעולם דלא חייבה תורה שבועה לשומר רק אם בודאי נעשה שומר שלו דגם אחר שישבע מ"מ כבר הי' בע"ד דידי' ולקח בעליו השבועה אמרה תורה וכאן אחר שישבע אגלאי דמעולם לאו בעליו דממון זה הי'.

סעי' ח' בש"ך ס"ק מ"ב הביא מתה"ד סימן ש"ח ראובן שלח ביד שמעון מעות ללוי ושמעון אומר שנתן ולוי מכחישו אין ראובן יכול לכוף את שמעון שיתבע ללוי בין קודם שנשבע או אח"כ אא"כ פוטר אותו מהשבועה ע"כ ובשו"ת בית יעקב שאלה חי"ת הקשה דבסימן שכ"ד כתב דה"ט דש"ח חייב לטרוח בהוכר הגנב קודם שנשבע כדלקמן סימן רצ"ד ס"ו משום דאכתי אגיד במפקיד שצריך עדיין לישבע לו כיון שהוכר הגנב קודם שנפטר השומר ול"ל נמי פסידא וא"כ ה"נ כיון דפוטר את שמעון משבועה תו לא אגיד בו ונ"ל דמיירי דהשליח קיבל שכר ע"כ ולא נ"ל דהא מוכח בתה"ד סימן ש"ח דאינו שליח בשכר מדכתב שם דאפילו אחר שנשבע שמעון יכול להשביע ללוי כדאמרינן בסוף הגוזל קמא דאם ש"ח הוא ונשבע כבר רצה עושה דין עם הגנב הרי דמדמהו לש"ח דנשבע ואי מיירי בש"ש בע"כ עושה דין עם לוי אף אחר שנשבע כדלקמן סימן רצ"ד וכן מדכתב התה"ד שם דאם בא ראובן לכוף את שמעון קודם שנשבע שישביע את לוי לא מצי לכופו אא"כ פוטר אותו מהשבועה לגמרי אע"ג דהתם גבי נגנבה באונס והוכר הגנב דקודם שנשבע צריך לשלם ויעשה דין עם הגנב וכ"ש הכא שצריך לעשות דין עם לוי קודם שנשבע דשא"ה וכו' ואם מיירי בשליח בשכר הל"ל לס"ד גם אחר שנשבע דצריך לעשות דין עם לוי כדהתם איו מיירי בחנם וקושיית הבי"ע ל"ק דהש"ח שכבר נשבע תו לא אגיד אבל כאן עכשיו פוטרו משבועה כדי שיעשה דין עם לוי וא"ל יעשה דין לא נפטר משבועתו והברירה למשלח שלא לפטרו הרי אגיד גבי' ולפ"ז אם כבר פטרו בלא"ה תו

לא מצי לכופו ואם ש"ש הוא מצי לכופו וצ"ע אף דכבר פטרו בסתם מ"מ כיון דעד שלא פטרו חל עליו הטורח להשביע ללוי לדעת הש"ך בסס"ק זה א"כ נהי דפטרו לשמעון אח"כ משבועה י"ל רק משבועה פטרו ועוד כיון דחל עליו הטורח קודם שנשבע דהי' אגיד גבי' אפילו נשבע אח"כ מחויב לטרוח עם לוי וכן משמע מלשון הש"ך כאן שכתב עוד כתב דמ"מ אין ראובן יכול לכוף לשמעון שיתבע את לוי בין קודם שנשבע שמעון או אח"כ ואין זה נ"ל דודאי יכול לכופו משמע דגם אחר שנשבע שמעון יכול לכופו והרי ש"ח אחר שנשבע מבואר בסימן רצ"ד דא"י לכופו וכמ"ש בתה"ד אע"כ דהתם נשבע קודם שהוכר הגנב משא"כ כאן דכבר חל עליו החיוב לטרוח ולהשביע את לוי לא נפטר בשבועתו ויש להוכיח עוד כן דהא בתה"ד לא נזכר כלל לשון זה שכתב הש"ך משמו בין קודם שנשבע שמעון או אח"כ ולמה הוסיף דברים בנו אלא דלהתה"ד דקודם שנשבע שמעון אין ראובן יכול לכופו שיתבע את לוי הרי לא חל עליו החיוב וכ"ש אחר שנשבע דתו לא אגיד בו דפטור מלתבוע אותו בלאו טעם דקפידא שישבע אחד לשוא כמו ש"ח שקודם שהוכר הגנב נשבע משא"כ הש"ך דס"ל דיכול לכופו א"כ חל עליו החיוב ממילא גם אחר שנשבע לא נפטר מזה לכן הכניס הדברים בלשון תס"ד דרצ"ל דגם בזה שנשבע יכול לכופו וכנ"ל עיקר אמנם כשפטרו מתחלה נשעשהו שליח שלא ישבע מיד שמסר השליח המעות ללוי לא אגיד גבי משלח גם להש"ך א"י לכופו ומה מתוק מדבש לשון הש"ך לעיל בס"ק זה אפילו פטר ראובן מתחלה את שמעון משבועה יכול שמעון להשביע ללוי עכ"ל דהאי מתחלה מיותר ובי"ע שם הקשה דכה"ג דפטרו כתב תה"ד דיכול לכופו לשמעון לתבוע ללוי וכ"ש שא"י לומר לאו בע"ד דידי את עיי"ש ולפמ"ש א"ש דלפיכך דקדק דפטרו מתחלה דאז לא חל עליו החיוב מעולם ולא אגיד גבי' ולכופו א"י ועיין באס"ז לב"ק דק"ח ע"ב מבואר בדברי הרמ"ה דגם ש"ח אם הוכר הגנב קודם שנשבע ונשבע אח"כ לא מפטר מלעשות דין עם הגנב ועמ"ש בסימן הצ"ד.

סעי' ט' בש"ך ס"ק מ"ג וכתב בתשובת מהרי"ל ראובן ששלח עם שמעון ללוי שהלוה לו ושמעון טוען שנתנו ללוי ע"י אשתו ולוי אומר שלא קבלם ישבע שמעון שמסרם לאשתו ואשתו תשבע שנתנם ופטורה והקשה הש"ך כיון שתשבע אשתו שנתנם ללוי מה צורך שישבע שמעון עיי"ש ולכאורה רציתי לומר דאשתו אינה יודעת אם אותן מעות של ראובן נתן לה בעלה דאפשר מעות ראובן נשאר ביד שמעון וא"כ המעות שבא ליד לוי שכפר לוי הוי כנאנס בידו והרי מעותיו של שמעון נאנס ולא של ראובן ומצאתי בשעמ"ש ג"כ ר"ל כן והביא מהרלב"ח סימן ע"א דס"ל ג"כ בנתן מעות לשלוחו לקנות לו סחורה והניח המעות אצלו וקנה סחורה לראובן במעותיו ונאנס הסחורה דההפסד של

שמעון והקשה השעמ"ש מלקמן סימן רצ"ב ס"י בהג"ה כיון דאין קפידא בחליפי המעות וא"ל הי' נאנס לא הי' ראובן מקפיד הוי כקנאו במעות משלח עיי"ש ואין מזה תפיסה על מהרלב"ח ומהרי"ל דגם תה"ד לא הכריח זה בראי' רק מסברתו ותחלה כתב אחר שעירב השליח מדעת המפקיד שם טיבעא חד הוא וא"ל הי' נפסד כלום מהם ודאי היו נוטלים בלא קפידא מן הכיס לכן שם כולם על כל זהב וזהב ולא שייך לומר שלך נפסד ורמ"א בהג"ה בסימן רצ"ב שם השמיט הא דעירבן מדעת המפקיד ס"ל דמ"ש התה"ד ואם לא הי' נפסד וכ' בא להוסיף דאפילו לא ידעו מהעירוב כיון דליכא קפידא הוי כמדעתן וכן משמע מסוף דברי תה"ד שם דכתב דכל מו"מ שלו יש בו צורך אם היו טבעות של זהב ולא כתב דנ"מ כשלא עירב מדעת המפקיד וכן דעת תוס' רי"ד וש"ג שבב"ש א"ע סימן ל"ה ס"ק ט"ו וס"ק כ"א ועיין פ"ת לקמן בנ"צ סימן רצ"ב ס"ז ולכאורה לפמ"ש תוס' והג"א והגמ"ר פ"ב דב"מ הובא בש"ך לקמן סימן שנ"ח דישל"מ ל"ה יאוש אף בדבר שיודע שחבירו יתרצה ה"נ מה יועיל מה דאלו ידע לא הי' מקפיד ואף לש"ך שם יל"ע מ"מ לפמ"ש בנוב"ת חא"ע סימן ע"ז הובא בפ"ת לקמן סימן שנ"ט סק"ב אהא דמתיר בחו"מ לקמן סימן שנ"ט ליטול בלא דעת חברו מידי דליכא מאן דקפיד בי' היינו דאין בו משום גזל אבל מ"מ לא זכה הנוטלו להיות חשוב שלו דכ"ז שלא הפקירו בעליו בפירוש א"א לזכות בו וכמ"ש המ"א בסימן תרל"ו סק"ג לענין גזל עכו"ם דל"ח לכם ואף דהנו"ב שם מסיק דמ"מ הוי כיאוש לכן כשקידש אשה בו מקודשת דהוי כיאוש וש"ר מ"מ הכא נהי דכ"ז שלא נולד האונס במעות של השליח לא הי' קפידא למשלח והוי כיאוש אבל אחר שנודע האונס במעות השליח אם מעות המשלח עודנו בעין כיון דעכשיו יש קפידא למשלח ושליח לא קנה המעות חזר להיות של המשלח דיאוש מהני בו חזרה כ"ז שלא זכה בו אחר וכמ"ש סימן ת"ה ס"ג בקצו"ח ונתיבות לעיל סימן ק"ה.

ולפ"ז אין ראי' מהב"ש הנ"ל דמ"ש דשליח שקידש במעות המשלח לעצמו ביש לו מעות אחר ל"ה גזל ומקודשת ה"ט דכיון דלא קפיד הוי כיאוש וקנתה האשה ביאוש וש"ר וגם מתוס' רי"ד אין ראי' נהי דשליח לא קנה כסף המשלח מ"מ מקודשת למשלח בכספו של שליח כיון דאין קפידא למשלח כמו הילך מנה והתקדשי לפלוני דמקודשת כמבואר בפ"ק דקידושין דף זיין ע"א או כמ"ש הרמ"ה בטור א"ע סימן ק"כ דעדים א"צ לזכות הנייר לבעל אלא אע"ג דכתבו מדדהו ויהבו לה כיון דבשליחותו קעבדו כמאן דיהבו לבעל והדר בעל ויהיב לאתתא דמי עיי"ש וגם מתה"ד אין ראי' דע"כ לאו טעמו כיון דליכא קפידא נקנה מעות של זה לזה דהא אדרבה במעות דאין קפידא בתערובת ל"ה קנין כמבואר לקמן ריש סימן קע"ו דאף שערבו המעות בכיס אחד צריך שיגביהו

שניהם הכיס ואפילו עירבן מדעת המפקידן אין בזה קנין אלא כיון דהמין מעות שוה ונתערבו הוי כחתיכה אחד ול"ל שלך נאבד ושלי נשאר כמבואר שם אבל בנידון מהרי"ל כיון דליכא תערובות נהי דרשאי הי' השליח ליתן ללוי מעות אחר מ"מ לא זכה במעות המשלח כיון דאינו רק כיאוש ולא מצי לקנותו בלא דעת בעלים ואם יודה השליח שעדיין המעות ת"י יחזרו למשלח על כרחו לכן צריך לישבע שמסר מעות המשלח לאשתו ול"ל דהוי כחליפין דקונה ע"י שנתן מעותיו ללוי קנה מעות המשלח דהא מטבע אינו נקנה בחליפין אפילו שוה בשוה כדלקמן סימן ר"ג ועוד כיון דאפילו רשותו אינו קונה בלא דעת הבעלים גם שאר קנין ל"מ ומה שהקשה השעמ"ש דמה"ת ניחוש ששינה השליח לצוות לאשתו לפרוע ממעותיו דהא כתב מג"א סימן ת"ט סקי"ז בשם רב"א דהיכי דידעינן שעשה השליחות ל"ח ששינה ה"נ כיון שאשתו נשבעת שפרעה ללוי מה"ת נאמר שראובן שינה לפרוע ממעותיו עיי"ש לק"מ דבשו"ת רב"א מבואר משום דלא חשדינן להשליח ששינה והיינו בדבר דיש קפידא למשלח אבל כאן דאין קפידא ורשאי הי' שפיר יש לחוש ועתה אם נשאר מעות המשלח שלו נשאר.

בש"ך ס"ק נון לפי שנוגע וכו' דהשתא נמי המלוה מכחישם לע"ד לק"מ דנוח להם לכפור במלוה דלא האמינם מלכפור בלוה דהאמינם דהוי יותר העזה כמ"ש הש"ך גופא בכללי מגו סק"ו בכונת דברי התוס' בפרק הגוזל עצים דף ק"ז דכתבו דלכפור ודאי אינו מעיז וכיון דיותר נוח טענה זאת חשוב נגיעה.

הלכות הרשאה סימן קכב

סעי' א' והטעם וכו' כ"כ הרא"ש ושא"פ שהוקשה להם כיון דשלוחו ש"א כמותו וידו כיד משלחו למה לא יחויב ליתן לו ולע"ד לפמ"ש תוס' בפא"ר דף ע"א ע"ב דבהלואה ששלח המלוה לגבות צריך להיות שליחו של לוה דא"י לעשות שליח על ממון שאינו שלו ה"נ ואפשר קושייתם מפקדון וצ"ע לשון המחבר שמא ימות המלוה.

חייב לשלם עש"ך הביא מתוס' ואגודה פרק אעפ"י שאם נתן הנפקד למורשה קודם שידע שמת כיון דאם הי' נפקד בא לפני ב"ד היו אומרים לו לתת ליד המורשה פטור נפקד ולע"ד י"ל דתוס' לא אמרו רק בפקדון כיון דמדינא הי' צריך ליתן הוי כאנוס משא"כ במלוה אף אונס חייב וה"נ שהי' בטעות לא עדיף מאונס.

בנתיבות כתב אם אמר המלוה ללוה שלח ע"י פלוני ומת המלוה טרם שנתן ליד השליח ולא ידע הלוה פטור דלאו מטעם שליחות חייב בשלח עי"ז רק מטעם ערבות כמ"ש הש"מ בב"מ דף צ"ח דדמי לאומר תן מנה לפלוני ואתחייב לך דחייב אפילו ביטל שלא

בפניו וכן אפילו מת והוא לא ידע דהוי כנתחייב מעכשיו אם יוציא זה הממון על פיו משא"כ בשליח בעדים שעשה המלוה שליח לקבלה דלא הוציא הממון עפ"י רק דהפטור כשנותן ליד שלוחו כנותן לידו וכיון שמת או ביטל ל"ה שלוחו חייב הלוה עכת"ד מה שהביא מהש"מ כבר כתבתי לעיל סימן קכ"א דלפוסקים זרוק לים ואתחייב לך לית בו משום ערבות ה"נ ועוד ערב נמי הא יכול לחזור קודם נתינת המעות כדלקמן סימן קל"א וכשמת הוי כחזרה כמ"ש הנתיבות עצמו בסימן קפ"ח ונהי דהכא כשחזר שלא בפני לוה פטור הלוה היינו משום דמלוה פשע ואיהו דאפסיד אנפשי' משא"כ כשמת דנאנס המלוה ויורשים לא פשעו והערבות נתבטל ממילא ומ"ש דהוי כאומר מעכשיו אני מתחייב לא ידענא מנ"ל דאדרבה סתמא לאו מעכשיו מדכתב תה"ד בפסקים סימן קע"ג והובא לקמן סימן קצ"ה דק"ס סתמו מעכשיו דמסתמא לא הקנה מילי דכדי א"כ מוכח דבעלמא ל"ה סתמא מעכשיו דכאן ל"ת מילי דכדי דיש בו מועיל שיתחייב משעת נתינת המעות לשליח ולא מבעיא באמר לו שישלח ע"י פלוני מעות בהלואה דל"ל סתמא כמעכשיו לחייב ולהוציא ממון אלא אפילו באמר לו שיחזיר לו ע"י השליח מהיכי תיתי לומר דהוי ערב קודם נתינת המעות כ"ז שלא פירש ובמרדכי שילהי גנו פשוט סימן תרנ"ב ז"ל מי שנעשה ערב בקנין או שנעשה ערב בלא קנין או שנעשה קבלן יכול לחזור בו קודם נתינת המעות דלא שעבד בקנין אלא לאחר נתינת המעות עכ"ל וכ"כ בתפארת שמואל לקמן סימן קל"א דסתמא דעתו שלא יהא ערב עד אחר הלואה ול"ל דהוי מעכשיו על תנאי שילוה אח"כ דא"כ לא יכול לחזור כמבואר בא"ע סימן ל"ח וקמ"ג.

הג"ה אם ידוע שמת לא יתנו לשליח כתב הסמ"ע דקאי אתקנה לו אג"ק דדוקא בלא ידע שמת הוי הממון של השליח לענין דאין לו לירא מליתן לשליח וש"ך כתב דאין טעם לחלק דאם נאמר כשידע שמת חייב גם כשלא ידע יהא חייב כשליח ששאו בעדים דחייב למחבר והרב בלא ידע כמו ידע ולע"ד ה"ט דודאי גם באג"ק לא הקנה לו המעות לחלוטין דהא צריך להחזירו רק הוי כהקנה לו עמ"ל דלא הקנה רק מהכרח כדי שיתן לו הלוה ואמדינן דעתו דלא הקנה רק המוכרח ולא יותר וע"כ ה"נ ודאי אין דעתו לעשותו שליח להביא רק בשביל עצמו לא בשביל יורשיו כמ"ש הרא"ש רק כיון דיתבטל הקנאתו כשימות ממילא לא יוכרח הלוה ליתן לו המעות דיחוש שמא מת מוכרח להקנותו לשליח אף אם ימות טרם יתן לו לוה המעות אבל לזה די כשלא ידע הלוה שמת המלוה שיהא קנוי המעות לשליח דאל"כ גם כשחי יחי' המלוה לא יתן לו המעות מחשש דמת אבל כשידע הלוה שמת המלוה אינו רוצה מלוה שישלח המעות ליורשיו ע"י שליח זה כמ"ש הרא"ש וא"כ ממילא אדעת כן לא הקנה לו.

סעי' ד' ואפיק לנפשך כתב המלחמות פרק מרובה דמה דכותב בהרשאה ואפיק לנפשך כדי שיהא רשאי להשתמש בהן עד בואו לביתו וזה שכרו מוכח מזה דבלא"ה אסור להשתמש במעותיו ועיין סמ"ע סימן רצ"ב דהא דחנוני ושולחני מותר להשתמש במעות פקדון שלא צררן וחתמן דאמרינן כיון דידע שזה צריך למעות בכל עת ולא צררן ודאי לא קפיד א"כ בשליח שנשלח לגבות מעות ולהביא לא תי' אפשר למשלח לצרור ועוד בשלמא פקדון חזינן דמפקיד א"צ עכשיו למעותיו וע"כ סתמא הרשהו להשתמש בהן אבל המשלח אדרבה שלחו מחמת דצריך למעות מיד בבואו לביתו ואף דיש לדחות הראי' מהמלחמות די"ל בשולחני וחנוני מותר להשתמש גם כשלא כתב אפיק לנפשך רק בשאר אינשי אסור כדלקמן סימן רצ"ב ס"ז ולעולם הוי כהפקיד אצלו מעות מותרין וא"כ השתא דכ"ע כחנוני ושולחני כדלקמן בחו"מ שם י"ל דמותר וכ"כ בתומים סימן קכ"ה סכ"ג דשליח לקבלה מותר להשתמש במעות כמ"ש רשב"א ור"ן גבי תבעו בהרשאה ותירץ בזה דברי רמב"ם עיי"ש שדבריו תמוהין דרמב"ם לא מיירי כלל בשליח קבלה רק באמר הלוה הולך מנה למלוה כמבואר להדיא בפט"ז ממלוה ה"ב גם לא זכיתי למצוא דברי רשב"א ור"ן הללו ואולי מיירי בכתב לו אפיק לנפשך אבל זה מבואר בב"י יו"ד סימן קס"ט והובא ג"כ בנתיבות לעיל סימן קכ"א ס"ה דאין רשות לשליח להשתמש במעות אם לא קבל עליו אחריות יותר מדינו דאינו רק שומר אפילו הוא שולחני והמעות מותרין כיון שלא מסרם שישהו בידו שום זמן אלא כדי שימסרם מיד ללוה וכן בחזירתן שימסרם מיד למלוה עכ"ל וסיים בנתיבות כשהמלוה עשה שליח לקבל המעות מיד הלוה מותר השליח להשתמש בהן דהוי כהפקיד בידו מותרין וכ"כ הרשב"א הובא בתומים סימן קכ"ה עכ"ל נראה ג"כ שלא ראה ברשב"א גופא אמנם נראה ברור דהיינו שליח לקבלת ולא שליח הובאה דזה היינו ממש שליח הולכה כדאיתא בגיטין דף ס"ג דה"נ בשלמא כשעשהו שליח לקבל ולא אמר לו שיביאם אצלו א"כ עשהו נפקד שישתו אצלו איזה זמן אבל בשלחו להביאם אצלו לא עשהו נפקד שישהו המעות אצלו רק בדרך עד שיביאם למלוה והוי ממש כשליח הולכה וכן מוכח מהב"י ביור"ד שם דקאי על שליח המלוה שיוליך המעות ללוה ויביאם אצלו כשיפרע אכן בשלח שליח לטיר אחרת לגבות חובו ולהביא ונזדמן לו שם סחורה צ"ע אי מותר להוציאם שם דבלא"ה ע"כ יהא בידו עד בואו לעיר המלוה וגם בזה נלע"ד דאסור רק כשיש לו מעות מזומן בביתו לשלם למלוה דהא לא הרשהו להשהותם אצלו בבואו לביתו וא"כ יש קפידא שלא יוציאם כשאין לו מעות מזומן בביתו וליכא הוכחה מדלא צררן וכן משמע בב"ש סימן ל"ה ס"ו ס"ק כ"א.

ומעשה בשנים שהי' להם חוב בשותפות במדינה אחרת והבטיח אחד לחבירו שכר טרחא בעבור שיגבה גם חלקו והלך וגבה כל תחוב וכיחש שלא גבה ונטל שכר הליכה וטרחא כמו שהבטיחו ואח"כ נודע שגבה החוב ובאו לדון ופסק הדיין שהשכר טרחא יש לו וגם נתן לו זמן ב"ד על המעות ולפע"ד כיון שאסור הי' להוציא המעות הוי כגנב דאין לו זמן כמ"ש לעיל סימן ק' וגם שכר טרחא אין לו דודאי יש לשום כמה הי' נותן בפחות לשליח שלא ילך אחר החוב מיד רק אח"ז ועיין לעיל סימן ס"ו סכ"ד במוכר שט"ח לחבירו ומאריך זמן ללוה חייב לשלם הזיקו ומבואר בריטב"א ריש מכות דשמין כמה מניח מלוה ללוה מהחוב שיפרע לו מיד ולא ימתין עד זמן פרעון דנמחת החוב בדמים הללו ע"י הארכת זמן נמצא אפילו תמתין השליח ולא גבה בזמן שהתנה יש לנכות משכרו עפ"י שומא וגם מצד השליח יש אומדן דנשכר לטרוח בשביל המשלח בסך שפסק לו ואלו הרשהו להשתמש במעות שיגבה אזי הי' מטריח בשביל עצמו ואין זה אגר נטר כמ"ש הטו"ז ביו"ד סימן קע"ג סט"ו ולע"ד יש ראי' לדבריו מהמלחמות הנ"ל וא"כ יש לנכות משכרו לפי אומדן כמה שוה מה שהשתמש במעות דהי' מוזיל בשכר טרחא ולטרוח בשביל הנאת עצמו.

סעי' ה' וימ"ש דוקא בכה"ג עסמ"ע וש"ך שהביא ג"כ מהיש"ש דאם הקנה לו שליש מהחוב סתם אם הוציא רק השליש שנתרצה המורשת לדון רק על חלקו א"צ ליתן מהשליש שהוציא חלק להמרשה ובשעמ"ש תמה למה יגרע משני שותפין שגבה אחד מהן חצי החוב דצריך לחלוק עם השותף וכדלקמן סימן קע"ו סכ"ה וה"נ הוי שותף בהחוב ואם לא יבא לגובייגא ההפסד כפי ערך כדלקמן סימן רנ"ג סי"ג בשכ"מ שאמר תנו לפלוני שוה מאתיים מייני והחמיץ קצתו ההפסד לפי חשבון וכדי שלא לדחות שלשת הרועים היש"ש וסמ"ע וש"ך נ"ל דדוקא כשנעשה ההלואה בשותפות הרי נחתו אדעת כן להיות שותפין בהחוב דאל"כ מי הזקיקן להלות בשותפות והיו יכולין להלות כ"א בפ"ע וע"ד שכתב הר"י מיגא"ש הובא בב"י לקמן סימן קע"א סל"ג טעם זה לענין שותפין שקנו ביחד דאי"ל גוד ואגוד משא"כ בנפל להם ירושה עיי"ש וכה"ג מחלק הרמ"א לעיל סימן ע"ז ס"ט וע"כ מדעשו הלואה בשותפות ע"כ נשתעבדו זל"ז שיהיו שותפים בהחוב ולא לגבות כ"א חלקו בפ"ע משא"כ כאן דאחר הלואה קנה שליש אין הוכחה ומה"ת נכוף להם לעמוד בשותפות ול"ד להא דסימן רנ"ג דלא נטל חלקו טרם שהחמיץ משא"כ כאן דחלק א"ע כשלא הי' הפסד עדיין ואלו הי' המרשה כאן הי' יכול גם הוא לגבות רק אח"כ נפסד ולפ"ז גם בירשו חוב יכול אחד מהם לגבות חלקו לבד וא"צ ליתן מזה חלק לחברו אם הי' אז ראוי גם יורש השני לגבות חובו ועכ"פ לפני ב"ד

יכול לומר כשאין יורש שני בכאן שיגבוהו חלקו וכשיראו הב"ד שעתה אפשר לגבות כל החוב יכולים לחלוק החוב שלא מדעת השני ויטול זה שבכאן חלקו דלמה יוכרח לטרוח בשביל השני ולהמתין על חברו כיון שלא נשתתף הוא עמו לעמוד בשותפות בחוב זה הוי כמו כבר עבר זמן שקבעו להיות שותפין דיכול לחלוק שלא בפני חברו כדלקמן סימן קע"ו סח"י.

מעשה בראובן שהי' ת"י מעות יתום קטן קרובו והלוה אותם על עסקא ונתן לו הלוה כתב ונכתב שם ראובן או מוכ"ז והגדיל היתום ואח"כ תבע ראובן את הלוה בשטר זה נ"ל דצריך הרשאה מהיתום או ימכרנו לראובן בכומ"ס כדאיתא בסימן ס"ו ס"א בהג"ה ואף דהי' אפטרופסו של היתום כיון דהגדיל אפטרופס לדקנני לא מוקמינן ול"מ אם אפשר היתום אינו יודע מזה החוב ולא נשאר השטר ביד ראובן מדעת היתום אלא אפילו ידע מ"מ הוה כמוסר שטרו ליד שליח דצריך הרשאה ואף דכתוב קבלתי המעות או לויתי ממוכ"ז מ"מ כיון דבאמת קבלו מראובן מוכ"ז ואז תי' בדין אפטרופס נשתעבד לו רק בהיותו אפטרופס אבל כשגדל היתום ובטל ממנו דין אפטרופס אין הלוה משועבד רק להיתום כיון שלא כתב דנתחייב או נשתעבד לשלם לכל המוציאו ועיין נתיבות סימן נון סק"א ועיין פתחי תשובה לקמן סימן קפ"ה סק"ב.

סימן קכג

סעי' א' מדינא דגמרא בב"ח כתב דפקדון אפילו כפרי' יכול להקדישו ולהקנותו ותמוה דברי"ף פ"ק דב"מ גבי מסותא מבואר דא"י להקדישו ובקצו"ח הביא לשון רש"י במרובה שפירש אהא דלא כתבינן אורכתא אמטלטלין דגזל אינו ברשותו הלכך אם אבד יכול לחזור ולתבוע מיד הנאמן דמשמע דמירי בפקדון והא לל"ק מירי בלא כפרי' ואמאי אינו ברשות בעלים לכן הוכיח מזה דאפילו פקדון וציית דינא אלא שיש לו טענה על הפקדון שאינו רוצה להחזיר עד שיקוב הדין נמי אינו ברשותו עכת"ד ואינו מוכרח די"ל דלל"ב דוקא דכפרי' דמחזי כשקרא אין כותבין ולל"ק אפילו אינו כופר אלא דכובשו באלמות וגם בדין לא יתן עד שיוציאו הדיינין ממנו אזי הוי כגזל וא"ב ובסימן שנ"ד הוכיח הקצו"ח ממרובה דס"ט דצנועין ור"ד אמרו ד"א והך דר"ד לאו בגזלה נטלו עניים רק שא"י הדין דשנים לקט שלשה אינו לקט ובודאי נמי צייתי דינא ואינו ראי' דאטו בעל הבית יודע מי נטל שלשה לתבעו וגם אפשר הוא פחות מש"פ דאין ב"ד נזקקין לו כדלעיל סימן וא"ו עיי"ש בש"ך וכן הראי' ממרובה דס"ח בגנב ומכר ובא אחר וגנבו דאין הגנב שני משלם כפל משום דאינו ברשות הבעלים אף דלוקח ציית דינא רק בטעות בא לידו

אינו רא' דהבעלים אינם יודעים למי לתבוע אבל כשיודעים ובידם לתבוע ובע"ד צייתי דינא י"ל שפיר דהוי ברשותו וגם תוס' שהביא קצו"ח שם י"ל מודו בזה ולא כתבו דהוי אינו ברשותו רק משום שברח המוכר ואין ביד לוקח לתבעו ולהוציא ממנו ובתרומת הכרי סימן רי"א כתב להוכיח ג"כ מתוס' במרובה דף עין שכתבו בהאי דבכורות גבי פדיון הבן איך יכול להרשות כיון שא"י להקנות והרי התם פקדון הוא א"ו משום דהכהן אין דעתו להחזיר ודעתו לדחות לכל אחד ולומר בנך החי הלכך דינו כמטלטלין דגזל ואינו מוכרח די"ל תוס' ס"ל כיון שכל אחד בעצמו אינו יכול להוציא זולת כשיקנהו לחברו ממילא חשוב אינו ברשותו ולא יכול לתקנותו ואיש כי יקדיש את ביתו א"ר דהי' ביתו מעיקרא ולא ס"ל לתוס' שיבא כאחד ההקנאה ועי"כ יהא ברשותו.

סעי' ד' הרשאה לאחר ראובן הרשה את שמעון שילך לעיר לוי לעמוד עם לוי בדין על תביעות שיש לו עליו והרשה שמעון ליודא והתפשר אח"כ שמעון עם לוי ועתה טוען ראובן דשמעון נסתלק משליחותו מאחר שהרשה ליודא בשו"ת קול יודא למד זה מתא דמבואר בא"ע סימן קמ"א סמ"ב דאם מת שליח שני נוטל שליח ראשון הגט מיורשיו ויתן להאשה ועיי"ש בטו"ז וב"ש שכתבו דאף כשהוא חי יכול ליטלו ממנו שלא נתבטל שליחותו של ראשון מפני שלא נגמר השליחות עד שיגיע הגט להאשה ע"כ גם בנד"ז לא נתבטל המורשה ראשון עכ"ל ד"ג כלל כ"ח ס"ו ועיין מל"מ פ"ו מה"ג הט"ז נסתפק אי שליח ראשון מצי לבטל שליח שני ועיין בפ"ת לא"ע סימן קמ"א ס"ק מ"ב הביא בשם מהרי"מ מבריסק בתשובה סל"ח ומגט מקושר לחלוק על הטו"ז דא"י לבטל ושכן נראה ברור להלכה אך למעשה קשה להכריע עכ"ל וא"כ עכ"פ אין להוציא מהמוחזק אלא אם לא הי' רשאי להרשות אחר י"ל דלא נסתלק משליחותו כיון דאין השני נכנס במקומו לא עשה הראשון שליחותו.

סעי' ו' חייב לשלם לחבירו מה שהי' שוה חובו במעות מוכנים ואם הי' מגיע הרבה רבית ומחל לו מהרבית לא מלאני לבי לחייבו אם שוה החוב יותר דכל רבית ראוי הוא ולא מוחזק לכן אין ראוי לחייבו על הרבית שהי' ראוי לבא שו"ת מהר"ם מינץ סע"ד ועמ"ש בשמו לקמן סימן רע"ח דאם זקפו עם הקרן וכבר הגיע הז"פ חשוב מוחזק.

סעי' ז' קרוביו כשרים בין לעדים בין לדיינים שאין לו חלק לא בהפסד ולא בהנאה צל"ע דבמלחמות פרק מרובה כתב דמ"ש בהרשאה זכי לנפשך שתשתמש בהן והחזירם לי בכאן והלכך בע"ד דידי' הוא דמגו דמשתעי דינא בהאי אגרא משתעי דינא אקרנא עי"ש ולעיל סימן קכ"ב ס"ד דבהרשאה צריך למכתב דון וזכה ואפיק לנפשך ודין שבכאן הוא מרמב"ן וצ"ל דמיירי הכא שלא כתב לו כן ואה"נ אם ירצה הנתבע לא ידון עמו רק אם דן

עמו קרובי מורשה כשרים להעיד ולפ"ז מוכח דבלא כתב לו זכי לנפשך אסור להשתמש בהמעות דאל"כ עדיין יש לו הנאה דהא מה"ט הוי ש"ש כדלקמן סימן רצ"ב ס"ז הרי יש לו הנאה ואיך כתב כאן ולא בהנאה וגם הוא כשר להעיד והא אפשר צריך המעות להמורשה ונפשו יודעת ריוח ברור.

סעי' י"ד הרשאה ביד עכו"ם בקידושין דף נ' מנינא דרישא ל"ל למעוטי חופה ולר"ה דאמר חופה קונה למעוט חליפין סד"א הואיל וגמר קיחה קיחה מש"ע מה שדה מיקניא בחליפין אף אשה נמי קמ"ל ואימא ה"נ ובתוס' ד"ה ואשה ז"ל וא"ת תיכי ס"ד דנילוף מש"ע שתקנה אשה בחליפין דהא ש"ע גופא לא מיקני בחליפין דלא מצינו חליפין בנכרי וכו' וכן הי' רגיל ר"ת לשלוח הרשאה ביד נכרי ומקנה בחליפין עכ"ל והש"ך כאן דחה ראיות התוס' מהך דכסף מקנתו ונדחק מאד בגמרא זה דרצה לילף מש"ע דמשדה גופא ס"ד למילף ולע"ד לא לחנם הקשו התוס' קושיא זאת באמצע הדיבור המתחיל ואשה ולא הקשו כבר לדיבור בפ"ע על המימרא דגמרא דסד"א דנילוף מש"ע אלא שלא לדחות דלא יליף מעפרון רק משדה דישראל אבל עתה הוכיחו מדלא יליף חזקה ושטר ע"כ לאו משדה יליף רק מכסף שהי' בש"ע ה"נ ליכא למילף רק מש"ע שהי' נכרי כיון דחזינן דלאו משדה דעלמא יליף רק ממעשה שהי' בעפרון נמצא ראיות תוס' דחליפין מהני בנכרי ראי' אלימתא ובתומים כתב דרש"י ורשב"ם דפרשו בקידושין די"ג ע"ב ובב"ב דנ"ד דנכרי כל קניינו בכסף דלית לו קנין אחר בשום מקום רק כסף ע"כ ס"ל דחליפין לא עיי"ש וא"כ צריך לתרץ קושית תוס' על רש"י ורשב"ם דאיך ס"ד למילף מש"ע דליקני בחליפין דהוי נכרי ונלע"ד דהנה בלאו סברא או ראי' מקרא אין לומר דבנכרי לא יועיל ק"ס דהרי לענין משיכה או כסף דנשתנה קנין נכרי מישראל הוא מחמת מיעוט דמיד עמיתך כדאיתא רפ"ב דבכורות אך י"ל מסברא לחלק דק"ס הוא מחמת דהמקנה קונה הסידור עי"כ מקנה ובמה קונה הסודר רק במשיכה והראשונים בפרק הזהב דף מ"ז ע"ב הקשו למ"ד ד"ת מעות קונה ולא משיכה במה נקנה מתנה ותוס' בע"ז תרצו דהיכא דליכא מעות לכ"ע משיכה קונה אמנם הרמב"ן באס"ז לב"מ שם מיאן בזה ותירץ דגם במתנה לא משכחת רק בחליפין ואג"ק וחצר ולפ"ד הק"ל חליפין האיך מועיל דאיך יקנה המקנה את הסודר במשיכה וצ"ל לרמב"ן דלמ"ד ד"ת מעות קונה ע"כ חליפין גזה"כ או כן דרך הקנין אמנם למ"ד בישראל משיכה קונה א"ש בפשיטות והנה בבכורות דף י"ד איתא דאם בישראל מעות קונה בנכרי משיכה ואם בישראל משיכה בנכרי כסף ולפ"ז למ"ד מעות קונה ומ"מ מהני ק"ס כ"ש עו' דמשיכה קונה אבל למ"ד דמשיכת קונה בישראל ליכא למילף נכרי מישראל לענין חליפין דבשלמא בישראל נקנה הסודר

למקנה ע"י משיכה משא"כ גוי ולפ"ז רש"י דס"ל ד"ת ישראל במשיכה וגוי בכסף לבד קנין סודר ל"מ בנכרי כיון דאינו קונה הסודר במשיכה דליכא למילף מישראל דמהני חליפין מחמת דקונה הסודר במשיכה ולר"ת דד"ת נכרי קונה במשיכה א"כ מועיל ק"ס מק"ו דישראל ור"ה ס"ל בפרק הזהב דבישראל מעות קונה ע"כ פריך שפיר לר"ה דנילף מש"ע דחליפין קונה בנכרי ורש"י פוסק כר"ל ולפ"ז מתורץ נמי קושית תוס' שם מקדושין דף חית גבי נמכר לנכרי מכסף מקנתו בכסף נקנה ואינו נקנה בתורת תבואה וכלים ומאי ניהו חליפין ש"מ דשאר דברים קונה נכרי בחליפין ומה יענה רש"י על ראי' זאת ולפמ"ש א"ש דזה קאמר רק לרבה דפליג על ר"י דלר"י בתבואה וכלים לא משום דלא קייץ ורבה דל"צ קייץ מפרש דאינו נקנה בחליפין עיי"ש ורבה ס"ל ג"כ בישראל מעות קונה דאמר רבה אר"ה מכור לי באלו קנה ומוקי לה בפרק הזהב שם הטעם דכר"י ס"ל דד"ת מעות קונה ותוס' בבכורת הוי ס"ד דרבא אר"ה גרסינן וע"כ רצו להוכיח דלא כרש"י דפסק משיכה קונה מדרבא ס"ל מעות קונה ודחו דגרסינן רבה דרבא לא ראה את ר"ה וא"כ לרש"י ע"כ רבה גרסינן וסבירא לי' בישראל מעות קונה ובנכרי משיכה ומהני חליפין בנכרי ואיצטריך למעט בע"ע הנמכר לנכרי דל"מ חליפין נמצא למאי דאיפסק לקמן סימן קצ"ח דד"ת בישראל מעות קונה ע"כ מהני חליפין בגוי ולפ"ז כסף וחליפין בנכרי מועיל בממ"נ הן לר"ת הן לרש"י.

ומה שהקשה הש"ך מע"ז דף ע"א למה לא הקנה היין בחליפין י"ל דמבואר לקמן סימן קל"ה דבק"ס יכולין לחזור כ"ז שעסוקין באותו ענין משא"כ בכסף ומשיכה ואינו רוצה בקיומן של יין שהרי הנכרי יכול לחזור בו עיי"ש ברי ב"ח שכתב היכא דיכול לחזור אסור משום דרוצה בקיומו.

שיזהר מלכתוב עקצו"ח דיכולים העדים ליתן סודר שלהם בעד העכו"ם דא"צ שליחות רק קונה מדין עבד כנעני ועמ"ש לעיל סימן ס"א הוכחה דלא כדבריו.

סימן קכד

בש"ך סק"ד בריב"ש סימן של"ב כתב שהודאת מורשה הנתבע הודאה היא והסכים עמו הש"ך ובריב"ש שם מבואר דהיינו כשאמר הנתבע בפני עדים שתהא הודאתו כהודאתו ומקבל עליו בפני אותן עדים כל מה שיודה המורשה בפני הב"ד עיי"ש וק"ל לפי מה שהעלה הש"ך לעיל ריש סימן כ"ב דבנאמן עלי אבא כשקיבל שלא בפני ב"ד גם לאחר שהעיד יכול לחזור וה"נ למה לא יכול לחזור דהוי גמי רק כאמר נאמן עלי המורשה וצ"ל דהטעם התם כמ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ז דבב"ד גמר ומשתעבד דלא מחייך בב"ד וא"כ

כששול המורשה לטעון לפני ב"ד הוי כמקבל עליו בעצמו לפני ב"ד והדבר מוכרח גם בריב"ש דכתב בסימן שי"א דלכ"ע צריך קבלה בפני ב"ד יפה ואיך כתב כאן דסגי בקבלת לפני עדים אע"כ כמ"ש ועיין לעיל סימן פ"א סי"ד ס"ק מ"ם בש"ך ולפמ"ש ה"ה באמר לפני עדים נאמן עלי אבא מה שיעיד עלי לפני ב"ד אף דלא שלחו מ"מ הוי כקבלוהו לפני ב"ד כיון דקיבל עליו מה שימ' לפני ב"ד לא מחייך בב"ד וגמר ומשעבד נפשו ובתומים כאן שקשה בדברי הריב"ש דהוי אסמכתא ואפילו קנין לא יועיל ול"ק דגם בנאמן עלי אבא הל"ל דהוי אסמכתא ועמדו בזה תוס' ורא"ש בפרק איזהו נשך דף ע"ד ותרצו דהתם דין הוא שיועיל כיון שיש להם תביעה זה על זה והם קבלו עליהם כך את הדין ול"ד להיכא שאין לו שום תביעה זע"ז אלא שעתה מחייב א"ע וה"נ מקבל עליו רק מה שיודה שלוחי על תביעות שכנגדו.

לת"ח עש"ך לקמן סימן ת"כ סק"ט דראשים וממונים הקהל כת"ח הובא בגליון רש"א יו"ד סימן רמ"ג ס"ו וצ"ע כאן אם דינם כת"ח ולכאורה תליא בשני טעמים שכתב הסמ"ע סק"ד א"כ נתבע י"ל קי"ל כטעם בתרא.

סימן קכה

סעי' א' הולך מנה מעשה בא לפני ראובן קנה משמעון כלי יי"ש ע"י אד"ג וא"ל שישלח לו הכלי יי"ש ושלח לו היי"ש ובדרך נתן השליח היי"ש לאחר שהי' לו ג"כ מקח עם בעל היי"ש וכבר נתייקר ואח"כ בא לידי ראובן מעות השליח ועיכב בעד הריוח שהי' מרויח בהיי"ש כי המוכר לא רצה ליתן לו יי"ש אחר ופסקתי דהדין עם הלוקח דבחוב הולך כזכי וכן במקח כיון שמעות קונה למש"פ הוי בחוב ומצאתי בשע"מ סימן זה דכתב בנתן לו הדמים דהוי כחוב וכ"כ בנתיבות סימן ריש ס"ב אלא דמה דמשמע מדבריהם דדוקא בנתן כל דמי החפץ לא נ"ל דהא כלראייתם מתוס' גיטין דף י"ב וראשונים שם דשחרור הוי כחוב משום דאי לאו דעבד נייח נפשי' ל"ה משחררו א"כ כ"ש היכא דחייב מי שפרע ואולי גם הם לא אמרו רק כיון דאינו מחויב ליתן לו החפץ עד שישלם לו כל דמיו די"ל אינו בטוח בעיני ל"ה כחוב ול"ד לשחרור דא"צ העבד ליתן עוד כלום ובנ"ד המקח נעשה על אופן שישלח לו היי"ש לפני נתינת המעות א"כ כשיחזור בו ולא יעשה כן יהא במש"פ לכ"ע הולך כזכי ועוד יש לדון בזה דקונה ע"י הגבהת ומשיכת השליח כיון דאמר למשלח שישלח לו וכמ"ש בשעמ"ש סימן רי"ש ואפילו ל"ה לוקח מוחזק נ"ל לדון כן.

ומ"מ ראובן חייב באחריותו בשעמ"ש הקשה מחולין דפ"ג דתנן בד' פרקים בשנה משחיטין את הטבח לפיכך אם מת מת ללוקח משא"כ בשאר ימות השנה ומוקי לה בזיכה לו ע"י אחר הרי בזיכה לו ע"י אחר היכא דזכות הוא גם אחריות על הזוכה ולפמ"ש בנה"מ סימן קצ"ה דבהקנה לו ע"י אחר אין קנין לחצאין משא"כ באמר זכת יד הזוכה על עליונת ומוכח לה מהך דתולין דבשאר השנה דיכול המוכר לחזור והרי מבואר בסימן רל"ה סכ"ג בא"ל זכה לפלוני אין המוכר יכול לחזור אע"כ דבחולין לא אמר לשון זכה עיי"ש ולפ"ד י"ל דלפיכך בד' פרקים גם הקונה א"י לחזור דאם יוכל לחזור גם המוכר יובל לחזור ואמדו חכז"ל דעתו דניחא לו שלא יוכל לחזור כדי שגם המוכר לא יוכל לחזור משא"כ באמר לשון זכה וכן הולך דכזכה דמי דיוכל להיות לחצאין מה שהוא זכות יזכה בעדו והאחריות שאינו זכות לא יחול עליו ועכצ"ל להנתיבות דל"ד זכה דהא מבואר בספר המקח לרה"ג ז"ל שי"ג במכר ראובן ללוי חפץ הנפקד ביד שמעון וקיבל המעות ואח"כ אמר ראובן לשמעון שלא בפני לוי תן אותו חפץ ללוי יד לוי על עליונה וע"כ משום דתן כזכי אמנם ברש"י בחולין שם פירש בזיכה לו ע"י אחר שאמר לו זכה והוא דלא כנתיבות גם הוכחתו אינו כלום לפמ"ש בחת"ס על ע"ז דף ע"א ומוכיח לה מפרש"י בחולין דלאכילה הוי חוב דהפסד הוא לו משא"כ שאר מקח עיי"ש וא"כ י"ל בשאר ימות השנה הוי נוטה יותר לחוב לכן בטל הזיכוי מיד ול"מ מה דנתרצה אח"כ לעשות זכי' למפרע שלא מדעתו כיון דהוי כודאי חוב משא"כ בשאר מקח אפשר זכות ואפשר לא לכן תלוי במה שיאמר לוקח אח"כ דאגלאי למפרע וכ"כ השעמ"ש כאן דדוקא בנותן מעות על מכירת בשר לאכול מיחשב חוב והנה השעמ"ש הוכיח מהך דחולין באחד שנתן מעות על סחורה ולא משך והוא חריפא זבינא והמוכר מסר הסחורה ליד אחר להוליכה ללוקח ונאנס מידו פטור המוכר כיון דזכות הוא ללוקח נפטר המוכר מאחריות עיי"ש ודעת קצו"ח לקמן סימן קצ"ה ססק"ג דרק המוכר א"י לחזור בסחורה בזול כיון דזכות הוא אבל יד לוקח על עליונה ול"ל דגם שע"מ לא קאמר רק בכבר נתן המעות דחזינן דרוצה לקנות ואינו מחוסר ממון דהא ראייתו מתך דחולין ומבואר ברא"ש ס"פ אותו וא"ב דזיכה לו ע"י אחר גם כשלא נתן מעות קנה ואם מת מת ללוקח ואפשר דשאני בד"פ בשנה דגם בלא נתן מעות ודאי רוצה לקנות בדינר משא"כ לענין סחורה בזול וזבינא חריפא דוקא בנתן מעות אמנם מסתימת דברי רה"ג הנ"ל משמע דלעולם יד לוקח על עליונה וגם אין ראי' מהך דחולין דרק זיכה לו ע"י אחר לפי שעה משא"כ כאן שמסר ליד אחר להוליך אשר לא ציווהו אפשר אף דזכות ללוקח בקניית הסחורה אבל אינה רוצה שימסרנו ליד אחר שלא מדעתו וזהו הטעם כאן בפקדון דחייב באחריות

אף דנפקד הוחזק כפרן ועוד דאין לנו לדמות הזכותים דאפשר אמדו חז"ל דעת הקונים בד"פ בשנה דניחא לו לקנות אף שיתחייב באחריות משא"כ כאן תדע דהא התם משני ר"י דהעמידו חכמים דבריהם על ד"ת דמעות קונה בד"פ בשנה וכתב הר"ן שם לפי שכל אדם רוצה שיגמר קנינו העמידו דבריהם על ד"ת עיי"ש והיינו לפי שהתקנה דמעות אינו קונה היתה לטובת הלוקח שלא יאמר לו נשרפו חטיך וכאן לוקח אי אפשי לו בתקנה זו ורוצה יותר שיגמר קנינו אף שיחויב באחריות ואם איתא דבזבינא חריפא וסחורה בזול ג"כ שוה ממש לד"ת בשנה יקנה במעות לבד כיון דאנן סהדי דלא ניחא לו בתק"ח ועוד בשלמא בהך דחולין ירא לוקח שיחזור הטבח מחמת שלא יקפצו לו קונין כל בשר הבהמה ויפסיד שאר הבשר ואפשר דכה"ג אפילו במש"פ אינו כיון דאינו חוזר מחמת יוקרא וזולא רק מחמת הפסד כדלקמן סימן ר"ד ואפילו יהא במש"פ חושש דמשום הפסד גדול כ"כ לא יעמוד בנסיון משא"כ בזבינא חריפא דודאי כשיחזור הוא במש"פ אפשר נכון לבו ובטוח הלוקח שלא יחזור המוכר וניחא לו יותר להכניס עצמו בספק מניעת ריוח מעט כזה מלהכניס עצמו לאחריות והפסד כל מעותיו שיאמר לו נשרפו חיטך.

סעי' ד' ויש מי שאומר עש"ך ס"ק כ"ג אפוכי מטרתא וכו' וא"כ כשיש וכו' י"ל נ"מ אם לאחר שבא ליד השליח לוה המלוה מאחרים ג"כ ולפ"ד הב"י לעיל סימן ק"ד דאם יש לו בע"ח הרבה ואחרים במדה"י וזה שבכאן תובעו צריך ליתן לזה ועיי"ש בקצו"ח משום דאין קדימה רק מצוה במטלטלין אין מעבירין על המצות א"כ ה"נ נ"מ אם לא תבעו שאר בע"ח מעיקרא עד עתה ובנתיבות הקשה הא תפיסה מהני ותירץ דשדר"נ שאני דאינו חייב לכולם רק המנה שחייב ואם יש שלשה בע"ח על מלוה שלו חייב לכ"א רק השליש ול"מ תפיסה ובשע"מ הוכיח מלעיל סימן קי"א סכ"ג דמהני תפיסה גם בשדר"נ וצ"ל להנתיבות דלעיל מיירי דהבע"ח של הלוה חייבים כסך החוב שחייב הלוה לבע"ח שלו רק אין להם לשלם רק כפי חוב אחד ולכן מהני תפיסה של אחד על כל חוב שלו.

סימן קכו

סעי' א' מנה ביד שמעון ראובן הי' גושה בשמעון מנה והלך שמעון לשותפו לוי שיש בידו נכסי השותפות והמחהו לראובן שיתן לוי לראובן המנה והי' במעמ"ש עיין שו"ת נאמן שמואל סימן פ"ז וכו' בשותף שאינו חייב לו כלל עד חלוקת השותפות דאפשר יפסידו הכל ולא יבא לידי חיוב לית בו דינא דמעמ"ש ויכולים שניהם לחזור וכן משמע במהרשד"ם חחו"מ סכ"ו שוב נדפס ספר זל"א וכו' ולא זכר מהרשד"ם עכ"ל ד"ג כנ"ט

ס"א ואחת תחזה בש"ך כאן בסק"א דהביא דברי מהרשד"ם דשמעון קיבל במעמ"ש לשלם לראובן בעד לוי מסחורה של לוי שבידו אחר שיקבל ממנו פרעון חובו שחייב לו לוי דעסק דכיון דאפשר שתזלזל הסחורה ולא יעלה לסכים חוב שמעון לאו מנה לי בידך הוא ול"ה כלום וכתב הש"ך דמיירי שלא היתה הסחורה שוה בבירור בשעת מעמ"ש כדי חוב שניהם רק הי' הדבר ספק אבל אם היתה שוה אז כדי חוב שניהם קנה מדין מעמ"ש אף שאפשר שתזלזל אח"כ עכ"ל וא"כ ה"נ בשותפים כיון דבשעה שהמחהו ברור שיש לו אצלו חל המעמ"ש אף דאפשר שתזלזל אח"כ ועוד בנידון מהרשד"ם אם תזלזל אפשר לא יהא יותר מחוב שמעון כלל אבל בשותפים גם כשתזלזל הסחורה מ"מ החצי מגיע לו וחל המע"ש על זה עיין בסמוך ס"ג.

בין מלוה עש"ך סק"ב דגם מלוה בשטר ונשאר השטר ביד הממחה קנה גוף החוב במעמ"ש כמבואר לעיל סימן ס"ו סי"ט ובשו"ת מהרמ"א ס"ה וצ"ע לפמ"ש הר"ן בפ"ק דגיטין דמעמד שלשתן ל"ש רק בדבר שגופו ממון במגו דמצי זכי לנפשו זכי לאחריני עיי"ש וא"כ הא בירושלמי פ"ק דגיטין יש פלוגתא במחל שטר ולא מסר לו השטר אם א"י לחזור והביאו בעל העיטור ובש"ך לקמן סימן רמ"א כתב דהוי ספ"ד א"כ הלוה לא מצי זכי לנפשו בלא קנין ול"ל מגו ונראה לפמ"ש בנוב"ת סל"ב והובא לעיל בסימן י"ב בפ"ת ס"ק י"ד שאם אמר בלשון מתנה ודאי א"צ קנין דאפילו נימא דנכסי לוה כאלו הם של מלוה מ"מ לא עדיף להמפקיד אצל חבירו שאם נתן לו הפקדון במתנה א"צ שום קנין בשלמא במחילה כיון דל"מ בפקדון לשון מחילה ה"נ ל"מ עיי"ש וא"כ כאן שאינו אומר לשון מחילה י"ל מגו דמצי זכי לנפשי' ולפ"ז בחוב שיש עלי' משכון ולא מסר הממחה המשכון להזוכה ולא להנמחה דלא שנא בין לשון מתנה ללשון מחילה כיון דמוחזק המלוה במשכון ל"מ מהנה בלא קנין וא"כ תליא בשתי דעות דלקמן סימן רמ"א ס"ב וההרכ"י לעיל סימן י"ב הביא מהר"ן וריטב"א ועיטור דבחוב שיש עליו משכון ל"מ מחילה בלא קנין כשלא החזיר המשכון ול"ל כיון דמצי זכי לנפשו ע"י קנין זכי לחברו בדיבור כיון דמעמ"ש הלכתא בל"ט הבו דלא לוסיף ומסתיין לומר מגו דמצי זכי לנפשו בדיבור זוכה לחבירו בדיבור וכ"מ מנתיבות לעיל סימן ס"ו ס"כ דלא אמרינן מגו דמצי זכי לנפשו באופן אחר יזכה עתה לחבירו שלא על אותו אופן.

סעי' ג' על מנה שיש לו כתב בד"ג כלל נ"ט ס"ה אם אמר ראובן לשמעון תן מנה ללוי ואין לראובן ביד שמעון רק חמשים אם קנה לוי עכ"פ החמשים עיין בשעמ"ש סימן קכ"ו סק"ו שנסתפק בזה ודעתו נוטה שלא קנה עכ"ל והמעיין שם יראה דחזר בו השעמ"ש אחרי רואו בש"ע סח"י דמבואר דקנה החמשים ולכן סיים לעיין בסח"י וכן מוכח מדברי

שעמ"ש גופא בסימן קי"א סק"ד שהביא הד"ג בכלל זה ס"ו ואף דמכ"ז מוכח רק דלא נימא כיון דבטל קצה בטל כולו ועדיין י"ל כיון דעל חמשים ודאי כונתו שילוהו ה"נ כל המנה מ"מ כיון דסתמא כיון שיש לו אצלו אין כונתו שילוהו אין לסתור הסתמא מחמת חצי השני כדלקמן סימן רמ"ו ס"ה דחצי מהנה וחצי אפטרופס.

סעי' ד' אמר לו סתם כתב בש"ך דאם מפרש שיתן לו מעות משלו ויהא הפקדון בידו למשכון לא קנה ושעמ"ש השיגו כיון שמבואר לעיל סימן ל"ט סי"ז דמי שהבטיח לחבירו להלוות לו על משכון והחזיק במשכון מחויב להלווה וה"נ כיון שהפקדון בידו קנהו למשכון כיון שהוא ברשותו וא"כ מחויב להלווה לראובן והר כמו שיש לראובן מעות ביד הנפקד רוכל להקנותו במעמ"ש ללוי עכת"ד ויותר הל"ל דאפילו שלא במעמ"ש מחויב להלווה ללוי מדין עבד כנעני עיין לקמן סימן ק"צ ס"ד ועיין קצו"ח לקמן סימן קפ"ט ס"א וקצו"ח לעיל סימן ל"ט סי"ז אמנם אינו דומה להך דסימן ל"ט שנתן לו עכשיו המשכון קנהו מיד כיון שלא אמר בפירוש שלא יקנהו עד שיתן לו המעות וגם לא אמר בלשון אם תתן לי המעות אבל כאן דאמר שיתן לו מעות ויתא הפקדון בידו למשכון מהיכי תיתי נימא דהקנתו למשכון לפני נתינת הדמים כיון שלא עשה שום מעשה עתה ואדרבה אמר קודם שיתן לו מעות טרם שאמר ויהא הפקדון בידו למשכון ובשעמ"ש גופא לקמן סימן שי"ז כתב באמר השוכר למשכיר החזיר לי מעותי יכול לחזור אף דמסתלק בדיבור מ"מ כאן לא סילק עצמו עד שיחזיר המעות עיי"ש והקשי לדידי' למה בנתן לו משכון כדי שילוהו ליתא בחזרה נימא נמי דהוי כתנאי אם ילוהו אז יקנה המשכון אע"כ כיון שהחזיקו עתה בנתינת המשכון נהי דהוי כתנאי ע"מ שילוהו מ"מ הוי כע"מ דכמעכשיו דמי משא"כ כשלא עשה שום מעשה חדש עתה מהיכי תיתי נימא דסילק עצמו מיד או הקנה מיד.

ויצא לנו כשאמר ראובן לשמעון הילך משכון ותלוה ללוי מנה ולוי רוצה ללות אף שלא הי' במעמ"ש מחויב להלוות ללוי לדעת רמ"א דלעיל סימן ל"ט סי"ז דגם במשכון במטלטלין א"י לחזור.

סעי' ח' ואם קנה מיד מי שהמעות בידו וכתב יש"ש בגיטין פ"ק ס"ל ז"ל וצ"ע מאד דלמאי מהני האי קנין ס"ס הנותן יכול לחזור בו שהרי לא קנו מידו ר"ל מאחר שזה קיבל עליו בקנין ליתן לזה אז לא יוכל הוא לחזור עליו כדי שישלם לו פעם שנית שהרי הוא נתחייב מכח גרמא שצוה לו לקנות עכ"ל משמע דאם הנותן לא צוה לקנות אף שצוה לו ליתן יכול לחזור דמ"ל למה הי' לך לקנות כיון שלא ליויתך וכתב השעמ"ש דמסתימת הפוסקים לא משמע כן וקושיתו לק"מ דכיון דאם נתן המעות א"י לחזור כמבואר

בס"ב א"כ מה חילוק אם נתן או קנה מידו בתורת הודאה שחייב להמקבל המעות כיון דהוא קנין מעליא הוי כאלו כבר נתן לו ושוב אין הנותן יכול לתבוע לו כיון שעשה שליחותו והוי כעשה ציוי המשלח ששלחו למכור קרקע באחד מדרבי הקנאות וא"צ קנין מהמשלח עכת"ד ולע"ד דבשלמא בשלחו למכור או ליקח כיון דאיהו מצי למיעבד מצי לעשות שליח משא"כ כאן דהמלוה לא יכול לחייב את הלוה ליתן להמקבל אף שיקנה מיד המלוה ויודה כמבואר בדברי רמ"ה דמלוה להוצאה נתנה והודאתו ל"מ לחייב הלוה להשתעבד להמקבל דשמא אינו נוח לו דאפילו להרמ"ה דס"ל מעמ"ש מהני בע"כ של לוה היינו דכך תקנו במעמ"ש אבל שלא במעמ"ש לא מהני הודאתו לחייב את הלוה לאחר ועש"ך ונתיבות לעיל סימן סמך ס"ח א"כ גם שציוה ללות להודות בקנין להמקבל ל"ל שליח כמותו כיון דאיהו לא מצי עביד לא מצי משוי שליח ואף דמרצון הלוה יכול המלוה להודות שהמעות שביד הלוה הוא של המקבל היינו כשיודה גם לוה אזי יחויב לוה בהודאות עצמו אבל הודאות מלוה וקניינו לא מחייב ללוה כלום א"כ עכצ"ל משום גרמי ופשוט אם לא ציוהו רק ליתן ולא א"ל לקנות למה הי' לו, לקנות דנהי דציוהו ליתן מ"מ הי' בידו לחזור עד שיתן ואפשר אין רצונו שיגמור עד שיתן וכמו במכר ונתן קרקע או מטלטלין ואפילו לקח מעות מה משך והחזיק שלא בפני המוכר לאמו כדלקמן קצ"ב ובירושלמי ר"פ הזהב ה"ב והביאו רא"ש ר"פ אעפ"י דאמר רב לשמשי' אימת דאומר לך ההן מהנה לבר נש אי עתיר הוא אימלך בי תניינות וא"כ אפילו נימא דמדינא א"ל להמלך כמ"ש הרא"ש שם מ"מ ה"ט כיון דהנותן לא אמר לו שחזר מוקמינן לו אחזקתו שלא חזר אבל כשאמר לו תן אפשר עדיין יחזור דלשמא ימות חיישינן שיתבטל החזקה אח"כ וכ"ש דחזינן שחזר קודם שנתן ולולא הקנין לא הי' צריך ליתן לכן דוקא שציוהו לקנות ועב"ח לעיל סימן קכ"ה ס"ו תביא מתרין ומרדכי דלפיכך במתנה הולך לאו כזכי כיון דבחנם נותן לו אין דעתו שיצא מכחו עד שיגיע ליד המקבל.

וביש"ש שם הקשה למה לא יודה הנותן שהממון שישנו ביד הנפקד הוא ממון של פלוני כדאשכחן גבי איסור גיורא ולע"ד גם הרמ"ה הוכרח לאודיתא דלוה רק בחוב ולא בפקדון וכמו דאמר דקנין של מלוה ל"מ ה"נ אודיתא חדא משום שאינו ברשותו להקנות גם באודיתא א"י להקנות כמ"ש בקצו"ח סימן קצ"ד בטעמו של בעל העיטור דכתב דחוב א"י להקנות על ידי אודיתא ועוד אפילו יועיל היינו כשישלם הלוה למלוה יוכרח המלוה ליתנו להמקבל כיון שהודה שזה ממעות המקבל אבל לחייב ולשעבד אה הלוה להמקבל ל"מ דהר חוב דאינו רוצה להיות עבד לזה וכאן מיירי שיחויב הלוה כמו ע"י מעמ"ש ואם הלוה מודה ג"כ א"ל להודאות מלוה ולכן גם הש"ש לא הקשה

רק מפקדון שיודה הנותן אך מה דמשמע מהיש"ש דגם בפקדון הוצרך לבא מכח גרמי צ"ע דבפקדון י"ל מתורה שליחות רק במלוה ל"ל מתורת שליחות ועיין בש"ה מהר"ח א"ז סימן נ"ג נראה כמ"ש ולפ"ז במלוה אומר א"י אם צויתי לך להתחייב להמקבל הוי א"י אם נתחייבתי משא"כ בפקדון דמהני בתורת שליחות א"כ הנפקד שטוען ברי צוית לי להודות להמקבל ונפרעת ומפקיד א"י הוי א"י אם נתפרעתי דפטור הנפקד אף בשטר משא"כ במלוה בשטר עיין קצו"ח ונתיבות סימן נ"ט או כשתפס המלוה מעות עיין גאון צבי סימן ע"ב סכ"ז או משכון עיין קצו"ח שם ס"ק כ"ח ובסעי ל"ב ס"ק ל"ג.

סעי' ט' לחזור בד"ג כלל ס"ו סט"ו ז"ל ראובן הי' חייב לשמעון ונתן לו לפרעון חובו שט"ח בכומ"ס או ממרם שנקנה במסירה לבד ועתה שמעון א"י לגבות החוב ורוצה לחזור עיין בשעמ"ש סימן קכ"ו סק"י שצידד בזה וסיים בצ"ע ועיין בש"ך סימן ס"ו אמצע ס"ק ס"ח שיש להוכיח קצת מדבריו דא"י לחזור עכ"ל המעיין שם יראה דאין מוכח כלל דאזיל לשיטת הרי"ף דבמעו"ש אינו יכול למיהדר כמו שהעלה הש"ך כאן ס"ק ל"ח וע"כ כשמסר לו חוב שבשטר במעמד ג' והקנה לו גם השטר בכמו"ס א"י לחזור כיון שהי' גם מעמ"ש אבל בכמו"ס לא מיירי כלל ולשיטת הרא"ש דבמעמ"ש חוזר לא הי' הש"ך צ"ל מאחר שהשטר נשאר ביד ראובן אדעתא דיכול להקנותו אח"כ לשמעון בכומ"ס א"כ מסתמא אדעתא דהכי נסתלק שמעון מראובן ללוי וכו' דבלא"ה נמי יכול לחזור על ראובן כשאר מעמ"ש ודו"ק.

וי"א שיכול לחזור מהרי"ט ח"א סימן קכ"ב כתב דה"ד בחוב שהי' חייב לו מקודם אבל אם ראובן אמר לשמעון תן לי סחורה ואעמידך אצל לוי ב"ח אין שמעון יכול לחזור ולתבוע מראובן דמי הסחורה והקשה השעו"ש מתשובת הרא"ש כלל ס"ט ס"ז בראובן שקנה משמעון תבואה ועשה שמעון שט"ח על ראובן על דמי התבואת וקודם שקנו מידו אמר לשמעון מי יתן לי תבואה זו אמר לו שמעון הרי יודא יתננה לך ובאותו מעמד קבל על עצמו יודא לתת לראובן התבואה ואז קנו מיד ראובן על השט"ח וראובן תבע מיודא התבואה וטען יודא שכשקבל עליו לתת התבואה לא הי' בידו של שמעון כלום והשיב הרא"ש כיון שראובן לא רצה להתחייב באלו המעות עד שיודא א"ל ליתן התבואה ה"ל תן לו ואני נותן לך דהוי קבלן וגובה ממי שירצה משמעון או מיודא עכ"ל הרא"ש הרי אף דיודא נתחייב מ"מ לא נפטר שמעון עיי"ש ולק"מ דהך דתשובות הרא"ש רצה שמעון לקבל עליו ליתן התבואה דהא כשקנה משמעון התבואה ועשה שט"ח לא הי' מדובר כלל שיודא יתן התבואה ואלו לא סירב ראובן ולקנות על השט"ח עד שקיבל עליו יודא והי' נותן השט"ח סתם הי' חוזר על שמעון ככל לוקח שתובע המקח מהמוכר וגם שמעון

לא אמר מיודא כלום רק אחר שראובן לא רצה לקנות על השט"ח על סמך ליקח ממנו התבואה ע"כ רצה גובה משמעון דא"י לומר לולא שנתרצית ליקח התבואה מיודא לא הייתי מוכר לך דחזינן דעשה המקח על דעת כן מתחלה ומצידו לא יבצר רק ראובן לא רצה לסמוך עליו ועל דעת ראובן נגמר ולמה יפטור את שמעון לגמרי משא"כ בנידון דמהרי"ט הלוקח אמר להמוכר מתחלת תן לי סחורה ואעמידך אצל לוי ב"ח י"ל מעולם לא רציתי לקבל עלי החוב והאי חילוק מוכח מדברי מהרי"ט גופא שם שדייק כן ממ"ש הרא"ש בשילהי בתרא אתא דאמרינן תן לו ואני חייב דהאי דינא דערבות וקבלנות היינו כשיתבע הלוה מהמלוה שילונו ונכנס הערב עמו בדבר דמשמע דוקא שתבע הלוה מן המלוה שילונו ונכנס הערב עמו בדבר אבל אם מתחלה א"ל הלוני ואמחה אותך אצל בע"ח לא נתחייב הוא כלל עיי"ש הרי אם מתחלה אמר לו הלוני רק מחמת שלא רצה להלוותו נכנס עמו הערב וא"ל תן לו אזי רצה חז"ג ורמ"ג ונידון דתשובת הרא"ש ה"נ כן הוא.

סעי' י' ונמצא הלוה עני כתב קצו"ח דמוכר חובת בע"פ יש להן אונאה דחובת הוי גופן ממון ואישתמוטתי' מ"ש מהרי"ט בח"ב חחו"מ סי"ט דבמכירת חובות ליכא דין אונאה והובא בקיצור בנתיבות בסימן זה סל"ז ולדעות הסוברים דאפילו גם תממרה לא ידע דלוה עני הוי מקח טעות י"ל הטעם עפימ"ש הר"ן בפ"ק דגיטין די"ג דלא תקינו מע"ג רק במידי דזכות והוא רק משום מגו דמצי זכי לנפשו זכי לחברי' וא"כ כשהלוה עני דאינו זכות למלוה הנמחה לא תקנו אמנם למ"ד דוקא כשהממחה ידע וכן משמע לשון הירושלמי משום שעשו ערמה וכבר תמה הרמב"ן הובא בבע"ת שער נ"א סוף ח"ו דלא מצינו שישתנה הדין משום הערמה ולע"ד משום דמעמ"ש הלכתא בלא טעמא לא תקנו לרשיעי דעבדי איסורא דאף בדבר דאין האונאה חוזר מ"מ איסור לאו יש ואף דבשאר קנין דרבנן כגון משיכה לא מצינו זה י"ל כיון דתקנו רבנן הקנין ונהוג כך הוי סטימתא וקונה מד"ת משא"כ בדשלב"ל ל"מ קנין סטימתא ועיין מל"מ פ"ט מזכי' ה"י מ"ש משרת הר"ן סימן ו"ו ולע"ד כאן לא הוי מכר רק או חליפין לרמב"ם דקונין במלוה חשוב כמעות בעין הוי כמחליף מעות במעות דמכר לא הוי רק פרי במטבע ולדידן דאין קנין בהלואה דלאו מידי יהיב ללוה אין כאן לא מכר ולא חליפין רק פרעון ומצד מחילה בטעות אתינן עלה דהממחה לא מקבל מידי רק פורע.

בש"ך ס"ק מ"ג נמצא הלוה עני משמע אעפ"י שגם ראובן לא ידע ואפילו פטרו בפירש הוי מחילה בטעות ולפ"ז צריך ליישב לשון הירושלמי אבל עשו ערמה ונלע"ד לפמ"ש הג"א בפא"נ דמחילה בטעות י"ל דמהני מטעם יאוש וכבר נחלקו אי מהני יאוש בחוב

ובנתיבות סימן קס"ג כתב דשיעבוד גופו דמי לקרקע דל"מ יאוש וא"כ כ"ש כאן דלא מייאש מגוף החוב דסמך על המומחה רק מגופו של הממחה נתייאש י"ל לכ"ע ל"מ יאוש דדמי לקרקע ובסוכה ר"פ לולב הגזול הסכימו רש"י ותוס' ורא"ש דהגמרא שם סובר דיאוש ל"מ בקרקע אבל מירושלמי הוכיחו שם דמהני יאוש בקרקע כמבואר בירושלמי פ"ו מכלאים ופ"א דערלה דפריך שם ויש קרקע נגזלת אר' אילא יש יאוש לקרקע ובפ"ז דכלאים מבואר גם בלא נשתקע שם בעלי' עיי"ש בר"ש ובתוס' בב"ב דף מ"ד ד"ה דוקא וע"כ לירושלמי מהני מחילה בטעות מחמת יאוש אף לשעבוד הגוף בלבד דה"נ נתייאש משעבוד גופו של הממחה דאין לו עליו עוד שעבוד ולא בע"ד דידי' הוא ע"כ דוקא בידע הממחה דהוא עני דעבד איסורא וכמ"ש לעיל או מחמת גרמי כיון דבכונה הפסידו וכמוחל חובו או שורף שטרו דחייב מדד"ג וכשלא ידע גם הממחה לא עשה רק ברצון המקבל וי"ל לו כשם שטעית אתה כך טעיתי גם אני וכמ"ש הש"ך לקמן ס"ק ס"ז בכיוצא בזה.

עוי"ל לפמ"ש הרז"ה פרק שור שנגח דו"ה דחוב חשוב ברשות מלוה כשאין הלוה מסרב ומלחמות שם השיגו מפרק כ"ש דף ל"א דאקדיש או זבין מלוה מנכסי לוה וגבאו בחובו אח"כ אינו הקדש או מכור דבע"ח מכאן ולהבא גובה ולדעתי יש לחלק דבדבר מיוחד כיון דמצי לסלוקו בזוזי ולא יגבנו זה ל"ה ברשותו משא"כ החוב בכללו הוי ברשותו כיון דאינו מסרב מלפרעו א"כ ישלם לו קרקע או מעות וכדומה ואח"כ מצאתי בשער מלך פכ"ב ממכירה הביא כן משו"ת מהרי"ק שורש פ"ט והנה כתב המלחמות פרק אלו מציאות דיאוש ל"מ בדבר שברשותו אמנם לירושלמי דיאוש מהני בקרקע אף דאינה נגזלת ה"נ מהני יאוש בדבר שברשתו לכן לירושלמי כשלא הטעהו אף דהוי מחילה בטעות מהני משום יאוש אף דברצונו המחהו וציית דינא כשיוודע משא"כ לדידן ל"מ יאוש כשאינו מסרב מלפרוע אף דעכשיו מחמת טעות אין דעתו לפרעו מ"מ עומד להתגלות ואזי יצייית דינא ועמ"ש לעיל ריש סימן קכ"ג.

ולפמ"ש בתומים בסעי' י"ד ס"ק ח"י דאם גרם לו היזק ע"י טעות המזיק וניזק דאם דד"ג קנסא פטור ואם דינא הוא חייב עיי"ש וא"כ הא דעת ירושלמי דגרמי רק מקנסא חייב רק הפוסקים דד"ג דינא הוכיחו מש"ס דילן דס"ל דדינא הוא כמבואר בש"ך לקמן ריש סימן שפ"ו וע"כ ה"נ בירושלמי לא מחייב רק כשעשה ערמה דאל"ה לא קנסינן לו ואף דהוי מחילה בטעות מהני מכח יאוש כמ"ש לעיל משא"כ רמב"ם וטור ומחבר דס"ל דגרמי חייב מדינא כמבואר בש"ך לקמן ריש סימן שפ"ו ה"נ חייב בטעו שניהם ול"ד לדלקמן סימן קכ"ט ס"ב בהג"ה דלכ"ע פטור כשלא א"ל בצווח הוא דשם רק יועצו משא"כ כאן

המחילה נעשה על ידו אלא דקשה לפ"ז בדברים שאין בהם אונאה יחויב המאנה מדינא דגרמי ודעת רמב"ן עה"ת פ' בהר אף דידע המאנה פטור בקרקעות וכן נראה מסתימת כה"פ ועכצ"ל כיון דאימעט מאונאה גזה"כ דפטור ולפמ"ש לעיל כאן אינו מוכר ולא אימעט רק מחמת יאוש מהני המחילה בטעות א"כ יש לחייבו מדד"ג דממחה גרם לו אך בתומים סימן קכ"ט ססק"ג כתב דכאן ל"ה גרמי דה"ל בעצמו לחקור כיון דלא א"ל בטוח הוא:

סעי' י"ד אם הנותן מודה כתב הרא"ש אם הנותן מודה שטעה בחשבון והמקבל א"י אם טעה א"ל אם חוב הוא אם אין לו נכסים להנותן לא כל כמיני' לחוב למקבל בהודאתו כדאמרינן בפ"ב דכתובות דאין המלוה נאמן לומר שטר אמנה הוא היכא שהוא חב לאחרים ואף אם יש לו נכסים והוא גברא אלמא והשני כח לו יותר לפרע ממנו לא מהימן כיון שיש לו שום הפסד עכ"ל וכ"כ בטוח"מ כאן ותקשה הב"ח אמאי לא מחלקי הטור וש"ע גם בסימן מ"ז לענין מלוה שאמר שטר אמנה בין הוא אלם והש"ך כתב באן ביש לו נכסים דנאמן משום דכופין על מדת סדום כיון דאין הפסד למקבל ואינו בדין לומר כבר נסתלקתי ממך וכתב השעמ"ש דלפ"ד הש"ך אם עכשיו אין לנותן נכסים אף דבשעה שהודה שטעה ה"ל לא מהימן כיון דבכה"ג לאו מדת סדום הוא וכ"כ הש"ך בסימן מ"ז סק"ח גבי שטר אמנה הוא והקשה השעמ"ש מפרק הנזקין גבי ס"ת דאמר מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן להפסיד ס"ת וא"כ ה"נ כיון דבשעת הודאתו מפסיד לעצמו ולקנוניא ליכא למיחש כשי"ל נכסים ליהמן וכן מבואר בבע"ת בסי"ד ח"ז ובשנ"א ח"ב ראי' זאת מס"ת לענין האומר שטר אמנה הוא דהיכא דמפסיד גם לעצמו אי ליכא חשש קנוניא מהימן אלא דקשיא לפ"ז אמאי אם הנותן גבר אלם לא מהימן מה קנוניא שייך הא יצטרך לחזור ולשלם למקבל וליהמן מתוך שמפסיד לעצמו ועש"ך ס"ק ס"ד עכת"ד ונלע"ד לתרץ קושיות הב"ח והשעמ"ש באופן שיהא כאן במעמ"ש דין הש"ך אמת ואין ראי' מההוא דס"ת ומבע"ת דהנה כתבו רשב"ץ וסמ"ע בסימן רכ"ב והפנ"י ונתיבות סימן ל"א וסימן נ"ו ס"ק ח"י דע"א דאינו נאמן משום דחיישינן דאומר בדדמי וע"כ במקום דדייק מהימן והיכא שהוא בע"ד מדייק כמ"ש מרדכי בפרק הגוזל ובתשובת מיימני לספר משפטים סכ"ד וע"כ במפסיד שכרו דודאי דייק שלא להפסיד שכרו בחכם מהימן כתרי גם נגד חברו אבל כאן דמעיקרא הנותן והנמחה אמרו שיש לו ביד הנמחה ועתה חזרו לומר שטעו אה"ל עתה דייק הממחה שלא יופסד ע"כ מעיקרא הנמחה טעה להפסיד לעצמו ומה חזית דעתה דייקו ומעיקרא טעו אימר איפכא וע"כ ל"ל הך חזקה דבע"ד דייק ממילא לא עדיף מע"א דעלמא דלא מהימן לממון חברו גם היכא דמפסיד גם לעצמו רק

כשיש לו נכסים ואינו אלם כיון שאין הפסד למקבל כופין על מדת סדום משא"כ באומר שטר אמנה אף שזה אלם והשני נוח לו מ"מ כיון דליכא חשש קנוניא כשיש למלוה נכסים ומפסיד לעצמו מהימן דודאי דייק שפיר ע"כ לא חלקו בסימן מ"ז בין הוא אלם ודין הש"ך כאן אמה במעמ"ש דאם עתה יש הפסד למקבל אף דבשעה שהודה הנותן ה"ל נכסים לא מהימן.

ובזה י"ל קושית הראשונים על ר"ח ורי"ף ור"ת שכתבו דדוקא אם יש עדים שטעו או הבע"ד מודו אבל בלא"ה א"נ לומר שטעו והקשו דליהמן במגו דפרעתי דכל מגו הוי כעדים ולפמ"ש י"ל דידוע דמגו בדדמי לא אמרינן דאינו רוצה לשקר רק טועה אך סתם בע"ד מידק דייק אבל הכא ל"ל כן דמה"ת לומר עתה דייק ותחלה טעה ויותר מדייק שלא יפסיד מלהרויח א"כ י"ל יותר דמעיקרא דק ועתה טועה וא"נ במגו.

ואפילו יהא דעת רא"ש וטור כמו שהבינם השער משפט מ"מ הרשב"א בחידושיו לגיטין ס"ל דגם בי"ל נכסים לנותן א"נ ותקשי עליו מההיא דס"ת וצ"ל כמ"ש.

אמנם מה שהחליט השעמ"ש וראייתו מבע"ת ללמוד מההיא דס"ת בלאה"נ יש לדחות דז"ל הריטב"א בהנזקין דף נ"ה ודוקא בענין זה מפני שהוא איסור וחזר לדינו דע"א נאמן באיסורין אבל בד"א א"נ להפסיד לחברו מתוך שמפסיד לעצמו שהאומר אני ואתה חייבין לפלוני מנה אעפ"י שנאמן על עצמו א"נ על חברו עכ"ל ואף דבאני ואתם חייבין בלא"ה יש חשש קנוניא מ"מ הריטב"א לא מטעם זה אתי עלה אלא משום דע"א אינו קם לממון ומ"ש שחזר לדינו דע"א דנאמן באיסורין כונתו דלעיל מיני' התם בדף נ"ד ע"ב ד"ה אמר אביי כל שבידו נאמן כתב אבל אינו בידו א"נ אע"ג דע"א נאמן באיסורין בין לטמא בין לטהר ובין לאסור שא"ה שהוא פועל וחזקה נזהר ואינו מקלקל וכיון שכן א"נ דלצעורי' מיכוין אבל כשהדבר בידו מתוך שבידו לטמא ולפגל נאמן דחזר לחזקתו ולדינו דע"א נאמן ולזה כתב בדף נ"ה דמתוך דמפסיד גם לעצמו נסתר חשש לצעורי' מהוכחה דפועל אינו מקלקל וחזר כעד דעלמא דנאמן באיסור אבל בממון דגם עד דעלמא א"נ גם מתוך שמפסיד לעצמו אינו מאמינו דאינו מועיל רק לסלק הוכחה דמיכוין לצעורי' ולפ"ז בממון גם בלאו חשש קנוניא וגם מפסיד לעצמו א"נ וכהרשב"א ואזיל לשיטתו דס"ל ג"כ שם דע"א נאמן לאסור אפילו אתחזיק היתרא ושכנגדו שותק מפני שא"י וזה אינו אומר אתה ידעת וליכא רגל"ד רק בפועל צריך להיות בידו או באשכחי' זימנא קמייתא או שיפסיד שכרו וע"כ י"ל דמתוך דמפסיד שכרו ל"מ רק בפועל מעיד לאסור לסלק ההוכחה דלצעורי' מיכוין מחמת חזקה דזהיר שלא לקלקל ונשאר ממילא כע"א דעלמא דנאמן לאסור ובממון דע"א א"נ ה"נ א"נ אף דמפסיד גם לעצמו והרא"ש לטעמו

דס"ל שם דע"א גם כשאינו פועל א"נ לאסור באתחזיק היתרא כשאינו אומר בפניך נעשה והלה שותק דהוה כמודה ורגל"ד הובאו דבריהם בש"ך יו"ד סימן קכ"ז ס"ק ט"ז וא"כ הא דס"ת דנאמן הסופר כשמפסיד שכרו אף דאינו אומר בפניך נעשה ע"כ משום דחשוב כתרי ונאמן גם בממון דלרא"ש באיסור דאתחזיק היתרא כממון הוא וע"כ ס"ל לרא"ש כאן במעמ"ש בי"ל נכסים לנותן נאמן ולפי מה שהעלה הש"ך בירד סימן קכ"ז דעיקר כהרשב"א שם ה"נ כאן עיקר כהרשב"א גם כשיש לו נכסים א"נ ובשבו"י ח"ב סע"א כתב ג"כ דאינו מועיל בממון להאמינו מתוך שמפסיד שכרו והבע"ת בשנ"א ח"ב דדחה דעת דברי המורים שם דל"ד להך דס"ת משום דליכא חשש קנוניא משום דדחי' זאת גם לשיטת רא"ש וסייעתי' וכן בשי"ד ח"ז דהרב אב"ד מסתפק אם היורש נאמן היכא דפסיד גם חלקו כמו בהך דס"ת ודחהו הבע"ת דביורש יש לחוש לקנוניא י"ל ג"כ דספקו של הרב אב"ד מחמת דתלוי בשתי השיטות אי כרא"ש אי כרשב"א וסייעתם ה"נ נסתפק בעצמו לכן דחהו הבע"ת דלכ"ע ל"ד להתם דאין חשש קנוניא ואף דהראב"ד ס"ל כרשב"א כמבואר בהשגות הרי"ף בהנזקין הרי ראב"ד הם דזה הרב אב"ד שהביא בע"ת חמיו של ראב"ד בעל השגות כמ"ש בשה"ג.

חוזר וגובה עש"ך ס"ק ס"ז ועיין נתיבות דיותר יש לאדם ליזהר שלא יזיק משלא יוזק ונ"ל ראי' לדבריו מתשובת מהר"ם שבמרדכי פרק האומנין סימן שנ"ט ממ"ש דבעה"ב א"צ לישבע שלא ידע שלא היתה האבן תקועה יפה דאין נשבעין בטענת שמא עיי"ש משמע אם ידע פטור הסרסור דבעה"ב גרם ההיזק שמסרו כך להסרסור ומ"מ אם לא ידע חייב הסרסור ואי"ל אתה גרמה בעצמך שלא דקדקת וכשם שטעית טעיתי גם אני.

סעי' י"ב בסמ"ע וש"ך הביאו תשובות הרא"ש כלל ס"ט ס"ד ותומים ונתיבות הסכימו לפירש הב"ח וצ"ע למה יחויב הסרסור לשלם להסוחר אם הסרסור באמת חייב להשולחני נהי דמעכב השולחני מעות הסוחר בעד מה שחייב לו הסרסור הא קי"ל לקמן סימן קכ"ח דאין לך נתפס על חבירו ויהא חבירו חייב לשלם לו וצ"ל שאני הכא דשולחני תופס כדין דא"י אם לא נתן הסוחר המעות לסרסור לחלוטין כמ"ש הב"ח ואף דסוחר יודע מ"מ כיון דהסרסור ידע בעצמו שחייב להשולחני ובדין יעכב מעות הסוחר ה"ל כאמר לסוחר ערבני ושלם בעדי כיון שלא גילה להסוחר שחייב להשולחני ולא ימחהו אצלו וכמ"ש הט"ז לקמן בסימן קכ"ח כה"ג עיי"ש.

סעי' כ' שליח המקבל ברא"ש פ"ק דגיטין כתב דשליח המקבל מהני במעמ"ש דשליח כמותו לענין זכי' והן הי"א שבכאן והש"ך תמה דלא נמצא חולק ולי צל"ע טובא כיון דמקבל אינו עושה שום מעשה או דיבור רק שומע עם הנמחה מאמר הממחה והרי

בשמיעה דהוא ממילא כתב הרא"ש בפירושו לנדרים דף ע"ב דל"ה שליח כמשלח וכן לפמ"ש בתוס' רי"ד בקידושין דל"ש שליח כמותו רק לומר דמעשה שליח כאלו עשהו המשלח אבל מינה שליח להניח תפילין ל"ל שליחו כמותו דגופו של שליח אינו כגוף המשלח והוי כאלו עשה המשלח מעשה הנחת תפילין על גוף השליח וא"כ ה"נ דליכא שום עשי' ודיבור מצד המקבל רק שיהא אצל המחאה הממחה ל"ש בזה שליחות.

ועוד הא כתבו תוס' פרק איזהו נשך דף ע"א ע"ב בד"ה בשלמא דכשנותן הלוה מעות לשלוחו של מלוה על פרעון החוב א"י להיות שלוחו של מלוה רק צריך להיות שלוחו של בעל הממון לזכות במעותיו למלוה וכן מבואר בירושלמי גיטין פרק התקבל דבמתנה אין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו וא"כ הר כלא עשאו המקבל שליח וא"א לזכות בשביל המקבל עד שיבא המנה לידו עסמ"ע סקנ"ו.

סעי' כ"ב כן אעשה כתב הסמ"ע דקדק המחבר דאמר כן אעשה אעפ"י דלא בעינן רצון המומחה שאני בעכו"ם די"ל אונס תייתי וש"ך הקשה דלאו רישא סיפא דתחלה כתב אפילו אמר בפירש איני רוצה מהני ולבסוף כתב די"ל מחמת אונס שהקתי ולענין דינא צ"ע בשתק כיון דשתיקה כהודאה דמיא הרי הודה ליתן לו ולע"ד כונה הסמ"ע בשלמא באמר כן אעשה א"י לומר אין לעכו"ם אצלי רק מחמת אונס הודתי וקבלתי דדברים שבלב ל"ה דברים לסתור דברי פיו אבל בשתק דלא הודה בפירש רק מכח דשתק אנן סהדי על דברי לבו שהודה מדלא צווח אבל בעכו"ם י"ל מפני אונס שתקתי ותו ליכא אומדנא עכ"פ וא"כ אדרבה ההודאה הוי דברים שבלב ולעיל ס"ז דגם כשאומר אינו רוצה מהני היינו דידוע או מודה דיש לו גבי' רק אינו רוצה להשתעבד להמקבל.

ויש מי שחולק בד"ג כנ"ט סי"א כתב ראובן מכר סחורה לשמעון והותנה ביניהם שיקבל בפרעון הסחורה חוב שי"ל אצל עכו"ם והמחהו אצלו במעמ"ש ואח"כ לא גבה ראובן מעכו"ם ותובע לשמעון עיין בספר בני חיי סימן קכ"ו אות ב' שפסק דשמעון פטור משני טעמים חדא די"ל קי"ל כרי"ף דתקנו מעמ"ש בגוי נמי ועוד גם לר"ת דאין מעמ"ש בגוי בנ"ד יודה שנסתלק שמעון מהחוב כיון דע"ת זה קנה הסחורה ולא נתחייב שמעון לראובן כלום י"ל לולא תנאי זה לא הייתי קונה הסחורה כמבואר במהרי"ט ועיין בדין מכש"ט כס"ו סי"ד מ"ש בשם עדות ביהוסף במכר לו השטר במסירה לבד שחייב לשלם עבור הסחורה שקנה ולמהרי"ט הנ"ל דבריו צל"ע עכ"ל הנה במהרי"ט מבואר דדוקא כשקנה המקבל דהמעמ"ש הי' באופן המועיל רק דמ"מ יש אומרים דיכול לחזור על הממחה ובכה"ג דקנה הסחורה ע"ת זה לכ"ע א"י לחזור על הלוקח אבל א"ל חל הקנין מעמ"ש הוי מקח טעות ואונאה כמבואר בתשובת רא"ש כלל ס"ט ס"ה וא"כ קשה על

הבני חיי איך כתב ועוד גם לר"ת וכו' הרי אם מעמ"ש אינו קונה בגוי נם סברת מהרי"ט לא שייכה ומכ"ש דהעדות ביהוסף שפיר קאמר.

תדור לו בש"ת מהר"ח א"ז סרכ"ה השיב בשמעון שה"ל חוב אצל עכו"ם ט' מאות זקוקים ליתן לו בכל שנה רכ"ה זקוקים וביקש ממנו ראובן שיקבל ממנו מאתיים זקוקין וישתתף עמו בכל החוב ונתרצה לו שמעון ואמר להעכו"ם שיכתוב שט"ח בשמו ושם ראובן כי אני רחוק ממך ואני חפץ שיהא ראובן במקומי לקבל הפרעון ולא גלה מהשותפות ורו"ש עשו ביניהם כתב ז"ל בענינו ח"מ באו רו"ש ואמרו לנו הוו עלינו עדים כי אנחנו שנים עשינו חוב בשותפות והלוינו לגוי פלוני כו"כ וכאו"א הלוה חצי הממון זה כמו זה ונתן לנו כתב והשיב דלא זכה ראובן בזה החוב דמעמ"ש בגוי ל"מ כ"ש כאן דגם בישראל לא הי' מהני דלא אמר ללוה תן לו אלא שעשאו לראובן שליח לגבות חובו ואי משום שהודה בכתב לא תהא הודאות פיו יותר גדולה מקנין בטעות דקי"ל דחוזר וגם כאן סבור שחברו קנה חצי חובו ולא קנה והודאה בטעות הוא זו עכת"ד וצל"ע דבשלמא אם הודה שחברו קנה החוב ממנו י"ל דהודאות טעות הוא וכמ"ש הסמ"ע סימן קי"נ סקי"ב ונה"מ בסימן ר"ז סט"ו אבל כאן הודאתו הי' שראובן הלוה חצי הממון לנוי וזה ידע האמת ולא טעה א"כ יועיל כהודאתו דאיסור גיורא.

סעי' כ"ג בש"ך ס"ק ק"ה השיג על מהר"ם אלשיך והעלה דלא שנא קנה במשיכה מטלטלין ל"ש בשאר קנין ונשאר בביתו יש בהן תקנת השוק עיי"ש וכן מבואר בשו"ת בית יוסף בדיני כתובה שאלה וא"ו.

סימן קכח

סעי' א' הפורע חובו ש"ח כתב סמ"ע דל"ד למוכר שט"ח לחבירו דגובה בו דשא"ה דמוכר בכומ"ס ומעמיד לוקח השטר במקומו לגבותו מן לוה שלו משא"כ כאן דפרע חובו של חבירו ואינו לוקח כח ורשות מקודם לכן מהמלוה ע"כ ועדיין יל"ד דכאן מבואר דאפילו הי' משכון ונטלו זה שפרע אין הלוה חייב לשלם ונוטל משכונו בחנם ואבד זה הנותן מעותיו ובסימן ס"ו ס"א איתא דאל"ה לו כומ"ס מקח טעות הוא ויחזיר לו הדמים ולמה כאן אבד מעותיו הא נטל המשכון כדי ליפרע מהלוה ונראה דהכל הולך אחר המכיוון דאם תכלית כונת הפורע לטובת הלוה שלא ילחצנו מלוה וכדומה או לטובת מלוה לפרוע לו כי נדחק למעות וכה"ג ואין כונת הפורע משום הנאתו להרויח לעצמו א"כ מיד שפורע נגמר הענין ונסתלק המלוה ונפטר הלוה ואבד זה מעותיו משא"כ כשנחית כדי להרויח כדרך מקח וממכר שקונה החוב בפחות או אפילו נותן כל דמיו ומשום הנאה

אחרת נחית לקנות החוב וכיון שאין החוב קנוי בלא כומ"ס לא נגמר הענין ומחזיר לו המלוה מעותיו לכן כאן נקט פורע חובו ש"ח דתכלית כונתו לפרוע החוב ובסימן ס"ו נקט המוכר דתכלית הכונה למכור ולקנות החוב לעשות מו"מ ולכן אפילו נתן המעות מקודם למלוה אדעה שיתן לו כומ"ס ויקנה החוב או אדעת שימסור לו המשכון כדי להרויח בו נהי דכ"א יכול לחזור והלוה י"ל לאו בע"ד דידי את מ"מ חוזר על המלוה להחזיר לו מעותיו ואם נותן לו כומ"ס או המשכון קונה לוקח כיון דלא נפקע החוב כלל ועיין קצו"ח נראה ג"כ כונתו ע"ד שכתבתי ומ"ש סוף סק"א אם אומר המלוה קודם פרעון זכה במשכון ודאי זכה הפורע במשכון ולא גרע מכומ"ס בשטר היינו אפילו נחת אדעת פרעון לטובת מלוה או לוה מ"מ אם זיכהו במשכון לפני פרעון או נתן לו השטר בכומ"ס זכה בהחוב כיון שפרשו שמקנה לו אבל כשנחת אדעת מקח אפילו נתן המעות לפני הכומ"ס לא אבד מעותיו אלא מהני הכומ"ס אח"כ או יחזיר לו מעותיו אם חוזר אחד מהן מהמקח ומעשה בא לפני שאחד הי' לו שטר על גוי ובא אצלו שמעון וא"ל אפרע לך כל החוב לזמנים וכשאשלים הפרעון תמסור לי החוב בכומ"ס ושמעון עשה זאת מחמת שהגוי נתן לו בית לדור באגר נטר ואחר הפרעון חזר שמעון ותבע המעות מהמלוה ופסקתי אף דאמר לשון פרעון וגם פרע מ"מ לא אבד מעותיו וחוזר על המלוה כיון דגילה כונתו לקנות החוב ליקח אגר נטר מהגוי ועדיין לא נקנה לו החוב כשם שהמלוה יכול לחזור כ"ז שלא נתן כומ"ס גם הפורע חוזר ומה שדר בהבית אינו קנין על החוב דאינו רק בעד הרבית ואף דדברו בלשון פרעון אין הדין תלוי בלשון רק במה שאנן סהדי על תכלית כונתן בשעת מעשה אם לכונת מו"מ או לפרעון וכמבואר לעיל ס"ס ס"א ובראש"ש פ"ק דקידושין סימן כ' באמר לחבירו השאלני טבעת כדי לקדש בו אשה ובא"ע סימן כ"ח סי"ט ובא"ח סימן י"ד ס"ג וביו"ד סימן רי"ח דאין הולכין אחר הלשון רק אחר הכונה.

משכון וה"ה פרע לאומן שכר הכלי וקבל הכלי חייב להחזיר בחנם הכלי לבעלו ריטב"א ר"פ אין בין המודר ולכאורה למ"ד אומן קונה בש"כ עדיף ממשכון דמה"ט אומן ששיבר הכלי פטור כדאיתא בב"ק דף צ"ח ע"ב משא"כ במשכון עכ"פ בפשיעה חייב לכ"ע ואף דספ"ד הוא אם קונה בש"כ וגם במשכון ספ"ד אי הפודהו צריך להחזירו ללוה מ"מ הוי ס"ס ונ"מ כשאין אחד מהם מוחזק אך לפמ"ש נתיבות סימן ש"ו אינו רק כמשכון.

המלוה דוחקו עש"ך סק"ג איכא לפרושי שהפריש קרבנותיו ונאבדו מיד כהן ובתומים תמה דלא מצינו בקינין שנאבדו מיד כהן שלא יהיו בעלים חייבים באחריותן וקצו"ח כתב דמשנה מפורש בפ"ז דשקלים דתנאי ב"ד בקינין שנאבדו שיהיו מקריבין אחרים

משל ציבור או משל המספק ולע"ד התנאי ב"ד למי שנתן דמי הקינין בשופר והלך לו ואח"כ נאבדו דאינו יודע שנאבד וסמך על הב"ד שיקרבו כמ"ש ברטנורה שם וגם לב"ד אין ידוע מי הוא משא"כ כאן דהמודרו מהנאה מכירו ויודעו דאפשר שבעלים עצמן יפרשו אחרים בזה לא מצינו תנאי ב"ד להפסיד לצבור או להמספק בלא הכרח **הג"ה** דלא כי"ח עמ"ש לקמן סימן רס"ה.

הלכות ערב סימן קכט

סעי' א ואחר שהלוהו צ"ע בערב שיש לו אצל המלוה כסך החוב וא"ל א"ל יפרע לך הלוה תנכה מחובי אם מהני נם בלאחר מ"מ כיון דמלוה מוחזק מחילה אצ"ק ולרמב"ם דלקמן סימן ר"ז סי"א אין אסמכת במחילה אך להחולקים שם מי נימא כיון דבערב לאחר מ"מ מהני קנין ה"נ מחילה הוי כקנין כיון דמוחזק זוכה לו רשותו והוי כקנין ולהש"ך כאן סק"ד דלאחר מ"מ מהני קנין דאין בערבות משום אסמכת א"כ במחילה אצ"ק אבל לסמ"ע וטו"ז דכתבו הטעם דגם לאחר מ"מ י"ל הנאה דמהימן לו לכן סגי בקנין א"כ כשהי' למלוה מעות הערב ליכא הנאה דהימני' ממילא הוי אסמכתא וגם קנין ל"מ ואפילו כשנתערב בשעת מתן מעות ונראה דאי תפס ערב לא מפקינן ועטו"ז לקמן סימן ר"ז סט"ז.

ראובן כתב לשמעון ביד לוי שיתן לו מנה והוא ראובן ישלם ולא הי' לשמעון מעות ונתן המנה יהודא ותובע יהודא לראובן בכתבו הזה נ"ל דראובן פטור דבפ"ק דחולין די"ב איתא דאמר לשלוחו לתרום ושמע אחר ותרם אינו תרומה דהוי תורם שלא ברשות ול"ה שלוחו ובמשתעבד בשטר לכל המוציאו הוצרך הרא"ש לחייבו מההיא דכל המבשרני עיין בלל ס"ח ס"ט וכאן ליכא ראי' וקפידא איכא דזה נוח לו יותר כדאיתא בפחז"ה דמ"ג ולעיל סימן ס"ו סכ"ב וזה עדיף מהאי דהביא ש"ך סק"ו מהרשד"ם סל"ח ומ"מ יכול יהודא להטיל על ראובן חרם אם לא נהנה מהמנה דיורד לשדה חבירו סל"ב חייב הוצאה שיעור שבח.

סעי' ב נשתעבד הערב ראובן נשבע שלא להיות ערב ושוב נתערב חייב לשלם זכל"א ח"ג עלך ערב עכ"ל ד"ג כלל ע"ח סכ"ז ולפמ"ש השעמ"ש הובא בד"ג שם סכ"ו כיון דערבות מכח שליחות אשלד"ע גם בנשבע י"ל כן אף דמלוה אינו עובר ואפילו לא ידע דנשבע הערב מ"מ בטל השליחות וכמ"ש בנוב"ק חא"ע סימן ע"ה דאם משלח לבד עובר אשלד"ע ועיין משובב נתיבות כאן אמנם כשלא ידע המלוה מהשבועה יש לחייב הערב מדינא דגרמי דלא יגרע מאמר לו דלוה בטוח ולכ"ע באמר לו עלך קסמיכנא דחייב

כדבסמוך בהג"ה ושם ליכא שליחות כלל רק חייב מגרמי ה"נ והא דצ"ל הש"ס דערב חייב בהנאה דמהימן דבלא"ה כיון דהוי אסמכתא ולא גמר ומשעבד לא ה"ל להלות משא"כ אחר דערב משתעבד סמך עליו כי הערב בטוח אצלו והוציא על פיו אך לפ"ד ריצב"א וסייעתי' והסכים עמהן הש"ך בסימן שפ"ו דגרמי קנסא ולא קנסו רק בשכיח ורגיל ואין לדמות ה"נ אין לדמות להך דבטוח הוא דשכיח טובא משא"כ הכא נשבע ועבר ונתערב ל"ש כולא האי אך לקמן בסימן קל"ב הוכחתי דאף דבטל השליחות חייב מדין ערבות רק באיסור לא ה"ל לציית וא"כ כשלא ידע המלוה ל"ל כו.

הג"ה בטוח הוא בתומים סוף סק"ג דוקא כשאמר הלוה לו כי בטוח הוא אבל באומר סתם הלוה לו לא מחייב דאל"כ מה צריך ראי' לעיל סימן קכ"ו ס"י במ"ג ונפקד הי' עני דעשו ערמה דחייב הממחה מירושלמי ורמב"ן דעתו דאפילו ידע הממחה והטעהו פטור דה"ל לחקור וקשה דל הך מזה מ"מ הא עפ"י דיבורו לקח זה ללוה שלו והוי כהלוהו דהא בהך מ"ג נסתלק הראשון ונכנס השני ועכצ"ל הואיל ולא אמר בטוח הוא רק המחו סתם פטור דה"ל לחקור בעצמו משא"כ באומר לו בטוח הוא יטעון מה הי' לי לחקור חשבתי כי לא תשקר כי שארית ישראל לא ידברו כזב עכ"ל משמע דכשאמר הממחה בטוח הוא חייב ולע"ד פטור לפמ"ש הטו"ז בסימן של"ב ס"ד דמעשים בכל יום שאדם מוכר לחבירו חפץ ואומר כך נתנו לי סך זה ולא רציתי למכור בזה הסך ואח"כ נתברר שלא הי' שום קונה בסך שזכר וכי בשביל זה יבטל המקח אע"כ דבעינן גלוי מלתא שסמך עצמו על המוכר כגון ששאלו עיי"ש וה"נ בהך דסימן קכ"ו דוקא אם שאלו המקבל אם בטוח הוא דכן דרך משא ומתן לשבח את שלו דאל"כ בדברים שאין בהם אונאה אם אמר המאנה ששוה כו"כ יחויב להחזיר.

סעי' ג' החזיר שטר מעשה בא לפני שהחזיר שטר ללוה שיתן לו שטר חדש עם ערב נ"ל בזה פטור הערב דלא הוציא עפ"י ערב כלום דגם עתה יש לו שטר מהלוה רק אם ה"ל שעבוד נכסי ופטר לקוחות שלקחו עד זמן השני י"ל דהוי כהחזיר שטר או משכון על פיו אבל זולת זה בשלמא כשלא החליף השטר י"ל כיון דעד עתה לא האמין ללוה בלא שטר וע"פ הערב החזיר השטר בהנאה דמהימן לערב ואינו חושש שיכפור לו הלוה נשתעבד הערב אבל עתה דלוה חתם גם בשטר שני ליכא הנאה יותר מחנקו בשוק וא"ל הנח לו ואני ערב דאינו משתעבד אפילו בשטר זולת בקנין כדלקמן ס"ד וס"ה ועיין שער משפט סעיף זה.

או משכון ברדב"ז ח"ג סימן תנ"ט נסתפק אם המשכון אינו שוה כל החוב אם על היתר משויו הוי ערב שלא בשעת מ"מ ושעמ"ש כתב די"ל כיון דעל היתר הוי אסמכתא

גם נגד מה ששוה לאסמכתא נתכוין ובד"ג כע"ח סט"ו כתב ליישב דברי רדב"ז עפ"י דברי רשב"א שבב"י לקמן סימן ר"ז מחודש מ"ו דאם התחייב בדבר שהוא אסמכתא ונתן ערבון על מחצה חייב בכולו כיון דחזינן דעל החצי שנתן ערבון גמר ומקנה ולא נתכוין לאסמכתא אמרינן דבכולו גמר ומקנה את"ד וליתא דאדרבה מוכח מרדב"ז להיפך מדכתב הטעם דחביב על הלוה המשכון והוי כשוה כל החוב ולא צידד מכח דברי הרשב"א ויש לחזק עוד סברת השעמ"ש דכל דאי הוי אסמכתא דאומדנא דלא גמר ומתחייב בחנם בגוזמא וקנס אלא אמר להסמיך חבירו אבל מס שאינו גוזמא ליכא אומדנא ממילא הוי דברים שבלב לומר דלא גמר בלבו להתחייב וע"כ כשמתחייב בדבר ש"ש בו גוזמא במקצת ל"ל מדמקצת שאינו גוזמא גמר ומתחייב גם הגוזמא נתחייב כיון דמה שאינו גוזמא אינו ודאי אבל הגוזמא ודאי להסמיך אמר וע"כ אמרינן להיפך כיון דהגוזמא ודאי לאסמכתא אמר גם השאר לאסמכתא איכוין וע"כ גם בקתא שאינו שוה כל החוב והתנה שאם יאבד יפסיד כל החוב הוי אסמכתא גם נגד החוב וכ"ש באם אוביר דמה חזית לומר מדנגד מיטבא משתעבד ה"נ גמר ומשתעבד האלפא זוזי זיל לאידך גיסא מדאלפא זוזי לא גמר להשתעבד גם במיטבא לא גמר ולא נוציא ממון מספק וכן בערב כיון די"ל הכי והכי לא נוציא מספק משא"כ בהך דרשב"א שנתן הערבון לעכו"ם על המחצה ל"ל מדחצי השני איכוין רק להסמיך ה"נ החצי שנתן הערבון עליו דעל מה שנתן ערבון ל"ל בשום אופן דרק להסמיך אמר כמ"ש הרשב"א וז"ל כיון שנתן משכון ביד האומנים והתנה שאם יעבור יפרע הקנס לבני העיר ולחבירו וידוע באמת שיפרע לבני העיר ולא ינצל מצד האסמכתא א"כ בדוקא התנה וא"ל שבמחצית התנה בדוקא ומחצית האחר באסמכת שבדיבור אחד אמרם ואין דיבור אחד מתחלק לשנים עכ"ל ובזה מתורץ נמי מה שהקשה השעמ"ש על הרשב"א דבקנס עצמו מחצה להקדש ומחצה להדיוט כתב מדחצי להדיוט איכוין לאסמכתא ה"נ החצי להקדש ובערבון לעכו"ם כתב להיפך ולפמ"ש דבהקדש י"ל ג"כ מדחלק הדיוט איכוין לאסמכת ה"נ חלק ההקדש נהי די"ל נמי איפכא פטור המוחזק משא"כ בערבון ל"ל דכולו לאסמכתא איכוין.

ולפמ"ש רשב"ם דערב מחמת שליחות חייב א"כ על היותר מדמי המשכון דלא על פיו הוציא ליכא שליחות ואפילו ת"ל דלאו לאסמכתא איכוין מ"מ בדברים בעלמא בלא קנין לא משתעבד דלפיכך הוצרך הרשב"ם לטעם שליחות דמה שאמר בש"ס בהנאה דמהימן גמר ומשעבד מועיל לסלק אסמכתא ואכתי דברים בעלמא הם זולת מטעם שליחות וכה"ג כתב הר"ן בפירושו פרק ארבע נדרים דף כ"ז ע"ב וא"כ אפילו לא איכוין לאסמכתא לא מתחייב.

ה"ל ערב בשעת מ"מ מעשה ונתפשרו איש ואשתו על גט באופן שיתן לה בעל סך כו"כ ואבי הבעל השליש ביד שליש משכון שא"ל יתן הבעל תתפרע מהמשכון ונראה אף דמה שהשליש ל"מ לסלק האסמכתא כדלקמן סימן ר"ז סי"ב הכא חייב מכח ערב כיון שא"א לגרשה בע"כ וקבלה גט ופטרה אותו משכו"ע בעד התחייבותו אותו הסך הוי כשכירות ומה שקבלה גט הוי כהחזיר שכור ואינו אגיד גבה לכן אפילו בלא משכון משתעבד הערב הגם דב"י בסימן ר"ז סכ"ד כתב לחד תירוצא שכתב לתרץ דברי הרא"ש דערב שנתן משכון כיון דלא הימני' לא משתעבד הא דרישה שם דחה דבריו ותירץ באופן אחר וכן כל אחרונים שם.

סעי' ה' בקנין בש"ך סקי"ב דנתן מעות למחצית שכר אין הערב משתעבד על שבח של הנותן בלא קנין ונשאלתי בראובן נתערב לשמעון בעד לוי על מנה שנתן שמעון ללוי למחצית שכר ועלה הריוח של שמעון חמשים ז"כ ופרע ראובן המנה לשמעון ואמר שמעון חמשים יהיו בעד הריוח וראובן אמר שיהא הכל על הקרן ואחר שהי' המנה ביד המלוה נתרצה ראובן שחמשים יהיו בעד הריוח ועתה חוזר בו והשבתי כיון דראובן לא נתערב בקנין על הריוח אין להוציא מידו נגד הש"ך ונתיבות וא"כ הוי פרעון הקרן אף דמלוה לא נתרצה פרעון בע"כ הוי פרעון כדלעיל סימן ק"כ ס"ב ושוב אין המעות של ראובן רק של שמעון ונפטר מהקרן ע"כ אף דאח"כ חזר ונתרצה שיהיו חמשים בעד הריוח אינו רק דברים בעלמא ואין הדברים מתחלפים בדיבור בעלמא כדלעיל סימן ק"כ בהג"ה סס"ב ואפילו נתן תחלה המנה סתם מסתמא שילם הקרן שכן דרך העולם לשלם הקרן שיש עליו שטר בבירור וכ"ש הערב שאינו מחויב לשלם הריוח מדינא לא שביק אינש מלתא דרמיא עלי' למפרע ויפרע בעד חבירו מה דלא רמיא עליו וליתן בחנם כדאיתא בקדושין דף נ"א ע"ב כה"ג וברא"ש פרק שה"ד ס"ט י"ט ואפילו פרעו בפירש בעד הריוח אפשר דהוי פרעון בטעות דסבר שמחויב מכח ערבותו דל"ל ניחא לו דליקו בהימנותא כדאיתא פא"נ דף ס"ו ע"ב ובתוס' שם דבאסמכת הוי מחילה בטעות ואם ידע דפטור ותכ"ד לנתינת המעות נתרצה שיהא על הריוח תליא במ"ש טו"ז א"ע סימן ל"ח סק"ב דלאחר מסירה ל"מ חזרה תכ"ד ועיין פ"ת לקמן סימן קצ"ה סק"ו ויכול הערב לומר קי"ל ועיין נתיבות סימן ר"ז סט"ו ס"ק ח"י דהיכא דמדינא אינו חייב ויש לתלות בטעות אפילו נתנן לו מדעת צריך להחזיר אם המקבל מודה שלא נעשה החיוב באופן המועיל או יש מגו לנותן.

אפילו כתב לו שטר ראובן תבע ללוי בערכאות בדבר ממון והביאו לתפיסה ולא רצה לפטרו עד שהעמיד לו בן אחיו לערב ונתן לו שטר על ת"ק ר"ט שהודה שקיבל ממנו

ונתחייב לפרעם לז"פ והשיב החו"י סימן קל"ז דאם השטר בלא קנין ומפורסם לכל כי הוקם השטר כדי לפטור דודו א"נ ראובן מודה רק שאומר פרע לי מאחר שהודית והתחייבת עצמך אין בדבריו כלום דמ"מ לא יצא מדין כרב קבלן דג"כ אומר אתן לך וצריך קנין הובא בד"ג כמ"א ס"י ולי צ"ע דמ"ש מהא דכתב הרמ"א לקמן סימן ר"ז סט"ו אם צוה לכתוב בשטר שקנו ממנו בבד"ח אע"ג דלא קנו מהני דהודאות בע"ד כמאה עדים וכתב הסמ"ע שם אע"ג דידעינן בודאי דל"ק מהני הודאתו וכ"כ שם בהג"ה סי"ט ובטו"ז סח"י ובנוב"ק ס"ל אות זיין כתב דאם כתב בשטר שנעשה בקנין אף דשניהם מודים שלא הי' קנין וגם ידוע בעדים שלא הי' קנין מ"מ ההודאה בעצמה היא הקנין כדאמרינן בב"ב דף קמ"ט גבי איסור גיורא ולודי איסור דהנהו זוזי דר"מ ננהו וליקנו באודיתא הרי דהודאה הוא הקנין ואפילו שאינו נקנה בשום קנין נקנה בהודאה ומהני גבי ערב הביאו בפ"ת לעיל סימן מ"ם ובקצו"ח שם נסתפק אי מהני לאחר מתן מעות הודאה שהוא ערב דשמא לא עדיף משטר ותמה אני שלא זכר דברי הרמ"א שבסימן ר"ז ויותר צ"ע דברי החו"י מאחר שהודה שקיבל ממנו ת"ק ר"ט יתחייב מכח אודיתא כאלו קיבל באמת ואף דלפמ"ש הסמ"ע בסימן ר"ז ס"ק מ"ב דל"מ הודאה רק באסמכתא לומר דגמר והקנה הא גם בערב כיון שנתן שטר מתחייב אף במה שאינו חייב רק לאחר מתן מעות יש בו משום אסמכתא והרי הודה שקיבל וגמר ונתחייב ועוד הודאה דאיסור גיורא יוכיח דבכ"מ מהני הודאה כאלו הי' באמת כן.

שטר לפמ"ש הטו"ז בא"ע סימן נ"ג בממרני דלוה חשוב מוציא כיון שיכול למסרו לאחר ה"נ בטראנו שלא נכתב בו שש המלוה וכיון שערב היוצא לאחר חיתום שטרות או קודם חתימה או בשטר בפ"ע תליא בפלוגתא אי משתעבד לאחר מתן מעות י"ל בטראט דמלוה חשוב מוחזק אמנם בשבו"י ח"ג סימן קכ"א הובא בפ"ת לא"ע סימן נ"ג ס"ל דדוקא אם מוכרו לאחר קודש מיתת אשתו וא"כ הכא דלהפוסקים דערב לאחר מתן מעות לא משתעבד בשטר לא התחיל החיוב על הערב כלל נמצא אפילו מכרו המלוה לאחר אינו כלום וקצו"ח סימן נו"ן סק"ב כתב דהא דבממרני הוי כגבוי דוקא כשעומד ליפרע אבל כשכבר פרע ונמכר לאחר אינו עומד לגבות ושוב הלוה מוחזק עיי"ש וה"נ מעיקרא לא עמד ליפרע מהערב דמיד נפל הספק אי משתעבד בלא קנין ובמשפט שלום סימן ר"ג רמז לדברי הקצו"ח והביא משו"ת ב"א חחו"מ סימן למ"ד שהגאון מליסא וב"א דעתם דטראטי ל"ד לממרני כיון שצריך לעשות זירע עליו לא הוי כגבוי לכ"ע.

סעי' ח' אמר הלוה לא לויתי מעולם חייב הערב לפרוע בב"י מבואר משום דכל האומר לא לויתי כאומר ל"פ ויל"ד למה הוסיף הרמ"א מלת מעולם ואפשר דבתוס' כריתות דף

י"ב בגליון הקשו כי היכי באמר לא נטמאתי מתרצינן דבורו לא עמדתי בטומאתי ה"נ באמר לא לויתי די"ל מגו דפרעתי נתרץ דבורו לא עמדתי בהלואה רק פרעתי ותרצו דדוקא לפוטרו מקרבן שלא יביא חולין לעזרה מתרצינן דבורו משא"כ בלא לויתי לא מתרצינן להפסיד חבירו עיי"ש וא"כ הרי יש ספק מדלא מניחין להביא קרבן וה"נ להוי כספק ויפטר הערב דהא במת הלוה פטור הערב כדלקמן סי"א ול"ל הכא דלהפסיד לאחריני לא מתרצינן דמה חזית שלא להפסיד למלוה ולהפסיד לערב דבשלמא הלוה גופא אפסיד אנפשו שלא פירש דבריו מיד ע"כ נתחייב מחדש וגם יורשיו אחריו כאלו נתחייב באודיתא מאז אבל הערב א"א לחייבו רק על שעת ערבותו ושמא כונתו לא עמדתי בהלואתי ובתוס' פשה"ד דף מ"א ע"ב בד"ה כל האומר כתב ריב"א דבלהד"ם ל"ש לתרוצי לישני' וא"כ גם כשאמר לא לויתי מעולם ל"ש לתרוצי לא עמדתי בהלואתי מעולם דודאי עמד בהלואה זמן מה עד שפרע אבל נגד לוה עצמו אפילו לא אמר מעולם כל האומר לא לויתי כאומר ל"פ כמבואר ברמ"א לעיל ריש סימן ע"ט לכן לא הוסיף שם תיבת מעולם וכיון דהב"ח וש"ך בלא"ה גמגמו בדין זה מסתיין דגם להרמ"א רק כשאמר מעולם.

בש"ך ס"ק י"ט הב"י קאי אלוה עכו"ם אפשר הכונה דהב"י תמה מה נסתפק הר"א הא כיון שאומר להד"ם הרי מודה שלא פרע דכל האומר לא לויתי כאומר ל"פ ולכאורה י"ל דהא כשאמר לא לויתי כ"ז שלא באו עדים יכול לחזור ולומר לויתי ופרעתי כדלעיל סימן ע"ט ובתומים בכללי מגו ס"ק קל"ג כתב דכיון דבין שלא לוה או פרע פטור לא דייק בטענתו וכ"כ בנתיבות סימן ע"ב סח"י ובקצוי"ח סימן פ' סק"ג כתב ג"כ כעין זה דכל זמן שלא נתחייב עדיין בטענה ראשונה ל"ש הודאות בע"ד וכמי שלא נחקרה עדותו דמי ועיי"ש וא"כ כאן דליכא עדים ולא נתחייב עדיין כמי שלא נחקרה וי"ל דלא דייק בין פטור לפטור ואפילו אינו חוזר איך יחשב הודאה נגד הערב ואף דערב גופא עד אחד שלוה דל"ח נוגע בזה דאדרבה אם הי' מודה לעכו"ם שלא לוה הי' הוא נמי פטור מ"מ נגד עד אחד נוכל לתלות דלא דייק עיין נתיבות סימן ל"א ואף דלפי המבואר לעיל סימן ע"ה סי"ג דבטוען להד"ם והוציא עליו ע"א שלוה וחזר ואמר לויתי ופרעתי ה"ל משואיל"מ א"כ ה"נ כיון דערב הוא ע"א שלוה מתחייב הלוה מיד ויש הודאות בע"ד מ"מ מה קושיא על הר"א שנסתפק הא בזה פליג הרשב"א כמבואר שם בב"י וסמ"ע והובא בש"ך שם ס"ק ל"ח א"כ שפיר יש מקום ספק דאם ע"י ע"א א"י עוד לטעון שפרע הוי הודאה וחייב הערב משא"כ אם יכול עוד לחזור הרי ליכא הודאה עדיין וכאלו לא הודה כלל ולא גרע ממת הלוה דפטור הערב אמנם בלוה עכו"ם כשאמר לא לויתי ויש ע"א שלוה מתחייב

מיד דנגד ע"א מחויב שבועת התורה וגוי חשוד הוא כמ"ש קצו"ח סימן צ"א סק"א א"כ מתחייב מיד לשלם א"כ תו הוי כהודאה דמחיוב לפטור א"י לחזור ואף דדעת מהרש"ל בטענה שכנגדו צריך לישבע וליטול יכול הנתבע לחזור ולטעון ובחשוד וע"א מכחישו צריך שכנגדו לישבע וליטול כמבואר לעיל סימן צ"ב בש"ך סק"ח הא הש"ך מסיק בריש סימן פ' סק"ה דלא כמהרש"ל ועוד כיון דהא דבחשוד שכנגדו נשבע הוא תקנ"ח אפשר לא תקנו בעכו"ם כדאיתא בב"ק דצ"ו.

הערב חייב עיין בית מאיר א"ע סימן נו"ן סוף ס"ה והובא בפ"ת שם בס"ק י"ב:

סעי' י' הלוה גברא אלמא כתב בשו"ת אורח לצדיק חחו"מ ס"י דאם טוען הערב שימתין המלוה לו עד שיעשה דין עם הלוה בערכאות דאין המלוה צריך להמתין והערב יפרע מיד ומלוה יתן לו כחו וזכותו כדי שיוכל לעשות דין עם הלוה בערכאות.

סעי' י"ב שנתן דמי הפרעון לערב בתומים ונתיבות כתבו דבע"ק הכל מודים דנפטר הלוה ואינו דיפה כתב טו"ז דמעולם לא הימני' לערב לחוד רק בצירוף הלוה וא"כ זה טעם לחייב ללוה גם בע"ק ואם לוה פרע בעד הערב חוב לאחר כדי שיפרע הערב חוב זה בעדו נ"ל דלכ"ע לא נפטר הלוה דגם ההג"ה לא אמרו רק כמ"ש שנתן דמי הפרעון לערב ליתנם למלוה והבו דלא לוסיף וכן אם ביני ביני העני הערב ואח"כ נתן לוה הפרעון לערב לא נפטר וכמ"ש בפ"ת סימן רצ"א ס"ק ט"ז בשם ריטב"א עיי"ש.

סעי' כ' על הלוה כלום עיין מהרי"ט ח"א סימן קכ"ב הבאתיו לעיל סימן קכ"ו סס"ט ובשו"מ תליתאה סימן תנ"ד נשאל שמעון ביקש לקנות חפץ ואמר לראובן בעל החפץ יש לי אח איש אמוד אולי ירצה ליקח ממך החפץ עבורי ושלח המוכר לאחיו של שמעון ודיבר על לבו עד שנתרצה ליתן טראט על דמי החפץ על שני חדשים והביא השליח הטראט להמוכר ודיבר על לב המוכר הלא אתה ידעת כי איש אמוד הוא תן החפץ לשמעון והשיב המוכר הטראט יהא בידך עד אשר ישלם ונתן החפץ לשמעון והטראט נשאר ביד השליח ובז"פ נתן אחי לוקח שטר מברחת על נכסיו והשואל דימה נידון זה להך דלעיל סימן קכ"ו ס"י דהוי מחילה בטעות דלא נעשה עני בשני חדשים והשו"מ דחה דבריו דהך דקכ"ו כבר נתחייב משא"כ בנידון השאלה לא נתחייב שמעון מעולם ובמה יתחייב במחילת מוכר בטעות אף אם ידע שמעון שאחיו עני אין להמוכר עליו רק תרעומת שגרם לו היזק שהטעהו אבל אינו גרמי רק גרמא דלא נעשה ההיזק תכף עיי"ש ולפע"ד כשידע שמעון שאחיו עני והטעהו דמי להך דסימן קכ"ו דהעלה הש"ך דחוזר ה"נ בנידון זה הוי מכירה בטעות ולא הי' שום קנין עד שבא החפץ ליד שמעון וכיון דמכירה בטעות הי' חוזר המקח ואפילו הגוזל ומאכיל לפני יאוש רצה גובה מהשני כ"ש הכא

דבתחלה בגזלה בא ליד שמעון כיון שהטעהו והוי מקח טעות ועיין בית מאירא"ע סימן צדיק ס"ט ולפ"ד שם הוי ספ"ד כשלא ה"ל לפרוע בז"פ אבל בהטעהו שידע שהי' עני בשעת מכירה ודאי הוי מקח טעות ועוד אפילו לא הטעהו ולא עשה שום ערמה אם נודע אח"כ שהי' עני עכ"פ בכלל אונאה הוא כמבואר לעיל סימן ס"ו סל"ד רק דאין לשטרות אונאה וה"נ י"ל בחוב בע"פ דאינו ממון בעין וכמ"ש לעיל סימן קכ"ו ס"י משא"כ זה שמכר חפץ כיון דעני הי' בכלל אונאה הוא דטראט של עני אינו שוה החצי מדמי החפץ ובטל המקח ומ"ש השו"מ דרק גרמא הוא אינו טענה כיון דמשתרשי לו ונהנה בחסרונו של זה גם גרמא חייב כמ"ש הרא"ש פרק כיצד הרגל ס"ו ולקמן סימן שס"ג ס"ו אך איני רואה שגרם שמעון כלל דאף שאמר לו יש לי אח איש אמוד אולי ירצה ליקח ממך היינו כיון שאיש אמוד הוא יקח החפץ ויתננו לו בחנם ואח"כ כששלח טראט השליח דיבר על לב המוכר שהאיש אמוד הוא וא"כ לא הטעהו ולא גרם לו שמעון כלום אף אם שמעון עצמו שם הדברים בפה השליח אין על שמעון חיוב מדד"ג כדלקמן סימן שפ"ח סט"ו בהג"ה וכיון ששמעון עצמו לא אמר שיקיף לאחיו כי בטוח הוא מוכח דפטור אף דמשתרשי לו כמו שהוכיח התומים לעיל ס"ב מהך דסימן קכ"ו ולפמ"ש לעיל ס"ב י"ל אף דאמר לו שמעון בטוח הוא אחי פטור דכך דרך התגרים ולא ה"ל למוכר לסמוך עליו וה"ל לחקור בעצמו מאחר דשמעון נוגע בדבר אם לא דהוי מכר בטעות כמ"ש.

סעי' כ"ב הג"ה מי שנדר שכר לחברו שיערב בעדו אם קיבל קנין ליתן לו שכר חייב כפי מה שקצב וא"ל קיבל קנין א"צ ליתן לו שכר באמירה בעלמא כתב בהגהת יד אפרים בסימן רס"ד ז"ל צ"ע שמקורו מתשובת הרא"ש ושם מבואר שנדר לו בחכירות שחכר ווש הפרש בדבר דבאמת שותפות מתקיים בדברים בעלמא רק טעמו כיון שערבות אינו דבר שנותנין עליו שכר א"כ אם טוען משטה הייתי בך ולא אמרתי זה רק שיהא ערב בעדי א"צ ליתן לו ולכך מייתי מהך דשטף נהר חמורו וכ"כ בב"י סימן קפ"ג בשם הרשב"א עכ"ל נראה מדבריו דצריך לטעון משטה הייתי בך כיון דשותפות מתקיים בדברים בעלמא משא"כ בהא דרמ"א דהוא רק שכירות אף דלא טען משטה חתר בו משום דלא קנה וקשה הא גם שכירות אצ"ק כיון שעשה פעולתו ומ"מ אצ"ל משטה הייתי כמו בטול דינר והעבירני וכמבואר בש"ך לעיל סימן פ"א סק"ו ובתשובת מיימני דספר משפטים סימן ס"ד מבואר משום דאנן סהדי דלה נתכוין בלב שלם לתת לו ובאמת בתשובת הרא"ש ג"כ לא טען משטה הייתי אדרבה אמר אמת שיש לך הרביעי בחכירות אלא דטען שיהא שותף גם ביין שאצרו אח"כ והשיב הרא"ש דבלא קנין לא מתחייב כלום ונראה כונת היד אפרים דבשלמא אם שכירות לבד הוא י"ל אף דשכירות א"צ קנין משום

דבעד הפעולה מתחייב אבל בדבר שאין נותנין עליו שכר או ביותר מכדי שכרו רק מתנה הוא וישנו בחזרה ומה שחוזר עתה כאלו אמר משטה הייתי בך כיון דאין מגיע לו שכר לא נתכוין בלב שלם לתת ולא גמר להתחייב וכ"ז כשלא נתן לו השכירות עדיין אבל בהבטיח לו חלק בהעסק דשותפות מתקיים בדברים מיד שחכר החכירות מהקהל זכה הערב בחלקו כיון דאז עדיין לא חזר בו החוכר ודעתו הי' שיהא הערב ג"כ שותף ואיך יחזור עתה א"ל כשטוען משטה הייתי ולא נתכונתי לחכור לשם שותפות אמנם ברא"ש מבואר דלא טען משטה הייתי בך ובלא"ה צל"ע דברי הרא"ש דנהי שאין דרך ליתן שכר בעד ערבות מ"מ הכא אינו שכירות לבד רק שותפות כי סייעו בהעסק דלולא ערבותו לא הי' הקהל מחכירין לו ועיין לקמן סימן קפ"ג ס"ז בהג"ה אמנם הרא"ש בתשובה שם כתב דהערב אינו שותף עמו בחכירות וכתב עוד שכר הערבות הוא מקבל ולא חכר עם שמעון כלום מן הקהל הלכך לא מיחייב בלא קנין עיי"ש וצריך הבנה הא התנו שיתן לו רביעית והוי שותף והחוכר בשליחותו חכר מהקהל ובאמר לו קנה ואשתתף עמך הוי שותף כמ"ש לקמן סימן קפ"ב ס"א בהג"ה ונראה דבאמת לא נכנס לשותפות גם להיזק ולהתעסק רק יטול רביעית בריוח בשכר ערבותו וא"כ אינו שותף כלל דל"ל החוכר הי' שליחו דא"כ הי' שותף גם להיזק ואפילו ת"ל דהוי כשותף על תנאי שיקבל השליח עליו אחריות דמתנה ש"ח להיות כשואל מ"מ כיון דקהל דעתם להקנות לבעל המעות היינו מי שנתן להם השט"ח דחייב עצמו ליתן מעות בעצם וראשונה וראובן רק ערב א"כ לא זכה ראובן אפילו נתכוין החוכר לזכות גם בעד ראובן וכמבואר לקמן סימן קפ"ג בש"ך סק"ב ואע"ג דש"ך כתב שם דבאיל זיל זבין לי שאני הא כתב נתיבות שם הטעם דמיד שנתן השליח מעותיו הוי כאוזפינהו למשלח ונתחייב לו בהם כיון דא"ל זיל זבין נמצא המשלח הוא בעל המעות וא"כ הכא דלא נכנס לשותף רק על הריוח ולא מתחייב כלום בחכירת החוכר ולעולם לא יחויב ליתן מעות זולת בתורת ערב א"כ ודאי ל"מ שליחות אח"כ הודיע לקהל נמצא דאמת הוא שאינו שותף רק שכירות פסק לו וכיון דאין ראוי לשכירות הוי מתנה ויכול לחזור גם בשלא טען משטה הייתי ויפה כתב הרמ"א מי שנדר שכר ול"ק קושית הי"א.

ולפ"ז אם נדר לו שיהא שותף ממש להיזק וריוח דנמצא כיון דאמר זיל זבין חשוב נ"כ בעל המעות וכיון דמודה שלא הי' כונתו להשטות זכה מיד בחלקו ואין שום אחד יכול לחזור ויותר נלע"ד דא"י לטעון משטה כיון דלולא ערבותו לא הי' חוכרו ונכנס עמו לשותפות גם להיזק זכה מדינא בחלקו דסייעו בהעסק.

ואם לא פרשו רק שיקח רביעית והי' היזק נ"ל דא"צ לשלם מביתו דליכא אומדנא שנשתתף גם להיזק די"ל דבשכר ערבותו ולא הי' אפשר בלעדו דעת שניהם רק לרביעית ריוח דאזלינן בזה אחר אומדנא כמ"ש הב"ח סימן קע"ו ס"ח ושו"ת גוא"י סימן קי"ח הובא במשפט שלום סימן קע"ו ס"ו וכ"ש הכא דיש אומדנא דלא נכנס לשכר והפסד דא"כ אין לו שכר ערבות ומש"ה כפל ושילש הרא"ש דאינו שותף בחכירות.

א"צ ליתן לו שכר בתומים כתב דהיינו יותר מכפי שומת ב"ד שיש סדר ליתן בכיוצא ובאמת ברא"ש משמע דא"צ ליתן כלום וכן בקצוו"ח השיג עליו אלא דבזמן הרא"ש לא היו נותנין שכר כלל ובזמנינו דנהוג ליתן שכר בעד ערבות מודה הרא"ש כן מבואר בשו"ת נוא"י חחו"מ סימן ע"א.

סימן קל

סעי' א' אם פרעו עסמ"ע בהג"ה ונתיבות הקשה הא הוי כערבו לוי ונכרי בעד ראובן וכששילם לוי מחויב הגוי להחזיר לו החצי ושמעון חייב להגוי ויחזור ללוי משדר"נ ותירץ שלוי פשע שלא ה"ל לפרוע עד שיודיע ללוה לכן גם הגוי ערב הלוה פטור אבל אם הי' ראובן במדה"י צריך שמעון להחזיר החצי ולא ראה ברשב"א דמבואר דראובן ברח ועיקר קושית הנתיבות לק"מ דלוי נתערב בעד ראובן אחר הז"פ בקנין ולא א"ל הגוי שיכנס ערב וא"כ נגד הגוי הוי לוי פורע חובו שלא מדעתו משא"כ הך דסימן ע"ז שערבו בשעת הלואה במעמד אחד ונעשו אז ע"ק הוי כאמרו זל"ז הכנס קבלן עבורי ול"ד לפורע חובו ש"ח של"מ כמבואר בש"ס שם סק"ה אבל כאן נהי דאחר שנתערב לוי בקנין בעד ראובן מוכרח לפרוע כשיתבענו המלוה מ"מ הוי כפורע חובו ש"ח של"מ נגד הגוי כיון שלוי נתערב שלא מדעת הגוי שו"ר בנתיבות סימן קל"ב ס"ד חילק בין נעשו ערבים ביחד או זה שלח בפני זה.

סעי' ו' חוזר וגובה מהיורשים בבע"ת של"ה ח"ב ס"ב ז"ל ובערב לישראל פסק הר"ם כמו כן שאעפ"י שפרע ולא הודיעם אם היו על הדרכים שזכרנו היתומים חייבים לפרעו ונוכל כומר כי לפי מה שפסק הוא יצטרך כשא"ל אביהם ערבני ושלם והקשה בשעמ"ש כיון דמת הלוה בטלה הרשאתו ושליחותו כדלעיל בר"ס קכ"ב ואין רשות לערב לפרוע חוב של יתומים שלא מדעתם שי"ל דלמא הי' מוחל לנו חובו ולע"ד כיון דלא רצה להלוות לו עד שאמר ערבני ושלם ואדעת כן לקח המעות הרי נשתעבד הוא ונכסיו שאם ישלם תערב מעצמו יגבת מנכסיו ואפילו בחייו כשיצווח לערב שלא ישלם אין יכול לחזור דבלקיחת המעות נתחייב בזה שיוכל הערב לשלם מעצמו ויוכרח להחזיר לו ואף דאין

המעות הלואה של הערב מ"מ משתעבד מדין עבד כנעני כמו הילך מנה והתקדש לפלוני בפ"ק דקידושין ולקמן סימן ק"צ ס"ד ואף דרמב"ם השמיט הך דסימן ק"צ ס"ד מ"מ הדין מוכרח כמ"ש בביאור הגר"א שם מב"ק דף ק"ב ע"ב דאי אודיענהו לסהדי ולבעל השדה קנה ר"ג ע"י מעות אחר.

ועוד דפירשב"ם בפג"פ קע"ג מ"ב דשליחותא דערב קעביד מלוה וכאלו הוא עצמו הלוה וצ"ל מה דלא יתבע הערב תחלה דהוי כתנאי שא"ל ימצא נכסים ללוה יהא הערב הלוה ומלוה שליח שלו וא"כ כשא"ל ערבני ושלם נעשה השליחות על תנאי זה שאם הלוה לא יקדים עצמו לשלם וישלם הערב מעצמו יהא למפרע המלוה שליחו של ערב א"כ הערב לוה מהמלוה ונתחייב לו והדר תלוה להלוה ונתחייב לו הלוה ונשתעבדו נכסיו ואין בידו לחזור ע"כ גם כשמת אין רשות ביתומים למחות בו מלשלם.

סימן קלא

סעי' א' יכול לחזור ואם מת הוי כחזר כמ"ש נתיבות סימן פק"ח ואם נשתטה תליא בפלוגתת הפוסקים כמבואר בסימן תק"ח בקצו"ח ונתיבות במינה שליח ונשתטה ה"נ לדעת קצו"ח ושעמ"ש בסימן קל"ב משום שליחות הוא וגם לנתיבות י"ל כיון דחיוב הערב אינו חל רק בשעת נתינת המטות ללוה על פי הערב כשנשתטה אינו בר חיוב ועיין תוס' קידושין דף ע"ח ע"ב ד"ה ל"צ ונתיבות סימן סמ"ך ס"ו סק"י ודו"ק ועמש"ל סימן קכ"ב ס"א.

אפילו קנו עסמ"ע הטעם דקנין בלא בד"ח וכו' ובב"ח ותפארת שמואל כתבו אפילו קנו בבד"ח יכול לחזור ובתפארת שמואל כתב הטעם דמסתמא דעתו שלא יהא ערב עד אחר נתינת המעות וצ"ע מלקמן סימן קצ"ה ס"ה בהג"ה דבסתם אמרינן דהוי מעכשיו באופן המועיל דודאי בכדי ל"ה עביד ובמרדכי ס"פ ג"פ מבואר כהת"ש ול"ל שאני היכא דמסתמא דלא מעכשיו מקנה וכמו בב"ב דף קנ"ב ולקמן סימן ר"נ ס"ט בשכ"מ שקנו מידו דא"ל פירש שנותן מעכשיו לא מהני.

סעי' ד' כי י"ח החי"צ כתב דלדעה זאת אפילו לא התרה הערב במלוה פטור ודעת מהרש"ך וביאור הגר"א דבלא התרה בו לא יצא מהערבות וכתב הפ"ת אף דהוי ס"ס דפלוגתא אין להוציא מהערב עיי"ש ולפמ"ש נתיבות בכללי תפיסה דבשטר וספק פרעון מוציאין בס"ס ה"כ כיון דודאי נתערב וספק נפטר חשוב כספק פרעון כמ"ש בפ"ת לעיל סימן קכ"ט סק"ח וסק"ט.

סעי' ז' וכל מה שיברר מעשה באחד ששלח שליח לשכור לו בע"ג להוליך משאות באשר ימצא גוים או ישראלים ושכר גוים והלכו להמשלח והטעינם ולבסוף עיכב שכרם ותבעו השליח בדיניהם וזכו אותו עם ההוצאות שעשו וגם השליח הוציא להציל עצמו ואמרתי דזה דמי לכאן ס"ז וס"ח דה"נ מוטל על המשלח לפרוע רק השליח שכרם והוי כערב בעד משלח ואף דתומים כתב דבעבד לטובת עצמו אין חבירו נתפס עליו וה"נ השליח בשביל שכרו עשה מ"מ מוכח בתומים דרק בעלילה אמרינן אין אדם נתפס על חבירו ומה דהוצרך לתרץ מהך דס"ח דמשום שההפסד בא על השותפות קודם חלוקה היינו משום דמשמע לו לשון כל ההפסד גם עלילה אבל זה שנתחייב השליח ההוצאות אין עלילה דכך דיניהם ומבואר בטו"ז ס"ס קכ"ח ונתיבות שם דכל שהעכו"ם הי' יכול לתבוע לשמעון בדיניהם לא שייך הדין דנתפס על חבירו וחייב לשלם וכמו שמבואר לעיל סימן צ"ג סט"ו דצריך לשלם לו כל מה שיוציא הוצאות ושוחד וכן נפסק במותב הלתא ב"ד.

סעי' י' על תנאי ראובן שנתערב לשמעון בעד לוי אחר מתן מעות בקנין אך שיעשה חשבון עם לוי ויברר שחייב לו פטור הערב כיון דע"ת נתערב הוי אסמכתא ועוד דאין הקנין מועיל אא"כ במעכשיו אבל אם אמר לו קנה סודר זה ותקנה חפצך לי לאחר למ"ד יום לא קנה וה"נ החיוב הוא חל לאחר שיברר מהרשד"ם חחו"מ סימן פ"ח וטעם ראשון פלוגתא הוא כאן וטעם שני ג"כ אינו רק להר"ן בנדרים דף כ"ז ע"ב דאף דסתם קנין הוי מעכשיו מ"מ כל שהתנה באם יהי' אינו מעכשיו אבל דעת רשב"א ות"ר ושטה לנדרים הובאו ביתה יוסף לקמן סימן ר"ז מחודש ל"ו דכל כה"ג לא אמרינן ליבטל הקנין משום דאינו מעכשיו ועוד דבתו"ג לא"ע סימן קמ"ג ונתיבות סימן רמ"א הכריח בראיות דכל תנאי חוץ מאם הוי כמעכשיו וא"כ אם תפס מן הערב אין להוציא.

סעי' י"ד ערוב זה לפלוני ואני ערב לך הר"ז כמו שאמר הלוהו ואני ערב ואצ"ק זה דעת רמב"ם וכתב ה"ה סמך לזה מפרק אלו נאמרין דף ל"ז ע"ב ערבא וערבא דערבא ולע"ד צל"ע דמשם אינו ראי' דהי' בכריתת ברית ובאלה ושבועה וגם כל דבר הנעשה ברבים א"צ קנין וכן לפני ראשי העיר כדלעיל סימן כ"ב ס"א בהג"ה ובסוף סימן קס"ג ובד"מ לקמן סימן של"ג ובב"י סימן של"ד ולפמ"ש רשב"ם בפג"פ דף קע"ג דלפיכך ערב משתעבד דשליחותא דערב קעביד מלוה וכאלו הוא עצמו הלוה א"כ כאן צ"ל דמלוה נעשה שליח לערב שלו והערב נעשה שליח לערב שלו וכאלו הערבא דערבא בעצמו הלוה והרי כיון דערבא דערבא לא נתן כלום ליד הערב הוי רק מילי ומילי לא ממסרי לשליח עיין א"ע סימן ל"ה ס"ו בהג"ה ובחמ"ח שם ואפילו בממון דינא הכי כדאיתא בפרק כל הגט דף כ"ט ולקמן סימן רמ"ד ומ"ש בנתיבות סימן קע"ו סכ"ו דל"ש מילי לא

ממסרן רק לענין לעשות שטר ועדים משא"כ הכא הרי ציוה לו להוציא ממון והוציאו על פיו הנה בסימן רמ"ד מבואר בקצו"ח ונתיבות דגם בממון דעלמא שייך וצ"ל מ"ש בסימן קע"ו לשיטתו דס"ל בסימן קכ"ט דערבות לא מטעם שליחות הוא וכיון שהוציא על פיו יש בו משום ערבות אבל לפירשב"ם וכן הוא בקצו"ח לעיל סימן קכ"ט ובמשובב נתיבות וכ"ד השעו"ש דערבות משום שליחות מתחייב קשה כאן אך מה דרשב"ם הוצרך לטעם שליחות דנהי דהנאה דמהימן לו מסלק האסמכתא מ"מ איך יתחייב בלא קנין אבל להרמב"ם והש"ע לעיל סימן מ"ם מתחייב במה שאינו חייב בלא קנין אם ידענו דגמר ומשתעבד ולא כיון להשטות כגון שאמר א"ע ובערב דבהנאה דמהימן גמר ומשתעבד א"צ אתם עדי ול"צ לטעם שליחות משא"כ לדידן דפסקינן דבלא שטר או קנין לא מתחייב בחנם עכצ"ל כאן משום שליחות הק"ל וגם ל"ל מה דנשתעבד הערב וחייב עצמו יהא כשליח לערבא דערבא דכבר כתבתי לעיל סימן קכ"ו ס"ח דל"ל בזה שליחות כיון דאיהו לא מצי למיעבד לחייב חבירו לא מצי משוי שליח ולפ"ז אפילו נתערב בקנין ערב ראשון ל"ל דחייב הערבא דערבא מתורת שליחות כאלו הוא קיבל בקנין כיון דאפילו יקבל קנין לחייב חבירו לא מהני ואפשר חייב הערבא דערבא מכח גרמי דלא יגרע מאמר לו הלוהו כי בטוח הוא וזה אמר לו עלך סמיכנא כדלעיל סימן קכ"ט ס"ב ה"נ ערב ראשון קיבל עליו הערבות מחמת דערבא דערבא א"ל אני ערב לך ואם יחזור בו הרי גרם לו היזק ומה דהוצרך רשב"ם לומר מטעם שליחות כיון דערב כ"ע מודה צ"ל טעם כולל גם למאן דלא דאין דד"ג ולפ"ז במת הערבא דערבא אפשר דיורשים פטורים כמ"ש הנתיבות לעיל סימן קכ"ט ס"ב והש"ע שאמר הר"ז כמו שאמר הלוהו ואני ערב משום דס"ל דיכול להתחייב בחנם בלא קנין ושטר וכמ"ש אך לא ברי הזיקא ואף דההיזק נעשה מיד דנשתעבדו נכסיו מיד כשנתערב בשטר מ"מ בלא שטר לא נעשה ג"כ ההיזק מיד וה"ל רק גרמא עיין נתיבות לעיל סימן נ"ה סק"ב והך דבטוח הוא אפשר חשוב דנעשה ההיזק תיכף כיון דלהוצאה נתנה והחוב אצל עני לא שוה כלום משא"כ כאן לא נתן מכיסו עדיין כלום ולא ברי הזיקא אם יחויב ליתן וגם בגרמי אין לדמות זה לזה דלא קנסו רק במידי דשכיח ורגיל כמ"ש הפוסקים וש"ך בריש סימן שפ"ו ובס"ק כ"ה א"כ אפשר הא דאמר לו בטוח הוא רגיל ושכיח מהא דברוב לפלוני ואני ערב לך גם לא הבנתי מה זו סמיכה של הה"מ מהך דאלו נאמרין דשם הערבא דערבא היינו אם גם ערב ראשון לא ישלם הוא והוי כמו שאמר הלוהו לזה ופלוני ערב לך ואם הערב לא ישלם אשלם אני לך משא"כ כאן ערב שני נתחייב לערב ראשון.

אמנם ק"ל אי ערב מטעם שליחות הוא למה צ"ל בפנ"פ דף קע"ד ע"ב דערב דכתובה לא משתעבד משום דמצוה עביד ולאו מידי חסרה ת"ל דבלא"ה ל"ש לומר שם שליחות וא"ת דהיינו הטעם דלאו מידי חסרי' עדיין למה קבלן דכתובה משתעבד באמירה וגם למה בפטרו ללוה על פיו מתחייב כדלעיל סימן קכ"ט ס"ג בהג"ה וכי מצי הערב לפטור חוב חבירו וא"כ מידי דאיהו לא מצי עביד לא משוי שליח ול"ל מלוה שפטר החוב שלוחו של ערב הוא וכן לעיל סימן קכ"ט ס"ה בהג"ה לדעה ראשונה מם שליחות שייך שם וכן לעיל סימן קכ"ו סי"ט לדעה ראשונה מתחייב הערב ול"ש שם שליחות ואף די"ח מ"מ הרי הש"ך כתב שם וכ"ד גד"ת דכ"ע מודו דמתחייב הערב.

לכן נ"ל דגם לפירשב"ם א"צ בזה דין שליחות רק לשון שליחות דכשעושה על פי שליחות וצווי שלו גמר ומשעבד נפשי' בההוא הנאה והיינו דל"ח הנאה רק כשעושהו שליח וכמבואר בנדרים פרק אין בין המודר דף ל"ו ע"ב הא קמהני לי' דקעביד שליחותי' ובתוס' גיטין פרק האומר דף ס"ו ד"ה כל השומע קולו יכתוב כתבו אע"ג דגבי מודר הנאה מחבירו דתורם לו תרומתו כשאמר כל הרוצה לתרום דלא מהנה לו כיון שלא ציוה לו לעצמו אבל שליח הוא דבתרומה בעינן שליחות לכן גם בגט מהני עיי"ש הרי להיפך אף דלדין הוי שליח לא חשוב הנאה כיון שלא ציוה לו לעצמו ה"נ כאן אף במקום דל"ל שלוחו כמותו מצד הדין מ"מ כשאומר לשון שליחות ועושה המלוה לווי של הערב ומהימן לו הוי הנאה וגמור ומשעבד נפשו איברא דלשון רשב"ם דשליחותא דערב קעביד מלוה כאלו הוא עצמו הלוה משמע משום דשלוחו כמותו ממש.

מעשה שאמר ראובן לשמעון ערוב בעד לוי ליהודא שילוה לו מעות ואני ערב לך וכשקיבל לוי המעות מיהודא הלך שמעון ותפס המעות מן לוי בעד חוב שהי' לו אצלו מכבר ולא הי' לו ללוי לשלם אח"כ החוב ליהודא והוצרך שמעון לפרוט נ"ל דראובן פטור לפי המבואר בפרק מי שהי' נשוי דף צ"ב נהי דאחריות דעלמא קיבל עליו אחריות דנפשי' מי קיבל עליו ובחו"מ סימן רכ"ו ס"ב ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות וחזר ולקחה משמעון באחריות וטרפה ב"ח של ראובן א"י לחזור על שמעון שאף שלא קיבל אחריות לשמעון אחריות עצמו קיבל שלא והא הוא המוציא לעצמו וא"כ נהי דמלוה להוצאה ניתנה ולזה נתערב ראובן שאם לא יהא ללוי לפרוע ויפרע בעדו שמעון יפרע הוא מ"מ י"ל אם לא תפסת המעות הי' לוי פורע בעצמו ליהודא אף שהי' מוציא מעות זה בעסק הי' עושה מעות מעסק דלא קבלו למשתי בי' שיכרא.

סימן קלב

סעי' א' קטן שערב לאחרים אינו חייב לשלם כתב הה"מ משום דערבות הוא אסמכת א"ל מפני שהלוהו על אמונתו גמר ומשעבד נפשו ואין לקטן דעת כדי לשעבד עצמו בזה ולכאורה בלא"ה י"ל כיון דאין שליחות לקטן וערב משום שליחות משתעבד כפירשב"ם ומצאתי שכ"כ השעמ"ש וכתב עוד וז"ל ובאמת אף הערב לעכו"ם אינו מתחייב מדינא כיון דאין שליחות לעכו"ם ויש לה"ר מלקמן ס"ס קע"ז דשותף שאמר לחברו גנוב וכל נזק שיגיע לך אשלם לך פטור דאין זה שלוחו לד"ע ובמה נתחייב לו ואמאי לא יתחייב מתורת ערבות א"ו לא עדיף ערבות משליחות וה"ה כל הני שאינן בתורת שליחות לא מתחייבי נמי מתורת ערבות עכ"ל מ"ש אף הערב לעכו"ם אינו מתחייב מדינא ק"ל מפרק איזהו נשך דף ע"א ע"ב אל תקח מאתו נשך אבל אתה נעשה לו ערב לנכרי ופריך הא דיני' דנכרי דאזיל בתר ערב איהו ניהו דשקיל מיני' רבית אר"ש שקבל עליו לדון בדיני ישראל אי קיבל עליו לדון בדיני ישראל רבית נמי לא לשקל א"ר ששת שקבל עליו לזו ולא קבל עליו לזו ע"כ הרי לס"ד שקבל עליו לדון בד"י סתם הוי ערב על הקרן רק על הרבית פריך דלא לשקל משום איסור רבית הלא אינו ערב כלל כיון דאין שליחות לנכרי לא אנן לדידהו ולא אינהו לדידן וא"ל כשקנו מידו הא העלה הש"ך סימן קכ"ג סק"ל בראיות דאין עכו"ם קונה בק"ס ושאר קנין ל"ש בערב ובלא"ה כבר הוכחתי לעיל סימן קל"א דאף דמדינא ל"מ השליחות מ"מ הוי ערב וראיית השעמ"ש מלקמן ס"ס קע"ז אינו ראי' דהא דאשלד"ע משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין לא ה"ל לשמוע לו לכן הוי כלא שלחו ולא אמר לו כלל ואדעתי' דנפשי' עביד וכפרש"י פרק איש מקדש דף מ"ב ע"ב אהא דאמר בגמרא שם דאשלד"ע דאמרינן דברי הרב וכו' אלא הרי הוא כעושה מאליו וזה שכתב הלבוש בס"ס קע"ז שותף שאמר לשותפו גנוב וכל נזק שיגיע לך אשלם לך פטור דל"ה לי' למצייתי' דאשלד"ע ע"כ דק"ל נהי דאשלד"ע מ"מ ליחייב משום ערבות דסמך עליו לכן כתב דלא ה"ל לצייתי' וכמ"ש ולפ"ז כשלא ידע השליח שיש איסור אף דאשלד"ע גם כשלא ידע מ"מ יש בו משום ערבות כשנתערב לו וציווהו לעשות ובפרק השוכר את הפועל דף ס"ג ע"ב אמר בשלח פועליו לחנוני ליתן להם לאכול ונתן להם דבר איסור חייב בעה"ב לחנוני משום ערב ולא אמרינן אשלד"ע יש לתרץ עפימ"ש המל"מ פ"ג מגנבה ה"ו דאם לא אמר לשליח לעשות בעברה ובעצמו עשה בעברה חל השליחות.

סעי' ו' ופטר המלוה עמ"ש לעיל סימן ע"ז ס"ח.

הלכות חזקת מטלטלין סימן קלג

סעי' ב' במגו דנאנסו בטו"ז הקשה הא לעיל סימן עין כתב כשאמר לו אחר הלואה אל תחזור לי רק בעדים א"נ לומר פרעתיך שלא בעדים ומוציאין ממנו וע"כ משום דאנן סהדי שלא החזיר דל"ל משום חיוב התנאי דבמה ישתעבד לאחר הלואה וא"כ מגו ג"כ ל"מ נגד אנן סהדי ונ"ל דהא חזינן במפקיד בשטר נאמן החזרתי במגו דנאנסו ולא אמרינן כיון דלא הימני' בלא שטר ודאי לא פרעו עד שיטול השטר וחזקה שטרו בידו מה בעי ועכצ"ל משום דסמך עצמו דיכול לטעון נאנסו אף דהוי טענה דלא שכיח וכמ"ש רשב"ם פחז"ה דף מ"ה וסמ"ע בסימן ק"ח וה"נ דוקא בהלואה אנן סהדי דלא פרעו בלא עדים אבל בפקדון סומך על מגו דנאנסו ולא חשש להחזיר בלא ערים דלא יחזיקוהו למשקר כיון דיש לו מגו ממילא ל"ל אנן סהדי.

אמנם הש"ך הקשה דגם בהלואה י"ל מגו דפרע בפני פו"פ והלכו למדה"י או מתו ומ"מ לא מהימן ונ"ל דיש להבין איך נאמר בשטר דלא חשש ליקח השטר דסמך שיטעון נאנסו דאיך לכתחלה יכניס עצמו בלא הכרח על סמך לטעון שקר בב"ד והוא איסור תורה אף דתובע בא עליו בעקופין כמבואר בפרק שהעיד ולעיל בש"ך ריש סימן ע"ה וחזקה לא שביק התירא וצ"ל כמ"ש נתיבות בסימן רצ"ז דהקשה יותר איך לא חשש שיחויב לישבע שנאנס והוא שקר ותירץ כיון שהחזיר ומפקיד כופר זהו באמת אונס וא"כ בהלואה ל"ל דסמך שיטעון שפרעו בעדים שהוא שקר אך לכאורה י"ל דסמך אטענת החזרתי דידע דניהמני' במגו דנאנסו וכ"כ תומים בסימן ק"ח ונתיבות כאן אולם ברשב"ם בב"ב דף עין משמע שסומך שיטעון נאנסו אלא נ"ל דודאי בזה הסברא קלושה דלא חשש לשטר משום שסמך על המגו אין לדחות חזקה אלימתא דשטרך בידי מה בעי וכ"ע יאמרו דמפקיד אומר אמת וכמ"ש הר"ן בפרק שה"ד בהתנה אל תפרעני אלא בעדים אף דמדינא לוה נאמן אינו עשוי לפרוע שלא בעדים שיחזקוהו העולם לשקרן גם הריב"א בתוס' ר"פ כל הנשבעין דף מ"ם ע"ב ד"ה בשטר לא ס"ל כן ועכצ"ל דסמך עצמו אטענת נאנסו דבזה אין המפקיד והשטר מכחישו וגם תחלה הימני' מפקיד אטענה זאת והא דמהימן החזרתי במגו דנאנסו כיון דעל צד המיעוט יזדמן שלא יחוש לשטר דיסמוך על טענת נאנסו אבל ודאי כשטוען החזרתי נראה לעין כל טענת מפקיד יותר אמת ובהלואה דאם יטעון שבלא עדים פרע ועבר אהתראה אף דהב"ד לא יחייבוהו מחמת המגו מ"מ יהא טענת המלוה לעין כל יותר אמת והרי דעת ר"ן דאנן סהדי דמשקר מה"ט נהי דרא"ש ס"ל דאין להוציא ממון בסברא זאת נגד מגו מ"מ ריע טענתו ולא יסמוך על זה וצ"ל דסמך שיטעון דפרע בעדים וזה שקר משא"כ בפקדון י"ל דסמך אטענת נאנסו שהוא

אמת ממילא ל"ל אנן סהדי להוציא ממון כיון דעל צד המיעוט יזדמן שאינו חושש לשטר מחמת דסומך על טענת נאנסו ואפשר גם הר"ן מודה בפקדון ובהלואה לעיל סימן עין פסק המחבר כהר"ן דא"נ במגו דהוי נגד אנן סהדי.

עוי"ל עפימ"ש הה"מ פט"ו ממלוה דמש"ה ל"מ המגו דמחויב מחמת התנאי וכ"ז בהלואה אבל בפקדון דאונס פטור מה דמפקיד מכחישו זהו גופא אונס ופטור ומצאתי כן בקצו"ח רק נתיבות הקשה דנימא באונס זה נשתעבד ג"כ בתנאו ומתנה ש"ח להיות כשואל וי"ל דמבואר בב"מ דף צ"ד הא דל"צ קנין במתנה ש"ח להיות כשואל משום דבהנאה דנפק עליו קלא דמהימנותא גמר ומשעבד נפשו וכתב אס"ז שם דבהלואה משתעבד בלא"ה משום טובת הלואה וא"כ הכא דמתרה בו שלא יחזיר בלא עדים מגרע הימנותי' ולא משתעבד ולפמ"ש תוס' בהזהב דף נ"ח דמשום דנתחייב כשואל יסבת שהוא שואל ותיפק קלא דמהימנותא ע"כ משתעבד נפשו כשואל א"כ הכא דבשאר אונסין פטור רק אונס דהכחשת המפקיד הרי אדרבה זה מגרע הימנותי' ואיך יתחייב בפקדון בלא קנין ולפמ"ש ש"ך בסימן ס"ו דהא דש"ח מתנה להיות כשואל משום דהוי כאומר הרני כאלו התקבלתי הנאה של שואל וא"כ יותר משואל א"א להתחייב והרי שואל לא מיחייב רק באונס דאחריני לא הבא ממשאיל ולפמ"ש הה"מ בטעם דמתחייב דעבד לוה לאיש מלוה י"ל דל"ש זה בפקדון אלא די"ל דל"צ לטעם זה רק שלא בשעת הלואה דלא משך לשם כך.

עוד יש לתרץ דבהלואה לא מהימן במגו דפרעתיך בפני פו"פ דא"כ בכדי התנה וע"כ התנו שגם המגו לא יועיל אבל בפקדון אדרבה הימני' אטענת נאנסו ע"י שבועה וכ"ש שלא יעיז נגדו לישבע בשקר שהחזיר ומה דהתנה שלא יחזיר בלא עדים דזולת התנאי מהימן בהיסת ואחר התנאי לא מסימן רק במגו דנאנסו ויחויב ש"ח וקי"ל לעיל סימן פ"ז והוא מהש"ס ר"פ שה"ד אם פסק הדיין בלא נק"ח למב"מ חתר לישבע בנק"ח ואף דב"י בסימן עי"ן הביא טעם הר"ן דלא מהימן במגו משום דאנן סהדי דמשקר הרי גם סברת הה"מ ושאר סברות הביא לכן כאן בפקדון פסק קולא לנתבע כסברת הה"מ וסברת הרא"ש שהביא הב"י שם דעפ"י סברותיהם מהני לו הכא מגו דנאנסו והמה רוב נגד הר"ן.

סעי' ה' וצריך להחזירו כתב הסמ"ע אחר שישבע המערער וכתב הש"ך דלשון אחר אינו מדוקדק וגם בטור אין הלשון מדוקדק עכ"ל וז"ל הטור וצריך להחזיר ונשבע המערער היסת ונוטל עכ"ל ולש"ך לא די שאינו בדיוק אלא אף הך ונוטל שפת יתר לגמרי אבל לפמ"ש לעיל סימן צדי"ק סי"א דדבר החזר בעין ובא לידו בהיתר משלישו ביד ב"ד וא"ל ישבע המערער יוחזר למחזיק משא"כ אם הי' נותנו ליד מערער כשלא ירצה לישבע לא

ניחות לנכסי' לכן משלישו וזה הוי חזרה בדבר בעין לכן כתב הטור דצריך להחזיר וליד ב"ד הוי חזרה ונשבע המערער היסת ונוטל מיד הב"ד והסמ"ע דקאי אמחבר דלא הזכיר מהיסת כלל ומ"ש וצריך להחזירו היינו לבעליו ממש לכן פירש אחר שישבע ומרמב"ם ג"כ אין סתירה כמ"ש שם דכונתו נמי דיחזיר ליד ב"ד לפני השבועה.

סעי' ו' אם טוען גנובים הם ממנו א"נ דאחזוקי אנשי בגנבי או בגזלן לא מחזיקינן אף במגו דשאלה והקשה בשעמ"ש מהא דס"פ המקבל דההיא גברא דחבל סכינא דאשכבתא מחברי' ואמר אביי שיחזירו דהוי כלי אוכל נפש ואינו נאמן לטעון כדי דמיו דעשוי להשאיל ולהשכירו הא י"ל מגו דלקוח דאזי לא נאמין למערער להחזיקו בגזלן ואף דהשתא דמודה דחטפו והוי גזלן דגם למשכון אסור לחטוף יש למערער נמי מגו דשאלה מ"מ הוי מגו כנד מגו ומוכח מהב"י וד"מ שהובאו בסמ"ע וש"ך לעיל סימן ע"ה ס"ז דהיכא דיש לתובע מגו ולנתבע מגו אין מוציאין מהמוחזק עכת"ד ול"ק כיון דמוכרח להחזירו רק דנין אם הנחטף חייב לו מעות חשוב החוטף מוציא וכדאיתא כה"ג בפרק לא יחפור דף כ"ד ע"ב ובפרק המקבל דף ק"י ע"ב ואפילו במשכון שא"צ להחזירו אם המלוה אינו זוכר אם נפרע ולוה טוען ברי מוציא משכונו כמבואר לעיל סימן ע"ב פי"ד וס"כ מפני שאין למלוה תביעה בגוף המשכון אלא בשעבוד בעלמא חשוב תובע ואינו יכול לתבוע מספק וא"ל א"כ גם בשניהם טוענים שמא יטול לוה משכונו זה אינו דיש חזקת חיוב ומשכון בידו מה בעי והא דלולא שעשוי להשאיל הי' החוטף נאמן במגו דלקוח והא לכ"פ מגו להוציא ל"א ה"ט דאם הי' טוען לקוח לא הי' חשוב מוציא רק ע"י הודאתו שלא לקח חשוב מוציא הפה שאסר הוא שהתיר וכמ"ש באס"ז פ"ק דב"מ דף וא"ו וכשעשוי להשאיל נסי די"ל מגו דלקוח אם נחטף טוען שחטפו ולא הי' חשוב מוציא מ"מ גם לנחטף י"ל מגו דהשאלתיך ולא הי' חשוב מוציא דכלים העשוין להשאיל בחזקת בעלים הן וכמ"ש נתיבות בסימן צדי"ק סי"א סק"ח ועכשיו לפי טענת שניהם חשוב החוטף מוציא לכן לא אהני מגו של החוטף נגד מגו של הנחטף ואף לפמ"ש הסמ"ע בסימן צ"ז דחובל כלי או"נ א"צ להחזיר רק בעת צורכו מ"מ כיון דמוכרח להחזיר אפילו אמת חייב לו הלוה וכשבא ליד לוה אינו חייב להחזירו לפי טענתו שאינו חייב כלום להחוטף א"כ לוה מוחזק וכ"ש להתוס' בהמקבל שם דאמר לו אביי זיל אהדרי משום דלא נתכוין לעשות איסור וה"ל זכי' בטעות וחוזרת ומכאן ראי' דאמרינן מגו להוציא היכא דהי' יכול לטעון טענה שהי' חשוב מוחזק ועיין שו"ת רשב"א ח"א סימן התקל"ט והובא בב"י סימן ק"מ כתב דמשכון לולא שיש למלוה מגו דלקוח הי' חשוב

מוציא כיון דעומד להחזיר רק יש להם טענת דמים עיי"ש ולפ"ז אפילו בכלים דלאו אוכל נפש ועשוים להשאיל ולהשכיר וחטפו למשכון בלא עדים דיש לשניהם מגו הלוה נאמן.

סימן קלה

סעי' ב' ואם הוא קטן והקשה בקצו"ח כיון דעבדים בני שטרא נימא אחוי שטרך דהא לפמ"ש הרמב"ן פרק חזקת בטעמא דחזקת ג"ש בקרקע משום דראוי להיות חזקה לאלתר כיון דשתק אלא דתוך שלש א"ל אחוי שטרך ה"נ נימא כן ולע"ד מדשתק אנן סהדי דלקוח הוא רק מדלית לו שטרא אנן סהדי להיפך והוי כתרי ותרי ומבואר בפ"ב דכתובות דף כף דבהרי ותרי בקרקע מוקמינן בחמ"ק ומטלטלין אין מוציאין מהתופס בהן.

סימן קלו

סעי' א' כובסת כתב טו"ז אם נתנה לו הכובסת סדין אחד תחת שלו וא"י של מי הוא ועי"ז הי' מונח ימים רבים אצלו עד זמן שא"א לבני אדם שלא יחקור אחר שלו ודאי נתייאש והכובסת סלקה אותן וקצו"ח הקשה כל שהסדין ישנו בעין שומא בטעות הוא וחוזר ועוד שמא פטרה עצמה בטענת אונס ולע"ד דמיירי במינו מצוי לקנות ואין נ"מ רק בדמי ומספק כ"ז שבלא תבעו אדם פטור בא"י אם החזרתי כדלעיל סימן ע"ה ס"י ושס"ה ס"ב בהג"ה ולצי"ש ל"ש כאן דרש"י פירש בשילחו ב"ק דף קי"ח בגזלתיך וא"י אם החזרתי דבלא תבעו חייב לצאת יד"ש כיון דודאי גזלי' לא נפיק יד"ש עד דעבד השבח ובתוס' יו"ט כתב שם כיון דמסופק בפרעון אינו יוצא יד"ש עד שיצא ידי ספיקו והכא דא"י לווי להשיב בלא"ה א"א לצאת רק הספק אם מותר להשתמש דשמא לא סלקה הכובסת לבעל הסדין ונמצא כשמשתמש גוזל בכל פעם וכמ"ש בנתיבות בסימן ל"ד ס"ז סק"ה ועיי"ש בלוח הטעות ולקצו"ח שם עכ"פ כשאכלו חייב משום מזיק ה"נ כשמשתמש ומפחיתה וא"כ כאן דספק הוא ליכא איסור דגזל ספק לא אסרה תורה ויש להסבירו עפמ"ש החו"ד בכללי ס"ס דכ"מ שדברה תורה הכונה על הודאי לכן עשה דהשבה צריך שיקיים ודאי משא"כ לאו דלא תגזול רק גזל ודאי אסרה תורה.

ומ"ש הטו"ז דודאי נתייאש והקשה קצו"ח הא הוי ש"ר ואח"כ יאוש י"ל נמי לפמ"ש דכאן בהשבה א"א דא"י של מי הוא כמ"ש הטו"ז וש"ר ואח"כ יאוש ל"מ כיון דבאיסור בא לידו חייב להשיבו על תחלת ביאתו לידו וזה א"א כאן רק אסור להשתמש בשל אחר אבל כיון דודאי נתייאש תו ליכא איסור משום גזל ומזיק מכאן ולהבא דגזל וכתבו לאחר ואח"כ נתייאשו בעלים ואכלו האחר פטור אע"ג דכי איתי' בעיני' חייב להחזיר

כמ"ש תוס' ר"פ הגוזל ומאכיל ד"ה גזל ולה"ט דנתייאש אפילו לא סלקה ולטעם דסלקה לצ"ל דנתייאשו כמ"ש קצו"ח דתרתי טעמי קאמר הטו"ז ומה שהקשה הקצו"ח אפילו סלקה הוי שומא בטעות י"ל נמי דה"ד כי אשתכח אח"כ דאלו הוי ידע שישתכח ל"ה לוקח דמי' אבל כאן דא"י של מי הוא ובעל הסדין א"י אצל מי הוא ולא עבידי דאתי לידי חזרה ל"ה שומא בטעות כלל ואף דלקמן סימן רס"ז סט"ו כשהכריז ולא באו בעלים תהא המציאה מונחת אצלו עד שי"א משום דאיכא למיחש כל שעה שמא יבא בעליו דאפשר לא שמע הכריז אבל כאן שכבר עבר זמן שא"א לבני אדם שלא יחקור אחר שלו ודאי נתייאש כמ"ש הטו"ז תו ל"ח שיבא מאחר שלא יחקור עוד לכן אף דבאיסורא אתי לידו מותר להשתמש כיון שא"י למי יחזור וכמ"ש הש"ך לקמן סימן ר"ס ס"ט ס"ק כ"ו לענין ישל"מ וכאן דהוי יאוש מדעת לכ"ע י"ל כן ומטעם שכתבתי ועכ"פ במיני מצוי בשוק נ"ל ברור דמותר דיש ס"ס שמא סלקה את האחר בדמים ואת"ל לא סלקה שמא לא יתוודע לעולם בעלי' וא"כ אין קפידא לבעלי' כיון דבלא"ה לא תבא עוד לידו ועיין ש"ך סימן שנ"ח סק"א.

סימן קלז

סעי' ג' מוחים בידו כתב הש"ך דדעת ראב"ד שאין מוחין ורוא ט"ס וצ"ל רמב"ם והתוס' בפרק כ"ה דף מ"ו בד"ה עביד הקשו אתא דאר"נ האי מאן דנקט נרגא בידי' ואמר איזיל ואיקטלי' צדיקלא דפלניא ואשתכח דקטיל ושדי לא אמרינן דהוא קטלי' דעביד אניש דגזים ולא עביד והא בלא"ה מהימן במגו דאי בעי אמר דזבנה מיני' כדאמרינן בחז"ה האי מאן דנקיט מגלא ותובילא ואמר איזיל ואיגדרי' לדיקלא דפלניא דזבני' ניהלי מהימן דלא חשוד אינש למיגדר דיקלא דלאו דילי' ותרצו דהתם איירי בלקיטת פירות ולהכי נקט למגדרי' אבל בקציצה דקל לא מהימן ולרמב"ם הק"ל ונראה דבאמת הגרסא בב"ב לא חציף אינש למגזר דיקלא דלאו דילי' ה"נ לא חציף אינש למיכל פירי דלאו דילי' וא"כ כל נאמנותי' משום דא"א להעיז כ"כ א"כ כשא"י אם הוא קטלי' ל"ל מגו שיעיז לומר קטלתי' ומכרתו לי דלפטור מממון אמרינן מגו דהעזה הכא שאני וכמ"ש הב"ש בא"ע סימן פ"ה סי"ב סוף סק"ל דהאשה אינה נאמנת לומר אחר נתן לי ע"מ שאין לבעלי רשות במגו דתאמר לבעלה אתה נתתו לי דמהימנת משום דהא דנאמנת לומר לבעלה אתה נתתו לי דא"י להעיז ש"מ אף דהוא להנאת ממון א"י להעיז העזה כזאת ממילא אין להאמינה כשתאמר אחר נתן לי במגו דאתה נתתו אף דבמקום אחר אמרינן מגו דהעזה עיי"ש וה"נ ובתוס' פח"ה דף ל"ג ע"ב בד"ה איזיל הוכיחו עוד דבקציצה דקל אינו נאמן

מדאמרינן פרק החובל דף צ"א נטיעותי קצצת אתה אמרת לי לקוץ לא מתימן והא י"ל מגו דאי בעי אמר מכרת לי לקצצו אע"כ בקציצת אילן לא מהימן והנה מדלא הקשו בלאו המגו ליהמן משום דלא חציף צ"ל דס"ל הא דלא חציף היינו ליטול לעצמו כעושה בשלו וא"כ יש לתרץ נמי דל"ח מגו דא"י להעיז לומר אתה מכרת לי לקוצצו דא"כ מחציף פניו נגד בעל האילן שקצץ ע"ד לינוול והה"מ בפ"ט מטוען הקשה ג"כ מב"ק דלא מהימן לומר אתה אמרת לי לקוץ דאל"כ ל"ש חיי ותירץ דדוקא כשאמר תחלה קודם שיגזרכו איזיל ואגזור דלא חציף לגלויי מעיקרא והלח"ם הבין דמכח מנו תוקשה לו ורצה לדחות הקושיא משום דאנן סהדי דאין אדם אומר לקצוץ נטיעותיו והוי מגו במ"ע וכתב דמ"מ מוכרח תירץ הה"מ דאל"כ עדיין ל"ש חיי לכל ברי' דיקצץ אילן של חבירו ויאמר אתה מכרתו לי ולע"ד כיון דלא חציף ל"ל ל"ש חיי רק קושית הש"ס באומר אתה אמרת לי לקוץ דלא טען מכרת לי דבזה ל"ת חציפות ואי מהימן לא שבקת חיי לכל ברי' והמקשן שהביא הה"מ לא ס"ל לחלק בין קצץ ליטול לו או לא ולאו מטעם מגו הקשה אלא כיון דלא חציף ליהמן בטענה דאתה אמרת לי לקצצו דאנן סהדי דטענה זו עצמה קושטא לכן הוצרך לתירץ דדוקא באומר איזיל ואיקטל ולפמ"ש אינו מוכרח וכ"כ בחידושי רמב"ן בב"ב דף ל"ג דא"ד דאמר איזיל וכו' ל"ד וכ"כ תוס' שם וכ"ד תר"ח בטור דאין לחלק בין אמר או לא וגם הרמ"א שהביא הטור אינו מצריך שיאמר רק שיהא בפרהסיא דאל"ה יסתרו דברי רמ"ה שבאס"ז פרק החובל דף צ"א ע"ש.

סימן קלח

סעי' א' חבירו אצלו ובשעמ"ש הקשה מדברי ראב"ד שבנ"י ר"פ הבית ועלי' דאע"ג דטוען ברי שלימות שלי ואפשר כן הוא ומונחים ברשותו מ"מ כיון דמידי דשותפות הוא ושותפין לא קפדי ומושלי רשות זל"ז ל"ח מוחזק ולק"מ לפמ"ש המבי"ט ח"ב סימן ע"ג והובא ביושפט שלום סימן קע"ט על דברי הראב"ד דהיינו משום שידוע דכל אותם אבנים הם בשותפות אבל מידי דאיכא למימר שלא הי' בשותפות כלל כגון שותפים בחנות וא"י לעדים כל דבר ודבר שהוא בחנות שהיא מנכסי שותפות אלא דרך כלל הם שותפים במה שבחנות ואפשר יש בחנות איזה דבר של אחד לבד ואח"כ הוציאו מחנות לביתו אפילו יש עדים שראו קודם אותו דבר בחנות מהימן לומר המוחזק דשלו לבד הוא וה"נ הכא לא ידוע מעולם של מי הי' משא"כ בהך דר"פ הבית ועלי' ידוע שאבנים היו בשותפות וזכות שניהם שוה רק עתה מכח שמונחים ברשות אחד באנו ליפות כחו על חבירו וכיון דלא קפדי הוי כמונחים ברשות שניהם אף דעיקר הרשות של

אחד לבד ואע"ג דגם בהאבנים היו של עלי' של אחד לבד ושל בית לאחד לבד והשלמות הנמצאות ברשות אחד אפשר מעולם שלו לבד היו מ"מ מידי דשותפות הוא דהבית ועלי' בשותפות לשניהן וידענו דקודם הנפילה זכות שניהם שוה דלזה הי' אבנים כמו לזה ועוד נ"ל דבשלמא כאן לא מפקיר לו גוף שלו רק משעבד לו להשתמש וגם אינו קונה בשימש גוף המקום כמ"ש נתיבות סימן קצ"ב ומוחזק ל"ח רק היכא דיש לו קנין בגוף המקום כמ"ש הנתיבות כאן אבל בשותפין לא מקפיד שיהא גוף המקום קנוי לחבירו שיהא מונח שם חפציו דאל"ה ירא להניח דאם יפול ספק יפסיד וכ"א רוצה בזה דגם הוא לא יפסיד ושותפין איידי דצייתי אהדדי גמרי ומקנה כדלקמן ריש סימן קע"ו ועיין בכורות דף י"ח ע"ב ותוס' שם ד"ה אקנויי וזה שהאריך רש"י בב"מ שם לא קפדי אהדדי למקני רשותא דידי' דאפקורי מפקרי כל חד רשותי לגבי חברי' להניח שם חפציו והיינו דמפקיר לשותפו רשותו וחבירו קונה הגוף.

כ"א מהם נשבע בפ"ק דב"מ דף ה' ע"ב פריך וכי מאחר שזה תפוס ועומד וזה תפוס ועומד שבועה זו למה אר"י תק"ח שלא יהא כ"א תוקף בטליתו ש"ח ונימא מגו דחשוד אממונא ויל"ד דמשמע דקושיא דחשוד קשור בתירוצא דר"י והא בלאה"נ קשה ועוד מה קאמר וכי מאחר שזה תפוס והלא כמו כן אם שניהן אין תפוסין שקולין הם ולמה ישבעו. **ונראה** דתומים הקשה מת פריך מגו דחשוד נימא דמסופק אם הוא הגביהו תחלה ונלע"ד כיון דבו"ש לאו ברי עדיף א"כ גם כשיודה דמסופק לא נוציא מידו ורש"י פירש שם דף ב' ע"ב בד"ה תרוייהו פלגי בשבועה דחשיבי שניהן מוחזקין וכל אחד חשוב מוציא מחבירו החצי ותוס' דף ב' ע"א כתבו דהוי מגו להוציא ע"כ פריך וכי מאחר שזה תפוס וכו' א"כ אפילו מסופק אין להוציא מידו שבועה זו למה ומשני ר' יוחנן שלא יהא כ"א הולך ותוקף דר"י ס"ל בו"ש לאו ברי עדיף בשילחו ב"ק וע"כ פריך א"כ נימא מגו דחשוד כיון דהשבועה לאו מחשש דמסופק ומצאתי בשעמ"ש כאן פלוגתת קמאי אי בו"ש בזה ברי עדיף ולע"ד צורת השמועה נוטה דלאו ברי עדיף.

ויחלוקו עסמ"ע דרש"י ס"ל בריש ב"מ דכ"א אומר אני ארגתי' דודאי איכא רמאי יהא מונח והקשו עליו משנים אדוקין בשטר דחולקין ונראה ד"ל מגו דחשוד אממונא חשוד אשבועה רק משום סמ"י וזה לא תלינן בודאי גזלן כמ"ש תוס' בפ"ק ד"ו שם וע"כ משום דרחוק הוא וא"כ בכ"א אומר אני ארגתי' דודאי אחד משקר איך נשביע גם שניהם ובשולחני וחנוני דא"א לומר יהא מונח כדאיתא בפ"ק דב"מ שם דף ג' ההכרח לסמוך אספק מ"י גם באחד ודאי משקר וזה שדייק רש"י שם דף ב' דוקא במו"מ יחלוקו בשבועה אבל באגרתיה דחד ודאי רמאי אין לנו לסמוך על שמא סמ"י כיון דאפשר שיתא מונח

ולחלוק בלא שבועה א"א דכל אחד יתקוף אבל בשטר די"ל אשתמוטי דזה קרוב דהא אפילו הוחזק כפרן בעדים לא נפסל דתלינן באשתמוטי וכ"ש דא"ש לי"א דלעיל סימן ס"ה סט"ו בש"ך ס"ק מ"ב דבשטר חולקין בלא שבועה דלא תקנה אלא משום שלא יהא כ"א הולך ותוקף בטלית של חבירו לפיכך לא תקנוה אלא בדבר דשכיח ולא בשטרות דלא שכיח.

ויחלוקו בתוס' רפ"ק דב"מ ד"ה ויחלוקו כתבו דל"ד להך דמנה שלישי דקי"ל יהא מונח דהתם א"א לחלוקה להיות אמת דאין דרך שיקנה לו החצי אחרי שהוא מופקד ביד חבירו ובתומים הביא תירץ רא"ש דקודם שנודע מחלוקתן ידוע לנפקד שאינו של שניהם והקשה על הרא"ש מלקמן סימן רכ"ב במקח שישנו ביד המוכר וקיבל מעות מחד מדעתו ומחד בע"כ יחלוקו אף דידוע למוכר לפני מחלקותם שאינו של שניהם ואם דעת הרא"ש לחלק דבמו"מ יכול להיות החלוקה אמת כמ"ש תוס' ל"צ לסברא חדשה שלא נזכר בדברי תוס' וקצו"ח כתב דקושיא זו תקשי נמי לתוס' דכי היכי דבמנה שלישי אין החלוקה אמת כיון שאין דרך שיקנה לחבירו החצי שהוא ביד נפקד ה"נ במוכר אין דרך להקנות המחצית אחר שהוא ביד המוכר וה"ל ממש דין נפקד עכת"ד ולק"מ דמנה שהוא מטבע דאינה נקנה בחליפין אין דרך להקנותו כיון שהוא ביד חבירו דמעמ"ש צריך הי' הנפקד לדעת ואף דמשכחת באודיתא דאיסור גיורא להסוברים דגם בבריא מהני מ"מ צריך להיות בעדים כמ"ש קצו"ח גופא לעיל סימן מ"ם וא"כ איכא למיקם עלה דמילתא ואין דנין חלוקה כדאיתא בפחז"ה דף ל"ה ובב"מ דף ק"י משא"כ במקח דאפשר הלוקח הקנה לחבירו החצי ע"י ק"ס דל"צ עדים כדאיתא בסימן קצ"ה ומתוס' הללו ראי' דאודיתא בלא עדים ל"מ דאל"כ למה אין דרך להקנות והא תוס' ס"ל דאודיתא קונה בבריא בב"ק ק"ד ע"ב ובב"מ פרק הזהב דף מ"ו בד"ה ונקנינהו.

סעי' ג' קצתה בידו וז"א כולה שלי וכו' עד מקום שידו מגעת נ"ל אפילו מודים דבהדדי הגביהו מ"מ אין חולקין רק מה שחוץ לידם אבל מה שכ"א ידו מגעת נוטל לעצמו דזה קונה בלא הגבהה רק מכח שהוא בידו כמבואר בטור לקמן סימן רס"ט א"כ בשלמא מה שחוץ לידם דקניינם מחמת הגבהה וכיון שביחד הגביהו חולקין אבל במה שבידם קניינם מצד שהוא בידם ומי שיש בידו יותר יטול יותר ועוד בשלמא במה שחוץ לידם דקנין של אחד תלוי בקנין של חבירו דאם חבירו לא יקנה הוי כמונח ע"ג קרקע וכמבואר בפ"ק דב"מ דף חית גבי הגביהו פקח וחרש ובאס"ז שם ובנתיבות סימן ק"ה לכן כ"א רצונו להיות שליח לחבירו להגבי' גם בשביל חבירו כדי שגם הוא יקנה אבל במה שבידו דקנה אף אם לא יקנה חבירו למה יגבי' בשביל חבירו וראי' לזה דהא חולקין

משום דההחלוקה יכולה להיות אמת דבהדדי אגבינהו כמבואר בהגמ"ר ואס"ז ריש ב"מ וא"כ כאן דכ"א נוטל עד מקום שידו מגעת וחולקין השאר עכצ"ל דאפילו אגביהו ביחד דינא הכי.

ובשבועה בש"ך סק"ה הוכיח כפוסקים דגם על מה שבידו צריך שבועה דאל"כ מה קמ"ל ר"א ונלע"ד דת"א מ"ה דמצריך המשנה שישבעו דשמא אומר בדדמי כמ"ש הגמ"ר ואם יודה דמספ"ל יהא בו"ש ואף דשניהן מוחזקין כמ"ש הרשב"א וריצב"ש בפ"ק דב"מ בריש הפרק באס"ז שם מ"מ כיון דהוי שלא ברשות ל"מ וכמ"ש הפנ"י ורמב"ן הובא בשעמ"ש דבכאן בו"ש ברי עדיף וע"כ כשאדוק במקצת ונוטלו בלא שבועה דודאי שלו אף דמספקא לן על השאר ומשכחת לה שפיר דכ"א תפס בידו המקצת קודם שהוגבה מה דביני ביני וזכו כ"א במה שבידו והשאר אם הוגבה מכח אחד לבד טרם הגביהו השני זכה לבדו וא"כ אפילו יודה דמספ"ל על הגבהה דביני ביני אם חבירו הגבי' תחלה מ"מ יטול חצי דל"מ ברש כיון דתפוס ברשות בכל הטלית ע"י מה שיש לו חלק בודאי במה שבידו וממילא תפוס בכל הטלית וכמ"ש בסמ"ע סימן שצ"א ס"ק כ"ד דאי תפס קצת מדינא הוי תפיסה ברשות גם על היותר שמסופק לכן קמ"ל ר"א דעל השאר ישבעו כדי שלא יהא כ"א הולך ותוקף ומשום סמ"י.

סעי' ו' בהג"ה עדים שהוא שלו ל"מ לו דהודאת בע"ד כמ"ע טור בשם הרא"ש וכתב טו"ז דתמוה דר"ז בעי לה ולא איפשטא א"כ כשיש עדים אלא שאתה רוצה לפסלן מכח הודאה נימא שאין כאן הודאה ועדים אומרים אמת דאפילו בעדים עצמן היכא שאפשר לומר שהם מוכחשים או מתורצים מיישבים דבריתם כל מה דאפשר ויותר תמוה דר"נ בעי למפשט מברייתא דקתני הממע"ה הרי ראי' מהני עכ"ל ונלע"ד כיון די"ל מדשתק אודי לו א"כ אף דיש עדים ששלו הי' חברו קנה בקנין אודיתא ואין מכחישין העדים כלל ע"כ לית לו סיוע מהעדים דאמת עם העדים רק במתנה נתן לו באודיתא אך כבר כתבתי לעיל סימן קכ"ו דקנין אודיתא ל"מ רק בדבר דמהני קנין הועיל הודאתו כאלו הקנה אבל בדבר שא"י להקנות ל"מ אודיתא כשיש לו עדים דשלו הוא וכ"כ קצו"ח סימן קצ"ד והנה בשעה שתקפה האחר ממנו ושתק אין הוכחה משתיקתו שהודה עד שהוציאה לגמרי מידו ושתק וכמ"ש רשב"א באס"ז בב"מ שם דשתק אחר שהוציאו מידו לגמרי וטרם יצא מב"ד צווח וא"כ כשעודו בידו ליכא הוכחה שהודה אף דחזינן אח"כ דשתק מ"מ בשעה שהיתה בידו הוי דברים שבלב ול"ה דברים וכמ"ש תוס' בר"פ השולח בד"ה מ"ד ואחר שכבר גזלה חברו ל"מ קנין אודיתא דאינו ברשותו דגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם א"י להקדישו ואפילו ירצה להקנותו לגזלן עצמו א"י לע"ד הש"י שהביא ב"ש בסימן כ"ח

ס"ה ס"ק ט"ו ומחילה לא מהני בחפץ בעין כדלקמן סימן רמ"א אך אם יאוש קונה לגבי הגזלן גם אודיתא מועיל בהקנהו ביאוש והרא"ש במרובה פסק כרבה דיאוש כדי קנה עכ"פ מדרבנן לכן ל"מ עדים ואף דמ"מ צריך להחזיר דמיו בנתייאש מ"מ הוי רק כחוב ומהני מחילה ממילא אהני נמי אודיתא אמנם לר"ז דס"ל במרובה דיאוש ל"ק שפיר רצה לפשוט דאם תקפה הוי הודאה וראי' מהני וראיתי בתרומת הכרי בשנ"ג דגם להרא"ש אחר יאוש צריך להחזיר דהוי ספ"ד אי יאוש קונה ולרא"ש ל"מ תפיסה דמוקמינן בחמ"ק עיי"ש אבל ברא"ש במרובה לא כתב דצריך להחזירו וכן מוכרח דאם צריך להחזיר גם בקידושין לא הוי לן להחמיר כיון דמוציאין מידו חשוב כודאי אינו שלו וכן משמע בקיצור פסקי הרא"ש ונראה דל"ל בזה חמ"ק לנגזל כיון דנתייאש ואם בא אחר ואכלו פטור וכן אם מכרו או נתנו הגזלן לאחר מהני הרי דיצאה מחזקת הנגזל רק הגזלן כיון דבאיסור בא לידו א"י לזכות בו אבל לכאורה בלא"ה יל"ד כיון דרק ספק הודאה הוא דלא נפשטה הבעיא דר"ז בשתק ולסוף צווח ואם באו אח"כ עדים אזלה טענת ברי של התופס דהוא מצאה רק מכח ספק אודיתא באנו ובזה התופס ג"כ מסופק ול"מ תפיסה בטענת שמא לשיטת הרא"ש בסוגיא דת"כ דמוקמינן בחמ"ק לכן נראה כיון דשתיקתו תחלה הי' לפנינו הודאה כמאה עדים יצא מיד מחמ"ק וכשנולד הספק אח"כ ע"י שצווח ובאו עדים תו ליכא חמ"ק כמ"ש תוס' בכתובות דף כ"ו ע"ב ד"ה אנן ודל וריב"ב פירש דלא אמרינן בכל הני אוקמה אחזקה לפי שהשנים שמוציאים אותו מחזקתו של היתר הם מעידים תחלה ומיד שהעידו יצא מחזקתו ותו לא אמרינן אוקמוה אחזקה ע"כ ולפ"ז א"ש אפילו נימא דביאוש לבד צריך להחזיר גם להרא"ש משום דתפיסה ל"מ בספק ומוקמונין בחמ"ק הכא דאזלה חמ"ק טרם שצווח ובאו העדים מקני האודיתא דשמא יאוש קונה לכן אף דרמ"א לא הביא בסימן שנ"ג דעת הרא"ש וכן בטור משמע שם דרק לענין קידושין חשש להחמיר שפיר הביאו כאן דעת הרא"ש.

ומה שהקשה הטו"ז ממ"ש הרא"ש בתשובה סימן קכ"ז דגם במודה י"ל טעיתי כשמביא עדים דאינו חייב י"ל חדא דכאן אינו טוען טעיתי ועוד במודה שחייב י"ל שמא באמת טעה ואין להוציא מידו מספק אבל כאן השני מוחזק

ועוד נראה דאין ראי' משתיקתו שהקנה לחבירו רק שסילק עצמו ולא רצה לערער עוד לכן שתק והוי יאוש ואף דבב"ב דף מ"ד אמרינן מדמי מי מיאש כאן דשתק ראי' דאודי ונתייאש גם מדמי הודה דאל"כ הוי צווח מיד דגזלה הוא רק מתייאש ור"ר פשיט שפיר לר"ז דס"ל יאוש ל"ק מה מבעיא לו או דר"נ נמי ס"ד דע"כ מוכח נמי דיאוש ל"ק ולמסקנא

דאינו מוכח משם הדר רא"ש לכללן דיאוש קונה כרבה ולפ"ז א"ש אף אי נימא דנגזל יכול להקנות לגזלן.

סעי' ז' יחלוקו כבתחלה הגמ"ר דב"מ כתב דאפילו לפי סברא זו אם הקדישה הראשון קודם שתקפה ממנו הוי הקדש ותו לא פקע ממנו אף אם תקפה מידו השני עכ"ל סמ"ע ובנתיבות הקשה מה"ת יהא כח הקדש אלים מכח תוקף הראשון ובגמרא פ"ק דב"מ ד"ו את"ל תקפה א"מ מידו הקדישה מהו וק"ל הלא אפילו אם תקפה אין מוציאין דהוי ספק הודאה וחבירו טוען ברי ומוחזק אבל הקדישה אין הגזבר מוחזק ואף דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט היינו בודאי הקדש אבל כאן דנין שמא לא חל ההקדש וליכא מסירה ובשכ"מ שהקדיש קי"ל אם עמד חוזר אף דהוה בעיא בש"ס והר"ן כתב בפ"ק דב"מ שם דהבעיא אי תקפה ושתק תחלה אי ודאי לאו הודאה הוא דסבר הא חזי רבנן או שמא הוי הודאת ספק ונראה כיון דבשעה ששתק טרם שצווח החזקנו להודאה והקדשו הקדש רק כשצווח אח"כ נולד ספק על למפרע ותו ליכא חזקת מ"ק לזה ששתק תחלה וכמ"ש לעיל בשם ריב"ב וע"כ בשלמא בשכ"מ שהקדיש הספק בשעת הקדש אם מתכוין להחליט ההקדש אף אם יעמד חי ואוקים בחמ"ק וחזקה דמעיקרא מהני גם בספק איסור ככל חזקות דמעיקרא משא"כ הכא חזקה דמעיקרא כבר ליתא ולענין הקדש הוי ספק איסור תורה ומה שהשני תופס זה ל"ה חזקה המבררת רק אין מוציאין מהתופס וכמ"ש בנתיבות סימן ע"ה ס"ה סק"ד בשם תוס' וא"כ ל"מ רק לענין הדיוט בממון ולא לענין איסור דספקא דאורייתא לחומרא לכן ה"נ כשחזר ותקפה יחלוקו כבתחלה לרמב"ם וסייעתי' דתפיסה מהני אף דלאידך יש חמ"ק והוא ספק משא"כ לענין הקדש צריך דוקא חזקה דמעיקרא לברר שלא יחשב ספק.

הג"ה וי"א וכו' ז"ד הראב"ד וכתב הה"מ אין טעם וריח לדברי הראב"ד כי מחמת ספק בעיא דלא איפשטא א"מ אבל כי תקפה הרי מוחזק ע"כ ונלע"ד דתוס' ברפ"ק דב"מ בזה טוען כולה שלי וזה אומר חצי' שלי זה ישבע ויטול ב"ח הקשו דהא בפרק החולץ בספק ויבם בנכסי סבא כיון דיש לו ודאי חצי הוי כמוחזק בכולו ואין הספק מוציא ממנו וה"נ זה שטוען כולה שלי ודאי יש לו חלק ואידך רק ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי ונראה לפמ"ש הרמב"ן אהא דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו דנאמן שפרע במגו דמזויף והלא הוי נגד חזקה דשטרך בידי מה בעי ותירץ דהפה שאסר התיר דאי לא הודה שכתבו ליכא חזקה וכ"כ לעיל סימן פ"ב בשם הר"ר יונה לכן ה"נ דלולא הודה זה שאומר חצי שלי ל"ה השני חשוב ודאי לכן מוציא מידי ודאי ואח"כ מצאתי כן בהגמ"ר פ"ק דב"מ וא"כ כאן דמה דתפס כשבאו לב"ד אנן סהדי דדידי' כמבואר בפ"ק דב"מ דף ד' ושני

דשתק ולבסוף צווח יש לנו בו ספק אי הודה ול"ל מגו דצווח מעיקרא דהוי מגו למפרע דלא רצה לשקר אז וא"כ הוי ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי אף כי תקפה אח"כ.

סעי' ח' שכרתיו לו בפני פו"פ נאמן כתב בשעמ"ש דצ"ל דמיירי שא"ל ג"כ אל תחזירהו לי רק בעדים דאל"כ אכתי שייך למימר עד השתא חשדת לו בגזלן והשתא אוגרת לו בלא סהדי דהא י"ל החזרתיו וקשה דמ"מ יכול לומר החזרתיו במגו דנאנסו ועוד די"ל נאנסו עכ"ל ומסתימת הפוסקים לא משמע דא"ל שלא יחזירהו בלא עדים ונראה כיון דנתרצה לפני עדים לשכרו ממנו הרי הודה לו שאינו שלו דהברירה ביד זה שלא להשכירו ולהביא העדים שהודה לפניהם וכיון דראה ששב והודה תו לא חשד אותו ואוגרה לו משא"כ כשהשכירו שלא בפני עדים ליכא ראי' דשב דבלא"ה בינם לבין עצמם יודעים האמת ויכול להכחישו ול"ל גם כשהודה לפני עדים י"ל משטה הייתי בך כדי שתשכירו לי ואוכל לומר נאנסו או החזרתיו כיון שהברירה בידו לחזור ולא להשכירו ולהביא העדים שהודה ולומר כשם שהשטתה בי השטתי בך א"י לומר כיון דזה תפוס בהחצי א"י לומר משטה כדלעיל סימן פ"א ס"ד.

סימן קלט

סעי' א' שכנגדו יכול להשביעו בתשובת נו"ב סי"ב מסתפק אם קודם התפיסה יכול אחד להשביע לחבירו לאמר או השבע או תניחני לתפוס הובא בפ"ת ולפמ"ש הש"ך בסק"ב דאם חזר ותקפה א"מ מידו א"כ י"ל דהרא"ש לשיטתו ס"ל כאן דישבע היסת משא"כ לדידן יכול זה לומר איני נשבע ולמחר תתפס בעדים ממני וכמ"ש הש"ך לעיל סימן פ"ב סק"ד ואני מחזיק בשבועתי עד שתסלק זכות תפיסתך.

סעי' ב' מוציאין אותו מידו הקשה שעמ"ש כיון דגם להשנים אין ראי' מה מהני ברי שלהם נימא דמרובא דעלמא הוא כמו דלא מחזירין אבדה בלא סימנין אף דבא אחד וטוען ברי גם הקשה דסימן ר"ס ס"י דבספק הניח דבאין בו סימן יהא מונח עד שי"א ולמה לא יכריז ומי שיבא ויטעון ברי יחזיר לו ולע"ד שאני הכא דאין לנו לחוש שמא יש לחפץ זה בעלים כיון דאינם כאן ולא באי כחם דזה א"א רק ע"י אבדה או הלך ועזב הדבר כהפקר וכל אחד נזהר בשלו לכן לנפילה לא חיישינן כדאיתא ביבמות דף קט"ז ואפילו לנפילה דרבים ל"ח כדאיתא בב"ב דף קע"ב ע"ב ולעיל סימן נו"ן ובפ"ק דב"מ הני ריעי ופרש"י מדנפל אתרע דאם הי' כשר הי' נזהר בו וא"כ אחזוקי ריעותא לא מחזיקינן משא"כ באבדה כיון דכבר נאבד י"ל אחר אבדו או הניחו כך.

סעי' ד' אני קרוב ואם אחד אומר אני לבד קרוב ושני אומר גם אני קרוב כמותך ויש לי החצי לכאורה י"ל כיון דגם לדבריו יש לאידך ודאי חצי א"כ לדידן הוי ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי ול"ד להך דלעיל סימן קל"ח דז"א כולה שלי וז"א חצי שלי כמ"ש תוס' בפ"ק דב"מ דף ב' דבספק ויבם היבם שהוא בנו של סבא הוי ודאי יורשו ולא יוציא הספק מספק ממונו אבל הכא אין סברא מה שהוא ודאי בחציו שיועיל לו לחצי השני עכ"ל אמנם בהגמ"ר שם כתב וז"ל דהכא אינו ודאי כ"א עפ"י זה שהודה לו הלכך במה שעושה ודאי דהיינו חצי' יטול ובשאר שניהם שוים אבל התם בע"כ של ספק הוי יבם ודאי ומוחזק לנו בכל הנכסים לפי שהוא יורש ודאי לו עכ"ל א"כ הכא דאין ידוע שהוא יורש רק עפ"י השני שהודה י"ל בחצי השני שניהם שוים שו"ר שכ"כ רשב"א שבאס"ז פחז"ה דף ל"ב ע"ב בד"ה קריבי'.

הלכות חזקת קרקעות סימן קמ

סעי' א' וישבע שבועת היסת ונוטל את שלו עמ"ש לקמן סימן שי"ז ס"ב דמסלקין המחזיק לפני השבועה.

סעי' ב' אין מוסרין אותו לשבועה זהו מתשובת רשב"א בח"א סימן תתקט"ז ושם ליתא לשון אין מוסרין רק כתב למקצת גאונים פטור משבועה ונראה כונת הש"ע כיון דיש בזה פלוגתא הוי המחזיק מוחזק בשבועתו וא"א לב"ד למסרו לשבועה אבל אי המערער עביד דינא לנפשו ואינו מניחו להשתמש בה אין ב"ד נזקקין לסלק המערער עד שישבע זה שהחזיק מעיקרא ועיין ש"ך סימן פ"ז ס"י ס"ק כ"ה בשם רקנטי וסי"ג סס"ק ל"ח.

ש"ך סק"ה דאדם שקנה קרקע וכו' בב"י ס"ס זה הביא זה והקשה למה לא ישבע היסת וכתב דאפשר ס"ל כלישנא דפוטר מהיסת היכא דליכא דררא דממונא וקשה דא"כ למה כתב כן דוקא בקרקע ומשום דלית לו שטר אלא ברור דס"ל בדעת פוסקים שהביא רמ"א סימן פ"ז סל"ח דאם נראה הטענה גרוע אין משביעינן היסת היכא דליכא דררא דממונא וכיון די"ל אחוי שטרך הטענה גרוע לכן בלהד"ם דליכא דררא דממונא פטור ומצאתי בשעו"ש הביא מתשובת רמ"א סימן צ"ה כתב בה"ג והתומים בסימן ע"ה סי"ז ס"ק ח"י דחה תשובת מהר"ם זה מדלא הובא בש"ע ולפמ"ש כבר נכלל בהך דסימן פ"ז והנתיבות דחה דברי הש"ך דאישתמיט לי' דברי הב"י ולא ראה תשובת הרמ"א שדחה דברי הב"י.

סעי' ז' ואבדתי שטרי כתב בשעמ"ש יש להסתפק היכא שהודה המחזיק שלא נטל שטר כלל אי מהימנינן לו במגו דאי בעי אמר אבדתי שטרי א"ד כיון דטעמא דחזקה ג"ש דעד תלתא שני מזדהר אינש בשטרי' דכל הקונה קרקע נוטל שטר וא"כ כיון שזה מודה שלא

הי' לו שטר הוי כמגו במקום עדים עכ"ל ול"נ כיון דיש סברא להיפך מדשתק ג"ש ולא עשה מחאה ודאי מכר דאל"כ אמאי סמך ואפילו תוך ג"ש כתב רמב"ן ות"ח מדשתק יש הוכחה שמכרו רק דנגד זה יש הוכחה אחוי שטרך ואפילו לשאר פוסקים שכתבו דחזקת ג"ש מתק"ח מ"מ א"א להכחיש דסברא גדולה הוא וכמ"ש שע"ש עצמו בסק"ג דעכשיו שג"ש הוי חזקה מתק"ח ממילא ודאי מכרו לו מדלא מיחה וא"כ כיון דיש סברא לכל צד אהני מגו ובת"א לרשב"א סימן קצ"ז כתב דכל שלא מיחה תרי הוא כמודה שאין אדם עשוי להניח נכסיו שלש שנים ביד אחרים וכיון שהוא כמודה כמאה עדים דמי.

סעי' ח' אני יודע שלא דר בו בלילות כתב שעמ"ש סק"ו הא דלא מהימן שלא מכר במגו דיטעון ברי שלא דר בלילות לפוסקים דאמרינן מגו דלא שכיח דהוי מגו במ"ע דאנן סהדי דודאי מכרה לו כיון שאכלה שני חזקה ועוד דהוי מגו להוציא כמ"ש תוס' בב"מ דף ק"י ד"ה א"ל רבינא לס"ד דרבינא דל"מ שני חזקה רק כשהמערער טוען שבגזל בא לידו אבל אם טוען במשכון בא לידך ל"מ הא דלעולם אין המערער נאמן כשטוען למחזיק בגזל בא לידך במגו דמשכנתא דהוי מגו במ"ע דאנן סהדי דלא הי' שותק א"נ דהוי מגו להוציא כיון שאכלה שני חזקה וכשהמחזיק בבית בא מחמת ירושה ואינו טוען ברי שאביו קנאו אף שהמערער אינו טוען ברי שלא דר המחזיק בלילות נאמן במגו דבבו"ש אמרינן מגו להוציא עכ"ל ואזיל לשיטתו בזה דס"ל לעיל בסימן פ"ב דנגד יורשים מהני מגו וכבר העלתי שם דמה דטוענין ליורש ולוקח הוי כברי ול"מ מגו להוציא מידם.

עוד כתב השעמ"ש לתוס' אם המערער מודה שאכל המחזיק שני חזקה אלא דמ"מ לא מכרה וליכא עדי חזקה א"נ במגו להוציא דלא כרמב"ם בעט"ז מטוען ד"ה עי"ש וזה אינו דגם תוס' מודים היכא די"ל הפה שאסר הוא הפה שהתיר דלולא הודה שאכל המחזיק שני חזקה ואפילו אמר איני יודע לא הוי המחזיק נאמן ולא הי' חשוב מוחזק בלא עדי חזקה דמוקמינן בחמ"ק ול"ד למגו דמשכנתא דצריך לטעון במשכון בא לידך כיון דיש עדי חזקה והוא מוחזק בפנינו וכבר הוכחתי בסימן פ"ב דהפה שאסר מהני להוציא וכ"כ נתיבות ריש סימן קמ"ב אך ברשב"א שבאס"ז פחז"ה דף ל"ג ע"ב ד"ה קריבי' מבואר כשעמ"ש אך דבריו שם תמוהין לי חדא איך מוקי לה דמערער טוען דלא אכל המחזיק פרי א"כ איך קאמר הש"ס לס"ד בחד סהדא דאכיל ג"ש ולמסקנא דאכיל ב"ש דישלם הפרי הרי המערער מודה דלא אכל ומכחיש העד ועוד המ"ל דמערער טוען שא"י אם אכל המחזיק ג"ש.

עוד כתב השעמ"ש דבאס"ז לב"מ שם משמע מתוס' הרא"ש דכשטוען המערער במשכנתא בא לידך אף שתקנו חכז"ל שצריך למחות מ"מ אם יש מגו למערער ונאמן

להוציא מחזקת ג"ש ול"ה מגו במ"ע די"ל שהאמינו שלא יכפור ולכך לא מיחה אך מהרא"ש בפסקיו פחז"ה מוכח דל"מ מגו גבי הא דצריך למחות בסוף כל ג' תני בר קפרא ערער וחזר וערער אם מחמת טענה ראשונה ערער אין לו חזקה וא"ל י"ל חזקה פירש ואם לאו שאמר במחאה שעשה בסוף ג' ראשונות דבגזל בא לידו ובמחאה שבסוף ג' שניות אמר שבתורת משכון בא לידו הרי הודה דמחאה ראשונה היתה שקר וחזקת ג"ש הראשונות הי' בלא מחאה ופירשב"ם ה"ה אם מיחה ב' מחאות בתוך ג"ש המכחישות זא"ז דלא הוי' מחאה דהוחזק כפרן ול"נ דאינו נעשה כפרן רק ע"י עדים אבל אם טוען שתי טענות לפני ב"ד המכחישות זא"ז לא נתבטלו אותן טענות אלא בוחר איזה שירצה די"ל טעיתי במחאה ראשונה עכ"ל והביאו הטור בסימן קמ"ו והא הא דיכול לחזור מפטור לפטור הוא משום דאי בעי הי' עומד בטענתו הראשונה כמ"ש הטור בסימן פ' בשם הר"י מיגא"ש א"כ גם במיחה בסוף ג' ראשונות שבגזלה הוא בידו ובג' שניות מיחה שבמשכנתא בא ליד המחזיק ליהימן המערער במגו דהי' עומד בטענתו הראשונה א"ו כיון שטוען עכשיו שבמשכון בא לידו מודה שהחזקה הראשונה היתה חזקה טובה ל"מ מגו לבטל החזקה דג"ש עכ"ל ולפ"ד דברי הרא"ש סתראי ננהו אע"כ דמ"ש בטעמא דחוזר מפטור לפטור משום מגו דאי בעי עומד בטענתו הראשונה לאו דוקא משום מגו כאשר הוכיחו התומים וקצו"ח ועיין נתיבות סימן ע"ב סח"י ס"ק ל"ד דכל שבא לשנות מפטור לפטור חשבינן לטענה ראשונה כאלו לא אמרה עיי"ש וא"כ במחאה אם נחשוב כאלו לא מיחה בראשונה הרי החזיק ג"ש ומגו ל"מ כשבא לסתור דבריו הראשונים כמ"ש הריב"ש וכנה"ג ופוסקים שהביאו קצו"ח ח ונתיבות.

ומ"ש דלרמב"ן פחז"ה דף ל"ה שהוכיח דחזקת ג"ש מהני אף לטוען לפירות הורדתיך דאל"כ גם כשטוען בגזל בא לידך ליהמן במגו ה"נ קשה ליהמן במגו דאני יודע שלא דר בלילות עיי"ש י"ל התם ל"ל אנן סהדי דמכר מדשתק ולא חש שיחזיק ג"ש ויאמר לקחתי ממך די"ל דסמך אמגו דלפירות הורדתיך כיון דבאמת לא מכר לא יהא למחזיק עדים משא"כ כאן ה"ל לחוש דמחזיק יביא עדים דדר גם בלילות דסתמא שבבי מידע ידעו.

ולהרמב"ם וכו' ז"ל הרמב"ם בפי"ב מטוען אפילו באו עדים ואמרו לנו השכיר ואנו דרנו בה ביום ובלילה וטען ב"ה ואמר יביאו עדים שדרו בה ביום ובלילה צריכים אלו השוכרים להביא ראי' שדרו בה תמיד שזה הדבר תלוי בהן ואינו תלוי בטענת המחזיק כדי שיעידו לו וכתב הה"מ דרמב"ם פירש דהא דאמר מר זוטרא אי טעין ואמר לייתי תרי סהדי ולסהדי דדרו בה תלת שנין ביממא ובלליא טענתי' טענה קאי אתירוץ דרבא דאפילו בסהדותא דשוכרין יכול הלה לטעון יביאו עדים שדרו בה ביום ובלילה ונתן

טעם לפי שזה תלוי בהן אבל אי לא טען לא טענינן לי' כיון שהביא עדים שדרו ב"ש ואע"ג דבפט"ו מה"ע כתב הרמב"ם דאם השוכר עדיין השכירות בידו הר"ז מעיד וכאן דבריו כשהשכר עדיין בידם מ"מ כיון שהמערער טען יביאו עדים גרע טפי מכת"ד ולח"ם כתב דהך דפט"ו מעדות כשמעיד השוכר שראה שהמשכיר קנה הבית בקנין ושטר כדין אבל לא עדות דחזקה שזה תלוי בהן עיי"ש ואינו מובן עדיין הטעם לחלק ונלע"ד לפמ"ש הרמב"ם בפח"י מעדות דין ב' דאם המזימין אמרו איך אתם מעידים שביום פלוני הרג פלוני את פלוני במקום פלוני הלא עמנו הייתם אתם והם במקום אחר ולא הרג זא"ז הוי הכחשה וא"כ כאן דמעידין שבעצמם דרו באותן ג"ש בבית זה אם יוזמו שבאותם ג"ש היו במקום אחר ממילא הוכחש גוף המעשה שלא נעשה החזקה וא"כ הוי עדות שאי אתה יכול להזימה וזה שאמר שזה הדבר תלוי בהן ואינו תלוי בטענת המחזיק שקנה בשטר כדי שיעידו לו על הקנין.

אך בד"מ ל"צ דו"ח רק בדין מרומה ובב"ש סימן מ"ב ס"ק י"ד דהיכא דהאשה מכחשת שלא זינתה או שלא נתקדשה חשוב דין מרומה וצריך דו"ח ובש"ך כאן סק"ז פירש מ"ש הרמב"ם שמא לא דר בה בלילות היינו שטוען הייתי שם כ"פ בלילות ולא מצאתיו ושמא משום שלא דר בה כלל בלילות עיי"ש וא"כ הוי כרגל"ד דלא דרו בלילות לכן הוי כמרומה וצריך שיהא יכול להזימה משא"כ כשאינו מכחיש העדים שמעידים שדרו ביום ובלילה רק מכחיש המחזיק שלא קנאו ממנו א"צ העדים דו"ח ועוד דמה דא"צ דו"ח ועדות שאיל"ז משום נע"ד ובמרומה לא תקנו ומבואר בפחז"ה דף כ"ט דשכנים סתמא יכולים להעיד אדירה יום ולילה וא"כ כשזה טוען יביאו עדים שדרו ביום ובלילה ממ"נ אם יוכלו להביא עדים ל"ש נע"ד ואם לאו זה גופא הוכחה דעדותם מרומה דאיך לא ידעו השכנים אם אמת דרו ביום ולילה דמה"ט אמרינן בב"מ דף פ"ג ע"א אין רואה שבועת ה' ההי' הא יש רואה יביא ראי' פרש"י במקום שעדים מצוים א"נ בשבועה ואם לא יביאו עדים אף דנקיטי אנר ביהא בידייהו ואמרו למאן ניתבי' לא יצאו בזה דלמערער מגיע שכירות אחר דהבית יוצא מת"י המחזיק ואין נאמנים השוכרים נגד המערער ומ"מ גם להמחזיק חייבים לשלם דהודו בעצמן שדרו ג"ש ביום ולילה הודאות בע"ד כמ"ע דהבית של המשכיר והמערער נוטל בגזל דהא לפי הודאתם באמה החזיק המשכיר רק הודאתם ל"מ לחוב להמערער ול"ל דב"ד יתנו המעות להמשכיר ומיד יוציאו מידו ליתן להמערער דהמשכיר י"ל אחר שלפי הדין הבית שלך והשוכרים מחויבים לך שכירות קח מהם כי מה שלקחתי מהם הוא רק מכח הודאתם ובמתנה יהבו לי דממ"נ אם אמת דרו ב"ש החזקתי ואם אינו אמת מ"מ הודו ונתחייבו לי בחנם מכח הודאתם ואין

נפטרים נגד המשכיר לומר דהמערער גזל ממון השכירות דלוה חייב באונסים ול"ש בזה לומר הרי שלך לפניך אף דמניחים בב"ד וכמ"ש בנתיבות בפתיחה לסימן ע"ו לכן כתב הרמב"ם דצריכים אלו השוכרים להביא ראי' דאל"כ צריכים ליתן השכירות למערער וסדר למשכיר שו"ר בסעמ"ש סק"ט כתב דאם אינם נאמנים כשנוגעים צריכים לשלם למערער ולמשכיר ובסק"ז הקשה דמ"מ למה לא נקט הרמב"ם דצריך המשכיר להביא עדים ואינו קושיא על הרמב"ם לגרסתו בש"ס לייתי תרי סהדי דדרו בה א"כ טוען המערער שהשוכרים יביאו עדים וע"ז אמרינן טענתי' טענה וכן יעשו וגם על הש"ס ל"ק דקמ"ל רבותא אף דאמר שאינם נוגעים בעדותם כיון דנקטי אגר ביתא בידייהו ואמרו למאן כיתבי' מ"מ אי טעון שיביאו עדים טענתי' טענה וצריכים שיביאו דאל"כ לא יצאו י"ח בזה ועוד לפמ"ש דהטעם כיון דמצויים בזה רואים אי לא יבררו ניכר הרמאות ובזה השוכרים יודעים מי שנכנס ויוצא אצלם יותר מהמשכיר.

סעי' ט' ששכירות הבית עדיין בידם כתב הנתיבות ונראה דאם אמרו בשעה שהשכירות עדיין בידם שלא דרו בו רק שני שנים וציוו הב"ד ליתן להמערער ואח"כ הביא המחזיק עדים שהחזיק עוד שנה שלישית אין המחזיק יכול לתובעם שישלמו לו פעם שנית כיון דעיקר התביעה הי' בפני הב"ד על המשכיר וראי' לזה מדברי התוס' ב"ב דף כ"ט בד"ה הני נוגעין שכתבו לתרץ הקושיא דיהיו נאמנים במגו דפרענו ותרצו דיראים מהמחזיק עיי"ש ולכאורה קשה דא"כ כי משני דנקיטי אגר ביתא ג"כ הוי נוגעין שיראין מהמחזיק שמא אחר שישלמו להמערער יביא המחזיק עדים א"ו דכשנתן עפ"י ב"ד דנפטר כיון דיכולין ליתן לפני ב"ד בפני המחזיק ולומר לו הש"ל כיון ששכרוהו ממנו והב"ד היו נוטלין אותו מכח המחזיק דאפילו נתנו כבר להמחזיק היו הב"ד נוטלין ממנו אבל להיפך כשהמחזיק הביא עדים ונתנו השוכרים להמחזיק עפ"י ב"ד ואח"כ הביא המערער עדי הזמה אז אם מתחלה בשעה שנתנו להמחזיק כבר הביא המערער עדים שהי' שלו שהרי המחזיק צריך להביא עדי חזקה לב"ד הוי כנתנו עפ"י ב"ד כיון שהי' צריך ב"ד וקי"ל בס"ס רצ"ז דבנתנו עפ"י ב"ד פטור אבל אם בשעה שנתן להמחזיק לא הביא עדיין המערער עידי אבהתא ל"ה כנתן עפ"י ב"ד כיון שאז ל"ה צריך ב"ד עכ"ל נתיבות ולע"ד קשה לחדש חידוש דין מכח דקדוק וקושיא בתוס' די"ל מ"ש תוס' דיראים דיזכה המחזיק בדין היינו עתה כיון דלא נגמר הדין עדיין אבל כשיגמרו הב"ד הדין ויזכה המערער אינם יראים עוד שיתהפך הדין דסתמא אם יש עדים למחזיק מייתי להו ואם אינם כאן נותנין זמן לפי הצורך דהא מבואר בש"ס שם דעדים דבתי הם השכנים וא"כ אם הלכו למדה"י נותנים לו זמן עד שיוכל להביא כדלעיל סימן ט"ז ס"א ומפרט

דהלא המה השוכרים דרו הג"ש רק לא מהימנינן להו דנוגעים והם יודעים בעצמם אם לא דרו בלילות מאין יהא עדים למחזיק רק כונת תוס' דיראים השוכרים שיזכה המחזיק אף שלא יעידו דדרו גם בלילות כיון שלא נחתך הדין ואמרו מי יימר דמחייבו לו רבנן כמו שמצינו בפ"ק דב"ב דף ה' ע"ב ובפ"ק דב"מ דף י"ז ועוד בשלמא אם יאמרו פרענו למערער יראים שיביא המחזיק עדים ואזי ודאי יכרחו לשלם שנית למחזיק דהודו שלא פרעו לו עדיין והמערער הא באמת לא נפרע ולא יחזיר להם אבל כשיתנו עכשיו למערער עפ"י ב"ד אף אם יביא המחזיק עדים ויסתר הדין עוד יש תקוה לחזור על המערער ומשום חשש רחוק שיביא המחזיק עדים אחר שנפסק הדין ולמערער לא יהא להחזיר לא יעידו עכשיו שקר ועיין בסמוך ס"י ובב"ח וקצו"ח.

ומ"ש הנתיבות די"ל השי"ל בעצמו כתב בפתיחה לסימן ע"ו בחוב דהמעות שלו וכ"ז שלא הגיעו ליד מלוה ולא קנה א"י לומר השי"ל עיי"ש וטעם זה שייך גם בשכירות וא"כ מה לו למשכיר במה שגזל המערער והשוכרים ומ"ס הנתיבות דעיקר התביעה הי' בפני ב"ד על המשכיר איני מבין נהי דעיקר התביעה על המשכיר מגוף הבית אבל השכירות רק על הדרים בה ואטו אם לא הי' להם לשלם הי' המשכיר חייב לשלם כיון שלא נהנה ומ"ש מס"ס רצ"ז אינו ראי' כלל דמקור הדין התם נטעו בשיקול הדעת לכן כיון דאין הדין חוזר פטורים דמה שנתנו כבר עפ"י ב"ד דינא הוא ולא גזל ועוד התם בפקדון ודאי מה שנתנו עפ"י ב"ד אין לך אונס גדול מזה ושומר פטור משא"כ חוב שכירות דשוכר חייב באחריות המעות דשלו הן כ"ז שלא זכה בהן המשכיר וא"כ כיון דב"ד גופייהו רואין עתה דשלא כדין הי' מחמת שלא היו העדים א"כ המערער נטל בגנבה ומה לו למשכיר בזה ואף דאם כבר הי' השכירות ביד המשכיר היו ב"ד מוציאין ממנו למערער מ"מ אזי הי' הוא הנגזל ועכשיו שלא קיבל עדיין השכירות נגזלו השוכרים ומזלייהו גרם.

סימן קמב

סעי' א' לפירות הורדתיו כתב שעמ"ש אם טען שעדיין לא פרע לו הפירות צריך המחזיק לשלם לו כיון שטוען שקנה הקרקע הודה שלא פרע לו עבור הפירות דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי וכיון שא"נ על הקרקע צריך לשלם הפירות וכדמוכח במחז"ה דף ל"ג ע"ב דקי"ל דבל היכא דלא אכיל שני חזקה הדרי נמי פרי אף דאלו טעין לפירות ירדתי נאמן השתא דטעין שלקחה הודה שלא קנה הפירות לבד וכן דעת רמב"ן שהקשה אהא דאמרינן דלאחר ג"ש א"נ לומר לפירות הורדתיו דמה קמ"ל דהא תנן חזקת ג"ש מהני וי"מ דס"ד דמיירי בלא טעין לפירות הורדתיו ולא דאיק דא"כ להימן במגו כשטוען

גזלן הוא דאי בעי טעין לפירות הורדתיו ואם איתא דאף כשטוען לא מרע לי הפירות פטור מה מגו הא רוצה לתבוע גם הפירות וכמ"ש תוס' בב"מ דף ק"י ובפחז"ה דף ל"ה ע"ב בד"ה ואי דלי א"ו דאם טוען לפירות תורדתיו ולא פרע לי חייב לשלם גם הפירות ודברי תוס' תמוהין עכת"ד ולמ"ד אין זה בגדר לא לויתי דשם ודאי לא פרע אבל כשאמר לקחתי הקרקע ונתתי דמיו ממילא נכלל שפרע גם בעד הפירות דקונה קרקע קונהו עם הפירות וא"כ אף דלא מהימן על גוף הקרקע מ"מ על דמי הפירות נאמן כיון דמוחזק בדמיהן ומערער ג"כ אינו תובע דמיהן מחמת גוף הקרקע כשאומר לפירות הורדתיו רק טענה אחריתא הוא משא"כ כשטוען בגזלה אכל נגרר הפירות אחר הקרקע לטענתו וכשהדרא ארעא מחמת חמ"ק הדרא נמי פירי וזה מוכרח מהתוס' דודאי אין לומר סברא ולתמוה על התוס' דאדרבה יש להוכיח מתוס' דלא ס"ל סברא זאת ומה שהוכיח מרמב"ן אינו ראי' די"ל דס"ל כמ"ש רשב"א באס"ז דף ל"ה ע"ב וז"ל איכא למידק לר"א דס"ל דאפילו לאחר ג' נמי נאמן לומר לפירות הורדתיו א"כ בטלת כל חזקה ואפילו בטוען גזולה הוא בידך נאמן מגו דאי בעי אמר לפירות הורדתיו וא"ת שאין כאן מגו דטפי ניחא לי' למימר גזולה הוא בידך כי היכא דתיהדר ארעא ופירי לא היא דאפילו בטוען גזולה אינו רשאי לתבוע את הפירות שא"כ הי' מודה בחזקתו של זה וכמו שכתבנו למעלה עכ"ל ונראה כונתו למ"ש בדף ל"ג ע"ב בד"ה קריבי' עיי"ש דאי ליכא סהדי דאכיל ג"ש ומודה דאכיל ג"ש ותובע הפירות הוי חזקה ול"מ מגו והא דהקשה כאן שיועיל לו מגו היינו דוקא אם לא תובע הפירות ל"ל אנן סהדי מדשתיק ג"ש שמכר גוף הקרקע די"ל דמחל הפירות לבד ולא אלים לדחות המגו אבל כשתובע גם הפירות הרי דלא מחלן א"כ אנן סהדי דמכר הקרקע מדשתק והניחו לאכול ותוס' ס"ל דגם כשתובע הפירות מהני מגו רק דלפיכך ל"ל מגו דרוצה לתבוע גם הפירות ולחד תירוצא ס"ל דהוי מגו במ"ע ועיין אס"ז סוף דף ל"ג ע"א בשם הר"ר יונתן ז"ל איך שניהם נשבעים הרי בא אחד מהם לידי שבועת שוא כיון שבעל הקרקע נשבע שלא מכרה לו מעולם וזה נשבע שכדין אכל הפירות ש"מ שקנאו ממנו בדמים וי"ל אעפ"י שטען זה המחזיק מעיקרא דמינך זבינתי' אפשר שעתה נשבע באמת דשמא לפירות הורידוהו מתחלה ולא למכורת גוף הקרקע עכ"ל ובלא לויתי אפילו באו עדים שפרע חייב לשלם מכ"ש דאינו נשבע שפרע ואיך ישבע כאן שאינו חייב לו בעד הפירות ואי דנאמן במגו שלא אכל וכי מגו עדיף מעדים ועכ"פ לא ישבע אע"כ דל"ד ללא לויתי ואף שדברי ר"י צ"ע דבחנוני ופועלים שניהם נשבעים וצ"ל דס"ל דשבועת היסת אינו מוכרח כ"כ וחשוד פטור לגמרי ה"נ ליהוי כא"א לישבע משא"כ בחנוני ופועלים אם לא ישבעו שניהם לא יטלו וזה א"א כדאמר בפ"ק

דב"מ דף ג' דא"ל חנוני לבעה"ב וכו' ושכיר נמי אמר לבעה"ב ועיין נתיבות לעיל סימן ק"ם ס"ב אהא דכתב הש"ך בשם מהר"ם דאם טוען מכרת לי קרקע א"צ לישבע היסת היינו על הקרקע אבל על המעות אפילו טוען שנתן לו מעות וקנה גוף הקרקע חייב היסת נהי דא"נ בטענתו על גוף הקרקע מחמת ריעותא דשטרא וחמ"ק של הקרקע וא"י להשביעו על טענה זו מ"מ יכול להשביעו מכח גוף המעות דמאן לימא לן דמשקר בכל דחמ"ק וריעותא דשטרא אינן מורין רק שמשקר בגוף קניית הקרקע אבל מ"מ יכול להיות שנתינת המעות אמת והביא ראי' עיי"ש וא"כ ה"נ כשטוען קניתי ממך ונתתי לך מעות וזה טוען לפירות הורדתיך ולא פרעת לי הפירות נהי דעל הקרקע נאמן המערער מחמת שאין למחזיק עידי חזקה או שטר מ"מ כיון דיכול להיות אמת שנתן לו מעות ובזה המחזיק מוחזק ולמערער אין לו עליו רק תביעת חוב דמים פטור המחזיק והא דר"ג דהדרא פרי וצריך לשלם בעד פירות שאכל צ"ל כיון דשניהן באין על הפירות רק מחמת גוף הקרקע ומערער נאמן מכח חמ"ק וריעותא דל"ל שטר ממילא נגררין הפירות אחר הקרקע דבגזל אכלן כאלו החמ"ק גם על הפירות לכן נהי דלמחזיק יש טענה שנתתי לך מעות מ"מ אפילו אמת שנתן לו מעות ולא קנה הקרקע ופירות הוי רק כיש לי בידך כנגדו דא"נ רק במגו דפרעתי כמבואר בש"ך סימן ע"ב סכ"ט ס"ק קכ"ד וסימן ע"ה ס"ז ס"ק כ"ב ועיי"ש בשעמ"ש וכאן ל"ל מגו דלא ניחא לו לומר פרעתי דהא ביקש להחזיק גוף הקרקע אבל אם מערער טוען לפירות הורדתיך הרי הודה אף דיש לו חמ"ק בקרקע מ"מ הפירות מכר ויצאו מחזקתו וריעותא דשטר ליכא בפירות דשטרי לפירי לא עבדי כמבואר בפחז"ה שם א"כ אפשר קיבל המעות על הפירות לבד אף דמה שטוען המחזיק שקנה הקרקע ג"כ א"נ ומערער טוען שמכר לו הפירות וחייב לו הדמים מ"מ תובע רק חוב ובזה המחזיק מוחזק ול"ה כיס לי בידך כנגדו כיון די"ל שבעד המעות נתן לו הפירות ואף את"ל דלפי טענת המחזיק שלא קנה הפירות לבד יש להם חמ"ק מ"מ כיון דלפי טענת המערער אין להם חמ"ק לו יהא כתרי הודאות דסתרי אין מוציאין ממון.

ואפשר לומר דוקא כשטוען המחזיק קניתי הקרקע ונתתי לך מעות אבל כשטוען בתה לי הקרקע והרי יוצאה ממנו הוי כלא לויהי דמודה שלא פרע ה"נ מודה שלא פרע בעד הפירות ואפילו בלא חמ"ק וטעם אחוי לי שטרך א"נ לומר נתת לי הפירות בלא מנו כמו טענת מחילה א"ל בלא מגו ומשום דלא שכיח ועיין בש"ך סימן ע"ה ס"ז ס"ק כ"ב ובשעמ"ש שם סק"ו ובמה שכתבתי לעיל סימן עיט ס"ד דיש בזה פלוגתא וא"כ כאן דליה לו חזקה וגם מגו אין לומר להד"ם דיש עדים דאכל ולא פרעתי בעד הפירות כיון דרצה לזכות בגוף הקרקע לא ר"ל לפירות ירדתי ואף דיש לו מגו קניתי הקרקע ונתתי

לך מעות דאז הי' פטור מדמי הפירות אם מערער טוען לפירות הורדתיך מ"מ הא יש למערער מגו דבגזל אכלה הפירות כ"ז שלא החזיק ג"ש ותוס' שכתבו בב"מ דלית לו למערער מגו דלפירות הורדתיך דיפסיד הפירות ולפיכך תנן בחז"ה חזקה ג"ש מהני אף דבמשנה שם דף ור"א מבואר דבמתנה מהני חזקת ג"ש היינו דקאי תוס' שם למ"ד דגם כשהחזיק ג"ש י"ל לפירות הורדתיך ואזי אין מערער י"ל בגזל אכלת הפירות משא"כ לפני שלשה שנים.

אך י"ל אפילו יש מגו למחזיק ל"מ כיון דבאמה לפי טענתו דקנה גוף הקרקע יש ראי' מדלית לו שטר ויש חמ"ק גם על הפירות דטענתו שקר רק שמחמתה הודאות המערער דלפירות הורדתיך אזיל החמ"ק וראי' דאחוי שטרך והוי כתרי הודאות דסתרי מ"מ במתנה דלא תלינן לומר דנתן לו הפירות בחנם והרי תודה מחזיק דלא נתן לו מעות ול"ש מגו בזה כיון דלפי טענתו מוכח דשקר טוען אף דלטענת תובע אינו מוכח כיון דהדבר שקול ממילא לא תלינן במתנה ולפ"ז קשה מה הועילו תוס' בתירוצם דאינו רוצה לטעון לפירות הורדתיך שלא יפסיד הפירות דעדיין הקשו למה יש לו חזקה בטוען במתנה נתת לי וצ"ל דתחלה תרצו דהוי מגו במ"ע מדלא מיחה ג"ש ולזה י"ל כיון דיש לו מגו סמך אזה דע"כ ישלם לו גם הפירות כשיטעון לפירות הורדתיך וכן כשיטעון בגזל אכלה יהא נאמן במגו וליכא למימר אנן סהדי כלל לזה תרצו עוד דליכא מגו דיפסיד הפירות כשזה יטעון קניתי וא"כ לא ה"ל לשתוק דשמא יטעון קניתי לכן אף כשטוען במתנה נתת לי הוי אנן סהדי דנתן לו מדשתק לכן הרמב"ן דס"ל דמהני מגו דל"ה כמגו במ"ע שפיר הקשה די"ל מגו לפירות הורדתיך דבמתנה לא יפסיד הפירות ומפורש במשנה דגם כשאומר נתת לי הוי חזקה שו"ר בחת"ס חחו"מ סימן צ"ח שכתב כמ"ש דל"ד ללא לויתי דהתם אמר לא פרעתי כלל אבל הכא הוא טוען הקרקע באלף זוז והפירות בכלל והלה טוען לא קניה אלא הפירות בעד מאה זוז נמצא בכלל טענת המחזיק הוי מנה בכלל מאתיים עכ"ל.

סימן קמד

סעי' א' וה"ה לעבד עשו"ש שכתב דנראה דבעבד ל"מ חזקה הלוקח אם המוכר לא נשתמש בו רק יום אחד כיון דטעמא דבעינן שהמוכר דר בו יום אחד כדי שיהא קצה ראי' שהי' של המוכר ומה"ט א"ל דר בו רק נראה בו ל"מ דעביד דסייאר ארעא ולא זבין וא"כ כיון דהא דגבי עבד צריך ג"ש משום דמנפשי' עייל א"כ אם המוכר לא נשתמש בו רק יום אחד אין ראי' שמכרו לו דדלמא מנפשי' קעייל וגרע מנראה בו דל"מ משום

דעביד אינש דסייאר וגם חזינן דבן אומן ואריס אם בניהם באין בטענתא דאביהן לית להו חזקה דהוי בלא דר המוריש חד יומא וה"נ נהי דגודרת יש להן חזקה ג"ש מ"מ היכא דבא מכח מוריש ומוכר שנשתמשו חד יומא ל"מ כיון דאף במטלטלין אין חזקה בגודרה משום די"ל מנפשי' עייל ה"נ אין שום ראי' מה שהחזיקו האב והמוכר חד יומא וכן הדעה נוטה עכ"ל ואין דעתו מכריע דעת הרא"ש והש"ע גם טעמו אין בו ממש לע"ד דהא דגודרת אין להן חזקה היינו דאינן כשאר מטלטלין דחזקה כל מה שת"י אדם הוא שלו בלא שום שימוש כמו דאמרינן ברפ"ק דב"מ דאנן סהדי דמה דתפיס דידי' הוא וגודרה דמנפשי' עייל אין תפיסתו חשוב תפיסה אבל השימוש בהן הוא ענין אחר מראה דשלו הוא לא מטעם תפיסה כלל דגם קרקע ל"ש בו תפיסה ומ"מ השימוש בה ג"ש הוי חזקה ואם דר המוכר בה יום אחד הוי ראי' קצת לטעון לבא מכחו ה"נ בעבד כשנשתמש בו כמו בעבדו וכדלעיל סימן קל"ה ס"ב ול"ד לאריס ואומן דל"מ להו חזקה לעולם אפילו נשתמש דזה דרכם משא"כ עבד אין דרכו שישתמש בו אחר אף אם מנפשו עייל לכן בג"ש הוי חזקה גמורה ויום אחד הוי ממנו קצהו דרגל"ד דלא חציף אינש למיכל פרי דלאו דילי'.

סימן קמו

סעי' ג' לא הגדנו לשום אדם אפ"ה הוי מחאה ובשעמ"ש האריך כיון דמחזיק לא שמע מהמחאה ליכא ריעותא מה שלא נזהר בשטרו א"כ הל"ל לא חציף אינש למיכל פרי דלאו דלי' כדאמרינן בפחז"ה דף ל"ג ע"ב וכבר עמדו על מדוכה זו בחת"ס חחו"מ סימן צ"ח הובא בפ"ת ותירץ החת"ס דוחק דא"כ בהא דפריך בב"ב שם ארעא נמי ומשני ארעא אמרינן לו אחוי שטרך לא הל"ל רק כיון דמוחה לפנינו תוך ג"ש טענתו טובה כטענת המחזיק זולת טעם דאחוי שטרך דהא מה"ט גם לאחר ג"ש ולא שמע המחאה דליכא ריעותא דאחוי שטרך סמכינן אטענת מערער כיון דעכ"פ תוך ג"ש מיחה ליכא ריעותא גם בטענתו לכן נלע"ד אף דאמרינן טפי משלש שנין לא מזדהר בשטרי' מ"מ ריעותא קצת הוי דה"ל ליזהר בשטרי' שלא יצטרך לעדי חזקה וכדפריך שם ודלמא עצה טובה קמ"ל לס"ד דפחות מג"ש נמי הוי חזקה ופירשב"ם סוף דף כ"ח ע"ב ז"ל לעולם חזקה הוי בשנה אחת ועצה טובה קמ"ל שיהא שטרו בידו מוכן לראי' ולא יזקק לעדים כשיעוררו עליו עכ"ל וכיון דעצה טובה הוא ודאי יש ריעותא כשאין שטר בידו אף לאחר שהחזיק כדינו תדע דהא בהא דאמר ארעא א"ל אחוי שטרך טוען שהחזיק ג"ש רק לא מצא עדים על שנה שלישית א"כ אין ריעותא כלל במה שאין לו השטר דהא צוות החזקתי שלש

שנים לכן תו לא נזהרתי בשטרי וליהמן משום דלא חציף למיכל פרי דלאו דלי' וע"כ דלא פלט מריעותא קצת רק היכא דהחזיק בשופי ג"ש וזה לא מחה אנן סהדי מדלא מחה ג"ש דמכר השדה ואין די בריעותא דאחוי שטרך לדחות חזקה ברורה דג"ש כיון דיש אמתלא דתו לא נזהר בשטרו אבל אם באמת מיחה וליכא רק טעם דלא חציף למיכל פרי דלאו דלי' סגי לן הריעותא קצת לקלקל הוכחה דלא חציף לבד דהרבה חציפי יש והרבה נזהרין בשטרן גם לאחר ג"ש כאשר עינינו רואות והוי קצת כעין הרי מיעוטא דמקלקל לרובא דהא מרובא דלא חציפי יש עדיין עכ"פ מועט דנזהרין בשטרן ותצטרך לומר דזה מאינשי דלא חציפי ולא נזהרין דהוי רוב לפמ"ש ר"ן בפא"ט לחד תירוצא אהא דפריך ודילמא דעוף טמא אך לא"נ הרי מיעוטא כמחצה ע"מ וכ"כ בחידושי ר"ן בב"מ דכ"ג ובאס"ז שם עוי"ל אף דמה דאבד שטרו ל"ח ריעותא אחר ג"ש מ"מ אינו מוכרח שיאבד וי"ל כשעת מציאתו כמו שאין לו עתה שטר ודאי לית לו ולא נתחדש דבר כמ"ש רשב"א שבב"י לקמן סימן ר"נ סמ"ד דאם טוענים יורשים שמא לאחר המתנה לקח מטלטלין הנמצאים עתה ברשותו עליהם להביא ראי' דכל שטען חדש עליו הראי' עיי"ש דמהני אפילו להוציא מידם וא"כ כאן דתברא דלא חציף ל"מ רק להחזיק ולא להוציא א"כ י"ל אחוי שטרך דעליו הראי' שנתחדש שהי' לו שטר ועתה אין לו משא"כ כשלא מיחה ג"ש הק"ח הוא או דאנן סהדי מדשתק ג"ש ולהיפך ל"ל אנן סהדי מדלא נזהר בשטרו ודאי לא קנה או דאפסיד אנפשו כיון דאחר ג"ש לא מזדהר אך ברשב"א שבאס"ז לא משמע כן.

סעי' ד' בסתר בסעמ"ש כתב די"ל כונת הרשב"א דלא מהימנין שהקרקע ניתן לו אבל אם עתה אגלאי למפרע כגון ע"י כת"י מקוים שניתן לו במתנה מכבר מהני מחאתו אף דלא נודע למחזיק כמ"ש הרשב"א בהקדישה בלא שטר דנתבטלה החזקה עיי"ש ובעצמו כתב די"ל שאני הכא שהי' לו לברר מתנתו כדי שנדע מהמחאתו ולע"ד מוכח בתשובת רשב"א כהרמ"א מדכתב שם בח"ג סימן קצ"ה מתנה זו לא נודעה ותם עצמם מודים ששטר המתנה נעלם ואיננו אלא שהוא מודה בו ומ"מ זה לא נודע עכ"ל והא כיון שאין להם השטר מה זה שאמר שהם עצמם מודים בע"כ ידענו כיון שאיננו א"ו ר"ל אפילו נאמינם שכבר ניתן להם הקרקע מ"מ בעצמם מודים שנעלם השטר ולא נודע בשעה שמיחו לכן ל"מ מחאתם.

סעי' ה' בפני עדים וכתב הש"ך זה שלא בפני זה מצטרפין והשעמ"ש תמה כיון דמחאה בפני ג"א אף דאמת הוא ל"ה מחאה א"כ נימא שמא אחד משקר ול"ד למנה אחר מנה דמצטרפין דעכ"פ אחד מהן אומר אמת וחייב מנה לכן הניח בצ"ע וכבר עמד בכה"ג קצו"ח בסימן למ"ד ותירץ עפ"י דברי רמב"ן דע"א לא חשיד ג"כ לשקר רק גזה"כ לכן ע"י

צירוף כשר ועיין בשרה רשב"א ח"ג ס"ב ולפמ"ש לעיל סימן נ"א מהנו"ב שהביא מרש"י בסוטה דהיכא דרגל"ד גם ע"א נאמן בממון י"ל ה"נ כיון דודאי מחה רק הספק אי גמר המחאה כדינו מהימן עד השני דגם לפניו מחה דרגל"ד כיון שהתחיל למחות בכדי לא עביד כמו בסוטה כיון דנסתרה רגל"ד דגמרה מחשבתה ונטמאה לפיכך מהימן ע"א ה"נ ואף די"ל דמערים למחות רק בפני ע"א כדי שלא יזהר זה בשטרו הא בסוטה נמי י"ל דעינה נתנה באמר ומערמת מ"מ חשבינן לרגל"ד ומהימן ע"א ובשו"ת רשב"א אלף מ"ג ז"ל אין ע"א עד במחאה ולא כלום הוא דהא קי"ל דמחאה שלא בפניו הוי מחאה ולכך גלויי מלתא כגלויי מלתא דסהדותא בעינן אבל בפני אחד ליכא קלא ולא אגלויי מלתא כלל ולא מזדהר אידך בשטרא ואפילו מחאה בפני שלשת זה שלא בפני זה לא כלום הוא וב"י הביאו בקיצור ולא כתב בביאור דמיירי שלא בפניו גם כתב דנ"י כתב דהרא"ה חולק ובנ"י שם לא כתב רק דהרא"ה ס"ל דמצטרפין ואפשר דמיירי בפני המחזיק דא"צ לקלא ולשון הרשב"א דהא קי"ל דמחאה שלא בפניו הוי מחאה משמע קצת כיון דשלא בפניו ל"מ ודאי לא חלקו חכז"ל וגם בפניו לא מצטרפי דאלת"ה הל"ל ע"א במחאה שלא בפניו לאו כלום וגם לשון לאו כלום לא יתכן זולת אם גם בפניו לא מצטרפי לכן קיצר הב"י דבריו וכתב דהרא"ה חולק אך במחז"ה דף ל"ט ע"ב גבי פלוגתא אי מחאה בג' מבואר בפירשב"ם ואס"ז דגם אי שלא בפניו צריך גלויי מלתא ובפני שלשה כשמיחה בפניו א"צ ועכ"פ י"ל דרא"ה ל"פ על הרשב"א שלא בפניו דכשמוחה בזה שלא בפני זה ליכא קלא ע"י צירוף וכ"כ ב"י לעיל סימן נ"א ס"ב דשני עדי מסירה או החתימה לא מצטרפי לטרוף ממשעבדי אעפ"י שהכל על הלואה אחת דכיון שאין על כל שטר אלא ע"א לית לי' קלא וכן איפסק בש"ע שם.

סעי' ט' אין מוציאין מידו עד שיביא זה המערער ז"ל נתיבות לכאורה קשה מסי' קל"ט בז"א של אבותי וז"א של אבותי ובא אחר וחטפה חייב להשיב להם אף שאין עדים לשום אחד ומ"ש מהכא דא"צ להחזיר עד שיביא עדים ונראה דשא"ה שכבר הגיע ליד המחזיק ולכך אף שבא אחד ואמר שלי הוא מ"מ הדין נותן בזה דיהא מוכח כמו בכל אבדות שכהשגיע ליד אדם דאין מחזירין בלא עדים וסימנים אבל ודאי כשעדיין לא הגיע האבדה ליד אדם ובא שום אדם ואמר שהן שלו ורוצה ליקחנה אין הב"ד מוחין בידו דבו"ש ברי עדיף כל שאין לכשנגדו חזקת ממון דדוקא כשהוא מכבר בחזקת אדם המוצאו שתופסו בחזקת מי שהן שלו צריך דוקא להביא עדים כשרוצה ליקח מיד המחזיק מש"ה בסי' קל"ט שהיו מחולקים קודם שהגיע ליד אדם הוא בחזקתן ולא בחזקת שאר ב"א שכולן טוענין שמא והן ברי משא"כ אם כבר בא הקרקע ליד אדם עכ"ל ולע"ד בקרקע לא שייך

בא ליד אדם רק אם אפשר לומר שהוא שלו ע"י חזקת ג"ש אבל זה שאין לו טענה עלי' ודאי אינה שלו אין לו שייכות יותר משאר אדם כיון דאין תפיסה בקרקע גם מ"ש דל"מ בו"ש באבדה משום דחשיב מוציא מחזקת ממון דהמוצאו תופסו בשביל מי שהן שלו ל"נ דהא כתבו תוס' בספ"ב דכתובות דלהחזיר לו אבדה אזלינן בתר רוב אף דקי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב משום דל"ח מוציא מחזקתו וכן כתבו בחולין דף צ"ו לכן העיקר כמ"ש לעיל סי' קל"ט דלא תלינן בלא שכיח שיאבד אדם או שיעזוב שלו ולא יהא מצוי אצלו הוא או ב"כ רק באבידה דע"כ נאבד וא"כ ה"נ דזה אכל ג"ש באין מוחה כך י"ל של אחר הוא כמו של מערער זה והנה בחידושי רמב"ן פחז"ה הובא בשעמ"ש לעיל סי' קל"ט מבואר בהשלישו ביד שליש ואחד טוען ברי ושני שמא בו"ש ברי עדיף והשליש ודאי תופס בשביל המפקיד בידו ומ"מ בו"ש ברי עדיף ולכאורה האי דינא דהכא דלא כרמב"ן ושעמ"ש שם ר"ל דכאן הוי כמוחזק מחמת שירד בה ברשות ול"נ כיון דודאי לא קנה אותו ל"ל חמ"ק ותפיסה ל"ש בקרקע ל"ח כמוחזק ונראה דבשלמא בשלישות דליכא ספק רק אם של זה הטוען ברי או של שכנגדו הטוען שמא בו"ש ברי עדיף דהא עומד לפנינו וטוען שמא משא"כ כאן הספק שמא של אחר הוא וכשיבא יטעון ברי וכמ"ש הרא"ש ריש פרק ב' דכתובות דחשבינן טענת היורשים ברי דטענינן להו מה דמצי אביהן לטעון וכן קי"ל בלקוחות ובנפרע שלא בפניו לעיל סי' ק"ו דצריך לישבע שלא נפרע אף דכשהלוה אומר א"י אם פרעתיך חייב לשלם בלא שבועת המלוה אלא הכל חשבינן כטענת ברי ומתורץ קושית פנ"י בפ"ק דכתובות דף י"ב באבדה למה צריך קרא דמהדרינן בסימנין והלא אף בטב"ע לבד נחזיר דהמוצא טוען שמא ולית לו חזקת ממון ולפמ"ש א"ש ומה שתירץ הפנ"י דאזלינן בתר הרוב דמרובא דעלמא נפל לכאורה ל"ש כאן דבשלמא במטלטלין אמרינן כל דפריש מרובא פריש משא"כ בקרקע.

ויש להקשות מלקמן סי' רנ"ג סכ"ט בהג"ה דאפילו יש טובי' אחר שראוי להסתפק בו אין ממתינין לו וכתב הסמ"ע שם דמרתת שמא יבא אחר ויברר וכן איתא לעיל סי' קל"ז ס"ב דאין מונעין אותו משום דמרתת כמ"ש בנ"י פחז"ה ולמה צריך כאן ראי' שהוא שלו וצ"ל דכאן לא מרתת כיון שהחזיק האחר ואין מכלים ופוצה מה וא"כ י"ל דמה"ט בסי' קל"ט א"צ בירור דמרתת כיון שעדיין לא נהנה בו אדם אפשר כשיבא ליהנות בו יבא בעליו וימחה ובאבדה צריך סימן דלא מרתת דאם אחר יברר שזה שלו יוכל לומר שגם הוא כזה אבד ובספק הניח דאם נטל לא יחזיר בלא סימן דשמא יבא אחר ויביא עדים שהניחו כמו שפרש"י בהמפקיד דף ל"ז ע"ב הובא בשעמ"ש לעיל סי' קל"ט ולא סמכינן

אטעם דמרתת צ"ל משום דבאיסורא בא לידו צריך לעשות השבה ברורה וטעם דמרתת אינו ראי' ברורה ועמ"ש בסי' ר"פ.

סעי' י"ד אבל אם מתחלה עש"ך דהעלה דא"י לטעון עתה מה שלא טען תחלה דהוי מגו למפרע רק כשטען תחלה מפלוני קניתי' דזבנה ממך יכול עתה לפרש דבריו שכוונתו דזבנה ממך קמי דידי ויש לעיין אם רק טוען דמוכר דר בו חד יומא דאי הוה טעין תחלה כן היה נאמן במגו כמו שהעלה הש"ך ס"ק י"א אם נאמינו עתה במגו דאי בעי אמר זבנה ממך בפני ולפמ"ש הגד"ת בשי"ד ח"א ד"ו דלא אמרינן מגו דמגו כנודע עכ"ל ה"נ כיון דא"י לטעון עכשיו קמי דידי דר בו כיון דלא טען מתחלה מזה כלל רק דנהימני' במגו דטעין עתה דזבנה מינך בפני והיה נאמן במגו דאני זבנתי' ממך א"כ הוי מגו דמגו אך באס"ז בפרק חז"ה דף מ"א ע"ב הביא מעליות ר"י ז"ל וקשה לדברי ר"י ז"ל שאומר שאם טען מתחלה קמי דידי דר בי' חד יומא מהימן השתא נמי אעפ"י שלא טען כן מתחלה נהימני' מגו דאי בעי טעין עדיין קמי דידי זבנה ומתחלה כשאמרתי מפלניא זבינתה דזבנה מינך משום דקמי דידי זבנה מנך דכי היכא דאמרינן חד מגו אמרינן תרי מגו שהיה מפרש דבריו הראשונים דקמי דידיה זבנה ומתחלה היה נאמן במגו דאי בעי טעין מכך זבנתי' עכ"ל ובהש"ס שם דאמרי לו אייתי סהדי דדר בו אין ראי' דמיירי דטעין מתחלה מפלוני זבנתי' דאמר לי דזבנה מינך וכמ"ש הרא"ש והש"ך כאן סק"י ולפמ"ש הש"ך בסק"ו דב"ד מחויבין לפרש כונתו דקמי דידי' זבנה הוי הפה שאסר הוא שהתיר ולא יגרע בהודאתו כלום ואף דנידון הגד"ת שם בשער י"ד ח"א ד"ו מיירי נמי במגו דהפה שאסר מ"מ מ"ש דלא אמרינן מגו דמגו כנודע דזה מורה שנודע מפוסקים שלפניו י"ל דלא אמרו בהפה שאסר רק בסתם מגו והגד"ת דלא חילק לכן הקשה מה שהקשה.

סעי' ט"ז לא טענינן בהה"מ כתב דמעשה הנזכר בגמרא כך היה שהמחזיק טען כן אבל ודאי א"ל טען רגל"ד ואין טוענין לו ותומים ס"ק ח"י הקשה הא בעובדא דסעיף שאח"ז טען ג"כ בגמרא השני כוח ולא נזכר ברמב"ם וברמ"א דצריך שיטעון בעצמו ונלע"ד דבעובדא שבסעיף שאחר זה אמר רבא דינא קאמר ובעובדא שבסעיף זה לא אמר רבא רק עביד אינש דזבין דיני' ול"ק דינא קאמר גם יל"ד דאמר הבע"ד השני כוח לי והא מדבר עם השני והל"ל את כוח לי אלא דא"צ לטעון בעצמו ושייך לדיין טענה זאת ובע"ד זה גילה הדין לכן אמר רבא דינא קאמר ובעובדא דסעיף זה דצריך לטעון בעצמו לכן לא אמר רבא דינא קאמר.

סעי' י"ז שנתייעץ בתשובת ראנ"ח כתב דאם סרסר המערער ביניהם איבד זכותו אבל אם המערער כופר שלאו היה סרסור אין המחזיק נאמן במגו דאי בעי אמר מינך זבינתי'

והרי החזיק ג"ש והמבי"ט ס"ל דמהני מגו הובאו בשעמ"ש ולע"ד זה תליא במחלוקת הפוסקים דלעיל סי"ד בש"ך ס"ק י"א דלפמ"ש רמב"ן וסייעתי' דלא מהימן המחזיק דדר המוכר חד יומא במגו דממך קניתי' משום דהא דדר חד יומא אינו בירור דמוכר קנאו רק רגל"ד ה"נ אף דמערער סרסר אפשר משום דשני נוח לו רק יש רגלים לדבר דסרסור מכרו להמוכר וא"כ צריך שיהיו עדים על הרגלים לא מגו לבד ואף דהש"ך דחה שם דברי רמב"ן דאמאי לא יהא נאמן במגו לע"ד לאו דחי' תיא דמגו אינו בירור גמור דחזינין מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ומגו להוציא לא אמרינן והך דרגלים לדבר משום דדר בו חד יומא דקנהו ג"כ אינו בירור גמור א"כ יש שני צדדי ספק שמא משקר בהא דטוען דמוכר דר בו ואת"ל דדר מ"מ שמא לא קנהו תו ל"ה רגל"ד וכן בסרסר לו המערער ועוד נלע"ד בשסרסר בינו לבין עצמו י"ל לא חשש דסמך שיוכל לכפור כל הסרסרות וב"ד יאמינו לו דשלו הוא ולא מכר להמוכר למחזיק משום מגו דלא סרסר כלל ול"ד לחתם בעד כיון שא"י לכפור חתימתו מעשה כזה לא עביד ובתוס' פרק שני דייני דף ק"ט ע"א בד"ה אדמון כתבו אף דבאמת טענת שני נוח לו הוי טענה מעליא במקום אחר הכא ל"ה לו לחתום ולעשות דבר הנראה הודאה משום ניחותא דשני עכ"ל וא"כ כשיכול לכפור לא נראה הודאה וכמבואר לעיל סמן פ"א סי"א עיי"ש בש"ך סס"ק כ"ד ובס"י שם בש"ך ס"ק כ"ב וסמן קכ"ו סי"ג ואף דבעשאה סימן לאחר כתבו תוס' שם ע"ב ד"ה אם טוען דאפילו אין כת"י העד יוצא ממ"א חשוב הודאה שאני התם דל"ש טענה דשני נוח לי ולפיכך מודה אדמון משא"כ בחתם על מכירת שדה שלו בעד פליג אדמון די"ל השני נוח לי י"ל גם לחכמים דלא מהימן היינו כשאין לו מגו אבל במגו דלא חתמתי י"ל משום דהשני נוח חתמתי וסמכתי על המגו ומה"ט נאמן לטעון פרעתי על שטר שיש בו נאמנות במגו דמזויף וכמ"ש הסמ"ע בסמן מ"ו סק"ב ועיין לעיל סימן ע"ט ס"ד ותומים שם סק"ו ונתיבות סק"ג ואפשר גם ראנ"ח ומבי"ט לא אמרו אף בסרסר בלא עדים רק משום דעכשיו ליכא מגו למערער כיון דלמחזיק יש מגו כנגדו אבל כשיש לו עתה מגו י"ל משום השני נוח לי עשיתי וכן מוכח בראש להקרבן נתנאל שם אות ל"ט אלא שכתב שם דגם כשי"ל מגו דמזויף לא י"ל שעשה משום השני נח לי דמגו דמזויף בזה ל"א דא"י להעיז נגד העד ולוקח ולא נראה דא"כ למה נאמן חזרתי ולקחתי במגו דמזויף דאף דמעיז גם עתה נגד חד הא במזויף יעיז נגד עד ומוכר ולוקח ועוד הא קי"ל מגו דהעזה לפטור ממון אמרינן גם אפשר לחתום שלא בפני עד השני ומ"ש הרא"ש דמתניתין ל"ל שהוא עתה ביד המערער היינו דעורר משמע שהוא ביד חבירו כפרש"י שם משא"כ בגמרא ערער כבר.

סעי' כ"א חד יומא כתב בתומים דא"נ במגו דאי בעי אמר לקחתי מהמוכר וגם קניתי מהמערער משום דעביד אינש דזבין דינא ויהא נאמן אף כשלא ידע שיש שטר למערער דהא לא יהא שום מורא משניהם משום דהו' מגו גרוע דלא שכיח דזבין דיני' עכ"ל וא"כ לפי מה שהעלה הש"ך בכללי מגו דאמרינן מגו דל"ש תקשי ומכ"ש כאן דמפורש בש"ס עביד אינש דזבין דיני' לכן נראה מזה הוכחה למ"ש מהרי"ט הבאתיו לעיל בכללי מגו דלא אמרינן מגו שהי' יכול לטעון טענה אחרת נוסף על הטענה שטוען עכשיו דאפשר אינו רוצה לשקר רק בטענה אחת לא בשתים ולעיל סט"ז הבאתי מהה"מ דאם לא טעין רגלים לדבר הרי להדיא דלאו משום דלא שכיח לא טענינן לו רק מדלא טעין רגל"ד דלא הי' כונתו להכי וכמ"ש התומים בס"ק י"ח.

סעי' כ"ד והמחזיק אומר של אבותי דמשמע ולא של אבותיך זהו מדברי תוס' פח"ה דף ל"א בד"ה מ"ל לשקר ז"ל תימא לרשב"א וכו' ומהימנינן לו שאבותיו דרו בו יום אחד במגו דאי בעי אמר מינך זבנתי ואומר ר"י דשל אבותיו משמע שהיתה מעולם של אבותיו עכ"ל והש"ך כאן ס"ק כ"ד כתב דאין דברי תוס' מוכרחים שכ"כ מכח תמיהת הרשב"א דאפילו הי' אומר של אבותי מעולם אין במשמע לשון זה ולא שלקחוה מאבותיך דיכול להיות דאבותיו דרו בו מעולם ובסוף לקחוה מאבותיו וא"כ הדרא קושית רשב"א לדוכתי' דנהי דהוכחש במה דאמר מעולם מ"מ בחד יומא לא הוכחש וא"כ הרי טען שאבותיו דרו בו חד יומא ונטעון לו שמא לקחוה אבותיו כמו שטוענין לכל יורש עכ"ל ולע"ד א"א לומר כן דהא כל ענין מגו הוא דודאי אמת טוען דאם הי' רוצה לשקר הי' אומר שקר טוב ממנו וא"כ הכא חזינן דמה שאמר של אבותי מעולם טען שקר דהוכחש מעדים הרי דבחר בשקר זה אף דהי' יכול לומר לקחתי ממך ואיך נאמינו עכשיו שדרו בו אבותיו יום אחד במגו דלקחתי ממך לומר ודאי אמת דדרו בו אבותיו דאלו רצה לשקר הי' אומר ממך לקחתי דהרי שיקר לפנינו שדרו בו אבותיו מעולם ורצה בשקר זה דוקא ואפשר ס"ל להש"ך בשלמא אם נאמינו דדרו בו אבותיו עכ"פ יום אחד י"ל לפיכך לא רצה לטעון לקחתי ממך דלא מיני' ולא מקצתו אמת וטען שהי' של אבותיו כיון דאמת הכי הוא ומה שהוסיף לומר מעולם לבד שקר הוא ואמר כן להפלגת הענין אבל אם איתא דלא הי' של אבותיו כלל ושיקר בכל הל"ל לקחתי ממך ועוי"ל דעת הש"ך דמה שאמר מעולם לא הי' מחויב לומר כיון דסגי ביום אחד לכן הוי בכלל מלתא דלא רמיא עלי' דאינש ותלינן דאמר משום שהי' מדומה לו כן כמ"ש הש"ך בסימן עין ס"ב סק"ו לענין אם אמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני ומתורץ כאן קושיות נתיבות על הש"ך דהל"ל דהוחזק כפרן וא"כ ממילא גם המגו מהני דודאי אמת שהי' של אבותיו עכ"פ יום אחד דהא אי בעי

טעין לקחתי מינך ומאי דחזינין דשיקר במה שאמר מעולם ג"כ לא בזדון שיקר רק כיון דאין צורך לומר מעולם אמר בדדמי אבל מה שמוכרח לטענתו דעכ"פ של אבותיו הי' דדרו בו יום אחד בחזקת שלהם זהו רמיא עליו ומידק דייק.

סעי' כ"ה וישבע היסת עשמ"ש מה שהקשה על הה"מ ועמ"ש לעיל סמן צ"ה אכן לפמ"ש הקצו"ח בסימן זה סי"ד דבפני זבנה והחזיק שני חזקה טענה טובה מעצמה וא"צ למגו אתיין דברי הה"מ כפשוטן ובנתיבות שם כתב דצריך דוקא למגו משום דאין המחזיק בא מכח טענת עצמו אין חזקתו מועלת לו דבעינן בחזקה שהמוחזק יבא בטענת עצמו ואז תועיל חזקתו עיי"ש אינו מובן כיון שטוען ברי בפני זבנה ואח"כ קניתיה ממנו מ"ל אם אפסקיה אחר או לא.

סימן קמז

סעי' א' מעדי השטר עמש"ל סימן קמ"ז סי"ז דאם אין כת"י יוצא ממק"א י"ל דמהימן לומר משום דשני נוח לי ולכאורה לפמי"ש הסמ"ע שם ס"ק ל"ט דעובר על לפני עור ולא תשגה עור א"כ הא עדים שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון א"נ אפילו אין כת"י יוצא ממק"א ומשום דאאמע"ר כדאיתא בפ"ב דכתובות דף ת"י ולעיל סימן מ"ו ול"ל דוקא כשיועצו אמר הסמ"ע חדא דאדרבה כשחתם בעד עביד מעשה ונותן מכשול לפני חברו דרואה שזה חותם בסבור שהשדה אינה גזולה ממנו ועוד דא"כ מה קאמר בפחז"ה דף למ"ד ע"ב אהך עובדא דאימלך בו וטעין השני נוח לי כמאן כאדמון הא אפילו כאדמון לא אתיא דאדמון מיירי בעד החותם ולא אימלך בו וע"כ דשוין באיכות האיסור וגם לעיל קשה למה מהימן לומר דעשה משום דהשני נוח לי הא אאמע"ר ואף דהג"א בפרך הגוזל קמא כתב דלמפטר נפשו מממונא מע"ר הא פסק לקמן בסימן קפ"ג ס"ב דא"נ לומר לעצמי קניתי במעותי היכא דהוא רמאות נגד המשלח וצ"ל דהיכא דצריכין לטענתו שיטעון בעצמו אאמע"ר וכאלו לא טען משא"כ הך דלעיל סימן קמ"ו סי"ז א"צ לטעון דאנן טענינן לו אך כאן דעבד מעשה רק נהימני' משום מגו י"ל אאמע"ר אך ביו"ד סימן קס"ט סעיף כ"ה מבואר דבמגו נאמן לפטור עצמו אף דמע"ר ועיי"ש בש"ך ועיין מהרשד"ם סימן רכ"ג דהא דא"נ לטעון השני נוח לי הוא רק להוציא ולא כשבא להחזיק וא"כ מגו דמהני להוציא קרקע מחמ"ק דקי"ל כרבה בארעא בב"ב דף ל"ב הרי דעדיף מכח המחזיק י"ל דמהני לו טענה דשני נוח לי ועיין קצו"ח סימן פ"ב ס"ק י"ג ובסימן זה ומ"ש עליו בסימן פ"ב.

סעי' ג' חזר וטען עש"ך דה"ה ליתמי אף דמזויף ל"ט להו כ"כ תוס' ורא"ש וק"ל דברא"ש פחז"ה ס"ז כתב שם לתרץ פירשב"ם דאע"ג דאותו שמכרה לו היה נאמן במגו דלא היתה שלך אין מגו זה טוב לאותו שלקחה עיי"ש בפלפלא חריפתא דל"ט ללוקח מה שהיה המוכר יכול לטעון רק אם אותו טענה גם בלוקח שייכה אלא שא"י שכך הוא עיי"ש וא"כ ה"נ הא המגו ל"ש אצל היתומים ול"ל דשא"ה דלא ידעינין אם לוקח הוא חדא דברשב"ם הכריח דמיירי שיש לו שטר מהמוכר ואפילו דר המוכר יום אחד ועוד בזה י"ל דנאמן שלקחו מהמוכר במגו דל"ה שלך דל"ל דסבור שימצא המוכר עדים שמכרה לו המערער הא אז יוציאו המוכר מהמחזיק כיון שלא מכרו לו ואף דתוס' ורא"ש הביאו ראי' מדטענינן ליתמי החזרתי במגו דנאנסו אף דליתומים ל"ט נאנסו יש לדחות כמ"ש מהרי"ט ח"א סל"ט דשאני מטלטלין דמוחזקין היורשים משא"כ קרקע בחמ"ק היא ותפיסה ל"ש ונראה מה"ט לא רצה הרי"ף לומר דמיירי הך עובדא שם בכתובות באין כת"י יוצא ממ"א כמו שהקשה עליו הרא"ש ומשום דל"ט ליתמי להוציא כיון דהסימן מוכיח דודאי מכר רק באנו לטעון שמא היה טוען חזרתי ולקחתי הוי להוציא מחמ"ק ונראה די"ל מה"ט השמיט כאן בהג"ה הך רבותא דאפילו ליתמי טוענין ואף דבסימן קמ"ט סט"ו בהג"ה כתב דטוענין ללוקח השני שא"ה דכבר יצא מחמ"ק ע"י חזקת ג"ש ועמ"ש בסימן קנ"ב וכיון דמזויף ל"ט ליתמי בזה כמ"ש בק"נ ופנ"י בכתובות שם דלא כהש"ך גם חזר ולקח ל"ט.

סימן קמח

סעי' ב' אחד שקנה אותן מארבעה בנתיבות הרבה להקשות על זה ולע"ד העיקר כמ"ש נתיבות סוף כללי תפיסה דמיירי שספק לשניהם ונראה לב"ד שספק זה הוא מלתא דלא על"ג והב"ד מזכין אותו מספק וזכין בו מנועם יאוש כמ"ש התה"ד סמן ש"י עיי"ש וראי' לזה מפירש"י בפרק החולץ דף ל"ז ע"ב בד"ה ואבדה דרך שדהו ז"ל ואבדה ששכחו על איזה מן הרוחות היתה עכ"ל ולא כתב ששכחה אלא דר"ל שנשכח מכל העולם וה"ט דנהי דאין יאוש לקרקע משום דארץ לעולם עומדת י"ל לאחר זמן הגזלן ישוב בתשובה כמ"ש מהרשד"ם הובא בכפ"ת ר"פ לולב הגזול ואף דהכפ"ת הוכיח דגם בגזלן נכרי אין יאוש לקרקע היינו משום דאפשר אחר זמן תשבר זרוע רמה ותגבר ידו על הגזלן משמ"כ בנשכח מהגזלן ונגזל ומכל העולם ובעלים גופייהו א"י להתגבר דטוענים שמא וגם בעלי השדות א"י מקום דרכו אם אצלו או אצל אחרים ופטורים מהדין ומ"ש הנתיבות דבאיסורא אתי לידו ל"מ יאוש לע"ד ל"ש זה בקרקע כיון דאינה נגזלת ל"ל דבאיסורא

אתי לידו ולא נתחייב בהשבה וכ"כ הנתיבות עצמו בסימן שע"א ועיין נתיבות סימן רל"ו ס"ז ולפ"ז אפילו היה דרך שהגוף שלו שייך האי דינא וכן נראה מסתימת כל הפוסקים.

סימן קמט

סעי' א' בהג"ה של"ה עמו במדינה בטט"ז הקשה אמאי הוי חזקה יאמר לו סבור הייתי ששותף שלי העמידך במקומו ותירץ דמיירי בענין שאם אכלה השותף עצמו ה"ל חזקה עוי"ל דאם היה טוען כך היה מהני לו אלא שטוען שלא חש למחות מצד שיש לו שותף והקשה נתיבות דמ"מ יהא נאמן דלא מכר לו במגו שהיה טוען טענה זו עכ"ל ובתוס' פרק המקבל דף ק"י בד"ה א"ל רבינא הקשו לס"ד דרבינא דאם טען למשכנתא או לפירות הורדתיך אין לו חזקה א"כ גם כשטוען בגזל ירדת ליהמן במגו ותרצו דהוי מגו במקום סהדי דאנן סהדי דאם היה בא בגזל ל"ה שתיק אלא הי' מוחה א"נ אין זה מגו שאינו טוען ברצון משכנתא היה שסבור להוציא גם הפירות שכבר אכל א"נ הוי מגו להוציא כיון שאכלה שני חזקה עיי"ש והנה מה שתרצו דהוי מגו להוציא י"ל דתרצו כן רק לס"ד דרבינא אבל לפי מה דקי"ל בפחז"ה כרבה בארעא מהני מגו להוציא קרקע וכמ"ש בקצו"ח סימן מ"ב ס"ק י"ג שכ"ד תוס' ורא"ש ופוסקים ותירוץ שני שסבור להוציא גם הפירות ל"ש הכא דגם כשיטעון סבור הייתי ששותף שלי העמידך במקומו יחויב לשלם מאחר שמודה שהשותף לא העמידו הא לא מוחל רק לשותפו ולא לאחר שנכנס בלא רשות שותפו אך תירוץ ראשון שבתוס' שייך נמי כאן דהוי במקום עדים אך דעת רמב"ן דמהני מגו וכמ"ש בשעמ"ש לעיל סימן ק"מ סק"ו ושם הביא דהרא"ש ס"ל דל"מ מגו א"כ הטו"ז יפה תירץ בדעת הרא"ש וכיון דיש מחלוקת בזה אי מהני מגו ממלא א"א להוציא מיד המחזיק בה עכשיו.

סעי' ט"ו בהג"ה וכל מקום דיכולין לכוף העו"כ בדיניהם אם בא להחזיק בשל ישראל שלא כדין יש לישראל הבא מכחו חזקה משמע דהעכו"ם עצמו אין לו חזקה וה"ט דחזקת ג"ש תק"ח כמ"ש רא"ש ריש פחז"ה ורשב"ם דף ל"ה גבי עכו"ם אין לו חזקה וכן העלו האחרונים בסימן ק"ם וא"כ הא מבואר בהגוזל עצים דף צ"ז בעי רבא השביח עכו"ם מהו א"ל ר"א מדיפתי לרבינא תקנתא לעכו"ם ניקו ונעבוד ולעיל ריש סימן ס"ו כתבו סמ"ע וש"ך דאם מכשט"ח דרבנן לא תקנו בעכו"ם ומל"מ פ"ו ממכירה הי"ב הביא מהנ"י פרק הספינה דמכירת שט"ח דרבנן ומ"מ כתב בפרק מי שמת דמוכרין שט"ח לעכו"ם ונראה דעתו כיון דישראל הקנה לו והוא טובת ישראל גם כן שלא יוכל העכו"ם לחזור לכן אהני הקנין משא"כ ההיא דשבח דהוא תקנת עכו"ם לבד שיקנה בעצמו בלא מכירת

ישראל ולפ"ז בחזקת ג"ש דהוא תקנתא למחזיק לבד לראיה ולא שיהא קנין ואינו טובת המערער שיהא המחזיק נאמן נגדו גם נ"י מודה ולעיל סי"ד הטעם דאין לעכו"ם חזקה משום דסתמא גזלן הוא משום דלה"ט גם לישראל הבא מכחו אין לו חזקה.

סעי' י"ט גובה משבחה כתב בנתיבות דכאן גם רבינו יונה מודה דגובה מפירות דלהבא דדוקא מגו לא אמרינן מממון לממון או להוציא אבל הכא שאין ידוע שהיה של אביו דהוי הפה שאסר אמרינן בכל ענין עכ"ל ועמ"ש לקמן סימן ק"נ ס"ד להוכיח מדברי רבינו יונה שבאס"ז פ"ק דב"מ דף ו"ו ע"א כמ"ש הנתיבות.

סעי' כ"ט בהג"ה המחזיק בשל קהל וכו' בית הכסא שאחורי בית הכנסת וצריך לפנויי ולתקנה ולהוציא עשרה זהובים ויש בתים סמוכים לביהכנ"ס ואין להם בהכ"ס אחרת והולכים שם גם שלא בעת התפלה וטוענים הקהל שיסגרו הבית הכסא שלא בשעת תפלה או יתנו הסמוכים יותר מהרחוקים לפי שומא והסמוכים טוענים החזקנו כמה שנים גם פתוח לעובר ושב מארחי ופרחי ונתקנה כ"פ ולא נתנו הסמוכים יותר פסק מהר"ם מינץ הישן בתשובה ס"ז דהדין עם הסמוכים ולענ"ד הדין כרחוקים דמ"ש מהר"ם שם דהוי כמיצר שהחזיקו בו רבים דאסור לקלקלו כדלקמן סימן שע"ז אינו נראה דשם המיצר עדיין בעין משא"כ הכא דנתולא וצריך לאפנויי ולתקנו וכמבואר כה"ג בהג"ה דלקמן סימן קע"ג ס"ג והוא מתשובת הרשב"א ואף דב"י שם הביא מהתשובת הרשב"א דאם לא נפלה הבאר אלא שנתמלאה זבלים בכי האי לא אמרינן אזדא לה שהבאר קיימת עדיין והמים עדיין ישנם בבאר אלא שכיסו אותם הזבלים שנפלו שם והר"ז כמו שכיסו פי הבאר שזה מסיר כסויו ושואב מימיו עכ"ל אין זה כנידון מהר"ם חדא דבנידון מהר"ם צריך ג"כ לתקנה ועוד בבאר מים השאיל המים והשואל החזיק במים וישנם עדיין אבל בהכ"ס השאילו החלל להפנות שם וכשנתמלא אזדא ועוד גם בבאר לא אמר הרשב"א רק דזה מסיר כסויו ושואב ואין בעל הבאר מעכב עליו אבל אם בעל הבאר רוצה להסיר הזבלים ותובע מזה שיסייע לו בהוצאות פועלים כיון דיש לו חלק בהנאה הוי כשותף ודאי הדין עמו וא"ל מסייעו מונעו מהבאר ובנידון מהר"ם האורחים אינם מסייעים וגם הסמוכים מחויבים לסייע לפי הנאתם דהוי כשני שותפים אחד יש לו שלשה חלקים ואחד חלק רביע בבית דהמשתמש בו שלשה חלקים כשצריכין לתקן מחויב ליתן שלש רביעית בהוצאה ובזה נדחה נמי מ"ש מהרמ"ם דהוי כביהכנ"ס של כרכים דלא מצי מזבין ליה וכתב ראבי' הטעם מסתמא כ"ע נתנו בבנינו דנתקן לצורך רבים וה"נ מה"ט לא מצי לסגרו למנוע אורחים מלילך שם כל שעה עיי"ש דכיון דנתקלקל ונתמלא ואינו ראוי עתה והקהל מתקנים מחדש מכיסם אף את"ל דגם מקומו ממעות דעלמא מ"מ כיון

דאינו ראוי עתה ומכיס הקהל מתקנים הוי כהא דלקמן סימן קס"ד ס"ה דבית ועליה של שנים שנפלו דבונה בעל עליה את הבית ודר בתוכו עד שיתן לו בעל הבית כל יציאותיו גם מ"ש מהרמ"ם דיש חזקה לניזקין וא"צ טענה ועוד כיון דירשו ולקחו הבתים טענינן ללוקח ויורש כדאיתא בפרק לא יחפור דכ"ג עיי"ש ג"ב אינו דנהי דיש להם חזקה ויש להם חלק א"א להוציא הוצאות מחדש צריכין ליתן לפי חלקם דלא אחזקי רק במקום בהכ"ס אבל במה נתחייבו הרחוקים ליתן מכיסם בעד הקרובים דגם מכירי כהונה אם רצה לחזור שלא ליתן להם עוד יכול לחזור כמ"ש תוס' בפי"נ קכ"ג ב' ובגוף הדבר שכתב דא"צ טענה עם חזקתו עיין נתיבות סי' קנ"ג פסק כשעושה בשלו ומזיק לחבירו במחילה סגי משא"כ אם בא להחזיק בשל חבירו ולעכב עליו מלעשות בשלו צריך חזקה וטענה עיי"ש ה"נ דבאין הקהל לסגור בשלהן וב"ב הסמוכים רוצין לעכבן צריך טענה אפילו לא נתמלא עדיין ומה דרצה מהרמ"ם לדמותו לדלקמן סי' קס"ג בסוף הסעיף בהג"ה דכל צרכי העיר אעפ"י שמקצתן א"ל כגון בית חתנות או מקוה אפ"ה צריכין ליתן חלקן וה"נ אף דרחוקים א"צ שלא בשעת תפלה צריכין ליתן בשוה לסמוכים הרגיש בעצמו דיש לחלק דסמוכים הולכים הדיר ומתמלא מהרה וצריך לפנותו מקרוב ועוד יש לחלק במקוה ובית חתנות ענין כללי ע"כ אף דאירע יחיד שא"צ צריך ליתן כמ"ש סמ"ע שם ס"ק ל"ב משא"כ בהכ"ס שלא בזמן התפלה אינו ענין כללי וכל יחיד צריך סמוך לביתו ועוד שם המועט נגרר אחר הרבים משא"כ רבים לא נגררין אחר המועט כדאיתא בעירובין דף צ"ב ע"ב ובש"ע א"ח סימן נ"ה סי"ז וכאן הרחוקים רובא ושו"ת ב"ח ס"ז כתב דבית הכסא שנתמלא ל"ל דהוי כנפל ואזדא דלא אבד שמו בהכ"ס דכן הדרך לפנותו תמיד ועמ"ש סימן קנ"ד ס"ב ובהגמ"ר פרק האומנין סימן תנ"ח כתב דרבים שאמרו ליתן מתנה חשוב מתנה מועטת דלכל יחיד מגיע רק דבר מועט ויש משום מחוסר אמנה וא"כ לפמ"ש תוס' בפי"נ קכ"ג ב' במכירי כהונה דיש בו משום מחוסר אמנה כיון דאינו רק טוה"נ הוי מתנה מועטת אף דלא אמר בעה"ב שיתן לעולם רק מחמת שרגיל הי' ליתן עד עתה ה"נ י"ל כן אלא די"ל כיון דכל פעם מתרבים להסמוכים בני בית הוי כתרי תרעי דלית בו משום מחוסר אמנה.

סעי' ל"א שהחזיק במצוה נשאלתי אחד החזיק לקרות בתורה בציבור כמה שנים ומחמת קטנו השכירו הקריאה בעד שני ז"כ לשנת ליתן השני ז"כ לעניים והורה מורה אחד עפ"י דברי ס"ח שהביא שעו"ש כיון דאיכא ריוח לעניים רשאין לשנות ודעת השואל דנידון ס"ח לא הי' רק להרבות כבודם משא"כ כאן דעושין לקנתר ועוד שם משמע רק כשיש הרבה ריוח לעניים ועוד דהב"י א"ח סימן נ"ג הביא משו"ת רשב"א דהוכיח דאין להוריד

חזן מאומנתו מהא דאין מערבין רק בבית ישן ובמג"א סימן שס"ו הביא מהרדב"ז אפילו השני רוצה ליתן מעות אין משנין העירוב את"ד השואל והשבתי דבס"ח סימן תשס"ד מבואר דכונת המוסיפים כדי לבייש הראשון ומ"מ נפסק דיכולין לשנות ומ"ש השואל דמשמע דוקא משום ריוח הרבה בהדיא מבואר שם ס"ס תשס"ה דמשום מעט אין משנין אולם בשו"ת אמרי א"ש חיו"ד סימן קט"ז כתב די"ל דוקא כשהראשון הגון יותר אבל בלא"ה אפשר כל מי שיתן יותר זוכה ובלבד שיהא דבר מסוים עיי"ש וא"כ הוא לפי מקומו ושעתו ולפי ראות עיני הדיין אם הוא דבר מסיים ומ"ש מהך דעירוב צריך להבין דעת הרדב"ז דכיון רהא דאין משנין הוא משום חשדא ואם משנין משום ריוח מעות ליכא חשדא וזה ק"ו ומ"ש המג"א בסימן שס"ו סק"ח עיי"ש במחצית השקל ונ"ל סברת ררב"ז כיון שזה החזיק ואחר רוצה ליתן בעד זה מעות הרי שוה חזקה זאת מעות ואין רשאין בני החצר להפסידו עמון גם זולת טעם חשדא ולפ"ז דוקא בני חצר אבל בני עיר דרובם או טובי העיר יש להם כח לשנות אף במקום דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי כמבואר בחו"מ סימן ב' ובשו"ת ד"ח ח"ר חתי"מ סימן כ"ג וכ"ד העיד דהמנהג לפסיק כן וכ"כ שו"ת ב"ח ססמ"ך ולפ"ז הרשב"א דמייתי ראי' מעירוב דחצר לבני עיר היינו במקום דשייך חשדא ולא פסידא דממון דהפקרן הפקר ובפרק הניזקין דף ק' ע"ב דפריך משפורא דהוי ב' ר"י והדר הוי בי רבה ורבא ולא משני דשאני בני עיר מבני חצר לס"ד דלא ידע טעם חשדא י"ל משום דמשמע להו דאפילו עיכוב בני עיר אין משנין ועוד לפמ"ש תוס' דר"י ורבא לא בחד עיר היו ואין בני עיר זה רשאין להסיע על קיצתן של עיר אחרת והוי כחצר ובשו"ת ארח לצדיק סימן ט"ו מסיק נמי דרוב הקהל יכולין להוריד ש"צ מחזקתו שלא יתפלל בע"כ עיי"ש ול"ל דוקא להתפלל דאינו נעשה שליחם בע"ב כמ"ש מג"א סימן נ"ג ס"ק כ' וכ"א דהא המקרא נמי שליח ציבור הוא להוציאם כמ"ש המג"א סימן רפ"ב סק"ו אולם אף דבס"ח כתב דכונת המוסיפים הי' לבייש הראשון מ"מ כונת הציבור הי' משום ריוח עניים משא"כ אם כונת ציבור אינו לש"ש אין להם כח להפקיע ליחיד כדאיתא בחו"מ סימן ב' דצריך שיהא לש"ש ודוקא שהחזיקוהו הקהל לקרות אף כשהי' להם אחר נתנו לו הכבוד אבל בלא"ה ל"ח חזקה וכמבואר ברמ"א כאן לענין ס"ת ועיין בשו"ת ר"י הלוי אחי הטו"ז סימן כ"א דאם מחמת שלא הי' ראוי כמותו הקדים עצמו למצוה בפני הציבור הוי חזקה שאין עמה טענה ואינה חזקה וכה"ג כתב בש"ת ארח לצדיק ואמרי א"ש שם דדוקא אם מינוהו קהל ונתנו לו כבוד זה חשיב חזקה ולא אם החזיק עצמו.

והשואל השיב דאף דמשנין מפני מעות יש חשש חשדא דאיכא דידע בהאי ולא ידע בהאי וכדמצינו כן בגמרא ואין ראי' מהמחצית השקל דשם מיירי בדבר שהדרך ליתן שכר והכל יודעין ויתלו דאין הראשון צריך עתה משא"כ בנ"ד דאין דרך לקורא לשלם בעד הקריאה והשבתי דאף דכן מצינו ביבמות דף ל"ו וקי"ט ע"ב דל"מ כרוז דשמא איכא אינש דהוה בחליצה ול"ת בהכרזה זה ל"ש בנ"ד דבני עיר יודעים מהכרזה בתוך קהל ועדה כשנמכר הקריאה מה ניחוש לאורחים הבאים באקראי וידאו אחר קורא והי' פעם אחר כשקרא הראשון שון מניין ידעו דראשון החזיק בקריאת חזקה שיש עמה טענה שלא החזיק מעצמו ולא קיבל שכר על הקריאה והי' אחר היודע לקרות דאם לא ידע כ"ז מהיכי תיתי לחשדו שמחמת פסול העבירוהו כיון דלא החזיק בלא"ה יכולין ליתן לאחר ועיין תוי"ט פ"ג דשביעית מ"א דלא חייש לחשדא דאורחים ועיין נוב"ק חא"ח סי"ב וחת"ס חא"ח סי' ס' ועוד אפילו בעירוב דשייך חשדא ורשב"א דיליף עינה לחזן הייני לכתחלה אבל אם כבר נתנוה לאחר א"א להוציא ממנו וכמ"ש כנה"ג הובא במג"א סי' שס"ו סק"ח וק"ו לענין ש"צ דאין לכוף הציבור להוציאם בע"כ ובאשר האריך בזה בשו"ת דבר שמואל סי' מ"ז דאין לבטל מה שכבר עשו ציבור אף אם עשו שלא כדין לסלק החזן לכתחלה עיי"ש ועיין שו"ת פאר הדור סי' קנ"ה הובא במ"ג סי' קנ"ג ז"ל שאלה מי שיש לו מנהג לעלות לס"ת להשלים או לקרוא הפטרה או עלי' אחרת הידועה לו ולאבותיו ועתה ערערו יחידי הקהל ואמרו שהם רוצים להעלות לס"ת במקומו איש אחר תשובה אם זה שרוצה לעלות עתה גדול מהראשון בחכמה ויראה יהי' מה שאמרו כי חוקי התורה איני כרצון איש ואיש להחזיק בדבר ההוא ואם הוא שות אולי משום דרכי שלום אמנם אם זה אשר רוצה לעלות פחות ממנו אז לא דמעלין בקודש ולא מורידין.

בית שהי' בית הכנסת עיר שיש כמה בהכנ"ס ונהגו למול כולם בבית הכנסת אחד זולת כשמלין בביתו ועתה רצון אנשי בהכנ"ס אחד למול בניהם בבהכנ"ס שלהם ובהכנ"ס השני טוענים שיש להם חזקה למול שם השיב בד"ח ח"ב חא"ח סי"ט כיון דיכולים למול בביתם ואין כאן זכות רק אם ימולו בבהכנ"ס ימולו רק בבהכנ"ס זה זה הוא דבר שאין בו ממש ומה חזקה שייך בדבר שאין בו ממש ועוד דהוי חזקה שאין עמה טענה ועוד במה זכו הנך שמתפללין שם וכי אין רשאין בני העיר לצאת לבהכנ"ס אחר עיי"ש ולע"ד צ"ע דבפרק בתרא דע"ז דף ע"ב איתא ההוא גברא דא"ל לחברי' אי מזבנינא להיא ארעא לך מזבנינא אזל זבנה לאינש אחרינא אר"י קנה קמא הרי אף דיכול הי' להחזיקו לעצמו מ"מ כיון שמוכרה זכה הראשון וחשוב זכות שיש בה ממש ואף דבחו"מ סי' ר"ו פסק דדוקא כשאמר מעכשיו עיין ב"ח שם משום דצריך קנין ולא מהני בלאו מעכשיו דהדר

סודר למרי' זה ל"ש כאן דא"צ קנין וגם לפמ"ש סמ"ע שם דבלא מעכשיו הוי קנין דברים ל"ש כאן רא"צ קנין תדע דהא גם להד"ח אם היו מלין רק בבהכנ"ס הי' להם חזקה לטעם זה והרי הוא דשלב"ל ודברים בעלמא דאפילו קנו מאחד שיתן לו בנו למולו יכול לחזור כדאיתא ביו"ד סי' רס"ד ס"א בהג"ה.

ומ"ש דהוי חזקה דאין עמה טענה צ"ע כיון שהי' להם כמה בהכנ"ס והלכו למול רק בזה הוי חזקה כמ"ש רמ"א כאן לענין ס"ת ועיין תומים ועוד נהי דיחיד שהחזיק צריך טענה רבים שאני דטוענין להם דברשות החזיקו כמ"ש סמ"ע סי' שע"ז סק"ב.

ומ"ש בפשיטות וכי אין כשאין בני העיר לצאת לבהכנ"ס אחר עמג"א סי' קנ"ד בשם הרא"ם ומשפטי שמואל דאם הבהכנ"ס מכילה כולם אסורים להפרד.

סימן קנ

סעי' ד' אבל אם בא לתובעו קודם שיאכל הפירות אינו נאמן כ"כ הטור בשם רבינו יונה וכתב סמ"ע וטו"ז דוקא בקרקע אמר הרר"י כיון שמודה שלא לקחה עומדת בחזקת בעלי' והוי מגו להוציא משא"כ במטלטלין כיון דתפיס וש"ך כתב דאין טעם לחלק בין קרקע למטלטלין דכך לי קרקע כשהחזיק בה ג"ש כמו מטלטלין ומ"ש הטור דקרקע בחזקת בעלי' ע"כ לאו דוקא דזיל בתר טעמא דהא טעמא דלא אמרינן מגו מממון לממון גם בחוט במטלטלין שייך כן לומר מיד שהודה שכלי זה של פלוני כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתה ואין לה להאמינו בתביעה אחרת במגו דלקוח הוא בידי וכיון דקי"ל לעיל סי' ע"ב ובכ"ד דבמטלטלין מהני תפיסה לטעון עליהם חוב יש לי עליו ממקום אחר ונאמן במגו ה"ה בקרקע ובקצו"ח החזיק בסברת סמ"ע וט"ז דבמטלטלין דתפוס בהן ל"ה מגו להוציא ועוד דקונה משכון והמעיין בשו"ת רשב"א ח"א סי' תתקל"ט יראה כיון דאין לו רק טענת דמים וע"כ עומד להחזיר כאלו כבר מוחזר וחשוב מוציא ואפילו במשכון ואף דרבינו יונה ס"ל במשכנתא ל"ח מוציא כמבואר בטור ס"ס זה מ"מ הא בס"פ המקבל גבי חבל סכינא דאשכבתא וא"ל אביי זיל אהדרי' מוכח שם אף דלא קנהו למשכון מהני מגו אם לא הי' עשוי להשאיל ולהשכיר וכמ"ש לעיל סי' קל"ג.

לכן נלע"ד לפמ"ש רש"ל בתשובה א' דאף דאמרינן בעלמא כל מה שנמצא ת"י לוה לא מהימן לומר אינו שלי כדי לחוב לב"ח אלא גובה שלו מ"מ בחזקת ג"ש דלא מהני בלא טענה כ"ז שאינו טוען מכרת לי הוי כלא החזיק בה ואין הב"ח גובה משמע דמחלק בין תפיסת מטלטלין שחזקה כל מה שת"י אדם דב"ד מחזיקין שהוא שלו אף שאינו טוען משא"כ בקרקע שאינו תפיס בה רק החזיק ג"ש ואף דמרש"ל שבב"ח סי' צ"ט וש"ך

שם סדק י"ב גם במטלטלין ס"ל בשיש עדים שהיו מעיקרא של ראובן אף שנמצאו ביד שמעון לוה של לוי נאמן שמעון לומר שאינם שלו מ"מ משו"ת רש"ל נראה שמחלק שו"ר בשעמ"ש סי' צ"ט הביא בשם רבינו יונה שבאסיז ריש פח"ה דף כ"ח ע"ב דבקרקע שיש לראובן עדי אבתתא ועתה החזיק בה שמעון ג"ש וטוענו ראובן מה אתה עושה בתוך שלי ושותק שמעון או אומר לא אושיבך דבר מוציאין ממנו הקרקע דל"מ חזקת ג"ש אא"כ יש עמה טענה שיטעון לקחתי' משא"כ כלים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר אם לא רצת הנתבע להשיבו דבר אין יורדין לנכסיו אלא הרי הם בחזקתו לפי שכבר יצאו מרשות הראשון שהרי הוא תופס בהם ועוד דאחזיקו אינשי בגנבי לא מחזיקינן וכיון דאינם עשוים להשאיל ולהשכיר ודאי מיד הראשון באו לידו את"ר ר"י והנה מבואר באס"ז פ"ק דב"מ דף ו' ע"א מתלמיד רבינו יונה בשם רבו שאם הי' ראובן מוחזק בקרקע אחד ואמר לשמעון אמת שמכרתי' לך אבל לא נתת לי המעות עדיין נאמן מגו שהי' י"ל לא מכרתי לך ולא הוי מגו להוציא כיון שחזקת הנתבע בא עפ"י הודאות התובע אמרינן הפה שאסר היא פה שהתיר עיי"ש וא"כ תקשי דהא רבינו יונה ס"ל כאן בקרקע שתחזיק בה נ"ש דאינו נאמן לטעון חוב יש לי עלי' במגו דלקוח דהוי מגו להוציא כמבואר בטור בסעיף ח' כיון דלפי טענה שטוען עכשיו אין גוף הקרקע שלו רק טוען להוציא ממון וכן קשה לטעם שכתב רבינו יונה בטור ס"ה דאין המגו באותו ממון והא בנידון שכתב בב"מ תרוייהו איתניהו שתובע עכשיו ממון להוציא והמגו לומר שגוף הקרקע שמוחזק בה היא שלו אלא דה"ט דמגו דלקוח אינו הפה שאסר כיון שיש לאידך עדי אבהתא אנן לא מחזיקינן שהיא של זה שהחזיק בה ג"ש כששותק רק צריך טענה משא"כ התם בב"מ דא"צ טענה כלל וזה ראי' למ"ש הנתיבות לעיל סי' קמ"ט סי"ט סק"ט דבכה"ג מודה ר"י עיי"ש וא"כ ה"נ דודאי לפי טענתו עכשיו שתובע ממון ומודה שהקרקע או המטלטלין אינם שלו הוי מוציא דכ"מ שהם הם ברשות בעליו וכמ"ש הש"ך וגם מטעם שכתב הרשב"א כיון דע"כ עומדין להחזיר רק במטלטלין אלו שתק ולא הודה שאינן שלו לא היינו מוציאין ממנו א"כ לא מגרע בהודאות עצמו דהפה שאסר התיר והוי כאלו שתק דל"ה מוציא כלל דבחזקתו עומד גם עתה ל"ח מוציא אבל בקרקע אלו שתק הי' הקרקע בחזקת הראשון ואף דאלו טען לקוח לא הי' חשוב מוציא כיון דהחזיק ג"ש מ"מ עכשיו רוצה בטענתו להוציא והפה שאסר ליכא דבלא טענה הי' חשוב ראשון מוחזק וכן י"ל לטעם דהוי מגו מממון לממון דהפה שאסר מהני וכמו שהוכחתי מדברי רבינו יונה שבב"מ ומ"מ הרואה באס"ז פחז"ה דף ל"ג בדברי עליוה דר"י יראה דלא כש"ך וטו"ז וקצ"ח דתחלה קאמר דעל פירות דלהבא א"נ במגו דלקוח דהוי מגו להוציא והדר

קאמר דמ"מ אין ללמוד מכאן דל"א מגו להוציא די"ל כאן ל"ח מגו כלל דלא אמרינן מגו רק כשבא לזכות בממון מתוך שהי' יכול לזכות באותו ממון עצמו בטענה אחרת וכיון שהודה שהקרקע של יתמי כבר עומד בחזקתם וכשתובע אותם מעות אין להאמינו מתוך שיכול לטעון על הקרקע לקוחה בידו ול"ד לעיזי דאכלי חושלא דהתם עיזי גופייהו הוי תפיס ניזק והי' מחזיק בהן כעין משכון עד שישלמו לו דמי נזקו ונאמן לעכבם בתורת משכון במגו שהם שלו משא"כ בקרקע דבחזקת בעלי' ואין בה תפיסה בתורת משכון את"ד וכונתו במטלטלין כיון שתפיס ומחזיק בהן בתורת משכון בטענה שטוען עכשיו הוי המגו באותו ממון משאי"כ בקרקע דל"ש תפיסה א"כ עכשיו שתובע חוב ממון אינו טוען על קרקע זו כלל והמגו לטעון לקוח יהא על הקרקע ע"כ ל"ה המגו באותו ממון.

סימן קנב

וכן בן הבן שטוען שירשה מאבי אביו בתוס' פחז"ה דף מ"ז הקשו אמאי אין לו חזקה הא טוענין ליורש והל"ל דלמא אי הוי אביו קיים דהיינו בן הגזלן הוי טעין אנא הדר זבינתא מינך ותרצו דה"פ דאתי בטענתיה דאבא דאביה ואומר שאמר לי אביו בן הגזלן שהניחה לו הגזלן אביו דאם איתא הדר זבנה הוה אמר לו אנא זבינא א"נ לא טענינן ליורש כה"ג דמלתא דל"ש הוא כי היכא דאמרינן בהמוכר את הבית ל"ט ליהוי נאנסו משום דל"ש ע"כ והקשה בשעמ"ש כיון דהרב לא הכריע בסימן ק"ח דל"ט ליתמי נאנסו א"כ ליתא דין דהכא רק בגוני שתרצו תוס' בתחלה ולא ה"ל להרב לסתום.

ולע"ד נהי דלא הכריע היכא דבאנו להוציא מיתמי מה דתפיסו ואפילו לא ירשו רק קרקע מ"מ ב"ח מכאן ולהבא גובה והוי מוחזקים ממש לכן כמו דאין הולכין בממון אחר הרוב כן טוענין להו מלתא דל"ש משא"כ הכא דאנו דנין על הקרקע דאפשר מעיקרא לא ירשוה כלל ותפיסה ל"ש בקרקע רק שהוא בחזקתם והוי כחזקת מרא קמא מ"מ כמו דמגו להוציא לא אמרינן ומ"מ מהני מגו להוציא קרקע מחמ"ק ואפילו הוא ת"י הנתבע כמו שהוכיח קצו"ח סימן פ"ב ס"ב י"ג ה"נ מהני רוב ול"ט להו מלתא דל"ש ועמ"ש בסימן ק"ו ס"ב ולפמ"ש בקוה"ס ס"ו דאם חזמ"ק מסייע לרוב מוציאין מיד המוחזק ה"נ נהי דהקרקע מוחזק ביד היורש מ"מ למערער יש חמ"ק וכיון דלא שכיח שיקנה בן הגזלן מהבעלים טרם יוציא הגזלה בב"ד א"כ הוי רובא וחמ"ק למערער ואף דמזויף לעולם טענינן ה"ט דאל"כ ל"ש חיי כמ"ש תוס' ריש גיטין.

ומה שהקשה השעמ"ש על תירוץ א' שבתוס' כיון דבן הגזלן היה נאמן לומר בפני קנאה אבי ממך במגו דאני לקחתיה נטעון כן לבן בן הגזלן כמ"ש תוס' בפחז"ה דף למ"ד

בד"ה לאו קמודית דהיכא דליכא עדים דהשדה של המערער אלא שהמחזיק מודה לו וטוען מפלוני קניתי' כיון שהמוכר הי' נאמן במגו דאינו שלך טוענין להלוקח שמא הי' המוכר טוען קניתי' ממך עיי"ש תוס' אלו הביא מהרי"ט ח"א סל"ט וחילק בין אין עדים להמערער דהוא שלו דלא חשוב עומד בחזקתו בזה טוענין ללוקח מה שתי' המוכר יכול לטעון במגו משא"כ כשיש עדים למערער שהוא שלו דבחזקתו עומד אף שהי' מגו להמוכר לומר קניתי' ממך כשהחזיק ג"ש ומתוך כך הי' נאמן לומר בפני קנה אביו הגזלן מהמערער מ"מ לא טענינן לבן בן הגזלן דמודה דאביו לא קנאה.

אך בזה לא יתורץ מת שהקשה השעמ"ש מהא דלעיל סימן קמ"ט סט"ו בהג"ה גבי לוקח מכותי דאין לו חזקה דישראל שני שקנה מישראל שקנה מהכותי כיון דטוענין ללוקח טוענין לישראל השני שמא ישראל ראשון ראה שטר אצל הכותי כיון דישראל ראשון הי' נאמן במגו דקניתי' ממך עיי"ש ונראה דשאני גזלן דהוחזק על שדה זו לעולם בחזקת מרא קיימא וכן באריס לכן אף דיורשו ה"ל מנו לא טענינן לבן היורש אם ליתא המגו גבי' כמ"ש מהרי"ט שם דלא טענינן ליורש מה שהי' מורישו נאמן מוכח מגו והמגו ליתא אצל היורש רק אם אינו בחזקת המערער עיי"ש ולכן בלוקח מהלוקח מהכותי דאפילו כשהוא ביד הכותי אינו בחזקת ודאי גזולה וכמ"ש הפנ"י בפרק לולב הגזול דף ל' דסתם עכו"ם דגזלי ארעתא ננהו אינן אלא מיעוטא דמיעוטא וא"כ נהי דלא תקנו חזקת ג"ש בבא מחמת נוי מ"מ אתרע טובא חמ"ק וטענה יפה הוא שראה שטר אצל הגוי דלא שדי אינש זוזי בכדי דהיום או מחר יבא בעל השדה ויוציאו ממנו בד"ת לכן טוענין ללוקח שני דקרוב לודאי דלוקח ראשון הי' טוען כן וכן בהך דתוס' פחז"ה דף למ"ד כיון דהמוכר מכרו לו בחזקת שלו ודאי הי' טוען שקנהו מהמערער ועוד כיון דדר בו חד יומא לא חציף אינש למיחת לארעא דלאו דלי' למיכל פירותי' כדאיתא פחז"ה דף ל"ג ע"ב משא"כ בבן גזלן ואריס ספק עצום שמא לא הי' טוען שראה שאביו לקחה דאף דהבן החזיק ג"ש מזה אין הוכחה שראה שאביו לקחה בקנין וכיון דקרקע בחמ"ק ותפיסה ל"ש בקרקע לא טענינן לבא מכחו רק טענה שיש הוכחה עלי' כגון אם אפשר הי' מורישו טוען בעצמי קניתי' דלזה יש הוכחה מכח ג"ש שהחזיק בשופי.

ועיין בראש"ש פרק שני דייני דף ק"ט ע"ב דכתב דטענינן ליתמי שמא הי' אביהן טוען חזרתי ולקחתי דהי' מהימן במגו דמזויף אף דליתמי ל"ט מזויף ושם אין היתומים מוחזקים וגם חמ"ק אין להם כיון דהסימן מוכיח דודאי מכר לשכנגדו רק באנו לטעון שמא חזר ולקח וצ"ל משום דאין ראי' לשכנגדו דהי' שלו כלל רק מחמת דזה עשאו סימן לאחר וכיון שי"ל מזויף ל"ח בחזקת המוריש כלל כמ"ש מהרי"ט כשיש מגו דל"ה שלך

מעולם דס"ל לתוס' דכה"ג טענינן ללוקח ויתמי אף דאצלם ליכא מגו ופליגי בזה עם רשב"ם ורמב"ם דס"ל אפילו מגו דלא הי' שלך מעולם ל"ט ללוקח ויתמי אם אצלם ליכא המגו אף דהמוכר והמוריש הי' לו המגו וכן מבואר בראש בפחז"ה ס"ז דהיכא דללוקח ליכא מגו ל"ט לו טענה שהי' מוכר נאמן במגו ודברי ראש לענ"ד סתרי להדדי וכמ"ש לעיל סימן קמ"ז ואפשר ליישב קצת דטענת נאנסו או מזויף הוא דבר שאפשר להיות רק ליתמי ל"ט משום דלא שכיח לכן כיון שיש טענת החזרתי או חזרתי ולקחתי דהי' מהימן המוריש במגו אף דהשתא גבי יתמי הוי רק ספק אי הי' טוען המוריש מ"מ ל"ח ספק מוציא מידי ודאי דיש לצרף המועט מטענת מזויף ונאנסו לספק שמא הי' טוען חזרתי ולקחתי או החזרתי ובצירוף הוי טענה דשכיח טובא משא"כ בהך דחז"ה דליכא ספק ללוקח אם הי' של המערער ולא נשאר רק טענת מכירה שהי' נאמן המוכר לומר המערער מכרה לי במגו דל"ה שלך וכיון דאצל לוקח ליכא מגו ל"ט לו להוציא מחמ"ק ויותר נראה כיון שאין כת"י יוצא ממ"א י"ל על תנאי מכרתי ולא נתקיים התנאי דלא עדיף משטר חוב גמור דכשי"ל מזויף י"ל ע"ת כדלעיל סימן פ"ב והרמ"ה בטור סימן קמ"ז ס"ל דאפילו כת"י יוצא ממ"א י"ל חזרתי ולקחתי במגו דעל תנאי וא"כ נהי דראש ס"ל בכת"י יוצא ממ"א א"נ מ"מ באין כת"י לא יחלוק ומה דנקט השס חזרתי ולקחתי חד טענתא נקט וה"ה תנאי ואדרבה רבותא קמ"ל דתנאי טענה טובה יותר מדס"ל להרמ"ה דנאמן במגו דתנאי ועוד חזרתי ולקחתי הוא להוציא מחמדק ויש ריעותא דאין לו שטר וכדלעיל בש"ך סימן ק"ם סק"ה וא"כ הראש נמי ל"ד חזרתי ולקחתי נקט דה"ה תנאי וגם בחזרתי ולקחתי נכלל כשלא הי' צריך קנין חדש רק נשאר שלו מעיקרא כגון לקח כסף באתרא דכתבי שטרא או התנו לכתוב שטר וחזר ולקחו שהחזיר לו מעותיו תדע דאל"כ איך מייתי ראש ראי' מדטענינן ליהמי החזרתי דשם מוחזקים אין להוציא מהם דשמא הי' אביהם טוען כן משא"כ בחזרתי ולקחתי דכבר קנה אידך ויתומים באים להוציא בטענת שמא חזר ולקח ועכצ"ל דה"נ יוכל לטעון שנתבטל המכירה למפרע ונשאר בחמ"ק וע"כ ל"ק ממ"ש בפחז"ה דשם ודאי באנו להוציא מחמ"ק אך לפמ"ש הרשב"א הובא בב"י לעיל סימן כ"ט מחודש י"ג באחד שמכר כרם לחברו ותרי אומרים ז שמכר ע"ס אם יחזיר המעות לז"פ יבטל המכר ותרי אומרים שלא הי' תנאי דכיון דודאי מכר וכדין ירד והחזיק בכרם העמד בחזקת זה שמוחזק עכשיו ואין אומרים בכה"ג אוקי בחמ"ק וכ"כ הריטב"א הובא בב"י סימן מ"ו מחודש ל"ז שהיו עדים חתומים על שטר מכירה שמכר לו חזקת חלון בחצרו ולא הוזכר שום תנאי וחתמו ג"כ על שטר אחר שתנאי הי' שאם ירצה אח"כ לסתמו הרשות בידו ולא נודע איזה נחתם תחלה ופסק כיון דהמכירה ודאי

והתנאי ספק הרוצה לסתום עליו הראי' עיי"ש וא"כ ה"נ כיון דהודה דהקרקע של חברו וספק אי הוה תנאי חשיבי היתומים של מערער מוציאין ועליהם הראי' אלא דאין מזה סתירה על הרא"ש דאפשר לא ס"ל כן אבל לרשב"א וריטב"א ליתא למ"ש הרא"ש לכן שפיר השמיטו רמ"א לעיל סימן קמ"ז.

הלכות נזקי שכנים סימן קנג

סעי' ח' כופין עמ"ס עיין שעמ"ש שהקשה מהא דלקמן סימן קע"ד ס"א בהג"ה די"א דצריך להעלות בדמים והנה הרא"ש בלא"ה ס"ל בתשובה סימן צ"ז גם בהך דסימן קע"ד דא"צ ליתן דמים וא"כ אפשר גם בפסקיו אף דבהך דסימן קע"ד לא הכריע והביא דעת ר"ת באחרונה מ"מ כאן י"ל אזיל בסברתו שבתשובה אך על הרב קשה דכאן סתם ובסימן קע"ד הביא שני דעות אבל גם בסימן שס"ג ס"ו סתם דל"ש בין יש לו טענת עילוי דמים א"ל רק בין אם הי' יכול ליהנות אם הי' רוצה עיי"ש ומפרט דהכא בלא"ה יש פלוגתא בש"ס אי יש לזה חזקה שלא יוכל לשנות מרוח לרוח או לקצר רק פסקינן כן משום דהלכה כדברי המיקל כמ"ש הרא"ש וע"כ כשאין לבעל הצינור טענה רק משום עילוי דמים סתם רמ"א דיכול בעל החצר לשנות דהוי ס"ס ספק שמא אין לו חזקה כלל לענין זה ואת"ל יש לו חזקה שמא כשאין לו רק טענה דעלוי דמים הלכה דכופין עמ"ס ואף דדעת כ"פ דס"ס ל"מ להוציא ממון מ"מ בקרקע דל"ש תפיסה וספק אחד על החזקה מעיקרא י"ל דמהני ועוד כיון דבגוף המקום ודאי כופין עמ"ס רק יש לו טענת דמים שיעלה לו וכיון דיש ספק בעיקר החזקה הוי בעל החצר נתבע וקולא לנתבע וכמו בהך דפרק לא יחפור דף כיד ע"ב בספק אילן קדם ובפרק המקבל דף ק"י ע"ב ואפשר ליישב בזה גם דעת הרא"ש כיון דאיכא מ"ד בש"ס דאין לו חזקה כלל לענין שלא יוכל בעל החצר לשנותו מרוח לרוח או לקצרו י"ל גם מאן דאמר דיש לו חזקה הוא רק משום דבעל הצינור מוחזק ובאנו להוציא ממנו וע"כ היכא דאין לו טענה כלל על גוף המקום ויש בזה מדת סדום רק רוצה להעלות בדמים כ"ע מודו כיון דבא להוציא מבעל החצר דאין לו חזקה וכבר כתב הרא"ש בתשובה ריש כלל צ"ח אף דמסקינן כר"ת בהך דסימן קע"ד דצריך להעלות בדמים הבו דלא לוסיף עלה וא"כ הכא דעיקר חזקת בעל הצינור לענין זה שלא לשנותו מרוח לרוח או לקצרו רפויי מרפי ויש בזה פלוגתא אף דיש לו היזק א"כ כשאין לו רק טענת דמים ודאי הבו דלא לוסיף.

סעי' ט"ז ובחזקת סולם נתיבות חילק דבהרחקות שעושה הדבר בשלו רק שמזיק לחבירו במחילה סגי דהוי כאומר קרע כסותי והפטר ואני תמה אטו כשאומר קרע כסותי בכל

יום וקרע פעם אחת ליתא בחזרה הא דברים בעלמא הן ועדיין לא נעשה וכן הוא לקמן סימן קצ"ז לענין משיכת ובסימן ר' לענין הגבהה דמשיכת והגבהת קצתו ל"מ רק לזה שמשך וגם לענין מחילה לקמן סימן רמ"א ס"ג המוחל לחבירו מה שיטול מנכסיו יכול לחזור בו קודם שיטול אבל לאחר שנטל מה שנטל נטל הרי דגם לאחר שנטל דא"י לחזור הוא רק על מה שנטל וא"כ בסמיכת ניזקין דכל שעה נעשה היזק למה לא יוכל לחזור ואף את"ל דבעשיית חלון וכיוצא כיון דמזה נמשך היזק הוי ככבר נעשה כל הנזק ראי' דלהבא מ"מ למה בנפל הכותל שהחלון בו אין שכנגדו יכול למחות מלחדש החלון כדלקמן סימן קנ"ד ס"ט ובהרחקת זרעים ומחרישה וכיוצא דלקמן סימן קנ"ה דעושה בשלו ומזיק לחבירו בכל שנה היזק חדש למה לא יוכל לחזור דלא נעשה עדיין דבר הגורם ההיזק בשנה זאת ומ"מ לרמב"ם סגי בראה פ"א ושתק וע"כ לא מטעם זה הוא ומצאתי בקצו"ח ח סימן קנ"ה סל"ה קושיא זאת אך גם תירוצו אינו עולה יפה לפי מה שכתבתי עיי"ש ולכן לע"ד בין עושה בשלו וגורם היזק לחבירו בין עושה בשל חבירו הכל נקנה בתורת חזקה דאף דעושה בשלו כיון דבזה גורם היזק לחבירו הרי משתמש בקרקע חבירו ונהנה ממנו אלא כיון דאינו נותן לו גוף הקרקע קונה כשמחזיק בשעשה תשמיש זה פעם אחת וכמ"ש הטו"ז לקמן סימן קצ"ב ס"ז ובקצו"ח סימן זה בסעיף ט"ז ובסימן קפ"ט ס"א לענין סולם ונעיצת קורת ה"נ י"ל ה"ט כשעושה בשלו ומזיק לחבירו כיון דהנאתו מזיק לחבירו וחבירו יכול למחות הוי כשימוש בשל חבירו ומחלוקת הפוסקים אי סגי בראה ושתק בין עושה בשלו בין בשל חבירו רק כיון דמספ"ל אזי מי שבא למחות בחבירו חשוב מוציא ועליו הראי' וכיון דבד"מ סימן קנ"ה וסמ"ע כאן ובטו"ז סימן קנ"ה סל"ה כתבו דהמע"ה א"כ אם ראה שחבירו לא הרחיק הנזק ממנו ושתק תו א"י לחזור בו ולכופו להרחיק אבל אם הניזק גבר והרחיק בעצמו אין המזיק יכול לכופו להחזירו כמו בכל פלוגתא דרבוותא דמהני תפיסה אפילו בעדים ולאחר שנולד הספק וכן בסולם ונעיצת קורת וכיוצא א"י לכוף לבעל הסולם והקורה להוציאן אבל אם הוציאן בעצמו אין הדיין יכול לכופו להניח להחזירן ובחלון שפתח על חצר חבירו ושתק אם בעל החצר רוצה לבנות בחצרו ויסתום או יאפיל החלון אין בעל החלון יכול למחות בו כיון דבונה בשלו ואינו נוגע בשל בעל החלון הוי בעל החלון המוציא ועליו הראי' אך אם בעל החצר בא לכוף את בעל החלון לסתמו הוי בעל החצר המוציא וקולא לנתבע ובזה רמז הרמ"א לקמן סימן קנ"ד ס"ז לסימן קנ"ה סל"ה דראוי להורות דמיד שראה ושתק הוי מחילה היינו אם בא לחזור ולכוף את בעל החלון שיסתום.

וראי' עוד דעכצ"ל דרמ"א לקמן סימן קנ"ה שכתב דראוי להורות דסגי בראה ושתק לאו דהכריע כרמב"ם רק משום דהמע"ה דאל"ה וכי עדיף מאמר בפירוש ידור פלוני בבית זה רק שעה אחת במשמע כדלקמן סימן רי"ב ס"א בהג"ה ולקמן סימן קס"ג בסוף הסימן בהג"ה דקהל שפטרו אחד ממסין י"ל שלא פטרוהו רק לשנה וא"כ הרי הרמ"א דלקמן סימן קנ"ה סל"ה קאי גם על הרחקת זרעים ומחרישה וכיוצא ולמה לא יוכל לומר לא מחלתי רק אותו שנה ול"ל דדוקא כשפתח המוחל אמרינן דכונתו רק על שנה משא"כ כאן שפתח המקבל כיון שזרע או חרש ודאי כונתו לעשות כן לעולם ואידך דשתק נתרצה לדעתו דהא בתשובת רא"ש כלל וא"ו סימן י"ט כתב אע"ג דבע"מ שתשמשי את אבא קי"ל דכל ימיו משמע שא"ה דמגרשה ולצעורם מיכוין לכך דנין לשונו להחמיר והרי ל"ש להרא"ש בין פתח המוחל לבין פתח המקבל ועכצ"ל משום דטעם הדבר דרק שנה אחת משמע כיון דבא להוציא כמ"ש הרא"ש שם דכל הבא להוציא ידו עה"ת ומס נמי מחויב עם הקהל ליתן למלך וכשפטרוהו הקהל מתחייבים ליתן לו מתנה כמבואר שם בראש ומפורש עוד שם סכ"ד וצ"ע שם סכ"א דכתב דהוי מחילה וע"כ ה"נ מה דשתק ומחל דנין קולא לנתבע בעל הזרעים ואמרינן דמחל לעולם.

סימן קנד

סעי' ב' המשכיר מעכב כתב נה"מ בחידושים דבדיעבד אם כבר השכירו השוכר לאחר אם יכול המשכיר לתבוע שכרו מהאחר נראה דא"י דכיון דהמשכיר בעצמו ג"כ לא הי' יכול להשכיר לאחר דשוכר ראשון מעכב עליו דמי לחצר דלא קיימא לאגרא ובד"ג כלל כ"ד סכ"ו כתב דסותר א"ע למ"ש בסימן שס"ג סק"ח דאם השוכר הכניס עוד אחר לביתו בחנם דחייב הנכנס לשלם למשכיר משום דודאי איכא קילקול במה שדרין בבית והפטור במה דלא קיימא לאגרא משום דביתא מיתבא יתיב ושאי' יוכת שער ליכא כאן דדר בו שוכר ראשון וכיון דזה נהנה וזה חסר מעט חייב לשלם כל מה שנהנה ומשמע אף א"ל נתן עדיין השכר ס"ל לנתיבות כאן דפטור אף דנכנס בשכר את"ד ד"ג ולע"ד ע"כ גם הנתיבות לא אמר בסימן שס"ג רק בהכניסו בחנם דאם בשבר איך גזר לשלם הכל למשכיר הא ודאי עיקר הנאתו מהשוכר ראשון ששלו היא דירת הבית ומיצר לעצמו כשמכניס להשני בעד שכר שהבטיחו והי' יכול לעכב עליו לכ"ע משא"כ מה דמשכיר יכול לעכב מחלוקת הפוסקים וע"כ צריך לשלם לשוכר ראשון שנהנה ממנו ע"ד לשלם לו ואיך ישלם גם למשכיר דהא גם במשכיר שאינו שלו ופרע לו השוכר אינו חייב עוד לשלם לבעל הבית בלא קיימא לאגרא כדלקמן סימן שס"ג ס"י והרי כאן לא קיימא לאגרא

רק שחסרו דבר מועט מגלגלין עליו כל מה שנהנה וה"ד א"ל צריך לשלם לשוכר אבל אם צריך לשלם לשוכר ראשון הרי לא נהנה ואין מגלגלין עליו כדלקמן סימן שס"ג ס"ז בהג"ה רק אי קיימא לאגרא חייב גם כשלא נהנה כיון שחסרו ממון כדלקמן שם ס"ו ולא הוי מהני לו מה שצריך לשלם לשוכר וע"כ הוצרך הנתיבות לומר כאן מחמת דכבר השכירו לזה תו לא קיימא לאגרא.

אמנם כשאני לעצמי לא נ"ל דברי נתיבות הן מ"ש כאן הן מ"ש בסימן שס"ג דמ"ש שם דמגלגלין עליו כל מה שנהנה אינו דעיקר הנאתו מהשוכר דמשלם בעד דירת הבית נהי דנתנה לזה בחנם מ"מ למה ישלם לב"ה גם מ"ש כאן ליתא דנהי דלא קיימא לאגרא למה לא ישלם מה שמוסיף קלקול הבית כיון דליכא נגד זה תיקון דביתא מיתבא יתיב ושאי' יוכת שער כיון דבלא"ה דר בו השוכר ראשון לכן נלע"ד מה ששוה קלקול הבית ישלם לבעה"ב והשאר ישלם לשוכר ראשון אם נכנס ע"ד שכר ואם נכנס בחנם ישלם רק לבעה"ב מה ששוה קלקול הבית אך בד"מ סימן שט"ז הביא דעת מוהר"ם דיכול להשכירו השוכר אף למי שבני ביתו יותר מרובים רק כיון דלרמב"ם א"י להשכירו למי שב"ב יותר מרובים נקטינן כרמב"ם משום דכל ספ"ד קרקע בחזקת בעלים עומדת עיי"ש וא"כ כ"ז לכתחלה אבל אם כבר דר שוכר שני לא מבעיא לפמ"ש הש"ך בספר תק"כ סימן צ"ז דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה לאחר שנולד הספק אפילו בקרקע ה"נ אלא אף לפמ"ש הש"ך בסימן שי"ב סט"ו ס"ק נ"ו דגם בפלוגתא דרבוותא בקרקע ה"ל השוכר הממע"ה ואפילו בא בסוף חדש כולו למשכיר מ"מ שא"ה דידוע הפירות של החדש ונגררין אחר הקרקע כיון שבאין מגוף הקרקע כמ"ש הש"ך שם ס"ק י"ד משא"כ הכא כיון דלא קיימא לאגרא ודירת הבית של שוכר ראשון רק הפלוגתא דלרמב"ם בתוספת דיורין יש קילקול הבית ולמוהר"ם ליכא קלקול מדמתיר להשכירו למי שב"ב יותר מרובין א"כ אינו ידוע אם יש פירות עוד למשכיר ואם אכלן שוכר שני ובעה"ב הוא המע"ה ופטור שוכר שני מבעה"ב אם כבר פרע כל השכירות לשוכר ראשון וכן אם נכנס בחנם ואם לא פרע עדיין אפשר ג"כ כיון דשוכר ראשון ודאי הי' יכול לעכב ומגיע לו שכירות ובעה"ב ספק הוי כספק ויבם בנכסי סבא וכולו לשוכר ראשון עיין הגמ"ר ריש ב"מ ועכ"פ הוי אותו דבר מועט שי"ל שמקלקל הבית מוטל בספק ואין מוחזק לא בעה"ב ולא שוכר ראשון ויחלוקו כדלעיל סימן קל"ט ס"ד בהג"ה.

לא השותף ולא המשכיר וי"א דשותף יכול למלאות ביתו אכסנאים לקמן סימן קנ"ו מבואר דשותף בחצר יש לו ללמד תינוקת ישראל הורה בתוך ביתו וה"ה לכל מילי דמצוה שאינם יכולים למחות וא"כ יש להסתפק אם שוכר רשאי להכניס מלמד תינוקת

ישראל בביתו כיון דמדמה כאן שוכר לשותף בחצר וי"ל דגרע דהא לי"א שותף יכול למלאות ביתו אכסנאים ולא שוכר כמ"ש הסמ"ע ומבואר בהה"מ פ"ה משכנים ה"ט ונראה ודאי משכיר יכול לעכב וראי' ממ"ש הה"מ לענין שותף בחצר דמודה הרמב"ם שיכול להכניס אכסנאים הסמוכין על שלחנו ונטפלין עמו דכל כי האי יהי ביתו פתוח לרווחה והע"ב וסיקל בזה השגת הראב"ד שכתב איך נמנע ממנו שלא יכניס לביתו כל מה שירצה ואם ירצה לקבל אכסנאין לת"ת נמנע ממנו והדר כתב הה"מ בד"ה וכן השוכר זה נראה שגם הר"א ז"ל יודה בו לפי שגוף הבית למשכיר ומ"מ נראה דברוצה לסמוך על שלחנו אדם אחר שהרשות בידו ואין משכיר יכול לעכב עליו דסתם שוכר ביה לו ולנטפלין עמו הוא שוכר עכ"ל הרי דלא כתב בשוכר טעם שכתב בשותף בחצר דיהא ביתו פתוח לרווחה ותע"ב ומשום שגוף הבית למשכיר לא יצטדק בשל אחר בע"כ ע"כ הוצרך לומר דסתם שוכר בית לו ולנטפלין עמו הוא שוכר וזה ל"ש לענין מלמד תינוקת שאינם של השוכר ובשותף בחצר דל"ש טעם זה הוצרך לומר דיהא ביתו פתוח לרווחה והוי מצוה שוב מצאתי בד"ג כלל ק"ד הביא מן הזכל"א שכתב מכת"י מהרי"ק אם השוכר יכול להביא תינוקת ללמוד תורה יש פנים שיכול עמ"ש בסימן קנ"ו ס"ג וקנ"ד ס"ב ועדיין צ"ע משום טענת היזק קרקע מחמת התינוקת עכ"ל ומ"ש ברור ולרמב"ם דא"י השוכר להשכירו למי שב"ב מרובין ע"כ ס"ל דיש קילקול קרקע וכמ"ש נתיבות סימן שס"ג ס"י וסמ"ע כאן סק"ח.

הג"ה וי"א דשותף יכול למלאות ביתו אכסנאים ודיורים בד"ח ח"ב בחו"מ סימן ט"ז כתב דהכי קי"ל כאן דרוב פוסקים כן ס"ל ואין שום אחד מוחזק אדרבה זה שרוצה למלאות ביתו אכסנאים עושה בשלו ומוחזק ועוד דכן המנהג אשר שותף לוקח דיורין ולא מעכב שום אדם ובשותפין כה"ג יש לילך אחר המנהג ומ"ש שם שאלה אם שותף בבית יכול למחות בחברו לקבל בביתו דיורין ט"ס דבזה לא פליגי הי"א וכמ"ש סמ"ע סק"ח וצ"ל אם שותף בחצר וכן מוכח שם.

ממלאים הבית הכסא משמע דהוצאות פינוי בהכ"ס אינו לפי נפשות דאל"כ בלא"ה אינה טענה וצ"ע מפרק האשה פסחים פ"ט ע"ב ולקמן סימן קע"ו ס"י בהג"ה באם אחד מבני החבורה אוכל הרבה יכולין אחרים לסלקו ועמ"ש לעיל סימן קמ"ט סכ"ט.

סעי' ג' חלון שאלה רו"ש יש להם גינה אחורי בתיהם העשוים כמין גם ראובן לדרום הגינה ושמעון למזרחה וראובן יש לו פתח מחצרו להגינה ושמעון יש לי פתח מביתו להגינה וחלקו הגינה ראובן נטל חלקו בגינה סמוך לפתח חצרו ושמעון נטל השאר ונתחייבו בכת"י לחלוק במחילה והי' פתא לר"ה בגינה בחלק ראובן ונתחייב לסתום

הפתח ויש חלונות פתוחים מבתי שמעון על חלק ראובן בגינה ונשארה הגינה כמה שנים בלי מחיצה ובלי סתימת הפתח והיו נכנסים רו"ש מפתחם להגינה ומתו רו"ש ומכרו יורשיהם חלק ראובן ליהודה וחלק שמעון ללוי ובנה יהודה חנות בחלקו על המצר הסמוך לר"ה במקום פתח הגינה שלר"ה וביקש לפתוח חלון לעומת הפתח פתוח לגינה נגד חלונות לוי ולוי מעכב מפני היזק ראי' תשובה הדין עם לוי דמה שטען יהודה דבלא"ה הי' ניזק מפתח של ר"ה שהי' נגד חלונות לוי והי' ניזק מבני ר"ה וכבר עבר זמן רב מזמן החיוב לסתום הפתח ולמה לא סתמת הפתח אולי מחלת או נתת אינו טענה כמבואר בחו"מ סימן קנ"ד ס"ח וסימן קנ"ז ס"א בהג"ה ועוד פתח שלר"ה רחוק מחלונות לוי והחלון שבחנות קרוב ונתרבה ההיזק ראי' ואינו רשאי לשנות מקום החלונות אפילו מגדולה לקטנה כמבואר סימן קנ"ד ס"ד וסי"ג ומרדכי ריש ב"ב כתב בשם מורו דאם כונס בתוך שלו ומרחיק ד"א רשאי לפתוח חלון והב"י כתב עליו דדברי הימה הם ולא הביאו בש"ע ובאמת תמוה כיון דיש היזק ראי' מה יועיל הרחקה ד"א וכ"כ בשאלה לרב צמח גאון ז"ל שהביא המרדכי רק המרדכי כ"כ מחמת שמצא כן בתוספתא וז"ל תוספתא ר"מ אומר לא יפתח אדם פתח ע"ג פתח של חבירו וחלון ע"ג חלון של חבירו וחלון ע"ג פתחו של חבירו וחכמים מתירין ובלבד שירחיק ד"א ופירש המרדכי שירחיק ד"א שיכנוס בתוך שלו ויבנה רחוק ד"א ודחיקא לו למרדכי להעמיד משנתינו כיחידאה ולע"ד חכמים קיימי אסוף דברי ר"מ בחלון נגד פתח וסתם פתח לפניו ד"א כמבואר בחו"מ ר"ש סימן קע"ב כדי שיהא לו מקום לפרק משאו בחצירו לפני הפתח וא"כ כשירחיק גם השני ד"א לתוך שלו הרי יכול ראשון להעמיד מחיצה באמצע שלא יזיקו זא"ז בראי' מחלון לפתח ולא יאפיל עם המחיצה דשיעורו רק ד"א ועתה היא מלתא בטעמא וגם נתיבות ריש סימן קנ"ג והובא בפ"ה סימן קנ"ד פסק דאף בכונס לתוך שלו יכול אידך למחות בו עכ"פ חזינן דיותר היזק ראי' יש בקרוב מברחוק רק כיון דמ"מ מזיקו קצת גם מרחוק יכול למחות בו אבל אם החזיק בהיזק ראי' מרחוק ודאי אסור לשנות למקום קרוב כיון דמרבה ההיזק.

ומה שטען יהודה שיכול לפתוח חלון בחנות כיון דמקומו הי' חצר והי' משתמש שם כנהוג בחצר ובגינה והי' לוי ניזוק ממנו בהיזק ראי' לאו טענה הוא כמבואר בסמ"ע סימן קנ"ד ס"ק ט"ז ובשו"ת ריטב"א הובא בב"י שם מבואר בעל חצר לא מזיק לחלון ובעל חלון מזיק לחצר וחלון נגד חלון תרוייהו מזקי אהדדי וכן מוכח מש"ע שם סכ"א כמ"ש השואל ומה שדחה כגון שהיו החלונות למעלה מד"א מקרקע החצר ולא הי' ניזק מבעל החצר ע"כ כשבא בעל החצר לבנות הכותל מזיקו מחדש בהיזק ראי' לכן

הצריכו להגביה או להשפיל הכותל ד"א לא משמע מסתימה הש"ע כן ומ"ש דטו"ז פירס דמיירי בקדם חלון לחצר אינו דחי' דמ"מ הרי רשאי לעשות חצר ועשהחצר ואם רוצה לבנות כותל מוכרח לעשותו בענין שלא יציץ ויראה אף דבלא"ה יכול להניח החצר פנוי ולהשתמש בו.

ועוד דהיזק חלון בחנות גרע דמרבה היזק ראי' מהבאים תדיר לחנות לקנות יסתכלו דרך החלון משא"כ כשהי' המקום פנוי בחצרו לא היו רגילים רק בני ביתו ובאס"ז בהשמטות בסוף חז"ה דף סמך כתב ז"ל אבל פותח הוא פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון בר"ה ודוקא פתח של חצר או של בית אבל פתח חנות לא שבעל חנות יושב שם תדיר וא"י להשתמר ולהצטנע ממנו ומן הבאים בחנותו.

ועוד כשעמד פנוי לא הי' יכול להשתמש ביום השלג וגשם ועכשיו כשהוא מקורה יעמוד שם תדיר כמ"ש בשאלה בתשובת רמב"ן שהביא ב"י סימן קנ"ד מחודש יו"ד ואף דפותח חלון נגד חלון בר"ה משום דבלא"ה בעי להשתמר מבני ר"ה ולא אמרינן דר"ה אינו מקורה שאני ר"ה דעבידי רבים דעברי ולא יעצרם גשם ושלג משא"כ יחידים בחצר.

ומה שטען לוי בהיות הנזק בא ממקום פרוץ רואה אותו ומצטנע משא"כ כשיראהו דרך חלון לא ידע בהי עדנא קאתי אין לדחות טענתו מדשרי לפתוח פתח נגד פתח בר"ה דשאני ר"ה דתדיר עוברים וא"י להצטנע לעולם רק יש לעיין דבפחז"ה נ"ט ע"ב דלא יפתח חלון לחצר השותפין וא"י לומר סוף סוף הא בעית לאצטנועי מינאי בחצר דא"ל עד האידנא רק בחצר השתא אפילו כשאתה בבית בעינא לאצטנועי ממך עיי"ש ותיפק לי' דחצר פרוץ ורואה אותו ומצטנע ויש לדחות דאם הניזק משתמש בבית כשיראה חבירו בא לחצר יטה מהחלון ויצטנע מיד משא"כ כשהמזיק רואהו דרך חלון לא ידע להזהר אבל כשהניזק ג"כ בחצר במקום פרוץ א"י לומר במקום פרוץ אני רואה אותך ומצטנע דא"א להצטנע במקום פרוץ ולא יוכל להתחיל להשתמש בחצר כלל דשמא פתאום יכנס חבירו בחצר ואין מנוס להצטנע ובשו"ת פרח מ"א ח"א ספ"א עמד בזה ותירץ באופן אחר ובח"ב שם ס"ג בפסקא המתחלת איברא הביא שו"ת ריב"ש סימן ת"ט שכתב דהיזק מחלון שבבית גרע מהיזק חצר דאינו קבוע כ"כ והפמ"א מודה לו בזה רק מחלק דאם הי' ניזק מקודם מאכסדרה שלפני ביתו המשמש כניסה ויציאה דהוה נמי היזק תדיר רשאי לסתמו במחיצה ולעשות בו חלון ובנ"ד כיון דחייב יהודה לסתום הפתח שלצד ר"ה כשלא יהי' חנות שם ממילא לא יהא שם כניסה ויציאה תדיר מהבית לר"ה דרך שם.

הג"ה יעשו פשרה ביניהם בנתיבות הקשה אמאי לא יטילו גורל כמו בחלוקת חצר ותירץ דגורל לא נתקן רק במקום שחולקין גוף הקרקע דזה נלמד מחלוקת הארץ ולכן העלה כשזוכה בד"א לפני הפתח כיון שיש ביניהם חלוקת קרקע יטילו גורל יעיי"ש ואין בו טעם ואם נבא לדמות דוקא לחלוקת ארץ ע"כ לא ידמה דשם הי' עפ"י הדיבור ואו"ת אבל הטעם דגורל א"א לב"ד לפסוק בע"כ של בע"ד לחסר אחד מהם כיון דאפשר שיעלו בכספים זל"ז מה דביני ביני וכן בחלוקת הארץ מבואר בפי"נ דף קכ"ב ר"א אומר בכספים העלות ר"י אומר בקרקע העלוה ולא נתחלקה אלא בגורל הרי אף דעפ"י הגורל נפל לאחד קרוב לירושלים מ"מ שילם להרחוק מה דשוה יותר כי לחסר אחד דמי שויו לא עשו גורל וע"כ גם בפרק אד"מ ל"ב ע"ב שתי ספינות עוברת וכו' הטל פשרה ביניהן ומעלות שכר זו לזו ולמה לא תקנו גורל אלא שאין בדין לדחות אחד ע"י גורל אבל אם אחר שמטילין פשרה ביניהן כל אחד רוצה לשלם הדמים או ליקח ואינם מעלין זה על זה אזי יטילו גורל ע"כ כיון דנוטל שויו אך דלא שכיח שלא יעלת אחד על חבירו בדמים וא"צ בגורל לכן אמר רק יעשו פשרה ובמקדש שהיו מפיסין דכהני רק שלוחי ננהו ואם שלוחי דרחמנא הגורל הוא את אשר יבחר ואם שלוחי דידן אין חסרון למשלח ע"י הגורל יהא זה שליח או זה וכן בקדישים שמטילין גורל כי האומר קדיש רק שליח ציבור ועיין חת"ס חא"ח סימן קנ"ח בפסקא המתחיל ובעזה"י ובסימן קנ"ט בד"ה עוד אני מדבר ויותר נ"ל משום דבשלמא בחלוקת שוה כסף אפשר להעלות בשוה כסף מדבר שחולקין משא"כ בקרבנות וקדיש מה יעשו אותם שאין להם כספים ובשבת וי"ט ע"כ עשו תקנה כוללת להטיל גורל ע"כ גם כשזוכה בד"א שלפני הפתח וזה רוצה לעשות פתח וזה רוצה יעשו פשרה ביניהם ואם אחר כ"ז כל אחד רוצה ליקח דמים או ליתן ואין מעלין זע"ז יטולו גורל וכן בשתי ספינות.

סעי' ט' הרי שפתח חלון שאלה ראובן החזיק ברחיים מאדון גר הוא ואבותיו והתחיל להתקלקל עד שגוהה ליפול ואין ידו משגת לתקנו ועמד שמעון בכפר הסמוך לו והעמיד רחיים במעותיו ברשות האדון ומשלם שכירות מעט להאדון וביטל האדון רחיים הישנה שהחזיק ראובן ומחמת שצווח ראובן על השגת חזקתו אשר לפי תקנת אותו מדינה לא הי' רשות לשמעון לזה התפשר עמו שמעון ליתן לראובן חלק מריוח שיהא ברחיים של שמעון ועתה נשרפה רחיים של שמעון וטוען ראובן יען שנשרף נתבטל זכות שמעון ורוצה לחזור לחזקתו להעמיד רחיים בכפר שלו ואפילו ירשה האדון לשניהם שיעמידו רחיים כ"א מוחה ראובן בשמעון שלא להשיג גבולו יען שמעולם לא הי' רחיים רק בכפר הראשון שהוחזק מאבותיו והכפרים הסמוכים כולם טחנו ברחיים שלו ושמעון טוען

שלא אבד זכותו בשרפת הרחיים תשובה הדין עם שמעון וזה יש ללמוד מחו"מ סימן קנ"ג ס"ו בהג"ה וסימן קנ"ד ס"ט וקנ"ה סכ"ד דאם נתרצה לו חבירו והניחו לפתוח חלון בכותל לאויר חצירו ונפל הכותל לא הפסיד זכותו כיון שהשיעבוד הי' על חצר חבירו להנות מאוירו והוא קיים ה"נ ראובן מחל לו ליהנות מחזקתו והרי חזקתו קיים אמנם גם כשלא נשרף יש לעיין אם ראובן א"י לחזור ויש בזה היזק שעושה שמעון לראובן אם יכול ראובן לחזור ולמחות בשמעון שלא יזיק לו ואת"ל שלא יוכל למחות אחר שמחל יש לעיין אם רשא' ראובן להעמיד רחיים בכפר שלו או שמעון יכול למחות בו והנה ההיזק שעושה שמעון לראובן סני במחילה דהוי סלוק שעבוד בעלמא וכפשרה שעשו הבע"ד ומחל התובע דא"צ קנין כמבואר בש"ך סימן י"ב ס"ק י"ב ובנתיבות שם אך שלא יוכל ראובן להעמיד רחיים ושמעון יעכב עליו מחמת הפשרה שמחל לו חזקתו בזה צריך קנין ובדברים לא יוסר חזקתו וזה נלמד ממ"ש הנתיבות בסימן קנ"ג סט"ז ס"ק י"ג בזיז ומזחילה שבא להחזיק בשל חבירו צריך קנין ה"נ לענין לעכב על שמעון ברחיים שעושה בשלו ומזיק לראובן סגי במחילה אבל לענין שיעכב שמעון את ראובן מלבנות בשלו הרי בא להחזיק בשל חבירו וצריך קנין אמנם גם קנין אפשר ל"מ דהוה דבר שאין בו ממש אלא דבזכל"א חחו"מ אות חית כתב דעשו הסכמות בשאלנוקי שיהא דין החזקות כקרקע ובמסגרת השלחן ס"ס ק"ם בדיני החזקות דכנה"ג אות ב' כתב דבכל המדינות נתפשטו תקנות שאלינוקי ובשו"ת רמ"ע סימן ס"ז הובא במשפט שלו' סימן רל"ז אות ט' כתב דדין החזקות כקרקע לקנין ועיי"ש אות נ"ד ועיין ב"ש סימן צדי"ק ס"ק נ"א הובא בשו"מ ח"א סלה ובפ"ת לא"ע שם ס"ק י"ג ונראה דלא ראה פוסקים הנ"ל ועיין בה"ט ריש סימן קצ"ב ופ"ת סימן רי"ב סק"א וסק"ב.

ומה שטען שמעון שיסייעו ראובן בהוצאות הבנין רחיים החדשה ודאי א"צ ראובן להקדים מעות מכיסו על הבנין רק שמעון יבנה מכיסו כי ראובן אין לו חלק בגוף הרחיים רק בריוח אך אם בהשוואה ראשונה התנו שהוצאות תיקון הרחיים ינוכה מהריוח גם עתה כן יעשו ובתשובת רשב"א שבב"י לסימן קע"ג מחודש ב' והוא בהג"ה שם בש"ע ס"ג שנים שחלקו חצר ונשאר באר מים חיים בחלק אחד מהם ונשאר רשות לשני לשמש בו ונתקלקל הבאר על שניהן לתקנו ואם נפל אזלא חזקת השני לענין הזה דאין לו עוד דרך לשאוב משם אבל מקום הבאר לשניהם עכ"ל אין ללמוד משם לנ"ד דעל שניהם לתקן הרחיים דשא"ה שהיו שותפים במקום ובנין הבאר מעיקרא ועתה משא"כ הכא דאין לראובן מעולם בגוף הרחיים רק נתן לו חלק בריוח בעד פיסוק חיותו וחזקתו.

ואין שמעון י"ל כיון דנפל רחיים ראשונה אזלא זכות ראובן וא"צ ליתן לו עוד ריוח כמ"ש רמ"א שם בסיפא דשא"ה דהי' רק מתנה אבל כאן נתפשרו ליתן חלק ריוח בעד חזקתו וכשלא יתן לו ריוח יחזיר לחזקתו כי חזקתו לעולם הוא חלף ריוח שנוטל משמעון והוי כשוכר בית ונפל באמצע זמן דמנכה לו משכירות דלהבא כדלקמן סימן שי"ב סי"ז ובנתיבות סימן קע"ג תמה למה אזדא חזקתו מן הדרך בשנפל הבאר הרי הדרך קיים ומ"ש מהך דחלון ומרזב דסימן קנ"ד ס"ט ולע"ד שא"ה דאחין שחלקו כלקוחות והוי כמוכר חצרו שבתוכו הבאר לאחיו ושייר חצי באר לעצמו ולולא שהתנו בפירוש על שיור הדרך לבאר הי' צריך לקנות לו דרך דמוכר בעין יפה מוכר כמבואר שם ס"ג ובסימן זה סכ"ח רק מחמת שהתנה בפירש נשאר לו דרך יד בעל התנאי עה"ת ומסתמא לא שייר לו דרך רק כ"ז שבאר זה קיים דכל מה שאפשר לומר דלא יצא מכלל עיין יפה יש לנו לומר משא"כ בהך דחלון ומרזב לא מכר בעל החלון ומרזב לחברו אדרבה בעל החצר נתן זכות אויר חצרו לחברו ובעין יפה נתן שישתעבד לחברו כ"ז שחצרו קיים וז"ש הרשב"א דמסתמא לא שייר דרך בחלקו אלא לאותו באר ולא לבאר אחר.

ומורה אחד השיג על תשובתי וזאת אשר השבתי מ"ש דל"ד נ"ד להך דסימן קנ"ד ס"ס כיון דנ"ד קיבל הראשון שכר בעד חזקתו כמו שהראשון נשתעבד להשני להניחו ליהנות מחזקתו כך נשתעבד השני לההנותו משכר הרחיים דהא בהא תליא ונמצא ממילא בעת שנשרף הרחיים נתבטל שעבודו של הראשון שהי' לו על הרחיים וממילא גם שעבוד השני נתבטל מה שהי' לו על חזקת הראשון וע"כ אפילו ירצה שני לחזור ולבנות מחדש יכול הראשון למחות בו את"ד תמהני למה לא עיין בסימן קנ"ג ס"ו בהג"ה שרמזתי דשם בעל החצר נהנה מבעל הגג מהמים ואין בעל הגג רשאי לסלק המרזב כ"ז דכותל והגג קיימין ובעל הגג נהנה מבעל החצר דמימי גגו זוחלין לחצירו ואפ"ה כשנפל הגג חוזר ובונהו עם המרזב כ"ז שירצה עיישי"ה ובתשובת רשב"א שציין רמ"א שם דמיירי להדיא בנפל הכותל עם הגג ולדבריו יאמר בעל החצר כיון דנפל הגג ופסק הנאת שיעבודי מעל גגו כן נתבטל שעבוד בעל הגג מחצרי.

ומ"ש דדומה לזה מפורש בסמ"ע סימן קנ"ד ס"ק כ"ג דאם המחזיק ניזק ג"כ יכול השני לומר לא חששתי למחות ל"ד כעוכלא לדנא חדא מה זו שתיקה לדמותו לפשר בפירוש דבשתיקה י"ל לא חששתי למחות ושתקתי ול"ה מחילה אבל בנ"ד מחל בפירש ועוד שא"ה דהמחזיק לא עשה ג"כ שום מעשה ושל הניזק הייתי ממתין אולי תפתח אתת לתבוע משא"כ בנ"ד ראה מעשה שעשה המחזיק ואיך יקוה שיפתח ויתבע אותו וחילוק

זה מוכרח מהך דסימן קנ"ג ס"י הנ"ל דבעל הגג ג"כ יש לו הפסד מים הנזחלין לחצר חבירו.

מה שהרחיב עלי פיהו בהך דנה"מ סימן קנ"ג סט"ז סקי"ג שהבאתי ואמר דנ"ד שאני דהעמיד רחיים בתוך גבול חזקת ראשון השיג גבולו ממש וכתב דדברי סתראי ננהו דבעצמי קראתי לשני משיג גבול תמהני איך לא הי' למראה עיניו מ"ש נה"מ שמזיק לחבירו במחילה סגי דהוי כאומר קרע כסותי והפטר הנה קורע כסות חבירו הכי טוב ממשיג גבול ולא הבין כונת הנתיבות דחילוקו הוא לענין מה שלא יוכל לתבוע חבירו המזיקו סגי במחילה אבל לענין מה שחבירו יתבע אותו ויעכב עליו מלבנות בשלו לזה צריך קנין וגם לפ"מ שכתבתי שם דלא כנתיבות מ"מ החילוק אמת מטעם שכתבתי שם ועוד כאן הוי רק סילוק שעבוד וגם דין חזקה רק תקנה וסגי במחילה פעם אחר וכאומר א"א בתק"ח וכדאיתא בא"ע סימן ס"ט ס"ד בהג"ה ע"ש להשיג עלי במ"ש באחין שחלקו כלקוחות ומוכר בעין יפה מוכר ולולי שהתנו על שיור הדרך צריך לקנות לו דרך וכתב דבסמ"ע סימן קע"ג סק"ו מבואר להיפך וגם השכל מחייב להיפך כיון שהן לקוחות אמרינן אותו חצי הבאר ששייר לעצמו הוי כמו שמכרו לו חבירו ומסתמא בעין יפה מכר תמהני איך העלים עינו מסמ"ע שם סק"ז דאין לשמעון דרך בחלק שנפל לראובן ליל לחלק שנפל לו ולמה לא נאמר דהוי כמכר לו ראובן דבעין יפה מכר ויש לו דרך אמנם ביאור הדברים ודאי כל אחד הוי כמוכר החלק שנפל לחברו ומכר לו בעין יפה שלא שייר לעצמו שום זכות בחלק שנפל לחברו לכן אין לו דרך בחלק חברו דאת"ל שייר לו דרך הרי לא מכר לחברו לגמרי ומגרעות ניתן בחלק שנתן לחברו וזה הנועם מ"ש הסמ"ע בסק"ז אבל מ"ש בסק"ו דזה שנפל החצר בחלקו יכול לבנות נגד חלונות בעה"ב משום דהוי כמכר לו אחיו החצר ולגמרי מכר לו שיוכל לעשות בחצרו מה שירצה באופן דכל אחד מה שנפל לחלקו כולו שלו בלא שיור משום דחברו מכרו לו אבל לענין שיהא לו דרך בחלק חברו א"א לומר דהוי כחברו מכר לו בעין יפה כיון דגם זה מכר לחברו בעין יפה וע"כ יעמוד כל אחד במה שלקח בלא שיור.

מה שפקח עיניו בסימן רי"א בסמ"ע ס"ק י"א וי"ב דמוכח דאדרבה בשייר לנפשו בעין יפה שייר וה"נ בשייר לו חצי הבאר שייר לו הדרך לעולם הנה בסקי"א בפירש כתב הסמ"ע דוקא בפירות דא"א לשייר הפירות א"ל שייר מקום מוצא הפירות משא"כ דרך יכול לקנות מהלוקח ואפשר להתקיים שיורו דבור ודות ומ"ש הסמ"ע בסקי"ב לאו משום עין יפה רק משום דאמר שפת יתר דלא הי' צ"ל חוץ מבור דבלא"ה אינו בכלל המכירה ע"כ כונתו על הדרך.

סעי' י"ב בהג"ה ל"ה מחילה אלא אם פרץ פצימי החלון שניכר שאינו רוצה לפותחו עוד עמ"ש לקמן ס"כ.

סעי' י"ד הפקר הוא כתב נתיבות דמ"מ לא זכה בהאויר שעל פני ר"ה שיהא שלו לעולם דהא אפילו בקונה אויר חורבה צריך שיקנה חורבה לאויר ואויר לבד א"א להקנות דהוי דבר שאין בו ממש כמבואר בסימן רי"ב רק הטעם כאן כיון שפתח בהיתר שוב אסור לחבירו לפתוח כנגדו ולהזיקו ולפ"ז אם נשרף הבית שיש בו חלון וקדם השני ובנה ופתח חלונו לר"ה שוב אסור לראשון לפתוח חלון כנגדו ולהזיקו עיי"ש וראייתו נכונה אבל קשה לי לפ"ז למה לרמב"ם וסייעתי' בפתיחת חלון ובהוצאות זיזין באויר חצר של חבירו סגי בראה ושתק וזכה לעולם נהי דשתק מחל וסבל מ"מ זכה רק האויר ומהיכי תיתי שהקנה לו חצרו לאוירו וא"כ במה קנה האויר כיון שהוא דבר שאין בו ממש דל"מ בו שום קנין ואפילו אם הכותל שהחלון או הזיז בו קיים יהא בעל החצר יכול לחזור דהאויר שלו ולא נקנה לבעל החלון והזיז וכ"ש כשנפל שימחה בו שלא יחזירנו.

סעי' י"ח אעפ"י שלוקח בא מחמת עכו"ם אסור לו לסתום והא דלא י"ל אי שתקת שתקת וא"ל מהדרינא שטרא למרי' כדלעיל סימן קמ"ט ה"ט דדוקא כשיש ריוח למחזיר להסמ"ע לעיל סימן קמ"ח סק"ב והכא לא ירויח דהרי נתן דמי הבית לעכו"ם כמו שהיתה ואין ישראל ראשון מגרע מקחו כלל ולפי נוה שהביא בקצו"ח שם מפרש"י ותוס' דצריך שיהא ריוח לשכנגדו שאם לא יחזיר דאל"כ מ"ל לכי תיהדר ה"נ אם יגבי' הלוקח מה ירויח ישראל ראשון ומצאתי בישע"ק הקשה כן ותירץ באו"א ולשיטת סמ"ע י"ל דלא תקשי מסימן מ"ה סי"ז וסימן ס"ז סי"ז דשם יש ללוקח מהעכו"ם ריוח בהחזרתו ודאי יחזיר שלא יפסיד מעותיו וגם בתומים סימן קי"ח סק"ב דעתו כהסמ"ע וכן ונוכח מלקמן ס"ב דלולא שסתמה מחוץ רק הי' סותמה מבפנים והניחה פתוח מחוץ הי' מעכב על ישראל השני מלסתום החלון ולמה לא יאמר מהדרינא שטרא למרי' וע"כ תסתם מפני היזק ראי' כמו תחלה וכאן ל"ל תירץ הישע"ק דהעכו"ם אינו רוצה לבנות ועכצ"ל כיון דלא ירויח לא זה ולא זה בהחזרה או כשלא יחזיר א"י לומר מהדרנא.

סעי' ח"י בהג"ה הואיל והעכו"ם הי' יכול לסתמו מעשה בא לפני באחד שהי' ביתו וחנותו אצל מקום פנוי הסמוך לדרך הרבים ובא אחר וקנה המקום הזה משר העיר ורצה לבנות ולהאפיל על חלונות הראשון ובד"ג כל"ה ס"ו כתב ראובן שיש לו שער החצר למקום פנוי שאצל ר"ה ועובר דרך שם לר"ה ועתה קנה ישראל אחר המקום פנוי משר העיר ורוצה לבנות שם לסתום השער עיין בשו"ת חס"ל סכ"ז שפסק דאין לו רשות לבנות כלל אף לא להצר לו הדרך וכו' בנ"ד שקנה הקרקע מהשר וגם כתבה בטאבלאציא על

שמו והערכאות נתנו לו רשות לבנות א"כ לא גרע מישראל הבא מכח עכו"ם שיכול לסתום חלון של חברו אף שהחזיק בה כמה שנים כמבואר ברמ"א סימן קנ"ד סח"י עכ"ל הד"ג ולפע"ד יפה דן החס"ל כיון דמקום פנוי לא הי' של איש מיוחד אלא פנוי ועומד אצל ר"ה הוי כהפקר וכמ"ש בסמ"ע סימן רס"ח סק"ד וא"כ הראשון פתח חלונות על מקום ההפקר והחזיק וכמבואר בסימן זה סי"ד דר"ה הפקר הוא והראשון שפתח כזוכה מן ההפקר ועיין לקמן סל"א בסמ"ע דאם פתח חלון לר"ה קודם שהי' חברו מוחזק בחצר שכנגדו יכול למנעו מלהגבי' כותלו ולהאפיל עליו וכן מבואר בהג"ה כאן דאם ספק אם החלונות היו קודמין והחזיק בשל הפקר על הלוקח הבא לסתום להביא ראי' הרי דבזה לא אמרינן דהבא מכח עכו"ם יכול לסתום ולקמן סימן קנ"ה סי"ד מבואר דקונה מן המלך קרקע שוה לקונה מהפקר דזוכה הראשון ד"א הסמוך לבניינו לענין דושא שאין חברו שקנה מן המלך אח"כ רשאי לבנות בתוך ד"א עיי"ש הרי דלא אמרינן כיון דשני בא מכח המלך שמכר לו קרקע זה הסמוך לכותל הראשון דרשאי לסמוך אף דהמלך ודאי מי ימחה בידו אם רצה לסמוך מ"מ כיון דזכה ישראל ראשון בד"א שהיו סמוכין לכותלו שהיו פנויים עד עתה ועברו בו רבים דהי' מועיל לכותלו לדושא שוב אין רשאי השני הבא מכח עכו"ם להזיקו ועיין בחס"ל שם סוף התשובה דמשום דינא דמלכותא א"א לגזול זכותו של יחיד וכמו שהאריך בזה בשו"ת ב"א חחו"מ סנ"ג ועיין שבו"י ח"ב סימן קע"ו וע"כ פסקתי דצריך להרחיק ד"א שלא להאפיל וגם משום דושא דאף די"ל דהך דסימן קנ"ה סי"ד דוקא כשקנה ראשון ג"כ מהמלך מ"מ ה"נ אין רשות לשום אדם לבנות אצל ר"ה בלא רשות שר העיר וכיון שהרשהו לבנות הרי שיעבד לו הד"א לדושא ועוד דראשון לקח הבית מאחר והחזיקו כך כמה שנים א"כ טוענין ללוקח וכמ"ש הריצב"א והוא באס"ז פרק לא יחפור דף כ"ב ובהגמי"י הובא בקצו"ח סימן זה ובסימן קנ"ה.

והחזיק בשל הפקר לפמ"ש נתיבות לעיל סי"ד ה"נ אם נפל או נשרף הבית שבו החלון רשאי השני להקדים ולבנות כנגדו ואפילו לא בנה וראשון רוצה לבנות עם החלונות יכול בעל החצר לעכב עליו כיון דלא זכה הראשון באויר חצרו והשני זכה בהאויר ע"י חצרו.

סעי' י"ט עו"כ ואם פתח על חצרו של מומר כתב בשו"ת ד"ח ח"ב סימן י"ד כיון דא"י למחות דרשאי לפתוח דאינו רק גרמי וע"כ אין לו חזקה נגד בניו או הלוקח עיי"ש ונראה דוקא לענין דהבא מכח המומר יכול לבנות נגד החלון וא"צ להרחיק ד"א אבל א"א לכוף לבעל החלון לסתום דהא י"א בהג"ה ס"ס ט"ז דהיזק ראי' מיקרי היזק דממילא ומאחר שעשה בהיתר על הניזק להרחיק עצמו.

א"צ שמעון לסתמן צ"ע בישראל שלא הי' צריך לסתום רק חייב עצמו לסתום כשירצה שכנו ואח"כ מת המתחייב אם צריך היורש לסתום דהא מתחייב בדבר המצוי ובדבר שבידו ומת חייב היורש עיין כתיבות סימן ס' ס"ו סק"י ולבעל משובב נתיבות גם במתחייב בדשלב"ל והכא בידו לסתום מיד וביד שכנו לומר לו מיד שיסתום והך כשירצה הוי רק כקובע זמן פרעון או דלמא דבשלמא בחיוב ממון שייך טריפת לקוחות בשטר וביורש גם במע"פ אבל בסתימת חלון ל"ש טריפת לקוחות וכמ"ש הנתיבות וכדמוכח מהרשב"א כאן א"כ גם יורש פטור וגם זה צ"ע למה ל"ש טריפת לקוחות כיון דשיעבד נכסיו ויש בזה זכות שיווי ממון לשכנו וחיוב ממון הוצאה ופחת דמי בית למתחייב.

סעי' כ' שמא העכו"ם סתמה הקשו ב"ח וסמ"ע וט"ז מלעיל סי"ב כתב בהג"ה דאם בעל החלון יאמר אני סתמותי וכו' דעל בעל החצר להביא ראי' ורציתי לומר דשא"ה דהחזיק ודאי קודם סתימה ולא הי' בעל החצר רשאי לסתום משא"כ כאן דנגד העכו"ם לא החזיק ויכול הי' לסתום וכשלקחה ישראל כבר יש ספק שמא העכו"ם סתמה ול"ל אוקים בחזקת מ"ק ומצאתי שכ"כ קצות ונתיבות אך ק"ל דאם לא החזיק נגד העכרס למה לא יוכל לסתום ישראל שני וגם אדרבה יעכב על ישראל ראשון מלפתוח שנית כיון דאין לו חזקה ואין לו זכות רק מכח דפתח בהיתר אין לשני לסתום והיינו כל זמן שעומד פתוח אבל בנסתם אף שישראל סתמה לפי שעה ולא מחל מ"מ כיון שאינו פתוח ואין לו חזקה יעכב עליו השני מלפתוח ואפי' את"ל כיון שסתם ישראל ראשון בעצמו ולא נתייאש מלפתחה הוי כפתוח עדיין מ"מ מה צ"ל שמא העכו"ם סתמה ונעשה חזקה הא אפילו סתמה העכו"ם בע"כ דישראל מ"מ לישראל ראשון ליכא חזקה ולא זכה באויר למה לא יוכל ישראל שני מלעכב עליו לפתוח וכ"ש לפמ"ש סמ"ע לעיל סי"ט ס"ק מ"ה היכא דפתוח על חצר עכו"ם יוכל ישראל הלוקח לכופו לסתום וש"ך נמי לעיל ס"ק כ"ח כתב דבסי"ח מיירי מפתח והחזיק כדין וכ"ה בהגר"א א"ו כמ"ש הסמ"ע דספק אי קדמה חלון של ישראל לחצר העכו"ם אבל במקום דעכו"ם רשאי לבנות נגד החלון וודאי קדם החצר אפילו ידוע דאח"כ סתמה ישראל מבפנים מ"מ כיון שלא החזיק אינו רשאי עכשיו לפתוח אף דלא פרץ הפצימין או שסתמה העכו"ם בע"כ דלא כנתיבות שהשמיט מ"ש הסמ"ע דמיירי בספק קדם החלון לחצר ומשמע מדבריו אף דעשה החלון אחר שהי' החצר ובמקום דרשאי העכו"ם לבנות נגדו מ"מ אי סתמה ישראל מבפנים לבד רשאי לפותחה על חצר ישראל הלוקח דנמשך אחר תחלה דברי הסמ"ע שבס"ק מ"ז ולע"ד עיקר רק כמ"ש הסמ"ע אח"כ או דמיירי במקום דגם עכו"ם אינו רשאי לסתום

אחר שהחזיק הישראל בחלון והיינו לדעת הי"ח שבהג"ה דלעיל ס"ס ט"ז דהיזק ראי' מיקרי היזק דממלא ומאחר שעשה בהיתר על הניזק להרחיק עצמו לכן כאן אם לא סתם החלון אף דלא החזיק נגד עכו"ם מ"מ עשה בהיתר שוב גם נגד ישראל הלוקח א"צ לסתום וכמ"ש נתיבות בכוונת רמ"א שבתחלת סי"ט וכשסתם הישראל החלון אף דלא פרץ פצימיו ולא מחל מ"מ עתה סתום הוא ואינו רשאי לפותחה נגד הלוקח דזה הוי מעשה ולא ממילא אבל לדעת המחבר בס"ט ולדעה ראשונה שבהג"ה סט"ז ה"נ אף שלא נסתם כלל מ"מ במקום דרשאי עכו"ם לגנות כנגד החלון ולא החזיק בעל החלון אזי יכול הקונה מהעכו"ם לכוף את הישראל לסתום

ועוד אפילו ה"ל כל שבדעתו הי' לפותחה כיון שבידו לפותחה לאו המחוסר מעשה וכמבואר בזבחים דף ל"ד ע"ב ובתוס' בד"ה כל שבידו מ"מ הא הנ"י ס"פ חז"ה ס"ל כיון שסתמה אפילו לא פרץ פצימיו נמחל שיעבודו רק ריטב"א ומרדכי ס"ל כשלא פרץ פצימיו י"ל לא סתמהו רק לשעה להנאת ודעתי הי' לחזור ולפתוח רק כשפרץ פצימיו יש הוכחה שסילק שיעבודו שלא הי' בדעתו לפותחה עוד כמבואר בב"י סט"ו וא"כ כשלא פרץ פצימיו עכ"פ מידי ספיקא לא נפיק אלא דיש לבעל החלון חמ"ק אך כאן דלית לו חמ"ק כ"ז שלא מכר העכו"ם דרשאי לבנות נגד החלון וכשמכר לישראל כבר נסתם ואולי נמחל השיעבוד מעיקרא וכמ"ש לעיל א"כ י"ל שמא כשסתם לא הי' אדעה לפתוח עוד וחשוב סתימה מעליא דכל שאין בדעתו לחזור ולפתוח אף דבידו הוי מחוסר מעשה כמ"ש תוס' בזבחים שם וא"כ כשחוזר עתה לפתוח ל"ל כיון שפתח בהיתר וההיזק בא ממילא על הניזק להרחיק א"ו מה דהוצרך כאן לומר דגילה דעתו או דלא הי' פתוח מעולם או דעכו"ם סתמה ולא אמר בל"ז שמא כשסתמה בעצמו ל"ה בדעתו לפותחה עוד משום דמיירי בספק קדם החלון לחצר או באתרא דעכו"ם נמי אינו רשאי לסתום וכיון שהחזיק זה בחלון לא נסתלק שיעבודו רק ע"י מחילה וכל שאין הוכחה שמחל אפילו הי' בלבו למחול הוי מחילה בלב ול"ה מחילה כמ"ש מהרי"ט הובא בקצו"ח לעיל סימן י"ב.

ולפ"ז מוכח מהגאון בחלון מוחזקת וסתמה בעל החלון בעצמו ולא פרץ פצימיו ואח"כ רוצה לפותחה ומודה דמעיקרא סתמה שישאר כן לעולם ל"ה מחילה דאלת"ה כמו שאינו נאמן כאן דלאו העכו"ם סתמה או שלא הי' סתום מתחלה כן יאמר הגאון דשמא סתמה אדעת שישאר כן.

העולה ממ"ש ללשון ראשון אם פתח חלון על חצר עכו"ם ואח"כ סתמה אף שלא פרץ פצימיו ואמר בפני עדים שדעתו לחזור ולפותחה אח"ז מ"מ אם קדם ישראל וקנה החצר

מעכו"ם זה אינו רשאי עוד לפותחה אפילו לדיעה אחרונה שברמ"א סט"ז וללשון שני שכתבתי אם גילה דעתו לפני עדים בשעת סתימה שאינו סותם רק לפי שעה ודעתו לחזור ולפותחה עוד אזי ל"ח דיחוי כיון שבדעתו ובידו לפותחה ואינו כמחוסר מעשה וכיון שמעיקרא פתח בהיתר שוב הוי ההיזק דממילא ועל הניזק להרחיק עצמו אבל כשלא גילה בדעתו לפני עדים לא מהימן שבדעתו הי' לפותחה עוד ואף דתוס' שם כתבו דאם אין מצוה לבטל הדחוי ל"ח בידו היינו בדבר שאין לו הנאה זולת המצוה ודאי לא יעשנו ובחלון מוחזקת אפילו מודה שסתמה אדעת שישאר כן לעולם רק חוזר בו עתה רשאי לפותחה ובב"י סט"ו כתב דמרדכי כתב בפ"ק דב"ב אם סתם ראובן פתחו וחלונו ובא שמעון לבנות לפני פתחו וחלונו יכול לעכב עליו שיכול לומר לו הי' בדעתי לחזור ולפתוח לאו דצ"ל כן רק משום די"ל כן א"כ אין הוכחה דמחל והוי מחילה בלב ובמרדכי לא כתב הי' בדעתי רק שיכול לומר דדעתו לחזור ולפותחה וא"ש טפי דצ"ל שבדעתו מעתה לחזור ולפותחה דאל"כ למה יעכב מלבנות כנגדו ובשו"ת רשב"א ח"ג סימן קס"א כתב כל שלא פרץ פצימיו הרי הן כפתוחות שהפצימין מעידין על שיור זכות הפתיחה לאו למימרא דאם מודה שלא נתכוין לשייר לו הזכות כבר מחל דא"כ מה עדות יש מדלא סתר הפצימין הא לא עשה מעשה בזה ואפילו דעתו שלא לפתוח עוד למה לו הטרחא והוצאות לסתור הפצימין אם הסתימה עולה יפה גם עם הפצימין ואם עדות ברור הוא איך ס"ל לנ"י להיפך אלא כונת רשב"א כיון שלא סתר פצימיו ליכא הוכחה שמחל והוי מחילה בלב והוי שיור ממילא והיינו שלא כתב דמעידין ששייר זכות הפתיחה רק מעידין על שיור.

סימן קנה

סעי' י' בהג"ה אסור לחפור סמוך לכותל חברו זהו משרת רשב"א ח"ג סימן קנ"ז וקשה כיון שאין מים בבור וההיזק במה שתחלה נשען יסודו בקרקעו של זה ועכשיו בהסירו קרוב ליפול ואיך ישעבד בעל הכותל קרקעו של זה בעל כרחו וכמבואר בשו"ת רשב"א שם ח"א סימן אלף קל"ב ובסמ"ע לעיל סימן קנ"ד סט"ז ס"ק ל"ח וכן הוא דעת י"א שבסימן זה סי"ד בהג"ה וצ"ל דהכונה דצריך לתקן מה שגרם היזק ע"י החפירה לכותל חברו וכדלקמן סי"ט ובש"ס ר"פ לא יחפור כל מרא ומרא דקמחיית קא מרפית לה לארעאי ופרש"י שהיא מרעדת ונדה מחמת המכה וכיון שמזיק בידים ליסוד חברו צריך לשלם כיון דזה בנה הכותל בהיתר דל"ל דא"י לשעבד קרקע חברו רק כשנהנה מקרקע חברו מותר לחברו למנוע הנאתו אבל אסור להזיקו וכמו שקדם האוצר אסור לעשות

רפת תחתיו וכמבואר האי חילוק בשו"ת רשב"א הנ"ל בח"א או י"ל דרשב"א ס"ל כדעת ר"י וריב"ש דלעיל סימן קנ"ד סט"ז בריש הג"ה ובסמ"ע שם ס"ק ל"ז אף דאינו מזיקו עדיין יש לו חזקה וכן משמע מסוף דברי רשב"א ח"א סימן אלף קל"ב וה"נ כיון שזה סמך יסודו למיצר חברו ונשען על קרקעו כמה שנים החזיק אף דלא הי' מזיק לחבירו וא"כ לרמב"ן דלעיל סימן קנ"ד ס"ס ט"ז אין חיוב על בעל הבור רק לתקן את קלקל הכותל מחמת שנרעדת מהכאת החפירה ולא צריך ליתן משען ליסודו רק אם בנה סמוך למיצר ההפקר ובא חברו לחפור בקרקע ההפקר ולגלות היסוד יכול לעכב עליו כי זכה מהפקר וכמו בדושא שבסייד ומעשה בא לידי ופסקתי כך והראני אחד במהרשד"ם חו"מ סי' קמ"א בראובן שהי' לו תל בחצרו אבל כותל שמעון והסיר את התל וחייבו לשלם ההיזק שעשה להכותל וראייתו מב"מ ק"א הנוטע בשדה חברו אי"ל עצי ואבני אני נוטל משום כיחשא דארעא עיי"ש ולדבריו הקשה מלקמן סימן קס"ח דעקר הנהר זיתיו ושתלן בשדה אחר דבח"ל י"ל זוהי אני נוטל ועכצ"ל כמ"ש תוס' בב"מ ק"א בד"ה בשדה דכחשא דארעא לא עשה בידים אלא ממילא ע"י שטיפת נהר נעשה ועיין סמ"ע סימן שע"ה דלבוש פירוש כחשא דארעא שמכחיש הארץ בעקירה האילנות וסמ"ע השיגו דרש"י ותוס' פירשו שכבר הכחישו הנטיעות בקרקע ביניקתן וכיון שהפסידו א"י לעקרן וא"כ לסמ"ע אין ענין זה לנ"ד כלל דלא מיירי כלל בהפסד שעושה בשעה שנוטל זיתיו וללבוש ג"כ אין ראי' דעכצ"ל משום דנטע בידים ולא ה"ל ליטע ולהכחיש הארץ ע"י עקירתו כדמוכח משטף הנהר זיתיו וללבוש מוכח אף דמכחיש עתה בעקירתן מ"מ י"ל שלי אני נוטל וע"כ דרשד"ם נמי לא קאמר רק אם זולת התל הי' היסוד חזק וע"י שעשה זה התל ומסירו עתה מזיק לכותל היזק זה לבד חייב לשלם וגם בזה אין ראייתו מוכרחת דהתם נטע ברשות אחר משא"כ התל עשה ברשותו ויותר ה"ל להוכיח מדין רפת ואוצר ומכל הנהו דסימן זה דאסור לעשות בשלו ולגרום היזק לחברו כשחברו אינו משתמש בשלו בע"כ והא דשטף הנהר יכול ליטול זיתיו אף דעושה עתה היזק לחברו צ"ל משום דאל"כ יפסיד זיתיו ומה חזית משא"כ ברפת ואוצר ליכא למזיק רק מניעת ריוח כשלא עשה רפת ולבעל אוצר יש הפסד אם עשה רפת ועיין ר"פ אחד ד"מ ולקמן סימן ער"ב סי"ד כשפגעו ביחד מי שהזיקו יותר גדול דוחה חברו ומה דמשמע מתחלת דברי רשד"ם דאם היסוד נעשה כשכבר הי' התל ונשען על התל אין בעל התל רשאי להסיר התל אף זולת היזק שעושה בשעת חפירה היינו כשהי' התל הפקר או של מלך כשסמך זה הכותל אצלו וכן משמע מדכתב רשד"ם שם שבעל התל שטוען שהיסוד הי' תחלה מגולה והוא עשה התל הוי כטוען אין שקלי ודידי שקלי ואם זה סמך הכותל לתלו של זה אף שקדם

התל יאמר ג"כ בעל התל דידי שקלי דהא כשמברר שהתל עשה אחר שהי' הכותל רשאי ליטול תלו כ"ש כשלא עשה מעשה והתל קדם לכותל.

סעי' כ"ב וליסע תחת הדוכוס עיין בשו"ת בש"ר סימן ק"ס תשובת רבינו נתנאל חולק על זה ועיי"ש כס"ד

סעי' כ"ד שטוענין ללוקח לומר ראשון עשאו ברשות בפרק לא יחפור דף ח"י תוס' ד"ה הכא נמי בלוקח ז"ל אבל לפר"ח שפירש בלוקח שלקח מאדם אחד את אילן וטוענין ללוקח קשה לר"י מאי איריא אילן קדם אפילו קדם בור נמי ועוד כיון דהחזיק באילן ג"ש אייריי דבחזקה ג"ש טוענים ללוקח לוקמה נמי בלא לוקח ובחזקה שיש עמה טענה עכ"ל ונלע"ד דס"ל דבהרחקת ניזקין סגי בראה ושתק וכדלקמן סל"ה ולא משום מכירה ומתנה ומבואר לקמן סמ"ג דאם ניזק טוען לא ראיתיך מתקרב בנזקך או מחיתי בך ודחית אותו מיום ליום ומזיק טוען ראית ושתקת נשבע מזיק היסת ונפטר ולפ"ז גם ללוקח יש לטעון דניזק ראה ושתק אך אם קדם הבור לא שכיח שיראה זה נוטע אילן סמוך לבורו וישתוק כיון דמזיקו איך יסבול בחנם וחכמים קפדו בהכי לכוף להרחיק וכמ"ש מהרש"א בפרק לא יחפור דח"י ע"ב על התוס' ד"ה ואי לא סמיך דודאי אין אחד עושה שניהם בשדהו בלא הרחקה כיון שמזיקין זה את זה עכ"ל וכ"ש שלא יסבול לחברו ומלתא דלא שכיח לא טוענין ליורש ולוקח וכבר הוכחתי לעיל סימן ע"ט ס"ד דלא תלינן במתנה אך י"ל שהמוכר לזה פרע להניזק שיניחו לקרב האילן וכדומה אלא כיון דמשום מכירה באנו לטעון צריך ג"ש דנותן דמים לוקח שטר ומזדהר בשטרא עד תלת שנין ואחר ג"ש אבדו ואחר ג"ש טוענין ללוקח שלקח המזיק מהניזק בדמי אבל מזיק עצמו יכול לטעון ברי אף טענה דלא שכיח אך אם קדם האילן לבור שכיח שיסבול דלא עלה ע"ד אז לחפור בור סמוך וטוענין ללוקח וע"כ נקנו דוקא דקדם אילן וגם לא נקט במזיק עצמו שטוען שהחזיק ברשות בעל הבור דא"כ אפילו קדם בור נמי נאמן בטוען ברי ואם לא טעין ברי דראה הניזק ושתק לכ"ע ל"ה חזקה דבזה ודאי בו"ש ברי עדיף דלא ראה וידע מהנזק כדמוכח מרמב"ם ופוסקים דנקטו דמזיק טוען ברי ראית ושתקת נשבע היסת וא"ש נמי מה דלא מוקי בלוקח והחזיק ג"ש דא"כ אפילו קדם בור נמי דהא בהחזיק ג"ש טוענין שלקחו המזיק בדמי ותוס' דס"ל דבהרחקות הללו ג"כ צריך שטר או חזקת ג"ש הקשו שפיר דלאחר שלשה טוענין ללוקח דמזיק לקח בדמי ואבד השטר תה שדקדקו תוס' כיון שהחזיק באילן שלשה שנים דבחזקה ג"ש טוענים ללוקח דלכאורה הוא מיותר דמה ענין הקושיא לשלשה שנים דודאי באופן דטוענין לבא מכח המזיק כ"ש דמזיק עצמו יכול לטעון בברי א"כ ה"ל להקשות סתם כיון דללוקח טוענין נוקמוה במזיק עצמו שטוען

ברי שברשות החזיק ולפמ"ש א"ש ואף דמזיק עצמו נאמן גם תוך ג"ש לקחתי ממך במגו דראית ושתקת וא"צ שטר מ"מ ללוקח דל"ט דראה ושתק תו ליכא מגו ול"ט נמי דלקחו מזיק כיון דליכא חזקת ג"ש ושטר וכמוכח בפחז"ה דף ל' ע"ב וכהפוסקים דלעיל סימן קמ"ו בש"ך ס"ק י"ג דר"ת מיהו בסה"ד דא"ל תחזיק שני חזקה ואין למערער עדים שהי' שלו ול"ט המחזיק בפני לקחת ממך אף שיש עדים שדר בו המוכר יום אחד והי' המוכר נאמן במגו דאינו שלך ל"ט ללוקח כיון דללוקח ליכא מגו לדעת כ"פ שם וכ"ד מהרי"ט הובא בנתיבות לעיל סימן קמ"ו סי"ד ס"ק כ"א דל"ט ליורש ולוקח טענה שלא הי' נאמן המוכר ומוריש רק במגו וכ"כ הש"ך בסימן ק"ח סק"ח ומה דטוענין החזרתי במגו דנאנסו משום דנאנסו נמי שכיח ולהסמ"ע שם ס"ק י"ז משום דנאנסו אינו מעיז י"ל הנפקד החזרתי במגו דנאנסו אף דמגו דל"ש ל"א י"ל דס"ל לר"ח דמזיק נמי א"נ לטעון לקוח במגו דמחל.

ובפרק לא יחפור דף כ"ג שם דפריך והא אחזיק להו כתב באס"ז דמוכח מזה דמשום סבלונת באין עלה וא"צ טענת מכירה וג"ש דאל"כ מה פריך מסתמא לא טענו שמכר להם ובסמוך שם אמר בש"ס ז"א טוענין ללוקח ומבואר בחידושי רמב"ן ובאס"ז דמזה מוכח דצריך חזקה שיש עמה טענה דאל"כ מה טוענין ללוקח הא א"ל לטענה כלל וכן הוכיח הרמב"ן מדאמרינן התם אימר פיוסוה פייסי' ואחולי אחיל גבי' דמחל לו בפירש דומיא דפייסיה נמצא הדברים סותרין ולפמ"ש א"ש דאם כבר יש דבר הניזק לא שכיח לסבול בחנם ואין טוענין ללוקה מלתא דלא שכיח רק צריך טענה דהמוכר לו קנה והניזק בדמי וצריך לזה נ"ש כיון דמשום מכירה באין עלה אבל במזיק עצמו דן עם הניזק דמהני ברי שלו דניזק ראה וסבל מכ"ש אם ללוקח יש עדים דראה ושתק לכן פריך והא אחזיק להו.

ורש"י פירש שם דף כ"ג דטענינן ללוקח שהמוכר לו נתפייס עם סביביו במעות עד שכאותו משמע דוקא במעות אבל למחול בחנם לא טענינן והוכרח לזה דאל"כ לא שייך לשון טוענין כיון דא"צ טענה אם סגי לומר שמא הניזק ראה ושתק כמ"ש הרמב"ן דטענה משמע דוקא שמכר או נתן לו בפירוש ובמזיק עצמו סגי לומר דניזק ראה ושתק וזה אינה טענה דהא בשאר חזקה חשוב זה חזקה שאין עמה טענה וע"כ משום דללוקח ל"ט רק מלתא דשכיח שקנה ההיזק במעות נקט טוענין והא דבגמרא שם צריכא דאי אשמעינן גבי יחיד אימר פיוסוה פייס א"נ אחולי אחיל גבי' אבל רבים מאן פייס ומאן שביק צריכא היינו דבא להגדיל הצריכותא דה"א גבי יחיד דפייס בממון אבל רבים מאן פייס מי הי' רשאי לקבל מעות ואף את"ל דזט"ה רשאין למכור של רבים לצורך מצוה דודאי ניחא להו תכין להם שלא בפניהם עיין מג"א סימן קנ"ג סי"ד ס"ק ל"ז בשם מהרי"ל

מ"מ ה"א דביחיד הטעם דתולין במחילה נמי ובשל רבים מאן שביק כ"ז רק לצריכותא אבל לאמת גם ביחיד אין טוענין רק דהמוכר לו קנה ההיזק במעות וצריך ג"ש.

ומצאתי באס"ז בב"ב דף י"ח שכתב בדעת ר"ח דוקא אילן קדם דליכא היזקא עביד אינש דמחיל וטוענים ללוקח אבל אם בור קדם ל"ט ללוקח שאין אדם עשוי למחול נזקו ולא למוכרו עכ"ל וכה"ג כתבו תוס' בפרק כל הנשבעין דף מ"ו בד"ה עביד דאין דרך למכור אילן העושה פירות לקציצה וכ"כ תוס' בפחז"ה דף ל"ג ע"ב בד"ה איזיל דקל אין דרך בני אדם למכור לקוץ אך התם גרע דהא אפילו טענת ברי ל"מ לפטור וה"ט דודאי לוקח אינו נותן רק דמי עצים כיון דקוצצו וכיון דעושה פירות שוה יותר למוכר וגם בזה דעת לח"ם בפ"ט מטוען ה"ו דעשוי למכור אילן לקוץ ומהני טענת ברי עכ"פ עיי"ש ודעת הרי"ף בתשובה שהביא השעמ"ש בסעיף מ"ג נראה ג"כ דס"ל דאין טוענין ללוקח דניזק ראה ומחל או מכר נזקו והשעמ"ש שם כתב דטעם הרי"ף דכשטוען שמא הוי חזקה שאין עמה טענה ולא יצא י"ח בזה דהא הרי"ף מיירי התם בלוקח וכיון דעמד ההיזק יותר מג"ש נטעון לו דראה ניזק ומחל או מכר הנזק דשמא אלו הי' דן עם המזיק טרם שמכר הי' טוען ברי נגדו וכמו בכל חזקת נ"ש אלא ודאי דס"ל דהיכא דסמך הנזק אחר שעמד שם דבר הניזק אינו עשוי למחול ולמכור נזקו.

אך יש להוכיח דטוענין ללוקח אף דידוע דסמך המוכר ההיזק כשהי' שם דבר הניזוק דהא אהך דינא דמרחיקין שובך מהעיר חמשים אמה ואם לקחו אפילו הוא בתוך בית רובע הרי הוא בחזקתו אתמר בש"ס שם דף כ"ג ז"א טוענין ללוקח ולדעת פוסקים שבהג"ה דלעיל סי"ט שהם ר"ת ותוס' ורא"ש דמותר לעשות בשלו כשאין שם דבר הניזק חוץ מחפירת בור וכיון שסמך בהיתר תו א"צ לסלק כשקירב הניזק עצמו כדלעיל ס"ב ועיין ב"י סי"ד וא"כ א"צ לטעון ללוקח דמוכר פייסי' לניזק רק אם סמך אחר שהי' שם דבר הניזק ומ"מ טוענין ללוקח ול"ל דטוענין שקדם המזיק דזה א"צ טענה דבלא"ה המערער צריך קודם להביא ראי' כדאיתא במשנה. פרק לא יחפור כ"ה ע"ב ספק אילן קדם לא יקוץ ולעיל סימן קנ"ד סח"י בהג"ה וא"כ ע"ש הא דאמר ז"א טוענין ללוקח היינו כשמביא הניזק ראי' שהמזיק סמך אחר שהי' שם דבר הניזוק שלו ומ"מ טוענין דפייסו במעות וכדפרש"י שם רק הרי"ף לשיטתו דאפילו לסמוך קודם שיבא דבר הניזק אסור א"כ י"ל שפיר דהא דאמר ז"א טוענין מיירי שלא נתברר שסמך אחר שדבר הניזוק הוה שם ומ"מ הי' צריך לסלקו לולא דטוענין ללוקח ובזה שפיר עשוי למחול או להתפייס בדמי ורבינו חננאל שהוא מכת הסוברים דמותר לסמוך קודם שהי' דבר הניזוק ע"כ דטוענין ללוקח אף דההיזק נסמך אח"כ ומה דס"ל התם דף י"ח דדוקא אילן קדם ע"כ

כמו שכתבתי דלפני חזקה דג"ש אף דמזיק נאמן דניזק ראה ושתק ללוקח ל"ט אבל אחר ג"ש די"ל המזיק פייס לניזק בדמים ולקח שטר טוענין גם ללוקח וכפרש"י דף כ"ג וכיון דבלא"ה דעת כ"פ דחזקתן דוקא בג"ש ודעת רי"ף ור"ח דללוקח ל"ט ולא מצינו מפורש פלוגתא עליהם לכן אין לטעון ללוקח כשנתברר דהמוכר או המורישׁ סמך ההיזק אחר שהי' דבר הניזק רק אחר חזקת ג"ש וכן אם היורש ולוקח באין בטענת ברי שהמורישׁ והמוכר סמך ההיזק בחנם רק שמא מחל הניזק לא טענינן להו אף אחר ג"ש ועיין ב"י בסעיף ס"ב מתשובת הרשב"א.

סעי' ל"ז לכתחלה עסמ"ע דליכא מחאה ליכא חזקה ותמה נה"מ דכאן ל"ש זה דאם א"י למחות ל"צ חזקה ולעד"נ לפמ"ש ב"י דבאדם שא"י לסבול אפילו עשן דכירה א"ל חזקה וא"כ אם הכניס לביתו אדם כזה אח"כ א"ל הי' יכול למחות תחלה אף דסמך בהיתר קודם שבא הניזק כופהו עתה להרחיק כדלעיל סל"ז בהג"ה אבל כיון דהי' יכול למחות ושתק הרי מחל וכאלו הרשהו שוב א"צ להרחיק כשבא לשם הניזק כדמוכח מלשון הרא"ש שבטור סנ"ד ובסמ"ע ס"ק ע"ט ועיין נתיבות סל"ו ואפשר אפילו בעצמו נעשה כאב עינים וא"י לסבול א"י לכופו להרחיק עשנו כיון שהרשהו תחלה או שתק דעל הניזק להרחיק עצמו ועיין נתיבות בשם רמב"ן משמע דוקא אם הניזק סומך עצמו מרצונו אך י"ל כיון דיכול לצאת הוי כסומך עצמו.

סעי' מ"ג מחלת זה דעת הרמב"ם וק"ל לפמ"ש הש"ך לעיל סימן ע"ה ס"ז ס"ק כ"ב דא"נ לומר מחלת או נתת רק במגו א"כ מה מגו יש כאן ולכן נראה מוכח מזה בהשעמ"ש שם דנתת נאמן בלא מגו כיון שטוען שמתחלה בא לידו להיות שלו וא"כ ה"נ אם יש עדים שהרשהו תחלה רק לזמן וטוען המזיק שמחל לו אח"ז לחלוטין אינו נאמן.

סימן קנו

סעי' ב' עקול הנכנסים בירושלמי פרק לא יחפור פ"ג איתא משום די"ל אינון אזלין ואתיין בעיין לך ולא משכחן יתך והן מרבין עלינו את הדרך ובח"ס סימן צ"ב נדחק בו ולע"ד משום דחצר השותפין קנוי לכל אחד לדריסת רגל דאחריני הנכנסים לצורך השותף בין שהנכנס צריך לשותף בין שהשותף צריך לו ואין חברו יכול להדירו מליכנס אבל ליכנס בו שלא לצורך השותף אסור כמבואר בי"ד סימן רכ"ו ס"א לכן ה"נ א"י לעכב רק משום דאזלין ואתיין ובעיין לך ולא משכחן יתך דאזי אין הנאה לנכנס מהשותף ולא השותף נהנה מהנכנס ומרבין הדרך בחנם.

סעי' ה' בהג"ה רוצה להוזיל בהלואת הרבית לעו"כ אין חברו יכול למחות בו בשו"ת ד"ח ח"א סי"ט הביא משו"ת רמ"א ס"י דלמכור בזול הרבה כ"ע מודים דאסור ודבריו נפלאו אך גם ברי"ו שבב"י סימן קנ"ו כתב בהדיא דמותר להלוות ברבית בזול מעט ואין חברו יכול לעכב משמע בזול הרבה אסור ורמ"א השמיט תיבת מעט וע"כ ט"ס וצ"ל בזול מעט עכ"ל וברי"ו נל"א ח"ו ובב"י ז"ל שני ב"א הדרים בעיר אחת והאחד רוצה להלוות במעט רבית יותר מחברו לא מצי מעכב כי יאמר כמו החנונים אני אחלוק לתינוקת אגוזים חלוק אתה להם שאר פירות כדי להרגילם אצלך עכ"ל ולפ"ז לא קאי המעט על הזול דלא הוזכר זול כלל רק קאמר דמלוה במעט רבית וחבריו נוטלין רבית הרבה ויפה עשה רמ"א בהג"ה דל"כ בזול מעט וי"ל לפי הטעם שכתב רי"ו אם חברו פורע שכירות בעד העסק וזה מוזיל כל כך עד שאם חברו יתן בזול כל כך לא ירויח כלל אסור דל"ל תן גם אתה בזול כל כך ואף דיש ריוח קצת ואינו מספיק לשכר טרחא דינא הכי לפמ"ש הריטב"א דמועד קטן פ"ק בשם תוספת דשכר עמלו נחשב לקרן וזה טעם שו"ת רמ"א וא"ש בזה דלא תקשה דא"כ נתת דבריך לשיעורין וצל"ע למה כתב רי"ו טעם זה דמשמע בפרק לא יחפור דאצ"ל ט"ז רק לר"ה דלא קי"ל כותי' דלדידן מותר לעשות בתוך שלו בלאו ה"ט עיי"ש דף כ"א ע"ב אך בב"מ סתמא דגמרא קאמר לרבנן ה"ט וצ"ל לפמ"ש האביאסף הובא בב"י וד"מ הסכים לדבריו דבמבוי סתום מצד אחד וראובן יש לו חנות אצל צד הסתום ובא שמעון לעשות לו חנות בצד הפתוח יכול לעכב עליו כרב הונא ובד"מ כתב דגם ר"ה בר"י מודה דזה מיקרי ירד לחיותו ועיי"ש ונראה ראיה מסתם ש"ס שבפרק הזהב דאמר טעמייהו דרבנן דאנא מפלגינא וכו' והלא זה הטעם הוצרך רק לר"ה בפרק לא יחפור אע"כ ס"ל לש"ס לפי האמת דכ"ע מודו לר"ה כה"ג כיון דמחלק אגוזים ודאי לא ילכו לאחר כלל ופסק חיותיה לגמרי עכצ"ל פליג את נוי פירות או י"ל דרי"ו הוצרך לזה לפמ"ש הרשב"א הובא בב"י כאן מחודש א' בחייט אחד רגיל אצל גוי לעשות מלאכתו ובא חייט אחר לעשות מלאכתו בזול יותר מוחין בידו דדמי קצת למצודת הדג וההולך ומפתה לעכו"ם כפוסק חיותו של זה והובא כאן בהג"ה וע"כ ס"ל לרי"ו דאפילו אינו הולך לפתחו של עכו"ם כיון דמוזיל ודאי יבאו אצלו גם הרגילים אצל השני והוי כמשכים לפתח הגוים ומפתה אותם לולא די"ל גם אתה יכול להוזיל אמנם נראה דנגד הרגילים אצל שני ל"מ ה"ט דגם השני יכול להוזיל למאן דדאין דין מערופיא דמ"מ הרי רגיל היה ליקח מן השני ביוקר תה מפסידו.

ובשו"ת פמ"א ק"א סימן ע"ח נשאל בשני כפרים שמחזיקים כ"א אוראנדי משר אחד ובני כפר אחד מוזילים השער יי"ש ומחמת זה הולכים הקונים של כפר השני לקנות יי"ש

אצלם ופסק דאין להם רשות להוזיל משער הקצוב במדינה והובא בפ"ת כאן ובשו"ת גוא"י חחו"מ סכ"ב חולק על הפמ"א דס"ל דגם במקום אחד אסור להוזיל ודחה דבריו רק מסכים לדבריו לאסור למכור לנכרי מכפר השני מדין מערופיע ובשו"ת ד"ח ח"ר חחו"מ סח"י פסק דהיושב בכפר אחד ששכר אוראנדי מהשר בזול מותר להוזיל ולפחות השער נגד שכניו היושבים בכפרים אחרים ומשלמים הרבה בעד האוראנדיא שלהם ועוסק חיותם לגמרי ואפילו אין שם רק גוים קונים והפמ"א אינו אוסר אם השער אינו מחוק המלך כמו במדינתינו עתם ובפרט שהרשד"ם ז"ל כתב אפילו לענין בני מתא אחריתי דבזה"ז שיש גוים מוכרים כרצונם גם לישראל מותר והביא הביאו ז"ל א"כ ה"נ כיון שבא מכח גוי והגוי יכול למזוג לעצמו כפי שירצה ולכן המנהג שאין מוחין בהבא לפחות השער וכ"כ הב"א ז"ל להדיא וכן הלכה עכ"ל ובסימן י"ט כתב הד"ח דאם שכרו עשר אחד אסור משום גזלה דהא ודאי דהמנהג בין חוכרי הראנדיס דשר המשכיר א"י למכור בזול מכפי אשר ימכור הראנדאר שלו דעל תנאי זה שכרו ממנו וכמה פעמים הים טו"ת בין הפעכטרס ובין הראנדאריס בהיותם שניהם ישראלים ודין פשוט שצריך הפעכטר להשלים היזיקו כי זה שכר ממנו שלא ימכור בפחות ולפ"ז שוכרי האוראנדי בכפרים קנו מהאדון גם זכות זה שלא ימכור בעיר בפחות ממה שהמה ימכרו בכפרים וא"כ המוכר בעיר בפחות הוי גזלן עיי"ש ועיין בסוף ספר משפט שלו' בקו"א לקת"ע סימן רל"ז אות י"ז ולפ"ז תלוי בקדימת השכירות דזה ששכר מהשר תחלה רשאי להוזיל והמאוחר אינו רשאי והנה בספקא דדינא כל כה"ג לחומרא דהיו ספק איסור להזיק לחברו וכמ"ש הה"מ פ"ט משכנים הי"ג וכן פסק בש"ע לעיל סימן קנ"ה ס"ג.

ובח"ס חו"מ סימן קע"ה איתא בישראל ששכר אוראנדיא מהשר וגזר השר על כל היושבים תחתיו שלא לקנות משקים כי אם מהשוכר שלו דע"ד כן שכר האורענדי וישראל אחר שכר משר אחר ג"כ אורענדי וכפריים באים אצלו לקנות אי מוזיל להו להמשיך הכפריים הקונים אצלו אין ספק דאיסורא עביד אמנם אי ליכא זה גם מטעם מערופיא ליכא כיון שלא השכים לפתחם כמ"ש סמ"ע ס"ס שפ"ו סק"י רק משום דדינא דמלכותא דינא והשר גזר על הדרים תחת ממשלתו ובכלל מס שלו הוא והמוכר לא"נ עובר משום לפנ"ע עיי"ש ונראה דלא פליג אגוא"י דאוסר משום מערופיא דנידון דגוא"י במיזיל השמר והוי כמשכים לפתחם דע"י זה חברא חברא אית לו ובאים אצלו ומבואר בסמ"ע שם דאם בא הגוי אצלו ע"י ערמה שעושה אסור והד"ח נמי לא פליג על הח"ס דאפשר לא השכיר השר שם רק שלא יחזיק אחר מזיגת היי"ש אבל לא גזר שלא יביאו להם השותים לצורכם ממקום אחר.

ואם מוזיל כדי להזיק לחברו ע"ד גם לי גם לך לא יהי' ואפילו עושה כן כדי שחברו יתן לו דמים ודאי כופין על מדת סדום אף דעשה בתוך שלו ובא בטענת דעים או כדי שישתתף עמו וכמ"ש מהרי"ק בש"ט דאפילו יש קצת קפידא מ"מ כופין עמ"ס וטייתי ראיה מפ"ק דב"ב דף י"ב ע"ב גבי תרי ארעתא אחד נגרא עיי"ש ובנמ"י שם ז"ל כתב הר"י ז"ל דבההיא דזבין אמיצרא וכו' אם יש גם לשני ארעא אמיצרא אין מעלים דמים כלל דהא מדת סדום הוא עיי"ש הרי אף דעושה כדי שיתן לו חברו דמים מ"מ כיון דמפסיד גם לו כופין עמ"ס לכ"ע וזה שדקדק בש"ע סימן רכ"ח סח"י דיכול למכור בזול יותר מהשער כדי שיקנו ממנו דדוקא בכה"ג שרי דרוצה להרויח בשלו ואפשר דה"ט דמוזיל הרבה אסור דאז ניכר דכונתו להזיק או שיעלה לו חברו דמים דלולא זה לא היה מפסיד לעצמו ועיין בשעו"ש סימן קנ"ג ובש"ע לעיל סימן קנ"ד ס"ג בהג"ה ראשונה ובנתיבות שם ועיין שו"ת דרכי נעם חחו"מ סל"ה הבאתיו בסימן רכ"ח ס"ח.

עיין תשובת רמ"א ס"י מ"ש ביסוד ראשון דאסור לשום ישראל לקנות ספרי רמב"ם שהדפיס העכו"ם אחר שהדפיס הגאון רמ"פ כיון דברי היזיקא לכ"ע אסור מדר"ה דפרק לא יחפור דף כ"א ע"ב וב"נ מצווה על הדינין הייני אם בידינו לכופו מכריחין אותו על דין תורה לכן אף דאין לנו כח על העכו"ם יש לגזור על ישראלים שלא יקנו ממנו ועמ"ש בסימן רל"ז ס"א דברמב"ם פ"י ממלכים הי"ב מבואר דאין כופין לבן נח על דין תורה רק על דיניהם וא"ל אלו בא לפני ד"י היינו אומרים לו כך דינינו השתא נמי נגזור על הרוצים לקנות ממנו זה אינו כיון דהם ישראלים אין לדונם רק בד"י וכמ"ש לקמן סימן רל"ו.

סעי' ז' אלא אומרים בפ"ת הביא מהצ"צ דאם אחד קנה סחורה בעיר אחרת שיש שם מכס על סחורת של מי שאינו מתושבי העיר זה דאם קניינו רק בכסף עדיין הסחורה של תושב העיר ול"ה רק כמתחייב ע"י קנם וציין לפ"ת א"ע סכ"ח סק"א דנסתפק יד המלך באם קידש הלוקח אשה בחפץ שקנה בכסף לחוד והמוכר אינו חוזר מהקנין ובמהר"ם אלשיך ס"י מבואר דלוקח בכסף אין לו בגוף הסחורה כלום רק עונשו מש"פ על חזרתו לכן א"י להקנותו לאחר בשום קנין כיון שאין ממש בדבר הנקנה.

ובעיר שיש מכס על סחורה שמביאים אנשי עיר אחרת וכתב אחד מעיר זה לאחד מעיר אחרת לקנות לו שם סחורה ולשלחו לו אם כתב שישלם לו שכרי' טרחתו אזי זה שמעיר אחרת רק שליח של זה אבל אם כתב לו ריוח כו"כ אזי אינו שליח רק הסחורה שלו עד שקבלו זה אזי נקנה לו א"כ הוי כקונה בעיר זה מאנשי עיר אחרת וזה מתבאר מדברי רה"ג שבב"י סימן קע"ו מחודש נ"ז וכפי שביארו נה"מ סכ"ו שם ואפילו התנו שמיד שיקנה בעיר אחרת יהא באחריות הכותב לו מ"מ אפשר כיון דהזכיר שיתן לו ריוח

אינו שליח אבל כשאמר שיתן לו שכר טרחתו הר שליח אף דקבל עליו אחריות דמתנה שומר להתחייב באחריות וכמבואר ביו"ד סמן קס"ט סח"י וקע"ג סט"ז בהג"ה ואפילו קנה השליח במעותיו כיון דאמר לו זבין לי כמבואר בסימן קפ"ג בש"ך סק"ב

הלכות שותפים בקרקע סימן קנז

סעי' ב' זה בעצמו והחזיק בחלקו וזה בעצמו והחזיק בחלקו תוס' הקשו ווה קמ"ל ר"א ותרצו דאפילו החזיק כ"א שלא בפני חברו וכתב הרא"ש הטעם משום דהקרקע בלא"ה של שניהם וכ"כ הה"מ משום דאינו רק בירור חלקים ובעניי לא הבנתי הטעם לחלק עוד כתב הרא"ש כיון שהחזיק אחד סגי והקשה בהגמי"י דה"ל לר"א למימר שהלך אחד והחזיק בחלקו ותירץ דקמ"ל דבהילוך לבד קונה עיי"ש וגם זה קשה להבין דאם הילוך הוי כאן חזקה ליסגי באחד ואם לאו כל שלא יצדק בנפרד לא יצדק במחובר וגם מ"ש שותפין שחלקו משאר מכירה וחליפין ולולא דבריהם י"ל לע"ד דצריך שיחזיקו שניהם אלא דסגי כשהחזיקו לעצמם ולא א"ל אידך לך חזק דבשלמא כשהקנין נגמר ע"י חזקת אחד לבד ל"מ כשהחזיק שלא בידיעת חברו דשמא חברו לא גמר להקנות ולא ניחא לו שיגמר הקנין שלא יוכל לחזור כיון דלא היה רק דיבור בעלמא משא"כ כשהחזיקו שניהם הרי כשהחזיק האחרון ל"ל שמא חברו עדיי' לא ניחא לו שיגמר הקנין דהא גם הוא כבר עשה חזקה וגמר בדעתו לקנות חלקו ממלא גמר בדעתו שיקנה גם חברו ולפ"ז ה"ה בחליפין וזה קמ"ל ר"א כיון שהחזיקו שניהם מהני אף כ"א לעצמו שלא בפני חברו ואפשר זה דעת ר"י בתוס' ודעת רמב"ם.

סעי' ה' המקום והאבנים של שניהם בתוס' ריש ב"ב ד"ה לפיכך אם נפל הכותל המקום ואבנים של שניהם כתבו פירש לפי שבונים הכותל בע"כ וא"ת בלאה"נ הוי של שניהם אפילו נפל לרשותו דחד כיון דאין חזית לא לזה ולא לזה כדפריך גבי בקעה לא יעשו חזית לא לזה ולא לזה ותרצו דקמ"ל אף דשתה ברשות דחד הרבה ונדחקו בפירש הגמרא וגם ברי"ף ורמב"ם לא חבר האי רבותא דשהו ולע"ד אי לאו דבע"כ בונים אף דהוי חולקין הוא רק מספקא דאין בירור לאחד יותר ולחברו וכנראה מכל דברי התוס' שם ואם חייב אחד מהם חוב שבשטר ושיעבד מטלטלי אג"ק הלוה נאמן לומר דהמקום ואבנים כולו של חברו אף א"ל נפל לרשות שותפו כיון דשני טוען ברי דמה דס"ל לר"נ ור"י בו"ש לאו ברי עדיף היינו משום דמוקמינין ממונא בחזקת מריה כמבואר בב"ק דף קי"ח ע"א אבל כאן המלוה אינו מוחזקו הלוה לית לו חמ"ק וגם חזקה כל מנה שת"י הוא שלו ל"ל בזה כיון דנפל הוי כגודרת דאין להן חזקה כמ"ש באס"ז דף ד' ול"ד למה דאמר בכתובות דף

י"ט דא"נ לומר שטר אמנה כשחב לאחריני דהתם מרעי לעדות שבשטר ומשים עצמו רשע כמ"ש בריא"ז שם אבל כאן ליכא בירור כלל וגם בלא הודאת לוה אי לא מכחיש הוי בו"ש נגד הבע"ח אבל מחמת דבע"כ בונים אנן סהדי דשל שניהם הוא וזה שאמר לפיכך כשנפל המקום ואבנים של שניהם משא"כ בל"ז רק יחלוקו מספק וא"ל א"כ מה פריך בבקעה לא יעשו חזית לא לזה ולא לזה הא ע"י חזית לא יהא נאמן לחוב לאחריני זה לק"מ דאטו התקנה משום אחריני הא אם ירצו שניהם שלא לעשות חזית מי כייפינן להו רק עלה טובה להם שלא יכחישו זא"ז ע"כ פריך לא יעשו כלל ונראה דתוס' הוצרכו לזה לפי שיטתם דר"פ הבית ועליה בסד"ה לימא דכל ממון המוטל בספק חשוב כאלו שניהם מוחזקים בו ובו"ש לאו ברי עדיף אבל רמב"ן לב"ב דף ל"ד חולק וס"ל דגם בספק דררא דממונא בו"ש ברי עדיף וכ"ד ריט"בא הובאו בשעמ"ש לעיל סימן קל"ח סק"ג.

סימן קסב

סעי' א' שוקים ורחובות שלהם מעשה בראובן שנשרף הבתים בחצרו ולא הניחוהו שרי העיר לבנות כדי שישאר מעבר לרבים מרחוב לרחוב וערך ראובן דינו לפני שרי קיריה ובא המשפט שישלמו לו קרקעו עפ"י שומא וניסום עפ"י גוים והטילו שרי העיר הממון על היהודים הדרים ברחוב הסמוך להחצר זה וראובן הולך וסוער על שרי העיר שישלמו לו והם דוחקים את הדרים ברחוב ורוצים למשכנם וצועקים הדרים ברחוב על ראובן חדא שידוע לכל שאין לנו שום תועלת במעבר זה רק לרחוב שבעבר השני של החצר ושם דרים גוים ובעלילת באין עלינו שרי העיר ויודע אתה שע"י תביעתך להשרים אנו נלכדין אתה גורם לנו היזק ומה לנו להפסדך שנית אתה תובע יותר מהפסדך כי אם הי' נישום באמת על פי מי שאינו מקבל שוחד לא הי' נישום כל כך וכיון שכן אנו רוצים לשומו על פי ישראלים.

ונלע"ד דל"ש בזה דינא דמלכותא מה שמטילין שרי העיר התשלומין על הדרים ברחוב היהודים כיון שאין להם תועלת יותר משאר בני העיר ועיקר התועלת לרחוב הגוים שמעבר השני של החצר שיוכלו לעבור דרך קצרה לאמצע העיר ולדרך המלך אשר שם כל החניות והשוק וכיון שמטילין על יחידים ולא הוי גזרה כללית הוי דינא דגזלנותא כמ"ש רמב"ם פ"ה מגזלה ולקמן סימן שס"ט ס"ח.

ודין היהודים עם ראובן נראה פשוט אפילו כבר הוציאו מהם שרי העיר ונתנו לראובן חייב להחזיר דממון זה גזל ביד השרים אף דראובן מחיר חצרו נוטל וכמו נטלו מוכסין כסותו ונתנו לו אחרת אם יודע שזה גזול ביד המוכסין ולא נתייאשו הבעלים מחויב

להחזיר לבעלים והוא מפסיד שלו כמבואר בחו"מ סימן שס"ט ול"ש בין חפץ לממון ועיין בחו"מ שם ובשער משפט סימן ק"ץ ובקידושין דף נ"ב ועיין ב"ש סימן ל"ה ס"ק כ"א כשמקדש השליח במעות המשלח לעצמו דאינה מקודשת היינו אם יש קפידא אם יחליף דאז הוי גזל בידו אבל דבר שאין קפידא ויש לשליח להחליף לא הוי גזל וכאן ודאי לא יחליף דהא השרים נוטלין בע"כ ונותנין לראובן א"כ הוי גזל מעות זה גם ביד ראובן. **אך** אם ראובן א"י וליבא עדים דאותן המעות שלקחו השרי עיר מהיהודים נתנו לו ואפשר הוציאו המעות לד"א ולו נתנו ממון אחר דבזה אפשר יאמר ראובן ממונכם לא בא לידי ומה לי בזה שמחמת תביעתי תפסדי גזלו אתכם ויש לדון בזה על שלשה פנים חדא אלכתחלה אם נעכב על ראובן מלכנוש השרים שישלמו לו אחר שידוע דמחמתו ינגשו השרים היהודים שברחוב שלא כדין שנית אם כבר הוציאו השרים ופרעו לראובן ואינו ידוע אם זה תממק ממש פרעו שלישית אם עכ"פ מחויב ראובן להחזיר מה שכישום יותר ע"י שחדים ונלע"ד לפשוט הכהו ספקות מהרא"ש פח"ה דף נ"ד גבי נכסי עכו"ם הן כמדבר זיל שם כתב רשב"ם ואם יוכל הלוקח הראשון לדון עם הנכרי להוציא מעותיו יעשה ואם לאו יפסיד ודבריו אינם מובנים דהאיך יכול להוציא מעות מהנכרי כיון דבדיניהם קנה ואף בדינינו נגמר הקנין ע"י נתינת הכסף שוב אינו חייב להעמיד מקחו בידו אם בדיני ישראל זכה המחזיק ולעסוק בתחבולות עם הנכרי שיבא באלמות וכח על המחזיק לכופו להחזיר הקרקע לאשר קנהו מאתו יראה שעיברה הוא בידו ודין מסור אית לו מאחר שזכה בו בדין תורה עכ"ל אבל בהג"א שם כתב ז"ל ואעפ"י שמתוך כך יחזיר הנכרי ויגזול הקרקע מיד הזוכה ל"ה בזה מסור דכי קתבע ישראל מנכרי בדין קתבע דאנן סהדי שלא נתן לנכרי מעות אלא ע"מ שתשאר הקרקע בידו וכיון דקרקע לית לו שנסתלק הנכרי בקבלת הממון והמחזיק בה זכה מן ההפקר חייב הנכרי להחזיר המעות לישראל ואם ישראל הזוכה יכול להשמט מן הנכרי ישמט ואעפ"י שהלוקח מפסיד ואם ישראל הזוכה בה נותן מעות ללוקח כדי שלא יתבע את הנכרי והוא אינו רוצה לקבלו אלא תובע את הנכרי ויש בידו להפקיע את הקרקע מיד הזוכה ע"י הנכרי ה"ל מסור ממש עכ"ל וכ"כ התוס' והרואה יראה דע"כ ל"פ הרא"ש עם תוס' והג"א אלא אם מן הדין יכול הישראל לתבוע מן הנכרי דהרא"ש ס"ל מדינא אין לו עליו ממילא אסור לבוא בתחבולות כדי לגרום היזק לישראל שני שזכה מן הדין ותוס' והג"א ס"ל דמן הדין חייב הנכרי להחזיר לו המעות ע"כ יכול לתבוע שלו מהנכרי ומה לו בזה שעי"כ יגזול הגוי מישראל השני אבל כשמחזיר לו ישראל השני מעותיו דתו אין לו הפסד אסור לגרום לו הפסד והוי מסור וממילא מחויב להחזיר לישראל השני כדין שאר מסור וק"ו

אם בא לידו קרקע זה שכבר זכה בה השני בדין דצריך להחזיר להשני דחוץ שהוא מסור הקרקע גזולה בידו אלא דלא מיירי מזה אלא מיירי לכתחלה אי ציית דינא לא ימסור וא"ל ציית דינא וידו תקיפה ע"י העכו"ם גם אח"כ לא יציית אבל כשנשבר זרועו ודאי צריך להחזיר משום גזל ומשום מסור ומעתה בנ"ד דראובן תובע ג"כ בדין לשרי העיר בעד חצרו מה לו בזה שמחמת כן יגזלו השרים לשאר ישראלים אם ממון זה לא תבא לידו דאל"כ הגזל בידו ומחויב להחזיר אבל זולת זה אין עליו דין מסור דכונתו להציל שלו ואין לו להשגיח בפסידא דאחריני וכן יש לזה ראי' מבכורות דף מ"ח ע"א הובא בנתיבות סימן נ"ח סוף סק"ד ועיין מה שכתבתי לקמן סימן קס"ג ס"ו.

אך אם לפי שומת ישראלים אינו שוה כל כך אף שכתב המג"א בסימן ש"ו ס"ק ט"ז דסמכינן אשומת גוים היינו אם אין בירור ע"י ישראלים שנישום בפחות ויתר אבל בבירור ודאי ישראל מהימן יותר דתרי כשרים נאמנים יותר ממאה פסולים אפילו היכא דגם פסולים נאמנים כשהם לעצמם ועוד דבמחצית השקל שם הוכיח דגוים לבד לא מהימני לשומא וכ"ש היכא דידעינן דמקבלי שוחדא גם ערכאות לא מהימני כדאיתא לעיל סימן ס"ח א"כ מה שתובע ראובן יותר שלא כדין הוא והוי מסור על היותר כיון שמחמתו יחזרו על הישראלים וגם דיעבד חייב להחזיר אף דאין ממון זה ממש בא לידו ואין לומר אין אונאה לקרקעות ולדידי שוה כך דגם בקרקעות אסור להונות ביותר משומא כמ"ש רמב"ן פ' בהר ועיין בר"ן ס"פ שה"ד במשנה דמלוה על המשכון דאם אין המשכון שוה כל החוב אפילו ישנו ביד המלוה אין הלוה נפטר אלא בכעדו ושויו ועיין לעיל סימן קי"ד ס"ג דאפילו גבאה המלוה במאתיים ואינו שוה רק מנה אלא שהמלוה קיבלה במאתיים מפני שחביבה עליו אין הלוקח חתר על המוכר שמכרה לו באחריות אלא במנה כמו שהי' שוה הרי דא"י לומר גם לדידי שוה מאתיים וה"נ כיון דהחצר כבר נלקח ממנו בדינא דמלכותא ויצא הדין לשלם לו עפ"י שומא והיינו שומת צדק ולא ע"י שוחד ואין לו רק טענת דמים אי"ל לדידי שוה לי יותר משוי' ובפרק מי שהי' נשוי דף צ"א ע"ב מבואר דבמקום פסידא דאחריני א"י לומר לדידי שוה יותר משומת ב"ד לכן אפילו ת"ל דזה שנלקח החצר ממנו ל"ה דינא דמלכותא כיון דאין הגזרה רק על היחיד ואינו בכלל מלך פורץ לו לעשות לו דרך דסנהדרין דף כף ע"ב מ"מ כיון דגורם פסידא לאחריני א"י להעלות בדמים ועוד כיון דרחובות של המלך כמבואר כאן הרי מלך פורץ לו לעשות לו דרך לרחוב שלו ועיין לקמן סימן קע"ה סמ"א בסמ"ע ס"ק ע"ג דא"י ליטול מהגוי יותר משוי' הקרקע כיון שיש חשש שיגרום היזק לישראל.

סעי' ז' חמש חצרות בש"ך רמז לעיין ברשד"ם סימן תי"ב ושם כתוב על מבוי סתום משלש רוחות וראשו אחד פתוח לדרך ר"ה ורוצים בני המבוי להעמיד לו דלתות אם בני ר"ה יכולים לעכב עליהם ואת"ל דא"י לעכב אם השכנים הסמוכים בתיהם בראש המבוי מצד חוץ או השכנים שהם כנגד ראש המבוי מצד חוץ יכולים לעכב וכתב כיון דיש פוסקים דס"ל דדוקא מפולש משני צדדים אין רשאים להעמיד דלתות ויש פוסקים ס"ל דדוקא בפתוח לר"ה ממש הרחב ט"ז אמה ורבים בוקעים בו אבל פתוח לסעמטא או לכרמלית רשאים להעמיד דלתות לכן בני המבוי י"ל קו"ל דמוחזקים במבוי שלהם דמעכב עליו הראי' וכיון דאין בני ר"פ יכולין לעכב פשוט דהשכנים הנז"ל א"י לעכב מדין הנזכר בסעי' זה דהחיצונה א"י לעכב על הפנימית כ"ש אלו שהן חוץ למבוי את"ד והנה המחבר ורמ"א סתמו דאפילו במבוי שאינו מפולש ואפילו פתוח רק לסמטא אין רשאים להעמיד דלתות כמבואר בסמ"ע סק"ד וסק"ז וא"כ לפמ"ש בתומים בכלל התפיסה ס"ק קנ"ד דקבלה בידו דדין שנזכר בש"ע ומחבר ורמ"א השמיטו דעת החולק א"י לטעון קי"ל וכ"ד החו"י וכ"כ בנתיבות שם א"כ ה"נ והש"ך דרמז לעיין במהרשד"ם דנ"מ לענין השכנים היכא דבני ר"ה א"י לעכב כגון במבואות קטנות הפתוחים לאותן הפתוחים לר"ה או ניכר בראשו כמין פתח כמבואר בהג"א ס"א לכן לא ציין הש"ך בס"א לדברי מהרשד"ם עד הכא.

סימן קסג

סעי' א' בהכנ"ס כתב בה"ט סק"א אם הוציאו סך רב לבנות גג בהכנ"ס שנשרף פסק בתשובת ש"א סימן קמ"ה דלדידן שקונים מקומות בית הכנסת בדמים צריכין בעלי המקומות ליתן לזה כמעט עיקר התוצאה עכ"ל ועיין בח"ס חא"ח תשובה כ"ט בבית הכנסת שחרבה ובנו חדשה והרחיבה שמתחלה הי' ששה מקומות מכל צד אה"ק ועתה יש תשעה ופסק דהששה מימין ושמאל על מקומם ישבו אך שע"י שהקהל מוסיפים שלש מקומות בכל צד עי"ז מתעלה מקומות שלהם מחויבים הם לתת לקופה כפי השומא שמתעלה מקומם וזה כונת מג"א סימן ק"נ סק"ה אם הפתח בצ"א וחרבה בית הכנסת ורוצים לעשות הפתח כדינה אין האחרים יכולים למחות ואעפ"י שמשנים סדר הישיבה יקוב הדין ביניהם דהיינו המקומות שהיו סמוך להפתח ועכשיו יתעלו הם צריכים לשלם עילוי להקהל אעפ"י שהשנוי לא נעשה לכונת טובתם דומיא דמקיף חבירו מד' רוחות שצריך לשלם לו מה שהנהו בטוח"מ סימן קנ"ח ס"ו את"ד וצל"ע לפמ"ש הנתיבות בסימן קנ"ח ס"ט וקס"ד ס"ה דאם לא נתכוין להשביח לחבירו א"צ

לשלם השבח אעפ"י שגילה דעתו דניחא לו כמ"ש הש"ך בסימן שצ"א סק"ב עיי"ש והרי בש"ך שם מבואר דא"צ לשלם השבח אף שגם ההוצאה אינו משלם ואף דהוי כשדה עשו ליטע דכל בהמה נותנין לה מזונות ועוד דגם בנידון המג"א וח"ס לא משום הוצאה אתי עלה דאפילו לא יתעלו המקומות מחויבים ליתן כל בני העיר כמבואר כאן ועוד דאפשר דהשומא של העילוי יהא יותר מההוצאה המגיע עליהם ומה שהביא ראי' מסימן קנ"ש יש לדחות דשם משלם מה שהנהו אינו מחמת שבח רק כיון שנהנה צריך ליתן חלק בהוצאה דהוי כשותף דשניהם צריכים להגדר והיא טובת שניהם וכמ"ש בנתיבות סימן קנ"ח ס"ט ועיין נתיבות ס"ס קכ"ח וצ"ל דכונת הח"ס ג"כ דצריכים ליתן על ההוצאה יותר מאחרים מחמת שנתעלו מקומות שלהם יותר וע"ד שכתב הש"א הנ"ל ואם נמכרו מקומות הנוספין ועלו דמיהן כשיעור ההוצאה א"א להוציא מבעלי מקומות הישנים העילוי כיון שהש"ך כתב שם בסימן שצ"א דהוי ספ"ד וגם מהמג"א אינו מוכרח דס"ל דמוציאין דלא כתב רק יקוב הדין ונ"ט כשהקהל מוחזקים אבל א"ל דהקהל חשובים לעולם מוחזקים דרק לענין מס נאמר כדלעיל סימן ד'.

סעי' ב' חבר בעיר אחרת בפ"ת משו"ת שיבת ציון סימן ק"ז שכתב ביחידים מקהלה קטנה שקנו מקומות בבית הכנ"ס של קהלה גדולה סמוכה להם ואז היו נושאים בעול בצרכי בהכנ"ס ועתה איזה שנים פסקו מליתן לשום דבר ורוצים אנשי קהלה הגדולה לחזור מהמכירה אם יש הכחשה ביניהם באיזה אופן הי' המכירה אם ע"ת שיסייעו עמהם בצרכי בהכנ"ס וא"א להתברר אז אנשי קהלה הגדולה הם מוחזקין כיון שבהכנ"ס הוא של קהלתם ועל היחידים מהקהלה קטנה להביא ראיה עכ"ד.

ולי' צ"ע מתשובת רשב"א שבב"י סימן כ"ט מחודש י"ג וריטב"א שבב"י לעיל סימן מ"ב מחודש ל"ז היכא דהמכר ודאי ויש הכחשה בתנאי חשוב לוקח מוחזק ועל המוכר להביא ראי' וא"ל מקומות ביהכ"נ שאני דהגוף של ציבור והקונים מקומות אין להם רק שעבוד ישיבה על המקום כמ"ש נתיבות בסימן קצ"ב לכן הוי כהך דפרק השואל דף ק"ב ע"ב דקרקע בחזקת המשכיר וכן בהמקבל דף ק"י במלוה אומר חמש ולוה אומר שלש דשאני התם דלאו מטעם דהגוף של משכיר ולוה חשוב מוחזק רק משום דסופו לחזור לו וכמ"ש תוס' בהמוכר את הבית דף ס"א ע"ב בד"ה ארעתא וא"כ הכא דממכר עולם הוא רק ספק בתנאי על המוכר להביא ראי' וי"ל לפמ"ש סוף סימן כ"ה דאם התנאי על הלוקח לעשות איזה מעשה או ליתן ממון י"ל דמודה רשב"א בספק אי הי' תנאי כזה מוקמינן בחמ"ק של המוכר כיון דאם הי' תנאי זה לא חל המכירה מעולם טרם קיום

התנאי אך מהראי' שהביא הריטב"א מפ"ב דכתובות דף י"ט ע"ב דתנאי מלתא אחריתי מוכח דל"ש בין תנאי דקום עשה לשוא"ת כמו דלא מחלק הש"ס התם.

סעי' ו' בהג"ה כל הקהילות אשר יש לחוש וכו' רשד"ם סימן ש"ל כתב שמדברי שו"ת רשב"א שבב"י כאן מחודש ט' ומחודש יו"ד מוכח דלא כמהרי"ק דק"ו דמה התם דראובן שמעון ויהודה ולוי גרמי העלילה מ"מ פטורים עאכ"ו בנידון מהרי"ק עיי"ש ובענ"ד י"ל רשב"א פטר את רו"ש ולוי ויהודה מלשלם להקהל כל מה שהוציאו דס"ד כיון שבסבתם הי' חייבים הכל אבל מלסייע לא פטרם כלל וממחודש יו"ד ג"כ אין סתירה דמה שפטר את האנשים מלסייע היינו שהיו יכולים לחלוק מהעלילה ולהציל עצמם כדמוכח התם מהראי' שהביא הרשב"א שם משיירא שהיתה מהלכת במדבר ועמד עלי' גייס דאם אמר אציל לעצמי הציל לעצמו אפילו בשותפין דכגון זו שותף חולק שלא לדעת חבירו וכ"ש כאן שלא בא להציל וליטול אלא מציל שלא יטלו ממנו כלום הרי כשהיו יכולים לחלוק ולהציל עצמם דאל"כ אינו ראי' כלל דשא"ה דהציל לעצמו וחלק מהשותפות וכן מוכח מטענתם שלא היו מסכימים ואם לא היו יכולים להציל עצמם איך לא יסכימו.

סעי' ו' בהג"ה או להפרידן עש"ך סקח"י בשם מהריב"ל המלך או שר שמטיל איזה דבר על עשיר אחד ויש ליהודי אחד כח להשתדל לפטרו וברור דיטול על אחרים אסור וצריך ליישבו שלא יחלוק על תוס' והג"א שהבאתי לעיל קס"ב ס"א ונתיבות שבסימן נ"ח ודעת ריטב"א שם דמותר לתפוס בעד חובו אף שודאי יבא היזק מזה לאחר דהכא שאני דאחר בא להשתדל לא הניזוק עצמו ומה חזית דדמא דהאי סומק טפי וזה שאמר הטעם כיון דמשא שנים יש בדבר אך לקמן סימן שפ"ח סס"ב בסמ"ע סק"י הביא מהנ"י פ"ק דב"ב דאם כבר בא עליו הנזק אסור לסלקו ממנו כשגורם בזה היזק לחברו והוא מהירושלמי פ"ג דב"ק והאחרונים כאן רמזו להך דסימן שע"ח והרי התם הניזק עצמו אסור לסלקו ממנו וכדי שלא לעשות מחלוקת בזה צ"ל דהך דתוס' והג"א דפרק חז"ה והך דריטב"א וש"ס דבכורות שהביא הנתיבות כיון דיש לו חוב על הנתפס וגובה חובו הוי רק כמציל עצמו שלא יבא עליו הנזק טרם שבא עליו ההיזק דהרי נכסי החייב משועבדים אצלו ועדיין לא ניזוק משא"כ הך דהירושלמי שהביא הנ"י שכבר הוטל המס עליו ונתחייב או שטף מים שכבר באו לתוך שדהו הרי כבר ניזוק ורוצה לסלקו מעליו הוי כבא להרויח וכיון שבודאי יבא הנזק לאחר על ידי כן מה שעדיין לא הוזק האחר אסור.

וכל דברי הקהל א"צ קנין זה מתשובת רא"ש כלל ששה סכ"א ויש להקשות דבכלל י"ג ס"כ כתב לענין חכירות דהוי דשלב"ל ול"מ בו קנין רק מחמת דכן נהגו מהני מצד סתימטא דבחתימת ההורדה ובמסירתה לחוכר מתקיימת החכורות וכיון שנהגו כן הוי

קנין עיי"ש ולמה לו טעמא דסתימטא וכתיבה ומסירה הלא דברי הקהל א"צ קנין וצ"ל דדבר דמהני בו קנין קהל א"צ קנין וכמ"ש בכלל ששה דדבריהם ככומ"ס אבל בדשלב"ל דכומ"ס ל"מ גם קהל ל"מ לכן צ"ל מצד מנהג וכיון דהמנהג בכומ"ס ל"ה סתימטא רק בכומ"ס וראי' לסברא זאת מפרק מי שמת דף קמ"ח ולקמן סימן רנ"ג סכ"א שכ"מ שאמר ידור פלוני בבית זה לא אמר כלום דמידי דאיתא בבריא ע"י קנין דברי שכ"מ מועיל בלא קנין אבל א"ל מהני קנין בבריא גם דברי שכ"מ ל"מ וכמ"ש נ"י שם ובב"י סימן רנ"ג בשם הר"ן שאין הקנאה חלה על דבר שאין בו ממש ולא תקנו בשכ"מ אלא דליהוי דיבור שלו כקנין דבריא ובע"ת שער ס"ד ח"ב תשובת רמב"ן כתב לענין שטרי פסיקתא דהן דברים הנקנין באמירה בהנאה דמתחהני גמרי ומקני דדוקא בדבר דמהני בו קנין הוי כאן דברים כקנין אבל א"ל מועיל בו קנין כמו דשלב"ל או דבר שאינו קצוב לרמב"ם גם אמירה זאת ל"מ והוכיח ג"כ ממלתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ ולרמב"ם דאינו מתחייב בדבר שאינו קצוב אפילו בקנין ובפסיקתא מתחייב באמירה ומודה בדשלב"ל דל"מ אף בפסיקתא כמ"ס בפ"ו מהלכות מתנה נתקשה הריב"ש סימן שמ"ה למה בחסרון דאינו קצוב מהני הנאה דמתחתני ולענין דשלב"ל ל"מ ולע"ד ה"ט דחסרון דאינו קצוב משום דאינו גומר ומקנה מחמת דא"י עד היכן יגיעו הדברים ולכן גם קנין ל"מ ע"כ בקידושין דבהנאה דמתחתני גמרי ומקני מסלק ריעותא דאינו קצוב אבל דשלב"ל אין החסרון משום דלא גמר ומקני רק דאין לו כח להקנות מה שאינו ברשותו ובדשלב"ל אין מקום לקנין על מה לחול ע"כ גם אי גמר ומקנה בהנאת חיתון ל"מ ומתורץ גם קושית רמב"ן שם על הרמב"ם דל"ד למלתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ דשם החסרון בעצם הדבר שאין בו ממש ואין קנין יכול לחול עליו לכן גם בשכ"מ ליתא אבל באינו קצוב החסרון רק מצד דאינו גומר ומקנה בלב שלם מהני בקידושין דגומר בכל לב יצא לנו מזה דאם השכירו קהל הגאבעלי במעמד כולם וטובם ורה"ק ולא מסרו לו כתב חתום על זה ישנו בחזרה אף דדברי קהל א"צ קנין מ"מ זה ל"מ בו קנין רק מכח סתימטא דכך נהגו ואין לנו רק מה שנהגו להוריד בכומ"ס לא בדברים לבד ועמ"ש לעיל ריש סימן ס"ו.

י"ל שלא פטרוהו רק לשנה כ"כ הרא"ש בתשובה כלל ששה סי"ט וכתב לתרץ הא דפרק מי שאחזו דאומר הר"ז גיטך ע"ה שתניקו את בני דס"ל לרבא דבסתם נמי שתי שנים דלא כרב אשי דסתם די ביום אחד וקי"ל כרבא דשאני גנט דלצעורה מיכוין דנין לשונו להחמיר עיי"ש דס"ל לרא"ש גם במתנה ע"ת לשמש אביו די ביום אחד אף דנותן התנה לא אמרינן סתמא להרווחתו נתכוין כל ימי חייו ופלי"ג על רמב"ן ורשב"א בגיטין שם דס"ל דבה"ג חייב לשמש כל ימי חייו ושאני גט דלצעורה בעלמא מיכוין י"ל ביום אחד

די וכ"כ המל"מ פ"ח מגירושין הי"ט דפליגי רא"ש ורמב"ן ורשב"א בזה ונראה דנותן חשוב המוציא כמ"ש מהראנ"ח הובא במל"מ פט"ו מטוען הי"א באשה שנתנה נכסים לאיש אחד ע"מ שיאמר קדיש למנוחת נפשה ויש לספק אם כונתה יום אחד או י"א חדש כיון דהספק בתנאי והמתנה מפורשת שזכה בה ומחמת ספק תנאי אתה בא לבטלה על האומר שלא נתקיים התנאי להביא ראי' ועיי"ש במל"מ ונלע"ד דוקא אם נתן המתנה בית וכיוצא מעכשיו ע"מ שישמש אביו וכדומה דמקבל כבר זכה במתנה רק מכח התנאי יתבטל א"א לבטלו מספק וכמ"ש הרשב"א בתשובה הבאתיו לעיל ריש סימן זה ובסימן כ"ה בראובן שמכר כרם לשמעון ובאו שנים ואמרו תנאי הי' במכר ושנים אומרים ל"ה תנאי כיון דהלוקח החזיק בחזקה או בכסף הרי יש כאן מכירה ודאי וירד בתורת מקח ודאי אלא שיש כאן שתי כתי עדים כת אחד אומרת דיש להסתלק מחמת התנאי וכת אחת אומרת שאין להסתלק מוקמינן ארעא ביד הלוקח ומינה למד המל"מ שם גם בספקא דדינא בתנאי וכה"ג אבל האומר אם יזון בני יתנו לו הבית דהמתנה אינו רק לאחר קיום התנאי בזה י"ל להיפך כיון דהוי ספק אם כונתו שיזון לעולם נשאר הבית בחזקת הנותן ומזה נ"ל במעשה שאחד נתחייב לחבירו סך ממון ונתן לו טראט בחיוב גמור מעכשיו בלא תנאי וחבירו השליש הטראט על אופן שאם לא ימכור המתחייב י"ש זולת מה שיקח ממנו יתן השליש הטראט להמתחייב ונפל ספק אם התנאי רק על שנה או על כל זמן שישכור זה הראנדי וזה תליא בפלוגתת רא"ש ורמב"ן ורשב"א הנ"ל וכיון דהחיוב ברור מעכשיו והמחילה באם יקיים התנאי יוחזר לו הטראט דהוי כלאחר שיקיים התנאי יתן לו ובספק נוקים הטראט בחזקתו ול"ל המתחייב מוחזק בממונו דהא מבואר בחו"מ סימן נ"ט ובסימן פ"ב ס"ב בשט"ח דהמלוה ולוה טוענים שמא נפרע מוקמינן השטר בחזקתו ועיי"ש בש"ך ריש סימן נ"ט ואף דיש לדחות זה דה"ט דחזקה דשטרך בידי מה בעי מ"מ הא מבואר בנתיבות בכללי תפיסה אות י"א דשובר מחילה דיש ספק בלשון יד בעל השובר עה"ת עיי"ש ועיין מל"מ פט"ו מטוען ה"ט דאם הושלש על תנאי ונפל ספק חשוב המשליש מוחזק ואמרינן אוקמיה בחמ"ק והבית מאיר א"ע סימן ע"ב ס"ג חולק אמנם בעצמו הביא מחידושי רשב"א דף ס"ג ע"ב דגבי מתנה ביד שליח חשוב המשלח מוחזק וה"נ חשוב המשליש מוחזק בטראט ועיין טו"ז א"ע סימן נ"ג סק"ה ובב"ש שם ס"ק י"ג דבממרני שלא הוזכר שם המלוה חשוב לוה מגליא וכן י"ל בטראט שלא הוזכר שם המלוה ועיין א"ע סימן קמ"ו ס"ב.

קהל בסמ"ע ס"ק מ"א וכתב עוד בסב"ח על גובי המס שבאו להחרים לראובן שלא נתן מס שלו ובא שמעון ונתן משכון בעדו ואח"כ רצה שמעון שיחזירו לו משכונו

ויחרימו לראובן אין הציבור צריכים לעשות כן ע"כל ד"מ ובתשובת הרא"ש כ"ו סכ"ט ז"ל דראובן אמר אל תחרימו לפלוני שלא בא הנה לכם מעילי בעבורו ולקחו המעיל ולא החרימוהו אח"כ כשראה ראובן אותו פלוני אמר לקהל החזירו לי מעילי והחרימו לפלוני והקהל אינם רוצים מאחר שקבלו כבר פרעון מס שלו מזה שנתן מעיל בשבילו וכתבת שנוגע בההיא דזבין אמתא וכו' דקאמר פריטי אין כאן נסכא אין כאן ולא דמי כלל להך מלתא דהתם מיירי בדבר הנקנה בכסף נתן אדם משכון במקום כסף הקני' לא קנה כיון שהמשכון עתיד לחזור לקונה אבל בנידון זה שחייב לפרוע מס כל מה שנתן הוא בתורת פרעון או אחר בשבילו אפילו סובין הוי פרעון עכ"ל לכאורה משמע להיפך דאם למשכון נתן ל"מ כיון שעתיד לחזור ומיירי שנתן בתורת פרעון והד"מ שינה וצ"ל דהבין כונת הרא"ש דהתם בפריטי א"כ דליכא חיוב עדיין ל"ל דחל שעבוד על הנסכא ולהיותו במקום כסף שקונה דע"ש כסף או שוה כסף נמי ל"ל כיון שהמשכון עתיד לחזור לקונה ואין לו קנין בגופו אבל בנידון זה שחייב לפרוע משתעבד המעיל עבור החוב דענין שעבוד הוא תורת פרעון דנשתעבד אם לא יסלק בזוזי יפרע מהמשכון ה"ב קונהו במשיכה באם לא יפרע ממקום אחר יהא זה פרעון ועיין רא"ש פ"ק דקדושין סימן יו"ד ומ"ש לעיל סימן ע"ב ס"ג ועיין שו"ת רא"ש ריש כלל מ"ב דבשאלה כתוב דנתן לו סכין בתורת פרעון ובתשובה השיב דין משכון וקיהיב לו דין פרעון עיי"ש ומשום דאם נתנו לזכרון לבד אין דינו כן נקט דנתנו בתורת פרעון דהיינו לגוביינא כשלא יפרענו במעות ולהכי כתב בכלל וא"ו ובכלל ע"ב דנתנו בתורת פרעון ולא כתב דנתנו בפרעון ומשום דאינו פרעון מוחלט.

סימן קסד

מכיר מקצת בעיר אחת הי' שרפה והכניסו הכלי כסף לבה"מ ושלט השרפה גם שם ונשאר חתיכות כסף ואחד יש לו סימן בקצת פסק בשו"ת גוא"י חחו"מ דנוטל מה שמכיר והשאר חולקין לפי ערך ולא יטלו אחרים מקודם נגד מה שנוטל זה ול"ד לכאן דישנן כל האבנים ודאי יש לחברו לפי ערך ומאן מפיס שהן שבורות משא"כ כשנשרף קצת לגמרי רק חולקין הנשאר מחמת ממון המוטל בספק ומה שמכיר אינו נכנס בכלל ספק עיי"ש ולפמ"ש השעמ"ש דעיקר הטעם דזה נוטל שלימות נגדן משום דריע טענתי' דחברו מדהני ידע והנהו לא ידע א"כ כאן דבשרף ולא ריע טענתו דא"א להכיר ודאי לא ינוכה לו זה שמכיר.

סעי' ה' עד שיתן לו כל יציאותיו בפ"ת הביא מהפמ"א שלמד מכאן לשני שותפין שקנו חורבה ואחד מהם הוציא כמה מאות מכיסו ובנה ובתחלת השותפת עשו ביניהם שידור כ"א ג"ש והקדימה לזה שיתעסק בבנין לדור ג"ש ראשונים ונמשך הדבר שדר בו חמשה שנים רצופים ושותף השני תובע שכר דירה בעד שני שנים שעברו שדר במשך שלו ולמד מכאן דא"צ לשלם לו שכר כיון דלא עשו מתחלה שותפות שיוציא אחד כל הוצאות הבנין ואזי ידור ג"ש ראשונים רק בשביל שיתעסק ויבטל ממחייתו והוצאות יתנו שניהם ונסתפק אחר שיחזיר לו השני חצי הוצאה איך ידור שני אם רק שנה לתשלום שני שנים שדר בו שותפו או ג"ש או חמשה שנים כמו שדר שותפו והכריע כיון דמתחלה יש לו זכות לדור ג"ש אלא דזכותו תלוי ועומד עד שיתן הוצאות וכשיתן חזר לזכותו לדור ג"ש ואח"כ ידור השני את"ד ובעניי לא הבנתי למה לא יפלו חמשה שנים ראשונים ומכאן ולהלאה חושבנא כיון שהתנאי הי' כשיתנו שניהם ההוצאה ידור המתעסק ג"ש ראשונים נמצא הי' נוטל בעד התעסקו שכר זה מהשני לדור ג"ש ראשונים ועכשיו דהשני לא נתן עדיין הוצאות בלא"ה אין לו שום זכות ולא נהנה כלל המתעסק מהשני א"כ עכשיו שמחזיר השני חצי הוצאות יש לראשון שכרו להבא ג"ש ראשונים ואפילו לכשת"ל דאדעתא דהכי לא התנה השני ליתן לו שכר בעד התעסקו רק כשיתנו שניהם ההוצאות ויהא לשני לדור בו אחר ג"ש אבל עכשיו שדר בו המתעסק חמש שנים לצורך עצמו התעסק מ"מ יהיו עתם שניהם שוים ויטילו גורל כיון דחמשה שנים ראשונים לא נהנה משל חבירו כיון דלא נתן ההוצאות וכאלו לא נבנה עד עתה כיון דקי"ל כרבנן ובלאו התנאי הי' דר החמשת שנים בחנם.

סימן קסה

יחלקו הפירות כתב בליקוטי מטה יהודה בעל תרנגולת שהושיב ביצים תחת תרנגולת שלו ובא אחר והושיב ה' ביצים שלא מדעת בעלים ויצאו הכל אפרוחים והוא אומר תרנגולת גדלה אם דומה לשטף נהר זיתיו דאם עקרן בגישיהן יחלוקו ונראה דהתם משום דאפשר להתקיים האילן ע"י גושיו לבד אבל הכא אם אין תרנגולת אין כלום זהו דומה לנעקר בלא גושיו דהכל לבעל השדה ועוד דהתם הכל אתי ממילא דבעל לא עשה כלום ומאת ה' היתה זאת משא"כ הכא דבעל הבצים הניח בידו ואין לו רשות להניח מי יאמר דיזכה באפרוחין ומה שהניח הוא נוטל עכ"ל ונראה דלא גרע מירד לשדה חבירו שלא ברשות ונטעה דלקמן ריש סימן שע"ה.

הלכות חלוקת שותפות סימן קעא

סעי' א' או שנים שקנו ודעת ר"י הלוי וראב"ד ונ"י בשם ר"י ורא"ה דאין דינא דגוד איגוד בשותפין שקנו עכ"ל ש"ך מדהוגה דעות ארבע גדולים הללו משמע דבא לומר אף דבש"ע לא חילק י"ל קי"ל והטעם בטור שהרי לדעת שיהיו שותפין בו לקחוהו ולא למכרו איש אל אחיו ע"כ ולפ"ז נלע"ד גם בירשו בית ונשרף ובנו מכיסם על אותו קרקע בנין חדש דהוי כקנו דאדעתא שיהיו שותפים בו בנו מכיסם ולפמ"ש בסמוך בשם הרשב"א דגוד או אגוד תקנה הוא א"כ כיון דיש פלוגתא בשותפים שקנו הוי ספק בתקנה ואוקמוה על ד"ת.

נשאלתי ישראל קנה עם גוי רחיים ומכר הנכרי חלקו לישראל אחר אם הראשון י"ל גוד או אגוד אף דבשותפין שקנו למ"ל לדעת הפוסקים שהביא הש"ך כיון שמכר חלקו לאחר יכול הראשון לומר ללוקח שני אין דעתי נוחה הימנך להשתתף עמך והשבתי שבזכל"א חחו"מ אות נ' כתב ז"ל אע"ג דיש מחלוקת אי שייך בלקוחות דינא דגוד או אגוד היינו היכא שקנו תחלה מאחד לא כשקנה זה היום וזה לאחר שנה עדות ביעקב עכ"ל כונתו דבזה לכ"ע י"ל גא"א דל"ל איפכא כשלא נשתתפו בבת אחת כ"ע מודים דל"ל גא"א דא"כ תשובת רשב"א שבב"י לקמן סל"ג סותרו וגם בפ"ק דב"ב דף י"ג עריך למ"ד די"ל גא"א מחציו עבד דלימא גא"א והא התם כשנשתחרר חצי העבד נעשה שותף עם רבו ורבו כבר הי' לו חלק בו ואם איתא דיותר י"ל גא"א כשקנו בב"א מה פריך וכן מוכח מנתיבות סימן קע"ו סט"ז ס"ק ל"ו.

גם מה שנסתפק דשמא בגוי דיניהם שלא לומר גא"א לכן הבא מכחו קנה כל זכותו נלמוד ג"כ מהעדות ביעקב הנ"ל דכתב דאם קנו מאחד בזא"ז לכ"ע י"ל גא"א והרי כשקנה תחלה נכנס בשותפות עם המוכר לא הי' י"ל שום אחד גא"א לפוסקים בקנו בשותפות אי"ל גא"א כיון שקנו אדעתא להשתתף דה"נ כל אחד מרצונו נכנס לשותפות ומ"מ כשמכר המוכר חלקו לאחר י"ל גא"א וע"כ משום דחבירו י"ל מעולם לא נתרצתי להשתתף עמך לכן גם השני אף שנכנס עתה בשותפות ג"כ י"ל גא"א שלא חלקה מדה"ד כמ"ש הרשב"א הנ"ל ול"ל הכא אי שתקת שתקת וא"ל מהדרינא שטרא למרי כיון דהשני טוען דראשון נוח לי להיות שותף עמו ואתה קשה המינו וא"כ י"ל לכי תיהדר ואותה אבקש.

הה"מ בפ"א משכנים הקשה על הסוברים דשותפין שקנו אי"ל גא"א כיון דברצונו נשתתף למה לא יוכל לומר סמוך הייתי על דינא דגא"א ונשתתפתי עמך עכ"ל ולע"ד דינא דגא"א דבר זר הוא לכוף חבירו לקנות או למכור רק משום דאין בו דין חלוקה ולא

מתדרי יחד וא"א בלא"ה מוכרח דין דגא"א בדיעבד שירשו או ניתן להם במתנה ותקנה היא אבל זה שהכניס עצמו עד"ז לומר גא"א איהו דאפסיד אנפשי' ולא תקנו לו לכוף חבירו לקנות או למכור דמי הכריחו ליכנס בתגר זה ואח"כ מצאתי בשו"ת רשב"א ח"א סימן תתקנ"ו דדינא גוד או אגוד תקנתא וכן דינא דחלוקת זמנים ידועים ומיושב בזה דברי רשב"א רע"ק דושבת בהא דאמרו וכי אומרים לאדם חטא בשביל שיזכה חבירך ז"ל וא"ת הדתנן בפרק השולח מי שחציו עבד כופין את רבו ועושה אותו ב"ח כדי שיקיים מצות פו"ר דשאני התם כיון דחציו ב"ח לית בהו משום בהם תעבודו משום צד חירות שבו עכ"ל והקשה קצו"ח כיון דעובד את רבו יום אחד מתקיים בהם תעבודו ולפמ"ש דחלוקת זמנים רק תקנה הם אמרו והם אמרו משום מצות פו"ר ישאר על ד"ת ואי דיעבוד ויחלוק בפירות בזה אדעתי' דנעשי' עביד כדאיתא בספ"ק דע"ז אריסא אריסותי' עביד עיי"ש בתוס' סד"ה אריסא דהוי כמו שותפין כיון שנוטל חלק ועושה ברצונו לעצמו ולהכריחו לעבוד לחלק הפירות א"א דאזי שם עבד עליו כדלקמן סימן קע"ו סכ"ג וזה חציו ב"ח לכן מן התורה א"א לקיים בהם תעבודו

סעי' ו' אחד מהשותפים רו"ש שותפין ובתוך הזמן הוצרך להם מעות לפרוע לבע"ח ולוו ברבית עד זמן ותוך הזמן הסכימו לחלוק וטוען ראובן נפרע לבע"ח או אפרע לך חלקי ותסלק אותו מהמלוה או פרע לי ואסלק אתך מהמלוה פסק מהרשד"ם סימן קנ"ח דהדין עם ראובן וראייתו מהרמב"ם וטוש"ע לקמן סימן קע"ו סכ"א דאם הי' עליהם חוב לאחר ואחראין זב"ז כדא מעכב מלחלוק ואם אמר אחד לחבירו נוול אתה הדמים י"ל שמא אפסיד והשנים מרויחים יותר וא"כ כאן דמסכימים לחלוק בטלה טענה זו דהשנים מרויחים יותר שהרי אין לתם שותפות עוד בריוח והפסד א"כ למה יהא ראובן משועבד בעד שמעון וכ"ש שנותן לו הברירה ואף דשמעון אינו יכול לסלק המלוה מעל ראובן דאינו בטוח בעיניו הא גם בעני ועשיר יכול העשיר לומר גא"א ואפילו לפוסקים בלקחו בשותפות א"י לומר גא"א דהכא לא לקחו רק אדעתא שיהיו שותפין אבל השתא דשניהם רצו לחלוק ודאי אדעתא דהכי לא נתחייבו להיות ערבים זב"ז את"ד ובענ"ד אין דבריו מוכרחין דראייתו אינו ראי' כלל דנהי דטעם דהרווחה ל"ש כאן מ"מ שמא אפסיד שייך וי"ל אינו רוצה להיות שומר לבדי על כל המעות ומשעובד אתה לשמור החצי ומזלא דבי תרי עדיף להנצל מהפסד כ"ש שהוא על רבית ודאי י"ל איני רוצה לשלם רבית מחלקך. **ומ"ש** דאפילו הפוסקים בלקחו בשותפות א"י לומר גא"א מודו הכא דודאי אדעתא דהכי לא נתחייבו להיות ערבים זה בעד זה לא נ"ל כלל דאם ניזל בהר אומדנא למה בשכר ספינה ופרקה בחצי הדרך מחויב לשלם שכר כל הדרך כדלקמן סימן שי"א ס"ו יאמר

ודאי לא נתחייבתי לשלם בעד כל הדרך רק מחמת שהייתי סבור ליהנות ממנה כל הדרך וכן מי ששכר בית והי' אוהבו ונעשה שונאו א"י להוציאו מן הבית ואם אמר מתחלה שאינו משכיר רק משום שהוא אוהבו יכול לחזור וכתב בטו"ז שם דוקא אם פשע השוכר ולפ"ז הכא אפילו גילה ראובן דעתו שבשביל שהם שותפין מקבל אחריות בעד שותפו מ"מ הרי עתה אינו מוכרח לחלוק וברצונו חולק ואם אינו מחמת פשיעת שותפו אין טענתו טענה ובפרט שאין כאן אומדנא ברורה כלל דכך הדרך להתערב בעד חבירו כדי שחבירו יערב בעדו אפילו אינם שותפין וכן מוכח משו"ת הרא"ש כלל ס"ד סימן ג' ומ"ד שותפין שלקחו י"ל גח"א מודו כאן דדוקא בדבר שא"א לחלוק אמרינן גא"א כיון דבחלוקה א"א ולהיותם שותפין יחד אינם נוחים זה מזה משא"כ כאן הרי אפשר בחלוקה ואף דהאחריות נשאר מכל החוב על כ"א מ"מ לא מצינו שמפני זה תקנו גא"א וכבר הבאתי לעיל דברי הרשב"א בסימן תתקנ"ו דהוא תקנתא וכל שאינו מוכרח להיות בכלל התקנה הוי ספק בתקנה וכן משמע לקמן ס"ט דאם שכרו מקום אחד בשותפות כ"א יכול לכוף חבירו ולומר לו או שכור ממני חלקי או השכר לי חלקך ואם יש דין חלוקה חולקין ולמה לא יאמר כיון ששכרנו בשותפות הרי כ"א ערב בעד חבירו כדלעיל סימן ע"ז ועתה אינו רוצה להיות ערב ודוחק לומר דמיירי שהמשכיר מסלק הערבות מהם ועוד הא כתבו רמב"ם ומחבר אחד השוכר מחבירו מקצת חצר או שכנים ששכרו מקום אחד בשותפות וכו' ואם יש בה דין חלוקה חולקין ואם איתא הרי אינם אחד דבשנים ששכרו משכחת אפילו יש בהם דין חלוקה שיכוף אחד את חבירו לומר לו או שכור ממנו חלקי וסלק אותי מהמשכיר או השכר לי חלקך ואסלק אותך מהמשכיר.

סעי' ח' כ"א רוצה שיקנה בשעמ"ש חידש באיש ואשה שותפים בבית נדחית האשה ודומה להא דפ"ב דכתובות דף כ"ח גבי גרושה וגם כשכ"א אינו רוצה לקנות דהדין דשוכנים שנה שנה האשה נידחת קודם משום דצולטוולא דגברא קשה מדאיתתא ובחידושי להלכות גיטין סימן קי"ט דחיתי דבריו עפמ"ש לבוש שם משום דזנות גנאי לאשה יותר נידחית גרושתו מפניו ושם יישבתי דברי הלבוש והכרחתי דבריו מהש"ס וא"כ באשה דעלמא דליכא חשש זכות אינה נדחית מפני איש גם מ"ש דגרושה עם בעלה וחלק של כ"א ניכר י"ל גא"א דלא מבטלינן זכותה משום דטלטולא דגברא קשה יש לדחות דא"כ גם כשאינה אומרת גא"א ישכנו שנה שנה ולא נבטל זכותה.

סעי' ח' בהג"ה והשתמש בו אחד כתב בד"ג כצ"ט ס"ד שני אחים ירשו שני בתים גדול וקטן ודר אחד מהאחים בבית הגדול שנים רבות ונפטר והחי טוען אדור בגדול זמן שדר אחי והאלמנה מעכבת פסק רשב"ש סימן קל"ט כיון דאלו הי' האח קיים הי' חייב

לצאת מהבית להניח לאחיו לדור כמות השנים שדר הוא כמ"ש הרמב"ם בפ"א משכנים והרא"ש בתשובה לא עדיפה האלמנה מגברת דאתיא מחמתו עכ"ל ואתה תחזה שהוא דלא כתשובת רשב"א שהביא ב"י והג"ה כאן דאם השתמש אחד מן השותפין כמה שנים לא יוכל האחר אח"כ לומר אשתמש ג"כ זמן שנשתמשת דכ"ז שלא חלקו כ"א בשלו משתמש וברמב"ם שם לא כתב רק לכתחלה חולקים לזמנים וכ"כ הרא"ש בתשובה כלל צ"ח ס"ד אבל כשכבר נשתמש בו אחד ולא מיחה בו חברו לא פליגו על הרשב"א ועל כן הרמ"א כאן אחר דברי הרמב"ם ורא"ש דחולקין בימים כתב לא חלקו והשתמש בו אחד מן השותפין כמה שנים לא יוכל אח"כ לומר אשתמש ג"כ זמן שנשתמשת.

סעי' י' וי"ח בש"ך סק"ט מוכח להדיא דה"ה בברייתא עכ"ל בירושלמי סוף ב"ב מבואר להדיא דהלכה כרשב"ג בלבד במשנתינו ומצאתי בעין זוכר מערכת כף המה ג"כ הכי ובמלא הרועים בשונה הלכות הביא משבת דף נו"ן דפסק רב כת"ק דפליג ארשב"ג בברייתא ונסתפק היכי ס"ל לרב במשנה אם הלכה כרשב"ג ובירושלמי שם בב"ב מבואר דרב ס"ל ג"כ הך כללא דהלכה כרשב"ג במשנתינו וא"כ מוכח נמי דבברייתא אין הלכה כרשב"ג כיון דבשבת פסק דלא כותי'.

סעי' ט"ז וי"א דל"ש ביתומים גא"א שאין אפטרופס רשאי למכור חלקם צ"ע אם היתומים קצת אחר יג"ש ופחות מעשרים אם הבני עשרים י"ל גא"א כיון דבנכסי אביו א"י למכור פחות מעשרים כדלקמן סימן רל"ה ס"ט ול"ל כיון דגא"א דינא הוא הוי כנפרעין ממנו חוב כדלקמן סימן רל"ה ס"ח וסט"ו דא"כ בקטן נמי ואדרבה י"ל בגדול מבן יג"ש כ"ע מודו דא"י לומר גא"א דבשלמא בקטן דמעמידין לו אפטרופס ס"ל לדעה ראשונה דעושה ברשות ב"ד כדלקמן סימן ר"צ סי"ג אבל לבן יג"ש לא מוקמונן אפוטרופס וגם הב"ד אין להם כח כי מי שוינהו ב"ד לכך כמ"ש הנתיבות שם סימן רל"ה ס"ח סקי"ד ונ"ל ראי' מדברי הרא"ש פרק מי שמת קל"ג שכתב ז"ל וה"ה נמי אם קנה קרקע א"י למוכרה וקצת משמע כן מדקאמר דאין עדותו עדות בקרקע כיון דאין מכירתו מכירה ואם הי' בשום קרקע מכירתו מכירה הי' נמי יכול להעיד עכ"ל ואם איתא דבגא"א מכירתו מכירה הכי נמי יעיד וכן יש להוכיח מרבוותא שהביא הרי"ף בפרק וי שמת דף קנ"ה דהוכיחו מדשלח גידל בר מנשה לרבא תינוקת בת י"ד שנה ויודעת בטיב מו"מ מהו דש"מ דא"צ בן עשרים והרי"ף דחה דיש הפרש בין נכסיו לנכסי אביו ומירי בנכסיו עיי"ש ואם איתא דבגא"א מכירתו מכירה אפילו בנכסי אביו מה הוכיחו הנהו רבוותא לוקמי לשאלה דגידל ב"מ בגא"א ואפשר לדחות דלמאן דלא מחלק בין נכסיו לנכסי אביו אף דבנכסיו ל"ש החשש דמקרבא דעתי' לזוזי דהא חזינן דקנה בזוזי וע"כ משום

דלא פלוג ה"נ בנא"א אבל עדיין קשה דלכ"ע לא פלוג כשמכר ביוקר דלא שייך הטעם דמקרבא דעתי' לזוזי ומוזיל ומ"מ ל"מ מכירתו ה"נ נימא ל"פ בנא"א ואדרבה נכסיו ונכסי אביו בתרי גברא הוי לא שייך ל"פ כל כך משא"כ בנכסי אביו י"ל יותר ל"פ בין גא"א לשאר מכירה כמו דלא פלוג בין זול ויוקר וכ"ש דבנא"א שייך נמי החשש דמוזיל משום קירוב דעתי' לזוזי ועוד ראי' מפרק מי שמת שם דמותיב למ"ד דאינו מוכר בנכסי אביו עד שיהא בן עשרים מדתנן מעשה בבני ברק באחד שמכר בנכסי אביו ומת וערערו בני משפחה דקטן הי' ושאלו את רע"ק מהו לבדקו וכי בדקוהו מה הוה עיי"ש ולמה לא משני דמכר בגא"א אף דתוס' התם הקשו דלישני שהי' יודע בטיב מו"מ ותרצו דבלא"ה שפיר משני מ"מ במלחמות מכח קושית התוס' זו הוכיח דאף שיודע בטיב מו"מ וחריף א"י למכור בנכסי אביו ולא נתפייס בדחיית התוס' א"כ עדיין לדידי' תקשי נמי דלישני דמיירי שמכר בגא"א וע"כ דלא שנא ומצאתי במהרשד"ש סימן רל"ו פסק כמ"ש וש"ך סימן רל"ה ס"ט רמז לעיי"ש.

סימן קעג

סעי' ב' דאין הגורל קונה בפרק בית כור דף ק"ו ע"ב תניא ר' יוסי אומר האחין שחלקו כיון שעלה גורל לאחד מהן קנו כולם אמר ר"א בהנאה דקצייתי להדדי גמרי ומקני והרמב"ם בפ"ב משכנים כתב האי דינא ודברי ר"א וכתב עליו בהשגות לא נתחוורו דבריו והת"מ תמה הלא גמרא ערוכה כהרמב"ם לע"ד נהי דגורל קנין הוא מ"מ הוי קנין על ספק דלא ידעו איזה חלק יפול לזה ולזה והוי אסמכתא כמבואר בפרק שואל בשבת דף קמ"ט ע"ב דמפיס מנה גדולה נגד מנה קטנה אף בחול אסור משום גזל וכן פסק הראב"ד שם הובא בריטב"א ואף דדוקא במנה גדולה נגד קטנה אסור שם משום דל"ה גזל בשוין אבל כיון דחזינן דהוי אסמכתא דאל"ה ל"ה גזל ממילא אינו קונה גם בשוין ולקמן ס"ס ר"ג ג"כ בשנים שהמרו אפילו קנין י"ח דל"מ וכן במשחק בקוביא לקמן סימן ר"ז ולקמן סימן ש"ע יש פלוגתא אי הוה גזל ומשום דהוי אסמכת ממילא גם לענין חלוקה אינו קונה דסתמא מה דחוזר עתה משום דחלק השני יפה בעיניהם א"כ מעיקרא לא גמר והקנה אך ר' יוסי לשיטתו דס"ל דאסמכתא קניא כדאיתא בנדרים דף כ"ז ולפ"ז אפילו קנו בקנין שווי שיפול הגורל ליטול חלק פלוני יטול תליא במחלוקת אי אסמכתא הוי.

מעשה באחד שהי' לו חפץ וקיבץ עליו מעות להטיל גורל ומי שיפול הגורל עליו יטלנו ואחד רק קיבל עליו לשלם והמנהג ליתן לכל אחד נומר ומי שיעלה נומר שלו יזכה והפילו גורל ושמו כל הנומרין בקלפי ועלה נומר של זה שלא שילם עדיין והנה מעיקר

הדין הל"ל אפילו עלה הגורל למי שכבר שילם אינו קונה ל"מ לדעת הסוברים דאין הגורל קונה אלא אפילו למ"ד דגורל קונה היינו בחלוקה דומיא דחלוקת א"י אבל שיזכה רק אחד לא דאינו דומה לחלוקת א"י ועיין שבו"י הובא בפ"ת וגם הוי קוביא וכמבואר בא"ח סימן שכ"ב ס"ו ומה שהביא אשל אברהם שם משו"ת פרי הארץ לא הבנתי טעמו כלל והברכ"י שם כתב דיש להשיב עליו וגם מורו השיג עליו אך י"ל אפילו למ"ד דקוביא הוי אסמכתא כיון דנהגו כ"ע בזה הוי סטימתא חד וכמ"ש תוס' בפרק א"נ דף ס"ו בד"ה ומניומי רק אם לא שילם בעד נומר שלו לחייבו לשלם כשלא עלה נומר שלו א"א דאינו ענין לסטימתא דלא מצינו מנהג ברור בזה לכוף לשלם ומדינא לא מתחייב בדיבור ינם סטימתא לא מהני בזה דבשלמא אותם שנתנו הדמים עשו מעשה ומחלו אם לא יעלם הגורל עליהם אבל בדיבור הוי מנהג גרוע כמ"ש הרא"ש בתשובה כלל י"ב ס"ג והגורל אינו ענין לחייב לזה לשלם רק לברר מי יזכה בחפץ ועיין לקמן סימן ר"ז סי"ג ובסמ"ע ס"ק ל"ג דאפילו אינו אסמכתא אינו חוב גמור להוציא בדין ואף דכאן לא דמי לשוחק באמנה דשם לא מתחייב רק אם ינצח חברו משא"כ בנ"ד קיבל עליו ליתן סך הקצוב על הנומר בין יעלה גודלו בין לא מ"מ אם יעלה אינו נותן בחנם וא"ל יעלה יתן בחנם וא"א להפקיע ממנו בחנם ע"י דיבור לבד ממילא גם בעל החמץ יכול לחזור שלא תלקה מדת הדין כמ"ש הרשב"א סימן תתקי"ג לענין גא"א דא"א שתהא יד אחד עדיפא מהשני שלא תלקה מדה"ד הובא בב"י לעיל סימן קע"א סל"ג וכ"כ תוס' בפא"נ שם סד"ה ומניומי כיון דזה יכול לחזור שלא יכפול ערבונו גם השני יכול לחזור אף דבמחילה ליכא אסמכתא וכ"כ הרא"ש בב"מ דף ע"ז דהיכא דאחד יכול לחזור גם חברו יכול לחזור דאין המקח מתקיים לחצאין הביאו נתיבות סימן קצ"ה וכן הוא בסמ"ע לקמן סימן ק"צ ס"י ס"ק י"א והוי כאלו נשאר אותו נומר ריק דהמנהג שאם יצא הנומר שאין לו בעלים זכה בעל החפץ ה"נ כיון דלא זכה בנומר זה שום אדם הוא של בעל החפץ.

סעי' ג' ואם נפל אזלא בנה"מ תמה דרשב"א סותר א"ע ממ"ש הסמ"ע סימן קנ"ד ס"ק כ"ה בשמו ומה שהביא ראי' מרשב"ם דפרק המוכר את הבית אינו ראי' כלל דשם מפורש כשנפל הבור וא"א לתקנו עוד אין לו דרך אבל כשחזר ותקנו ונכנס לצורך בור מה"ת יפסיד הדרך כיון שהדבר שנשתעבד ישנו בעולם ואפשר דמיירי שפירש בתנאי בשעת קנין הדרך שלא יהא לו דרך רק לאותו בור את"ד וזה ודאי ליתא דבב"י מבואר לשון הרשב"א דמסתמא לא שייר דרך בחלקו אלא לאותו בור ולא לבור אחר ואם כנתיבות לאו מכח סתמא אתי עלה ועוד הלא תשובה זאת היא בש"ת הרשב"א תולדת אדם סימן ש"פ ושם איתא נוסח שטר החלוקה ואינו מפורש כמ"ש הנתיבות ועו"ק מ"ש לענין

גוף הבור כתב הרשב"א כיון שכתוב בשטר שעל כן נתקיימה החלוקה גם כשנפל לא הפסיד ומ"ש הדרך הפסיד הא ז"ל נוסח השטר שם הבור של מים לראובן לשאוב מים מן הבאר הנזכר מובא ומוצא בחצר פלוני רשות שלם לשאוב מים מן הבאר הנ"ל לפי שבזה נתקיימה החלוקה עיי"ש וא"כ יותר קאי על רשות הירך שבזה נתו נתקיימה החלוקה ועוד מרשב"ם הנ"ל אדרבה סתירה לרשב"א מדכתב כשא"א לתקנו אבד הדרך ש"מ כשאפשר לתקנו לא אבד ונלע"ד דז"ל הש"ס בב"ב דף ע"א אר"ה אע"ג דאמור רבנן הקונה שתי אילנות בתוך של חברו ל"ק קרקע מכר קרקע ושייר שני אילנות לפניו י"ל קרקע ואפילו לרע"ק דאמר מוכר בעין יפה מוכר ה"מ גבי בור ודות דלא מכחשי בארעא אבל אילנות דמכחשי בארעא א"א דלא שייר לימא לי' עקור אילנך וזיל פירשב"ם י"ל קרקע ליטע אחרים במקומן אם יבשו והדר פריך הש"ס וקאמר ר"ה אליבא דרבנן קאמר ופריך כרבנן פשיטא ומשני נ"מ דאם נפל הדר שתיל להו פירשב"ם דאי לאו דר"ה ה"א שייר אילנות יש לו קרקע כל ימי קיום האילנות אבל הזקינו אין לו קרקע דומיא דבור ודות דאי נפול וא"א לתקנו אין לו עוד דרך ומעיקרא נמי הוה ידעינן דאתא ר"ה לאשמעינן דאי נפלו הדר שתיל להו אבל גמרא ל"ה מסיק אדעתי' שיש שום חידוש בדברי ר"ה אלא האי ואפילו לרע"ק עכ"ל וא"כ מעיקרא ס"ל לפשיטות דאינו דומה לבור ודות דנפול וא"א לתקן אלא לבור ודות דנפול ואפשר לתקנו דה"נ אפשר ליטע אחריני כמו התם לחפור באר אחרת במקום הזה אלא דאח"כ הוכרח לומר דה"א דדומה לא"א לתקנו ונ"ל דה"ט דבשלמא בור ודות בין יהא לו דרך א"ל מ"מ המקום בור שלו ורשאי לחפור שנית וממילא יהא לו דרך אבל באילנות אין לו קרקע רק כשיונקין האילנות וכשיבשו אין לו קרקע ואינו רשאי ליטע עוד בקרקע שאינו שלו הוה כא"א לתקנו אבל לפי מה דס"ל דזה פשיטא ע"כ ס"ל כמו בבור י"ל דרך כשאפשר לתקנו ה"נ באילנות חשוב אפשר לתקנו ויש לו יניקת הקרקע ומותר ליטע אחריני וא"כ קשה מה הועיל הגמרא דאמר דר"ה קמ"ל אליבא דרע"ק דמ"מ פשיטא כיון דלא בא לאשמעינן גם נר"ע רק דאי נפול שתיל להו כמ"ש רשב"ם והרי כ"ז שלא נפול יש לו קרקע הוי כמו בבור כשאמר חוץ מבור או שפירש דשייר לו דרך דלכ"ע י"ל דרך בבור ראשון וגם כשנפל וחזר ותיקן דה"נ פשוט הי' לש"ס דחשוב כבור דאפשר לתקנו אע"כ כיון דלרע"ק מוכר בעין יפה מוכר ולא שייר לו דרך לבורו רק כשפירש או אמר חוץ מבור דלטפויי אתי ע"כ אמרינן דלא שייר רק כ"ז דבור ראשון קיים אם לא פירש להדיא דמשייר גם לכשיפול ויחזור ויתקנו דכיון דאין לנו הכרח יותר אמרינן מסתמא לא שייר יותר כיון דבעין יפה מוכר וע"כ קמ"ל באילנות כיון דמכחשי בארעא וא"ל ישייר גם לכשיפלו יוכרח להסתלק

לגמרי משם כי לא יתפייס במעט דמים להניחו ליטע עוד אחרים ואנן סהדי דאינו רוצה להסתלק לעולם מעיקר הדבר ששייר לעצמו דהיינו הבור או האילנות וכמ"ש באס"ז שם והשתא הוי שפיר דומיא דבור ודות ואמר חוץ מבור כמו בבור י"ל דרך כשעומד בור הראשון ה"נ יש לו יניקת הקרקע כל ימי האילן ראשון אלא דלאחר שיפול הבור אין לו עוד דרך לרע"ק ואילנות יכול לחזור וליטע ובפלפלא חריפתא הקשה כיון דמיירי באמר חוץ מהאילנות מאי ואפילו לרע"ק הא התם בבור נמי כשאמר חוץ מבור י"ל דרך ותירץ דבאילנות כשאמר חוץ הוי כמו שלא אמר חוץ מבור כיון דצ"ל חוץ באילנות דאל"ה הוי בכלל מכירת קרקע ודבריו נכונים לפירש תוס' דמיירי לענין שיור קרקע קודם שנפלו אבל לרשב"ם דמיירי לענין ליטע אחרים אבל מעיקרא יש לו יניקתן בקרקע א"כ הוי כמו בבור כשאמר חוץ דיש לו דרך תחלה ואם איתא דבבור כשנפל אף דיחזור ויתקנו י"ל דרך מאי אפילו לרע"ק הא גם בבור מה שהי' לו תחלה נשאר לו לעולם וע"כ רק באילן חוזר ונוטע ובבור אין לו עוד דרך אלא דה"ד לרע"ק דבעין יפה מוכר אבל לפי מה דס"ל לגמרא דר"ה אליבא דרבנן קאי דס"ל מוכר בעין רע מוכר ואתי' כשלא אמר חוץ מבור י"ל דרך ה"כ כשנפל וחזר ותקנו וה"נ פשיטא באילנות לחזור וליטע וע"כ פירשב"ם דה"א דאילנות דומה לבור שנפל וא"א לתקנו דגם לרבנן אין לו עוד דרך וכמ"ש וא"כ מבואר ומוכרח מפירשב"ם דאם שייר לו דרך לבורו דאין לו רק כ"ז דבור זה קיים לרע"ק דבעין יפה מוכר וה"ה באחין ושותפין שחלקו דהוה כמוכר החצר לחברו דאין לו דרך כמבואר כאן בש"ע.

וכ"ז לענין הדרך דתליא שיורו בעין יפה שמכר גוף הקרקע רק שישייר לו זכות בו לילך לבורו והוא רק טפל לבורו ולולא שפירש השיור ל"ה לו דרך כלל וגם עתה שנפל וא"א לתקנו אין לו דרך לכ"ע דלא שייר לו רק לצורך הבור משא"כ מקום הבור דלא נכלל במכירת החצר אף למ"ד בעין יפה מוכר כמבואר בסימן רי"ד וגם כשנפל נשאר לו מקומו אף דא"א לתקנו עוד ולא תליא בעין יפה ורעה לכן כיון שע"מ כן נעשה החלוקה נשאר לו מקומו לעולם דל"ל בעין יפה מכר דזה לא נכלל כלל במכירת החצר משא"כ דרך אינו רק שיעבוד על חצרו של לוקח וגוף הקרקע נמכר ללוקח וכל שיש למעט בשיורו י"ל בעין יפה מכר ולא שייר לו כ"כ כנלע"ד לחלק בין הדרך למקום הבאר ויהי' איך שיהי' מ"מ קושית נתיבות נתיישב דל"ק מסימן קנ"ד דשם לא מכר בעל החלון החצר לחברו אדרבה בעל החצר מכר או נתן זכות אויר חצרו לחברו ובעין יפה נותן שישתעבד כ"ז שחצרו קיים ועיין סימן קנ"ד סכ"ח וז"ש הרשב"א דמסתמא לא שיי"ר דרך בחלקו של שמעון אלא לאותו הבאר.

וצל"ע היכי דפירש דרך לבורו וייחד המקום דבזה לע"ד קנוי לו גוף מקום הדרך ולא מכרו כלל בכלל החצר והוי כמקום הבאר דגם כשחזר ותקנו יש לו דרך דבשלמא כשלא ייחד מקום הדרך אין הגוף קנוי לו וכמ"ש מהרי"ט הובא בנתיבות לפתיחת סימן ר' כיון שיש רשות לבעל החצר לשנותו ממקום למקום הוי חצרו וכיון שחצרו הוא י"ל בעין יפה מכר ולא שייר לו שעבוד רק מה דפירש והיינו כ"ז דבאר ראשון קיים אלא דלפ"ז תקשי למה צ"ל בשייר שני אילנות דיכול ליטע אחרים כשיבשו משום דמכחשי בארעא תיפוק לי' כיון דיניקת אילן מקום מיוחד לא נמכר כלל גוף המקום ואפשר כשייחד מקום הדרך ג"כ חשוב מכחש בארעא כיון דא"י לשנות המקום ולעשות בו תשמיש אחר וגבי אילן נמי א"ל דמכחש בארעא הרי קנוי המקום ללוקח כיון דלא נגרע מתשמישו בו כלום

ועיין בתשובת הרמ"ז סכ"ו תירץ באו"א סתירת הרשב"א ועיי"ש במכר לחברו חדר שבו גזוזטרא והתנה המוכר שיהא רשאי להשתמש בגזוזטרא ונפל דדעת רמ"ז דלא אמרינן אזדא אלא נגד לוקח או שואל ולא נגד המוכרו ומשאילו מפני שהם מוחזקים ושאני הא דרשב"א בהדרך לבור דיש אומדנא שלא שייר לו דרך רק לאותו בור כיון דצריך לעשות באר אחר ולהוציא הוצאות טוב לו לעשותו במקום אחר שלא יצטרך לילך דרך בית חברו דלפעמים לא יהא בביתו ויהא צריך להמתין או בחצי הלילה ואין דרך ארץ להקימו וגדול אחד שם חולק עליו דלא אמרינן דלעצמו בעין יפה שייר רק שתהא מועיל השיור אבל כאן דעכ"פ מועיל כ"ז שלא נפל י"ל לא שייר יותר ונראה דס"ל גם בייחד דרך דומיא דגזוזטרא דהתם וצריך לחלק מהא דלקמן סימן ר"ט ס"ז בהג"ה דהתם הדיוטא נשאר לו לבדו ולא נכנס כלל בכלל המכירה משא"כ דרך בחצר חברו אינו רק כשצריך לילך לבאר והלוקח משתמש בו תמיד ודאי הוי בכלל המכירה ולא נשאר למוכר רק שיעבוד עליו וכתנאי בעלמא הוא.

סימן קעד

סעי' א' בהג"ה וי"א דהוי ספק וכד"ג ובתחלה יטילו גורל ואם נפל בצד המיצר שלו לחלקו הרי טוב וא"ל אכתי לא זכה השני בחלק שאצל מצר חברו אלא פסקינן כד"ג דשמא קי"ל כרש"י עכ"ל המרדכי שם ומור"ם קיצר ש"ך וכתב גאון צבי דדעת רמ"א שלא לעשות גורל כלל משום דלא הכריעו לעיל בסימן קע"ג ס"ב ודילמא כרמב"ם דגורל קונה א"כ תו לכ"ע אין לגזול חלקו שקונה כבר ויתנו לחברו דכיון דקנאה כבר והוי שלו לגמרי לא שייך מדת סדום משא"כ המרדכי אפשר דס"ל כתרא"ש דגורל אינו קונה ויכולין לחזור קודם קנין עכ"ל ולפמ"ש לעיל סימן קע"ג דגורל הוי אסמכתא וכמבואר

בשבת פרק שואל ובא"ח סימן שכ"ב וצ"ל דעת רמב"ם דס"ל דוקא במנה גדולה נגד קטנה הוי אסמכתא משא"כ בשוים דלא מפסיד כלום וא"כ הכא דלזה שיש לו שדה אחרת סמוך להמצר שוה יותר חלק הסמוך לו מחלק האחר א"כ הוי כמנה גדולה נגד מנה קטנה והוי אסמכתא וגם לרמב"ם אינו קונה הגורל ואפילו לר"ת דמשחק בקוביא ל"ה אסמכתא דאיידי דבעי לקנות גמר ומקנה שאני הכא דלמ"ד דכופין עמ"ס ליתן לבעל המצר החלק הסמוך לו א"כ לא קונה כלל ע"י הגורל מחברו כשיפול חלק הסמוך לו לחלקו וכשיפול לחברו נוטל חברו מבעל המצר ועוד נראה מלשון המרדכי שכתב שמא קי"ל כרש"י ונמצא שלא כדין הטלנו גורלות דס"ל דאין הגורל קונה רק אם מדין הטילו גורל משא"כ אם שלא כדין הטילו גורל דאינה דומה לגורל של ארץ ישראל וגם לא שייך אגב דצייתי אהדדי כיון דלמ"ד דבזה כופין עמ"ס כבר מבורר חלק של כ"א וא"צ שיציית לו חברו וגם מטעם שכתבתי דל"ש איידי דבעי לקנות כנלע"ד דעת הש"ך.

ודעת רמ"א י"ל דס"ל דמרדכי ע"כ ס"ל דגורל קונה היכא דאין לכוף עמ"ס לכן יטילו גורל ואם יפול לבעל המיצר חלק הסמוך יטלנו בממ"נ אם כופין עמ"ס שלו הוא ואם לאו א"כ הי' הגורל בדין וקונה הגורל משא"כ לדעת הרא"ש שהביא רמ"א לעיל סימן קע"ג ס"ב דאין גורל קונה א"כ אפילו יפול לבעל המיצר חלק הסמוך לו עדיין יכול חברו לומר נעלה בדמים ויהא כל דאלים גבר ואטרוחי בכדי לא מטריחינן ומ"מ לע"ד עיקר כהש"ך דאחר הגורל אם יפול לבעל המיצר חלק הסמוך לו יזכה מדין ס"ס שמא גורל קונה ושמא כופין עמ"ס ואפילו למ"ד דס"ס ל"מ להוציא ממון הכא דאין שום אחד מוחזק יותר מחברו ובלא"ה כל דאלים גבר מהני ס"ס ול"ל דחשיבו תרוייהו מוחזקין כאן שהיו שותפין בכולו עד עתה דהא מבואר בתוס' ריש ב"מ ובמרדכי שח דלא אמרינן כל דאלים גבר רק היכא שאין מוחזקין וכן הוא לעיל סימן קל"ט ומדאמרינן כאן כל דאלים גבר ע"כ ל"ח מוחזקין

הלכות מצרנות סימן קעה

סעי' ה' השותפין מסלקין ללוקח בשו"ת ב"ח הישנות סח"י ראובן ושמעון ולוי אחים ירשו בית וחצר מאביהם וקנה ישששכר חלק רו"ש ובאו הקהל לסלקו כי מצרנים הם דחצר בית הכנסת אצל הבית וישששכר טוען שחצי הבית הי' שכור אצלו ודר בו וכתב דודאי ישששכר הוי מצרן יותר מן הקהל מחמת השכירות ומ"מ הקהל עדיפי דהם שותפים עם המוכרים בבית הכנסת וחצר בהכנ"ס דאפילו שותפים במו"מ סגי וא"צ להיות שותפים בקרקע ואף הלוקח משותף עם הקהל ולפיכך אעפ"י דקדים ישששכר

וקנה אתו הקהל שהם שותפין ומפקי מיני' וזה א"צ פנים את"ד ולכאורה לפ"ז אם אחר שאינו מבני העיר מצרן לשדה הנמכר לו מוציא ממנו בן עיר של מוכר אעפ"י שאינו מצרן מחמת שהוא שותף עם המוכר בדברים השייכים לבני עיר דהוי כשותפים בהם כמבואר בנדרים דף מ"ח וביד סימן רכ"ד וא"כ מלקמן סעיף נו"ן מוכח דלא כב"ח אמנם בלא"ה קשה על הב"ח דהא יששכר ג"כ יש לו זכות זה דהוי כשותף וכמ"ש הב"ח והא מבואר לקמן סמ"ט המוכר לאחד מן השותפין שלו במו"מ זכה בה ואין שאר שותפים או שאר בני המצר נוטלים עמו הרי אף דשאר שותפין רוצים להשתתף כולם בקרקע הנמכר אינם נוטלים עמו ואיך כתב הב"ח להיפך ועכצ"ל דס"ל להב"ח דמה שיש לו שותפות עם המוכר בדברים השייכים לבני העיר אינו דומה לשותף במו"מ אלא דזה דוקא לענין קרקע שקונה היחיד ובן עיר רוצה ליקחנו לעצמו אבל כשהקהל רוצים ליקח לצורך הקהל דזה בגדר אחד עם השותפות שיש להם עם המוכר חשיבי שותפים עם המוכר ועדיפי מלוקח לצורכו דלא חשוב שותף עם המוכר ומ"מ נראה דסמ"ע לקמן סמ"ט ס"ק פ"ח חולק דכתב אם אינו שותף בדבר הנמכר רק בד"א אינו מסלק למצרן אם קדם וקנה וה"נ אינם מסלקים לשוכר שקדם וקנה והב"ח גופא בסעיף נ"ו כתב דשותף בשאר מו"מ א"י לסלק הלוקח אפילו אינו מצרן כיון שכבר לקח וא"כ נהי דקהל היו מצרנים הא הלוקח הי' דר בו בשכירות דעדיף ממצרן.

סעי' ט' נשבע במעמ"ש הקשה דיפטרנו המוכר בעדותו ומשפט שלום תירץ דלפי דברי המצרן שעשו קנוניא הוי נוגע וכן מצא בספר אחד ולא הבנתי דא"כ נגד כל ע"א יאמר הבע"ד דקנוניא הוא ויעשנו נוגע.

סעי' י' המוכר ע"ת כתוב בד"ג כלל סמך ס"ז המוכר לחברו קרקע בהטבה היינו שבכלות השנים ידועים יוכל לפדותה וא"ל יפדנה אז יהא נחלט בשו"ת גו"ר חו"מ כ"ו ס"ח העלה להלכה דהוי כמוכר ע"ת ולית בו דדב"מ עד שיוחלו המכר והרב ב"י בשו"ת שלו כתב שנוהגין לדון בו דין מצרנות ובזרע יעקב חולק עליו ובזכל"א חו"מ ח"ג ערך מצרן כתב ראובן שמכר קרקע לשמעון בהטבה ותו"ז הטבה נמכר קרקע של איש אחר סמוך לקרקע ההטבה שמעון הלוקח הוי מצרן וכ"כ במשחא דרבותא סימן קע"ה משום דבתר השתא אזלינן ול"ד לשוכר או ממשכן דאין לו חלק בגוף הקרקע רק דירה בעלמא משא"כ הטובה דגוף הקרקע הוא שלו עכ"ד נראה מדבריהם כהרב ב"י דזיל בתר טעמא עכ"ל הד"ג ואינו ענין זל"ז כלל דמוכר ע"ת ה"ט דלית בו דדב"מ דיכול המוכר לומר שאין זה המצרן נח לו לתלות בו בקיום התנאי כמ"ש הסמ"ע כאן סקח"י וזה שייך ג"כ במוכר בהטבה לענין קרקע זאת אבל מ"מ יש ללוקח קנין בגוף הקרקע מיד וחשוב מצרן

לקרקע הנמכרת אצלה לחלוטין ולפי דברי הנתיבות כאן נ"ל דבהטבה ליכא דין ב"מ כלל אף לאחר שיוחלט המכר דיכול המוכר מתחלה לומר לוקח זה נח לי שיחזיר לי הקרקע בניקל ולא יכחישנה כ"ז היותו אצלו וא"כ הוי כמוכר בהמתנה דליכא דדב"מ גם לאחר שנפרע אם לא דמוכר לא קפיד וגם לא גרע משוכר ודר בה דאינו נדחה מפני מצרן כשהשוכר קונהו כדלקמן סעיף ס"ב ובמשכון לקמן סכ"ז ועיין לקמן סעיף נ"ט ובשבו"י ח"ג סימן קס"ה דאם המשכיר רוצה להשכיר אח"ז של ראשון לאחר אין שוכר ראשון יכול להכריחו להשכיר לו דוקא די"ל דניחא לו השני שישגיח יותר על הקרקע עיי"ש וא"כ ה"נ בהטבה מתחלה ליכא דדב"מ די"ל המוכר זה ישגיח יותר על הקרקע ולאחר זמן הטבה עדיף משוכר דקודם למצרן.

סעי' י"א גזם בה"ט הקשה דבסימן ר"ה ס"ז כתב רמ"א די"ח וס"ל דאם הפחידו לאו כלום וכאן סתם כדעת מחבר דשם ולע"ד שאני התם דעביד מעשה ומכר משא"כ כאן ישבו ולא עשו ובפחז"ה לענין טענת שני נוח לי אמר התם עביד לי' מעשה אבל דבורא עביד אינש דאמר וכ"כ הרשב"א הובא בטו"ז וש"ך יו"ד סימן קפ"ה ובטו"ז סימן א' דמשום בושה או אונס מקרה ואמרה טמאת אני אבל לעשות מעשה לא.

סעי' י"ג אבל שתי שדות בסמ"ע ס"ק כ"ב נסתפק בקנה שתי שדות מאחד אם המצרן יכול לסלקו אם רוצה ליקח שתיהן רק לשון המחבר דלקמן סל"ו משמע לו דבשתי שדות נמי א"י לסלקו וכן דעת הטו"ז בסל"ו והקשה מהב"י והוא בהג"ה בסעיף ס"ב בבית וחנות דמוכח דלא מועיל לאחד שקנה שתיהן להחזיקו בהן אעפ"י שאין השני מצרן רק לאחד וחילק אם כבר קנה אין מצרן לאחד יכול לסלקו והש"ך בסקי"ב כתב דבשתי שדות ולא מכר כל נכסיו אפילו לקחן מאחד יכול לסלקו ומ"ש אחד שלקח משנים רבותא נקט עיי"ש אמנם באבקת רוכל סימן קי"ט תשובת הבית יוסף מבואר באחד שהי' שכור לו מאגאזין מגוי והי' להגוי גם בית סמוך לו ומכר לישראל הבית והמאגאזין ופסק מאחר דהשוכר אינו רוצה לקנות רק המאגאזין נמצא רעה למוכר למכור למקוטעין ואולי לא ימצא מי שירצה לקנות החלק האחר או לא ימצא מי שיקנהו בערך שעולה לו כשמוכר ביחד כולו ואפילו ימצא בהמשך קלת זמן כיון שאינו מוצא בשעתו הפסד הוא לו ואעפ"י שאין דין בן המיצר רק עם לוקח כל היכא שאפשר שיפסיד המוכר לית בו דינא דבר מצרא וע"כ אפילו הי' דין בר מצרא לשוכר על מה שדר בו בנידון זה אין לו זכות ומסיק כלל העולה שאין לשוכר בזה זכות בר מצרא מטעם דזבין מגוי ומטעם דשוכר אין לו קנין בגוף הקרקע ומטעם שאינו רוצה לקנות רק המאגאזין וכל חד מתטעמים סגי לסלק שוכר זה מדינא דבר מצרא עיי"ש הרי מבואר דלא כטו"ז וש"ך רק כצד אחד של הסמ"ע

דמוכר רק שתי שדות והמצרן לאחת רוצה לקנות שתיהן יש לו זכות בר מצרא לסלק ללוקח ואם אינו רוצה רק לקנות מצרנותו ולשייר האחרת אינו יכול ואפשר דיותר שייך המאגאזין להביה וכן משמע קצת לשון האבקת רוכל דאולי לא ימצא למכור למקוטעין או לא ימצא קונה בערך שעולת לו כשמוכר כל הבית כולו משמע דהמאגאזין חלק מהבית ומ"מ עיקר נראה דאין לחלק והם לא ראו שו"ת אבקת רוכל ועכ"פ מוכרח דלא ס"ל כהטו"ז דהא חזינן באם רוצה לקנות שניהן יכול לסלק לאידך ולא חייש דאפשר המצרן לא ירצה לקנות שתיהן ובתוך כך ימלך הלוקח מליקח שתיהן דאם איתא כהטו"ז אפילו הי' רוצה שוכר המאגאזין לקנותו עם הבית מ"מ כיון דעד עתה לא הי' שכור בידו רק המאגאזין אפשר גם עתה לא ירצה לקנות רק המאגאזין וכאשר באמת כן הי' וניחוש לפסידא דמוכר גם כשירצה לקנות שתיהן.

אמנם בנידון הבית והחנית שכל אחד הי' מצרן לאחד בזה תדין כהטו"ז דרק כשעדיין לא קנו משמנין ביניהן וקונין ביחד אבל כשכבר קנה אחד מהם שניהן אין האחר יכול לסלקו דבשלמא בנידון דאבקת רוכל דלא הי' רק אחד מצרן למאנאזין ושני לא הי' מצרן כלל ולקנות המצרן שלו לבד אין לו זכות דפסידא למוכר למכור לאחדים וע"כ דנין ביניהן או המצרן יקנה שניהן או אידך וממילא עדיף המצרן ומוציא מהשני הכל אם אינו רוצה ליתן לו מצרנותו לבד אבל בשניהן מצרנין זה לבית וזה לחנות שעל גביו וכבר קנה אחד שניהן א"א לומר שיחזיר לחברו מה שהוא מצרן לה לבד דיגיע פסידא למוכר למכור למקוטעין ואין בזה דינא דבר מצרא וליתן לחברו שתיהן מה חזית הא הלוקח ג"כ מצרן לאחד ורוצה לקנות שניהן ע"כ אם קנה כבר זכה בשניהן רק קודם שקנה וכ"א רוצה בשתיהן או לעמוד בשלו דאין פסידא למוכר דכבר ידוע שכ"א רוצה באחד לפי ערך השומא ממכירת שתיהן ע"כ יקנו שניהן וישימו בניהן וח"ס חו"מ סימן צ"ה לא ראה ג"כ האבקת רוכל.

סעי' ח"י וי"ח הטור כ"כ מטעם דאין הלוקח יכול להוריש או ליתן אלא מה שי"ל בה ויש להבין הא דעה ראשונה הוכיחו משומא דהדרא ומ"מ זבנה אורתא ויהבה במתנה לא הדרה ובמתנה ל"ל קמא ובתרא כי הדדי ונראה דבשלמא בשומא הדרא אי לוקח שני יחויב להחזירה אזי לא ימצא המלוה לוקחים כל כך דכיון דלוקח אדעתא דארעא נחית אם ידע שיחויב להחזיר לא ירצה ליקח ויהא מזה פסידא למלוה שלא יכול למוכרה ולהשיג מעותיו שהלוה זמן רב ול"ש עשיית ישר וטוב להפסידו ומשום זה לא חלקו חכז"ל בין מכר למתנה דאי לאו דעביד לי' נייח נפשי' לא יהיב לי' ואדעתא דארעא עביד לי' ובירושה דממילא באמת ס"ל לטור בסימן ק"ג דשומא נמי הדרה משא"כ כאן אין

הפסד ללוקח דהא המצרן מחזיר לו מיד מעותיו וגם מעיקרא לא ה"ל ליקח אמצר חברו עד שיודיעו וכן המוכר הי' יכול להודיעו ועיין לקמן סל"ד ובטו"ז סל"ב ובזה מיושב קושית טו"ז בסימן ק"ג וקושית משפט שלו' כאן מזבחים ע"ה ב' דגם אם תקנת חכמים הוא אמרינן דא"י להקנות רק מה שיש לו.

סעי' י"ט מכרה לוקח ראשון במשפט שלו' נסתפק במכר לאשה ויתמי דל"ל מה מכר ראשון לשני כיון דמדינא גם הראשון יש לו זכות לחלוטין כמ"ש תוס' בב"מ דף ל"ה בהא דשומא הדרא דאם מכרה המלוה אינה חוזרת ולא אמרינן מה מכר ראשון לשני משום דאינו רק משום עשיית ישר וטוב עיי"ש ולא הבנתי ספקו הא מסיק הרמ"א דהעיקר דאפילו הורישה או יהבת במתנה חוזרת ובשומא הדרא לא חוזרת אלמא לא משוינן להתם והחילוק כתבתי בסח"י.

סעי' כ"ב לאחותי אינש וכו' בסמ"ע חקר טעמו ולמה דוקא באותו ארעא צריך להקנות לו ולע"ד עפימ"ש נ"י בפ"ק דב"מ די"א בשם הר"ן דלא מצי לעשות שליח לזכות בממון חברו בלא שליחות של בעל הממון וכ"כ תוס' בפרק איזהו נשך דף ע"א ע"ב בד"ה בשלמא וה"נ המצרן בא לזכות בע"כ של מוכר ולוקח ואף דחשבוהו ללוקח לשליח המצרן היינו אחר שכבר זכה המצרן וסלקו נעשה שלוחו למפרע וגם הפירות שאכל עד שסלקו א"צ להחזיר למצרן הרי דעדיין השדה של לוקח ועיין נתיבות סימן פק"ח שכתב הא דלוקח יכול לעשות שליח אף דצריך שליח של בעל הממון היינו דלוקח עושהו שליח על ממון שלו והוי כאלו מסר בידו שיהא השליח בעל הממון וכ"כ בסימן קצ"ה וזה לא שייך כאן דאין השליח מצרן אף שהממון יהא שלו א"י לסלקו ללוקח ועכ"פ הכא דאינו מרצון המוכר ולוקח ל"ל דהשליח נעשה שלוחם ע"כ צריך להקנות לו קצת באותו קרקע הסמוכה ומגו דזכה לנפשו או אי בעי זכה לנפשו זכה לחברו כמו במציאה.

עוי"ל כיון דמן התורה השדה של לוקח וזה בא לסלקו בע"כ הוי כתופס לבע"ח ח במקום שחב לאחריני דאפילו שליח לא מצי משוי כדלעיל סימן ק"ה ואפילו מדרבנן קודם שמסלקו הפירות של לוקח והוי השליח חב לאחריני ועוי"ל להר"י ב"ק הובא בש"ך סימן קכ"ג דמה שאז"ל ואשר לא טוב עשה זה הבא בהרשאה היינו בכל אופן וע"כ כיון דזכות המצרן רק משום ועשית הישר והטוב וזה הבא בהרשאה לסלק ללוקח ולהתעבר עמו על ריב לא לו לא טוב עושה ע"כ יצא טוב בטוב משא"כ כשאינו מסלק ללוקח רק לאזמוני זוזי אינו דן עם הלוקח ומעשה קוף בעלמא עביד והוי שליח מדינא לא כבא בהרשאה לסלק ללוקח דצריך להיות כבע"ד ומתקנה וגם כשבא לסלקו אמרינן ארעא תיכי דקיימא תיקום כיון דיצא טוב בטוב ובמ"ש מיושב קושית הגר"א לקמן סל"ד ס"ק

פ"ב דאמר שם דלכתחלה יודיע המוכר לקרובי המצרן וכאן אמר דלא יכול לאחותי אינש אחריני אבל לפמ"ש א"ש די"א דהתם ס"ל דלכתחלה יש למוכר לעשות הטוב וברצונו יזכה למצרן ע"י קרוביו ועדיין לא זכה לוקח ול"ח קרובים מתעברים על ריב ולא חב לאחריני דמוכר יכול לעשות בשלו מה שירצה.

סעי' כ"ד רואין דמי אותו הבהמה עסמ"ע וקשה מהמפקיד דף ל"ד ע"ב דאר"ה שם אמשנה דמפקיד בהמה או כלים ומשלם משביעין אותו שבועה שא"ב שמא עיניו נתן בו וא"כ למה לא נאמר כאן שמא לוקח זה לא הי' מוכר בתמתו בדמים רק מחמת שרצה בקרקע וכן המוכר לא הי' מוכר רק מחמת חיבוב הבהמה יותר מדמי' ומצאתי במשפט שלו' הניח קושיא זו בצ"ע וי"ל כדאיתא בפרק שהי' נשוי ל"א ע"ב דבמקום פסידא דאחריני למ"ל לדידי חביב ביותר מדמי' ה"נ עד ב"מ חשוב פסידא.

סעי' ל' הר"ז מחל לקמן סימן שי"ב ס"ו כתבתי לענין שוכר דאם אמר אצא באופן שתתן לי כו"כ ואח"כ חזר בו יכול לחזור אך כשאמר בלא תנאי רק אצא אצ"ק כמו כאן כיון שכלה זמן השכירות ואין לשוכר רק זכות שצריך המשכיר להודיעו שלשים יום מקודם מחמת תקנת וברשד"ם סימן רמ"ה כתב כיון דיש תקנה באותו עיר שצריך להודיעו יב"ח מקודם ל"מ מחילה בלא קנין תוך יב"ח וצ"ע מ"ש מכאן ואפשר התם התקנה דגם כשיתיקרו הבתים לא יחויב השוכר להוסיף וכן משמע מדכתב דצריך קנין תו"ז הודעה מחמת תקנת העיר ולא מחמת תק"ח אבל לפי תק"ח ל"ש שכירות כממכר תו"ז הודעת וסגי במחילת ורשד"ם למד דינו מהריב"ש סימן תק"י ובכה"ג אינו ראי' עיי"ש.

סעי' ל"א נמלך המוכר וכו' בפ"ת הביא מתשובת חמדת שלמה שכתב דאף בנמלך ואמר לא בעינא לי' ומכר לאחר אם המוכר מרוצה אח"כ ליתן להמצרן יכול לסלק ללוקח דהא מבואר לקמן סל"ו בסמ"ע ס"ק ס"ד דלפרש"י דהוא משום טובת המוכר אם המוכר מתרצה אפילו מצרני אחד מסלק ללוקח אף דכבר לקח בהיתר עיי"ש ולא נראה כלל דבשלמא במכר כל שדותיו אמרו חכמים רק מסתמא טובת המוכר שלא יתן למצרן אבל כי חזינן דמוכר לא קפיד אגלאי מלתא למפרע דלא קפיד ולא זכה לוקח מעולם משא"כ כאן דמצרן לא רצה ועתה נשתנה דעתו ל"ל אגלאי למפרע וגם א"א שיהא לוקח שלוחו בע"כ כדלעיל סכ"ט בהג"ה והסכים סמ"ע שם באם רצה ליקח בשביל המצרן וכיון שזכה לוקח במקחו איך נסלקו מנחלתו משום הטוב והישר דאפילו היכא דזה נהנה וזה לא חסר דכופין עמ"ס אין כופין על שלו כמבואר בנ"י פרק כיצד הרגל דף כף ודברי סמ"ע גופייהו צל"ע כמ"ש לקמן.

סעי' ל"ו ואפילו אם המצרן ג"כ רוצה לקנות כל נכסיו בסמ"ע הביא מהג"א דלפירש"י אם יצאו מצרנים כולם וערערו מסלקים ללוקח ואם המוכר מתרצה אעפ"י דלא בא רק מצרן אחד נמי מסלקינן הואיל שהוא בעבור המוכר והרי הוא נתרצה עכ"ל ד"מ ותמוה לי דמוכח בב"י דלרש"י ה"ה אם המצרן לשדה אחת רוצה לקנות כל נכסיו מסלק למוכר כיון דעכשיו ליכא קפידא למוכר רק דנקטינן כהחולקים ממילא ה"ה אם יצאו מצרני כולם או המוכר מרוצה עתה למכור למצרן אחד שלו או כל נכסיו למצרן אחד דמ"ש כיון דלא מהני מה דמצרן אחד רוצה לקנות כל הנכסים אף דליכא קפידא למוכר וודאי מתרצה ואפילו לא יתרצה הרי לית לו שום פסידא וע"כ משום טעם הרא"ש דלא שכיח קונה כל השדות ואם יהא בו דין מצרנות לא ירצה לוקח ליקח עד שימלך במצרן ואפשר יחזור בו הלוקח ולכן לא תקנו בזה דדב"מ כלל וטעם זה שייך בבאו כל מצרנים או נתרצה המוכר למכור למצרן אחד דמ"מ בשעת מכירה ללוקח יחוש לוקח לזה ולא ירצה ליקח ויהא פסידא למוכר אם רוצה דוקא למכור כל שדותיו ומצרני כולם לא יקחו תדע דהמחבר לא הביא כלל הך דהג"א אף דמביאו בב"י וגם הרמ"א לא הביאו לפחות לומר די"ח בהא דכתב המחבר במצרן ג"כ רוצה לקנות כל נכסיו וע"כ משום דמסיק הב"י דנקטינן כהרא"ש.

ונשאלתי דניחוש לקנוניא ותחלה לא הי' רוצה באמת למכור רק כל נכסיו ועכשיו חוזר בו אחר שכבר נקנה ללוקח וכן יש להקשות אהא דהג"ה בס"ח ונראה כמו דהפקיעו קנין לוקח כשבא מצרן אח"כ ורצה לקנות אף דאפשר מעיקרא לא הי' קונה ה"נ אף דחוזר בו מוכר עתה כשבא המצרן הפקיעו זכות לוקח מעיקרא דכיון דתליא ברצון מוכר תו לא יבא לפסידא אף אם תחלה לא רצה למכור רק כל נכסיו דהא א"צ להמלך במצרן כיון דברירה בידו ול"ל דלוקח ירא לקנות שמא ימלך מוכר אם יהא הדין דיכול לימלך דהא יכול להתנות שיקנה לחלוטין אף אם יבא מצרן כיון דתליא ברצון המוכר מהני התנאי להקנות מיד לחלוטין.

סעי' ל"ז לכתחלה וכו' ואם התרו בו ב"ד ועבר וקנאה י"ל דהוי כלכתחלה כמבואר בא"ע סימן י"א ס"ח ואף דהריב"ש סימן רמ"ב כתב דהוי ספק אי התרו חשוב דיעבד הובא בב"ש שם וכ"פ המבי"ט ח"א סימן קפ"ז א"כ כאן דמד"ת זכה לוקח והוי ספק תקנה וחשוב לוקח מוחזק כדלקמן סמ"ה בהג"ה מ"מ בהא דפסק הב"ח בשו"ת ישנות סימן סמ"ך דאם רבים ויחיד באים לשכור אורנדא דקהל קודמין לכתחלה לשוכרה דפרנסת רבים קודם ואף שהי' מקודם בחזקת היחיד עיי"ש אם התרו ב"ד בהיחיד שלא ישכור ועבר ושכר מוציאין מידו דהא כתב הב"ח בשו"ת שם סח"י דקהל חשיבי מוחזקים גם

להוציא מן היחיד ואע"ג דלתה"ד הובא בהג"ה לעיל סימן ד' דוקא בענייני מסים נקראים מוחזקים נגד יחיד וא"כ אף דב"ח כתב שם דמהרי"ו לא ס"ל הכי מ"מ הרמ"א והש"ך וסמ"ע סתמו כתה"ד והכי נקטינן מ"מ נלע"ד דוקא בקרקע דאינו ביד שום אחד ממש אמרינן מי ששלו הוא ודאי מד"ת חשוב מוחזק משא"כ בממון דמוחזק ממש אין להוציא ממנו וגדולה מזו כתב בזכל"א חחו"מ אות מ"ם דגם בקרקע ובית מי שהוא דר בתוכו חשוב מוחזק וי"ל קי"ל כשבא לזכות מספק תקנה דמצרן עיי"ש וכן מוכח בד"מ סימן זה ס"ק י"ז ומ"ש המשפט שלו' סכ"ט לעיין בב"י סימן י"ג בשם הרשב"א דמוכח דאפילו להוציא אמרינן בספק תקנה מעמידין על ד"ת עיינתי שם וז"ל כל שיש ספק במשמעות התקנה הולכים להקל לנתבע חדא שכל שהוא חוץ מגדר הדין אי אתה יכול להכניסו עד שיהא ברור וכל שאינו ברור העמידנו על דין התלמוד ועוד שכל הממע"ה עכ"ל וי"ל חדא אפילו לא יהא שום אחד מוחזק ול"ל הממע"ה אבל להוציא ממש גם ספק תקנה קולא לנתבע ומה שהביא המשפט שלו' שם מהה"מ פ"ד מגזלה ה"ז דתפיסה ל"מ בספק תקנה עיין ביאור הגר"א לעיל סימן צדי"ק ס"ק י"ב הניח דברי הה"מ בצ"ע שהרי בפ"ז מחובל וש"ע סימן פ"ח ס"א כתב ואם תפס וכו' ושם עשו תקנת נגזל עיי"ש ובנ"ד עדיף דקהל מוחזקים בממונם ויחיד בא לכופם ליקח ממנו משקאות ביוקר ולא מאחרים בזול וכדומה וזה עדיף מתפיסה שלא ברשות ואף דבשו"ת בית יוסף בדיני כתובה ס"א כתב דכל תנאי או תקנה שבאים להוציא מד"ת יד בעל התנאי או בעל התקנה עה"ת אף דמוחזק הב"י לשיטתו בסימן זה וד"מ ס"ק י"ז חולק עליו ואפילו בקרקע אי מוחזק בה מע מעיקרא ובא עתה לזכות בה מספק תקנה אין להוציא ממנו ועיינתי בפרח מ"א בסי"א וי"ב שציין במשפט שלו' העלה בראיות כמו שכתבתי דנהי דתפיסה ל"מ בשבא לזכות מכח ספק תקנה מ"מ אם מוחזק בנכסיו שבאו לידו ממילא ע"י ירושה או ע"י תקנת ב"ד אין מוציאין מידו אפילו אינו נוועו ברי רק קים לי כפוסקים המזכים אותי.

ובנאות דשא שאלה למ"ד אות ד' כתב דאם הרבים כבר עסקו בשכירות הזה מן השר והיחיד הלך בגנבה ושכרו פשיטא דלא אהני מעשיו ואי עביד ל"מ דעדיף התעסקות הקהל בשכירות זה מהשר מן המחאה בעובדא דהב"ח שמיחו בו שלא לשכור עכ"ל ואף דמה דפשיטא לו מספקא לי דמניין בעובדא דב"ח אם הי' עובר על המחאה אם היו מוציאין ממנו מ"מ כשהתרו בו ב"ד נ"ל לצרף הראי' מא"ע הנ"ל ובחוט השני סי"ב הובא בפ"ת לא"ע סימן קנ"ז ס"ד סק"ה דאם מיחו בה ב"ד מלהנשא והיא לא השגיחה בהם נראה פשיט דתצא וכמ"ש הרא"ש בתשובה כלל ל"ב הובא בטור סימן קמ"א ובש"ע

א"ע ס"ס י"א ואע"ג דריב"ש בתשובה סימן רמ"ב לא פסק כן העיקר בזה כהרא"ש וא"כ גם כאן אם התרו ב"ד בבעלים ראשונים ועברו מסלקן המצרן.

סעי' מ"א בפחות במשפט שלום לקמן סימן קפ"ט הקשה מכאן עמ"ש רמ"א בתשובה ס"י דצריך ליקח מישראל אפילו גוי מוזיל והוא מת"כ פ' בהר ונ"ל דז"ל הת"כ מנין כשתמכור לא תמכור אלא לעמיתך ת"ל וכי תמכרו ממכר לעמיתך מנין כשתקנה לא תקנה אלא מעמיתך ת"ל או קנה מ"ד עמיתך אין לי אלא קרקעות שבהן דיבר הכתוב מנין לרבות כל דבר ת"ל ממכר עכ"ל וכתב הרמ"א שם דאם נוטל או נותן הגוי בשוה עם ישראל ל"צ קרא אע"כ אפילו מוזיל למכור או ליקח ביותר מישראל עיי"ש ולדידן דמוקמינן בפרק הזהב דף נ"ז קרא רק לענין מטלטלין דאין אונאה לקרקעות וממכר למעוטי שטרות שאין גופן מכור י"ל דוקא במטלטלין שבהן דיבר הכתוב ישראל קודם כמו רבית ואונאה אינן בקרקע וקצת סברא יש ג"כ דודאי ג"כ במטלטלין כשהישראל אינו רוצה ליתן רק פחות מדמי' לא אמרה תורה דישראל קודם דא"כ אפילו בחנם דה"ג מקצת החפץ בחנם ומ"ל פלגא ומ"ל כולה גם אין זה מוכרח מיתורא דקרא דצ"ל אם גוי רוצה ליתן יותר משווי ובקרקעות דאין אונאה וכל מה שיקח בעדה הוא שווי' א"כ כשהגוי נותן יותר יכול הישראל לומר זהו שוי' כדאמרין בפ"ק דב"ק דף י"ד ע"ב דבר השוה כל כסף מאי ניהו דבר שאין לו אונאה.

סעי' מ"ב המוכר שדה רע בשעמ"ש הקשה בהא דלעיל ס"ט בקנה לוקח שוה מנה במאתיים דאם נותן לו המצרן ר' מסלקו נימא דרעה הוא למוכר כמוכר כל שדותיו דאם יצטרך להודיע למצרן שמא יחזור הלוקח וזה ודאי לא שכיח מי שיקנה שוה מנה בר' ותירץ כיון דאסור להונות לא חשו לפסידא דאבה אך אם יודע לוקח שאינו שוה רק ק' אין המצרן יכיל לסלקו וכן מי שקנה שלא באחריות אף דמצרן נמי רוצה שלא באחריות מ"מ כיון דלא שכיח שיקנה שלא באחריות דמה"ט אחריות ט"ס א"כ רע למוכר הוא אם יצטרך להודיע למצרן שמא בתוך כך יחזור בו הלוקח ולית בה דדב"מ ועיין בת"א לרשב"א תשובה שנ"ה כנ"ל עיקר אה"ד ובסימן שנ"ה ליתא רק בסימן רנ"ה ושם מבואר דקונה קרקע על מצר חבירו שלא באחריות מסלקו המצרן וקושית שעמ"ש י"ל דהא הסמ"ע בסל"ו ס"ק ס"ג אהא דכתב הטור בטעם מכר כל שדותיו לית בו דדב"מ לפי שאינו מצוי שיקנה אדם כל נכסיו יחד לפיכך כשיזדמן אחד אין לו להודיעו למצרן דשמא בתוך כך ימלך הלוקח ולא תקנו טוב וישר למצרן להפסיד למוכר כתב אבל לולא ה"ט הי' המוכר שואל להמצרן אם ירצה לקנותו אע"ג דלא נתקן דינא דב"מ על המוכר יעשה כן בשביל טובתו דנפשו כי אין המוכר יכול למכור בטוב עד שישאל פי המצרן

דאינש דעלמא ירא לקנותו כי יבא המצרן אח"כ לסלקו עכ"ל סמ"ע וא"כ כשקונה שוה מנה בר' או שלא באחריות דשדי זוזי בכדי ולא שכיח כלל יותר מקונה כל שדותיו לא יעלה מורא על ראש לוקח לקנותו דנכון לבו בטוח שלא יסלקו המצרן ליקח שלא באחריות או ליתן יותר משויו ולא יצטרך מוכר לחזור ולשאול את המצרן דבלאה"נ יקנה הלוקח ממנו דאף דהוא שדי זוזו בכדי סתמא דמלתא לא שדי' מצרן זוזי בכדי דאנן נמי לא חיישינן לכך מדאמרינן אחריות ט"ס דלא שדי זוזי בכדי אף דקי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב ומשום דאין זה בגדר ספק כלל לחוש לו וכה"ג כתב הב"ח בסעיף ס"ז.

סעי' מ"ה צריך בה"מ בש"ך כתב דאם לוקח טען ברי צריך לישבע היסת ולפמ"ש הש"ך בסימן רל"ב סח"י ס"ק י"ג ה"נ כיון שהמצרן אומר ברי לי שאתה חייב ליתן לי הקרקע ולוקח אומר א"י הוי כא"י אם נתחייבתי דחייב לישבע שאינו יודע ואפשר כוונת הש"ך כאן דבשלמא בטוען לוקח שמא י"ל דמצרן מאמינו שא"י אבל כשטוען ברי ומצרן מכחישו חייב לוקח לישבע ועיין ש"ך לעיל סימן ע"ב סי"ב סוף ס"ק נ"א ולפ"ז אם המצרן טוען שמא אתה יודע מחויב לוקח לישבע שא"י.

וכן במקום שהפוסקים חולקים אין מוציאין מיד הלוקח הואיל ומוחזק היינו בדליכא רוב פוסקים לזכות בעל המצר וכמבואר בח"ס סימן צ"ה וכ"כ מהרי"ט חחו"מ סימן ס"ז לענין ס"ס דמועיל להוציא מלוקח.

סעי' נ"ד מתנה אין בה דין מצרנות בנסרים אלשיך תשובה ס"ז כתב דאם נתן לו בחנם רק לא רצה לקבל בחנם ופרע בעדו לא בשביל שרצה לקיים בעצמו ושונא מתנות יחי' יאבד זכותו וכתב שם עוד דה"ה לענין חדר"ג בשכירות בתים דאם בעה"ב רצה ליתן לו הדירה בחנם מאהבתו אותו רק לא רצה ופסק ליתן שכירות אין עליו חרם דר"ג דלא חמיר מדדב"מ דבמתנה לא תקנו והובא במ"ש בקונטרס תו"ע ס"א ואפשר מהר"ם אלשיך לא אמרה רק בנ"ד דממשלת העצה אמרה ליתן במתנה ומבואר בפ"ק דערכין דף וא"ו ע"ב שאני מלכותא דלא הדרא בי' משא"כ אחר לא מבעיא גוי דפיהם דיבר שוא אלא אפילו ישראל אפשר הי' חוזר כיון דלא נעשה שום קנין על המתנה כדלקמן סימן ר"ד ס"ח ועיין לבוש סימן רמ"א ס"א ובירושלמי שברא"ש פרק הזהב סי"ב רב מפקיד לשמעי' כד אימא לך ליתן מתנה לב"נ אימליך בי תנינית.

סעי' נ"ז הממשכן שדהו בח"ס חו"מ סי"א כתב כי האיין טואבליציאן הנהוג עפ"י דד"מ שנושה הראשון הוא המוקדם ואין הבעלים יכולים למכור או להשכין הקרקע לאחר כי הוא ממושכן על חוב זה עדיף טפי משכונה גבי' ובהגיע שעת החלומה אין בעל המיצר יוכל לסלקו עיי"ש ולא הבנתי דא"כ כל מלוה בשטר דטורף מלקוחות לא יסלקו

המצרן ולמה אמרו משכנתא וגם מסתימת רמב"ם ומחבר לעיל ס"כ משמע דאפילו טרפה בשטר חוב המצרן מסלקו ומה מעליותא יש בטיבלאציא ג"כ אינו רק שיעבוד ואף דהכ"מ בפי"ב משכנים סוף ה"ח כתב דבמשכון אפילו לא דר בתוכו אין המצרן מסלקו בריטב"א שבאס"ז ב"מ דף ס"ח מבואר דוקא שדר בתוכו אבל גם להכ"מ צריך להבין דאם אינו דר בתוכו ואינו אוכל הפירות מה עדיפתי' משיעבוד בשטר דעלמא ועכצ"ל לפמ"ש תוס' בב"מ דף ס"ד ע"ב בד"ה ולא ישכיר דבמשכון שדה או חצר אין הלוה יכול להשכירו לאחר ומבואר בחו"ד סימן קע"ב משום דמלוה יכול לעכב ולומר אין רצוני שיהא ת"י אחר שיהא קשה לי להוציאה מידו ואף דתוס' הקשו שם בשדה אטו ירקבו הפירות מ"מ מודו דמלוה יכול לעכב מלהשכירה לאחרים רק ימכרו הפירות ויגבה המעות בחובו עיי"ש וא"כ כ"ש דמלוה יכול לעכב מלמכור המשכון לאחרים להוריד הלוקח בו טרם יפרע חובו לכן אפילו אינו דר ואוכל הפירות שכונה גבי' הוא דכבוש ת"י משא"כ בשיעבוד שט"ח או טיבלאציא יכול הלוה להשכיר ולמכור ולהוריד אחר בקרקעותיו רק כשיבא המלוה לגבות חובו יטרפנה ומכאן ולהבא גובה לכן לע"ד לא חזי לאצטרופי נמי ולומר דטיבלאציא כמשכנתא ומ"מ כדברי כ"מ כתוב במפתחות שו"ת רא"ש סוף כלל צ"ז דאין חילוק בין מוחזק בה המלוה בין אינו מוחזק כיון שהוא ממושכן לו ועיי"ש ובמרדכי פרק המקבל כתב הר"מ דוקא אי דר בו המלוה וא"כ הוה ספ"ד ואין להוציא מהלוקח.

הג"ה המלוה לעו"כ על שדהו מעשה בא לפני בישראל שהי' ת"י שדה במשכנתא מגוי אח"כ מכר הגוי כל שדותיו לאחר ובכללן גם ממושכנים שת"י המלוים ויש לעיין בזה מחמת דמכר כל שדותיו דמבואר בסל"ו דלית בו דדב"מ אך הטעם דחשו לפסידא דמוכר וכשמרוצה המוכר למכור למצרן יש בו דדב"מ כמ"ש הסמ"ע שם ואף דהשגתי עליו מ"מ ודאי הטעם משום פסידא דמוכר כמבואר גם ברא"ש ואלו באין יחד זה שרוצה לקנות כל שדותיו והמצרן רוצה לקנות מצרנותו ומוכר לא קפיד לכ"ע מצרן קודם א"כ בעובד כוכבים לא חשו לתקנתי' דהפקעת הלואתו אי ליכא ח"ה ג"כ מותר ויותר מזה מבואר לקמן סימן רל"ז דרגמ"ה החרים שלא להוסיף על שכירות בתים להשיג גבול שוכר אך במרדכי פרק חזקת והובא בב"י סימן רל"ז כתב דל"ש עני מהפך בחררה הן בבא לקנות מגוי הן מישראל רק אם כבר נגמר פיסוק דמים אבל אם המוכר עדיין רוצה יותר ל"ש זה דא"כ מפסידין למוכר שאם יבא אחד לקנות שוב לא יהא אחר רשאי לקנותה וידחוק את המוכר כמו שירצה ומצינו דחשו רבנן טובא לתקנת המוכרים משום דמוכר מחמת דוחקו וכן משמע בפרקין דשמעתא דמצרנות דאחוכר לא תקינו רבנן תקנתא דועשית

הישר והטוב וכן הני ציירי והני שרי וכלל אין לנו לעשות תקנתא היכא שיבא בה המוכר לפסידא בעולם עכ"ל א"כ משמע דגם בנכרי הטעם דל"ש עני מהפך משום פסידי' דנכרי המוכר ומבואר יותר בד"מ שם דחשו רבנן טובא לתקנת המוכרין אפילו עכו"ם אבל לא זכיתי להבין האיך מצינו שחשו רבנן לתקנת עכו"ם המוכרין וראיות המרדכי ממצרנות ג"כ איני מבין דמיירי הש"ס במוכר ישראל ומצאתי בביאור הגר"א שם סק"ט בד"ה וכ"ז לא מיירי דלעולם חשו רבנן יותר לפסידא דמוכר כמ"ש בהמקבל בדינא דב"מ דכל שיש פסידא למוכר לית בו משום עשיית הישר והטוב וע"כ לאו בכה"ג מיירי וא"כ ה"ה במוכר עכו"ם ובהג"ה שם עוד עיין לעיל קנ"ו ס"ז בהג"ה ובלבד כו' וכאן כיון דכל עיקר דינא דגמרא דעני וכו' ע"כ לאו בכה"ג איירי וא"כ ה"ה בעכו"ם המוכר עכ"ל וראייתו מוכרחת מסימן קנ"ו ס"ז דמבואר בהג"ה שם דלא חשו חכז"ל היכא דישראל בא בגבול חבירו לפסידא דנכרי וא"כ עכצ"ל מה דל"ש עני מהפך בחררת בעכו"ם לאו משום טובתו רק דל"ח מהפך כ"ז דלא נגמר הפיסוק וכוונת המרדכי כיון דבישראל חשו לטובת המוכר ואי גם כשלא נגמר הפיסוק הוי עני מהפך הפסידו למוכר וע"כ דזה ל"ח כלל עני מהפך וממילא ה"ה בנכרי המוכר וא"כ גם במוכר כל שדותיו יש דדב"מ במשכנתא מגוי אח"כ מצאתי בשו"ת אבקת רוכל סימן קי"ט דאף בגוי המוכר היכא דאפשר שיגיע פסידא למוכר לית בו משום דדב"מ וכדאמרינן בהנהו ציירי עיי"ש ובזכור לאברהם חחו"מ אות ח' מצאתי כדברי.

ובא אחר וקנאו נשאלתי ראובן הלוה לגוי על שדהו ונשתמש ראובן בהמשכון זמן רב ובא שמעון וקנה כל שדותיו של הנכרי ובכללן המשכנתא והגוי אין לו להחזיר המעות לראובן וטוען ראובן דשמעון גרם לו היזק דידע שלא יוכל ראובן לגבות חובו ושמעון משיב מה לי בחוב שלך הלא מדינא דמלכותא מותר לקנות אחר שאינו בטאבילאציא על שם המלוה ופסק השואל לפמ"ש בחו"מ סימן שפ"ו ס"ג בהג"ה בראובן שהלוה לגוי על משכון ובא שמעון ואמר להגוי להלוות לו בפחות והחזיר הגוי לראובן מעותיו פטור דהוי רק גרמא אלא שנקרא רשע ובשו"ת נ"ש סימן ס"ה כתב דא"ל החזיר הגוי המעות לראובן חייב שמעון מדינא כיון דראובן יכול לבוא להיזק קרן דלפעמים אין לגוי להחזיר וא"כ ה"נ ועוד ראי' מהב"י חו"מ סימן קנ"ד שכתב ז"ל ור"ח פירש שהמחזיק משלם ללוקח אעפ"י שאינו חייב מדד"ג שהרי מן ההפקר הוא זוכה עכ"ל הרי אם אינו זוכה מהפקר רק מהגוי מחויב וחוץ לזה נקרא רשע כמ"ש בהג"ה סימן שפ"ו את"ד.

והשבתי מה דפשיט לו דהוי רשע אף דמחזיר המעות למלוה מהך דשפיו אין ראי' משם דראשון ושני שניהם מלוים משא"כ אם ראשון מלוה ושני לוקח ל"ח ראשון עני מהפך

בחררה לענין מקח וראי' לזה מתוס' ב"ב דכ"א ע"ב בד"ה מרחיקין שהקשה רשב"א בהא דרב מרי מישכן לו גוי בית ולקחה רבא אמאי לא זכה רב מרי דחזקתו קדמה ונכסי גוי כמדבר ורצה להוכיח מחמת זה כרשב"ם דרשע הוי ואם איתא כדברי השואל נהפוך הוא דלוקח רשע הוא ומלוה חשוב עני מהפך ונהי דרבא לא ידע שהוא ממושכן אצל רב מרי מ"מ רב מרי ידע ואיך יחשב רשע אם מקדים לזכות ואינו מניח לזכות ללוקח במקום דלוקח חשוב רשע והלא מה דס"ל לרשב"ם דהמקדים לזכות חשוב רשע משום דלוקח ראשון הפך בה והכא מלוה הפך בם קודם ואיך הי' ניחא לרשב"א אליבא דרשב"ם וגם מה שתרצו תוס' דשמא רב מרי עביד לפנים משוה"ד איך יעלה על הדעת זה אם לוקח חשוב רשע ולר"ת המלוה מותר להקדים לזכות שיהא בזה לפנים משוה"ד לגבי מלוה שלא יזכה גם בריטב"א שבאס"ז ב"מ דף ע"ג ע"ב בד"ה א"ל אי הוי ידענא דהוא ממושכן למר לא הוה זבנינא לי' מבואר בסוף דבריו משום דרבא חשש שהי' רב מרי רוצה לקנותה אבל זולת זה אין איסור ובריטב"א גופא שם כתב על הא דאמר רבא לא הוה קונה לא ידענא אי משום מדת חסידות או דמזיק לי' הרי דלא ברירא לו שיהא רשע ואין ספק של ריטב"א מוציא מידי ודאי של רשב"א הנ"ל.

שנית אפילו הי' המלוה ג"כ מהפך לקנותה י"ל דאין הלוקח רשע כיון שלקח כל שדותיו דבמרדכי פחז"ה סימן תקנ"א הביא תשובת ר"ם דא"ל נגמר פיסוק דמים עם עכו"ם המוכר מותר לאחר לקנותה דלא תקנו חכז"ל במקום שאפשר שיבוא המוכר לפסידא כמו דאמרו לענין בר מצרא הנהו ציירי עיי"ש הרי דיליף דין עני מהפך ממצרנות גם אנו נלמוד כמו במוכר כל שדותיו ליכא משום דדב"מ דחשו לפסידא דמוכר ואפילו בנכרי המוכר כל שדותיו ואחת מהנה הי' בשכירות אצל ישראל אחר מבואר בשו"ת אבקת רוכל סימן קי"ט דאין לשוכר טענת בר מצרא משום חשש פסידא דמוכר ממילא ה"נ אין בזה משום מהפך בחררה כיון דלא הפך רק בקניית שדה אחת ושני קנה כל שדותיו הגם דלעיל כתבתי פלוגתא בזה אי חשו לפסידא דעכו"ם מ"מ מספק אין לקרותו רשע וכמ"ש הב"ח בסימן ד"ר ס"י דבפ"ד א"צ לקבל מש"פ.

ומ"ש דחייב מדד"ג לא נ"ל דהא בסימן ק"ז ס"ד במכרו יורשים לגוי יש פלוגתא אף דמשתרשי להו וכתב בגאון צבי שם דהוי ספ"ד ואין להוציא מהמוחזק עיי"ש ואף לסמ"ע שם דמחלק בין ב"ח מאוחר ליורשים משום דגוף הקרקע של יורשים ושלהם מכרו לכן פטורין מ"מ גם כאן הגוי שלו מכר ולוקח לקח זכותו וממילא נפקע זכות המלוה ושעבודו ומכח זה נסתר הראי' מסימן קצ"ד דהמחזיק מעצמו החזיק ולא נתן לו הנכרי ועוד הא כתב רמב"ן בפחז"ה דף נ"ד והובא בב"י לקמן קצ"ד דחייב להחזיר

לראשון מעות שנתן דע"י הראשון שנתן דמי השדה מסתלק הגוי ומשתרשי לשני ועוד הגוי לא הי' יכול למכור לנכרי אחר או ללוות ולעשות טאבולאציע דהי' מתחייב להחזיר לראשון מעותיו משא"כ בנ"ד כמו שמכר לזה הי' יכול למכור לנכרי או ללוות ולעשות טיבלאציא והרי קמן דהוצרך למכור ומי יימר דא"ל לקחו זה שלא הי' מוכר לנכרי ועוד דהא דסימן קצ"ד ברי הזיקא מיד דנכרי יאמר ללוקח ראשון טול מה שקנית וכן ביורשין דסימן ק"ז ס"ד תו לא יהא לב"ח מקום לגבות משא"כ כאן יכול לחזור על הלוה לשלם לו ממעות שקיבל מלוקח שני ואף דאח"כ הוציא הנכרי המעות מ"מ לא בא ההיזק מיד ול"ה רק גרמא ובלאו לוקח זה הי' יכול הנכרי להפקיע שעבודו אם ילוה או ימכור ויעשה טיבלאציא לאחר וכמו שיכול להבריח המעות יכול להבריח השדה ומעשים בכל יום שמבריחין כן ומלוה הניח מעותיו על קרן הצבי ובהגמ"י פ"י מזכי' והוא לקמן סימן רנ"ג ס"כ בהג"ה וסמ"ע ס"ק מ"ה דאין שכ"מ יכול להקנות חוב שיש לו על גוי אפילו יש לו משכון דלא סמכה דעת הנותן שיפרע לו הגוי כ"ש כאן שאין בידו כלום וראיתי בנ"ש שם ואין לו שום ראי' ואישתמוטתי' דברי רמב"ן וש"פ שהבאתי ומדברי ר"ח יש קצת ראי' לדברי הנ"ש אבל הרי במחלוקת שנויי וכמ"ש וגם אינו דומה לדברי ר"ח וכמ"ש אך מטעם שכתב ר"ח נהי דלא קנה הישראל עכ"פ משכנתא הוא ה"נ בנידון הנ"ש אלא דהרי הרא"ש חולק שם כיון דלא בא לידו בתורת משכון אינו משכון וגם הרמב"ן וה"ה נדו מטעם משכנתא ובנ"ד בלא"ה כיון דישראל ראשון ושני באין מכח הגוי ובדיניהם כל שאינו טאבלירטו ל"ח משכון וא"צ השני להחזיר המעות לראשון ומשום דד"ג כבר הוכחתי דפטור ובשו"ת ב"ח שאלה כ"ו שתבע ראובן משמעון שלקח שעבודו שהרי שטרו שעל הגוי הוא מוקדם לשטר של שמעון אעפ"י שבדיניהם החליטו הבית של הגוי לשמעון לפי שז"פ של שמעון הי' מוקדם מ"מ בדיני ישראל ראובן קודם לגבות וגם תבע ראובן דחייב שמעון מדד"ג שגרם לבטל שעבודו והשיב אם בדיניהם כך הוא להגבות למאוחר כשז"פ שלו קודם הדין עם שמעון כיון ששניהם באים מכח הגוי אין לנו לדון ביניהם רק בדיניהם וכיון שהוא עפ"י דיניהם דמ"ד אינו מזיק שעבודו של חבירו ואין שמעון חייב מדד"ג.

הלכות שותפים סימן קעו

סעי' א' לפי קניינו בנתיבות כתב דלענין מה שקנה א"צ קנין דכיון דנשתתפו במה שיקנה כ"א הוי כשלוחים ובשו"ת ד"ח חחו"מ סכ"ו כתב דאישתמיט מיני' דברי הרמב"ן באס"ז פ"ק דב"ב דף ח' ע"ב דס"ל דשותפים לא נעשו שלוחים עיי"ש ולע"ד גם רמב"ן

שם לא אמר רק דיכול לחזור משליחותו לקנות לעצמו תדע דהא בטור לעיל סימן ע"ז מבואר בדברי רמב"ן דשותפים הוי כשלוחים וכ"ד רמב"ם שם ולפ"ז נסתר גם מ"ש הד"ח שם סכ"ח ברו"ש שהלכו על ליסנואציא ונתפשרו שיקח ראובן הליוורינג על שמו ויהא לשמעון אחד מעשר ושמעון פייס לאנשים אחרים שם שלא יקלקלו ואח"כ חזר ראובן ופסק הד"ח דא"צ ליתן חלק והוא ג"כ מכח דדחה דברי הנתיבות מחמת דברי הרמב"ן ולפמ"ש הוי ראובן שלוחו של שמעון על החלק שהתנו ועוד כיון דסייעו שמעון ופייס אחרים שלא יקלקלו הוי בהתחילו שניהם להתעסק ועוד כיון דעל דעת שיהא שותף השתדל שמעון נתחייב ראובן ליתן לו בתורת שכירות חלק שהבטיחו דאינו דומה לשדכנות דא"צ ליתן רק כפי הרגילות דכאן עשה פעולה בעסק כדי שיטול חלק בו וכך הוא הרגילות ועיין לקמן סימן קפ"ג סוף ס"ז בהג"ה ומ"ש בד"ח שם דמהרשד"מ סימן קנ"ד כתב די"ל קי"ל כרמב"ם ורמב"ן המהרשד"ם סותר א"ע בזה דבסימן קס"ח כתב דבמה שכבר הרויח לית דין ולית דיין שחייב השותף לחלוק עם חבירו כל עוד שלא יביא ראי' בעדים שחזר בו והובא במשפט שלו' כאן ומפרט דהליסטאציא על סחורה ידוע ולא יכול לומר משטה הייתי בך כיון דהוי רמאי עטו"ז סימן קפ"ג ומשפט שלום כאן.

הג"ה מי שהלוה לחבירו מעות ואח"כ א"ל יהיו בידך למחצית שכר ונאנסו בידו חייב בכל האונס כבתחלה דלא נסתלק משמירתן בדיבור בעלמא בנתיבות תקשה דלא גרע משליח דקנה לשותפות כשא"ל קנה לשותפות ה"נ הוי כאומר לו קנה בהמעות שאתה חייב לי סחורה לשנינו ופירש דמיירי דעדיין לא קנה עיי"ש וביש"ש פרק החובל ס"ע מבואר דאפילו הרויח במעות א"צ ליתן למלוה ריוח הרי אף דקנה והרויח ל"ה כשליח ודברי יש"ש הללו הובא בש"ך יו"ד סימן קע"ז ס"ק מ"א וכן מוכח מהראב"ן שהביא הישו"ש שם דכתב משום דאין המעשה משתנה בדברים משום דאמרינן דאין כונת המלוה אלא פטומי מילי עיי"ש ול"ק משליח דעלמא דעשהו מתחלה שליח ולא נשתעבד מקודם אבל כאן מעיקרא שיעבד נפשו באונסין ועתה באו לשנותו להקל עליו מיחשב רק פטומי מילי ולא נגמר בלא קנין.

ומ"ש הראב"ן שם דזה הוי להקל על הלוה ולפטרו ע"כ הוי פטומי מילי ואם הי' בידו מעות למחצית שכר וא"ל הנותן שיהיו כולו הלואה א"צ קנין כיון דהוי להחמיר על הלוה עיי"ש צריך להבין הא במחצית שכר צריך ליתן ריוח למלוה ובכולו הלואה א"ל ואפשר שירויח כמו שיפסיד ולמה חשוב זה קולא וזה חומרא ואפשר משום דצריך ליתן למקבל שכר עמלו או חלק בריוח יותר מהפסד או משום דחמיר תפסד קרן ממניעת ריוח כדאיתא בא"ח סימן תקל"ט,

ועדיין צ"ע דנימא להיפך היכא דהוי חומרא ללוה יהיו דברי לוה פטומי מילי וצ"ל כיון דמלוה אמרו אזלינן בתר כונתו וכה"ג כתוב בנתיבות לעיל סימן קנ"ג ס"ב סק"ג ובב"מ א"ע סימן ל"ח סוף ס"א וטו"ז לקמן סימן שמ"א ורמ"א ס"ס שכ"א.

ועו"ק לפי מה דיליף לה מס"פ החובל דאי אתי לידו בתורת שמירה וא"ל אח"כ שבר את כדי חייב א"כ הא מבואר שם דאם פירש ע"מ לפטור פטור ה"נ כשפירש גם למחצית הפסד ונאנס יפסיד המלוה חצי ומהראי' שהביא המרדכי מס"פ הפועלים משמע פטרו בפירוש מהפסד לא מהני בלא קנין ובאמת צ"ע מה ראי' מסוף פרק הפועלים דקאמר אפ"ת כר"מ ושא"ה דמעיקרא לא שיעבד נפשו עיי"ש א"כ לר"י דס"ל בדבר שבממון תנאו קיים גם אם מעיקרא שיעבד עצמו אם פירש ע"מ לפטור פטור והא קי"ל כר"י בא"ע סימן ל"ח ס"ה ולכאורה נראה עיקר אם פירש שיהא גם למחצית הפסד נעשה פלגא פקדון להפסד ולריוח וגם המרדכי דהוכיח מס"פ הפועלים היינו כיון דאמרינן שם היכא דמעיקרא שיעבד נפשי' הוי מתנה עמש"ב א"כ אף דלר"י בדבר שבממון תנאו קיים מ"מ צריך להתנות בפירש וכמ"ש בשו"ת מ"ע ס"נ דלא אזלינן בתר אומדנא לעקור נחלה דאורייתא וכ"כ שבו"י הובא בפ"ת סימן רמ"ו סק"ב ובשו"ת ד"ח מדברי סמ"ע דסימן רמ"ז ס"א סק"ד דהיכא דמתנה עמש"ב לא אזלינן בתר אומדנא וע"כ ה"נ אף דאמר שיהא למחצית סבר סתמא הוי כאמר שיהא פלגא פקדון מ"מ כיון דמעיקרא שיעבד נפשי' לא נשתנה עד שיאמר בפירוש גם למחצית הפסד וא"כ י"ל דאפילו כבר הוציא המעות ונאנסו אח"כ חייב כפשוטן של דברי המרדכי שכתב שכבר נתעסק שמעון בהם ונאנסו וע"כ הה"ד אם הרויח א"צ ליתן חצי ריוח דלוה לא קיבל עליו לריוח לבד וגם הוי קרוב לשכר ורחוק להפסד ואין לכופו משום רבית וכמ"ש הישׁ"ש שם ולכאורה כ"ז בניכר מהענין דלוה רצה להחזיר המעות רק המלוה אמר שיהא בידו למחצית שכר י"ל פטומי מילי הוא כדי שיהא בשמירתו של לוה אך כשביקש המלוה מעותיו ולא רצה להניחו אצל הלוה עד שנתרצה שיהיו אצלו למחצית שכר א"כ הא טבא לו למלוה ול"ל פטומי מילי הוא ורמ"א סתם וכן המרדכי ולא חלקו וצ"ל דבזה י"ל אפכא דלוה אמר פטומי מילי ואשתמוטי משתמיט ולא מחויב ליתן ריוח בלא קנין וכמ"ש בש"ע לעיל ס"ס פ"א ממילא א"א לומר דאם נאנסו יפסיד המלוה כיון דלוה יכול לחזור מליתן ריוח גם הוא יכול לחזור דאל"כ לקתה מדת הדין וכמ"ש רשב"א בתשובה הובא בב"י לעיל סימן קע"א סל"ג ותוס' בפרק איזהו נשך דס"ו בסד"ה ומניומי דהיכי דאחד יכול לחזור גם השני יכול לחזור.

אך כ"ז בעשה מעשה שהוציא הלוה המעות בסחורה אחר שאיל יהיו בידך למחצית שכר בזה אף דהוי רק דברים הי' מהני מתורת שליחות לולי הטעם דהוי פטומי מילי אם לא פירש שיהיו בידו למחצית הפסד וכמו בקרע כסותו אבל כשנאנס המעות טרם שנתעסק בהן הלוה אחר שא"ל יהיו בידך למחצית שכר והפסד בלאו טעמא דפטומי מילי אין משתנה בדברים העלמא הן לריוח הן להפסד כגון שנתעלה המעות מעצמן לא יצאו המעות מרשות לוה להיותן של מלוה לכן אף דלפטור מאחריות הוי רק מחילה וסגי בדברים מ"מ כיון דלא פטרו מאחריות לבד רק אמר יהיו למחצית שכר וזה לא נתקיים גם מאחריות לא נפטר דאדעתא דהכי לא פטרו ועיין קצו"ח ונתיבות סימן שד"מ והנלע"ד כתבתי.

סעי' ב' וכן אם עכבו פירותיהן או ששכרו מקום בשותפות והניח זה כדו וזה חביתו שנשתתפו בהן כללו של דבר בכל הדרכים שקונה הלוקח וכו' קשה לי למה הצריך שיניחו זה כדו וזה חביתו והא סגי כשהניח אחד כדו במקום המשותף דקנה השני חצי הכד ממילא נקנה לבעל הכד חצי החביות בכל מקום שהוא בתורת חליפין כדלקמן סימן ר"ג דמה לי החליף כולו בכולו או פלגא בפלגא וכאן הוא לשון הרמב"ם והוא ס"ל בפ"ה ממכירה דפירות שוה בשוה נקנה בחליפין וראיתי בכסף משנה ספ"ד משלוחין ושותפין ז"ל ומ"ש וכן אם ערבו פירותיהן קשה דמה קני' יש בעירוב הפירות דנהי דאותן שהן ברשותו קונה אבל האחר במה יקנה ונ"ל דהכי פירושו אם ערבו פירותיהן והגביהן כ"א מהם דומיא דמעות עכ"ל וקושיתו תמוה דהא ודאי כיון שזה שהפירות ברשותו קנה חלק חבירו ממילא נקנה לחבירו פירות שלו מתורת חליפין עו"ק עמ"ש הרמב"ם ומחצר תחלת סעיף זה נשתתפו בשאר מטלטלין כיון שקנו מידם שיביא זה חביתו של יין וזה כדו של דבש דלמה נקט שקנו מידם מתרוייהו הא סני בקנו מיד אחד שזה יביא חביתו וזה כדו כיון שקנה בעל הסודר נתחייב בחליפיו וכמ"ש בנתיבות סימן ר"ג דבחליפין שוה בשוה לאו דוקא משך אלא אפילו נקנה לו בק"ס או שאר קנין נתחייב זה בחליפיו דבהדיא תנן במשנה בקדושין דף כ"ו כיון שזכה זה נתחייב זה ומשמע דכל שזה זכה באיזה אופן שיהא נתחייב בחליפיו עכ"ל והא זה דעת רמב"ם ומחבר לקמן סימן ר"ג דפירות בפירות שוה בשוה נקנה בחליפין וצ"ל דיקט כן משום דזה מהני גם כשלא נשתתפו בתורת חליפין אלא לדמים דזה נתן כדו לשותפות בעד מאה דינרין וזה נתן חביתו בעד מאתיים ומה שירויחו על זה יחלוקו והקרן יטול כ"א כפי שומתן דנמצא נשתתפו רק בתורת מכר דזה מכר חצי כדו לשני בחמשים דינר וזה מכר חצי חביתו במנה וע"כ צריך לקנות משניהן.

ששכרו מקום בשותפות והניח זה כדו וזה חביתו שנשתתפו בהם הקשה קצו"ח הא אמרינן בהספינה דף פ"ד ע"ב דהא דחצר השותפין קונין זה מזה אינו אלא במודד והניח בתוך קופתו ולע"ד י"ל דהא מבואר שם בתוס' ורמב"ן דמיירי דמוכר מודד אבל לוקח מודד קונה במשיכה גם בלא קופה ובמוכר שעשאו לוקח שליח למשוך או להגבי' בשבילו קונה לוקח כמ"ש לקמן סימן קצ"ז בשם המבי"ט אלא דסתם מוכר אינו שלוחו של לוקח אבל שותפין הם שכירין ושלוחין זה לזה כמ"ש רשב"א שבאס"ז פ"ק דב"ב דף ט' וכן הוא לקמן סימן קע"ח ס"א וא"כ מיד שנשתתפו להתעסק יחד נעשו שלוחין זה לזה רק יכולין לחזור כיון שלא הי' קנין אבל כל זמן שלא חזרו שלוחין הם זה לזה וכשמביא זה חביתו ונותנו במקום המשותף הרי מושך החביות מרשותו לרשות המשותף גם בעד שותפו ועושה שליחותו וכאלו חבירו משכו בעצמו דהא זה ענין השותפות שכל אחד יתעסק בשבילו ובשביל חברו וכשמביא זה כדו וזה חביתו מהתחלת התעסקות לצורך השותפות הוא ובירושלמי נדרים פרק השותפין ה"א ר' יוחנן בשם ר' ינאי השותפין קונין זה מזה בחצר אמר ר' בון בר כהנא באומר צבוד ואקנה אבל אם צבורין לא קנה עד שיטלטל ע"כ וזה כמו שכתבתי דאם אמר לוקח למוכר צבור א"כ עושהו שליח לעשות משיכה שיקנה על ידו ומיירי שאינו לצורך השותפות דבזה אין שותף שליח לחבירו עד שיעשהו שליח בפירש ולפיכך לא אמר הירושלמי בצובר אבל אם צבורין לא קנה משום דזה לא מועיל עד שיאמר לו הלוקח צבור ואקנה דעושהו שליח.

סעי' ג' בהג"ה דיכולין לחזור מעשה בא לפני שני שפילטערין שנשתתפו וכתבו שטר שותפות בכת"י שכל מה שירוויחו בסרסרותם יחלוקו וסיימו והכל נעשה בחיוב מעכשיו ובאופן דלית בו אסמכתא וחזר אחד ולכאורה כיון דנתחייבו בכת"י מהני גם בדשלב"ל כדלעיל סימן סמ"ך ס"ו ויכול להתחייב ע"י שטר לבד כדלעיל סימן מ"ם אך בסימן סמ"ך שם איתא והוא שקנו מידו וכתב תומים שם סקי"ד כיון דהוי דשלב"ל ואין חיובו מוחלט רק אם יבא הדבר לרשותו יתחייב צריך קנין וכן משמע בתוס' ורא"ש ר"פ אעפ"י עיי"ש ומבואר בתוס' ורא"ש שם שכותב שיתן לה מנה אם תתגרש ועכשיו אין לו הוי דשלב"ל וצריך קנין כמתנה ש"ח להתחייב באונס ומסיים הרא"ש דל"ה ק"ד דמשעבד עצמו לחוב גמור מעכשיו הרי גם בחיוב בשטר צריך קנין בדשלב"ל דהא תוס' ורא"ש בר"פ הנושא ס"ל דמחייב אדם א"ע בשטר מה שאינו חייב בלא קנו מידו ובירא"ש שם ס"ב כתב הואיל וטרח למכתב בלישנא דחיובא גמר ומשעבד נפשי' עיי"ש וכן מוכח ממ"ש הש"ך חו"מ סימן מ"ם סק"ד וז"ל ול"נ לדעת הרי"ף והרמב"ם דדוקא הכא מהני כשחייב עצמו בשטר או בא"ע כיון שמחייב עצמו מיד בלי תנאי משא"כ בשומר קרקעות

כיון שאינו מתחייב רק אם יאבד דמי לערב דכתב הר"ן דדמי לאסמכת ול"מ רק קנין עכ"ל הרי דעל תנאי אינו מתחייב בשטר לבד והא כל סברה חתומים דדשלב"ל הוי כמתנה ש"ח להיות כשואל וכחיוב על תנאי כמבואר שם ובנתיבות שם סקי"ג וכן כתב בנתיבות סימן מ' סק"ב דלרמב"ם דס"ל בערב לאחר מחן מעות אפילו בשטר לא מתחייב רק בקנין כן כל המתחייב על תנאי ל"מ שטר רק קנין ולעיל סימן קכ"ט ס"ד וס"ה הובא דעת הרמב"ם ודאי יכול המוחזק לומר קי"ל כוותי' וכן בטו"ז לקמן סימן רפ"א מוכח דס"ל דחיוב בשטר בלא קנין ל"מ בדשלב"ל ובהשיב משה ספ"א כתב דמחייב עצמו בדשלב"ל מהני שטר בלא קנין ונסתייע ממ"ש באורים סימן סמ"ך ס"ק כ"ט ובתומים סקי"ג דאף ממשעבדי גובה עיי"ש ולכאורה תמוהין דבריו דתומים גופא בסקי"ד כתב דצריך קנין ול"מ שטר וכן מוכח מהש"ך הנ"ל ומ"ש האורים ס"ק כ"ט הא ל"כ כן רק לדעת הטור ובתומים ס"ק י"ג כתב רק שכן דעת הרמ"ה וטור ובסימן קכ"ט בטור מבואר דס"ל דשטר לבד מהני בערב לאחר מתן מעות אולם לדינא צדקו דברי השיב משה בד שהי' לוקח מוחזק וי"ל קי"ל כהטור ועוד דנידון הש"מ חייב עצמו להעמיד ותומים לא מיירי רק בחייב עצמו אם יבא הדשלב"ל לידו וכמו שחילקתי בסימן סמ"ך ס"ו.

אמנם כיון שכתיב שנעשה באופן דלית בו אסמכתא י"ל דל"צ קנין כיון דזה מועיל לסלק אסמכת כמ"ש הטו"ז בסימן ר"ז דהוי כהודה שלא הי' בו אסמכתא דהיינו שנעשה בבד"ח וא"כ כיון מה דל"מ חיוב בדשלב"ל בלא קנין משום דדמי לאסמכת וכאן הודה שאין בו אסמכת ועוד הוי כהודה שנעשה בבד"ח ובקנין דבזה נסתלק אסמכת ממילא גם ריעותא דדשלב"ל לא מגרע לשטרא.

אך נראה כיון דלא כתוב בשטר דהוי קנין רק מחמת הודאתו שבכתב אמרינן דגמר והקנה וכמ"ש סמ"ע סימן ר"ז ס"ק מ"ב א"כ אין לנו רק מה שהתודה שאין בו אסמכת ממש אבל דשלב"ל אינה אסמכת וכמ"ש בהשיב משה שם ול"מ קנין בבד"ח בדשלב"ל וכמ"ש סמ"ע בסימן ר"ז ס"ק נ"ג א"כ ל"מ הודאה שאין בו אסמכתא לדשלב"ל דדומה רק קצת לאסמכתא ומהני בו חיוב בקנין מה דל"מ באסמכת והרי הסמ"ע שם ס"ק נ"ג ס"ל דשבועה מסלק אסמכת לגמרי ומ"מ בסימן קכ"ט ס"ק נ"ז בערב ס"ל דאין יורדין לנכסיו ויכול לישאל על שבועתו והרי מה דצריך קנין בערב משום דדמי לאסמכת ועכצ"ל דשבועה מסלק אסמכת דודאי ל"ה כונתו לאסמכת אבל במקום קנין אינו עומד ודוחק לומר דסמ"ע מיירי שם בלא שטר עיי"ש דקאי אערב בשטר ועוד דטו"ז כתב דהוי כהודה שנעשה בבד"ח ולא דהוי כקנו וה"ט דבר"ן פ"ג דנדרים כ"ז ע"ב כתב דקנו בבד"ח דאמר שם הקנין לגוף החיוב והבד"ח לסלק האסמכת כמו מעכשיו וה"נ נהי דהודה שנעשה

באופן דלית בו אסמכת הוי כנעשה בבד"ח ומ"מ ליכא קנין לגוף החיוב ול"מ תדע דהא לרמב"ם כל שומר משתעבד משעת משיכה כמ"ש בחו"מ סימן שמ"א ס"ד ומ"מ לא מתנה ש"ח להיות כשואל רק בקנין אף דלרמב"ם ליכא אסמכת במעכשיו.

אבל מי שנותן לחברו למחצית שכר עסקא ומתנה שיתן לו כל הרווחים שיגיעו לו אפילו ממקומת אחרים אינו אלא כמתנה בעלמא ואינו נקנה אלא בקנין גמור מרדכי פרק השואל והג"א פרק האומנין ע"כ בספר משפט שלום כתב לכאורה הוי דשלב"ל ולא מהני גם קנין וכבר כתובה קושיא זאת בשו"ת אמרי א"ש חחו"מ ס"ד ותירץ דמיירי בריוח הידוע לו כגון במלוה לגוי וקצב הרבית דהוי כדבר שבא לעולם עיי"ש ולא נראה כלל דחוב אפילו מה שהלוהו הוי אינו ברשותו ואינו נקנה רק במעמ"ש ועוד מסתימת הרמ"א שכתב הרווחים שיגיעו לו משמע שעדיין לא הגיעו וז"ל המרדכי ראובן שמסר לשמעון מנה בשותפות ע"מ שיהא ביניהם למחצית שכר כל ריוח שיבא ליד שמעון אף ממציאה וכן קיבל עליו שמעון בפני עדים לא קנה ראובן כיון דלא קנו מיני' דאסמכת בעלמא הוא ואין לו לראובן אלא חלק מנה שלו ואע"ג דאמרינן מתנה ש"ח להיות כש"ש אע"ג דלא קנו מיני' כדאמר ר"י עלה שא"ה דבההיא הנאה דמהימן לי' גמר ומשעבד נפשי' אבל הכא דומיא דמתנה הוא אי קנה משתעבד ואי לא לא עכ"ל ויליד מה צ"ל וכן קיבל עליו שמעון כיון דנתן לו המנה על מנת כן ועוד אי אסמכתא הוא גם קנין לא מהני ועוד דהל"ל דהוי דשלב"ל וכמבואר בהג"א שהביא הב"י אחר דברי מרדכי הללו וז"ל ושטר שותפין שכתוב בו כל שמרחמין מן השמים שכר בין בממון זה בין בממון אחר ואפילו מציאה הבאה לידו השכר לאמצע לאו תנאה הוא דאין אדם מקנה דשלב"ל עכ"ל ומשמע להט"ט דגם קנין ל"מ כשאר דשלב"ל והרמ"א הרכיב הג"א עם המרדכי ולכאורה חולקים ונ"ל כונת מרדכי דמבואר בסימן סמ"ך דחיוב הגוף מהני בדשלב"ל ובד"ג כלל מ"א ס"ג הובא משו"ת רשב"ש סימן רמ"ג וספר משחא דרבותא חחו"מ סימן סמ"ך שפסקו אם כתוב בשטר קבלתי עלי או קיבל עליו פלוני לעשות או ליתן הוי לשון חיוב ושעבוד על הגוף וכן מודים דברי רש"י ר"פ הנושא גבי האומר לחברו חייב אני לך מנה שכתב רש"י פלוני קיבל עליו כך ולכן מהני לדשלב"ל ולחייב עצמו בדבר שאינו חייב עיי"ש וכ"כ הבית מאיר בא"ע סימן צ"ג סוף סכ"א דקבלתי עלי הוי שעבוד גופו ולא הוי קנין דברים ולע"ד זה מבואר בגמרא מגילה דף ח' ע"א כיון דאמר עלי כמאן דטעין אכתפי' דמי ולכן כתב המרדכי דקיבל עליו שמעון משום דהוי דשלב"ל קיבל עליו שחייב גופו ודעת רמב"ם ומחבר לעיל סימן מ"ם דיכול אדם לחייב עצמו בלא קנין ובלא שטר חיוב חנם רק בפני עדים וכתב ש"ך שם סק"ד דדוקא כשמתחייב בלא תנאי מהני

שטר או אתם עדים אבל חיוב על תנאי דמי לערב דדמי לאסמכת ולא מהני רק בקנין וכתב תומים סימן סמ"ך סקי"ד דמה"ט חיוב בדשלב"ל צריך קנין כיון שהוא בדרך אפשר אם יבא הדבר לרשותו יתחייב ליתן וכן הסכים עמו נתיבות שם ובסימן מ"ם עיי"ש וז"ש המרדכי דנהי דקיבל עליו דהוי חיוב הגוף לא מהני א"ל קנו מיני' דאסמכת הוא דהיינו כיון שהוא בדרך אפשר הוי כערב וצריך קנין דמתני עם חיוב הגוף ובהג"א דלא נכתב בשטר שקיבל עליו כתב סתם דלאו תנאה הוא כיון דהוי דשלב"ל וגם קנין לא מהני ואולי מש"ה כתב רמ"א ואינו נקנה אלא בקנין גמור דמלת גמור לא נזכר במרדכי ובב"י כלל אלא כונת הרמ"א דאין לקנין על מה לחול בדשלב"ל והוי קנין דברים כמ"ש לבוש ע"כ כתב דצריך קנין גמור שלא יהא קנין דברים שיהא לקנין על מה לחול עתה וקצת הוכחה לזה לפמ"ש הש"ך סק"ח דמ"ש רמ"א לפני זה דא"י לחזור לענין מה שתרויחו מיירי בקנין א"כ איך כתב רמ"א על זה וכ"ז בשנים שנשתתפו וכו' אבל מי שניתן לחברו וכו' אלא בקנין גמור הא בשנים נמי דוקא בקנין ומדכתב וכל זה אחר דעת וי"ח משמע עכ"פ דגם לדדהו חלוק שנים שנשתתפו מנותן למחצית שכר אע"כ דבשנים מועיל קנין סתם אף דהוי קנין דברים משום דגמרי ומקני אבל בנותן למחצית שכר אינו נקנה אלא בקנין גמור דהיינו שיקבל עליו דאזי חל הקנין על גופו או שיקנה לו הסחורה שיהא שותף בהן.

ובש"ך יו"ד סימן קע"ז סקמ"א הביא מ"ש יש"ש דמי שהלוה לחברו ואח"כ אמר לו המלוה שיהא למחצית שכר ונאנסו המעות חייב הלוה באונסים ואם הרויח הכל שלו וכתב עלה הדגול מרבבה היינו שהתנו כך בדברים בעלמא אבל אם קנה ממנו או שעשה שטר עסקא משתעבד אפילו אחר הלואה עכ"ל וצ"ע דליתן מה שירויח הוי דשלב"ל דכמו שמשתעבד ליתן ממה שירויח מעסק שאינו ממעות המלוה הוא כיון דאין למלוה עליו רק חוב ומטבע לא נקנה בקנין או שטר כדלעיל סעיף א' וכמבואר בהג"א דשטר ל"מ לשעבד ריוח מעסקים אחרים והכא דהוא אחר הלואה הוי כמו עסקים אחרים ואף דמהרש"ל כתב הטעם דהוי פטומי מילי היינו לענין אם נאנסו דלא יפסיד המלוה אבל לחייבו ללוה בריוח שירויח בלא"ה הוי דשלב"ל ונראה דבהג"א שם כתב דהמקבל עסקא מחברו והתנה עמו כל ריוח שיבא לו בין מעסקא זו בין מעסקא אחרת שיקבל מאחרים שיחלק עמו דלאו תנאה הוא עד שיקבל זה עליו אחריות מכל עסקא שיקבל זה מאחרים ושטר שותפים שכתוב בו כל שמרחמים מן השמים שכר בין בממון זה בין בממון אחר ואפילו מציאה הבא לידו השכר לאמצע לאו תנאה הוא דאין אדם מקנה דשלב"ל עכ"ל וקשה א"כ ברישא נמי מה מהני אחריות דמ"מ הוי דשלב"ל וצ"ל משום די"ל כמ"ש

נתיבות בס"א דיועיל מטעם שליחות כמו קנה ואשתתף עמך אלא דבסיפא דאינו מקבל אחריות רק כותב ליתן לו חלק שכר הרי אינו שליחו דבקנה ואשתתף הוי שליח להפסד נמי וא"כ ל"מ משום דשלב"ל אך בנידון הישׁ"ש דמניח אצלו החוב למחצית שכר והפסד הל"ל דמועיל משום דהוי כאומר לו קנה במעותיך ואשתתף עמך וכמ"ש הנתיבות כאן ובחוו"ד שם אך כתבתי לעיל דלא מהני משום דהוי פטומי מילי אף דמלוה רודף ומבקש מעותיו ואינו רוצה להניחו רק למחצית שכר מ"מ הלוה להשמיט עצמו אמר פטומי מילי ולא גמר להיות שלוחו כלל לכן התנו בכתב או בקנין מהני דל"ל דהוי רק פטומי מילי כיון דטרח לעשות שטר גמר ומשעבד נפשי' כמ"ש תוס' בר"פ הנושא דף ק"ב בד"ה אליבא וכן מבואר לעיל סימן פ"א סי"ז אם תודה בכת"י שחייב לפלוני מנה או בקנין א"י ליפטר בטענת השטאה עיי"ש וא"כ ה"נ אף דמבואר בסוף סימן פ"א דאם אחר הלואה הבטיחו ליתן לו ריוח דברים בעלמא הן בלא קנין ויכול לחזור בו ולא מועיל מתורת שליחות היינו ג"כ משום די"ל פטומי מילי דהשטה בו להשתמיט ממנו ע"כ מועיל קנין ולא הוי דשלב"ל דגם קנין לא מועיל רק דא"צ רק לסלק טענה דפטומי מילי וא"כ ה"ה כתב ועיין פרק הבית והעלי' דף קי"ח ע"א הכא אשתמוטי הוא ובנמ"י שם ולעיל סימן ע"ב סכ"ו.

אך לפ"ז יש לעיין בהת"ע הנהוג דאם אין עדים על ההפסד אין אחריות על המלוה וא"כ בשלמא כשנותן לו מעות בעין על אופן זה באמת הוי פלגא פקדון וסחורה שקונה המקבל במעות הללו דמקנה בעל הסחורה לבעל המעות קנו הנותן ומקבל דתרוייהו בעל המעות רק מתנה ש"ח כשואל ומתחייב המקבל בהפסד הפלגא פקדון כשאין לו עדים משא"כ כשמתחלה הי' כולו מלוה רק אח"כ אמר שיהיו למחצית שכר ואין קנין למלוה במעות הלוה רק דנעשה לוה שליח לקנות במעות שלו גם בעד המלוה וכשאומר לו זיל זבין לי קונה משלח אף דשליח קנה במעותיו וכמ"ש נתיבות ר"ס זה מהש"ך דלקמן סימן קפ"ג סק"ב ושם מבואר בטור וש"ך דכשאמר לו זיל זבין לי כמאן דאוזפינהו דמי וביארו המח"א בה' שלוחין סח"י ונתיבות שם דתיכף שנתן המעות לחברו על פי המשלח נתחייב לו המשלח דהוי כאומר תן מעות לפלוני ואתחייב לך דה"נ הוציא המעות על פיו ומש"ה כמאן דאוזפינהו דמי והוי המשלח בעל המעות עיי"ש וא"כ כשאין לו עדים בשעת קניית הסחורה אין האחריות על מלוה כלל אפילו יפסד הסחורה או לא יוכל למוכרה א"כ לא נתחייב לו המלוה כלל בשעת הקני' דאם ירויח אזי בלא"ה יש לו המעות ולא מתחייב המלוה וא"כ ל"ל כמאן דאוזפינהו ואין המלוה בעל המעות ולא מהני מה

דהמקבל נעשה שליח כל שלא הודיעו למוכר ואיך א"כ יחויב ליתן ריוח למלוה כל שלא אמר בפני עדים או למוכר אני קונה סחורה זו במעותי ליתן חצי ריוח למלוה.

ואפילו בקבלת אחריות על חצי הפסד כמו בריות קשה להוציא כיון דמהרשד"ם סימן קנ"ד כתב דאפילו נשתתפו בשטר וקנין לחלוק בכל מה שירויחו והרויח אחד יכול לחזור בו מליתן הריוח די"ל קי"ל כפוסקים דיכול לחזור משום דהוי דשלב"ל ואף דסותר א"ע כמ"ש לעיל ס"א מ"מ קשה להוציא א"ל בצירוף טעמים אחרים לכן יש לכתוב בלשון חיוב שמתחייב ליתן מחצית שכר ויהא בקנין כיון דהוי דשלב"ל צריך חיוב וקנין לדעת הסוברים דל"ח כשליח.

כמתנה בעלמא ואינו נקנה אלא בקנין גמור תמוה לי דכיון דאינו רק מתנה הוי אנכה נטר כיון דהמעות שנותן לו הוי פלגא מלוה ומתנת עמו שיתן לו מתנה ול"ל דנותן המעות זה להתעסק מקבל עליו אחריות עסקים אחרים ג"כ דהא במרדכי מבואר דמקבל עליו שיתן לו כל ריוח אף ממציאה וגם אם האחריות מכל העסקים על שניהם ל"ח מתנה בעלמא ואפשר דלא מירי כאן מאיסור רבית רק מהקנין ונ"מ כיון דאינו מקבל עליו בהחלט ליתן רק אם יהא ריוח הוי רק אבק רבית כמ"ש הש"ך יו"ד סימן קע"ז ס"ו סק"כ וא"כ כשנתנו לו א"י בדיינים משא"כ אי הוי אסמכת ודשלב"ל ונתן לו בטעות שלא ידע הדין מחויב להחזיר ומוציאין ממנו אף דבשאר דשלב"ל אי שמיט ואכיל לא מפקינין כאן שיש בו נדנוד איסור מפקינן כמבואר בהג"א פרק איזהו נשך דף ס"ו ע"ב או נ"מ במעות דמותר להלוותן בא"ר כגון מעות יתמי.

סעי' ה' זה מנה וזה מאתיים מעשה שהחזיקו כמה אנשים קרקע מהמלך ושילמו מכס כ"א לפי מדת הקרקע ולא פרעו בזמן הקצוב ונעשה הוצאה עליהם מהמלך בשוה על כל איש בין חייב מעט או רב ומפורעי המס היו שנים שלקחו החזקה מאחד ואחד מהם החזיק שלשה רביע והשני החזיק רביע ומחמת שבאו מכח אחד לא נחשב ההוצאה על שניהם רק כמו על אחד משאר החייבים ויש להסתפק איך ישלמו ההוצאה אם לפי הממון זה שלשה חלקים וזה רביע וכמו בשיירא שעמד עליהם גייס לטרפה ונתפשרו עמו דנותנין לפי הממון כדלקמן סימן ער"ב סט"ו או ל"ד לשם דמי שיש לו ממון יותר נהנה ע"י הפשר יותר וגם מסתמא הפשר לפי הממון משא"כ הכא חזינן דההוצאה נעשה בשוה הן על חוב רב הן על מעט ואין נהנין מההוצאה כלל ואלו הי' בעל השלשה חלקים משלם רק בעל הרביע הי' נשאר חייב הי' נעשה עליו כל אותו הוצאה נמצא חלק הרביע גרם ההיזק כמו השלשה חלקים וכמו בשנים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתיים דחולקין ההפסד וריוח בשוה מבואר בירושלמי הביאו ברא"ש פרק מי שהי' נשוי הטעם

די"ל ע"י עשרה דינרין סלקת פרקמטיא פירוש דרך קונה סחורה לקנות בממנה ואלמלא העשרה דינרין דילי לא היית יכול לקנותה עיי"ש וק"ו כאן משם דבסחורה מסתבר דמעות המרובה גורם ריוח או הפסד יותר ושמא הי' קונה במעות שלו לבד לפי ערך מעותיו ובעל העשרה דינרין ודאי לא הי' יכול לקנות רק לפי ערך ממונו והי' מפסיד או מרויח רק לפי המעות או נימא דשאני בסחורה דאפשר זולת חלק המועט לא הי' יכול לקנות ולא הי' הפסד או ריוח כלל ומסתבר לי דפורעין בשוה.

הפחת ביניהם בשוה שלשה שנשתתפו והי' הפסד ואחד עני או אלם והוציא המעות שהניח בשותפות והשני הוציא גם כן מעותיו שהניח בשותפות ואינו רוצה לסבול רק שליש מההפסד אין בדבריו כלום כדמוכח ממ"ש הסמ"ע וש"ך בסימן ע"ז ס"ד בשלשה שערבו בשביל אחר ולא פרע ואחד מהערבים ג"כ אין לו לפרוע וגבה המלוה חובו מאחד צריך השני להחזיר לו החצי כיון שנכנסו ערבים ביחד נשתתפו להפסד וכמ"ש בעה"ת שער מ"ד ח"ב וה"נ משתעבד כל שותף לסבול ההפסד בשוה עה חברו אפילו מה שיבוא ע"י אחד מהשותפין.

סעי' ו' לשלם מביתו לא עש"ך סקי"ג הביא דברי הב"ח ודבריו צל"ע בס"י שם עם מ"ש בס"ח ונלע"ד כונתו דאפילו אין ההפסד מכח מו"מ אם א"צ לשלם מביתו ההפסד לחצאין כשאין מעות שהניחו בעין רק קנו בעדם סחורה ונגנב או נשרף וכן נראה שהבין בו הש"ך אך בגאון צבי פירש דברי הב"ח דכל שנשאר קצה מעסק השותפות ולא נפסד הכל אפילו נשרף וכדומה שאינו מכח מו"מ נכלל בכלל הפסד מו"מ אפילו לשלם מביתו.

ונראה דאם פירשו למחצית שכר והפסד לכ"ע צריך לשלם מביתו וכן מצאתי במבי"ט ח"א סימן ר"ב שציין הש"ך לעיין בו וכתב שם אפילו אם הי' עני כשנשתתף והעסק גדול צריך לשלם ממה שיבוא לידו, אח"כ ובמל"מ פ"י משלוחין כתב לעיין בדרכי נועם ומצאתי שם בחחו"מ סכ"ח ג"כ כמ"ש אך הביא מתשובת רמב"ן ס"כ דאפילו התנו למחצית שכר והפסד דוקא אם נפסד מכח מו"מ או נאבד ונגנב צריך לשלם גם מביתו אבל כשנאנס א"צ לשלם מביתו עד שיפרשו דמקבל עליו מחצית הפסד גם מאונסין ואם לא פירשו לא מיחייב לשלם רק מממון המשותף המונח ביניהם עיי"ש ומשמע דאם נשאר מממון השותפות גם באונסין ההפסד למחצה לא לפי ערך הממון רק לענין לשלם מביתו צריך תנאי מפורש על אונסין ומביאור הגר"א ס"ק ל"ב מוכח ג"כ לפי טעמו אפילו התנו למחצית שכר והפסד א"צ לשלם מביתו אבל מממון המשותף משלם לחברו חצי ההפסד המגיע לחלקו אפילו באונסין ולא התנו בפירוש ואפילו לא התנו גם למחצית

הפסד מ"מ כיון דמדינא ההפסד למחצה ל"ש הפסד מכח מו"מ או אונס כל שא"צ לשלם מביתו ההפסד לחצאין וכן משמע מדברי הב"ח והדרכי נועם.

ואם אח"כ הוכרחו הגזלנין לשלם ושלמו מקצת נוטלין לפי ערך מעותיהן ואף שאם היה נשאר ממון בשותפות היה ההפסד כפי מה שהתנו מתחלה מ"מ אחר שנגזל הכל כבר נפטרו מלשלם מביתם ועתה שהחזירו הגזלנין נהי דשותפין נוטלין לפי מעותיהן אף שכבר נתייאשו לפי שמכח מעותיהן הושב מ"מ חשוב כממון המונח בביתם ולא כממון המשותף כן משמע בדרכי נועם עיי"ש ודו"ק.

ומשפט שלו' כתב דאם התנו שיתן כ"א מאתים בשותפות ונתן אחד רק מנה והשמיט עצמו ולא נתן יותר ואח"כ היה היזק רב ודאי צריך לשלם מביתו לכ"ע עיי"ש הנה אם הוזק מכח מו"מ יוקרא וזולא מסתברין דבריו אבל מכח אונס לא נראה כן לפמ"ש הב"ח וביאר דבריו הג"צ כמ"ש לעיל דכיון דמה שהונח בתוך השותפות נפסד הכל אין זה דרך מו"מ וגם לטעם הגר"א ולטעם הרמב"ן א"צ לשלם מביתו ודו"ק.

והנה המבי"ט כתב כיון דלא היו צריכין להתנות למחצית שכר והפסד דבלא"ה דינא הכי ע"כ אמרינן דהתנאי לשלם מביתו עיי"ש אמנם בשו"ת מהר"ם מינץ סע"ט כתב דאם כתב כת"י תעיד עלי כשני עדים כשרים לא אמרינן מדכתב מנה דל"צ ע"כ שלא יהא נאמן לומר פרעתי דאטו כ"ע דינא גמירי דלמא הוא סבר שיש בו תועלת ותה"ד בפסקים סר"א כתב דלשופרי דשטרא כתב וצ"ע ממ"ש בש"ע לעיל סימן ס"א סט"ו אמנם כאן בלא"ה י"ל לפמ"ש הרא"ש הובא בב"י דמחמת אומדנא דמוכח הוא למחצית שכר והפסד מדלא התנה בעל המאתים עם בעל המנה לחלוק לפי המעות א"כ לשלם מביתו תו ליכא אומדנא אבל כשהתנו למחצית שכר והפסד א"צ אומדנא דזה כולל אף לשלם מביתו ולפ"ז אפילו התנו שאחד יטול רק שליש וכה"ג נמי דינא הכי דישלם מביתו.

ואם נשתתפו שיתעסק כ"א לעצמו במעותיו והפסיד אחד נוטל מסחורה המשותפת שביד חברו כיון דלא נתנו המעות ביחד ע"כ עד"ז נשתתפו שישלם חברו ממה שבידו כמ"ש רדב"ז כה"ג אביאנו בסמוך.

מביתו לא ואם אחר שנשתתפו ואחד מתעסק לוה מגוי ברבית לצורך השותפות בידיעת שותפו כתב בחו"ד ריש סימן ק"ע דחייב לשלם מביתו ובשו"ת ד"ח ח"א חחו"מ סכ"ט חולק וכתב דפשוט שאם נפסד דא"צ השני לשלם מביתו דאינו לוה שלא לוה מעולם ע"כ העלה בכונת טו"ז יו"ד סימן ק"ע דאפילו לוה מעכו"ם ברבית בידיעת שותפו צריך חבירו ליתן חצי רבית עיי"ש ותמוה לי איך פשיט לו זה והלא מבואר בטוחו"מ לעיל סימן ע"ז דעת רמב"ם ורמב"ן דאם שותף אחד לוה לצורך שותפות נעשה גם חברו לוה

וגובה המלוה ממנו חלקו דשותף הוי כשליח וגם הרא"ש שם שחולק אין מבואר בו דמיירי דלוה בידיעת שותפו ובא המעות לשותפות עיי"ש בש"ך וטו"ז ונתיבות ואפילו ת"ל דלרא"ש אינו כלוה מ"מ כיון דהוי רבית קצוצה כמ"ש טו"ז שם הוי ספק איסור דאורייתא עש"ך יו"ד ס"ס קע"ז ול"ל כיון דלרמב"ם ורמב"ן הוי שותף השני לוה ויכול המלוה לגבות הימינו מותר ליתן רבית דנותן לגוי ולא לחברו דזה אינו כיון דהגוי אינו מכיר רק הלוה ממנו ובתריה לבד אזיל אף דשותף זה הלך בשליחות השני אסור וכמבואר בטו"ז שם ובסימן קס"ט סי"ז ול"ל כיון דלוה מגוי דאינו בר שליחות וצריך שליחות של בעל הממון והמעות לא הגיע ליד שותף שני לא נעשה לוה על המעות דהא גם במלוה ישראל כשלא הודיעו הלוה שהוא שליח לא עשאו המלוה שליח ומ"מ מיד שבא המעות ליד הלוה אף שלא נתנו לשותפות כלל מ"מ שותף שני נתחייב תכף בחלקו כיון דבאמת הלך בשליחותו והמשלח חייב בעשיית השליח אפילו לא הודיעו למלוה שהוא שליח כמבואר בנתיבות סימן ע"ז סק"ד.

ומ"מ צ"ע כיון דצריך שליחות של בעל הממון איך נימא דשותף הוי כשלוחו של השני ומיד שבא המעות ליד לוה נתחייב השני ובנתיבות סימן קפ"ח ס"א כתב דשליח לוקח מהני דמשלח עשאו בעל הממון על ממונו משא"כ במתנה צריך שיעשנו הנותן שליח וא"כ הלואה הוי כמתנה ואפשר להתחייב באחריות שאני דהא באומר לאחד צא בטוב וגנב לולא דאשלד"ע היה המשלח חייב משעה שגנב השליח ובשותפין חייב באמת עיין פ"ק דב"מ דף ח' ברש"י ותוס' ואיך יועיל הגבהת שליח הא ליכא שליחות של בעל הממון וצ"ל כמו אם גונב מעצמו אף דא"א לקנות בלא דעת בעל הממון מ"מ באחריות מחויב ה"נ נעשה שליח שלא מדעתו וה"נ בהלואה לענין חיוב אחריות מתחייב שלא מדעת בעל הממון.

ועוד מבואר בנ"י פ"ק דב"מ והובא בכתובות סימן ק"ה דאם זכי נמי לנפשו זכי גם לחברו ואין צריך להיות שלוחו של בעל הממון.

ברדב"ז החדשות סק"ב כתב ראובן שלקח בית מטבע מהמלך ונכתב על שמו ואח"ז נשתתף עמו שמעון ולא נתנו בכיס כלום ממעותיהם רק נו"נ בממון המלך והוציא ראובן אח"כ הוצאות והיה הפסד וטוען שמעון שאינו מאמין לראובן על ההוצאות אפילו בשבועה ועוד טען שהרויח ראובן במו"מ אחר שהיה תלוי בזה השותפות ושייך הריוח לשותפות וראובן טוען שהוא עסק אחר לגמרי והשיב דדוקא אם נשתתפו במעותיהם א"נ לחייב שותפו מביתו משא"כ בזה עד"ז נכנסו לשלם מביתם ומה שטוען שמעון דהרויח ראובן הוי כטוען אתה חייב לי ממקום אחר וישבע ראובן ויטול את"ד ויש להבין

להימן שמעון דיש לו נגד ההיזק מריוח שהרויח ראובן במגו דפרעתיך כיון דאינו רק חיוב בע"פ וכדלעיל סימן ע"ה ס"ז וצ"ל דאפילו היה טוען שמעון שפרע לו לא היה מהימן כיון דאין החיוב נודע לכל ומי יימר דמחייבו ליה רבנן כדאיתא בפ"ק דב"ב דף ה' ע"ב ולעיל סימן קנ"ז סי"א ומ"מ צ"ע דהתם גוף הדין אין ידוע אם חייב משא"כ כאן דעד"ז נכנסו והוי כ"ש מלעיל סימן קנ"ז סי"ב בהג"ה שאם נתרצה תחלה בהגבהה נאמן לומר שנתן לו חלקו כ"ש כאן דנכנס ע"ד לשלם מביתו אלא דאין ידוע הדין אם נאמן להוציא בשבועה מ"מ היינו באינו מאמינו ויכול שמעון לומר האמנתיו ופרעתיו כיון דלא היה ספק בלבי שישקר לא רציתי לגוזלו וא"כ ה"נ ליהמן דיש לי בידך כנגדו במגו דפרעתיך וישבע היסת ויפטר ועיין לקמן סימן שע"ה ס"ט אף היכא דא"ל ליתן עד שישבע נאמן לומר נתתי אף די"ל מי יימר דמשתבע וכדאיתא בשבועות דף ל"ב ע"ב מ"מ י"ל היה נאמן אצלי ולא רציתי לעכב עד שישבע ה"נ אף דאין ידוע אם נאמן אפילו בשבועה מ"מ אם מהימן לו גזל הוא בידו וכדאיתא בקידושין דף ס"ו אי מהימן לך זיל אפקה.

סעי' ז' בהג"ה כב' שהטילו לכיס בקצו"ח דחה זה דלא זכה בגוף הדמים רק יכול לשלם לו מביתו ובנתיבות כתב דלא גרע מאמר לו קנה אף בלא נתן כלום ומשפט שלום תמה דא"כ ל"ל לרשב"ץ דהוי כשנים שהטילו לכיס דבלא"ה קנה גם בלא הי' לו בלום ע"כ ולק"מ דה"א דכאן גרע דבשלמא בלא הי' לו כלום א"כ כשא"ל קנה ואשתתף עמך ודאי למחצה דאיזה גבול אחר תתן משא"כ זה היה לו שליש וכונתו שיקנה לשותפות מחמת זה י"ל גבול שיהא שותף לפי מעותיו קמ"ל רשב"ץ דהוי למחצה כשנים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתיים אך דברי רמ"א קשיין ונראה דקנו ביחד סתם ולא פרשו שיהיו שותפין רק מחמת שיש לו שליש בריוח שגבו סתמא אדעתא שיהו שותפין וגם דעת ראובן סתמא כן היה אף דהוי דשלב"ל ויכול לחזור מליתן מגוף הדמים שגבה אין לו לחזור כי היכא דליקו בהימנותיה ודאי לא חזר כמ"ש תוס' פא"נ דף ס"ז סד"ה התם ומ"ש אבל אם ראובן הוא הקונה שפירש שקונה לעצמו או שנראה מהענין כן והב"י ג"כ ודאי לא פליג בקנו בפירוש לשותפות.

שנשתתפו להלוות מעשה ששלח ראובן את שמעון לקנות לו חטים והלך לעיר אחרת על השוק ופגע בלוי ושאלו אודות חטים וא"ל יש אצל פלוני ופסקתי עמו הדמים וא"ל שמעון אלך ואקנה אותם ונהי' שותפים והלך ונתן ערבון בעדו ובעד לוי ואמר למוכר שבשבוע שניה יקחם ובתוך כך נתקלקל מסילת הברזל זמן מה ואח"כ הלך שמעון ליקח החטים ולא רצה המוכר ליתן מחמת שעבר המועד ולא פרע המעות ועתה נתייקרו חטים

ונתפשר שמעון עמו והוסיף לו קצת אבל לא כשער היוקר ולא רצה שמעון לחלוק עם לוי כי לא נתן לו מעות כלל על המקח וגם טוען כי הוה מקח חדש.

נ"ל דמחויב ליתן ללוי חלקו כיון שמתחלה נתן הערבון לקנות לשניהם הוי לוי שותף כ"ז שלא אמר בפירש שאינו רוצה ליתן לו מעות כמבואר כאן ואי כיון דעבר המועד נתבטל המקח הא נתפייס המוכר ומחל התנאי נתקיים המקח למפרע וכמ"ש הב"ש בסימן ל"ח סקנ"ז דבתנאי ממון אפילו הקפיד כששמע מהני מה שמוחל אח"כ דהוי כנתקיים התנאי ואפילו לפמ"ש הנתיבות בסימן רמ"א סי"ב דאפשר דהב"ש מיירי כשהקפיד תו"ז של קיום התנאי והכא הקפיד אחר הזמן כיון דנתקלקל מסילת הברזל הוי אנוס קצת דאם יביא החטים בעגלות יהא ההוצאה יתירה על השבח וכיון שלא תלה המקח בתנאי גמור בהזמן ועבר באונס לא נתבטל המקח וכמ"ש ש"ך לעיל סימן כ"א ול"ל דנתינת מעות הוי כתלה בעיקר הדבר וכמ"ש ח"צ ס"ד בתנאי בשותפון שיניח ממון בשותפות ולא הניח דבטל השותפות ולא דמי למ"ש רמ"א בסט"ז דאם עבר על תנאו א"י לחלוק אלא משלם מה שהפסיד דזהו דוקא בדבר שאין עיקר השותפות תלוי בו הובא במשפט שלום סט"ו דשאני הכא דבשלמא בנשתתפו לישא וליתן במעות שיתנו בשותפות הרי עיקר השותפות תלוי בנתינת המעות וכיון שלא נתן אין חברו מחויב ליתן לו חלק בריוח שהרוויחו מעותיו אבל במכירה והתנו לשלם הסחורה בזמן פלוני אין עיקר המכירה תלוי דוקא בזה הזמן וכמו בעבר הזמן שקבעו בשידוכין אף דנשתדכו שישאו זא"ז מ"מ אינו תלוי בזמן שקבעו ועוד כיון דההתנה לוקח טובת המוכר הוי רק פטומי מילי כדלקמן ריש סימן ר"ז ועוד דלשון הב"ש לא משמע כלל כנתיבות.

ועוד כיון דנתפשרו עכשיו מחמת המקח ראשון ועדיין לא לקח ממנו כיוקרא של עכשיו סתמא אדעת מקח ראשון נתפשרו דכל מגמת המוכר דלא לשוויה נפשיה הדרנא לכן הוזיל מכפי השער של עכשיו או דעביד אינש דזבין דיניה כדאיתא בפחז"ה דף למ"ד ע"ב וא"כ סתמא דעתו אמקח ראשון שישאר כמו שהיה ואז לוי ג"כ היה שותף ועיין לקמן סימן של"ג ס"ח וביד אפרים יו"ד סימן קע"ז כה"ג ואף דנתן שמעון כל המעות סתמא בשביל לוי נתן ג"כ כמו שנתן הערבון ועוד דכן דרך השותפין לפרוע בשביל חבריהם וחוזרים להם ופורעים לכן אף בסתמא אמרינן ודאי שליחות דכולהו עביד כמבואר בתשובת מהר"ם שבמרדכי פרק היה נשוי מריה דהאי דינא דהג"ה ועוד זה דומה למ"ש רדב"ז ח"מ סימן ת"ס כיון דלא נתנו לשמעון רק מכח הפשרה וכפי התביעה כן הפשרה ולא גדלה הפשרה של שמעון אלא מפני שגם חלקו של ראובן היה בכלל תביעתו לכן ראוי שיהא לראובן חלק בהפשרה הובא במשפט שלום סכ"ח.

אמנם כיון דשמעון רק שליח ואפילו קנה לעצמו במעות ראובן המקח של ראובן כדלקמן סימן קפ"ג ס"ג ואפילו נתן בפירוש גם בשביל לוי אין לו חלק אך נלע"ד כיון שכתב מהר"ם דזה דרך השותפין לפרוע בשביל חבריהם וחוזרים להם ופורעים א"כ לא הוי משנה ממנהג וכמו אם הקיף דבר שדרכו בהקפה תמיד כדלקמן ס"י וגם לא האמין הסחורה ביד לוי עיי"ש בטו"ז והיה לשליח רשות לעשות זה הוי דינא כעושה בשלו כדלקמן ס"י ועיין ב"ש א"ע סימן ל"ה ס"ט ס"ק כ"א כשמקדש השליח האשה לעצמו במעות המשלח אם יש קפידא בחליפי המעות הוי גזל בידו אבל דבר שאין קפידא ויש לשליח להחליף לא הוי גזל ועיין לקמן סימן קפ"ג ס"ד בסמ"ע ס"ק י"א ונתיבות שם.

סעי' ח' להתעסק ביחד כתב בד"ג כלל צ"ח סמ"ה שותפון שקנו מרגליות על השוק ולקחם שמעון לכיסו ונסעו לביתם ובדרך נאבדו ממנו עיין ח"ס דחייב בכל ההפסד את"ד ד"ג והנה בחו"מ כאן מבואר דאם התחילו כולם להתעסק ביחד אף שאח"כ נתעסק אחד לבדו הוי שמירה בבעלים ובשו"ת רשד"ם סימן קס"ו הובא בד"ג כצ"ט ס"ד כתב כיון שהתחילו שניהם להתעסק יחד בקניית העורות הוי שמירה בבעלים עיי"ש וא"כ ה"נ התעסקו תחלה יחד בקניית המרגליות אך בח"ס שם מבואר דתחלה בשעת קניה לקחם ראובן לכיסו ואח"ז מה לקחם שמעון ממנו ובזה יפה כתב דל"ה לגבי שמעון ש"ב דעשה משיכה חדשה אחר שכבר נפסק התעסקם בקניית המרגליות אבל מי שמשך ראשונה מן המוכר כשנתעסקו כולם בקניית הסחורה ולא נגמר הקנין בפרעון דמי הסחורה מכל השותפין עד אחר המשיכה זה הוי שמירה בבעלים והך דרשד"ם הייני שגם אחר קניית העורות התעסקו לקנות עוד עורות או דשמרו תחלה העורות ביחד כמבואר שם.

דשמירה בבעלים הוא ואם מכר אחד מהשותפין וטעה בחשבון ונתן יותר או לקח וטעה בחשבון המעות יל"ע דלכאורה מזיק ממש הוא וחייב בשוגג וש"ב אינו פוטר מזיק אך במח"א בהלכות שומרים סל"ט הביא מן ר"פ בעל תוס' דהיכא דצריך להטפל במלאכתו ונתעסק ברשות אפילו הזיק בידים ל"ח מזיק ואם הוי שמירה בבעלים פטור אך בהלכות נזקי ממון ס"ה בהג"ה שבמח"א שם מבואר דבמחלוקת שנויה וגם המח"א הביא שם מהמניח דל"ב דמזיק אשתו בתשה"מ דחייב והתם לאו מדין שומר אלא מדין מזיק.

הג"ה חלקו השותפות טו"ז הקשה ממ"נ אם הך שמירה שייכה לשמירה שהתחילה הוי ש"ב וא"ל ל"ה ש"ש ובשו"ת אבקת רוכל סימן קס"ח הביא דברי מהרי"ק שהביא רמ"א כאן והעלה דכשחלקו השותפות בדיבור בעלמא משתנה מש"ש לש"ח ומ"מ לענין שמירה בבעלים לא משתנה עד שיעשה משיכה חדשה והוא כמ"ש בנתיבות.

סעי' י' התנו בתחלה אם התנו שכל דבריהם יהא נפסק עפ"י הרוב צריך רוב מתוך כולם אבל שלא בפני המועט לא ואפילו במעמד כולם אין יכולין לכוף היחיד בדבר שאינו נוגע להם אלא לו לבדו לגרוע כוחו דנעשו כולם נוגעים בדבר מהרי"ט ח"א סימן צ"ה. סעי' **י"א** וקנה שעורים וצ"ע אם סייע לו במכירתם לפמ"ש הסמ"ע דצריך שיסכים בפירוש אבל בשתיקה לא אמרינן בזה דשתיקה כהודאה עיי"ש ס"ק ל"ד ובירושלמי פחז"ה ה"י הפותח חלון בכותל חצרו במעמד חברו היה מושיט לו צרורות י"ל לו מנחך הוינא בהאי גברא וכן פסק בשו"ת מהר"ח א"ז סימן רמ"ג כל שאינו טוען שמחל לו בפירוש אין בדבריו כלום אעפ"י שסייעו בבנין כדאמר בירושלמי הנ"ל ואע"ג דלעיל סימן קנ"ה סל"ה פסק דאם סייע עמו זכה הייני משום דס"ל דשתיקה לבד נמי מהני התם אבל הכא לסמ"ע דשתיקה ל"מ גם סייע ל"מ ואפילו בלא טענת מגחך כיון דהריוח לאמצע י"ל לפיכך סייעו במכירה שמא יהא ריוח משא"כ בהסכים בפירוש כל שלא אמר שאינו מסכים רק אם ירויח הוי דברים שבלב ולא מהני נגד דברי פיו אכן בד"מ סימן זה סק"ח כתב דאע"ג דשיתוף ששינה אם פחת פחת לו ואם הרויח הרויח לאמצע הייני בהפסד שאירע קודם שנתרצה למה שעשה אבל אם לקחו בריוח כבר נתרצה למה שעשה ולכן אם יהא הפסד צריך לסייע בהפסד עיי"ש וכן משמע בהג"ה ס"ב אבל בשו"ת מעיל לדקה חולק עליו וכתב בסימן ט"ו דמה שנטל חלק בריוח אין זה רציון למעשיו כיון דמן הדין יש לו חלק בריוח ועוד אפשר כאן גם ד"מ יודה כיון דהשעורים במעותיו סייע במכירתן להוציא מעותיו חיש מהר ואינו רוצה לא הן ולא שכרן.

בהג"ה ראובן שהלך ופטור עש"ך ס"ק כ"ה דהיכא דיש לשמעון עדות שעדיין חייבים לו חובות הללו אע"ג דל"ל עדות שראובן פטרן אין ראובן נאמן לומר ברשותך פטורתי במגו דאי בעי אמר לא פטרתי דהוי מגו במקום חזקה דאנן סהדי דאין אדם מפסיד את שלו בידים וכל רואיו ישתומם דמ"ש מהא דלעיל סימן ע"ה ס"ז דלוה נאמן לומר מחלת לי במגו דלהד"ם או פרעתי ואפשר שא"ה כיון דלוה יכול לכפור אפשר מש"ה מחל המלוה דבלא"ה היה כמתייאש בראיתו שאין הלוה רוצה לפרוע והברירה בידו לכפור לכן לא אלים החזקה כל כך לדחות המגו.

סעי' י"ב וכן אם קנה גנבה וחלק עם חברו בד"מ הקשה ממ"ש הרשב"א שבב"י סימן קע"ז דאם אמר לו גנוב אף שנהנה מהגנבה א"צ ליתן חלק בהפסד דאשלד"ע ולע"ד שאני בקנה גנבה דאינו ד"ע עיין לעיל סימן ל"ד ס"ז ובקצו"ח שם לכן אף דלא שלחו מ"מ בשותף דהוא כשליח אמרינן הוכיח סע"ת וזכה בתורת שליחות כמ"ש בארח לצדיק ס"ה משא"כ בשלחו לגנוב דאשלד"ע אף דשלחו לכך ועוד בב"ז מיירי דנגנבה מכותי

דאינו מחויב בהשבה עיין נה"מ סימן שמ"ח ואף למ"ש הב"ש בא"ע סכ"ח סק"ה דיש איסור דרבנן גם בלוקח מ"מ י"ל דס"ל יש שליח לד"ע דרבנן ועיין ש"ת ד"ח ת"ר סימן כ"ז. **וחלק** עם חברו ואם אח"כ רוצה שיחזור לו שטעה בדין דכסבור שצריך לחלוק כתב מהריב"ל דאמרינן ודאי במתנה נתן ולא תלינן בטעות בדין וחלקו עליו דודאי י"ל כ"ע ל"ד גמירי מפרט בדבר שיש בו פלוגתא עיין משפט שלום ולע"ד כיון דמבואר בפ"ק דב"ב למעלה מד"א בחזקת שלא נתן אף דגילה דעתו דניחא לו ומשום דמי יימר דמחייבו לו רבנן א"כ כ"ש כשיש פלוגתא לא יתן בתורת חיוב בלא ב"ד נהי דטעה בדין מ"מ כל שאין הדין פשוט חזקה שאינו נותן עד דמחייבו לו רבנן ודאי נתן בתורת מתנה.

סעי' י"ד בהג"ה אם מכרה קודם זמנה עיין ב"ש ס"ס פ"ו בשם ב"ה דאם מכר אחד בלא ידיעת שותפו א"צ הלוקח להחזיר הסחורה וכ"כ הש"ך לעיל סימן ע"ז להוכיח מכאן והסביר דהוי כהתנה בין לתיקון בין לעיוות ותומים שם ובית מאיר סימן פ"ו גמגמו בסברא זאת לכן נראה דמסתיין כשלוקח מוחזק דא"צ להחזיר משא"כ כשקנה באיזה קנין ולא בא הסחורה לידו א"א להוציא כשהשותף שני מוחה דבאומדנא חלושה כזאת א"א להוציא כשמכר קודם זמנה וכדומה שעשה פשיעה וז"ל רש"י ס"פ כל הגט דף ל"א ע"ב בד"ה לשותפין שאין האחד יכול למכור שלא מדעת חבירו חוץ לפרקים הללו אבל בפרקים הללו א"צ לימלך ואם מכר ונתייקר השער לאח"ז אין עליו כלום עכ"ל מדלא כתב שאינו רשאי למכור רק אינו יכול משמע דלא הועיל מכירתו וגם מדלא אמר ברישא היפוכו דסיפא שאם מכר ונתייקר חייב לשלם משמע משום דבטלה המכירה וסתמא נודע לשותפו קודם שנאכל וראיית הב"מ מנתן מעות לקנות חטים וקנה שעורים יש לדחות דשאני במכר לפני זמן דשינה מנהג העולם והוי ללוקח להעלות על הדעת שמא לא יתרצה שותפו משא"כ בחטין ושעורין מנ"ל ללוקח על מה נשלח וחכם אחד ר"ל בשותפין שקנו אילנות לקצוץ מיער ונכתב השטר על שם אחד מהן וזמן מכירות האילנות לעצים בחורף וקדם ומכרן בקיץ זה שהשטר על שמו דלכ"ע מהני מכירתו בלא דעת חבירו מדכתב רמ"א לעיל סימן ע"ז ס"ז במחל אחד מהשותפין כל החוב אין כולו מחול אפילו שניהם כותבים בשטר משמע שאם אחד לבד כתוב בשטר ומחל כולו מהני והשבתי לו דשאני התם דמבואר בשו"ת רשב"א אלף קל"ז דיכול לומר לשני שלא נכתב בשטר לא נתחייבתי לך כלום כדאיתא לעיל סימן ע"ז ס"י ויכול הלוה לטעון לא הי' רצוני להתחייב לך שחברך נוח לי ושניהם רצו שלא יתחייב אלא למי שהשטר על שמו עיי"ש ברשב"א ולפ"ז נראה דאפילו השני צווח בשעת מחילה איני רוצה שתמחול אין משגיחין בו נגד הלוה רק יש לו חלקו אצל השותף והוי כנתחייב לוה לזה הכתוב

בשטר והוא נתחייב לשותפו חצי החוב אבל אם קנה ראובן חפץ או קרקע בשטר ונכתב על שמו ושמעון נתן לו חצי המעות דקנוי חציו היעלה על הדעת שיוכל ראובן למכור כולו בע"כ דשמעון משום דהשטר על שמו והרי שמעון יש לו קנין בגוף החפץ ובחוב נמי מוכר שט"ח לחבירו כולו או חציו יכול אח"כ למחול ללוה בע"כ דלוקח ולאחר ודאי אינו יכול למכור מה שמכר כבר לזה.

הוי פשיעה וחייב ואם עיכב ולמכרה בזמנה והוזלה פטור ואף אם מכרה אח"כ בלא ידיעת חבירו כשער הזול מ"מ פטור דל"ד להא דסימן שס"ג ס"ב דאם נשרפה הגזלה אחר שנאסרה בהנאה חייב לשלם דמי' כשעת הגזלה דשא"ה דהחיוב הוא משעת הגזלה משא"כ הכא שאינו אלא שומר נהי שפשע הוי היזק שא"נ ולאו שמי' היזק את"ד השעמ"ש סק"ד ואשתמיטתי' ש"ס ערוך במרובה דף ע"א ע"ב כגון שמסרו לשומר וכו' והוכיח משם המלחמות בפרק שור שנגח דו"ה בד"ה ועוד דכ"ע דשומר שפשע ונאסר הפקדון בהנאה אינו פטור רק כשהחזירו לבעלים אף דהוי היזק שא"נ צ"ל הש"ל אלא כשמכרו בעוד השותפות קיימת י"ל כיון דשותפים כשלוחים וכמ"ש הש"ך לעיל סימן ע"ז ססקי"ט דלגבי אחרים כל מה ששותף אחד עושה כאלו שניהם עושים א"כ כשמכר חלק חברו זהו חזרתו כאלו חבירו לקחה ובעצמו מכרו דאף ששינה ופשע תוך זמן שותפות לא נתבטל השותפות כמ"ש בהג"ה סט"ו ובאס"ז פרק הכונס דף נ"ו ע"ב ס"ד כשעמ"ש ושוב חזר בו מכח הך דמרובה.

ואם רבית אוכלת בהם מחמת עיכוב מכירת הסחורה עיין רשד"ם שאלה קע"ט לחייב המעכב אך שם אינו מבואר אם יש לו טענה שעיכב לטובת השותפות שמא תתייקר.

סעי' ט"ו זמן קצוב בטור מייתי פלוגתא בזה ובזכל"א הביא מתשובות די"ל קי"ל וצ"ע לפמ"ש תומים ונה"מ בקונטרס התפיסה דדבר שסתמו המחבר ורמ"א א"י לומר קי"ל.

ומעשה באחד שהחזיק חנות שהי' בה אומנות הצריך לזה הסחורה ונשתתף עם אחר בל למד האומנות ומחמת כן נתן האחר המעות וראשון חשש שאחר שהשני ילמוד האומנות יחלוק לכן התנה שימשוך השותפות ג"ש ובכלות שנה שלמד השני האומנות רצה לחלוק בזה לע"ד כ"ע מודו דא"י לחלוק דהוי בנתחייב בשכירות דאל"כ לקתה מדה"ד שזה לא רצה ללמדו אומנות רק מחמת שחישב ששכרו עמו שיהא עמו בשותפות ג"ש ועיין לקמן סימן של"ג ס"ג ודו"ק ומהרי"ק שרש קפ"א סוף אות ב' כתב ג"כ בכה"ג א"צ קנין ומתחייב מדין ערב כיון דסמך עליו והימני' ללמדו תחלה משום רווחא שלאחר כך.

ואם נתרצו לחלוק ואח"כ חזר בו אחד נראה דכ"ע מודו דא"י לעכב מלחלוק דהוי מחילה וסילוק שעבוד בעלמא דסגי בדיבור וכפועל שא"ל בעה"ב תו"ז לך מעמדי ואעפ"י שקיבל

כל השכירות א"צ להחזיר כלום כדלקמן ס"ס של"ג וכן בשכירות בית אם א"ל המשכיר לשוכר שיפנה לו הבית מועיל בלא קנין וכמ"ש מהרי"ט צהלין הובא בבאה"ט לקמן סימן שי"ב סק"א וכה"ג כתב בשעמ"ש סימן שט"ו דבמחילת שיעבוד מהני דיבור לבד אמנם מ"ש דלפיכך במשכנתא באתרא דלא מסלקי ואמר מסתליקנא דצריך קנין משום דלא סילק א"ע מהשתא רק אמר אם תתן לי המעות אסתלק לא גרע משאר תנאי דכ"ז שלא נתקיים יכול לחזור עיי"ש ודאי כשאמר אם הדין עמו אבל דרך תנאי לבד כל תנאי חשוב כמעכשיו וע"מ כמ"ש נה"מ סימן רמ"א ותו"ג סימן קמ"ג דכשאמר בלשון על תנאי או שיש אומדנא שמקפיד דהוי כתנאי בסתם ודאי כונתו על מעכשיו עיי"ש וא"כ ה"נ במשכנתא דאמר מסתליקנא אף דודאי הכונה כשיחזיר לו המעות מ"מ כיון דלא אמר לשון אם הוי כמעכשיו אלא די"ל שאני משכנתא דלפני החזרת המעות ודאי אין דעתו להסתלק דכל עיקר המשכנתא נעשית בעד המתנת המעות וא"כ לכ"ע הוי כתנאי אם ועיין נתיבות סעי' מ"א סימן זה דחלוקת שותפין א"צ תנין אמנם מהרשד"ם סימן ס"ט כתב אעפ"י שהסכימו לחלוק תו"ז יכול כ"א לחזור ולעכב מלחלוק והשותפות במקומו עומד ולא הביא ראי' ונראה דאזיל לשיטתו שכתב בסימן רמ"ה כשאמר משכיר לשוכר שיצא מהבית צריך קנין והרי גם משכיר אין לו על השוכר רק חיוב ושיעבוד שידור בביתו וישלם לו שכירות שוב כשיצאו לאור ספר פ"ת ומשפט שלו' ראיתי שהביאו מהרדב"ז כמ"ש עיין פ"ת סקי"ב ומשפט שלו' סעי' זה ומה שהקשה במשפט שלו' מסימן קנ"ז ס"ב דגבי חלוקת קרקע בעי קנין וה"נ לענין חלוקת סחורת עצמה ליבעי קנין י"ל עפימ"ש נ"י בפרק המקבל הובא כאן בב"י דשותפין שנשתתפו לזמן יכולין לחזור תו"ז כפועל דיכול לחזור ואם הוא אינו משתעבד נכסוהי לא משתעבדי דטפי מכחו לא משתעבדי עכ"ל ר"ל כיון דהסחורת או המעות יש בו חלוקה מעיקרא לא הקנהו לשותפות רק כ"ז שיהא גופו משתעבד דודאי לא רצה שישתעבד ממונו לשני אם יסולק גופו מלהתעסק בשותפות לכן כיון דכלתה שעבוד גופו משום דפועל יכול לחזור ממילא נמי כלתה השיעבוד הממון המונח בשותפות וכיון דיש בו דין חלוקה יכול לכוף לשני לחלוק וא"כ נהי דאנן קי"ל דשותף אינו כפועל מ"מ כשמחל חבירו שיעבוד גופו ממילא יכול לכופו על חלוקת הסחורת כיון שיש בו דין חלוקה ואח"כ ראיתי בשו"ת ב"ח ישנות סכ"א כתב ממש כמ"ש הדין והטעם רק הקשה מס"פ החובל דאם אמר לשומר שבר כדי ושיבר חייב והוכיחו מזה המרדכי דאם מלוה אמר ללוה יהיו המעות בידך למחצית שכר ונאנסו חייב דאין המעשה משתנה בחליפות דברים לבד ותירץ דהתם הלוה לא עשה עמו מעמד גמור רק המלוה אמר כך דיבור בעלמא מצי למימר אנא פטומי מילי

בעלמא קאמרי משא"כ היכא דעשו מעמד ע"י פשרנים עיי"ש ולפמ"ש לעיל ס"א בהג"ה לק"מ דהתם משום שלא פירש שיפטר.

ומ"מ נהי דיכול לכוף חבירו שיחלוק אם חלק עפ"י שומת שלשה או אפילו מדעת חבירו ושני החלקים אינם ברשות שום שותף לא קנה עדיין שום אחד ואם אירע הפסד או ריוח בחלק אחד כ"א יכול לחזור דבשלמא לענין לכוף לחלוק א"צ רק מחילת שיעבוד שנשתעבדו זל"ז עד איזה זמן אבל לקנות גוף הסחורה א"א רק ע"י קנין או ע"י רשותו ובשו'מ רביעאה ח"ג סנ"ו הוכיח דא"צ קנין מב"מ דף ס"ט בהך דזבין חמרא בהדי שותף ופלג בלא דעתו וא"ל ר"פ מאן פליג לך ומשום דצריך שומא הרי אף דלא הי' קנין ובלא דעת חבירו מהני זולת חסרון השומא עיי"ש וליתא דהתם בא לרשותו וכיון דאינו תו"ז ויכול לכוף חבירו לחלוק א"צ דעת חבירו ועביד דינא לנפשו וכמ"ש ר"ת הובא בנ"י וקצו"ח סימן צ"ז סק"ג בגביית חוב אבל מ"מ לא עדיף מממון שאין לו בעלים דלא יקנה עד שיגביהנו או ע"י חצרו וא"כ אם מונח ברשות של שניהם או ברשות אחר צריך קנין ומ"ש השו"מ דהב"ח שם כתב דא"צ קנין ליתא דלא כתב רק לענין לכוף לחלוק אבל לא כשחלקו שיהא נקנת לכל אחד חלק שביררו.

וא"י לחלוק כתב בד"ג כצ"ח סמ"ח ראובן לקח עסק מהמלך על ג"ש ואח"כ עשה שטר עם שמעון שהוא שותף עמו בעסק זה לחצאין ואחר עבור שנת אחת קמו אחרים להוסיף בדמים על העסק ואמר שמעון לראובן אם יוסיפו עליך תניח העסק ולא תקח אותו בתוס' וכן הי' שהניחו ראובן ונכתב בפנקס המלך על המוסיף ואח"כ בא ראובן ולקח העסק מהאחר באותה הוספה ונכתב אצל המלך שראובן חזר ולקחה בהוספה הנ"ל מזה שהוסיף ואח"כ תבע ראובן משמעון חצי תפסד שהי' בהעסק ושמעון השיב הלא אמרתי לך להניחו עיין במבי"ט ח"א סימן קכ"ו שפסק דשמעון הוא שותף להפסד לפי ערך שכירות הראשון כיון שנשתתפו לג"ש לא נתבטל שותפותם בזה שחזר ראובן ולקח העסק מיד האחר כי הרשות הי' ביד ראובן שלא להניח העסק לאחר בתוך הזמן עכ"ל ד"ג והמעיין במבי"ט יראה מבואר דאין זה פנים חדשות כיון שביד ראובן הי' ליקח העסק מהאחר באותו תוספת ורצה שיחזרו לו בלא תוספת או יפחתו לו מן התוספת מאחר שבטוח יותר מהאחר וע"כ לא אמרינן נמי כיון שקבלה רק אחר זמן ולא תכף שנכתבה על האחר נתרצה בחלוקת השותפות עיי"ש משמע להדיא דהאחר שהוסיף לא הי' יכול לעכב ולהחזירה לו ולא ברצונו החזירה רק שר המלך החזירה לו מחמת שבטוח יותר אבל אם הי' באופן שהי' האחר יכול לעכב ולהחזירה רק נמלך אח"כ והחזירה מרצונו הדין עם שמעון משני טעמים חדא דכבר נתבטל שותפות ראשון דפנים חדשות באו כאן

ועוד שראובן גופא כיון שראה שנכתב על שם האחר ולא הוסיף הרי נתרצה לשמעון שיתבטל השותפות וכן מוכח מראיות שהביא הצ"צ שאלה ט"ז על נידון שאלתו והובא בשו"מ תליתאה ח"ג תשובה זיי"ן ועוד כיון דא"י להוציאה בדיינין מיד המוסיף אסחו דעתייהו וכמ"ש תה"ד סימן ש"י ועיין נתיבות בסוף קונטרס התפיסה.

סעי' ט"ז סתם ואם נשבע לחבירו להיות שותף עמו כיון שנשתתף עמו זמן מת יצא שבועתו דכ"ד שהוא בקו"ע לא משמע לעולם וכ"כ פ"ז מה"א מח"א ס"ו משבועות הובא בהשמטות יד אברהם ליו"ד סימן רי"ט וחלק עליו מדאמרינן פ"ק דנדרים ד' ע"ב דאי לאו היקשא ה"א דוקא בנדרים מיפר בעל משום דלית להו קיצותא והא משכחת נדר בקו"ע כגון שתרחץ במי משרה כדאיתא בנדרים דף פ' ע"ב ולאו ראי' הוא דלטעמי' נמי הא בנדר בפירש לזמן ג"כ מיפר בעל אע"כ דאי לאו דהוקש נזירות לנדרים ה"א דגם נדרים רק בסתם נדר דלית לו קיצותא אמרה תורת דמיפר וה"נ ה"א דלא מיפר רק בנדר בשוא"ת דלאסור איסר כתיב וקו"ע אינו איסור רק חיוב רק אחר דיליף מהיקש דגם בנזירות מיפר ש"מ אף דיש קיצותא מיפר וצ"ע דה"ה שם כ"כ בשם הרשב"א וב"י א"ע סימן קי"ד הביא בשם רשב"א דגם חיוב לזון לעולם משמע.

סעי' ח"י ואם חלק בפחות משלשת לא עשה כלום הג"ה ואם הפסיד אח"כ בחלקו הוא יכול לבטל החלוקה טור וי"ח שם בשם י"א עכ"ל הנה בטור מבואר טעם הי"א דחבירו לא יערער על חלוקתו והוא בעצמו א"י לערער ולבטל חלוקה שחלק הוא עכ"ל ולפ"ז כשנודע לחבירו קודם שבא ההפסד וערער על החלוקה לכ"ע ההפסד לשניהם אף דלא השגיח המחלק על ערערו ואף דלפמ"ש הב"י דהוי כשותף ששינה דאם פיחת פיחת לעצמו עיי"ש משמע דאין לחלק בין נודע לו קודם ההפסד וערער בין לא נודע לו מ"מ הא בבד"ה כתב דמדכתב הרמב"ם דאם חלק בפחות משלשה לא עשה כלום משמע שדינם אחר חלוקה כקודם חלוקה וא"כ הרי לשון זה עצמו כתב המחבר כאן הרי חזר בו וכ"כ הב"ח וגם הד"מ חלק על הב"י דכאן לא בא הפחת מכח החלוקה וכ"כ הסמ"ע א"כ מ"ש הג"ה די"ח כונתו רק למ"ש הטור משום דחברו לא יערער על חלוקתו ממילא דאם נודע לו לפני הפסד וערער לכ"ע ההפסד לשניהם ובביאור הגר"א הרכיב דברי ב"י על הי"ח שבהג"ה ולע"ד עיקר כמ"ש ועיין ב"ש סימן ל"ח סל"ה ס"ק נ"ז ובקצו"ח סימן רמ"ג ס"ז ובנה"מ סימן רמ"א קי"ב ומ"ש הב"י בשם ראב"ן דאם המחלק הפסיד בסחורתו כגון שזו הסחורה נתייקרה דלא מצי לעכב דאיהו דאפסיד אנפשי' וכ"נ לראבי' דהוי כאלו נתרצה ומחל ריוח שלו מפני דוחק שהי' צריך למעות עכ"ל והובא בבאה"ג נראה דכ"ע מודו לזה כיון דההפסד בא מחמת החלוקה דמכר חלקו מחמת שהוצרך לו וחלק חבירו נתייקר

אח"כ וסברת ראבי' סברא גדולה וגם הראב"ן מיירי כה"ג מדכתב כגון שזו הסחורה וכו' ר"ל דמכר המחלק חלקו וכה"ג דאל"כ הל"ל דנפסד חלק המחלק שהוזלת וכדומה.

סעי' כ"ג עסק מחבירו לזמן קצוב מהר"ם אלשיך תשובה קי"ז כתב במקבל עסק לזמן קצוב לחצי ריוח והפסד ואח"ז לא תבעו הנותן ונשארו המעות אצל המקבל ונו"נ בהם דלפמ"ש תרמ"ה בטור סימן זה ס"ח הא דאמרינן השכר לאמצע דוקא שלא קבעו זמן לחלוקתם א"נ עלה הריוח קודם הזמן אבל אם עלה הריוח אחר זמן החלוקה נוטלין לפי המעות מוכח דלאח"ז קביעות שותפות נעשה כפקדון אצל מי שהסחורה בידו ולפ"ד רמב"ם פ"ז דמסירה אם קנה לעצמו במעות חבירו אחר שזקפן עליו במלוה המקח של משלח ה"נ הריוח כולו של בעל המעות ואם הי' הפסד ישלם המתעסק את"ד ואני תמה דבשלמא כששלחו לקנות ס"ל לרמב"ם דהמקח של משלח כיון דנתן לו המעות לקנות לו משא"כ הכא אם בתר מעיקרא אזלת הרי נתן לו להתעסק בהן בשביל שניהן ואם כשכלה הזמן בטל ונשאר כפקדון הרי במעות מותרין כשהפקיד מותר להשתמש בהן לעצמו ואפילו אם אסור מ"מ הוי רק כגזלן כיון דלא נתן לו לקנות לו וכמבואר להדיא לקמן סימן רל"ב ס"ז בהג"ה דכל הריוח לנפקד וכן מצאתי בביאור הגר"א שם דדוקא בנותן לו להרויח דעת הרמב"ם דהריוח למשלח ול"ל דה"נ דעת בעל המעות שיתבטל השותפות אחר זמן שקצבו רק יתעסק המתעסק בשביל בעל המעות לבד דזה לא יעלה על הדעת דאטו בשופטני עסקינן שיעשה המתעסק זה וגם מהר"ם אלשיך גופא כתב דאין רצון בעל המעות שישאר המעות להתעסק בתן משום דאפשר שיפסיד ולאו כל כמיני' דמתעסק לאפסודי לבעל המעות בלא רשותי' עיי"ש ועוד דא"כ למה אם הפסיד כל ההפסד על המתעסק הא דעת בעלים שיתעסק בשבילם ואת הטוב יקבל ול"ד להך דהרו"ת דאח"ז נוטלין לפי מעותיהן דהסחורה נתייקרה או נו"נ בהמעות שניהן ולא נעשה פקדון רק נתבטל מה דתחלה נשתתפו לחלוק בשוה ורשד"ם בשאלה קע"ז כתב ג"כ דרמב"ם נמי לא אמר אלא כשעשאו שליח והוא קיבל עליו להיות שליח.

ובגוף הדבר אם נתעסק בהמעות בסתם אח"ז שקצבו דעת טו"ז ביו"ד סימן קע"ז דודאי אדעת דמעיקרא נתעסק והוכיח כן מהש"ס וכן משמע מתשובת רשב"א סימן תתקל"ח דאם פעם אחת הי' גילוי דעת מפקיד ונפקד להתעסק במעות הפקדון לצורך המפקיד כשחזר אח"כ ונתעסק עוד אמרינן סתמא אדעת ראשונה הוא להרויח למפקיד.

ולפ"ז גם אם הי' הפסד אח"ז חולקין נותן ומקבל כלפני הזמן ובקונטרס סמ"ע כתב דאם הרויח חולקין ואם הפסיד הכל על המתעסק צ"ל דס"ל דמתעסק סתמא מתעסק אדעת ראשונה דלא חשדינן לו בגזלנא אבל נותן אפשר אינו מרוצה והוי כשינה המתעסק ואם

הרויח הרויח לאמצע ואם הפסיד הפסיד לעצמו אבל מהרשב"א וטו"ז הנ"ל לא משמע הכי ובין לריוח ובין להפסד סתמא עתה כבראשונה וכה"ג כתב הטור בסימן זה סמ"א מתשובת הרא"ש אך י"ל התם משום דמוחזק משא"כ להוציא ל"א סתמא ע"ד ראשון כמ"ש מהרי"ק שרש קי"ח ורשד"ם סימן קע"ז.

ואף בלב"ש הביא מספר מים קדושים שאינו חייב ליתן ריוח לנותן אח"ז שכתבו וכתב הלב"ש דהוי ספ"ד ואין מוציאין מהלוה ואם תפס המלוה לא מפקינן מיני' עיי"ש וא"כ אם הפסיד המקבל אחר ז"פ דאף דנותן שתק ולא תבעו דכמאן דאמר ליהוי לי בידך דמי כדאיתא בהגוזל דף קיד ובהמקבל דף קי"ג לא תלין אתך לדעתך עי"ש מ"מ אפשר דהניח בידו רק בתורת מלוה או פקדון ובשלמא אם לא הי' נשתנה דינו מלפני הזמן אמרינן סתמא ניחא לו עתה שיתעסק למחציה שכר והפסד כדמעיקרא אבל כאן דנשתנה דינו שאם הרויח א"י להוציא מידו די"ל קי"ל ממילא אתרע הך אומדנא דאדעתא שיהא קרוב להפסד ורחוק משכר לא ראינו גילוי דעת ממנו מעולם א"כ נראה דאם הפסיד א"צ הנותן לסבול חצי הפסד ועיין ב"ש א"ע בסימן קי"ד ס"ק ט"ו

סעי' ל"ו בהג"ה אם החייב ישראל צ"ל אף דחייב י"ל מגו דאל"כ א"י לתפוס וכ"כ לבוש מ"מ מפסיד שותף השני חצי ולא מצ"ל ודאי החייב אומר אמת כיון די"ל מגו וכן מוכח בעובדא דאבימי בפרק הכותב דף פ"ה דמלוה נאמן לומר סטראי במגו ושליח חייב לשלם ללוה ולא מועיל מגו דמלוה לפטור השליח אף דמוחזק כ"ש בשותף דהעסק בחזקת שניתן ודברי ריבות שהביא הש"ך דשותף השני לוקח כנגדו אף דהתופס זוכה רק מכח מגו צ"ע.

סעי' ל"ח יודה ראובן בפני עדים ויכתבו ויחתמו אבל א"צ לעשות שטר עליו כמבואר בתשובת הרא"ש שבטור וקשה כיון דאינו בצוואת ראובן לכתוב שטר הוי מפי כתבם ומצאתי בתומים סימן צ"ג עמד בזה וכתב דהרא"ש לשיטתו דא"צ לומר כתבו דמ"מ הוי מע"פ אבל המחבר דפסק בסל"ט דל"מ כלל בלא כתבו לא ה"ל להעתיק תשובת הרא"ש ונראה דמ"מ מועיל לו דמתוך שיהא בידו כתוב מהעדים יוכל לחזור אחריהם ולהזכירם מתוך הכתב כדלעיל סימן כ"ח סי"ג ועוד מועיל לפמ"ש הרא"ש בתשובה כלל ס"ו ס"ח דל"א מגו נגד שטר שחתומים בו קרובים דלא ניחא לו להכחישם כמו דל"א מגו במקום קלא א"כ ה"נ מועיל שלא יכחיש ראובן שהודה אחר שיוציא כתב חתום בעדים אף דפסולים מגזה"כ דמפ"כ מ"מ לא גריעי מקרובים ומקלא והרא"ש שכתב דיהא בידו לזכות וראי' אזיל לשיטתו מועיל בלא כתבו והמחבר באמת השמיט הנך תיבות ועיין בנתיבות בכללי מגו ס"ח.

סעי' מ"ח בהג"ה דה"ל כשואל הקשו אחרונים דה"ל שאלה בבעלים וחת"ס חחו"מ תשובה כ"ב תירץ כיון שאינו ממש כמו בממון דהוי תרי גופות הבעלים והחפץ והכא חד גופא ושאלם בבעלים הוא חידוש ואין לך בו רק חידושו והובא בע"ת ובמשפט שלו' ולע"ד אינו מדאיתא בהשואל דף צ"ו רב אשי אמר אמר קרא וכי ישאל איש מעם רעהו ולא רעהו עמו שלם ישלם מרש"י דטעם רעהו משמע לא רעהו עצמו נשאל לו ועלה מסיק קרא שלם ישלם עכ"ל וא"כ ממילא נתמעט גם שאילת רעהו עצמו לבד דתורה לא אמרה שישלם רק בשאל ממון מרעהו ובד"ג כלל צ"ה סנ"ב הוכיח דל"ח שאלה בבעלים מדכתב הרא"ש כלל פ"ט ח"ל אבל בשמירת גופו כל אחד שמירת גופו עליו ואינו מחויב בשמירת חברו ואפילו בשואל דקי"ל דחייב באונס השואל גוף חברו לעשות מלאכתו אינו חייב באונס גופו אם נשבה או נשבר רגלו הרי דהרא"ש מחלק בין שמירת ממון לשמירת גופו מטעם דכ"א מחויב לשמור גופו ולמ"ל ועם זה הלא אף אם הי' שמירת גופו עליו מ"מ פטור מצד שאלה בבעלים א"ו בשואל גוף האדם ל"ש שאלה בבעלים עכ"ל וז"ל הרא"ש שם שותף אינו מחויב באחריות חבירו דשותפין הן ש"ש זל"ז בעסק הממון אבל בשמירת גופו כ"א שמירת גופו עליו הוא ואינו מחויב בשמירת חבירו ואפילו בשאלה דהשואל ממון חייב באונסין השואל גוף חבירו לעשות לו מלאכתו אינו חייב באונס גופו אם נשבה או נשבר רגלו במלאכתו עכ"ל וי"ל דאה"נ בשואל פטור מטעם שכתבתי דלא כתב בשואל הטעם דאין שמירת גופו עליו רק בשותפין הוכרח לומר כן דאל"כ גם בעסק הממון לא יתחייב משום ש"ש דהוי שאלה בבעלים אם כל שותף שמירת חבירו עליו ועיין ב"י סימן ש"ח מ"ש רמב"ן שם ס"ח.

שחייב באונסין במרדכי שם כתב דוקא אם אין לשליח ממון לפדות עצמו אבל אם יש לו פ"ע כן הוא במרדכי ר"פ הפועלים אבל בפרק האומנין במרדכי ובהגהות כתב דמחויב לפדותו ולא חילק אם יש לו משלו ונראה כיון דבפרק הפועלים מיירי בשלח בנו וא"כ משמש אביו ועושה מצוה ונהנה פרוטה דרב יוסף א"כ אין כל הנאה של שואל ובסוף שה"ד מבואר במרדכי בשם מהר"ם דנראה לו כר"י דפסק כרבה אך מספקא לא מפקינן ממון א"כ ה"נ סמא הלכה כרב יוסף דזה חשוב הנאה והוי כמשכיר עצמו ולא כשואל אך יש בזה חשש סכנה דשבוי כולהו איתנייהו בי' ואם מחויב לפדותו ולא פדאו מתחייב בנפשו והוי ספק איסור וה"נ כיון דמחויב מדינא א"י להטילו על הציבור אבל כשיש ממון לבן ויכול לפדות עצמו ליכא סכנות נפשות רק נ"מ לממון לכן צ"ע כיון דאינו ברור אי כרבה דלא ס"ל פרוטה דר"י משא"כ במרדכי פרק האומנין דלא מיירי בבנו ועיין מהרי"ק שורש זיין דשבוים מסתכנים אם יבא הדבר לידי שהי' ודחי' עד אשר יעשו

הציבור להוציא מעות שהרי הפשע בינם ובין המות ועל כל רגע שמאחרים לפדותם הוי כשופך דמים וא"ש דלכאורה תמוהין דברי מהר"ם דאם חייב מדין שואל גם ביש לבן יחויב וגם רמ"א לפיכך לא חילק בין יש לו משום דבלא"ה גם באחר הביא שתי דעות ונדע ביש לו הממע"ה.

סימן קעז

סעי' א' הג"ה טורח מלאכתו מעשה בשותפים בראנדיא עם אלמנה ונשאת האלמנה והלכה אצל בעלה לעיר אחרת וככלות הזמן תבעו השותפים שכר טרחא מהאשה ופסקתי דהדין עמהם אף דשותף א"י לתבוע שכר טרחתו היינו משום דה"ל להודיעו דרוצה שכר טרפא דאפשר הי' שני מטריח בעצמו וכמ"ש נתיבות סימן קע"ו סי"ט וכאן דמה"ט שותף שחלה או מת יכול שותף החי לתבוע ש"ט עיי"ש וה"נ האשה לא היתה יכולה להתעסק דאין לה רשות להניח בעלה דאדעת כן נשאת לעיר אחרת לדור עמו שם וצריכה לעשות מלאכתה המוטל עלי' ובעלה לא הי' לו חלק באורנדיא ואפילו סי' לו חלק מ"מ כשהוא דר בעיר אחרת וא"י לעשות בהשותפות צריך לשלם לשותפו ש"ט בעד חלקו.

סימן קעח

סעי' ג' דבר שא"א מלבנותו עיין מבי"ט ח"ב סימן מ"ד כתב כשגזרו הגוים על היהודים שלא ידונו בבתים שסביב מרגז שלהם דהוי כשותפין בהיזק הבא על בתיהם בבת אחת על סבה אחת ואם הי' להם אתה תיקון הי' ג"כ בב"א כולם חייבים לפרוע כפי ערך שווי' הבתים.

ראובן יש לו חצי החצר מצד מערב ושמעון ולוי בצד מזרח ויש לשמעון שני שלישים בחצי החצר וללוי שליש והוכרחו לרצף החצר ופרע ראובן להפועלים החצי ושמעון פרע החצי ועתה מוכרחים לעשות בור ולוי גבר אלם ואינו רוצה לסייע ישלם ראובן החצי ושמעון שני שלישי מחצי השני ושליש המגיע על לוי יתן ראובן שלשה חומשים ושמעון שני חומשים ואין שמעון יכול לומר לראובן החזיר לי שלשם חומשים מחלקו של לוי שפרעתי בעד הריצוף די"ל ראובן אלו לא נתת היו הפועלים מוציאים מיד לוי או אני הייתי מפייסו ליתן המגיע עליו ומה"ט פורע חובו ש"ח א"צ הלוה להחזיר לו כ"ש כאן דאפשר לוי גופו הי' פורע כל יום חלקו כדי שלא יתעכב הריצוף ולוי גופא אפשר י"ל קי"ל כהש"ך דלעיל סימן ע"ז ס"א סק"ה.

סימן קפ

שותפין בחצר שנדרו הנאה נשאלתי אחין שירשו בית ואלמנת אביהם יושבת בהבית ולקחה אצלה בנם אחד מהיורשים עם בני ביתו והוא יתן עלים להסקה ואסר אחיו עליו ועל בני ביתו והנכנסים אצלו הנאת הבית ודעת השואל שא"י לאסור והשבתי מ"ש דבחצר שאין בו ד"ח אין הנדר חל הא מבואר בגמרא הטעם די"ב ונתקשו הראשונים דהא קי"ל בדאורייתא א"ב ור"ת תירץ משום דוויתר מותר ואם פירש באיסורו דריסת רגל לכ"ע אסור ור"ן תירץ דבשעה שקנו החצר אדעת כן נשתתפו שבשעה שישתמש בה אחד תהא כולה שלו לתשמישו וכה"ג כתבו רשב"א ורא"ש ויש"ש הובאו בש"ך יו"ד סימן רכ"ו סק"ד דע"ת זה קנו המצר עיי"ש וא"כ אחין שירשו דממילא כפול בירושה ודאי אסור וכן מצאתי בישי"ש פ"ה דב"ק סל"ב דבאחין ל"ל דע"ת כן קנו ואין ברירה.

ועוד דדוקא בשותפין שכ"א דר בביתו והחצר משותף להם וכ"א משתמש בכולו אבל בית המשותף ודר בו אחד לבד יכול לאסור כיון דיכול למחות בו שלא ידור בכל הבית לבדו עם בני ביתו והוא יעמוד בחוץ אלא שוכנים שנה שנה עפ"י גורל כמבואר בסימן קע"א ס"ח וא"כ יכול למחות באחיו שלא לדור חנם תחלה בלא גורל וכל שיכול למחות יכול לאסור כמ"ש הש"ך ביו"ד שם סק"ח ואם האלמנה מעכבת מלדור אחר עמה מ"מ יכולין היורשים לעכב עלי' שלא תכניס עמה דיורין ויש בזה קפידא משום קלקול הבית ברבוי דיורין ואין בזה משום מדת סדום כדאיתא לעיל סימן קנ"ד ס"ב וסמ"ע שם סק"ח ואדרבה מחמת שאין שם רק דירה קטנה גדלה הקפידא בריבוי דיורין וכיון שמוכרחין להניח האלמנה שם יכול כל יורש למחות באחיו מלדור בו עם האלמנה ונסתר מחמתו ג"כ מ"ש השואל דא"י לאסור על אחר מלכנוס לבית השוכר כמ"ש הש"ך ביו"ד שם דה"נ בן אלמנה כאחר והבית כמושכר להאלמנה דשא"ה שרשות לשוכר להניח לכנוס לביתו דרך ארעי נמצא הנכנס נהנה מהשוכר אבל להכניס עמו דיורין בקבע אינו רשאי ודאי המשכיר יכול לאסור דזה אינו של השוכר ומ"ש השואל דהוי כחצר דלא קיימא לאגרא דהוי זה נהנה וזה לא חסר לא ראה מ"ש הנתיבות סימן שס"ג ס"י סק"ח.

ומ"ש השואל דגם על האלמנה א"י לאסור דשיעבוד האלמנה עדיף משוכר דמשועבד לה הגוף למזונות דיכולה למכור קרקע למזונות נהפוך הוא דשוכר קנה מן התורה הגוף לפירותיו ומזונות האלמנה לכ"ע רק תק"ח כדתנן בכתובות דף נ"ב ע"ב ואם ירצה המשכיר למכור הבית לא יוציאו הלוקח תו"ז כמבואר סימן שי"ב ס"א ובמזונות אם מכרו היורשים אין מוציאין למזונות כמבואר בא"ע סימן צ"ג ס"כ ועיין תומים סימן קי"ז ס"ק י"ב.

מ"ש השואל די"ל קי"ל כר"ת דבקונם א"י לאסור אף שהוא מלתא דאיסורא כיון שעיקרו תלוי בדררא דממונא כעין שכתב מהרא"ש הובא בש"ך יו"ד סוף הלכות רבית אינו ענין לשם דמוחזק והמעע"ה אבל כאן הגוף של היורשים ובכל ספק מוקמינן בחזקה המשכיר משום דהגוף שלו כדאיתא בחו"מ סימן שי"ב סט"ז ומ"ש השואל דיורשים אינם מוחזקים כדאיתא בהכותב דף צ"ו ע"ב דנכסי בחזקה אלמנה למזונות ג"ז אינו דאפילו את"ל דנגד האלמנה אין מוחזקים מ"מ נגד השוכר ממנה מוחזקים דאינו רק שוכר מחמת שמשלם מזונות להאלמנה בעד היורשים ויכולין לסלקו ולהשכיר לנשים או ליתן לה מזונות

ובלא"ה לפמ"ש תוס' בהכותב שם בד"ה נכסי בא"נ דמזונות שאני מכתובה דמיד שנפרעה כתובתה נסתלקה אבל מזונות לעולם יש לה עד שתתבע כתובתה והבית מאיר א"ע סימן צ"ג סי"ט כתב דתירץ זה עיקר בפוסקים ובש"ע וא"כ דוקא בזמן הש"ס וש"ע דלא היו יכולין לדחותה ממזונות אפילו יסלקו כתובתה א"ל תתבע אבל עכשיו דנהגו בתי דינין בישראל לסלק האלמנה כל כתובתה כ"ז שירצו היורשים וכל הנשאת ע"ד המנהג נשאת כמו שהעיד בישע"ק סימן צ"ג סק"ה וכן השבו"י העיד שהמנהג כן והובא בפ"ת שם ממילא אין הנכסים בחזקתה גם למזונות כיון דיכולין לסלק כתובתה ולא יהא לה מזונות עוד.

ועוד כיון דהטעם דהנכסים בחזקת אלמנה למזונות משום דיש לה מזונות להבא כ"ז שלא תתבע כתובתה לכן גם על העבר אם יש לה הכחשה עם היורשים בפרעון המזונות חשיבה האלמנה מוחזקת כמ"ש הב"מ בסימן צ"ג סי"ט וא"כ בנ"ד ממ"נ אם זולת שוכר זה יש מקום לגבות מזונת האלמנה חל הקונם דלא שייך בזה לומר הנכסים בחזקתה דדוקא אם אומרים פרענו רוצים לפטור לגמרי מהעבר עשאוה חכז"ל מוחזקת משא"כ אם יש לה מקום אחר לגבות אין דין היורשים עמה רק עם השוכר זה ודאי מוחזקים הם נגדו ואם אין מקום לגבות המזונות ומחמת הקונם תפסיד האלמנה המזונות מכאן ולהבא א"כ בזה אין הנכסים בחזקתה.

ועוד כיון דמן התורה אין לה רק מדרבנן ויש ספק אם אלמוה רבנן לשעבודה שלא יחול האיסור קונם הוי ספק בדרבנן ויש לאוקמה אד"ת אפילו להוציא ועיין בפ"ד מגזלה ה"ז בהמ"מ ובשו"ת ברכת יוסף חחו"מ ס"י כתב די"ל אפילו אין הספק בגוף התקנה רק מצד אחר ומוחזק מעיקרא אוקמוה אד"ת וכ"ש כאן דגם הפוסקים דלא חל קונם דמשכיר אשוכר הוא משום דאלמוה לשיעבודי' דשוכר כב"ח כמבואר ברא"ש נדרים ר"פ השותפין והיינו דרבנן אלמוהו והפוסקים דלא חל הקונם ס"ל דלא אלמוהו רבנן א"כ הספק לדידן בתקנה אם תקנו שלא יחול הקונם ואוקמוה אד"ת.

ומ"ש השואל דאין בזה חשש איסור דאורייתא כיון דאין ברירה רק ספק ולרמב"ם כל ספק מותר מן התורה אינו נכון דבאקבע איסורא לכ"ע אסור מן התורה מדמביא אשם תלוי וכאן אקבע איסורא דמעורב חלק היורשים ואפילו רוב ל"מ דהוי קבוע אף דאין מקומו ניכר ועיין מנ"י כלל מ"ג ס"ק מ"ו ושפ"ד סימן ק"י סקי"ד בד"ה החלק הב'.

וא"כ אף דהשכירה לבנה בעד הסקת עצים ויכולה להשכיר למזונות עדיין לא פלט מאיסור דהא פסקו טו"ז וש"ך ביו"ד סימן ער"ך דחל הקונם אשוכר ובלא"ה סתמא שוה הדירה יותר מדמי הסקה דהשוכר צריך שיסיק בשביל עצמו אלא שאמו ויתרה לו ומה ששוה יותר שייך להיורשים כאשר הבאתי לעיל מנתיבות סימן שס"ג ממילא יכולים לאסור עליו ועל בני ביתו ולומר לא הן ולא שכרן ועד כאן הניחו ליהנות בחנם ולא השכירו ולא השאילו לשום זמן ואפילו יהא תו"ז מ"מ לא עדיף שואל משוכר ולדידן יכול המשאיל לאסור על השואל כמבואר בש"ך יו"ד סימן אר"ך ס"ק מ"ז וטו"ז ס"ק ל"ג איברא די"ל דהאלמנה אינה מחויבת להשכיר לאחר לדור עמה כי י"ל צר לי המקום ומשלה וויתרה לבנה רק שהבית מתקלקל קצת בריבוי דיורין והוא דבר מועט גנגד זה מרויחין היורשים שא"צ ליתן לה עצים להסקה אבל מ"מ אסור דלא עדיף משוכר וגרע משוכר דמשועבד לו מן התורה וכאן כל חיוב דירתה ומזונתה אחר מות בעלה לכ"ע רק מדרבנן וכאשר כתבתי והאיסור שאסרו עליו אחין הוא מן התורה.

סימן קפא

סעי' ב' שני שותפין ואם היו הרבה שותפין ושנים מהם הלכו לדרך ובא עליהם גייס ואמר אחד מהשנים אני מציל לעצמי ולשותף אחד מהנשארים בבית כתב בישע"ק מבהמ"ח דהוי כתופס לב"ח ול"מ ובח"ס חחו"מ סי"ק כתב דמהני ונ"ל דאם הציל ע"י בריחה דל"ה הפקר עדיין נהי דבעצמו יכול לחלוק בחשש פסידא מ"מ א"י לחוב לאחריני למפלגנהו במידי דאי בעי לא מצי זכה לנפשו דהמותר על חלקו א"י לזכות לעצמו ולא אמרו יד פועל כיד בעה"ב אלא במקום דיכול לזכות לנפשו כמ"ש מהרש"א הובא בנתיבות סימן ק"ה וה"נ אף דשומר ושותף ידו כיד בעה"ב כיון דלא מצי זכי לנפשו לא מצי זכי לאחריני אבל בבא ליד גייס ואח"כ הציל שותף אחד מידם כיון דאז כבר הפקר הוא וכשאומר לעצמי אני מציל כולו זוכה בכולו כשא"י להציל א"כ הוי כמגבי' מציאה לחבירו דקי"ל ק"ח כדלקמן סימן רס"ט ס"א וביכולין היו להציל ע"י הדחק אם היו כאן דהוי ישל"מ כמ"ש בנתיבות ג"כ א"י לזכות לעצמו חלקן לזכות בשביל אחר לחלקן מהשותפות ואף דבפ"ב דקדושין דבעי לפשוט שליחות מושחטו אותו כל קהל עדת ישראל ודחי שותפות שאני

י"ל התם משום דאי לא מצי לשחוט בשביל כולם גם לעצמו לא יועיל השחיטה דאין שחיטה לחצי משא"כ כאן יכול למפלג עצמו ולזכות בחלקו לבדו וכה"ג כתב בנתיבות סימן ק"ה לחלק עיי"ש ודברי ח"ס שם שגבו ממנו עיי"ש.

נשבע על כך בב"י הביא מהראבי"ה דאם אין עדים שאמר לעצמי אני מציל נשבע שלא נתכוין אלא לעצמו וזוכה והקשה בד"ה דבגמרא משמע דוקא אמר אבל נתכוין דברים שבלב ל"ה דברים ועוד למה ישבע על טענת ספק דאין חברו יודע כונתו וביש"ש פ"י דב"ק סימן מ"ד הקשה הא הוי בחזקת השותפין ואיך מהימן בשבועתו להוציא ולע"ד מיירי ראבי' דיש לו מגו דלהד"ם או החזרתי דאזי מהימן כדלעיל סימן קע"ט לכן נמי י"ל לעצמי כונתי להציל כמ"ש הש"ך לעיל סימן קע"ו בשם הרשב"א דביש לו מגו נאמן לומר לעצמי הצלתי ומשמע דאצ"ל שאמרתי לעצמי אני מציל כיון שיש לו מגו ואנן סהדי דקושטא אמר ל"ח כדברים שבלב וכיון דאינו נאמן רק משום מגו מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן כדלעיל סימן צ"ג ס"ב אמנם לפמ"ש תוס' ר"פ השולח דדברים שבלב ל"ה דברים אם בשעת מעשה לא היו מוכיחין דברים שבלבו אף שלאח"כ הוכיח סע"ת עיי"ש א"כ ה"נ המגו הוא רק עכשיו ובשעה שהציל לא נודע מה שיטעון והוי דברים שבלב ומ"מ י"ל הא דבש"ס בעי דוקא אמר משום דצ"ל בפני עדים כשאין לו מגו אבל כשיש לו מגו דא"צ עדים גם כונתו מהני כיון דיכול למפלג בעל כרחם מה אכפת לן אם לא ידעו כונתו כשהם לא היו יכולין להציל וגט שאני דג"ד בגיטא ל"מ ועוד הא דמצי למפלג משום דאנן סהדי דלא נשתתף מעיקרא אדעתא דהכי ממילא השתא נמי ל"ח דברים שבלב דאנן סהדי דלעצמו הציל אלא כשאין לו מגו לא סמכינן אהך אומדנא להוציא מחזקה דמעיקרא שהיו כולם שותפין לומר דודאי פליג עצמו דבשלמא כשאנו משתמשין בהך אומדנא שיכול למפלג תו"ז משום דמעיקרא לא נשתתף אדעתא דהכי ליכא חזקה דמעיקרא אדרבה אנו אומרים מעולם לא נשתתף שלא יוכל לחלוק במקום פסידא לכן צריך מגו ולפ"ז אף בהותנו שלא ישביעו אותו שבועת השותפות מ"מ צריך לישבע דכונתו הי' להציל לעצמו כיון דעד עתה הי' בחזקת שותפות ובא להוציא מחזקתם דאינו נאמן רק מכח המגו צריך לישבע אף נגד טענת שמא ככל נשבעין ונוטלין וכהך דעיזי דאכלי חושלא דנאמן במגו עד כדי דמיהן וצריך לישבע דלעיל סימן קל"ה.

הלכות שלוחין סימן קפב

כיצד נעשה שליח עיין בב"י ס"ס קע"ו מחודש נ"ז בד"ה מ"כ בשם רה"ג והובא בש"ך סימן קע"ו סכ"ו ס"ק מ"ג וכתב נה"מ דמיירי שציוהו לקנות ויתן לו ריוח דאז ל"ה כשליח

וכ"ה בב"י בשם רה"ג בהדיא עכ"ל ותמוה דליתא כלל שם שאמר שיתן לו ריוח והמעיין שם יראה משום דמספ"ל אם הי' כונת המצוה שיקנהו ממנו כשיביא אצלו או כונתו שיהא שלוחו ואם לא פירש שיתן לו ריוח פשיטא דאינו רק שליח ואם פירט שיתן לו ריוח פשיטא דאינו שליח אלא פירש שיתן לו סך כך וכך על כל מדה וכה"ג ולא פירש אם הוא שכר שליחות או ריוח ונאנס הסחורה בדרך הממע"ה ואם קע"א אונסין חייב ובחוט המשולש טור שני שאלה י"ג שאביא בסמוך כתב דדוקא משום דקנה המלוה כיון דמצוי בשוק לקנות ולולא זאת לא מתחייב מחמת קבלת אחריות ונראה דשאני הא דחוט המשולש שנעשה הדבר ביניהם בקנין וקבלת אחריות א"כ אם הקנין בטל פטור גם מאחריות דהוי בטעות דקיבל עליו אחריות משום דסבר שקנה הסחורה והוא שלו משא"כ נידון דרה"ג דלא הי' שום קנין וע"כ קבלת אחריות הי' רק בפני עצמו וחייב מתורת ערב או בתורת שליחות וכמ"ש בחידושי ר"ן בפ' השואל דף צ"ט אתא דשלחה לי ביד בנך ומ"מ לפמ"ש מהרי"ט חחו"מ סימן ס"ט ה"נ להכי כתב שמקבל עליו אחריות דאם לא יועיל הקנין משום שאינו ברשותו יהא עכ"פ חייב משום קבלת אחריות ועמ"ש לקמן סימן קפ"ז.

בכ"ד שלוחו ש"א כמותו בתוס' רי"ד דקדושין יש מקשים א"כ לכל דבר מצוה יועיל השליח ויאמר אדם לחברו שב בסוכה עבורי הנח תפילין עבורי ולאו מילתא הוא שהמצוה שחייבו המקום לעשות בגופו האיך יפטור ע"י שלוחו וקצו"ח כתב דלא אמרינן שלוחו כמותו רק על גוף העשיה כאלו עשאו המשלח אבל ל"ל גוף השליח כגוף המשלח דזה מידי דממילא דל"ש בו מינוי שליחות וא"כ ה"נ הנחת תפילין של השליח כהניחו המשלח על גוף השליח את"ד וקשה דבמנחות דצ"ג ע"ב אמר ידו ולא יד שלוחו וברמב"ן ריש ויקרא כתב דלפיכך ל"כ ידיו אף דצריך לסמוך בשתי ידיו אלא דשינה לכתוב ידו למעט שלוחו ע"כ ותיפוק לי' נהי דסמיכת שליח כסמיכת המשלח מ"מ הוא בידי השליח והרי המצוה על ידי המשלח והמ"ל ידיו ול"ל דמכאן ילפינן זה דמצוה שעל גופו לא מצי משוי שליח דהא קצו"ח מייתי לה מהרא"ש נדרים דף ע"ב ובנדרים שם מוכח דידעינן זה מסברא וא"צ קרא מדפריך ואפי' ר' יאשיה אלא משום גזה"כ עיי"ש ול"ל דהתם נמי משום דכבר למדנו מן ידו דלשון הרא"ש שם דבמידי דממילא ליש מינוי שליחות משמע דמסברא הוא וכן משמע מהתו' רי"ד ועוד בר"פ מצות חליצה דף ק"א ע"ב בתוס' ד"ה וקראו לו ולא שלוחן כתבו דלפיכך לא ילפינן משם דאין שלוחו כמותו דיש כמה כתובים הבכ"א דבע"ע דרשינן ויצאו הן ולא שלוחן ובמנחות דרשינן ידו ולא שלוחו ובנדרים ממעט שליח מהפרת נדרים לר' יאשי' עיי"ש ואם איתא דמהך דמנחות

ילפינן דבמצוה שעל גופו ל"ה שליח כמותו ומשום דהוי מידי דממילא א"כ למה פריך בנדרים ואפילו ר' יאשי' לא קאמר אלא משום דגזה"כ עיי"ש נימא דהתם נמי אשמעינן קרא דבמידי שעל גופו אין שלוחו כמותו ואי דהוי ילפינן מידו ולא שלוחו נימא דהוי שני כתובים הבכ"א ואין מלמדין לכן נלע"ד עיקר כמ"ש מטה אפרים בשער ד' להלכות קדיש ס"י באלף למטה דדברי תוס' רי"ד אינו ענין לדברי הרא"ש עיי"ש ולפ"ד שפיר י"ל אלמלא מקרא כתוב ה"א שלוחו כמותו אפילו במצוה שעל גופו דיד שליח כיד משלח ממש לכן כתב וסמך ידו למעט יד שלוחו ועכשיו ילפינן משם לכל התורה.

סעי' א האומר לשלוחו צא ומכור לי קרקע או מטלטלין או קנה לי וכו' מעשיו קיימין בב"ח הקשה מה בעי בזה דקרקע ומטלטלין ומכור וקנה דאין סברא לחלק בין קרקע למטלטלין ובין מכור לקנה ונדחק עיי"ש ולע"ד דבירושלמי גיטין פרק התקבל מבואר שם ה"א דאין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו ונתקשה בנתיבות בסימן קפ"ח דא"כ למה מהני בשליח של לוקח שמשך ונדחק מאד עיי"ש ובכסף דקונה בקרקע לא קשה דאפילו שלח הכסף ע"י מי שאינו בר שליחות נקנה המקח ללוקח ע"י קבלת מוכר הכסף כמבואר כאן בנתיבות אך במוכר קרקע ע"י שליח ולוקח נותן הכסף לשליח דנקנה מיד קשה איך זוכה השליח הכסף למוכר מיד הלוקח הא השליח של המוכר אינו שליח של בעל הממון שהוא הכסף וכיון דלא יזכה המוכר בהכסף בקבלת שלוחו לא נמכר קרקעו עדיין לכן טובא קמ"ל דלא מבעיא במוכר מטלטלין ע"י שליח דלוקח מושך בעצמו אלא אפילו מוכר קרקע דהקנין ע"י הכסף נתקיים מיד ע"י שליח המוכר ובשליח לוקח הרבותא במטלטלין דמשיכתו כמשיכת לוקח לכן נקט קרקע משום מכירה ומטלטלין משום שליח הלוקח ובעיקר קושית נה"מ נ"ל דהשליח של לוקח נעשה ג"כ שלוחו של מוכר אף דלא ידע המוכר שהוא שליח מ"מ רצונו למכור וא"כ נעשה שלוחו שלא מדעתו דזכין לאדם שלא בפניו אף למכור חפציו שלא מדעתו כמ"ש מג"א סימן תרנ"ח ס"ג סק"ג וא"כ הוה כא"ל זכה לפלוני אף דלא ידע.

ובמח"א הלכות שלוחין סי"ב ר"ל דאם שליח הלוקח קונה בהקפה ואינו מודיעו למוכר שהוא שליח לא זכה משלח בקנין שעשה השליח משום דצריך שליחות של בעל הממון ולפי דברי המג"א זכה הלוקח מיד כשעשה השליח משיכה או חזקה וכן מבואר בסימן קפ"ג בהג"ה סוף סיב ועמ"ש לקמן סימן קפ"ח ס"ב.

וכל מעשיו קיימין כתב בנתיבות דאם שלח ע"י קנון כסף להמוכר קנה המשלח דמעשה קוף בעלמא עביד וכ"כ המח"א הלכות שלוחין סט"ו ויש לעיין דבפרק מי שהוציאו דף מ"ט אמר שמואל עירוב משום קנין פרש"י עירוב שהוא מצרפן טעמא משום קנין

שמקנה להו בעל הבית רשותו ונמצאו כולם בעלים בבית זה שעירוב מונח בו וכל חצר משועבדת לרשותם זו ואחת היא ומסיק שם דלשמואל אין יכולין לעשות קטן לשליח לערב ע"ח ופרש"י דלאו בר מקנה וקנויי הוא ולנתיבות הלא הקטן מעשה קוף עביד ובעה"ב גופא מקנה ביתו ע"י שבא העירוב לביתו ואין לי לתרץ זולת לפמ"ש תוס' שם ד"ה עירוב משום קנין פירט דבהאי פת מקני רשות להדדי משמע דכל רשות הדרים באותו חצר מקני להדדי ע"י פת העירוב דכל אחד זוכה בפת חברו ומקני לו רשותו ולפ"ז י"ל אף דמביא הפת לבית הנקנה לכל בני החצר והוי מקום השותפין דקונה לכולם כמבואר לעיל סימן קע"ו מ"מ צריך להיות משתמר ללוקח או עכ"פ למוכר כדלקמן סימן ר' ובעירוב לא משתמר רק לבעה"ב הדר בו ושאר בני החצר אין עומדין בצידו ולא קנו פת העירוב מחמת מקום המונח בו ע"כ צריך בר שליחות שיזכה בשבילם שיהא כאלו בא העירוב ליד כל אחד ומקנה בעדו רשותו וזה נראה כונת רש"י דלאו בר מקנה וקנויי הוא דאם א"צ רק לקנות בית שעירוב מונח בו איל הקטן להיות מקנה א"ו צריך שיקנו רשותם אהדדי וזה עושה השליח שגובה העירוב מקנה רשות זה לזה וקונה רשות מזה לזה אלא דא"כ גם בעל הדירה שהעירוב מונח בו צריך לקנות רשותם א"כ לשמואל דעירוב משום קנין יצטרך ג"כ ליתן פת ושמואל גופא אמר שם דא"צ אך כבר עמד בזה הטו"ז בא"ח סימן שס"ו ועיי"ש בנ"ח מה שפירש דברי הטור דמשמע דאין כאן קנין רק בית שמונח בו העירוב מקנה בעה"ב לכל בני החצר אמנם בתוס' סוכה דף ג' ד"ה ואין מבואר דצריכי להקנות כולם רשותם להדדי ובעה"ב ג"כ קונה רשותם בעד מה שמניחים העירוב בביתו עיי"ש מהר"ם גם מבי"ט סימן קמ"ה כתב כנה"מ.

ומ"מ הי"א ביו"ד סימן ק"ס סט"ז בהג"ה והוא דעת רש"י ע"כ לא ס"ל סברת הנתיבות דשליח מעשה קוף עביד רק החוו"ד שם השיאו לד"א דלא כהש"ך שם ס"ק כ"ב א"כ להש"ך וסייעתי' לא ס"ל כנתיבות ותליא כמי במחלוקת שהביא בשער דעה סימן קס"ט סכ"א וא"כ הוי ספקא דדינא ואחר יצא לאור ספר משפט שלו' מצאתי בסי' קפ"ח הקשה מרש"י בעירובין עוד תמה מהריב"ש ס"ס ת"א שבא"ח סימן ת"ן ס"ו בהג"ה ובמג"א סק"י דאסור לקנות חמץ לגוי במעות הגוי בפסח דאין שליחות לגוי עיי"ש ולק"מ דלמ"ד ישראל מישראל קונה במעות אזי מגוי רק משיכה קונה וכ"ד ר"ת ורמב"ן ברפ"ב דבכורות דגוי אינו קונה בכסף ועיין יו"ד סימן ש"כ ס"ו ודין קנין גוי מגוי כמו קנין גוי מישראל כדאיתא בע"ז ריש דף ע"ב וכיון דצריך משיכה ואין שליחות לגוי לא קנה גוי המשלח החמץ מהמוכר גוי ע"י משיכת הישראל עוד הביא משו"ת מהר"ם אלשיך ס"י דגם בכסף לא קנה ע"י שליח גוי ועיינתי שם דישראל עשה שליח לתוגר לקנות מחמת דהתוגרים

משלמין בפחות דהמוכר לא ידע דקונה בשביל ישראל וראייתו מדברי רשב"א שבהמ"מ פ"ז דמכירה ה"ב דשליח שקנה לעצמו במעות משלחו אם שלח בו יד לפני עדים או אמר לפניהם שחוזר בו משליחותו קונה באותו מעות לעצמו הרי כיון שנסתלק משליחותו קונה לעצמו ועכו"ם מעיקרא לאו בר שליחות עיי"ש וא"ב י"ל דוקא שלא ידע המוכר שהמעות של משלח וכן מבואר במל"מ פ"ז ממכירה הי"ב בשם פ"מ דאם ידע המוכר שהוא שליח קנה בעל המעות לכ"ע והובא במשפט שלו' סימן קפ"ג וכן מוכח מתשובת רשב"א שבב"י לעיל סימן קע"ו מחודש ל"ו דכתב דכל היכא דמתכוין לקנות לעצמו לא קנה בעל המעות דבכי הא ודאי אמרינן מי הודיעו לבעל חטים עכ"ל משמע דאם ידע קנה המשלח וא"כ מוכח מנתיבות דאע"ג דשליח ביטל שליחותו וכונתו לקנות לעצמו קונה בעל המעות אם יודע המוכר וכונתו להקנות לבעל המעות אלא דראיות מהר"ם אלשיך צריך להבין דנידון דרשב"א שאני דנתכוין לגזול המעות ולקנות לעצמו משא"כ נידון מהרמ"א דלא נתכוין התוגר לקנות המעות וכן מוכח מתשובת רשב"א שבב"י הנ"ל ועיין נתיבות סימן קפ"ג ס"ג דתלה הטעם משום דגזל המעות חשוב השליח בעל המעות כיון דחייב באחריות ודעת המוכר להקנות לבעל המעות עיי"ש וי"ל בלא זה נמי דמוכר אדעתא דשליח שנותן לו המעות קעביד ואם שליח כונתו בשביל אחר נקנה לאחר ואם כונתו לעצמו מקנה לשליח וזה נמי מוכח מלשון הרשב"א הנ"ל דכיון שנתכוין לקנות לעצמו בכי הא ודאי אמרינן מי הודיעו לבעל החטים דהיינו דבנתן לו מעות לקנות שעורים וקנה חטים ס"ל במערבא מי הודיעו למוכר להקנות לבעל המעות ושאר אמוראי פליגי כמבואר בב"ק דף ק"ב ע"ב וקי"ל כשאר אמוראי אף דגם שם כיון שלא נעשה שליח לקנות חטים אינו שליח מ"מ כיון דכונתו דשליח לקנות בשביל משלח אדעתא דהכי מקנה המוכר ואף דהמעות באחריות שליח דאם פחתו פחתו לו כדאיתא התם אבל כשהשליח מתכוין לקנות לעצמו ליכא פלוגתא ולכ"ע אמרינן מי הודיעו לבעל החטים וכן מבואר בחידושי רשב"א להדיא בב"ק שם ובירושלמי פ"ט דב"ק הלכה ה' פריך חטין וחטין נמי לא נתכוין המוכר לזכות לבעל המעות כמו שלחו לקנות שעורים וקנה חטים ומשני כשקיים שליחותו בתבו"ן המוכר לזכות למשלח לא קיים שליחותו נתכוין לזכות ללוקח עיי"ש נראה כונתו דמוכר כונתו אדעתא דשליח וכששליח עושה ע"ד משלחו כונת המוכר ג"כ הכי אבל כשמשנה הרי אדעתי' דנפשי' קעביד וכמ"ש וצ"ל דס"ל למהר"ם אלשיך דמ"מ עדיף נתן לו לקנות שעורים וקנה חטים דנהי דלא נעשה שליח על חטים מ"מ כיון דאם פחתו פחתו לו א"כ מה שמכוין השליח לקנות בשביל המשלח זכות הוא למשלח שאם יהא ריוח ירויח המשלח וזכין שלא בפניו ונעשה שליח

גם לחטים לזכות למשלחו משא"כ אם כונת השליח לזכות לעצמו ליכא שליחות כלל וע"כ אמרינן מי הודיעו לבעל חטים ולכן כן הדין בשליח גוי ודוקא שלא ידע המוכר דקונה לצורך אחר ודעתו להקנות לשליח ע"כ אם בר שליחות הוא ידו כיד משלחו משא"כ אם אינו בר שליחות או חזר משליחותו תה מבואר להדיא בב"ק שם מחכו עלה במערבא וכי מי הודיעו לבעל חטים שיקנה חטים לבעל מעות מתקיף לה ר"ש א"ה אפילו חטין וחטין נמי לא שאני חטין וחטין דשליחותי' קעביד וכבעה"ב דמי וגם ברא"ש שם פ"ט סח"י משמע דכשנתן לו לקנות שעורים וקנה חטים קנה בעל המעות דאע"ג דשני השליח מ"מ דעתו לזכות לבעל המעות ואע"פ שבעל החטים מזכה לשליח ידו כיד בעל המעות שהוא מתכוין לזכות ולא בעינן שידע בעל החטים שהוא זוכה לבעל המעות עיי"ש הרי כשדעת המוכר להקנות לשליח אין המשלח קונה רק משום דיד שליח כיד משלחו וא"כ צריך שיהא בר שליחות אפילו כשאינו מתכוין לזכות לעצמו ולפ"ז יצא לנו דכששולח לקנות לו ע"י מי שאינו ראוי לשליח ולא הודיעו למוכר שהוא שליח אף דקנה במעות המשלח לא קנה המשלח ובזה מיושב נמי דלא תקשי מהריב"ש הנ"ל דבלא"ה כתב במקו"ח סימן ת"ן דמיירי הריב"ש שלא הודיע למוכר שהוא שליח.

ואין העושה שליח צריך קנין בד"ג בכ"ד ס"י כתב רו"ש מעיר אחד ואמר ראובן לשמעון אתה יש לך מעות אצל לוי שהוא בעיר אחרת כתוב לו שיקנה לי סחורה פלונית ומעת שיקנה ויטען אותה בספינה תהא באחריותי ואתן לך ריוח כו"כ ונגמר הענין ביניהם בקנין ושבועה וכתב שטר עכ"ז וקנה לוי הסחורה ושלחה בספינה ונטבעה וראובן טוען דלא חל הקנין מחמת של"ה ברשותו כשעשו הקנין עיין בשו"ת רשב"ץ בחוט המשולש בטור השני למהר"ש צרור פלפל בדין דבר שא"ב ובדין טרח וקנה ס"ד מסיק דראובן חייב ולא זכיתי להבין למה לא נחית מצד שליחות שעשה לשמעון שליח שיכתוב ללוי לקנות לו סחורה זו ובלא שליחותו לא הי' קונה וקי"ל דשליחות נעשה בדיבור בעלמא ואפשר דסברת הרב כיון דהבטיח לו ריוח כו"כ הוי כמו"מ אבל לפע"ד אין חילוק בזה דמה לי אם הי' מבטיחו לשלם לו כו"כ דסתמא כפירושו בעד השליחות א"כ גם בא"ל לשון ריוח הוי בעד השליחות ולא גרע מאמר לאומן עשה לי כלי פלוני ואקנה ממך המבואר בסימן של"ג ס"ח דא"י לחזור עכ"ד מ"ש דלא גרע מאומן שם בטור מבואר דחייב משום דינא דגרמי מידי דהוה אהלכו חמרים ולא מצאו תבואה עיי"ש ובהלכו חמרים מבואר שם בטוש"ע דפטור בעה"ב כשלא פשע דהוי אנוס וה"נ אנוס דנטבע הספינה גם מה דדחה דריוח שכר שליחות פשוט דריוח אינו שכר טרחא רק ריוח על מקחו ואינו שליח כלל ולפיכך אינו ענין להא דלקמן סימן ש"ס ס"ה דשואל פרה מחבירו וא"ל השואל שלחה

לי ביד שלוחך ושלחה ומתה בדרך הר"ז חייב דשם שליחות הוא וגוף הדין מפורש בב"י סימן קע"ו מחודש נ"ז בשם רה"ג וש"ך ס"ק מ"ג הביאו בקיצור דאם פירש שהאחריות יהא עליו חייב ואם לאו פטור ונתיבות הקשה שיתחייב מתורת שליחות ותירץ דמיירי דא"ל ליתן לו רווחים ול"ה שליח והוא כמ"ש וכ"מ בב"מ ע"ד ע"ב ות"ל דשליח שוויי א"ל בתגרא דזבין ומזבין ופרש"י ומשתכר וכ"מ בפירש הגאונים שבב"י סימן זה סוף סעיף י"ב ועמ"ש לעיל בריש הסימן.

הג"ה ואשתתף עמך ראובן אמר לשמעון קח האקציס ואשתתף עמך והלך ונתן חמשים ז"כ לאדון אחד שימסר לו ומסרו לו ובאו אחרים והוסיפו וניתן להם ותבע שמעון מהאדון המעות שנתן לו וכפר ונתחייב שמעון שבועה וגיזם האדון שאם ישבע יעמוד עדים עליו שנשבע לשקר וניסוג שמעון אחור מלישבע ותובע חצי מראובן ופסקתי דחייב להחזיר לו החצי כיון דהוציא על פיו הוי כהלוה לו והלוו שניהם להאדון וכמ"ש נתיבות סימן קפ"ג ס"ב וכ"כ המח"א ונמצא חייב ראובן מכבר להחזיר לו החצי ועתה יש להם חוב בשותפות אצל האדון ואינו מחויב לסכן עצמו בשביל ראובן כמבואר לעיל סימן קע"ו סמ"ז.

אח"כ הביא ראובן עדים ששמעון רצה למסור האקציס לאחר ואמר שלא יתן לראובן חלק ופסקתי דראובן א"צ להחזיר לשמעון כלום אפילו ישבע שלקח האקציס גם בשבילו דשמעון הודה שלא לקח האקציס בשביל ראובן הגם דלא הי' בפני ב"ד עיין לעיל סימן ע"ט ס"ט ובטו"ז שם מ"ש דהודאה חוץ לב"ד שבא לו חובה מתוך דבריו שאמר לזכותו הוי הודאה עיי"ש וה"נ כיון דתחלה אמר בעצמו שלא יתן לראובן חלק הוי כהודה שלא לקח בשביל ראובן האקציס דאין אדם מע"ר לומר דדעתו הי' לגוזלו ואפ"ת דל"ה כהודה דשמא רצה לעשות רמאות או דלא כט"ז מ"מ עכ"פ אתרע נאמנותו דהא בלא"ה הי' ראובן יכול לטעון שמא לא לקחת על שותפות עמי אלא דנאמן ליטול בשבועה כדלעיל סימן צ"א דאם הוציא ברשות חבירו נשבע ונוטל וכתב הש"ך שם ס"ק כ"ג כיון שעשה ברשות חבירו מתחלה הימני' חברו בשבועה ומבואר בפרח מ"א ח"א שאלם ע"ד בשותף שנתן נאמנות לחברו בכל מה שיאמר שנתן לו ואח"כ סתר את דבריו דתחלה הראה חשבון על פחות ואח"כ על יותר דאפילו בשבועה לא יטול דאתרע נאמנותו אף דבחו"מ סימן ע"א בהאמין לוה למלוה ונמצא כפרן בדבר אחד דאתרע הנאמנות ונוטל בשבועה שאני התם דסלק נאמנותו ונשאר על דינו דיטול בשטרו בשבועה משא"כ הכא דזולת הנאמנות גם בשבועה ל"ה נוטל לכן עכשיו דסתר דבריו בטלה נאמנותו וגם כשישבע לא מהימן אפילו לא הוחזק כפרן בעדים רק עפ"י עצמו אף דהוה חוץ לב"ד ואף הפחות

שהראה תחלה לא יטול עיי"ש וכה"ג כתב העב"ג סמ"ט בגבאי קהל שתבע שהוציא בשבילם והוחזק כפרן במקצת תו לא מהימן אפילו בשבועה ליטול גם מה שלא הוחזק כפרן ומשום דאלו ידעו כך לא הימנוהו.

הג"ה לא יוכל לחזור דהוי כשלוחו כמו ערב בשעת מ"מ רשב"א ול"נ ראי' מב"ק ק"ב ב' עכ"ל הגר"א וראי' זו הביא רשב"א שהובא בב"י ריש סימן קפ"ג אלא דשם מיירי שהשליח יקנה למשלח ולא יוכלו לחזור מוכר ולוקח אף שנעשה ע"י ק"ס וחזקה ולא הוציא עפ"י וצריך שיהא בר שליחות משא"כ כאן אמר דמשלח לא יוכל לחזור נגד השליח שלא יבא להפסד על ידו דחייב מדין ערב ואפילו אינו בר שליחות ולזה אין ראי' מב"ק שם.

סעי' ב' עבר השליח ע"ד משלחו לא עשה כלום ומוכח בש"ס ולקמן ס"ו אף אם לא התנה משלח בפירוש אלא דסתמא דמלתא כך הוא כגון לקנות קרקע והשליח קנה שלא באחריות מיקרי עובר ע"ד משלחו והמקח בטל וק"ל טובא מר"פ השוכר את הפועלים הכל כמנהג המדינה ומעשה בר"י שאמר לבנו שישכור פועלים ופסק להם מזונות יותר ממנהג וכשבא אצל אביו א"ל עד שלא יתחילו במלאכה אמור להם ע"מ שאין להם רק פת וקטניות והא כיון שלא כמנהג עשה עבר ע"ד משלחו ואפילו יתחילו במלאכה אין במעשיו כלום דהא ידעו ששליח מאביו הוא כדאיתא בפרק הזהב דף מ"ט דקאמר דבשלא התחילו במלאכה לא סמכו דעתייהו דמידע ידעי דעל אבוה סמך ומשהתחילו במלאכה סמכו דעתייהו אמרי מימר אמר קמי אבוה וניחא לי' עכת"ד שעח"ש ולק"מ דהא ודאי אם כששמע המשלח שעבר השליח על דבריו שקנה שלא באחריות מחויב למחות ולומר שאינו מרוצה כשאפשר לתקן הדבר ולבטל המקח ואם שתק ונשתמש בקרקע ודאי המקח קיים כמבואר לעיל סימן קע"ו בב"י סל"ח וגם הסמ"ע שכתב שם ס"י סקל"ד דשתיקה ל"מ כתב שם משום דכבר עשהו ולא הי' בידו לשנות א"כ כשיש בידו לשנות ושתק תו א"י לערער וה"נ בידו לשנות עד שלא יתחילו במלאכה וא"כ אף בגילה דעתו שלא בפני הפועלים דלא ניחא לו במעשה השליח לא מהני כיון שהתחילו במלאכה וסמכו דעתייהו דשמע וניחא לי' וע"ד כן התחילו במלאכה וכמ"ש הש"ך לעיל סימן קכ"ב ס"ק י"א ובתשובת מים חיים הובא בפ"ת כאן דל"מ ביטול השליחות אף דשליח ידע מהביטול כל שלא ידע אידך ואפילו להרמ"א שם דוקא לענין לחזור ולדון דאפשר בחזרה אבל אם נתן הלוה ממון למורשה מה שנתן נתן ופטור כמבואר בבאה"ג שם וה"נ אם התחילו במלאכה ליתא בחזרה.

בטל המקח ומחזיר וכתב הטו"ז דל"מ כאן אם התנה בין לתיקון בין לעיוות דאנו רואין דלאו שלוחו הוא כלל משא"כ בס"ג דאין שם רק טעות עכ"ל ודבריו תמוהים דמ"ש מהא דסימן קכ"ג ס"ה דהבא בהרשאה שמחל לנתבע או שעשה עמו פשרה לא עשה כלום שזה אומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי לפיכך אם התנה עמו בין לתיקון בין לעיות אם מחל על הכל מחל הרי אף ששולחו לגבות מעותיו והוא מחל מועיל ולא אמרינן דאינו שליחו כלל עכת"ד שעמ"ש ונ"ל דל"ק דהכא עשהו שליח לקנות חטים ובקניית חטים משכחת עיות כשיקנה ביוקר לכן אמרינן רק אזה כיוון ולא על מה שלא עשהו שליח ונחזיק הרע במיעוטו משא"כ בהרשאה דעשהו שליח לגבות החוב וכשיגבהו ליכא עיות כלל וע"כ העיוות כשיפסיד החוב שלא יבא לגוביינא וע"כ כונתו בין לעיוות שלא יעשה הגוביינא ואפילו מחל מקצת העיוות במה שלא שלחו דהא שלחו לגבות כולו וכיון דע"כ הכונה בין לעיות על העדר הגוביינא אין חילוק בין מחל מקצת או כולו כיון שלא פירש המרשה שום גבול.

סעי' ג' בהג"ה ואם יש טענה מעשה בא לפני רו"ש היו בשוק וא"ל ראובן לשמעון זיל זבין לי פירות ואשלם לך בעד כל מדה כו"כ וא"ל שמעון אף אם תרצה שאתן מעותי אתן דבלא"ה איני צריך למעות עד בואי לביתי והלך שמעון ונזדמן לו אצל גוי פירות וביקש ט"ו ז"כ ושאל שמעון לראובן האתן בעד הפירות ט"ו ז"כ וא"ל תן ונתן שמעון ערבון והוליך הגוי עם הפירות למדדם בבית והי' שם גם ראובן שמסר פירותיו לבע"ג להוליכם לביתו ומדד הגוי פירותיו שציוהו שמעון למסור במדידה לבע"ג של ראובן ובתוך כך הלך משם שמעון לשוק וכשבאו רו"ש לביתם תבע שמעון הט"ו ז"כ באומרו שנתן להערל דכן הסכים ראובן מתחלה שיתן מעותיו עד בואו לביתו וגם הוא קנה הפירות ונתן ערבון ע"כ הוכרח ליתן כל המעות לגוי וראובן טוען שהגוי בא אצלו לעת ערב וצווח הן לי המעות כי הפירות מסרתי לבע"ג שלך ושמעון לא נתן לי המעות ועתה הפירות מונחים ברשות שמעון וכ"א אינו מאמין לחבירו שנתן המעות ופסקתי כך אם שמעון נתן המעות אפילו גם ראובן נתן ראובן אפסיד אנפשי' כי הרשה לשמעון ליתן ושמעון הלוקח והבטיח לראובן שיתן ואף אם הוכרח מחמת ודרא ועלילה אין לשמעון בזה ואם רק ראובן פרע כיון דאז העירות היו תחת רשותו אפ"ת דפרע חוב של שמעון לגוי מ"מ צריך שמעון להחזיר לו כדלעיל סימן קנ"ח דליכא בזה ספ"ד ול"מ תפיסת שמעון שאחר כך ועוד כאן ל"ה פורע חוב ש"ח דמבואר בסימן קפ"ג דכשאמר לשליח זיל זבין לי במעותיך ואזיל וזבין אף כשלא הודיע למוכר שהוא שליח מ"מ קנין זה אינו לשליח כלל דנאמר דהוי כקונה לעצמו וחוזר ומוכר למשלח רק יד שליח כיד משלח

וזכה בו המשלח מיד המוכר ממש וזוזי שנתן השליח אוזפינהו למשלח והמשלח בעל המעות ודעת המוכר לעולם רק לבעל המעות כמבואר שם כ"ז בטור וחו"מ בשם הרמ"ה לפסק הלכה ועיין שם קצו"ח ונתיבות ואף דבריב"ש שהובא בא"ח סימן ת"ן מבואר בשלח לקנות מגוי חמץ אם המשלח גוי אין שליחות לגוי שאני הכא דמשלח ושליח ישראל וא"כ השליח רק סרסור וראובן נתחייב המעות בעד הפירות למוכר ואף דמוכר לא ידע לו כלל ויתבע לשמעון הוא משום דלא מכירו אבל כשיתוודע לו יכול לתבוע את ראובן ואם יאמר המשלח שעשהו שליח באופן שהשליח יתן המעות ועכשיו שלא נתן בטל השליחות מ"מ כשהפירות בידו מחייב להחזיר הפירות או לשלם בעדם וק"ו כאן דבשעת מדידת הפירות נודע להמוכר דראובן שלחו לשמעון ליקח ועוד דל"ה תנאי גמור ששמעון יתן המעות דוקא רק הבטיחו שאם לא ישאר מעות לראובן יתן הוא אבל כשנשאר לראובן מעות בכלות יום השוק מה אכפת לו מי שיתן ולפ"ז נראה דאם שניהן לא נתנו המעות לגוי הריוח של ראובן דהוי רק כהטעה את הגוי והציל את ראובן מלפרוע לו דהוא של ראובן כדלקמן סימן קפ"ג ס"ח וס"ט ול"ד לס"ז דשם הטעה השליח את הגוי ולקח מהגוי מעות שאין למשלח שייכות בו משא"כ כאן כשקנה הפירות הקניה לראובן ועל ראובן מוטל לשלם לגוי ואף אם שמעון היה משלם כאשר הבטיח לראובן היה הוא מוזיף מעותיו למשלח ופורע בעדו והשתא שהבריח הפרעון הוא של ראובן המשלח.

ועוד לפמ"ש בנה"מ סימן ק"ץ וקצ"ט בשם מח"א ואחרונים דאם מכר בעד מעות מזומן אף אם לא עייל ונפיק אזוזי מ"מ כשאינו פורע לו על אתר אף שעשה קנין המועיל מ"מ לא אמרינן דקנה המקח תתי חוב עליו רק בטל המקח והחפץ של המוכר ועיין א"ע סימן ק"כ בחמ"ח סק"ה וב"ש סק"ג וא"כ ה"נ אם שמעון לא פרע הפירות של הגוי ויכול ליקח המעות מראובן אפילו היה לוקח ממנו שמעון הפירות לעצמו וק"ו כשהפירות היו ביד בע"ג שלו דיכול הגוי לתבוע ממי שהפירות אצלו הן או דמיהן וא"כ הוי ראובן א"י אם נתחייבתי שמא לא נתן שמעון ובא ליטול מראובן המעות אבל הפירות בין כך ובין כך של ראובן והוי כהך דלעיל סימן קל"ה סס"א וא"כ אף להפך על ראובן דלישתבע דחשיד ליה א"י דנשבע ונוטל א"י להפך כדלעיל סימן פ"ז ולא אתמר האי כללא דשבועה הבא על הספק יכול להפך דחשיד לו אלא בנשבע ונפטר משא"כ ליטול לא עדיף מטענת ברי דא"י להפך ואף לפמ"ש ש"ך בסימן פ"ז דאי תפס יכול לומר קי"ל דיכול להפך מ"מ מבואר באחרונים שם דל"מ תפיסת מטלטלין רק מעות כ"ש כאן דבלא"ה הרבה פוסקים ס"ל דא"י להפך כלל שבועה הבא על הספק רק י"א דיכול לומר אשתבע לי דחשיד לי ואולי בזה מודה הש"ך דכשבא ליטול גם ספ"ד ל"ה.

סעי' ו' בהג"ה ורוצה בקיום המקח בראב"ד פ"א משליחות ה"ג כתב דכן הדין לכל שליחות שעיות השליח אם רוצה המשלח בקיום המקח לא בטל המקח עיי"ש ולפ"ז אם שלחו לקנות סחורה כזו ועיות השליח וקנה סחורה גרוע מזו וכשנודע למשלח נתרצה ואח"כ פשע המוכר כששלח הסחורה ואירע הפסד בסחורה פטור השליח ואין המשלח יכול לומר כיון ששינות לא נקנה לי הסחורה טרם שבאה לידי והסחורה שלך נפסד וצ"ע כיון דכתב הראב"ד שם דמיות משהו אינו מבטל המעשה אם רוצה המשלח בקיום המקח משמע דוקא כגון זו דשלחו לקנות קרקע זה רק עיות דקנהו שלא באחריות אבל שינה וקנה סחורה גרוע ממה שאמר לו אף דנתרצה המשלח אח"כ לא נתקיים המקח למפרע ואפילו לרמב"ם דמלוה קונה במכר לא נקנה הסחורה למשלח מן השליח בעד המעות שחייב להחזיר לו כיון דנפסד טרם בא ליד המשלח דמעות אינו קונה כשנפסד המקח.

סעי' ח' הלוקח יכול לחזור עיין נסיבות דאם קנה שני דברים בסך אחד ולא עשה קנין רק באחד והשני חתר בו דא"י לומר במקח שלם אני רוצה והך דכור בשלשים משום דגילה דעתו שאינו מוכר רק כור שלם ובר"ן פרק שני דגיטין גבי עציץ וזרעים משמע דלא ס"ל הנהו חילוקים ולא ס"ל כי"א דסימן ר"ג ס"ב ול"ל דדוקא בעציץ וזרעים כיון שמשך העציץ עם הזרעים כ"כ הר"ן מחמת די"ל כסבור הייתי דקנין זה מועיל לשניהם דהא מביא ראיה מכור בשלשים ושם לא עשה משיכה בכל הכור ומ"מ יכול לבטל כל המקח ובמחנה אפרים הלכות מכירה ס"א הביאו לר"ן עיי"ש והפנ"י שם כתב דאם מכר העציץ וזרעים בסך אחד ועשה רק קנין משיכה דפשיטא דחוזר משניהם דכיון דחוזר מקניית הזרעים א"כ אין כאן פסיקת דמים כלל על העציץ ולא מהני משיכה דהא קי"ל לא פסק לא סמכה דעתו עכ"ל מה דפשיטא לו הוא ספ"ד סימן רט"ז ס"ה דפליגי רמב"ם ורשב"ם עיי"ש סמ"ע וטו"ז ומצאתי במשפט שלו' הרגיש דהר"ן שלא כנה"מ לכאורה ונראה דלא ס"ל לר"ן גופא כן רק כלפי מה שתמה על התוס' שם דאה"נ דהוה מצי לאשמעינן האי דינא בעציץ וזרעים של אחד אלא לרבותא נקט הכי דאע"ג דבעל העציץ קונה זרעים אפ"ה לא קני אע"פ שהם בתוך העציץ שלו ותמה הר"ן על התוס' דהך רבותא נמי שפיר משתמע בעציץ וזרעים של אחד דילמא דעציץ קנה במשיכה וזרעים לא קנה עד שיחזיק בהן ואעפ"י שהן בתוך העציץ שלו שקנאו במשיכה ועל זה כתב ואפשר דכה"ג אפילו עציץ לא קנה דכיון דבב"א מכר לו עציץ וזרעים ולא קנה זרעים אף קניית העציץ לא נגמרה דהא קיי"ל דכור בשלשים אני מוכר לך יכול לחזור אפילו בסאה אחרונה ואעפ"י שדמי כל סאה ידועים לפי חשבון הכור וכ"ש הכא שאין

דמי העציץ ידועים עכ"ל הרי דתמה על התוס' ולא ס"ל שיתבטל קניית העציץ מחמת שלא קנה הזרעים רק כתב דאפשר דתוס' ס"ל כן ומשום דלא אשכח פרוקא ולע"ד י"ל לפמ"ש הש"ך בסימן ר"ב דחצר אינו קונה רק אם הוא כבר חצרו ולא כשמקנה החצר ומטלטלין כאחד וכ"ד הריטב"א ונהי דשאר פוסקים חולקים מ"מ אי הוה קמ"ל במוכר לו עתה העציץ ה"א לעולם העציץ כחצרו לקנות זרעים שבו ככליו של אדם דקונה לו משום חצרו ומה דלא קני הזרעים במשיכת העציץ משום דהקנה לו העציץ וזרעים בב"א וא"כ הדרן לסברת הר"ן דס"ל מעיקרא כסברת הנתיבות ומתוס' אין הכרח דלא ס"ל הכי ועכ"פ חזינין דפשיטא לי' להר"ן דלא כהש"ך וריטב"א.

סעי' י"ב תתפשרו נראה דוקא כה"ג דהקרקע בעין משא"כ בשלח להביא פועל וא"ל הפועל בארבעה והשליח השיבו בודאי תתפשר בטוב עם בעה"ב ואפילו דיבר הפועל עם בעה"ב שרוצה בשכרו ארבעה והשיבו ודאי נתפשר בינינו לך עבוד וכן בשכר דירה כה"ג כיון דליתא בחזרה ולא השיב בעה"ב או השליח תשובה ברורה הוי כלא נפסק ביניהם ומשלם בפחות שבשכירות ושאני כשאפשר בחזרה דכיון דלא השיבו תשובה ברורה לא גמר והקנה כמ"ש רמב"ם פי"א ממכירה הי"ב ותוך זמן השכירות או כשמשך במטלטלין שניהם יכולין לחזור דהוה כמדד עד שלא פסק בסימן ר' ס"ז.

סימן קפג

אלא תרעומות נשאלתי בסרסור שהיה ממונה לקבל תבואה הנשלח למכור ולהטעין העגלות מלח ואם לא היה לו מלח ליתן לבע"ג לא נשלח לו תבואה והמציא לו ליקח מלח מן הממונים על המלח ע"י שלקח מן הכפרים כתבים שהיה להם משרי המדינה שיתנו להם מלח לכל כפר כפי סכום הכתוב בהם וסרסור זה שכר משרת לכתוב ולחשוב עסקיו וגילה המשרת סודו לאחר ונשתתף עמו ולקח האחר הכתבים והוכרח הסרסור ליתן לו ריוח הרבה ונודע לסרסור שזה ערמת משרתו והוא חייב למשרתו מעות ורוצה לעכבם כי גרם לו היזק ודעת השואל דדומה למ"ש נתיבות סימן זה ס"א דפועל בשכר חייב בגרמא על מניעת הריוח משום שסמך עליו דה"נ סמך עליו וגילה לו סודו והמשרת מחויב להשתדל בהצלת ממונו והשבתי דל"ד כלל להך דנתיבות דקיבל על עצמו בפירש לקנות לו דבר זה משא"כ זה לא קיבל עליו לקנות לו הכתבים ואין לנו לבדות אומדנא לומר דהוי כשכרו עד"ז ואפילו ת"ל אלו ידע הסרסור לא היה שוכרו מ"מ ל"ל דהוי כהתנה דשמא המשרת לא היה משעבד עצמו על זה דיצא שכרו בהפסדו ועוד בנידון הנתיבות אין למשלח שום סמוכה רק על השליח ובנ"ד י"ל שסמך שאפילו יגלה סודו

לאחר לא חשידי אינשי לירד לאומנתו ועוד דשם סמך על דיבורו ובנ"ד לא הבטיחו בשום דיבור על זה ועוד דהתם ההיזק בא ע"י שנשכר לו דאל"כ הי' קונה בעצמו או ע"י אחר אבל בנ"ד מי יימר דא"ל נשכר לו המשרת דלא הי' עושה לו היזק זה אף דלא הי' מגלה לו סודו הלא כמו שהמציא סרסור זה משא ומתן זה כן יכול אחר להמציא ועוד כיון דנעשה ע"י רבים קלא אית לי' אך לפמ"ש תוס' בפחז"ה דף ל"ט ע"ב בד"ה לית בה י"ל ה"נ לית לו קול כיון דמקפידין שלא יתגלה ועמג"א סימן קנ"ו ואין לחייבו משום עני המהפך בחררה דלדעת ר"ת דאם בא אחר ונטלו חייב להחזיר דר"ת יחיד בד"ז כמ"ש זכל"א בדין עני המהפך וכן סתם רמ"א סימן קנ"ו סוף ס"ה דאם עבר ועשה אין מוציאין מידו ומ"מ רשע הוא להכריז עליו ברבים אף דבסחורה בזול יש פלוגתא בסימן רל"ז ס"א ובש"ך שם אי הוי כמציאה ובזכל"א פסק כיון דהוי ספ"ד אוקי גברא אחזקתי' כאן לכ"ע הוי רשע כיון דהסרסור המציא מסחר זה ועוד כל אומנתו תליא בזה הוי יורד לאומנתו דאפילו בהפקר ומציאה רשע הוא כמ"ש בחת"ס חחו"מ סע"ט.

ומה"ט דרשע הוא עדיף כח המשרת אפילו נדמהו לשוכר שליח לקנות לו סחורה ולא קנה דהתם נמי כל עיקרו רק מתקנה כמבואר באס"ז פא"נ דף ע"ד מרשב"א ורה"ג וכ"כ נתיבות בסימן ש"ו וכתוב במ"ב הובא במשפט שלום ריש סימן רל"ז דלפיכך בעני המהפך בחררה א"צ להחזיר משום דמכריזין עליו שהוא רשע בתרי קטלא לא קטלינן לו עיי"ש וא"כ בשלמא בשליח דא"ל קנה אינו רשע תקנו שישלם משא"כ בזה דלפני התקנה הי' רשע מדברי קבלה דילפינן מואת אשת רעהו לא טימא זה שלא ירד לאומנת חברו ומינה ילפינן להכריז עליו שהוא רשע כמ"ש מהרי"ט בחידושי ת"ק פ"ג דקידושין ואף דב"י סימן קנ"ו כתב דאינו רק תק"ח וכמ"ש בחת"ס סע"ט ונ"ב דאסמכת בעלמא הוא או תקנה קדומה מימי הנביאים מ"מ תו לא תקנו שיחזיר כיון דתקנו לקרותו רשע ואף דבזה"ז אין מכריזין עליו מפני היראה והש"ך לעיל סימן כ"ח סק"ב כתב דהיכא דפטור מלשלם משום דלא קטלינן לי' בתרי קטלא בזה"ז דאין דנין אותו בהחומרא אי תפס אידך לא מפקינן שא"ה דמד"ת חייב ממון אלא דאין יכולין לעשות בו שתי דינים ועביד זה דינא לנפשו עיי"ש אבל ביורד לאומנות ומהפך בחררה דכל עיקרו מתקנה נהי דא"ל הי' מתקנין לקרותו רשע הי' מתקנין לשלם השתא מיהת דתקנו לקרותו רשע לא תקנו חיוב מעון ואנן אין בידינו לתקן אף דבטל הטעם וכמ"ש כעין זה בב"י א"ח סימן י"ג ובמג"א סימן ש"א ס"ק נ"ח ועוד דכאן אפילו שכרו שיקנה ולא קנה או קנה לעצמו פטור דלא ניתן להכפרים רק לצורך עצמם ומה שמוכרים ואחרים קונים בכתבים שלהם הוי גנבה דאסור אפילו מעכו"ם כדאיתא לקמן סימן שמ"ח וא"כ לא חשוב מניעת ריוח.

סעי' ב' הנותן מעות לחברו כתב רי"ו נכ"ח ח"א ז"ל ואם הקנה במעותיו ומתכוין לזכות לחברו ל"ק חברו אפילו אמר בפני עדים לצורך חברי אני קינה במעותי אח"כ הודיעו למוכר בפ"ט דקמא וב"י הקשה עליו מדברי הרא"ש וכתב הש"ך דלא ירד לס"ד דברא"ש משמע להדיא כרי"ו ועיי"ש גבי מ"ש שלא תקשה מר"א גבי צבע שצבע לשמן ולכן כתב רי"ו בפ"ט דקמא וכו' גם ממ"ש הטור אין ראי' דשא"ה דאמר זיל זבין לי עכ"ל וז"ל רא"ש מי הודיעו לבעל החטים שיקנה חטים לבעל המעות וליתא לחוכא דבני מערבא דאע"ג דשני השליח מ"מ אין מתכוין לקנות לעצמו ודעתו לקנות לצורך בעל המעות ואעפ"י שבעל החטים מזכה לשליח החטים ידו כיד בעל המעות שהוא מתכוין לזכות ולא בעינן שידע בעל החיטים שהוא זוכה לבעל המעות ואע"ג דר' אבא משני הך משנה דערכין אליבא דבני מערבא דאי לאו דכל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו הוה אמרינן מי הודיע לצובע שיקנה צבע לאשה שא"ה כיון שהצובע מזכה לבעל האשה אפילו אם ירצה הבעל לזכות לאשתו בגד הצבוע אין אדם זוכה בשלו לאחר א"ל יזכה לו ע"י אחר הלכך צריך ר"א לתרץ כל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו אבל הכא השליח זוכה לבעל המעות ופירש פ"ח א"א זוכה בשלו לאחר דהבעל נותן מעות שלו לצובע משא"כ בשליח שנותן מעות משלחו עכ"ל וכ"ד הש"ך וקשה לי כיון דזכין לאדם שלא בפניו וכונת הבעל לזכות מן הצובע לאשתו ונעשה שלוחה א"כ מעולם לא הי' של הבעל ומצאתי בקצו"ח נתקשה בזה והניח בצ"ע ונתיבות תירץ דלא אמרינן דעשה עצמו שליח לזכות לחברו מיד המוכר כיון דהמעות שלו ואינו מספיק ברי"ו דפירש דמתכוין לזכות לחברו ואמר בפני עדים לצורך חברי אני קונה מהיכי תיתי נפרש כונתו שיזכה לעצמו קודם ואפוכי מטרתא למה וודאי לישנא דמהני קאמר כדאיתא ר"פ השולח ועוד א"כ מה יועיל כשהודיע למוכר יותר מהודיע לעדים ונבאר קודם דברי הרא"ש דהא דהבעל קונה השבח שנשבח מהצבע כשעודנו ת"י הצובע ל"ל דכליו קונין לו משום חצרו דכליו של לוקח ברשות מוכר ל"ק לוקח ומצאתי בנתיבות סימן ש"ו עמד בזה והביא מרשב"א הטעם דאומן השביח אדעתא דבעה"ב ומה דיש מ"ד אומן קונה בש"כ רק שלא לחייבו כשקלקל שאין דעתו של אומן אדעתא דהרי ואפילו הוסיף האומן נופך משלו מ"מ כיון דאין בו רק ציור זכה בעל הכלי ופירש תשובת רא"ש בזה עיי"ש ולפ"ז האומן שליח לבעה"ב דמשביח בשבילו ואין בעל הבית קונה השבח והצובע רק משלם לו שכר שליחות כפועל וא"כ ל"ל דבעל נעשה שליח אשתו לזכות בשבילה כיון דלא מסרה בידו מאומה ה"ל מילי וא"א לזכות ע"י שליח אחר דמילי לא ממסרי משליח לשליח ועיין מרדכי גיטין ס"פ התקבל בד"ה מילי לא ממסרי לשליח ז"ל הקשה ר"ב והא אמרינן

ושילח ושלחה מלמד שהשליח עושה שליח ואין זה רק מילי ויש מתרצין דקבלת הגט או קדושין הוה מעשה גמור עכ"ל ועיין א"ע סימן לה בחמ"ח ס"ק ט"ז ובסימן ל"ו ב"ש סק"ד ולדעת המתרצין דקבלת הגט הוה מעשה גמור ע"כ הא דאמר לשנים כתבו הוי מילי משום דכתיבה דבר שאין בו ממש וא"כ ה"נ בצביעה אין בו ממש רק ציור בעלמא לא עדיף מכתיבה ולא ממסרי משליח לשליח ולפוסקים דכל שליח קבלה א"י למנות שליח אחר דהוי מילי כיון דמשלח לא מסר בידו כלום ה"נ האשה לא מסרה כלום לבעל וא"י לזכות לה הצבע ע"י הצובע ועיין קצו"ח ונתיבות סימן רמ"ד אם יכול לזכות ע"י חצרו של שליח ודעת הנתיבות כיון דחצר דגברא משום יד מהני עיי"ש דכל הטעמים ל"ש בזה וע"כ זוכה תחלה הבעל ושוב א"י לזכות מעצמו שלו לאחר ובהודיעו לצובע אזי צובע גופא אדעתא דידה משביח ונעשה שלוחה ולפ"ז יפה כתבו הב"י וד"מ דקשה על רי"ו מדברי הרא"ש.

אך מקום יש ברא"ש לפרשו כדעת רי"ו לפמ"ש התוי"ט בערכין פ"ו מ"ה דבגדים צבועים קרוים צבע עיי"ש וכן נראה מלשון שיקנה צבע לאשה משמע בתורת קני' דהא אין לאומן רק שכירות וע"כ הפירוש שיקנה בגדים צבועין או לפי פשוטו דהצבע לבד של הצובע וקאי למ"ד אומן קונה בש"כ והדר מקנה לבעל והרא"ש שם קאי על הגמרא דמקדיש נכסיו אין להקדש בצבע שצבען לשמן ומבואר ברש"י פרק הזהב דף מ"ח בד"ה קאי באבל דבאיסור אוקמוה אד"ת דמעות קונה וכ"כ באס"ז שם בשם הרשב"א בד"ה נתנה לבלן וכ"כ סמ"ע סימן קצ"ח סק"ג וא"כ קנה הבעל את הבגדים במעות לבד קודם שמשך ואם קאי על שבח הצבע לבד בלא"ה קנה במעות דל"ש חשש דנשרפו חיטך כיון דהבגדים כבר שלו ומצוי אצלן להצילן כן נראה לפמ"ש הסמ"ע בסימן קצ"ח ובנתיבות סימן ש"ו כתב דשבח הכלי קונה מאומן במעות לגמרי דל"ש נשרפו חיטך עיי"ש וכיון דהמעות של הבעל ע"כ נקנה קודם לבעל דא"א לזכות המעות לאשה כ"א ע"י אחר ול"ד למשיכה דשליח קונה במשיכתו בידו וידו כיד משלחו אבל כשהקנין במעות נעשה הקנין על ידי המוכר לבד כדאיתא בקידושין דף כ"ג כסף קבלת רבו גרמה לו ופרש"י דהרב מקנהו מאליו מחמת קבלת המעות ואין בעל המעות נעשה שליח לעבד כלל ולכן אפילו נותן המעות למוכר אין הנתינה עושה הקנין רק קבלת המוכר שמקבל המעות ואפילו יקבל בעצמו סגי ומקנה לו מאליו וא"כ ל"ל דבעל נעשה שליח האשה וידו כידה לזכות לה דהבעל אינו עושה הקנין רק קונה ממילא ובמידי דממילא ל"ש שליחות כמ"ש הרא"ש בפירושו לנדרים דף ע"ב ע"ב ולכן כשבא אח"כ לחצירו או לידו תו לא מצי לזכות לאשתו בשלו רק ע"י אחר ואם הודיעו לצובע אזי זכתה האשה ע"י מעות הבעל

מדין עבד כנעני כמבואר בסימן ק"צ ס"ד אבל אם הצובע א"י וכונתו להקנות לבעל ע"כ זוכה הבעל תחלה דל"ל דהבעל נעשה שלוחה וזוכה לה דהוא אינו עושה הקנין בגופו או בחצרו רק מעותיו עושים הקנין ע"י המוכר ומיושב קושית הש"ך על הרא"ש מהא דר"ג דשם הקנין בשטר דקבלת אחרים גרמה כדאיתא בקידושין שם.

ולפ"ז גם דברי ריי"ו מתפרשין עד"ז דהקנין ע"י המעות לבד כגון קרקע או בגוני דמעות קונה כדאיתא בסימן קצ"ח וקצ"ט או לענין מש"פ דהא דכתב הטור בהך דס"ד דאם חוזר השליח קודם משיכה ליכא מש"פ דלא תקנו מי שפרע בשליחות קשה למה כיון דלפי ד"ת מעות קונה ונקנה לגמרי למשלח וא"כ עתה יהא במש"פ עכ"פ דהא לר' יוחנן המש"פ משום דקונה מד"ת כדאיתא בהזהב מ"ז ע"ב ועוד דהא בהודיעו למוכר אין השליח יכול לחזור בו כמ"ש הטור אך לפמ"ש א"ש דכשהודיע למוכר קונה מדין עבד כנעני דמוכר בעצמו מקנה לו אבל כשלא הודיעו ליכא קנין למשלח כלל כיון דהמעות של השליח ולע"ד להכי דקדק ריי"ו וכתב הקנה במעותיו ולא כתב קנה במעותיו דל"ל דכ"כ משום דכונתו לחברו דהא הדר אמר ומתכוין לזכות לחברו ועוד דמ"מ נופל בו לשון קונה אלא כונתו דלא עשה הקנין בעצמו במשיכתו או בשטר אלא גרם למוכר להקנות ע"י מעותיו והוא מבנין הפעיל עיין מסלול מסילת הפעלים נתיב ב' ולפמ"ש מבואר דכל טעמו תלוי בזה.

סעי' ד' שקונה לעצמו כתב הטו"ז מ"ש הסמ"ע סקי"א משמע מרישא דאם נתן דמים משל עצמו בפירוש לשם ראובן א"י לחזור אפילו קודם משיכה תמוה הוא דהא אין שום קנין עדיין עכ"ל ואני תמה על הטו"ז הא מפורש לקמן סימן ק"ץ דהאומר לחברו הילך מנה ויהא שדך מכור לפלוני כיון שקיבל זה ממנו נקנה השדה לאותו פלוני והוא מבואר פ"ק דקדושין מדין עבד כנעני וזולת זה הרי בע"ד זה הוא הרמ"ה בטור כאן ומבואר בטור א"ע סימן ק"כ ז"ל כתב הרמ"ה האומר לעדים כתבו גט ותנו לאשתי א"צ לזכות לו הנייר קודם כתיבה אלא אע"ג דכתבו מדידהו ויהבו לה כיון דבשליחותו קעבדי מכי יהבו לה בשליחותי' דבעל כמאן דיהבו לבעל והדר בעל ויהיב לאיתתי' דמי דכיון דמזכי לאיתתא בשליחותי' אקנוויי אקני לבעל לגרושי בי' ונמצא זכיית הבעל וגירושי האשה באין כאחר עכ"ל וה"נ כשנותן המעות שלו למוכר בשליחות ראובן זוכה ראובן בהמעות וקניית הסחורה והמעות באין כאחד ומשמע התם דא"צ להודיע להאשה דהנייר אינו של הבעל ובמחנה אפרים הלכות שלוחין ס"ס י"ח בהג"ה נסתפק בזה אי סגי דעת מזכה אף דהאחר א"י שמזכה זה המעות שלו בשביל המשלח ועיי"ש ועיין נתיבות כאן ולע"ד אישתמיט להו דברי רמ"ה שבטור א"ע שם.

בהג"ה אם נתרצה ואם השליש לו מעות שא"ל יחלוק עמו יתן השליש המעות לשכנגדו נ"ל די"ל משטה אף דמבואר בא"ע סימן קס"ט ס"נ בהשלישה מעות א"י לחזור עיי"ש בטו"ז דהיינו במע"ש משום דהוי קנין ועש"ך סימן קכ"ו סי"ג סקנ"ד בשם בעה"ת דמעמ"ש הוא קנין ואי"ל משטה מ"מ כאן דלא החליט לו המעות רק אם לא יתן לו חלק הוי אסמכתא כדלקמן סימן ר"ז סי"ב וכיון דלא קנה המעות ממילא י"ל משטה על גוף השותפות.

בשו"ת דל"ח ח"א חיו"ד סימן מ"ב ז"ל בהשותף שאמר לחברו שיהא שותף עמו בליציטאציא ונגמר ביניהם כך שאחד מהם יהא על הקאנטראקט והשני יתן כו"כ כורים מתבואה שלו לצורך החיל ויקבל מעותיו הנה בגוף הדין בשותפין שעשו מעמד והלך אחד וקנה זכה לשניהם דכך הדין מבואר בש"ך חו"מ בשם הב"ח ז"ל וכן נוהגין ופסקנו כך כ"פ אך כ"ז אם היו שותפין למקח אך בכאן דתי' שלוחו ומכר תבואה של שותפו למלך שהשותף יעמיד התבואה לחיל המלך ואח"כ הלך הוא ועכבו ולא הניחו להעמיד התבואה ודאי שפטור דלא יהא אלא כגזלו דאינו משלם רק כשעת הגזלה ומה שמכר והעמיד הוא תבואתו למלך בזה אין לחברו חלק דבמאי יזכה בתבואה של הגזלן אין לנגזל רק שישלם לו הגזלן כשעת הגזלה וזה פשוט מאוד דאם גזלן עשת קנין כגון שינוי מעשה בדבר שגזל ומכרו ביוקר שאין מחויב לשלם רק כפי מה שגזל ממנו וא"כ מכ"ש מה שמכר הוא לחיל המלך מתבואתו שאין להנגזל חלק בו ול"צ לשלם רק כשעת הגזלה וא"כ ה"נ פטור מלשלם לו במה שבטלו מריוח דלא יהא אלא כגזל ממנו תבואה שהי' לחברו להעמיד למלך שאינו משלם רק כשעת הגזלה אף שהנגזל הי' יכול להרויח אין לנגזל לשלם רק כפי מה ששוה ומה שרצית לחייבו מחמת שגרם לו היזק שקנה ביוקר בגרמתו זה הוא סברת הכרס ואין כדאי בזה להוציא ממון מחברו ואין שום מקום לחייב לראובן לשלם לשמעון הנגזל רק שלולא שרימתו הי' הוא עושה מקח עם המלך והוי כמו שאומר לו טול דבר זה בשכרך ודבר זה מבואר במח"א וקשה בזה להוציא ממון כמבואר שם עכ"ד ולא זכיתי להבין ד"ק חדא כיון דמחויב המלך ליקח התבואה ביוקר ועתה נפטר עי"ז הוי כשליש שהחזיר שטר ללוה וכשורף שטרו דחייב מדד"ג עש"ך לעיל סימן נ"ה סק"ד וכן הוא בסימן קכ"ג ס"ו וסימן קע"ו סי"א בהג"ה ושם ס"נ ובסימן שפ"ח ס"ד דאם פטר חוב של חברו שלא מדעתו חייב מדד"ג ול"ל כיון שעשה לטובת עצמו עדיף עש"ך שם ס"ק כ"ד ובסימן ס"ו ס"ק פ"ב ואטו אם הלוה נתן מעות לאחד שישרוף שטרו של מלוה שעליו יפטר השורף אדרבה כיון דנהנה גרע כדלקמן סימן שס"ג ס"ו דאם גזל מחברו חצר העשוי לשכר ולא דר בו פטור דהוי רק גרמא ואם דר בו

צריך להעלות לו שכר כיון שאכל חסרונו של זה ובשער משפט סימן כ"ו סק"ב למד מזה לשאר גרמא דפטור דוקא כשלא נהנה הגורם מזה ועיין בית מאיר א"ע סימן צ"ג סכ"א דהיכא דמשתרשי לו חייב גם בגרמא והוכיח כן מרש"י ב"ק דף י"ד ע"ב ד"ה פרט למוכר וכ"ד ראב"ד וש"ך בחו"מ ס"ס ק"ד ואף שיש לדחות דבסימן שס"ג והנך אכל חסרונו מממון סברו דהא דר בחצרו או מכר שעבודו של חברו משא"כ הכא תבואת עצמו מכר לא של חברו מ"מ י"ל כיון דזה זכותו של חברו להעמיד התבואה ויש לו שעבוד על המלך לשלם לו ביוקר חשוב אכל חסרונו ועיין חת"ס חחו"מ סימן קע"ח.

ואף שי"ל דהמלך אינו מחויב מד"ת ליקח התבואה דאינו קנין מה שנתן שטר למלך שמחויב ליתן לו תבואה והוי כמוחל רבית מחוב שמכר עש"ך סימן ס"ו ס"ק ק"ז מ"מ כאן שזה לקח הריוח ונהנה חייב גם בגרמא ואף שי"ל מבטל כיסו ש"ח פטור אפילו נהנה עש"ך סימן רצ"ב ס"ק ט"ז מ"מ הכא הוי סטימתא דהוי קנין וכבר נהוג בכל מדינת המלכות בליוורינג או דהוי דד"מ עיין נתיבות סימן ר"א ועיין סימן ס"ו ס"ד בהג"ה דאם נתן המלך רשות לרו"ש לגבות הכנסת כפר אחד וגבה אחד כולו חייב לשלם לחברו אף דיכול המלך לחזור עיין נתיבות שם ס"ק ט"ז ולא אמרינן דהוי רק כמניעת ריוח ועיין תשובת רש"ל סל"ו דהקונה מכס וכה"ג הוי קנין גמור והנוטלה ממנו גזל גמור ויוצא בדיינים ומיירי התם ג"כ בארענדא והרי מי ששוכר ארענדא למכור יי"ש שלו וכשנוטלה אחר מוכר יי"ש שלו ומרויח וחייב להחזיר

ועוד יש לחייבו עפימ"ש בשו"ת מהר"ח א"ז סימן רנ"ג במעשה שהדוכס לוה מאתיים מהקהל ואזי הי' ראובן דר שם ונתן חלקו בהמאתיים דינרין ואח"כ יצא ראובן לדור בעיר אחרת ואח"כ תבע הדוכס מס אחד מהקהל וניכה להם המאתיים ותובע ראובן חלקו מן הקהל מה שנתן על אותן המאתיים כי זה המס אינו חייב ופסק כיון דקהל נתחייבו בהמס מדד"מ חייבים לפרוע לראובן דקי"ל גזל הגוי אסור ואעפ"י שא"י שגזלו כ"ש כאן שידוע לאחריה עיי"ש ור"ל דחייבים משדר"נ ועיין לעיל סימן פ"ו ס"א בהג"ה וה"נ זה שהעמיד תבואתו ביוקר להמלך גזלו דלא הי' מחויב המלך ליקח ממנו ביוקר דודאי מאחרים לא יקנה רק כשער של עכשיו ולקח ביוקר מזה מחמת טעות שכסבור שכל התבואה מחויב ליקח ממנו מחמת שהוא לבדו על הקאנטראקט וא"כ גזל את המלך והמלך חייב להשני אותו הריוח דמחויב ליקח ממנו ביוקר משער של עכשיו ואם אינו לוקח מחויב להחזיר מה שעולה הריוח רק מחמת שאינו בקאנטראקט א"י לתובעו א"כ מחויב זה משדר"נ.

גם הרדב"ז ח"א סימן שצ"ט שהביא בשע"מ סימן קמ"ו סי"ד פסק דאם עיכב סחורתו של חברו שהגיע זמן מכירתה וידוע שירד השער ותיזול חייב לשלם מדד"ג כיין דברי הזיקא עיי"ש וה"נ ברי הזיקא דאם מעכבו מלתת למלך ידוע שאם ימכור עתה התבואה לאחר אינה שוה כך גם משו"ת ממ"א ח"א ספ"ב שהביאו מ"ת לקמן סימן רצ"ב ס"ז סק"ה ומשפט שלום סימן ריש"ס ס"ז מבואר דחייב בגרמא כזה.

אבל אין לחייב משום דשותף הוי קבלן וחייב בגרמא כמ"ש נתיבות סימן קע"ו סי"ד דשא"ה דעדיין הם שותפין למכור הסחורה ביחד משא"כ בנידון הד"ח הי' צריך כ"א בעצמו להעמיד חלקו למלך ובזה מתורץ קושית המשפט שלום על הנתיבות מרדב"ז הנ"ל דשם לא היו שותפין רק בקני' ולחלוק הסחורה וכ"א ימכור חלקו ומ"מ י"ל כאן דהמלך אינו מכיר זה השני ולא יקבל ממנו תבואה רק בהרשאה מזה שעל הקאנטרקט ועל אופן זה נשתתפו מתחלה שיתן לו כח שיקח המלך ממנו התבואה וא"כ הוי קבלן על זה וחייב בגרמא שלא עשה קבלנותו ומה"ט נמי י"ל דחייב מה דבגרמתי קנה שותפו ביוקר וכדלעיל סימן י"ד ס"ה בא"ל לך ואני אבוא אחריך וכדלקמן סימן ריש ס"ז בהג"ה וסימן של"ג ס"ח.

יכול לחזור מעשה באחד שהלך לקנות סחורה וכשהלך בדרך ראה אחד רץ אחריו וא"ל מה אתה רץ מה שאקנה יהא לשותפות ונתן לו זה מעות לחזק הענין ועל ערבון שיהא לו לע"ד י"ל משטה ה"ב כמ"ש רשב"א בהא דבעלי חניות הובא בב"י כאן ולא פליג עם שאר פוסקים דשם בב"י דהם מיירי דאחד ידע הסחורה וגילה לחברו דלא ידע וא"ל זיל זבין לי ואזיל בשליחותי' ע"כ א"נ לומר לעצמי קניתי דודאי לא עשה רמאות כזה אבל בהלך מעצמו לקנות הסחורה וכדי שלא יפסידו א"ל שיהא שותף י"ל משטה הייתי בך אף דכתב הרשב"א דג"ז נהג מנהג רמאות מ"מ אינו כ"כ רמאות בעיני הבריות וק"ו כשזה הלך קודם וכשנודע לחברו רץ אחריו ולא רצה לחזור עד שהבטיחו ובנתיבות כאן חילק בין א"ל זיל זבין דאי"ל משטה ובין א"ל אני קונה לשותפות ולא הבנתי החילוק דאדרבה עדיף כשזה א"ל אני קונה לשותפות מאם שתק לבד ואפילו נתרצה בפירוש לא ידעתי לחלק ואפשר משום דהוי רק פטומי מילי ע"ד דאיתא לקמן ריש סימן ר"ז בהג"ה ולע"ד עיקר החילוק אם לא ידע מהסחורה או עכ"פ ל"ה בדעתו לקנותה עד שזה א"ל זיל זבין בזה ודאי סמכה דעתו של משלח ואיכא עולה ורמאות טובא אם קונהו לעצמו מ"כ לאו כל כמיני' וכשתדקדק בלשון הפוסקים במחבר והג"ה ובסימן רס"ט תמצא שכולם מיירי באופן זה ובלאה"נ יש מחלוקת בזה אף כשעשו מעמד גמור האיך יקנו ועיין מח"א

הלכות שלוחין סי"ט ועיין בהג"א בפרק הגוזל דף ק"ב דהיכא דלפי דעתו ל"ה רשע לא אמרינן אאמע"ר.

ומעשה באחד שהחזיק במכס ובכלות הזמן הלך על הליסטאציא לשוכרו שנית ובא אחד להוסיף ומחמת כן עשה עמו ת"כ שישכרנו לשותפות ואח"כ טען הראשון משטה ה"ב לע"ד לולא הת"כ לכ"ע נאמן בזה כיון דרצה השני להשיג גבולו ואף את"ל דבליסטנאציא אינו איסור מ"מ בודאי אין נחשב בעיני הבריות לרמאות אם משטה בחברו לישאר בחזקתו דחשוב כאנוס אך על הת"כ אם נתנו כדרך התגרים לקיום הענין אינו כלום אך אם בתורת שבועה הוי כשבועה ועיין בס"ת לעיל סימן פ"ז סל"ד ס"ק ל"ו מ"ש בשם הרשב"א וכשנותן בתורת שבועה ל"מ טענת אונס ממון עד שיבטל בלבו כדאיתא ביו"ד סימן רל"ב סי"ב אלא דבגליון רש"א הביא ממהר"ש הלוי דאפילו לא ביטל בלבו הוי נדרי שגגות דלאו כ"ע דיני גמירי.

בד"ג כלל ס"ז ס"ב הביא ממשפטי שמואל סע"ח דבכתב לו אגרת אי"ל משטה ה"ב עכ"ל ולפמ"ש בד"ר הובא בקצו"ח סימן פ"א סקי"ז דאם יש לו אמתלא על מה שהוצרך לכתוב ולא הי' אפשר בדיבור מהני אמתלא גם על הכתיבה עיי"ש ה"נ אם חברו רוצה לבוא ממקום אחר ליקח מקח זה והי' ירא שיפסידו ומוכרח לכתוב לו שיהא שותף י"ל משטה הייתי בך שלא תפסידני.

בשו"ת חס"ל סל"ב כתב שמעון שאמר לראובן ליקח ליווירינג של תבואה בליסטאציא לשותפות ועתה אינו רוצה ראובן ליתן חלק לשמעון דהדין עם ראובן כיון דראובן לא מכר תבואה שיש לו רק חייב עצמו ליתן ובחיוב הגוף לא שייך שליחות דהוי דבר שעל גופו וק"ו כאן דראובן לא הזכיר אצל הקיר"ה דשמעון שלחו א"כ אין מקום להכניס את שמעון בחיוב זה ואין על שמעון שום חיוב ממילא זכה ראובן לבדו בהריוח את"ד ואינו נכון דהא מבואר לעיל ס"ס קל"א באומר לחברו ערוב זה לפלוני ואני ערב לך הר"ז כמי שאמר הלוהו ואני ערב דשעת שעבודו של ערב ראשון כשעת מתן מעות עיי"ש א"כ ה"נ כשנתחייב ראובן להעמיד התבואה לקיר"ה נתחייב שמעון גם כן והוי כמי שאמר זיל זבין לי במעותיך דכמאן דאוזפינהו דמי כמ"ש בטור ועש"ך לעיל סק"א וכתבו מח"א ונתיבות דהטעם כיון דאמר לו זבין לי במעותיך תיכף שנתן לחברו המעות על פיו נתחייב לו המעות דהוציא על פיו הוי כמעות המשלח א"כ ה"נ כיון דמיד שנתחייב ראובן לקיר"ה נתחייב שמעון א"כ מה שזכה ראובן אצל קיר"ה תמורת החיוב זכת נמי שמעון וכ"ש אם נתן ראובן קאפציא דכמאן דאוזפינהי לשמעון שו"ר בחס"ל סל"א דחזר בו.

סעי' ה' הפסד הוא לשליח כתב הש"ך פחת יוקרא וזולא אבל אם אירע לו אונס והאונס לא בא מחמת השינוי פטור מבי"ט ועיי"ש במבי"ט אף שנאנס בדרך טרם בא אצל המשלח דלא כמ"ש הנתיבות ואף דהרא"ש בפרק הגוזל סח"י כתב דמותר להלוות למחצית שכר ולהתנות שלא ילוה רק על כספים ויטמנם בקרקע ועי"כ כל אחריות על המקבל משמע אפילו אונסין ה"ט די"ל אלו הטמין בארץ לא הי' נשלל או נשרף משא"כ בנידון המבי"ט שנשלל בדרך אפילו לא תי' קונה כלל הי' המעות נשלל דבדרך א"א להטמין בקרקע וקצו"ח הקשה מלשון הנ"י שכתב ג"כ כהרא"ש והרי המבי"ט הביא דברי הרא"ש ועכצ"ל כמ"ש וכן י"ל בדברי הרי"ו שהביא קצו"ח דסם השינוי שהוליכה בדרך אחר ודאי כל אונס שיארע שם י"ל אלו הוליכו בדרך שאמר לו המשלח לא הי' נאנס וודאי מ"ס דנעשית מלות היינו אחר שנאנס דאל"כ אפילו גזלן ממש כ"ז שהדבר בעין י"ל הש"ל.

ואם הי' בהם ריוח עש"ך סק"י די"ל קי"ל דחולקין אפילו בדבר שאל"ק כששינה ובמראה פנים בירושלמי פרק הגוזל הלכה ה' דחה דברי הש"ך והעלה דא"י לומר קי"ל ועמ"ש לקמן סימן שט"ז.

סעי' ז' וטעה העכו"ם ואם כיון השליח לזכות למשלח וי של משלח דמחל"ח ק"ח וכמבואר בתשובת רשב"א הובא לעיל סימן קע"ו סי"ב בהג"ה ובמשפט שלום הקשה דהרשב"א סותר את עצמו דבפרק א"נ דף ע"א ע"ב כתב באס"ז שם בשם הרשב"א כהתוס' שם דא"א לעשות שליח לישראל לקבל מעות מהנכרי בשבילו דצריך שליחות סל בעל הממון עיי"ש ולק"מ דהתם אין דעתו לגזלו א"כ הממון של עכו"ם משא"כ כאן דמטעה העכו"ם וגוזלו אף דעכו"ם נותן בשביל דכסבור שחייב מ"מ טועה וא"כ הוי כהפקר דנכסי עכו"ם כמדבר כמבואר בפחז"ם ולקמן סימן קצ"ד וכמ"ש נתיבות סימן ע"ב סמ"א ס"ק נ"ב דאם אין דעתו לגזלו הוי של עכו"ם ובענ"ד גם מ"ש הנה"מ בסימן ק"ה בדעת רש"י דבמציאה צריך שליחות מבעל הממון אינו נכון כיון דזוכה שלא מדעתו אחר שנתייאש א"צ שיהא שלוחו וכמו באמר לחברו גנוב דלולא דאשלד"ע חייב המשלח כמבואר בפ"ק דב"מ ד"ח והרי ליכא שליחות מבעל הממון וע"כ היכא דהקנין שלא מדעת בעל הממון כמו באחריות גנבה א"צ שיהא שליח מבעל הממון כמו אם גנב בעצמו קונה לענין אחריות בלא דעת בעלים וה"נ במציאה כמו אם מגבי' לעצמו קונה אחר יאוש בלא רצון ודעת בעלים ה"נ א"צ שיהא שלוחו כשזוכת לאחר וכן בטעות עכו"ם ועוד כיון דגוזל ומטעהו הרי יכול לזכות לעצמו א"כ י"ל מנו דזכי לנפשו אף היכא דצריך שליחות מבעל הממון כמ"ש בנ"י וחדושי ר"ן פ"ק דב"מ ובנתיבות שם

משא"כ כשאינו רוצה לגזלו ל"ל מגו דזכי לנפשו ובאס"ז בב"מ דף י"ב הובא מהרבה ראשונים בכונת רש"י דלא כהר"ן ובמח"א הלכות שלוחין ס"ד הביא מהר"ן דגיטין דלא ס"ל כלל האי סברה דצריך להיות שליח של בעל הממון והך דב"מ כונתו משום דחב לאחרים עיי"ש.

סעי' ח' ראובן שלח עב"י תמה על רי"ו שבנכ"ב הביא תשובת מהר"ם דכאן ס"ח והביא בהא דס"ט תשובת ר"א דזכה השליח ולע"ד ס"ל לרי"ו כה"א כיון דראובן אסח דעתי' זכה השליח אך דוקא כשנתכוין לזכות לעצמו משא"כ בסך דס"ח לא טען השליח רק שמעכבם שמא יזכור הגוי או שיחזירם לגוי ויחדש המם וכה"ג לא זכה לו ידו שלא בכונה כיון דידע שהוא בידו ולא נתכוין לזכות וכמ"ש תוס' בפחז"ה דנ"ד בד"ה אדעתא לכן לא הביא רי"ו מ"ש בתשובת הר"ם דדמיא להא דהגוזל בתרא דף קט"ז דאדעתא דארי' אפקרי' אדעתא דכ"ע לא אפקרי' משום דס"ל בזה כר"א דדוקא התם דנעשה לו נס אמרינן כן כמבואר ברא"ש שם.

לקנות לו בגד בהקפה וכו' צע"ג כיון דצריך שליחות של בעל הממון ועכו"ם אינו בר שליחות א"כ ל"ל כשקנה הבגד בהקפה מגוי נקנה למסלח וע"כ נקנה לשליח והוא נתחייב לעכו"ם המעות וכשהביאו למשלח קנהו מהשליח ונתחייב לו המעות א"כ כשהמשלח נותן המעות לשליח אין למשלח עסק עם הגוי והוי כפורע חובו מיד למלוה שלו והמעות של השליח וכששכחם העכו"ם זכה בהם השליח ועיין תוס' ב"מ פא"נ דף ע"א ע"ב בד"ה בשלמא וביו"ד סימן קס"ט ס"ז בטוש"ע שם איתא דישראל שאמר לחברו לוה לי מעות מעכו"ם ברבית אסור ואם א"ל לוה לי מעות על שמי מותר דאזי הוי רק שליח עיי"ש ואפשר ה"נ מיירי כן דהשליח הודיע לעכו"ם שהוא שליח פלוני ואזי זוכה המשלח בהבגד כשבא לידו אף דאין שליחות לעכו"ם דרק מעשה קוף עביד עיין חוו"ד סימן קס"ט ס"ז סק"י ונתיבות סימן קמ"ב סק"ב ונתחייב המשלח לנכרי וכן ממהר"ם מרי' דהאי דינא שכתב ונעשה ערב בשבילו משמע דהמשלח נעשה לוה של העכו"ם והשליח רק ערב והיינו כשהודיע לעכו"ם שקונה בשביל המשלח ומקבל עליו ערבות אבל כשלא הודיעו מה ערבות שייך הא לוה של עכו"ם ממש הוא דלו הקיף ואין לו עסק כלל עם המשלח ואח"כ מצאתי במח"א הלכות שלוחין סי"ב עמד בכ"ז וכתב דמהר"ם לשיטתו דס"ל דשרי לישראל להיות שליח לישראל ללוות מגר ברבית דאינו לא לוה ולא מלוה אלא שלוחו של ישראל ולכן העלה דדין שבכאן ספ"ד והממע"ה וליישב סתימת הש"ע נלע"ד כיון דשליח לא נתכוין לקנות לעצמו לא קנה כמבואר בריב"ש סימן ת"א בסופו הובא במקו"ח סימן הין בגוי השולח ישראל בפסח ליקח חמץ מגוי

עיי"ש וא"כ נקנה הבגד למשלח כשבא לידו אף דלא ידע המוכר מ"מ דעתו לאקנויי לבעל המעות והרי סוף דבר המשלח ישלם והוא בעל המעות ועיין לעיל בסמ"ע סקי"א ובש"ך סק"ב דכשאמר המשלח זיל זבין לי אף דמוכר לא ידע שהוא שליח קנה המשלח דחשוב בעל המעות דכמאן דאוזפינהו דמי ומבואר הטעם במח"א וקצו"ח ונתיבות כיון דשליח הוציא עפ"י נתחייב המשלח והוי המעות שלו וא"כ ה"נ מה שנתחייב השליח על פי המשלח הוי כהוציא על פיו כמבואר לעיל ס"ס קל"א האומר לחברו ערוב זה לפלוני ואני ערב לך הנ"ז כמ"ש הלוהו וכשעת מתן מעות דמי וא"כ נהי דאין השליח זוכה מיד במשיכתו בשביל המשלח כיון דצריך להיות שלוחו של המוכר והוא עכו"ם מ"מ גם השליח לא קנהו ונקנה למשלח כשבא לידו ומתחייב לעכו"ם אך לע"ז גם בהך דיורה דעה אין המשלח חייב לשליח והשליח לגוי דהתם נמי דעתו להלוות למי שישלם לו הקרן והרבית ואפשר התם אינו ר"ק וכמ"ש הטו"ז שם ס"ק כ"ב וכן מוכח מלעיל סימן סמ"ך ס"ט ומן תשובת רב חפני לקמן ס"ס קפ"ד דלא תלוי בידיעת המוכר או הלוה רק נקנה לבעל המעות והוא בעל דינו.

סימן קפד

סעי' א' שלשה שנתנו מעות לאחד ואם נתנו לאחד מעות לקנות ולמכור או אחד שנתן לג' מעות להתעסק ונפל טענות ביניהם אם יחולק ריוח והפסד לפי האנשים או בעל המעות יקח חצי או כל העסק לבעל המעות ולמתעסק רק שכר טרחא בתשובת מיימני לספר משפטים סי"ב שבב"י לעיל סימן קע"ו מחודש ל"ח כתב דהיכא דנתן לו עסקא סתמא שקיל כל חד פלגא ריוחא אלא משום רבית צריך ליתן לו שכר עמלה ועיין ביו"ד סימן קע"ז ועיין בשו"ת ב"ח שאלה י"ב דבעל המעות שקול נגד אלף מסייעים וכדמוכח מהראי' דאיכה רבתי אנת בפריטי ואנא ברגלי שהביא בתשובת מיימני בספר קנין סכ"ב עיי"ש וא"כ נמי להיפך אם בעלי המעות רבים ומתעסק אחד פלגא לבעלי המעות ופלגא למתעסק דהם בפריטי ואיהו ברגליו ומוכח נמי דבסתמא הוי שותף ולא סרסור וכ"כ מהרשד"ם סימן רי"ו אם נותן סתם מעות להתעסק או סחורה וסם לו הסחורה בסכום כדי שישא ויתן הוי למחצה ריוח והיזק ואם פירש נחלוק הריוח מדנחית לפרש ריוח ולא יותר ש"מ דכונתו זה יהא שכרו כסרסור ופטור מאונסין וזולא.

סימן קפה

סעי' א ש"ך סק"א אמרינן וכו' וק"ל א"כ איך מועיל זיכה לו ע"י אחר דהוא שלוחו של המקבל כדלקמן סימן רמ"ג סמ"ד וצריך להיות ג"כ שליח הנותן כמ"ש תוס' פא"נ ע"א ע"ב ובירושלמי פרק התקבל וכן קשה בס"ב דא"י לקנות לעצמו משום דיד שליח כיד בעלים עצמו ל"ח הוצאה מרשות לרשות וצ"ל דשאני כשנעשה בפעם אחת שליח של נותן ומקבל דחשוב הוצאה מרשות לרשות ועל דרך שכתבו נה"מ והמח"א הובא לעיל סימן קע"ו סס"ק ב' בנה"מ.

משלם מה שהפסיד בד"ג כט"ו סי"ב כתב מי שתפס בתורת משכון סחורה שבאה לידו בתורת שליחות מחמת שיש לו תביעה על המשלח וביני ביני הוזלה הסחורה עיין שו"מ ח"ג סכ"ו שפסק דשליח פטור דל"ה רק גרמא ולע"ד דחייב לפמ"ש ס"ה בשם הגאון יעב"ץ וחת"ס דשליח חייב בגרמא עכ"ל ולי נראה בהיזק שא"נ י"ל הש"ל כמ"ש הש"ך סימן שס"ג סק"ז והסכים הנתיבות עמו לדינא בשומר ואומן וכן סמג"א סימן תמ"ג ס"ל דבהיזק שא"נ פטור שומר והח"י שם כתב דגם להיש"ש דבשומר א"י לומר הש"ל מ"מ מודה בהיזק הבא ממילא אך בשליח בשכר צ"ע דיש לחייבו משום שקיבל עליו למכור הסחורה או לשלחו לאחר למכור והוי כאם אוביר ולא אעבוד וכמ"ש נתיבות סימן קע"ו סי"ד דקבלן גרע משומר וחייב משום אם אוביר במניעת ריוח אף שלא התנה וכ"כ בסימן קפ"ג ס"א דשליח בשכר כיון שא"י לחזור בו כשהוא קבלן חייב על מניעת ריוח וכ"כ בסימן ש"ו ס"ג בשם ראב"ד עיי"ש והא דבש"ש שקיבל עליו לשעור ונסתלקו הבעלים אינו חייב עד שימשוך כדלקמן סימן ש"ג ס"א ה"ט דכ"ז שלא משך יכול לחזור בו מלשמור אם לא קיבל השכירות עדיין אולם הרא"ש חולק גם בקבלן וכמ"ש בשו"ת אמרי א"ש חחו"מ סימן כ"ג ובמשפט שלום סימן קע"ו סי"ד כתב ג"כ דדברי הנתיבות במחלוקת שנוי' גם העיר כמ"ש בהיזק שא"נ ובסימן רי"ש הביא מן הת"ש סח"י דס"ל ג"כ דשליח ושומר חייב בגרמא אף דלא ברי הזיקא ולא נעשה מיד וכתב וא"ל ממ"ש הרמב"ן לתרוצי אמאי שוחט שהטריף בשהי' חייב אע"ג דהיזק שא"נ הוא וצידד דהיזק ניכר הוא אלמא דחיובא דשוחט לאו משום פשיעה רק משום מזיק י"ל דמיירי בשוחט בהמת חברו מעצמו דלאו שומר הוא אבל נתמנה או ציווהו בעלים דהר שומר חייב גם בהיזק שא"נ עיי"ש וזה רחוק שישחט מעצמו בהמת חברו ויותר י"ל אף שציווהו לשחוט מ"מ כשלא משך ולא הגבי' אינו חייב מדין שומר כדלקמן סימן רצ"א ס"ה וכתב ש"ך שם דכן עיקר והנה ת"ש סיים שם א"נ אפילו ת"ל דגם בשומר בעינן היזק הניכר עיי"ש הרי גם הוא לא החליט לחייב שליח ושומר בהשא"נ ולפ"ז גם הא שהביא בד"ג

שם ס"ה משי"ע באחד שנתן לסרסור צעטליך להחליפם והעביר המועד ולא החליפם ונפסדו עי"ז דחייב משום דשומר חייב גם בגרמא ואפי' בשטרות חייב בפשיעה עיי"ש ולפמ"ש י"ל הש"ל.

סעי' ב' אין שליח יכול לקנות לעצמו אפילו באותם דמים שהרשהו בעלים למכרו מבואר בטור בשם רשב"א הטעם דאין אדם מקנה לעצמו דאין המכר אלא הוצאות דבר מרשות לרשות וזה לא יצא מרשותו שהוא במקום בעלים עומד עכ"ל ול"ל יבטל שליחותו דא"כ אין כאן מקנה אמנם נראה דיכול למנות שליח אחר במקומו ולמסור לו החפץ כשאין קפידא לבעלים כגון ברגיל להפקיד אצלו וכדומה ואזי יקח לעצמו משליח השני דהא מבואר בא"ע סימן קמ"א בסמ"א דשליח שעשה שליח אף שמת שליח ראשון לא נתבטל שליחות השאר מאחר דבעל קיים שליח שני מכחו הוא ובפ"ת שם הביא מרוב אחרונים שהעלו דשליח ראשון א"י לבטל את השני דכבר נסתלק ואף להטו"ז שם דיכול לבטל היינו כ"ז שלא ביטל שליח ראשון שליחות עצמו אבל אם אחר שמינה שליח שני חזר משליחות עצמו ודאי נסתלק לגמרי ושליחות שני קיים דאל"כ כשמת אין לך חזרה גדולה מזו וכמ"ש בנתיבות ריש סימן פק"ח והא דכתב כאן אין שליח יכול לקנות לעצמו היינו כשעודנו שליח אך כ"ז במטלטלין אבל בקרקע כיון דלא מסר המשלח בידו שום דבר הוי מילי ולא ממסרי משליח לשליח כמו שמבואר בא"ע סימן ל"ה ס"ו וסימן ל"ו ס"ה עיי"ש בב"ש סק"ד ובסימן קמ"א סמ"ג ולקמן סימן רמ"ד ובזה י"ל מ"ש רה"ג בספר המקח וממכר שער ששי דף ט"ו שליח שנשלח למכור קרקע לא יקנה לעצמו שאם שם אותו קרקע ונוטלו לעצמו הרי אותו מעשה בטל אם הוא קרקע עכ"ל והמח"א בהלכות שלוחון ס"כ הביאו ונתקשה בטעמו ולפמ"ש א"ש כיון דעכצ"ל דשם אותו ע"י אחרים והרי יכול למנות אחר לשליח והדר יקנה הוא ממנו וע"כ א"א לומר מלתא דפסיקא מאן שם לך רק בקרקע או אפשר ס"ל לרה"ג דזה תליא בספקא דש"ס שהביא הש"ך ריש סימן זה וכמ"ש באבני מלואים סימן ק"ט או מספ"ל גוף הדין דהא בתשובת הגאונים ס"ל דיכול להחזיק לעצמו כמ"ש הש"ך סק"ג לכן דוקא בקרקע אין מעשיו כלום דאוקמוה בחמ"ק אבל מטלטלין אין להוציא כיון שתופס בהן וכן נראה דבמטלטלין א"י להוציא מיד הסרסור שקנה לעצמו רק אם תפס ממנו המשלח אין מוציאין מידו זולת אם השליח עשה שליח אחר למכור וחזר וקנה מהשני אפילו תפסו הבעלים מוציאים מהם.

סעי' ה' וי"א דאין בשו"ת נאות דשא שאלה נ"ו ונ"ז כתב דראובן שנתן לשמעון טבעת למכרו בעד חמשה זהובים וכן שוה ומכרו ללוי בשלשה והגיד לו שהטבעת של ראובן וציותו למכור בחמשה אם טוען ראובן עתה שרוצה חמשה א"ל לוי להחזיר הטבעת

לראובן די"ל קי"ל כראב"ד ואם ראובן אומר שאינו רוצה למוכרו גם בחמשה יכול לבטל המקח ושמעון פטור אם אינו טוען ר' לבטל המקח משום דלא הזיקו שהרי עדיין יכול לבטל המקח וראובן אפסיד אנפשו במה שאומר שרוצה בקיום המקח וסברא כזו כתב הש"ך בחו"מ סימן נ"ח סק"ט עיי"ש ולע"ד אינו דומה כעוכלא לדנא דשם אומר התופס אם תודה לדברי תפטור ומה לי שאתה מתחייב בהודאות פיך בשקר כמבואר שם משא"כ הכא דראובן אמר מתחלה למכור בחמשה ועתה טוען האמת שרוצה חמשה רק היה יכול לבטל המקח בשקר לומר שאינו רוצה עתה ולפי האמת בלבו רוצה למכרו בחמשה והוא של לוי וכמ"ש שם שאלה נ"ו בד"ה ולתרץ עיי"ש וזה מוכרח דהא גם עתה יאמר המשלח כיון שאין נותנין לו רק שלשה אינו רוצה במקח דהא לא אמר דרוצה לקיים המקח רק בחמשה וע"כ כיון דעכ"פ רוצה למוכרו בחמשה אינו יכול לבטל המקח דהלוקח יאמר דהשליח צריך להשלים לך השנים וקנוי לו מכבר וא"כ לא אפשר לו לבטל המקח רק בטענת שקר לומר שאינו רוצה למוכרו גם בחמשה כיון דבאמת לולא סבת ההפסד היה מוכרו בחמשה.

ובד"ג כע"ב סי"ג כתב ראובן נתן טבעת לשמעון למכרו בעד חמשה ומכרו שמעון ללוי בעד ג' ובשעת המכירה אמר ללוי שציווהו ראובן למכור בחמשה ועתה צועק ראובן אם מחויב לוי להחזיר לו הטבעת או מחויב שמעון להשלים לו השנים עיין בשו"ת נא"ד סנ"ו דאפשר דלוי י"ל קי"ל ושמעון ג"כ י"ל קי"ל עכ"ל ד"ג והמעיין בנא"ד שם סניז יראה מסקנתו דאם נחליט לדינא דראובן א"י לבטל המקח להחזיר לו הטבעת, ומשום דלוקח י"ל קי"ל אזי ודאי הסרסור צריך לשלם השנים לראובן רק אם נאמר דיכול לבטל המקח אלא מחמת דראובן רוצה שיהא המקח קיים נשאר קיים בזה יכול הסרסור לומר את דאפסדת אנפשך.

סעי' ז' כל סרסור בד"ג כצ"ו סל"ז כתב ראובן שלח לשמעון הדר בעיר אחרת שק מלא כסף למכרו שם וכתב לשמעון המת כסף יש בשק והשיב שמעון לראובן שקיבל שלם בלא חסרון ואחר כך פתחו שמעון וחסר קצת כסף עיין מהרי"ט חחו"מ ספ"ו שפסק דשמעון חייב מטעם ש"ש וא"נ בטענתו שמתחלה כשקיבל השק היה חסר כיון שסותר דבריו ואי"ל טעיתי שאין אדם עשוי לכתוב א"ל נמצאו שלמים ואם יאמר שלא פתח השק רק קבלו שלם ומלא אבל לא ידע מה שבתוכו פשיעה הוא דה"ל לפתחו ולכתוב לבעליו שחסר אולי יציל את שלו מהשליח דקי"ל רועה שהיה יכול להציל ברועים ומקלות ולא הציל חייב כ"ש זה שלא השגיח בתוך השק אם הוא שלם עכ"ל ד"ג הדברים ככתבן אינם נכונים לדינא דמ"ש דא"נ לומר טעיתי על כת"י הא הש"ך בחו"מ סימן קכ"ו ס"ק ס"א

העלה להלכה דנאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי על כתב ידו ומ"ש דפשע מה בכך הא מעולם לא בא לידו כסף זה שנחסר וקי"ל בחו"מ סימן רצ"א ס"ה דאין השומר חייב עד שימשך אבל בלא משיכה אף שקיבל עליו לשמור או שאמר הנח לפני ונסתלקו הבעלים משמירה אפילו פשע פטור ע"ש בש"ך סקי"ג ואפילו לדעת המחייבים שם היינו דעכ"פ היה החפץ בעין כשקיבל עליו השמירה ואח"כ נאבד בפשיעתו אבל כאן כשבא השק לידו כבר נחסר הכסף ומנא ידעינן אם היה עוד באפשרי להציל מיד השליח ואף דשומר חייב כשא"י לישבע אם נאבד שלא בפשיעתו היינו אם ודאי נעשה שומר עליו אבל הכא אולי לא היה אפשר להציל מיד השליח וכמ"ש מהרי"ט אולי יציל וא"כ לא היה לו על מה להיות שומר אולם במהרי"ט שם מבואר דראובן היה בידו מעות של שמעון ובזה שפיר פסק כיון דל"ל מגו דפרעתי דראובן מוחזק וגם י"ל קי"ל כפוסקים דשומר מתחייב גם בלא משיכה ושמא אם היה שמעון כותב לו שנחסר היה מציל מיד השליח.

ובד"ג כצ"ה סמ"ח כתב בשם שו"ת במ"ח סכ"ב בסרסור ששלחו לו סחורה למכור ומיד שבא הסחורה על עגלות לעיר הסרסור עד שלא משך הסרסור פשע בשמירה והיה הפסד ורצו מקצת המורים לזכות הסרסור כיון שלא משך והבמ"ח דחה דבריהם דשליח א"צ לא קנין ולא משיכה רק בדיבור בעלמא כמבואר ר"ס קפ"ב ע"כ חייב בכל שינוי כמבואר שם עכ"ל ד"ג ולע"ד צדקו המורים דמה זה ענין לשליח דא"צ קנין דהיינו שיתקיים המעשה שמכר או קנה טרם שחזר המשלח ומנ"ל שיתחייב בשמירה קודם שמשך ומה שחייבו בפשיעה מחמת ששינה ל"ד כעוכלא לדנא דאם שינה עבר ע"ד משלחו ולא עשאו שליח אדעתא דהכי כגון א"ל לקנות חטים וקנה שעורים א"כ הוי גזלן דהוציא מעותיו שלא ברשותו וחייב באחריותן תדע דהא גם שותף שליח הוא כמבואר בסימן קפ"ב ס"א בהג"ה ושותף חייב אם שינה כמבואר בסימן קע"ו ס"י ובפשיעה פטור אם התחילו להתעסק ביחד משום דהוי שמירה בבעלים כמבואר בסימן קע"ו ס"ח וה"נ ודאי בשליח אם כשמשך היה ש"ב וחייב אם שינה מטעם מזיק או גזלן כמ"ש הש"ך סימן קע"ו ס"ק ט"ז ובנתיבות סימן ש"א סק"ב וכן מוכח בשער משפט סימן ס"ו סל"ב דגם שליח לא מיחייב בפשיעה עד שימשוך ועמ"ש בסימן ס"ו סעיף מ"ם.

ואפשר כיון דהסרסור קיבל עליו למכור הסחורה גרע דקבלן חייב גם על מניעת הריוח משום דסמך עליו והוי כערב וכמ"ש הנתיבות בסימן קע"ו סי"ד ור"ס קפ"ג וסימן ד"ש וסימן ש"ו בשם האס"ז וראב"ד ולפ"ז דאינו מדין שומר מ"ל משיכה דהא חיוב הריוח שהי' יכול להרויח ל"ש בו משיכה וקנין וכ"ש כשהי' הפסד בפשיעתו דחייב אולם כבר כתבתי לעיל ריש הסימן דגם זה במחלוקת שנוי' ולקמן ריש סימן ש"ג מבואר דגם

ש"ש אינו חייב בשמירה עד שימשוך משמע דפטור אפילו פשע אף דקיבל עליו לשמור ובעלים סמכו עליו ונסתלקו משמירתו ואפשר במניעת הריוח דל"ש בו משיכה תקנו שיחויב משקיבל עליו משא"כ דבר ששייך בו משיכה או דתקנו משיכה בשומרים דוקא כששייך בו משיכה וכשלא שייך בו משיכה מתחייב בהנאה דמהימן לו וסמך עליו וכה"ג ועיין לקמן סימן של"ג ס"ו בהג"ה ובנתיבות שם סקי"ד ובהגר"א דיש פלוגתא אם קבלן חייב מדד"ג כשחוזר בו בדבר תאבד של ממון ועיין בהג"א פרק הזהב דמ"ז ע"ב דבדבר של"ש משיכה מעות קונה ועיין נתיבות סימן קע"ו ס"ג ועיין בשעמ"ש סימן ס"ו ס"ק ל"ב בשלח שליח לגבות מעות בשט"ח שי"ל על אחר עם הרשאה ונאבד השט"ח מיד השליח ועי"ז נפסד החוב דאף דאין דין שומרים בשטרות מ"מ בזה שקיבל עליו לגבות החוב נעשת שומר על גוף הממון במשיכת השטר ובמעות השכירות שנוטל על השליחות כיון דל"ש משיכה עיי"ש וזה רחוק שיחייב מדין שומר על דבר שלא בא לעולם רק להאס"ז וראב"ד יש לחייבו מתורת קבלן דעכ"פ לא גרע ממניעת הריוח וזה י"ל טעמו של הרי"ף בתשובה שהביא שם ולפ"ז אפילו יהא שמירה בבעלים ואפילו לא הקדים לו השכירות חייב אם תפסו הבעלים דאם השליח מוחזק י"ל קי"ל כהחולקים על אס"ז וראב"ד והי"א שבסימן של"ג ס"ו בהג"ה.

ודברי השעמ"ש תמוה אצלי איך יחויב משום שומר על החוב דהא בפרק הזהב דף נ"ו איתא במשנה דאין אונאה לשטרות ואין להם דין שומרים ונתמעטו מכלל ופרט משום שאין גופן ממון כשאין נמכר לבשם רק בשביל החוב וכן בחוב לבד כשמכרו אין בו דין אונאה כמ"ש מהרי"ט ח"ב חחו"מ סי"ט דכיון דצריך כעין הפרט שגופו ממון יצאו חובת ושטרות שאין גופן ממון ואין בהן אונאה ה"נ אין בחוב דין שומרים.

מפני שהוא נ"ש כתב בשו"ת מהר"ם מינץ סימן ק"ז בסרסור שטען שהוא ש"ח ובעל החפץ טען דהוי ש"ש דהקונים ממנו יתנו לו שכר דהדין עם הסרסור דשמא לא יהבו לו דבר והוי רק ספק וגם הוי כמו זה נהנה וזה לא חסר ע"כ ותמוה לי דמשום פרוטה דר"י הוי ש"ש אף דהוי רק ספק וזה נהנה וזה ל"ח ורבא דפליג משום דבהנאה פורתא כזאת דלא שכיחא ל"ח שיש וכמ"ש תוס' בפרק שה"ד דמ"ד בד"ה שומר.

סעי' ח' וישבע כמה הי' שוה במרדכי כתב דא"צ לישבע שהי' תקוע האבן יפה דאין נשבעין בטענת שמא בסעמ"ש הקשה דיהא הסרסור כא"י אם נתחייבתי דשמא ידע ראובן שלא הי' תקוע יפה וכמו שהקשה נ"י בפרק המפקיד בעובדא דבקרא ותירוצו ל"ש כאן עיי"ש ולע"ד כיון דקי"ל בב"ב דף קע"ב דלנפילה ל"ח ומשום דמזהר זהיר וכן הוא בפ"ק דב"מ י"ב ע"ב וביבמות דף קט"ז וא"כ כיון דלא שכיח הוי כרוב דעפ"י רוב

אדם נזהר בשלו לשומרו יפה ומבואר בפ"ק דכתובות דף י"ב ע"ב היכא דאיכא מגו או חזקה מסייע לברי אזי בו"ש ברי עדיף וה"נ מסייעו דסברא גדולה אי הוה ידע דלא תקוע האבן יפה הי' מזהירו לסרסור לשמרו או הי' מתקנו משא"כ הא דספסרא אפשר בכיון לא גילה משום דלא היו קונין ממנו או היו מבטלין המקח וכן שכיח טובא עוד הקשה על מהרי"ק סימן קנ"ה שכתב בראובן ששלח ספר עם שמעון וא"ל שאין נותנין מכס מספרים ונלקח מחמת שלא פרע המכס דפטור שמעון שבטעות קיבל השמירה דאף דראובן ג"כ טעה מ"מ פטור דאלו ידע שפורעין מכס לא הי' מקבל עליו והרי מוכח בפרק המפקיד דף מ"ב דכל היכא דשניהם לא ידעו בהמום אף דאיכא חסרון בדבר השמירה חייב הש"ש אף דאיכא למימר דלא קיבל עליו נטירתא כי האי כיון דש"ש הוא ה"ל לעיונו עיי"ש ולע"ד י"ל לפמ"ש בטור לעיל סימן קנ"ד סל"ח דמחילה בטעות דלא מוכח מילתא דבטעות הוא הוי מחילה עיי"ש וא"כ הך דמהרי"ק שאני דודאי בטעות הי' כמ"ש שם דודאי שמעון לא הכניס עצמו אחיוב שמירה ואחריות גדולה כזו דבסחורה המחיובת מכס יש טורח מרובה וסכנות עלילות יותר ויותר מכשאינה מחויבת מכס ועוד י"ל דשם לא התנו בפירוש על השכירות רק דראובן א"ל מה שימכר יותר מל"ד דינרין יהא שלו ושתק וכיון ששתק הוי כהודה דמרוצה בשכירות וא"כ בשלמא במקום אחר אי"ל דבטעות קיבל השמירה דהוי דברים שבלב כ"ז דלא מוכח דאפשר לא קפיד בזה ועל כל אופן קיבל אבל הכא לא נעשה ש"ש בפירוש רק מדשתק מוכח דבלבו נתרצה וכיון די"ל דלא נתרצה להיות ש"ש רק אדבר שאין פורעין מכס ממילא ל"ל אנן סהדי דעל כל אופן נתרצה א"כ אפילו נתרצה על כל אופן הוי דברים שבלב ועכ"פ כשטוען על זה האופן לא נתרצה לא הוי דברים שבלב דעל זה ליכא הוכחה דכל חיובו אינו רק מכח דאנן סהדי על דברים שבלבו ל"ה דברים שבלב.

סעי' י' בהג"ה השדכן נסתפקתי בשני שדכנים אחד התחיל ושני גמר דכתב בנוב"ס סל"ו ובעט"צ דחולקין אי דוקא דהגומר נודע לו השידוך ע"י המתחיל דאזי כ"א לא פעל בלא חברו אבל אם אחד התחיל ועזב באמצע ענין ולא גמרו ובא אחר שלא ידע מהמצאת ראשון והמציאו מעצמו עד גמירא איך הדין ולע"ד הכל לשני דלא נסתייע מהראשון כשהראשון לא קירב דעתם ועשה פעולה לפי ראות וראי' לזה מא"ח סימן שט"ז שנים שנעלו בעד צבי דאם אחד א"י לנעול לבדו ונעלו שניהם חייבים ואם אחד יכול לנעול לבדו ואחד א"י ונעלו שניהם היכול חייב והאינו יכול פטור מפני שאינו אלא מסייע להיכול ומסייע אין בו ממש וכן מצינו בזה וזה גורם בפ"ב דערלה ובפרק כל הצלמים דל"פ רק אי בכל אחד כדי להחמיץ או שאין בכ"א כדי להחמיץ אבל אם באחד לבד כדי

להחמיץ ובשני אין בו כדי להחמיץ כ"ע מודו דל"ח זוז"ג והכל הולך אחר זה שיש בו כדי להחמיץ דהשני רק מסייע וה"נ הראשון לא הי' יכול לגמור ושני הי' יכול להתחיל ולגמור ומצאתי שכ"כ בשב יעקב הובא בפ"ת כאן סכ"ג.

ונשאלתי בשידך לאחד וכשבא להגמר נזדמן לחתן שידוך אחר ונשא האחרת אח"כ גרשה ונשא הראשונה וטען השדכן דזה בא מכחו והשבתי שכבר אסח דעתי' ונתייאש השדכן מפעולתו ועתה פנים חדשות הוא ודומה קצת להההיא דתה"ד הובא בחו"מ סימן רס"ח בהג"ה ס"ז דהיכא דכבר נפסק הדין אסח דעתי' עיי"ש ועוד ראי' מהמבי"ט שהבאתי לעיל סימן קע"ו סט"ו ומטו"ז יו"ד סימן קצ"ב סוף סק"ו ולפ"ז אפילו רק נשתדך עם אחרת ואח"כ נתפרדו ונשתדך עם הראשונה כבר אסח השדכן דעתי'.

שדכן לבחור ובתולה הסמוכים על שלחן אביהם ולא יכול לגבות שכר שדכנות מאבי החתן מחמת אלמותו ותובע מהחתן אחר שנשא וקיבל הנדן נ"ל כיון דסתם שדכן דעתו להפרע מאב כנהוג וגם החתן אין לו כ"ז שלא קיבל הנדן והמנהג לפרוע השדכנות בשעת קישור התנאים א"כ אין דעת השדכן להפרע מהחתן והוי כמ"ש ר"נ בפרק אין בין המודר דף ל"ג ע"ב דמפרנס אשת חבירו סתם נהי דלאו בתורת מתנה קעביד מיהו סתמא אדעתא דבעל נחית שיודע שאין לאשה זו נכסים ובריב"ש סימן תפ"א כתב אף לרשב"א דס"ל דדוקא באומר בפירוש אני מעלה לך מזונות מחמת מה שחייב לך בעלך הניח מעותיו על קרן הצבי ולא במפרנסה סתם היינו שמשתלם מן הבעל אבל לא מן האשה כשאין יכול להפרע מהבעל עיי"ש והובא בב"י א"ע ס"ע א"כ ה"נ לא יכול השדכן לומר לחתן הרי עשיתי לך פעולה שלם לי כיון דלאו אדעתא דחתן ישלם לו נחית.

במנהג עיין שו"ת רב"א שאלה חית שהמנהג דאזלינן בתרי' ועבדינן כותי' חד מתרי אנפי הוא הראשון כגון שבא מעשה זה לפני ב"ד כ"פ לא אחת ולא שתים ונהגו כך ונשאר מנהג נהוג והלכה קבוע לדורות באותו מקום בלבד והשני שהסכימו טובי העיר וחכמי' לנהוג כך משם והלאה והולכים אחריו באותו מקום וכל שאינו בא משני דרכים הללו אעפ"י שאירע זה פעם ושתים ועשו מעשה לא יקרא מנהג ללכת אחריו עוד הוכיח שם מתשובת מהר"ם דהבא להחזיק נגד הדין מכח המנהג עלי' הראי' שנהגו כך בעל כרחו של הבעל דין שידע הבע"ד שאין הדין כן רק סבר וקיבל בע"כ מחמת המנהג וכל שלא הביא ראי' כזו אמרינן שמא מרצונו ויתר או דהי' סבור דדינא הכי ומוקמינן אדינא אפילו להוציא עיי"ש בד"ה ויש אשר ובד"ה והא לך ומשפט שלו' סימן רל"א סקי"ג הביא משו"ת ח"ל סימן ס"א בענין מנהג ועיי"ש בח"צ בד"ת והרא"ם ואחריו בד"ה אלא ונראה דה"ד אם טוען דלא ידע מהמנהג אבל כשמודה דידע א"כ אדעתא דהכי קבלו

לפועל וכה"ג דאל"כ ה"ל להתנות זה שאינו רוצה בהמנהג וכן הדין לענין סכום שכר שדכנות היכא דלא נתפשט תיקון ד"א דאין להוציא רק אם יש מנהג ע"ד שכתבתי. **ונתבטל** השדכנות בע"ש תמה הא מחויב ליתן קנס ולע"ד משכחת באופן המבואר ביו"ד סימן רל"ב סט"ז ובהג"ה שם ולענין תקנות ארצות דיכול לסלק פחות שליש עיין חס"ל חחו"מ סמ"ב דהיינו לפוטרו לזה מקנס אבל שכנגדו גם כן יכול לחזור מהשידוך ובשו"ת ד"ח לא כ"כ ונראין דברי חס"ל דלו יהא ספק הוי ספק בתקנה וכ"כ מעין גנים הובא בפ"ת לא"ע ס"נ סק"ט ועכשיו דכותבין בתנאים ראשונים לשון חיוב צ"ע דאפשר דתקנה לא הי' רק לפי זמנם שלא היו כותבין לשון חיוב רק התוקף הי' הקנס בזה תקנו דבפחות שליש פטור מקנס ועל גוף הנדן לא תקנו כלל וגם נראה דתתקנה לא הי' רק בירד מנכסיו דהוה כאנוס וגם אומדנא קצת דאם הי' אז במעמד זה לא הי' פוסק כ"כ.

סימן קפז

כל שליח שטען נשאלתי ראובן הי' לו סחורה להעביר ממדינת מלך למלך אחר ויש מכס על המצר ושמעון דרכו להעביר סחורות הסוחרים וגם מן הצד עומדים שומרים ושמעון חשוב אצלם ומעביר לפעמים בידיעתם בלא פריעת מכס ועתה קיבל שמעון הסחורה של ראובן להעמידם מעבר השני וכאשר התחיל להעבירם בא שומר אחד ועשה רעש וברח שמעון עם הסחורה לאחוריו אח"כ בא אצלו השומר ואמר מדוע ברחת ההסכן הסכנתי לעשות לך כח והרעש עשיתי מחמת שהעלמת ממנו ועתה תעבר הסחורה רק שתהנה גם אותי והעביר שמעון הסחורה ולקח השומר הסחורה ממנו בקנס וטען ראובן על שמעון מאחר שקיבל עליו להעמיד מעבר השני האחריות עליו לשלם ושמעון טען לא קבלתי רק להעביר ולא אחריות ופסק הדיין שישבע שמעון שלא קיבל עליו אחריות ובא לוי והפציר בראובן שיקח כ"ה ז"כ ולא ישבע שמעון וקיבל המעות מלוי ותבע לוי המעות משמעון ויהי כמצחק בעיניו אח"כ נתחרט הדיין ודעתו דשמעון חייב לשלם כל ההיזק דהוה כהוליכו לגדודי חיות ולסטים המבואר בחו"מ סימן ש"ב ס"ו ועוד מסתמא קיבל עליו אחריות דאדעתא דהכי נתן לו ראובן דאל"ה תי' יכול ראובן לשכור כתפים בזול יותר אלא דסמך על שמעון שחשוב אצל השומרים וקיבל עליו להעמידם מעבר השני והשבתי לפי הנראה לא טען ראובן ששמעון קיבל עליו בפירוש אחריות וא"כ גם. משבועה פטור כיון דיש לפרש דבריו שקיבל להעמידם מעבר השני למקום פלוני אם לא יארע אונס ולא שישלם אם יתנס דאינו רק ש"ש ואף שיש לפרש ג"כ כונתו לקבל אחריות כיון דהן דרך אנשים הללו הרבה פעמים מקבלים עליהם אחריות מ"מ אין

לחייב מספק וכן מוכח משו"ת רב האי גאון ז"ל הובא בב"י חו"מ ס"ס קע"ו ראובן שאמר לשמעון כתוב לשותפך דיזבן לי דבר פלוני ולישדר לי וכתב לו שמעון וזבן ושדרי ונטבע הספינה אם ראובן לא קע"א בפירוש פטור דאמרינן דביקש מראובן דלישדר לי' שותפא דכד מטי זבין יתי' מיני' ולא מפקינן בכי האי מימרא עכ"ל מדכתב דלא מפקינן בכי האי מימרא משמע דיש מקום לומר דהכונה דיהא באחריות ראובן על הדרך ובשליחותי' יקנהו דיהא של ראובן מיד אך כיון דיש לפרש ג"כ שלא קע"א לא מפקינן מיני' ולא חייבו רה"ג שבועה על כונתו ול"ל שא"ה דלא בא ממונו לידו לכן אין לחייבו שבועה על טענת ספק משא"כ כאן דממונו בא לידו יש לחייבו שבועה על הספק וכמ"ש בתה"ד הובא בש"ך חו"מ סימן קכ"א ס"ק מ"ו דהא הש"ך פירש שם דדוקא משום דמצרפים טענת המלוה שטוען ברי ועוד דמ"מ ה"ל לרה"ג לחייבו בחדרם סתם אם לא קע"א אע"כ כיון דלא פירוש האחריות פטור דהמוציא צריך לפרש דמש"ה פועל צריך להתנות כיון דבא להוציא ידו עה"ת כדלקמן סימן של"ד

ומ"ש הדיין דהוי כהוליכו למקום גדודי חיות ולסטים אין ראי' מסימן ש"ג דהתם לאו ברשות בעלים הוליכו אבל כאן דידע ראובן דשמעון דרכו לילך דרך זה אדעתא דהכי יהבי' לי' ראובן אפילו לא פרשו בפירוש כמבואר בתומים סימן קכ"א סק"ב ומ"ש מסתמא קע"א דאל"כ הי' יכול להשיג כתפים אחרים בזול יותר אלא דסמך על שמעון דידע דחשוב הוא אדרבה היא הנותנת כיון דידע דחשוב הוא סמכה דעתו דיעביר הסחורה אפילו כשיודע לשומרים ישחד אותם כדרכו ולכן לא שכר כתפים בזול ולא הוצרך לקבלת אחריות.

ולו יהיבנא לו סברתו דחשוב כפושע שהאמין להשומר אחר שעשה הרעש אשר פיהם דיבר שוא מ"מ זה תלוי בסברא לשקול הדבר אם חשוב פושע ומבואר בש"ך לעיל סימן כ"ה ס"ק מ"ז בדיין שטעה וחייב שבועה למי שאינו חייב ומחמת זה נתעשר עם בע"ד בקנין דהוי קנין בטעות וחוזר דוקא אם יש לברר הטעות מדבר משנה אבל מחמת טעות בשיקול הדעת דסוגיא דעלמא כאידך אין לבטל הפשר ולהוציא ובב"ח ס"ס כ"ה מבואר אף דנודע שטעה עפ"י סברא מ"מ אין לבטל הפשר כ"ז שאין מברר בראי' ממשנה וגמרא עיי"ש ואף דהכא הדיין בעצמו חזר בו מ"מ כיון דמכח סברא חזר בו לא מהדרינן וכמ"ש בשו"ת בית יעקב סימן ל"ז וה"נ נהי דדין פושע מבואר בחו"מ דחייב הא מעיקרא נמי ידע זה הדיין רק הי' סובר דלא חשוב פושע ואח"כ נתן דעתו דלפי הסברא חשוב פושע אין לבטל הפסק והפשר כיון דשמעון מוחזק.

ואם יאמר תינח אם נתרצה שמעון בפשר אבל בנ"ד אין שמעון רוצה להחזיר ללוי הכ"ה ז"כ הרי אינו מרוצה בפשר ויחזיר לוי על ראובן להחזיר לו המעות וראובן יחזיר על שמעון לאו מלתא הוא דשמעון דינא משתעי השתא דלוי הוי פורע חובו דשוב אין המלוה יכול לתבוע מן הלוה וגם הלוה א"צ לשלם להפורע ואפילו פרע חובו בפניו מבואר ברשד"ם חא"ע סל"ו דנראה שפטור והובא בבאה"ט ס"ס קכ"ח בקיצור וא"כ כיון דקיבל ראובן מלוי והלך לו נפטר שמעון ול"ל כיון דל"ה קבלת קנין על הפשר רק היתה להפצרת לוי יכול לחזור כמ"ש הטו"ז סימן י"ב שא"ה דלא עבד מעשה רק אמר שמוחל מצי אמר משטה הייתי לפי שהפצירו בו ולא יכול להשמט אמר דברי הבאי לדחות ממנו הפשרן כמ"ש טו"ז שם בשם המרדכי אבל הכא הרי קיבל הכ"ה ז"כ מן לוי ואם לא נתרצה באמת למחול גזלן הוא ליקח מעות מן לוי בחנם ולילך לדרכו דהא לא ה"ל אצל לוי כלום ולא נתן לו רק כדי שימחול וע"כ אפילו לא פירש דמוחל הפירש דתי ולא מהימן לומר משטה תייתי היכא דעושה עצמו רשע כמבואר בחו"מ סימן קפ"ג ס"ד ובטו"ז יו"ד סימן קע"ז סקי"א ובמהרי"ט ח"ב חחו"מ ס"ס ס"ט כת"ג.

סעי' ב' שאמר לשלוחו קנה לי ת' גרבי יין בקצו"ח כתב כשחושדו שלא קנה ממעות הפקדון ושמא עדיין הפקדון ברשותו הוי שבועת שומרים ונתיבות כתב דא"כ בחנוני דמבואר בסימן צ"א דאם בעה"ב הקדים לו מעות שיתן לפועליו אין על החנווני רק היסת שנתן הא ג"כ חושדו שעדיין המעות ברשותו וע"כ דטענה זו שטען שנתן למי שציוה ליתן הוי כטענת החזרתי ולכאורה יש לדחות דשאני בחנוני דלא נתן לו הבעה"ב ע"מ להחזיר לו והוי כמו דאמרינן לשמור ולא לחלק דכתב הפרישה בסימן ש"א וסמ"ע שם משום דלא נתן לו ע"מ שיחזירנו לו משא"כ הכא אף דציוהו לקנות יין מ"מ צריך הוא להחזיר היין ומ"ל הן ומ"ל דמיהן אך לא דמי ללשמור ולא לחלק לעניים דשם אין אחריות המעות על המפקיד וכיון דנתן לו לחלק תו אינו בעלים של המעות משא"כ בעה"ב שנתן לחנוני לשלם לפועליו זהו חזרה לבעה"ב דאם אינו משלם לפועליו הרי המעות של בעה"ב דמחויב לשלם מכיסו לפועלים ועיין ב"מ דף נ"ח דלר"ש בקדשים שחייבין באחריותן הוי שלוחין שומרין של בני העיר אף דשלחו שקליהן ליתן לגזברין ולרבנן רק הטעם דמ"מ כבר הקדש הוא אפילו יחזרו לבני העיר משא"כ הכא כשהחנוני נותן לפועלי בעה"ב מעותיו של בעה"ב נותן על פיו וכמחזירו לידו דאם לא יתן בכל מקום שהוא הוא של בעה"ב וראי' עוד לדברי הנתיבות משו"ת רשב"א ח"ג סימן קל"א שהביא ב"י לעיל סימן קפ"ה מחודש ד'.

סימן פקח

סעי' ב' חש"ו מ"ש קצו"ח לרש"י אם מת המשלח לא בטל השליחות ברש"י ב"ק דף ק"ד מבואר דבטלה ורשד"ם סימן תל"ח כתב דמת הוי כחזרה והוא כמ"ש נה"מ מה שהקשה הנתיבות דאיך יכול לוקח לעשות שליח לקנות הא צריך שליח של בעל הממון עמ"ש לעיל סימן קפ"ב ס"א דנעשה ג"כ שלוחו של מוכר ואף דלוקח שלחו ומוכר לא פירש שעושהו שליח בסתם נעשה גם כן שלוחו כמו שהוכיח בתשובת מהר"ם מלובלין סימן קי"ד ומובא שם אף דאין יודעים הדין ואין כונתם לכך מ"מ סתמא נעשה גם כן שלוחו של מי שנשלח אצלו ואם המוכר כסבור דלוקח השליח לעצמו מ"מ כיון דרוצה למכור חפץ זה בסכום זה עתה וגומר שיקנהו בקנין זה שעושה א"כ זכות הוא לו וזכין שלא מדעתו ונעשה ממילא שלוחו של המוכר לזכות בשביל הלוקח דל"ל שמא לא ניחא לו למכור לאחר דהא מוכח בפרק הגוזל דף ק"ב ע"ב ובתשובת רב חפני לעיל בב"י ס"ס קפ"ד דאם אמר למוכר שקונה בשביל ריש גלותא ועשה קנין ואח"כ נודע למוכר שקנה בשביל עצמו אין המוכר יכול לבטל הקנין והך דירושלמי בפרק התקבל דא"י לעשות שליח לקבל מתנה דאינו זכות לנותן שיהא נעשה שלוחו לזכות למקבל מיד כל שלא פירש הנותן ועיין באבני מלואים סימן ל"ז סקי"ב ובקצו"ח סימן רמ"ג סח"י ואפשר במכירה גם תוס' ורשב"א מודים כיון דזוכה במעות מחיר החפץ ועיין אמרי ברוך יו"ד סימן שכ"ח מ"ש בשם הר"ן גיטין דף נ"ב וא"כ דוקא במכירה י"ל זכין שלא בפניו ולא במתנה לזכות שלא מדעת בעל הממון לאחר אף דניחא לנותן דמ"מ אינו זוכה בשום דבר.

סעי' ג' מנה שיש לי בידך בין מלוה בין פקדון שלחהו לי ביד פלוני אפילו הי' קטן אם רצה לשלחו בידו נפטר ואינו חייב באחריותו בב"י כתב דיליף זה מדין הצלוחית שאמר בגמרא אבדה מדעת הוא וקשה לי הא מבואר לקמן סימן ש"א ס"י דאם נתנו לידו מתחלה לאבד פטור אבל אם בא לידו בתורה שמירה והדר אמר לו קרע חייב אי לא א"ל ע"מ לפטור וא"כ שאני בצלוחית דמתחלה אבדה מדעת הוא ולא בא לידו בתורת שמירה משא"כ כשהי' לו מלוה או פקדון דנתחייב באחריותו כשא"ל שלחהו ביד קטן דהוי כאבדה מדעת יצטרך לומר והפטר ועמ"ש בסימן קכ"א ס"א.

הלכות מקח וממכר סימן קפט

הג"ה ואפילו מחלו ד"ז מתה"ד סימן שי"א בשנים שהחליפו כל נכסיהן וחזרו ומחלו זל"ז ובריב"ש סימן תק"י במחל השוכר למשכיר דלא מהני ונראה אם מכר אחד לחבירו חפץ בקנין ולא נתן עדיין המעות ומחל לו המוכר ללוקח שלא יקח ממנו החפץ מהני דהא

אין למוכר על הלוקח רק חיוב ממון שאינו דבר בעין ומהני מחילה ואין המוכר יכול לחזור אבל הלוקח יכול לחזור תדע דהא גם בשוכר בית כתב כן מהרי"ט צהלון הובא בבאה"ט לקמן ר"ס שי"ב דאם מחל המשכיר לשוכר מהני בלא קנין וכשאמר שוכר למשכיר דמוחל לו ל"מ וה"ט דמשכיר אין לו על השוכר רק חיוב מעות אבל השוכר קנה גוף הבית לזמן ונראה עוד מי שפסק עם חבירו להעמיד לו איזה סחורה ונעשה בחיוב וקנין מהני גם מחילת לוקח למוכר בלא קנין כיון דלא נקנה לו גוף הסחורה רק חיוב על המוכר להעמיד לו סחורה ואפילו כבר ישנו ביד המוכר מ"מ יכול למוכרו לאמר ולהעמיד לזה סחורה אחרת א"כ אין לו קנין בגוף הסחורה וכמ"ש נתיבות סימן ר"ט ס"ו וא"כ אינו רק חיוב על גוף המוכר ומהני מחילה בלא קנין.

ואם כתבו זל"ז לראי' בחת"י שאין להם שום טענה זה על זה עד היום ומודים שלא נעשה שום קנין לבטל קנין ראשון נראה דמ"מ מהני מצד אודיתא דהוי קנין וכמ"ש תוס' בפרק הזהב דף מ"ו בד"ה ונקננהו ועיין לעיל סימן סמך ס"ח ונתיבות שם ובקצו"ח סימן קצ"ד ובנתיבות סימן פ"ח בביאורים סק"ג כתב ג"כ בהא דטענו חטים והודה לו בשעורין דפטור מטעם מחילה אפילו יודע הנתבע דיש לו אצלו שעורים דלאו דוקא מחל אלא דאודיתא קנין מחילה ומתנה הוא ואפילו אין השעורים עומדים בחצרו בשעת התביעה דלא קנה להו בחצרו קנה באודיתא כדמוכח בסימן ר"פ גבי האומר אין זה אחי עכ"ל וכ"ש כאן דבפירוש הודה לו שאין לו שום טענה עליו ודוקא אם כתב אני מודה שאין לי שום טענה דאל"כ הוי כמו דו"ד אין לי עליך דל"מ עיין ר"ן ר"פ הכותב.

ובשו"ת מהר"י מיגאש סימן קל"ד כתב אם לוקח הקרקע מודה שבטלו המקח ביניהם ושהחזיר לו המוכר מעותיו נתבטל המקח דה"ל כחזרו ומכרו לו שתתקיים בנתינת הדמים וא"צ בזה קנין ולי צע"ג דאדרבה לשון זה משמע שלא חזר ומכר בעד המעות רק בטלו המקח.

סימן קץ

סעי' א' מכר לו בית נ"ל בית הבנוי על קורות או אבנים שאינם נעוצים בקרקע אין נקנה בקנין קרקע רק כספינה דלקמן סימן קצ"ח ס"ז וראי' מן פי"ב דנגעים משנה א' בית הבנוי על ארבע קונות אינו מיטמא בנגעים ועיי"ש בתוי"ט דכתב כיון שהקורות אינן נעוצין בקרקע לא קרינן בי' בבית ארץ א"כ כ"ש הכא דאינו בכלל שדות בכסף יקנו אא"כ מחובר לקרקע דהוי כקרקע.

סעי' ז' לא קנה ובס"ט במשכון סיים וכל הרוצה לחזור וכאן לא כ"כ ונראה לפי דבב"י לקמן סר"ד הביא מחלוקת רמב"ן ור"ן באתרא דכתבי שטרא וקנה רק בכסף אי צריך לקבל מש"פ ומ"מ אין ראי' דס"ל דיש מש"פ אלא משום הפלוגתא לא פסיקא לי' ולענ"ד דליכא מש"פ דהא מבואר בב"מ פא"נ דס"ג ע"ב דהיכא דלא סמכה דעתו גם במטלטלין ל"צ לקבל מי שפרע וא"כ בקרקע באתרא דכתבי שטרא דהא דלא קנה פרש"י בפ"ק דקידושין דף כ"ו דכיון דרגילין בהכי לא סמכה דעתו דלוקח עד דנקיט שטרא ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא עכ"ל וא"כ מה"ט גם מש"פ ליתא משא"כ מטלטלין דסמכה דעתו אלא דחכז"ל עקרו הקנין משום שמא יאמר לו נשרפו חטיך לכן לענין מש"פ הניחו הקנין דכיון דאינו רק במש"פ תו למ"ל נשרפו חיטך ובאס"ז פ"ק דב"מ דף י"ד כתב דבקרקעות אין בו מש"פ כדאיתא בירושלמי בהדיא עכ"ל וודאי עדותו נאמנת.

עד שיכתוב את השטר בשו"ת ר' בצלאל אשכנזי סח"י העלה דאם החליף קרקע במטלטלין מכיון שמשך זה המטלטלין קנה זה הקרקע בלא שטר אף במקום שדרכן לכתוב שטר ואפילו להפוסקים דק"ס או חזקה אינו קונה באתרא דכתבי שטר ובחליפי קרקע בקרקע מבואר בשו"ת רשב"א סימן אלף רכ"ו דאינו חליפין גמורין אלא כעין דמים דקנה זה שדה חברו בדמי שדהו שנתן לו וקרקע נקנה בשוה כסף ושמא אף זה במקום שאין כותבין שטר ואי נמי כאן ה"ל כמוכר שדהו מפני רעתה לפי שכל אחד מהם רוצה בתוספות החילוף עכ"ל וכתב שם הרב בצ"ח דהא קמן דאפילו בחליפי קרקע בקרקע דהוה כעין דמים אסיק הרשב"א ז"ל דאין אחד יכול לחזור כ"ש קרקע במטלטלין דפשיטא ודאי דכיון דמשך זה המטלטלין ובע"כ קנה המטלטלין ואע"ג דנהגו לכתוב שטר דמטלטלי לאו בני שטרא ננהו הלכך נקנה גם הקרקע דהא בהא תליא וכחד קנין דמי עכ"ל ולא הבנתי מ"ש דמסיק הרשב"א דאין אחד יכול לחזור דלפי הנראה מספ"ל ומ"מ י"ל דהוה כספק בתקנה דאוקמה אד"ת וכעין מ"ש הטו"ז כאן סי"ג אך לעיל סימן י"ב סי"ב העלתי דחליפין לא הוי כמוכר שדהו מפני רעתה.

ואתה תחזה דפשיטא לו לרשב"א דמוכר שדהו מפני רעתה אין שום אחד יכול לחזור כשקנה בכסף לבד אף במקום שכותבין שטר דלא מספ"ל רק אי חליפין הוי כמוכר מפני רעתה אבל כשודאי מוכרה מפני רעתה א"צ שטר ואף דמה דצריך שטר משום דלא סמכה דעתו דלוקח בלא שטר מ"מ היינו דירא שמא יחזור המוכר כיון דאין אדם מוכר קרקעותיו אלא מחמת אונס דדחיקא לו שעתא ודלמא לא איצטרכא לו הנהו זוזי וכמ"ש בתשובת רבצ"א שם בשם הריטב"א אבל כשיודע לוקח דהמוכר מוכרה מפני רעתה סמכה דעתו וזה הי' בהעלם עין מהריב"ל שהביא בשו"ת מהרי"ט חחו"מ סימן ס"ה

דמספ"ל אי במוכר שדה מפני רעתה קונה בכסף בלא שטר אף במקום דכותבין שטר ומהרי"ט פשטה מסברא כיון דהטעם דלא סמכה דעה לוקח ה"נ ל"מ מה דמוכר גמר ומקני מפני רעתה והביאו הנתיבות סימן קצ"ח להלכה וודאי אלו ראו שו"ת הרשב"א לא כ"כ.

את השטר ראובן מכר לשמעון וקיבל כסף ומחמת שהתנה עם שמעון איזה תנאי כתב שטר מכר על שם לוי ומסרו ללוי כדי כשיקיים שמעון התנאי יכתוב לוי לשמעון שטר נראה אפילו מסר לשמעון שטר שנכתב בו שם לוי לקונה ל"מ דאינו קונה ע"י שטר כזה כמ"ש מקו"ח סימן תמ"ח אלא גם לראי' אינו דכשיוציאו יכול המוכר לומר לו לאו בע"ד דידי את כ"ז שלאו יהא לו כומ"ס מן לוי כמבואר בסימן ס"ו סי"א וגם אפשר י"ל ממני נפל או הפקדתי בידך כיון דאין שמעון נאמן שהשטר שלו מחמת ריעותא דאין לו כתיבה מלוי הוי כנמצא דלעיל ריש סימן ס"ה ומה"ט נמי אינו קונה בו דכל שטר שאינו מועיל לראי' חספא הוא כמ"ש תומים בסימן ס"ח אלא דאפשר כיון דמוכר אין בידו לחזור דביד השליש ליתן שטר על שמו ללוי והימני' לשליש וחזקה שליח עושה שליחותו סמ"ד.

סעי' ט"ו בדידעינן דלא מזבין אלא משום דצריך לדמי ואפילו אם קבע זמן לפרעון עיין בראש דר"ח כתב הא דעו"נ אזוזי ל"ק היינו דגלי דעתי' מוכר דלא מזבין אלא משום דצריך לדמי דעת ר"ח דמצריך שיגלה דעתו בשעה שמוכר דלא מזבין אלא משום דצריך לדמי דאל"ה אף דעו"ג אזוזי ל"ל אנן סהדי דאדעתא דהכי לא מכר כיון דעו"נ אזוזי מפני דחקו מכר דאימר נתחדש עתה או דנמלך על המכר ומערים ליעול וליפוק אזוזי כדי לבטל המכר אלא רשב"ג ס"ל הוכיח סופו על תחלתו בחולין דף ל"ו משא"כ לדידן דקי"ל כרבנן לדעת הרבה פוסקים והרא"ש בב"ב דף קל"ח וטו"ז יו"ד סימן ד' סק"ב ולקמן סימן רמ"ה סי"א פסק דספק הוא וזה טעם מ"ש המחבר כאן היינו בדידעינן דלא מזבין דחוק מה דעו"נ אזוזי צריך ידיעה בתחלה כשמכר ואף דהמחבר פסק לקמן סימן רמ"ה סי"א דהוכיח סע"ת הוי ספק מ"מ הכא דנקנה המכר רק מכח אומדנא באנו לקלקל המכירה אין לקלקלו מספק אף דמעיקרא היתה הקרקע של מוכר אמנם אם מטלטלין מכר והמוכר תפיס בהן גם להמחבר סני בעו"נ אזוזי דספק הוא אם אמרינן הוכיח סט"ת ועיין טו"ז סי"ג ומלשון רש"י נראה דל"צ שנדע בשעה שמוכר וז"ל בב"מ דף ע"ז ע"ב בעיילי מוכר ומחזר אחר לוקח ליתן לו מעותיו גלי דעתי' דזוזי אנסוה למכור וכיון דלא יהיב לי' זוזי בשעת דחקו אדעתא דהכי לא זבין לי' וכן לשון הרא"ש בדעייל ונפיק אזוזי שתבע המוכר מעותיו מן הלוקח פ"א ודחהו פעם שנית ודחהו בלך ושוב הלכך

אנן סהדי דאדעתא דהכי לא מכר לו דכיון דעו"נ אזוזי מחמת דחקו מכר והא דכתב הרא"ש שהוא לפי ראות הדיין שמחמת דוחקו מכר ועייל ונפיק דמשמע דצריך תרתי היינו בקבע הפרעון ליום אחר ומהנמ"י נראה דגם ר"ח עודה לזה דא"צ שנדע חוץ מה דעייל ונפיק אזוזי אלא באם גילה דעתו בשעת מכירה דאינו נחוץ המעות כגון שאמר לאשתלומי דמי למחר ויומא אוחרי בלא נחיצתא עיי"ש אך מלשון הה"מ נראה דלר"ח צריך דוקא דגלי דעתי' דמשום דוחקו למעות מזבין לכן נראה דוקא במטלטלין ומוכר מוחזק אפילו לא גלי דעתי' תחלה ויקב"ח שלא נמלך.

סעי' ט"ז אין השטר קונה לחצאין בקצו"ח הקשה מפרק הכותב דף פ"ח בפוחתת כתובתה דנפרעת שלא בשבועה ופריך במאי גביא בהאי שטרא חספא בעלמא ומסיק באומרת אמנה היתה ביניינו ומשמע שם דהוי שטר מעליא דמגו להוציא לא אמרינן עד דאיכא שטרא וכיון דהחוב אינו אלא ת"ק היכא הוי שטר לחצאין ואפשר דהתם מיירי משטר ראי' ומהני לחצאין אבל א"ל נתחייב לה אלא ע"י שטר זה ומקצתו אמנה אין שטר לחצאין עיי"ש ואין טעם בחילוק זה ולע"ד ל"ק דבר"ן בפ"ק דקדושין כתב כיון דהשטר נכתב על כל הקרקע ובטל מקצתו בטל כולו ויש להבין מ"ש מק"ס או חזקה או כסף דנעשה הקנין על כולו ולא אמרינן דיבטל כולו ונראה דהנה בנדרים דף כ"ה "ב מבואר דנדרי שגגות מותרין כיצד ראה מרחוק אנשים אוכלים פירותיו אמר כולכם אסורים וכשקרב עליהם מצא שהי' בהם אביו כיון שבטל הנדר אצל אביו בטל גם אצל אחרים ועיין בש"ס ובר"ן משום דיש טעות בעיקר הנדר אצל אביו ויש טעות בלשון הנדר אצל האחריני שיש קפידא מלומר כולכם דמשמעות הלשון שאוסר גם על אביו ואלו ידע הי' אמר פלוני ופלוני אסורים עיי"ש ה"נ ודאי יש קפידא בלשון השטר שנכתב על כל הקרקע ואינה מכירה כולה והשטר נשאר קיים ויש חשש שיאמר כולה מכור וגם ללוקח יש קפידא כיון דאין המקח נגמר בכל הכתוב בשטר הרי שטרו פגום ואין מבואר ראייתו כמה לקח וא"כ הוי ממש כהך דנדרים דעל המעות שלא נתן יש טעות בעיקר המכר דלא הי' מוכר אלו ידע שלא יתן לו מעות תיכף ועל כנגד מעותיו איכא קפידא בלשון והוי טעות וחוזר וכיון דנתבטל פעם אחת דמעיקרא בטעות נכתב אף אם ירצו לתקנו עתה לכתוב על גבו דרק מקצתו מכור לא מהני כיון דמעיקרא חספא הי' ומפרט דלדעת הרמב"ן לעיל סימן מ"ד ס"ו שטר שיש בו גרר מאחריו או ביני שיטי כשר א"כ יש לחוש שיגרר לכן שפיר כתב הר"ן כיון דבטל מקצתו בטל כולו משא"כ בקנין כסף או ק"ס אין קפידא בלשון על כנגד מעותיו ולא שייך לומר דהוי בטעות וא"כ הך דכתובות דאמנה היתה ביניהם הרי לא הוי בטעות כלל ל"ל כיון שבטל קצתו בטל כולו.

בשו"ת בש"ר סימן רס"ד בראובן שרצה להעתיק דירתו למק"א ומכר ביתו וחנותו לשמעון ועייל ונפיק אזוזי וחוזר בו לוקח וראובן טוען אתה יודע שהי' לי קונה אחר אם לא היית קונהו אתה ועכשיו אזל לו ופסק כיון שמכר מחמת דוחק ועייל ונפיק אזוזי אין הקנין כלום עד גמר הנתינה ותרווייהו הדרי אך מחמת דהי' לו קונה אחר וזמנו של זה בהול בודאי לא ימצא קונים אם לא דליזול בנכסי' טובא דמיא ההוא מלתא להא דלקמן סימן שי"ב ס"ז דאם לא הודיע שוכר למשכיר זמן מה קודם צריך ליתן כל השכר דה"נ סמך עליו המוכר כיון דהי' קנין גמור ושתיקתו גרם לו הפסד לכן א"י לחזור את"ד ועיין לעיל סי"ב דלא כבש"ר ועיין בפמ"א ח"א סימן פ"ב הובא בפ"ת סימן רצ"ב וצ"ל דאין זה כמבטל כיסו של חבירו דכאן דסמך עליו חמיר יותר.

סעי' ח"י בהג"ה שטר מוקדם ברשב"ץ שבב"י מבואר דדמי לשטר אמנה ואפילו נתרצה אח"כ לקיים מכירה זה בשטר זה אינו כלום משום דחספא הוא ודמי לשטר שלוה בו ופרעו ואף מטעם מוקדם פסול ונ"מ דאם מטעם מוקדם אם נתרצה ביומו לקיים שטר מכירה זה מועיל משא"כ לאינך טעמי כדלעיל סימן מ"ח וכן נ"מ אם קודם שנראה פסולו בב"ד כתב עליו שהוא מוקדם בכו"כ ימים דמהני לשטר מוקדם כמ"ש הש"ך בסימן מ"ג ס"ז ואלו לאינך טעמי לא מהני כאן אלא דרשב"ץ קאי כשהחזיר מוכר המעות א"כ א"א לעשות קנין ע"י שטר זה אפילו אינו מוקדם כיון דלא נחתם מעיקרא רק להברחה אבל הרמ"א כתב וקבל המעות ולא כתב שהחזיר א"כ הקנין יכול להיות עתה ע"י המעות שעדיין אצל המוכר רק באתרא דכתבי שטרא לא סמכה דעתו בלא שטר ולזה מועיל שטר זה אם אינו מוקדם דאפילו עדים לא ידעו דלהברחה נעשה כיון דנתן מעות לפניהם הוי שפיר שטר ראי' ואפילו בשטר שנמחל שעבודו דעת כ"פ דמהני לראי' לב"ח וכאן עדיף דהשעבוד אחריות בלא שטר מועיל דמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משעבדים כמבואר לקמן סימן רכ"ה משא"כ כשהוא מוקדם ופסול לגמרי כדלעיל סימן מ"ג ס"ז בהג"ה וגם הב"ד צריכין לקרעו כמ"ש בבאה"ג.

סימן קצא

סעי' א' כתב לו על הנייר אעפ"י שאין שם עדים כלל היינו בכת"י או חת"י וכמ"ש בתומים ס"ס ס"ח ועמ"ש בחידושי לא"ע סימן קל"ג.

סימן קצב

סעי' א' כיון שנעל דעת רשב"ם בפחז"ה דף נ"ג דלא קנה בנעילה ותוס' כתבו דלא משמע כן בגיטין דע"ז דקאמר תיחוד ותפתח דבשבת אסור לעשות מנעל אבל קשה לרשב"א דאמר לקמן הבונה פלטרין בנכסי הגר ובא אחר והעמיד להן דלתות קנה והתם מיירי בנעל ועיי"ש דמה שהוכיחו מדתנן אלו דברים שאין להם חזקה תירץ הרא"ש ברווחא דלא מוכח וצריך להבין הסתירה דראייתם חזקה מהך דתיחוד דנעל קונה ולעומת זא הניחו בקושיא מהבונה פלטרין דמוכח דל"ק בנעילה ונלע"ד דלקנות שאלה ושכירות דאין לו קנין בגוף הבית רק לתשמיש ולהשתמר בו חפציו כך קניינו בנעילה דזה מעין תשמישו משא"כ מכר ומתנה דקונה הגוף לחלוטין לבנות ולהרוס כן קנינו לעשות דבר קבוע לגנות דלת או מנעל ועש"ך סימן שי"ג שו"ר בנתיבות כאן שהביא ממח"א וכ"כ בעצמו דבשאלה ושכירות דקונה רק להשתמש ואין לו קנין בגופו הקנין ג"כ בתשמיש לבד והנה כתבו תוס' בפחז"ה דף נ"א ע"ב ד"ה בהתנה דהך דגיטין דפריך מה שקנתה אשה קנה בעלה משום שהשאיל המקום ולא נתן לה עיי"ש וע"כ סגי בנעילה אבל במכר או לקנות בנכסי הגר צריך לעשות דבר קבוע בגופו ובזה מתורץ קושית הרא"ש על תוס' שם דף נ"א ד"ה ליתן לה במתנה ולא תקשי מה שקנתה אשה קנה בעלה והרא"ש לשיטתו דס"ל דנעל קונה גם במתנה ולפמ"ש א"ש דמתנה צריך תיקון מנעל ואסור בשבת ובזה א"ש דמנ"ל לרב עילש בגיטין שם דכונת רבא שיתן לה המקום בשאלה לבד עד שהקשה עליו מה שקנתה וכו' שמא כונתו במתנה אלא מדאמר תיחוד ע"כ לאו במתנה הקנה לה ואין להקשות דיתן לה במתנה בק"ס דמבואר בר"ן שם בגיטין בחידושיו דדוקא תיזל ותיחוד מותר בשבת דנראה רק כנועל ביתו לשמרו אבל ק"ס אסור ולפ"ז יש לתרץ גם פרש"י בפ"ק דפסחים דף ד' דמסירת מפתח קנין השכירות דתוס' הקשו עליו מב"ק דף נ"ב דלא קנה במסירת מפתח ולפמ"ש י"ל דמסירת מפתח לא עדיף מנעילה גופה דאינו קונה במכר ומתנה ואיך יקנה במפתחו דראוי רק לנעול בו אך רש"י דייק דקונה בשכירות במסירת מפתח דמחמת המפתח ראוי לנעול ואין נעילה מעכבת ומה דאיתא במרובה דף ע"ט כשם שקרקע נקנית בכסף ושטר וחזקה כך שכירות היינו דג"כ נקנה בחזקה אבל כל אחד לפי ענייניו וכן צ"ל למח"א הנ"ל ועיין לקמן סימן ער"ה סט"ו די"א דוקא ששכב על המצעות דהואיל ונהנה מגוף הקרקע וכתב הסמ"ע אבל ביפוי הקרקע במצעות כיון דאינו דבר של קיימא לא מחשב מעשה בגוף הקרקע וא"כ גם בעילה אינו של קיימא וכן לפמ"ש המרדכי בפחז"ה דנטל גבשישות קנה משום דחשוב בנין לענין שבת וא"כ נעילה דמותר בשבת למה יקנה אך בשאלה

ושכירות להשתמש דקונה בשימוש וא"צ לעשות מעשה בגוף הקרקע ה"נ קונה בנעילה ועוד דהא רשב"ם כתב דנעילה הוי רק מבריח ארי ותוס' ורא"ש בחז"ה שם כתבו כיון שנועל בפני כל אדם ואינו מניח לכנוס מוכח מלתא שהבית הוא שלו וקני בנעילה וא"כ י"ל דעדיין לא מוכח שהבית גופו שלו שמא רק לתשמיש לפי שעה כשאלה ושכירות לא מבעיא במפר ומתנה אימר בעלים לא רצו רק להשכיר ולהשאיל אלא אפילו בנכסי גר הא ודאי כשאינו מיכוין לקנות גופו לחלוטין רק לזמן אינו קונה יותר דהא עודר בנכסי הגר וכסבור שלו לא קנה א"כ הנעילה ג"כ לא מוכח מלתא על קנין הגוף ובשלמא כשעושה תיקון בגוף הקרקע כגון צר צורה או תיקון מנעל וחרישה הוא קנין בעצם דהוא ישוב הארץ אבל נעילה דאינו רק משום דמוכח אין לך בו רק מה דמוכח אך לר"ה שהביא בטור כאן סי"ב ובסימן ער"ה ס"ט בלוקח אהני הוכחה דעביד שליחותי' דמוכר וה"נ הרי עסוקים בענין מכירה ועל זה אמר לו לך חזק וקני אבל לרמ"ה דלא שנא לו ומשום דצריך שיהא מוכח מעצם המעשה דלתקן הקרקע מיכוין ה"נ בנעילה צריך שיהא מוכח מעצם הנעילה דמיכוין לקנות ואינו מוכח דמיכוין לקנות גופו לחלוטין וגם ר"ה מסיים דוקא אי מהני לארעא כל שהוא.

סעי' ו' נטל צרור עמ"ש לקמן סימן ער"ג דאם לא באו המים מיד בנטילת הצרור דהמים היו רחוק קצת מהשדה דלא קנה.

סעי' י' שאסף פירות האילן כתב רשד"ם סימן שע"ו ראובן שיש לו קרקע שמוציאין ממנו עפרות זהב ומכר ראובן לשמעון חלק ופועלים החופרים חפרו כדרכם מקדם ופרע להם שמעון פעם ופעמים ועתה רוצה שמעון לחזור אינו יכול לחזור דהוי חזקה כיון שפרע לחופרים גלי דעתי' דניחא לי' בהאי חפירה כיון דאנן סהדי דברים שבלב הוי דברים אע"ג שלא אמר לחופרים שיחפרו בשבילו כי בלא"ה חופרים אפ"ה כיון דאיכא למימר דניחא לי' דלאו בשופטני עסקינן שפורע בשביל אחר הוי כחפר בעצמו ועדיף זה מהמקיף את חברו משלש רוחות ועמד וגדר את הרביעית דמגלגלין עליו את הכל משום דאמרינן דה"ל כאלו בשליחות עשה וכ"ש אי שרף הוא המפר דאז פשיטא יותר טביעא בכותחא דהוי חזקה גדולה דהיינו אסף הפירות את"ד ול"נ דאנן סהדי על דברים שבלב ל"מ רק אם מוכח בשעת מעשה כמבואר בתוס' ר"פ השולח בד"ה מ"ד אף דאגלאי למפרע מ"מ כיון דבאותו שעה שרץ לא נודע דעתו הוי דברים שבלב אפילו למ"ד גיד בגיטא מלתא ה"נ בשעת חפירה לא נודע דעת שמעון וק"ו הוא מהך דגיטין דעבד מעשה ורץ אחר השליח וכשהגיעו ובטלו נודע בבירור למפרע על מה רץ ומ"מ כיון דבשעת מעשה לא נודע הוי דברים שבלב ולא מהני כ"ש כאן דהקונה לא עשה שום מעשה

בשעת חפירה דאפשר אף דפרע להם אח"כ אזי נתרצה לקנות ולא למפרע ואז כבר כלתה החזקה ומ"ש רמב"ם וש"ע כאן דאם אסף המוכר סל של פירות ונתן ללוקח הוי חזקה צ"ל דניכר בשעת אסיפה שאסף בשביל לוקח מדעת לוקח ול"ד לנעל ופתח דכתבו רא"ש וב"י דע"י הפתיחה מוכח דנעל לשם קנין חדא דהם כתבו דפתח מיד ותכ"ד כד"ד בכל מקום ועוד דלא כלתה החזקה עד שפתח ואז תכ"ד מוכח החזקה למפרע וכ"כ ב"י בס"י דקרקע בעת הנאתו מינכר לכל שהוא שלו אבל כשתופר בגד או מבשל קדרה לא מינכר דלרבו הוא לכן נ"ל דוקא שני פעמים דאחר שפרע פעם ראש ניכר חפירה שני' דבשבילו חופרים וג"ז צ"ע לפמ"ש סמ"ע סימן קצ"ה סקי"א וראי' נ"ל מפ"ב דב"מ דכ"ב דמוקי הא דתורם שלא ברשות ובאו בעלים ומצאו תרם וא"ל כלך אצל יפות תרומתו תרומה בשווי' שליח דדחוק מאד כיון דתנן דתרם שלא ברשות ה"ל לאוקמוה דאמר לבעלים אני הולך לתרום ושתקו דלא הוי ברשות דהא מבואר בשו"ת מהר"ח א"ז סנ"ג דאם אחד אמר לחברו אקדש לך פלונית ושתק לא נעשה שליח בזה והוכיח בראיות וכן מהרי"ט ח"א סימן ק"ו הוכיח בראיות דאם אחד נוטל של חבירו בפניו וחבירו שותק לא אמרינן דמרוצה רק י"ל דלא חשש לו וא"כ הוי שפיר שלא ברשות ומ"מ כשא"ל אח"כ כלך אצל יפות נעשה שליח למפרע א"ו אף דידע במעשה חברו לא מהני גילוי דעת של אחר כך לעשותו שלוחו למפרע ול"ד להך דגדר הרביעית דמהשתא מתחייב משא"כ בחזקה שכבר כלתה וא"ל מהפרישה שהביא ש"ך יו"ד סימן רמ"ח סקי"ב דשאני מצוה כמ"ש כסף משנה בפ"ד מתרומות ה"ג ומ"ש רשד"ם כיון ששרף העפר הוי כאסף הפירות דלרמב"ם הוי חזקה גם כן לא נראה דאסף הפירות היינו שתלש ממחובר וכ"כ בביאור הגר"א ז"ל משא"כ זה ששרף העפר אחר שנתלש במה יקנה הקרקע ע"כ אף אם המובר מוחזק די"ל קי"ל כרמב"ם דאכילת פירות הוי חזקה בזה לא מצי למימר קי"ל ואפשר רשד"ם לא פליג על הגר"א רק אזיל לטעמי' דגילוי דעתו מועיל על למפרע כמו שהוכיח מעמד וגדר דה"נ במה ששרף העפר איגלאי למפרע דניחא לו בחפירת העפר ושליחותי' עבדי החופרים אבל למו"ש ל"מ נ"ד רק אלהבא.

סעי' י"ג וכן בשכירות במהרי"ט סימן ס"ה הוכיח דשכירות ושאלת קרקע צריך חזקה דבעל וגדר מר"פ הזורק דאמר תיחוד וממ"ש תוס' בב"ב דף פ"ה בד"ה כגון שהי' בעלה מוכר קלתות ומח"א הוכיח מב"ק דף מ"ח דא"ל כנוס שורך דאקנויי אקני לו מקום בחצירו בכניסת השור ותירץ כתיבות דלקנות להשתמש נקנה בהתחלת תשמישים דאינו רק שיעבוד ולא שייך בו חזקה דנעל וגדר דאין לו קנין בגוף אבל לענין שיהי' בחצרו שיקנה לו ע"י החצר זה מציאה או מקח הבא לתוכו צריך שיהא לו בו קנין הגוף

וצריך תיקון מועיל לגוף הקרקע כיון דהגוף שלו לכן בגיטין דהיתה צריכה לקנות הגט ע"י המקום אמר תיחוד את"ד ולע"ד מהא לא אריא דכיון דקנה החצר לכל תשמישיו למה לא יהא בכללו חצרו לקנות על ידו הא חצר דגברא משום שליחות והרי כל שליח אינו רק שאול למשלחו לשמשו ולית לו בו קנין הגוף כלל אך בגט דחצרה משום ידה עיין פ"ק דב"מ דף י"ב ורי"ף שם זה מסתבר דצריך שיהא קנוי לה גוף החצר דומיא דידה דקנוי לה גוף היד תדע דבריש הזורק אמר דיד אשה קונה לה הגט ולא צ"ל גיטה וידה באין כאחד כמו גיטה וחצרה וכמו בעאחד גיטו וידו אף דמעשה ידי' לבעלה משום דלא קנוי לבעלה גוף ידה רק למעשה ידי' לא חשיבה יד בעל רק ידה וא"כ דון מינה ג"כ אם החצר שאול לה רק להשתמש איך יהא חצרה ידה הא אין לה קנין בגוף החצר לכן לקנות ע"י החצר צריך להיות לה קנין בגופו וצריכה להחזיק ע"י תיקון בגוף הקרקע ע"כ בגט דחצרה משום ידה ולכן צריך עומדת בצידו וברשב"א שם נוטה לומר אפילו מתגרשת מדעתה ועכ"פ אם לא אמרה תקנה לי חצרי אף דניחא לה שיזרוק הגט בחצרה מ"מ צריכה להיות עומדת בצדה וכ"כ הבית מאיר ריש סימן קל"ט כיון דבעצם חוב הוא לה אף דניחא לה דאין חצרה משום שלוחה רק משום ידה וע"כ בהזורק שם דמיירי בשבת ואמר תיחוד ותפתח ולא להקנות לה בק"ס כדי למעט זילזול שבת כמ"ש ר"ן ורשב"א שם דנעילת דלת אינו ניכר שהוא לשם קנין וא"כ לא מצי למימר ג"כ תקנה לי פצרי וע"כ אמר תיחוד שיהא חצרה כידה ומ"ש הנתיבות תדע דהא ודאי דבאותו חצר שיש לו רשות להורדת מי גשמים או העמדות סולמות שאין חצר זה קונה להשוכר ועש"ך סימן קצ"ח סק"ו אינו ראי' כלל דשם אין לו זכות רק להגשמים או להעמיד הסולם או הך דקצת לדריסת רגל לבד משא"כ אם שאול או שכור לכל צורכו או שאול לו לקנות על ידו א"צ שיהא לו קנין בגופו כמו שליח ובזה א"ש מ"ש הרמ"ה שהביא הטור לקמן סימן ר' דדוקא דא"ל זיל קני דאז גלי אדעתי' דכי יהיב לו רשותא להניח כליו התם אדעתא דלמקנה לי' יהיב אבל אי לא א"ל זיל קני אע"ג דיהיב לו רשותא להניח התם לא קני ונתקשה בהם ריט"א במ"ב דבכורות דף י"ח ע"ב ממ"נ אי ס"ל לרמ"ה הנחת כליו הוי חזקה לקנות המקום בשאלה א"כ אפילו לא א"ל זיל קני כיון דנתן לו רשות להניח כליו הרי השאיל לו המקום ואי ס"ל דאינו קונה המקום השאול בהנחת כליו מה מועיל זיל קני ותירוצו שם לא נ"ל שתירץ דבא"ל זיל קני אנן סהדי דגמר ומקני לו המקום כאלו נעשה בחזקה כיון דרוצה שיקנה לו כליו של לוקח עיי"ש דא"כ עד שנאמר דגמר ומקנה המקום בלא קנין משום שיקנה המקח שמוכר לו נאמר דגמר ומקנה לו המקח בלא קנין כיון דרוצה להקנותו וכל הקנינים אך למותר אך הפשוט כמ"ש דודאי

קונה המקום ע"י הנחת כליו אך אינו קנוי לו רק למה שהשאיל לו ולא השאיל לו רק להניח כליו ואיך יקנה ע"י אותו מקום איזה מקח אבל כשאמר לו זיל קני הרי דלזה נמי השאילו וכן מוכח מהריטב"א פ"ק דקדושין דף כ"ה ע"ב שהביא ריט"א שם ומח"א פ"א משכירות דבהשאיל לו המקום להניח כליו לקנות על ידם המקח מהמוכר קנה המקום בהנחת כליו לקנות על ידו בתורת חצר בשוכר את מקומו והרא"ש בב"ב דף פ"ו שהביא הריט"א שם דכתב אהא דכליו של אדם קונין לו בכימ אפילו ברשות מוכר דמוקי לה הש"ס בדא"ל זיל קני דקמ"ל אף דלא קנה המקום בכסף ושטר וחזקה דדוקא שיקנה לו המקום בלא כלי בעי קניית מקום אבל לענין קניית כלי בדיבור בעלמא שהניח לו רשות להניח שם כליו קני עיי"ש נראה משום דבהנחת כליו אין לו קנין בגוף המקום ונשאר קנין גופו למוכר א"כ הרי הוא ידו של מוכר דגם חצר דגברא הוי נמי כידו כמ"ש רא"ש בפ"ק דב"מ סל"א ועיין נתיבות סימן ר' וא"כ כמו דאין אדם נעשה שליח על ממונו לזכות בעצמו לחברו כמ"ש הרא"ש בהגוזל עצים סח"י ה"כ חצרו דכידו א"א לעשות שליח לזכות ממונו ללוקח לכן צריך שיקנה הלוקח בקנין גוף החצר ואזי ליומו ממכר הוא והוא רק של לוקח אבל לקנות ע"י החצר השאול לו מאחר י"ל דמודה הרא"ש דאפילו לא קנהו רק בהנחת כליו חשוב שלוחו וכן כשהמוכר אינו עומד בצד חצרו דאזי אינו כידו אך לפמ"ש הש"מ שהביא קצו"ח סימן ר' ס"א דלהכי אהני דאתרבי חצר משום יד שלא יקנה משום שליחות חצר שאינו דומה ליד כלל נראין דברי הנתיבות.

וגם לנתיבות כשרוצה לקנות אג"ק אפינו קונה הקרקע רק לתשמיש יכול לקנות מטלטלין במכר ומתנה דקרקע בשאלה ומטלטלין במכר קונה באג"ק כמ"ש הש"ך בסימן ר"ב תדע דהא הנתיבות כתב דלפיכך קונה מקום בית הכנסת בישיבה כיון שגוף הקרקע של הציבור ואין לכל אחד רק שיעבוד ישיבה על המקום לכך נקנה בישיבה משא,כ בצחוח סלע שקונה גם הגוף לכך צריך קנין גמור ומבואר בסימן ר"ב ס"ז בהג"ה דיכול להקנות אגב מקומות בהכנ"ס אעפ"י שהמקומות של רבים וכ"א יושב על מקום אחד הוי כמו שאול לו ומקנים על ידם ועיין רש"י ר"פ הזורק גבי תיזל ותיחוד דפירש דקנתה הגט באגב דהקשו למה לא פירש כפשוטו בתורת חצר השנוי שם במשנה וכל הסוגיא מיירי שם מתורת חצרה ויצא לידון בדבר החדש דאגב מהני דצווחי בה קמאי אבל לפמ"ש א"ש דס"ל נעילה לחוד בלא תיקון מנעל אינו קונה הגוף רק לתשמיש ואיך תקנה הגט מתורת חצרה דאשה משום ידה ועכצ"ל משום אגב ובסימן ר"ב כתבתי די"ל דאינו מקנה אגב קרקע השאול לו רק לתשמישן ומקומות ביהכנ"ס שאני דעושה קנין בגוף הקרקע כשיושב על ספסל שלו דנהנה גופו מהקרקע כמו הציע מצעות ושכב

עליהן דלכ"ע קונה כמ"ש סמ"ע סי"א ובב"מ דף קי"ח מבואר דיד פועל כיד בע"ה לזכות לו מהפקר אף שלא הקדים לו שכרו עיין ברש"י ובמה נקנה היד לבע"ה ע"כ בהתחלת המלאכה דהוי קנין כדלקמן סימן של"ג הרי ע"י שימוש נקנה לו היד לקנות ע"י מהפקר מטעם יד דמשום שליחות ל"מ למ"ד המטל"ח לק"ח עיי"ש אלא די"ל כיון דהתחיל במלאכה שניהם א"י לחזור ומתחייב לו הבע"ה השכירות והוי כנתן כסף לפועל וכמ"ש מח"א בהלכות קנין מעות ס"ה אם קנה מחברו חפץ ונתן שט"ח על דמיו או קנו מידו שמתחייב בדמיו הוי הכסף והסכים הנתיבות סימן ר"ד דהוי ככסף וכ"כ נתיבות סימן ש"ו ס"א דהתחלת שימוש הוי כקבלת כסף לשוכר כיון דאין המשכיר יכול לחזור בו וכ"כ ריטב"א באס"ז לב"מ דף ע"ח בהא דמת החמור חייב להעמיד לו אחר כיון שקנה הראשון במשיכה ונתחייב בשכרו באותו הנאה נתחייב לו משכיר להעמיד אחר כאלו קנו מידו ולפ"ז בשוכר מקום סגי בהתחלת שימוש נקנה בכסף משא"כ בשואל מקום צריך נעל וגדר להיות גופו קנוי לו לקנות ע"י ונדחה ראיות מהרי"ט מהזורק ומתוס' ב"ב דמיירי בשאלה.

סימן קצג

סעי א' המחובר עיין משפט שלום בקנה אילנות ביער ונאה קלאפטר לברור לו אילנות לקצוץ דלא קנה עד אחר שקצץ כמבואר במעשרות פ"ב מ"ו וכבר הרגיש דיש ראיות להיפך גם לע"ד יש ראי' מפרק אותו וא"ב דף פ"ג בנתן דינר לטבח על שור שוה אלף זוז ליתן לו בעד דינר בשר כשישחטנו קונה מיד אף דלא הוברר חלקו עדיין ונלע"ד כיון דלא אמר אלו י"ל כונתו לקנות כשיבורר וי"ל כונתו לקנות מיד בשעה שנתן הדמים ושם בפרק או"ב לארבע פרקים דזכות לו כמבואר שם ודאי רוצה לקנות מיד שלא יוכל המוכר לחזור אבל במסכת מעשרות לאכול פירות בחול ההוצאה חוב לו כמבואר בחולין שם ובפרש"י סתמא אינו רוצה שיחול הקנין עד שיתלש ויברור כדי שיוכל לחזור אמנם במו"מ לסחורה דאינו חוב רוצה שיקנה מיד וכמ"ש בחת"ס מס' ע"ז דף ע"א דהוצאה חוב לו ומו"מ זכות לו מכח הך דחולין ובראש"ש פרק ראשית הגז ס"ב הובא בב"י יו"ד סימן של"ג כתב דמוכר גז צאנו לחברו אם פירש אני מוכר לך הכל אין הלוקח חייב כיון שמכר לו הגיזה בעודה מחוברת לצאן אכתי לא זכה בה הכהן ובידו למוכרה אלא במכר סתם הוא דאמרינן מסתמא לא מכר חלקו סל כהן עכ"ל מוכח דקנה מחובר ונ"ל אפילו כסף לבד קונה וא"צ שטר כמו שכירות קרקע משום דאינו רק לזמן סמכה דעתי' כדלקמן סימן קצ"ה ס"ט ה"נ לקציצה לקח ול"ד לקרקע דלעולם עומדת ובפחז"ה דף ל"ג ע"ב

שטרי לפרי לא עבדי אינשי ועיין תומים סימן קל"ז סק"א דבלא לקח או שכר הקרקע רק הפירות לבד נקנה בקנין מטלטלין ולא בקנין קרקע בשטר וצ"ע דהא כאן מבואר דאם קונה המחובר לבד ג"כ נקנה בכסף ושטר וחזקה ועכ"פ זה ודאי דא"צ שטר אפילו באתרא דכתבי שטרא לקרקע ובזה א"ש לשון הטוש"ע דהתחילו בכסף ושטר וחזקה וסיימו בכסף וחזקה לבד ונתקשה בזה הב"ח אבל משום דברישא נכלל גם כשקונה הקרקע עם המחובר בו כמ"ש הסמ"ע ובזה עבדי שטרא אבל בסיפא דאין כונתו לקנות הקרקע אלא המחובר שעליו לא עבדי שטרא.

סימן קצד

קנה מיד בכנס"י הובא בפ"ת כתב כשהי' פקידה שיהודי הקונה בתים אינו רשאי לכתוב על שמו לכ"ע לא קנה ול"מ תנאי עיי"ש ובענ"ד א"צ תנאי דדוקא כשמצפה לשטר לא סמכה דעתו עד שיכתוב שטר כמו שפירשב"ם דאין בדעתו לקנות בלא שטר דסתם נכרים אנסים וא"כ היכא דמהנמנע לכתוב שטר או התנו בפירוש שלא ליתן לו שטר לכ"ע קונה בלא שטר והא דס"ל לב"ח וטו"ז דל"מ תנאי שיקנה בכסף לחוד היינו כשמצפה עדיין לשטר רק עושה תנאי שיקנה בכסף שמא יקדמנו אחר בזה אנן סהדי דלאו פיו כלבו ובטלה דעתו אצל כל אדם כמ"ש הטו"ז וזה שייך רק ביחיד משא"כ אם כל מדינת המלך עושין כן כמבואר בשבת דף קמ"ד ע"ב דערביא אתרא הכא בטלה דעתו אצל כל אדם וכן הוא ביו"ד סימן רצ"ו סי"ד וא"ח סימן ש"כ ס"א וכיון דנותנין מעות ואין מצפין לשטר כלל חזינן דסמכה דעתם מיד וראב"ד שהקשה איך יקנה השני בלא שטר יותר מהראשון משום די"ל דשני נמי לא סמכה דעתו ומה אכפת לו להחזיק על הספק מיון דאינו נותן מעות לעכו"ם ועוד כיון דמהנמנע לכתוב שטר ומ"מ נותן מעות מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו דגמר לקנות במעות ול"ל בטלה דעתו כמ"ש תוס' פ"ק דסוכה דף ט"ז בד"ה דלא חזיא אבל כשאפשר לכתוב שטר לא ניכר ממעשיו ודיבור ל"א דבטלה דעתו דפטומי מילי הוא.

סעי' ב' משפט המלך נשאלתי אחד קנה קרקע מחבירו ונתן לו כסף קצת אד"ג והי' סכסוכים ביניהם ונתפסרו בקאנ"ס ובא אחר וקנה הקרקע מהמוכר ועשה עמו שטר ונכתב טיבלאציא בגרונדבוך נראה לע"ד מה שדברו לכתוב שטר אין מגרע הקנין לומר שלא נגמר המכר כדמשמע בסימן רמ"ג ס"ח וס"ט ובסמ"ע שם ס"ק ח"י ועיין זהר ריש חקת ותבין שהחוזר מק"ס לא חס על כבוד קונו אך כיון דמשפט המלך לעשות שטר דדמ"ד לענין קנין בשטר כמבואר בסימן ס"ח וכאן ואף דרבו דעות בדד"מ בדבר

הנוגע בין אדם לחברו מ"מ לענין שלא יקנה בחזקה או בקנין אחר נגד העושה שטר בערכאות וגרודדבוך כ"ע מודו דליכא פלוגתא בסימן זה ובבעית שער מ"ו ח"ח מבואר דאף לפוסקים דלא אמרינן דדמ"ד רק בעסקי המלך ולא בדבר שהן עסקי בני אדם זה עם זה מודו בזה שלא יקנה רק בשטר כדי שיהא גלוי וידוע לכל שיהא חוקי המלך קיימים ובר"ן פ"ק דגיטין כתב דדין המלך הי' שלא יקנה רק בשטר כדי שיקיים השטר בערכאות ויקח את חקו ובזה מודו כ"ע דדמ"ד וכאן תרוייהו אתנייהו שנוטל מס מכל הקרקעות ונוגע למלכות שידע של מי הוא גם יש לו חק קבוע מכל מכירת קרקעות וטיבלאציא ואף דבח"ר פ"ק דגיטין דף יו"ד כתב בשם רבו שאין המלך מפקיע ממון ישראל אצל חבירו אלא כ"ז שהוא בא לדון בערכאות שלהם הלכך אעפ"י שעשה ישראל שטר לחברו בערכאות שלהם לא הופקעה השדה מן המוכר על אותו שטר כ"ז שלא באו בערכאות שלהן עיי"ש מ"מ באם חק המלך דלא ליקנו רק בשטר משום שיטול חקו כ"ע מודו ועוד דכאן אין מוחזק ולית לו חמ"ק ודאי כרוב הפוסקים עבדינן ומעשה ביורשים מוחזקים בקרקע ועתה קנה אחד מיתומים אחרים כל נכסיהם ונמצא בגרונדבוך על שם אביהם גם קרקע זאת והשבתי אף דודאי דדמ"ד במה שגזר לכתוב בגרונדבוך שלו וכמ"ש בספר דברי אמת סי"ב אולם זה לענין קנין וקדימה אבל לא להוציא מהמוחזק בה כמה שנים דלו יהא דזה שנכתב בגרונדבוך על שמו כבר הי' שלו מ"מ יש ליורשים הללו חזקה ג"ש מכח אביהם שהחזיק בחיי אביהם של יורשי השני ובדיניהם כשמברר שהחזיק בה כמה שנים בשופי אין מוציאין ממנו ע"י הגרודדבוך דלא נעשה הדד"מ להפסיד למי שמברר שהוא באמת שלו והרבה טעותים נעשו כשנתחדש הגרונדבוך ע"כ יצא הדת מי שיש לו לערער יעשה איינוועגדונג עד זמן מוגבל מ"מ כשמברר שהוא שלו אח"כ חוזר לנחלתו ע"י דינא ודיינא שלהם ובלאה"נ אם טוען שלא ידע מזה שאם לא יבא ויערער עד אותו זמן יפסיד מהני כדלעיל סימן ק"ד סס"ב בהג"ה וגם מ"ש שם ס"ב והוא מתשובת הרא"ש כלל ח"י הוא משום דנהגו כך משמע דבלאו המנהג לא אמרינן בזה דדמ"ד ועוד להפקיע איש מנחלתו מחמת שלא ערער אף שמוחזק בה עדיין בשופי י"ל דאין בזה משום דדמ"ד לפמ"ש רמב"ן בחידושי ב"ב דף נ"ה דכי אמרינן דדמ"ד כגון הדינין הידועין שכל המלכים אשר היו לפניו הנהיגו הדברים והן כתובין בדברי הימים ובחוקי המלכים אבל מה שהמלך עושה לפי שעה או חוק חדש שהוא עושה לקנוס העם מה שלא נהגו בימי האבות אין דנין באותו הדין וכ"ד חכמי צרפת וסיים שם דדמ"ד מנהגן של משפטי מלכים שרגילין להנהיג במלכותן דינא הוא משום שכל בני המלכות מקבלים עליהם ברצונם חוקי המלך ומשפטיו עיי"ש.

סימן קצה

סעי' א' בקנין עיין בזהר ריש חקת דלאו הסכמה בעלמא עבדי לקנות בנעל אלא דינא דאורייתא ובמשפט שלום הביא דנחלקו בזה רדב"ז ומבי"ט וודאי אין לזוז מדברי זוה"ק.
סעי' ג' במתנה בד"מ כתב דאפילו במתנה י"ל דלא ניחא לו לזכות משום שונא מתנות יחי' וקצו"ח הקשה דמשנה בפמ"ש דזכין לגדול וכן בפי"נ דף קל"ח זיכה לו ע"י אחר ושתק ולבסוף צווח במחלוקת רשב"ג ורבנן ואי חוב הוא ודאי שתק ל"ו ובהשולח דף מ"ם נתתי שדה פלוני לפלוני חיישינן דזיכה לו ע"י אחר ולע"ד דרובא דעלמא אין משגיחין בהא דשונא מתנות אלא דאין הולכין בממון אחר הרוב אך בזיכה לו ע"י אחר והמתנה ביד האחר תו לא מוחזק הנותן ואין לו רק חמ"ק ואף דמ"מ ל"מ רוב כמ"ש בקונטרס הספקות כלל וא"ו סי"א אך כאן דנתרצה לבסוף אי הוי אמרינן יש ברירה ה"א הוברר למפרע רק קי"ל דהוי ספק ולכן בדאורייתא א"ב ובדרבנן י"ב א"כ כבר יש ספק והנו"ב למד מהש"ך בכללי ס"ס ס"ק כ"ח וכ"ט ול"ב דע"י ספק תו הוי כאלו ליכא חזקה דמעיקרא וא"כ מהני הרוב וכן בקרקע דליכא תפיסה רק חמ"ק משא"כ כאן דנתן מתנה מטלטלין ועדיין נשארו בידו רק קיבל בק"ס ל"מ רוב להוציא איברא דבד"מ לא משמע כן.
שאפשר שאינו חפץ לקנות עקצו"ח ואחרונים שהקשו מסימן רל"ה וכמה דוכתי ואני תמה כיון דהוא תלוי ועומד אם ירצה לוקח הא קי"ל אין ברירה עיין רמב"ן ר"פ כל הגט דמידי דתליא ברצון אין ברירה כהא דע"מ שירצה אבא ובת"א לרשב"א סימן פ"ב כתב דמידי דאפשר לחול כשיבורר חל נמי למפרע והא דשני לוגין שאני עתיד להפריש משום דרוצה לשתות מיד עכצ"ל שיחול קודם שיבורר א"כ בק"ס שמוכרח להחזירו מיד עיין הג"ה ס"ד צריך לומר הוברר למפרע וברשב"א שם דכתב גם בקנין אפשר לחול כשיבורר עכצ"ל אם נשאר מונח אצל המוכר והך דסימן רל"ה שאני דנשאר ביד הזוכה והא דכותבין שטר קנין שלא בפני מלוה או מוכר משום דאינו רק חשש דרבנן דיכתוב בניסן ולא ימסור עד תשרי וכיון דבלא"ה ספק יש ברירת ובדרבנן קי"ל י"ב לא גזרו.
סעי' י"א עברה עקצו"ח ועמ"ש בס"ד סימן ס"א ס"ד.

סימן קצו

סעי' ה' קראו ובא אצלו כתב הסמ"ע דה"ה נמי דמהני כשרבו הראשון אמר לו לך אצל הלוקח והקשה קצו"ח דמשיכה אינו אלא היכא דאזיל מחמתיה ה"ל כמנהיג אבל מה דאזיל מחמת המוכר לא עביד לוקח מידי וכן הקשה נתיבות ונראה דודאי מיירי

סמ"ע דלוקח אמר למוכר שישלח אצלו העבד דאל"כ ודאי לאו כל כמיניה להקנות לו עד שיאמר לו וא"כ שלוחו הוא וכאלו לוקח הנהיגו וזה מבואר להדיא במבי"ט סימן קמ"ה וז"ל ואפילו היו בעלי הספינות מושכים הספינה בעצמם ומסיעים אותה להקנותה לבעלי הסחורות היה נ"ל שקונים במשיכה זו שהרי נעשו שלוחים לזה הגע עצמך שקנה אדם בית מחברו ורצה להחזיק בה בתיקון מנעול וכיוצא בה ואמר למוכר שהיה אומן שיתקן אותה בשכירות שיתן לו כדי שיחזיק בבית ועשה כן נראה פשוט שהחזיק בבית אפילו ע"י המוכר כיון שנעשה שלוחו לדעתו ובשכירותו ואפילו אם נתרצה להיות שלוחו בלי שכירות נמי וכן אם אמר לו שידוש את המצר שבין שדהו ובין השדה שקנה ממנו להחזיק בו קנה וכן אם אמר לו משוך פרה זו שאתה מוכר לי לרשותי או לסמטא מר"ה כדי שאחזוק בה נראה דבכל אלו קנה דנעשה שלוחו להוציא החפץ מרשותו לרשות הקונה דכיון דקונה על יד שליח מה לי הוא מה לי שליח דעלמא ובשעמ"ש סימן ר' סי"ב הביאו והביא דלקמן סימן ש"ם ס"ז דא"ל השואל הכישה במקל והיא תבא ועשה המשאיל כך אין השואל חייב אף שנכנסה לסימטא מחמת הכשת המקל וכ"כ רמב"ם וריטב"א ואלו שואל גופא עשה כן הוי משיכה מעליא כמבואר בסימן קל"ז ס"ג עיי"ש ולע"ד שאני התם דא"א לומר דמשאיל עושה שליחותי' דשואל בשעת המשיכה דא"כ הוי שמורה בבעלים כמו השקני מים ומה שהביא השעמ"ש מאס"ז שכתב הראב"ד הנח לפני ש"ח דאיכא דמקשי הא לא משך ותירץ כיון דמייתי ליה קמיה בשליחותא דידיה לסומטא כמשכה בעצמו דמי א"נ ד"א דידי' בסומטא כחצרו לכל דבר עיי"ש נראה דס"ל לראב"ד בתירוץ ראשון דל"ל בזה דהוי שמירה בבעלים דל"ח עמו במלאכתו כיון דשומר חנם להנאת בעלים כל הנאה לבעלים והשומר ושלוחו מלאכתו של בעלים עושים ובעלים שמשכו כדי שיהא ברשות השומר עושין מלאכת עצמן אף דנעשה שליח לשומר וגם בש"ש י"ל כיון דעושה המשיכה בשליחות השומר כדי שישמור לא חשוב עמו במלכתו דעושה לטובת עצמו וכהך דפרק השואל דף צ"ז דלמיסר טעונה והג"א שם משא"כ בשואל דאין הכונה כדי שישמור רק לטובת השואל אם תאמר דנעשה שלוחו הוי שמירה בבעלים דעושה מלאכת השואל בשעת משיכה ולפ"ז אין שום סתירה להך דמבי"ט וכ"כ בשו"ת מהר"ם מינץ סימן ה' דאם משך המוכר חפץ הנמכר לסימטא כדי שיקנה הלוקח קנה ובסמ"ע סימן רצ"ג סק"ג דבאמר המפקיד לנפקד הביא לי פקדוני לא גרע הנפקד משליח ששלח המפקיד שלוחו לקבל פקדונו דאחריות על המפקיד וקצו"ח הקשה שם מאמר לו שלח לי ביד עבד כנעני שלך כיון דיד עבד כיד רבו חייב השואל עי"ש א"כ מוכח דלא קני ע"י מוכר דאל"כ ההם נמי יהא כמושכו המפקיד ע"י שלוחו

ול"ל התם ה"ט משום דמפקיד לא אמר להע"כ שיהא שלוחו וכמו שכתב הראב"ד באס"ז ב"מ דף צ"ט דאמר לו שלח ע"י בנך אין הבן שלוחו של מי שלא אמר לו בעצמו דהא בע"כ דידו כיד רבו כיון שאמר לרבו סני דמה שמשך הע"כ המשכו רבו דמה"ט חשוב שאלם בבעלים ע"י ע"כ כדאיתא סימן שמ"ו ס"ו.

ונ"ל די"ל לכ"ע בפירש לוקח למוכר שיהא שלוחו למשוך או שיעשה קנין בשבילו מהני ול"ד למה דאמר שואל למשאיל שלח לי ביד ע"כ שלך או משאיל אמר כן לשואל כיון דלא פירש שיקנה מיד כשישלח אפשר כונתו שלא יקנה עד שיבא לידו ממש וכמ"ש כה"ג רה"ג שבב"י לעיל סימן קע"ו מחודש כ"ז רק באמר לו לשלוח ע"י עבד עברי או אחר כיון דהוציא מרשותו על פיו חייב זה משום ערב כמ"ש בחידושי ר"ן ואס"ז בב"מ דף צ"ט ומה דקי"ל בא"ל הכישה במקל פטור משום דל"ש בזה דין ערב כמ"ש בחידושי ר"ן שם וגם באמר משאיל לשואל שלח ע"י ע"כ או הביא בעצמך כיון שי"ל דלא נתכוין המשאיל שיהא השואל שלוחו אין לשנות מכמות שהיה עד עתה דאין הדברים מתחלפין עד שיפרוש וכמו באמר לשומר קרע שיראים שלי כ"ז שלא פירש והפטר חייב כדאיתא בהחובל דף צ"ג.

סימן קצח

סעי' א' מטלטלין אחד מכר ש"ס ישן יען רצה ליקח חדש אך שהחדש לא יצא עדיין מהדפוס והמוכר צריך ללמוד התנה שבהגיע כרך מהחדש יתן לו המוכר כרך מהישן ואזי ישלם הלוקח ועתה לקח רק ערבון ונשרף הישן בבית מוכר פסק שו"מ תליתאה ח"ב סימן צ"ו דמוכר פטור דלא שייך כאן לומר נשרפו חינוך כמ"ש תוס' בב"מ דף מ"ז דכל כמה דלא קיבל כל המעות לא ירצה לאוקמוה בדינא וגם בספרי קודש ודאי טרח ומציל ול"ש הטעם דלא יטרח וגם כאן דשייר לו זכות ללמוד בהם בודאי יטרח להציל ע"כ ודאי קנה לוקח ומחויב לשלם למוכר את"ד ולא נ"ל כלל מה שכתב מהתוס' דכל כמה דלא קיבל כל המעות ודאי טרח ליתא בתוס' רק סמ"ע כאן סק"ז כ"כ לענין ק"ס וכן הוא בתוס' ב"מ דף מ"ו בד"ה ש"מ ולא כתוב שם אלא כיון. שלא קיבל המעות ותיבת כל ליתא אדרבה מבואר כאן סט"ו וסימן ר"ד ס"א דנתן קצת דמי המטלטין ל"ק רק למש"פ והוא ש"ס מפורש בהזהב דף מ"ח ע"ב בהא דר"ח ב"י נתן מקצת דמים אמלתא ורצה לחזור וא"ל ר"י דחייב מש"פ עיי"ש פרש"י.

ומ"ש דבספרי קודש טרח ומציל מסתימת הפוסקים ל"נ לחלק ועוד דתוס' בהזהב דמ"ז ע"ב בד"ה אי אמרת כתבו דודאי לא תקנו אלא משום שאינם מהוגנים שיניחו פינות

חבריהם לישרף וכיון שאין מהוגנים גם אספרים לא יחושו ועוד דל"פ כמו דל"פ בין נתן כל המעות למקצת או מונחים המטלטלין במקום דליכא חשש דליקה וכמ"ש ש"ך סק"ט ועוד גם בספרים כשיש למוכר עוד ספרים יטרח יותר על שלו.

ומ"ש כיון דשייר לו זכות ללמוד בהם טרח ומציל טעה בד"מ באו"ב דפ"ג בד"ם בשנה משחיטין את הטבח בע"כ אפילו שור שוה אלף זוז ואין לו ללוקח אלא דינר כופין אותו לשחוט לפיכך אם מת מת ללוקח ובשאר ימות השנה אינו כן לפיכך אם מת מת למוכר ופריך והא לא משך ומשני דהעמידו על ד"ת והרי כיון שאין ללוקח אלא דינר יש שיור למוכר ויטרח ויציל ואפילו נתן כל דמי הבשר נשאר העור למוכר וגם בכל השנה יקנה במעות וע"כ ל"פ.

ושם בהשאלה נזכר דטען המוכר שהקנה בק"ס ולוקח טען של"ה ק"ס רק שנכתב כן בדרך הנהוג והשויו פלפלו לחייב לוקח מטעמי אחריני והשליכו זה אחרי גיוס ולע"ד קנה לוקח מכח אודיתא כיון שהודה בהכתב שהיה ק"ס אם היה חת"י או בעדים הרי מעידים שכן היה וזה העיקר בהקנין ואיך יעידו ויחתמו א"ל כן היה ואדרבה אם נהוג לכתוב כן אפילו צוה סתם הוי כצוהו בפירוש לכתוב עיין לעיל סימן ס"א ס"ה אם לא שנהגו לכתוב רק לשופרא דשטרי ולא ע"ד שיועיל ובלא המלכת הבעלים כמ"ש ש"ך לעיל סימן ע"א סי"ד בס"ק ל"ג ועיי"ש סמ"ע סט"ו ס"ק כ"ט ועיין ב"י לעיל סימן קצ"א ריש מחודש א'.

ובחת"י לא שייך זה כיון דהודה בעצמו ויש כאן אודיתא אף דסופר כתב בלא המלכת בעלים וכדלעיל סימן מ"ה ס"ג עיי"ש בסמ"ע.

ועיין עוד בשו"מ תליתאה סימן שי"ב בסרסור שמכר תבואה של אחר שהיה בעיר אחרת וקיבל מעות מהקונה ואמר להקונה שיקח התבואה בעת שירצה ואח"כ נשרף וטוען הסרסור שאינו זוכר אם עשה קנין המועיל ופסק דא"צ להחזיר המעות דכל כמה דלא הדר הוי קנין וכפועל דאמרו בפ"ק דב"מ ד"י אף דיכול לחזור כ"כ דלא חזר ידו כיד ב"ה ע"כ עד שעת חזרה הי' ברשות לוקח וכל שמסופק אם הי' עוד קנין הוי א"י אם נתחייבתי דעד שעת חזרה לא נתחייב בחזרת מעות את"ד ולא נראה לע"ד.

כיון דקי"ל דאם נשרפו המטלטלין חייב להחזיר המעות אף שלא חזר לפני השרפה הרי מעיקרא לא נקנה ללוקח וזה עיקר תק"ח שלא יקנה מעיקרא כדי שלא יאמר נשרפו וגם תוס' פרק המפקיד דמ"ג כתבו דאף לר"י דמעות מן התורה קונות אינו רק כשואל על המעות ולא אמרו דמעות שלו כ"ז שלא חזר אחד מהם וגם בתשובת מהר"ם אלשיך ס"י בפסקא המתחיל ועוד דבשלמא מבואר דגם לפני החזרה אינו קנוי כלל ומתוך אותו

תשובה סתירה ג"כ למ"ש בשו"מ שם כיון דהתבואה ביד הסרסור והוא נפקד ממוכר ולוקח קנה לוקח בתורת חצר.

ומ"ש בשו"מ כיון שהמוכר לא הי' אצל התבואה דלא הי' יכול לטרוח ולהציל ל"ש הגזרה דיאמר נשרפו חיטך ומעות קונות אין זה כלום עיין טור סי"ד ועוד דודאי אפשר שיבא אצל תבואתו ועוד דהסרסור במקומו וראי' ממ"ש הטור והובא בסמ"ע לקמן סימן קצ"ט ביתומים קטנים שמכרו וקבלו מעות דאין מעות קונות ואמאי הא קטנים לאו בני אצולי ולא חילק בין קטנים לקטנים והמוכר אפטרופס וה"נ הסרסור אפטרופוס של בעל התבואה אך הוי א"י אם נתחייבתי כיון דקיבל המעות בעד המכר ואם הי' קנין המועיל יצא זה בזה ולא נתחייב מעולם וכמ"ש תומים סימן ע"ה ס"ק כ"ב.

עוד כתב בשו"מ תליתאה ח"א ס"ח אף דלוקח בירר לו הסחורה שקנה בכסף והניחם מהצד כדי שיבירם מתוך יתר הסחורות שהי' שם להמוכר לא קנה ושוב כתב דנראה דבר חדש דכל שהי' לו עוד סחורות מונחים שם לא שייך הגזרה דהא טרח ומציל בשביל שאר סחורה שלו וכעין מ"ש הרמב"ם דבחצר של לוקח טרח ומציל ה"ה בזה עכ"ל משמע דקאי אעובדא שנשאל דלמוכר יש עוד סחורה וא"א לומר כן דהא מוכח בהא דפרק אותו ואת בנו דאף דלא קנה מהטבח רק בשר בדינר מבהמה שוה אלף מ"מ מעות אינו קונה ועוד הא בלא"ה הבית של המוכר ומצוי אצל ביתו ולא יטרח רק להציל שלו ואם כונתו דללוקח יש עוד סחורות שם ג"כ אינו נכון דהא כתב בסמ"ע כאן דבפירות בלא בית אף שקנאן לא מצוי אצלי ועוד סחורות שלו אפשר שיקחם משם והדר תפול דליקה על אלו שקנה בכסף.

סעי' ה' מושכר למוכר ברמב"ם כתב שהרי המקח ברשות לוקח ומשנתן הדמים נקנה המקח והקשה ש"ך דא"כ ל"ל לטעמא דאי נפלה דליקה וזה תירץ לח"ם דרמב"ם גרס א"נ וס"ל כל"ק עוד הקשה ש"ך א"כ ל"ל נתן מעות ועוד דחצרו של שוכר זוכה לשוכר והנה דעת רמב"ם פ"ו משכירות דזוכה למשכיר ונתחזק הקושיא למה לי דנתן המעות ונ"ל דשכירות ליומו ממכר אך שכרו להשתמש להניח חפציו וע"כ כשמונח חפציו של שוכר המקום שלו אבל מקום הפנוי של משכיר דהגוף שלו ואזי אינו משתמש בו השוכר וכעין שכתב הק"ן ר"פ השותפין בנדרים דחצר השותפין כל אחד בשעה שנשתמש שלו הוא לכן הזבל דנפל מעלמא על מקום פנוי בחצר המושכר זוכה משכיר ואם נפל בכליו של שוכר זוכה השוכר כדלקמן סימן שי"ב לכן בלא מעות א"א שיקנה משכיר משוכר כיון דחפיציו של שוכר מונחים שם אותו מקום שלו אבל כשקנה במעות דנעשו חפציו של משכיר ממילא המקום של משכיר ומונחים ברשותו לכן בזה העמידוהו על ד"ת

כיון שאם נחליט דמעות קונות הרי יהיו ברשות לוקח וכמונחים בביתו ובלא מעות ל"ל דיקנה בדיבור החפץ ויקנה מקומו ובאין כאחד דבדיבור לא אמרינן באין כאחד כמו שהוכיח קצו"ח סימן קפ"ט ולפ"ז א"ש לרמב"ם הא דמקומו מושכר לו קנה השוכר ממוכר אף דבעלמא קונה החצר למשכיר דע"י הכסף קונה המקום וקונה החפץ דע"י שזוכה בחפץ המקום שלו ובאין כאחד ע"י מעשה.

שם בהג"ה אם התנו וש"ך חולק דל"מ תנאי לעשות מדבר שאינו קנין קנין וב"ח כתב כיון דתקנו לטובת לוקח י"ל א"א בתק"ח וכ"כ שעמ"ש ולע"ד הדין עם הש"ך דנהי די"ל א"א בתק"ח הוא רק דיבור ויכול לחזור ושאני באיני ניזונות דהוי מחילה וכן בר"פ הכותב באומר לה בעודה ארוסה דו"ד אין לי בנכסיך כיון דלא זכה בהן מהני מתורת סילוק ועיין ר"ן שם בד"ה וכדרבא וז"ל דלא תימא דלמא ר"כ סבר דירושת הבעל דאורייתא אבל פירות שהן דרבנן כי מסתלק ל"מ דחכמים עשו חיזוק לדבריהם קמ"ל כדרבא די"ל א"א בתק"ח דחכמים לא הקפידו עיי"ש הרי דבדאורייתא ודאי מהני ומשום דנסתלק תו לא מצי לחזור ומשם ראי' דהא פריך שם נשואה נמי ליהני לומר א"א בתק"ח שתקנו לי הפירות ומשני דידו כידה וצריך קנין משום דהוי כשותף בקרקע ול"מ מחילה כמ"ש ב"ש סימן צ"ב סק"ד הרי היכא דל"ש מחילה ל"מ למימר א"א בתק"ח ה"נ בכסף דאינו קנין ול"ש מחילה דהחפץ בעין וביד מוכר ומ"ש קצו"ח מרפ"ב דבכורות בהך דלקח גרוטאות מגוי דס"ד לומר אי התנו לדון בד"י משיכה קונה כבר עמד בזה בריט"א שם ותרצו ולע"ד י"ל כיון דהתנו שיקנה משיכה על כרחך טעו דמהני התנאי א"כ נתייאש הגוי מגופי' דהחפץ אף דמדמי לא מייאש הוי יאוש בגופי' כמבואר בפחז"ה דף מ"ד נהי דמגופי' מייאש מדמי מי מתייאש ומבואר בהג"א פרק איזהו נשך דקנין בטעות חוזר רק כשלא בא עדיין ליד חברו אבל מוסר דבר לחברו אף שהוא בטעות זכה חברו מידי דהוי אהפקירא בעלמא דחשוב הפקר כיון דטעה דמהני הקנין ונתייאש קנאו שכנגדו ביאוש בעלים ועיין ב"י בסימן קצ"ד וכ"מ פ"א מזכי' דאף ע"ג דלא נתכוין לזכות מההפקר מ"מ כיון שהחזיק לשם קנין מהעכו"ם והעכו"ם נסתלק עלתה לו חזקה וה"נ דמשך מהגוי ונתכוין לשם קנין כיון דכסבור הגוי דהמשיכה מועיל מדהתנה שיקנה בו הרי נסתלק וזכה ישראל במשיכה דאף למאן דס"ל משיכה מגוי אינו קונה מציאה והפקר ודאי קונה כיון דליכא קנין אחר וגם ליכא בזה המיעוט דמיד עמיתך במשיכה ומיד עכו"ם בכסף דאינו מיד אחר רק מהפקר וכמו לר' יוחנן דמן התורה בישראל רק מעות קונה מ"מ מציאה והפקר קונה במשיכה וכמ"ש תוס' בע"א דף ע"א בד"ה פרדשני.

וצ"ע אם התנה שלא יקנה במשיכה רק בכסף דאפשר כיון דזה ודאי דיכול להתנות שקנין זה לא יקנה וכמ"ש בריט"א שם וראייתו מסימן זה ס"ז וסי"ב וא"כ יהא כאין בו מם למשוך דקונה כסף כמ"ש הג"א בהזהב והש"ך לא כתב רק דלא מהני תנאי לקנות בכסף אם לא התנה דמשיכה לא יקנה ולפ"ז הי' מקום לתרץ קושית הקצו"ח מבכורות דשם התנה לדון בד"י למאי דס"ל התם היינו שמעות לא יקנה וממילא משיכה קונה דגם בגוי מתנה ומציאה משיכה קונה כמ"ש תוס' בע"א דף ע"א בד"ה פרדשני כיון דליכא כספא ה"נ כיון דביטל קנין כסף.

ולפי מה שצידד המל"מ פ"ו מהלכות אישות סוף ה"י דבתנאי נאמר מגו דחייל אהא חייל אהא כמו בכולל שבועה עיי"ש א"כ בבכורות שם שקיבל עליו לדון בד"י דכולל התנאי שלא יקנה כסף ומשיכה יקנה ומגו דחייל התנאי על הכסף דלא יקנה חייל נמי אמשיכה שיקנה אף דהוי מתנה עמש"ב.

עוי"ל דחזינן בפ"ק דב"מ דף ט' ע"ב מגו דאי בעי מפקר נכסי וחזי לו השתא נמי חזי לו ומגו דזכי לנפשו זכי נמי לחברי' ורבנן סברי חד מגו אמרינן וא"כ ה"נ מגו דאי בעי מפקיר נכסי' ויזכה אידך במשיכה יכול להתנות שיקנה גם עתה במשיכה משא"כ על קנין כסף לא מצי להתנות כיון דאפילו יפקיר נכסיו לא יועיל קנין כסף ולפמ"ש מיושב קושית מח"א בקנין מעות סימן ט' וריט"א בבכורות שם דלמה הצריכו בבכור להקנות הבהמה לגוי בכסף ומשיכה לרשותו הא בשיתנה עם הגוי שיקנה בכסף או במשיכה סגי כדמוכח בפ"ב דבכורות גבי הלוקח גרוטאות מן הגוי ולפמ"ש א"ש דתנאי בכסף ל"מ רק במשיכה ומשום מגו דאי בעי מפקיר אותו דבר ויועיל משיכה ובמחצית השקל סימן תמ"ח נתקשה דנודע ביהודה ובגוים דמכירה רק להפקיע איסור אף דישראל מוכר בלב שלם להנצל מהאיסור מ"מ אין דעת הגוי לקנות וכתבתי שם משום דדעת אחרת מקנה ל"צ כונת הקונה ומצאתי באמרי א"ש חחו"מ סימן כ"ה כ"כ וא"כ ל"ל מגו דאי בעי מפקירו דא"כ לא יהא דעת אחרת מקנה ואיך יקנה הגוי בלא כונה עיין נתיבות סימן רע"ג ס"ו ולפמ"ש מחצית השקל שם דבקנין שהוא מן התורה מוכח מהנמ"י פ"ק דב"מ דקונה אף דלא מיכוין לקנות עיי"ש א"ש נמי דהתינח אם המשיכה או כסף הוי קנין מן התורה מצד עצמו אבל אם אינו קונה מן התורה רק משום התנאי יועיל כיון דאנן סהדי דאין כונת הגוי לקנות מה יועיל דברי פיו ופטומי מילי בעלמא ננהו וכמו לס"ד דמחצית השקל דלא ניחא לו לומר דדברים שבלב הגוי ל"ה דברים אף דבפיו אומר דקונה ומשום דאנן סהדי אדברים שבלבו ה"נ לא יועיל התנאי גם לתירוצו כיון דאין הקנין רק מחמת התנאי ואנן סהדי דפטומי מילי בעלמא ננהו אך בח"ס יו"ד סימן ש"י

ושי"ג דחה דברי המחצית השקל דלא אמר הנמ"י דבקנין תורה קונה אף א"ל מיכוין לקנות כלל רק כשמכוין לקנות בקנין אחר לכן מחוורתא דמשום דעת אחרת מקנה אותו מועיל ואפילו בגוי מהני דעת אחרת מקנה כמ"ש ח"ס בחידושי ע"ז דף ע"א.

סימן קצט

סעי' א' יש מעות קונות בפרק הזהב דף מ"ז אמר רבה אר"ה מכור לי באלו קנה ויש לו עליו אונאה קנה אע"ג דלא משך דכיון דלא קפיד קנה דכי חליפין דמי ויש לו עליו אונאה דמכור לי באלו קאמר לו רב אבא אר"ה קנה ואין לו עליו אונאה וכו' אמר מר מכור לי באלו קנה ויש לו עליו אונאה לימא סבר ר"ה מטבע נעשה חליפין לא ר"ה ס"ל ד"ת מעות קונות ומלתא דל"ש ל"ג בו רבנן ובפירוש המשנה לרמב"ם פ"ק דקידושין על משנה דכל הנעשה כתב דאם חפן מעות ואמר אלו חליפי דבר פלוני קונה בתורת חליפין כיון שאינו מקפיד במשקלו ומנינו לאו דעתי' אצורתא וכ"כ הברטנורה ובראותי עמדתי דהא הש"ס פריך לימא סבר מנ"ח ומשני דסבר מעות קונות מבואר דגם בזה דעתו אצורה ואינו מתורת חליפין ומצאתי בתוי"ט תמה כן והוסיף דמנ"ל מדאינו מקפיד על מנינו דאין דעתו אצורתא ועיי"ש ונ"ל דלמד ד"ז ממה שהתחיל אמר מר קנה ומחזיר אונאה לימא סבר מנ"ח דלמה הביא הא דמחזיר אונאה דאינו ענין להקושיא ולאו כ"ע ס"ל והקושיא לכ"ע לכן סבר הרמב"ם מדחזינן טעם דאמנ"ח דדעתו אצורה ע"כ משום דשוה יותר ע"י הצורה בשלמא בשמקפיד על מנין ומשקל אנן סהדי דדעתו אצורה וקפיד בכך אבל בשחפן דחזינן דלא קפיד שמא גם אצורה לא קפיד ולו יהא דקפיד הוי דברים שבלב דל"ה דברים לבטל הקנין רק עדיין י"ל ודאי דעתו אצורה ומה דלא קפיד על מנינו ומשקלו משום דיוכרח להחזיר לו אונאהועל פחות משתות דרכן של ב"א שלא להקפיד דמה"ט א"צ להחזיר אונאה פחות שתות אלא דמבואר בש"ס שם הא דיש לו אונאה משום מכור לי באלו אמר פרש"י לשון ממכר ולא חליפין והריטב"א כתב דגם בחליפין יש דין אונאה רק הכא דאמר באלו י"ל דמחל מדלא מנה רק משום דאמר מכור לי לשון מכר משמע דמקפיד שלא יתאנה עכ"ל וא"כ אם אמר אלו חליפי דבר זה אין לו אונאה לכן כתב הרמב"ם באמר אלו חליפי דבר זה מדלא קפיד אאונאה גם אצורה לאו דעתו ולכן לא נקט לשון הש"ס מכור לי באלו והש"ס פריך אמ"ד מכור לי באלו ויש לו אונאה כיון דמקפיד אאונאה דעתו ג"כ אצורה ש"מ מנ"ח ומוכח דלמ"ד אין לו עליו אונאה שפיר נעשה חליפין ואין להקשות לרמב"ם מה פריך שם לעיל מכיס מלא מעות דמשמע דא"י משקלו ומנינו חדא דעכ"פ מעריך כיס נגד כיס ועוד אפשר ידוע לו לכל אחד כיסו

כמה מחזיק תדע מדנקט כיס מלא מעות בכיס מלא מעות ועוד שאני אם החליף מעות במעות ממין מתכות אחד רק אינם בצורה אחת או משתי מלכיות דהא כתב הרמב"ם שם כיון שלקח באומד ואינו חושש שיגיע למשקלו ומנינו הרי נתבאר מדעתו שהוא אינו מעיין אותו מטעם שהוא מצוייר ומפותח אלא שמעיין שיעור גופו והרי הוא כאלו הי' לשון של זהב או חתיכת כסף שמתקיים בו הקנין עכ"ל ור"ל דצריך לעשות מהן איזה כלי לכן מעיין רק שיעור גופו וא"כ כשמחליף באותו מין ע"כ לאו מש"ה מחליף דהא שוין בשיעור גופן ומתכותן וע"כ משום הצורה המתחלף ובזה מתורץ קושית תו"ח לס"ד דש"ס אמאי נקט שתי כיסין עיי"ש אלא דאם מחליף כיס אחד מעות בחפץ קונה דזה לאו דעתי' אצורה אבל בשני כיסין מלא מעות כסף בכסף וכדומה דאם שתיהן מלאין ודאי לאו בשופטני להחליף זהב בכסף אלא שוין במתכות ומתחלפין בצורתן וע"כ דמטבע נ"ח.

סעי' ד' הלוקח הר ש"ש נדחק בסמ"ע דל"ח דיאמר נשרפו חיטך דלא חששו בדבר דלא שכיח אלא משום חששות השכיחות כגנבה ואבדה ולדבריו הל"ל שמא יאמר נאבדו או נגנבו חיטך ולמה נקט בש"ס חשש דלא חשו לו בעצמו ונ"ל דודאי לא תקנו משום חשש אונס היכא דש"ש פטור דלמה פסידו את המוכר אם באמת אונס הי' אלא דחששו שיוכל להציל ע"י אחרים בשכר או יניח מלו שהפסדן אינן כל כך ויציל זה ואלו הי' שלו ודאי הי' עושה כן ועכשיו שיהא קנוי לאחר לא יחוש ובכה"ג ש"ש חייב כמבואר לקמן סימן ש"ג לכן כיון דהוי ש"ש תו אין חשש.

אם נתן אחד דמים להקדש כתב הש"ך ואם נתן גבאי דמים לאחר לצורך הקדש אין הגבאי יכול לחזור דהא בהדיוט קאי במש"פ דלא כהרמב"ם וראב"ד עכ"ל וז"ל רמב"ם פ"ט ממכירה ה"ב נתן דמים של הקדש אעפ"י שלא משך הפירות אם הוקרו קנה כד"ת ואם הוזלו הפירות חזר בו שהרי לא משך ולא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש והסכים עמו הראב"ד ותמהו הראשונים והה"מ הא אם הקדש קיבל דמים מהדיוט ונתייקר אין הקדש יכול לחזור כמ"ש בפ"ז מעירוכין והוא בקדושין דף כ"ח ע"ב דאטו הדיוט לא קאי במש"פ וה"ט נימא נמי אם הקדש נתן דמים להדיוט נלע"ד דיל"ד למה צ"ל הטעם אטו הדיוט ל"צ לקבל מש"פ בלא"ה אין מקום לתק"ח נגד ד"ת מפורש ונתן הכסף וקם לו דהדיוט קונה מהקדש בכסף כדאיתא בקידושין שם וטוי"ז יו"ד סימן קי"ז כתב דכה"ג אין כח לחכז"ל לתקן וכ"כ לעיל סימן ב' וכה"ג כתבו תוס' בב"מ דף ס"ד ע"ב בד"ה ולא ישכור ממנו וכה"ג כתב נ"י בב"מ שם דף ס"ח אמנם זו לא שייך בממון דהפקר ב"ד הפקר וכמו דמחלק הש"ס ביבמות דף פ"ט לענין קום ועשה דבממון יש כח בידם לעקור

ולא באיסור ולפ"ז י"ל דמש"פ לא מעכב הקנין דהרי לפני מש"פ אינו מחויב רק בגנבת המעות בין בחזרת מוכר בין בחזרת לוקח לראב"ד והחטים באחריות מוכר ואפילו מאן דמחייב למוכר באונסי המעות הוא רק משום שקבלן להוציאו הוי כלוה וא"כ גם הקדש יהא בחזרה רק כונת הש"ס דלא שייך כאן הפקר ב"ד לפמ"ש תוס' ביבמות דף פ"ט ע"ב דהיכא דלא הפקיעו לגמרי ל"ל הפקר ב"ד וה"נ לא אפקינהו לגמרי קנין מעות מחמת הפקר ב"ד דלענין מש"פ הניחו על ד"ת דהא היכא דליכא קנין תורה ליכא מש"פ גם בדברים ומעות כמפורש בירושלמי מסכת שביעית הובא בחידושי ר"ן פרק הזהב דף מ"ח וכן דעת הרי"ף בב"מ שם וזה שאמר אטו בהדיוט לא בעי לקבל מש"פ הרי לא הפקיעו הקנין לגמרי ולא שייך לומר הפקר ב"ד ממילא כיון דמפורש א"א לעקור אף בממון לחצאין והנה הכ"מ בפ"ט הנ"ל ר"ל לרמב"ם דהקדש אינו קונה בכסף מהדיוט מן התורה דנתן הכסף כתיב רק במוכר הקדש והמל"מ סתר דבריו וצ"ל דילפינן מכירת הדיוט להקדש ממכירת הקדש להדיוט ועכ"פ אינו מפורש להדיא וגם זולת הפקר ב"ד חל תק"ח דמעות אינה קונה לתקנת הקדש משא"כ קונה מהקדש דמפורש ולפ"ז מתורץ קושית תוס' בגיטין שם ד"ה יהבו יתמי זוזי אפרי זל לא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש ויתומין יכולין לחזור דהקשו הא בהקדש כה"ג א"י לחזור כיון דאיכא מש"ע בהדיוט ותרצו דבהקדש מדאורייתא בכסף משא"כ ביתומים דרק משום תקנה עשאו כהקדש ותירוצם לא יתכן לר' יוחנן דקי"ל כותי' דמעות קונות מן התורה גם בהדיוט ולפמ"ש א"ש דגם בהקדש קונה יכול לחזור משום דלא מפורש כ"ש ביתומים דאינו מפורש כלל ואין להקשות כיון דל"ש בזה הפקר ב"ד איך עקרו ד"ת בקום ועשה חדא דתוס' ביבמות שם כתבו היכא דיש טעם וסברא יש להם כח גם בקום ועשה ועוד קודם שמוציאין הכסף מהמוכר ליכא הפקר ב"ד שיבטל הקנין לגמרי וצריך לקבל מש"פ אבל אחר מש"פ כשמוציאין י"ל הפקר ב"ד ולפ"ז יש ראי' לרמב"ם מכח קושית התוס' וגם בזה"ז דהקדשות שלנו אינם הקדש הבית ואף דילפינן מהקדש כמ"ש נתיבות מ"מ זה אינו מפורש להדיא וא"כ אפילו מכר ההקדש להדיוט יכול לחזור כמו ביתומים וכדעת קצו"ח ואף דהשיגו הנתיבות דביו"ד ס"ס רנ"ח מסיק רמ"א דעיקר דגם בצדקה כיון שגמר בלבו חייב דילפינן כל נדיב לב מקדשים אינו השגה דלחומרא פסק רמ"א שם וכן מבואר לקמן סימן רי"ב ס"ח דיש להחמיר וא"כ הכא החומרא להיפך ואין להוציא מהקדש עניים מספק ויש חזקת מ"ק וגם ספק איסור.

סימן ר

סעי' א ברשות הלוקח ער"ן בחידושיו לב"מ דף י"ב כיון דחצר משום שליחות אין שליחות מועיל אלא במקום שדעת אחרת מקנה שא"א לזכות לחברו מתורת שליחות אא"כ עושה שליחות של בעל הממון והיכא דליכא דעת אחרת מקנה אין כאן בעל ממון שיהא זה שלוחו עיי"ש וקשה דא"כ עדיין מה מועיל דעת אחרת מקנה דבשלמא אם מקנה ע"י שליח ממש י"ל דנעשה שלוחו של מקנה אבל חצרו של מקבל או לוקח על כרחו אינו שליח רק לבעליו וכמ"ש מח"א בקנין חצר ס"א להוכיח דחצר אף משום יד אתרבאי אפילו דגברא מהא דאם היו הפירות מופקדים אצל אחרים וא"ל המוכר תנם ללוקח זכה ללוקח דחצרו כידו דאם משום שליחות היכי זכה חצרו של נפקד ללוקח דא"א לחצר להיות שלוחו של לוקח אלא שלוחו של נפקד שהוא בעליו ומילי לא ממסרי לשליח עיי"ש ול"ל דא"צ שיהא ממש שלוחו דבעל הממון רק שיהא מדעתו דהא מבואר בתוס' פרק איזהו נשך דף ע"ב ע"ב בד"ה בשלמא דא"י לזכות במעותיו של נכרי לישראל משום דצריך שליחות של בעל הממון ואין שליחות לנכרי ועוד דשליחות חצר ילפינן מהמצא תמצא בידו הגנבה ושם אין צריך שליחות של בעל הממון דהא גונב שלא מרצון בעל הממון ואינו זוכה רק מתחייב באחריות ומנלן שיזכה לוקח או מקבל ע"י חצרו אם אינו משתמר לדעתו להר"ן דאזי אינו מטעם ידו ולרי"ף ורא"ש אפילו משתמר לדעתו משום שליחות הוא ותוס' בב"מ דף י"ב בד"ה חצר כתבו דכשאינו סמוך לחצרו לאו משום יד רק מתורת שליחות ובמידי דזכות כמו מתנה קנה אפילו אינו עומד בצד חצרו ואינה משתמרת עיי"ש והא תוס' ס"ל דצריך שליחות של בעל הממון ואיך יזכה המקבל ע"י חצרו ועכצ"ל דהחצר יכול ליעשות שליח לאחר לצורך בעל החצר אם רצון בעל החצר בזה או במידי דזכות דזוכה של"מ דחצרו של אדם כשלוחו לכל אשר ירצה וכמו שעושה שליח לקבל מתנה שיזכה בקבלת השליח עושהו שליח שיהא שליח של בעל הממון אף דעל כרחך צ"ל דגם שליח המקבל הוא שיהא ידו זוכה כיד מקבל ה"נ חצר לכן ברשות הלה המופקדים משקיבל עליו הנפקד שיזכה חצרו הפקדון ללוקח עושה את חצרו שלוחו של לוקח והנה בסימן רמ"ד יש שמכשירים אומר אמרו וס"ל דהא דמילי לא ממסרי דוקא בשליח שנעשה על הכתיבה לית במילי כח להיות חוזרים ונמסרים לאחרים שאחרים יכתבו אבל אם עשה הראשון רק שליח על האמירה לאחר לכתוב מהני וא"כ ה"נ נעשה בעל החצר רק שליח על האמירה לעשות חצרו שליח ורמב"ן ורא"ש וטור מרייהו דהאי דינא דסגי קבלת הנפקד ולא הצריכו שיהא עומד בצד רשותו לשיטתם דלקמן סימן רמ"ד דמכשירו במתנה אומר אמרו.

אך לדעת הפוסלין אומר אמרו בשטר מתנה לקמן סימן רמ"ד ה"נ אפשר בחצר הנפקד צריך עומד בצידו שיהא ידו והבית מאיר סימן ק"מ ס"ג כתב דבחצר ל"ש מילי לא ממסרי דמעצמו הוא שלוחו וא"צ לימסר מילי לאחר ולפמ"ש הש"ך לעיל סימן קכ"ה ס"ק ל"ב דצ"ל דוקא יזכה לי חצרי הרי צריך למסור מילי לחצר.

והנה המחנה אפרים שם כתב עוד שאם היו הפירות בידו של שליח הנפקד ואמר הנפקד שיזכה שלוחו מה שיש בידו ללוקח לא מהני וכן אם עשה לוקח שליח שיזכה לו מידו של מוכר והלך השליח ועשה שליח אחר שיזכה ללוקח הוי מילי ולא ממסרי לשליח ואפילו להטור א"ע דשליח קבלה מצי משוי שליח היינו דשליח שני נעשה שליח של האשה והוא צוותה לשווי' שליח עיי"ש ולע"ד כיון דלוקח עשה שליח לזכות וכל שעשה שליח לא חיישינן שחזר המשלח כמ"ש הסמ"ע בסימן קצ"ה ס"ק י"א א"כ זכין לאדם שלא בפניו ושליח שני נעשה מצד עצמו שליח ללוקח כאלו עשאו בעצמו בלא אמצעית שליח ראשון והא דלקמן סימן רמ"ד שאני מתנה דאין הנותן זוכה במידי וכמ"ש לעיל סימן פק"ח ס"ב שו"ר בקצו"ח רמ"ד סק"ג כתב דחצר שליח זוכה למקבל דזכי' אינה משום שליחות ודוקא גבי גט מספ"ל להטור א"ע בסימן ק"מ דגט חוב הוא ואפילו נתרצית האשה וכמ"ש הרשב"א ר"פ הזורק עיי"ש וזה מחלוקת ראשונים אי זכי' מטעם שליחות עיין בקה"י בתוד"ר אות זיין אבל לא הוצרך הקצו"ח לזה רק בחצר השליח דא"א להיות שליח לאחר רק ע"י בעל החצר ונה"מ כתב שם כיון דצריך להיות שליח של בעל הממון אין כאן שייכות מילי דהא בזיכה ע"י אחר והגיע לחצרו של הזוכה קנה המקבל כמבואר סימן רמ"ג ס"ד עיי"ש ואינו מובן דודאי צריך להיות גם שליח המקבל דאיך יזכה בקבלתו לאחר אם לא משום דשלוחו כמותו וידו כיד משלחו וגם בלא"ה מ"ש אם שלוחו של הנותן הוא מ"מ כל שלא מסר הנותן שום דבר ליד השליח הוי מילי ולא ממסרי לשליח והך דסימן רמ"ג ס"ד י"ל דוקא בשעומד הזוכה בצד רשותו ומשום יד או במשתמר לדעתו דמשום יד הוא להר"ן.

ונראה דהרמ"ה שבטור לעיל סימן קכ"ה ס"ט דמשמע מדבריו דאם אמר הנותן לנפקד זכה לפלוני צריך שיהא בידו אז או שיגביהנו אח"כ כדי לזכות לו אבל אם הפקדון בחצרו של שליח לא זכה למקבל מתנה וכמו שמפרש הב"ח וש"ך שם דבריו לשיטתו אזיל דס"ל דשליח קבלה א"י לעשות שליח קבלה אחר אפילו נתנה לו רשות לעשות שליח אחר דלא מסרה לו אלא מילי ומילי לא ממסרי לשליח כמבואר בטור א"ע סימן קמ"א לכן גם כאן אפילו א"ל לנפקד זכה ע"י החצר לא מהני וס"ל דחצר דגברא לעולם רק

משום שליחות ולפ"ז אפילו יאמר הנפקד שיזכה החצר למקבל לא מהני להרמ"ה וכן משמע מלשון הרמ"ה דאין חילוק בזה וכמ"ש תומים שם.

אמנם הטור בסימן רמ"ג דכתב דאפילו הוא רק בחצרו של נפקד מהני כשא"ל הנותן זכה ולא פירש דוקא כשאמר לו הנותן שיזכה לו ע"י החצר או שיהא עומד הנפקד בצידו וכן ס"ל בא"ע ריש סימן ק"ם דאם נתן הבעל הגט לחצרו של שליח קבלה מהנו ולא חילק נראה דס"ל דבחצר לא שייך כלל הך כללא דמילי לא ממסרי לשליח כיון דלא נתברר לנו טעמו אין לך בו אלא חידושו אם הוא ממש כמו שאמרו מילי לא ממסרי לשליח דפרש"י התם דלא ממסרי לשליח שני ומבואר בתוי"ט ריש אבות דלשון מסירה הוא כשמוסרו כולו ולא נשאר אצלו קצת וה"נ בשלמא שליח שמוסר לשליח מוסר כולו לשני דהא קי"ל בגיטין כ"ט ע"ב דאם מת שליח ראשון לא בטל שליח שני דמכח בעל קאתי בכה"ג במילי לא ממסרי כיון דלא יעשה בכח שליח ראשון משא"כ חצר עושה רק בכח בעליו דאם נעשה שליח לזכות לפלוני אחר שלשים יום ואמר תוך שלשים יזכה חצרי לפלוני בזמנו ומת או מכר החצר פשיטא דל"ל בזה דיזכה לו החצר דעתם אינו חצרו של הזוכה ואינו שלוחו וכן בשליח קבלה וא"כ החצר לעולם רק מכח בעליו קאתי וכאלו בעליו עושה הדבר.

ועוד כל שבידו לאו כמחוסר מעשה כמבואר בקדושין דן ס"ג וה"נ ביד הזוכה ליטול החפץ בידו ולא הוי מילי ומבואר בתוס' זבחים דף נ"ט בד"ה עד דכל שבידו לעשות לא גרע ממחוסר זמן ומבואר בפרק כל הגט דף כ"ט ע"ב ובא"ע סימן ק"ם סל"ז דמינה שליח לגרש אחר שלשים יכול לעשות שליח אחר תוך שלשים כיון דהוי רק מחוסר זמן הוי כשליח שניתן לגירושין מיד הרי דלא חשוב מילי מחמת דאינו יכול לגרש עכשיו וא"כ ה"נ דבידו ליטלו לאו כמחוסר מעשה ומגו דאי בעי נוטלו בידו ולא יהא מילי ויכול אח"כ ליתנו בחצרו ולומר שיזכה החצר למקבל ולא דמי למינה שליח לכתוב דהוי מילי אף דבידו לכתוב דהתם ל"ל מגו דאי בעי כתב בעצמו יכול למנות אחר לכתוב דכל מגו הוא דאם יעשה יוכל אח"כ למלאות חפצו כמו במגבי' מציאה לחברו דאמרינן מגו אי בעי זכי לנפשו זכי לאחריני דיכול לזכות קודם לנפשו והדר יתנו לחברו לכן אמרינן כל שבידו כאלו כבר נעשה וע"כ כתבו תוס' בשם ר"ת בביצה דף ל"ט ע"ב בד"ה הכא דלכך כרגלי הממלא דמאיזה טעם אמרינן הממל"ח ק"ח דמגו דזכי לנפשו זכי נמי לחברו והואיל ואתי מכחו דין הוא שיהא כרגלי הממלא וא"כ בשליח לכתוב ל"ל מגו דבידו דאם יכתוב שוב לא יוכל לעשות שליח על הכתיבה והאיך תאמר הואיל ובידו לאו כמחוסר מעשה וכאלו כבר כעשה כדי שיוכל למנות שליח לכתוב דהא זה אין בידו

לכתוב ולמנות שליח אבל כאן דבידו ליטול החפץ לידו ולא יזכהו עדיין לפלוני ותו לא יהא מילי כיון דהחפץ בידו וכמו מוסר הנותן חפץ לשליח יכול למנות שליח אחר כמו בשליח הולכה בגט ואז יוכל למנות שליח אחר לזכות לפלוני וכן יוכל לתתו בחצר לכן מעתה לאו כמחוסר מעשה ויוכל לעשותו וראי' לזה ממ"ש הרא"ש בפירושו לנדרים דף ל"ד ע"ב בשם הרא"מ הובא בקצו"ח סימן ר"ד ססק"ג.

סעי' ו' משוך הכלי לקנות עסמ"ע וביאור הגר"א הביא ירושלמי פ"א דקדושין ר"ח אמר משוך את הבהמה לקנותה קנה ושם בירושלמי מבואר משוך את הבהמה זו לקנותה קנה הרי דבעל הבהמה אומר כן לקונה ומ"מ קנה תו דלא כמבואר לעיל סימן קצ"ז דמשוך חפץ זה לקנותו לא קנה דלהבא משמע אך בפרק ואלו נדרים דף פ' ע"ב איתא לענות נפש מלתא דאתיא לי' לידי עינוי פרש"י משמע שעתיד לענות וכן פירוש הרא"ש שם משמע נדר שיבא לבסוף לידי ענוי נפש והיינו רחיצה דלא מינכר העינוי השתא עיי"ש ה"נ לקנות משמע אחר כך ולא בשעת משיכה וי"ל כיון דמדד מוכר גמר בלבו להקנות בלשון המועיל כמ"ש רא"ש פ"ק דקדושין ס"כ אבל בדיבור לבד לא אמרינן בכדי לא אמר וכמ"ש בפ"ת לעיל סימן מ"ב ס"ט סק"ז כה"ג ומתורץ סתירת הש"ע.

סעי' ז' בהג"ה פתח לו המוכר בנתיבות יליף מזה דאם אמר אחד לחברו הבא לי סחורה פלונית ידוע שדמי' קצובין ואקנה אותה ואח"כ לא רצה לקנות דמשלם לו יציאותיו וכהא דלעיל סימן י"ד ס"ה בא"ל לך ואני אבוא אחריך דחייב מדינא דגרמי ע"כ ולע"ד גם שכר טרחו חייב לפמ"ש ריטב"א ספ"ק דמו"ק ד"י ע"ב בשם תוס' לענין דבר האבד דהדין אם יש חשש הפסד קרן שרי בחוה"מ גם שכר טרחא נחשב להפסד קרן וה"נ ודאי לא טרח זה רק מחמת שהבטיחו זה שיקנה ממנו וכסבור שיהא לו שכר טרחא ובא בשכרו ואם הי' שוכר לו עגלה הי' בכלל יציאותיו והלך ברגליו ליקח השכר לעצמו וראי' לזה מתשובת הרא"ש כלל ק"ד ס"ו בראובן שאמר לאומן עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך ועשאו ואין ראובן רוצה לקחתו דחייב לשלם כל הפסדו משום דינא דגרמי מידי דהוה אהלכו חמרין ולא מצאו תבואה פועלים ומצאו שדה לחה נותן להם שכרם משלם שעל ידם הפסידו מלאכת היום וה"נ עפ"י דיבורו הפסידו עכ"ל הרי דשכר טרחם חייב מדד"ג דהא חמרים ופועלים שכר טרחם נוטלים וכן משמע בסמ"ע סימן של"ג סק"ל ועיי"ש בנתיבות דמיירי שלא אמר לו שיעשה בתורת שכירות רק שאחר שיעשהו יקנה ממנו בשוויו ועמ"ש לעיל סימן י"ד ס"ה עוד ראיות דשכר טרחא בכלל יציאותיו וכ"ד הדעת קדושים ריש הלכות טרפות בכלל הפס"מ אות א' דשכר טיפול בכלל הפסד קרן אף דבמקדש מעט שם כתב דבפר"ח סימן ל"ו ס"ק כ"ז לא משמע כן עיינתי שם שהשיג על

רדב"ז ולע"ד מוכח מריטב"א ורא"ש וסמ"ע דשכר טרחא נחשב קרן וכן משמע בסמ"ע לקמן סימן רל"א ס"כ ס"ק ל"ז וכן מבואר בטור לקמן סימן ש"ג ס"ו וכן מוכח מרשד"ם חלק א"ע סימן קי"ד הובא בבאה"ט א"ע סימן קס"ו סק"ב.

סעי' ח' דלדידה בעלמא נתכוין לשון הטור הכניס הלוקח וכו' אם הוא במשא שאינו מונח בכליו של מוכר והראב"ד כתב אפילו מדד הלוקח על החמורים לא קנה שלא נתכוין למשיכה ולקנות במדידה זאת דלמדידה בעלמא נתכוין ולא מסתברא ותמה מל"מ פ"ד ממכירה דבטיו"ד סימן קל"ב איתא בזה"ל הי' הגוי מודד הגביהו תחלה לקנותו קנאו נמצא כשמערה אח"כ למדוד שלו היא וכתב ב"י פירש אעפ"י שבשעה שמודד הגביהו לא קנה מפני שאותה הגבהה לא היתה לקנות אלא למדידה תהו כסברת ראב"ד עיי"ש במל"מ גם לקמן סימן ער"ה סי"א הביא הטור דעת רא"ש באחרונה בליבני גר ובנה בעצמו קנה הראשון הלבנים אף דהגבהה הי' רק לבנין ולא נתכוין לקנותם ונלע"ד לפמ"ש מהרי"ט ח"א סימן ק"נ דהגבהה גם בלא כיון לקנות קונם לו ידו שלא מדעתו דלא גרע מחצרו אבל חזקה צריך כונה עיי"ש ונ"ל דדוקא מונח בידו אבל מונח בתוך כליו של מוכר דק"ל דאינו קונה ברשות לוקח משום חצרו רק בהגבהה או משיכה קונה גם בכליו של מוכר לא מחמת דמונח בחצרו רק משום מעשה קנין וכמו הוגבה מכחו או משכו רק קצתו לרשותו או לסימטא דקונה כיון דמשכו כולו מר"ה כמבואר לעיל סימן קצ"ח סי"ד ועיין נתיבות שם ס"ב כתב ג"כ דהוגבה מכחו כל שאין בידו אינו מתורת חצרו וא"כ צריך כונה לקנין כחזקה וא"כ א"ש דכאן דמיירי במשא שאינו מונח בתוך כליו של מוכר וכן בסימן ער"ה קונה שלא בכונת קנין אבל ביו"ד היין בתוך כליו של המוכר כמבואר שם.

סעי' יא ונאנס בידו חייב נ"ל אם לקח יין דקייצי דמיו לבקרו ונסכו גוי י"ל הש"ל כיון דיכול לחזור בו אפילו אם ייטב בעיניו רק מפני שדחוק למעות או לא הוצרך לו וכמ"ש הב"ח ה"נ ואפילו לרש"ל שהביא הש"ך בסימן שס"ג ס"א דשומר חייב בהיזק שא"נ י"ל מודה הכא דהא לאו מטעם שואל חייב לדעת תוס' ורא"ש ורמב"ן רק מטעם לוקח והיינו כ"ז שאינו מחזירו אבל כשמחזירו אינו לוקח ועוד דאדרבה לוקח אינו שומר כדלקמן סימן שמ"ו אלא דכאן צ"ל כיון דאם ירצה יקחנו ואין המוכר יכול לעכב עליו הוי ברשותו וכגזלן דחייב באחריות כיון דכל הנאה שלו לא גרע משואל כמו שפרש"י בסנהדרין דף ע"ב וה"נ מטעם דכל הנאה שלו וכמבואר בנדרים דף ל"א אבל ודאי לוקח אינו דשמא לא הי' נוטלו וא"כ כמו דגזלן י"ל הש"ל ה"נ וביין בלא"ה צ"ע אפילו נאנס לגמרי לפמ"ש

הטו"ז לעיל סימן ע"ב ס"ז ושבו"י ח"ב סימן קע"ח והובא בפ"ת לעיל סימן ק"צ דיין הוי כזבינא דרמי על אפי' והוי הנאת מוכר.

סימן רא

מנהג קצו"ח ונתיבות הביאו מהמרדכי שבת פרק הבונה ז"ל לרבינו יחיאל הא דסטימתא קניא דוקא בדבר הבא לעולם ומועיל בו הקנין הלכך מועיל המנהג להחשיבו כקנין גמור אבל דבר שלא יועיל בו קנין לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקנין גמור ומזה למדו דבדשלב"ל ל"מ סטימתא ויל"ד בלשון ר"י להחשיבו כקנין גמור מה רצה בזה דל"ל דלמי שפרע מהני דמ"ש וגם הא מבואר שם אם מתנת בעודה מעוברת אינו כלום ובשו"מ ראשון ח"ב סל"ט כתב דתוס' ב"מ דס"ו בד"ה ומניומי דכתבו דבאסמכתא מהני מנהג חולקים על ר"י ובשו"ת ד"ח ח"ב חחו"מ סימן כ"ו הקשה הא גם בדשלב"ל מועיל חיוב ולימא דמהני מנהג דהוי כמחייב עצמו דמהני אפילו בדשלב"ל ופירש דברי ר"י דגם בדשלב"ל מהני סטימתא כשנהגו להדיא גם בדשלב"ל רק התם מירי שלא מצינו שנהגו כן עיי"ש וכ"כ בשו"מ וחת"ס והמעיין בלשון המרדכי יראה להדיא שאין הכונה כן רק דלא מהני כלל סטימתא בדשלב"ל ונלע"ד לפמ"ש בספר ארץ החיים דלא מועיל חיוב הגוף בקנין ליתן שטר כיון דאינו חיוב ממון אין על מה לחול חיוב גופו והוי קנין דברים עיי"ש וע"כ בנידון דרבינו יחיאל שאמר שיתן לו בנו למולו דאינו חיוב ממון ל"מ קנין בחיוב הגוף לכן גם סטימתא ל"מ וזה שדייק בדשלב"ל לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקנין גמור דודאי מהני להחשיבו חיוב כיון דיכול לחייב עצמו רק מ"מ אינו קנין גמור והרבה יש בין חיוב לקנין גמור כמבואר בנתיבות סימן ל"ט סט"ז סקי"ז ובסימן סמ"ך ס"ו סק"י וכיון דבשלב"ל א"א לעשות ק"ג י"ל דמנהג נמי ל"מ רק כאלו עשה קנין המועיל אבל יותר מזה לא מצינו בש"ס ואין לחדש בלא ראי' וע"כ ליתן בנו לימול דגם חיוב בקנין ל"מ אם לא נולד עדיין ממילא גם מנהג ל"מ ובשו"ת רא"ש כלל י"ב ס"ג כתב דמבטיח לחברו לעשותו בעל ברית הוא רגיל לקיים דבר זה בת"כ שלא יוכל לחזור בו עיי"ש ולמה לא יקיים בחיוב הגוף ובקנין דעדיף מלהכניס בחומר שבועה וגם אפשר למתשל עלה כמ"ש טו"ז יו"ד סימן רס"ד סק"ז ובב"י שם העתיק תשובת הרא"ש שאין לו קיים אלא בת"כ או בקב"ח משמע דחיוב גופו ל"מ וע"כ כיון דאינו חיוב ממון לעולם הוי רק קנין דברים ולפ"ז מודה ר"י דבדבר של ממון מהני מנהג בדשלב"ל לעשותו חיוב ול"פ עם תוס' דב"מ הנ"ל דהתם מהני חיוב בקנין ובד"ח נעשה ע"י המנהג כאלו נתחייב בקנין ובד"ח ובשלמא אם הי' נאמר בש"ס בדשלב"ל מועיל מנהג להחשיבו כקנין גמור

הרי אף דקנין בחיוב אינו רק חיוב גוף האדם ואינו קנין גמור על גוף הדבר כשיבא לעולם מ"מ מנהג עדיף הי' ראי' דמנהג מהני אף במה דקנין וחיוב ל"מ אבל זה לא מצינו רק דמועיל מנהג לעשות חיוב כגון חמרים ספנים ופועלים דב"ק קי"ז ע"ב וכשכבר נולד ס"ל לר"י כיון שבא לעולם יש החיוב על מה לחול וכמו חיוב ממון דחל השעבוד על נכסיו כן משעבד בנו ליתן לו למולו.

בנתיבות כתב דסטימתא רק קנין דרבנן ועיין נט"ש סימן למ"ד דאם בשעת הקנין איכא נ"מ בדאורייתא גבי איסורא לא תקנו רבנן משא"כ אם בשעת הקנין לא היה האיסור עדיין כבר הפקירו חכמים וכשבא האיסור אח"כ מועיל כקנין תורה ועיין תוס' ב"מ פ"ק דף כ"ף בד"ה שובר שכתבו דלענין איסור נמי אם עבד בא על בת ישראל קודם מסירה עקרו חכמים לד"ת אף דעד מסירה ל"ל עבז"ל ואז כבר נ"מ לענין האיסור.

ובתוס' ב"ק ק"ד ע"ב סד"ה אגב כתבו דאי לית לי' ארעא לא היו קרוין מעותיו מדאורייתא שיוכל לפדות בהן פירות מע"ש עי"ש מוכח אף דהקנין נעשה טרם בא האיסור אינו מועיל נגד איסור תורה דס"ל לתוס' דגם אג"ק רק דרבנן כמבואר בתוס' פ"ק דב"ק די"ב בד"ה אנא ועם אודיתא הוי תרי דרבנן דאל"כ תקשי התוס' אהדדי וא"כ מוכח מתוס' קנין דרבנן בחד דרבנן הוי דאורייתא לעולם.

סעי' ב' שנהגו נשאלתי רו"ש שכרו עסק מאדון ובכלות הזמן תבעם האדון איזה תביעות מראובן שהי' השכירות על שמו לבד וכראות שמעון דאגת ראובן שחק עליו ואמר אדרבה אקוה שהאדון יתן לנו מכיסו על תביעות שיש לנו עליו ואמר לו ראובן קבל עליך לעמוד נגד האדון ואם תזכה יהא הכל שלך ואם תתחייב תשלם הכל ונתרצה שמעון ובררו האדון וראובן שליש לשפוט בינם והעמיד ראובן את שמעון לטוען וזכה שמעון שמחויב האדון לשלם לראובן סך רב ועתה חוזר ראובן מליתן חלקו מחמת שהוא דשלב"ל וגם קנין לא עשו ואסמכתא ושמעון טוען דכן נהגו ליתן פערצעס למחצה או לכולו ומועיל מכח סטימתא ועוד דמגיע לו בעד השתדלותו ושכירות אצ"ק ואפילו בדשלב"ל מתחייב והשבתי מה דנהגו כן דינא הוא כיון דנותן לו בעד טרחתו שכירות זה אבל זה נתן לו מחמת ששמעון יקבל עליו אם יחויב לשלם הכל ואינו בתורת שכירות פעולה רק דרך מו"מ וכה"ג לא נהוג ועוד דמ"מ אי הוה מתחייב ראובן נגד האדון הי' שמעון יכול לחזור דבכה"ג לא מצינו מנהג ודאי לא מתחייב בלא קנין בדברים לבד גם אסמכתא הוא ממילא גם עתה דזכה שמעון את האדון השביל ראובן ישנו בחזרה וכמ"ש תוס' בפרק איזה נשך דס"ו בסד"ה ומניומי ורא"ש פרק האומנין ס"ז דאין מקח קיים לחצאין ועיין סימן רכ"ז

ס"ד בהג"ה ונתיבות סימן קצ"ה ס"ג ואף דפלוגתא הוא בסימן ר"ז סי"א ובש"ע סימן זכ"ר ס"ד מ"מ א"א להוציא.

ומה שטוען דמגיע לו בשכירות אם בפירוש אמר שיקח הכל בעד טרחו דינא משתעי אבל עתה לי שקול ישקל הדברים אם כונתו לשכירות או דרך מו"מ יש לדון קולא לנתבע וראי' מדברי הגאון ר"ה שבב"י סימן קע"ו מחודש נ"ז דאיל שמעון לראובן כתוב לשותפך דזבין לי מדעם פלוני ולישדר לי וזבן ושדר לי' ונאבד בדרך ופסק דפטור שמעון דאמרינן מתבע הוא קתבע מן ראובן דלישדר לי' שותפי' דכד מטי זבין יתי' מיני' ולא מפקינן בכי האי מימרא את"ד סברת רה"ג דיש לפרש שעשאו שליח ויש לפרש שיקנה לעצמו וכשימטי לביתו יקנהו ממנו לכן דנין הלשון קולא לנתבע וזה שדייק ולא מפקינן בכי האי מימרא לכן ה"נ דנין קילא לנתבע שכונתו הי' ליתן לו כל הריוח בעבור שיקבל עליו כל ההיזק אם יתחייב ואינו שליח ושכירות פועל רק מכר לו הריוח בחליפי היזק וכיון דאין בו קנין וגם הוי דשלב"ל ואסמכה יכול לחזור בו ועוד לקמן סימן ר"ז סי"ג שאמר אם תעשה כך אתן לך כך הוי אסמכתא ודינו כאלו עשה לו פעולה מעצמו דאם עשה לו תועלת נוטל הפחות שבשכירות וכמ"ש שם.

שתוקע לו כפו אם נהגו במטלטלין והקנה לו בתקיעת ן כף פירות העומדין ליקצר דיש בזה פלוגתא בסימן קצ"ג נ"ל דלא עדיף מנהג מתקנה דאמרינן כל ספק בתקנה מוקמינן על ד"ת כדאיתא בא"ע סימן קי"ח ס"ו וה"נ כיון דספק שמא כקרקע הן ולא נהגו בקרקע לכן גם תפיסה לא מהני.

שם פרוטה למוכר נשאלתי באחד שקנה מטבח עור בהמה קודם שחיטה והפשיטה הטבח וקלקלה בהפשטה והקנין נעשה במעות ות"כ כמנהג התגרים באותו מקום אם המקח בטל או חייב הטבח רק לשלם ההיזק והשבתי לפום רהיטא תליא בשתי הדעות שבחו"מ סימן ס"ו סל"ב במוכר שט"ח ומחלו דאיתא בש"ס למאן דד"ג משלם דיש פוסקים דהיינו מה שקיבל מהלוקח א"כ למאן דלא דאין ד"ג פטור לגמרי אף דמוכר הפסיד מכירתו ולא בטל המקח אבל לפוסקים דמשלם כל שווי' א"כ גם למאן דלא דד"ג מחזיר מה שקיבל כמ"ש רה"ג ורמב"ן וש"ך שם וע"כ משום דמוכר עצמו הפסיד המכר נתבטל למפרע דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא קנה ועיי"ש בשעמ"ש ס"ק כ"ט ה"נ אנן סהדי דלא קנה רק א"ל יפסיד בידים דאין אדם קונה דבר שיש בו מום ויש לדמותו ג"כ להך דסימן קצ"א במכר קרקע ועיל ונפיק אזוזי אף דנעשה קנין המועיל לא אמרינן דהמעות חוב ולא יתבטל הקנין משום דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא מכר ועוד ראי' מהש"ך חו"מ סימן ל"ט ס"ק מ"ט במכר צמר לחברו בהקפה ומת הלוקח דהמכר בטל

דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא נתרצה וכ"ש כאן דאין כאן קנין מדינא רק מנהג ולא ראינו שנהגו שאם המוכר קלקל בידים שיתקיים המכר דסברא דאדעתא דהכי לא גמרו המקח כיון שעדיין לא בא ליד לוקח ולפ"ז גם למאן דס"ל במוחל שט"ח שמכר פטור לגמרי שאני הכא דאינו קנין רק מחמת המנהג תגרים לכוף זה את זה שלא לחזור ובאופן זה לא ראינו נוהגין.

אמנם בהשולח דף מ"א מבואר בעשה עבדו אפותקי מפורש ושחררו דלמאן דלא דד"ג פטור לגמרי ולא אמרינן כיון דלא יצא עדיין מת"י לוה ובידו לשחררו אנן סהדי דאדעתא דהכי לא הלוהו דאינו רק כאחר המזיק ואינו בדין ביטול מקח ולא בדין אחריות למפרע וכמ"ש הרא"ש כלל ס"ט והטוח"מ סימן ס"ו סל"ו וסל"ז דאם מכר לו בית וקע"א ושרפו המוכר אח"כ אינו גובה ממשעבדי אלא דינו כאחר המזיק ומוכר שט"ח ומחלו הוי כשרפו באותו שעה שאין המחילה מבטלת השטר מעיקרא לומר חספא זבין רק על שעת מחילה מתחייב ונראה דאינו ענין לנ"ד דמוכר שט"ח ועבד שעשאו אפותקי לא נשאר עליו לעשות כלום והכל נגמר מיד ע"כ דינו כאחר אבל כאן קנהו לפני ההפשט שיפשיטנו ויתנו לו י"ל אנן סהדי דלא קנהו רק באופן שלא יקלקלו כמו מוכר בעד מעות וכשאינו נותן לו כל המעות מתבטל הקנין כיון דאדעת כן שיתן לו המעות כולו קנה ה"נ אדעת נתינת העור כולו שלם קנה אך כשנולד היזק מעלמא מזל דלוקח גרם כיון שאין העיכוב מהמוכר ובמעות כשאין ללוקח ליתן מחמת איזה סבה ואונס שנולד אחר המכירה ל"ל מזל דמוכר גרם שאין המעות מסויים לומר מעותיו נפסדו ועיין תו"ג סימן ק"כ סק"ה דלוקח במזומן ומשך ואינו נותן הדמים בטל המקח לגמרי אף שלא התנה בתורת תנאי ועיין ב"מ א"ע סימן צ' ס"ט ועיין תוס' כתובות דף מ"ז ע"ב בד"ה שלא שכתבו דלוקח חפץ ואירע בו אונס דלא אמרינן אדעתא דהכי לא קנה ומבטל המקח דאינו תלוי בדעת הקונה לבד דאיכא נמי דעת מקנה שלא הי' מקנה לו לדעתו אם לא יפרש עכ"ל וזה לא שייך אם המקנה פשע וקלשל דל"ל שלא מתרצה להקנות אדעת כן שיתבטל המקח ועיין עוד תוס' ב"ק ק"י ע"ב בד"ה דאדעתא ואס"ז שם.

סימן רב

סעי' א' כיון שקנה הקרקע באחד מדרכי הקניות נקנה המטלטלין עמהם צ"ע אם המטלטלין אין צבורים בתוכה דל"ל דהוי כמחובר יחד יהא דינו כק"ס דיכול לחזור כ"ז שעסוקין באותו ענין כיון שלא החזיק בגוף המטלטלין כמו בק"ס דהטעם מבואר

בהגמי"י והובא בב"י סימן קצ"ה סי"ב כיון שלא החזיק בגוף המקח ולא נתן דמיו נתנו חכמים שיעור שיתיישב.

שם בהג"ה וי"א דאפילו הקרקע בשכירות ומטלטלין במתנה וש"ך תמה האיך אפשר לחלוק בזה דמוכח בש"ס פ"ק דב"מ ופ"ק דקדושין ומוכח התם דקרקעות במכר ומטלטלי במתנה נלמד מקרקע בשכירות ומטלטלין במתנה ואיך כתב הרב על זה וי"א דאדרבה זה פשוט יותר ולע"ד לפמ"ש תוס' בערכין דף למ"ד דלפיכך קיבל ר"ג שכר ולא הקנה הקרקע בשאלה ושכירות בחליפין משום דשכירות אינו רק טו"ה ולא נקנה בחליפין והן הי"א דלעיל סימן קצ"ה ס"ט ולפ"ז אין ראיה מהש"ס דהתם נתן המעשרות במתנה ואין הגוף של ר"ג רק טובת הנאה יש לו ע"כ יכול להקנות אגב שכירות קרקע דגם כן אינו רק השתמשות שהוא טובת הנאה ולא גוף הקרקע משא"כ ליתן מטלטלין שהגוף של הנותן י"ל דלא נקנה אגב שכירות דאינו מקנה הגוף והא דיליף בש"ס קרקע במכר ומטלטלין במתנה שפיר יליף דה"נ המעשרות נתן בחנם והקרקע השכיר במעות ובזה נדחה ג"כ מה שכתב הש"ך דמוכח מתוס' ורא"ש גבי עובדא דר"ג וזקנים דקרקע מושאל ומטלטלין במתנה קנה כמו בשכירות ולפמ"ש אין ראיה דהתם גם המטלטלין לא הקנה רק טובת הנאה דבלא"ה גופן אינן שלו לכן נקנה אגב שאלת קרקע וס"ל לי"א דשכירות חשוב יותר קנין בגוף הקרקע משאלה וכמו דנראה מדברי הטור לעיל ס"ס קצ"ה לענין אי שכירות או שאלה נקנה בחליפין וכמ"ש קצו"ח כאן ועיין ביאור הגר"א לעיל סימן קל"ח ס"א סק"ד ואפשר לומר דש"ך שפיר הכריח דקרקע בשכירות ומטלטלין במתנה נקנה מדהקנה המעשר עני ע"י רע"ק לעניים כמבואר בקדושין ובטבל שלמ"ע יש לו הנאה בגופו דרשאי ליהנות ממנו הנאה של כי לוי וי"ל הואיל ואי בעי מתשל עלה כמ"ש בנתיבות סימן ר' סק"א.

ובשו"ת מהרי"ט חחו"מ סימן פ"ג הוכיח כרמב"ם דחצר המושכר אינו קונה לשוכר מדחזינן דאגב לא קני אלא ע"י קרקע שנקנה ק"ג לא בשכירות כדמשמע בעובדא דעירינו בפ"ק דקדושין דאמ"ל אין לו תקנה עד שיקנה אג"ק והלך וקנה סלע וכי לא היה לו מקים בשכירות או בשאלה וא"ת אמאי מהני לקנות מה שבתוכו כדמוכח בר"ג וזקנים עישור שאני עתיד למוד נתון לר"י ומקומו מושכל לו משמע שקנה ר"י המעשר שבבית ר"ג עיי"ש שתירוצו אינו מובן ובתוס' רע"ק פ"ה דמ"ש מ"ט כתב ק"ל מהכא על מהרי"ט שכתב אף דקי"ל קרקע בשכירות ומטלטלין במתנה מיקני אג"ק זהו דוקא בהיה הקרקע להמקנה בקנין גמור ולא רק מושכר והא מפורש כאן בהיפך דדייקינן מהך דר"ג דקרקע בשכירות ומטלטלין במתנה מהני וא"כ בסיפא דחזר ר"י ואמר לראב"ע ומקומו מושכר

לו הרי אג"ק שהיה לו לר"י רק בשכירות הקנה לראב"ע מטלטלין עכ"ל והנה מה נעשה לראיה שהביא מהרי"ט ובחת"ס חא"ח סימן קי"ז הקשה לו אחד דאם איתא דמקנין אגב שכירות קרקע א"כ בהך דהזהב דף מ"ו היה עומד בגורן מ"ט לא הקנה לו המעות שבעיר אגב גורן אע"כ משום שאינו שלו אלא בשכירות ולא מצי מוקני באגב וח"ס השיב דא"כ הוא נגד רי"ו ורמ"א בסימן ר"ב דשכירות קרקע מהני והוא הוסיף להקשות הרי המעות מונח בבית שי"ל בעיר מושכר או מושאל ליקני המעות אגב שכירות הבית וכתב שם לתרץ לפ"ד פוסקים דשכירות לא מיקני בחליפין וקושית השואל תירץ דאין דלת לנעול לעשות חזקה ועם כ"ז לא נמלט מהקושיא להפוסקים דשכירות בקנה בחליפין אבל לסתור דעת רי"ו ורמ"א כאן א"א דמוכרח מעובדא דר"ג וזקנים לפמ"ש הש"ך לכן נלע"ד לפמ"ש הבית מאיר בא"ע סימן קל"ט לתרץ מה שהקשו על רמב"ם הנ"ל משוכר את מקומו ותירץ כיון דמשכיר לו לקנות על ידו עדיף דהוי כמשכירו להדיא אף לקנין עיי"ש והיינו דסתם שכירות אינו רק להניח שם חפציו ולהשתמש שם לא לקנות על ידו אבל במשכירו לקנין הרי משכירו גם לזה ממילא בעל הקרקע יכול להקנות מטלטלין אג"ק שמשכיר לקנין אבל שוכר ששכר להשתמש לבד א"י להקנות ע"ג לאחר דאינו שכור לראשון רק לתשמיש לא לקנין אבל כשבא לשוכר ראשון ג"כ כדי לקנות על גביו מן בעל הקרקע הרי השכירו לקנין ה"נ יכול להקנות לאחר על גביו דהא תועלת הקנין נכלל ג"כ בשכירות שלו ויש להסביר עוד דברי הבית מאיר עפימ"ש נתיבות בסימן קצ"ב דלענין לקנות ע"י חצר המושאל או מושכר צריך שיהא לו קנין בגוף הקרקע ועשה קנין בגופו כגון נעל וגדר או קנין כסף אבל א"ל קנהו רק להשתמש ע"י חזקה שנשתמש בו אינו רק שעבוד ואינו קונה ע"י חצר זה עיי"ש ולפ"ז י"ל דזה טעם הרמב"ם דחצר המושכר אינו קונה לשוכר דלא השכיר לו רק להשתמש ואין לו רק שעבוד אבל כשמשכיר לו כדי שיקנה על ידו ע"כ משכיר לו באופן שיקנה ע"י שיהא לו קנין בגוף הקרקע לזמן כמ"ש הרא"ש בפ"ק דקדושין ובא"ח סימן י"ד במשאיל לו טבעת לקדש אשה או טלית לצאת בו ודאי מקנה לו במתנה עמ"ל דהא נתנו שיהא באופן המועיל שיהא הגוף קנוי לו וא"ש הכל דההוא דעירוני נהי שה"ל מקום בשכירות מ"מ אין הגוף קנוי לה וכן הך דעמד בגורן אבל הך דר"ג וריי"ו ורמ"א השכיר המקום לקנות ע"ג ע"כ הקנה באופן המועיל שיהא לו קנין הגוף לזמן השכירות.

ולפ"ז מיושב קושית הש"ך על ר"ו שכתב קרקע מושאל ומטלטלין במתנה יש מי שכתב דל"מ ומדברי תוס' נראה דקנה והקשה למה יגרע שאלה משכירות וכן מוכח מתוס' ורא"ש גבי עובדא דר"ג ולפמ"ש י"ל דלפיכך דייק הרי"ו קרקע מושאל ולא כתב קרקע

בשאלה כמ"ש לעיל מיני' קרקע בשכירות אלא כונתו שמקנה מטלטלין עג"ק שמושאל לנותן לתשמישו ואין לו בה קנין הגוף ואף דמתשובת רשב"א סימן תתקל"ה מבואר דיכול להקנות מטלטלין אג"ק המושאל מכבר י"ל דס"ל כראב"ד דחצר המושכר קונה לשובר וס"ל דה"ה לחצר המושאל ורמ"א שסתם בס"ז דמקנין אגב קרקע המושאל ובסימן שי"ג סתם דחצר המושכר קונה למשכיר צ"ע אך בלא"ה דברי ש"ע שבסימן שי"ג סותרים למ"ש בסימן ר"ס ס"ד ולפמ"ש נתיבות בפתיחה לסימן ר' לתרץ פסק הש"ע דחצר המושכר קנוי לשוכר א"ש גם הא דסעיף זיין ומ"מ י"ל דמודה הרמ"א דדוקא ביש לו קנין בגוף הקרקע ואף במקומות ביהכנ"ס שישב על מקומו בספסל שלו קנה גוף הקרקע כיון דנהנה גופו וכמו הציע מצעות ושכב עליהן דלעיל סימן קצ"ב ס"ט דלכ"ע הוי קנין כמ"ש סמ"ע שם סקי"ז ואף דאין הציבור מקנין רק לישיבה מ"מ גם משכיר ומשאיל מקנין רק לתשמישן ומ"מ אם עשה קנין בגופו קונה גופו וכ"ש במקומות בית הכנסת דמקנין לו להעמיד ספסל ולישב עליו הרי מקנין לו ליהנות גופו מגוף הקרקע אלא די"ל ז"ד לי"א שברמ"א סימן ער"ה סט"ו דערך שלחן ואכל עליו קנה הקרקע אבל לפמ"ש המחבר שם משמע דדוקא ביישה הקרקע ע"י המצעות דהוי ככייר וצייר או חזקה חשובה.

ובספר דברי אמת קונטרס זיין הכריח דברי מהרי"ט מפרק הזהב גבי היה עומד בגורן דפריך ניקנינהו אג"ק ומשני דל"ל ארעא והגורן אינו שלו והמקשן היה סבור דהגורן שלו והיו שם העירות ומתרץ דהגורן אינו שלו וא"כ עכ"פ שאול או שכור לו ומ"מ לא היה יכול להקנות אג"ק וכן בב"ב דף קמ"ט גבי אוסר גיורא שאמר רבא דלא מצי להקנות מעותיו לרב מרי בריה אגב קרקע דלית לו ארעא וכי מוטל בר"ה היה ולא היה לו מקום בשכירות או מושאל וכן יל"ד מדברי רמב"ם פ"ג משלוחין שהוצריכו גאונים לתקן למי שרוצה להרשות על מלוה ואין לו קרקע להקנות עג"ק ד"א שיש לו בא"י וכי במי שמוטל בשוק ואין לו קרקע שכור או שאול מיירי וכן בב"ב דף מ"ד אמר דלקח ומכר לאלתר ואיך יתכן שלית לו קרקע שכורה או שאולה עיי"ש ולפמ"ש י"ל דנהי דהיה לו שכור או שאול להשתמש ולדור מ"מ לא עשה קנין בגוף הקרקע רק הניח שם חפציו.

ובאס"ז בב"ב דף קמ"ט בתא דאמר אגב ארעא ל"ל ארעא ז"ל הרא"ש תימא לי אמאי לא קנה קרקע כ"ש או ישכור או ישאל וי"ל דלא מצא אדם שיקנה לו שלא יקפיד רבא עליו והמקום שהיה דר בו אימר כלתה זמן שכירתו ע"כ ויש להבין אם כלתה זמן שכירתו איך היה דר בו שאם לא מדעת המשכיר שהניחו והרי עדיין שכורה או שאולה אצלו וצ"ל דאחר זמן שכירתו א"א לסלקו אם לא הודיעו לפני הזמן אך בזה אם נפל בית המשכיר

יכול להוציאו כדלקמן סימן שי"ב סי"א וברא"ש פרק השואל דף ק"א ע"ב מבואר אפילו נפל ביתו של משכיר הו"ז א"י לסלקו דשכירות לזמן קצוב כמכר דמי וכן בפ"ק דע"ז כתב הרא"ש דאם שכירות כמכר א"י לסלקו אפילו נפל ביתו של משכיר לכן ה"נ תירץ דכלתה זמן שכירתו דאזי כיון דיכול לסלקו כשנפל ביתו אינו קנוי לשוכר כמכר וכ"ש אם יכול לסלקו כל שעה שירצה גם כשלא נפל אלא דדחיקא לו לומר דמיירי שנכנס לדור באופן שיוכל לסלקו כל שעה ומחנה אפרים הלכות רבית סימן למ"ד כתב דמשכנתא באתרא דמסלקי כל שעה שירצה נראה שאין כאן קנין כלל שהרי יכול לסלקו בכל עת שירצה וראיה מדאיצטרך בב"מ דף ס"ז ע"ב לומר דאי אגבינהו בסיסני קנינהו משמע דאינו זוכה בתורת חצר וגבי מוכר שדהו והתנה ע"מ שיחזירו לו בכל עת שיחזיר לו הדמים כתב הטור דהני זה לא קנה כיון שיכול לסלקו בכל עת שירצה ע"כ והובא בשו"ת נט"ש סימן י"ט והביא מחאסיז ב"מ שם דריטב"א כתב דמקמי דמסלקי לא גרע ממושאל או מושכר וחצרו קונה למלוה מאינש דעלמא עיי"ש ונראה דגם הריטב"א מודה בשכירות ושאלה שיכול לסלקו כל שעה דאינו קנוי לשוכר ושואל ולא קאמר רק במשכנתא וכמ"ש הר"ן בפרק כ"ש גבי הלוהו על חמצו דלא אמרינן הואיל ובידו לפדותו כיון דמחוסר ממונא.

ובהך דאיסור גיורא נ"ל דבית שדר בו הי' נחלת אבות דגר יורש אביו גוי מד"ס ואיתא בפרק לולב הגזול דף למ"ד סתם כותי גזלי ארעתא ננהו וקרקע אינה נגזלת ובמג"א סימן תרל"ז הביא משו"ת רשב"א סימן תתנ"ב דמה שפרש"י דסתם גוים גוזלי שדות מישראל לאו דוקא ומבואר בשו"ת רשב"א שם מסתמא גוים גוזלין שדות זה מזה ובספר יראים כתב דאפילו למ"ד גזל עכו"ם שרי מ"מ לא מקרי לכם הובא במג"א שם וא"כ א"א להקנות אגב קרקע זה דלא הוי שלו ואפילו מספק א"א להוציא המעות מרבא ע"י קנין אג"ק זה וא"כ עלתה ארוכה לקושית דברי אמת דכל הנהו דמייתי משכחת באופן דמשכיר יכול לסלקו בכל שעה שירצה או יש לו קרקע מגוי ובכה"ג לא מצי להקנות אג"ק ועיין טו"ז א"ח ס"ס תרס"ד ולעיל סימן קמ"ט סטיו בהג"ה בשם ראבי' ובסימן רל"ו ס"ט ובש"ך סימן שע"א סק"ב.

סעי' ב' ש"ך סק"ג דאין חצרו קונה אלא כשהוא כבר חצרו משא"כ הכא דחצרו ומתנתו בכ"א עכ"ל אישתמיטתי' שו"ת הרא"ש כלל ע"ה ס"ג דמבואר אף כשבאין כאחד חצרו קונה לו וכן משמע מהר"ן פרק שני דגיטין גבי עציץ וזרעים ועיין בריטב"א קדושין פ"א דף כ"ו ד"ה אמר חזקי' דאמר קרא ויתן להם אביהם מתנות רבות עם ערים בצורות ז"ל ול"ל דהתם מדין חצרם זכו בהם דלישנא דעם ערים משמע שיזכו בקרקע ומטלטלין כאחת בלא קדימה כלל ולא משכחת כלל אלא באגב ולא מדין חצר עכ"ל ושם בסמוך

בד"ה איבעיא להו מי בעינן לבורין א"ל וז"ל וכ"ת ותפשוט ממתניתין דלא בעינן צבורין דאי צבורין ל"ל מדין אגב ליקני מדין חצר ותמה בח"ס או"ח סימן קי"ז דדבריו סותרין ולע"ד פשט דבריו דבבת אחת אין סברא שיקנה מדין חצר רק מ"מ קונה זה אחר זה ע"כ הפסוק עם ערים דמשמע בלא קדימה כלל ודאי לאו משום חצר אבל א"צ להקנות מחדש המטלטלין רק נקנין זה אחר זה ול"ח מידי דלא מצי עביד השתא דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה וכיון דנותן ומקבל רצונם בקנין חצר הרי בידם לקנות החצר לכן אף טרם שנקנה יכול לומר שיקנה החצר ואח"כ יקנה על ידו מטלטלין שבתוכו ול"ל דא"כ יהא לו תרי תכ"ד על המטלטלין דזה אינו דתכ"ד הטעם דנראה כטעה ולא בגמר דעתו אמר וכיון שלא חזר תכ"ד ראשון הרי גם מה שהקנה המטלטלין בגמר דעתו אמר וגם כשלא נחר תכ"ד על קנין מחצר איגלאי למפרע דנקנה החצר מיד ואף דלא פירש שיקנה קודם המקום ואח"כ המטלטלין מ"מ כמו דבק"ס אמרינן סתמא מעכשיו משום דבכדי לא עביד כדלעיל סימן קצ"ה ס"ה בהג"ה ה"נ כונתו שיהא באופן המועיל שיקנה זה אחר זה ובפ"ק דב"מ ד"ט ע"ב אמר רבא אי אמר לי' קני בהמה וקני כלים מי קנה כלים חצר מהלכת היא וכ"ת כשעמדה ערש"י לאחר שעקרה ידה ורגלה ונקנית לו הבהמה במשיכה עמדה ולא הלכה ונקנו כלים בעמידתה דקנה לו חצרו עכ"ל הרי אף דבשעה שהקנה לו הכלים עדיין לא קנה החצר ולא היה אפשר לקנות כאחת כיון דקנין הבהמה במשיכה ואזי חצר מהלכת היא מ"מ קונה כשעמדה אח"כ ולא אמרינן מי איכא מידי דהשתא לא מצי חייל ולבתר הכי חייל.

ובקצו"ח כאן הקשה מגמרא זאת על הש"ך דמסיק בכפותה מהני כשא"ל קני בהמה וקני כלים והא להשיך לא מהני רק כשהי' חצרו מקודם ולע"ד י"ל דמודה הש"ך בפירש שיקנה החצר תחלה והדר יקנה מטלטלין שבתוכה ולפיכך דייק רבא דא"ל קני בהמה וקני כלים ולא אמר קני בהמה וכלים אלא רצ"ל שלא יקנה בב"א וכמו דאיתא בנדרים דף פ"ז קונם תאנים וענבים הוי נדר אחד אבל קונם תאנים וקונם ענבים הוי כ"א נדר בפ"ע וכר"ש דא"ל אמר שבועה לכ"א הוי כללא וכתב הר"נ בנדרים דף ס"ו דקי"ל כר"ש וכ"פ ר"ח ורמב"ן וא"כ יש ראי' להש"ך מדדקדק רבא לומר קני קני.

אך מה שתמהו כל האחרונים על הש"ך הא מבואר כ"פ גיטה וחצרה בכ"א נלע"ד טעמו של הש"ך דא"א להקנות החצר ומטלטלין ביחד כיון דקי"ל דתכ"ד יכול לחזור אפילו בקנין חזקה ובק"ס כ"ז שעסוקין באותו ענין כדלעיל סימן קצ"ה א"כ נהי דאם לא חזר חל הקנין למפרע משעה שנעשה הקנין דאל"כ לא הוי מהני ק"ס דהא הדרי סודרא למרי' בעוד עסוקין באותו ענין מ"מ לא חשוב חצרו לקנות על ידו דאין על זה ראי' מהמצא

תמצא דמרבינן רשותו דשם רשותו לבד הוא משא"כ כאן אף דקנוי לו כיון דביד בעל החצר לחזור בו לא חשוב רשות המקבל ולוקח כמו שהבאתי לעיל מהרא"ש באס"ז ב"ב דף קמ"ט ומהמח"א הלכות רבית סימן למ"ד כל שביד בעל החצר לסלק למלוה אינו קונה למלוה מתורת חצר ומבואר בפסחים ובכ"ד דהואיל ואי בעי מתשיל חשוב כשלו ואפילו נימא דנגד אחר חשוב חצרו של לוקח ומקבל מ"מ נגד בעל החצר שמוכר לו מטלטלין לא חשוב רשותו דצריך להוציא המטלטלין מרשותו לרשות לוקח וכיון דמוכר יכול לחזור בו עדיין החצר אגיד גבי' ולא חשוב הוצאה מרשותו והמוכר או הנותן לא הקנה זה אח"ז רק בב"א וזה א"א אבל בגט דתכ"ד לאו כד"ד ודאי יכול להיות גיטה וחצרה כאחד ולע"ד ה"ט בהך דב"מ במשכנתא דאם הוא באתרא דמסלקי אמר ואי אגבינהו בסיסני ולא קנה בתורת חצר ומשום דלוה יכול לסלקו כל שעה כמ"ש המח"א דהיינו דוקא מהלוה כיון דיכול לסלקו לא יצא מרשותו לגמרי ועדיין אגיד גבי' ובפא"נ דף עי"ן ע"ב איתא כיון דאי לא יהיב זוזי אתי נכרי תפיס לולד ה"ל יד נכרי באמצע עיי"ש בתוס' ועלה בלבי לומר דזהו טעמו של בעל העיטור שהביא הש"ך ריש סימן ר"ג דשכירות אינו קונה בתורת חצר כיון דהגוף של משכיר א"כ כשמניח המטלטלין הנמכרין שם עדיין לא יצאו מרשות מוכר לגמרי ועדיין אגיד גבי' ואח"כ מצאתי בהגהות הגאון רב"פ זלה"ה ריש סימן ר"ג שכ"כ בטעמו של בעל העיטור ותירץ שם מה שהקשה הש"ך מהך דר"ג וזקנים דאמר בב"מ דמטעם חצר הקנה דשאני התם דהוי מעשרות דאין לר"ג רק טוה"נ והפקר הוא הוי כזוכה בחצר השכורה לו דבר הפקר ודפח"ח ולפ"ז י"ל נמי מה שתפסו על הש"ך דכאן מהך דר"ג וזקנים דאמר ומקומו מושכר לו והקנה המעשרות בתורת חצר אף דגבי שכירות לא נחית הש"ך להך סברא דליהוי אגיד גבי' דמוכר כיון דשכירות לזמן ממכר הוא וכל פירותיו להשוכר והמשכיר רוצה שיקנה השוכר וקנין המטלטלין בכלל תשמישו ופירותיו הוי כיצא לרשות לוקח לגמרי אבל לענין שיבאו קנין חצר ומטלטלין יחד א"א כיון דתכ"ד לחזקה יכול המוכר לחזור עדיין אגיד גבי' ולא יצאו המטלטלין עדיין לגמרי מרשות מוכר משא"כ במעשרות של ר"ג כיון דטוה"נ אינו ממון הוי בהפקר שפיר יכול לזכות מהפקר ואף דש"ך ס"ל דטוה"נ יכול להקנות באג"ק וחליפין כמבואר בסימן ר"ג מ"מ הא ס"ס ער"ו כתב דדוקא כ"ז שהוא בידו הוי כשלו אבל כשמונח ברשות אחר א"י להוציאו וא"כ כיון שהשכיר מקומות המעשר זכו מהפקר ע"י החצר, ועוד כיון דהך דר"ג הי' מצוה ולאפרושי מאיסורא ואיתא בחידושי רע"ק על יו"ד סימן רצ"ד סט"ו אף שלא אמר שמוכר דקל לפירותיו כיון דכל כונתו לאפרושי מאיסורא עד"ח מוכר באופן המועיל וא"כ בשלמא במכירת רשות כיון

שהקנה החצר והמטלטלין בב"א לא מהני אבל בדבר מצוה ע"ד חכמים עושה שיהא באופן המועיל ונקנה קודם החצר ואח"כ פירות שבתוכו ול"ד לק"ס דגם בדבר רשות אמרינן בכדי לא עביד וכונתו שיקנה מעכשיו דהתם א"צ להוסיף בדבריו רק אין הכרע אם מעכשיו כונתו משא"כ הכא צריך לפרש שלא יקנה בב"א וסתמא משמע דמקנה בב"א וכמו שהבאתי מהא דקני בהמה וקני כלים שעלי' וכה"ג מחלקי תוס' בפרק המדיר דף עי"ן ע"ב בד"ה נעשה ובד"ה אלא.

סעי' ט' ישן בנה"מ הקשה מרמ"א דלעיל סימן ר' דצריך לעמוד בתוכו ונ"ל דתפס בעבד או בבהמה או בכלי סגי דהא דצריך לעמוד בתוך חצרו שתהא דומה לידו דדבוקה בו כדאיתא בגיטין פרק הזורק וז"ד בקרקע דל"ש תפיסה.

סעי' י"ג ל"ק הכלים שעלי' הוא בעיא בפ"ק דב"מ ד"ט והקשה לח"ם פ"ר דמכירה סי"ג הא הרמב"ם פסק בכל תיקו דמהני תפיסה כמו בהקנה שדה לאחד ומטלטלין לאחר ונ"ל דמשיכה רק מתק"ח והוי ספק בתקנה וכמ"ש הה"מ פ"ד מגזלה ה"ז וברמב"ן שבאס"ז פרק הזהב דמ"ז כתב דגם במתנה אין משיכה קונה מה"ת ועשעמ"ש סימן קצ"ח סק"ג ואפשר אפילו לתוס' ורא"ש דאג"ק רק מדרבנן וקרא דעם ערים רק אסמכתא י"ל לענין ספק הוי כדאורייתא כדאיתא בשבת דף ל"ד ברש"י ותוס'

סימן רג

סעי' א' חוץ ממטבע בחת"ס חו"מ סימן קנ"ג פסק דבאנקנאטין אין גופן מטבע רק שעבוד נכסי קיר"ה ונקנין בחליפין ובסימן קפ"ז בראובן ביקש משמעון להחליף לו באנקנאט ממאה ריניש על באנקנאטן קטנים ונתן לו שמעון הקטנים וראובן הניח הגדול לפני שמעון ונגנב והשיב דאין נקנין בחליפין אפילו שוה בשוה כשטרות ומטבע ועמדו עליו פ"ת ומש"ש דסותר א"ע והקשה המש"ש ממ"נ אי הוי שעבוד לא עדיף משט"ח ואי דומין למטבע ג"כ אין נקנין בחליפין דגם בזה דעתי' אצורתא ועבידא דבטלה עיי"ש ומה שהקשה דשטרות נמי אין להם קנין חליפין לק"מ דהא בתומים ונה"מ סימן ס"ו העלו דאם כתוב בשט"ח לכל המוציאו נקנה בחליפין ולדעתי אין סתירה בדברי חת"ס דבסימן קנ"ג דנתן הבאנקנאטן בק"ס עיקר הנתינה שעבוד נכסי דנקנה בחליפין וממילא נקנה עמהן הנייר כדאיתא בפ"ק דקדושין דכ"ז כיון שהחזיק בקרקע נקנה השטר שעל יד דאפסרה דארעא הוא ועתוס' יבמות דף קט"ז ד"ה אותתיו הובא בביאור הגר"א סימן ס"ו ס"ח והא דסימן קפ"ז דהחליפו באנקנאטן גדול בקטנים דשוין שעבודן על נכסי קירה אחד דלא נתייחד נכסי לאלו בפ"ע ולאלו בפ"ע כ"כ כונת החילוף רק על האותיות ואין

דעתם על הנייר לצור עפ"י צלוחית אין נקנין בחליפין דאותיות אין גופן ממון והן כמטבע ועיין ר"ן שבב"י כאן דטעמא דאין מטבע נקנה בחליפין דדעתי' אצורתא הוי כאותיות שאין גופן ממון ולפ"ז יצא לנו אם מחליפין צעטיל של שני מלכים או לויזין משני בענק וכן שט"ח של שני ב"א כיון שזכה אחד קנה חברו אבל אם מחליפין שט"ח מן לוה אחד א"ל נ"מ בשעבוד נכסי במוקדם ומאוחר לא נקנה בחליפין.

שאין בו ממש ואם קנו ממנו שלא למכור ל"מ דק"ד הוא שו"ת מהר"ח א"ז סימן רנ"א ועיין שו"ת ד"ח ח"ר תשובה ל"א במכר קרקע לחברו והתנה שלא יעמיד הלוקח שענק על אותו קרקע ועיין מל"מ פ"ו מהלכות שבועות סוף ה"ז שהביא מהריב"ש סימן ר"פ בקיבל עליו שלא לעשות או שלא יאמר מחמת איזה טובה שקיבל מחברו אף דל"מ בו קנין מחויב לקיים מכח שכירות דא"צ קנין ומל"מ חולק כיון דאין מועיל קנין על זה לא מתחייב גם משום שכירות ולע"ד אם הטובה ליתא בחזרה מחויב לקיים תנאו או לשלם בדמי לפי שומא ששוה הטובה דאל"כ הוי גזלן למפרע כיון שלא עשה לו חברו אותו טובה רק ע"ד התנאי וכעין שכתוב הרא"ש פרק לולב הגזול סי"ל אלא דלריב"ש מחויב משום שכירות דוקא לקיים התנאי ולהמל"מ כיון דאין קנין תופס בדבר גם משום שכירות אינו חייב דוקא לקיים התנאי ובחת"ס יו"ד סי"ט ובחס"ל חיו"ד סימן ס"ט כתבו נמי דא"ל מקיים התנאי עובר על לא תעשוק שכר.

סעי' י' החליף מעות ומטלטלין במל"מ בפ"ו ממכירה כתב אם הקנה קרקע ומטלטלין במעות כאחד מסתבר כיון דד"ת מעות קונות ל"ד לקני את וחמור ולכ"ע לא אמרינן דבטל כולו וכ"כ ב"ש סימן ל"א בסקי"ז והביאו מש"ש וכתב דלפ"ז יש לדון בהא דכתב טו"ז יו"ד סימן רנ"ח בשם הרשב"א במי שאמר אם אשחק אתן להקדש כו"כ ולפלוני כו"כ דהואיל דלהדיוט הוה אסמכתא בטל כולו וסיים הטו"ז דדמי לקאו"ח ולפמ"ש המרדכי דד"ת אסמכתא קניא אין לבטל הקנין לגבי הקדש את"ד ול"נ דל"ד דבקנין מעות י"ל דלא עקרו הקנין לגמרי כאלו גם מה"ת לא קני דהא התירו למוכר להשתמש בהמעות דלא רצו להפקיע זכותו שיש לו מד"ת כמ"ש תוס' בהמפקיד דמ"ג וגם מש"פ איכא כיון דהוי קנין מה"ת כמ"ש הר"ן וכיון דעשו בו שיור לא אלים כד"ת וכמ"ש לעיל בסי' קצ"ט משא"כ אסמכתא דלא קנה כלל עקרוהו לגמרי כאלו ל"ה קנין מד"ת דכח בידם לעקור ד"ת והפקר ב"ד הפקר.

סימן דר

לקבל מש"פ מוכר שחזר בו ולא קבל מש"פ ומת אם היורשים חייבים למסור המקח וכן אם מת לוקח והמוכר חוזר אם חייב לקבל נגד היורשים די"ל כיון דאין ללוקח על המוכר רק מש"פ איסורא לבניו לא מורישׁ עיין שו"ת הר הכרמל חחו"מ סל"ו בסופו שכתב דלפי מה שמשמע ברי"ף פרק הזהב בעובדא דשומשמי דלא נפקע קנין הכסף רק אחר קבלת מש"פ א"כ הוי תביעת ממון ממש ותופס בו ירושה עכ"ל ד"ג ס"ג ס"ט ול"נ דאין משם ראי' דכל טעמא דהרי"ף משום דמעות הלואה גבי' והרמ"ה ס"ל דגם אחר מש"פ הוי הלואה ועוד כתבו תוס' בהמפקיד דמ"ג בד"ה מאי דלא הפקיעו חכז"ל זכות שיש למוכר במעות כיון דד"ת מעות קונות ויכול להשתמש בהן והוי עלייהו שואל אבל קנין בחפץ ליכא כלל ולפיכך אם נאנס החפץ אף טרם שחזר אתנס למוכר ומ"מ ל"ש בזה דאינו מורישׁ לבניו דהא מבואר בשבועות דף מ"ח ע"ב דהבו דלא לוסיף עלה ושם הטעם משום דאין היורשים יכולים לישבע שבועה שהי' אביהם חייב לישבע אבל כאן המוכר קאי ואינו עומד בדיבורו ויכול לקבל מש"פ אמנם נ"ל בין מת מוכר בין לוקח אפילו לא חזרו בחייהם נתבטל המקח דפסק רשותם מהמקח ומהמעות דהא מבואר בשו"ת מהר"ם אלשיך שאלה יו"ד דגם לפני חזרה ליכא קנין כלל וכ"כ בח"ס חחו"מ ס"ס ק"ג דקנין מעות לגמרי הפקיעו וא"כ כיון שמת אין לך ביטול גדול מזה וכמ"ש רשד"ם סימן תל"ח כיון דמרשה יכול לבטל ההרשאה בחייו מכיון שמת אין לך ביטול גדול מזה וכ"כ נה"מ בסימן קפ"ח דכיון דיכול לחזור בו מת לא גרע מחזרה כמבואר בכמה דוכתי ומשום דכבר פסק כחו ורשותו מהחפץ ואי דבחיים אם חוזר חייב במש"פ זה קיל משבועה שנשבע לקיים המקח דאם מת יורשים פטורים כדלקמן סימן ר"ט ס"ד בהג"ה וחיוב מש"פ נמי אינו רק לפי שאינו עומד בדיבורו ואח"כ מצאתי בשו"ת שו"מ ביוסף דעת סימן ע"ו הביא מרדב"ז ח"א סימן של"ז דמוכר וקבל מעות ומת בטל המקח דיתמי לאו בני מש"פ ננהו עיי"ש ונראה דאין כונתו ביתומים קטנים רק משום דהם אין עוברים על דיבורם וכמ"ש ג"כ השו"מ שם ולפ"ז נראה דגם שכנגדו החי יכול לחזור וא"צ לקבל מש"פ כיון דהוי כחזר בו המת ונתבטל כבר המקח דאינו בדין שאחד יכול לחזור והשני לא דאין המקח מתקיים לחצאין כמ"ש הרא"ש גבי עייל ונפיק אזוזי והובא בנה"מ סימן קצ"ה ס"ג וכה"ג כתבו תוס' בפא"נ דף ס"ו בסד"ה ומניומו וכה"ג כתב בשו"ת הרשב"א שבב"י לעיל סימן קע"א סל"ג כיון שהיורש יכול לומר גוד או אגוד גם הלוקח י"ל לו כן שלא חלקה מדה"ד שתהא יד האחד עדיפא מיד השני עוד בד"ג שם ס"ה ראובן מכר חפץ לשמעון בכסף ואח"כ מכרו ראובן לאחר במשיכה נסתפק בכס"א

אם ראובן צריך לקבל מש"פ כיון דאין המקח בידו וא"י לתקן ואישתמוטתי' דברי ש"ך בסימן רכ"ב סק"ב בפירש דברי רש"י דמבואר בדבריו דשייך מש"פ גם כשאין מקחו בידו ועיי"ש עוד שכתב דהיכא דלא קנה הלוקח רק למש"פ הרשות ביד המוכר למכור למי שירצה שו"ר בזכל"א בחחו"מ ח"ג ערך מקח בשם הב"ד דאין על המוכר מש"פ עכ"ל ולא קרב זה אל זה דש"ך קאי בלקח זוזי מחד מדעתי' ומחד בע"כ כדאיתא בקדושין דף ע"ד ובפרש"י שם דף ע"ג סוף ע"ב ולקחו שניהם המקח מעצמם כמ"ש המע"מ הובא שם בש"ך ובאו לדון של מי המקח וכשיאמר המוכר האמת מי נתן המעות בע"כ ולא מכר לו רק עתה רוצה למכור לו קאי במש"פ אף דאין מקחו בידו כיון שעדיין לא נקנה לזה שנתן המעות בע"כ ובידו לתקן וס"ל להש"ך דמ"מ בכה"ג לא מהימן לרש"י רק כשעוד המקח בידו וצריך ליתנו לאחד מהם רמיא עליו יותר ומהימן כשנים והכס"א נסתפק היכא דקנאו כבר השני ולדינא נ"ל אם המקח שוה יותר מכפי מה שעסק עם לוקח ראשון הרי בידו לתקן ליתן הריוח ולייטינן לי' דאם לא ירצה למיקם במש"פ יחשב כמכר חפץ של לוקח ואינו בחזרה דמשלם כשעת הגזלה וכשלא שוה יותר בזה הספק של כס"א והזכל"א דפשיטא לו דאינו במש"פ משום דמיירי שהי' החפץ ביד סרסור כשמכרו הבעלים לראשון ולא סמכה דעת הלוקח דשמא עד שיוודע לסרסור ימכרנו לאחר ע"כ ליתא במש"פ וכדאמרינן בפא"נ דס"ג ע"ב אי אתחזי לו סמכ"ד ואיכא מש"פ ופרש"י אי סמכה דעתו דכל חד וחד וידע דעלי' קסמיך וסחורה מקוימת הוא וזה עדיף מהא דאמרינן בב"ב דף קמ"ב דרפויי מרפאיין בידייהו דהתם עשה קנין חזקה דאלים מקנין מעות דאינו מועיל רק למש"פ וע"ש עוד ועי"ש עוד וכו' לא ידעתי שום חידוש בזה דודאי רשות בידו למכור למי שירצה רק יחויב מש"פ דכמו דיכול לחזור בו ולעכבו לעצמו ה"נ יכול למכרו לאחר והש"ך ל"כ לחידוש אדרבי כתב פשיטא ואולי קמ"ל דליכא בו משום דדב"מ כשנותנים בשוה ועש"ך סימן קע"ה ס"ק נ"ה.

סעי' ב' ונאנס כתב תרומת הכרי מי שקנה חמץ מחבירו בכסף ולא משך וחזר הלוקח וטרם קבלת מש"פ נאנס החפץ מסברא יראה דא"צ לקבל מש"פ כיון דהשתא נפסד המקח לגמרי ומה בכך שחזר בעוד המקח קיים ס"ס השתא ליכא ויכול לוקח לומר השתא הדרנא בי אבל יש להוכיח בהיפך מפרק הזהב דף מ"ט דאיתא התם האי גברא דיהיב זוזי אשומשוי לסוף אייקר הדרי בהו ואמרי שקול זוזך לא שקיל זוזי איגנוב אתי לקמי' דרבא אמר כיון דאמר שקול זוזך ל"מ ש"ש דל"ה אלא אפילו ש"ח ל"ה א"ל רבנן והא בעי לקבולי מש"פ א"ל אה"נ וכו' ואין להשיב דשא"ה דעיקר זכותו תליא במה שחזר בעוד שהי' המעות קיים ויפטר מתורת שמירה דהוה ש"ש קודם שחזר דהא כתבו

תוס' שם על הא דפסק רבא כיון דא"ל שקול וזוך אפילו ש"ח אינו מההיא דהאומנין הבא מעות וטול שלך ש"ח ותרצו משום דהתם מעיקרא הוי ש"ש וכו' ומסיק לתרץ סתירת התוס' דכתבו בפרק המפקיד דהוי ש"ש דהכא לרבא דס"ל כר"ל דמשיכה קונה מה"ת עיי"ש ובאמת תוס' גופא כתבו בפרק הזהב דף מ"ח ובגיטין דף מ"ה אי לאו דרבא ס"ל כר"י ועוד אדרבה מוכח דרבא ס"ל דש"ש הוה דהא קאמר כיון דאמר שקול וזוך ל"מ ש"ש דל"ה הרי דמעיקרא הי' ש"ש וכמ"ש באס"ז בשם ריטב"א וכבר עמד בזה הפנ"י ופירש כונת התוס' דהכא אחר שחזר מהמקח תו ל"ה ש"ש רק ש"ח וכשאמר שקול וזוך גם מזה סילק עצמו ואפילו ש"ח אינו עיי"ש וא"כ נסתלק ראיות תרומת הכרי דלפיכך צריך לקבל מש"פ דאם תסלק חזרתו כאלו לא חזר עד השתא אחר שנגנב א"כ הוי ש"ש וחייב משא"כ בנידון תרהכר"י פטור בלא חזרה דמעיקרא ועוד אפילו לדבריו דרבא ס"ל דמעיקרא ל"ה רק ש"ח אין ראי' דהא אמר רבא דאפילו ש"ח ל"ה כיון דאמר שקול וזוך ופרש"י וע"כ אפילו פשע בשמירה המעות ונגנב ג"כ פטור א"כ אם תסלק חזרתו דמעיקרא יחויב משום ש"ח ע"כ צריך לקבל מש"פ וכיון דאזדא הראי' הדרן לסברא דא"צ לקבל מש"פ.

וי"א דה"ה לחוזר בו מפני שהוא ירא להפסיד כל המקח נשאלתי היכא דיש פלוגתא אי חייב מש"פ ולוקח נתן כל המעות ורוצה לחזור כגון בדשלב"ל ודעת השואל דמוכר י"ל קי"ל ולא יחזור המעות עד שיקבל לוקח מש"פ והשבתי בתומים ונתיבות סימן ס"ו ס"א העלו דעיקר כפוסקים דהיכא דלא קנה מה"ת א"צ מי שפרע רק הם מיירי במוכר חוזר אך נ"ל דגם לוקח מוציא מעותיו בלא מש"פ וכן משמע בב"ח כאן דלענין מש"פ בפלוגתא דרבוותא אמרינן קולא לנתבע וא"צ לקבל מש"פ משמע אף דשכנגדו מוחזק במעות דקאי שם אהא דלוקח חוזר ותובע מעותיו מפני שירא להפסיד כל המקח ואלת"ה מה פסקא דזה הוי קולא לנתבע דא"צ לקבל מש"פ הא משכחת אפכא דמוכר א"צ להחזיר המעות עד שיקבל הלוקח מש"פ וכן מוכח מהש"ך כאן סק"ג דהבין כונת הב"ח כמ"ש דבש"ע כאן כתב . ברישא מחזיר הדמים ואין כאן מקום למש"פ וי"א דה"ה למי שחוזר בו מפני שהוא ירא להפסיד כל המקח ומדכתב וי"א דה"ה ע"כ ר"ל דג"כ צריך להחזיר לו מעותיו ועל זה כתב הש"ך וכ"פ הב"ח והרי בב"ח מבואר דפסק כי"א הללו מכח דקולא לנתבע ועכצ"ל דלעולם חשוב החוזר בו נתבע לענין מש"פ אף דבא להוציא המעות כיון דלכ"ע אין כאן קבין ויכול לחזור ומחויב להחזיר המעות רק פליגו לענין מש"פ ובטלו חכז"ל הקנין לגמרי ואם אתנס ברשות מוכר אתנס גם בלא מש"פ ולענין מעילה פסק הרמב"ם פ"ו ממעילה ה"י דנתן פרוטה של הקדש על חפץ ולא משך

דלא מעל הרי דגם לפני קבלת מש"פ ליכא קנין ול"ח כמוציא ממון מרשותו אלא דזה יש לדחות דהא בצרור החיים הביא מבני יעקב שהקשו דדברי רמב"ם סתרו דהכא במעילה ולגבי אתנן בפ"ד מאיסורי מזבח די"ג ס"ל דרבנן עקרו לגמרי קנין המעות אף במקום דאיכא איסורא ובפ"ט מהלכות תרומות ד"י כתב דאם מכר הכהן פרתו לישראל ולקח הדמים אעפ"י שעדיין לא משך הלוקח הר"ז אסור להאכילה תרומה שד"ת מעות קונות עכ"ל ולע"ד י"ל דמבואר לקמן סימן ר"ח דמקח שנעשה באיסור אם נתקיים בקנין המקח קיים אבל אם לא נתקיים בקנין רק לענין מש"פ א"צ לקבל מש"פ כמבואר בסימן ר"ט ס"ו בהג"ה וע"כ בנתן פרוטה של הקדש דאיכא איסור וליכא מש"פ לכן לא מעל דנעקר הקנין לגמרי משא"כ במכר כהן פרתו דליכא איסור ובהכי מיושב דלא תקשי מתניתין דנתנה לבלן דמייתי רבא סייעתא לר"ל בב"מ דף מ"ח עיי"ש בתוס'.

ומ"מ מוכח מהב"ח וש"ך כמ"ש וכן מצאתי בשו"ת אבקת רוכל סימן קכ"ט דבפלוגתא אי חייב מש"פ צריך המוכר להחזיר המעות ולוקח פטור מלקבל מש"פ ועיין ברכ"י חו"מ סימן כ"ה אות י"ד דגבי שבועה מצי נתבע לומר קי"ל ולא מחייבינן שבועה מספק אף דבא להוציא הר"ם ב"ח והוא ברא"ש ס"פ הכותב.

וכ"ש בדשלב"ל או אין בו ממש דמן התורה לא קנה רק הפלוגתא אם צריך לקבל מש"פ דזה הוי רק ספק בתקנה שתקנו מי שפרע להחוזר וי"ל אוקמוה אד"ת וכמ"ש הה"מ פ"ד מגזלת ה"ז דגם לרמב"ם דס"ל בספק בעיא אי תפס אין מוציאין מידו מ"מ בספק תקנה מוציאין ומבואר במל"מ פכ"א ממלוה ה"א דכן הוא בפ"ד דמוציאין מיד המוחזק אם הפלוגתא בתקנה ובמלתא דרבנן אין ספק מוציא מידי ודאי ד"ת וכ"כ התומים בקת"כ סימן ע"ז ע"ח ומה"ט סטימתא דפליגי פוסקים אי מועיל בדשלב"ל עיין נתיבות סימן ר"א י"ל דמוציאין הממון ממוכר ללוקח כיון דהוי ספק בתקנה דהא נתיבות שם כתב דסטימתא ל"ה רק קנין דרבנן אף במקום שקונה לכ"ע ואפילו להח"ס חי"ד סימן שי"ד ונט"ש סימן למ"ד דקנין סטימתא מהני באיסור תורה מ"מ סברת הה"מ כראה כיון שהספק בדבר שנתחדש מוקמינן אד"ת וכאלו לא נתחדש אח"כ ובשו"ת תשואות חן סימן למ"ד העלה להלכה בדשלב"ל א"צ לקבל מש"פ.

מפני שירא עיין נו"ב חיו"ד סימן ס"ט בד"ה וראי' לדבר שכתב די"א הללו ס"ל דכסף אינו קונה לחלוטין ומש"פ הוא רק לכופו שיגמור וימשך וכיון שעדיין לא משך מהני אומדנא אף במה דתליא בתרוייתו ודעה קמייתא ס"ל כיון דמעות מן התורה קונה אלא שחכמים תקנו מי שפרע א"כ כ"ז שאינו מקבל מש"פ נשאר על ד"ת והוי כמי שכבר נגמר הקנין ול"מ אומדנא עיי"ש ולפ"ז קשה איך פסקו ב"ח והש"ך קולא לנתבע וא"צ לקבל מש"פ

אפילו להוציא הממון וכמ"ש לעיל הלא לדעה קמייתא כ"ז שאינו מקבל לוקח מש"פ ממונו של מוכר הוא לגמרי דקנהו מדינא א"כ יאמר קי"ל והוא הנתבע ואפשר מ"מ ל"ח מוציא כיון דאם עבר וקיבל מש"ע בטל הקנין ומחזיר ע"כ מעותיו וכדאמרינן כה"ג בפרק כירה דף מ"ד טבל מוכן הוא אצל שבת הואיל ואם עבר ותקנו מתוקן אלא דלפ"ז הק"ל מ"ט דדעה ראשונה אך אינו מוכרח דדעה ראשונה ס"ל דכ"ז שלא קיבל מש"ע הוי קנין גמור כיון דהאונס אינו ודאי ליכא אומדנא גדולה ובכה"ג לא אזלינן בתר אומדנא אפילו כשלא נגמר הקנין לגמרי כמבואר בשו"ת רמ"א ס"ס י"ט במשכיר בית לחבירו וקנהו קנין גמור אפילו נפל ביתו של משכיר תו"ז א"י להוציאו אך אם כלתה זמנו ולא הודיעו לפני הזמן דאזי א"י להוציאו ואם נפל ביתו של משכיר יכול להוציאו דוקא נפל אבל שאר אונס ל"מ כיון דל"ה אומדנא גדולה ועוד דהא החכ"צ שהביא נו"ש שם ס"ל דאף שלא נעשה עדיין רק נדר לעשות כיון שתלוי בדעת שניהם ל"מ אונס שנולד לעשות ממנו אומדנא ואף דנו"ב חולק מ"מ י"ל דשתי הדעות כאן בזה פליגי דדעה ראשונה ס"ל אף דליכא קנין כלל רק מש"פ מ"מ לא מהני אומדנא כיון שתלוי בדעת מוכר נמי ועיין משפט שלום ולע"ד תוס' בריש פ"ב דבכורות י"ג ע"ב בד"ה ה"ק אעפ"י שנתן מעות אי משך אין א"ל משך לא שכתבו וא"ת הא איכא מש"פ י"ל כשקיבל עליו לדון בדיני ישראל ומי שפרע אין זה דין והובא בשעמ"ש כאן כונתם דגם טרם מש"פ אינו קנין כלל לכן אין זה דין דאינו דיני אדם והמש"פ אינו רק דיני שמים אקרקפתא דגברא.

סעי' י"א בהג"ה אבל בתרי תרעי מי שמכר חפצים של כסף מחמת שרוצה ליקח בדמיו יורה לבשל יי"ש וכן אמר בשעת מכירה וקיבל המעות וטרם משך הלוקח החפצים נפל לו יורה בירושה וחוזר בו מהמקח עיין בשו"ת חת"ס סימן ק"ב שפסק דאף מש"פ א"צ לקבל דהוי כתרי תרעא שברמ"א ס"ס ר"ד עכ"ל הביאו ד"ג כלל ט"ז ס"ח והוא תמוה דרמ"א לא אמר רק לענין מחוסר אמנה דאינו בב' תרעי אבל לענין מש"פ מבואר להדיא בפרק הזהב דף מ"ח ע"ב דר"ח בי"י יהבו לי' זוזי אמלחא לסוף אייקר מלחא דר"י א"ל זיל הב להו ואי לא קביל עליך מש"פ וליכא מאן דפליג בזה אך מטעם אומדנא דזבין ולא איצטרכא לו זוזי גם מש"פ אין עליו כמ"ש בחת"ס.

סימן רה

בין במטלטלין נ"ל אם לא משך רק נתן מעות ליכא מש"פ חדא כיון דהמקח נעשה באיסור לא תחמוד ליכא מש"פ כדלקמן סימן ר"ח בפסק עד שלא יצא השער ועוד דהוי רק כמתחייב דלא אמרינן גמר ומקנה כמבואר בנתיבות בשם מהרח"ש סוף סק"ח.

בין בקרקע נ"ל דקמ"ל דבש"ס ר"ב משמי' דר"נ אמר גבי גזלן מעות י"ל קרקע אין לו ולא ס"ל כר"ה דאגב אונסא וזוזי גמר ומקנה ונ"ל טעמו דבפרק המקבל דף ק"ח אמר זבן בר' ושוה ק' אר"נ אין אונאה לקרקעות ובפרק הזהב דף נ"ז ס"ל לר"נ ביטול מקח יש לקרקעות ונתקשו תוס' בזה ונראה דדוקא זבן שוה ק' בר' ס"ל לר"נ אין אונאה לקרקעות דשוה כל כסף כמבואר בפ"ק דב"ק דף י"ד ע"ב ועיין תוס' פא"נ ס"ו ע"ב בד"ה ואי אמר דאין אדם רגיל למכור קרקעותיו כלל וא"כ י"ל לדידי שוה יותר ויותר ול"ל בזה בטלה דעתו אצל כל אדם וא"כ הוי כתלוה ויהיב לכן ס"ל לר"ן דקרקע אין לו ובמטלטלין י"ל מודה ואנן קי"ל כר"ה גם בקרקע ואפשר טעם ר"ה דמ"מ ל"ל אנן סהדי דודאי לא גמר ומקנה דאפשר גם לדידי' לא שוה יותר והוי דברים שבלב.

אעפ"י שלא לקח הדמים בפני עדים לשון הרמב"ם פ"י ממכירה מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח ממכרו ממכר שמפני אונסו גמר ומקנה אעפ"י שלא לקח הדמים בפני העדים וכתב הראב"ד טעה בדברי הרב ז"ל שהוא לא אמר אלא אע"ג דבשעת התלי' והמכירה לא ארצי לי זוזי אלא לבסוף מכירה הוא ולעולם צריך שיתן בפני עדים דא"ל מצי אמר לא יהבית לי וכתב הה"מ נראה שהוא מפרש ארצי ולא ארצי בעדים והוא שמודה לו ולא אמרינן אגב אונס מודה כ"ז שלא מסר מודעה ואפשר שדעת הר"א ז"ל שצריך שיראו העדים מנין המעות דאם לא מצי אמר אגב אונס הודיתי עכ"ל ותמהו עליו דמבואר בפחז"ה דף מ"ז דל"מ הודאה דא"ל דאודי הוי ממטי לי' ולחמרי' לשחוור ולע"ד לא עלה ע"ד הרמב"ם זה כלל רק מיירי דמודה עכשיו בב"ד שקיבל הדמים אלא דסד"א כיון דרק מחמת סברא דגמר והקנה הוי מכירה תינח כשיש עדים שקיבל הדמים אינו נאמן לטעון ברי לי שלא נתרצתי בלבי אבל כשאין עדים על קבלת המעות דאם לא הודה שקיבל המעות ל"ה מכר לכן גם עכשיו שהודה ליהמן שלא נתרצה דפה שאסר התיר וגם י"ל דעל זה סמך מתחלה די"ל שלא קיבל המעות ונאמין לו ג"כ שלא גמר והקנה קמ"ל דמ"מ הוי דברים שבלב ול"ה דברים כיון דליכא אומדנא דמוכח דלא גמר והקנה אף דראינו הכפי' כיון דיש סברא דאגב אונסא וזוזי גמר והקנה והיינו שכתב הרמב"ם מתחלה ולקח דמי המקח דמשמע דידוע לנו דלקח דמי המקח והנה אם נאמר שהוציא כן מפשט הסוגיא דלא ארצי זוזי בעדים וע"ד שכתב הה"מ י"ל שפיר דהיינו דמסיק והלכתא בכלהו הוי זביני גם בשדה זו ולא ארצי זוזי בעדים דל"מ לו המגו דכפי הנראה משטחיית לשון הרמב"ם פ"ד מאישות שכתב דאם אנסוהו לקדש הוי קדושין דלמד כן מדברי אמימר דאין מדרכו של הרמב"ם לכתוב דבר שלא מפורש בש"ס וס"ל דאנסוהו לקדש היינו אנסוהו לקדש אשה זאת וכמו שפירש כן הסמ"ג דברי הש"ס עיין

ב"י א"ע סימן מ"ב רק דלרמב"ם ס"ל דמר בר ר"א בא לומר באשה ודאי אינן קדושין היינו כשאנס אשה שתתקדש אבל אמימר מירי גם באנסוהו למקדש לקדש וכן משמע הלשון תלוה וקדש דלא אמר להתקדש ומייתי ראי' הש"ס מאמימר כמו אנסוהו לקנות אשה זו הוי קדושין כן אנסוהו למכור עיין ב"י וחמ"ח וב"ש שם וא"כ הבעל בידו לגרשה בע"כ ומ"מ לא מהימן לומר לא נתרצתי בלבי לגמור ולקדש ולא חלקו אם נאסר בקרובתי' עי"כ וכגון אנסוהו לקדש גרושתו או גיורת וא"כ מוכח דגם בלא ארצי זוזי לפני עדים לא מהימן במגו לומר לא נתרצתי וא"כ בטלה מחלוקת ולכ"ע דוקא כשודאי קיבל המעות הוי מכירה.

אם מסר מודעה נשאלתי רו"ש שכנים ומקום פנוי בין בתיהם ובגג ראובן חלון כנגד בית שמעון ורצה ראובן להוציא כותל ביתו למקום הפנוי להרחיב ביתו וגגו כי יש לו פס"ד מב"ד שהמקום שלו וסתר גגו ועיכב עליו שמעון בערכאות וכראותו שגשמים שוטפים לביתו ויש לו היזק רב לסחורה ותבואה נתפשר עם שמעון שלא יוציא כותלו וגגו רק קצת ונתן כתב בלשונינו לשמעון ונכתב בו ביטול מודעות ופיסול עדי מודעה ע"ד הנהוג בג"נ והלך שמעון והעתיקו ללשון אשכנז ולא נתרצה שמעון באופן הפשר הנכתב בכתב עברי וכתב בכתב השני שירחיק כותלו וגגו יותר רק הרשהו לעשות חלון נמוך יותר מכפי שהי' עד עתה וטרם נתינת שני הכתבים לשמעון מסר ראובן מודעה ונכתב בו שכל הכתבים שיעשה עם שמעון והוא יחתום עליהם הם באונס גדול ואחר שבנה ראובן הכותל והחלון כנכתב בפשר שני טען ראובן שיקיים שמעון הפס"ד שמכבר והוציא המסירת מודעה ושמעון הוציא כתב עברי שנכתב בו אופן פשר הראשון עם ביטול מודעות ופיסול עדי מודעה רק בכתב אשכנז לא נכתב ורצה רב אחד לומר כיון שבכתב מסירת מודעה מעידים העדים על כל כתבים שיעשה ראובן לשמעון ובכתב יהודי של הפשר ראשון פסל שמעון העדים שיעידו על מסירת מודעה ממילא נפסלו גם נגד כתב השני ועוד כיון שעשה החלון הרי נתרצה על פשר השני דאל"כ הוי גזלן על היזק ראי' והב"ד פסקו דעל פשר ראשון לא נתרצה שמעון ובפשר שני ליכא פיסול עדי מודעה והחלון בלא"ה עשה ראובן בשלו כדין.

והשבתי לפי הנראה לא נכתב בכתב הפשר שיהא מקום הפנוי של שמעון גם לא הודה כן רק חייב עצמו שלא לבנות שם ולא יוציא הגג יותר מחצי אמה ואי הכי הוא לא יכולתי לצייר תוקף הכתב לשלא יוכל ראובן לחזור בו אפילו בלאו מודעה ואונס דלא מהני קנין שלא לעשות כמ"ש בשו"ת מהר"ח א"ז סימן רנ"א דקנין שלא למכור אינו כלום דק"ד הוא כמו קנין לחלוק דאמר בפ"ק דב"ב דאף ג' כי רצו לחלוק מה הוי ליהדרו בהו שקנו

מידן וכי קנו מה הוי ק"ד הוא וכך הוא שלא למכור כלחלוק עכ"ל ומוכח מב"ב שם דגם כשהתחייבו לחלוק וקנו מידם לא מהני דאל"כ לישני הכי שחייבו עצמם לחלוק וכ"כ בשו"ת ד"ח ח"ר בחו"מ סל"א דלא מצינו חיוב על דבר שלא לעשות וקנין נמי ל"מ דהוי ק"ד על דבר שאין בו ממש ואפילו נכתב בערכאות לא אמרינן דדמ"ד בעניני הקנאות לכ"ע כמ"ש תומים סימן ס"ח סק"ו ואם נכתב בלשון קאמפרמוס שנעשה ע"י פשרנים ג"כ לא מועיל כמ"ש בתומים סימן י"ב סק"ז ופשרה שבין בע"ד דא"צ קנין דוקא מטעם מחילה דנתבע מוחזק כמבואר במהרמ"ל הובא בנתיבות סימן י"ב ואפילו יועיל מנתבע לתובע בתורת חיוב הא הכא לא מועיל חיוב ולפי מה שכתבו דראובן לא נטל משל שמעון בעד זה כלום ל"ל דנתחייב בחליפין ועיין קצו"ח ס"ס ס"ו ס"ק מ"ז בשם מהרא"ש סימן ע"ג.

אלא גם אם נעשה באופן המועיל בטל כיון דנאנס על אופן הפשר הוי מתנה וא"צ מודעה א"כ נהי שפסל עדי מודעה לא נפסלו על עדותם שהכירו באונסו אפילו לא היו עדים אחרים כ"ש אם אחרים יודעים מהאונס כמבואר במבי"ט סמ"א הובא בקצרה בפ"ת לא"ע סימן קל"ד.

ועוד כיון שידוע ומפורסם האונס לכל באי שער עירם סתמא ב"ד מעצמם יודעים האונס וא"צ שיעידו לפניהם על האונס וראובן לא פסל רק עדים שיעידו אבל הב"ד אין עליהם שם עדים כמ"ש סמ"ע סימן זיין ס"ק י"ב וכן מוכח בטוח"מ סימן ע"א ס"ח ורשב"א שבב"י שם וכיון דפשר זה הוי כמתנה א"צ מודעה ואף אם הב"ד לא ראו ממש האונס סתמא כיון שעשו פס"ד ושמעון סירב והלך בפלילים ועיכב את ראובן מלבנות הגג וגשמים שוטפים לביתו ודאי נתגלה זה בשעת מעשה גם לב"ד ויש להם עכ"פ אומדות מוכיחות היטב וסגי כמ"ש רמ"א ס"ס צ"ט ובסימן ט"ו כתבו סמ"ע וש"ך בשם מהרי"ק דגם בזה"ז מוטל על הדיין לדון עפ"י האמת שנתאמת לו ולא עפ"י הטענות המכחישות האמת וה"נ נתאמת לב"ד שראובן אנוס הי'.

ואפילו יהא כמכר ואפילו הי' נכתב הפיסול עדי מודעה בכתב אשכנז אינו מועיל כיון דבמסירת מודעה כתב כל מה שיהא מוכרח ראובן לחתום על כתבים שיעשה עם שמעון הכל הוא אנוס גדול לזה הרי נכלל במסירת מודעה גם על פיסול העדים שחתם עליהם ודעת הרבה פוסקים אם מסר מודעה גם על הפיסול עדים מועיל גם במכר כמ"ש ב"י בא"ע סימן קל"ד בשם ר"ן ונמ"י ומהרי"ט חחו"מ סמ"ג כתב דגם הרשב"א מודה שאם כלל במודעה גם על פיסול העדים שלא יפסלו כי מתוך האונס הוא פוסלם לא מפסלי ואף דפוסקים הללו מיירי שפירש במודעה שמוסר גם על פיסול העדים היינו כשפוסלם

בע"פ והמכירה בפ"ע והמודעה שאינו רק על המכירה אינו מבטל מה שפסל העדים בע"פ אבל כשפיסול העדים ומכירה בכתב אחד שחתם המוכר ומסר מודעה שכל מה שיהא מוכרח לחתום על כתבים שיעשה הוא באונס ממילא גם פיסול עדים נכלל במודעה ובטל חתימתו על הכתב ואין כאן לא מכירה ולא פיסול עדים.

ועוד נראה כדבריהם דפיסול עדי מודעה שנכתב בכתב עברי אינו מזיק לכתב אשכנז דמה שאמר שהוא פוסל כל עדים שיעידו על מס"מ אינו מוכרח דהם כגזלנים רק אינו מקבלם לעדים עליו כמו בר"פ ז"ב זה פוסל דיינו של זה ואם אינו מקבלם לעדים נגד פשר זה דרוצה בקיומו מהיכי היתי לא יקובלו על פשר שני שנאנס ואאת"ל דהכונה דמודה שהעדים שיעידו על מס"מ שקר יעידו מ"מ אינו פוסלם אצלו לחלוטין רק טועים וכמ"ש התומים סימן כ"ף סק"ב כה"ג האומר אין לי ראי' בעדים שנפסלו בהודאתו לא נפסלו אצלו בדבר אחר רק החזיקן לטועים בעדות זה והנתיבות אף שחלק עליו שם חזר והודה לו בסימן למ"ד ססק"ג וא"כ אף דלפי הודאות ראובן טועים העדים במה שמעידים שמסר מודעה על כל אופני פשר שנעשה בכתב עברי מ"מ כשרים העדים על פשר שני דעל זה לא הודה ראובן דהעדים טועים וראי' לזה מהש"ך חו"מ סימן עי"ן ס"ק ט"ז שכתב נהי דעדים אין נאמנים על הפרעון מ"מ נאמנים על הקבלה דפליגינן דיבורייהו וכו' דנהי דנפסלו להעיד על הפרעון מ"מ כשרים על הקבלה דהוי מלתא אחריתי עכ"ל ומה שאמר הרב כיון דעשה ראובן החלון בכותלו נגד בית שמעון בודאי נתרצה בפשר דלא מחזיקינן אינשי בגזלנותא לגזול בהיזק ראי' לפי דבריו במוכר מחמת אונס ועס"מ ונשתמש בדמי המכירת נתקיים המכר דאם לא נתרצה לא ה"ל להשתמש במעות דכ"ז שאין המקח מקח אסור להשתמש במעות כמ"ש תוס' בהמפקיד דמ"ג ולא משמע כן באיזהו נשך דף ע"ב במעשה דפרדיסא דאנסו המלוה ללות שימכרנו לו ואזל ואקנייה לבנו הקטן והדר זבנה ניהליה דאמר שם זבינא ודאי לאו זבינא שתי כמלוה בשטר או כמע"ת דהיינו שהוציא המעות בכה"ג אמר נמי דזבינא לאו זבינא ויותר מוכח בריטב"א שם דאף דישתמש במעות בטלה המכירה ול"ל משום דאקני' תחלה לבנו הקטן כבר נקנה להקטן דהא גם הקטן לא קנאה רק נעשה מודעה וכמ"ש ריטב"א ורבו באס"ז שם וגם בפרישה לחו"מ ס"ס עי"ן משמע אף דהוציא המעות אם מחזיר לו מעותיו מוציא הקרקע דכתב שם דמיירי ההוא עובדא שאין ביד המוכר להחזיר לאנס מעותיו ובע"ח נטלו הקרקע מהאנס וע"ז סיים הפרישה אבל ודאי המוכר עצמו א"י ליקחנו מיד האנס עד שיחזיר להאנס מעותיו עיי"ש והל"ל דמוכר עצמו א"י ליקחנו ממנו כיון שהוציא המעות נתקיים המכר

ואין לדחוק שנאבדו המעות כיון דאסור להשתמש בהן ולא לקחן מרצונו אפילו ש"ח אינו אלא משמע דשימוש המעות אינו מקיים המכר וה"נ עשיית החלון.

סעי' ה' אם כבר נכתב וכו' בשעמ"ש הקשה על הב"י שכ"כ משום דמודעה ע"פ כשרה דשא"ה דאין העדים לפנינו אלא מה שכתבו המודעה שלא כדין י"ל דבטלה משום שלא נתנה לכתב ושטר שנעשה שלא כתק"ח פסיל כמו שע"ח המוקדמין דפסולין משום גזרה שמא יגבה מזמן ראשון דפסול אף למגבי מבנ"ח לשיטת הרמ"א בסימן מ"ג ס"ז ולהש"ך וטו"ז שם נאמן לטעון להד"ם עכ"ל וזה לק"מ חדא דהא מבואר בטור לעיל סימן מ"ה ובב"י לעיל סימן מ"ג דרבינו יונה ס"ל דאינו נאמן לטעון להד"ם וגם הש"ך וטו"ז הביאו רק כתבו דש"פ לא ס"ל הכא והכא לדעת שאר פוסקים מותר לכתוב ורבינו יונה יחיד בדבר זה כמ"ש ב"י וא"כ שפיר כתב ב"י דלרבינו יונה נמי בדיעבד כשר ואנן בלא"ה אין לנו לחוש לדעתו רק לכתחלה כיון דשאר פוסקים לא ס"ל כלל ועוד בסימן מ"ג רק קנסא הוא כמבואר הלשון בש"ע שם וא"כ בשלמא התם דמלוה עביד שלא כדין שהקדים הזמן ולקח שטר מוקדם קנסינן לו משא"כ הכא דהחשש שמא אין לו עדים כלל דאנוס וב"ד יטעו לומר אנוס הי' ובעליות דר"י כתב משום דאין להחזיק על המכירה אונסא בלא שום אמתלא ואם יכתבו מודעה תתזל ארעי' בחנם שיאמרו בני אדם שמא נמצא לו עדים על האונס והביאו בשעמ"ש וא"כ העדים לבד שלא כהוגן עשו אבל המוכר תרי יודע האמת שאנוס הוא ומברר אונסו עתה לפנינו וא"כ אין לקנסו למוכר להפסידו דאין בזה שום קנס על העדים במה שנפסיד למוכר.

עוד כתב בשעו"ש וכ"ש לפי מה שהקשו תוס' בפחז"ה למה מהני מודעה בכתב הא נעשה שלא מדעת המתחייב וה"ל מפ"כ ותרצו דהקילו משום להציל האנוס וכיון דבכה"ג לא הקנו חכז"ל לכתוב מודעה כשלא ידעו באונסו הדר ה"ל מפ"כ עכ"ל נלע"ד דבאס"ז בפחז"ה ד"מ מבואר מעלי ר"י דמעשה הנעשה בפני עדים כדי שיתקיים הדבר בפניהן רשאין להעיד בשטר דגמרינן לה מספר המקנה עיי"ש כ מודעה שנעשה בפני עדים כדי שתתקיים הדבר בפניהן לית בה משום מפ"כ והרי לרבינו יונה קיימינן הכא דשאר פוסקים בלא"ה ס"ל דמותר לכתוב כן אך י"ל גם התוס' נתקשו רק משום דכותבין במודעה הכרנו באונסו והרי המאנס אינו עושה המעשה בפניהן כדי שיתקיים הדבר בפניהן רק ממילא רואין העדים לכן הוצרכו לתרץ דהקילו משום דאנוס וא"כ בזה דלא כתבו שהכירו האונס רק שהמוכר מסר מודעה לפניהן וזה נעשה בפניהן בכונה להתקיים על ידן ולא הוי מפ"כ ועוי"ל דעל מה שהקשו תוס' דמודעה ומחאה הוי מפ"כ כתב נ"י לתרץ בשם אחרונים דכותבין בשליחות המוחה ומוסר מודעה אע"ג דבעלמא

כל שטר צריך צוואת המקנה דומיא דספר המקנה היינו בדבר שבינו לחברו אבל מחאה ומודעה אין הדבר תלוי אלא בו די שיכתבו בלשון שליחות פלוני העדנו על עצמו וכונתו ע"ד שכתב הרז"ה ביבמות דשטר ל"ח מפ"כ כיון שנכתב בשליחות המתחייב הוי מפי כתבו וה"נ תלוי רק בו והוי מפי כתבו וכן מצאתי ביאור הדברים בקצ"ח כאן וכתב דרמ"א דכתב במחאה דצריך לכתוב בלשון שליחות ולא במודעה דס"ל מחאה תלוי רק בו והוי ככותב אני מוחה אבל מודעה תינח המסירת מודעה דהוי ככותב שאינו רוצה בקיום המקח אבל מ"ש הכרנו באונסו ל"מ לשון שליחות דהוא עצמו אינו נאמן ועכצ"ל במודעה הקילו להציל הנאנס ותו לא צריך לשון שליחות עכ"ל וא"כ בזה דלא כתבו הכרנו באונסו בלא"ה כשר דהוי מפי כתבו עוי"ל לפמ"ש נתיבות בסי' כ"ח דלא אכפת לנו שיעידו מפיהם ולא מפ"כ רק אם מעידין על גמר הדבר זה לוה מזה וכה"ג אבל אם רק מעידין זה ראוי ליתן או צוה לחתום וכשנשאל פיהם אם מגורשת או שדה זה של מי לא ידעו שלא העידו על מסירת השטר רק אנן סהדי כיון שהאשה מוציאה הגט או לוקח השטר ודאי נגמר הדבר בזה כשר מפ"כ עיי"ש וא"כ תינח כשכותבין במודעה הכרנו באונסו מעידין על גמר הדבר שלא נמכר השדה והוא נשאר למוכר לכן צ"ל דמשום להציל הנאנס הקילו אבל כשכותבין רק שזה מסר מודעה לפניהם עדיין אין מעידין אם המכירה בטלה דאין יודעין אם באמת נאנס בזה כשר מפ"כ.

והביא אח"כ ראי' כתב קצו"ח דהיינו לשיטת תוס' בהא דמהני שלשה כתי עדות לחזקה ול"ה חצי דבר כיון שראו כל מה שהיו יכולין לראות אבל להרי"ף טעמא דחזקה דמהני לשלומי פירי עפ"י כת ראשון א"כ הכא הוי חצי דבר כיון דמודעה בלא אונס וכן אונס בלא מודעה לאו כלום וכן הקשה שעמ"ש ובס"ס למ"ד הוסיף להקשות דטוש"ע א"ע סימן קמ"ב סי"ב בשם הרמ"ה ס"ל כשיטות הרי"ף ואפילו הוי ספק פלוגתא דרבוותא אין להוציא מהמחזיק בה עכשיו וכמ"ש מל"מ פ"ז מהלכות שכירות ולע"ד ה"נ מועילין עדי מודעה לבד נגד לוקח גופא כשלא יכחיש שאנסו למכור דנהי דאנסו למכור משום דתלוה וזבין זביני' זבינא דהא לא ידע מהמודעה עדיין אפשר לכשיחדע לו מהמודעה יחזיר מעצמו כיון דאז חזינן דלא גמר והקנה והמכירה בטלה ולא הוחזק לחמוס היכא דהמכירה בטלה דאזי פסול לעדות ושבועה ואפילו יכחיש יחויב היסת וכיון דכת אחד מועיל לאיזה דבר סגי כמבואר במרובה דף עי"ן ע"ב והך דא"ע בסימן קמ"ב מבואר בריב"ש סימן שי"א בשם הרמ"ה דאם לא יערער בעל לומר מזויף א"צ לא לעדי שליחות ולא לע"מ אלא מחשש שיערער הצריכו חכז"ל עדי שליחות וע"מ וע"כ הוי חצי דבר אם העדי שליחות לא יהיו ע"מ וא"כ ל"ל דיועיל כת אחד אם הבעל יודה על השליחות או

על המסירה דאם יודה שאינו מזויף א"צ עדות כלל ואם יטעון מזויף לא יועיל כת אחד כלל לכן הוי חצי דבר.

וראי' דכה"ג ל"ה חצי דבר דבריש סוטה ס"ל לר"י עד שיקנא לה עפ"י שנים ומשקה לה עפ"י שנים והא הוי חצי דבר כל כת בפ"ע לרי"ף אינו מועיל כלום אך לפמ"ש רמב"ם פ"א מסוטה ה"ח קינא לה בפני שנים וראה אותה שנסתרה עם זה שקינא לה הרי זו אסורה עליו וכתב הכ"מ דזהו אליבא דר"י וא"כ מועילין עדי קינוי אם בעל עצמו יראה שנסתרה הרי אם מועיל נגד בעל דין עצמו בכת אחד ל"ה חצי דבר ועוד בהא דר"פ התקבל דצריך שנים שיאמרו בפנינו אמרה ושנים יאמרו בפנינו קיבל וקרע והא כל כת הוי חצי דבר וע"כ משום דסגי כשנראה הגט ביד השליח בעדי אמירה לבד וכמבואר בב"ש סימן קמ"ב שם הרי אף דעדי אמירה לא מועילין בלתי צירוף ראוית הגט ביד השליח ואזי אנן סהדי דבעל יהיב לו הגט מ"מ כיון דא"צ עוד לשני עדים דוקא ל"ה חצי דבר ה"נ כשיודה הלוקח או לא ירצה לישבע אנן סהדי דאנסו למוכר.

סימן רו

סעי' א' מכורה לך מעכשיו ולאח"ז מכרה לאחר כתב מהרי"ק שורש כ' חנות שנותנין בקוטמו נקרא מכירה גמורה ואם נשעבד לחברו שלא למכור החנות כ"א לו גם א"י לתתו אקוטמו וכתב עוד שם דשכירות הרי הוא כמכירה והביאו ב"י ועיינתי במהרי"ק דדעת חכם השואל דמכירת קוטמו איקרי מכירה סתמא לא איקרי ודחה מהרי"ק דבריו דמ"מ לא גרע משכירות גמור שהוא במשמעות מכירה סתם כדמשמע בפרק הזהב דף נ"ו דשכירות יש לו אונאה דמי כתב ממכר עולם ממכר סתם כתיב וזהו שהשוו חכז"ל דין שכירות לדין מכירה לענין אונאה ולענין שנקנה בכסף ושטר וחזקה ועוד לכשתמצא לומר טעם האומר מכירת קוטמו איקרי מכירה סתמא לא איקרי אפ"ה הוא בכלל מכירה סתם כדמוכח בחולין דף פ"ח דב"ש ס"ל אין מכסין באפר ובה"א מצינו אפר שנקרא עפר שנאמר ולקחו לטמא מעפר שרפת החטאת וב"ש עפר שריפה איקרי עפר סתמא לא איקרו הרי לב"ה דקי"ל כמותם אנו למידין אפר דאיקרי עפר מהאי קרא ולית להו לחלק משום דעפר שרפה איקרי ה"נ ל"ש אף דמכר סתם לא איקרי הוי בכלל מכר את"ד ולא ירדתי לס"ד דמה שהביא מהזהב הא כתבו תוס' שם בד"ה והאי ביומי' מכירה הוא תימא דבפ"ק דע"ז מוכח דשכירות לא קני וי"ל דגבי אונאה כתיב ממכר מיותר לרבות שכירות וכן השיג הש"ך לקמן סימן שי"ג אב"י שם שכתב דשכירות ליומי' ממכר הוא דאישתמיטתי' תוס' הנ"ל וכ"כ בסימן של"ד סק"ב בשם מהרש"ל ומ"ש מהרי"ק מהך

דחולין תמוה לי הא מבואר בחולין דף ס"ב ע"ב הני כופשני צוציייני כשרים למזבח מיתבי איזוב ולא איזוב יון ולא כל איזוב שיש לו שם לווי ומשני רבא הני כופשני באתרייהו סתמא קרו להו הרי דאל"ה כל שיש לו שם לווי אינו בכלל שם סתם וכן מבואר בנדרים דף נ"ג הנודר מן הירק אסור בירקות הגינה ומותר בירקות השדה וכתב הר"ן משום דירק שדה יש לו שם לווי ובשביעית אסור בירק שדה דא"א לומר שנתכוין לירק גינה דאין זורעין בשביעית א"ו לירק שדה שעולה מאליו נתכוין הרי דזולת הוכחה כל שאמר סתם לא נכלל בו דבר שיש לו אותו שם עם שם לווי והך דעפר שרפה שם יש רבוי וכסהו דמרבה כל מיני עפר כמבואר שם לכן הוי כמו ממכר מיותר באונאה דמרבה ובסוכה דף י"ג הובא במג"א סימן תע"ג ס"ק ט"ו מרירתא דאגמא אין יוצאין בו מפני שיש לו שם לווי אינו נכלל במרור סתם ובפרק לולב הגזול דף ל"ג אסא מצראה כשר פשיטא מ"ד הואיל ואית לה שם לווי לא מתכשר קמ"ל ואימא ה"נ עץ עבות אמר רחמנא מ"מ וכן איתא שם דף ל"ד בחליפא גילא.

ועוד דהא דוקא בפסקו דמים דאל"כ לא סמ"ד כמבואר כאן וא"כ מה יועיל פיסוק דמי מכירה על השכירות דודאי אין דמיהן שוה ואפילו ירצה זה ליתן בעד השכירות כפיסוק שעשו במכירה מ"מ מעיקרא לא עלתה על דעתם ולא סמכה דעתם ואף דמ"מ נשתעבד לחברו שלא למכור מ"מ הא בתנאי שלא למכור ל"מ קנין דהוי קנין דברים כמ"ש לעיל סימן ר"ג ממהר"ח א"ז וע"כ דהכא משום שהתנו שאם ירצה חברו ליקח במנה לא ימכור אלא לו דהכונה שע"כ ימכור לו וחל על זה הקנין דל"ל דהכונה שלא ימכור אלא לו היינו דמותר דזה אצ"ל דודאי אם ירצה חברו מה"ת לא יהא רשאי לכן מפרשינן הכונה דמוכרח למכור לו וחל על זה הקנין סודר דסתמו מעכשיו או משום דהתנו שני השותפין יחד ששום אחד לא ימכור רק לחברו אם ירצה במנה ל"צ קנין כיון דצייתי להדדי כמ"ש מהרי"ק שם מ"מ דוקא משום דחל החיוב על המכירה אבל על שלא יהא רשאי למכור לא מצינו חיוב וכמ"ש לעיל סימן ר"ה דעל שוא"ת לא שייך חיוב וקנין דעכצ"ל מ"ש מהרי"ק דל"צ מעכשיו רק היכא דצריך קנין וכאן אגב דצייתי אהדדי ל"צ קנין משום דס"ל דהקנין חל על גוף דבר הנמכר או על גוף המתחייב רק דק"ס צריך מעכשיו דהדרא סודרא למרי' וכאן א"צ קנין דהא מוכח לה מפרק בית כור דף ק"ו ע"ב דאי חלקו בגורל בהבאת דצייתי להדדי גמרי ומקני להדדי והא שם צייתי להדדי לחלוק והרי בפ"ק דב"ב דן ג' פריך כי רצו לחלוק מה הוי נהדרו בהו אר"י שקנו מידן וה קנין דברים הוא בשקנו מידן ברוחות הרי דגם בשותפין שהתנו לחלוק ושייך טעמא דצייתי מ"מ לא מהני אפילו קנין ומשמע אפילו חיוב מדלא משני הכי וע"כ מהרי"ק נמי לא אמר אלא משום דאמרו

שלא ימכור שום אחד רק לחברו חל התנאי על המכירה לחברו וא"כ בזה צריך פיסוק דמים ועל השכירות או מכירת הקוטמו לא הי' פיסוק ונראה דמה"ט השמיטו המחבר ורמ"א דברי מהרי"ק הללו אף דב"י וד"מ הביאו וגם רמ"א סעי' זה הביא מ"ש באותן שורש לענין לא תמכור.

הג"ה אבל אמר לא תמכור אלא לי וכו' זה כתב מהרי"ק ומבואר שם דלא אמר רק לא תמכור אלא לי אבל אם אמר כשתמכור לא תמכור אלא לי דינו כאומר כשאמכור אמכר לך והשעמ"ש כאן וביו"ד סימן קע"ב סק"ז כתב דמהרי"ק לא ראה מ"ש הנ"י בפא"נ אהא דמשכן לו בית וא"ל לכשתרצה ותמכרם לא תמכרם אלא לי בדמים הללו אסור דאם רוצה למוכרם לאחרים בדמים יתרים מדמים אלו רשאי ואפילו הקנה לזה בקנין עיי"ש ואינו דמהרי"ק מודה בזה שאמר כשתמכור לא תמכור רק לי דכיון שאמר כשתמכור או כשאמכור דוקא כשמוכר מרצונו באותן דמים שפסק עם זה ולא ביותר וכ"כ נתיבות וביאור הגר"א.

ויש לעיין דבירושלמי פרק מי שאחזו ה"ו סדר סמפון אנא מקדש לך ע"מ מכניסך ליום פלן דאם אתא יום פלן ולא כנסתיך לא יהא לי עלך כלום אירע לו אונס ר"י אמר אונסא כמאן דלא עבד ר"ל אמר אונסא כמאן דעבד ע"ד דר"ל איך צריך למעבד אם אתא יום פלן ולא כנסת לי אין לך עלי כלום ר"י כד דמיך פקיד לבנתי' דיעבדין כר"ל ופירש הק"ע ולא כנסת לי שלא תתרצה בנשואין הקידושין בטלים עיי"ש ואינו נכון כלל חדא דלשון לא כנסת משמע דהמניעה מצד הבעל דאל"כ הל"ל ולא אכנס ועוד מה זו עצה לשנות התנאי לאופן אחר דמקדשה שתהא אגידה גבי' רק שלא תתעגן מתנה אם לא יכניסה ליום פלוני יתבטלו הקידושין אבל עתה התנאי שביד האשה לבטל הקידושין א"כ לא עשה כלום ולכן ברור דהכונה דאף דר"ל ס"ל דאונס כמאן דעבד היינו אם הבעל מתנה א"ל יכניסה ליום פלוני כיון דיש לפרש א"ל יכניסה באונס או לא יכניסה בלא אונס ודאי לישנא דמהני בו קאמר היינו מה דמהני לו כמבואר בר"פ השולח גבי בטול משמע דליבטל ומשמע דבטל כבר עיי"ש פירש"י ותוס' ומודה ר"ל דאונסא רק רחמנא פטרי' ולא רחמנא חייבי' לאידך דזה סברא פשיטא רק ס"ל דהכל תלוי במי שעושה התנאי דאם המתחייב לעשות מתנה בודאי אין רצונו להתחייב באונס וכונתו רק כשלא יבא בלא אונס והאשה לא התנתה כלום רק דאמרינן ע"ד תנאו נתקדשה א"כ אין לך בו רק כפי כונתו ע"כ לר"ל צריך לכתוב א"ל כנסת לי והיא כונתה אף שיארע לו אונס ומצאתי בפני משה שם כמ"ש ומה דמסיק שם בירושלמי דר"ל ס"ל כרשב"ג דבע"מ שתשמשי את אבא ומת תו"ז דכל עכבה שאינה ממנה הר"ז גט והרי התם התנה הבעל י"ל דשם

ל"ש לומר דלישנא דאהני לו קאמר וכונתו אפילו תיאנס דמה אכפת לו דכל תנאו רק אם יחי' האב ויהא צורך לשימושה ועוד בלא"ה יש גרסות שונות בזה עיין במהרלב"ח סימן ק"כ גם האי עובדא דמייתי התם דיהיב פרוטה לאלפא תמוה ומצאתי בברכ"י חו"מ סימן כ"א פירש הירושלמי כמו שכתבתי וכן הבית מאיר א"ע סימן ל"ח פירש כן אך מ"ש הב"מ בסימן קמ"ג דטעמא דר"ל כיון שהבעל התנה טובתה הוי פטומי מילי אינו מובן דא"כ גם בלא אונס ל"ה תנאי כדלקמן ריש סימן ר"ז וע"כ כשהתנה בתחלה והוי תנאי גמור וכיון דכ"ע מודו בזה לר"ל א"כ ה"נ כשהתנה לוקח כשתמכר לא תמכר אלא לי או תמכר לי לישנא דמהני לו קאמר ואפילו ימכר מחמת שיתנו לו יותר דחשוב כאונס מה אכפת ללוקח בזה והא בע"ז דף ע"ב הלשון אי מזבנינא להא ארעא מזבנינא לך במאה זוזי אזל זבנה לאינש אחרינא בק"כ אר"כ קנה קמא מתקיף לה ר"י האי זוזי אנסוה וא"כ י"ל דגם ר"י לא חידש זה ופליג אר"כ רק כשהתנה מוכר ולא כשהתנה לוקח ומהל"י דפא"נ הנ"ל אין ראי' דשם קאי אהא דאמר לכשתרצה למכור לא תמכור אלא לי כיון דפירש לכשתרצה וכשנותנין לו יותר אינו בכלל רצון דזוזי אנסוה ועיין נתיבות סימן קנ"ג ססק"ג ונראה לחלק בזה דאם בעל השדה מטובו מתחייב בזה בלא הכרח אזי י"ל אף דלוקח עושה התנאי מ"מ לאו בדידי' תליא ובזה צריך דוקא לומר לא תמכור אלא לי כמ"ש מהרי"ק ורמ"א כאן משא"כ אם בעל השדה בא לקבל איזה טובה מחבירו ומתנה חבירו על דעת כן אני עושה לך טובה זה שאם תמכור שדך תמכור לי אזי הוי דומיא ממש להך דירושלמי וכונת בעל התנאי אפילו יתנס שכנגדו דבדידי' תליא ובעל השדה מוכרח להתרצות לתנאו על אופן כונת הלוקח ול"ל כיון דהלשון סובל שני הכונות נימא יד בעהש"ט ש"ו עה"ת היינו המוציא ובקידושין חשוב בעל המוציא דיש לה חזקת פנוי' דא"כ לא יתכן באיסור א"א להקל מספקא והחזקה אתרע דכבר נתעסקו לבטלה והספק רק בתנאי ועכ"פ כיון דשאל בירושלמי לר"ל איך יכתבו בסמפון אם לשון זה ספקא אית בו רק דמוקמינן אחזקה לא ה"ל להכניס לכתחלה בזה אלא ה"ל לפרש אפילו לא יבא מחמת אונס אע"כ דודאי הוא ועיין משמרת הבית בית הראשון בסד"ה אמר הכותב הוצרכתי לכתוב שהביא מפרש"י דפרק עשרה יוחסין אהא דשרצים וצפרדעים ששורפין עלי' את התרומה משום דודאי נגעו אין חזקתה של עיסה כלום שהרי הורעה ולמד מזה ושה"ב לענין רוב המצויין אצל שחיטה דלפיכך לא סמכינן מיעוט לחזקה משום דנתעסקו לבטל החזקה ליכא חזקה וה"נ הרי נתעסקו לבטל חזקת פנוי' באותן קדושין ועיין ב"י ס"ס כ"ט וס"ס מ"ו שהביא מתשובת הרשב"א כל שנעשה המכר רק נפל ספק בתנאי ל"ל אוקמוה אחמ"ק וא"כ ע"כ ל"ל בהך דירושלמי דהטעם משום ספק

מעמידין אותה אחזקת פנוי' ואף דכתב הרשב"א שם משום שהלוקח ירד כבר למקחו ומוחזק היינו משום דאל"ה הוי עכ"פ מוחזק המוכר כיון שיושב בה או עכ"פ הוי ספק בדבר שאין שום אחד מוחזק והוי דינא כד"ג או יחלוקו אבל ודאי אי ה"א בספק בתנאי מועיל חזקה דמעיקרא הוי עדיף חמ"ק דמוכר כיון דל"ש תפיסה ממש בקרקע וכ"כ בקוה"ס כלל זיין אות טי"ת ואות י"ד ועיין מבי"ט ח"א סימן קצ"ה בענין אם אמר לי או אתה אם דוקא הוא ולא היורשים חילק ג"כ ע"ד שכתבתי וכ"כ שם בס"ס רי"ח וכה"ג איתא בב"מ פרק המקבל דף ק"ד ע"א אמר לו חוכר למחכיר קפידא אמר לו מחכיר לחוכר לאו קפידא

סימן רז

סעי' ב' והתנה עמו ראובן ה"נ חנות בשכירות מעכו"ם והשכירה לשמעון בקנין וא"ל השכרתי לך בתנאי כשירצה העכו"ם לחזור עליך לתבוע ממך השכירות ולפטור אותי מהשכירות ואח"כ לא רצה העכו"ם לחזור על שמעון פסק בשו"ת רשב"ש דתנאי בטל דהוי מעשה קודם לתנאי וגם לא התנה בת"כ אולם אם אמר לו אם יחזיר עליך העכו"ם אני משכירה לך אז הוי אסמכתא דכל דאי לא קנה עכ"ל ד"ג כלל ק"ד סכ"ג ונראה דדעתו כדעת הב"י דעל תנאי ל"ה כמעכשיו כמ"ש כאן בב"י סי"ד והבאה"ט א"ע סימן ל"ח סק"ז הביא רק דעת הב"י אבל התו"ג סימן קמ"ג ונתיבות סימן רמ"א סי"ב הוכיח דעל תנאי הוי כמעכשיו וכדבריו מבואר בשו"ת ר"י אבן מיגא"ש סימן קכ"ב וודאי אלו ראהו הב"י לא הי' חולק ואין לעשות מזה שום ספק וא"כ תלוי בפלוגתת ראשונים אי צריך במעכשיו תנאי ב"ג וב"ר וקרקע בחזקת המשכיר ומ"ש דהוי אסמכתא עיין כאן פרישה וסמ"ע ונתיבות ולדברי כולם אין בנידון זה משום אסמכתא דלשיטת ב"י כל שנעשה קנין קודם קיום התנאי אינו אסמכתא ולפרישה וסמ"ע כל דאי ל"ק משום שעיקר כונתו קיום התנאי רק דבחילוף קיום התנאי מקנה לו איזה דבר עיי"ש וזה לא שייך רק כשהם דברים נפרדים משא"כ כאן קיום התנאי אינו דבר נפרד והמעשה דאיך יחזור העכו"ם על שוכר שני לתבוע ממנו השכירות אם לא יהא שכור לו ולהנסיבות דכשאמר מכורה לך אם יהי' כך ל"ה אסמכתא רק כשאמר אמכור לך אם יהי' כך וכאן אמר השכרתי לך וצ"ל דס"ל כמ"ש הב"י לחד תירוצא דכל שלא החזיק אפילו עשה שאר קניינים הוי אסמכתא הובא בנתיבות באן וע"כ י"ל המשכיר קי"ל כהך תירוצא דב"י ואף דתוס' בפרק המוכר את הבית דף ס"א ע"ב בד"ה ארעתא כתבו דהא דאמרינן בהשואל דף ק"ב קרקע בחזקת בעלי' עומדת משום דסופה לחזור לבעלים וא"כ הכא דסופה לא תחזור לשוכר ראשון רק

להנכרי וגם כשהנכרי קיבל עליו לקבל השכירות מהשני ופטר הראשון נסתלק זה מזה ולא נשאר לראשון שום זכות ויד בחנות א"כ ל"ל קרקע בחזקת בעלי' מ"מ כיון שעדיין ראשון מוחזק בה ויש לו חמ"ק אין מוציאין מידו דתוס' לא הוצרכו לטעם דסופו לחזור רק משום דהתם שוכר יושב בה ולפ"ז ה"נ אם החזיקו לשוכר שני בהחנות אין להוציא מידו אף דכ"פ ס"ל דיש אסמכתא גם בנתנו לידו או החזיקו.

סעי' ה' שיחזור לו המקח בשו"ת מהר"י הלוי אחיו של הטו"ז סל"ב כתב בראובן שמכר חפץ לשמעון וא"ל בשעת המקח שאחר שתנשא בתך לאיש תחזיר לי החפץ באותן דמים כיון שלא התנה ת"כ א"א להחזיר הגם שכתב בטור שאם אמר בשעת המכר שלדעת כן מוכר הוי תנאי הא מסיק דדוקא בקרקע לפי שאין דרך ב"א למכור מה שמתפרנס ממנו עיי"ש נראה מדבריו דבקרקע כנ"ד א"צ תנאי גמור וקשה דל"ד כלל להך דזבין אדעתא למיסק לא"י דודאי בלא"ה אין דרך למכור קרקע אבל זה הרי מכר עד שתנשא ולדבריו בקרקע לעולם ל"צ דיני תנאי במוכר ומפורש להיפך ברמב"ם פי"א ממכירה וטוש"ע בסימן זה ומ"מ בזה בלא"ה א"צ דיני תנאי כיון שאינו עוקר המכר מעיקרא רק גייזו מזמן שתנשא וכמ"ש מל"מ בפ"ג מזכי' ה"ח.

סעי' ז' מכר לו סתם הרמב"ם פי"א ממכירה כתב אם אמר לוקח לכשיהא לך מעות אחזיר לך קרקע זו התנאי קיים ולוקח אוכל פירות ואין בזה א"ר שהרי מדעתו חייב עצמו בתנאי זה ותמה הטור דאם התנאי קיים הוי רבית כמו התנה המוכר ונלע"ד דיל"ד אהא דאמר אמימר בפא"נ ס"ה פ"ב באחריות דהוי פטומי מילי נהי דבלבו לא נתכוין לחיוב גמור והא דברים שבלב ול"ה דברים לסתור דברי פיו וכ"פ ס"ל גם כשמוכח דבלבו כן ל"מ לסתור דברי פיו ועיין תומים ריש סימן פ"א סק"ב הקשה כן אהא די"ל משטה כיון דבפיו מתחייב מה בכך דבלבו היה כונה להשטות הא קי"ל דברים שבלב אינן דברים ובחלקת מחוקק סימן מ"ב סק"ד כתב דדברים שבלב אינן דברים ואף שאנו יודעין שכונתה להשטות אפ"ה חוששין לדברים שבעה ולא לדברים שבלב וכ"ש הכא דלא מוכח כ"כ וכמה האריך באס"ז למה הוי פטומי מילי ונלע"ד כיון דמפורש בשטר שלא באחריות כמ"ש רש"י שם והשטר קיים גם אח"כ רק בדברים שבע"פ באנו לסתור הדברים שבשטר לומר דחזר אמרינן דל"ה רק פטומי מילי ודברי לבו הם דברים שבשטר דסותרין דברי פיו ולא חזר בו כלל או אפילו לא כתבו שטר מ"מ בפירש הותנה שלא באחריות וכיון דבלבו עומד בתנאו שפירוש תחלה בפיו ל"ח דברים שבלב.

אך לפ"ז מה פריך מרבא דמשני דא"ל מדעתיה דשם ליכא דברים מפורשים לחזק דברי לבו ונראה דהא קי"ל כל תנאי שאינו כתנאי ב"ג אינו תנאי ומשום דמה דתנאי עוקר

המעשה חידוש הוא ואין לך בו רק חידושו כמו דמצינו בבני גד כמ"ש רא"ש בתשובה וביבמות דף ק"ו ע"כ ה"נ אף דדברים שבלב ל"ה דברים מ"מ תנאי לעקור המעשה צריך שיהא פיו ולבו שוין כמו תנאי דבגו"ר דל"ה פטומי מילי וזה שרש מה דצריך משפטי תנאים לכפול וכל דיני תנאי אף דמתנה בפיו מ"מ כל שלא חזקו י"ל דבלבו אינו מקפיד לעקור המעשה ע"י ביטול התנאי ומבואר בחידושי רשב"א פרק מצות חליצה דף ק"ו גבי תנאי דחליצה דל"מ ומ"מ מחויב לקיים תנאו משום דהא דבעינן דומיא דתנאי בגו"ר דוקא לעקור המעשה אם לא יתקיים התנאי דזה הוי חידוש מ"מ מחויב משום שכירות שבשביל המעשה קיבל עליו תנאי זה וכ"כ רמב"ן ורא"ש שם וקצו"ח סימן רמ"א למד מזה להיכא שלא התנה כתנאי ב"ג וא"כ ה"ג כשאמר לוקח לכשיהיה לך מעות אחזיר לך דהוי פטומי מילי ואהנו דברים שבלבו אף דמוכר אדעתא דהכי מוכר משום דל"ד לתנאי דב"ג ל"מ למקור המעשה מ"מ חייב מכח שכירות וע"כ ליכא רבית כיון דאפילו לא יחזירנו כשיביא לו מעות לא יתבטל המכר למפרע אין כאן הלואה דרק משום שכירות מחויב להחזיר כשיביא מעות הוי כמקח חדש אף דנעשה לפני גמר המקח וזה הכונה כמאן דא"ל מדעתי' לא שיבטל המקח ע"י התנאי כשלא יחזיר דמוכרח להחזיר מכח המוכר דתלה ממכרו בתנאי זה רק נעשה כא"ל מדעתי' וחייב עצמו בחיוב ולא יכריחו קיום המעשה נמצא דזה החילוק בין התנה המוכר דתנאי עוקר המעשה וזוזי הלואה וכשהתנה לוקח תנאו קיים דחייב להחזיר ואינו עוקר המכר ואף דרמב"ם ס"ל במעכשיו א"צ כתנאי ב"ג הטעם כתב ראב"ד וראשונים פרק מי שאחזו משום דאם יקיים התנאי יחול המעשה מעכשיו לא בא התנאי לעקור המעשה לגמרי וזה שייך בתנאי דעלמא כגון ע"מ שתתן לי מנה אבל תנאי שיחזור לו הקרקע ודאי לעקור המעשה בא בין בקיומו בין בביטולו ל"א מעכשיו והא דמסיק ביבמות שם דמשום די"ל משטה אני בך פטורה ה"ט דכאנוסה היא כמ"ש הרא"ש שם ועיין תוס' ר"פ הכותב דף פ"ג סד"ה כדר"כ ז"ל דלאשה איבעי לה לאתנויי ומתנה הבעל וה"ל פטומי מילי בעלמא והשתא מייתי מדר"כ דנהי דמכח תנאי ל"מ מכח סילוק בעלמא מועיל עכ"ל הרי אף דהוי פטומי מילי ול"מ מכח תנאי מ"מ מכח סילוק מועיל ה"נ מכח תנאי ל"מ אבל מכח שכירות וחיוב מועיל והתם בארוסה ל"ל משום שכירות דמחויבת להנשא לו אחר שנתארסה דכותבין על ארוסה אגרת מרד כמבואר בכתובות דף ס"ד ועיין נתיבות ריש סימן פ"א סק"ב דכל שהוא מחויב לית בו משום שכירות ושאני חליצה כיון שהוא לטובתה דהוא רוצה ליבם ועוד דדו"ד אין לי בנכסיך הוא לשון גרוע לכן ל"מ רק משום סילוק כמ"ש רש"י ותוס' שם וכונת התוס' ע"כ כמ"ש דתנאי צריך להיות כתנאי ב"ג דוקא לכן אף דדברים שבלב

ל"ה דברים מ"מ כל שאין פיו ולבו שוין אינו כתנאי ב"ג דאלת"ה מ"ש תנאי מסילוק והלח"ם פ"ז ממלוה ה"ג הקשה על הרמב"ם מהא דב"מ דף ס"ז ע"ב במשכנתא באתרא דלא מסלקי ואמר מסלקנא צריך למקני מיני' והא ס"ל לרמב"ם בפי"א דמכירה דאם אמר לוקח לכשתביא מעות אחזיר לך הקרקע צריך להחזיר ולפמ"ש י"ל דמכח תנאי ל"מ משום דבא לעקור המכר צריך התנאי ב"ג אך המכר נגמר רק מתחייב מכח שכירות וחיוב חדש כשיחזיר לו המעות יהא קנוי לו למוכר והמל"מ פ"ג מזכי' כתב דאם לא בא התנאי לעקור המעשה למפרע ל"צ בתנאי בני גד לכן מועיל מה שהתנה לוקח טובת המוכר משא"כ במשכון ובאתרא דלא מסלקי חשוב כמכירה לענין בכור וב"ח ושמטה כמבואר בב"מ שם וברמב"ם שם אבל כשהתנה שיוכל לסלקו אף דיועיל רק משום שכירות מ"מ כיון דיכול לסלקו ובעצם משכון הוא ליבא מכירה כלל וכיון דאינו רק ע"י תנאי אם יביא מעות צריך שיהא דומה לתנאי ב"ג כיון דבא לעקור המעשה למפרע בתנאי זה.

ועוי"ל לפמ"ש תוס' הנ"ל אף דהוי פטומי מילי ול"מ מכח תנאי מ"מ מכח סילוק מועיל ה"נ הוי שיור וסילוק שלא יזכה לחלוטין רק עד שיחזיר לו מעותיו ובאחריות דהוא חיוב לא מתחייב בפטומי מילי משלו ודומה לתנאי שא"י לבטל המעשה עד שיתנה מוכר טובתו וש"ס פריך טעמא דא"ל מדעתו אבל א"ל אמר מדעתו אסור הא מוכר בעי לאתנויי היינו דאם משום סילוק מהני יותר מחיוב למה אסור הא עכ"פ מכור עד שיחזיר לו המעות וע"כ משום דהוי כתנאי גמור אף דלא התנה מי שהוא לטובתו ומשני דכמי שא"ל מדעתו תנאי זה דל"מ רק מכח סילוק ושיור וא"ש אף לנתיבות דתנאי שאינו כהלכתו אין בו חיוב משום שכירות דשאני שיור וסילוק אך לפי דעת הפוסקים איסור רבית יש כה"ג ולפמ"ש תוס' בפא"נ ס"ה ע"ב בד"ה לכשיהיו דאם יורשיו א"י לפדות הוי מכר וריטב"א שבב"י סי"ג בבד"ה כתב דהיכא דמדעתי' אומר הוי לי ולא ליורשי אתה ולא יורשך א"כ עדיף מבתי ע"ח דכל יב"ח יורשים פודים מיורשים ומותר.

סעי' ט' מעכשיו קנה כתב שו"ת מהר"ח א"ז סימן רמ"ב דאפילו מת הלוה תו"ז זכה מלוה אם היורשים לא יתנו לו מעותיו תוך ג"ש לפמ"ש רש"י בפא"נ שע"מ מכר גמור החזיק בה מעכשיו וזה קיבל עליו שאם יחזיר מעותיו עד ג"ש יקבלם ושמא גם דעת הר"י ז"ל כך ואפילו אם היורשים רוצים להחזיר המעות צ"ע אם צריך לקבלם דשמא דוקא לאביהם נדר להחזיר ולא להם עכ"ל ומג"א סימן ק"ח סקי"א כתב ג"כ דל"מ אונס דלוה לפטרו ובב"י כאן סי"ג הריטב"א לא ס"ל הכי.

וי"א דאם בתחלה כשמשכנה הקפיד שלא למשכן רק זו הקרקע קנה אף בלא מעכשיו זהו מימרא דר"פ בפא"נ ס"ו ע"ב אי קפיד בארעא ודאי קנה ושם לקמי' סבר ר"פ למימר ה"מ ארעא דלאו לזבינא קיימא אבל חמרא ל"ה אסמכת א"ל הכי א"ר כל דאי ל"ק והרי"ף ורמב"ם השמיטו הנהו מימרות דר"פ וכתב הרא"ש למה אי משום דרבא סתם קאמר כל דאי לא קנה הרי ר"פ בתרא ס"ל דקני ועכ"פ מודה הרא"ש הא דסבר ר"פ למימר ה"מ ארעא לא קי"ל כיון דסתרו בפניו ושתק ולפ"ז י"ל מה"ט גם מימרא דאי קפיד ליתא דבאסמכת דל"ק יש שתי טעמי לשון רש"י וראשונים דאינו מתכוין בלבו להקנות כלל ואינו אומר כן רק להסמיך חברו ואלו ידע שיבא לידי כך ל"ה מתנה אבל רמב"ם כתב ז"ל שכל האומר אם יהי' אם לא יהי' לא גמר והקנה שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהי' או שמא לא יהא עכ"ל פי"א דמכירה הלכה ה' הרי טעמו משום דלא נגמר המקח ומסופק בדבר ולא משום דאינו מכוין להקנות ובשני טעמים הללו תליין מימרות דר"פ דתוס' פרשו אי קפיד בארעא שלא למשכן בתנאי זה שאר קרקע ש"מ דאין בדעתו לפדות ול"ל דודאי לא יפדה דא"כ יחליטה מעכשיו וגם מנ"ל שמא משום דמסופק אם יפדה ע"כ קפיד ועכצ"ל הכונה דש"מ דאין בדעתו לפדות ודאי זרק להסמיך אומר כן דא"כ ל"ה קפיד בארעא אלא מסופק שמא לא יפדה לכן ל"ש טעם רש"י וקני ואזיל ר"פ לטעמי' דסבר ה"מ בארעא דלאו לזביני קאי הוי אסמכת דודאי אין דעתו כלל להקנות רק להסמיך כיון דלאו לזביני קאי אבל לטעם הרמב"ם משום דהמקח בספק הא גם במטלטלין שייך טעם זה דמ"מ לא פסק הקנין בהחלט וכיון דנסתר מימרא דר"פ דסבר דוקא בארעא ממילא נסתר ג"כ הך דאי קפיד.

ולפרש"י דקפיד בארעא בכלות הזמן קשה מה אהני דכעת גומר ומקנה כיון דבשעה שהתנה הי' אסמכת ונאכלו המעות ותחלה לא ניתן המעות רק בהלואה ועיין לעיל ס"ס ק"ץ ואפילו לרמב"ם דמלוה קונה מ"מ אינו מוכר עכשיו רק מחליטה משום תנאו שעשה כשהלוה ואינו מכוין לקנין חדש ולמה לא יהא יכול לחזור בכל עת ול"ל איגלאי למפרע דגם תחלה הי' דעתו להחליט וגמר והקנה מדאינו חושש עתה לפדות דהא אין ברירה ומצאתי בנ"י פז"ב בשם רמב"ן לענין תנאי שבידו לקיים ולא קיים דהוי אסמכת כיון דבשעה שהתנה הוי אסמכת אף דעכשיו רוצה להחליט מדבידו לקיים ואינו מקיים מ"מ לא אמרינן אגלאי למפרע כמו דאר"פ גבי אי קפיד בארעא דלא קי"ל כותי' דקי"ל כל דאי ל"ק עיי"ש ואפשר טעמו של ר"פ דס"ל אסמכת קונה מדאורייתא כמ"ש במרדכי ובדרבנן קי"ל י"ב אבל בלא"ה י"ל דהא דאמרינן דבלבו רק להסמיך ולא מכוין להקנות מהני לבטל דברי פיו משום דאנן סהדי שכן בלבו דכך אמדוהו חכז"ל אבל זה דחזינן

לבסוף דלא קפיד נהי דא"ל ודאי אגלאי למפרע מ"מ יש ספק עצום על למפרע ממילא ל"ל אנן סהדי והוי דברים שבלב ול"מ לסתור דברי פיו וכ"ז לטעם רש"י אבל לטעם רמב"ם דדעתו סומכת שמא יהי' א"ל יהי' הרי ספק זה בפיו אמר וא"כ ר"פ לטעמי'.

סעי' י"א ערבוני מחול לך בפרק הזהב מ"ח ע"ב אתמר ערבון רב אמר כנגדו הוא קונה ור' יוחנן אמר כנגד כולו הוא קונה מיתבי הנותן ערבון לחברו וא"ל אם אני חוזר ערבוני מחול לך ותלת אומר אם אחזור בי אכפיל לך ערבונך נתקיימו התנאים דברי ר' יוסי ר"י לטעמי' דאמר אסמכת קניא ר' יהודא אומר דיו שיקנה נגד ערבונו ארשב"ג וכו' ופסק הרמב"ם פי"א דמכירה אם לוקח חזר בו ערבונו מחול וכמ"ש המחבר כאן ולע"ד יש ראי' לרמב"ם דבאס"ז הקשה על מה זה דבאמצע ברייתא בא לומר ר"י לטעמי' אבל י"ל דהמ"ל ראי' לר' יוחנן מר' יוסי דערבון נגד כולו קונה דאל"כ למה נתקיימו התנאים הא הוי אסמכת ובשלמא לענין חזרת לוקח הוי מחילה אבל אי ערבון כולו קונה וקרקע של לוקח והדמים חוב עליו ומדינא כולו אינו בחזרה רק דהתנו מ"מ על היותר מכפל הערבון שיוכלו לחזור אבל עד הכפל נשאר על דינו דנקנה והקנס על חזרת המוכר למחול הדמים שחייב לוקח ול"ש אסמכת ומוכח דלא כרב ור' יודא חולק דרק כנגדו קונה והקנס שיכפול בקרקע והוי אסמכת ורשב"ג מכריע וע"כ הקדים דר' יוסי לטעמי' והתיובתא מרשב"ג.

ומה שהקשו על הרמב"ם מתוספתא דפ"א דב"מ ז"ל שנים שנתעצמו זה בזה ואמר אחד לחברו אם לא באתי עד יום פלוני יהא לך בידי כו"כ הגיע הזמן ולא בא יתקיים התנאי דברי ר' יוסי אמר ר' יודא האיך זוכה זה בדבר שלא בא לתוך ידו אלא ינתחנו מודה ר' יודא בשנים שהיו עוררין על הבית ואמר אחד לחברו אם לא באתי עד יום פלוני אין לי בידך כלום והגיע הזמן ולא בא באמת אמרו שאיבד זכותו הנותן ערבון לחברו וא"ל אם לא נתתי לך מכאן עד יום פלוני אין לי בידך כלום והלה כותב לו אם אחזור בך אכפול ערבונך והגיע זמן ולא נתן יתקיים התנאי דברי ר' יוסי אמר ר' יודא איך זוכה זה בדבר שאינו שלו אלא נותן לו ערבון שלו עכ"ל ומדקאמר הגיע הזמן ולא נתן משמע דלוקח לא נתן וכן מדקאמר נותן לו ערבון שלו וכן מדקאמר איך זוכה בדבר שאינו שלו ולא קאמר בדבר שאינו בידו משמע גם מוכר אינו זוכה עיין נ"י ואס"ז וכ"מ פי"א ממכירה ותחלה אומר שלא יסתרו דברי תוספתא זה את זה בסמוך ונראה דברישא אמר חיך זוכה בדבר שלא בא לתוך ידו משמע אלו בא לידו הי' זוכה וכן בתיו עוררין איבד זכותו ופירש מג"א משום דהוי מחול לך וכן פירש הר"ן בנדרים דף ל"ג גבי האי דאתפיס זכוותי' ונלע"ד דבגמרא ורמב"ם נשתנה הלשון מהתוספתא דבגמרא איתא ערבוני מחול ותוספתא אין

לי בידך כלום ובגמרא והלה אומר ובתוספתא והלה כותב ובש"ס דיו שיקנה נגד ערבונו וזה ליתא בתוספתא אלא נותן לו ערבון שלו משמע דאינו קונה נגד ערבון רק מחזיר גוף הערבון שלו ובאס"ז הקשה רמב"ן למה נתקיימו התנאים במה קנה לוקח שיכפול לו ונראה כשקנו מידו ובתוספתא תני והלה כותב עוי"ל אכפול לך ערבונך שתקנה בקרקע שלי כפלים במעותך והיינו ערבון וכ"כ הני"י ולפ"ז מוכח דכונת התוספתא אפפול ערבונך במעות מדהוצרך לכתוב אצל תנאי המוכר וגמרא ורמב"ם וש"ע מיירי אכפול בקרקע וקנה במעות ערבון לכן לא תצריך כתיבה ע"כ לא קתני תוספתא שיקנה קרקע נגד ערבונו רק מחזיר ערבון שלו ומת דמשני מלשון מחול לך י"ל ג"כ מה"ט דהטו"ז כאן הקשה מה מהני לשון מחול הא בפקדון ל"מ לשון מחילת ותירץ כיון שנתן מעות דמותר להשתמש בהן שייך מחילה והגהות טו"ז בסימן ע"ג השיג עליו דגם במפקיד מעות מותרין ל"מ לשון מחילה דל"ה כמלוה רק פקדון עיי"ש וא"כ אם נתן המעות שיהא לקנין או למתנה אם יחזור ואפילו יחזור מוכר יקנה בקרקע נגד הערבון הרי להוצאה ניתן וכנותן מעות על מטלטלין דהוי כמלוה כמ"ש ריי"ף ורא"ש בב"מ דף מ"ט ורמב"ם פ"ז דמכירה מהני לשון מחילה אבל בתוספתא דאם יחזור המוכר לא יקנה קרקע נגד הערבון ויחזירו בעין ואסור להשתמש בהמעות ואת"ל מותר לא עדיף ממפקיד מעות מותרין דל"ת רק ש"ש כדאיתא בב"מ דף מ"ג ושאני הך דדף מ"ט דקאי במש"פ ולא מתני לשון מחילה ע"כ קתני אין לי בידך כלומר ותקנה המעות כיון דיש לפרשו בכונת דמהני ודאי לישנא דמהני בו קאמר כדאיתא ר"פ השולח משא"כ אם פירש לשון מחילה וכה"ג מחלק קצ"ח סימן פ"ח סי"ב ס"ק י"ג.

והנה יל"ד למה כשחזר לוקח ערבונו מחול נהי דבמחול ליכא אסמכתא כיון דבטל קנס של מוכר דא"צ לכפול י"ל דגם לוקח לא קנס עצמו רק אם יועיל קנסו של מוכר וביו"ד סימן רל"א הביא טו"ז מתשובת רש"ל באיש שאמר לאשתו תן לי תקיעת כף שלא תנשא לאחר אחר מותי וגם אני אדור לך שלא אשא אחרת אחר מותך אין נדרו חל אף שקיים פו"ר ומעתה גם נדרה לא חל דלא נדרה אלא ע"ד אם הוא יקיים נדרו עיי"ש וה"נ ותוס' בפא"נ ס"ו ע"א בד"ה ומניומי ר"ת כתבו באמת דמה"ט לא קני מוכר תמרבון אף דתפיס משום דמוכר א"צ לכפול ונראה לפמ"ש המל"מ בפ"ו מזכי' עמ"ש בתשובת הרא"ש בנדר נדן לבתו והעני דא"צ למכור ביתו דאדעתא דהכי לא נדר דלכאורה יחלוק על התוס' דס"ל כשיש נגדו דעת אחרת לא אזלינן בתר אומדנא ותירץ דשאני נדר דהוא רק בינו לקונו וכ"כ ספ"מ עיי"ש וראי' לדבריו דבב"מ דף ע"ד ע"ב פריך אימר דוקא לר"ש דמעות קונות לא אמרינן דדעתי' אתרעא זילא משא"כ לרבנן דאינו רק במש"פ ונתקשה

באס"ז מ"ש ק"ג או מש"פ ולפמ"ש המל"מ א"ש דאף דאומדנא דדעתי' אתרעא זילא ל"מ כיון שיש נגדו דעת המוכר דאימר לא ניחא לו בהכי אך למש"פ דאינו רק בינו לקינו אזלינן בתר אומדנא וא"כ ה"נ לא קשה על הרש"ל מכאן דשאני נדר אבל עכ"פ כאן דל"מ אומדנא משום דמוכר נתקשר עצמו בקנין ואדעת לוקח לא הי' מקנה מקרקעו כלל גם נגד הערבון אך תוספתא דמיירי דחייב מוכר עצמו רק לכפול במעות ולא יקנה לוקח קרקע כלל כשיחזור המוכר וכיון דקנסו של מוכר בטל משום דרק להסמיך אמר הרי לא הפסיד כלום ול"ש לומר אדעתא דהכי שיפטר לוקח מהקנס לא התקשר דהא באמת לא נתקשר כלל ובידו לחזור לגמרי לכן אתני אומדן דעת דלוקח שלא התחייב עצמו בקנס רק אם גם מוכר יחויב משא"כ בש"ס ורמב"ם וש"ע דקונה עכ"פ נגד ערבון ואין ביד מוכר לחזור.

ולפמ"ש בפרישה סט"ו בשם המרדכי דרק במחול לך ל"ת אסמכת לרמב"ם אבל יהא שלך במתנה אף דמסר לידו הוי אסמכת א"כ ג"כ מיושב דברי רמב"ם עפ"י מה שביארתי דברי התוספתא דאם חתר המוכר לא יקנה קרקע גם נגד הערבון ול"מ לשון מחילת ולפמ"ש רשב"א וריטב"א בקידושין דף מ"ט ובגיטין דף ע"ד דאומדנא דשטר מברחת אתיא דלא כר"מ דמצריך ת"כ ה"נ אומדנא דכאן י"ל לר"מ ל"מ ואף לפוסקים דבמעכשיו א"ל כתנאי ב"ג מ"מ זה דומה לתנאי שלעבר דל"מ מעכשיו כמ"ש מל"מ בפ"ו מה"א וכה"ג כתב הלח"ם בתנאי ומעשה בד"א כיון דא"א למעשה להתקיים עוד כלל וא"כ לר' יודא דס"ל בב"מ דף צ"ד ובפרק האומר ובפרק השולח גבי מוציא משום ש"ר דל"צ ת"כ לכן ה"נ מהני אומדנא ע"כ י"ל אף דפרש"י לר' יודא לא זה ימחול ולא זה יכפול ה"ד לר' יודא וגם לרמב"ם לא יקשה מר' יודא דתוספתא.

בטור סכ"ד הביא תשובת הרא"ש בראובן שירא לשחוט פרתו וא"ל שמעון שחוט ואם תמצא טרפה אתן כו"כ ונמצאת טרפה יכול לחזור והקשה ב"י למה לא יתחייב מדין ערב ודרישה תירץ דלא הוציא על פיו כיון דבאמת טרפה היתה אף שהי' יכול למוכרה בחיי' על הספק וכ"כ נתיבות דמת"ט פטור מגרמי וצ"ע ממשנה ר"פ דמכות דף ג' דמעידין על פלוני שגירש אשתו ולא נתן כתובתה והלא בין היום ומחר סופו ליתן כתובתה פרש"י שמא ימות ויגרש היום או מחר נמצא לא היו מפסידין אותו אומדין כמה אדם רוצה ליתן בכתובתה עיי"ש ובטור לעיל סימן ל"ח הרי משלמין לו מה שרצו להפסידו שהכתובה למכור מספק אינה שוה כ"כ ת"נ להיפך וצ"ל דשאני עדים כמ"ש במגדול עוז פכ"א מהלכות עדות דתלה רחמנא דינן במחשבתן כדכתיב כאשר זמם והרי זממו עליו רעה והובא בקצו"ח סל"ח ועש"ך לקמן סימן שצ"ד סק"א.

סעי' י"ג אם תעשה כך אתן לך אעפ"י שעשה ל"ק שכל האומר אם וכו' עיין מח"א בחידושיו על רמב"ם פי"א ממכירה ד"ג דמן הדין הי' חייב ליתן לו הבית א"ל אמר בלשון דאי כיון דבשכר פעולתו הוא נותן עכ"ל וקשה לי גם עתה שאמר בלשון דאי סלק תנאו ויחויב כמבואר לקמן סימן רס"ד סוף ס"ד בהג"ה כל אדם שעשה עם חברו מעולה או טובה לא יוכל לומר בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתך אלא צריך ליתן לו שכרו וכה"ג כתב הרא"ש בפרק המקבל ס"ז באמר אם אוביר אשלם אלפא זוזי דהוי אסמכת דמסלקין דבריו כאלו לא התנה ומעמידין אותו על דינו לשלם מה דאפסיד וכן ק"ל על מהרשד"ם בסימן קנ"ח בראובן שכתב לשמעון שמתחייב לו מנה אם ישתדל המכס ללוי והאריך בדיני אסמכת והעלת כיון דכתב זמן בשטר הוי מעכשיו דחייב אם ראוי לשלם בעד השתדלות זה סך זה עיי"ש ותיפוק לו דיש בו חיוב שכירות ואפשר התם לולא תנאו לא הי' לו על ראובן רק על לוי שעשה לו פעולה וכיון דתנאו בלשון דאי הוי אסמכתא ובתשובת רי"ף הובא במהרשד"ם סימן קכ"ח דבכל מילי שייך אסמכת לבד משכירות ואומנות משמע אפילו אמר בלשון אם דאל"ה ל"ש בו אסמכתא לכן נראה דגם לרמב"ם עכ"פ צריך לשלם לו שכר פעולתו הפחות שבשכירות רק אלו אמר לו עשה דבר פלוני ואתן לך כך וכך הוי מחויב ליתן כמו שפסק דאין אונאה בשכירות כדלקמן סימן רכ"ז ועכשיו שהוציא בלשון אם הוי אסמכת וא"צ לשלם רק הפחות שבשכירות והרי"ף לטעמי' דבר"פ המקבל גבי אם אוביר אשלם אלמא כתב דחייב ליתן שיעור מה דאוביר דשעבד נפשי' וגמר ומקני הרי אף דלולא התנאי הי' פטור מ"מ אהני התנאי כיון דזה ההפסד אינו גוזמא ה"נ במתחייב בשכירות בלשון דאי אף דלולא התנאי לא הי' צריך לשלם רק פחות שבשכירות או אם לא הועיל לו המעולה הי' פטור לגמרי מ"מ כיון דל"ה גוזמא דיש משלמין שכירות זה בעד פעולה כזו חייב מכח תנאו אבל להפוסקים דגם בלא גזים הוי אסמכתא ואפילו אמר אם אוביר אשלם במיטבא לולא התקנה כיון דבידו לגמרי ופסע וזה סמך עליו כמבואר דעתם בב"י ורמ"א כאן א"כ ה"נ בשכירות כשהתנה אם אם תעשה כך אתן לך כך אסמכת הוא וסלק תנאו לגמרי וכמ"ש הרא"ש בהתנה אם אוביר אשלם אלפא ואין דינו רק כעשה לו פעולה מעצמו דאין לו רק פחות שבשכירות אם הועיל לו כדלקמן סימן רס"ד ס"ד בתחלת הג"ה.

סעי' י"ד מעכשיו וקנו מידו בכס"מ הקשה גם כשלא פירש מעכשיו מ"מ ק"ס סתמא מעכשיו הוא והרא"ש הקשה על הרמב"ם אם מעכשיו לחוד מסלק אסמכתא הא כל ק"ס מעכשיו הוא ולמה יש אסמכתא בקנין בלא בד"ח בנדרים פ"ד דקאמר והוא דקנו מיני' בבד"ח דסתם קנו מיני' ק"ס וא"א להקנות לאח"ז דהדר סודר למרי' כדאיתא בנדרים דף

מ"ח ונלע"ד דכל ק"ס סתמא מעכשיו משום דבכדי לא עביד כמ"ש מהרי"ו הובא לעיל סימן קצ"ה ואף דלאו כ"ע דינא גמירי כיון דרוצה להקנות דעתו שיהא באופן המועיל וכמ"ש לעיל סימן ב"ה אבל בקונס עצמו על תנאי וי"ל רק להסמיך לחברו אומר רק כשפירש מעכשיו חזינן דגומר ומקנה אך כשלא אמר מעכשיו י"ל דעתו להסמיך לבד ממילא אינו רוצה שיחול באופן המועיל מעכשיו ולפ"ז בקנו מיני' בבד"ח לטעם שכתב הר"ן בפ"ד דנדרים משום דלא מחייך בב"ד וגמר בכל לבו א"כ ממילא כאומר מעכשיו משא"כ לטעם דאפקעתא דב"ד הוא דמפקיעין רק האסמכתא אבל קנין צריך דאל"כ במת קנה וכיון דסודר הדרא צריך לפרש מעכשיו לגוף הקנין.

סעי' ט"ו ותגיע היום ולא בא בשו"ת מהר"ח א"ז סימן ס"ט כתב בראובן שאמר לשמעון א"ל אקנה לך שדה שלי קודם חנוכה יהא ספר זה קנוי לך מעכשיו וכשהגיע חנוכה לא הקנה פסק אביו ר"י א"ז דיקנה לו אחר חנוכה ויום שתתנו לאו קפידא דדוקא גבי גט תנן בגיטין דף ע"ד הר"ז גיטך ע"מ שתתן לי ר' זוז עד ל"י א"ל נתנה תוך ל"י א"מ דלרחוקה קאתי אבל בעלמא לזרוזי קאתי וקונה ומקנה שניהם נתכונו שא"ל יקנה לו השדה יקנה הספר אך אם יקנה אף אחר חנוכה לא קנה הספר ול"ד למש"פ קצת חובו והשליש שטרו דר"י אמר יתן דהתם כל עיקר התנאים לא הוצרך אלא שיפרע לו ליום פלוני דאי לפרוע ע"כ יפרע וכן אם אי אתה נותן לי עד ג"ש נתכוין לקנות גוף הקרקע אבל הכא לא נתכוין לקנות גוף הספר אלא שיהא בטוח שיקנה לו השדה וכ"פ שם במורדת שנדר בעלה שא"ל יתן לה גט כשתתבענו יתן לה קנס ועבר הזמן דכיון דסופו ליתן הגט בתקנת הגאונים שיכופו הבעל ליתן הגט למורדת מיד א"כ פטור מהקנס דזמן שקבע רק לזרוזי עיי"ש וצ"ל דפרעון כ"ע יודעים דצריך בע"כ לפרוע וכל התנאי ל"ל רק על הזמן אבל במורדת לאו כ"ע יודעים דבע"כ יתן גט ואמרינן דהקנס הי' עיקר להבטיח על גוף הגט והזמן רק לזרוזי ולי צ"ע דתוספתא פ"א דב"מ ז"ל הנותן עירבון לחברו על הבית וא"ל א"ל נתתי לך מכאן ועד יום פלוני אין לי בידך כלום והלה כותב לו אם אחזור אכפול ערבונך והגיע הזמן ולא נתן יתקיים התנאי דברי ר' יוסי א"ר יודא האיך זוכה זה בדבר שאינו שלו אלא נותן לו עירבון שלו ארבשב"ג בד"א בזמן שא"ל ערבוני יקון אבל לקח הימנו בית במאה אפילו לא נתן לו אלא שלשה השדה קנוי' לו ומחזיר השאר עכ"ל הרי דמיירי ר' יוסי ור"י דעירבון אינו קונה רק ניתן למשכון וקנס דאם ניתן לתחלת פרעון הי' קונה כולו כדמסיק רשב"ג ועיין פרש"י ותוס' בפרק הזהב דף מ"ח ע"ב מבואר כן וא"כ בלאו התנאי א"א לכופם לקיים המקח ונימא דהקנס אינו רק להכריח על גוף הקנין והזמן רק לזרוזי ולמה כשהגיע הזמן ולא נתן יתקיים התנאי אף דלפרש"י שם

דבד"א שאמר ערבוני יקון יקנה את הכל והא לאו מלתא הוא י"ל כיון דטעו דיקנה את הכל הי' התנאי ע"כ רק על הזמן דבלא"ה קנו מ"מ תוס' דהכריחו דלא כפרש"י אלא ערבוני יקון היינו דהעירבון יהא קנוי לך אם אחזור או שיקנה במקח שויו יותר מכדי ערבון אם יחזור המוכר א"כ לא עלתה ע"ד קונה ומוכר שע"כ נקנה כל הבית ונימא דהתנאי רק לקיים המקח וצ"ל כיון דהגמרא העתיקה התוספתא בלשון אם אני חוזר ולא א"ל נתתי עד יום פלוני י"ל מה"ט הגיהו התוספתא וכה"ג כתב הר"ן שבב"י לקמן סימן רנ"ג סעיף מ"א אך בקדושין פ"ג דף סמ"ך הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך מכאן ועד למד יום נתן לה בתוך למ"ד מקודשת וא"ל א"מ והרי לולא התנאי אינו מוכרח ליתן ונימא הזמן רק לזרוזי ואין לחלק בין נותן בחנם או לא דא"כ לצ"ל בהר"ז גיטך משום דלרחוקה קאתי וצ"ל דהתם נמי משום דכסיפא למתבעי' קפידא הוי דהא כמו דבגיטין שם אמר דקמ"ל א"ל נתנה תוך למ"ד דא"מ משום דה"א דלזרזה קמ"ל דקפידא הוא ת"נ אמרינן בקידושין שם דקמ"ל דלאו לזרוזי' ולמד ר"י א"ז כיון דיש ה"א בש"ס שם משום דלרחוקה קאתי דע"מ לאו כמעכשיו ה"נ אמרינן דדוקא בגט לאו לזרזה קאמר משום דלרחוקה ובעלמא באמת לזרוזי' דהא גם בגט א"ל דקמ"ל ה"א לזרזה א"כ גם עתה מנ"ל בעלמא שמא דוקא בגט משום דלרחוקה א"כ הרי ה"נ אמרינן התם דה"א בקדושין כ"ע מודו דע"מ לאו כמעכשיו משום דכסיפא למתבעי' ע"כ ה"נ אמרינן אף דקמ"ל דהזמן בקידושין קפידא עדיין אין לנו בעלמא.

הג"ה וי"א דאם השלישו וכו' נתאספו סותרים על איזה מקח והתנו בניהם שכל מי שיקח יהא שותף עם כולם או יתן כו"כ והשלישו מעות ביד שליש לתוקף התנאי צ"ע אם הוה אסמכת כי מנהג פשוט בין הסוחרים להשליש מעות ומנהג מועיל באסמכת כמ"ש ח"ס חחו"מ סימן ס"ו.

השלישו משכנות זה כנגד זה במשפטי גוים ובשטרותיהן קנו אפילו באסמכת משום דינא דמלכותא דינא בב"י סימן זה מחודש מ"ו הביא תשובה זו והוא ברשב"א ח"ג סימן ס"ג וזה הי' טענת בע"ד כיון שיש שטר עשוי בגופן של עכו"ם דדמ"ד ורשב"א השיב דאינו אסמכת משום דתלה בד"א דכיון שהוא ביד אחרים לא ה"ל על מה לסמוך ועוד כיון שקנס עצמו ליתן החצי לבנין העיר ויודע באמת שיפרע ולא יתנצל מצד אסמכת א"כ בדוקא התנה וא"ל שבמחצית התנה בדוקא ובמחצית באסמכת דאין דיבור אחד מתחלק ועוד דבשטר נכתב זמן והוי כמעכשיו וא"ת מ"מ במה מתחייב זה ובמה קנה חברו הא במשכון שמסר א"א לזכות לבע"ד דאין שליחות לעכו"ם וקנין ג"כ אין כאן אין זה כלום שהרי נתחייבו בשטר אעפ"י שנעשת בגופן של עכו"ם הא קי"ל כשמואל דפ"ק

דגיטין ד"י דאמר דדמ"ד ושטרותיהן כשרות עכת"ד ונראה דלדעת הרמב"ם וסייעתי' דלעיל סימן קכ"ט ס"ד וס"ה דערב לאחר מ"מ אפילו בשטר בלא קנין אינו משתעבד אף דאינו אסמכת דאל"ה גם קנין אינו מועיל וכמבואר שם בסמ"ע סק"ד ובש"ך שם סק"ד כתב משום דתולה בדעת אחרים וכ"כ טו"ז כסמ"ע שם ובש"ך שם ס"ק י"א כתב כיון דמ"מ דמי לאסמכת ל"מ שטר רק קנין וכ"כ הר"ן א"כ ה"נ אף דיש טעמים לסלק האסמכת מ"מ כיון דאינו מתחייב בהחלט רק על תנאי דומה לאסמכת ול"מ שטר רק קנין ורשב"א לשיטתו דגם בערב לאחר מתן מעות סגי בשטר בלא קנין וכמבואר בבאה"ג שם סק"ז.

ובמשפט שלו' העיר דרשב"א לא אתי עלה משום דדמ"ד אינו אסמכתא ולמ"ד הש"ך לעיל סימן ע"ג סי"ד ל"א דדמ"ד ואינו קושיא דשאני הכא כיון דהשלישו במשפטי גוים ובשטרותיהן הרי נחתו ע"ד נימוסם וכמ"ש בתומים סימן כ"ו סק"ב בשם מהרי"ק ומהר"י ב"פ אך סיים תומים שם מה בכך דנתרצה למה לא יוכל לחזור ותירץ כיון דעשה שטר הוי כקנין עיי"ש וא"כ כאן דדמי לאסמכת וכ"ש היכא דהוי אסמכת ממש דל"מ שטר לרמב"ם וסייעתי' דלעיל סימן קכ"ט ה"נ אף דקיבל עליו דד"מ בשטר יכול לחזור ורמ"א אפשר לשיטתו דלעיל סימן י"ב ס"ז דמה דאמרינן עשרה צריך קנין ל"ד אלא ה"ה שטר אבל בתומים שם סק"ז חולק כיון דמתחייב בדרך ספק ותולה בדעת אחרים צריך ק"ג.

סעי' ט"ז קונים מבע"ח עפ"ר וטו"ז משום דהוא מחילה ע"ת צריך קנין ובמשפט שלו' הביא משו"ת מהר"ם ב"ב החדשות סימן של"א שכתב דמורשה יכול למחול דהוי כאלו א"ל אם תרצה למחול אני מוחל דמחילה א"צ קנין וי"ל עפימ"ש קצו"ח סימן סמ"ך סק"ב כיון דאסמכתא ל"ק משום דלא גמר בלבו לכן מה שאנו דנין מחמת דידוע דבלבו להקנות קונה גם מה שהביא מהנמ"י שכתב בנדר ושבועה אין לי עליך דמחילת א"צ קנין י"ל כיון דשבועת אפטרופס ופוגמת תק"ח ואסמכתא דל"ק ג"כ רק תק"ח כמ"ש המרדכי תקנתא לתקנתא ל"ע כדאיתא בפ"ק דב"מ דף ה' ע"א ומה שהביא דב"ח ולח"מ תרצו הא דקונין כאן למחול משום טעם אחר מוכח דלא ס"ל כפרישה וטו"ז י"ל דלא ניחא להו בטעמם כיון דעושין כן בשידוכים וכיוצא מהשני צדדים וכ"פ ס"ל איידי דבעי לקנות גמר ומקנת ול"ה אסמכתא כדלעיל סי"ג נהי די"ח היינו להתחייב א"א להוציא מה"ט אבל למחול י"ל לכ"ע איידי ועוד לפמ"ש בסמוך בשם המבי"ט דתליא בדעת המתחייב כיון דבטח על נאמנות שכנגדו שימחול א"כ ל"ש אסמכתא על המחילה לכן הוצרכו לומר דלאלומי מלתא קונין או משום דנתן שטר לא אתי דברים שבלב המתחייב לאורעו שטרא וצריך קנין על המחילה וכה"ג כתב בשו"ת הרא"ש הובא בלבוש יו"ד סימן קע"ז

סכ"ד וגם טעמו של רבינו ישעי' דמחילה ע"פ ל"מ בתפוס שטרא משום דלא אתי דברים שבע"פ ומרעי לשטרא דל"ל משום דכגבוי דמי דהא קי"ל שטר העומד לגבות לאו כגבוי ובלאה"נ דברי ב"ח צ"ע דהא לא נזכר בדברי רמב"ם וטוש"ע שטר כלל.

שם קונין מזה וכו' בנה"מ הביא מהמל"מ פי"א מהלכות מכירה דבכה"ג חייב אפילו נאנס בקיום התנאי ומבואר במל"מ שם שזה לא מחל אלא ע"מ שיתקיים כיון דבדידי' תליא מלתא עיי"ש ולע"ד דעת המבי"ט בסימן קצ"ה ובסימן רי"ח אינו כן שכתב בההטבות הנהוגות דמוכר בית לנאמן בלא תנאי רק מכירה חליטה וסומך על אמונתו ואח"כ כותב לו הלוקח מרצונו שמתחייב למכור לי הבית כשיחזור לו המעות דאף דכתב הרשב"א בהלוהו על שדהו וא"ל אם אי אתה מביא לי עד ג"ש הוא שלי אם מת אחד תוך ג"ש ולא הביא נחלט דלי ולא ליורשי אתה ולא יורשך משמע דוקא התם דתנאי מן המלוה לכן כל התנאי לטובתו משא"כ בההטבות הבטחון שבוטח המוכר על הלוקח הוא מצד המוכר כי הוא המדבר שהוא מאמין לקונה שיחזור להתחייב לו בתנאי זה עיי"ש ה"נ כיון דמדברים מתחלה שעושים כן רק לסלק האסמכתא ומאמין שכנגדו ימחול ע"ת זה א"כ דינו כאלו התנה המתחייב דלא התחייב אם נאנס ובלאה"נ הוה ספ"ד ואין להוציא מהמוחזק כע"ש ב"מ בא"ע סימן נו"ן ס"ו.

בשידוכים כתב בשו"ת מהר"ח א"ז סימן רמ"ב בראובן ששידך בנו לבת שמעון ונתן ערבון ביד שליש בק"ג מעכשיו בבד"ח שאם בנו לא יקדש לז"פ שיתן השליש הערבון לשמעון ומת ראובן תוך הזמן ובנו לא אבה לקדש לא זכה שמעון בערבון דהוה אונס דאי הוה חי הוה מפייס לבנו ועוד תנאי שלא נגמר מכל וכל בחיי האב ל"מ גבי יתמי כדאמר בב"ק דף ק"ד ע"ב דלמא מדאתית שכיב ר"א והתקבלתי דר"א לאו כלום ובגיטין דף נו"ן ע"א שטר היוצא על היתומים אף שכתב שבח א"ג אלמא אף דאב קיבל עליו לגבות מהעדיות ע"י דאי ל"מ גבי יתמי ומהר"ם פסק ג"כ דיתומים פטורים מטעם דאנוס עיי"ש מה שהביא מב"ק ל"נ כן מרש"י שפירש דבטל שלוחותי' כשמת ובלא"ה י"ל דכשמת כבר אין הממון שלו ול"מ קבלה שלו וכמ"ש כה"ג קצו"ח סימן פק"ח וא"כ כאן דהתנה במעכשיו כשהי' החפץ שלו ואין כאן שליחות חייב לולא משום דאנוס ומה שהביא מגיטין ג"כ אינו ראי' דתוס' ורא"ש ורמב"ן כתבו דתק"ח הוא ועוי"ל כיון דמדינא יתמי בזיבורית רק שהתנה א"ל יפרענו יגבה מעדיות כיון דמת הוא אנוס ונהי כשאינו פורע מחמת שאין לו מעות א"י לטעון אונס דע"ז התנה אבל מיתה לא עלתה ע"ד עיין ריש כתובות ב' ע"ב וק"ל דרבא פריך לאביי בגיטין שם דדיני' מדאורייתא בעדיות והא בנדרים דף כ"ז ס"ל לרבא דא"ל קיים תנאו מחמת אונס פטור ואפשר כיון דלאביי אפילו

הגיע ז"פ בחיי לוה ומת אינו גובה מעדיות ול"ה אונס ולכן הוצרכו ראשונים לדחוק דתק"ח הוא ולפ"ז אם התנו שלא יועיל טענת אונס זכה שמעון אך דא"כ בב"ק שם דאמר מה תקנתי' לימא דיכתוב לו התקבלתי מעכשיו ע"מ שתתן לפלוני המעות דבזה ל"ל דיתבטל השליחות או דהמעות אינו שלו כשמת כיון דנתקיים התנאי אח"כ הוי כקיבל בעצמו בחייו ודברי מהר"ח א"ז מוכרחים לכאורה.

לקנוס החוזר מעשה בא לפני בשידוך שכתבו זמן החופה ומחויבים לסלק הנדן קודם ליד שליש המרוצה לשניהן וכשעבר הזמן תבע אחד את חברו לעשות הנשואין ולא רצה וחברו צווח הרי הותנה רק עד ז"פ אני יכול להמתין וע"ת זה נתקשרנו ואחר המשך עוד זמן בא העובר לסלק הנדן ליד שליש ולא רצה חברו ליתן רק למי שיבחר הוא לבד ומחמת זה עשה שידוך אחר וזה שעבר הזמן כבר נתן קצת הנדן ליד חברו ליתנו לשליש ומעכבו זה מחמת שחברו עבר הזמן וחייב חנ"ק ונסתפקתי נהי דההחוזר חייב קנס וזה שעבר הזמן במזיד הוי כחוזר מ"מ מאן לימא לן שאם הי' מתרצה לעשות הנישואין בזמנו הי' חברו מסלק הנדן דהא בתנאי דקום ועשה צריך להביא ראי' שקיים עיין לקמן סימן רמ"א ס"י ובא"ע סימן קמ"ג ס"ב דבקו"ע חיישינן שלא תעשה ובמהרי"ט סימן א' כתב אם תלה נדרו במעשה לא חל עד שיעשה ולכן אם נאנס בשעת מעשה אינו נדר וא"כ ה"נ לא חל חיוב הקנס על עובר הזמן כ"ז שלא ראינו שסילק שכנגדו הנדן דשמא ל"ה מסלק אף אם הי' זה נתרצה לעשות החתונה והי' נפרד הקשר בלא גרמתו ושכיח טובא שצד אחד צווח לעשות החתונה ובבוא השני על החתונה אינו מסלק הנדן וא"כ א"א לקנוס רק אם התובע מביא כספו צרורה בידו לב"ד דאזי תו לא מחוסר ממונא ואין לחוש שמא אם הי' חברו מתרצה לא הי' מניח המעות חדא דב"ד ל"ה מחזירין לו ועוד דתו הוה בשוא"ת וראי' מפ"ד דשבועות ל"ב ע"ב דאמר שם משביע ע"א נגד לוה החשוד פטור דמי יימר דמשתבע מלוה אף דצווח אני רוצה לישבע והעד יודע דיכול לישבע מ"מ אפשר דל"ה נשבע ולא הפסידו כלום ועוד אפשר לא היו באין לעמק השוה על השליש ולהניח ביד ב"ד אף דהש"ך בסיע"ד כתב דבחוב חשוב פרעון הא בח"ר גיטין דע"ה כתב באשה שאמרה לאיש תן לי מנה ואתקדש לך ונשבע לתת לה ונתן לה בע"כ יצא ידי שבועתו דפרעון בע"כ הוי פרעון ואינה מקודשת דל"ח נתינה לזכות בע"כ ועיין תומים סימן ע"ד סק"ג דפרעון לב"ד הוי פרעון בע"כ.

שבייש בשו"ת מהר"ח א"ז סימן קנ"ב ז"ל וי"ל אם הקנס של אב או של בן דתרוייהו מתביישים והבן סמוך על שלחן אביו ומורי כתב דהוא של בן דאית לו צערא ובושה ובמידי דאית לו צער לא קפיד האב כדמסיק פרק החובל וכי קאמר תלמודא החובל בבני

אחרים קטנים יעשו להם סגולה משמע הכל אפילו דמי בושת ועוד נ"ל דלא קרא זה כלל רווחא דאתי מעלמא כמו מציאה או אחרים שחבלו בו דהכא ע"י ששיעבד עצמו לישא בתו ולהתחייב בשכו"ע בא לו וע"י ששיעבד א"ע בקנס אם יחזור בו נתחייב שכנגדו כשחזר בו ול"ה רויחא דאתי מעלמא אלא כעושה סחורה ומרויח בה שלום בר ברוך ולי נראה שצ"ע ולא עמדתי עדיין על ס"ד עכ"ל הנה מ"ש דמרויח בסחורה הוא של הבן לא ס"ל כן לבעה"ט ותוס' כמבואר לקמן סימן ע"ר ס"ב בהג"ה וש"ך ומ"ש דהבושת של הבן מבואר הכי לקמן סימן תכ"ד ס"ו ומה שסיים בצ"ע אפשר משום דשניהם מתביישים וגם בא ע"י עסק האב ששיעבד א"ע נמי בקנס.

קנין צריך כתב הש"ך דל"צ קנין מדכתבו פוסקים שהוא כדאי שיתחייב החוזר בו קנס לדמי הבושת וכמו אם אוביר אשלם במיטבא וכ"ה בהגמ"ר דב"מ בשם סמ"ג במלמד דאף שלא הקנה חייב בקנס וקצו"ח השיגו דמבייש בדברים פטור ובאם אוביר בשטר דיכול לחייב עצמו אף שאינו חייב ואפילו לא נכתב אם נהגו לכתוב ובמלמד מיירי בהתחיל במלאכה דה"ל קנין בשכיר את"ד מ"ש דמבייש בדברים פטור י"ל היינו כשלא נתחייב אבל נתחייב חייב בלא קנין כמ"ש מרדכי פרק הגוזל עצים סימן קט"ו דגרמא שפטור מדינא אם קיבל עליו לשלם חייב והובא במח"א הלכות שכירות סח"י ובמבייש שלא עשה בגופו מעשה גרמא הוא ומ"ש באם אוביר משום השטר מ"מ ע"ת ל"מ במיחייב בחנם כמו בערב לאחר מתן מעות דלעיל סימן קכ"ט ס"ד וס"ה ומ"ש דבמלמד מיירי דהתחיל במלאכה אין זה ענין להקנס רק לכופו לעשות המלאכה.

סעי י"ט בהג"ה ואם נדר כתב בשו"ת ר"י אבן מיגאש סימן קנ"ג באחד שקנו מידו בלשון מעכשיו שכל עת שינשא במדינת קרנובא בשנה זאת שיהא עליו חוב גמור ומלוה זקופה לשבוי פלונית יו"ד דינרין והוא מתחייב בהן לשבוי זאת חיוב גמור כחיוב שאר החובות המתחייבות והשיב אם הי' חיוב זה על דעת הנדרים וצדקות ודאי הי' מתחייב דבפיך זו צדקה ואף שתלה בתנאי כמ"ש אם נתן תתן את העם וכו' אבל הואיל והי' החיוב שנתחייב ע"ד החוב יצא בזה מדרך הצדקה וחזר להיות בדרך החוב וכיון שתלה בתנאי והוא אסמכת אף שהוא כבר הקדים למעלה בלשון מעכשיו הואיל ולא הזכירו במקום שאנו צריכין לו שהוא מקום חיוב הממון על עצמו מה שאמר למעלה לשון מעכשיו אינו מעלה ומוריד עכ"ל ויל"ד כיון שהי' קנין בלא"ה גילה דעתו שאינו סומך אדין נדר רק שיהא כשאר קנין כדלקמן סימן ר"נ סי"ז ובסמ"ע שם סק"נ וי"ל דשא"ה דחכז"ל תקנו לטובתו שיהיו דברי שכ"מ ככומ"ס שלא תטרוף דעתו וכיון דגילה דעתו שאינו סומך אתק"ח הוא כאומר א"א בתק"ח משא"כ בפיך זו צדקה מדאורייתא הוא.

לצדקה מעשה באחד שקיבל עליו לפרנס יתום ג"ש בעד מאה ז"ב ונתחייב בשטר שא"ל יחזיקנו כבנו יחזיר המאה ז"ב אפילו אחר שנה וזה אסמכתא דגזים ולכאורה קונס עצמו לצדקה כיון שהוא יתום ועני עיין יו"ד סימן רנ"ג ס"ה ורנ"ח ס"ה בהג"ה אלא דלע"ד דדוקא אם חייב עצמו בקנס לצדקה לאחר שאינו בע"ד דלא חטא לו דכונתו לנדר ואין בו אסמכת אבל לבע"ד אין כונתו לנדר רק משום שאינו מקיים דיבורו נגדו יתן לו קנס דאלת"ה בעשה מקח עם עני וא"ל אם אחזיר בי אכפיל לך ערבונך וכן כל קנסות באסמכת עם שכנגדו עני נימא כיון דאם אמר ליתן לו מתנה הוי נדר כדלקמן סימן רמ"ג ס"ב ובי"ד סימן רנ"ח סי"ב ה"נ לא יהא בו אסמכת ולא אישתמיט בשום פוסק כן ומ"ש סימן קפ"ה הביא הגהות צלעות הבית סי"ב שכתב באחד שפסק נדן לאחד שישא אחותו עני' יתומה וגם החתן עני דמפאת החתן אינו נדר דלגבי' אינו מתנה או צדקה רק כמו"מ מחמת שישא אחותו רק מחמת הכלה הוא נדר והקשה עליו המ"ש מתשובת מיימני שהביא קצו"ח סימן פ"א סק"ג ורס"ד סק"ד דמי שנדר מעות לחתנו עני שילמוד עם בנו דהיינו נינו דנעשה נדר הרי אף דבשכירות פסק לו הוי נדר ולע"ד ל"ד דהתם מחויב בלא"ה ללמוד עם בנו כמבואר שם מתנה הוא ונדר הוא ועדיין צ"ע לפי מה דיליף בקצו"ח בסימן רס"ד מהתשובות מיימני לענין פסק לשדכן עני יותר מכפי הראוי דהוי נמי נדר אף דהתחייב בתורת שכירות כיון דמדינא א"צ ליתן לו כ"כ הוי מתנה לעני וה"נ בנ"ד ובאמת משו"ת ר"י מיגאש סימן קנ"ג שהבאתי בסמוך מבואר דלא כקצו"ח דכמו דהתם הואיל והתחייב ע"ד החוב יצא בזה מדרך צדקה ה"נ בפסק לשדכן עני יותר מהראוי בשכר שדכנות אין כונתו משום נדר רק בחיוב שכירות וראיות קצו"ח יש לדחות דשא"ה דאינו נאמן לומר להשטות כיונתי לסתור דברי פיו משום דאינו מוכח מפיו דלאו לנדר כונתו דאולי לצדקה נתכוין ומה דתלה בלימוד עם בנו דאזי הנון לצדקה יותר ועץ חיים למחזיקים בה וכיון דאמירה לעני אלים כמסירה להדיוט א"נ לומר להשנות כיונתי היכא דל"ל אנן סהדי על דברי לבו ועמ"ש בסימן פ"א משא"כ בשדכן חזינן דלא נתכוין לצדקה מדתלה השכירות בפעולת שדכנות וכן בנ"ד ובנתיבות סימן פ"א סק"ב כתב דבהי' מעבורת לפניו או חליצה מוטעת אין לחלק בין עשיר לעני מדסתמו הפוסקים משום שהי' מוכרח לדבר הוי כנדרי אונסין משא"כ באמר לחתנו שילמוד עם בנו שאמר כך בלא הכרח נראה בסברא שודאי הבטיח לו בכונה ונתחייב לו משום נדר וחולק על קצו"ח דבסימן רס"ד דגם בשדכן הוי כמוכרח וה"נ בנ"ד דהי' נחוץ למעות והוכרח להסמיך את חברו.

ש"ך ס"ק כ"ז דלא החמירו בת"כ אלא כשנותן ת"כ לאדם לעשות לו דבר לאותו אדם עצמו ובשו"ת גוא"י חיו"ד סימן ק"כ הביא לשון מהרי"ו דאין להחמיר להצריך התרה ממאה רבנן אבל שבועה הוא.

סימן רח

שהוסיף בשו"ת ר"י אבן מיגא"ש סימן קכ"ח כתב ז"ל מי שלקח מחברו סחורה בהמתנה והוסיף עליו בדמי' לסיבת ההמתנה אם היתה הסחורה בעינה קיימת ורצה בעלה לחזור ולקחתה יש לו לחזור וליקח אותה שי"ל שאינו רוצה למוכרה בפחות ודוקא אם אותו תוס' יותר משתות שבטל בו המקח אבל אם הי' שתות או פחות כמו שאינו בטל אם בא לו מטענת אונאה כן מצד רבית יתקיים המקח ויפרע כדי שוויו כיון שהוא רבית ל"מ מחילה אף בפחות משתות ואם הסחורה אינה בעין אפילו הוסיף ביותר משתות אין לו כי אם דמי' דלא יהא אלא שעבר ומכר נכסי חברו ודאי לא הי' מתחייב כי אם כמה ששוים וכן אם טוען מוכר תן לי מה שקבלת בה אינה טענה לפי שאם קיבל בה יותר על שווי' השתדלותו וחריצותו היו סיבה בזה ואין לנו לחייב אותו שיתן לו מה שבא לו ריווח לפי שאינו משרתו עכת"ד.

סימן רט

ויש להם אונאה כתב הש"ך אפילו אותו דבר אין שער שלו ידוע דלא כב"י נשאלתי אם איסור אונאת דוקא בדבר שיש שער קצוב שכל בעלי חנויות מוכרין בשוה אבל כשכל חנוני מוכר כפי מה שיכול להוציא מן הקונה אם מותר למכור ביוקר בדבר שיכול הקונה לקנות דבר זה אצל אחר בזול ואלו ידע לא הי' קונה אצלו ביוקר והשבתי הדבר מבואר בש"ך כאן ונ"ל ראי' לדבריו ממ"ש הה"מ פ"ח ממלוה ה"א דדעת הרמב"ם דאסור למכור בהקפה ביוקר בשביל המתנת מעות אפילו בדבר שאין לו שער קצוב דלא כרשב"א ובקרקע מותר לפי שאין לומר שיהא כיוצא בו נמכר בשוק ויתא הרבית ניכר ועוד שאין אונאה לקרקעות וכל שהוא דרך מו"מ כ"ז שאינו נראה כרבית מותר עכ"ל א"כ דון מינה דבמטלטלין גם באין לו שער קצוב שוה אצל כל המוכרים אונאת יש בו דאל"כ למה אסור למכור ביוקר בהקפה וגם לטעם הראשון דקרקע אין כיוצא נמכר בשוק ואין הרבית ניכר ועדיף ממטלטלין שאין להם שער קצוב ולמה הוצרך בגמרא פרק הזהב למעט קרקעות מאונאת מדכתיב מיד עמיתך דבר הניקח מיד ליד תיפוק לו דאין כיוצא

נמכר בשוק ולית בו שער ידוע עכצ"ל דבאונאה אין לחלק דכל שיודע דאפשר ליקחנו אצל אחר בפחות מאנהו ואסור.

בבא"ג תירץ קושית ב"י וז"ל שהחלב וגיזה א"א לעמוד עליהם לא במדה ולא במשקל הוא מוכר אכסרה דאין בהם אונאה כדלקמן סימן רכ"ז סי"ו עיי"ש בהג"ה עכ"ל ותמוה דרמב"ם ומחבר שם ס"ל דגם באכסרה יש אונאה ואפשר דהתם שאני דאפשר לשער באומד ע"ה סמכו על האומדן דעת וטעו ולא מחלו אבל בעיזי חולבת דא"א לשער באומד לכך נחתי ליאנות או להונות ומחלו אהדדי וכמו ביודע שיש בו אונאה ובערמה ג"כ טועה באומד ועיין מח"א בדיני אונאה סכ"ד השיג על הב"י והביא מתשובת הרא"ש כי"ג ס"כ דדבר המשתנה לעי הזמן אין בו אונאה דלהכי נחית כפי מה שיגרם מזלו להבא וע"כ ל"ש אונאה בחכירות גאבעלי.

סעי' ב' ב' שהחליפו בש"ך סק"ג ובה"ג פסק מהרשד"ם סימן קכ"ג באחד שמכר ספינה שנטבע והמעיין שם יראה להיפך דשם נשמע דהסחורה רובה או כולה הוציאו מן הים והתנו בין שיבאו כולו א"ל ואח"כ נתברר שקודם המכירה נאבד כולו ופסק מהרשד"ם דהוי מקח טעות דאדעתא שהי' המקח במציאות עבדין ולא קנה רק אחריות דלהבא עיי"ש משמע אם בפירש התנו גם על האחריות שלעבר מהני ועיין נתיבות סימן רנ"ט דאבדה שאינה במקום המשתמר ל"מ בה מכירם דחשוב דבר שאינו ברשותו וברמב"ם פכ"ב ממכירה דין ט' ובש"ע סימן רי"א ס"ז שזה כמי שאבד שאינו ברשותו וא"כ אם מכר לו מה שנטבע אם תמצא לא מהני המכירה ממילא אף דסבר וקיבל גם אם לא תמצא ל"מ דלא קבל עליו לוקח רק מחמת דסבור שיועיל המכירה לכשתמצא רק בנידון רשד"ם מה שנטבע לא הי' אפשר שתמצא ע"כ אם הי' מקבל אחריות שעבר הי' מועיל.

סעי' ד' יכול להתחייב במשפט שלום הביא משו"ת תשב"ץ סימן רפ"א ראובן עשה חליפין עם שמעון ומשך ראובן הסחורה וראובן לא הי' לו עדיין הסחורה וא"ל המתן עד שתבא הספינה ונפטר ראובן ונמצא בפנקסו שהוא חייב לשמעון כו"כ סחורה והשיב אף דאא"מ דשלב"ל כאן חייבים היורשים לתתה דהאומר לחברו חייב אני לך מנה בשטר חייב עיי"ש ובשו"ת גוא"י חחו"מ סימן יו"ד למד מזה ללוה שהבטיח למלוה אחר ההלואה ליתן לו מחצית שכר ומת ונמצא כתוב בפנקסו שחייב למלוה כו"כ ואומר המלוה דלפי חשבון עם החצי ריוח שנתפשרו ליתן לו כו"כ בחדש עולה סך זה אף דא"צ ליתן הריוח כמ"ש הש"ך יו"ד סימן קע"ז ס"ק מ"א מ"מ כאן דכתב בפנקסו בלשון חיוב א"י לחזור את"ד וכבר כתבתי בסימן סמ"ך דתשב"ץ לא כ"כ רק לרמב"ם דבאומר חייב אני לך מנה בשטר חייב אבל לפי מה דקי"ל דצריך קנין או שטר ה"נ לא מתחייב כיון

שלא מסר שטר ליד מקבל ואין להוציא מיורשים ועתה נראה דגם לרמב"ם ליכא חיוב לפמ"ש בנתיבות סימן מ"ם סק"א בשם הר"ן דאם כתב לו בשטר חייב אני לך מנה ומסרו לו בפני עדים לא אמרינן דנתחייב חיוב חדש רק אם גילה בפירוש דלאו הודאה הוא אבל בסתמא אמרינן דהודאת הוא וא"כ ה"נ תלינן דהודאת הוא וכיון דשמעון מודה דהוי דשלב"ל חזינן דהודאה בטעות הוא דטעה ראובן וסבר כיון דמשך שמעון חליפיו שוב אינו בחזרת וחייב ועש"ך סימן מ"ם סק"א ונתיבות סימן ר"ז סט"ו דכ"כ לענין דשלב"ל וכן בנידון הגוא"י תלינן בהודאה מחמת דטעה דסבר דמתחייב ליתן רווחים שירוויח מחמת שנתפשרו שישאר אצלו על עסקא והרי מלוה מודה דלא הי' ביניהם רק דברים בע"פ אך כבר כתבתי בסימן סמ"ך דבחליפי שוה בשוה כיון שמשך אחד נתחייב חברו אפילו דשלב"ל.

סעי' ה' בהג"ה אם טרח כ"כ תה"ד סימן ש"כ משום דהבטיחו ליתן לו וא"ל הי' נותנו הי' מחוסר אמנה ודאי טרח וקנה דליקו בהימנותי' ויליף לה מפ"ק דב"מ דט"ו ע"ב גבי חזר ולקחה מנגזל והנה באס"ז שם בד"ה תהא במאמינו כתב דתמוה דבמאי קנה לה לוקח מגזלן וכתב רשב"א דעשו שאינו זוכה כזוכה ושיטת הר"ן דהנאה שהחזיקו לנאמן וסומך עליו חשובה בעיניו ומקנה אותה לו בה כקיבל דמים וכ"כ ריטב"א וריצב"ש לחד תירוצא דהנאה זו שוה כסף ולחד תירוצא כתבו דנגזל לדעת כן מוכרה ומקנה ללוקח ואפילו למ"ד בב"ק דף ק"ב מי הודיעו לבעל חטים הכא מודה שכבר הוא יודע שזה מכרה והאמינו הלוקח וכמי שהודיעו גזלן שלצורך לוקח חוזר ולוקחה דמי וכ"כ הרא"ש שם דטרח לעמוד בנאמנותו וקנה השדה מהנגזל בשליחות הלוקח תוכה לו וכ"כ רמב"ן שם ונ"מ דלטעם דבשליחותי' נורח וקנה אף דלא עשה עם לוקח ראשון רק קנין כסף דאפילו הי' ברשותו סגי במש"פ עתה דקנה בשבילו ומשכו הוי כעשה לוקח א' המשיכה אבל לטעם רשב"א ור"ן גם עתה ליכא רק מש"פ ויכול המוחזק לומר קי"ל ואנן דלא קי"ל כבני מערבא דס"ל מי הודיעו כמ"ש רא"ש שם בב"ק וש"פ ה"נ גם לטעם דשליחותי' עביד לוקח א"צ שידע המוכר.

ובמשפט שלום הביא משו"ת תשואות חן דחולק על הג"ה זאת ועיינתי שם ותורף קושייתו מב"מ ט"ו ע"ב דא"ר שדה זו שאני לוקח כשאקחנה קנוי' לך קנה ואמר רבא דאליבא דר"מ אמרה רב דס"ל אדם מקנה דשלב"ל והא רב גופא ס"ל דחזר גזלן ולקחה מבעלים ראשונים דקנה לוקח ומזה מוכח כמ"ש הראשונים דדוקא בלא הכיר בה הלוקח דגזולה בידו וא"כ למה סתם רמ"א ולא פירש דה"נ דוקא כשלא ידע לוקח דמכר לו דבר שאינו שלו עיי"ש ויותר ה"ל להקשות דלקמן בסימן דש"ע ס"ה כתב הרמ"א עצמו

דבהכיר בה לא קנה ולע"ד שא"ה דמכר לו מה שכבר גזל וישנו ת"י ומשתמש בו וכח זה מכר לאחר ולא הבטיחו לקנותו מהנגזל ולכן בהכיר בה ל"ש דליקו בהימנותי' אבל כאן מכר לו דבר שלא בא לידו עדיין ע"כ הכונה שישתדל ליתנה לו רק דמ"מ י"ל בשלמא לא הכיר בה סמכה דעת לוקח משא"כ בהכיר דאימר לא יוכל לקנותה אלא דהתה"ד מסברא מדמה להו כיון דהבטיחו להשתדל לו וליתנה לידו יש בו משום מחוסר אמנה וסמך דעתו שישתדל ויטרח לקנותו בשבילו ודאי אדעתא דהכי טרח וקנה אלא לרב דס"ל בב"מ דף מ"ט דברים אין בהם משום מחוסר אמנה ליתא להאי סברא ושפיר אמר רבא דרב ע"כ לר"מ אמרה ואנן קי"ל לעיל סימן ד"ר דדברים יש בהן משום מחוסר אמנה ע"כ ה"נ אף דליכא קנין מחמת דאינו ברשותו יש בו משום מחוסר אמנה ופוסקים וש"ע לקמן סימן רי"א דפסקו בשדה זו לשאקחנה קנוי' לך לא קנה י"ל דנ"מ היכא דל"ש דליקו בהימנותי' וכמ"ש בסימן דש"ע ובאמת ציין רמ"א בסימן רי"א ס"א וע"ל סימן ר"ט ס"ה וכונתו למ"ש.

ומה שכתב עוד שו"ת הנ"ל דהר"פ וריטב"א ורמ"ך תירצו למה אמר דרב אליבא דר"מ ולא משום דטרח וקנה דליקו בהימנותי' משום דהשדה כבר ביד הגזלן סמכה דעת לוקח יותר דבקל ימכרנו לו הנגזל כיון שאינה בידו וא"כ לא ס"ל כתה"ד ולפמ"ש א"ש דלרב דלא ס"ל דיש בדברים משום מחוסר אמנה צריך סמיכת דעת לוקח מחמת שהוא בידו ומחמת זה ניחא לגזלן דליקו בהימנותי' יותר כיון דלוקח סמיך דעתו דקני עדיף מדברים.

צריך לקיים מקחו ראובן הפקיד ביד שמעון מטלטלין ומכרן ללוי וכשנודע לראובן לא נתרצה על המכירה אח"כ קנה שמעון המטלטלין מהמפקיד כתב בשו"ת רשב"ץ בחוט המשולש למהר"ש צרור בטור השני סכ"ב דא"א בשעת המכירה שלא הגביה שמעון הסחורה ושלח בו ידו ונעשה עלי' גזלן והוי כגזל מראובן ומכרה לשמעון ואח"כ נודע דגזולה בידו וחזר הגזלן ולקחה מנגזל נתקיים המכר ביד הלוקח מהגזלן שמפני זה טרח הגזלן לקנות דליקו בהימנותי' עכ"ל ד"ג כלל כ"ד סי"ג ותמוה דמבואר כאן דמוכר דבר שא"ב אם טרח וקנה צריך לקיים מקחו גם כשלא גזלו ואף למ"ד בב"מ דט"ז משום דלא ליקריי' גזלנא היינו דלוקח יקרא למוכר גזלן על שלקח מעותיו כדמוכח שם דאמר א"ב מתנה.

סעי' ו' חייב לקנות הנה אם חייב עצמו בקנין להעמיד לז"פ ולא העמיד והוזל או הוקר אח"כ נ"ל ללמוד מרא"ש ר"פ הנושא וא"ע סימן קי"ד דפוסק לזון בת אשתו חמש שנים הראשונים ולא זנה בהם והוזלו מזונות אם הוא עיכב צריך לפרוע כזמן היוקר ואם הבת עיכבה נותן רק כזמן הזול ואם הוקרו אפילו עיכב הוא נותן כזמן הזול ועיי"ש ב"ש ואב"מ

וצ"ע משו"ת רא"ש כלל ק"ח ס"ל ז"ל ראובן נתן לשמעון מדות של חטה לתת לו בהן קמח ונתן לו החטה עם המעות כמו שהי' מנהג בעיר להחליף חטה בקמח והתנו ביניהן לתת לו הקמח חצי מדה בכל שבוע ונתן לו שתי מדות ולא רצה לתת יותר ועבר עליו חודש אחד שלא נתן והשער עומד בעיניו ואחר החדש נתייקר מפני שיבש הנהר ותובע ראובן הקמח תשובה יובש הנהר מכת מדינת ואינו חייב לתת לו עתה קמח רק חטה ומעות שקיבל ממנו אבל קמח שנתחייב לו בעוד שהשער עמד בעין חייב ליתן לו ואין כאן משום לוה סאה בסאה כי דרך מקח הי' ולא דרך הלואה ועוד מי שמוכר קמח מצוי אצלו עכ"ל וקשה מ"ש מחויב מזונות כיון דלא רצה ליתן לו הקמח בזמן שתתנו הוי כגוזל דמשלם רק כשעת הגזלה אף דהעיכוב מהמתחייב ועיין בשער דעה סימן קס"ב סס"א דכתב דהרא"ש מיירי בשער שנהגו להוסיף מעות לחטים בעד קמח אבל שער חטים לא יצא ונתייקרו החטים דחייב ליתן לו ולפי דבריו י"ל דכונת הרא"ש דחייב לתת דמי הקמח שהי' שוה בעת שלא רצה ליתן אבל לא משמע כלל כן רק משמע דצריך עתה לתת קמח או דמי כשער של עכשיו אף שלא נתייקר עד עכשיו וגם דברי השער דעה אינו מובן דאם מיירי בנתייקרו חטים מ"ל אם יתן חטים או קמח ועכצ"ל דרק קמח נתייקר מחמת יובש הנהר וא"א לטחון ברחיים של מים.

גם צ"ע מריב"ש סימן שצ"ו הובא בקצרה בב"י יו"ד ס"ס קס"ב על ראובן שלוה משמעון כור חטים והי' ללוה חטים בשעת הלואה בביתו וא"ל כשישובו לביתם ישלם לו ואח"כ לא רצה ליתן לו החטים מחמת שטען שיש לו יו"ד דינרין אצל העלות ואח"כ הוקרו החטים ופסק דצריך לשלם לו כשעת היוקר עיי"ש בארוכה ולפי הירושלמי והרא"ש בר"פ הנושא ה"נ הל"ל כיון דהזמן הי' בשובם לביתו ולא רצה ליתן ישלם כפי שהי' שוה אז כשעת הגזלה דה"נ הוי כגזלו כשלא רצה לשלם וכמו במזונות כשלא רצה לזון ול"ל דהכא עדיין החטים בעין דגם בגזלה בעינא צריך להחזירה כשנתייקרה דהא המלוה לא קנה החטים שהי' ללוה דרק חיוב על הלוה ליתן מאיזה מקום שירצה והם באחריותו וכמו במזונות דרק חיוב עליו ליתן מאכל ומשקה בחמש שנים ראשונים ואינו מחויב דמים רק מזונות כמ"ש בחמ"ח סימן קי"ד ול"ל דשאני מזונות דאם הי' נותן בשעתו הי' נאכל א"כ לא הפסידה רק כשעת הזול משא"כ בנידון דשו"ת רא"ש וריב"ש אם הי' נותן לו הקמח והחטים אפשר הי' נשאר בעין עד היוקר דהא להטעם שכתב הרא"ש דמשלם כשעת הגזלה לא יתכן זה דגם בגזלה יאמר הנגזל שהי' עומד אצלו בעין ולולא דברי הרא"ש בפסקיו הי' אפשר לחלק מגזלה לנידון דתשובת רא"ש וריב"ש דגזלה הי' בעין ועתה איננו ע"כ משלם כשעת הגזלה אבל כאן החיוב לא נשתנה ורמי על גופו וככחו אז

כחו עתה אבל הרא"ש בפסקיו מדעה חיוב מזונות לגזלה אף דרק חיוב על גופו ונימא דמחויב לזון וכשנתייקר עתה יתן תן או דמיהן.

אמנם מצאתי בתו"ג פרק מי שאחזו דף ע"ד ע"ב דעוסק לזון בת אשתו עיקר החיוב הוא בדמים כפי השווי דהדין דנותן לו דמי מזונות בדוקא כפי השומא והוא יקנה לעצמו כמו שירצה כמ"ש בחו"מ סימן סמך עיי"ש ואף דהחמ"ח כתב דאינו מחויב בדמים רק מזונת היינו אם אין לה מזונות ממקום אחר אבל כשיש לה מזונת צריך ליתן לה דמים כמבואר שם ועוד דגם אם לית לה מזונות ה"ד די"ל אתן לך מזונות על שלחני אבל אם רוצה לשלם דמים רשאי וכבר חלק בנה"מ בסימן סמ"ך על הב"ש וחמ"ח שם וס"ל דגם בבת אשתו שאין לה מזונות ממק"א אם תרצה הבת מחויב ליתן לה דמים דלשון לזונה משמע דמים ותזון א"ע כרצונה ולפ"ז אם הבעל רוצה ליתן דמים ודאי רשאי ולא מצאתי מפורש באם הבת רוצה מזונות והוא דמים איך הדין ובאמת נראה מה דצריך ליתן דמים אינו מצד החיוב בדמים רק משום דכופין על מדת סדום עיין ב"מ סימן קי"ד ואם נחליט דבמזונות החיוב רק בדמים עדיין צריך תבלין לחלק ונראה דבגזלה כשישנו בעין אם נתייקר הא ברשות נגזל נתייקר אלא כשאינו בעין דהחיוב על הגזלן מחמת שנתחייב באחריות בעת שגזל ואז לא נתחייב אם יאבד רק בדמיו ולא נתחייב ליתן חפץ כזה ע"כ משלם רק כפי הדמים שהיה שוה כשעת הגזלה כיון דליתא הגזלה ליכא עליו רק חיוב דמים וכן במזונות עיקר החיוב דמים ע"כ כשנתייקר אחר החמש שנים אף שהעיכוב היה מהבעל א"צ רק לשלם דמי הזול דלא נתחייב רק דמים כמו בגזלה שנאבד דא"צ לשלם כפי מה ששוה חפץ כזה בעת השבה רק כשעה שגזל ונתחייב באחריותו כן במזונות א"ל לפרוע כשומת שעת פרעון רק כשעת החיוב דהיינו בחמש השנים שהיה חייב לזונה אבל לוה חטים או נתחייב להעמיד קמח דמחויב גוף הקמח ואינו מיוחד לומר קמח זה היה של הלוקח וזה גזלו ונאבד או נאכל רק החיוב על גופו ליתן סך קמח בזמן פלוני ואף דלא רצה ליתן אז ונתייקר מ"מ חיוב זה ישנו בעין שגזל דגם עתם החיוב רמי על גופו קמח דוקא א"כ נתייקר ברשות לוקח ואם מכר לו דבר מסוים בעין ולא רצה ליתנו לו ומחל י"ל הש"ל ועיין במשפט שלום סימן ריט סי"ז.

הפוסק עם חברו על שלשה שנים ליתן לו בכל שנה כו"כ מדות יי"ש ואח"כ נתחדש מס גדול לשלם מכל מדה יי"ש יש ללמוד מתשובת הרא"ש כלל ק"ח ס"ל הנ"ל דיכול המתחייב לחזור בו דזה הוה נמי מכת מדינה ואינו דומה ליוקרא וזולא דשכיח טובא ואדעתא דהכי נחתו ולא עלתה על דעתם יותר מזה.

חייב לקנות וליתן בפמ"א כתב דאם עשו התחייבות באופן המועיל ולא נתן לו מעות ונתייקר או הוזל עד כדי אונאה יכולין לחזור דבשלמא אם נתן לו המעות של הפירות חשבינן כאלו קנה מיד כל הסחורה כנגד המעות ונתייקר ברשות לוקח וכן אם החל אבל א"ל נתן המעות הוי רק כאלו קנה באותו שעה שבאו לרשותו ואז יש אונאה את"ד אמנם במח"א הלכות מכירה דיני אונאה סכ"ד כתב בהך שתעלה מצודתי מכור לך דקי"ל שאם היה עני ממכרו קיים ומשמע דאין בו אונאה הוא מטעם שכתב הרא"ש כלל י"ג ס"כ דל"ש אונאה אלא בחפץ שדמיו ידועים ונתאנה בשומת החפץ אבל בחכירות היינו גאבעלי ל"ש אונאה דמשתנה לפי הזמן פעמים שוחטים הרבה עיי"ש וממילא גם בפוסק על פירות שיתן לו אחר זמן ליכא אונאה כיון דנשתנה לפי הזמן רק אם נתאנה בשעה שפסק דאזי ידוע השער ול"ש לומר מזלו גרם וודאי אלו ידע הפמ"א מתשובת רא"ש זה לא כ"כ ועיין בהנהגות הוראות או"ה ביו"ד סימן רמ"ב סק"ח.

סעי' ז' פקדון ביד אחר במשפט שלו' נסתפק במי שקנה מחברו חפץ ונולד סכסוכים ביניהם ויצא הד"ת שאחר שישבע לוקח יהא החפץ שלו ומכר לוקח החפץ טרם נשבע אי מהני המכירה עיי"ש ולע"ד יש ללמוד ממ"ש הש"ך לעיל סימן ס"ו סט"ו ס"ק נ"ה דמהני מכירה כה"ג מדגובה לוקח אחר שישבע מוכר ולא יכול מוכר לחזור גם יורשים א"י לומר ללוקח לאו בע"ד דידן את אף דנמכר לו אחר שלא היה יכול לגבות בלא שבועה.

סימן ריב

אלא דבר שי"ב ממש מעשה בא לפני בראובן ששכר ראנדיא מקיריה בהרבה מקומות אח"כ נשתתף עם שמעון ועשו כתב שותפות על משך זמן ששכר ונכתב בהכתב ששמעון יש לו חלק ומחויב ליתן שכירות ובתוך הזמן חלקו המקומות ונתפשרו שיחזיק שמעון מקום אחד לבד באיזה סך שכירות וכתבו וחתמו ע"ז והחזיק שמעון חלקו שנה ואח"כ חזר בו אלהבא נלע"ד דהדין עם שמעון דראנדיא רק רשות ששום אדם לא ימזוג זולתו והוא דבר שאין בו ממש ולאו בר קנין הוא אלא דבשו"ת רש"ל סל"ו כתב דמדד"מ מועיל וכתב נוב"ת חא"ח סכינו דד"מ רק שיועיל הקנין להשוכרים ממלך או השר אבל לא מצינו שיוכלו להשכיר לאחרים ועיין נה"מ סימן ר"א כתב ג"כ דבשכירות אוראנדיא ל"מ שטר רק מדד"מ ועיין עוד נתיבות סימן ס"ו סקי"א דשטר שכירות אורנדיא שהוא חוב על השר לקיים מהני כומ"ס וא"כ כאן דל"ה כומ"ס יכולין לחזור וליכא קנין בתחלת השותפות ובחלוקה ועוד כיון דנכתב בשטר השכירות הנעשה בין השוכרים

ובין הקיר"ה דאין רשות להשוכרים להשכיר לאחרים א"כ עברו ע"ד המשכיר ובטל השכירות ואין הראנדיא שלהם וכמבואר כה"ג ברשב"ם פי"נ ריש דף קל"ד.

וחד מהמורים חלק עלי כיון שנכתב בשטר ששמעון מחויב ליתן שכר ראנדיא כו"כ חל עליו החיוב שנית דשותפות גם בדשלב"ל מועיל ועוד כיון שערבו פירותיהן חל השותפות כמבואר בסימן קע"ו וגם כיון שהחזיק ראובן בחלקו וזכה דשכירתו מקיר"ה מועיל מדד"מ ממילא גם שמעון זכה בחלקו כשותפין שחלקו קרקע כיון שהחזיק אחד גם השני א"י לחזור וכל דבריו אין בו ממש מה שטען מכח החיוב י"ל דודאי מחמת דסברי דהשכירות קיים כתבו דמחויב ליתן שכירות אבל כיון דלדינא שכירות אין כאן חיוב אין כאן וכה"ג כתב מהרשד"ם סימן רפ"ח הובא במשפט שלום סימן ר"ט ס"ד ועיין לעיל סימן ר"ג ס"ג בהג"ה הואיל ולא קנה זה המעות ל"ק זה המטלטלין אעפ"י שמשכן.

ועוד הגע עצמך מי שקנה פירות דקל שלב"ל ונתן לוקח שט"ח שחייב למוכר דמים כו"כ בעד הפירות שקנה לדברי החולק כיון שנתחייב אינו בחזרה וכי עדיף מנתן מעות מזומן ליד המוכר דשניהן יכולין לחזור וצריך המוכר להחזיר לו מעותיו ואנה השכל יגזור כן ול"ד לחייב א"ע בחנם דלעיל סימן מ"ם דכאן בעד השכירות הראנדיא חייב א"ע וכיון דחוזר מגוף השכירות ממילא אינו חייב ועוד איך יתכן דמשכיר יוכל לחזור ולא שוכר ועיין טו"ז יו"ד סימן רל"א סק"ג בשם רש"ל דכיון שחיוב הבעל לא חל גם חיובה בטל דלא נתחייבה רק אם גם הבעל לא יוכל לחזור וכן בביטל מקח ביותר משתות קי"ל כיון דמתאנה יכול לחזור גם מאנה יכול לחזור כדלקמן סימן רכ"ז ס"ד בהג"ה ואף דכתב שם דבנתרצה המתאנה פ"א שוב א"י לחזור גם המאנה שא"ה כיון דנודע לו מאונאה ונתרצה נתקיים המקח לחלוטין ואינו בחזרה משום צד ואמרינן איגלאי למפרע דנתקיים מקח זה וכאלו לא נתאנה אבל כאן אף דראובן אינו חוזר עכשיו עדיין יכול לחזור כל שמה ולא נתחדש שום ידיעה וחיזוק מאשר היה מעיקרא ואף להמחבר שם דמאנה אינו יכול לחזור אם זה אינו תובע אונאתו ה"ט די"ל לו א"ל דאוניתני ל"ה יכלת לחזור ואין חוטא נשכר וכן מבואר לעיל סימן ק"ץ ס"י בעייל ונפיק אזוזי דכיון דהמוכר יכול לחזור גם לוקח יכול לחזור דאין מקח לחצאין וכ"כ תוס' פרק איזהו נשך דף ס"ו בתוס' ד"ה ומניומי בסה"ד וז"ל דהכא קני משום דתפיס מלוה ולעיל בפרק הזהב דלא קני מוכר הערבון אע"ג דתפיס משום דלא קני לוקח כפלים עכ"ל ואף דלעיל סימן ר"ז הובא שתי דעות ולרמב"ם לוקח א"י לחזור כבר כתבתי שם טעם לחלק ועוד דמ"מ י"ל קי"ל כר"ת וש"פ דכל היכא דאחד יכול לחזור גם השני חוזר וכ"כ שעמ"ש סימן רט"ז כיון דמוכר יכול לחזור מליתן דקלים משום דהוי דשלב"ל גם לוקח יכול לחזור דאינו בדין דאחד

יוכל לחזור ושני לא עיי"ש ול"ד למחייב עצמו בדשלב"ל דמהני לעיל סימן סמ"ך דהתם כיון דחייב גופו דאיתא בעולם הוי כמוכר דבר שב"ל אבל כאן ראובן מכר דשלב"ל ואין בו ממש ושמעון חייב עצמו שכירות בעד זה וכיון דהקנין לא חל ממילא גם החיוב בטל ועיין נתיבות סימן ר"ד בקנה מטלטלין ולא משך ונתן שט"ח על המעות דיכול לחזור ועש"ך סימן ל"ט ותומים שם ס"ק כ"ז ועיין נט"ש סל"ד ומ"ש לעיל סימן ס"ו סל"ב בהג"ה וי"ל דהך דנט"ש שאני דהודה שכבר קיבל הסחורה וגם תנאי שאני.

וראיתי ברשב"א פרק כל הגט דף למ"ד אהא דמלוה מעות לכהן דבפירות דקל אף דנתן מעות שניהן יכולין לחזור וצריך מוכר להחזיר המעות ודוקא במוכר פירות דבעי למשקל מרשותי' דמוכר דאיכא למימר דלוקח מצי הדר משום דאכתי רשותי' דבעל הדקל איתא על הפירות אבל במלות מעות לכהן דלית לו למשקל מידי מרשותי' דכהן בלא דעתו דכהן מזכה לו ע"י מאן דבעי והדר שקיל מיני' לא חשבינן כאלו רשותי דכהן עלייהו להכי דנימא בהו דשלב"ל דהא מכי יהיב לו ישראל הנהו דמי לית לו מידי גבי כהן דלימא לו הדרנא בי דאכתי לא זכית לי האי זבינא עכ"ל ולפ"ז יש לצדד בדבר שאין בו ממש ובנ"ד דל"צ למשוך שום דבר מרשות מוכר כיון שנתן מעות לא יוכל לחזור אך ה"נ דראובן זכה באוראנדיא מדד"מ והוא על שמו ושמעון צריך לבא בכח והורמנא דראובן כיון שאין קנין נתפס בו לא זכה מיד ראובן משא"כ התם לא בא ולא יבא ליד כהן ועוד דרשב"א לא כ"כ רק לרש"י אבל לפירושו אינו מוכרח לחלק בזה עיי"ש.

ויש לעיין בירושלמי בגיטין פרק מי שאחזו היו חד ב"נ אקדים פריטי לאלפא ונגב נהרא אתי עובדא קומי רנב"י הא אלפא אייתי נהרא ולפ"ז בקונה דשלב"ל ונתן מעות וחוזר יאמר המוכר הא הסחורה והלא אנוס הוא מחמת חזרת לוקח וי"ל שא"ה דלולא דנגב נהרא שניהן א"י לחזור חכה במעות ואונס רחמנא פטרו

וטעם שני שאמר דשותפות שאני אדרבה ראי' לדברי מסימן קע"ו ס"ג דדעת המחבר דחייטין שעשו שותפות ל"מ קנין וא"כ י"ל קי"ל ועוד דטעם החולקין ברמ"א שם דאגב דצייתי אהדדי ובעי לקנות גומר ומקנה וה"ד התם דשניהם שוים לקנוס דשלב"ל עתה אבל כאן ראובן כבר זכה ובא להקנות לשמעון לבד ול"ל איידי דבעי שלא יהא שמעון יכול לחזור גם הוא גמר ומקנה דא"כ בכל מוכר דשלב"ל כולא או פלגא נימא כן וגם ערבו פירותיהן ל"ש הכא דבשלמא בשאר שותפים דכחם שוה מכיון שמערבין פירותיהן או עשו קנין חל הקנין על הפירות והם בשותפות ומה שירויחו בפירות הללו משותף ביניהן אבל אין מבוא מצד עירוב המעות או פירות שיוכלו להקנות זל"ז דבר שאין קנין חל עליו כמו הכא דראובן זכה באוראנדיא מדד"מ וכי עדיף ערבו מעותיהן או המשקאות מאם

נתן שמעון לראובן מעות לידו וקבלו בקאג"ס ואפילו ת"ל דהשותפות קיים מ"מ אין שום קיום להחלוקה דאיך יזכה שמעון בראנדיא אחת כיון דאין קנין נתפס בו ול"ד להחזיק אחד בחלקו דגם שם א"י לחזור כמבואר סימן קנ"ז ס"ב דכיון דהחזיק אחד ממילא זכה שני מכח חליפין גם ל"ש חזרה כיון דאחד זכה בחלקו אבל כאן דאין קנין נתפס לשמעון משום דאין באוראנדיא ממש לא שייך קנין חליפין דל"ה קרקע בקרקע וגם במה יתחייב שמעון לשלם שכר אוראנדיא מחמת דזכה ראובן בחלקו שבירר לו ואף לדעת הפוסקים שם דסגי בהלך בחלקו אף דהילוך ל"ה קנין בעלמא דקל הקילו בחלוקה לברר החלקים ואגב דבעי לקנות וצייתי אהדדי די בקנין כל דהו אבל צריך עכ"פ קנין רק דהם אמרו דהילוך הוי בזה קנין אבל כאן אין קנין נתפס בו כלל ול"א שום קנין וליכא שום חזקה דהוי דבר שאין בו ממש ומ"מ אם הרויח שמעון קודם שחזר בו צריך להחזיר הריוח.

הג"ה יש לפרש השטר בב"י סימן קצ"ה הביא לשון ר"ה בדבר שאין ממש ל"מ קנין מדגרסינן בפמ"ש ש"מ שאמר ידור פלוני ל"א כלום וסיים הב"י דאין כן דעת הרשב"א שכתבתי בסימן רנ"ג ובתשובה לרמב"ן שאכתוב בסוף הסימן שהם כתבו שהקנין ענין חזק ומגופו של קרקע קנו מידו כההוא דר"פ הכותב וחז"ה דף מ"ג ורמ"א סתם ולא הביא דעת ר"ה ונ"ל די"ל ר"ה מודה בקנין בשטר כיון דשטר מועיל בדבר שיש בו ממש לחיוב ולמתנה הקנין לטפוי ומגופו של קרקע קנו מידו דהא ראייתו רק משכ"מ דדבריו ככומ"ס ולית בו מלתא טופיינא ה"נ בקנין בע"פ דבלאו קנין גם דבר שיש בו ממש לא מועיל ואף דב"י כתב דר"ה חולק עם רמב"ן ורשב"א היינו דלטעמייהו דקנין ענין חזק גם בע"פ יועיל ואפשר לפיכך ל"ק על ר"ה מר"פ הכותב וחז"ה דשם קאי אכתב בעודו ארוסה דו"ד אין לי עליך דבנשואה ל"מ ועלה מסיק דקנו מידו מהני וכן בפחז"ה קאי אכותב עיי"ש אך בסימן רמ"ה ס"ב הובא שתי דעות די"א והוא הרשב"א שאם קנו מידו מהני לשון אתן והובא בב"י סימן קצ"ה משום דקנין מלתא אלימתא ומתקן הענין וכאלו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן וכדאסיקנא בר"פ הכותב דמגופה של קרקע קנו מידו ובחז"ה דף מ"ג וידוע דתשובת המיוחסות לרמב"ן לרשב"א הם כמ"ש ב"י בהקדמתו לטוא"ח וחד טעמא וראי' לדבר שאב"מ ולאתן דקנין מתקן הענין באופן המועיל בדבר שאב"מ מגופה של קרקע קנו מידו ובאתן מגופו של הנותן קנו שמחייב גופו אבל לפוסקים החולקים בסימן רמ"ה דאפילו שטר וקנין ל"מ באתן ה"נ וצ"ל דבסימן רמ"ה מחמת דכתב בשטר לשון הנותן שאמר אתננו לו לכן גם קנין ל"מ משא"כ הכא לשון העדים שראובן נתן לדור בביתו ולא נכתב באיזה לשון אמר לכן כיון דקנו מידו י"ל שקנו ממנו בענין המועיל והקנה לו הגוף לדור בו היינו דאמרינן דבפירוש הקנה הגוף ולכן שינה רמ"א

מלשון הרמב"ן שבב"י שאמר הרינו נותן וקנינא ממנו ורמ"א כתב שנתן לדור והעיר בזה המשפט שלו' ולפמ"ש א"ש ואפשר הכא דהזכיר גוף הבית עדיף מאתן דלא הזכיר חיוב גופו וכה"ג איתא בר"נ נדרים ט"ז ע"ב בשם תוס'

סעי' ד' הקונה לז"ק הוא בונה והורס ופשוט דא"צ להעמידו כבראשונה כשכלה הזמן כיון דעשה ברשות וכן מוכח במל"מ פי"א משמטה ויובל ורשד"ם סימן רצ"ב בד"ה לחקירה הב' וראב"ד בהשגות פכ"ג דמכירה.

סימן ריד

סעי' א' בכלל הבית אפילו אינו פתוח לתוכו טור עב"ח.

סעי' ז' שיש שם מעט עב"ח.

סעי' י"א ולא את מלבנות כרעי המטה הוא בעיא בש"ס וסלקא בתיקו ואין ללוקח כלום דהמכה עב"י והה"מ וצ"ע הא מונח ברשות לוקח כיון דקנה הבית וא"כ המוכר חשוב מוציא ואפ"ת דהוי כלוקח טוען שמא ומוכר ברי דלא נתכוין למכור כרעי המטה עם הבית מ"מ תפיסה עדיף מחמ"ק אף בבו"ש כמ"ש בקוה"ס כ"א סס"ז ועוד אי לא פרע הלוקח דמי המכירה וטוען לא פסקתי סך הדמים רק מחמת שחשבתי לקנות גם זה למה נוציא מידו ואפשר לומר לפי המבואר לקמן סימן רט"ו ס"ו בד"א במוכר מפני שה"ל ללוקח לפרש ולא פירש אבל במתנה יקנה כולו בין בשדה בין בבית וא"כ הבעיא בזה אי צריך לוקח לפרש או פשוט דבכלל בבית וכיון דסליק בתיקו הרי לדידן אינו פשוט וה"ל לפרש וכיון דלא פירש ודאי לא קנה ולפמ"ש מהרי"ק ש"ז דהיכא דאין הלשון מבואר יד בעהש"ט עה"ת אפילו בעל השטר מוחזק והלשון משמע קצת כדברי בעהש"ט א"ש ועפימ"ש נתיבות בדיני תפיסה סי"א דכל שקונה מחמת הלשון אינו רק מה שהוא ברור בלשונו אפילו במחילה דלא כש"ך סימן מ"ב ס"ח ס"ק ח"י.

סעי' י"ב שיד בעהש"ט עה"ת ומעשה בא לפני באחד שמכר לחברו שנים עשר מאות אילנות קצוצים וכתוב בשטר מכירה שיחזיקו אילנות הללו בייא לייפיג שלשים אלף קאביק ועתה האילנות אינם גסים שיחזיקו כך ורוצה לוקח לחזור ולשון בייא לייפיג לעז לשון קרוב ובקהלת יעקב סימן תקפ"ג כתוב שטר שהי' כתוב בו מתחייב פלוני לתת לפלוני מתכשיט פלוני קרוב מג' אלפים לבנים ופסקתי דיד בעהש"ט עה"ת ואת נתן לו שני אלפים ות"ק ואחד סגי הכנה"ג בשם עצמות יוסף דל"ה ע"ג עכ"ל נראה טעמו דאם אינו יותר מב"א ות"ק הוא אינו קרוב יותר לג"א מלשני אלפים ע"כ צריך אחד יותר וא"כ ה"נ י"ל דצריך שיחזיקו כ"ט אלף והק"א דאל"כ אינו קרוב לשלשים אלף יותר מלכ"ט

אלף אך י"ל כל שחושב עשירית אין מדקדקין באחד פחות כמו ארבעים יכנו ואינו רק ל"ט וכן הספרו חמשים יום ואין מונין רק מ"ט ועיין רא"ש פע"פ סימן מ"ם ומ"מ גם התם יש טעמים אחרים עיין מכות דף כ"ב במשנה ותוס' מנחות ס"ה ע"ב ובלשון ריא"ז פרק מי שאחזו כתב דאם אמר לאחר שלשים יום או לאחר כו"כ ימים נותנין לו יום אחד אח"כ והובא בא"ע סימן קמ"ד ס"ו בהג"ה וליכא פלוגתא בזה ורמ"א דכתבו בלשון י"א משום דלא נמצא בשאר פוסקים וא"כ ה"נ בלשון בייא לייפיג דהוי כמו לפני שלשים ולאחריו א"כ כמו לאחר שלשים הוא אחד כן לפניו הוא אחד מסכום המדובר א"כ אין לוותר רק אלף אחד בפחות ויתר דאם לא הגיע רק לכ"ט אלף אין הקונה יכול לבטל המקח וכן אם הוא ל"א אלף אין המוכר יכול לבטל ואין לדמותו להך דסימן ריי"ח ס"ח דשם אחד מכ"ד הוי מחילה דלא הזכיר שם רק בית כור ואלו הזכיר שלשים סאה חסר או יתר ג"כ י"ל דל"ה מחילה רק סאה וגם אפשר קרקע דין אחר יש לו ועיין פ"ק דקידושין דף י"ב כיון דנפקא מפלגא קרוב לאלפים קרי לי'.

שור בשורי אני מוכר לך ועיין פרש"י במנחות דף ק"ט משום דמוציא מחבירו ע"ה ומוכר מוחזק ולפ"ז נראה אם לא נתן דמים עדיין י"ל לוקח הגדול והחי לקחתי אך לפמ"ש מהרי"ק בשורש זיין דיד בעהש"ט עה"ת אפילו מוחזק והסביר אותו נה"מ בדיני תפיסה סי"א דכל שבא לזכות מכח הלשון אינו קונה רק מם שהוא ברור בלשונו ולא מה שיש בו ספק דלא מחית נפשו לספיקא וכונתו רק על דבר הברור שבמשמעות לשונו ולא על משמעות הספק שבלשונו וא"כ ה"נ ל"ה כספק וודאי כונתו על שור הגרוע והא דמת הטוב מראהו מת י"ל כונתו השור שאבחר ליתן לך אך מפרש"י משמע דוקא משום דמוכר מוחזק וגם לפמ"ש הש"ך בסימן מ"ב סקח"י וכן לפמ"ש תומים שם סקי"א בדעת מהרי"ק אין ראי' לכאן ואפשר כיון דאין ספק בחיוב הממון דב"כ וב"כ חייב רק הספק איזה בית או שור חשוב לוקח מוציא וכמו הך דהמקבל דף ק"י ע"ב כיון דלמיקץ קיימא עיי"ש אך בטור לקמן סימן ריי"ח סס"ג ובסמ"ע שם ס"ק י"ט מוכח אף דאין הספק בחיוב הממון רק מה שמחויב המוכר ליתן לו אי מישור או טרשין מ"מ כל שלא נתן המעות יד לוקח על עליונה אך בתוי"ט פרק בית כור מ"ג סד"א דברי ס"ל דכה"ג חשוב לוקח מוציא אף שלא נתן המעות כיון דהמקח נגמר ונתחייב לשלם חובו לא יוכל להוציא המקח מהמוכר אלא בפחות שבלשונו אבל ראב"ד בהשגות פכ"ח ממכירה והש"ך לקמן סימן ריי"ח סק"ב ס"ל דבלא נתן המעות חשוב לוקח מוחזק ובתוס' ס"פ השואל וחידושי ר"ן ונ"י גבי פרדסי וארעתא מבואר דגם היכא דבא לזכות מכח הלשון אהני תפיסה ברשות ועיין ב"י לקמן סימן נ"ל ס"א מ"ש בשם הר"ן נוטה לדברי התוי"ט אף די"ל משום דסתמא

הלוקח מוציא הלכה כדברי המיקל עפ"י רוב דמוכר הנתבע לכן אף דלא נתן המעות כן הלכה ועיין נ"י פרק המוכר פירות גבי מרתף של יין אני מוכר לך מ"ש בשם ריטב"א ומ"ש עליו הנ"י.

סימן ריח

סעי' ח' בית כור עפר בין חסר בין יתר צ"ע אם מכר לו פירות ואמר לו כור פירות אני מוכר לך בין חסר בין יתר אם שיעורו ג"כ אחד מכ"ד וכה"ג מצינו לקמן סימן רכ"ט דמקבל טינופת לפירות אחד מכ"ד וכן יש לעיין במכר קרקע ואמר לו בית כ"ה סאין אנו מוכר לך הן חסר הן יתר אם חסר או יותר רובע לסאה דעולה יותר מסאה אי הוי כמוכר לו סאה חסר או יתר דוויתר רובע או כיון דעולה יותר מסאה א"כ הוי חסר מכ"ד או יותר מכ"ו סאין וחסר או יותר הוי כאלו אמר בקירוב לשיעור זה כמ"ש בפירש המשנה לרמב"ם וכל שחסר או יתר מן סאה אחד אינו בקירוב לכ"ה סאים רק לכ"ד או לכ"ו וכמו דאיתא בא"ע סימן קמ"ד ס"ו בהג"ה דאומר לאחר שלשים יום או לאחר כו"כ ימים נותנים לו יום אחד אח"כ ועמ"ש לעיל סימן רי"ד.

סעי' י"ז בית כור פלוני אני מוכר לך אעפ"י שאין במדתו אלא להך הגיעו שלא מכר לו אלא מקום הנקרא בית כור בתוס' פ"ק דב"ב דף זיין בד"ה והוא דקרו לי' בית כור כתבו וכגון שהלוקח יודע שיש לו קרקע שקרוי בית כור וא"ת ונימא דמים מודיעים ואם נתן לו דמי בית כור אפילו קרו לו בית כור ישלים לו בית כור שלם וי"ל דאוזיל גבי' ואינו אפילו דמי לתך והקשה מהרש"א ליקמוה שנתן לו דמים יותר מלתך ופחות מבית כור וי"ל כיון דלתך בכלל דמיו דמי לתך מקרי עכ"ל ולא נ"ל כיון דע"כ אחד נתאנה מה חזית לומר דמוכר נתאנה ולא לוקח ונ"ל דתוס' ר"פ המוכר את הבית דף ס"א ע"ב ד"ה ש"מ כתבו דבקרקע ל"ש הודעה דמים דלפעמים אדם קונה קרקע הרבה יותר ממה ששוה ותוס' בקושייתם בפ"ק לא ס"ל הכי ומשום דכ"ז דלא חזינן דודאי קנה ביותר יש לנו לומר דקנה כרוב הקונים בשוי' אבל נתן יותר מלתך ולכור לא הגיע דודאי אחד נתאנה גם תוס' דע"ק ס"ל די"ל יותר דמים מודיעים דקנה לתך דלפעמים אדם קונה קרקע ביוקר מחמת חשיבות הקרקע אבל להוזיל קרקע משוי' לא שכיח כך ולפ"ז דוקא בקרקע ולא במטלטלין.

סעי' כ"ג לא קנה אלא הפחות ומשום דיד בעהש"ט עה"ת ועמ"ש לעיל סימן רי"ד אם לוקח לא נתן הדמים דלראב"ד והש"ך חשוב לוקח מוחזק ולתוי"ט חשוב מוכר מוחזק

ולמהרי"ק ל"מ חזקתו דלוקח כשבא לתפוס מחמת ספק בלשון ותוס' ור"ן ונ"י לא ס"ל הכי לכן ה"נ א"א להוציא מהלוקח.

סעי' כ"ד מיעוט שדות שהים בתוס' ס"פ השואל הקשו הא באמר לו אושלן מרה למרפק בה פרדיסי רפיק בה כל פרדיסי ונראה דשאני בין אמר המוכר לבין אמר לוקח ושואל דכל חד לישנא דמעליא לו קאמר כדאמרינן ר"פ השולח ועוד דמוכר טוען ברי על כונתו ולוקח שמא וכשאמר שואל ולוקח הם טוענין ברי ואידך שמא ועוד דודאי לשון רבים כולל שנים ויותר וכשאמר מוכר ארעתא מזבנינא לך לא ידע לוקח כונתו של מוכר אי תרתי או יותר וע"כ נחית ונתרצה אדעתא דמוכר אשר יאמר איך כונתו אבל כשאמר שואל ולא ידע משאיל כונתו ע"כ נחית אדעתא דשואל כאשר ירצה מדלא שאלו איך כונתו ומצאתי בב"ח כאן חילק בין אמר מוכר לבין אמר שואל.

אמר לחבירו ירק שדה זו אני מוכר לך והיו בה דלועין עיין ירושלמי ר"פ הנודר מן הירק ורשב"א והמאירי שם ועמ"ש בס"ד ביו"ד סימן רי"ז ס"ד דמידי דממליך שליח עלי' בממון הממע"ה.

סימן רכב

סעי' א' נאמן בעל המקח בש"ך העלה דהיכא דמקחו בידו נאמן המוכר במגו דאי בעי לא הודה שקיבל המעות מזה והיכא דידוע עפ"י לוקחין אמרינן מסתמא לזה שנתן המעות נתרצה והקשה קצו"ח מ"ש מוכר דנאמן במגו דלא הודה בקבלת המעות ולוקח לא מהימן במגו דלא הודה ונראה עפימ"ש תוס' בפרק האיש מקדש דמ"ג ע"ב בד"ה והשתא דבשנים לא אמרינן מגו שאין אחד יודע מה בדעת חברו לטעון רק בהרווחת ממון בטוחים שיאמרו דבר אחד וא"כ ה"נ בשלמא מוכר יש לו מגו דלא הודה שקיבל המעות רק יאמר שקיבל מזה שאומר דמכר לו ובטוח שלא יכחישנו זה שאומר שמכר לו דירויח ממון משא"כ לוקח אינו בטוח דמוכר יאמר שהוא נתן לו המעות דמוכר אינו מרויח בזה.

ונתיבות הקשה איך נאמן המוכר במגו דאי בעי לא הודה שקיבל המעות מזה דהוי מגו מאדם לאדם דשמא אינו רוצה לגזול ובגוף החפץ מורי התירא דדמי יהיב ולע"ד דהמה שאסר הוא שהתיר עדיף דהוי כלא אמר כלל אף דאינו מגו וכה"ג כתב בחידושי רמב"ן ב"ב דף ל"ג בד"ה אמר ר"ז בהא דאמר לקוחה בידי ואכלתי' שני חזקה ואתי סהדי דאכלה תרתי שני דמשלם הפירות וא"נ במגו דלפירות ירדתי כי היכא דאמרינן כי ליכא סהדי דאכל מהימן לומר לקוחה היא בידי לגבי פירי משום דאינו רוצה לומר לפירות

ירדתי דהא רוצה גופה של קרקע ול"ל מ"ל לשקר משא"כ כי ליכא סהדי דאכל ה"ל הפה שאסר הוא הפה שהתיר אע"ג דרוצה יותר לטעון לקוחה עיי"ש והש"ך פסק כן בסימן קמ"ה סק"ב תדע דהא עדים שאמרו תנאי הי' דברינו נאמנים כשאין כת"י יוצא ממ"א וכן מודעה הי' דברינו נאמנין אם אין כת"י יוצא ממ"א כדאיתא בפ"ב דכתובות י"ט ע"ב ופרש"י אם שטר מכר הוא ואמרו עדים החתומים בו המוכר מסר מודעה בפנינו והראנו אונסו והכרנו בו עיי"ש ונימא דליכא מגו דאם יכחישו חת"י הרי לא יחויב המוכר המעות דיכול להכחיש דלא קיבל כלל דהשטר מזויף משא"כ עתה שמקיימין החתימה רק אומרים מודעה או תנאי ובטל המכר ומחויב להחזיר הדמים אין גוזלין רק רוצים שגוף המכר יהא של המוכר אע"כ דמ"מ הפה שאסר הוא שהתיר אלא לפ"ז קושית קצו"ח הדרא דגם לוקח שהודה לא יגרע לעצמו בהודאתו ובלא"ה אין דברי נתיבות מוכרחים לומר דמורי היתרא להעיד שקר דכסבור כיון דדמי יהיב לזה כפירת ממון ואינו עובר בלא תענה דאטו מי כתוב כפירת גזלה בלא תענה הא מכיון דרואה דב"ד דנין למי ליתן המקח ומעשים בכל יום הרי נ"מ בהגדתו וקאי בעליו"ע.

סעי' ב' מונחים בב"ד ש"ך סק"ה תמה דבפ"ה משאלה כתב רמב"ם שיהא מונח אצלו וכ"כ המחבר לקמן סימן שי"ן ולא ראה דברי ריטב"א בהמפקיד דף ל"ו דדבר דדינו יניח אם פקדון הוא דברשות בעלים הוא יניח אצל הנפקד אבל הלואה וגזל דצריך חזרה והשבה א"א שיניח בידו ע"כ יניח בב"ד וכח ב"ד יפה להיות שלוחים של בעל הממון ובזה מקיים השבת גזלה וכ"כ הראב"ד באס"ז שם וכן איתא בב"ק דף ק"ג ע"ב דתקנת רשב"א אם הוצאה יתירה על הקרן יתן לב"ד וכתבו תוס' אם אין מוציא ב"ד צריך להוליכו למדי

נותן דמים לכ"א כדי לציי"ש הקשה הש"ך דלקמן סימן שי"ן פסק בסתם דפטור אף לציי"ש ולע"ד שאני מקח דמה דלוקח לא ה"ל למידק לא תליא במוכר דדרך למכור בשוק ברבים אבל בהפקידו בכרך אחד לא דק הנפקד משום דמפקיד לא דק והאמין לחברו ואיהו דאפסיד אנפשי' והיינו שכתב הרא"ש ז"ל ובשנים שהפקידו בכ"א ולא תבעי לו פטור גם מלציי"ש דמפקיד ה"ל למידק ועוד בשלמא פקדון בכ"א דלא פשע הוי אנוס מחמת הרמאי שמעכב עליו מלהחזיר לבעליו משא"כ במקח חייב באונס כ"ז שלא פרע.

סימן רכג

סעי' ב' שיחלוקו ז"ד רמב"ם דפסק כסומכוס דאם הולד אינו ברשות אחד ושניהם טוענין שמא יחלוקו הקשה הה"מ פ"כ ממכירה דבנזקי ממון לענין ח"נ וספק קודם שנגחה ילדה

סתם הרמב"ם דהמע"ה עיש"ה וכן קשה על המחבר דכאן הביא דעת הרמב"ם ובסימן שצ"ט כתב סתם דהמע"ה אפילו עומדת באגם וטוען מזיק סמא ונלע"ד לפמ"ש תוס' בפ"ק דקידושין דף כ"ה ד"ה בהמה גסה בשם הרח"כ דמש"ה מסירה ל"ק בסמטא ואגם רק משיכה דהוי רשות יחיד והקודם בו זכה וסתמא מוסר קדם עם בהמתו לשם והוי מקום בהמתו כחצרו ול"מ קנין ברשות מוכר רק משיכה מהני בסימטא משום דעקרו ממקומו עיי"ש והנה איתא בירושלמי דכתובות פא"נ ה"ז ובר"ן כתובות דף מ"ם הביאו דקנס אין חיובו עד העמדה בדין וקי"ל פנ"ק א"כ טרם שנתחייב בדין ודאי של בעליו הוא וכשעומד באגם וסמטא גם המקום רשותו לכן גם לרמב"ם המע"ה וגם ברמב"ם י"ל דמש"ה סתם בנזקי ממון דסתמא עומדת באגם או ברשות בעלים לא בר"ה כמ"ש תוס' בפרק השואל דף קו"ף אמנם יוסר נלע"ד דגם כשעומד בר"ה מודה רמב"ם בפ"נ דכ"מ שהוא של בעליו הוא וחשוב מוחזק כיון דעדיין לא נתחייב לא נחייבו מספק ומפרט לפמ"ש הש"ש שמעתתא ד' מתוס' פחז"ה דף ל"א דלפיכך עדיף מוחזק במטלטלין מחמ"ק דקרקע שזה ודאי מוחזק עכשיו וקרקע הי' שלו ועכשיו אפשר נשתנה דליתא החזקה לפנינו עיי"ש וא"כ בקנס דטרם שנתחייב בב"ד ודאי של המזיק הוא הוא בעליו לפנינו עתה אף שאינו ברשותו וא"כ הוא כתפיס ועומד במטלטלין.

סימן רכד

סעי' ב' ברשותו נולד הספק בקצו"ח הביא מהמרדכי ס"פ המדיר ע"ד המעיל שקנו ונתאנו ויש ספק אם השתא דהוזל ור"ל דדמי להאי דטבח ודחה לה משום דשאני התם דיש חזקת הגוף שאינה טרפה עיי"ש ולא ידענא דהא זה רק ס"ד דשואל ורבינו אביגדור הוכיח דאפילו יש לאידך חזקת הגוף וחזקת ממון מ"מ כל שנולד הספק ברשותו עליו הראי'.

סימן רכה

סעי' א' עמ"ש שע"מ ומה שכתבתי עליו לעיל סימן קט"ו ס"ג בס"ד.

סעי' ג' שאינו מצוי ולא עלה על לב המוכר לכאורה קשה מן ר"פ ר"א בנדרים דף ס"ד דאין פותחין בנולד ופירש רא"ש שם דבנולד דבר שאינו מצוי אינו נעשה נדר טעות מעיקרו דאמרינן בשביל זה לא הי' מניח מלידור כי הי' סבור שלא יבא אח"כ מצאתי בחכ"צ סימן מ"א שהקשה כן וכתב תירוצים עיי"ש.

סעי' ד' ששכר מלחים הכי איתא בפרק מי שאחזו דף ע"ג אגור מלחי לעברינהו פרש"י קבילו עלייהו המוכרים ולכאורה לישנא דגמרא משמע דקאי על המלחי הספנים וכמ"ש הרמב"ם ולמה פרש"י המוכרים וגם לכאורה שפת יתר הוא דיהיו מי שיהיו ונלע"ד משום דלא נזכר שקנו מידם ומשמע דבדברים קבלו עלייהו ואיך יתחייבו בדברים אפילו יהא אונס דשכיח ואסקו אדעתייהו יכולין לחזור ואי לענין חזרת השכירות זה ודאי חייבים גם באונס דל"ש דלא עשו שליחותם ובב"מ דף צ"ד דמתנה ש"ח להיות כשואל פריך במאי בדברים ומשני בהנאה דנפיק עליו שמא דמהימן גמר ומשעבד נפשו ובפרק הזהב דף נ"ח גבי הקדש משני בשקנו מידו ותרצו תוס' דש"ח כיון דעכ"פ חייב שבועה יכול לקבל עליו להיות כשואל או משום דע"י שמקבל עליו להיות כשואל סבורים העולם שהוא שואל וש"ך ס"ס ס"ו תירץ דבהדיוט שיש דין שומרים י"ל הריני בהתקבלתי הנאת שואל וכ"ז ל"ש כאן דאינו באחריות גוף דבר הנפקד ואף לפמ"ש נתיבות בסימן של"ג ס"ק י"ד דשכירות פועל דמי לקרקע דנקנה בכסף זה לא יתכן רק על שעבוד גופו לעבוד וכמ"ש שם דדמי לעבד דנקנה בכסף כקרקע אבל אין זה ענין להתחייב לשכור חמורים לעברינהו דזה הוי חיוב ממון דמה יועיל כסף השכירות להתחייב ביותר ועיין בסימן ש"י סמ"ע סק"ו ונתיבות שם סק"ה ושי"ב ס"ב סק"ה ודעת רש"י נראה דא"י להתחייב ביותר ממעות שלקח בלא קנין ומה"ט נמי נלע"ד דפרש"י בפ"ק דב"מ דף י"ד ע"ב בהמוכר שדה לחברו ונמצאת שאינו שלו רב אמר יש לו מעות ויש לו שבח דהיינו אם לוקח השביח את הקרקע בזבל קודם שהוציא נגזל מידו והנגזל מוציאו עם השבח משום דגזלה משובחת והכסיפה גזלן ותוס' כתבו שגזלה ריקנית ולענין השבח היתר על ההוצאה ויש להבין למה מיאן רש"י בזה והוא עצמו כתב שם אחר זה דלוקח לית לו מנגזל שבח היותר מהוצאתו אך לפמ"ש א"ש דהא בעי לומר התם דטעמא דשמואל משום שלא פירש אחריות השבח וא"כ אף לרב דאחריות ט"ס מ"מ כיון שלא נזכר בשטר במה יתחייב יותר ממעותיו שנטל לכן פירש לענין השבח ע"י הוצאה דהוציא על פיו אבל היתר על הוצאה או שבח דממילא כיון דאינו מכר כלל אין השבח של לוקח רק דמוכר מתחייב חיוב חנם גם ל"ל דשכר מעותיו נוטל וכהשכיר לו כלי דא"כ יהא רבית ומדברי סמ"ע כאן סק"ב ונה"כ יו"ד ס"ס קע"ב מוכח דלא ס"ל הכי וכן נראה מרשב"א שבאס"ז ב"מ דף צ"ד דאם קיבל הנאה מתחייב בלא קנין אבל רש"י לע"ד לא ס"ל הכי.

וזה נראה גם כאן טעמו של רש"י דאינו מתחייב בלא שטר וקנין אף שלקח כסף יותר ממה שלקח וגם משום דבר האבד אין לחייבם כיון דגם אחרים לא היו משכירים עצמם לעברינהו בחמורים בשכירות כזה ומבואר באס"ז בב"מ דף צ"ד בהא דפריך איך מתנה

ש"ח להיות כשואל בדברים לבד דהקשה הראב"ד למה צריך קנין הא כל תנאי בשעת מעשה מתקיים בלא קנין ותירץ דאם אינו מקיים התנאי בטל המעשה אבל בשומר אם תבטל המעשה משיכת השומר כ"ש דאינו שומר וע"כ פרש"י דהמוכרים קבלו עלייהו דבזה א"צ קנין דאם לא מקיים התנאי בטל המכר דלא קנו רק ע"ד כן לכן אמר רבא דאונס דל"ש הוא ואינו בכלל התנאי והמכר קיים ודעת רמב"ם ומחבר צ"ל דס"ל דבלקיחת מעות שכירות יוכל להשתעבד על יותר בלא שטר וקנין ובדעת תוס' לענין השבח וכ"ד רמב"ם וש"ע לקמן סימן שע"ג ולולא זאת אף בשטר צ"ע איך יתחייב בלא קנין כיון דאינו חיוב ברור רק על ספק ודומה לאסמכת וכמ"ש הר"ן והובא בש"ך לעיל סימן מ"ם ורש"י בנדרים דף כ"ז ע"ב בהא דמסיק הש"ס והלכתא אסמכת קניא והוא דלא אנוס והיא דקנו מיני' בבד"ח פירוש דלא אנוס באונסא דמוכחא לאינש כי האי דלעיל דפסקי' מעברא הרי ס"ל אף באונס דשכיח דה"ל לאסוקי אדעתי' אינו מתחייב אף בקנין ובשו"ת השיב משה חיו"ד סמ"ח כתב שני אופנים נכונים בדברי רש"י ובאמת בהא דמתנה ש"ח להיות כשואל להתחייב באונס הקשה הרמב"ן בפז"ב דהא הוי אסמכתא ולהש"ך דהוי כאומר הריני כהתקבלתי הנאת שואל וחייבו התורה באונסים י"ל דזה מועיל לסלק גם האסמכת אבל לענין חיוב אחר באונס דאינו מטעם שואל הק"ל וע"כ פרש"י דמוכרים קבלו זה ול"ל אלו ידעו שיארע כן לא היו מתחייבים בכך דמ"מ לא קנה לוקח רק ע"ד זה לולא דאונס דל"ש הוא ואינו בכלל התנאי דגם לוקח לא לקח ע"ת זה דוקא.

סעי' ה' אם התנה נ"ל דוקא כשפרע דמי המקח סבר וקיבל ונתן לשם מתנה אבל כשלא פרע אף דהתנה יכול לחזור דל"ל ע"י משיכת המקח שקנה נתחייב במעות וכל תנאי שבשעת מעשה א"צ קנין דכיון דמכר דבר שאינו שלו לא קנה לוקח ממנו כלום ולא משלו נהנה ולא אכפת לו שע"י שלא מקיים התנאי יתבטל המעשה דבלא"ה בטל וכל כה"ג ל"ל כלל כל תנאי שבשעת מעשה מתקיים בלא קנין כמ"ש באס"ז פ"ז דב"מ דף צ"ד בד"ה אמר שמואל מראב"ד ורשב"א.

הלכות אונאה ומקח טעות סימן רכז

סעי' ג' פחות משתות מעשה בא לפני שנים שקנו עורות ולא ראו אותם ואח"כ הלך אחד מהם וראה אותה שנתאנו והלך אצל שותפו וא"ל גא"א שאלו השני וא"ל ראית העורות והשיב לא והסחורה בעיר אחרת וקנה השני וכשראה העורות נודע לו שנתאנה פחות משתות והשני הטעהו שאמר שלא ראה כדי שיקנה זה חלקו דאל"כ ל"ה נכנס לספק כיון דהשני יודע קרוב להפסד ורחוק משכר ופסקתי דהוי מקח טעות דמבואר בנ"י פרק

המקבל מהירושלמי ובחו"מ סימן קכ"ו ס"י ובש"ך שם ס"ק ע"ג א"ל במע"ב מנה לי בידך תנהו לפלוני ונמצא הלוה עני הר"ז חוזר וגובה מראובן מפני שהטעהו וכתב ש"ך שם דאם לא ידעו שניהם שהוא עני ל"ה מקח טעות דאין אונאה לשטרות וכמבואר בסימן ס"ו סל"ד רק אם הממחה ידע שהוא עני והמקבל לא ידע כיון שעשה ערמם והטעהו בדבריו שאמר ללוה תן והוא אמר אתן עיי"ש ובסימן ס"ו ואף דרמב"ן חולק דה"ל לשאול ולחקור אם עני הוא פסק הש"ך דא"ל קי"ל כרמב"ן דרבים חולקים עליו וכאן אפשר יודה הרמב"ן כיון דלוקח גילה דעתו ושאלו אם ראה העורות ובטו"ז לקמן סימן של"ב ס"ד כתב דע"י שאלה הוי גילוי מלתא שסמך על תשובתו וכששיקר לו שכירות בטעות הוא ובטל ול"ל דשאני בהך דסימן קכ"ו דגם הנמחה הטעהו שאמר אתן דהא כשהממחה לא ידע אינו מקח טעות הרי תלוי רק בממחה אם ידע והטעהו בדבריו ובשו"מ תליתאה ח"ב סימן קי"ז הביא מתשב"ץ ח"ב ס"ב דאף דמחילה בטעות הוי מחילה היינו כשטעה מעצמו אבל אם הטעהו אחרים בודאי הוי מחילה בטעות ואינו מחילה ועיין נתיבות ס"ס כ"ה מחלק ג"כ לענין פשר בטעות אם אחד ידע וכפר והטעהו לחבירו בטל הפשר אפילו פירש בשעת פשר שמוחל הטעות וכן מחלק בנ"ש הובא בפ"ת לקמן סימן רמ"א סק"ג ומ"ש עליו הזכרון יוסף דחיתי לעיל סימן צ"ב ס"ג ועכ"פ גם לדבריו ה"נ מוכח הטעות כיון דשאלו ולפמ"ש הנתיבות בסימן של"ב סוף ס"ד נראה דה"נ אינו מקח טעות אך ראייתו מהא דסל"ד בסימן זה אינו ראי' ואיפכא מוכח בפרש"י פרק הזהב דף נ"ו ע"ב בד"ה חוזר ובד"ה כדבעי דדוקא אם גם המאנה טעה באומדנא וגם אין ראי' מלעיל סימן רי"ח סט"ז מרשב"ם שבסמ"ע שם ס"ק מ"ח דהתם נמי תליא באומדן וגם לא שאלו לוקח ומפני שלוקח הי' מוחזק פסקתי דהוי מקח טעות ואפילו מגוף המקח יכולין לחזור ולא סגי בחזרת האונאה כיון דהטעהו דגילה דעתו דאינו נכנס עמו לגא"א רק אם גם הוא לא ראה הסחורה וכמ"ש הטור בסימן זה סכ"ד בע"מ שאין בו אונאה דאם נמצא אונאה הוי מקח טעות וחוזר בו לגמרי אם ירצה ופירש הב"ח אפילו בפחות משתות כיון דעבר על התנאי ועיין שבו"י ח"ב סימן קס"ו דאם מוכר יודע מהמום ועשה עצמו כמסתפק דהוי מטעו גמור והוי מק"ט אף דנראה דלוקח מחל משום דמוכר גרם לו ללוקח שיטעה והובא בפ"ת סימן רל"ב.

סעי' ד' יכול להחזיר החפץ כתב משפט שלו' יל"ע אם נתאנה מוכר יותר משתות וכשנודע לו כבר מכר לוקח הסחורה ביותר משוי' באותו שעם ע"י השתדלותו וחריצותו ועתה בא המוכר לבטל המקח ולתבוע דמי מקחו ומצאתי באס"ז ב"מ דף ס"ה ע"א בשם תשובת ר"י מגא"ש שכתב וז"ל ומה שאמרנו שאם הי' ההוספה יותר משתות שיש לבטל

המקח ויחזור לקחת סחורתו אין זה אלא אם היתה הסחורה נמצאת בעין אבל אם לא היתה בעין אין לו כ"א דמיו ולא יהא אלא שאם עבר ומכר נכסי חברו ודאי לא הי' מחויב כ"א כמה ששוים וכן מה שא"ל תן לי מנה מה שקבלת בה אינו טענה לפי שאם קיבל בה יותר על שוי' זה הי' מכח השתדלותו וחריצותו ואין לחייב אותו שיתן לו מה שבא לו ריוח ע"י זריזותו לפי שאינו משרתו אלא יתן לו דמי סחורתו בלא תוספת עכ"ל הרי הדין מבואר עכ"ד המ"ש ובד"ג כ"ה סכ"ו ז"ל הא דקי"ל בנתאנה בשתות מחזיר האונאה וביתר משתות או מצא מום במקח המכר בטל עיין דמשק אליעזר סימן רכ"ז ס"ד שכתב דאם מכר הלוקח החפץ אף שהוליכו למרחקים ומכרו שם בזול מחמת שנתאנה ואמר בפירוש איני מוחל אונאתי מ"מ א"י שוב לתבוע אונאתו מהמוכר כיון שאין לו החפץ להחזיר לו ובכ"ו סכ"ח כתב דכן מבואר ברשב"ש סימן תקפ"ט אח"כ מצאתי בש"מ לב"מ דף ס"ה בשם מהר"י מיגא"ש דבאונאה יותר משתות אם מכר הלוקח הסחורה לאחר דאינו מחויב לשלם למוכר רק שוי' וכנז"ל והנך רואה שדברי גאונים הנ"ל הם נגד מהר"י מיגא"ש וגם מדברי מהרשד"ם סימן קט"ז מוכח דלא כדבריו ואף דדברי רשב"ש ורשד"ם הם במום מ"מ חד טעמא הוא כיון דחזקה דנתרצה גם ביתר שתות נמי הלא קי"ל דאחר שיעור שיראה לתגר חזקה דנתרצה ומחל אונאתו כ"ש במכרה והרויח בה דודאי נתרצה ואפילו לא הרויח כיון דהוי כנשתמש אחר שידע שנתאנה יותר משתות דמחל ואפשר ליישב דמהר"י מיגא"ש מיירי דמכרה קודם שידע שנתאנה ובאמת מצד הסברא לקתה מדה"ד דמוכר יפסיד מהסך שמכר וזה ירויח בסחורתו של חברו עכ"ל ד"ג ולא עיינו כל הצורך דמהר"י מיגא"ש כתב בפירוש שלקח מחברו סחורה בהמתנה והוסיף עלי' בדמי' לסבת המתנה עיי"ש ובזה לא מועיל מחילה שהוא רבית והלוקח ידע מתחלה שאינה שוה כך ונתרצה ומ"מ אסור ליתן התוספת ואפילו הוא רק פחות משתות וכמבואר שם ואפילו טרחתו ושכר השתדלותו אסור למחול דהוי רבית וכמבואר ביו"ד סימן קע"ז ובאמת בשאר גזלה או נגבה שמכרה ביותר מדמי' הכל לנגזל כמבואר לקמן סימן שס"ג ס"י בהג"ה ובנתיבות סימן שנ"ו ס"י ובפרק אלמנה ניזונות דף צ"ח אלמנה שמכרה בכתובתה שוה מנה במאתיים נתקבלה כתובתה ופריך תימא אנא ארווחנא ומשני כאן שנה רבי הכל לבעל המעות עיי"ש ועכצ"ל דמ"ש מהר"י מגא"ש דאינו משרתו משום איסור רבית הוא וכדמצינו לענין הלוהו ודר בחצרו דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר להרמב"ם וביו"ד סימן קס"ו ס"א דצריך להעלות לו שכר אף דזולת הלואה ל"ה צריך לשלם לו כלום וכן בנותן מעות למחצית שכר צריך לשלם למקבל שכר עמלו אף דבשותף א"צ לשלם שכר טרחו וכמ"ש בנתיבות קע"ז סק"ד ועיין לעיל סימן קפ"ב

ס"ה וקפ"ג ס"ו וסימן זה ס"ל ועיין תוי"ט סוף פ"ה דבכורות ד"ה ישלם והובא בפר"ח יו"ד סימן קי"ט ס"ק כ"ג ומשמע דפר"ח ג"כ מודה לתוי"ט היכא דליכא טעמא גבי מוכר שלא יהא חוטא נשכר דהריוח של מוכר ראשון.

סעי' ז' ולא לתבוע אונאתו כתב הש"ך משמע שכבר נתן המעות כתב זכל"א ח"ג דצריך לישבע דלעולם לא עלה ע"ד למחול אם באולי יהא אונאה דזה לא סליק אדעתי' שהי' סבור שאין שם אונאה לכן לא הראהו לתגר תכף אלא דנודע לו אח"כ וכ"כ מהרי"ט ח"ג והובא הזכל"א בד"ג כ"ה סי"ג ולע"ד אין זה רק למ"ש הש"ך דמהימן דלא מחל במגו דפרעתי כיון דפרעתי צריך לשבע ה"נ כשאומר לא מחלתי אבל לפי מה שהוכיח השע"מ דאפילו לית לו מגו יכול לחזור דכיון שלא נתן המעות עדיין לא חקר אצל תגר וא"כ גם שבועה א"צ וכמו בנתן מעות ותוך שיעור שיראה לתגר וגם מהרי"ט לא כתב כלל שישבע ונראה כונת הזכל"א דמהרי"ט כתב דמאי דאמרינן דמחל היינו דאפילו אם יהא אונאה לא קפיד ולא דאמרינן דידע שנתאנה ומחל וזה כתב בח"ג סי"ט ומחמת דפשיטא לזכל"א דצריך שבועה וכיון דאפילו לא ידע מהאונאה אמרינן מדלא הראהו לתגר לא קפיד אף אם יהא בו אונאה לכן הצריך שיפרש בשבועה כנ"ל אבל לפמ"ש א"צ שבועה כלל.

ואם יברר שהי' לו אונס הקשה בשע"מ מ"ש מש"ש שנאמן בשבועה לומר שהפקדון נאנס ונוטל שכרו לכן הכריח דמיירי במקום שיש רואין והוליד חדשות לפ"ז במקום שאין רואין נאמן דלא נתרצה במגו דנאנס עיי"ש וסתימת הטוש"ע לא משמע הכי וקושיתו י"ל דשאני בש"ש דהוי כהוציא על פיו דנשבע ונוטל כדלעיל סימן צ"א ה"נ טרח לשמור על פיו דכך לי הוציא ממון או טרחא שוה ממון ומצאתי שכ"כ נתיבות סימן ש"ג עיי"ש ולפמ"ש נתיבות שם דאינו נשבע ליטול שכרו רק באונס בגוף החפץ לא באונס גוף השומר כגון חולי דאז פטור מליתן שכר אפילו מה ששמר עד שנאנס כיון שלא ההנהו עיי"ש א"כ י"ל לפמ"ש תוס' בגדה פרק הרואה כתם דף נ"ח בד"ה ולענין דשואלת חלוק ונמצא עלי' כתם דאינה חייבת לכבסה ולא אמרינן כל שנולד ספק ברשותו עליו הראי' כמו גבי מחט בהמדיר דף ע"ו כיון דהחלוק רק בתורת שאלה לא חשוב ברשותה עיי"ש ולפ"ז י"ל ש"ש דנשבע ליטול שכרו משום דהאונס בהחפץ שהוא ברשות בעליו וכל שנולד הספק ברשותו עליו הראי' משא"כ כאן דהאונס בגוף המתאנה שלא הי' יכול להראות לתגר והאדם ברשות עצמו וכיון שנולד הספק ברשותו עליו הראי' וטעם זה י"ל נמי בהא דלעיל סימן כ"א דצריך ראי' שנאנס אף ליפטר ומה שהקשה השע"מ למה ש"ש נאמן לישבע שנאנס וליפטר ובהך דלעיל סימן כ"א צריך ראי' י"ל ג"כ בזה דאונס

המבואר בתורה גבי שומר שכר דנשבע היינו מת או נשבר או נשבה דהריעותא בגוף החפץ שהוא ברשות בעליו ואף לפ"ד הפוסקים דאונס בגוף השומר נמי פטור כמבואר בסימן ש"ג בש"ך סק"ד מ"מ עכ"פ הריעותא נמי בגוף החפץ שנגנב ואנו דנין אם שמרו השומר מה דאפשר לו ועל בעל החפץ הראי' שחפצו לא הי' נגנב אם הי' שומרו מה דאפשר לשומר ובלא"ה י"ל שאני שומר דקיבל עליו לשעור חזקה שע"ש ועיין בתשובת מיימני לספר משפטים סמ"ד ובעה"ת שכ"ט ח"ב ס"ו וע"כ אף דאונס לא שכיח מ"מ לאידך גיסא נמי לא שכיח שלא יעשה שליחותו שזה סמך עליו והימני' ועוד לפמ"ש תוס' בכתובות דף נ"ו ע"ב דחייבה תורה שומרים דמשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה ע"כ י"ל נמי דירדה תורה לס"ד ש"ש דאינו משעבד עצמו רק שבועה שנאנס ואינו מקבל עליו חיוב תשלומין כלל רק אם לא ישמר מה דאפשר לו דאל"כ אפשר שיפסיד יותר משכרו.

סעי' ט' בהג"ה על המתאנה לה"ר מבואר במרדכי ס"פ המדיר אף דמוחזק במעות וכ"כ מהרי"ט בחחו"מ שאלה י"ט ולא הבנתי מ"ש ביאור הגר"א אות כ"ף על המתאנה לת"ר דהממע"ת וכמ"ש בס"פ המדיר כל מי שנולד ספק ברשותו עליו הראי' דהם דברים סותרים דלטעם כל שנולד אפילו הוא מוחזק עליו הראי' כדלעיל סימן רכ"ד ס"ב מיהו לטעם מהרי"ט משום שהוחזק הקנין הוי כודאי וכל ספק הבא לקלקלו אינו מוציא מידי ודאי מקח בלא ראי' אם לפי שער שבשוק עכשיו נתאנה מוכר עליו הראי' אף שנולד הספק ברשות לוקח ובח"ס חו"מ ס"ס ל"ז כתב דרמ"א ס"ל כמ"ש תוס' בפא"ט דף כ"א בד"ה המוציא דכדי לקיים המכר ושלא לבטל המעשה אמרינן שאין לבטל בלא ראי' לכן אם המוכר נתאנה ג"כ ע"ה אף דנולד ברשות לוקח והוא כסברת מהרי"ט וכן הוא סברת הנתיבות כאן סק"ח ח ואפשר הגר"א לשון הש"ס נקט וכדמפרש התם משום דסתמא דמלתא כבר יהיב דמי.

סעי' כ"ו עו"כ אין לו אונאה יל"ע עו"כ שמשך ונתאנה ולא פרע ונתגייר אי נימא כיון שאין לו אונאה נתחייב כבר כשמשך ועיין מח"א סי"ג מהלכות אונאה מה שהביא מהטור לעיל סימן ר"כ ס"ה ולפמ"ש פרישה שם י"ל ה"נ כיון שדרך מו"מ הוא נתחייב כשמשך וברפ"ב דבכורות פריך למ"ד גזלו מותר לעמיתך ל"ל למעט עכו"ם מאונאה ולפמ"ש ספר יראים דאף דגזלו מותר ל"ח לכם א"כ כשנתגייר עד שלא פרע פטור לכן צריך קרא למעטו מדין אונאה ומתחייב בשעת משיכה ומוכח לכאורה דלא נתמעט רק דא"צ להחזיר להעכו"ם אונאתו וכן נראה דעת הש"ך ס"ס שפ"ו ס"ק כ"ה וצ"ל דשאני הא דסימן ר"כ דמתחייב מדעת משא"כ באונאה דהוי חיוב בטעות.

סעי' כ"ז הנו"ו באמונה כתב בסוף ספר שבנו יהודא בלקוטיו על ספר נחפה בכסף סימן כ"ז ראובן שדיבר עמו גוי לקנות ממנו תיבה סגורה שיש בו אלמוגים ובא ראובן אצל שמעון קודם שנגמר המקח וא"ל אם תרצה תתן לי ריוח כו"כ ואלך ואקנה אותה ונתרצה והלך וקנה והביאם לשמעון ונמצא בה אלמוגים מזויפים וחזר שמעון נראה אף דקי"ל דהא דנו"נ באמונה אין בו אונאת היינו בשיוי מקח ולא במקח טעות היינו במי שהי' המקח שלו קודם ואח"כ מכרו משא"כ בנ"ד דלא קנאו מהגוי אלא ברשות שמעון ומיהו הריוח לא יתן לו שמעון דדי לו צערו ואפילו כבר לקח יחזיר ולא כרב המחבר שזיכה השליח גם בריוח ויליף לה מתך דסימן של"ה ס"ב דשא"ה דטרח והלך בתורת שליחות עכ"ל ולי נראה דשליח אינו וגם א"צ שמעון ליקח המקח כלל דהא מבואר בב"י ס"ס קע"ו מחודש נ"ז בשם רה"ג ז"ל דאם אמר לחברו שיקנה והוא יתן לו רווחים לא הוי כשליח ופטור לוקח שני מאחריות הפסד שאירע קודם שבא לידו יעיי"ש וכ"מ בפירוש הגאונים שבב"י סימן קפ"ב ססי"ב וכ"מ בב"מ דף ע"ד ע"ב בהא דאמר ות"ל דשליח שוי' א"ל בתגרא דזבין ומזבין ופרש"י ומשתכר וה"נ כשנמצא מזויף אפילו יחשב כאונס פטור שמעון דנאנס קודם שנקנה לו

בכו"כ לקחתיו ואם נודע ששיקר רק לקחו בפחות נ"ל כיון דלוקח שתק ולא אמר תחלה ואח"כ אני קונה ממך בקרן או ריוח כו"כ ש"מ דלא על סמך דיבורו של מוכר דוקא קנה דכך דרך התגרים לומר שאינם מרויחים וראי' מהטו"ז דלקמן סימן של"ב וצ"ע כאן לענין אונאה כה"ג י"ל דוקא נקט נושא ונותן באמונה דהיינו לוקח ומוכר.

סעי' כ"ט דברים שאין להם אונאה העבדים והשטרות מעשה בא לפני בשותף באורנדיא שהקנה לחבירו חלקו ונתאנה פסקתי דאין בו דין אונאה חדא דעיקר המכירה שטר שיש לו על זכות הראנדיא ואין אונאה לשטרות ואפילו בלא שטר מ"מ זכות הראנדיא אין בו ממש ואינו בכלל דבר הנקנה מיד ליד וכמו דממעטינן קרקעות מדכתיב מיד עמיתך שנקנה מיד ליד דוקא ה"ה זה דהוי רק כמוכר הריוח או ההיזק שיהא ותלי"ת מצאתי אח"כ במהרי"ט חחו"מ סי"ט בשאלות שלישית באחד שהי"ל חלק רק בריוח שיהא מהסחורה לא בהפסד ומכר חלקו דאין בו דין אונאה כיון דאין לו קנין בגוף הסחורה רק בריוח הוי דבר שאין בו ממש ואינו נקנה מיד ליד והובא בנתיבות כאן אך מתשובות הרא"ש סי"ג ס"כ לא נראה כן גבי חכירות אלמיענה דהוכרח לבטל טענת אונאה משאר טעמים ולא אתי עלה מטעם שכתבנו ודוחק לומר דכ"כ משום דאפילו יהא אונאה בפלגא לא יוכל לחזור דמבואר שם שטען שהי' אונאת שתות מקח ואפשר משום דהחכירות נקנה ע"י טובי העיר כמ"ש שם ומבואר במרדכי פרק האומנין דרבים

או טובי עיר ששכרו מלמד א"צ קנין דדינם כבית דין וכן מבואר לעיל סימן ב' ומבואר ברא"ש פרק אלמנה ניזונות הובא בב"י לעיל סימן ק"ט דב"ד שמכרו בשל יתומים בין פחתו שתות בין הותירו שתות מכקן בטל דב"ד הם שלוחים של מוכר ולוקח דשניהם סומכים עליהם שלא יעשו עול ולא יטעו ואם פחתו שתות גם רמב"ם מודה דמכרן בטל גם בקרקע כמבואר בסמ"ע לעיל סימן ק"ט ס"ק כ"ב וה"נ הקהל סומכים על טובי העיר כב"ד אף דמבואר שם בתשובת הרא"ש דהקהל היו אצל החכירות עם הב"ד שמינו למעיינים על עסקיהם מ"מ סמכו על המעיינים שלא יטעו להוזיל החכירות כמו בהך דסימן ק"ט אף דלקח בעצמו מהב"ד קרקע מ"מ חוזר שסמך דהב"ד ידקדקו יפה ואף דבא"ח סימן קנ"ג סס"ז בהג"ה כ"ד שיכולין הקהל למכור אין בו אונאה אף דנמכר ע"י הב"ד או זט"ם מ"מ לע"ד להרא"ש דסימן ק"ט דגם לוקח שנתאנה חוזר לא ס"ל הכי ועוד דסתמא לא היו כל הקהל והרבה יתומים קטנים אשר נוגע להם רק הקהל והמעיינים כאפטרופסים שלהם ואפטרופס שטעה והחיל בטל המקח כמבואר בסימן ק"ו וממילא בטל כל שכירות החכירות דלא נקנה רק ע"י שטר כמבואר שם ואין שטר לחצאין כדלעיל סימן ק"צ סט"ז בהג"ה.

והקרקעות בד"ג כ"ה אות ט"ו הביא מן הזכל"א בשם כנה"ג דמוחזק י"ל קי"ל כגאונים שבטור סימן צ"ה דקרקע ח"ל כמטלטלין וי"ל אונאת עכ"ל ולע"ד כנסת הגדולה לשיטתו די"ל קי"ל כמיעוט נגד רבים לעולם כמבואר בדבריו בכללי קי"ל סימן קכ"ג וקכ"ד אבל בתומים כתב שם דקבלה בידו דדין שנזכר בש"ע ומחבר ורמ"א השמיטו דעת החולקין אין לטעון קי"ל וכ"כ החו"י ונה"מ בדיני תפיסה ס"כ דבמקום שסתמו בעלי ס"ע וסמ"ע וש"ך לא חלקו א"י לומר קי"ל כפוסק אחר וכן העיד התומים שראה דיינים מומחים וחכמי דור גדולי ישראל עשו כן למעשה וא"כ דין שבכאן נסתם בסימן צ"ה וכאן דל"ש בין קרקע מא"י או מח"ל ודאי א"ל קי"ל.

יותר מפלגא בד"ג כ"ה אות י"ז ראובן מכר לשמעון חלק מקרקע שחופרין ממנו עפרות זהב וכסף בעד סך קצוב ועתה רוצה שמעון לחזור בו משום דנתאנה יותר מפלגא כי מוצא הזהב מעט עיין מהרשד"ם סימן שע"ו ושע"ט שכתב דאף לדעת רא"ש ור"ת שיש בקרקע אונאה יותר מפלגא בנ"ד הכל מודים דאין בו אונאה כיון דבשעת המכר שניהם אינם יודעים כמה יהא ועיין בשו"ת מקור ברוך סימן נ"ה שנשאל בכיוצא ופסק כיון שא"י לידע בשעת המקח כמה יהא דמי למ"ש הרא"ש בחכירת אלמניעה דאין בה דין אונאה כיון שתלוי במזל ועוד יש לזכות למוכר כיון שלהוציא הכסף צריך טורח הרבה א"כ כשמכר ה"ל כשכרו לעשות לו מלאכה ונדר לו בשכרו כל מה שיוציא יותר ממה

שנותן לו בדמי העפר דהדין דאין אונאה לפועלים ובשו"ת נא"ב הגאון בעל פנ"י נשאל בכיוצא וכו' וצ"ע שלא דברו כלום מתשובת הרא"ש ומהרשד"ם שלדעתם א"צ להחזיר אונאה עכ"ל הנה מהרשד"ם בסימן שע"ו דימה זה למכירת חזקות מבתים וחצרות שבעליהם גוים ולמחר מוציאים הקונה ומפסיד מעותיו ולא בשבילו חוזר על המוכר משום דאדעתא דהכי נחתו וזבני עכ"ל וזה תמוה דשם נתחדש ברשות הקונה ומזלו גרם וכיוקרא תולא שלאחר המכר הוא משא"כ זה שנתגלה למפרע שזהב בה מעט עליו אין להוסיף ובסימן שע"ט מהרשד"ם גופא תבר לגזיזי' ואהי עלה רק אם נהגו שלא לתבוע האונאה בזה על המנהג סומך ומתשובת הרא"ש ג"כ אין ראי' דשם תלוי במזל במה שנתחדש אחר השכירות דבשעה שסוכר אפשרי עדיין להרויח או להפסיד לסבא ודמיון המקור ברוך תמוה דמה מזל שייך בנידון דידי' שא"א שיהא יותר ממה שהי' כשקנה ומה שדימהו לפועל אפילו לשיטתו עכ"פ דומה להך דהג"ה בסל"ג דה"נ נשער מה שהוא בעד שכר טרחו ומה שנתאנה מצד המכירה יחזיר וכמו שביאר בנו"ב חחו"מ סל"ב דה"נ אם מכר לו העפר בעד ק"ן ז"כ וטרחתו שוה חמשים הרי כמכר לו במאתיים הכסף שיוציא וכשנמצא אח"כ כסף שוה שלשה מאות נחלוק האונאה שלשה שלישים על המכירה ורביעית על המעולה עוד תמוהין דברי המקור ברוך דבקבלן גם בפועל יש אונאה כמבואר סל"ו ק"ו דכאן אין שם עבד עליו כלל דקנה העפר ובדידי' טרח וישתקע הדבר.

סעי' ל' אינה את הלוקח שו"ת בשמים ראש סנ"ז כתב דשליח שאינה אחרים אין זה ענין לשליח לד"ע ועיי"ש כס"ד דנתקשה למה יזכה בשביל משלחו הא זכי' משום שליחות ואשלד"ע עיי"ש ואפשר דמיירי שלא שלחו להונות עמל"מ פ"ג מגנבה ואם שלחו להונות וקנה במעות נעשה הקנין ממילא כשקיבל לוקח המעות וכן כשאינה ללוקח ולוקח משך או החזיק השליח מעשה קוף עביד אבל כשנעשה הקנין בכסף שנתן לוקח לשליח או שמשך השליח ועדיין לא בא ליד המשלח צ"ע.

בכ"ש ור"ה כתב שליח שהותיר שתות המקח בטל ותמה הרא"ש בפרק אלמנה ניזומת סט"ז כיון דל"ה הותיר דינו נפיחת הל"ל בכ"ש ולמה נקט שתות ונ"ל כיון דבבעלים עצמם שנתאנו פחות משתות הוי מחילה מודה בזה ר"ה לר"י דל"ח טעות בהותיר רק בשתות דלא מחלו נמצא המשלח יהנה מגזל בשוגג ולתקוני שדרי' ולא לעיות ובטל כל השליחות.

סעי' ל"ג הג"ה שכר פועל עם סוס בד"ג כ"ה ס"ז אחד עשה מקח עם חברו האומן שבעד כל סך ככרות שיעשה לו מתבואתו יתן לו כו"כ מעות ונתאנה האומן איך נחשוב האונאה

כיון שבנורחת הבצק ואפיה ל"ש אונאה דאין אונאה לעבדים ומצד התבואה יש אונאה עיין זה בנו"ב סל"ב מ"ש בזה עכ"ל טעה בזה דאדרבה מצד הטרחא אונאה לעולם חוזר דבשכירות חוזר אונאה לעולם דבקבלן לא שייך אין אונאה לעבדים כדלקמן סל"ו רק להיפך דן הנו"ב כיון ששהה בכדי שיראה לתגר אין חוזר מצד אונאת המכירה רק מצד הטרחא ודימהו להא דסעי' זה ומה שנתאנה בשכירות לבד חתר וכן מבואר בנו"ב שם.

סימן רכח

סעי' ח"י מותר לחנוני נשאלתי אחד רצה לפתוח לו חנות להחיל שער הבשר והשלישו לו שאר קצבים סך מעות שא"ל יפתח החנות עד ז"פ יתן השליש המעות לזה ובכלות הזמן מעכבים ביד השליש מליתן וטוענים להשטות נתכונו והשבתי כיון דאפשר הי' מרויח סך זה באותו זמן ל"ל משטה כדלקמן סימן רס"ד ס"ז בצייד עיי"ש בסמ"ע סק"כ ואי דשא"ה דעשה לו פעולה ושכירות קניא בדיבור משא"כ כאן לא עשה שום פעולה רק שוא"ת והוי רק מניעת הריוח וגרמא וכן מצאתי במח"א הלכות שכירות סח"י הובא במ"ש ס"ס קפ"ה בסרסור שאמר לחברו שב היום בביתך ואתן לך חלק במה שארויח בסרסרות ועתה חוזר בו דאפשר דל"ד להך דצייד דשכירות הוא כיון דעשה לו פעולה ובאמירה משתעבד ועוד דסרסור אפשר לא הי' מרויח ולא גרם לו שום הפסד והעלה דאם הי' הפסידו ברור צריך ליתן לו מה שפסק לו עיי"ש ולע"ד גם בצייד אינו ברור ההפסד רק שמא הי' נזדמן לו דגים וכן משמע להדיא באס"ז בב"ק דף קט"ז בשם הרמ"ך וכ"כ הפרישה בסימן רס"ד ועיין ב"י לעיל סימן קמ"ג תשובת רשב"א בבעלי חניות כשרוצים לקנות בגדים שאומרים קצת נהי' כולנו שותפים בו די"ל משטה הייתי כדי שלא תפסיד או תקח לעצמך והרי הי' אפשר לוקח לעצמו ומ"ש מהך דצייד וגם בבעלי חניות גרע דליכא השבת אבדה ורשאי ליקח לעצמו וע"כ משום דלא עשה פעולה מ"מ בנ"ד כיון דאמרו לשליש שיתן לאידך המעות בכלות הזמן הוי תן כזכי דדמי לחוב כיון דעשה נייח נפשם והרויחו על ידו לא גרע ממ"ש תוס' בפ"ק דגיטין דף י"ב דשיחרור עבד הוי כעין מלוה דא"ל דעבד לו נייח נעשי' לא הוי משחררו לכן תן כזכי ועיין יו"ד סימן רס"ז סע"ו ול"ד למ"ש טו"ז בא"ע סימן קס"ה סק"ג דדוקא מעמ"ש בעי ול"מ השלשת מעות דהתם מחויב לחלוץ בחנם ע"כ תן לאו כזכי ועוי"ל מה שהשמיט הרמ"א בא"ע שם מ"ש המרדכי דצריך מעמ"ש ותמהו אחרונים עיי"ש בפ"ת סימן קס"ט ס"ק מ"ג והגהות יד אפרים חו"מ סימן רס"ד ולע"ד י"ל כיון דלעיל סימן קכ"ה יש פלוגתא אם במתנה תן כזכי וא"כ גם בלא מעמ"ש אי תן כזכי הוי כמסרו לידו והוי ספ"ד ואין שום אחד מוחזק ואם

יתן משליש להחולץ מה שעשה עשוי ל"ל כה"ג להשטות כיונה ועוד כיון דמונח ביד שליש הוי כמוחזקים שניהם ובספק פלוגתא יחלוקו כמ"ש בחלקת מחוקק בא"ע סימן נ"ג סק"ט וב"מ שם א"כ על חצי ודאי אי"ל משטה וממילא מדחצי לאו להשטות כיונה על כולו נמי לאו להשטות וכמ"ש המל"מ פי"א ממכירה ה"ב כה"ג לענין אסמכתא בשם הרשב"א וגם לענין טענת משטה כ"כ בשער משפט ספ"א סק"ד מכנה"ג בשם שו"ת הרא"ש אך לפני כלות הזמן יכולין לחזור דלא אמרו ליתן רק אם לא יפתח החנות עד ז"פ וא"כ קודם הזמן ל"ל תן בזכי.

יכול למכור בזול יותר מהשער כדי שיקנו ממנו עמ"ש לעיל סימן קנ"ו ס"ה ואח"כ מצאתי בשו"ת דרכי נעם חחו"מ סל"ח בנידון דעכו"ם מביאים יריעות פשתן למכור ואח"כ העלו השער ועשו הקונים הסכמה שלא יעלו השער ואחד מהם מוחה בהם ופסק דחשוב מזיק ממונו של חברו שמקלקל מקח כל בני אומנות ואיהו נמי אית לי פסידא שמייקר השער ואפילו בזה נהנה וזה ל"ח כופין עמ"ס כ"ש כשמחסר לאחרים ומחסר לעצמו שיש לכופו בשוטים ואין זה ענין לגזרות ותקנות להצריך שיאותו כולם ושיהא מדעת החכם ובסוף התשובה מסיק דאי מטי פסידא לרוב בני העיר מצד מניעתו לאכל עמהם נקרא מזיק בידים לאחריני ולאו כל כמיני' להזיק אע"ג דבזה ימנע מלהרויח דאין שורת הדין נותנת דכדי שירויח זה יוזק זה אבל אי מטי פסידא לזה היחיד מצד אותה הסכמה אע"ג שיהא הוא סיבה ג"כ בהיותו נמנע מלהסכים מנוי פסידא לאחריני מצי מימר לא בשביל שלא יגיע לך נזק אהא ניזוק אבל אי לא מטי לי' פסידא אלא מיעוט ריוח מצינא מימר אין שורת הדין נותנת שכדי שתרויח יהא חברך ניזוק וסוחרים באיזה מקח פרטית הרי הם כבעלי אומנות דכתב הרא"ש פ"ק דב"ב דהם הנקראים בני העיר בענין מלאכה עיי"ש.

סימן רל

סעי' ט' וקודם שהגיע שם הוזל טוסמ"ע ס"ק ט"ו דאם לקחה ממנו לגמרי אע"ג דאמר דקנהו אדעתא דהכי להוליכה לאותו מקום ששם היין ביוקר והוזל אפ"ה הלוקח א"י לחזור עיי"ש ובד"ג כ"ה סח"י כתב במי שמכר לחברו מאה ליטרין ירק בעיו"ט והקונה קנאו כדי למכור לאחדים בעיו"ט ואח"כ רוצה המוכר ג"כ למכור מאותו המין פסק המוצל מאש דאין להוציא מן המוכר דמי הזבינא משום מקח טעות ובשו"ת קול אלי' סכ"ג תמה עליו דהרי במוכר בהמה בעיו"ט ונודע שכבר נשחטה בתה או מכרה לאחר לשחטה הוי מק"ט עכ"ל ולא שמיעא לי דבשלמא מוכר בהמה הי' הריעותא בשעת

מכירה דכבר נמכרה לשחוט ע"כ הוי מק"ט אבל במוכר ירק נעשה הריעותא אחר המכירה דמאן יימר דמעיקרא ודאי דעת המוכר הי' לרמותו ואף דבא ההיזק מחמת המוכר הא בפרק השולח דף מ"א גבי עשה עבדו אפותקי ושחררו הלוה אח"כ למאן דלא דד"ג פטור לגמרי ולא אמרינן אנן סהדי דאדעתא דהכי לא נחית המלוה תחלה ואינו רק כאחר המזיק שעבודו ולאו מטעם ביטול המעשה חייב לוה וכמ"ש הרא"ש בתשובה כס"ט הובא בטוחו"מ סימן ס"ו מחודש ל"ו דאם מכר לו בית וקיבל עליו אחריות ושרפו המוכר אח"כ אינו גובה ממשעבדי אלא מעמידו בדין וגובה כמו מאחר ומוחל שט"ח שמכר נמי הוי כשרפו באותו שעה שאין המחילה מבטלת המכירה עיי"ש וכן מוכח לפוסקים דס"ל מוכר שט"ח ומחלו משלם רק דמים שקיבל למאן דד"ג ממילא למאן דלא דן דד"ג א"צ להחזיר מעותיו ול"ה מקינו לומר דע"ד כן לא קנה ואפילו לפוסקים דס"ל דלמאן דדאין גרמי משלם כל דמי השטר ולמאן דלא דד"ג מחזיר מעותיו שקיבל אין ראי' לפמ"ש בנתיבות סימן ס"ו בביאורים סקל"ז דטעמם דמכר לו גם שעבוד הגוף רק דלא חל עליו הקנין ואיתא בחזרה ע"כ מהני המחילה וע"כ גם הלוקח חוזר בו מכל המקח עיי"ש ואפשר אם לא נתן המעות עדיין י"ל קי"ל כר"ח דגם בלוקח מועיל גילוי דעת לבטל המקח ע"י מה שנולד אח"כ ול"ל דהכא כיון שלא ידע הלוקח דיש למוכר עוד מאותו המין הוי כנולד הריעותא קודם שקנה דהוי מק"ט וא"צ לדיני תנאים כיון דלא עלתה ע"ד כלל שיש לו עוד כדי שיתנה וכמ"ש מהרי"ט בחידושו על הרי"ף פ"ג דקידושין במשנה דהמקדש אשה ואמר כסבור הייתי שהיא כהנת דאם הטעתו שאמרה לו שהיא כהנת ועד"ז קדשה אינה מקודשת דא"צ לדיני תנאים משום דהימנה ולא נסתפק כלל עיי"ש דשא"ה די"ל דהימנה אבל כאן לא א"ל המוכר שאין לו עוד ואפשר אפילו הי' יודע דיש עוד להמוכר הי' מכניס עצמו לקנות על הספק שמא לא ימכור המוכר לאחדים ומפרט לפמ"ש המוצל מאש דלכתחלה אסור למוכר למכור כמו דאסור למוכר בהמה בעיו"ט לשחוט בתה באותו יום ועתה גברא אתרעי נמצא לא הי' מק"ט בשעת קניה וגם המוכר בהמה בעיו"ט ולא ידע לוקח שיש למוכר גם בתה ואח"כ שחט המוכר את בתה ל"ה מק"ט וכ"ש כשידע שנשאר בתה למוכר ואם לא נתן המעות אפשר דלר"ח ה"נ א"צ ליתן ועמ"ש סימן ר"א ס"ב ועיין בקו"א לספר משפט שלו' בסימן רל"ז אות י"ז ועיין נתיבות סימן שי"ב ס"ב ולפ"ד הנתיבות בשכירות כה"ג דמשכיר מקלקל השכירות חייב מכח שעבוד גופו ונכסיו להעמיד לו דבר המושכר בשלימות כמו שהשכירו.

סימן רלא

סעי' כ"ז ולהתנות ביניהם שכל מי שיעבור קונסים אותו כו"כ שורש ד"ז מפ"ק דב"ב ומסיען על קיצתן ומבואר במהרי"ק שרש קפ"א בשם מהר"ם בתשובה ומייתי לה במרדכי בפ"ק דב"ב דמיירי בלא קנין ומטעמא בההיא הנאה דצייתי אהדדי במידי דאיכא רווחא להאי כמו להאי איידי דקני גמר ומקני עיי"ש וצל"ע בבני עיר שמכרו עזר היין או גאבעלא לאחד ונתחייבו להקונה שמי שלא יקח ממנו יין או יעלים גאבעלא ממנו יתן לו קנס כך וכך אי מועיל כיון דהוי אסמכתא דל"ד להא דמתנין בני העיר שכל מי שיעבור קונסים אותו דנשתעבדו כולם זה לזה בשוה משא"כ כאן הקונה לא נכנס בתנאי זה רק בני העיר המוכרים וכמו באם מתנה מוכר אם אחזיר בי אכפול ערבונך דהוי אסמכתא וכל קונה ומוכר אין מתקיים בלא קנין דלא שייך צייתי אהדדי רק בענין שוה לשניהם משא"כ קונה ומוכר זה קונה וזה מוכר ול"ל דשאני בני עיר משום דמועיל מטעם הפקר דהא למהר"ם אין הטעם משום הפקר רק משום דצייתי אהדדי ואפילו ביחידים שעשו שיתוף דינא הכי כמבואר במהרי"ק שם ובני עיר ישראלים ועכו"ם שהתנו מי שיהא נמצא בהמתו תוך התבואות אפילו של בעל הבהמה יתן כו"כ קנס והקנס להמוצאו נ"ל דוקא אם רוב מהיהודים נתרצו בפירוש דרוב עכו"ם אינו מהמנין כדאיתא במז"ב דכ"ו ושתיקה לא מהני כיון דמוכרחים לציית לשופט העכו"ם ואין התקנה שוה לכל דסתם עכו"ם אנסים עסמ"ע סימן קע"ה ס"ק ס"ט וכשעוברים תקיפים שבהם מי יקנסם וגם שופטיהם מתמנים עפ"י רוב דעות והם אינן מן המנין מדינא ואין להם כח טובי עיר מדינא עיין לעיל ס"ס ל"ז ובפחז"ה דף מ"ה ע"א ולכן אם מצא ישראל בהמתו של חברו בתבואה ותפס קנס צריך להחזיר אם לא הסכימו בפירש רוב היהודים מבני העיר לאותו תקנה.

סימן רלב

סעי' א' המוכר לחבירו במדה ראובן קנה משמעון עשר ככרים שמן ונתן לו כו"כ חביות בהעשרה ככרים ומשך בלא משקל ואח"כ נודע שנתאנה במשקל ופסק רשב"ש דמחויב להשלים לו אולם מחמת שמכר קצת מהשמן הוי כנשתמש בו אחר שידע המום ומחל וצ"ע כיון דנקנה המקח רק דמחזיר הטעות בשלו נשתמש וכמ"ש בנתיבות באונאה שתות את"ד ד"ג כ"ו ס"ח ויפה העיר אך גם הב"ח ריש סימן זה כתב על הא דנוטה במדה ומשקל ומנין חוזר לעולם ר"ל דלאחר שנודע לו דטעה חתר בו מיד אפילו לא נודע לו הטעות עד זמן מרובה אבל אם נודע לו הטעות ושתק והשתמש בו וכיוצא בו דגלי דעתי'

דלא קפיד הוי מחילה ושוב א"י לחזור בו עכ"ל ואפשר לפמ"ש רמב"ן ונ"י בב"ב בפרק ב"כ דף ק"ד דהא דטעה במדה חוזר דמשמע דבטל המקח היינו כשא"א להשלים מאותו המין ובכה"ג כשנשתמש אחר שידע א"י לבטל המקח וסגי בהחזרת מעות או י"ל לפ"ד הטור וסייעתי' שבהג"ה לעיל סימן ר' ס"ז דכל שגילה דעתו שאינו רוצה למכור רק הכור ביחד אפילו משך הלוקח לא קנה אא"כ גמר למדוד כל הכור ועיי"ש בנתיבות סק"כ כגון שדרך לפסוק על כל סאה וזה פסק על כל הכור וא"כ ה"נ כשפסק דמים על העשרה ככרים ביחד ולא על כל ככר כנהוג גם המוכר יכול לחזור כיון דנמצא חסר אם יחויב להחזיר מעות דגילה דעתו דצריך לדמי עשרה ככר דוקא וא"כ לא ה"ל ללוקח להשתמש במקצתו אלא ודאי מחל לגמרי.

סעי' ג' אם נשתמש בזכל"א ח"ג ערך אונאה כתב בשם בעי חיי ח"ב ס"ס פ"ב דאם מכר מקצת אפילו בסחורות חלוקות נשתמש מיקרי הובא בד"ג ומשפט שלו' ונראה דוקא דגם במה שמכר הלוקח הי' המום דבלא"ה הרי אין המקח בטל רק בסחורה שיש בו המום אם ירצה לוקח וכדין נשתמש אף דלא מחל המום רק אם גם המוכר לא ידע מהמום טרם נמכר דאזי יכול מוכר ג"כ לחזור בו מכל המקח אם חוזר לוקח ותובע לבטל המכירה מאותו שיש בו מום א"כ לא ה"ל להשתמש אם לא נתרצה בכל המקח כנלע"ד לפי הנראה מנתיבות סימן קפ"ב והשבו"י ח"ג ס"ס קס"ט דכתב דאם קנה כמה חתיכות בגד במקח אחד ונמצא מום באיזה מהם הרשות ביד המוכר לומר החזר לי כולם כיון שבמקח אחד קנה כולם היינו דגם המוכר לא ידע דג"כ קנה קשורים ביחד דלא הי' דרכם לפתוח עיי"ש ואם הי' פיסוק דמים על כל אחד בפ"ע אזי אף דלא ידעו שניהם מ"מ אין המקח בטל רק בזה שיש בו המום וכדין נשתמש באותו שאין בו המום ועיין מהרשד"ם סימן ר"ס הובא במשפט שלו' סימן קפ"ב ס"ח בד"ה ובעיקר ואף דכתב שם דעה"ג חולק נראה עיקר כמהרשד"ם כי עה"ג כתב זה רק אגב אורחא ולא נצרכה בנ"ד למעשה עיי"ש ומ"מ בידע מוכר המום וטען דלפיכך הוזיל בשאר הסחורה משום שכללן בסך אחד טענתו טענה אם לפי ראות כן הוא ויש לחשוב סחורה שמחזיר במומו רק כשויו.

סעי' ה' שיש לאחר דרך עליו בשעמ"ש הקשה מסימן רנ"ג ס"ה דאפילו מת הבן אין מתנתו מתנה אף דנסתלק הריעותא ולע"ד י"ל לפי המבואר בנדרים דף ס"ד ע"ב וביו"ד סימן רכ"ח סי"ב דאין פותחין בנולד דפתח זה אינו עוקר לנדר מעיקרא שאף אם הי' מעלה אותו על לבו לא הי' נמנע מלידור כיון דלא שכיחא טובא ומיתה לא שכיח והך דמתו כל האנשים היינו שירדו מנכסיהם וא"כ מכירה שכיח דירדו מנכסיהם סתמא

היינו שמכרם וכן מוכח לדעת ר"ש מקינון דל"א מגו דטען טענה דל"ש והרי מגו דלקוח טענינן וא"כ ה"ט במת הבן כיון דאם הי' יודע בשעה שנתן לאחר דיש לו בן הי' מתחרט ונעשה מתנה בטעות דאף דימוה הבן אח"כ לא הי' מתחרט מעיקרו על ביטול המתנה רק מן מיתה ואילך וכיון שנתבטלה נתבטלה אבל כאן אף אם הי' נודע לו מן הדרך הי' מבטל המקח מ"מ לאחר שניתקן הי' מתחרט מעיקרו על ביטול המקח וכיון דהשתא איגלאי דניתקו נתברר דל"ה מק"ט ועוד כיון דשכיח שיתוקן ליכא אומדנא דל"ה קונה כלל דאפשר הי' קונה על תנאי שיסלק המום משא"כ במיתה דל"ש אינו חושש ליתן על תנאי זה דלא אסיק אדעתי' כמו דאינו חושש לימנע מלידור בשביל זה.

סעי' י"א לטבחה ראובן מבר פרה לשמעון בכך וכך ותנאי מפורש שאם תמצא טרפה יתן פחות כך וכך ומשך שמעון הפרה ונתן המעות רק מה דבין כשרה לטרפה נשאר חייב אח"כ מכרה שמעון ולא שחטה והרויח בה פסק בשו"מ תליתאה סימן רפ"ט דפטור שמעון מלשלם עוד דהוי א"י אם נתחייבתי דשמא היתה נטרפה דבזה"ז רוב אינן כשרות ולא נראה כיון דקפיד מוכר ולמכרה לחלוטין בדמים שלקח רק בהניח לו זכות אם תמצא כשרה יקח עוד איך יעשה הלה סחורה בפרתו של חברו כיון דלא קיים התנאי יתבטל המקח ומה שנטל בפרתו של ראובן נטל.

סימן רלד

ומכרו עיין בחידושי ליו"ד סימן קי"ט.

סימן רלה

סעי' א' בהג"ה הואיל ואינו רק מתק"ח א"כ במקום שעשו שלא כהוגן כגון שמכרו בנכסים מועטין שזכו בהן הבנות מכירתן לאו כלום במל"מ פ"ט מזכי' הקשה מהא דאמרינן פי"נ דף קל"ז האומר נכסי לך ואחריך לפלוני אסור לראשון למכור לאחר ואם מכר מכור ואם נתנה במתנת שכ"מ ל"ק משום דאינה רק לאח"מ ולדברי הר"ן ת"ל דמתנת שכ"מ רק מתק"ח ובמקום איסור ל"מ ונלע"ד דנהי תחלה חכמים תקנוה אחר שכבר נתפשט המנהג כן הוי קנין סטימתא וע"כ נהי במקום איסור לא תקנו מ"מ מועיל מצד מנהג שנעשה קנין ך בקטן גם בקנין גמור א"י להקנות ומה יועיל המנהג לחושבו קנין וע"כ אינו רק מתק"ח וכשעשה איסור לא תקנו ובזה מיושב נמי קושית המל"מ שם על הרמב"ם דכתב שם דאם צוה השכ"מ ליתן לעכו"ם אין שומעין לו שזה כמו שצוה לעבור עברה מנכסיו והקשה עליו ג"כ מהך דפי"נ ולפמ"ש א"ש כיון דמעולם לא נהוג זה

לקנין בין ישראל לעכו"ם ל"ה סטימתא אצל עכו"ם ולפ"ז נדחה מה שלמד המל"מ שם מדברי הרמב"ם ור"ן הללו לשכ"מ שנתן מתנה בנכסים מועטים דקי"ל הבנות יזונו דאין מתנת הבן כלום כיון דאיסור עבד ועיין קצו"ח סימן קכ"ו סק"ג ועמ"ש סימן רמ"ח ס"ד ובאליו כתב שם דמתוס' פ"ק דב"מ דף כ' ד"ה שובר מוכח דאפילו במקום איסור תקנה לא זזה ממקומה אע"ג דמחמת התקנה דמבז"ל עבד איסורא עיי"ש ולע"ד לא פליגי תוס' על רמב"ם ור"ן דאל"כ תקשי לתוס' הא בפרק שני דב"מ דף כ"ז ע"ב אמר אי סד"ר כי עביד רבנן תקנתא בעמון לא באיסור אע"כ שאני בעבז"ל דאם מכרו האדון בין חתימת למסירת השטר שחרור וגם העבד בא על בת ישראל בין חתימה למסירה ולענין הממון ע"כ משוחרר משעת חתימה דלא פתיך בו איסור כלל ובין ממון לממון ודאי לא פלוג א"כ א"א לפסול את הבת ישראל לעשות תרתי דסתרו ולהיות דברי חכז"ל כי חוכא כדאיתא ס"פ הדר ובנידון רמב"ם ור"ן דאין קנין הממון בלא האיסור לא תקנו בזה כלל ול"ש ל"פ דאיסור מין אחר וכיון דבממון גופא יש איסור לא חל בזה התקנה כלל ולענין עבז"ל כיון דע"כ תקנו גם באיסור כן ל"פ אף אי אתרמי רון לאיסור דאיסור ואיסור חד מין.

סעי' ט' קרקע שירש מאבותיו ואם בת היא שירשה קרקע בב"י הובא מחלוקה רשב"א וראשונים בזה ועיין ב"ש א"ע סימן נ"ד ססק"א ואם נשאת ואומרת מה שירצה בעלי יעשה דעת החמ"ח שם דלא עדיף ממנה ואינו יכול למכור עד שתהא בת עשרים וב"ש חולק עליו וגם שו"ת אורח לצדיק חחו"מ סימן ח' חולק על החמ"ח ובר"ן ס"פ מציאת האשה מבואר דלמאן דס"ל דלא תקנו בבת משום דאינה מצוי ה"נ כשירש משאר מורישיו לא תקנו וכיון דבש"ע כאן סתם דל"ש אב או שאר מורישיו ממילא הה"ד בת והמעיין בריב"ש ס"ס שע"א יראה דאף שכתבה הרשאה לבעלה למכור ל"מ מכירתו כשאינה בת עשרים בקרקע אביה ואפילו שתקה ולא מיחתה כשנעשה בת עשרים ל"מ עד שיביא לוקח ראי' שבאו המעות לידה ול"מ מה שנתנה לבעלה הרשאה והוא קיבל המעות וצריך להביא עדים שידעה אחר שהיא בת עשרים שזה מחזיק בקרקעה מחמת מכירה ולא מחמת משכונא ועם כ"ז אין שתיקתה כלום כ"ז שהיא א"א דאין מחזיקין בנכסי א"א לפי שהוא סומכת על בעלה.

סימן רלו

סעי' ח' מטלטלי דמייאשי א"צ להחזיר ובש"ך סק"ו אם קנאם וה"ה אם גזלם ונתיבות כתב מאוד תמוה דהא מבואר סימן שס"א ס"ה דכשנטלן מהגזלן בע"כ לא חשוב שינוי רשות והנגזל יכול להוציאו מיד השני ובסימן שס"ח במציל מיד לסטים אחר יאוש הוא

שלו כתב הטו"ז מה"ט דמירי שהציל ע"י פיוס ברצון הלסטים ובנתיבות סימן שס"א הקשה ג"כ מהמציל מיד לסטים ומסימן קפ"א בשיירא שעמד עליהם גייס ועמד אחד והציל הציל לעצמו דהא ל"ח ש"ר כשהציל בעל כרחם ולע"ד שאני גזלן ישראל כיון דמחויב בהשבה ואחריות הוי כבעלים של הגזלה וכשנטלה ממנו אחר בע"כ ל"ח ש"ר כמו דלא חשוב ש"ר אצל הגזלן גופא שגזלה מהבעלים וכמ"ש הרשב"א ר"פ הגוזל בתרא אבל גזלן עכו"ם ל"ח בעלים אפילו על ממונו כמ"ש הה"מ בפט"ו מא"ב הכ"ו ומשום דראה ויתר וכן הוא בא"ע סימן כ"ח בקידש בגזל עכו"ם מקודשת דא"צ להחזיר רק משום ח"ה או שלא ירגיל עצמו בגזלות כמ"ש יש"ש ר"פ הגוזל בתרא וא"כ בגזלן עכו"ם והישראל הנגזל נתייאש אם נטלה אחר בע"כ הוי כמצא אבדה אחר יאוש דאף את"ל שצריך לשלם להעכו"ם לא משום דממונו הוא רק שלא יחלל ש"ש אבל נגד הנגזל זכה כיון דל"ה ברשות בעלים כלל אלא דלע"ד גם משום ח"ה ליכא דגוי גופא גזלה ואי דגורם לו היזק דמחויב באחריות הא אין דעתו להחזיר ולא מפסיד לו כלום משלו אבל בישראל אף דאין דעתו להחזיר כיון דמחויב שלו חשוב וכמ"ש מג"א סימן תקפ"ו סק"ה.

ועוי"ל לפמ"ש קצו"ח סימן שס"א הא דיאוש כדי ל"ק דתוס' בע"ז דף ע"א כתבו דאף דמשיכה קונה במתנה ומציאה ומ"מ אם באיסורא בא לידו הוי כמקח דמשיכה לא קני מן התורה ע"כ יאוש כדי ל"ק דלא מהני משיכה משום דבאיסור אתי לרשותו וא"כ גוי מישראל דקונה מקח במשיכה לדידן דקי"ל בישראל מישראל ד"ת מעות קונה כדאיתא ר"פ שני דבכורות ה"נ כשאתי לידו באיסור ונהי דאם דן הגוי לפנינו י"ל כך דינכם דיאוש ל"ק אבל ישראל הגוזל ממנו אחר יאוש קני דדינו עם הנגזל ישראל ולפי ד"ת גוי קנה ממנו ביאוש כדי ולאו בע"ד דידי' הוא ואף אם לענין הגזלן עצמו לא נאמר הקצו"ח דיאוש בלאו ה"ט ל"ק ביון דבא לידו לפני יאוש ולא קנהו אז ונתחייב בהשבה תו א"י לקנותו וכמשמעות הפוסקים וכן מוכח מדאמר בפרק לולב הגזול דף למ"ד ע"ב לגזזינהו אינהו כי היכא דליהוי יאוש בידייהו וש"ר בידייכו ולקצ"ח למה צריך ש"ר כיון דגוי קנהו ביאוש סגי מ"מ כשישראל גזל מהגוי הגזלן אחר יאוש הנגזל יש לחלק כן דבשלמא בגוזל מגזלן ישראל כיון דגורם לו היזק דחייב באחריות ואסור לגזלו ממנו כמ"ש תוס' במרובה דף ס"ט ד"ה כל וכיון דעושה איסור א"י לקנות במשיכה דמשיכה במקח אינו קונה וכן באיסור אבל בגוזל מגוי גזלן אף את"ל דאיסור עביד מ"מ ממ"נ נגד הנגזל ישראל ליכא איסור לאחר יאוש כאבדה אחר יאוש דחשוב בהתירא אתי לידו וקונה ברשותו ונגד הגוי אף באיסור דחשוב המקח משיכה קונה מן התורה וחשוב שינוי רשות דגזלן גוי ודאי מתייאש כיון דישראל שגזלו הימנו אלים ממנו ובדין אין לו פתחון פה

הן בד"י הן בדא"ה דאינו שלו ואי דלא יצטרך לשלם להמזל ישראל משלו בלא"ה אלם מהישראל ונתייאש הישראל מחמת אלמותו וראיתי ברשד"ם סימן ער"ה בראובן שהי' לו מלוה בשטר על שמעון וגוי הי' לו מע"פ מוקדם על שמעון וטרף הגוי בית שמעון בחובו ומכרה ללוי דמחויב לוי לשלם לראובן החוב שהי' לו על שמעון כיון דדעת הרי"ף דמלוה בשטר קודם למע"פ אף דהמלוה בשטר מאוחר למע"פ אף דר"ה וש"פ חולקים מ"מ כיון שיש צד זכות אלו הי' בא ראובן עם הגוי לפני ד"י היינו מזכין את ראובן עפ"י דעת הרי"ף וכמו דאמרינן אם אתה יכול לזכותו בדיניהם א"ל כך דינכם ואם אתה יכול לזכותו בדינינו א"ל כך דינינו לכן לוי הבא מכח הגוי הרי הוא כגוי וצריך לשלם לראובן עיי"ש ולע"ד ודאי אין להוציא מן לוי דאם נגד הגוי היינו באין בעקיפין דראה ויתר איך נוציא מיד לוי והא מבואר ברמב"ם פ"י ממלכים שאין עושין כן לגר תושב א"כ כ"ש אם עתה הוא ישראל הבא מכח הגוי ול"ד להא דהגוזל קמא דף צ"ו השביח עכו"ם אבני' לישראל דהבא מחמת גוי הוא כגוי דשם מדינא גם לישראל אין לו שבח רק מתקנתא ולעכו"ם לא תקנו ולעיל סימן קנ"ד סי"ט מבואר ג"כ דלא אמרינן דבא מכח עכו"ם יהא כעכו"ם שיהא זכות לישראל אחר להזיקו מה שהי' יכול להזיק להעכו"ם שמכר לו עיי"ש סמ"ע ובאה"ג וביאור הגר"א אף דרשב"ץ שהביא ב"י ס"ס ק"ג כתב כיון דמכר זה בטל בדינינו אפילו הי' קיים בדיניהם אנו מבטלים אותו דאמרינן בפרק חזקת הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי וכתב בעל עיטור כאלו אותו גוי בא עם ישראל לדין ותניא אם את יכול לזכותו בד"י וכו' י"ל דוקא אם בד"י הי' זוכה הישראל נגד הגוי אבל לא להיפך ועוד דבנידון רשד"ם יוכל לומר א"ל שתקת מהדרנא שטרא למרי' ועמ"ש לעיל סימן קנ"ד סח"י לכן נראה דרשד"ם נמי לא אמרה רק לסניף כדרך בעלי תשובות ועיין אס"ז ב"ק דף צ"ו בד"ה תקנתא בשם המאירי ואפשר אף דבא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם דוקא בלוקח דלא נחית רק ליקח זכותו ומה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו משא"כ בגזל מהעכו"ם לכ"ע ל"ח העכו"ם כבעלים ולא חשוב בא מכח העכו"ם ועיין נתיבות סימן ע"ב סמ"א ס"ק נ"ב.

סימן רלז

נקרא רשע נראה דגם אם מחזיר איסורא דעביד עביד כיון דכבר זכה ופטור מלהחזיר מתנה יהיב והר"ז דומה לדלקמן סימן רנ"ט ובש"ך שם סק"א ומצאתי בפ"ת סק"ב בשם חמדת שלמה שכ"כ וכן משמע בר"פ האומר דר"א לא רצה לחזור ולמכור לר"ג משום דארעא קמייתא לא מסמנא מלתא ומזה הוכיחו הפוסקים דא"צ להחזיר דלא ס"ל לחלק

בין שוגג למזיד עיין ריטב"א ויש"ש רפ"ג דקידושין ואם יתוקן האיסור בחזרה איך משום דלא מסמנא לא יחזיר לעקור האיסור למפרע דנהי דתחלה שוגג הי' הא עתה בידו לתקן ושומר מצוה לא ידע דבר רע וכן משמע מדכתבו יש"ש ומ"ב דאינו חייב להחזיר משום דמכריזין עליו שהוא רשע בתרי קטלא לא קטלינן ואם יתוקן האיסור יחזיר וממילא לא נכריז וליכא תרי קטלא דל"ל דכשמחזיר רק בכפי' לא מתקן וכה"ג איתא לעיל סימן ל"ד ס"ז וסכ"ט דשאני התם דאם מחזיר ברצונו תו אינו חשוד משא"כ כשמחזיר ע"י כפי' אבל תיקון האיסור ל"ש ע"י כפי' או רצון.

הג"ה חרם ר"ג בד"ג כלל כ"ו סי"ג כתב בענין תקנות והסכמות בחזקות א"י מוחזק השני לומר קי"ל בע"ד כיון שההסכמה נעשה בחרם הוי ספק חרם לחומרא כן מבואר במהריב"ל עכ"ל ובספר דברי אמת סי"א הוגה דעות בזה דראב"ן ומהר"ם ורמב"ן ורשב"א ומהרי"ק ס"ל דהוי ספק איסור דאורייתא ולחומרא אבל מהר"ר ישראל ולדעתו הא"ז ורא"ש ור"ן ותוס' וראב"י ובע"ת וריב"ש ס"ל דמעמידין ממון בחזקתו אף דיש בו איסור וממון ושם השוה פלוגתא דרבוותא ברבית קציצה לפלוגתא בהסכמה וחרם והובא ג"כ בברכ"י חו"מ סימן כ"ה אות כ"ב ועוד הביא שם הרבה פוסקים דס"ל די"ל קי"ל ועיין בזכל"א בכלל קי"ל היכא דאיכא איסורא וממון עיין דב"מ ח"ב שהיא מחלוקת ושיוכל לומר קי"ל כמ"ד דמ"ל קי"ל ועיין ג"כ להברכ"י סימן כ"ה דהסכים כן עכ"ל אף דברכ"י לא כתב רק במטלטלין היינו אם פליגי בעיקר הד"ת לא אלים תפיסתו בקרקע אבל אם הפלוגתא בתקנה ודאי חשוב מוחזק זה שמן התורה ודאי זכה כמבואר לעיל סימן קע"ה סמ"ה בהג"ה ובמהרי"ט ח"א סימן נ"ו ועש"ך יו"ד ס"ס קע"ז ס"ק ס"ח ובפ"ת שם סק"ח.

במ"ש קת"ע סל"ה השיג על שו"מ שכתב בח"א סל"ב בהחזיק ברחיים ונפל ובנאה הגוי במ"א דאזדא חזקתו דמהר"ן נדרים מ"ז א' משמע דגם בנאו במ"א הוי כבית ראשון עיי"ש והמעיין בריב"ש סימן שנ"ו דהוכיח מדברי ר"ן הללו דכיון דאמר ביתך כל שהו ביתו אפילו בית אחר אסור והובא באחרונים ביו"ד סימן רט"ז מהמל"מ פ"ח מה"ג הי"א דנראה מהריב"ש דאפילו קנה בית אחר אחר הנדר אסור עיי"ש הרי דס"ל לריב"ש ומל"מ דבבאו במ"א הוי בית אחר כאלו קנה בית שלא הי' לו מעולם וא"כ רק בנדר ואמר קונם לביתך שאני נכנס אסור דכ"ש ביתו אסר עליו אבל כאן אין לו חזקה רק על הבית ששכר וזה בית אחר גם מה שהשיג בקת"ע על השו"מ דמשמע ממנו אפילו נפל ובנאו במקומו אזדא חזקתו דבמבי"ט ח"ב קצ"ב לא כ"כ המעיין במבי"ט יראה דרפיא בידו.

שלא להשיג גבול בשכירות בתים אם בנה או קנה לו השוכר בית אחר ועומד לצאת מבית זה שיושב בשכירות מהעכו"ם נראה דרשאי אחר לשכור בלא מתן דמים לשוכר

ראשון דלא מצינו שתיקן רגמ"ה רק שלא להשיג גבול דזולת המשיג הי' נשאר זה בתוכו ולא עדיף מבר מצרא דלעיל סימן קע"ה סכ"ב מבואר דמצרן לא יכול לאחותי אינש אחריני בדוכתי' וכן מוכח מדהקשה הנתיבות מה צורך לחדר"ג בלא"ה יש בו משום דדב"מ ואם נאמר דגם כשיוצא בלא"ה יש לו זכות שלא ישכור אחר עד שישכור החזקה מהראשון הרי נ"מ טובא ומבואר בא"ע סימן קי"ח ס"ו דבר שאינו מפורש בתקנה נעמידנו על ד"ת ואין ראי' ממה שנהגו ליקח דמי חזקה בראנדיא חדא דלולא זאת הי' נשאר הראשון בהראנדיא ובכה"ג גם בר מצרא יש לו ליקח שכר להרשות לאחר וא"ל יתן לו יקנה הבר מצרא ועוד בראנדיא יש בלא"ה תקנות שונות מדינה ומדינה ואין ראי' מזה על שכירות בתים שהוא מתקנת רגמ"ה ועיין מהרי"ט חחו"מ סס"ל בעיר חדשה שלא קדמו תקנות החזקות שם רק נהגו מאליהן דין חזקות מסתם ויש ספק באיזה פרט אם להוסיף על מה שנהגו שם אין להביא ראי' ממה שנוהגין במקום עיקר התקנה דאמרינן זה קבלו כאן וזה לא קבלו ואוקמוה אד"ת ויד הבא מכח תקנה עה"ת ועיין שו"ת ד"ח ח"ב חחו"מ סימן מ"ה.

ואם מגרשו המשכיר מחמת שאינו פורע לו שכירות או דמצער לבעה"ב שלא כדין מבואר בשו"ת מהר"ם אלשיך סימן ס"ז ובמסגרת השולחן הובא במשפט שלו' דאין בזה משום חדר"ג וכשיש הכחשה בין השוכר ראשון לשני בזה דראשון אומר שפרע ולא עשה מעשה רע שיהא ראוי לגרשו דעת רשד"ם וכנה"ג ומסג"ה דעל הראשון לברר וכתב במשפט שלו' דבמהרי"ט ח"א סכ"ט ס"ל דעל השני לברר והמעיין במהרי"ט סוף התשובה יראה דמסיק דאם הדבר מסופק יש לזכות להשני דקנה מד"ת וגם הגוי יש לו קנין הגוף חשוב מוחזק נגד שוכר ראשון והשני בא מכח הנכרי חשוב כודאי מוחזק.

כתב ד"ג כלל כ"ו ס"ז אם כתוב בהתקנה שאם תשאר הבית או החנות ריקנות ג"ש אבד המחזיק חזקתו כתב רשד"ם סימן ר"ל ורל"ב דל"ד ריק מכל וכל אלא אפילו נכנס בה עכו"ם וסותר ד"ע דבסימן רמ"ו כתב דוקא ריקנות בעינין עיי"ש ולק"מ דז"ל רשד"ם בסימן רמ"ו ידעתם כי ישראל להפסיד חזקתו אשר ביד הגוי צריך שתעמוד פנוי' וריקנות ג"ש כפי הסכמות הראשונות אלא שעתה יש קצת יותר מט"ו שנה הסכמנו שבמקום שלש שנים שיהיו עשר שנים פנוי' וריקנות מבלי יושב עכ"ל הרי הוסיף בהסכמה שני' מבלי יושב דהיינו ריקנות מכל וכל.

בשו"מ רביעאה ח"ב סקי"א הקשה איך תקנו תקנת חזקה הא גוי יוכל לשכור ולמה נגזר על ישראל ותירץ דהגזרה שישראל לא יקנה משקה מהמסיג וכמ"ש רמ"א בתשובה לענין ספרי רמב"ם שגזר שלא יקנו מהמדפיס גוי ולפ"ז דוקא בעיירות שיש ישראלים

אבל בכפרים שרובן עכו"ם על מי יחול התקנה הגוי אינו משועבד לנו את"ד וליתא דמבואר כאן דה"ה במקום שנהגו לשכור ההלואה ברבית וזה א"א רק להלוות לגוים ברבית וא"כ ה"נ בתקנת חזקות ל"ש בין כפר לעיר וגם אם שכרו נכרי אין איסור לקנות יי"ש כ"ז שלא נתפרש להדיא בתקנה ואינו ענין למ"ש הרמ"א בתשובה יו"ד דהתם מדין תורה הי' אסור להגוי להדפיס ספרי הרמב"ם ובעניי תמוה לי גם מה שכתב בתשובת רמ"א שם דבן נח דנין אותו בדינינו והא ברמב"ם פ"י ממלכים הי"ב מבואר דאין כופין אותו לדון אלא בדיניהן ולא בדין תורה וכן לגר תושב לכן מ"ש שם דמד"ת הי' הגוי אסור להדפיס ספרי רמב"ם משום דר"ה דפרק לא יחפור דף כ"א ע"ב אינו מוכרח.

בשכירות בתים השבתי לח"א מה שר"ל כיון דקנה החזקה במעות הרי סמכה דעתו ומוציאין מהמסיג מדינא דש"ס והביא כן מד"ח ח"ב ומעלתו הוסיף אפילו אין אומנתו בכך להיות מחייתו מזה ולע"ד אין הוכחה מדנתן מעות דס"ד דהא איתא בפ"ק דב"מ דף י"ד עביד אינש דזבין ליומא ופרש"י לספק יום אחד שמא לא יטרפוה ממנו ואף דזה אמרו שמואל דס"ל אחריות לאו ט"ס וקי"ל ט"ס כדאיתא בחו"מ סימן רכ"ה היינו באחריות דמחמת מוכר או לוה דודאי לא יעכב מלמכור אדעתא דהכי ותלוי בדעת לוקח דסתמא אינו רוצה לכנוס לשום ספק אבל אחריות דעלמא דאפשר לא הי' רוצה המוכר לקבל אמרינן דלוקח קונה על הספק דכן דרך תגרים להכניס עצמן לספק פסידא משום ספק ריוח וכמבואר בתוס' פרק נערה דף מ"ז ע"ב בד"ה שלא דבלוקח מרה ונטרפה אנן סהדי שבאותו ספק הי' רוצה ליכנוס ואפילו אמר לו אם תטרף יש לך לקבל הפסד הי' לוקחה כיון דהמוכר מסתמא לא יקבל עליו האחריות עיי"ש וה"נ וכי סלקא דעתו אם קנה החזקה בקנין המועיל ונתן המעות ובאו אח"כ פריצים והסיגו גבולו שיחויב המוכר להחזיר המעות א"כ מחית לספיקא אף דלא סמכה דעתו ועוד דבפרק חז"ה דנ"ד גבי נכסי עכו"ם הרי הן כמדבר אמר שם דאם נתן מעות לעכו"ם ובא אחר והחזיק קנה האחר דראשון לא סמכה דעתו בלא שטר ואמאי לא נימא מדנתן מעות ודאי ס"ד ול"ל דהתם עכ"פ בטוח במעותיו דאם העכו"ם יאניס אותו על הקרקע יחזיר לו מעותיו דהא מבואר בנ"י שם בשם ראב"ד ורשב"א דראשון ירא שהגוי יטלנו ממנו בע"כ וגם המעות יפסיד וכ"כ פרישה חו"מ ס"ס קצ"ד דירא דגוי יכחיש כל המכירה הרי דלא אמרינן מדנתן מעות ודאי ס"ד ולא עוד דאפילו החזינן בה ובא אחר הוא של השני ואפילו אם יהא רשע פליגי הפוסקים ולמה לא נימא כיון דראשון נתן מעות וישב בה ואכל פירותי' וחי בהם נוציא מהשני מדינא דגמרא והא לא חילקו הפוסקים בענין החזקה עד כמה ולחלק בזה בטלה דעתו ובזה לא בטלה דעתו אין לנו בלא ראי' דהמע"ה ועוד כיון דהמוכר ה"ל להחזיק עוד

שני שנים אפשר משום זה פזרו הקונים ליתן לו ריוח דהרי קמן דהמסיג הוסיף הרבה על השכירות ואם כך לעו"ע עאכו"כ שוה לקונים בהיתר ועוד דאנן קי"ל אין הדמים ראי' כדאיתא בב"ב דף ע"ז ע"ב ועיי"ש דף צ"ב בתוס' ד"ה ולחזי דאין הדמים הוכחה להוציא זולת אם רוב מסייע וא"כ ה"נ אף דהשני שנים אינם שוה כ"כ אין הדמים ראי' ואפילו נתפרש בינם שקונים גם החזקה שאחר כלות זמן שכירות מ"מ אפשר העיקר נתינת דמי החזקה הי' בעד השני שנים אלא כיון שקנו על השני שנים רצו שישאר להם לחלוטין אם לא יזדמן פורץ גדר אבל אין מזה שום ראי' דס"ד ומ"ש אם ראוי המשיג להיות דיין עמג"א סימן ל"ט סקי"ג ובשו"ת מהר"ז סימן טי"ת שבש"ע תניא וכ"ש דיין שאם יבא לפניו דין מסיג גבול יאמרו לו טול קורה מבין עינך.

בשכירות בתים נ"ל ה"ה משכנהא חדא דהמתנת מעותיו הוא שכירות ועוד דבלשון התקנה בשו"ת מהר"ם לא נזכר לשון שכירות בתים רק שלא לשכור בית שדר בו חברו ישראל.

במקום שנהגו לשכור כתב מסה"ש בסימן ק"ם ס"ק מ"ז המעלה חזקת הבינו ובשביל כך הוכרח חברו להעלות השכירות חייב לשלם היזיקו משום דינא דגרמי עכ"ל ונתיבות כאן סק"ד כתב הא דהחרים רגמ"ה שלא להשיג גבול הבתים בשכירות היינו שלא להוסיף דמים ואם עבר והוסיף ושכרו אפילו אם המשכיר גוי יש לראשון דב"מ כשרוצה להחזיר התוספת יכול לסלק להשני מהקרקע עכ"ל הרי דאין השני חייב בתוספת משום דד"ג והדין עמו דמי מכריח לראשון לשכרו ביוקר רק דצריך לאותו דבר וכך שוה אצלו א"כ אינו רק מניעת ריוח שלא ירויח כמו עד עתה דפטור כדלקמן סימן שס"ג סי"ו דאפילו גירש חברו מביתו ונעל הדלת בפניו אינו רק גרמא ופטור כיון דלא נהנה אף דגרם לחברו ההפסד ומבואר ברא"ש פרק כיצד הרגל דף כ"א דמקבל שדה מחברו והובירה אינו חייב רק משום דדרשינן לשון הדיוט ואומר בירושלמי ז"א המבטל כיסו ש"ח פטור עיי"ש הרי אף דבעל השדה מוכרח לקנות תבואה לאכול מחמת זה שהוביר שדהו מ"מ מדינא פטור כיון דעיקרו רק מבטל כיסו ואין לו ממה להתפרנס אינו חייב וכן הדוחף מטבע של חברו במים צלולים ומוכרה בעל המטבע לשכור בר אמוראה ולמשקלי' מטור כדלקמן סימן שפ"ו ס"ג ועש"ך שם סק"ז וי"ח וי"ט דהעלה להלכה כן ועו"ש בש"ך ס"ק כ"ה העלה דמי שמכר מקח לגוי ובא אחר ואמר לגוי דאינו שוה כ"כ ומחזיר הגוי למוכר חפצו ומוכרח למוכרו לאחר בפחות פטור משום שאינו מחסרו וכן אם נשאר המקח ביד הגוי רק שאינו שוה יותר באמת ממה שנותן לו עתה פטור השני ואינו חייב משום מסור וכן איתא שם ראובן הלוה לגוי על משכנות ובא שמעון ואמר לעכו"ם להלוות לו

בפחות והחזיר לראובן מעותיו פטור שמעון דהוי רק גרמא וא"כ מ"ש מוכר לעכו"ם או לוקח וזה אומר לו דשוה יותר כיון דאין הגוי מכריח לראשון לשכור ביותר רק אינו רוצה להשכירו בפחות וא"כ אין לחייבו בהוספה מדד"ג רק אם כך נהגו מכח תקנה ועיין לקמן סימן רצ"ב בש"ך סקט"ו ולא עדיף חזקת הראשון ממעות המפקיד וגם למחייבים שם י"ל דחזקה דרק מתקנה צריך להחזיר ולא מצינו מפורש דתקנו גם להחזיר הריוח ועוד דמבטל כיסו למאן דמחייב ודאי רק מדרבנן גם בממון של בעלים דהוי רק גרמא ובחזקה דגופה רק תקנה תקנתא לתקנתא לא עבדינן כמ"ש כה"ג מהר"ם פאדוה ס"ס נ"ד ולפמ"ש חת"ס חחו"מ סימן קע"ח דמבטל כיסו ל"ל דשבח שלו כגזלה משום דנטל ע"ד להחזיר הקרן א"כ כאן א"צ לשלם רק כשעת הגזלה ולא מה שהרויח בה.

נשאלתי ראובן החזיק ראנדיא בכפר בשלשה מאות ז"כ וסמוך לכפר זה יש כפר אחר והחזיק בו שמעון בראנדיא במאה ז"כ וכ"פ באים גוים מכפר של ראובן ליקח יי"ש משמעון ועתה לקח האדון הכפר של שמעון דצריך לדירת עבדיו ונותן דירה לשמעון בכפר של ראובן והאדון הוסיף שכירות על ראובן המאה ז"כ שפרע שמעון עד עתה וטוען שמעון שישתתף עמו ראובן או יתן לו חלק מאוראנדיא שלו מחמת חזקתו דכל השותים מכפר שישב בה ישתו עתה בכפר של ראובן גם טוען שיש לו חזקה בכפר ראובן גופא מחמת שבאו משם אצלו לשתות וליקח יי"ש וראובן טוען שעד עתה הי' חזקתו ג"פ כשל שמעון כי פרע ג"פ שכירות ואיך עתה יהא לשמעון שענק כשלו וצידד השואל דיש חזקה לשמעון גם בכפר של ראובן מחמת דשתק ראובן ולא מיחה בו מלמזוג יי"ש לערלים שלו רק כיון דביטל האדון הראנדיא בכפר שישב שמעון בטלה חזקתו דאין לו חזקה רק במקום שישב וכמ"ש הזכל"א חחו"מ ח"ג אות ח' בגוי שי"ל חנות וחייט יהודי יושב עמו בזוית אחד ורוצה הגוי להשכיר החנות לאחר דאין לחייט חזקה כיון שלא ישב רק עם העכו"ם אין לו חזקה בכל החנות דאטו כשדר בבית אחד בחצר יהא לו חזקה בכל בתי החצר ואף אם ירצה לישב בזוית שישב מקדם י"ל דהוי מלתא דלא שכיח ולא תקנו בכה"ג את"ד והשבתי דאינו ענין לעובדא דזכליא דשאני אורנדיא וכמ"ש במשפט שלום בקונטרס תיקון עולם סל"ה דדוקא בבית אין לו חזקה רק במקום שישב אבל ראנדיא דעיקר השכירות הוא הריוח מהכפר מ"ל במקום זה או מק"א עיי"ש וטעם דלא שכיח יש לדחות ג"כ בשלמא התם לא שכיח שידור יהודי אחד עם גוי כדאיתא בעירובין דף ס"ג ע"ב אבל בנ"ד מנ"ל וא"כ יש לשמעון חזקה מחמת היושבים בכפר שלו שישתו עתה בכפר של ראובן אבל מה שלקחו יי"ש אצלו מכפר של ראובן אין לו טענת חזקה בכפר של ראובן אף דלא מיחם בו לפמ"ש בנה"מ סימן קנ"ד סט"ז דאם פתח שמעון

חלון על חצר ראובן ושתק דהחזיק שמעון שא"צ לסתום חלונו אבל א"י למחות בראובן מלבנות נגד חלונו דלהחזיק בשל חבירו צריך חזקה שיש עמה טענה עיי"ש וא"כ מה שימזוג עתה ראובן לכל יושבי כפר שלו לבדו אין לשמעון עליו טענה כיון שלא קנה ממנו וראובן דינא קאמר דלשמעון אין רק חלק רביעית מחמת כפר קטן שלו ואשר טוען שמעון שיחזיקו הראנדיא בשותפות יכול ראובן לומר לא מהימנת לי או אני משתדל יותר בטוב וראי' מחו"מ סימן קע"א ס"ח דאם ירשו חנות שא"א לדור ביחד וכתב הסמ"ע שכל אחד יפסיד לחבירו במחייתו ואמאי לא ישתתפו וע"כ כמ"ש ועיין סימן קע"ו סי"ט בסמ"ע סק"נ ונתיבות שם ולכאורה יעשו כמבואר שם שיחלוקו לזמנים וה"נ יחזיק ראובן שלשה חדשים ושמעון חדש אך ראובן י"ל דיפסיד חובותיו עי"כ וכמ"ש במשפט שלו' סי"ט בשני שותפין בראנדיא כמה שנים ועתה אינו רוצה האדון באחד מהם משנאתו אותו ורוצה להשכיר להשני באופן שלא יהא האחר שותף ופסק כיון דתקנת החזקה שלא יפסיד המחזיק חובותיו כמ"ש הב"ח בתשובה מה חזית דדמים דהאי סומק טפי ואין לתקן לזה ולהפסיד לאידך ע"כ הנשאר בראנדיא ישלם לשותפו שיווי חזקתו עיי"ש ה"נ י"ל כן ולכאורה מסתבר כן כיון דחזקת שמעון נבלע בטל ראובן הוי כמי שנתערב לו קב חטים בט"ק ש"ח דכי יאכל הלה וחדי כדאיתא בביצה דף ל"ח ע"ב ועיין בשער משפט סימן כ"ו דאפילו היכא דאין לחייבו משום גרמא מ"מ אם משתרשי לו חייב לשלם לחבירו וה"נ נהי דראובן ע"כ שוכר גם חלק שמעון שלא יפסיד חלקו מ"מ ישלם עם דמרויח משל שמעון ויל"ע מכתובות דף כ"ח דגרושה נידחית מפני בעלה בחצר של שניהם משום דטלטולא דגברא קשה מדאיתתא וכן בסנהדרין דל"ב בשתי ספינות שפגעו זב"ז דנדחה אינה טעונה מפני טעונה ואם שתיהן שוות מעלין שכר זל"ז וה"נ דאינו מחויב להפסיד זכותו מפני חזקת שמעון ולמה ישלם לשמעון אך של הבעל נשאר רק בביתו ובספינות כשנדחה חברו אינו נהנה אידך משל זה הנדחה דדרך אניה בלב ים הפקר משא"כ כאן נפל חזקת שמעון תחת יד ראובן ומתרבה הונו אמנם נראה כיון דשמעון ע"כ נדחה הוה כחצר דלא קיימא לאגרא ויפטר ראובן אף דנהנה ממנו כמבואר בסימן שס"ג ס"י בריש הג"ה שני' דישראל שברח מן העיר ולקח השר ביתו והשאילו לישראל אחר א"צ להעלות שכר לבעלים דהא לא קיימא לאגרא דאם לא היה דר בו זה היה עכו"ם דר בו וראי' עוד ממ"ש החוו"ד בסימן קע"ב דמשכון בית ל"ה רבית מדינא דהמלוה יכול לעכב מלהשכירו לאחר דרוצה להיות מוחזק במשכון ע"י דירתו בה וא"כ לא קיימא לאגרא ובא לו הנאה ממילא עיי"ש ועוד כיון דחזקתו רק מכח התקנה וכאן לא שייך התקנה ונדחה בע"כ זכה ראובן מהפקר.

מעשה בא לפני באחד שהחזיק בראנדיא והי' לו שותף במקום אחר וכשכלה זמן השכירות בא שמעון גם כן על הליסטאציא לשכרו והבטיחו הראשון לשמעון ליתן לו חלק ולא יסיג גבולו ולתוקף נתן לו טראו מסך הרבה שאם לא יתן לו החלק יתן לו המעות שבטראנו ואמר לו שמעון שמא אחר שתשכור יבא שותפך ויוסיף לבעלי אוראבדיא ויקחנה על שמו ולא יתן לי חלק השיב לו המחזיק גם על זה אני נותן לך הטראו ושכרו המחזיק על הליסטאציא ובאו זרים והוסיפו על השכירות וקלקלו שכירות הראשון ובא השותף ונתן ההוספה זאת וניתן לו הראנדיא ותובע שמעון החלק או המעות שבטראט והמחזיק טוען מיראה שלא תקלקל לי הבטחתיך ונתתי לך טראט מחמת אונס וגם לא חשבתי שיבאו זרים באמצע והוריתי דמחזיק הראשון פטור לגמרי ולא מבעיא במקום שיש תקנה גם באוראנדיא הנשכרת בליסטאציא והוא של המלך שלא להשיג גבול א"כ דמי לחלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתיים זוז דמבואר בא"ע סימן קס"ט דאפילו קנין ושטר ל"מ כיון דמדינא חייב לחלוץ בחנם ואפילו לא טעין משטה אני בך פטור דהוה מתנה באונס וכמ"ש קצו"ח סימן קכ"ט ונתיבות סימן פ"א וסימן רס"ד וכ"כ בנתיבות סימן ר"ה ס"ב דאם נתן שט"ח על עצמו במתנה כדי להפטר מהאונס שאנסו סתם פטור דל"ש בזה גמר והקנה כיון שעדיין לא נתן לו המעות וכ"כ מהרלב"ח סימן ל"ד הובא במ"ש סימן ר"ה ס"א.

אלא אפילו במקום שאין איסור בזה מחמת דד"מ ולא חשוב אנוס כיון דרשאי הי' שמעון לשכרו מ"מ פטור הראשון דהא לא נתן שטר על החלק רק דיבורא בעלמא וי"ל משטה אני בך וכמ"ש הרשב"א הובא בב"י סימן קפ"ג בבעלי חניות ואף דנתיבות שם כתב דלא קי"ל כן היינו משום דנהג מנהג רמאות א"נ לומר שכונתו להשטות אבל זה החזיק באורנדיא כמה שנים ודאי אינו רמאי אם ישטה בחברו שבא להוציאו מחזקתו ובשו"ת הרא"ש כס"ד ס"ג מי שנדר לחברו ליתן לו חלק בחכירות שישכור מהקהל מחמת שיערב בעדו ויחתום על שטר השכירות ופסק דא"צ ליתן לו חלק כי ערבות אינו דבר שלוקחין עלי' שכר שיקנה באמירה וכמו טול דינר והעבירנו אין לו רק שכרו והובא בהג"ה לעיל ס"ס קכ"ט ומבואר בא"ש שם אף דלא טען להשטות כיונתי פטור וכן מבואר בתשובת מיימני לספר משפטים במי שהבטיח שכר לחתנו העשיר שילמוד עם בנו דאפילו לא טען משטה אני בך טענינן לו משום דאנן סהדי דלא נתכוין בלב שלם לתת לו כ"ש אם הוא גופא טען ל"ה קנין וחוזרני בי הוי כאמר משטה הייתי בך וחוזר עיי"ש והרי בנידון הרא"ש ותשובת מיימני לא הי' אנוס דלפיכך אם הי' קנין הי' חייב כמ"ש קצו"ח ס"ס קכ"ט ונתיבות סימן פ"א סק"ב מ"מ טענינן לו דלהשטות כיון ה"נ כאן אנן סהדי דלאו

בלב שלם נתכוין אפילו א"ל הי' טוען דאנוס הי' ולאו דרך איש ישר הולך להוסיף על חברו במקום דאין ב"ד מוחין ואם ימצאו אנשים ע"צ המיעוט לא עדיף מנידון הרא"ש דמחמת שלא הי' דרך ליקח שכר ערבות טוענין לו משטה אף דודאי לאו כ"ע ג"ח להתערב בחנם וטראט שנתן הוי אסמכתא כמו אם אחזור בי אכפול ערבונך דלעיל סימן ר"ז סי"א ועש"ך סימן מ"ם דמתחייב על תנאי בשטר ל"מ בלא קנין דדומה לאסמכת וכאן אסמכת ממש ול"ל ממ"נ א"ל נתחייב בטראט מחמת דסמכה דעתו שלא יחזור א"כ גמר בדעתו ליתן חלק ולקחו לשם שותפות וא"צ קנין דהא מבואר בתשובת מיימני הנ"ל דפטור משום דלא נתכוין בלב שלם הרי לא גמר בלבו להשטות רק דלא גמר בלבו להתחייב וע"כ אף דלא טען להשטות כיונתי פטור משום דבאמת לא נתכוין להשטות לכן לא טען ומ"מ פטור משום דלאו בלב שלם גמר להתחייב וה"נ לא גמר בלבו ליתן חלק ורפיא בידי' ואסמכי' בטראט ומה"ט גופה ל"ל דודאי גמר בלבו ליתן לו חלק כיון דנתן לו טראט לתוקף דכיון דטראט הוי אסמכתא אינו תוקף ועוד י"ל כשנתן הטראט דעתו הי' ליתן חלק וכששכרו חזר בו ולעצמו שכרו וכמ"ש במחנה אפרים הלכות שכירות סח"י כה"ג בסרסור שאמר לחברו שב בביתך ואני אתן לך חלק ממה שארויח בסרסרות שלי היום דיכול לחזור ולומר לא כיונתי להרויח רק לעצמי ובנ"ד א"צ לכ"ז כיון דשותפו שכרו והוא לא הבטיח לשמעון כלום ועוד כיון דשמעון לא נתן מעות הא מבואר לעיל סימן קפ"ג בש"ך סק"ב בשם רי"ו דאם הקנה במעותיו ונתכוין לזכות לחברו לא קנה חברו אפילו אמר בפני עדים לצורך חברי אני קונה במעותי אא"כ הודיעו למוכר והקשו עליו מדברי הרא"ש ותרצתי שם דאם הקנין ע"י המעות א"ל הודיעו למוכר אפילו שליח נתכוין לזכות למשלחו לא קנה משלחו ול"ש בין א"ל זיל זבין א"ל עיי"ש וא"כ בראנדיא דאין נותנין שטר לשוכר כל עיקר זכייתו ע"י המעות שמניח קאפציא א"כ אפילו נתכוין לזכות גם בשביל שמעון ל"מ אך כיון דהש"ך כתב שם דבאמר זיל זבין לי במעותיך א"צ שליח להודיעו למוכר שהוא שליח לא אחליט מה"ט לחוד אך נ"מ כשהבטיחו ליתן לו חלק בריוח ולא יצטרך ליתן חלק בהיזק ובקפציא דהא הטעם בזיל זבין כתבו המח"א ונתיבות כיון דהוציא השליח מעות על פיו נתחייב המשלח להחזירן וחשוב המשלח בעל המעות וא"כ ל"ש זה כשא"צ ליתן חלק במעות ובהיזק.

סעי' ב' להשכיר עצמו ואם באמצע הזמן של מלמד ראשון השכיר עצמו מלמד אחר אצל הבעה"ב ונדחה מלמד ראשון מחמתו ובעה"ב גבר אלם ואינו רוצה לציית דינא לשלם לראשון המגיע לו עד סוף הזמן יל"ע אם חייב מלמד שני לשלם לראשון דבשו"ת ד"ח ח"ב חיו"ד ס"ב פסק בשו"ב שקבלוהו קהל ובא שו"ב אחר ושחט אצלם מוציאין

ממנו בדין גזל גמור דזהו שכירות שו"ב ראשון שזכה בעת שנשכר דשל קהל עדיף מקנין עיי"ש ואיני יודע מה גזל השני נהי דחיוב רמי אקרקפתא דקהל אבל אין מעות מיוחד לומר כי הוא זה של שו"ב ראשון לקח השני והקהל מכיסם שלמו לשני משלהם וחיובם נשאר לשו"ב ראשון ואפילו בחיוב על דבר ידוע אינו קנוי וכשמכרו המתחייב לאחר מכור וכמ"ש נתיבות בסימן סמך ולכאורה י"ל כיון דשו"ב ראשון א"י להוציא מהקהל מחמת אלמותם חייב שני מדד"ג אף דאינו רק גרמא כיון דמשתרשי לו עש"ך לעיל סימן ק"ז סק"ח וב"מ א"ע סימן צ"ג סכ"א ושער משפט סכ"ו סק"ב שהוכיח כן מהא דלקמן סימן שס"ג ס"י אלא דג"ז ליתא כיון דשו"ב שני שכר פעולתו נוטל ל"ד להא דסימן שס"ג דדר בחצר חברו דמה לו בשל אחר וגם בסך דסימן ק"ז הוא פלוגתא ותומים שם מחלק דהיכא דהשעבוד נשאר רק מחמת אלמות העכו"ם א"י להוציא פטור ה"נ נשאר השעבוד על הקהל ולפמ"ש נתיבות שם כיון דנוטל בעד קנין הגוף שיש לו בקרקע אף דממילא מזיק שעבודו של חברו פטור ה"נ נוטל בעד שחיטתו והלק"ט סל"ט כתב שוחט שהי' מושכר לרבים ובא אחר ונתן מעות לקהל כדי ליכנס במקומו אומנות בעלמא הוא ומאן דאלים גבר אמר המניח אפשר דהוא נכנס תחת סוג עני המהפך בחררה ויש בו משום הסגת גבול עכ"ל ולע"ד ליכא בזה משום עני המהפך כיון דנותן מעות לקהל וכמ"ש המרדכי והוא בהג"ה כאן דמחוסרין עדיין הפסיקה מותר ויליף לה מדדב"מ דכל שיש פסידא למוכר לא תקנו וא"כ כמו דליכא בשכירות דדב"מ כשמוסיף השוכר עיין נה"מ כאן ה"נ ליכא משום עני מהפך ומשום יורד לאומנתו ליכא נמי כיון דמרויח לקהל עיין לעיל סימן קנ"ו ס"ז בהג"ה י"א הא דבני העיר וכו' ושם ס"ה דאוסר להוזיל המלאכה היינו לעכו"ם.

הלכות מתנה סימן רמא

סעי' ט' התנאי כראוי דעת רמב"ם דאין קפידא באמירת מעשה לפני התנאי רק שלא יעשהו בפועל ממש וראב"ד וראשונים תמהו דמרע"ה קפיד וסינה מלשון בגוב"ר שהם הקדימו המעשה והוא שינה והקדים אם יעברו לנתתם אף דלא עשה בפועל ולע"ד משם ראי' לרמב"ם דודאי באמירה דישנו בחזרה כ"ש דיכול להטיל תנאי אבל רבים דכתוב בהגמ"ר והוא לעיל סימן ר"ד ס"ט דא"י לחזור ודבר הנעשה בזט"ה אמירה דדהו כקנין וק"ו מרע"ה וזקנים ונשיאים וכל העם שהתנו עם שני שבטים דאף את"ל דלא כהגמ"ר ברבים עם יחיד במכר משום דיחיד יכול לחזור לא יגרע כח הרבים וגם המה יכולין לחזור דלא סמכו דעתם מ"מ רבים עם רבים ודאי דבורם כקנין גמור ומרע"ה עשה עפ"י

הנשיאים וראשי המטות ככתוב בפ' מטות וכיון דאמירה דידהו אלים כמעשה ואינו בחזרה הוצרך להקדים דיבור המעשה לתנאי וא"כ כיון דמה דצריך תנאי קודם למעשה הוא רק משום דמרע"ה הקדים התנאי לכן דוקא במעשה ממש קפדינן ביחיד.

המל"מ פ"ו מה"א נסתפק כשהתנאי לשעבר אם עשיתי או עשית כך אם צריך דומה לתנאי ב"ג דבשלמא בתנאי דלהבא אמרינן לא אתי ביטול התנאי שיבא אחר המעשה ויבטל המעשה אא"כ נעשה כתנאי בני גד והסברא נכונה אלא דבפ' האומר פריך לר"מ דבעי ת"כ מקראי דסוטה דתנאי לעבר הוא עי"ש ולק"מ דלר"מ לא ס"ל מכלל לאו נשמע הן אף במקום דלא שייך עקירת המעשה כמו בנדר ושבועה כמבואר בפ"ק דנדרים וכמ"ש הריטב"א בקדושין פרק האומר לתרץ קושית תוס' שם דתנאי דסוטה המעשה קודם לתנאי ולאו קודם להן משום דל"ש שם עקירת המעשה ומ"מ לר"מ צריך ת"כ דבכ"מ לר"מ מכלל הן לא נשמע לאו עיי"ש וע"כ לא כתב הרמב"ם בסוטה ומוציא ש"ר שיכפול התנאי ובגמרא מבואר דלר"מ צריך לכפול וכבר תמה בזה הלח"ם ולפמ"ש א"ש דאפילו במגרש משום ש"ר דעושה מעשה מ"מ התנאי לעבר ותלי"ת מצאתי שכ"כ הר"ן פמ"ש הובא באב"מ סל"ח אלא דק"ל מגיטין דף ט"ה דאיתא שם הר"ז גיטך והנייר שלי א"מ ע"מ שתחזירו לי הנייר מגורשת מ"ש רישא ומ"ש סיפא אמר אביי ה"מ ר"מ הוא דבעי ת"כ והכא הא לא כפלי' מתקיף לה רבא מכדי כל תנאי מהיכא גמרינן לה מתנאי ב"ג מה התם תנאי קודם למעשה אלא הכא משום דמעשה קודם לתנאי מתקיף לה ראב"א מכדי כל תנאי מהיכא גמרינן מתנאי ב"ג מה התם תנאי בד"א ומעשה בדבר אחר אלא ה"נ משום דהוי תנאי ומעשה בד"א ר"א אמר ה"מ רבי הוא דע"מ כמעכשיו עיי"ש והרי אין חלות להמעשה כלל ע"י התנאי ומ"מ צריך כתנאי ב"ג אך הרמב"ם השמיט הך דראב"א וכתב הה"מ שם דס"ל דלא קיימא הא דראב"א משום דר"א מוקי בע"א והדבר תמוה דא"כ גם ת"כ ותנאי קודם למעשה למה מצריך הרמב"ם הא ר"א לא רצה לאוקים גם כאביי ורבא עוד הקשו המפרשים למם נד ר"א מאוקימתא דאביי ורבא וראב"א דמוקי לה גם לרבנן דע"מ לאו כמעכשיו ור"א מוקי רק כרבי מוטב יאמר ככ"ע דלרבנן דע"מ לאו כמעכשיו התנאי בטל משום דלא סתרה כתנאי ב"ג ולרבי דע"מ כמעכשיו חל הגט מיד אבל לע"ד רב אשי ס"ל דלרבנן דע"מ לאו כמעכשיו והתנאי סותר המעשה מעיקרא ל"צ כלל משפטי תנאים דכ"ש הוא מתנאי לעבר ורמב"ם פסק כרב אשי דבתרא הוא ולפ"ז מתורץ קושיא שהביא בשער המלך שם דאמאי לא מתרץ אביי כרבא משום מעשה קודם לתנאי דמשנה מפורש כל תנאי שיש מעשה בתחלתו תנאו בטל ול"צ לאוקים רק כר"מ וגם על ראב"א קשה מה מתקיף לרבא דמוקי לה משום

דמעשה קודם לתנאי דמשנה מפורש כן וסברת ראב"א אינה מוכרח והרי הרמב"ם לא פסקה ולפמ"ש א"ש דאביי ס"ל נמי כיון דמיד מתברר ביטול המעשה ל"צ כתנאי ב"ג רק לר"מ צריך ת"כ דבכ"מ ל"ל מכלל הן לאו ורבא פליג דגם בזה צריך כתנאי ב"ג לכן פריך לו ראב"א בפשיטות דא"כ אפילו תנאי קודם ל"מ דאינו כתנאי ב"ג וכן נראה דעת רש"י דפירש בב"מ דצ"ד בשכו"ע מכי א"ל הא"מ אתקדשה לה וכי אמר לה ע"מ שאין לך עלי שכו"ע מתנה עמש"ב דאין אישות לחצאין וכי תפוס קדושין לגמרי תפוס והוי מתנה עמש"ב ותוס' בפרק אעפ"י דף כ"ו ע"ב הקשו דע"כ התנה התנאי לפני המעשה דאל"כ בלא"ה בטל התנאי משום מעשה קודם לתנאי ולפמ"ש א"ש כיון דאין אישות לחצאין ואם יקוים התנאי יבוטל המעשה א"כ מתברר מיד ביטול המעשה ע"כ אף דלא התנה תנאי קודם למעשה הל"ל תנאי קיים ולא תהא מקודשת עכצ"ל משום דמתנה עמש"ב ובב"מ שם הר"ז גיטך ע"מ שתעלי לרקיע אינו אלא כמפליגה וכשר ותוס' גיטין דף פ"ד הקשו לימא מטעם דל"ד לתנאי ב"ג שהי' אפשר לקיים התנאי ולפמ"ש היא הנותנת כיון דא"א לקיים התנאי מבורר מיד ביטול המעשה א"צ כתנאי ב"ג.

סעי' י"ב תנאי כתב נתיבות אם אמר על תנאי כאומר מעכשיו כ"כ ג"כ מהריב"ל בס"ג סימן ס"ג הובא בתקפו כהן סימן קכ"ב וכ"ד מחנה אפרים בהלכות זכי' ומתנה סט"ו רק הביא מרדב"ז דעל תנאי ל"ה כע"מ והוא ברדב"ז ח"ד סימן י"א.

סימן רמג

סעי' י' ק"ד הוא בספר ארץ החיים מהמחבר סש"ש כתב דל"מ גם חיוב הגוף בקנין ליתן שטר כיון דאינו חיוב ממון אין על מם שיחול חיוב גופו והוי ק"ד עכ"ל והנה בקנין אתן דהוי ג"כ ק"ד ומ"מ כתב סמ"ע סימן רמ"ה סק"ב דמהני חיוב הגוף שא"ה דיש חיוב ממון ונשתעבדו נכסיו וגופו וכן מוכח בתשובת רא"ש ריש כלל ס"ו הובא בסמ"ע כאן סקי"ט שכתב דאין תקנה שלא יוכל לחזור מוכח דגם חיוב הגוף ל"מ ועוד הרי הרא"ש מכת הסוברים דקנין אתן מהני וכמ"ש בטור לעיל סימן קנ"ז ועיי"ש בב"ח ודרישה ומשום דס"ל דקנין אתן הוי כאלו שעבד נכסיו וכן מבואר בתשובת רשב"א אלף ל"ג וברי"ו הובא בב"י לעיל סימן קצ"ה דהסוברים דקנין אתן ל"ה ק"ד משום דס"ל דהוי כמחייב גופו בקנין ליתן ומ"מ פסק הרא"ש דל"מ קנין ליתן שטר ע"כ אף בלשון חיוב גופו ל"מ ומשום דאין בו חיוב ממון שיחול הקנין על נכסיו לשעבדם וכן בתשובת הרשב"א ורי"ו הנ"ל דאף דכתבו דקנין אתן הוי כמחייב עצמו מ"מ אם קנו מידו ליתן שטר מחילה הוי ק"ד ומשום דאינו רק סילוק וגוף נתינת השטר אינו חיוב ממון וכמ"ש בשו"ת פרח מ"א

ח"א ס"ח בד"ה אמנם עדיין נלע"ד בישוב סתירת שני תשובות הרשב"א דיש חילוק בין סילוק שעבוד של סימן אלף ל"ג לסילוק שעבוד של סימן אלף קל"ה דבסימן אלף קל"ה יש חיוב ממון לראובן באותו סילוק הגשמים שיצטרך להפוך גגו ולהוציא הוצאות ויש שם דבר שיחול בו החיוב משא"כ בסילוק שעבוד שבסימן אלף ל"ג שאין שם חיוב ממון בעיקר החלוקה שהוא נעשה למוחל בכתיבת שטר המחילה שעל הנמחל מוטל לשלם שכר הסופר באופן שאין שם דבר שיחול בו הקנין והשעבוד ודמי לקנין לחלוק שאין חיוב ממון בעיקר החלוקה שהיא נעשית בלא הוצאות עיי"ש והנה בתשובת הרא"ש שם כתב דז"ל רש"י דק"ד הוא דאין חליפין קונה אלא דבר הנקנה או מכר או מתנה או שעבד קרקע שהקנין חל עליו עכ"ל וכן אם קנו מידו לכתוב שטר לחברו אין דבר זה נקנה בקנין דאין זה שעבוד נכסים דאם מתנה הוא אין משעבד לו נכסיו בשטר ואם מכר הוא כבר נשתעבד לו נכסיו מחמת מכירה עכ"ל וא"כ לכאורה הרי"ו ורשב"א הנ"ל חולקים ע"ז דהא בקנו מידו ליתן שטר מחילה השטר גורם חלות המחילה וסילוק השעבוד וכדמוכח בסוף לשון הרשב"א שם וצ"ל דמ"מ כיון דאינו רק סילוק שעבוד אין לקנין על מה לחול ושאני חיוב או אפילו סילוק היכא שצריך להוציא הוצאות מכיסו כגון לסלק היזק מחברו וא"כ אם מחייב עצמו בקנין ליתן כתובה או שטר שעושה חיוב או קנין או שעבוד נכסי מהני ול"ה ק"ד והך דהרא"ש אין השטר עושה שום קנין ושעבוד וחיוב רק ראי'.

סימן רמד

בשטר מתנה במרדכי פרק איש מקדש פסק הגאון מרדוש דמוסר טבעת לשליח לקדש לו אשה א"י לעשות שליח אחר כיון דא"י לקדש בע"כ ת"ל מילי וכתב קצו"ח לפ"ז ה"ה אם מסר חפץ לשליח ליתן לאחר במתנה א"י למנות שליח אחר ונדחק בישוב פרש"י בגיטין דף כ"ט שפירש בשליח מתנה דהוי מילי בממנה שליח לכתוב שטר מתנה ולא פירש אפילו ממנה ליתן חפץ ועיי"ש ובאמת במתנה לא שייך זה דא"צ שליחות הנותן דמקבל זוכה בעצמו כשבא לרשותו כיון דידעינן דהנותן ניחא לו וכ"כ נתיבות אך לפ"ז באומר הנותן זכה חפץ זה בשביל פלוני אין השליח יכול לעשות שליח אחר שיזכה לו טרם יבא לרשות מקבל אבל לע"ד מתנה ל"ד לקידושין דשמא לא תתרצה ולא מצי לזכות לה ע"י אחר שלא מדעתה אמנם במתנה דיכול לזכות לו שלא מדעתו ע"י ק"ס ונגמר הקנין מיד אף דהדרא סודרא למרי' אח"כ ומשום דזכות הוא לו ודאי ניחא לו כמבואר לעיל סימן קצ"ה ס"ג בהג"ה וכ"ד רש"י בקידושין דף כ"ו ע"ב הכי דנגמר המתנה מיד דודאי

לא יעכב מה"ט נמי לא חשוב מילי ועדיף מהולכת גט דאף דיכול לגרשה בע"כ אפשר תשמט דחוב הוא לה כדאמר בפ"ק דגיטין דף י"ב ע"ב גבי עבד וכ"ת אי בעי זריק לי' גיטא שביק לי' ועריק ומה שהקשה קצו"ח מהא דאשה מביאה גיטה דאומר לה הוי שליח להולכה עד דמטית להתם והתם תעשה שליח וקבלי גיטך ממנו והא אינו בע"כ דא"ל תאבה תוכל לבטלו לק"מ דבגט משום דיכול לגרש בע"כ והוי בידם ל"ח כמחוסר מעשה כמבואר בקדושין דף ס"ב כל שבידו לאו כמחוסר מעשה וכשהאשה עצמה מביאה גיטה הרי בידה להתרצות להתגרש והרי דעתה ורצונה להתגרש כשמינתה שליח.

סימן רמה

סעי' ב' תנאים בש"ת ג"ח הימנות שאלם מ"ח כתב בתנאים שנעשו בשעת שידוך שכתבו בהן אם ידור הזוג בעיר פלוני יתן להם אבי הבת דירה בביתו עשר שנים וכל הנ"ל קבלו עליהם הצדדין לאשר ולקיים בק"ס דאינו מועיל חדא דהוא אסמכתא דלאחר חופה ליכא משום בוסת ועוד דהוי ק"ד כאתן ועוד דירה הוי דבר סאין בו ממש עיי"ש וצ"ע לפי מה שהבאתי לעיל סימן קע"ו ס"ג דלשון קיבל עליו הוי חיוב נופו א"כ נסתרו טעם דק"ד ואין בו ממש ומצאתי עוד במשפט שלום סימן ר"ג ס"ג לשון ריטב"א בר"ה ד"ו מה שחייב באחריות כשנדר אינו מגזה"כ רק משום דשעבד עצמו לכך דכיון דאמר עלי אטעני' על כתפי' לחיובו באחריות עיי"ש הרי דהוי חיוב הגוף וא"כ להדיוט נמי בקנין או שטר יחויב ואפשר מודה הב"ח אלו הצדדין בעצמן אמרו כן אלא התם הסופר כתב כן בלא המלכת בעלים מחמת שבהרבה תנאים כתוב כן לשופכי דשטרי וכמבואר כה"ג לעיל סימן ע"א סי"ד ועש"ך שם ס"ק ל"ג ושם סט"ו בסמ"ע ותשובות רשב"א שבב"י סימן קצ"א מחודש א'.

סימן רמו

סעי' י"א כתב כל נכסיו לשני בניו בשו"ת בית יעקב נסתפק בכתב לשני בניו לאחד בנין פלוני ולשני בנין פלוני והתנה שלא ימכרו חלקם לאחר עד אחר שלשים שנה ויש להאב עוד בן ולא שייר שום נכסים אם דוקא כותב לבן אחד עשאו רק אפטרופס כיון דהלכתא בלא טעמא הוא אין לך בו רק חידושו עיי"ש סי"ד הנה ספק זה הוא בנמ"י פי"נ ודעת ר"י שם וכן הרא"ש וכ"פ בש"ע כאן דגם לשני בנים כן הוא ואף דחילק וכתב בנין פלוני לפלוני ל"ד לכתב חצי נכסי לבני פלוני וחצי לבני פלוני דהכא הוצרך לסמן החלקים לכ"א ולא הי' יכול לכלול כאחד ודמי להך דס"י בכתב שני שלישים לאחד ומ"מ כיון

דאח השלישי גדול הי' א"כ אם ירצה י"ל א"צ לי אפטרופס כדלקמן סימן ר"צ סכ"ו ואם ירצה גם כשיעברו על התנאי מי ימחה באח השלישי וא"כ אם איתא דלא עשאם רק אפטרופסים אין מקום לתנאו דלאחשבינהו אין התנאי מעלה ומוריד כלל.

סעי' י"ז אכול עמי בשו"ת מקום שמואל סל"א כתב לתרץ דברי רמ"א ממ"ש בסימן שס"ג ס"י דאומר דור בחצרי א"צ לשלם דהכא בא ההיזק מיד משא"כ התם אף דקי"ל הדר בחצר חברו של"מ וקיימא לאגרא צריך לשלם הוא משום דהי' יכול להשכירו באופן שיטול תכף השכירות אבל באומר דור בחצרי סתם ולא הזכיר שום שכירות אף שהי' כונתו לבקש שכירות לאח"ז מ"מ כיון שהרשהו עתה לדור אין ההיזק בא מיד רק אח"כ ואינו רק גרמא ופטור וכמ"ש ב"י סימן שפ"ו בשם רשב"א בהחזיר שטר פרוע לגוי ומקום הניחו לו להתגדר את"ד ואין כאן מקומו דא"כ למה בגזל חצר חברו ולא הניחו להשכיר וגם הגזלן לא דר בו פטור כמבואר ברמ"א סימן שס"ג ס"ו הא הי' יכול להשכירו ליטול תכף שכר וע"כ דמ"מ רק מבטל כיסו דהוא רק גרמא וכשדר בו הגזלן חייב כיון שאכל חסרונו של חברו אף דלא עביד למיגר ק"ו בעביד למיגר דנהנה כמבואר כ"ז בב"י סימן שס"ג בשם הרא"ש וגם בהחזיר שטר פרוע לגוי חייב אם נהנה כמ"ש בשער משפט סימן כ"ו.

סימן רמח

סעי' ד' במתנת שכ"מ רשב"ם בב"ב דף קל"ז כתב הטעם דמקבל מתנה מראשון לא קנה עד לאחר גמר מיתה דסתם אדם הנותן ממונו לאחר מיתתו אינו רוצה להוציא ממונו מכחו עד שתגמר מיתתו אבל הנותן שנתן לראשון סליק נפשי' מהנכסים שהרי נתנו לראשון חפץ הוא שיזכה שני עם גמר מיתתו של ראשון עכ"ל ולפ"ז לכאורה כשפירש השכ"מ שיזכה המקבל ממנו ג"כ עם גמר מיתתו אין לשני כלום אבל קשה דהא בלא"ה תצא ממנו עם גמר מיתתו לשני מחמת הנותן לו שאמר אחריך לשני א"כ למה לא נימא כונת השכ"מ לזכות למקבל בזמן המועיל וכדאמרינן לעיל סימן קצ"ה בק"ס דסתמי' מעכשיו משום דהדרא סודרא למרי' ובכדי לא עביד ותוס' בפ"ק דגיטין דף ט' ד"ה ואינו חוזר כתבו דדעת שכ"מ שיקנה בשעה הראוי' ולכאורה צ"ל דמיירי דנתן בכלל שאר נכסיו וכיון דשאר נכסיו כונתו לאחר מיתה ממילא גם הנהו נכסי כונתו כן דלא מפלגינן לישנא לתרי אנפי ול"ש לומר בכדי לא עביד כיון דלא פרט אלו לבדן רק כל נכסיו נתן והרי מועיל לנכסיו והללו שניתן לו באחריך לפלוני אינם נכסיו לאחר מותו אלא מסתימת הפוסקים לא נראה כן לכן נ"ל כיון דמתנת שכ"מ קונה רק מתק"ח והל"ל כיון

דעביד איסור לא תקנו וכדלעיל סימן רל"ה ס"א בהג"ה ומצאתי במל"מ פ"ט מזכי' הקשה כן והביא מתוס' ב"מ דף כ"ף ע"א ד"ה שובר דמשום לא פלוג גם במקום איסור מהני מתק"ח א"כ י"ל כיון דבסתם מתנת שכ"מ דעתו לאחר מיתה ע"כ תק"ח הי' שיחול לאחר מיתה כדעתו ונהי דהכא דעתו שיחול מקודם כיון דעושה איסור לא תקנו לו ול"פ ל"ש ואף שכתב הרשב"ם דמיירי ג"כ בכתב מהיום ולאח"מ בבריא דמיירי ע"כ בקנין ומהני מד"ת מ"מ לא פירש להדיא לאחר מיתה וכבר קדמו אחריך ואצ"ל דכונתו לאח"מ רק בסתם מתנת שכ"מ דמיירי בלא קנין ורק מתק"ח מועיל.

ומה שהקשה המל"מ מכאן על הרמב"ם דכתב בצוה השכ"מ ליתן לעכו"ם אין נותנין דאין שומעין לו לעשות איסור וא"כ ה"נ באחריך דעביד איסור ל"צ לטעם דכבר קדמו אחריך י"ל דל"פ ל"ש בשני מינים כמ"ש הר"ן בשבת ר"פ שואל הובא ביד מלאכי בכלל ל"פ מדאמרינן פ"ק דשבת דאדם חשוב מותר וכ"פ הרמב"ם ז"ל פכ"ב מהלכות שבת עיי"ש ה"נ ל"ל לא פלוג בעכו"ם אטו ישראל אלא דאי ל"ה איסור בזה גופא הל"ל דברי שכ"מ ככתובין ומסורין שלא תטרוף דעתו וכיון שיש איסור ל"ח לטריפת דעתו ומשום ל"פ ליכא בשני מינין ולפ"ז נסתר מה שלמד מזה המל"מ היכא דנשאר נכסים מועטין דאם מכרו הבנים מה שעשו עשוי אף דעשו איסור דאם נתנו במתנת שכ"מ ל"מ ולפמ"ש י"ל ל"פ כדמוכח מכאן ושאני עכו"ם דאחר הוא ועמ"ש לעיל סימן רל"ה ס"א דמכח סטימתא מהני אחר שכבר נהוג ע"י תק"ח לכן גם באיסור מועיל וא"כ כיון דנמשך מכח תק"ח שלא ליטרף דעת השכ"מ ותקנתם הי' שיחול אחר מיתה למפרע כיון דמסתמא דעת השכ"מ כן וא"כ באחריך דא"א לחול אח"מ אין כאן סטימתא ולחול קודם מותו מכח דיבור השכ"מ שפירש כן בזה א"א כיון דעושה איסור ועתו"ס פ"ק דנדה דף ב' בד"ה מרגשת שכתבו דהנהו חלוקות משאר נשים ול"ש למימר בהו לא פלוג ומ"ש רשב"ם אם נתנן במתנת שכ"מ מהיום ולאח"מ ג"כ ל"מ תמה הקצו"ח הא כיון דקנה הגוף מהיום וא"י לחזור בו לא נשתייר לשני והסכים עמו הנתיבות אפשר לומר דגם לרשב"ג דאם מכר או נתן מועיל דוקא כשלא שייר לעצמו הפירות דדעת הנותן דחביב עליו ראשון זה מיורשיו וב"כ לאחר מותו ואחריו רוצה שיהא להשני יותר מכל אדם אבל כשראשון נותן בחייו גוף ופירות הרי דזה רצון והנאתו של ראשון שיהא המקבל ממנו כגופו וכאלו הוא אוכל וכעין זה כתב המג"א סימן ת"נ ס"ק י"ב ע"כ גם זה בכלל נכסי לך אבל כשנותן רק הגוף תרי נפשו חביב עליו מהמקבל כל ימי חייו ולא העמידו במקומו רק לאחר מותו והא בזה קפיד הנותן שלא יהנה זולתו אחריו רק פלוני שאמר ועוד דזה אינו ברור דכונתו רק מה שישייר ראשון וכמבואר באס"ז לכן מסתיין אם כבר ירד המקבל ברשות ראשון

לאכול הפירות שלא להוציא ממנו ועיין זבל"א חחו"מ אות מ"ם לענין ספק דדב"מ דכ"פ ס"ל דשוכר חשוב מוחזק כיון דכבר ירד בה ואף לדעת החולקים שם משום דלוקח קנה מד"ת ושוכר בא רק מכח תקנה מודו כאן דשניהן שווין וכ"ז יצא לרשב"ם דהא מתנת שכ"מ ממש אף דיכול לחזור מ"מ כשמת זוכה המקבל למפרע משעת צוואה והיכא קאמר דקדמו אחריך וכמו שהקשה קצו"ח אלא ע"כ כיון דלא הורידו לפירות עדיין גם רשב"ג לא פליג על רבי ואין לעשות פלוגתא רחוקה ועיין ב"י לעיל ס"ס כ"ט וס"ס מ"ו מ"ש מתשובת רשב"א דהיכא דירד ברשות בעל הקרקע א"א להוציאו מידו מכח ספק תנאי ועיין שו"ת דבר שמואל סימן ס"ו הביא משו"ת רא"ם שאין לשנות דבר מחזקתה מכח אומדנא שאינה מוכחת הובא בחכ"צ סימן קל"ה והביאם במשפט שלו' סימן ר"ז ואפשר דגם לרשב"ג רק ספק שקול הוא אם כונת נותן באחריך לפלוני בדוקא אפילו במכר ונתן ראשון בחייו או רק אם ישייר לכן אם זכה המקבל או לוקח מראשון זמן מה בודאי רק הספק אם נפסק זכותו במות הראשון אין להוציא מידו משא"כ אם הספק מעיקרו מי זכה אם המקבל או האחריך כגון בנתן לו הראשון במהיום ולאח"מ דהוי גוף מהיום ופירות לאח"מ ואם אח"מ הוא של השני דהיינו האחריך א"כ מקבל מראשון לא זכה מעולם בכלום דהא פירות לא הקנה לו וזכיית גוף אינו שלו רק אם יכול לזכות אחר מות ראשון ומבואר במהרי"ט חחו"מ סימן ע"ד הובא בנתיבות ריש סימן ר"נ דלהכי כי יהיב במתנת שכ"מ במקום אחריך לא קנה המקבל משום דהאחריך מכח נותן ראשון קאתי הוא קודם למקבל שבא מכח המקבל מנותן ראשון עיי"ש לכן בספק ואין חזקה לשום אחד האחריך קדים דזכותו ושעבודו קודם.

סעי' י"א נכסי לפלוני עיין ב"י לקמן ס"ס ר"נ מחודש ט"ו דאין מלוה של אחרים בכלל נכסיו אעפ"י שנכסי הלוה משועבדים לו דקי"ל כרבא בפרק כ"ש דב"ח מכאן ולהבא גובה.

הלכות מתנת שכ"מ סימן רג

סעי' ג' מטלטלין אלו לשמעון הוי לשון הודאה שכ"מ אחד עשה צוואה עפ"י שופטי גוים ועדים ובכתב ואמר ש דעו שחצי הבית וחצי הוני של אשתי כי היא היתה נושאת ונותנת וגרמה כל העושר ורצה רב אחד לומר דהוי אודיתא וקנתה ולא נראה דהרי קמן שטעה מחמת דגרמה במע"י הוי שלה חצי וכדא"ה ועיין נה"מ סימן ר"ז סט"ו סקח"י ועוד כיון דעשה הצוואה בפני שופטי גוים רגל"ד דנמשך אחר נימוסיהם וטעה דדינא

הכי דבנו"נ שלה החצי או טעה דדמ"ד בזה ועיין לקמן ס"ס שס"ט ולעיל סימן רמ"ח ס"א בהג"ה.

הקדיש כתב נתיבות אם אמר הרי זו לצדקה מוציאין מהיורשין משא"כ כשאמר אתן מנה לצדקה דעדיין חסר לקיים וכ"כ מחנה אפרים בהלכות צדקה ס"ב לשיטת הרי"ף וכ"ע אבל לדעת רא"ש וכ"פ אם אמר זו לעניים הללו זכו העניים מיד אבל לא ייחד העניים אף שאמר הרי זו לצדקה לעניים לא זכו עדיין רק חיוב נדר על הנודר עצמו.

סעי' כ' שהשני קונה עש"ך ס"ק כ"א דהביא דברי ב"ח דאם חלק נכסיו לשנים ולראשון הקנה בקנין ולשני בלא קנין דדין שני כמתנת שכ"מ בכולה אף דראשון לא קנה וכתב הש"ך דהוא פשוט ונתיבות השיג עליו כיון דראשון לא קנה מן הדין הוי חלקו שיור דשמא ידע הדין ורצה לשחק גם בראשון גם בשני ועוד הא כתב הפרישה בסי"א בחילק נכסיו ומפסיק בין אחד לחברו דגם מתנת שני בטל אף דמתנת ראשון לא נתבטל רק עפ"י דין עיי"ש ולע"ד בשלמא בלא הקנה לראשון י"ל דלא גמר ליתן לכן גם השכ"מ ידע דנשאר לו חלקו משא"כ בהקנה לראשון כל קנין מוכיח דגמר ונתן כמ"ש רמב"ם פ"ה ממכירה הי"ב מה תאמר דבשכ"מ שאני דמש"ה תקנת כדי לשחק בו דהקנין מגרע במחלק כל נכסיו הא קי"ל דאין שכ"מ משטה כדלעיל סימן פ"א ס"ב וע"כ כסבור דאין הקנין מגרע וגמר והקנה א"כ ל"ה שיור וכ"ש בזה דלא הפסיק ליכא חשש דבנתים נודע לו.

סעי' כ"ב והעדים כותבין בפ"ת הביא מהנ"ש סל"ז דמשמעות הש"ע והסמ"ע דאם כתבו לאח"מ ל"מ יפוי כח רק דוקא בכתבו מחיים ואיני רואה שום משמעות ואדרבה ברשב"ם מבואר להיפך כמבואר בב"י כאן סל"ד וכן משמע לשון רמב"ם שבב"י שם וכן מבואר בלשון רשב"א שבב"י שם מחודש י"ב.

סעי כ"ו כנכ"ה ונ"ל ראי' לזה ממדרש רבה פ' תלא אדם אומר לחברו השאלני קרדומך והוא אומר אין לי באת הנגע על ביתו וצות תכתן ופינו את הבית כיון שמוציא קרדומו היו אומרים ראיתם ע"ר שלא הי' רוצה להשאיל עיי"ש וכן הוא בערכין דף ט"ז וקשה הא תנן הוי דן את כל האדם לכף זכות ואפשר אח"כ קנה הקרדום אע"כ דחזקה כנכ"ה ולהחולקים לעיל סימן סמ"ך ס"ו צ"ל דשא"ה דהנגע מוכחת עליו דמשום ע"ר באה אך יש עוד טעמים על הנגע וא"כ אינו הוכחה וצ"ל דקרדומך היינו שכבר ראה שיש לו וזה השיב אין לי היינו עתה וכדלעיל סימן ע"ט ס"י וכיון שנמצא לו אח"כ יש תרתי חזקה דמעיקרא ודהשתא וכדמחלק בפרק בכל מערבין דל"ו בריש נדה.

סימן רנב

סעי' ב' מלקד"ה בשו"ת גא"י סימן קכ"ו בחחו"מ פסק באשה שמתה בלא בנים והשלישה מעות ביד שליש להלוות על עסקא והריוח יתן לסיוע נשואי בני יורשי' ולא יתן ליורשי' כלל דאין בזה משום מלק"ת וראייתו מאס"ז כתובות דף ס"ט ע"ב במשליש מעות לבתו דאם רק הבת יורשת אם היא גדולה אף מן האירוסין צריך השליש ליתן לה אף דהאב צוה שלא ליתן לה עד שתנשא שמיד זכתה בהממון מכח ירושה ואתיא ירושת דאורייתא ומבטל שלישות הממון שלא ניתן ביד השליש בתורת מתנה לאחר רק בפקדון דה"ל מתנה עמש"ב עיי"ש והנה לפמ"ש בקצו"ח ונתיבות בסימן רמ"ח דגבי מלקד"ה ל"ש מתנה עמש"ב כיון דבאמת ירשו היורשים רק מצוה עליהם לקיים דברי המת ואם מכרו אין מוציאין מהלוקח א"כ ה"נ אך גם להאס"ז דוקא התם דסוף סוף הממון רק של הבת אבל זאת דהשלישה ביד שליש ליתן הריוח לבני היורשים הוי כדקל לפירות לפמ"ש קצו"ח ונתיבות לעיל סימן ר"ט עיי"ש ביאורים סק"ה א"כ הוי כנתן מתנה לאחרים והשלישו ואינו פקדון בשביל היורשים כלל ולמהר"ם אלשיך ס"ז דריוח המעות אינו כפירות דקל וחשוב דשלב"ל אף שנתן המעות להרויח לענ"ד ה"נ ליכא מלקד"ה לפי מה דקי"ל דצריך ליתן ביד שליש א"כ נתינת הממון קרן ליתן הריוח לאחר לא חשוב כהשליש כיון דאין הריוח בעולם ואינו מגוף עון לא חשוב כהוציא הממון והשלישו ויש סמוך לזה ממ"ש הש"ך יו"ד סימן ק"ע סק"ה דערב בעד הרבית לא חשוב כהוציא ממון על פיו וצריך קנין ואף דמהריב"ל שהביא מח"א הלכות זכי' סי"ל כתב דגם בדבר שאין בו ממש מלקד"ה היינו לפוסקים דא"צ להשליש מתחלה לכך וגם זה כתב המח"א דצ"ע אך למסקנת האחרונים דמעות לריוח כדקל לפירות ה"נ הוי כנתנה מתנה לבני יורשי' גוף הממון שהשלישה ומה שנסתייע הגוא"י מלשון רש"י שם היכא דאמר אל תתנו לבני אלא שקל בכל שבת אין נותנין רק שקל אף דסוף סוף כלתו נכסי דדהו לא יתבינן להו בקוטנן משמע דבגודלן נותנין וע"כ משום דמתנה עמש"ב דעוקר הירושה ולא נתן לאחרים אבל כשצוה ליתן בגדולתן אינו עוקר לגמרי ולפ"ז אם אמר שגם בגודלן לא יתן להם איזה זמן לא חשוב מתנת עמש"ב עיי"ש לע"ד כונת רש"י דוקא התם שלא ניתן להשליש לצורך מתנת לאחר רק בשביל היורשים ידו ביד יורשים וכומנח בידם לא מהני צוואתו שלא ליתן להם בגדולתן דהא דמלקד"ה דוקא בהשליש לשם כך מבואר במהרי"ט חחו"מ סימן צ"ה דחשוב כזכי' ע"י השליש למקבל המתנת ועיין לקמן סימן ר"ל סכ"ו דלא כאס"ז ועיי"ש נתיבות ועיין מבי"ט סימן של"ה ח"ב והא דבקטן מלקד"ה אף שלא נתן לאחרים משום דהשליש נעשה שומר של הממון לצורך הקטן וזכות הוא

לקטן ומשהחזיק א"י לחזור כדלקמן סימן ר"ל סכ"ג משא"כ בגדול ס"ל לרש"י די"ל איני צריך שומר ואפטרופס ואין לי זכות בזה.

נדר ליתן לפלוני כו"כ ומת יורשיו פטורין ובנתיבות סימן ר"נ כתב דוקא כשאמר אתן או תנו מנה לצדקה דעדיין חסר לקיים אבל אם אמר הרי זו צדקת ודאי דחייבין יורשין ליתן ובשו"ת מ"ע סימן ק"ג כתב באיש ואשתו אתנו בהדדי בשעת החופה והקנו זל"ז כל נכסיהם במתנה גמורה מעכשיו בתנאי שהנשאר בחיים אחרי חברו ישלוט בכל הנכסים ואם לא יהא להם בנים יהי' המותר לעניים ומתה אשתו והדר בעלה והנכסים ביד שליש והעניים תובעים ופסק דלא זכו העניים דלא הקנה להם בקנין ומשום פיך זו צדקה אין לחייב היורשים עיין ריב"ש סימן שכ"ח ושל"ה עיי"ש וצ"ל שא"ה שאמרו אם לא יהא להם בנים יהי' המותר לעניים כל אם כלאחר א"כ לא התפיסו הממון לצדקה עד אחר מותם ואזי אינו שלהם רק של היורשים ואין אדם מקדיש דבר שאינו שלו ובשו"ת הגאון רע"ק זלה"ה סימן קמ"ו נסתפק בזה ולא ראה דברי מ"ע.

עוד כתב שם לו יונח שנכלל זכות העניים בשם תנאי הרי מאוחר למעשה המתנות ומעשה קיים ותנאי בטל ואפילו יהא התנאי קודם למעשה הא אינו אפשרי הקיום מיד מי שקיבל את המתנה עם התנאי הזה שאינו חל אלא לאחר מותו ואין בידו לקיימו שהיורשים קודמים בנכסים לכל אדם עכ"ל מדלא קפיד על שאינו ת"כ ס"ל בממון לא צריך רק תנאי קודם למעשה וכמ"ש הפוסקים הובאו בב"ש סל"ח סק"ו או משום דלא בא התנאי לעקור המעשה למפרע רק גייז לו אחר מיתה וכמ"ש המל"מ פ"ג מזכי' דל"ל בזה משפטי תנאים ועכ"פ מוכח מדברי העמ"ע דתנאי קודם למעשה גם בזה צריך.

סימן רנג

סעי' א' שנים שנכנסו לבקר במבי"ט סימן קמ"ח כתב אף דצוואה בעד אחד ל"ט מ"מ יכול לומר המקבל ליורש שיקב"ח שאינו מאמינו להעד ושבתי וקרית חנה חלקו עליו כמבואר בפ"ת אך בתשובת ראב"ד שבש"ג פז"ב הובא בשע"מ סימן ל"ג סוף סק"א כתב דיכול להטיל חרם סתם על מי שמאמין להעד שלא יכפור אך על הקרית חנה ל"ק לפמ"ש שם הטעם דלא סמכה דעת המצוה ול"ש טעם שלא תטרוף דעתו עיי"ש ובנידון הראב"ד תיו שני עדים מזומנים רק אח"כ נתגלה שהם קרובים ליורשים א"כ כיון דהוזמנו לעדות ולא נודע בקרבתם סמכה דעתו דשכ"מ וע"ש השבו"י ראי' מהך דלעיל סימן י"ז ס"ח דאם הביא הבע"ד ע"א לא יאמר הדיין אין מחייבין עפ"י ע"א עד שיטעון ע"א א"נ עלי דעכצ"ל דמיירי שהבע"ד לא יוכל להכחיש את העד בודאי דכה"ג איך יכול לומר כן

הלא צריך ש"ר להכחישו א"ו דא"י ואם איתא דצריך לקב"ח שאינו מאמינו למה הוצרכו הפוסקים להזהיר שלא יאמר הדיין אין מקבלין ע"א הלא עכ"פ צריך לקב"ח פשיטא שלא יאמרו לו כן עיי"ש ואישתמוטתי' לשון הרמב"ם פכ"א מה"ס פ"י דיאמר לנטען הרי העיד עליך הלואי שיודה ויאמר אמת העיד עד שיטעון הוא ויאמר ע"א הוא ואינו נאמן עלי עכ"ל ואם הבע"ד לא יוכל להכחישו מה אומר הלואי שיודה ויאמר אמת העיד וע"כ היינו דנאמן עלי וכן משמע מלשון א"ל עלי דאם נאמן עליו חייב אך בלא"ה י"ל דמיירי גם במכחישו בודאי ואומר אינו נאמן עלי לחייביני ממון ואשבע להכחישו וגם הדיין א"ל אין מקבלין ע"א לחייב ממון עד שיטעון הבע"ד ויכחישו ושאר ראיות השבו"י לא די שאין ראיות לסברתו אלא דמוכח להיפך להמעיין דראייתו מיו"ד סימן קכ"ז דמלמדין אותו לומר שאינו מאמין מבואר ביו"ד שם דוקא ביי"נ לא בשאר איסור והנה בשע"מ בסימן ל"ג שם הביא דעת מהרי"ק שבב"ש סימן קט"ו ס"ז בהג"ה דאינו חייב להוציא אשתו ע"י קרוב או ע"א שאומר שזינתה רק אם מאמין לו משום דגייס בו ומצוי אצלו ויודע שאינו משקר בשום דבר כמו דאמר רבא בת ר"ח קי"ל בגוה א"כ הה"ד לענין ממון דדבר שבערוה ילפינן מממון עיי"ש הנה מתשובת הראב"ד ומבי"ט לא נראה מסתימת דבריהם כן א"ו כמ"ש בעל הבית מאיר בשו"ת רעק"א סי"ק והובא בפ"ת לא"ע שם דמוכח משו"ת רשב"א דלא כמהרי"ק דאפילו בגוי מתכוין לאסור ולהעיד אחר כונת הלב אזלינן אם מאמין לו או שסומכת דעתו מחמת אומד מגוף ענין המעשה או דעד זה לא יעיד לחובתו עיי"ש ואם השבון ת"י העד נאמן במגו דיכול ליתנם בעצמו כדלעיל סימן כ"ו ס"א בהג"ה וסימן רכ"ב ס"א ולקמן סימן רנ"ה ס"ח וכן מצאתי במבי"ט ח"ב סימן קמ"ח.

סעי' ב' יזכה וה"ה יהא ד"ז לפלוני ה"ל מתנה מבי"ט ח"א סימן קצ"ג עכ"ל ש"ך ובשו"ת מהר"ח א"ז סימן צ"ה כתב דאינו לשון מתנה שיועיל בשכ"מ ובקה"י מענה לשון ח"ב אות יוד הביא מרשב"א ור"ן וירושלמי פ"ק דגיטין דלשון נכסי יהיו לפלוני הוי לשון מתנה וכתב הכנ"ה דוקא במתנת שכ"מ בכולה אבל בריא או מתנת שכ"מ במקצת דדין מתנת בריא י"ל ל"ה לשון מתנה עכ"ל ועיינתי בר"ן ספ"ק דגיטין מבואר דמיירי בחוב ופקדון לענין דהוי כזכה וא"י לחזור וכ"מ בירושלמי ורשב"א אבל לא שיהא לשון מתנה דוקא ולא לשון ירושה לכן י"ל קי"ל כמהר"ח א"ז דקשיש מהמבי"ט ואפשר אלו ראהו הי' מבטל דעתו נגדו.

סעי' ה' אפילו מת הבן עסמ"ע סקי"א ועיין שו"ת גוא"י חחו"מ סמ"ו באחד שלא הי' לו זרע וצוה מחמת מיתה ליתן נכסיו לאחר ואחר מותו נודע שאשתו מעוברת וילדה ומת

הולד אחר שנה והעלה כיון דמבטלין המתנה רק מכח אומדנא עתה שמת הבן יש אומדן להיפך דאף שהי' יודע שבנו חי בשעת נתינה רק שימות טרם יהנה מנכסיו הי' רוצה שיהא מתנתו קיימת למפרע משעת צוואה ולהכי לא סיים הרמב"ם והטוש"ע דלעיל סימן רמ"ו ס"א אפילו מת בנו אח"כ כיון דלא גילה דעתו כמו כאן עיי"ש ולא נראה דאפילו יהיבנא לו דכאן דוקא מחמת שגילה כמשמעות לשון הסמ"ע מ"מ דוקא כאן דבמותו כבר מת בנו ולא העביר נחלה מבנו אבל בנידון גוא"י דבמותו חי הבן וזכתה לו תורה איך נימא אומדנא להיפך שאם הי' יודע שימות הי' מעביר נחלה דעושה איסור כמבואר לקמן סימן רמ"ב עיי"ש סמ"ע סק"ד וה"נ אף דמת הבן אח"כ ולא נהנה בו מ"מ זכתה לו תורה ובהדי כבשי דרחמנא ל"ל ועיין קצו"ח סימן רפ"ב בשם רשב"ץ דמשייר קצת ליורשים ל"ח עבורי אחסנתא ועיין בא"ע סימן קי"ג ס"א בהג"ה ובחמ"ח סק"ה לא משמע הכי ועיין זכל"א ערך ירושה מהרב"ד דמי שאין לו בן רשאי להעביר נחלה מהיורשים אפילו י"ל בת ועיין רשד"ם חחו"מ סימן שי"א דגם מהבת אסור להעביר ובנידון הגואיי דנתן לקרובו הראוי לירש הרי לכ"ע לא העביר נחלה לפי דעתו שאין לו בן ועיין פירשב"ם פי"נ דף קל"ג בסד"ה רואין.

ובלא"ה נ"ל לדמותו להא דיו"ד סימן רכ"ח סי"ב דאין פותחין בנולד דלא שכיח שאף אם הי' מעלה אותו על לבו לא הי' נמנע מלידור וכן מיתה לא שכיח עיי"ש וה"נ אלו ידע שאשתו תלד לא הי' נותן לאחר והוי מתנה בטעות ואין לבטל אומדנא זאת מחמת המיתה כיון דלא שכיח ואף אם הי' מעלה ע"ד שאפשר ימות הבן לא הי' נותן לאחרים וזה אפילו אם כשצוה לא היתה אשתו מעוברת ונתעברה אח"כ ומת הולד י"ל מיד שנתעברה יש אומדנא לבטל המתנה דהוי כפתח בנדר דמשוי כנדרי טעות ואם הי' מעלה ע"ד שתתעבר לא הי' נותן אפילו הי' מעלה ע"ד שמא ימות הולד כ"ש כשכבר היתה מעוברת דהוי מתנה בטעות ממש וכהך דיו"ד סימן רל"ב ס"ז עיין טו"ז שם סימן רכ"ח ס"ק ט"ז וא"ל דמתנה ל"ד לנדר דאדרבה עדיף לבטל המתנה באומדן קל אף בנולד דלא שכיח משא"כ נדר כמ"ש מהר"ם לובלין סק"ח ועוד ראי' מהמל"מ פ"ח מנדרים ה"ב ז"ל וה"ה נמי היכא שאינו תולה נדרו בדבר אלא שמכח אומדנא דמוכח אומרים דהוי כתולה נדרו בדבר כל שנתבטל נדרו מכח אומדנא אף דאח"כ נתבטלה האומדנא לא חזר האיסור שהרי נתבטל הנדר ועיין הגמ"ר דשבועות עכ"ל ומצאתיו בהגמ"ר ר"פ שבועת ביטוי סימן תשפ"א מטעם נדר שהותר מקצתו הותר כולו כיון שהותר שעה אחת וזה לא שייך במתנה ואף כשכלל הרבה דברים בכלל אחד ונתבטל אחד לא נתבטל כולו כמ"ש מהרמ"פ סימן מ"ד והוא לעיל סימן נ"א ס"ו בהג"ה מ"מ מלשון המל"מ משמע

דלאו מה"ט אתי עלה ואפילו להגמ"ר י"ל משום דאל"ה יכול לאסור עליו בנדר לאיזה זמן ובזמן שלא יהא הסבה שתלה בו הנדר יהא מותר אבל כאן כיון דנתבטלה המתנה כשחי בנו וירשו תו אין הפסק לירושה אף שיאמר אחריו לפלוני כדלעיל סימן רמ"ח ומה"ט גם החולקים שהביא המל"מ שם מודים כאן ועוד דגם בשטר י"ל הואיל ובטל מקצתו בטל כולו כמ"ש הר"ן בפ"ק דקדושין והוא לעיל סימן ק"צ סט"ז בהג"ה ושעו"ש לעיל סימן נ"א פקפק על המרמ"פ וכ"ש כאן בצוואה לאחד ודבר אחד שנתבטל קצתו לאיזה זמן.

סעי' ז' אלא אפטרופס מהרש"ל הקשה כיון דבלשון ירושה ל"ה אפטרופס וה"נ אם ראוי ליורשו מפרשין משום ירושה כמו בסעיף הקדום והש"ך סק"ח הביאו ולע"ד בשלמא כאן הנכסים בחזקת יורשין כ"א בחלקו וכיון דלשון נכסי לפלוני אינו ודאי לשון ירושה המע"ה משא"כ בסעיף שלפני זה דאפילו תפרשו משום מתנה היא שלו בחייו רק נ"מ לענין אחריו לפלוני והרי כבר ירד בה הראשון ברשות והחזיק בו כל ימי חייו לא מפקינן מחזקתי' מספק ומפרשינן כונת הנותן לירושה וא"ל א"כ באינו ראוי ליורשו נפרש לשון ירושה ולא מהני כלל וישאר בחזקת יורשין לק"מ דא"א מוציא דבריו לבטלה ואזי ע"כ למתנה איכוין כמו שפירשב"ם דף קל"ג ע"א.

סעי' ח' בחובו אין לו אלא חובו מהר"ם אלשיך סי"ב עמד אלשון נ"י דהוי כרבית מאוחרת והא ס"פ א"נ תנן דמשלח לו דורן אחר הפרעון הוי רבית מאוחרת אבל מה שנותן לו יותר בכלל המלוה לאו מאוחרת איקרי וא"כ ה"נ הרי החוב ותוס' בב"א לכן פירש דכונת השכ"מ ל"ה להוסיף אלא שטעה בחשבונו ואם היורשים יתנו יותר על החוב הוי רצית מאוחרת בשביל מעותיו שהיו בטילות ביד מורישם כיון דהשכ"מ צוה ליתן חובו ככתובין ומסורין דמי ופרוע הוא א"כ אם הבע"ח נוטל התוס' מעצמו הוי גזל בידו מאחר דהמוריש לא צוה ויורשים לא נתנו את"ד משמע אלו פירוש המוריש ליתן מאתיים בחובו והתוס' בשביל מעותיו של מלוה שהיו בטילות אצלו אזי אין מוציאין מהמלוה כשנטל מעצמו אך מלשון במ"ת שנ"ט ח"ב משמע אפילו פירוש השכ"מ בשביל מעותיו שהיו בטילות אין שומעין לו וכ"כ להדיא הגד"ת שם דלא צייתינן לדברי המצוה מפני האיסור וכן מוכח לדעת הר"ן דלעיל סימן רל"ה ס"א בהג"ה וכן הוא לקמן סימן רכ"ו ס"ג וכיון דדברי שכ"מ בזה לאו ככתובין ומסורין ממילא אי נטל הבע"ח מעצמו מוציאין מידו ומ"ש מהר"ם אלשיך דלפיכך הוי רבית מאוחרת משום דשכ"מ צוה על פרעון החוב לבד וכפרוע הוא משום דדברי שכ"מ ככומ"ס דמי לא א"ש לפמ"ש תוס' בפרק ג"פ דף קע"ה הובא בקצו"ח ונתיבות ס"ס רנ"ב דהיכי דצוה לפרוע חוב אינו ככתובין ומסורין ודברי

תוס' מוכרחין מהגמרא שם לכן נראה הא דקרו לו הפוסקים רבית מאוחרת דלאו דוקא אחר הפרעון הוי רבית מאוחרת אלא אפילו בשעת הפרעון כיון דנותן על העבר שהיו בטלות המעות אצלו ולא על העתיד ומצאתי שכ"כ החו"ד בסימן ק"ס בשם הב"י ועוד לפמ"ש הפוסקים בשם ר"ת דכשמת לוה פקע שעבוד גופו רק נכסיו שעבודן לא פקע שהם ערבין כמבואר בב"י סימן ס"ו סכ"ג וכיון דבשעת מיתת השכ"מ נפטר מחובו וגם על היורשים ליכא שעבוד גוף דלא לוו מעולם ומה שצוה השכ"מ ליתן יתר על חובו אלו הי' מותר וחל כשאר מתנת שכ"מ אינו חל עד אחר המיתה כדלעיל סימן רמ"ח ס"ד ע"כ קרו לו כבית מאוחרת ולפ"ז כשנתנו היורשין המאתיים זוז א"צ להחזיר התוס' לצי"ש עיין יו"ד סימן קס"א ס"ב בהג"ה.

סעי' כ"ד ולבתו בה"ג בסוף הלכות נידוי ז"ל מאן דאית לי' הלואה או פקדון גבי' חברי' ואית לי' ברתא ואית לה בעל ופקדי' להההוא הלואה או פקדון לברתי' ושכיב הוא ושכיבת ברתי' אע"ג דלא מטו לידי' דבעל מחיים דילה ירית לה בעל להההוא ממונא דדבר' שכ"מ ככומ"ס דמי ואח"כ כתב אתתא דירתית ממונא מבי נשא ממילא בדלא אתפקיד בה א"נ אית לה ממונא גבי אינש דעלמא הלואה או שטרא ושכיבת לא ירית לה בעל מ"ט דמחסרא גובייניא ול"ד לקמייתא דאמרו רבנן דברי שכ"מ ככומ"ס דמי אבל האי ראוי הוא ובעל אינו נוטל בראוי כבמוחזק עכ"ל והביאו שעמ"ש וכתב דלמדנו מדבריו דאף שנתן השכ"מ הלואתו שביד פלוני אף שלא בא לידי גובייניא מחיים דאשה מ"מ חשוב הבעל כמוחזק כיון דחכז"ל עשאוהו ככומ"ס הוי כבא לידו ממש עיי"ש ולי הדבר תמוה דנהי דדברי שכ"מ כמסורין היינו זכות וכח שיש לו כמסור ליד המקבל הוא אבל הלואתו שביד אחר דלשכ"מ גופא מחוסר גובייניא ואין לו רק שעבוד על הלוה איך אפשר שיהא ביד המקבל יותר מוחזק ומה מסר ראשון לשני כל כחו ולא יותר והא בש"ס פמ"ש דף תמ"ח אמר מלתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ והא דהלואתו לפלוני מהני משום דאיתא במעמ"ש וא"כ לא עדיפא מאם מסר לה אביה החוב במעמ"ש דמ"מ מחוסר גובייניא והוי ראוי נגד הבעל ואיך יהא עדיף מאם בעצמה הלותה ומתה דהוי ראוי לגבי הבעל וגם ראייתו דככומ"ס דמי אינו ראי' כלל שיחשב מוחזק אצל המקבל יותר ממה שהי' אצל השכ"מ לכן נראה דמיירי שכבר הוחזר ליד השכ"מ או יורשיו רק לא בא ליד האשה ובעלה רק דה"א כיון שלא בא לידה הוי ראוי קמ"ל וזה שדקדק אע"ג דלא מטי לידי' דבעל מחיים דילה ולא אמר רבותא יותר אף שעדיין הוא ביד לוה וכן תחלה כפל הלואה ופקדון ולבסוף אמר ירית לה בעל להההוא ממונא ולא אמר להההוא הלואה אלא משום כשפקד השכ"מ הי' הלואה ולא ממון בעין ואח"כ נפרע בחיי האשה ע"כ אמר

דירית להממון שהוא בעין וכמ"ש הרשב"א שהביא ב"י סימן זה ס"נ דמעות סתמא היינו מעות בעין לא חובת או שוה ממון והא דאמר הבה"ג אח"כ אית לה ממונא גבי אינש דעלמא הלואה היינו שתחלה הלותה ממון והא דאמר הבה"ג ול"ד לקמייתא היינו דנהי דכבר פרע הלוה כיון דלא בא ליד האשה לא יהא עדיף מירושה שירשה מבי נשא דג"כ הירושה אצל היורשים לכן תירץ כיון דבא ע"י צוואה עדיף דכמסורין דמי וכל זכות שיש ליורשי השכ"מ כאלו בידה הוא והרי כבר בעין הוא אצל היורשים וג"ז צ"ע דכמסורין דמי לענין קנין אבל לא כמוחזק ביד המקבל ממש וכמבואר ברשב"א שהביא הש"ך בסימן רנ"ה סק"ו.

סימן רנה

סעי' ג' המקדיש עש"ך סק"ה ומל"מ פט"ו ממע"ק מה שהקשו על הרמב"ם מב"ק דף ע"ג ונראה דהוקשה לו לרמב"ם דלמה אמר ר"י דאמר תמורת עולה ונמלך ואמר תמורת שלמים לא מהני חזרתו דמשמע אפילו מיד והא תכ"ד דרב לתלמיד איתי לו ולא ס"ל דוחקן של התוס' דכתבו השתא תכ"ד דתמורה איירי תכ"ד גדול לכן ס"ל דה"פ דש"ס דמשני תכ"ד דתלמיד לרב ליתי לו לר"י רק תכ"ד רב לתלמיד דהיינו רק שני תיבות שלום עליך וכיון דבקדשים גמר בלבו סגי כמבואר פ"ג דשבועות דף כ"ו ע"ב וברמב"ם פי"ד מהמע"ק הי"ב א"כ כיון שאמר זו תמורת עולה כבר גמר בלבו להיות עולה והדיבור שיעור הפסקה.

סעי' ד' ומנין ידעו כתב נה"מ דרמב"ם נמי לא קאמר אלא כשמודים היורשים שלא צוה להם אביהם יותר רק מפני צוואה זו פרעו אז א"נ אבל אה אומרים שבינו לבינם ציום אביהם ליתן או שידעו בעצמם מהחוב ופרעו נאמנים והא דא"נ במגו כשטוענין שמפני צוואה זו פרעו אפשר דס"ל דהוי כמגו במ"ע עכ"ל ולא נראה דהא טעמו של הרמב"ם רק משום דמי יימר דמחייבו רבנן וכמ"ש ר"י מיגאש דדמי לחייב אתה ליתן כמבואר בב"י והא בסימן קנ"ז סי"א בלמעלה מד"א דא"נ לומר שפרע משום ה"ט דמי יימר דמחייבו לו רבנן ופסק רמב"ם וש"ע שם דתובע צריך לישבע בנק"ח ואלו בטוען תו"ז פרעתיך גובה בלא שבועה ומבואר בתומים ונתיבות סימן קנ"ז דחזקת תו"ז אלים ממי יימר דמחייבו רבנן וא"כ כיון דנאמן לטעון פרעתיך תו"ז במגו דפרעתיך אח"ז כמבואר בסימן ע"ח כ"ש דליהמן במגו נגד מי יימר דמחייבו רבנן לכן מזה מוכח כמ"ש מהרי"ט ח"א סל"ג וק"ה דלא אמרינן מגו רק שהי' יכול לומר טענה אחרת במקום טענה זאת ולא הי' טוען טענה

שטוען עכשיו אבל היכא דצריך לטעון טענה של עכשיו לא מהימן במגו שהי' מוסיף עוד שקר אחר וה"נ ע"כ צריכים לומר שפרעו א"נ במגו דהיו מוסיפים לטעון עוד.

סעי' ח' יכול ליטלם ב"י הביא תשובת רא"ש כס"ח דאשה הנו"נ בתוך הבית או אפטרופס מודים שהי' לבע"ה נכסים אחרים ת"י ומת ובידם להחזיר חייבים להחזיר לקיים מצות השבה ולמנוע מאיסור להיתום והמל"מ פ"י מזכי' הלכה ה' כתב דוקא בעסק או פקדון אבל חוב אצל הבעל מאן שם לה לפרוע חוב הבעל ועיין תשובת הרא"ש כלל נו"ן ס"ז שם נראה לחלק כן דלא כמהר"ש שהובא בפ"מ ח"ב סימן קל"ב דגם בחוב הדין כן וכ"כ רדב"ז סימן קמ"א דכשאוערים האשה או אפטרופס שיודעים שחייב הי' בע"ה אין נאמנים אם לא שאומרים שנתנו הבעלים להם רשות לפרוע וליתן משכנות והביאו הנתיבות ס"ס נ"ו סק"כ וכתב דפשוטים בטעמם בשלמא אם אומר דבר זה של פלוני רשות בידו להחזיר ובדבר שהוא בידו נאמן אפילו להוציא דבידו הוי כשני עדים דאפילו בדבר ערוה נאמן כבעל שאמר גרשתי אבל כשאומר שפלוני חייב לפלוני אף אם האמת כדבריו אין רשות בידו לתפוס משכון ולמסור למלוה בלא רשות ב"ד ואין לו רק דין מגו ומגו להוציא ל"מ את"ד ול"נ דהא מבואר בסימן ס"א ס"ו דאם לא מצא דיין שרוצה לדונו יש לו רשות לעשות דין לעצמו ועיין סימן צ"ז סט"ו דלשם גוביינא ליכא איסור דלא תבא אל ביתו דאינו אסור רק למשכנו ועכ"פ כשא"א להציל בלא"ה שרי לגמרי ועיין קצו"ח סימן ל"ז סק"ב בשם נ"י ותשובת רי"ף ובלא"ה אין איסור למשכנו רק לילך לביתו אבל כשמצאו ביד אחר מותר לתפסו כמ"ש הריב"ש בסימן שצ"ו והוא לעיל סימן ד' בריש הג"ה ואף דכתב הנתיבות בסימן נ"ו דכיון שהוא ברשות הנפקד הוי כמו ברשות המפקיד וחשוב מגו להוציא מ"מ מסתימת דברי ריב"ש והג"ה הנ"ל משמע אפילו הופקדו המטלטלין ביד אחר אין איסור דל"ח ביתו דהא מהרי"ט כתב דרשות מקום הפקדון אינו קנוי למפקיד כיון שיכול ליטלו ממקום זה למק"א והסכים על ידו הנתיבות בפתיחה לסימן ר' ובראש פ"ק דע"ז כתב הא דאסור להשכיר דירה לעע"ז שמכניס ע"ז לביתו וכתיב לא תבא תועבה אל ביתך ה"ט דשכירות לא קניא עיי"ש ס"ס כ"ב וא"כ ביתו של נפקד ודאי לא קנוי למפקיד ול"ח ביתו וכיון שאינו ת"י לוה עצמו רק תחת יד הנפקד ובביתו ליכא איסור דלא תבא אל ביתו ואף דהאשה או אפטרופס הן בבית היורשים מ"מ הרי העזבון בא לידם ממש בבית ובחוץ ואז אין איסור למלוה לתפוס מידם וא"כ גם אחר רשאי לתפוס עבורו דזכין לאדם ושלוחו כמותו ולא שייך מאן שם לו לפרוע דתורה הטילה על כל ישראל מצות השבת אבדה ולא עוד כיון דמונע היתום מאיסור גדול כמ"ש הרא"ש א"כ זכות הוא ליתום וזכין לו שלא בפניו כמבואר

בכתובות די"א ואף דקטן לאו בני מיעבד מצוה מ"מ נזקקין ליתומים קטנים לפרוע מה שאביהן הי' חייב משום דיתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שבקייהו כדאיתא בערכין דף כ"ב ולכן אפילו להגבות מטלטלין למלוה או למכור ולפרוע יש להם כח משום דזכין לאדם שלא בפניו ומהני מכירתו כמ"ש המג"א בסימן תרנ"ח סק"ג וכאן אם לא נתיר להם גם ב"ד לא יוכלו לעשות מאומה דאין יודעים מהחוב כ"ש אם נו"נ דממונים ליקח ולמכור בעזבון המת גם שומת אחרים א"צ ולפ"ז נתחזק יותר ההיתר למסור למלוה בתורת גוביינא דהא בתורת גוביינא ליכא איסור דלא תבא כמ"ש ר"ת ובקצו"ח סימן צ"ז סק"ב הביא מנמ"י ס"פ המקבל בשם ר"ת אהא דלא ימשכנו בעצמו דהא דקי"ל עביד דינא לנפשו היינו בתורת גוביינא והקשה קצו"ח דמאן שם לי' וע"כ אינו רק למשכון עיי"ש והריב"ש בסימן שצ"ו כתב אהא דאמרינן באלמנה ששמה לעצמה מאן שם לך מפני כשמוכרת לאחרים מדקדקת יותר וגם דא"א למקח להתקיים רק בקונה ומוכר עיי"ש כאן ל"ש כל זה כיון דאינו גובה לעצמו רק מוכר למלוה או לאחרים כדי לפרוע החוב ואף דגם אלמנה שמוכרת לאחרים צריכה ב"ד לחד דעה וגם למאן דס"ל דמכירתה בלא ב"ד קיים הוא רק משום חינא או שלא תתבזה בב"ד כמבואר בא"ע סימן צ"ג וצ"ו וק"ג היינו משום דאפשר למכור בב"ד אבל כאן אם יהא האפטרופס אסור לפרוע החוב שלא בב"ד יפסיד המלוה חובו לגמרי ועביד דינא לנפשו ממילא זכין לו שלא בפניו וכ"ש בפניו ושלוחו כמותו וגם זוכה להיורשים ונעשה שלוחן למכור וכמ"ש.

ומה שהביא המל"מ מתשובת הרא"ש כלל נו"ן ס"ז השאלה שם באלמנה שלקחה שט"ח מרשות יורשים וקרעתן ואמרה שכן פקדה בעלה והשיב אפילו אין עדים שראו השטרות אחר מות אביהם חייבת לפרוע מאחר שהיא עודה שקרעתן ול"מ מגו דאי בעי קלתה כיון דאינה שליש עיי"ש ובאמת חידוש הוא והתומים סימן ק"ח ס"ח ותירץ משום דחזקה שטרך בידי מה בעי חזקה אלימתא בשטר מקוים ול"מ מגו נגדה והנתיבות בסימן נ"ו ס"ק ח"י כתב משום דהוי מגו להוציא דמה שהוא ביד נפקד כאלו הוא ביד מפקיד או משום דכל עד חוששין לו שאומר בדדמי והוי מגו בדדמי וכבר הוכחתי בכללי מגו היכא דיש לו מגו לטעון באופן דלא הי' חשוב אידך מוחזק ל"ה מגו להוציא א"כ ה"נ במגו דאי בעי קלתה והיתה מכחשת שהופקד בידה או בא לידה כלל ל"ח מגו להוציא ומטעם בדדמי כבר הוכחתי בכללי מגו כהתומים דאי בעי שתיק אמרינן בממון מגו בדדמי עי"ש לכן בנידון הרא"ש דיורשים תבעוה למה קרעה השט"ח והוכרחה לטעון נגדם נהי דיש לה מגו דלהד"ם מ"מ לא מהימנה כיון דאינה רק עד אמרינן דאומרת בדדמי והשט"ח בחזקתן דחזקה שטרך בידי מה בעי וכן בהך דסימן ק"ח ס"ח הוא הטעם משא"כ אם

העזבון בידה ויכולה להעלים ולפרוע ואין מי שיתבעה למה נתנה נכסי יורשים לאחרים אזי מגו דאי בעי שתקה נאמנת ג"כ לומר לפני ב"ד שהמוריש הי' חייב לאחרים ואפילו על שט"ח שפרועים הם וכ"ש לפי מה שהוכחתי דאין איסור למסור ליד המלוה הממון ומצוה עביד א"כ הוי בידו וכבע"ד וליכא חשש בדדמי כלל כמ"ש הנתיבות רק לפ"ז צ"ל הך דתשובת הרא"ש דכלל נו"ן משום דאלים חזקה דשטרך בידי מה בעי וזה ל"ש כשאומרת דבעלה הי' חייב וחזקה דכל מה שת"י אדם הוא שלו ל"ש בזה כמ"ש הש"ך בסימן זה ומפרט דהך סברת הרא"ש דל"מ מגו כשאינו שליש רבים פליגי עלה כמבואר לעיל סימן ע"א סכ"ג וסימן צ"ג סי"ד ובסימן ק"ח ס"ח ולפמ"ש הה"מ הובא בנתיבות סימן ס"ב סק"ט דלפיכך א"נ לומר על מה שבידו שהוא של אחרים דחזקה שכל מה שבידו הוא שלו ומגו במקום חזקה לא אמרינן לפי שאדם עשוי לעשות קנוניא להפקיע ממון חברו ועפי"ז כתב הנתיבות שם דבהך דס"ס נ"ו ל"ש קנוניא דלמה עשה קנוניא עם אחר דיכול ליטלם לעצמו ולומר שלי הם לכן מהני מגו עיי"ש וא"כ א"ש נמי הך דתשובת הרא"ש דיש חשש קנוניא עם הלוים דלא הי' אפשר שתאמר דהשטרות שלה דהיו על שם בעלה לכן ל"מ מגו נגד חזקה דשטרך בידי מה בעי.

סימן רנו

סעי' ב' מתנה לבנו עסמ"ע סק"ז דהמחבר לטעמי' אזיל דס"ל דדוקא בנותן לבנו ל"ה מתנתו מתנה והקשה בקצו"ח דא"כ אמאי כתב המחבר שהבן זכה להיתומה בלא"ה קנתה מטעם דברי שכ"מ ויפה כתב עכ"ל נתיבות ולק"מ לפמ"ש הפרישה בסימן ר"נ סי"ז בחילק נכסיו והפסיק בין אחד לחברו דגם מתנת השני בטל אף שמתנת הראשון לא נתבטל רק עפ"י הדין והשכ"מ טעה וסבר דלא נשתייר לו כלום מ"מ הוי מתנת שכ"מ במקצת דבעי קנין וא"כ ה"נ דבמחבר לא כתב שפירש שנותן מחמת מיתה או במתנת שכ"מ רק נתן נכסיו מתנה לבנו כשהי' שכ"מ וכיון דמתנת בנו נתבטל הרי זה שיור ולא מהני מתנת היתומה בלא קנין אך לפי מה שכתבתי שם צ"ע דה"נ אף דלא הי' המתנה לבן בקנין מ"מ כיון דנתנה להבן וליתומה כל נכסי' הרי גמרה בדעתה ליתן מדאגת מיתה אלא דטעתה בדין ולא חשוב שיור עוד הקשה קצו"ח איך זכה הבן ליתומה הא טעה דקנאתו היתומה ע"י צואת השכ"מ והוי כעודר בנכסי הגר ותירץ נה"מ דקנאתו ע"י החצר שהשאיל לה ולא ידענא במה קנאה רשותו דלא עשתה שום קנין אף דהבן השאיל לה המקום לצורך המנה הא עדיין לא זכתה גם במנה ול"ל בזה בכ"א כמבואר בקצו"ח סימן קפ"ט ועוד דלקנות ע"י המקום צריך לעשות קנין דנעל וגדר כמ"ש נתיבות סימן

קצ"ב ובפתיחה לסימן ר' ואם תאמר דתקנה היתומה ע"י חצרו של הבן כמו ברשות הלה המופקדים אצלו משקיבל עליו הלה קנה כדלעיל בסימן ר' ס"ב בהג"ה היינו כשיאמר הנפקד תקנה חצרי לפלוני כמ"ש הש"ך ס"ס קכ"ה ועכ"פ צריך שיכוין הנפקד לזכות לפלוני ע"י חצרו אבל כאן הא סבר דכבר קנאה היתומה במתנת שכ"מ ואפשר כיון דעני' היתה זכתה בהמקום שהשאיל לה דנתפס בצדקה אף דנדר ל"ה קנין שאני דבר מיוחד כמ"ש לעיל סימן ר"נ ס"ג ואף דרא"ש בכלל י"ג ס"ל דחישב בלבו ל"ה נדר י"ל כאן פירש בפיו או דאנן סהדי אדברי לבו כיון שנעשה אפטרופס שלה לשמור ממונה ודאי השאיל לה רשותו מודה הרא"ש דהוי כפירש בפיו או דממונה גופה ג"כ הי' ברשותו וקנתה הרשות עי"ז אך מזה מוכח דסגי קנין ע"י הנחת חפציו דלא כנתיבות סימן קצ"ב ולפמ"ש שם דדוקא כשחצר קונה משום יד צריך לעשות קנין נעל וגדר בגוף המקום וא"כ חצר דקטנה דמשום יד קונה כדלעיל סימן רל"ה הק"ל וגם לא נזכר דעמדה בצדו וגם הא הרא"ש אתי עלה משום ממל"ח והשאיל לה כחו ואי קנתה משום חצרה א"ל לכ"ז לכן העיקר שנתן הכל מתנה להבן והבן נתן להיתומה מכחו דהוי קני ע"מ להקנות ומה שהקשה קצו"ח איך יזכה לה ע"י עצמו לק"מ דקנתה ממנו ע"י שהשאיל לה רשותו וכשדעת אחרת מקנה יכול להקנות גם לקטן ע"י חצרו ואצ"ל משום יד כמ"ש ראב"ד הובא בקצו"ח סימן רמ"ג סכ"ג ובאמת נתכוין להקנות לה רק כסבור שמקנה לה מה שנתן לה השכ"מ על ידו ועיין לעיל סימן ריי"ב סוף ס"ח בהג"ה דהרא"ש גופא ס"ל דגמר בלבו הוי נדר בצדקה.

סעי' ג' אין שומעין לו עמ"ש לעיל סימן רל"ה ס"א וסימן רמ"ח ס"ד ומה דלא אמרינן אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן וודאי קיבל השכ"מ טובה מהעכו"ם ואינו עובר אלא תחנם כמ"ש הרשב"א דאומדין שעשה העבד לרבו טובה שהוא חייב לו כך על גמולו דאחזוקי אינשי בעוברים בעשה לא מחזיקינן הובא בב"י ה"נ נאמר כן במתנה לעכו"ם ונתקשה הב"ח בזה ונראה כיון דהפקעת הלוואתו מותר היכא דליכא ח"ה כ"ש בזה דאינו חוב נהי דאלו הי' חי רשאי דהוי כחוב קצת רש ח"ה אם לא יתן לו מ"מ יורשיו לא עליהם יהא שום תרעומת לעכו"ם כיון דלא קבלו ממנו שום טובה ואין הנכסים משועבדים כלל וכ"ש אם י"ל דאין להם ידיעה מהטובה שקיבל אביהם מעכו"ם א"כ יש בזה משום ספות הכוה כדלקמן סימן רס"ו ולפמ"ש בסמוך ס"ד בלא"ה א"ש ועיין פ"ת מ"ש מהנו"ב ולא הבנתי דאפ"ת דדברי שכ"מ באיסור נמי ככומ"ס הא המקבל אסור ליתן הרבית וממילא בטל המתנה דא"א לקיים התנאי ול"ח מתנה עמש"ב כדאיתא

בהמגרש דף פ"ד בע"מ שתאכל חזיר דלא תיכול ולא תתגרש ועוד דאיסור זה לאו כ"ע ידעי וצוואתו בטעות וכמ"ש כה"ג בשו"ת ר"י הלוי סי"ב.

סעי' ד' ומשחררים אותו לשון הרמב"ם כיון דעבד ישנו בקצת מצות ונתקשו בכונתו עוד הקשו הא משחרר עבדו עובר בעשה והא בצוה לתת מתנה לגוי אין שומעין לו ועיין ב"ח נדחק ולע"ד לפמ"ש לעיל סימן רמ"ח דהל"ל גם במקום איסור ל"פ חכמים בתקנתן רק דעכו"ם עם ישראל שני מינים וא"כ עבד דישנו בקצת מצות כבר הוא מין אחד עם ישראל דהא חייב במצות כאשה וע"כ לא פלוג וכיון דאמרו מתנת שכ"ע ככומ"ס או מלקד"ה בישראל תו ל"פ דיכולין לעקור ד"ת בתקנתן וכמ"ש תוס' בב"מ פ"ק דף כיף בד"ה שובר וא"ל הא בעכו"ם ועבד גופא חל התקנה כשהקדימו להנותן טובה גדולה עד שיחויב על גמולן ממילא נימא בהו ל"פ י"ל דא"כ תקשי למה סתם הרמב"ם דבעכו"ם אין שומעין אע"כ כיון דלאו מבני ישראל המה אינם רחמנים וגומלי חסדים וסתמייהו לא יקדימו טובה כלו כך ולא שכיח ע"כ לא תקנו כלל גבי עכו"ם דהלכו אחר הרוב לא תקנו בלא שכיח אך בעבד דישנו בכלל ישראל כיון דבישראל תקנו לא חלקו אף דבעבד לא שכיח בהיתרא ועתו"ס פ"ק דשבת דף י"ד ע"ב בד"ה כיון ועיין לעיל סימן פק"ח דע"כ נעשה שליח דישנו במקצת מצות ודומה למשלחו ישראל.

סימן רנז

סעי' ב' לבן בנו כאלו כתבה לבנו ולעיל סימן ר"י כתב דכאחר דמי והרגישו הש"ך ואחרונים ונראה משום דבגמרא נאמר רק בנו רק מסברא כתבו תה"ד ורא"ש למר ב"ב לאו כבנו ולמר כבנו לכן כאן דפירות הן על הקרקע של המקבל ואפילו אם בני בנים לאו כבניה אין צריך רק ליתן דמי הפירות כמבואר כאן לכן הנותן ובאי כחו עליהן הראי' להוציא וכמו דאמרינן בהמקבל דף ק"י ע"ב גבי יתומים אומרים אנו השבחנו משא"כ לעיל בסימן ר"י דאם ב"ב אינו כבן לא קנה כלל ובחזקת היורשים הוא ואח"כ מצאתי בע"ת לעיל סימן ר"י הביא מהשבו"י שכתב דלפיכך סתם הרמ"א שם דב"ב אינו כבנו משום דבחזקת יורשים הוא והמע"ה.

סעי' ז' הג"ה צריך קנין במרדכי פי"נ סימן תקצ"א ז"ל יש תקנה לבריא לחלק נכסיו לאחר מותו לכל יורשיו במתנת שכ"מ חוץ מאחד מבניו שאמר פלוני בני יטול לאחר מותו שליש ופלוני בני כך כיון שמצוה ואומר יטול אחר מותו אין לך מצוה לאחר מיתה גדול מזה מב"ב ובסימן תקצ"ג נשאל לר"מ על ראובן שאמו הפקידה ביד שמעון וכשמסרתו לידו אמרה אם אצטרך ממנו תנהו לי ואם היא תמות תנהו לראובן בני והשיב דלא זכה

ראובן במתנה כיון שהיתה בריאה באותה שעה ולא עשתה קנין מב"ב ושם בהג"ה הביא ממהר"ם פאדוה סימן נ"ב דדברי מב"ב סותרין זא"ז דלעיל ס"ל דל"צ קנין ולע"ד י"ל דבב"ב דף קמ"ז איתא דמתנת שכ"מ קונה מדרבנן שמא תיטרף דעתו ופירשב"ם שמא עד שיבאו עדים לקנות הטרף דעתו של חולה קודם שיבאו ולא יוכל להקנות ונמצאת צוואתו בטלה והקשה מה בכך מאחר שאינו קונה באמירה ותבטל עכ"ל ונלע"ד דזה כל אדם רוצה שישלוט ביגיעו להנחיל כרצונו ואם צוואתו בטלה ענין רע הוא ודרכי' דרכי נועם והרי המפרש בים דמהני צוואתו באמירה כדלעיל סימן ר"ג ס"ח והרי הוא בריא אולם ולא שייך טעמו של רשב"ם דיטרף דעתו בחליו מחמת צער שלא יתקיימו דבריו אע"כ משום דטריד ובהיל אינו עושה קנין תקנו שיהא ככומ"ס וכן באס"ז שם פירש דחיישינן שתטרף דעתו ולא יוכל להקנות וי"ל עוד דשכ"מ גופא גומר ומקנה בדברים לבד בלא קנין מחמת האי חששא והנה מהר"ם פאדוה הקשה על הר"מ למה יהא דברי בריא ככומ"ס כשמצוה מחמת מיתה הא יכול להקנות ול"ש טירוף דעת בבריא ולפמ"ש י"ל כיון דמחלק ואומר שליש מנכסי לפלוני דאינו מקנה דבר מסוים רק חלק מנכסיו שישארו אחר מותו זה אינו יכול להקנות בקנין משום דשלב"ל ונכסים שיפלו לו כשהוא גוסס כדאיתא פי"נ דף קכ"ז ע"ב דיכיר צריך לומר דנאמן האב על בנו שהוא בכור דאין לו מגו דיהיב לו הרי דאין אופן ליתן חלק מנכסיו שיעלו לו במותו ע"כ בזה יש לו דין מצוה מחמת מיתה דשמא תטרף דעתו סמוך למותו כשיפלו לו הנכסים ושייך התקנה דמצוה מחמת מיתה משא"כ בתשובה שני' של מב"ב דנתנה דבר מסוים ובעין דיכולה להקנות לו ע"י אחר ע"ת שצוותה וכן במרדכי ספ"ק דב"מ תשובת מהר"ם ב"ב דכשאמר ינתן לפלוני לאחר מותו גם בבריא מועיל ג"כ עד"ז מיירי דאמר כך וכך חלק מנכסיו שיהיו לו דמכללא דהך תשובה דפי"נ אתמר כמו שמסיים עיין פי"נ ואף לפמ"ש רשב"ם דהחשש שמא יטרף דעתו בחליו מתוך שיודע שלא יתקיימו דבריו י"ל ג"כ אף דבשעת צוואה בריא הוא מ"מ כשיחלה אח"כ וידע דלא יתקיים צוואתו שצוה כבר תטרף עכשיו דעתו רק כיון שהי' בריא כשצוה הי' יכול להקנות ואיהו דאפסיד אנפשו וריב"ש סימן רי"ז נחית למ"ש כיון שיש אופן בקנין כשהיא בריא ל"מ משא"כ משא"י להקנות כשהוא בריא רק דחהי כיון דיוכל להקנות במתנת שכ"מ ואינו מוכרח כיון דגם אז אינו רק מתקנה מה לי אם יהיו דבריו שמכבר ככומ"ס או מה שצוה עכשיו והב"י סימן ר"נ מחודש ט"ז הביא משו"ת רשב"א דאם רוצה לחלק עזבונו לרבות לאחד ולמעט בדבר שאינו מסוים א"י לו דרך שיוכל לזכותם במתנת בריא שמא מה שיש לו היום לא יהא לו כשיפטר ולפיכך אין לו תקנה רק שיחייב עצמו ונכסיו מעכשיו ולאחר

פטירתו לכאו"א לפי מה שירצה עכ"ל וג"ז יש בו ריעותא דנכסים שיפלו כשהוא גוסס לא יחוייבו יורשים ליתן לפמ"ש נתיבות סימן סמ"ך סק"י דחיוב בדשלב"ל לא עדיף מקנין לר"מ והרי בנכסים כשנפלו כשהוא גוסס א"י להקנות לר"מ מקודם כיון שאינו בר הקנאה כשבאו לידו כמבואר בפי"נ שם ומוכח דגם חיוב אינו מועיל דאלת"ה עדיין יכיר למה לי הא י"ל מגו דמחייב עצמו ונכסיו שיהיו לו כשהוא גוסס ליתן לבנו פי שנים וגם אודיתא ל"מ כיון דאין בו קנין דאודיתא לא מהני רק כאלו קנו ממנו ואע"ג דגוסס בר הקנאת לדעת כ"פ היינו כשיכול לדבר עתו"ס פרק עשרה יוחסין ד"ה ל"צ ונתיבות סימן רמ"ח סק"י בשם המח"א ובזה נמי נסתר טענת הריב"ש דבריא שצוה לא שייך חשש שמא תטרף דעתו דיכול לצוות סמוך למותו בחליו דשמא לא יוכל דבר ויהא שפוי בדעתו וכשידע שצוואתו אין בו מועיל הטרף דעתו עליו וצ"ל דריב"ש ס"ל כמהרי"ט הובא בקצו"ח סימן ר"ר ס"ו דכשא"י לדבר סתמא אינו שפוי בדעתו וא"כ ממ"נ כשיוכל לדבר יצוה אז ואם לאו כבר נטרף דעתו ומ"מ לרש"י וסייעתו דגוסס אף שיכול לדבר לאו בר הקנאה אינו מוכרח.

דבר שאינו בידו בשו"ת מהר"ח א"ז סימן צ"ה ז"ל על שפסקו שכל מי שימסור מעולמו קודם חברו שיהא הכל לנשאר בחיים רבותינו ז"ל אמרו הן הדברים הנקנין באמירה שיחשבו כקנין בעלמא ואפשר אף דברים שאין נקנין בקנין אלא במע"ש או במתנת שכ"מ נקנין גם כאן כגון הלואה וכיוצא בזה הואיל ונקנה בשום מקום אבל התנה שאשתו תורישנו דהיינו אחד בין האחים דלא קנו אפילו בשכ"מ לכ"ע לא מהני הכא ויהא אינו לשון מתנה שיועיל בשכ"מ דדוקא יזכה יטול יחזיק יקנה אר"ש פמ"ש דף קמ"ח ב' דלשון מתנה הן וכ"ש כאן דהי' לו אב ומה יוכל להתנות הבן בנכסי אביו ועדיין לא נתנה לו עכ"ל ביאור דבריו דאיש ואשתו קודם שנישאו פסקו ביניהם שכל מי שיפטר קודם שיהא הכל לנשאר בחיים ומחמת מצוה מחמת מיתה ל"מ כיון דבריאים היו רק מהני מכח חיבת נשואין דהן הדברים הנקנין באמירה כדאיתא בא"ע סימן נ"א אך כיון שאמרו יהא לא הוי לשון מתנה ובשכ"מ ג"כ אינו מועיל לשון ירושה למי שאינו יורש לכן גם כאן ל"מ לענין אם מת הבעל שתורשנו אשתו אבל הבעל אם נשאר חי בלא"ה יורש אותה ולמדנו חידוש מזה אף דלא אמרו מהיום ולא"מ ובריא א"י ליתן לאחר מותו וכמ"ש מהר"ם פאדוה סנ"ב בשם רשב"ם ומבואר בהג"ה כאן מ"מ כיון דבשכ"מ מסני מתק"ח מועיל נמי לפני החופה הואיל ונקנה בשום מקום ועיין א"ע סימן נ"א.

סימן רנח

סעי' א הזמן בירושלמי ס"פ מי שאחזו שדי מופקרת מעכשיו ולאחר שלשים על דעתי' דרבי מופקרת מ"ד דרבנן אינו מופקרת אף בהקדש כן כ"ע מודו אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט והקשה קצו"ח לפרש"י פרק האומר דלמ"ד תנאה היי היינו אם לא אחזיר בי עד שלשים וא"כ מה בין רבי לרבנן דלרבנן נמי דספק חזרה הוא עכ"פ יחול אחר שלשים כשלא יחזור עוד הקשה מה זה שאמר בהקדש כ"ע עודו לרשב"א שבר"ן פ"ג דנדרים דף כ"ט דמקדיש לאחר זמן יכול לחזור תוך הזמן א"כ עדיין תליא במחלוקת רבי ורבנן עיי"ש ונלע"ד לפמ"ש הר"ן שם דף כ"ט ע"ב בד"ה פשיטא אהא דמקדיש לאחר שלשים דפריך הש"ס פשיטא דמהני דמה פשיטותי' כיון דבדבורא בעלמא אקדשה כי חייל הקדש ליתי' לדיבורא ול"ד למקדש בכסף לאחר שלשים ונתאכלו המעות דהתם עדיין עלה שיעבודה דכסף ותירץ משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט פשיטא לש"ס דלא גרע מכסף קדושי דאשה הביאו בשו"ת רע"ק איגר סימן קמ"ד והנה בהפקר דנמי חייל בדיבורא ומ"מ אינו כמסירה דהא חזינן דירושלמי אמר בהקדש כ"ע מודו משום דאמל"ג כמסירה להדיוט ובהפקר אינו כן וא"כ א"ש דבהפקר לרבנן דחזרה הוי שלא יחול רק לאחר שלשים לא חל ההפקר כלל וכמו במקדש בשטר לאחר שלשים ונקרע השטר ולרבי דתנאה הוי א"ל אחזיר ח"כ חל למפרע כשלא יחזור אבל בהקדש דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט והוי ככסף אף דכלתה דיבורו לכן כ"ע מודו דבין לרבי בין לרבנן חל כשלא יחזור תוך שלשים ולפ"ז באמר שיהא שדהו הפקר לאחר שלשים לא חל ההפקר כלל כיון דכלהה דיבורו ובשו"ת רע"ק שם ר"ל גם לענין הפרה בנדרי אשתו אם אמר שיחול המרתו לאחר שעה כיון לאחר שעה כלהה דבורי' וסתרו מהא דנדרים דף ע"ב דאמר לכי שמענה עיי"ש בהג"ה ולע"ד שאני הפרה דכיון דגילה הבעל דעתו שאינו מרוצה בנדרה ממילא מופר כיון דהנודרת על דעת בעלה נודרת ובלא"ה הרי התורה אמרה דנדרה בדעתו תליא והרי גילה דעתו דאינו מרוצה בנדרה והא דקי"ל דא"י להפר קודם שתידור או ע"י שליח כדאיתא ביו"ד סימן רל"ד שם גזה"כ מאישה יקימנו ואישה יפירנו עי"ש טו"ז וכשאמר לה טלי ואכלי אף דאין זה הפרה סגי כשהפר בלבו כדאיתא בנדרים ע"ז ע"ב וצ"ע ובח"ר עמ"ש ובשו"ת סימן תקס"ג כתב עמ"ש בירושלמי דמפקיר מהיום ולאחר ל"י ל"מ לרבנן שא"א שיהא השדה מופקר ופירות לבעלים וכתב קצו"ח משום דהפקר ילפינן מתשמיטנה ונטשתה וכיון דשייר פירי אין זה נטישה והקשה מטוס"ע או"ח סימן רמ"ו להשכיר בהמתו לעכו"ם בהבלעה ולהפקיר ליום השבת וכתב ב"י שם דביום השבת שום אדם לא יזכה כיון דרשות עכו"ם עלה בשאלה או בשכירות

והרי א"י להפקיר הפירות של יום השבת דשכורה לגוי ומ"מ מהני ואפשר לחלק דאם שייר פירי לעצמו לא מהני הפקרו משא"כ כשהשכירו דהפירות של אחר את"ד וסברא זאת יש לה יסוד ברשב"א פ"ק דקידושין דף ח' בד"ה התם ובדף מ"ז ע"ב דה"נ אם נשאר הפירות אצלו עדיין אגיד גבי' ואינו נטישה משא"כ אם לא נשאר למפקיר כלום הרי הוציא מרשותו לגמרי כל זכות שיש לו בו ולא איכפת לן מה דאגיד אצל אחרים עוי"ל דשאני עכו"ם דל"ח בעלים מד"ת דראה ויתר ורק משום ח"ה אסור לגוזלו עוי"ל לפמ"ש הריטב"א בקידושין דף מ"ז ע"ב דשאני הנאת גוף לפירות בקרקע שהפירות יוצאין מגופו ומש"ה מהני בהו קנין גוף הקרקע להפירות משא"כ כלי לתשמישו שאין התשמיש יוצא מגופו עיי"ש ה"נ י"ל כיון דאין להשוכר רק תשמיש הבהמה שאינו מגופו נמצא הופקר הבהמה לגמרי והוי שפיר נטישה לגמרי ואף דקי"ל דמהני אף דשאלה רק להשתמש היינו מתקנה כמבואר בריטב"א שם אבל מדינא לא מהני המשיכה כיון דהתשמיש אינו מגופה ואין לו שום חלק בגופה עיי"ש עוי"ל דמרי' דירושלמי ר"י דס"ל ק"פ כקה"ג ואנן קי"ל לעיל סימן רנ"ז ס"ה דק"פ לאו כקה"ג.

הלכות אבדה ומציאה סימן רנט

סעי' א' כבר עבר במלחמות כתב לתרץ קושית הרז"ה דלמה עובר משום בל תגזול הא מתקן לאוי' דהרי קיים העשה והשיב את הגזלה דגזלן מצותו בהשבה אף אחר יאוש דה"ט דגזלה ואבדה היא זו ואבדה נקנית ביאוש וזו כיון שנטלה לגוזלה נקנית ביאוש אבל כשנוטלה לפני יאוש ע"ד להשיבה א"א לקנותו ביאוש שידו כיד בעלים ושומר שלהם הוא וכתב נתיבות דמוכח מדבריו דאם אבד דבר ומונח בביתו לא נקנה ביאוש כיון שלא יצא מרשותו אמנם מתוס' ב"מ דכ"ו בד"ה ליזול משמע דמהני יאוש וכן בקצו"ח הקשה מתאנה הנוטה לדרך ומוצא בביהכ"נ אף דכחצר השותפין הוא ולא יצא מרשות בעלים ומהני יאוש עיי"ש ולע"ד מודה רמב"ן כשנתייאשו בעלים בעוד החפץ ברשותם ובא אחר ומשכו לרשותו או הגביהו דאזי היאוש והוצאות החפץ לרשות אחר באין כאחד דנקנה להאחר וכה"ג כתב הרשב"א בפרק הניזקין דף נ"ה אהא דגזל והקדיש חל ההקדש משום שינוי השם או שינוי רשות דאי יאוש כדי לא קני היכא מצי מקדיש לי' י"ל כיון דשינוי השם א"נ ש"ר קני הקדשו וקנייתו באין כאחד משא"כ כשנטלה לפני יאוש ע"ד להשיבה דידו כיד בעלים אף דנתייאשו אח"כ א"א לקנותה דליכא תו הוצאה מרשות לרשות אחר כיון דכבר נעשה ידו כיד בעלים וכה"ג כתב הרשב"א שהביא בטור לעיל ריש סימן קפ"ה דאין שליח יכול לקנות לעצמו אפילו באותן דמים שהורשה

מבעלים למוכרו דאין המכר אלא הוצאת דבר מרשות לרשות וזה לא יצא מרשותו שהוא במקום בעלים עומד.

עוד הקשה קצו"ח בהא דאמרו ישל"מ ל"ה יאוש בדבר שיש בו סימן כ"ע ל"פ אף דמייאש לבסוף ממ"נ אם נטלה לגוזלה א"כ כי מייאש לבסוף נקנה ביאוש ואם נטלה להשיבה אפילו נתייאש קמי דתיתי לידי' לא קני כיון דלא נתכוין לקנותה אלא להשיבה לבעלים ותירץ דמצי קני לה אח"כ דידו כיד בעלים לא הוי כיון דנטלה אחר יאוש ומשום ממל"ח ליכא דלא נתכוין להגביה לזכות לבעלים אלא להשיבה את"ד ונתיבות כתב דאינו סברא דסוף סוף הגביה בשביל הבעלים ומיד קנאו הבעלים בהגבהה שלו עכ"ל וסותר ד"ע דלעיל סימן רנ"ו ס"ב בד"ה זכה הבן הסכים לקצו"ח דכה"ג לא הוי ממל"ח עיש"ה.

ובעיקר קושית הקצו"ח נראה דבשלמא כשהגביה לקנות לחברו קנה חברו ולא הוא כיון דלא רצה לקנותו לעצמו אף דידע דאפשר לקנותו משא"כ בזה דהגביהו להשיבו לבעלים מחמת דלא ידע דנתייאשו הוי כאלו לא ידע שהיא אבדה וידו קונה לו שלא מדעתו מיד כשנטלה דלא גרע ידו מחצרו כמ"ש מהרי"ט הובא בקצו"ח ונתיבות סימן רס"ח ס"ג וראי' לדברינו מתוס' פחז"ה דף נ"ד בד"ה אדעתא דציבי דז"ל אמאי אין ידו קונה לו של"מ כמו חצרו דחצר מתורת יד אתרבי דהא דחצר קונה לו של"מ היינו שא"י אם הוא בחצרו ואם הי' יודע הי' רוצה לקנות אבל אם יודע ואינו מתכוין לקנות לא קני עכ"ל.

בנתיבות כתב כמו דגזלה מיקרי אינו ברשותו כמו כן אבדה רק אם מונח במקום המשתמר לאו שמה אבדה כמבואר בסימן ר"ס את"ד ובאס"ז ר"פ המפקיד בד"ה א"ד אמר רבא נעשה כאומר לו לכשתגנב כתב ודוקא בגנבה אמרינן הכי אבל באבדה כל היכא דאיתא מלי מקני לה בשעת תשלומין דוקא מקני לה וכן פירש מרי.

סעי' ז' נהר נשאלתי הנהר שטף קורות עכו"ם ומצאם ראובן ושכר עכו"ם לקשרם ולהוליכם למקום אחר ובדרך נטלם שמעון ומכרם והשבתי דשמעון פטור דאאת"ל דחשיבי הפקר הא לא זכה בהם ראובן כשלא משכם לרשותו דמשיכת פועלים בסמטא ל"מ אם הם עכו"ם כמ"ש נה"מ בסימן פק"ח ס"א ואפילו היו מושכין לרשותו מ"מ עתה אינו הפקר מחמת דד"מ כמ"ש הג"ה כאן ואף דמ"מ א"צ להחזיר כמ"ש רמ"א בסימן שס"ט סס"ו עיי"ש ביאור הגר"א אות כ"ג דאף לכתחלה שרי ועיין לקמן סימן רס"ו מ"מ לא חשוב שלו כמ"ש ספר יראים הובא במג"א סימן תרל"ז סק"ג דאף למ"ד גזל עכו"ם שרי ל"ה לכם ועיי"ש בא"ר דמירי בתלוש וכן מצאתי בהגהות על שו"ת מהר"ח א"ז סל"ו דלספר יראים גם באבדה אינו קרוי לכם וגם לולא דברי נה"מ בסימן תק"ח לפמ"ש

בתומים ונה"מ בסימן ק"ה דאין יד פועל כיד בעה"ב רק בדבר שיש להפועל יד לזכות הדבר לעצמו וכאן הרי גזל עכו"ם לעכו"ם אסור כמבואר בשו"ת רשב"א סימן תרנ"ב הובא במג"א סימן תרל"ז סק"ג וגם באבדה לאחר יאוש אין גוי קונה כמ"ש נה"מ סימן ק"ה דיאוש ילפינן מלכל אבדת אחיך עיי"ש ולפ"ז י"ל אפילו שטפה נהר דהא שטיפת נתר דמותר ליקח בב"מ כ"ב ע"ב גם כן מפסוק אבדת אחיך אשר תאבד ממנו יצא זו שאבודה מכל אדם ועוד דהא בירושלמי ליקח יאוש מאשר תאבד ממנו יצא מה שאבודה מכל אדם והוא בתוס' ב"מ דף כ"ז בסד"ה מה וא"כ נ"ז אפקרה רחמנא משום יאוש בעלים ואם אחד אינו מתייאש דעת שוטים אינו כלום וכיון דגוי אינו קונה אבדה ביאוש ה"נ אינו קונה כשמציל מזוטו של ים וכ"ש כשלא הקדים ראובן שכר להפועלים ל"ל יד פועל כבעה"ב דבמה קנה ידם דבשלמא כשנתן להם פרוטה קנהו בכסף למעשה ידיו כמ"ש נה"מ סימן של"ג ס"א ולא מבעיא כשלא התחיל במלאכה בממון בעה"ב ל"ח חזקה כלל אף דעשה מלאכה על פיו בממון אחר אלא אפילו עשה הפועל מלאכה בחפץ בעה"ב מ"מ לי"א שבסימן קצ"ו ס"ד לא קנה גופו ואף דנקנה לו שישתעבד לעשות מלאכתו כיון דא"ל שיקנהו רק לעבודה נקנה לו בעבדות ולפיכך התחלת מלאכה הוי קנין בפועל ה"ד לשיעבוד אבל לא שיהא לבעה"ב בגוי זכות בגופו ולקנות על ידו כחצרו דצריך קנין כסף או חזקה בגופו דנעל וגדר ובעבד כמ"ש בסימן קצ"ו וכמ"ש נה"מ סימן קל"ב סי"ג ואף לפמ"ש שם דמשום שליחות אהני חצרו אף דקנהו רק ע"י הנחת חפציו בו מ"מ בפועל גוי ל"ל משום שליחות ואף דבב"מ דף קי"ח ובפרש"י שם מוכח דיד פועל כיד בע"ה אף שלא הקדים שכרו ואפילו שכרו ללקט לו מהפקר קונה לו בהגבהתו שם ה"ט כיון דהתחיל במלאכתו נתחייב לו בע"ה בשכירות וחשוב ככסף כמ"ש לעיל סימן קצ"ב סי"ג ומבואר בריטב"א קידושין דף מ"ז ע"ב דהתחלת מלאכה בפועלים דא"י לחזור בתם דהוי כקנין הוא מתק"ח וא"כ בעכו"ם אינו קנין לגרע כח הישראל שמחויב בהשכירות ולא יוכל לחזור כמ"ש סמ"ע ריש סימן ס"ו ועיין סימן קכ"ו סכ"ב.

אפילו הבעל עומד וצווח ובטור כתב עומד שם וצווח וגבי רוב עכו"ם השמיטו הטוש"ע דאפילו עומד וצווח ובגמרא כ"ד ע"ב מבואר גבי רוב עכו"ם דאפילו עומד וצווח ונתקשו הל"ל ודרישה בזה, ונ"ל דבגמרא פריך רבא על ר"נ דאמר אפילו בא ונתן סימן והלא עומד וצווח ולשון הלא היינו כיון דבא ונתן סימן הלא זה גופה צווחה שלו וע"ז מתרץ לו דנעשה כצווח על ביתו שנפל כיון דסתמא כשנודע לו שאבד נתייאש אמרינן השתא נשתנה דעתו לצווח או מחמת דהרגיש שנמצא איזה מציאה בא ליתן סימן לכן הטוש"ע דכתבו ברוב עכו"ם אפילו בא ונתן סימן אין מחזירין לו לא הי' צריכין לכתוב יותר

ואם יש לו עדים שבשעה שנודע לו שאבד צווח מיד שאינו מתייאש אה"נ דמחזירין לו אבל כאן אמרו אפילו עומד שם כשחטפו ארי וצווח נעשה כמי שצווח וכו' וכן נראה עיקר דהא לא קי"ל הוכיח סע"ת כדאיתא בחולין דף ל"ט ע"ב שחטה ואח"כ חישב עלי' לא אמרו בה לא איסור ולא היתר ואפילו יהא רק ספ"ד הלא המוצא מוחזק וכ"ש דעיקר כרבנן וכמבואר בטו"ז יו"ד סימן ד' סק"ב ועיין נמ"י ס"פ האשה שהלכה דהיכא דסתמא לא ניחא לה אפילו כשנתוודע לה אומרת דניחא לה אמרינן השתא דנשתנה דעתה ומיושב בזה סתירת הרא"ש שהניח הפ"ח בצ"ע וגם צ"צ בסימן פ"ט נתקשה עיי"ש ולכאורה י"ל ברוב עו"כ דעומד וצווח ל"מ דבטלה דעתו וע"כ דקדקו לומר עומד וצווח דאינו עושה מעשה אבל כשמרדף אחרי' דעושה מעשה לב"ד לפמ"ש תוס' בסוכה דט"ז בד"ה דלא חזיא דאם מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו לא בטלה דעתו וכשחטפו ארי אף מרדף ל"מ וכן בזוטו של ים כמ"ש נמ"י דרחמנא שריא וא"צ ליאוש בעלים.

סימן רס

סעי' ג' משכיר לאחרים בפרק א"מ תנן דף כ"ה ע"ב אם הי' משכירו לאחרים אפילו בתוך הבית הרי אלו שלו ופריך בגמרא דליזול בתר בתרא פירשו תוס' דהיינו בעה"ב דמסתמא לעולם דר בביתו ועם השוכרים וטרם שתלכו כבדו הבית ולא שכחו דבר ואין לתלות המציאה אלא בבעה"ב שעדיין נשאר בביתו באחרונה ומשני ב"ק שעשאו פונדק לשלחה ב"א ומסיק אפ"ת לשלשה ישראל דההוא דנפל מיני' מייאש והקשו תוס' למה לי שלשה בתרי ובעה"ב סגי דכ"ע יאמר חברו לקחה ותרצו דבעי לאוקמוה אפילו אין בע"ה עמהם עיי"ש ומאד קשה דעד עתה ס"ל דסתמא דר בביתו ולמה נד עכשיו מזה ולכאורה י"ל דמוכרח כך דאם בע"ה עמהם ע"כ גם השוכרים שם דאל"ה בע"ה בתרא הוא כמ"ש תוס' לעיל וכיון דרשות שוכר הוא לקנות לכ"פ עחו"מ סימן ר' ובש"ך שם א"כ לפמ"ש הרמב"ן בב"מ שם דל"מ יאוש באבדה ברשותי' וא"כ ל"מ יאוש דשוכרים על אבדתם ועכצ"ל דבע"ה ליתא בביתו וגם השוכרים נסתלקו משם אך דעת הראשונים אינו כן מדהקשו גבי שתיך אפילו מחציו ולפנים. אמאי של בע"ה נימא דנתייאש ומפרט לפמ"ש לעיל בסימן רנ"ט גם לרמב"ן אינו כן ונ"ל דתוס' הקשו שם בהא דכותל דמחציו ולחוץ של המוצא דיקנה המקום לבעה"ב ותרצו הראשונים משום דבא לביתו לפני יאוש חשוב באיסורא בא לידו ומהרש"א כתב דגם כונת התוס' כן וכ"כ הש"ך בסימן רס"ח והנה כשבע"ה בביתו אף דאחרים ג"כ שם חשוב משתמר לדעתו כדמוכח ממה דהקשו מחנות ושלחנות דליקני לבעל החנות שלא מדעתו וכ"כ תוס' גבי

זבל למשכיר בב"מ דף ק"ב דבית המשכיר פתוח לחצר הוי משתמר אצלו אף דהשכירו אבל אם אין המשכיר בביתו לא חשוב משתמר לדעתו עש"ך דיש סימן שי"ג בשם אגודה והנה הרמב"ם בפ"ו דשכירות ס"ל דנפל הפקר ומציאה לחצר המושכר קונה למשכיר וראב"ד השיג דשכירות ליומו ממכר ואחרונים הסכימו לרמב"ם עש"ך סימן שי"ג וכתב הלח"מ שם בשם ר' מרדכי מטאלין דאף דשכירות כממכר מ"מ הוי כהתנה המשכיר שמשייר לעצמו הזכות לזכות דבר הנופל שם רק להשתמש הוי לגמרי של שוכר וכן נראה מהרמ"ה עיי"ש ולפ"ז אף דנפל לחצר לפני יאוש יכול המשכיר לזכות בו דהרי החצר לגמרי של שוכר רק שייר לנפשו זכות לזכות בו מציאה והיינו בשעה שיש דבר לזכות בו אזי נעשה רשות משכיר אבל קודם שיוכל לזכות החצר לשוכר ער"ן נדרים ר"פ השותפין במצר שותפין דיש ברירה דאותה שעה שמשתמש בה הוא שלו דל"ל של שניהם ביחד דאי דמר לאו דמר וה"נ בשעת זכי' לבד הוא של משכיר מקום המציאה דהא מה דהוי כהתנה שמשייר לנפשו היינו לזכותו ושעה שזכות הוא לו אבל על קודם היאוש אדרבה אם יהא המקום של משכיר שוב לא יוכל לזכות לעולם באותה אבדה שנפל שם וזה ודאי אפשר לשייר לו רק שעה שיצטרך לזכותו דיכול להשכיר לימים ושעות כללו של דבר הרי החצר לשוכר רק מכח אומדנא אמרינן דמשכיר שייר לנפשו וליכא אומדן רק על זה הדרך שכתבתי א"כ כשנפל מציאה לחצר המושכר לפני יאוש דאז לא הי' אפשר עדיין שיזכה בו אזי החצר של שוכר רק אחר יאוש בעלים דהגיע הזמן שיוכל לזכות נעשה המקום של משכיר א"כ יכול לזכות דלא בא לרשותו באיסור כלל ולפ"ז אם הי' המשכיר ג"כ בביתו דמשתמר גם לדעתו הוי של משכיר דזכתה לו חצרו אף דנפל שם לפני יאוש ומתניתין תנן דהוא של המוצא ועכצ"ל דמשכיר אינו בביתו ולא משתמר לדעתו רק לדעת שוכר והשוכר באיסורא בא לידו קודם יאוש לכן לפי מה דמסיק דמשום יאוש בעל האבדה הוא של מוצאו מוכרח הש"ס לאוקמה בשלשה ישראלים ואין המשכיר שם ואין משתמר לדעתו ועיין נתיבות סימן שי"ג ועוד גם זולת הטעם דלא משתמר לדעתו יש חילוק בין דר שם המשכיר או לא דלע"ד בעיקר הדין אם חצר המושכר זוכה למשכיר יש להכריע דאם נסתלק ואינו מצוי אצל ביתו ליכא אומדנא דשייר לעצמו זכות לקנות מציאה והפקר דסתמא לא יוודע לו אם יפול שם וכ"ש במשכיר לפונדק זרים ואין מכירם וכמ"ש ריצב"ש באס"ז שם דמה"ט בשלשה ישראל חשוב כסרטיא ופלטיא דשמא חשודים הם רק כשהמשכיר דר שם גם כן וודאי אינו רוצה שירד השוכר עמו לחייו ויפסיד כל סחורה בזול ומציאה אזי אומדנא דשייר זכות זה לעצמו ועוד כשאבד השוכר ומונח במקום המושכר מקומו של שוכר דהרי

שכרו להניח חפציו אבל כשהמקום פנוי גוף המקום למשכיר דאזי אין השוכר משתמש ושכרו רק להשתמש לפ"ד הרמ"ה וכסברת הר"ן ר"פ השותפין דהוברר לכל שותף בשעה שמשתמש המקום שלו וגם בזבל כן הוא דאם נפל על כליו של שוכר הוא שלו כדלקמן סימן שי"ג וא"כ כשנפל חפץ משוכר קודם שנתייאש עודנה של שוכר ממילא המקום ג"כ שלו רק כשמתייאש מחפצו דיוצא החפץ מרשותו יוצא המקום אתו כיון דלאו חפצו מונח שם וכמו גיטה וחצרה וגיטו וידו באין כאחד ה"נ מסתלק השוכר מהחפץ והרשות ונעשה רשות משכיר וקונה החפץ דבהיתרא אתי לידו דעד השתא לא בא האבדה לרשותו וא"כ ל"ל דמשכיר דר שם דא"כ אמאי הוא של מוצאו כיון דנפל מהשוכרים יזכה המשכיר אחר שנתייאשו ועכצ"ל שהשכירו לשלשה דמשכיר לא נשאר שם דאזי לא יוכל לזכות משום דאינו משתמר לדעתו כשאינו שם או משום דכה"ג ליכא אומדנא דשייר לעצמו זכות לקנות מציאה ואין להקשות דליקני השוכרים האחרים די"ל משום דשוכרים כולם שותפים בהמקום וחצר השותפים אינו קונה זה מזה רק במודד לתוך קופתו או משום דהוי כמונח חלק האחר עג"ק עקצו"ח ס"ד.

סעי' ט' זכה בו ואינו חייב להחזירו כתב הש"ך ס"ק כ"ו דפשט לשון הש"ס דאמר ר"א ב"ז אמר רב כל ספק הניח לכתחלה לא יטול ואם נטל לא יחזיר משמע שהוא שלו דאל"כ ה"ל לפרושי דיהא מונח עד שי"א ונלע"ד לפמ"ש תוס' בב"ק דף ס"ו ד"ה ה"נ דלמ"ד יאוש קונה בגנבה וגזלה ה"ה באבדה קונה גם אחר שבא לידו גוף החפץ וכ"כ ש"ג ר"פ א"מ וגם לפ"ד רמב"ן וריטב"א דבמציאה לא מהני יאוש משום דהוא כפקדון מ"מ שאני הכא לפמ"ש בסימן רס"ב דכיון דסימן ליל בגוה ולא שכיח שיהא לו עדים שהניחו ע"כ א"י להוציאו בדיינין והוי אינו ברשותו כגזלה וגנבה וא"כ רב דסובר במרובה ס"ז ע"ב דיאוש כדי קונה בגזלה וגנבה ה"נ אף לאחר שבא לידו מועיל היאוש וע"כ אמר רב לא יחזיר דאח"כ ודאי נתייאש אבל אנן דלא קי"ל כרב ה"נ יאוש ל"ק אחר שבא לידו כראב"ד וסייעי' ובסמ"ע כתב דטעמו של רמב"ם דנטל עמ"ל ל"ח באיסורא בא לידו ותמה הש"ך דהיכא רמיזא דנטלו עמ"ל ונ"ל לפמ"ש ישש"ש בהגוזל בתרא סכ"ז לרמב"ם יאוש כדי קני מתקנת השבים א"כ אם נטלו שלא להחזירו דמי לגזלה וקונה מדרבנן ואם ע"ד להחזירו בהיתר אתי לידו ואנן דקי"ל לקמן סימן שנ"ג דיאוש כדי ל"ק צ"ל כסמ"ע דדוקא אם נטלו עמ"ל ומה שהקשה הש"ך דגם נטלו עמ"ל ל"מ יאוש באבדה דקי"ל כאביי דישל"מ ל"ק י"ל לפמ"ש בסימן רס"ב דמונח מלשון רש"י דף ל"ז ע"ב בפרק המפקיד דספק הניח צריך דוקא עדים שהניחו שם ולא סגי בעדים דשלו הוא וכן נראה מפרש"י בפרק א"מ דף כ"ה ע"ב דפירש לא יחזיר דליכא דיהיב סימן ותמהו תוס' דפשיטא דלמי יחזיר אלא

דכונת רש"י אף דיש עדים דמכירין בטב"ע לא יחזיר דלא יהיב סימן אימר נפל ונתייאש כיון דל"ל סימן בגוה ועדים שהניחו שם ג"כ לית לו וכיון דלא שכיח שיהא לו עדים שהניחו שם א"י להוציאו בדיינין ודינו שיהא מונח עד שי"א ממילא אינו ברשותו ומהני יאוש רק אביי דס"ל בו"ש ברי עדיף יכול להוציאו ע"י ברי שלא ידע עד שנמצא ולא נתייאש קודם.

סימן רסא

סעי' ד' דאבדה מדעת הוי הפקר כ"כ הטור וכתב הש"ך דכונת הטור דאבדה מדעת דאמרינן בכל דוכתי בש"ס פירושו דהוא הפקר וקצו"ח הקשה מב"ב דף ע"ז בשלח תינוק עם צלוחית ופכדיון לחנוני ליתן לו בעד איסר שמן ושלח לו שמן באיסר ואיסר ושבר הצלוחית ואבד האיסר דס"ל לרבנן דחנוני חייב דס"ל לאודיעי' שדרי' ופריך צלוחית אבדת מדעת הוא ומשני שנטלה למוד לאחרים וששל"מ גזלן הוא ואם אבדה מדעת הפקר למה יתחייב על האיסר כיון דהפנדיון גופא הפקר וכל מה דיהיב בעדו מתנת חנם הוא וכן על הצלוחית למה חייב ומזה השיג נמי על שו"ת ב"ח סימן צ"ז באחד שנתן מטבע לתינוק לשחוק ולקח נער המטבע וקידש בו אשה דכתב להטור הוי הפקר עיי"ש ולע"ד לק"מ על הב"ח וש"ך אף דטו"ז וביאור הגר"א ג"כ הביאו ראי' זאת נגד הטור וה"ט דהא מבואר בס"פ אין בין המודר דהפקר ליום אחד הוי הפקר וכן הוא בב"י א"ח סימן רמ"ו ולקמן סימן רע"ג ואם זכה בו אחר באותו יום זכה בו לחלוטין ואם לאו אחר היום חוזרת למרת ממילא וא"כ אם אחר אותו יום יבא אחר ויפסידנה יחויב לשלמה וה"נ בעל הבית ששלח התינוק עם פנדיון וצלוחות לחנוני ליתן לו שמן באיסר ואיסר הנה אף דכ"ז שהוא ביד התינוק אבדה מדעת הוא מ"מ הרי לא הפקירה רק עד שיגיע ליד חנוני דהא שלחו ליתן מחירו שמן ואיסר וכיון דחנוני כשנטלה מהתינוק לא נתכוין לזכות בצלוחית ופנדיון מהפקר להיותן שלו לחלוטין בחנם רק נטול בשביל בעה"ב לשלח מחירן וא"כ כלתה ההפקר והן של בעה"ב ביד חנוני לכן חייב על השמן ואיסר כיון דפנדיון בעה"ב בידו צריך ליתן מחירן והש"ס דפריך על הצלוחית דאבדה מדעת הוא ה"ט כיון דגוף הצלוחית של בעה"ב אף דנשבר ביד התינוק אינו חמיר מארבע שומרים דגם פושע פטור כשנתן לו עכו"ם ונשאר ביד נפקד עד שנתגייר כדלקמן סימן ש"א או נתן לו קטן והגדיל ומשום דבעינן תחלת הנתינה בחיוב וה"נ כיון דתחלה כשהי' ביד תינוק אבדה מדעת הוי והפקר ואזי א"א לקרות כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור דהא אז הפקר הוא ומהפקר לקחו החנוני אף דאחר שהוא ביד חנוני הדרה ממילא להיות של איש

מ"מ אין עליו חיוב שומר ועוד דאם השומר נתן למי שבעלים רגילין להפקיד אצלו הוי חזרה וה"נ הרי תחלה נתן האב להתינוק ואין לו לשמרו יותר מהאב עצמו שנתן להקטן כמבואר בסמ"ע סימן פק"ח סק"ה משא"כ אם חנוני לוקח או גזלן חייב באחריות לגמרי עד שיעשה השבה מעליא כמו על הפנדיון שנשאר אצלו.

והנה הב"ח כאן דעתו כרמב"ם דאינו הפקר כיון שלא הוציא בשפתיו ועב"י א"ח סימן תל"ד דהפקר ע"י שליח לא מהנ משום דהפקר משום נדר ונדר ע"י שליח ל"מ וא"כ ה"נ לדעת הרא"ש בתשובה וסייעתי' דלעיל סימן רי"ב וביו"ד סימן רנ"ח דאם חישב ליתן צדקה ל"ה נדר דבפיך זו צדקה זולת לפמ"ש לעיל סימן רנ"ו דמודה הרא"ש היכי דאנן סהדי על דברים שבלבו דחשוב נדר אך לא נראה כן דהא בגיטין דף ע"א ממעטין מפיהם עדות בכתב והרי אנן סהדי אדברי לבם ה"נ בצדקה דכתיב בפיך זולת לר"ת דס"ל דהתם דוקא באלם דאינו ראוי להגיד בפה ולא קי"ל הכי כדלעיל סימן כ"ח סי"א ולהש"ך צ"ל דהפקר זה לאו נדר הוא וא"כ אף דקי"ל בסימן רע"ג דבהפקר א"י לחזור דכנדר הוא אף דעדיין לא זכה אחר אבל לולא זאת הי' יכול לחזור טרם שזכה אחר עקצו"ח שם א"כ כאן שלא הוציא בפיו יכול לחזור בו קודם שזכה אחר והדר להיות שלו אף שלא עשה בו שום זכי'.

סימן רסב

סעי' ה' עיין נתיבות שכתב דיאוש אינו מוציא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה ולדידי צ"ע מהא דלקמן סימן ער"ה ס"ל דגר שמת ובזבזו נכסיו ואח"כ נשמע שעדיין לא מת והחזירו הנכסים ואח"כ שמעו ששמועה ראשונה אמת הי' כל המחזיק בשני' זכה משמע אף שהחזיק אחר שנודע דשמועה ראשונה אמת והטעם שם כתב הה"מ כיון שנסתלקו חזקתן והחזירו נפקע חזקתן ועסמ"ע סק"מ ומ"א והא כיון שכבר זכו הראשונים תחלה לגמרי עכצ"ל משום כשהחזירו נתייאשו ומ"מ אף שנודע גורם שהחזיק אחר מהני חזקת השני ול"ד למ"ש הנתיבות דשור הנסקל שהוזמו עדיו יש לו דין הפקר ממש אפילו לא אתי ליד זוכה משום שאבוד ממנו ומכל אדם דכאן אינו אבוד מכל אדם דממ"נ אם חי הגר הן שלו וא"ל הן של הזוכה רק הזוכה בהן נתייאש בטעות ומ"מ נראה ראי' להנתיבות מפרק כל הצלמים דף מ"ג ע"א דר"א הקפר מצא טבעת שיש עלי' דרקון בדרך והכריח לגוי שיבטלה דאמר ש"מ גוי מבטל ע"ז של חברו ומנ"ל דלמא שאני התם דנתייאשו הבעלים כמבואר שם ואינו של חברו והל"ל רק ש"מ דנכרי מבטל ע"ז שאין לו בעלים אע"כ כיון שעדיין לא זכה בה שום אדם הוי של בעליו דע"כ ר"א

הקפר לא זכה בה דא"כ ל"מ ביטול וצ"ל הא דשמעו שלא מת הוי כהעידו על שור שחייב סקילה אף ששקר העידו דחשוב אבוד מכל אדם ה"נ דבאמת מת הגר ושום אדם א"י לזכות בנכסיו מחמת השמועה שניה.

סעי ז' פירות מפוזרין בר"פ א"מ פריך לאביי דס"ל ישל"מ ל"ה יאוש מהך דפירות מפוזרין הן שלו הא לא ידע דנפל מיני' ומשני במכנשתא דבי דרי דאבדה מדעת הוא ושם בש"ס לפני זה בפסקא דמצא פירות מפוזרין וכמה אר"י קב בד"א ה"ד אי דרך נפילה אפילו טובא וכו' במכנשתא דבי דרי קב בד"א לא טרח אינש וכתבו תוס' הא דלא אמר דרך נפילה ואפילו טובא משום דס"ל כאביי דישל"מ ל"ה יאוש והרי"ף העתיק הך דאם דרך נפילה אפילו טובא וכן רמב"ם כתב סתם פירות מפוזרין הן שלו ולא פירש דוקא במכנשתא דבי דרי וקב בד"א והשיגו הטור דהא קי"ל כאביי דישל"מ ל"ה יאוש וכמה אוקימתת בש"ס שם לאביי משום דיקורי ומשום דמשמש בכיסו מידע ידע ומייאש ואל"ה הוי ישל"מ ורמב"ם לא הזכיר הנהו טעמי והרי נ"מ היכא דאין הוכחה דהרגיש מיד בנפילתו ומזה נראה בעליל דרמב"ם ס"ל היכא דהוי ספק א"צ להחזיר ובגמרא משמע להיפך מדפריך על אביי כמה קושיית והא לא ידע ומה קושיא אביי נמי לא אמר רק כשודאי לא ידע עד שמצאה זה ולא בספק וההי"מ פי"ד מאבדה הלכה ה' כתב דנראה מהסוגיא שכל דבר שיש לחוש אם ידעו הבעלים בנפילתו א"ל אסור מספק עיי"ש והרואה יראה דמרמב"ם יראה להיפך ויותר תימה דראב"ד בהשגות פט"ו שם ה"א בספק הניח בדבר שאב"ס ס"ל דיהא מונח עד שי"א ולא כרמב"ם דזכה בו מספק ושתק לרמב"ם שם ה"ח במצא פירות מפוזרין דרך נפילה הרי הן שלו ולא השיגו דאימר לא הרגיש בנפילתן והוי ישל"מ עוד תמהו הראשונים אמאי פריך בפשיטות אי דרך נפילה אפילו טובא הא קי"ל כאביי דישל"מ ל"ה יאוש ועוד קשה מה מקשה לאביי כ"פ שם והא לא ידע אפשר ס"ל לאביי דמספק לא מוציאין מהמוצא דמוחזק וגם חזקה ליתא בזה לומר השתא נודע לו כיון דההחזקה עשוי להשתנות דסופו להרגיש והרי נודע לו עתה נימא כבר הרגיש טרם שנמצא ונלע"ד משום דבעל אבדה צווח דלא נודע לו ולא נתייאש דאלו מודה ודאי הוא של מוצאו וע"כ דאמר דלא נתייאש דלא ידע מהנפילה עד שנודע לו שזה מצאו ושמע הכרוז או שהמוצא אומר באיזה שעה מצאו ובעל אבדה אומר שאחר אותו שעה נודע לו שאבד א"כ הוי ברי ושמא ובב"ב דף קל"ה ס"ל לאביי בו"ש ברי עדיף ע"כ פריך שפיר והא לא ידע אבל לדידן דבו"ש לאו ברי עדיף לא מהימן דלא ידע ול"מ לרמב"ם דבספק הינוח זכה דה"נ מספק יאוש אלא גם לראב"ד בשלמא בספק הינוח כיון דאסור ליטול באיסורא בא לידו ואפילו יתייאש עכשיו תו ל"מ ולעולם בספק הוא לכן

יהא מונח עד שיבא אלי' אבל בשאר אבדה הא דל"מ היאוש אחר שבא ליד המוצא כתב הרמב"ן דלאו דחשוב באיסור בא לידו כגזלה דהא רשאי הי' ליטלו אלא משום דנטלו ע"ד להשיבו נעשה שומר של בעלים וכפקדון הוא דברשות בעלים הוא ויאוש ל"מ בדבר שברשותו כמבואר באס"ז דף כ"ו ובריטב"א ומלחמות שם וא"כ כאן דאפילו יהא ספק ויהא מונח עד שי"א תו א"י להוציאו בדיינין וא"כ לא עדיף מקרקע דלעולם ברשות בעליו הוא דאינה נגזלת ומ"מ כשא"י להוציאו בדיינין חשוב אינו ברשותו כמבואר פ"ק דב"מ דף זיין ומהני בו יאוש כמ"ש נתיבות בסימן שע"א וא"כ ה"נ זוכה המוצא כיון דבעל אבדה ע"כ מתייאש עתה שא"י להוציאו בדיינין וחשוב אינו ברשותו לכן סתמא דש"ס פריך אי דרך נפילה אפילו טובא משום דקי"ל ב"ש לאו ברי עדיף ומוכח מזה כרי"ף ורמב"ם.

ומזה נ"ל גם בספק הינוח לרמב"ם דזכה בו אף דבעל אבדה מביא עדים דשלו הוא לא מועיל עד שיברר בעדים שהניחו דשמא אבדו ונתייאש כיון דאין בו סימן וכן מבואר בפרש"י בהמפקיד דף ל"ז ע"ב ד"ה ואם נטול שכתב ויביא עדים שהניחו שם ולרמב"ם ג"כ מהני עדים שהניחו שם אלא דלא שכיח דאפילו עדים שיכירו דשלו הוא לא שכיח כמ"ש תוס' במרובה דף ס"ו ובאלו מציאות דף כ"ז בדבר שאין בו סימן ק"ו דל"ש שיביא עדים דחפץ זה שלו ולא נודע לו שנפל ממנו עד אחר שזה מצאו וכן צ"ל בדברי הה"מ בפט"ו מאבדה ה"א דלא הקשה איך יזכה בספק הינוח רק מחמת דספק אינו שלו ולא הקשה דניחוש שמא יבורר בעדים דהניחו שם אע"כ דל"ח לזה דל"ש ועיין בהג"א ר"פ א"מ גבי חצי קב דכתב הרא"ש דיכריז מספק ובא"ז כתב לא יטול ואם נטל לא יחזיר ויהא מונח עד שי"א עכ"ל הרי אף דיכריז ויבא בעל האבדה ויטעון ברי א"צ להחזיר ע"כ לא יכריז ובן מוכח מדבריו שם גבי ספק הינוח עיי"ש ועפנ"י בכתובות דגם למ"ד בו"ש לאו ברי עדיף שאני אבדה דל"ח המוצא מוחזק כמ"ש תוס' בכתובות דט"ו ע"ב בד"ה להחזיר לו אבדה כיון דלאו מדעתו בא לידו הולכין אחר הרוב רק באבדה הוי ברי גרוע לכן לאו ברי עדיף עיי"ש ולפ"ז נמי י"ל דרק לאביי אהני ברי לפמ"ש תוס' בב"ב דף קל"ה בד"ה אביי דלאביי גם ברי גרוע מהני ובלא"ה י"ל דה"ט ברוב ישראל מחזיר לו האבדה לפמ"ש בספר יראים דאף למ"ד גזל עכו"ם שרי ל"ח לכם כמובא במג"א סימן תרל"ז לכן ל"ח המוצא מוחזק דאפילו האובד עכו"ם אינו של המוצא.

סעי י"ט פני הכלי לפני הפירות חוששין שמא מהכלי שפכו הקשה קצו"ח הא רוב וקרוב הולכין אחר הרוב גם בקורבא דמוכח לתוס' ורא"ש עוד תמה על הב"ש שכתב בא"ע סימן י"ז ס"ק ס"ו דנמצא ארנקי סמוך למת ל"ה סימן דל"ד לכאן ולמה ל"ד ונלע"ד דהרי

אמרה תורה והי' העיר הקרובה לילך בתר קרוב רק רוב עדיף אבל לא מצינו דחזקה עדיף מקרוב מדלא קמ"ל הש"ס גם בחזקה דגרע מרוב עדיפא ומסתבר כיון דקורבא מצד הסברא וחזקה רק גזה"כ בספק השקול וכיון דיש קרוב אינו ספק שקול והנה קי"ל ברי וחזקה מהני להוציא כמבואר בפ"ק דכתובות דף י"ב גם לשמואל דס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב וא"כ ק"ו ברי וקורבא עדיף מרוב וא"כ הרי בעל אבדה טוען ברי משא"כ בנמצא מת ומפרט לפמ"ש הג"א בפרק לא יחפור דקורבא דמוכח שקול כרוב וכ"כ כו"פ בסימן ס"ג והפנ"י הקשה בכל אבדה למה לי סימן הא הוי ברי ושמא ותירץ דאזלינן בתר רובא דעלמא דמהם נפל עיין בדבריו בפ"ק דכתובות שם וא"כ כאן דקורבא דמוכח נגד הרוב אהני ברי נגד השמא.

עוד נ"ל דזה לא שכיח שיאבד דקי"ל נפילה דרבים ל"ש כמבואר ביבמות קט"ז וב"ב קע"ב ע"ב וכן בפ"ק דב"מ דף י"ב ע"ב אמרינן מדנפל אתרע משום דבלא פסול לא שכיח נפילה ולבע"ת אפילו גבה בשטר זה מוציאין כדלעיל סימן ס"ה אך זה שאבד הכלי חזינן דאותו שעה לא נזהר ויצא מרובא דעלמא אבל מ"מ אין לנו לומר דגם אחר יצא מרובא וגם איש זה בפעם אחרת יש להחזיקו מרוב דשומרין חפציהן ע"כ י"ל בפעם אחת אבד הכלי עם הפירות שבתוכו דל"ל הפירות נפלו מרובא דעלמא דאדרבה רוב אין אובדין ואין להקשות ממ"ש רשב"א בגיטין דף כ"ח דע"י שהוחזקו כאן שני יוב"ש י"ל כמו דאתרמי הכא כן אתרמי עוד במק"א דשא"ה דיש קורבא דאזלינן בתרה כיון דליכא רובא וכמ"ש וביש אוגנים בכלי ולא נשאר בכלי או הפירות אחורי הכלי מוכח דנפילה אחרת היא לא עם הכלי ושוב י"ל מרובא דעלמא נפל דאטו האובד פ"א יתחזק כן לעולם ועיין לעיל סימן פ"ד ס"ב.

סימן רסד

סעי' ג' בהג"ה כאלו התנה דמי משמע גם לענין עלה חמורו מאיליו הנזכר במחבר ולי צ"ע דהמעיין ברא"ש פא"מ סכ"ח יראה דתקנ"ח הוא ליטול דמי חמורו או הפסד מלאכתו כשלא היו בעלים שם כדי שישיב האבדה וא"כ אף אם נאמר כשעלה חמורו מאיליו לא יטול כיון שלא נפסד כלום אין חשש שלא ירצה להשיב כיון שאין לו הפסד דאם לא יעלה חמורו באמת ישלם לו ובש"ס הגוזל בתרא דאמר בעלה חמורו משמיא רחומו עליו קאי אאם התנה בפירש דאזי נוטל מכח התנאי ואפילו לדעת הר"ן בחידושיו פא"מ ונ"י שם דס"ל ג"כ דאם אין שם בעלים א"צ תנאי ומשמע מדינא מ"מ י"ל לענין עלה חמורו צריך תנאי דאף כשהתנה י"ל אלו ידע שיעלה חמורו לא הי' מתנה שישלם

לו חמורו כיון דלא יהא לו פסידא אלא כיון דהתנאי מפורש לא מרעינן לו בדברים שבלב אבל כשלא התנה וע"כ לא צריך לשלם לו חמורו רק משום דלאו בשופטני עסקינן שיניח חמורו ויציל של חבירו וודאי אדעתא שישלם לו חברו חמורו עביד וא"כ י"ל אלו ידע דחמורו יעלה באמת הי' מציל בחנם או אלו הי' עם הבעלים והיו הבעלים מתנים עמו שלא ישלמו חמורו רק אם לא יעלה ודאי הי' מרוצה השתא נמי ל"ל אנן סהדי על יותר מזה ולע"ד לזה כתב בטור דיתנה בפני ב"ד אף דבלא"ה הוי כהתנה כמו שהקשה הטו"ז רק כינו לעלה חמורו של מציל.

סעי' ד' בהג"ה אם ירד ע"ד שניתן חייב ליתן לו מה שנהנה מאחר שהציל של חברו בשבו"י ח"ב שאלה קנ"ו פסק בשרפה שצוה השר ושברו גגות וניצולו הבתים דחייבים התחתונים לסייע לעליונים בהוצאות הגגות כיון דנשבר עד ליווי השר והם ירדו ע"ד שניהן משא"כ אם העליון עשה להצלת עצמו ותחתון ניצול ממילא עיי"ש ובשו"ת גוא"י חחו"מ פסק דתחתונים פטורין דאזלינן בתר הגורם החק ולא בתר הניצול כמבואר במהרי"ק שורש קכ"ד וה"נ אף דבעל הגג לא פשע מ"מ אם לא שברו גגו היו ניזוקין תחתונים על ידו ובכה"ג פטורין התחתונים כיון דממילא ניצולו עיי"ש סימן ל"ב ובאמת מלקמן ס"ס ש"פ בהג"ה בהא דהכניס חמור יש ראי' לשבו"י עיי"ש באר הגולה אות ח' ואף דגוא"י הרגיש בזה ותירץ דשם מיירי דיש משא להאחרים ולולא משאם לא הי' החמור מטביע הספינה לא נראה כן מסתימת המרדכי ותשובת מיימני ורמ"א דשום אחד לא הזכיר מזה כלום ובתוס' רי"ד ב"ק דף קט"ז ע"ב אהא דספינה שעמד עלי' נחשול לטבעה דמחשבין לפי משאוי ולא לפי ממון כתב ז"ל פירש אף שמה שמשליכין מהנה לממון ולגופים אין מחשבין לפי ממון ולפי נפשות כמו שעושין בשכירות התייר דהכא ע"י המשאוי הן ניזוקין הלכך הדין נותן שיקלו מן המשאוי וינצלו ומחשבין לפי משאוי עכ"ל וזהו כמסרי"ק.

סעי' ז' ובשדכנות וה"ה סרסור ש"ך ואם מוכר רצה למכור במאה וא"ל הסרסור אמציא קונה ביותר ונחלוק המותר מבואר לעיל סימן קפ"ה ס"ד וב"י וב"ח ומהרי"ק שבב"י ס"ס קפ"ו דמהני התנאי ולא חילקו בין אם הוא יותר מכדי שכרו אף דבמקח שאל"ק הכל לבעלים תנאי שאני דרגילות ליתן כן ואף דפסק לו שכר בעד איסור להונות ביותר משויו מ"מ מהני תנאי כדאיתא בפרש"י בר"ם דכ"ב ב' בד"ה מאתיים.

בש"ך סקט"ו דבמקום שאין לשדכנות קצבה נותן כמו שהתנה והנה בתקנות ד' ארצות יש קצבה אך מבואר בח"ס חח"מ סכ"ה דלא נתפשטו תקנות ד"א במדינותינו ובשו"ת

אמרי א"ש חא"ע סמ"ו כתב דלא תתנו לכל העולם רק לארצות וכל שלא ידענו שקבלו עליהם תקנתם במדינה אחרת אין לדון רק ד"ת וא"כ מועיל תנאי

סעי' ח' אבל אם נתן לו אחד שנלקח לבעל מלחמה ולא רצה לגרש אשתו עד שהשלישה לו מעות שיתן לו השליש אתר הגירושין וכשקבלה הגט הוציאה מסירת מודעה פסק בשו"ת ד"ח ח"ר בא"ע סימן פ"ד דיתן השליש המעות למגרש כמ"ש בשו"ת רשב"א סימן אלף ר"ם בנפלה לפני יבם שאינו הגון לה ולא רצה לחלוץ עד שנתנה לו מעות דלא מועיל מס"מ להוציא המעות ורמ"א א"ב סימן קס"ט ס"נ כתב דגם במשלישה לו מעות אינה יכולה לחזור את"ד אך הבאה"ט שם הביא משו"ת רש"ל דבהשלישה מעות מתני מס"מ ומשמע שם אפילו ציוותה ליתן לו במעמ"ש כיון דמעמ"ש חידוש והבו דלא לוסיף עלה בנידון דהכא דהוי על תנאי גם מסרם מודעה שלא יחשב כנתנה לידו ממש דהשליש לא יזכה לו אבל אם מסרה ליד החולץ לא מהני מס"מ עיי"ה.

ומה שנתקשה בד"ח על הרשב"א דלמה ל"מ מס"מ כיון דמחויב לחלוץ ואפילו בלא מס"מ יהא כמתנה באונס עיי"ש נתיישב במ"ש רש"ל שם סכ"ד כיון דהאידנא אין כופין לגרש ל"ה ממש כמתנה באונס וא"כ היכא דבא לידו אין מוציאין ממנו כשם שאין כופין אותו ליתן גט ועוי"ל לפמ"ש מהרי"ק בשורש קל"ג בראובן שהבטיח את שמעון להשתדל עבורו חכם ואחר שהוציא שמעון מעות והי' הדבר עומד להגמר חזר בו ראובן מדיבורו עד שנתן לו שמעון שכר ושוב בא מעות ראובן לידו ורוצה לעכבם והשיב שאפילו ת"ל שעל ראובן הי' מוטל לגמור ההשתדלות מאחר ששמעון הוציא מעות על סמך שלו לא חשוב אונס כיון דהוי רק בשב ואל תעשה שאינו עושה לו דבר רע רק ממנע מלעזור לו עיי"ש וכיון דל"ח אונס ל"מ מס"מ ג"כ אם נאמר דל"ח כמתנה ועיי"ש בשו"ת רש"ל דאף שביטלה המודעא מ"מ כיון שלא נתנה המעות ליד הבעל רק לשליש מועיל המודעא לחשבה מתנה באונס משא"כ כשנתנה לידו חשוב כמכר כיון דאין כופין לגרש ה"נ אין להוציא מידו אפילו לא ביטלה המודעה משמע דל"מ וכדעת הרשב"א ויש לצדד עוד כיון דהאשה אינה רוצה ליתן דהא מס"מ וא"ל יזכה הבעל ע"י מעמ"ש לא יהא כבא לידו ויוחזר לה הממון וכיון שעושה שלא כהוגן לא תקנו לו כדלעיל סימן רל"ה ס"א וגם בלא מס"מ אפשר די"א דלעיל סימן רל"ה ס"א בהג"ה לא ס"ל הא דא"ע סימן קס"ט ס"נ.

וכיון שהשליש יחזיר לאשה יל"ע אי הגט בטל והד"ח שם כתב כיון דלא התנה תנאי כפול אין הגט בטל עיי"ש וכ"כ רש"ל בתשובה הנ"ל אמנם לפמ"ש מהרי"ט בקידושין הובא בחידושי להלכות גיטין סימן קל"ד היכא דהטעתו וכסבור שאין כאן ספק וא"צ תנאי גרע מהתנה דכשהתנה הרי נסתפק וס"ל להתנות כראוי עיי"ש וה"נ כיון

שהשלישה והטעתו כסבור דא"צ להתנות כלל ועיין פ"ת סימן קנ"ד בסה"ג מ"ש בשם שו"ת מהר"ם אלשיך וכיון שכן י"ל עוד אף דרשב"א כתב דל"מ מס"מ היינו כיון דע"כ החליצה כשרה אף כשיוחזר המעות לאשה דחליצם מוטעת כשרה לכן לא מועיל מסירת מודעא משא"כ בגט דכשיועיל המס"מ יתבטל הגט ואי דהרי רצונם להתגרש י"ל משום דהיתה סבורה שיועיל סמס"ממותתגרש בחנם ואף די"ל ג"כ אפכא שאין רצונה במס"מ רק משום דהיתה טועה שתתגרש אבל אם היתה יודעת שיתבטל הגט מחמת המס"מ לא היתה מוסרת מודעא מ"מ כיון די"ל הכי וי"ל הכי נוקים הממון וסא"א בחזקתן דמעיקרא וגם הוי דברים שבלב.

א"י להוציאה מידו כתב בשו"ת רשב"א ח"א אלף ר"מ דאין משנאם אחר נתינה וקרוב בעיני שאפילו חייב עצמו בשטר ואפילו בקנין א"צ ליתן עיי"ש ונראה דאם נתן לו ממרני דאין כותבין מי הוא המלוה ג"כ אי"ל משטה וכמ"ש טו"ז בא"ע סימן נ"ג סק"ה שחשוב כהחזיק אותו במעות שתיכף שיצאה הממרני מידו חייב לכל מי שיוציאנו עליו אין לך גמר והקנה יותר מזה דהא יכול ליתנה לאסר ויצטרך לשלם לו והוא יחזור עליו לתבעו על שנתן הממרני לאחר נמצא דהוא המוציא עיי"ש ה"נ ודאי גמר והקנה מה"ט

סימן רסה

נותן לו שכרו כפ"ב בתוס' פא"מ דף ל"א ע"ב הקשו ליהוי כפורע חובו ש"ח דפטור ונדחקו מאד ולע"ד כיון דזכין לאדם שלא בפניו ואנן סהדי דניחא לבעל אבדה בכך שיהא שלוחו ויחזיר לו כפ"ב הוי כשלחו וראי' לזה מיו"ד סימן שכ"ח ס"ג דאם יש לחוש שתתקלקל העיסה מותר להפריש חלה של"מ בעה"ב דנעשה שלוחו שלא מדעתו במידי דזכות משא"כ בפורע חובו ש"ח אם יצטרך לפרוע לו אין לו שום זכות ואם הפורע פייס בפחות גם הלוה הי' מפייסו בכך דירושלמי בלא"ה ס"ל די"ל מפייסינא הוינא לו רק דבבלי לא ס"ל כן בב"ח דוחק או במשכון כמ"ש ר"ת בכתובות דף ק"ח אבל כשפייסו בפחות לכ"ע י"ל גם אני הייתי מפייסו בכך ואם יאמר הפורע החזיר לי פחות ממה שפרעתי בשבילך דנמצא זכות לך אינו טענה דאם אפשר לתלות במתנה פרע בעדו הי' פטור בלא טעם אחר רק לא תלינן במתנה כמ"ש בחידושי רשב"א נדרים דף ל"ג ור"ן ונ"י וריטב"א שם ור"ן בכתובות דף ק"ח עכצ"ל מטעם מבריח ארי או מפייסנא הוינא לו אבל אם יאמר שויתר קצת א"כ ה"נ נימא הכל למתנה איכוין דאיזה שיעור תתן ולפ"ז י"ל אם המלוה הי' דחוק למעות דנזדמן לו מקח בזול וכדומה ולוה לא הי' בביתו ובא אחר ונתן להמלוה פחות מהחוב ומחל כל החוב או דהתנה עם הלוה כשלא יפרע לו

בז"פ יחויב לו יותר או יוחלט משכון שת"י ששוה יותר ועיין יו"ד סימן קע"ז סי"ד וסח"י וס"ז ובז"פ לא הי' הלוה בביתו ובא אחר ופרע אזי מחויב הלוה להחזיר לו דבלא"ה בכל פורע חובו ש"ח יש פוסקים דחייב להחזיר לו י"ל כה"ג מודו אך תוס' דלא כתבו לתרץ כך נראה דס"ל כתוס' ורשב"א שהביא קצו"ח סימן רמ"ג דל"ל זכין לאדם שלא בפניו רק כשזיכה לו דבר שלא הי' שלו ועיין אמרי ברוך סימן שכ"ה על היו"ד וכן נראה לפי הטעם שכתב מהרי"ו הובא בש"ך סימן קכ"ח סק"ה דאמדו רבנן דעתו שתי' בדעתו לפטרו והיינו דאל"כ מי ביקש זאת מידו לפרוע בעדו כיון שאינו עושה טובה ללוה אבל בכה"ג דמרויח ללוה מהיכי תיתי לומר דכונתו לוותר משלו בחנם כיון דלא תלינן במתנת חכם כנז"ל וכדמוכח מכאן דצריך לשלם לו כפ"ב ומלעיל סימן רס"ד כשעשה טובה או פעולה לחברו דחייב לשלם לו וכן לעיל סימן רמיו באמר לו אכול עמי ואח"כ מצאתי בפנ"י פרק הכונס דף נ"ח שכתב לחלק ג"כ דהא דפורע חובו פטור משום דה"ל לאתנויי דמי הכריחו לפרוע שלא מדעת לוה ה"ל להמתין עד שיגוש מלוה את הלוה ואז יפרע מדעת הלוה ויתנה עם הלוה שיחזיר ויפרע לו ומדלא עשה כן מתנה בעלמא הוא דיהיב לו משא"כ כשהשעה עוברת שאינו יכול להודיע ולהתנות שפיר נוטל שכרו עכ"ל ואח"כ מצאתי בחידושי רע"ק איגר בב"מ שם תירץ קושית תוס' כמ"ש.

סימן רסו

סעי' ה' א"ל אביו אל תחזיר את האבדה הר"ז לא ישמע לו כתב הטו"ז אם כבר עוסק במצות כיבוד באיזה דבר פטור מלהשיב דעוסק במצוה פטור מן המצוה אלא אם האב כאן מחויב למחול לבנו שיבטל ממלאכתו וישיב האבדה או ישיב בעצמו דהא אמרינן כולכם חייבין בכבודי אבל מ"מ על הבן עצמו אין נ"ל שום חיוב השבת אבדה כשהוא עוסק כבר בכיבוד אב את"ד ולי צל"ע כיון דהאב מחויב ולא עביד ה"ל רשע ופטור הבן ממצות כיבוד כדאיתא בב"מ דף ס"ב ע"א ור"פ הגוזל עצים ובשער המלך מ"ב דה"ג הקשה לריב"א בפרק שילוח הקן דף קמ"א דהיכא דיש עשה נגד ל"ת ועשה אם עבר לא לקי דהל"ת נדחית מפני העשה וא"כ מה פריך בב"מ דף ל"ב ל"ל קרא דלא ישמע לאביו שלא להשיב אבדה ת"ל דכיבוד אב עשה והשבת אבדה עשה ול"ת והא לריב"א צריך קרא לומר דכולכם חייבים בכבודי ולא נדחית הל"ת ולפמ"ש א"ש דהא קשה כיון דאביו מצוהו לעבור הוי רשע ולמה לי קרא ואף דקי"ל אשלד"ע בדיני שמים חייב כדאיתא בקידושין דף מ"ג והאס"ז בשם מאירי בפרק הכונס כתב היכא דחייב לצי"ש ואינו עושה הוי רשע ופסול לעדות ובטו"ז יו"ד סימן ק"ס ס"ק י"א ז"ל איסור יש שעושה איסור

ונתקיימה מחשבתו ע"י השליח פשיטא שזה אסור עכ"ל ול"מ להחולקים על הרמב"ם וס"ל דבאביו רשע אינו מחויב כלל בכיבוד כדאיתא ביו"ד סימן ר"ם סח"י אלא אף לרמב"ם דכתב בהלכות ממרים פ"ו הי"א גבי ממזר דמחויב בכיבוד אב ואם מ"מ ע"כ לא יסתור גמרא הנ"ל וצ"ל משום דאיתא בקידושין דף מ"ט ע"ב באומר הא"מ לי ע"מ שאני צדיק ונמצא רשע גמור מקודשת שמא הרהר תשובה בלבו ה"נ מה"ט מחויב בכיבוד דספק איסור תורה היא ובפא"נ ובהגוזל דחייבין להחזיר ממון מפני כבוד אביהם שפיר פריך הא אינו עושה מעשה עמך ובספק ממון הממע"ה כפדיון הבן ופדיון בכור בהמה דפטור בספק וזה לא שייך כאן שמצוהו עתה לעבור וצ"ל כיון דהבן מחויב לעשות דברי אביו והל"ת נדחית מפני עשה דכיבוד אין הבן עושה איסור כלל לפי הה"א א"כ אין האב רשע לכן צריך קרא דלא ישמע לו ויש איסור וע"כ פריך שפיר ל"ל קרא כיון דהשבת אבדה עשה ול"ת אפילו נדחה הל"ת מפני עשה דכיבוד נשאר העשה א"כ ע"כ יש איסור והוי האב רשע ממילא גם עשה דכיבוד ליכא ולא נדחית הל"ת וא"ש ועיין שער המלך פ"י ממלוה ולוה וא"ל כיון דאמרינן בפ"ק דב"מ ד"י דהא דאשלד"ע דוקא כשהשליח בר חיובא או אי בעי עביד וא"כ כיון דמוכרח הבן משום העשה דכיבוד ונדחת הל"ת אל"ה עמה עשה ל"ה בר חיוב ולא אי בעי עביד ויש שלד"ע וכאלו האב עושה כן והוי רשע וליכא מצות כיבוד דזה ל"ק חדא די"ל אפכא דאם נאמר דל"ה בר חיובא והוי שלד"ע וליכא מ"ע דכיבוד ממילא הוי בר חיובא גם בעשה זאת ואינו מוכרח לעשותו ועכצ"ל בהחלט אשלד"ע ולא הוי כאלו עשה אביו ועוד דבנו"ב בחא"ע סע"ט ופ' כתב דאי בעי עביד היינו בעל בחירה ומוכרח משום מצוה מחשב אי בעי לא עביד וגם בר חיובא היינו אם רק שייך באותו איסור פעם אחר עיי"ש שו"ר בהגמ"י פ"ו מממרים הקשה למ"ל שלא ישמע לו ת"ל דהוא רשע על עבירת בנו ואין הבן מחויב לכבדו ותירץ דאשלד"ע אין לו עונש בדיבור ותמוה דהא גמרא מפורש דחייב ביד"ש וכמ"ש ואפשר ס"ל מ"מ כיון דליכא עונש בב"ד שלמטה ל"ח רשע ודלא כהמאירי ויותר נ"ל דהגמ"י ס"ל כתוס' שהביא הש"ך לעיל סימן ל"ב סק"ג אבל הש"ך הכריח מש"ס הנ"ל דלא כתוס' ובתשובת ח"צ סימן קל"ח כתב דתוס' מודו דעברה ביד משלח דמחזיק ידי עוברי עברה ומשום ל"ע ל"ת מכשול ויש עליו עון ועונש וכ"כ קצו"ח ועל הטו"ז יותר קשה כיון דכתב דמחויב האב למחול א"כ כשאינו עושה כן אינו עושה מעשה עמך ועוד כיון דהבן אינו עושה רק משום ציווי אביו חשוב כשוכרו דלכ"ע המשלח חייב ביד"ש כמ"ש פנ"י בפרק הכונס דף כ"ו ולפמ"ש כנה"ג סימן קפ"ב דאם אנס השליח והפחידו בדברים ישלד"ע א"כ ה"נ דמוכרח להטו"ז משום כיבוד אב כשכבר עוסק בכיבודו דאין מעבירין על המצות א"כ

הוי שליח לד"ע וכאלו אביו עושה והוי רשע וא"צ לשמוע לו ואם די"ל להיפך וחוזר חלילה מ"מ הדבר שקול ממילא לא יעבור על איסור תורה וי"ל לפמ"ש הרא"ש בפירושו לנדרים דף ע"ב ב' דבדבר ממילא ל"ש שליחות וה"ג אביו אומר לו רק שלא להשיב האבדה ובזה מתורץ קושית האלשיך בפ' קדושים למה יחדה תורה מצות שבת בזה שלא ישמע לאביו וכן הש"ס נקט שלא ישמע לו לטמא למתים או שלא להשיב אבדה למה נקט דוקא אלו אלא משום דה"א בא"ל שלא להשיב הוי שוא"ת ול"ש לומר שלוחו כמותו וכן להטמא דהמצוה תליא בגופו וכמ"ש תוס' רי"ד בקידושין וקצו"ח סימן קפ"ב דל"ל בזה שלוחו כמותו ולענין שבת כתבו אחרונים דל"ש שלוחו כמותו דתורה קפדה על שינוח גוף האדם והרי נח וקמ"ל דלא ישמע לו אף דל"ח כעשהו אביו ממש ואין האב רשע ומ"מ לדינא עיקר דיש חיוב בי"ד על האב ול"ח עושה מעשה עמך.

סימן רסז

סעי' ה' ונתן סימנים בפא"מ דף כ"ח ע"ב מוקי להא דאמר את האבדה ולא אמר סימני' היינו דלא אמר סימנים מובהקין דידה ופירש הראב"ד שבאס"ז כיון שיש בה סימן מובהק ולא אמר ש"מ דלאו דידי' הוא ושאר ראשונים פרשו דלא אמר סימנים שראוי להחזיר בהן ועש"ך לקמן סק"ו ולע"ד י"ל עוד לפי מה דמספ"ל אי סד"ר ואיתא בגמרא שם כ"ז ע"ב משום דניחא לבעל אבדה למיהב סימנים ולמשקלי' והיינו כשאין בו רק סימן בינוני א"כ לולא התקנה גם לו לא היו מחזירין אבל כשיש בו עוד סימן מובהק וזה א"י שמא אחר אבדו ויודע סימן מובהק דידה ולא ניחא לו שנחזיר בסימן בינוני דידה ועוד כיון שיש בה סימן מובהק אינו תקנה שלא יפסיד בעל אבדה דישים ללבו סימן מובהק שבה לכן בסימן הגלוי ודאי יש לפסוק כהראב"ד ומוכח לראב"ד דלרמאי לא מחזירין אפילו בסימן מובהק לגמרי דהא פירש המשנה דלא אמר סימני' היינו סימנים מובהקין ביותר ועל זה סיים המשנה והרמאי אעפ"י שאמר סימני' אין מחזירין לו וכפירש הה"מ פי"ג מגו"א בכונת ראב"ד בעל השגות עש"ך סק"ב.

סעי' כ"ה אם נאנסו חייב הראשונים הקשו הא קי"ל בהפקיד מעות מותרין כר"נ בפרק המפקיד דף ל"ג דנאנסו פטור ותירץ רבינו אפרים דבדמי אבדה דבלאו היתר שימוש ש"ש הוא לרב יוסף ע"י הנאת היתר שימוש במעות נעשה שואל והסכימו לו רז"ה וריטב"א ותוס' ורא"ש דחו תירוצו דאטו ע"י תוס' שכר יצא מדין ש"ש לשואל לכן העלו דהלכה כרבה דש"א ש"ח והא דתנן בפרק א"מ דע"י היתר שימוש בדמי אבדה חייב באחריותן היינו דנעשה ש"ש ולע"ד י"ל לפי המבואר לעיל סימן ע"ב ס"ד בשם רשב"א

בהלוה מעות על משכון והתיר לו להשתמש בו ונשתמש בו ל"ה כשואל משום דלאו כל הנאה שלו ולפ"ז ה"נ המפקיד רוצה שישמור לו הנפקד מעותיו ומתחייב לשמור שמירה מעולה כש"ש בשביל היתר שימוש בהמעות ונהנה המפקיד ואולי צרורין ל"ה מקבל לשמור ועכ"פ ל"ה מתחייב כש"ש והרי מרויח המפקיד הפרוטה שהי' צריך לשלם לנפקד שיהא ש"ש א"כ לאו כל הנאה של נפקד ועיין בתומים שם כתב להדיא דהא דחייב כשהוציא משום דהוי כלוה ולא כשואל דל"ת כל הנאה שלו עיי"ש וזה נראה כונת ר' נחמן בב"מ שם דף מ"ג הואיל ונתנה מהנה וע"כ מהנה למפקיד להיות ש"ש ול"ה כל הנאה שלו אבל בדמי אבדה דמוכרח להיות כש"ש לרב יוסף בלאו היתר שימוש במעות א"כ היתר השימוש כל הנאה שלו ונעשה שואל ור"ה דמחייב במעות פקדון באונסין ס"ל ע"כ מתחלה להלואה לקחם וכמ"ש הש"ך בסימן רצ"ב לענין נפסלו המטבעות אבל את"ל דמפקיד יכול לחזור בו כ"ז שלא הוציאן הנפקד ל"ה כהלואה והמעות של מפקיד ולא יתחייב באונס דאין כל הנאה שלו ע"כ פריך שם שפיר למעול גזבר אפילו לא הוציאן ומתורץ קושית פנ"י שם.

ולפ"ז י"ל דגם ריי"ף ורמב"ם וסייעתם דפסקו בדמי אבדה דחייב באונס משום דפשיטא להו דבכל אבדה כרב יוסף דהוי ש"ש אבל לדידן דמספ"ל אי הלכה כרבה א"כ מספק א"א לחייב המוצא בגו"א א"כ בדמי אבדה מגיע הנאה לבעל האבדה דע"י היתר השימוש נעשה המוצא ודאי ש"ש וא"כ לאו כל הנאה של המוצא וודאי אינו נעשה שואל אפילו יתפוס בעל אבדה לא יוכל לומר קי"ל כריי"ף וסייעתי' דגם הם יודו לדידן דיש קפ"ד דע"י היתר שימוש לא נעשה רק ודאי ש"ש וודאי אינו שואל.

ואף דראב"ד שהביאו רא"ש ונ"י בב"מ תירץ תירץ אחר לריי"ף דשאני דמי אבדה דסמכה דעת המוצא יותר להוציאן דאינו ירא השתא יבא בעל אבדה לכן חייב כשואל הא באס"ז בב"מ שם מבואר דראב"ד גופא תירץ כרבינו אפרים רק תירץ עוד תירץ זה וא"כ ראב"ד גופא מספ"ל איזה תירץ עיקר ובכל טענת קי"ל כמיעוט פוסקים קשה לפמ"ש תוס' בשילהי פ"ק דכתובות הא דאין הולכין בממון אחר הרוב דוקא כשבא המעות לידו מדעת בעלים ומצאתי בנתיבות בכללי קי"ל הקשה ג"כ זה ותירץ לפמ"ש מהריי"ק וש"ך בספר ת"כ דטענת קי"ל הוי כטענת ברי דאומר אני סומך על מיעוט פוסקים הללו דפשיטא להו הדין כמותי וא"כ כשהפוסק גופא מספ"ל ל"ל קי"ל אם רבים פשיטא להו דלא כוותי' וה"נ הרבינו אפרים ורז"ה וריטב"א ס"ל דלא כוותיה ול"ל דתוס' ורא"ש ג"כ לא ס"ל כתירץ רבינו אפרים דהא הם מחמת דלא ס"ל תירץ זה הוכיחו דהלכה כרבה דש"א ש"ח ובדמי אבדה רק ש"ש ועיין זבל"א ח"ג באות קי"ל

סימן רסח

סעי' ג' חצרו מהרי"ט ח"א סימן ק"נ כתב דידו ג"כ קונה שלא מדעתו ונתיבות הסכים לו כשמונח כולו בחלל ידו ולפע"ד יש להוכיח דאינו קונה מפר"י בע"ז דנ"ט ע"א דמים של רבים אין נאסרין ודיחיד נאסרין ומוקי לה דטפחינהו בידיה עיי"ש והא כיון שבאו לידו קנה שלא בכונה לזכות ולעולם הוי דיחיד אע"כ דלא קנה וכ"כ שם תוס' רי"ד וכ"כ תוס' בפחז"ה דף נ"ד בד"ה אדעתא דהיכא שיודע שהוא בידו ואינו מתכוין לקנות אינו קונה וגם בחצרו הדין כן עיי"ש.

חצרו אחד קיבל עליו שבת וקודם לילה בא צבי לחצרו וננעל הדלת מאיליו אחר הצבי והחצר משתמרת ובא אחר שלא קיבל עליו שבת ותפס הצבי לעצמו קנה השני כיון דבעל החצר לא מצי זכי משום צידה חצרו נמי לא זכי לו כדאיתא בב"מ דף ק"ב גבי שילוח הקן שו"ת גוא"י סימן ק"ד ולע"ד שאני הכא דמצי משוי שליח לצודו כדאיתא בא"ח סימן רס"ג סי"ז ושלוחו כמותו וחשוב מצי זכי לעצמו וה"נ חצרו נעשה שלוחו לזכיה ול"ל כיון דאיהו אסור לעשותו לא מצי משוי שליח לזכות לו דהא מ"מ יכול לצודו ע"י שליח והדר יזכה בו בעצמו ועוד הא מבואר בתוס' פ"ק דב"מ ד"י ע"ב סד"ה דאמר לישראל קדש לי אשה גרושה דאם יש שלד"ע חלין הקידושין הרי אף דעברה הוא לולא דאשלד"ע חלין הקידושין כ"ש כאן דמותר לומר לאחר לצודו אף דבעצמו אסור לצודו מ"מ שלוחו כמותו והמעשה קיים משא"כ בב"מ דף ק"ב דלא מצי זכי ע"י אחרים דאפילו לקטן ועכו"ם אסור לומר ועוד לפמ"ש לבוש בהג"ה א"ח סימן רס"ג דאם קיבל שבת יש לו התרה כנדר וע"כ מותר לומר לאחר לעשות מלאכה כיון דאי בעי מתשיל ומצי לעשות בעצמו הובא במשב"ז שם א"כ מה"ט נמי אינו דומה להך דב"מ.

ולפמ"ש תר"י פ"ד דברכות דף כ"ז דאפשר לומר מה דאסור במלאכה לאחר שקיבל שבת הוא רק מדרבנן עיי"ש וא"כ בדרבנן הא מבואר פרק בכל מערבין ל"ח ע"ב ה"מ בישן דלא מצי אמר אבל בניעור דאי בעי למימר מצי אמר עיי"ש הרי באיסור דרבנן חשוב מצי אמר עיי"ש בק"נ וכן איתא בפרק כירה דמ"ג טבל מוכן הוא שאם עבר ותקנו מתוקן וכתב גליון תוס' שם דבאיסור תורה לא אמרינן שאם עבר עיי"ש וא"כ ה"נ כיון דאינו אסור לצודו רק מדרבנן חשוב מצי זכה בו כיון שאם עבר וזכה בו זכה דלא חמיר ממקח הנעשה בשבת דלעיל סימן ר"ח ובב"מ דף ק"ב הוי איסור תורה חשוב לא מצי זכה אפילו נימא אי עביד מהני כיון דלכתחלה אסור מן התורה לא אמרינן שאם עבר.

קונה לו נ"ל אם מקצתה חוץ לחצרו או חוץ לד"א קונה המקצת שבחצרו דחצרו כידו או יד שלוחו דקונה מה שבידו אף דהשאר לא קני כדלקמן סימן רס"ט ס"ד ומ"ש נתיבות דבחצרו נמי כשמונח מקצת חוץ לחצרו לא קנה היינו מה שמונח חוץ לחצרו וכן בידו.
ש"ך סק"ב כתב רש"ל דמוכח מתוס' וכו' ובשו"ת גוא"י סנ"ט כתב דלא מוכח לפמ"ש ש"ך בסימן ר"ס ס"ק כו דבישל"מ אם א"י למי יחזיר יכול לעשות בו מה שירצה רק אם יתברר של מי הוא צריך להחזירו עיי"ש ולא נ"ל כלל כיון דאם יתברר צריך להחזיר עדיין אין לו בו זכי' להיות שלו וכשבא אחר ומצאו אחר יאוש זוכה בו לגמרי.
ומה שהקשה ש"ך על רש"ל דתוס' הוכרחו לזה כדי שלא תקשה על רבא ממשנה דחנות י"ל עפימ"ש ר"א במרדכי דמציאה לא קני חצרו משום דלא שכיח שיפול וכ"כ ר"י והביאו רמ"א כאן וראיית ר"א שם ממצא בחנות וא"כ מה מוכיח תוס' מחנות דדבר דאין רגיל לימצא אין חצרו קונה לו גם בטמון בגל ובכותל דבא לשם בכונה דרך הנחה נימא שאני חנות דבא שם דרך נפילה ולנפילה לא חיישינן דלא שכיח ואפילו לא יסברו תוס' כר"א מ"מ חזי לאצטרופי הא דנפילה לא שכיח עם מה שאינו רגיל לימצא שלא יקנה לו חצרו דבצירוף שניהם לא שכיח ביותר שתבא ליד בעל החצר מה שיפול שם וצ"ל כיון דאפלני בב"ב דף קע"ג אביי ורבא וס"ל לאביי דחיישינן לנפילה דרבים וע"כ ס"ל דשכיח וא"כ לאביי תקשי ממתניתין דחנות ועכצ"ל משום דאינו הוה לימצא וא"כ ה"נ במצא בגל וכותל כיון דנפילה שכיח אין לחלק דגם מטמון בגל וכותל ודאי יזדמן רק ע"צ המועט וכיון דהוכחת תוס' רק לאביי שפיר הקשה רש"ל דאם איתא דס"ל דגם בחצר אי אתי לפני יאוש לא מצי קני מה הוכיחו מחנות.
הג"ה אבל בדבר שאינו רגיל לבא אין חצרו קונה לו בנתיבות תמה דהא במרדכי למד זה ממשכונו של גר ביד ישראל דמה"ט אינו קונה מכח חצרו ומחבר בסימן ע"ב סל"ט פסק דבחצר משתמרת קנה המלוה ונ"ל לפמ"ש בהגמ"ר ריש שנים אוחזין בזה אומר כולה שלי וזה אומר חצי שלי דהל"ל כיון דמ"ד כולה שלי ודאי יש לו חלק בהטלית ואידך רק ספק אין ספק מוציא מידי ודאי ויטול זה שאומר כולה שלי כולו אך משום דלא ידעינן זה רק עפ"י הודאות הטוען חצי שלי אמרינן הפה שאסר ול"ד לספק ויבם בנכסי סבא דהוי ספק וודאי בלא הודאות הספק ורמזו הד"מ לעיל סימן קל"ט וא"כ לעיל סימן ע"ב דמלוה ודאי יש לו חלק במשכון נגד מעותיו כמבואר שם ועל היותר אנו דנין אם ג"כ של מלוה דקנה לו חצרו לכן פסקינן בחצר משתמרת כפוסקים דקונה לו חצרו דלו יהא ספק שמא הלכה כהמרדכי מ"מ אין ספק מוציא מידי ודאי ובמקום דאמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי אפילו תפס הספק מוציאין ממנו כמבואר לעיל סימן קל"ט

ס"ד משא"כ כאן פסק רמ"א דאין מוציאין מיד זה שנטלו כיון דבעל החצר אינו ודאי יותר מזה ועיין אס"ז בפחז"ה דף ל"ג ע"א בד"ה קריבי' דס"ל לרשב"א כהגמ"ר הנ"ל.

סימן רסט

המגביה עש"ך ונתיבות הביא מח"ר דמהני דברים שבלב וער"ן ריש פסחים ז"ל ובודאי לענין הפקר ממונו הפקר בלבו ל"מ דדברים שבלב אינן דברים הובא במח"א הלכות זכי' מהפקר ס"ג ובמהרי"ט ח"ב סימן מ"ה משמע דמגבי' מציאה לחברו עדיף ומהני דברים שבלב ועמ"ש לעיל סימן י"ב דגם לרשב"א אין קיום לדברים שבלב בלא דיבור או מעשה ולא מהני רק לגלוי על הדיבור או המעשה באיזה אופן כיון כשאינו מבטל הדיבור או המעשה.

סעי' ו' ואם משנתנה לו אטר אני זכיתי בה לא אמר כלום בפרש"י במשנה פ"ק דב"מ דף טית ע"ב ז"ל דקני ממ"נ אי קניה קמא דלא נתכוין להקנות לחברו הא יהבה ניהלי' במתנה וא"ל קניה קמא משום דלא נתכוין לקנות הוי הפקר עד דמטי לידי' דהאי וקני האי במאי דעקרה מידי' דקמא לשם קני' ושם בגמרא ובמימרא דר"נ פרש"י משום דגלי דעתי' כשנתנה לו דאדעתי' דהאי אגבהה עכ"ל ונראה נ"מ דלטעם מתנה יכול לחזור המגבי' תכ"ד משא"כ לטעם דגלי אדעתי' אף דגם בעדות תכ"ד כד"ד לחזור בו לומר שטעה מ"מ אין אנו יודעין אם אמת שטעה או באמת גלי דעתי' רק עכשיו חוזר בו וכיון דחברו מוחזק הא קי"ל ברי ושמא לאו ברי עדיף.

סימן עד

סעי' א' מציאת חש"ו ז"ל ש"ך עיין בתשובת מבי"ט ח"א סימן קכ"ב כתב דאם גזל מקטן דבר שנקנה לו מדרבנן כגון ע"י מתנת שכ"מ א"י בדיינים ודבריו צ"ע עכ"ל ועיינתי שם דהוה המעשה אשה שהי' לה בן ובת מומרת והי' להמומרת בן בנה קטן ובנה מת ואם המומרת נתנה נכסי' במתנת שכ"מ לבתה המומרת וכתב המבי"ט אף דמתנת שכ"מ מועיל דלא גרע מנתן מתנה לגוי המכירו מ"מ יש יכולת ביד ב"ד להפקיע המתנה ממנה וליתן לב"ב כיון דמתנת שכ"מ לא נקנה רק מדרבנן אין למומרת זכי' גמורה בהמתנה כ"ז שלא הגיע עדיין לידה את"ד הרי דגם במתנת שכ"מ לגדול ליכא גזל גמור להוציא בדיינים וגם דברי מבי"ט צריך להבין דמה מדמהו למציאת חש"ו דאפילו לר"י אינו רק גזל מדבריהם דשם אם לא זכה הקטן הוא הפקר משא"כ במתנת שכ"מ ממ"נ אי אזלת בתר ד"ת הוא של הבן וביד האחר ודאי גזל גמור הוא וצ"ל משום דהפקר ב"ד הפקר

וכאלו מדאורייתא אינו של הבן רק מקבל המתנה לא זכה עדיין דרבנן לא עשו קנין גמור למקבל שיהא שלו כאלו זכה מן התורה וכמ"ש הג"פ סימן קכ"ב וקטן דאין לו זכי' מהפקר מן התורה א"כ אף לאחר שבא לידו בא מכח מתנת השכ"מ ולמבי"ט אם גזלו ממנו אחר אין מוציאין בדיינין אבל כשלא בא ליד המקבל אף בגדול הדין כן.

סעי' ב' אם מת אינו מוריש מלאכת בן אחד לשאר יורשין בב"ע כתב משום דאזלינן בתר אומדנא מדלא תבעו אביו בחייו מחל לו והקשה טו"ז ממשנה דפרק נערה דמע"י של הבת אף שלא גבתה הוא של אחין דמשמע כ"ש אם גבהה ואדרבה אם גבתה מסתבר דלעצמה כיון דלא תבע ממנה עיי"ש ונראה דהנה הש"ך בסימן רל"ב סק"ב הביא מהש"ג שהמלוה לחברו ואינו תובעו אין הלוה חייב לשלם לו מאיליו הואיל ואינו תובע במתנה ביקש ליתן לו וסיים הש"ך וצ"ע הרי דאינו דבר ברור לומר מדלא תבע במתנה ביקש ליתן לו וסיים הש"ך וצ"ע הרי דאינו דבר ברור לומר מדלא תבע במתנה ביקש ליתן לו ולפי מ"ש בשו"ת ר' בצלאל אשכנזי סימן ל"ח דהיכא דהוא ממוני' גמור אינו יוצא ממנו שיזכה בו אידך אלא בלשון גמור ובהוכחה גמורה אבל בזה דמדאורייתא אין לאב שום זכות במע"י בנו רק משום איבה תק"ח לכן בגילוי דעת כל דהו דלא קפיד האב סגי עיי"ש וא"כ בשלמא במע"י דבת דמדאורייתא שלו לא אזלינן בתר אומדנא קלה כזו משא"כ בבן דרך מדרבנן ומשום איבה ויש סמך לסברא זאת מדברי תוס' ר"פ הכותב סד"ה כדר"כ שכתבו בדו"ד א"ל בנכסיך דלאשה איבעי לה לאתנויי ומתנה הבעל וה"ל פטומי מילי בעלמא ומייתי מדרב כהנא דמכח סלוק בעלמא מועיל והיינו בדרבנן ומשום א"א בתק"ח כדמסיק הש"ס התם.

ובהגמ"ר שניות דפ"ק דב"מ כתב כי היכי דאין אדם מוריש זכות בתו לבנו ה"נ לא יוריש יגיעת בן אחד לבניו האחרים ותמה טו"ז דמשנה שלימה בפ' נערה דמע"י אף שלא גבתה מת האב הן של אחין ולא אמרו אין אדם מוריש זכות בתו לבנו רק מה שתעשה אחר מיתת האב עיי"ש ולגודל התמיה אפשר לע"ד לומר כיון דטעם תק"ח בסמוך על שלחן אביו הכל לאביו משום איבה שלא ירצה לפרנסו סגי אם של האב בחייו לאכלה ולמכרה וליתנה במתנת בריא אבל כשמת אפילו לא ירשו בניו אחריו לא אכפת לנו דאפילו ניזון משאר אחיו לא תקנו שיהא מציאתו לאחיו דלא שנא משאר יתום דניזון מאחר וכן בבת הנתונות מאחין עיין פ' נערה דף מ"ג דאין מע"י לאחין וכיון דאין שאר הבנים ראוין לירש יגיעת אחד ממילא גם האב א"י לרבות לאחד מזה מדר"י בן ברוקה דלא נאמר רק בראוי לירש כמבואר בב"ב דף ק"ל ולקמן סימן רמ"א ואיבה ג"כ ל"ש בזה לגבי האב דמה אכפת לו בזה שלא יורישו אחד יגיעת אחיו הלא לא הי' בן זה ניזון משל אחיו

ואם אב אחד קפיד בזה הוי שנאת חנם וגם במתנת שכ"מ או מצוה מחמת מיתה כיון דכירושה שוי' ודליתא בירושה ליתא במתנת שכ"מ כדאיתא בב"ב דף קמ"ט ועוד כיון דמתנת שכ"מ קונה רק מתקנה ומע"י דבן לאביו ג"כ רק מדרבנן וא"א שיזכה בה זולת זה שיגע בה רק מכח שתי תקנות אזי תקנתא לתקנתא לא עבדינן כמ"ש בשו"ת מהרמ"פ סנ"ג לענין צוואת שכ"מ הנעשה בשטרי ערכאות אך נהי דלא שייך טעם איבה בירושה מ"מ כיון דאמרו חכמים ז"ל שהוא של אב לכל דבר תו הל"ל גם לענין ירושה ועיין ס"פ הדר דא"א לעשות בדרבנן תרתי דסתרי היכא דמינכרא ופרש"י דלא ליהוי מילי דרבנן כי חוכא ה"נ א"א לומר שהוא של האב לכל דבר וכשמת לא יפול לפני היורשים אך כיון דמצינו דוגמתו בדאורייתא דאינו מוריש זכות בתו לבנו אף דבחייו היתה שלו למכרה ולקדשה ולמע"י כבר לא חשוב תרתי דסתרו ויכולין חכמים לחלוק בתקנתן ג"כ וזה כונת המרדכי דבא לומר אף למאן דפסק כרבי יוחנן דמע"י בן גדול הסמוך על שלחן אביו הוא של אביו משום איבה מ"מ לגבי יורשין ל"ש איבה לכן גם לחלק בשעת מותו א"י וכדי דלא תימא אף דל"ש הטעם א"א לחלוק דהוי כתרתי דסתרו לכן אמר וכי היכא דאין מוריש זכות בתו לבנו ה"נ לא יוריש יגיעת בן לשאר בנים וממ"י דבת שבחיי אב יורשין הבנים משום דלאו משום איבה היא של אב רק מגזה"כ ולפ"ז אף שלקח האב מלאכת הבן ונשתמש בו או לא הי' כלל בביתו ולא ידע ממלאכת הבן עד שמת דלא שייך אומדנא מדלא תבע מחל מ"מ לא יורישנו מי שלא יגע בו וכן משמע מסתימת הרמ"א ובירושלמי שאמר בן שנראה חלוק בחיי אביו מה שסיגל סיגל לעצמו לבעל העיטור דהטעם מפני שלא תבעו אביו מחל י"ל מש"ה נקטו שנראה חלוק בחיי אביו כיון דנראה ולא הקפיד האב הרי מחל ולהגמ"ר צ"ל כמו שפירש הפני משה שם פ"ט דב"ב ה"ג כיון שראו אותו מתעסק בפני עצמו בחיי אביו נאמן שאינו משל אביו וא"ש טפי דלבעל עיטור הל"ל שראהו אביו חלוק וכיון דאמר הירושלמי מה שסיגל סיגל לעצמו משמע דאביו א"י לחלק לאחרים בשעת מותו וגם לשון רמ"א הכי משמע אם מת אינו מוריש ולא אמר אינם יורשים אלא דגם האב אינו יכול להוריש וכן הוא להדיא בהגמ"ר שם דהשיב על מה שטען האב שרוצה לחלק בעת מותו לשאר בניו דאינו מוריש יגיעת בן אחד לאחרים ולו יהא פלוגתא בין עיטור והגמ"ר כיון דעיקרו מתקנה הוי כספק בתקנה לכן סתם רמ"א כהגמ"ר עיין א"ע סימן קי"ח ס"ו בהג"ה ולעיל סימן קע"ה סמ"ה ובמגיד משנה פ"ד מגזילה ה"ז.

הלכות הפקר סימן רגע

סעי' ב' כמו נדר שאסור לחזור בו בקצו"ח נסתפק כיון דאיסור חזרה רק משום נדר א"כ אינו עושה קנין דאי עושה קנין מה ענין נדר לכאן ת"ל דכבר יצא מרשותו אע"כ דאינו קנין רק אסור לחזור משום איסור בל יחל וא"כ הפקר ומת הוא של יורשיו כנודר ומת דאין היורשין מחויבים לקיים נדרו את"ד ולפמ"ש נתיבות לעיל סימן ר"נ ס"ג כיון דהוא דבר מסוים שאמר הרי זו נתפס הדבר גופא בנדר גם יורשין חייבין אך מה שיש לספק אי מצי מתשיל עלה כיון שאינו רק משום נדר ולע"ד א"א לומר כן דהא בפ"ק דב"מ דף טית אמרינן לר"א מגו דאי בעי מפקיר נכסי והוי עני וחזי לו והא ר"א ס"ל בפכ"ש דף מ"ז ע"ב הואיל ואי בעי ומתשל עלה חשוב שלו וא"כ כ"ש כאן דעדיין באמת שלו מה יועיל הואיל ואי בעי מפקיר נכסי שיחשוב כעני מיד והא גם לאחר שיפקיר אי בעי מתשיל על נדרו ול"ל דמפקיר נכסיה ויזכה בה אחר דזה אינו בידו גם לא נאמר כלל בש"ס שיזכה בה אחר והכי אמרינן בברכות ובעירובין לענין דמאי הואיל ואי בעי מפקיר נכסיה והא אפילו מאן דלית לו הואיל ואי בעי מתשיל הייני אם עתה באמת עדיין לא נתשל אבל כשעדיין לא נדר מה הואיל ואי בעי נדר יעשהו עני הא אם אמרת הואיל עדיין הנכסים שלו יהיו הואיל ואי בעי מתשיל לכן נראה דתרוייהו אית בהפקר דהוא כקנין לצאת מרשותו לגמרי כשמנה ויש בו גם פן משום נדר כיון דעיקר דעתו לעניים כמ"ש תוס' בפ"ק דנדרים דף זיין ע"א דסתם מפקיר כדי שיזכו בו עניים ונ"מ אם חוזר בו ואינו מניח לאחר לזכות אף סלא יזכה בו בעצמו דמשום גזל ליכא דהא לית לו בעלים מ"מ משום נדר יש בו וכן מצאתי במח"א בהלכות זכיה מהפקר סס"ח עיי"ש.

סעי' י"ג דגים עיין נתיבות דבהניח מאכל ובא בהמה מהפקר ואכל לא קנאה דדוקא קורא לה ובאה שעשה מעשה בשעת משיכה אבל זה לא נקרא רק גורם כיון שלא עשה מעשה בשעת קנין ודלא כקצו"ח עיי"ש ונראה ראיה לנתיבות מפחז"ה ריש דף נ"ד מאן דשדא ליפתא בי פילי דארעא דגר ל"ה חזקה מ"ט דבעידנא דשדא ליה שבחא השתא דקשבח ממילא קשבח ופירשב"ם אף שנשרש הלפת בקרקע היום ממילא הוא דקשבח ול"ד לצמד וכו' ושם דף נ"ג נטול צרור וארוח לה מיא קנה פירשב"ם ע"י נטילת צרור נכנסין המים מהנהר דרך חור שבכותל א"כ כמו בחזקה אם נשבח הקרקע סמוך אחר עשייתו כמו נטל צרור אף דלאו ממש עם עשייתו נשבח הקרקע רק המים התחולו תכף ללכת דרך חור שבכותל אל השדה קנה משא"כ אם לאחר זמן נשבח ע"י עשייתו דלא קנה ה"נ משיכה במטלטלין כחזקה בקרקע דוקא קורא לה ותכף אחר קריאתו באה משא"כ אם לאחר כך לא קנה אף דקורא לה והיא באה נמי רק גרמא דמשסה כלב של חברו בחברו

פטור משום דגרמא הוא לקמן סימן שצ"ה וצ"ע לענין נטל צרור אם באו המים ע"י כח שני אי קנה כדמחלק בהנטרפין דף ע"ז ע"ב עיי"ש פרש"י כשפינה הדרך להמים מיד נפלו עליו הוי כתו וחייב אבל הניחו רחוק קצת ולא נפלו המים מיד בצאתן מגדרותיהן עליו אלא לאחר מכאן הלכו על המקום שהוא שם גרמא היא ולא מכחו ולפ"ד נתיבות נראה דכה"ג לא קנה ומ"ש הנתיבות דגורם אינו קונה לכאורה סותר א"ע דבסימן פק"ח ס"א כתב דבין משיכה בין חזקה ע"י נורה קונה ואפילו שיסה כלב על הבהמה לגרשה מהני כמו קורא לה והיא באה אלא עיקר אם גורם בשעת עשייתו הקנין או אחר כך דצריך שתהא ניכרת וידוע שבא על ידי מעשה הקונה וכמ"ש סמ"ע בס"ק ל"ב.

סימן ערה

סעי' א' זכה ויש להסתפק גר שמת והיה לו איזה דבר בשותפות עם ישראל ובא אחר והחזיק באותו דבר אם זכה להיות שותף בו דדלמא כיון שהישראל שותפו של הגר היה לו תפיסת יד באותו דבר מיד שמת הנר זכה בכולו עכ"ל שעמ"ש ולע"ד יש לפשטו מב"ק דף מ"ט ע"ב משכונו של גר ביד ישראל ומת הגר המלוה קנה כנגד מעותיו וזה שהחזיק בו קנה השאר וכן הוא לעיל סימן ע"ב סל"ט ומדאמר דקנה נגד מעותיו משמע דיש לו קנין בגופו ואין המחזיק יכול לסלקו בזוזי וכן כתב להדיא המאירי באס"ז לב"ק שם הרי אף דמלוה קנה מיד עם מיתת הגר בגוף המשכון כנגד מעותיו טרם שהחזיק האחר לא קנה כולו.

סעי' י"ג אמה אחת או יותר כנגד הפתח ובסמ"ע דלא כנגד הפתח לא סגי באמה על אמה עכ"ל ותמוה דבש"ע כתב או יותר ומ"מ כתב כנגד הפתח ובלח"ם תמה כן על הה"מ ובא"ח סימן תק"ס כתב ומשייר אמה על אמה כנגד הפתח וכ"ה ברמב"ם פ"ה מתענית הי"ב ובפ"ב מזכיה ה"ג כתב יש דברים שאם החזיק הלוקח לא קנה ובנכסי גר קנה כגון אמה או יתר כנגד הפתח ויל"ד מכדי חד דינא וחד טעמא הם למה כאן כתב או יתר ולא כתב אמה על אמה כמו בתענית ובא"ח גם קשה אם סגי באמה כ"ש יותר ונראה דבמג"א סימן תרמ"ח סק"ג הביא מרדב"ז שדקדק מלשון רמב"ם שכתב כאיסר או יותר דתיבת יותר מיותר דקמ"ל דאם אינו עגול צריך יותר מאיסר דאין האורך או הריבוע מצטרפים לשיעור איסר וצריך תוכו כאיסר ואז הוי יותר מאיסר עם הריבוע או האורך ומנ"א כתב די"ל דקמ"ל דאף ביתר כשר בשאר ימים עיי"ש במחה"ש ולמג"א י"ל דה"נ נקט יתר דלוקח גם ביתר לא קנה וע"כ בא"ח לא כתב או יותר ומ"מ שאר השינוים קשה ולרדב"ז א"ש הכל דנקט או יתר דאם עשה ציור ארוך וקטין לא מצטרף וצריך אמה באורך ורוחב

ופרמ"ג בא"ח שם כתב ג"כ דמסתבר דצריך דוקא מרובע אע"א ולפמ"ש מוכרח מכאן וכאן דאם הציור כך הוא המדה אורך שתי אמות א"א לקצרו ומוכרח להרחיב עד אמה ע"כ יהא יותר כיון דברצותו מצייר ומאריך משא"כ בא"ח דע"כ משייר בלא סיד וא"ל סגי באריך וקטין ודאי לא ישייר באורך ג"כ רק אמה ע"כ לא כתב או יותר וכיון דלא כתב שם או יותר ביאר אמה על אמה דצריך מרובע משא"כ כאן דנלמד זה מתיבת או יותר לכן צריך כנגד הפתח דמה שארוך יותר מאמה כנטול דמי כיון דאינו מרובע וברוחב רק אמה אבל כשהוא יותר באורך ורוחב מועיל אף שאינו נגד הפתח וא"ש דברי הה"מ שכתב על דברי הרמב"ם דשלא כנגד הפתח טפי מאמה בעי דהיינו באורך ורוחב כמו דמיירי הא דאמה כנגד הפתח במרובע והסמ"ע ביאר יותר דלא סגי באע"א לומר דצריך יותר באורך ורוחב לכן לא כתב דלא סני באמה כלשון הש"ע דלא נזכר אע"א רק כונתו דלא סגי ברובע דאע"א דאף דכתב הש"ע דגם ביותר צריך כנגד הפתח היינו דהיותר אינו מרובע ולא נשאר ריבוע רק אע"א ולפ"ז מוכח מרמב"ם וש"ע והה"מ וסמ"ע כרדב"ז **סעי' כ"א** שבנה ע"י פועלים לשון הרא"ש שבטור ע"י פועלים שהם לא כיוונו לקנות וכו' אבל אם בנה בעצמו וכו' משל הגר הרי קנאם בהגבהת העצים והאבנים עכ"ל וקשה לפמ"ש נתיבות בסימן פק"ח דהגבהת פועלים אפילו לא כיוונו לקנות מועיל לבעה"ב דיד פועל כיד בעה"ב והוי כמוגבה מכחו עיי"ש ונראה דמיירי דלא הקדים להן שכר דסתם שכירות לבסוף ואזי עדיין אין יד פועל כיד בעה"ב וכמ"ש סימן רנ"ט ס"ז עיי"ש אבל ל"ל דעושין בחנם דאטו בשופטני עסקינן וכל כה"ג ה"ל לפרש.

סעי' כ"ד ואין דעתו לקנות ז"ל קצו"ח ונראה דאם עשה שליח לגדור ולבנות בנכסי גר כדי לקנותו אף דהשליח לא ידע שהם נכסי הגר וכסבור שהוא של המשלח קנה המשלח כיון דשלוחו כמותו והרי המשלח נתכוין לקנות וכן משמע בשט"מ פ"ק דב"מ ד"י אר"י הממל"ח ק"ח וא"ת משנתינו דאמר תנה לי ולא אמר זכה לי הקשו בתוס' הא כל האומר תנו כאומר זכו והרא"ש תירץ דהכא ל"ה תן כזכו שהרי הרכוב אינו רוצה שידע המהלך שהיא מציאה שלא חכה בו לעצמו אלא רוצה שיהא סבור שממנו נפל ואומר תן לי דבר זה ול"ה בדעתו לזכות הלכך אם אחר שהגביהו הרגיש ואמר אף שהגבתי' לצורכך אני רוצה לזכות בה זכה עכ"ל ומבואר אף דלא ידע המהלך שהיא מציאה אפ"ה קנה חברו אם אמר לו הגבה לי דבר זה והשליח לא ידע שהיא מציאה וכן משמע בתוס' פ"ק דמציאה ד"י שכתבו דאם השומר א"י שהיא גנוב קונה משלחו להתחייב באחריות עכ"ל קצו"ח ויל"ע דהא ר"נ ור"ח ס"ל בב"מ שם החממל"ח לק"ח דהוי תופס לב"ח במקום שחב לאחרים ור"י ס"ל דק"ח והקשו תוס' הא הוי תופס לב"ח ותרצו דשאני מציאה דמגו

אי בעי זכה לנפשו וא"כ י"ל תינח אי ידע המגביה דהוא מציאה ובידו לזכות לעצמו לא הוי חב לאחריני דאם לא יועיל שיזכה בו חברו יכוין לזכות לעצמו משא"כ כשא"י ל"ש זה.

ומ"ש ראי' מהשט"מ י"ל דלכאורה קשה למה חשבוהו ר"נ ור"ח חב לאחריני הא א"ל יקנה חברו יקנה המגביה בעצמו לדעת מהרי"ט דידו קונה לו שלא מדעתו וא"כ מה נ"מ לאחריני כיון דבין כך ובין כך לא יהא שלהם עוד וגם תוס' מה הקשו לר"י וצ"ל לפמ"ש תוס' בפחז"ה דף נ"ד בד"ה אדעתא דיד או חצר קונה של"מ היינו שא"י אם הוא בחצרו ואם סי' יודע הי' רוצה לקנות אבל אם יודע ואינו מתכוין לקנות לא קני וא"כ ה"נ הרי יודע המגביה ואינו מתכוין לקנות אבל אם כסבור שאינו אבדה כלל אף דיודע שהוא בידו הוי כא"י דלהכי לא מתכוין לקנות משום דכסבור שהיא של הרוכב וכ"כ במח"א הלכות משיכה ס"ה וא"כ שפיר כתב השט"מ דא"ל ידע המגבי' שהיא מציאה ונתכוין הרוכב לקנות קני אף דל"ש מגו מ"מ ל"ה חב לאחריני דמגבי' קונה בלא כונה ותוס' הוצרכו לטעם מגו בזכה לי דיודע המגבי' וא"כ כ"ז במגבי' די"ל ידו קונה שלא בכונה משום רשותו כחצרו כמ"ש תוס' בב"ב שם אבל שלח שליח לקנות ע"י גדר ונעל דאינו קונה בלא כונה דעודר בנכסי הגר וכסבור שלו ל"ק כמבואר כאן וא"כ תינח כשיודע השליח שהוא נכסי הגר י"ל מגו דזכי לנפשו וגם ממ"ש תוס' גבי גנב אין ראי' דהתם ל"ה חב לאחריני במה שיקנה להתחייב באחריות ונה"מ הקשה מלעיל סעי' כ"א דאם פועלים לא כיוונו לקנות לא קנה ונ"ל כיון דדעת הרמ"ה דגם בונה בעצמו לא קנה העצים והלבנים משום דלא נתכוין לקנותם רק ע"י בנין נהי דהרא"ש פליג בזה דאזיל לטעמי' דהא דפ"ק דב"מ דאמר כיון דנפל עלי' ג"ד דבד"א לא ניחא לו דליקני לאו הלכתא וכמבואר בב"י לעיל סימן רס"ח כיון שעשה מעשה קנין בעצמו לא חיישינן לג"ד אבל ע"י פועלים ודאי אם מיכוין לקנות ע"י הגבהתם אהני לו כונתו להיותן שלוחין דידי' אבל כשאין כונתו לקנות עתה ע"י פעולתם לא מכוין כלל שיהיו שלוחים שלו ושיהא עשייתם כעשייתו דהא רוצה לקנות אח"כ מהפקר בעצמו או ע"י בנין שלהם ועכ"פ בשעת הגבהה אינו מיכוין שיהא הגבהתם כהגבי' בעצמו וכה"ג כתוב בר"ן פרק מי שאחזו דאף דתנאי שאינו כתנאי בני גד ל"מ לבטל מעשה שעשה בעצמו אבל מתנה בהדי שליח כל תנאי מהני בו לפי שאינו נעשה שלוחו אלא במה שנראה מתוך גלוי דבריו עיי"ש באמצע ד"ה אתקין שמואל ולפמ"ש בח"ר פ"ק דחולין די"ב בשם ר"י דעומד ע"ג חש"ו ומכוין אהני כונתו כאלו הם כיונו וא"כ ה"נ אם הפועלים עושים ובעליהם

מכונים לקנות אלא דצריך שיעמדו ע"ג שיהא מוכיח בשעת מעשה ועסמ"ע ס"ק ל"ב ולפ"ז ל"ק קושית נה"מ דמשכחת דאינו עע"ג.

הלכות נחלות סימן ערח

סעי' ד' פרה מושכרת כתב תוס' רי"ד פי"נ קכ"ג ע"ב אפילו השכירה האב לזמן ומת תו"ז גם רבי מודה דשכירות שאחר מיתת האב חולקין בשוה וכן נתעברה הפרה אחר מותו או אילני וטעני פירי

סעי' ז' במשכון בש"ת מהר"ם מינץ סימן ס"ו כתב במשכון של גר שהלוה עליו ברבית אם לא זקפה הרבית בקרן או אפילו זקפו עם הקרן ולא עבר הזמן בחיי האב חשוב ראוי אבל אם זקף הרבית לקרן והגיע ז"פ בחיי אב נוטל פ"ש עיי"ש והיינו לדעת המחבר כאן.

דלא מטיא זימני' ובטור כתב והרשב"א כתב הא דלא שקיל באתרא דמסלקי היינו באתרא דמסלקי מיד אבל בסתם המקומות דסתם משכנתא שתא הוי כמכר לעולם אף לאח"ז וכשפודה חשוב כחוזר ולוקח וכ"ש באתרא דלא מסלקי אפילו אחר שהגיע זמנו עכ"ל וצריך טעם כיון דהשתא מצי לסלקו מה יועיל מה שמכבר ל"ה יכול לסלקו ונראה עפימ"ש תוס' בפא"נ דף עי"ן ע"ב בד"ה ואי לא משכח לבהמה תפיס לולד ה"ל יד נכרי באמצע דהא דבהמת ארנונא חייבת בבכורה כיון דמצי לסלוקי בזוזי משום דהבהמת של ישראל מתחלה וכיון דמצי לסלוקי בזוזי לא יצאה מרשות ישראל אבל הכא דמתחלה הבהמה של נכרי כ"ז שי"ל לנכרי כח זה דא"ל יהיב לו זוזי תפיס לבהמה לא יצאה מרשותו ולא נסתלק לגמרי עיי"ש וה"נ כיון דבשעה דלא מסלקי הוי כמכור למלוה לכן גם אח"כ לא יצא מרשותו במה דיכול לסלוקי בזוזי כיון דא"ל יתן לו זוזי תפיס למשכנתא.

סעי' י' ולא לפרוע בטור כתב הר"י וכו' והרשב"א כתב על דבריו אפשר שלא אמר רי לר"פ דאמר פריעת ב"ח מצוה וכופין אותו בשוטים כי אמר לא בעינא למיעבד מצוה אבל לדידן אין כופין בשוטים אלא בהורדת נכסים עכ"ל ובגד"ת שע"ס תמה על רשב"א וטור דסותרין עצמן דהכא פסקו דאין כופין היתומים והיא סברת רמב"ם פי"א דמלוה והה"מ כתב עליו דרשב"א חולק וס"ל דמטלטלי' דאביהן מצוה וכופין עיי"ש בגד"ת המה גם על הב"י שלא הרגיש ולק"מ דכשאינו רוצה לפרוע וגם אינו מניח לירד לנכסיו בקרקע כופין בשוטים וכן במטלטלי דיתמי לדין הש"ס דלא משתעבדי ובעצמן אין רוצין לפרוע ודאי לרשב"א כופין בשוטין אבל מניח לירד לנכסיו ולשומן רק בעצמן אינן רוצין להטפל בזה פליג על הר"י הלוי דס"ל דכופין ורשב"א לא ס"ל כן כיון דאפשר לירד לנכסיו גם

ללוה גופא אין כופין שיטפל לפרוע החוב ולזה הסכים הטור שפיר לרשב"א ועיין בכל המקומות שהביא הגד"ת ותראה שכן הוא ועיין לעיל סימן ק"א ס"ב וס"ח.

כפי חלק הפשיטות ואם עולה נגד כל החוב גובה ממנו כיון דא"י לגבות עתה מהקטנים עליות דר"י באס"ז פי"נ דף קכ"ד וזה דלא כמ"ש בש"ע לעיל סימן ק"י ס"א ועיי"ש שעמ"ש.

שאם רוצה לחזור עסמ"ע סס"ק כ"ו הקשה למה לא הביא תחלת דברי ראב"ד דגם בפשיטות יכול לסלק נפשו ותירץ משום דמסתבר להמחבר דהבן במקום מוריש כסברת ר"י הלוי והוא סברא קמייתא דכתב המחבר וק"ל א"כ למה אמר המחבר ונ"מ שאם שאר היורשים קטנים הא אף בגדולים נ"מ דבחלק בכורה י"ל איני נוטל ואין כופין אותו בשוטים להטפל ולפרוע החוב העולה על חלק בכורה אבל על חלק הפשוט כופין אותו בשוטים להטפל ולמכור ולפרוע אע"ה אדרבה ס"ל כרשב"א וראב"ד לפיכך לא הוצרך להביא דברי ראב"ד בזה ותימא על הסמ"ע דסותר ד"ע דבמרישה ודרישה כתב דגם הר"י הלוי לא אמר דכופין להטפל ולמכור ולפרוע רק לר"פ ולא לדידן דאפילו לוה גופא א"צ להטפל וכן מבואר לעיל סימן ק"א ס"ב וס"ח וג"ז ל"ב דהא הר"י הלוי קאי על הברייתא ואיך יפרש אותה אליבא דאמורא דלא קי"ל כותי' ונראה דלא קאמר רק דחל על היורש חיוב המוריש ובגונא דהמוריש הי' צריך להטפל וכגון דב"ד א"י איזה קרקעות של המוריש או דיש מערער ויורש יכול לסלקו

ונ"ל דגם בחלק הבכורה אינו רשאי לכתחלה לומר איני נוטל ואיני פורע מדלא תני בברייתא ורשאי לומר איני נוטל ואיני נותן רק ואם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי משמע דוקא דיעבד אין כופין אותו וה"ט דמצות כיבוד איכא ל"מ לרשב"א דמצוה על היתומים לפרוע אף שלא הניח להם אביהם כלום אלא אף לש"פ דבכה"ג לאו מצוה ומשום דאינם חייבים בכיבוד משלהם וכמבואר בב"י לעיל ריש סימן ק"ז אבל כאן דאינו מפסיד רק רוצה להרויח לאחיו הקטנים ודאי מצות כיבוד עליו ואפשר יש בו ג"כ משום השבת אבדה שלא יתעלם מלהציל את המלוה מהפסד.

אינו יכול בתוס' שם בד"ה ואם אמר איני נוטל ואיני נותן רשאי אור"י דנ"מ אם היתומין קטנים וכו' אבל חלק הפשיטות לא יכול למחול ולסלק עצמו באמירה בעלמא א"ל ע"י קנין עכ"ל משמע דע"י קנין יכול ולא נזקק והקטנים וזהו דלא כהסמ"ע סימן ק"י סקי"א אלא כש"ך שם סקי"ב דיורש גדול שנתן חלקו להקטנים אין מורידין בע"ח של אביהם לנכסי והאחרונים הסכימו לסמ"ע וכן משמע פשט לשון המחבר שם ודוחק לומר דכונת התוס' בשלמא חלק בכורה סגי בסלוק משום דלא זכה הבכור עדיין ונשאר להקטנים

מעיקרא לכן אין נזקקין להם משא"כ בחלק הפשיטות דכבר זכה הבכור וצריך קנין כדי ליתן לקטנים לכן גובין גם אח"כ דאין משמעות לשון התוס' כן אלא דכל החילוק בין חלק פשיטות לחלק בכורה רק אי סגי באמירה בלא קנין דאל"כ הל"ל אבל חלק פשיטות אפילו נתן בקנין גובין מהם.

סימן רפ

סעי' ב' חולק אם שמעון בשוה הא דנוטל אם השתות בעין ולא אמרינן קם דינא דלא קם דינא רק כשבא להוציא מת"י הזוכה בתוס' רי"ד פי"נ דף קל"ה וכ"כ נה"מ.

עוד כתב נתיבות הא דנאמן ראובן לומר על לוי שזה אחי הא כל יורש צריך עדים משום דליבא יורש אחר ובא אחד ואמר אני היורש נאמן וכדמוכח בפחז"ת דף ל"ג גבי ר"א ב"א לפי גרסת התוס' ובאמת לפי מ"ש בחידושי רמב"ן שם לא מוכח כלום עיי"ש ובריב"ש סימן מ"ז באחד שמת והי' לו פקדון ביד אחר ובא אחד ואמר אני קרובו הראוי לירש השיב דאפילו ודאי ידוע שהוא קרוב צריך ראי' שאין קרוב יותר ממנו דיש לב"ד לחוש לכל מה שאפשר שלא יצא מת"י דבר שאינו מתוקן כדאמרינן בפרק המפקיד דף ל"ט ע"ב בעובדא דסבתא דלמא שכיבא סבתא אף שלא הי' לנו לחוש לזה דהניחו זקן או חולה נתנו בחזקת שהוא קיים אלא שכיון שבא הדבר לידי ב"ד והם הנזקקין לדבר יש להם לחוש לכל מה דאפשר עיי"ש והוא דלא בנתיבות ואף דבמ"ש הריב"ש אף דנודע שהוא קרוב צריך ראי' שאין קרוב יותר ממנו חולק עליו הרא"ש וכמ"ש במבי"ט ח"ב סימן פ"ז וב"י לקמן סימן רפ"ד ובהג"ה שם ריש הסימן מ"מ כשלא נודע שהוא קרוב לא מצינו חולק ול"ל דריב"ש נמי לא קאמר רק כיון שהוא פקדון ביד אחר דבזה גם לנתיבות כן הוא כנראה ממ"ש בסימן קמ"ו ס"ט דהא מוכיח מהאי סבתא דלא הי' פקדון גם לפי טעמו דהב"ד יש לחוש ה"נ באינו פקדון דמיד שמת מוטל על הב"ד להזדקק אך בסימן רנ"ג סכ"ט דשכ"מ שאמר נכסי לטובי' ובא אחר ששמו טובי' ואמר אני הוא נוטלן ואפילו יש טובי' אחר שראוי להסתפק בו אין ממתינן לו וכתב הסמ"ע שם משום דמרתת שמא יבא אחר ויברר שהשכ"מ נתכוין עליו א"כ ה"נ כשבא אחד ואמר אני הקרוב הראוי לירש וראי' שהביא הריב"ש מהאי סבתא אינו ראי' לפמ"ש תוס' שם עיי"ש ועוד חזקת חיים אינו מבררת דאינו מסברא משא"כ טעם דמרתת וכיון דודאי אינו של הנפקד סמכינן אטעם דמרתת וכמו דלא מחלקינן בסימן רנ"ג בין הנכסים ת"י אחר א"ל ול"ל הטעם כאן משום דתחלה הפסיד לעצמו ונתן מחלקו ללוי וכמו דאמרינן בגיטין מתוך שנאמן להפסיד שכרו שא"ה דליכא חשש קנוניא משא"כ כאן הא לא הי' נאמן נגד

שאר אחיו וע"כ משום חשש קנוניא ולפ"ז אפילו לא נתן תחלה חלק ללוי נאמן לומר שהוא יורשו ואפילו הנכסים ת"י נפקד אם לא נודע לנו משום קרוב אחר דאזי הוי אידך ודאי יורש וזה ספק וטעם דמרתת אינו ראי' ברורה להוציא וכמו שכתבתי בסימן קמ"ו ומוכח כן לעיל סימן קל"ז ס"ב ונראה דריב"ש לטעמי' דבאס"ז כתובות פרק הכותב דף פ"ה ע"ב בד"ה אר"י הרי בא טובי' ז"ל פירש ואפילו יש בעיר טובי' אחר יש לנו ליתנם לזה שהוא תובעם ראשון כיון שאין האחר תובע ואין לנו לחוש שמא יתבעם אחר ואחד מחכמי הצרפתים ז"ל כתב דאפילו יתבעם האחר קודם שנפסק הדין כיון שלא פירש הנותן למי ינתנו לטובי' שבא ראשון דסתמא דמלתא כיון שלא פירש על התובע ראשון נתכוין ריב"ש ז"ל עכ"ל וא"כ אין ראי' משם כיון דסתמא לתובע ראשון נתכוין ואפילו למ"ש בתחלה אין ראי' ומשום דהאחר מאותו עיר וי"ל דמיירי שממש ישנו בעיר וכיון שלא בא וכמו בשותפין כששותפו בעיר ולא בא לדין לתבוע בע"ד כשתבעו שותף השני דלעיל סימן קע"ו סכ"ה ועכצל"ב דאל"כ מה זה טעם כיון שאין האחר תובע אם לא הי' בעיר מלפני הצוואה עדיין אבל הרא"ש שם לא כתב כ"ז רק כתב אפילו יש טובי' אחר שראוי להסתפק בו לא נטרינן דאמרינן זה שבא תחלה ודאי ידע שהיתה דעתו קרובה אליו ונתנה לו לכך מיהר לבא עכ"ל הרי לא כתב שיש טובי' בעיר ומשמע אפילו יש בעיר אחרת שראוי להסתפק בו וע"כ הטעם משום דמרתת וכמ"ש הסמ"ע וכן סתם בש"ע סימן רכ"ג ועיין לעיל ס"ס רס"ב בהג"ה ובטו"ז שם ואפשר גם הריב"ש לא אמר רק כשאינו אומר ברי בעצמו שהוא קרוב רק בא מכח עד אחד ששמע מהמת שהוא קרוב ומצד שאר הוכחות מחמת שכינוי משפחתו ומשפחת המת שוים כמבואר שם ובהכי י"ל מיירי גם כן הרמ"א לקמן סימן רפ"ד דאין מורידין קרוב לירושה עפ"י ע"א שאינו טוען בעצמו ברי דבע"ד עצמו טוען ברי הוי בו"ש ואין כאן הוצאת ממון מחזקתו לאפוקי ע"א הוי כמנה לאחר בידך דגרע כדאיתא בב"ב דף קל"ה ע"ב ותהיא דסימן רנ"ג ל"ל דכיון אפילו יבא גם הטובי' אחר הי' בדין שודא לכן עתה סמכינן אסברא דמרתת כיון דשודא הוא ג"כ לפי נטיית הסברא ואפילו למאן דס"ל שודא אינו לפי הסברא מ"מ כשיש איזה סברא ודאי אזלינן בתרה כמו ת"ח ושכן ושיתברר בירור גמור על טובי' אחר לא חיישינן כיון שהמלוה לא פירש דא"כ מה זה רתותא מרתת וגם סמ"ע כתב דמרתה שיבא אחר ויברר וא"כ אזי לא יהא שודא ומ"מ סמכינן עכשיו אטעם מרתת.

סימן רפא

סעי' ב' דבריו קיימין בנתיבות הוכיח דא"י להנחיל בנכסים הבאין לאחר כך מדאמרינן בפי"נ דף קכ"ז ע"ב דצריך יכיר לנכסים שיפלו לו כשהוא גוסס דא"כ תפשוט דבריא א"י להנחיל דאל"כ ל"צ יכיר דיש לו מגו דאי בעי הי' מנחיל אותו פ"ש וא"ל דלא מהני כשמנחיל אותו דשמא השני הוא בכור ולא יכול למעט חלק בכורתו דהא לרבנן מיירי בצריך היכרא ואין השני יכול לבטל אותו בלא עדים ואי יביא עדים שהוא בכור גם הכרת אביו לא יועיל את"ד ויש לדחות דהא קשה מה פריך הש"ס דאי בעי יהיב לו במתנה הא מה דע"א א"נ כתבו רשב"ץ ופנ"י משום דאומר בדדמי וכתב הנתיבות בסימן נ"ו דמה"ט גם מנו ל"מ דהוי מגו בדדמי וצ"ל דמגו דבידו לעשות בהיתר עדיף דלמה יאמר שקר מספק אם לא ברירא לו בודאי מוטב יעשה בהיתר ודאי ולא יעייל נפשו לספיקא וא"כ ל"ל מגו להנחילו פ"ש דשמא השני בכור ואינו יכול למעט חלק בכורתו ואי דשני לא יוכל לבטל אותו בלא עדים מ"מ הוא אינו עושה בהיתר אך לרמב"ן דכתב דמ"ע להכיר הבכור א"כ רמיא עליו למידק אלא דבלא"ה הקשה בקצו"ח כאן א"כ מה פריך לרבנן יכיר למה לי הא צריך למ"ע ונראה דס"ל לרמב"ן דלרבנן ע"כ ל"ל דהוי מצוה המוטל על האב דא"כ יהא נאמן כמו נאמן הדיין לומר לזה חייבתי ונאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי כ"ז שמקחו בידו ומשום דרמיא עליו לדייק כמו שפרש"י הובא בסמ"ע לעיל ריש סימן רכ"ב ומדלא מחלקינן שם בין קרוב לאחר ש"מ גם קרוב נאמן מה"ט וכן כ"מ דע"א נאמן גם קרוב נאמן וע"כ פריך לרבנן יכיר ל"ל אבל לר' יודא באמת אמרינן קרא כפשטי' דהוי מ"ע ומה"ט הימני' התורה כיון דרמיא עליו לדייק ולפ"ז מתורץ ג"כ קושית קצו"ח בסימן רע"ט דמה פריך רק לרבנן הא גם לר"י דמהימן אף במוחזק שאינו בכור מ"מ ליהמן במגו דבידו ליתן לו דמועיל גם נגד חזקה כמ"ש הר"ן עיי"ש ולפמ"ש א"ש דלר"י צריך יכיר למ"ע ומה"ט נאמן גם בנכסים שנפלו כשהוא גוסס או לפסול ע"י הכרת בנו הקטן לבכור את בנו הגדול משום דמ"ע מוטל עליו ורמיא עליו לדייק והא דנאמן לומר על בנו שהוא בן גרושה י"ל לפמ"ש תוס' שם דבירושלמי יליף לה מן בן השנואה יכיר שהיא שנואה בנשואיה א"כ כיון דכתיב יכיר זה נמי בכלל המצוה ומוטל עליו להכירנו לאחרים ובזה א"ש מה דאמר יכיר יכירנו לאחרים מכאן אר"י נאמן וכו' דמנל דשמא מיירי בצריך הכירא וכרבנן אלא דס"ל דיכירנו לאחרים חובה א"כ רמיא עליו לדייק.

סעי' ז' סמ"ע סק"ט פלוני בני לא יירש אלא כו"כ ובני השני יירש כו"כ דבלשון ירושה אין דבריו קיימין עכ"ל וברמ"א לעיל ס"ג כתב דכה"ג דבריו קיימין ונראה דהג"ה זאת לא

הי' לפני הסמ"ע וכן נראה מדבריו לעיל סק"ה וכן נראה מדברי הע"ש שלא הי' הג"ה זאת לפניו ומ"מ האמת כדברי הג"ה עיי"ש בנתיבות ומפורש בה"ה פ"ו מהלכות נחלות ה"ב. **ש"ך** סק"ה הביא מהמבי"ט ויש שם ט"ס בש"ך וכצ"ל אמר בית זה יהי' לפלוני בני ומה שנתתי לבני בכורי בחיי יהי' לו בחלק הבכורה דמהני ומבואר שם משום דיהי' הוי לשון מתנה וכמו שהביאו הש"ך לעיל סימן רנ"ג סק"ב ונתיבות מחמת שלא ראה במבי"ט כתב מ"ש.

סימן רפב

ומדת חסידות שלא להעיד מדלא קאמר דמדת חסידות נמי סלא לקבל משמע דוקא עד שאינו מרויח וכ"נ מוכח מהירושלמי פי"נ ה"ו אהא דתנן הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו אין רוח חכמים נוחה המינו אמר ר' בא בר ממל עליו הוא אומר ותהי עונותם על עצמותם כהדא חד ב"ר אפקיד גבי ר' בא בר ממל א"ל אין הויין בנויי דהניי' הב לון פלגא וסב פלגא אתון בנויי ונסבון פלגא בהר יומין אתון מיעור עיטי' אמר לון לא אמר לי אביכון אלא אי הוין בניי דהניי' הב לון פלגא הבו לי מה דיהבית לכון עכ"ל ויל"ד מאי כהדא דלכאורה מעשה לסתור וגם אם כונת ר"ב ב"מ להוסיף חומר עמ"ש במשנה איך יחלוק על משנה לכן נ"ל דכונתו דאין למנוע מלקבל כדי לסלק העון מן המלוה ולכן אמר כהדא דר' בא ב"ח עשה בעצמו כן והכי משמע בבבלי פי"נ דף קל"ג ע"ב בעובדא דיב"ע ורשב"ם שם פירש דיש בזה מצוה לקד"ה וז"ל הש"ס מעשה באדם אחד שלא היו בניו נוהגין כשורה עמד וכתב נכסיו ליב"ע מכר שליש והקדיש שליש והחזיר לבניו שליש בא עליו שמאי במקלו א"ל אם אתה יכול להוציא מה שמכרתי והקדשתי אתה יכול להוציא מה שהחזרתי ופירשב"ם דשמאי סבר דודאי לא נתן לו רק ע"מ שלא יהנו בניו וכיון שעבר והחזיר להם בטלה המתנה ומלקד"ה שלא יהנו בניו וצריך להוציא מבניו וא"ל יב"ע דכיון דא"י ליתן לבניו אין מתנה לחצאין וגם המכירה והקדש אינו מועיל דכל מתנה שאינה לגמרי של המקבל לעשות בה מה שירצה אינה מתנה והוא תמוה כמ"ש רמב"ן דכי א"י להתנות שלא יתן לבניו ונ"ל דס"ד דיב"ע דשמאי סבר דמה שהחזיר לבניו הוכיח סע"ת דמעולם לא נתכוין לזכות באותו שליש לעצמו וכדאיתא בחולין דל"ט ב' וכיון דלאו שלו הוא מלקד"ה ותפס עליו יב"ע דא"כ גם המכירה והקדש בטל כיון דבטל השטר במקצת אין שטר לחצאין כדלעיל סימן ק"ץ סט"ז בהג"ה ומבואר באס"ז דלא ערער שמאי על המכירה והקדש וא"כ ע"כ מודה דל"א הוכיח סע"ת ויב"ע זכה מתחלה לעצמו בכל ממילא יכול ליתן משלו לבני הנותן וליכא בזה משום מלקד"ה ואמר שמאי

הטיח עלי יב"ע דטעמי רק משום גזרה אטו מעשה דבית חורין וכמ"ש רמב"ן דיש גורסין מעיקרא סבר גזרינן משום מעשה דבית חורין ה"נ י"ל לגרסא שלנו והוא סבר משום מעשה דבית חורין וגם אם מה שכתב כל נכסיו ליב"ע תי' מצוה מחמת מיתת דאזי אין השטר עושה הקנין מ"מ לפי דעה ראשונה שבטור לעיל סימן רפ"א ס"ה ובמחבר ס"ו כיון שבטל צוואתו במקצת בטלה כולו ועיין טו"ז יו"ד סימן רכ"ט סק"א ובא"ע סימן מ"א ס"ג בחמ"ח וב"ש.

סימן רפג

סעי' ב' שלחו יד וכו' בחת"ס חחו"מ סי' קנ"ד הקשה אי אפקרנהו רבנן לנכסי' א"כ ביד מי שהם בשעת המרת הדת זכה בהם אפילו לא אתכוין לשם תפיסה ככל הפקר שהוא ביד מי שהוא זכה בו אי איכוין שיהא שלו וא"צ לזה שום תביעה ושליחות יד כדמוכח בתוס' ב"ק דס"ו ד"ה כיון עיי"ש שתירץ משום דאינו רק ספק הפקר צריך שישלח יד כדי שיהא תפיסה ואינו מובן כיון דספק הפקר הוא א"כ ממילא מוחזק ותפוס בו הנפקד דאם הוא הפקר אינו פקדון שיהא ברשות מפקיד ולע"ד נהי דהפקירו לא עדיף מהפקרא דרחמנא דראה ויתר גוים דגם התם יש האי ק"ו אם גופו עיין רמב"ם פ"ח מהלכות מלכים ה"י וא"כ כמו בממון עע"ז כתב נתיבות לעיל סימן ע"ב סמ"א ס"ק נ"ב דכ"ז שהישראל לא גילה דעתו שגזלו לא נעשת שלו דכשלא גזלו הוא של עכו"ם עיי"ש ה"נ כשגזלו דוקא זכה בו וכ"ז שלא גזלו הוא של המומר ובלא שליחות יד או שתבעו ולא רצה להחזיר לא נעשה גזלן עלי' עיין לקמן סימן רל"ב ס"ד וריש סימן רל"ד וראי' לסברת הנתיבות מתוס' בפרק השוכר את הפועל דף ע"א בד"ה שקולו זוזי דהקשה ר"ת כיון דמעות אינן קונות מה מועיל שלוקחין המעות תחלה מ"מ לאחר שנגע הנכרי ביין נעשה יי"נ והמעות הן דמי יי"נ עיי"ש ואי ס"ד דבלא גילה דעתו לגזלו כיון שבא המעות לידו זוכה בו הישראל בחנם מהפקר א"כ לא הוי דמי יי"נ משא"כ אם יקחו המעות אחר שנתנסך היין הרי גונב מהעכו"ם ואסור כדאיתא בסימן שמ"ח וליכא למימר דגם הפקעת הלואתו אסור משום ח"ה דהא העכו"ם סובר דבעד היין הוא ול"ל כיון דלולא היין הי' אסור לעכב המעות משום ח"ה א"כ מגיע לו הנאה מהיין דא"כ לא א"ש תירץ תהיה שהביא ב"י ביו"ד סימן קל"ב על קושיא של תוס' עיי"ש ומדלא כתבו תוס' וטוי"ד שיכיון הישראל לזכות בהמעות בחנם ונדחקו באופן דל"ש שיתרצה הגוי ש"מ דאינו מועיל.

סימן רפד

סעי' א' ול"ח שמא יש קרוב יותר ממנו כ"ז שלא יודעין וזהו דלא כריב"ש וברמב"ן על ב"ב דף ל"ג בד"ה וההוא גברא מוכח דס"ל כהריב"ש ומה שהקשה רשב"ץ על הריב"ש מש"ס דב"ב שם לפי פירש הרמב"ן לק"מ ועמ"ש לעיל סימן ר"פ.

ולא מורידין קרוב לירושה ע"פ ע"א ריב"ש סמ"ו וכתב הש"ך הכי איתא להדיא בש"ס כתובות דף ק"ז ובאמת שתי עניינים הם דריב"ש קאמר דע"א א"נ להעיד שזה קרוב ובש"ס איתא דבניו אין נוחלין ע"י ע"א שמעיד שמת אביהם נגד חזקת חיים והנכסים בחזקת האב היו עד עתה ומסתימת רמ"א משמע אפילו הקרוב בעצמו טוען ברי אני קרוב וגם ליכא קרוב אחר לפנינו וכן בריב"ש לא הי' קרוב אחר לפנינו וצ"ע מה יענו הריב"ש ורמ"א לראיות הנתיבות בסימן ר"פ מהך דב"ב דף קל"ה ובתוס' רי"ד שם כתב דמיירי דהאח השלישי מעיד על ראובן ג"כ שהוא אחיו ומה דאמר בב"ב שם דכמנה לאחר בידך הוא לאו משום דלוי אינו טוען ברי אלא משום דברי של לוי אינו יפה כי שמעון לא ה"ל למידע רק ע"י ברי של ראובן המסייעו ס"ד לדמותו לבו"ש היכא דה"ל למידע ומשני דמ"מ ברי של ראובן ל"ח ברי משום דכוונה לאחר בידך אך ברשב"ם שם מבואר דלוי אח השלישי בעצמו מסופק וגם סתימת הפוסקים לעיל סימן ר"פ הכי משמע ואפשר נהי דא"א להאמינו כשאומר זה אחי שיתנו לו האחים חלק אף דגם הוא נותן לו חלק ומשום דא"כ יעשה קנוניא אבל אחר דהדין דשאר אחים א"צ ליתן חלק תו ליכא חשש קנוניא וא"כ לא מבעיא כשיש ירושה ונתן חלק ללוי דנתחזק לאחיו אלא אפילו בלא זה הרי נתחזק לאחיו כל ימי חייו לענין עדות דקרוב פסול וכה"ג ולפיכך כשמת לוי נוטל חלק וכמ"ש רמב"ם פט"ז דסנהדרין דאיסור יוחזק בעד אחד כשאכלו אח"כ לוקה שהוא חלב ועיין ריב"ש סימן קפ"ב שכ"כ לענין עדות אשה וקרוב דאחוה דמיתנא הוא דבשעת מעשה אין נאמנין רק אם העיד מקודם הוחזק לאח עיי"ש.

סימן רפה

סעי' ב' בהג"ה פירות נוטל הכל ורש"י בב"מ דף ל"ט פירש בלא שמעו שמת לאו אדעתא דכולא נחית אלא ליטול כאריס בכל שנה ושאר פירות יהיו מונחים ותוס' הקשו עליו מהא דפריך התם מברייתא דוהיו נשיהם וגומר דאין מניחים בניהם לירד לנכסי אביהן לישני דאין מניחים לירד ולאכול וגם אמאי דמשני לירד ולמכור אין מניחין פריך דומיא דנשיהם קתני דכלל לא ודאי דאין להם יותר מאריס נכרי לכן הכריחו דנוטל הכל ולפע"ד לרש"י ג"כ דוקא בשבוי ונטוש דבחזקת חי הוא אבל בכעין הברייתא דמבואר באדר"נ

פרק ל"ח כגון כרך ביתר שלא נותר בה כל נשמה ולא נשאר מי שיעיד על מיתתם ומבואר בגיטין דף כ"ח ע"ב דעיר שכבשוה כרקום אין להם חזקת חיים בכה"ג גם רש"י מודה דאין מוחין בו מלאכול הכל.

עוי"ל דרש"י התם כתב בשמעו שמת יאכל הכל דאדעתא דהכל נחית דכסבור כבר מת והראשונים כתבו דתק"ח הוא כדי שלא יפסיד הנכסים וכה"ג כתב הראב"ד לענין לא שמעו שמת דיאכל הכל שלא נקניטו עיי"ש באס"ז וא"כ י"ל רש"י ס"ל בלא שמעו שמת מדינא אין לו לאכול הכל כיון דלא נחית אדעתא דיאכל הכל רק כדי שלא יפסיד הנכסים יש לו לאכול הכל מתקנה אך כיון דמדינא אין לו רק מתק"ח מחמת דלפעמים יש לשבוי תועלת בזה אף דאפשר לא ניחא לו וכ"ש כשבא וצווח ע"כ צריך ב"ד דהיפקרן הפקר ובאלו מציאות דף ל"ב קאמר אם יש שם ב"ד מתנה בפניהם פרש"י דאין להפקיר ממון זה אצל זה בלא ב"ד שלשה וכן בפא"נ דף עי"ן גבי זוזי דיתמי דיהבינן להו בב"ד פרש"י בפני ב"ד שיש להם כח להפקיר וע"כ הברייתא שם דתניא בירד מעצמו בלא ב"ד פרש"י דאין לו רק כאריס ולעיל מיני' פריך שפיר דיורידוהו ב"ד ויאכל הכל אף דבדף מ"ם פרש"י אם של"ב נחית גם כאריס אין לו הלא מבואר שם באס"ז דלא פרש"י כן לעיקר רק לסניף והעיקר אצלו מה שכתב שם ועוד דקאמר ר"ח אף דבמאי דנוטל כאריס הוא ג"כ רק מתקנה כדמסיק בש"ס היינו דאם לא יטול כאריס יש יותר חשש דיפסיד הנכסים וודאי ניחא לבעלים בהכי משא"כ אחר דנוטל כאריס אפשר אפילו לא היו נותנין לו יותר הי' מסתפק בזה ולא היו בעלים באין לפסידא לכן צריך ב"ד להפקיר ממון זה אצל זה כמו באלו מציאות שם דאין נותנין לו יותר מכפועל בלא התנה לפני ב"ד ומשום דאפשר בלא"ה לא יבאו בעלים לפסידא דיסתפק זה בשכר כפועל.

ומה שהקשו תוס' דמאי פריך מהמוציא הוצאות על נכסי אשתו לעד"נ מלשון רש"י שכתב הא ל"ד תירוצא הוא הא דנכסי שבויין להא דאשתו קטנה דמי ולא כתב נטושין משום דס"ל דקושית הש"ס קאי על שמעו בו שמת דאוכל הכל ומ"מ אח"כ נוטל כאריס דקאמר מה דאשבח מבעיא וכן פירש באס"ז וע"ז משני דדמי לנכסי אשתו קטנה דתק"ח אף דירד בלא ב"ד שיטול שבח הנשאר בעין כאריס כדי שלא יפסידם כשירד מעצמו מיראתו שלא יטול הכל מידו.

סימן רפו

סעי' ג' אין שומעין לו בטו"ז הקשה דבנדוניא דבת אמרינן בא"ע סימן קי"ג דהולכין אחר נשואי הבת ראשונה שהשיא בחייו ותירץ דשא"ה דמתק"ח יש לבת עישור נכסי א"כ

מה שנתן בחייו גלי דעתי' שזה הוא במקום עישור נכסים ומסתמא גם לשני' יתן כן אבל מה שנתן לבנו רק מתנה הוא לא דרך חיוב וא"כ אפסר דלבן זה אין רצונו ליתן מתנה את"ד ודוחק ונלע"ד לפמ"ש הרא"ש בתשובה והיא לעיל בהג"ה ס"ס רפ"א דאומדנא לא מועיל רק לבטל מעשה לא לעשות מעשה חיוב ולמעקר נחלה עיי"ש סמ"ע וטו"ז ה"נ לבניו אף דאומדנא שכך רצה ליתן לבל בן מ"מ אין כאן שום קנין שיועיל לעקור נחלת שאר בנים משא"כ בבנות החיוב עשו חכמים ליתן נדן לכל בת רק צריך אומדנא כמה דרכו של זה ליתן נדן וממילא חל החיוב מתק"ח כמו עישור כנסי' כשליכא אומדנא דהטילו חכז"ל על הבנים ליתן נדן לבנות מנכסי האב.

הג"ה ששידך בנו כתב מהרשד"ם סימן של"ג פסק לבתו נדן ונתחייב בקנין ליתן לזמן הנשואין ומת האב לפני הנשואין פטורים היורשים דממונו נכנס לרשותם והן אין מחויבים וכמ"ש הרמב"ם פ"ה משותפין והובא בטוח"מ סימן קע"ו מת אחד מהשותפים תוך זמן השותפות נתבטל כל השותפות שכבר יצא הממון ליד יורשין וכזה הורו הגאונים וכ"כ הרא"ש הרי שממון זה הי' מחויב מצד בעל ראשון לעמוד בשותפות עד זמן שקצבו ולפי שמת בעל הממון אנו אומרין שיצא ממון זה מידו ונכנס ברשות היורשין ולאו עלייהו מוטל עוד לקיים השותפות ה"נ נאמר כ"ש כיון שלא נתן עדיין לבת אלו הנכסים שנאמר שהוא לא נתחייב אלא שיתנם הוא לזמן הנשואין אבל כיון שמת קודם הנשואין יצאו אלו הנכסים ובאו לרשותן והן אין מחויבים כלל וחולקין בשוה את"ד וזה דלא כמהרי"ו שבסמ"ע כאן וסק"ד ורמ"א ואחרונים בא"ע סימן נ"א פסקו כמהרי"ו ותמהתי איך נסתייע מהרשד"ם מהרא"ש הנ"ל וברא"ש פרק אעפ"י ס"א כתב דיכול להתחייב כתובה לאשתו אף דאין לו עכשיו גובה לכשתאלמן דהחיוב על גופו הרי דיורשין חייבין אף שהם לא נתחייבו וראייתו מהרמב"ם אינו ראי' דבשלמא בשותפים גוף המעות ליורשים אמרינן דלא שיעבד ממון היורשים דמה לו לשעבד ממונם ושמא אין דעתם נוחה בשותפות זה ובזה יתיישב מ"ש הסמ"ע בסימן קע"ו סי"ט וסק"נ דיורשים י"ל אבינו נשתתף עמך ואנו אין דעתינו נוחה הימנך והרי ברמב"ם כתב משום דכבר יצא הממון ליד היורשים ולפמ"ש טעם אחד הוא אבל בחיוב גמור ונכסיו ערבין דכשלא פרע חל החיוב על הנכסים לגמרי וממון זה לא ירשו היורשים כלל דאם חייב האב מנה ונשאר אלף זהובים לא ירשו רק אלף פחות מנה ומה להם אצל ממון שלא יירשו כלל יהא נוחה להם או לא וכן בהשכיר או השאיל ומת תו"ז אין היורשים יכולים להוציא ומשום דשכירות ליומו ממכר וקנוי עד סוף הזמן וכמ"ש הסמ"ע בסימן שמ"א סק"ו לענין מת השואל ועיין נתיבות לעיל סימן סמך ס"ו סק"י ג"כ דלא כמהרשד"ם ועיין ב"מ

פרק השואל דף ק"א ע"ב פשיטא זבנה או אורתי' א"ל לא עדיפת מגברא דאתית מני' ולמה לא נאמר שכבר יצא הבית ליד יורש אע"כ דלא נאמר זה רק בשותפות מטעם הנ"ל ואפשר לומר ט"א דבשני השותפים מתעסקים ודאי לא שעבדו ממונם רק כ"ז שגוף בעלי הממון משתעבד וכמו שכתבתי בסימן קע"ו סט"ו מהנ"י ואם רק אחד מתעסק ושני בעל הממון הנה זה שיעבד גופו לטרוח ונגד זה שיעבד זה ממונו להניח בשותפות וכמו דאם מת המקבל ודאי א"א לכוף הבנים שיטרחו בגופם דהאב א"י לשעבד גופם והוא פשוט ומבואר במבי"ט ח"ב סימן קס"ב הובא במ"ש לעיל סימן קע"ו סי"ט ה"נ לא שיעבד הנותן בניו להניח ממונם בשותפות דזה ברגלו וזה בפריטי ועיין ב"ח כאן שכתב כה"ג דצריך שיהא הדין שוה וכה"ג כתב בתשובת הרשב"א סימן תתקי"ג הובא בב"י לעיל סימן קע"א סל"ג דה"נ אם יורשי מקבל יכולין לבטל השותפות ויורשי נותן לא יוכלו לבטל לקתה מדה"ד והמבי"ט שם כתב שני אחים יש להם בית ועלי' ודירת הבית שוה יותר והתנו שאחד ידור בבית שתי שנים ושני בעלי' ואח"כ ידור השני בבית שתי שנים ואידך בעלי' ובתוך השתי שנים מת זה שהי' יושב בהבית וישבה אלמנותו ובני' עד כלות הזמן ועתה בא אידך לכנס להבית עד שתי שנים ופסק דנתבטלה הפשרה אחר מות האחד שהרי לא הקנה ולא מחל אחד לחברו שום חלק מחלקו בבתים לשנאמר כי אין ליורשים ולבאים מכחו אלא מה שהי' לו אלא תנאי אחד עשו ביניהם בענין הדירה וגם שלא הי' מתנים הי' הדין כך לדור לזמנים ועוד דהוי כשותפים דאם מת אחד בטלה השותפות אפילו התנו לזמן ידוע את"ד וזה אינו דכיון דזה תחלה דר בבית בתנאי שנגד זמן דיכתו בבית ידור השני ג"כ בבית הרי נתחייב בתורת שכירות שהשני השכיר לו חלקו בהבית בעד מה שידור הוא בחלק הראשון נ"כ זמן כזה וא"כ בית זה מושכר לשני בכלות שתי השנים שדר הראשון לסידור הוא ג"כ שתי שנים וכמו אם שניהם בחיים הי' ראשון מוכרח להניח לשני לדור בו אחר השתי שנים כן יורשיו לא עדיפו מיני' וכמבואר בהשואל דף ק"א ע"ב פשיטא זבנה או אורתה א"ל לא עדיפת מגברא דאתית מיני' ומה שבא עלה המבי"ט מטעם דהוי כשותפים שמת אחד אינו ומטעם שכתבתי לעיל.

סימן רפז

סעי' ג' שמין לו כאריס הקשה סמ"ע מ"ש משבוי ששמעו בו שמת וירד הקרוב בנכסיו ובא השבוי דאין נוטל כלום בשבח כדלעיל רפ"ה ס"ב ולפמ"ש בחידושי ר"נ ובאס"ז בהמפקיד דף ל"ט הא דיורד לנכסי שבוי מה שקדם ואכל אכל תק"ח הוא לפי שחששו שמא יפסידם שאעפ"י ששמעו בו שמת כיון שלא באו עדים על הדבר לא סמכי' דעתי'

לגמרי עיי"ש א"כ כאן שלא ידע שיש לו אח כלל לא שייך טעם זה ומחשבין עמו על מה שאכל וע"כ בשלמא בנכסי שבוי דמה שאכל אכל דינו כמוציא על נכסי אשתו גדולה דאין שמין לו כאריס ומשום דמה שאכל אכל וסמ"ע הוכרח לדחוק לתרץ קושייתו באו"א מחמת דכתב לעיל ס"ק י"ד דמה שאכל כבר אין מוציאין מידו דכיון דלא ידע בו שיניחם אינו מחויב לשלם מה שאינו בעין ובבאר הגולה כאן סק"ס כתב ג"כ דמה שאכל כבר אין מוציאין מידו כיון שאינו בעין סמ"ע ומבואר במ"ש סימן רפ"ה ס"ה בשם הכ"מ דהיינו בנכסי שבוי מה שקדם ואכל אכל ואינו ראי' משם וכמ"ש.

סימן רפט

סעי' א' סמ"ע סק"ה בדבר דשייך בו גוד או אגוד דה"ל כמו מכירה ואין האפטרופסין רשאין למכור חלקן וט"ז הקשה מסימן ר"צ סי"ג דב"ד יכולין למכור וכתב ט"א ובנמ"י פרק אלמנה לכ"ג כתב כסמ"ע וי"ל קו' טו"ז דכיון דאין אפטרופסין רשאין למכור אין לב"ד ליתן להן רשות כיון דמיירי כאן לטובת הגדולים ובסימן ר"צ הב"ד מרשין לתועלת הקטנים וכ"כ נמ"י שם דלתועלת הקטנים יכולין לחלוק בגא"א.

הלכות אפטרופס סימן רצ

סעי' י"ב ש"ך סקט"ז דהלוה עצמו עשאו שליש בד"ג כ"ז כתב אפטרופס אם נאמן להעיד ליתומים בחו"מ סימן ר"צ בש"ך כתב אפילו ידוע שהוא מעות יתומים א"נ אם לא עשאו הלוה שליש ובשו"ת שבו"י ח"ב סימן קע"א בעובדא שהלוה אבי יתומים לאחר על משכון ואחר מותו טוען הלוה שפרעו בחייו ופסק דאפטרופס נאמן להעיד ויש לתמוה שלא הביא דברי הש"ך עכ"ל ול"ד דהש"ך לא אמר רק דליהמן יותר מעד אחד הוא דוקא כשעשאו שליש ומשום דהמשכון אינו ת"י יתמי ואינם טוענים ברי לא סגי להו בע"א ועיין נתיבות אבל בע"א דעלמא איך יעלה על הדעת שלא להאמינו כשלא עשהו שליש ובשבויי מבואר דלא מהימן רק כעד אחד לפטור היתומים משבועה.

אינו נוגע בדבר בש"ך ס"ק כ"ב ז"ל בתשובת מהרי"ט סל"ג דמגו דהחזרתי לאפטרופס לא אמרינן עכ"ל ועיינתי שם דהאלמנה טענה על קצת מנכסי בעלה שנתן לה במתנה וכתב דאינה נאמנת במגו דהחזרתי לאפטרופסין אף דל"ה בני עדות לגבה דנוגעים בעדותן שהרי הם צריכין לישבע מ"מ אחר שנשבעין אין נוגעין רק פסולין מגזה"כ דהרא"ש בתשובה כלל ס"ו כתב דאין נאמן במגו שהי' יכול להכחיש עדים פסולים וה"נ א"נ במגו שהיתה מכחשת שני אפטרופסין שנתמנו עפ"י ב"ד דא"ל דקי"ל לב"ד דכשרים

הם ל"ה מוקמו להו אנכסי יתמי ועוד הא היתה צריכה לישבע שהחזירה להם ולמחר מעידים עלי' שנשבעת לשקר ותפסל משבועה עיי"ש הרי רק בשני אפטרופסין החליט דלא אמרינן מגו דהחזרתי להם וצ"ל דב"ד מינם באופן שלא יתעסקו רק ביחד דאל"ה י"ל שהחזירה לאחד ומ"מ ג"ז צ"ע דמה שהביא מתשובת הרא"ש כבר צווחו עליו ועיין בנתיבות בכ"מ דהרא"ש לא קאמר רק כשחתמו הפסולים על שטר והוציאו קול גם מ"ש דאינו מגו משום דיכולין לפסלה לדעת ריב"ם שבתוס' פחז"ה דף ל"ד בד"ה הוי ל"ל כן ותוס' הכריחו שם כריב"ם ואח"כ מצאתי בתומים בכ"מ שנתעורר כן על כנה"ג שהביא ג"כ מהמהרי"ט כתש"ך עיי"ש ס"ק ל"ח.

סעי' כ' אפטרופס בשו"ת רמ"א סכ"ז כתב באפטרופסים שמינם אבי היתומים אם פשע אחד אין האחרים ערבים אפילו את"ל דשנים שקבלו פקדון ביחד ערבים זב"ז שאני אפטרופס דיש לחוש דממנע ולא ירצה להיות אפטרופס כמו דפטור משבועה כשמינהו אבי היתומים והנחלת שבעה סל"ט הביאו ובשו"ת ארח לצדיק חחו"מ ס"י חולק דרק משום שבועה ממנע ולא משום תשלומין כמ"ש הפוסקים דמה"ט חייב בפשיעה וזה אינו דאדרבה שבועה קיל מממון דמגו לא אמרינן לאפטורי משבועה רק לאפטורי מממון ועוד אם ירצה לשלם מה שחושדין אותו לא יוכרח לישבע אע"כ משום דשבועה בחנם דיודע בעצמו האמת משא"כ תשלומין בדין משום שפשע ויכול ליזהר שלא יפשע וכמ"ש הר"ן בהנזקין שאומר בלבו אני אזהר מלפשוע ואין הפשיעה מצוי' וא"כ להתחייב בעד חברו דא"א ליזהר יותר ממנע מחמת תשלומין ומחמת השבועה ומ"ש הארח לצדיק דק"ו בשני אפטרופסין דאין הפשיעה מצוי' אדרבה קדרה דבי שותפי לא קרירא ולא חמימא כדאיתא פרק לא יחפור דף כ"ד ע"ב וכ"ש ערבות בעד חבירו דיש לחוש חבירו יוציא מחמת דחקו ואם עתה איש מהימן ועשיר מי יודע מה יולד יום הן בקדושיו לא יאמין ועניות שכיח ואסיק אדעתי' כדאיתא ביו"ד סימן רכ"ח סי"ב בהג"ה ומפרט דגם האי דינא דאפטרופס חייב בפשיעה הניח הש"ך כאן בצל"ע וא"כ אי פטור מפשיעה הרי גם משום תשלומין ממנע אף דבידו ואינה מצוי' כ"ש דממנע מחשש דיפשע חברו או יוציא דאם כל אחד בפ"ע ל"ש מ"מ חזי לאצטרופי ושכיח יותר.

ולא מיקרי פשיעה אלא אם נוטל זה בלא שבועה ואלו טען כהוגן היו נוטלים היתומים בלא שבועה ובשעמ"ש הקשה דמדלמד המהר"ם דחייב בפשיעה מההוא דבקרא ע"כ לאו משום דד"ג רק מדין שומר וא"כ אף שלפי טענת האפטרופס לא יטול שכנגדו רק בשבועת מ"מ יחויב האפטרופס שלא שמר הממון כראוי דהא דש"ח חייב בפשיעה לאו מדד"ג דלא ברי היזקא דכי משום שלא שמרו כדרך השומרים ודאי שיאבד אלא

שחייבו תורה משום שקיבל השמירה ולפיכך ה"פ ס"ל דשומר שטרות פטור מפשיעה אף דשורף שטרות חייב מדד"ג וה"נ יחויב מדין שומר וראי' הכותב מהא דאבימי דשליח חייב אף דהמלוה א"י לטעון סטראי רק בשבועה ועוד הרבה ראיות כהנה עיי"ש ולע"ד י"ל לפמ"ש הש"ך לקמן סימן שס"ג סק"ז דשומר שפשע ונעשה איסור הנאה וכה"ג השא"נ י"ל הש"ל וכ"כ המג"א סימן תמ"ג וא"כ ה"נ בשעה דאפטרופס טען וגרם חיוב ושיעבוד על הממון עדיין הוי היזק שאינו ניכר וי"ל הש"ל ואף שיחויב בעל הממון לשלם מ"מ טרם ששילם הוי רק היזק שא"נ ולכן אף שלא החזיר הממון לבעלים עדיין לא חל החיוב על האפטרופס דיכול להחזיר ואפטרופס לא נתחייב לשלם משלו וא"כ אף שבעצמו שילם לתובע אח"כ אז לא מתחייב על התשלומין דגם אלו החזיר לבעליו הי' צריך לשלם לכן מדין שומר א"א לחייבו משא"כ בהך דאבימי ואינך שהביא השעמ"ש דהפשיעה היתה על המעות שהוציא מת"י ונתן למלוה וזהו היזק ניכר ולא יכול לומר הש"ל דהא נתן המעות למלוה בשעה שלא הי' מחויב ליתנו ועל אותו מעשה מתחייב מדין שומר אף דמי יימר דמשתבע כיון דסוף סוף נשבע המלוה והפסיד המשלח אבל כשגרם האפטרופס שיטול אידך בלא שבועה ואלו טוען כמו שציוהו בעל הממון תי' פטור בלא שבועה אז ברי היזקא וחייב מדינא דגרמי כמו עדים שהעידו שקר וס"ל למהר"ם דמשום גרמי חייב אף בהיזק שא"נ כיון דסמך עליו וכמו באם אוביר ולא אעבוד וההוא דנתן זוזי אפרוותא דזולשפוט דחייב גם מניעת הריוח ומשום דסמך עליו וכמ"ש באס"ז ב"מ דף ע"ד הובא בנתיבות לקמן סימן ש"ו אך גרמי אינו רק אם ברי היזקא אז חייב מתקנה רק ה"א באפטרופס לפטור משום דממנע ולא עביד כדעת ה"פ לכן כתב מהר"ם דמוכח מההוא בקרא דחייב בפשיעה ולא חיישינן דממנע ועיין נ"צ סימן רצ"א כתב ג"כ היכא דסמך עליו חייב גם בהיזק שא"נ משום דד"ג אף דגם שומר דפטור בהיזק שא"נ דוקא כשהחזירו וכמ"ש מלחמות ס"פ שור שנגח דו"ה וכדמוכח במרובה הכא דאלו החזיר הי' מחויב בעל הממון לשלם א"כ רשות ביד הנפקד לשלם בעדו כדאיתא לעיל ס"ס ק"ה הרי דבזה יוצא ידי השבה וזהו חזרתו ועיין לקמן סימן שפ"ח סס"ד ובב"ק דף קי"ז דאם נאנס ליתן ממון חברו חייב ואם הראה ע"י אונס תחלה ואנסו האנוס ליתנו לו פטור אף דע"י שהראהו נאנס ליתנו והוא כעין שכתבתי ועוי"ל נהי דאפטרופס גרם בטענתו היזק לבעל הממון מ"מ אינו מבורר עדיין החיוב אם הוא על המטלטלין או על קרקעות ואדרבה עיקר שעבוד על הקרקעות ובזה אינו חייב מדין שומר וא"כ אף שפרע במטלטלין מ"מ בזה לא חידש לו היזק דגם אם הי' מחזיר לבעלים היו מחויבים לשלם והפיכו מטרתא ל"ל.

ועוד י"ל בשלמא כאן דגרם ההיזק רק בדיבור אינו חייב מדד"ג רק אם ברי היזקא משא"כ הך דאבימי דעשה מעשה דנתן ממון המשלח ליד המלוה דעל גרמי לא חייב רק אם ברי היזקא משא"כ היזק ע"י מעשה וכן מוכח במלחמות ר"פ אד"מ וא"כ אף דאח"כ פרע אפטרופס ועשה מעשה מ"מ אז כבר הי' החיוב מוטל על בעל הממון ועל נכסיו ולא הזיקו במעשה זה כלום ומה שהקשה השעמ"ש עמ"ש מהר"ם דאם לא הי' יכול ליטול רק ע"י שבועה וגרם בטענתו שגם בשבועה לא יטול דפטור דמי יימר דמשתבעת הא כתב הרמב"ם דע"א שהעיד שזינתה אחר קינוי וסתירה והוזם חייב לשלם כתובתה אף דלא היתה נוטלת כתובה רק ע"י שתיית מים המאררים ושבועה וכן שורף או מוחל שטר חייב אף דמלוה אינו נוטל מיורשים בלא שבועה עיי"ש עוד כמה קושית לע"ד לק"מ דשאני מתכוין להזיק מאינו מתכוין כגון הכא דאפטרופס לא כיון להזיק רק טעה דטענה זאת טובה יותר וזה מתבאר ברי"ף ומלחמות ר"פ אד"מ דלכן היכא דטעה הדיין בד"מ פטור משום דלא קם דינא לא ברי היזקא ולבי' אנסי' ולא נתכוין להזיק פטור מדד"ג משא"כ כשאינו דיין דהוי כנתכוין להזיק עיי"ש וכן הדין בשאר איסור דדבר שאינו מתכוין פטור וכשהוא פ"ר חייב לכן ה"נ כיון דטעה ולא נתכוין להזיק לא מחייב רק אם מיד ברי היזקא והוי כדיין דטעה בש"ה דקם דינא וברי היזקא מיד חייב מדד"ג משא"כ עד זומם ושורף שטר דמתכוין להזיק אף דלא ברי היזקא מיד דמי יימר דמשתבע מ"מ סוף סוף כשנשבע עכשיו הרי אתברר שגרם לו היזק ונתכוין להזיק חייב מדד"ג ובזה מתוקן נמי מה שהקשה השעמ"ש על מהר"ם שכתב שאם כדברי ראובן הי' נפטר בשבועה ולדברי אפטרופס שקיל האיך בלא שבועה פטור האפטרופס והא עדים שהעידו לחייב ממון ואח"כ אמרו שקר העדנו חייבים מדד"ג אף דבלא העדים לא נפטר בלא היסת עכ"פ דשאני בנתכוין להזיק ומה שהקשה מדן את הדין וחייב את הזכאי דמשמע אף דלא הי' נפטר הזכאי בלא שבועה מ"מ חייב הדיין ג"כ י"ל דאין ללמוד חומרא מהתם דהא בירושלמי ריש סנהדרין מבואר דקנסוהו משום שהגיס דעתו לדון יחידי וכ"כ הרא"ש ר"פ אד"מ דל"ה לו לדון יחידי כיון שאינו מומחה לכן יתקיים דינו וישלם מביתו ובפרק הנזקין דף נ"ג דמקנסא לא ילפינן.

סעי' כ"ו שלא יתנו לו עד זמן מרובה עיין מ"ש לעיל סימן רנ"ב ס"ב ועסמ"ע דאם בתו"ז זה שיעבד היתום נכסיו לאחר אינו כלום אפילו לאח"ז ונתיבות כתב דתמוה הרבה דבלשון אל תתנו א"י להפקיע ירושתו דהוה מתנה עמש"ב דתורה אמרה שירש תכף כשימות האב ובס"פ מציאת האשה מבואר דלולא דמלקן"ד ל"מ כשצוה אל תתנו בכל שבת רק שקל וא"כ בעינן דוקא הושלש לכך וגם בהושלש אם מכר מהני כמבואר בסימן

רנ"ב עיי"ש והנה זהו מהמיוחסת לרמב"ן ורמב"ן ס"ל בפ"ק דגיטין דף י"ג דמלקד"ה אף בלא הושלש וב"ד כופין לקיים וגם רשב"א הניח שם בצ"ע אם צריך דוקא הושלש ומה שהקשה דמ"מ אם מכר מהני י"ל דס"ל לרמב"ן דאי עבד ל"מ אף במצוה דרבנן וכדמוכח נמי בפרק האשה שנפלו דף פ"א ע"ב כיון דאמר רבנן לא תבן ואי עבר וזבין לאו זביני זבינא ואין להקשות דא"כ דגם מכירתו ל"מ איך אמרינן מלקד"ה הא הוי מתנה עמש"ב כיון דאינו יורש עתה כלום ובקצו"ח סימן רמ"ח כתב דמלקד"ה ל"ה עקירת ירושה דמ"מ הוא יורש ואם מכר מהני וא"כ לרמב"ן הק"ל זה אינו דנהי דלרמב"ן ל"מ מכירתו מ"מ יורש הוא מיד ושלו הוא רק מצוה עליו לקד"ה ונ"מ אם מכר לעכו"ם דליתא בחזרה או מטלטלין שהוציאן דפטור כיון דשלו הוא אף דצוה המוריש ליתנן לאחרים מ"מ לא זכה עדיין אידך ואינו רק גורם לממון ופטור כדלעיל סימן ק"ז ס"ד ובסמ"ע ס"ק ט"ו וכן כאן שצוה שלא יתנו לו עד זמן מרובה דמ"מ אם בא אחר והזיקן צריך לשלם ליורש דממונו הוא או ב"ח של יורש שתפס נפטר היורש מחובו וגם כשעושה צוואת המוריש מקיים מצוה בשלו ולו תהא צדקה וא"כ עכ"פ נ"מ לדידן בהושלש דל"מ מכירתו או מה ששיעבד דפליג רמב"ן על דעת הסוברים דמהני המכירה.

ומה שכתב הנתיבות במוסגר דמוכח מס"פ מציאת האשה דאף באמר אל תתנו ל"מ רק משום מלקד"ה דלא כש"ך סימן רפ"א סק"ו כשאמר לא יטול דהוא לשון מתנה יכול לעקור הירושה לע"ד לא מוכח כלל דהא מ"מ לית לממון זה בעלים אחרים וסוף סוף יהא של יורש זה למה אינן רשאין ליתן לו וע"כ משום מלקד"ה אך ל"צ כי משום מלקד"ה י"ל אעל"מ ועסמ"ע בסימן ר"ח שהביא מהגמ"ר דס"ל בנשבע שלא למכור אעל"מ וקשה איך כתב בהגמ"ר דב"ב במלקד"ה אם מכרו או נתנו לאחר אין למקבל טענה על הלוקח דלא זכה הראשון אף די"ל דיורשים שמכרו לאחר יכולין לחזור וגם ב"ד כופין אותם אם אפשר לכופם רק המקבל אין לו טענה על הלוקח ולא בע"ד דידי' הוא אך ברמ"א בסימן רנ"ב ורל"ה מבואר דמה שעשו עשוי וגם הסמ"ע לא ערער לומר אעל"מ ולע"ד זה גרע מאיסור שבדה הוא דזה לא בדו היורשים על עצמם רק מורישם צוה וחכמים ז"ל אמרו מלקד"ה והנה בהשו"ת לרמב"ן סימן קי"ח מבואר מה ששיעבד עצמו תוך כ"ה שנה אינו כלום אא"כ עשה ברשות האפטרופס וא"כ י"ל דל"ח מתנה עמש"ב כיון דקי"ל ריבה לאחד ומיעט לאחד מועיל מדכתיב ביום הנחילו את בניו כדאיתא בפי"נ דף ק"ל רק כשאמר לא יירש ל"מ דהוי מתנה עמש"ב ותינח אם פסק למלתי' דלא יירש כלל אבל אם אמר שעד אותו זמן יהא ת"י אפטרופס ותו"ז לא יוכל היורש לעשות שום דבר בלא רשות האפטרופס לאו ודאי עקר דהא אם יסכים האפטרופס באמת יוכל לשעבד

ולמכור ולאכול ומבואר בהזהב דף נ"א ע"ב היכא דלאו ודאי עקר ל"ח מתנה עמש"ב וא"כ בכה"ג יכול המוריש למעט זכות היורש וא"צ לבא לזה מכח מלקד"ה כלל ולכן אין זכות ליורש יותר מכפי מה שהנחילו אביו וכן משמע לשון רש"י ס"פ מציאת האשה שם ולא עשאן יורשים אלא בענין זה עוד שם נכסי לאו דיתמי ננהו כ"א לפי צוואתו אבל הר"ן ס"פ מציאת האשה דכתב דאם מכר היורש מהני אף דברשות האפטרופס יכול למכור כמבואר שם ולעיל בהג"ה סימן רל"ה ס"ב ס"ל דגם כה"ג אין המוריש יכול למעט זכותו של יורש דהוי מתנה עמש"ב ואזיל לשיטתו וכמו שכתבתי לדעת הר"ן לעיל סימן י"ד דאנן קי"ל כרב בע"מ שאין לך עלי אונאה דחשוב מתנה עמש"ב כיון דכל התנאי רק אם יהא אונאה חשוב ודאי עקר ה"נ כל התנאי רק אם לא יסכים האפטרופס שלא יוכל למכור והרי ודאי עקר כיון דיורש הוא מי ימחה בידו ועיין ב"ש סימן קי"ח ס"ק ט"ז בשם רשב"ץ.

הלכות פקדון סימן רצא

סעי' א' ש"ח ראובן הי' לו חוב אצל גוי שלשה זהובים ושמעון ת"ל ארבע זהובים חוב אצל הגוי ונתן להם משכון והניחו שמעון אצל ראובן ופשע בשמירתו ונגנב ומוכרחין לשלם מה ששוה יותר על החוב צריך ראובן לשלם כולו וגם הארבע זהובים לשמעון אבל הרבית א"צ לשלם מה שהי' שמעון נוטל מהגוי אם הי' המשכון קיים דל"ח מוחזק וא"ל פשע ראובן משלמין להגוי בשוה אף דלשמעון י"ל יותר במשכון זה ואם הי' המשכון הי' נוטל רבית יותר מראובן מ"מ כיון דהחיוב על גופם שלא שמרו כראוי חייבים בשוה שו"ת מהר"ם מינץ סכ"ט וכנלע"ד אם ראובן נוטל שכר שמירה משמעון חייב לשלם לשמעון גם הרבית דפועל חייב גם במניעת הריוח עיין סימן קפ"ג ס"א וסימן ש"ו ס"ג ודוקא כשפשע בשמירה ומטעם גרמי ותקנה עיי"ש אבל כשלא פשע אף דש"ש חייב בגו"א היינו על מה שמשך אבל הרבית דל"ח מוחזק לית בו משיכה.

סעי' ד' הדין עם שמעון מהרי"ק כתב דל"מ דנפטר מהפסד שנתגלגל מחמת חיוב המכס אלא אפילו מהפסד שנתגלגל שלא מחמת חיוב המכס דאף מה שאינו מחויב במכס צריך להודיע ולא הודיע מ"מ פטור דקבלת השמירה הי' בטעות כשאלו בחזקת תם ונמצא מועד דמצי למימר אריא לא קבילת עלי ופטור אף מח"נ ודחה השעמ"ש ראייתו דהתם י"ל אלו תם הי' אפשר לא הי' מזיק משא"כ כאן דקנס שבא מחמת שלא הודיע מין סחורה שהוא מוליך הי' אף אם לא הי' פורעין מזה מכס תדע דבדינר זהב וא"ל שהוא כסף חייב לשלם כסף ולא של זהב די"ל נטירותא דזהב לא קבילת עלי ולא אמרינן דקבלת השמירה

הי' בטעות ואף של כסף לא ישלם את"ד ולא עיין יפה במהרי"ק שטען השליח שאלמלא אמר לו ראובן שאינו פורע מכס לא הי' מטפל בספר ההוא כלל להוליכו עמו דידוע דבסחורה המחוייבת מכס יש טורח מרובה וסכנת עלילת יותר משאינה מחוייבת מכס עיי"ש וא"כ ודאי מוטעה על כל השמירה דאפילו הי' מתרצה משלח שלא יקבל השליח עליו חיוב רק כמו מסחורה שאין משלמין מכס מ"מ לא הי' מקבל עליו אלו ידע דצריך לפרוע מכס כיון שיש טורח מרובה בפרעון המכס וסכנת עלילות בגוף ומה יועיל לו מה שיפטר מלהחזיר הקנס למשלחו דמ"מ יסוכן בגופו ואם ישלם המכס יש טורח מרובה משא"כ בדינר של זהב אם הי' יודע שהוא זהב והי' מתרצה המפקיד בקבלת אחריות כסף הי' מקבל עליו השומר נטירא דחד טרחא לכסף וזהב וזהו שכתב רמ"א שאין רצונו לטרוח בדבר המכס.

אך ראיית מהרי"ק לכאורה יפה דחה השעמ"ש ונראה דמספק א"א לפטור השומר כמבואר בסמ"ע בסימן זה סק"י דכשאפשר לתלות א"ל פשע לא הי' נעשה האונס אף שתתלי' באונס הוא ענין רחוק תלינן בו וכן הוא במהרי"ק שורש ט"ו אף דאפשר דההיזק לא בא מחמת פשיעת השומר מ"מ חייב מספק אם אפשר בא מחמתו והוכיח כן מהש"ס בהא דשוכר את החמור להוליכה בהר ב"מ דף ע"ח והביאו ב"י לעיל סימן קע"ו וא"כ ה"נ אין לפטרו מספק לומר שמא לא הי' נגח אלו הי' תם אף שלא שמרתיו כיון די"ל אפשר גם אלו הי' תם הי' נגח והרי נגח עד עתה ג"כ עד שלא נעשה מועד ואלו שמרו לא הי' נגח א"כ חייב מספק שמא מחמת חסרון שמירתו בא הנזק דודאי אלו שמרו אף שמירה פחותה הי' פטור כיון שהוא מועד ואדרבה תם צריך שמירה מעולה כדלקמן סימן שצ"ו וא"כ ע"כ מיירי דלא שמרו אף שמירה פחותה וא"כ כיון דיש לתלות דמחמת שלא שמרו הי' נגח אף אלו הי' תם חייב מספק וא"כ עכצ"ל מה דמקשה לימא תורא שאילי אריא לא שאילי היינו דבשלמא כשכבר נעשה שומר חייב אף מספק אבל כאן י"ל אף שקבלתי עלי אחריות נזקו א"ל אשמרנו היינו משום דכסבור הייתי שהוא תם ולא יגח גם אם לא אשמרנו ואלמלי הייתי יודע שהוא נגח ועלול ליגח בלא שמירה לא הייתי שואלו מחשש שלא אבוא לפסידא כשלא אשמרנו ע"כ לא נעשה שומר כלל אף על חיוב ח"נ ה"נ בנידון מהרי"ק י"ל אלו הייתי יודע דפורעין מכס לא הייתי מקבל השמירה כלל מחמת חשש הפסד שעלול לבא ע"י המכס דכך לי הפסד ע"י המכס כהפסד ע"י שהשור נגח וכיון די"ל לא הייתי מקבלו כלל ממילא אינו שומר כלל ופטור אף מהיזק שהי' נעשה אף אם לא פורעין מכס כמו דפטור מהיזק שהי' נעשה אף כשלא הי' מועד משום דאינו שומר כלל.

סעי' ה' עד שימשוך כן גם דעת רשב"א אף בש"ש וכתב רמ"ה שבאס"ז ב"ק דף צ"ט ע"ב דגם אם הקדים השכר לש"ש אינו ברשותו לנטורי רק בטבח משתעבד לעשות הפעולה כשכיר ועיין מח"א פ"ז משומרים הביא מתשובת רשב"א סימן אלף קל"ד דראובן דאמר לשכנו שמור ביתי ומה שבתוכה ותשכיר חדר ממנו ותטול לך השכר והשכיר החדר דהוה ש"ש וכתב המח"א דמיירי דנטל כבר השכר דמתחייב בכסף שקיבל דכסף עביד קנין עיי"ש ולענ"ד אפילו לא נטל עדיין השכר מהחדר מ"מ משתעבד כמו תן מנה לפלוני ואתקדש לך דמקודשת מדין ערב כדאיתא בפ"ק דקדושין ולעיל סימן ק"צ ס"ג ה"נ מה שנהנה השוכר מהחדר של ראובן כאלו נהנה השומר דהא קיבל עליו השמירה בעד זה שנתן לו רשות להשכירו וברשותו השכירו ע"מ שלא יקבל בעה"ב שכר ואפילו לא נהכה השוכר עדיין רק נתקיים השכירות באחד מדרכי הקנין סגי דהוי כנתנו כשומר בעד שכר שמירה שידור בו והקנה לו באחד מדרכי הקנין כיון דמשכיר א"י לחזור הוי כהקדים לו השכירות ומשתעבד בהנאה זאת כמו בכסף וכמ"ש הנתיבות ריש סימן ש"ו וממילא הכא מה דחשוב הנאה לשוכר מבעה"ב כאלו נהנה השומר והרמ"ה לא ס"ל כהרשב"א דתקנו משיכה בשומרים דוקא משיכה ולא כסף כלקוחות וכ"ד תוס' רי"ד בפרק מרובה דף ע"ט כהרמ"ה ומח"א ונה"מ לא ראו דבריהם.

שמשיכה קונה הקשה בקצו"ח ל"ל קרא למעט שומרין בשטרות ת"ל דבשטרות משיכה ל"ק עד שיכתוב לו קני לך איהו וכל שעבודי' ובשומרין ל"ש כתיבה ולרמב"ם שומר שטר חייב בפשיעה והיכי משכחת קנין משיכה במקום שקונה גבי שטרות עיי"ש ונלע"ד דהא רמב"ם יליף לה בפירה"מ במרובה מהא דאמר שם דף ע"ט ובב"מ דף צ"ט כדרך שתקנו משיכה בלקיחות תקנו בשומרים הרי מן התורה א"צ משיכה ואפשר משום דמהימן לו ובהנאה דנפיק עליו קלא דאינש מהימנא נער ומשעבד נפשו וזה עומד במקום קנין כדאיתא בב"מ דף צ"ד לענין מתנה ש"ח להיות כשואל רק תק"ח בשומרין כמו בלקוחות ואיתא בהג"ה פרק הזהב דהיכא דאין לו מה למשוך לד"ה מעות קונות וא"כ ה"נ בשטרות דבשומרין לא שייך כתיבת דקני לך ואין לו עה למשוך יותר מגוף השטר אוקמוה אד"ת וכן שכר פועל לשמור זרעים דחייב באחריות אף דלא עשה שום קנין משום דאין מה למשוך דא"י למשוך הזרעים טרם קצירה והוי כמו עובר דבהמה שבהג"ה ומתורץ קושית מח"א בהלכות שומרים ס"ז.

סעי' כ"ג שהחביאה עש"ך משום דא"ל החביאה אפילו הי' המעות של הבן הי' הבן מקפיד וא"כ הוי פשיעה לנגד הבן וחייבת לשלם ובהגהות אמ"ב הקשה למה לא יהא כבעליו עמו במלאכתו שהבן מחויב לעשות כרצון אביו ואמו ולע"ד כיון דיכול

לפטור עצמו שילך מהם ללמוד תורה כמבואר ביו"ד סימן ר"ם סי"ג ל"ח שאול לאו"א ולפמ"ש נתיבות בסימן שמ"ו סי"ב הא דכתב התם בשתלא דבני עיר דדוקא ביום שעוסק במלאכתם משום דכשהאחר צריך להשפלא הוי כשכיר לו לבד דהוברר דאותו שעה שאול לו לבד לכן אפילו כשאין אחר צריך לו לא נקרא משועבד להשואל כיון דאי הי' אחר צריך לו באותו שעה לאו משועבד לו כלל וטעם די"ח שם משום דגם בשעה שעוסק במלאכת אחר יש טובה לכולם שנעשה פנוי מעסקיו שיהא יכול לעסוק במלאכת השואל אח"כ ממילא סר כעוסק במלאכת כולם אף כשאינו עוסק רק במלאכת האחר לכן אף שאינו עוסק כלל במלאכה מ"מ כיון שמחויב לעסוק הוי לעולם עמו במלאכתו ועיי"ש וא"כ ה"נ הקב"ה ואו"א שותפין וכשעוסק במצות הקב"ה פטור מלעסוק בכיבוד או"א ואפילו א"ל אביו אל תחזיר אבדה אין לשמוע לו וכן כשאמר לו אביו השקני מים ויש לפניו לעשות מצוה עוברת יעסוק במצוה עיין ביו"ד סימן ר"ם סי"ב וא"כ כיון דאם הי' צריך לעשות מצות הקב"ה א"צ לשרת אביו ל"ח ומשיעבד לו אם אינו עוסק במלאכתו.

סעי' כ"ו שומר שמסר לשומר במב"ט ח"א שאלות השניות סכ"ג פסק בראובן שנתן לשמעון מטוה לארוג ושמעון נתנה ללוי אורג אחר של"מ ראובן ואחרי שארג לוי הבגד תובע ראובן משמעון כי הבגדים שארג הוא לו לא נכנס בהם כ"כ צמר כמו שנכנס עתה שנתנו לאורג אחר וטוען שמא לוי השאיר מן הצמר אצלו ואותך הייתי מאמין ולא ללוי דהדין עם ראובן אף דאין על שמעון שבועת שומרים מ"מ חייב היסת אף בשאר טענת ואף דטענת ראובן אינו ברי ודאי מ"מ סי' מגיע לשמעון חרם י"ל ללוי אינו מאמין את"ד ושעמ"ש תמה מאוד כיון שגוף הטענה אינה ברי האיך יש לחייבו משום שומר שמסר לשומר הא אף פשיעה גמורה אם המפקיד א"י כמה הי' הפקדון שוה פשיטא דא"י להוציא ממון בספק מאומד הדעת וכ"ש בשומר שמסר לשומר כה"ג שאינו חייב ש"ד וגם התובע טוען ספק עיי"ש ועיינתי במבי"ט דהאריך דשמעון חייב לשלם מחמת דלא מהימן לוי בקב"ח נגד ראובן וסיים דחייב לפרוע מה שאמרו שני אנשים בקיאים אם יוכלו לברר שנשאר צמר ביד לוי כיון שפשע שמעון שנתן הבגד ללוי בלא רשות ראובן והדברים סותרים בתכ"ד דאם מכח בירור עדים בקיאים חייב שמעון למה לו טעם דאת מהימן לי בקב"ח ולוי לא מהימן ובכל התשובה מבואר דבלא בירור ועדים חייב שמעון לשלם לכן נ"ל דיש חסרון איזה תיבות וכונתו דאם עדיין לא פרע ראובן השכירות יכול לעכב מהשכירות נגד חסרון הצמר שנראה לו לפי אומד דעתו אף דאינו רק טענת ספק ומשום דמבואר בהזהב דף נ"ח בהקדש נהי דשלומי לא משלמי אגרייהו מיהא

לפסיד פרש"י דע"מ לשמור נוטלין שכר שליחות והרי לא השלימו מלאכתן וא"כ ה"נ אם לא שמר שמעון כראוי והי' הפסד בצמר לא השלים מלאכתו ואין מגיע לו שכירות ומצאתי ראי' זו בנתיבות סימן ש"ה באומן לענין ש"ב ובסימן שס"ג לענין השא"נ דאף דאין חייבים על ההיזק מ"מ אין להם שכירות דאין שכירות משתלמות רק לבסוף אם השלים מלאכתו ושמר כראוי שלא הי' שום הפסד א"כ אף דאומדן דעתו של ראובן ל"מ להוציא מספק מ"מ מועיל לו לפטרו משכירות דשמעון א"י להוציא ממנו וע"כ אף שיהא הבגד ביד שמעון מ"מ כיון דטוען שמא לית לו מגו דלקוח וסוף סוף מוכרח להחזיר הבגד לראובן רק טענתן על הדמים חשוב שמעון מוציא וא"י להוציא מספק וכדאמרינן בב"מ דף ק"י ע"ב ביתמי אומרים אנו השבחנו וב"ח אומר אביכם השביח ארעא כיון דלגוביינא קיימא כמאן דגביא דמי ועל היתומים להביא ראי' ומבואר לעיל סימן קט"ו ס"ה אפילו ב"ח טוען שמא והבגד ביד לוי וא"א להוציא ממנו בלא השכירות כי יש לו מגו דלקוח וקבלת חרם שלו מהני נגד שמעון דהא האמינו בעצמו ומ"מ מגו של לוי ל"מ לשמעון כדמוכח בסימן נ"ח עיי"ש נתיבות סוף סק"א ושאמ"ש שם וא"כ מוכרח שמעון לעדות הבגד מלוי וליתן לו שכרו וא"י להשמט מראובן דראובן בע"ד דידי' ומוכרח להחזיר לו בגדו א"כ ממילא מוכרח שמעון לשלם מספק כפי מה שיש רגל"ד שנשאר צער ביד לוי וכ"ז עד כדי השכירות אבל על היתר משכירות או אם כבר פרע ראובן השכירות אין שמעון חייב רק ע"י בירור עדים בקיאין.

הג"ה לפני המפקיד ולא מיחה פטור מעשה באחד ששכר בע"ג להביא סחורה ושלח הבע"ג משרתו וידע השוכר ולא מיחה ונגנב הסחורה בדרך ופסקתי אף די"ל כשאין למשרת לשלם פטור הבע"ג מ"מ שכרו מפסיד דנהי דבלא מיחה פטור היינו דנכנס השני במקומו דראשון א"כ הוי כשכר את השני ומנכה לו השכירות דהא מה דפסק שכר לבע"ג הוא בעד שיביא סחורתו בשלימות ומה איכפת לו שהעמיד אחר במקומו דא"א לאחוז החבל בתרין ראשין דלענין השכירות יהא כהוליך הבע"ג הסחורה ולענין הגנבת אינו כן ואפילו כבר פרע מ"מ הרי לא השלים מלאכתו וכדמוכח בהזהב דף נ"ח דש"ש מפסיד שכרו אף היכי דפטור מגו"א בהקדש וכדומה א"כ ה"נ ע"מ כן פסק שכר לבע"ג שיביא לו הסחורה בשלימות ומצאתי ראי' לזה בשעמ"ש סימן ע"ב סק"י בביאורו דברי שער אפרים באם המלוה מסר המשכון לאחר וידע הלוה ונגנב דפטור מהחוב אף דפטור המלוה מלשלם המשכון כיון דידע הלוה מ"מ לענין החוב דהוי כפירש שא"ל יחזיר המשכון יפסיד החוב מה לו ללוה בזה שמוסרו המלוה לאחר מ"מ לא נתחייב לשלם חובו עד שיחזיר משכנו לידו עיי"ש וזה כדברי דה"נ לא נתחייב שכר לבע"ג עד שיביא

לו סחורתו בשלימות ובאס"ז בהזהב דף נ"ח ז"ל אגרייתו מיהת לפסדו דלהכי יהבו להו שכר דלנטרנהו מגו"א ואפילו קבלוהו מכבר יש להם להחזיר עיי"ש הרי בשליח עיקר השכר בעד טרחת הדרך לא בעד השמירה מ"מ אי נגנב אין לו שכר וה"נ אף דהשכירות בעד העגלה והסוסים מ"מ לא השלים מלאכתו.

אך לענ"ד המנהג דהאחריות מגו"א על בע"ג אף דשלח משרתו בידיעת שוכר וכיון דהמנהג כן הוי כהתנו כמבואר לעיל סימן מ"ב סט"ו וסימן ע"ב ס"ה וסימן ער"ב סט"ו וסימן שכ"ח ובשו"ת חת"ס חחו"מ סימן צ"ו דמה שהוא ממנהג הסוחרים אפילו הוא שלא כד"ת אין לשנות דמנהג תורה הוא כדאמרינן בב"ק קט"ז ואל ישנו ממנהג החמרים עיי"ש וא"כ אפילו עולה ההפסד יותר מהשכירות צריך הבע"ג לשלם.

ואם יש עדים ששמר השני כראוי בשבו"י ח"ג סימן קמ"ח כתב דאם נגנב משלם הש"ש לש"ח והש"ח פטור מלשלם לבעלים אף דאמרינן בשוכר שהשאיל ומתה כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו הכא שאני דנתן מכיסו שכר לש"ש לשמור שמירה מעולה יותר כדין ש"ש דאלים שמירתו גם ר"י מודה דזה מיקרי עושה סחורה בממונו דזה ודאי מקנה לו הפקדון והוא שלו ומה"ט פליג ר' יוחנן בהמפקיד דף ל"ז על ר"א ושמואל וס"ל דמודה ר"י בראשונה שכבר אמר הריני משלם דזוכה בהכפל דעושה סחורה בשלו וראי' מדתנן שם דף ל"ה השוכר פרה מחברו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה ופטור והשואל ישלם לשוכר ואמר ר"י כיצד הלה עושה סחורה בפרתו ש"ח והא שמואל ור"א ס"ל דר"י חולק אף בראשונה בש"ח שמשלם דאינו זוכה בהכפל וכיון דשני מתניתין הללו פלוגתא דת"ק ור"י למה קתני בסיפא דינו דוקא בשוכר ושואל ולא כללן בחדא בשו"ח א"ו בהא מודה ר"י את"ד מבואר מדבריו דעיקר ראייתו אליבא דמ"ד דחולק ר"י אף בראשונה דה"ל לכלול בחדא ועכצ"ל דש"ח שמסר לש"ש עדיף אף מש"ח שאמר הריני משלם ונמצא הגנב דלר"י הכפל לבעלים אבל כאן משלם לש"ח רק לר' יוחנן שוין ובתרוייהו מודה ר"י ובהכי א"ש לכ"ע למה נקטה המשנה פלוגתא דת"ק ור"י דוקא בשוכר ושואל ודבריו תמוהין חדא דאין שום סברא לחלק דהא כל חיובו דשואל משום דכל הנאה שלו בחנם והרי השוכר משלם בעד זה למשכיר א"כ הוי כנותן השוכר מכיסו לשואל ובעד זה מתחייב בשמירה מעולה לאונסין ומ"מ לר"י שואל משלם למשכיר וה"נ בש"ח שמסר לש"ש וראייתו אינה כלום דאדרבה יותר רבותא לר"י בשוכר ושואל דמתה כדרכה דמ"ה מ"ל הכא מ"ל התם ואלו היתה בבית שוכר ודאי ג"כ היתה מתה והי' פטור וכל חיובו דשואל משום דשוכר השאילה לו בחנם א"כ הוי כזה נהנה ע"י מעותיו וזה לא חסר ומ"מ פליג ר"י דכיצד הלה עושה סחורה ק"ו בש"ח שמסר לש"ש

ונגנב בבית ש"ש נהי דלא חשוב הש"ח פושע כיון שמסרה לבר דעת מ"מ בא ההפסד ע"י מסירתו לש"ש דשמא לא הי' נגנב מבית הש"ח ואפשר גם ת"ק ל"פ בהא ופנ"י שם נתעורר בקושית השבו"י ותרצה באו"א ועוד מבואר בתוס' פ"ק דב"ק דף י"א ע"ב בד"ה ל"מ ש"ח שמסר לש"ש ז"ל פירש דפטור אם נגנבה ומיהו ש"ש כי משלם משלם לבעלים כדאמרינן בהמפקיד דהלכה כר"י דאמר אין הלה עושה סחורה בפרתו ש"ח ואף דיש לדחות דתוס' קאי שם על ר"א והוא ס"ל דר"י חולק גם בכפל כשאמר הריני משלם אף דמוציא מכיסו ע"כ ה"נ בש"ח שפרע שכר לש"ש מ"מ הרי עיקר ראיית השבו"י אליבא דר"א דס"ל חולק ר"י אף בראשונה דה"ל לכללנהו א"ל מודה ר"י בש"ח שמסר לש"ש והרי בתוס' להיפך ועוד כיון דלמ"ד זה עכצ"ל הירץ אחר למה נקטה המשנה פלוגתא דר"י בשוכר ושואל ממילא אין ראי' גם לר' יוחנן ועוד באס"ז שם בב"ק מבואר בשם מהר"י כץ והרמ"ה ומאירי לפסק הלכה דש"ש משלם לבעלים לא להש"ח וכ"כ הישש"ש שם ס"ס ל"ב ופנ"י בפרק המפקיד דף ל"ו בד"ה בפרש"י ול"מ ומ"ש תוס' כן לר"י אף דכתבתי דאפשר גם ת"ק מודה בש"ח שמסר לש"ש היינו דלר"י פשיטא להו וכ"נ דעת הרמב"ם דבפ"א משכירות ה"ו כתב שומר שמסר לשומר אחר והוסיף בשמירתו ומתה ההנאה לבעלים כיצד השוכר פרה מחברו והשאילה לאחר וכו' וכן כל כיוצא בזה עכ"ל פתח בסתם שומר וסיים וכן כל כיוצא משמע דבא לומר בש"ח שמסר לש"ש ונגנב דל"ל דמסר לשואל דממ"נ אם שלא בידיעת הבעלים הוי שולח יד ואם בידיעתו ודאי הוי רק שליח הבעלים להשאיל וברור אלו ראה השבו"י כל הנהו פוסקים לכ"כ לכן אפילו קי"ל א"י לומר הש"ח אם תפס אח"כ יצא לאור הפ"ת ומצאתי מקצת ממה שכתבתי עיין בו סימן ש"ז.

סעי' כ"ז חייב אף בדברים עש"ך ס"ק מ"ט מתשובת רא"ש שנסתפק באם התנה ש"ח להיות חייב כש"ש וטוען שנאנס אם חייב שבועה ומשמע דפשיטא לי' דבגו"א ודאי חייב ולקמן סימן רצ"ו ס"ה הבאתי דספ"ד הוא.

סעי' כ"ח אם שאל השומר את הבעלים עטו"ז ועמ"ש לעיל סימן ע"ב ס"ג ולקמן סימן ש"ה ס"ו.

סימן רצב

סעי' ז' מותר לו להשתמש במרדכי ס"פ המפקיד ז"ל הנפקד אחר שנשתמש בהן נעשה שואל ואם הי' מלוה על המשכון לגוי לא מיקרי פושע דפשיטא דמפקיד אין לו בריוח כלל כדאמר מותרין ישתמש בהן ולא קאמר אם הרויח בהן חולקין והיכא שהלוה לגוי

באמנה פושע הוא ודמי להא דאמר גבי כיפי כל לא ידענא היכא איהנח פשיעתא הוא ומשום דאטרחוה לב"ד לא זכה במה דאייקר כיפי וה"נ אם כשחזר המפקיד ותבע מעותיו מן הנפקד אם קדם ושילם זכה הנפקד ברבית כדין שואל דכל הנאה שלו בדיבור בעלמא שאומר הריני משלם לא אקני לי' כפילה עכ"ל ואינו מובן מה שכתב דהוי פושע כיון דמותר להשתמש בהן וכשמשתמש הן באחריותו יכול לעשות בשלו מה שירצה ול"ל כיון דהוי כשואל להשתמש אם נפסד מחמת השתמשות יהא כמתה מחמת מלאכה דהא כתב הרי"ף ור"ש בשם רה"ג דהוי לוה וא"כ ודאי חייב ועוד הא לא נפסד המעות אדרבה פרע הגוי גם רבית ומה ענין זה לענין הרבית של מי הוא לכן נ"ל אף דמותר להשתמש במעות פקדון היינו להעמידן בסחורה ובדבר בעין לא להוציאן לגמרי וכמו דאיתא בהמקבל לענין עסקא דאסור למשתי בתו שיכרא ואין נעשין מטלטלין אצל בניו אף הפלגא מלוה ופרש"י שם דף ק"ד ע"ב דצריך להיות קיימת ויסמכו עלי' בעלי' שלא תינתן להוציאה ה"נ לא עדיף מהפלגא מלוה של עסקא תדע דאם מותר למשתא שכרא למה בעל הבית אסור להשתמש אטו בעה"ב אין דרכו להוציא מעות לאכילה ושתי' ושאר הוצאות ביתו אע"כ אסור להוציאן לגמרי רק בעסק לכן רק שולחני וחנוני דנשארו חליפי המעות מותר להשתמש וגם כיון דרק מכח אומדנא מדלא חתמן ש"מ לא קפיד המפקיד שישתמש הנפקד א"כ כיון דמותר להשתמש אם נשארו בעין עכ"פ בסחורה סגי דלהכי לא חתמן ואין הוכחה על יותר מזה דלא קפיד גם אם יוציאן לגמרי דאפשר קפיד כדי שתהא סמיכתו עליהן לכן נהי דמותר להלוותן ברבית לגוי ג"כ דוקא על משכון דנמצא המעות בעין במשכון אבל בלא משכון הרי לא נשאר בעין כלל דכל אשראי ספק אתי לכן אם הלוה על משכון כל הריוח הרבית של נפקד דברשות נשתמש וכל הנאת שלו ונראה דהוי כסתם הלואה שלשים יום וגם יכול לבקש זמן ב"ד על הפרעון אבל כשהלוה בלא משכון פושע הוא דעל זה אין לו רשות א"כ ממון של מפקיד הרויח וכמו כפל ויוקרי דכיפי דהוא של בעלים לכן דוקא כששילם כשתבעו המפקיד אקני לו המפקיד הריוח אבל אם לא רצה לשלם מעצמו רק אטרחוה לב"ד או רק אמר הריני משלם אזי הריוח שיעלה מהמעות הוא למפקיד ונראה דבזה מחויב לשלם מיד ואין לו שום זמן כיון דבלא רשות הוציא הוי כגזלן וכדי שלא יהיו דברי מרדכי הללו סותרין למישב מרדכי הגוזל קמא סימן קכ"ה בשם ראב"י בביאור תשובת שה"ג דהיכא דלא הי' לנפקד רשות להשתמש במעות הפקדון ועבר ונשתמש בהן דהריוח לאמצע דהיינו דוקא מיום שתובע להחזיר לו פקדונו כדי להרויח וזה דחי לו אבל במה שעבר קודם שתבעו לא עלה על לב הגאון שיחויב בריוח וכפי הנראה גם הך דס"פ המפקיד לראב"י הוא עיי"ש

צ"ל דבהמפקיד נמי כונתו על רבית שיעלה מן זמן התביעה של מפקיד וזה מדחי לו אף דאמר לשלם צריך למפלג בריוח וצ"ע בזה דמהראי' מכיפי משמע אף דשילם בע"כ והדר עלה ריוח אצל הגוי הוא של המפקיד כמו בכיפי דאייקר אחר דאגבי' ר"נ לאפדנא מיני' כדאיתא בהמפקיד דף ל"ה וצ"ל דגם בהגוזל לא קאמר רק אם שילם מעצמו קודם שבא מעות הפקדון לידי גוביינא אזי ריוח שעד יום התביעה לנפקד ומתביעה ואילך לחצאין אבל שילם בע"כ ע"י ב"ד או לא שילם רק אמר הריני משלם וטרם ששילם בא החוב עם הרבית לגוביינא אזי כל הרבית אפילו מלפני התביעה למפקיד כמו כפל ויוקרא דכיפי רק י"ל כיון דבא ע"י התעסקות הנפקד החצי ריוח שלו ומה שסיים המרדכי בהמפקיד כללא דמלתא היכא דגילה דעתו לשליח שנתן לו מעותיו כדי להרויח יש לבעל המעות חלק בריוח אעפ"י ששינה ר"ל אף דשליח משלם מעצמו תכף למשלח מעותיו כיון דשליח להרויח עשהו צריך ליתן חלק לבעל המעות ועדיין צריכין אנו למ"ש הנתיבות בד"ה אם בא דמרדכי ס"ל דשאני גזלן דקונה בשבח מלאכה משום תקנת השבים ור"ל דשאני הכא אף דשולח יד מ"מ אדעת להשיב נטלו אך רשב"ם שהביא מרדכי בהגוזל שם באמת הקשה על רה"ג הא גזלן אינו משלם רק כשעת הגזלה ולרשב"ם ל"ד להך דאייקר כיפי ולכפל משום דהתם לא נתכוין לגזול כלל לכן אינו קונה השבח רק אם אקני לו המפקיד וזה נראה דעת רמ"א כאן שהשמיט הך דמרדכי לחלק בין שילם מעצמו לשילם בע"כ או אמר הריני משלם שנתקשה הסמ"ע למה השמיטו אלא דנראה לו בזה דעת רשב"ם דגזלן אינו דומה להך דכפל וכיפי לכן לעולם אין למפקיד בריוח שלפני התביעה רק מיום תביעה ואילך משום מבטל כיסו וגם בזה חולק מהרש"ל כמ"ש הש"ך סקט"ו ונתיבות כתב הא דכתב המרדכי דדוקא שילם הריוח שלו דמיירי שגילו דעתם מפקיד או נפקד דיתעסק לטובת שניהם וזה ליתא דא"כ אף כשהלוה על משכון יחלוקו בריוח והנה אף דרש"ל ורמ"א השמיטו דעת מרדכי בזה מ"מ י"ל כיון דנפקד מוחזק פסקו כרשב"ם ואפשר דלא אהני להוציא מהמפקיד אם תפס כיון דמרדכי ורה"ג לא ס"ל הכי שו"ר בב"מ א"ע סימן צדי"ק ס"ט דאינו מותר להשתמש רק כשמעמידן בעין בעסקא.

חייב גם באונסין בע"ת הובא משבו"י ח"ג סימן קמ"ג בראובן ששלח לשמעון ע"י ציר נכרי שק צרור וחתום עם מטבע כסף ובתוכו צרור כמה מטבעות זהב ליקח בהן סחורה עבורו ויתן שכרו ושקל ראובן השק וכתב לו בכתב כמה משקלו וישגיח על חותמו וכשהביא הציר השק לשמעון נתן כתב להציר שקיבל על נכון השק מחותם ובשבוע שאחריו כתב שלא מצא בשק שום מטבע זהב ולא דקדקתי אחר החותם והמשקל תחלה מחמת שהציר מוחזק לנאמן והשיב דשמעון כיון שי"ל שכר הוי ש"ט ואין לך פשיעה

גדולה מזו שלא השגיח על החותם ומשקל כמ"ש לו ואף ש"ח חייב דאלו הודיעו הכף הי' יכול להוציא מהציר עיי"ש.

ול"נ כלל דהא שמעון לא נעשה על הזהב שומר כלל לפי דבריו שנחסר טרם בא השק לידו ל"מ למ"ד לעיל סימן רצ"א ס"ה דבלא משיכה לא נעשה שומר אפילו אמר הנח לפני ונסתלקו הבעלים אלא גם לרא"ש וסייעתי' שא"ה דהניח לפניו וקיבל עליו לשמרו כשהי' בעין משא"כ כאן כשפשע שמעון כבר לא הי' שום דבר מהזהב ומעיקרא לא קיבל עליו שמירה כשהי' הזהב רק יש לדון מצד גרמי במה שנתן כתב להציר דהוי כהלך ופטר חוב חברו כדלעיל סימן קכ"ג ס"ו אך לטענהו דסבר שודאי לא נטל הציר כיון שמוחזק לנאמן א"כ למ"ד גרמי קנס דרבנן פטור כשלא נתכוין להזיק ועיין שבו"י ח"א סימן ס"ד כתב דא"ל נתכוין להזיק פטור מדד"ג ועיין תומים סימן קכ"ו ס"ק ח"י ובש"ך סימן שפ"ו סק"ו מבואר דגרמי בשוגג פטור למ"ד גרמי רק קנסא ואפילו למ"ד דד"ג מדינא חייב מ"מ דוקא כשיברר המשלח בעדים אבל בלא"ה אינו נאמן ליטול בשבועתו אף דעשו תקנת נגזל במפקיד ליטול בשבועה כדלעיל סימן צדיק ס"י היינו בפקדון שקיבל השומר ופשע בו וא"י מה הי' אבל כאן הכסף שקיבל מחזיר והזהב לא הי' פקדון אצלו מעולם ומשום גרמ תליא בבעיא אי עשו תקנת נגזל במסור וכ"ש זה דשוגג הי' דגם בהזיק לא עשו תקנת נגזל כמבואר בש"ך סימן שפ"ח סק"ב בשם רש"ל ועיין לקמן ס"ס רצ"ח בהג"ה וא"ל דנעשה שומר על חיוב של הציר דכבר כתבתי בסימן ס"ו דליכא בחוב דין שומרים.

שיחזירם לבעליהם פרנס או גבאי שהי' בידו מעות קהל והחליף במטבע אחר להנאתו ונגנב כתב מהרא"ש דהוי כמו החזיר ליד בעלים שהוא פרנס ומח"א הלכות שומרים סכ"ה חולק דא"י לזכות לאחר בשלו רק ע"י אחר ולפמ"ש נתיבות בסימן שד"מ דפרעון א"צ קנין רק שידעו הבעלים י"ל כיון דפרנס כבעלים א"צ קנין אך מהמרדכי הגוזל קמא סימן קכ"ב ותשובת מיימוני למשפטים סכ"ט מוכח דלא סגי בדעת בעלים עד שיזכה לו הפרעון ע"י אחר דהא התם שהתנה שיוציא ויפרע אחרים יש דעת בעלים ורצונם שיהא פרעון מעות שייחד לפרעון.

הג"ה הכל לפי הענין ראובן נתן מעות לשליח להוליכן ללוי ונתן לו רשות להשתמש במעות בדרך כתב שו"ת עדות ביהוסף דתליא בפלוגתא דפוסקים בדמי אבדה אם חייב באונסין כיון שמותר להשתמש בהן ולע"ד דבריו אין מובנים כלל דהא מבואר בסימן רס"ז בסמ"ע ס"ק ל"ח וש"ך סקי"ז דלכך חייב באונסין לרי"ף ורמב"ם משום דס"ל דש"א ש"ש משום פרוטה דר"י ולכך ע"י היתר תשמיש נעשה שואל א"כ בנ"ד אין שום ספק דממ"נ אם שליח בחנם הוא הכל מודים דע"י היתר תשמיש נעשה רק ש"ש עכ"ל ד"ב

כצ"ו סי"ג ולא ראם בש"ך עצמו שם שדחה דברי הסמ"ע ולא ס"ל כלל הסברא מעלינן חד דרגא ולדבריו לעולם הוי ספ"ד אם ע"י היתר תשמדש נעשה שואל.

ליתן הריוח ומהרש"ל חולק ובשו"ת ח"ס חו"מ סימן קע"ח דחה דברי רש"ל משום דהשולח יד לא נתכוין לגזול מעות הקרן רק הריוח עיי"ש ותמוה לי דהא מבואר ביו"ד ס"ס קע"ז ובחו"מ סימן קפ"ג ס"ג בשלח יד במעות משלחו ששלחו לקנות חיטין וקנה שעורין לד"ה קנה השליח לעצמו והריוח שלו עיי"ש הטעם בנתיבות וא"כ הכא שהוציא המעות בעל כרחו של מפקיד אין לך שינוי גדול יותר וקנה לעצמו והריוח שלו וכן אם הלווה ברבית דאין לך שינוי גדול מזה דהוציאם לגמרי שלא ברשות וא"כ אין לדונו רק משום מבטל כיסו של חברו ופטור ועשו"ת מהר"ם אלשיך סימן יוד דשולח יד בפקדון מה שקנה בהן הריוח שלו לכ"ע.

סעי' ח' ס"ק י"ט בש"ך א"ל היו הגנבים יכולין לשלוט בו אבל אם היו מוצאים אותו אף בלא"ה פטור כן מוכח בה"ה שמודה בזה לרשב"א וצ"ע דא"כ צ"ל דגם באינו אמוד מיירי כה"ג דהא בש"ס איתא דבאמוד חייב ואינו אמוד פטור והא לרשב"א באינו אמוד אינו פטור רק כשהי' יד הגנבים שולטת בו שאם יחפשו ימצאו כמ"ש בש"ך לעיל סקח"י וא"כ מה בין אמוד לאינו אמוד וצ"ל דבאינו אמוד ובאו לשמע הפקדון ודאי יחפשו אחריו וימצאו לכן פטור משא"כ באמוד דא"י האנסין מהפקדון וכשיתן להם משלו לא יחפשו לכן חייב זולת אם היו מוצאין אותי אף שהי' נותן להם משלו שלא היו צריכין לחפוש כגון דמונח עם ממונו וכה"ג אזי פטור גם באמוד לכן בסקח"י כתב הש"ך שאם יחפשו ימצאו וכאן לא כתב חיפוש.

סימן רצג

סמ"ע סק"ג וא"ל הביא לי לא גרע הנפקד משליח דהאחריות על המפקיד ובאס"ז ב"מ דף צ"ט מבואר באמר לו משאיל לשואל את גופא אהדרא נהלי כל כמה דלא מטי לידו דמשאיל לא מיפטר שואל מאונסה עיי"ש שכ"כ רמ"ך לפסק אך קשה בלא"ה על הסמ"ע שכתב כיון דבלא הפקידו לזמן איירי א"כ מיד שגילה המפקיד דעתו וכו' הא גם בהפקיד לזמן כיון שגילה המפקיד דעתו הרי מחל שעבודו מעל הנפקד וסגי כמבואר לקמן סימן של"ג סס"ח בהג"ה ובנתיבות בפתיחה לסימן ר' ובפ"ת סימן שנים סק"א הביא מהרמ"ם שכתב מי שקיבל פקדון בלא זמן אף דחזרה בע"כ מהני מ"מ כ"ז שלא החזירה ליד בעליו ממש אינו יוצא מידי שמירתו וחייב באחריותו אפילו אומר הנפקד למפקיד איני רוצה להיות עוד שומר עליו ואם קיבל לזמן אף שנתרצו שניהם ואמר המפקיד לנפקד

שלא יהא עוד ברשותו או אם צוה לשלחו לו ביד ע"כ של השומר כ"ז שלא בא הפקדון ליד מפקיד חייב הנפקד באחריותו דאינה יוצאת מרשות השומר עד שיחזירנה לרשות המפקיד כשם שאינם נכנסת לרשות השומר עד שיעשה בה איזה קנין עיי"ש ואינו נכון דבשלמא שיתחייב השומר צריך קנין אבל לשיפטר מחילה בעלמא סגי גם מ"ש דאם נעשה שומר בלא זמן אפילו אומר נפקד למפקיד איני רוצה להיות עוד שומר חייב אינו נכון ומבואר להיפך בח"ר פ"ק דקידושין ד"ג וכ"כ בגאון צבי בשם הישׁ"ש דאם א"ל נפקד למפקיד תא וטול פקדונך ולא בא אפילו הניחו בבית פתוח ונגנב פטור דאין הטרחא להחזיר מוטל על השומר וכ"כ ריטב"א שבאס"ז ב"מ דף פ"א ע"א הביאו מח"א הלכות שומרין סח"י

לכן נלע"ד בישוב דברי הסמ"ע דאזיל לשיטתו בסימן קצ"ו ס"ה דמוכר יכול להיות שליח הלוקח לעשות משיכה או קנין שיקנה ממנו אך היינו בפירש שיהא שלוחו לכן כשקיבל השמירה לזמן והוא תו"ז דאין יכול השומר להכריח המפקיד ליטול פקדונו על כן כשאמר לו המפקיד הביא הפקדון אין הכונה שיהא שלוחו של מפקיד דעדיין אין מוטל עליו אותו טרחא רק להנאת שומר עצמו יביא הפקדון ולהסתלק משמירתו כשיביאנו לו אבל בהפקיד בלא זמן דהטרחא מוטל על המפקיד דנפקד י"ל לו תא וטול פקדונך א"כ כשא"ל המפקיד הביא הפקדון היינו שישמשו ויהא שלוחו ע"כ לא גרע הנפקד משליח ששלח המפקיד להביא פקדונו ואף דגם שליח הוי כש"ח כמו שהקשו גאון צבי ונתיבות היינו כששלחו עם ממונו להניחו במקום משומר משא"כ כאן דאמר לו שיביא הפקדון והמפקיד לא הלך לקבלו הרי כאלו אמר לו שיביאנו למקום מופקר ומבואר בס"פ החובל באומר לשומר קרע כסותי חייב עד שיאמר והפטר ובנתנו לידו מתחלה ואמר לו קרע אצ"ל והפטר ופרש"י דאם אתא לידי' מעיקרא בתורת שמירה והדר א"ל קרע חייב עיי"ש לכן כיון דנפקד נעשה שליחו של מפקיד והוי כשלח שלוחו לקבל פקדונו דנפטר הנפקד מהשמירה שקיבל עליו מעיקרא אף דהשתא נעשה שלוחו והוי ש"ח מ"מ הוי כמשכו המפקיד מרשות הנפקד ונתנו עתה לשלוחו שיביאנו למקום שאינו משומר דאצ"ל והפטר דזה הוי שמירה חדשה ומעיקרא אתי לידו ע"מ לאבד ושליח אינו ש"ח רק באתי לידו ע"מ לשמור ובמרדכי פרק החובל שם כתב משום דאין המעשה מתחלף בדברים לבד והוי רק פטומי מילי כיון דאינו רק אמירה בעלמא ולא פירש והפטר ועמ"ש לעיל סימן קע"ו ס"א בהג"ה וא"כ כאן דנפקד נעשה שלוחו של מפקיד ומשכו בשבילו הוי קנין כאלו משכו המפקיד עצמו ומתחלף שפיר דכלתה חיוב שמירה שקיבל עליו הנפקד מעיקרא ועתה בא ליד השליח ע"מ לאבד ואצ"ל והפטר

משא"כ אם קיבלו לזמן והוא ת"ז דהטרחא על הנפקד להביאו ונפקד בעבידתי' עסיק ומביאו ואינו שלוחו של מפקיד ולא משכו המפקיד מרשותו כלל לכן אף דא"ל הביאו ולא המתין לקבלו לו יהא כאמר לו הניחו במקום שאינו משומר לא מהני כל זמן שלא פירש והפטר או לא עשה איזה קנין לכן לא קשה מהרמ"ך הנ"ל וכן קושית קצו"ח מא"ל שלח ע"י ע"כ שלך דשם הוא תו"ז ואינו נעשה שלוחו של משאיל כל זמן שלא פירש שיהא שלוחו דלאחר זמן בלאה"נ תו אינו שואל כמבואר ברמ"ך שם ועיין ב"י לעיל סימן קע"ו מחודש נ"ז בשם רה"ג ז"ל דאמרינן מתבע תבע מיני' דלישדר לי' דכד מטי זבין מיני' ולא מפקינן בכי האי מימרא הרי כיון שיש לתלות דלא נתכוין זה שיהא אידך שלוחו ולא יהא באחריותו עד דמטי לידי' תלינן וה"ט משום דאידך יש לו ריוח מזה אדעתי' דנפשו עביד ואף דכאן השואל מוחזק מ"מ כיון די"ל כונתו כך אין הדברים מתחלפין עד שיפרש דמה"ט בנעשה שומר והדר אמר קרע צ"ל והפטור משא"כ כשלא קצב זמן לשמרו דאין שום הנאה לשומר במה שמוליכו למקום שא"ל המפקיד דבלא"ה י"ל תא למקום הפקדון וטול אותו א"כ ודאי עשהו שלוחו וכשמשכו הנפקד מרשותו כאלו משכו המפקיד ועשה קנין ומתחלף ע"י קנין ואצ"ל והפטר ועמ"ש סימן קצ"ו ועדיין צ"ע דברי רמ"ך דשואל הזמן לטובתו ויכול לחזור תו"ז שו"ר במח"א הלכות שאלה ס"ז העלה דשואל תו"ז אף שיכול לחזור מ"מ ל"מ טול שלך עד שיחזירה לבית משאיל וכדעת הרא"ה שבנ"י ב"מ דף צ"ט.

סימן רצד

סעי' א' תבעו בקצו"ח כתב דמעכב פקדונו של חברו שלא ברצונו של מפקיד ולא כפר גם לא ע"ד לגזלו אינו חייב באונסין דלא כרשב"ץ וכ"כ מהרי"ט חחו"מ סימן ע"ט.

סעי' ב' שעדים מצוים במהרי"ט חחו"מ ספ"ט כתב אפילו אומר שנאנס במקום שיש רואין נאמן במגו דאי בעי הוי טעין נאנסתי במקום דל"ש רבים והקשה קצו"ח א"כ כל שומר ליהמן אף שיש רואין במגו דלהד"ם או החזרתי ולפע"ד ודאי מגו גרוע הוא כיון שיש רואים הוי כמו במקום עדים קצת אף דכתב שם מהרי"ט דל"ה כמו עדים ממש דיכול להיות שנאנס ולא ראו שלא השגיחו או דאינם מוצאם וקרינן בי' דיש רואה דמ"מ כעדים דמי עיי"ש אך כיון דהי' י"ל נאנסו ותל"מ ובעצמו הוסיף במקום שיש רואין וגרע לטעונתו אמרינן הפה שאסר הוא שהתיר ולא מגרע לטעונתו וכאלו לא אמר מה שהוסיף דאפילו במ"ע קצת דל"מ מגו מ"מ הפה שאסר מתני כמבואר בתוס' במרובה דף ע"ב ע"ב בסד"ה אין ז"ל שם דקצת דמי האי מגו למגו במ"ע והא דאם אין כת"י יוצא ממ"א נאמנים

וכו' והפה שאסר עיי"ש והובא בנתיבות סימן ע"א סק"ד משא"כ מגו דלהד"ם והחזרתי הוא רק כשאר מגו דזה תובעו וצריך להשיב שאינו חייב לו ואינו מענין מה שטוען נאנסו ומגו דאי בעי שתיק עדיף וממלחמות פחז"ה וריטב"א ב"מ דף צ"ג שהבאתי לקמן סימן ש"ג מוכח כמהרי"ט.

ישבע בש"ך סימן ע"ב סכ"ז ס"ק קט"ו כתב דמש"ה חייבה תורה שבועה משום דמפקיד אינו מכיר בשקרו ואם מפקיד מכחישו בבכי פטור משבועת התורה דא"י להעיז עיי"ש וק"ל א"כ מה פריך ר"פ כל הנשבעין ש"ש דחייבה רחמנא האיך משכחת ליהמן במגו דלהד"ם וגם למסקנא ילפי כ"פ משם דמגו לאפטורי משבועה ל"א והא כיון דלולא דא"י להעיז גם במכחישו בברי הי' חייב שבועה וא"כ איך יאומן בטענת נאנסו במגו דלהד"ם ויעיז אע"כ דיכול להעיז וכה"ג כתב ב"ש א"ע סימן פ"ה סק"ל גם תומים בסימן ע"ב ס"ק מ"ב השיג על הש"ך.

סעי' ו' עושה דין הקשה שעמ"ש לדעת המחבר דשבועה שלא פשע מצד גלגול הוא א"כ כמו דש"ח שקדם ונשבע ואח"כ הוכר הגנב כיון דנפטר כבר א"צ לטרוח ה"נ דהוכר הגנב חזינן דאינו ברשותו ואין על הש"ח עוד שום שבועה עיי"ש וזה י"ל כיון דהוי אגיד גבי' דמפקיד לישבע עד שהוכר הגנב לא כלתה שמירתו לכן אף דאין עליו שבועה עתה אחר שהוכר מ"מ כיון דלא כלתה שמירתו עד שאפשר להציל חייב להציל משא"כ בנשבע קודם שהוכר דכלתה שמירתו וכמו זר הוא עכשיו.

אבל עוד הקשה לאביי דס"ל דהוכר הגנב קודם שנשבע אם רצה נשבע מה שבועה ישבע כיון דהוכר הגנב הרי אינו ברשותו ופטור משאר שבועות וכן הקשה נתיבות ול"נ דהוכר הגנב ע"י שנודע שהגנבה אצלו דאלו היו עדים רואין כשגנב גם טרם שהוכר פטור השומר ודוחק לומר דהלכו העדים לא באו עד עתה וא"כ צריך לישבע שאינו ברשותו דשמא מדעתו נטלו הגנב להבריחו מהמפקיד וקנוניא עשו.

בהג"ה וקיבל שכר בתה"ד כתב דהא דש"ח חייב לטרוח קודם שנשבע משום דאכתי אגיד במפקיד לישבע אבל סרסור זה דלא אגיד פטור א"ל קבל שכר ובית יעקב ס"ח הקשה בשלמא לפרש"י דשומר חייב לשלם בהוכר הגנב י"ל טעם דאגיד אבל לרמב"ם דשומר פטור מלשלם רק צריך לטרוח לעשות דין ואם לא יוכל להוציא פטור א"כ אז אין לשומר שבועה כלל כמ"ש הרמב"ם וש"ע כאן דאינו נשבע הרי אף דא"צ לישבע ואינו אגיד צריך לעשות דין עם הגנב וכיון שבש"ע סתם כרמב"ם לא ה"ל להרמ"א להעתיק דברי תה"ד את"ד ואפשר לתרץ דש"ע סתם כרמב"ם משום דהשומר מוחזק ורמ"א סתם

כתה"ד ג"כ דאין לכוף לראובן לטרוח דלפרש"י פטור דלא מוכח דצריך לטרוח רק כשאגיד או קבל שכר ולעולם קולא לנתבע.

אמנם בלא"ה לק"מ דנהי דלרמב"ם אם א"י להוציא מהגנב פטור מלשלם מ"מ מחויב לישבע אף דהוכר הגנב דשמא פשע כמ"ש בהג"ה לעיל ס"ב ואף ביש עדים שנאנס שמא פשע כבר כדלעיל סימן רצ"א ס"א או כמ"ש כתיבות דלכ"ע צריך שבועה א"ל פשע בשעת גנבה או כמש"ל דיש עליו שבועה דשלא מדעתו בא ליד הגנב והא דכתבו רמב"ם וש"ע עושה דין עם הגנב ואינו נשבע היינו אם יוציא מהגנב וגם סמ"ע סק"ז דייק אם א"י להוציא מיד הגנב השומרים פטורין מלשלם משמע דשבועה חייבים וא"כ כ"ז שלא שילם הגנב אגיד השומר לבעלים לישבע ובאס"ז לב"ק דף ק"ח ע"ב בדברי רמ"ה ז"ל דגם ש"ח כשא"י להוציא מהגנב מחויב לישבע ועוד כיון שעד שהוכר חיי אגיד בחיוב שבועה ולא כלתה שמירתו ומיד שהוכר מחויב לטרוח להציל דאל"כ פושע עתה בעודו שומר ואפילו נשבע אח"כ לא נפטר כמ"ש רמ"ה באס"ז שם ולעולם לא הותרה אגידתו דטרם שהוכר הגנב הי' חייב לישבע וכשהוכר אגיד לטרוח ולהציל ע"כ אף דאח"כ יפטר משבועה מ"מ לא כלתה שמירתו ונ"מ דאפילו פטרו המפקיד לשומר אחר שהוכר הגנב מלישבע אף אם לא יוציא מהגנב מ"מ חייב השומר לטרוח לעשות דין עם הגנב וכמ"ש בסימן קכ"א ולכן בנידון דהג"ה דל"ה אגיד גבי' קודם שנתקלקל החוב אף אם הלוה בידו א"צ לטרוח א"ל קיבל שכר.

ש"ך סק"ט ול"ד להוכר הגנב שהי' שומר עליו ונגנב ממנו בביתו וברשותו וכו' ועוד שא"ה כיון דלא נפטר אלא בשבועה ובשו"ת בי"ע שם תירץ דתה"ד נמי מיירי דהי' החוב ת"י ראובן והי' שומר ונעשה החוב על ידו ומ"ש הש"ך דשאני הכא דלא נפטר אלא בשבועה הוא תמוה שהרי לרמב"ם אף בלא שבועה חייב לטרוח עכ"ל ולע"ד צדקו דברי הש"ך דמ"מ הכף שהלוה המעות כלתה שמירתו דאח"כ נתקלקל החוב ואין דין שומרים בשט"ח משא"כ כשנגנב מרשות השומר ומ"ש דלרמב"ם גם בלא שבועה חייב לטרוח נדחה במ"ש לעיל דגם לרמב"ם יש חיוב שבועה כשא"י להוציא מהגנב ועוד דעד שהוכר הגנב הי' שומר מחויב שבועה.

סימן רצה

סעי' א הריני משלם וכתב הרא"ש אף ששילם צריך לשבע שא"ב ול"א שמחל השבועה במה שקבל התשלומין דמסתבר טפי למימר שקבל התשלומין שלא יחזור בו והקשה הב"ח הא א"י לחזור כיון שקבל בב"ד ולע"ד י"ל השומר וויתרתי לשלם שלא אשבע

כלל אבל אם מוכרח אני לישבע שא"ב אכלול הכל בשבועה אחת וכיון דמוחזק ודאי נאמן דע"ד כן רצה לשלם אבל כששילם אינו נאמן להוציא וגם כיון דשילם בסתמא ולא התנה א"י לומר כן דה"ל להתנות דעל מה סמך וכמבואר לקמן סימן של"ד ס"א בהג"ה דהמוציא עליו להתנות וכן לענין אמתלא דמהני בדיבור ולא במעשה ביו"ד סימן קפ"ה וגם להב"ח דגרסת הרי"ף דגרס אר"ה אמר הריני משלם משביעין אותו שבועה שא"ב עיקר ודוקא כשלא שילם י"ל דר"ה לטעמי' דס"ל בפ"ק דכתובות בו"ש ברי עדיף א"כ גם לאחר ששילם נאמן להוציא בברי דלא שילם רק מפני שלא ישבע כלל ול"ה דברים שבלב דאינו סותר דברי פיו וא"כ אין המפקיד יכול להתנצל שלא מחל השבועה שא"ב והא דקבל בסתם כדי שלא יוכל השומר לחזור כיון דגם כששילם יוכל לחזור אבל לדידן דבויס לאו ברי עדיף להוציא יכול לומר דלהכי קבל בסתם כדי שלא יוכל לחזור והרא"ש דקפיד על הגרסא משום דבכתובות שם כתב דברי גרוע ושמא טוב דל"ה למידע לכ"ע לאו ברי עדיף.

ואיני נשבע ראובן הפקיד אצל שמעון פקדון לשמור בחנם ואח"כ נאבד הפקדון ואמר שמעון לראובן איני רוצה לעמוד עמך בדין ולא לישבע הילך דמי הפקדון והשיב לו ראובן איני רוצה שתפסיד על ידי והחזיר המעות לשמעון אח"כ חזר ראובן ותבע את שמעון עבור הפקדון והשיב לו שמעון כבר הבאתי לך דמי הפקדון והחזרת לי וראובן מודה עיין רדב"ז ח"א סימן קט"ז שכתב שכבר נשאל הרמב"ם כיוצא בזה והשיב דאין לו עליו אלא חרם סתם שנאבד הפקדון ולא פשע בו והקשה עליו הרדב"ז דאם מצד מחילה נגע בו אפילו חרם א"צ עכ"ל ד"ג כנ"ז סכ"ח ולע"ד טעם הרמב"ם כמבואר לעיל סימן ע"א ס"א דאין מועיל הנאמנות שלא להחרים חרם סתם אפילו אם פרשו בפירש עיי"ש ש"ך ס"ק י"ז וי"ח וה"נ הוי כהימני' ופטרו רק משבועה ואפילו יהא כפטרו מחרם מ"מ א"י לעכב מלהחרים סתם כמבואר שם הטעם אח"כ ראיתי ברדב"ז שנדחק לתרץ באיזה תירוצים אח"כ כתב עוד כתב הרב ז"ל בתשובה שאפילו שכותבין בשטרות שיהא נאמן בלא שבועה ואפילו ח"ס שיכול להחרים עיי"ש ואיך לא תירץ קושיתו בזה וגם אינו ענין לשאלתו א"ו דכונתו עוד כתב היינו דבזה יתורץ עוד והד"ג ל"ד

סעי' ב' בהג"ה שילם וכו' תמוה דבס"ס מבואר אמר הריני משלם וכמבואר בסמ"ע וש"ך ופוסקים ונ"ל דפוסקים למדו מזה דכשאמר הריני משלם ואיני נשבע ויצא מב"ד א"י לחזור דאל"כ לא סמכה דעתו דמפקיד ולא מקני לו כפל כמבואר בתוס' ורא"ש אך ר"ת חולק וס"ל דיכול לחזור ובהג"ה ס"ס כ"ב הביא ב' הדעות ואף דדעת תוס' ורא"ש עיקר דכ"ד רוב פוסקים מ"מ א"א להוציא ממון דאין הולכין בממון אחר הרוב ואף לדעת

רא"ש וסייעתי' שהביא רמ"א בכ"ד דל"מ תפיסה בספ"ד היינו כיון שתפס שלא ברשות משא"כ זה שמוחזק בממונו מעולם וכמבואר כ"ז בפוסקים בכללי תפיסה ועתו"ס פ"ק דכתובות וא"כ יכול המפקיד לומר כיון דעיקר כרוב הפוסקים דא"י לחזור לכן אמרו בש"ס כשאמר הריני משלם מקני לו הכפל דסמכה דעתו דבעלי הש"ס לא היו מסופקים בדין זה ואיני יכול להוציא מהשומר כשיחזור די"ל קי"ל דלא כרוב הפוסקים א"כ לא סמכה דעתי וא"כ השתא אישתני דינא ודוקא שילם ולכן לא חילק הרמ"א בין שואל לשאר שומר ובין אמר הריני משלם אחר שנשבע לקודם שבועה כיון דלדידן דוקא שילם לעולם.

והנה בש"ס יש כמה בעיות בזה ופסק הרי"ף דחולקין והרא"ש חולק עליו משום דהמע"ה והובא בטור ויל"ע דהא כתב הרא"ש בהמפקיד דהא דהכפל לנפקד דאזלינן בתר אומדן דעתא כשיתרצה לשלם הקרן דעתו להקנות לו גוף הפרה מעכשיו והא הרא"ש בב"ב פמ"ש סכ"ג כתב כיון דסלקא בתיקו מספקא לן אי שייך הכא אומדנא ול"מ רק היכא דברור לן אומדנא עיי"ש והיינו כיון דלא ברור האומדנא הוי דברים שבלב ול"מ כלל ה"נ י"ל כן אך לפי מה שאכתוב בסמוך דלב ב"ד מתנה א"ש די"ל גם כונת הרא"ש דאמדינן דעת המפקיד דניחא לו בכך לכן אף דלא נתכוין להקנות דלא עלה ע"ד כלל מזה לב ב"ד מתנה וא"כ ל"ש דברישׁ שבלב בספק ומה"ט לא ס"ל לפוסקים מ"ש הרשב"א היכא דיש עדים לשומר ושילם לא מקני לו כפל משום דלא עלה ע"ד מפקיד שישלם ולפמ"ש א"צ דעתו וא"כ כ"ש הוא.

לא שבח דמגופא רמב"ם פ"ח משאלה כתב דבהמה חוזרת למפקיד והקשו עליו דא"כ עכצ"ל דלא מקני לו גוף הפרה רק לכפילא וזה בעיא בגיטין דף מ"ב אי מהני וכמבואר ברמב"ם פכ"ג ממכירה דלא קנה רק אי תפס לא מפקינן וא"כ הכא ע"כ מקנה גוף הפרה ג"כ כמ"ש תוס' בר"פ המפקיד בד"ה כגון ורמזו בש"ך ולכן הוציא דברי רמב"ם מפשטן ונלע"ד דהנה אמרינן שבח דגופה לא מקני ואינו רוצה להקנות רק שבח דמעלמא חוץ לפרה והיינו אם מועיל הקנאת כפל לחוד אבל אם הדין דל"מ רק עם הפרה ודאי מקנה גם הפרה ודעתו של מפקיד להקנות הכפל על אופן המועיל ועיין רא"ש פ"ק דקידושין בשאל טבעת לקדש אף דכ"ע לאו דינא גמירי ואמר בלשון שאלה מ"מ דעתו שיהא לו הטבעת באופן שמן הדין יוכל לקדש בו ועיין בטו"ז ומג"א בא"ח סימן י"ד ס"ד וכה"ג כתב ש"ך יו"ד סימן ש"ה ס"ק י"ט בשם רש"ל לענין פדיון בכור תוך שלשים בסתם אף דכ"ע לאו דיני גמירי מ"מ דעתו שיהא על אופן דמהני עפ"י הדין עיי"ש וק"ו כאן דאין אומר כלל רק מצד אומדן דעת נעשה כאומר משום דרוצה להקנות הכפל א"כ ליכא אומדן רק

על הקנאה המוכרחת לכפל ועוד דנראה דהך נעשה כאומר הוא משום דלב ב"ד מתנה כן וכמ"ש רמב"ן בפ"ק דגיטין דף י"ג ע"ב אהא דנעשה כאומר משתעבדנא וכ"כ אס"ז בר"פ המפקיד א"כ לב ב"ד מתנה על אופן המועיל ולכן מהני כאן ממ"נ אם פרה לכפלא ל"מ דעתם שיקנה גוף הפרה ואם מהני בל"ז לא קנה יותר מכפל דשבח דגופה לא מקני כ"ש גופה ממש וכיון דגבי עבד לקנס עלתה בתיקו ופסק הרמב"ם דמספק לא קנה ה"נ חוזרת הפרה ולענין תפיסה תליא במחלוקת הפוסקים אי בתיקו וטוען שמא מועיל תפיסה דה"נ גוף הפרה י"ל חמ"ק ול"ד לכפל דדעת רי"ף ורמב"ם בהבעיות דחולקין דמעלמא אתי וליכא חמ"ק והרא"ש דכתב דיש חמ"ק י"ל דס"ל גוף הפרה נקנה א"כ י"ל חמ"ק אבל לרמב"ם דפרה חוזרת ולא נ"מ רק לענין הקנס ליכא חמ"ק ומל"מ פט"ו מטוען ה"ט נסתפק להסכים דעת הרי"ף ורמב"ם דפסקו בהבעיות דחולקין בקנס לדעת רמ"ה שפסק בספק במטלטלין מוקמינן בחמ"ק ולעד"נ כמ"ש.

עוד נלע"ד דאם הקנה עמ"ל לאח"ז ובתו"ז נגנב דהכפל למקבל דהגוף אז שלו הי' כמ"ש ריטב"א פ"ק דקידושין דמתנה עמ"ל הקנאה גמורה וממון שלו וכשמחזירה הקנאה גמורה בעי כשאר הקנאות דעלמא ומסתברא אם שעבדה לבע"ח היא משועבדת וכ"כ הרא"ש פרק לולב הגזול באתרוג במתנה עמ"ל דצריך לחזור ליתנו במתנה וכן לפמ"ש קצו"ח סימן רמ"א סק"ד בשם ר"א ודאי דהכפל שלו וכיון דמשכחת כה"ג אינו מקנה לו יותר מהמוכרח לענין השבח והכפל ע"כ חוזרת הבהמה לבעלה ולפ"ז י"ל קו' הרא"ש אהא דא"ד א"ר נעשה כאומר סמוך לגנבתה וא"ב אי קיימא אז באגם דא"כ למה סתמה המשנה דמשמע דהכפל שלו גם כשקיימא באגם סמוך לגנבה ולפמ"ש י"ל דלאשד רבא תרתי קאמר דנעשה ג"כ כאומר שיקנה סמוך לגנבה א"ל קיימא באגם אבל אי קיימא באגם נעשה כאומר שיקנה מעכשיו דדעתו שיקנה בזמן המועיל ונ"מ לגיזות וולדות שעד הגנבה.

סימן רצו

סעי' ה' מתנה בעל הפקדון על ש"ח או ש"ש ושוכר להיות חייבים בכל כשואל בתוספתא פ"ח דב"מ ז"ל מתנה ש"ח להיות כשואל והשואל כש"ח וכש"ש והשוכר כנושא שכר והשוכר להיות כשואל ע"כ ויל"ד למה לא קתני דש"ח מתנה להיות כש"ש ובתוס' פרק הזהב דף נ"ח בד"ה בשקנו כתבו לחד תירוץ דדוקא כשואל יכול להתנות בלא קנין אבל להיות ש"ח כש"ש צריך קנין וא"כ י"ל מה"ט לא קתני ש"ח כש"ש אך א"כ למה מתנה שוכר כש"ש כיון דאתיא כמ"ד שוכר כש"ח דאל"כ ל"צ תנאי ונראה דשוכר כיון דמתנה

הרי זה בכלל השכירות ומוזיל לו בשביל השמירה דזולת התנאי לא הי' משכירה בכך ויש הוכחה דש"ח לא יוכל להתנות שיהא כש"ש בלא קנין וגם לפמ"ש רמב"ן פז"ב דמתנה ש"ח כשואל ל"ה אסמכתא משום דלאו בידו כלל דלא ליתנם וא"כ בגו"א דקרוב לפשיעה ולאונס והוי בידו קצת דבזה שייך כל ענייני אסמכתא כמ"ש תוס' פז"ב דף כ"ה בד"ה כל ור"ן שם י"ל דל"מ משום אסמכתא וצ"ל הרמב"ן דקשיא לו מתנה ש"ח כשואל שיהא אסמכת ולא סגי לו במה דאמרינן בב"מ דף צ"ד דבהנאה דנפיק עלי' שמא דמהימן גמר ומשעבד נפשו בדברים בלא קנין ה"נ יועיל ה"ט לסלק אסמכת כדאמרינן בס"פ ג"פ לענין ערב ומשום דבערב א"צ קנין דשלוחותא דערב קעביד מלוה וכאלו בעצמו הלוהו כפירשב"ם שם לכן סגי האי תירוצא דגמר ומשעבד נפשו בהנאה דמהימן לו ובכל לבו משוי אה המלוה לשליח שילוה ללוה וא"צ קנין אבל ש"ח צריך הנאה דמהימן לו שלא יהא צריך קנין להתחייב יותר מדינו ולא די בזה לסלק תרתי לריעותא דברים ואסמכת דומה לזה לעיל סימן כ"ב בנאמן עלי אבא דבשתי ריעתוה צריך קנין וכה"ג כתב התומים בסימן קכ"ט היכא דא"צ הקנין לגוף התחייבות מהני לסלק האסמכת עיי"ש ה"נ כיון דהנאה דנפק עליו שמא דמהימן מועיל שלא יצטרך קנין אהני הקנין לסלק חשש אסמכתא וכן מוכח בהזהב דף נ"ח דמהנה להתחייב כש"ש בקנין אף דמדינא בקרקעות אין דין שומרים ולרמב"ן יש בו משום אסמכת מ"מ קנין מועיל שו"ר בחידושי ר"ן פז"ב דכתב דש"ח מתנה להיות כשואל דאינו אסמכתא משום דאין בידו לשמור עצמו מן האונס וש"ח וש"ש שיכולין לשמור עצמן שלא יפשעו ושלא יגנב מהם אם אמרו א"ל נשמור כדינינו נשלם אין זו אסמכתא שדינם בכך לפי דיני התורה עכ"ל וא"כ ש"ח שמתנה להיות כש"ש הוי אסמכתא אך לפמ"ש ריטב"א ונ"י בפ"ג דנדרים בשם רא"ה ורשב"א דבמתנה ליכא דין אסמכתא דמי דחקו להתנות א"כ גם בש"ח ליכא ולפ"ז י"ל דתוספתא דנקט שוכר רבותא קתני אף דדחיק לשכרו מ"מ מהני תנאי וא"כ הוי ספ"ד.

סימן רצח

סעי' ב' בהג"ה שא"י בפ"ת הביא משו"ת בית דוד באחד שמסר לבעל ספינה מאה שקים קמח וקצב שכרו מאה ר"כ ואח"כ טען המפקיד שחסר לו קמח יותר מדמי השכירות ובעל הספינה השיב א"י ופסק כיון דהשכר אינו שכר שמירה רק עיקרו שכר הולכת הסחורה א"כ טענת פחת כטענת יש לי בידך כנגדו דאינו מגרע חזקת משכונו כהא דסימן ע"ב סכ"ז כיון דזה גובה וזה גובה מלתא אחריתי הוא לכך נשבע בעל הספינה שא"י וגובה שכרו את"ד ול"נ דכבר הבאתי לעיל סימן רצ"א סכ"ו מפרש"י פרק הזהב

דף נ"ח אף דשכרו להוליך איזה דבר מ"מ אם לא גמר פעולתו להביאו בשלימות לא גמר עבידתי' ואין חייב לו שכירות כלל א"כ לאו מלתא אחריתי הוא כלל דלפי טענת בעל הקמח אינו חייב שכירות לבעל הספינה כלל ובעל הספינה מסופק ואינו ענין כלל להך דסימן ע"ב דשם הם שני עניינים והוי כיש לי בידך כנגדו וגם אם בעל הקמח תובע יותר מן השכירות מ"מ החסרון שכנגד השכירות הוי כטענה אחת ועמ"ש לקמן סימן ש"ה.

סימן שא

בהקדשות מי שהפקידו אצלו ס"ת ופשע בו ונגנב אם ן חייב לשלם ראיתי ברדב"ז ח"א סימן תע"ה שכתב דדין זה תלוי בפלוגתת ראשונים אם הקדשות אימעטו מדין שומרים לפטור מפשיעה עכ"ל ד"ג כצ"ו ס"ט והוא תמוה דגם מאונאה אימעט הקדש כדלעיל סימן רכ"ז ומ"מ יש אונאה בס"ת כמבואר שם סט"ו ובפרק הזהב נ"ו ע"ב וצ"ל דרדב"ז מיירי בס"ת שהקדישו לצורך רבים ועיין לעיל סימן צ"ז סכ"ג ומהרי"ט ח"ב סימן ה' בד"ה ואיכא למידק שכתב דהקדיש ס"ת לרבים הקצהו למצותו לו ולכל מבקשיו ולא יהנה ממנו לדברים שהתירו למכרו עיי"ש וא"כ י"ל דהוי ממש כהקדש וכמו דאיתא בביצה פ"ד דף למ"ד ע"ב מה חג לד' אף סוכה לד' פרש"י כל שבעה לד' הוא הקדש אבל מבואר בטור לעיל ס"ס צ"ה מה שמקדישין ס"ת לבית הכנסת דינו כשאר נכסי הדיוט ואין כאן עסק גבוה ומשביעין עליהן בין היסת בין דאורייתא

הג"ה השואל בית עיין מהרשד"ם סימן רס"ו ומה שנשתומם על השובת הרא"ש שבטור לקמן סימן ש"ז ס"ג וגרם לו זה שלא ידע דבית דינו כקרקע לענין שומרים וכמ"ש רמ"א כאן וש"ך סימן צ"ה סק"ח.

סעי' ד' אם קנו מידם בטור השמיט זה ותמה ב"י בס"ס ס"ו וכאן למה ואפשר לומר לולא דהרא"ש ופוסקים הביאו דה"ט דתוס' בהזהב דף נ"ח הקשו דלמה צריך קנין הא בס"פ הפועלים קאמר דמתחייב ש"ח כשואל ונלע"ד דבש"ח דמתנה כשואל י"ל כיון שהוציא מרשותו על פיו חייב מדין ערב וכמ"ש ר"ן וריטב"א בפרק השואל דף צ"ח עיי"ש נ"י ואס"ז בהא דשלח ביד עבדך ומה דאמר בפרק הפועלים בהנאה דמהימן לו משום דגבי ערב נמי אמר בס"פ ג"פ ה"ט אך בהזהב דשכרו לשמור את הזרעים לעומר דמיירי בהפקר כמ"ש תוס' וא"כ לא הוציא מרשותו על פיו ולא הפסידו כלום והוי רק מניעת ריוח ולמה יתחייב בחנם וצ"ל בקנו וכיון דאינו מוכרח בדבר שיש לו בעלים שיהא צריך קנין בהנך דאימעטו מדין שומרים ומסברא י"ל דמתנה בדברים כש"ח להיות שואל לכן השמיטו הטור.

סמ"ע סק"ז הא דכתוב בטוש"ע סימן ש"ה דבדיבור בעלמא חל התנאי בשומרים בין לחיוב בין לפטור בפטור א"צ נועם כיון דקי"ל מחילה א"צ קנין עכ"ל ויל"ד אפ"ת מחילה צריך קנין הא כאן מעיקרא לא שיעבד נפשו ועתו"ס בפרק אע"פ סד"ה הר"ז וצ"ל דכונת הסמ"ע אם פטרו אחר שקיבל השמירה וגם בזה צ"ע לפמ"ש בטו"ז סימן ריז סט"ז אף דמחילה א"צ קנין היינו מחילה ברורה משא"ש כשהיא תלוי' ועסמ"ע ס"ס כ"א ונו"ב חחו"מ סל"א הובא בפ"ת לעיל סכ"א כתב גם בדעת הסמ"ע כן וה"נ הוי רק אם יאבד יפטר ועכשיו אינו יודע אם יאבד.

להתחייב באחריותם במח"א הלכות שומרים ס"ח כתב דלהתחייב בפשיעה א"צ קנין וחייב בתנאי לבד.

סעי' ו' מעות עניים עיין בנתיבות דציבור שנותנין לגבאים הוי ממון של הציבור ועיין מהרי"ט ח"א ס"ה דלפי דבריו פקע כח הנותנים והוי כאלו של גבאי הוא ולרשב"ץ הוא ממון הנותנים לגבאי ועש"ך יו"ד סימן רכ"א ס"ח סקמ"ט בשם המבי"ט כמהרי"ט.

שם לעניים אלו והרי הוא קצוץ להם הה"מ פ"ה משאלה דקדק מזה דתרתי בעינן שיהיו אנשים ידועים ויהא חלק כ"א ידוע והקשה הב"ח מה צורך שיהיו אנשים ידועים כיון שהקצבה ידוע לכל עני הפושט יד יתנו כו"כ בכל שבת הוי ממון שי"ל תובעין דכל עני תובע קצבה המגיע לו עיי"ש ולע"ד כיון דקי"ל אין ברירה לא הוברר למפרע זה שפושט ידו עתה הוא שהי' לו מעיקרא בשעת פקדון וצריך שיהא בעלים להפקדון בשעת פקדון דכתיב כי יתן איש אל רעהו וכמו לענין נכרי ונתגייר והקדש ופדאו דבסמוך ס"ט ומזה מוכח דלא כמ"ש הנתיבות בסק"ח בד"ה אמר לשומר וכבר הוכחתי שלא כדבריו בסימן ע"ב ס"ח ועיי"ש שכתבתי דאם צריך השומר להחזיר מעות הצדקה לגבאי והוא יחלקם לעניים דלא ידיעי הוי ספ"ד וכן הוא במהרשד"ם ס"ס רס"ו.

הלכות ש"ש סימן שג

סעי' א' עד שימשוך במח"א פ"ז משומרים ונתיבות ריס סימן ס"ו וש"מ ס"ד דאם נתן לשומר שכר מתחייב בלא משיכה דכסף עביד קנין ולא ראו דברי רמ"ה בב"ק א צ"ט ותוס' רי"ד במרובה דף ע"ט בסד"ה הי' מושכו דאפילו קיבל שכר שמירתו א"ל מושכו אינו מתחייב בשמירתו ואם נאבד פטור.

בהג"ה ראובן שאמר וכו' בשו"ת שבסוף ספר מ"י סט"ו כתב שמעון שלח מעות לראובן לעיר אחרת וכתב לו שימסור המעות ללוי ושכרו יתן לו לוי וקבל ראובן המעות ונגנב ממנו וטוען שלא עלה בדעתו ליקח שכר חייב כיון שאם הי' רוצה ליקח שכר הי' נוטל

וכמו שומר אבדה דהוי ש"ש משום פרוטה דר"י ומפקיד מעות מותרין ולא י"ל לא עלה בדעתי להשתמש וגוא"י סל"ו דחה דבריו דא"כ כל ש"ח צ"ל דמיירי שהתנה בחנם דבסתמא יכול לתבוע שכר כדאיתא בסימן רס"ד כל אדם שעושה פעולה עם חבירו לא יוכל לומר בחנם עשית עמדי ולפ"ז בסתמא יהא ש"ש ודוחק לומר דכל ש"ח מיירי שפירש בחנם ועוד בב"מ דף פ"ה מחלק דבהנח לפני ש"ח והנח סתם אינו שומר ע"כ דלא פירש דאל"כ בהנח סתם כיון דאמר בחנם ע"כ קיבל עליו לשמור את"ד ואינו דעד כאן לא נפסק בסימן רס"ד דלא י"ל בחנם עשית עמדי רק בדבר שדרך ליתן שכר בעד פעולה כזאת דכן מבואר במקורו בר"ן דכל הראיות מיירי בכה"ג דירה או יורד לשדה חברו עיי"ש אבל שמירה פחותה אין דרך בשכר כדמוכח בב"מ דף צ"ג ע"ב דאמר להכי יהבי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא ואם השמירה פחותה של ש"ח ג"כ נותנין שכר איך יאמר להכי וכו' ועוד ראי' משו"ת הרא"ש שברמ"א לעיל ס"ס קכ"ט עיי"ש ועיין בא"ח סימן רמ"ז ס"ב דהיכא דהתנה הגוי בשכר אדעתא דשכרו עביד והיכא שלא התנה אף שדעת שניהם שיתן לו שכר מ"מ בדישראל קטרח וה"נ י"ל כיון שלא התנה בשכירות אינו שומרו אדעתא דשכירות ולא מקבל עליו שמירה מעולה ושאני פרוטה דר"י ומעות מותרין דא"צ לבקש השכר מהמפקיד אלא דבלא"ה העיקר דא"י לתבוע שכר.

סעי' ג' הג"ה להציל עש"ך סק"ז ובחידושי לש"ע א"ח סימן של"ד ביארתי דאם הציל ספריו ובתוך כך נשרפו חפצי המפקיד פטור וכן אם הציל תורה שבכתב שלו ובתוך כך נשרפו ספרים של תורה שבע"פ של חברו המושכרים או שאולים אצלו פטור כיון דמחויב להציל אלו קודם הוי אנוס ושואל ספר פטור מאונס כמ"ש שו"ת ר"ן סי"ט.

סעי' ח' וחייב בטור כתב דאם הי' צריך ליתן למצילין דמי כל הבהמה צריך להחזיר לבעלים דמי טרחא לקנות הבהמה ובפרישה כתב בשם הראב"ד דא"צ ובאמת תמוהין דברי הטור דהא אפילו גזלן אינו חייב לשלם יותר מדמי שויו עכ"ל נתיבות ולא עיין בהשגות ראב"ד פ"ג משכירות דכתב בפירש דאם אותו השכר שהי' צריך ליתן למצילין עולה עד כדי דמיהם אומדין כמה אדם רוצה ליתן ולא יטרח לקנות בהמות יפות כאלה וישלם לו האומד והפרישה לא כתב רק באם אינו עולה שכר מצילין כדי כל הבהמה כמעט לא משמע בראב"ד שיחויב השומר לשלם דמי הטרחא וגם זה כתבו הפרישה במוסגר ואין טעם לחלק ובהה"מ שם הביא מראב"ד דצריך השומר לשלם הטרחא ומה שהקשה נתיבות מגזלן לא ראיתי מפורש דא"צ לשלם הטרחא אך בלא"ה שאני שומר דבעלים סמכו עליו תדע דפורץ גדר לפני בהמת חברו פטור ושומר חייב וסוגר בית חברו ואינו מניחו להשכירו פטור והשוכר בית מחברו על שנה ולא הודיעו חדש לפני פאת

השנה שיצא צריך לשלם לו שכירות שנה שני' אף שלא ידור בו וכדאיתא בסימן שי"ב ושם הבאתי מהרא"ש דהטעם משום דסמך עליו וכן הבאתי שם מריטב"א פרק א"נ דף ע"ג ועיין מ"ש לעיל סימן י"ד וסימן ר' והמל"מ שם ר"ל דסבר רמב"ן ג"כ דפשוט דמנכה הש"ש מה שהי' צריך ליתן למצילין רק סיים בצ"ע אם צריך לשלם שכר טרחא עיי"ש ובאמת בחידושי ר"ן ונ"י ושטה באס"ז מבואר דמספ"ל אם יכול הש"ש לנכות מה שהי' צריך ליתן למצילין כיון דפשע ולא נתן ואף דחדא באידך תליא משום דבש"ס אמר דא"ל קידם ש"ש ברועים ומקלות בשכר חייב וע"ז אמר אפילו בכדי דמי הבהמה ולהכי קשיא להראשונים א"כ מה חייב הא ינכה דמי הבהמה לכן עלה בדעתם דאפשר א"י לנכות ולפ"ז אין הוכחה מן הש"ס דצריך לשלם שכר טרחא ואם יכול לנכות דמי מצילין עכצ"ל דחייב דמי הטרחא מ"מ כיון דראב"ד פשיטא לו דמנכה דמי מצילין וכ"כ המ"מ דפשוט הוא ממילא מוכח דצריך לשלם דמי הטרחא וכמ"ש הטור וכ"כ הב"ח דצריך לשלם דמי הטרחא ולא ניחא להו לומר דחייב דמפסיד שכרו דלשון חייב משמע דחייב לשלם דעל הפסד שכרו יתכן רק לומר דבעל הבהמה פטור ועיין פ"ק דב"ק דף י"א וקצו"ח סימן שפ"ו ס"ג סק"י ומ"ש שם.

כדי דמיהן רשד"ם סימן ר"כ ראובן הלוה לשמעון סך מעות על סחורה ששלח בספינה וקבל ראובן עליו אחריות הסחורה מטביעה ושוללים ונתחייב שמעון לפרוע לו שכר בעד האחריות ויהי בבואם הספינה והסחורה בים הי' רוח גדולה והאניה חשבה להשבר ואנשי האניה מיראתם פן יאבדו או תשבר האניה בחרו להם להשליך כלי האניה בים להקל וכאשר הגיעו ליבשה נתפרע בעל האניה מבעלי הסחורות הבאות באניה חלקו המגיע לכל אחד בעד כליו וכתב רשד"ם כיון דש"ש חייב לשכור מצילין אף דמשכיר צריך להחזיר לו היינו כיון ש"ש פטור מאונס משא"כ כאן דראובן חייב באונס ה"נ של דראובן חייב במה שנפרע הספו מבעלי הסחורה אך מ"מ פטור ראובן משום דספן בגזל נתפרע כליו מבעלי הסחורות דלהציל ספינתו השליך כליו בים ועוד שמא גם אם לא השליך לא היתה הספינה נטבעת את"ד ולבבי לא כן ידמה מ"ש דספן להציל ספינתו עשה מ"מ הא אנשי האניה כולם בחרו להם להשליך הכלים לים א"כ הספן ירד להציל מעיד כולם וחייבים לשלם לו כדלעיל סימן רמ"ד ס"ד בהג"ה וכ"ש לפי מה שהוכיח בנתיבות סימן קע"ח דאם האונס על כולם מחמת דבר אחד וא"א להציל אחד זולת השני אף שלא ירד להציל ע"ד כולם חייבים לסייעו בהוצאותיו כ"א כפי חלקו וצ"ע בזה דבסימן רס"ד נראה מהנתיבות דגם כה"ג דוקא בירד להציל ע"ד כולם.

ומ"ש רשד"ם שמא לא היתה נטבעת הספינה גם בלא"ה ג"כ אינו לפמ"ש הרמ"א בסימן רס"ד שם דאם הציל לא יוכל בעל החמור לומר חמורי הי' עולה בלעדי הצלתך ועוד הא מבואר בסימן ער"ב סי"ז ספינה שהיתה מהלכת בים ועמד עלי' נחשול לטובעה והקילו ממשאה מחשבין לפי משאוי וא"כ מדינא הי' צריכין בעלי הסחורות להשליך בה מסחורתם כ"א לפי ערך משאו והספן דטבא להו עביד שהשליך כליו שהם פחותי ערך מהסחורה וא"כ אפ"ת שהיו ניצולין בלא"ה מ"מ כיון שהיו מחויבין להשליך תכף כשעמד הנחשול הרי הצילם הספן בשלו.

סעי' ט' וי"ל נטרפה במ"מ כתב הטעם דהוי כמוציא ברשות דנשבע ונוטל וכתב הנתיבות דתרוייהו צריכי דמטעם מוציא ברשות א"א לחייבו רק כשידוע שהוציא וא"י כמה אבל ודאי דאין אדם נאמן לישבע שעשה עמו טובה והוציא עליו הוצאות וליטול לכן צריך מגו ומיירי בלא ראה וטעם מ"מ צריך כשידוע בעדים שהציל דאז אף בלא מגו נשבע כמה הוציא את"ד ובאמת קשה לפרש דברי המ"מ שכתב סתם על לשון הרמב"ם אמנם ריטב"א בב"מ דף צ"ג כתב דבלא מגו לא מהימן משום דמלתא דקלא הוא כשבאים זאבים או שאר חיות לכן בלא מגו דנטרפה או החזרתי לא מהימן דרועה אין לו חזקה עיי"ש ומ"ש הנתיבות דודאי אין אדם נאמן וכו' שאיה דהאמינו ומסרו בידו לשמור ולעשות כל השתדלות ההצלה א"צ עכשיו למגו דאף דיש עכשיו עדי ראה מ"מ מתחלה האמינו המפקיד וכמו בשליש אף דאין לו מגו עכשיו מהימן כיון דמתחלה הי' לו מגו הרי האמינו עש"ך סימן נ"ו סק"א וסימן צ"א ס"ק כ"ג.

ובזה י"ל גם דברי הה"מ דקשיא לי' בשלמא בעיזי דאכלי חושלא בב"מ דף קנ"ז דמהימן במגו עד כדי דמיהן משום דל"ה במקום רואין אבל כאן דסתמא יש עדים ומדלא מביאן יש הוכחה דשקר טוען דהא מה"ט כשיש רואין אין השומר נאמן בשבועה לפטור עצמו א"כ לו יהא דבמגו יש הוכחה דקושטא קאמר מ"מ הוי הוכחה נגד הוכחה ואין לשומר טענה על גוף הבהמות רק תובע הוצאות מבטל הבהמות ול"ח מוחזק דהא מה"ט צריך ש"ח כדין נוטל ולמה יטול אף בשבועה והח"ה בר"פ חז"ה כתב היכא דבניקל להביא עדים דסתמא יש רואין ל"מ מגו ומלחמות כתב בהוכחות דמהני מגו ומכל ראיות המלחמות אינו מוכרח דאהני מגו להוציא מעות ושאני שאר חזקה או חמ"ק דקרקע וכדאמרינן הלכתא כרבה בארעא וכר"י בזוזי לכן כתב הת"מ כיון דהוציא ברשות דינו ליטול בשבועה אף בלא מגו ע"כ לו שקול ישקל המגו עם הוכחה דיש רואין שפיר נוטל בשבועה ולפ"ז היכא דשכר מצילין גוים או הוציא כדי להציל במקום שאין רואין מהימן ליטול ע"י שבועה אף דיש עדי ראה עכשיו וא"י לטעון עתם החזרתי או נטרפה

מ"מ כיון דהימני' תחלה דהי' יכול להעלימו כבר ועשאו שומר להצילו ע"י הוצאות אם יצטרך נאמן.

סימן דש

סעי' ה' הסבל בש"ס ב"מ דף צ"ט הנהו שקולאי דתברי ויל"ד למה נקנו שקולאי ולא מזיק או גזלן כהא דלעיל שם האי מאן דגזל עוד הקשו ראשונים לפרש"י דלא תלוי בשעת שבירה אף דלא הי' יומא דשוקא משלם המשא למה לא ישלם כשעת שבורה עוד ק"ל לפרש"י ומנכה לו אגר טרחא מה שאין צריך למכור פרוטה פרוטה הרי דלא שוה חמשה רק כשימכור בפרוטה פרוטה ומ"ש מדלעיל שם בגזל חביצא דתמרי דמשלם לו נכי חדא וכן תמה קצו"ח כאן ונ"ל משום דחיובו דשומר דעמדה תורה על סוף דעתו דמתחייב בכך כמ"ש תוס' פרק אעפ"י דנ"ז ד"ה הר"ז וא"כ חיובו ע"ד בעלים דשוכרו ע"ד שיתחייב בכך וכמו דאמר בשילהי הפועלים להכי יהיבנא לך אגרא דתנטר נטירתא יתירה וה"נ כיון דשומר משתעבד באחריות שויו ודאי בעלים רוצים דוקא כאשר שוה אצלן ויכולים לעשות דמים ממנו כדרכו למכור פרוטה פרוטה וודאי ישהנו עד יום פסוק כדרכו ואלו היו מתנים לא הי' החנוני נתרצה רק ע"ד כן כיון דחנוני הוא ע"כ משלם לו חמשא אבל גזלן ומזיק דבע"כ מתחייב וע"כ דבעלים גוזל ומזיק א"צ לשלם רק כשעם שמזיק אם ימכרנו ימד כפי היזקו ולפמ"ש מה"ט חייב ש"ש גם בגנבה בלא פשיעה כשהי' עומד למכור בפרוטה פרוטה ולפמ"ש נתיבות דלפיכך צריך לשלם ארבע שהי' יכול למכור בשוק אף דבשעת שבירה שוה רק שלשה משום ששכרו להוליכו למקום שהשוק שם כדי להרויח והסבל פשע ושברו עיי"ש א"כ מה"ט נמי חייב כפי מם שהי' יכול להרויח ע"י מכירת פרוטה פרוטה וא"כ בלא פשיעה ובגנבה כ"ש שואל ונאנס א"צ לשלם רק מה ששוה בשעת גנבה ואונס למכרו ביחד וכן מבואר ברא"ש פרק הגוזל עצים דף קוף ע"ב שכתב וז"ל דגבי אומן שאני דכיון שניתן לו לצבוע כל מה שהי' עתיד להשביח חשוב כאלו כבר השביח ואומן שפשע ושינה חייב לשלם לו הכל.

סימן שה

סעי' ג' בעלים עמו מעשה בא לפני ששכר אחד בע"ג להוליך לו עשרים חביות יין בעד עשרים דינרים ונגנב חביות אחד והי' בעל היין עמו תחלה במלאכתו ובע"ג תובע השכירות ובעל היין תובע דמי החביות יין והנה פשוט דגם ש"ב שכרו מפסיד מידי דהוה שטרות והקדשות כדלעיל סימן ש"א ומצאתי בקצו"ח ונתיבות כאן כ"כ אך הספק

אם נאמר שכירות כל חביות לבדה ואם ינכה לו השכר מכל העשרים חביות הוי כמשלם מכיסו כיון דגמר פעולתו בהתשעה עשר חביות א"ד הכל שכירות אחד דע"מ שישמר כולן ויביאן לידו פסק לו שכר והנה ביו"ד סימן קל"ג ס"ג ובש"ך שם סק"ו בגוי ששכר ישראל להעביר לו מאה חביות במאה פרוטות ונמצאת אחת מהן יי"נ שכרו כולו אסור כיון שקבלנות הוא כולא אגרא אחדא וחדא יהיב לו וגם אפשר שאלו הודיעו מתחלה שאין מעביר לו החביות יי"נ לא הי' שוכרו כלל כן הסכימו רוב הפוסקים וכ"ע ב"י ואחרונים וכתב המחבר שם דאם א"ל העבר לי כל חביות בפרוטה אינו אסור רק שכר של היי"נ ולפ"ז ה"נ אם א"ל העבר עשרים חביות בעשרים דינרין כולא אגרא אכל חדא וכשנגנב אחד א"צ לשלם לו כלל ובאס"ז בב"מ דף נ"ח כתב הריטב"א דאפילו נטל כבר השכירות ואירע לו הפסד חייב להחזיר השכר ועיי"ש ובכה"ג אפשר די"ל קי"ל כר"י וראב"ד שבטור יו"ד שם דמהני הולכת שכר אותו חביות לים המלח ולא ס"ל דכולא אגרא אכל חדא יהיב ונהי דהתם איפסק כרוב הפוסקים להחמיר באיסור אבל כאן להוציא מהמוחזק י"ל קי"ל.

ופנ"י בב"מ שם כתב אם שכר שומר לימים ופסק לו שכר לכל יום ונגנב אח"כ לא הפסיד שכירות ימים שעברו דכל יום שכירות בפ"ע וגם לדבריו י"ל אם שכרו לחדש ונגנב בסופו הפסיד כל השכירות.

ואח"כ מצאתי בתומים סימן ס"ו ס"ק ס"ח כל שלשה חילוקי דינים שכתבתי דהיינו אם שכרו לימים כל יום בפ"ע ונגנב באיזה יום אינו מפסיד שכר ימים שעברו ואם שכרו לחדש ונגנב טרם כלותו מפסיד כל שכרו ואם שכרו לשמור בית כור זרעים ונגנב סאה אחת מפסיד שבר כל הבית כור אח"כ נדפס ספר פ"ת ונ"צ ומצאתי בו כמ"ש.

סעי' ד' ומשבועה ומ"מ מפסיד שכרו רא"ן ששון והביא ראי' מלעיל סימן ס"ו ס"מ ור"ס ש"א ש"ך ומח"א הלכות שומרים סכ"ב דחה ראייתו דודאי סתמא כל שנוטל שכר אדעתא לנטורי נטורי יתירתא שקיל מ"ה אף דבהקדש פטור מגזה"כ אגרא לית לו דמצי למימר לו להכי יהבי לך אגרא לנטור שמירה מעולה משא"כ בהתנה להיות כש"ח הרי לא קיבל עליו נטירותא יתירתא ועיי"ש ולע"ד כיון דמדינא כל שלא שמר מגו"א אין לו שכר רק מכח התנאי שהתנה להיות כש"ח באת וכיון די"ל דהכונה רק להיות כש"ח שלא יתחייב לשלם הפקדון אבל לא שיטול שכרו חנם י"ל יד בעהש"ט עה"ת ואפילו כבר קיבל שכרו עיין לעיל סימן מ"ב ס"ח בש"ך סקח"י וכ"ש אם לא קיבל השכר עדיין וכ"ש אם לא התנה להיות כש"ח רק התנה ליפטר מבו"א ועכ"פ אם לא נתן לא יתן ואם

נתן י"ל קי"ל במח"א ואפשר גם מהרא"ש וש"ך מודו כשנתן ולא פירש ועיין מהרי"ט חחו"מ סימן קט"ז סד"ה ואיברא.

ע"מ שלא אתחייב כתב הסמ"ע דאם קיבל השמירה מעיקרא א"י לומר אח"כ איני מקבל אחריות עלי רק צ"ל ע"מ וש"ך וטו"ז תמהו דמה יועיל ע"מ ולע"ד לפמ"ש מח"א בחידושיו על הרמב"ם פ"ז משאלה דדוקא ש"ח א"י לחזור תו"ז דכל ששמר כדרך השומרים פטור אבל שיש דצריך לישב כל היום לשמור הר"ז בפועל דחוזר בחצי היום וכ"כ ת"ר דש"ש דמי לפועל וא"כ כיון דיכול לחזור מהני כשאומר ע"מ דהיינו איני רוצה לשמור בשכר מעתה רק ע"מ שלא אתחייב באחריות ואם הבעלים אינם מרוצים חתר בו מלהיות שומר וא"כ אם לא נתרצו הבעלים על התנאי ה"ל ליטול שלהם כיון דחזר בו מלשמור רק ע"מ כן אבל כשאינו אומר ע"מ הרי אינו תולה עבדות השמירה בקבלת אחריות ואינו חוזר בו מעבדותו דרוצה בשכרו ולשמור רק חוזר בו מחיוב אחריות ובזה א"י לחזור דל"ש בזה טעם עבדי הם ביון דאינו חוזר מן העבדות רק מחיוב ממון אם יגנב או יפשע ואין צריך המפקיד לחוש לדבריו ולהשיבו כלל.

ומ"מ י"ל דתליא בהך פלוגתא דלקמן סימן של"ג ס"ג הובא בפ"ת סק"ד אם חוזר בו מחמת יוקר אם יכול לחזור כלל ולדעת הסמ"ע בסקט"ז יכול לחזור רק דל"ה ידו על עליונה עיי"ש ובשו"ת אמרי א"ש חיו"ד סימן צ"ג וה"נ כיון דרוצה להיות ש"ש גם מעתה רק ע"מ שלא יתחייב באחריות הוי כחוזר מחמת יוקר.

סעי' ו' שמירה בבעלים בנתיבות כתב בש"ש שמסר להבעלים לשמור בחנם דפש"ש חייב בגנבה ובעלים בפשיעה ול"ח כש"ב כיון דהש"ש עדיין חייב על חפץ זה לשומרו לבעלים מגנבה דמ"מ אין עמו במלאכתו דהש"ש אינו שומרו רק שחיוב הגוף מוטל עליו לענין גנבה ועוד דהש"ש אינו בעלים של החפץ ודמי להא דסימן שמ"ו סי"ז בהג"ה עיי"ש ובטו"ז סימן רצ"א סכ"ג כתב דבעלים פטורים מפשיעה דהוי שמירה בבעלים ובסימן ע"ב ס"ג כתבתי משום דש"ש מוטל עליו שמירה מעולה יותר דאם יזדמן שרפה וכיוצא ויצטרכו הש"ח וש"ש להציל שלהן דהש"ח רשאי להציל שלו ולהניח הפקדון וש"ש מחויב להניח שלו ולהציל הפקדון וכיון שמוטל עליו חיוב שמירה אם יזדמן חשוב עמו במלאכתו אף דכעת אינו עוסק במלאכתו וכמבואר בסימן שמ"ו ובזה י"ל דל"ת אטו"ז מתשובת הרא"ש שבטור לקמן סימן ש"ט ס"ג דהתם השוכר אינו חייב בגו"א רק ברפואתה.

ומ"ש הנתיבות דהחפץ אינו של הש"ש כמו בסימן שמ"ו סי"ז י"ל שאני התם דהבעל חייב לבעל החפץ ובעל החפץ אינו עמו במלאכתו משא"כ הכא דהש"ח אינו חייב רק

לשמור להש"ש והרי מי שנתחייב לו עמו במלאכתו וא"ת ה"נ כיון שהש"ח בעל החפץ הוי רק כמי שהש"ח נתחייב לעצמו לשמרו ובפשיעה יחויב שיפסיד שלו ולא יוכל לתבוע את הש"ש א"כ הרי הש"ח נשתעבד לעצמו לשמור והרי הוא בעצמו במלאכתו.

הלכות אומנים סימן שו

סעי' א' כל האומנין עש"ך דאפילו עושה בבית בעה"ב וכתב הנתיבות אף דבעינן משיכה בשומרים מ"מ בשוכר הוי התחלת שימוש קנין גם לחיוב שמירה כיון שהמשכיר א"י לחזור בו האי הנאה ה"ל ככסף לגבי שוכר אבן מהרמ"ה שבאס"ז ב"ק דף צ"א ע"ב מוכח אף בהקדים דינר לשומר אינו ברשותו לנטורה ולא מועיל הקדים דינר רק בטבח ואומן דמשתעבד למעבד עבידתי' כשכיר ואם קלקל חייב אבל אינו ברשותו לענין גו"א עד שימשוך ולעיל סימן רצ"א הבאתי דרשב"א חולק ארמ"ה וכ"ד מח"א דהקדים לו שכר מהני ועמש"ל סימן ש"ג ומפרש"י בב"מ דף צ"ט ע"ב בד"ה מאי עבידתי' מוכח דהתחלת שימוש בשכירות מטלטלין אינו קונה דאל"ה שפיר משכחת חזקה בשכירות מטלטלין כמו דקונה בקרקע בחזקת תשמישין כששכר להשתמש וכדלעיל סימן קצ"ב ס"ז וס"ח.

סעי' ד' שחט בחנם כתב ש"ג דאם שולח איש איזה דבר לשחוט ונתנבלה בידו וכו' מספ"ל אי חשבינן לו ש"ש משום הברכות וכתב הש"ך סק"ז דאשתמוטתי' ש"ס דהגוזל עצים דאומן פטור בחנם ולע"ד י"ל לפמ"ש הש"ך בס"ס שפ"ב דאין לאדם שכר ברכה עשרה זהובים רק על ברכה שמברך בפני אחר לא בינו לבינו וא"כ אינו מרויח השוחט ע"י הברכה רק ע"י שמיעת בעלים ברכתו ועונה אמן אחריו וא"כ הבעלים משמשין את השוחט ג"כ ששומעין ברכתו ומרויח עי"כ א"כ הוי שמירה בבעלים בתחלת חיובו כשנעשה ש"ש וכיון דאומן הוא ואינו מזיק ממש אינו חייב רק מדין ש"ש דהוי כקרוב לאונס ובש"ב פטור משא"כ הדיוט חשוב מזיק ממש ובלא דין שומר חייב כדלעיל סימן כ"ה ס"ד לכן דייק הש"ג דאם שולח איזה דבר לשחוט ולא אמר מי ששחט איזה דבר לחברו אלא משום דע"י שליח שנשאל לשומר ל"ח שאלה בבעלים כדלקמן סימן שמ"ו ס"ו ובב"ק צ"ט ע"ב אמר ר' יוחנן טבח אומן שקלקל חייב ופריך והאר"י דמומחה פטור לא קשיא כאן בחנם כאן בשכר כי הא דאמר ר' זירא הרוצה שיתחייב לו טבח יקדים לו דינר ויל"ד מה צורך להקדים ולא סגי בפסיקת שכר וכסתם שכירות דמשתלמת לבסוף אבל לפמ"ש ה"ט דאם לא מקדים הנה בשעת ברכת ובעלים שומעין הברכה ומהנה לשוחט נעשה שמירה בבעלים דמשעת ברכה נעשה שומר שכר בשכר ברכה וא"כ אף דנותן לו שכר ממון ממש פטור ולהשיאו עצה שלא ישמע הברכה הלא יפסיד שכר

אמן דגדול העונה מהמברך לכן יקדים לו דינר דנעשה השוחט אז ש"ש כשמקבל הדינר והוי תחלתו שלא בבעלים ולא אכפת לנו אם אח"כ בעלים עמו והגמרא דאמר סתם כאן בשכר ולא מחלק בין הקדים לו השכר י"ל היינו כשאין הבעלים אצל הברכה או יש אחרים זולתו או דלא ס"ל כר"ז בהא וה"ט לפמ"ש נתיבות בסימן רצ"א סכ"ו דאם שאל בבעלים ובתוך ימי השאלה שכר או שאל ממנו שיהא לו רשות להשכירו לאחרים הוי קנין חדש ומפקיע שאלה ראשונה שהי' בבעלים אף דבסימן שמ"ו מבואר דשאילה של"ב אינו מפקיע שאילה ראשונה שהי' בבעלים היינו משום דבשאלה שני' הי' ברשותו וזוכה מכח משיכה ראשונה משא"כ אם בשני' עושה קנין חדש עיי"ש וא"כ ה"נ כיון דבשעה ברכה לא זכה עוד בהשכירות ממון דאינו בעד הברכה רק בעד השחיטה ואם לא ישחט ע"י איזה סבה לא יגיע לו שכירות וכששוחט זכה בשכר שחיטתו א"כ כיון דאז אינו תו בבעלים וקונה שכר חדש נעשה ש"ש אז מחדש וכ"ש דא"ש לפמ"ש הריטב"א ושטה בב"מ דף צ"ח ע"ב דהא דשאלה שני' של"ב אינו מפקיע ראשונה דבבעלים היינו כששאל בשני' תוך זמן שאלה ראשונה אבל לאחר הזמן כבר נפסק שאלה ראשונה ושכירות או שאלה חדשה הוא והוי שלא בבעלים א"כ ה"נ כששחט דזוכה בשכר חדש ע"י שחיטתו נעשה ש"ש שלא בבעלים ובירושלמי פ' נ"ש ה"ג אר"א לר' זירא כמה דאנא יהיב דעתי מפקא יתיך ידי חובתך בברכתא כן הב דעתך מפקא ידי חובתי באמן עיי"ש ומה צורך להוציאו באמן אלא ע"כ דשכר הברכה עשרה זהו' רק כשעונין אחריו אמן וכיון דר' זירא כיבד לר' אבא לברך כדי ליטול שכר הברכה אמר לו שצריך לענות אחריו אמן ולהוציאו שיהא כבירך וענה אמן דבזה יש לו שכר הברכה בשלימות וברכ"י א"ח סימן רי"ג הביא מהד"מ א"ח סימן קס"ז דכתב דלא נמצא כן בפוסקים גם בתלמיד שלנו ליתא עיי"ש וא"כ ר' זירא מדשתק לר' אבא הודה לו דלא נשלם חובת הברכה בלא עניית אמן ואנן לא ס"ל הכי כיון שלא נמצא בתלמוד שלנו ולפ"ז ר' זירא לטעמי' אמר שיקדים דינר לטבח דאל"כ יתחיל חיוב שמירתו בשכר הברכה ובעל הבהמה ששומע ועונה אמן משלים ברכהו ושכרו והוי שמירה בבעלים משא"כ לדידן דשכר הברכה נשלם מצד המברך עצמו א"כ ל"ה שמירה בבעלים ואפילו בחנם הוי ש"ש וא"צ ליתן שבר רק אם הטבח יש לו לברך על שלו ושל אחר ונכלל במה שאמר כאן בשכר כאן בחנם דאם מברך על זה לבד הוי בשכר ורמ"ה שבאס"ז כתב דהצריך שיקדים דינר דסתמא לא יעשה משיכה והגבהה כדי שלא יהא ש"ש וע"י דינר משתעבד בלא משיכה והגבהה ודוחק ולהסוברים דמיד שנסתלקו בעלים מתחייב השומר ה"נ כיון שמוסר לטבח לשחוט הרי נסתלק בעליו וא"צ משיכה.

ומה שהקשה קצו"ח דא"כ שומר אבדה יהא ש"ש משום שכר מצוה אע"כ משום לל"נ ל"ח שכר י"ל לפי מה שהוכחתי במקום אחר ומצאתי באחרונים דמצוה שמוכרת לעשות לאו ליהנות נתנו משא"כ כשאינו מוכרח וא"כ אבדה מוכרח להשיב משא"כ לשחוט איבעי לא אכל בשר ולא מברך אבל אחר ששחט מוכרח לכסות לכן מכסין באיסורי הנאה והא דצריך לשלם עשרה זהובים בחטף מצוה משום דזה שחטפו אינו מוכרח ולדידי' הוי הנאה לכן אף דלחברי' ליכא הנאת ממון דמלל"נ מ"מ כיון דאפסדי' המצוה והמפסיד הרוויח הנאת עשרה זהובים קנסוה שישלם וכן הא דאמר בחולין כוס של ברכה שוה ארבעים זהובים דנהי דמחויב לברך אבל אינו מוכרח להוציא אחרים ולהשמיען הברכות לכן המתכבד בכך חשוב לו הנאת מ"ם זהובים.

הלכות שוכר סימן שז

השוכר במל"מ פ"י משכירות הביא מהמהרש"ך דמלוה על המשכון לר"י דהוי ש"ש משום פרוטה דעני לא שייך להכי יהבי לך אגרא דתנטר נטירא יתירה כיון דהנאה זאת לאו בעד השמירה וי"ל הא נטרי כדנטרי אנשי עיי"ש ולפ"ז ה"ה שוכר דאין השכר בעד השמירה ועיין בב"מ דף פ' ע"ב רש"י ותוס' מדמה שוכר לאומן וא"כ גנבה באונס ואונס בנופו של שומר כשינה בשעה דניימי אנשי וכהך דלעיל סימן ש"ג סי"א דחייב רק משום דלהכי יהיב לו אגרא דלנטר נטירא יתירה שוכר פטור וכ"כ חת"ס חחו"מ סט"ז אך מדפריך הש"ס פ"פ האומנין על הא דתנן ארבעה שומרין הא שלשה הן ומשני דיניהן שלשה לא משמע כן דלמהרש"ך דיניהן ארבעה ואפשר דמוכרח לתרץ המשנה שלא תקשי לרבה דגם ש"ש פטור כה"ג.

סימן שח

סעי' ז' עומד לשכור ל"ה גזלן בקצו"ח הקשה מב"מ דף צ"ז בתוקף ספינתו של חברו בקיימא לאגרא ונטל אדמתא דאגרא רצה נוטל שכרה רצה נוטל פחתה אם הוא יתר על השכר ופרש"י דהא בע"כ שקלה וגזלן הוא ומשמע דחייב אף באונסין והעלה דאף לתה"ד אם מתה מחמת מלאכה חייב דהא מבואר דרצה פחתה נוטל וכ"כ נתיבות ולע"ד שא"ה דתקף בע"כ דידע בעל הספינה ומיחה משא"כ כשנטל שלא מדעתו כיון דקיימא לאגרא ונוטל אדעתא דאגרא כיון דאלו ידע הי' מרוצה השתא נמי כאלו ידע אף דקי"ל ישל"מ ל"ה יאוש וכמו שמחלק הש"ך בסימן שנ"ח ול"ל כמו גבי ישל"מ דל"ה יאוש משום דל"ל אלו ידע שנאבד הי' מתייאש דאלו ידע שהוא אצל זה ל"ה מתייאש כמ"ש

הש"ך שם ה"נ נימא אלו ידע דתמות מחמת מלאכה ל"ה משכירה דז"א דמה שמתה מחמת מלאכה נולד אח"כ ושפיר י"ל אלו ידע שזה נוטלה לרכוב עלי' הי' מהרצה ברצונו המוחלט וזה נראה דעת הרשב"א שהביא הג"ה ס"א ולא כנתיבות דרשב"א לא כ"כ רק כשהשכירה לאיש והרכיב עלי' אשה משא"כ כשנטלה של"מ דמ"ש כיון שהשכירה רק לאיש הרי לאשה נטלה מעצמו שלא מדעת בעה"ב ואף דהש"ך בסימן שנ"ח כתב דתוס' לא ס"ל סברתו כבר הוכחתי במ"א דהיכא די"ל אלו ידע הי' ניחא לו יותר שזה יטול שלו משלא יטלנה גם לתוס' אמרינן דהוי כידע וראי' לזה מהמג"א סימן תרנ"ח סק"ג וה"נ כיון דקיימא לאגרא ניחא לו יותר שיטלנה אדעתא דאגרא וזכות הוא לו וזכין לו שלא בפניו והוי כידע ונתרצה ובפ"ק דכתובות דף י"א גר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד דזכות הוא לו וזכין לו שלא בפניו ומ"מ אם הגדיל יכול למחות שאני הכא שנולד שינוי שנאנסה י"ל מש"ה צווח דלא ניחא לו בהאי שכירות מעיקרא ואלו לא נאנסה סתמא הי' ניחא לו ואינו נאמן לומר דגם אפילו לא נאנסה לא הי' משכירה לו כיון דבא להוציא ואנן סהדי דהי' משכירה כיון דקיימה לאונירה וראי' לזה מתשובת הרא"ש שבטור לעיל סימן רכ"ז סי"א ופרישה שם דהיכא דנשתנה השער לא מהימן לומר שגם א"ל הי' נשתנה הי' חוזר מחמת אונאתו דמעיקרא רק לא נודע לו שנתאנה עד עתה.

סימן שי

סעי' ב' חמור זה אני שוכר לך אם שכרה לרכוב וכו' ראב"ד וטור הקשו מ"ש לרכוב או למשא ובסמ"ע סק"ט הקשה עוד מה זה נתינת טעם שכתב בשכרו למשא הואיל וא"ל חמור זה ומת הלא בשכרו לרכוב ג"כ אמר לי' חמור זה ואפ"ה חייב להעמיד לו אחר ועוד למה בחמור סתם לא מחלק בין לרכוב או למשא כמו בחמור זה עיי"ש ועוד יל"ד דבס"א כתב מתה הבהמה או נשברה אם א"ל חמור סתם וכו' ובס"ב בחמור זה לרכוב כתב רק ומתה הבהמה ולא כתב או נשברה והנלע"ד דבפרק האומנין דף ע"ט בד"ה ואם יש בדמי' ליקח הקשו תוס' מ"ש מבית זה מושכר לך ונפל א"צ למכרו וליקח אחר ונראה עפימ"ש נ"י בשילהי השואל דגם בבית זה אי הי' נפיל קודם שנכנס לדור בה חייב להעמיד לו בית אחר מדמי בית זה והנה מבואר בגמרא וכאן ס"ב דמתה בחצי הדרך יש לשוכר תרעומת על המשכיר ופרש"י ואס"ז משום דאגלאי מלתא דבשעה שהשכיר לו חמור רעוע הי' ולא הי' בו כח להוליכו כל הדרך וא"כ מתחלה לא היתה ראוי' לזכוכות ולרכוב כמו בחלתם שלא תפול עמו על הגשר ובאחת הפחתים כמבואר בס"א וכ"ש חמור זה דחזינן דמתה ומעיקרא רעוע ותשושת כח היתה ויש חשש מיד שמא המות

תחתיו או סמוך למיתה תפול באחת הפחתים ואף דחזינן עכשיו דהלכה עמד מ"מ היינו דשוכר לא הכירה אבל משכיר ידע דרעועה היתה מדיש לשוכר עליו תרעומת ואלו ידע השוכר הי' יכול לכופו למכרה ולהעמיד לו אחרת ולא מפני שטעה השוכר יפסיד זכותו דגם בחלתה לאו ודאי תשליכנו מיד מ"מ מיד חשובה אינה ראוי' וה"נ מעיקרא לא הי' לה כח להוליכו כל הדרך עם זכוכות או לרכוב עלי' והוי כבית נפיל מיד משא' למשא ראוי' עד שתפול והוי כבית זה ונפל אח"כ דפטור אבל בנשברה דעפ"י מקרה בא לה הוי כבית זה ונפל אח"כ רק בחמור סתם חייב כבית סתם ועיין סמ"ע ס"א.

אינו חייב להעמיד לו אחרת אלא נותן לו שכרו של חצי הדרך ולעיל ס"א אמר חייב להעמיד לו בהמה אחרת וא"ל העמיד יחזיר השכר ויחשוב עמו על שכר כמה שהלך בה ובנתיבות הקשה למה כאן אמר אינו חייב ולעיל אמר חייב כיון דבשניהם אינו מפסיד רק שכר מחצי הדרך שלא הלך ותירוצו דחוק במשמעות הלשון והעיקר כמ"ש המח"א על הרמב"ם פ"ה משכירות דהפירש בס"א דחייב להעמיד לו חמור ואם לא העמיד אין לו עליו אלא תרעומות ונותן לו שכר חצי הדרך אף שהשכיר זה ביותר והפסיד מחמת שלא העמיד זה אין זה אלא גרמא בניזקין עיי"ש ולכן כאן דאמר לו חמור זה גם תרעומות אין לו עליו לכן אמר אינו חייב ועיין לקמן סימן שי"ב ס"ז בשעמ"ש ואף דכתבתי שם סי"ד דהיכא דסמך עליו חייב גם בגרמא מתקנה מ"מ שאני הבא דלא פשע המשכיר ועפ"י סבה בא גם לא שכיח כ"כ ועש"ך לקמן סימן של"ג סקל"ד ובפ"ת שם סק"ב דאם משך בע"ה כלי אומנתו של הקבלן דחייב הקבלן לעשות המלאכה וב"ד כופין אותו מ"מ אם לא ציית דינא או שלא היו ב"ד לכופו ושכר בע"ה קבלן אחר ביוקר אין קבלן ראשון צריך להחזיר לו ההוספה ודוגמתו הוא כאן דבעל הבהמה קביל עליו להוליך השוכר על בהמתו ועשה השוכר קנין במשיכת הבהמה ועיין הגמ"ר ר"פ הגוזל קמא הובא בקצו"ח סימן שע"ו ס"ג סק"י.

סימן שיב

סעי' א' המשכיר אחד השכיר חנות לחברו על שנה חוץ מהירודים ושוב נתחדש עוד ירוד בתוך השנה ופסקתי דהשוכר צריך לפנות החנות בירוד זה דהא מבואר לעיל סימן רכ"ה בקיבל עליו אחריות שבירה ושפיכה ואירע שנתנסך היין דחייב גם באחריות הניסוך מטעם דחזינן דקיבל אחריות דעלמא והא דלא פירש ג"ז משום דלא אסיק אדעתי' ומבואר שם עוד ס"ג לכל תנאי ממון שאומדים דעת המתנה וא"כ ה"כ אף דלא פירש אף שיתוסף היינו דלא אסיק אדעתי' אבל כיון דפירש חוץ מהירודים יש לכלול גם

החדש דאומדנא הוא אי הוה ידע הי' מתנה דכך יש לו קפידא על החדש כמו בישנים אך השוכר יכול לנכות בעד ימי ירוד החדש לפי שכירות העולה לכל יום דמעיקרא שפסק השכירות היו ימים אלו בכלל ואף דיחשב לספק יש לפסוק כן דבגוף החנות המשכיר חשוב מוחזק ולענין השכירות השוכר מוחזק אך ינכה רק כפי העולה על סתם ימים לא כפי מה ששוה בימי ירוד.

לזמן קצוב וכו' אפילו דנפל וכו' ואפילו העני וצריך למוכרו כ"כ הרא"ש וטור ומוכח מזה דהעני יותר מסתבר שיוכל להוציאו מנפל ביתו וקמ"ל דגם בהעני א"י להוציאו כיון שהוא תו"ז ושכירות ליומו ממכר וא"ה בהשכיר סתם דאם נפל בית משכיר יכול להוציאו כדלקמן סי"א כ"ש העני וצריך למכרו ולא כמ"ש במרדכי הובא בטו"ז דנפל יכול להוציא ובהעני לא ומ"מ י"ל גם מרדכי מודה בסתם דבהעני יכול להוציאו ולא קאמר רק בתו"ז כדמסיים יחזיר על הפתחים עד משלים ימי שכירתו ורא"ש דס"ל דנפל כ"ש מהעני דא"י להוציאו הוכרח לפרש דברי ירושלמי דלא כמרדכי.

שישלים זמנו אבל יכול להשכירו לאחר תו"ז לכשיגיע הזמן מביי"ט ח"ב סימן שמ"ו עכ"ל ש"ך סק"ג וראיות המבי"ט מדיכול למכרו ולהקדישו איני מכיר דשאני מכירה כיון דהגוף של משכיר מהני מכירה וממילא כיון שקנה הגוף יהיו הפירות שלו אחר כלות זמן השכירות אבל להשכיר גוף לפירות אינו שלו כיון דשכור לאחר הגוף לפירות והוי דבר שאינו ברשותו וגם ראיות נתיבות מכתובות דף נ"ט נדחה בזה ובמל"מ פ"ד מה"א הביא מחלוקת רש"י ותוס' אי מחוסר זמן חשוב דשלב"ל אך כיון שנהגו להשכיר לשוכר ולאחר טרם שכלו שכירות הראשון מועיל משום סטימתא וכן מצאתי בפ"ת לקמן סימן שט"ו וכבר בררתי לעיל סימן ר"א דסתימטא מועיל בדשלב"ל להיות חיוב ולא קנין בגוף הדבר וכיון שיש כאן מחלוקת אי חשוב דשלב"ל מחמת דזמן ממילא קאתי לכן הנלע"ד לדינא כך אם השכירו לשוכר ראשון או לאחר ורוצה המשכיר לחזור בין קודם שכלה שכירות ראשון בין אח"כ א"י לחזור כיון דעכ"פ יש בו חיוב הגוף משום סטימתא כופין אותו לקיים חיובו וכן השוכר א"י לחזור מה"ט ואם חזר המשכיר והשכירו לאחר ל"מ דאם תחלה השכירו לשוכר ראשון דא"א להוציאו מספק אלא אף שהשכירו תחלה לאחר וחזר והשכירו לראשון ג"כ א"א להוציאו אם השכירו לראשון אחר כלות שכירתו דשמא ל"מ קנין תו"ז השכירות ואין מועיל רק מכח חיוב גופו של משכיר וכיון דקנהו זה הדר בו אחר שכלה שכירתו א"א להוציאו כיון דחיוב אינו קנין ואם גם הדר בו לא שכרו רק תו"ז שכירתו אחר שהשכיר המשכיר לאחר צריך לצאת כיון דממ"נ האחר זכה אם ל"ח דשלב"ל הרי קנה ואם הוי דשלב"ל גם להדר בו ליכא קנין וחיובו של האחר קדים

ואם השכירו המשכיר תו"ז השכירות לאחר שאינו דר בו ושוב חזר והשכירו ג"כ לאחר שאינו דר בו אפילו השכירו להשני אחר כלות שכירות הדר בו מ"מ יש לו ליתן למי שהשכירו תחלה כיון דהוי ספק דל"ה דשלב"ל וקנה הראשון ואם תפס לא מפקינן לכן גם לכתחלה יש ליתנו לזה כיון דודאי חייב המשכיר ליתנו לו מצד סטימתא ויש עליו חיוב הגוף ועולה עשה שהשכירו לשני להפקיע שעבודו של ראשון ונגד השני ליכא חיוב כלל כיון שקדמו הראשון הרי זה דומה למ"ש הר"ן בפרק הכותב בהא דלב"ח יהבינן משום נע"ד כיון דאם קדים וגבה גבה מן הדין מגבין לו תחלה משום איזה טעם ואם אחר שהשכירו לשוכר ראשון או לאחר חזר ומכרו לאחר חשוב הלוקח מוחזק דודאי הגוף שלו וגם הדר בו צריך לצאת דאף דיש חיוב על המשכיר מ"מ לא קנה השוכר בגוף הבית ועיין נה"מ סימן ל"ט סקי"ז ואם נתייקרו שכירות הבתים או השכיר בזול אף דל"ד להך דלעיל סימן ק"ז ס"ד דהיורשין אין עליהם חיוב הגוף משא"כ זה דיש עליו חיוב הגוף נהי דא"י לקיים חיובו ליתן גוף הדבר כיון שמכרו לאחר מ"מ יכול לקיים חיובו לשלם דמיו מ"מ כיון דלוקח מוציא מיד שוכר שקדמו רק מכח ספק שמא חשוב דשלב"ל ולא קנה ראשון א"כ משכיר י"ל לשוכר שמא ל"ח דשלב"ל וקנית אתה ולא הזקתיך ודומה להך דפרק הגוזל דף צ"ט ע"ב ההוא מגרומותא דאתא קמי' דרב טרפי' ופטרי' לטבח לשלומי דמי וכדלעיל סימן ש"ו ס"ה לכן אין להוציא מהמשכיר זולת כשתפס השוכר אין להוציא מידו ודוקא שמכרו די"ל סברתי שיניח להשוכר לדור ברצונו או מחמת הדין אבל אם חזר והשכירו להדר בו אחר כלות זמן שכירות הקדום דכתבתי דאין מוציאין אותו מדירתו מספק אין לו התנצלות זה כיון דהשכירו ע"כ לדור בו ולהפקיע שכירות הראשון והוי פושע וחייב כמו בסימן ש"ו שם שקלקל בדבר הידוע דמטריפין מספק כמ"ש התה"ד וש"ך שם כ"ש הכא דנתכוין להפקיע לשוכר ראשון לכן חייב להעמיד לו בית אחר כמו בסתרו או מכרו לאנס דבסמוך ס"ב ואם לא העמיד לו חייב להחזיר לו מה ששוה יותר וברשד"ם סימן רפ"ח חולק ג"כ אמבי"ט וס"ל דאם השכיר תו"ז לאחר דמי למה שאירש מאבא מכור לך דאפילו בשדה זו ל"מ לרוב הפוסקים ואף שאחר שכתוב בשטר שהשכירו כתוב דנתחייב המשכיר להעמיד ולקיים השכירות לז"פ וקבאנ"ס ל"מ דהחיוב הוא בהנחת השכירות וכיון דשכירות ל"ה כלום גם החיוב ל"מ וצריך לכתוב פלוני חייב עצמו להשכיר החצר לפלוני וצ"ל דל"ה שם מנהג להשכיר תו"ז לכן לא בא עליו משום סטימתא ומ"ש רשד"ם סימן שי"ו כשיש ספק בדין אם לוקח יכול להוציא השוכר תו"ז חשוב השוכר מוחזק תמוה דהא קי"ל קרקע בחזקת בעלי' וכתבו תוס' בב"מ דף ק"ג בד"ה פרדיסי משום דסופו להחזיר וה"נ בלוקח שייך ה"ט ועמ"ש בסי"ט.

זמנו אחד שכר מרחץ מקהל לשנה ותוך השנה רצה לשכרו עוד ולא רצו רק להשכיר לבנו ושכרו בשביל בנו שלא בפניו ואח"כ חזרו הקהל נ"ל שיכולים לחזור אף דדברי הקהל א"צ קנין כמבואר בסימן קס"ג די"ל דאינו חל הקנין עד שיכלה שכירות הראשון כיון דא"א להשכיר שיהנה מיד אלא דנתיבות סימן רי"א וכאן כתב דסתמא דעתו שיחול מעכשיו דאל"ה שניהן יכולין לחזור ובכדי לא עביד והכא דבנו לא ידע ע"כ לא חל מעכשיו דשמא לא יתרצה ול"ח זכות כמבואר בסימן קצ"ה ס"ג בהג"ה לענין מכר ועיי"ש כתיבות דכ"ז שלא אמר המוכר זכה בשביל פלוני אפילו הקנה בכסף שניהן יכולין לחזור עד שיתרצה הקונה בפירש וא"כ אף דדברי קהל א"צ קנין הוי כקנו אבל לא להוסיף כאלו אמרו זכה להיות ידם עה"ת וכיון דאפיקתי' ממעכשיו אף דשניהן יכולין לחזור מ"מ עבדי ממילא י"ל סתמא אינו חל עד שיכלה שכירות ראשון ואפילו הי' בקנין כסף יכולין לחזור ועיין רשד"ם חחו"מ סימן שמ"ז אף דדברי שכ"מ ככומ"ס היינו דברים שפירש ולא להוסיף על דבריו אפילו רואין בבירור שכן כונתו עיי"ש ובסימן ס"ו הוכחתי דבמכירה ושכירות גם קהל צריכי קנין וברשד"ם סימן רפ"ח כתב דאם השכיר לשני תו"ז שכירות ראשון אם לא פירש מעכשיו ל"מ קנין דהוי כמשוך וקני' אחר שלשים או קנה סודר זה ותקנה חפצך לי אחר שלשים והוא דלא כנתיבות.

הג"ה ואם הי' ממושכן בענין שלא הי' יכול לפדותו לעולם אם לא מכרו יכול למכרו ולהוציאו מיד כן גרס פלפלא חריפתא והובא בפ"ת ונלאו האחרונים לפרש דברי הג"ה זאת אליבא דהלכתא דמ"ש מנפל ולע"ד ביאור דבריו שבית זה השכור הי' ממושכן ע"ת שאם לא יפדנה לז"פ יוחלט למלוה ונעשה במעכשיו וכדלעיל סימן ר"ז וכלה הזמן בתו"ז השכירות ושיעבוד מלוה קדים נמצא א"ל יפדנה יוחלט למלוה ויכול מלוה להוציאו מיד דלא הי' כח ללוה להשכירו יותר ע"כ אף דלוה מכרו לאחר ומחזיר למלוה מעותיו ונשאר השכירות קיים מ"מ יכול הלוקח להוציאו מיד כיון דלולא לקחו ונתן מעות ג"כ הי' כלה שכירתו דזה המשכיר נהנה שלא נחלט ביתו בזול וזה השוכר לא חסר ואף דכתבו תוס' בפרק כיצד הרגל דף כף ע"ב בד"ה הא אף דכופין עמ"ס בזה נהנה וזה ל"ח מ"מ יכול למנעו מתחלה מלדור בביתו דלא קיימא לאגרא ועיין פ"ת סימן ק"ע מ"מ הא כתבו תוס' בכתובות דף מ"ז ע"ב בד"ה שלא דבדבר דל"ל פסידא אמרינן אומדנא דאדעתא דהכי לא מכר לו שכנגדו עיי"ש וה"נ בנפל ביתו של משכיר הל"ל אומדנא דאדעתא דהכי לא השכיר בית זה רק כיון דיש פסידא לשוכר אמרינן דאדעתא דהכי ל"ה שוכר משא"כ כאן דזה נהנה וזה לא חסר ואף די"ל שאם לא יוכרח לצאת יוכרח המשכיר לפייסו בממון וירויח זה הוי מחלוקת לעיל סימן קע"ד ס"א וא"כ הקרקע בחזקת המשכיר שהגוף שלו

וטובא קמ"ל אף דל"ל כיון שמכרו הלוה לפרוע למלוה המוקדם לשוכר יהא הלוקח במקום המלוה וכדלעיל סימן ק"ד סיט וסימן קי"א ס"ה.

לא קוצב לו זמן בש"ך הקשה הא קי"ל אין הדמים מודיעין ולא ראה הדרישה שביאר דא"ל תשכיר לי ביתך בדינר לחדש והקדים לו שני דינרין ולפ"ז ל"ל המעות מתנה דהא מבואר בטור לעיל סימן ר"כ בצמד ובקר דהמעות מתנה ואפילו לא נתן המעות מוציאין ממנו וקשה למה לא יוכל לחזור ואפילו קנו אין מטבע נקנה בחליפין וכ"ש דלא נזכר כלל שקנו מידו אע"כ דאין הכונה שנתן לו מתנה לבד אלא שוויתר ליתן בעד הצמד הרבה ונתחייב במשיכתו וא"כ כאן ל"ל כן דהא פירש דינר לחדש לכן הדמים מודיעין דהקדים לו שכר שני חדשים.

סעי' ב' חייב להשכיר לו בית אחר ואפילו א"ל בית זה וסתרו כמבואר ברמב"ם ותמה נתיבות דלא יהא אלא הזיקו אחר דאין משלם רק שויין וא"צ להעמיד בית אחר ועו"ק אדין דמכרו לגוי הא אם בא אחר וסגר הדלת ולא הניחו לכנוס בתוכו פטור אפילו מלשלם השכירות את"ד ולפמ"ש הריטב"א הבאתיו בסמוך סי"ד חדש דשאני הכא דהוא השכירו לו וסמך עליו שיניחנו לדור בו.

סעי' ה' סתם ואם דד"מ באותו עיר גם בהשכיר לזמן קצוב וגם זמן הודעה אינו כד"י וגם אפילו נתייקרו הבתים לפמ"ש תומים בסימן ע"ג סי"ד סקט"ו ה"נ אזלינן בתר דד"מ דמתחלה סתמא השכיר אדעת כן ועיין מ"ש בסימן ע"ג סי"ד.

עד שיודיעו ברשד"ם סימן רפ"ו אחד שהשכיר חזקתו לאחר ומת המשכיר ונפל לשני יורשים ואחד מן היורשים אמר להשוכר שלשים יום לפני סכות שיצא מהבית והשני אמר שיעמוד ואח"כ נפל הבית בגורל לזה שאמר לצאת ופסק אף דמה שצריך להודיע הוא מדרבנן וקי"ל י"ב בדרבנן מ"מ לא אמרינן כאן י"ב לחוב להדר דמד"ת אין כח לבעל החזקה יותר מהדר רק מתקנה עיי"ש ולפ"ז בבית שהגוף קנוי למשכיר י"ל אחר שחלקו הוברר למפרע דזה חלקו.

סעי' ו' וחנות מעשה שהשכיר המשכיר החנות לאחר ובא שוכר שני לראשון שיפנה לו החנות והסכים רק באופן שישלם לו חוב שיש לו אצל אחד ואח"כ חזר בו שוכר ראשון מחמת שלא הודיעו המשכיר יב"ח מקודם נ"ל נהי דאצ"ק ובמחילה סגי כמו בב"מ לעיל סימן קע"ה ס"ל מ"מ הכא מחל רק בתנאי וצריך קנין כמ"ש הסמ"ע ס"ס כ"א וטו"ז סימן ר"ז סט"ז ועוד כיון דשוכר שני יכול לחזור מלהחזיר החוב אינו בדין שחברו לא יוכל לחזור וכמ"ש רשב"א שבב"י לעיל סימן קע"א סל"ג וסמ"ע סימן ק"צ ס"י סקי"א

ורא"ש בב"מ דע"ז הובא בנה"מ סימן קצ"ב וגם י"ל באופן הוי כאם ולא כפ"מ ועשע"מ ס"ס שט"ו.

סעי' ח' מיד כתב הסמ"ע דתרי ידעו שיכלה הזמן וה"ל לדבר זע"ז ונ"ל אם דברו זע"ז שישאר לשנה השני' ולא עשו קנין א"י להוציאו בשנה שני' רק אם חזר והודיעו שלשים יום לפני השני' דכיון שהבטיחו המשכיר הוי כמשכיר סתם דסמך השוכר שלא יוציאו דכל הטעם דזמן קצוב מבואר ברי"ף ס"פ השואל דמידע ידע דזמנו כלה וכמו שהודיעו וא"כ בכה"ג תו לא ידע שיחזור בו אף דלא עשה קנין הא גם המשכיר סתם ליכא קנין על לאחר חדש ראשון וכ"ש הכא דשארית ישראל לא ידברו כזב וכן משמע מלשון הסמ"ע דס"ל לדבר זע"ז מ משמע דאם דברו סגי מדלא אמר דה"ל לשכור ממנו בקנין ומ"ש הסמ"ע או עם אחרים ע"כ ל"ד דהא אף ששכר בית מאחר בקנין ונפל וכיוצא ודאי זה יכול להוציאו דלאו עליו סמך.

סעי' ט' בהג"ה ונעשה שונאו בנתיבות כתב דאם הבית עומד להשכיר אפילו אמר תנאי בפירש ל"מ עד שכופל לתנאי כמבואר בסימן רמ"א ס"ט ול"נ כיון דבמעכשיו יש פלוגתא ועוד דכאן דבאמת עתה אוהבו וחל השכירות רק כשנעשה שונאו בטל השכירות מאז והלאה א"צ דיני תנאי ב"ג כמ"ש מל"מ פ"ג מזכי' ה"ח וקרקע בחזקת משכיר.

סעי' י' שנתייקרו הבתים עיין פ"ת באחד שהשכיר דירה לחברו בביתו על עצים של בעה"ב ורוצה אח"כ הבעה"ב לחזור מחמת שנתייקרו העצים והנה א"ל נתחייב בקנין ליתן עצים רק השוכר החזיק בבית תליא בפלוגתת הפוסקים דלעיל בהשכיר לו חמור סתם ומת אם בלא קנין סגי במשיכת חמור אחד להתחייב להעמיד לו חמור אחר עיין לעיל סימן ש"י בסמ"ע סק"ו נראה דעיקר כהפוסקים דמועיל משיכת חמור זה שישתעבדו נכסי המשכיר וכ"כ הריטב"א שבאס"ז ב"מ דף ע"ח כיון שמשך חמור ראשון וקנאו במשיכה למלאכתו ונתחייב למשכיר בשכרו דשוב א"י לחזור בו באותה הנאה נתחייב לו המשכיר להעמיד לו חמור כאלו קנו מידו וכ"ד רבינו עכ"ל ועיין ב"י סעיף י"ח.

סעי' י"ד עם שמעון ולעיל ס"ז וא"ל הודיעו צריך ליתן לו השכר וכתב שפמ"ש משמע אף שיצא מהבית חייב ליתן לו ומוציאין ממנו השכר בב"ד וק"ט מסימן שס"ג ס"ו אם גזל חצר חברו ולא דר בו פטור מלשלם השכירות ע"כ העלה דאם יצא אין מוציאין רק שמדומה שאין דנין כן ולע"ד ודאי אין לדון כדבריו דלדידי' תקשי מסימן של"ג בשכר פועלים וחזר בעה"ב דאם היו מוצאים להשכיר א"ע ועכשיו אין מוצאים חייב לשלם להם וכן בדבר האבוד וחזרו פועלים שוכר עליהם או מטען הא ג"כ רק גרמא ומבטל

כיסו וכן מהא דאיזהו נשך דף ע"ג ע"ב מאן דיהיב זוזי אפרוותא דזו לשפוט ולא זבן לי' חייב לשלם לולא אסמכת אף דאינו רק מניעת ריוח ומבטל כיסו והשגמ"ש בסימן ס"א כתב הטעם בפועלים משום שבת והניח בצ"ע ונתיבות בסימן של"ג הוכיח דלאו משום שבת הוא ועיין בנתיבות סימן ש"ו אבל העיקר כמ"ש באס"ז בפא"נ שם בשם ריטב"א וז"ל דהקשה לו מ"ש ממבטל כיסו ש"ח שפטור שאינו רק גרמא ותירץ אף שלא קיבל עליו תשלומין כלל כיון שסמך עליו חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו דבהנאה שסמך עליו ונותן לו ממונו משתעבד לו מדין ערב וזה ענין שכירות פועלים שחייבין לשלם לבעה"ב מה שמפסיד כשחזרו בהן או שבעה"ב משלם להן מה שמפסידין כיון שסמכו זע"ז נתחייבו זל"ז במה שיפסיד ע"פ וזה דין גדול עכ"ל וה"נ מבואר בתשובת הרא"ש כיון שלא הודיעו סמך עליו ולא השכיר לאחר ע"כ חייב ושמא כ"ז מתקנה כמ"ש נתיבות סימן של"ג שכן ראו ותקנו היכא שסמך עליו והפסיד ע"י וה"נ תק"ח בשוכר סתם שיודיעו לפני הזמן וא"ל הודיעו חייב כיון שסמך שישאר בביתו וכן בנשאר בבית אחר כלות הזמן ולא הודיעו סמך עליו אבל בגזל בית מחברו וסגר הדלת לא סמך עליו ועמ"ש סימן של"ג ובד"ג כלל ק"ד סי"ג בדה טעמים מלבו שלא עע"ד הרא"ש כמבואר למעיין בלשון הרא"ש.

סעי' ט"ו חדש העיבור של משכיר הנה אם השוכר רוצה לצאת עכשיו או החלו שכר בתים י"ל אם העיבור לא נכלל בי"ב דינר לשנה איני דר בבית או כשדר כבר ישלם כשער של עכשיו דהא החיוב רק משום דאוקמוה לקרקע בחזקת משכיר ולא נכלל בשכירות י"ב לשנה ונמצא דר בשל חברו וצריך להעלות שכר אבל אם לא דר או החל ואתה תופס הלשון דינר לחודש בזה השוכר מוחזק ואיך נוציא מספק דהא לא נוכל לומר קרקע בחזקת המשכיר רק דהוי כאלו לא השכירו בכלל השנה ולפ"ז אמרתי בקהל שהשכירו גאבעלי לשנה ופי' ג"כ תרי לישני דסתרי ונתעברה השנה וחדש העיבור לא הי' שוה כשאר חדשים וגם בכל השנה הי' היזק דנהי דמוקמינן הגאבעלי בחזקת קהל המשכירים וכאלו לא השכירו מ"מ א"י לכוף לשוכר הגאבעלי לשלם בעד חדש העיבור כפי שכירות שאר חדשי השנה רק הכנסות חדש זה שייך לקהל ח"ל שו"ת רשב"א סימן תרמ"ה דל"ד לקרקע דבחזקת מארי' קאי ונמצא השוכר משתמש בקרקע של משכיר וכאלו חזר לו לסוף שנים עשר חדש ונמצא זה דר בחצר חברו דקיימא לאגרא שלא ברצון הבעלים ונמצא השוכר כמוציא מן הבעלים אבל מלמד זה מדעתו מלמד את בנו ועיין קצו"ח דהוא משום דהוי תפיסה ברשות ומוכח מזה בבית שבתחלת החדש יכול לצאת ובסוף חדש א"צ לשלם רק מה ששוה עתה דהוי כדר בחצר חברו שלא מדעתו חדש זה

ולא נכלל בשכירות ראשון ובגאבעלי כשפרעו מדעתם א"צ השוכר להחזיר כלום רק אם חזק ידו עליהם והכריחם אזי ישלם מה ששוה חדש זה או ההכנסה.

בחזקת בעלי' עש"ך במטלטלין אינו כן וכ"כ רי"ף ורא"ש ובאמת בחידושי ר"נ ס"פ השואל דגם במטלטלין בבא תחלת חדש הוא למשכיר ורי"ף ורא"ש לא כתבו דמהני תפיסה רק באסתרא מאם מעי דלנענת התופס ג"כ ודאי כולה שלו וכאשר ביארתי לקמן סי"ט החילוק בין שוכר לשואל וכ"ש לרמב"ם וש"ע לקמן סימן שמ"א ס"ז דגם בשאלה חשוב משאיל מוחזק.

סעי' י"ז הג"ה נשרף הבית עסמ"ע ולע"ד מ"ש דינו צ"ל אינו דמסתבר לרמ"א דברי רשב"א שבתשובת מיימני פכ"ז דמשפטים די"ל ותלו דשוכר גרם ועכ"פ מה שנתן לא יחזור עיי"ש רק במה דמשוה התם נפל לנשרף הא מבואר לעיל בש"ע דאפילו נטל יחזיר והוא דעת הרמב"ם ורשב"א בתשובה ורא"ש וטור וש"ע אך בנשרף אינו מבואר בדבריהם לכן י"ל דרק בנפל אמרו כיון דנפל אגלאי למפרע דרעוע הי' מעיקרא ולא הי' ראוי לעמוד יותר ולא שייך בזה לומר מזלו דשוכר גרם ואם נפל ברוח שאינה מצוי' והבית הי' חזק א"כ ודאי גם שאר בתים נפלו והוי מכת מדינה ואם רק זה נפל הרי חולשתו גרם לו שיפול מדלא נפלו שאר בתים אבל בנשרף די"ל דמודו פסק רמ"א דאינו כנפל.

סעי' י"ט ואם דר אין מוציאין אותו משם אף דלעיל בנתעברה השנה הקרקע בחזקת משכיר כאן שלא הי' השוכר מעיקרא בבית ונכנס עתה ולא מיחה בו בעל הבית אגלאי מלתא דשיעבד לו הבית וכמ"ש בשו"ת רשב"א סימן תרמ"ה לענין מלמד שלמד בחדש העיבור ולפ"ז אם נכנס שלא בפני בעה"ב יכול להוציאו וכ"כ קצו"ח ובנתיבות בכללי תפיסה סכ"ב כתב עפימ"ש הרא"ש בסנהדרין פאד"מ דבפ"ד י"ל קי"ל בקרקע לכן כאן נמי מהני תפיסה בקרקע דתיקו דמי לפ"ד די"ל קי"ל כשתפס ועיי"ש ואינו ראי' מהרא"ש דמיירי דהפלוגתא אם הקרקע לחלוטין של המוחזק בה עכשיו משא"כ בשוכר דודאי סופו לחזור למשכיר לא חשוב השוכר מוחזק וכמבואר בתוס' פרק המוכר את הבית דף ס"א ע"ב בד"ה ארעתא ובס"פ השואל ד"ה פרדיסי ודעת מהראנ"ח גם במטלטלין כן והמל"מ פט"ו מטוען מחלק ג"כ בקרקע ופליג על מהראנ"ח רק במטלטלי וכ"כ הטו"ז בביאור דברי הרא"ש לעיל סימן קנ"ה סוף קל"ה והמל"מ וראנ"ח וטו"ז מיירי גם כשטוען התופס בקרקע ברי ועיין רא"ש ס"פ השואל וכיון דתפיסת קרקע גופא חלושה ותוס' בפחז"ה דף ל"ב ע"ב בד"ה והלכתא ס"ל דתפיסה בקרקע ל"ח תפיסה ודעת חידושי ר"ן בס"פ השואל וספר תקפו כהן הובאו בקוה"ס כ"ז ס"ז דבשכירות מטלטלין לענין י"ב דינר לשנה דינר לחדש בא בתחלת החדש כולו למשכיר עיי"ש וא"כ בקרקע עכ"פ

במוחה מתחלה כשנודע לו יש להוציאו ואפילו נכנס ברשות ונולד אח"כ ספקא דדינא אם צריך לצאת כהך שהבאתי לעיל בד"ה שישלם כיון דדנין על להבא.

סימן שיג

סמ"ע סק"ו בפרישה וכו' מזבחים דף כ"ה ע"ב מים שבתוכה וחיצה לה עפירש"י שם יש ראי' לפרישה.

סימן שיד

סעי' א' בהג"ה בית זה א"א להעמיד לו אחר בהגמ"י פ"ו דשכירות כתב אהא דחייב להעמיד לו דלתות וכל הנהו דחשוב כאן ז"ל אפילו היכא שלא היו אלו בשעה שהשכיר לו הבית חייב כיון דלא מתדר לי' בע"א עכ"ל ומוכח דכ"ש אם היו כשהשכיר לו ונשברו אח"כ ומבואר שם דמיירי בבית זה וקצו"ח הקשה מלעיל סימן שי"ב סי"ז דאם הי' מסוכן צריך לתקנו וכבר הרגיש בזה בגליון הנ"י ס"פ השואל ונראה דזה כונת הרמ"א כאן שכתב ועיין לעיל סימן שי"ב סי"ז ובאמת התם נמי כתוב רק בשם יש מי שאומר באופן דדין זה כאן ולעיל סימן שי"ב סי"ז דלא נפל כולו רק מסוכן לדור בו במחלוקת שנוי' אי על המשכיר לתקן בבית זה אחר שהי' יפה כשהשכירה.

סימן שטו

שכירות נשאלתי ראובן שכר וועריטצהויז מגוי והשכירה לשמעון לזמן על תנאי שלא ישכירנה לאחר ומת שמעון ונשארו אלמנתו ובני' שם ותבעו את ראובן בב"ד שיחזור ליקח מהם הוו"ה לאחר חדש שיצאו אז והסכים ראובן ואח"כ חזרו ושאל השואל כיון שהקפיד ראובן שלא ישכירנה שמעון לאחר קפיד נמי אבניו אחריו שהם ברשותם וירא שלא יגרמו לו היזק אצל הגוי כשיצטרך לשכור עוד עיין כתיבות סימן שמ"א ס"ג ועוד כיון שסלקו עצמן א"י לחזור כמ"ש מח"א הלכות שכירות ס"ט ושעמ"ש בסימן זה והשבתי מ"ש כיון שהתנה שלא ישכירנה לאחר יכול ליטלנה גם מבניו אינו כיון דאחר מות שמעון הניחם ראובן כמה זמן הרי נתרצה בהם עש"ך סימן של"ג ס"ק מ"ד ועוד אפשר לא קפיד רק משום דגם שלא ישכיר שמעון לאחר ישלם השכירות אבל עתה אם יטלנה מבניו ישאר בלי שוכר א"כ אין להוסיף על התנאי שאמר להשכיר ולא להוריש ובפ"ק דכתובות דף י"א כיון שהגדילה שעה אחת ולא מיחתה שוב א"י למחות מ"ש מהשעמ"ש הנה עיקר ראייתו מהרא"ש פ"ק דב"ב סמ"ג בדין בית סתום י"ל ד"א פירץ

פצומיו אין לו ד"א משום דאין הד"א קנויית לו רק לתשמיש בעלמא וכיון שגילה דעתו שא"צ להם פקע זכותו י"ל לפמ"ש נתיבות סימן קצ"ב סי"ג דאם שכר מקום וקנהו ע"י תשמישין כגון שהכניס בהמותיו לשם ולא נעל וגדר אין גופו קנוי להשוכר לקנות על ידו אם הונח שם מציאה או מקח דאין לו עליו רק שיעבוד להשתמש בו אבל אם נעל וגדר קנה הגוף לפירות יעיי"ש וה"נ אם קנה בכסף ושטר או נעל וגדר דקנה הגוף לפירות ל"מ מחילה בדיבור לבד משא"כ בד"א שלפני הפתח הגוף קנוי לשני השותפים בחצר וקונין מאחרים במקומו רק זה שהד"א לפני פתחו יש לו שיעבוד לתשמיש בעלמא לכן מהני מחילת שעבודו וגם בסתימת החלון בעל החלון לא הי' לו שום קנין בחצר חברו רק שיעבוד שלא יסתום חלונו לכן מהני מחילה בשתיקה ובדיבור לבד וזוח"א שם כתב ג"כ דמחילה ל"מ בשכירות דהגוף קנוי לפירות רק כיון שנסתלק המינה הפקירה וכיון שהגוף של משכיר זכה ממילא ודוקא אם נסתלק מיד וכאן אמרו שיצאו אחר חדש הוי כאומר הא"מ אחר ל"י וכ"ש אם אמר שיפקיר אחר שלשים וכן כאן כ"ז שיושב עם כליו בבית לא נסתלק לומר שהפקיר רק הבטיחו שיצא ואזי יסתלק ומשום מחילה הי' אפשר לומר כיון דה"ל שיעבוד על הבית לדור זמן ארוך מחל קצת משיעבודו שלא יהא לו רק על זמן קצר אלא דמחילה ל"מ כיון דיש לו קנין בגופו וצ"ל משום דנסתלק הפקיר זה ל"ל רק אם נסתלק ויצא או לא הי' בתוכו או עכ"פ אמר אי אפשי בה מעתה ולקמן סימן ש"ס ס"ח שלחה ביד ע"כ אף דא"ל המשאיל שלח אם מתה בדרך חייב בד"א בתו"ז שאלתם והא ג"ד וסילק א"ע מלהשתמש בה בהסכמת המשאיל ויהא ככלתה זמן שאלתה אע"כ דיכול לחזור כ"ז שלא יצאה מרשותו ועמח"א הלכות שאלה ס"ז וק"ו בשוכר דקנה בכסף וחזקה ועוד גם המח"א ושעמ"ש לא אמרו רק כיון דגוף המקום של המשכיר מהני מחילה או סילוקו של שוכר ומיד זכה המשכיר כיון דהגוף שלו אבל כאן דראובן שכרו מהגוי וחזר והשכירו הרי לא נשאר לו בו זכות בגופו וחשוב כמכירה לאותו זמן וכמ"ש כה"ג המג"א בסימן רמ"ד סס"ק ח"י.

סימן שטז

סעי' א והוא שלא בד"מ מבואר דבמרדכי והג"מ פליגי ע"ז ונ"ל כיון דהש"ע ונושאי כליו סתמו דלא כמרדכי ל"ל קי"ל כמ"ש בכללי תפיסה תומים ונתיבות ועוד דקרקע בחזקת המשכיר ואפילו רוצה השוכר לצאת ולהשכיר למי שב"ב מרובים יכול המשכיר לעכב ולהוציא השכירות ממנו כיון דאין הספק על הדמים רק על הקרקע עיין לעיל סימן שי"ב סט"ו בש"ע ובמ"ש שם סי"ט ואף לנתיבות דבפ"ד גם בקרקע אין מוציאין השוכר היינו

כיון שירד ודר בה אין מוציאין אותו אבל להכניס אחרים הוא בא להוציא מהמשכיר ולעכו"ם אף שאין ב"ב מרובים א"י להשכירו עיין לעיל סימן שי"ב ס"ז ובאה"ג שם אות נו"ן ולעיל סימן קע"ה ס"מ ובדיעבד והעכו"ם משלם יותר הריוח לבעה"ב כמ"ש נ"י והג"ה לקמן סימן שס"ג ס"ר והמח"א ה"ש סי"ט כתב דהנ"י ל"ק רק כששכרה הראשון בפחות משוי' ושני משלם שוי' אבל אם שכרה ראשון בשוי' כיון דשכירות ליומו ממכר הריוח של שוכר ראשון דזה נהנה וזה ל"ח ומסתימת נ"י ורמ"א ל"נ כן אלא כיון דאינו רשאי להשכיר לשני ל"ל בזה שכירות ממכר דלאו אדעת כן השכירה ועוד דאין אונאה לקרקע עיין לעיל סימן קע"ה בסמ"ע סקי"ד וגם להמח"א נראה דלכתחלה יכול לומר המשכיר איני רוצה להשכירה לשני שב"ב מרובים זולת אם יתן לי ההוספה עתו"ס פרק כיצד הרגל דף כף ע"ב בד"ה הא איתהנית ונ"ל דשוכר שני ששכרה ביותר משוי' א"צ לשלם רק שוי' וכהא דסימן שס"ג ס"י דאם שכרה מראובן ביוקר ונמצא הבית של שמעון לא יפרע לו רק שוי' וה"נ כשלא הי' רשאי להשכירה ובעכו"ם וכבר פרע יותר מהראוי להשכיר לעכו"ם צ"ע כיון דלפי הדין הוא כישב בלא פסיקת שכירות וא"צ לשלם רק שוי' ועסמ"ע סימן קפ"ג ס"ז ס"ק כ"א בהטעהו השליח לעכו"ם במקח בדבר שאין לו קצבה דהיינו דבר שנמכר באומד הכל לבעל המעות וה"נ הכל לבעה"ב רק י"ל כיון דלא שלחו בעה"ב ושלא ברשותו השכיר ובגרותו הריוח יחלוקו כהך דס"ה שם בש"ך סק"י ומוכח בש"ך שם סקי"א דה"ה כשנתן לו סחורה למכור במקום פלוני ושינה ומכרו במקום אחר חולקין בריוח להרא"ה ועיטור ובנ"י בהגוזל קמא דף ק"ב כתב בשם הרא"ה כיון דשינה משליחותו ל"ל ידו כיד משלחו והל"ל כל הריוח לשליח רק משום דמעות משלח גרמו ג"כ הריוח חולקין אף בדבר שאל"ק ומדמה לה להוסיפו לשליח בדבר שי"ל קצבה דחולקין דמשום גרמא שלו הוסיפו לו שהרי אין דרך לתת כן לאחרים ה"נ גם בדבר שאין לו קצבה כששינה ועסמ"ע סימן קפ"ג ס"ק ח"י וס"ק כ"א ונתיבות סימן שנ"ו ס"י כתב דאם גנב ומכר ביותר משוויו אין הגנב י"ל אתן לך שוויו דגזלן משלם כשעת הגזלה דכיצד עושה סחורה בסחורה ש"ח כמבואר בשס"ג ס"י בהג"ה ומוכח כמ"ש דגם ביותר משוויו מיירי ומ"מ צ"ע דרמ"א פסק דכל הריוח לבעה"ב לשיטתו בקפ"נ ס"ה דאם שינה הכל לבעל המעות אבל להרא"ה וסייעתו וש"ך שם ה"נ יחלוקו כיון שלא הי' לו רשות להשכיר לאחר שב"ב מרובים דבית של בעה"ב וגרמת שוכר ששינה גרמו הריוח ונתיבות לשיטתו דבסי' קפ"ג חולק על הש"ך וס"ל דאין חולקין רק כששינה ונתכוין לקנות אדעת שיחלוקו דאזי שינוי קונה כמ"ש נתיבות שם ס"ג וא"כ זה ל"ש רק בנתן לו מעות על שעורין וקנה חטים והרויח דכיון דקנה חטים תו ל"ל דכיצד עושה

סחורה בפרתו ש"ח משא"כ אם נתן לו סחורה למכור ושינה במכירתו או גנב מהסחורה ומכרה וכ"ש קרקע דאין נגזלת דכל הריוח לבעלים כיון שעלה על סחורתם וחילוק זה מוכרח ברמ"א דברצ"ב ס"ז פסק דאם הנפקד הרויח במעות שלא הי' לו רשות להשתמש בהן הריוח שלו ובשס"ג ס"י פסק כשלא ה"ל רשות להשכיר הריוח של בעה"ב אלא פשוט כמ"ש דעכ"פ קרקע שאני ועקצו"ח סימן ש"י ס"ג והנ"י בכיצד הרגל פסק דהריוח לבעה"ב ובהגוזל עצים הביא מהרא"ה דבדבר שאל"ק חולקין צ"ל כיון דהביא דעת רי"ף אח"כ כן מסקנתו ובמראה פנים על ירושלמי פרק הגוזל עצים הלכה ה' תמה על הש"ך הנ"ל שכתב שכ"ד הנ"י בשם הרא"ה דהמעיין שם יראה של"כ הרא"ה רק דמירושלמי נראה כן ולבסוף הביא דעת הרי"ף להלכה עיי"ש שהביא שם כ"פ שלא מנאם הש"ך ואלמלי ראה אותם הש"ך ל"ה פוסק לומר קי"ל ובשו"ת ב"ח ישנות סימן קמ"ד באחד שמכר כישות לחברו ונדר לו שיהיו יפות כולם והרשהו שימדדם בעצמו וכאשר בא הסחורה לא הי' המוכר בביתו ומכר הלוקח הכישות לגוי ומדדן לו ונמצא בהן רעות והוכרח לחוזר שני אדומים מסך שפסקו וא"ל עשה כן ה"ל היזק גדול מהגוי ופסק דפטור המוכר דלדברי לוקח הוי מקח טעות ולא ה"ל למוכרם וכיון שמכרם נראה דאף הרשב"ם שכתב המרדכי בשמו בהגוזל קמא דמרויח במעות פקדון אין הריוח למפקיד דוקא פקדון דכיון דשלח בהן יד ה"ל כגזלן אבל זה לא שלח יד דהורשה למדוד ולמכור מודה רשב"ם שאם אינו רוצה לקיים המקח כיון שהי' בטעות א"כ אפילו הרויח נותן לו חצי ריוח את"ד אך מפוסקים הנ"ל משמע בין עשה ברשות בין שלא ברשות כל הריוח לבעלים וי"ל הב"ח לא העמיק לדינא בזה כיון דלכל הפחות יגיע לבעל הכישות חצי ריוח ע"כ יתרצה לוקח במקחו כדמשמע בב"ח שם דבא על הלוקח בממ"נ כדי שלא יוציא השני אדומים מהמוכר אבל א"צ ליתן ריוח כלל למוכר עייש"ה.

סימן שיז

סעי' ב' ישבע המשכיר היסת ויוציאנו הלשון מהופך דצריך לצאת מקודם ואח"כ ישבע היסת וכן לעיל סימן שי"ב סט"ז מ"ש דבעה"ב נשבע היסת ומוציאו מן הבית ג"כ מוציאו קודם וכן לעיל סימן ק"מ ס"א ונוטל את שלו ג"כ מדינא נוטל קודם שלו ואח"כ נשבע לפמ"ש הש"ך בסימן קל"ה סק"א ובסימן ע"ב סי"ח ס"ק פ"ב וס"ק פ"ז דה"נ קרקע בחזקת בעלים כמו התם וכ"ש אם טוען המשכיר על השוכר שיצא מן הבית והשוכר טוען שכבר הקדים לו שכירות על להבא או יש לו אצלו חוב ולא יצא עד שיפרע חובו וזה מכחישו דדינא דצריך לצאת ואח"כ ישבע היסת דלא עדיף ממטלטלין היכא דלא

מהימן המלוה במגו ויש הכחשה כמה הלוה לו דהדין דנוטל משכונו והדר נשבע לוה היסת כמבואר בש"ך סימן ע"ב ס"ק פ"ב ופ"ז ואדרבה תפיסת מטלטלין עדיף ממה שדר בקרקע ולפמ"ש לעיל סימן נ"ד ס"ב צ"ע דבשלמא במטלטלין אפשר להשליש משא"כ כאן דדינא דיצא תחלה ל"ל דתופס עד שישבע הבעה"ב משום דשמא לא ירצה לישבע דה"נ יאמר הבעה"ב שמא לא ירצה לצאת ובכ"מ שצריך תובע לישבע מחויב נתבע להשליש כמבואר לעיל סימן פ"ב ס"ג ואפשר כיון דא"א להשליש וא"ל ירצה בעה"ב לישבע היסת לא נחתינן לנכסי' ואם ישבע נוציא השוכר מהבית לכן ישבע המשכיר קודם.

סימן שיט

סעי' א או שהטעהו בקצ"ח הקשה עמ"ש רמ"א לעיל סימן שי"ב ס"ט דאם פירש שמשכיר לו רק מפני שהוא אוהבו ונעשה שונאו יכול להוציאו הא אינו כתנאי ב"ג וכ"כ מהרי"ק בשרש קפ"א מה שטען האיש שחתם להיות שותף לאהבת השלום ולא התמיד השלו' הרי לא נכתב בלשון תנאי וכתבו תוס' גיטין דף מ"ו במוציא אשתו משום ש"ר דאם נמצא הש"ר שקר מדינא הוי גט כיון דלא אמר ע"מ את"ד והנה מ"ס דלא התנה כתנאי ב"ג כתבתי לעיל סימן שי"ב דכאן דהוי מעכשיו ולכ"פ א"צ דיני תנאי והמשכיר חשוב מוחזק ועוד דהתנאי לא מבטל השכירות למפרע רק משעה שנעשה שונאו אך כאן ליכא תנאי כלל כיון דלא אמר מ"מ ונ"ד ל"מ כיון דאינו רק מצד אמירתו וליכא אומדנא דמוכח מגוף המעשה אך לפמ"ש מהר"ם אלשיך סימן ע"ח ותוס' הרא"ש שהובא באס"ז כתובות והביאם שער המלך פ"ו מגירושין דתוס' לא אמרו רק בגט משום דג"ד באיסורא ל"מ רק בממון א"כ אין ראי' מתוס' לנ"ד בממון וגם לפמ"ש מהריב"ל הובא בשו"ת מהרמ"ל סימן קכ"ב דהיכא דאמר דמשום דבר שהוא להבא הוא מוציאה אף לסברת התוס' הוי כמו תנאי גמור והגט בטל ממש וא"כ כאן מה שגילה דעתו שאינו משכירו לו רק מפני שהוא אוהבו ע"כ משום להבא שאם יעשה שונאו יתבטל השכירות דמשום לעבר הרי באמת עתה אוהבו ומה צורך בגילוי דעתו וא"כ גם לתוס' הוי כתנאי גמור וגם לפמ"ש הריטב"א שהביא שע"מ שם דאם הזכיר בשעת גירושין דמוציאה משום ש"ר אף שלא אמר דרך תנאי אפ"ה אומדנא דמוכח הוא דלא גרשה רק ע"ד כן לדידן דס"ל מכלל לאו אתה שומע הן עיי"ש וא"כ כאן דהוי מעכשיו גם לא בא לבטל השכירות למפרע דא"צ דיני תנאי מהני ג"ד לבד ועוד הא דעת רש"י ורמב"ן בגיטין שם דאם אמר משום ש"ר אני מוציאך ונמצא שקר הגט בטל מדינא וכן הוא בירושלמי שם א"כ לו יהא דתוס'

ורשב"א וש"פ חולקים מ"מ כאן הקרקע בחזקת המשכיר ומהרי"ק דמיירי התם שנעשה בשבועה שפיר הביא ראי' מתוס' ולא חש להחולקים כיון דהוי ספק איסור.

הלכות שכירות פועלים סימן שלא

סעי' ב' כמנהג בחו"י סימן ק"ג כתב לענין השפחות ששברו כלים לנכות משכרן רוב נשים אין מקפידות על דבר קנון רק אין הולכין בעמון אחר רוב מ"מ א"ל נמצאו בעיר מקפידות רק אחת ושתים בטלה דעתן ולא נקרא רק מיעוטא דמיעוטא ובכ"ד מפליג בין מיעוטא למיעוטא דמיעוטא ער"פ האשה בתרא את"ד ובריטב"א פ' אין מעמידין דל"ד ע"ב כתב דאף מועט מאד במספר הוי חד מיעוטא רק היכא דאתי מתרי ספיקא הוי מיעוטא דמיעוטא ובשו"ת בית שלמה סימן קס"ה הביא כן ממרדכי פי הזרוע וכיון דמד"ת חייבת לשלם רק מכח המנהג באנו לפטרה לומר דהוה כהתנו קשה להוציא מבעה"ב.

סעי' ג' מחשבין היתר והפחות וכתבו רמב"ן ורשב"א דשני בתוספתא הנותן מעות לחברו ליתן לו פירות בגורן חייב להעמיד לו כשער בינוני והריטב"א כתב ר"פ האומנין בשוכר סתם או עושה שלא בקציצה אין לו רק בפחות שבפועלים וקשה מ"ש מנותן ממות ליתן לו פירות בגורן ומהרשד"ם סימן של"ה ולח"מ פ"ט משכירות הניחו בצ"ע וקצו"ח תירץ כשפוסק על על העירות ועתה ליכא שער הכונה על שער הגורן וה"ל כאומר כדרך שמוכרין בעיר ודעתו אמיצוע אבל בלעבר כהאי דשוכר את הפועל וכבר נשכרין פועלים בפחות אין לו אלא כפחות ולפ"ז אם שוכר פועל שיבא בקציר כיון שהוא על שער שיעמוד בקציר דהא השתא ל"ה שער כלל לזמן הקציר ה"ל כמזכיר שער שיעמוד בקציר ודעתו אמיצוע את"ד וקשה לי דהא בחידושי ר"ן ונ"י בפרק הפועלים דף פ"ז סיימו במוכר שור סתם ולא אמר שור בשורי נותן לו הבינוני ושם ל"ש האי תירוצא ומה יענו להך דר"פ האומנין דאם בטל הקציצה מחמת ששינה השליח נותן רק כפחות שבשכירות ונלע"ד דבשוכר פועל סתם או עושה שלא בקציצה דאפילו לא יתן רק כתרעא זולא לא יתבטל הפעולה שכבר עשו לכן אזלינן בתר דעת המוחזק משא"כ בנותן מעות על הגורן דליכא רק מי שפרע וכמבואר סימן ר"ט ס"ו ומבואר בב"ח סימן ר"ד דלענין מי שפרע אמרינן קולא לנתבע ופטור מלקבל מש"פ והוכחתי שם דהמוכר צריך להחזיר המעות וא"כ הלוקח והמוכר כ"א חשוב מוחזק דמוכר י"ל דעתי הי' רק ליתן כשער היוקר וא"א להוציא מידו ליתן פירות בשער הזול ולוקח י"ל דעתי הי' כשער הזול יותר ואין לחייבו מי שפרע מספק וא"כ לא עשו כלום במקחן ואנן סהדי דבכדי לא

עבדי כמבואר בסימן קצ"ה ס"ה בהג"ה ולומר דכל אחד נתרצה אדעת חברו לבד עדיין יתבטל המקח וע"כ כונתם אדרך המיצוע צד השוה לשניהם וכן מוכר שור סתם דע"כ לא משך דא"כ ליכא ספק דנחזי איזה משך אלא סתמא נעשה הקנין במעות דליכא רק מש"ע או בקנין אחר ולא נתן המעות דשניהם מוחזקין וע"כ דעתם שיהא באופן דמהני המקח וא"א רק אם דעתם אמיצוע.

סימן שלב

סעי' א' שכור לי פועלים עמ"ש לעיל סוף סימן קפ"ב.

סעי' ד' בהג"ה כמו לחבריהם בסמ"ע וש"ך וטו"ז הקשו מלעיל דבע"ה אמר בד' ושליח אמר בג' וא"ל כמ"ש בע"ת וכתב הש"ך דאין לחלק דהתם השליח לא אמר בתחלת בפירש כמ"ש בע"ה דמת בכך ס"ס כיון שהם אמרו כמ"ש בעל הבית ונרצה שליח להם הרי כאלו אמר ג"כ בפירש כמ"ש בע"ה ולע"ד היא הנותנת לחלק דיש להבין מה מבעיא אי הא דאמרי כמ"ש בע"ה היינו דמהימנת לן דהכי אמר בע"ה דא"כ הוי שפת יתר וכיון דל"צ וקאמר לטפויי מלתא קאתי כמבואר בב"ב דף קל"ח ע"ב ויליף מינה הרשב"א האי דינא דלעיל סימן שט"ז ס"ג כמ"ש שם ביאור הגר"א דכ"מ דאיכא למילף לא תלינן בשפת יתר וצ"ל דל"ה שפת יתר כיון דעדיין השליח לא אמר להו דבע"ת אמר בשלשת חששו שמא באמת אמר בע"ה ארבעה ע"כ אמרו לו נעבוד בשלשה כמו שאמר בע"ה דמהימנת לן דהכי אמר בע"ה ואם יתרצה השליח להם הרי כאלו אמר ג"כ בפירש דבע"ה אמר בשלשה ואפשר לא ירצה השליח לשקר להם ולהטעותם במאי דמתימנו לו וסומכים על נאמנותו וכ"ז ל"ש בבע"ה דהקדים להם עשו עמי בד' כמו שעשו חבריכם דע"כ חשב שיאמינו אותו ויסמכו עליו שכן עשו חבריהם דאל"ה למאי נ"מ א"ל כן והרי דמשקר אף במה שחושב שיאמינהו וא"כ לאיזה צורך אמרו לו הפועלים כמו שעשו חברינו א"ו לטפויי שאם עשו ביותר יתן להם ג"כ כך.

סימן שלג

סעי' א' השוכר את הפועלים כתב נתיבות דאם תקדים פרוטה לפועל קנהו וא"י לחזור דהוי כשכירות דגם במטלטין מעות קונה ועוד דדמי לקרקע כמבואר בסימן רכ"ז את"ד הנה פועל שכיר יום דמי לקרקע משא"כ קבלן כמבואר לעיל סימן רכ"ז סל"ג וסל"ו וא"כ קבלן תלוי בדעות הפוסקים אי שכירות מטלטלין נקנת בכסף כדלעיל סימן קצ"ח ס"ו עיי"ש פ"ת ופועל יום נקנה רק יכול לחזור דעבדי הם כמבואר בסימן זה ס"ג ויש

ראי' לזה מדברי רשב"א שבהה"מ פ"ז דמלוה הי"ב דכתב דפועל שתקדים לו בע"ה שכרו משתעבד רק לא לגמרי כיון דיכול לחזור בו ועיין מל"מ פ"ט משכירות דין ד' ואשתמיטתי' דברי מהרי"ק שהביא בש"ע כאן ס"ג ועיין ד"מ יו"ד סימן קע"ו וטו"ז שם שקיצרו דברי הרשב"א ומשמע מלשונם דלא משתעבד בקבלת כסף ואינו אלא משתעבד רק גזה"כ שיכול לחזור וכעין שאמרו בפ"ק דב"מ דף יו"ד ונ"מ טובא דבע"ה א"י לחזור עוד יש נ"מ.

השוכר אחד שכר בע"ג עם סוס ותקדים לו שכר ואח"כ חזר בעה"ב הנה שכירות הסוס אי נקנה בכסף תליא בפלוגתא כמבואר בחידושי ר"ן ב"מ דף צ"ט דרשב"א ס"ל דמעות אינו קונה וכ"כ מח"א הלכות מכירה ס"י דנחלקו בזה רס"י ורשב"א עם רמב"ן ור"ן ולעיל סימן קצ"ח הובא בשם י"א דשכירות מטלטלין נקנה במעות וכיון ששכר הבע"ג עם הסוס בסך אחד תליא בפלוגתא דלעיל סימן רט"ז עיי"ש בטו"ז וכאן בנתיבות וא"כ בעה"ב י"ל קי"ל ועיין יד מלאכי בכללי תש"ע אות י"ב אך אם הי' מוצא להשתכר עם הסוס כששכרו זה ועתה אינו מוצא חייב דלאו משום שבת הוא דבמרדכי ר"פ הגוזל קמא מבואר דלפיכך חייב בעה"ב משום שקיבל עליו לשלם אף דל"ה רק גרמא ולולא שקיבל עליו הוה פטור אף לר"מ וכונתו כיון שקיבל עליו לשלם לפועל אחר שיעשה מלאכתו ועל זה סמך הפועל א"כ חייב גם בחזר ולא הניחו לעשות מלאכתו ועמ"ש לעיל סימן שי"ב סי"ד.

ובתשובת רמ"א ס"נ כתב ברב שנשכר לקהל וכשהגיע הזמן לבא חזרו הקהל דחייבים לשלם לו אף שנולד שינוי אויר אחר שחזרו ולא היו יכולים לקבלו ובשע"מ הרבה להקשות כיון דהשכירות הוא על כל יום ויום ואפילו לא היו חוזרים הי' מפסיד בשעת שינוי האויר עיי"ש ולע"ד תרמ"א בא על הקהל משני טעמים חדא כיון שהמתינו הרבה ולא חזרו עד הגיע הזמן לבא ולא מצא הרב אצל מי להשתכר עתה חייבים מדד"ג שהי' נשכר למקום אחר ועוד משום שרבים הם א"י לחזור ואם נולד שינוי אויר אחר החזרה נהי דאין לחייבם מטעם שני מ"מ חייבים מטעם ראשון שגרמו לו הפסד שהי' משתכר למקום אחר דשינוי אויר אינו רק במקום זולת מקום ולפיכך בורחין ממקום למקום ולא היו יכולין לקבלו דאם הי' בכל המקומות לא היו בורחין ממקומן ויכולין לקבלו ובזה נסתלקו קושית השעמ"ש מהך דעבד שברח וחלה ומהך דבא חגב ולא זרע דשם החיוב רק שלא עבדו ומה שלא השביח הקרקע אם הי' זורע לכן כיון דבלא"ה חלה ולא הי' אפשר לעבדו אפילו לא ברח ולא הי' שבח אפילו זרע כיון דבא חגב נמצא לא הפסיד לבעה"ב כלום משא"כ כאן אין החיוב לשלם השכירות ששכרוהו כיון דחזרו ולא הי'

בקנין רק החיוב לשלם מה שהי' נוטל במקום אחר א"ל שכרוהו הם ותרי זה הי' נוטל אף אחר שנשתנה האויר אצל קהל זה ואפשר ס"ל לרמ"א די"ל הרב אולי אם הי' אצלם היו ניצולים בזכות התורה וכמו שי"ל בעל השדה דאלו זרע החוכר הי' נתקיים בו לא יבושו בעת רעה כדאיתא בב"מ דף ק"ו כ"ש כאן זכות התורה ואפילו נולד שינוי האויר מיד אחר שחזרו טרם הגיע הזמן לבא הרב אצלם י"ל אלו לא חזרו הי' מקיום בהם מיום הראשון אשר נתת לבך להבין וכו' נשמעו דבריך כדאיתא בפ"ק דתענית דף ח' ע"ב וב"י א"ח סימן תקע"א.

ומ"ש השעמ"ש דהשינוי אויר מכת מדינה היא ואף א"ל חזרו בהן היו מנכין לו בעת השינוי אויר גם הרמ"א בתשובה שם כתב דא"ל חזרו ואח"כ נשתנה האויר פסידא דמלמד כמ"ש מהרמ"פ ספ"ו ועכצ"ל דלא הוי מכת מדינה דהא מהרמ"פ שם וד"מ לעיל סימן שכ"א והמ"א שם ס"ל במכת מדינה דבע"ה צריך לשלם למלמד בלא ניכוי ועכצ"ל דהשינוי אויר רק אצלם ולא ברוב המקומות ונוגע רק לרב שנתקבל במקום זה ול"ד לגזרת המושל על כל מלמדי העיר.

סעי' ה' משרתת אחד שכר מינקת לבנו ואחר שהתחילה להניק נודע שהיא מעוברת השוכר ודאי יכול לחזור דהוי מום דביבמות מ"ב ע"ב איתא דמעוברת מיעכר חלבה אך גם המינקת יכולה לחזור אף דהוי כדבר האבוד דאנוסה דקשה לה להניק ואפילו ידעו שניהן יכולין לחזור לפמ"ש בשבו"י ח"ג סימן קט"ז דחלב מעוברת ארסיי וסכנה להעובר ולהיונק כידוע ומפורסים לכל עיי"ש.

סופר המקבל ואם קיבל ספר להגיה ורוצה לחזור טרם התחיל להגיה רק משך הספר עיין מבי"ט סימן קע"ו כה"ג בבעל רחיים לטחון עם בהמות וקיבל תבואה מאחר א"י לחזור דמיד שמשך התבואה נתחייב לטחון וכ"כ ריטב"א הובא בנתיבות ס"ס זה דאומן שמשך בגד לעשות זהו הקנין ושניהם א"י לחזור ובחידושי ליו"ד סימן ש"פ הבאתי מספר הישר לר"ת סימן תר"ח ושו"ת מהר"ם ב"ב החדשות סימן ר"י דשניהן יכולין לחזור.

סעי' ח' ואקחנו ממך בפמ"א ח"א סימן פ"ב כתב ביריד אחד שהביא אחד ברזל למכור והי' לאחד מבני העיר תביעה עליו וקנה ממנו הברזל ומשכו לרשותו ולאחר יום השוק טען הלוקח לא כיוונתי לקנות רק לתפוס על חובי והמותר קח ולך והשיב כיון דביריד היו הרבה לוקחים חייב הלוקח מדד"ג כמו לעיל ס"ב דאף דלא הלכו הפועלים חייב מדד"ג ואף דל"ה כונתו להזיק עיי"ש ובשבו"י ח"ב סימן קנ"ח כתב דאפשר כיון דלא נתכוין להזיק רק להנאת עצמו פטור ונתיבות לעיל ס"ב כתב דתק"ח הוא בפועלים דהא ודאי במוכר סחורה ולא קנו מידו אף שהפסיד המוכר עי"ז פטור עיי"ש ומפרט בנידון

הפמ"א י"ל לא תקנו כיון דלוה לא רצה לשלם והוצרך זה לבא עמו במרמה ועם עקש תתפל ועוד הא גזלן שגזל חמץ ועעה"פ א"ל הש"ל וודאי הי' הנגזל אוכלו או מוכרו קוה"פ אם הי' אצלו דזה כל אדם מוכר חמצו לפני הפסח ומ"מ י"ל הרי שלך לפניך וכן הדין בשומר כמ"ש הש"ך בסימן שס"ג ומג"א סימן תמ"ה סק"ה ועיין חידושי רשב"א ואס"ז ב"ק דף מ"ה דאין לחייב השומר מחמת שהבעלים תיו עושים מעשה חדש למוכרו או לשוחטו להצילו עיי"ש ואף דשומר שהי' לו לקדם ברועים ומקלות חייב התם משום שאין הפקדון בעין להחזירו ועיין נתיבות סימן שס"ג סק"ג ושעמ"ש סימן קע"ו סי"ד ונ"צ סימן רצ"א ופ"ת סימן שס"ג סק"א.

הג"ה ע"ת ראשון מהרי"ק שורש קי"ח הוכיח זה מס"פ הכותב דגר שנתגיירה אשתו עמו כתובתה קיימת דע"מ כן קיימה ואתמר עלה בגמרא דל"ש אלא מנה ומאתיים אבל תוס' ל"ל עיי"ש ולע"ד אינו ראי' דאפ"ת דסתמא נשאר ע"ת ראשון גם לענין התוס' מ"מ במה נתחייב הא שטר שנתן לה בגיותו חספא בעלמא הוא כפרש"י ותוס' ונ"י שם ומנה ומאתיים משום תנאי ב"ד כיון דע"מ כן קיימה תק"ח שישאר כתובתה כאלו עתה נשאת לו בתולה כמ"ש ק"נ שם אבל לענין תוס' ליכא תנאי ב"ד ול"ל משום דר"ג דהן הדברים הנקנין באמירה דזה דוקא בנושא אשה חדשה ומשום חיבה גמר ומקני ואף דגם מחזיר גרושתו דינו הכי בפוסק על עצמו ה"ט כיון דגרשה ול"ה דעתם להנשא שנית הוי פנים חדשות ויש חיבת נשואין משא"כ בגר וגיורת דל"ה דעתם להתגרש רק מצד אחר צריך לקדשה שנית מחמת שנתגיירו ליכא חיבת נשואין וכן מצאתי סברה זאת בדג"מ יו"ד סימן רס"ט דגיורת שנתגיירה עם בעלה א"צ לישב ז"נ משום חיבת ביאה דל"ד למחזיר גרישתו דנתייאשו א"כ אין ראי' לש"ך וכה"ג דסגי באמירה דשכירות א"צ תנין משא"כ בנשואין ע"כ ליכא משום שכירות דא"כ ל"צ לדר"ג וטעם חיבת חיתון וכמ"ש הבית מאיר א"ע סנ"א דאינה מקדשה בעד אותו פיסוק רק בכסף הקדושין או שטר וביאה.

ואף דבר"ן ר"פ הנושא הביא מהרשב"א שהביא ירושלמי בפוסק לזון בת אשתו וגרשה והחזירה למ"ד בגר שנתגיירה אשתו עמו וקטן שהגדיל אין לה תוס' ה"כ ולפמ"ש יש לחלק נראה דהירושלמי לטעמי' דאיתא שם ר"פ הנושא דחיבת חיתון אינו בנשואין שניים ואנן לא קי"ל כן רק בפוסק לזון בתה ס"ל כירושלמי דבמחזיר גרושתו אין נקנה באמירה כיון דלא פסק על עצמו ליתן לאשתו כמבואר בשער המלך פכ"ג מאישות לכן יליף שפיר הרשב"א לענין לזון בת אשתו ובלאה"נ יש גרסות ופירושים אחרים בירושלמי זה עיי"ש בק"ע ופ"מ ועיין ב"ש סימן קי"ד סקט"ו

הג"ה וי"א שאם אמר לו דרך כעס שאינו פטור נ"ל ראי' לזה מפרק כל הצלמים מ"ד ע"ב התם לפי שעתה הוא רתח עלה והדר מפייס לה ובדף נ"ג שם יליף לה מקרא והי' כי ירעב והתקצף וקלל עיי"ש הרי דמה שעושה מחמת כעס לא חשוב ביטול ה"נ ל"ח מחילה וגם לדעת החולקין נראה דוקא אם נתרצה הפועל מיד אבל אם לא רצה אלא שאח"כ רוצה הפועל לילך יכול בעה"ב לחזור וכ"מ משו"ת מהרמ"ל שאלה מ"ז וכ"כ שעורש לעיל סימן כ"ב סק"ה.

סימן שלד

סעי' א' אם אין הפועל יודע אם שלח שליח לשכור מלמד ואירע אונס אח"כ וידע השליח ולא התנה והמלמד לא ידע ועתה חוזר הבע"ה מחמת האונס או דבע"ה לא עשאו שליח רק דרכו להשכיר לו מלמד כי הוא קרובו פסק מהר"ם מינץ סכ"ח דבעה"ב ודאי פטור אלא אף השליח פטור דהוי רק גרמא ולא קיבל עליו וג"כ שוגג מה דלא שם לבו להאונס כששכרו ואפילו אמר שכרך עלי אפשר דפטור דהוי רק כערבות עבור בע"ה וכיון דבע"ה פטור גם הוא פטור ול"ד להך דריש סימן של"ב דשם כבר נעשה המלאכה את"ד.

הג"ה ומת תוך הזמן עיין מח"א פרק הו"ז משכירות העלה דעיקר דשכירות ליומא ממכר על כל הזמן וצריך לשלם כלו והשיג על הש"ך דכאן בסק"ב ובספר אורחות משפט נתיב מ"ז רמז לעיין במח"א ולפ"ז תפס המשכיר אין להוציא מידו אך כלים אשר מונחים בחדר המושכר לא חשוב תפיסה דאם שכירות ממכר אינו ברשות משכיר עיין סימן שי"ג.

מיהו י"ח עש"ך דגם לדעה ראשונה אם כבר קיבל השכירות א"צ להחזיר דכיון דנתן השכר נתרצה שיהא שלו אפילו יארע אונס וכמ"ש התוס' ע"כ ובשו"ת מהר"ח א"ז סימן ס"ו כתב דדוקא שהי' בידו לשמור השכר עד סוף הזמן ולא עשה כן גילה דעתו דנתרצה אבל אם שכר מלמד ללמוד עמו ולא רצה המלמד להשכיר עצמו רק כשיקדים לו השכירות ומת השוכר בתחלת הזמן לא שייך לומר גילה דעתו וגם המלמד לא הפסיד כלום ומה שקיבל יחזיר הכל עכ"ל וצ"ע לפמ"ש הרא"ש בב"מ דף ע"ז בהשוכר את האומנין ס"ג דכל אונס דלא איבעי לאסוקי אדעתייהו לא פועל ולא בע"ה א"נ תרוייהו ה"ל לדעת פסידא דפועל דהמע"ה וידו עה"ת עכ"ל א"כ בהקדים השכר מחמת שלא רצה הפועל רק בהכי מ"מ הבע"ה הוא המוציאו גם מהתוס' אין מוכרח דפליגי אטעם זה ומה שכתבו משום דנתרצה ולא משום דהמע"ה דנ"מ כשנתן השכר אחר ששכרו וכמ"ש תה"ד סימן שכ"ט דלטעם דהמע"ה פסידא דפועל דבתחלת השכירות ה"ל לפועל להתנות כיון דאיהו מוציא ה"ל לחוש לעצמו יותר וכיון דלא אתני מחל על האונס ולטעם

כיון דנתן השכירות נתרצה אפילו נתן אח"כ ולפ"ז בין נתן השכירות מיד כששכרו מחמת שלא רצה השוכר באופן אחר ובין נתן לו מדעתו אז או אח"כ ואירע אונס אפילו חזר בע"ה ותפס צריך להחזיר כפ"ב כיון דהי' צריך להוציא ה"ל לחוש לעצמו ולהתנות לשיטת הרא"ש ותה"ד ולמהר"ח א"ז כשלא רצה להשכיר עצמו עד שיקדים שכרו ואירע אונס צריך להחזיר לבע"ה ולכן אם תפס בע"ה י"ל קי"ל כמהר"ח א"ז ובירושלמי פרק מי שאחזו ה"ו חד ב"נ אקדים פריטי לאילפא ונגב נהרא ופסק ר"נ דא"צ להחזיר המעות ולא נזכר אם חקר ר"נ אם הקדים הפריטי מחמת דבעל הספינה לא רצה להשכיר עצמו רק בסכי וסתמא הכי הוי דחזקה א"א פורע לפני זמנו בלא הכרח גם אמר שם דר"נ פליג אר"י דאמר שם בקידש ע"ת שיביא ליום פלוני ואירעו אונס ולא בא דבטלו הקדושין וגם פליג ארבנן דמשנה שם במגרש ע"מ שתשמש את אביו שתי שנים ומת דאינו גט עי"ש ומנ"ל שמא רי ורבנן מיירי שלא רצתה האשה לשמש אביו א"ל שיגרשה תחלה והמקדש לא רצה לבא ליום פלוני אצלה א"ל תקבל קדושין תחלה וגם אמר שם דר"א דס"ל דאם נגב נהרא צריך להחזיר המעות פליג אר"נ ולימא דר"א מיירי שלא רצה בעל הספינה להשכיר עצמו רק כשיקדים המעות ועוד דוחק גדול דהמשנה ור"י ור"נ ור"א כולהו מיירי בהיפך מהטבע בנוהג שבעולם שלא להקדים השכר זולת כשאינו רוצה פועל בלא"ה.

סימן שלה

סעי' א בהג"ה מאחר שיודע עכשיו בג"ל כתב שנשאל הא המרדכי כתב כן משום דפוסק כר"נ ואנן הא קי"ל לעיל סימן רנ"א דהמע"ה ולא אהני חזקה דהשתא להוציא וכן הרגיש ביאור הגר"א ולע"ד רמ"א סמך אמה דמסיק במרדכי עמ"ש סימן תרכ"א דאפילו למאי דדחי תלמודא דכ"ע בחזקת בריאים ה"נ נימא דכ"ע המשכירין עצמן ללמד יודעין כ"ש זה שהתנה מעיקרא ע"מ שידע ללמדו דמלתא דעל"ג לא משקרי הלכך לא אמרינן שוב למד אלא כי היכא דהשתא יודע ה"נ מעיקרא יודע עיי"ש לכן אף דלעיל סימן רנ"א לא מהני חזקה דהשתא להוציא אף עם חזקה דכ"ע בחזקת בריאים היינו דחזקת בריאים אינו מכח סברא רק חזקה דמעיקרא אבל כאן דחזקה דאתיא מכח סברא דעבידי לגלויי אלים יותר להצטרף עם חזקה דהשתא וכמו חזקה דא"א פורע תו"ז מצטרף עם חזקת חיוב להוציא.

סימן שלו

סעי' ב' או שהוא ברשותו עש"ך כאן ולעיל סימן ע"ב סכ"ו ולי צ"ע על הגאונים שלא הביאו הש"ס דפרק איזהו נשך דף ס"ו ע"ב אשכחי' בנו זמני' ואמר לי' קני קני בתר זמני' ואמר לו קני לא קנה מ"ט מחמת כיסופא הוא דקאמר לי' ולא הוא דאפילו בנו זמני' נמי לא קני והאי דקא"ל קני קסבר כי מטי זמני' לא ליתי ליטרדן ע"כ והרי סתם תלינן דלדחיי' בעלמא קא"ל וי"ל לפמ"ש תוס' שם בד"ה ואי דחשוב כמו גזים לפי שאין אדם רגיל למכור קרקעותיו עיי"ש ע"כ אמרינן דלדחיי' בעלמא קא"ל.

סימן שלז

סעי' י' ולא מנכינן מאגרי' כ"כ הרא"ש דאפוקי הוא כדאמרינן בפא"נ דף ס"ז במשכנתא ותמות הא התם מבואר ברא"ש שכתב ר"א דוקא משכנתא משום דמוחזק המלוה והורידו לוה לאכול עד שיסלקו בזוזי וא"כ אדרבה יש ראי' משם להיפך דבלא משכנתא מעכב חובו בעד הא"ר ול"ח אפוקי ממונא ומצאתי בע"ח הניחו בתימא גם הטו"ז האריך לדחות האי דינא כיון דבספק מהני תפיסה ברשות אליבא דכ"ע ה"נ מהני ול"ד לא"ר דל"מ תפיסה אחר שנתן הא"ר ודאי הוא של המלוה.

ולע"ד כיון דדינו דמזיק וגזלן לשלם בשוה כסף אפילו יש לו כסף כדלקמן סימן שמ"ח ותי"ט משא"כ פועל דחייב ליתן לו מעות דוקא עיין פרש"י בפרק הבית ועלי' דף קי"ח במשנה דאם אמר בע"ה לפועל טול מם שעשית בשכרך אין שומעין לו אע"ג דבכל דכתי אית לן שוה כסף ככסף הכא גבי פועל בל תלין שכרו כתיב מה דאתני בהדי משמע וא"כ דינו דזה גובה וזה גובה אפילו יהא ודאי חייב לשלם מם שאכל א"י לעכב שכרו כי צריך לפרוע לו מעות והפועל יפרע לו שוה כסף א"ל ל"מ תפיסתו לנכות זה בעד זה וממילא א"י להוציא מהפועל אפילו שוה כסף מספק ועיין ש"ג פרק הפרה ח"ל הרי שתבעו מנה והנתבע תובע שיש לו בידו חפץ או קרקע פלוני אומרים ב"ד פרע שטרו תחלה אבל אם הנתבע תובעו דבר הראוי לפרעון חובו הר"ז כאלו טוענו שהחוב פרוע והכל תביעה אחת והובא בנתיבות לעיל סימן כ"ד ועיין בנתיבות בכללי תפיסה סי"ג ואף דבלא משכנתא יכול לנכות מה שאכל פירותיו ודר בביתו אף דלוה חייב לשלם במעות ומלוה א"צ לשלם רק בשוה כסף היינו משום דבמקום פסידא גם לוה א"צ לשלם מעות דוקא כמבואר בטור לעיל סימן ק"א ועיי"ש קצו"ח משום דרק מנע"ד חייב לפרוע מעות ולא מדינא וע"כ בהתנה לפרוע מעות גם במקום פסידא צריך לפרוע מעות דוקא וע"כ בא"ר אם יוכרח לוה לשלם מעות יפסיד האיר ע"כ יכול לפרוע בכל מידי ומחשיב

הא"ר לפרעון וה"נ י"ל דבספק הנופל על חפץ שהמלוה מעכב משל לוה יכול הלוה לעכב הפרעון חוב כיון דבמקום פסידא יכול לפרוע בשוה כסף יכול לעשות הפרעון עם החפץ דאל"כ יפסיד החפץ אבל בפועל דמן התורה צריך ליתן לו מעות דוקא א"י לעשות פרעון מה שיש לו אצלו תביעת נזק וגזל והנה בב"מ דף ס"ז ס"ל לרבא דגם במשכנתא מנכינן לו הפירות שאכל ור"א ס"ל דחשוב אפוקי ממונא וטעמו של רב אשי פרש"י שם כיון דלאו אדעת פרעון אכל רק ברבית חשוב אפוקי ממונא אך רבא ס"ל כמבואר באס"ז שם כיון דאכל סתם והוא אסור אנן מחשבינן כל מה דאכל מקרנא ור"א פליג דאנן סהדי דברבית אכל וחשוב אפוקי ממונא עיי"ש נמצא לרבא אף דמלוה מוחזק במשכון וא"ר אין מוציאין מ"מ כיון דאסור לאכול לכתחלה חשבינן כאלו אכל הפירות בפרעון הקרן ולא נעשה רבית כלל ולא בא לידו וא"כ ה"נ כיון דבעיא הוא אי מותר לאכול ואסור לכתחלה לאכול דהוי ספק איסור גזל וחמיר מאיסור דרבנן הל"ל דחשבינן כאלו אכל על פרעון שכירות וכאלו לא גזל מעולם וא"כ ל"ש כלל זה גובה וזה גובה להכי הוכיח הרא"ש מדקי"ל כר"א במשכנתא דחשוב אפוקי ממונא הרי דחשבינן מה דאכל למ"ר וע"כ כיון דמוחזק במשכון אין מוציאין ה"כ מה דאכל הוי ספק גזל ולא פרעון השכירות וכיון דזה גובה וזה גובה אין מוציאין מספק.

ועוד נ"ל כיון דביומו תתן שכרו עשה וכתב בחו"ד סימן ק"י דהיכא דתורה אמרה קום עשה צריך שיקיים העשה בודאי ואם ספק נתקיים הוי לחומרא דלשון התורה על הודאי משא"כ ל"ת עיי"ש וא"כ י"ל נהי דספק גזל א"צ להחזיר דגזל ודאי אמר רחמנא דלא תגזול ודאי אבל בשכר שכיר ביומו תתן שכרו ודאי וכיון דביומו לחומרא גם אח"כ לחומרא כמו ספק איסור דאורייתא שבא ע"י גלגול לדרבנן ועיין ב"ח ריש סימן של"ט

סימן שלט

סעי' י' לא תבעו בזהר קדושים מבואר דאף דא"ל הפועל יהא השכירות בידך מ"מ אין לעכב השכירות תחת ידו א"ל לבתר דיהיב לו וכן משמע מפשטא דלישנא דמשנה דקתני לא תבעו אינו עובר משמע מיעבר הוא דלא עבר הא איסורא איכא וכה"ג דייק הש"ס בפ' הפועלים דף צ' גבי חסום פרתי עכ"ל שעמ"ש ואינו ראי' דלפיכך קתני אינו עובר כיון דחיובא עדיין איכא לפרוע כשיתבענו וכדדייק בתר הכי שם בהמחהו מיעבר הוא לא עבר הא מיהדר הדר אך כיון דבזהר מפורש לאיסור יש להחמיר ואפשר נהי דדרשינן לא תלין אתך מדעתך ולא מדעת השכיר היינו דלא עביר משום בל תלין אבל ביומו תתן שכרו בכל אופן יש ול"ד להש"ג שמביא הש"ך סימן רל"ב דהתם במתנה נותן לו כ"ז

שאינו תובעו עכ"פ מאריך לו הזמן משא"כ הכא דמצווה ביומו תתן שכרו כ"ז שאינו מוחל לו השכירות לגמרי אפילו אומר יהא אתך זמן מה לא מהני וכה"ג מבואר ביו"ד סימן רכ"ח סל"ט דהנשבע לפרוע לחברו לז"פ די"ל הריני כאלו התקבלתי אבל להאריכו ושיעמוד בחיובו לאו כל כמיני' וב"י שם מביא בבד"ה חולקים וסיים דראוי לחוש לדברי רשב"א ומזהר הנ"ל ראי' לדברי הרשב"א מדלא מהני מה שאומר יהא השכירות בידך ואפ"ת דש"ס דילן פליג היינו דדריש אתך מדעתך וגלי קרא בזה דלא תבעו אינו עובר ובריטב"א בב"מ דף קי"א מבואר דבלא תבעו אין בו עשה דביומו תתן שכרו ג"כ וכן משמע פשטות המשנה וסתימת הפוסקים.

או שתבעו ולא הי' לו מעות ליתן לו ואם הי' לו לאחר שהשלים פעולתו ולא פרעו וכשהגיע עמוד השחר לא הי' לו מעות נראה דעובר לפמ"ש אגודה הובא לעיל בב"י סימן ר"ז וביו"ד סימן רל"ב בנדר לפרוע עד שלשים יום והגיע יום שלשים וארעו אונס דל"ח אונס דה"ל לפרוע כשהי' בהשג יד וה"נ ובזה רעשו מ"ש הש"ך בשם ס"ח אם תשכיר סופר תתנה עמו שלא איתא בבל תלין מעולת שכיר שמא כשיתבע לא יהא לך ליתן לו ותפ"ת הקשה הא כשלא יהא לו אינו עובר ולפמ"ש א"ש דשמא כשבתבע לא יהי' לך ולפני התביעה הי' לו ועיין בש"ע א"ח סימן ק"ח ס"ח ומג"א שם.

ואם יש לו מקצת משכרו ואינו נותן לו עובר כמו אם פרע מקצת ואינו פורע השאר ויש לו וראי' לזה ממ"ש המל"מ פ"ה משבועות ה"ב בשם רדב"ז בנשבע ליתן או לפרוע מאה זוז לז"פ ובהגיע הזמן לא הי' לו כל המנה חייב ליתן מה שיש לו דעל כולה או מקצתה נשבע כיון דיש הנאה במקצת והמל"מ מסכים בפרעון דחיוב פרעון על כל פרוטה.

ואם יש לו פועלים הרבה ואין בידו שכר כולם כיון דמדינא צריך לחלק לכולם בשוה כדקי"ל ביש עליו בע"ח הרבה דזמנן שוה ואין לו לשלם לכולן וכמו שנתבאר לעיל סימן ק"ד ס"י עיי"ש ה"נ א"ל עשה ע"ד שנתבאר שם עובר בבל תלין דהא המקצת שהי' לו ליתן לפועל לא נתן.

וראי' לשלשה דינים הנזכרים מהש"ס בשבועות וב"מ שם דעבר זמנו אין השכיר נשבע משום חזקה דאינו עובר על בל תלין וקשה הא כשאין לו מעות אינו עובר ואפילו י"ל מטלטלין וכמ"ש הה"מ והובא בב"י כאן וכ"כ הריטב"א בב"מ שם א"כ שמא לא הי' לו מעות בעין וכמו דחיישינן בכ"מ דאשתמיט עד דה"ל מעות אבל הא הטעם דשכיר כשבע ונוטל מבואר התם דבע"ה טרוד בפועלים וע"י שפרע לאחרים כסבור שפרע לזה וכפרש"י בשבועות וע"כ לאח"ז חזקה לא עבר על ב"ת ומדייק מה תאמר שלא הי' לו מעות בעין ממ"נ אם לא ה"ל כלום משעת גמר פעולתן א"כ לא נתן לשום פועל ולא טרוד

בפועליו לומר ע"י מה שפרע לאחרים טועה וסבור שפרע לזה ואם שילם לאחרים כבר ה"ל מעות עובר על ב"ת דה"ל לחלק לכולם ומידק דייק שלא יעבור וטרח וזבין או ללות ומזה מוכח כפוסקים דבשכיר צריך כפירת שתי כסף ואין נשבעין על פרוטה דאל"כ עדיין קשה כשכל שכרו רק פרוטה עבר זמנו למה לא ישבע ויטול שמא לא הי' לו ממון לשלם לזה ולחלק לכולם א"צ דפחות מפרוטה ל"ח ממון ואף דאמר ר"א בב"מ קי"א ע"ב אפילו שכרו לבצור אשכול אחד עובר משום ב"ת ופירש הריטב"א דהיינו אפילו השכר פחות מש"פ מ"מ רש"י ותוס' לא פרשו הכי משמע דס"ל דבפחות מש"פ ליכא בל תלין וכן משמע מסתימת הפוסקים שלא הביאו חידוש זה.

או שהמחהו הרא"ה בספר החינוך כתב דוקא אם קיבל עליו הפועל והקשה השעמ"ש א"כ איך ס"ד דברייתא דהמחהו עובר למה יגרע מלא תבעו ויותר קשה למה כתבו הטוש"ע שקבל עליו השולחני ליתן הא אפילו לא קבל עליו כיון שנתרצה הפועל הרי אינו תובעו ואינו עובר את"ד ולק"מ דבלא תבעו דוקא כל זמנו אבל לא תבעו תחלה ותבעו לבסוף עובר דל"ל אתך מדעתך ולא מדעת הפועל דהא תובע ומה שלא תבעו עד עתה כיון דא"י להכריחו לפרוע או האריך לו עד עתה אבל המחהו וקבל השולחני עליו וגם הפועל נתרצה נפטר השוכר מבל תלין אף דטרם כלות הזמן חוזר הפועל כדאמרינן בש"ס ב"מ דף קי"ב מיעבר לא עבר אבל מיהדר הדר וכן מבואר בחידושי ר"ן וריטב"א ונ"י דאף דחוזר הפועל ומהני חזרתו מ"מ תו אין השוכר עובר בב"ת ואף דהם דייקו מזה דהשולחני א"י לחזור ואנן קי"ל דיכול לחזור כמ"ש ב"י וסמ"ע וש"ך סימן קכ"ו מ"מ ע"כ מודי דליכא וזו בל תלין כמבואר מיעבר לא עבר ומיהדר הדר ונראה לדעתם הטעם דהא מאי דפועל יכול לחזור משום דגוף הממון לא מחל דהא המחהו אצל השולחני ודעתו ליקח מהשולחני וגם הבע"ה לא נפטר מגוף הממון דיחויב ליתן לשולחני אבל בל תלין מחל הפועל דהא השולחני לא שכרו ואין עליו ב"ת וגם בע"ה נפטר לגמרי מבל תלין דאף אם לא יתן לשולחני ביומו לא יעבור לכן תו אף דחוזר הפועל אין השוכר עובר בב"ת ומ"ש בתוספתא וירושלמי דשולחני עובר עכצ"ל כמ"ש מראה הפנים שם כשהמחהו אצל שולחני כששכרו וכשלא קבל עליו השולחני ליתן לא סמך עליו הפועל כלל ואף דנתרצה הפועל ליקח מהשולחני מ"מ כיון דלא קבל עליו השולחני לא מחל כלל לבע"ה דלא סמכה דעתו עליו אפילו שעה אחת ולא עדיף מלא תבעו תחלה.

ומ"מ אם רצה השכיר לחזור בו וכו' יש להבין ממ"נ אם חשוב מחילה דמחל השכיר לבעה"ב כשהמחהו אצל השולחני למה יכול לחזור בו הא מחילה א"צ קנין וא"ל חשוב מחילה למה אינו עובר כשחוזר השכיר ותובע ובנ"י הקשה לפוסקים דשולחני יכול

לחזור א"כ לא מתחייב לשכיר ולמה כשחוזר השכיר ותובע לבעה"ב אינו עובר ונלע"ד דודאי השכיר מחל לבעה"ב באם השולחני לא יחזור בו אך כיון דאינה מחילה ברורה רק ע"ת צריך קנין כמ"ש סמ"ע בסימן כ"א סק"ה וטו"ז סימן ר"ז סט"ז ומבואר בסימן כ"א הטעם משום דהוי אסמכת ואיתא בב"ח סימן ר"ז ובמרדכי פרק שור שנגח דאסמכת קונה מן התורה וע"כ תו לא עובר כיון דמה"ת הוי מחילה כ"ז דהשולחני אינו חוזר והשכיר יכול לחזור דמדרבנן צריך קנין ולענין איסור אזלינן בתר ד"ת כמבואר בפרק הזהב דף מ"ח ע"ש בפרש"י לענין מעות קונה וכן מבואר בא"ח סימן תמ"ב בחמץ שנתבטל מן התורה תו אינו עובר ואף דבממון י"ל הפקר ב"ד מ"מ אינו זוכה בו שיהא שלו מן התורה עד שיבא לידו כמ"ש ג"פ סימן ק"ב סק"ה וא"כ נהי דבע"ה צריך לשלם לשכיר כשחוזר בו ומוציאין ממנו מימ אין לשכיר אצלו מן התורה ולית בו משום פעולת שכיר.

הלכות שאלה סימן שמ

סעי' א' השואל אחד שאל טלית של מצוה להתפלל בו כתב בספר שנות חיים דחייב באונס ד"ג כפ"ו סי"ב ול"נ דהא כתב בתשובת הר"ן דשואל ספר דנפטר המשאיל מפרוטה דר"י ל"ח כל הנאה של שואל ה"נ ועש"ך סימן ע"ב ס"ק כ"ט דהוי סד"ד וקצו"ח שם כתב בסקל"ד משום דמצות לאו ל"נ הוי כשאלה לראות בה דהוי בעיא כמבואר בחו"מ סימן שמ"ו ובמשובב הסיר תלינות הנתיבות וכ"כ מג"א סימן רכ"ג סק"ה דקנה ספרים אין מברך שהחיינו דמצות לל"נ ואף לפמ"ש בא"ח סימן כ"ב דבמצות ציצית ל"א מלל"נ כיון דאינו מוכרח דאינו חובת גברא מ"מ לטעם הר"נ פטור ועוד מסתמא נתן באופן שיצא בו דהיינו במתנה עמ"ל כמבואר בא"ח סימן י"ד ס"ג וא"כ פטור מאונס כדלעיל סימן רמ"א ס"ח אלא דנתיבות שם כתב דשאל טבעת לקדש חייב אף דתלינן שנתכוין למתנה עמ"ל מ"מ כיון שהזכיר לשון שאלה נאמר שאם יחזיר הוי מתנה וא"ל יהא שאלה וכן עזה"ד כתב בשנות חיים דלענין חיוב אונסין הוי שואל ולע"ד צ"ע כיון דלא שאל לשום תשמיש רק לקדש אשה או לצאת מצות ציצית ואם באמת יהא רק שאלה אין לשואל שום הנאה דא"י לקדש ולצאת המצוה ול"ל בטלית יש הנאת לבישה דהא מבואר בא"ח סימן כ"ג דאנו אין מכוונים רק למצוה וא"כ לפי דיבורו דמשאילו אין בו חיוב אונס רק מאומדנא הוי מתנה עמ"ל וג"כ אין מחייבו באונס ולחייבו משום דמתנה ש"ח כשואל ל"ל כיון שלא פירש דמקבל חיוב אונס רק אמר השאלני לקדש

ולצאת וכיון דשאלה הזאת אין בה הנאה לחייבו ממילא ל"ה כהתנה להתחייב ולעשות אומדנא כהתנה להיות כשואל להשתמש דבר אחר מנ"ל לכן אין להוציא.

ובשו"ת גוא"י סל"ד כתב בשאל אתרוג יקר ומשמש בו עד שהכהה מראיתו ופחתו מדמיו להמחבר בחו"מ סימן שפ"ו ס"א דפוחת מטבע של חבירו והעביר צורתו חייב ה"נ ולרמ"א שם ס"ג דפטור דהוי רק גרמא בניזקין ה"נ את"ד ול"ד דהתם לא הגביהו כמ"ש ש"ך שם סק"ז ושומר עכ"פ לא קיל מגזלן עש"ך סימן שס"ג סק"ז ושומר חייב בגרמא וכמבואר בכל אחרונים ועיין ת"ש סימן ח"י ואפילו נעשה ע"י אחרים מ"מ חייב מדין שומר אלא א"ל פשע בשמירתו י"ל דפטור מאונס דל"ח שואל כיון דמלל"נ וכמ"ש קצו"ח סימן ע"ב ונתיבות השיגו רק בספר ללמוד בו ומ"מ צ"ע אי תפס המשאיל עש"ך סימן שמ"ו סק"ה אלא דכאן י"ל דליכא הנאה כלל כיון דמלל"נ ויכול הי' לשאול מאחר אתרוג בחנם דאין דרך ליתן ע"ז שכר והך דסימן שמ"ו הבעיא משום דאין הנאה מבהמה עצמה כפרש"י שם לכן מבעיא אי חשוב שואל כיון דמ"מ יש לו הנאה ולכן אם אין דרך ליתן שכר על שאלת אתרוג הוי ודא ש"ח וספק ש"ש דנהנה פרוטה דר"י וכדלעיל סימן ע"ב ס"ב ואם דרך ליתן שכר הוא ודאי ש"ש וספק שואל.

ושואל ספר ללמוד ונתקלקל כתב מח"א הלכות שאלה ס"ד דחייב מדכתב ריטב"א בפא"ב דף עין אי אגרא לא פגרא דשוכר לא מיחייב בפחת דלהכי יהיב אגרא משמע אלו לא יהיב אגרא חייב מדינא בפחת עיי"ש ואינו ראי' דהכונה בלא אגרא חייב כיון דמזיק של חברו רק כשהשאיל לו וויתר הפחת כשלא התנה שישלם פחתה אבל שוכר האגרא בעד הפחת וכשהתנה אגרא ופגרא הוי רבית.

חייב שאל מחנווני איך ישלם אם קרן או כמו שמוכר עיין חינוך ב"י סנ"ב הובא בפ"ת יו"ד סימן ק"כ סק"ט ונראה דאם קונה בזול מחמת שקונה הרבה ומוכר בריוח משום דמוכר לאחדים צריך לשלם כמו שמוכר דהא כן שוה בשוק לכל וכן מב"מ דף צ"ט ע"ב בהא דגזל חביצא דתמרי ואית בה חמשין תמרי אגב אהדדי מזדבן במ"ט חדא חדא בנו"ן משלם מ"ט מוכח דאם גזל תמר חד משלם פרוטה ועמ"ש בסימן ד"ש ושד"מ.

סעי' ד' שמשכה עיין נתיבות בשואל שלא משך ולא הי' סילוק שמירה רק נשתמש דחייב דהא אריה בקע בו קנאו אף דס"ל משיכה בשומר אינו קונה מ"מ חייב משום דקבלת הנאה של שואל ככסף כמ"ש באס"ז וא"כ גם ר"א דס"ל דתקנו משיכה בשומרים מ"מ ל"פ בבקע בו דבהנאה זו משתעבד את"ד ואינו ראי' דבשלמא לר"ה דמשיכה אינו קנין משום דאינו קונה הגוף ע"כ משתעבד בכסף אבל לדידן דקי"ל כר"א דתקנו משיכה בשומרים כדרך שתקנו בלקוחות א"כ כמו בלקוחות אין כסף קונה רק משיכת כן בשומרים וכן

מבואר ברמ"ה שבאס"ז ב"ק דף צ"ט ע"ב דש"ש אינו מתחייב בשמירה בהקדמת שכר רק במשיכה וע"כ ס"ל כיון שתקנו משיכה אין כסף מועיל וח"כ ה"נ שימוש אינו קונה בשאלה ושכירות גם לענין חזרה וכן מוכח מפרש"י בב"מ דף צ"ט ע"ב אהא דפריך שכירות מאי עבידתי' קס"ד שכר בהמה וכלים מאי עבידתי' להקנות עד שימשוך ומאי חזקה בלא משיכה משכחת עכ"ל ולמה לא הא שאלת קרקע נקנה בהתחלת שימוש דהוי חזקה ה"נ יהא קנין חזקה במטלטלין אע"כ לר"א דוקא משיכה קונה וכ"כ תוס' רי"ד במרובה דף ע"ט דש"ש שקיבל לשמור וקיבל שכר לא מתחייב באבדה עד שימשוך וכן מוכח מדברי גאון שבאס"ז שם.

מחמת מלאכה נשאלתי בן בית השאיל כלי לאחר ונתקלקל מחמת מלאכה וטען השואל סברתי שידע בעה"ב וגם הוא עוסק בכליו וסומך עליו נ"ל דהשואל חייב דנו"נ אין לו רשות ליתן ולמחול רק ממונה לישא וליתן לטובת בעליו כאשה הנו"נ בחו"מ סימן צ"ו ולא עדיף משותף שבסימן ע"ו דכתבו תומים ונתיבות דאין בידו למחול חלק חברו וא"כ אלו הי' נודע לבעה"ב הי' יכול להוציא מהשואל די"ל לתקוני שדרתיו ולא לעוותי כמו לעיל סימן קפ"ב בשליח שקלקל במקח וידוע שהוא שליח ע"כ אף דהשואל סבר שידע בעה"ב מזיק בשוגג חייב ובבע"ה גופא אלו ידע שיתקלקל הכלי במלאכה לא הי' משאיל ומתה מחמת מלאכה דפטור משום דמשאיל פשע כמ"ש רמב"ן הובא בב"י ס"ה שהשאילה למלאכה ואינה יכולה לסבול וכאן דבע"ה לא השאיל ברור דחייב השואל ול"ד לדלעיל סימן ע"ב סל"ג דחזקה כל מה שיש ת"י אדם הוא שלו וחשוב אונס ועמח"א הלכות גזלה ס"ז.

סעי' ח' שא"ל המשאיל שלח בבע"ת ש"נ ח"ג יליף מזה דה"ה אם א"ל שלח ביד גוי ל"מ ואם א"ל והפטר מהני מוכח שם דשלח ביד ע"כ שלך והפטר נמי מהני ול"פ אר"ן שהביא הש"ך דבא"ל שואל למשאיל הכישה במקל ואתחייב דל"מ דחיוב צריך קנין משא"כ פטור וע"ש המחבר וכן כשמחזירה קאי רק אמ"ש דלא פירש ואתחייב והפטור דלא כנה"מ.

סימן שמא

סעי' א' כיון שמשך עמש"ל סימן ש"ם ס"ד.

סעי' ג' ימי שאלתה מ"ש נתיבות דוקא בסמוכים על שלחנו ל"נ מסתימת הפוסקים אלא דאין רצונו וכו' רק לכתחלה אסור מה"ט וכאן דנפל בירושה אצלם כבר זכו דאינו קפידא ודאי ומצאתי במח"א הלכות שכירות סי"ט כמ"ש ועוי"ל כמ"ש בסימן שמ"ב

דבמיתה א"א לעקור השאלה לומר אנן סהדי דאדעתא שישתמשו יורשים לא השאיל כיון דלא שכיח.

סעי' ד' דמי בשר בזול כתב הרמ"ה והובא באס"ז לב"ק דף קי"ב ובכתובות דף ל"ה דאי הוי יתמי רברבי משתבעי דלא הוי ידעי דדילי' הוא ופטירי מהאי תילתא דזולא ומסתברא דשבועת חפץ ביד משתבעי עכ"ל נראה דמספ"ל אי כבע"ת דיורשים הבאים לפטר משתבעי היסת אי כרשב"ם וא"ז דמשתבעי בנק"ח הובאו בטור לעיל סימן ק"ח וב"י שם ס"ז אבל לא משום דהוי ש"ש יצטרכו לישבע דלא ידעו וכמו שצריכין שבועה דנאנס דהא א"ל ידעי שאינו של אביהם אינם שומרים כלל כמ"ש בנתיבות אף דבאס"ז לכתובות שם כתב דחייבים בגו"א אף א"ל ידעי מ"מ דברי נתיבות ברורין בזה וכן מוכח מהרמ"ה דאל"כ הל"ל דחייבים שבועה דאורייתא כשומרים וא"כ לפי מה דפסקינן לעיל סימן ק"ח וסימן סיט דיורשים הבאים ליפטר אין עליהם רק קב"ח ה"נ זולת אם יש רגל"ד דידעי כמבואר בסימן ס"ט.

סימן שמב

אין השואל רשאי להשאיל במח"א הלכות שכירות סי"ו הביא משו"ת רשב"א אלף קמ"ה דמטלטלין שעשויין להשאיל ולהשכיר למ"ל אין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר עיי"ש והוא טעות דל"כ הרשב"א רק בעשויין הבעלים להשתכר עם המטלטלים דאז לא יכול השני להבריחם והא דלעיל סימן שמ"א ס"ג י"ל במיתה ל"ל אנן סהדי דאדעתא דהכי לא השאיל כיון דלא שכיח וכמבואר ביו"ד סימן רכ"ח סי"ב ע"כ א"א להפקיע זכות היורשים מחמת קפידתו של משאיל עכשיו.

סימן שדמ

סעי' א' בהג"ה לאחר ששיעבד נפשו לא מצי לאתנויי בדברים בעלמא במרדכי פרק החובל ז"ל ראובן שהלוה י' לטרין לשמעון לזמן קצוב ואחר הזמן אומר ראובן לשמעון אותם לטורין שאתה חייב לי יהא לך למחצית שכר ונתעסק שמעון בהן ונאנסו חייב שמעון באונסין כאשר בתחלה כי אין המעשה נשתנה בחליפת דברים וראי' מפרק החובל האומר קרע כסותו בדאתי לידי' בתורת שמירה חייב ועוד דאמרינן בב"מ דף צ"ד מתנה ש"ח לפטור משבועה ושואל מלשלם ופריך והא מעמש"ב ומסיק לעולם ר"מ היא ושא"ה דמעיקרא לא שיעבד נפשו משמע הא שיעבד נפשו לא מצי מתנה עכ"ל ומשמע דאפילו השואל לא מצי מתנה וכדברי רמ"א ותמהני הא שואל מצי לחזור בו אפילו תו"ז

כיון דשאלה לזמן נקבע לטובתו וכדלעיל סימן ע"ד ס"ב וכן משמע לעיל סימן שמ"א ס"א דרק הבעלים א"י לחזור וא"כ כמו שיכול לחזור כן יכול להתנות ולומר איני רוצה להיות שואל ולהתחייב באונסים רק אשתמש בה ע"ת שלא אשלם ואם אינך רוצה טול שלך ומהיכי תיתי שיכול המשאיל לומר משטה הייתי בך כיון שיכול השואל לחזור וכמו לעיל סימן של"ג היכי דיכולים לחזור א"י להטעותן גם לזה ליכא ראי' מפרק החובל דהתם רק הבעלים אומרים וי"ל פטומי מילי הוא אבל ודאי אם השומר אומר איני רוצה להיות שומר היכי דיכול לחזור בטלה חיובו וכן הא דב"מ דמעיקרא לא שיעבד נפשו צ"ל משום דקאי על ש"ח ג"כ וכ"ז שלא כלתה הזמן א"י לחזור כיון דמשך ושיעבד נעשו ואם נאמר דבשואל לא סגי בבא וטול שלך רק צריך תו"ז להחזירו ליד משאיל הוי א"ש דכ"ז שלא נתנם בפועל ליד משאיל לא כלתה שאלתו ובמח"א הלכות שאלה ס"ז העלה דשואל תו"ז שאמר טול שלך חייב באונסין כהרא"ה שבנ"י פרק השואל דף צ"ט דחייב עד שמחזירה.

סעי' ב' שמין לו שאל זוג נזמים שוה סלע ונאבד אחד ועי"כ הנשאר אינו שוה רק דינר פסק בזרע יעקב דמשלם שקל ושו"ת קול אלי' פסק דמשלם שלשה דנרים וכן נכון לדינא דהשומר מחויב לשלם כל הפסד שיבא ע"י אף בגרמא בעלמא א"כ מ"ל הפסד הנאבד או הנשאר על שניהם נעשה שומר ובגרמתו נפחת הנשאר מדמיו ובתוע"ר ג"כ פסק כך מטעם אחר לכן א"ל קי"ל עכ"ל ד"ג כצ"ו סמ"ד ולע"ד אין להוציא מחמת שגרם פחת לנזם הנשאר כיון דהוא בעין י"ל הש"ל לש"ך לקמן סימן שס"ג סק"ז ומג"א סימן תמ"ג סק"ה והגאון רי"ש זלה"ה בהסכמה לד"ג הביא מב"מ דף פ"ט ע"ב דגזל חביצא דתמרי דאגב אהדדי מזדבני בנו"ן נכי חדא וחדא חדא מזדבני בנו"ן להדיוט משלם מ"ט דבמזיק מקילין כמ"ש הרא"ש מוכח דשומר חייב כל ההפסד עיי"ש ואינו ראי' דהכא י"ל תש"ל וגם אינו סברא דשואל חמיר מגזלן דהא פרש"י התם הלוקח יחד אינו נותן בהם רק מ"ט כדי שישכור אחת וא"כ גם שומר א"צ לשלם רק מה ששוה הקרן דאינו משלם רק מה ששוה למכור לכל אדם והרי אצל החנוני אינו שוה רק מ"ט וכמבואר בשו"ת חינוך ב"י סנ"ב הובא בפ"ת ליו"ד סימן ק"כ סק"ט ואדרבה בגזלן מחמירין לענין השברים כמבואר כאן ס"ב וסימן שס"ב סי"ג ובזבל"א חחו"מ אות סמך הובא במשפט שלו' סימן קפ"ה ס"ז העתיק מספר קול אלי' דמסיק דזהו מחלוקת ומ"ל קי"ל ועיין מ"ש לעיל סימן ד"ש וברא"ש פרק המוכר פירות ס"ה דבורר ברורות מתוך גרגו של חברו נותן לו דמי חטים משום דינא דגרמי דאי שביק להו הוו מזדבני אגב חיטי עכ"ל ה"נ ישלם בעד הנאבד שני דנרין דבכך הי' מזדבן אגב חברו.

סימן שמו

סעי' ו' בהג"ה דשלוחו ש"א כמותו בשבו"י ח"ג סימן קע"ז כתב באחד ששכר שליח שיביא לו מעות מבע"ח בעיר אחר וא"ל שישכור שם איש לילך עמו בדרך ונאבד המעות דל"ה שמירה בבעלים כיון שהוא עצמו לא דיבר עם השליח רק צווהו לשכור דשמירה בבעלים חידוש ואין לך בו רק חידושו כמ"ש תוס' בהשואל דף צ"ו בד"ה ונשאל את"ד ויש להוכיח אפכא דאם נימא חידוש הוא נימא נמי בעליו דוקא ולא שליח ואיך אמרו בש"ס דתליא בפלוגתא דר"י ור"י בהפרה ע"י שליח הא הפרה אינו חידוש דכל הנודרת ע"ד בעלה נודרת ומתוס' אין ראי' דהא כתבו לפרש טעם האיבעיא דנשאל לו אחד מהשותפין אם כולו בעליו בעינן משום דחידוש הוא ולא איפשט ולא מפקינן מהשואל כמבואר בסי"א ה"נ נאמר דספקא הוי אם נאמר אין לך בו אלא חידושו ולע"ד תליא בפלוגתא דלעיל סימן רמ"ד באומר אמרו ועיין ר"ן ס"פ התקבל ופר"ח א"ע סימן ק"כ ס"ד וג"פ שם דמבואר בין באומר אמרו לפלוני שיהא שלוחי ובין אומר אמרו מדעתיכם למי שתרצו לעשות שליח לכתוב הוי פלוגתא דלרמב"ן בממון שלוחו כמותו ולתוס' גם בגט כן וגם תליא בשני תירוצים שהביא נתיבות לעיל סימן ש"ם ס"ה מהאס"ז בהא דא"ל השואל שלחה לי שהקשה איך נעשו שלוחיו של שואל הא לא דיבר השואל עמהם ושלוחיו של משאיל הן ותירץ אחד הוא דהוי כאמר לו אמור לו בשמי שיביאה לי וכיון שאמר לו וקיבל על עצמו שלוחו של שואל הוא שעשאו שליח ע"י בעל הפרה עיי"ש וה"נ אפילו השליח לא הודיע לשליח שני דשוכרו בשביל משלח מ"מ כיון דהולך בשביל שכר דעתו להשתעבד לבעל המעות וכדאמרינן בפרק הגוזל קמא דף ק"ב ע"ב ומבואר לעיל סימן קפ"ו ס"ד בסמ"ע ס"ק י"א דאפילו לא הודיעו למוכר דקונה בשביל אחר מ"מ דעת המוכר לאקנויי לבעל המעות ואפ"ת דחשוב כס"נ שמא לא חשוב שלוחו של בעל המעות ואת"ל דחשוב שלוחו שמא בשליח ל"ח שמירה בבעלים מ"מ העלו הפוסקים בכללי תפיסו דלא מפקינן ממון בס"ס אך אחר שקיבל החוב מבע"ח כבר מש' המעות ונעשה עליו שומר ובעליו לא הי' עמו עדיין עד שהחחי לילך עמו בדרך ול"ל כיון דהמשלח צווהו לשכור איש שילך עמו חשוב בעליו עמו מעיקרא ע"י אמירת המשלח להש"ך דס"ל באמירר בעלמא חשוב בעליו עמו דשאני התם דבידו לשרתו מיד משאזר הכא לא אמר המשלח שיעשה מלאכתו רק שישכור אחר ושמר לא ימצא מי לשכור וכדאמרינן בב"מ דף ע"ד התם לאו ביד וא"כ ל"ל מיד שצווהו לשכור כאלו הוא עמו במלאכתו דעדיין לא בא לעולם שלוחו כמותו ועוד הא לא צווהו רק לשכור איש שילך עמו כשיחזור עם המעות א"כ לא נשתעבד שיעמוד איש עמו עד אחר שיהא המעות

בידו ולצורך שמירת המעות הוא מאחריות הדרך א"כ הוי כנשאל בעליו עמו וקבע לו זמן אימתי יעשה מלאכתו דלא הוי שאלה בבעלים וכמבואר בסמ"ע סק"ד דכ"ע מודו בזה ולפ"ז אפילו הקדים שכר לאותו איש ששכר לילך עמו ונתחייב בקנין כסף מ"מ כיון שלא נתחייב רק שילך עמו אחר גביית החוב הרי מקודם אינו עמו במלאכתו זולת להטו"ז דרא"ש פליג ארמ"ה י"ל אם זה שנשכר התחיל להכין עצמו להדרך בשעה שגבה זה המעות הוי ש"ב אבל בלא הכנה א"א לומר דהוי ש"ב דהא שמור לי היום ואשמור לך מחר מבואר בפחז"ה דל"ה שמירה בבעלים והרי כשזה מתחיל לשמור היום מתחייב חברו לשמור לו למחר כאלו קיבל כסף וכן בהנהו דשתלי מתא דבעידן עבידתייהו הוי ש"ב ומבואר ברא"ש דוקא בזמן הראוי למלאכה עיי"ש פ"ח הרי אף דשכירין מכבר הן וא"י להשמט מ"מ דוקא בזמן הראוי למלאכה א"כ ה"נ אינו ראו למלאכה עד אחר שיגבה החוב.

סעי' י"א ואם פשע בה יש מחייבין לכאורה ר"ל משום דפשיעה בבעלים פליגי ר"א ורבינא והלכה כדברי המיקל דהיינו קולא לנתבע דמוחזק כמ"ש תוס' ר"פ השואל וא"כ הוי רק מספק וכאן יש ג"כ ספק אי חשוב בבעלים והוי ס"ס ולרמב"ם דחיוב שומרים משעת משיכה כיון דנתחייב בחזרה ופטור האונס חשוב חזרה עש"ך לעיל סימן שמ"א סק"ו ע"כ כיון דהוי ס"ס בפרעון חייב ומצאתי בביאור הגר"א שכתב משום דהוי ס"ס נראה כונתו כמ"ש אבל לא נ"ל כיון דקי"ל הלכה כדברי המיקל אינו בגדר ספק רק הכי קי"ל לחכז"ל לודאי והה"מ כתב משום דפושע כמזיק צריך ראי' ברורה לפטור והקשה הגר"א ז"ל דא"כ כל פשיעה בבעלים יחייב והיינו לסברתו דפשיעה בבעלים דפטור הוי ג"כ רק ספק ולפמ"ש אינו אלא דצ"ע כיון דהתורה פטרה פשיעה בבעלים גם זה בכלל את"ל דזה חשוב בבעלים והמע"ה ונ"ל לפמ"ש בתוס' שם בד"ה ונשאל דהספק משום דבעליו עמו חידוש ואין לך בו אלא חידושו ולרמב"ם הספק אי חייב הכל או פטור מהכל כמ"ש הנ"י וצ"ל דהספק לאיזה צד יותר מסתבר בשומרים אם החיוב סברא ופטור בבעלים חידוש או להיפך כיון דלא פשעו בשמירה למה יתחייבו אבל כשפשע דמצד הסברא כמזיק הוא וודאי הפטור חידוש ואין לך בו אלא חידושו וכולו בעליו בעינן.

סעי' י"ז סמ"ע ס"ק כ"ז וחלקתי אם שאלה או שכרה הפרה כל ימי חיותה דהפרה או כל ימי חיותה דאשה דבכה"ג פטור הבעל משום לוקח ובקצו"ח הקשה הא לא הפסיד המשאיל כלל אם היתה שאולה כל ימי חיותה דפרה ונראה דהסמ"ע חדא קאמר דהשאיל לה הפרה לכל ימי חיותה דהפרה אם תמות בחיי האשה ואם תחי' יותר יהא שאולה רק כ"ז חיותה דאשה דודאי אי אף שהשאיל על כל ימי חיותה דאשה הוא רק

כשתהא ראוי למלאכה והיינו בחיי הפרה וע"כ כשפשע הבעל והמיתה הפסיד למשאיל הטובת הנאה דאפשר היתה חייה עד אחר מיתת האשה ומה שהקשה הקצו"ח מ"ש לוקח לשלשים יום או כל ימי חיי האשה י"ל דלוקח לזמן ג"כ הל"ל דפטור רק אנן סהדי דמוכר לו עד"ז שיחויב בפשיעתה דאל"כ לא יחוש רק שתעמוד לפניו עד הזמן ויכביד עלי' המלאכה או ירעיבנה וכדומה בכלי מלאכה ומה הועיל בתנאו שאינו מוכר רק לזמן כיון דיכלה קרנו בהיתר ומצאתי בנתיבות כתב ג"כ דמשום אומדנא דע"ד לשומרו מכר לו לזמן וא"כ באשה עם בעלה שהכניסה לו דבר השאול לה לזמן ס"ל לסמ"ע די"ל ג"כ האי אומדנא דלא הכניסה לו שיהא כלוקח ויכול לכלות הקרן עד הזמן והחיוב יהא עלי' לשלם למשאיל אבל כששאול לה כל ימי חיותה בלא"ה הבעל יחוש לעצמו כיון דאין זמן ידוע וישמרנה כדי להשתמש עמה תמיד וכיון דהכניסה לו סתם דינו כלוקח ואינו שומר כיון דאומדנא ליכא.

סעי' ח"י לוקח בהמה לשלשים יום בקצו"ח הקשה דלעיל סימן רי"ב פסק בש"ע דמוכר קרקע לזמן בונה והורס בכל זמנו כמו בקנוי לו לעולם הרי אף מזיק ממש פטור וכ"ש פושע לבד ולע"ד שאני קרקע ממטלטלין דהא דעת רמב"ן וראב"ד באס"ז פרק השואל דף צ"ו דלוקח לזמן הוי ש"ש כיון דאין לו רק פירות לזמן הוי רק שוכר וצ"ל דעת הפוטרים מנו"א כיון שאמר בלשון מכירה ע"כ לפטור מחיוב שוכר נחתו דאל"כ למה שינו מלשון שוכר כיון דבאמת אינו רק שוכר אבל כיון דאינו רק מחמת לישנא יתירא דלטפויי אתי סגי לפטרו מחיוב שוכר ולא מפשיעה ואדרבה אנן סהדי דמפשיעה אינו פוטרו דא"כ יכלה קרנו עד הזמן בהיתר אבל בקרקע דאין בו דין שומרים ופטור אף מפשיעה ע"כ לשון לוקח או מוכר אתי לפטרו גם ממזיק ממש ועיי"ש באס"ז דרמב"ן מחלק בין בעל דלוקח הוי רק זכות שיש לאשתו להשתמש בהפרה השאול לה והשמירה אינו מקבל עליו ומוטל עלי' לשמור כלומר דא"צ שני שומרים משא"כ אחר דמוציאו מבית המוכר והריטב"א כתב דשאני בעל דאזלי רבנן לרווחא דידי' ולטובתו עשאוהו לוקח ולא להפסדו משא"כ אחר וא"כ י"ל דעת הש"ע ג"כ הכי רק דס"ל דלוקח לשלשים יום א"א לומר שיהא חייב בגו"א כשוכר מדאמר בלשון מכר ע"כ לפטרו מגו"א עכ"פ ולענין פשיעה אין הוכחה מהלשון כיון דצריך לפטרו שלא יהא כשוכר לגו"א אבל בעל בלא"ה פטור מטעם לוקח דעשאוהו רבנן לטובתו לבד או מטעם הרמב"ן.

הלכות גנבה סימן שמח

סעי' ב' של עכו"ם כתב בשעו"ש דלפי מה שהכריע יש"ש בפ"י דב"ק דלהטעותו בחשבון אסור דהוי כגונב ממש א"כ חייב להחזיר אך אם נתן העכו"ם ממון לישראל לקנות לו סחורה ונשתכר בו א"צ להחזיר דאין שליחות לעכו"ם קנה הישראל לעצמו ובשלו משתכר וראי' לזה מהריב"ש סימן ת"א דאסור לקנות חמץ לעכו"ם במעות העכו"ם את"ד ולפמ"ש הרמב"ן בתשובה סימן רכ"ה כיון דנהגו הגוים להקנות בדמים קונין מגוי במעות אפילו לר"ת הובא בנה"מ לעיל ס"ס קצ"ד צ"ל דהריב"ש חשש מחמת לאו דב"י דקנין סטימתא ל"מ לאיסור תורה דא"צ שליחות רק בקנין משיכה אבל אם נקנה במעות דעתו להקנות לבעל המעות וא"צ שליחות וכמבואר בפ"ק דקידושין דף כ"ג כסף קבלת רבו גרמה לו עיי"ש פרש"י וכן אם קנה קרקע מישראל בעד גוי במעות הגוי זוכה הגוי תכף ואצ לשליחות ועמ"ש בסימן קפ"ב.

הג"ה להפקיע הלואתו בתשובת מהר"ח א"ז סימן רנ"ג כתב ז"ל כתב אבא מארי ז"ל משום ראבי"ה ז"ל אם העכו"ם מפקיד או הלוה מעות לישראל ומת העכו"ם אם ידוע ליורשיו או לאחרים חייב להשיב עכ"ד הרי כתב או לאחרים משמע אפילו א"י ליורשיו רק לאחרים הוי גזל וחייב להשיב ליורשיו עכ"ל.

סעי' ח' בהג"ה שלחו לגנוב אין המשלח חייב כתב בשו"ת בית יעקב סמ"ד ראובן הסית שמעון לגנוב מלוי להכעיסו מחויב להשתדל להחזיר הגנבה עיי"ש וכן נראה לפמ"ש טו"ז ביו"ד סימן ק"ס סקי"א דאף דאשלד"ע עושה איסור דנתקיימה מחשבתו.

בקצו"ח סימן זה נסתפק בגונב ע"מ למיקט ולהחזירו אח"כ אם חייב באחריות עיי"ש והנה בפ' בן סורר ומורה דף ע"ה איתא דגזלן דחייב באונסין דמידי דהוה אשואל ומרש"י דכל הנאה שלו מ"ה חייב עיי"ש וא"כ בגנב שלא להיות שלו ולא להשתמש בה למה יחויב אך לפמ"ש הרמב"ם פי"ב משבת ה"א דשורף של חברו להנקם ממנו אף דמשחית הוא חייב דמתקן הוא אצל יצרו וא"כ ה"נ הרי דנהנה במה דמצער חברו אלא דלא נהנה מגוף הכלי ותליא בבעיא דפרק השואל דף צ"ו שאלה ליראות בם אי חייב באונסין ומשום דאינו נהנה מגוף הכלי דבעינן דמתהני מיני' ופרשו תוס' שמשתמש בו א"ד כיון דמ"מ יש לו הנאה בשאלה זו חייב באונסין עיי"ש וה"נ ממש כן הוא אבל בגנבה ודאי חייב דלא גרע מש"ש דאין הנאה מגוף החפץ ובמח"א הלכות שאלה ס"ג הוכיח דשאלה ליראות בה הוי שואל וכדעת הרמב"ם דאין הבעיא רק לענין שמירה בבעלים מהתוספתא וז"ל המשכיר מעות לשולחני להתראות בהם נגנבו או נאבדו חייב נאנסו פטור מפני שהוא נושא שכר עכ"ל אך בתוספתא פ"ד דב"מ הלשון כן משכיר אדם מעותיו לשולחני

להתנאות בהן ולהתלמד בהן ולהתעטר בהן נגנבו או אבדו חייב באחריותן ניטלו מלפניו באונס הרי הוא כנושא שכר נשתלשו עליהם אסור משום רבית עכ"ל ונראה פירושו ניטלו מלפניו באונס הרי הוא כנושא שכר דמבואר בב"מ דף צ"ג ע"ב אם יכול להציל ברועים ומקלות ש"ח בחנם וש"ש בשכר ולא הציל חייב ה"נ כשניטלו מלפניו באונס הרי הוא כנושא שכר ואם הי' יכול להציל בשכר חייב ולא קאי על הבעל המעות דא"כ תל"ל הרי הוא נושא שכר אע"כ קאי על השולחני וקמ"ל דלהתנאות בהן חשוב כנוטל שכר וחייב כש"ש ואמר נשתלשו עליהם כי בעסקא הדין שיהא תרי תילתא בהפסד על הנותן ותילתא על המקבל והריוח בשוה אבל כאן דנותן שכר קצוב אסור אפילו נשתלשו עליהם הנותן והמקבל קבלו עליהם ההפסד לזה שליש ולזה שני שלישים.

סימן שמט

סעי' ג' ואם אינו בעין פטור אף לאחר שיגדיל בשבו"י ח"א סימן קע"ז כתב דדוקא כשלא נהנה הקטן ממנו ולפיכך כתב הרמב"ם פ"א מגנבה ד"ח אם אבדו וראי' מלעיל סימן רל"ה סט"ו עיי"ש וסתימת המחבר לא משמע כן וח"ו לא דקדק המחבר בלשון הרמב"ם ושינה לשונו ונתן עקום לטעות אבל בכונה שינה לומר דאם אינו בעין אפילו נהנה ממנו פטור וכונת הרמב"ם ג"כ רק שאבדו ואינו בעין ואפילו אבדו ע"י אכילה והנאה וההיא דסימן רל"ה שאני שלוה הקטן ומטעם שכתב הרא"ש פרק בתרא דכתובות ס"ז כדי שימצא לו מלוה בשעת דחקו ולא בא לידו מדעת בעלים ל"ש ה"ט ובמל"מ פ"ד ממלוה באמצע הי"ד בד"ה והיכא שהקטנים עצמן הלוו ברבית כתב בשם הרשב"א הלוו ברבית ואכלו פטורים דאכילת קטנים לאו כלום כדאיתא בפרק הגוזל ומאכיל דף קי"ב אהא דהגוזל והניח לפני הקטנים ואכלו חייבים פריך הש"ס קטנים מי מחייבו לא יהא אלא דאזוקי ומיהו אם הרבית קיים חייבים להחזיר כמו קטן שגנב ובהג"א פרק החובל כתב דקטן שהזיק חייב לשלם כשיגדיל ותמוה דא"כ מה פריך קטנים מי מחייבו לימא דחייבים לכשיגדילו את"ד המל"מ הובא בתשובת רע"ק סימן קמ"ו ואפילו תאמר דשבוי לא ס"ל הך דיוק די"ל דהש"ס משמע לי' דחייבים הקטנים בעודם קטנים ולהכי פריך מ"מ עכ"פ מוכח דבעודם קטנים פטורים כשאכלו והרי מבואר ברא"ש הנ"ל דכשלוו ואכלו חייבים בעודם קטנים לשלם וא"כ איך יפרנס הרא"ש הך דפרק הגוזל דאפילו אכלו פטורים וע"כ מחלק בין לוו ובין בא לידם שלא מדעת בעלים וא"כ אין לו ראי' גם לשיגדל ועוד הא הש"ס מדמי אכילה להזיקו דפריך לא יהא אלא דאזיקו א"כ כמו בהזיקו פטורים לעולם ה"נ כשאכלו וכ"כ להדיא המאירי באס"ז ב"ק שם דאם אין הגזלה

קיימת בקטנים פטורים אפילו אכלוה שהקטן פגיעתו רעה ופטור בכל ענין ואינו משלם לעולם עכ"ל וכ"מ והתפארת שמואל פרק החובל בראש"ש ס"ט וגם דיוקו בלשון הרמב"ם אינו דשייך לשון אבדה ע"י הנאה ואכילה כיון שמאבד ממון הבעלים והעד רועה זונות יאבד הון במשלי כ"ט ופירש הראב"ע שמפרנס הזונות.

אף לאחר שינידל מהרמ"פ נשאל ע"ז מהא דאיתא פרק הגוזל עצים דכפי' רפרם לר"א על ששרף שט"ח של חברו בילדותו ואגבי בי' ככשורא לצלמי ולע"ד כיון דלציש"ש חייב לשלם כמ"ש שבו"י ומבואר בס"ח ראי' מיאשיהו ומבואר במרדכי פ"ב דב"מ דכופין למי שיכולת בידו על לפנים משוה"ד והיכא דצריך לציש"ש וודאי רב אשי רצה לציש"ש ואפילו יהא רק ממדת חסידות אלא דהיינו אם חשוב מזיק כשעשהו גדול וחייב מדינא אזי כשעשהו בקטנותו ראוי מצד חסידות או לציש"ש אבל אם גדול ג"כ פטור דלא דיינינן דד"ג ואינו חייב רק לציש"ש לא יתכן לומר אם עשהו בקטנותו שג"כ מחויב לציש"ש דא"כ קנון וגדול שוים לכן רב אשי דהי' סובר דגדול השורף שטר פטור מדינא ע"כ הוא דעשה בקטנותו פטור לגמרי ורפרם כפי' מחמת דס"ל דדיינין ד"ג א"כ גם קטן חייב לשיגדיל עכ"פ ממדת חסידות וכיון דידע דודאי ר"א רוצה להתחסד רק טועה בדין לכן כפי' ומהרמ"פ תירץ דבילדותו היינו לאחר יג"ש וק"ל נהי דר"א הי' סובר דלא דיינין דד"ג מ"מ גרמא בעלמא נמי חייב בדיני שמים כדאיתא ר"פ הכונס ובראש"ש פרק הגוזל עצים ססי"ג וודאי ר"א מעצמו יצא יד"ש ועוד מה ראי' מייתי הש"ס ופוסקים דדיינין ד"ג מהא דאכפי' רפרם לר"א אפשר כפאו לצאת יד"ש דכפינן למי שיכולת בידו כמ"ש המרדכי א"ו כמ"ש.

סימן שנ

גנב בטור גנב שור של שותפין וטבחו או מכרו והודה לאחד מהם וכפר לשני עב"ח דהיינו דהודה בב"ד אחד ואח"כ כפר לשני בב"ד אחר ובתוס' רי"ד ב"ק דף ע"א ע"ב כתב דכה"ג תו לא מיחייב כיון שכבר הודה בב"ד ראשון אלא שהודה לאחד וטען דהשור משותף בינו ובין הנגנב וכפר לשני וטען דאין לשני חלק בו והביא השני עדים דחצי שלו.

סימן שנג

סעי' ג' הדמים עש"ך שהקשה מהא דב"ב דף מ"ד דבפרה וטלית מעיד ואי צריך להחזיר דמי נוגע בעדותו ותומים בסימן ל"ז כתב דמיירי שידוע שאינו שוה יותר ממה שנתן וא"כ בלא"ה יש ללוקח מה שנתן מתק"ה רק דקשה ממה דמוקי לה התם ביורש והא

ביורש ליכא תק"ה וא"כ נוגע והאס"ז ופנ"י הקשו מר"פ דהגוזל ומאכיל דהניח לפניהם פטורים מלשלם משום דיורש כלוקח אלמא דיאוש וש"ר פטור לגמרי והובא בנתיבות ולע"ד לפמ"ש נ"י בב"ב שם דלפיכך פירשב"ם דמכר שלא באחריות דליכא שינוי רשות באחריות עיי"ש וי"ל דרמב"ם ס"ל דעל גוף החפץ לא אכפת באחריותו דנשתנה רשותו וכשתצא מיד לוקח אין על הגזלן אחריות גוף החפץ רק אחריות דמיו אבל בדמי החפץ ליכא שינוי רשות כיון דסתם גזלה אחריות דמיו על המוכר כדלעיל סימן רכ"ה ע"כ דמי החפץ אגיד גבי' דמוכר לכן חייב לוקח להחזיר הדמים לנגזל וא"כ ביורש דליתא לגזלן ורשות יורש כרשות לוקח חשוב שינוי רשות גם לדמיו ולפ"ז אפילו שוה יותר ממה שנתן אם לא קיבל המוכר אחריות פטור הלוקח וכן העלה לדינא הח"ס חחו"מ סכ"ו דלוקח שלא באחריות גם לרמב"ם א"צ להחזיר הדמים כיון דאין לו על מי לחזור ועפ"י דברי תוס' בב"ב שם בד"ה מכר וכ"כ בג"א סימן ל"ז וקיימתי' מנפשאי.

עוי"ל דבב"ב שם קאמר נהי דמגופא מייאש מדמי מי מייאש ל"צ דמית גזלן ופירשב"ם דמית גזלן דהשתא אפילו מדמי מייאש ויל"ד הא הלוקח פטור מדמי' בלא"ה כיון דבהיתרא אתי לידו ואי ס"ל כרמב"ם למה פסיקא לי' יותר דהשתא אפילו מדמי' מייאש ונראה לפמ"ש כתיבות בסימן קס"ג דבחוב ל"מ יאוש דשיעבוד הגוף כקרקע עיי"ש וא"כ ה"נ בגזלן ל"מ יאוש על הדמים דנשתעבד גופו באחריות כשגזל אבל כשמת ולא נשאר אחריות נכסים ליכא שיעבוד גוף רק שיעבוד על גוף החפץ ואין האחריות על היורש ולוקח רק אם איתא בעין ועיין לקמן סימן שס"א ס"ו דלאחר יאוש אם בא אחר ואכלו דפטור וכ"כ קצו"ח ונתיבות כאן דאין גוף לוקח משועבד א"כ אתני היאוש לדמי בכלל גופו של חפץ ועפ"י פרק לולב הגזול דכמו דאינו מתייאש מדמי' כן מקרקע מטעם אחד דאינו מתייאש בלב שלם משא"כ בגוף המטלטלין דאפשר להבריחן וא"כ ודאי גם רמב"ם לא קאמר דלוקח צריך להחזיר דמיו אלא כ"ז דלא אהני יאוש לדמיו ועדיין מגיעין לנגזל אבל כשמת הגזלן וליכא שיעבוד הגוף דאהני היאוש גם לדמיו כמו לגופו פטור הלוקח לגמרי אפילו קודם שאכלן כיון דאם אכלן פטור הרי יכול להבריחן לגמרי ועסמ"ע סימן שס"א ס"ו סק"ז ממילא מתייאש גם מדמיו.

סעי' ד' אין נקרא ש"ר אלא במוכר או נותן ואם השכין נראה דתליא בפלוגתא שבא"ע סימן כ"ח סי"ב.

סימן שנד

סעי' ו' גנב עקצו"ח ועמ"ש לעיל סימן קכ"ג.

סימן שנה

סעי' ג' ויש עדים כתבו ב"ח וסמ"ע דבלא עדים כיון שהחזיר מעצמו הרי עשה תשובה וש"ך השיגם דא"כ למה נדחק בהמפקיד דף מ"א לאוקים רישא ר"י וסיפא רע"ק ולא אוקמה כולה כרע"ק ורישא דליכא עדים עיי"ש ואני מוסיף די"ל רישא וסיפא בעדים שראו שטלטלה ממקומה רק דרישא כיון שלא יחדו לה בעלים מקום כדתנן יכול לטלטלה לכ"מ שירצה ובסיפא שיחדו לה מקום וסתמא במקום משומר מרגישין העדים שמטלטל לצורכו דאל"כ למה מטלטלה ממקום המשומר שייחד לה בעלה וכ"ש לפמ"ש בטור לעיל סימן רצ"ב ובהג"ה שם בשם רמ"ה דיחדו לה מקום והניחה שומר במקום אחר ואירע לה שם אונס חייב לשלם אף שהניחה במקום אחר משומר כמ"ש סמ"ע שס וא"כ כשיש עדים שטלטלה ממקומה המיוחד י"ל מיראת עדים החזירה דשמא תגנב או תשבר ויחויב לשלם משא"כ ברישא דלא ייחדו לה מקום אינו ירא מהעדים דא"י כונתו אם לגנוב או דצריך למקומה רק עכשיו מודה והרי החזירה ושב וכולה מתניתין רע"ק דכל סתימאה רע"ק וכל המשנה בהחזירה למקומה וכדס"ד ועדים לא ראו רק שנולולה ממקומה והחזירה וביחדו לה מקום דעדים יכולים לחייבו אם תגנב או תשבר ל"מ חזרתו של"מ בעלים דאין הוכחה על תשובתו ואפשר יחזור לגנבה כשלא יראו העדים.

ונ"ל דל"ש לומר שחזר בתשובה רק כשגזל או רצה לשלוח יד לחסרה והחזירה בשלימות הרי חזר ממחשבתו הרעה וע"כ כשאין עדים חזר לנאמנותו אבל בשואל של"מ כיון שגם בזה תו לא מהימן לבעלים גם בלא עדים ל"ל שחזר לנאמנותו ע"י חזרה דהא לא נשתנה דעתו ועשה מה שחשב דמעיקרא נטלה ע"ד להחזירה וע"כ לס"ד שטלטלה היינו שאלה בעלמא אין לחלק בין יש עדים בין לאו ולזה באו ר"נ ור"י ותרגמום בנוטלה לגוזלה ולחסרה וממילא לק"מ דסתמא רע"ק ומבואר החילוק במשנה בין יחדו א"ל דסתמא דמלתא עדים לא ראו יותר דאטו בשופטני עסקינן שיגלה לבו שרוצה לגוזלה וכן מוכרח לדבריהם דאיך יתכן לשון טלטלה על גזל וש"י כמו שהקשה להם ר"ש אע"כ משום דס"ל דעדים לא ראו יותר רק טלטול וע"כ ביחדו לה מקום ל"מ חזרה למקומה דמיראת העדים עשה כן משא"כ בלא יחדו ואצ"ל כלל שום אוקימתא חדשה ור"ש לא ניחא לו בזה כיון שכונתו לגזול ל"ש לשון וטלטלה ועכצ"ל רק טלטלה לשאלה בעלמא עכצ"ל סיפא שהחזירה שלא למקומה משא"כ לר"נ ולר"י דאצ"ל כלל שהחזירה שלא למקומה ורש"י פירש דגם ר"נ ור"י מוקמו הכי דסיפא שהחזירה שלא למקומה כדמסיים במסקנא ותפב"י הקשה בתחלה מאי קסבר במאי איירי מתניתין ע"כ בחד מהנך גוני וא"כ כל עיקר התירץ שהניחה במקום שאינה מקומה ולא תליא כלל במאי דנטלה ע"מ לגזלה

והל"ל בקיצור סיפא שהניחה במקום שאינה מקומה עכ"ל ולי קשיא עוד דדוחק גדול לומר דלא סיימוה העיקר ולפמ"ש א"צ לכ"ז ומוכח כב"ח וסמ"ע.

סימן שנו

סעי' ב' ואם אמר הלוקח לטובה נתכוונתי נאמן עיין בד"ה דמחרימין סתם אם אמת כן ושעמ"ש חולק דצריך לישבע שנתכוין כן כמו בגנב שאינו מפורסים דצריך לישבע בכמה קנה ה"נ ביש עדים בכמה קנה ישבע שלטובה כיון ולע"ד שאני הכא דאם לא כיון לטובה הוי גנב דלאו עכברא גנב אלא חורא גנב כדאיתא ריש הסימן ובסמ"ע שם וא"כ מנ"ל דתקנו חכמים כה"ג שבועה על הבא ליטול בברי נגד שמא ומוחזק בחפץ והא אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן כמבואר בפרק כל הנשבעין אף דיש שם רגל"ד הרבה ויש לבעלים מגו דהשאלתים וכמבואר בב"י ס"ס שנ"ז ובמרדכי פ"ק דב"מ סימן רכ"ו דעת ר"ש דהאומר לחברו גזלתני או גנבתני והלה אומר להד"ם לא ניתקנה היסה על זה ולא משביעינן ע"ז אלא היכא דמודה במקצת או יש ע"א דיש שבועה דאורייתא וראי' מפרק כ"ה אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן ואומר ר"ם דל"ד דהתם מה"ט לא יטול התובע בשבועה אבל הנתבע נשבע ועוד כי קאמר בפשה"ד מה בין ש"ד לשד"ר לימא א"ב לאשבועי אגנבה דכופר הכל אין משביעין והרי"כ הביא ראי' מפיש"נ עבדי גנבת רצונך השבע ונוול עכ"ל ולע"ד י"ל קושית הר"ם דהא לבתר ל"ב דלא תיקן היסת רק בדררא דממונא סמוך לו שאל מה איכא בין שבועה דאורייתא לשד"ר וללל"ב ל"ל נ"מ זאת דבאומר גנבתי והחזרתי ל"ל לא מחזיקינן אינשי ברשיעי דכבר הרשיע דחבול ישיב רשע וגם ר"ש מודה דחייב היסת וצ"ל דקושית ר"ה בממ"נ דללשון דצריך דד"מ בהיסת יש נ"מ זאת גופה דבדאורייתא ל"צ דררא דממונא וללל"ק גם בהיסת יש נ"מ בטענת לא גנבתי אך לר"ש י"ל דמודה מקצת או ע"א מכחישו זה גופא הוי דררא דממונא וכעין שכתבו התוס' ד"ה ומאן דאם עדים מעידים על המקצת חשוב דרד"מ על השאר וה"נ במב"מ וכ"ש בע"א מעיד על כולו ועוי"ל דודאי מסברא לא מחזיקינן אינשי ברשיעי ולא תקנו ע"ז ולר"ם צ"ל משום ל"פ ור"ש ס"ל דלא אמרינן ל"פ מטענה לטענה וכמו לל"ב דלא תקנו בלהד"ם משום ל"פ דההחזרתי אך אם נאמר גם בחשוד תקנו היסת ועשו תקנתא לתקנתא שישבע תובע ויטול הרי בחשוד ל"ל אחזוקי בגנבי לא מחזיקינן וחייב היסת גם בגנבת וישבע שכנגדו ויטול ממילא ל"פ באותה טענה וגם אינו חשוד ישבע כיון דחל התקנה וא"כ לפי' המסקנא דבחשוד לא תקנו כלל היסת ולא נ"מ רק לכשרים שפיר קאמר ר"ש דבטענת גנבת לא תקנו אבל לס"ד דגם חשוד בכלל התקנה גם כשר ישבע היסת ועכ"פ

גם לר"ם י"ל דוקא בתובעו בברי ומשום דחזקה אא"ת אע"כ י"ל עליו משא"כ בשמא ואף דתקנו בשותפין וכיוצא שישבע א"ל גנב התם משום דמורי התירא ולפ"ז ממילא נסתר מ"ש השעמ"ש דאין הלוקח נאמן לומר לטובה נתכונתי אפילו בשבועה רק כשאין עדים על המכירה די"ל מגו ממך לקחתי אבל אם לקח בפני עדים מגנב מפורסם דלית לו מגו אף בשבועה לא יטול דכ"ז העלה לשיטתו ולפמ"ש אינו מוכרח וגם ל"ל כלל דאף בשבועה לא יטול בלא מגו דהא מקור דין זה מתוס' ב"ק דף קי"ד ע"ב שהקשו בלא תקנת השוק יטול מעותיו די"ל לטובה נתכונתי ואם ל"ל כן רק כשלקח שלא בפני עדים מה קושיא הא צריך התקנה כשקנה בשוק בפני רואין ואין לו מגו.

וברמב"ם פכ"ד מאישות הי"ז כתב משביעה בנק"ח שלא זנתה תחתיו אם ראה אותה בעצמו ואח"כ תגבה כתובתה אבל בדברי אחר א"י להשביעה אלא ע"י גלגול עכ"ל וה"מ הקשה הא בפי"ד ממלוה כתב הרמב"ם דאין המלוה נשבע כששטרו בידו רק על טענת פרעון דלפרעון קאי אבל באמנה וכבית א"צ לישבע עיי"ש מל"מ ולע"ד בשלמא באמנה וכבית בא לעקור השטר מעיקרא ובפרעתי אף דאינו עוקרו מ"מ חזקה שטרך בידי מת בעי עומד נגד הטענה לכן לולא דעומד לפרעון א"צ לישבע דשטר מסייעו משא"כ בטענת זנות שאחר הנשואין אינו בא לעקור השטר למפרע וגם ל"ש בזה חזקה שטרך בידי מה בעי לכן משביעה אלא דלפ"ז גם בשמא וכ"ש ע"י דברי אחר למה לא ישביעה כיון דבאה ליטול וע"ה משום דאחזוקי ברשיעי בשמא לא מצי משא"כ טוען ברי ומוחזק ומיושב קושית ב"ש סימן קט"ו ס"ז סקל"ב על רמ"א דפסק בחו"מ סימן ע"ה סכ"ג דיכול להשביע ע"י אחר ובא"ע סתם דא"י להשביעה ע"י אחר שלא זנתה ולפמ"ש א"ש.

ובירושלמי פרק הגוזל בתרא ה"ג אהא דתנן המכיר כליו ביד אחר ישבע כמה הוציא ויטול אמר ר"ב ב"מ בדין הוא שלא ישבע ולמה אמרו ישבע שלא יהו בעלי בתים נטפלין לגנבים הרי בדין נאמן על שהוא בידו רק א"ל ישבע לא ידייק כשיקנה אם אינו גנוב כיון דלא יפסיד אבל כיון שצריך לישבע מעיקרא מידק דייק אם אינו גנוב וא"כ כשאומר לטובה נתכונתי וידעתי שהוא גנוב ל"ל ה"ט שיחויב שבועה כדי שלא יקנה דאדרבה טובה לבעלים שיקנה ולמיחש דמשקר ל"ח דהא בדין שלא ישבע כמה הוציא נמי.

סעי' ח' בהג"ה נהיגי עכשיו עיין פתחי תשובה לא"ע סימן כ"ח סק"ד וסק"ט מ"ש מקה"י.

סימן שנח

סעי' ד' מותר ליקח מן האריס בפא"מ דף כ"ב אמימר ומ"ז ור"א אייתי להו אריסא תמרי אמימר ור"א אכלי מ"ז לא אכיל וכו' ותמהו התוס' וראשונים נהי דסמכו אמימר ור"א דמרי בר איסק אוהב רבנן ויתרצה הא קי"ל כאביי דישל"מ ל"ה יאוש והנה בעירובין דף ע"א איתא דביטל רשותו משחשיכה מהני למפרע כמו כלך אצל יפות פרש"י דחזינן דניחא לו בשריותא וג"כ קשה הא ישל"מ ל"מ ועמדו האחרונים ע"ז וקצו"ח כאן הקשה דבכתובות דף מ"ד אמרינן בנשתטה דב"ד מפרנסין בניו ואשתו מנכסיו דניחא לו והא ג"כ הוי ישל"מ ועוד הקשו תוס' בב"מ שם הא כלך אצל יפות הוי כדבר שיש בו סימן ועו"ק על גוף הברייתא כיצד אמרו וכו' כלך אצל יפות הא סגי כששתק ולא הקפיד ול"ל דקמ"ל אם ליכא יפות דהוי שלא מדעת ואינה תרומה דא"כ הל"ל כיצד התורם שלא מדעת אין תרומתו תרומה דא"ל כלך אצל יפות וליכא והרגישו בזה באס"ז שם מכל הלין נלע"ד לחלק דאם הי' יודע הי' מתייאש או מרוצה אבל אינו זכות ונייח נפשי' זה הוי ישל"מ ול"מ אבל בדבר שי"ל נייח נפשי' כמו דזכין שלא בפניו וקונה כאלו ידע כן מקנין שלו של"מ כיון דניחא לו יותר שיהא כן מאם לא הי' כן זהו זכותו וזכין לאדם שלא בפניו אף להקנות כמ"ש מג"א סימן תרנ"ח סק"ג וע"כ בכתובות דניחא לו דוקא שיזונו בניו מנכסיו שלא יזלזלו בכבודו אמרינן אדרבה לא ניחא לו שיזונו משל אחרים לכ"ע הוה כידע וכן גבי ביטל רשותו ניחא לו יותר בשריותא וגבי מרי בר איסק נמי דרחים רבנן ויש לו נייח נפשא שיקבלו הנאה ממנו ובקידושין בנתנה לאדם חשוב מקודשת דנהנית בקבלתו וכן בכלך אבל יפות חזינן דניחא לו יותר מה שתרם מהיפות מאלו תרם מהרעות ואלו תרם מהרע הוי קפיד אבל בשתק ליכא הוכחה רק דאינו מקפיד על היפות אבל אפשר הי' ניחא לו כמו כן ברעות ע"כ תליא בישל"מ ולרבא לס"ד בלא"ה ל"ק מה דתני כלך אצל יפות דה"א דאינו רוצה רק ביותר יפות ממה שתרם קמ"ל אף דרצונו ביפות יותר מ"מ מסכים גם למה שתרם ואף דל"ל בהכי אמדתיך כיון דלא שוי' שליח אבל למסקנא דשוי' שליח אפילו יקפיד על מה שלא תרם מיותר יפות בפירש מ"מ י"ל להכי אמדתיך כמ"ש תוס' וא"כ קשה מה רבותא בכלך אצל יפות דאפשר לפרש דמסכים גם למה שתרם ואי דקמ"ל די"ל בהכי אמדתיך ה"ל לאשמיעינן אפילו אומר בפירוש דאינו מרוצה.

וא"ל מהא דפרש"י שם אינו בכי יתן וקשיא לרבא והא יש לו נייח נפשי' ושמח בהטל וגם לאביי יהא כידע דלק"מ דהיינו אם גוף הדבר שאנו דנין עליו שיחול שלא מדעתו זה הוא לו נייח נפשא שיחול וקפיד א"ל יועיל של"מ אזי הוה כידע וחל שלא מדעתו אבל מה

ששמח עם הטל זה כבר ירד ולא נ"מ לו אי יהא לא ידע כידע דמי יורידנו משם ואנו דנין אי יכשיר לקבל טומאה של"מ כאלו ידע וזה אין לו נייח וזכות בזה ממילא הוי כישל"מ ואינו דומה לכלך אצל יפות דניחא לו שיחול התרומה מן היפות וכן בעירוב שיחול העירוב וכן בהא דאמימר ור"א דניחא לו שיהנו רבנן בהיתר מפירותיו ויזונו בניו בהיתר וליהוי כאלו ידע דאל"כ לא יזונו הב"ד לבניו מנכסיו ובירושלמי ס"פ לא יחפור ז"ל ר"ח אעיל לר"י בגינתי' ואייכלי' תאנין מדנפק חמא אילן דברת שובעין חיוורין א"ל למה לא אכלתני מן אילין א"ל דאינון דברי ר"ח חשש משום גזל בנו ופירש הפ"מ אף דמסתמא הי' בנו מתרצה בכך אעפי"כ החמיר על עצמו וביפ"מ פירש דאינון לברי מיוחדים לבנו ור"ח חשש שיראה כגוזל מבנו אחר שהיו מוכנים לו והודיעינו להודיע חסידותו דאפילו משום גזל כזה דאינו גזל ממש כי שלו היו עדיין ולא זכה בהם בנו אפ"ה חשש משום לתא דגזל עכ"ל הנה מה שפירש דקמ"ל חסידותו גם הפ"מ ס"ל הכי וכן מוכח מדאמר ר"ח חשש משמע דאחרים אין חוששים בכך אבל מה שפירש שהיו מיוחדים לבנו לא נ"ל דאין כאן לתא דגזל כלל רק משום מחוסר אמנה או משום נדר בעני רמי אקרקפתי' ואין גוף הממון קנוי לבנו והל"ל משום כך חשש ועוד די הי' לומר חשש משום גזל אלא ודאי כהפ"מ דשל בנו היו רק דמסתמא הי' מתרצה ולא קפיד על פירות קצת שיקחם אביו וכדאיתא ביו"ד סימן רל"ב ס"ז שהדבר מוכיח שאין אדם אוסר פירותיו על אביו ור"ח לבד חשש משום גזל בנו ואפשר גם מ"ז דלא אכיל החמיר על עצמו ולא מדינא וה"ט נמי משום דאלו ידע ניחא לו יותר שיאכל ממה שלא יאכל ואמימר ור"א דלא עשו חסידות זה משום דיש עוד ספק שמא אריס משלו נותן וכיון דמדינא בלא"ה שרי אין להתחסד על ספק ומוכח כמ"ש דהיכא דיש לו נייחא יותר שיהא כאלו ידע ונעשה מדעתו הוי באמת כאלו נעשה מדעתו דאל"כ הוי ודאי גזל לשעתו אף שימחול אח"כ א"ו אינו גזל ורק לחומרא לעצמו חשש.

וש"ך כתב דישל"מ שאני שגם אח"כ אינו מייאש אלא משום שא"י והקשה לעצמו דא"כ מה מדמה תרומה וטומאה לישל"מ ולע"ד יש לתרץ ולהוכיח כהש"ך מפרק המפקיד דף מ"ם בהא דא"ל אביי לר"ח מ"ד התם גדולים גבי קטנים מחלי הכא מי ידע דלימחל ור"ח לא חש להשיבו ועבד עובדא וכן ס"ל לרבה התם וע"כ דס"ל לר"ח ורבה כיון דהיכא דידעי מחלי ה"נ אף דלא ידע הוי מחילה כסברת הש"ך ואביי ס"ל כתוס' דגם זה הוי כישל"מ ע"כ פריך הש"ס בא"מ שפיר לאביי דהא הוא לא מחלק אבל אנן הא קי"ל התם כר"ח ורבה אך י"ל דטעמו של ר"ח דא"צ מחילת הגדול דמדינא מחצה לקטן דחלקו השביח כיון דירד שלא ברשות ועמ"ש לעיל סימן ס"ז ס"ג.

והש"ך תירץ הא דמדמה תרומה וטומאה לישל"מ משום דלתרומה וטומאה ידיעה ממש בעינן כדאיתא בש"ס התם וק"ל הא מאן דמותיב לאביי מתרומה לא ידע זה וא"כ מה מותיב לאביי אבל לפי מה שכתבתי דאביי אינו מודה רק בניחא לו יותר בזה ובתרומה חזינן דניחא לו יותר מה שתרם מיפות ממה שהי' תורם רעות מדאמר בלך אצל יפות וא"כ כ"ז למה דמשני דשוי' שליח ותרם מן היפות דאצ"ל דחשוב כאלו ידע רק מה שתרם מיפות דאין רגילות לתרום מהיפות כמ"ש תוס' שם לזה שפיר גם לאביי הוי כידע כיון דחזינן עתה דיש לו נייח נפשא ביפות יותר מרעות ומה דהי' ניחא לו לבעל עוד יותר אי הי' תורם מיפות יותר אין רעותא די"ל בהכי אמדתיך ורק על מה שלא תרם מבינונית כהרגילות ל"ל בהכי אמדתיך כמ"ש תוס' שם אבל לס"ד דלא שוי' שליח שפיר מותיב לאביי דנהי די"ל דמיירי דתרם יפות וניחא לבעל יותר ביפות מ"מ אפשר לא ניחא לו יותר במה שתרם שלא מדעתו ושליחותו מאלו לא תרם כלל דאז הי' תורם בעצמו מהיפות ומצוה בו יותר מבשלוחו.

גם תירוץ הש"ך אהא דמדמה הכשר הזרעים לישל"מ משום דידיעה ממש בעינן דחוק דהא המקשן לא ידע הא דיותן מדעתו בעינן ומותיב לרבא כדפרש"י ולהש"ך אינו ענין לישל"מ וקשה לכ"ע ולולא פרש"י י"ל המקשן לאו ארבא לבד מותיב אלא קאי אדסמיך דאמימר ור"א אכלי של"מ בעל לזה מותיב מה דל"מ לענין הכשר כששמח בהטל אחר שנודע לו כשנתנגב ומשני דהתם ידיעה ממש בעינן דיותן דומיא דיתן.

הלכות גזלה סימן שנט

סעי' א' מעכו"ם יל"ע נתן העכו"ם מתנה לישראל ע"ת ולא נתקיים התנאי כיון דכל תנאי מהיכא גמרינן מתנאי ב"ג לא נתחדש רק בישראל ועוד כל מעשה שא"א לעשות ע"י שליח התנאי בטל ואין שליחות לעכו"ם.

סעי' ו' החוטף משכון עמ"ש לקמן סימן ת"א.

סימן שס

סעי' א' בהג"ה ובנה עלי' ואם הבנאים הכניסו מקרקע חברו שלא מדעת בעל הבנין אפשר עשו תקנת השבים מבי"ט ושעמ"ש כתב דתליא בפלוגתא דלעיל ס"ס רע"ד בנחיל של דיבורים יצאו וישבו על אילן חברו אי יכול לקוץ הענף וכן בנסדק כדו של דבש אי בעל היין חייב לשפוך יינו כדי להציל דבש של חברו את"ד ולע"ד מ"מ צריך לסתור הבנין ולהחזיר הקרקע כיון דמדינא ודאי הכי הוא ומאן דס"ל דכופין לקוץ הענף ולשפוך

היין הוא רק דס"ל דתנאי ב"ד הוא כמבואר בפרק הגוזל בתרא ורא"ש שם ס"ס ט"ז א"כ הוי כספק בתקנה דמוקמינן אדינא כמבואר ברמ"א בא"ע סימן קי"ח ס"ו ובתה"ד סימן ש"ם ולעיל סימן קע"ה סמ"ה ועוד דקרקע שאני דהא כתבו תוס' בפא"נ דף ס"ו ע"ב בד"ה ואי דאין אדם רגיל למכור קרקעותיו כלל ואפילו אילן לבד לקצצו כתבו תוס' בב"ב דף ל"ג ע"ב ד"ה איזול דאין דרך ב"א למכור לקוץ וא"כ י"ל דוקא ענף או חביות דאינו דבר של קיימא כקרקע כופין למכור כדי להציל של חברו ועוד בנחיל ודבש אנוס משא"כ בעל הבנין פשע דלא ה"ל לסמוך אבנאים ולהאמינם וכדאמרינן כה"ג בפ"ק דב"מ דף ג' את האמנתי' לשכיר פרש"י ואתה הוא שקלקלת ואין לי להפסיד בקלקולך וכ"כ תוס' בפ"ק דשבת דף ד' בד"ה וכי אומרים לאדם חטא בשביל שיזכה חברך דדוקא כשפשע כההיא דהדביק פת בתנור בשוגג.

ואם מכרה לגוי ורוצה ריוח או הוליכה לוקח למרחקים נ"ל כיון דיש פסידא לגזלן כמאן דליתא דמי ושייך תקנת השבים כמו במריש דל"ד מריש כדאיתא בב"ק דף צ"ה דפריך וכל היכא דגזלה קיימת לא עביד רבנן תקנתא והרי מריש ומשני כיון דאיכא פסידא דבירה שוי' רבנן כדליתא.

סימן שסא

סעי' ה' בהג"ה בע"כ שודדים גזלו מיהודים עורות ובכח השרים החזירו קצת כתב שו"ת יד אלי' סס"ט דחולקין בשוה דאין לשום אחד זכי' בעורות דאיכא יאוש וש"ר וצ"ע דהא מבואר בסימן שס"א ס"ה בשם הנמ"י דבע"כ ל"ה ש"ר ועיי"ש בש"ך סק"ב שחולק על הנמ"י עכ"ל ד"ג כמ"ט ס"א הנה מ"ש בשם הנמ"י והש"ך אינו בדין זה רק במכר באחריות עש"ך סק"ב ודין נתנו בע"כ הוא תשובת רשב"א וש"ך אינו חולק אלא כשהחליף בטעות כתב דפוסקים מחולקים עיי"ש סק"ג אך לעיל סימן רל"ו בש"ך סק"ו כתב עמ"ש הרמ"א דבמטלטלין דמייאשו מהם א"צ להחזיר אם קנאם וה"ה אם גזלם ממנו ע"כ וכתבתי שם דדעת הש"ך דבגזלן ישראל ל"ח שיר רק מרצונו ובגזלן נכרי חשוב ש"ר גם בע"כ וא"ש דברי השו"ת י"א גם לפמ"ש נסיבות כאן דהיכא דנתייאש בראותו האנס טרם נגזל גם בגזלה מהאנס אחר חשוב ש"ר א"ש נמי דברי הי"א.

ל"ש ל"י בנה"כ ליו"ד ס"ס קע"ז כתב הגוזל מחברו ונתנו לאחר ואכלו רמ"ג רמ"ג אף שלא ידע שהי' גזול והחוו"ד כתב דודאי אם נשתנה ביד השני ואח"כ אכלו פטור כיון דנשתנה קודם שנהנה כבר יצא מרשותו ולא נהנה משל חברו וכיון דהנאת אכילה מתחלת אחר ששינה כדאיתא בכתובות דף למ"ד מכיון דלעסו קניא א"כ קנאו קודם שנהנה עיי"ש.

ולעד"נ כנה"כ דאין שינוי קונה רק כשנתכוין לקנות משא"כ כשלא ידע וכסבור שלו הוי כעודר בנכסי הגר וכסבור שלו לא קנה וכן מבואר בש"ך לעיל סימן ש"ו סק"ו בשם תוס' ובנתיבות סימן קפ"ג ס"ג ובמקו"ח סימן תנ"ד סק"ב ואפשר דעת החוו"ד דשא"ה דכבר גזלו הראשון שנתן לזה שאכלו ובשינוי של המקבל נקנה לגזלן ויוצא מרשות נגזל אבל לא נראה דכיון דהגזלן כבר נתנו לשני ונסתלק ממנו ואינו ברשותו איך יקנהו עתה כשנשתנה ודינו של המקבל עם הנגזל והמקבל אין דעתו לגזול ולקנות מהנגזל ומצאתי באס"ז ר"פ הגוזל ומאכיל דעת הרמ"ה דע"כ לא אמר רב חסדא גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רמ"ג רמ"ג אלא כשבא אחר ואכלו שלא ברשות אבל בשהאכיל הגזלן לאחרים לא קאמר דודאי שליחותי' קעבדי ודוקא היכא דלא ידעי דגזלה הוא דבידעי דגזלה הוא רמ"ג רמ"ג ודעת ראב"ד דהגוזל ומאכיל לאחרים ובחזקת שהוא שלו אוכלים לפני יאוש משלמים דמי בשר בזול ואם ע"ד שגזולה היא אוכלים משלמין כולה וכ"ד הרשב"א והמאירי כתב דגדולי הדורות שלפנינו ס"ל דמאכיל לפני יאוש פטורי שהמאכיל הרי הוא כאוכל עצמו ואפילו האכילו למי שאין מזונותיו עליו וגדולי המפרשים מחייבין במאכיל עיי"ש ומ"ש רמ"ה דשליחותי' קעבדי וכן המאירי שהמאכיל כאוכל עצמו צ"ע אי כונתם כיון דהאוכל לא ידע דגזול הוא ישלד"ע דכבר העלו לעיל סימן שמ"ח בש"ך ואחרונים דגם בשוגג אשלד"ע ועוד אפילו למ"ד ישלד"ע מ"מ לא מצינו שזה נהנה וזה מתחייב כדאיתא בקידושין דף מ"ג עיי"ש בתוס' ד"ה שלא ואף דשא"ה דכבר נתחייב הגזלן באחריות והוא האכילו לזה שלא ידע מ"מ מה לו לנגזל בזה אם אין לגזלן לשלם הרי האוכל נהנה ונשל נגזל ואפשר כונתם דע"י שינוי שעשה האוכל כשלעסו קנהו הגזלן דשליחותי' קעבדי וכשנהנה אח"כ האוכל כבר אינו של נגזל וס"ל בשוגג ישלד"ע וכשלעסו עדיין ליכא הנאה וא"כ לפי מה דקי"ל דבשוגג ג"כ אשלד"ע אין המשלח קונה כיון דהשתא אינו ברשותו וצ"ע גם בטלה ונעשה איל ועומד ברשות אחר ולא ברשות גזלן אי נקנה לגזלן ובמרובה דף ס"ה ע"ב גנב טלה ונעשה איל נעשה שינוי בידו וקנאו משמע דוקא שנעשה השינוי בידו וכן לשון רמב"ם וש"ע סימן ש"ס ס"ו וכן נראה דהא שינוי קונה ילפינן מאשר גזל כעין שגזל יחזיר וא"ל לא יחזיר וזה מיירי כשהוא ברשות הגזלן וצריך השבה וביאוש למ"ד דקני נסתפקו תוס' בב"ק דף ס"ט אי קני הגזלן ע"י יאוש כשאין הגזלה ברשותו והובא בנתיבות לעיל סימן שנ"ג ס"ג ועיין קצו"ח סימן שנ"ג ס"ב ומצאתי בגאון צבי דשינוי אינו קונה רק כשנשתנה ברשות גזלן עיי"ש בסימן שס"ג ובשו"ת רמ"א ס"ס פ"ז מוכח דשינוי השם אינו קונה כשעומד באגם ולא בבית גנב כמו שביארתי דבריו בח"י ליו"ד סימן ש"כ.

ואם נאמר טעם הרמ"ה משום שינוי דוקא באכלו אבל גזל כלי ונתנו לאחר ונשתמש בו וקלקלו קצת דעדיין שמו עליו ואינו שינוי וכמ"ש הסמ"ע סימן שנ"ד סקי"א יודה הרמ"ה דחייב המקבל לשלם מה שנהנה אף דלא ידע שגזולה ביד הנותן והא דלעיל סימן ע"ב סל"ג דאינו חייב רק כשידע שאינו של הממשכן אצלו צ"ל כמ"ש קצו"ח ושעמ"ש שם דמה שנהנה חייב רק הפחת יותר ממה שנהנה פטור כשלא ידע ודעת המח"א בהלכות גזלה ס"ז לחייב כל הפחת והביא פוסקים דס"ל הכי.

סעי' ו' אבל אם נתייאשו ובא אחר ואכלו משמע כאן ובס"ז ביורשים אפילו היאוש הי' רק אחר שבא ליד שני פטור ותמה שעמ"ש הא כשבא הגזלה ליד שני לפני יאוש הוי כגזלו לגנזל דברשות נגזל קאי דמה"ט אם בא אחר ואכלו לפני יאוש חייב ומה מועיל יאוש אחר שגזלו את"ד ולק"מ לפמ"ש קצו"ח ונתיבות בסימן ל"ד ס"ז דשני ל"ח גזלן כיון דכבר אינו ברשותו של נגזל ולא הוסיף בהגבהתו שום גזלה ושום קנין רק כשאכלו לקצו"ח חייב מטעם מזיק ולנתיבות כשאכלו או עשה בו שינוי נעשה גזלן כיון דאז הוציאו יותר מרשות נגזל עיי"ש וא"כ כיון דל"ח גזלן לפני היאוש אין לחייבו על הגזלה או ההיזק שעשה אחר יאוש וכמו אכלה יורש אחר יאוש שנתייאש כשהי' ביד מורישו

סעי' ז' נשתנית כתב בשעמ"ש דמשמע דאף דנשתנית ביד היורשים ואכלוה לפני יאוש חייבים דמיה והקשה מ"ש אם נתייאש ביד היורשים ואכלוה פטורים ובנשתנית אצלם חייבים דהא יאוש כדי ל"ק ושינוי קונה עיי"ש ולפמ"ש בס"ו לק"מ כיון דשינוי קונה גוזלים בשעת שינוי גזלה חדשה ולפני יאוש חייבים משא"כ אחר יאוש דאינו ברשות מרה אף דלא נקנה ליורש וכמ"ש תוס' בר"פ הגוזל ומאכיל ולפני היאוש כשבא לידם לא עשו שום גזלה.

לאחר יאוש פטורים א"ל הניח אביהם נכסים הקשה בשעמ"ש לפמ"ש ש"ך בסימן ק"ז סק"ח דאם מכרו יתומים מטלטלין שהניח אביהם חייבים לשלם משלהם משום מזיק שעבודו של חברו ה"נ נהי כיון דנתייאש הנגזל אצל אביהם יצא מרשותו לא עדיף מאלו הי' החפץ קנוי לאביהם לגמרי דהי' הנגזל גובה עבור חובו א"כ כי אכלוה יורשים הזיקו שעבודו עיי"ש ולק"מ דכיון דנתייאש מגוף חפץ הגזול דכסבור שלא יבא עוד לידו א"כ כמו דסבור שלא יבא לידו מחמת השבת הגזלה עצמה כן לא תבא לידו מחמת חיוב דמיה המוטל על הגזלן דאם מצפה שתחזור בעין מחמת חיוב דמיה גם מגופה לא מתייאש וא"כ נהי דל"מ יאוש לפטור הגזלן מדמים ה"נ ל"מ יאוש לקנות גופה בלא ש"ר או שינוי מעשה ומ"מ חידשה תורה אם בא אחר ואכלה פטור דל"ח מזיק גוף חפץ של נגזל

כיון דאכלו אחר יאוש ה"נ ל"ח מזיק שעבודו מאותו חפץ כיון דנתייאש גם משעבוד אותו חפץ.

סימן שסב

סעי' ו ואם תפס הנגזל אין מוציאין מידו כ"כ הטור והקשו סמ"ע וש"ך וטו"ז הא להטור ורא"ש ל"מ תפיסה בספיקא ולע"ד שא"ה דהא מבואר בס"ד דהנגזל נוטל הגזלה עם שבחו רק נותן דמי השבח ללוקח ויורש וא"כ כאן דהוי ספק הוא ממש כהך דפרק המקבל דף ק"י יתומים אומרים אנו השבחנו ובע"ח טוען אביכם השביח כיון דודאי לגוביינא קיימא רק הטענה על הדמים הוי בע"ח מוחזק וצ"ל דשאני מטלטלין וכמ"ש תוס' ורא"ש בס"פ השואל בסד"ה פרדיסי וז"ל וכ"ת לא מקרי שואל מוחזק כיון שסופו להחזיר ואין נשאר בידו כדאמר לעיל קרקע בחזקת בעלי' עומדת ל"ד דדוקא קרקע שא"י להצניע לשומטה מיד בעלה אזלינן בתר חזקה קמא אבל במטלטלין אזלינן בתר מאן דתופס השתא עכ"ל וע"כ ה"נ אף דמחמת דלגוביינא קיימא חשוב הנגזל כמרא קמא מ"מ כיון דזה תופס ויכול להצניע לא מפקינן מספק וא"כ כשתפס הנגזל דאזיל ה"ט ממילא זוכה הנגזל זולת התפיסה רק דאיהו בחזקתו כיון דסוף סוף לגוביינא קיימא וכמאן דגביא ועסמ"ע בסימן רמ"ה סי"א ס"ק כ"א דהיכא דידוע מי בעליו הראשונים ותפס אחר דאין מוציאין ממנו בספק מ"מ אם בעליו חזר ותפסו אין מוציאין ממנו ואפילו אם אותו שקדם חכה חזר ומוציאו מיד בעלים ראשונים אין מניחין אותו בידו ועיין קונה"ס בסוף כלל ג' דין ז' ובאמת צ"ע לפ"ד הרא"ש דתפיסה ל"מ בספקא למה יועיל תפיסת היורש ולוקח כאן דאינו רק מחמת תפיסה כיון דסוף סוף עומד לגוביינא כמאן דגביא נגזל דמי ואין לו על הנגזל רק טענת דמים ושאני פרדיסי דמשאיל גופא אתפיסה ותוס' בפרק המוכר את הבית דף ס"א ע"ב בד"ה ארעתא הכריחו דגם במטלטלין אם סופו לחזור חשוב מוחזק זה שסופו לחזור אצלו וכ"ד מהראנ"ח הבאתיו לעיל סימן מ"ב.

סימן שסג

סעי' ו צא ולא יצא חייב ליתן לו כל שכרו נ"ל אם אמר לו אם לא תצא תשלם כו"כ וזה שחק בו ואמר שלא ישלם א"צ לשלם רק עפ"י שומא כמה שוה כיון דלא נתרצה הוי רק דר בגזלה וכן בלקח חפץ מחבירו ואמר לו או החזיר החפץ או תשלם כו"כ וזה שחק בו א"צ לשלם רק שוי' אם אינה בעין להחזירה.

סעי' י אפילו שכרו מראובן בפחות עמ"ש לקמן סימן שע"ג.

הג"ה רשות להשכיר כתב נתיבות דלפ"ז במטלטלין שאין לו רשות השכר לבעלים ובמח"א הלכות שכירות סי"ט כתב דאם כבר קיבל שוכר ראשון השכירות אין להוציא ועיי"ש עוד בסוף הסימן ועמ"ש לעיל סימן שט"ז.

סימן שסד

סעי' ז' ש"ה עיין שו"ת ב"ח הישנות סכ"ט דהקשה על הטור דהביא דין זה ואח"כ הביא תשובת הרא"ש דנראית חולקת ועמ"ש לעיל סימן ע"ה סי"ז.
סעי' ט' שהודה שמשכנו של"ב בשעמ"ש הקשה אמאי נשבע ונוטל הא לרמב"ם פסול לשבועה כמ"ש הש"ך לעיל סימן שנ"ט ומודה שהוא חשוד אינו נשבע ונוטל כדלעיל סימן צ"ב ס"ה עי"ש ולע"ד גם לרמב"ם אינו פסול רק כשיש עדים אבל במודה מהימן דלא הי' משמע לו שחשוב גזלן בכך דהפה שאסר הוא שהתיר.

סימן שסה

סעי' א' ומשלם גזלה לכאו"א ז"ל הרי"ף בפרק המפקיד גזל אחד מחמשה ב"א וכ"א אומר אותי גזל מניח גזלה ביניהם ומסתלק דברי ר"ט רעק"א לא זו דרך מוציאתו מידי עברה עד שישלם גזלה לכאו"א וקי"ל הלכה כרע"ק מחבירו ואע"ג דקי"ל מספקא לא מפקינן ממונא אלא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מארי' כדאמרינן מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור הכא ה"ט דחייב דקנסוה רבנן משום דעביד איסורא עכ"ל וכתב נ"י מניח גזלה ביניהם מפרש בגמרא יניחנה בב"ד בפניהם ומסתלק מן הדין ורע"ק וכו' האידנא דלא דיינין דינא דקנסות פסקינן אפילו בגזל כר"ט וכ"פ הראב"ד והר"ז ז"ל אבל דעת הרי"ף ורמב"ם ז"ל שצריך ליתן גזלה לכאו"א עיי"ש וקשה מה יענו לזה דאין דנין קנס בזה"ז והש"ך כתב דודאי קנס כזה שייך גם האידנא נראה כונתו למ"ש בהגהת רמ"א לעיל סס"א וכ"ז דוקא בקנסות הכתובים אבל קנסות שבאים חכמים לקנות גובין אבל זה דעת הרא"ש וסייעתי' הובא בש"ך יו"ד סימן רס"ז ס"פ אבל דעת הרי"ף בפרק השולח ורמב"ם וש"ע ביו"ד שם דגם קנס שקנסו חכמים אין גובין בזה"ז וכמבואר בביאור הגר"א סס"א וא"כ תקשי כאן על הרי"ף ורמב"ם וש"ע ועוד יל"ד דרע"ק אמר אין זו הדרך מוציאו מידי עבירה והא אינו רק מקנסא אבל ידי עברה יוצא כשמניח ביניהם ובאס"ז פרק המפקיד דף ל"ו הקשה הרא"ש אהא דאמר גזל דעביד איסורא קנסי' רבנן הא ע"כ מיירי המשנה לצי"ש מדקתני שהודה מפי עצמו כדמסיק ואיך שייך קנס לצי"ש ונלע"ד לפמ"ש ריטב"א שם דגם בדבר שוק הדין יניח אם פקדון הוא שברשות בעלים הוא יניח אצל נפקד אבל

הלואה וגזל דצריך השבה א"א שיניח בידו וע"כ יניח בב"ד וכחם יפה להיות שלוחים של בעל הממון ובזה מקיים השבת גזלה וכ"כ הראב"ד באס"ז וכה"ג איתא בב"ק לענין נשבע דתקנת רשב"א אם הוצאה מרובה על הקרן יתן לב"ד וכתבו תוס' שם דף ק"ג ע"ב אם אינו מוצא ב"ד צריך להוליך אחריו למדי וא"כ אחר שקנסוהו חכמים ליתן לכ"א אין רשות לב"ד להזדקק לו לקבלו מידו כדי שיקיים מצות השבה וכל דיינא דעביד הכי לאו דיינא הוא דאין כח ב"ד יפה היכא דעברו על דברי חכמים ל"ח בזה"ז שאין סמוכים רק מתע"ח שליחותייהו דקמאי עבדינן כדאיתא ריש סנהדרין וכיון דאין להם רשות ממילא הדיוטות ננהו אלא אף סמוכים ל"ל בזה כח ב"ד יפה ממילא הדין דצריך לשלם גזלה לכאו"א וזה שאמר רע"ק דאין זו הדרך מוציאו מידי עבירה אחר דקנסוה שלא יזדקקו לו ב"ד לקבל ולהיות שליח לבעל הממון וא"ש נמי הקנס בנגזלין אומרין א"י דלא יזדקקו לו הב"ד וממילא יחויב לציי"ש לשלם לכא"א וכונת רי"ף ממ"נ אם נידון הגזלן בכלל עד החמשה ודאי חייב וצריך השבה ליד נגזל ועדיף ממנה לי בידך וז"א א"י כיון דודאי חייב מנה וכמ"ש תוס' שם הא לזה יש תקנה ליתן לב"ד המנה והם במקום הנגזל ואם דנין בפרטות עד כ"א בפ"ע הרי קי"ל בו"ש פטור לזה תירץ דלעולם דנין דרך כלל דודאי חייב מנה ומשום קנס אין ב"ד מזדקקין לו לקבלו בשביל הנגזל עוי"ל דכונת הרי"ף דנהי דלא מגבין קנס בזה"ז מ"מ החוב במקומו דהרי אי תפס לא מפקינן וא"כ לפ"ד דיש לזה דין בו"ש כיון דכ"א תובעו בברי ואנו דנין אם רשאין הדיוטות להזדקק לזה מהני הברי של כ"א נגד השמא דטוען ברי דמגיע לו מדינא ורשאין הב"ד להזדקק לו ול"ל אוקי ממונא בחזקת מרי' כיון דמ"מ חייב לאו מרי' דממונא הוא ואף בתומים בסימן א' כתב דדעת רמ"א דדוקא בקנסות השכיחין ואינן כתובין דנין בזה"ז והך דיו"ד סימן רס"ז ל"ש ונתיבות תירץ דקנסות השנוין במשנה ג"כ חשובי כתובין לכן ביו"ד דמוכר עבדו אין דנין מ"מ כאן ל"ל כן דהא גזלות גופא לא שכיח כמבואר ברמ"א סימן א' ס"ג כ"ש שיגזול מחמשה ולא ידע ממי והם יתבעו כ"א בברי וגם זה דין המשנה וא"כ יש ראי' מדברי ראב"ד שבחידושי ר"ן ואס"ז בב"מ דף ל"ז ונ"י שם לסברת נתיבות או תומים דעכ"פ קנסות השנויין במשנה ול"ש אין דנין בזה"ז דל"ל דרי"ף ורמב"ם וש"ע פליגי ע"ז דעכצ"ל טעמייהו כמו שכתבתי דאל"כ יסתרו עצמן מהך דיו"ד סימן רס"ז ס"פ.

סימן שסז

סעי' א' ויודיע עב"ח משמע מדבריו דאף בהודה לו בפניו כשנשבע צריך להוליך אחריו וש"ך סק"ד השיגו מהתוס' ב"ק דף ק"ד ע"א שכתבו דכיון דהודה לו בפניו והניחו בידו

והלך הרי הוא כהפקידו בידו ואמאי יהא צריך להוליכו אחריו א"ו מיירי כשהודה שלא בפניו אלא בפני עדים ע"כ ולע"ד דוחק גדול הוא לפרש כן לשון הש"ס דקאמר נשבע אע"ג דקאמר לי' יהיו לי בידך כיון דבעי כפרה לא סגי עד דמטי לידי' משמע דקאמר לו ממש וקושית תוס' י"ל עפימ"ש תוס' בב"ק דף ק"י ע"ב בד"ה כסף מכפר מחצה מכאן נראה דכהן א"י למחול כיון דהוי כפרה וכתב הפנ"י שם אף דבגזלן מהני מחילה היינו כיון שכבר הי' שלו ה"ל כנתנו לו עכשיו במתנה אבל הכהן לא זכה בו כלל א"כ אינו יכול ליתן לו במתנה כל שלא זכה בו עדיין וכ"ש דבמחילה גרידא לא ה"ל כפרה עכ"ל וכ"ז כשלא נתייאש מן גוף הדמים אבל כשנשבע ונתייאש כמו שמסיים המחבר ורמב"ם תו מה שנותן הגזלן אחר שהודה הוי פנים חדשות כחיוב חדש מגזה"כ דיאוש מהני בחוב כדלעיל סימן קס"ג ס"ג בהג"ה דלאחר יאוש כזוכים מן ההפקר ובשאר גזלה אמרינן בפחז"ה דף מ"ד נהי דמגופה מייאש מדמי מי מייאש משמע משום דודאי אינו גומר בלבו להתייאש מדמי' דעתידין בעלי זרוע ליפול אבל כאן שנשבע ונתייאש גם מדמי' א"כ הוי כחיוב חדש ולא מהני מתנה ומחילה אף דמודה בפניו ואמר יהא לי בידך ובזה יש להבין דברי רמב"ם ומחבר בסוף סעי' זה מפני שכבר נתייאשו מאחר שנשבע ואינם באים עוד לתבעו ותמה הש"ך למה המציא טעם חדש מלבו דהא בש"ס אמר הטעם כיון דנשבע ובעי כפרה לא סגי עד דמטי לידי' אך לפמ"ש י"ל דהי' קשה לו לרמב"ם למה לא יועיל הודאה לנגזל והנגזל יאמר יהא לי בידך אפילו שלא בפניו דתו הוי כקבלו והדר הפקידו אצלו ולמה יעכב הכפרה וכקושית תוס' ואף דכתבתי משום דכבר נתייאש ל"מ מחילה ומתנה וה"נ ל"ל דהוי כפקדון כיון דעדיין לא זכה בו הנגזל וכמ"ש הפנ"י בכהן מוחל אך לא דמי דהתם אין מיוחד שום כהן ויכול ליתנו למי שירצה אבל כאן דע"כ צריך ליתנו לנגזל זה כיון שעומד לגבוה כגבוי דמי וכה"ג מחלק בשו"ת פרי תבואה הובא בפתחי תשובה יו"ד סימן רכ"ח סק"ל לכן כתב הרמב"ם שכבר נתייאשו מאחר שנשבע ואינם באים עוד לתבעו וכפירש הש"ך אף שמודיעו אינו בא לתובעו שחושב שלא יחזיר לו אף שהודיעו וכיון דלא יבא לתובעו לא הוי עומד לגבות בודאי ולא כגבוי דמי וע"כ לא מהני יהא לי בידך ואף דיאוש כדי ל"ק וגם מוכח מב"ק דף ק"י ע"ב דנשבע מה דמשלם אח"כ ל"ה מתנה רק בכהנים מ"מ אחר יאוש ל"ה ברשות מרי' כ"כ כמו לפני יאוש כמ"ש תוס' ר"פ הגוזל ומאכיל בד"ה גזל דמה"ט אם אכלו אחר קודם שנתייאש חייב לנגזל ואם אכלו אחר שנתייאש פטור אף דלא קנהו וכ"ז שקיימת חייב להחזיר.

מאחר שנשבע צ"ע אם נשבע בלא שם וכינוי רק הזכיר שבועה וארור כיון שאינו לוקה ולא מביא קרבן אם עבר כמבואר ברמב"ם פ"ב משבועות ה"ד וראב"ד שם מודה לו

בעדות ופקדון וכאן אמר בש"ס כיון דבעי כפרה אפשר דהיינו כפרה דקרבן ומפרט לפי מה דאמר שם בש"ס תחלה בנשבע הטעם משום דכתוב יתננו לו ביום אשמתו וזה דוקא בנשבע בשם דמביא אשם.

סימן שסח

הג"ה וסתם גנבה הוי יאוש אפילו בעכו"ם לשון הטור סתם גזלה ל"ה יאוש מדברי א"א הרא"ש ז"ל יראה דבלסטין הג"ה ישראל סתמא הוי יאוש ולסטין עכו"ם סתמא ל"ה יאוש ולפ"ז בגנב אפילו הוא עכו"ם סתמא הוי יאוש ויש"ש וש"ך הרבו לתמוה עליו בכמה קושית מהש"ס ומדברי עצמו של הטור בסימן ל"ז וסימן שס"א ולע"ד דברי הטור פשוטין דס"ל גזלן היינו בפרהסיא כמבואר במרובה דף ע"ט ע"ב וגנב סתמא דבעלים לא ידעו מי גנב וכמבואר בפרש"י בב"ק דף קי"ד אהא דמשנה פכ"ו דכלים וכן הוא בפרק אלו מציאות דף כ"ב ולסטים היינו שנוטל בחזקה בפני בעלים רק בצנעא ומיטמיר מאינשי וכמבואר בב"מ שם בלסטים מזוין א"ה היינו גזלן תרי גווני גזלן וכן אמר בהגוזל דף קי"ד היינו גזלן גוזל לעין כל ולסטים גוזל מבעלים בצנעא לכן פליגי בלסטים אי חייב כפל כדאיתא בהכונס דף נ"ז כיון דמיטמר מאינשי גנב הוא לכן סתם גזלה ל"ה יאוש אפילו בישראל כיון דאיכא רואים ל"ש טעמא דמימר אמרי מי יימר דגזל אבל לסטים דסתמא ליכא רואים זולת הבעלים ובני ביתו ואין לו עדים כשרים ובישראל צריך עדים כשרים לכן סתמו יאוש ובעכו"ם כיון דבעלים צווחין בפניו זה שגזל ממיו וניכרין דברי אמת והם דיינו באומדנות לכן ל"ה סתמא יאוש משא"כ גנב גוי דבעלים א"י מי לתבוע וגם כשיחשוד אחד כיון דא"י לטעון ברי נגדו גם בעכו"ם קשה להוציא ומפרט דבעלים א"י אם גוי או ישראל גנב ורוב גנבי וכו' ובזה נסתלקו כל תמיהות יש"ש וש"ך ולשון הרמב"ם שהוא בלשון המחבר כאן ג"כ עזה"ד דתחלה אמר המציל מיד לסטים ישראל הוא שלו דמסתמא מתייאשים הבעלים והיינו כיון דמיטמר וליכא רואים ולא נקט מוכס כיון דלא פסיקא דבמקום רואים היינו גזלן ואינו מייאש וגם בב"ק דף קי"ד דקאמר מני מתניתין אי רבנן קשיא גזלן דהיינו מוכסין כפרש"י משום דל"ל מוכס שלקח שלא בפני רואים דא"כ היינו לסטים ולמה נקט מוכסין ולסטין עיי"ש ותו כתבו רמב"ם וש"ע בלסטים או מוכס עכו"ם לא מתייאשו בעלים בין לסטים דגוזל בצנעא בין מוכס אלם שנטל בפרהסיא ולסטים היינו שגזל רק שלא בפני רואים לכן סיים שעכו"ם מחזירין מיד הגזלן אף שאין שם עדים שגזל כיון דמיירי בלסטים שגזל רק שלא בפני עדים וישש"ש נדחק לשיטתו דלסטים היינו גנב מה זה שסיים הרמב"ם מיד הגזלן שאין שם עדים

שגזל ולפמ"ש א"ש ולפיכך דייק מיד הגזלן דאם גנב שלא בפני בעלים גם בגוי הוי יאוש וכטור ורמ"א והש"ך נסתייע מתשובת מהר"ם שבמרדכי פרק הגוזל בתרא ונדחק מאד במה שסיים באנס ישראל ולע"ד דברי מהר"ם כהטור וז"ל סימן קס"ג שם ור"מ השיב על ראובן שהכיר ספריו ביד שמעון שגזלן העכו"ם ביום הגזרה וידוע שגנבום וגזלום וכו' לסטים גוי סתמא לא מייאש וא"ת הא תניא בתוספתא ווי שבא בדרך ומעות בידו ואנס בא כנגדו וכו' דמסתמא מייאש ההוא באנס ישראל עכ"ל פתח שגזלם העכו"ם וסיים שגנבום וגזלום אך היינו שגזלום בחזקה מהבעלים רק לא הי' בפרהסיא לכן אמר שגנבום וגזלום כיון דליכא רואים היינו גנבה וכיון דנטל בחזקה היינו גזלה ומ"ש וידוע לכל היינו מכח אומדנה כי ספרים לגוי מניין וגם ניכרין שהם ספריו של ראובן והידיעה עכשיו אבל בשעת גזלה לא היו רואים והתוספתא באנס ישראל אף דאנס היינו גזלן ובא בדרך כנגדו ונוטל בחזקה מ"מ כיון דבדרך אין רואים מתייאש הנגזל ומה שנסתייע הש"ך מהתוס' בב"ק דף קי"ד ע"ב דבגנבים עכו"ם סתמא לא מייאש הנה תוס' כתבו שם על המשנה דמכיר כליו דמוקי הש"ס שם שהיתה מחתרת חתירה בביתו ובני אדם שלנו בביתו יצאו וכלים על כתפיהם והכל אומרים נגנבו כליו של פלוני וא"כ הרי יודע בעה"ב גוים שלנו אצלו ויש כמה אומדנות על גנבים הללו וודאי בכה"ג בעכו"ם לא מייאש עוד נסתייע הש"ך מרי"ו נתיב ל"א ח"ד ונהפוך הוא דז"ל שם נטלו מוכסין חמורו או לסטים כסותו ונתנו לו אחר גזול הרי אלו שלו דסתמא מייאש בלסטים ישראל ואם כדברי הש"ך דמיירי דוקא בלסטים גנב הל"ל אחר גנוב וגם מוכס לאו גנב הוא אלא נוטל בחזקה אבל ודאי היינו דלסטים שנטל מבעלים באלמות רק שלא בפני רואים וכן מוכס דרי"ו שנטל בגזלה רק אין רואים ואין מפורסם כ"כ שיכול להתנצל שנטל כדין מחמת שרצה להבריח המכס וכה"ג והא דבש"ס דפריך לרבה ס"ל דמוכסין היינו גזלנין ול"מ יאוש לרבה כבר כתבתי משום דא"א לומר דמיירי בנטל שלא בפרהסיא דא"כ היינו לסטים ויותר י"ל לפמ"ש הש"ך דלרבה דבידוע שנתייאשו ג"כ ל"מ בגזלן לרבנן אין לחלק בין עכו"ם לישראל וא"כ ה"נ לא המ"ל במוכס ישראל שנטל שלא בפני עדים ולדידן דיאוש מהני בגזלן כששמענו שנתייאש שפיר כלל רי"ו מוכס ולסטים דבישראל סתמן יאוש ובאס"ז ב"ק שם מוכח להדיא מהר"ם מסקרסטה דגזלן ישראל שלא בפני עדים סתמו הוי יאוש וראיות הש"ך מהרי"ף ובעל המאור אינו ראי' כלל לפמ"ש דלסטים היינו גנב וגזלן כיון דנוטל בחזקה ובצנעא וכן מוכח מפרש"י בב"ק שם בד"ה אמרי מימר דאמרי לנגזל מי יימר כדקאמרת הבא עדים שגנבו ממך וקאי התם אלסטים ישראל ופרש"י דאמרי לנגזל וסיים שגנבו ממך היינו כיון דמיטמר קרי לי' ג"כ גנב ולכן פירש תחלה

דאמרי לנגזל להודיענו דלסטים היינו שנטל בחזקה דאם שלא בפני בעלים ל"ש לחלק בין גוי לישראל והחלקת מחוקק סימן כ"ח ססק"א כתב דדברי רמב"ם וש"ע סימן שס"ח משמע דמחלק בין גזלן עכו"ם לגזלן ישראל כדעת הטור וברמב"ם פכ"ד מכלים משמע דבגזלן ישראל ל"ה יאוש וסותר א"ע ולפמ"ש א"ש דכאן בלסטים גזלן ובהלכות כלים בגזלן בפרהסיא כסתם גזלן ובתוס' רי"ד פרק מרובה דף ע"ט ע"ב כתב ז"ל כלל אומר כ"ז שהוא נחבא עב"א אעפ"י שעשה בפני הבעלים ובפני העדים גנב יקרא וכ"ז שלא נחבא מב"א אף שלא היו הבעלים שם גזלן יקרא עכ"ל וכונתו דהיינו גנב לענין כפל אבל שמו לסטים כיון שגזל מיד בעלים וזה שמו העיקרי ואף דלפעמים דרך מושאל מפרש הש"ס דגנב היינו לסטים היינו כיון דלסטים מורכב בשניהם אבל כשנאמרו שלשתן כמו בטור כאן גזלן ולסטים וגנב ע"כ כ"א בשמו העיקר.

ומצאתי בשו"ת מהר"י הלוי אחי הטו"ז ס"ז ר"ל תחלה רק באיכא עדים על הגזלה ל"ש טעמא דמי יימר וגם בישראל לא מייאש וסתר דברי עצמו מפרק האיש מקדש דף נ"ב ע"ב דאיתא שם ההיא איתתא דהוי קא משיא כרעא במשיכלא דמיא אתא האי גברא חטף זוזי מחברי' ושדא לה א"ל מיקדשא לי וא"ר לית דחש לדר"ש דאמר סתם גזלה יאוש בעלים והא אפילו לר"ש י"ל כיון דאיכא סהדי לא מתייאש ולא פליגי אלא בגזלן דומיא דגנב דליכא סהדי ותדע דאי פליגי רבנן ור"ש בדאיכא סהדי מה פריך בב"ק ונטלו מוכסין ולסטים כסותו דנתייאשו הבעלים אי רבנן קשיא גזלן הא רבנן מיירי בעדים ומתניתין בליכא עדים כמו שאמר ר"א שם דרישא מיירי בישראל ומשום דאמרי מי יימר א"ו דמיירי רבא דליכא עדים והא דאמר האי גברא דחטף היינו שהודה שחטף או יש ע"א שחטף את"ד ותמוה לי איך אחר שקדשה בפני שני עדים וחזקה כל מה שת"י אדם שלו נאמינו שחטף הזוז לבטל הקדושין ומבואר אפכא בפ"ב דכתובות דף ח"י דא"נ לומר אמנה כשחב לאחריני אפילו במגו ומשום דהוא נגד חזקה שמה שת"י אדם הוא שלו וכמ"ש הרשב"א והובא בש"ך לעיל סימן מ"ז ואפילו ע"א לא מהימן לבטל קידושין שבשני עדים כיון דמקדש יכול להכחישו ממילא ל"מ הודאתו לחוב וגם לשון המעשה בקידושין שם משמע דהחטיפה והקידושין הי' במעמד אחד והרי היו עדי הקידושין גם בחטופה ועיקר קושייתו ליתא דמ"ש שמא ר"ש ל"פ רק בגזלן דומיא דגנב דליכא סהדי אינו דסתם גזלן בפרהסיא וכמ"ש ועוד אין סברא דרבנן שיסברו כה"ג דאינו מייאש כיון דמיירי בישראל וכדאמר ר"א בב"ק דבישראל אמרי מי יימר ומה דפריך מני מתניתין כבר תרצתי לעיל עוד הקשה שם דאי דוקא בדאיכא עדים ס"ל לרבנן סתם גזלה ל"ה יאוש ל"ל לרבנן למפלג בין גזלן לגנב לפלגו בגזלן עצמו בין יש עדים וממילא נדע בגנב דליכא

עדים דמתייאש דאמרי מי יימר ולק"מ כיון דגזלן היינו שגוזל בפרהסיא איך יחלקו בגזלן גופא בין יש עדים א"ל הא בליכא עדים היינו גנב ואינו גזלן ועוד דזה החילוק אינו רק בישראל וקמ"ל החילוק בין גזלן לגנב בין בישראל בין בגוי עוד הקשה מה דוחקי' דר"א לחלק בין לסטים גוי לישראל משום קושיא דרישא לסיפא לימא דרישא דמוכסין ולסטים הוי יאוש בדליכא עדים וסיפא בדאיכא עדים עיי"ש וג"כ לק"מ דסתם לסטים מיטמר מאינשי וליכא עדים ובלא"ה הי"ש ובאס"ז דחו פרש"י דר"א מכח קושיא דרישא לסיפא תירץ אלא דאמר דין בפ"ע ומצאתי בפני' לב"ק דף קי"ד שכתב כמ"ש בישוב דברי הטור שו"ר בנוב"ה חא"ע סימן ע"ז כתב בדעת רמב"ם לחלק בין גזל בעדים דגם בישראל לא מייאש ובין גזל שלא בעדים דבגזלן ישראל מייאש.

ואגב ראיתי שם הביא פרש"י בקדושין דף נ"ב ע"ב אהא דלית דחש להא דר"ש דאמר סתם גזלה יאוש בעלים ופרש"י דר"ש בסדר טהרות ומייתינן לה בגמרא דהגוזל דתמוה כיון שהוא משנה למה צ"ל שהובא בהגוזל ועוד כבר הובאה במרובה שהיא לפני הגוזל ופירש סכ"ב דרש"י בא לתרץ דלא נימא דר"ש ורבנן פליגי רק בגזלן גוי ולא בישראל לכן כתב שהובאם בהגוזל דמוכח שם דגם בגזלן ישראל פליגי ולע"ד לא יכוין רש"י למה שלא עלה ע"ד שום אדם לחלק בגזלן בפרהסיא בין ישראל לגוי ועוד הא בטהרות בישראל ודאי מיירי וכמ"ש טו"ז וש"ך דהא לענין טומאה פליגי דהיינו בישראל ולכאורה י"ל דרש"י בא לשלול סברת הט"ז לעיל סימן שס"א דאף דלענין טומאה סתם גזלם לאו יאוש בעלים מ"מ בצירוף ש"ר הוי יאוש שפיר ומ"ש הטו"ז שם דלענין קדושי אשה ל"ח ש"ר אין כן דעת חרמו וחח"מ בא"ע סימן כ"ח סק"ב וא"כ כדי של"ת נהי דלית דחש לדר"ש היכא דליכא ש"ר אבל בההוא מעשה דקידש דיש שיר יש לחוש לזה כתב דמייתי לה בהגוזל לענין מוכסין ולסע"ן שנתנו לאאר דיש ש"ר ומ"מ לרבנן ל"ה יאוש אך פשוט יותר נראה בכונת רש"י דבטהרות אינו מבואר דפליגי בסתם גזלה אי הוי יאוש דבמשנה תנן לפי שלא נתייאשו הבעלים וי"ל בידוע שלא נתייאשו ופליג ר"ש בגזלן דהוי כצווח על ביתו שנפל כדאמרינן באלו מציאות דף כ"ד ע"ב כה"ג לזה פרש"י דמייתינן לה בהגוזל דמבואר שם דפליגי בסתם גזלה אי הוי יאוש.

סימן שסט

סעי' ה' נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו אחרת הרי אלו שלו מפני שזו כמכירה היא וחזקתה שנתייאשו הבעלים ממנה וא"י בודאי שזו גזולה זהו לשון הרמב"ם והוא תמוה דבהגוזל בתרא דף קי"ד אמשנה דנטלו מוכסין חמורו וליסטין כסותו ונתנו לו אחר

הוא שלו מפני שהבעלים מתייאשין אמר בגמרא בשלמא לעולא דבידוע שנתייאשו כ"ע דהיינו רבנן ור"ש מודו בין בגזלן בין בגנב דמהני ה"נ בידוע אלא לרבה דבידוע נמי פליגי אי רבנן קשיא גזלן אי ר"ש קשיא גנב פרש"י מוכס גזלן ולסטים גנב ומוקי לה כר"ש עיי"ש וא"כ איך כתבו רמב"ם וש"ע במוכס חזקתה שנתייאשו ועוד סתם כאן בין בגוי בין בישראל ויותר מיירי בגוי כדאמר בס"ו בד"א בזמן שהמוכס גוי ולעיל סימן שס"ח והוא ג"כ לשון הרמב"ם כתבו המציל ממוכס גוי חייב להחזיר שסתם הדבר שלא נתייאשו הרי דמוכס דינו כגנב וחזקה לא נתייאשו הבעלים והסמ"ע לעיל סימן שס"ח סק"ג תירץ דדוקא שנתנו המוכס לאחר בזה קאמר דנתייאשו כיון דרואה שיצא מיד המוכס מייאש נפשו מלהדר אחר כסותו עיי"ש ובזה י"ל לשון המשנה דברישא בנטלו מוכסין ונתנו לזה אמר מפני שהבעלים מתייאשים ובסיפא במציל מיד לסטים אמר אם נתייאשו למה ברישא לשון הוה ובסיפא לשון עבר אך לסמ"ע א"ש דברישא הסתם יאוש אינו רק עתה כשהוא ביד האחר לכן אמר מפני שמתייאשים אלא דקשה כיון דאינו מתייאש כשהוא ביד המוכס מהיכי תיתי יתייאש כשהוא ביד אחר אדרבה השני נוח לו להוציא ממנו והראשון קשה וגזלן אלם וגם המח"א כתב כהסמ"ע ואינו מובן כלל ובבית מאיר על א"ע סימן כ"ח ס"א הקשה עוד דא"כ מה מקשה הש"ס על רבה דאמר בידוע נמי מחלוקה אי רבנן קשיא גזלן דהיינו מוכס לימא שאני כאן דבא ליד אחר עוד הקשה דא"כ ע"כ מיירי כאן רק כשהנגזל עומד ורואה חמורו שניתן ליד שני וזה אינו במשמע כלל עיי"ש ולעד"נ להסביר החילוק בין הוא ביד מוכס או ביד אחר דה"ט דבמוכס גוי לא מייאש כמבואר בלשון רמב"ם ומחבר לעיל סימן שס"ח משום דדיינו באומדנא וראיות רעועות וא"כ תינח כשהוא ביד הגוי כופהו ע"י דייני גוים אבל כשבא ליד ישראל צריך לעמוד עמו בד"ת ואמרי מימר הבא עדים שגנבו ממך דשמא לקח ממך וכמבואר בהגוזל דף קי"ד ע"ב במכיר כליו וספריו ביד אחר כי יצא לו שם גניבה מה הוי דלמא זביני זבנינהו ואיהו דמפיק שמא ולעיל בסימן שס"ח דמציל מידי המוכס משמע דהמציל יודע שבגזלה בא לידו ומציל ממנו וכיון דהמציל לאו גזלן הוא אין לנגזל להתייאש עתה וקודם לא נתייאש כשהי' ביד הגוי כיון דאפשר יציל מידו ע"י דייני גוים משא"כ כאן דבא ליד אחר שא"י אם הוא גזול בודאי כדמסיק לכן מתייאש אף דהמוכס גוי ול"מ להסמ"ע דמוקי לה שנודע לבעלים שאינו ביד המוכס דא"ש ואצ"ל שעמד וראה כשנתנו לאחר אלא אף שנודע לו אח"כ מ"מ מיד שנודע לו מתייאש דשמא ישראל זה לא ירצה להאמין לו שלא מכרו כיון שא"י האמת ולרמב"ם מהני ש"ר ואח"כ יאוש וכ"ד המחבר לעיל סימן שנ"ו ס"ג אלא בלא"ה י"ל גם לש"פ דצריך יאוש לפני ש"ר לפמ"ש הש"ך לעיל סימן שנ"ח דישלי"מ

ל"מ באבדה משום דהשתא לא ידע ול"ל הא אלו ידע שאבד הי' מתייאש דנימא אלו ידע היכן הוא לא הי' מתייאש משא"כ היכא דהי' מתייאש אלו ידע היכן הוא מהני נמי אף כשלא ידע וא"כ ה"נ אלו ידע כשנתנו המוכס לישראל הי' מתייאש השתא נמי הוי יאוש מיד שנתנו ובאין היאוש וש"ר כאחד ואף דבפרק א"מ דף כ"ב פריך לאביי מגנב שנטל מזה ונתן לזה דהוא שלו הא הוי ישל"מ ומה קושיא הא בין גנב גוי בין ישראל כיון שנתנו לישראל אלו ידעו הבעלים מיד הי' מתייאש לק"מ לפמ"ש בסימן שנ"ח דאביי גופא ס"ל גם ישל"מ כזה ל"מ ורבה ור"ח פליגי עליו בפרק המפקיד דף מ"ם וקי"ל התם כרבה ור"ח עיי"ש ויש הוכחה לזה דבש"ס פרק הגוזל דף קמ"ד אמר ר"א על הסיפא דמציל מיד לסטים סתמא לאו יאוש ל"ש אלא לסטים גוים וא"כ למה ברישא בלקחו לסטים כסותו ונתנו לו אחרת סתמא הבעלים מתייאשים ודוחק גדול דמיירי בלסטים ישראל דרישא יהא סתם לסטים ישראל וסיפא סתם לסטים גוים א"ו דגם ברישא סתם לסטים גוים ודומיא דמוכסין דמוקו לה במוכס גוים אלא כיון שנתן לישראל מתייאשו מפני שבא ליד ישראל ויחויב לדון עמו בד"ת ואמרי מימר ומה דמקשה ממוכסין ומוקי לה בידוע היינו משום דתנן נטלו מוכסין חמורו ונתנו לו אחר וחמור הוא גודרת שאין לו חזקה כדלעיל סימן קל"ה וא"י לטעון לקוחה בידי וזה ודאי בקל יש לו ראי' שהי' שלו לכן אף דהמוכס אינו גזלן בפרהסיא וכדמוכח מלשון רמב"ם ומחבר לעיל סימן שס"ח דאמר במוכס גוי סתמא לא מייאש משמע במוכס ישראל מייאש והא סתם גזלה ל"ה יאוש א"ו סתם מוכס אינו גזלן בפרהסיא כיון שנוטל שלא כדין ומה דהש"ס ס"ל דמוכס היינו גזלן ומוקי לה לעולא בידוע שנתייאשו הבעלים ה"ט כיון דגודרת אין לו חזקה אפילו נטל המוכס שלא בפרהסיא מ"מ א"י לטעון לקוח וזה ודאי יהא לו עדים דהחמור הי' שלו מעיקרא וע"כ דינו כגזלן דכבר בררתי לעיל סימן שס"ח דסתם גזלה ל"ה יאוש אפילו בישראל משום דגוזל בפרהסיא ויכול לברר בקל א"כ בחמור אף שגזל ממנו שלא בעדים יכול לברר דמעיקרא הי' שלו ע"כ הוי גזלן ומוקי לה בידוע או כר"ש ורבי ורמב"ם וש"ע דפסקו כרבנן דסתם גזלה ל"ה יאוש ובידוע שנתייאש אצ"ל דכבר כתבו דיאוש וש"ר קונה לכן שינו מלשון המשנה דתנן נטלו מוכסין חמורו ונתנו לו אחר והם כתבו לקחו כסותו ונתנו לו אחר ומ"ש ברמב"ם גם חמורו הוא במוסגר וכן בש"ע כאן ליתא וכן מוכח מדכתב וחזקתה שנתייאשו הבעלים ממנה דאם גם מחמור מיירי הל"ל שחזקתן ומהן כלשון המשנה וכן מוכח עוד שזו גזילה לשון יחיד ובב"י הביא לשון הרמב"ם נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו אחרת הרי זו שלו ונראה שזה שכתוב ברמב"ם אלו נמשך לפי הגרסא דנטלו חמורו לכן נקנו לשון רבים על חמור וכסות אבל מוכרח דאינו ולכן הוא

במוסגר מדכפל ושילש לשון יחיד ומחמת דבלשון המשנה תנן גם חמורו לכן רצה איזה מגיה להגיה ג"כ בלשון הרמב"ם ולפמ"ש א"צ להגיה ומוכרח לנקוט הדין רק בכסות והנה אף דבקרקע אין לעכו"ם חזקה כדלעיל סימן קמ"ט מ"מ לא מצינו זה במטלטלין ובפרק לולב הגזול אמר סתם עכו"ם גזלי ארעתא ננהו וגם מטלטלין דתפיס בהן עדיף וכמ"ש תוס' ס"פ השואל בד"ה פרדיסי וכן מוכח מתוס' ב"ק דף קי"ד ע"ב דהא דהמכיר כליו ביד אחר ויצא לו שם גנבה בעיר דהש"ס מוקי לה בלנו בתוך ביתו ויצאו בלילה וכלים על כתפיהם משום דאל"ה שמא זבנינהו וכתבו תוס' שם דמיירי בגוים דבעלים אינם מתייאשים וכן הרז"ה ומלחמות כתבו כן הרי גם בגוים דוקא ביצא לו שם גנבה דאל"ה י"ל לקוח ביד הגוי הוא וכן נראה מדברי מהר"א ששון שהביא הש"ך סימן שנ"ו ססק"ו בלוקח מאומן אי עשו תק"ה אף דבלוקח מגוי עשו תק"ה כמ"ש הש"ך שם מן רוב הפוסקים ומשום דבגוי כמ' חזקה מה שת"י הוא שלו במטלטלין ועיין באס"ז ב"ק שם שכתב הרא"ש הא דמוקי לעולא בידוע אף דברישא תנן מפני שמתייאשין ובסיפא אם נתייאשו משמע דברישא סתמא הוי יאוש משום דברישא תנן מוכסין ולסטים דהיינו גזלן וגנב וחד מנייהו סתמו יאוש לרבנן גנב ולר"ש גזלן לכן נקט מפני שהבעלים מתייאשין משום ההוא דסתמי' הוי יאוש וכח דהתירא עדיף לי' למתני עיי"ש וא"כ שפיר הוציא הרמב"ם דינו מהמשנה דלרבנן דגנב ל"ה יאוש מ"מ בלסטים שנתנו הכסות לאחר סתמו יאוש דאל"כ איך נקט מפני שהבעלים מתייאשין דע"כ פירושו דודאי מתייאשין עוד יש הוכחה לזה מדאמר בש"ס שם אלא אי אתמר אסיפא אתמר דהקשו רשב"א ות"ח דהמ"ל דארישא אתמר רק אפכא ל"ש אלא לסטים ישראל אבל גוים אינו מייאש ולפמ"ש א"ש דברישא אפילו לסטים גוים כיון דבא ליד ישראל מייאש כיון דישראל זה לא בא להציל הנגזל וא"י אם אינו של הלסטים ובזה נתיישב לי עוד מה דיל"ד לטעם הרמב"ם שכתב ואינו יודע בודאי שזו גזולה הא בש"ס שם איתא תנא ומחזיר לבעלים ראשונים קסבר יאוש ל"ק וא"ד אם בא להחזיר ממדת חסידות וא"כ תינח לא"ד אף דא"י בודאי שזו גזולה מ"מ בו"ש ג"כ חייב לציי"ש אבל לל"ק דע"כ מחזיר למה הא א"י שזו גזולה ואם הבעלים מבררין ממילא נסתלק הטעם שא"י שזו גזולה ואצ"ל דסבר יאוש ל"ק ועוד הא קאי על המשנה דתני דהרי אלו שלו ובגוונא דמשנה קאמר ברייתא דמחזיר והמשנה מיירי לרמב"ם דא"י אם היא גזולה ועוד דא"צ לעשות פלוגתא בין המשנה ובריייתא כדפרש"י שם וכדמשמע הלשון קסבר יאוש ל"ק אלא דמשנה מיירי שלא נתברר אם היא גזולה וקמ"ל דמותר ליהנות ממנה ובריייתא תנא דמחזיר לבעלים כשבאים ומבררין אלא ודאי דרמב"ם ל"ק רק אכסות משא"כ בחמור דאין לו חזקה בזה דוקא בידוע שנתייאש וע"ז

תנא ומחזיר לבעלים דקסבר יאוש ל"ק דכיון דמברר שהי' בעל החמור סגי וע"כ פרש"י אם נטול חמור ולא סיים או כסות כיון דעל רישא דמשנה קאי דתנן חמור וכסות.

שזו כמכירה כותנו דיש שינוי רשות וקשה הא בש"ס אמתניתין דנטלו מוכסין איתא תנא אם נטל מחזיר לבעלים הראשונים קסבר יאוש כדי ל"ק הרי דל"ח ש"ר רק יאוש כדי ורש"י פירש דברייתא פליגא אמשנה ות"ח הקשה א"כ לא"ד דא"צ להחזיר רק ממדת חסידות דבעי ממנו וקאמר דסבר יאוש כדי קני למה לא בעי על המשנה דהרי אלו שלו מ"ט ולימא דסבר יאוש כדי קנה ותוס' במרובה דף ס"ז בסד"ה אמר עולא מניין ליאוש שאינו קונה הקשו הא בהגוזל בתרא מוקי משנה דנטלו מוכסין לעולא בידוע שנתייאש ודברי הכל והא התם ליכא רק יאוש כדמפרש טעמא דברייתא דאם נטל מחזיר וטעמא משום דע"כ נתנו לו ותרצו דברייתא איירי שהיאוש הי' אחר השנוי רשות והמשנה מיירי שנתייאשו ואח"כ היה ש"ר עיי"ש וא"כ לרמב"ם דש"ר ואח"כ יאוש הוי כיאוש ואח"כ ש"ר הק"ל ונלע"ד דיל"ד מה תנא אם נטל מחזיר לבעלים ראשונים דהא אמתניתין קאי דנתנו לו אחר וודאי א"א להחזיר א"ל נטל וכ"ש לתוס' דגרסו ואם נטל דמשמע דאמתניתין קאי אלא דהמשנה תני דמוכסין נתנו לו זה ודאי כמכירה הוא והוי ש"ר ובברייתא תנא אם נטל מעצמו והמוכסין לא נתנו לו דאזי ליכא ש"ר כמבואר לעיל סימן שס"א ס"ה ע"כ קרי לה יאוש כדי ולמד הרמב"ם כמו להברייתא דיאוש כדי קני מ"מ מדת חסידות להחזיר לבעלים ראשונים כן לדידן דיאוש וש"ר קונה וכ"ש הוא כיון דלא יצא מרשות בעלים כלל עד שבא לידו וסייע בשינוייו.

וא"י בודאי שזו גזולה כתב סמ"ע דצל"כ משום דאם ידע הלוקח שגזולה הוא הי' צריך הלוקח ליתן לנגזל דמי שווי' דכן ס"ל לרמב"ם וסייעתי' בכל יאוש וש"ר אבל כיון שא"י בודאי שזו גזולה הרי מגיע ללוקח מה שנתן בעדו משום תק"ה ומהתימה על מור"ם וכו' עיי"ש ולפמ"ש לעיל בלא"ה צ"ל שא"י שהוא גזולה דאל"ה ל"ה חזקתה יאוש אך סברת הסמ"ע תמוה אצלי דתק"ה הוא משום דאל"כ לא יקנה אדם מחברו מחשש גנבה וכאן לא מרצונו נוטל ואם לא יטול ודאי יפסיד חמורו לגמרי וגם הוא כגנב ופרע בחובו דלית בו תק"ה כדלעיל סימן שנ"ו כיון דמוכס נטל חמורו בגזילה ואח"כ החזירו לו אחרת ואף אם לא יטול זה ישאר חמורו אצל המוכס ולע"ד י"ל בכונת הרמב"ם ומחבר לשיטתם דיאוש וש"ר צריך להחזיר דמים וכתב כפ"ת בפרק לולב הגזול דף ל"א ע"ב בד"ה גמרא ס"ס דלפ"ז כ"ז שלא פרע הדמים לא חשוב לכם וכ"כ קצו"ח ונתיבות לעיל סימן שנ"ג דע"כ הוי שיור בקנין עד שיתן דמיו דהא אם נאבד ביד לוקח פטור עיי"ש וא"כ הוי כיש לנגזל בו שותפות ונראה ראי' לזה מדאמרינן בפ"ק דפסחים ובב"מ דף עי"ן ע"ב גבי צאן

ברזל דולדות פטורין מן הבכורה כיון דאי לא יהיב זוזי אתי נכרי תפיס לוולדות ה"ל יד נכרי באמצע וכתבו תוס' שם אף דמצי לסלוקי בזוזי כיון דמתחלה הבהמה של נכרי כ"ז שיש לנכרי כח זה דאי לא יהיב זוזי תפיס לבהמה לא יצאה מרשות נכרי דלא נסתלק לגמרי וא"כ הכא לא פליט מאיסור נהנה בשל אחר אף לאחר יאוש וש"ר וכשואל של"מ דמה"ט אסור ליהנות בשל מוכסין ומ"ש כולו של נגזל או קצתו אך כיון דא"י בודאי שזו גזולה וללוקח ודאי חלק בו דהגוף שלו וספק אם גזולה היא ויש לנגזל שיור בו תו אין ספק מוציא מידי ודאי כמו ספק ויבם בנכסי סבא וכמ"ש ריטב"א והגמ"ר ריש ב"מ גבי כולה שלי ח"א חציה שלי דחשיב ספק וודאי לולא דאנן סהדי דמה דתפס שלו הוא וגם לענין איסור אמרינן בפ"ק דחולין דף יו"ד אין ספק מוציא מידי ודאי מיתו לפמ"ש בא"ח סימן תרמ"ט שאני הך דצ"ב משום דא"י לסלקו במטלטלין אחרים א"ל יהיב זוזי וקצו"ח כ"כ לפי מה שהבין דרשב"א מקשה על הראב"ד כיון דלוקח ביאוש וש"ר צריך ליתן דמים לנגזל ל"ח לכם אבל לא ראה בחידושי רשב"א לב"ק דף קי"ד דראב"ד ס"ל דלוקח ביאוש וש"ר צריך להחזיר גוף הדבר כשיתן לו הנגזל דמים משום דבאיסור בא לידו לכן הקשה הרשב"א א"כ אינו רק משכון אצל לוקח ול"ח לכם ואמאי אמר ר"ה להנהו אוונכרי כי זבניתו אסא מגוי ליגזז איהו כי היכא דליהוי יאוש בידו וש"ר בידייכו עיי"ש ולפמ"ש י"ל כיון דאינו ודאי גזול ולקונה ודאי חלק בו כי דמיו בו וכ"ז שלא יתן לו הנגזל דמיו א"צ להחזירו וספק יש לאחר בו אין ספק מוציא מידי ודאי דקנהו ביאוש וש"ר

סעי' ו' שהמבריח ממכס עובר על לא תגזול שהוא גוזל מנת המלך אבל אם קנאו וכו' יש להבין למה לא ליחשב הפקעת הלואתו כשלא קנאו אחר ואם דאלים דד"מ משאר הלואה ה"נ יהא בקנאו ואפשר לפמ"ש המרדכי בס"פ לא יחפור דמלך חשוב כמוחזק במס של כל אחד וכשיש ספק צריך היחיד לברר שהוא פטור כדאמרינן בפרק הרבית מוהרקייהו דהנהו בטפסא דמלכא מנח והובא בתה"ד סימן שמ"א ובד"מ והג"ה וסמ"ע לעיל סימן ד' ומבואר שם דאין מוחזקים לענין מס אלא קודם שנתפשרו עם המלך אבל אם כבר נתפשרו לא וע"כ ה"נ כ"ז שלא קנהו אחר ומגיע למלך חשוב המלך כמוחזק והמבריח גוזל מאוצר המלך ול"ל הפקעה הלוואתו הוא דאינו אלא כיון דבידו הוא מכבר א"צ לשלם אבל לגנוב ולגזול אסור משא"כ אם כבר קנהו אחר הוי כמו שנתפשרו הקהל עם המלך והקהל תובעים מהיחיד לפרוע להם ואין למלך עסק בזה אזי חשוב חוב אצל היחיד ומוחזק הוא ובבדים המה ונדחק בזה.

הג"ה אע"ג דאסור להבריח מכח דד"מ מ"מ אם אדם מבריח אין למוכס לכוף אותו ליתן דהוי כהפקעה הלוואתו דשרי בביאור הגר"א המה דבר"ן מבואר דשרי להבריח רק

דאסור לנדור לשקר וכ"כ ש"פ ולי גוף דברי רמ"א צ"ע דכיון דאסור להבריח למה לא יכופו המוכס ולמנעו מאיסור ונלע"ד לחלק דאם המכס מפירות וכה"ג שביד בעל הפירות וכבר חל עליו החיוב או אם דד"מ מי שעובר בגשר זה וכדומה יפרע מכס אחר שעבר אזי חשוב הפקעת הלואה לדעה זאת כיון דכבר בידו אבל אם דד"מ מי שמעביר לא יעביר עד שיתן מקודם מכס אזי אסור להבריח דל"ל בזה הפקעה הלואה דאינו הלואה בידו לא יעבור ולא יתן והעברה בחנם גנבה וגזלה דמשתמש בשל מלך וגם המוכס ישראל יכול למנעו מלעבור אך אם מבריח אין למוכס לכוף אותו ליתן דהנתינה הפקעה הלואה הוא נמצא ל"ק מהר"ן דמשמע דשרי להבריח היינו היכי דכבר נתחייב ורמ"א קמ"ל אף היכא דאסור להבריח כשלא נתחייב עדיין נמצא ההברחה באיסור מ"מ אין המוכס יכול לכופו ליתן.

ואפשר דדעה הי"א אינו דעה הר"ן אלא פוסק אחר שראה מחלוקת הפוסקים בזה דלרמב"ם וסייעתי' אסור דאינו כהפקעת הלואה ולר"ן וסייעתי' הוי כהפקעה הלואה וכיון דהחיוב ודאי דדמ"ד רק הפטור ספק הוי כא"י א"פ ותובע נמי א"י דחייב לצי"ש ואין לכופו בד"א כמבואר בב"ק דף קי"ח ולעיל סימן ע"ה לכן הכריע דאסור להבריח ומ"מ אין המוכס יכול לכופו כיון דפטור מדיני אדם וכן נראה עיקר לדינא.

סעי' ז' בין שאינו בעל השדה עט"ז בשם רש"ל דאסור לזה האריס לקבול ובשו"ת חכ"צ ס"ס ס"ח הובא בפ"ה לעיל סימן קכ"ח דרשות ביד ראובן להגיד להשר שהסוס הוא של שמעון שהרי אין כאן שום גזילה לשמעון שהרי מן הדין הוא חייב להחזיר להשר דמי הסוס ולקמן סימן שפ"ח סי"ב כתב רמ"א רעה עשה י"ל דשאני נידון דחכ"צ שראובן מציל עצמו בזה שמודיע להשר וגם אינו הפקעת הלואה דמתחלה באיסור הטעה שמעון אה השר ועיין באה"ג בסימן שפ"ח שם ג"כ י"ל דאינו חולק על רש"ל דהתם יודע העכו"ם בעול שעושה לו הלוה ועוי"ל דרמ"א דסימן שפ"ח אינו חולק על חכ"צ דשאני הך דחכ"צ דאינו כמשיב אבדה דבלא"ה גבה כבר שלו.

סעי' י"א והעכו"ם מכר השטר כתב הש"ך ה"ה אם נתן במתנה לישראל ויש לו עדים וראי' שנתנו לו בנתיבות הקשה כיון דנקנה במסירה לבד מה צורך לעדים הא קי"ל כרבא דאם נקנה במסירה לבד ל"ח לנפילה ולפקדון עיי"ש ולע"ד נהי בדיניהם א"צ לכתיבה קני לך איהו וכל שעבודי' וישראל שנתחייב להגוי נשתעבד לו כדיניהם מ"מ גם בדיניהם צריך עדים או ראי' שהגוי נתן לו השטר ובדינינו חזקה כל מה שת"י אדם הוא שלו אבל בדיניהם מוציאין באומדנות וראיות רעועות כדלעיל סימן שס"ה ס"א ובפרק הגוזל בתרא דף קי"ד דישראל אמרי מימר פרש"י הבא עדים שגנבו ממך וכיון דמתנה לא שכיח והוא

טענה גרועה יכול הנותן להכחיש ע"כ במתנת הצריך לעדים וראי' ומ"ש מהרמ"ל דצריך עדים כשרים אף דבדיניהם סגי בעדים גוים מ"מ כיון דלדידן אין נאמנים נהי דמהימן מחמה תפיסתו שניתן לו השטר במתנה ע"מ אין תפיסתו מוכחת על שהי' עדים בסבת נתינה וא"ל היו עדים א"י לגבוה בדיניהם ממילא לא נשתעבד לו הלוה ועתה במקומינו א"י לגבות בשטר שעל שם אחר זולת בראי' שמכר או נתן לו המלוה או בהרשאה וא"כ ממילא גם בדינינו א"י לגבות בו מהלוה זולת באופן זה ומהרמ"ל כתב דצריך להעמיד ערבות ללוה שאם יעליל עליו הגוי ויוכרח לפרעו שנית יחזיר עליו וי"ל טעם דדיינין כאלו החזיר השטר לגוי ל"ש בזה דאז לא הי' הגוי מעליל עליו אחר שבא הפרעון לידו וגם לפמ"ש בשו"ת הרא"ש כח"י ס"א דכל זכות הגוי יש למוציא משטר משום דלא בא לגרע כחו עתה יותר משאם הי' כבר מוחזר לא מצי לומר לכי תיהדר עיי"ש ובלא ערבות הרי גרע כח הלוה דאפשר יצטרך לפרוע שנית לגוי ולפמ"ש נתיבות בסימן ס"ו סכ"ה וכאן כיון דנתחייב לגוי נתחייב לו לפי דד"מ וכיון שבדד"מ א"צ כומ"ס הוי כפירש משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך במסירה לבד וא"כ לפ"ז א"צ לחייבו משום דמהדר שטרא למרי' וא"כ למה יחויב ליתן ערבות כיון דהשהא מדינא חייב למוציא שטר זה מה לו בזה אם יעליל עליו אח"כ הגוי ואיך יציל לוה זה עצמו בממון חברו אבל גם דברי הנתיבות קשין דלדבריו למה כתב הרא"ש הטעם דיכול להחזיר השטר לגוי לכן כל זכות שיש לגוי בדיניהם יש למוציא שטר זה ולא אמר טעמו של נתיבות דנ"מ רבתי בנידון הרא"ש גופא ההם דנראה דהמעשה הי' שם דגוי ה"ל שט"ח על לוי ומסר הגוי השט"ח לראובן וראובן מסרה לשמעון ובא שמעון לטרוף מיהודה קרקע שקנה מראובן באחריות תו הקרקע קנאה ראובן מלוי דכתב שם הרא"ש דא"א לומר מהדרנא שטרא דאם יחזיר שמעון לראובן לא יוכל ראובן לגבוה מיהודה או להחזיר השטר לגוי לגבוה בו מיהודה כיון דקיבל עליו אחריות עיי"ש ולטעם הנתיבות הרי נתחייב לוי לכל מוציא השטר ומה לו לשמעון מה שא"א להחזיר השטר לגוי כיון שכבר חל על לוי ונכסיו חיוב דיניהם לכל מוציא השטר וצ"ל בנידון הרא"ש לא הי' מועיל שטר זה לגבות מלקוחות בדינינו רק בדא"ה דאל"כ למנ"מ פלפל הרא"ש אי יש לשמעון זכות שהי' לגוי נגד יהודא וע"כ נהי דלוי קיבל עליו דא"ה אבל יהודה לא נשתעבד נגד הגוי מעולם ובד"י השטר פסול נגדו לכן הצריך לבא מכח דמהדר שטרא למרי' ואפשר כיון דראובן מכר השדה ליהודה לא יכול לטרוף השדה ממנו בשטר זה שקנה מהגוי דהוא המוכר והוא המוציא וכעין הא דלעיל סימן רכ"ו ס"ב וס"ג וכיון דראובן לא יכול לטרוף מיהודה א"י למכור השט"ח לשמעון שיטרוף בשטר זה דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו וצ"ע

בזה ועכ"פ נידון הרא"ש כך הי' דשטר זה אין בו מועיל בד"י נגד הלוקח וא"כ נראה דבנידון מהר"ם חייב הלוה לשלם למוציא השטר וא"צ ליתן לו ערב ואם יעליל עליו הגוי ויפרע ממנו שניה פטור מוציא השטר ול"ל דלא ה"ל לקבל השטר במתנה מהגוי כיון דאפשר יבא הלוה להיזק דודאי לא בחנם נתן לו הגוי במתנה וודאי עשה לו נייח נפשו דמה"ט מיחשב כמכירה כמבואר בפרק בני העיר דף כ"ו ע"ב ואינו מחויב להפסיד אפילו מניעה ריוח בשביל חשש גרמא שיבא לאחר מהגוי וכמו הך דלעיל סימן קע"ה סמ"א עיי"ש ועיין בפ"ה לעיל סימן נ"ד סוף הס"ק מ"ש מהחמדת שלמה ותשובת רע"ק ז"ל ועיין לעיל סימן ס"ו סכ"ה בש"ך ס"ק פ"ד ובסימן קכ"ו סכ"ב ובש"ך שם ס"ק צ"ט וברשד"ם סימן נ"ה כתב דהך דסימן קכ"ו סכ"ב אם מלוה הוא חייב הלוה לפרוע אינו לראב"ד וסייעהו דס"ל דאם אנסוהו להביא ממון פלוני והביא פטור עיי"ש לא נראה כלל דמלוה ממון שלו הוא וכ"כ בכנה"ג סימן קכ"ו סק"פ בהגהות הטור דחלקו עליו מהר"י אדרבי ומהריב"ל ומהרש"ח ועוד דהש"ך סימן שפ"ח ס"ק כ"ד העלה דדוקא כשאנסוהו להביא ממון פלוני והביא פטור דהאונס על אותו פלוני עיי"ש וכאן האונס רק על הלוה שלוה ממנו.

שהי' יכול לזכות לפני דייני עכו"ם בשו"ת הרא"ש מבואר דלא לבד נגד הלוה אלא גם נגד לקוחות וה"ט די"ל מהדרנא שטרא למרי' וחשבינן כאלו מוחזר להגוי ולעיל כתבתי דלפיכך לא קאמר הרא"ש משום דנתחייב הלוה להגוי כל זכות שיש לו בדיניהם דזה מועיל רק נגד הלוה לא נגד הלקוחות אף דחל השעבוד טל נכסיו לפני מכירתם וכגון דבד"י א"י לטרוף מלקוחות רק בשבועה שלא נפרע ובדא"ה א"צ שבועה ולדעת האומרים בסימן צ"ב ס"ט דחשוד הבא ליטול מלקוחות אינו נוטל א"כ גם עכו"ם א"י ליטול או כגון דבד"י נאמן הלוה לטעון פרעתי וממילא אין גובין בו ממשעבדי ובדא"ה גובין בו וכ"ז הוי כנתן הלוה נאמנות למלוה דלא מהני נגד לקוחות כדלעיל סימן ע"א סי"ט וא"כ אם בא קונה השטר מגוי לגבות מן הלוה לכ"ע דנין כל זכות שהי' יכול לזכות בדא"ה אבל אם בא לגבות מלקוחות תליא בפלוגתא דלעיל סימן קנ"ד ס"ח אי יש לבא מכח עכו"ם זכות העכו"ם למעליותא.

סימן שעא

סעי א' ונתייאשו הירושלמי ס"ל דמועיל יאוש בקרקע והקשה נתיבות הא ליכא ש"ר ונראה לפמ"ש תוס' במרובה דף ס"ו ד"ה כיון דבאיסורא אתי לידו דמשמע מזה דיאוש אינו כהפקר גמור דאל"כ אף בתר דאתי לידו באיסור יזכה מהפקר אך למה אינו כהפקר

צ"ל משום דגזלה אינו ברשותו להפקיר כמו שא"י להקדיש ולכן צריך שאר שיבא לידו בהתירא ובקרקע דאינה נגזלת והוא ברשותו מהני יאוש מכח הפקר בלא ש"ר ולפמ"ש קצו"ח סימן שס"א הא דיאוש ל"ק משום דבאיסור אתי לידו לפמ"ש תוס' בע"ז דף ע"א ד"ה מאי היכא דאתי לידו באיסור גם במציאה ומתנה דמי למקח ואין משיכה קונה וא"כ בקרקע דקנינו בחזקה קני ביאוש לחוד.

סעי' ב' ואכל פירותי' עש"ך סק"ד דבכלי אם נהנה א"צ לשלם אפילו קיימא לאגרא ובסימן שס"ג בש"ך סק"ח כתב דמטלטלין דנגזלין אם גזלן ועשה בהם מלאכה ולא פחתן אפילו קיימא לאגרא פטור כיון דגזלן ברשות הגזלן הן ובשלו נהנה עכ"ל ולפ"ז באחד שלקח מחברו בע"כ שטאט פאפיר ונתנו קאפציע ותובע הנגזל שכר כנהוג ליתן שכירות בעד זה שנותן בעדו קאפציע שטאט פאפיר ואח"כ מחזירן בעין לפ"ד הש"ך לקמן סימן שפ"ו סק"ג דמסיק דשטרות אין נגזלין והן ברשות בעלים א"כ צריך ליתן שכר כמו בגזל קרקע ודר בו דכאן ברמ"א וש"ך סק"ה.

סימן שעג

סעי' א' השבח נוטל מגזלן ואם שוה אלף ולקחה בת"ק נוטל אלף כן כתב הראב"ד הובא בבע"ת ש"ג ח"ו סי"ג וכן כתוב בטוש"ע לעיל סימן קט"ז בטרפה בע"ח ויל"ע דלעיל סימן שס"ג ס"י כתבו טוש"ע אפילו שכרו בפחות מכדי דמיו מראובן צריך ליתן לשמעון כל השכר הראוי ליתן לו ויחזיר ויתבע מראובן מה שנתן לו עכ"ל ולמה לא יתבע מראובן מה שנתן לבעלים כמו כאן דצריך הגזלן להחזיר לו מה שהי' שוה יותר כשלקחה איברא דנתיבות פירש דיתבע מראובן מה שנתן לשמעון ואינו במשמע כלל דא"כ הל"ל דיתבע מראובן מה שנתן לשמעון ובחוו"ד ס"ס קע"ב תפס על הטו"ז ג"כ מחמת שהבין דיתבע מראובן מה שנתן לנגזל ול"נ כלל ולע"ד ל"ש לא שדי זוזי בכדי רק במכר דאם אתה אומר דלא יחזיר לו השבח או מה ששוה יותר נמצא שדי זוזי בכדי דעמדו מעותיו בחנם דהנגזל טורף קרן ושבח וכל לוקח דעתו אם יהא בו ריוח ירויח ע"י המעות שנתן ואפילו לקח בהקפה מ"מ הא יצטרך לשלם ומאז יעמוד המעות בחנם א"ל יהא אחריות על המוכר לכן סתמא משעת מכירה על אחריות נחית ולא חלקו חכז"ל משא"כ שכירות דאינה משתלמת רק לבסוף וכשמשלם כבר נהנה כדי שכירותו ואם נמצא שהבית אינו של המשכיר ויחויב לחזור לשלם לנגזל מ"מ לא מפסיד כלום דגזלן יחזיר לו מעותיו ומעותיו לא עמדו בחנם רק מעות המגיע לנגזל לכן אפילו אם נאמר במשכנתא בנכייתא ונמצא שאינו שלו דגם בזה אחריות ט"ס על השכירות שצריך המלוה לשלם לנגזל דלא

כטו"ז שם מ"מ התם נמי כמכירה דכל מגמת המלוה להקדים המעות להרויח לדור בזול ועושה דרך משכון ושייך לומר לא שדי זוזי בכדי ולפע"ד מה"ט כתבו טור וש"ע בסימן שס"ג שם שני פעמים דחוזר ותובע מראובן מה שנתן לו ולא סגי במ"ש תחלה והב"ח מחק בפעם שנית ומשום דק"ל דכבר כתבו ולפמ"ש קמ"ל דאין לו רק מה שנתן לו ולא מה שהי' שוה יותר ומ"ש הנתיבות לפי סברתו דאחריות מה ששוה יותר מכפי מה ששכרה על הגזלן להחזיר לשוכר דלפיכך צריך השוכר ליתן לנגזל מה ששוה שכר הקרקע אף דשכרה בפחות ולא י"ל אלו ידעתי שאצטרך לשלם יותר לא נכנסתי וכמו בהא דסימן שמ"א דהניח להם אביהם פרה שאולה ולא ידעו היורשים שאינה של אביהם ואכלוה משלמין רק דמי בשר בזול ומשום דשוכר אין לו פסידא דיחזיר על הגזלן ואדעתא דהכא נחית וכמו דבע"ח טורף השבח מלוקח ואינו מחזיר לו ההוצאה משום דיחזיר הלוקח על המוכר והוציא אדעת כן להשתלם מהמוכר ויורשים נוטלים ההוצאה מבע"ח דאין להם על מי לחזור ומכח זה הוליד הנתיבות שם לחלק בין שוכר לשואל בית לדור בו עיי"ש ובענ"ד ל"נ כלל דהא מבואר ברא"ש פ"ק דב"מ סימן רל"ח דבע"ח אינו מחזיר ההוצאה ללוקח ונגזל מחזיר משום נע"ד תקנה הוא לבע"ח ועוד שבא בגבולו של בע"ח שנכנס בשיעבודו ועוד דהא נחת לה על דעת להשתלם מן המוכר וכל הנהו טעמי ליתנייהו כאן דל"ש נע"ד וגם אינך טעמי דבשלמא לוקח מן לוה כיון דקלא אית לי' דמה"ט גובין מהלקוחות מלוה בשטר למ"ד של"ד מה"ט נמי אמרינן דלא ה"ל לכנוס בשעבודו של בע"ח גם לענין ההוצאה וגם שייך הטעם דאדעת להשתלם מב"ח נחית דקלא אית לו משא"כ לוקח או שוכר שדה מגזלן ולא הכיר בה מה ה"ל למעבד ולא נחית כלל להשתלם מנגזל דלא ידע אם גזולה היא ועוד התם כבר הוציא על שדה שנשתעבד ע"ד להשתלם ממוכר משא"כ כאן עדיין לא הוציא מכיסו ונכנס ע"ד רק לשלם שכירות בזול ולא רצה מעולם להוציא יותר ולתבוע משום אדם ואיך נכופו להוציא מכיסו עתה וצווח איני רוצה להוציא כלל ולא נכנסתי ע"ד כן ועוד התם ההוצאה על השדה ובע"ח חשוב מוחזק לדעת כ"פ גם כשאינו אפותקי כמבואר בסימן קט"ו ס"ה אמרו רבנן היכי דקאי תיקום דשמא אדעת להשתלם ממוכר הוציא משא"כ כאן דשוכר לא פרע עדיין וצווח דלא נחית כלל אדעת כן לשלם לנגזל יותר ממה שפסק לגזלן ובעיקר הקושיא נראה דבשלמא בשר אינו הכרח ויכולים היורשים לומר אלו ידענו שנצטרך לשלם לא אכלנו בשר כלל משא"כ בית מוכרח לכל אדם וכמו ששיערו חכז"ל לשלם בשר בזול משום דזה רגיל שאם מוצא בשר בזול אוכל וא"י לומר לא הייתי אוכל ה"נ לא יוכל לומר לא הייתי נכנס לשום בית דאין אדם דר בשוק ואה"נ דאינו מעלה שכר רק הפחות

שבשכירות שלא הי' יכול לשכור בית דירה פחות מזה השכר ובנ"י הלשון מעלה שכר לשמעון כמו ששוכרים שאר בתים והיינו אם שכר מראובן בדמים קלים עד שלא נמצא שום בית בשכר קל כזה צריך לשלם לשמעון כמו ששוכרים שאר בתים דאלו בא לשכור משמעון הי' מוכרח לשלם לו עכ"פ כמו ששוכרים שאר בתים דלא ימצא בזול יותר ובחוץ לא ישב לכן לא כתב כמו ששוכרים בית כזה תדע דכל הראי' משום דלא אמרו בגמרא נמצא הבית של שמעון משלם לשמעון רק מעלה שכר כמבואר בנ"י ואין הכרח יותר מזה דכיון דאם שכר מראובן בשכר קל שלא הי' מוצא בית בשכר קל זה צריך להעלות על פסיקתו שכר שהי' מוכרח משה"ה נקט האי לישנא.

ויותר נראה דהא מבואר לקמן סימן שע"ח דמזיק ממון חברו בשוגג חייב ובאונס פטור וגם מבואר ברמב"ם פ"ו מחובל ולקמן סימן שע"ח דמזיק ברשות הניזק גם בשוגג חייב וברשות המזיק פטור בשוגג ולרמב"ם שם ולקמן סימן שע"ט ס"ד אפילו הכניס ניזק לרשות מזיק ברשות אם לא נתכוין המזיק להזיק פטור וא"כ בשלמא הך דלעיל סימן שמ"א דכסבורים היורשים דהפרה של אביהם ואכלוה פטורים מדין מזיק דאנוסים הם דחזקה כל מה שת"י אדם הוא שלו וקי"ל בב"ב דף קע"ג לפקדון לא חיישינן ואפילו לא יהיו רק שוגגים הא הוא ברשות המזיק ולא מבעיא לרמב"ם וש"ע דאפילו נכנס ברשות פטור אלא אף לראב"ד ורש"י וטור דבהכניס ניזק לרשות מזיק ברשות חייב המזיק בשוגג מ"מ הכא נהי דבעל הפרה הכניס ברשות אביהם כשמת כלתה רשותו דנפול קמי יתמי וכדאמרינן בהגוזל עצים דף ק"ד ע"ב אדאתית שכיב ר"א והתקבלתי דר"א לגבי יתמי לאו כלום וא"כ הוי לגבי יורשים הכניס שלא ברשות ואפילו שוגגים פטורים כ"ש דחשיבי אנוסים כיון דחזקה מה שת"י אדם הוא שלו וכדאיתא ביו"ד סימן קפ"ה באשה שיש לה ווסת ושמשה שלא בשעת ווסת ונמצאת טמאה דחשיבי אנוסים אפילו לא בדקה משום חזקה ארח רק בזמנו בא אבל כששכר בית מראובן ונמצא שהוא ביתו של שמעון הרי נכנס לרשות ניזק שלא ברשותו והזיקו שם דאפילו בשוגג חייב ואינו אנוס דל"ש בזה חזקה מה שת"י אדם כיון דל"ש תפיסה בקרקע כמו במטלטלין והרי במטלטלין עשו תק"ה להחזיר ללוקח מעותיו ובקרקע לא עשו תק"ה ומבואר בסמ"ע לעיל סימן שע"א סק"א משום דבקרקע בקל יודע של מי הי' הקרקע אבל במטלטלין אין לעמוד עליהם אם גנוב או גזול הוא וא"כ מה"ט גופא ל"ח אנוס בקרקע דבקל הי' יכול לדעת אם של ראובן הוא משא"כ במטלטלין וע"כ בפרה שאולה דמשום מזיק פטורים רק חיובם משום דנהנו י"ל אם היינו יודעים שאינה שלנו לא היינו רוצים ליהנות לשלם ע"כ משלמים רק דמי בשר בזול כפי דרך העולם כשמוצאין בזול רוצים ליהנות ולשלם אבל בבית

דבקיימא לאגרא לבד חייב אף דלא עביד למיגר ולא נהנה מ"מ חייב משום מזיק כדלעיל סימן שס"ג ס"ו ע"כ ה"נ צריך לשלם מה שראוי ליטול בו שכר מאחרים דאם זה לא הי' רוצה ליהנות ביוקר בעל הבית הי' מוצא אחרים ביוקר ומחמת דזה נכנס בו לא נמצא שוכר אחר כמ"ש תוס' בכיצד הרגל דף כף בד"ה זה נהנה ולפ"ז ברור לדינא דשואל בית מראובן ונמצא הוא ביתו של שמעון והבית קיימא לאגרא חייב לשלם כל מה שראוי ליטול שכר בבית כזה ואפילו הוא גברא דלא עביד למיגר כלל ועיין שו"ת רא"ש כלל ק"א ס"ו ותוס' ר"פ המניח בד"ה ושמואל ועיין הה"מ פ"ה משאלה ה"ב ז"ל דשא"ה כיון שהממון ברשות הנפקד וכו' אבל מי שאנסוהו להביא ממון חברו שהוא ברשות חברו בדין שיתחייב שהרי ממון זה ברשות בעליו ואין אנו יכולין לומר בכאן מחמת מעשיו של בעל הממון בא האונס לזה עכ"ל וה"נ בפרה שאולה בא האונס ליורשים מחמת מעשיו של בעל הפרה שהשאיל הפרה לאביהן אף דמשאיל לא פשע ואנוס ג"כ ע"י מיתת שואל מ"מ בפקדון בנידון הה"מ ג"כ אנוס המפקיד מ"מ פטור הנפקד כיון דהאונס ע"י מעשה המפקיד בא לנפקד משא"כ בשוכר בית משמעון והוא של ראובן דהבית ברשות ראובן ולא הכניסו לרשות שמעון נמצא אונס של השוכר לא ע"י מעשה בעה"ב בא.

סעי' ג' אעפ"י שחוזר בעל השדה כ"כ נ"י פרק השואל כיון שנתן לו רשות בב"ד לעקור אילנו וא"כ שניהם רוצין בדבר והוי כאומר לחברו בב"ד רצונך השבע וטול שא"י לחזור בו ונ"י לשיטתו דבפרק י"נ כתב דאמר בפני ב"ד רצונך השבע וטול וקבל הלה הוי כאלו צוו כן הב"ד ואף שלא נשבע זה עדיין א"י הלה לחזור בו וא"כ לפי מה דפסקו רמ"א ואחרונים לעיל סימן כ"ב דדוקא ביצא מב"ד או עכ"פ שאין עסוקין עוד באותו ענין ה"נ דוקא כה"ג א"י לחזור דהיינו שאמר לו כן בפני ב"ד והלה קבל טרם שחזר זה ויצאו מב"ד או אין עסוקין עוד באותו ענין.

סימן שעז

מה שנתן נתן וכו' בב"ב דף צ"ט ע"ב אמר הטעם דמיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ובשו"ת ד"ח ח"ב סי"ג הקשה הא צריך שיחזקו ברשות כמבואר בהג"ה וכאן הוי חליפין בטעות דכסבור שיתנו לו דרך שבתוך שדהו ועוד מ"ש החזיקו רבים מיחיד עיי"ש ולע"ד אף דבטעות הוא מ"מ נתייאש ומחילה בטעות הוי יאוש והפקר כמבואר בהג"א פא"נ ובהדיא מבואר בר"ש וברטנורה פח"י דאהלות גבי שדה בובין דמיצר שהחזיקו רבים משום יאוש זכו בו והובא בתוי"ט בב"ב שם ואף דאנן קי"ל דיאוש ל"מ בקרקע ה"ט כמ"ש פנ"י בפרק לולב הגזול דף למ"ד ע"ב משום דאנן סהדי דאינו מתייאש בלב שלם

דהארץ לעולם עומדת וסוף בעל זרוע ליפול וכמו מדמי לא מייאש עיי"ש וא"כ היכא דטועה וסובר שזכה בו אחר סובר שלא יבא עוד לידו לעולם מתייאש בלב שלם וכמו בשור שהוזמו עדיו דכל שקדם וזכה בו זכה משום יאוש בעלים אך בלא"ה יאוש כדי לא קנה וש"ר ליכא בקרקע אלא הא דיאוש לבד ל"ק בלא ש"ר משום דבאיסורא אתי לידו וכמבואר במרובה דף ס"ו וכתבו תוס' שם בד"ה כיון דיאוש אינו כהפקר גמור דאלו הי' כהפקר גמור אף בתר דאתי לידו באיסורא יוכל לקנות מן ההפקר ועיי"ש ומה דאינו כהפקר גמור אף דכבר כתבתי לעיל סימן שע"א משום דגזלה אינו ברשותו וא"י להפקיר וא"כ בקרקע דאינו נגזלת הי' מועיל משום הפקר וא"צ שינוי רשות מ"מ בלא"ה אינו כהפקר גמור וכמ"ש תוס' במרובה דף ס"ט בסד"ה כל שלקטו עניים יהא הפקר דצ"ל יהא הפקר ולא מועיל משום יאוש דבסתמא אין מתייאש אלא לגבי עניים ואינו מועיל לפטור ממעשר עד שיהא הפקר לעניים ולעשירים כשמיטה והיינו כיון דאינו מתייאש אלא לגבי עניים הוי רק כמתנה ועד דאתי לרשות זוכה לא יצא מרשות בעלים לגמרי וכה"ג כתב הר"ן בפירושו לנדרים ס"פ אין בין המודר דף מ"ה דע"כ לא אמר ר"י דעד דלא אתי לרשות זוכה מפקיר יכול לחזור דאפקרי' רק באפי תרי דכה"ג הפקר כמתנה דעד דאתי לרשות זוכה לא נפיק מרשות בעלים דאדעתא דחד מהנך בלחוד אפקרי' ובאפי תלתא אוושי מלתא ואדעתא דכ"ע אפקרי' ול"ד למתנה והובא בנוב"ת חיו"ד סימן קנ"ד הובא בנ"צ לעיל ס"כ ואף דלמסקנא דגמרא בנדרים שם אף בפני חד הוי הפקר היינו כיון דהפקיר בפירוש הרי הפקירו לכ"ע וא"כ אם החזיק רק אחד וכה"ג מחמת חליפין בטעות הרי איגלאי מלתא דבטעות הי' ובאיסור אתי לידו וכיון דאינו מתייאש אלא לגבי' דהאיך אינו הפקר גמור וכיון דבאיסור אתי לידו א"א לו לזכות מיד המתייאש כיון דכ"ז שלא זכה בו עדיין של בעליו הוא אבל החזיקו בו רבים דמתייאש אדעתא דכ"ע עניים ועשירים יהלכון בו הוי הפקר גמור וזהו בו אף דבאיסור ע"י טעות בא לידם ולפ"ז נראה אם פירש שמחליף הדרך רק לזמן דלית בו משום יאוש עכ"פ על אחר הזמן לית בו משום מיצר שהחזיקו רבים וגם תוך הזמן אם הי' בטעות כגון זה דשלו לא הגיעו ומה שנתן נתן רק משום יאוש שהפקירו לכ"ע וזה ל"ד לשמיטה דמופקר גוף הפירות אף דלעיל סימן רע"ג ס"י מבואר בסמ"ע שם דהפקר לזמן הוי הפקר דילפינן משמיטה דג"כ ל"ה הפקר אלא שנה עיי"ש היינו אותו שנה אם זכה אחד בפירות זכה בהן לעולם משא"כ אם מפקיר רק לזמן שאפילו אם יזכה בו אחר יחזיר לו אח"ז זה אינו דומיא דשמיטה דקנין פירות לאו כקה"ג דמי וק"ו ומה אם הפקיר הגוף מהיום ופירות לא"ז ל"מ כמבואר בירושלמי פרק מי שאחזו ה"ג ומבואר בקצו"ח לעיל סימן רנ"ח כיון

ששייר פרי לעצמו ל"ד לשמיטה דאינו נטישה גמורה א"כ כ"ש כששייר הגוף לעצמו דהיינו שהפקיר רק לזמן ולפמ"ש מלחמות פרק א"מ דיאוש לא מועיל בדבר שברשותו י"ל הא דיאוש בקרקע ל"מ משום דאינה נגזלת וחשובה ברשותו ומה דלא מהני משום הפקר כיון דאינו מפקירו לכ"ע רק מתייאש לגבי' דגזלן וא"כ במיצר שהחזיקו רבים מהני משום הפקר וז"ל הג"א פא"נ דמחילה בטעות הוי מחילה אף דקנין בטעות חוזר בדין שיכול לחזור כיון שהממון עדיין בידו וכן ההוא דחזיה דהדר גודא בארעא דלאו דילי' משום דלא מחל ולא הפקיר מידי אלא כסבור שאינו שלו ונמצא שלו א"כ אדם שי"ל ממון ומוכר לחברו ומוחל לו אעפ"י שהוא בטעות זכה חברו מידי דהוה אהפקרא בעלמא דחשוב הפקר א"כ שכנגדו קנאו ביאוש בעלים עכ"ל הרי בהא דהדר גודא אף דקרקע הוא הי' מועיל מחילה בטעות מצד הפקר ויאוש רק כיון דטעה וסבר שאינו שלו מעולם לא מחל כלום ולא הפקיר כלום א"כ כאן דידע שהוא שלו רק נתנו לרבים דסבור שיזכה בחליפיו נהי דבחליפין אינו זוכה מ"מ זה מחל והפקיר וצ"ל דס"ל להג"א דהא דיאוש כדי ל"ק משום דבאיסור אתי לידו ל"ש היכא דבא לידו ברשות חברו מחמת טעות כיון דלא נתכוין לגזול ואפשר מה"ט אף בקרקע מועיל דבגזלה דבאיסור אתי לידו ל"מ יאוש וצריך שינוי רשות ובקרקע ליכא ש"ר משא"כ כשבא לידו ברשות בעלים ולפמ"ש תוס' רי"ד הובא בקצו"ח לעיל סימן שנ"ד ס"ו היכא דבטעות מקח בא לידו ל"ה כמו גזלן ואלו הוי ידע הוי מהדר הוי כפקדון וברשות בעלים א"כ י"ל הא דיאוש כדי ל"ק משום דבאיסור בא לידו כמ"ש תוס' משום דיאוש ל"ה הפקר וה"ט משום דאינו ברשותו לא יכול להפקיר א"כ בבא לידו בטעות דחשוב ברשות בעלים מהני יאוש משום הפקר אף במטלטלין וזה שדקדק הג"א לומר דהוי הפקר וזוכה משום יאוש ועמ"ש לעיל סימן קכ"ג ואם החזיקו בו רבים מחמת דבעל המיצר כסבור דלא הי' שלו מעולם כנידון השאלה שבפנ"י ח"א ס"ד רשאי לקלקלו כיון דמבואר בר"ש וברטונורה דמשום יאוש בעלים אסור לקלקלו ורשב"ם פירש משום דמחל תה ל"ש אם כסבור דמעולם לא הי' שלו כמ"ש בהג"א דבכה"ג ליכא יאוש ומחילה והפקר וכמו באונאה דמי ידע דמחל וכ"כ הג"א פחז"ה סל"ו בשם ר"י וא"ז ודלא כהפנ"י דלמד טעות מעיקרא דלא ידע כלל אם שלו הוא מטעות שלאחר שידע דשלו הוא רק טעה דבדין מחזיקים מעכשיו מחמת שמכר או נתן להם ועיי"ש.

ואם החזיקו בו במה שנחו שם לפעמים או בהילוך שלא קפדי ב"א אפילו בחצרם אם הוא פתוח ל"ה חזקה אפילו ברבים שו"ת ד"ח שם.

הלכות נזיקין סימן שעח

סעי' ט' אין המזיק חייב לשלם יותר ממה שישומו ב"ד בתשובת הרא"ש סיים בזה כיון שלא כיון וכתב הדג"מ דמשמע שאם כיון חייב לשלם כל מה שיעליל העו"כ משום דיני דגרמי ועיין לעיל סימן ע"ב בש"ך סק"מ עכ"ל וצ"ע דלמה יגרע משליש שהחזיר שטר פרוע לעכו"ם והוכרח לוה לפרוע שנית דכתב הרשב"א הובא בב"י בסימן שפ"ו דפטור דאינו רק גרמא וצ"ל דרא"ש לשיטתו דס"ל במוכר בית לגוי אמצרא דישראל וגרם היזק לישראל חייב לשלם אפילו לא קיבל עליו המוכר מעיקרא לשלם כמ"ש בב"י לעיל סימן קע"ה סנ"ח ה"נ ארי' ארבע עליו וא"כ לפמ"ש ב"י שם ורמ"א בהג"ה ס"מ דעיקר כפוסקים דא"ל שמתוהו וקיבל עליו פטור ה"נ ולכן השמיטו כאן בש"ע סיום דברי הרא"ש בזה.

הג"ה דבר שמחה ראובן סעד בסעודת חתן וזרק זכוכית לכותל כנהוג השותים מתוך שמחה וסימא עין שמעון וטען ראובן שהי' שיכור כלוט חייב דה"ל להזהר שלא ישתכר כלוט ופושע גמור הוא ואת"ל דפטור עליו להביא ראי' כדאיתא ס"פ האומנין תניא איסי בן יהודא אין רואה שבועת ד' הא יש רואה יביא ראי' ב"ח ישנות סימן ס"ב וזכל"א אות שין כתב שכרות אונס הוא ולא פשיעה כנה"ג סימן רצ"א אות ה' עוד שם שכרות אינו פסיעה ופטור אם מתוך כך נגנב עיין מבי"ט ח"ג סס"ע ולכאורה שומר חמיר ממזיק דחייב בגרמא בעלמא אך בתוס' ר"פ המניח בד"ה ושמואל כתבו דמזיק חייב יותר מש"ח ובזבל"א ח"ג אות שין כתב שיכור שהזיק עיין כנה"ג סימן שע"ח אות ט' דחייב לשלם עכ"ל ותמהני על הב"ח דחייבו בארבע דברים דשוגג ושוכח פטור עיין בסימן תכ"א ס"ג וס"י ובא"ח סימן צ"ט ס"א ופר"ח שם הביא מנזיר פ"ד והוא שם דף כ"ג תוס' ד"ה והא מינס קאנס שהרי השקוהו יין ואמאי קרית לי' פושע ועיין עוד בא"ח סימן ק"ח ס"ח והב"ח שם סימן צ"ט נמי כתב דשיכור חשוב אנוס וא"כ בד' דברים ודאי יש לפטרו ובנזק י"ל דלא עדיף מישן או שוכח דחייב משום שלא נזהר מעיקרא וראיות פר"ח יש לדחות דלוט לא ה"ל לאסוקי אדעתי' שתשכב אצלו כמו בסימן תכ"א ס"ד דישן פטור כשבא השני וישן אצלו וגם הא דלעיל ס"ב דנפל מן הגג ברוח מצוי' והזיק דחייב כתב באס"ז לב"ק דף כ"ז דדוקא כשהיו למטה הניזקין דאז הוי פושע עיי"ש ובנידון הב"ח י"ל כיון דנהגו לזרוק הוי כנפל מהגג ברוח מצוי' דחייב בארבע דברים כמבואר בסימן תכ"א סי"א דה"נ ה"ל לאסוקי אדעתי' דשכיח שיזרוק זכוכית בתוך אנשים רבים שהיו שם מכבר ומ"מ צ"ע למה בא"ח סימן צ"ט וק"ח חשוב שיכור לאנוס וכאן יחשב פושע והב"ח הפריז דהוי פושע גמור ואפשר סובר כטו"ז א"ח סימן רל"ה סק"ד דהתחיל להשתכר

אחר התחלת זמן ק"ש לא הוי אנוס ה"נ לענין היזק חשוב התחיל באיסור דכבר מחויב להזהר מלהזיק אבל המג"א בסימן צ"ט ס"ל דגם כה"ג חשוב אנוס ולשון הרי"ף בפ"ק דברכות הובא בב"ח א"ח סימן רל"ה דהא דאדם קורא ק"ש של ערבית קודם נץ החמה דוקא בשעת הדחק כגון שהי' שיכור או חולה אבל אם עשה כן במזיד או בפשיעה לא עכ"ל מבואר דשיכור ל"ח פושע ובטו"ז א"ח ס"ס רל"ה כתב דאפילו שוגג קרוב למזיד ל"ה ובנ"י פרק כיצד הרגל גבי סימא עין חברו בשוגג כתב דלענין ד' דברים לא חייב אלא כשהוא פושע גמור בתחלה ובסוף לכן עיקר דפטור מד' דברים רק בנזק חייב כיון דמרבינן בב"ק דף כ"ו ע"ב מפצע תחת פצע לחייב שוגג ואונס בנזק אין ראי' מתפלה דשם שוגג וטעה יש לו תשלומין ודמי לעלה לגג שאין לו מעקה ונפל ברוח שאינה מצוי' דחייב בנזק דה"ל לאסוקי אדעתי' כמ"ש טו"ז כאן.

ומ"ש הב"ח דעל המזיק להביא ראי' כהך דאיסי לע"ד י"ל הך דאיסי דוקא בשומר דמשואיל"מ ובמקום רואים א"נ בשבועה וזה נראה דעת רמ"ה שבטוחו"מ סימן קפ"ז דכתב דהעובדא דת' דני דחמרא פקדון הי' עיי"ש דע"כ פירש כן משום דאל"כ גם כשיש רואה פטור והא דכתב שם הרמ"ה דבטענת פרעון והשבה וכיוצא דעבידי אינשי למפרע בצנעא אפילו יש רואה פטור בשבועה נ"ל דר"ל אף כשמודה במקצת או נגד ע"א דכשא"י לישבע משלם ותרתי דינא קאמר הרמ"ה דאל"כ מה צ"ל דעובדא דחמרא בפקדון בלא"ה שם טעין דהחמיץ וקלא אית לי' אינו כפרעון דפורעין בצנעא עיי"ש ועוד בנידון הב"ח הניזק יודע ג"כ מי הן העדים והמע"ה וכמו שיכולין להעיד שהגיע לשכרותו של לוט כן יכולין להעיד שהי' מיושב אם באמת הי' מיושב משא"כ בשומר דמפקיד ל"ה התם וא"י העדים ועוד א"י להביא עדים שלא נאנס דלא ראינו אינו ראי' ונפקד יכול להביא עדים ומדאינו מביא ודאי משקר.

סימן שפ

סעי' ב' שבר כלי של פלוני בטור ס"ג הרא"ש ז"ל כתב אפילו לא אמר בפירוש ע"מ לפטור אלא הניזק אמר לו שבור כדי ושאלו המזיק אתה אומר ע"מ לפטור והשיב הניזק לא ואפילו נראה קצת בניחותא שמשמע שאינו נותן לו רשות ע"מ לפטור אפ"ה י"ל דבתמיה קאמר לא ובשל חברו כיוצא בזה חייב וכתב הב"ח דבשל חברו כיוצא בזה דלא אמר בפירוש ע"מ לפטור חייב בין בנזקי גופו בין בנזקי ממונו אבל אמר בפירוש ע"מ לפטור פטור אפילו אמר לו עשה כן לאיש פלוני ומתניתין דעשה כן לאיש פלוני חייב אייר בדלא אמר בפירוש אלא בהן שהוא כלאו דומיא דרישא סמא את עיניו ע"מ לפטור

חייב דלא מיירי באמר בפירוש אלא בהן שהוא כלאו עכ"ל ותמוה דהא אשלד"ע וכ"כ רש"ל וטו"ז אבל לשון הטור דכתב דבשל חבירו כיוצא בזה חייב משמע דוקא כיוצא בזה אבל פירש ע"מ לפטור פטור מורה כפירוש הב"ח ונ"ל דבטור אתי כפשוטו דהא לא מיירי כאן מנזקי גופו ומבואר בס"א דמיירי דתחלה נתן לו לשמור ואח"כ אמר לו שבור כדי וא"כ כיוצא בזה בשל חברו היינו ג"כ דהמצוה נתנו לו לשמור דאל"ה כמו בפירש ע"מ לפטור פטור נגד המצוה לו כן בלא אמר ע"מ לפטור פטור נגדו וודאי אצ"ל כלל דהמזיק חייב לבעל הכלי דמה יועיל מה שאמר לו אחר ע"מ לפטור וזה משנה שא"צ כלל אלא דמיירי נגד זה שאמר לו שישבר והיינו כיון שבא ליד מזיק מן יד זה שאמר לו לשבור א"כ מצוה זה או בפקדון בא לידו או גזל מבעל הכלי וא"כ בעל הכלי רצה גובה ממצוה זה דבשליחות יד יש שלד"ע ובגזל ובא אחר ואכלו רמ"ג ורמ"ג וכששילם המצוה לבעלים וחוזר על המזיק לשלם לו בזה תנן דחייב המזיק כשלא פירש לו ע"מ לפטור דאף דבשלו מפרשינן לשון תמיה כיון שאמר לו שבור פשיטא דלפטור קאמר אבל בשל חברו אפילו בממון דינו כגופו כיון דאפילו מקבל עליו לשלם אסור וחייב בהשבת גוף הכלי אך מ"ש הב"ח גם בסמא עין פלוני ע"מ לפטור פטור צ"ל בשליח מוחזק בכך כדלקמן ס"ס שפ"ח ופטור נגד המשלחו.

סעי' ד' ומצוה ברשד"ם סימן שד"ם ספינה שנשבה אנשי' ומשי של איש אחד שלא הי' בה ונתפסו קצת והשבאים ביד המלך וחבריהם השבאים שבחוץ רוצים להניח השבוים שת"י לצאת כדי שיניח המלך את התפוסים והמלך אינו רוצה להתירם עד יחזרו המשי פסק רשד"ם שם דהמשי זה כרודף אלו השבוים כנידון החמור שרצה להטביע הספינה וכמ"ש הרמב"ם במשא שהכביד ה"נ כופין אותו בעל המשי שימחול המשי כדי להציל השבוים מסכנות נפשות עכת"ד והנה לפי מה שפסק הרמ"א ויש"ש והש"ך כאן דדוקא טענו יותר מדאי וכן בחמור דוקא אם אין דרך להכניס חמור א"כ בעל המשי לא פשע בכלום צריכין השבוים לשלם לבעל המשי שהצילו עצמם בממונו וכופין בעל המשי שימחול המשי אף אם כעת אין לשבוים לשלם דאין לך דבר העומד בפני פ"נ רק צריך לשלם וכדלעיל סימן שנ"ט ס"ד ולפ"ז יש לומר כיון דספק הוא אם הי' ניצול המשי גם אם לא הי' מוחל דשמא כבר אינו ביד השבאים ושמא לא ירצו להחזיר אף אם לא יניחו התפוסים לצאת ובעל המשי מוכרח למחול המשי משום פיקוח נפש רק תובע מהשבוים שישלמו לו והרי הם מוחזקים ומספק אין להוציא מידם וכמו הך דהמקבל דף ק"י ע"ב וב"ב דף כ"ד ע"ב ספק זה קדם קוצץ ואינו נותן דמים ואפילו מה שהי' בעל המשי יכול למכור ספקו לאחר וליטול א"צ השבוים להחזיר לו כיון דאפשר לא הי'

מציל מהמשי כלום והלוקח הספק הי' מפסיד הכל א"כ אפשר לא ניזוק כלל בגרמת השבוים רק מה שהי' יכול להונות ופטורים כדמוכח מתשובת הרא"ש שבטור לעיל סימן ר"ז סכ"ד ובדרישה שם דמה שהי' יכול למוכרה לאחרים בחייה על הספק לא חשוב הוציא על פיו כיון שבאמת טרפה ואינה שוה כ"כ ועמ"ש לעיל סימן רס"ד ס"ד דדעת תוס' רי"ד ומהרי"ק אינו כדעת רמ"א כאן שכתב דאם דרך להכניס חמורין צריכין לשלם לו אלא כיון דהחמור גורם ההיזק פטורין אף שניצולו בהשלכתו לכן אף דרמ"א וש"ך כתבו דכן עיקר למ"ד הוי ספ"ד וכע"ש די"ח וכיון דמודו רמ"א וסייעתי' דמותרין להשליך החמור דפ"נ הוא וכמבואר בד"מ וב"ח רק ס"ל דחייבים לשלם ולפי הי"ח הב"י ובאר הגולה ותוס' רי"ד ומהרי"ק פטורין א"כ יכולין לכופו להשליך החמור ולא לשלם דהמה מוחזקין.

סימן שפב

חייב לשלם לבעלים ברי"ף העלה דדינא הוא ולא קנסא וצל"ע הא הוי מצוה הבא בעברה כדאיתא ר"פ לולב הגזול דגזול ביוט"ב אינו יוצא משום מצוה הבא בעברה וה"נ גוזל חברו ואין לזה החוטף שכר מצוה וחיובו רק משום שהפסיד לבעל המצוה וא"כ הא קי"ל המבטל כיסו של חברו אף בריוח ברור פטור כדלעיל סימן רצ"ב בש"ך ס"ק ט"ו ולעיל סימן שס"ג ס"ו בגזל בית דקיימא לאגרא ולא דר בו הגזלן פטור וצ"ל דס"ל כסמ"ג הובא במה"פ על ירושלמי פא"נ ה"ג דמבטל שדהו חייב משום שאינו תלוי בדעת אחרים רק בטורח עצמו או ס"ל כתוס' פ"ק דסוכה ד"ט דמה"ב רק דרבנן וס"ל כמ"ש הש"ך ביו"ד סימן קי"ט ס"ק כ"ז דלפיכך במוכר לחברו איסור דרבנן ואכלו א"צ להחזיר המעות דחכמים לא העמידו דבריהם במקום ממון וחשוב כנהנה מהיתר ובשעמ"ש לעיל סימן רל"ד הביא ראי' לדבריו דאפילו עדיין לא פרע מחויב לפרוע אי אהני לו מדאורייתא ולא אהני לו מדרבנן וכאן עדיף טפי דאחשבי' למצוה והרי חטפו ולפ"ז י"ל טעם למ"ש יש"ש דבמצוה דרבנן א"צ לשלם דה"ט דממ"נ מדאורייתא אינו מצוה ומדרבנן לא עשה מצוה כיון דבא בעברה.

והוא יו"ד זהובים בחולין דף פ"ז איתא דכוס בהמ"ז שוה ארבעים זהובים והקשו תוס' הא עם בפה"ג יש חמש ברכות ותירץ ריו"ו בספר אדם נט"ו ח"ד דלא מנו הרביעית מפני שהוא מדבריהם וקצו"ח תמה הא כל הברכות אינו רק מדרבנן לבד בהמ"ז וגם ברכת כיסוי ופה"ג דרבנן והנה הישש"ש כתב ג"כ במצוה דרבנן א"צ לשלם וי"ל הטעם לפמ"ש הש"ך הבאתיו לעיל דבמקום ממון לא העמידו דבריהם אכן הא כל דתיקון רבנן כעין

דאורייתא תיקון ועשו חיזוק לדבריהם כשל תורה כדאיתא בפרק הזהב דף נ"ה ע"ב ואיכא מ"ד דעשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה כדאיתא ביבמות דף ל"ו ע"ב ובכ"ד אך ברכת הטוב והמטיב חזינן דבמקום ממון לא העמידו דבריהם דהרי פועלים פטורים מלאמרה כדאיתא בפרק הי' קורא דפועלים אוכלן פיתם ומברכים לפניה ולאחריה שתים כן גרסה רוב הפוסקים כמ"ש ב"י בא"ח סימן קצ"א

בן לימול כתב הרא"ש פרק כיסוי הדם דאף שאמר האב לאחר למול את בנו לא זכה באותו מצוה לחייב אחר אם קדם ועשאה ול"ד לכיסוי דאמרה תורה ושפך וכיסה מי ששפך יכסה וכן האב שחייב למול את בנו ורצה למולו וקדם אחר חייב אבל אם אין האב רוצה למולו כל ישראל חייבים למולו וכתב הש"ך דמדברי הרא"ש מוכח דמי שהוא מוהל אינו רשאי ליתן את בנו לאחר למולו ות"ש סכ"ח השיג עליו הא שלוחו כמותו ומה ראי' מהרא"ש וקצו"ח כתב דשפיר מוכח דאם איתא דשליח כמותו בזה א"כ כי היכא דאם הי' האב רוצה למהלו וקדם אחר חייב ה"נ אם נתנו לשלוחו דשלוחו כמותו והשתא דקדמו אחר דאינו שלוחו הרי הפקיע המצוה מהאב עיי"ש ולע"ד י"ל כיון דהוי רק מבטל כיסו וחייב משום דבידו לעשות הוי ריוח ברור א"כ כשאינו רוצה למול בעצמו רק ממנה שליח תו אין בידו ותלוי בדעת אחר דשמא לא ירצה למול בתורת שליחות וא"כ הוי רק מבטל כיסו כמו במעות דתלוי בדעת אחרים וכמ"ש הסמ"ג הבאתיו לעיל דודאי אין האב יכול למולו מדנתנו לאחר דלכ"ע מצוה בו יותר.

עוי"ל כיון דחישב לעשות מצוה מעלה עליו הכתוב כאלו עשאה א"כ מה שכר הפסידו הא רצה לעשות רק נאנס ע"י זה שקדם וצ"ל דמ"מ אינו ממש כעשה וטרח וא"כ כשעשה שליח וקדם אחר לא הפסידו כלום דה"נ חשוב כמותו ואינו ממש כטרח ועסיק בגופו דמה"ט מצוה בו יותר מבשלוחו כדאיתא ריש פרק איש מקדש תדע דהא מרגלא בפומא דאינשי בשם הגדולים דמי שמכבד חברו לברך בהמ"ז מכבדו במ"ם זהובים וכ"כ בש"ג ורי"ו כמבואר בש"ך שם סק"ד והרי המברך מוציא המסובין והוא שלוחם כמבואר בא"ח סימן קל"ג ע"א עיי"ש מג"א סק"ד וא"כ שליח ש"א כמותו א"ו מה דביני ביני שוה עשרה זהובים כל ברכה ועיין יד מלאכי סימן שד"מ דכף הדמיון אינו השואה גמורה ולע"ד יש רמז לזה בפ' נשא כף אחת עשרה זהב דהיינו החילוק של הכף.

ומ"מ מה שהקשה הת"ש על הש"ך שכתב כאן דאם האב מכבד אחר למול מבטל ע"ע משבת דף קל"ג דאמר ימול אפילו אומר האב לקוץ בהרת בנו מיכוין קאתי עשה ודחה צרעת ופריך ליעבד אחר ולש"ך הא מיעקר עשה דאבי הבן וא"א באחר עיי"ש לק"מ דהא איתא שם דף קל"ב ע"ב דצרעת עשה ול"ת וכתבו תוס' שם דלא ילפינן מהתם דלידחי

עשה ל"ת ועשה דשאני מילה דנכרתו עלי' י"ג בריתות וא"כ תינח גוף מצות מילה נכרתו עלי' י"ג בריתות אבל העשה המוטל על האב דוקא לא אלים לדחות העשה ול"ת דצרעת די"ג בריתות יתקיימו ע"י אחר שימול.

ובהשמטות להגהות א"ב כתב דשליחות מועיל דאינו מצות שבגופו כתפילין אלא שבתוי"ט פ"ג דנדרים משנה י"א קרי לי' מצוה שבגופו ובמחכ"ת טעה דתוי"ט קאמר דהוי מצות שבגוף הנימול לא בגוף האב עיי"ש דכתב לפיכך לא נתלה למשה הצדיק עלי' מלא שעה דאין זכות תולה לעונש עון מילה דכל המצות הן חוץ לגופו וזו מצוה שבגופו ולפיכך אין כח בשום מצוה לתלות עונש עונה ואם כפי הבנת הגאון ר"ב זלה"ה איך ניצול כשמלה צפורה בנה ועדיין לא קיים משה בגופו ועמ"ש בחידושי ליו"ד סימן רס"ד.

אבל נתנו לאחר ליטול ובא אחר ומלו פטור לשון הרא"ש אבל אם אין האב רוצה למולו כל ישראל חייבים למולו ובדיבור שאמר האב למוהל לא זכה באותו המצוה לחייב לאחר אם קדמו עכ"ל וק"ל אטו מי שאומר לחברו אני נותן לך חפץ במתנה טול לך וקדמו אחר ולקחו או שרפו יהא פטור הא כ"ז שלא זכה האחר הוא של בעליו וחייב לשלם לבעליו ה"כ אם המוהל לא זכה עדיין של האב הוא ויחויב לשלם לאב דלזה המוהל רצה האב ליתן מתנה ואם לא יזכה בו יטלו לעצמו או יתנו וימכור לאחר והרי בהגוזל בתרא דף קט"ז אמרינן נהי דאדעתא דאריא אפקריה אדעתא דכ"ע לא אפקריה ולמד המג"א בסימן תמ"ח סק"ד שאם קנה ישראל אחר החמץ מגוי הלוקח צריך להחזיר לבעלים וא"צ להחזיר לו הדמים אם נתן לו יותר מן הראוי דאמרינן אדעתא דעכו"ם אפקרי' אדעתא דכ"ע לא אפקרה עיי"ש ובפחז"ה דף נ"ד ע"ב אמר נכסי' עכו"ם כמדבר כל המחזיק בהן זכה בהן מ"ט נכרי מכי מטי זוזי לידו אסתלק לי' ישראל לא קני עד דמטי שטרא לידו הלכך הרי הן כמדבר וכל המחזיק בהן זכה ופירשב"ם דוקא בלוקח מנכרי אבל לוקח מישראל נהי דלא קני לוקח עד דאתי שטר לידו אחר א"י לקדם ולהחזיק דכ"ז שלא החזיק הלוקח או בא שטר לידו יכולין שניהם לחזור עכ"ל ונ"ל בעובדא דהרא"ש לא תבע האב כלל לזה שקדם כמבואר שם ואפשר באמת הי' מחייבו אם יש שליחות במילה אפילו אינו רוצה כלל למולו בעצמו מחמת שאינו יכול למול ואם אין שליחות במילה עכ"פ יש לחייבו כשיכול האב למול בעצמו רק כיבד אהובו וא"כ אזדא קושית הקצו"ח מעל הת"ש ואפילו א"י למול בעצמו מ"מ מוטל עליו מילת בנו אפילו צריך לשלם שכר למוהל כמבואר בתשובת רשב"א וגם אסור לאחר למול שלא מדעת האב כמבואר ברמ"א יו"ד סימן רס"א בהג"ה מהרשב"א ורמב"ם וטור וא"כ המצוה שלו ומ"ש הרא"ש כיון דאין האב רוצה למולו כל ישראל חייבים למולו לאו דאזי אין המצוה והזכות שלו ליתן

למי שירצה רק ר"ל דאין החיוב על זה שאמר לו האב למולו לבד יותר מאחריני ולא זכה בו בדיבור האב תדע דאם כונתו דחייבים כל ישראל ואין הזכות של האב א"כ למה סיים דלא זכה האחר בדיבור שאמר לו האב דמשמע משום דהדיבור אינו עושה זכי' תיפוק לי' דאינו של האב ליתן לאחר כיון דכל ישראל חייבים למולו א"ו הזכות של האב ליתן למי שיבחור ותמהני על העיר שושן שכתב אבל נתנו האב לאחר לימול ובא אחר ומלו פטור מן האב ומן המוהל מן האב פטור שהרי לא מנע ממנו המצוה ומן המוהל פטור דבמה זכה במצוה זו עכ"ל ולמה יפטר מן האב דלא וויתר שכר המלוה רק לזה שבחר בו ומנ"ל לע"ש זה הא לא נזכר בהרא"ש דפטור מן האב אם יתבענו ומשמעות לשון הרא"ש שלא כיבד האב לזה רק אמר לו למולו מחמת שאינו רוצה בעצמו למולו לכן אין האב תובע כלל לומר לזה לבד ויתרתי כי רק מחמת שלא רצה למולו אמר לזה ולא איכפת לו כשמלו אחר ואפילו דעת רא"ש לפטור אפילו יתבע האב י"ל לשיטתו אזיל בהא דכחש גופנא וצער אונס דלקמן סימן שצ"ד ס"ה ולפ"ד רמ"ה שם דאונס משלם את הצער אף דסופה להצטער תחת בעלה וכ"ד ריי"ף ורמב"ם וסתם שם בש"ע כן ה"נ צריך לו לשלם זה שהזיקו עכשיו באונס אף דסופו הי' בא להיזק זה מרצונו מאחר.

פטור ר"ת פטר משום דגדול העונה אמן יותר מהמברך ומע"מ ס"פ כ"ה הקשה הא אמרינן ס"פ א"ד דחטיף ובריך ותירץ הש"ך כיון דשכר אמן שוה לשכר המברך רק ממהרין למברך תחלה א"ל לשלם לו בעד זה עשרה זהובים וכ"כ המג"א ס"ס ר"א וקשה כיון דממהרין למברך תחלה הרי יש בזה קפידא והוי גזל ומשביעין על כפירת זמן פרעון כדלעיל סימן ע"ג ס"ב דחשוב כפירת ממון א"כ ה"נ הוי גזלם וא"כ בוצע וברך הוא כדאיתא בב"ק דף צ"ד ואין לענות אמן אחריו כדאיתא בתוספתא הובא בב"י א"ח סימן קצ"ו אך אפילו למ"ד גדול העונה אמן מהמברך קשה כיון דבעל כרחו חוטף הברכה הוי גזל דמבואר לעיל סימן שנ"ט ס"ב דאסור לגזול אפילו ע"מ לשלם דבר יפה ממנו ומבואר בסמ"ע שם סק"ח אפילו התשלומין בעין ויפה מדבר שגוזל אם הבעלים כאן ואומרים ניחא לנו בשלנו ולא בדבר אחר אף הטוב ממנו פשוט דלכ"ע אסור וא"כ כיון דחוטף הברכה בעל כרחו הוי איסור ואין לענות אמן אחריו וכ"ש דקשיין דברי הש"ך בסק"ד דהשיג על הסמ"ע שכתב דבאב ל"מ ענייתו אמן ובאותו ס"ק מסיק הש"ך דמי שיכול למול חייב בעצמו למול כמו השוחט דחייב בעצמו בכיסוי ואינו רשאי לכבד אחר ואם מכבד לאחר מבטל מצוה עשה ומצוה גדולה של מילה עיי"ש וא"כ במה שאחר מכסה ומלו אף שענה האב אמן לא נתקיים המצוה כתיקונה כרצון התורה שהאב בעצמו ימול והשוחט יכסה וודאי קפידא גדולה בזה וא"כ הוי החוטף בוצע וברך ואין לענות אחריו

אמן ואיך כתב הש"ך דלא מסתבר לחלק כלל בעניית אמן בין אב לאחר ולע"ד כיון דלא נ"מ בזה"ז רק כשתפס אזי י"ל קי"ל דלא מהני עניית אמן אפילו באחר כ"ש באב ושוחט ואף דהאמר אינו מרויח מ"מ מבטל כיסו ש"ח הוי בעיא בירושלמי פרק איזהו נשך ה"נ ולעיל סימן רצ"ב מחלוקת פוסקים.

וגם כיון דהוי מצוה הבא בעברה דאינו מצוה וכמבואר בירושלמי הובא בב"י א"ח סימן קצ"ו נהי דלא גרע מכסהו הרוח דפטור מלכסות מ"מ אם נתגלה אפשר חייב לכסות והא דחייבו כ"ג ולא אמר שיגלה ויכסה משום דכסהו הרוח אסור לגלות כדי לכסות כמ"ש בית מאיר ביו"ד סימן כ"ח ובחידושי לא"ח כתבתי עוד בזה בסימן ר"א.

סימן שפה

סעי' א' היזק שא"נ במל"מ פ"ג מגזלה ה"ד כתב הא דהיזק שא"נ בשוגג פטור אף שעשא בידים היד היכא דלא אתי לידו בתורת שמירה וגם לא גזלו עיי"ש וברש"י גיטין נ"ג ע"ב ד"ה דאגבהה ע"מ לגוזלו וקאי על המשנה דמנסך בשוגג פטור משום השא"נ ועוד להמל"מ חייב מדינא דצריך להשיב ולמל"מ הש"ל א"כ איך נכלל עם מדמע ומטמא דמזיד חייב משום תקנה וגם למה אמרו בגמרא שם אי אשמעינן מנסך משום דמפסידו לגמרי ת"ל דמיירי ע"כ דהגביהו לגוזלו כפרש"י וחייב מדינא משא"כ מטמא ומדמע קנסא מנ"ל ודוחק לומר דהגביה לגזול היינו מה דהגביה לנסך ולהזיקו ודוקא אחר התקנה דהשא"נ חשבוהו להיזק אבל לד"ת דל"ח היזק ל"ח הגביהו לגזול ועוד אף שואל של"מ גזלן הוי אף דרוצה רק להשתמש בו קצת ולהחזירו בעינו כ"ש הגביהו לנסך וברשב"א שם מבואר דשמואל ס"ל דהגביהו רק לנסך ולא לקנותו ולרב מיירי המשנה דהגביה לגוזלו וגם בשער המלך בהשמטות בסוף ספרו פ"ז מחובל דחה דברי המל"מ בראיות אחרות ובשו"ת חכ"צ הנוספות ס"י נסתפק אי חייב לצי"ש בהשא"נ בשוגג.

סימן שפו

קי"ל כר"מ בתוס' פרק מרובה דף ע"א ע"ב בד"ה וסבר כתבו דאיכא סברא למימר דלא מחייב ר"מ אלא בדד"ג כגון בשורף שטרות של חברו וכיוצא בו שראוי השטר לכל העולם למכור ולגבות בו וכן במסכך גפנו ע"ג תבואת חברו ראוי' התבואה לכל העולם אבל דבר הגורם לממון כמו שור הנסקל וקדשים שחייב באחריותם אינו ראוי אלא לזה שיפטר בו עצמו והקשה קצו"ח מפרק המניח דף ל"ג גבי שוחטו תם מה שעשה עשוי ש"מ המזיק שיעבודו ש"ח פטור ופריך הא רבת אמרה דאמר שורף שטר פטור והיכי

מוכח מהא דשחטו תם דמזיק שיעבוד פטור הא גם מאן דד"ג אינו רק משום דראוי למכור לכל העולם והמוכר קנס לא עשה ולא כלום א"כ תם הוי כשור הנסקל דאינו ראוי רק לניזק משא"כ שאר שיעבוד ראוי למכור בכומ"ס ומעמ"ש ויותר קשה מ"ש תוס' דתנא דפליג על ר"מ הוא תנא דשחטו תם פטור והא אינו ראוי למכירה את"ד ולע"ד תוס' לא אמרו רק בדבר שאין גופו ממון כגון שטר ושור הנסקל ע"כ אם אינו ראוי לאחר רק לניזק לפטור עצמו בו ל"ח ממון דאינו כממון רק ע"י שראוי למכור וליטול בעדו ממון לכל העולם אבל תם גופו ממון מה צורך שיהא ראוי למכור בלה"נ גופו ממון דמה לי ממון או מטלטלין ועוד מש"כ תוס' דראוי למכור לאו בקנין המועיל תליא מלתא אלא גם דשלב"ל דיכולין לחזור מ"מ ראוי למכור א"ל ירעו להיות ממחוסרי אמנה ואף שלקחו במנה וגבה מאתיים אינו רבית דחשוב מכירה מעיקרא כמבואר בחוו"ד סימן קס"ט ס"ק ב"ח וסימן קע"ג בכמה ראיות א"כ קנס נמי בר מכירה הוא וראוי לכל העולם אף דהוי דשלב"ל משא"כ שור הנסקל אינו בר מכירה כלל ואינו ראוי לשום אדם בשום אופן.

ונתיבות סימן קמ"ח סק"א כתב בראובן שקנה משמעון דרך לילך דרך שדהו וא"י למכור לאחר ומכר שמעון שדהו לארבעה אנשים דכ"א יכול לדחות לראובן דרכך לאו גבאי פטור שמעון מדד"ג כיון שאינו שוה רק לראובן ואינו ראוי למכור וליטול דמים בעדו וראי' מפרק החובל דף פ"ט דאמר טוה"נ דאשה דאי דבעל לימרו מה אפסדיך אי הוית מזבנית לי' בעל הוי שקיל מינך וקשה מה בכך שהבעל יטול הדמים ממנה מ"מ יכולה לומר כמו ששוה הספק טוה"נ אצל מי שרוצה ללוקחה כמו כן שוה הספק אצלי והרי זממו להזיקה ספק זה א"ו המזיק דבר שא"א ליקח דמים בעדו פטור עיי"ש וזר הוא אצלי דמשום דא"י ליקח דמים בעדו יפטר דמ"מ אזקי' מה ששוה אצלו ועתה יוכרח ליקח לו דרך וליתן דמים ומהחובל אין ראי' דהתם אם מתה בחיי בעלה נתברר למפרע דכתובתה אינו שוה כלום וזה שלקחה בטוה"נ נתן מעותיו חנם רק כיון דמצוי לוקחין על ספק להפסיד או לריוח יכולה האשה למכור כתובתה וליטול דמים ע"כ אף שתמות בחיי בעלה מ"מ דמי טוה"נ נשאר אצלה דלוקח הכניס עצמו לספק זה וע"כ ליכא ספק אצל האשה וודאי זממו להפסידה מה שהיתה יכולה ליקח בטוה"נ א"כ תינח כשתמכור יהיו הדמים שלה אבל אם יטלון בעלה אינה יכולה ליקח דמים רק תאמר ששוה אצלה כמו אצל הלוקח הא כשתמות בחיי בעלה סוף סוף נתברר דלא היתה שוה כלום ועיין דרישה לעיל סימן ר"ז סכ"ד עוד הוכיח נה"מ שם ממ"ש תוס' בכתובות דף למ"ד ב' בתחב לו חברו שאינו ש"פ דקשה הא שוה אצל האוכל שאין נמאס אצלו א"ו כיון שא"י ליקח דמים לא מיקרי בר דמים ואינו ראי' למעיין שם דכ"ז שלא בלעה ולא נהנו מיעיו

אין לחייבו רק משום מזיק על שלא אהדרה כפרש"י שם וכיון שנמאס ואינו ש"פ לכהן פטור משום מזיק דעדיין לא נהנה האוכל ואף דש"פ אצלו מ"מ לא הזיק לחברו ש"פ ומזיק אינו חייב רק כשהזיק דבר השוה לניזק ש"פ וכשבלעה ונהנו מעיו בש"פ אזי חייב משום הנאתו אף דהשתא זה נהנה וזה לא חסר מגלגלין עליו מה שחסר חברו מתחלה כמ"ש תוס' בב"ק דף כף ע"ב בד"ה הא איתהנית ומהרש"א בכתובות שם.

דינא דגרמי כתב בע"ת שנ"א שולח בערה ביד חש"ו ושרפו שטרות פטור דגורם דגורם פטור וקצו"ח הקשה דהרי בהכונס איפליג דר"ל משמי' דחזקי' אמר הא דשולח ביד חש"ו פטור במסר להם גחלת וליבה אבל מסר להם שלהבת חייב ור"י אמר גם בשלהבת פטור וקי"ל כר"ל וא"כ אם מסר גחלת אפילו שרפו כלים פטור ואם שלהבת מזיק ממש הוא ואשו דחייבה תורה לאו משום גרמי דגם למ"ד דגרמי פטור אשו חייב ברוח מצוי' ושרפו שטרות נמי ליחייב מיהו נראה באש דכלו חיציו וחייב משום דה"ל לנדרה משום ממונו אי שרף שטרות כה"ג פטור לרמ"א דאינו חייב מדד"ג בנזקי ממונו את"ד ולק"מ דמבואר בכיצד הרגל דף כ"ב ע"ב דשולח בערה ביד חש"ו אין לחייבו משום חיציו דחיציו דחש"ו הוא והא דמחייב במסר להם שלהבת לחזקי' משום דברי היזיקא ופרש"י דהוי כשורו וא"כ במסר שלהבת ביד חש"ו ושרפו שטרות משום ממונו אין לחייבו דגרמי פטור בנזקי ממונו ומזיק ממש אינו השולח רק החש"ו רק כיון דברי היזקא נהי דהשולח לא הזיק בידיו כיון דחיציו דחש"ו הן מ"מ השולח גרם ולחייב משום גרמי דהוי נזקי גופו דגרם בעצמו לזה כתב בע"ת כיון דשרפו שטרות הוי רק גורם דגורם ובמסר גחלת לחרש וליבה פטור אף בשרף כלים דלא ברי היזקא ול"ה גרמי רק במסר שלהבת ואש דחייבה תורה היינו שלא ע"י חש"ו דהוי חיציו או ביד חש"ו ושרף כלים דהוי ממונו שהזיק.

הפוחת מטבע בקצו"ח ס"ק י"א הביא מתוס' דכתבו דלמ"ד פסלתו מלכות כנסדק כ"ש שף מטבע והקשה לרמב"ם בפ"ז מחובל וש"ע לעיל סימן שס"ג דפסלתו מלכות לא מצי אמר הש"ל א"כ הוי כנסדק ומזיק ממש ולמה כתבו כאן דחייב רק משום גורם ולע"ד דבהא ס"ל לרמב"ם וש"ע כמרדכי והגמ"ר בהגוזל קמא דדבר שהוא בעין רק צריך הוצאות להשיבה לקדמותו חשוב רק גרמא דאין ההיזק בעצם הדבר שעשה בה המזיק מעשה דהא אפשר להעמידה על קדמותו רק גרם לו הוצאות מכיסו וזה רק גרמא זהו כונת דבריו שם ורמב"ם וש"ע ס"ל ג"כ דמה"ט ל"ח מזיק ממש כיון דגוף הדבר אפשר לתקנו וחתר לברייתו רק ס"ל דמ"מ חשוב גרמי מה שגורם לו הוצאות אבל פסלתו מלכות דאין לו תקנה חשוב שינוי שאינו חתר ולא מצי למימר הש"ל.

סעי' ב' שע"ח ברי"ו נל"א סוף ח"ב ז"ל המזיק שעבודו ש"ח כגון שחפר בשדה המשעבדת לחברו בורות חייב דקי"ל כמאן דד"ג וכו' אמר לו בפירוש לא יהא לך פרעון אלא מזה ובא אחר וחפר בה בורות דאין בע"ח גובה מן המזיק כי כמו שאינו גובה משאר נכסי דלוה כן לא יגבה ממזיק עכ"ל ותמוה דהא תחלה כתב דחייב מדד"ג והש"ך סקי"ג הגי' ולפי גרסתו אצ"ל כלל ולע"ד מיירי דאף שחפר בה בורות עדיין שוה כדי החוב רק מלוה טוען מעיקרא היתה עידית ועכשיו היא זבורית לכן רוצה לגבות מהמזיק כיון דמזיק חייב לשלם לבעל הקרקע מה שהזיקו בקרקע זאת וה"א דזה חשוב פרעון מזה הקרקע קמ"ל כמו דא"י לגבות משאר נכסי הלוה כן ממה שחייב המזיק ללוה אף דבא מחמת קרקע זאת כיון דאמר זו א"י לגבות רק ממנה וכן אם בשעה שחפר בה בורות עדיין אף שאינה שוה רק החצי ממה שהיתה שוה מ"מ יש כדי החוב רק אח"כ הוזלה וכה"ג דמזיק פטור נגד המלוה כיון דלא נעשה ההיזק מיד נגדו ולבעל הקרקע חייב דמיד המחיתו חצי שוייו אין המלוה יכול לגבות מהמזיק דזה בכלל שאר נכסי לוה ושדר"נ ליכא דלוה פטור מהמלוה כמו שטפה נהר וכן אם מת מזיק לפוסקים דד"ג קנס ויורש פטור אבל ללוה חייב דעשה לו היזק בידים וא"י לומר מה הפסיד לך מונישי הא הי' גובה המלוה דהא אף שמחל המלוה למזיק גובה הלוה ממזיק כמ"ש הרא"ש כמבואר בריי"ו וש"ך כאן וה"ט כיון דיכול לסלוקי' בזוזי קרקע של לוה הוא ואף דמהמרדכי שהביא הש"ך דשייך שדר"נ לא נראה כן מ"מ ר"א שהביא ריי"ו אינו מוכרח לסבור כן וכן נראה מאס"ז ב"ק דף ל"ג ע"ב בסד"ה זאת במ"ש ודיוקא דרבינו יונתן ליתא והלשון מוטעה שם ונראה דצ"ל מה שייך הכא דר"נ דמה שחייב הלוה למלוה אחרי שעשאו אפותקי דומיא דשור דאינו גובה אלא גופו הרי כמו פרוע הוא עיי"ש ויל"ע מפרק השוכר את האומנין דף ע"ט דאיתא התם אי דא"ל חמור זה אי יש בדמי' ליקח יקח הרי אף דאמר זה מ"מ כשמת יכול למכור וליקח בדמיו כיון דחליפי חמור הן הוי בכלל זה ה"נ נימא מה דמזיק משלם בעד השדה יהא בכלל זו איברא לפ"ד הרמב"ם וש"ע לעיל סימן ש"י ס"ב בשכרה למשא ואמר חמור זה ומתה לא יקח בדמי' הרי דזה ממעט דמים דאתי מחמתו ובשכרו לרכיבה דיקח בדמי' כתבתי לעיל שם טעם אך גם להחולקין שם י"ל שא"ה דודאי לשון זה יש לפרש זה דוקא ולא מה דאתי מחמתו וי"ל לא מיעט רק מה דלא אתי מחמתו וקי"ל יד בעהש"ט עה"ת ומשום דאין להוציא מספק אך התם דשוכר מוחזק בחמור המת דתחת ידו הוא וברשות בעלים בא לידו ע"כ חשוב המשכיר מוציא וידו עה"ת משא"כ הכא דמלוה בא להוציא ועיין רא"ש ריש פרק מי שמת ס"ב וגד"ת שמ"ג ח"ד סט"ז וצריך ישוב מ"ש מחמור זה דנשתעבד גם דמיו והתם חליפיהן ודמיהן אין השעבוד עליהן אף דלא אמר זה

עוד נראה דהמרדכי והש"ך אין כונתם כלל באפותקי מפורש חייב בסדר"ר וז"ל המרדכי המזיק שעבודו של חברו פטור כתב ר"מ א"ל מורי הר"י בשם רבינו יונתן מדלא מחייב לו מדר"נ שהרי החופר בקרקע מן הדין חייב לפרוע לבעל הקרקע דהפסידו וכיון דחייב לו יתחייב לבע"ח מדרבי נתן וכו' ואמרתי למורי דהכא מיירי בכה"ג שאין המזיק חייב לבעלים כלום כגון ההוא דקיימינן עלה שחטו ונתנו במתנה שהבעלים בעצמם עשו לו ההיזק ששחטוהו וכה"ג מיירי המזיק שעבודו כגון שראובן עשה שדהו אפותקי לשמעון וא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו דומיא דשור תם דאתינא עלה דאינו משתלם אלא מגופו והלך ראובן בעצמו וחפר בו בורות וכן השורף שטרותיו של חברו אינו חייב ללוה כלום שהרי לא עשה היזק רק למלוה עכ"ל ור"ל דהר"י ס"ל דמזיק שעבודו מיירי בסתם שעבוד ולא באפותקי מפורש דלא נזכר בגמרא מזה כלל והר"ם דחה דמיירי דומיא דשור תם שאין המזיק חייב לבעלים כלום ודומיא דשורף שטרותיו של חברו דלא הזיק ללוה ואינו חייב כלום לזולתו רק למלוה וא"כ מזיק שעבודו נמי בכה"ג דלא הזיק לזולתו רק שעבוד המלוה והיינו ע"כ דלוה גופו חפר ושייך שפיר לשון פטור דאינו חייב כלום לשום אדם וממילא נמשך מזה דצ"ל דמיירי באפותקי מפורש דאל"כ בלא"ה לוה חייב לשלם וודאי גם אם אחר חפר בורות באפותקי מפורש ליכא שדר"נ אלא דלא ניחא לו לומר דמיירי בהכי דא"כ אפילו ת"ל דליכא בזה שדר"נ מ"מ פטור זה אינו כמו בשורף שטר ובשחטו לתם דפטור לגמרי והכא חייב ללוה והר"ם רצה להכריח דלא מיירי כשחייב ללוה משום דודאי מיירי דומיא דשור תם ושורף שטרות דאינו חייב לזולתו ואם יאמר רק דמיירי באפותקי מפורש ואחר חפר עדיין אינו דומה לגמרי ואינו מוכרח א"כ יותר י"ל מדלא מפרש בש"ס דמיירי בסתם שעבוד.

כתב רי"ו כתב ר"מ דאם עשה שדהו אפותקי מפורש ובא אחר וחפר בה בורות למ"ל לבעל הקרקע לאו בע"ד דידי את כי לא נתחייבתי אלא למלוה כי גם נתחייב לבעל הקרקע ומשתעי דינא בהדי' בעל הקרקע וכתב הרא"ש ואפילו מחל לו המלוה בעל הקרקע תובעו עכ"ל ונראה דוקא מחילה לא מהני דאינו רק סילוק שעבוד וכמ"ש תוס' פ"ק דקדושין דף י"ט בד"ה אומר ורשב"א בתשובה סימן אלף ל"ג שהביא ב"י לעיל סימן קצ"ה מחודש י"ד הובא במח"א הלכות זכי' מהפקר סי"א א"כ כאן דנתחייב גם לבעל הקרקע נהי דמלוה סילק את עצמו עדיין נשאר חייב לבעל הקרקע אבל אמר מלוה הריני כאלו התקבלתי מועיל דהא כתב הרשב"א הביאו ר"ן בפירושו לנדרים דף כ"ד דכיון שאפילו הי' מקבל ממנו הי' יכול להחזיר לו אף מעכשיו י"ל הריני כאלו התקבלתי והחזרתי לך דאפוכי מטרתא למה לי עכ"ל ה"נ כיון דאם פרע המזיק למלוה

נפטר וכשחזר ונתנו למזיק מתנה נותן לו וא"צ לשלם לבעל הקרקע אפוכי מטרתא למה ולפמ"ש הריטב"א בשם רבו בפ"ק דקידושין דף ט"ז הובא במח"א שם דמחילה כמתנה הוא וצריך יד לזכות עיי"ש א"כ ה"נ כשמוחל לו מלוה הרי נותן לו במתנה חיוב דמי ההיזק והוא כאלו נפרע וחזר ונתנו לו א"כ אין לבעל הקרקע עוד עליו וקצו"ח כתב דאפילו ללוה נראה דא"צ לשלם כיון דהלוה נפטר מחובו ואלו הי' האפותקי קיימת הי' המלוה נוטל וא"כ לא הפסיד ללוה כלום ולא מצי לוה למימר מפייס הוינא לו כדאמרינן בפורע חובו דהתם רק עילה מצאו לפטור את הלוה אבל אין לחייב את זה מה"ט את"ד אמנם בירושלמי פרק הגוזל בהרא ה"ו איתא נטלום מסיקין מן הגזלן מחמת הנגזל מהו דו יכול מימר לו מ"מ הב לי דידי ומאן דבעי ייתי ויתיב מיני ריב"ל אמר אין אדם נתפס על חברו וחייב ליתן לו אלא במס רב אמר י"ל את שרי עביטיך מיני ופירש הפ"מ דרב ס"ל כיון דאפילו הי' הקרקע אצל הנגזל היו נוטלין אותה המסיקין פטור הגזלן כמו בנטלוה מחמת חוב שהי' חייב הנגזל כיון דנפטר מן החוב לא הפסיד ה"נ לא הפסיד ע"י הגזלן דבלא"ה היו נוטלין אותה המסיקין וריב"ל ס"ל דבחוב דעלמא יכול לומר הייתי מפייס למלוה ע"כ אף דמסיקין נטלו ממך הקרקע צמחמתי הב לי דידי וחייב הגזלן לשלם לנגזל והלכה כריב"ל כמ"ש מה"פ שם וכן מוכרח חדא דרב ור"י הלכה כר"י ור"י וריב"ל הלכה כריב"ל א"כ כ"ש דרב וריב"ל דהלכה כריב"ל ועוד הא תרוייהו מדמי לה לנתפס על חברו וקי"ל דנתפס על חברו פטור הלוה כדלעיל סימן קכ"ח ואפילו מאן דס"ל פורע חובו סל חבירו צריך לוה לשלם לו מודה בנתפס על חברו כמ"ש סמ"ע שם סק"ו ונתיבות שם ועכ"פ חזינן דהגזלן חייב לשלם השדה לנגזל אף דנטלוה ממנו מחמת הנגזל ה"נ המזיק חייב לשלם השדה לבעלי' אף דבלא"ה הי' נוטלה המלוה ואף דהרא"ש ס"ל דפורע חובו של חברו חייב הלוה לשלם לו לפי דעת הטור והסמ"ע סק"ג שם מ"מ ס"ל כאן דלא נפטר המזיק במה שנפטר הלוה מחובו כיון דעדיין לא פרע רק ממילא נפטר וזה המזיק לא נתכוין להשביח נכסי לוה ולגמול חסד עמו הוי כנתפס על חברו לפי הטעם שכתבו סמ"ע ונתיבות שם ומ"מ כשפרע המזיק למלוה נפטר מן הלוה ואי"ל מפייס הוינא לו כיון דחייב עתה מדינא לשלם למלוה מחמת החוב שיש לו על הלוה והרי מחויב מדינא הלוה להניח למזיק לשלם למלוה כיון דשיעבוד לו שדה זה ולפי מה דדיינין דד"ג הרי עוד שעבודו של מלוה קיים א"כ לא חשוב פורע חוב של חברו שלא מדעתו כיון דמחויב הוי כמו מדעתו כמ"ש נתיבות סימן קכ"ח סק"ג ועוד כיון דיש בידו משל הלוה יכול לפרוע חובו כדאיתא בהג"ה בסימן קכ"ח ועלו דברי הרא"ש כהוגן ולפ"ד הריטב"א דמחילה הוי מחנה ולא סילוק ממילא הוי כפרעו המזיק וחזר ונתנו לו

דאין ללוה עליו כלום דה"נ לא מועיל המחילה רק ברצון המזיק דרוצה לזכות ועל ידו נפטר הלוה והרא"ש דס"ל דמחילה רק סילוק שעבוד וא"צ דעת ורצון הנמחל וכמ"ש המח"א שם א"כ כמו בנתפס על חברו א"צ חברו להחזיר לו כיון דבע"כ נתפס ה"נ א"ל הלוה להחזיר לו ממילא צריך המזיק לשלם לו מה שהזיק קרקעו והב"י לעיל ס"ס ק"ה כתב דטעמא דמפייס הוינא לי' מספקת רק לפטור ולא לחייב והביא שכ"כ הרמב"ן וכ"כ מהרי"ט בח"א סימן קנ"ד ולפי דבריהם עכצ"ל דהירושלמי שהבאתי דוקא בחוב שאינו ברור או בעלילה כהך דנטלוה מסיקין מחמת הנגזל וא"כ כאן דהחוב ברור הי' אף שזה שלא ברשות הזיק האפותקי מ"מ כיון דנפטר מחובו ל"ל ופייס הוינא לו לחייבו להמתיק וודאי י"ל קי"ל כהרמב"ן אך אם תפס בעל השדה אין להוציא חדא דנראה מדברי הש"ך לעיל ס"ס ק"ה סק"ט דגם רמב"ן מודה בתפס די"ל מפייסנא הוינא אף דפרע אידך משל הלוה שלא ברשותו ועוד דפשטות דברי ירושלמי הנ"ל כהרא"ש ועוד דומה למש"כ תוס' בפרק כיצד הרגל דף י"ז ע"ב בד"ה זרק דאם זרק אבן או חץ על הכלי ובא אחר וקדם ושברו דפשיטא דחייב ולא שייך כאן מנה תבירא תבר הובא בש"ך ס"ס זה ס"ק כ"ח דה"נ לא עשה המלוה עדיין שום מעשה בגוף הקרקע וגם לרמ"ה דלקמן בטור סימן שצ"ד ס"ה עיי"ש ב"י בהא דאונס משלם את הצער נראה ה"נ צריך לשלם מה שהזיקו בעל כרחו אף דסופו הי' לבא לידי נזק זה מאחר ועמ"ש לקמן סימן ש"צ.

שט"ח שיח עש"ך דרבה פוטר אפילו נטלו קודם בידו דשטרות כקרקע דאין נגזלין וכתב שעמ"ש דאישמיטתי' משנה דהגוזל בתרא קט"ז ע"ב דהגוזל שדה מחברו ונטלוה מסיקין אם מכת מדינה א"ל הש"ל ואם מחמת הגזלן חייב ופריך הש"ס מחמת הגזלן ה"ד אם אנסו רק ארעא דידי' מרישא ש"מ דדוקא מכת מדינה פטור ומשני ל"צ דאחוי ובאחוי אף שלא גזל חייב מדד"ג ובגזלן דרישא דנטלוה מחמת הגזלן חייב גם בלא אחוי ולאו משום גרמי דהא באונס נלקחה רק כיון שכבר גזלה ובגרמתו נגזלה המינו חייב וכן מוכח בתוס' שם דהקשו תוס' אמאי לא משכח תנא דד"ג מהך משנה דאחוי חייב ותרצו דלא ניחא להש"ס לאתויי מהך משנה דלא קתני בהדיא דאחוי רק מיתורא ש"מ אלמא אף למאן דלא דד"ג אם נלקחה מחמת הגזלן חייב כיון שבגזלה בא לידו וא"כ כ"ש בשורף שטר אם גזלו תחלה אף דשטר אין נגזל לא עדיף מקרקע דאם נלקח מחמת הגזלן דחייב כ"ש בשרף השטר את"ד ולק"מ דנהי דתוס' כתבו דלא ניחא לש"ס להוכיח דתנא זה ס"ל דד"ג כיון דאינו רק מיתורא היינו דלולא דיוקא דיתורא אינו מבואר דסך משנה ס"ל דד"ג והי' אפשר לדחות דנטלוה מחמת הגזלן חייב גם למאן דלא דד"ג דקנסו חכמים בגזלן לבד ולא בשאר גרמי מ"מ לפי האמת דמוכח מיתורא דמשנה ס"ל דד"ג

מהיכי תיתי לומר דרישא דנטלוה מחמת הגזלן קנס אחר הוא ואפילו למאן דלא דן ד"ג והבו דלא לוסיף רק משום דד"ג חייבוהו לגזלן דמחמת נגזל ובגרמתו בא כללוהו בדד"ג לכן רבה פוטר בשורף שטר אפילו גזלו תחלה כיון דלא ס"ל כהך משנה דד"ג וכן מבואר בתוס' רי"ד דלמאן דלא דד"ג פטור אף שגזלו תחלה ונטלוה מסיקין מחמת הגזלן ובדף צ"ח כתב תוס' רי"ד דשורף שטר דפטור לרבה אפילו גזלוה תחלה ועוד דמבואר באס"ז שם כיון דמחמת הגזלן נטלוה מסיקין חייב כאלו עשה מעשה וחפר בה בורות וא"כ תינח בקרקע דחפר בורות חייב עשעוהו לגזלן שבגרמתו ניטלה כעשה מעשה ביון דע"י מעשתו שגזל בא אבל שטרות לרבה דל"ל דד"ג ואפילו שרפן פטור כיון דאין גופן ממון א"כ מה יוסיף בזה שגזלן ועשה עוד מעשה בהן תדע דהא הרא"ש כתב בפרק הגוזל דף קי"ז אהא דאמר רבה אם הראה מעצמו כמי שנשא ונתן ביד דמי ואע"ג דגרמא הוא כיון דבלאו אונס עשאו חייב וכתב הפ"ח דרא"ש צ"ל זה משום דרבה לא דד"ג בשורף שטרות ועיין קצו"ח סק"א הרי כיון דבלאו אונס הראה כמו שנו"נ ביד דמי וחייב גם לרבה אף דרק גרמא הוא ובשורף שטר דעשה מעשה ממש פוטר רבה אע"כ דבהראה מעצמו עשאוהו כנשא ונתן ביד ולא יותר ובשטרות דעושה בידים נמי פטור לא עשאוהו חכמים שיהא חמיר מעושה בידים ה"נ בגזלן שמחמתו ניטלה או שרף בידים לא עשאוהו חכז"ל רק כעושה בידים ואף דלש"ך דגרס רבא אין ראי' מכאן מ"מ חזינן דיש לחלק כן ה"נ י"ל לש"ך מסברת עצמו ולקמן ס"ג כתבתי לחלק עוד ועוד כיון דמבואר בירושלמי דנטלוה מסיקין מחמת גזלן דחייב קנסא הוא א"כ מנלן דקנסו גם בשטרות דלא שכיח כיון דא"א לחייבו רק עפ"י הודאתו כמבואר בש"ס ובש"ע כאן ואין סברא לקנסו דהא מודה בקנס דאורייתא פטור ובקרקע דמשכחת בעדים לא פלוג ובשלמא למאן דד"ג אף לריצב"א דמשום קנס הוא מ"מ יש בשטרות גרמי כמוחל שט"ח שמכר ושם משכחת בעדים תו ל"פ בין גרמי לגרמי בשטרות גופייהו אבל שטרות וקרקע שני מינים הן ולא אמרינן בהו ל"פ כמ"ש הר"ן בפכ"ג דשבת דבשני מינים ל"א ל"פ והובא ביד מלאכי ועוד דאין צורך לקנוס בהודה מעצמו כיון דבלא"ה חייב לציי"ש בגרמא וכשמודה הרי רוצה לציי"ש רק כיון דגרמי משכחת במוחל ויש עדים תקנו גם בליכא עדים דל"פ בין יש עדים א"ל וכמו דאמרינן בגיטין דף נ"ג כדי שיודיעו ופטור גם ביש רואה.

עוד כתב השעמ"ש דלפ"ז ליתא למ"ש הש"ך דגוזל שטרות ונשרפו באונס בבית גזלן דפטור משום דאין נגזלין דהא בגוזל קרקע ונטלוה מסיקין מחמת הגזלן חייב וא"כ ל"מ אם השרפה לא פשטה בבית הנגזל ודאי ה"נ ההפסד מחמת הגזלן אלא גם כשהשרפה היתה אף בבית הנגזל אפשר י"ל אם היו אצלו השטרות היה מצילן את"ד ולפמ"ש אינו

נכון אף דכתבתי דנטלוה מחמת הגזלן חייב למאן דד"ג מ"מ דוקא בקרקע דזה דנטלוה מסיקין חשוב היזק ממש וכחפרו בה בורות כמבואר באס"ז שם לכן אף דמה דבטלו מחמת הגזלן אינו רק גורם מ"מ חייב מדד"ג ול"ח גורם דגורם אף דאם הוציאו מביתו ואינו דר בו פטור לשלם השכירות דל"ח רק גרמא לעיל סימן שס"ג ס"ו היינו לענין השכירות אבל לגוף הקרקע חשוב מזיק ממש אם משיג גבולו ואינו מחזירו לו תדע דהא גורם דגורם פטור לבע"ת וש"ך ובאחוי אחויי מבואר בש"ס דף קט"ז ע"ב ובפוסקים אפילו לא גזל הקרקע תחלה חייב והא הא דאחוי אינו רק דיבור וגורם לבד ואם מה שנטלוה מסיקין הקרקע אינו נח"ק ממש רק גרמי דאין מניחין לבעלים ליהנות ממנה א"כ הוי גורם דגורם אע"כ דל"ח גורם דגורם וא"כ בשטרות שנשרפו מאיליהן בבית גזלן אינו רק גורם דגורם כיון דשערות אין גופן ממון ומה שנשרפו מחמת הגזלן ג"כ רק גורם כיון דלא שרפן בידים והרי להש"ך גורם דגורם פטור ובב"ק דף צ"ח בזרק מטבע לצלולין פטור משום דמצי למימר לו הא מנח קמך אי בעית שקלי' וכתבו תוס' ורא"ש שם דאי לא מצי למשקלנו גם בצלולין חייב אף דבעל המימרא שם רבה דל"ל דד"ג וא"כ ה"נ בקרקע דמנח קמי' וחזי לו ולא מצי למשקלי' הוי מזיק ממש לולא דמה דאחוי רק דיבור וא"כ גורם אחד הוא.

ואפ"ת דגם בגזל קרקע ונטלוה מסיקין ל"ח גרמי אלא קנס קנסו לגזלן מ"מ למ"ד דמקנסא לא ילפינן אין למילף שטרות וגם לש"ך ופוסקים דס"ל מקנסא ילפינן כדלעיל סימן שפ"ה וריש סימן זה מ"מ כיון דלא משכחת בשטרות לחייבו רק כשמודה בעצמו א"כ לא שכיח שיגזול ויהיו נשרפין באונס ואח"כ יודה הגזלן דחדא אונס ל"ש והכא תרי אונסין ואח"כ יודה ודאי לא שכיח כלל ולא פלוג ל"ל כיון דאין מין אחד עם קרקע ועוד דאין סברא לעשות קנס מעיקרא בדבר דלא משכחת רק בהודאת פיו ואינו כשורף שטרות דכבר יש גרמי בשטרות שמוכר ומוחל אבל זה אינו בכלל גרמי וקנס בפ"ע הוא וכיון דבקרקעות שכיח יותר וגם משכחת בעדים אין למילף קנס לשטרות ועוד ע"כ לא ילפינין מגזל קרקע דהא לעיל סימן שס"ג סי"א גזל צמר וסממנין וצבע בהן הצמר וזל צמר צבוע פטור וכתב נ"י דלמאן דד"ג חייב דאותבינהו בדוכתא דלא מצי למשקלינהו וכתב ש"ך שם דדוקא דזל כשצבע דאם זל אח"כ דעת כל הפוסקים דאומר הרי שלך לפניך עיי"ש הרי אף דלא החזיר עד אחר דזל פטור והא אי בבית נגזל הוי לא הי' נפסד דלא הי' צובע הצמר ואפילו צבע כשזל פטור למאן דלא דד"ג ולמה לא נקנסי' כגזל קרקע ונטלוה מסיקין מחמתי' דהא בקרקע נמי שייך לומר הש"ל כיון דאינה נגזלת כמו במכת מדינה ושטפה נהר ובצבע נמי מחמת הגזלן נעשה ההיזק דלא מצי למשקלנהו.

הרי גרם לאבד ממון כתב קצו"ח השורף חמץ נוקשה של חברו שמותר להשהותו עד אחר הפסח פטור מדאמרינן בפכ"ש דף כ"ט באוכל חמץ של הקדש דלא מעל למ"ד גורם לאו כמ"ד אח"ד ולא נראה דהא כתב תה"ד סימן קי"ג והביאו ח"י סימן תמ"ז ס"ק ח"י ובש"ע של התניא סימן תמ"ב סכ"ד כל דבר שמותר לקיימו מותר להנות ממנו בפסח כגון למוכרו לגוי או שאר מיני הנאות ועיי"ש בקו"א וא"כ כיון דבהנאה מותר הרי יש בו דין ממון וכמבואר בפרק לולב הגזול דף ל"ה ושאני חמץ של הקדש בפסח דנהי דמותר להשהותו משום לא יראה לך שלך אי אתה רואה אבל אתה רואה של נכרים ושל גבוה מ"מ כיון דבעצם חמץ גמור הוא אסור בהנאה כמו חמץ של נכרים כמבואר בא"ח סימן תמ"ג ס"א וכ"כ ריב"ש סימן ת' דבחמץ של הקדש דלא מעל משום דגורם לממון לאו כממון דמי היינו כיון שאסור בהנאה דאי הוי שרי בהנאה ממון גמור הוא ולאו גורם הוא ומוכח לה מהש"ס דהתם וגם אפילו אי הי' אסור בהנאה רק מותר להשהותו אף דקיי"ל גורם לממון לכ"ד מ"מ לדידן דדיינין דד"ג חייב משום דלהבא יהא שוה ממון וכמ"ש קצו"ח גופא לעיל סימן ד"ש סק"א ושכ"כ הרמב"ן.

סעי' ג' בדוחף תוס' ורא"ש כתבו היכא דלא מצי בר אמוראה למשקלוה חייב גם למאן דלא דד"ג ובהגוזל קמא דף ק"א בהא דצבע בהו קופא כתבו רז"ה ומלחמות ונ"י אף דלא מצי למשקל הצבע פטור למאן דלא דד"ג כיון דמנח קמי' וחזי לו והקשה קצו"ח דלתוס' ורא"ש האיך משכחת הך דצבע בהו קופא ולק"מ דבאמת תוס' שם כתבו דאי צבע קוף כפרש"י אפסדי' בידים דהוי היזק ניכר רק הפירש צבעו כיעור עיי"ש ור"ל דזה חשוב השא"נ ול"ד לדחפו לים דניכר לכל ההיזק והנה לרז"ה ורמב"ן ונ"י דאף דלא מצי למשקלנהו הוי רק גרמי כיון דמנח קמי' וחזי לו א"כ הא דהגוזל בתרא דף קט"ז ע"ב ולעיל סימן שע"א ס"ד דאחוי קרקע של חברו לאנס דחייב מדד"ג אף א"ל גזלה כפרש"י והראשונים הוי רק גורם דגורם כיון דאחוי אינו רק מסור בדיבור ומה שלקח האנס הקרקע הא מנח קמי' דנגזל וחזי לו רק לא מצי למשקל ומוכח לרז"ה ורמב"ן ונ"י דגורם דגורם חייב ולתוס' ורא"ש אינו מוכח וצ"ל בע"ת דפוטר גורם דגורם ס"ל כותייהו ואף דהשא"נ ג"כ חייב גם בלא גזל וא"כ ה"נ בגזל נהי דחשוב השבה כיון שאין ההיזק ניכר י"ל הש"ל מ"מ יחוייב משום שעשה ההיזק בידים י"ל כיון דהטעם שלא יהא כאו"א הולך ומטמא טהרות חברו כדאיתא בגיטין דף נ"ג וכאן דגזלו וצבעו אדעתי' דנפשי' לא נתכוין להזיק רק לא עלה בידו כהוגן והוי כשוגג דפטור בהשא"נ וערוך פירש דהקוף צבע הצמר ולא נצבע יפה ונפסד דמי הצבע הובא בת"ח ולדידי' י"ל שפיר דמה דמונח הצבע במקום דלא מצי למשקלנהו הוי היזק ממש רק פטור כיון דעשאו קוף

של"מ הגזלן ואי חזותא מלתא י"ל הש"ל ועדיין קשה כיון דברשות הגזלן נעשה יהא כגזל שדה ונטלוה מסיקין מחמתו דחייב אף דשדה אינה נגזלת ומנח קמי' וחזי לו מ"מ כיון דלא מצי למשקלי' חייב ואמאי לא פשיט הש"ס מהמשנה ועכצ"ל כיון דהך משנה קנסא הוא בקרקע לא ילפינן מיני' ואפשר צבע קופא לא שכיח כל כך או הסגת גבול שכיח יותר דמסיג להנאתו משא"כ שאר היזק ודלא כשעמ"ש שבס"א ועוד י"ל לפמ"ש המרדכי בהגוזל קמא סימן קי"ז היכא דמרויח לגוי ומפסיד לישראל דינו חמיר משאר מזיקין וגורמין.

מטבע של חברו כתב הגמ"ר פרק הגוזל כשאדם מזיק חוב של חברו כשורף שטר דמזיק ממון עצמו נקרא דינא דגרמי אבל אם הדבר בעין אף שצריך להוציא משלו להעמידה כבראשונה ושאינו שוה עתה למכור כמו שהיתה כזורק למים צלולין שצריך לשלם לתרמודאי ליטלו וכן שף מטבע בקורנס שצריך לשלם לצורף וכן כל דבר שאינו מחוסר גוף הדבר רק צריך להוציא להשיב לקדמותו נקרא גרמא עכ"ל והקשה קצו"ח מפ"ק דב"ק דתניא מניין שעל בעל הבור להעלות השור מבורו ת"ל כסף ישיב לבעליו והמת ופריך ה"ד אי דבבור שוה זוז ואגודא ארבע בדנפשי' טרח ופרש"י ריוח דמזיק הוא דשייח לו לניזק בארבע ולמה צריך קרא והא להגמ"ר אינו חייב ההוצאות וצריך קרא דמזיק צריך להוציאו מהבור ואפילו להש"ע דדוחף מטבע צריך להחזיר ההוצאות מדד"ג אכתי תקשי לפמ"ש הנ"י בשם הרא"ש דבנזקי גופו הוא דחייב משום גרמי ולא בנזקי בהמתו ולולא פרש"י י"ל דפריך אתא דקאמר מקודם יבא עדודה לב"ד דהוא אדם המזיק שפשע ולא שמר וניחא לדעת הש"ע דמחייב בדוחף משום דד"ג אבל להגו"ר והרא"ש וטור דגם דוחף פטור קשה ואף להש"ע דחייב מדד"ג היינו בדוחף ומזיק בידים אבל שומר שפשע אינו מזיק בידים את"ד ולע"ד ודאי אם הקושיא דש"ס על יבא עדודה לק"מ דשומר חייב גם בגרמא כיון דקיבל עליו לשמור אלא כיון דפריך אי דבבור שוה זא הרי דאבור קאי ולא אפסוק יביאהו עד הטרפה דלא מיירי בבור ולחומר הקושיא אפשר כיון שכתב הגמ"ר רק כשהדבר בעין ואינו מחסר גוף הדבר רק צריך להוציא להשיב לקדמותו זה חשוב ההוצאה מכיסו רק גרמא י"ל דשור המת בבור דעומד למכור וכמבואר בתוס' פרק השוכר את האומנין דף ע"ט סד"ה ואם דחמור שמת אינו עומד אלא למכרו בדמים וכן מוכרח מגוף הקרא דוהמת יהי' לו דלימד דהפחת משעת מיתה עד העמדה בדין לניזק וכתבו תוס' בפ"ק דב"ק דף יו"ד ע"ב בד"ה לא נצרכא אלא לפחת נבלה אע"ג דבפרק המניח אמרינן כיחשה כשעת העמדה בדין התם משום דלא מתה ויש לו להמתין עד שתתרפא אבל הכא מיד הי' למכרה עכ"ל ואפילו יאכילם לכלבו מ"מ לא ישאר קיים

ועומד לשרוף כשרוף וא"כ כבר חסרו גוף הדבר ע"י בורו לגמרי אלא דמנכין לניזק מה שראוי ליטול דמים בשעת מיתה א"כ אם בבור אינו שוה רק זוז א"א לנכות יותר כיון דאין לו רק דמים ואינו ראוי ליטול יותר בעדה משא"כ במטבע שדחף לים ואינך דגוף הדבר נשאר בעין ואינו עומד למכור דוקא וזה דדייק הש"ס בלישנא האי טורח נבלה ה"ד ולא פריך כלשון הברייתא שעל בעל הבור להעלות שור מבורו והל"ל האי טורח השור אלא ר"ל כיון דנבלה הוא ואינו עומד רק למכור לנכרים ולכלבים א"כ כבר חסרו כולו עד מה שראוי ליטול דמים בשעת מיתה ועל בעל הבור להוציאו דאל"כ הא לא יתן שום אדם בעדו רק זוז.

כתב עוד קצו"ח דבדוחף מטבע לים ונפלה על האבן ונעשה בו קצת נזק דלא הדר צריך להעלותו מן הים על הוצאות שלו כיון דגלי קרא בבור דעל בעל הבור להעלותו במקום נזק וגם בשומרין דצריך להביא הטרפה לב"ד את"ד וצ"ע כי משומרים אין ראי' דקיבל עליו לשמור לכן חייב גם בטרחא יתירא וכמ"ש לעיל סימן ש"ג ס"ח ומבור אין ללמוד להיזק כלים דהא פטור בכלים אפילו נפל לתוכו שור וכליו ונשתברו פטור על הכלים כמבואר במשנה דפ"ה דב"ק דף נ"ב וא"כ גזה"כ בשור וחמור ודיו לבא מן הדין להיות כנידון ומה שסיים הקצו"ח משא"כ בריפוי דאפילו במקום נזק דאינו בכלל יביא עדודה לב"ד כיון דהבהמה לפנינו עכ"ל ור"ל דאינו חייב רק על השבת גוף הבהמה ממקום שנפלה ולא על הוצאות ריפוי דמעלמא והא לפי מה דיליף הקצו"ח משומרין ילמוד ג"כ לדמי טרחא דמעלמא כמו שמבואר בהראב"ד והמ"מ פ"ג דשכירות הבאתים לעיל סימן ש"ג ס"ח דצריך השומר לשלם לבעל הבהמה דמי טרחא לקנות אחרת אלא דמשומר אין ראי' ועיין תוס' פרק אע"פ דף נ"ו ע"ב סד"ה הכ"ז ז"ל שאני התם דחייבה תורה שומר שכר על שלוקח שכר ושואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה עכ"ל ומבואר במרדכי פרק הגוזל קמא דהיכא דמקבל עליו חייב בגרמא נמי ועיין תבואות שור סימן ח"י ס"ק כ"ד דבשומר חייב אפילו לא ברי הזיקא ולא נעשה מיד דקיבל עליו לשמור.

פחת צורתה כתב הש"ך בסק"ז דוקא שלא הגביהו ובתוס' רי"ד פרק הגוזל קמא דף צ"ח כתב כיון דביטול הצורה קורא גרמא אף שלקח המטבע מידו ושף אותה בקורנס פטור והשבה הויא כשמחזיר לו הכסף בלא צורת ואומר לו הרי שלך לפניך ול"ד לדוחף מטבע לים דאי אתי לידו השבה בעי למעבד משום דלא מהדר לו מידי וגם קצו"ח כתב דלתוס' אפילו אגבי' מ"ל הש"ל וי"ל קי"ל.

ראובן שמכר מקח לעכו"ם ובא שמעון וא"ל לעכו"ם שאינו שוה כ"כ חייב לשלם ואפשר דכה"ג הוי כמסור דחייב ובמהר"ם איתא שאמר כן שמעון אחר שנגמר המקח וקבל העכו"ם המקח והקשה ש"ך דאינו דומה למסור דמחסרו ממון אבל הכא אינו מחסרו ממון שהעכו"ם מחזיר לו את שלו ואינו קושיא כיון דקי"ל מעות בישראל קונם כדלעיל סימן קצ"ט וממילא בעכו"ם משיכה קונה כדאיתא רפ"ב דבכורות וכ"כ הש"ך לעיל ריש סימן קצ"ד ומ"ש הפוסקים לענין איסור בכור דספקא היא אי משיכה לבד קונה בעכו"ם כתב בשו"ת רמ"א סימן פ"ז הובא בטו"ז סימן ש"ך ביו"ד דהיינו רק לכתחלה אבל דיעבד סמכינן אר"ת וכל הפוסקים דס"ל דעכו"ם מישראל וישראל מעכו"ם במשיכה לבד קונה וא"כ ה"נ כיון שמשכו העכו"ם קנה ואין אונאה לעכו"ם כדלעיל סימן רכ"ז סכ"ו א"כ מה שע"י מחזיר העכו"ם המקח לישראל ודאי מחסרו ממון שאינו שוה כ"כ כיון דשלא כדין עושה העכו"ם דמגיע לו ממנו הסך שפסק לו ומחזיר לו פחות ונראה דש"ך לשיטתו ביו"ד סימן ש"כ סק"ח דגם דיעבד הוי ספ"ד אי משיכה בעכו"ם קונה או אף דבאיסור אזלינן בתר רוב הפוסקים בדיעבד מ"מ בממון י"ל קי"ל דמשיכה בעכו"ם לא קנה אבל מהר"ם פשיטא לו כרוב הפוסקים דמשיכה קונה בעכו"ם ונ"מ גם לדידן היכא דקנין הנהוג לקנות במשיכה לבד או שנתן גם קצת כסף או עשה ת"כ באתרא דנהיגי לקנות בזה דודאי יש למוכר חסרון ממון כשמחזיר לו אך אפשר דש"ך ס"ל דלא נתחייב העכו"ם באמת ביתר משויו רק נתמעט מאונאה כשפרע א"צ להחזיר לו ועמ"ש לעיל סימן רכ"ז סכ"ו הוכחה לזה ומ"מ כיון דמותר ליטול מבטלו מריוח ורמ"א וש"ך לשיטתייהו דלעיל סימן רצ"ב ס"ז.

והש"ך הביא לשון מהר"ם שמעון הי' לו עור ולקחו ראובן ממנו והביאו להגמון וא"ל ההגמון אמור בגימור דבר כמה סוף דמיו א"ל לא פחות מליטרא כסף וקבלו מיד בכך והי' שם לוי ואמר עור זה רע ודמיו יתרים ועתה טוען ראובן שהפסיד ה' דינרים ע"י לוי אם יש עדים שכך הי' כיון שקבל ההגמון העור אף שלא פירש בכך אני נוטלו נתקיימה המכירה בקיבול העור מיד ראובן עכ"ל ופרשו הש"ך שהעור לא הי' דמיו ידועים שאפשר שהי' שוה ליטרא כסף ואי לאו דנתקיימה המכירה מתחלה לא הפסידו לוי כלום שהרי מעולם לא קנהו ההגמון בליטרא כסף אבל עכשיו שנתקיימה המכירה א"ב הרי העור נמכר בליטרא כסף ונמצא שראובן מוכרח לשלם לשמעון ליטרא כסף וע"י דיבור לוי פחת ההגמון ה' דינרים והחזיק העור לעצמו ונמצא שהפסיד לוי לראובן ה' דינר מכיסו שחייב לשלם לשמעון עכ"ל ולא נראה כלל דכי בשביל שלקחו עכו"ם בליטרא כסף נוציא מראובן ליטרא כסף כשאינו ידוע כמה הי' שוה והלא כל דבר צריך שומא שלשה

בקיאין ואפשר הגוי ג"כ אינו בקי וכמאמר לוי שאינו שוה ליטרא כסף והלא כל דיני אונאה אחר שקנהו בכך וכך אם אינו שוה כך הוי אונאה אף דזה קנהו בכך וגם למה יתחייב ראובן אינו רק סרסור ואם אנסו הגוי פטור מאונס אפילו יהא שוה ליטרא כסף ואפשר הכונה דראובן קיבל עליו באומן המועיל לשלם לשמעון בסך שימכרנו אבל גם זה דוקא כשלוי ידע זה דאל"כ עדיין יכול לומר לא הפסדתיך כי אינו שוה באמת יותר ממה שקבלת מההגמון ומה שנתחייבת לשמעון לא עלה על דעתי ואין לומר משום דראובן פשע שנתנו לגוי בלא מעות דמ"מ לא יחרב יותר ממה ששוה באמת וכמ"ש נה"מ סימן קע"ו ס"י.

סעי' ד' והמשבר פטור עש"ך ועמ"ש לקמן סימן ש"צ.

הלכות מאבד ממון סימן שפח

סעי' א' בהג"ה וי"ח כתב הש"ך וי"ח דתפיסה בעדים ל"מ בספקא דדינא אבל בלא עדים פשיטא דנאמן עכ"ל ולכאורה לפ"ד י"א שהביא רמ"א דאפילו בעדים שהיו שם מרגליות פטור ל"מ נאמנות דמגו כלל ואפשר דהש"ך לשיטתו דמסיק דעיקר דמועיל עדים ומצאתי שכ"כ דג"מ אבל לא יתכן לומר פשיטא וגם הא מפרש דברי רמ"א ולרמ"א גם בעדים הוי ספ"ד ובקצו"ח ג"כ עמד בזה אך מ"ש דדעת רא"ש וטור דעדים ל"מ נהפוך הוא כמבואר בש"ך לעיל סק"ו לכן נ"ל כיון דיש ס"ס כשיש לו עדים או מגו שהיו מרגליות ספק אי הבעיא בש"ס גם ביש לו עדים ואת"ל גם בעדים שמא מ"מ הדין דחייב המזיק ונהי דדעת כ"פ דבס"ס אין מוציאין ממון דלא עדיף מרוב וכמבואר בכנה"ג ס"ס כ"ה מ"מ אי תפס לכ"ע לא מפקינן מיני' כיון דמסייעו ס"ס וכ"כ בנה"מ בכללי תפיסה סכ"ד ועיי"ש ס"ג ויש ליתן טעם דהא הך י"ח דל"מ תפיסה הוא דעת רא"ש שכתב בפרק כיצד הרגל סימן ב' דל"מ תפיסה בספ"ד כשאין לו רק טענת ספק ומבואר בתשובת רשב"א סימן ת"א דס"ס ודאי עדיף כרוב ואפשר עדיף יותר ובפ"ב דכתובות דף ט"ז איתא כיון דרוב נשים בתולות נשאות כברי ושמא דמי ואף דלא קיימא במסקנא היינו משום דאתרע רובא מחמת דאין לה קול עיי"ש בגליון תוס' וא"כ כ"ש דס"ס מהני להיות טענתו כטענת ברי ועוד הא ס"ס מהני נגד חזקה כמבואר בשו"ת רשב"א שם וביו"ד ס"ס ק"י ומה דלהרא"ש ל"מ תפיסה הוא משום דיש לנתפס חמ"ק והרי ס"ס מועיל נגד חזקה דמעיקרא רק להוציא ממוחזק לא מועיל כמו דאין הולכין בממון אחר הרוב.

סעי' ב' הרגיל בלבד ואם מת גובה מיורשיו ועיין לקמן סי"א דהוחזק ג"פ הורגין אותו בידים ולפ"ז בפעם שלישיה פטור כיון דקלב"מ וכדלעיל סימן ש"פ ס"ג אף דלמ"ד קנסא

י"ל ג"ז קנסו מ"מ י"ל קי"ל דד"ג דינא אך אפילו קנסא הא מנסך דלעיל סימן שע"ה אף דקנסא מ"מ אי לאו דמשעת הגבהה איחייב לשלם הוי פטור משום דקלב"מ אך קשה א"כ לדעת הסוברים אף בפ"א שמסר חייב מיתה נימא קלב"מ ועוד בב"ק דף קט"ז ע"ב בהא דחייב ר"נ לגברא דאחוי אחויי דבעי אי דינא הוא איך אפשר הא קלב"מ ואולי אחר שמסר רק מדרבנן חייב מיתה וכמ"ש הרא"ש בתשובה כלל י"ז והובא בטור דמשום מגדר מלתא ולא תקנו להפסיד ממון הנמסר וכמ"ש הש"ך יו"ד סימן קי"ט ס"ק כ"ז.

שם בהג"ה ואפילו ייסרהו ולא א"ל על מה והראה ממון חברו חייב וש"ך הקשה מנ"ל הא ואפשר הוציא כן מהך דסקריקין בגיטין דכתב ב"י לעיל סימן ר"ה סי"ב ואף דתלויה ויהיב ל"ה מתנה ובסקריקין הוי מתנה משום דהתם לא אנסוהו ליתן הקרקע רק בעי למקטלי' והוא כדי להנצל נתן הקרקע וגמר ויהיב ובנתיבות שם סק"ח כתב בשם מהרח"ש דתירוץ זה עיקר הרי דלא חשוב אנוס על המתנה ומבואר בגיטין שם דף נ"ה ע"ב דגזרה מציעתא כל דקטיל לייתי ארבע זוזי ומ"מ גמר ומקני ולא אמרינן שמא מחמת שיתן לו הקרקע הפחיד אותו במיתה וקרקע בחמ"ק דחשוב מתנה באונס.

סעי' ד' חייב במח"א הלכות נ"מ כתב היינו אם הי' לו ממון באותו שעה להציל עצמו אבל א"ל ה"ל פטור לשלם כ"נ מדברי רא"ש בסנהדרין גבי רואה את חברו טובע בנהר ומיושב קושית ראב"ד שאין לך דבר שעומד בפני פ"נ דכיון דה"ל ממון שלו להנצל ליכא פ"נ ובהראה דפטור משום דהוי גרמא בניזקין את"ד.

סעי' ה' סרבן לעיל סימן כ"ו מבואר דצריך נט"ר מב"ד אף כשמסרב לילך לד"ת ובמהרי"ק שרש קנ"ד איתא באם תחלה בקשוהו לילך לד"ת ולא רצה ומסרו שכנגדו לדא"ה וחזר המסרב וצווח דרוצה לציית ד"ת ולא השגיח עליו שכנגדו וכתב מהרי"ק מאחר שחזר ורצה ד"ת פשיטא שחייב לסלקו מכל היזק לכל הפחות מה שגרם משעה שרצה ד"י עיי"ש משמע דמה שגרם לו היזק טרם נתרצה פטור אף דלא הזמינו ע"י ב"ד ולא נטל רשות רק דלא ברירא ויש לצדד כן וכן וה"ט דכ"ז שיכול להציל ע"י ישראל חייב מה שגרם לו היזק בערכאות כמבואר במרדכי פרק המניח סל"ח וכמ"ש דהי' לו לשמטו עיי"ש וה"נ אולי אם הי' מזמינו ע"י ב"ד ל"ה מסרב אפילו אמר דגם לב"ד לא ישמע עביד אינש דגזים ולא עביד ול"ד לדלקמן ס"ח דאפילו לא יודעין שרגיל בכך וכו' דמירי שהזמן בהול וירא דימסרנו ואין מציל אבל כאן לא הי' מפסיד אם הי' מזמינו ע"י ב"ד וכשלא יציית יביאו בדא"ה רק כיון דלא רצה לילך לד"ת אפשר לא הי' ציית לב"ד ג"כ לכן אין להוציא משכנגדו.

ובשו"ת ד"ח ח"ב חחו"מ סמ"ו כתב אם יש עדים שהתרה בו שיעמוד לד"י ולא רצה פטור מלהחזיר לו מה שגרם לו הפסד בערכאות אף דעביד איסור שלא נט"ר מב"ד מ"מ אחר התראה בפני עדים בודאי פטור דהא רב פלטוי גאון ז"ל לא הצריך נט"ר אף דפוסקין כר"ש גאון דצריך נט"ר היינו לכתחלה עיי"ש ואתה תחזה דמוכח ממהרי"ק דאינו ודאי ומה שהצריך עדים נראה כדי לפטרו משבועה דהא לא נזכר בדברי רפ"ג עדים רק אם מסרב לבא עמו לב"ד ויליף לה מדאמר בפרק החובל קרית חברך ולא ענך כמבואר ברא"ש שם ועדים מאן דכר שמי' ול"ל משום דלא סירב רק בצנעא י"ל עביד אינש דגזים דהא בנימוקי מהר"ם מריזבורג הובא לשונו בשו"ת עה"ג סמ"ח דבפרהסיא ובב"ד גזים ועביד ואפ"ת ובב"ד כמו או בב"ד מ"מ בפני שנים אינו פרהסיא דהרי ב"ד הם שלשה ורק משום העזה בב"ד אתי עלה ובשו"ת נא"ד סנ"ב הביא משו"ת רמ"א ספ"ו דכ"ז שלא ננו"ר אפשר להציל בע"א מיקרי וחייב להחזיר לו הוצאות שגרם לו בדא"ה וביאר דבריו הנא"ד דדוקא אם הזמינו ג"פ מב"ד וסירב אז נעשה סרבן ואפילו לא נט"ר מב"ד פטור מלהחזיר לו הוצאות שגרם להמסרב אבל אם רק בינו לבין חברו הגיד לו שלא יעמוד עמו לד"י ל"ח סרבן וחייב להחזיר לו הוצאות עיי"ש משמע דעדים ל"מ ולע"ד יש לחלק בין בא להוציא או להחזיק כיון דמשמע הכי ממהרי"ק וגם פליגי הד"ח ונא"ד וכ"ש אם אמר שלא יעמוד לד"ה אפילו יזמינהו ב"ד לפמ"ש בי"מ בכ"ד סימן תק"ח באינו מחוסר מעשה כגון לעכב ממון חברו שבידו פשיטא דעביד אינש דגזים ועביד כיון דיכולת בידו ונא"ד שם כתב דאם הי' סרבן אף דזה לא נט"ר מב"ד מודה להר"א מטולא דאין לו דין מוסר כיון דלא נתכוין רק להוציא שלו אלא דפטור הסרבן להחזיר יציאותיו כיון שלא נט"ר אה"ד ויל"ע אם הוציאו בדא"ה נוסף מהחוב מחמת שכירות פעולתם שחייב התובע להם רק לפי דא"ה חוזר על הנתבע וגובה הוצאותיו והמסרב טוען כיון שלא נט"ר ולפי ד"י איני צריך להחזיר הוצאתך החזר לי מה שגבו ממני מה שאתה חייב שכר פעלתם כי אתה שלחתם.

ונלע"ד דפטור ראובן דהא מבואר לעיל סימן קכ"ח ס"ב מי שנתפס על חברו ולקחו עכו"ם ממנו בשביל חברו א"צ להחזיר לו וכתב הש"ך שם סק"י אף דחברו חייב לעכו"ם ואף דכאן נתפס בגרמת ראובן מ"מ כיון דשמעון סירב אין לראובן דין מסור ופטור על גרמתו דלא נתכוין רק להוציא שלו ממילא הוי כנתפס על חברו בלא שום גרמי ואף דכתב רמ"א שם דאם הי' בידו משל חברו ופרע חובו של חברו מה שעשה עשוי כאן כיון דהערכאות גבו החוב הו אין בידו משל חברו וגם נועם שדר"נ שכתב הש"ך שם ל"ש כיון דגבו החוב ועוד דכבר הבאתי לעיל סימן שפ"ו מירושלמי דהגוזל בתרא דמוכח

אף דנתפס על חברו ממה שיש לחברו אצלו מ"מ חשוב כפורע חובו של חברו של"מ ויכול חברו לומר הב לי דידי ועוד מבואר בתומים ס"ס פ"ו דאם הלוה גוי לראובן וראובן הלוה לשמעון לא משתעבד שמעון לגוי משדר"נ דלאשר אשם לו נאמר רק בישראל ואף דבשעמ"ש סימן כ"ו כתב במסר שטר לגוי בפרעון חובו וגבה הגוי מישראל הלוה יותר מחיובו לפי ד"י חייב מוסר השטר להחזיר לו הנאתו שנפטר מחובו אף דאינו רק גרמא עיי"ש שא"ה דמעצמו נתן השטר בפרעון חובו ל"ש טעם דמפייסנא הוינא לו או הפקעת הלוואתו דל"ח הנאה כמבואר באס"ז בשם ריטב"א הובא בהגהות רב"פ ז"ל בא"ח סימן תמ"א דדוקא באנס המלך גרנו בחובו שחייב למלך דאסור להפקיע א"ע מחוב המלך חשוב משתרשי משא"כ בהדיוט דשרי הפקעת הלואתו ל"ח משתרשי וכ"כ בתומים סימן קכ"ח כיון דהפקעת הלואתו שרי הוי רק כעלילה ועוד דהכא לא נהנה ראובן באמת דלא בא לכיסו יותר מחובו ושמעון גרם לעצמו בסירובו שנעשה ראובן בע"ח ע"י לעכו"ם מסתיין לפטור את המסרב שלא להחזיר לראובן הוצאותיו משום דג"כ רק גרמא אבל לא לחייב את ראובן לומר דנהנה בגרמא שגרם הפסד לחברו.

סעי' ז' או שנאנס ונו"נ ביד בש"ך תמה הא לא מבעיא בש"ס בנו"נ ביד ול"ש תקנת נגזל דאנוס הוא ואינו פסול ישבע ויפטר וי"ל לפי מה שכתבו תוס' בב"מ דף ק' בד"ה וליחזי דהיכא דיש דררא דממונא וספק לב"ד בלא טענותיהם מהני תפיסה בברי ולעיל ס"ס כ"ה כתבתי לתרץ קושית התומים מפרק המניח בניזק אומר מועד הזיק אף דיש עדים שהזיק רנן א"י גדול או קטן הזיק והוי דררא דממונא ול"מ תפיסה עיי"ש וא"כ כאן דיש עדים רק א"י כמה יש ספק לב"ד מחמת העדים וניזק טוען ברי מהני תפיסה והנה בפ"ק דב"מ ד"ג מסיק דשבועת שנים אוחזין בטלית משום שלא יהא כ"א תוקף בטליתו של חברו ויאמר שלי ולפ"ז קשה למה בכופר הכל ליכא שבועת המשנה אף דתובע צווח כלי זה שלי וזה תפסו ממנו וצ"ל משום דלא חיישינן שתפס במה דכולו תחת ידו וגם חזקה שכל מה שת"י אדם הוא שלו וכ"כ פני' בב"מ שם ואף דהפנ"י כתב שם כן לדעת החולקים על הרמב"ם וס"ל דגם על מה שבידו צריך לישבע ומשום דזה שכיח מ"מ י"ל גם לרמב"ם כן דמה שת"י אדם כולו וכן עד מקום שידו מגעת דכפסיק דמי חזקה הוא שלו ולא חיישינן שבא לידו ע"י תפיסה דכל אחד זהיר בשלו לשמרו משא"כ מה דלא תפיס בה שהוא באמצע הטלית לית לשום אחד חזקה זו וא"כ תינח בשלא ראינו שבא לידו ע"י תפיסה אבל כשיש עדים שתפס בשלמא היכא דליכא דררא דממונא באמת ל"מ תפיסתו אבל בדררא דממונא דמהני תפיסה וחזקה שכל מה שת"י הוא שלו לא שייך כיון דידענו דתפיס צריך שבועה בנק"ח שלא יהא כל אחד הולך ותוקף כשיהא

דררא דממונא והוא בכלל אותו תקנה דנוטל חצי מחמת תפיסתו וחזקה דכל מה שת"י אדם ליכא דצריך לישבע שבועת המשנה דחשוב ננשבע ונוטל.

ויש מ"ש זה דעת ר"ת והקשה הרא"ש פרק הכונס סט"ו הא טמון באש לא מדמינן לנגזל אע"ג דאמר עשו תקנת נגזל באשו ויותר מסתבר לדמות מסור לטמון באש עיי"ש וכונתו כמו דטמון באש המבעיר א"י ובזה תקנו שישבע הניזק א"כ ה"נ במסור הבעיא רק כשא"י המוסר אבל בטוען ברי הל"ל דאין הנמסר נשבע ונוטל כמו בטמון ולא כנגזל וכן פירש הישש וקשה דהרי ר"י שבתוס' כתב דאפילו המוסר א"י בעי אי עשו תקנת נגזל במוסר משמע דמ"מ גם במוסר מכחיש בברי מבעיא הרי דמדמהו לנגזל יותר מלטמון באש דאין הנשרף נוטל כשמבעיר מכחישו בברי לדעת הצרפתים שבאס"ז שם וכ"ד כ"ת כדלקמן סימן תי"ח סי"ג ובש"ך שם סק"ז וכן בפסקי רא"ש וטור בשם הרא"ש כתוב דס"ל כר"י דהבעיא בין בברי בין בא"י ועכ"פ צריך ישוב למה נחמיר על המוסר יותר ממזיק דאין הניזוק נ"ו שמזיק מכחישו בברי וכמו בטמון באש ובמסור הבעיא לר"ת במכחישו בברי ולר"י הבעיא גם בברי ויש"ש כתב דנ"ל כר"ת ואף דהא דאמרינן עשו תקנת נגזל באשו לא איירי בכופר אף לרבנן דאיירי במבעיר בשל חברו מ"מ ל"ה רשע כגזלן ותדע דלא מצינו מזיק ממון חברו בידים פסול לעדות ודוקא מוסר דהוה רשע כגזלן ראוי לדמותו לגזלן והא דעמד בתיקו משום דאינו מזיק בידים את"ד וכבר הבאתי לעיל סימן ל"ד דמזיק הוי רשע דחמס ופסול לעדות ובמרדכי כתב הא דמסור גרע ממזיק משום דמרויח לעכו"ם לפיכך מורידין המסור יותר מגזלן ומזיק בידים עיי"ש הגוזל קמא סימן קי"ז וכאן דמספ"ל לדמותו לגזלן יותר מלמזיק נ"ל דה"ט כמו תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב כמבואר בפ"ק דקידושין דף זיין ולעיל סימן ק"ץ ובזרוק מנה לים נחלקו הפוסקים אי שייך בו דין ערב ומשום דלא בא ליד זוכה הרי דמה שבא ליד זוכה על פיו כאלו בא לידו לכן ה"נ מסור דע"פ בא ליד העכו"ם י"ל דהוי כבא לידו וגזלן הוא וכה"ג כתב מג"א סימן ת"נ ס"ק י"ב והבעיא כאן משום די"ל שאני תן מנה לפלוני ואתחייב אני לך משום דברצונו מקבל שיהא קבלת פלוני כאלו קיבל הוא לכן נעשה אותו פלוני שליח לזכות בשביל הערב וממנו זוכה לעצמו וכמ"ש כה"ג הרמ"ה בטור א"ע סימן ק"כ משא"כ מסור אינו רוצה כלל שיזכה העכו"ם ממנו והעכו"ם אדעתא דנפשו נוטל מהישראל או כיון דעשו גרמי כעושה בידים א"כ הוי כנטל מהישראל ונתן להגוי ומידו זכה דמה שזכה הגוי כאלו זכה הוא ועכ"פ נראה היכא דאחוי לעכו"ם ושרפו העכו"ם או הזיקו ולא נטלו לעצמו אין דין המוסר חמור ממזיק.

וכן אם גרם לו תפיסה דהוי כמזיק בידים עש"ך לשון רבינו אפרים ולע"ד תינח לרמב"ן שהביא ש"ך לעיל סימן שע"ו סק"ג דהיכא דגורם חייב ה"ה גורם דגורם דל"ש ה"נ כיון דחובל גוף אדם חייב בריפוי ושבת אף דבבהמה הוי רק גרמא ופטור ש"מ בנזקי גופו עשאו תורה כמזיק בידים ה"נ מוסר גופו ועי"כ הפסיד ממון שהוצרך לפדות עצמו אף דהוי רק גורם דגורם ל"ש ולכן למד מהרי"ל דהנתפס נשבע ונוטל כיון דמוסר גופו כמזיק בידים אבל לבע"ת דגורם דגורם פטור אף דס"ל גרמי חייב מן התורה כמ"ש הש"ך בשמו בסימן שפ"ו סק"א אזדא ראיית ר"א דחובל גופו חייב לשלם לו שבת ודמי ריפוי דהוי גורם אחד אבל מסרו לעכו"ם ותפסו העכו"ם זהו גורם אחד והוצאות שהוציא הנתפס עי"כ הוי גורם דגורם וא"כ אין לנו הוכחה לחייבו רק מדיני גרמי כמוסר ממונו ובכלל הבעיא אם עשו תקנת נגזל במוסר הוא דנהי דגורם אחד עשאו תורת כמזיק בידים גורם דגורם לא מצינו א"כ לא חמיר מגורם אחד בממון.

סעי' י"ב בהג"ה רעה עשה עיין באה"ג ועיין מה שכתבתי לעיל סימן שס"ט ס"ז וי"ל קושית באה"ג על רמ"א דשאני התם דכשאינו מחזיר להיורשים היודעים שאביהם הפקיד אצלו יש חלול השם משא"כ בנידון הרמ"א גם עכשיו שמגלה שזה רוצה לברוח יש חילול הסם ולמה ישיב אבדה והך דחכ"צ ס"ס ס"ח דמותר לראובן לגלות להשר דשמעון מכר לו הסוס ליכא איסור דמשיב אבדה כיון דהשר בלא"ה אין לו הפסד דגובה מראובן וגם ראובן מציל את עצמו בזה וגם ליכא התם הפקעת הלואה דמעיקרא באיסור מטעה שמעון את השר.

סעי' י"ג בהג"ה דמותר ליטול ממונו וכתב הש"ך ס"ק ס"ג והרי"ף וסייעתו בע"כ לא ס"ל הכי ובחת"ס חחו"מ סימן קנ"ד כתב דטעם ר"ב שבמרדכי דק"ו מעליא הוא השתא גופו הפקר ממונו לא כ"ש ורק משום דכתיב וצדיק ילבש והא לא כתב בקרא איזה צדיק ילבש והמעכב הוא הצדיק הראשון ולמה יוציא מידו לתתו לצדיק אחר אפילו כבר הוי לו בנין דמעלי ובזה נדחו דברי הש"ך דהרי"ף וסייעתו חולקים פירש משום דהרי"ף כתב דאסור לאבדו ביד מדבעי אי עשו תקנת נגזל במסור שישבע ויטול ואס"ד דס"ל כר"ב הא לעכב לעצמו לכ"ע שרי זהו כונת הש"ך ואינו ראי' דדוקא שכבר הממון בידו הוא צדיק הראשון ויעכבנו לעצמו אבל לעשות תקנת נגזל להוציא מהמסור שאנו תולים שבניו יהיו צדיקים א"כ הם קודמים להנמסר את"ד ולע"ד הש"ך מייתי שפיר ראי' כיון דעדים מעידים שגרם לו היזק וא"י כמה יש ספק לב"ד אם איתא דממון מסור מותר לעכבו יש לב"ד לכתחלה ליתנו לנמסר כיון דאפילו לא הוזק כ"כ מ"מ אחר שיהא בידו הוא שלו בדין משא"כ יורשיו שמא שלא כדין הוא אצלם אפילו טוען המוסר ברי כיון דיש

דררא דממונא וספק לב"ד בלא טענותיהם כמה מסר וכ"ש לר"י וסייעתו דהבעיא דומיא דטמון דהמוסר א"י כמה ול"ל אוקי ממונא בחזקתי' כיון דלר"ב ממונו הפקר אין המוסר בעליו וביד היורשים אינו עדיין וכומנח ביד אחר הוא ומהר"י באסאן כתב הא דספק ממון לקולא ולא הוי ספק איסור גזל משום דא"א לתקן דגם כשניתן להשני הוי ג"כ ס' איסור וא"כ כאן לא שייך זה ול"ל משום דיש חזקת פטור דלא נתחייב כל כך ל"ח ספק כיון דהמוסר ודאי אינו בעל הממון רק אנו דנין בין יורשיו לנמסר מי יטול הממון לא מהני חזקת פטור דמוסר לבניו וכמבואר בכתובות דף ע"ו בפרש"י ותוס' בהא דאמר רב אשי כמנה לאבא בידך דחזקת הגוף דבת ל"מ לאבי' כיון דהממון אינו של הבת ועוד לפמ"ש הר"ן בפרק הכותב בהא דלב"ח יהבינן ולא לאשה משום דיותר ממה שאיש רוצה לישא רוצה האשה להנשא דהקשה וכי מה"ט גזלינן להאשה ותירץ כיון דאי גבה ב"ח גבה ומדינא שלו בטעם כל דהוא מגבין אותו לכתחלה א"כ כיון דיש כאן ספק לב"ד ודאי טעם מעליא הוא ליתן לנמסר כיון דאחר שתבא לידו בדין יחזיק אפילו לא הוזק כל כך וכשישאר ביד המוסר ויורשיו לעולם יהא ספק ועוד כיון דודאי אינו של המוסר לר"ב ואנו דנין בין יורשי המוסר שיבואו ובין הנמסר למי מהם ליתן ואינו מוחזק שום אחד י"ל שודא דדייני דהיינו למי שדעת הדיין נוטה יותר שהוא שלו כדלעיל סימן ר"מ וכיון שהמוסר חשוד וא"י לישבע והנמסר נשבע ודאי דעתו של דיין נוטה שיותר קושטא קאמר הנמסר א"כ יש ליתן לו כפי שבועתו מדין שודא אע"כ משום טעם יכין וצדיק ילבש לא הפקירו חכז"ל ממונו כלל ואפילו ישנו ביד אחר מוכרח להחזירו והמסור בעל הממון הוא ואין להוציא מספק.

ובזה י"ל מ"ש הא"ז דספר החפץ פסק דעשו תקנת נגזל במסור ותמה הישׁ"ש הא נשאר בתיקו ולפמ"ש י"ל דס"ל כר"ב דהממון הפקר ואנו דנין למי יתן אם לנמסר או להניח ליורשי המוסר והי' לנו ליתן לנמסר כיון דיש ספק וכמ"ש והא דמבעיא משום דיש לאוקמו אחזקת פטור דלא נתחייב יותר וס"ל כרבינו יצחק שבתוס' פרק המדיר דף ע"ו דמנה לאבא בידך לאו דהחזקה דבת ל"מ לאב רק דטענת ברי שלה ל"מ לאב אבל החזקה מהני וכמו דאמרינן בפ"ק דכתובות דף י"ג מאן דמכשיר בה מכשיר בבתה וכיון דיש חזקה ל"ח ספק וכ"ז עד דלא מסיק בתיקו אבל כיון דמסיק תיקו הוי ספק בדין ולא מהני חזקה דמעיקרא וכמ"ש תוס' בפחז"ה דף ל"ב ע"ב בד"ה והלכתא ממילא יש ליתן לנמסר מהנהו טעמי שכתבתי ולהלכה נ"ל דאם בא ליד אחד ממון המוסר אין להזדקק למוסר להוציא מאידך אף דלפמ"ש רי"ף וסייעתו חולקים אר"ב מ"מ בלא"ה נמי י"ל דאין נזקקין לו כמ"ש הב"ח לעיל סימן קפ"ב ס"א אבל אם באין יורשי המוסר או בע"ח

אפילו לוה או מת אחר שבא הממון ליד זה מוציאין מידו ומה שדחה במרדכי ראיית הרי"ף דמבעיא אי עשו תקנת נגזל במסור כשעשה תשובה י"ל דזה ודאי לא היו חכז"ל מחמירין על בע"ת יותר מד"ת דאדרבה הקילו עליו בתקנת מריש והמקבל ממנו אין רוח חכמים נוחה המינו אך כיון דתקנו לנגזל שישבע ויטול טרם שעשה הגזלן תשובה ל"פ בתקנתן וא"כ במסור אם איתא דא"צ לתקנה רק אחר שעשה תשובה ודאי לא עשו התקנה וביש"ש בפרק הכונס סימן למ"ד כתב גיב דתקנת נגזל עשו משום דהגזלן רשע וא"כ כשעשה תשובה עכצ"ל משום ל"פ ובקו"א לשו"ת רמ"א סי"ז פסק דלעכב לעצמו שרי אף להוציא ואינו נ"ל.

סעי' ט"ו **בהג"ה** ע"י גרמא ע"י הורדה לבור או ע"י עכו"ם כ"ה בשו"ת הרא"ש ויש"ש בהנחל בתרא ס"נ חולק דאומר לגוי כעושה מעצמו דגבי גר ל"ש אשלד"ע ואף שאין שליחות לגוי לקולא דוקא והש"ך כתב דאין דבריו מוכרחים ובשו"ת בית יעקב ס"ב הביא מתה"ד סימן רצ"ט דהתיר למכור בהמה לגוי אף שיודע שיתנו למשרתו לסרס דלוקח לא עביד מידי אף דמסרו לשלוחו אשלד"ע אפשר ג"כ בגוי לגוי ותחלה כתב הבי"ע דתה"ד חולק איש"ש דהא לא החמיר משום דיש לגוי שליחות לחומרא והדר כתב דתה"ד מחלק דגוי לישראל ישלד"ע וגוי לגוי לאו וס"ל כיש"ש דלא כש"ך עיי"ש ודבריו לא נ"ל מ"ש תחלה למה לא החמיר תה"ד משום דיש שליחות לגוי לחומרא לק"מ דאם חכז"ל החמירו על ישראל כפרש"י בפא"נ דף ע"א ע"ב בד"ה בשלמא על גוי לא החמירו וא"כ ל"ד שליחות גוי לגוי לשליח גוי לישראל ומה שמסרם שליח הגוי אינו כמסרסו גוי המשלח ולא עבר ישראל המוכר לו על לפ"ע אך בזה חולק תה"ד על הישש"ש דס"ל בגוי ישלד"ע ומ"ש הבי"ע דגם תה"ד ס"ל לחלק דגוי לישראל ישלד"ע וגוי לגוי אשלד"ע דדוקא בגוי לגוי התיר לע"ד גם יש"ש לא מחלק כן דאם אשלד"ע בגוי מ"ש גוי לנוי או גוי לישראל והא דלא התיר תה"ד שיתן ישראל לגוי לסרס לאו משום שליחות דהא כשמכר לו לאו שליחות דישראל עביד ובשלו עושה דמותר לומר לו בשל בשר שלך בשבת ולכן גם תה"ד לא אסר רק למ"ד דגוי מצווה על סירוס ויש לפ"ע אבל משום שליחות ליכא וכמבואר בדבריו שם ובמג"א סימן ש"ו ס"ק כ"ט וא"ל דמ"מ גם כאן יהא אסור משום לפ"ע ז"א כיון דגרמא שרי ה"ה לפ"ע דכל לפ"ע רק גרמא וגם היש"ש לא אסר משום לפ"ע רק משום דגוי שלוחו וכעושה ישראל בעצמו וזה מוכח מתה"ד דחולק ומ"ש הבי"ע שיאמר לגוי לומר לגוי אחר וכמ"ש תה"ד בסירוס נכון הוא אף דתה"ד לא התיר רק מחמת דגוי ראשון לאו שליח רק לוקח מ"מ יש צד קולא לדעה ראשונה דלעיל סימן רמ"ד באומר אמרו דמילי לא ממסרי

בידים עש"ך דרמב"ם ורשב"א והרבה פוסקים ס"ל דמותר ולפמ"ש לעיל ס"ב להקשות איך יחויב מסור לשלם הא מתיר עצמו למיתה וקלב"מ לכאורה ראי' דבידים אסור ול"ח מתיר עצמו למיתה כמו רודף דמתיר עצמו להרגו בידים ואף לפמ"ש שם לתרץ דרק חכמים התירא דמו למגדר מלתא והשוווהו לרודף וכמ"ש הרא"ש בתשובה ממ מזה גופא מוכח נמי דאין להרגו בידים כיון דמן התורה אסור מסתיין שהתירו חכז"ל גרמא דג"כ אין בו איסור תורה אך לפ"ד ריצב"א וסייעתו וכן הוא בירושלמי בהגוזל בתרא דדינו דמסור משום קנס הוא אין ראי' די"ל כמו דמדינא גרמי ל"ה כמזיק ופטור ומשום קנס חייבוהו ה"נ אף דקלב"מ פטור מדינא מ"מ חייבוהו חכז"ל ואף דמנסך לע"ז דג"כ היזק שא"נ וחייב רק משום קנס שלא יהא כאו"א הולך ומזיק ומ"ו דוקא משום דנתחייב באחריות כשהגביהו חייב י"ל מנסך לע"ז לא שכיח וכמ"ש מהר"מ שיף בגיטין דף נ"ב ע"ב וא"כ ל"ה מתקני רבנן בשבילו כלל אלא כיון דמטמא ומדמע היזק שא"נ ג"כ ושכיח משום ל"פ חל התקנה על מנסך ג"כ וכמ"ש תוס' בפ"ק דשבת דף י"ד ע"ב בד"ה כיון אבל כיון דמטמא ומדמע אין בהם פטור דקלב"מ רק מנסך ל"ל לא חלקו דמעולם לא חייבו היכא דקלב"מ וא"כ מסור דשכיח דהא לריצב"א לא קנסו רק בשכיח א"כ מצד עצמו חל תק"ח דהא בלאה"נ הי' פטור כיון דאינו רק גרמי ומ"מ חייבו חכז"ל משום דשכיח ה"נ לא השגיחו בפטור דקלב"מ ולרמב"ם וסייעתי' דמסור חייב מדינא נמי י"ל גופו מותר ממונו לכ"ש כדאיתא בב"ק דף קי"ט רק משום יכין וצדיק ילבש אסור לכן דוקא לאבד או ליטול ממונו בחנם יורשיו קודמין אבל כשחייב מדינא רק משום קלב"מ א"א לב"ד לדונו וכשתפס אידך לא מפקינן וכמ"ש יש"ש הובא בש"ך לעיל סימן כ"ח סק"ב בזה י"ל דנמסר קודם דמגיע לו מדינא וב"ד מוציאין משום דגופו מותר ממונו לא כ"ש משא"כ שאר חייב מיתת ב"ד דלא אמרינן ממונו לא כ"ש עפנ"י ב"ק שם ורודף נמי אחר הרדיפה אסור להורגו לכן אין להוציא ממנו בעד כלים ששיבר כשרדף דקלב"מ.

הלכות נזקי ממון סימן שץ

סעי' ה' ונתגלגל למק"א בפרק כיצד הרגל דף י"ז ע"ב כתבו תוס' דאם זרק אבן או חץ על הכלי ובא אחר ושברו פשיטא דחייב השני ול"ש כאן מנא תבירא תבר דאי אזלינן נמי הכא בתר מעיקרא לא משכחה בצרורות ח"נ וסברא לחלק בין זורק אבן לזורק כלי עצמה ובקצו"ח כתב דלא משמע כן בנ"י בפכ"ה גבי אשו משום חציו שכתב וז"ל ואי קשיא לך היכי שרינן עם חשכה להדליק נרות ל"ק שחיובו משום חציו כזורק שבשעה שיצא החץ מת"י נעשה הכל ולא חשבינן לו מעשה דמכאן ולהבא דא"כ ה"ל למפטרי'

דאנוס הוא וה"ג אם מת קודם שהספיק להדליק את הגדיש ודאי משתלם ניזק עכ"ל ולקצו"ח הנ"י סותר א"ע דבר"פ כיצד הרגל הביא בשם הרא"ה כתוס' וכן הביא הש"ך לעיל ס"ס שפ"ו מהנ"י והגמ"י וב"ח שפסקו כתוס' ועכצ"ל דשאני אם נגמר ההיזק ע"י חיציו דאזי כאיתעביד מעיקרא ותוס' ג"כ ע"כ מחלקי בכך דאל"כ תקשי להו קושית הנ"י ותוס' לא כתבו רק אם קדם אחר ושברו דלא יצא מעשה ראשון מכח אל הפועל ומה שהוכיחו מח"נ צרורות אף דהתם יצא מכח אל הפועל י"ל כונתם בשלמא אם יש צד קולא בחציו יותר מעשה ממש בגוף הכלי דזרק כלי אף דקדם אחר ושברו ראשון חייב ובחץ ראשון פטור הרי דיש שיור בחציו עד שיצא מכח אל הפועל יש סברא נמי בצרורות להלל"מ מה שאינו משלם רק ח"נ אבל אם גם בחציו אף דשבר אחר ראשון חייב הרי נגמר חיובו כשזרק ה"נ בצרורות הוי מעשהו ממש מעיקרא בלא שיור וי"ל ג"כ בזה מה שהקשה קצו"ח ממ"ש טוש"ע בסימן תי"ח ס"י ומהא דמרבה בחבילות דהוי כנעשה ההיזק מעיקרא דהתם הזיק בסוף ויצא מכח אל הפועל וכן אין ראי' מהרא"ש שיחלוק על התוס' מטעם שכתבתי דכונת התוס' להוכיח מח"נ צרורות דא"א לחייב הראשון רק אם חציו הזיקו דכיון דלא חייב רק אם הזיקו לבסוף ולבסוף לא עשה מעשה ממש רק כחו הי' לכן הלל"מ בצרורות בהמתו לשלם רק ח"נ דאף דעכצ"ל דהוי כנעשה ההיזק מיד דאל"כ יהא אנוס וכשמת יפטרו יורשיו כמ"ש הנ"י מ"מ כיון דאינו מחויב רק כשנעשה ההיזק לבסוף ואז ל"ה רק כחו הוי כנעשה מעיקרא רק ע"י כחו ובבהוותו הלל"מ להקל בכחו על ח"נ אבל אם בחציו יחויב גם כששבר אחר וא"צ לשיצא מכח אל הפועל עכצ"ל דנעשה ההיזק מיד לגמרי בשעת זריקה הרי אז עשה מעשה ממש ואין צד קולא מה דלבסוף הוא רק כחו דהא אפילו לא נשבר בכחו לבסוף חייב אבל זה ודאי גם לתוס' מה שנעשה ההיזק לבסוף בכחו הוי כנעשה מיד בכחו ולא במעשה ממש ושפיר הקשה הרא"ש בהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י חייב הא בדרסה על הכלי ונתגלגל למקום אחר ונשבר בתר מעיקרא אזלינן דל"ל שא"ה דאינו בגוף הכלי מעיקרא דהא עכצ"ל דהחיוב כנעשה בכחו מעיקרא דאל"כ הרי לבסוף אנוס הוא ואפילו בחציו יפטר ועיין טו"ז כאן והנה הא דמרבה בחבילות ל"מ דא"ש לפירש תוס' בפ"ק דב"ק דף יו"ד בהא דמה קעביד היינו שחייב רק חלקו א"כ אף אי נימא דכ"א פלגא נזקא עביד מ"מ ראשון גמור פלגא נזקא לכן שני אינו חייב רק פלגא אלא גם לרש"י וטוש"ע דראשון חייב בכל הנזק א"ש דס"ל שנים שהזיקו וכ"א יכול לעשות כל ההיזק אמרינן כ"א כולה נזקא עביד וראי' מדקי"ל שנים שהזיקו וא"א להשתלם מחד משלם אידך כולו כדלקמן סימן ת"י סל"ז וכן מבואר בישו"ש פרק ה' דב"ק ס"ט וכ"כ שם מהגמ"י א"כ ה"נ במרבה

בחבילות דבלאו איהו נמי אזלא הרי ראשון כולו נזקא עביד א"כ נעשה ההיזק מעיקרא בכחו כולו ופטור המרבה ובירושלמי פ"ק דב"ק ה"א אש מלמדת על כולן שהוא חייב על האונסין.

וק"ל הא אבדה ששטפה נהר מותרת לכל אדם כיון דאבודה ממנו ומכל אדם וכן המציל מן הגייס ומדוב ונמר כדאיתא בפ"ב דב"מ וכן בהגוזל דף קי"ז היכא דאוקים לאנס על ממון חברו אף דאח"כ נו"נ ביד פטור אם הי' אנוס דמכיון דאוקמו מעיקרא מיקלי' קלי' א"כ ה"נ כיון שזרק ראשון חץ והי' נשבר בלאו השני הרי אבוד מכל אדם הוא ולאו של בעלים הוא ולמה יחויב השני אלא היכא דראשון בר תשלומין עדיין אינו אבוד מבעליו דישתלם ממנו אלא דא"כ קשה למה ישלם השני הא גוף הכלי כבר הפקר הוא ואינו של בעליו רק דמים יש לו להשתלם אין השני רק גורם וכמזיק שעבודו ומוחל חוב ושורף שטר דלרבה ס"ל בב"ק דף צ"ח דפטור והתוס' בפרק כיצד הרגל שם על רבה קאי דאמר זרק כלי מרא"ש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור וכתבו דזרק חץ ובא אחר ושברו שני חייב דל"ד לזרק כלי והא לרבה גם זה יפטר ול"ל דתוס' כתבו כן דנ"מ לדידן דד"ג דא"כ איך כתבו דפשיטא דחייב הא לתוס' דד"ג רק קנסא ודוקא במידי דשכיח ומי יימר דזה שכיח שיזרוק אחד חץ ויקדם אחר וישבר ועוד דא"כ הראשון שזרק החץ נהי דעדיין לא עשה מעשה בגוף הכלי ל"ח מזיק מ"מ כיון דעל ידו נעשה כאבוד מבעליו וכהפקר יחויב מדינא דגרמי כמראה ממון ישראל לאנס כיון דאוקמי עלי' מקלי קלי' וחייב מדד"ג אף דלא עשה מעשה בגוף הממון וא"כ יפטר השני דלא הפסיד לשום אדם להזורק לא הפסיד דבלא"ה הי' נשבר ע"י החץ וגם לבעל הכלי כיון דהראשון חייב לשלם ול"ל דמיירי באפשר להציל דא"כ לא חשיב מנא תבירא ומצאתי במלחמות פרק כיצד הרגל שכתב נמי אף דאזלינן בתר בסוף שני פטור דאין לו דמים עכשיו כיון שסופו להשבר וראשון פטור דאפילו גרמא לא עשה הראשון שהרי לא שבלו וגם נ"י בשם ריטב"א בשם רבו ס"ל בזרק כלי מהגג הוי ספק אי ראשון חייב והובא בש"ך לעיל ס"ס שפ"ו ס"ק כ"ז ועיין מגיד משנה פי"ב מגזלה ואבדה ה"ה בנסדק הכד של דבש ועדיין לא נשפך אעפ"י שעתיד להשפך ולא יוכל להציל אינו הפקר וכשהצילו אחר אינו זוכה בו אבל לרש"י הוי הפקר וכן עיקר עיי"ש ועיין פרש"י בהגוזל בתרא דף קט"ו ע"ב בד"ה לא אמר כלום שכתב כיון דלאיבוד אזיל לית בהו זכי' והפקרא היא ול"ל שאני התם שהכד נשבר הוי כנעשה מעשה בדבש שבתוכו אף שלא נשפך עדיין משא"כ בחץ דלא נגע עדיין בכלי דא"כ מה פריך הש"ס שם מבא אנס כנגדו עיי"ש ואפשר גם לרמב"ם דכ"ז שלא נשפך הדבש ל"ה הפקר היינו משום דנהי דבעל הכד אין לו במה להצילו מ"מ כיון

שיש כאן אחר עם כלי ויש מצות השבת אבדה לא ראוי להתייאש וכה"ג כתוב במג"א סימן של"ד סקי"א וגם בכה"ג דעת הר"ן בפרק כל כתבי בנפלה דלקה בשבת כיון שהוא אינו רשאי להציל הרי הוא מופקר לכל עידי דהוי אמציל מזוטו של ים והביאו בא"א בסימן של"ד עיי"ש ובפ"ק דערכין דף וא"ו ע"ב היוצא ליהרג לא נידר ואחרים שחבלו בו פטורין דאין לו דמים ועומד הוא ליחבל וברמב"ן בדד"ג אהא דאמרינן בפרק הכונס דף נ"ז כופף קמתו של חברו בפני הדלקה או שוי' טמון פטור דלאו גורם נזק הוא שהנזק ע"י המדליק בא אף שפוטר אה המדליק מלשלם כיון שעדיין לא נתחייב הוי רק כמונע ממנו ריוח והזורק כלי מהגג ובא אחר ושברו במקל שניהם פטורין ולא מחייבו משום דד"ג דראשון לא אתי נזקא מחמתי' כלל ושני נמי מנא תבירא תבר ואי משום שגרם שלא יתחייב הראשון היינו טומן באש דפטור את"ד ולע"ד ל"ד לשוי' טמון דהתם בא הנזק ע"י המדליק דלולא אשו של המדליק הי' נשאר משא"כ כאן השני שובר ואי כיון דכבר זרקו הראשון מהגג וסופו להשבר הוי כמנא תבירא מה בכך מ"מ שוה היה אצל בעל הכלי ככלי שלימה דהי' נפרע מהראשון ודמיא להא דכתב הנמ"י בפרק המוכר פירות אהא דבורר צרורות מגורנו של חברו חייב לשלם לו דמי חטים אף דעפר בעלמא מ"מ כיון דנמכר בממון במקום חטים הרי שוה ממון ועפר הנמכר בממון כגון עפרות זהב הוא ואפילו מאן דלא דד"ג מודה בזה ואף דנמ"י שם כתב דשורף חמץ שעעה"פ אצל הגזלן פטור דאינו שוה לשום אדם רק לגזלן וכ"כ תוס' במרובה הא רמב"ן גופא לא מחלק בכך וכמ"ש הש"ך בסימן שפ"ו סקי"א ושכ"כ ריטב"א והכריע כדבריו.

סימן שצא

סעי' ז' שאין לו לשלם שאם הי' אפשר להשתלם ממנו הי' הוא חייב ובעל הפרה פטור במע"מ כתב הטעם דשותפים ננהו כשנים שהזיקו ביחד וק"ל דא"כ כשיש לו לשלם למה פטור בעל הפרם לגמרי ישלם חצי ול"ל משום דבעל הפרה יכול לחזור על המושיט שגרם לו חיוב זה חדא דעכ"פ מה שנהנית לא גרם לו המושיט היזק ועוד מה לו לניזק בזה הוא יקח פלגא מבעל הפרה ויחזור בעל הפרה על המושיט ושדר"ל ליש כשיש לו נכסי והמע"מ כתב טעמו על הרא"ש דלא סיים דבעל הפרה פטור אבל בטוש"ע ל"ל כן ומוכרחים דברי הש"ך דבעל הפרה ג"כ חייב כמו הגוזל ומאכיל דרמ"ג רק כשיש להמושיט לשלם כיון דחייב מטעם מזיק ובעל הפרה לא הזיק בידים שהרי אלו לא הושיט לא אכלת לכך גובה מהמושיט וביאור הגר"א כתב עמ"ש בש"ע או שאין לו כסברא קמא בסימן ת"י סל"ז ודברי ש"ך דחוקים עכ"ל וא"א לומר כן וכמ"ש דא"כ כשיש

להמושיט נמי ישלם בעל הפרה פלגא וסברת הש"ך אב"א סברא כיון דחל החיוב על המתחיל לגרום ההיזק ממילא ל"ח הגומר מזיק כלל דאין הניזק נפסד על ידו כיון דיש להשתלם מהמתחיל ועשה ברצונו והגומר נהנה משל המתחיל מרצונו אבל כשא"א להשתלם מהמתחיל נמצא הגומר נהנה מהניזק ומזיקו בעל כרחו וחייב לשלם לו ובגמרא בפרק השולח דף מ"א דהעושה עבדו אפותקי ושחררו כופין את רבו לכתוב לו גט שחרור וכותב לו שטר על דמיו לת"ק ורשב"ג פליג דאין העבד כותב רק המשחרר כותב ומבואר בש"ס שם במאי פליגי רשב"ג ות"ק דלת"ק משחרר פטור דמזיק שעבוד או סשא"נ פטור ולרשב"ג חייב ולענין חיוב העבד אין הש"ס נותן שום טעם בפלוגתתן רק ממילא הוא כיון דהמשחרר התחיל לסבב ההיזק ובגרמתו נגמר ההיזק ע"י העבד ונהנה העבד כשכופין שני לשחררו לטובת העבד ולרב התם דהשחרור נגמר תחלה דמפקיע מידי שעבוד ע"מ לת"ק דהמשחרר פטור דהוי רק מזיק שעבוד חייב העבד כיון דהגמר על ידו שכופין שנית לשחרר וגם נהנה והמלוה נפסד ולעולא אליבא דרשב"ג אע"ג דמדינא לא נשתחרר תחלה רק גרם קצת היזק שאינו ניכר שע"י משחרר רבו ראשון שנית ונהנה העבד בדמיו מ"מ כיון דלרשב"ג חייב בהיזק שא"נ צריך מלוה לשלם כיון שהתחיל לסבב ההיזק וממילא פטור העבד כיון דאין לרבו שום היזק וה"נ ממש כאן.

סימן שצב

ועל שאר הגדיש פטור עיין מראה הפנים בפרק כיצד הרגל הלכרם הוכיח כדעה זאת דכח כחו פטור וער"ן פרק הנשרפין דכח כחו הוי רק גרמי וא"כ לפמ"ש רמ"א לעיל סימן שפ"ו ס"א דגרמי בבהמה וה פטור ה"נ.

סימן שצד

ולא נתרסקו אבריו עש"ך אי יש לספק צריך לשלם מה שהי' נותן שיצילו בהמתו מספק וכ"כ יש"ש בפ"ו דב"ק סי"ג אולם בדרישה לעיל סימן ריז לא ס"ל לחשוב היזק מה שהי' יכול ליטול בעד הספק ה"נ לא חשוב מצילו מהיזק דשמא לא היתה ניזקת באמת.

סעי' ג' ואפילו הפירות בר"ה דהוי כמזיק בידים לפ"ז מת משלמין יורשיו מנכסיו וכן משמע בפרק הכונס דף כ"ו ע"ב דהך דינא אמרה רבה אמר רב מתנה אמר רב ופריך מעמיד פשיטא והרי רבה ס"ל גרמי פטור ואפילו ת"ל רב דד"ג מה קושיא פשיטא כיון דאיכא מאן דלא דד"ג וביש"ש בפרק הכונס סימן למ"ד כתב דאם העמיד עכו"ם על ממון של חברו דהוי כמוסר בידים ונשבע הנמסר ונוטל וש"ך לעיל סימן שפ"ח ס"ק ל"ב כתב

דל"ה אלא גרמי כדמוכח בסוף הגוזל בתרא כיון שלא נשא ונתן ביד וצ"ל דשאני הכא חדא דברשב"א כתב דל"ד לאכלה מן הרחבה דפטור אפילו בשקרבם אצל הפירות דהכא בשלקחה באפסר והעמידה על הקמח וכן פרש"י ותוס' שם ועוד שאני עכו"ם דבר דעת הוא ואדעתא דנפשי' עביד וכמ"ש לחלק לענין קנין בנתיבות סימן קפ"ח ומ"מ צ"ע כיון דלא תלש ביד ולא עשה ההיזק בגוף הפירות ובר"ה ליכא משום שן ועיין אבן העוזר על או"ח סימן שכ"ח שהקשה למה לענין שבת המעמיד בהמה על עשבים אינו איסור וכאן חשוב מזיק בידים ה"נ יהא בשבת תולש בידים ול"ל דשאני ניזקין ממלאכה דהא בפרק הכונס דף סמ"ך גבי אש שא"י לעבור מעצמו ורוח העבירו פטור דהוי רק גרמא וזורה ורוח מסייעו בשבת חייב דמלאכת מחשבת אסרה הורה ותירוץ דבניזקין תלוי בברי היזקא אבל מעמיד בהמתו ע"ג מחובר אין מחשבתו לתלוש רק שבהמתו תאכל ותמלא כרסה לכן מותר כיון דהוא אינו עושה כלום וגם מחשבתו אינו על המלאכה עיי"ש וא"כ ה"נ לא יהא רק גרמי כיון דאינו עושה כלום רק חייב משום ברי היזקא וצ"ל דחייב כאן משום אש כמ"ש תוס' בב"ק שם דאין לפרש דחייב מטעם אש דברי היזקא והוי כאלו נותן לשם אש דא"כ גם בר"ה ליחייב ולא משתמיט בשום דוכתא דחייב בר"ה וא"כ רשב"א וסייעתי' דמחייבי גם בר"ה וס"ל דהא דלא משתמיט לאו טענה כמ"ש ב"י מחייבו משום אש דאשו משום חציו אפילו בגחלת חברו ומ"מ לפמ"ש בחידושי ר"ן פרק הנשרפין דף מ"ז דכפתו לפני ארי פטור אפילו הי' ארי שם דארי אדעתא דנפשו אכיל ואין ההיזק מחויב לבא עוד כתב שם די"ל דרוח מצוי' לענין אש רואין אותם כאלו הי' פועל המבעיר האש כיון שהוא בטבע משא"כ ארי אדעתא דנפשו אכיל עיי"ש אף דמיירי התם לענין חיוב מיתם מ"מ מנלן ליליף מעמיד בהמת חברו מאש דשם לא שייך אדעתא דנפשו כיון שהוא בטבע משא"כ בהמה אי בעי לא אכלה ואין לחלק בין מקרב דבר הניזק אצל המזיק למקרב המזיק לדבר הניזק כמ"ש תוס' שם בד"ה סוף חמה ועיי"ש בתוס' דכפתו לפני ארי ואכלו הוי רק כח כחו וגם באש אים חייב כח כחו רק משום ממונו ועיין מהרש"א שם ובר"ן שם דכח כחו חייב מדד"ג וא"כ נהי דמלשון הרמב"ם והמחבר משמע דהמעמיד הוא המזיק ולא משום שן מ"מ י"ל לשיטתייהו אזלי דדד"ג דינא ויורשיו נמי חייבים כמ"ש הש"ך לעיל ריש סימן שפ"ו משא"כ לפוסקים דד"ג רק קנס דיורשיו פטורים ה"נ ומה דפריך פשיטא משום דמעמידה ע"ג קמת חברו הרי נוטלת מרשות ניזק וכיון שהוא מעמידה חשוב בעירו כמ"ש תוס' ורא"ש ועוד הא רב ס"ל גרמי חייב בב"ב דף צ"ג דבורר צרור מגרנו של חברו חייב וכמ"ש מלא הרועים.

סימן שצה

המשסה כלבו של חברו בחברו פטור מד"א ברמב"ן בדד"ג כתב דל"ד למסור כיון שאין המסיקים רואין הממון והוא מראה להם גרם כל הנזק שהממון שמור הי' ובגרמתו הוציאו מרשות הבעלים דכיון דאוקמינהו עליו ברשותייהו קאי שהרי יצא מרשות הבעלים כמי שנטל כיסו של חברו והניחו בר"ה אבל במשסה קאי גברא והנחש ודומם לממון המוטל לפני המסיקין ובא אחד ואמר להם טלו אותו ונטלוהו שהוא פטור אף שאין רצונם ליטלו רק מחמת עצם זו שהשיאם זה ליטלו ומראה דינר לשולחני ונמצא רע חייב אף שאינו רק עצה כיון דאם טוב הדינר חייב לקבלו דמי לדן את הדין דה"נ חייבו בכך את"ד וזה כדעת סברא ראשונה דלעיל סימן ש"ו ס"ו ולפ"ז י"ל נמי דפטור בהך עובדא דמהר"ם מרזבורג שהביא רמ"א לעיל סימן שפ"ו ס"ג אך בת"ד סימן ס"ח בשם ר"א כתב ז"ל עכשיו נהגו לדון דינא דמסורות אף בדלא אחוי אלא שהלשין בדיבורו והפסיד ממון חברו ותקנת גאונים לסמוך כאן אדר"מ דד"ג בעקימת שפתים.

סימן שצז

סעי' א' והזיקה חייב עיין פ"ת מהחו"י דוקא אחר שהתרה בו ובבאה"ג מבואר אף בלא התראה ומ"ש דהתראה היינו בעדים כדלקמן סימן תט"ז עמ"ש שם דגם עדים ל"מ רק ב"ד.

ג"פ עיין סמ"ע ולי צ"ע למה בהוחזק ג"פ להזיק יהא קול ממסור דלעיל סימן שפ"ח סי"א דה"נ שמא יזיקנו בלא עדים ויפסיד.

סימן שצח

סעי' ד' בשעת נפילה חייב כתב הסמ"ע ח"נ וטו"ז ס"ל נ"ש ובתוס' רי"ד כתב ג"כ נ"ש ואפילו נגח שורו לשור בעל החצר משלם נ"ש גם תם אף דקי"ל תם בחצר הניזק רק ח"נ דוקא נכנס מעצמו אבל הכניסו בעל השור חייב נ"ש וזה דלא כמ"ש בש"ע ס"ב ולתוס' רי"ד מתורץ קושית תוס' בב"ק דף מ"ז ע"ב בד"ה אימא סיפא שהקשו בבא דהכניס שורו היכא מ"ל נגח לשורו של בעה"ב חייב דוקא שלא ברשות הא ברשות פטור הא גם בחצר השותפין חייב עיי"ש דלתוס' רי"ד חייב בנ"ש דומיא דנפל לבור והבאיש מימיו דחייב ג"כ בנ"ש לכן נקט דוקא הכניס שלא ברשות דאלא"ה אינו חייב רק ח"נ.

סימן שצט

סעי' א ליתא לפרה משתלם כל ח"נ מולד מפני שהיא גופה בתרומת הכרי תמה כיון דקי"ל שותפין ננהו וכיחש המזיק או שבח עד שעת העמדה בדין חל על המזיק וניזק א"כ כי ליתא לפרה ינוכה לניזק חצי הפסד הפרה שנאבדה וכבר קדמו הפנ"י בב"ק דף מ"ז לתמוה על הפוסקים כן אבל מה שתמה תרומת הכרי על הרמב"ם ומחבר לא הרגיש דהם תפסו שיטה אחרת כי ברמב"ם פ"ז מנ"מ הי"ב ז"ל השביח המזיק בשעת העמדה בדין אם מחמת עצמו השביח משתלם ח"נ ממנו כולו כשעת העמדה בדין עכ"ל הרי דאינו נוטל יותר מח"נ רק אהכי לו דאם טרם ששבח לא הי' שוה ח"נ ועתה שוה נוטל עד ח"כ גם מדמי השבח ולא הזכיר כלל אם שבח יותר שיטול יתר על ח"נ או אם כיחש כגון שהי' שוה המזיק כשהזיק מאה והח"נ עולה חמשים ועתה פחת ועמד על שמנים שלא יטול רק ארבעים וכן הש"ע לקמן לא הזכיר חידוש זה שיטול חלק בשבח יותר על ח"נ או ינוכה לו מה"נ אם כחש המזיק ועדיין שוה שיעור ח"נ וכן מבואר באס"ז בשם ר"ח בב"ק דף ל"ד דמיירי רק לענין אם ליטול בשבח עד שיעור נזקי' או נפחת ואין כל המזיק שוה ח"נ ובפרש"י שם כתב ה"ג כולה רע"ק משמע שיש גרסא אחרת שם ובאמת נראה דעת הרמב"ם מן פ"ח מנ"מ ה"ו דקודם העמדה בדין המזיק אינו של ניזק מדכתב שור תם שהזיק אם מכרו המזיק עד שלא עמד בדין אע"פ שהוא מכור הרי הניזק גובה המינו וחוזר הלוקח וגובה מן המזיק שמכר לו שכיון שנגח קול יש לו וכ"כ המחבר לקמן סימן תיז ס"א וכתב הה"מ שם דאפילו לרע"ק דשותפו ננהו מ"מ הלוקח חורש בו לכתחלה והמכר קיים ואין כל אחד יכול לחזור וכ"כ המאירי בפרק המניח דף ל"ג דדעת גדולי המחברים תופסין בזו שיטה אחרת ויראה מדבריהם שדברי רע"ק לאחר שעמד בדין נאמרו ומתוך כך פסקו שקודם שעמד בדין מכח המזיק מכור רק ניזק גובה ממנו דהוי כאפותקי ויש לו קול כיון שנגח ודעת רא"ש וטור י"ל נהי דחידשה תורה דלא יכול לסלקו לניזק רק בגוף המזיק מ"מ בגופו יכול ליתן לו איזה שירצה א"כ יכול הי' לשלם ח"נ בולד ולא יצא הפרה מרשות מזיק כמו בבהמת ארנונא דפ"ק דפסחים דף וא"ו דל"ח יד נכרי באמצע כיון דיכול לסלקו בזוזי ה"נ כך לי הולד כזוזי ואפילו לפוסקים שם כאיד ה"ט דארנונא מוטל רק על הולדות רק דת המלך ליטול דמים בעד הולדות כמ"ש בפסקי מהרי"א סימן ק"ל משא"כ הכא אינו מוטל דוקא על הפרה יותר מעל הולד ועוד אפת"ל דאין הברירה למזיק מ"מ קנס מתחייב רק בשעת העמדה בב"ד רק כיון דסופו ליטול מגופו למפרע גובה דאפילו יודה כיון דאינו מחייב עצמו בכלום כשיביא עדים חייב ולכן דוקא כשנכחש כל המזיק דע"כ סופו ליטול איזה חלק בו לכן נפחת גם לניזק אבל

נאבד הפרה לבד כיון דלא נתברר אם סופו ליטול הפרה לא יצאה מרשות מרה קמא ושלו הוא עתו"ס בפסחים שם בד"ה התם.

סעי' ג' באגם פטור ובסימן רכ"ג ס"ב הביא דעת רמב"ם ג"כ דס"ל דיחלוקו וישבתי שם דכאן דקנס הוא עדיין לא זכה הניזק טרם העמדה בדין ובכ"מ שהוא של המזיק הוא ומספק אין לחייבו להוציא מחזקתו מעתה ועמ"ש בסמוך ס"א דלרמב"ם גם בפלגא נזקא דתם לא זכה בו הניזק עד העמדה בדין ולא ס"ל כראב"ד ורשב"א בב"ק דף ל"ג דפ"נ זכה בגופו מיד שהזיק לרע"ק דשותפו ננהו ובתרומת הכרי תירוץ דשאני גבי קנס כיון דאלו טען המזיק ג"כ ברי לא הי' משלם דלטענת ברי מהני חמ"ק גם כשטוען שמא אין לחייבו דה"ל מרשיע א"ע ומודה בקנס פטור מה"ט עכ"ל ולא נראה דעדיין הל"ל באגם יחלוקו כשידוע שהמזיק לא הי' אצל ההיזק וא"י לטעון ברי דאזי לא חשוב מרשיע א"ע דאנו יודעים שאינו יודע ומחוורתא כדשנין.

סימן ת

סעי' ב' בד"א בטור ז"ל כתב הרי"ב בשם גאון דאין פטור כשמת אחד אלא החצי אבל משתלם מהחי רביע נזק ולא מסתברא לא"א ז"ל אלא פטור מהכל עכ"ל וקשה לדחות דברי גאון וז"ל הש"ס פ"המניח שניהם של איש אחד שניהם חייבים א"ל רבא מפרזיקא לר"א ש"מ שוורים תמים שהזיקו רמ"ג רמ"ג וכו' לעולם בתמין ורע"ק הוא דאמר שותפין הן וטעמא דאתנייהו לתרוייהו דלא מצי מדחי לו אבל לתנייהו תרוייהו מצי א"ל אייתי ראי' דהאי תורא אזקך ואשלם לך ע"כ והקשו תוס' ליקשי מסיפא דקטן וגדול ותרצו דמיירי שהזיקו תרוייהו ביחד בודאי ונתקשו תוס' הא מתניתין מיירי שאנו מסופקין איזה נגח עיי"ש וגם מה דקאמר רע"ק הוא אינו מובן כלל מה תלוי ברע"ק ובח"ר בשם גאון כתב דנוטל רביע מכ"א ואם מת אחד נוטל רביע משני ופירש הרשב"א דהא דנוטל רביע מכ"א אם ירצה המזיק דאם אינו רוצה יכול ליתן ח"נ מאחד ותמה הרשב"א למה במת אחד לא י"ל זה שמת הזיק ונלע"ד דהגאון מפרש כתוס' דהזיקו יחד וס"ד דחשוב כחד גופא לגבות ח"נ מאיזה שירצה ומסיק שניהם חייבים ליתן כ"א רביע דאל"כ אינו מדוקדק לשון דשניהם חייבים אם מצי למדחי לי' מאחד לחברו והנה קי"ל בב"ק דף כ"ג דשנים שהזיקו יחד אי ליתא להשתלם מהאי משתלם מהאי וכתב קצו"ח סימן ת"י דתמים שהזיקו ונאבד אחד אינו גובה מהשני רק רביע לרע"ק דשותפי הן זכה ניזק מיד רביע בכל תם ושלו נאבד עיי"ש והיינו דאמרינן דרע"ק הוא דשותפי ננהו לכן אם מת אחד אין לו מהשני רק רביע דלר"י יגבה ח"נ מדר"נ והנה העדים ראו שני שוורים רדפו

אחר אחד ונגחוהו אבל מדנפל ספק איזה הזיק ע"כ משום דשמא אחד עשה ההיזק ושני מסייעו שאין בו ממש דזה שיש בנגיחתו לבד כדי להזיק זהו המזיק וחייב אבל שמא שניהם שוים בהיזק לכן תנן במשנה דכ"א אומר שורך הזיק דאפשר אחד לבד הזיק וכן בשניהם של אחד וא"כ יש ס"ס שמא שניהם עשו ההיזק בשוה ואת"ל רק אחד דלמא זה הוא וע"כ ס"ד רמ"ג ורמ"ג כל הח"נ כשהזיקו יחד בודאי בשוה לכן בספק י"ל ס"ס ובתוס' ר"פ המניח כתבו דאף לרב דהולכין בממון אחר הרוב דוקא כשטוען המוחזק שמא אבל בטוען ברי י"ל ידענא בנפשאי שאני מהמיעוט א"כ ה"נ לדידן בס"ס י"ל ברי לי וליכא ספק וא"כ רישא דמשנה דאוקמה שם בש"ס דמזיק טוען שמא מהני ס"ס משא"כ בבבא דקטן וגדול דאוקמה בש"ס שם דמזיק ברי ל"מ ס"ס ומתורץ קושית תוס' שם דשפיר מיירי המשנה בחד גונא דשניהם נגחו ומ"מ יש ספק איזה עשה ההיזק ושאני רישא מסיפא רק בזה דאוקמה בש"ס דרישא מזיק שמא וניזק ברי וסיפא ניזק שמא ומזיק ברי ומסיק הש"ס דלא אמרינן רמ"ג בתמין שהזיקו יחד רק רביע נוטל מכ"א לכן בגונא דמיירי שיש ס"ס ומת אחד אינו נוטל מהשני ח"נ לרע"ק דשותפין ננהו א"כ א"ת שהזיקו יחד בשוה הרי כבר זכה רביע נזק בשור שמת והפסיד ניזק במיתתו וי"ל גם רש"י כונתו הכי מה שפירש דלר"י לא מצי מדחי לו ותוס' תמהו עליו הא לר"י נמי לא משתלם רק מגופו וידחהו שלך מת ולפמ"ש י"ל לר"י גובה כל הח"נ מכח ס"ס מדר"נ אבל לרע"ק אין לו רק רביע כפירוש הגאון ומ"מ יפה כתב הרשב"א דבאתנייהו לתרוייהו אם רוצה המזיק נותן כל הח"נ מאחד דל"ל שיטול רביע מכ"א מס"ס דא"כ תקשי רישא דהאי רישא דאם הם של שנים שניהם פטורים ואמאי לא יבא הניזק על כ"א בספק ספקא דודאי כל הרישא בחד גונא אלא צ"ל כמ"ש בתוס' בנדה דף כ"ז ד"ה חומר שני ולדות בענין המפלת תשב לזכר ולנקבה ולנדה ולא אמרינן ספק אינו ולד כלל ואת"ל ולד שמא זכר ותשב לזכר לבד משום דאם תראה ביום ל"ד ותחזור ותראה ביום מ"א תאמר שתשמר רק יום נגד יום אימר לא ילדה כלל נמצא היתה עד עתה מראיית ל"ד נדה ועכשיו ימי זיבה ואת"ל ולד ילדה שמא נקבה והיא עתה בימי טוהר וליכא רק חד ספק אימר זכר ילדה והוי ראיית ל"ד ועד עכשיו דם טוהר ועכשיו התחילה ימי נדה ועיי"ש מהרש"א הרי אף דרק חד ספק סותר דהא הספק דלא ילדה כלל שוה בשניהם מ"מ ל"ה ס"ס ולהחמיר אזלינן ה"נ בשל שני ב"א א"א לומר ס"ס שמא שני השוורים בשוה הזיקו ואת"ל אחד אימר שלך דנם אבל השני יש ס"ס זה וספק שני שמא שלו לבד סותר לס"ס שעושה לחבירו ע"כ כל חד מדחי לו וכן בשל איש אחד אינו נוטל רביע מכל חד בע"כ דמזיק משום הס"ס דספק שמא זה הזיק סותר לשיבא ליטול מהאחר ג"כ

רביע רק בנאבד אחד דאין לידון רק על הנשאר יש ס"ס על רביע ובאתנייהו תרוייהו יש לו הח"ר אף דמצי מדחי לו מכל חד שמא אידך הזיק מ"מ אומר נזקי גבך הוא כמ"ש הרשב"א וה"נ כשנאבד אחד יש לו רביע מהנשאר מס"ס ולמ"ל אם ימצא האחר תבא ליטול מהשני רביע מכח ס"ס להיפך דלא יצרך לס"ס דאזי יתן לו עוד רביע בע"כ רק מאיזה שירצה המזיק ומשום דיאמר לו הניזק נזקי גבך הוא ול"י הל"ל כשנאבד אחד נוטל מהשני כל ח"נ מס"ס ומדר"נ כל היכא דליתא להאי משתלם מאידך ול"ל כשימצא השני תאמר הס"ס בהיפך דהא כבר גבה ח"נ ואם ירצה המזיק ליתן הח"נ מהנמצא יתן לו משום דממון של ניזק גבי' ולא מצי הש"ס למימר דמשנה כר"י ושניהם חייבים היינו כשנאבד אחד דלישנא דשניהם משמע בשניהם לפנינו יש חיוב עליהם.

ולהפוסקים דבס"ס לא מוציאין ממון עדיין י"ל לפמ"ש בש"ש שמעתתא ד' פכ"ד דלהוציא מחמ"ק לבד מהני ס"ס או רוב דעדיפי מחזקה דמעיקרא רק להוציא מרשות מוחזק ל"מ וא"כ לרע"ק דשותפי הן משעת היזק וכשעומד באגם או בב"ד ליכא רק חמ"ק מהני ס"ס משא"כ לר"י דמצי לסלק בזוזי לעולם הוי מוחזק ול"מ ס"ס ובלא"ה גם רשב"א שם מוקי למתניתין בעומדין באגם מדקאמר דקמ"ל לאפוקי מסומכוס ומבואר בב"מ דף ק' בתוס' ד"ה הא דבמוחזק ממש מודה סומכוס ותוס' שם העלו דרק בברי וברי מודה סומכוס במוחזק ממש והקשו שם עדיין רחב"א דהמניח לוקים למשנה במוחזק ממש ומודה סומכוס בברי וברי וכן הקשו בר"פ שור שנגח את הפרה והקשו עוד שם לוקמה כר"י דמצי לסלוקי בזוזי ואף בעומד באגם חשוב מוחזק ממש ותיתי המשנה ככ"ע ולפמ"ש א"ש דעכצ"ל דמיירי בעומד באגם וכרע"ק כדמוקי בבא דשנים רודפים ואף דכתבתי לעיל דבברי וברי ל"מ ס"ס ולרחב"א מיירי בברי וברו וא"כ ל"ל לרחב"א טעם דשניהם חייבין משום ס"ס וכרע"ק ובאגם זה אינו דודאי למ"ד בברי וברי מודה סומכוס אף דהוי דררא דממונא ויש ספק לב"ד מ"מ זה טובן ברי לי ולי אין ספק ודררא כלל ה"נ לדידן בס"ס י"ל ברי לי ואינו מסופק אבל לרחב"א דגם בברי וברי אמר סומכוס כיון דלב"ד יש ספק לא משגיחין בברי שלו וחולקין ה"נ לרבנן בס"ס אף דצווח ברי לי לא משגיחין בו כיון דלדידן יש ס"ס מאי תקשי לרחב"א א"כ קטן וגדול ג"כ יש ס"ס לק"מ דלרחב"א בלא"ה ע"כ ל"ד רישא לסיפא כדאתקיף לו ר"ע וא"כ בבא דקטן וגדול איירי כפשוטו דרק אחד נגח והא גם לפירוש התוס' רק רישא דשניהם חייבים מיירי שנגחו שניהם.

ועוי"ל דעת הגאון כרמב"ם פ"כ דמכירה דגם לרבנן חולקין בעומד באגם ושמא ושמא והא דשניהם חייבים ע"כ אין המזיק טוען ברי זה הזיק דא"כ יתן ח"נ מזה ולמה חייבים

שניהם רביע מכל חד אם רוצה המזיק וכן מבואר באס"ז בשם הרא"ה ובזה לא תנן דאומר לא כי ומבואר בהה"מ ולח"ם פ"ט מנ"מ דר"פ הקשה לשיטתו דס"ל פנ"מ משא"כ לדידן דקי"ל פנ"ק לק"מ לרב"נ דע"כ מיירי בעדים דחייב גם לרב"נ וא"כ לדידן א"ש כרחב"א דמיירי בברי וברי ואף בעומדין באגם פליג סומכוס אבל בבא דשניהם חייבים דלא קתני לא כי ומיירי בטוען מזיק שמא ובאגם ולרע"ק דשותפי ננהו ל"ה מוחזק ע"כ גם לרבנן ממון המוטל בספק חולקין ונוטל רביע מכל חד ואפשר גם בע"כ של מזיק דכל חד מוטל בספק וכשנאבד אחד נוטל ממנו רביע מהנשאר אבל לר"י דמצי לסלוקי בזוזי וחשוב מוחזק גם באגם אף בשמא הממע"ה.

עוד אפשר לומר דהגאון דמסיק במת אחד אינו נוטל רק רביע לא ביאר דברי הש"ס בזה דאדרבה לשון הש"ס דמצי א"ל אייתי ראי' דהאי תורא אזקך ואשלם לך משמע דבלא ראי' אינו משלם כלום אלא דינא משתעי ולדידן דלא נ"מ בקנס רק כשתפס דאל"ה אין דנין בלאו סמוכין וא"כ ל"מ לרמב"ם דגם באגם חולקין דא"ש דכ"ש בתפס אלא גם אם נאמר באגם מוקמינן בחמ"ק כיון דלאידך ליכא חזקה דמעיקרא ולא חזקה דהשתא אבל בתפס ושניהן טוענין שמא כמ"ש לעיל דבבא דשניהן חייבין דלא קתני לא כי מיירי בשמא ושמא וכמ"ש הרא"ה ע"כ ס"ל לגאון דבזה גם לחכמים דפליגו על סומכוס יחלוקו דלזה יש חמ"ק וחשוב אידך מוציא מחברו ולזה יש חזקה דהשתא דמוחזק ותפוס וחשוב אידך מוציא לכן יחלוקו.

סעי' ג' עדים מעידים שאחד משני אלו הזיק משלם המזיק כמו שאומר לעיל בסימן פ"ח סי"ב בחטין ושעורין כתב גם כשיש עדים על השעורין פטור והקשה הש"ך דסותר לכאן ונ"ל דהיכא דיש עדים יש לתרץ דבריו דלא ליסתר הודאתו לעדים אף בדרך רחוק דהא אין הודאת תובע ברורה לגמרי וכמ"ש סמ"ע שם דלפיכך מועיל תפיסה לומר לא הודיתי וכעין זה כתב טו"ז לעיל סימן קל"ח ס"ז אלא די"ל העדים קושטא מסהדי ותובע לא הודה בהיפך רק מדלא תבע שעורין מחל אך בקנס דאינו זוכה עד העמדה בב"ד ומחייבין הב"ד לא מהני מחילה דהוי דשלב"ל וגם סילוק ל"מ בדאורייתא כדאיתא ר"פ הכותב ודעת רמב"ם וש"ע לקמן סימן ת"ז דגם בח"נ אינו זוכה עד שיפסקו לו ב"ד וכמ"ש לעיל סימן שצ"ט אך קשה בבא דמועד הזיק הגדול וזה אומר מועד הזיק הקטן מועיל מחילה אפילו יש עדים וה"ל לרמב"ם ומחבר לבאר חילוק זה כיון דהא דיש עדים חייב לא קאי אכולהו בבי אך כתבתי לעיל סימן פ"ח מהני די"ל זה הוי ממין הטענה דטענו מנה מעלי' ומודה לו חמשים מעלי' רק דאזלינן בתר הסבה דטענו בנזק גדול ומודה לו בנזק קטן וכתבתי שם דכ"ז לטעם הודאה אבל לטעם מחילה עכצ"ל דעל גוף אדם הנתבע מוסב המחילה

א"כ מהני עדים ור"פ דפריך מניזק אומר גדול הזיק או מועד הזיק ומזיק אומר קטן או תם הזיק דליהוי כטענו חטין משום דס"ל פנ"מ ומועיל מחילה וגם בלא"ה למ"ד פנ"מ מיירי סתמא בליכא עדים כמ"ש הש"ך לעיל סימן פ"ח ס"ק ט"ז ול"ל דזה שהודה בפחות יתחייב משום אודיתא כיון דמיד שהודה הוי הודאת דסתרי אמנם מ"ש הה"מ בדעת הרמב"ם בכולהו בבי כשיש עדים ישלם כדאמר מזיק דחוק דמלשון הרמב"ם נראה דרק במזיק אחד נוטל כדאמר מזיק אם יש לו עדים ולא במזיקין ונתקן שנים דאל"כ הל"ל הא דמשלם כדאמר מזיק ביש עדים בסוף כל הבבות והנה י"ל דכך יצא לו לחלק מסוגיות הש"ס ס"פ המניח דסתמא דש"ס פריך מהניזקין שנים דהוי טענו חטין והכי קי"ל פנ"ק וע"כ מיירי דיש עדים ע"כ גם בעדים פטור אך המקשן מרישא בניזק אחד שיהא כטענו חטין הוא ר"פ דס"ל פנ"מ י"ל שפיר דחייב אם יש עדים רק סתמא דמתניתין בלא עדים כמי לר"פ ולפ"ז א"ש דרחב"א ור"א ב"מ דמוקמי למשנה בברי וברי דמה יענו לפרכא דר"פ א"ו משום דקי"ל פנ"ק וע"כ המשנה מיירי דיש עדים ושקיל כדאמר מזיק אך טעמא בעי מ"ש ניזקין ומזיקין שנים או אחד וי"ל כשנשוה הרמב"ם לתוס' וש"ע בחנ"ק לרע"ק דשותפי ננהו גם קודם העמדה בדין ומ"ש בפ"ח מנ"מ דמכרו מזיק מכור משום דקנס אינו זוכה עד העמדה בדין אלא דאז זוכה למפרע דאגלאי למפרע דשלו היי וכמ"ש תוס' בפרק המניח דף ל"ג ע"כ מועיל המכירה מעיקרא ויכול לוקח לחרוש בו דעדיין אין לניזק עליו רק שעבוד רק אחר חיוב הב"ד מוציאו ממנו והנה כבר כתבתי דגם כשיש עדים יפסיד תובע מטעם מחילה אך בקנס ל"מ מחילה וכמ"ש הר"ן פרק נערה דבקנס ל"מ מחילה וסילוק קודם חיוב ב"ד והובא ג"כ במל"מ פכ"ג מאישות וכן הוא בירושלמי והנה גם מחמת הודאה שיהא כקנין אודיתא ל"מ דלא עדיף מקנין ממש דאינו מועיל בדבר שאינו ברשותו וכן מצאתי בקצו"ח סימן קצ"ד אך לרע"ק דהקדישו ניזק מהני גם מחילה ואודיתא יועיל אך תוס' בב"ק דף ל"ג הקשו הא קנס אינו זוכה עד חיוב ב"ד וכתב אס"ז שם דהיכא דהתשלומין מבוררין על גוף זה דודאי יזכה בו זוכה למפרע כשעומד בדין ע"כ אם הקדישו ניזק מעיקרא חל ההקדש משא"כ כשאין התשלומין מבוררין על גוף זה עיי"ש ולפ"ז כשהספק אם קטן הזיק או גדול הזיק דאין מבורר באיזה גוף יזכה בקטן או בגדול ול"ל אגלאי למפרע דזכה בקטן זה דאם ימות אחד לא יטול כלום ואם יודה על הגדול לפע"ד ג"כ לא יטול רק בגדול כפי ערך הקטן לפמ"ש הש"ך כאן דאף אם מודה בגדול אינו נוטל כולו דהוי מודה בקנס דאין עדים רק על אחד וליכא עדים על יותר מדמי הקטן וא"כ א"א לו ליטול בגדול רק כפי דמי הקטן דאף דגדול הזיק אין לו יותר וא"י לכופו ליתן לו הקטן דשמא אמת הגדול הזיק וגם ניזק אומר כן וא"כ אין לו

רק בגוף הגדול ויותר י"ל דהא דזוכה משעת הנזק הא הוא משום דאגלאי למפרע והקשו תוס' וראשונים שם דאימר יודה ומודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור דס"ל דכן הדין אף כשאינו מחייב עצמו בהודאתו כלום ופרצו השתא מיהת לא הודה והנה ל"ק להו דשמא ימות או יאבד השור דבזה י"ל דזכה למפרע ושלו נאבד ומת אך כ"ז אם יש ברירה י"ל הוברר למפרע דלא הודה וזכה בו ורמב"ן בפרק כל הגט חילק דאם מתנה רק על דבר אחד כגון אם יבוא חכם או אם מתי יש ברירה אבל מתנה בין שני דברים כגון אם יבא חכם למזרח עירובי למזרח ואם למערב עירובי למערב או לאיזה שתצא מפתח תחלה יגרש בגט זה או שני לוגין שאני עתיד להפריש בזה קי"ל א"ב לומר הוברר למפרע דחל על זה וע"כ לא חל כלל דכל דבר שאינו מבורר לא חל וכה"ג כתב הישׁ"ש במרובה דאם מתנה רק על דבר אחד ועומד להתברר אם יחול אם לא בזה יש ברירה אבל מתנה בין שני דברים וזה אפשר לא יתברר שניהם דלא יבא חכם כלל בזה א"ב וא"כ אף דקי"ל בתם שהקדישו ניזק גורם עמדו בדין קדוש משום די"ב דליכא רק צד אחד אם לא יודה יתחייב משא"כ במזיקין שנים קטן וגדול ל"ל הוברר למפרע דזכה בזה או בזה דצריך ברירה בין שני דברים ואינו עומד להתברר בין שניהם דאם יודה יפטר משניהם וכן אם ימות או יאבד אחד לא יזכה גם בשני וגם ל"ל דבין יודה על הקטן בין על הגדול יזכה בקטן דכבר כתבתי דגם אחר העדאת עדים ויודה בגדול לא יזכה רק בגדול דמי ערך קטן ולפ"ד קצת פוסקים דזה ל"ח מודה בקנס כיון דיש עדים שאחד נגח מ"מ אם יודה בגדול לא יקח הקטן א"כ א"א לומר הוברר למפרע דזכה בקטן ול"ל עכ"פ תוברר דזכה בקנס מהאי גברא דאין לו חיוב בתם רק על השור וא"כ הוי דשלב"ל וכ"ז במזיקין שנים דאחד לבד הזיק ולא נודע איזה אבל בניזקין ומזיקין שנים דבכל חד ודאי יזכה עכ"פ הפחות ומפרט כשתובע ויש לו עדים ממילא זוכה למפרע ומהני מחילה ואודיתא ע"כ גם בעדים מפסיד וע"כ לא כתב הרמב"ם בזה דביש עדים שקיל כדאמר מזיק וי"ל עוד דגם מה שהודה דקטן חזיק לגדול ויש בו עכשיו לניזק יותר מכפי תביעתו מ"מ מגו דחל מחילתו על חלק שיש לו בודאי מחמת נזק הקטן שהוזק דודאי יתברר חיובו חל ג"כ איותר מזה דבגוף אחד לכ"ע אמרינן מגו דחל אדבר שברשותו חל ג"כ אאינו ברשותו כמ"ש הנו"ב חחו"מ סכ"ו אלא דבלא"ה ל"ה אפשר לרמב"ם לומר כאן ביש עדים יטול כדאמר מזיק דזה ודאי אינו נוטל ערך היזק הקטן שבקטן המזיק ובש"ך כתב' כאן סקי"ב דכשיש עדים י"ל לפיכך לא תבעתי הפחות דע"ז יש לי עדים וזה ודאי תירץ דחוק רק כדי שלא יסתר הודאתו לעדים מתרצינן גם בדרך רחוק וזה מועיל רק דלא נאמר כיון

שלא תבע הפחות הודה ומכחיש לעדים אבל מ"מ י"ל דמחל שו"ר בנה"מ סימן פ"ח ג"כ ה"ט ביש עדים יש לתרץ הודאתו דלא יסתר לעדים.

ונשבע כתב הטור בשם ראב"ד דלא כתב רמב"ם כן אלא אתם ומועד ומסיק הש"ך משום דבשני תמין קטן וגדול ל"ש שבועה דגם כשיודה הוי מודה בקנס ונ"ל כונת רש"י ג"כ הכי בס"פ המניח בהא דפריך אי לא מייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק לימא תהא תיובתא דרב"נ ופרש"י שקיל מן התם ועמד פנ"י מת רצה רש"י בזה אך לע"ד ש"ך א"ש דתוס' שם הקשו דנימא דהמשנה כר"ג דאמר טענו חטים והודה בשעורין חייב לכן תירץ רש"י דהקושיא של הש"ס מתם ומועד דשקיל מן התם ול"ל דאתיא כר"ג דא"כ למה לא קתני שישבע דלאו מועד הזיק אבל מקטן וגדול דהם שני תמין לא פריך ש"ס די"ל דאתיא כר"ג ומ"מ לא ישבע דגם כשיודה יפטר אך לפמ"ש ההמ"מ דר"פ פריך לשיטתו דס"ל פנ"מ צריך ליישב פרש"י באו"א וכונתו ג"כ לתרץ קושית תוס' דנימא דאתיא כר"ג משום דלא קתני שישבע אך תם הוי הילך אלא דהש"ך בסק"ז כתב כיון דצריך שומא ל"ח הילך אך בהכחשת קטן וגדול דטוען מזיק קטן הזיק משום דלא שוה ח"נ וקודם שנדע א"ל שוה ח"נ ליכא טענה וכפירה דלא נ"מ רק כשנדע דאינו שוה ח"נ וא"כ אזי הוי הילך וליכא שבועה וי"ל המשנה כר"ג לכן פרש"י דהקושיא מתם ומועד וכן י"ל בכונת הראב"ד אבל משום מודה בקנס אפשר רש"י וראב"ד ג"כ יסברו דשייך שבועה ומטעם שכתב בדרישה דלא אמרו רמב"ם וטור בהא דבסלע לקה דא"צ לישבע משום דאפילו יודה פטור בקנס רק לפטרו מהיסת ולא מש"ד עיי"ש ונראה הכונה דאף דמודה בקנס פטור היינו במודה בלא הכרח אבל כשיודה מחמת שלא ישבע ש"ד לשקר חייב דאם לא ישבע גם כשלא יודה נחתינן לנכסי' משא"כ בהיסת ויותר נראה לפמ"ש הש"ך ביו"ד סימן קי"ט ס"ק כ"ז דחכמים לא גזרו איסור להוציא ממון עיי"ש שהוציא כן מההמ"מ וירושלמי לכן ה"נ אף דע"י שמחויב לישבע ואינו נשבע לשקר ל"ח מודה בקנס דמוכרח להודת מ"מ בהיסת לא אמרינן כן דהא לולא תק"ח שישבע כופר הכל לא הי' על הכופר בקנס שום חיוב ושום גזל בידו דאף אלו הודה פטור דאין עליו חיוב רק כשב"ד מרשיעין אותו וכשמודה מרשיע א"ע וכשכופר ג"כ ב"ד א"י להרשיעו וא"כ אם נימא ע"י שבועת היסת מוכרח להודת וחייב היו חכמים גוזרין להוציא ממון מה שא"צ ליתן מן התורה וזה אין עושין ול"ד להיסת בכפירת ממון דע"י שבועה מודה ומשלם מה שחייב באמת מכבר.

עוד נראה דבש"ד יש לחייבו בקנס לפמ"ש נתיבות בדיני מגו ס"ק כ"ח דכיון דחזינן דמחויב שבועה ואיל"מ אלמא דרחמנא הימני' לתובע כ"ז שנתבע אינו נשבע ועיקר החיוב הוא ממון רק כשישבע הוא פוטר עצמו עיי"ש וא"כ ל"ה השבועה כי היכא

דלודו דבלא"ה חייב ממון והשבועה שיפטר וא"כ בקנס נמי אם נתחייב מקצת ע"י עדים כבר חייב בכולו בלא הודאתו ולא הוי מרשיע א"ע בהודאתו כלל דכבר מהימן התובע וכאלו יש עדים על כולו אם ישתוק נתבע או יאמר א"י רק אם ירצה לישבע יפטור עצמו ומרשיע א"ע דפטר רחמנא היינו אם בלא הודאתו פטור מיד אין הודאתו מחייבו אבל בהיסת דכשא"י לישבע פטור והשבועה רק כי היכי דלודי שפיר אמרינן בקנס פטור דהא אלו מודה מיפטר דמרשיע עצמו בהודאתו דאלמלא הודה הי' פטור אף בלא שבועה כגון חשוד או א"י או אינו רוצה לישבע והש"ך נסתייע מהתוס' רפ"ה דב"ק שכתבו לחד תירוצא דבקנס ל"ל משואיל"מ אבל ברשב"א ובאס"ז לא הזכירו תירוץ זה כלל רק תירוצים אחרים הרי ס"ל גם בקנס שייך ש"ד ונראה ראי' מפ"ק דב"מ דף ג' ע"ב דיליף ר"ח ק"ו ומה פיו שאינו מחייבו קנס מחייבו שבועה עדים שמחייבים קנס אינו דין שיחייבו שבועה והקשה באס"ז נימא דיו כעדים שמחייבים קנס על מה שמעידים דהוי דיו אסוף דינא ותירץ דא"כ מפריך ק"ו א"נ תמצא קנס שמחייבים אמה שאין מעידים כגון ע"א מעיד שאנס ונתחייב שבועה ועדים מעידים שפסול לשבועה ואיל"מ עיי"ש ותירץ ראשון יש לדחות דהא קי"ל כחכמים בב"ק דף כ"ה דאמרינן דיו אפילו מערך ק"ו וה"ל לש"ס לפרש ר"ח כר"ט ס"ל כמו דקאמר ר"ח כר"מ ס"ל ומה שכתב שם דלפמ"ש תוס' בדף ה' ע"ב בד"ה דחשוד דגזלן אינו פסול לשבועה רק מדרבנן לא יתיישב תירץ זה לק"מ דתוס' כתבו רק בגזלן משום דחשוד אממונא ל"ח אשבועה אבל אם העידו עליו שנשבע לשקר חשוד אשבועה ופסול מן התורה וא"כ מוכח דבקנס אמרינן מחויב שבועה ואיל"מ ומוכח דיש ש"ד בקנס.

ובאס"ז פ"ד דב"ק דף מ"א ע"ב הביא מהראב"ד שכתב בשם אחרים בעד אחד בקנס והלה טוען א"י משואיל"מ וראב"ד מודה להם ולא נחלק עליהם אלא מטעם שכל שאין העד מעיד שבעלים יודעים בדבר זה אינו מחויב שבועה עכ"ל הרי בקנס יש ש"ד לראב"ד דאל"כ ל"ה משואיל"מ וראב"ד שהובא באס"ז היינו בעל השגות כמבואר בשה"ג הרי דבר אמת בפי הה"מ וטור בכונת הראב"ד ולא כהש"ך ונ"ל דמה"ט לא פירש הטור כונת הראב"ד כהש"ך דבקנס ליכא ש"ד אף דבסימן שצ"ט כתב הטור דבקנס לא רמינן שבועה כיון דאלו מודה מפטר ודרישה כתב דמיירי בהיסת ולא נראה מסתימת הטור כן דה"ל לבאר דוקא אם כבר שילם מה שהודה אך הטור בעצמו סובר גם ש"ד אינו בקנס וכאן פירש דבכי ראב"ד לשיטתו ומ"ש הטור דלרא"ש הוי טענו חטין ול"כ דבקנס ליכא שבועה בלא"ה משום דלרא"ש פטור גם ממה שהודה ולפ"ז דעת טור דבקנס ליכא ש"ד אבל אינו מוכרח ובסתירת דברי טור י"ל דמחלק בין ש"ד להיסת ולעיל בסימן שצ"ט

לא ביאר דש"ד חייב משום דלעולם ליכא רק היסת וה"ט דהא כיון דקי"ל תם שהזיק יוחלט השור ויש למזיק וניזק שותפות בו א"כ הוי הילך כפקדון שבבית נתבע וש"ך כתב בסק"ז כיון דצריך שומא לאו הילך הוא ויפה כתב לדעת המחבר וכ"פ דמשכון ל"ה הילך ובריב"ש שבב"י ריש סימן פ"ז מבואר משום דצריך שומא ומחוסר גובייגא אבל הטור בסימן פ"ז דס"ל משכון הוי הילך א"כ טענת שומא אינו לכן נ"ל דזה גרע ממשכון דמביאו ונותנו ביד מלוה או מכבר הוא ביד מלוה משא"כ כאן התם אינו לפנינו רק בעליו מודה דנגח ולהודאתו הניזק שותף בו אבל קדמו ניזק והודה דאין לו בו שותפות דהכי טוען מועד הזיק או גדול הזיק ולא זה א"כ נהי דאינו כטענו חטים לרמב"ם וראב"ד משום דנוטל הפחות בממ"נ אבל שותפות אין לניזק בו מכח הודאתו ואם יקדם בע"ח ויגבנו או ימכרנו מזיק יוכל התופס בו לומר איני מאמין למזיק אלא לך דאחר הזיק ואם מועד הזיק אין לך עליו רק שעבוד כחוב בע"פ ע"כ ל"ה הילך דמחוסר גובייגא ואפשר להבריחו ע"י מכירה ופרעון חוב ואף דפקדון נמי יכול להבריחו ולהעלימו מ"מ כ"מ שהוא של מפקיד הוא וברשותו הוא משא"כ כאן דקדם הודאת ניזק להודאת מזיק לסתרו ולא נעשה שלו בהודאת מזיק ונסתלק השותפות מהשור תכף בהודאת ניזק וכ"ז כאן דניזק אומר מועד או גדול הזיק ומזיק אומר תם או קטן אבל בסימן שצ"ט דלענין המרה אין הכחשה דלטענת שניהם הפרה נגחה ויש לניזק שותפה בגוה א"כ ה"ל הילך וליכא ש"ד לכן סתם הטור וכתב דלא רמינן שבועה עליו משום דלא משכחת רק היסת.

סימן תא

סעי' ב' ניזק שתפס כתבו תוס' ר"פ שור שנגח דו"ה דפעמים שהרביעי אין לו כלום ושלישי יש לו כגון שנזקי דו"ה שוים ונזקי שלישי יתרים ואפילו חמישי נמי פעמים שאין לו כל נזקיו אם נזקו יתרה על של רביעי שאינו נוטל רק חלקו של רביעי ובש"ג ומהרש"א תמהו למה לא יטול החמישי מגוף המזיק גם מחלק הבעלים וש"ך תירץ דבעלים י"ל אנוסים אנו ולא הייתי יכול לשמרו וה"ל כהוציאו לסטים דבעלים פטורים וקצו"ח הביא מרשב"א ותוס' ר"פ הכונס שכתבו אתא דתנן הוציא לסטים חייבין דפריך הש"ס פשיטא כיון דאפקוה קמה ברשותייהו דגם בשור תם נוטל הניזק גוף השור עיי"ש ובאס"ז ר"פ שור שנגח שם מסתפק הרמ"ה בזה ודעת נוטה כמ"ש הש"ך דהא פרצוה לסטים בלילה ויצאה והזיקה בעלים פטורים כמבואר בר"פ הכונס ומשום דבעלים אנוסים ה"נ כשנטלוה לסטים אם הם פשעו בה למה יפסידו בעלים הם אנוסים ואם אין ללסטים לשלם ודאי יפסידו הבעלים ואפילו יש להם מ"מ הרי ניזק נוטל מגופו והרי הגוף של

בעליו ומה פשעו ואף דליסטים קנאו להתחייב באחריות אבל לא לחוב לבעלים לכן נראה דמבואר בהגוזל בתרה דף קי"ד בלסטים ישראל כיון דאמרי מימר מייאש וכתבו תוס' במרובה דף ס"ט בד"ה כל דלאחר יאוש אף דיאוש לא קני היינו לגזלן אבל אחר הי' יכול לזכות לולא דגזלן צריך להשיבה לבעלים עיי"ש וא"כ הניזק משתלם מגופה דזוכה בהמזיק מיד שהזיק דהרי הבעלים נתייאשו וגזלן א"י לעכב דהא פשע בשמירתה ואם הי' שלו לגמרי הי' ניזק ג"כ משתלם מגופה ולחובת גזלן ודאי קמה ברשותו לכל מילי לכן פריך פשיטא ול"ל דנוקי בידוע שלא נתייאשו בעלים או כמ"ד סתם גנבה ל"ה יאוש ז"א חדא דלמה לו לדחוקי לתרץ דמיירי נגד הסתם דהא בלסטים ישראל איירי דאל"כ ל"ל לסטים חייבין דאטו מי צייתי לדידן וכמו דפריך בר"פ שום היתומים ועוד ע"כ מיירי בהכי דאל"כ כיון דניזק א"י להשתלם מגופה גם לסטים פטורין דבכל תם א"צ לשלם מעלי' וא"כ ע"כ מיירי כשהניזק משתלם וא"כ פשיטא דלסטים חייבין באחריות וכ"ז בלסטים אבל בניזק שתפס בשביל נזקו אינו רוצה לגזול חלק בעלים וליכא יאוש וכיון דמ"מ בע"כ תפסו ובעלים אנוסים וא"י לשומרו פטורים וש"ך דכתב דהוי כהוציאוה לסטים דבעלים פטורים היינו דעל הבעלים אין חיוב משום דלא שמרו ונ"מ במועד או בתם ולפני יאוש.

הג"ה וי"א עש"ך דהרז"ה ונמ"י כתבו אם תפס מועד נעשה ש"ש ומהא שמעינן דמאן דתפיס מידי מן לוה שלו למגבה מיני' הוה עלי' ש"ש והקשה כיון שתפס שלא ברשות ב"ד ה"ל גזלן וחייב באונסין ובשלמא בשור שהזיקו ל"ח גזלן דיש לו רשות לתופסו משא"כ בשאר בע"ח את"ד ולע"ד כיון דש"ך מודה היכא דרשאי לתפוס אינו חייב באונסין ה"נ בחוב לפמ"ש נמ"י בפרק המקבל אהא דבע"ח אפילו בחוץ לא ינתחנו גזרה שמא ימשכנו בביתו ז"ל וא"ת הא קי"ל ריש פרק המניח דעביד אינש דינא לנפשי' תירצו בשם ר"ת דהיינו בכלי של עצמו א"נ כשבא בתורת גבי' אבל הכא מיירי שבא בתורת משכון למשכן וכדפירש רבי במתניתין ור"ל דעל המשנה כתב דאם רוצה מעות או קרקע ולא לגבות מזה שממשרנו רק ממשכן שלא תשמיטנו שביעית זה חשוב משכון ובתורת גובינא היינו אם רוצה לגבות חובי מזה וקצו"ח סימן צ"ז הביא דברי נמ"י וכתב דלא יכול להבין דהיכי שייכא תורת גבי' בלא ב"ד ומאן שם לו וע"כ אינו אלא למשכון עכ"ל ולא נדחה דעת ר"ת משום שהוא לא הבין וחילוק גדול יש דמשכון היינו שאינו רוצה לגבות מזה כלל אף ע"י שומת ב"ד ועיין לעיל סימן צ"ז סט"ו וא"כ גם רז"ה הכי ס"ל ולהכי דייקו רז"ה ונמ"י דתפוס למגבה מיני' ומ"מ כ"ז שלא שמוהו לו ב"ד ביד לוה לסלקו בזוזי וכדומה לכן לא הוי רק ש"ש.

סימן תד

סעי' ב' משתלם ממנו כשעת העמדה בדין לשון הרמב"ם פ"ז מנ"מ משתלם ח"כ ממנו כולו ע"כ ר"ל אם אינו שוה ח"נ בלא השבח נוטל גם מהשבח עד ח"כ ולא יותר ולא ס"ל כהטור דניזק נוטל חלק בהשבח אף שיטול יותר מח"נ ותמהני על הב"י ורמ"א שהשמיטו תיבת ח"נ.

סימן תז

סעי' א' הג"ה מכרו ניזק מכור וכשיתפסנו יקחנו הלוקח תמוה לי הא גזל ולא נתייאשו הבעלים נגזל א"י להקדישו לפי שאינו ברשותו ואף דסתם גזלה יכול להוציאו בדיינין כמבואר בפרש"י פ"ק דב"מ ד"ז ע"א ואפילו יש לו עדים וכדלעיל סימן שנ"ד ס"ו כ"ש כאן דבזה"ז א"י להוציא קנס בדיינין וכיון דמזיק אינו רוצה ליתן לו עד שתפס א"כ לפני התפיסה לא הי' ברשותו ולא חל המכירה דהא דבר שאינו ברשותו דינו כדשלב"ל כמבואר בסימן ר"ט ס"ה ובדשלב"ל מבואר שם ס"ד דגם לאחר שב"ל יכול לחזור ובאס"ז דב"ק דף ל"ג ז"ל ולרע"ק קדום וא"ת והאר"י גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם א"י להקדישו אלמא חזינן דהנגזל שהוא שלו ולא נתייאש ממנו א"י להקדישו לפי שא"ב וא"כ הניזק שמעולם לא בא ברשותו האיך יכול להקדישו וי"ל דמאחר שגבאו ובא ברשותו ולא קבל דמים לרע"ק אנו רואין כאלו מעיקרא כשהקדישו הי' כבר בא ברשותו וכן בגזל נמי אם הקדישו הנגזל ואח"כ העמיד הגזלן בדין והוציאו מידו בב"ד ה"נ דקדיש והא דאר"י דאינו קדוש היא היכא שלא הוציאו בב"ד הרא"ש ז"ל עכ"ל והוא דבר חידוש לא נמצא בפוסקים ובאמת קושייתו לק"מ דשאני גזלן דנוטל בע"כ ואינו רוצה לציית ד"ת רק אם יוציאו ממנו בע"כ משא"כ זה ששורו הזיק אינו גזלן וסתמא יציית ד"ת והוי ברשות ניזק אבל היינו כשהיו ב"ד סמוכין אבל לדידן דאין מוציאין בדיינין ומזיק בעצמו אינו רוצה ליתן ודאי אינו ברשות ניזק ולא מבעיא בידע לוקח דל"ל דטרח ותפס כי היכא דליקו בהימנותא כדלעיל סימן שע"ד אלא אפילו לא ידע מ"מ התם טעמא דכשחזר גזלן ולקחה שלוחותי' דלוקח עשה והנגזל מכרה ללוקח כמ"ש הרא"ש שבאס"ז פ"ק דב"מ דף ט"ז והכא ל"ל טעם זה על התפיסה דאין ללוקח על המזיק כלום ולא יכול לעשות שליח לתפוס ואולי מיירי כאן דהזיקה באגם ועדיין לא נכנסה לרשות מזיק לכן בכל מקום שהוא הוא של ניזק ועיין דרישה ופ"י בב"ק שם דשור המזיק אף דבעלים מעכבין אותו מליתנו לניזק עשתו תורה ברשות ניזק וכקרקע דאינה נגזלת וממלחמות ונ"י פרק מרובה דף עי"ן גבי הרשאה דס"ל לנהרדעי דכתבינן אמטלטלין דגזל דהוכיחו דלאו

הקנאה גמורה הוא דהא נגזל א"י להקנות ולימא לי' גזלן לאו בע"ד דידי את וכ"כ הרא"ש שם ואם כהאס"ז י"ל דהקנאה גמורה הוא ואי"ל לאו בע"ד דידי את כיון דאם יוציא ממנו הגזלה קנוי למורשה למפרע לגמרי דהא בפ"ק דב"ק חית ב' איתא דאפילו מכר שלא באחריות ובא בע"ח דמוכר לטרוף מלוקח אי"ל למוכר לאו בע"ד דידי את די"ל שלא יהא ללוקח תרעומת עלי אני חשוב כבע"ד מכ"ש כדי שיתא שלו אע"כ דלא ס"ל כהאס"ז וגם מהתוס' פרק הא"מ כ"ב ב' סד"ה והוא מוכח דלא כהאס"ז מדכתבו דקושית הש"ס מלישנא דר"י דא"י להקדישו משמע גם מדרבנן מותר ואם כהאס"ז ניחוש שמא יוציאנו מהגזלן ותקדם למפרע וספק דאורייתא לחומרא.

סימן תח

סעי' א' בעדים כשרים ברא"ש וטור בשם ר"י כתבו דאפילו שור של עכו"ם שנגח ש"י אין דנין אותם אלא בעדים כשרים ושעמ"ש כתב דהרא"ה בספר החינוך מצוה קצ"ב חולק דכתב גבי שלא לגלות ערות אחותו שאף שהעדים אינם כשרים להעיד על ישראל ראוים להעיד זע"ז וכיון דלהרא"ה עדים עכו"ם נאמנין לדונן מיתה ק"ו על ממונם עוד הקשה כיון דב"נ נהרג בע"א כ"ש ממונו ולמה הצריך שנים ועוד למה דחיק בש"ס בב"ק אהא דנקיט במתניתין עפ"י עדים לאפוקי מאי ומסיק דאיידי דנקט בע"ח ובני ברית נקט נמי ע"פ עדים והל"ל דקמ"ל בשור של עכו"ם שנגח שור ש"י דצריך שני עדים את"ד ונראה צפמ"ש הת"ח בסנהדרין דף נ"ז דדוקא דבר שחייב ב"כ על של ב"נ נידון בע"א אבל אם על שלהם פטור כגון נערה מאורסת ובא על נערה מאורסת של ישראל אזי נידון בדין ישראל וצריך עדים ועדה כדין ישראל ול"ש בזה לומר דאטו ישראל מגרע גרע כיון דעל של ב"נ פטור לגמרי עיי"ש שכתב להוכיח כן מהש"ס ורמב"ם ולפ"ז לפ"ד רמב"ם בפ"ט ממלכים דב"נ דמצווה על הדינין היינו להושיב דיינין לדונם על שבע המצות אבל אין דינם בממון כדיני ישראל וא"כ שור של ב"נ שהזיק שור של ב"נ לא חייבה תורה דלא מצינו רק בישראל שחידשה תורה לחייב אדם על נזקי ממונו אף דלא הזיק האדם בידים רק פשע בשמירתו רק אם שור של ב"נ נגח לתורא דידן חייב משום ראה ויתר א"כ דינו כדין ישראל דוקא בשני עדים ישראל והש"ס לא מצי לתרץ דע"פ עדים קמ"ל דצריך שנים דכיון דתני ב"ח וב"ב אף דדין ב"נ סגי בע"א אפילו עכו"ם וע"כ משום דעל שור של ב"נ שהזיק פטור לגמרי לכך אם נגח ש"י דינו בדין ישראל ממילא ה"ה דצריך שני עדים וא"כ אין הוכחה מהרא"ה דחולק אך לשיטת רש"י וחידושי ר"ן בסנהדרין שם דגם בנערה מאורסה נידון בע"א וכן לרמב"ן בפ' וישלח דב"נ נצטוה על דינין כישראל גם על האבות

נזיקין ה"נ סגי בע"א נכרי אך דוקא דמוחזק דאינו גזלן ולא משקר אבל בלא"ה פסול וכמבואר בהג"ה פ"ק דגיטין עיי"ש דל"ל כיון דעכו"ם כשר ה"ה גזלן דבשלמא עכו"ם מהימן הוא רק מגזה"כ פסול אבל בגזלן דחשוד לשקר משום שיטול ממון ויעיד זה לאו מגזה"כ ולא מצינו דרשה על זה מן התורה ובירושלמי פ"ק דקידושין הלכה א' מוכח כהת"ח וכמ"ש שם בשי"ק ומראה הפנים ומוכח מהר"י ורא"ש וטור דב"נ לא הי' להם דינין שלנו וכמשמעות הכתוב ומשפטים בל ידעום ותשובת רמ"א ס"י דעתו כרמב"ן עיי"ש ומ"מ קנסות ודאי לא נצטוו ב"נ כמבואר בסנהדרין דף נ"ו ע"ב וא"כ פנ"ק דפטור ב"נ בנגח שורו לשור של ב"נ צריך עדים בני ברית אם נגח לשור ש"י ועיין רמב"ם פ"ח מנזקי ממון הלכה ה' ומגדל עוז שם.

עוד הקשה שעמ"ש על החינוך שכתב דב"נ אינו נהרג רק בשני עדים והרי מפורש בסנהדרין שם דנהרג בע"א והוא תמיהא רבתי ח"ל הש"ס שם אך את דמכם לנפשותיכם אדרוש אפילו בדיין אחד מיד כל חי' אפילו שלא בהתראה אדרשנו ומיד האדם אפילו בעד אחד ואינו מובן כלל דלרבות ע"א מביא הש"ס אדרשנו ומיד האדם ולא סגי לו במיד האדם לבד או באדרשנו לבד ובילקוט נח דריש ואדרשנו לכן נ"ל דלכאורה פליאה דאם ע"א נאמן לא שבקת חי לכל ברי' אלא ודאי דוקא ע"א שאינו רמאי בעינן וע"ד דאיתא בפרק א"מ דף כ"ח עד דרוש אחיך אותו דרשהו אם אינו רמאי ה"נ צריך לדרוש העד אם אינו רמאי וזהו דמייתי ש"ס אדרשנו ומיד האדם אפילו בע"א לאחר דרישה שאינו רמאי ומאחר דדינן של ב"נ בע"א סגי ע"א להעידו שאינו רמאי לכן אדרשנו נמי לשון יחיד ומיד האדם לשון יחיד דע"א סגי על הדרישה וע"א על גוף העדות שראה שזה עבר לכן שפיר כתב החינוך דצריכין שני עדים ונראה הוכחה לזה דהא תלתא מיד כתיבי מיד כל חי' ומיד האדם מיד איש ולמה כתוב ומיד האדם בוא"ו ואינך ומיד בלא וא"ו אלא לקשר בוא"ו העיטוף עם אדרשנו ומזה יצא להש"ס דמייתי לה יחד לדרשה אחד אף דיש אתנחתא על אדרשנו וקאי כפשוטו על מיד כל חי' ולא על ומיד כל אדם עוד י"ל דתחלה מפרש הש"ס אדרוש בדיין אחד הרי דהדרישה שייך לדיין ה"נ אדרשנו קאי על הדיין ואמר אדרשנו ומיד האדם בע"א שהדיין הוא העד שראה בעצמו ולא ראה זולתו וכיון דהדיין יודע האמת ידונו בעצמו לכן כתוב ומיד בוא"ו אבל כשהדיין לא ראה בעצמו אפשר ע"א אינו באמן דא"כ איש את רעהו חיים בלעו ושונא כשר לעדות ופסול לדון כדלעיל ריש סימן ל"ג.

מה שתמה השעמ"ש על ב"י וד"מ וש"ך ביו"ד סימן קנ"ח דס"ל דהא דעכו"ם אין מורידין אין חיוב אבל איסור ליכא דא"כ למה גזלת וגנבת עכו"ם אסור מה"ת לכ"פ דהאיך ממונו

חמור מגופו את"ד י"ל דהא דק"ו אם גופו מותר ממונו לא כ"ש היינו רק במסור דגופו מותר מחשש שימסור ויביא לסכ"נ ומה"ט ממונו נמי הל"ל דמותר כדי שלא יהא דבריו נשמעים כמ"ש פנ"י בב"ק דף קי"ט משא"כ בעכו"ם דגופו מותר משום שעבר שבע מצות ב"נ שחייב עליהם מיתה וממונו לא נתחייב בכל חייבי מיתות דממוכן פלט.

סימן תי

סעי' ל"ז ולפ"ז וכו' ובקצו"ח כתב דגם דעה ראשונה מודה בזה דעד כאן לא קאמר אלא היכא שהחיוב על המזיק אבל בקרן דיוחלט השור אין לו אלא שוויו ואם נאבד או ברח אינו גובה מהשני דה"ל כאלו כבר גבה ונאבד ואע"ג דקנס אין לו אלא משעת העמדה מ"מ נפחת ברשות ניזק וכדמוכח מכיחש מזיק ברשותא דתרוייהו את"ד ולע"ד כיון דקנס תלוי בחיוב ב"ד אשר ירשיעון אלקים א"כ הא דכיחש גם ברשות ניזק היינו כשחייבוהו ב"ד נעשה שותף למפרע וכמבואר באס"ז לב"ק דף ל"ג וכ"כ האחרונים אבל לדידן דאין דנין קנס ליכא חיוב ב"ד ל"ל דהוי כאלו כבר גבה א"כ לר' נתן על בעל הבור לשלם כולו לשיטת כמ"ה ואף דלעיל סימן ת"ז כתבו טוש"ע דאם מכרו ניזק מכור ולכשיתפסנו יקחנו לוקח היינו כיון דתפסו ניזק עביד דינא לנפשו ונעשה שלו למפרע כמו ע"י דין ב"ד.

סימן תיד

סעי' א' אין מוציאין מידו צ"ע לפמ"ש הה"מ פ"ד מגזלה ה"ז בספק בתקנה מוציאין וה"נ ספק בתקנה הוא ומוכח כלח"מ שם דלא הוי כללא לכל ספק תקנה רק התם דלא הוזכר בתקנה אלא נגזל שישבע ויטול ושכירו הוי הוספה בהחלט.

סימן תטז

הג"ה ודוקא שהתרו בו ב"ד כתב פרישה הטעם דבלא ב"ד י"ל לא עלה על דעתי שאתחייב בדבר עיי"ש ולפ"ז דוקא בית דין אבל עדים לא די"ל גם הם לא בקיאי בדין ובחו"י שבפ"ת לעיל סימן שצ"ז כתב דהתראה בעדים בעינן כמ"ש בהג"ה סימן תט"ז ול"ד דגם עדים לא מהני.

סימן תיז

סעי' א' בהג"ה וכן זיזין וכו' ועוד שר"ה הם של מושלי העיר ולכל מה שנותנין רשות אזלינן בתרי' בשו"ת גוא"י באחד שרצה להוציא ביתו שהוא ברחוב לבנות מקום פריזבע

שלו ומיחו בידו חכמים מחמת מצר שהחזיקו בו רבים ונשאל מדוע לא מיחו לאותה שהוציאו ביתם לרחוב שוק הגדול מקום הפאצינוש שהי' מעבר לרבים וכתב משום דנשאר רוחב ט"ז אמה ולדעת הג"א וקצת פוסקים אין בזה משום מצר שהחזיקו בו רבים אף דלא מיירי המתירין רק כשהרבים החזיקו בשלו והפאצינוש אינו של בעלי הבתים מ"מ כיון שלקחו רשות ממושל העיר נקרא גבולם אבל כשלא נשאר ט"ז אונה ל"מ רשות ממושל העיר דאלת"ה יקשה אמאי ל"כ רמ"א ג"כ בס"ב בדין אין מוציאין זיזין וגזוזטראות דמהני רשות של מושל א"ו לענין זיזין ל"מ רשות עיי"ש ודבריו תמוהין דהא הרמ"א קאי עמ"ש וכן זיזין וסיים ועוד שר"ה הם של מושלי העיר ולכל מה שנותנין רשות אזלינן בתרי' הרי גם בזיזין מועיל וכ"מ להדיא בשו"ת רשב"א דמייתי ב"י כאן דכתב שע"ד כן מסר להם המלך את הרשות שהדרכים של אדוני הארץ והם רשאים לסתום ולהעמיד דלתות והרי הם ככונס בתוך רשותו ע"ד שיוציא זיזין וגזוזטראות לכשירצה עכ"ל הרי טעם זה גם לזיזין וגזוזטראות מועיל וגם לסתום הדרך אף דאינו מניח ט"ז אמה וכ"כ בשו"ת רשב"א דמייתי ב"י לעיל סימן קס"ב לכן שפיר עשו החכמים שלא מיחו באותם שהוציאו ביתם על מקום הפאצינוש ברשות מושל העיר אבל מ"ש משום שנשאר רוחב ט"ז אמה אינו נכון כיון דרוב הפוסקים לא ס"ל הכי אפילו יהא רק פלוגתא דרבוותא שקולין יש למחות מלהוציא מיד המחזיקין וכן הב"ח בתשובה שהובא בפ"ת כאן כתב דאין לסמוך ע"ז שלא למחות אבל זה שרצה לבנות על מקום הפריזבע לא הי' לו רשות ממושל ואפשר אפילו רשות ל"מ דמקום הפריזבע שלו וא"כ כשבנה הבית הוא או מורישו כנס לתוך שלו הוה ומחל לרבים ול"מ בזה רשות המושל כמ"ש בשו"ת ב"א שהביא פ"ת.

סימן תיח

סעי' י"ג נשבע בנק"ח ונוטל בש"ך סק"ז הביא מהיש"ש דבטוען המזיק ברי נשבע ונפטר דאינו רשע כגזלן אפילו מזיק להכעיס וכתב הש"ך דכן מוכח מהרא"ש שכתב דטמון באש מיירי שאין המבעיר יודע כמה הפסיד ובמסור שבועה על הנמסר שישבע ויטול משום שעשה המוסר עברה עיי"ש ואשתמיט ליש"ש והש"ך דברי מרדכי שהביא הב"ח לעיל סימן ל"ד סי"ב דמזיק הוי רשע דחמס אפילו הזיק ע"ד לשלם וא"כ ה"נ בהבעיר בכונה להזיק לחברו פסול לעדות ושבועה ועשה עברה כגזלן וישבע הניזק ויטול ואין שום ראי' מהרא"ש דמיירי רק בפשע בשמירת אשו דאינו מזיק בידים ואינו פסול וגם אפילו כונתו להזיק מ"מ הא טמון באש דפטרי רבנן הינו דכלו חציו דנפל הגדר מעצמי

וחייב משום שלא גדר כמבואר כאן וזהו דעת הרא"ש בס"פ הכונס ור' יהודא מחייב גם בזה וש"ס דף ס"ב שם קאמר לר' יהודא דמחייב טמון באש עשו תקנת נגזל באשו ועל זה קאי הרא"ש שם דהוכיח דבעיא דמסור מירי דומיא דטמון באש שאין המבעיר יודע ובזה ודאי דוקא כשא"י דאם יודע ומכחיש בברי יכול לישבע דלא נפסל כיון דהחיוב רק משום שלא גדר ולא עשה מעשה לגדור ובשוא"ת לא נפסל כמ"ש נתיבות ריש סימן ל"ד ובזה מיושב קושית תוס' שם בד"ה לר"י דמחייב על נזקי טמון באש עשו תקנת נגזל דאמאי נקנו לר"י הא לרבנן נמי המ"ל דעשו תקנה בבירה בכל דבר ובגדיש במוריגין עיי"ש דלפמ"ש קמ"ל לר"י דמחייב טמון בהדליק בתוך שלו וכלו חציו והחיוב רק על מה שלא עשה מעשה לגדור דאינו פסול לשבועה מ"מ עשו תקנת נגזל שישבע ניזק אבל לרבנן דלא מחייבי רק בלא כלו חציו ואזי כשנתכוין להזיק פסול לשבועה פשיטא דניזק נשבע ותוס' שלא תרצו כן משום דס"ל דלא עשו תקנת נגזל בטמון ומבעיר טוען ברי ובשמא אין רבותא יותר בפסול משאינו פסול כיון דא"י לישבע ומ"מ יש לומר דקמ"ל דעשו תקנת נגזל לר"י באשו אף שלא הזיק במעשה ול"ד לגזלן שגזל בידים.

סעי' י"ז וחבלה בו ואם מת מכח הבערה חייב עליו מיתה כאלו ירה בו חץ וכ"כ הטור עכ"ל סמ"ע ס"ק כ"ב ובחידושי ר"ן סנהדרין דף ע"ז ע"ב ז"ל אשו כמי אע"ג דמשום חציו הוא וכדקי"ל הכי וחייב בד' דברים מ"מ לא מיחייב מיתה אא"כ נפל לתוך האור וכבשו שם או שדחפו לאור וא"י לעלות דעביד מעשה ממש עכ"ל ותמוה דהא בפרק כיצד הרגל כ"ב ע"ב מבואר דמדליק גדיש ועבד כפות שם דלמ"ד אשו משום ממונו חייב לשלם אם לא הצית בגופו של עבד ולמ"ד אשו משום חציו קלב"מ אף שלא הצית בגופו של עבד ודוחק לומר עפימ"ש מהרש"א בסנהדרין שם בביאור התוס' דלמ"ד אשו משום חציו גם לענין חיוב מיתה דוקא כששרף בלא רוח כלל אבל אם שרף ע"י רוח אפילו רוח מצוי' פטור ממיתה וחייב בממון דלשון ר"ן משמע דאינו חייב רק בכבשו או דחפו לאור ונראה לפמ"ש ר"ן שם דאין לדמות נזקי ממון לרוצח לענין חיוב מיתה משום דרוצח אקיל רחמנא גבי' דלא עשה בו שוגג כמזיד ואונס כרצון וכיון שכן בעינן שיעשה פועל ממש בכח ראשון עיי"ש וא"כ נהי דאינו חייב מיתה ע"י אשו משום חציו משום דאקיל רחמנא דלא עשה בו שוגג כמזיד מ"מ הוי כחייבי מיתות שוגגין דפטורין מממון נמצא שלש מחלוקת בדבר דתוס' שם בסנהדרין ס"ל דאינו חייב מיתה ע"י אשו שהלך ברוח מצוי' וא"כ ל"ש קלב"מ והטור כאן כתב להדיא שאפילו הדליק בתוך שלו והלכה והזיקה ברוח מצוי' חשוב כזרק חץ ואם המית אדם נהרג ע"י ולחידושי ר"ן אינו נהרג מ"מ שייך קלב"מ ואין חילוק בין הלך ברוח מצוי' או בלא רוח כלל ועכ"פ בשרף

ברוח מצוי' יכול מזיק לומר קי"ל כטור דקלב"מ ועיין ב"ק דף ל"ה בפרש"י בד"ה רבא אמר לעולם מתניתין בדלא קבעי לה לאפרה והאי דפטור מתשלומין לאו משום דליהוי בו חיוב מיתה ובסד"ה כדתני הואיל ובמזיד שייכא מיתה.

סימן תיט

סעי' א' בש"ך סק"ג תמה על הרא"ש שכתב דר"כ בתראה הוא דלא מצינו רק ר"כ תלמידו דרב ואשתמוטתי' בס"פ מצות חליצה דף ק"ו ע"ב אשכחי' רב אשי לרב כהנא וכו' א"ל לא סבר מר להא דרבא.

הלכות חובל בחבירו סימן תכ

סעי' ל"ח הג"ה עבד או ממזר והוא אמת פטור בשבו"י ח"א סימן קע"ט כתב בקורא לחברו גנב ומברר בעדים שהוא גנב חייב דשאני עבד וממזר שא"י לתקן בתשובה ומצוה לפרסמו שלא להתחתן בו וראי' ממסכת סוטה שתקנו תפלה בלחש שלא לבייש עוברי עבירה ומה"ט לא חלק הכתוב בין חטאת לעולה דלא כיש"ש בהחובל סמ"ז את"ד ול"נ דגם בגנב נ"מ שנדע שהוא פסול לעדות ושבועה וגם להזהר ממנו ואף דכונתו אינו רק לביישו ועברה הוא מ"מ כיון דמבייש בדברים שנו חכמים דפטור רק תקנת גאונים לקנוס כמבואר בב"י מנ"ל דתקנו לקנוס על האמת ותקנתא לרשיעי ולא מתקנו מלתא דאתי לידי תקלה שלא יתפרסמו עוברי עבירה הפסולין לעדות ושבועה והא דסוטה שאני דכיון דמתוודים הרי עושין תשובה וגם אאמע"ר ועיין ב"מ פרק המקבל דף ק"י ע"א וכי מתקני רבנן מלתא דאתי בה לידי פסידא ה"נ אם לא נדע שהוא גנב לא נשמר ממנו ומצוה לפרסם החנפים ואף דזה לא מיכוין למצוה מ"מ כיון שגוף הדבר מצוה אין לקנסו וכמ"ש הטו"ז לקמן סימן תכ"א סי"ג.

סימן תכא

סעי' ה' שנים שנתאבקו בטור כתב לשון הרא"ש שנים שנתאבקו יחד ואחד הפיל חברו לארץ ונפל עליו וסימא עינו של התחתון נראה דפטור מה' דברים אף דקי"ל אדם מועד לעולם היכא דהוי אנוס פטור כדאיתא בירושלמי הי' ישן ובא חברו ושכב אצלו הראשון פטור בנזקי שני ותניא ב' שרצו והזיקו זה בזה שלא בכונה פטורין ובנד"ז שהתאבקו מדעת שניהן והזיקו זא"ז שלא בכונה כי הדבר ידוע בב' מתאבקין יחד עיקר כונתם שיפיל אחד לחברו וא"א לאדם לצמצם ולכוין שיפלהו בנחת שלא יוזק כי בכל כחם

הם מתאבקים וכ"א מכוין להפיל חברו ומחלו זה על זה ואדעתא דהכי התאבקו יחד וכתב בד"ה דיש לגמגם כי מתחלה נתן טעם לפטור מפני שהוא אנוס ומה שהביא ראי' מהירושלמי ומההוא דב' שרצו אינה ראי' דשא"ה שנתכוין להפילו ועשוי הוא להיות ניזוק ע"י ההפלה ואח"כ נתן טעם מפני שמחלו זל"ז וטענת מחילה ג"כ אינה טענה שהאומר לחברו סמא את עיני ע"מ לפטור חייב עכ"ל ונ"ל כונת הרא"ש להרכיב שני הטעמים כי בכ"א יש לדחות כמ"ש בד"ה משא"כ בצירופם יחד כי סמיית העין אונס גמור הוא שא"א לצמצם ולכוין שלא יוזק אך תחלתו בפשיעה דנתכוין להפילו וכמ"ש בד"ה לכן כתב עוד דמחלו זע"ז אלא דזה ל"מ אפילו אמר סמא עיני ע"מ לפטור אך על ההפלה לבד מהני המחילה וא"כ א"א לחייבו על ההתחלה כיון דמחל לו חברו הוי כלא עשאו כלל ולא פשע ממילא פטור על סמיית העין בלא מחילה כיון דאנוס הוא ואנוס פטור כדמוכח מהירושלמי.

וצ"ע מה מהני מחילתו הא הוי אסמכתא דסמך בדעתו שיתגבר על חברו ובמשחק בקוביא כתב הרא"ש בב"מ דף ע"ד דל"ה אסמכתא משום דאין בידו כלל ועל מה סמך וזה ל"ש כאן די"ל דסמך על כחו ולפי אומדן דעתו כסבור שכחו יפה מחברו וצ"ל דאזיל לשיטתו דס"ל כר"ת דאגב דבעי למיקני גמור ומקני כמ"ש בשו"ת הרא"ש סימן ס"ו ס"ט הובא בטור לעיל סימן ר"ז סכ"ה וא"כ כיון דלעיל סימן ר"ז סי"א הובא ברמ"א דעת הסוברין בערבונו מחול דהוי אסמכתא אף דמוחל וגם בסי"ב שם בסוף הג"ה י"ח אסברת ר"ה א"כ ה"נ אי תפס הניזק י"ל קי"ל דהוי אסמכתא כה"ג.

גם הראי' משנים שרצו והזיקו זא"ז אינו רק לדעת הרמ"ה שבטור לעיל סימן שע"ח דאלו להש"ע שם ס"ז הזיקו זא"ז חייבים וגם לבד"ה ולבוש שהבינו דטעם מחילה הוי טעם בפ"ע נראה דהא"ש לשיטתו אזיל דס"ל לקמן בסי"ב דאמר בפירוש ע"מ לפטור פטור וס"ל דכאן שנתאבקו אדעתא דהכי הוי כפירש ע"מ לפטור אבל לרמב"ם וש"ע דס"ל התם דאפילו פירש חייב לא עדיף כאן מפירש דהא בלבוש סי"ב כתב משום דהוי כמו מחילה בטעות שסבור הי' לסבול וא"י לסבול א"כ כ"ש כאן דסבור שלא תיקנו.

סעי' ו' מי שיש לו משרתו חושש שיגנוב לו יוכל להוציאו קודם זמן השכירות כ"ל דוקא אם חזינן דאמת מה"ט מוציאו אבל כשהמשרת מכחישו שאינו גנב לאו כל כמיני' דבע"ה להחזיקו בגנב כדאיתא בפרק כל הנשבעין אחזיקי אינשי בגנבי לא מחזקינן ובריש פז"ב תנן דא"י לפסול עדיו של זה עד שיביא ראי' שהוא קרוב או פסול ושם בגמרא אפילו הוא ואחד עמו א"כ לפסול את העד בגזלנותא כיון דנוגע וכן לעיל ס"א בהג"ה מי שקבל על חברו שגנב לו א"ל יוכל לברר אינו פטור רק משום דלא כיון לביישו

הרי אף דמוחזק הוא לא מהימן לומר דחברו גנב בלא ראי' ואלת"ה ל"ש חיי לכל משרת שכיזדמן לבע"ה משרת אחר בזול יותר וכדומה יאמר על הראשון דנגנב ויוציאו תו"ז ואפילו בשבועה נראה דלא מהימן כיון דחיוב ברור יש שמחויב להחזיק משרת זה על הזמן ששכרו כדמוכח מהנהו ראיות שכתבתי דצריך דוקא עדים ובפ"ת הביא משו"ת חוט השני שהקשה למה לא נשבע המשרת שלא יגנוב עיי"ש ולפמ"ש כיון דמברר דגנב פסול לשבועה כדלעיל סימן צ"ב ס"ג ואפילו מברר רק שגנב ממנו די"ל מורי התירא הוכחתי לעיל סימן צ"ב דפסול לשבועה ונראה דא"צ כאן לברר בעדים כשרים ממש רק מברר עפ"י קרובים או שיש רגל"ד לפי ראות הב"ד סגי כיון דיש מקום לחשדו אדעתא דהכי לא שכרו ובטול השכירות עכ"פ מכאן ולהבא כדאיתא פרק הגוזל דף ק"י ע"ב ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה אף דתוס' שם כתבו דבנפילה מן האירוסין איירי דאם מן הנשואין ודאי מקדשה נפשה כדי שתהא נשואה לבעלה עיי"ש דוקא התם דא"א להתקדש לחצאין דאומר לאשה היום את אשתי אינה יוצאת בלא גט כדאיתא בפ"ג דנדרים דף כ"ט משא"כ הכא אפשר לשכור על זמן שירצה וא"כ י"ל מה ששכרתיך על זמן ארוך משום דהיית נאמן בעיני עד דאתרע נאמנותך ואף דתוס' שם כתבו במכר ל"ל כן משום דתליא ג"כ בדעת המוכר היינו התם דמזל דלוקח גרם משא"כ זה דבבחירתו אתרע וגם ל"ל אם הי' מתנה בפירוש הי' המשרת ממאן בתנאי לומר אף שיהא גנב יוכרח להחזיקו ובכה"ג אף שנתקלקל אח"כ מבטל למפרע מכח האומד וכמ"ש בצלעות הבית ס"ו דומה לזה וא"כ אין סתירה לדברי משו"ת חוט השני דכה"ג דלא נתברר בעדים כשרים שגנב אף דאתרע נאמנותו מ"מ בשבועה מהימן וכמ"ש לעיל סימן צ"ב.

סעי' י"ג בהג"ה וכן מי שהוא תחת רשותו עמ"ש לעיל סימן ד' דלכאורה זה סותר למ"ש המחבר דיכול להכותו אף שאינו ברשותו וכתבתי לחלק דכשיש פנאי להביאו לב"ד הוא דוקא כשהוא ברשותו ובלבוש השמיט תיבת תחת רשותו וס"ל דלאו דוקא הוא אלא קמ"ל דל"ד ברואהו מכה חברו רשאי להכותו אלא גם בכל עבירה אך לשון תה"ד ורמ"א משמע דדוקא תחת רשותו ובש"ע של התניא כתב וכן הרואה בחברו שעושה איזה דבר עבירה אחרת והוא תחת ידו ורשותו להכותו רשאי להכותו כדי להפרישו מאיסור עכ"ל משמע דר"ל דהאי וכן קמ"ל רק דבשאר עבירה נמי דינא הכי והאי דנקטי תה"ד ורמ"א תחת רשותו ל"ד רק לומר שהוא תחת רשותו להכותו ולא נ"ל דמה צ"ל זה דודאי אם א"י להכותו לא יכהו ומ"מ תניא עצמו גבי הרואה ישראל מכה חברו כתב

דמצוה להכותו כדי להפרישו מאיסור וכאן כתב רשאי להכותו וה"ט דבמכה חברו אין פנאי להמתין להביאו לב"ד.

סימן תכד

סעי' ט' בהג"ה נצ"ב כ"כ הרא"ש והקשו ש"ג ונ"ל הא יכולה למחול כגוף הכתובה ונ"ל לפמ"ש בסימן ס"ו סכ"ו מהמח"א פי"א מזכי' דדעת ריטב"א דמחילה כמתנה ולדבריו צריך שיתרצה הלוה במחילה ויזכה ולתוס' ורשב"א מחילה רק סילוק שעבוד ואפילו בע"כ של לוה מהני וכתבתי שם דאם צריך דעת הלוה א"כ במוכר שט"ח לחברו ומחלו א"א להחזיק להעשות רק בסיוע הלוה וכשאין למוכר לשלם הל"ל דישלם הלוה וכתבתי שם דזה דעת ראב"ן אך דעת ש"פ דמחילה מטעם סילוק אמנם לפמ"ש תוס' בפ"ק דפסחים ד"ו בד"ה התם דמצי מסלק דהא דמקבל צ"ב מנכרי ולדות פטורין דהוי יד נכרי באמצע אע"ג דמצי למסלק לנכרי בזוזי דשא"ה שמתחלה היתה הבהמה של נכרי וכיון דאי בעי זוזי ולא משכח שקיל בהמה לא נפקא מרשותי' אבל של ישראל לא נכנסה לרשות הגוי ע"י שעבוד וכ"כ תוס' בפא"נ וא"כ אף דבשאר מחילת חוב אינו רק סילוק כיון דמלוה להוצאת נתנה ועל נכסי לוה לית לו רק שעבוד ומצי מסלק לי' בזוזי לא נכנסו לרשות מלוה אבל בנצ"ב דמעיקרא שלה היו ונשאר שעבודה עליהם לכשימות או יגרשה תגבם בנדוניותה א"כ לא יצאו מרשותה עדיין וכ"ש הוא דאפילו למוכרם אין הבעל רשאי וא"כ נהי דחידש לנו הרא"ש בתשובה דיכולה למחול לבעל נצ"ב ונתקשה הב"ש בסימן צדי"ק סט"ז למה מהני מחילה כיון שהם בעין ותירוץ כיון שהם באחריותו ויכול למוכרם בהסכמתה עיי"ש מ"מ ודאי משום מתנה הוא ולא סילוק בעלמא כיון דכה"ג לענין בכורה הוי כיד נכרי באמצע לא רק שעבוד וא"כ אין הבעל זוכה בע"כ וא"כ מסייע בהיזק ללוקח וכיון שאין לה לשלם יחויב הבעל וכמ"ש הש"ך בסימן של"א סק"א בדעת רא"ש וטור דק"ל דמושיט פירות שמעון לפרת לוי משום דהמושיט מזיק בידים אם יש לו צריך הוא לשלם ואם אין לו ישלם בעל הפרה כיון דההיזק נגמר ע"י פרתו.

בטוה"נ וכתב בע"ת בשל"ו דאם אין קונה יקחם הנחבל בעצמו בטוה"נ ואם יש מותר בטוה"נ מדמי החבלה א"צ הנחבל ליתן המותר להאשה עד שעה דקניא נפשה עכ"ל ר"ל דאינו קונה מנ"מ שלה רק לפי ערך דמי חבלתו והשאר נשאר לה וכן מצאתי בדרישה.

ובקצו"ח הקשה הא בע"ת ס"ל בש"ג ח"ה ס"י דשומא הדרא כמו שלקחה בזול אף אם נתייקרה א"כ מה ירויח הנחבל במה שיקנה עכשיו כיון דלאחר מות בעלה נמי לא יטול רק דמי החבלה ולא מה ששוה הנ"מ עכשיו יותר את"ד ולא נראה כלל כיון דשומא הדרא

רק משום ועשית הישר והטוב כדאיתא בפרק המפקיד דף ל"ה א"כ תינח כשלית פסידא למלוה לא במה שעומד המעות כיון דאוכל הפירות בלא נכייתא ולא בענין השומא דלעולם לא יחזיר זולת בדמים שנישוה לו אבל נחבל זה אין לו פירות בחיי בעל ואם אחר מות הבעל לא יקח רק דמי חבלתו המתין בחנם והרי מפסיד וכדאיתא ריש מכות דזה שוה מעות מה שממתין ואינו מקבל מיד מעותיו ור:

הוא לעיל סימן נ"ג ס"ג וגם כיון דלא יקח אף שימות הבעל תחלה רק דמי חבלתו א"כ עתה שיש ספק שמא תמות האשה תחלה אין לשום לו רק טוה"נ של דמי החבלה כגון שטוה"נ של נ"מ שלה שוה רק שליש דמי הנ"מ מחמת שהוא רק על ספק ואם נ"מ שלה שוה שלש מאות ודמי חבלתו מאה מוכרת לו כל נ"מ שלה בדמי חבלתו אבל א"ת שאפילו ימות הבעל קודם שומא הדרא ולא תתן לו רק מאה א"כ עכשיו שיש ספק שמא תמות תחלה האשה אין שוה לנחבל רק שליש מאה וא"כ מפסיד שנוטל בעד מאה רק שליש ממאה ואם כן אין זה ישר וטוב וע"כ מחליטין לו ועוד הא בבע"ת שם מבואר משום דנוטל יותר ממה שהלוה מחזי כרבית אבל באמת אינו רבית כיון דמכר גמור הוא מדינא וגם פירות אוכל וכתב שם גד"ת דכיון דכשהדרא אינו נוטל יותר לא ניכר כל כך כרבית במה שאין מנכין לו הפירות עיי"ש וא"כ תינח מלוה שהלוה מנה ונישום לו קרקע במנה וכשנתייקר ויקח מלוה מאתיים מחזי כרבית דזוזי יהיב וזוזי שקיל אבל נחבל דלא יהיב זוזי אף שיטול עכשיו יותר מכפי מה ששוה החבלה לא מחזי לעין הרבית וכה"ג אמרינן בב"מ דף ס"ג וביו"ד סימן קע"ה ס"ו הפוסק על הפירות ונתייקרו בשעת הפרעון יכול לשום העירות שנפסק עליהן במעות וליתן לו פירות אחרות אבל מעות אינו יכול ליתן כיון דזוזי יהיב וזוזי שקיל מחזי כרבית אבל פירות אף דבאו לידי שומא מ"מ כיון דנוטל רק פירות לא ניכר לעין ה"נ אף דחבלתו נישום מ"מ לא ניכר לעין כשיקח עתה יותר,

סעי' י' שחבלה בבעלה בטור תשובה לגאון אשה שחבלה בבעלה כל מה שקנתה אשה קנה בעלה כיון שכתובתה תפוסה בידו לא מפקינן וכתב שעמ"ש דמזה סתירה למ"ש הש"ך בספר ת"כ סימן ק"ל דאף דמהני תפיסה בספ"ד אם יש למלוה שטר א"י הלוה לעכב החוב עבור תביעה אחרת שיש בו ספ"ד משום דשטר כגבוי והרי הכא נמי יש להאשה כתובה ואפ"ה חשוב הבעל כתפס וכן מוכח מרמב"ן וכ"ן שבאס"ז פא"נ שהשיגו על הראב"ד דס"ל דא"ר שתפס הלוה מהני מהא דמשכנתא שהוא א"ר אין מנכין משטרא לשטרא ואמאי ליהוי כתפס אלמא בשטר נמי חשוב הלוה כתפס את"ד ולהשעמ"ש יסתר הרמב"ן א"ע דכתב כיון שהשטר מוחזק ביד המלוה כאלו הממון שכתוב בו מוחזק

בידו הובא בסמ"ע סימן מ"ד סק"י וכן הביא בת"כ שם מתשובת רמב"ן דלכך אמרינן מגו להוציא בשטר דהוי כאלו מוחזק בממון ולא דהוי כגבוי לגמרי דקי"ל שטר העומד לגבות אינו כגבוי ואם נאמר דמהרשב"א הוא מ"מ כבר ראי' להשיך ממנו ומהך דמייתי שעמ"ש ל"ק דכבר כתבו התומים ונו"ב דנהי דמלוה בשטר ל"ח מוחזק ממש מ"מ גם לוה ל"ח מוחזק וא"כ י"ל כיון דיש ספק מוקמינן אחזקה דמעיקרא שהי' חייב דבלא שטר כיון דלוה מוחזק ותפיס אין מוציאין ממנו בחזקה דלא עדיף מרוב אבל בשטר הוי כמונח באגם ומהני חמ"ק ובנתיבות בדיני תפיסה סכ"ד הביא מהמהרש"א וריטב"א בכתובות דף ע"ו דאשה כיון דהשטר בידה נקראת מרה קמא נגד ספק וא"כ דוקא בספק אבל היכא דודאי חייב רק אין ב"ד נזקקין להוציא כניזקין בזה"ז וכא"ר אבל כשא"צ להוציא יכול לעכב א"כ אף דיש לשכנגדו שטר מ"מ כיון דא"צ ב"ד שיוציאו ממנו והחיוב ודאי יכול לעכב אצלו ונראה אף להחולקין על הש"ך מ"מ היכא דיש ללוה תביעה אחרת על המלוה ואם יהא אמת הי' דינן דזה גובה וז"ג כמבואר בסימן פ"ה ס"ג בזה ודאי י"ל דהוי בעל השטר כגבוי דודאי עומד לגבות אף לדברי לות לא ינוכה זה בזה ועל זה ודאי אין סתירה מדברי הגאון שבכאן כיון דאין לאשה כלום ל"ל זה גובה וזה גובה לכן הבעל תופס ממה שהי' פורע לה.

מחייבים אותה למכרם לבעלה בטוה"נ ברא"ש פרק החובל כתב דגם לאחרים תוכל למכור הנ"מ ונצ"ב והקשה ש"ג בפרק החובל הא כיון דיכולה למחול לבעלה לאחר מכירה אין למכור כמו הכתובה והפ"ח בפרק החובל כתב דתמכור גוף הנצ"ב כשהם בעין כיון דיש לה שייכות בהם שאין הבעל יכול למכרם ואחר שתמכור לאחרים לא מהני מחילתה לבעל וכ"ד סמ"ע כאן סקי"ח דנצ"ב כשהם בעין א"צ למכור דוקא לבעל דתוכל למכור גם לאחר דלא תוכל למחול וכ"כ בסקי"ז ולי צ"ע הא כיון דהשתא הנצ"ב הם של הבעל רק אם יגרשה או ימות קודם לה תגבם האשה הוי דשלב"ל ואף דהבעל א"י למוכרם מ"מ אינן שלה כ"ז שיושבת תחתיו וא"כ צריכה למכור השטר שיש לה עליהן והוי כמכירת שט"ח דמהני מחילה ובנ"י פרק החובל כתב דיכולה למכור נצ"ב ובא"ע סימן צדיק סי"ג יש שני דעות בזה וע"ש ח"מ וב"ש ואחרונים נדחקו מאד לזה מהני מכירת נצ"ב כיון דמהשתא לא מצי חייל וגם מריא"ז פרק החובל שם מבואר דנצ"ב שמכרה לאחרים מהני מחילתה לבעל ובאב"מ שם כתב כיון דא"י להוציאן הוי כמשכון אצלה ומשכון מטלטלין קנוי למלוה והביא ראי' מהרא"ה שכ"כ בעסקא כיון דאסור למשתי בהו שכרא הוי כפקדון ויכול להקנותן עיי"ש ולי צ"ע דשאני עסקא דודאי של הנותן הוא משא"כ נצ"ב דהן של הבעל לגמרי רק אם יגרשה או ימות בחיי' תטלם

ועדיין לא נתברר מי ימות קודם ומה"ט חשבו אותן הפוסקים לדשלב"ל דאל"כ הא כיון דא"י לסלוקי בזוזי בלא"ה למפרע הוא גובה כדמוכח בפכ"ש דף ל"א א"ו שא"ה משום דהחוב ודאי לכן אי לאו דיכול לסלוקי בזוזי לכ"ע למפרע גובה משא"כ כאן דשמא תמות האשה קודם הוי כהתם שמא יסלקה בזוזי ומשכון המוחזק ביד המלוה שאני כמו שפרש"י במשנה בפכ"ש שם ומחוסר גובייניא לא הוי שהרי אצלו נתון איגלאי מלתא דמשעה שהרהוני אצלו הוי דידי' עכ"ל ועיין נתיבות סימן ע"ב סק"ה ונתיבות סימן ס"ו ס"ח סקי"ב דכתב דמשכון נמי ל"מ מכירה לגבות ממנו אף שיחזיר המוכר וימחול החוב רק דיכול לעכב המשכון ולא להחזירו דלזה לבד יש לו קנין במשכון עיי"ש וא"כ כאן שאינו ת"י לוקח ל"ל כן וי"ל מחמת דמעיקרא שלה היו לא יצאו מרשותה עדיין כיון שנשאר לה זכות בהן וכמ"ש לעיל ס"ט.

סימן תכז

סעי' א' מעקה במח"א הלכות שלוחין סי"א כתב דאם עשאו פועל גוי שכיר יום יכול בע"ה לברך והובא בפ"ת מ"ש דוקא פועל שכיר יום משום דקבלן אינו כעבד כמבואר לעיל סימן רכ"ז סל"ו ובסה"מ פי"ג ממכירה הט"ו הביא דרמב"ן ורשב"א חולקין ארמב"ם וס"ל דגם קבלן הוי כעבד ועיי"ש מל"מ הי"ח ועיין מה שכתבתי לעיל סימן רנ"ט דפועל גוי אין גופו קנוי רק בהקדים לו שכר וא"כ ה"נ ל"ח ידו כיד בע"ה לענין הברכה עוד הביא מפר"ח יו"ד סימן ק"ב דמטביל כלים ע"י גוי יברך וכתב המח"א טעמו כיון דא"צ דעת בעלים דאפילו עשאו אחר מעצמו הוא עשוי גם גוי נעשה שלוחו וכ"כ סט"ו להלכות מכירה וקשה שולח בערה ע"י חש"ו למה פטור השולח מד"א הא אפילו החש"ו עשאו מעצמן עשוי ומ"ש קטן מגוי שניהם לאו בר שליחות הן ול"ל דמיירי שלא אמר המשלח שיבערו רק נתן הגחלת בידן דהא בקידושין דף מ"ב ע"ב הקשו למה שלח ביד פקח הפקח חייב הא שלוחו כמותו הרי דמיירי דאמר לו להבעיר וה"נ מיירי בשולח ביד חש"ו וכבר תמה הש"ך כן על הסמ"ע לעיל סימן תי"ח סק"ט ואפשר כיון דהתם נמי חייב ביד"ש הרי ביד"ש חשוב כעשאו המשלח כ"ש לענין מצוה וברכת דיפת מדה טובה,

והוא שיהא בית דירה עסמ"ע שהקשה דבמזוזה פסק ביו"ד סימן רפ"ו דבית אוצרת חייבים עיי"ש ול"נ משום דביומא דף י"א בחדא ברייתא אמר ביתך בית המיוחד לך פרט לבית התבן ולבית האוצרת והדר מייתי ברייתא דפליג ותני בשעריך אחד שערי בתים וכו' ואוצרת עיי"ש הרי דמביתך לבד היינו ממעטין בית תבן ואוצרת רק מרבי לה ובשעריך דאף דאינו מיוחד כ"כ לדירה בכלל שעריך הן דשערי חצרות ג"כ אינן מיוחדין

כ"כ לדירה כבית ופסק ביו"ד כההיא ברייתא ובמעקה דלא כתב שעריך רק ביתך בעינן דוקא מיוחד לדירה כבית.

סעי' ט' אסרו חכמים וכו' ולא ישתה בלילה מן הבארות והאגמים שמא יבלע עלוקה ק"ל חדא ת"ל דאסור משום שרץ המים בבארות ואגמים דאסור גם כשלא פירש חותמים כדאיתא ביו"ד סימן פ"ד ועוד בפ"ק דע"ז י"ב ב' איתא ת"ר לא ישתה אדם מים לא מן הנהרות ולא מן האגמים לא בפיו ולא בידו אחת ואם שתה דמו בראשו מפני הסכנה ובש"ס י"ל דרישא באמת אסור בלא"ה רק על דמו בראשו סיים מפני הסכנה ועכ"פ משמע שם דגם ביום אסור ולמה השמיט רמב"ם וש"ע איסור דבידו אחת אח"כ מצאתי בכנה"ג יו"ד סימן פ"ד עמד בזה ומוצאו מצא חיים.

והנזהר תבא עליו ברכת

טוב בצדקתו יחיה.

לוח המפתח וא) וד) (ט) מזונות נסא ן קיל אבדה דשלב"ל נואבלאציע באות מחאה סופר באות ספר קנין אומדנא דברים שבלב דד"מ, מחילה סטראי קנס באות חיוב אונאה דין דיינים טעות מטבע ספק. קצבה אונס דד"מ וטאבלאציע טענות מי שפרע ספר (ר) אמנה לה) טראט באות כת"י מכירה סרסור רבית אסמכתא הודאה ויתומים וקי"ל מלמד, באות פועל (ע) רשות הרבים אפותקי הזמנה (י) מעקה עדות אש) שבועה אפטרופס היזק יאוש משרת עיקול שובר אשו הכאה יורד לשדה חברו מנהג עכו"ם שומא ב) הלואה יורשים מסרב עסקא שומרים ב"ד הפקר יתומים מעמש"ל ערב שותף בהכנ"ס הרשאה וכ) מצרנות עשיר ועני שטר בע"ד השגת גבול כענן מו"מ (פ) שידוכין ברי ושמא התראה כת"י משטה מועל שכירות ביוש (ז) כתובה משכון פנקס שליח א זכי' באות קנין אל) מתנה פקדון שליש גביית מלוה זיוף להד"מ מסור באות גרמא פרעון שעבוד נוד או אגוד זמן לשון וג) פשרה שתיקה גורל (ח) ומ) נאמנות (צ) (ת) תוכ"ד גורם חזקה מנו נזק צוואה תנאי גלגול שבועה חיוב וקנס מודה חקי שכנים באות לש) תפיסה גניבה גזילה חרם מודה מקצת חזקה קהל ת"ב גרמא וגרמי חבלה מודעה נתפס קיום תקנות

אבדה עוסק במצות כיבוד אב וא"ל אביו אל תחזיר האבדה, רס"ו. ס"י אבדה, רס"ז ה'. דמי אבדה שנאנסו, שם כ"ה.

אומדנא אומדנא דל"מ בקנין ד"ת משא"כ בקנין ד"ס או בשעבוד, ק"ב. אומדנא ר"ד ב', רפ"ו. קנה מאה ליטרין ירק בעי"ט למכור לאחדים אח"ז רוצה המוכר ג"כ למכור, ר"ל

אונאה במכירת חובות דליכא דין אונאה, קכ"ו יו"ד איסור אונאה שהוא אפי' כשכל חנוני מוכר כמו שיכול וכו' ר"ט א'. עשו התחייבות באוה"מ בל"מ והוקר או הוזל עד כדי אונאה, שם ו'. נתאנה מוכר יותר משתות וכשנודע לו כבר מכר לוקח בריוח, רכ"ז ד'. שהה יותר מכדי שיראת ולא נתן המעות דא"צ לישבע שלא מחל, שם ז'. נו"נ באמונה ונודע ששיקר, שם. מעשה בראנדיא ששותף הקנה לחבירו חלקו ונתאנה, שם כ"ט. אונאה בקרקע חדל, שם. ובקרקע שחופרין בה עפרות זהב, שם.

שליח שאינה, שם למ"ד. קיבל עליו לעשות פת כו"כ מתבואה שלו בעד כו"כ ונתאנה, שם ל"ג מכר מקצת אחר שנודע לו שנתאנה, רל"ב א' ג', ר' מכר כישות לש' ונדר לו שיהי' יפות כולן והורשהו שימדדם בעצמו ומכר ש' לגוי ומדד לו ש' שלא בפני ר' ונמצא בהן רעות והוכרח לוותר לגוי מסך שפסק עמו וכן אי הרויח ש', שט"ז. גאבעלי הוא דבר המשתנה לפי הזמן ואין בו אונאה, ר"ט א'. טען שנאנס ולא חקר תו"ז אי נתאנה אינו נאמן בשבועה, רכ"ז ז. נתאנה טען שלא נשתנה השער עליו להביא ראי' ואפי' נתאנה מוכר שם ט'. אמר לחבירו אם הרצה תתן לי ריוח כו"כ ואקנה לך תיבה אלמוגים סגורה ונתרצה ונמצא מזויפים. שם כ"ז.

אונס

ר' נתן סחורה לש' בעד כו"כ חטים שיעמוד לו על זמן פ' ואי יעבור הזמן יתן כו"כ מ"ו ועבר הזמן בטענת אונס, כ"א א' ר' קנה חפץ מש' ואמר לוי שאם לא ישלם ר' לזמ"פ ישלם הוא כל ההפסד מחמת עיכוב פרעון וקנו מיני' בבד"ח ומעכשיו דלא מפטר לוי בט' אונס שאין בידו לכוף לר', נ"ה א' הלווהו על המשכון וא"ל קנה מעכשיו א"ל אפדנו לז"ם ואירעו אונס, ע"ג י"ז ר"ז ט'.

אמנה

פוחת שטרו ואומר אמנה הי' על מחצה בעני ע"ח אי פסול כל השטר תליא בפלוגתא, נ"ב.

אסמכתא

כתב למלוה לשלם לו כל הוצאותיו שיוציא לגבות חובו אי לא יפרע בזמנו אי הוי אסמכתא ואי קיבל עליו לשלם הפסדו אי מניעת הריוח בכלל או אי קיבל עליו בפירוש לשלם לו מניעת הריוח י"א ד'. דין אסמכתא בלא קנין החוזר אין בו משום מחוסר אמנה, י"ד הי. קיבל עליו לדון בדא"ה בקנין ולמלוה זכות בזה אי הוי אסמכתא ואי מנהג מסלק אסמכתא, כ"ו ג' ד"ה סמ"ע ר"ז ט"ו. אסמכתא דל"ק אפי' קנו מידו בבד"ח רק בדלא אנוס זיד שנולד האונס אח"כ לא אונס דמיגליא נ"ה א'. דבר הנעשה ברבים אין בו משום

אסמכתא ומהני חיוב ע"ת, ס"א ד', אי שייך אסמכתא במשכון מטלטלין בלי מעכשיו, ע"ג י"ז אם תעשה לי כך אתן לך מנה דהוא אסמכתא אי צריך לשלם לו שכר פעולה, ריז י"ב. קנו מני' בבד"ח ול"א מעכשיו שם י"ד. ר' אמר לש' אם לא אקנה לך שדה שלי עד יום פ' יהא לך ספר זה קנוי מעכשיו אי הזמן רק לזרוזי, שם ט"ו. השלישו משכנות זנ"ז במשפטי גוים ובשטרותיהן אי קנו באסמכתא בל"ק, שם. כשעשו תיקון דחכס"פ ונאנס בקיום התנאי דהוא ספ"ד שם ט"ז. ר' שידך בנו לבת ש' ונתן ערבון ביד שליש באוה"מ שאם בכו לא יקדש לז"פ שיתן לש' ומות ר' תוך ז' ובנו לא אבה לקדש אי הוי אונס, שם. מעשה אחד קיבל עליו לפרנס יתום עני ג"ש בעד מאה ז"כ ונתחייב שאם לא יחזיקנו כבנו יחזור כל המאה אפי' אחר שנה, שם י"ט

אפותקי

היכא שייחד לו הפרעון שמזה יפרע חובו אף דלא א"ל א"ל אפרע לך גבה מזה דהוי כאפותקי סתם ואם אירע קלקול בגוף הדבר או בזמן גובה משאר נכסים, קי"ז א':

ישוב ד' רה"ג דאסר כל נכסיו לאו כל כמיני' להפקיע החוב, שם ז'. התנה שיגבה מעידית לוקח דל"מ כשיש בנ"ח זיבורית משא"כ באמר לא יהא לך פרעון אלא מעידית, קי"ט. אפותקי מפורש ובא אחר וחפר בה בורות אם הבע"ח גובה ממזיק ואם הלוה יכול לתבוע מהמזיק, שפ"ו ב'.

אש אשו משום חציו אי יש לומר קלב"מ, תי"ח סי"ז.

אפטרופס

אימת צריך לקב"ח שאין משביע בחנם ואי יכולין להפך עליו שבועה שחושד באמת, צ"ג ג'. אפטרופס הלוה מעות יתומים ולא התנה לשלם במ"מ דל"א כאלו הב"ד התנו, ק"א ב'. כ' לב' בניו לא' בנין פ' ולאח' בנין פ' והתנה שלא ימכרו חלקם לאחר עד זמן פ' ולא שייר לבן ג' אי הם אפטרופסים רמ"ו י"א. מעשה אפטרופס הלוה מעות יתום קטן על עסקא ונעשה השטר על שם האפטרופס והגדיל היתום צריך אפטרופס הרשאה מהיתום לתבוע, קכ"ב ה'. אפטרופס או אשה הנו"נ בנכסי היתומים שיודעים שהמוריש הי' חייב לאחרים ויכולים להעלים ולפרוע או יודעים על שט"ח שהוא פרוע ויכולים לקרעו אי נאמנים להעיד בב"ד, רנ"ה ח' אי האפטרופס נאמן להעיד להיתום ר"צ י"ב. שני אפטרופסים שווינם אבי יתומים ופשע אחד אם השני ערב שם כ' אפטרופס שטען בב"ד שלא כהוגן. שם. צוה המוריש שלא ליתן הירושה להיתום עד איזה זמן ובתויז שיעבד היתום נכסיו, שם כ"ו.

ב"ד

היכא שמהני קבלת בע"ד לדון ביניהם דברים שאין דנין בזמה"ז, א' א' אם אחד גזל והוא בעין תח"י או השיג גבול רעהו בקרקע או חזקה ועדיין תח"י או כהן שנשא גרושה ועדיין תחתיו וכדומה אי ב"ד נזקקין להוציא ממונו מיד אחר, סי' ב'.

מיישב ש"י הרמ"ה דב"ד של ג' צ"ל ג' גמירי ומבאר דעתו דסגי בשכל חד גמיר קצת ובין כולם נעשה חד גמיר ממש ג' א' בהג"ה, ב"ד של ג' דלית בהו חד דגמיר דיכולין לקבל הטענות ולשלחם לפני מורה אי א"י הבע"ד לחזור מטענתם. שם.

דין דנזקקין לתובע פרוטה בצירוף מגזל ואבדה והלואה ואם הגוזל פמש"פ ונתנו לאחר ויש להנגזל על האחר ג"כ תביעה פמש"פ או נתייקר אח"כ וא"ו. אם הדין על יותר מפ' רק הדיין יש לו מלאכה ואי יקח ש"ב דמוכח לא יעלה בידו פ' אי נזקקין לו ואי מחויב להקדימנו קודם דין מנה אי יש לדיין פסידא מזה ואי מחויב לדונו בחנם, שם וס"י יו"ד קיבל עליו גר לדונו אי רשאי למנוע א"ע כמו קא"פ א"ל, ז' א' דיין בי"ג שנה שלא הביא ב"ש שהתנו עמו שישלם כשיטעה, שם ג' ראוהו בשבת ויו"ט אי נעשים דיינים. שם ה'. רו"ש נתעצמו בדין ובירר ר' אוהבו של שמעון, שם ז' נוגע בלא הנאת ממון רק הנאה אחרת אי כשר לדון או להעיד, שם ראו בלילה והיו נוגעין ונסתלקו מהנגיעה אי נעשין דיינים. שם י"ב. אי מותר לדיין לעשות מלאכה בפני רבים להראות הלכה למעשה, ח' ד' יחיד בזמה"ז וקבלוהו אי מותר ליטול שכר לדון, ט' ה'. אי א' מהבע"ד רוצה דוקא בדיין זה שעוסק במלאכה אי שרי ליתן בעצמו ש"ב להדיין, שם. ג' שישבו לדון או לפשר ורק השליש נוטל ש"ט וכשנגמר הפסק בין הב"ד ורצו הבע"ד לשמוע הפסק ואין נותן שכר הפסק רק א' מהבע"ד, שם. אי רשאין לסלק מהדין בשכיח היזק ממון גם משידעו להיכן נוטה, י"ב א'. דין כשזבל"ב וזבל"ב והתנו בהדיא שילכו אחר הרוב שיכולין לברור החמישי בלי רצון בע"ד משא"כ כשכולם יחד בררו להם ארבעה ואימתי יכולין לשאול הדין למי שירצו, י"ג א'. שו"ל ערבים לר' כאו"א עבור שלו ואמר לוי לר' דון עם ש' וכן יקים גם עלי ובירר ש' קרוב לוי, כ"ב א' קיבל עליו כשר במקום ג' וגמר הדין שלא בפני הבע"ד ובע"ד ביטל קבלתו בפני ב' קודם גמ"ד והדיין לא ידע, שם בהג"ה. ב"ד של ג' אי יכולין לכוף לגדול מהם לדון לפניהם ואם בהצטרפם גמירי יותר ממנו, ז' וא"ו.

בהכנ"ס

בהכנ"ס צריך הוצאה לבנות גנה, ואי חרבה ובנו חדשה והוסיפו מקומות, קס"ג א'. יחידים מכפר שקנו מקומות בבהכנ"ס דכרך ויש הכחשה אי הי' תנאי ע"ד סיוע בצרכי בהכנ"ס מי המוחזקין, שם ב'.

בע"ד

אי גם בזמה"ז בשעת גמ"ד הבע"ד בעמידה לכתחלה, סי' טו"ב א' וסי' א' א'. שני בע"ד א' רוצה בד"ת והב' בדיני סוחרים בטענה שכך המנהג במקום שנעשה העסק, ג' ד'.

ברי ושמא

טענו מנה הלואה לי בידך והלה ט' א"י אי היתה מתנה או הלואה דתלינן בהלואה בנוכראה, ע"ה ט', וע"ט ד'. ובאחיו או בנוכראה וט' א"י אי הלואה אי פרעון דהוי א"י אם נתחייבתי, ע"ה ט'. מהנה חבירו סתם ואח"כ תובעו המע"ה ותלוי בראות עיני הדיין, ע"ט ד', ט' מע"פ מנה הלויתיך ופרעתני חצי והלה ט' א"י א"פ כולו דנוטל בל"ש, ע"ה ט', ס"ו סי' פ"ט. מנה בי בידך והלה ט' א"י אם הלותני וע"א ואפילו ב' מעידין שמנה לו מעות ולא זזה ידם וראו דלא החזיר דפטור, שם י"ב א"י אם נתחייבתי היכא דלא הו"ל למידע לתובע בעצמו מסופק אי הנתבע יודע סוס"י צ"ה. מגו להוציא בבו"ש, פ"ב י"ג ק"מ ח'. סרסור שהפסיד האבן והטבעת דל"ה כא"י אי נתחייבתי דשמא ל"ה תקוע יפה, קפ"ה ח',

ביוש

הקורא לחבירו גנב ומברר כן בעדים פטור, ת"כ.

גביית מלוה

שטר שנתקיים בחותמיו והלוה מבקש זמן לברר שא"ז כת"י ונראה שהוא עלילות דברים דצריך לשלם מיד למלוה, צ"ח ד'. אין לו מעות רק מטלטלין דלא משבעינן לי' אפילו ידוע שה"ל מעות, ק"א יו"ד. התנה לפרעו מעידי עידית אי הוי אסמכתא, ק"ב ה' התנה לפרעו מעידית וה"ל עידי עידית ונפסדה דפורעו מבינונית, שם. י"ל עליו בע"ח שנים וי"ל מטלטלין נגד חוב אחד וקרקעות שמכר אחר הלואה המוקדם קודם הלואת המאוחר דיתנו המטלטלין למאוחר משא"כ בקרקע בנ"ח, ק"ד א'. במטלטלין שקדם המאוחר ותפס בלא ב"ד אפילו תפס המוקדם ממנו ל"מ שם ג'. הגבה לוה למלוה קרקע בחובו דל"מ בע"ח מאוחר לומר נמחל שעבודך וכן אי טרף בע"ח מוקדם ממנו דגובה נחמן שט"ח א"ל דהתנה עמו בפירוש שלא באחריות כשהגבהו הקרקע, שם ט, פ"י ב"ת אמרי אש סי' י"ב בענין חלוקת בע"ח בנכסי לוה, שם יו"ד. מטלטלי דיתמי דבע"ח אביהם קודם לגבות מבע"ח דעצמן, ק"ה ד' אלם או מבריח נכסיו שמת והניח נכסים דיכולין לעכב קבורתו עד שישלם מה שחייב ק"ז ב'. ח"ק אי יכולין לעכב קבורת המת מחמת צדקה שרוצין להטיל על יורשיו, שם. לוקח אי צריך דאקני, קי"ב וקט"ו א'. בא לטרוף ממה שקנה אחר הלואה תרז אי צריך לישבע, קי"ד. לוקח שהשביח או בנה בית דיוכל לומר שבחי אני נוטל, קט"ו א' בהג"ה. ישוב ד' הפ"ו דשבח דממילא בע"ח גובה כולו

מלוקח וד' הנ"י דשבח דאחר מיתת המוכר אין לב"ח כלום, שם ישוב ד' מהרש"א שס"ל דלטרוף מלקוחות שבח אחר מיתת מוכר דומה ליתומים וישוב קו' מהרש"א, שם ד'. ישוב ד' המחבר ד"י חשיבי מוציא על השבח אפי' שאינו אפותקי שם ה, הוזל בשעת טירפא דברירה ביד הקונה או לנכות פירות שאכל ולגבות כשער שקנה או שיגבה כשעת טירפא, קט"ז א'.

גוד או אנוד

ירשו בית ונשרף ובנו יחד דהוא כקנו, קע"א אי.

רו"ש שותפין ולוו יחד ברבית וקודם ז"פ הסכימו לחלק וט' ר' אפרע לך חלקי וסלק המלוה מעלי או בהיפוך, שם וי"ו איש ואשה שותפין בבית וכ"א רוצה לקנות וכן גרושה עם בעלה אי יכולה לומר גא"א, שם ח'. ב' אחים ירשו ב' בתים ודר אחד בגדול כ"ש ונפטר, שם. יתומים שקצתן פחותין מבני כ' אי הבני כ' יכולין לומר גא"א, שם ט"ז קנה בגא"א ע"י שהטעה חבירו. באות טעות. שו"ת ישראל קנה רחיים עם גוי ומכר הגוי חלקו לישראל אחר אי הראשון י"ל גא"א, קע"א א'. יתומים מקצתן גדולים ומקצתן קטנים רשות לב"ד לחלוק לתועלת הקטנים בדבר דשייך גא"א, רפ"ט.

גורל

קנו בקנין שמי שיפול הגורל ליטול חלק פ' יטול, קע"ג ב'. מעשה בעל חפץ קיבל עליו מעות להטיל גורל מי שיעלה נימר שלו יזכה ועלה נימר של א' שנ"ח דמי נימר שלו, שם. גורל אין מטילין בע"כ רק כשאינו לחסר ממון לכן בחלון נגד חלון או פתח נגד פתח ששניהם רוצים לפתוח כאחד יעשו פשרה אפילו כשזוכה בד"א לפני הפתח וכשאין מעלין בדמים זה ע"ז אז יטילו גורל, קנ"ד ג'.

גורם

השורף חמץ נוקשה ש"ח בפסח אי חייב, שפ"ו ב'.

גלגול שבועה ישוב לד' הטור דס"ל בג"ש ל"א משאיל"מ ובסי' רכ"ג בעבד גדול וכסותו לא כ' כן. ע"ה ט"ו נשבע ונוטל לא יוכל לומר לא אשבע ולא אטול להפטר מהגלגולים רק בשכיר, פ"ט ס"ו.

נ"ו שהנתבע טוען שיש לו עליו חוב לשלם אחר יו"ד ימים וזה מכחישו דמחיוב שבועה בנק"ח עכשיו משא"כ בשכיר, שם. אי מגלגלין על נ"ו ש"ד, צ"ד. מנו לאפטורי מג"ש דל"מ, צ"ו.

גניבה וגזילה אי רשאי להכות הגנב שיודה כשיש רגל"ד, ע"ה י"ז. ואימה מ' הפיסתו ממנו, שם. כובסת עכו"ם המכבסת לרבים והביאה לא' שאינו שלו תחת שלו וא"י של מי,

קל"ו. מטלטלין של י' שגזלן עכו"ם, רל"ו ח'. גזל מקטן או מגדול מתנת שכ"מ, ע"ר א'. לוקח חמור העומד לשכור שלמ"ד בעלים, באות שומר. ר' הסית לש' לגנוב למיקט דמחויב להשתדל להחזיר, שמ"ח ח'. גונב ע"מ למיקט אי חייב באחריות, שם. קטן שגנב ואכלו או לקח רבית אי פטור לאחר שיגדיל ואי חייב לצי"ש, שמ"ט. ישוב ד' הסמ"ע דס"ל ביאוש וש"ר בגנב שאינו מפורסם צריך להחזיר מה שהוזל גבי', שנ"ג ג' השכין אי הוא ש"ר, שם ד'. ישוב ד' הסמ"ע וב"ח דשומר שגנב בלא עדים והחזירה מעצמו דפטור מאחריות:

שנ"ה. לקח מגנב מפורסם אפי' ראו עדים וט' לטובה נתכוונתי ד"מ בקב"ח, שנ"ו. בנאים שהכניסו מקרקע חבירו של"מ בעל הבנין, ש"ס. מכר הגזילה לגוי ורוצה ריוח או הוליכה הקונה למרחקים אי עשו תקנת השבים שם. גזלו מי' עורות ובכח השרים החזירו קצת האיך חולקין. שס"א ה' הגוזל מחבירו ונתנו לאחר ואכלו וכן כלי ונשתמש בו וקלקלו קצת, שם גזל טלה ונעשה איל ברשות אחר, שם. בא אחר ואכל הגזילה לאחר יאוש, שם וי"ו. יורשים שאכלוה, שם ז'. לקח חפץ מחברו וא"ל או החזיר או תשלם כו"כ תה שחק בו דא"צ לשלם רק שוי' כשאינו בעין וכן דר במצר חברו של"מ, שס"ג וי"ו. תבעו שגזלו והודה שמשכנו של"ב, שס"ד ט'. ישוב ד' הרי"ף והרמב"ם דגוזל א' מה' משלם גזילה לכאו"א, שס"ה. ישוב ד' הב"ח בגזלן שנשבע דאף שהודה לו בפניו צריך להוליך אחריו ול"ע אי נשבע בלי שם וכנוי, שס"ז. גזל שטאט פאפיר ונתנו קאפציע ותובע הנגזל שכירות כנהוג, שע"א ב' משרת שנחשד לגנוב אימתי יכול להוציאו תו"ז, תכ"א וי"ו.

גרמא וגרמי

רו"ש השוו א"ע לדון בר"ח לפני פו"פ באופן שראובן יביא כתב מהשררה לבטחון ושמעון יביא בטחונות והוציא ר' הוצאות על הכתב ושלחו ונתקלקל החותם בלא פשיעה ועתה אין ש' רוצה לדון עמו, דין ההוצאות ואם הי' קנין וחיוב, י"ד ה'. סרבן שצריך לשלם הוצאות אם גם ש"ט כשכיר יום ישלם שם. שליח או שליש בחנם או בשכר לענין גרמא, נ"ה א'. ס"ו מ"ם, קפ"ה א' ז'. י' רוצה להפקיע נכסיו מבע"ח עכו"ם ובא י' אחר וקנה הוועקסיל מן העכו"ם, ס"ו כ"ה. גרמי ע"י טעות, קכ"ו יו"ד.

שו"ת סרסור המציא לו ליקח מלח ע"י שלקח מהכפרים כהבים שה"ל מהשרים על מלח ועי"ז שלחו לו תבואה למכור ולהטעין העגלות מלח ומשרתו גילה סודו לאחר ולקח האחר הכתבים והוכרח הסרסור ליתן לו ריוח הרבה, קפ"ג א'. ר' אמר לש' הביא לי סחורה פ' שדמי' קצובין ואקנה אותה וחזר דחייב בהוצאות ושיט, ר' ז'. מעלה חזקת חבירו והוכרח חבירו להוסיף אי הלה חייב מדד"ג, רל"ז אי ר' שלח לש' ע"י ציר נוי

שק צרור וחתום עם מטבע כ' ובתוכו כונה מטבעות זהב ליקח סחורה ויתן שכרו וכ' לו משקלו וטישגיח על חותמו ונתן ש' כתב להציר שקיבל לנכון אח"ז כ' שלא מלא המ"ז ומחמת שהציר מוחזק לנאמן לא דקדק, רצ"ב ז' ר' הביא ברזל למכור וא' מבני העיר ה"ל תביעה עליו קנה ממנו ומשכו לרשותו ואחר יום השוק פ' לא כיוונתי לקנות רק לתפוס על חובי והמותר קח ולך אי חייב מדד"ג כשלא הוי מקח, של"ג ח'. תבע מחברו שגרם לו היזק וא"י אי נפרע וחברו משיב א"י אם גרמתי לך אם חייב ש"ה, צ"ה. גזל מטבע ופחת צורתה אי י"ל הש"ל, שפ"ו ג'. ראובן שמכר מקח לעכו"ם ובא ש' ואמר לעכו"ם שאינו שוה כ"כ והחזיר העכו"ם המקח לראובן, שם. מסור שגרם היזק לנמסר ומכחישין זא"ז על סך ההפסד אימתי נשבע הנמסר ונוטל, שפ"ח ז'. מסור שבא ממונו ליד אחר אין להזדקק למסור להוציא ואם לוה המסור או מת ובא בע"ח דמסור או יורשי המסור מוציאין מיד האחר, ואסור ליטול ממון מסור לעכב לעצמו. שפ"ח י"ג. מסור דלא אחוי ממון חבירו לפני אנסים רק הלשין בדיבורו להפסיד ממון חברו, שצ"ה.

דשלב"ל ודשאב"ר ואין בו ממש תתחייב עצמו המוכר בקנין בדשלב"ל אי הלוקח יכול לחזור, ס' וי"ו. חילוק בין ק"ס ובין חליפין שוה בשוה לענין דשלב"ל, ס' וי"ו, ר"ט ד' סטומתא בדשלב"ל, ר"א, ר"ד ב'. ר' מכר לש' דשאב"ר בק"כ וטרח ר' וקנה חפץ זה ומשכו א:

קנהו ש' ק"ג, ר"ט ה'. קונה חפץ שיצא הד"ת שאחר שישבע יהא החפץ שלו ומכרו טרם שנשבע אי מ"ל שם ז'. מעשה ר' בכר אראנדע בהרבה מקימות אח"כ נשתתף עם ש' ועשו כתב ובתוך הזמן נתפשרו שיחזיק ש' מקום א' לבד בסך כו"כ וכ' וחתמו ותחזיק ש' חלקו שנה וחזר אלהבא, רי"ב.

דברים שבלב דברים שבלב היכא די"ל מגו אי הוי כאומדנא דמוכח, פ"ז ל"ד. דברים שבלב היכא שאין סותר לד' פיו, י"ב ח"י רס"ט א'

דין דיינים דין ומו"מ הנעשה בשבת ויו"ט אי חזרו בהם הבע"ד לפני בכדי שיעשו, ה' א'. דיינים שיושבין לדון סמוך למ"ק וכן מספר בשכר לא"י או למי שהתפלל, ה' ד'. דין דבר גדול ודבר קטן שבאו יחד ואי דין הפרוטה בא קודם רק שא"א לדון שניהם דהעדים לא ימתינו, ט"ו א'. חילוק בין יין יתום שקודם לת"ח ודין יתמי ת"ח קודם, שם ב'. דיינים שנמצא אחד מהם קא"פ, ל"ו א'.

דד"מ וטאבאלאציא אי בן יכול להבריח הבת על כתב המועיל בטאבאלאציא לסלקה מהירושה, ס' ט'. מעשה הי' כתוב בטאבאלאציא הבית ע"ש הבעל ואשתו ונתאלמנה ומכרה חלקה לאחר, שם י"ב.

מעשה ר' העלה בטאבולאציא חצרו ע"ש ש' ואחר מות ר' ומכר ש' החצר ללוי ועתה מבררים יורשי ר' שר' עשה רק להבריח, ע"ג י"ד. דין טראט, ככלל באות כת"י, ובאות יתומים, וקי"ל. אות לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה והחוב בטובולאציא:

באות יתומים. שו"ת גוי מכר כל שדותיו לר' ובכללן שדה הממושכן תח"י ש' ואין לו לשלם לש', קע"ה נ"ז.

שו"ת א' קנה קרקע מחברו ונתן לו דר"ג והי' סכסוכים וכתמשפו בקא"ס אח"ז מכר המוכר הקרקע לאחר בשטר ונכתב טאבולהציא, קצ"ד ב' מעשה אחד קנה מיתומים כל נכסיהם ונמצא בגרונדבוך ע"ש אביהם קרקע אשר יורשים אחרים מוחזקין בה, שם.

אם דד"מ באותו עיר בהשכיר לזמן קצוב דצריך הודעה וזמן הודעה אינו כד"י, שי"ב ה'. איסור הברחת המכס, שס"ט וי"ו.

מעשה אחד נשרף ביתו ולא הורשה משרי העיר לחזור ולבנותו כדי שיהא מעבר לרבים וערך הנשרף לשרי המדינה ובא שיפרעו לו דמי המקום ונישום עפ"י גוים והטילו פרעון זה שרי העיר על הישראלים הדרים ברחוב הסמוך והנשרף תובע משרי העיר והם דוחקים הישראלים לפרוע וטוענים הישראלים נגד הנשרף דאין להם תועלת ממקום המעבר רק לגוים הדרים ברחוב שמצד האחר ועוד רוצים שיהא נישום עפ"י ישראלים, קס"ב א'.

הודאה הודאה אימת הוי קנין לזכות ע"י, מ', פ"א כי, קכ"ו, כ"ב, קפ"ט, קצ"ח א'. ערב לאחר מ"מ בשטר הודאה שקיבל ממנו כו"כ קכ"ט ה'. תבע לחבירו בב"ד שחייב לו מעות ותודה רק ט' שחייב עוד לאחרים ואין לו כדי לשלם לכולם ואחר שפרע לזה תבעוהו האחרים ואומר דלדחוי לבע"ח מתכוין, פ' א'.

שכ"מ שהודה ויש עדים להיפוך דתולין הודאתו בהשטאה, פ"א ב'. א"ל אני חייב לך מנה בשטר אי הוי הודאה, שם י"ט. הודאה חוץ לב"ד לזכותו שבא לו חובה מתוך דבריו. קפ"ב א'.

הודאה בחת"י בגופן של עכו"ם ומברר הנתבע בעדים שלא נתחייב כל כך לא אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים, מ"ה ג', ס"ח ב'. שטר מכר שכתוב בו שנעשה בק"ס וטען החוזר בו שלא הי' ק"ס רק נכתב כן בדרך הנהוג, קצ"ח א'.

הזמנה טראט שכתוב בו לפרוע במקום המלוה אי צריך הלוה לילך לדון במקום המלוה, י"ד א'. מי שיש לו דו"ד עם אשתו אינה מחויבת לילך לדון במקומו, שם.

היזק ראי' דיותר יש ליזהר שלא יזיק משלא יוזק, קכ"ו י"ד. האומר אלך ואכרות אילנות של פי, קל"ז דוכס שגזר על הי' שיעשו על בני הכפרים שידורו תחתיו אי צריכין הכפרים

תחלה ליסע תחתיו ואח"כ לדון. קנ"ה כ"ב. נזקי שכנים, באות חזקה. מוזיל השער, קנ"ו ח', רכ"ח. קונים שעשו הסכמה שלא יעלו השער ואחד מוחה, רכ"ח. כל הקהילות אשר יש לחוש שגם עליהם יעבור העלילה דחייבין ליתן לזה, קס"ג וי"ו, א' שבידו להציל א' מהיזק וברור דעי"ז יוזק אחר, שם. הי' שרפה והכניסו הכלי כסף למק"א ושלט גם שם ונשאר חתיכות כסף וא' לו סי' בקצת, קס"ד. גזרו על י' שלא ידורו בבתים סביב מרגז שלהם, קע"ח ג'. לוקח יין לבקרו ונסכו גוי או נאנס, ר' י"א. בשרפה ששברו גגות העליונים וניצולו הבתים דחייבין בעה"ב לסייע לעליונים, רס"ד ד'. זורק אבן או חץ על הכלי ובא אחר ושברו או זרק כלי מהגג ובא אחר ושברו מי חייב, ש"צ. כח כחו בבהמה פטור, שצ"ב.

בהמה שהוחלקה באבן או במימי רגלים ונפלה ונחבטה ע"ג פירות וירקות ויש ספק אם בלאו הפירות הי' מתרסקין איברי' אם צריך בעל הבהמה לשלם מה שנהנה מספק שצ"ד א'. המעמיד בהמת חבירו ע"ג פירות חבירו בר"ה אי חייב משום מזיק בידים או רק משום גרמי, שצ"ד ג'. אי ניזק נוטל יותר מח"נ ממה שכשבח עד שעת העמדה בדין, ת"ד. שור תם שמכרו ניזק ואח"כ תפסו אי מכור. ת"ז. שור של עכו"ם שנגח שור ש"י צריך עדים כשרים, ת"ח. מזיק שמכחיש בברי על סך הנזק אי ניזק נשבע ונוטל ואם המזיק פסול לעדות ושבועה, תי"ח י"ג. שנים שנתאבקו יחד ונפל אחד על חבירו וסימא עינו, תכ"א ה'.

הכאה דין הכאה לאפרושי מאיסורא, ד' א', תכ"א י"ג.

הלואה אמר להלוות דיש בזה משום נדר, ד"ט י"ז. חתם לחבירו בערב על שטר דיכול לחזור קודם שלוה, שם. מלוה מעות אחרים בעדים בלי שטר דהוי פשיעה, ע'. הלוהו חטים ועבר הזית והוזלו חטים, ע"ד ז'. אימת מצוה להקדים להלוות לי' בחנם מן א"י ברבית, צ"ז א'. אי תפס מלוה מן לוה שלו למגבה מיני' אי חייב באונסין ה"א ב'.

הפקר הפקר דהוא כקנין לצאת מרשותו ויש בו משום נדר, רע"ג ב'. הניח מאכל ובא בהמה מהפקר ואכל, שם י"ג. גר שוות וה"ל חפץ בשותפות עם י' ובא אחר והחזיק בהחפץ אי זכה בחלק הגר, ער"ה א. סייד אמה שלא מרובעת נגד הפתח בבית הגר, שם י"ג. עשה שליח לגדור בנכסי הגר והשליח סבר שהוא של משלח, שם כ"ד.

הרשאה מורשה שהרשה לאחר ואח"כ התפשר מורשה א' עם הנתבע והתובע ט' דכבר נסתלק משליחותו. קכ"ג ד'. קרובי מורשה דכשרים לעדות ודיינים ז"ד שלא כתב לו זכי לנפשך שא"ל רשות להשתמש במעות, שם יו"ד. ראשים וממונים אי דינם כת"ח כשהם נתבעים שישגרו להם סופרי הדיינין, שם. הלוה לחבירו על משכון ושכח כמה

אם יכול ליתן הרשאה לקרובו היודע שישבע ויטול, ע"ה כ"ג. הודאת מורשה הנתבע שקיבל הנתבע עליו בפני עדים מה שיודה המורשה בב"ד מהני ול"ה אסמכתא, קכ"ד.

השגת גבול

החזיק ברחיים ונפל ובנאו הגוי במקומו או במק"א רל"ז השוכר שבנה או קנה בית במק"א ועומד לצאת מזה ששכר מגוי, שם. אי מגדשו הגוי מחמת שאינו פורע לו שכירות או דמצער לי' שם. אי שייך תקנת חזקה במקום שרוב קונים עכו"ם. שם. קנה החזקה במעות אי מוציאין מהמשיג מדינא, שם. דגם משכנתא בכלל שכירות בתים, שם. שו"ת ר' מחזיק ראנדיא בג' מאות וסמוך לכפר זה כפר אחר ש"ש מחזיק בראנדיא במאה וכ"פ באים קונים מכפר ר' לכפר ש' לקנות י"ש ועתה ביטל האדון רעגאל ש' והוסיף השכירות של ש' על ר' ותובע ש' חלק מרי' שם. מלמד שהשכיר עצמו באמצע זמן ונדחה מלמד א' וכן שו"ב כה"ג ובעה"ב אלם אי חייב מלמד ב' לשלם לא', שם ב'.

התראה

התראה דוקא בב"ד ולא סגי בעדים, תט"ז.

זיוף

מחזר אחר זיוף שטר, ס"ג א'. ויכול להשביע להלוה אף שאין מחזיר לו שטרו, שם ב'. סרסור שדרכו ליטול טראטין מהלוין וליתן למלוים ונודע שזייף חת"י ג' לוין ונתן הטראטין למלוים ג' ולקח לעצמו המעות דהוחזק בזייפן נגד כל, שם. הוציא שטר או טראט ונתקיים והודה שמזויף מה דינו לשאר שטרות שם. אי בע"ח מאוחר מצי לטעון מזויף על שט"ח מקודם היכא דלוה מודה שכתבו ק"ו ב'.

זכי'

זכי', באות קנין.

זמן

א"ל הלויני לזמן דהוא למ"ד יום, ע"ג א'. מי שלוה מעות על ח"ר לזמ"פ והלוום לעכו"ם ומעכבים המעות בע"כ אחר הזמ"פ, דהוא סד"ד אי מחויב לשלם תיכף הפלגא מלוה ואי קבע בעצמו זמן מאוחר עם העכו"ם לזמ"פ שלו דחייב לשלם מיד כל החוב לכ"ע והריוח מאחר הז"פ שלו, שם ב'. האריך לו זמן שלא בש"ה אי צריך קנין שם שטר שלא נכתב בו זמן והמלוה אומר שהוא לאחר למ"ד, ע"ג ד'. זמב"ד אף שתבעו לאחר הזמן בעדים וקיבל עליו לפרוע ס"ו למ"ד נותנין לו זמן אחר א"ל בקנין וחיוב ק' ב' בגנב וגזלן ושולח יד בפקדון ועסקא שהוציאו שלא לצורך העסק דאין נותנין זמב"ד, שם. קנה חטין

והגביל זמן שישלם רקח החטין ועבר הזמן, קע"ו ז' חייב עצמו בקנין להעמיד לזמ"פ ולא העמיד והתל או הוקר אח"כ, ר"ט וי"ו.

חזקה

חזקת כנכ"ה ברשות זה ובמקום זה מועיל להוציא ממון מהטוען שמא משא"כ ברשות לבד או במקום לבד ל"מ רק באיסור ס' וי"ו בהג"ה. ל"א כנכ"ה אם נתהוה איזה סבה בינתים הראוי לתלות בו השינוי, שם. חזקה ל"ש היתרא ועביד איסורא, ס"ז ל"ג טען הלוה אח"ז פרעתי תו"ז ותפס המלוה בעדים אין מוציאין ממנו, ע"ח ה'. פיגם שטרו תו"ז יפרע בל"ש משא"כ חוב לך בידי פרוע דכל שטרותיו פרועין, פ"ד ב' מתי המערער מהימן במגו להוציא הקרקע מהמחזיק, ק"א ח'.

טען המחזיק בשדה קניתי ממך והמערער אומר לפירות הורדתיך ולא פרעת לי היכא דהדרא ארעא אינו כאומר ל"פ הפירות, קמ"ב. תובע בשמא תו"ז וכן שניהם טוענין שמא תו"ז, ע"ח א'. כנכ"ה דל"א רק בכלי תשמיש לא בסחורה, ק"ד ה' ישוב למה הלוקח חבירו לביתו הנכסים בחזקת בעה"ב משא"כ בבית ש"א ועלי' ש"ח וט' השלימות שלי והם ברשותו, קל"ח א'. שנים חולקין בדבר ומוחזקין קל"ח. ואי אינם מוחזקין. קל"ט. מחזיק בקרקע ג"ש והמערער אין מניחו להשתמש בה, ק"מ ב'. מחזיק ג"ש והודה שלא קיבל שטר, שם ז'. שילם השוכר שכירות למחזיק עפ"י ב"ד והביא המערער עדים או להיפוך ק"מ ט'. חזקת עבד, קל"ה, קמ"ד. ישוב למה צריך המערער עדים להוציא מהמחזיק בל"ט, קמ"ו ט'.

ט' המחזיק תחלה מפ' קניתי דזבין ממך דנאמן במגו דבפני זבנה ממך לומר עתה דמוכר דר בה חד יומא שם י"ד. עשה השדה סי' לאחר והעיד בשטר ואין כת"י יוצא ממק"א אי ט' ליתמי שחזר ולקחה, שם ג'. אבד לו דרך שדהו והיו ד' השדות לא' שקנה מד', קמ"ח. החזיק בשדה שותפין שא' ל"ה במדינה דהוא סד"ד אי מ' זה שהי' במדינה במגו, קמ"ט א'. גוי שאין לו חזקה אפי' שיכולין לכופו בדא"ה, שם ט"ו בה"כ אחורי ביהכ"נ והשכנים אינם רוצים ליתן יותר בהוצאות הצריך כי כן הי' גם ע"ע, קמ"ט כ"ט. שו"ת ע"ד א' שהחזיק לקנות בתורה והשכירו הקריאה לאחר, שם ל"א. עיר שיש בה כמה בהכ"נ ונהגו למול בא' ובני בהכ"נ א' רוצין לשנות, שם. החזיק נ"ש וט' משכונא הוא רק תובע חוב אי מ' במגו לגבות להבא מספירות, ק"נ ד'. ישוב פ' רמ"א דבן בכו של מי שא"ל חזקה שט' שירשה מאבי אביו דאל"ח, קנ"ב. חזקת צינור דכופין עמ"ס, קנ"ג ח'. חזקת חלונות וסולם ונעוצת קורות דהוא פ"ד אי צריך ג"ט וט' או ראה ושתק דהמוחה חשוב המע"ה, שם ט"ז.

שו"ת רו"ש שיש להם גינה אחורי בתיהם וחלקו הגינה ונתחייב ר' לסתום הפתח לד"ה ולחלוק הגינה ונשאר כך כ"ש ומתו ויו"ח מכרו לאחרים וביקש קונה ח"ר לבנות חנות במקום הפתח דלר"ה ולעשות חלון נגד הפתח קנ"ד ג'.

שו"ת ר' החזיק ברחיים מאדון וגוהה ליפול וברשות האדון בעד שכירות עשה ש' רחיים בכפר הסמוך ונתן ריוח לר' בעד חזקתו ונשרף רחיים של ש"א שם ט'. מעשה אחד קנת משר העיר מקום פנוי הסמוך לר"ה ורצה להאפיל על חלונות הראשון, שם ח"י. חזקת חלון בשל הפקר ונפל, שם. חפירה סמוך לכותל חבירו, קנ"ה יו"ד. אימת ט' ללוקח שהמוכר סמך ההיזק ברשות שם כ"ד. היזק עשן, שם ל"ז. בנ' מבוי שרוצים להעמיד דלתות והשכנים מעכבין, קס"ב ז'. ב' חלקו חצר ונשאר באר בחלק א' ולב' רשות להשתמש בו ונפל הבאר קע"ג ג' עוד דיני חזקה באות השגת גבול. טען המחזיק שהמערער סרסר לו אי נאמן במגו קמ"ו י"ז מערער שחתם בעד אי נאמן במגו, קמ"ז א. פתח על חצרו של מומר איך דינו נגד בניו ולוקח, קנ"ד י"ט. אימת מהני טענת מחילה על נזק שיש לו חזקה, קנ"ה מ"ג. פתח חלון על חצרו של גוי וסתמו הגוי אח"כ מכר הגוי חצרו לישראל, קנ"ד כ'. מי שחייב עצמו לסתום חלונו כשירצה שכנו ומת המתחייב, קנ"ד י"ט.

חיוב וקנס

כתב לחבירו חיוב להעמיד את ר' לדין וגם עצמו התחייב כן ליום פ' ואי יעבור קנס כו"כ ולא העמיד את ר', ריש סי' כ"א. אם כ' ע"ע חיוב שיעמוד הוא ושותפו לדין עם מוכ"ז ביום פ' ואם היא לא יעמוד ולא יעמוד את שותפו ביום פ' יתן כד"כ אי פי' הוא"ו של ול"א יעמוד לחלק או לצרף, שם. ר' נתקשר כנד ש' להעמיד לו סחורה ביום פ' בקנס ומשכון ובא לוי קודם הזמן ורצה להעמיד הסחורה לש' לטובת ר"ז שם א, קנו מידו שאם לא יבא יום פ' לב"ד יבוטלו זכיותיו הוא ב"ד של אותו מקום ואי לא הי' הב"ד נמצא באותו יום או בחצי יום, שם. המחייב עצמו לאי בחנם והוא חייב עוד לאחרים ואין בידו לשלם לכולם וכן חייב עצמו בחנם והודה שחייב לחבירו הלואה או יש עליו כתובה סי' מ"ם. חיוב ע"י מסה"ק לחתום, מ"ה ה'. התחייב המוכר דשלב"ל בל' חיוב דלא נתחייב בנטילת דמים, סמ"ך וי"ו. חי' בין התחייב לקנות בית פ' ובין לקנות דבר המצוי לקנות, שם. מוכר דשלב"ל בחיוב וקנין אם לוקח יכול לחזור דהוי סד"ד שם. חילוק בין המוכר שמכר חפץ זה לאחר ובין הלוקח, שם. חילוק במחייב א"ע בדשלב"ל בהחלט או בתנאי אם יבואו לידו, שם. כתב בפינקסו חיוב ע"ע בדשלב"ל או בסך ממון או בכת"י ולא בא ליד ב', שם. ר"ט ב'. ק"ס דל"מ בדשלב"ל בלא חיוב, שם. חליפין שוה

בשוה בדשלב"ל, שם. להתחייב בדבר שאינו חייב בהודאה גמורה, פ"א כ', סו' סי' מ"ם. חייב עצמו בקנין לעשות שטר, רמ"ג. לשון קיבל עליו דהוי חיוב הגוף, רמ"ה ב'. חילוק בין קנס שקנסו חכמז"ל למה שב"ד עושין לשעתן לענין לדון בזה"ז, סי' א'. התקשרות בקנס כו"כ באוה"מ אי לא יקיים נגדו עד יום פ' אי צריך תביעה, ע"ג וי"ו.

חרם

כל מחויב שבועה דיכול להחרים קודם על המשביעו בחנם המנהג שלא לחלק ואפי' נשבע ונוטל והיסת שהפכה והנשבע במוע' ס' כן. פ"ז כ"ב. ואפי' יורש שמשביע במילי דאבוהו או אפטרופס דצריך לקב"ח שאין משביעו בחנם. צ"ג ג'. רק אפטרופס שהמעות אינו בא לידו שהוא רק טוען או קרוב כה"ג שא"צ לקב"ח קודם, שם. בהת"ע כשמקבל נשבע לא הרווחתי אי צריך הנותן לקב"ח שאין משביעו בחנם, צ"ג בהג"ה, ק"ח ד'. בענין חדר"ג דשכירות בתים אי בעה"ב רוצה ליתן לו בחנם ולא רצה ופרע לו, קע"ה נ"ד. צוואה בע"א אי יכול המקבל לומר ליורש שיקב"ח שאין מאמין לעד, רנ"ג א'. אשה שחבלה באחרים ואין קונה נ"מ שלה יקחם הנחבל לפי ערך חבלתו בטוה"נ ואין שומא הדרא בזה, תכ"ד, ט'.

טעות ישוב שי' הסמ"ג דפסק כר"י דמומחה וסמוך שטעה בש"ה מחזירין ולא הזכיר מגדול ממנו, כ"ה ב'. ישוב ד' רז"ה דיחיד ולא גמיר אף דקבלו חוזר הדין אף דלא טעה וגם נו"נ ביד, שם.

ישוב ד' רה"ג דאפילו נו"נ ביד אם ישנו לבע"ד יש להוציא ממנו מה שנטל באינו מומחה שקבלוהו בע"ד וטעה בש"ה וישוב שי' רז"ה וש"פ דג' הדיוטות שקבלום חייבים לשלם, שם ג'.

מעשה ב' קנו עורות ולא ראו אותם והלך אחד וראה אותם ונתאנו פחות משתות והלך אצל שותפו וא"ל גא"א שאלו הב' ראית העורות וא"ל לא והסחורה בעיר אחרת וקנה הב' ואח"ז נודע לו שהטעהו, רכ"ז ג'.

טענות הודה לטענות חבירו אי ישנו בחזרה תוכ"ד, פ' א', פ"א כ"ב. טענו בחטין והודה בשעורין, פ"ח י"ב. אי משיב א"י אי חטין אי שעורין, שם י"ז.

ב' שכ"א תובע לחבירו א' תובע מנה והב' מב"מ והב' תובע כור חטים וזה מב"מ והודאתו של ב' יותר מן האי דחייב ש"ד הוא גם אם הכור חטין אינו שוה יותר ממנה, שם כ"א.

יאוש יאוש בחוב, ל"ז י"ז, ק"ז ה'. ראובן הלוה לש' וש' ללוי ונתייאש ש' אי נפקע החוב כיון דנשתעבד מדר"נ לר', שם. יאוש בקרקע, קמ"ח, ועי' שע"א א'. מפקיר שדהו לאחר

למ"ד, רנ"ח. שו"ת ר' שכר ערל לקשור עצים של עכו"ם ששטף הנהר ולהוליכם למק"א ובדרך מכרן ש', רבינו ז'. אבדה מדעת, רס"א:

יאוש של"מ בחצר, רס"ח. יאוש באבדה, רנ"ט, רס"ב. ישל"מ דל"מ חילוק דז"ד אם אינו זכות ונייח נפשי' אבל כשהוא זכות ונייח נפשי' זכין לו שלא בפניו, שנ"ח. סתם גניבה דשי' הטור ורמ"א דהוי יאוש אפילו בגוי מיישב דעתם וביאר החילוק בין גנב וגזלן וליסטים, שס"ח. נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו אחרת, שס"ט ה'.

יורד לשדה חבירו שלא ברשות

תרנגולת שישבה על ביצים ובא אחר והושיב ביצים משלו ג"כ של"מ בעלים, קס"ה. שטף הנהר חמורו ושל חבירו השוה יותר והניח שלו והציל ש"ח ועלה שלו מאיליו, רס"ד ג'. בשרפה ששברו גגות וניצולו הבתים אי חייבים התחתונים לסייע בתיקון הגגות, שם ד'.

יורשים שכירות שאחר מיתת האב שנות תו"ז מפרה מושכרת או נתעברה אח"מ או אילני וטענו פירי לענין בכור, רע"ח ד'.

וריבית שעל משכון גוי, שם ז'. משכונא של קרקע שם. בכור או פשוט שא"ר בירושה ולא לפרוע חוב אביהם שם יו"ד. א' אמר אני היורש היכא דליכא יורש אחר, ר"פ, רפ"ד. אי יכול להנחיל פ"ש בנכסים הבאים לאחר כך רפ"א ב'. אמר פ' בני לא יירש אלא כו"כ ובני פ' כו"כ, שם ז'. אמר בית זה יהי' לפ' בני ומה שנתתי לבכורי בחיי יהא לו בחלק הבכורה, שם. מעביר נחלה דליכא מדת חסידות שלא לקבל, רפ"ב. פקדון מומר שמת, רפ"ג. התחייב בקנין לנדן בתו לזמן הנשואין ומת קודם אי חייבין היורשין, רפ"ו. ירש אביו ואח"כ נודע שיש לו אחין במק"א אי מה שאכל אכל, רפ"ז. גא"א ביורשים, באות גא"א.

יתומים

יתומים שראו שנפרע אביהם והוציאו שט"ח אביהם דלא יוכלו לגבות בו בטענת סטראי בטענת שמא, כ"ח א'.

נשאר משכון ליורשים דטוענין להם שמא התנה המלוה שא"ל יפדנו לז"פ יוחלט במעכשיו, ע"ג י"ז. אשה חלתה ונתנה לאחי' תכשיטין שלה שיהא בידו וישמרם בשביל בני' ועתה תופסן בעד מה שהוכרח ליתן לה חלק ירושה בחנם, שהדין עמו, מ"ג ב'. יורש אי יכול להשביע שותף אביו ואריסו, צ"ג ג'. יורשים שאביהן לא נשבע על ההת"ע לא הרווחתי, ק"ח ד'. עכוב קבורת המת בשביל חובו ובשביל צדקה שהח"ק רוצין להטיל על היורשין, ק"ז ב'. אמר מנה לי בידכם והודו אי מהני מגו לומר שעל חוב אביהן הודו

ולא הניח נכסים, שם יו"ד. מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה דמ"מ הנייר דשטר של יורשי מלוה ואי יש טאבולאציא א"צ ליתן פטור, שם י"א. גם מהני תפיסה אפי' אחר פב"ד שלא יגבו רק שלא קרעוהו, שם. מגו להוציא בבו"ש דל"א ביורשים, ק"מ ח'.
שו"ת אלמנה דרה בבית שנשאר מבעלה ולקחה אצלה בנה א' מהיורשים עם ב"ב והוא יתן עצים להסקה ואסר אחיו עליו ועל ב"ב הנאת הבית, ק"פ. יתום שכ"מ שנתן מתנה בנכסים מועטין, רל"ה א', רמ"ח ד'. בת פחותה מכ' שנה למכור קרקע שירשה היא או בעלה, שם ט'. להוריש מלאכת בן א' לשאר יורשין, ע"ר ב'. תפס מטלטלי דיתמי בטענה שאביהן חייב לו נאמן במגו ולא מהני תפיסת היתמי ק"ז ה'. שטר בלא ז"פ דגובה תוך ל"י מיתומים גדולים בלא שבועה ומיתומים קטנים אף בשבועה אינו גובה, ק"ח א'.
נפרע מקצת אימת גובה מיתומים קטנים תו"ז, שם ג'.
מעשה אפטרופסית דיתמי בעלה הוציאה נוראט על יורשים ותובעת עסקא ג"כ והיורשים טוענים שמא נפרעת הקרן שתשבע ותטול הקרן, ק"ח ד'. תנאי מפורש לגבות מיתומים קטנים הוא ספ"ד ודין טראט בזה ק"י ב'. כשאין נזקקין ליתומים קטנים ונכסים מעט יאכילם האפטרופיס רק הריוח, שם.
כפרן אי מהני אמתלא בממון דלא יהא מוחזק כפרן, עט" יו"ד.
כפר לפני עדים חוב או פקדון חוץ לב"ד נאמן לומר אח"כ החזרתי קודם שחייבוהו ב"ד אפילו הכחישוהו עדים על טענה ראשונה ודוקא במעות ולא בחפץ, ע"ב ח"י, ע"ח א'.
כת"י וטראט כת"י תו"ז שנפל דאתרע חזקה דאאפתו"ז, מ"א ד'. כת"י ממרים שפרעו וחזר ולוה בו, מ"ח. טראט אי דינו כשטר, ס"ט ב' פ"ב ב'. כת"י שכ' בו חת"י תעיד עלי כעדים כשו"נ החתומין עהש"ט, שם א'.
כת"י שאחר חת"י לוה חתמו עדים סתם שדינו כשטר, שם ג' לוה שנתחייב לב' נושים והמוקדם יש לו כת"י בנאמנות והמאוחר י"ל שטר וידוע בעדים שקדם הכת"י שיחלוקו וישבעו, ע"א י"ט אי מצי לומר טעיתי על כת"י, קפ"ה ז'.
כתובה
אשה שרוצה שבעלה יעיד ע"ע בערכאותיהם בכתובתה כדי שאם ירצה למכור קרקע תוכל למנעו, ס' ט' מכרה כתובתה עודה תחתיו ומחלה לבעל דצריך שובר מקנה דא"צ לשלם ללוקח רק פלגא ס"ו ל"ב.
להד"ם
מיישב ש"י הש"ך דשטר מוקדם פסול אפילו לענין להד"ם, מ"ג ל'.

לשון חילוק בענין עד ועד בכלל, מ"ג כ"ז. אחר הפסח מיד ס"ד אי תיכף דוקא או כל היום במשמע, שם כ"ט. זמ"פ למ"ד יום קודם נשואי בנו דמלוה דתלוי רק בנשואין, ס"א ט"ז תנאי סתם אי יום א' במשמע אי כ"ז שצריך דהוא סד"ד מי המוציא, קס"ג וי"ו. מעשה ר' התחייב לש' מעכשיו בלי תנאי בטראט וש' השליש הטראט ע"ת שא"ל ימכור ר' יי"ש רק משלו יתן לר' הטראט ונפל ספק אי התנאי על שנה או כ"ז שש' ישכור הארענדא דר' חשוב המוציא, שם. נשבע לחבירו להיות שותף עמו אי די בזמן מה כיון דהוא קו"ע, קע"ו ט"ז. מעשה ר' מכר לש' י"ב מאות אילנות קצוצים והתנה שיחזוקו בייליפיג למ"ד אלף קאביק ואין מחזיקין כ"כ, ריי"ד י"ב שור בשורי אני מוכר לך אי הקונה מוחזק ורוצה הגדול שם, ריי"ח כ"ג כור פירות אני מוכר לך בין חסר בין יתיר בית כ"ה סאין קרקע ה"ח ס"י וחסר או יותר, ריי"ח ח'. ירק שדה זו אמ"ל והיו בה דלועין, שם כ"ד. בית כור פ' אמ"ל ואין בה רק לתך שם י"ז. מלוה של אחרים דאין בכלל נכסי, רמ"ח י"א. כ' לו בר"ח אשלם ולא כ' באתם ר"ח, באות שטר.

מגו טענת ממני נפל במגו דמזויף, מ"ו א'. מגו נגד חזקה דכל מם שת"י אדם הוא שלו בשטר או בכת"י, נו"ן שפיר הודאה שחייב לפ' כו"כ שכ' בסופו שינוכה מזה מה שפ' ח"ל כו"כ דמהימן אניכוי במגו, ע"ב ח"י. מגו במקום חזקה דאאפתו"ז, באות חזקה. אמנם במגו דמזויף אפילו טען שהעדים ידעו מזה דנאמן פ"א א' מגו להוציא בבו"ש, שם ק"מ ח'. מגו דע"ש פה שהתיר במקום חזקה דמה שת"י אדם הוא שלו, שם, וסי' צ"ט א'. מגו במקום עדים קרובים, שם.

טוען על ע' החזרתי כולו במגו דנאנסו פלגא פקדון והחזרתי פ' מלוה, שם, וסי' פ"ח ה', וסי' צ' א', קמ"ו כ"א, רנ"ה ד'. מגו דאי בעי שתיק בדדמי, שם. מגו דאי בעי שתיק היכא די"ל שרצה לטעון הך טענה, שם.

היכא דאמרינן מגו להוציא כשיודע הדיין בזה הבע"ד דלאו דינא גמיר דל"מ, שם, מגו לתובע ומגו לנתבע, פ"ח כ"ד, ק"ח ד' ד"ה שנית. דאמרינן מגו לאפטורי מש"ה היכא דליכא דד"מ, צ"ה. ישוב קו' שעמ"ש על מה דל"מ לטעון גנובים במגו דשאלה, שם ויו. מגו דמגו, קמ"ו יד. אלמנה שטענה על חפץ שבעלה נתן לה במתנה אי נאמנת במגו דהחזרתי לאפטרופס, ר"ל ד"ה אינו.

פה שאסר פה שהתיר מהני להוציא ומהני להוציא מחמ"ק ומהמוחזק בקרקע משא"כ בשאר מגו, פ"ב י"ב, ק"נ ד' י"ג, ק"ם ח'. בחפץ שאמר לו אל תחזיר אלא בעדים מהימן במגו דנאנסו משא"כ בהלואה, קל"ג ב'. שומר טען נאנס במקום רואין נאמן במגו דנאנס ותו לא משא"כ מגו דלהד"ם, רצ"ד ב'.

מודה מודה בשטר שכתבו וחזר וטען לקנוניא הודיתי דא"נ ואימת שאינו גובה מיתומים, ק"מ ב'. אשה שנפל לה ירושה והודית שאבי' צוה ליתן לאחר שא"י לומר אחר שמת בעלה להפקיע מבעלי הודיתי, שם,

מודה מקצת

כופר חצי ועל חצי האחר טוען א"י אם נתחייבתי רק בעינא לצי"ש ולשלם דל"ה מודה במקצת, ע"ה י"ד

מודעא

ע"א מעידי השטר שאומר בפני מסר מודעא, מ"ו ל"ז ב' שלוו זמ"ז באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי דמצי הא' לומר לויתי ממך כדי למשכנך ומ"מ זה גובה וזה גובה הואיל ולא מסר מודעא, טעם לזה, פ"ה ג'. שו"ת רו"ש שכנים ורצה ר' להוציא כותל ביתו למקום הפנוי כר כן י"ל פסיד ועיכב עליו ש' בדא"ה ומחמת אונס נתפשר עמו ר' שלא יוציא רק קצת ונתן לו כתב בפיסול ע"מ כבג"י ולא נתרצה ש' גם בזה וכ' שנית בל' אשכנז באופן אחר ורק הרשהו לעשות חלון כמוך יותר ור' מס"מ, ר"ה א'. כ' לו המודעא ולא ידעו מהאונס מבורר אח"ז דאניס הי', שם ב'. א' נלקח לבעל מלחלמה ול"ר לגרש עד שהשלישה לו מעות וכשקבלה הגט הוציאה ווס"ו, רס"ד ח'.

מזונות מחייב א"ע לזון חבירו צ"ל מעות גם כשקודם הי' סמוך על שלחן אחרים, ס' ג'. אי כתב לפי כבודו, שם.

מחאה טעם למחאה שמבטל החזקה אפי' כשאמרו העדים לא הגדנו לשום אדם, קמ"ו ג'. מחאת מערער שהקרקע ניתן לו בסתר ואגלאי מתנתו עתה ע"י כת"ו מקוים, שם ד'. מחאה בפני ב' זה שלא בפני זה, שם ה'.

מחילה

דין התובע יכול לחזור ממחילתו כ"ז שלא קיבל הנתבע מחילתו ואי התובע נתן לו זמן אי יתרצה עד אז אי יכול לחזור קודם שהודיע הנתבע שנתרצה, י"ז המלוה את חבירו ע"מ שלא לתבעו דא"ז מחילה, ע"ג ב'. מחילה בלב דל"מ זה על חוב עבר אבל הניחו להחזיק בקרקעו ובלבו למחול הוי כדור עמי ובלבו למחול, צ"ח א'. מוחל חוב חבירו דחייב לשלם מה ששוה אי מחל הרבית אינו חייב רק כשנזקף בקרן והגיע הז"פ, קכ"ג וי"ו. מחילת המקח ממוכר לקונה או איפכא, קפ"ט. מחילה ע"ת אי צריך קנין, ר"ז ט"ז. אשה שמכרה נצ"ב לאחרים והדר מחלה לבעלה, תכ"ד ט'. בפקדון מעות מותרין אי מהני מחילה, ע"ג י"ט ר"ז י"א

מטבע מטבע שנפסל ומעות הלואה בעין אי יכול לפרוע בהן, ע"ד זיי"ן. לא רצה לפרוע בזמנו ונפסל אח"כ, שם.

מי שפרע מי שיש לו מש"פ על אביו או על אחיו הגדול, כ"ז א'. מש"פ דאינו בקרקע, ק"צ ז'. היכי דיש פלוגתא על מש"פ ולוקח חוזר ומוכר מוחזק אי"ל קי"ל ר"ד ב'. מש"פ דהוא גם בתרי תרעי, שם י"א. קנה במעות ומת מוכר או לוקח, ואי מכרו המוכר לאחר במשיכה ר"ד א'. אם חזר הקונה וטרם קבלת מש"פ נאנס המכר, שם ב'. אנסוהו למכור ליכא מש"פ בקנין מעות ר"ה א'.

מכירה

אמר כשאמכור אמכור לך ומכר או השכיר לאחר, ר"ו. ואי התנה זה הלוקח ואמר כשתווכור לא תמכור אלא לי ונתנו יותר יש חילוק בין בעל השדה מטובו מתחייב או בעד טובה, שם. מכר סתם וא"ל הלוקח כשתביא לי מעות אחזור לך הקרקע, ר"ז ז'. מכר ספינה שנטבעה, ר"ט ב'. חייב עצמו בקנין להעמיד לז"פ ועבר הזמן והוזל או הוקר אח"כ, ר"ט וי"ו הפוסק עם חבירו ליתן לו כל שנה כו"כ מדות יי"ש עד ג"ש ואח"כ נתחדש מס גדול לשלם מכל מדה יי"ש, שם. הקונה לז"ק שבונה והורס דא"צ להעמידו כבראשונה, רי"ב ד', שמ"ו י"ח קנה בהקפה שלא באחריות ולקחה הנגזל, רכ"ה ה' ר' מכר פרה לש' בתנאי שאם תמצא כשירה יוסיף כו"כ ומכרה ש' חי, רל"ב י"א. אם אשה יכולה למכור גוף הנצ"ב כשהם בעין לאחרים, תכ"ד יו"ד.

מעקה

מעקה א"צ לעשות רק בבית דירה, תכ"ז א'. מעקה שעשאו ע"י פועל גוי אימתי מברך, שם.

מנהג

מנהג, קפ"ה יו"ד.

מסרב

הלך בערכאות בלי רב"ד ונתחרט טרם שנתחייב אי נזקקין לו, כ"ו א' בהג"ה. אפטרופס דיתמי שהלך בערכאות ונתחייבו יתמי, שם. הלך בערכאות ונתחייב ותפיס, שם. לא רצה לידון בד"י והוכרח חבירו לדונו בדא"ה, שם. גם בד"ז בעשה עליו הוצאות בלא כנו"ר מב"ד, שע"ח ה'. במע"פ אי מותר לדון לאלם בדא"ה, כ"ו ב'. נתחייב היסת ומסרב אימת מותר ליתן עליו מס"ד שא"ל ישבע ישלם, שם. חילוק בין מוסר שט"ח לגוי לתבעו בדא"ה ובין מכרו לו, כ"ו ד'. שטר שכתוב בו שיוכל לתבעו בדא"ה והנתבע אלם אי צריך

כט"ר מב"ד ודין הוצאות, שם. היכי שמותר למסור השטר לגוי אי מותר ליקח ממון מהגוי בעבור הזכות שי"ל בדא"ה ואגר נטר, שם.

מעמש"ל

ר' אמר לשותפו ש' שבידו נכסי השותפות במעמ"ש שיתן מחלקו וזכה ללוי שח"ל דחל המעמ"ש, קכ"ו א'. מלוה בשטר ונשאר השטר ביד הממחה דקנה החוב במעמ"ש משא"כ במשכון דתלוי בפ"ד, שם. ר' אמר לס' תן מנה ללוי ואין לר' ביד ש' רק חמשים דקנה החמשים, שם ג'. אמר ר' לש' הילך משכון ותלוה ללוי מנה אף שלוי לא הי' במעמ"ש דש' א"י לחזור, שם ד'. ר' י"ל מנה ביד ש' וצוה שלא במעמ"ש להודות ללוי דאית לי' גבי' מנה, שם ח'. ר' אמר לש' תן לי סחורה ואעמידך אצל לוי ב"ח אי ש' יכול לחזור לתבוע מר', שם ט'. מעמ"ש שנמצא הלוה עני, שם יו"ד. מעמ"ש ע"י שליח המקבל, שם כ'. גוי שאמר לי' מנה לי בידך תנהו לי' פ' במעמ"ש ושתק הלוה אי יכול לומר מחמת אונס שתקתי ואיני ח"ל, שם כ"ב. ר' מכר סחורה לש' והתנה שיקבל הפרעון מבע"ח גוי ונעשה במעמ"ש ותובע מש', שם. ממחה שאמר בטוח הוא והוא שקר, קכ"ט ב'.

מצרנות

רו"ש ולוי אחים יכשו חצר וקנה ישששכר חלק רו"ש והוא שוכר מקדם וחצר בהכנ"ס בצד החצר, קע"ה ה'. דין מצרן בהטבה ובשדה הנמכר אצלו, שם יו"ד. קנה ב' שדות מא' דינו נגד המצרן לא', שם י"ג. מכרה הלוקח לאשה ויתמי, שם י"ט. נמלך המוכר במצרן ולא רצה ואחר שמכר לאחר עדיין המוכר מרוצה בו, שם ל"א. מכר כל שדותיו. שם ל"ו. התרו ב"ד בבעלים ראשונים ועברו וקנו דמסלקן המצרן, שם ל"ז. קנה שלא באחריות וכן ידע ששוה ק' ונתן ר' שם מ"ב. טוען המצרן שמא אתה יודע דלא נמכר מחמת מס והלוקח ט' א"י, שם מ"ה. בפ"ד ורוב מזכין למצרן או דיש ס"ס, שם. נתן במתנה ולא רצה ופרע בעדו, שם כ"ד. משכון שאינו דר בתוכו המלוה או מלוה שהוא טאבולירט, שם נ"ז. מעשה גוי מכר כל שדותיו לא' ובכללן קצת שדות מממושכנים אצל מלוים, שם. עו"ש שו"ת על כה"ג והגוי א"ל להחזיר המעות להמלוים.

משא ומתן

א' מהאחין הנו"נ תוך הבית שמכר ונתן לאחר ושאר אחין מערערין אי צריכין להביא ראי'. חילוק אי נפל הדו"ד בינם קודם שמכר ונתן או אח"כ, ס"ב. מסגל במעות חבירו שלא ברשותו דהריוח שלו, ס"ז ג' מכר לו סחורה בעמשט"ח שעל נוי במסירה לחוד ובמעמ"ש, קכ"ו כ"ב אשה הנו"נ תוך הבית וביד קרובי' שט"ח נכתבו על שמה או אחד

מאחין שמת וביד יו"ח מטלטלין אי הבעל או האחין יכולין להוציא בטענת ברי, ס"ב. לוקח בכסף אי יכול להקנותו לאחר ואי הוי שלו לענין מכס, קנ"ו ז' קנה ב' דברים בסך א' ולא עשה קנין רק בא' והשני חוזר בו, קפ"ב ח' עיר שמשלמין מכס על סחורה שמביאין אנשי עיר אחרת וכתב אחד מפה למק"א לקנות סחורה ולהביא לו אי כתב שיתן לו שכר טרחא א"צ לשלם מכס ואי כתב לו שיתן לו ריוח חייב מכס קנ"ו ז' קפ"א א' ד"ה ואין.

משטה

משטה בשליח ושותף, באות שליח. שו"ת ר' רצה להוזיל שער בשר והשלישו לו הקצבים סך מעות שא"ל יפתח חנותו עד ז"פ יתן לו השליש וטענו משטה, רכ"ד. טול דינר והעבירני שקצב יותר מהראוי ונתן זמר"ם, רס"ד ח' ראובן מחזיק ארענדא עם שותף ובא שמעון על הליציטאציע לשכרו והבטיחו ראובן ליתן לו חלק ונתן לו טראט לבטחון ושאלו שמעון שמא יבא שותפך ויוסיף ויקח על שמו השיבו ראובן גם על זה אני נותן לך הטראט ושכרו ראובן ונתקלקל ע"י זרים והוסיף השותף ולקחו על שמו וטען ראובן אנוס הייתי, רל"ז א'.

משכון

הלומד בספר ממושכן דחייב באחריות לכ"ע אפי' למ"ד דל"ה ש"י, ע"ב א'. וכן חוטף משכון אפילו דל"ה גזלן משום דשגג חייב באחריות. שם משכון שלא בשעת הלוואה מיישב שי' רש"י דס"ל דחייב באונסין, גם ישוב לשי' ר"י הלוי דשלא עפ"י ב"ד אינו קונה שלא בש"ה, שם ב'. פי' שלא בש"ה אם יאבד המשכון יפסיד כל החוב תליא בפלוגתא, שם. ישראל רשע שמלוה בר"ק אי נעשה ש"ש על דמי משכון כולו, שם משכון שמסר הלוה ליד נאמן המלוה עפ"י מלוה ונאבד הוא פ"ד אי חייב הלוה בחובו, שם. הלוה על משכון בהת"ע ולקח המשכון החלה לשומו ואח"כ הלווהו ונגנב המשכון פטור המלוה מטעם שמירה בבעלים, שם, מלוה הפקיד משכונו אצל הלוה ופשע ונאבד, שם ג', ש"ה וי"ו. נתן משכון בעד אחר אחר הלואה דמהני, שם וסי' קס"ג וי"ו. השכין לו משכון גוי, או השאיל, והעליל הגוי, או שיכול לפטור ממנו בדבר מועט, הודיעו שהוא של גוי או לא הודיעו, שם ב' ח'. הלוהו על המשכון וב' תובעים זא"ז או המלוה תובע ללוה, שם י"ב. משכון שנאבד אצל מלוה ומודה ששוה יותר אי מהימן שלא פשע במגו, שם י"ג. מלוה דוחקו ללוה לפדות משכונו וא"ל יהא שלך וקנו מני' ע"ז, שם כ"ו. משכון אימת הוי הילך, שם כ"ז. אימת יוכל לטעון החזרתי את המשכון ואימה טענינן ליורש שאביו החזיר אף שלא נפרע החוב, שם ל"ד. שטר כתוב בו משכון וטען החזרתי המשכון השטר בטל, טען א"ז המשכון רק זה המלוה נשבע ונוטל, שם. מלוה שמת ונשאר משכון ויש הכחשה

על שיעור החוב והיתומים קטנים מיישב פ' הש"ע דשיעור הכחשה יהא מושלש עד שיגדלו יתומים וישבעו, שם ל"ה. גוי הלוה לישראל על משכון ואבדו ומצאו ישראל והחזירו לגוי חייב לשלם להלוה, שם ל"ח. ואי קודם שנודע לגוי שנאבד החזירו לי', שם. גוי שלוה מישראל ואבד המעות ומצאן ישראל, שם. משכונו של גוי ביד ר' והפקידו ביד ש' ומת הגוי, שם מ"א. ר' הי' לו משכון ביד גוי וברשותו לוה שמעון ג"כ ע"ז ונשרף המשכון ביד גוי מה דין ש' נגד ר', שם מ"ד השואל חפץ מחבירו כדי למשכנו ונאנס ביד מלוה. שם. משכון ששוה פחות מהחוב והמלוה אינו רוצה להחזירו ותובע מה ששוה פחות, מצדיק דעת רמב"ן דאפילו לצי"ש פטור הלוה, שם מ"ה. ישוב לד' מהר"ם דגם במשכון מטלטלין שייך אסמכתא בלי מעכשיו, ע"ג י"ז. משכון שדה והתנה לכשתוכור תמכור לי בשוי' מיישב ד' הרמב"ם דל"ה אסמכתא, שם. נשאר משכון ליורשים דטוענין להם שמא ההנה המלוה שא"ל יפדנו לז"פ יהא שלו מעכשיו, שם. א"ל קנה מעכשיו א"ל אפדנו לז"פ ואירעו אונס דיכול לפדותה אח"כ, שם. מלוה על המשכון והתנה שא"ל יפדנו לז"פ יהא שלו אי המלוה יכול לחזור, שם. גוי שחייב לרו"ש ונתן להם משכון והניח ש' אצל ראובן ופשע ומוכרחין לשלם מה ששוה יותר, רצ"א א'. לא עשו תקנת נגזל במשכון ואי יש עדים שנשתמש המלוה במשכון וטוען הלוה שנפחת יותר מחובו נשבע הלוה ונפטר והיותר מפסיד, ע"ב א'.

מתנה נכסי לפלוני ואחריו לפלוני, רמ"ח ד'.

נאמנות שט"ח עם נאמנות שנמכר ולוה טוען פרוע שא"צ המוכר לישבע משא"כ בכתובה, ס"ו ט"ו. נאמנות סתם וע"א מכחישו דפלוגתא היא מכריע ומחלק בין בשעת הלואה דמהימן ולא שלא בש"ה, ע"א א'. רו"ש נשתתפו ששמעון לבד יתעסק במעות שלו ות"י יהא כל תעסק והאחין ר' לשו' על ריוח וסיזק נוטה דצריך קנין. שם ב'. שט"ח עם נאמנות כב' עדים והעידו ב' שא"ל תיו עלי עדים שקבלתי ממוני נאמנים, ע"א ג'. נאמנות כב' ופרע לו בפני ב' אי לא יביאם לב"ד רק אחר שיפרע עוד הפעם בפניהם שיוכל להוציא ע"י, שם ה'. ואי הביאם קודם, שם. נאמנות כע"א ומביאו קודם ומלוה טוען להד"ם דמודה הש"ך שלא יוכל להשביע ע"י, שם. נותן לו נאמנות שלא בשעת הלואת אפי' שטר ל"מ רק קנין, שם ט"ו. האמינו כב' ויש עדים שפרעו אי מהני נגד לקוחות מיישב שי' הרי"ף דל"מ, שם י"ט. שטר בנאמנות האיך צריך לדיין לאיים עליו, פ"ז וי"ו.

נזק דוחף מטבע לים ונפלה על אבן ונעשה בו קצת תק דלא הדר אם צריך להעלותו מן הים על הוצאות שלו, שפ"ו ג'.

נזקי שכנים באות חזקה.

נתפס מקבל מתנה שלא באחריות שתפסו המתנה עבור מס הקצוב דנותן שנתחייב אפי' לפני הנתינה דעל הנותן להחזיר, קט"ו ג'. סוחר שביקש מא' שיקבל בעדו מעות מהשולחני ואח"כ העמידו אצל השולחני וא"ל מנה שיש לי בידך תנהו לפלוני והשולחני עיכבם מחמת חוב השליח אי באמת חייב לו השליח דלחייב להחזיר להסוחר, קכ"ו י"ב, וצ"ל י"ז. מעשה ר' שלח שליח לשכור בע"ג גוים והמשלח עיכב שכרם ותבעו השליח בדא"ה ראובן חייב להחזיר לו עם הוצאות, קל"א זיין.

סופר באות ספר.

סטראי יורשים שט"ח שראו פרעון לאביהם סתם דלא טענינן להו סטראי, נ"ח א'. אי יש עדים דמשלח אמר לשליח על אותו חוב אי י"ל סטראי, שם. היכא דשליח משלם למשלח צריך המשלח לישבע שאין חייב לבעהש"ט חוב בע"פ, שם.

ספק דבר הנקנה בע"פ בדיבור אם יש ספק אי אמרינן יד המוציא עה"ת אפי' היכא דנתבטל דיבורו לגמרי, מ"ב ט'. ספק בלשון השטר אי יד בעהש"ט עה"ת אפי' היכי דבטל לגמרי, ע"ג ז'. ספק בתקנה, קע"ה ל"ז. ספק בתנאי, באות ספר. ספק בלשון השטר בז"פ אי לג"ח אי לג' שנים, מ"ב ט'.

ספר וסופר עשרה שכתבו ס"ת ונתנוהו לביהכנ"ס ועשו כתב שאם יסכימו רוב מהחתומים יוכלו לשנות מקום הס"ת ועתה מתו ב' מהם והנשארים הסכימו ד' להוציאו ולשנותו למק"א וג' מעכבים ואימת בני ביהכנ"ס יכולין לעכב, וספק בתנאי שמוקמינן על עיקר דינו, י"ג ז'. סופר שהלך בערכאות אי כשר לכתוב סת"ם. כ"ו א'.

סרסור רצה למכור במאה וא"ל הסרסור אמציא קונה ביותר ונחלוק, ואי הסרסור הונה, רס"ד ז'. ר' שהלות מעות ש' ונתקלקל החוב אי ר' עושה דין, רצ"ד וי"ו

עדות נוטל שכר להעיד או לדון שהחזיר השכר שדינו ועדותיו קיימים אי צריך להעיד ולדון מחדש, ט' א'. תבע לחבירו בספק עפ"י עדים והשיב א"י והוכרח לשלם בב"ד עפ"י העדים ואח"כ הוזמו העדים וכן יורשים שהוציאו מיורשים בשטר ובאו עידי פרעון אי זכה התובע בתורת הפקר, כ' א'. תובע מנה ובאו עדים שמגיע לו מאתיים וכן תבעו מנה והלה

כופר בכל ושאלו לתובע ואמר א"ל עדים ונתחייב הלוה היסת וקודם שנשבע באו עדים שחייב, שם, וסי' צ"ב וי"ו. ע"א המכחיש לדיין, כ"ג. שטר שלא נכתב בו תנאי אי נאמנין עדים החתומין בו לומר שנעשה ע"ת שאם לא יתן המקבל או לוקח כ"כ עד ז"פ יתבטל, כ"ה ה' ד"ה ולפ"ז. דן חבירו בדא"ה בלא רשות ב"ד אי מותר להעיד לו, כ"ו א'. קיבל

עליו קא"ל,פ בשעת ראי' אי אינו באליו"ע כ"ח א'. שאין מחויב להעיד בלי תביעת הבע"ד רק כשהבע"ד א"י מעדיו, שם חייב לצאת יד"ש איזה פסול לעדות, שם. אם הבע"ד טוען ששקר העיד עליו בדא"ה, שם ג'. נשבע והעיד האמת בדא"ה ועי"ז פסקו על הבע"ד יותר מהראוי, שם ד'. ת"ח יודע עדות שגדול מהב"ד אי סגי לשלוח השליח ב"ד אליו שיעיד, שם ה'. ואי יש בו צד אפרושי מאיסור אימת סגי שישלח כת"י לב"ד, שם. קבלו עדות שלא בפני הבע"ד בדיעבד שכבר דנו, שם ט"ו. קבלו עדות בפני שותף א', שם. אימת אמרינן עביד לאחזוקי דיבורי' שם. ב' שותפין וקבלו עדות בפני א' והב' ליתי' במתא וכשבא הב' והעידו שנו בעדותן, שם. ב' כיתי עדים המכחישים זא"ז וכת א' חוזרות לומר מוטעים היינו, כ"ו א'.

עדים שחוזרין תוך כ"ד ויש לתלות שחמה אימה מבע"ד וכדומה חזרו אימת בטל כל עדותן ואימת נאמנין כאמרם שנית, שם.

כשאין מעידין על גמר הדבר רק מעידין שזה אינו רמאי ומוכשר להאמינו אם יתן סימן אי סגי לשאול אותן יחד, שם. א' מעיד יין הלוהו וא' אומר שמן והוא תובע שניהן אי צריך הלוה לישבע, למ"ד ב'.

עדות מיוחדת שא' אומר בפני הלוהו יום פ' וא' אומר בפני הלוהו יום אחר ואין א' יודע כלום ממדותיו של תב' וב' אחרים מכחישין כל חד וחד דל"ה כב' וב' משא"כ ב' אומרים שהעכו"ם מסל"ת שמת פ' וא' אומר דלא הי' מסל"ת וא' אומר דהעכו"ם נסתפק אי מת ה' דהוי כב' וב' שם וי"ו. א' העיד בפני הודה לו בניסן וא' העיד בפני הלוהו באייר והמלוה אינו תובע שניהן, שם ז'.

תבעו ר' בשטר ולוה אמר פרעתי הכל ומביא ב' עדים א' אומר בניסן פרע מנה וא' אומר בתשרי פ' מנה דמחזיקין בפרוע מנה אי המלוה נעשה חשוד, שם ח'. ב' ששמעו ב' העידו לפני ב"ד אי יכולין להעיד לפני ב"ד אחר, שם י"א. דיין שהעידו ב' לפניו אי מצטרף עם עד אחר, שם י"ב. ב' עדים או ב' כיתי עדים מכחישין זא"ז בכולו או במקצת, ל"א. גוי שבא על א"א דישראל ונתגייר אי כשר לעדות, ל"ג י"א. צואה שחתימת עדים קרובים לו ורחוקים מבניו קדמו לחתימות עצמו, שם י"ד. שטר חצי זכר שעדיו קרובין לו ורחוקים מבניו, שם. קרובים זל"ז בקורבה דאישות בשעת ראי' ונתרחקו אי הוי תחילתו בפסול, שם י"ז. בממון אי צריך עדות שאתה יכול להזימם מתרץ קושית הנו"ב על הש"ך, שם. אי נאמן לומר בשאר עבירות שוגג הייתי לא כמו בשבועה, ל"ד ה'. חולק עם הגנב אי נפסל לעדות, שם זיין. עדים שהעידו בב"ד ואח"כ חזרו והעידו בחילוף אי כשרין לעדות להבא, שם ח'. אימת יש הזמה לעידי שטר לשלם או לפסול, שם ט'. עידי חתימה שאמרו

לא חתמנו וב' אומרים שזה כת"י דל"ה כתרי ותרי, שם, מ"ו זיי"ן. מומר מחמת אונס נפשות דעבר על מצות ק"ה דלא נפסל, שם כ"ב, מ"ו ל"ז. אין אדם מע"ר אפי' במדת חסידות שם. ואז היכי דלא פלגינן דיבורו נבטל כל העדות, שם. פסילי עדות דספק בלי הכרזה שאין נפסלין גם לאותו עדות, ל"ד כ"ג. שובר ציר דלת בשבת ליקח חמין מהתנור אי מפסיל מטעם חילול שבת או מזיק ממון חבירו או גנב, שם כ"ד.

התרו בו שלא יאכל רק יקיים שבועותו ואכל כי אמר שלא נשבע ובאו עדים שנשבע ואמר תנאי הי' בלבי והביא עדים כדבריו האחרונים דל"א בזה אין אדם מע"ר רק לוקה ונפסל עפ"י דבריו הראשונים שאמר שלא נשבע והוי הודאה שלא הי' תנאי בלבו, שם כ"ה. חילוק בין נגזל שמעיד לפסול הגוזלו שצריך למחול תביעתו בפירוש משא"כ בלוה בריבית שמעיד על המלוה, שם כ"ו. ס' פסול שהעיד עם א' על שטר שהוא פרוע וכן ב' כשרין מעידין על א' שלוה מחבירו וב' ס' פסולין מעידין להכחישן, שם כ"ח. אונן שא"צ להעיד רק לאפרושי מאיסורא וראה כשהוא אונן דל"ה תחלה בפסול, ל"ה א'. עדים שנמצא בהם קא"פ, ואם הוזמו הקא"פ אי חייבים לשלם, ל"נ, מ"ה י"ב. אי חתם הבע"ד או נוגע. שם. יודע עדות לאשה שמת בעלה והבטיחה לו שכר שיעוד ואחר העדות נתנה לו, ל"ז א'. מה שפסק הט"ז בשותפין שחלקו והמערער בא להוציא מאחד לחוד דהשני מעיד זה אפי' המוכר מכר להם באחריות, שם. ב' שותפין שיצא עליהם שט"ח ואומרים שחייבים לאחרים בע"פ אי נאמנים, שם. שותפין שחלקו הר"ז מעיד על של חבירו אף דעל שלו אינו נאמן, שם. מוכר שט"ח לא' מעדים ולא הוחזק חתימת ידו קודם שקנאו שם זיין. ר' י"ל שט"ח על ש' ונתנו ללוי ואפי' לוי נתנו ליו"א בכתיבה ומסירה ושמעון חתם בעד דפסול, שם י"א. השוכר שמעיד למי השכירות שצריך ליקח בידו השכירות זה אפי' אם מערער יורש, שם י"ב. עדים שהודו שהעידו שקר או שאמרו הוזמנו בב"ד פ' אימת חייבים מדד"ג ואימת עדותן קיימת והזמה שלא בפניהם אי פוסל הראשונים, ל"ח. כתבו השטר אח"ז הלואה והקדימו וכ' זמן שלוה אי נפסלו, מ"ג ח'. עדים שחתמו על אמנה לא נפסלו אבל נעשו חשודים לא"ד, מ"ו ל"ז. עד מסייע קרוב שאינו פוטר מהיסת, ע"ה כ"ג. אי חשוב נוגע משום זה נוח לי וזה קשה כשאין לו עתה מטעם דיוכל להשביע בכל למ"ד יום, פ"ג ג'. עד לגבי עד בזה אח"ז חילוק באיסור לא מתימן הב' כיון דע"י הוחזק לודאי איסור משא"כ בממון לענין שבועה, פ"ז וי"ו מחויב שבועה ואיל"מ דאין ע"א פוטרו, שם. אמר לפני עדים נאמן עלי אבא מה שיעוד עלי לפני ב"ד, קכ"ד.

עיקול

אי מעקלין בספק שמא לא יבא לידי גיבוי, ע"ג יו"ד.

עכו"ם

שטר כתוב בו חיוב לכל מוציאו בין יהודי בין א"י ומסרו המלוה לא"י, ס"א ד'. אי קונין בק"ס של אחרים לא"י, שם. קנה שט"ח מעכו"ם על ישראל, ס"ו כ"ה. שט"ח שעל עכו"ם אי מהני בי' כתיבה ומסירה, שם ל"ב בהג"ה. שטר מחילה הנעשה ע"י עכו"ם שגוף המחילה ע"י השטר דל"מ ס"ח א' שטר שעדיו עכו"ם ומסרו בפני עידי ישראל, שם ב'. לוה שחתם בעצמו על שטר שכתבו גוי וא"י לקרות דמצי לומר גוי הטעני במגו דפרעתי, שם, מ"ה ג'. אי סמכינן על שומה עכו"ם, ע"ג ט"ו, קס"ב א'. חליפין בעכו"ם, קכ"ג י"ד. חזקה בעכו"ם, באות חזקה. בע"ד הבאין מכח עכו"ם, קע"ה נ"ז. עכו"ם שנהאנה ומשך ולא פרע ונתגייר רכ"ז כ"ו. קנה מישראל בעד גוי במעות הגוי אי קנה הגוי, שמ"ח ב'. דין הפקעת מלוה ופקדון גוי שמת, שם. עכו"ם שנתן מהנה ע"ת ולא נתקיים התנאי, שנ"ט ראובן הטעה לעכו"ם בסוס בעל מום שמכר לו והעליל על שמעון שקנה גם ממנו, שס"ט ז'. גוי שי"ל שט"ח על ישראל וי"ל זכות בדא"ה יותר מבד"י ומכרו או נהנו לישראל, שם י"א. אי צריך ליקח מישראל כשהגוי מוזיל, קע"ה מ"א.

עסקא

הלוה לחבירו ואח"כ א"ל על עסקא ועשה הת"ע, ס' וי"ו, קע"ו ג'. ר' תבע משמעון קרן ועסקא והשיב א"י א"פ הקרן מכבר וכן ר' שיש בידו שטר אקרן שנתן להתעסק לש' ותובע ריוח ג"כ וש' ט' פרעתי הקרן מכבר אי צריך לישבע על הריוח, ע"ה ט'. שטע"ס שכתוב בו שלא יהא נאמן אהיזק רק בעדים דנאמן במגו דמזויף וכן בע"פ והמקבל אינו מודה שהתנה שלא יאומן אהיזק בלי עדים דנאמן להחזיק, פ"ב א'. מעשה אחד הי' חייב לחבירו חוב מלוה וחוב עסקא ושילם א' וטען לוה שפרע העסקא קב"ח שנתכוין לפרוע חוב העסקא ואי הרויח אחר פרעון בסחורה שקנה במעות העסקא צריך ליתן חלק להנותן. פ"ג ב'. טוען לא הרווחתי אי צריך הנותן לקב"ח שאין משביעו בחנם ואי יכול הלוה להפך השבועה על הנותן ואי מת הלוה בלא שבועה אי הנותן מוציא העסקא מיורשים. ק"ח ד'. חוב עסקא דיכול לתפוס ולמשכן חפץ קטן שוה פלגא פקדון אסור למשכן חפץ גדול שוה גם הפלגא מלוה, ציץ וי"ו שנוע"ס שנכתב בו הזמפ"ר לא יאוחר מזמ"פ דאי שילם תו"ז דחייב העסקא עד הז"פ ואין נותנין לו זמב"ד, ק"ח ד'. נו"נ במעות חבירו ודירתו במקום רואין אי יכול לומר נאנסו. שם. בשט"ע אי שייך החזקה דאינו פורע תו"ז, שם. הלוה לחבירו ואח"כ א"ל למחצית שכר, קע"ו א' ג'. מקבל עסק או מעות לזמן ואחר הזמן נתעסק בהמעות בסתם שם כ"ב רו"ש לוו על עסקא בשטר ופרעו הקרן ואמר המלוה לראובן אתה אמרת שהי' ריוח ומפני כח השטר הוכרחו ליתן ריוח ותבעו

שמעון למלוה אתה יודע שלא הרווחנו צריך המלוה לישבע, פ"א ל"א. ג' נתנו מעות לאחד להתעסק או אחד לג' בסתם איך יחולק הריוח. ואם פירש נחלוק הריוח, קפ"ד.

ערב

הת"ע בלשון יחיד ובו חיוב לשלם בלי דחוי' וזמב"ד גם קנין נכתב ונאמר בו שעל הקרן נתתי טראט בחת"י עם ערב ראובן ולמטה חתם הלוה ואח"כ ראובן אם יש לערב זמב"ד ואי אינו ערב על העסקא, ט"ז ב'. נתן לא' זשירא על וועקסיל שיכול לחזור קודם שלוה, ל"ט י"ז. ב' שומרי חנם שקבלו שמירה ביחד אי א' ערב בעד חברו, ע"ז א'. ב' עריבים מותר למלוה למחול לא', שם ח'/. ערב לאחר מתן מעות שהמלוה חייב לו כסך החוב וא"ל אם לא יפרע לך תנבה מחובי דהוא ספ"ד, קכ"ט א'. ר' כתב לש' שיתן מנה ללוי ור' ישלם ונתן יודא המנה דאין לו על ר' רק חרם אם לא נהנה מהמנה, שם. ר' נשבע שלא יהא ערב ונתערב, שם בי. מעשה והחזיר א' שטר ללוה שיתן לו שטר חדש עם ערב דפטור הערב, שם ג'. החזיר המלוה משכון שאינו שוה כל החוב עפ"י הערב, שם. מעשה שנתפשרו איש ואשתו על גט ואבי הבעל השליש משכון שאם לא יתן הבעל כו"כ תתפרע מזה דחייב, שם. שאלה ר' נתערב לש' בעד לוי על מנה שנתן לו על ח"ר ועלה הח"ר חמישים ז"ב ופרע ר' המנה לש' ואמר ש' החצי יהא על הריוח ור' אמר אקרן הכל ואח"ז נתרצה ר' שחצי יהא אריוח ועתה חוזר בו. תשובה שאין להוציא מידו, שם ה'. ערב לאחר מ"מ שנתן שטר הודאה שהודה שקיבל ממנו כו"כ, שם. ואי נתן טראט אף דפ"ד הוא ל"ה כגבוי, שם. לוה שאמר לא לויתי מעולם דחייב הערב דמעולם דוקא ופי' ד' הש"ך דקאי אלוה גוי, שם ח'. אם הלוה גברא אלמא, שם יו"ד. לוה שנתן דמי הפרעון לערב, שם י"ב. שמעון ביקש מראובן שימכור חפץ עבורו לאחיו על טראט ודיבר ר' על לב אחיו עד שנתרצה ושלח לו הטראט ובז"פ הבריח נכסיו, שם כ'. נדר שכר לחבירו שיערב בעדו או שחכר איזה חכירות ולא רצו להחכיר לו בלא ערב ונדר לו חלק בחכירות שיערב בעדו, שם כ"ב. ב' ערבים שא' פרע הכל אי ערבו זה שלא בפני זה דהוי כפורע חובו ש"ח שלא מדעתו. ק"ל א'. מת הלוה וקדם הערב ופרע החוב, שם וי"ו. הערב שמת או נשתטה קודם נתינת המעות דהוא כחזר, ואפי' בקנין בבד"ח דיכול לחזור, ק"לא א'. מלוה האריך הזמן ללוה ונשתדפו הנכסים והערב לא התרה דהוי ס"ס ובשטר וספק פרעון מוציאין בס"ס, שם ד'. ר' נתערב לש' בעד לוי אחר מתן מעות בקנין אך שיעשה חשבון עם לוי ויברר חיובו דהוא ספ"ד שם יו"ד ערוב זה לפ' ואני ערב לך, שם י"ד. מעשה ר' אמר לש' ערוב בעד לוי ליודא ואני ערב לך ותפס ש' דמי הלואה מלוי

בעד חובו דראובן פטור, שם. ערב לגוי וכן ציוה לעשות דבר עבירה היכא שהשליח לא ידע שזה אסור וערב לו מהיזק דחייב קל"ב.

עשיר ועני

אמר לחתנו העני תלמד עם בנך ואשלם לך פ"א א'. פסק לשדכן עני יותר מהראי אי חייב משום נדר, ר"ז י"ט. התחייב ליתום דרך מו"מ באסמכתא, שם. עני המהפך בחררה ואחר קנאו דגם אי מחזירו איסור דעביד עביד, רל"ז א'.

פועל

שפחות ששברו כלים אי ינוכה משכרן, של"א ב'. חילוק בין שוכר פועל סתם דא"ל רק בפחות שבפועלים ובין נותן מעות על הגורן ומוכר שור סתם דהוא בינוני, שם ג'. הקדים פרוטה לשכיר יום ולקבלן ולבע"ג עם סוס אי הוי קנין של"ג א'. רב שנשכר לקהל והגיע הזמן לבוא וחזרו משום שינוי אויר, שם. שכר מיניקת ונודע שהיא מעוברת, שם ה'. משך ספר להגיה וטרם שהתחיל רוצה לחזור וכן בעל רחיים שמשך תבואה לטחון. שם. פועל שא"ל בעה"ב דרך כעס לך מעמדי, של"ג ה'. שלח שליח לשכור מלמד או מעצמו שכר מלמד לקרובו ואירע אונס אח"כ דשליח ידע ומלמד לא ידע, של"ד א'. שכר מלמד שילמוד עמו ומת השוכר בתחלת הזמן או שאר אונס, שם.

פנקס

ר' עשה חליפין עם שמעון ור' משך הסחורה ועדיין לא ה"ל ליתן ונפטר ונמצא כתוב בפנקסו שחייב לש' כו"כ סחורה, ר"ט ד' לוה שהבטיח למלוה אחר ההלואה ליתן לו ח"ר ומת וכתוב בפנקסו שחייב למלוה כו"כ ומודה המלוה דבזה כלול הח"ר, שם.

פקדון אימת המפקיד יוכל להקדיש ולהקנות פקדונו קכ"ג א'. נפקד שמכר הפקדון לק' ולא רצה המפקיד ואח"ז קנהו הנפקד מהמפקיד, ר"ט ה'. פקדון מומר שמת, רפ"ג. נפקד שהלוה מעות פקדונו בריבית, רצ"ב ז'. ואי המפקיד ביקש פקדונו להרוויח בו והלה מעכב, שם. באו גנבים ונתן להם הפקדון. שם ח'. א"ל המפקיד הביא לי פקדוני ואי אמר הנפקד תא וטול פקדונך האחריות על מי, רצ"ג, שד"מ א'. מעכב פקדונו בע"כ דמפקיד שלא ע"ד לגזול ולכפור לענין אונסין רצ"ד א'. אי מפקיד מכחישו בברי אי חייב בשבועת שומרין מה"ת, שם ב'. נפקד עושה דין עם הגנב, שם וי"ו. שומר שאמר הריני משלם, רצ"ה א' ב'. ר' הפקיד אצל ש' ונאבד ואמר ש' לראובן איני רוצה לעמוד בדין ולא לישבע הילך דמיו והשיב ר' איני רוצה שתפסיד ע"י והחזיר המעות לש' אח"כ חזר ר' ותבע לש', שם. נפקד שפשע בס"ת ונגנב, ש"א ח'. נפל דליקה והציל ספריו ובתוך

כך נשרפו חפצי מפקיד או הציל תורה שבכתב ונשרפו ספרי תורה שבע"פ המושכרים והמושאלים אצלו, ש"ג ג'.

פרעון

אפי' שליד נחתינן לנכסי מטעם כפי' לקיים מצות פריעת בע"ח, ל"ט א'. לוה טען אבי א"ל שפרע חובי בע"פ או בשטר והלם טוען השליח מסר השטר לו שלא כדין, כ"ו ג'. נשבע לפרוע לחבירו יום פ' וחל בשבת, ע"ג ז', לוה שאמר החזר לי השט"ח והילך מעותיך אי נפטר מאונסין ק"כ ב'. התנה שיתן המעות לידו ונתנו לאשתו דלא נפטר, שם. ר' פרע חובו לש' בסט בשט"ח שנתן לו בכום"ס או ממר"ם במסירה ועתה ש' א"י לגבות החוב אי יכול לחזור. קכ"ו ט'. פורע חובו ש"ח שלא מדעתו, קכ"ח א' רס"ה. מעשה ר' ה"ל שט"ח על גוי וא"ל ש' אפרע לך לזמנים ואח"כ תמסור לי החוב בכום"ס וש' עשה כן מחמת שהגוי נתן לו דירה לדור בו באגר נטר ד"ס יכול לתבוע מעותיו מר', שם פרע לאומן שכר כלי של חבירו שתקנו ונטל הכלי, שם. שוכרי דירה שהעידו למחזיק על ב' שנים ופרעו השכירות למערער ואח"כ הביא המחזיק עדים על שנה ג' וכן להיפך, ק"מ ט'.

פשרה אי רשאי הדיין לעשות משר אחר גמ"ד כשא' מבע"ד אלם ואין בידו לכופו, י"ב ב'. נתרצו הבע"ד בפשרה בב"ד בלי קנין ואח"כ חוזר א' מבע"ד ועוקר בדייני ישראל ומתחרט על טבח לפני דייני ישראל, שם ז'. אי צריך לפרש שמות הפשרנים כשמקבלין בקנין על פשר, שם ז'. קבלו א' לפשר ביניהם ועשו ת"כ או שבועה לקיים ל"מ תו שאלה משא"כ בדין אם נשאל קודם גמ"ד, שם. פשרה שעשו בע"ד עצמן שאצ"ק אי מהני נגד הנתבע, שם. דיינים מתעצמים לפשר וא' מבבע"ד אינו רוצה ומקבלים קנין מהב' ואח"כ מרצים גם לזה לקבל קנין אי יכול הא' לחזור בו, שם. נתן שטר עליו לפשרנים ולא' זכה בשביל בע"ד או השליש שטר שיכתבו בו סך שיחייבוהו או נתפשרו בערכאות ובע"ד חתמו על הפשר ונשאר בידי הערכי, שם. ראובן תבע משמעון ר' והוא טען נגדו ונתפשרו על ק' עד ד"ח כל חו' כ"ה ז"כ ואי יעבור זמן א' ישלם כל המאה מיד ועבר הזמ"פ הא' אי הוי אסמכתא וחילוק אם הב"ד פישרו כן ואם הפשר הי' על אומן שיתן לזמ"ם ולא נתן אי יכול שמעון ג"כ לבטל הפשר, שם. לוה אנס למלוה והחזיר לו שט"ח של ק' בנון אין יכול לחזור לתבוע המותר, שם י"א. שנים חלוקים בבנין ונתפשרו בלי קנין והחזיק א' ובנה קצת ובמקום שכותבין שטר, שם י"ב. א' לקח מעות מבעה"ב ואמר שאבדו ונתפשרו במקצת ונמצא המעות ביד גוי, שם י"ד. פשרה בלועות, צ"ב ג'. פועל

שאמר בארבעה והשיבו ודאי נתפשר בינינו וכן בשכר דירה כה"ג לענין תשלומין ולענין מזרה, קפ"ב י"ב.

צוואה

שכ"מ עשה צוואה עפ"י שופטי גוים ועדים ובכתב ואמר שחצי הוני של אשתי כי היא היתה נו"נ וגרמה העושר אי מהני, ר"נ ג'. שכ"מ שאמר זו לענים אי מוציאין מיורשין, שם, רנ"ב. כתב נכסיו לב', לא' בקנין ולב' בלא קנין, שם כ'. אי מהני יפוי כח בשכתבו הצוואה לאח"מ שם כ"ב.

אשה מתה בלא בנים והשלישה מעות ביד שליש והריוח יתן לסיוע נשואי בני יורשים אי יש בזה מצוה לקיים דברי המת, רנ"ב ב'. איש ואשתו עשו ביניהם אם ימיתו בלז"ק יהא העזבון לענים אי זכו, שם. צוואה בע"א רנ"ג א'. ואי העזבון תח"י העד, שם. והא ד"ז לפ' בשכ"מ אי הוא לשון מתנה, שם ב', א' שלא ה"ל ז"ק ציום מחמת מיתה ליתן נכסיו לאחר ואח"מ נודע ששאתו מעוברת וילדה ומת הולד, שם ה'.

אמר תנו ק"ק לבע"ח בחובו והחוב פחות, שם ח'. ציוה השכ"מ לבתו הלואתו שביד פ' אי הוי מוחזק שהבעל יירשנה, סה כיד. איש ואשתו פסקו ביניהם קודם החופה מי שיפטור קודם יהא הנשאר לנשאר בחיים, רנ"ז ז'.

קהל

דברי הקהל שא"צ קנין ז"ד במתנה ומחילה או ב' קהילות שהתחייבו זל"ז אפי' במכירה ושכירות, ס"ו א', ב' קהילות בעיר א' וקהל א' מועטין את דינן כיחיד לגבי רבים, סו' סי' ד'. בה"כ אחורי ביהכנ"ס וצריך הוצאה לענוי ולתקנה ורוצים הקהל שהשכנים יתנו יותר, קמ"ט כ"ט. חזקה לקרוא בתורה וחזקת למול בביהכ"נ א', באות חזקה. קהל שהשכירו גאבעלי בלי כתב שיכולין לחזור, קס"ג וי"ו. קהל ויחיד לענין שכירות אוראנדיא, קע"ה ליתי. קהל שמכרו עזר היין ונתחייבו להקונה שמי שיעלים ממנו יתן קנס כו"כ אי מועיל, רל"א. בני עיר שהתנו שמי שימצא בהמתו תוך התבואות יתן קנס להמוצא, שם. שכר מרחץ מקהל תו"ז שכירות על אח"ז עבור בנו שלא בידיעתו וחזרו הקהל, באות שכירות.

קיום

קיום שטרות בלילם מדעת הלוה, מ"ו ד'. אי הבע"ד טוען מזויף אי צריך קיום ד"ת, שם. אם עידי חתימה אומרים לא חתמנו, שם, כת"י הלוה אי הקיום ד"ה, שם ה'. עידי חתימה אומרים כת"י וב' אחריני אומרים אין זה כת"י או בהיפוך, שם ז'. שיכולין עדים להעיד מתוך כתבם על חת"י עדים או חת"י הלוה, שם. הא דג' שישבו לקיים השטר ב' מכירין

חת"י עדים וא' אינו מכיר עד שלא חתמו מעידין בפניו וחותם ז"ד אם הוא מומחה הראוי לדון ד"מ או שיושיב ב' אחרים אצלו, וכשלא ידעו כולם שהוא חת"י יכולין לחתום הקיום אסמך שיקבלו עדות אחת"י אח"כ, שם כ"ד. אימת נאמנים לומר אנוסים היינו בשכת"י יוצא ממק"א, שם ל"ז. חת"י לוה אי מקיימין מב' שטרות, ס"ט ה'.

קי"ל

שותף א' שתפס בטענות קי"ל גם מה שמגיע לשותפיו דצריך להחזיר לנתפס כשעדיין בידו ואם תפס רק כפי חלקו א"צ ליתן מזה לשותפיו, ס"ב. בספיקא דדינא הזוכה בט' קי"ל דל"ח שלו ממש ואי קידש אשה בזה הוי ספק קידושין, ס"ו כ"ג. טראט אי הוי כגבוי לענין קי"ל, באות ערב. ספק בתקנה, קע"ה ל"ז. קי"ל היכא דאיכא איסור וממון, רל"ז א'.

קנין

אחרו לכתוב אחר הקנין ומסופקים בהזמן, ל"ט א'. קונה דשלב"ל ונתן עליו שט"ח בעדים סתם וחזר הקונה מחויב המוכר להחזיר לו השט"ח ואי השט"ח בקנין דמחויב לשלמו, ס"ו ל"ב בהג"ה. משיכה וכדומה עד שלא נגמר הפסיקא רק מוכר אמר בד' והלוקח השיבו ודאי נתפשר בינינו, קפ"ב י"ב, קנין אודיתא, באות הודאה. קנין בית שיסודו אינו נעוץ בקרקע, ק"ל א'. החליף קרקע בקרקע והחזיק א' אי קנו באתרא דכתבו שטרא וכן החליף במטלטלין ומשך ק"ל ז'. מוכר שדהו מפני רעתה בק"כ באתרא דכתבו שטרא, וחליפין דל"ה כמוכר מפני רעתה, שם. ר' מכר לש' ומחמת איזה תנאי כ' שטר ע"ש לוי אי קינה, שם:

עייל ונפיק אזוזי אי יש לחוש דנתחדש או נמלך, שם ט"ו. שטר חיוב ומקצתו אמנה, שם ט"ז. עייל ונפיק אזוזי ולוקח חוזר וטוען המוכר שהי' קונה אחר ואזל, שם. הקונה ששילם לפועלים שחופרין כדרכם מקדם, קצ"ב יו"ד. קנין שכירות ושאלת קרקע, שם י"ג. קנין אילנות לקצוץ קצ"ג. פירות העומדין לקצר, ר"א ב'. קנין שדה מגוי בכסף היכא דיש פקודה שישראל אינו רשאי לכתוב ע"ש, קצ"ד א'. משך המוכר כדי שיקנה הלוקח קצ"ו. ובהסכמות מעות שאינו קונה דהיא גם בספרים גם אי שייר לו זכות ללמוד בהם וגם שלא קיבל כל המעות וגם בסרסור שמכר סחורה שאצלו במעות וגם כשמוכר או לוקח הי' לו עוד סחורה מונח שם וגם שלוקח בירר לו הסחורה והניחם מהצד, קצ"ח א'. תנאי לעשות מדבש שאינו קנין קנין, שם ה'. בזמה"ז אי קנה א' במעות מהקדש ומצדקה או מכר להם, קצ"ט ד' חצר לוקח וחצר נעקד, ר' א'. חילוק בין משוך חפץ זה לקנות דל"מ ובין משוך הכלי לקנות מה שבתוכו דמהני כיון שהמוכר עשה מעשה. מדידה,

שם ו' לקח יין דקייצי דמיו לבקרו ונסכו גוי או נאנס, שם י"א. סטומתא, ר"א. שו"ת רו"ש הי' להם פריצעס עם אדון ועשו ביניהם ש"ש יקבל עליו הפריצעס לזכות ולחוב והפריצעס הי' ע"ש ראובן וכשזכה חזר בו, שם. שו"ת א' קנה מטבח עור בהמה קודם שחיטה וקלקלה הטבח בהפשטה, שם. לוקח במזומן ומשך ואינו נותן דמים, שם. קנין אגב, וחצר ומתנה כ"א ר"ב, ק"ס דמהני בבאנקנאטין משא"כ חליפין מהני רק בצעטיל של ב' מלכים ולויזין של ב' בענק ושט"ח של ב' בני אדם, ר"ג א' קנו ממנו שלא למכור או שלא לעשות מחמת טובה שקיבל, שם. הקנה קרקע ומטלטלין במעות כאחד, שם יו"ד. קנין וחיוב שלא לעשות, ר"ה א', ר"ו א' מחייב עצמו בקנין ליתן שטר אימת מהני רמ"ג קנין חצר ויד שלא בכוונה, ואי מקצת חוץ לחצר ויד וד"א, רס"ח. קיבל עליו שבת וקודם לילה בא צבי לחצרו וננעל הדלת מאיליו ובא אחר ותפס הצבי לעצמו שם. משיכה וחזקה ע"י גורם, רג"ע י"ג. הגבהת פועל שלא בכוונה לקנות, ער"ה כ"א.

קנס באות חיוב.

קצבה

חיוב דבר שאין קצוב, ס' ב'.

ריבית

שטר שיש בו ריבית מפורש חילוק אי ביד המלוה יעביר קולמוס ארבית ואי נמצא יקרע, נ"ב א'. כלל הקרן ורבית פסול גם במלוה מודה, שם. אי מועיל חזקה במשכנתא אחר ההלואה להיתר אכילת פירות בנכייתא, ס' זי"ן. חזקת אכילת פירות דלא מהני, שם. ר' תובע משמעון בשטר מקוים בנאמנות וטען ש' שראובן מכר לו סחורה בהקפה ביותר משוי' דחייב לשלם וא"צ ר' לישבע גם אחר הפרעון, פ"ב יו"ד. לוה שטוען נגד שטר בנאמנות, ריבית הוא והמלוה מודה רק טוען בהיתר נעשה דמועיל הנאמנות, שם. קנה מחבירו בהקפה והוסיף עליו בדמים, ר"ח.

רשות הרבים

אם רשאי להוציא זיזין על ר"ה או לסתום הדרך ברשות מושל העיר, תי"ז.

שבועה

שיכול להשביע לאיש אחר שאין תובע שלו על טענה שטר שבידך יש לי ראי' בו, ט"ז ד'. טען איני יודע אם פרעתי וא"ל התובע אמור בה"צ והפטר ויצאו מב"ד ונשמט זמן ארוך אי יכול לחזור, כ"ב ג'. ב' שיש להם שבועה זע"ז איזה קודם, כ"ד. מחויב היסת ושכנגדו תפוס אימת יחזור קודם לידו ואימת ישליש, נ"ד ב', צ' י"א, קל"ג ה', שמ"ז. שטר בלא אחריות יוצא מתחת יד אחר שא"י טיבו ומלוה טען ישבע הלוה היסת שפרע,

אי לא ישבע יחזירו השטר למלוה בל"ש, ע"א יו"ד. לוה שאומר למלוה אישתבע בנק"ח דלא פרעתיך וא"ל החזיר לי שטרי כי זיילי נכסי או שאר טעם ומלוה אינו רוצה שדין עם לוה ואפי' היסת אין משביעין אותו כשאין מלוה טוען, שם. ב' תובעים זא"ז ומחויבין היסת וחולקין על ההיפוך ששניהם רוצין להפך. ע"ב כ"ח. שבועה בכולל לבטל מצוה דחל אי רק קודם שחל החיוב. ע"ג ה'. שבועה בכולל אי חל להפקיע שעבוד חבירו, שם. ראובן חושד לאשתו שפתחה תיבתו וגנבה מעותיו והודית מקצת דא"צ לישבע, ע"ה י"ז. אי שרי להכותו שיודה כשיש רגלים לדבר שגנב, שם. ואי תפס ממנו אימת מהני, שם. טען עפ"י קרוב שיוכל להשביעו יכול להפך אם חושדו באמת ע"פ, ע"ה כ"ג. ב' הלוו לא' ועשו שטר מחזיק ש' והודיעוהו שלא' ק' ולא' ר' ותבעו כ"א ר' דהדין שמנה ג' יהא מונח עשי"א וכן אבדה זה נתן סי' וזה נתן סי' דדינו כך אי משביעין זא"ז היסת, ע"ו. נשבע לפטור וירא שלא יחזור אח"כ התובע ויתבעו בדא"ה דצריך להשליש לו פטור, פ"ב ג' נשבע ונוטל ולוה טוען אין לי היכי דצריך לישבע בלא טענות הלוה המלוה נשבע קודם משא"כ כשלוה צריך לטעון השבע לי, שם. ת"ח שנתחייב שבועה ואי יכול להפך שבועה על ה"ח ובזמה"ז דוקא הומחה לרבים הוא ת"ח לזה, פ"ב וי"ו. ר' הוציא שט"ח על ש' או שיש עדים על החיוב ושמעון הוציא שטר שראובן מכר לו שדהו אחזמ"פ וטען אלו הייתי חייב הי' לך ליפרע דשמעון חייב היסת, פ"ה א'. ר' נתחייב היסת לשמעון וטען ש' כבר נשבעת לפלוני ופלוני לשקר דפטור ר' מהשבועה, רק דשמעון יכול לחזור ולומר טעיתי או שקר אמרתי, פ"ז י"ג. נדר לה דבר באתננה וכופר אף דסתמא נדה וכרת חייב לישבע דל"ש קלב"מ רק בחייבי מיתות ואעל"מ ל"ש כאן, שם כ"ה. נשבע היסת ואח"כ הודה מעצמו במקצת בדבר שאין בו ש"ד או שאומר עתה הילך דחוזר ונשבע על השאר, פ"ז כ"ח שבועה היכא דאיכא למיחוש שיתברר הדבר, ע"ב ט"ו, פ"ז ל"ג, צ"א ב'. והיכא דעתיד להתברר ע"י ע"א דנותנין זמן למ"ד יום, פ"ז ל"ג, שותפין שחייבין שבועה דישבע א' וחבירו יאמר אף אני כמוהו, שם ל"ו. כופר הכל ועדים מעידין שחייב לו פחות אי בעינן כפירת ב' מעין, פ"ח א'. רוב ציבור רוצים לתקן שלא יפסוק הדיין שבועה על דין שפחות מיו"ד פרחים שהיחידים האומרים כהלכה יכולין לעכב, שם ד'. טענו פקדון ב' כסף ופרוטה והודה בפרוטה וכפר כסף א' ועל כ' א' טען נאנסה דאין חייב ש"ד כיון דאין הכפירה משם א', שם ה'. טענו דינר כסף או דינר זהב דסתמא שוה דינר קאמר אי מתברר אח"כ דדוקא קאמר אי מחויב הנתבע ש"ד על הודאתו מקצת, שם ט'. ישוב לדעת הרמב"ם דס"ל שאין מודה במקצת חייב ש"ד אלא כשיכול לכפור, שם כ"ט. שכיר נשבע ונוטל אף שמודה שקבל מקצת, פ"ט ב'. שכיר קטן נשבע בע"ה ונפטר ול"מ לי'

תפיסה אף שיגדל, שם. הביא ראי' שתבעו כ"ז אף שהעדים א"י מה השיב או השיב פרעתיך הרזנו"נ עונה א' אחר זמנו, שם ג'. מחולקין בקציצה כששכרו בעדים וא"י כמה פסק לו ותבעו בזמנו ובעה"ב מודה במקצת בפחות שבשכירות דא"י לכפור דהוי סד"ד אי חייב ש"ד ובהילך אי צריך לישבע בנק"ח, שם ד'. ר' מכר כישות לש' ומכר ס' הכישות לגר ומדדן שלא בפני ראובן ונטען ר' שלא ברשותו מדדן והיו ק' ושמעון משיב שברשות והיו חסר חק"ל צ' א'. טעה וכסבור שלו נוטל והנגזל מודה דטעה ויש הכחשה בשיווי ישבע הגזלן דלא קנסו בשוגג, שם. תבעו לגזלן ב' כלים שאינו אמוד בהם והודה א' דהוי סד"ד אי הוא חשוד ע"כ פטור בל"ש רק מחרימין, שם, וסי' צ"ב ב'. כ"מ שנזכר היסת אחר הפרעון אי צריך תביעה חדשה עתה שתיקנו הגאונים לקב"ח קודם שישבע, צ' י"א מודה במקצת שנתחייב ש"ד לחבירו ומת התובע אי מחויב לישבע הש"ד להיורשים, צ"א ג'. יכול לישבע ע"מ שכתוב בפנקסו שסומך עליו שהוא אמת לעכו"ם בדא"ה כזוכר בברי ובישראל בדיני ישראל יפרש איך יודע וישבע, שם ד'. אף דשותף מורי היתרא נעשה חשוד ע"י העלמות, צ"ב ג', צ"ג וי"ו. כופר בפקדון לפני עכו"ם ולא ראוהו בידו ואח"כ כפר בב"ד וראוהו אז בידו דנעשה חשוד מזמן ב', שם ד'. נשבע ונוטל ונתברר שהוא חשוד בש"ד לא נחתינן לנכסי רק מסקינן דיחזיר ואי שכנגדו תפס מהני, צ"ב י"ג. נשבעין בטענות שמא אי החשד רק על כ"ש, צ"ג א'. נשבע לפרוע שאין מסדרין חילוק בין מלוה ובין חיוב נדן וכדומה צ"ז למ"ד. נשבע לבע"ח מאוחר אלהבא שישלם לו מה שירוויח דינו נגד המוקדם, צ"ט ב'. תבע לחבירו מכרת לי קרקע ואינו מוחזק וא"ל שטר אי יכול להשביעו, ק"מ ב'. אי שייך ש"ד בקנס ת' ב'.

שובר

שובר מוקדם שכשר, נ"ד ג'. פרע מקצת חובו אימת א"צ לכתוב שובר, נ"ז

שומא

ב"ד שמו מטלטלי דיתמי לבע"ח ואתו ד' ושמו בפחות דהדרא, ק"ג ב'. שומא דהדרא והמלוה הוציא ולא השביח דא"נ הוצאה, שם ט'. ב"ד שמו קרקע לבע"ח דל"מ תנאי שלא לסלקו בלא קנין בין קודם שירד לקרקע בין אח"כ, שם. אי סמכינן על שומת גוי, באות עכו"ם.

שומרים

ש"ש אי מחייב בשמירה ע"י הקדמת שכר כשאפשר במשיכה דהיא סד"ד, ס"ו מ"ם, רצ"א ה', ש"ג א', ש"ו א'. דלא שייך דין שומרים בחוב ושליח בשכר בשטר חייב בפשיעה מטעם קבלן ופטור מגניבה ואבדה, ס"ו מ"ם. וכשמשך השליח השטר שניהם א"י לחזור,

שם. פשיעה דשומר דהוי גרמי, שם. ש"ש דמתנה להיות כשואל דצריך קנין, שם. שטר מסרתי לך וזה אומר להד"מ או אבד, צ"ה בעל שמודה שבאו הכלים שתובעים אותה לרשותו, צ"ו ויו. ישוב למה הבן ל"ה עמו במלאכתו עם או"א דהא מחויב לעשות רצונם, רצ"א כ"ג. ר' נתן צמר לש' לעשות לו בגד וש' נתנו ללוי אורג אחר וטען ר' שי"ל אומדנא שאין כ"כ צמר בהבגד ואיני מאמין ללוי, שם כ"ו. מעשה א' שכר בע"ג להביא סחורה ושלח הבע"ג משרתו וידע השוכר ונגנב הסחורה, שם. ש"ח שמסר לש"ש וידוע דנגנב דהתשלומין לבעלים, שם. ש"ח שהתנה להיות חייב כש"ש דהוי סד"ד אי חייב בגניבה ואבדה, שם כ"ז, רצ"ו. אמר לשומר תשכיר חדרי ותטול לך השכר והשכיר החדר אי הוא ש"ש על החפץ בל"ק, רצ"א ה'. ר' שלח לש' שק צרור וחתום ע"י ציר וכ' לו להשגיח אחותם ומשקל ושמעון לא השגיח כי הציר מוחזק לנאמן ונתן לו אגרת שקיבל לנכון ונמצא חסר, באות גרמי גבאי שהי' בידו מעות קהל והחליף במטבע אחר להנאתו ונגנב, רל"ב ז'. מסר לבעל ספינה ק' שקים קמח וקצב שכרו וטען המפקיד שחסר קמח והלה משיב א"י, רצ"ח. מעשה רי שכר בע"ג להוליך לו כ' חביות בעד כ' ר"כ ונגנב א' והי' בעליו עמו תחלה דין השכירות, ש"ה ג'. תנאי בהקדשות וכדומה להתחייב בפשיעה דא"צ קנין, ש"א ד'. דין שמירה במעות עניים ביד גבאי או השומר, שם וי"ו ש' שלח מעות לר' וכ' לו למסרן ללוי ושכרו יתן לוי ונגנב מר' וטען שלא עלה ע"ד ליקח שכר, ס"ג א'. ש"ש שה"ל להציל בכדי כל דמיהן אי צריך לשלה הש"ט לקנותן. שם ח'. ר' קיבל עליו אחריות סחורת שמעון ששלח בספינה בשכר וכבוא הספינה בים הי' רוח גדולה והשליכו כלי האני' בים להקל ונתפרע הספן זה מבעלי הסחורות אי ר' חייב בזה, שם. שומר שהוציא להציל במקום שאין רואין דמהימן בשבועה ליטול בלי מגו, שם ט'. ש"ש שהתנה לפטור מגנבה ואבדה ומשבועה אי מפסיד שכרו, ש"ה ד'. קיבל השמירה בסתם ואמר אח"כ ע"מ שלא יהא עלי אחריות, שם. ש"ש שמסר להבעלים לשמור בחנם אי הבעלים חייבים בפשיעה או היא שמירה בבעלים, ע"ג ג', ש"ה וי"ו. ישוב דעת ש"ג דמספ"ל בשולח לשחוט לאומן בחנם אי חשוב ש"ש בשביל הברכות, ש"ו ד'. דשוכר שוה למלוה על משכון למ"ד דהוא ש"ש לשיטת מוהרש"ך לא מחויב בהפלגת יתירות לנטור, ש"ז. לוקח חמורו ש"ח שלא מדעתו והוא עומד לשכור ונפחת או מתה מחמת מלאכה, ש"ח. שאל טלית של מצוה להתפלל בו וכן טבעת לקדש בו דהוא סד"ד אי חייב באונס, ש"מ א'. שואל ספר ללמוד ונאנס או נתקלקל, שם. שאל אתרוג יקר ומשמש בו עד שהכהה מראיתו, שם שאל מחנוני ונאנס איך ישלם כמו שקנה או כמו שמוכר, שם. שואל שלא משך ול"ה סילוק שמירה רק נשתמש אי חייב

באונסין ולענין חזרה, שם ד'. בן בית השאיל כלי בעה"ב לאחר ונתקלקל מ"מ, שם. א"ל המשאיל לשואל שלח ביד גוי ונאנס בדרך ואם א"ל והפטר, שם ח'. הניח להם אביהם פרה שאולה ואי טבחוה ואכלוה דיקב"ח דלא ידעו דשאולה ליפטר מתילתא דזולא א"ל ברגלים לדבר, ואינם בתורת שומרים אם ידעו, שמ"א ג' ד'. אין השוכר רשאי להשאיל והשוכר להשכיר מטלטלין אפי' עשוין להשאיל ולהשכיר, שמ"ב. שואל תו"ז שהתנה להפטר מאונסין בל"ק ואי אמר טול שלך, שמ"ד א', רצ"ג. שאל זוג נזמים שוה סלע ונאבד א' ועי"כ הנשאר אינו שוה רק דינר דמ"ל קי"ל ומשלם שקל, שם ב'. א' שכר שליח שיביא לו מעות מבע"ח וא"ל שישכיר שם איש לילך עמו בדרך ונאבד המעות אי הוי שמירה בבעלים, שמ"ו וי"ו. שאלה פרה ונשאת שם י"ח. לוקח בהמה ללמ"ד יום דהוי ש"ח משא"כ לוקח קרקע לזמן דבונה והורס, שם ח"י.

שותף

שותף שתפס בטענת קי"ל כפי חלקו דאין מגיע מזה לשותפיו ואי תפס גם חלקם דיחזור לנתפס, ס"ב. שותף אי חייב על מניעת הריוח מטעם קבלן, ס"ג מ"ם, שותפין שכרו אראנדא לפרוע לזמנים ופרע שותף א' פחות מקודם וגילה דעהו שאינו עושה בשביל שותפיו ולקח שובר על כל השכירות ושאר שותפין רוצין להחזיר לו תיכף כפי שנתן דהדין עמהם, ע"ז א'. ואי לא החזירו עד הז"פ, שם. שותף עשה שליח לחבירו ללות ולוה ולא הודיע למלוה מהשליחות והמעות לא בא לשותפות בהסכמת שותף השני דחייב המשלח, ע"ז ב'. ושלא בהסכמת השני דפטור המשלח, שם. ובשליח שאינו שותף אפילו בהסכמת המשלח דפטור, שם. מעשה ר' שתבע משמעון שותפו שהוציא מאה זהובים על עסק השותפות והביא ש' עדים שהכחישו לראובן על חמישים דל"מ ראובן לישבע וליטול השאר וכן ביורד ברשות וגבאי הקהל, עינו ה'. מעשה ב' שותפין הקיפו סחורה לא"י ביחד ופרע ב' פעמים לא' ובפרעון ג' סיפר לשותפו כמה קיבל וחשבו עתה עם הא"י וטעה ונתן יותר והשלישו היתרון באם לא יזכור הא"י יחלוקו וחזר הא' וטען טעיתי ויש לו מגו דנאמן, פ"א כ"ג. רו"ש שותפין והחליף ש' סחורה שותפות בעד חפץ וחשדו ר' אולי קנה לעצמו החפץ בהקפה ושילם בסחורה שותפות דא"צ שמעון לישבע רק אם יש לו עליו שבועה בל"ז יגלגל עליו ג"ז, צ"ג א'. שותף דנעשה חשוד ע"י העלמות, צ"ב ג', צ"ג וי"ו. אומר לא נשתתפתי כאומר לא חלקנו ואי בירר התובע בעדים שהי' שותפו תו ל"מ לומר חלקנו אפי' ע"י אמתלא וחייב לישבע שבועת השותפות משא"כ באומר מתחלה חלקנו ובאו עדים שלא חלקו דמצי לומר תנאי הי' בינינו שאפטור משבועה ולתרץ כפרנותו לומר טעיתי, שם י"א. רו"ש שותפין ולקח ר' את אחיו לשותף, ל"ג י"ז.

בטענת ברי דליכא שבועת שותפין, שם. בחלוקת שותפין דא"ל כומ"ס בשטר דוקא כשב"ד עושין החלוקה בזמנה וכן חובות בע"פ, ק"א ה'. ב' ירשו חוב או א' שהקנה לחבירו חלק בחוב אי יכול א' לגבות חלקו לבד דלא יתן מזה להב', קכ"ב ה'. שותף מילא ביתו דיורים והוצאות פינוי בה"כ, קנ"ד ב'. שותפין שחלקו בקרקע, קנ"ז ב'. שותפין קנו חורבה ע"ת שידור כ"א ג"ש וקדימה למתעסק בבנין ודר בו ה"ש, קס"ד ה'. ב' שותפין שבאו לחלוק שדה וא' י"ל שדה בצד א', קע"ד. רו"ש הלכו על ליציטאציא ונתפשרו שראובן יקח ע"ש ויהיו שותפין ושמעון פייס לאחרים שלא יקלקלו ואח"כ חזר ראובן, קע"ו א'. נשתתפו בפירות והניח א' שלו במקום המשותף, שם ב'. מעשה ב' שפיליטערען עשו שותפות בכתב ונכתב שנעשה בחיוב מעכשיו באופן דלית בו אסמכתא וחזר א', שם ג'. נתן לחבירו על ח"ר ומתנה שיתן לו אפילו ממק"א, שם. מעשה מחזיקי קרקע מהמלך בעד מכס שלא פרעו ונעשה הוצאה על כאו"א בשוה על חייב מעט או רב וב' היו שלקחו חזקה א' וא' מהם החזיק ג' רבוע וב' רביע ונחשב עליהם כמו על א' משאר חייבים, שם ה'. ג' נשתתפו והי' היזק וא' עני והשני הוציא מעותיו ואינו רוצה לסבול רק שליש היזק, שם. אימת משועבד לשלם היזק מביתו, ואם א' לוה ברבית מגוי, שם וי"ו. ואם נמצאו אח"כ הגזלנין והחזירו מקצת, שם. ואי טען י"ל בידך כנגדו, שם. מעשה ר' שלח לש' לקנות חטין ופגע ש' בלוי ונשתתף עמו ונתן ערבון בעדו ובעד לוי ואמר למוכר שבשבוע ב' יקחם ונתקלקל הבאהן ועבר הזמן וחזר המוכר מחמת שנתייקר הרבה ונתפשר והוסיף קצת וחזר ש' מן לוי, שם ז'. שמירה בבעלים, שם ח':

א' משותפין שטעה בחשבון במו"מ, שם. התנו שכל דבריהם יהא עפ"י רוב, שם יו"ד. שותף שינה בקנין סחורה וזה סייע למכור או שלקח בריוח קודם שהי' היזק שם י"א. קנה גניבה וחלק עם חבירו ואמר שטעה, שם י"ב. מכר א' קויז בלי ידיעת השותף אפילו זה דהשטר ע"ש דהוי סד"ד אי מ' על חלק שותפו, שם י"ד. שותף א' שעיכב למכור בזמנה והוזל ומכר אח"כ בזול בלי ידיעת חבירו, ואי ריבית אוכלת מחמת שעיכב, שם. שותף אי יכול לחלוק קו"ז, ואי נתרצו לחלוק וחזר א', ואי חלקו אי צריך קנין על גוף הסחורה, שם ט"ו. רו"ש שותפין בעסק שנלקח ע"ש ר' ותו"ז קמו אחרים להוסיף ואמר ש' לר' שלא יוסיף ויניח העסק ונכתב העסק על א' שהוסיף ואח"ז חזר ר' ולקחה בהוספה מהמוסיף והפסיד, שם. חלק בפחות מג' ורוצה לחזור, שם ח"י. ב' שיש להם חוב אצל ישראל ופרע מקצת ומעכב השאר שאומר שא' מהם חייב לו, שם ל"ו. שותף או שליח שנתפס, שם מ"ח. מעשה שותפין בראנדע באלמנה ונשאת והלכה למקום בעלה ואח"ז תבעו השותפין ש"ט, קע"ז ראובן י"ל חצי חצר מצד א' ומצד ב' לשמעון ב' שלישים וללוי

שליש והוכרחו לרצף ופרע ר' חצי וש' חצי ועתה מוכרחין לעשות בור ולוי גבר אלם מה דין רו"ש, קע"ח. אסר על אחיו הנאת הבית שהוריש להם אביהם, באות יתומים. ב' מהשותפין שעמד עליהם גייס ואמר א' אני מציל לעצמי ולא' מהבשארים בבית, קפ"א ב'. אמר שהציל לעצמו שם. שותף שאמר לעצמי קניתי ומשטה הייתי בך, באות שליח.

שטר

אמר כתבו וחתמו ותנו לו שצריכים להמלך בו קודם נתינה שאין מעכב בדיעבד ובכל מקום אי צריך לכתחלה משמע, ל"ט ב'. דין עבחז"ל, שם י"ג, מ"ב ט"ו ס"ה י"ג י"ד. שטר שנכתב בו ע"ד להתפיסו כותבין אף באחריות, מ"א ג'. שטרי אקנייתא על דבר שיכול להזדייף בע"ח אי מועיל להודאת בע"ד או עדות בע"ח, מ"ב א'. ספק בלשון השטר בז"פ א' לג"ש אי לנ"ח, שם ט'. חילוק אי כתב בר"ח אשלם דהיא בר"ח א' ואי בר"ח בשנה זו היא סו' השנה בר"ח, שם. שטר שנמצא בו מחקים בזמן ולא קיימם, מ"ד מלוה שאומר על שטר שבידו שהוא פרוע היכי דחב לאחרים ויש ביד הלוה שובר, מ"ז א', קכ"ו י"ד. לוה שטוען לאו אנא אלא יוב"ש אחר, מ"ט ז' ח'. שטר שכתוב בו לויתי ממך דנקנה במסירה, נו"ן. אימת שייך תק"ה בשטרות, שם. שטר שיש בו ע"א בכתב וע"א בע"פ שאומר בפני נמסר דהוי שטר לענין משעבדי, כ"א א'. וכן הלוה א"נ לומר פרעתי נגד זה ולא לומר שהעד שבע"פ משקר ופרעתי, שם. הודה הלוה לפני ע"א וא"ל כתוב וכן לפני השני מצטרפין לעשות שטר אף דל"א לכ"א כתוב עם הב', שם. שטר מתנה לב' שעדיו קרובים לא' שמועיל סילוק, שם וי"ו. נתבטל השטר לד"א מחמת גוף הענין השאר לא נתבטל, שם. אבל אם נעשה ע"י שליח נתבטל כולו, שם. פרע מקצת חובו נוטה שלא יעשו לו ב"ד שטר מזמן א', נ"ד א'. חוצה ליפרע אימת מחויב המלוה להשליש שטרו קודם, שם ג'. פרע מקצת חובו והשליש שטרו וא"ל אם לא אפרע עד זמן פ' תן לו שטרו וקנו מיני' בבד"ח מקיים ד' רמ"א דגובה כולו מבנ"ח, כ"ה ב'. פרע מקצת חובו כשיש קפידא למלוה לכתוב שובר כדי שלא ידחהו הלוה מפרעון השאר דא"צ לכתוב שובר, נ"ז. שטר תו"ז שהמלוה טוען א"י, נ"ט. שטר מתנה על מטבע בעין שאין נו"נ בו בקנין אי שיעבד נכסיו א"כ לומר פ' בלי מגו ואי השיעבוד רק על אחריות מערער הוי כשטר שכירות לענין ט' פ', ס' וי"ו בהג"ה. ר' הוציא שטר שלוה שמעון מלוי דל"מ לוי לומר שהוא שליח ר' מטעם מגו דיהיב בכומ"ס רק מטעם הודאה, שם ח'. אי נאמן לומר על שטר משכון הוא בידי מהמלוה בלי מגו דלא כבמטלטלין, ס"ד. מוציא שטר וטוען שהמלוה השכיבו אצלו והמלוה טוען שנפל ממנו מה דין הלוה, שם, וס"ה ד'. שע"ח וממרנות שיורשים מוצאים ברשות אביהם אי טענינן להו שהמלוה השכינם אצלו, ס"ה

ד'. ואי כתוב בו דהחוב מעות יתומים והלוה מודה שחייב וא"י איזה יתומים, שם. שטר נמצא יום שנכתב וחייב מודה טעם דצריך הנפק, שם זיי"ן. ס"י שטר, שם יו"ד. שטר מכר שנמצא, שם י"ד. שט"ח שנכתב בו משעבדנא לך ולכל מי שמוציאו ישוב פ' ת"ה דנקנה במסירה וא"י למחול, ס"ו א'. מוכר שט"ח ולוה פרע למלוה, שם ט"ז. ר' נתן שטר ללוי וש' הלוה א' מעדי המתנה ור' מודה מכריע דשטר מתנה פסול, שם כ"ב. מיישב דעת המבי"ט דלות יכול לבטל המכירה דש"ח ולומר אני אתן המעות, שם כ"ג. מכשט"ח שכתוב בו משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך אי יכול למחול ואי צריך כומ"ס, שם כ"ו. מוחל שט"ח שמכרו ואין לו לשלם ההיזק מיישב ד' הראב"ן דל"מ מחילתו, שם. שטר עסקא שמכרו ומחלו דא"צ לשלם לקונה רק פלגא, שם ל"ב כתב מלוה ללוה שמוכר לו החוב ולא מסר לו השטר דל"ק:

שם. טוען נגד מלוה בשטר יש לי בידך כנגדו אימת יוכל לטעון השבע לי, פ"ב ב'. בגביית ב"ד של ג' ע"י ד"ת קונה שטר בלומ"ס, ק"א ה'. הגוזל שט"ח ונשרף באונס אי חייב הגזלן, שפ"ו ב'.

שידוכין

אי הוי אונס להשיא בזמנו מחמת שהוברר אח"כ שמחו' מעכב הנשואין, סו' סי' כ"א. שדכן ושידוך, קפ"ה יו"ד. מעשה בשידוך שכ' זמן חופה והתחייבו לסלק הנדן קודם לשליש וכשעבר הזמן תבע להשיא והב' לא רצה ואחר משך זמן בא העובר לסלק ונתפרדו מחמת שליש ומעכב זה מה שבידו מהעובר על חנ"ק ויש ספק דמי יודע אם הי' הב' מסלק הנדן בזמנו, ר"ז ט"ז. הקנס אי לאב אי לבן ואי צריך קנין על קנס זה, שם. פסק לשדכן עני יותר מהראוי, ר"ז י"ט. אבי הבת שמת קודם נשואין אחר שהתחייב בקנין לנדן בתו, באות יורשים.

שכירות

שילם השכירות למשכיר עפ"י ב"ד והביא המערער עדים או איפכא, ק"מ ט'. עבר השוכר והכניס דיורין לביתו בשכר ובחנם ואי שרי להכניס מלמד, קנ"ד ב'. שוכר שאמר אצא אימת צריך קנין, קע"ה למ"ד, שי"ב וי"ו. ר' השכיר לש' חנות המושכר לו בקנין בתנאי כשירצה בעל החנות לתבוע ממנו השכירות ובעל החנות א"ר, ר"ז ב'. ולענין קי"ל היושב בחנות הוי מוחזק, שם. התחלת שימוש השכירות מטלטלין אי הוי קנין, ש"ג א', ש"מ ד'. לוקח חמורו ש"ח של"מ, באות שום:

מעשה א' השכיר חנות על שנה חוץ מהירודים ושוב נתחדש עוד יריד. שי"ב א'. השכיר ביתו סתם והעני וצריך למכור, להשכיר ביתו תו"ז השכירות לכשיגיע הזמן ואי אח"ז

מכרו לאחר, שם. שכר מרחץ מקהל בשביל בנו תו"ז שכירות לכשיגיע הזמן שלא בידיעת בנו אח"ז חזרו הקהל, שם. ביאור ד' רמ"א דאם הי' ממושכן בענין דל"ה יכול לפדותו לעולם א"ל מכרו יכול למכרו ולהוציאו מיד שם. רו"ש ירשו בית המושכר ור' אמר לשוכר למ"ד יום קודם שיצא מהבית וש' אמר שיעמוד ואח"ז נפל הבית בגורל לר' אשם ה'. מעשה שהשכיר המשכיר החנות לאחר ובא שוכר ב' לא' שיפנה החנות והסכים באופן שישלם לו חוב שעל א' אח"ז חזר בו הא' וטען שלא הודיעו המשכיר קודם יב"ח, שם וי"ו שכרו לשנה אח"ז דברו זע"ז שישאר לשנה ב' ולא עשו קנין וחזר א' דצריך הודעה, שם ח'. השכיר בית שעומד להשכיר בתנאי משום שהוא אוהבו ונעשה שונאו ולא כפל לתנאי, שם ט', שי"ט. השכיר דירה לא' בביתו ועצים של בעה"ב ונתייקרו העצים, שם יו"ד. שוכר שיצא מהבית בלי הודעה מקודם כדת ונשאר פנוי, שם י"ד. דין חודש העיבור בקרקע ובמטלטלין, שם ט"ו נשרף הבית, שם י"ז. ב' עליות זע"ז ונפחתה התחתונה, שם י"ט. א"ל בית זה אני משכיר לך ותו"ז השכירות נעשה מסוכן או נשברו הדלתות וכדומה אי אמשכיר לתקן שי"ד. שו"ת ראובן שכר ווירטסהויז מגוי והשכירה לשמעון לזמן ע"ת שלא ישכירנה לאחר ומת ש' ונשארו אלמנותו ובני' ותבעו לר' בב"ד שיקח מהם הוו"ה אחר חודש ואח"ז חזרו, שט"ו. שלא ישכיר השוכר למי שב"ב מרובים או לעכו"ם ואי עבר והשכיר ביותר, שט"ז:

ובמטלטלין, שס"ג יו"ד. שכר בית ומת תו"ז השכירות, של"ד. הי' לבעה"ב לשלם לשכיר כשהשלים פעולתו וכשהגיע ע"ה א"ל, ואי י"ל מקצת משכרו, ואי י"ל פועלים הרבה ואין בידו שכר כולם לענין בל תלין, של"ט. המחהו אצל שולחני, שם. דגם במטלטלין שעשוין להשאיל ולהשכיר אין השואל והשוכר רשאי להשאיל ולהשכיר, שמ"ב. דר בחצר חברו של"מ וא"ל א"ל תצא תשלם כורב וזה שחק בו, שס"ג וי"ו. שכר בית מראובן בזול או שאל ונמצא שהוא של שמעון, שע"ג א'.

שליח

שליח ב"ד שהזיק ממון לבע"ד שציערו והי' יכול להציל בד"א, ח' ה'. שליח שיכול להשביע למשלח שחייב לשלם לו שאינו חייב למלוה שטוען סטראי חוב בע"פ, נ"ח. חילוק במה דצריך שליחות לבעל הממון, ס"ה י"ג, קפ"ח ב'. שליח בשכר בשטר חייב בפשיעה ופטור מגניבה ואבדה ומשיכת השטר ב' א"י לחזור, ס"ו מ"ם. ואפילו הפשיעה בבעלים חייב כי מטעם קבלן הוא, שם. ר' נתן ללוי אגרת שיביא לו פקדונו מיד שמעון והבטיח לו שכר ולוי נתן האגרת ליהודא וקיבל הפקדון מיד שמעון ונגנב ממנו דלוי פטור, שם. עשה שליח ללוות ולא הודיע למלוה מהשליחות וקיבל לעצמו הממון, עיי'

באות שותף. אמר המלוה ללוה שלח חובי ע"י גוי או ע"י חש"ו ולא אמר והפטר ונאבדו, קכ"א א'. אימת הנשלח לו המעות בע"ד דשליח והשליח בע"ד דהנשלח לו, שם ו'. שליח אמר שנתן והנשלח לו מכחישו אימת המשלח יכול לכוף לשליח שיתבענו, שם ח'. ר' שלח עם שמעון ללוי וש' טוען שע"י אשתו נתנה ללוי ולוי מכחיש דישבע שמעון שמסרה לאשתו ואשתו תשבע שנתנם ואי שמעון החליף המעות בשלו דעליו מהפסד שם ט'. אמר המלוה ללוה שלח ע"י פ' ומת המלוה אימת פטור הלוה קכ"ב א', קפ"ח ב'. אי שליח מותר להשתמש במעות, שם ד', קכ"ג יו"ד. מעשה בשליח שהוציא המעות וכיחש שלא גבה דאין לו זמב"ד וגם מש"ט ינוכה השיווי מה שהשתמש במעות, שם. מעשה ר' קנה מש' יי"ש ע"י אדראנגאבע ושלח לו והשליח נתן לקונה אחר ותפס הלוקח משליח מה שהי' יכול להרוויח דהדין עמו דבמקח הולך כזכי, קכ"ה א'. בחוב דהולך כזכי ומ"מ האחריות על הלוה, שם. שליח הקונה בהקפה והמוכר א"י שהוא שליח, ומי שאין ראוי לשליחות שקונה בכסף, קפ"ב א'. ר' כתב לשמעון לקנות לו סחורה ונאנס הסחורה דיש חילוק אי הבטיח לו ש"ט הוי שליח משא"כ הבטיח לו ריוח, שם. ר' אמר לש' קח עסק זה ואשתתף עמך והלך ונתן נו"ן כסף לאדון והוחלט כי הי' ירא לישבע, אח"כ הביא ר' עדים ששמעון אמר שלא יתן חלק מהעסק לר' שם. עבר ע"ד משלחו, ואם התנה בין לתיקון בין לעיוות, שם ב' וי"ו. מעשה ר' אמר לש' ליקח לו פירות ולשלמן ואח"ז ביקש ש' מעותיו ואמר ר' כי בא הערל וצווח שמסר הפירות לבע"ג שלו ושמעון לא שילם ע"כ שילם הוא, שם ג'. שליח שנותן מעות משלו להמוכר וא"ל בפי' לשם ר' אי יכול לחזור קודם משיכה, קפ"ג ד'. דיני שליח או שותף שאמר לעצמי קניתי ומשטה הייתי, שם. ואי השליש לו מעות או נתן ת"כ אי כ' אגרת, שם. ואי קיבל עליו בחיוב ליוויריע דינו נגד המשלח והשותף, שם. שליח ששינה ונאנס או הרויח, שם ה'. שליח לקבל מעות וטעה הא"י, שם זיי"ן. שליח שהקיף בגד וכשנתן לו המעות לפרוע נמצא שהמוכר שכחן שם ח'. שליח לקנות לעצמו באותן דמים שי"ל רשות למכור, ואי מינה שליח אחר במקומו וקנה ממנו, קפ"ה ב'. שליח שמכר בפחות והודיע לקונה שזה של פ' וא"ל למכור ביותר, שם ה'. שליח שפשע ולא משך, שם זיי"ן, רצ"ב זיי"ן. שו"ת ש' קיבל סחורה מר' להעביר לו למדינה אחרת בלי מכס ובהתחלה בא שומר ועשה רעש וברח ואח"ז תטעה אותו השומר וכשהעביר לקח ממנו הסחורה, קפ"ז. שליח לוקח אי עושה שליח, ר' א'. שליח להוליך מעות מר' לש' וי"ל רשות להשתמש בהם בדרך אי נעשה שואל, רצ"ב ז'

שליש

אימת צ"ל לשליש זכה ועל מה שא"צ לומר לו זכה, כ"ו א'. שליש עכו"ם כשאין לו מגו עתה אי מהימן שם. הכחשה בין בע"ד לשליש בסך המעון אי נפסל גם למה דלא מוכחש, שם. שליש שהוחזק לרמאי קודם או אח"כ וכן בנאמן על אבא שהוחזק כפרן, שם ב'. אי א' מכחיש להשליש ואומר לפקדון נתתי, שם. אשה הנו"נ בתוך הבית אימת נאמנת, שם ז', רנ"ה ח' תובע מבע"ח בע"פ בטענת שהשליש החזיר השטר לאביו שלא כדין וזה טוען אבי א"ל שפרע, שם ג'.

שעבוד

אי של"ד, ל"ט א'. גר שמת ולא עזב רק מטלטלין תכה אחר בהן דלא נפקע שעבוד הבע"ח, ע"ב ל"ט. ר' ה"ל תביעה על ש' שהוא ספד"ד וש' י"ל חוב אצל לוי ותפס ר' מלוי מטעם שדר"נ דל"מ, פ"ו א'. ר' נושה בש' וש' בלוי ומחל ש' ללוי או פרע לוי לש' שם ה'. ר' חייב לש' וש' לבע"ח הרבה ותפס א' מראובן, קכ"ה ד'.

שתיקה

עושה מעשה בשל חברו עפ"י דיבורו בפניו ושתק במכירה כהודאה ולא במתנה וחיוב חנם, פ"א ז', פ"ח י"ב.

תוכ"ד

חייב לחבירו ב' חובות ושילם לו הלוה א' וקיבל המלוה בפירוש ע"ז דלא יוכל לחזור תוכ"ד לומר על חוב האחר, פ"ג ב', פ' א' תוכ"ד יכול המוכר לחזור מהמכירה ולומר שמקבל המעות בחובו, פ"ה א'. ואם בא לוה ואמר למלוה הא לך מנה בעד שדך וקיבלם בשתיקה י"ל אפי' אחר כד"ד על חוב קבלתים ושתקתי כדי שתתן לי, שם. ובקידושין אף שקיבלה בשתיקה סתמא לקידושין קיבלה, שם. שחנו ואח"כ תוכ"ד חישב עליו לע"ז, שם. ממל"ח ונתנה לו וחזר בו תוכ"ד, רס"ט וי"ו.

תנאי

נתפשרו ע"ת שיתן המעות לז"פ ולא נתן אי יכול הלה לומר הריני כאלו התקבלתי בזמנו כ"ז שלא שמעני דקפיד ואם קפיד ואח"כ מחל, י"ב ז'. ע"ח שאומרים תנאי הי' או ע"א שאומר כן מ"ו ל"ז. התנה המלוה שיהא רשות בידו לירד לנכסי לוה בלי רשות ב"ד, ס"א וי"ו. אי בלא תביעה הוי עובר על תנאי, ע"ג וי"ו. דיני שטר שמתחלה נעשה על תנאי של קום עשה שאם הלוה יקיימנו יפטור שהלוה נאמן לומר קיימתי, פ"ב י"ב. ואם שניהם אומרים א"י או שהשטר נעשה מתחלה בלי שום תנאי רק אח"כ קנו מהמלוה שאם הלוה יעשה כו"כ יפטור ויש הכחשה בקיום התנאי, שם. תנאי שאין עוקר המכר מעיקרא רק גייזו מזמן שתנשא בתו וכדומה שא"צ דיני תנאי, ר"ז ה', רנ"ב, שי"ט. ע"ת

דכמעכשיו ותליא בפ"ד אי צריך תנאי ב"ג וב"ר, שם ב' רמ"א י"ב. תנאי עבר אם צריך דומה לת' ב"ג, רמ"א ט' ע"ד מהרי"ק חזן דעמד בשנה ב' בשתיקה ל"א דנשאר ע"ת א', של"ג ח'. ספק בתנאי, באות ספר. תנאי בשכירות בית משום שאוהבו ולא כפל לתנאי ונעשה שונאו, באות שכירות.

תפיסה

מה דמהני תפיסת הניזק בדברים שאין מגבין בזה"ז משום דליכא סמוכין אם חזר המזיק ותפס מהניזק, א' ה' קצת דיני תפיסה, כ"ה ה'. תפיסה אי מהני היכא דחייב לציי"ש כ"ח, ס"ו ס"ב. מחויב שבועה וקדם ותפס ולא רצה לישבע דלא מפקינן מיני' ז"ד תפס מעות ולא מטלטלין ודוקא בחוב מחמת שכירות וכדומה או אפי' בחוב מחמת הלואה ויודע שעושה איסור בתפיסתו או בצורבא מרבנן אבל חוב מחמת הלואה וא"י שעושה איסור היא צ"ע, פ"ז יו"ד. תופס לבע"ח ומסרו לו במקום שחב לאחרים דפטור, ריש סי' ק"ה. תופס לבע"ח אפי' במקום שחב לאחד דל"ק, שם א'. ישוב לשיטת רש"י דשליח שתפס קנה, שם. תפיסה בשעבודא דר"נ, באות שעבוד. ספק בתקנה אימתי מוציאין מהתופס, תי"ד.

ת"כ

ת"כ לזה לעשות לאחר, ר"ז י"ט.

תקנות

ל"ש קנה מטלטלין במשיכה ול"ש בשאר קנין ונשאר בביתו דיש בהן תק"ה, קכ"ו כ"ג. תקנתא לעכו"ם, קמ"ו ט"ו. ספק בתקנה, קע"ה ל"ז.

אמר המחבר מחזיקנא טיבותא לתמכי דאורייתא, יתברכו מלעילא מכל ברכתא, ומצאתי להם רמז מן התורה, עלי באר ענו לה, להעלות בדמים חיבור ביאור דיני תורה, וכמ"ש בפרק הרואה, הרואה באר בחלום יצפה לתורה, ענו לה שנתייגעו המחברים לה לשמה ולא כדי להרויח ממון, באר חפרוה שרים ת"ח, כמ"ש בי שרים ישורו, כרוה, קנוה כמו שפרש"י בפ' ויחי דבכרכי הים קורין למכירה כירה, נדיבי עם שהתנדבו מכיסם לסייע על הדפסת החיבור, קנוה להיות להם חלק כאלו נתייגעו בלימודו, במחוקק במשענותם במה שנחקק ונדפס בסייעתם.