הלכה · שולחן ערוך · מפרשים · פתחי תשובה

פתחי תשובה על שולחן ערוך חושן משפט

רבי אברהם צבי הירש אייזנשטאט

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

פתחי תשובה על שולחן ערוך חושן משפט

רבי אברהם צבי הירש אייזנשטאט

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/פתחי-תשובה-על-שולחן-ערוך-חושן-משפט/
הקובץ נוצר ב־22 בנובמבר 2026 מגרסה 39-202611200317v של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 9
סימן ב 11
סימן ג 13
סימן ד 15
סימן ה 18
סימן ו 20
סימן ז 21
סימן ח 30
סימן ט 32
סימן י 41
סימן יא 41
סימן יב 43
סימן יג 52
סימן יד 56
סימן טו 62
סימן טז 66
סימן יז 67
סימן יח 75
סימן יט 79
סימן כ 83
סימן כא 84
סימן כב 85
סימן כג 91
סימן כד 94
סימן כה 96
סימן כו 100
סימן כז 101
סימן כח 102
סימן כט 111
סימן ל 112
סימן לא 115
סימן לב 116
סימן לג 117
סימן לד 122
סימן לה 140
סימן לו 143
סימן לז 146
סימן לח 154
סימן לט 154
סימן מ 156
סימן מא 158
סימן מב 158
סימן מג 165
סימן מד 166
סימן מה 166
סימן מו 167
סימן מז 170
סימן מח 171
סימן מט 172
סימן נ 172
סימן נא 174
סימן נב 175
סימן נג 175
סימן נד 176
סימן נה 181
סימן נו 182
סימן נז 186
סימן נח 187
סימן נט 188
סימן ס 188
סימן סא 195
סימן סב 197

סימן סג 198
סימן סד 198
סימן סה 199
סימן סו 200
סימן סז 206
סימן סט 208
סימן ע 215
סימן עא 216
סימן עב 218
סימן עג 226
סימן עד 230
סימן עה 232
סימן עו 244
סימן עז 244
סימן עח 246
סימן עט 247
סימן פ 250
סימן פא 250
סימן פב 251
סימן פג 258
סימן פד 258
סימן פה 258
סימן פו 260
סימן פז 263
סימן פח 274
סימן פט 275
סימן צ 276
סימן צא 277
סימן צב 283
סימן צג 287
סימן צד 293
סימן צה 294
סימן צו 296
סימן צז 298
סימן צח 300
סימן צט 301
סימן ק 303
סימן קא 304
סימן קג 304
סימן קד 306
סימן קה 315
סימן קו 317
סימן קז 317
סימן קח 321
סימן קט 327
סימן קי 328
סימן קיא 329
סימן קיב 331
סימן קיד 332
סימן קטו 332
סימן קטז 333
סימן קיז 333
סימן קכ 334
סימן קכא 334
סימן קכב 335
סימן קכג 336
סימן קכד 339
סימן קכה 339
סימן קכו 341
סימן קכח 344
סימן קכט 347
סימן קל 356
סימן קלא 359
סימן קלב 361

סימן קלג 362
סימן קלו 363
סימן קלח 363
סימן קלט 364
סימן קמ 364
סימן קמא 367
סימן קמב 367
סימן קמה 368
סימן קמו 368
סימן קמז 371
סימן קמח 371
סימן קמט 371
סימן קנג 373
סימן קנד 374
סימן קנה 380
סימן קנו 382
סימן קנז 396
סימן קנח 396
סימן קסב 397
סימן קסג 403
סימן קסד 431
סימן קע 432
סימן קעא 433
סימן קעב 437
סימן קעג 438
סימן קעד 440
סימן קעה 440
סימן קעו 452
סימן קעז 481
סימן קעח 483
סימן קעט 484
סימן קפא 486
סימן קפב 488
סימן קפג 490
סימן קפה 491
סימן קצ 494
סימן קצא 500
סימן קצב 501
סימן קצד 502
סימן קצה 505
סימן קצח 508
סימן קצט 511
סימן ר 512
סימן רא 514
סימן רב 515
סימן רג 516
סימן רד 519
סימן רה 521
סימן רו 526
סימן רז 526
סימן רח 541
סימן רט 541
סימן רי 550
סימן ריא 551
סימן ריב 551
סימן ריד 563
סימן רטו 566
סימן רטז 567
סימן ריח 569
סימן רכ 570
סימן רכב 570
סימן רכג 571
סימן רכד 571
סימן רכה 574

סימן רכו 580
סימן רכז 581
סימן רכח 596
סימן רל 596
סימן רלא 596
סימן רלב 600
סימן רלג 606
סימן רלד 607
סימן רלה 608
סימן רלו 614
סימן רלז 615
סימן רלח 618
סימן רמ 620
סימן רמא 620
סימן רמב 625
סימן רמג 626
סימן רמה 627
סימן רמו 629
סימן רמז 634
סימן רמח 639
סימן רנ 643
סימן רנב 649
סימן רנג 652
סימן רנה 668
סימן רנו 670
סימן רנז 672
סימן רנח 675
סימן רנט 675
סימן רס 677
סימן רסב 677
סימן רסג 678
סימן רסד 678
סימן רסו 683
סימן רסז 684
סימן רסח 685
סימן רסט 685
סימן רע 685
סימן רעב 686
סימן רעג 688
סימן רעה 688
סימן רעו 689
סימן רעז 692
סימן רעח 694
סימן רעט 697
סימן רפ 699
סימן רפא 699
סימן רפב 721
סימן רפג 723
סימן רפה 723
סימן רפו 725
סימן רפז 725
סימן רצ 726
סימן רצא 729
סימן רצב 740
סימן רצג 744
סימן רצד 745
סימן רצה 746
סימן רצו 746
סימן רצח 748
סימן שא 750
סימן שב 754
סימן שג 754
סימן שה 758
סימן שו 758

סימן שז 760
סימן שט 762
סימן שי 762
סימן שיא 765
סימן שיב 766
סימן שיג 768
סימן שטו 769
סימן שטז 773
סימן שיז 778
סימן שיט 778
סימן שכ 779
סימן שכא 779
סימן שכד 781
סימן שכח 781
סימן שלא 782
סימן שלב 783
סימן שלג 784
סימן שלד 795
סימן שלה 795
סימן שלו 796
סימן שלז 797
סימן שלט 797
סימן שמ 798
סימן שמא 799
סימן שמג 799
סימן שמו 800
סימן שמח 803
סימן שמט 806
סימן שנ 807
סימן שנג 807
סימן שנד 807
סימן שנו 809
סימן שנט 811
סימן שס 813
סימן שסג 814
סימן שסו 816
סימן שסז 816
סימן שסט 817
סימן שעג 817
סימן שעד 818
סימן שעו 818
סימן שעז 819
סימן שעח 821
סימן שפב 822
סימן שפה 823
סימן שפו 823
סימן שפח 825
סימן שצ 828
סימן שצא 828
סימן שצו 828
סימן שצז 828
סימן שצט 829
סימן ת 829
סימן תב 829
סימן תג 830
סימן תח 830
סימן תיב 830
סימן תיז 830
סימן תיח 833
סימן תיט 834
סימן תכ 834
סימן תכא 836
סימן תכד 837
סימן תכה 838

סימן תכו 838
סימן תכז 839
כללי תפיסה 840
דיני מיגו 843

סימן א

א **בזה"ז.** עבה"ט וע' עוד בסמ"ע עד ומהתימה על המחבר ועל מור"ם ז"ל שהשמיטו וגם לא ראיתי לרבנן קשישאי נזהרין בזה שיהא לפניה' אלו הכלים ואפשר דס"ל דלא הוצרכו לזה אלא לדיינים סמוכים כו' עכ"ל וע' בתשובת שבו"י ח"א סימן קל"ד שכתב דדברי הסמ"ע בזה לא ברירין כלל כו' והעלה שם דמי שרוצה לנהוג כן שיהיה לו במקום ב"ד אנו הכלים רשאי ולא מחזי כיוהרא עש"ה. וע"ש עוד בח"ב בסוף הספר מ"ש על דברי מסגרת השלחן בענין זה. וע' בספר עטרת צבי בזה ובשו"ת שבסוף ספרו שכ' דאם אין העם סרבנים אסור לעשות כן ע"ש וע' במעד"מ בהגהותיו על קיצור פסקי הרא"ש ספ"ק דסנהדרין:

ב **בהמה שחבלה.** עבה"ט ומ"ש ובדיני אש ובור בזה"ז ע' בשבו"י כו' ראיתי בשבו"י שם שהביא דברי המרדכי והג"א ר"פ החובל בשם אבי העזרי שכתבו בפשיטות דדנין דיני אש ובור בזה"ז אכן בשם מהרי"ח כתבו הג"א דמספקא ליה באש ובור אי גובין בבבל ומהרש"ל שם סימן ה' (והביאו הש"ך סק"ב) כ' לכן נראה דאין דנין אותו בבבל דלא שכיח וכוונתו כיון דמהרי"ח מספקא ליה א"כ אזלינן בתר קולא לנתבע והוא ז"ל כ' דבספרו משפטי יעקב הוכיח דדנין דיני אש ובור וכן משמעות סוגיא דש"ס פרק החובל. וסתימות כל הפוסקים שכתבו כל דיני אש ובור ולא זכרו כלל שאין דנין בזה"ז כמו בנזקי קרן משמע דדנין והביא עוד ראיות לזה ומסיק לכן נ"ל פשוט דדנין דינים אלו דאש ובור בזה"ז גם בתשובת חו"י סי' קס"ט (יובא לקמן סימן שע"ח ס"א סק"א) דן ג"כ בדיני אש במעשה שבא לפניו אך מ"ש מהרש"ל שם דאין לדון בזה"ז דיכול הנתבע לבוא לידי סכנה בגופו וממונו דיאמרו פושע הוא בזה שפתיו ברור מללו במקומות שיש חשש זה אבל במקום דליכא למיחש להכי פשוט דדנין עכ"ד ע"ש. ובגליון ש"ע דהגאת רע"ק איגר זצ"ל נ"ב וז"ל ע' בתקפו כהן סימן מ' ובשו"ת שבו"י ח"א סי' קל"ו וראייתו מההיא דפ' הגוזל (בבא קמא צ"ח ע"ב) דרפרם אכפיה לר"א. במחכ"ת לא דק בזה דהתם דשרף השטר בידים הוי מזיק בידים ופשיטא דדנין בזה"ז ומה זה ענין לאשתו עכ"ל ומ"מ י"ל דלא פליג על השבו"י בעיקר הדין רק שדחה ראייתו הנ"ל. גם בספר קצה"ח ובספר שער משפט הסכימו דלא כמהרש"ל אלא דאף בזה"ז דנין דיני אש ובור וכ"נ מדברי הט"ו לקמן סי' ת"י סל"ז וכ"נ מדברי הרא"ה בספר החינוך מצוה נ"ג נ"ו ע"ש וכ"כ מדברי תשובת פני יהושע ח"ב סי' ק"ו ע"ש:

ג **אין דנין אותו.** ע' בספר שער משפט שנסתפק אם קיבלו עליהם דיינים להם דדון לינים אלו שאין דנין בזה"ז אי מהני הקבלה כמו דמהני בדינין שדנין בזה"ז אם קיבלו

עליהם קרוב או פסול כבסימן כ"ב או יש לחלק כו' והאריך בזה והביא דברי חידושי הר"ן רפ"ק דסנהדרין ודברי הרמב"ן על התורה פ' משפטים בענין זה ומסיים דצ"ע לדינא (וע' בספר בית יהודה הביא ראיה דמהני הקבלה) . וע"ש עוד בענין אי בדיני קנסות חייב המזיק לשלם לצאת ידי שמים או לא וע' בקצה"ח מזה:

ד **והוציאו ממון כו'**. ע' בתשובת שבו"י ח"א סי' קמ"ז דאם לא הוציאו ממון על פיהם רק שפטרו מהשבועה לא מחייבינן לשלם ולא אמרינן דמיד שפטרו הוי כהוציאו ממון ולחייב מדינא דגרמי דזה אינו גרמי רק גרמא ופטור ע"ש ועמש"ל סי' כ"ח ס"ג ס"ק י"א:

ה **אם תפס הניזק**. עבה"ט שכ' היינו בדיני ישראל כו' ובגליון ש"ע דהגאון רע"ק איגר זצ"ל נ"ב וז"ל שם במהרש"ל לא כתב כן לענין דיעבד אלא דכתב שם דהרשות ביד הניזק לכתחלה לתפוס בכח מהמזיק וע"ז כתב ומ"מ אסור לתפוס שום דבר בדיני עכו"ם עכ"ל אבל בדיעבד י"ל דמהני ודמי ממש למש"ל סי' ד' בהגה (דאם עבר ועשה אם לא היה יכול להציל בענין אחר מה שעשה עשוי עכ"ל):

ו **אין מוציאין מידו**. בגליון ש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב ונעשה ממונו ממש ואפי' חזר המזיק ותפס הימנו לא מהני. וש"ש פ"ק דב"ק סי' מ"ג עכ"ל וע' בנה"מ מזה:

ז **מידו**. עבה"ט מ"ש וגם קי"ל כהרא"ש כו' בין דבר אחר תפיסתו תפיסה כו' וע' בתשובת בית שמואל אחרון סי' א' שהביא ראיה לדעת ר"ת ולכן מסיק הא דכ' הסמ"ע דקי"ל כהרא"ש היינו כיון דיש ספק כמאן הלכתא ממילא כיון דתפס יכול לומר קים לי כהרא"ש ונ"מ באם תפס דבר אחר וקידש בו אשה לא הוי אלא קדושי ספק ע"ש. ומ"ש הבה"ט ומה שלא כ' המחבר כו' עד משום דקי"ל כהרמב"ן ובזה"ז לא מיפטר בהודאתו אפילו לא באו עדים כו' וכ"כ הש"ך כאן סקט"ז אך ביו"ד סי' רס"ז ס"מ בש"ך סקנ"ב סותר משנתו דכאן שתמה על שיטה זו מש"ס דפרק מרובה ריש (בבא קמא דף ע"ה) דמשמע להדיא דהיכא דלא מיפטר משום מודה בקנס הודאתו נמי לאו הודאה היא ולכן מסיק שם דדוקא אם באו עדים אח"כ אבל בלא עדים משום הודאתו לא מיחייב (ולא מהני תפיסה) דכיון דלא הוי הודאתו לפטור ה"ה לחיוב וכ"ד הב"י שם ותשו' שארית יוסף ע"ש וכן דעת רבינו הגר"א ז"ל ביו"ד שם וכן הסכים התומים כאן וע' בקצה"ח ובנה"מ ובספר שער משפט מזה וע' בספר שעה"מ פ"ד מה' עבדים דין י"ז מ"ש בזה. ועיין בתשובת שמן רקח ח"א סימן ס"א אודות חבורה מוזגי י"ש שנשבעו בפ"מ שכל אחד מחוייב להודיע להנאמן קודם שיוליך התבואה לטחון כמה יטחן ובאם יעלים מחוייב ליתן עשרים אדומים קנס והנאמן היה מחברה הנ"ל ואחד מהם העלים ולא הגיד להנאמן רק חצי הערך ממה שהיה טוחן ובאו בני החברה לב"ד ושלחו אחריו והודה על ההעלמה

רק שהתנצל א"ע ונתחייב מתוך טענותיו ונשאל אי מחוייב לשלם קנס הנ"ל או לא כיון שהודה מפי עצמו. והשיב הא ודאי דאי נימא דיש לזה דין קנס אין לחייבו ע"פ הודאתו בפי דברי הש"ך ביו"ד סי' רס"ז סקנ"ב דאף לשיטת הרמב"ן אם אין שם עדים כו' וא"כ בנ"ד דאין כאן עדים דהם נוגעים בדבר ממילא דאין לחייבו בקנס ע"פ הודאתו דממ"נ אי לשיטת הסוברים דיש לנו דין ב"ד א"כ יש לפוטרו משום מודה בקנס ואי אין לנו דין ב"ד וכשיטת הרמב"ן א"כ ממילא אין כאן הודאה כלל וכמ"ש הש"ך שם אמנם באמת אין זה ענין כלל למודה בקנס דהא דקיי"ל מודה בקנס פטור היינו דוקא בקנס שחייב מצד הדין דלא חל עליו החיוב אלא בשעת העמדה בדין וירשיעון אלהים ולכן אם הוא מודה מהני הודאתו דלא יבא כלל לידי חיוב משא"כ בנ"ד שהוא התחייב א"ע באם שיעבור על שבועתו מחויב ליתן קנס הנ"ל וא"כ תיכף כשעבר על שבועתו אף קודם העמדה בדין כבר נתחייב ודאי ולא מהני הודאתו לפטרו ממה שנתחייב כבר' כו' והאריך בזה ע"ש (ועמ"ש לקמן סימן שפ"ח ס"ח סק"ה) ומ"ש עוד שם בענין אם נפסל אותו האיש לעדות ולשבועה יובא לקמן סימן ל"ד סעיף כ"ה סקמ"א:

ח **כך וכך תחזיק**. עבה"ט עד והש"ך כתב דמהמרדכי אין ראיה כו' ועיין בתשו' ב"ש אחרון סימן ב' מ"ש בזה:

סימן ב

א **שהעם פרוצים**. עבה"ט בשם סמ"ע שכ' לאו דוקא כל העם אלא אפי' יחיד כו' וע' בס' או"ת שפקפק על זה דאם יחיד פרוץ מה צורך שעה יש ולמה נעשה לו שלא כתורה וכתב דצ"ל כוונת הסמ"ע דרואין אם יניחו להעובר ילמדו ממנו קלי הדעת ויבואו להתפרץ כו' ע"ש גם בתשובת שער אפרים סי' ע"ב כ' דלא שייך מגדר מלתא אלא היכא דיש לחוש לקלקול רבים שהדור פרוץ ע"ש אכן בתשו' שבו"י ח"א סי' קמ"ה כ' דבספרו משפטי יעקב העלה דהעיקר אף כשהיחיד רגיל בדבר עבירה או שעשה עבירה בפרסום במידי דשכיח ג"כ מקרי מגדר מלתא ורשות לב"ד לקנסו וכמבואר ג"כ בתשובת מהר"ם לובלין סי' קל"ח ע"ש ועמ"ש לקמן סי' נ"ב ס"ב ס"ק א':

ב **כח להפקיר**. כתב בספר ברכי יוסף בקו"א אות ג' וז"ל כתבו קצת האחרוני' דאין לב"ד כח אלא לאפקועי ממונא אבל לא לזכות לאחר כל שלא בא לידו וגדול דורינו הרב מהר"י בר דוד בספרו דברי אמת בקונטרסים דף צ"ג הוכיח מגיטין דף ל"ו ומדברי הרשב"א שם והריב"ש סי' צ"ט דהיה להם כח להפקיע מזה ולזכותו לזה קודם שבא לידו והאריך בזה עכ"ל:

ג **אע"פ שיש חולקין**. ע' בתשו' שבו"י ח"ב סי' קמ"ג אודות שנהגו מעולם בק"ק מיץ שלא להושיב דיינים קבועים רק דנים ע"פ זבנ"א וזבל"א והאב"ד הוא השליש ועלה על דעת איזה טובי העיר להושיב ב"ד קבוע עם הרב אי שפיר דמי והשיב לכאורה ביד טובי העיר לעשות כל דבר כרצונם אע"פ שלא היה מנהג מקדם וגם אינו מגדר מלתא ואפי' במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי וכן הוכחתי בספרי תוה"ש שאלה א' שכן דעת רוב גדולי עולם ואפי' להיש חולקין שזכר רמ"א בסי' ב' היינו במידי דאיכא רווחא להאי משא"כ בנדון זה כו' אכן אחר העיון נראה דאי אפשר לשנות כלל כיון שנהגו כן מעולם והוא מנהג ותיקין ע"פ הש"ס ר"פ זה בורר שמתוך שזה בורר לו אחד וזבל"א יצא הדין לאמיתו וכבר קי"ל דמנהג שנהגו לגדר וסייג וכ"ש מה שהוא מדינא דש"ס אפי' התרה לא מהני כו' ובפרטות בזמנים אלו שע"פ הרוב מנהיגי העיר ממנים דיינים לקרוביהם אע"פ שאינם הגונים משא"כ בזבל"א אף אם יהיה אחד מהן אינו הגון שיהפך בזכות בעל דינו אף מה שהוא שלא ע"פ הדין מ"מ כיון שהשני בורר ג"כ למי שירצה הוי כקבלו עלייהו ומה"ט ראיתי בהרבה קהלות אף שיש להם דייני' קבועין מ"מ בדבר גדול מתפשרים ע"פ הרוב לדון בזה בורר כדי שיצא הדין לאמיתו לכן נ"ל פשוט שאין לשנות מנהג כזה שהיא מנה' ותיקין מיוסד ע"פ שורת הדין וההלכה וכל המשנה ידו על התחתונה עכ"ד ע"ש:

ד **במידי דאיכא רווחא להאי כו'**. ע' בתשו' זכרון יוסף סי' ב' לאחר שהאריך בנדון הש"ס דפוס זולצבך שנדפסו משך זמן הסכמות דאמשטרדם דמותר ללמוד בתוכן (עמ"ש בזה בפ"ת ליו"ד ס"ס ר"ח) כ' בסוף וז"ל ואי משום גזירת הני תלתא רבנן סמיכי בתראי שהספרים כו' טעונין גניזה הנה לבד התמיהא שהיה להם לחקור תחלה את המדפיס מז"ב דשמוע בין אחיכם כתיב כו' עוד תמיה אחת קיימת דהאיך יוכלו לגזור אמלתא דאיכא רווחא להאי דהיינו להאחים דאמ"ד ופסידא להאי דהיינו לבני מדינתינו ושארי מדינות שכבר קנו מן הש"ס דז"ב והוי פסידא דלקוחות נפישין כו' וכי עדיפי מזט"ה ב"ד בעירם שהם כגאונים לכל ישראל שאינם יכולים לגזור לדעת מהרי"ק ורוב פוסקים אמידי דאית ביה רווחא להאי ופסידא להאי וכמ"ש בח"מ סי' ב' ואפילו למ"ש הרמ"א שם שהמנהג שאפי' בכה"ג יכולין לגזור היינו דוקא ז' טובי העיר בעירם דהוי כגאונים לכל ישראל ודוקא מצד המנהג מה דלא שייך בנ"ד דאין שייך מנהג במלתא דלא שכיח כבנ"ד כדאיתא בח"מ סי' של"א ס"א בהגה ואף אם נודה שיש להם כח לגזור כה"ג על כל ישראל מ"מ כיון שלא נתפשטה תקנתן וגזירתן במדינתינו רק עכשיו שכבר נקנו מהם בעד הון עצום ונתפשטו בקרב כל ישראל הוי גזרה שאין רוב הצבור יכולין לעמוד בו ולא

עדיפי מתלמידי שמאי והלל שגזרו בכלל י"ח דבר על השמן וב"ד דשרו משחא התירוהו כו' ואם התירו חז"ל איסור דאוריית' דברים שבע"פ אי אתה רשאי לכתוב משום עת לעשות כו' מכ"ש גזרת חכמים כי אין שארי הש"ס מצויים לכל אדם ופן ח"ו תשתכח תורה מישראל כו' ואין ספק אצלי דהנך רבנים וגאונים לא גזרו גניזה רק על הש"ס שעדיין ביד המדפיס והמחזיקים בידו ולא על הנשארים (צ"ל הנמכרים) כללו של דבר דמותר ללמוד מן הש"ס דז"ב בלי פקפוק וגמגום כלל עכ"ל ע"ש. ובעיקר ענין הסכמות וגזירות שנותנים גאוני הדור על הדפסת ספרים ע' בזה בתשו' חתם סופר חלק ח"מ סי' מ"א ובס"ס ע"ט וגם בח"ס חלק ששי סי' נ"ז ע"ש ועמ"ש בפ"ת ליו"ד סי' רל"ו סק"א:

ה **מ"מ הולכין אחר מנהג.** ע' בתשו' נו"ב סי' כ' שכ' דעל טובי העיר להביא ראיה שזה מנהג קבוע בעירם להיות ידם על העליונה במה דאיכ' פסידא להאי ורווחא להאי (ע' בס"ק הקודם) ואפי' אם יבררו שהמנהג כן מ"מ בדבר שהם עצמם נוגעים בדבר כמו בעסקי המסים שולם נוגעים בדבר לא מיחשב טובי העיר והרי הם רק כשאר יחידים ע"ש עוד ויובא לקמן סי' קס"ג ס"א ס"ק א' וע' שם:

סימן ג

א **אבל אי לית בהו חד.** עי' בתשו' שבו"י ח"א סי' קל"ז שכ' וז"ל ואי כולהו תלתא לא גמירי כלל פסילי לדון כמו שפסק בהגה ר"ס ג' ואסור להו למידן אא"כ שקבלו עלייהו והיינו שצריך שיקבלו עליהם בפירוש כדין קרוב או פסול כמבואר בסי' כ"ב ובכנה"ג אות ט"ו כ' דהכא נמי סגי בבואו לפניו לדון לבד ולא דק דראייתו מירושלמי בר' אבהו דדן ביחידי ואמר כיון דאתו לקמיה כמאן דקבלוהו עלייהו זה קאי דוקא איחיד מומחה דמותר לדון ביחידי אלא שמצות חכמים שיושיב עמו אחרים מ"מ כל שבאו לפניו מקרי קבלה משא"כ בשנים או אחד שאינם מומחים או תלתא דלא גמירי כלל דפסילי לדון מדינא צריך קבלה בפירוש כמו בקבל עליו קרוב או פסול וכן משמעות לשון הפוסקים עכ"ל ועמ"ש לקמן סי' ה' ס"ב ס"ק ו':

ב **והם דנים את האדם בע"כ.** בגליון ש"ע דהגאון רע"ק איגר זצ"ל נ"ב בתשו' מגן גבורים סי' ה' כתב בשם הרש"ך ח"ב סי' רכ"ט על מחלוקת שנפל בין תובע לנתבע שאחד מהם אומר שרוצה להתדיין בד"ת והאחד אומר שאין לו להתדיין רק בדיני סוחרים שכך הוא המנהג במקום שנעשה העסק. הדין עם השני כיון דבמקום שעשה העסק יש מנהג להתדיין כפי דרך הסוחרי' ולא כפי ד"ת מנהג מבטל הלכה כו' ע"ש:

ג **אבל אם דיינים קבועים כו'**. ע' בתשו' שב יעקב חח"מ סי' א' שכ' דלפי הכלל שכ' רמ"א לקמן סי' י"ג ס"ב דכל מקום שאינו יכול לחזור לא יוכל ג"כ לומר שיוסיפו הדיינים א"כ ה"ה הכא בדיינים קבועים אף קודם שטענו דפסק הרמ"א כאן דאינו יכול לומר לא אדון לפניהם רק בזה בורר ג"כ אינו יכול לומר להוסיף דיינים וכ"כ בתשו' הגאון מו"ה ברוך כהנא אב"ד דק"ק פיורדא הנדפס שם בראש דבריו אלא שמחלק דהא דמשוה הרמ"א הוספה לחזרה היינו בנתבע ולא בתובע דהתובע יכול לטעון להוסיף דיינים אף בדיינים קבועים ואף אחר שהתחילו לטעון והגאון המחבר חולק עליו בזה ודעתו דאין חילוק ע"ש. אכן בתומים סי' י"ג סק"ב העלה דאפילו אם ב"ד קבוע בעיר דלא מצי לטעון לא אדון לפניהם מ"מ אם טוען שרוצה להוסיף דיינים שומעין לו ומסיים וזהו דלא כמ"ש בתשו' שב יעקב דבב"ד קבוע אינו יכול להוסיף בדיינים וזה אינו כו' ע"ש וכן העתיקו בס' נה"מ שם סק"ו ע"ש:

ד **פחית משלשה**. עבה"ט עד והש"ך חולק עליו וע' בתשו' ב"ש אחרון סי' ג' מ"ש בזה:

ה **ואינן מומחים לרבים**. עבה"ט שכ' אבל הש"ך חולק כו' עד מיהו לענין דינא אפי' הם סמוכים ומומחים אין הודאתו הודאה כו' ועיין בתשו' שבו"י ח"א סי' קל"ז שכ' דהיינו דוקא לענין הודאה אבל לענין כפירה העיקר כהפוסקים דהוה ככופר בב"ד דכיון שדנו לפניו ודינו דין א"כ ודאי מגלה טענתו והוחזק כפרן כו'. וע"ש עוד שכ' די"ל גם לדעת הרמב"ם דוקא ביחיד מומחה אמרי' כן דלא הוי הודאתו הודאה משום דיש סברא שיהא נאמן לומר להשטות נתכוין או שלא להשביע דנאמן במגו דאי בעי כפר ומכחיש להדיין שלא הודה לפניו אבל נגד שנים שקבלו עליהם ולא יוכל להכחישן גם הרמב"ם מודה דהודאתו הודאה וכדעת התוס' והרא"ש פ"ק דסנהדרין כו' והא דכתב הרמב"ם אבל ג' הדיוטות היינו שדיבר בהווה שסתם ב"ד הם שלשה או יחיד מומחה כאשר ביאר שם בדבריו אבל בקבלו עלייהו שנים הודאתו הודאה כמו בג' הדיוטות עכ"ד ע"ש ועיין בתומים ובקצה"ח ובנה"מ מזה:

ו **עד שידע עם מי יושב** ע"ל סי' ז' ס"י ומ"ש שם ס"ק כ"ג:

ז **וכל אחד מבעלי דינים כו'**. בגליון שו"ע דהגאון רע"ק זצ"ל נ"ב וז"ל אם יצא זכאי מב"ד ושוב חזר בע"ד ותבעו בפני ב"ד אחד אין זקוק לו לירד עמו לדין וגם אין ב"ד אחר רשאים לשמוע דבריהם כלל. ב"י לקמן סי' י"ב בשם תשו' הרא"ש כלל פ"ה ובתשו' שבסוף ס' חזה התנופה (דבר זה כבר הביאו הסמ"ע והש"ך לקמן סי' י"ט ובבה"ט שם סק"ב ועמ"ש שם) . וכתב מהריק"ש שם נ"ל דאם אין עדים בדבר מ"מ נאמן שכבר דן אותו על אותו תביעה שבע"פ ויצא זכאי ואפילו שבועה אינו חייב דהוי דבר שאם יודה

אינו חייב ממון כ"א לדון עמו אמנם אפשר שמחרימים אותו שלא יטעון שקר ויודה אם לא דן עמו על תביעה זו עכ"ל ועי' בש"ך ובה"ט לקמן ס"ס כ"ב:

ח **מצער הצבור**. עיין בס' או"ת סקי"ג שכ' שהיה בזה חרם ר"ת ורשב"ם וראב"ן וק"ן רבנים והוא בתשו' מהר"ם ב"ב בסופו כו' (גם בתשו' מהר"ם מינץ סי' ק"כ ע"ש) ובעו"ה פשתה נגע צרעת ממארת הזה בזמנינו כו'. וחובה על רבני הזמן לעשות גדר בזה כו' ע"ש ועיין בתשו' חתם סופר חח"מ מסי' י"ח עד סי' כ"ב איך הוא ז"ל עמד בפרץ בכל כח ועוז נגד הפורצים גדר עולם בענין זה והזכיר שם גם דברי הגמ' במס' ברכות נ"ה ע"א אמר רבי יצחק אין מעמידין פרנס על הצבור אא"כ נמלכין בצבור שנא' כו' גם דברי המרדכי פרק החובל הביאו הב"י בא"ח סי' נ"ג על השליח צבור שנעשה ע"פ השר כו' ושם בס"ט י"ח כתב ולדינא נ"ל דכל מ"ש בגמ' ופוסקים ותקנת ר"ת וסייעתו הכל הוא בימים קדמונים שהיה רק לענין לדון בכפיה ולהיות מושל העיר ואינו נוטל פרס מהקהל ולא היה השר כופה רק פלוני ימשול וזהו מדינא דמלכותא רק שאינו מדרך המוסר שהרב יקבל ממשלתו בלי רצון הצבור אך לכוף הצבור ליתן לו פרס והספקתו והכנסתו זה אינו מדינא דמלכותא כי אילו יכוף שר לשכור לו דוקא פועל זה למלאכתו ולא פועל אחר זה אינו מחק המלך וא"כ כל פרוטה שנוטל הרב מהכנסות הרבנות ע"פ כפיית השר גזל הוא בידו ע"ש עוד:

סימן ד

א **למשכנו בחובו**. כ' בס' שער משפט ונראה דאם כופר לו חובו רשות בידו למשכנו שלא בעדים כדי שיהיה נאמן במגו דלא תפסתי דהא דאסור למשכנו בעצמו היינו היכא שיכול למשכנו ע"פ ב"ד אבל בכה"ג דלא יוכל לגבות ממנו ע"י ב"ד יכול לתפסו בעצמו וכמבואר לקמן סי' צ"ז סט"ו לענין שליח ב"ד ליכנס לביתו למשכנו וראיה גדולה לזה מסי' ס"א ס"ו באם לא מצא דיין שרוצה לדונו כו' ע"ש עוד. אולם בס' קצה"ח בסי' זה ובסי' צ"ז חוכך לאסור ומסיים שם דאפי' לדעת המתירין ליכנס לביתו היכא דלא אפשר לאשתלומי מיניה באנפי אחריני כמבואר בטור שם היינו דוקא לב"ד שיהיה כוונת ב"ד לשמים והן רשאין ולא אתה ומשום הפסד ממון לא שרי לעבור על ד"ת והמקום ימלא חסרון כיס במקום מצוה ע"ש:

ב **כבר אצלו בפקדון** עי' בקצה"ח שכתב דמדברי הזוהר פ' במדבר מבואר דאפי' בפקדון איסור גמור לעכבו ומסיים ולכן בעל נפש ירחיק מזה ע"ש. וע' בס' בר"י שכ' דהרמ"ע

מפאנו בהגה כ"י מס' הזוהר מחלק בזה בין אם קדם הפקדון ואח"כ הלוהו ובין אם קדם החוב לפקדון דאם קדם הפקדון לחוב מותר לעכבו ע"ש:

ג **כגון שגזלו כו'**. ע' בתשו' חו"י סי' קס"ה שכ' על נדון דידיה דע"כ לא אמרינן עביד אינש דינא לנפשיה אלא כשבא חבירו להזיקו בכוונה ורצון יכול לעמוד מנגד להציל ממונו כו' משא"כ כשבהמת חבירו מזקת אותו בלי ידיעת ובלי רצון חבירו כו' עש"ב ועמש"ל סי' שצז ס"ב:

ד **מה שעשה עשוי**. בגליון שו"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב בתקפו כהן סי' קי"ד כתב דמ"מ לענין תפיסה בספיקא י"ל דלא מהני בתפס ע"י עכו"ם עכ"ל:

ה **יכול לעשות בכל ענין** עבה"ט וע' בתשו' שבו"י ח"א סי' קס"ז שהביא דכן דעת הב"ח והש"ך בספרו תקפו כהן סי' קט"ו דאפי' לכתחלה יוכל לתפוס כל שיש לו מגו אם הדבר ברור לו שהוא שלו ודלא כדעת מהרש"ל פ"ג דב"ק סי' ד' דאסור לכתחלה והוא ז"ל כתב על זה דבתופס ת"ח נ"ל דמותר לכ"ע לתפוס את שלו אפי' לכתחלה במקום דאית לי' מגו וכדאי' במ"ק דף יז ע"א אמר רב יוסף צורבא מרבנן עביד דינא לנפשיה במלתא דפסיקא ליה כו' ואפשר דאף בזה"ז יש דין ת"ח לענין זה כיון דבלא"ה דעת רוב האחרונים דבכל ענין יכול לתפוס לכתחלה וגם מדקאמר צורבא מרבנן דהוא רק בחור חריף יש לת"ח עכ"פ בזה הזמן דין זה וכמש"ל סי' קמ"ד (יובא לקמן סי' ט"ו ועמ"ש שם ס"ק א') עכ"ד וע' בתומים סוף סק"ב מענין זה ועמש"ל רס"ב סכ"א ס"ק ב' וע' בקצוה"ח שהזכיר ג"כ דברי הש"ך בספרו תקפו כהן הנ"ל מה שהשיג על מהרש"ל וכתב עליו ונראה פשוט דהיינו דוקא היכא דליכא לאו דלא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו כגון בשכירות וערבות וכיוצא אבל בהלואה דאיכא איסור למשכנו אסור לו לתפוס ואפי' בשוק אסור כו' ע"ש וכבר כתבתי בזה לעיל ס"ק א':

ו **והוא מבני העיר**. ע' באר היטב עד אבל לענין שהקהל נקראו מוחזקים הוא אפי' שלא כנגד בני עירן ובש"ך מסיים ונראה שזהו דעת הרב בהג"ה ודלא כהסמ"ע ע"ש וע' בס' בר"י שפקפק על הש"ך בזה דדעת הרב לא משמע כן כו' ובסוף הביא דמהר"ם פרובינצאל בתשו' כ"י הסכים נמי דאין כח לקהל ולראשיו עם יחיד שאינו מבני קהלה ע"ש. וע' בתשו' ח"צ סי' י"ד שכתב בענין מה דנראה לכאורה דדברי מהרי"ק ז"ל בשורש ב' סותרים את דבריו שבשורש א' כבר הרב הש"ך חילק ביניהם וכתב דבשורש א' מיירי לענין עבדי דינא לנפשייהו ובשורש ב' מיירי לענין מוחזקים דזהו אפי' שלא כנגד בני עירן כו' ואף לדברי הסוברים דפליגי דברי מהרי"ק דידיה אדידיה כבר פסקו ז"ל לדבריו שבשורש ב' והכי מסתבר כו' ואף לדברי בעל משא מלך דס"ל כדבריו שבשורש א' היינו

לענין שלא יהיו מוחזקים לכל מידי דמסתפקא אבל לענין שיצטרך ליתן להם משכון כ"ע מודו וכמ"ש בת"ה דעיקר טעמא הוא כדי שיהא תקנה לרבים כדי שיהא היחיד התובע והרודף אחר הדין. נמצא דלכ"ע בנ"ד (המובא קצת לקמן סי' י"ד ס"ב) אף אותם היחידים שעקרו דירתם מכאן ולא נשאר להם בעיר הזאת שום דבר לא מקרקעי ולא מטלטלי לא בעין ולא באשראי אפ"ה מחוייבים ליתן להקהל משכון קודם שירדו עמם לדין כו' עכ"ד ע"ש. וע' בתשו' שב יעקב סי' ג' שכ' על נדון דשם (שיובא לקמן סי' ז' סי"ב ס"ק כ"ו) ואשר שנית דיבר ראובן שאינו רוצה להשליש המעות קודם שירד לדין באמרו שהוא יחיד המדיין עם הקהל שאינו מעירם הנה תחלה צריך לבאר כל הנ"מ שצריך היחיד להשליש המעות או משכון נגד רבים. חדא דרבים יהיו מוחזקין ויחיד יהיה המע"ה ועוד דרבים יוכלו לטעון קים לן. ועוד שהיחיד יהיה התובע משום דברבים התובעין יהיה קדרה דבי שותפי (וכמ"ש כל זה בסמ"ע סק"ו וסק"ז) בכן בנ"ד לענין דצריך ליתן משכון נלע"ד הדין עם הקהל דאף דלדברי הסמ"ע סי' ד' סק"ה והדבר עומד בספק ראוי לפסוק כהש"ך שהכריע דדעת רמ"א לענין מוחזקין המה אפי' שלא כנגד בני עירן. אולם מה שנראה מדבריו שהמה מוחזקין לכל דבר הן להיות על היחיד הדין של המע"ה הן לומר קים לן וכיוצא אינו נראה לע"ד דמהיכ"ת לעבור הדין דיחיד שאינו מבני עירן במה דלא שייך הטעם קדרה דבי שותפי וכמבואר להמעיין במהרי"ק שם דכל ראיותיו הוא רק מטעם דלא יהיה כקדרה דבי שותפי כמו שהוכיח הש"ס ב"ב דף כ"ד ע"ב כו' וא"כ זהו רק לענין דצריך היחיד להשליש המעות או משכון כדי שיהיה היחיד התובע אחר רבים הנתבעים אבל מהיכ"ת ליטול מן היחיד הזכיות שלו מה שלא תליא בזה כגון לענין שיהא היחיד המע"ה אם הוא באמת המוחזק ולהוציא ממנו שלא כדין כי אפשר שאף שאינו יכול לברר כדבריו ע"פ עדים וראיה עכ"פ יכול להיות שהאמת אתו וכי מפני זה יפסיד היחיד זכיות שלו כו' ע"ש עוד וזה מכוין לדברי הרב בעל משא מלך כמו שביאר ביתשו' ח"צ הנ"ל:

ז **דוקא בעניני מסים**. עבה"ט שכתב הטעם כו' וכ' בספר שער משפט ונראה דמה"ט נמי אם היחיד חייב ג"כ לאחרים חוב הקהל בעניני מסים קודם לכל בע"ח דכיד המלך דמיא והוי כגבוי וכן פסק בתשו' הרדב"ז ח"א סי' צ"ו כו' ע"ש ועמ"ש בפ"ת לאה"ע סימן ק"ב סק"א:

ח **וגם אין נקראים מוחזקים נגדו**. כ' בר"י ולענין אי עביד דינא לנפשיה עי' הרשב"ץ ח"ב סי' רל"א כו' עש"ב:

סימן ה

א **בשבת ויו"ט.** כ' בס' בר"י יש ליזהר דב"ד לא ישבו בשבת ויו"ט בבית שדנין בו בחול שלא יהיו נראין כיושבין בדין עכ"ל וע' בה"ט בא"ח סי' של"ט סק"ג:

ב **ואם עבר ודן דינו דין.** כ' בר"ו ואם צריכים לכתוב פס"ד יכתבו ליום המחרת כמ"ש לקמן ס"ס רל"ה ופשוט:

ג **אין קובעין.** עי' בס' בר"י שכ' בשם מהרי"ק בתשו' כ"י אין קובעין זמן לבא לב"ד בזמן חשש מגפה ר"ל באותה העיר ואם קבעו אין לו לחוש ע"ש:

ד **בניסן ותשרי.** כ' הש"ך היינו דוקא קודם הרגל אבל לאחר הרגל קובעים כו' ע"ש וכ"כ מהרס"ל פרק הגוזל סי' י"ז ע"ש אבל בספר גידולי תרומה דף כ"ג הביאו הכנה"ג כ' דכל החודש בכלל גם בתשו' שבו"י ח"א סי' קל"ט כ' דכן היא משמעות לשון הש"ס והרמב"ם והטור דכל חודש ניסן ותשרי בכלל זה ומה שמהרש"ל והש"ך נסתייעו מדברי המרדכי והג"מ שהובא בהגה בסמוך דבני הכפרים שבאו לדון קביע להו זימנא אחר הרגל אין ראיה כלל דשאני התם כיון שהם באותה עיר אצל המנין ודאי קבעינן להו זמנא אף בניסן ותשרי אך לעיר אחרת לא קבעי' להו זימנא כל החדש כו' ע"ש גם התומים סק"ה כ' דמסתברא דכל החדש בכלל דעדיין טרדות המועד עליו ע"ש. וכ' הכנה"ג לחתן אין קובעין זמן כ"א יום ז' יום קודם החופה וז' ימי החופה וז' ימים לאחר החופה ע"ש ובתשו' שבו"י ח"א סי' קל"ט כ' רק ג' ימים קודם החופה ויום החופה ע"ש אבל התומים השיג עליו ודעתו דחתן נותנים לו ז' ימי המשתה וג' ימים קודם הנישואין וכ"כ בנה"מ ע"ש. ובענין בעל ברית וכן שאר שמחות ומיני סעודות מצוה כ' בשבו"י שם דהכל כפי המנהג כפי טרדתן כראות עיני הדיין עי' שם ובס' עטרת צבי סק"ד כ' שאין קובעין לאבי הבן כל ח' ימים עד המילה וביום שלאחריו וכן היה נוהג ע"ש:

ה **דאין לקבול** עבה"ט שכ' עי' בא"ח ס"ס תקמ"ה שסתם המחבר כו' הנה גם בא"ח סי' תקל"ט ס"ג כ' הרמ"א בהגה וכן מותר לקבול במשפט בשביל חובותיו כו' וכ' המג"א שם וז"ל הקשה בסמ"ע סי' ה' הא אין קובעין זמן בניסן ותשרי כו' ולא עי' במרדכי דמוכח דאיירי במשפט העובדי כוכבים מותר לקבול ולכן דקדק רמ"א וכ' לקובל במשפט כו' שמעתי ועיקר עכ"ל וע' בתשו' שבו"י ח"ג סי' קל"ט שתמה על המג"א בזה דקושיית הסמ"ע הוא על סי' תקמ"ה דשם כ' סתם לקבול בשביל חובותיו בח"ה משמע אפי' בב"ד ישראל ע"ש גם בספר אליהו רבה שם תמה כן אך בספר מחצית השקל ובפרי מגדים שם כתבו שדברי המ"א נכונים כי דברי המחבר בסוף סי' תקמ"ה הוא ג"כ מהמרדכי הנ"ל דאיירי שם לקבול בערכאות ע"ש וע' בתומים שכ' ועוד י"ל כאן איירי לקבול שצריך

לדון עמם וזה אין לעשות דאין מזמנים בימים אלו אבל בא"ח שם סי' תקמ"ה איירי דלית ליה שום דין רק מבקש לכוף לב"ח שלו שישלם לו זה יכול לעשות במועד דהא אסקינן דנין במועד ואי לא ציית מרחקינן ליה ע"ש. ועי' עוד בשבו"י שם בענין המבואר ברמ"א דאם יש דחייה ורמאות מותר לקבול בניסן ותשרי ובסמ"ע מבואר דאפי' בחוה"מ מותר ואירע כשבאו לדין חזר הנתבע ותבע להתובע בענין אחר וטען התובע כאשר אמרו חז"ל נזקקין לתובע תחלה ע"כ יזקקו לו עתה על תביעתו ואחר המועד ישיב להנתבע על טענותיו כיון שאינו מוחזק לדחיה ורמאות ושאל השואל מה דינם והשיב י"ל לדמות זה מה שפסק בשלחן ערוך סי' ו' דאם הוזקקו לשוה פרוטה גומרים דינם אפי' לפחות משוה פרוטה והטעם דחד דין מקרי כו' ואע"ג דהסמ"ע פסק שם כהרא"ש דאין גומרין לפחות מש"פ מ"מ בנד"ז יש להקל בימי ניסן ותשרי כיון שכבר התחילו לדון אבל במועד היכא דליכא חשש לדחיה ורמאות צריך להמתין בתביעתו לתובע משום כבוד החג עד אחר החג ע"ש:

1 **אין דנין בלילה.** עבה"ט בשם סמ"ע מ"ש כשבא לדין כששולחין אחריו ה"ל כקבלוהו. וכיוצא בזה כ' הש"ך בשם רש"ל לקמן סי' ו' (בבה"ט שם ס"ק י"ח) בענין רב שהוא מומחה ובא א' לפניו לדון על קרובו יכול הרב לדונו כו' ע"ש אלא דשם אינו מבואר רק כשבא מעצמו וכאן מבואר דאפי' לא בא מעצמו רק אחר ששלחו שליח ב"ד. וע' בתשו' חות יאיר סי' ב' וד' שהרבה להקשות עליהם ופלפל בזה עם גדול אחד ובסוף כ' הגם דבנ"י פרק אד"מ מייתי ירושלמי דאמר ר' אבהו כיון דאינון אתון לגבאי הוי כמו שקבלוני עליהם אין ראיה משם דשם איירי בענין ששאלוהו מהא דתנן אל תהי דן יחידי שהוא רק מדת חסידות לכן יספיק זה משא"כ בקרוב או פסול או שום דבר שלא נכון ע"פ הדין (עמ"ש לעיל סי' ג' ס"א ס"ק א'. א"נ יש לחלק דודאי כשבאו יחד בלי שליח ב"ד כלל הוי כקבלוהו משא"כ אם התובע הלך לב"ד והם שלחו שליח ב"ד ובא אין סברא לומר שזה שלא רצה לסרב הוי קבלה ובזה לק"מ על הש"ך רק על הסמ"ע שכ' כששולחין אחריו נשאר קשה ע"ש. ומ"ש וא"כ ה"ה איפכא כשמדליקין נרות בלילה כו' עד וכ' עליו הש"ך דראייתו ממה שקונין ק"ס בלילה הוא ראיה לסתור כו' ע' בתשו' אא"ז פמ"א ח"ג סי' ט"ל שהשיג ג"כ על הסמ"ע מפ"ק דמ"ק דף ח' דמוכח שם דמביום נתמעט לילה לגמרי אפי' לאור הנר ומסיים וע"כ דבר זה לא נאמר לא להלכה ולא למעש' ע"ש גם בתשו' שבו"י ח"א סי' קל"ט השיג עליו ע"ש גם בס' בכור שור סנה' דף ל"ד ובתשו' כנ"י סי' פ' מזה ועי' בספר בר"י האריך מאד בענין זה:

ז **גומרין בלילה**. כ' בס' בר"י היינו בדיעבד כשאין פנאי לגמור ביום מהרש"ל ביש"ש יבמות פמ"ח סי' כ' וכ"כ הנ"י במס' סנה' ולילה לגמר דין אם התחילו ביום ולא הספיקו לגומרו כו'. וכ' עוד הבר"י הא דאמרו גומרין בלילה פירוש שיסכימו במשא ומתן שלהם ביום וכל שהסכימו עליו ביום אם ירצו לחזו' למשא ומתן בלילה סמוך לגמר דין עושין וכן עיקר וי"א שאין משא ומתן בלילה כלל אלא צריך שיהיו מוסכמין על כל המשא ומתן. הרב המאירי הביאו הרב דינא דחיי עשין צ"ח וכ' עליו דהאידנא נהוג לגמור בלילה אף שביום לא גמרו המשא ומתן ע"ש:

ח **דאם עברו**. עבה"ט עד והש"ך כ' בשם הרמב"ן כו' ועי' בתשו' נו"ב חלק אה"ע הי' נ"ח מ"ש בזה והובא קצת בפ"ת לאה"ע סי' מ"ב ס"ק י"ז:

סימן ו

א **משוה פרוטה**. עבה"ט ובאו"ת כ' דבס' שיטה מקובצת לב"מ הביא בשם הריטב"א דאם תבעו דבר שהוא בעין אפי' על פחות מש"פ נזקקין ולא אמרו אין נזקקין אלא בתובעו דבר תשלומין. וא"כ משמע אפי' פירות ומעות כשתובעו דבר בעין עכ"ל והביאו ג"כ בס' בר"י אות ג' ע"ש. וכ' עוד בס' בר"י אות ו' יש להסתפק אם שני שותפין תבעו לאיש אחד דחייב להם ממון השותפות ש"פ אי ב"ד נזקקין לדין זה מי אמרי' כיון דלכל א' מהב' שותפין חצי פרוטה אין בית דין נזקקין מידי דהוה אשני אנשים דעלמא דכל חד טוען מאיש א' חצי פרוטה ובאו שניהם לבית דין לתבוע ממנו דודאי אין בית דין נזקקין להם או דילמא שאני הכא דממון א' הוא עסק השותפו' וכחד גברא חשיבי וב"ד נזקקין להם ונראה להביא ראיה ממ"ש מהרי"ט בתשובה ח"מ סי' ק"ה גבי שבועת השותפין דבעינן שיהא הטענה שתי כסף דאי הוו כל השותפין קמן ותבעי לא' מהם שתי כסף בין כולם משביעין אותו וה"ה לנ"ד כו' אך יש להעיר ע"ד מהרי"ט הנזכר כו' עכ"ד ע"ש ועמ"ש לקמן סי' צ"ג ס"א ס"ק ד' הבאתי שם דברי מהרי"ט הנ"ל באריכות וגם מה שהעיר עליו בספר בר"י הנ"ל. ולפמ"ש בנ"צ שם ליישב דנלע"ד דגם מהרי"ט לא אמרה אלא גבי שתי כסף כו' ממילא דינו של הבר"י הנ"ל ליתא וצ"ע:

ב **גומרים דינם**. עבה"ט שכ' והסמ"ע פסק כהרא"ש כו' וע' באו"ת שכ' דהב"ח פסק כהמחבר וכן עיקר ע"ש וכן דעת הבר"י עיי"ש:

ג **דינם**. כ' הסמ"ע פי' אפילו כשנתבע אחר גמר דינו תובע להתובע טענה שהיא פחותה מש"פ כו' ומשמע דמכ"ש אם התובע חוזר ותובע פחות משוה פרוטה דודאי נזקקין ואין כן דעת הב"ח עיי"ש אך בספר בר"י כ' דמהר"ם בן חביב בתשובה כ"י דחה סברתו וכ'

דבזה שהתובע חוזר ותובע פחות משוה פרוטה גם הרא"ש דפסק דאין גומרין לפחות מש"פ מודה בהא דגומרין משום דמצטרפת תביעה זו עם תביעה ראשונה ולא נחלקו אלא כשתביעת פחות מש"פ הוא מהנתבע והוא ז"ל הביא קצת ראיה לדבריו מדברי רבינו ירוחם. וע"ש עוד בענין היכא דב"ד נזקקין לפחות מש"פ אי משביעין אותו עש"ב:

סימן ז

א **את חבירו הגר** בגליון שו"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב היינו גר ממש אבל הורתו ולידתו בקדושה ישראל מעליא הוא וצריך שיהיה הדיין אמו מישראל. תוס' יבמות ק"ב ד"ה לענין. ובדיין לא סגי הורתו ולידתו בקדושה ע"ש ברש"ל ועיין בשו"ת מהר"א ששון ס"ס ס"ו עכ"ל וע' בס' בר"י שהאריך הרבה בענין זה:

ב **באחת מעיניו**. עבה"ט שכ' בסמ"ע כ' הטעם כו' ועי' עוד בסמ"ע שכ' ובע"ש יליף דסומא בשתי עיניו פסול מדאיתקש דינים לנגעים ולא דק כו' עד ותלה תניא בדלא תניא ועי' בתשו' אא"ז פמ"א ח"ג סי' ט"ל שכ' דבחנם השיג הסמ"ע על הע"ש כי באמת דברי הע"ש ברורין בטעמן ע"פ שיטת הרי"ף דלטעם הרי"ף גבי סומא באחת מעיניו מבואר דאף רבנן ס"ל הך היקשא וסומא בשתי עיניו פסול מטעם דאיתקש ריבים לנגעים אלא דקשיא ליה על סומא באחת מעיניו כו' וא"כ הע"ש תלה תניא בדתניא עש"ה וכיוצא בזה כ' ג"כ בתומים וחיזק הדברים יותר מדברי הרמב"ן במלחמות ומסיים ולא מצינו חבר להסמ"ע רק הרז"ה דס"ל דלא מקשינן ריבים לנגעים ומ"מ ס"ל דסומא בב' עיניו פסול וצ"ל סברת הסמ"ע דדמיא ללילה אבל זולתו לא מצינו לו ראיה במחברים ולכן צדקו דברי הע"ש: וכ' עוד באו"ת דנ"מ לדינא בין טעם הסמ"ע לטעמו של הלבוש באם היה שפוי בתחלת דין ונסמא קודם גמר דין דלדעת הסמ"ע כשר לגמור הדין דאף בלילה גמר דין כשר אבל לדעת הע"ש פסול הוא אפי' לגמ"ד מגזרת הכתו' ע"ש. ועיין בתשו' כנסת יחזקאל סי' פ' עובדא כזו ששני בע"ד עמדו למשפט בפני שלשה ת"ח וטענו לפניהם וגבו העדות וקודם גמר דין נעשה א' מן הדיינים עיוור בב' עיניו ע"י סיבה שיירה המורה בקנה השריפה ונשרפו עיניו ועתה חד מבע"ד מעכב מלעמוד המשפט בפני דיין זה. והאריך בזה ומסיק דיש כאן שלשה דעות לדעת הרמב"ם פסול אף לגמר דין ולהתוס' ומרדכי וסמ"ג כשר אף לתחלת דין ולהרי"ף לגמר כשר והתחלה פסול ומדברי הטור וב"י אין הכרע כמאן סבירא להו ולענין הלכה יש לפסוק כדעת הרי"ף שהוא דעת מכרעת ולכן בנ"ד אין לפסול זה הדיין לגמר דין וגם הב"ח כ' דבדיעבד סומא בב' עיניו כשר דסמכינן ע"ד תוספת ומרדכי וסמ"ג ונ"ד כמעט נקרא דיעבד כיון שכבר טענו לפניהם וגבו כל

העדות ועוד כאשר בנ"ד יש שלשה דיינים אפשר לצרף דעת בה"ג והתוספת שפסקו כשמואל כו' ע"כ בהא נחתינן שלא לבייש זה הת"ח שעיוורו עיניו על ידי סיבת כל הסיבות ואם ימאן השני יש לכופו על זה עיין שם. הנה עיקר יסודו במה שביאר דלדעת הרי"ף כשר לגמר דין ומדברי הפמ"א והתומים הנ"ל מבואר דלא כוותיה גם בנה"מ כתב בקצרה דאפילו נסמו בגמ"ד פסול ואפילו בדיעבד פסול. ועיין בקצה"ח סק"ב:

ג **בשתי עיניו פסול.** עיין בספר בר"י שכתב דאם אינו סומא ממש רק שכהו שתי עיניו דהיינו שחלש ראות עיניו אך יכול לראות לכ"ע יכול להיות דיין כו' וע"ש עוד דלדעת רוב הפוסקי' הפוסלים סומא בשתי עיניו אפשר לפרש דהיינו מאי דאמר ר"נ לרב ששת בכתובות צ"ד ע"ב חדא דאנא דיינא ומר לאו דיינא כו' ע"ש:

ד **וי"א דמבן י"ג.** עיין בתשו' משכנות יעקב סי' ה' שהביא ראיה לדעה הראשונה ומסיים ועכ"פ אין למנות דיין קבוע פחות מבן כ' שנה כו' עיין שם. וע' בתשו' שבו"י ח"א סי' ק"מ שהעלה דלדון ביחידי ראוי להחמיר עד ארבעים שנה אם לא שאין גדול ממנו בעיר מה שאין כן להצטרף לשלשה ודאי דלא גרע מג' הדיוטות כו' עיין שם והזכרתיו גם כן בפ"ת ליו"ד סי' רמ"ב ס"ק ט"ז ועיין בתומים מ"ש בזה:

ה **אשה פסולה לדון.** עיין בתשו' פרי תבואה סי' מ"ו מ"ש בזה. וכ' בספר בר"י אות י"ב אף דאשה פסולה לדון מ"מ אשה חכמה יכולה להורות הוראה וכן מתבאר מהתוספת לחד שינויא דדבורה היתה מלמדת להם דינים וכ"ז בספר החינוך דבסי' פ"ג הסכים דאשה פסולה לדון ובסי' קנ"ב בענין שתוי כ' ומניעת ההורייה כו' וכן באשה חכמה הראויה להורות כו' ע"ש וע' בשע"ת בא"ח סי' תס"א סקי"ז:

ו **דיני ממונות.** ע' בכנה"ג בהגב"י אות ג' שהקשה ממדרש רבה פר' נשא דמבואר שם דאפילו בדיני ממונות אסור וכ' ואולי דס"ל לתוספת דגמרא דילן לא ס"ל הכי מדנקט לשון אל יורה וכיון דגמרא דילן פליג על המדרש הכי נקטינן ע"ש וע' בתשו' שבו"י ח"א סימן ק"מ וז"ל אכן בתשו' הב"ח סי' מ"א פסק דשתוי אסור אפילו לדון ועכ"פ המחמיר תע"ב וכ"כ בספר היראה להר"ר יונה דאסור לעשות שום הוראה בין בדין בין באיסור והיתר אחר שאכל ושתה עכ"ל בתשו' משכנות יעקב סי' ו' מסיק דאין להקל כלל כי איסור דאורייתא הוא לדברי האוסרים כמו הוראה ע"ש ועיין בתומים מ"ש בזה:

ז **אבל אם ראוהו בלילה.** עבה"ט ס"ק י"ב מ"ש דה"ה אם ראוהו בשבת ויו"ט כו' וע' בט"ז שחולק ע"ז דזה דמי למ"ש הרמ"א דבדבר דרבנן עד נעשה דיין ע"ש וע' בתשו' כנסת יחזקאל ר"ס פ"ח שכת' בפשיטות כדעת הב"ח והביא ראי' מדברי התוספות ספ"ק דמכות כו' ע"ש וע' בתומים שפלפל בזה ומסיק וכ' דאין לדינו של הב"ח ראיה כלל

ונראין דברי הט"ז עיין שם גם בקצה"ח מסיק דיש להקל בזה ויכולין לדון ע"פ ראייתם בשבת ויו"ט וכן עיקר ע"ש:

ח **לפני דיין שקטן ממנו**. כת' בספר בר"י וז"ל לא במספר שנים תליא מלתא אלא קטן ממנו בחכמה קאמר ואף שהוא גדול בשנים א"י לכופו וכן ביאר הרב כנה"ג לקמן סי' כ"ח בהגה"ט אות כ"ז ושם ביאר באם זה מופלג בזקנה וזה אינו מופלג בחכמה כו' וזה פשוט וכדאמרינן בב"ב קמ"ב ע"ב א"ל מידי בקשישותא תליא מלתא כו' עכ"ל. וע"ש עוד שנסתפק אם דין זה דוקא כשדיין א' הוא שופט אבל אם הם ב"ד של שלשה הגם כי הנתבע גדול מכל א' מהם מ"מ במותב תלתא כחדא יגדל נא כח ב"ד או דילמא אידי ואידי חד שיעורא ונקט הגאון דיין וה"ה לב"ד של שלשה וכת' שבדבר זה נחלקו חכמים כת הקודמין בקובץ תשובות כ"י מרבני מצרים והוא ז"ל האריך מאד בענין זה ובסוף הביא תשו' הרדב"ז ח"א סי' קי"ט דמבואר מדבריו דלא שאני לן בין דיין אח' לב"ד של שלשה עש"ה ועמש"כ סק"י:

ט **לכופו לילך לפניו**. עיין בספר בר"י אות ט"ו שדקדק מל' זה דס"ל להגאון דאם הנתבע רוצה לילך לדון קמי דיינא דזוטר מיניה מצי אזיל ואין זה זלזול אלא חסרון כבוד וחכם שמחל על כבודו כו' ובהכי אתי שפיר נמי מה דמשמע מלשון הגאון דהדיין מצי מזמין ליה אלא שא"י לכופו וקשה אמאי לא רמינן גודא אהאי דיינא דזוטר מיניה דלא ליזלזל ביה ולא ליזמניה מעיקרא ומאי אינו יכול לכופו דקאמר לימא דמעיקרא פרח זימון מיניה כו' אך למ"ש דאם רוצה ללכת רשאי יש לומר דמהאי טעמא שרי ליה להזמינו ואין זה כמזלזל בתורתו דאי בעי מצי אתי ואי לא בעי הרשות בידו כו' והאריך בזה עיין שם ועיין מה שכתבתי לקמן סכ"ח ס"ה סעיף קטן ט"ו:

י **ומעיינין**. עיין באר היטב שכ' פי' דנין ביניהם כו' וע' באו"ת שכ' הנכון כפירוש זה דכיון דיש כאן אוסף כל החכמים לית ליה זילותא עוד כו' ע"ש והביאו ג"כ בנה"מ:

יא **למי שהוא אוהבו כו'**. כ' בס' בר"י אות כ' יש להסתפק אם יכול לדון לשני אוהביו או לשני שונאיו שבאו לפניו לדין דהא מקרבא או מרחקא דעתיה לתרווייהו ושני הבע"ד שוין אצלו ולפום ריהטא נראה דגם אם שניה' אוהביו או שונאיו לא ידון אותם משום דמסתמא אהבת' גם שנאתם לא שוו בשיעוריהן ומקרבא או מרחקא דעתיה למאן דרחים או סני טפי וכמ"ש הרא"ש פרק זה בורר דמעט אהבה או שנאה מטה את לבו גם יש לחוש דהדין הזה שבא לפניו יסתעף לסעיפי' ומשום ששניה' אוהביו' או שונאיו יטה לבו לזכות לא' בחלק א' ולחייבו בחלק אחר כו' זהו הנרא' מכח הסברא ויש להביא עוד

קצת ראיה מדברי התוס' פ' בא סימן (נדה דף נ' ע"א) כו' גם קצת ראיה ממ"ש מהר"י בן מיגש בתשו' הובאה בשיטה מקובצת פרק החובל סוף (בבא קמא דף צ"ב) וכו' ע"ש:

יב **ולא למי ששונאו**. עיין בתשובת חות יאיר בסוף הספר בהשמטות שכ' מעשה היה שאחד לוה ממני וטען על מקצתן שפרע ונשבע לשקר ואחר שנה בא לפני בדין ולא רציתי לטפל בדינו לאו משום דמותר לשנאותו דא"כ כל רשע וצדיק נמי והוא מעשה בכל יום וכמ"ש הרמב"ם פ"כ מה' סנהדרין והביאו הטור סי' כ' (צ"ל י"ז וכ"ה בש"ע שם ס"י) דעלה נאמר לא תטה משפט אביונך וע"כ נאמר דהיינו דצותה תורה לא תטה משפט אביונך דאע"פ שמותר לשנאותו מ"מ בעת המשפט יהיו שניה' שקולי' ובכה"ג אחר שאין השנאה טבעית אלא ע"פ דבר ה' אין לחוש דדעתיה יטעהו ולא חזי ליה זכותא כמו בשאר שונא משא"כ כשעשה לדיין עצמו מעשה רשע או שום דבר שיש לו טינא בלבו ודאי ירחיק מלדונו דג"כ יש לחוש דמפני כך לא חזי ליה זכותא עד כאן לשונו:

יג **דהיינו שושבינו**. כתב הסמ"ע ס"ק י"ח דהיינו ז' ימי המשתה וכן פרש"י ע"ש ובכנה"ג בהגב"י אות ט"ו הביא דברי רי"ו נ"א ח"א שפסק כרבנן משמיה דרבא דאינו פסול רק יום ראשון ע"ש ועיין בתשובת שבו"י ח"א סי' קמ"א מיישב דעת הסמ"ע בזה אולם בתומים כתב דבזה"ז אשר בעו"ה ערבה כל שמחה ואין נוהגים לעשות כל ז' ימי המשתה לכ"ע מיום ראשון ואילך מותר לו לדון ע"ש:

יד **אלא מדת חסידות**. עיין בתשובת שבו"י ח"א סי' קמ"א אודות דיין שהוא שכן לאחד מבעלי דינים בשכוני גוואי אי מותר לדון לו והשיב דאם שכינו הוא ריעו אשר כנפשו אסור מדינא אבל אם אינו אוהבו וריעו אשר כנפשו אזי מותר לדונו ע"פ הדין אך ממדת חסידות יכול (צ"ל יש) לפרוש ע"ש ועיין בתשובת עבוה"ג סי' ל"ג:

טו **ולכן מותר להיות דיין כשזבל"א**. עיין בתשובת חו"י סי' ב' בדבר שראובן ולוי נתעצמו בדין בזבל"א וזבל"א ולקח לוי לבורר את ר' שמעון מחותנו של ראובן וראובן ביקש לפסלו באמרו כי מחותנו פסול לישב עליו בדין וכתב דנרא' שבשני טעותים טעה ראובן הנז' ואולי נוסיף עליהם עוד טעות שלישי. האחד אפי' אם היה ר"ש הדיין הנברר מלוי אוהב גמור של ראובן באופן שיכול לוי לפסלו אם ביררו ראובן מ"מ אם נתברר מצד לוי אין לו פה לראובן לפסלו דאף דבקרוב כה"ג אם היה ר"ש הנז' קרובו של ראובן וביררו לוי ודאי מצי ראובן לפסלו שאני קרוב דפסולו גזירת הכתו' בלי טעם שהרי פסול לעדו' אף לחובה משא"כ אוהב ושונא נהי דפסולו מדאוריית' (עיין בתשו' עבוה"ג סי' ל"ג יובא לקמן סי' קס"ג ס"ק ט"ו שדעתו אינו כן) מ"מ אין הפוסל רק מצד קירוב וריחוק הדעת כמבוא' בש"ס וא"כ דוק' לוי יכול לפסול לר"ש אם היה אוהבו של ראובן

ולא בהיפך (וכן הסכים בתומי' סק"ט ובנה"מ ובס' שער משפט סק"ב ועיין בתשו' מים חיים חח"מ סי' ב' וג' ובס' בר"י אות כ"א מזה) . טעות השני דמאחר שמחותן לא נפסל רק משום דה"ל כאוהב ושונא אבל לא דיינינן ליה כאוהב ושונא ממש כמבואר בסי' ל"ג וא"כ הלא כ' רמ"א סי' ז' דאוהב ושונא בה"ג כשרים בזבל"א וא"כ אפי' ראובן היה יכול ליקח מחותנו לבורר שלו בלי פקפוק כ"ש זה שכנגדו. ובטעות השלישי אני מסופק באם היה ר"ש אוהבו של לוי שבירר אותו אוהב ממש ושושבינו אם ג"כ כשר כי לפי הטעם שכ' רמ"א אין חילוק בין אוהב לאוהב ואפי' אוהב גמור כשר בזבל"א גם לפמ"ש מהרי"ק כו' מ"מ לא מלאני לבי לחלוק על הסמ"ע דמשתמע מיניה דמ"ש הרמ"א לכן קאי על אוהב ושונא קצת כו'. ושם בסי' ג' תשו' גדול אחד שהסכים עמו במ"ש בשני טעותים שטעה ראובן אך במה שמסופק בטעות השלישי כ' דנראה ברור כמשמעות הסמ"ע דאוהב גמור פסול אף בזבל"א ע"ש וכ"כ בתשו' אא"ז פמ"א ח"ב סי' קנ"ט יובא קצת לקמן סי' י"ג ס"א ס"ק ג'. וכ"כ בס' בר"י אות כ"ד בשם תשו' מהריק"ש כ"י דהיטב חרה לו על מי שסבר דאף באוהב ושונא גמור יכול לדון בזבל"א והאריך להוכיח דפסול עש"ב וכ' עוד דמכאן תשו' למ"ש כנה"ג בהגה"ט אות כ' בשם תשו' מהרשד"ם סי' מ' דפסול אוהב ושונא לא אמרו אלא בדיין אחד לא עם דיין אחר ולפי האמור דבאוהב ושונא גמור אף בזבל"א דהם ג' פסול אין מקום לדינו של מהרשד"ם הנזכר באוהב ושונא גמור דאף אם הוא עם דיין אחר פסול וכן משמע מדברי הרא"ם ח"א סי' כ"ד וכן מוכח מתשו' ריב"א שהביא מהרי"ק שורש ט"ז דכשהוא פסול אפי' בב"ד של ג' שנתבררו יכול הבע"ד לסלקו וכן ראיתי בהגה כ"י לאחד קדוש שהקשה על דברי מהרשד"ם הנז' ומסיק דכשהוא פסול מדינא כגון אוהב ושונא גמור לא מצי לדון אפי' בשנים אחרים ומה דמהרשד"ם בתשו' שם הביא ראיה מהא דכ' הרי"ף בפ' כיצד גבי חכם שאסר את האשה ה"ז לא ישאנה כו' דאפי' תרי נמי לא חשידי כו' נראה דלא דמי דהכא אין הטעם משום חשד כלל כו' ע"ש וע' בתשו' חוט המשולש שבסוף התשב"ץ טור השני ס"ס ח' מזה. וע' עוד בת' חו"י הנ"ל שנסתפק באם היה לוי בורר לדיין מי שהוא שונא גמור ומוחלט של עצמו אי מצי ראובן לפסלו מחמת שודאי זה הדיין בכל תוקף ועוז לזכות לוי כדי שעי"ז ימצא חן בעיניו כמ"ש ובמה יתרצה זה כו' ומסיק דנראה דאין ראובן יכול לפוסלו כמ"ש חז"ל גבי אוהב ושונא דכשרים להעיד מפני דלא נחשדו ישראל על כך ה"נ לא נחשד לעוות דין כדי להתרצות והא דאוהב ושונא פסולים לדון היינו משום דדעתיה אטעיתיה דלא מצי חזי ליה זכות או חובה. רק שיש מקום לבע"ד להשיב שאחר שנפשו חשקה להתרצות ג"כ יטעהו דעתו בסברא לפי רצונו ע"ש:

טז **יכול להושיב דיינים**. עבה"ט וע' בתשו' בית יעקב סי' י"ט ובתשו' שבו"י ח"א סי' קמ"א ובספר שער משפט סק"ג מ"ש בזה:

יז **בעל דינו אינו נאמן**. ע' בתשו' משכנות יעקב סי' ז' שכ' דזהו מצד עיקר הדין אבל עי' בזוה"ק פ' בלק על פסוק אבינו מת במדבר כו' מבואר להדיא שגם הדיין צריך להשמט שלא לדון מי שחושדו בשנאה אם לא כשאין דיין אחר בעיר דאז ודאי לאו כל כמיניה למפסל דייני רק בבירור גמור ע"ש:

יח **השונאים זא"ז**. עי' באה"ג בשם הב"ח. וכ"כ בס' בר"י אות ל' דמדברי רבינו יונה בחידושיו לסנה' כ"י משמע דהא דשני ת"ח השונאים כו' היינו אפי' בדיעבד ע"ש. וכ' עוד באות ל"ה וז"ל אין למנות שני אנשים במינוי והם רחוקים בטבעם והנהגתם שאף בבעלי חיים הקפידה תורה משום צער ב"ח לא תחרוש כו' הרב החינוך סי' תק"ע עכ"ל:

יט **אסורים לישב בדין יחד**. עי' בתשו' בית יעקב סי' ס"ז בא בשאלה אותן הדיינים הפסולים מחמת אהבה או שנאה או שאר פסולים אם מותרים לישב אצל הדיינים ולשתוק ולא יגידו דעתם כלל. וכ' מתחלה לאסור וראייתו מגמרא סנהד' ר"פ כ"ג בהא דאמר התם משום יקרא דכ"ג אתא (מלך) ויתיב מקבלי ניהלי לסהדותיה קאי הוא ואזיל ומעיינינן ליה בדינא יע"ש בתוס' ד"ה והא אין מושיבין. דאפי' יושב ודומם נמי לא כו' ושוב כ' דכל הפסולין לדון מותרין לישב ולשתוק זולת שני ת"ח השונאים זא"ז דאסור אפי' לישב ולשתוק וזה מבואר מדברי התוס' שם שהרי דייקו מלשון אין מושיבין בסנה' דמשמע דאסור אפי' לישב ולשתוק ולפ"ז בכל מקום שאמרו אין דנין ולא אין מושיבין משמע דמותר לישב ולשתוק וא"כ הרי בכל הפסולין לא נזכר לשון אין מושיבין רק אין דנין זולת בשני ת"ח השונאים זה את זה אמרי' בפרק ז"ב שאין יושבין בדין כו' וכן הוא בטור וש"ע א"כ אפי' לישב ולשתוק אסורין והטעם י"ל כיון דדעת כ"א לסתור דברי חבירו א"כ לעולם יראה לסתור ואז אסור לשתוק דאפי' תלמיד היושב לפני רבו אסור לשתוק כמ"ש בסי' ט' כו' ע"ש (ובס' מסגרת השלחן וגם בס' עט"צ לא העתיקו כראוי) אכן בתשו' שבו"י ח"א סי' קמ"א חולק עליו ודחה ראייתו ומסיק דאפי' שני ת"ח השונאים זא"ז דנקט אין יושבין בדין דוקא לדון ממש אסור אבל לא לישב אצלו רק מטעם אחר אין ראוי שיהיה שם מי שאינו ראוי לדון כמ"ש הרמב"ם והטור והש"ע בסי' י"ח דלאחר שמקבלין עדות יוציאו כל אדם לחוץ משמע דהכל בכלל מי שאינו ראוי לדון יוציאו לחוץ משום לא תלך רכיל כו' ע"ש וע' בספר בר"י אות כ"ה מ"ש בזה ועמ"ש לקמן סי' י"ח ס"א ס"ק א':

כ **מחמת קורבה**. עבה"ט וע' לעיל סי' ה' בבה"ט סק"ח ומ"ש שם:

כא **או מחמת עבירה**. בגליון ש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ע' בכנה"ג לקמן סי' ל"ד בהגהת ב"י דגם בעבירה דרבנן לא בעי הכרזה (ודלא כנראה מדברי הרמ"א שם סי"ח דגם בדיין בעי הכרזה בעבירה דרבנן דז"א דהכרזה בדיין מאן דכר שמיה כן הוא שם) ובס' עזרת נשים סי' י"ז סק"ל בסופו השיג על זה וס"ל דכי היכי דפסול עדות דרבנן צריכי' הכרזה ה"ה לענין דיינים ע"ש:

כב **פסולין לדון**. בהבגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב ואם נמצא אחד מהם קרוב או פסול כולם פסולים (כדלקמן סי' ל"ו ס"א בעדות) כנה"ג בטור אות ל"ג וע' עוד בכנה"ג סי' ל"ו בטור אות ו' עכ"ל וכ"כ בס' בר"י אות ל"א בשם תשובת הרשב"א כ"י כלל ה' סי' ס"א דאפילו לשמואל בשנים שדנו דיניהם דין אם דנו ג' והאחד קרוב כיון דמקצת ב"ד פסול בטל הדין דומיא דעדים עכ"ד וע' בתומים סי' מ"ו ס"ק כ"ח מזה (ועמ"ש בפ"ת לאה"ע סי' קכ"ט סק"ג) . וכ' עוד בס' בר"י שם ויש להסתפק בשני דיינים שהיו צריכין לצרף אחד עמהם לקבלת עדות דליהוי תלתא והיו בעיר שני אחים והמה חכמים ושלחו לקרוא לאחד מהם שיצטרף עמהם והשליח קרא לשניהם ומפני הכבוד ודרכי שלום הוצרכו השני דיינים לומר לכל אחר מהאחים ביחוד שלו היו מצרפין ולא לאחיו אך שני הדיינים ביניהם ביררו ואמרו כי צירפו לפלוני ולא לאחיו והשתא איכא לספוקי כיון דהני תרי אחי תרווייהו מכוונין לקבל העדות ונמצא דהיה בהם קרוב ונראה דכיון דשני הדיינים שהם העיקר ביררו לאחד ביניהם אין כאן פקפוק וראיה ממ"ש בטור וש"ע סי' ל"ו בשם הרא"ש ואם הזמין התובע עדים כשרים ועמדו שם קרובים ופסולים אפילו כוונו להעיד והעידו לא נתבטל עדות הכשרים כו' וה"ה בנ"ד אף דהתרי אחי כל א' מכוון להצטרף אין לחוש כיון דהתרי דייני גילו דעתם שזה היה משום דרכי שלום ולפי האמת ביררו לפלוני וכיוצא בזה כ' בתשובת גינת ורדים א"ה כלל א' סי' ב' דדייני חליצה שהיה ביניהם דיין פסול כגון שאינו שפוי בדעתו דאפשר דתרי דייני הכשרים יוסיפו עוד דיין כשר ואף שהדיין הפסול עומד עמהם אין הועד של הכשרים מתבטל כו' ונ"ד עדיף כיון דכל אחד מהאחים חושב שאחיו אינו מצטרף ואין כאן קרוב כו' והאריך בזה ומסיים דמ"מ טוב ליזהר בהני מילי ודכוותיהו אבל כשיש צורך בדבר מפני דרכי שלום כנדון הרב גו"ר וכנ"ד נראין אין לחוש ע"ש:

כג **שיודע בחבירו כו'**. משמע דמן הסתם מותר ולעיל בסי' ג' סעיף ד' כ' ואסור לאדם חכם שישב בדין עד שידע עם מי יושב משמע כל שלא מוחזק ליה בכשר אין לישב עמו תירץ הב"ח דלעיל בסי' ג' דוקא באדם מובהק בחכמה אבל כאן מיירי בסתם דיין מותר לו לישב אם לא שידוע לו שהוא רשע ע"ש. ובתומים כ' ליישב דבסי' ג' מיירי

בתחלת ישיבה לדין אין לו לישב עד שיהא ברור לו שהוא אדם כשר אבל אם כבר ישב עמו בחשבו שהוא כשר ובאמצע הדין בעוסקו עמו נתברר לו שאינו בחזקת כשר א"צ לפרוש ממנו אם שיודע בודאי שהוא רשע וזהו שכ' כאן אין לו להצטרף עמו ולא קאמר לישב עמו דמורה דכבר ישב מ"מ אין לו לגמור הדין עמו בהצטרפות ע"ש גם בתשובת בית יעקב סי' ל"ח האריך הרבה בזה. וע' בתשובת שבו"י ח"א סי' קל"ז שכ' ליישב באופן אחר על נכון דדוקא אם דיין אחד אינו מכיר את שני הדיינים אז אסור ליישב עמהם מן הסתם שאולי אלו השנים הם אינם מהוגנים ויהיה בכלל קשר בוגדים כיון שהרוב מהב"ד אינם מהוגנים יהא הוא ג"כ נכלל בתוכם (ומזה איירי בסי' ג') אבל אם שני דיינים מכירים זא"ז רק אין מכירין את השלישי אז ליכא איסורא רק נקיי הדעת היו מחמירין על עצמן ואין יושבין עד שידעו כו' והיכא שיודע הדיין שאחד מן הדיינים רשע אין לו להצטרף עמו ואף שיש כשר עמו (ומזה איירי כאן) דאף שאינו נקרא קשר בוגדים כיון שהרוב מהב"ד כשר מ"מ אסור משום מדבר שקר תרחק. וכ' עוד אכן היכא דקבלו הבע"ד עליהם ליכא איסורא להצטרף עמו דאז ליכא מדבר שקר תרחק כיון שקבלו עליהם וגם קשר בוגדים ליכא כיון ששנים כשרים וכן משמע בש"ס ובח"מ סי' כ"ב אבל מ"מ נקיי הדעת היו מחמירין על עצמן בכל ענין שלא לישב בדין אא"כ היו יודעין כל היושב עמהן שהם כשרים וכן משמעות לשון הש"ס והרמב"ם והטור ודלא כנראה מתשובת בית יעקב ששגג בכל זה עכ"ד ע"ש:

כד **צריך שיהיה בכ"א מהם ז' דברים**. כת' כנה"ג בהגה"ט אות ט"ל וז"ל וכולהו הוו לעיכובא הר"ם מטראני ח"א סי' ר"פ עכ"ל אולם בס' בר"י אות ל"ג כ' דלאו לעיכובא הוא וכמ"ש הלח"מ פ"ב מה"ס והוא ברייתא דספרי וקרא בהדיא מוכח הכי ואל ישיאך לבך ממ"ש הר"ם מטראני ח"א סי' ר"פ דהוו כולהו לעיכובא דכוונת הרב אם ימצאו בעיר אנשים שלימים בכל המדות האלה הוי לעיכובא שלא למנות אחרים אשר יחסר מהם איזה מדות אמנם פשיטא דאם לא נמצאו כולם בשום אחד אינם לעיכובא כמבואר בכתוב ובספרי וכמ"ש הלח"מ ופשוט עכ"ד ע"ש:

כה **ס"ת אחרת**. עבה"ט עד לאפוקי אם הוא בבה"כ אחרת צריכין סילוק כו' וע' בתומים ובנה"מ מ"ש בזה:

כו **ואם עשו תקנה או שיש מנהג כו'**. עי' בתשובת מים חיים חח"מ סי' א' שכ' דלשון הש"ע קשה דכאן משמע שצריך להיות ידוע שעשו תקנה או שיש מנהג אבל אם א"י שיש תקנה או מנהג פסולים לדון ובסי' ל"ז סכ"ב כ' הש"ע עכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל כו' משמע דשוב א"צ לחקור אחר תקנה או מנהג ומתחלה הייתי סבור שדעת

הש"ע לחלק בין דיינים לעדות מחמת שבב"י סי' ל"ז הביא בשם תשובת הרשב"א שכ' כמה פעמים עמדנו על דבר זה שאם אי אתה אומר כן מי מעיד על אותו הקדש כו'. וזה הטעם לא שייך רק גבי עדות אבל גבי דיינים יוכלו לדון בדייני עיר אחרת וכן משמע בב"י סי' ז' כו' אבל מל' ד"מ סי' זה אות ז' בשם הרשב"א בתשו' סי' תר"פ המנהג בכ"מ לדון בצרכי צבור בדייני ועדי עיר כו' משמע מדבריו שאין לחלק בין דיינים לעדות וצ"ע עכ"ל (ועמ"ש בזה לקמן סי' ל"ז סכ"ב ס"ק י"ד) . וע' בתשובת שב יעקב חח"מ סי' ג' אודות ראובן שנשא אשה בעיר אחרת ואחר נישואין מיד הלך לביתו שהיה דר בו מקדם ואחר עשר שנים תבעו ממנו הקהל מקום חמיו לשלם להם סך מה עבור כל שנה אך לזה התרצו אם יציית ראובן דין עמהם בעירם כו' וראובן טוען שהמה נוגעים ולכן רוצה לציית דין בזבל"א חוץ לעירם כו' והשיב שהדין עם ראובן בזה ואף דמבואר בטור וש"ע סי' ז' דאם עשו תקנה או שיש מנהג שדייני העיר ידונו אף על המסים דינם דין וכן מבואר בס"ס ל"ז עכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל כו' מ"מ הא סיים שם הטעם כיון שקבלו עליה' וזה שייך אם הוא מבני אותו העיר שקבל תקנותיהם משא"כ על בני עיר אחרת ודאי אינם נאמני' להעיד ולא לדון מפני שהם נוגעי' כו' וכן מוכח מתשובת הרא"ש מוצא דין זה דכתב שם וז"ל ומה שטוען ר"מ שאם הקהל עשו תקנה לא עשו אלא על עצמן ולא על נכרי לאו טענה היא שאף לפי דבריו שאינו מפורעי המס מ"מ נרא' שהוא מיושב ודר עמהן אלא שבא לפטור כו' צריך הוא לגרור אחריה' מאחר שהוא יושב ביניהם עכ"ל ומכלל הן אתה שומע לאו אם אינו מיושב ודר עמהן ובנ"ד לפי דברי ראובן גם אינו מבני קהלתם מעולם לכ"ע אינו מחוייב לקיים תקנתם כלל עכ"ד. וע' בתשובת מים חיים סי' הנז' בנדון כיוצא בזה קצת. אודות אחד מעיר אחרת שרוצ' לפסול דייני העיר לדון לו בעסק צוואת חותנו מחמת שראשי החבורה לקחו סך מעות וספרים מעזבון חותנו לצרכי העיר וכל העיר נוגעים בזה וכתב בודאי טענתו טענה כי ע"פ הדין צריכים להסתלק וזה קשה מאד כו' ואף שכ' בש"ע ואם עשו תקנה או שיש מנהג בעיר כו' דינם דין מ"מ י"ל דצריך שיהיה תקנה ומנהג ידוע וגם בכנה"ג סי' ל"ז בהגב"י אות ל"ז הביא הרבה ספרים שהמנהג הזה לא נתפשט ואינו מוסכם ועוד דכבר כ' בתשובת ש"י דדוקא על אותם שהם מבני העיר שקבלו תקנה ומנהג שלהם אבל על בני עיר אחרת ודאי אינם נאמנים להעיד ולא לדין (עמ"ש לקמן סי' ל"ז סכ"ב ס"ק ט"ז) וא"כ בנ"ד שהאיש הנ"ל אינו דר בעיר זו ולא היה שם מעולם בקביעות בודאי דלא חל עליו המנהג והתקנה וגם אשתו אף שהיתה בילדותה בעיר זו מ"מ כיון שזה כמה שנים שנסעה מעיר זו וקבעה דירתה בבית בעלה בודאי דלא חל עליה תקנה ומנהג דעיר הנ"ל והויא כבני עיר אחרת

וגם אפילו אם היו כשרים לדון אותם מ"מ כיון שיש לבעלה הנאה מהממון פסולים לדונם כמבואר בש"ע סי' ל"ג ס"ג בהגה ובסמ"ע שם ואין לומר כיון דאביה המנוח היה מתושבי עיר הנ"ל והצוואה והממון הוא ממנו חל עליו תקנות ומנהג העיר דז"א כיון דעיקר הדין שייך לגבי בתו וחתנו היורשים בתר דידהו אזלינן כו' ע"ש:

כז **או שיש מנהג כו'**. עיין בתשובת חות יאיר סי' קנ"ו מזה ועיין בתשובת ח"צ ס"ס קל"א:

כח **שדייני העיר ידונו**. עי' בתשובות חתם סופר חח"מ סי' קס"ג שכתב במי שנסמך בסמיכת חכמים להורות ולדון אף שלא נתקבל בשום עיר לרב ולדיין יוכל להורות ולדון אך בענין מסים ושאר צרכי הקהלה אשר מדינא דייני העיר המה כנוגעים אלא שכבר נהגו א"כ אם יש רב בעיר שאינו נושא בעול ואין לו שייכות עם שום אחד מהם רק נוטל פרנסתו מקופת הקהל פשיטא שהוא כשר לדברים כאלה מדין תורה יותר מן ת"ח האחר הדר שם ומכ"ש כשזה הדר שם נהנה מאיזה בעלי כיסים או נשכר להם למלמד פשיטא שיוכלו האחרים לו' אין מרוצה לנו כ"א רב הקבוע בעיר כו' ע"ש עוד:

כט **אף על ענין המסים**. עי' בתשובת נאות דשא ס"ס כ"ו שהביא תשובת שארית יוסף סי' י"א שנשאל בקהל ששכרו מהשר מס שנותנין הקצבים וטוענים הקצבים מה להם להרויח לעשות סחורה בשלנו ואנחנו ניתן להשר סך שהתפשרו הקהל עבורנו ורוצים הקהל לדון בזה לפני דייני עירם והקצבים אומרי' שהם נוגעים ופסק דהדין עם הקצבים שדייני העיר נוגעים ואם הקהל יתלו במנהג לומר שהתקינו ביניהם שדייני העיר ידונו על עניני המסים מ"מ אין זה סתם מסים רק חילוק שכירות מהשר מי שישכור ואין תקנות סתם מסים כולל ענין זה עכ"ל והוא ז"ל כ' דזה נכון וברור דאע"פ שתקנו על דיני המסים היינו מי שחייב במס ומי שפטור וכדומה לזה שהדין הוא על המס גופיה משא"כ משפט זה דאין זה משפט מס רק כמו כל טוען ונטען בעולם ואין זה בכלל התקנה ע"ש עוד בעיקר הדין שפסק שמה ששכרו הקהל שייך להקצבים ויובא באורך לקמן בסי' קנ"ו בס"ד:

סימן ח

א **ואינו חכם**. עבה"ט ועיין בס' בר"י מ"ש בזה ועיין בס' ווי העמודים סוף עמוד הדין תוכחת מוסר בענין זה:

ב **המתמנה בשביל כסף**. עיין באר הגולה בשם הב"ח דזהו באינו חכם בחכמת התורה אבל אם הוא חכם בחכמת התורה אע"פ שיש גדולים ממנו בעיר אין בזה איסור כו'

ובב"ח גופיה מסיים בזה"ל מיהו נרא' דוקא שלא נתן ממון כדי שיתמנה אלא שהם מינוהו לפי שהוא ג"כ עשיר אבל אם נתן ממון כדי שיתמנה אפילו הוא גדול טפי משאר גדולים בחכמה ובמנין אסור לעמוד לפניו כו' עכ"ל עיין שם וכן כתב בכנה"ג בשמו עיין שם. ועיין בתשו' חתם סופר חלק ח"מ סי' ק"ס שכת' דבת"י יומא גבי יהושע בן גמלא מבואר דוקא אי איכא דעדיף מיניה ה"ל רשע והב"ח שכת' דאפילו ליכא דעדיף מיניה נמי נקרא רשע אולי נעלמו ממנו דברי ת"י הנ"ל. ועיין שם עוד בעיר אחת שהוצרכו לקבל עליהם רב ונתנו עיניהם בד' רבנים ליתנום אל תוך הקלפי ומי שיעלה מהם ראשון יעמדו עליו למנין אם ירבו המתרצים בו הרי הוא הרב ואם לאו יקחו שני מן הקלפי ויעשו עמו כראשון וכן בשלישי ורביעי. והנה רובם מאנו בראשון ושני עד השלישי זכה ע"פ רוב דיעות ואחר איזה ימים נשמע קול כי הרבה מהבוחרים בו קבלו שוחד מקרובי הרב וגם מצאו כן במכתב אחד. וע"כ טוענים ראשי העדה כי לא יחפצו בו כלל אף אם יחזרו וימנו עליו והשיב בודאי אם ימצאו ב' עדים כשרים שאינם מבני הקהלה ולא מקרוביהם ולא מקרובי הרב שיעידו שקיבלו שוחד א"כ פשוט דהקבלה ההיא שע"י אותו המינוי בטלה מעיקרא שהרי היו צריכים לומר דעתם לשם שמים כמ"ש ר"ס קס"ג בהגה והם אמרו ע"י שוחד לא מבעיא בקבלת הרב ההוא אלא נמי במה שמיאנו בראשוני' היה הכל שלא לש"ש ואפילו אם יהיו מקבלי השחד מעטים וישארו לו רוב דיעות שלא קיבלו שוחד מ"מ הם יאמרו מפני שכבר מאנתם בראשונים על כרחנו היינו מתרצים בזה השלישי וע"כ בטל כל המעשה ההוא כו'. ואם יש עדים שהרב בעצמו אמר ליתן להם שוחד פסול הוא להיות רב כלל עד שישוב בתשובה על זה ואפי' אם הוא ראוי לכך כו' אמנם אי ליכא עדים בהכי שהרב בעצמו ידע מנתינת שוחד אלא קרוביו ומיודעיו הרי הוא בחזקת תמותו ולא יוגרע זכותו בזה וימנו הקהל מחדש על שלש אלה ומי שירבו המתרצים על הממאנים הוא יעלה ויקום לראש. אמנם אותם המקבלים שוחד לא יבואו לתוך האסיפה כלל אפי' אחר שהחזירו השוחד ויקבלו עליהם באו"ש שלא יקבלו תו שום שוחד עבור זה מ"מ לא יבואו אל המינוי הזה כלל ואפשר אפי' לעולם פסולים להתמנות עד שישובו בתשובה כו' ואפשר אפי' אם הם הרוב לא מצו למימר איך יקבלו המיעוט לרב ומורה עלינו על כרחנו את מי שאין אנו חפצים בו י"ל דהא עכ"פ כבר הסכימו כולם על א' מד' אלו שהניחו אל הקלפי ואין כאן הפסד כל כך והעיקר שא"א בלא"ה והכי דייניגן ולכל אלמי דכוותייהו. אך כל זה אי איכא כאן עדים כשרים על זה אבל זולת זה לא יפסיד הרב מינויו על שום פנים ואפי' יודו המקבלים וגם קרוביו הנותנים לאו כל כמיינהו להפסידו בעדותן אלא שבזה צריכים

הם המקבלים לחזור ולשלם להנותנים השוחד שקבלו שהרי הודו שקבלו שוחד אע"ג דאין אדם מע"ר פלגינן דבוריה שקבלו מהם מעות פקדון או הלואה וצריכים להחזיר ואם יכפרו המקבלים יוכלו הנותנים להטיל עליהם היסת בטענת בריא שלהם ובכל זאת לא יפסיד הרב ואפילו האגרת שמצאו כתוב בו בסתר שקבלו שוחד לאו כל כמיניה להפסידו עבור זה מיהו אנשי הקהלה יכלו להטיל ח"ס מי שיודע בעצמו שנתמנה ע"י שוחד ונוהג שררה עליהם כ"ז נלע"ד פשוט מאד עכ"ד ע"ש:

ג **שמצוה להקל**. כ' סמ"ע שהכתוב קראן אלהי כסף כו' ודומיא דעבודת כוכבים דמצוה לזלזל בהן עכ"ל. וכ' בר"י ולפ"ז הנהנה ממנו כנהנה מע"ז והמתנות שנותנין לא די דלא הוי בכורים אלא הוי כמהנה ע"ז והמכבדו כמכבד לע"ז. קנה חכמה דף ק"ה ע"ב:

ד **בעטיפה**. כ' בס' בר"י כ' הרב של"ה דף רט"ו דעטיפה אינה נהוגה עתה אך ראה לרבו כשיושב בדין מתעטף בבגד עליון שבו הולך לבית הכנסת עכ"ד וע' בא"ח סי' רל"ב ס"ב ובסמ"ע לעיל ס"ס ה':

ה **פרנס על הצבור**. כ' בר"י לאו פרנסים שלנו דהיינו מנהיגי הקהל אלא ת"ח שהוא דיין לרבים לדון הצבור. מהרש"ל בישׁ"ש קדושין פ"ד סי' ד' ועי' מנחת יעקב בשו"ת סי' א' עכ"ל:

ו **פטור**. עבה"ט שכ' אפי' היה יכול להציל בענין אחר ועי' בתשו' שבו"י ח"א סי' ק"פ שכ' דבהר"ן פ' המניח משמע דוקא היכי דאין יכול להציל ע"י דבר אחר אבל ביכול להציל חייב בהיזקו וכ' שם ליישב סוגיא דש"ס אליבא דהר"ן. וע"ש עוד שכ' וע"ד שהשליח ב"ד איני רוצה לדון בפני ב"ד זה רק לפני ב"ד גדול שבעיר נראה פשוט כיון שנעשה הדבר בפני דיינים אלו אינו יכול לומר לדון לפני ב"ד אחר וכמ"ש בח"מ סי' רנ"ג: ! (**ס"א בהגה**) **כו' ע"ש**. ועמ"ש לקמן סי' תכ"ד ס"ז ס"ק ד':

סימן ט

א **צריך הדיין ליזהר**. עמ"ש לקמן סי' ל"ד סי"ח ס"ק כ"ח בשם פלפולא חריפתא דלאו דוקא דיין אלא ה"ה נאמני' על הצבור אף שאין ביניהם דין תורה ע"ש:

ב **כשיתבענו הנותן**. עבה"ט שכ' אבל בלא תביעה כו' ועיין בתשו' שבו"י ח"א סי' קל"ה מבואר שם דאף אם לא תבעו זמן רב כל שלא מחלו לו בפי' יוכל לתבעו כ"ז שירצה. אך כ"ז שלא תבעו אין הב"ד נזקקין לו רק אם רוצה לצאת ידי שמים ולשוב בתשובה אזי צריך להחזיר אף אם אינו תובעו ע"ש. ומ"ש ולא דמי לרבית כו' ע' בט"ז שחולק על הסמ"ע בזה דגם ברבית בעינן תובעו וכ"כ עוד ביו"ד סי' קס"א סק"ג וכן מבואר בב"ח וכן

הסכימו התומים ובספר שער משפט ובתשו' שבו"י שם. ועיין עוד בט"ז שכתב ומעשה באחד שלא היה לו לשלם ולא נמצא לו ממון רק מה שלקח אחד ממנו ר"ק ובא המלוה לקחת אותו רבית מיד האיש מדר"נ. נ"ל דא"צ ליתן כו' וע' בתשו' אא"ז פמ"א ח"ב ס"ס ע"ד שחולק על הט"ז בזה וכת' וז"ל ולפע"ד לא ברירא לי האי הוראה דכיון דנכסיו נשתעבדו למלוה כל זכות שיבא לידו נשתעבד ואין בידו למחול כהיום ואף דמחל בשעת נתינת הרבית מ"מ כיון דהתורה לא מחלה ובידו לתבוע אם כן הוי כאילו המלוה בעל דבר של מי שלקח רבית והוא מוכרח לתבוע ומאי דקאמר דלא בא לחיותו של לוה לא ידענו חדא דאין זה המעות של לוה כלל ועוד אם חסה התורה על חייתו של גופו של לוה ק"ו שחסה תורה על נפשו ונשמתו שלא יקרא לוה רשע ולא ישלם עכ"ל גם בתשו' שבו"י שם כתב שבספרו משפטי יעקב השיג על הט"ז בדין זה ע"ש. ועיין בס' בר"י אות א' שכ' דכפי דברי האחרונים דפליגי על הט"ז ה"ה נמי אם אחר שנתן שוחד לדיין אין כל מאומה בידו רק אותו השוחד שנתן לדיין והנושה בא לקחת את השוחד ההוא מדר"נ דצריך הדיין ליתנו וכופין הבע"ד שיתבענו מהדיין דפריעת ב"ח מצוה וכופין אותו וקצת ראיה ממ"ש בס"ח כו' (שהובא בש"ך לקמן סי' שס"ו) ומאחר דכדי לפרוע לבע"ח יש לו לקבל הגזל והרבית אף דבזה בעלמא אין רוח חכמים נוחה הימנו ה"ה נמי דאם המלוה לא מצא לגבות כ"א משוחד או רבית צריך ליתנם והלוה או נותן השוחד צריכים לתובעו ודלא כהרב ט"ז. וכת' עוד אך כל זה בסתם שהלוה או נותן השוחד אינם טוענים כלום אמנם אם הם טוענים שמחלו השוחד או הרבית אחר נתינתו מחילה גמורה בינם לבין קונם בזה צריך להתיישב אי מהימנינן להו בדיבורם להפסיד למלוה שלהם כו'. וע"ש עוד שהביא דברי השבו"י סי' קל"ה הנ"ל ובמ"ש דכ"ז שלא תבעו אין הב"ד נזקקין לו רק אם רוצה לצאת י"ש ולשוב בתשובה צריך להחזיר אף אם אינו תובעו כו' וכ' עליו דכן כ' בס' לחם יהודה פכ"ג מה"ס דמ"ש הרמב"ם וחייב להחזיר כשיתבענו הנותן ר"ל כשיתבענו לדין על השוחד שנתן לו מוציא ממנו בדיינים דומיא דרבית אבל אם לא תבעו אין מוציאין ממנו אלא הוא מעצמו אסור להשהותו אצלו דלא לטעום טעמא דאיסורא כו' אבל מפשט דברי הרמב"ם ומרן שכתבו צריך להחזיר כשיתבענו משמע אף בבא לצאת ידי שמים אינו חייב להחזיר השוחד מעצמו בלי שיתבענו דעל הרוב מחל לו משא"כ ברבית וטעמא דגבי רבית לא מהני מחילה בעת נתינת הרבית ומש"ה אף אם לא תבעו צריך להחזיר מעצמו דהמחילה שמחל כשנתן לו לא מהני אבל בשוחד המחילה שמחל בעת נתינתו מהני וגם יותר מצוי דהשוחד נותנו ברצון גמור טפי מרבית מש"ה כתבו דא"צ להחזיר רק כשיתבענו דפשט הדברים משמע דמיירי במחזיר מעצמו כו' (ולכאורה

לפ"ז אפשר קצת להשוות המחלוקת שבין הסמ"ע ובין הט"ז ודעימיה וצ"ע) ושם חקר עוד אי גם בשוחד הדין כמו ברבית ביו"ד סי' קס"א דליכא שעבוד נכסים וכן הדיין לא מחייב להחזיר כו' עש"ה. וע' בכל זה עוד בקצה"ח ונה"מ ומשובב נתיבות ושער משפט ובס' דברי משפט ובס' דברי חיים הלכות דיינים סי' ב' ובס' בית יהודה ובעטרת צבי ובס' תפארת יעקב ועמ"ש בפ"ת ליו"ד סי' קס"א סק"ה מענין זה. ועיין עוד בשבו"י שם במי שתבע לאחד מהדיינים שיחזור לו השוחד שהביא לו בשליחות מפלוני והדיין כופר גם טען לו יהי כדבריך לאו בע"ד דידי את אם יתבענו אותו פלוני אדע להשיב לו אי טענתו טענה והאריך שם בדברי תה"ד סי' ש"ח שהביא הש"ך בסי' קכ"א ס"ק מ"ב ובסוף כתב וז"ל היוצא מזה בנ"ד ודאי דהמשלח אינו יכול להשביע את הדיין כיון שהוא אינו יודע אם קבל שום דבר ואי משום שהשליח הגיד לו כיון שהוא נוגע בדבר אינו נאמן כמבואר בתה"ד שם ובש"ע סי' ע"ה סכ"ג בהגה לכן אינו יכול להשביעו אא"כ במעמד השליח וכן אינו יכול להשביע את השליח לבד מהאי טעמא כיון שאינו יודע אא"כ שהדיין מכחישו תחלה כמבואר בש"ע סי' קכ"א סעיף י' וע"ש בש"ך ס"ק נ"ח ונ"ט וגם השליח אינו יכול לתבוע להדיין אם לא שהמשלח תובע מתחלה לשליח דאולי מחל המשלח דכל שאינו תובע אין הב"ד יכולין לכוף להדיין להחזיר השוחד כמשמעות לשון הרמב"ם והש"ע בסי' ט' דחייב להחזיר כשיתבענו הנותן כו' אכן אם המשלח גילה דעתו שלא מחל להדיין מה שנתן לו ע"י שלוחו ודאי דיכול השליח להשביע הדיין ואח"כ נשבע השליח שנתן ונפטר נגד המשלח עכ"ל ע"ש:

ג **הנותנו עובר בלפני עור** עי' בתשו' חו"י סי' קל"ו בענין דאי גם בנותן שוחד לשופט ב"נ שייך לפ"ע היותו מצווה על הדינין כו' והזכרתיו בפ"ת ליו"ד סי' קנ"א עש"ה ועיין מה שכתב בתומים בענין זה וע' בס' דברי משפטי שפקפק עליו ושוב הביא דברי הרמב"ן פ' וישלח דכ' בשם ירושלמי דאף ב"נ מוזהר בלא תקח שוחד ע"ש וא"כ אין היתר. גם בליקוטי שו"ת חתם סופר חלק ששי סי' י"ד מענין זה ומסיק שם דלית דין ולית דיין להתיר לתת שוחד לב"נ להטות לו משפט ח"ו מלבד עוולה דהנותן עצמו שרוצה לעשות עול עם שכנגדו ומזה לא עסקינן אך אנן עסקינן בהא דעבר על לפני עור שמכשיל השופט הזה שמקבל וגורם לו לעוות משפט צדקו ואפילו יתנהו לאחר כגון לאוהבו של השופט וכדומה שיתן לזה בחריקתו להטות לו משפט ג"כ עובר על לפ"ע ולא שייך כאן לפני דלפני כו' אך לפעמים היה מותר כגון בדורות הקודמים (ובארצות רחוקות שלא היה משפט ישר בארץ) ורוב פעמים הישראל יודע ברור שהדין עמו ושכנגדו מודה או שידוע ומבורר שהוא חייב לו אלא שקשה להוציא חובו מיד העובד כוכבים הלוה והשופט

מתרשל ומתרחם על העובד כוכבים שהוא בעל דתו וסובר שעשה מצוה בזה שלא לנגוש העובד כוכבים עבור ישראל בזה היה מותר ליתן שוחד להשופט לעשות משפט צדק ולא מבעיא דלא הי' הישראל עובר על לפני עור אדרבה מצוה היה עביד דלולא שוחד שלו השופט מטה משפטו של ישראל והיה עובר על ז' מצות שלו ועכשיו ניצול מזה בשוחד כזה וכיוצא בו מיירי בש"ע ח"מ סי' קע"ו סק"ח ומכל שכן בש"ס גיטין כ"ח ע"ב כו' ע"ש. וע' עוד בחו"י שם טעם למה לא כתבה תורה לאו בנותן שוחד כמו ברבית ע"ש. ועיין בס' בר"י אות ג' בדיין עובד כוכבים שנתמנה מכח שר עובד כוכבים והוא רודה במקל וביד חזקה הוא שופט כרצונו ובאו לדון לפניו ראובן ושמעון ודחה דינם עד למחר וראובן ירא שמים ונודע לו כי שמעון בעל דינו אמר לדיין לתת לו שוחד שיטה את הדין ונתרצה ואם הוא יקדים לתת שוחד יהא מוצל מאש בעל דינו ע"כ שאל ראובן אם מותר לו לתת שוחד לדיין הנ"ל לזכות את הזכאי כיון שהדבר ברור שאף אם הוא לא יתן יקח הדיין שוחד משמעון תו ליכא לפ"ע דבלא"ה בדין זה עצמו הדיין לוקח שוחד וגם כי עי"ז יציל להדיין מהטות משפט ואת שמעון מגזל והאריך בזה ומסיק דאין שום היתר בזה ע"ש ומ"ש בפ"ת ליו"ד סי' ק"ס סק"א:

ד **שוחד דברים**. עבה"ט ועיין בב"ח מחלוקת הראשונים אי שוחד דברים פסול מדינא או רק מדת חסידות ומתבאר מדבריו דהא דכל דיין ששאל שאלה כו' לכ"ע פסול מדינא ע"ש גם בס' בר"י האריך בזה וכ' בסוף דאף שמהריב"ל בח"ג סי' צ"ו נראה כמסתפק קצת אי הא דשאיל שאלתא חמיר טפי מהנך מ"מ מהריק"ש בתשובותיו כ"י סי' קל"א כתב עליו דמלישנא דהגמ' והטור הדבר ברור דבהא פסול אפילו בדיעבד וכן משמע מדברי הרב חקות הדיינים וכ"כ הב"ח ובתשו' דבר שמואל סי' נ"ד כו' ע"ש. וכ' עוד בשם הרב חקות הדיינים סי' ח' דיש מי שאומר דכל הני דלאו מדינא רק מתורת חסידות זהו בדליכא אחרינא בהדיה אבל אם היה דיין אחר עמו אפילו מדת חסידות ליכא ע"ש וע' בס' תפארת יעקב מ"ש בזה:

ה **ששאל שאלה**. עבס' בר"י אות י"א שהביא דבתשו' דבר שמואל סי' נ"ד נשאל ברופא חנם הרגיל אצל הדיין ומרפאהו תמיד ובא לפניו לדין עם בעל דינו אי שרי ליה למדייניה והשיב שאם הוא מרפאהו בחנם יש בו לתא דשוחד כדיינא דשאיל שאלתא אך אם יש לחלק בין כשהיה רופאהו כבר מקודם טרם יצטרך לדון לפניו ובין כשהתחיל לרפאותו בזמן הדין או סמוך לו לפניו או לאחריו שאם היה דרכו בכך מקדם ואח"כ נולדה התביעה בין הבע"ד כשיתמיד מנהגו ברפואת הדיין לא מפסיל בהנאה זו משום שוחד ושמא ה"ה נמי ברגיל מקודם לשאול כלים ואח"כ נתמנה לדיין דאף שיאחז דרכו לשאול אפשר

דלא פסיל משום שוחד וילפינן לה ממ"ש ביו"ד סי' ק"ס שהנאת הלוה שהיה עושה מקודם מותרת כו' אבל מחמת האהבה שיש בין הדיין והרופא אותו בחנם מקודם אסור לכתחלה לדונו ואם הוא רופא בשכר הנה מקום לומר דמדת חסידות לסלק עצמו אך אין כח בבעל דינו לפסלו זה תורף דברי הרב דב"ש. והוא ז"ל פקפק עליו וכ' דמה שצדד הרב כשהיה מרפאהו מקודם וכן ברגיל מקודם לשאול כלים לא פסול משום שוחד לא נהירא לי כו' וכ"מ ל' הטור דקאמר כל דיין שצריך לשאול כלים משכיניו פסול משמע בשגם עתה בזמן הדין אין בידו כלים מושאלים כל ששאל וצריך לשאול פסול וכן משמע מדברי רש"י כו' ומיו"ד סי' ק"ס גבי רבית אין ראיה כלל כמבואר למעיין כו' עש"ה:

ו **ושלח מנחה לדיין.** ע' בט"ז יו"ד סי' רמ"ו סק"ז שכ' וז"ל ומו"ח ז"ל מסיק דלאב"ד שרי ליקח מתנות להתעשר שיהיו דבריו נשמעין נגד הבריות ובאמת יצא שכרו של זה בהפסדו דנמשך מכשול מזה שמי שיש לו דין לפני האב"ד מקדים איזה זמן ונותן לו מתנה כדי לקרב לבו אליו ואין לך שוחד מוקדם יותר מזה ולא עוד אלא שמקבל שכר תורתו בזה כו' עכ"ל וכבר השיב עליו בס' בר"י דהרי מפורש בתשובת הגאון שהביא הטור ופסקו מרן ומור"ם דאם קדם התובע ושלח מנחה אין בזה כ"א מדת חסידות אם רואה הדיין שנתקרב דעתו וא"כ אין זה מכשול דליכא מדת חסידות ואם ידע בנפשו שלא נתקרב דעתו אין בו אפילו מדת חסידות כו' והאריך בזה. וע"ש עוד בבר"י שהביא בשם תשו' ריח שדה סי' י"ט דיין שהוא סופר שטרות וכתובות העשיר לא ירבה והדל לא ימעיט ואם לוקח מתנות מהיחידים פסול לדונם וכ' עליו דבס' העיטור אות בירורין כ' בשם רב נחשון גאון כותב שטרות אף שנעשה דיין נוטל שכר כתיבה אבל אפשר דהגאון איירי באם שכר כתיבה קבוע כו'. וכ' עוד וז"ל ראובן נדיב ושוע ובהגיע תור כי בא מועד וימי הפורים או ילד יולד לו או איזה שמחה במעונו פזר נתן לחכמי העיר ועתה נצרך לדון עם בעל דינו אין שום מאוכלי פת בגו יכול לדונו ופסול הוא ואפילו ע"י ברירה מהריק"ש בתשו' כ"י סימן קל"א. ואני שמעתי שמקצת גדולי דורינו הרב בעל מחנה אפרים והרב בעל חזון נחום נזהרו בזה שלא לקבל מתנות מהגבירים אבל מקצת גדולים לא נזהרו בזה אף שהיו אבות ב"ד ואולי סמכו דכל שהמתנות שלא בשעת הדין ולא מחמת הדין לא מפסיל מדינא אך נראה דהעיקר כמ"ש מהריק"ש כמתבאר ממ"ש בסמוך (נראה כוונתו על מ"ש בשם תשו' ריח שדה הנ"ל) עכ"ל. ואיני יודע מה חומר יש במתנות אלו יותר ממתנות שבדברי הב"ח הנ"ל שמתיר לאב"ד ליקח מתנות להתעשר והוא ז"ל עצמו הסכים לזה ודלא כהט"ז כמבואר לעיל ואולי י"ל דשאני הכא שהוא דבר

המצוי ורגיל כמה פעמים בשנה איכא חשש טפי לאקריבי דעתא ודומה לדיין דשאיל שאלתא דאם הוא רגיל בכך פסול מדינא וצ"ע:

ז **ממדת חסידות.** כ' הב"ח נראה דאם הדיין מרגיש דלא שלח לו מנחה אלא לפי שיבא לפניו לדין בין שהתובע שלח או הנתבע שלח אפילו מקמי ימים טובא פסול מדינא כו' ע"ש ועיין בנ"צ מ"ש בזה:

ח **לפרנס דייניהם וחכמיהם.** ע' בתשו' חתם סופר חלק ח"מ סי' קס"ד שהשיב בענין קבלת פרס הרבנים (ע' ביו"ד סי' רמ"ו סכ"א) וז"ל דע כי מן התורה ניתנה לכל ישראל בשוה מחוייבים לקיים והגית בו יומם ולילה ויהיו עושים רק כדי חיותם יום יום ומוציאים שארית היום בעבודת השם או עושים בזמן מן הזמנים לצורך גופם כגון ביומי ניסן ותשרי ושארי הזמנים כולם קודש לה' וממילא אין לו לאדם לבקש מותרות וכל מה שיהי' פרוש ומסתפק במועט וירויח זמן לתורה ועבודה קדוש יאמר לו ובתוך אותו זמן המיוחד לתורה ועבודה אם יבא אדם ללמוד ממנו דבר או לשפוט בין אדם לחבירו או להורות לו מחוייב לעשות בחנם ואע"פ שמפסיד לימודו של עצמו ע"י זה כי של חבירו קודם בזה אמנם בזה שעושה לחיותו ולאשתו ולבניו הקטנים המוטלים עליו שלו קודם לשל חבירו וא"צ להתבטל ממלאכתו אם לא יעמידו אחר במקומו או ישלמו לו פרנסת יומו וזה נקרא שכר בטילה דמוכח. אמנם הצבור מחוייבים להעמיד להם אחד שיהיה מוכן ופנוי בכל הזמנים לכל המבקש תורת ה' ימצא מוכן לכך בכל עת והצבור עושים לזה פרנסתו בריוח וכבוד גדול כי אע"פ כשהיה הוא עושה לעצמו היה מצוה עליו לצמצם מ"מ הוא רשאי ולא הם ובודאי אם יש לאל ידו להתפרנס משלו בלי נטילת פרס מהצבור מחוייב הוא לעשות גם זה בחנם אך לאו כל אדם זוכה לשתי שלחנות ואם אינם מספיקים לו די צרכו בריוח אינו מהראוי שיסרב ויבקש הוספה בכל זמן ועידן ולהעמיס על הצבור העמוסים בלא"ה ובכי האי אמרו במס' כתובות ר"פ שני דייני לא רצו מוסיפים להם ופריר לא רצו אטו ברשיעי עסקינן ומשני אלא לא הספיקו אע"פ שלא רצו לקבל מוסיפים להם (ע"ש בסי' כ"ב ובסי' קס"ו שכ' דהפי' לא הספיקו לו דאייקר פירי דא"כ קשה מ"ט לא רצו הרי בתחלה נתמנו ע"מ לקבל צרכי גופם אלא הכוונה שבני ביתם נתרבו ומזה יצא לו להרמב"ם פ"ד מה' שקלים שכ' הם ונשיהם ובניהם ובני ביתם ע"ש) ונחמיה התפאר לחם הפחה לא אכלתי ושרים הראשונים הכבידו על העם ואע"פ שאחז"ל שנענש על שדיבר על השרים הראשונים מ"מ חזינן מיהת מדת חסידות שלא להכביד על העם ולהסתפק במועט אך לפי צוק העתים עת לעשות לה' שהרי מש"ה התירו לכתוב תורה שבע"פ ומכ"ש בזה שאם נחמיר על לומדי תורה בכיוצא בזה ח"ו

יניחוהו בקרן זוית עכ"ל. ושם בסי' קס"ו הוכיח במישור את ראשי עיר אחת כי רצו להפחית את שכר הקצוב לרב שלהם ע"פ שינוי המטבע ובאמת ת"ח הממונה על הצבור מחוייבים לעשות לו פרנסתו לא הספיק אפילו אינו רוצה לקבל מוסיפין לו על כרחו ומכ"ש שאין לגרוע ע"ש:

ט **שכר לדון כו'**. כ' הב"ח דאם לקחו בתורת שכר א"צ להחזירו בדין דדוקא בלקח בתורת שוחד דאמרה תורה לא תקח אם לקח הוי גזל בידו אבל במה שעבר על מה אני בחנם א"צ להחזיר כו' ע"ש וכ"כ בתשו' סי' נ"א והביאו ג"כ בתשו' אא"ז פמ"א ח"ב סי' קל"ט ומשמע דהסכים עמו. ובגליון ש"ע דהגאון מהר"ם ז"ל בעל תפארת למשה נ"ב וז"ל ולי נראה דצריך להחזיר דכ"מ דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ורחמנא אמר מה אני בחנם וכמ"ש באורך בגש"ך ח"מ סי' ר"ח ובאה"ע סי' י"ז ס"ג עכ"ל גם במל"מ פכ"ג מה"מ דין ה' הביא הרב המגיד דברי הב"ח הנ"ל וכ' עליו דמדברי הריטב"א סופ"ב דקדושין מוכח דס"ל דחייב להחזיר ע"ש וע' במחנה אפרים ה' שכירות סי' ט"ז שהשיג ג"כ על הב"ח מכח דברי הריטב"א וכ' דאע"פ שיש לדחות דאין ראיה מדברי הריטב"א דהתם שאני דכיון דלא אהני לה מידי במאי מקדשה מ"מ נ"ל דצריך להחזיר השכר דהוי נתינה בטעות כו' ע"ש. גם בספר בר"י אות י"ח האריך בזה ומסיק דודאי הריטב"א ס"ל דלא כהב"ח והכי נמי מסתברא דמהיכי תיתי שיזכה מאחר דמעשיו בטלים והנותן שכר לא יהיב אלא דליהני ליה ע"ש וע' בס' שער משפט שהאריך לקיים דברי הב"ח הנ"ל דאין חייב להחזיר כיון דמד"ת דינו דין זכה בו דדומה להא דמבואר בכתובות ר"פ הנושא כ' לכהן חייב אני לך ה' סלעים חייב ליתן ובנו אינו פדוי ואף שהתחייב בפירוש עבור הפדיון ובנו אינו פדוי מטעם גזרה שהא יאמרו פודין בשטרות אעפ"כ חייב לתת לכהן ולא הוי נתינה בטעות כיון דמד"ת בנו פדוי ה"נ כיון דמד"ת דינו דין אלא דחכמים קנסו אותו שדיניו יהיו בעלים לא הוי נתינה בטעות עש"ה. אולם בספר דברי חיים הלכות דיינים סי' ג' השיג עליו דאין דמיון זה עולה יפה דשם עכ"פ מדאורייתא קיים המצוה כו' אך הוא ז"ל כ' אופן אחר לקיום דברי הב"ח דאפשר דכוונת הב"ח באם הבעלי דינים רוצים לקיים הפסק ואינם חוזרים ממה שפסק להם לפי שפסק כדת ולזה יכול הדיין לומר מאחר דאהני מעשי ואתם רוצים בפסקי אין אני מחזיר השכר כו' ע"ש וצ"ע:

י **כל דיניו שדן בטלים**. וכן הדין בעדות כמ"ש לקמן סי' ל"ד סי"ח בהגה. וע' בכנה"ג בהגב"י אות ג' שנסתפק אי גם הדינים שדן קודם זה הדין שנטל שכר בטלים או דוקא הדינים שדן מכאן ואילך בטלים ע"ש וגם לקמן סי' כ"ח בהגב"י אות קל"ה נסתפק כן גבי עדות ע"ש אולם בפרישה כאן ס"ט כ' בהדיא דנראה דוקא הדינים והעדות שפסק

או העיד אחר שהוא נודע שנטל שכר אבל הדינים והעדות של קודם לכן מסתמא הם כשרים דאוקמא גברא אחזקת כשרות כו' ע"ש (והכנה"ג לא ראה ספר פרישה על ח"מ כי לא נדפס בימיו) . ע' בס' בר"י אות ט"ז שהביא דבספר שונה הלכות ח"ב דף נ"ה תמה על הפרישה והכנה"ג הנ"ל דמבואר בדברי הר"ן והריטב"א נ:פ"ב דקדושין דאפי' מה שדן כבר מקמי מה דנטל שכר דיניו בטלים והוא ז"ל כ' עליו דראה בדברי הר"ן והריטב"א הנזכר ואין שום הכרח מדבריהם כו' ומצאתי להרב חקות הדיינים סי' ל"ח שכ' גבי נוטל שכר להעיד דכל עדות שהעיד מאותו יום ואילך הוא בטל וזה מבואר כדברי הרב פרישה הנ"ל. וכ' עוד בספר בר"י אות ך' וז"ל כ' הריטב"א ספ"ב דקדושין דאם העד נטל שכר להעיד דדינא הוא דעדותיו בטלים אין עדות כשרים נפסלת מפני צירופו ע"ש ונראה דה"ה לדיין שנטל שכר לדון דאין הדיינים אחרים נפסלים מפני צירופו ועמ"ש הרב מל"מ פ"ה דעדות עכ"ל. וכ' עוד דבספר לחם משנה בפי' המשנה פ"ד דבכורות כ' דוקא חשוד בכמה פעמים ועכ"פ שלשה פעמים וכן מבואר ברבינו ירוחם נתיב א' ח"ד שכ' הרגיל להיות נוטל שכר לדון דיניו בטלים. אולם מדברי הרמב"ן והרשב"א והר"ן והריטב"א ספ"ב דקדושין מבואר דאפי' בחד זימנא סגי וכן משמע מדברי הרב חקות הדיינים סי' ח' וסי' נ"ח וכן משמע מדברי הר"ש בן הרשב"ץ בס' תיקון סופרין סוף שער כ"ה ועי' בתשו' הרא"ם ח"ב סי' כ"ד ובפר"ח יו"ד סי' קי"ט ס"ק כ"ח ע"ש. וע' עוד בכנה"ג בהגה"ט אות י"ז שכ' בשם מהרי"ט ח"א סי' ס"ט דהא דדיניו בטלים היינו דוקא במלתא דתליא בשודא דדיינו אבל בדין בעלמא לא בטלו דיניו כיון שפסק כדין והקשה עליו דא"כ מאי פריך בגמ' על קרנא כו' ע"ש ובתומים כ' דלק"מ אך מדברי הרמ"א באה"ע סי' קנ"ד משמע דס"ל דלא כמהרי"ט דהתם בגט לא שייך שודא כו' ע"ש וע' בנתה"מ כ' ולפע"ד נראה דחז"ל בטלו ממנו שם דיין והוי כטען חוץ לב"ד ויכול להחליף טענותיו וההודאה בפניו אינה הודאה דלאו דיינא הוא עכ"ד וע' בס' דברי משפט ובס' תפארת יעקב מזה. וע' בהגה' מל"מ פכ"ג מה"ס דין ה' שכ' דבתשו' מוצל מאש סי' ל"ח כ' בשם הרב מל"מ ז"ל דאם אחר שדן את הדין נטל שכרו אין דיניו בטלים וחלק עליו והביא ראיה מסוגיא דספ"ב דקידושין והוא ז"ל הקשה על ראייתו הנ"ל עש"ה. ולכאורה מדברי הרב מעד"מ בבכורות ס"פ עד כמה אות ר' במ"ש שם וז"ל ועל שכר מאוחר לא שמענו שקנסו ואמרו שאין דינו שדן דין אע"פ שהוא אסור ליקח כדמשמע מדברי רבינו בפ' ז"ב סי' ט"ז עכ"ל מבואר דס"ל נמי כדעת המל"מ ודלא כבעל מוצל מאש הנ"ל אולם בס' בר"י אות י"ט כ' דאין מדברי המעד"מ סתירה מדעת מוצל מאש הנ"ל דהרב מעד"מ איירי היכא דמקמי דינא לא נזכר משכר כלל ומש"ה כ' דלא קנסו בזה שאין דינו דין

אף שאסור כההיא דפרק ז"ב דבר חמא קבל כרגא דרב פפא אבל הרב מוצל מאש איירי כששאל שכר קודם דבהכי איירי הרב מל"מ דהביא ראיה מדברי מרן בכ"מ פ"ח דפרה כו' ובכה"ג הוא דפליג הרב מוצל מאש הנ"ל ובהכי גם הרב מעד"מ מודה דלא דמי לשכר מאוחר כיון דמראש מקדם עסקי בנטילת שכר אלא דלא יהבי רק אחר שדן ודאי דקנסוהו רבנן כו' והאריך בזה וגם כ' שם לדחות קושיית הרב המגיה הנ"ל עש"ב וע' בזה בספר שעה"מ פ"ה מה' אישות דין ג' ובספר דברי חיים ה' דיינים סי' ג' עש"ה:

יא **אומר לבעלי הדין**. כ' הסמ"ע ודוקא שהתנה עמהן מתחלה דינא הכי שנוטל מהן כל שכר פעולתו כו' אבל אם לא התנה ודן ואח"כ בא ליטול מהן מהן שכר בטילה דמוכח א"צ ליתן לו אלא כשיעור שרוצה אדם ליקח ולישב בטל מאותה מלאכה שיתבטל ממנה כדין משום אבדה כו' עכ"ל והט"ז חולק עליו ודעתו דאם לא התנה אפי' שכר בטלה לית ליה דיכול לטעון אילו היית אמרת הייתי הולך אצל דיין שאינו מבטל ודן בחנם ולכך לא דמי למשיב אבדה ע"ש והסכימו עמו התומים ובספר נה"מ ע"ש. אכן בתשו' שבו"י ח"א סי' קמ"ב חולק על הט"ז ומסיק שדברי הסמ"ע נכונים ובפרט עכשיו שהכל יודעין שנותנים שכר ודאי הוי כהתנה בפי' ע"ש עוד דמסיים דאין לדיין ליטול שכר שני פעמים מדין אחד אפי' הביא ראיה לסתור דינו וכמבואר ביו"ד סי' שי"ב לענין קבלת שכר מראיית בכור וכ"כ הב"ח בתשו' סי' נ"א (ובתשו' גאוני בתראי סי' מ"ח) ע"ש:

יב **אבל אם אינו ניכר**. ע' באו"ת שכ' היתר על הדיינים הקבועים ומחמת זה אין עוסקים במו"מ וידוע דאם לא הוקבעו ודאי דהיו עוסקים באיזה מלאכה הוי כמלאכה ניכרת וידוע לכל שבשביל זה הן נרפים ממלאכה ועוד כיון שנהגו כך הוי כאילו התנו ע"ש והעתיקו ג"כ בספר נה"מ וע' בזה בתשו' הב"ח סי' נ"א והיא נדפסת ג"כ בתשו' גאוני בתראי סי' מ"ח על שם מהר"ר יהושע. ושם כ' עוד היתר בדיין שהנך בדרך לדין ביניהם דיכול ליטול שכר וכמ"ש הב"י סי' כ"ח בשם הרשב"א (ובש"ע סי' ל"ד סי"ח בהגה) ע"ש. ועי' בתשו' שבו"י ח"א סי' קמ"ב שכ' טעם אחר ליישב המנהג קלקלתם תקנתם אחר דלית האידנא דידע למידע דין תורה הוי כמו פשר דמותר ליטול שכר כמ"ש הב"ח והוא הסכמת האחרונים (ע' בס"ק שאח"ז) ואפשר שלזה אמרו בש"ס מכוער הדיין כו' ע"ש:

יג **מבקש שכר אסור**. עבה"ט בשם הב"ח דשכר פשרה שרי ליטול וכ"כ בתשו' סי' צ"א. ועי' בתשו' אא"ז פמ"א ח"ב סי' קנ"ט שכתב דאין דברי הב"ח מוכרחים מן הש"ס שלא יהיה זה בכלל מה אני בחנם כיון דמצוה להתחיל בפשרה ואם בע"ד מתרצים בפשרה חזרה הפשרה כמו דין והוי בכלל מה אני בחנם. וגם הב"ח לא התיר אלא לומר לא אומר לכם הפשרה כ"א בשכר ויטול משניהם בשוה וזה בפני זה דכה"ג בדיין לית ביה רק

משום מה אני בחנם בזה הוא דמתיר לפשרה אבל לו' לדיין כשתעשה לי פשרה אתן לך כך וכך ה"ז שוחד גמור וכשם שמוזהר שלא להטות הדין כך מוזהר בפשרה ע"ש. וע' בספר שער משפט שכתב יש להסתפק בבע"ד שקבלו לדון לפני קרוב או פסול ונטל שכר לדון אי דינו בטל די"ל כיון שהטעם שדינו בטל הוא משום שעבר על מה אני בחנם ובכה"ג י"ל דליכא חיוב עליו לדון בחנם ומותר ליטול שכר אף לכתחלה כיון דמה"ת פסול לדון אלא שהם קבלוהו עליו כו' ומסיים דצ"ע לדינא ע"ש:

יד **זכות לעני.** עבה"ט שכתב ובזה עדיף העני מעשיר כו' אך בסמ"ע בשם מהרש"ל (והובא בבאר הגולה) כתב דה"ה כששניהם עשירים או עניים אלא לרבותא נקט זכות לעני כו' וע' בב"ח שפירש זה הרבותא דאע"ג דעכשיו איכא מיעוט כבוד רבו ביתר שאת דנראה דלא היה רבו חושש לחפש זכותו של עני (ויאמרו שהיה רוצה לישא פנים לעשיר כ"כ הכנה"ג משמו) אפ"ה לא ישחוק כו' ע"ש וע' באו"ת שכ' דנראין דברי מהרש"ל והוא ז"ל פי' באופן אחר למה נקט זכות לעני דהוא לומר שלא יחשוב התלמיד הגם דע"פ שורת הדין יש לפטור להעני מ"מ ברור ע"פ השכל דאמת עם העשיר דאיך יתבע העשיר משופע בנכסיו לרש אין כל ולעומת זה רגיל העני לכפור בעשיר למלא נפשו כי ירעב לכך אמרו דאם שותק עובר משום מדבר שקר תרחק כי אין אמת כאמתה של תורה כו' ע"ש ועיין בס' בר"י אות כ"ג שהסכים ג"כ לדברי מהרש"ל ודלא כט"ז בשם מהר"ל מפראג עש"ב:

סימן י

שלא הגיע להוראה. עיין בתשו' מהרשד"ם ח"מ סי' א' ובתשו' הרב המבי"ט ח"א סי' ר"פ ובתשובת הרדב"ז ח"ה סי' שני אלפים רמ"ז ובתשו' שבו"י ח"א סי' ק"מ (שהזכרתי לעיל סי' ז' ס"ג סק"ד) ובס' בר"י אות ו' מ"ש בזה:

סימן יא

א **אבל מי שהוא מצוי בעיר.** ע' באו"ת שכ' והאידנא נהיגי דאפילו לאנשי אותה עיר אחד אנשים ואחד נשים מזמינין שלשה פעמים ואז אם לא בא מנדין אותו (במקום שיש רשות מהממשלה על זה) ע"ש הטעם וכן כ' בנה"מ ע"ש:

ב **הלך הב"ד למקום אחר.** ע' בס' שמות בארץ להר"ם בן חביב במס' ר"ה דף ל"א ע"ב בד"ה ההיא איתתא שכתב וז"ל ומיהו דין זה דחייב הלוה ללכת אחר ראש ב"ד בכל מקום לא הביאו הרמב"ם והטור אבל מרן בב"י הביאו בסי' י"א ופסקו בעל המפה ולי

נראה דליתא להך דינא כיון שהשמיטו הרמב"ם והטור וסוברים דלית הלכתא כאמימר אלא כרב אשי דהקשה לו (וס"ל) דשאר דינים שוה לקדוש החודש וכן מסתבר דאיך אפשר דאם הלך ראש ב"ד לעיר אחרת דילך הבע"ד אחריו ותו דלא ידעינן שיעורא כו' ולכן נראה כדעת הרמב"ם דס"ל דאין הבע"ד חייב ללכת אחר ראש ב"ד אלא למקום הועד עכ"ל ועיין בספר בר"י אות ב' שהביאו וכ' דק"ק עליו במ"ש דלית הלכתא כאמימר אלא כרב אשי כו' דפשטא דמלתא דרב אשי קבל דברי אמימר כו' ותו דדברי הרמ"א אינם כדין אמימר היינו דאזיל ראש ב"ד למקום אחר אבל דין הרמ"א הוא דהלך הב"ד למקום אחר ומשמע דבהא אפילו רב אשי מודה כיון דאזיל כולי בי דינא וגם הרב הלבוש נקט כלשון מור"ם וכן מהריק"ש ע"ש:

ג **ומשמתין אותו על פיו.** עי' בשו"ת מקום שמואל סי' צ"ט:

ד **מי שקבל עליו.** עבה"ט ומ"ש בענין אם התובע אינו רוצה לגלות אופן תביעתו. ע' בזה בתשו' שבו"י ח"א סימן קמ"ג שכ' שאין דברי הש"ך מוכרחים כי מצד הטעם והסברא נראים דברי הבאר שבע נכונים וכן מצא בתשו' באר עשק סי' ס"ז בשם כמה גדולים והטעם שכ' הש"ך כי אולי אחרי שאדע תביעתך אעשה כרצונך קשה מה בכך הלא גם לפני ב"ד יוכל לעשות כן ואי גברא רבה הוא וזילא ביה מלתא לילך לדין הלא יש תקנה להעמיד מורשה כבסי' קכ"ד וכן עמא דבר להזמין לדין בני הודעה כלל וכן משמע קצת פ' חזקת הבתים (בבא בתרא ד' נ"ח) גבי אלא מעתה אתי אינש מעלמא ומזמין להו לדינא עכ"ד. אכן בתשובת זכרון יוסף חח"מ סי' ב' בתשובת הגאון מו"ה שאול ז"ל מאמשטרדם תמה על השבו"י הנ"ל דמהך דפ' חזקת ליכא אפילו זכר לדבר דודאי הב"ד שולחים שלוחים לומר פלוני מזמינך לדין ואם הוא ישיב ויאמר לא ארד לדין עד שתודיעני אופן תביעתי אה"נ דשומעין לו והס' באר עשק שהביא לעזרתו לא ראה דברי הש"ך ואין ספק שאלמלי ראה דברי הש"ך היה בטל דעתו ועוד נראה דגם הרב בעל שבו"י לא קאמר אלא כששניהם התובע והנתבע בעיר א' דשייך טעמו דגם בב"ד יוכל לעשות כן אבל בנ"ד (באופן השאלה שם) י"ל דגם השבו"י מודה כיון שהדרך רחוקה והוצאות גדולות ואפשר דהוה הוצאה יתירה על תביעתו של זה אין מקום לחלוק על סברת הש"ך והרבה חשו חז"ל להוצאות חנם כדאי' בסי' י"ג כו' ושם בתשובת הגאון המחבר כתב דקשה להכריע בענין זה ובפרט כי מש"ס ס"פ זה בורר נ"ל ראיה ברורה כדברי הבאר עשק והשבו"י דא"ל להודיע איזה תביעת ממון יש לו על הנתבע ורק זה אפשר צריך להודיע אם נוגעת תביעתו לענין ממון או לד"א כגון הוצאת ש"ר או דיני קנסות ודכוותיה ומן ראיה זו מוכח קצת דאפילו כשיהיה מוכרח להוצאה גדולה כגון

מבבל לא"י אפ"ה א"צ להודיעו אופן התביעה כו' ע"ש. ועיין בתשובת ח"צ סימן קס"ט שהסכים עם הש"ך וכ' שם דאפילו היה הדבר שקול ראיית הבאר שבע וראיית הש"ך אין ספק שהלכה כדברי הש"ך חדא שהוא בתרא ועוד דגם במחלוקת שקול אי אפשר לכוף הנתבע מספק ע"ש וכן הסכים בספר ברכי יוסף וכ' דמה שהביאו ראיה הרבנים הנזכרים בתשובת באר עשק הנ"ל ממה שפשט המנהג דמזמינן לנתבע בסתמא ואזיל לבי דינא מבלי דעת על מה ידין עמו אינו ראיה כלל דזהו מפני שהנתבע רוצה ללכת ולא טעין מידי אבל אה"נ דאם הנתבע ימאן עד אשר יגיד לו אופן קביעתו שומעין לו וכן הסכים בתשו' הרמ"ז סימן י"ד וגם מדברי הריטב"א במ"ק דף ט"ו ע"א יש סמך לדעת הש"ך הנ"ל עיין שם:

סימן יב

א **שלא למחות.** ע' בתומים שכ' היינו דוקא קודם שנזקק לדין אבל אחר שנזקק לדין אסור לסלק משום פחד וכ"כ בס' נה"מ ע"ש וכן מבואר בתשו' שבו"י ח"א סי' קמ"ג שהשיג על הב"ח ומסיים שם שכל דברי הב"ח בענין זה תמוהים ולאחר שיודע להיכן הדין נוטה נ"ל עיקר שא"א להסתלק בשום ענין אם לא בפקוח נפש ע"ש. וכ' עוד באו"ת וז"ל וכתב בתשו' שבו"י ח"א סי' קל"ח דאם אחד רואה ששני הדיינים מקלקלים הדין וא"כ אף אם יאמר דעתו באופן אחר יהיו שניהם רבים עליו ויצא מעוקל מוטב לומר איני יודע כדי שעי"כ יוסיפו הדיינים כו' עכ"ל וע' לקמן סי' י"ח ס"א סק"ד הבאתי שם דברי שבו"י אלו באריכות וכתבתי שם בשם ס' ברכי יוסף דדוקא אם הדיינים שעמו המה יושבי קרנות כעובדא דשבו"י שם משא"כ אם גם המה בעלי היראה כו' ע"ש:

ב **או הפשרה.** עבה"ט ועיין בת' משכנות יעקב סי' ט':

ג **שלא יטה הפשרה.** בגליון ש"ע דהגאון רע"ק איגר זצ"ל נ"ב וכשם שבהטיית הדין אם טועה בדין חוזר ה"נ בפשרה. כנה"ג בשם מהרי"ט סי' צ"ח עכ"ל. ועיין בתשו' שבו"י ח"ב סי' קמ"ד אודות הפשר שנעשה בקנין בין ראובן לשמעון שותפו ועתה מערער ראובן על הפשר לפי שנכוה ברותחין כגון בשביל השבועות שהיה הוא חייב לשמעון עשו פשר שיפדה בממון הרבה ועל השבועות שהיה חייב שמעון לא עשו כל כך ואיזה שבועות ויתרו לגמרי הרי שהטה הפשרה לצד שמעון יותר והוי כפשר בטעות וחוזר ועוד טען ראובן לבטל הפשר לפי שמבואר בהקנין שדייני הפשר יעשו פשרה רק על אודות השבועות שביניהם ולא לזולתן מה שמבואר בהחלט בפסק דין והם עשו פשר גם על זה נמצא שהפשר בטל. והשיב דטענה א' של ראובן לאו כלום הוא לבטל כח

הפשר שנעשה בקנין ודייני הפשר יכולין לתרץ דבריה' שכפי ראות עיניהם לא היה אפשר לראובן לישבע על דבריו עד שצריך פדיון הרבה לשבועתו משא"כ שמעון היה יכול לישבע באמת וכה"ג יכולין לתרץ בכמה אנפי ודבר המסור ללב נאמר בו ויראת מאלהיך וכל כמה דלא מברר שלקחו שוחד להטות כח הפשר נשאר הפשר בתקפו ואין אחר הקנין כלום. וטענה הב' הא ודאי שיכול לבטל מקצת הפשר מה שנעשה בענין זה שמוחלט בפס"ד בלי שום הטלת שבועה אך לא משום זה יבטל שאר כל הפשר מה שנעשה בענין שבועות שביניהם דלא אמרי' בכה"ג שטר פשר שבטל מקצתו בטל כולו כו' וכ"כ להדיא בתשו' מהר"ם טראני סי' קמ"ח דבמה שטעו הפשר בטל ולא במה שלא טעו אך אם יטעון ראובן שכל הפשר תלוי זה בזה דלכך חייבו אותו ע"פ הפשר בכמה דברים לפי שזיכו אותו מצד אחר באיזה דברים שמבואר בפס"ד להדיא לחובתו ועכשיו שזה בטל גם זה בטל וכיוצא בו אזי אפשר לבטל הפשר מכל וכל מ"מ הדבר צריך מיתון ועיון היטב כו' עכ"ד. וע"ש עוד בסי' קמ"ה שנשאל מדיין א' שקיבלו אותו שני צדדים על סך שלש מאות ר"ט לפשר ביניהם בפשר שקרוב לדין כיצד ינהיג עצמו בפשר בזה שהדין נותן שמחוייב לשלם כל הסך כיצד יעשה לצאת י"ש והשיב כי סתם פשר היא מלשון פושרין לא קר ולא חם וכדאמרי' (בב"ב דף קל"ג ע"ב) דייני חצצתא כרש"י דייני פשרה שחולקין הדבר והוא מלשון מחצה כן הוא ע"פ הרוב אלא דמ"מ יש רשות ביד הפשרן לעשות לפי מהות הדבר לפי ראות עיניו לעשות שלום בין הצדדים בלי נטילת צד ובנדון זה שקבל לעשות פשר קרוב לדין נ"ל דפחות שליש מקרי קרוב לדין דהיינו אם חייב ע"פ הדין שלש מאות יפשר בשני מאות שליש פחות וזה מקרי קרוב ומביא שם כמה סמוכות לזה ומסיים אך עכ"פ לא יהיה זה שיעור מוחלט שלא לפחות מזה ואם יראה בעיניו שבדבר מועט יכול לפשר בעל דינו בענין שיהא שלום ביניהם ודאי טפי עדיף כיון שע"פ הדין זוכה לגמרי כלל הדבר הכל תלוי בראות עיני הפשרן ועכ"פ לא יותר משליש שחייב או פטור ע"פ הדין כי פחות משני שלישים מקרי רחוק ע"ש:

ד **ואמר איש פלוני כו'**. כ' הש"ך וז"ל והב"ח כתב דיש להחמיר כהתוס' (בסנהדרין דף ו' ע"ב שכתבו כגון שכבר דקדקו בדין היטב וכמו גמרו את הדין דלא מיחסר אלא איש פ' אתה חייב דכיון דנתברר כ"כ אין להטעותו כו' וע' במהרש"א שם) ולא נהירא דהא מצוה לבצוע וכן נראה עיקר כרוב הפוסקים עכ"ל ובס' בר"י כתב עליו וז"ל מ"ש הש"ך דהא מצוה לבצוע ק"ק דהא לדעת התוס' כל שהדין ברור להם כל הצורך אינו רשאי לבצוע ואיסורא איכא כו' ואנן מסתברא לן כהרב ב"ח שהרי ר"י ורשב"א ואור זרוע והאגודה ורבינו יונה והר"ן והגמ"י שבעה רועים כולהו סברי דכל שהדין ברור להם

ואין מחסור אלא לומר דיש פ' כו' אסור לבצוע ונכון להחמיר כמ"ש הב"ח עכ"ל. גם בפרישה אות ג' כתב דכן פסק מורו רש"ל ע"ש:

ה **פשרה ביניהם.** עבה"ט עד ובש"ך כתב בשם ש"ג כו' אבל אם הם מודיעים טיב הפשרה ומפייסים אותם כו' וע' בס' בר"י אות ט' שכ' עליו וז"ל גם הרב כנה"ג כתב ומנהגינו כדברי ריא"ז ע"ש אבל בארץ הצבי ובארץ מצרים לא נהגו כך וגם משמעות הפוסקים דלא כוותיה ומה גם לשון הרמב"ם ומרן כו' וכ"כ הב"ח וסיים דליתא להא דהש"ג ע"ש וכן משמע מל' האגודה פ"ק דסנה' כו' עכ"ל גם בתומים פקפק על הש"ג ע"ש וע' בנה"מ מזה:

ו **ויש חולקין.** עב"ח שדעתו להלכה כהיש חולקים דכייפינן למיעבד לפנים משוה"ד אם היכולת בידו לעשות שהוא עשיר וכתב וכן נוהגים בכל ב"ד בישראל לכוף לעשיר בדבר ראוי ונכון ואע"פ שאין הדין כך ואפשר דהר' ירוחם בשם הרא"ש נמי לא קאמר אלא באינו עשיר כו' ופוק חזי מאי עמא דבר ע"ש וכן משמע דעת הש"ך לקמן סי' רנט סק"ג ע"ש וע' בתומים סק"ד שכ' דהך כפיה היינו בדברים שאומרים לו חייב אתה לעשות כן ואם אינך שומע אתה עבריין אבל כ"ע מודים דאין כופין בשוטים ונידוי וכדומה כיון דאין שורת הדין כך כו' ומעתה י"ל דגם הרא"ש מודה לזה ואין כאן מחלוקת כלל ע"ש וכ"כ בתשו' שבו"י ח"א סי' קס"ח ודלא כתשו' צ"צ סי' פט דמסיק להלכה דכופין ע"י שמתא וזה אינו ע"ש וע' בתשו' ח"ס חי"ד ס"ס רלט הזכיר שם דברי הצ"צ סי' פט הנ"ל ומשמע קצת שמסכים עצמו ע"ש. וע' בתשו' שב יעקב חאה"ע ס"ס כט כתב על נדון דשם דמה שרצה רב א' לחייב הבע"ד משום לפנים משו"ה ואפי' לכוף ע"פ דברי הב"ח שכ' דנוהגים בכל ב"ד לכוף לעשות דבר ראוי ונכון כו'. אין דעתי מסכמת עמו כלל חדא דהב"ח גופיה לא כתב כך אלא בעשיר כו' ועוד הלא רמ"א העתיק כל המנהגים ובמקום שיש מנהג כתב וכן נוהגין וכאן הביא שני דעות דעה א' בסתם ואח"כ ויש חולקין וידוע היכא שכתב כן דעה ראשונה הוא עיקר ואפי' בדין גמור היכא דיש מחלוקת אין מוציאין מהמוחזק ואפי' אחר הרוב דיעות אין הולכין דיכול המוחזק לומר קים לי והכא הוא איפכא דרוב דעות דפסקו דאין כופין הם עיקר כו' ובפרט בזה"ז ח"ו ליתן רשות לב"ד לילך אחר הסברות כדי לכוף להוציא ממון לפנים משוה"ד ע"כ אין דעתי כלל עם הרב הנ"ל כו' עכ"ד. ואפשר דגם הוא ז"ל לא קאמר אלא לפי מה שנראה דעת הב"ח לכוף בשוטין או ע"י שמתא אבל בדברים לבד גם הוא מודה ובפרט היכא שנזכר בפוסקים שחייב לפנים משוה"ד ועמש"כ סי' רנט:

ז **לב"ד לוותר**. ע' בתשו' ח"ס חח"מ ס"ס קיב שכ' דה"ה אפטרופס יכול לוותר לטובתם וכן מבואר להדיא בתשו' רשב"א אלף ט"ו דאין לחלק וכ"כ בתשו' רלב"ח סי' צ"ה ע"ש. וע' בשו"ת ח"צ בסופו בתשו' הנוספות סי' ג' שכ' ע"ש הרלב"ח סי' הנז' שפקפק בדבר אך הח"צ ז"ל כתב בנדון השאלה שם (יובא לקמן סי' ר"צ סכ"ד סק"ה) גם הרלב"ח מודה דשאני נדון הרב ז"ל שהיה להוציא ממון היתומים שלא כדין התלמוד וע"ז השיב דאף שרוצה הבע"ח לוותר משל החוב יש לפקפק אם הרשות ביד האפוטרופס לפרוע משל היתומים דשמא כשיגדלו ימצאו שובר וכיו"ב אבל בנ"ד הוא איפכא שהיתומים רוצים להוציא ממון מיד אחרים וידוע מאמרם ז"ל כל אשראי ספק אתי וכו' וכך בנ"ד שלפי דברי השואל אם לא יתפשרו קרוב לבא לידי הפסד כל החוב ודאי שהרשות ביד אפוטרופס לפשר עצמו ומסיים והראוי ונכון הוא להושיב ב"ד יפה ולהודיעם כל תוכן הדברים עד היכן הדברים מגיעין וע"פ ב"ד יעשו האפוטרופסין מה שיעשו בענין הפשרה ודוקא ב"ד יפה ומפורסם בדורו לבקי ומומחה כמ"ש הרא"ש בתשו' וכתורה יעשה ע"ש:

ח **אסור לבקש צדדים**. ע' בתומים סק"ה מ"ש בכוונת התוס' בב"ק דף מ' ע"ב שלא יהיו סותרים לדין זה והביא שם ג"כ דברי הת"ה ודברי מהרש"ל בזה ע"ש וע' בתשו' שבו"י ח"א ס"ס קסג שכ' לחלק בענין אחר דודאי אם מבקש הנתבע תואנות בידים כדי לפשר אסור משא"כ התם קאמר דהוה מעריקנא לאגמא דזה הוי רק שב ואל תעשה שלא לשמור שור שעבודו של חבירו כדי לפשר זה ודאי שרי ע"ש עוד ויובא קצת לקמן סי' צג ס"א:

ט **כ"ז שלא קנו**. כתב בנה"מ וז"ל ע' בר"ן בחידושיו דדוקא כשקיבלו בק"ס על הפשרה ופירשו בפירוש שיהיו פו"פ הפשרנים אבל אם קבלו ק"ס בסתם על הפשרה אין יכולין שלשה לעשות פשרה כל שלא קבלו עלייהו ואם באו לפני ג' לדין וקבלו ק"ס סתם על הפשרה הוי כפירשו שמות הפשרנים עכ"ל וע' בתשו' בגדי ישע ס"ס ב' שכ' עליו דלפ"ז גם בדין המבואר לקמן סי' ר' ס"ז באם א"ל הריני מוכר לך כפי מה שישומוהו שלשה קנה כו' צריך לפרט דוקא מי יהיו השמאים וכן במכירת חמץ שלנו (לפי הנהוג כעת שמוכרים הכל לנכרי הקונה בלא קצב דמי המקח על כל דבר ודבר רק שיהא המקח מכל דבר כפי שישומו שלשה אנשים בקיאים בשומא) אבל מסתימת ל' הש"ס והפוסקים לא משמע כן גם בחדושי הר"ן אינו מוכרח שיהא כונתו לדינא כן יצ"ע עכ"ד ע"ש:

י **דפשרה צריכה קנין**. בגליון ש"ע דהגאון רע"ק אייגר זצ"ל נ"ב ואם נעשה בפני טובי העיר א"צ קנין ב"ח. וע' בתשובת מהראנ"ח ח"ב סי' מ"ט עכ"ל. והנה גם בכנה"ג הביא דברי הב"ח אלו בהגה"ט אות י"ב וגם דברי הראנ"ח שם הביאו בהגב"י אות מ"ו שכ'

בשמו דאם נעשה בפני טובי הקהל אפילו באתן לך הוי כקנו מידו וא"י לחזור כו' ע' שם אתנם איני יודע למה הוצרך להביא מדברי הב"א דהא דין זה מבואר בש"ע לקמן סי' כ"ב ס"א בהגה בשם תשובת מיימוני סוף שופטים שכתב מיהו אם הם ממונים בעיר או טובי העיר לא יוכל לחזור כו' ובש"ך שם מבואר דאפילו בפני שלשה מהם סגי ע' שם וגם הב"ח מייתי מדברי תשובת מיימוני אלו וכן בתשובת הראנ"ח שם וצ"ע. ועיין עוד בב"ח שכתב וז"ל וראיתי למהרש"ל בתשובה (סימן ד') דפסק היכא שבאו שנים לדין לפני שלשה לקיים כל אשר ימצאו ביניהם לפי ראות עיניהם [או שבאו] בפני ג' בעלי בתים דלא בקיאי בדינא דנמצא תחלת הורידתן לדין לפניהם הוא לפשרה ואף ע"פ שלא פירשו להדיא אין יכולים לחזור בהן אפילו לא קנו מידם וכתב דאף הרמב"ם מודה בזה דלא אמר אלא היכא דבאו לדין מתחלה אז יכולין לחזור ולתבוע הדין כמו שבאו בתחלה מה שא"כ כשתחלת הורדתן לדין הוא לדעת פשרה והאריך בזה ולא ידעתי לחילוק זה שורש בהלכה דהא להרמב"ם ודעימיה אפילו קבל עליו פשרה בב"ד דלא מצי למימר משטה הייתי בב"ד אפ"ה יכול לחזור ולתבוע הדין ה"ה נמי כשתחלת הורידתן לפשרה גם כן יכול לחזור בו דמאי שנא ואדרבא איכא טעמא וסברא להיפך כו' הלכך נראה דאין לחלק אלא לעולם בעי קנין זולת כשקבלו עליהם הפשרה בפני טובי העיר עכ"ל וע' בכנה"ג הביא דברי רש"ל הנ"ל בהגב"י אות ל"ח וט"ל ולא ידעתי למה לא הביא דברי הב"ח שחולק עליו. גם באו"ת הסכים עם הב"ח ודלא כרש"ל ע"ש ועיין בס' בר"י אות י"א הביא דבתשובת משאת משה סי' ס"ב נסתייע מדברי תשובת רש"ל הנ"ל בנדוי דידיה לומר דא"צ קנין כיון שהפשרנים שקראו לבע"ח לא בקיאי בד"ת ומה גם דבפירוש אתמר דלוותר ולפשר נמנו וגמרו פשיטא דלדעת הרש"ל לא צריך קנין והוא ז"ל השיג עליו חדא דהמסתכל יפה בדברי מהרש"ל שם יראה מוכח מדבריו דאם נכנסו אנשים ביניהם לפשרה מודה דבעי' קנין ולא מיעט מהרש"ל אלא כשבאו לפני דיינים ותחלת ביאה היתה בין לדין בין לפשרה וכ"ש כשהדעת נותן דודאי לפשרה דוקא באו לפניהם שהם בעלי בתים ולא בקיאי בזה דוקא ס"ל למהרש"ל דלא בעי קנין אבל כשבעלי בתים מעצמם נכנסו לתוך השלום וקראו לבע"ח ודברו על לבם לפשר ביניהם אז בעי קנין דזה הוי ממש כמ"ש בה"ג דהוו אינשי בינייהו ובעו למעבד פשרה ובזה כתב מהרש"ל דבעי קנין כו' ולפ"ז בנידון הרב משאת משה כפי הצעת המעשה המוצג בשאלה דהפשרנים שלחו וקראו לבע"ח ופשרו ביניהם נראה דמודה מהרש"ל דבעי קנין כו' ועוד מה דמשמע מדבריו דהא דמהרש"ל מלתא פסיקתא היא ז"א דהרב ב"ח פליג בפירוש וגם הרב תורת חסד ס"ס קכ"ב פשיט ליה דלא כרש"ל וכן משמע מדברי מרן בש"ע ומדברי הלבוש וכן

יש לדקדק מדברי מהר"ר תם בתומת ישרים סי' קכ"ח כו' וא"כ פשיטא דהמוחזק מצי לומר קים לי כהב"ח ותורת חסד ודעימייהו כו' והאריך בזה. עש"ה:

יא **אפילו בג'**. דין זה דאפילו בג' צריכה קנין אינו מוסכם כמבואר בהג"א פ"ק דהסנהדרין ובתשובת מיימוני לס' שופטים סי' ט' ובתשובת תומת ישרים סימן קכ"ח ובתשובת מהרש"ל סי' ד' ע"ש ועיין בס" בר"י אות י"ב שהאריך הרבה בזה ובסוף הביא בשם תשובת משאת משה סימן ש"ב שכתב דמאחר שדעת ריא"ז ובה"ג דהאי דפשרה צ"ק היינו בב' אבל בג' אצ"ק ונמשכו אחריהם מהר"י טוב עלם ורבינו שמחה ושאר פוסקים א"כ הרוצה לסמוך מאן מירמי מידו נגד הגדולים הנ"ל מכיון דלאו יחידאי נינהו והוא ז"ל כ' דמשמע מדבריו דאי המריא"ז וה"ג יחידאי לא הוי מצי למימר קים לי וזה אינו דכל דאיכא תרי פוסקים מצי למימר קים כו' ע"ש ולעד"נ דגם השתא דלאו יחידאי נינהו מ"מ לדינא לא מצי לטעון קים לי בזה כמ"ש התומים בס"ס כ"ה בקת"כ אות קכ"ד דקבלה בידו וכן הוא דן ובא דאין לטעון קים לי נגד פסק הש"ע והרמ"א כיון שהב"י ורמ"א לא זכרו דעת החולק אין לחוש לו והביא כן גם בשם תשובת חו"י ד' רס"ג ע"ב ועמ"ש שם בסי' כ"ה ס"א ס"ק ב':

יב **דדוקא בשנים**. עבה"ט שכתב וכתב הש"ך הפשרנים נאמנים שעשו קנין וע' בתומים ובנה"מ ובס' בר"י אות י"ב מזה. ומ"ש דפשרה שעשו בע"ד בעצמן א"צ קנין כ"כ מהר"ם מלובלין כו' עיין בתשובת בית שמואל אחרון סי' ו' שכתב שכמה דיינים טעו בדברי הש"ך וסברו דאם עשו הבע"ד בעצמן פשרה אף מהנתבע לתובע א"צ קנין ובאמת זה אינו והש"ך קיצר בדבר כי בתשובת מהר"ם לובלין שם מבואר להדיא דדוקא מתובע לנתבע משום דמחילה א"צ קנין (וכ"כ בנה"מ סק"ד וע' בספר שער משפט מזה) וגם בתשו' נאות דשא ס"ס נ"ז ע"ש. וע"ש עוד בנידון שליח שפשע בשטרות של משלח ונאבדו מידו והמשלח הוציא כתב בחתימת ידו של השליח שהתחייב א"ע אף באונסין וטען השליח לפני ב"ד כמה טענות לפטור עצמו וא' מן הטענות שהמשלח מחל לו שאמר לו אני מוחל לך רק שהשבע לי שאין השטרות ברשותך ולא יותר והמשלח מודה רק שחוזר בו מאחר שלא הוה המחילה בקנין ופסק דיכול לחזור משום דלכאורה קשה מדברי מהר"ם לובלין הנ"ל אמ"ש בש"ע לקמן סי' כ"ב ס"ג באם אמר התובע לנתבע דור לי בחיי ראשך והפטר אם לא קנו מידו יכול לחזור בו עד שיגמור הדבר הא שם אמר מעצמו בלא צווי ב"ד דהא הב"ד פסקו שישבע ואמאי לא הוי כנתפשרו מעצמם דא"צ קנין וצ"ל דשם לא שייך דין מחילה מכיון דהיה בתנאי דהא אמר דור בחיי ראשך והפטר וא"כ לא חל המחילה עד דידור מש"ה יכול לחזור ולפ"ז בנ"ד באמר לו אני מוחל לך רק

שתשבע שאינו ברשותך ג"כ לא חל המחילה עד דישבע וא"כ יכול לחזור ע"ש עוד בסי' נ"ד מזה. ועיין בס' שער משפט לקמן סי' כ"ב ס"ג מענין זה באריכות:

יג **קנין דברים**. עבה"ט בשם סמ"ע שכ' נראה דדוקא בתובע כו' אבל בנתבע סגי שיקנו מידו למחול כו' ועט"ז לקמן סי' ר"ז שחולק עליו וס"ל דקנו מידו למחול הוי ג"כ קנין אתן ע"ש והסכימו עמו בתומים ובנה"מ ע"כ צריך לומר בפירוש אני מוחל לך עד סך שיאמרו הפשרנים ע"ש. גם בתשובת נו"ב ס"ס ל"א השיג על הסמ"ע בזה כי במרדכי פ"ק דסנהדרין מקור דין זה מבואר להדיא להיפך כו' ע"ש:

יד **מחילה אצ"ק**. עבה"ט עד והש"ך כתב דצ"ע כו' וע' בש"ך לקמן סי' רמ"א ס"ב שכתב דהוא ספיקא דדינא ע"ש (ועיין בתשובת מים חיים סי' י"א הובא קצת לקמן סי' קע"ו ס"י ס"ק י"ב) וע' בתומים סק"ח שכתב ולפ"ז הא דקיי"ל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול צ"ל בקנין ולא נשמע כן משום פוסק כו' וצ"ל דוקא בשטר בידו אז לא מהני מחילה דאמרי' אם איתא דהיה לבבו שלם למחול היה מחזיר לו שטרו משא"כ בשטר ביד אחר מהכ"ת נימא דהיה בלתי לבב שלם ולכן במוכר שט"ח לאחר שייך מחילה בלי קנין כיון דאין השטר בידו וצ"ע עכ"ל ובאמת כן מבואר בש"ך לקמן סי' ס"ו ס"ק ע"ד בשם בעל העיטור שכתב וז"ל ואפילו למ"ד דמחילה ל"מ היכא דתפס שטרא וכמש"ל סי' רמ"א ס"ב מודה הכא דהא ליתא שטרא בידיה דליהדר ליה כ"כ בעל העיטור דף צ"ג עכ"ל. וע' בתשובת ברית אברהם חח"מ סי' א' אות ג' שכתב דאם לא מחל גוף החוב רק שהרחיב לו זמני הפרעון כ"ע מודים דמהני מחילה בלא קנין דבכה"ג אין ראיה מדלא החזיר השטר ע"ש ועמ"ש בסי' רמ"א שם. וע' בספר שער משפט לקמן סי' ק"כ סכ"א. ועיין עוד בש"ך שתמה על הב"ח שכתב דהר"ר ישעיה שהביא הטור (דמבואר בדבריו דבתפיס שטרא ל"מ מחילה) ס"ל דהלכה כבית שמאי דשטר העומד לגבות כגבוי דמי שדבריו תמוהין דהא לא קי"ל כב"ש כו' ועיין בתשובת נו"ב תניינא סי' ל"ב שמיישב דברי הב"ח בזה (וע' בתשובת שער אפרים סימן קל"ג ובס' קצה"ח ובס' דברי משפט וגם בס' בר"י אות ט"ו עש"ב) וע"ש עוד שכתב אודות האשה שמחכה לבעלה כתובתה קודם הגט ועכשיו היא חוזרת בה ושטר כתיבה בידה הנה מי יכול להוציא ממון מהבעל במקום שהרמ"א בסי' רמ"א פסק להלכה שאפילו תפס שטר מחילה א"צ קנין ואפילו לדעת הר"ר ישעיה שהביא הטור בסי' י"ב שמחלק בין תפיס שטר מ"מ לפי מה שמפרש הב"ח טעמו שסובר כב"ש דשטר העומד לגבות כגבוי דמו א"כ י"ל דדוקא כשיש ללוה נכסים בשעת המחילה אבל אם אין ללוה אז רק שעכ"פ גופו משועבד לשלם כשיהיה לו לשלם ודאי שיכול למחול שעבוד הגוף אף דנקט שטרא ושוב אפילו נתעשר הלוה

אח"כ כבר הוא מחול וא"כ בנ"ד שהבעל הוא גברא ערטילאי פשיטא שמחילתה מחילה ועוד נראה שאם אמרה בלשון מתנה כגון שאמרה (איך שענק אים דיא כתובה) ודאי אין צריך קנין דאפילו נימא דנכסי הלוה כאילו הם של מלוה מ"מ לא עדיף מהמפקיד אצל חבירו שאם נתן לו הפקדון במתנה א"צ שום קנין כמבואר בסי' רמ"א ס"ב בשלמא בלשון מחילה כיון דל"מ בפקדון לשון מחילה כמבואר שם בהגה א"כ אי אמרינן שנכסי הלוה הם של המלוה ל"מ מחילה אבל לשון מתנה מהני ולכן פשוט שאין האשה יכולה לתבוע הכתובה מבעלה עכ"ד ע"ש ועמ"ש בזה בפ"ת לאה"ע סי' ק"ה סק"ד. וע' בס' מסגרת השלחן ובעטרת צבי שכתבו בשם מהרש"ל דאם אמר שבלבו היה למחול לו אך עכשיו רוצה להתנקם ממנו לאיזה סיבה ותובעו ל"מ תביעתו כי מחילה בלב הוי מחילה אף דנקט שטרא בידיה. ומוכח כן מהא דאם לא תבעה כתובתה כ"ה שנים הוי מחילה אף דלא אמרה בפירוש ע"כ מחילה בלב הוי מחילה ע"ש אולם בס' קצה"ח השיג על זה ממ"ש בתשובת מהרי"ט ח"ב סי' מ"ה דל"מ מחילה בלב אלא היכא דידוע לכל העולם מה שבלבו כו' ע"ש וכן הסכים בנה"מ אך כ' דנראה דהא דל"מ מחילה בלב דוקא מחילה על הדבר שכבר נתחייב לו אבל בדור עמי או אכול עמי כשאומר שהיה בדעתו למחול ודאי מהני דהוי כנתנו למתנה בשעת מעשה ע"ש:

טו **אין בדבריו כלום**. ע' בחמ"ח וב"ש באה"ע סי' נ' ס"ו והובא בנה"מ כאן וע"ש:

טז **אלא יעשה מיד**. בהגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב מה שכ' הב"י כאן בשם הרשב"ם (ח"ג סי' רי"ז) הובא בסמ"ע לקמן ר"ס כ"ג וע"ש בש"ך בסוף הסימן עכ"ל וכ' בס' בר"י אות כ' וז"ל בעלי הדין שקבלו שני פשרנים בכתיבה ובקנין ונשאו הפשרנים ביניהם והסכימו על הדבר במוצא שפתם אחד עם חבירו ואמרו הסכמתם לפני עדים אבל לא הודיעו לבעלי דינין הרשות בידם לשנות ממה שהסכימו לרבות ולמעט כמו שירצו בגמ"ד הפשרה ויגזרו על הבעלי דינין אבל אחר שגזרו בפני בע"ד וכ"ש אם כתבו פשרתם ונתנו לבע"ד אין להם רשות לשנות דכבר נגמר שליחותן ודבריהם אח"כ כאילו יצאו ממי שלא נתקבל לכך. הרב מהריק"ש בתשו' כ"י סי' מ"ב עכ"ל וע"ל ס"ס כ"ג ומ"ש שם:

יז **אם ראובן הפחיד**. בש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב ע' בתשובת מהריב"ל ח"א סי' צ"ו:

יח **פשרה בקנין**. עבה"ט שכתב ומי שמסר מודעא כו' עד כן מסיק בד"מ ביו"ד סי' רל"ב בשם רשב"ץ ובאמת לא נמצא בד"מ שלפנינו שם מזה אך בב"י שם הביא כן בשם הרשב"ץ וכ"ה בש"ע שם סעיף י"ח וע' בעט"צ שהביא תשובת מהר"ם לובלין מי שהיה אנוס להתפשר עם ב"ח ונתפשר עמו בסך קטן ונתן לו ת"כ שלא יתבענו עוד אך מקדם מסר מודעא לפני עדים על הפשר ופסק דהוי אונס בשבועה ובטל הפשר והוא ז"ל כ'

עליו דזהו נגד מה שהביא הסמ"ע בשם ד"מ כו' עד ולי נראה דיפה כ' מהר"ם לובלין כו' ע"ש. והמעיין בפנים במהרמ"ל סי' י"א יראה דאין כאן מחלוקת ומהרמ"ל עצמו הביא דברי הרשב"ץ הנ"ל שהוא מקור דברי הד"מ הנ"ל ולא פליג עליו עש"ה ויש לעיין בתשב"ץ ח"ב סי' ס"ב ובהגה שם וגם במהרמ"ל סי' כ"ג:

יט **פשרה בלא קנין כו'**. בגליון ש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב וז"ל בתשובת משאת משה סי' ס"ב העתיק תשובת מהרש"ך ח"ב סי' קי"ג דבעי"ח שהסכימו להתפשר עם הלוה וא' אינו מסכים מכמה אנפי רואה אני לכוף את הממאן להתפשר כשאר הסוחרים שהם הרוב שאפילו הו"ל להחייב הנזכר קצת נכסים וראו בע"ח להרחיב לו אולי יחנן ד' אותו כי מנהג הסוחרים שכופין את שאינו רוצה לבא בפשרה ויש להם על מה שיסמכו מההיא דסיטומתא כו' עכ"ל. גם בס' בר"י אות י"ד הביא דברי מהרש"ך אלו וכ' דגם בס' פליטת בית יהודה סי' כ"א וכ"ב הביא ראיה מזה לנידונו ע"ש. וכ' עוד בשם מהרש"ך ח"ג סי' מ' שכ' וז"ל וגם מה שטוען זה הבע"ח לו הונח שחתמתי בלי שום תנאי באותה כתיבה לא היה קנין ואנן קי"ל פשרה צ"ק גם זו הטענה אין בה ממש כיון שפשרה כזאת הוא נהוג בין הסוחרים להעשות בלי קנין עכ"ל (גם בכנה"ג הגה"ט אות י"ז הביא דברי רש"ך אלו) וכ' הבר"י דק"ק על הרב משאת משה סי' ס"ב דמייתי ראיה לנידון שלו מדברי מהרש"ך ח"ב סי' קי"ג הנ"ל דהרוב יכולין לכוף המיעוט אמאי לא אייתי נמי מדברי הרש"ך ח"ג הנ"ל דפשר' כזו נהיגי בלא קנין וצ"ל דבאתרי' דמר לא היו הסוחרים נוהגים בפשר' כזו תהיה בלא קנין כדהוו נהיגי באתרי' דמהרש"ך אבל היו נוהגים לכוף המיעוט ולכן בחלק הזה הביא מתשו' רש"ך ח"ב הנ"ל ע"ש:

כ **ואח"כ מצא עדים**. כ' בס' דגול מרבבה וז"ל ונלע"ד דדוקא שמתחלה בשעת הפשר כבר ידעו העדים בדבר אלא שזה התובע לא היה יודע מהעדים דשפיר הוה פשר בטעות דאילו הוה ידע שיש עדים לא היה נפשר אבל אם בשעת מעשה לא היו עדים כלל לא היה פשר בטעות עכ"ל. ולע"ד איני מבין הציור בזה ואולי כוונתו במ"ש אם בשעת מעשה לא היו עדים כלל היינו שאמרו אז אין אנו זוכרים וכעין עובדא דפ"ב דכתובות כ' ע"ב דרב אשי הוה ידיע ליה בסהדותא לרב כהנא ולא הוה דכיר לסוף אידכר רב אשי ואסהיד ליה כו' ע"ש דאם בשעה שאמר רב אשי לא דכירנא היה רב כהנא עושה פשר עם בעל דינו אע"ג דאח"כ אידכר רב אשי לא הוה פשר בטעות או אפשר דכוונתו היכא שבשעת הפשר היו העדים קרובים בנשותיהם ואח"כ נתרחקו (עמש"ל סי' לג סי"ז ס"ק י"א) וצ"ע:

כא **שלא היה לו ראיה כו'**. בגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב וז"ל ואם סבור שאין לו בידו ונמצא שיש לו מחילתו בטילה ואפי' כ' לו הריני מוחל לך בדלא שינוי בדלא אניס כדרך שנהגו כותבי טופסי שטרות לכתוב אין בדבריו כלום אא"כ כ' לו מרצונו בלא שום אונס יודע אני שיש לי בידך יותר כו' עכ"ל הרשב"א שהובא בב"י וע' בשו"ת הסמ"ע סי' מ"ב עכ"ל:

סימן יג

א **הרי אלו שני דיינים כו'**. בגליון ש"ע דהגאון רע"ק איגר זצ"ל. נ"ב ואם ב' הדיינים שנבררו הם קרובים זל"ז יד הנתבע על העליונה ויכול להכריח להתובע לברור לי אחר. תשו' רמ"א סי' ק"ד עכ"ל וע' בגליון המשניות ר"פ זה בורר בתוס' רע"ק אות ה' הביא שם ג"כ תשו' רמ"א הנ"ל קצת באורך:

ב **ברצון הבע"ד**. עבה"ט וע' בתשו' עבוה"ג סי' ק"ח שכ' מה שטען שמעון שאין לברר שליש עד שיבררו מקודם כ"א בירר שלו וראובן אינו רוצה. פשוט ששמעון דינא קאמר דהא איתא בר"פ זה בורר דעת הדיינים כ"ע לא פליגי דבעינן כי פליגי דעת בעלי דינין כו' א"כ איך אפשר שיבררו שליש קודם שיבררו כ"א בורר שלו הלא בעינן שיסכימו הבוררים מי שיהיה השליש וז"פ וברור ומה שטען עוד שמעון שאף אם יסכים ראובן שיבררו בוררים קודם לשליש מ"מ רצון ראובן שלא יבררו שליש כ"א מדעת השני בע"ד ושמעון לא כן יחשוב כ"א שהשני בוררים יבחרו שליש בלי רצון הבע"ד לכאורה הדין עם שמעון גם בזה דהא קי"ל כחכמים דדעת בע"ד לא בעינן אך באמת זה אינו דמה דלא בעינן דעת בע"ד. היינו אם כבר ביררו כל א' בורר סתם אז יכולים הבוררים לברר שליש בלי ידיעת הבעל דין אפילו עמדו וצווחו הבע"ד שלא יבררו השליש ההוא אבל אם ירצה הנתבע לציית דינו בזבל"א והתנה מתחלה שהשליש יבורר על פי הבוררים וע"פ הבע"ד יחדיו ידובקו הדין עמו כי מעולם לא אמרו חכמי' שלא יהיה השליש נבחר גם מדעת בע"ד והגם דמלשון הרע"ב ר"פ ז"ב משמע דיש קפידא בדבר כי יש לחוש שיהא לבו של זה השליש נוטה אצל אחד מהם אך כבר תמה עליו התוי"ט שם כו' ואף שמדברי הלבוש שכ' טעמא דא"צ שיהא בשליש ברצון הבע"ד דשמא לא יוכלו להשוות על האחד ויבא לידי עינוי הדין לתובע שהנתבע ידחה אותו לעולם כו' משמע מזה דהנתבע אינו יכול להתנות על כך אך עכ"פ גם לדבריו אם התובע יאמר כך שהוא רוצה שיבורר השליש מדעת הבע"ד שומעין לו ובנ"ד לפי מה שבא בשאלה שכל או"א בדעתו הוא תובע שומעין לראובן במה שרוצה שיבורר השליש מדעת הבעל דיני אבל לע"ד עיקר דברי הלבוש מ"ש להטעים דברי חכמים אינו עולה יפה ע"פ הסוגיא כו' וממילא גם

הנתבע יוכל לומר כן ולא נקרא סרבן אם רוצה לציית דין בזבל"א באופן שיהא השליש נבחר גם מדעת שני הבע"ד עכ"ד ע' שם וע' בתשובה שבו"י ח"א סי' קמ"ט שכ' להטעים דברי הרע"ב בפירוש המשנה הנ"ל להצילו מתמיהת התוי"ט ושגם דברי הלבוש י"ל שכוונתו על דרך זה וכ' דבת' עמ"ג סי' ק"ח כ' בזה דברים שאינם מוכרחים ע"ש ועמ"ש לקמן ס"ו ס"ק ה'. ומ"ש הבה"ט. והב"ח דקדק מלשון הטור דאם נתרצו בפשרה כו' והוא מדברי הש"ך סק"א בגליון ש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב עי' בתשו' מהר"א ששון סי' ל"א עכ"ל. וע' בתשו' נו"ב סי' ב' שהביא דבב"ח מבואר הטעם משום דפשרה לא בעי ג' וסגי בב' או ביחיד לכך אינם יכולים לברור שלישי בלא דעתם דלא נתרצו רק על אלו משא"כ בדין. וכ' דלפ"ז גם בדין י"ל דוקא בזבל"א הוא דא"צ דעת הבע"ד לברור השלישי אבל בזבל"ב ובזבל"ב אינם יכולים לברור החמישי בלי רצון הבע"ד כיון שכבר יש להם דין לדין יכולין הבע"ד לומר לא קבלנו כ"א לדעתכם. אך ז"א דמ"מ לא דמי לפשרה דשם אין הולכין אחר הרוב כמ"ש בסי' י"ב סי' י"ח שפיר יכולים לומר לא נתרצינו כ"א לדעתכם אבל בדין אף בזבל"ב וזבל"ב שיש להם די צרכם לדין מ"מ כיון ששקולים הם ואין ב"ד שקול כבר ידעו הבע"ד שיצטרכו למכריע ואדעתא דהכי נבררו מהם וא"כ יכולים לברור חמישי בלי רצון הבע"ד. ולפ"ז י"ל אדרבה לאידך גיסא שאפילו בפשרה אם הוא בזבל"ב וזבל"ב והתנו בהדיא שילכו אחר הריב אז יכולין לברור חמישי בלי רצון הבע"ד מאחר שהתנו שילכו אחר הרוב שוב הפשרה היא כדין ועדיין הדבר צריך תלמוד. אמנם כל זה לענין לברור להם מכריע אבל אם רוצי' לשאול הדין לאחר בודאי דא"צ רצון הבע"ד כמבואר בסי' י"ח ס"א בהגה דלא כסמ"ע בסי' זה ס"ק י"ט שכתב עמ"ש בהגה ס"ו ויכולין לשאול למי שירצו כו' שנלמד זה מדין הנזכר בס"ס זה דהמוברירין בוררין השלישי הטוב בעיניהם כו' דלפ"ז היכא שאין יכולין לברור ג"כ אינם יכולים לשאול למי שירצו והא ליתא דבהגה דסי' י"ח הנ"ל מבואר להדיא דאף באין בידם לקחת מכריע מ"מ השאלה חפשי להם לשאול למי שירצו עכ"ד ע"ש. (ואיני מבין דלכאורה מדברי הרמ"א בהגה דסי' י"ח הנזכר הוא סתירה ג"כ לדבריו במ"ש מאחר שהתנו שילכו אחר הרוב שוב הפשרה היא כדין יכולים לברור החמישי בלי רצון הבע"ד. והרי בהגה הנ"ל מבואר להדיא ואם אמרו הקהל שילכו אחר הרוב והם שקולים אין אומרים שיבואו אחרים כו' עיין שם וצ"ע) ושם בסימן ג' נשאל אודות שנים שביררו להם כל אחד בורר א' לפסוק ביניהם כפי שיראו הן ע"פ דין והן ע"פ פשר ואם לא יוכלו אלו הנבררים להשוות דעתם הרשו' בידם לברר שליש המכריע את מי שירצו יהיה מי שיהיה וע"ז נעש' שטר בירורים בק"ס ות"כ וכן היה שאלו לא השוו דעתם יחד ובירר להם שליש שאחר גמר דין

רצה זה שיצא חייב לסתור הדין כי נודע שהשליש הוא קרוב לאחד מבעלי דינים וטוען שלא היה כוונתו על קרוב ופסול וצד השני טען כי אחרי שניתן הבריר' בידם לברר מי שירצו ולא הוציאו הקרובים מן הכלל גם הקרובים בכלל ועוד כי מאחר שנאמר בשטר בירורים יהיה מי שיהיה הוא לישנא יתירא לטפויי אפילו קרוב ופסול. והשיב דאם אלו השני ברורים הסכימו ג"כ לדעת השלישי ואף שמתחלה לא הושוו בדעתם מ"מ כאשר שמעו דברי המכריע הוטב בעיניהם והסכימו הם עצמם לדבריו זה פשוט דקם דינא דדל המכריע מכאן נגמר הדין או הפשר בהסכמת השנים ולא מקרי זה הכרעת הקרוב כ"א דעת הברורים שהסכימו עליו עכשיו והרי זה דומה ממש למ"ש הרשב"א הובא בב"י ס"ס י"ג כו'. אך אם אלו הברורים לא הושוו לדעתו אלא שמתוך שהסכים הקרוב לדעת א' מהם פסקו ע"פ הרוב הנה אם שני הבע"ד עמדו ג"כ בפני זה השליש אחר שהוברר וטענו בפניו פשוט גם כן דקם דינא אחרי שכבר ראו הבע"ד בעצמם שנבחר קרוב לשליש והסכימו עליו איך שוב יערערו עליו אחר גמר דין. ואפילו קודם גמ"ד מ"מ כיון שראו שהוא קרוב וטענו לפניו איגלי מלתא למפרע שמה שכתבו בשטר יהיה מי שיהיה היינו אפילו קרוב וכאילו הודו שעל מנת כן נעשה הק"ס מעיקרא. אמנם אם הבע"ד לא עמדו לפניו כלל רק הברורים סדרו הטענות לפניו לכאורה בלא"ה אין הכרעתו כלום אפי' לא היה קרוב ופסול כי אי אפשר לו להכריע ולפסוק על מה שלא שמעו אזניו מבע"ד ממש כמבואר בש"ע סי' י"ג ס"ו. אך לפי המבואר בל' השאלה שבשטר בירורים מפורש שיוכלו לקחת מכריע בלי הודאת והסכמת הבע"ד וע"פ הכרעתו יתנו פסק דינם כו' א"כ מפורש שנתרצו שלא יצטרכו לטעון בפני השליש וע"ז קבלו בק"ס ואין אחר קנין כלום מעת' אינו מזיק מה שהכריע בלי שמיעת הטענות מבע"ד רק נשאר הספק אם לבטל הכרעתו מצד שהוא קרוב. בזה נראה לחלק בין אם היה הכרעתו להוציא ממון או שהיה לזכות המוחזק. כי באמת ל' יהיה מי שיהיה הך לישנא יתירא מורה לטפויי קרוב אלא שהרשב"א הובא בב"י ס"ס ס"א סגר עלינו הדרך שלא לדרוש לישנא יתירא לטפויי מדעתינו ואף שהכנה"ג הביא כמה תשובות כמה חילוקי דינים בזה וכן בב"י סי' מ"ב כתב בשם מהרי"ק דבר הסותר לזה מ"מ כיון שהרשב"א כתב בהדיא שאין לנו לדון בדמיונית א"כ אין אנו סומכין על כל החילוקים של האחרוני' להוצי' ממון נגד הרשב"א. ולכן בנ"ד אם זה הקרוב הכריע להוצי' ממון מידי המוחזק ודאי דלא סמכי' למידרש לישנא יתירא נגד דעת הרשב"א הנ"ל אך אם הכריע לזכות המוחזק במה שבידו בזה קם הכרעתו שהרי הרשב"א אומר שאין לנו לדמו' אבל לא הכריע שבודאי לא דרשי' ובפרט בשאר תשובו' דרשי בהדי' לישני יתיר' (עיי' בתשובו' כנ"י סי' ק"א והוב' לקמן

סי' מ"ב ס"י ס"ק י' שכת' בשם הרדב"ז שדע' הרשב"א גופיה לחלק בהכי דדוקא להוציא אין לומר לטפויי כ"א הנזכר בגמרא אבל להחזיק ודאי אמרינן ע"ש) . אמנם זה דוקא באם אלו הברורים כבר ידעו בשעה שבירורו אותו שהוא קרוב אבל אם לא ידעו כי קרוב הוא עד אחר גמר דין א"כ היא ברירה בטעות ובזה ודאי שהכרעתו בטילה עכ"ד ע"ש:

ג **וגם הדיינים כל א' מהפך כו'**. כתב הסמ"ע כלומר אף שהדיינים המבוררים אין להם לעשו' כמו שסברי הבע"ד כו' ועיין בטור לשון הרא"ש בזה. ועיין בתשובת אא"ז פמ"א ח"ב סי' קנ"ט שכתב דאסור על פי הדין להקדים טענותיו תחלה לפני הבורר וק"ו דאסור לפסוק לו שכר בשביל לזכותו בדין כי זה בורר לו אחד וזבל"א כל תורת דיינים עליהם והאריך שם בתוכחת מגולה על קלקול הדור בענין זה וסיים שראוי למנהיגי הדור להסיר המכשלה הזאת מישראל וכן ראוי לנהוג באשר שמצוה [צ"ל שחוב'] על ישראל לפרנס דייניהם וכל מעות הפסק שאנו אשכנזים נוטלים הוי כמו שנותן לקופת הקהל כדי לפרנס הדיינים א"כ אם יהיה ריב בין אנשים ומנהיגי העיר רואים שצריכים לדין בזבל"א יקצבו מנהיגי העיר שכר להבוררים ולהשליש ויגזרו באיסור על הנותן ועל המקבל שלא יתן ושלא יקבל שום מתנה חוץ ממה שקצבו הקהל וכל א' לא יסדר טענותיו תחלה אלא כשישבו שלשתן יטענו שניה' וגם לא יבררו האוהב והשונא אלא ברצון שני הצדדים ע"ש ועמ"ש לעיל סי' ז' ס"ז ס"ק ט':

ד **וכל מקום כו' לא יוכל ג"כ לומר כו'**. עיין בתשובת בית יעקב סי' ט"ו שכתב דהיינו דוקא הבע"ד אבל הדיינים עצמן אפי' אחר שנשאו ונתני בדין רשאים להוסיף דיינים אם יסכימו כולם לזה כו' (מה שהקשה שם ממכילתא (צ"ל ספרי) שהביא רש"י בחומש פרשת דברי' בפסוק איכה אשא לבדי טרחכם כו' עיין בזה בתשובת שב יעקב סי' א' ובספר דברי דוד להרב ט"ז פ' דברים ובס' בר"י לקמן סי' י"ח אות ג' ועיין בתומים סק"ב מ"ש בזה) וע"ש עוד בענין אם רשאי דיין א' בראותו שחבריו רבו עליו לומר איני יודע כדי שיוסיפו עליה' דיינים ויבואר לקמן סי' י"ח ס"א ס"ק ד'. ועמ"ש לעיל סי' ג' ס"א ס"ק ג':

ה **ויכולין לשאול כו'**. ז"ל הגהת אשרי ר"פ זה בורר והובא בב"י ר"ס זה היכא שבררו את שני הדיינים וטענו לפניה' אין בעלי דינים יכולים לומר לדיינים אל תשאלו דיני לפני פלוני ת"ח אלא בפני פלוני דהא הלכה כחכמי' דלא בעי דעת בעלי דינים עכ"ל ומלשון זה מבואר להדיא דאפילו שניה' רוצים אין שומעין להן ועיין בתשובת שבות יעקב חלק א' סי' קמ"ט הביא דבתשובת הראנ"ח חלק א' סי' קכ"א לא כתב כן ומפרש דברי הג"א דדוקא א' מבע"ד אין יכול לומר כן והוא ז"ל כ' שאין דבריו מוכרחים כלל והוא נגד

משמעות ל' הג"א דאפי' שני הבע"ד מרוצים בכך כל שאין הדיינים מרוצים לא מהני ולא יוכלו הבע"ד לומר לא תשאלו אלא בפני זה אבל יכולין לומר במקום שיש עוד חכמי' לא תשאלו לזה וא' מבעלי הדינים גם זה לא יוכל לעכב כו' והאריך שם בטעם הדבר מה דלא בעינן דעת בעלי דינים ושזהו כוונת הרע"ב בפי' המשנה ר"פ ז"ב כו' עש"ה ועמ"ש לעיל ס"א סק"ב:

ו **ושאם לא יסכימו**. עבה"ט מ"ש דוקא כשכתבו כן מתחלה כו' ובגליון ש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב והריק"ש כתב ונ"ל דגם אם לא התנו בפירוש כיון דאמרו בין בדין בין בפשרה דומיא דדין קבלו עליה' דהיינו שילכו גם בפשרה אחר הרוב עכ"ל:

ז **אינו כלום**. בגש"ע דהגר"ע ז"ל נ"ב ואם אותו שנסתלק בא אח"כ ואומר שמסכים לדבריהם מהני. הריק"ש וכנה"ג בשם רשד"ם חיו"ד סי' ע"ח עכ"ל ועי' במהרי"ט ח"ב חח"מ סי' ע"ט:

סימן יד

א **ואח"כ מוציאים**. כתב בספר בר"י וז"ל ראובן ושמעון עמדו לדין וחייב הדיין לראובן שישבע על טענת שמעון וטען ראובן שיכתוב לו הדיין פסק דין איך היא חייב שבועה ואח"כ ישבע הדין עם ראובן וכן מוכח ממ"ש הרמב"ן כותבין ואח"כ מוציאין ממנו. מהריק"ש בתשובה כ"י סי' כ"ח עכ"ל ופשוט דכוונתו היכא דדן את ראובן ע"י כפיה עבה"ט סק"א:

ב **או שני אכסנאים**. בגליון ש"ע של הרב הגאון מוהר"י העשיל אשכנזי ז"ל נ"ב וז"ל לכאורה זהו נגד דעת הרמב"ן בפ' שופטים שכתב ואין בעלי הדין יכולים לכוף זא"ז לדון אלא בפני ב"ד שבעירם לא בפני ב"ד שבעיר אחרת ואפי' היו שני בעלי הדין בעיר אחרת יכול לומ' נלך לפני ב"ד שבעירנו ע"כ ונראה דהכא מיירי בשאין הב' אכסנאים מעיר אחת רק כ"א מעיר אחרת ואם לא ידונו כאן יהיה חיוב על התובע לילך אחר הנתבע בזה אמרי' כיון שנזדמנו שניהם כאן ידונו כאן אבל הרמב"ן מיירי בשניהם מעיר אחת והוא מלתא דמסתברא עכ"ל:

ג **ואז צריך לדון במקום שמעותיו שם**. עיין בתשובת חות יאיר סי' קנ"ו שכתב דאף דעתה נעש' הנתבע תובע לענין שצריך לילך אחר התובע מ"מ זה שעיקלו נכסיו שהוא באמת הנתבע אינו יכול לעשות מורשה וכך ראה שדן אביו הגאון ז"ל כמה פעמים ע"ש עוד:

ד **אב שיש לו תביעה כו'**. כתב בכנה"ג הגה"ט אות ח' דה"ה הרב עם תלמידו והביאו האו"ת וכתב דהיינו ברבו מובהק ע' יו"ד הלכות ת"ת ע"ש. ובגליון ש"ע דהרה"ג מוהר"י העשיל אשכנזי נ"ב נ"ל דה"ה באיש ואשתו צריכה האשה לילך אל מקום האיש שאף היא חייבת בכבוד בעלה וגם טלטולא דגברא קשה כו' ע"כ ולע"ד לא נהירא וגם מתשובת ברית אברה' אה"ע סי' צ"ב שהבאתי בפ"ת לא"ה סי' ע"ה סק"ג לא נראה כן:

ה **עשיר מוחזק לאלם**. כתב באו"ת וז"ל לכאורה משמע דוקא שהוא מוחזק לאלם אבל בתשובת תשב"ץ וכן הביא בכנה"ג בשם תשובות רבות דלאו דוקא אלם אלא שאם הוא בעירו גדול בחכמה ומעלה או אפי' אינו בחכמה רק רוב בני עיר סרים למשמעתו הרי הנתבע (וה"ה התובע וכמ"ש הסמ"ע בסי' י"ג סק"ט וכן הוא בכנה"ג וכ"כ בתשובת מ"ח סי' א') יכול לטעון אלך ואדון בעיר אחרת ואלם דנקט לאו דוקא וכ"כ בתשו' שב יעקב ונכון הוא עכ"ל (וכ"כ בנה"מ וכ"כ בתשובת שבו"י ח"ג סי' קמ"א ע"ש אמנם בפירוש דברי הרמ"א אינו שוה עם השב יעקב הנ"ל דהשבו"י כתב שם דמ"ש הרמ"א עשיר מוחזק ואלם הוא וי"ו המחלקת כו' אך השב יעקב סי' ב' הוכיח בכמה הוכחות שאינו כן אך כתב דאין הפירוש של אלם שהוא בע"ד קשה רק שהוא תקיף ומאוים ואף שהוא צדיק וישר שייך בו דין זה כו' וכתב עוד שם דה"ה אלם אף שאינו עשיר כל שאינו עני דאם הוא עני אין אימתו מוטל על הבריות כדמצינו בדתן ואבירם כו' ע"ש) . והנה מ"ש האו"ת אבל בתשובת תשב"ץ כו' מ"ש הב"י בבד"ה סי' זה שכ' וז"ל כתוב בתשב"ץ נשאלתי על אחד שהזמינוהו לדין גדולי העיר ופרנסיה אשר כל דבר העיר נחתך על פיהם והנידון אומר איך אדון בעיר הזאת והלא אימתכם מוטלת על הדיינים וגם טענותי יסתתמו לפניכ' אמרתי כי טוב הדבר על הדיינים ועל הנידונים לילך במקום הסמוך וכיוצא בזה ראיתי את ר"י זקיני שהתיר לנדיב ר"א שלא לבא לדין עם הנדיב ר' אברהם בטירווש מפני שהיה ראש העיר וכולם נשמעים אליו ורשב"א התיר לחתנו כו' וגם ר"י מפרי"ש עשה כן כו' ואמרתי מזקנים אתבונן כו' עכ"ל והביא כל זה הב"ח על שם מרדכי הארוך ומסיים דגם מהרי"ק שורש א' הביא תשובה זו בקוצר ע"ש. גם בתשובת נו"ב תניינא סימן ב' הביא כל זה ופסק כן בנדון דידיה דבני גליל יהודה יכולים לעכב על שני ולילות האחרים שלא יבררו רבנים מגלילות שלהם לדון בעסק המס הנוגע לכלל הגלילות וכתב שם דמ"ש הרמ"א עשיר מוחזק לאלם אינו סותר לדברי הגדולים הנ"ל דהרמ"א מיירי באינו גדול בחכמה ומעלה ובודאי מחמת עשרו לחוד אין שום חשד שהדיינים יסבירו לו פנים ולא מסתתמי טענה שכנגדו ולכן בעינן דוקא מוחזק לאלם אבל בגדול העיר או פרנס העיר שפיר אפי' מן הסתם חושב הבע"ד שכנגדו שהדיין

מתיירא מפני גדולתו ומסתתמי טענותיו ע"ש. ועיין בתשובת ח"צ סי' י"ד שהביא כל דברי תשב"ץ הנ"ל על שם תשובת מהר"ם סי' תקמ"ו ופירש דבריו דרק עצה טובה קמ"ל וכ' דהכי דייק לישנא אמרתי כ' טוב הדבר על הדיינים כו' ואף שהביא ראיה מר"י ז"ל שהתיר לנדיב ר"א שלא לבא לב"ד בטריווש כו' התם ביחיד המתדיין עם היחיד ובהדרגה קאמר כיון דחזינין דביחיד תקיף אין שכנגדו צריך להתדיין עמו בעירו א"כ ברבים מיהא טוב הדבר וטעם החילוק שבין יחיד לרבים נלע"ד בשני פנים האחד דרבים לא חשידי כולי האי בגזלנותא לאיים ולפחד על הדיין דוגמא לדבר אותה שאמרו (בר"ה דף כ"ד) בההיא בי כנישתא דשף כו' ועוד דאי מצרכת להו לרבי להרחיק לדוד בענייני עירם אין תקנה לצבור לעולם כו' והאריך קצת בזה על נדון דשם ומסיים ואיך שיהי' בנ"ד דיש ויש חכמי' הראויים לדון באלטונא והמבורג ואימת הקהל ק"ק ספרדים אשר בהמבורג לא תבעתם. הדבר ברור לתינוקות שמחוייבים כל היחידים הרוצים לעקור דירתם להתדיין בכאן טרם צאתם ע"ש עוד. והנה מה שמחלק הח"צ ז"ל בין יחיד עם יחיד דיכול לעכב מדינא ובין יחיד המתדיין עם רבים דאינו רק עצה טובה לכאורה לפי הטעמים שלו ה"ה רבים המתדייני' עם רבים אינו רק עצה טובה אולם מדברי הנו"ב הנ"ל לא משמע כדבריו. גם בתשובת מים חיים חח"מ סי' א' חולק עליו בזה וכ' דגם הח"צ ז"ל לא החליט הדבר מדסיים בסוף ואיך שיהיה בנ"ד כו' וגם בתשובת שארית יוסף סי' מ' מבואר להדיא דאפילו יחיד עם רבים יוכל ג"כ להוציאם אם יש ביניהם מי שאימתו מוטלת על הדיינים וצריכים לילך למקום הסמוך האריך שם לדחות ראיות הח"צ בזה (וע' סמ"ע לקמן סימן קע"ה ס"ק ס"ט) ומסיק לדינא בנידון דידיה יכול היחיד לפסול דייני העיר לדון לו בעסק הצוואה אחרי שראשי החברה קדישא דעיר הנזכר הם עיקרי וראשי העיר וכל צרכי העיר נחתכין על פיהם ואימתן מוטלת על כל העיר' ומכ"ש על הדיינים וגם לא שייך אצלם מ"ש הח"צ שהרי יש באלטונא והמבורג כמה חכמים הראוים לדון שאין להם אימה מק"ק ספרדי' אשר בהמבורג כו' דזהו מחמת שאלטונא והמבורג אינם שייכים לספרדים שבהמבורג אבל בעיר הנ"ל שכל הקהל דמתא חדא לא שייך זה ולכן בנ"ד שצריכים לילך לדון במקום הסמוך אבל אין יכול להוציאם למקום רחוק רק בעיר קרובה ע"ש. וע' בתשובת עבוה"ג סי' מ"ז מענין כיוצא בזה מבואר מדבריו ג"כ דאפילו אם הנתבעים רבים יכולים התובעים לעכב מדינא שלא לדון במקומם רק מחוייבים הנתבעים לירד לדין במקום הממוצע בזבל"א או בב"ד הסמוך (ודלא כהח"צ הנ"ל דברבי' הנתבעים אינו רק עצה טובה. ומה דהח"צ ז"ל מדייק מלשון כי טוב הדבר על הדיינים כו' עי' בנ"צ מ"ש בזה) וכ' שם דטענת לב"ד הסמוך נלך עדיף מזבל"א וזבל"א

ובפרט בדורות הללו שיש טועין בדברי רש"י כו' ע"ש. וע' בתשובת שב יעקב סימן א' בנידון אשר שני צדדים הסכימו לדון בזבל"א בצירוף אב"ד דשם להיות שליש ואח"כ היתה רוח אחרת בהתובע אשר לבו נוקפו שיהיה השליש אב"ד דשם מכמה טעמים ותוכן הדבר אשר הנתבע הוא עשיר ותקיף בעירו כמבואר בסי' י"ד בהגה כו' והשיב דאין יכולת בידו לדחות הרב אב"ד מהיות שליש כי דברי התשב"ץ והרמ"א הנ"ל הוא בשלא קיבלו ב' הצדדים אותן הדיינים אבל בנ"ד שקיבלו כל המדינה זה האב"ד להיות להם רב ובכלל זה קיבלו אותו בפירוש שיהיה שליש לכל דבר משפט שיהיה להם ולא חילקו בין ב"ב פשוט ובין ב"ב עם פרנס וא"כ כיון ששני הצדדים הם מאות' קהלה הרי כבר כל א' סבר וקיבל הלא אפילו בזבל"א אם כבר כתבו זה בירר דיין זה כו' אינן יכולין לחזור ובנ"ד שיש לרב זה כת' רבנות וחתומים עליו כ"ח ב"ב בשם כל הקהל שקבלוהו להיות תמיד שליש בכל ריב שבין איש לחבירו ודאי שאינו יכול לחזור ובפרט שתקנה זו הוא משנים קדמוניות שהרב הוא השליש כו' ואח"כ מצאתי און לי בתשובת שארית יוסף סי' מ' כדין זה ממש שנשאל אודות שבמדינת מעהרין עשו תקנה שכל דברי ריבות שיתהוו ביניהם יתנו לפסוק במדינתם ואין אחד מהם יהא רשאי לתבוע לדון חוץ למקומם ועתה נתהוו קטטות כו' והוגד שטענתו לפי שהם תקיפים במדינה והם מאיימים על הדיינים או הדיינים עצמם מתייראים כו' וע"ז השיב אם אין לו טענה אחרת רק זה אין טענתו טענה שהרי כ' הרא"ש בתשו' כו' ואם עשו תקנה או שיש מנהג בעיר שדייני העיר ידונו אף על עניני מס דיניהם דין כמו מי שקבל עליו קרוב או פסול כו' וה"ה לנ"ד ואף שפסקתי על בני ק"ק ברודא שידונו חוץ למדינה כו' ויאמר האומר מה נשתנה ואמרו חז"ל כל כי האי צריך לאודועי לכן אני צריך לפרש כי שם מהר"י (התובע) לא היה מיושב במדינה ואם כן לא היה להם בשעת התקנה עכ"ל וא"כ זה הוא ממש בנ"ד ולכך הבאתי נמי סוף התשו' משום דגם אני צריך לאותו דבר באשר כמדומה שהסכמתי זה כמה שנים עם פסק הראב"ד דהמבורג על ענין זה דעשיר ותקיף בעירו צריך לילך למקום אחר (הוא התשו' דסי' ב' שהזכרתי קצת לעיל) דשם היה התובע ממדינה אחרת משא"כ בנ"ד דשניהם הם ממדינה זו וקיימו וקבלו את הרב הזה להיות שליש לכל ריב אשר יהיה ביניהם כו' עכ"ד ע"ש וע' בנ"צ מ"ש בזה:

1 **מוציאין אותו לדון.** עיין בתשובת מים חיים סי' א' שכ' מסתימת הרמ"א והפוסקים משמע דזהו אפילו אם יש בעיר ב"ד קבוע וכן מוכח מסי' ל"ג ס"ו בהגה כו' וכ' עוד דלכאורה משמע דאם דנו באותו עיר אפילו בדיעבד אינו דין (ר"ל אם דנו בע"כ) מדכ'

הרמ"א בסי' ל"ג ס"ו גבי אבי החתן ואבי הכלה דבדיעבד דינו דין וכאן גבי עשיר ואלם סתם הרב משמע דדעתו דכאן אפילו בדיעבד אינו דין ע"ש וצ"ע:

ז **יכול אחד.** עבה"ט ועיין בתשובת פרח מטה אהרן ח"ב סי' פ"ג ובס' בר"י אות ה' מ"ש בזה:

ח **וכ"ש אם אומר כתבו לי כו'.** ע' סמ"ע שכ' לפי הנראה קשה דלא הל"ל בזה לשון כ"ש דהא אינם שוים כו' ע"ש וע' בתומים מ"ש בזה ומסיק דאף לכתוב טעם הדין בפסק מ"מ בע"פ אומרים לו הטעם וא"ש הכ"ש דבכה"ג דשאל פשיטא שצ"ל לו בפה כל הטעם ע"ש. וע' בתשובת חתם סופר חח"מ סי' י"ב שכ' דהא דלא רצו הסמ"ע והתומים לפרש בפשיטות דהאי וכ"ש שכ' רמ"א מיירי בחושדו ג"כ וגם שואל שיכתוב לו מאיזה טעם י"ל משום דאין זה בגדר כל שכן כי בכלל מאתים מנה כו' וגם מאחר שכ' המחבר צריך להודיעו מאיזה טעם דנו אפילו אם לא שאל ממילא מובן מכ"ש שאל ומה הוסיף רמ"א דבר שפתים. ושוב כ' דנראה לקיים פי' זה בדברי הרמ"א דהנה הנ"י פא"נ כ' דוקא אם יש מקום לחשוד אבל בלא"ה אינו אלא מלגלג ומנדינן ליה והביאו הסמ"ע ובאר הגולה פי' הענין כי אפילו שניהם חכמים וברורו להם דיינים בלא כפיה הנה כל אחד מהצדדים גמר בדעתו לפי עיונו בדין זה שדבריו צודקים דאל"ה לא היה דן עם חבירו כי לא ברשיעי עסקינן אלא כ"א חושב בנפשו לפי דעתו ועיונו בדין זה הוא יצא בצדק ואמנם הדיין פוסק כאחד מהם או לפעמים שלא כדעת אחד מהם וא"כ לכאורה הרי כאן מקום חשד שהרי לפי עיונו בדין לא יצא משפט כזה ואפ"ה אם יהרהר אחר הדיין הרי הוא בר נידוי כי ידוע שאין אדם רואה חובה לעצמו כו' אך בעובדא דכותאי בפא"נ דראה ר"פ שהוא עצמו נתן מקום לחשוד ע"י שפסקיו סתרי אהדדי ע"כ מחוייב לנקות עצמו. ועדיין יש לומר נהי שראוי ונכון שהדיין יפרש טעמו מעצמו להסיר עקשות פה מכל מקום אין רשות לאידך לתבוע כן מהדיין והעזה הוא לומר שחושדו ואם יעיז פניו לא יודיעהו טעמו ולא ישיבהו כלל. דוקא אם שם מחסום לפיו מחמת יראת הדיין וכבודו אז נכון לפרש הטעם מעצמו להוציא עצמו מהחשד אבל לא נגד המערערים הכי הוה ס"ד. והוה ס"ד מ"ש המחבר אפילו לא שאל היינו כלפי הנידון בכפיה ואין מקום לחשוד בעינן דוקא שאל : (כמ"ש בס"א) אבל הכא במקום לחשוד ובלא כפיה מודיעין הטעם אפילו לא שאל ומינה דוקא לא שאל אבל שאל והחציף שחושד הדיין לא יודיעהו הטעם קמ"ל רמ"א דבמקום שיש לחשוד אפילו שאל אע"ג דהרע לעשות מ"מ כתבינן ליה מאיזה טעם שהרי כך כותי העיז ואמר דבתר דידיה אתי מר ואפ"ה לא קנס ר"פ ואמר ליה טעמיה ושוב כתב רמ"א דהעיקר שאין כותבין אלא אומרי' בע"פ לאפוקי נפשיה מחשדא

אבל למה יכתוב להראות לאחרים שיראו שהיה נחשד מזה ולמה לו זה דכיון שדן אותו בלא כפיה לאו כל כמיניה לשאול עצה מאחרים ע"כ לא יכתוב ודי בהודעה אך כשדנו בכפיה והוא רוצה לילך לב"ד הגדול דבלא"ה צריך לכתוב הטענות וכיון דאיכא נמי מקום לחשוד כיון דבלא"ה כותבין וזה חושד ג"כ ויש מקום לחשוד יכתוב ג"כ טעמו וטוב הוא אולי עי"ז שיבין הבע"ד הטעם ושעל חנם חושדו שוב לא ילך לב"ד הגדול זהו מה שנ"ל בפי' הרמ"א עכ"ד מ"ש:

ט **מיהו י"א דוקא כו'**. בגליון ש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ע' בשו"ת ב"ח סי' כ"ב באריכות:

י **וא"צ לכתוב לו הטעמים**. עיין בתשובת חות יאיר בסוף הספר בהשמטות שתמה על זה ע"ש. ולפי המבואר לעיל ס"ק ח' דבאמת בע"פ צריך לומר לו הטעם רק שאין כותבין א"כ לק"מ. וכ' בספר בר"י וז"ל כת אחת שהביאה פסקים מרבני הדור ואינו רוצה להראות לשכנגדו רק השאלה וסוף הפסקים והבע"ד טוען שיראה כל הפסקים בשלימות לרב העיר הדין עמו ומחוייבים להראות כל הפסקים בשלימות. תשובת שער אפרים סי' קכ"ו וכן הסכים הרב עדות ביהוסף ס"ב סי' א' עד כאן לשונו:

יא **אבל ב"ד הגדול שדנו**. עיין בתשובת נו"ב תניינא סי' א' שכ' דאם רק הרב לבד הוא גדול אף אם הוא מומחה וגדול הדור מאד כל שאין גם הדיינים שישבו עמו גדולי ישראל מפורסמים בדור אינו נקרא לענין זה ב"ד הגדול וצריך ליתן בכתב הטענות והפסק אם מתחלה דן בכפיה וכל שלא באו שני הבע"ד לפניו מעצמם לדון אלא ששלח לאחד מהם שמש להזמינו מקרי דן בכפיה (עמ"ש לעיל סי' ה' ס"ב סק"ו ע"ש):

יב **חייב לפרוע לו**. כ' הסמ"ע והיינו אם יצא הנתבע מחוייב בדין זה כו' וע' בתומים ונה"מ דדוקא כשרואין שהתובע נתחייב מחמת שהלך בערמה אז פטור הנתבע אבל כשהתובע הלך בתמימות והיה סובר שהדין עמו והנתבע סירב חייב להחזיר הוצאותיו דלא היה לו לגרום היזק שלא לירד עמי לדין ע"ש:

יג **וכן נ"ל עיקר ובלבד שעשאו כו'**. כ' הש"ך וכ"פ בישו"ש פ"י דב"ק סי' י"ד עכ"ל ובגליון ש"ך דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב וז"ל וכ' שם דבלא נקט רשות מב"ד אף היכי דא"צ ליטול רשות כגון שנכתב לו בשטר שיכול לכופו בערכאות של עובד כוכבים והבע"ד אלם וכדלקמן סי' כ"ו ס"ד בהגה (עי' באה"ג שם אות מ' וצ"ע) מ"מ א"צ לשלם לו הוצאות ע"ש:

יד **שעשאו ברשות ב"ד וכדלקמן כו'**. עי' בתשובת ושב הכהן סי' צ"ט שתמה על הרמ"א בזה ומסיק דעתו לדינא דאם הוציא בערכאות של עיבדי כוכבים בעמדו לפניה' בדין

פטור לשלם ההוצאות אע"פ שסירב עמו לבא לדין ישראל אא"כ עשה ברשות ב"ד אז חייב לשלם אבל אם כפה איתו ע"י ערכאות של עובדי כוכבים שיעמוד עמו לדין ישראל כיון שסירב מלעמוד עמו לדין והוצרך לכופו ע"י ערכאות של עובדי כוכבים חייב לשלם לו הוצאות אע"פ שלא עשאו ברשות ב"ד עש"ה וע' בנה"מ מזה. וע' בתשובת כנ"י סי' צ"ז:

טו **לך ואני אבא אחריך**. עיין בתשובת חות יאיר סי' קס"ח שכ' ומזה פסקתי במי שכ' לחבירו שיבא עם בנו החתן וקבע לו זמן חתונה יום פלוני וחבירו השיבו שיהיה כן ושיבא ולא בא וזה הוציא הוצאות החתונה שאם אין לחבירו התנצלות מספיק שנאנס חייב לשלם לו היזקו ע"ש:

טז **או הב"ד ישומו**. עבה"ט וע' בתשובת ושב הכהן בהשמטות סי' נ"ג שביאר דברי הרמ"א בטוב טעם דהא ודאי בין שמברר כמה הוציא ובין אינו מברר לעולם שייך שומא אך החילוק הוא דאם מברר כמה הוציא וצריך שומא אז השומא הוא אם לא הוציא יותר מן הראוי וכמ"ש סי' קפ"ב ס"ג בהגה כו' אבל אם אינו יכול לברר אז השומא הוא בענין אחר שישומו לו בפחות שבהוצאות וכמ"ש בסי' שע"ח ס"ח וזהו כוונת הרמ"א דמ"ש צריך לברר כמה הוציא וצריך לשלם לו היינו ג"כ לאחר שישומו אם לא הוציא יותר מן הראוי ומה שלא ביאר זה י"ל שסמך עמ"ש בסי' קפ"ב והוא פשוט דודאי לאו כל כמיניה להוציא יותר ממה שהיה צריך להוציא ומ"ש או הב"ד ישומו לו היינו דאם אינו מברר ישומו לו בפחות שבהוצאות ע"ש וע' בתומים ובנה"מ מ"ש בזה. וע' בתשובת נאות דשא סי' נ"א ונ"ב מדינים אלו עש"ה:

סימן טו

א **להפך בזכותו** עי' סמ"ע שכ' ונראה דאין לת"ח בזמנינו דין זה כו' אולם הב"ח כ' שדין זה נוהג אף בזמנינו שאין נוהגים בנו דין ת"ח מ"מ חבת התורה והמצות היא על כל דיין להשתדל בכל צורבא מרבנן לדונו יפה כו' ע"ש ולזה נוטה דעת הש"ך סק"א וכ"ד הכנה"נ אות ג' וכ"פ בתשובת שבות יעקב ח"א סי' קמ"ד משום דאף דאין בזה"ז דין ת"ח ממש עכ"פ צורבא מרבנן דהיינו בחור חריף ודאי איכא (וכ' שם דה"ה לענין אקדומי שייך נמי) בזה"ז שהרי הטור והש"ע מדמו אלו הדינים להדדי ע"ש וכ"פ התומים וכ' דאדרבה בדורות אלו חובה עלינו ביותר לסלסל ולרומם הוגי תורה כו' ע"ש וכ"כ בנה"מ שכן עיקר. גם בס' בר"י אות ג' הביא בשם הגאון מו"ה אורי אשכנזי בביאורו כ"י שחולק על הסמ"ע בזה וס"ל דגם לת"ח בזמנינו נוהג דין זה וכ' לחלק דדוקא בדברים שהם רק לכבודו ולהוציא מאחרי' ממון כגון קנס ליטרא דדהבא ולת"ח ליכא פסידא או בחשש

איסור כגון נדרים או שלא ידון יחידי שמא יטעה וכן מ"ש משרבו בתי דינים שאינם הגונים כו' דשמא יוציא ממון מהבע"ד שלא כדין או בטעות וליכא פסידא בזה להת"ח באלי אמרינן דאין דין ת"ח בזה"ז משא"כ להפך בזכות ת"ח מצד הדין וכן בענין מסים ביו"ד סי' רמ"ג ובדין להחזיר אבידה בט"ע לקמן סי' רס"ב ובדין אחד מהאחין שעשה במעות האחין סחור' דבת"ח השכר לעצמו לקמן סי' רפ"ז באלו מוכח דגם בזה"ז יש אותו דין ת"ח שלא יפסיד הת"ח כו' והוא ז"ל האריך בענין זה ותמה שם על השבו"י הנ"ל במ"ש דה"ה לענין אקדומי שייך נמי בזה"ז שהרי הטור והש"ע מדמו כו' דלא היה צריך הרב לדרוש סמוכים שהרי לפי שיטתו דאף דאין ת"ח בזה"ז עכ"פ צורבא מרבנן איכא א"כ הרי בנדרים דף ס"ב ע"א לענין לאקדומי אתמר נמי לישנא דצורבא מרבנן ותו לא הוה צריך ללמוד מהקישא. אמנם זהו לפי שיטתו אבל באמת ז"א דודאי לדעת מהרי"ו גם דין צו"מ ליכא בזמנינו כדמוכח להדיא במהרי"ו סי' קס"ג ובתשובות שלו שאחר דיני הבדיקות סימן ס"ח כו' (עמ"ש בפ"ת לא"ה סי' ב' סק"ה) והאריך בזה ומסיק ומ"מ נראה דלענין לאקדומי כ"ע מודו דגם בזה"ז דינא הכי כיון שהטעם להקדים הוא שלא יתבטל מתלמודו כמ"ש הריטב"א א"כ כל ת"ח השוקד על תלמודו אף בזמנינו דין הוא להקדימו וכן משמע מהסמ"ע עצמו שהעמיד דבריו בדין להפך בזכותו ולא נקט בדין הקדימה שנכתב ברישא כו' וגם בדין להפך בזכותו אף דהסמ"ע פשיטא ליה דאין לת"ח בזמנינו דין זה נראה עיקר כסברת הב"ח ומהר"ר אורי הנזכר דס"ל דאף לדברי מהרי"ו הכא מודה וכן משמע מדברי הרב רמ"א ומתה"ד סי' שמ"א כו' עכ"ד ע"ש עוד וע' בתשובת כנסת יחזקאל סי' צ"ה הובא קצת בפ"ת ליו"ד סי' רמ"ג סק"ג ע"ש ועמ"ש לקמן סי' רס"ב סכ"א ס"ק ב' ובסי' רס"ז ס"ב ס"ק א':

ב **אבל אם קרובו.** עי' ב"ח וכנה"ג שהשיגו על רמ"א בזה וע' בתשובת שבו"י ח"א סי' קמ"ד שכ' וז"ל הגם שלע"ד עיקר השגתם אינו השגה כלל כו' הרמ"א נמשך אחר נוסחת ספרי הב"י דפוס קראקא כו' מ"מ לדינא נ"ל דבריהם עיקר כי לא מצינו בש"ס וכל הפוסקים שיהא חיוב בשום כבוד לקרובו של ת"ח וגם בדין קדימה לא הוזכר ברי"ף ורמב"ם ושאר פוסקים דין קדימה לקרוב של ת"ח ורב נחמן שהיה רוצה להקדימו (כתובות ק"ו) היינו לפי ששלח ליה רב ענן להודיע שקרובו הוא גילה בדעתו שחפץ להקדימו לכך משום יקרא דרב ענן לעשות רצונו וחפצו לכן הקדימו כו' אבל אם אין הת"ח עצמו חפץ להקדים לקרובו ודאי אין להעלות על הדעת שיהא עשה בהקדמתו ואף אם חפץ הת"ח בזה אין לעשות כן שלא יסתתם טענתו שהרי נענש רב ענן על כך מכלל דלא שפיר עביד אך בבן ת"ח אפשר דיש לו דין קדימה כדמצינו לענין קריאת ס"ת

ולענין סעודה כו' עכ"ל וע' בס' בר"י אות ב' שהאריך בדברי השבו"י הנ"ל וגם בדברי תשובת חו"י סי' כ"א וכ"ג בענין זה ומסיק לענין הלכה העיקר כהסכמת שבו"י הנ"ל דאין להקדים דין קרובו של ת"ח כלל ע"ש וע' בתומים ובנה"מ מזה:

ג **מקדימין כו'**. עיין בתשובת חו"י סי' כ"א וכ"ג שדעת השואל היה דכל הני קדימות היינו אם התובע יתום או אלמנה כו' אבל לא אם הם נתבעים שהקדימה אינה טובה להם והוא ז"ל השיב שזה הבל אף דלכאורה פשטיה דקרא שפטו יתום ריבו אלמנה מיירי כשהם תובעים מ"מ כל שבאו לדין ומבקשים משפט גם נתבע כתובע דמי דבכה"ג בעלמא ה"ל עינוי הדין גם לתובע ולנתבע כו' וע' בתשובת שבו"י ח"א סי' קמ"ד כתב בפשיטות לענין אקדומי לת"ח דוקא אם הת"ח תובע אבל אם הוא הנתבע אין להקדימו דאדרבה כל כמה דמאחרין להוציא מידו טפי עדיף ליה והביא ראיה מפרש"י פ' נשואין דף ק' ע"א בד"ה שרינא תוגרא כו' וגם פי' בזה הא דאמרי' בש"ס נזקקין לתובע תחלה כו' ע"ש אולם בספר בר"י השיג על השבו"י בזה והסכים לדברי החו"י הנזכר עש"ב וע' בתומים ובנה"מ מזה. וע' בתשובת הרב מהר"ר משה רוטנבורג חח"מ סי' א' שנסתפק אם יש להקדים דין ששני הבע"ד ת"ח לדין שאחד מבע"ד ת"ח וכ' דזה תליא בחקירת תשובת חו"י (הנ"ל) דאם נאמר דגם לנתבע יש מעלה א"כ בודאי דטובים השנים מן האחד אבל אי נימא דאין מעלה לנתבע כלל א"כ מה לי ב' או אחד כיון דהעיקר הוא התובע והביא שם קצת ראיה דקדימות אלו שייכים ג"כ בנתבע ובפרט למ"ש האו"ת דס"ל להרמב"ם טעם הקדימה לת"ח משום ביטול תורה בודאי דאין חילוק בין תובע לנתבע ע"ש וע' בתומים ובנה"מ. וע' עוד בתו"י שם דהשואל רצה לחלק דוקא אם היתום בעצמו בב"ד אז יש לו קדימה אבל לא אם היתום משלח אפוטרופס והוא ז"ל השיב שגם חילוק זה ליתא דסתם דין יתום בכל מקום מיירי באפוטרופס שטוען עבורו כו' ע"ש:

ד **דין היתום כו'**. עיין ב"י שהביא תשובת הרשב"א במי ששוכר קטן ומעכב שכירתו אם מוציאין אותו בדיינים. תשו' דבר ברור הוא דמוציאין אותו בדיינים שלא אמרו מפני דרכי שלום אלא במציאה מפני שאין דעת אחרת מקנה אותו כו' ע"ש (ע"ל סי' ע"ר ס"א בהגה) וכ' בכנה"ג הגב"י אות ב' דהרב"י הביא תשו' זו בכאן להשמיענו דלא נימא שאם בא לפני הדיין דין קטן ודין אחד של גדול שמקדימין דין הגדול לדין הקטן התובע שכירות אע"ג דהקטן בא תחלה לפי שאין בגוזל מציאתו אלא מפני דרכי שלום ואינה יוצאה בדיינים שהרי הרשב"א כ' שיוצא בדיינים וא"כ דין המעכב שכירתו של קטן הוי כשאר דינים ולפ"ז בגוזל מציאת חש"ו דאינו אלא מפני ד"ש מקדימין כל הדינים לפניו עכ"ל וכיוצא בזה כ' הב"ח הובא קצת בחידושי הגהות וכת' בספר קצה"ח ומזה

נראה להכריע במ"ש בתשובת שבו"י ח"א סי' קנ"א בשנים התובעים זא"ז ואחד נתחייב שבועת התורה והשני שבועת היסת מי נשבע תחלה (ופסק שם שיטילו גורל ע"ש וע' לקמן סי' צ"ג ס"ה סק"ח) ולפ"ד הב"ח וכנה"ג נראה כיון דשבועת התורה יורדין לנכסיו אם אינו רוצה לישבע ושבועת היסת אין יורדין לנכסיו אלא מנדין אותו עד שישבע הרי הוא דומה למציאת חש"ו ובש"ס פ' שבועת הדיינים מדמה להו אהדדי וא"כ נזקקין תחלה להשביע שבועת התורה ואח"כ שבועת היסת עכ"ל ועיין בס' בית יהודה סי' זה שחולק על הקצה"ח בזה וכ' דלפמ"ש באו"ת סי' פ"ז ס"ק כ"ד בשם הרדב"ז ח"א סי' רי"ו דאם תפס התובע אין מוציאין מידו עד שישבע הנתבע שבועת היסת וכן בספר שער משפט הביא בשם הראב"ן שכת' להדיא כן א"כ בדין הנ"ל יכול זה שנתחייב שבועת התורה לומר לא אשבע עד שישבע זה שבועת היסת דמה לי אם הוא מוחזק בחפץ או בשבועה רק דהקצה"ח לשיטתו בסי' פ"ז שם דס"ל דלא מהני תפיסת התובע אבל דעת הראב"ן ורדב"ז אינו כן ע"ש:

ה **ודין האלמנה כו'**. וכתב מהרש"ל בתשו' סי' כ"ד דגם לאלמנה מחוייבים להפך בזכותה כמו לת"ח ע"ש והביאו הכנה"ג והתומים. ושם בתשו' מבואר דה"ה ליתומים:

ו **קודם לדין ת"ח**. עיין באה"ג אות ז' שכ' ומכ"ש שדין היתום קודם לו ובכ"מ הקשה כו' וע' בתשובת חו"י סי' כ"א ובס' בר"י אות ז' מ"ש בזה: ! **ודין האשה קודם כו'** בגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב ואשה ות"ח ת"ח קודם ב"ח וכ"כ באו"ת ונה"מ ועיין כנה"ג:

ז **היה כותב**. עבה"ט עד ומש"ה כתב וידונו מלכו של עולם כו' ועיין בס' בר"י אות ט' בשם גדול א' שכתב שמעתי פי' מ"ש הטור וידין אותו מלכו של עולם עפ"מ שאחז"ל כל המוסר דינו לשמים נענש תחלה וה"מ דאית ליה דיינא בארעא וכאן שאין לו דיינא בארעא יכול למסור דינו לשמים וידין אותו מלכו של עולם:

ח **ויכול אפילו להשביע**. עיין בתשובת עבוה"ג סי' צ"א שכתב דיש לפקפק על דין זה כי במהרי"ק שם משמע דדוקא משום שהדיין ההוא נבחר לפסוק הן דין הן פשרה אפילו כנגד הדין כו' עיין שם:

ט **ומשרבו בתי דינים**. עיין בתשובת שבו"י ח"ג סי' קמ"ב שכתב על נדון דידיה וז"ל אע"ג דמבואר בש"ע סימן ט"ו והוא מרמב"ם פכ"ד מה"ס ומשרבו בתי דינים כו' הסכימו כו' מ"מ האריך בתשו' מהר"ם אלשיך סי' מ' והוציא כן מתשובת הרא"ש ומהרי"ק ושאר פוסקים דהיכא דאיכ' אומדנות טובא ולבו של הדיין שלם בדבר והוא מומחה בדורו ומוחזק איש ישר שאינו נושא פנים מותר לדון ע"פ האומד אף בזה"ז וכ"כ בתשובת עבוה"ג סי' צ"א (יובא לקמן סי' צ"ב סי"א ס"ק י"א) ונ"ל דגם רמ"א אף שסותם בסי' ט"ו

כדעת הרמב"ם מ"מ בס"ס ל"ט כתב בהגה מי שבא להפקיע תק"ח בערמה ותחבולות וכ"ש לגזול של חבירו חייבים חכמי הדור לבטל כוונתו אע"פ שאין כאן ראיה רק אומדנות מוכיחות היטב ע"כ ואדרבה נ"ל דעכשיו יותר יש לדון על פי האומד והיושר דהרי הסכמת האחרונים דהאידנא לית דמידע דין תורה כו' רק שצריך כל דיין להיות מתון בדין בכל מאמצי כח ולדון דין אמת ואם רואה שהדין מרומה יכול לדון ע"פ האומד לראות לפשר הדבר או להפך השבועה על שכנגדו כו' רק שיהא כוונתו לשם שמים עכ"ל:

י **וכן אין מוציאין** מ"ש באה"ג כאן אות ק' אם א' מבעלי דינים מגזם לחבירו כו' כ"כ בהדיא בש"ע לקמן סי' י"ז סי"ב וע"ש:

סימן טז

א **ויש מי שאומר**. עבה"ט בשם סמ"ע דכל מקום שמצא המחבר כו' וע' בס' בר"י אות ג' שכ' דכלל זה של הסמ"ע סברו וקיבלו הב"ח והט"ז והכנה"ג בכמה מקומות ואין חילוק בין אם כתב יש מי שאומר או ויש מי שאומר ודלא כס' ריח שדה דף כ"ו שרוצה לחלק בזה ונעלם ממנו שכ"כ הסמ"ע עוד בסימן כ"ו ס"ק י"ג וסי' ל"ה סק"י ובשניהם כתב מרן ויש מי שאומר כו' גם לאו דוקא כשהוא סברת יחיד אלא אפילו אם ב' או ג' מהפוסקים ס"ל הכי וזה מוכח מדברי הסמ"ע דסי' כ"ו הנ"ל כו' ומיהו הדבר ברור דימצא בדוכתי טובא שכותב מרן יש מי שאומר היכא דאיכא פלוגתא אלא דכי חזינן דליכא פלוגתא כוונת מרן משום שהוא מחודש וזה פשוט וכ"כ הכנה"ג סי' ת"כ וכ"כ בס' ריח שדה שם ודלא כיד אהרן אה"ע סי' י"ז כו' והאריך בזה ע"ש:

ב **שטר שבידך**. כתב הסמ"ע פי' כשאומר כן לאיש אחר שאינו תובע שלו עכ"ל והועתק דבריו אלה בבאה"ג ובמסורת ובעטרת צבי ובמאמר קדישין ועיין בתשובת שבו"י סימן קמ"ג שתמה על זה דמשמע דבתובע שלו אינו חייב להוציאו ובאמת בב"ח ובכנה"ג מבואר דבתובע עצמו יותר מוכרח להראות ועלה בדעתו להגיה אות א' במקום שכ' פי' וצ"ל כשאומר אפילו טעה המדפיס והשמיט אות א' וצ"ל אפילו כשאומר לאיש אחר וכ"ש להתובע עצמו. ושוב כ' דנכון בלי הגהה דהסמ"ע לא קאי אירישא דמלתא אחייב להוציא ולהכי כתב תיבת וכו' דכוונתו אסיפא באם הלה אומר שאין בידו שטר שיהא בו שום זכות לזה אין מחייבי' אותו כו' ועל זה כתב פי' לאחר שאינו תובע אבל בתובע ודאי בכל ענין מחייבין אותי וכן מבואר מדברי הדרישה וכזה סיים בסמ"ע ועפר"ד ע"ש עוד ויובא לקמן סימן ע"ב סי"ז ס"ק כ"ב:

ג **שאין בידו.** עבה"ט שכתב ואם אמר איני יודע כו' ועיין בכנה"ג בהגב"י אות ה' ובס' בר"י מ"ש בזה:

ד **ה"ז נשבע היסת.** עיין לקמן סימן פ"ז סכ"ה ועיין בתשובת חות יאיר סימן ה' יובא קצת לקמן סי' כ"ב ס"א ס"ק ט':

ה **נותנים לו.** עבה"ט ובכנה"ג לקמן סי' סמ"ך ועיין בספר בר"י אות ה' שכתב דביורש כתב בספר גור אריה דלכ"ע נותנין לו הטופס וכן עשו הלכה למעשה רבני מנטובה ועיין בספר עדות ביהוסף ח"ב ס"ס א' ע"ש שם:

סימן יז

א **א' מהן מלובש.** כ' בס' בר"י וז"ל רבינו ישעיה הראשון סבר דאם העני תובע העשיר אין מזלזלין בו ונכדו ריא"ז בפסקיו לסנהדרין כ"י חולק עליו וסובר דאין חילוק עכ"ל:

ב **אומרים למכובד.** עיין באה"ג בשם מהרש"ל דאין בידינו כו' אבל נאמר לו אל תירא כו' ומשמע דעכ"פ נצרך לומר להשני אל תירא וכן מבואר בב"ח וכנה"ג אבל בש"ך משמע דא"צ לומר וכ"כ באו"ת דלכך לא נהיגי כלל לומר דבר וע' בתשובת הרשד"ם חח"מ סימן ב':

ג **א' יושב וא' עומד.** כ' הב"ח פי' שאסור לומר לאחד עמוד ולשני מניחו לישב או לומר לא' שב ולשני מניחו לעמוד וכן הוא בתוספתא להדיא ולא יהא מעמיד א' ולא מושיב אחד אבל פשיטא אם באו לפנינו והאחד ישב מעצמו והשני עומד מעצמו אין להזקק להם עכ"ל ובכה"ג אות ב' חולק עליו ואוסר גם בכה"ג ע"ש:

ד **ואם רצו ב"ד להושיב.** כ' בס' בר"י בשם מהר"ר אורי ז"ל דתשב"ץ (אולי צ"ל דרשב"ש) סימן סקי"ז כ' אבל הבע"ד עצמן אינם יכולים לישב מעצמן ואם ישבו מעצמן צריכים הב"ד לומר להם עמדו ואחר כך אם ירצו להושיבן מושיבין וע"ש ובזה מיושב מה שהקשו התוספת (בסנהדרין דף י"ט ובשבועות דף ל') מעובדא דשמעון בן שטח דינאי ישב מעצמו לכך היה צריך לומר עמוד אבל הב"י סימן כ"ח כ' בשם המרדכי להפך עכ"ד והוא ז"ל כ' דמה שיישב לקושיית התוספת כן תירצו רבינו יונה בחי' לסנהדרין כ"י והרשב"א בחי' שבועות והר"ן בחי' סנהדרין ודברי המרדכי הנזכר הביאו גם כן הב"ח והכנה"ג בסי' זה ועמ"ש התוספת בשבועות ובמ"ש בתשו' אמונת שמואל סי' ט"ו ובס' צאן קדשים בזבחים דף ו' ע"ד ע"ש:

ה **ועמידה ע"י סמיכה.** עט"ז וע' במג"א סי' קמ"א סק"ב ובסי' תכ"ב ס"ק י"א ובס' או"ת כאן וע' בספר עטרת צבי ובחשובת בית אפרים חח"מ סי' א' מזה. וע' בס' בר"י שהאריך

הרבה בזה ובסוף כתב והנכון כמ"ש הרב מהר"ר צבי אשכנזי בהגהותיו וט"ז דמור"ם סמך על סוף דברי הריב"ש דהיקל מטעם דהוי מדרבנן וקרא אסמכתא עש"ב ולפ"ז צ"ל דבחליצה באה"ע סימן קס"ט בס"ח סמ"ה החמיר מור"ם כי היכי דהחמירו שם בכמה מילי כידוע ובהכי ניחא דלא הביא בהגה בא"ח סימן תקפ"ה מ"ש בדרכי משה משם מהרי"ל דהתוקע לא יסמוך כו' דס"ל דאין להחמיר כ"א בחליצה אבל בשופר מקילינן כי היכי דמקילין לענין עדים ובעלי דינים וזה מדוקדק מ"ש כאן בהגה מיקרי שפיר עמידה לענין זה וכיוצא בו דהוי מדרבנן עכ"ד ע"ש:

ו **ע"י סמיכה**. עבה"ט עד ואין כן דעת הב"ח כו'. וע' בתומים שהסכים להסמ"ע ודחה ראיית הב"ח ע"ש וכן העתיקו בנה"מ וגם בס' בת עיני בחידושי ק"מ דף ס"ט ע"ב דחה ראיות הב"ח בטוב טעם ע"ש:

ז **וגם הנתבע לא יקח**. עסמ"ע סק"ח עד ואינו תולה בדעת התובעין או הנתבע אלא הב"ד יכוף שניהם לכך. והב"ח פוסק דאין תלוי רק בדעת הבע"ד ואם הם מתרצים שישבו אוהבין אצלו אין למחות על ידם ע"ש וכן עיקר. או"ת ונה"מ. ועיין בתשובת הרדב"ז ח"ב סימן תשנ"ג שכ' בראובן ושמעון שבאו לדין ושמעון הביא מיודעיו עמו וראובן אמר יסתתמו טענותי וא"ל שמעון גם אתה תביא מיודעך עמך וראובן אומר איני חפץ אלא שנינו לבד הדין עם ראובן כי שמא מיודעיו של שמעון חריפי טפי ומרמזי לשמעון טענות או שמא הם חזקים ואלמים או כיוצא בזה וראיה מהא דאמרינן היה אחד לבוש אצטלא כו' ואף על גב דאמרינן הלבישהו כמותך והכא הא אמר תביא מיודעך כמוני ל"ק כי המלבושי' שווים ולא האנשים שוים כו' עד כללא דמלתא אי טעין מסתתמן טענותי ויראה לב"ד שיש ממש כדבריו אפילו בדרך רחוקה שומעין לו ע"ש וע' בס' בר"י אות ד':

ח **אסור לדיין לשמוע**. כ' כנה"ג אות י"ג וז"ל איסור זה מדאורייתא הרד"ך בית כ"ו והרשד"ם חיו"ד סי' קנ"ג בשם מהר"א פורמון וכ' הראנ"ח ח"א סי' ד' דאין חילוק בזה בין דין יחידי או ב"ד השוה לשניהם לברורי' שזה בורר לו א' וזבל"א וכו' וע' עוד באות י"ד דו קא לכתחלה אבל בדיעבד אינו פסול מהריב"ל ח"ג סי' צ"ח רשד"ם ח"מ סי' ב' וכן מוכיחין דברי הסמ"ע. וצ"ע אם חולקין על הרד"ך שסובר שאיסור זה מדאורייתא ולדידיה אפשר שאפילו בדיעבד פסול עכ"ל. ועיין בס' ארעא דרבנן אות קפ"ג שכ' בפשיטות דמדברי מהריב"ל ח"ג דכ' דדוקא לכתחלה אבל בדיעבד אינו פסול נראה שחולק על הרד"ך וס"ל דאין האיסור אלא מדרבנן דהא בדאורייתא אין חילוק בין לכתחלה לדיעבד עכ"ד ובהגהות עפרא דארעא שם כ"ד פשוט לדברי הרד"ך דאיסורי מדאורייתא דהא ילפינן לה מקרא ומדברי מהריב"ל אין ראיה שהרי מצינו אין דנין

בלילה דאיסורו מן התורה ואף על פי כן הרבה מהפוסקים סוברין דבדיעבד דינו דין וכן טבילת גר בלילה אע"ג דמשפט כתיב ביה כו' ע"ש. עי' בס' בר"י אות ד' מענין זה אי בדאורייתא איכא לאפלוגי בין לכתחלה לדיעבד ע"ש. ושם באות ח' כ' תוכחת מגולה על הדיינים שאין נזהרים בזה ושומעים בע"ד א' לבדו הבא אל ביתם והביא דברי הזוהר פ' וישב דף קמ"ט ע"ב דאיתא שם כל דיינא דקביל מבר נש מלה עד לא ייתי חבריה כאילו מקבל עליה טעווא אחרא למהימנותא כו' וכ' ומאנה הנחם נפשי על זה וכיוצא בזה שראיתי לאיזה מורים וכבר ארז"ל כל פרצה שאינה מן הגדולים אינה פרצה וע' להרב שמלה חדשה (סוף סוטה) שהוכיח בקצת דברים שנוהגים הדיינים והראשים עש"ב וכ' עוד א' אומר לדיין טענותיו וטענות חבירו אסור לשמוע ולזה אצטריכו תרי קראי מדבר שקר ושמוע בין אחיכ'. עדות ביהוסף ח"ב סי' א' והדין דין אמת ופשוט מאד ע"ש:

ט **לשמוע דברי בע"ד**. עיין בתשוב' זכרון יוסף סי' ב' אות ו' שכתב דודאי מותר להדיין לשמוע בדרך קובלנא היולי וחומר אופן התביעה אמנם לא צורתה ואיכותה ומהותה על גדר מרכז הויתה עד"מ אם קיבל א' לפני מי שיודע שיהיה דיין בדבר קבען פלניא אסור לחקור ולומר לו איך קבעך ובמה ומתי קבעך ובפני מי וכדומה לזה כו' ומיהו מל' מהרי"ל שהביא בד"מ סק"ד משמע קצת דאפילו קובלנא בעלמא אסור לשמוע עכ"ל ע"ש:

י **מותר להיות**. עבה"ט מ"ש אכן כו' עד דחשיב כנוגע כו' ובגליון ש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב עיין בתשו' ח"צ סי' קל"א ובתשו' מהרי"ט ח"ב חח"מ סי' ע"ט עכ"ל וע' לקמן סי' ל"ג סי"ב בש"ך סק"ט ומ"ש שם : וע' בס' בר"י אות י"א שהאריך הרבה בזה ובסוף עמד ע"ד הש"ך שכ' בפשיטות אכן אם כבר נשאל כו' ולא זכר שמהריב"ל בתשו' זו שהזכיר הש"ך מקודם חולק בזה וגם מ"ש דכ"כ ר"ל בן חביב כו' הוא ע"פ דברי מהרשד"ם שם אבל יש פנים לו' דהרלב"ח מודה למהריב"ל בנדון זה כמ"ש הרב עדות ביעקב סי' מ"ב כו' ומסיק וכ' ולענין הלכה נראה דקיי"ל כמהריב"ל כאשר הסכימו מהרש"ח והרב דינא דחיי וכן נראה שהוא דעת מהרי"ט סי' ע"ט ולזה נוטה דעת הרב בני משה והרב עדות ביעקב והראיות שהביא הרב באר שבע סי' ע"ד הרוא' יראה שאין ראיה מהם שיהא אסור לדון ע"ש. וכת' עוד דאף לדעת מהרשד"ם דאסור לחכם שכ' פסק לדון אותו נדון אם עבר ודן אותו נדון להבע"ד עצמם דינו דין מהר"ם עוזיאל בתשו' כ"י הביאה הרב דבר משה סי' ג' ע"ש ועיין כנה"ג ובאו"ת מענין זה וע' מ"ש לקמן סי' רל"א סכ"ח סק"ו:

יא **פסק לאחד מבעלי הדינין**. עיין בתשו' רמ"א סי' קי"ב שהתנצל עצמו שהשיב לאחד מתלמידיו לענין דינו אודות ירושת אשתו אף כי נאמר שמוע בין אחיכם מ"מ שאני כאן כי אין זה תלוי בטענה שבין איש לחבירו רק בדיני נחלות ואין חילוק בזה בענין טענה

כו' ע"ש עוד ועיין בתשו' שבו"י ח"א סי' ס"ד שעשה סמוכות לדבריו וכתב דהמקרא מסייע קצת שנאמר ותקרבנה בנות צלפחד כו' תנה לנו אחוזת נחלה כו' ולא נזכר שאחי אביהם טענו נגדם ואעפ"כ שמע משה ואהרן והזקנים דבריהם לפסוק להם הדין ע"פ שאלתם. וע"ש עוד שכ' דהרבה אחרונים צידדו להקל בכל ענין להשיב להשואל לבדו וכ"כ בכנה"ג בטוח"מ ס"ח סי' י"ז סעיף י"ט (וגם בס' בר"י אות ט' בשם הר"ש בן הרשב"ץ סי' ר"ל) אכן דעתי לאסור וכן העליתי בספרי משפטי יעקב שכן עיקר וכ"ש בדורות הללו שאין ידינו תקיפה לכוף לדון בדיני ישראל יש לחוש דאם יאמר לו הדין אפי' בעל פה ויראה שלא יזכה בדינו ישמיט עצמו מד"ת לכן הירא וחרד ימנע עצמו שלא להשיב כלל לשואל לבדו ע"ש. ושם בח"ג סי' צ"ט השיב לצד א' בענין מי שביזה לת"ח וכ' הגם שאין להשיב לאחד מן הצדדים אמנם כבר הזהירו חז"ל דאסור לשמוע זילותא דצורבא מרבנן ולשתוק ובודאי ראוי להפך בזכותא דצו"מ גם בתשו' מהרש"ל סי' כ"ד מתיר כה"ג להפוך בזכות על אלמנה אחת אם השאלה רחוק ממנו ולא יהיה דיין בדבר ובתשו' הרשב"ם ביו"ד סי' קל"ג כ' דבאפרושי מאיסורא אפי' מדת חסידות ליכא ואין לך אפרושי מאיסורא גדול מזה דהרי הוא כאפיקורס המבזה חבירו בפני ת"ח מכ"ש המבזה ת"ח עצמו וכ"נ ראיה מש"ס גיטין דף ז' שלח מר עוקבא לר' אלעזר בני אדם העומדים כו' הדבר יצא מפי ר"א כו' עכ"ד ע"ש. ועי' בתשו' עבוה"ג סי' מ"ז שהשיב לצד א' בענין באיזה מקום ידונו וכ' הגם שגדולי ראשונים לא היו משיבים בד"מ לא' מן הצדדים מ"מ בנ"ד אם אין אנו משיבים להתובעים לא ישיגו לברירת דיינים כי על דא הם מדיינים ויהיה שורת הדין נלקה כו' ע"ש וכן עשה מעשה בתשו' שב יעקב סי' ב' וסי' ג' ע"ש גם בתשו' מים חיים חח"מ סי' א' ע"ש. וע' עוד בתשו' עה"ג סי' קכ"ד שכתב דבתשו' מהר"ם פדוואה סי' פ' כ' דבדבר שיש בו דררא דמצוה אין לחוש לחששא זו כו' ועל זה סמך גם הוא ז"ל והשיב לא' מן הצדדים לפי שהיה שם דררא דמצוה לבל ינתק ויתפרד השידוך מיתומה אחת ע"ש. ועי' בתשו' מעיל צדקה סי' נ"ג דמתחלה פקפק ומתמה על האחרונים שסמכו להקל בענין זה לחלק חילוקים מלבם היכא שהשואל בדוק להנשאל שכוונתו לידע האמת אתו או לא ואין כוונתו ח"ו ללמוד לשקר וכן היכא שיש בו דררא דמצוה כו' אחרי שזה האיסור נובע מהזהרות דאבות העולם שאמרו אל תעש עצמך כעורכי הדיינין וכמ"ש רש"י בשם מר יהודאי גאון ז"ל כו' אמנם מסיים עכ"ז אמינא פוק חזי רבני קשישאי דסמכי להשיב למי שהוא בדוק להו כו' ע"ש:

יב **מפי התורגמן**. עבה"ט סק"ח מ"ש ומה שבזה"ז נוהגין לדון לועזים כו' עד ואין אחר הקבלה כלום. וע' בב"ח מבואר טעם אחר שכ' דבדיני ממונות אינו אסור אלא מדרבנן

ולכתחלה דוקא ועובדא דהנהו לעוזי דאתו לקמיה דרבא כו' דפריך עליה ממתניתין הוה נמי בכה"ג שהיה אפשר בדיין אחר שהיה מכיר בלשונם להשיב להם ופרכינן עליה היכי עביד הכי לכתחלה ופריק רבא מידע הוי ידע כו' אבל היכא דלא אפשר כגון בני איטליאה ובני תוגרמה הבאים במלכותינו ואין כאן מי שיכיר לשונם כל עיקר שומע הדיין ע"פ תורגמן אף לכתחלה דבכי הא לא תיקנו רבנן כו' ע"ש. וכדבריו כ' בתשו' הרדב"ז ח"א סי' של"א שנשאל ג"כ על דבר זה על מה סמכו הדיינים בזה"ז שמעמידין תורגמן והשיב דיפה סמכו דלפי דעת רוב מפרשים הך עובדא דלעוזי עדים הוי דבעינן בהו מפיהם ולא עד מפי עד אבל בבעלי דינין דליכא האי טעמא דנין שפיר ע"י תורגמן כו' ואפי' לדעת הרמב"ם פכ"א מה"ס ודעימיה שפירשו הך עובדא בבעלי דינין נמי א"ש דהא דלא ישמע מפי המתורגמן מדרבנן בעלמא הוא והיכא דאפשר אפשר והכי הוה עובדא דרבא כו' אבל היכי דליכא מאן דידע לישנא דהנהו לעוזי שומעין טענותיהם מפי המתורגמן כיון דלא שכיח כולי האי ואיכא פסידא לבע"ד לא גזרו רבנן. וכתב עוד ומזה הטעם אני אומר דאי ליכא תורגמן כלל שומעין ע"י רמיזות ותנועות ודנין עליהם אך זה דוקא לד"מ אבל לד"נ כו' ע"ש עוד (וע' בס' שער משפט מזה) . והנה מ"ש הרדב"ז שדעת רוב המפרשים דהך עובדא דלעוזי עדים הוו כו' ע' בס' בר"י אות י"ג שהאריך בזה. ועי' עוד בס' בר"י אות י"ז שכ' בשם הרב המבי"ט בקרית ספר פכ"א מה"ס דלא יהא הדין שומע מפי המתורגמן היינו דוקא בתורגמן א' אבל על שני תורגמנין יכול לסמוך והוא ז"ל כ' דמדברי הב"ח והרדב"ז הנ"ל דהיכא דלא אפשר שרי ע"י תורגמן ולא הצריכו שנים נראה דל"ש אחד ל"ש שנים דאם יש דיין מכיר לדונם צריך הדיין המכיר לשונם ולא מהני שני תורגמנין ואי ליכא דיין המכיר לשונם סגי בחד דאי לאו הכי הו"ל למימר דאי משכחת שני תורגמנין יעמידו דבהכי אפי' לכתחלה אמרו לסמוך אלא משמע דלכתחלה אף שני תורגמנין לא מהני וטעמא דכל שהדיין שומע מפי הבע"ד יכול לברר ולכוין האמת ועוד דאיכא למיחש שמא התורגמנין גם שניהם לא הבינו הטענות כדחזי ולפ"ז נראה דגם למאי דקיי"ל סי' קכ"ד דהנתבע א"י למנות אנטל"ר ה"ה דלא מהני אם ימנה הנתבע ב' שלוחים כו' (עמ"ש בסי' קכ"ד שם) ע"ש:

יג **ולשנות אותם.** עבה"ט שכ' נראה דצריך לשנותן לפני בע"ד מיד כו' ובב"ח כת' וז"ל והחזרה תהיה בפניהם אם הוא דיין אחד כמו שלמה המלך ואם הם ג' או יותר יחזיר א' מהם הטענות בפני חביריו שלא בפני הבע"ד והם חוזרים ג"כ הטענות עמו בנחת כו' עכ"ל וע' בכנה"ג שכתב ולדידי הטעם הוא שבהוצאת הדיין הטענות בפה מועיל לו לדעת משפט הדין ההוא ע"ש. וע' בס' בר"י אות י"ח שכ' ויש ראיה לדברי הכנה"ג

מלשון דברים רבה פ' שופטים כו' ולפ"ז אם הם ב"ד של שלשה א"צ לחזור הטענות לפני בע"ד אלא א' יחזור לפני חביריו וכמ"ש הרב ב"ח אבל רבינו יהונתן הכהן הביאו בתמים דעים סי' רט"ז פירש וז"ל אחר שישמע טענות כל אחד ואחד צריך שיאמר לבעלי דינין אתה טוען כך וכך ואתה טוען כו"כ כדי שלא יחשדו אותם הבע"ד שמא שכחו אחת מהטענות עכ"ל וקרובים דבריו לדברי הסמ"ע ולפ"ז אף אם הם שלשה צריך להחזירם בפני בע"ד וכן נקט רבינו יהונתן בסוף דבריו לשון רבים ונ"ל שיש להחמיר כדבריו ע"ש וע' באו"ת מזה:

יד **עד שיטעון.** עבה"ט שכ' הסמ"ע הוכיח דהטור חולק ע"ז כו' ובט"ז בשם מהרש"ק השיג עליו דעל הך דעד א' לא פליג הטור וס"ל ג"כ דלא יאמר הדיין כו' וכ"כ בס' לחם משנה פכ"א מה"ס ע"ש וע' בב"ח ובכנה"ג ובס' בר"י אות כ"א וע' בתשב"ץ ח"א סי' ע"ז. ועיין בתשובת פני יהושע ח"ב סי' פ"ז שכתב דאי אפשר לפרש דברי הרמב"ם (והש"ע) כפי המובן מפשוטו שצריך שיטעון דוקא בלשון הזה ע"א אינו נאמן עלי אבל אם לא טען כן אע"פ שהכחיש את העד חייב. חדא דא"כ לא מצאנו ידינו ורגלינו בב"ה דמעשים בכל יום שזה מביא עד א' וזה מכחישו ויוצאים לחוץ והב"ד פוסקים שד"א בלא שום פקפוק ועוד דא"כ גוף הדין הוא פלא דאיך ס"ד שהבע"ד עצמו יהיה מחוייב לפסוק הדין מ"ש זה מכל הטענות כו' אך עיקר הפי' בדברי הרמב"ם הוא דלאו דוקא שיאמר האי לישנא אלא שיכחישנו בפניו והיינו דאע"פ שהבע"ד הכחיש את חבירו וחבירו הביא העד לא יאמר הדיין הרי כבר הכחיש וע"א בהכחשה אינו כלום קמ"ל דלא יאמר כן אלא הבע"ד עצמו יטעון שהוא מכחיש דאף על פי שכבר הכחיש את חבירו שמא לא יעיז נגד העד ויודה לדבריו לכן צריך שיאמר בעצמו שהוא מכחישו אבל ודאי דאם מכחישו אף שאינו אומר עד א' אינו נאמן פשיטא דפסקינן כדין וגדולה מזו דאפילו אומר יודע אני בעצמי שאיני חייב אך כיון שזה העיד אני חייב ע"פ הדיינין מחוייבין לפסוק כדין תורה וזה מוכח מהא דגרסינן פ' חזקת הבתים (בבא בתרא ד' מ"א) כו' וגדולה מזו דאפילו טענה שלא הזכיר הבע"ד כלל כל שטענה קרובה היא טענינן ליה אנן משום פתח פיך לאלם כדאשכחן בהשולח דר"נ טען דילמא פרוזבול היה לך ואבד אע"ג דהבע"ד לא הזכיר ואפשר דלא עלתה על לבו אלא כיון שטענה קרובה היא דלא שביק התירא כו' טענינן ליה אנן וזהו דקאמר בש"ס פח"ה הנ"ל מהו דתימא האי גברא מזבן זבנא להאי ארעא ושטרא הו"ל ואירכס כו' ר"ל מהו דתימא גם זו טענה קרובה הוא כיון דאכל שני חזקה קמ"ל דלאו טענה קרובה היא אבל טענה קרובה פשיטא דטענינן ומכ"ש הכא בעד א' דא"צ לטענתו כלל דהתורה פטרתו מה לנו לטענתו עכ"ד ע"ש. וכיוצא בזה ממש

כתב ג"כ בס' כפות תמרים פ' לולב הגזול (סוכה דף ל"ד) דאם הבע"ד השיב זה העד מעיד שקר ולא ידע לטעון עד א' אינו נאמן עלי. יראה בעיני דהדיין יפסוק הדין דעד א' אינו נאמן כו' עש"ב וע' בתומים ובספר שער משפט מזה:

טו **כעורכי הדיינים**. ע' בב"ח שהביא כאן דברי הש"ס פ' הכותב מעובדא דקריבתא דר"נ וכתב וז"ל שמעינן דבאינו אדם חשוב אין איסור לערוך לפני הדיינים ראיות לזכות קרוב דא"נ ללמוד לקרובו טענות אמת עכ"ל ועיין בתוי"ט פ"ק דאבות מ"ח דנראה לו כשאינו אדם חשוב אפילו שלא לקרובו שרי ושוב הביא לשון רש"י דמוכח דאם אינו קרובו לא שרי ע"ש. וע' בש"ך לקמן סי' ס"ו ס"ק פ"ב שכ' וז"ל וכתב בש"ג פ' הכותב שמותר להשיא עצה למחול אם יגיע לו ליורש שום הנאה במחילה זו ובלבד שלא יהא המייעץ הזה מן הדיינים שאין לו לדיין ללמד טענות ותחבולות והוא ממשמעות הש"ס שם בעובדא דקריבתא דר"נ עכ"ל וע' בס' שער משפט סי' זה סק"ה שתמה דמנ"ל לחלק בהכי דמפשטא דמתני' משמע דאף שהוא אינו דיין בדבר לא יעשה כעורכי הדיינין וכן משמע בתוי"ט ובב"ח דאף לאיש אחר אסור ואפשר דאף הש"ג לא התיר אלא לגבי יורשים כו' ואפשר דהש"ג מיירי מקרוב להבע"ד ואפ"ה אם היה דיין בדבר אסור וצ"ע ע"ש. ועיין בס' בר"י אות כ"ג שהאריך בענין זה ותמה שם על המנ"י כלל ע"ה אות ל' שכ' הא דצריך אדם חשיב להחמיר ה"מ בזמן הש"ס דהיו ג"כ מחמירים במקום שאינן בני תורה משא"כ בזה"ז לא חיישינן לטעות כו' וכ' עליו שדבריו דחוקים כו' ותו שהרי הטור ומרן הביאו בכמה מקומות דין אדם חשוב ע' בא"ח סי' ש"ח וביו"ד סי' קמ"ב ובסי' קנ"ב ובס"ס קע"ג כו' ומסיק וכתב ומן האמור יוצא במאי דקמן דאדם חשוב צריך ליזהר שלא ללמד אפי' לקרובו טענות אמת ושאר כל אדם יכול ללמד לקרובו דוקא טענות אמת אבל אם אינו קרובו לא וכמ"ש הרב ב"ח וכן מוכח מדברי רש"י ורבינו יונה והריטב"א והר"ן דאמרו בטעמא דאדם חשוב שלא ילמדו ממנו לאנמורי לשאינם קרובים נמי ע"ש:

טז **כרשעים**. עבה"ט דאין להסתכל כו' ובס' עטרת צבי כ' אבל טוב לראות (ר"ל שלא בהסתכלות היטב רק לראות) בפניו ויטיל אימה כדי שיטעון האמת וכשאין רואין עליו יטעון מה שירצה וזה בדוק ע"ש:

יז **כך וכך תתחייב לי**. כ' באו"ת וז"ל אין הפי' דהוא טוען עתה עליו בב"ד כו"כ אתה חייב לי דא"כ אימת יאמר לו הדיין שקר אתה דובר קודם גמר דין ח"ו להסתים טענת בע"ד ובגמ"ד פשיטא דידון כפי הצדק אבל הפי' כך דאמר לו אילו רציתי יכולתי לתבוע אותך בכו"כ אלא שאין רצוני ובאמת אין בידו מכח הדין לתובעו בכך וכך הואיל ואין זה מעין המשפט אשר דנו עליו כי הוא באמת אינו תובעו בכך ולכן יש לדיין לומר לו שקר

אתה דובר לא היה באפשרך לתובעו מפאת הדין בכך כ"א ישתוק הדיין יטעה השומע ויחשוב שהאמת כך שהיה באפשרי לטעון כך מדשתק הדיין וידון השומע דין מעוקל בפעם האחרת וזה היה העובדא בכתובות (דף ס"ט) דאמר אחי אילו הוה לך זוזי סליקנא בזוזי כו' והדבר פשוט רק הארכתי הואיל ולשון הש"ע סתום עכ"ל וכן מבואר מדברי השיטה מקובצת בכתובות שם בשם הריב"ש שכ' וז"ל מכאן היה ר"ת רגיל כשהיה בדין ורואה א' מבע"ד אומר לחבירו אילו רוצה לטעון טענה פ' הייתי נאמן או אילו היה דבר פלוני הייתי מתחייב לי בדין ואין הדין כן היה ר"ת מכחישו כדי שלא יטעו השומעים דמדשתיק אודויי אודי ליה כי האי עובדא דאמימר עכ"ל. וכיוצא בזה ממש כ' ג"כ בס' בר"י אות כ"ד דכי אמר ר"ת דצריך הדיין לומר שקר אתה דובר היינו בדבר שאין הדיין עתיד לאומרו כי ההיא דאמימר כו' דלא הוה עתיד אמימר לגלות מה שורת הדין היכא דאית להו זוזי בכי הא הוא דיליף רב מניומי דמדשתיק אמימר למאי דקאמרי אחי ש"מ דהכי קושטא דדינא ומזה למד ר"ת דבכה"ג צריך הדיין לומר שקר אתה דובר אבל בדבר שעתיד הדיין לעשות מעשה תיכף דברי הבע"ד בזה מודה ר"ת דא"צ שתיכף יאמר שקר אתה דובר כי עוד מעט בעיניו יראה כי לא דבר נכונה. וכ' לישב בזה קושיית ח"א מופת הדור מהר"ח אבואלעפיא מהא דס"פ הנושא (כתובות ק"ד ע"ב) בעובדא דחמתיה דרב חייא אריכא כו' ע' בתוס' שם והביא בשם ס' לשון למודים סימן כ"ד שכתב עוד לישב קושית חכם הנזכר דמעולם לא אמר ר"ת הכי אלא במגזים לחבירו כו' כדי שיתרצה במה שתובעו או שמגזים הנתבע לתובע כדי שיתרצה בפחות מהתביעה כו' ע"ז רגיל לומר שקר אתה דובר כי אולי יתפחד ויתרצה ויפסיד את שלו משא"כ בבע"ד שטוען לפני הדיין כו' והוא ז"ל פקפק בתירוץ זה מחמת דברי שיטה מקובצת הנ"ל. וכ' דלכאורה אפשר לתרץ עוד על קושיא הנזכר ע"פ מ"ש בתשובת מהר"ם ב"ב דפוס פראג סי' תתע"א שכ' ור"ת כשהיה יושב בדין וא' מבע"ד מגזם לחבירו ואומר כו"כ תתחייב לי בדין וכשנגדו אינו בקי בדינין רגיל ר"ת להכחישו כו' ולפ"ז בההיא עובדא דחמתיה דרב חייא אריכא לא הוצרך רבא לומר לה מאחר דבעל דינה היה רב חייא כו' אך יש להרהר על זה דמ"מ יש לחוש לשומעי' וע"כ נראה דמ"ש מהר"ם ושכנגדו אינו בקי בדינין לאו למימר' דאי בקי אף דשתיק ולא קאמר מידי דהדיין מצי שתיק נמי אלא הכוונה דכשנגדו אינו בקי ומש"ה אינו מכחישו הוא עצמו ואורחא דמלתא נקט כו' עוד הביא שם בשם שני גדולי' הובאו בס' צרור הכסף שכתבו לישב קושיא הנז' דלא נא' דין זה דר"ת אלא כשהבע"ד פוסק הדין בהנהו דאמרי אי הוה לן זוזי סליקנ' בזוזי אך אם הבע"ד היו דבריו עם הדיין בדרך שאלה שיעשה לו כך א"צ הדיין להשיבו שאין הצדק אתו עש"ב:

יח **אין לדיין לפסוק יותר.** עבה"ט עד והש"ך מיישב דעת הרמ"א כו' וע' בפנים בש"ך דמבואר דעתו לדינא דאם רואה הדיין שהתובע טועה בדין מה שאינו תובע יותר הוי מחילה בטעות ויש לו להדיין לפסוק כל מה שמגיע לו על פי הדין אך אם הדבר ספק אם מחמת טעות אינו תובע יותר או מחמת מחילה בזה הוא דקאמר הרמ"א שאין לדיין לפסוק יותר והיינו ממש עובדא דש"ס ברבינא כו' ע"ש וכן הסכים באו"ת אלא שכ' לחלק בין ת"ח לע"ה דע"ה בחזקת שא"י הדין וטעה ע"ש. אולם בתשובת מעיל צדקה ס"ס נ"ג הקשה על הש"ך בזה ומסיק לדינא דדוקא אם ברור שידע לתבוע יותר כי ההיא דרבינא שמתחלה תבע כל דמי גדרו כו' בזה הוא דאמרי' דמה שלא תבע יותר הוה כמחילה מפורשת ולכן אין לו לפסוק יותר אבל כל שאר מסתפקים אם מחל לו המותר או טעה בדין הא ודאי דרשאים הב"ד לומר לו שע"פ הדין מגיע לו יותר וכ' עוד ז"ל ונראה דנאמן הוא לומר שטעה לתבוע ממנו זה המועט והסברא נותנת שהאמת אתו דלא שכיח שאדם ימחול כ"כ ועוד דברי ושמא ברי עדיף והרי הוא טוען ברי והנכון שהב"ד יאמרו לו שאם מתחלה כוון למחול מותרו הרי גזל בידו ליקח יותר ודי בזה כי מהיכי תיתי לומר שיחזיר מכח אמירת הדיינים אם באמת גם מתחלה ידע שיש לתבוע יותר ומחל מסתמא עדיין יעמוד במחילה ומה בכך שהב"ד יאמרו לו דשייך לו יותר ואם מתחלה באמת מחמת ספק לא תבעו יותר הרי זה פתח פיך לאלם והוא בכלל לכל אבידת אחיך (ע' כנה"ג הגה"ט אות ל"ז בשם תמים דעים בשם הר"ר יונתן ל"ז דהא דאמרי' פתח פיך לאלם היינו לנתבע ולא לתובע אולם בתומים סק"ח כ' דלשון הרמב"ם וש"ע בס"ט משמע דלא כהר"ר יהונתן ע"ש) אף כי הלבוש הסביר פנים לדבר זה מ"מ נלע"ד כמ"ש ואפשר יש עליו חרם סתם כנ"ל בדין זה מכוון אל האמת כפי הסוגיא עכ"ל ע"ש וע' עוד בס' כפות תמרים פ' לולב הגזול (סוכה דף ל"ד) ובס' בר"י אות כ"ו וע' בתומים ובקצה"ח ונה"מ ושער משפט מ"ש בזה עש"ה. וע' עוד בס' מלא העומר פ' פנחס בפסוק ויקרב משה את משפטן:

סימן יח

א **יוציאו כל אדם לחוץ.** כ' הב"ח היינו דגם את בע"ד מוציאין לחוץ כמו שמוציאין את העדים אבל שאר כל אדם שאינן בע"ד ואין עדים א"צ להוציאן לחוץ אלא אדרבה ראוי להניח מי שהוא תלמיד ותיק דדוקא תלמיד בור אין להניח לישב לפניו כדלעיל סימן ט' עכ"ל וכ"כ בתשובת בית יעקב סי' ס"ז ע"ש אכן בתשובת שבות יעקב ח"א סי' קמ"א כ' דכוונת הרמב"ם והטור והש"ע כפשוטו שייציאו כל אדם אף לאותן שאינו בע"ד ולא

עדים כדי שלא לחוש להם להולך רכיל רק כל השייכים לדיינים כגון א' מן התלמידי' א"צ לצאת אם לא שהוא תלמיד בור ע"ש ועמ"ש לעיל סימן ז' ס"ח ס"ק י"ט:

ב **דטוב להתחיל.** עסמ"ע סק"ב עד אבל מהתוס' שם דף ל"ד כו' ועיין בתוס' יו"ט פ"ד דסנהדרין מ"ב וגם בספר בר"י אות ב' מזה עש"ב וע' בתומים שכתב דכוונת הרמ"א להתחיל לעולם מן הקטן אבל לפרקים אסור כי הוא זילותא להגדולים אשר שם ע"ש:

ג **ילכו אחר הרוב.** עיין בתשובת שבו"י ח"א סי' קל"ז שכתב בפשיטות דאם יושב חד דגמר בדין עם תרי דלא גמירי והם רבו עליו הולכין אחריהם וכן משמעות הש"ס והפוסקי' כו' ע"ש וע' בספר שער משפט מ"ש בזה:

ד **ואחד אומר א"י יוסיפו** עיין בתשובת בית יעקב סימן ט"ו שבא בשאלה שלשה דיינים שישבו בדין ושנים מזכין וא' דעתו לחייב אם רשאי המחייב לעשות תחבולה לומר א"י כדי שיוסיפו עליהם דיינים והאריך בזה ומסיק דאסור לעשות כן ומביא ראיה מגמרא דסנהדרין דף ח' ובתוספות שם דמבואר דחוששין ללעז בכה"ג שמא יאמרו לפי שלא ידעו הדין הוסיפו עליהם כו' ואף אם הוא ימחול אין בידו למחול כבוד השנים המזכים כו' ע"ש. ועיין בתשובת שבו"י ח"א סימן קל"ח נשאל בכיוצא בזה בחד מרבנן אשר נתמנה לדון עם שני יושבי קרנות אם יש לו תקנה לבטל הדין המקולקל אשר יצא מידם להסתלק מן הדין או לומר איני יודע כדי שיוסיפו הדיינים כדי שיצא הדין לאמיתו והשיב וז"ל ודאי דשפיר דמי למיעבד הכי כיון דכוונתך לש"ש להוציא הדין לאמיתו ע"י שיוסיפו הדיינים אע"ג דשקורי קא משקרת כי ידעת הדין מ"מ קיי"ל מותר לשנות מפני השלום ודינא שלמא הוא כו' אכן ראיתי בתשובת בית יעקב סימן ט"ו פסק לאסור ומביא ראיה מסנהדרין דף ח' אהא דתנן מוציא ש"ר כו' אך כל דבריו אינם מוכרחים ואין הנדון דומה לראיה כו' אבל כאן כיון שהדיין סובר שמעקלים ומעוותים את הדין כי הוא לדעתו להיפך יותר יש לחוש לעיוות הדין שלא יצא דבר שאינו מתוקן מלחוש לכבודן של ראשוני' שהוא כבוד המדומה בעה"ז וכיון שהדיין תולה קללתו ולעז בעצמו לומר איני יודע כדי להוציא הדין לאמיתו ודאי זכור לטוב דאין כאן לעז אחרים כלל עכ"ל. והנה מכלל דברי השבו"י הנז' נראה דלאו דוקא בכה"ג דנידון השאלה שהשנים שעמו המה יושבי קרנות שפיר דמי למיעבד הכי אלא אפילו אם גם השנים גמירי וסבירי כמוהו יכול לעשות כן לומר איני יודע כיון שלדעתו ברור הדין להיפך (דאל"כ מה הקשה על הבית יעקב) וכך הבין בדבריו האו"ת לעיל סימן י"ב סק"ג שהעתיק שם דברי השבו"י אלו בקצרה וז"ל שם וכתב בתשובת שבו"י דאם אחד רואה ששני הדיינין מקלקלין הדין וא"כ אף אם יאמר דעתו יהיו שניהם רבים עליו מוטב לומר א"י כו' עכ"ל וכן העתיק

בנה"מ שם וכן נראה דעת תשובת חות יאיר סימן קמ"ז יובא לקמן סי' י"ט ס"ב סק"ד. אלא דאם כבר אמר דעתו מכוער הדבר כו' עש"ה. אולם בספר בר"י אות ג' וד' האריך בענין זה ומתחלה פלפל בדברי תשובת בית יעקב הנ"ל וכתב לדחות ראייתו מגמרא סנהדרין הנ"ל ע"פ דברי רבינו יונה בחידושי סנהדרין כ"י וע"פ דברי הנ"י שם אך הביא ראיות אחרות דאסור לשקר ולמיעבד טצדקי בכדי להעמיד דעתו מהא דאמרינן פ' הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי"ג) כו' ומהא דפרק שבועת העדות (שבועות דף ל"א) כו' (עמ"ש בסי' ע"ה ס"א ס"ק א') וכתב והגם כי יש איזה דחיות בראיות אלו מ"מ הדין דין אמת לפע"ד דאסור לדיין לשקר ולמיעבד טצדקי להקים מזמות לבו וחיובא רמיא עליה לגלות דעתו באמת ואם חביריו יעמדו בדעתם מה איכפת ליה ויהיה הדין כסברתם כי רבים הם וכך היא המדה. ושוב הביא דברי שבו"י הנ"ל לפקפק בדבריו במה שדחה דברי הבי"ע הנ"ל וכתב ותו אעיקרא דדינא לא ידענא מה קשיא ליה על הבי"ע הרי הרב בית יעקב סתמא קאמר שלשה דיינים שישבו בדין כו' ומסתמא איירי בב"ד חשוב שלשה המה בעלי הוראה והשתא מחלוקתם במידי דתליא בסברא ויש פנים לכל הסברות והני תרי הכריעו לזכות והשלישי הכריע לחובה ורוצה לעשות המצאה זו שיוסיפו הדיינים ובכי הא הדין דין אמת לפי פשט דברי התוספות דאיכא לעז כו' וגם לפי מה דכתיבנא מפורש יוצא דהאי דיינא חייב לגלות דעתו באמת כמש"ל אמנם בנדון השבו"י דהני תרי הם יושבי קרנות ולמראה עיניהם מטים עקלקלותם בזה יודה הרב בי"ע דרשאי לעשות המצאה זו ומאן נינהו אנשים של שוא הללו לחוש ללעז שלהם וזכור לטוב למיהדר אקושטא דדינא כו' עכ"ד ע"ש:

ה **שני דיינים**. כ' הלבוש וז"ל ולא סגי באחד שיוסיפו דשמא יחזור בו וזה האומר איני יודע ומסכים לדעת זה שמוסיפי' ויהיו כאן שנים מחייבין ושנים מזכין ולא יהיה ב"ד שקול לכך מוסיפין עוד שנים ונמצאו שהם חמשה כו' עכ"ל ועיין בתשובת שבות יעקב ח"א סי' קל"ג בראובן ושמעון שבירורו להם חמשה אנשים לדון ביניהם ואח"כ נסתלק אחד מהם לפי שהיה קרוב לראובן ונתרצו שד' אנשים הנותרים ידונו ביניהם ואירע שא' מאלו אמר איני יודע ונשאל אם צריך להוסיף דיינים וכמה יוסיפו. והאריך מתחילה דהעיקר כדברי הסמ"ע שהביא הבה"ט סק"ג דיש חילוק בין ישבו מתחלה אדעתא דתלתא כו' ושכ"כ הב"ח ואגודת אזוב ושארית יוסף בחידושיו ובתשובה סי' ל' כולם כתבו חילוק זה כדי להשוות דעת הרשב"א שהובא בטור ובש"ע לעיל ס"ס י"ג שלא יהיו מתנגדי' לדעת הרמב"ם וא"כ בנד"ז שישבו תחלה אדעתא דארבעה אם אמר א' מהן איני יודע צריכין להוסיף עליהם : ושוב כתב לענין כמה יוסיפו הנה לטעם הלבוש

דלכך צריך להוסיף שנים שלא יהיה ב"ד שקול א"כ בנד"ז דהיה מתחלה ב"ד שקול ואם יוסיפו א' יהיה ב"ד נוטה אין להוסיף רק אחד באמת טעם זה ליתא כלל כו' רק יש ליתן טעם אחר לשבח כו' ולפ"ז אף בנד"ז צריכין להוסיף שנים דוקא ואף שהוא ב"ד שקול כי במוסיפין עושין ב"ד שקול לכתחלה כדאיתא בש"ס פ"ק דסנהדרין וכ"ש כאן שנתנו מתחלה הדין על ב"ד שקול. אולם אם נתרצו הצדדים בענין הוספה א"צ שאלה כלל דודאי עושים כפי דעתם ורצונם עכ"ד ע"ש:

ו **ונמצאו שהם חמשה.** עיין בשו"ת הרדב"ז ללשונות הרמב"ם ז"ל סי' ע':

ז **וכן נ"ל עיקר.** עבה"ט שכ' והסמ"ע כ' דלא עמד ע"ד מור"ם בזה כו' ובסמ"ע עצמו כ' בזה וז"ל הא כתב הרשב"א בהדיא בתשובה כו' וא' אומר היפוכן הולכין אחר השנים שהם הרוב כו' עכ"ל ובגליון הסמ"ע של הגאון רבי עקיבא איגר זצ"ל נ"ב דאותן שאמרו א"י כמאן דליתנהו דמי אבל לדעת הרמב"ם דס"ל דכמאן דאיתא דמי בזה כתב הרש"ל הובא בסמ"ע סק"ו דכה"ג צריכין להוסיף כיון דאין רוב נגד האומרים א"י עכ"ל ומ"ש עוד הבה"ט בשם הסמ"ע ולדעת מור"ם שהוא מחלוקת ושנ"ל עיקר שהולכין אחר הרוב ומיד אח"ז כתב קהל שבירורו כו' אין הולכין אחר הרוב צ"ל שמחלק כו' עכ"ל. ובגש"ע דהגר"ע הנ"ל נ"ב וז"ל איני יודע כוונת הסמ"ע בזה דפשוט דהרמ"א ס"ל בההיא דס"ס י"ג דא' אומר א"י מהני אבל מ"מ דוקא היכא דהתנו דניזל בתר רובא אבל בסתם שבירורו עשרה שיפשרו בעיניהם בעינן שיסכימו כולם לדעת אחת וא"כ הכא ג"כ בקהל שבררו בעינן שיסכימו כולם לדעת אחת ולא אזלינן בתר רובא ובאמת באם התנו במפורש דנלך בתר רוב אם אמר א' מהם א"י היה מהני ודין דהכא קהל שבררו או בע"ד שבררו הכל א' הוא ופשוט עכ"ל וכיוצא בזה כתב ג"כ בואו"ת ע"ש וגם בס' משנת דר"א:

ח **שאין רוב אלא בב"ד** עסמ"ע סק"י שכתב בשם הרשב"א דכל ספק תקנה דנין להקל לנתבע כי המע"ה ע"ש (והובא ג"כ בבאר הגולה) ועיין בתשובת נאות דשא סי' צ"א שכתב דהיכא דע"פ הדין זולת התקנה חייב הנתבע לשלם והוא בא לפטור עצמו מכח התקנה ויש ספק בלשון התקנ' בכה"ג לא אמרינן המע"ה רק אמרינן אוקמא אדינא וחייב לשלם וכן מבואר מדברי הרשב"א שהובא בב"י ס"ס י"ג (שהוא מקור דברי סמ"ע אלו) שכתב וז"ל כל שיש ספק במשמעות התקנה הולכין להקל לנתבע חדא שכל שהוא חוץ מגדר הדין אי אתה יכול להכניסו עד שיהיה ברור וכל שאינו ברור העמידנו על דין התלמוד ועוד שכל המע"ה עכ"ל וא"כ היכא שהנתבע מתחייב ע"פ הדין ויש ספק בתקנה חייב הנתבע מטעם הא' דספק תקנה אינו מוציא מידי ודאי ד"ת וכ"ת אכתי נימא המע"ה דדילמא התקנה מזכה להנתבע ואיך נוציא הממון מספק הא ליתא דבזה

לא שייך המע"ה וראיה מדברי הש"ך סי' מ"ב ס"ק י"ח גבי ספק בשטר דמבואר שם דכ"ע מודים דאין ספק שבשטר מוציא מידי ודאי של הדין וא"כ ה"ה או כ"ש שאין ספק התקנה מוציא מידי הדין אפילו למוחזק דכיון שהוא בא לשנות ע"פ התקנה את הדין נקרא מוציא ועליו לברר ונ"ל דמה"ט קיצר הסמ"ע בהעתקת דברי הרשב"א ולא כ' רק טעמא דהמע"ה משום דבהאי טעמא נכלל הכל מי שהוא רוצה לעשות חוץ מגדר הדין הוא הנקרא מוציא ועליו הראיה והבירור וכן מבואר במסגרת השלחן סימן ק"מ בדיני חזקה דכנה"ג אות ג' כו' והאריך עוד להביא כמה ראיות לזה ומסיק דכל זה בתקנות בני העיר וכ"ש תקנות ארצות אבל בתקנות של חכמי התלמוד דין תורה נקרא וכל מה שהוא ספק בתקנתם הו"ל כמו ספק בדין דהמע"ה ושכ"כ בתשובת פרח מטה אהרן ח"א סי' י"א גם אפילו בתקנות בני העיר דוקא באם הספק הוא אם ענין זה נכלל בכוונת התקנה אז אמרינן דאין ספק מוציא מידי ודאי הדין אבל אם הענין נכלל היטב בכוונת התקנה אף שאין מבואר בל' התקנה בהדיא אזלינן בתריה ואין זה נקרא ספק בתקנה וחילוקי דין זה ביאר בתשובת צ"צ סימן ק"ט כו' עש"ה ועיין בתשובת פרי תבואה סימן מ"ז ועיין מ"ש לקמן סימן ק"ג סעיף ט' סעיף קטן ו':

ט **לגמור הדין**. עיין באר היטב מ"ש אבל אם יודעים יכול להסתלק כו' ורצה לומר באם אינו מסתלק מחששא דשמא החזק יהא רודפו רק שאין לו פנאי להמתין וכדומה וכן מבואר להדיא בב"ח לעיל סימן י"ב וע' בד"מ שם אות ב'. ועיין בתומים שהעלה דאפילו כבר ידעו היכן הדין נוטה אין השנים יכולים לגמור הדין וכ"פ בנה"מ דאפילו בגמר דין צריך להיות שלשה ע"ש ועיין בתשובת שבו"י ח"א סימן קמ"ג:

י **מונים להם שנים**. עיין בשו"ת הרדב"ז ללשונות הרמב"ם סימן ע"א:

סימן יט

א **מגלה סוד**. עבה"ט דגם בכלל זה שלא יאמר א' לנידון כו' ובכנה"ג כתב על זה ונ"ל דוקא כשאחד אומר כן לנידון מעצמו בלי שאלת הנידון אבל אם הנידון שואלו ורואה זכות לזה הנידון והדיין טעה באופן דמצי למיהדר (כגון שהיא טעות בדבר משנה) אין בזה שום איסור עכ"ל והביאו בקצה"ח אולם בס' שער משפט כתב ונראה דאשתמיט להכנה"ג דברי תשובת הרא"ש שהביא הטור בסי' קנ"ד סי"א שכ' שם בדיינים שפסקו לשמעון להרחיק בניינו מנגד חלון ראובן וטעו בדין (ע' בש"ע שם סי"ו) ושמעון כבר הרחיק בניינו שמצוה לומר לשמעון שאינו מחוייב להרחיק דהשבת אבידה היא וטעו בדז"מ וחוזר הדין ומשמע להדיא בתשובת הרא"ש שם כלל צ"ט דאף דשמעון לא שאל

כלל אם טעו הדיינים מצוה לומר לו משום השבת אבידה בדבר דאפשר למהדר לכך נ"ל דמהר"א שטיין מיירי בגוונא שאין הדין חוזר כגון טעות בשיקול הדעת וכיוצא בו דא"א למהדר אבל בדבר דמצי למהדר מצוה לומר להנידון בכל גווני משום השבת אבידה עכ"ל. ועי' באו"ת שכתב ע"ד מהר"א שטיין הנזכר דיש להסתפק דודאי במקום שאין טעות שיהיה הדין חוזר פשיטא דאין לומר דלא הוי כ"א לה"ר אבל בטועה בדב"מ דהדין חוזר אפשר די"ל להציל ממון שלו או אפשר דמ"מ אין לומר לו לבע"ד רק ילך לדיין ויאמר לו טעית בדב"מ והחזר הדין אבל לומר לבע"ד לא ימלט מגדר אבק לה"ר וכן יש להחמיר אם לא שהדיין עומד בדעתו מבלי להודות על האמת אז מותר לומר לו כדי שיברר ע"י חכמים אחרים ולבטל הפסק הנעשה בטעות ע"ש ולפ"ז אפשר לפענ"ד לתרץ קושיית השער משפט על הכנה"ג הנ"ל די"ל דמ"ש הרא"ש שמצוה לומר לשמעון היינו לאחר שיאמר להדיינים באם יעמדו בדעתם ולא יודו על האמת אז יאמר לשמעון כו' ולא הוצרך לבאר זה כי זה פשוט באם אפשר שיתוקן ע"י שנאמר להדיינים למה יאמר לשמעון וגם השואל לא נסתפק בזה כלל רק ששאל אם מחוייב להגיד לשמעון והיינו מסתמא שהדיינים לא רצו להודות לו ושאל להרא"ש ז"ל אם זה טעות בשיקול הדעת או בדב"מ והשיב לו הרא"ש שזה טעות בדב"מ ולכן מצוה לומר לשמעון והיינו באם א"א לתקן באופן אחר ולפ"ז יכול להיות גם דינו של הכנה"ג אמת דאם שאל לו הנידון מותר להשיב לו מיד וא"צ לומר תחלה לדיין ולכך כתב רק שאין בזה איסור ולא כתב שיש בזה מצוה משום דאפשר שיתוקן ג"כ ע"י שיאמר תחלה להדיין ויש לעיין בתשובת הרא"ש שם:

ב **שיכתבו** לו הפס"ד ע' בתשובת חו"י סי' פ"ט ששאל הרב המחבר מהגאון מהר"ג אודות פסק דין שיש בו חיוב שבועה לנתבע היסת או ש"ד אם יש לפרש בו באם שלא ישבע שיתחייב לפרוע כו"כ דלכאורה נכון לפרש כי לפעמים מחוייב לשבע על כמה פרטים מפני שהטענות והתשובות מסתעפים לכמה סעיפים ואם בא הכותב לסתום ואח"כ לא ירצה הנתבע לשבע יוכרחו ליהדר לתרע ב"ד לפרוש להם כמה יתחייב ויש זילותא דב"ד ולזות שפתים לומר שכוונת הב"ד להרבות שכר טורח אמנם קשה כמורמוס לכתוב אם לא ישבע יתחייב. חדא דכבר נהגו לכתוב שבועה לזמן יום הכניסה ראשון וא"כ ע"כ יכתוב אם לא ישבע לזמן הנ"ל יתחייב כו' וזה דבר זר שמפני שעבר זמן שבועה יתחייב לשלם ועוד איך יכתוב שאם לא ישבע יתחייב פן ואולי יהפך שבועה על שכנגדו ואם נשאל לנתבע אם רוצה לישבע או להפכה קשה מאוד להראות מקום לבעל דבר כמבואר בסי' י"ז ופ"ב יברור לענ"ד דאם אין הנתבע רוצה לשבע ואין בו דעת להפך

שבועה דאין אומרים לתובע לשבע רק חייב לשלם וכ"ש שלא להזכיר בפסק היפוך שבועה אם לא זכרו הנתבע ועוד הרי אפילו הפכה מצי למיהדר ביה כבסימן כ"ב ועוד דאם נכתב היפוך שבועה נצרך לכתוב ג"כ אם מבקש התובע מנתבע רק קב"ח כו' ולא נמצא שם תשובת הגאון מהר"ג ע"ז ובסוף הס' בהשמטות כתב דאפשר דהגאון לא השיב על זה לרוב פשיטותו כי אף שקובעין זמן שבועה מ"מ בסיפא דאם לא ישבע לא יזכיר תיבת לזמן הנ"ל רק יכתוב סתם באם לא ישבע יתחייב כו' וחשש דפן יהפך אינו כלום דממילא משמע כל זמן שהשבועה מוטלת עליו ומ"מ אם ירצה יהפכה עכ"ד ע"ש. והנה מדבריו מבואר דגם בשבועת היסת יש לכתוב כן שהרי אין שבועה מתהפכת אלא של היסת בלבד כדלקמן סי' פ"ז סי"א וכן מבואר להדיא מלשונו בהתחלת השאלה אודות פס"ד שיש בו חיוב שבועה לנתבע היסת או ש"ד כו' ולע"ד צ"ע דהא מבואר בסי' פ"ז ס"ט דבשבועת היסת אין ב"ד יורדין לנכסיו אלא אם לא רצה לשבע היו מנדין אותו כו' ובש"ך שם מבואר לענין אם תפס התובע אי מהני ע"ש וא"כ אם יכתוב סתם באם לא ישבע יתחייב יהא משמע ככל פס"ד על חיוב ממון ויצא מזה משפט מעוקל וצ"ע. כעת יצא לאור ספר עמודי אור ומצאתי בסי' ק"ח שכתב וז"ל אין דרכי לכתוב בפס"ד בשבועת היסת ואם לא ישבע ישלם דהא אם לא ישבע לא נחתינן לנכסיה רק כשיש רשות מהממשלה מנדין אותו ואם כותב בפס"ד ישלם היינו אחותי לנכסיה ולא נתחוורו לי דברי החו"י סי' פ"ט בזה עכ"ל:

ג **כדרך שנתבאר**. עבה"ט מ"ש וכתב בד"מ כו' עד דב"ד בתר ב"ד לא דייקי כו' ועיין בתשובת הרב המבי"ט ח"ב סי' קע"ד בתשובה מהרדב"ז ז"ל שכתב ואע"ג דאמרינן בגמרא לא חיישינן לב"ד טועין וב"ד בתר ב"ד לא דייקי ה"מ בזמניהם אבל האידנא דייקינן ודייקינן שכן כ' רבינו ירוחם בשם הרשב"א הובא בב"י סי' ט"ל דהאידנא לא בקיאי כל כך בדינין הילכך דייקינן בתר ב"ד ואם בזמנו של הרשב"א ככה כ"ש בזמנינו זה וכ"ש בנ"ד שהדיינים היו יחידים עכ"ל וע' באו"ת שהביאו וכתב שדברי רי"ו בשם הרשב"א הנ"ל הובא ג"כ בש"ע סי' ט"ל סי"א אבל הש"ך שם חולק דדוקא התם דיש רעותא ויש מקום לתלו' דטעו אז אמרינן בזה"ז אולי טעו אבל בסתם אף בזה"ז ב"ד בתר ב"ד לא דייקי ע"ש. ועיין בתשובת אבקת רוכל למרן הב"י בסי' כ"א נדפס שם ג"כ תשובה זו דהרדב"ז ז"ל וכתו' בין הדביקים הגהה מהב"י ז"ל שמחלק ג"כ כיוצא בזה וז"ל אמר יוסף קארו לא דק דלא אמר כן הרשב"א אלא בדין ההוא שהוא זר אבל בשאר דינים גם בזה"ז לא דייקי בתר ב"ד וזה פשוט בתשו' הרשב"א שכתבתי בב"י ומ"ש שהדיינים היו יחידים מאחר שמקבלים עליהם שם בב"ד לא דייקינן בתרייהו כו' עכ"ל:

ד **אין מזכירין שם המזכים.** עיין בתשובת חו"י סי' קמ"ז אודות א' מן הדיינים שלא רצה לחתום על הפסק דין באמרו ששני חביריו טעו ורבו עליו והדבר ברור לו שאין הדין כן ואיך יחתום על שוא ושקר. וכ' שאין בדבריו ממש דמחזי כשיקרא אין כאן דהא בכהאי גוונא כותבין ומדבריהם גם בטוח הוא מעונש שמים מאחר שהוא הגיד דעתו לש"ש מאי אית ליה תו למיעבד והתורה אמרה אחרי רבים להטות וגם אין חשש פן יתברר שטעו ויצטרכו לשלם דז"א דהוא יהיה פטור לשלם כמ"ש בסי' ס"ג בהגה ואחר שאין לו טעם נכון ודאי ראוי לענוש הדיין המונע לחתום מלבד מה שכופין אותו שהרי בזה הוא הולך רכיל וגרע טפי מאומר כשיצא מב"ד אני הייתי מזכה כו' (ושם בסוף הספר בהשמטות כתב דאפילו בזבל"א דלא שייך מגלה סוד דבלא"ה נמי ידעינן מכל מקום א"א להניחו בזה ע"ש) ואין חילוק בין אם זה שלא רצה לחתום קטן שבדיינים או הגדול שבהם אך אם מארי דאתרא יושב בדין עם שני דיינים ולא רצה הרב לחתום ודאי קשה לכופו ומחוייבים לחוש על כבודו ולדבר על לבו ומ"מ אם יתעקש יחתמו שנים ויכופו הבעל דין כאלו שלשתן חתומים. עוד נ"ל פשוט דאפילו עדיין לא נפסק פסק דין וזה אומר איני מסכים ואיני רוצה לחתום ואפילו רץ מב"ד ראוי לעונש מטעמים הנ"ל ואלו השנים גומרים ופוסקים הדין מבלעדי הדיין ואפילו יאמר הדיין נשלח דברינו לב"ד הגדול או נוסיף דיינים ואלו השנים אינם רוצים הדין עמהם כו'. אכן אם יאמר זה הדיין אפילו כבר אמר דעתו וגם חבריו כבר רבו עליו שנתן אל לבו דבריהם והוא מסופק בזה מצי להכריח חבריו שיוסיפו דיינים בדין א' אומר א"י מעיקרא אף שמכוער הדבר ועל כיוצא בזה נאמר ויראת מאלהיך מ"מ אין השנים יכולים לגמור הדין כו' ע"ש והנה מה דסיים אף שמכוער הדבר כו' משמע קצת דהיינו דוקא בכה"ג שכבר אמר דעתו אבל אם עדיין לא אמר דעתו אף שברור בעיניו הדין לדעתו רשאי לומר איני יודע כדי שיוסיפו דיינים ואולי יצא הדין לאמיתו כפי דעתו (וכך הבין בדבריו בתשובת שבו"י ח"ב בסוף הספר ע"ש ודו"ק) אולם מ"ש בזה לעיל סי' י"ח ס"א ס"ק ד' בשם ספר בר"י דבכה"ג שהדיינים שעמו המה חבריו אסור מדינא לשקר ולומר איני יודע זולת באם הדיינים שעמו המה יושבי קרנות כו' עש"ה. ובעיקר הדבר שכתב החו"י הנ"ל שמחוייב הדיין שלא הסכים לחתום על הפס"ד. הנה כבר נחלקו בזה גדולי ישראל כמ"ש כנה"ג בהגה"ט אות ז' וז"ל כשרבו המזכים על המחייבים או איפכא אם צריך השלישי שלא הסכים עם הרוב לחתום בפס"ד יש מחלוקת בין רבינו הב"י ובין מהר"ם מטראני ז"ל שהר"ם מטראני בח"ב סי' קע"ג כתב שא"צ לחתום ורבינו ב"י שם כ' שצריך לחתום והרדב"ז ז"ל בסי' קע"ב הכריע דאם מניעת חתימתו אינה מבטלת המעשה אין כופין אותו לחתום.

ואם חתימתו גורמת מניעת המעשה מחוייב הוא לחתום עכ"ל. ותשובה זו דהמבי"ט עם הב"י איתא גם כן בתשובת אבקת רוכל בסי' י"ט וכ' הכרעת הרדב"ז ז"ל שם בסי' כ"א עיין שם (ומבואר שם דבנידון ההוא היה מניעת חתימתו מבטלת המעשה) ועיין בקצה"ח דנראה דעתו כרדב"ז וכ"כ בספר שער משפט דנ"ל להלכה כדברי המכריע אם לא היכא דע"י מניעת חתימתו יתגלה שלא הסכים בהפסק דין יש לו לחתום בכדי שלא יהא בכלל הולך רכיל אבל היכא דמצי לאשתמוטי שלא לחתום ולא יודע שלא הסכים בהפסק דין עדיף טפי שלא לחתום במאי דלא סבירא ליה עיין שם. אכן באו"ת הסכים לגמרי לדעת מרן הב"י והביא ירושלמי סנהדרין פרק ג' הלכה י"א דאיפלגו בזה ר"י ור"ל דאיתא שם גמרו הדבר כו' אמר רבי יוחנן כופין המחייב שיכתוב זכאי ור"ל פליג וידוע הלכה כר"י לגבי ר"ל כו'. עיין שם ועיין בספר בר"י הביא ג"כ דברי כנסת הגדולה הנזכר ורמז לעיין עיד בזה בהלק"ט חלק א' סי' רכ"ז ובתשובות דבר משה חלק א' סוף סי' ד' ובתשובת מהר"ם זכות סי' ל"א. ועיין עוד בתשובת המבי"ט שם סוף סי' קע"ד שכתב להרב"י שגם אתם לא הייתם יכולים לחתום שהוא פטור מאחר שאני כתבתי בפסק הא' בסופו ואני קרוב לחייבו בדין אם לא יעשה פשרה הרי זה כאומר איני יודע כו' עיין שם. ובתשובת אבקת רוכל שם סוף סי' י"ט כתב שזה אינו כי גלוי וידוע לכל יודעי בטיב לשון שאין במשמע לשון זה איני יודע כו' עיין שם:

ה **ומדבריהם**. עיין באר היטב ועיין בספר פלפולא חריפתא בפרק זה בורר אות מ"ב שכתב דנראה לי אם כותבין פסקנו אפילו כשיש מחלוקת ביניהם סגי בהכי ולא הוי כשיקרא דפסקנו משמעותו חתיכת דין ופיסוקו וכל חתוך דין הוא ע"פ הרוב ג"כ אלא דקשה למה לא אמר ר' אלעזר דלכתוב הכי וצל"ע עכ"ד עיין שם:

סימן כ

א **ואפילו אם פרע כבר כו'**. כ' בספר שער משפט ויש לי מקום עיון בא' שתבע לחבירו בספק ע"פ עדים והשיב הלה איני יודע והוצרך לשלם בב"ד ע"פ עדים הללו ואח"כ הביא הנתבע עידי הזמה לעדים הללו וכן יורשים שתבעו מן היורשים בשטר בב"ד ופרעו להם ואח"כ באו עדים שהשטר פרוע מאביהם נראה דבכה"ג פטורים מלהחזיר המעות דכבר זכו בה מתורת הפקר כו' והאריך בזה והניח בצ"ע ע"ש ובספר בית יהודה סי' זה השיג עליו דודאי בכה"ג לא הוי הפקר כו' ע"ש ועיין בנ"צ מ"ש בזה:

ב **אע"פ שמצא אח"כ אינו כלום**. עבה"ט ועיין בנ"צ מה שכתבתי בזה באריכות:

ג **אבל אם לא אמר.** עש"ך סק"ב עד וה"ה אם שאלוהו יש לך ראיה ושתק מביא וסותר או טוען עוד ע"ש. ובגליון הש"ך דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ובב"ח כתב בשם הרא"ש דה"ה אם לא שאלוהו והוא עצמו אמר אין לי עדים יכול לסתור ולהביא ראיה (דתרתי בעינן שאלוהו ואמר) ע"ש וצ"ע עכ"ל ועיין בס' בר"י שהביא ג"כ דברי הב"ח הנזכר וקפפק על ראייתו מדברי הרא"ש די"ל דאורחא דמלתא נקט דמסתמא אין הבע"ד אומר בעצמו בלי שאלה אין לי עדים כו' ומסיק דמ"מ הכי נקטינן כדברי הב"ח ע"ש:

ד **אבל יורש כו'.** ואמר אין לי עדים כו'. עיין בספר בר"י דאפילו אם סתם טענותיו לגמרי שאמר אין לי ראיה לא כאן ולא במקום אחר כלל אפ"ה סותר וכן משמע מדברי הרב חקות הדיינים סי' פ"ט וכ"כ הרב לחם משנה ודברים של טעם הם ע"ש:

ה **מיד וסותר.** עיין בה"ט עד אבל הב"י כתב דאין זה כדאי לסתור דברי הרמב"ם כו' וע' בספר בר"י שכתב דנראה דהרמב"ם גריס בש"ס כנוסחת רב האי גאון במשפטי שבועות דף י' ע"א דגריס ההוא יתמא דתבעוהו לדינא קמיה דר"נ א"ל אית לך סהדי כו' אמר ר"נ בהא אפילו רבנן מודי דינוקא במילי דאבוה לא ידע כו' עיין שם והוא נכון:

ו **שאין היורש קטן יודע.** כתב בספר שער משפט ונראה דהוא הדין בלוקח שדה מחבירו ובא בעל חוב של המוכר לטרוף ממנו בשטר שבידו ואמר הלוקח אין לי עדים וראיה ואח"כ הביא הלוקח עדים שהשטר חוב הוא פרוע דמקבלין עדותן דדין לוקח כדין יורש שאין הלוקח יודע בראיות של המוכר לו אם לא שהלוקח הוציא הראיה מתוך אפונדותו או שתיכף כשנתחייב בדין אמר קרבו פ' ופ' והעידוני דניכר שהיה יודע הראיה מקודם ומה מאד תמיהני על התוס' פ"ק דב"מ דף י"ד בד"ה דינא הוא כו' ע"ש וע' בנ"צ מ"ש בזה:

סימן כא

א **ה"ז פטור מקנין זה.** עש"ך סק"ג ועיי' בתומים ובקצה"ח ובתשו' חתם סופר חח"מ סי' א' מ"ש בזה עש"ה וגם בס' בית מאיר לאה"ע סי' ל"ח ס"א מענין זה. ומה שתמה הקצה"ח על תשו' צ"צ סי' ט"ל עיין בב"מ שם. ועמ"ש לקמן סי' ר"ז ס"א ס"ק ב':

ב **וישבע כשיתבענו.** עבה"ט מ"ש וכתב עוד דבשידוכין כו' עד ודלא כט"ז ביו"ד כו' ועיין בתשובה נו"ב חיו"ד סי' ס"ח מ"ש בזה:

ג **וכ"ז כשקנו מידו.** עבה"ט בשם סמ"ע מ"ש ובסיפא שאם לא יבא יפטר חבירו אפילו קנין בב"ד חשוב א"צ אלא קנין לחוד. ועיין בתשובת נו"ב חח"מ סי' ל"א שעמד עליו במ"ש דעכ"פ קנין לחוד בעי דהא הסמ"ע קאי לדעת הרמב"ם (כמבואר בסמ"ע עצמו) והרי דעת הרמב"ם הובא בש"ע לקמן סי' ר"ז סי"א דבמחילה לא שייך אסמכתא כלל

וא"כ למה צריך כאן בסיפא קנין כלל דהא מחילה א"צ קנין וגם לסלק אסמכתא א"צ מחילה לדעת הרמב"ם. וניחא ליה על פי דברי הסמ"ע לעיל סי' י"ב ס"ק ט"ו שכתב דאף דמחילה א"צ קנין שאני מחילה דעלמא דמעצמו ומרצונו מוחל לו משא"כ במחילה דפשרה דעל פי הדיינים מוחל לו וכדי שלא יטעון אח"כ הדיינים הטעו אותי כו' וא"כ ה"ה כאן שאומר אם לא אבא לזמן פלוני החוב מחול לך ג"כ צריך קנין לפי שהיה סובר שיבא ואף דלא הוי אסמכתא מ"מ דומה קצת למחילה בטעות כמו בפשרה וצריך קנין ע"ש ועמש"ל סי' ר"ז סי' א' ס"ק י"ד:

סימן כב

א **מי שקבל עליו כו'**. כתב הב"ח סוף ס"ד וז"ל וכשיש שם קרוב וקבלו עליו דלא יוכל לחזור בו דוקא כשיודע שהוא קרוב אבל אם טען לא ידעתי שהוא קרוב נשבע היסת וחוזר עכ"ל (ועמ"ש לקמן) וע' בס' שער משפט סק"א שהביאו וביאר שם דאם הוא רגיל אצלו וטוען שלא ידע שהוא קרוב אינו נאמן וראיה מסי' ל"ו ס"ב וכשטוען שלא ידע שהוא פסול יש חילוק דאם הוא פסול דרבנן דבעי הכרזה בב"ד אינו נאמן לומר דלא ידע וכמ"ש הש"ך בסימן ע"א ס"ק ל"א דכל מילי דב"ד קלא אית ליה כו' אבל בפסול דלא בעי הכרזה נאמן (בשבועה) לומר דלא ידע שהוא פסול ע"ש היטב:

ב **שקיבל עליו**. עש"ך סק"א ובתומים ונה"מ ועיין בתשו' שבו"י ח"א ר"ס קנ"ד:

ג **קרוב או פסול**. כ' הכנה"ג אות ב' וז"ל אם גילה הקרוב דעתו ואמר שע"כ הוא מחוייב לעזרו ולתומכו לא מהני קבלתו הרא"ם ח"א סימן כ"ד עכ"ל והביאו גם כן הבה"ט של מהרמ"פ סק"א. ועיין בת' שבו"י ח"א סי' קס"ח באשה אחת שקודם מותה צוותה לבניה שאם יהיה ביניהם דברי ריב ידון להם פלוני אחר מקרוביה ונתנו על זה ת"כ ליד אותו פלוני ועכשיו אחד מהבנים אינו רוצה לדון לפניו וטוען שהוא עם הארץ וא"י לדון דין תורה ועכ"פ לא ידון ביחידי רק יצרף אותו לב"ד ועוד טוען שנתוודע לו שהוא אוהב יותר לא' מן האחין כו' והשיב כי זולת הת"כ מצד מצוה לקיים דברי המת אין כאן דלא אמרינן מלקד"ה אלא בנכסיו וירושתו ולא בשאר מילי ואפילו בנכסיו דוקא שנתן לשליש לשם כך כו' (עמ"ש בזה לקמן סי' רנ"ב ס"ב ס"ק א') אלא דמ"מ מצד החסד לפנים משורת הדין גם בשאר מילי ראוי לקיים דברי המת אך אין כופין על לפנים משוה"ד רק בדברים בעלמא כו' (עמ"ש לעיל סי' י"ב ס"ב ס"ח ו') אולם מצד הת"כ יש לכופו לדון לפני אותו פלוני ומה שטען שהוא ע"ה אינו טענה כלל כיון שידע זאת מתחלה אדעתא דהכי קבלו עליהם שידון לפי אומד דעתו ע' בי"ד סי' קל"ב סי"ח ואם רוצים שניהם בדין תורה ישאל

הוא לב"ד וידון על פיהם כמבואר בתשו' מהר"א ששון סי' ר"ל כו' ומה שטען שאוהב יותר לא' מן האחין ג"כ אינו טענה דאף דאם קבלו עליהם בלא ת"כ מהני טענה כזו וכמ"ש הכנה"ג סי' ב' בשם ת' הרא"ם מ"מ בשבועה או ת"כ לא מהני. חדא דהא מבואר ביו"ד סי' ר"ל דכל נדר שיש בהתרתו נדנוד עבירה אין להתירו וכאן עכ"פ נדנוד עביר' יש כיון דלפנים משוה"ד מחוייבים לקיים מצות אמם ואיך יתירו שבועתו ועוד דהא מבואר ביו"ד סי' רכ"ח סכ"א בד' שנשבעו יחד לעשות דבר א' הוי ע"ד רבים ואין לו התרה בלא דעתם וא"כ בנ"ד איך אפשר להתיר לא' מהם בלתי רצון ודעת שאר כל האחים ואחיות ע"כ פשוט בנ"ד אין היתר כלל עכ"ד ע"ש עוד ויובא לקמן סי' רנ"ב ס"ב:

ד **אבל אם קבלו בתרי.** בגליון ש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב וז"ל בפרישה משמע דדוקא בפירש שמקבל הדיין הפסול כבי תרי אבל בסתם ומכ"ש בפירש שמקבל הדיין הכשר כבי תרי י"ל דלא מיקרי תרתי לריעותא אף דמקבל עליו הדיין הפסול לדיין וגם הדיין הכשר שעמו כבי תרי מ"מ כיון דאין ב' הריעותא בדבר אחד מהני עכ"ל:

ה **תרתי לריעותא.** עבה"ט מחלוקת הסמ"ע והש"ך בענין אם קבל עליו כשר א' במקום ג' דיינים כו'. ובהגה מהגאון מו"ה עוזר זלה"ה כתב דאשתמיט מהש"ך דברי תוס' והרא"ש דף ה' כו' וכן מבואר בש"ס דף ו' כו' ע"ש. וכבר הקדימו בהשגה זו על הש"ך בתשו' שבו"י ח"א סי' קנ"ד והוסיף שם על זה וכ' דאין סברא לחלק בין קבל עליו כשר במקום יחיד מומחה ובין קבל עליו בפירוש שיהא במקום שלשה דמאי שנא כו' ומסיק שם לדינא עיקר כהסמ"ע דאם קבל עליו כשר א' במקום ג' דיינים וגמר הדין א"י לחזור בו ע"ש. ועיין בס' בר"י אות ו' שהביא דברי שבו"י הנ"ל וכ' עליו וכמדומה דנעלם ממנו מ"ש הש"ך לקמן סי' כ"ה סקי"ב שכתב וז"ל משמע דבקבלה בעלמא סגי ואפילו למ"ד לעיל עי' כ"ב דבקבליה לחד כתלת יכול לחזור בו אפילו לאחר גמר דין וכן למ"ש התשו' מיימוני ומרדכי והמחבר שם בנודע שטעו יכול לחזור שאני הכא דלא שייך חזרה דבעל דבר כיון שכבר זכה בו שכנגדו ע"פ פסק שפסקו לו ולא שייך חזרה דבע"ד אלא כל זמן שהוא עדיין תחת ידו עכ"ל הש"ך ולפ"ז נדחו ראיות הרב שבו"י (ר"ל הראיה מהש"ס דף ו' בהא דדן את הדין דמוקי בקבלוהו ואינו מומחה דבאמת כוונת הש"ך אף דסובר אם קבלו עליהן חד במקום ג' תר"ל הוא ויכולין לחזור אף אחר גמ"ד היינו אם עדיין לא הוציא הנתבע המעות מתחת ידו אבל אם הוציא מת"י מודה הש"ך דא"י לחזור וא"כ הך מתני' דדן את הדין דקתני מה דעשה עשוי איירי דכבר הוציא הנתבע מתחת ידו מש"ה מה דעשה עשוי וכ"כ בס' דב"מ ע"ש עוד) וההיא דדף ה' אפשר דאיירי בקנו מידו וקבליה כדיניה קאמרי התוס' והרא"ש (איני מבין מה תיקן בזה סוף הקושיא במקומה

דאי כדברי הש"ך ומנ"ל להתוס' והרא"ש דיחיד מומחה דן אפילו בכפיה דהא מצינו למימר דאיירי בדקבלוהו עלייהו והחילוק הוא דאינו מומחה יכולין לחזור אפילו אחר גמ"ד אא"כ קנו מידו ומומחה לא בעי קנין וסגי בקבלה לחוד וכן מבואר בתומים שהביא ג"כ הראיה מהתוס' הנ"ל על דרך זה אמנם בת' חתם סופר חח"מ סי' י"ח ובסי' דברי משפט כתבו ליישב הקושיא מהתוס' באופן אחר בטוב טעם עש"ה) ומיהו הרב שבו"י כ' שם להכריע כסמ"ע מטעם דליכא אלא חדא ריעותא דקבל שאינו מומחה כמומחה וצריך להתיישב בדבר עכ"ד ע"ש. ועיין בתומים שהביא ראיות לדעת הסמ"ע וכתב שדבריו נכונים ג"כ בסברא ע"ש ובס' קצה"ח הסכים ג"כ להסמ"ע (כדברי השבו"י הנ"ל) מטעם כיון דיחיד מומחה דן יחידי לא הוי רק חדא ריעות' דהוי כקיבל עליו יחיד הדיוט במקום יחיד מומחה והוסיף ביאור דאפילו אומר בשעת הקבלה שיהיה במקום ג' אין הדבר תלוי בלשון אלא בענין אם הוא תר"ל וזה שמחוסר רבים לא הוי ריעותא כיון דיחיד מומחה יכול לדון ע"ש ובנה"מ חולק עליו וכתב ולפע"ד ליתא דהא ודאי דחלוק דין יחיד מומחה מג' הדיוטות לענין שיהיה ההודאה בפניו הודאה ולקבל עדות ושלא להחליף הטענות כמבואר בסי' ג' וכיון שקבל עליו היחיד שיהא דינו כג' לכל הנז' הוי תר"ל וממילא בטל הקבלה מכל וכל גם בביאורים שלו אחר שהביא דברי הש"ך שחולק על הסמ"ע כתב דדוקא באם אמר הריני מקבל אותו כשלשה כיון דשלשה חלוק יחיד מומחה לענין קבלת עדות והודאה מש"ה הוי תר"ל אבל אם קיבל חד הדיוט כיחיד מומחה לא הוי רק חדא לריעותא ע"ש ובס' משובב נתיבות כתב ליישב ולהעמיד דבריו עש"ה ועיין בס' שער משפט שהסכים ג"כ לדינו של הסמ"ע ולא מטעמיה אלא דכיון דעיקר הטעם דבעינן ב"ד של שלשה משום ב"ד שקול דהיינו שאם יחלקו השנים יהיה אחד להכריע ביניהם ע' ברשב"א ור"ן ר"פ השולח כו' וא"כ בקיבל עליו חד דיין לדון לו ליכא רק חדא לריעותא דהא באמת שנים סגי ונקראים ב"ד רק דגלי קרא דבעינן ג' כדי שיהיה מכריע ביניהם וא"כ הכא שמקבל חד דיין לדון לפניו א"צ למכריע שהרי הוא אחד ואין שני לו ומי יחלוק עמו וא"כ לא הוי רק כקיבלו במקום שנים ולא הוי רק חד ריעותא דקיבל חד במקום שנים ומהני הקבלה כו' עש"ה וע' בתשו' ב"ש אחרון סי' ג' מענין זה. יעיין עוד בתומים שהעלה דאם קיבל שלשה קרובים לדיינים לא הוי תרתי לריעותא דפסול קורבא שם חד הוא וכמו בג' רועי בקר דשם פסול חד הוא ע"ש ובס' קצה"ח חולק עליו וכתב דהראיה מג' רועי בקר אינו מוכח כלל דהא קי"ל בחד דגמיר סגי כו' ואע"ג דאפשר לומר בקיבל ג' קרובים לדיינים כיון דעל כל חד וחד ליכא אלא שם פסול קורבה וכיון דיכול לקבל חד קרוב במקום כשר ה"ה השני וה"ה השלישי

מהני הקבלה הא ליתא דמ"מ בהצטרפות כל השלשה נתהוו פסולין הרבה והוי תר"ל ועוד דכיון דעיקר הטעם דלא מהני קבלה בתר"ל משום דהוי כמו גוזמא לקבל תרתי לריעותא וכמ"ש הרמב"ן ולהכי לא גמר ומקני וא"כ בקיבל עליו שלשה קרובים אין לך גוזמא יותר מזה ואפי' לפמ"ש הסמ"ע דיחיד במקום שלשה לא הוי אלא שם פסול חד היינו דוקא יחיד במקום רבים אבל ב"ד כולה של קרובים כיון דכל חד פסול הוא והוי תלתא לריעותא ואין לי גוזמא יותר מזה וזה ברור עכ"ל. ובנה"מ השיג עליו וכתב דמ"ש לסתור ראיית התומים מג' רועי בקר דשא"ה דליכא רק חד ריעותא דהא בחד דגמיר סגי לא דק דרועה פסול מטעם רועה ע"ש (ובס' משובב נתיבות כתב להעמיד דבריו אולם ע' בס' בר"י מבואר ביטול דבריו וע' בס' דברי חיים ה' דיינים סי' ה') . גם בס' שער משפט דעתו כהתומים הנ"ל ועדיפא מיניה קאמר דאף הש"ך מודה בזה דלא הוי תר"ל שכתב וז"ל אמנם בקיבל עליו שני עדים או ג' דיינים פסולים מחמת קורבה אי גזלנותא נראה דאף לשיטת הש"ך לא הוי תר"ל כיון דאין בהם אלא שם פסול אחד לא הוי גוזמא כלל אף דממתני' דקתני נאמנין עלי ג' רועי בקר דלרבנן א"י לחזור אין להביא ראיה כיון דסגי בחד דגמיר ביניהו כמבואר בסי' ג' א"כ לא הוי רק חד ריעותא דמקבל א' מהן כגמיר מ"מ אכתי תקשי לשיטת הרמ"ה שהביא הטור בסי' ג' דס"ל דבעינן תלתא גמירי ובסי' זה הביא הטור בשמו דבתר"ל לא מהני קבלה א"כ תקשה מתניתין דג' רועי בקר הוי תר"ל ועוד בש"ס דף כ"ה שקיל וטרי דמתני' דנקט ג' רועי בקר מיירי לענין עדות ומשום דרועה פסול לעדות וא"כ תקשה דהוי תר"ל דמקבל שני פסולים לעדים א"ו דזה לא חשיב תר"ל וכן מוכח מדברי הרב בהגה דכאן הסכים דבתר"ל לא מהני קבלה ובסי' כ"ח סכ"ד בהגה כ' דאם קבלו עליהם הבע"ד לקבל העדות בלילה מקבלין אף לכתחלה ומשמע דא"י לחזור בהן ואמאי הרי התם שני העדים פסולין כיון שאין מקבלין עדים בלילה הוי כעד מפי עד והוי תר"ל וכ"כ הב"י בר"ס ל"ג בפשיטות בשם הרשב"א דאם קבל עליו שני נוגעים בעדות והעידו בב"ד א"י לחזור בו א"ו דבכה"ג לא הוי תרתי לריעותא עכ"ל. שוב ראיתי שדין זה כבר הזכירו הכנה"ג בהגה"ט אות י"ח שכ' וז"ל קבל עליו יחיד מומחה קרוב לדין לא הוי תר"ל כיון דיחיד מומחה דן את האדם בע"כ הר"ם מינץ סי' צ"ד ויראה דכ"ש שנים פסולי' במקום כשרים עכ"ל ובספר בר"י אות ה' תמה עליו דלאו כ"ש הוא כו' וכ' אמנם הדין דין אמת כמ"ש הרב כנה"ג ומשנתינו הוא זו נאמנים עלי שלשה רועי בקר והרי הני תלתא רועים פסולי לדון דלא גמירי וסברי כלל וכמ"ש הרמב"ן בליקוטיו פ' זה בורר כו' ואפי' לדעת הרא"ש דמייתי הטור בסי' ג' דבחד דגמיר סגי היינו משום דהך דגמיר מסבר להנהו תרי וסברי ונמצא

דנגמר הדין ע"פ שלשתן וכ"כ הר"ן בחידושיו ריש סנה' דאי איכא חד דגמיר בעינן הנך תרי דליסברו להו וסברי דאי לא כמאן דליתנהו דמי כו' וא"כ בהא דרועי בקר כיון דלית ביניהו אפי' חד דגמיר איכא תלתא ריעותא דשלשתן לא גמירי ולא סבירי א"ו דכיון דבכל חד ליכא אלא חד ריעותא מהני הקבלה ואחר גמ"ד לא מצי מהדר וכמ"ש הכנה"ג כו' וכן נראה מהמרדכי שהביא תשו' מהר"ם דאם קיבל שני עדים נוגעים בעדותן והעידו לא מצי הדר כו' עכ"ד ע"ש עוד. וע' בתשו' חתם סופר חח"מ סי' י"ח שהאריך בענין הפלוגתא שבין הסמ"ע והש"ך הנ"ל וכ' שם דמ"ש התומים ראיה לדעת הסמ"ע דתר"ל משם א' לא מיקרי תרתי לריעותא מקושיית תוס' סנהד' דף ה' לא נ"ל שום הוכחה כו' אך הראיה שכ' התומים מתשו' הרא"ש כלל נ"ו סי' א' הוא ברור ואמת כו' וגם מדברי הר"ן בחידושיו ר"פ ז"ב משמע כהסמ"ע דתר"ל משם א' לא הוי אלא כחדא לריעותא ומבואר מדבריו דאם קיבל שלשה פסולי' כשלשה כשרי' אם הוברר בבת אחת הוי רק חדא לריעותא אבל אם הוברר בזה אחר זה הוי כשני שמות וכו' שם בנדון השאלה בשנים שנתעצמו בדין וברר להם ג' דיינים בזא"ז ושנים מהם קרובים וקבלום עליהם ואחר גמר דין חוזר בו המוחזק ומסיק פשוט דהמוחזק יכול לחזור בו ע"ש וע"ש עוד שכ' דבר חדש דז"ל דגם לדעת הפוסק דתר"ל יכול לחזור בו דוקא ריעותא דקרוב או אשה וקטן אבל ריעותא דעוברי עבירה כגון רועים וכדומה דאינו פסול בגופו ובידו לקבל דברי חבירות ולחזור בו ויתכשר אפילו אותו הדין עצמו לא חשיב תר"ל כו' עש"ה וע' בנ"צ מ"ש בזה. וע' בתשו' רע"ק איגר ס"ס קע"ז שכתב בפשיטות דאם קיבל עליו עד שיש בו ב' פסולים כגון אם אביו גזלן (וקבלו לעד) לא מקרי תר"ל דמה לי שהעד פסול מטעם א' או מטעם ב' פסולים ע"ש. אולם באו"ת סק"ו ב' בפשיטות להיפך שכתב שם דאם הכשיר אשה קרובה לעד א' נראה דהוי ג"כ תר"ל. דפסול אשה לא כפסול של קרוב דזה כשר לכ"ע וזו פסולה ע"ש והביאו ג"כ בנה"מ וכתב דלפ"ז אם קיבל עליו קרוב שהוא פסול גם כן הוי תר"ל ע"ש ובס' בר"י אות ז' נסתפק בדין זה דאפשר הא דאמרינן דבתרתי לריעות' לא מהני קבלה היינו קרוב דקבליה בתרי דבעי שני קבלות אחת להכשירו לאחד דהוא קרוב והשנית לקבלו כשנים אבל בנ"ד דמשום היותו קרוב לחוד לא חזי ליה אלא דיש בו איסור מוסיף דלא חזי נמי לעלמא דהוא פסול או דלא גמיר ולזה אינו צריך אלא קבלה אחת שמקבלו כאילו הוא כשר י"ל דמהני וכ' דלכאורה יש להוכיח מדברי הרשב"ם בב"ב קכ"ח ע"א בד"ה שלשה רועי בקר במ"ש ורועי צאן לא נקט משום דרשעים נינהו כו' דס"ל דאם הוא פסול ולא גמיר הוי תרתי לריעות' וא"כ ה"ה קרוב והוא פסול או קרוב והוא לא גמיר הוי תר"ל. אך הנ"י שם שכתב דרועי בקר פסולין לכ"ע דסתמא גזלנין

נינהו כו' מבואר דס"ל דבכה"ג לא חשיב תר"ל כיון דבקבלה אחת סגי כו' עש"ב. והנה לפ"ד האו"ת הנז' שכתב דאם הכשיר אשה קרובה לעד א' הוי תר"ל משום דפסול של אשה לא נפסל של קרוב כו' משמע קצת דאם קיבל עליו אשה שהיא פסולה מחמת עבירה לא הוי תר"ל בזה הוי כשם חד ולפ"ז אפשר לדחות הראיה מדברי הנ"י שכתב הבר"י הנ"ל ומוכח מדבריו דפסול ולא גמיר לא חשיב תר"ל וה"ה קרוב ולא גמיר או קרוב והוא פסול כו' ולפי הנ"ל אפשר לחלק וצ"ע:

ו **אם קנו מידו על זה.** כ' דנה"ג בהגה"ט אות ו' וז"ל הא דאם קנו מידו א"י לחזור בו דוקא כשלקח הקנין או נשבע אדעתא שהוא קרוב ויודע שהוא פסול לעדות אבל אם לא היה יודע שהוא פסול לעדות אפילו נשבע קנין אין כאן שבועה אין כאן מהר"י אדרבי סי' קצ"ג עכ"ל והביאו ג"כ באו"ת ובנה"מ בשינוי לשון קצת ומשמע לכאורה דמהימן לומר שלא היה יודע שהוא פסול וא"צ שבועה על זה וצ"ע ממ"ש הב"ח הובא לעיל ס"ק א' דאם טען לא ידעתי שהוא קרוב נשבע היסת ויש לחלק וע' בנה"מ סק"ד:

ז **נתבאר.** עבה"ט וע' בתשובת שבו"י ח"א סי' קנ"ד דנראה לו עיקר כהסמ"ע דכל שאמרו דרך פסק דין איש פלוני אתה זכאי ואתה חייב הוי גמ"ד כמו צא תן לו וכ' שם לבאר טעם החילוק בין לשון חייב אתה ליתן דלא הוי ג"ד ובין איש פלוני אתה זכאי ואתה חייב דהוי גמ"ד משום דכל שאו' לאחד לבד שלא בפני חבירו חייב אתה ליתן לו נראה שעדיין הדבר מסופק לו דליכא זילותא אם יחזור אח"כ ויפטור אותו כיון שלא זיכה עדיין לחבירו בפניו משא"כ אם אמר צא תן לו אפילו שהוא שלא בפני חבירו כבר פסק למילתא אבל כשאמר איש פלוני אתה זכאי ופלוני אתה חייב נראה ששני הבעלי דינים עומדין לפניו ולכן הוצרך לומר איש פלוני כו' ואיש פלוני כו' כדי לידע מי מהם חייב או זכאי הוי ג"ד דודאי הוי זילותא גדול אם יחייב אח"כ מי שזיכה תחלה אלא ודאי שברור לו הדין ולכך הוי גמר דין ע"ש:

ח **נגמר הדין כו'.** ע' באר הגולה דבתשובת הרא"ש מסיים אפילו נתרצו שניהם וכתב הב"י הטעם משום כבוד הדיין ועש"ך סק"ח עד ולי נראה דהרא"ש מיירי היכא שחב לאחרים בחזירתם כו' וכן תירץ במל"מ פ"ז מה"ס ע"כ (וע' בתומים מ"ש בזה) ועיין בספר בר"י אות ט' שכ' דכן תירץ ג"כ בתשובת מהריב"ל ח"ג סימן ל"ב ועיין בתשובת בית יעקב סימן י"ח:

ט **ואם כופר כו' ישבע.** עסמ"ע וש"ך. ועיין בנה"מ שכתב דדוקא אחר שנגמר הדין ונתחייב ממון (ר"ל לאפוקי אם לא נתחייב רק שבועה עסמ"ע לקמן סימן פ"ז סכ"ה) אבל אם עדיין לא נגמר הפסק רק שזה טוען שקנו מידו על דיין זה והוא כופר לא מקרי

כפירת ממון ע"ש וכן מבואר בתשובת חות יאיר סימן ה' ושם הוסיף עוד דאפילו כבר נגמר הדין דוקא באם נתחייב הנתבע והוא טוען שלא קיבלו והכי משמע המשך דברי הטור דבכה"ג מיירי משא"כ באם נפטר הנתבע והתובע רוצה לחזור ולתובעו וטוען שלא קיבלו פטור התובע אף משבועת היסת דלא שייך ביה חיוב ממון אם יודה. ושוב כתב דבזה יש מקום לבע"ד לחלוק ולומר כיון דדעת התובע לתבעו בממון ולדעת הנתבע כבר נפטר ה"ל כפירת דררא דממונא במה שאינו יודה תובע יפטר נתבע וראיה ממ"ש בש"ע ס"ס ט"ז דהטוען על חבירו טענת ודאי שטר שבידך זכות יש לי בו דחייב הנתבע הזה ש"ה שמעינן דאע"ג דאילו יודה לא מתחייב דבר דאין לו עסק בממון כלל מ"מ הואיל שיש בזה טובה והנחת ממון לחבירו חייב ש"ה. ולפ"ז צ"ל דמ"ש (בסימן פ"ז סכ"ה) אילו יודה לא היה מתחייב ממון לאו דוקא רק שלא יהיה שום צד הנאת ממון לחבירו כמו תבעו שאמר ליתן לו דמייתי שם כו' ע"ש מיהו נראה לענ"ד דלא הוצרך הרב חו"י לכתוב זה רק לפי מה שפלפל שם לדחות דברי הסמ"ע והש"ך במה דס"ל דאם באו לדון הוי כאילו קבלו עלייהו אבל לפ"מ שנראה מסקנת דבריו שם (הובא לעיל סימן ה' ס"ב ס"ק ו' שמסכים עם הש"ך בבא מעצמו בלי שליח ב"ד ודאי הוי כקבלוה כו') לא משכחת כלל דין זה שיטעון התובע שלא קיבלו ודו"ק:

י **אלא הריני משלם.** עבה"ט מ"ש אבל הש"ך השיג כו' עד וכן המנהג כדברי כו' וע' בספר עטרת צבי שהעיד דהמנהג דלא כהש"ך רק דאינו יכול להפך אחר כך וכך כ' משמו בספר משנת דר' אליעזר עיין שם. אכן בתומים ובנה"מ כתבו דהמנהג כהש"ך ע"ש וכ' עוד בנה"מ אך זה דוקא בשבועה דרבנן אבל בשבועה דאוריית' שמן הדין א"י להפכה ואמר השבע וטול וקיבל עליו ואמר אני נשבע א"י לחזור בו אבל במלוה בשטר שהפך השבועה על הנתבע שבועת היסת וקיבל עליו יכול לחזור ולהפך על התובע אף אחר שיצא מב"ד כיון דהפך ע"כ היה בענין שאומר הריני כמלוה על פה והשבע היסת ובשעת קבלה קיבל השבועה על עצמו כתביעת בע"פ הוי כאומר אקיים הדין מש"ה יכול להפכה ע"ש:

יא **ויש חולקין.** עי' בתשו' בית שמואל אחרון סימן ח' מ"ש בזה:

סימן כג

א **ובלבד שלא יסתור כו'** ע' בתשובת מהרשד"ם ח"מ סימן ט' ומ"ש מהריק"ש בהגהותיו וע' בס' מגן גבורים סי' א' וסי' פ"ט עכ"ל בר"י:

ב **אבל שנים**. עבה"ט עד אבל אם הלשון שמפרשים הוא דחוק צ"ע כו' ועיין בתשובת הרב מו"ה משה רוטנבורג חח"מ סימן ח' שכתב לכאורה צ"ע מ"ש מעדים (ר"ל לקמן סימן מ"ו סל"ז בש"ך ס"ק קי"ב בשם תשובת מהר"ם אלשיך דהעדים יכולים לפרש בשטר אף פירוש דחוק) וצריך לחלק דבשלמא בעדים שמעידים על המעשה כיון שמעידים שכך היה המעשה ומתרצים דבריהם הראשונים שלא יהיה הכחשה מש"ה נאמנים משא"כ בפשרנים שעיקר ההגדה על אומד דעתם א"כ כיון שפשטות כתבם משמע כן אינם יכולים לשנות בפירוש דחוק ע"ש (וע"ל ס"ק ד') ועמ"ש לקמן סימן מ"ב ס"י ס"ק י"ב:

ג **שמכחישים אותם**. עבה"ט שכ' פי' שאומרים ששמעו מדיינים אלו שפסקו כך כו' ועיין בס' מים עמוקים בתשובת הראנ"ח שם סימן פ"ו בעובדא שראובן מכר לשמעון חזקת חנות ואחר עבור י' שנים תבע ראובן שיחזיר לו החנות בטענה שבזמן המכר התנה עמו שכל זמן שיחזיר לו מעותיו יחזיר לו החנות ובאו עדים על זה וקצת מהם מעידים שהיה דבר שמעון תוך ב' או ג' שנים לא יותר ואלו העדים הם ג"כ דייני החנות שנמכר על ידם ואחרים מעידים כי דבר שמעון היה בכל הזמנים ולא שם הגבלת זמן כו' והאריך שם בדברי הגמ' פ' א"נ בשמעתא דמכר לו את השדה כו' ואחר זה כתב וז"ל ומ"מ כיון שבא בשאלה שהעדים המעידים שדבר שמעון היה תוך ב' או ג' שנים הם דייני החנות שנמכר על ידם משא"כ האחרים נראה שסומכים על עדות הדיינים יותר מעדות האחרים וכיוצא לזה כתב הרא"ש ז"ל בתשו' ב' דיינים נאמנים לומר לזה זכינו ולזה חייבנו לעולם ונאמנים הם יותר מן העדים המכחישים אותם דרמו אנפשייהו ומדכרו טפי מן העדים ששמעו מפיהם ואין זה כשני כתי עדים המכחישים זא"ז כו' ואפילו מי שיראה לחלק ולומר דשאני התם דהם דקדקו יותר לידע להיכן הדין נוטה אבל הכא אע"פ שהם היו הדיינים מ"מ תנאי זה ב' הכתות שמעוהו בשוה שכפי הנראה שלא היה תנאי זה מכלל דיינותם שנמכרה החנות על ידם מ"מ י"ל שעדות הדיינים עדיפא טפי שכיון שהם היו המפשרים וגומרים הענין ועומדים שם לגמור ענין זה הוי להו אינהו כמזומנים להעיד משא"כ האחרים שלא היה להם עסק בענין כלל וכיוצא בזה כ' הריב"ש ז"ל בדין גט אחד כו' ואפילו מי שירצה לחלק גם בזה וכן אם העדים האחרים מעידים שהיה התנאי מפורש לעולמים דבכה"ג אין לחלק בין מזומנים לשאינם מזומנים דלא שייך לימר כן אלא כשאינם מעידים על הדבר די"ל כיון שלא היו מזומנים לא נתנו לבם אבל כשהם מעידים על מציאות איזה ענין לא שייך לחלק כלל דמשום דלא הוזמנו לא עבדי לבדות מלבם מה שלא שמעו מ"מ אין מוציאין מיד הקונה דאפילו חשבינן להו ב' כתי עדים

המכחישים זא"ז אוקי תרי להדי תרי ואוקי חנות בחזקת מי שהוא בידו ואע"פ שאם ניתן לחנות דין קרקע קרקע בחזקת בעליה עומדת מ"מ כיון שלדברי כולם קרקע יצא ראשונה מחזקת המוכר וקם ליה בחזקת לוקח אלא שלדברי האחרים הוא צריך להחזירו מכח התנאי כל שיש ספק בענין אין מוציאין אותו מחזקתו וכיוצא בזה עצמו כתב הרשב"א ז"ל בתשובה סימן תתקע"ב כו' עכ"ל ע"ש עוד:

ד **אין לו רשות להוסיף כו'**. עיין בתשובת אא"ז פמ"א ח"ב סימן קע"ה דדוקא בחד משום דחיישינן שמא נשתנה דעתו וחשיב כנוגע בעדות אבל שנים דאין סברא לומר שנשתנה דעת שניהם אף שכבר כתבו הפשר יכולים לפרש דבריהם (אפילו בדוחק כל שאין סותרים את דבריהם) דהא אפילו בעדים שכתבו השטר איתא בסימן מ"ו ובש"ך ס"ק קי"ב שיכולין לפרש אפילו בדוחק וק"ו בדיינים דעדיפי מעדים כו' וכן מבואר בלבוש שכ' תחלה הגהת רמ"א ומסיים אבל שנים נאמנים לעולם ע"ש וע' לעיל ס"ק ב':

ה **ואפילו תוך הזמן**. עש"ך סק"י עד משא"כ בהך דמהרי"ן לב שהכוונה שאומר אינה תוספות או גרעון רק ביאור הדברים ע' שם ולזה הסכימו באו"ת ובנה"מ ע"ש אכן בס' בר"י אות א' כ' דהרב מהר"ש בן חסון בס' בית שלמה ח"מ סימן כתב דתשוב' הרשב"א (מקור דברי רמ"א אלו והובא בב"י לעיל סימן י"ב מחודש ז') הוא הפך דברי מהריב"ל הנזכ' ותירוצו של הש"ך דחה שם חדא דגם בההיא דתשובת הרשב"א הלשון מתפרש שפיר ועוד דמה ענין ההיא דנאמן הדיין (דמייתי הרשב"א שם) והוא ז"ל כ' דיש ליישב דברי מהריב"ל באופן אחר שלא יהיו נגד דברי הרשב"א הנזכ' דלא אמר מהריב"ל אלא כשיש שני פירושים בהפשר ואין סברא או חזקה מבחוץ להכריע אחד מהפירושים אבל בההיא דהרשב"א דהלשון מתפרש שפיר כמו שאומר הפשרן אך מכח שלא נודע שלקח ראובן מאותן השטרות ואדרבה בחזקת שלא נטל כיון שנשבע נגרע כח הדיין הפשרן לפרש כמו שפי' ובכי הא הוא דקאמר הרשב"א דאינו נאמן כו' ע"ש. וכתב עוד הרב בעל בר"י דמהר"ם מינץ בתשובה סימן ק' כ' דאין הדיין נאמן לפרש דבריו והביא ראיה מההיא דהפועלים דפליגי מתיבתא עם הקדוש ב"ה בספק קדמה בהרת לשער לבן (ואי הוי תלוי בדעת מאן דכתב וחתם הפסק אם כן הכי נמי הקב"ה כ' ונתן התורה לא הוי פליגי עם קודשא ב"ה כו' כן הוא במהר"מ שם) אך גדול בדורו מהר"א יצחק ז"ל דחה ראיה זו בשתי ידים דההיא דהפועלי' טעמא דלא בשמים היא וכבר נחלט הדבר לחכמי הדור אבל כשפוסק אחד כ' פסק ומשתמע לישניה לתרי אנפי מה"ת דלא יהא נאמן לומר לזה כוונתי כו' ע"ש עוד:

סימן כד

א **לתובע תחלה.** עבה"ט וע' בתשובת שבות יעקב ח"א סי' קמ"ד עוד פירוש בזה ע' שם. וכתב בס' בר"י אות ב' וז"ל מרן נקט לשון התלמוד ללמדנו שלא לבד מ"ש הפוסק אלא אף אם יעלה על לב אדם לומר יש לנתבע איזה צד זכות שנזקק לו תחלה אעפ"כ אין נזקקין אלא לתובע ולכן סתם דבריו דבשום צד אין נזקקין לנתבע תחלה (זולת אם זוילי נכסיה) וזהו דקדוק לשון התלמוד דקאמר בלשון שלילה אין נזקקין אלא לתובע כו'. הרב מהר"ר לוי בתשובה הובאה בס' פני משה חלק א' סי' מ"ו עכ"ל:

ב **שאינו רוצה שישבע לו עכשיו.** עי' בתשובת אא"ז פמ"א ח"א סי' צ"א אודות שמעון שנתחייב שבועה ללוי והי' חייב מקודם גם לראובן שבועה ושמעון רוצה לכלול הכל בשבועה אחת וראובן אינו רוצה להשביעו עכשיו והשיב דהדין עם ראובן ואין שמעון יכול להכריחו שיקבל שבועתו וראיה מהא דתנן (ט"ס הוא וצ"ל דאיתא) אין נזקקין אלא לתובע תחלה ופי' הנ"י כו' אף שי"ל דלמא התם לא מפסיד הנתבע מידי אבל הכא יפסיד הנתבע שיצטרך לישבע שני פעמים מ"מ נראה דוקא היכא דזילי נכסיה דנתבע אז נזקקין לדבריו אבל לענין שבועה שלא ישבע שבועת אמת שני פעמים לא משגחינן בנתבע להפסיד טענתו של תובע שטענה טובה היא שהיום או מחר תשוב אל לבך ותזכור ותודה ובדין יכול הוא לעכב שלא לישבע בשבועה אחת ע"ש ועי' בס' בר"י אות ה' שהביאו והעיר בזה במה שנראה מדברי הרב פמ"א הנזכר דאם ראובן רוצה להשביעו עתה תיכף אחר שישבע שמעון ללוי דינא הוא דשמעון מצי פטר נפשיה בשבועה אחת עולה בשביל לוי וראובן דלא אתי עלה אלא מטעם שמא לימים עוד יודה וזה הפך מה שנראה מתשו' הרדב"ז סי' תרי"ט (יובא לקמן בסי' פ"ז סכ"ד ס"ק כ"ה) דפשיטא ליה דלשני בני אדם אין לנו לומר שבועה אחת עולה בשביל שנים ומסיים ועתה אמת אגיד שדברי הרדב"ז מפוקפקים אצלי כעת ע"ש עוד:

ג **שישבע לו עכשיו.** עבה"ט שכתב ואם התובע הוא מהנשבעים ונוטלים דאין הנתבע יכול לכופו כו' וכתב עוד ביש"ש שם אבל אם הנתבע היפך עליו השבועה לישבע וליטול אף דא"י לחזור מ"מ יכול לומר השבע לי בזמן ב"ד או אני חוזר בי ואשבע ואפטור כי ע"ת כן הפכתי ולא אהיה אגוד בך לעולם ע' שם והביאו בס' בר"י אות ז' ובאו"ת ובנה"מ ע"ש ומסיים האורים וז"ל ונראין דבריו כי בלא"ה דעת הרבה שיכול לחזור קודם שנשבע חבירו עכ"ל ועיין לעיל סי' כ"ב ס"ג ס"ק יו"ד:

ד **לטעון עכשיו.** עבה"ט עד וכאן מיירי שהתובע אומר דלא איכפת ליה אם ישבע כו' וע' בסמ"ע שתירץ דהכא איירי דבטענה שהוא טוען עתה אינו נפטר בשבועה ועוד תי'

דאף אם אירי כשהנתבע נפטר בשבועה י"ל דהנתבע אינו אומר שאינו חייב לו כלום כו' עש"ב ובתשובת פני משה ח"א סי' מ"ז (הביאו הבר"י) תי' דהכא מיירי דהתובע אינו אומר שישבע בתביעתו זו והוא מרוצה שלא ישבע עתה על תביעתו זו והאריך בזה ולבסוף כתב שהמחוור בכל התירוצים הוא דהכא בתשובת הרשב"ץ אין התובע נפטר בתביעה זו בשבועה (כתירוץ א' דהסמ"ע הנ"ל) ושלזה הסכימו הב"ח והכנה"ג עש"ב. ועי' בס' בר"י אות ג' שכתב דכל מה שכתבו הרבנים הנזכרים הוא מפני סיבה שלא ראו תשובת הרשב"ץ בשרשה כי בזמן ההוא לא יצא לאור אבל הרואה בתשב"ץ עצמו בח"ב סי' ב' כי שם כתוב בשאלה דאמר התובע השבע לי בטענה זו וענינים אחרים יש לי עליך ועדיות אשביעך עליהם ואמר הנתבע שלא ישבע עד יביא עדיו ויתבע כל תביעותיו כו' והשיב הרשב"ץ דאין הדין נותן לעכב השבועה עד שיטעון טענותיו האחרות או שימחול זכיותיו זה לא נמצא בשום מקום לחייב התובע לתבוע כל התביעות והרשות בידו לתבוע היום תביעה אחת ולאחר זמן תביעה אחרת שמא מה שאינו תובע היום כל תביעותיו הוא מפני שיש לו עדים במקום אחר או שמא יודה לו לאחר זמן או שמא אינו זוכר וזה דבר פשוט דהא קיי"ל אין נזקקין אלא לתובע כו' : ע"ש עוד וכפי דבריו הללו נדחו כל התירוצים כו'. ברם הני שינויי דמשני רבנן הן ליתובי פסקי מוהר"ם אהדדי זה שפסק כאן עם מה שפסק בסי' פ"ז וכיון דגם מור"ם עצמו לא ראה תשובת הרשב"ץ אכתי יש לקיים הני שינויי בעד מור"ם דאיהו סבר דבהכי מיירי הרשב"ץ ולכן פסק הכא כוותיה ובסי' פ"ז לתשובת מיימוני ואולם ניחזי אנן לקושטא דמלתא אם הרשב"ץ פליג על תשובת מיימוני או לא כו' והאריך בזה. ומסיק וכתב והנראה ליישב דס"ל להרשב"ץ דהירושלמי ותשובת מיימוני מיירי כשניכר לדיין מבין ריסי עיני התובע שכוונתו להשביע הרבה שבועות והכי דייקי דברי תשובת מהר"ם שהוא המ"כ שהביא ב"י סי' פ"ז שכ' אדם שרוצה לטעון שישבע לו הרבה שבועות כו' אבל אם אין זה כוונת התובע אז לא מחייבינן ליה לתבוע כל תביעותיו כי שמא יש לו עדים או יודה לו הנתבע או אינו זוכר וכמו שנתן טעם הרשב"ץ בהדיא ולפי"ז צ"ל דמ"ש בשאלה בנדון הרשב"ץ שאמר התובע השבע לי בטענה זו וענינים אחרים יש לי עליך ועדיות אשביעך עליהם אין כוונתו שכל חפצו להרבות עליו שבועות אלא כוונתו דענינים אחרים יש לי ועדיות ואם סוף דבר לא יועיל בעדיות אשביעך עליהם כו' והכי חזינא לגאון הרדב"ז ח"א סי' ר"י שכתב על נדון דידיה לפיכך אם רואה הדיין שהוא רמאי ואינו תובע טענותיו אלא אחת אחת כדי להביאו לידי שבועות הרבה אומר לו אמור כל טענותיך כדי שישבע עליהם שבועה אחת וכופהו על ככה בדברים ואומר לו תדע שאם עתה לא תטעון לא

אשמע טענותיך והכי איתא בירושלמי הרי משמע מדבריו דאין לכופו בדברים אלא אם הכיר הדיין שהוא רמאי ורוצה להביאו לידי שבועות הרבה ובהכי איירי הירושלמי אבל בלאו הכי לא כו' עכ"ד הבר"י ע"ש ועמ"ש לקמן סי' פ"ז סכ"ד ס"ק כ"ז:

סימן כה

א **שדן דיני ממונות וטעה כו'**. עי' בתשב"ץ ח"ב סי' ט' שכ' דלא נפסל הדיין ההוא מכאן ולהבא לפי שכל אדם עשוי לטעות שאפי' גדולי התנאים טעו בדינן כו' אלא דאם טעה מפני שאינו זהיר בתלמודו והרבה מדיניו היו טעות אפשר לפוסלו אך לא פסול אלא לדון ביחיד מומחה אבל לא להיות נמנה בג' כו' ע"ש:

ב **או בדברי הפוסקים**. ע' בתשו' חו"י בסוף הספר בהשמטות שכ' דכל מה דסתם כן הב"י בש"ע ולא חלקו עליו הבאים אחריו הוי דבר משנה ובמקום שהביא הרמ"א דעת חולקים והסכים עמהם ג"כ ה"ל כדבר משנה בארצות הללו דנוהגין כוותיה. ובמקום שכ' י"א ולא הכריע ה"ל סמ"ע וש"ך בהכרעתן כדבר משנה בכל ענין. ואם אין כאן הכרעה אין להוציא ממון ומ"מ אם פסק כבהגהת רמ"א להוציא ממון אין מחזירין דאל"כ למאי נ"מ כתבו רמ"א. ואם יש מחלוקת בין הסמ"ע והש"ך לא גרע כח הש"ך לדעתי במקום שחולק על הסמ"ע לפסוק כוותיה אף להוציא וה"ל גם כן כדבר משנה דקיי"ל כבתראי אף כי שמעתי שקשה מאד לפסוק להוציא נגד הסמ"ע והיה לנו לומר דעכ"פ לא ה"ל הפוסק כסמ"ע כטועה בדב"מ מ"מ נ"ל כמו שכתבתי. אם לא שהדיין או הדיינים יודעים ומכירים שהש"ך עבר הדרך על הסמ"ע בטעם נכון. ע"ש עוד שכ' דלא ידע בזמנינו זה היכי דמי טעה בשיקול הדעת ודיתברר ודאי שטעו אחר דקיי"ל כל מה שנזכר בספרי פוסקים ה"ל כדב"מ כו' ע"ש:

ג **מכח ראיות מוכרחות**. כתב בס' בר"י אבל אין דוחין הראשוני' דברי חכמות הדורות בסברא בלא ראי'. הרשב"א ח"ב סי' שכ"ב והאריך בזה עכ"ל ע"ש עוד:

ד **טעה בשיקול הדעת**. ע' מדינים אלו בתשובת נאות דשא סי' קי"ד קט"ו קט"ז עש"ה:

ה **בכל העולם**. עי' באר היטב מה שכת' וכ' הנימוקי יוסף כו' עד יש לדיין לפסוק כפי שדעתו נוטה. וע' בתשובת חוט השני סי' ס' אודות שני דיינים שנתבררו לישב בדין ופסקו מה שפסקו ואחר כך צעק בע"ד א' שנראה לן שטעו וכן הסכים עמו דיין א' אלא שחבירו שישב עמו אינו רוצה לשמוע לו כלל ואמר מאחר שכבר נתנו הפס"ד לכל צד בכתב הוי זילותא דבי דינא והאחר אומר נציע דברינו לפני א' מחכמי הדור כו' והשיב וז"ל דברי מכ"ת סתומים למה על דעת הדיין הב' שלא לחזור אם מודה שטעה אלא

שמתבייש לחזור בזה פשיטא דמחינן ליה בארזפתא דנפחא עד דמכוין דעתיה לחזור הדין וכדאיתא בשבועות מנין לדיין שלא יעשה סניגרון לדבריו כו' ואם אינו מודה שטעה בזה יש לחלק אם הטעות בדב"מ דהיינו בדבר מבואר להדיא בפוסקים או בשיקול הדעת וסוגיא דעלמא דלא כוותיה פשיטא דכופין אותו להחזיר הדין או ישלם מביתו ואם הטעות הוא בשקול הדעת דא"א לברר טעותו דהיינו בדבר דפליגי ב' פוסקים ולא מבורר דלהוי סוגיא דעלמא כאידך נרא' דהרשות ביד הדיין לומר אני עומד בסברתי הראשונה וכמ"ש בסמ"ע בשם נ"י דבכה"ג יש לדיין לפסוק כפי שדעתו נוטה כו' וא"כ הוא ודאי יכול לעכב על השני אפילו אם הטענות והתשובות ביד השני ורוצה לשלחם למורה צדק יכול למחות בידו דזה דומה לשודא דדייני וכמ"ש סמ"ע בסי' כ"ג סק"ב כו' ואחשבה לדעתי דאירע עובדא דא באתרא דלא שכיחי רבנן שאין מבין מהות הפסק וטעותו אם הוא בדב"מ או בשיקול הדעת המבורר או בש"ה סתם ובכה"ג ראוי למנהיגי המדינה או העיר לכוף לשלוח הטענות והתשובות לפני ב"ד הגדול אשר יוכשר בעיניהם או בעיני בעה"ד ואותו המורה יבין וישכיל על נכון ועל פיו יקום כל דבר כו' עכ"ל ע"ש עוד:

ו **לא יוציא ממון.** עבה"ט עד אך המרדכי ס"ל דמהני בכ"מ כו' וע' באה"ע סי' נ"ג ב"ש סק"י מ"ש בזה ועמ"ש בסוף סימן זה:

ז **ואפילו אין הרבים מסכימים מטעם א'.** עי' בתשובת נו"ב תניינא חח"מ סימן ג' שנשאל במעשה שראובן תבע את שמעון במאה דהיינו חמשים עבור היזק שגרם לו וחמשים עבור הוצאות שהוציא עליו וכאשר נשאו ונתנו הדיינים נחלקו לשלשה דעות דיין א' פוטר את שמעון לגמרי ודיין השני מחייב לשמעון בחמשים דגרמי ודיין השלישי מחייב ג"כ לשמעון בחמשים אך לא באותן החמשים דגרמי כ"א באותן שהוציא הוצאות וכל א' וא' מג' הדיינים עומד על דעתו ואין מכריע ביניהם ונסתפק הרב השואל אם יש לחתוך הדין לחייב את שמעון חמשים הואיל וע"פ רוב הדעות מהשלשה דיינים עכ"פ מתחייב לפרוע לראובן חמשים או נימא דלא מחשב זה לשני דעות דאיכא למימר להיפך כיון דעל כל תביעה איכא רוב דעות לזכות את שמעון ודעת הרב השואל נוטה לפטור וכתב דעד כאן לא פסק הרמ"א דאף משני טעמים מחשב רוב דיעות אלא אם הוא בתביעה אחת אבל בנ"ד איכא לצרף רוב דעות לפטור דעל כל תביעה איכא רוב דעות לפטור. והוא ז"ל השיב לו שאין דעתו מסכמת לזה רק דיש לחתוך הדין לחייב את שמעון בחמשים דעכ"פ נתחייב שמעון חמשים ע"פ רוב דעות ואף שהוא ע"פ ב' תביעות חלוקות מ"מ לא גרע מעדות מיוחדת לקמן סי' ל' ס"ב וסעיף ו' וז' כו' ואף דגם שם בעדים אם מכחישין זא"ז דכל א' אומר דלא היה הלואה ואחרת או דהתובע

אומר שלא היה כ"א הלואה אחת אין מצטרפין וא"כ הכא בנ"ד הדיינים מכחישים זא"ז ומחולקים דזה אומר שאינו חייב על תביעה דגרמי כ"א על תביעת הוצאה והשני אומר להיפך זה אינו דלא דמי להכחשת העדי' דעדות מוכחשת לאו עדות הוא כלל כיון דאחד בודאי משקר משא"כ בדיינים עכ"פ לדברי רובם חייב שמעון חמשים כו' והאריך קצת ומסיק מכל זה נ"ל דבנ"ד כיון דהדיינים הם לפנינו ומתוך דברי שניהם יצא דשמעון נתחייב בחמשים אף שאינם מסכימים בטעמם מאיזה תביעה נתחייב ואילו לא היו אלו ב' תביעות במעמד א' בודאי שהיה שמעון נפטר מכל תביעה בפני עצמו ע"פ רוב דעות אפ"ה כיון דשני התביעות היו בבת אחת דין תביעה אחת יש להם דהא תבע משמעון מאה בבת אחת הרי על תביעת ראובן יצא מרוב דעות שחייב חמשים עכ"ד ע"ש:

ח **דהלכה כבתראי כו'**. ע' בהקדמת ס' פמ"ג ליו"ד בכללים אות ח' שכתב וז"ל ודע דסבור הייתי לומר הלכה כבתראי בשוין לא יחיד נגד רבים אלא שראיתי לכנה"ג בא"ח דאף יחיד נגד רבים הלכה כבתראי ואני תמה הא רובא דאורייתא ומסתימת הפוסקים משמע אף בד"ת הלכה כבתראי כו' וי"ל כיון דבתראי ראו דברי קמאי וסתרי להו בטענות אמרינן מסתמא הוה קמאי מודו לבתראי ומש"ה אף יחיד נגד רבים עכ"ל. ועיין בתשובת הרב מו"ה משה רוטנבורג חי"ד ס"ס כתב שכ' על נדון דידיה דאע"ג דקיי"ל הלכה כבתראי כו' מ"מ נראה דהאי כללא לא נאמר אלא היכא דהאחרון מברר דבריו בראיות צודקות אבל היכא דהאחרון כותב דעתו בסתם בלי שום ראיה שלא כדעת הפוסק הקודם לו מאי אולמא דהאחרון מהראשון כו' ע"ש:

ט **ואין הדין חוזר**. עש"ך שהרבה להשיב על מה שהוכיח הטור מדברי הרא"ש וכן תמה הרב שער אפרים סי' קנ"א וע' בת' בית יעקב סי' ל"ז עכ"ל בר"י:

י **והחלק ג' מפסיד הבע"ד**. כתב בס' בר"י אות ל"ח וז"ל יש להסתפק לדעת זה היכא דבע"ד ידע דנגמר הדין ע"פ שנים א' מהג' היה מזכה ואח"כ נתברר הטעות וצריכים הב' לשלם ב' חלקים אך עתה כל א' מהדיינים טוען שהוא המזכה ושני חבריו היו המחייבים מי נימא דמצי בע"ד למימר להו תנו לי אתם שני חלקים ואתם תראו ביניכם מי חייב ומי פטור או דלמא כל חד מצי א"ל לית לך מידי גבאי ומפסיד הכל כי כל אחד נשבע ונפטר או דלמא כגון זו דודאי תרי בשקרא משתבעי לא יהבינן להו שבועה ומשלמי וע' לקמן סי' שס"ה ס"א בגזל א' מה' כו' כל א' נשבע ומשלם גזלה לכל אחד וצריך להתיישב עכ"ל:

יא **ישלם כדין כל גורם**. עש"ך ס"ק מ"ה אות ב' מ"ש ומהו היינו דוקא כו' ולא כפוהו על התשלומין א"כ טובא עבד כו' בדגמ"ר שכתב דהאי א"כ הוא ר"ת אבל כפוהו ור"ל על התשלומין:

יב **שטעה וחייב שבועה כו'**. ע' בכנה"ג אות נ"ג בענין אם היה חייב שבועה אלא שהחמיר בדינו להצריך נק"ח כו' ע"ש וע' בר"י מ"ש בזה:

יג **דקנין בטעות הוא**. כתב בס' שער משפט ונראה דהיכא שנתפשר בקנין בכדי ליפטר מהשבועה ואח"כ הביא הנתבע עד א' המסייע לו לא אמרי' דהוי פשרה בטעות כיון שיש לו עד המסייע א"כ לא נתחייב לו שבועה כלל והוי פשרה בטעות דזה ליתא כיון דבשעת הפשרה לא היה לו העד תו לא מהימן ע"א לבטל הפשרה דהא כבר נתחייב לו ע"י הפשרה ממון גמור ואין עד אחד קם לממון כו' ע"ש. וע' בתשובת משכנות יעקב סי' י' במעשה באחין שהיו שותפין בתפיסת הבית ועסקי שותפות יחלה אחד מהן והוציא כמה הוצאות על חליו ורפואתו ואח"כ נפטר ובאו אחיו לחלוק עם היורשין ולחשוב ביניהם ונפל סכסוכים בדבר הוצאות חליו ורפואתו ונגשו לדין ועשו הדיינים פשרה ואח"כ טען א' מצדדים שהדיין הטעה אותו באמרו שאין ברור לו שיזכה בדינו ומתוך זה הסכים להתפשר ועתה נתוודע לו שבודאי היה זוכה בדין וטוען שהוא פשרה בטעות. והוא ז"ל השיב דאינו יכול לבטל הפשרה בקנין בטענה זו ולא מצינו להפוסקים שיבטלו פשרה בטעות רק בטעות גמור בעיקר המעשה כגון העושה פשר מחמת שלא מצא עדים וראיה ואח"כ מצא או כגון שחייבוהו בית דין שבועה ומתוך זה הוצרך לפשר ונודע שטעו הב"ד לא היה חייב שבועה דאז שייך לומר דהוי טעות גמור כיון שב"ד חייבוהו שבועה ודאי לא עלה על דעתו שב"ד יטעו בדין ואדעתא דהכי עשה פשרה אבל לא משום שהוא עצמו טועה בדינו ואין הב"ד מטעין אותו רק אמרו לו שאין הדין ברור כ"כ שיזכה ואילו היה עכ"ז רוצה דוקא בדין הרשות בידו ואולי יזכה רק דלא מחית נפשיה לספיקא וגמר ומקני ואין כאן טעות כלל וכל הנמצא בתשובת האחרונים בזה היינו דוקא היכא שאמרו לו בפירוש שהוא חייב בדינו בבירור כו' ובפרט בנ"ד שהיה ביניהם עוד סכסוכים והוצאות חולי אחיו שלא ידעו כמה ומההכרח להתפשר כי לא יכול לתבוע דבר ברור וכבר כתב הרמ"א בהשובה סי' ע"ד באחד שעשה פשרה מפני שלא היה יכול לברר טענתו שהשטר שביד שכנגדו מזוייף ואח"כ נודע הדבר יותר וטען שהפשרה בטעות וכתב רמ"א ז"ל שאין בטענתו כלום והוסיף לומר שאף אם נתברר בעדים שהשטר מזוייף אין אחר פשרה בקנין כלום אע"ג דקנין בטעות חוזר הכא שאני כיון שהיה ליתומים עוד טענות והפשרה לעשות על כל הטענות ביחד מאן מפיס

שבשביל זה לבדו עשה הפשרה כו' מבואר להדיא דאף בטעות גמור כהך דמצא עדים וראיה כל שיש עוד טענות ותביעות אין מבטלין הפשרה הנעשה על כל הענינים בשביל טעות הנמצא בפרט א' כ"ש בנ"ד שאין טעות רק חסרון ידיעת הדין אשר הוא בכל עושי פשרה כו' ע"ש. ועמ"ש לקמן סי' רמ"א ס"ג סק"ד:

סימן כו

א **נוטל רשות מב"ד.** ע' בתשו' חו"י סי' קנ"ה שכתב בענין כ"י שנכתב בו שאם לא יפרע לזמן פ' יתחייב קנס מאה ר"ט להשררה ודאי מצד הדין אסור למלוה לתבוע להלוה בערכאות של עו"ג כבח"מ סי' כ"ו רק באם בע"ד אלם דקיי"ל שנוטל רשות מב"ד ודן בערכאות של עו"ג ובכ"י זה מוטל מאד על הב"ד להיות מתון ולהתרות בלוה על היזק דאפשר להגיע לו מלבד חובו ואם לא ישגיח והמלוה תובע את שלו והמה תובעים הקנס אין ללוה על המלוה שום תרעומות משא"כ בלי רשות ב"ד ודאי לא מהני תנאו אפי' נכתב בפירוש שתיכף שיעכב יורשה זה להגיד הקנס להשררה ולא יהיה לו דין מסור לאנס כל זה לא יועיל למלוה לתבוע אותו בערכאות של עכו"ם או להגיד להשררה מהקנס לבד ואפי' נימא דמ"ש שלא יהיה לו דין מסור לאנס כאילו התנה ע"מ לפטור כמו גבי קרע את כסות ע"מ לפטור (בסי' ש"פ ס"א) מ"מ יש לחלק דהתם אחר דאין הנאה להאומר ודאי פטר ליה בלב שלם דאל"כ למה א"ל משא"כ כאן כו' ע"ש עוד:

ב **לב"ד ללילך.** כתב בס' בר"י וז"ל כ"כ בעה"ת בשם רב שרירא יש רשות לזקנים ולתלמידים שילכו כו'. וראיתי להרב מקור ברוך סי' מ"ב ולמהר"א ששון שם בסי' נ"ב שכתבו דמה שהוצרך הגאון לומר שילכו החכמים והזקנים ולא שאר עמא דארעא הוא מפני תיקון העולם שאם נתיר להם להעיד ילמדו גם הם ויבואו לפניהם על כל דיניהם אפי' בלא רשות ב"ד ועוד האריך בזה בסי' מ"ב דדוקא לחכמים ותלמידים הותר ודימה זה למ"ש הרמב"ם בחילול שבת לחולה שיהיה ע"י גדולי ישראל וחכמיהם כו' עש"ב ונעלם מהם מ"ש הרב העיטור בסוף אות בירורין כו' דמבואר דלאו דוקא הוא עכ"ל. ולע"ד נראה לכאורה דמ"ש רב שרירא יש רשות לזקנים ולתלמידים הוא לרבותא דאפי' להם הותר דבר זה דלא נימא אדם חשוב שאני כעין מ"ש חז"ל בכתובות דף נב ע"ב ודף פ"ה ע"ב:

ג **ולהעיד שזה חייב.** עבה"ט ובגליון ש"ע דהגי' רע"א זצ"ל נ"ב עי' במהריב"ל ח"ג סי' מ"ח ועי' בתשו' ח"ס חח"מ סי' ג' שכ' דנ"ל כוונת רב שרירא במ"ש שצריך שהערכאות של עכו"ם לא יקבלו שוחד היינו לפי מה דקיי"ל אין ת"ח מתחייב להעיד לפני ב"ד דזוטר

מיניה כמ"ש בסי' כ"ח ס"ה וע' ס"ס רס"ג או ת"ח רשאי למחול על כבודו ולזלזל בעצמו במקום שאינו חייב והוה ס"ד בב"ד של ערכאות של עכו"ם בודאי אסור לת"ח להעיד קמ"ל רב שרירא דאדרב' יקר ותפארת הוא לדייני ישראל שפסקו הדין עם פלוני אלא שאין בידם להציל עשוק הולכים ומעידים כן לפני ערכאות של עכו"ם פלוני יצא מאתנו חייב כך וכך וע"ז התנה רב שרירא דוקא באם אינם מקבלים שוחד ויוציאו הדין כמו שפסקו דייני ישראל משא"כ אם מקבלים שוחד שאפשר שאחר שביזו ת"ח א"ע להעיד במקום שאינו לפי כבודם אתי חמרא ובטש לשרגא ולשוא צרף צירף אין להם רשות לוותר על כבוד תורתם מספק. וע"ש עוד בענין צוואת ש"מ שהגיד בפני עדים שחייב לפלוני כך וכך דאחר שנפטר והניח יתומים קטנים נתיירא הלוה בדבר חובו מאחר שלא יוכל לגבות עכשיו עד שיגדלו היתומים פן ישכח מלב העדים מה שצוה לפניהם ולגבות העדות ע"פ ב"ד קשה כי הב"ד חוששים לדעת אחרונ' שבסי' ק"י ס"ט שאפי' צוואה אין לגבות לב"ד עדים במקום שיש יתומים קטנים ע"כ רצה המלוה להעלות דברי העדים בכתב אצל ערכאות של עכו"ם לכתוב בפראטיקאל שלהם שיהיה שמור ליום מועד כשיגדלו היתומים אי רשאי לעשות כן או לא אי יש בזה מיקר שם פלילים או לא והאריך בסוגיא דגיטין מ"ד ע"א המוכר ביתו לנכרי כו' ומסיק וז"ל היוצא מדברינו בנד"ז שלא עשאום פלילים כלל רק מפקיד דברים אצלם ליום שיצטרך יוציא הדברים ויביאום לדייני ישראל איני רואה בזה שום נדנוד איסור אפי' בלי רשות ב"ד מכ"ש ברשות ב"ד ולכשיגדלו היתומים ויבואו הדברים לפני בד"צ אם העדים יכולים לחזור ולהגיד לשנות ממ"ש בראשונה כיון שאמרו שלא בב"ד או אם יעמדו בדבריהם אם יאמנו משום דעבידי לאחזוקי שקרייהו בזה אין אני אדון בדבר כי השופט אשר יהיה בימים ההם יוציא לאור משפט צדק אך מ"מ הואיל במ"ש וכתבו בעש"ג שקרוב לודאי כשיגדלו היתומים יאמינו ולא יעררו וישלמו מעצמן וכעין לשון רש"י בע"ז י"ג ע"ב כו' עכ"ל ע"ש:

סימן כז

א **ואם היה דיין כו'**. ע' בס' בר"י שכתב דדוקא דיין קבוע לדון בין אדם לחבירו אבל אם היה דיין לפי שעה בזבל"א לא מקרי דיין לענין זה וכן משמע מל' הרמב"ם ומדברי הרמב"ן בחומש וס' החינוך סי' ע"ה ע"ש:

ב **את המת פטור**. עיין בס' בר"י דה"ה אם קלל למי שנגמר דינו להריגה אפי' בדיני הערכאות של עכו"ם פטור כו' ע"ש וע' בש"ס גיטין דף כ"ח סוף ע"ב:

סימן כח

א **וראוי להעידו.** עבה"ט שכ' לאפוקי קרוב או פסול כו' וע' בתשו' שבו"י ח"א סי' קמ"ו שהביא תשו' הלכות קטנות סי' ק"כ דאפי' קיבל עליו והכשירוהו אינו מחוייב להגיד כיון שאינו ראוי להעיד משעת ראיה והוא ז"ל חולק עליו ודעתו דחייב להגיד כיון שהכשירוהו מקרי ראוי להעיד והוא ג"כ בעונש אם לא יגיד כיון שגרם להפסיד ממונו ע"ש וכבר השיג עליו בתומים סק"ב שנעלם ממנו הירושלמי פ"ק דסנהד' ודברי הר"ן בשם הרמב"ן פ' שבועת העדות (הובא ג"כ בתוי"ט שם משנה י"א) דמבואר שם בהדיא דאפי' הכשירו לקרוב או פסול אינו בכלל החיוב להעיד ע"ש. והנה מ"ש שנעלם ממנו הירושלמי ע' בשבו"י ח"ב בסוף הספר בהשמטות שהוא ז"ל עצמו נזכר מהירושלמי הזה וז"ל שם בירושלמי ר"פ שבועת העדות איתא עד אחד שאמרו לו הרי את מקובל עלינו כשני עדים יהא חייב ת"ל והוא עד כו' אבל באמת אין ראיה מירושלמי כיון דהוא נגד משמעות ש"ס דידן ודרשה דהאי קרא דרשינן בש"ס דידן לדרשה אחרינא עכ"ל. אולם מ"ש התומים שנעלם מהשבו"י דברי הר"ן בשם הרמב"ן זהו בודאי תמיהא קיימת. ע' בס' בר"י אות ב' שהאריך הרבה בדין זה ובסוף דבריו הביא ג"כ דברי הירושלמי הנזכר ודברי הר"ן בשם הרמב"ן הנזכר וכתב דכן מבואר ג"כ דעת הרשב"א והריטב"א בחידושיהם ואע"ג דהתוספות הוקשה להם במשנתינו כקושיית הרמב"ן ותירצו בענין אחר וכ"כ בס' האגודה וגם מפי' הרמב"ם והרע"ב מוכח דלא מפרשי משנתינו כהרמב"ן מ"מ נראה דלענין דינא אין מחלוקת ביניהם וכ"ע מודי לדינו של הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והר"ן אלא דבפירושא דמתניתין פליגי כו' ע"ש. וע' בתשו' רע"ק איגר סי' קע"ט בס' פרשת דרכים בדרך מצותיך פ' ויקרא. וע' בנה"מ שכ' דאם הכשירו קרוב או פסול שיעיד נהי דאינו עובר באם לא יגיד מ"מ מחויב מדאורייתא להעיד משום השבת אבידה לבעלים ע"ש:

ב **תועלת בעדותו.** עי' בתשו' חות יאיר סי' ר"ח אודות ת"ח א' שהי' בחזקת עני והיו ב"ב מהנים אותו בממון ושמעון הוציא עליו קול שיש לו ממון שמלוה אותם ברבית שיכול להסתפק בו די והותר ועי"ז נמנעו הב"ב להנותו והקהל בקשו שישא בעול וביקש זה הת"ח משכינו הרגיל אצלו שיגיד בתו"ע באליו"ע אם יודע שום אדם שחייב לו או אם שמעון כיחש שלא הוציא עליו קול זה ומבקש ממנו שיגיד באליו"ע ונסתפק שם אם מחוייב שכן הת"ח או שמעון עצמו להגיד כי אע"פ שאינו עסק ממון מ"מ יש לו תועלת בעדותו עוד נסתפק שם בכמה פרטים כיוצא בו ולא העלה דבר ברור ע"ש:

ג **חייב להעיד** עסמ"ע ובאר הגולה דכ' הד"מ בשם מהרי"ו שאם יאמר העד שאינו רשאי להגיד שקבל עליו שלא לגלות כו' וע' בט"ז שתמה דהא אפי' התרה אינו צריך כמ"ש רמ"א ביו"ד סי' רכ"ח סל"ג אם נותנין חרם וה"ה כאן שיש עליו אם לא יגיד ע"ש וכ"ד הט"ז ביו"ד שם דעל מ"ש הרמ"א שם דאם נשבע על איזה דבר שלא לגלותו ואח"כ נתנו עליו חרם חייב להגיד הקשה הט"ז הא אפי' בלא נתינת החרם חייב להגיד כשזה צריך להעיד שהרי הוא באם לא יגיד ותירץ דמיירי שלא תבעו להעיד ואז אינו עובר כמ"ש בח"מ סי' כ"ח אבל אם באמת תבעו להעיד חייב להגיד אף בלא חרם ע"ש וע' בס' עט"צ ובס' שער משפט שכתבו ליישב תמיהת זו של הט"ז הנ"ל ודבריהם צ"ע עי' בס' מאמר קדישין ובס' בת עיני בחידושי ח"מ דף ס"ט אולם עיקר הישוב בזה מבואר דברי התומים סק"א שכ' ע"ד הסמ"ע בשם מהרי"ו הנ"ל וז"ל ואם מה שקיבל עליו לגלות הוא רק שלא באמירה בעלמא ודאי לא נתכוון מהרי"ו רק למלתא יתירתא אבל ודאי אם אינו רוצה או שאינו כאן לא איכפת לן בקבלתו והב"ד גוזרים עליו שיאמר דלא כל כמיניה לכבוש עדותו אך אם נשבע בפועל בזו יש חילוקים רבים אם נשבע שלא להעיד והוא עד א' אזי חל על השבועה וצריך חרטה והתרה ואין כאן נשבע לבטל המצוה דכיון דהוא עד א' אינו עובר על אם לא יגיד כמבואר בב"ק כ"ו כו' אבל אם יש שני עדים אם נשבע שלא להעיד הו"ל לבטל המצוה ולא חל שבועתו אבל בנשבע שלא לומר לשום אדם ואף לב"ד להעיד א"כ הרי כאן כולל דמגו דחל לאמירה לשאר אדם חל נמי על אמירה לב"ד ותליא בשני תירוצים שכתבו התוספת בשבועות דף כ"ד בד"ה אלא הן כו' עכ"ל וכ"כ בקצרה בספר נה"מ ע"ש (וע' בס' תפארת יעקב מ"ש בזה) גם בס' ידות נדרים ביו"ד שם ס"ק כ' בכוונת הסמ"ע הנ"ל כיון דעד א' והוא אינו חייב להגיד כו' ע"ש וע' בס' בת עיני בחידושי ח"מ שם שכ' לתרץ תמיהת הט"ז הנ"ל דלכך צריך הבע"ד להתיר לו כי חיישינן שמא לא יהיה תועלת בעדותו ונמצא שלא היה הגדתו חיוב מן התורה ועבר בחנם על השבועה לכך כייפינן לבע"ד להתיר לו שבועתו וצ"ע ע"ש. ועמ"ש לקמן סי' ל"ד ס"ה ס"ק י"ד בענין אם עבר העד והעיד בב"ד קודם שהתיר לו הבע"ד מה דינו ע"ש:

ד **אם יתבענו**. עי' בתשו' משכנות יעקב סי' י"ב שכ' דזה צע"ג דהא יש בזה גם בלא תבעו משום לא תעמוד על דם רעך כל שיודע לו זכות והוא מפסיד ע"י מניעתו להעיד וכ"כ להדיא הרמב"ם בס' המצות מצוה רצ"ז בשם ספרי כו' וגם יש בזה משום השבת אבידה כו' ע"ש וע' בס' שער משפט שהאריך ג"כ לתמוה בזה ובסוף כ' ולולי דברי הב"י והסמ"ע הייתי אומר דמ"ש הרמב"ם והטור והוא שיתבענו שיעיד לו היינו לאפוקי כשאדם יודע עדות לחבירו והבע"ד עדיין אין דנין זה עם זה או שדנין זה עם זה אלא שא"י אם הדבר

תלוי בעדותו אינו מחוייב לילך לב"ד להעיד משא"כ בדבר איסור או ד"נ מחוייב לילך מעצמו כו' אבל פשיטא אף בד"מ מחוייב להעיד כשיודע שהבע"ד דנין ביחד והדבר תלוי בו וכן יש להוכיח מדברי הרא"ה בס' החינוך מצוה קכ"ב שכ' שבד"מ אין אדם חייב להעיד עליהם מעצמו אא"כ יתבענו בעל דבר או ב"ד כו' ע"ש דמסיים כנלע"ד ברור דלא כהב"י והסמ"ע. וע' עוד בספר תפארת יעקב וגם בס' העמק שאלה על השאלתות פ' ויקרא שאילתא ס"ט מ"ש בזה:

ה **פטור מדיני אדם.** כ' בס' בר"י וז"ל ומ"מ כופין אותו בתחלה ככל מ"ע שכופין לקיימה. הרב תורת חסד ס"ס קנ"ג. וע' במשאת משה ס"ס ס"ג וכ' בחינוך סי' (רמ"ד) [רל"ז] משם הת"כ דבכלל לא תעמוד על דם רעך הוא כובש עדותו עכ"ל וע"ל ס"ק ה':

ו **בדיני שמים.** עבה"ט שכ' ואי תפס מפקינן מיניה ש"ך בשם מהרש"ל עכ"ל ובש"ך כ' עוד דכ"כ הריב"ש סי' שצ"ב כו'. ולקמן סי' ע"ה בש"ך ס"ק כ"ו (ובבה"ט שם ס"ק י"ט) הביא שכ"כ בשם הרמב"ן שאין תפיסה מועלת במה שאין לו זכות אלא בבא לצאת י"ש ע"ש וגם בסי' ע"ו בש"ך ס"ק י"ב ובסי' קפ"ב סק"א. ובגליון ש"ע דהגאון רע"ק איגר זצ"ל נ"ב שם בריב"ש הוכיח כן מדין אבק רבית ביו"ד סי' קס"א ס"ב וס"ג וע' בנ"י פא"נ בסוגיא דמשכנתא באתרא דמסלקי מ"ש בשם הרשב"א והר"ן דמבואר דעתם דהיכא דחייב לצי"ש מהני תפיסה נמצא דין זה תלוי באשלי רברבי במחלוקת הראשונים ולדינא אפשר דלא מצי התופס לומר קי"ל כדעת הרשב"א והר"ן לדעת המל"מ פ"ד ה"ו ממלוה בסוף דבריו (שכ' שם היכא שהתפיסה עצמה במחלוקת שנויה אי מהני או לא אין לומר קים לי ע"ש) וע' בתומים בדיני תפיסה עכ"ל (עמש"ל ס"ס כ"ה בדיני קים לי וגם בסי' ע"ה סי"ב ס"ק כ') . וע' בתשו' שבו"י ח"א סי' קמ"ו שדעתו להכריע דודאי באבק רבית דרבנן וכן בכל הני גרמא בניזקין דפ' הכונס שמן התורה פטור גם בדיני שמים אלא שחכמים אמרו שחייב לצי"ש בזה אי תפס מפקינן מיניה אבל היכא דהחיוב בדיני שמים הוא מה"ת כגון בקים ליה בדרבה מיניה וכן בכובש עדותו ודאי דאי תפס לא מפקינן מיניה ע"ש וכבר השיג עליו בתומים סק"ד ומסיק לדינא בכל החיובים בדיני שמים ל"מ תפיסה זולת בקים ליה בדרבה מיניה מהני תפיסה ע"ש וכן הסכים בנה"מ ע"ש וע' בתשו' חו"י סי' מ"ד ובתשו' שמן רוקח ח"א סי' פ' ובתשו' ב"ש אחרון סי' יו"ד ועמ"ש לקמן סי' ע"ה ס"ט:

ז **ואפרושי מאיסורא.** עי' בתשו' נו"ב חלק א"ח סי' ל"ה שכ' דהיינו אפי' אם יש ספק אם יאמינו דבריו ע"ש:

ח **צורך שעה להשביעו**. כגון שרואין שהעם מקילין בעדות שקר ואינם מקילין בשבועת שקר סמ"ע וע' בתשו' חתם סופר חח"מ סי' ר"ז שכ' דפשוט דזה דוקא אם הב"ד מסופקים בהעדים אבל אם הב"ד אינם מסופקין לא יכול הנטען לומר אינם נאמנים עלי עד שישבעו וע' סי' צ"ב בסמ"ע ס"ק י"ט ע"ש:

ט **משמתין**. ע' בס' בר"י לעיל סי' י"ח אות ג' שעמד בזה אמאי משמתין לי'מא האי סהדא אנא בקושטא ידענא דהאי ישראל חייב להעו"ג ומה נפשך אי אתא בב"ד דישראל ואיהו לא בעי לאשתבועי ושלים להעו"ג השתא נמי לא אפסדתיה ואי איהו הוה משתבע לשקרא דטבא ליה עבדי ליה שיפרע ולא לשתבע אשקרא כו' והביא בשם מהריט"ץ סי' ק"ב שפירש בזה דכיון דהתורה לא האמינתו ואינו חייב אלא שבועה יניח לו לשבע לשקר ואין לו להתחכם על בוראו כו' ע"ש:

י **אבל אינו חייב לשלם**. עבה"ט וע' בתשו' חתם סופר חח"מ סי' כ"ג שביאר דבר זה בהסבר יותר וז"ל והענין בזה דאם הבע"ד מודה שחייב העובד כוכבים רק שאומר שרוצה להפקיע הלואתו אין כאן שמתא כמו בשני עדים ואם ע"א ורוצה להעיד שקר על חבירו פשיטא שצריך לשלם נמי ובהכי מיירי רמב"ם פ"ו מת"ת וש"ע יו"ד סי' של"ד אך הכא מיירי שהנתבע אאומר שינו חייב להעובד כוכבים ועד א' אומר יודע אני שאתה חייב והנה הב"ד ששומעים דבריהם לא מהימן ע"א נגד זה הנתבע ע"כ הוי גבי דידן כאלו אין הישראל חייב להעוה"ג וזה רוצה להעיד בו שקר ע"כ אנו מתרין להעד שלא יעיד ואם לא ישמע משמתין ליה על שהחציף נגד הב"ד כמ"ש בהגמ"ר אבל לא נוכל להוציא ממונו ממנו כי נגד ממון שהוא מוחזק הוא נאמן שהאמת אתו כנלע"ד ברור ומיושב בזה כמה פקפוקי אחרונים ז"ל עכ"ל ע"ש וע' בס"ק הקודם:

יא **אבל אם יש לברר**. עסמ"ע ס"ק כ"ב מ"ש בישראל לא שייך זה דבדיני ישראל אין מוציאין ממון ע"פ עד א' כו' וע' בתשובת נו"ב תניינא ס"ס ט"ז שכ' דדברי הסמ"ע לאו דוקא דלא משכחת כלל בישראל כה"ג דודאי משכחת גם בישראל עד א' שמחייב ממון ונסכא דר' אבא יוכיח וכיוצא בזה ע"ש. וע' בתשו' שבו"י ח"א סי' קמ"ז במי שתבע לעו"ג בערכאות של עובדי כוכבים שחייב לו והעו"ג כפר והביא עד א' ישראל שאינו חייב לו ופטרו על פיו ואח"כ נתברר מפי אחרים ומפי עצמו ששקר העיד אי העד מחוייב לשלם או לא ופסק שאין לחייב העד בדיני אדם דאנן קיי"ל בשבועות דף ל"ב משביע עד א' פטור דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי וא"כ אין לחייבו במה שפטרו משבועה ואין זה רק גרמא בניזקין דפטור ומכ"ש בהעיד כן לעו"ג ומ"ש בש"ע סי' כ"ח ס"ג בהגה אבל אם יש לברר ששקר העיד חייב לשלם קאי אמ"ש בש"ע בהעיד לחייב ממון משא"כ

במעיד לפטור שמבואר בסעיף ד' לא כ"כ משום דהתם אין לחייבו לשלם כו' וגם מדברי הסמ"ע שם ס"ק כ"ב מוכח כן שהרי כ' בישראל לישראל לא שייך דין זה דבדין ישראל אין מוציאין ממון ע"פ עד א' ואם איתא גם בישראל לישראל שייך דין זה במעיד לפטור א"ו דכל כה"ג אין מחייבין אותו ממון כו' ע"ש עוד:

יב **מותר להעיד לו.** עבה"ט שכ' דהרי גם בד"י עד א' המסייע פוטר כו' ובגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב עי' בש"ך סי' ע"ב ס"ק ס"א:

יג **יכולים להעיד.** עבה"ט שכ' והרא"ש פסק דאפי' אדם חשוב כו' וביש"ש כ' דט"ס הוא כו' וע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' כ"ג שהאריך בזה ובסוף כ' דנ"ל דע"כ לא אבעיא לן בגמ' אלא באדם חשוב שהוא רק חשוב להשרים ולהם הוא מהימן כבי תרי אבל לא לדידן אבל אם גם לדידן מפורסם לצדיק ומהימן כבי תרי נהי אי הוה אתו לקמן לדינא לא מפקינן ממונא אפומיה מ"מ הוה מרענא שטרא אפומיה דלא גרע מבת ר"ח כתובות פ"ה ע"א וע' בסמ"ע סי' ט"ו ס"ק ט"ו ובש"ך שם וא"כ כשהב"ד שומעין שהצדיק מכחיש איש ההמוני הוה ויודעים בודאי שהאמת אתו הרי אין מפסידו אלא מונע ממנו ריוח הפקעת הלואתו וא"כ כשיצורף לזה ח"ה בין העמים כיון דאדם חשוב הוא בודאי שילך ויעיד ולפענ"ד לא יחלוק אדם בזה ואם הצורך לישבע כאשר הוא בדיניהם שצריך העד לשבע באמת ישבע ויאמר האמת ואם אולי אח"כ יפסקו עליו יותר מהראוי. זה פשוט שצריך העד לשלם מביתו לכשנגדו דה"ל מציל עצמו בממון חבירו שמותר אלא שצריך לשלם לו הפסדו אך אם ח"ו איכא למיחש לתוא מכמר ע"י העדות בודאי מוטל על כל הצבור לפדות השבוי הנרדף הזה ומכ"ש שיותר מחוייבים להכניס עצמם בריש תיגרא שלא יבא לידי כך וע' בזה בתשו' רמ"א סי' פ"ח עכ"ד ע"ש:

יד **לפני ב"ד קטן ממנו.** ע' בתשו' הרב מו"ה משה רוטענבורג חח"מ סי' ב' שנסתפק באם אחד מהדיינים גדול ממנו והשאר פחותים ממנו אי מחוייב לילך להעיד והאריך הרבה בזה ומסיק דאפי' אם רק א' מהדיינים גדול ממנו או בדומה לו אף דהשנים הנשארים קטנים ממנו מחוייב לילך והיכא דהבע"ד גדול לשיטת הרמב"ם דפסק כרב יוסף בסנה' דף י"ט ע"ב תחוייב לילך להעיד ומדברי הש"ס (צ"ל ש"פ) משמע דחולקים על זה עש"ה:

טו **אינו חייב לילך להעיד.** כ' כנה"ג בהגה"ט אות כ"ו וז"ל מלשון זה נראה דחיובא ליכא אבל אם רצה הת"ח למחול על כבודו מצי לילך ושוב נדפסו תשו' הרדב"ז וראיתי שם סי' קי"ט כ' שיש מי שסובר דאינו יכול למחול על כבודו אבל הוא ז"ל הסכים דיכול למחול על כבודו והדין עמו דחכם שמחל על כבודו כבודו מחול עכ"ל. ולכאורה צ"ע ממ"ש בתשו' חות יאיר סי' ר"ה וז"ל ויש עוד נ"מ בפלוגתא דרמב"ם והרא"ש גבי זקן ואינו

לפ"כ להא דקיי"ל שאין כה"ג מעיד רק בפני המלך כבסנה' די"ח ע"ב אם ירצה להעיד אין רשאי וכן צ"מ דידע סהדותא' במס' שבועות דף ל' להרא"ש אינו רשאי דהרי הש"ס מדמה לה לפעמים שאתה מתעלם כו' ואע"פ דנקט לשון ואינו לפ"כ ע"כ ר"ל דמתבזה דאל"כ הא כבודו מחול כו' עכ"ל הרי דהרב חו"י מדמה הא לפלוגתא דהרמב"ם והרא"ש גבי זקן ואינו לפ"כ ולפ"ז אפשר כאן בדעת הטור כמו שפי' הכנה"ג דאם רצה רשאי דא"כ יהיו דברי הטור כאן שלא כדעת אביו הרא"ש ז"ל שהזכיר בסי' רס"ג ובסי' ער"ב. אולם בס' תורת חיים במס' שבועות דף ל' כ' וז"ל האי צ"מ כו' לכאורה משמע דאסור למיזל כו' וכן משמע קצת מלשון הרמב"ם שכ' ויש לו להמנע אבל אין נראה לפרש כן דודאי אם רוצה למחול כו' ולהכי כ' הרמב"ם ויש לו להמנע ולא כתב וצריך להמנע כ"כ הרמב"ם בהדיא גבי אבידה ההולך בדרך הטוב כו' (כמ"ש בש"ע סי' רס"ג ס"ג) ואפי' לדעת הרא"ש דפליג אהרמב"ם כו' י"ל דהשבת אבידה שאני דאם רוצה לעשות לפנים משורת הדין אפשר לו לוותר ממונו כמו שעשה ר' ישמעאל וכמ"ש הרא"ש עצמו שם אבל גבי עדות לא שייך למימר הכי לכך אם רוצה לעשות לפנים משו"ה למחול על כבודו שפיר דמי עכ"ל ולפ"ז נכונים דברי כנה"ג הנ"ל שמדקדק מלשון אינו חייב דאם רוצה לילך להעיד רשאי ודלא כהחו"י הנ"ל. וע' בס' בר"י לעיל סי' ו' אות ט"ז שהאריך בזה ודקדק מלשון הגאון שהובא בטור וש"ע שם ס"ו במי שתובעין אותו לדון לפני דיין שקטן ממנו כו' דס"ל ג"כ דאם הנתבע רוצה לילך לדון קמיה דיינא דזוטר מיניה מצי אזיל (עמ"ש בסי' ו' שם ס"ק ט') והוא ז"ל כ' שם חילוק אחר בין לאסהודי או למידן קמיה מאן דזוטר מיניה ובין השבת אבידה וטעינה דשם הזלזול הוא דבר הניכר לכל כו' ע"ש וע' בתומים מ"ש בענין זה:

טז **צד אפרושי מאיסורא.** ע' בס' בר"י אות י"ב בענין אם יש חשש שהנתבע ישבע לשקר להכחיש עד הב' שהביא התובע אי מחוייב הת"ח לילך להעיד לפני ב"ד קטן ממנו ומשמע מדבריו דיש בזה ג' חילוקים מן הסתם א"צ לילך כי רחוק הדבר שישבע כל דאיכא עד שני משום דמירתת שמא אח"כ יבוא גם הת"ח ויהא חייב לשלם ויענשוהו ויפסלוהו. ואם יש ספק שקול כמו עובדא דמשאת משה סי' ס"ג שהנתבע ידע דוודאי לא ילך הת"ח להרב שהוא מריב עמו בכה"ג נוטה דעת המשאת משה דחייב הת"ח להעיד אפי' שהוא ספק שישבע אך לא החליט הדבר. ואם הוא קרוב לודאי שישבע חייב להעיד עש"ה:

יז **ויש הוכחה לדבריו.** בגליון ש"ע דהגאון מהר"מ בעל תפארת למשה נ"ב וז"ל אמת שכ"כ בטור דתרוייהו בעינן אבל מלשון תוס' דפ' המפקיד ופ"ב דכתובות שהביא ב"י נ"ל

פשוט דס"ל דבידעי ב"ד שהוא אלם א"צ הוכחה שהעדים מפחדים שא"צ האלם להביא עדים שאינו אחיו רק יביא אותן העדים שחומר שכנגדו ומעידים בב"ד שא"י כלים ומזה איירי תוס' בהמפקיד ואם א"י שהוא אלם אז צריך הוכחה ומזה איירי בכתובות ע"ש וזה ברור עכ"ל. וע' באו"ת שדעתו דאף בידע ב"ד שהוא אלם בעינן ג"כ הוכחה שהעדים מפחדים אמנם כשיש הוכחה א"צ לב"ד לידע שהוא אלם דהא הוכחה שהעדים אומרים מה לנו לצרה להעיד עליו משוי ליה אלם ולו יהא שאינו אלם סוף סוף העדים יראים ממנו וא"כ עליו להביא ראיה כי לא סגי בלא"ה כו' ע"ש:

יח **לכתחלה להיות יושבים.** עש"ך ס"ק י"א ובנה"מ וע' בס' בר"י אות י"ד שכ' בדברי תשובת המבי"ט שהביא הש"ך הוא בח"ב סימן קט"ז וכדבריו כתב ג"כ הרשב"א בתשו' ח"ב סי' ס"ד דבעינן שיהיו במקום ב"ד כו' ומדברי המבי"ט שכ' הש"ך משמע דאם ישבו בשוק מהני הקבלת עדות שהרי כ' לא מהני כשהדייני' עומדי' משמע דאם יושבי' אפי' שלא במושב ב"ד ואפי' בשוק מהני אמנם לפי האמת נראה דשלא במקום ב"ד אפי' שהם יושבי' מקרי חוץ לב"ד וכ"כ הרב משאת בנימין סי' ק"ו דקבלת עדות שלא במקום ב"ד לאו קבלה היא והביא ראיה מההיא דפ' מרובי דאמרי' דר' יהושע לא בב"ד הוה קאי וכן משמע מדברי מהרשד"ם א"ה סי' פ"א כו' וכיון שכן נראה דכך יש לפרש דברי הרשב"א ותשו' המבי"ט הנזכר אף דריהטא דלישנא לכאורה לא משמע הכי הלא טוב לנו להשוות דברי הפוסקי' כו' עכ"ד ע"ש וע' בס' שער משפט מ"ש בזה:

יט **לשון העדות.** ע' בתשב"ץ ח"א ס"ס ק"ס שבכלל מה שתפס על רבנות הריב"ש באתריה דמר ק"ק ארגיל כ' וז"ל השני שאנו יודעי' שאינו מבין כל הצורך לשון אנשי הארץ וכיון שכן אינו יכול לקבל שום עדות שאין סנה' שומעת כו' ולא תימא דוקא סנה' כו' לא היא דהא אמרינן התם הנהו לעוזי כו' עכ"ל ובס' בר"י לעיל סי' י"ז אות י"ג העיר עליו דהו"ל לתפוס ג"כ דאף בעלי דינין צריך לשמען שלא ע"י תורגמן כסברת הרמב"ם כו' ע"ש. ולכאורה י"ל דאין זו תפיסה כ"כ לפ"ד הסמ"ע בסי' י"ז ס"ק י"ד ע"ש וע' בתשב"ץ שם. וע' בס' בר"י אות ט"ו שכ' דבתשובת הרדב"ז סי' של"ה העלה דאי איכא תלתא מן המכירין האי לישנא יקבלו הם העדות והדיינים ידונו ע"פ אותם עדות ואם אין שם שלשה ולא דיין שיכיר הלשון יקבלו העדות ע"פ תורגמן כו' ע"ש:

כ **מפיהם ולא מפי כתבם.** כ' בר"י אות ט"ז וז"ל אם נותן עדותו כתובה לב"ד ואומר מ"ש כאן אני מעיד מפיהם קרינן ביה. הריטב"א בחידושיו סופ"ק דמכות והביאו מהריק"ש בסי' זה ועמ"ש הרב גינת ורדים בח"מ כלל ה' סי' י"ב עכ"ל:

כא **בעדות שבשטר**. עבה"ט שכ' ובש"ך האריך להוכיח בכמה ראיות מהש"ס דעדות שבשטר דאורייתא כו' וע' בתומים ס"ק ט"ז מזה וע' בתשו' אא"ז פמ"א ח"ב בחידושיו למס' גיטין דף ו' ע"א ובפ"י שם ובתשו' נו"ב חלק אה"ע ר"ס ל"ג ובנו"ב תניינא חח"מ סי' ד' וסי' ה' ובתשו' בית אפרי חו"מ סי' ח' וגם בתשו' חתם סופר אה"ע ח"א סי' ק"ג ובח"ב סי' ה' וסי' מ"ה ובחלק ח"מ סי' קצ"ט מ"ש בזה:

כב **אבל אם הבע"ד בעצמו**. ע' בתשו' שבו"י ח"ב סי' קמ"ז שכ' דקרובו של הבע"ד כאחר דמי ומותר להזכירו אך אשתו ובניו הוי כהזכרת הבע"ד עצמו ע"ש:

כג **ואם העד ת"ח**. עבה"ט דהרמב"ם כ' אם הבע"ד הוא ת"ח כו' וע' בתשו' רמ"א סי' מ"ד דבזה"ז ליכא ת"ח לענין זה והכנה"ג בהגה"ט אות ס"ג חולק עליו ע"ש וכן הסכים בתשובות שבו"י ח"ב סי' קמ"ז דאף האידנא יש דין ת"ח לענין זה וכ' די"ל דגם רמ"א לא פסק כן בהחלט רק סניף לשאר צדדים ע"ש ובתומים כ' ע"ד רמ"א הנ"ל הגם כי יש לפקפק מ"מ כבר הורה הרמ"א ומי יחלוק עליו בלי ראיה מבוארת וכ' עוד שאפי' העד כאן והב"ד חוקרים אותו ואמר שלא נזכר כ"א מעצמו מ"מ זולת ת"ח אסור ודלא כמ"ש בב"י והב"י גופיה נראה דחזר בו מדהשמיט דין זה בש"ע. וכ' עוד דאם הבע"ד שם דברים בפי ב"ד או שליח ב"ד להיות מזכיר להעד אף דהדברים נובעים מבטן בע"ד שרי דמ"מ מזכירו אחר ע"ש:

כד **שלא בפני בע"ד**. כ' בס' דגמ"ר וז"ל ולקבל עדות על נכסי מלוג או נצ"ב בפני הבעל שלא בפני האשה עבאה"ע סי' פ"ה בב"ש סק"ז עכ"ל גם בס' שער משפט כ' בזה וז"ל והיכא שתובע לשני שותפים ושותף אחד אינו כאן ונתקבל העדות לפני השותף שישנו כאן אי מהני הקבלה לשותף האחר. לא נתבאר באחרונים והדבר מבואר בחידושי הרשב"א ס"פ השולח והר"ן שם כו' והעתיק דבריהם הב"ש באה"ע סי' פ"ה סק"ז כו' והאריך בזה ע"ש. וע' בכנה"ג בהגה"ט אות ע' שכ' וז"ל כשהעדים אינם מכירים ולבע"ד אע"פ שהבע"ד עומד שם שלא בפניו מקרי כן דקדקתי מפרק הנשרפין גבי מתני' דרוצח שנתערב באחרים עכ"ל ובתשו' שבו"י ח"א סי' קמ"ח חולק עליו ומסיק דפשוט לענין קבלת עדות הוי כקבלה בפניו ע"ש וע' בתומים שתמה על השבו"י בזה ומסכים לדברי הכנה"ג אך כתב דצ"ל דמיירי שבקרב ימים אפשר יכירוהו ולכן יש להמתין אבל אם א"א להכירו ודאי דמקבלין עדות דלא גרע מעדיו חולים דמקבלין שלא יפסיד עדותן ע"ש. וע' בתשובת נו"ב אה"ע סי' מ"ב דפ"ה ע"ד והובא בפ"ת לאה"ע סי' י"א ס"ד ס"ק י"ח:

כה **ואם קבלו כו'**. בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב עי' שו"ת מהר"ם פאדווה סי' ע"ג דאפשר אם כבר דנו על עדות זו לכ"ע אינו חוזר הדין ע"ש:

כו **דכל שלא בפניו כחוץ לב"ד דמי** ע' בתשו' עבוה"ג סי' ג' שהביא בשם תשובת הראנ"ח סי' ג' שכ' דהיינו דוקא כשהבעל דין שלא נמצא שם אינו חפץ בעדות ראשון אבל אם הוא אומר אע"פ שלא נמצאתי שם אותו עדות מקובל עלי נראה לע"ד שעדות הראשון עדות שלא אמרו אין מקבלין כו' אלא לתועלת המתחייב בעדות אבל הזוכה בעדות מקבלין שלא בפניו כו' והוא ז"ל הסכים עמו ע"ש עוד:

כז **כשר בדיעבד**. עבה"ט שכ' ומהרש"ל פסק כו' ובגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב וכן דעת הרמ"א בתשו' י"ב עכ"ל וע' בתשו' הרשב"ש סי' רכ"ד ובסימן רפ"ז ובתשו' פרח מט"א ח"ב סי' מ"ט ובתשו' אא"ז פמ"א ח"ב סי' ק"פ ועמ"ש בפ"ת לאה"ע סי' י"א ס"ק י"ט:

כח **הי' הבע"ד חולה כו'**. בגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב עי' לקמן סי' ת"ח סעיף א' בהגה (ועמ"ש שם):

כט **קמי יתמי**. ע' באה"ג אות פ' מ"ש וכ' בשם הראב"ד דאפי' כו' עד אין שומעין לו. ובגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב וכ' בכה"ג בטור אות צ"ד דדעת הרשד"ם שבממון שעדיין לא בא ליד היתומים אין נותנים להם והר"ש חולק עליו עכ"ל:

ל **וא"י להמתין עד שיודיעו אותו מקבלין**. בגליון ש"ע דהגאון מו"ה משה ז"ל בעל תפל"מ נ"ב וז"ל אפי' הוא א"צ לדון לפני אותן דיינים מקבלים אע"פ שלא שלחו משא"כ להמחבר י"ל דוקא אם הדיינים הם בענין שצריך לדין לפניהם אז יכולים לקבל אם הדבר נחוץ אפי' לא שלחו ועוד יש לומר דלהמחבר אם הי' נחוץ שהיו חולים או בקשו ללילך למדה"י ולא היה שהות לשלוח אחריו וקיבלו שלא בפניו ואח"כ נתרפאו או לא הלכו העדים למדה"י י"ל דאין דנין ע"פ אותו קבלה אלא צריכים לחזור ולהגיד בפניו ואפשר דאם שנו בעדותן הולכים אחר עדות הב' כנ"ל סט"ו כיון דבשעת המשפט העדים כאן ויכולים להעיד בפניו (ומיהו בהיה בע"ד דהיינו תובע חולה לא משמע כן ודו"ק) ולמור"ם אם היה נחוץ ונתקבלו העדים שלא בפניו אף שהעדים הם כאן א"צ לחזור ולהגיד בפניו כמו בפתחו ליה בדינא ושלחו אחריו ולא בא או שצריך לדון לפני אותן דיינים דדנים אותו אח"כ ע"פ אותו קבלה אף שבא לב"ד והעדים כאן ואפשר דס"ל כהי"ח דבסט"ו דאם נתקבל שלא בפניו כשר בדיעבד ודוק וזה נ"ל עיקר ובזה מיושב מ"ש הסמ"ע סק"ן עכ"ל וע' בתומים מ"ש בזה:

לא **כשלא בפניו דמי**. בגש"ע דהגאון מהר"ם בעל תפל"מ נ"ב וז"ל לכאורה נראה דבקטן אם היה הדבר נחוץ מקבלין על הקטן כמו בגדול שלא בפניו אבל לא משמע כן לקמן סי' ק"ח ס"ג בהנך ג' דברים דנפרעים מיתומים קטנים דדחקו שם לאוקמי צוה ומת שצוה

לפני דיינים ע"ש בסמ"ע ס"ק י"ג וצ"ע לדינא עכ"ל וע' בתומים ס"ק כ"א בשם הרשב"א והנ"י מבואר דפשיטא להו דבקטן אפי' בדבר נחוץ אין מקבלין וצ"ע:

לב **צריך ג' מומחים.** בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ובעינן במותב תלתא כחדא אבל אם קבלו זה בפ"ע וזה בפ"ע לא מהני אף לדיעה ב' לקמן סי' מ"ו סעיף כ"ה דזהו דוקא בקיום שטרות. מהרי"ט בתשובה ח"ב חאה"ע סי' מ"ג עכ"ל וכן הביאו בכנה"ג בהגב"י אות קי"א:

לג **אין דנין על פי אותו קבלה.** עסמ"ע שכ' ול"ד למ"ש מור"ם בהגה לעיל סי' ה' כו' ע"ש. ובגליון הסמ"ע של הגאון מהר"מ בעל תפל"מ נ"ב וז"ל ולדבריו אם כבר דנו ע"פ אותו קבלה דינם דין ולא משמע כן בההיא דביום אתה מפיל נחלות ואי אתה מפיל בלילה ע"ל ר"ס רנ"ג בטור דאפי' בדיעבד אין דינם דין נ"ל דלק"מ (קושיית הסמ"ע) דבשלמא בדין דגמר הוי בלילה מושפטו א"כ אם דנו בלילה דינם דין דהא הגמ"ד היה בהכשר וסילק התחלת דין כמו שאינו הרי היה גמ"ד כדין אבל בקבלת עדים נעשה כל הקבלה שלא בהכשר והוי כקיבלו שלא בפניו או שלא בב"ד דיכולים לחזור בהו כמו שכ' הש"ך לכך אם דנו ע"פ אותו קבלה אין דינם דין ולזה נתכוון הע"ש שכ' דבדין כתיב ושפטו ודו"ק נ"ל דלא כהסמ"ע עכ"ל ועיין בקצה"ח ובנה"מ לעיל סי' ה' מענין זה:

לד **ואם היו נסמכים עבה"ט עד והב"ח חולק ע"ז כו'** ועמ"ש לעיל סי' י"ז ס"א ס"ק ו':

סימן כט

א **א"י לחזור בו.** ע' בס' שער משפט שנסתפק בשני כתי עדים המכחישים זה את זה כגון שנים אומרים לוה או פרע ושני' מכחישים וכת אחת חזרה מדבריה אי אמרינן נמי בזה דאין חוזרין ומגידין והוי תרי ותרי או דילמא כיון דשנים מכחישי' אותם בכה"ג יכולין לחזור מדבריהם הראשוני' כו' והביא דכתב הריב"ש סי' רס"ז מבואר להדיא דאף בשני כתי עדים המכחישין זא"ז לא מהני חזרה כו' ושוב כ' דע"כ לא ס"ל להריב"ש הכי אלא דוקא היכי שהעדים שחזרו בהן אומרים ששקר דברו מתחלה לכך לא מהימנינן להו שאין אדם משים את עצמו רשע אפי' שעה אחת כו' אבל היכא שכת אחת חוזרים בהם ואומרים מוטעים היינו נאמנים לחזור בהן כיון דחזינן דהיכא שמוכח שהעדים טועים כגון שהביא הבע"ד חוב לנפשיה חוזרים ומגידים כמבואר בש"ע כאן א"כ כ"ש הכא כיון שיש שני עדים המכחישים אותם אין לך ראיה גדולה מזו שטעו בתחלה כו' ע"ש:

ב **וי"א דיכול להוסיף בתנאי** בגליון ש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב מ"מ אם כפי עדותם הראשונה לא הי' ממש בעדותן שהיה בלא קנין ואח"כ הוסיפו שהי' בו קנין לכ"ע לא

מהני וכעדות אחרת דמיא רשב"א בשו"ת סי' תקס"ג עוד כ' בגליון הנ"ל וז"ל ע' בשו"ת בני משה ס"י דדוקא היכא דעדיין יש פנאי לקיים סהדותא (לכאורה הוא טעות המעתיק וצ"ל לקיים התנאי ע' בתומים לקמן סי' מ"ו סעיף קטן מ"ו) דלא נעקר סהדותייהו לגמרי כ"כ אא"ז הגאון מהר"ע איגר ז"ל בגליון הסמ"ע שלו עכ"ל:

ג **כגון שהזקיקוהו בית דין כו'**. עי' בתשובת הר"ש בן הרשב"ץ סימן שצ"ה:

ד **הואיל ושתקו תחלה.** כתב הסמ"ע ה"ה כשאמר תחלה איני זוכר עתה יכול לחזור ולומר נתתי אל לבי נזכרתי משא"כ כשאמר תחלה סתם איני זוכר דאינו חוזר ומגיד כ"כ הרא"ש בתשו' כו' עכ"ל והובא בבאר הגולה אות ט' ובט"ז הקשה עליו מההיא דפ"ב דכתובות כו' ע"ש. וע' בס' בר"י שכ' וז"ל אם אמר איני זוכר אינו יכול לחזור ולהעיד תהר"ר בצלאל בתשו' סי' ה' וכן נראה הסכמת הרב בני אהרן סי' צ"ה אבל הרב פני משה ח"א סי' טו"ב הסכים דאם אמר איני זוכר יכול לומר אח"כ נזכרתי וע' להרב כנה"ג בהגב"י אות נ"ט עכ"ל. וע' בנ"צ מ"ש בענין זה:

ה **ונתנו אמתלא.** עי' בתשו' הרב מו"ה משה רוטנבורג חאה"ע סי' יו"ד שהאריך הרבה בפי' דברי הב"י בענין זה במ"ש אבל כי אמר איני יודע מפני פחד או מפני טענה אחרת לא משוי נפשיה רשיעא שהרי לא עבר שום עבירה ואע"פ שנושא עון דאם לא יגיד מ"מ שב ואל תעשה הוא כו' עש"ה:

ו **הואיל ולא אמרו בהפך.** עי' בתשובת חתם סופר חח"מ סי' ל"ד בד"ה אחר שסדרתי שכ' דנ"ל אם אמרו העדים מתחלה פלוני חייב לפלוני וחזרו לומר שכחנו שכבר פרעו בודאי כהאי גוונא לא מהימני דהוה ליה חוזר ומגיד שכבר העידו שחייב אבל אי אמרו בתחלה פלוני הלוה לפלוני בודאי מצו לומר אח"כ שכחנו שכבר פרע לו אותה ההלואה כיון שבזה אינם סותרים דבריהם הראשונים ע"ש וצ"ע:

סימן ל

א **שהדין מרומה צריך דו"ח.** כ' בס' בר"י וז"ל אם הוא לעיכובא הוי פלוגתא דרבוותא ובס' סדר אליהו בקונ' עיגונא דף קי"ו האריך בזה ע"ש וע' בכנה"ג ובתומים סק"א:

ב **כיצד אחד בניסן.** עי' בנ"צ בענין אם שני כתי עדים המכחישים זא"ז בכה"ג ע"ש:

ג **של שמן היתה.** עבה"ט שכ' אפי' לא אמר השני לא כי כו' ובגליון הסמ"ע דהגאון מהר"מ בעל תפל"מ כ' דנ"ל דלא כהסמ"ע אלא איירי הכא באומר לא כי וכמו שכ' בפרישה בשם מהרש"ל עי' שם:

ד **עדותן בטלה.** עבה"ט מ"ש ואפי' שבועה נגד העד א"צ כו' וע' באה"ע סי' י"ז ס"ט בב"ש ס"ק כ"ה וע' בתשו' נו"ב חלק אה"ע סי' ע"א וסי' מ"ז מ"ש בזה:

ה **וזה תובעו שניהם.** עבה"ט ובגש"ע דהגאון מהר"מ נ"ב וז"ל עמ"ש בגליון ב"י דה"ה אם תבעו מנה סתם וא"י אם שחור אם לבן דמצטרפין וכן במנה מאתים אם אמר המלוה שא"י אם מנה או מאתים או בדמי חבית א"י אם דמי חביית יין או שמן דמצטרפין ובהכי איירי הנ"י עם הרי"ו ול"פ עם הטור עכ"ל וע' סמ"ע לקמן סעיף קטן כ"ב ודו"ק ובגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל עמ"ש הרמ"א וזה תובעו שניהם נ"ב עי' בקצות החושן סי' ע"א סק"ה:

ו **והוא תבעו שניהם.** בגליון ש"ע דהגאון מהר"מ נ"ב וז"ל נ"ל דבמנה ומאתים בתבעו מאתים סגי ומצטרפים לכ"ע ובתבעו מנה י"ל דאין מצטרפין לכולי עלמא דהעד שאומר מאתים מוכחש מפיו דאין בכלל מנה מאתים וכמ"ש בגליון ב"י מיהו בההיא דפ' י"נ דאם הלוה טוען על שט"ח שפרע מחצה והעדים מעידים שפרעו כולו דנשבע הלוה וגובה מחצה ע"ל ס"ס פ"ב סי"ג הרי דמאמינים לעדים במה שמעידים כדבריו וי"ל דהתם ע"י העדים נתבטל השטר והוי תביעה ע"פ ולכן צריך לישבע שבועה דאוריית' אף שהעדים מסייעים אותו במה שאומר שפרע עסמ"ע שם ודו"ק עכ"ל ועי' בנה"מ:

ז **וישבע.** עבה"ט בשם סמ"ע מ"ש אבל אי לא היה נשאר כו' דעד המביאו לידי חיוב ממון כו' ועי' בש"ך סק"י שכ' דזה צ"ע לדינא כו' ע"ש ועי' בת' נו"ב חלק אה"ע סי' מ"ז מ"ש בזה:

ח **עדותן מצטרפת** כ' בס' שער משפט יש לי מקום עיון בשני עידי צירוף כגון לענין פרעון שטר המבואר בס"ח או בשני עידי צירוף המעידין לפסול איש אחד שאחד העיד שגנב והשני העיד שהלוה ברבית דמצטרפין לפסלו כמבואר בסי' ל"ד סכ"ח בהגה ויש שני עדים המכחישים שני המעשים ואומרים להד"מ אי דיינינן להו כתרי ותרי וא"כ לענין פרעון שטר לא מפקינן מיד המוחזק ולענין לפסול הוי זה האיש ספק פסול כדאיתא בסי' ל"ד סכ"ח או דלמא כיון ששניהם האחרונים מסייעים זה לזה ומכחישים את שני המעשים הוי כחד לגבי תרי כיון שכל א' מעיד על מעשה מיוחדת ואין השני מסייעו ושני עדים אומרי' שכל אחד מהמעשים הוא שקר אין דבריו של א' במקום שנים והאחרונים מהימני כו' עש"ב:

ט **הרי אלו מצטרפין** עי' בתשו' זכרון יוסף חאה"ע ס"ס ז' שכ' דנ"ל דבהלואה אחר הלואה לא מצטרף עד השני להראשון אלא כשעדיין לא נשבע הנתבע על פיו להכחישו אבל אם כבר נשבע להכחיש העד הא' ונפטר ממנו שוב אין העד הבא אחריו ומעיד על הלואה אחרת מצטרף עמו לחייב את הנתבע מנה אלא נשבע גם נגדו ונפטר וכן

נ"ל להורות כו' וכן משמע בהדיא מדברי הרמב"ן שהובא בהגהת רמ"א סי' ל"ד סכ"ז וסמ"ע שם סעיף קטן ס"ז ואף שדעת מהרש"ל ביש"ש פ"ט דב"ק סי' מ"ו (והביאו הש"ך שם) שאפי' אחר שנשבע כגדי שני עדים של שני בעלי דינים מצטרפין לפוסלו מ"מ הרי דעת הרשב"א שהביא שם והרמב"ן הנ"ל שאין מצטרפין עוד לפוסלו ומידי ספיקא לא יצאנו כו' עש"ב והבאתיו בקצרה בפ"ת לאה"ע סי' קט"ו ס"ק ל"ג. וכעת ראיתי בס' שער משפט סק"ה שמביאו והשיג עליו ומסיק דברור לדינא בעידי צירוף בין לענין איסור היכא שהכחישו הבעל דבר או בד"מ לאחר שנשבע להכחיש העד מ"מ כשאח"כ בא העד השני חוזר וניעור העדות של הראשון ומצטרפינן להו בין לענין איסור בין להוציא ממון עש"ה:

י **וסי' קמ"ג ס"י.** עב"ש שם ס"ק כ"ו שתמה על הרמ"א כאן דמה ענין הך דהתם להכא דשם כל תנאי תנאי אחר הוא כו' ע"ש וע' בס' בר"י שמיישב קצת ע"ש וע' בס' שער משפט סק"ה:

יא **ואי הוברר הדבר כו'.** עבה"ט שכ' כגון כו' או שהוא אחר חצי החודש כו' ובגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב וז"ל ואם אחר חצי החודש מעידים על מה שנעשה בתחלת חודש שזה אומר בב' וזה אומר בג' אמרי' דטעו בעיבורא דירחא כיון דכבר נקט בליבא זכרון שהוא סבור שהוא ג' בחודש ועי' בתשו' שב יעקב חאה"ע ס"ס ט"ו עכ"ל:

יב **מחזיקים בפרוע ממנה.** עסמ"ע ס"ק כ"ז שכ' דמיירי שהוא טוען שפרעו ק"ק כדברי שני העדים וכמ"ש בס"ו כו' אבל אם הלוה בעצמו אינו אומר שפרעו שני מנים אלא מנה א' אין מצטרפין ויכול המלוה לישבע שד"א נגד העד אחד וגובה בשטרו כל הק"ק ע"ש ובתומי' ס"ק ט"ו כתב עליו דצ"ל דמיירי באם מתחלה קודם שידע שעדותן של עדים הודה דלא פרעו רק מנה דאי לאחר עדותן הא יש לו מגו דפרעתיך ק"ק והא סהדי וא"כ במודה נאמן על מנה בשלמא בתובעו (לעיל ס"ז) דבעינן תבעו שנים משום דהוה מגו ליה להוציא אבל כאן הלוה מוחזק כו' ע"ש ובנתיבות המשפט מפקפק בזה ע"ש. ועי' בס' שער משפט שכ' דבכה"ג שטוען הלוה שפרעו ק"ק כמשמעות לשון הטור וש"ע. נראה לכאורה דהתובע צריך לישבע על המותר מדין פוגם שטרו דחייב שבועה אף בפוגם שטרו בעדים כדאיתא בסי' פ"ד ס"א כו' אך די"ל כיון דהוחזק כפרן במה שתבע כל השטר א"כ נעשה חשוד על השבועה כמו כופר בפקדון דכאן לא שייך אשתמוטי כו' אך לפי זה לשיטת הרמב"ם והובא בסי' פ"ב דאם היה המלוה חשוד נשבע הלוה היסת ונפטר א"כ ה"נ כיון דצריך המלוה שבועה מדין פוגם שטרו והוא חשוד כל השטר בטל וא"כ קשה למה סתמו הבעה"ת והט"ו בזה כיון דתליא בפלוגתא דרבוותא כו' וצ"ע

ע"ש. ולכאורה אין זו קושיא כ"כ דהא באמת הבעה"ת והט"ו בסי' פ"ב ס"ח הכריעו דלא כהרמב"ם אלא כדעת הרמ"ה דהמלוה נוטל בלא שבועה דלא תקנו חז"ל שיפסיד ממון בשביל כן ובש"ך שם סקי"ט מבואר דאין חילוק בין אם חיוב השבועה על המלוה משום דטוען אשתבע לי ובין שבועת פוגם ודכוותיה ע"ש ולפי זה שפיר סתמו הבעה"ת והט"ו כאן דמחזיקים השטר בפרוע מנה אבל מנה השניה כיון דנעשה חשוד באמת נוטל בלא שבועה. מיהו אכתי יקשה לפ"ז הט"ז שם והסכים עמו בתומים שם דהכריעו הט"ו דנוטל בל"ש דוקא בזה דטוען השבע לי אבל בפוגם ודכוותיה שבועות הנאמרים להדיא במשנה אם הוא חשוד מפסיד שטרו וביותר קשה לפי מה שהוכיח בס' בית מאיר באה"ע סי' צ"ו ס"ב דגם הש"ע בח"מ סי' פ"ב הנ"ל לא הכריע בהחלט כהרמ"ה אלא שכתב דהכי מסתבר אבל למעשה חושש להוציא ע"ש אם כן ודאי קשה למה סתם כאן וצ"ע לדינא ועמ"ש בפ"ת לאה"ע סי' קט"ו סק"ג:

יג **ובא א' מכל ב"ד.** בגש"ע דהגאון מהר"ם ז"ל בעל תפל"מ נ"ב וז"ל וה"ה אם באו ב' דיינים משני ב"ד מכל ב"ד א' ומעידים שבפני כ"א כשהיה יושב בב"ד של ג' העידו לפניו ב' עדים שפלוני חייב מנה לפלוני דמהני ודנין ע"פ ולא הוי עד מפ"ע כיון שהם בעצמם הדיינים ובפניהם העידו ל"ד לאחרים ששמעו הענין וכ"מ מדאמר אבל עד ודיין אין מצטרפין דאמאי דמסהיד כו' משמע דב' דיינים מצטרפין ולא גרע מקיום שטרות דכתבינן במותב תלתא וחד ליתוהי ע' סי' מ"ו ס"ל עכ"ל וע' בנה"מ:

יד **אלא על חצי דבר.** עבה"ט ועיין באה"ע סי' קס"ב סעי' י"ב ובט"ז וב"ש שם וע' בתשובת חתם סופר חח"מ סי' קמ"ח ויובא דבריו לקמן סי' רע"ז סי"ג סק"ו:

סימן לא

א **המכחישות זא"ז כו'.** בגליון ש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב אם הכת הב' המכחישים הם קרובים לכת ראשונה ע' במהריב"ל ס"ג סי' כ"ה עכ"ל:

ב **אין כאן עדות.** ע' בב"י שכתב בשם ריי"ו במישרים דאם אינם מכחישים זא"ז אלא בקצת העדות ובקצת אינם מכחישים נתקיים אותו מקצת ע"ש ועיין בתשובת בית יעקב סי' צ"ח שכתב שדעת הר"ן פ"ב דכתובות להיפך כו' ומסתברא יותר סברת ריי"ו כו' ע"ש ודבריו תמוהים כמו שתמה עליו בס' שער משפט שדברי הר"ן אלו אינם ענין לדברי ריי"ו הנ"ל ע"ש וכן תמה בספר דברי אמת בקונטרס ח' ס"ס ג' ע"ש עוד. ועיין בכנה"ג בהגב"י אות א' שכ' ע"ד הב"י הנ"ל גמ' ערוכה היא בפ' חזקת הבתים לר"נ דהלכתא

כוותיה למאי דאתכחוש אתכחוש כו' ע"ש וכ"כ מהרש"ק בהגהות הט"ז וע' בתומים סק"ב מ"ש בזה:

ג **א' מהם שקר.** עבה"ט בשם סמ"ע שכ' ובמקום דהעדות בטל א"צ לישבע נגדו ש"ד כו' ובסמ"ע מסיים בזה כמ"ש הרשב"א בתשובה הביאה ב"י וד"מ בסי' ל"ו ע"ב וע' בספר מראות הצובאות על אה"ע סי' י"ז סעיף ע' בהגה שהקשה ע"ז מדברי התוספות פרק ז"ב דף ל"א דכל שאין הפסול ידוע אין פוסל כל העדות בצירופו עיין שם ומדברי הרשב"א שם אין ראיה דהוא מיירי שם בפסול ידוע והניח בצ"ע עיין שם. ומה שכתב הבה"ט וכתב הש"ך דה"ה בשני עדים כו' עיין בדגמ"ר שכתב בזה עיין באה"ע סי' קט"ו בב"ש ס"ק כ"ח וצ"ע אמנם אחר העיון הדק היטב יש לחלק עכ"ל. וע' בתשובת שבו"י ח"א סי' ע"ט ובתשובת שמן רוקח ח"א סי' ע"ב ובספר דברי אמת בקונטרס תרי ותרי סי' ג' מ"ש בזה:

ד **שלא ישביעו הלוה.** עבה"ט וע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' מ"ו שכ' דאם בא לטרוף מהלוקח ע"י הקטן לא מצי הלוקח לומר לו שום דבר כו' ע"ש ויובא לקמן סי' רכ"ו ס"א ס"ק א':

סימן לב

א **השוכר עדי שקר.** ע' בתשו' שבו"י ח"א סי' קמ"ה בא' שתבע לחבירו שיחזיר לו עשרה זהובים שנתן לו שכר להעיד עדות שקר ואח"כ לא העיד לו והלה כופר בכל אי יכול להשביע על זה והשיב לכאורה נראה אפי' הלה מודה אינו ומחוייב להחזיר משום קנס ששכר עדי שקר וכהא דאיתא בש"ס דר"ה דף כ"ב ע"ב כו' וכל היכא דקנסינן להעובר מניחין המעות לכשנגדו ולא אמרינן דיחלוק לעניים וכדמצינו בשטר שיש בו רבית כו'. והטעם נ"ל כדאיתא בש"ס דב"ק דף ל"ח ע"ב כו' אך באמת זה אינו דשם בש"ס דר"ה שאמרו חכמים להעד מאתים זוז נתונים לך במתנה עיקר הטעם משום מגדר מלתא אבל הכא ליכא מגדר מלתא דאם הוא הוחזק כל ישראל מי הוחזקו לשכור עדי שקר וגם הוא לא עשה העבירה בפרסום וגם אינו מוחזק לכך (עי' מ"ש לעיל סי' ב' סעיף קטן א') וכיון דליכא מגדר מלתא אין בידינו לקנסו כלל אף שעשה עבירה כי אין לנו לדמות קנסות חכמים זו לזו רק היכא דמצינו דקנסו' חכמים בפי' כהאי דשטר שיש בו רבית וכדומה ואדרבה מצינו בש"ס דב"ק ובח"מ סי' ל"ב השוכר עדי שקר פטור מדיני אדם כו' ולכן בנ"ד מחוייב העד להחזיר המעות ואם כופר בכל צריך לישבע היסת עכ"ד ע"ש. ועי' בס' עט"צ ובס' מאמר קדישין שהביאו דברי השבו"י הנ"ל בקצרה וכתבו עליו

וז"ל ולי נראה שיש לקנסו וליתן המעות לעניים דהפקר ב"ד הפקר וכעין זה כ' הש"ך ביו"ד ס"ס קע"א עכ"ל. ולע"ד אין זה ברור כי הגם דבש"ך ביו"ד שם כ"כ בשם תשו' מ"ב סי' ל"ד שראוי לקנוס להלוה ליתן מהרויח לעניי העיר אך בגוף התשובה שם מבואר להדיא דדוקא אם יש מגדר מלתא שהשעה צריכה לכך כו' וע"כ דגם כוונת הש"ך כך הוא אלא שקיצר בהעתקה וא"כ בנידון דידן שכפל ושילש השבו"י הנ"ל דליכא מגדר מילתא בדבר אין בידינו לקנסו כלל וגם בלא"ה יש לחלק בין הא דרבית להך דהכא ודו"ק. גם בספר בר"י אות ג' כ' וז"ל אם היה בעיר דיין קבוע ונראה לו לענוש על זה עושה כמ"ש שמעתי שב"ד מכין ועונשין שלא מן התורה כו' ובתנאי שתהיה השעה צריכה לכך כגון שהשוכר קדמה לו עשיית דבר זה פעמיים או שהיו במדינה שעושין כפועל הזה שיש לחוש שאם יתרשלו מלענשם שירבו לעשות כך אבל אם חסר אחד משני תנאים אלו אין בית דין יכולים לחייב לעושה זה שום דבר כ"ש מי שאינו ב"ד והצבור אינה בזה כדיין קבוע. מהר"י ן' מיגש בתשו' כ"י סימן קס"א עכ"ל:

ב **אלא פיתה אותן.** עבה"ט ועי' בדגמ"ר ובתשובת חות יאיר סי' קס"ו ובתשו' בית יעקב סי' מ"ד ובתשו' ח"צ סי קל"ח מ"ש בזה ועי' בתומים:

סימן לג

א **חוץ מאוהב כו'.** כ' הכנה"ג בהגה"ט אות ב' וז"ל משרתי הבית כשרים להעיד הרדב"ז ח"א סי' צ"ו (בדפוס סדילקאב הוא בח"ד ס"ס נ"ו וכ' שם הטעם דלא יהא משרת הבית גדול מאוהב שהוא כשר) אבל הרדב"ז ז"ל עצמו בח"ב סי' כ"ד (בדפוס הנ"ל הוא בח"א סי' שי"ב) כתב דנוגעים בעדות הם עכ"ל ועי' בתומים שמצא ראיה מדברי הרמב"ם פ"ד מהלכות גזילה דין ז' דשכירו ולקיטו כשרים להעיד וסיים דזהו ראיה שאין עליו תשובה וכן עמא דבר עי"ש ולע"ד איני יודע מה צורך לפלפל בזה ואיך אפשר לפסוק בדרך כלל בענין זה דהדבר פשוט שזה תלוי לפי ראות עיני הדיין אם יש להמשרת צד הנאה בעדות זו או לא וכמו שכ' הרמב"ם שהובא בש"ע לקמן סי' ל"ז סכ"א דברים אלו תלויים בדעת הדיין ועוצם בינתו כו' ויעמיק לראות אם ימצא לזה העד צד הנאה בעדות זו אפי' בדרך רחוקה ונפלא הרי זה לא יעיד בה כו' וכן מבואר להדיא בהרדב"ז שם שכ' דיש לפסול עדות נעריו של שמעון על הקידושין כי הם נוגעים בעדות דניחא להו שתהא בתו של ראובן אשת שמעון אדונם לפי שראובן עשיר ויש לדיין להעמיק לדעת אם נמצא שיש לזה העד צד הנאה בעדות זו אפי' בדרך רחוקה כו' ע"ש וצריך עיון:

ב **ושונא**. כ' הכנה"ג בהגה"ט אות ד' וז"ל אי לאו דמסתפינא ה"א דשונא גמור שהוא לו כאחד מן הרודפים ובקש להתנקם ממנו פסול להעיד רש"ל ז"ל בתשובה סי' ל"ג והרמ"א ז"ל סי' י"ב וכן יש ללמוד מדברי התוס' פ"ק דמכות בד"ה אלא מעתה הרוג יציל וכמ"ש בס' בני שמואל ואפשר שיהיה זה דעת מהריב"ל ח"א סי' מ"א והרשד"ם בחי"ד סי' קי"א שפסלו את השונא להעיד ותמהו עליהם משפט צדק ח"א סי' ע"ה והר"ש הלוי סי' ט"ו כו' עכ"ל. ועי' בתשו' כנ"י סי' פ"ט שהביא תשו' רש"ל הנ"ל והאריך לסתור דבריו ושגם בתשו' מהרי"ט סי' פ' כתב ג"כ דאף שונא גדול כשר וראייתו מן המרדכי והג"א שהובא לקמן סעיף ט"ז בהג"ה עבה"ט שם) דאין לך שונא גדול מן הנרצח ע"ש עוד. גם בתומים האריך בדברי רש"ל הנז' ומסיק דאין לו ראיה ברורה מש"ס ואין לחדש דין מסברא ע"ש וע' בתשו' מים חיים סי' א' וב' ועמש"ל ס"ס ל"ה:

ג **אלא מדרבנן**. עבה"ט דהש"ך חולק כו' גם בתשו' פ"י ח"ב סי' פח השיג על הרמ"א בזה ע"ש וע' בתשו' נו"ב תניינא חאה"ע סי' ע"ו הובא בפ"ת לאה"ע סי' מ"ב סק"ט וע' עוד בתשו' ב"ש אחרון חח"מ סי' י"ג ובתשו' ברית אברהם חח"מ ס"ס ד' ע"ש:

ד **אע"פ שהניחה לו בנים**. ערשב"ם ב"ב קכ"ח ע"א בד"ה ומתה בתו שכתב וכגון שאין לו בנים הימנה וכדתנן בפ' ז"ב. ובגליון הש"ס להג' רע"ק זצ"ל שם תמה דהתם א"ר יהודה כן אבל ת"ק ס"ל דגם ביש לו בנים כשר והכי קיי"ל ע"ש וכבר קדמוהו לתמוה כן בס' כנה"ג סי' זה בהגב"י אות י"ח ובס' בר"י אות ך' וע' בתומים סק"ז מ"ש בזה:

ה **דהואיל ונפסק**. עבה"ט מ"ש והש"ך כ' כו' שבודאי יאמר כדבריו הראשונים כו' וע' בתשו' נו"ב חאה"ע סי' כ"ז שכתב דגם להש"ך דהטעם משום דעביד לאחזוקי דיבורו מ"מ מודה דבעינן נפסק הדין ג"כ אלא שנפסק לחוד כשלא העיד עדיין בזה חולק אבל כשהעיד ולא נפסק הדין ג"כ כשר אח"כ להעיד ע"ש והזכרתיו ג"כ קצת בפ"ת לאה"ע סי' י"ז ס"ג ס"ק י"ט. ובגש"ע דהר"ע איגר זצ"ל עמ"ש הש"ך לא יוכל אא"כ לתובעו עוד בעד זה כו' נ"ב וכ"כ להדיא הרא"ה כתובות דף כ"ב ד"ה אר"ה א"ר בשם איכא מ"ד דפסולי עדות שהעידו בעודו בפסול ואח"כ הוכשרו לאותו עדות דאין נאמנים דחשיבא להו כנוגעים בעדותן כיון דכבר העידו עכ"ל וע' בשו"ת מהרי"ט ח"ב חאה"ע סי' ל"ז בסופו וע' עוד בתשו' ברית אברהם חאה"ע ס"ס ק"ה בחח"מ ס"ס ב' ובס' שער המלך פ"ט מה' אישות דין י"ב ובתשו' ח"ס אה"ע ח"ב סי' סז:

ו **הקרובים לו ורחוקים מבניו**. ע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' מ' נידון שטר צוואה במתנת ברי מהיום ולאח"מ ובקנין שהיו חתומים עליו עדים פסולים א' מחמת קורבה וא' מחמת נגיעה אך ל' השטר ואמר לנו הוו עלי עדים כשרים ונאמנים וקנו ממני כו' ובסוף השטר

סיים וכל המערער על שטר זה יהיו דבריו בטלים כו' ואח"כ חתם בח"י עצמו והעדים הפסולים אחריו. ורצה הרב השואל להכשיר השטר כיון שהוא עצמו חתם וקיבל ע"ע עדים הפסולים ככשרים ובשגם שיש קנין כו' והשיב דאין מקום לקיים השטר חדא כיון דהעדים הפסולים חתומים אחר חת"י בעל שטר המצווה מאן לימא לן שעל אלו הפסולים נתכוון אדרבה הרי התחיל מעדים כשרים ונאמנים והי' דעתו שיחתמו אחריו עדים כשרים ובאו אלו וחתמו עצמם ה"ל כערב היוצא אחר חיתום שטרות שאין החתימה מוסב עליו כלל וה"נ דכוותיה נמצא זה לא נתכוון להקנות אלא בעדים ואין כאן שטר בעדים כי על הפסולים לא נתכוון. ועוד דאי נמי הוה חתימת עדים קודם לחתימת עצמו ואז אי הוה קאי בחיים ורוצה לחזור בו היינו אומרים כבר קבלת עליך עדים פסולים ככשרים ואולי אפי' בלא קנין והוה נמי תרתי לריעותא מ"מ עדים החתומים בשטר כמו שנחקרה בב"ד דמי וקיי"ל (לעיל סי' כ"ב) אחר גמר דין או אחר קבלת העדות א"י לחזור בו כו' אך הא נכסים נפלו קמי יורשים ומקבלי מתנות ברי הנ"ל באו להוציא מהיורשים ע"י השטר החתום בפסולי עדות הנ"ל המעידים שכבר קנו מקבלי מתנה מחיי הנותן והיורשים אינם מאמינים לעדים פסולים מה יועיל שהנותן קבלום על עצמו ככשרים אבל על היורשים לא קבלום והוא עדיף ממ"ש הר"ן בשם הרמב"ן פ' הניזקין שטר שכ' בו שבח כו' ובש"ע ח"מ סי' ק"ח סעי' י"ח ע"כ נלע"ד שאין להוציא מיורשי דאורייתא ע"פ שטר זה עכ"ד ע"ש. ולכאורה י"ל דאם היו חתימות עדים הפסולים מחמת קורבה קדמו לחתימת עצמו והיה באופן הכתוב בש"ע כאן שהיו קרובים לו ורחוקים מבניו לכ"ע כשר שטר זה 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:

ז **ויש מי שמכשיר**. עבה"ט ועיין בתשו' משכנות יעקב סימן ט"ו שהאריך בזה:

ח **בדבר ויעיד**. עבה"ט וע' בש"ך לקמן סי' ל"ז סי"ח ס"ק ל"ב שהביא הרבה פוסקים החולקים וס"ל דגם בפסול ממון בעינן תחלתו וסופו בכשרות ומסיק דמצי המוחזק לומר קים לי ע"ש והובא בבה"ט שם ס"ק ל"ב ועמ"ש שם. וע' בתשו' חתם סופר חח"מ סי' ל"ו שכ' וז"ל בענין תחלתו וסופו בכשרות יש בזה ג' דינים א' פסול קורבה בזה לית דינא ודיינא דבעינן תחלתו וסופו בכשרות כמבואר בש"ס ב"ב קכ"ח ע"א כו'. דין הב' פסול מחמת נגיעת ממון רבו המקילים דלא בעינן תחלתו וסופו בכשרות ויש בזה ג' טעמים. א' משום שבידו לסלק עצמו כל שעה. ב' דאינו פסול לכל אדם ולא דמי לקרובים. ג' דקרובים שאני שהיה עד פסול מתחלתו ותו לא מתכשר משא"כ נגיעה מחמת ממון היה מתחלתו בעל דבר ולא עד ובשעה שמסלק עצמו הוא דנעשה עד וה"ל תחלתו בכשרות

כו' ומ"מ יש חולקים וס"ל דגם לענין פסול ממון בעינן תחלתו בכשרות והעלה הש"ך בסי' ל"ז ס"ק ל"ב דמצי המוחזק לומר קים לי וכו'. דין הג' פסול מחמת עבירה זה לא נזכר בש"ס אך הש"ך בסי' ל"ד ס"ק ל"ג פשיטא ליה דלית ביה משום תחלתו וסופו בכשרות ומסידור דבריו נראה שלא אמרו אלא בפסול עבירה שאיני חמס כו' עכ"ל ע"ש ועמ"ש בסי' ל"ד סכ"ט ס"ק מ"ו:

ט **אם הלוה בא לפטר.** עסמ"ע ס"ק כ"ד וע' בתשו' נאות דשא סי' ס"ז בעובדא שהוציא שמעון שטר בח"י ראובן ובקיום לוי ויהודה מעידים על הקיום ועל גוף הענין וכתוב בו איך שלח את שמעון לאדון א' להשתדל לו איזה כ' הנצרך לו וכאשר יביא מהאדון אותו כ' יתן לו ראובן מאה זהובים בשכרו ועוד כתוב בו תנאים ואופנים ותובע עתה שמעון שכרו הנ"ל כי הכתב מהאדון כבר מסר לראובן והשיב ראובן כבר נתפשרתי עמך וסילקתי לך ומה שלא לקחתי השטר ממך הוא כי בעת שחתמתי לא היה כתוב בו רק שני שיטין ועתה כל הנמצא כתוב בשטר שקר הוא כי האופנים נעשו בדרכים אחרים ולפי שלא היה שטר גמור לא חששתי לקחתו ושאלו הב"ד לשמעון מדוע מסרת הכתב של אדון ליד ראובן קודם ששלם שכרך השיב כי לוי ויהודה הנ"ל נתערבו לי עבורו וגם קודם נסיעתי להאדון לא האמנתי כלל לראובן רק ע"י ערבות לוי ויהודה נסעתי להאדון וגם שטר הזה לא היה כלל בידו רק ביד הערבים הנ"ל ועתה יסמוך למשפט לקחתי השטר מידם כדי לתבעו לראובן והפשר שאומר הוא שקר והאריכו עוד בטענותם. ופסק דשטר זה שמוציא שמעון חספא בעלמא הוא כיון שמודה שמעון שלוי ויהודה ערבים לו והרי ערב פסול לעדות ואפי' קרובי הערב פסולים לעדות בכל עניני טענות הנולדים בין הלוה להמלוה ע' בסי' ל"ג בסמ"ע ס"ק כ"ד ממילא כאן כיון שעידי השטר פסולין להעיד הרי השטר חספא בעלמא ויכול ראובן להכחיש כל דברי השטר ההוא בכל מה שירצה וכל טענות שמעון בזה אינו רק תביעות בע"פ וישבע ראובן ויפטר ואפי' אם ירצה שמעון לפטור עתה את לוי ויהודה מהערבות ולא יהיו נוגעים אפ"ה לא מהני. חדא דלפי הנראה מלשון השאלה שלוי ויהודה הם כערב שלוף דוץ דמבואר בסי' קכ"ט דבכה"ג אין להמלוה על הלוה כלום א"כ מעיקרא אין לשמעון תביעה על ראובן כלל כ"ז שיש ללוי ויהודה נכסים וא"כ הם עצמם בע"ד דראובן ואין כאן מקום כלל לזה שיפטרנו מהערבות כמובן ותו דאפי' לא היו לוי ויהודה רק סתם ערבים אפ"ה אין מועיל פיטור כמבואר בסי' קכ"א ס"ט אפי' אם פוטר הלוה את השליח משבועה כדי שלא יהא נוגע לעדות אינו מועיל משום דאיכא למימר דבשביל ההוא הנאה שפוטרו משבועה הוא מעיד לו ותו דאפי' היכא דמהני סילוק לנוגע צריך הוא לחזור ולהעיד בב"ד אחר

שנסתלק כמבואר בסי' ל"ג סט"ו כו' וא"כ בנ"ד עכ"פ שטר זה בטל משום דעשאוהו בעת שהיו נוגעים וא"כ נעשה תביעה זו בע"פ ונהי דבמה שמכחיש ראובן את האופנים שביניהם יכולין להעיר בע"פ מ"מ מה שאמר עוד שכבר נתפשר עמו ופרע לו מהימן בשבועה ולא אמרינן שישבע שמעון שהוא בעל השטר נגד טענת פרעון דהא ליתא כי השטר נתבטל כו' וכ"ז פשוט ע"ש. ושם בסי' ס"ח כ' דאפי' אם לוי ויהודה לא היו נוגעים בעת שחתמו כגון אם לא נכנסו בערבות לשמעון קודם שנסע להאדון רק אח"כ כשהביא הכתב מהאדון ולא רצה ליתנו לראובן עד שיתן לו שכרו אז נעשו לוי ויהודה ערבים ונעשו אז נוגעים אפ"ה השטר פסול דכיון דעכשיו הם נוגעים חיישינן דהשתא כתבוהו והקדימו זמנו בכוונה אם לא היכא שראו עדים את השטר קודם בואו מהאדון בעוד שלא היו לוי ויהודא ערבים כו' וכן מבואר להדיא בש"ס ב"ב דף קנ"ט דבנוגע בעינן שראו עדים את השטר קודם שנעשה נוגע כו' ועמ"ש לקמן סי' ל"ז ס"א ס"ק א' ובסי' מ"ו סל"ה ס"ק י"ב. וע' בתשובת הרדב"ז ח"א סי' ק"ג ובס' שער משפט סק"ה:

י **קרובי נרצח**. עי' בתשובת כנ"י סי' פ"ט מ"ש לפרש תשובת הרא"ש כלל נ"ז שלא יהי' סתירה לדין זה וע' בזה בתומים ס"ק י"א ותשוב' משכנות יעקב חח"מ סי' ט"ו באריכות. ומ"ש הבה"ט ובש"ך מאריך בדין זה אם הטריפ' יכול להעיד בד"מ כו' עי' בנ"צ מ"ש בזה:

יא **שקרובים זה לזה**. עי' בתשובת רבינו עקיבא איגר זצ"ל סי' נ"ד שנסתפק באם קרובים זל"ז בקורבה דאישות וראו עדות ואח"כ נתרחקו אי מקרי תחלתו בפסול די"ל כיון דבעת ראיה דלא נתכוונו להעיד הי' ביד א' לילך לב"ד ולהעיד והי' דינו כעד אחד וכן בנתכוונו להעיד להרא"ש וסייעתו דבעי דוקא הגדה בב"ד א"כ כ"ז שלא הגידו שניהם הי' ראוי לכ"א להגיד והי' דינו כע"א אלא דבהעידו שניהם הי' נתבטל עדותן ע"י הגדה ועתה דעדיין לא העידו נשאר על כל א' שם עד כשר ויכולים עתה כשנתרחקו להעיד ביחד ונחשבים לב' עדים וכ' שלא מצא גילוי לדין זה רק בהגהת אשר"י פ"ד דשבועות סי' ט"ו כ' בפשיטות בהיפך דמקרי תחלתו בפסול ולא נקט לה אפילו דרך חידוש דין רק דבא לחדש דאפילו הוו נשותיהן גוססין לא מקרי תחלתו בכשרות ודין זה צ"ע טובא ומדברי תוס' שם (ד' צ"ג בד"ה קרובים בנשותיהם) אין ראיה די"ל דס"ל דקרובים בנשותיהן היינו קרובים להמלוה ולוה וכמ"ש בת"ח שם. ושוב כתב דיש להביא ראיה לדעת הג"א מסוגיא דסוטה ד' כ"ד דכוותה גבי שומרת יבם כו' (עמ"ש בפ"ת לאה"ע סי' קס"ו סק"ז) ע"ש. ולכאורה נראה דמה דמספקא ליה לרבינו הגאון ז"ל הוא דוקא בעדי ממון דבזה שפיר י"ל דלא מקרי תחלתו בפסול כיון דכל א' בפ"ע תחלתו היה ראוי להיות עד א' והי' מועיל עדותו דהי' קם לשבוע' אבל בעידי קידושין וכה"ג דעד א' לאו כלום הוא

רק בהצטרפות שני העדים יחד וכיון שהיו קרובים אז מקרי תחלתו בפסול ולית ביה ספיקא כלל. אך א"כ נסתר ראיית הגאון ז"ל מסוגיא דסוטה הנז' דהא גם שם לענין עדות שקדמה שכיבת בעל עד א' לאו כלום הוא ומאי ראי' לענין ממון וצ"ע. שוב ראיתי בתשובת חתם סופר חח"מ סי' ל"ז מבואר שם דחותנו הגאון רע"ק ז"ל הציע לפניו ספיקו הנ"ל והוא ז"ל השיב לו דבעיקר הסברא כוון גם הוא בחידושיו למס' שבועות אך מה דמשמע מדבריו דגם בעידי קדושין מספקא לי' אינני שוה עמו. והעתיק מ"ש בחידושיו בענין זה ושם תמה ג"כ ע"ד הג"א הנ"ל דמנ"ל דין זה ובסוף כ' ומיהו משכחת לה באשה התובעת שאר וכסות והוא מכחיש הקידושין והיא משביע עדי קדושין דבהא בודאי אי היו בשעת ראיה קרובים בנשותיהם פסולים דע"א בקידושין לאו כלום הוא וכן בגירושין וכה"ג ע"ש. ומ"ש או שקרובים לדיינים פסולים עסמ"ע ס"ק כ"ו ובש"ך ס"ק ט"ז וע' בתשובת נו"ב חלק אה"ע סימן ע"ב והובא קצת בפ"ת לאה"ע סימן י"א ס"ק ט"ז:

יב **לא ידונו לקרוביהם.** עי' בתשובת ח"ס חח"מ סימן י"ז שכתב דנ"ל אפילו כבר התחיל לדונו טרם שנעשה החיתון וקודם גמר דין נתחתן פסול לגמור אע"פ שתחלת הדין הי' בכשרות וכדלעיל סעיף י"ג גבי עדות ע"ש ופשוט הוא:

סימן לד

א **אסור לו להעיד עמו.** עי' בתשובת חות יאיר בסוף הספר בהשמטות שכתב דצ"ע לדינא אם ראובן מבקש מלוי שיעיד לו נגד שמעון עדות אמת רק שלוי יודע שפסול הוא מחמת נגיעה או קורבה או מחמת עבירה רק שהב"ד לא ידעו אם רשאי להעיד. ובמחמת עבירה צ"ע יותר כי איך יעשה אף אם יפרסם קלונו אין אדם משים עצמו רשע לכן אם לא יגיד עובר. וא"ת הלא ק"ו הוא ממ"ש רז"ל מקרא דמדבר שקר תרחק שלא יצטרף עם חבירו שיודע בו שהוא רשע להעיד וא"כ ק"ו ביודע בעצמו. ע"כ נפרש שם שר"ל לא יצטרף עמו להיות אצל הדבר לעד או לחתום שטר ובזה אפשר דק"ו אם יודע בעצמו ובכה"ג נמי מיירי חזרה דמועלי שבועות דלקמן סל"ג משא"כ אם כבר ראה וזה מבקש ממנו שיעיד עכ"ל וע' בקצה"ח לעיל סי' כ"ח באמצע סק"ח מ"ש בשם אחיו בזה. וע' באורים לעיל סי' כ"ח סק"ג שהביא דברי החו"י הנ"ל בקצרה וכ' עליו וז"ל ונראה דאם הוא פסול משום קורבה ודאי דלא יעיד או יבא ויגיד לב"ד קרוב אני אבל מחמת עבירה כיון דאין ידוע אלא לו הרי אין אדם נפסל ע"פ עצמו ועוד הטעם דפסול רשע להעיד היא דנחשב להעיד שקר וא"כ הוא דיודע בנפשו דהאמת אתו למה לא יעיד וכן הטעם בפסול מחמת נגיעה דכל הטעם הפסול דיעיד שקר וא"כ הוא שיודע בעצמו שהאמת

אתו למה לא יעיד וע' לקמן בסי' ל"ז אם הנוגע יכול להעיד לחובה עכ"ל ובנה"מ שם הסכים עם האורים בדין הפסול מחמת קורבה וגם בדין הפסול מחמת עביר' אך בענין פסול מחמת נגיעה חולק עליו וכתב דאם יודע בעצמו שהוא נוגע לא יעיד כו' ע"ש. וע' בתשו' ח"ס חיו"ד סי' י"א הובא בפ"ת ליו"ד סי' ב' סק"ג ע"ש:

ב **להעיד עמו**. עי' בס' בר"י אות ד' שכ' נראה דלבא ולהעיד יחידי שפיר דמי לחייבו שבועה ומיהו אם בשעת ראיה נתכוון הוא והפסול להעיד הוא פלוגתא דרבוותא אם בטל עדות הכשר נמי כמבואר בסי' ל"ו ע"ש. וכתב עוד וז"ל אם זה הפסול היא שעבר עבירה דרבנן וזה הכשר יודע בו אפשר דיכול לבא ולהעיד עמו דהא מבואר לקמן (סכ"ג) דעבר עבירה דרבנן צריך הכרה וקודם שהכריזו עליו עדותו כשרה וכ' הרמב"ם כדי שלא לאבד זכות העם שלא ידעו שהוא פסול הרי דאף שנודע לב"ד שפסול מדבריהם כל שלא הוכרז מקבלין עדותו. ה"ה דהכשר יכול לבא ולהעיד עמו אף שהוא יודע שהוא פסול שהרי לא הוכרז כו' מיהו יש להסתפק אם עבר עביר' דאוריית' שאין בה מלקות דלא מיפסל מדאוריית' לדעת הרמב"ם ומרן וסייעתם ופסול מדרבנן ולא בעי הכרזה כמו שכתבו האחרונים וזה הכשר הוא לבדו יודע בו אי שרי להעיד עמו או דילמא אסור מדרבנן כיון דאידך פסול מדרבנן ולא בעי הכרזה ואילו ידעו בו תיכף הי' פסול מדרבנן עכ"ל. ולעד"נ לכאורה לפי מ"ש הש"ך סק"ג בטעם הדבר דאסור להעיד עמו אע"פ שהענין אמת כיון דקיי"ל דשלשה עדים שהעידו ונמצ' אחד מהם קרוב או פסול בטילה כל העדות ואף שנשארו ב' עדים כשרים מ"מ גזה"כ הוא כו' ע"ש לפ"ז הכא דאידך הוא רק פסול מדרבנן לא שייך טעם זה דהא כ' בתשו' נו"ב תניינא חאה"ע סי' ע"ו בשם תשו' בית יוסף דיני קידושין סי' יו"ד דפסול מדרבנן לא אלים פיסולו לפסול הכשר שעמו כו' וכ"כ בכנה"ג בשמו לקמן ר"ס ל"ו בהגה"ט אות ד' ע"ש אכן בתומים שם סוס"ק י"א חולק על זה ויובא בדברינו שם ס"ק א' ע"ש וצ"ע:

ג **עדות אמת**. עבה"ט ובאר הגולה ועיין בתשובת בית יעקב סי' קל"ד מ"ש בזה וע' בתשובת זכרון יוסף חח"מ סי' י"א:

ד **כל שעבר עבירה כו'**. עיין בתשו' שבו"י ח"ג סי' קמ"ז שכ' דפשוט דמי שהרג נפש בשגגה כשר לכל עדות אף קודם שעשה תשו' ומה דאית' בא"ח סי' נ"ג ס"ה בהגה מי שעבר עבירה בשוגג כגון שהרג נפש בשוגג וחזר בתשו' מותר להיות ש"ץ דמשמע דאם לא עביד תשו' פסול להיות ש"ץ אין ללמוד מזה לענין עדות דשאני ש"ץ דצריך להיות פרקו נאה משא"כ לעדות כל שאינו רשע כשר והרי מבואר להדי' במתני' פ"ב דמכות

רוצח שגלה לעיר מקלטו אין יוצא משם לעולם לא לעדות מצוה ולא לעדות ממון כו' ע"ש:

ה **שאין בה מלקות.** עי' בתומים סק"א שכ' נראה דכל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד דקיי"ל דאין לוקין עליו מ"מ נפסל דזהו אינו לקלות האיסור רק לחומר האיסור וכמו כן לאו הניתק לעשה כו' אבל לאו שאין בו מעשה דקיי"ל דאין לוקין עליו והוא לקלות הענין הואיל ולא עביד מעשה בזו לא נפסל מה"ת כו' ע"ש ובנה"מ. גם בס' בר"י אות ט' כ' בעבר על לאו שאין בו מעשה לכאורה יש מקום לצדד דאף לדעת הרמב"ם פסול מדאוריית' וכן צידד מהרימ"ט א"ה סימן כ"ג והרב כנה"ג הגב"י אות ט"ו וכ"כ בביאור מהר"ר אורי כ"י דמשמע מדברי הד"מ דלאו שאין בו מעשה פסול מדאוריית' אמנם נראה דעיקרן של דברים דלדעת הרמב"ם אינו פסול מה"ת רק מדרבנן וכן נראה הסכמת מהרימ"ט וכן בדין כיון דהרי"ף בתשו' כ' בהדי' דלא מפסיל על לאו שאין בו מעשה שאין לוקין עליו חוץ מנשבע כו'. מסתמ' הכי הוא דעת הרמב"ם וכן הסכימו להלכה הרב כנה"ג עצמו בתשו' שבס' עדות ביעקב עי' י"ז והרב הב"י שם סי' י"ח וכ"כ בתשו' חוט השני סי' י"ח ע"ש. וע' בתשו' בית שמואל אחרון סי' י"ז בענין הא דקיי"ל אין עשה דוחה ל"ת ועשה אם עבר ועשה העשה במקום ל"ת ועשה אי פסול לעדות מדאוריית' או רק מדרבנן וכ' דזה תלוי בפלוגת' שדעת התוס' בחולין דף קמ"א בשם ריב"א דאף דאין עשה דוחה ל"ת ועשה מ"מ אין חייב מלקות דהלאו נדחה מפני העשה ולא נשאר רק עשה ולפ"ז כיון דאין בו מלקות פסול רק מדרבנן אבל דעת המל"מ פ"א מה' שופר באם יש עשה אלים הל"ת ולא דחו אף הל"ת לחוד וחייב מלקות א"כ פסול מדאוריית' והאריך שם להוכיח שגם דעת רש"י ז"ל כהריב"א וא"כ להלכה יש לפסוק דאינו פסול רק מדרבנן עכ"ד ע"ש. והנה מ"ש דהמל"מ פ"א מה' שופר דעתו דלא כהריב"א תמיהני דלא נמצא שם כן רק שמסתפק בדבר יעו"ש ויותר היה לו להביא דברי הרמב"ם פ"ג מה' נדרים דין ו' שכתב כיצד חלות הנדרים על דבר מצוה האומר הרי המצה בלילי הפסח אסורה עליו הרי ישיבת הסוכה בחג הסוכות כו' ואם אכל או ישב או נטל לוקה וכ' הרא"ה בס' החינוך פ' יתרו סי' ל"ב הא דלא אמרי' בזה אתי עשו ודחי ל"ת משום דבנדרים איכא ל"ת ועשה לא יחל דברו ככל היוצא מפיו יעשה ע"ש הרי מבואר דס"ל להרמב"ם דלא כהריב"א הנ"ל וע' בזה בשעה"מ שם ובתשו' נו"ב חח"מ ס"ס ת"ל ובתשו' שלמה חא"ח סי' ט"ו מה שהאריכו בדברי ריב"א הנ"ל ובעיקר הדין לענין עדות נראה לע"ד לכאורה דבכה"ג כשר לעדות אף מדרבנן משום דסובר מצוה קעביד דוגמת מ"ש לקמן סעיף ד' וצ"ע וע' עוד בתשובת ב"ש אחרון שם סי' כ' שפלפל בדברי האו"ת הנ"ל

בענין אם עבר לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד ובענין לאו הניתק לעשה ע"ש. וע' בנה"מ שכ' דאם ביטל מ"ע נ"ל מוכח מכמה דוכתי דלא נפסל לעדות עד שיעבור בקום ועשה או שהוא פורק עול לגמרי ע"ש וכ"כ בתשו' חוט השני סי' י"ח והביאו בס' בר"י אות יו"ד דלא אשכחן בשום דוכת' שהמונע מן עשיית סוכה או לילב שיפסל אפילו מדרבנן ע"ש:

ו **פסול מדרבנן**. עי' בס' בד"י אות כ"ו שכ' וז"ל ראיתי להרב מהרימ"ט א"ה סי' מ"ג שכ' דמידי דלא מפסיל מדאוריי' דלאו בר מלקות הוא מ"מ פסול מדרבנן ואע"ג דקיי"ל דפסולי עדות מדבריהם צריכין הכרזה דילמ' לא אמרו אלא בעבירה דרבנן דלא משמע להו לאינשי ולא מחזקי להו לרשיעי אבל עבירה דאוריית' הכל יודעין שזו עבירה היא ואין לך הכרזה גדולה מזו כו' וכן הסכים הרב כנה"ג בתשו' הובאת בס' עדות ביעקב סנ' י"ז וכ' דהגם דרבו (מהרמי"ט) אמרה כמסתפק איהו פשיטא ליה כו' ובחידושי הריטב"א לב"מ דף ע"ב משמע לחד שינויא דאף באיסורי תורה ופסולי תורה במלת' דלא ידוע בעי הכרזה וע' במל"מ פ"ד דמלוה דין ו' שהאריך בדברי מהרימ"ט אלו כו' עכ"ד ע"ש ולעיל באות ו' כ' הבר"י בפשיטות דאם עבר עבירה דאוריית' שאין בה מלקות דלא מפסיל רק מדרבנן לא בעי הכרזה כמ"ש האחרונים ע"ש והובא בדברינו לעיל ס"א סק"ב. וע' בתשו' כנ"י סי' ל"ט אודות פלוני שקיים כלאים אילן באילן שהרכיב אביו והתרו בו ולא הטה אוזן ואח"ז העיד עדות וכתב דעדותו נשרה דלית הלכתא כר' עקיבא בריש מ"ק דאמר אף המקיים רק כת"ק שם וכמ"ש הרמב"ם פ"ב דכלאים ובש"ע יו"ד סי' רל"ז ס"ב דמקיים אינו לוקה לפ"ז הוא בכלל עבר עבירה שאין בה מלקות דאינו פסול רק מדרבנן כמ"ש הרמ"א ז"ל ואז צריך הכרזה ובאשר לפי לשון השאלה לא הכריזו עליו וגם לא ענשוהו ברבים על העבירה ולא הוציאוהו מבהכ"נ בכן עדותו עדות וכ' עוד דלכאורה יש לפקפק מאחר שכ' הרמב"ם פי"א מה' עדות הפסול מדרבנן צריך הכרזה לפיכך כל עדות שהעיד קודם ההכרזה מקבלין כדי שלא לאבד זכות העם שהרי לא ידעו שהוא פסול כו' לפ"ז י"ל באם ידע זה שהזמינו לעד שהוא מקיים כלאים אף בלי הכרזה פסול וכיוצא בזה כתב בתשו' מהר"ם טראני א"א סימן רפ"ז במעשה שהוא וב"ד פסלו לעד א' שהוברר לפניהם שעבר על מצות דרבנן וב"ד אחר שידעו שפסלו מהר"ם וב"ד אעפ"כ קבלוהו לעד באשר לא הוכרז עליו וכתב כיון דידעו ב"ד אחרינא שב"ד קדמאי פסלוהו א"צ הכרזה וראייתו מלשון הרמב"ם הנ"ל. אך באמת הא ליתא כו' ונדון של מהר"ם טראני שאני דמאחר שפסלוהו בב"ד הוי כאלו הוכרז שהוא פסול כו' ע"ש. ותימא שלא הזכיר מדברי מהרי"ט הנ"ל דלפי סברתו בנ"ד שהוא איסור תורה פסול גם בלי הכרזה וצ"ע. ועיין בתשוב' שבו"י ח"ג (סי' קס"ח) שנשאל אודות ראובן שבא לב"ד לפסול את

שמעון לעדות כי הוא ועד אחד מעידין עליו שגנב ליהודה. ושמעון או' שראובן עצמו הסיתו לעשות הגניבה ומביא עדים על זה אי שמעון נפסל ע"י עדות ראובן או לא. והשיב לא ידעתי איך עלה על דעתך להכשיר ראובן לעדות זו על זה נאמר כל הפוסל במומו פוסל אף דקיי"ל אין שליח לד"ע דדברי כרב סגי ופטור מדיני אדם אבל מ"מ בדיני שמים חייב אפילו באמירה לבד שמתעה את חבירו ועובר על לפני עור וגודל עונש מסית לאו דוקא בע"ז אלא אפילו בשאר עבירות כמבואר בתשובת חות יאיר סי' קס"ו וכו' וכמבואר בח"מ סי' י"ד בעובר עבירה שאין בה מלקות פסול מדרבנן מיהא (נ"ל כוונתו אף דפסול מדרבנן בעי הכרזה מ"מ הא כתב הנ"י הובא בסמ"ע לקמן סכ"ג ובבה"ט שם לאותו עדות שנפסל בשבילו אפילו בלא הכרזה וזהו שמדייק וכ' איך עלה על דעתך להכשיר ראובן. או אפשר דס"ל כמהרי"ט והרב בעל כנה"ג הנ"ל) ואולי ידעת שעשה שמעון (צ"ל ראובן) תשובה לכך עלה על דעתך להכשירו. גם זה אינו דאם עשה תשובה לצאת י"ש צ"ל שהחזיר מעות הגנבה לבעליו וא"כ פשיטא שהוא פסול לעדות לומר ששמעון גנב כדי שיחזיר הגנבה ויחזיר לו מה ששילם עבורו כו' שאין לפסול שמעון ע"פ הגדת עדות דראובן והוא פסול במומו עד שיקבל תשובה עכ"ד ע"ש:

ז **שעבר מדרבנן**. ע' כן בס' פמ"ג על א"ח בפתיחה כוללת אות כ"ד שכ' דנ"ל דדוקא אם הוא חייב מכות מרדות מקרי רשע דרבנן הא לא"ה לא וכמו שמורה לשון הרמב"ם שכתב היה החיוב שבה מדבריהם כו' וא"כ צריך חקירת חכם על איזה עבירה חייב מכת מרדות ועל איזה פטור ולא מפסל אף מדבריהם וע"ש עוד בפנים בסי' שכ"ח סק"ח. ועיין באו"ת שכתב ובועלי נכרית פסולים גם כן מדרבנן סמ"ע ואם בפרהסיא או לקחה דרך אישות פסול מה"ת דעבר על לאו דלא תתחתן בם עכ"ל וכ"כ בנה"מ ע"ש עי' (בא"ע סי' ט"ז) ולכאורה בסמ"ע עצמו משמע שדעתו כהב"י דבועלי עבודת כוכבים פסולין מדאוריי' וכ"כ הבא"ג משמו גם בס' בר"י אות י"א כתב דמהרח"ש בתשובה סי' י"ט כתב דהוי פסול מדרבנן ותמהו עליו הרב כנה"ג בא"ה סימן מ"ב (ע' בה"ט שם ס"ק ט"ו) והרב ארעא דרבנן אות תקכ"ח ע"ש וכתב עוד בס' בר"י שם וז"ל העובר על איסור מדבריהם בשב ואל תעשה אינו נקרא רשע וכשר לעדות ואף דהמשיא עצה למכו' כו' אמרו בש"ס דהוי רשע ערום רשע לחוד אינו נקרא. ואף דבפ"ב דיבמות אמרו העובר על דברי חכמים נקרא רשע העובר בשוא"ת אינו נקרא רשע דרבנן ואינו פסול לעדות הרב חוט השני סי' י"ח דף כ"א ע"ב עכ"ל:

ח **פסול מדרבנן**. בגש"ע דהגאון רע"ק איגר זצ"ל נ"ב בחידושי הרשב"א שבועות דף ל"א צידד דפסולי עדות מדרבנן מועיל עדותן לענין אי תפיס מהני עכ"ל:

ט **מפני שהם סוברים כו'**. עיין בתשובת חות יאיר סימן ק"ד שכ' הגם דמלשון זה משמע דאנן אמרינן כן אף שהם אין טוענים כך מ"מ ברור לפע"ד דבאם הם לפנינו לא אמרינן זה רק שואלים אותם ואם לא ישובו כך הם פסולים ע"ש ולכאורה לא נראה כן מדברי תשו' רע"ק איגר זצ"ל סי' צ"ו שהבאתי בפ"ת לאה"ע סי' מ"ב ס"ק י"ח שכ' שם ועוד נ"ל לדון בעיקר הדבר כו' א"כ י"ל דהשחתה בתער דנתפשט בעו"ה אצל הרבה לא חשב שזהו איסור כ"כ ואף דלא התנצל עצמו כן לפני הב"ד מ"מ זה אינו מגרע כמ"ש בתשו' מהרי"ט סי' מ"ג דאפילו הודה אין אדם מע"ר כו' ע"ש ועמ"ש לקמן סעיף ז' ס"ק כ"א:

י **שנוכל לומר** עיין בתשו' עבוה"ג סי' ו' מ"ש בזה:

יא **פסול לעדות מדרבנן**. עבה"ט. ובגליון ש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב אבל בהכהו אף אם יש בו שוה פרוטה דהדין דממונא משלם ומלקי לא לקי מ"מ פסול ד"ת כיון דיש בלאו זה מלקות אם הכהו הכאה שאין בו ש"פ (כבסי' ת"כ ס"ב) גם כשיש בו ש"פ מפסיל ב"י בתשובה בדיני קדושין סי' ב' עכ"ל:

יב **ואפילו עבר על חרם**. כתב כנה"ג בהגה"ט אות י"ח וז"ל המזכיר שם שמים לבטלה פסול לעדות הר"מ איסרליס סי' י"ב והר"ר נפתלי ז"ל שם בסי' י"ג כתב דיש מקום להכשירו עכ"ל (עמ"ש בפ"ת לא"ה סימן מ"ב ס"ק י"ח) וע"ל סי' פ"ז סעיף ט"ל ועי' בס' בר"י אות י"ז שהאריך לתמוה על הכנה"ג בזה עש"ה:

יג **שהחרימו הקהל**. עי' בנ"צ בענין מי שיש עליו עונש מי שפרע אי כשר לעדות ע"ש:

יד **וי"א שאינו נפסל**. עי' בש"ך ובנה"מ שהסכימו כדעת הריב"ש הביאו ב"י שהכריע דנשבע שלא לאכול ואכל נפסל דקעביד מעשה אבל נשבע לאכול ולא אכל דלא עביד מעשה לא נפסל ע"ש ועיין בכנה"נ בהגב"י אות כ"ו מבואר מ"מ מיפסל מדרבנן עש"ה וע' בתומים מזה. וע' בתשו' הרב מו"ה משה רוטנבורג חח"מ סי' ה' בענין עדים שקבלו על עצמם בשבועה שלא לגלות איזה דבר שידעו לשום אדם ואח"כ העידו הדבר הזה לפני ב"ד מה דינן של העדים אלו וגם העדות הזאת שהעידו עתה מה דינם והאריך הרבה בזה ומסיק דהעדים הנ"ל שהיתה שבועתן בכולל כיון שפירשו בשבועתן שלא לגלות לשום אדם ודאי שהשבועה חלה ואסורים להעיד אפילו בפני ב"ד וא"כ במה שהעידו עדותן בפני ב"ד עברו על שבועתן ונפסלו לעדות מכאן ולהבא ואף דבש"ע מבואר ב' דיעות אי נפסלין לעדות בשבועה דלהבא והריב"ש הכריע דאם עשה מעשה נפסל כו' ובהאי דנ"ד לאו שאין בו מעשה הוא מ"מ הרי בכנה"ג ובאו"ת מבואר דאף לדברי הריב"ש מדרבנן ודאי דנפסל כו'. גם אין לומר דהני עדים לא מיפסלי בהגדתן לפני ב"ד משום דסברי מצוה קעבדי כו'. זה אינו דהכא שייך לו' דעל זה סמכו העדים לעבור על שבועתו משום

דסברי דהוא מצוה ולא חלה השבועה מעיקרא דהרי מעיקרא אשתבעי אשתבעו עליה ובודאי כל כי האי לא הוה להו לעשות שלא ע"פ הוראת חכם ואינו דומה כלל לקוברי המת (בסעי' הקודם) דאפשר דלא היה שום ספק אצלם ואדרבה חשבוהו למצוה משא"כ בעדים אלו כיון שנשבעו מתחלה על זה הרי דלא חשבוהו למציה כו' ובענין עדות הזאת שהעידו עליה הדבר פשוט דגם עדות זאת נפסלת כו' עש"ב:

טו **שוגג או אנוס**. עבה"ט ועיין בתשובת שבו"י ח"ב סי' קע"ב במי שנשבע על העבר שנתן דבר לפלוני בר"ח אדר בעיר פלוני ואחר כך נתברר שיום ר"ח הראשון לא היה באותו עיר אי דינו כעובר עד השבועה ופסול ופסק דאין לנו לפסול אותו בשביל כך אף לדעת הש"ך בסי' ע"ג ס"ק ל"א דהנשבע לפרוע בר"ח אדר חייב לפרוע ביום החדש הראשון לא מחמת ספק רק מעיקר הדין משום דקרו ליה אינשי ריש ירחא מכל מקום אין לפוסלו דיעבד כיון דיוכל להתנצל שכוונתו היה על ר"ח השני ולאו כ"ע דיני גמירי ע"ש:

טז **גנב כו'**. בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב כ' מהריק"ש וגונב ממון נכרי כתב הרדב"ז סי' רנ"ח דפסול מה"ת ול"נ להכשיר דלא משמע לאינשי דאסור וכן ראוי לדון עכ"ל. ואני מצאתי שהרדב"ז עצמו בח"ד סי' ר"ה מסיק כן להכשיר מטעם זה כל שלא התרו בו תחלה והודיעוהו שיופסל לעדות מחמת זה ע"ש והובא קצת בבה"ט אה"ע סי' קמ"א ס"ק כ"ז ע"ש:

יז **הכופר בפקדון או מלוה**. עיין בתשו' חתם סופר חח"מ סי' ט"ל אודות לוה שהוציא שובר על המלוה וניכר שנעשה בו זיוף שהיה כתוב חמשה ונמחק הה' ונכתב חמשים ורצו איזה דיינים לומר שהלוה נפסל בזה לעדות ולשבועה והוא ז"ל השיב דמה דפשיטא להו שהמזייף שטר נפסל לעדות ולשבועה איני יודע מנא להו הא אנן איפכא שמעינן בפ' אלו נערות (כתובות דף ל"ו ע"ב) גבי האי שטרא ריעא לא מגבינן ביה פרש"י ד"ה אומר זיופי זייף הוא עצמו למד לכוון כתב הדומה לכ"י עדים כו' נמצא מיירי התם שהוא בעצמו זייף ושיטת ר"ת ור"ח שם (ע' בתו' שם פ"ה ע"א מרענא וגם בתומים סי' ס"ג סק"א) שלא יגבה בו אלא בשבוע' תחלה א"כ מבואר אע"ג שהוא בעצמו זייף לא נפסל לשבועה אפילו באותו ממון ונהי דאנן לא קיי"ל כן אלא כהרמב"ן שבס' ..... התרומות שאפי' בשבועה אינו גובה אותו ממון אבל עכ"פ בהא לא פליגי דלא נפסל לא לעדות ולא לשבועה ע"ש:

יח **מעת שהעיד כו'**. בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב וכן מה שהעיד מקודם תוכ"ד של עדות זו שהוזם עליה כך מבואר בסוגיא דב"ק ד' ע"ג ע"א וע' בחי' הרמב"ן ר"פ חזקת

הבתים אבל בשטה מקובצת בב"ק שם הביא הרבה ראשונים דדוקא אם הב' עדיות של תובע ונתבע אחד אבל בב' עדיות לתרי גברי עדות שמקודם קיים עד כאן לשונו:

יט **שכתבוהו ואחרוהו** עבה"ט שכ' דעת הרז"ה כו' לפסול הגוף או ממון כו' ועי' בנה"מ שכ' דט"ס יש בש"ך וצ"ל רק לפסול הגוף ולא ממון ע"ש. ועיין בתשובת נו"ב תניינא סי' ו' בעובדא ששמעון הוציא שטר מכר שראובן מכר לו חדר א' וגם משכן לו חדר א' והעדים החתומים כבר מתו וכ"י יוצא ממקום אחר ונתקיים בב"ד וראובן הביא עדים והעידו שאותו יום הכתוב בשטר מכירה היו העדים החתומים בשטר במקום אחר רחוק מן המקום הנכתב בשטר ויש שם שטרות הרבה שעידי השטר חתומים עליהם. והשיב וז"ל הנה מלבד שבררתי בנו"ב חלק אה"ע סי' ע"ב לדחות דברי הריב"ש (שהביא הב"י בסי' ל"ח) ואי אפשר לפסול העדים שלא בפניהם (הבאתיו בפ"ת לאה"ע ס"ס י"א) וא"כ פשיטא ששאר שטרות כשרים אפי' היה נכתב בשטר זה בזמנו כתבנוהו אבל אין אנו צריכין לזה דאפילו שטרות הללו כשרים כיון שלא נכתב בזמנו כתבנוהו כמבואר בש"ע (כאן) סי' ל"ד ס"ט. ואפי' בשטר מכר שהמאוחר פסול אפ"ה תלינן להכשיר שאיחרוהו והודיעו להמוכר וכמבואר בסי' מ"ג בש"ך סק"ל. והסמ"ע כאן ס"ק כ"א אינו חולק ע"ז רק כתב עיקר הדין ששטר מכר מאוחר פסול אבל אין כוונתו לפסול העדים מן הסתם, ועוד אני אומר שלא הוצרכנו לתלות השטר לומר שהוא מאוחר אלא בשטרי דלאו אקנייתא שאז המוקדם בודאי פסול אבל בשטר קנין אין הכרח לתלותו באיחור רק תלינן שנכתב אחר הזמן שכתוב בשטר וכתבו יום הקנין והקנין היה במקום שהיו אז העדים באותו יום וכ"כ התוס' בסנהדרין דף ל"ב ד"ה חיישינן ע"ש ואף שאז שכותבין יום הקנין היה להם לכתוב גם מקום הקנין כמבואר בסי' מ"ג ס"כ מ"מ הרי דעת הש"ך שם ס"ק מ"א שאם כתוב מקום הכתיבה לא נפסל בדיעבד ואפילו לדעת המחבר שם שפסול הואיל ומשקרים נלע"ד שהשטר פסול אבל לא העדים שאין העדים נפסלים בעדות שקר אלא כשרצו להפסיד ממון בשקרותם כו' וא"כ כל שטרי מכר שלנו שטרי קנין הם ותמיד המוכר מקבל קנין וא"כ יש לתלות שכתבוהו אחר הזמן והקדימו לכתוב יום הקנין וכתבו מקום הכתיבה. עכ"פ שאר שטרות כשרים, ועוד אפי' נכתב בזמנו כתבנוהו והוזמו מ"מ אפשר שלא חתמו שטר זה רק רגע קודם שמתו ושאר השטרות כשרים אם ליכא עדים שראו שטר זה ביום ידוע כו' כמבואר בש"ע (לקמן סעיף זה) ועוד מקום לומר שמה שאמרו בסנהדרין דף ל"ב ובש"ע סי' ל"ד ס"ט שמא אחרוהו וכו' היינו משום שאמרו השטר כשר והעדים כשרים ולהכשיר גם השטר הוכרחנו לתלות באיחורו אבל בשביל כשרות העדים אז גם אם תלינן שהוא מוקדם לא נפסלו העדים לאותן הפוסקים בסי'

מ"ג ס"ח בהגה דעדים נאמנים לומר שלא חתמו על הזמן ולא ראו שהוא מוקדם ועדיין אינו מחליט דבר זה ועכ"פ ע"פ טעמים דלעיל לא נפסלו העדים עד כאן לשונו:

כ **ואחד הלוה.** עיין בתשובת חות יאיר סי' ק' דפשיטא ליה מלתא דהלוה לא מיפסל אפי' כתב בספר וחתום עד דיהיב וכתב שזה ברור מסוגיא ר"ב הרבית ע"ש אמנם הוא עצמו ז"ל בס"ס ק"ד שם הביא דהגאון מהר"ג ממיץ כתב לו שפעם אחת במסיבה של גדולי הדור באו בויכוח על זה והוא אמר כי מוכח מדברי המרדכי בסנהדרין (הובא בסמ"ע ובש"ך לקמן סכ"ו) גבי בר בניתוס דגם הלוה מיפסל משעת שומא שהרי כ' שם לדידי אוזיף ולא שקיל מידי כו' ע"ש. וכן מוכח לענ"ד מדברי התוס' ב"ק דף ל' ע"ב בד"ה שטר במה שהקשו דאמאי קנסו למלוה דאינו גובה הקרן דא"כ מצינו דהלוה חוטא ונשכר ע"ש וע' בתוס' רע"ק בגליון המשניות פ' זה בורר אות יו"ד:

כא **הלוה** עבה"ט שכתב משמע דערב ועדים כשרים כו' ובש"ך לקמן ר"ס נ"ב מבואר הטעם בשם תוס' והרא"ש וש"פ משום דלא תשימון עליו נשך לא משמע לאינשי אלא במלוה ולוה ע"ש (התוס' ב"מ ד' ע"ב איתא רק במלוים וע' בתוס' רע"ק בפ' זה בורר שם) ועיין בתשובת חו"י שם בס"פ ק"ד שכ' דדוקא באינם לפנינו אבל אם הם לפנינו ודאי שיילינן להו ואם אינן משיבין דשוגגין הם לא טענינן להו כמ"ש לעיל בענין קוברו המת (הובא לעיל ס"ד) ומ"מ צ"ע אף אם הם עצמם טוענים כך באם הם יודעי ספר אי שומעין להו לומר דלא ידעו דבר משנה עכ"ד. ועיין במל"מ פ"ד מה' מלוה דין ו' שכתב וז"ל וכתב בעל כנה"ג בשם שה"ג אם העדים שחותמים יודעים שיש איסור בדבר פסולים הם אליבא דכ"ע ע"כ וזה פשוט אך מאי דאיכא לספוקי הוא עם העדים נאמנים לומר ידענו שיש איסור ואעפ"כ חתמנו מי נימא דאין נאמנים משום דאין אדם מע"ר או דילמא לא דמי דשאני היכא שהוא מהוה האיסור דאז אינו נאמן אבל היכא שהאיסור ראינו בעינינו אלא שהיינו תולין שמא לא ידע שהמעשה הזה הוא אסור אז אפשר דנאמן לומר שעשה האיסור בידיעה ולכאורה יש ללמוד דין זה ממ"ש הנ"י בפ' זה בורר גבי עובדא דהנהו קבוראי כו'. ומיהו יש לחלק בין היכא שאנו מכריחים הדבר מכח אומדנא לא מפיהם של עדים להיכא שהעדים עצמם באים להעיד על עצמם שעשו האיסור במזיד דאז אינם נאמנים משום דאין אדם מע"ר ועיין במשאת בנימין סימן כ"א עכ"ל. ועיין בס' ארעא דרבנן סוף אות י"ז שהביא דבריו וכתב עליו ולא הבינותי ספיקו שהרי גבי א"ל אכלת חלב שהוא לא מהוה האיסור והעדים היו תולין לומר שאכל בשוגג ואמרינן דמצי למימר מזיד הייתי ואעפ"כ ק"ל לתוס' (פ"ק דב"מ ג' ע"ב) דהא אין אדם מע"ר משמע דקים להו לבעלי התוס' דאפילו דהוא לא מהוה האיסור אפ"ה איכא משום א"א מע"ר

ע"ש. גם בס' בר"י אות ל"ב כתב שהרב מהר"י בכר דוד בס' דברי אמת בקונטרס דף ל' הוכיח מדברי הרשב"א והר"ן פ' כל הנשבעין בההיא דחשוד דאף שאין הוא מהוה האיסור אמרינן אין אדם מע"ר כו' ע"ש. ומכל זה מבואר דלא כהחו"י הנ"ל. ועיין לעיל ס"ד ס"ק ט' כתבתי ג"כ בשם הגאון רע"ק זצ"ל שדעתו דלא כדברי החו"י והביא כן בשם מהרי"ט א"ה סי' מ"ג ע"ש. וע' עוד במל"מ שם כמה דינים בענין עידי רבית ועמ"ש לקמן סי' נ"ב ס"א שם סק"א ובגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב ולפ"ז ברבית דאורייתא פסול הלוה רק מדרבנן עכ"ל ועיין בתומים:

כב **עד החתום בשטר**. בגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב עיין לקמן סי' מ"ו בש"ך ס"ק ק"ב:

כג **אע"פ שנותנים הדמים**. כ' הסמ"ע פי' וכל הנותנים דמים אינם עוברים בלאו דלא תחמוד כי לא תחמוד בלא דמי משמע וכן האמת כ"כ התוספ' כו' ע"ש וע' בתומים שהשיג עליו שזה דברי הש"ע לקמן סימן שצ"ט ס"י ודברי עצמו שם ס"ק י"ד כו' וכמו כן תמה על הכ"מ פ"י מהלכות עדות כו' ע' שם וכבר קדמוהו לתמוה כן הב"ש באה"ע סימן כ"ח סק"ב ע' שכ"ב:

כד **שנוטל שכר להעיד כו'**. בגש"ע דהגאון מהר"מ ז"ל בעל תפל"מ נ"ב וז"ל ואם צריך להחזיר עב"ח סי' ט' ס"ט ועמ"ש בגליון ש"ך סי' ר"ח ובא"ה סי' י"ז ס"ג דלא כב"ח וצריך להחזיר עכ"ל ועמ"ש לעיל סי' ט' ס"ה ס"ק ח' ע"ש עוד:

כה **עדותו בטלה**. בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב במהריב"ל דף כ"ג ע"ב מסתפק אם הוא דאורייתא או דרבנן עכ"ל ומלשון הרמ"א ז"ל דלקמן משמע להדיא דהוא רק פסול מדרבנן (והיינו באופן שאינו נוגע) וכן הוא דעת תשובת נו"ב חא"ה סי' כ"ט הבאתיו בפ"ת לא"ה סי' י"ז ס"ק י"ט וגם דעת הבית מאיר שם הבאתיו ג"כ שם וע' בקצה"ח סק"ד:

כו **דינו ועדותיו קיימים**. ומ"מ צריך להעיד מחדש. כן מבואר להדיא בר"ן ס"פ האיש מקדש ע"ש ובתשו' נו"ב חאה"ע סי' כ"ז כ' בפשיטות דבנוטל שכר להעיד תיכף כשהחזיר השכירות עדותו כשר וא"צ אפי' להעיד מחדש ע"ש ואישתמיטתיה דברי הר"ן הנ"ל וכבר העירותי עליו בזה בפ"ת לאה"ע סי' י"ז ס"ק י"ט וע' בס' עזרת נשים סי' י"ז סוס"ק למ"ד מזה:

כז **דיין שדן כבר כו'**. כן משמע מאשירי כו'. עי' בס' פלפלא חריפתא מהגאון בעל תוי"ט שם אות כ"א שכ' עוד דבר גדול נשמע מדברי הרא"ש שם דשוחד אסור אף בדבר שאינו דין תורה אלא דרך קנס בעלמא כו' וכתבתי זה להורות לנאמנים על הצבור אע"פ שאין דיניהם דין תורה ולא נתקבלו לכך אפ"ה יזהרו מלקבל מתנות על דיניהם עכ"ל:

כח **ליתן לו מתנה**. עבה"ט שכ' כתב הרא"ש אבל אם פטר להדיין ממס שרי כו' ועי' בפנים בסמ"ע שכ' דבזה מיושב הא דאמרי' פז"ב דבר חמא קיבל כרגא דרב פפא דכולהו שני בשביל שהפך בזכותו כו' ובכנה"ג לעיל סי' ט' בהגה"ט אות ח' הקשה על זה דאם כן לדעת הרמב"ן שהביא הטור לקמן סי' קס"ג סי"א דכרגא דמלכא שיתן כל א' כסף גולגלתו גם ת"ח חייב והביא ראיה מהך עובדא דבר חמא הדק"ל איך קיבל ר"פ מבר חמא כו' ע"ש וע' בתומים ס"ק י"ח מ"ש בזה. וע' בתשב"ץ ח"א ס"ס קמ"ה מבואר מדבריו ישוב אחר לזה וז"ל אבל יש בזה ענין אחד מצינו לו היתר בגמ' והוא מי שלימד זכות בפני דיין על אחד יכול לקבל ממנו מתנות ואין בזה משום כיעור דהא רב פפא מפני שלימד זכות על בר חמא קביל עליה כרגא דכולהו שני ואע"פ שהיתה מצוה על רב פפא ללמד עליו זכות. אי משום ולא תעמוד על דם רעך כדאיתא בספרא אי משום לא תגורו מפני איש כדאיתא בפרק קמא דסנהדרין אי משום מדבר שקר תרחק כדאיתא בפ' שבועות העדות אעפ"כ קבל מבר חמא כרגא דכולהו שני ולא חש לכיעור אבל הדיין עצמו בכיוצא בזה לא מצינו כו' עכ"ל ע"ש וע' בס' בר"י לעיל סי' ט' אות ט' מזה באריכות ומ"ש הבה"ט וצריך טעם למה סידר הרמ"א הגה זו כאן כו' ע' בס' תפארת יעקב שכ' דנ"ל טעם בזה דהרב רצה להשמיענו דדוקא דיין אסור לקבל מתנה ממי שהפך בזכותו דנראה כשוחד מאוחר אבל עד לאחר שהעיד אם נתן לו בע"ד מתנה אפשר דמותר דגבי עדות לא שייך שוחד רק דנוטל שכר להעיד קנסו חכמים דלא אהני מעשיו אבל לאחר שהעיד לא שייך זה כו' ע"ש וע' בתשו' בית יעקב סי' קכ"ח מ"ש בזה (ובספר שער משפט סק"י) ועמש"ל סי' ט' ס"ב ס"ק ב':

כט **עובד כוכבים**. עבה"ט וע' בתשו' בית יעקב סי' ס"ו וע' בתשב"ץ ח"א סי' ע"ח:

ל **ואמסור ממונך**. עבה"ט וע' בתשו' בית יעקב סי' קי"ט וע' בתשו' מהר"י באסן סי' פ"ד ובתשו' הרדב"ז סי' שמ"ח:

לא **המוסרים לאנסים**. עי' בתשו' אא"ז פמ"א ח"ב סי' צ' שכ' מעשה בשטר קנין שהיו חתומים עליו שני עדים והעידו על אחד מן העדים שהיה מוסר לאנסים ופסל המורה אותו שטר ונראה דלאו שפיר עביד המורה כיון דלא הכריזו עליו וגם לא נענש ברבים על עבירתו גם עדותו כשר דהא מסור אינו אלא מדינא דגרמי וכבר הכריע הש"ך בסי' שפ"ו דד"ג אינו אלא קנסא דרבנן ואמרי' בפ' הכונס דס"ב אליבא דמ"ד דלא דיינין דינא דגרמי דמסורת נמי לא דיינינן כו' והא דמסורת לאנסים מורידין ולא מעלין אינו אלא מדרבנן למגדר מלתא כו' ולפ"ז כיון דמסור אינו פסול אלא מדרבנן אין לפסול השער אא"כ הכריזו עליו ובפרט בדורות שגברו בעלי עולה ולפעמים כשאדם מציל עצמו ע"י

עובדי כוכבים נקרא אצל חבירו מסור ובאמת אינו כן וצריכין הב"ד לחקור אח"ז וכל זמן שלא נפסל ע"פ ב"ד אין לפסול השטר עכ"ד ע"ש וע' בספר בית מאיר לאה"ע סי' י"ז ס"ג שהביא דבריו בקצרה וכ' עליו וז"ל ולע"ד צ"ע דנהי דלדעת הש"ך פטור ד"ת מדיני אדם מ"מ בד"ש ודאי חייב וגם עבר אדאורייתא לא תלך רכיל (ר"ל דהא דד"ג אינו אלא קנסא דרבנן היינו חיוב התשלומין אינו אלא דרבנן כיון דלאו מזיק גמור הוא אבל גוף העבירה הוא מדאורייתא דלא תלך רכיל) ואינו דומה לשאר גזל דדבריהם דד"ת מותר וגם לשון הש"ע שכ' עליו פחותים מעו"ג מורה דהוא פסול ד"ת עכ"ל. ולע"ד נראה ליישב דברי אא"ז הפמ"א הנ"ל דודאי לא נעלם ממנו דמוסר לאנסים הוא איסור תורה ורק חיוב התשלומין הוא דרבנן אך כוונתו דהא בעבירה שאינה של חמס אף שהוא איסור תורה אינו פסול מדאורייתא רק אם יש בה מלקות ואם אין בה מלקות אינו פסול רק מדרבנן כדלעיל ס"ב אך ברשע דחמס פסול מדאורייתא וזהו כוונת הפמ"א הנ"ל כיון דאינו חייב בתשלומין אלא מדרבנן א"כ אינו רשע דחמס והגם שעבר עבירה דאוריית' מ"מ כיון דאין מלקות בעבירה זו אלא פסול מדרבנן ובעי הכרזה (וצ"ל דס"ל דלא כמהרי"ט ובעל כנה"ג שהבאתי לעיל ס"ב ס"ק ו' כאשר גם דעת הכנ"י שהבאתי שם נראה שלא כדבריהם כמ"ש שם) גם בס' שער משפט האריך בדברי הפמ"א אלו ובסוף כ' וז"ל ומעתה דברי הפמ"א עולים יפה אך מ"מ מה שפסק שם בתשובה להוציא ממון ע"פ הכרעת הש"ך דד"ג אינו אלא דרבנן ליתא כיון דדעת רוב הפוסקים דד"ג דאורייתא וא"כ לא בעי הכרזה אין להוציא ממון נגד דעתם עכ"ל. ולע"ד הפמ"א הנ"ל פסק כן מחמת צירוף טעם הב' שכתב ובפרט בדורות הללו כו' וע' בתשובת הרמ"א סי' י"ג בתשובת גדול אחד שאין לפסול בדורות הללו מכח מסירה שקלקול קצת ראשי העיר הם תקנתם כו' והבאתיו בפ"ת לאה"ע סימן מ"ב ס"ק י"ח ע"ש ומשם דזולת האי טעמא פסול דמסור הוא אף בלא הכרזה וצ"ע:

לב **כשר מיד כו'** עיין בתשובת חמדת שלמה חלק אה"ע ס"ס ו' שכתב דבמהרי"ק עצמו מבואר דעל כל פנים התחלת עשיית תשובה צריך וכ"מ בתה"ד דעכ"פ צריך סיגופים קצת ע"ש וע' ביו"ד ס"ס רס"ח בהגה:

לג **והפסול מדבריהם.** עיין סמ"ע ס"ק נ"ה ועמ"ש לעיל ס"ב ס"ק ו' וע' עוד בס' בר"י אות כ"ז אם זהו דוקא בעדות ממון או אף לעדות איסור בעי הכרזה והביא שם שדעת מהרמי"ט א"ה סי' מ"ג דבאיסור לא בעי הכרזה וכן הוא דעת הרדב"ז ח"ב סי' מ"ג אך הרב כנה"ג בתשובה שהובא בס' עדות ביעקב סי' י"ז דעתו נוטה מאד דאפילו לעדות איסור בעי הכרזה פסולי דרבנן כו' וכן דעת מהריב"ל ח"ד סי' ט' ומהרשד"ם א"ה סי' ל"ו

ומהרח"ש סי' י"א וכן משמע במבי"ט ח"א סי' רפ"ז כמ"ש הרב משאת משה א"ה סימן מ"ה וכן מצאתי תשובת מרן סימן יו"ד מדיני קידושין דף כ"ו ע"ד ושם דף כ"ה תשובת מהר"א ן' נחמיאס דס"ל הכי כו' וכן מבואר בתשב"ץ ח"א סי' א' סוף דף ג' כו' עש"ב ועמ"ש בפ"ת לא"ה בביאור לסג"ר אות ח' מענין זה:

לד **קודם שהכריזו**. עבה"ט בשם ש"ך עד לא משכחת לה להאי דינא כו'. ועיין בתשובת כנ"י סימן פ"ט שכתב ליישב דנ"מ טובא אם שלשה מעידין על אחד שלדידן הלוה בריבית דרבנן ביחד אז על כל לוה יש ב' עדים ונפסל הלוה ואם נאמר א"צ הכרזה אז עדותם לא מהני על המלוה והמלוה נשאר בכשרותו ואם צריכין הכרזה הלווים נשארו בכשרות כ"ז שלא הוכרז עליה' והמלוה נפסל ע"פ עדותן ע"ש. גם בס' שעה"מ פ"ד מהל' גירושין דין ד' כתב ליישב בתרי גווני ע"ש. ומ"ש הבה"ט ליישב קצת ע"פ תשובת הרשב"א כו' כ"כ גם הנה"מ ס"ק י"ד ע"ש עוד ועיי' במל"מ פ"ד מהלכו' מלוה ולוה דין ו' ובתשובת משכנות יעקב בסוף הספר בהגהות ג"כ מזה:

לה **ואח"כ באו עדים**. כתב בספ' בר"י אות א' וז"ל כאשר ישאל איש שיחרימו שכל איש שיודע פיסול בעדים יבא ויגיד אם בדרך אולי אמרה אין שומעין לו וראוי לנזיפה ואם ברי קאמר שומעין לו והכל לפי ראות הב"ד. הרב בני אהרן סי' ג"ן ועיין בתשובת הראנ"ח ח"א סי' קי"א עכ"ל. ונרא' שזה נלמד מלקמן סי' צ"ב סעיף ו' ע"ש:

לו **שהרי אינו לוקה פסול**. עש"ך ס"ק כ"ד ועיין בתשובת כנ"י סי' צ"ט ועיין בתשובת בית שמואל אחרון סי' י"ט מ"ש בזה:

לז **כיצד ראוהו קושר כו'**. עסמ"ע שכתב נקט ג' מיני הודעות בכאן כו' ע"ש ועיין בס' בר"י אות כ"ח שהביא דברי תשובת בית יעקב סי' ג' בענין אם גר כשר להעיד אחר שנתגייר כל זמן שלא עשה תשובה על העבירות של ז' מצות ב"נ שעבר בהיותו עו"ג כו' והשיג עליו ע"ש:

לח **אלא על פי עדים**. כתב בס' בר"י וז"ל משמע דוקא ע"פ שני עדים אבל ע"פ עד א' לא מיפסל כלל אפי' מדרבנן וכ"כ מהר"ש הלוי בא"ה סי' י"ג ודבריו ברורים וכן משמע ממ"ש הרשב"ץ ח"ב סי' נ"ה ועכ"ל ועיין בכנה"ג הגה"ט אות נ"ז יובא לקמן ס"ק מ"א:

לט **שאין אדם מע"ר**. עיין בספר ארעא דרבנן אות י"ז ובספר בר"י אות ל"ב ול"ג כמה חילוקים בזה עש"ה:

מ **משים**. עבה"ט ועיין בתשובת מהר"ם לובלין סימן פ"א דהגאון מו"ה פייבוש ז"ל מקראקא כתב דאפשר לחלק דהא דקיי"ל אין אדם מע"ר היינו דוקא היכא שבא להודות שהוא רשע ואף שרוצה לעשות תשובה יש לומר ערומי קא מערים שהוא לפסול עדיותיו

שהעיד כבר אבל היכא שאנו רואים שאדרבה הוא רוצה להתנצל עצמו ולומר שלא חטא רק שע"י דבריו הוא נתפס שאנו רואים שחטא נעשה חשוד ע"פ עצמו (קצת דמיון לחילוק זה כתבתי בפ"ת לאה"ע סי' קט"ו סעיף קטן כ"ה בשם תשובת מהרי"ט חלק א' סי' צ"ב בענין אשה האומרת טמאה אני לך דאינה נאמנת משום דאמרינן ענ"ב דאי חזינן שמעשיה מוכרחין שחפיצה בבעלה מהימנ' (עיין שם) והוא ז"ל חלק עליו וכתב דלא מסתבר לחלק בהכי דהא דאין אדם נפסל ע"פ עצמו לא מסבר' בעלמ' אמרו כן אלא מדינא משום דאדם קרוב אצל עצמו וכו' וכיון דמן התורה הוא דאינו נפסל על פי עצמו מטעם קורבא אין לחלק בשום אופן ע"ש. וע' בכנה"ג בהגה"ט אות ס"ב שכתב וז"ל אף על גב דאין אדם מע"ר אבל אם בא להעיד לטובתו ועל ידי זה משים עצמו רשע נאמן הר"ם איסרלס ז"ל בתשובה סי' ג' בשם מרדכי דהחולץ עכ"ל ולכאורה דברים אלו מכוונים לדברי הגאון מהר"פ מקראקא אולם בכנה"ג שם מסיים ע"ז ובדקתי במרדכי דהחולץ ולא מצאתי ע"ש (וע' בספר שער משפט סקי"ד מ"ש בזה) ועיין בתשו' שמן רוקח ח"א סי' ס"א בעובדא בחבורת מוגי י"ש שנשבעו בפ"מ שכל א' מחוייב להודיע להנאמן קודם שיוליד התבואה לטחון כמה יטחן ובאם יעלים מחוייב ליתן עשרים אדומים קנס ואחד מהם העלים ובאו בני החברה לב"ד ושלחו אחריו והודה רק שביקש להתנצל א"ע באיזה התנצלות ונתחייב מתוך טענותיו והורה הרב ובד"צ שמחויב ליתן קנס הנ"ל וגם הוא פסול לעדות ולשבועה ואיזה גדולים פקפקו בזה וכפי הנראה טעם המפקפקים שדעתם דאין לפסול את האיש הנ"ל כיון שלא היו עדים נגדו רק אותם אנשים מחברה מוזגים והמה נוגעים בדבר שרצו שישלם להם מה שהעלים וגם שיתן הקנס ומצד הודאת עצמו אין לפוסלו דאין אדם נפסל ע"פ עצמו. והוא ז"ל הסכים עם הרב הנ"ל דשפיר הורה לפסול האיש הנזכר לעדות ולשבועה כו' וכתב דהפקפוק מצד דאין אדם נפסל ע"פ עצמו לכאורה י"ל ע"פ סברת הגאון מהר"פ מקראקא שהובא ת' מהרמ"ל סי' פ"א כו' (כמו שהובא לעיל) וכיוצא בזה כתב הרמ"א ז"ל בתשובה בשם המרדכי דהחולץ כו' וא"כ ה"ה בנ"ד שהאיש הנז' בא כמתנצל בפני הב"ד שלא חטא כלום רק שהפס"ד היה שאין זו התנצלות שפיר נפסל ע"פ עצמו אך באמת זה אינו כי רבים חולקים על סברא זו כו' אמנם לפי דעת הראב"ן שהוא במרדכי דב"ב גבי נסכא דר' אבא דסובר דאין אדם מע"ר אבל אם איכא עד אחד והוא מודה לדברי העד נעשה רשע אף דאינו נפסל ע"פ עד אחד כו' וכ"כ בכנה"ג אות נ"ז שכן הוא דעת הרשב"א ומהרי"ק והרשד"ם ומשפטי צדק כדעת הראב"ן דאם מודה לדברי העד נפסל בע"א וא"כ הא מבואר במסכת יבמות דף פ"ח ע"ב ודף קי"ז ע"ב דכ"מ דעד אחד נאמן אף שתי נשים

ופסולים ונוגעים ג"כ נאמנים ואף לפי לישנא בתרא שם על כל פנים חשיבי ב' פסולים כעד א' ומעתה בנ"ד שפיר נפסל האיש הנ"ל דמאחר דאיכ' עדים מן החברה שהוא עבר על השבועה והוא מודה לדבריהם אף דהמה נוגעים אפילו הכי נפסל מידי דהוה אם היה ע"א כשר והוא מודה דנפסל לפי שיטת הראב"ן וסייעתו הנ"ל ונלענ"ד דשאני נוגעים דהמה בעל דין ולא בגדר עד ע' בש"ך סי' ל"ו ס"ק ט"ו ובמ"ש לעיל סי' ל"ג סעיף ט"ו ס"ק ח') ובלא"ה י"ל דבנ"ד שפיר נפסל ע"פ העדים דאחרי שהוא מודה ונתחייב להכשיר נזקם והקנס ע"פ הודאת עצמו כאשר ביארנו לעיל (הובא בדברינו לעיל סי' א' ס"ה ס"ק ז') מעתה שוב אין העדים נוגעים בדבר דאין מגיע להם שום הנאת ממון ואין זה בגדר נפסל ע"פ עצמו דהודאת עצמו אינו מועיל רק לחייבו בממון ובקנס והוא הסרת הנגיעה וממילא נפסל ע"פ העדים כו'. וכתב עוד ומה שיש לפקפק עוד על פסק המורה הנ"ל לפי דעת רש"י וסייעתו שהובא בש"ע לעיל ס"ה דבשבועה דלהבא אינו נפסל דבשעה שנשבע לא יצא שקר מפיו ובנ"ד ג"כ בשעה שנשבע לא יצא שקר מפיו ואף לפי הכרעת ריב"ש שהובא בסמ"ע וש"ך שם דבשבועה דלהבא נפסל בקום ועשה אבל לא בשוא"ת בנ"ד הוי כשוא"ת דהרי לא עבר כלום רק שלא הגיד להנאמן כראוי להגיד הנה באמת יש לומר דנ"ד מקרי קום ועשה (ר"ל באם הי' השבועה שיגיד להנאמן קודם הטחינה כמה שיטחן וכאן שהגיד חצי הערך שוב מקרי קום ועשה מה שטחן יותר ממה שהגיד להנאמן) ולבד זה דאף אי מקרי שב ואל תעשה (ר"ל באם שהגיד להנאמן אחר הטחינה) אפ"ה פסול לעדות מדרבנן עכ"פ כמבואר בכנה"ג בהגב"י אות כ"ו והעלה שם דאף לדעת הרמב"ם הוא פסול מדרבנן וכן דעת תשובת מהר"א די בוטון ומעתה לא ידעתי מה הרעש שהרעישו על הפס"ד הנ"ל אטו מאן דפוסק כפסק הכנה"ג שלא כדין עביד ובפרט כי בלא"ה דין הזה תלוי במחלוקת שבין הפוסקים הראשונים עכ"ד ע"ש עוד בשלשה תשובות שאח"ז מה שפלפל עם שארו הרב מו"ה יואב ז"ל בענין הנ"ל:

מא **או שבא על אשתו**. עסמ"ע ס"ק ס"ג שכ' וע' בת' רשב"א דיש לחלק בין אמר אשתך זנתה כו' וע' בתשובת נו"ב חלק אה"ע סימן ע"ב בסתירת היתר הב' שם מענין זה באריכות והובא קצת בפ"ת לא"ה סי' קט"ו ס"ק ל"ב וע"ש וע' עוד מזה בתשובת חתם סופר אה"ע ח"ב ס"ס נ"ב:

מב **יכולין להעיד עליו**. עבה"ט מ"ש ואפילו שני הנגזלים כו' ועיין בתשובת זכרון יוסף חאע"א ס"ס ז' שכתב דמיירי בשהעידו שניהם בבת אחת קודם שהכחיש הגזלן אחד מהם או שהעידו שלא בפניו דקיי"ל דיכולין העדים למיפסליה בגזלנות' אף שלא בפניו

כדמשמע בהדי' ממ"ש תוס' בכתובות דף י"ט ע"ב בד"ה ואם כתב ידם כו' וכ"כ הש"ך ס"ס ל"ח כו' ע"ש ועמ"ש לעיל סי' ל' ס"ו ס"ק ט':

מג **אבל אם באו שנים כו'**. עיין במל"מ פ"ו מה' עדות דין ז' דה"ה היכא דאיכא פלוגת' דרבוות' אם הוא כשר או פסול הרי זה פסול מספק דהוי כתרי ותרי ועדיפ' מיניה דאפי' לדעת ר"ח והרז"ה החולקים גבי תרי ותרי וס"ל דאמרינן אוקי תרי להדי תרי ואוקי גברא אחזקתיה וכשר מודו הכא בפלוגת' דרבוות' דלא שייך כאן לומר דמוקמינן ליה בחזקת כשרות כיון שהפעולה כבר נעשית כגון שאכל או שבעל אלא דאיכ' ספק אם אותה האכילה או הבעילה היא אסורה או מותרת איך נאמר דמשום חזקתו אותה הפעולה היא מותרת כו' ע"ש (כיוצא בזה איתא בפמ"ג יו"ד סימן ק"י בדיני ס"ס אות כ"ח דפלוגת' דרבוות' לא שייך לומר אוקמינן אחזקה דבשביל החזקה לא ישתנה הדין ע"ש) ועיין בס' שער משפט ס"ק ט"ו שהקשה עליו מדברי הרא"ש פ"ד דכתובות סימן ה' גבי שניהם במכר או במתנה ביטל שני את הראשון שכתב שם בשם הר"מ ז"ל דהלכת' כרב אחא דכיון דאיכ' פלוגת' ולא ידעינן כמאן הלכת' לא מרעינן סהדי דאוקי סהדי אחזקתיהו כו' וכ"כ הר"ן שם הרי דאף הרא"ש והר"ן דס"ל דאף בתרי ותרי פסלינן ליה מספק מ"מ בפלוגת' ס"ל דמוקמי' להו בחזקת כשרות ואפשר לומר דשאני התם כו' ועוד נראה דשאני התם כיון דבאמת העדים הם כשרים לכ"ע רק דרפרם ס"ל דלדידיה הם פסולים דאודויי אודי כו' וא"כ כיון דאיכא ספיקא דדינא אי חשיבא הודאה מוקמינן להו בח"כ ואמרינן דלא אודי כלל משום דחזקה אלימתא היא דאף השתא הם כשרים לכ"ע משא"כ היכא דאיכא ספיקא אי נפסלין לכ"ע כו' ע"ש:

מד **ואין מוציאין ממון**. כתב בס' שער משפט יש להסתפק היכא שהעיד הוא ואחר עמו על שטר שהוא פרוע אי נאמנים להחזיק הנתבע בממון וכן היכא ששני עדים כשרים מעידין שראובן לוה משמעון מנה ושנים שהם ספק פסולי עדות מכחישים אותם אי נאמנים לפטור את הנתבע די"ל דדוקא להוציא ממון אין נאמנים אבל להחזיק נאמנים כו' והאריך בזה ע"ש וע' בכיוצא בזה בתשו' רעק"א זצ"ל סי' קל"ו הבאתי בנ"צ באורך ועמ"ש עליו שם:

מה **חוזר לכשרותו**. עבה"ט וע' בספר מראות הצובאות אה"ע סי' י"ז ס"ק כ"ח שכ' דנראה טעמו של הש"ך בזה על פי מ"ש הסמ"ע בסי' ל"ג סט"ו (הובא בבה"ט שם סק"א) גבי פסול נגיעה דמהני סילוק ולא בעינן תחלתו וסופו בכשרות משום שהי' בידו להכשיר ולסלק נפשו מיד בשעת ראיה ע"כ אין שם פסול עליו וכ"מ בש"ך סי' ל"ה ס"ז וא"כ ה"ה גבי פסולים מחמת עבירה שהי' בידם לעשות תשו' מיד בשעת ראיה ע"ש. לפי זה מה

שתמה הבה"ט דמ"ש מסי' ל"ג סי"ג לק"מ גם מה שכ' דיש לומר דבשעה שהי' פסול לא דקדק בעדות כו' נמי לק"מ דלא מצינו כן אלא בעו"ג ועבד ולא בשאר פסולים. אך מ"מ דברי הש"ך בזה תמוהים כמו שכתב בס' מה"צ שם דאשתמיטתיה דברי הרא"ש פ"ב דגיטין סי' כ"ו וגם הוא סותר עצמו דבסי' ל"ה ס"ז במסקנתו הסכים לדעת מהר"א ן' ששון דעדות האנוסים אחר שבאו לכלל כשרות אינם כלום משום דבעינ' תחלתו וסופו בכשרות וע"ש וכ' דנראה שהש"ך חזר בו שם ע"ש (גם לבד זה דברי הש"ך דכאן סותרים למ"ש בסי' ל"ז סי"ח לפ"ד המה"צ הנ"ל דטעם הש"ך בכאן ע"פ דברי הסמ"ע בפיסול נגיעה וא"כ הרי בפיסול נגיעה עצמו מסיק הש"ך שם דיכול המוחזק לומר קים לי דבעינן תחלתו וסופו בכשרות וכבר עמד בזה בתשו' נו"ב תניינא סי' מ"ה בהג"ה ותירוצו שם וצ"ע ואכתוב מזה בסי' ל"ז שם) גם בתומים האריך לתמוה על הש"ך בזה ומסיק ג"כ דהש"ך בסי' ל"ה חזר בו ע"ש. גם בתשו' נ"ב קמא חלק אה"ע סי' ע"ב (הבאתיו בפ"ת לא"ה סי' קט"ו סקל"ב) כ' דיחידאה הוא הש"ך בדין זה ולא קי"ל כוותיה והביא דכן פסק זקינו הגאון מוהר"ר העשיל זצ"ל. ועי' בתשו' חתם סופר חח"מ סי' ל"ו דנראה מדבריו שדעתו לקיים דינו של הש"ך בכאן וכתב דמסידור דברי הש"ך נראה שלא אמרו אלא בפסול עבירה שאינו חמס וחימוד ממון אבל בפסול חמס לא אמרו ותרי טעמי איכא בדבר חדא דהכא בידו כל שעה לשוב בתשו' ואפי' בהרהור תשובה סגי מה שאין כן בפסול דחמס צריך שיחזיר הגזלה והוה ליה מחוסר מעשה לא אמרי' הואיל ובידו עי' סברא זו בר"ן הביאו מג"א סי' תמ"ג סק"ג ותמ"ח סק"ה ומזה הטעם נמי א"ש מה שהעלה הש"ר בסי' ל"ה דבנתגייר לא אמרינן הואיל וכל שעה הי' בידו להתגייר דהתם הי' מחוסר מעשה טובא ומי יימר דמזדקקי ליה תלתא כמבוא' בקידושין ס"ב ע"ב ועוד י"ל חילוק אחר דבפסול מחמת חמס כתיב אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס הרי הכתוב קראו עד אלא שנקרא עד חמס א"כ הוה ליה תחלתו בפסלות מה שאין כן פסול בשחר עבירות נפקא לן מאל תשת רשע עד א"כ הכתוב אומר שלא יעשה אותו עד כלל וא"כ כשיחזור בתשו' הוא דנעשה עד והוה ליה תחלתו בכשרות כו' ובזה מיושבים כל קושיות התומים ס"ס ל"ד על הש"ך עכ"ד ע"ש. גם בס' דגמ"ר סי' ל"ה משמעות דבריו ג"כ לקיים דינו של הש"ך בכאן (וגדולה מזה דאפי' ברשע דחמס) שהוא ז"ל עמד ג"כ בזה דלכאורה הש"ך בסי' ל"ה סק"ז סותר למ"ש כאן וכתב וז"ל ונלע"ד לחלק דפסול עבירה לא בעינן תחלתו בכשרות כיון שבידו לשוב בתשו' ואינו מחוסר מעשה שהרי אם הרהר בתשו' הוא צדיק משא"כ עכו"ם אף שבידו להתגייר מ"מ מחוסר מעשה שצריך טבילה ומילה [צ"ל מילה וטבילה] ואף בגזלן שצריך להוציא הגזלה מידו א"כ מחוסר

מעשה והי' מקום לחלק בין רשע לרשע ונימא דאם הי' פסולו מחמת ממון שמחוסר מעשה בעינן תחלתו וסופו בכשרות אבל נלע"ד דגם גזלן תיכף כשהרהר בלבו לעשות תשו' ולהחזיר תיכף הוא צדיק גמור אלא מחמת שהב"ד אין מאמינין לו עד שיחזיר לכן אין מכשירין אותו עד שיחזיר אבל כיון דמצד הדין כשר הוא לכן לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות עכ"ל. אמנם לדינא נלע"ד עיקר שדברי הש"ך דכאן נדחים מהלכה וכמ"ש בתשו' נ"ב הנ"ל שכן פסק זקינו הגאון מו"ה העשיל ז"ל וכמ"ש התומים ומה"צ הנ"ל שהש"ך עצמו בסי' ל"ה חזר בו (ומ"ש הגאונים אלו הח"ס והדגמ"ר לחלק דשאני הכא שבידו לשוב ואינו מחוסר מעשה הנה לשון הש"ך בסי' ל"ה שם בסופו דלא תלוי מידי במה שבידו להכשיר ע"ש) וכן כ' בנה"מ סי' זה סקל"א וכ"נ דעת הקצה"ח בסי' ל"ה סק"ד (וכ' שם דנשמע מהתוספתא פ"ה דסנה' דאפי' בפסול עבירה דרבנן שייך ביה תחלתו בפסול ע"ש ותוספתא זו הביאה ג"כ התומים ורמזה ג"כ הש"ך בסי' ל"ה שם ולכאורה מתוספתא זו ראיה ג"כ לדעת הפוסקים שהביא הש"ך בסי' ל"ז סקל"ב דאפי' בפיסול נוגע בעינן תחלתו בכשרות) וכן נראה מדברי הב"ש באה"ע סי' קמ"א סל"ד ס"ק מ"ח שכ' כאן א"צ תחלה וסוף בכשרות דהא הם כשרים לשליחות אלא הטעם הוא דחיישינן שמא הוא משקר כו' ע"ש מבואר דלעדות גמור ודאי בעינן תחלתו בכשרות וכן כתב בספר בית מאיר שם ע"ש וכ"מ מדברי הט"ז וב"ש באה"ע סי' י"ז ס"ו ועמ"ש בפ"ת שם סקל"ח גם בס' מחנה אפרים הל' עדות סי' י"ד השיג על הש"ך דכאן ובהגה שם מבנו הרב מהר"י נבון ז"ל כתב ג"כ דהש"ך בסי' ל"ה חזר בו עי"ש וכן כ' בספר עזרת נשים באה"ע סי' י"ז סקס"ב דהש"ך חזר בו ע"ש גם בספר ברכי יוסף סי' זה אות מ' האריך לתמוה ולהשיג על הש"ך בזה (אלא דראיותיו מדברי בעל העיטור אות קבלת עדות וממ"ש בשיטה מקובצת פ"ב דכתובות בההיא דפסולי עדות היינו כו' לא מכרעו אלא בפסולי עבירה דחמס וחימוד ממון עש"ה) ומסיק ג"כ דהש"ך בסי' ל"ה חזר בו שכן ראוי להיות חוזר ע"ש. ומ"מ בפסול מחמת עבירה שאינו חמס וחימוד ממון אפשר דמצי המוחזק לומר קים לי כהש"ך והמחזיקים בידו ס' דגמ"ר ותשובת ח"ס הנ"ל דלא בעינן בזה תחלתו וסופו בכשרות וצ"ע:

מו **שחזרו בהם.** עבה"ט עד מיהו לענין דינא כתבתי שם דהעיקר כהר"ן. ועי' בתשו' שבות יעקב ח"ג ס"ס קמ"ז שכ' דכן עיקר להלכה ונראה דגם דעת הסמ"ע כן הוא להלכה שאם כבר חתם על השטר לא פסלינן דיעבד מהאי טעמא דהר"ן ומה דבסי' מ"ו ס"ק ס"ד (הובא בבה"ט שם ס"ק נ"ז) כ' בפשיטות דלא כהר"ן דלא נתכשר אלא משעה שהעידו עליו שם איירי לענין לכתחלה דלא יחתמו לכתחלה עמו ע"ש:

מז **וילך למקום**. עי' בס' בר"י אות מ"ה מ"ש בזה:

סימן לה

א **גמורות**. עבה"ט עד וכתב הש"ך דבזה לא בעינן מעל"ע כו' ועיין בס' בר"י דכן כתב הב"ח בתשובה סימן קמ"ה והמל"מ פ"ב דאישות דין כ"א והאליהו רבא בא"ח סי' ג"ן ע"ש:

ב **ואם שהו מלבודקו כו'**. עיין בתשובת נו"ב סי' ד' דכתב דאף דבש"ע סתם דין זה כדברי הרא"ש בתשו' ולא הובא על זה שום חולק מכל מקום אין דין זה מוסכם להלכה שהרי הרמב"ם בחידושיו לב"ב דף קנ"ד שפירש עובדא דבני ברק שמכר ומת מיד מבואר שחולק ואף דאפשר לתרץ ולומר דאין הכרח שהרמב"ן יחלוק בזה על הרא"ש עכ"פ נסתר ראיית הרא"ש ממימרא זו שהרא"ש הוכיח מכאן טעמא שמת הא אם הי' חי שאז אין עשויין להשתנות הי' מועיל ולהרמב"ן איכא למימר להיפך שאם הי' חי ודאי לא הי' מועיל כי שמת אחר כך באו הסימנין כו' וגם הב"י גופא באה"ע ס"ס מ"ג מביא דברי הרא"ש אלו וכ' שמורו הר"י בי רב כ' שהרשב"א והר"ר דוראן חולקים בדבר כו' והאריך בזה ומסיים וז"ל העולה מזה שדברי הרא"ש אלו נדחים במקום דאיכא חזקת ממון דאלים טובא ובלא"ה איך אפשר להוציא ממון במקום שהרמב"ן והרשב"א והר"ר דוראן חולקים וכפי משמעות לשון הב"י הסכים מורו הר"י בי רב עמהם ועכ"פ יכול המוחזק לומר קים לי עכ"ל וע"ש עוד בחלק אה"ע סי' ס"א מענין זה ושם כתב דנראה להקים על דגלו פסק הש"ע בזה כי מ"ש הב"י באה"ע שהרשב"א חולק. טעות נזדמן בקולמוסו הרשב"א במקום הרמב"ן ומדברי הרמב"ן הנ"ל אין ראיה ויכול להיות שלדינא מודה להאי דהרא"ש כו' ע"ש. וע' עוד בזה בספר אגודת אזוב מהגאון מהר"מ זאב זצ"ל דרוש עמק הלכה שפלפל הרבה בדברי הנו"ב הנ"ל ואחר כך כתב שמצד אחר פסק הש"ע בזה צע"ג לדינא דנראה שרא"ש ז"ל גופיה חזר בו בפסקיו בקדושין פרק האומר סי' ט' וכבר כתב הבית יוסף בח"מ סי' ק"י בשם הר"י בן הרא"ש ז"ל דיש לילך אחר הפוסקים שהיו באחרונה. ובסוף כתב שהרצ' הדברים לפני הגאון מופה"ד מוהר"ח ז"ל מוואלאזין והשיב לו שגם הוא כבר עמד על זה וחיבר על זה מיוחד והביא עוד דעת גדולי הראשונים החולקים על דברי הרא"ש בתשו' הנ"ל והעלה שלא לעשות מעשה כפסק הש"ע דלעיל ע"ש. גם בס' גט מקושר בסדר גט שלישי אות י"ג כתב שכבר ביאר בתשו' דליתא לפסק הש"ע כאן (כעת נדפס תשובה זו בספרו שו"ת משיבת נפש חלק אה"ע סי' צ"א עש"ב) . ובגליון ש"ע של הגר"ע איגר זצ"ל נ"ב וז"ל עב"י אה"ע סי' מ"ג שכ'

בשם רבו מהר"י בי רב שהר"ר דוראן והרשב"א חולקים בזה ובתשובת מהרח"ש ח"א סי' כ"ג כתב דאין הדבר יוצא מידי ספיקא דדינא וע' בספר שב שמעתתא סוף שמעתא ה' עכ"ל. וע' בספר שער משפט שהאריך גם כן בדברי הנו"ב הנ"ל ובסוף כתב ולענין דינא אף שהב"י באה"ע סי' מ"ג הביא בשם מורו שהרשב"א והר"ר דוראן חולקים על הרח"ש והביאם הכנה"ג בסימן זה אין בידינו להכריע בין אבות העולם ודברי הט"ו וסתימת הרב רמ"א אשר כל בית ישראל נשען עליהם היא תכריע עש"ב. ונראין דברי מהרח"ש הנ"ל דאין הדבר יוצא מידי ספיקא דדינא:

ג **לעשרים שנה**. עבה"ט ומה שכתב ואף דהרמב"ם שם כן כתב כבר כתב הטור דט"ס הוא כו' וע' בזה בתוי"ט פ"ה דנדה משנה ט'. ומה שכתב ואפילו נולדו כו' נעשה גדול ע"י להבא כו' ע' בזה בפמ"ג א"ח סי' נ"ה באשל אברהם סעיף קטן ו' שכתב עליו איני יודע למה לא למפרע כו' ע' שם:

ד **ויש דברים כו'**. עי' בספר מחנה אפרים הלכות עדות סי' ט"ו שכתב וז"ל מי שנתחייב שבועת היסת והביא א' כדי לאפטורי נפשיה משבועה ואשתכח סהדא דקרוב ונתרחק הוא כיון דשבועת היסת מדבריהם לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות כאותה שאמרו ואלו נאמנין להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן עכ"ל וצ"ע. ועמ"ש לקמן סי' פ"ז ס"ו:

ה **נאמן לומר**. עבה"ט מ"ש ודוקא כו' אבל כו' ובגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ע' בש"ך לקמן סי' מ"ו סק"י ובסי' ס"ט ס"ק י"ב ואולם מד' הרמב"ן בתשו' סי' כ"ב מבואר דאין לחלק ע"ש עכ"ל:

ו **כיון שתחומים דרבנן**. עבה"ט עד מ"מ הוצאות ממון יש בו צד דאורייתא. וע' בספר ארעא דרבנן אות רכ"ט הביא בשם חכם א' שהשיג על הסמ"ע בזה דהא כתב הרמב"ם ר"פ כ"ז מה' שבת דחוץ לי"ב מיל יש תחומין ד"ת וכן דעת הרי"ף והרי יש בהם צד דאורייתא עכ"ל ויש ליישב:

ז **סומא**. ע' באה"ג שכתב דסיים הרמב"ם שנאמר והוא עד או ראה כו' וע' בכ"מ שם פ"ט מעדות שכתב דזו הראיה שהביא מאו ראה צ"ע היכא איתא ונדפס שם הגהה דנראה דיצא לרבינו מדאיתא בערכין דף י"ח כו' ע"ש ובס' בר"י אות ח' הביא דכ"כ בס' מים חיים להרב פר"ח וכתב בשם חכם אחד שהשיג עליו דמשם אין ראיה גמורה אך הוא מפורש בתוספתא פ"ג דשבועות כו' ע"ש. וכתב עוד בשם התשב"ץ ח"ג סימן ו' דאף שרוא' מעט אם אינו יכול להבחין בין איש לאיש אפילו כשהוא מסתכל בהם עדותו בטל מן התורה אף שהוא מבחין אותו בטביעת קול והוא פשוט:

ח **אף על פי שמכיר הקול כו'**. כתב בספר שער משפט מלשון זה משמע דט"ע דקלא מהני לענין עדות אלא דבסומא פסול דילפינן מאו ראה שיהיה ראוי לראות אבל היכא דיכול לראות מהני ט"ע דקלא אף שלא ראה הבע"ד כו' עש"ב ומיהו לפי מה שכתב בפרישה דהגירס' ברמב"ם וטור מכירים הקול וידעו האנשים ואיננו וי"ו המחלקת אלא תרוייהו קאמר שמכירים על ידי קול וגם יודעים עי' שם א"כ אין ראיה מהכא די"ל דמי שאינו סומא יכול להעיד בדאיכ' תרווייהו דוקא הכרת קול וגם ידיעת הגופים על ידי משמיש היד וכדומה. ועמ"ש בזה לקמן סימן פ"א סי"ו בד"ה החביא. וע' בספר בר"י אות ט' שהביא תשובת הר"י ן' מיגש ז"ל כ"י בענין זה. וע' שם עוד בענין עדים שראו את הדבר בתוך מה שנצטייר במרא' זכוכית וביאר שם דאם ראה הדבר עצמו מתוך זכוכית פשיטא דהוי ראיה גמורה אך אם אינו מסתכל בדבר כלל רק הסתכלותו הוא במרא' נסתפק בזה הרב הלכות קטנות ח"ב סי' פ"ג. והגם דנראה דעת הרב דבר שמואל סי' רמ"ב ושבו"י ח"א סי' קכ"ו דבכה"ג לא מקרי ראיה י"ל דשאני התם דיש מציאות דראו כוביתא דעיבא אבל בנ"ד אם הוא באופן שלא יש להסתפק בשום מציאות אפשר דמקרי ראיה עש"ה ועמ"ש בפ"ת לא"ה סי' קס"ט בס"ח בקצרה סק"א:

ט **דתקנת קדמונים**. עיין בתשובת נו"ב תנינא סי' נ"ח באחד שיצא לו שם גניבה בעיר ואחר ימים אחדים נמצאו שתי בתולות שאמרו שראו הגניבה בבית פלוני אלמוני ואותו פלוני מכחיש את הבתולות ורצה רב אחד לדמות זה לדברי הרמ"א בכאן שמצד התקנה מועיל עדות נשים בדבר דלא שכיח והוא ז"ל השיב שזה אינו. חדא דהכא גם הרמ"א ז"ל בסוף דבריו כתב והוא שתובע טוען ברי וכאן הרי התובע אינו טוען ברי ואף שכאן יצא שם גניבה בעיר ויכול הוא לטעון ברי שנגנב אבל אינו יכול לטעון ברי שהגניבה הוא ביד פלוני ועוד דאפילו היה טוען ברי שהגניבה אצל פלוני. והבתולות העידו כדבריו גם כן א"א להוציא ממון בעדות נשים כי נראה דע"כ לא אמרו שבדבר דלא שכיח עשו תקנה להאמין לפסולים אלא בדבר הנעשה פתאום ונגמר הדבר לגמרי כגון הכאה או מסירות שמי שלא היה בשעת מעשה אי איפשר לו להעיד על זה אבל כאן אף אי גניבה לא שכיח דכל הגונב עושה בסתר הרי הבתולות לא העידו שראו שפלוני גנב רק העידו שראו הגניבה בידו וזה אינו רק על רגע אחת שהרי אפשר לגניבה להיות בידו זמנים טובא ואפשר שגם אנשים יראו בידו אלא שלא אירע שראו אנשים. בזה לא תקנו שיהי' נשים או פסולי עדות כשרים והבו דלא לוסיף על התקנה ואפי' אם היו מעידים הבתולות שראו שגנב גם כן אינני מחליט שיהיו נאמנות אלא שהיה מקום לדון בזה אבל בעובד' דא ודאי אינם נאמנות עכ"ד ע"ש ועמ"ש בסקי"א:

י **כגון בבה"כ של נשים**. ע' בתשו' אא"ז פמ"א ח"ב ס"ס ק"פ אודות שהבית דין שלחו שנים לגבות עדות מן האשה אחת על מקומות בבהכ"נ בעזרת נשים וגבו בית דין שלא בפני בעל דין ופסקו פסק דין על פי עדותן וכעת האשה הנ"ל חוזרת מדבריה וכתב חכם אחד לבטל הפס"ד שלהם והוא ז"ל כתב שאין לבטל באשר שכבר נפסק הדין וכיון דאיכא כמה אנפי דגובין שלא בפני בעל דין אם כן בית דין אחר בית דין לא דייקי (עיין מה שכתבתי לעיל סי' י"ט סעיף ב' סק"ג) ומסתמא עשו כהוגן ובדבר שלא נגבה בפני שלשה הא הביא הבית יוסף בסי' כ"ח ובש"ע שם סכ"ג בשם המישרים שיכולים הקהל לתקן ששני סופרים מגבין העדות וכבר נהגו כל בתי דיני ישראל לשלוח נאמני הקהל לנשים יקרות שיגידו העדות וכבר כתב הבית יוסף בא"ה סי' י"ז (לא ידעתי מקומו ולכאורה מדברי החמ"ח שם סעיף ח' מבואר להדיא להיפך ועיין מה שכ' בפ"ת שם סקמ"ה) במקום שאין צריך להעיד לפני בית דין סבירא להו לכמה גאונים דאינו יכול לחזור ולהגיד ודעתי נוטה שאין שום בית דין יבטל דברי בית דין חבירו עכ"ד עיין שם:

יא **דאפילו אשה יחידה כו'** עיין בתשובת כנ"י סימן פ"ג שהאריך לפרש דברי הרמ"א בזה ודעתו דהתקנה לא היה רק היכא שגוף המעשה ידוע ע"י קלא דלא פסיק או באין מכחישין שבודאי היה כאן הכאה וקטטה ומלשינות ועדותם של אלו הוא רק לברר הדבר איך היה שהוא רק גילוי מלתא בעלמא אבל אם גוף המעשה אין ידוע רק על פיהם וזה מכחיש לגמרי בודאי דאין נאמנים עיין שם. ושם אביא עוד דברי מהרש"ל דאף לפי התקנה מכל מקום באם היה העד אחד שונא אינן נאמן והוא ז"ל הביא ראיה לדבריו עיין שם עוד בס"ס פ"כ מזה:

סימן לו

א **קרוב או פסול**. עיין בתשו' נ"ב תניינא חלק אה"ע סימן ע"ו שהביא בשם תשובת ב"י בדיני קדושין סי' יו"ד שפסק שם גאון אחד והב"י הסכים עמו דהא דקיימא לן נמצא א' קא"פ עדות כולם בטלה הוא דוקא בפסול מן התורה אבל בפסול מדרבנן לא אלים פסולו לפסול הכשר שעמו ע"ש. גם בכנה"ג סי' זה הגה"ט אות ד' כ"כ בשם רבינו ב"י בתשובה סי' כ"ד דאם היה פיסולו מדברי סופרים תתקיי' העדות בשאר ע"ש אכן בתומים סוס"ק י"א הזכיר דברי כנה"ג אלו וכתב עליו וז"ל ואני חפשתי ולא מצאתי בתשובה לב"י דבר כזה ולא מה דכוותיה רק מה שפלפל שם אי היה פוסל דרבנן ולא נתבטל שאר עדות היינו דלא היה לו הכרזה ואף הוא אינו פסול אבל בהיה הכרזה ודאי דמבטל כל העדות וראיה מדברי הריטב"א פ"ב דקדושין דנסתפק בנוטל שכר להעיד דאמרו חז"ל דעדותו

בטל אי מבטל כל העדות שהיה בצירופו והעלה דלא הואיל ואינו פסול גמור הא אילו היה פסול גמור מדרבנן פוסל כל העדות וכן הנכון וברור לדינא בלי פקפוק עכ"ל (וצ"ע בתשו' ב"י שם כי רחוק מאד ששני גדולי עולם הכנה"ג והנו"ב ז"ל יעתיקו בשמו דבר שאינו שם) . וע' עוד בנו"ב שם כמה דינים השייכים לסי' זה והובא קצת בפ"ת לאה"ע סי' מ"ב סק"ט. ועיין עוד בנו"ב קמא סי' מ"ה ובתשו' רבינו עקיבא איגר ז"ל סי' פ"ה בענין אי גם בעדות אשה אמרי' בטלה כל העדות היכא שנמצא אחד מהעדים פסול מחמת רשעו שהוא פסול גם לעדות אשה כמ"ש באה"ע סי' י"ז ס"ג ע"ש והבאתי דבריהם בפ"ת שם סק"כ:

ב **כל מי שאמר להעיד כו'**. עש"ך סק"ד מה שתמה על הד"מ וסמ"ע ועי' בתשו' אא"ז פמ"א ח"ג סי' כ"ה שהביא דבספר עטרת צבי כתב ליישב תמיהת הש"ך ע"פ דברי הר"ן והוא ז"ל תמה עליו שלמד פי' זר בדברי הר"ן ע"ש:

ג **ואם היו כל העדים כשרים כו'**. וא' שלא נתכוון כו'. עי' בתשו' אא"ז פמ"א ח"ג ס"ס כ"ה שתמה שהוא נגד ש"ס ותו' ישנים בכריתות י"ב ע"ב ע"ש ועי' בס' בית מאיר לאה"ע סי' מ"ב ס"ד שנדחק ליישב ע"ש וע' בתשו' חתם סופר אה"ע ס"ס ק' שכ' ג"כ ליישב ומחלק שם בין אם באו בזמן מועט או באו לזמן מרובה אחר המעשה עש"ה והובא קצת בפ"ת לאה"ע שם ס"ק י"א וע' בטורי אבן ר"ה דף כ"ד ע"א ד"ה אימור כוביתא בעלמא ועי' בספר שער משפט סי' צ"ב סק"א מ"ש בזה:

ד **וי"א שאפי' כו'** ע' בתשו' כנ"י סי' פ"ח מ"ש בזה:

ה **אא"כ בא לב"ד והעיד**. עי' בספר דברי חיים דיני עדות סי' ט"ו שנסתפק באם הקרוב מודה שכוון לכך להעיד ביחד כדי שיתבטל העדות ויפטר הלוה אי חייב לשלם למלוה מטעם גרמי עש"ה:

ו **דתרתי בעי' כו'**. עש"ך סק"ח שכ' להכריע כדיעה ראשונה ועי' בתשו' משכנות יעקב סי' י"ד (השני) אודות שנים שבאו לדין ונתחייב א' מהן שבועת היסת והביא כמה עדים שהעידו בבית דין כדבריו ונודע אח"כ שהאחד מהעדים הי' קרובו אי אמרינן שנתקיים העדות בשאר בפרט לאפטורי משבועה דסגי בעד אחד או עדות כולן בטלה. והאריך הרבה בענין זה וכ' שם דמ"ש הש"ך להכריע כדברי רש"י ורשב"ם ורמב"ם דסגי בראיה לחוד אין ראיות הש"ך מכריעות נגד רוב גדולי הפוסקים ואדרבה יש להביא ראיה לדעת תוספות והרא"ש כו' וגם במ"ש הש"ך סק"ג לדקדק מלשון הרמב"ם דה"ה אם כולם לא כיונו להעיד ג"כ עדותן בטילה והשיג על הלח"מ שכ' בדעת הרמב"ם דאם כולם למיחזי אתו תתקיים העדות בשאר כ' הוא ז"ל דאדרבה דברי הש"ך תמוהים הרבה והם נגד דעת

כל הפוסקים כו' וגם במה שהשיג הש"ך סק"י על מהר"ם אלשקר שכ' שאם העידו יחד בב"ד אף שמתחלה לא כיוונו להעיד עכ"ז נפסלו בקרוב או פסול והשיג עליו הש"ך דאדרבה בהא לכ"ע לא מיפסל והביא מד' הרמב"ן והרשב"א והר"ן שכתבו כן כתב הוא ז"ל דאין מדבריהם ראיה כלל דהם כתבו זה לדעת הסוברים דתרתי בעינן כו' ולבסוף כ' וז"ל עתה נבא לנידון הנשאל דאם העדים שהעידו לא נזדמנו יחד מתחלה לשם עדות רק שבאו לב"ד והעידו על ענין הידוע להם אין הגדתן בב"ד פוסלת הכשרים לדעת רוב הפוסקים שהסכימו דתרתי בעינן ראיה והגדה ואף לדעת הסוברים דבראיה לחוד מיפסלי כל שכיוונו להעיד ונצרף לזה דה"ה הגדה יחד בב"ד וכדברי מהר"ם אלשקר אף שלא כיוונו יחד מתחלה להעיד כלל נראה ברור דהיינו דוקא אם העידו יחד תוך כדי דיבור כיון דעיקר עשייתן עדותן אחד וצירופן הוא על פי הגדתן בבית דין בודאי בעינן שיעידו כאחת או בתכ"ד דאם לא כן במה יצטרפו אבל אם העידו בזה אחר זה וכ"ש אם לא ידעו האחרים בפסול הקרוב או פסול ודאי אין עדות הכשרים מתבטלת בשבילו וכדעת הרי"ף ודעימיה שהסכימו הרבה מהפוסקים לדעתו ועוד יש מקום בזה לומר כיון דעיקר העדות בנ"ד אינו רק במלתא דרבנן לאפטורי מהיסת אפשר דלא אמרי' בזה לבטל הכשרים בשביל הקרוב או פסול דהא גם לענין עד נעשה דיין (לעיל סי' ז' ס"ה) קיימא לן בדרבנן דנעשה דיין כמו בקיום שטרות אף לאפוקי ממונא וכ"ש שי"ל כן בהך דנמצא אחד קרוב או פסול לענין פטור משבועת היסת עכ"ל ע"ש ועמ"ש לעיל סי' ל"ה ס"ד סק"ד ובמ"ש לקמן סי' פ"ז ס"ו סק"ה:

ז **יכולין לחזור.** עבה"ט שכ' ודוקא כו' אבל כו' וע' בתשו' רע"א זצ"ל סי' קע"ט כתב שם שהוא מסופק במודה במקצת ובאו ג' עדים שחייב הכל ואחד מהן קרוב או פסול דעדותן בטלה די"ל דמ"מ חייב לשלם הכל ויש בזה דין מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דהבית דין אין מניחין לו לישבע דמיד יבואו ב' עדים הכשרים ויעידו שנשבע לשקר ויפסלוהו ע"ש מבואר דאם נשבע יכולין הכשרים לחזור ולהעיד לבדן והיינו כיון שאין מעידין על אותו דבר בעצמו שכבר העידו לחייבו ממון רק שיעידו לפוסלו וצ"ע:

ח **דאלו לא נתכוונו.** עבה"ט שכ' לשון זה מגומגם דאפי' מתכוין להעיד אינו פסול כיון דהוא הבע"ד עצמו ובש"ך מסיים וכ"ה בריב"ש שם דאין בע"ד פוסל כיון דאינו ראוי להעיד כלל כו' ובגש"ע דהגאון מהר"מ בעל תפל"מ נ"ב וז"ל נ"ל דהתם איירי כשמעיד או חותם לטובתו דומיא דהרוג אבל מור"ם איירי כשחתם ומעיד לחובתו דאז לא הוי בע"ד מכח ממונו כדאיתא בפלוני רבע שורי אדם קרוב אצל ממונו לא אמרי' עי' בהרא"ש פירוש הראב"ד שם עכ"ל:

ט **ואם הזמין התובע כו'**. כ' בספר שער משפט עי' בתשו' ב"ח החדשות סי' צ"ג תשובה מהגאון מוה"ר אברהם עפשטיין ז"ל שמאריך להוכיח דאף עדות הכשרים שלא ייחד נמי אינן מתבטלין בשביל הפסולים ואם עידי היחוד ליתנייהו קמן מהני עדות הכשרים שלא ייחד והוכיח כן מסימן ע' סעיף ד' וע"ש:

י **ואין הרחוק יודע**. עי' בתשו' כנ"י סי' פ"ח:

סימן לז

א **הנאה בה** עבה"ט שכ' כתב הסמ"ע הטעם דחשדינן ליה כו' ודלא כע"ש כו' וע' בש"ך דאף שצידד מאיזה מקום יצא לו להע"ש כן מ"מ הסכים לדברי הסמ"ע ע"ש. ובגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ובספר עזרת נשים סי' י"ז סק"ל כתב דכן מוכח מסימן ק"מ סעיף ט' עכ"ל. וע' בנה"מ שכ' דנ"מ באם חתם בשטר עד שלא נעשה נוגע ונעשה אח"כ נוגע דאי אמרינן דאינו פסול מטעם חשד רק מטעם קרוב אחרים מעידין על חתימתו כמו בחתם בשטר עד שלא נעשה חתנו בסי' מ"ו סל"ה ואי הטעם משום דחשוד לשקר אפי' אחרים אין מעידין על חתימתו כמו בחתם בשטר עד שלא נעשה גזלן בסי' מ"ו שם סל"ד והעיקר כהסמ"ע וש"ך דפסול מטעם חשד כו' ע"ש וכן כתב בתשובת נאות דשא סי' ס"ח והשיג שם על הקצה"ח סי' ל"ד סק"ד בענין זה גם כתב דכן מבואר בש"ע סי' ס"ו סכ"א כו' וכן מבואר בש"ס ב"ב דף קנ"ט ע"א בחתם בשטר עד שלא תפול לו בירושה כו' ומכאן סתירה להאומרים דפסול נוגע לאו מטעם חשד אלא בתורת קרוב והאריך בזה ומסיק דבנידון זה עצמו באם חתם בשטר קודם שנעש' נוגע ונעש' נוגע ברור לדינא דאין אחרים מעידין על חתימתו אא"כ ראו עדים את השטר קודם שנעשה נוגע מיהו באיזה ענין אחר שיש נ"מ לדינא בין אי נימא דנוגע כקרוב ובין אי נימא דחשיד לשקר יש להסתפק אי מצי המוחזק לומר קים לי כדעת האומרים שהוא כקרוב כו' ע"ש וע' בס' מה"צ לאה"ע סי' י"ז בקו"א סעי' ג' שהאריך בזה וע' בתשו' נו"ב חאה"ע סי' כ"ז ג"כ מזה:

ב **קודם שהעידו**. עבה"ט שכ' כתוב במישרים כו' וכתב הש"ך דדוקא כו' אבל אם הוא בפנינו יכול הבע"ד להעיד על כת א' שהם פסולים כו' וע' בתומים שכתב דהיינו אם כת זו אינם אומרים שראו המעש' עם כת ראשונה כא' אבל אם אומרים שראו כא' הרי ע"י שפוסל לאלו כל העדות בטל דהו"ל נמצא א' מהן קרוב או פסול וה"ז נוגע בעדות ופשוט (גם בכה"מ כ' כן בשינוי לשון שכ' וז"ל ואם הכת שרוצה לפוסלן אומרים שראו כאחת עם הכשרין א"י לפוסלן דהוי נוגע דהא אף הכשרים יפסלו משום דהוי כנמצא קרוב או

פסול עכ"ל ולא ידעתי כוונתו למה שינה מל' התומים דמלשון הנה"מ משמע שכת הא' שרוצה לפוסלן אומרים כן שראו כא' עם הכת הב' אבל כת הב' אין אומרים כן וא"כ איך הוא נוגע שהרי אם יפסלו הכת הא' גם בדבר הזה לא יהיו נאמנים שראו כא' וממילא כת הב' כשר אך הנכון כמ"ש התומים דאם כת הב' אומרים שראו כא' כו' וצ"ע. ובש"ך דהגאון מהר"ם ז"ל בעל תפל"מ נ"ב ע' ברש"י סנהדרין דף כ"ג ע"ב מוכח דאפי' כת הב' בפנינו אינו נאמן שמא ימצא כת אחרת פסול' נמצא מפסידו בפסול של ראשונים ע"ש:

ג **והוא לבדו יתחייב בכל.** ע' בתשו' ושב הכהן ס"ס מ"ד שתמה על הש"ע בזה מאחר דפוסק בסי' ע"ז ס"א דשנים שלוו הוו ערבים ולא קבלנים א"כ הא קיי"ל בס"ס מ"ט דכל היכא דהלו' פטור הערב נמי פטור אפי' אם הערב יודע שהלוה משקר והניח בצע"ג ע"ש וע' בתומים ס"ס מ"ט ובסי' קכ"ט סק"ו ועמ"ש שם בסי' קכ"ט ס"ח סק"ו:

ד **פשרנים כו'** עי' בתשובת פרח מטה אהרן ח"ב סי' פ"ד:

ה **ואעפ"י שנותן אח"כ לקרוביו.** עי' בתשובת בית יעקב ר"ס קכ"ח:

ו **שאם יתעשר.** עבה"ט עד וא"כ לפסול מהאי טעמא וצ"ל דמיירי כו' ובגש"ע דהגאון מהר"מ הנ"ל נ"ב וז"ל ונ"ל דנ"מ כגון שמכר באחריות על הקרן ולא על שבחא ופירי וא"כ אינו נוגע מצד דלא ניחא ליה שיהי' לוה רשע דמ"מ יהי' לוה רשע נגד הלוקח דאיירי שידוע שחייב נגד כל דמי השדה אלא דה"א דהוי נוגע דניחא ליה שיטרוף אותו ב"ח נגד כל חובו ד"מ אלף זהובים שכך שוה השד' עכשיו וישאר חייב להלוקח מה שנתן בעד השדה ד"מ ת"ק זהובים וכשיתעשר לא יהי' צריך לשלם רק ת"ק זהובים דהרי לא קבל אחריות דשבחא קמ"ל דלא הוי נוגע מה"ט. או דנ"מ שעשה שדהו אפותיקי מפורש על אלף זהובים ונשתדף שאינו שוה רק מאה זהובים ומכר באחריות ובא א' וערער שהיא גזולה ולא קיבל אחריות דעלמא או שמכיר שהוא שלו וה"א שרוצ' להעמיד' בפני ב"ח שכשיתעשר לא יצטרך לשלם רק מאה זהובים ללוקח והב"ח לא יחזור עליו אף שנשתדף כיון שעשאו אפותיקי מפורש אבל אם יטול המערער שאומר שגזל' יצטרך לשלם כשיתעשר להב"ח אלף זהובים ע"ל סי' קי"ז ודוק עכ"ל וע' בתומים שכ' עוד נ"מ טובי. וע' בקצה"ח ובנה"מ וע' בתשו' הרב מוה' משה רוטנבערג חח"מ סי' ז' מ"ש בזה:

ז **ראובן שיש לו ש"ח כו'.** עי' בתשובת נ"ב תניינא סי' י"ד שנשאל במעש' ראובן ושמעון שותפים וחלקו הסחור' לשני חלקים שוים ונפרדו זה מזה ונשארו שני החלקים ביד ראובן ועשו ביניהם שמי מהם שיזדמן לו קונה על חלקו ימכור חלקו וישאר חלק השני להשותף השני וכן הי' שנמכר חלק אחד לקונה בהקפ' ולקח הקונה החלק ההוא שקנה והחלק שני נשאר ביד ראובן ואח"כ נתייקר השער מן הסחור' ההיא וטען ראובן

ששמעון מכר להקונ' נמצא נשאר חלקו וברשותו נתייקר ושמעון טוען לא כי אלא ראובן הוא שמכר ונמצא החלק הנשאר נשאר לשמעון וברשותו נתייקר והביא שמעון שני עדים שראובן מכר ואחד מן העדים היא הקונ' עצמו ונסתפק הרב השואל אולי הקונ' מחשב נוגע כיון שקנה בהקפ' איכא למימר זה נוח לי ושני קשה ממנו והביא דברי הש"ך בסי' קכ"ג ס"ק כ"ד דלא אמרינן שהעד מחשב נוגע בשביל שזה נוח לו אלא כשהעד צריך להוציא מעות אבל כשהעד חייב לשלם אינו נחשב נוגע ושוב הקשה שדברי הש"ך תמוהים שהרי מבואר בסי' ל"ז סי"א ובסי' ס"ו סכ"ב ראובן שיש לו ש"ח כו' הרי מפורש דגם כשהעד חייב לשלם ג"כ אמרינן שהוא מחשב נוגע ולכן רצה הרב השואל בנידון הנ"ל לפסול את הקונ' מלהעיד. והוא ז"ל השיב לו דאין כאן שום סתיר' על הש"ך דהא הש"ך עצמו שם כתב אך אני חוכך בכאן מטעם אחר כו' עד וא"כ בערב מסתמא לא רגילי אינשי למקרי ליה רשע כו' יע"ש ומעת' אם נגד הערב שהלו' עצמו ביקש ממנו ערבונו אפ"ה לא מקרי אצל העולם רשע ק"ו שאינו נקרא רשע כשאינו משלם למי שקנה השטר שזה מעולם לא הלווה ולא על פיו קנה החוב וא"כ שפיר פסק המחבר בסימן ל"ז ס"א ובסי' ס"ו סכ"ב ששמעון מקרי נוגע שהשני נוח לו כי להשני אם לא ישלם לו לא יהי' נקרא רשע אבל להראשון אם לא ישלם יהי' מוחזק בפ"כ שהוא לוה רשע ונ"מ מהאי דינא שאם ראובן הי' לו שטר על שמעון והקנהו ללוי בכתיב' ומסיר' על פי ב' עדים כשרים ושוב הקנהו לוי ליהוד' בכתיב' ומסיר' והי' שמעון א' מעידי הקנין שהקנ' לוי ליהוד' איננו נחשב נוגע דכשם שאינו נחשב לוה רשע לגבי יהודה ה"נ אינו נחשב לוה רשע לגבי לוי שהרי גם לוי לא הלווהו. ומטעם שזה נוח לו וזה קשה ממנו לא אמרינן כשהעד הוא חייב וכמ"ש הש"ך כו' ומעתה בנ"ד כיון שזה הלוקח עכ"פ חייב לאחד מהם לא ישלם כלל הרי הוא רשע נגד זה שחייב לו באמת ומה לו אם הוא רשע לזה או לזה ואם דעתו לשלם ג"כ אין לו שום נפקותא למי ישלם ואף שהי' מקום לדבר בזה איזה נפקותא מ"מ כיון שבאמת סברת הרמב"ן (שהובא בש"ך שם) נכונה שהרי אם אינו רוצה להיות רשע איך הוא מעיד שקר וא"כ עיקר הדבר שלא יהא אצל העולם לוה רשע וכאן כיון שכל א' טען שהוא לא הלווהו א"כ לפי טענתם בעצמם אינו נחשב לרשע אצל העולם ואם לפי טענתו שהוא אומר שזהו המוכר שלו א"כ מה לו אם יודה לזה או לזה כשלא ישלם למי שהוד' יהי' נחשב רשע ולכן נרא' שהלוקח כשר להעיד עכ"ל ע"ש:

ח **אם לקח בידו השכירות.** כ' בס' שער משפט כן הוא ל' הרמב"ם בפט"ו מה"ע והטור כאן. ולכאור' נרא' דאף אם לא לקח המעות בידו לפני ב"ד רק שאמר שעדיין לא נתן

השכירות וכל מי שיתקיים בידו הקרקע אתן לו השכירות נמי לא הוי נוגע כלל וכ"נ מדברי הט"ו בסי' ק"מ ס"ט כו' אך לפע"ד נרא' עיקר דבעינן דוקא שהביאו המעות לפני ב"ד כו' ודברי הרמב"ם והטור כאן שכתבו אם לקח בידו השכירות הוא בדקדוק גדול דאל"כ הוי נוגעים משום הראשון נוח לי והשני קשה הימנו וכמ"ש המחבר בסעיף הקודם ודברי הט"ו בסי' ק"מ הוא שלא בדקדוק וכן עיקר עכ"ל וע' בס"ק שלפ"ז:

ט **אע"פ שאין עליו אחריות כו'**. עש"ך סקכ"א מ"ש דבספרים שלפנינו איתא בטור אע"פ שמכרה לו שלא באחריות ושמעון מכיר כו' וכך כ' הב"ח דגירסא זו עיקר כו' ובגש"ע דהגאון מהר"מ הנ"ל נ"ב וז"ל צ"ע א"כ אמאי לא יעיד לו הא ה"ל רשע גבי לוקח אי יעמיד' וכן הקשה ש"ך סקכ"ה בשם ל"מ אפירוש ב"י לרמב"ם ע"ש ודוחק לומר דאיירי דקיבל עליו אחריות דעלמא ולא אחריות דמחמתיה עכ"ל. הנה קושיא זו הקשה ג"כ הפרישה ומחמת זה מחק אלו הב' תיבות דאי באחריות ע"ש אך הב"ח מקיים הגירסא ותירץ באמת דמיירי באחריות דעלמא ולא אחריות דמחמתי' ע"ש וע' בתומים האריך בזה ומסיק ולדינא לא נ"מ כי לעולם בין במכיר ובין באינו מכיר בו שהוא בדין שלו ובין באחריות ובין בלא אחריות אינו מעיד ע"ש:

י **עד שיסלק עצמו**. עבה"ט מ"ש והש"ך הביא הרבה פוסקים כו' ועמ"ש לעיל סי' ל"ג סט"ו סק"ח ובסי' ל"ד סכ"ט סקמ"ג וע' בתשו' נו"ב תניינא סי' מ"ה שכ' ע"ד הצוואה שקראו עליה ערעור מחמת שעד א' מן הצוואה אשתו היא שני בשני עם בעל אשה אשר ניתן לה בהצוואה סך ע"ה זהובים. עוד בה שנית שבצוואה זו נדרה בגד אחד לבה"כ לעשות ממנו חופה והעד דירתו שם במקום ההוא והרי הוא נוגע בעדות. הנה מצד החופה אם יש במקום ההוא חופה אחרת טובה כזו אינו נוגע כלל וחופה דומה לס"ת שאם יש להם ס"ת אחרת אינו מחשב נוגע כמבואר בסי' ז' סי"ב וכ' הסמ"ע שם שמותר להדיינים לקרות אפי' באותו ספר כו' וכיון שא"צ אפי' סילוק תו אין חילוק בין עד לדיין דבדבר הצריך סילוק נחלקו רבוותא אם מועיל סילוק בעד או לא דבעינן שיהא תחלתו בכשרות אבל בדבר שא"צ סילוק הרי הוא בכשרות מתחלתו וא"כ אם יש להם חופה אחרת כזו אינו נוגע ולמיחוש שיזדמנו שני חופות ביום אחד ויהיה אחד מקרובי העד לזה לא חיישי' כיון שאינו נוגע לעת עתה וליתר שאת יהיה העד מסלק עצמו וכן קרוביו מלהשתמש בחופה זו והרי רוב הפוסקים ס"ל דגם בעד מהני סילוק ואמנם מצד שאשתו היא שני בשני עם בעל האשה הנ"ל ודאי דזה הוא פסול שהרי הבעל יש לו פירות ממעות הללו. אמנם אף אי יהיבנא להפוסל כל דבריו שהעד פסול מחמת החופה והשני מחמת קורבא עכ"ז לא מגרע כח צוואה זו ביתר הדברים שהם לאנשים אחרים

כלל. והמה זוכים בכל מה שנזכר להם לזכות בצוואה זו ולא שייך כאן עדות שבטלה מקצתה כלל שאם היו כולם יחד נכללים כגון שהיה כתוב שפלוני ופלוני יחלקו עם העזבון והיו העדים קרובים לאחד אז באמת היתה הצוואה פסולה כמ"ש בטור וש"ע סי' נ"א ס"ו ואף בזה אם היו העדים זוכרים העדות היו יכולים להעיד על פה אבל בנ"ד לא כללה הנעדרת את כולם יחד אלא לכל אחד בפני עצמו נאמר תנו או יטול וכדומה הרי מפורש בש"ע שם אבל אם כתב בשטר אחד שנתתי לראובן חצר פלוני ושנתתי לשמעון כו' עכ"ד ע"ש עוד ויובא לקמן סי' ר"נ ס"ד ובסי' רנ"ג סעיף כ'. ומ"ש בהגה בנו"ב שם על דברי הש"ך כאן עיין בנ"צ מ"ש בזה:

יא **אין דנין בדייני אותה העיר.** כתב כנה"ג בהגה"ט אות כ"ד וז"ל הא דתני בברייתא אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר לא אמרו אלא לאותם שאינם מבני העיר אבל בני אותה העיר עצמם דאנן סהדי דמעיקרא קבלינהו עלייהו והימנינהו עלייהו פשיטא שהן נאמנין הרא"ם ז"ל ח"א סי' י"ב עכ"ל. וע' בספר בר"י אות ד' שכתב דבתשובת פרח מטה אהרן ח"א ס"ד פקפק בדבריו והרב דרכי נועם ח"מ סי' כ"ב נדחק בישוב דבריו והרב מהר"י ז"ל בתשובה כ"י כ' דכל הפוסקים חולקים על הרא"ם בזה כו' ע"ש ועמ"ש לקמן סכ"ב סקט"ז:

יב **שהנאה הוא להם שיתעשרו.** עמ"ש הרב דרכי נועם ח"מ סי' כ"ב ומה שדקדק מדברים הללו עכ"ל בר"י:

יג **צד הנחה בעדות זו.** בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב אם אמר העד לבע"ד אין רצוני לקצוץ לי שום שכר ממך אם תזכה יעמוד בך אם תרצה ליתן לי שום דבר. נוגע בעדות הוא שהדבר ודאי שישלם לו. ב"י ס"ס זה עכ"ל ועיין בפ"ת לאה"ע סימן י"ז סקי"ט. וע' כנה"ג בהגה"ט אות מ"ו שכתב וז"ל אפילו אין להם הנאה אלא עשות רצונם נוגע בעדות מיקרי מהריב"ל ח"א סי' ל"ד. ובסי' מ"א כתב דכיון שהם מעידים וניכר לכל שמחמת שנאה וקטטה ביניהם הם מעידים נוגע בעדות מיקרי וכ"כ הרשד"ם חי"ד סי' קי"א כו' עכ"ל ועיין בספר בר"י אות ו' שכתב עליו דבספר אדמת קודש ח"מ סי' כ"ה הקשה על מהריב"ל דח"א סי' ל"ד הנזכר ממ"ש מהריב"ל עצמו ח"ג סי' קי"ט וקכ"א והדבר צריך ישוב כו' ע"ש. ועיין בקצה"ח סק"ב וסק"ד ובספר שער משפט סק"א:

יד **עכשיו נהגו כו'** עיין בתשובת שב יעקב חח"מ סי' ח' שכתב דהיינו דווקא בעסק תקנתם היכא שיש מנהג קבוע שם אבל לא לענין תביעת הקהל על היחידים (ר"ל דאף דיש מנהג קבוע לענין תקנתם לא מהני מן הסתם גם לענין תביעת הקהל על יחידים אם לא שיש בירור מנהג גם על זה) דאל"כ דברי הרא"ש בתשובה סותרים אהדדי דדין

דעכשיו נהגו יצא מדברי הרא"ש כלל ה' דין ד' ובכלל ו' פסק שהדין עם ר' מנחם שהעדים החתומים על התנאים מן הקהל הן נוגעים בדבר א"ו היכא שיש מנהג ותקנה קבוע דוקא כמו בש"ע בסי' ז' לענין דיינין שכתב ואם עשו תקנה או שיש מנהג כו' וכן פסק בתשובת מהר"ם לובלין סי' מ"ב בענין ס"ת דאין עדותן עדות משום דכל העיר נוגעין בעדותן הן כו' ובספר נחלת שבעה סימן כ"ז מחלק נמי הכי דדוקא היכא שיש מנהג קבוע אבל לא אם נהגו כך מאליהן ולאו כל כמיניהו לומר שהוא כאן מנהג קבוע אא"כ ידוע בודאי שהוא מנהג קדום ועוד כתב לחלק באופן אחר אף דחילוק ההוא אינו נכון עכ"פ החילוק הראשון הוא נכון וקיים ולכל הדיעות במקום או בדבר שאין מנהג קבוע היכא דבני העיר נוגעין בדבר פסולין להעיד וא"כ בנ"ד (יובא לקמן סי' קס"ב ס"ז סק"ז) צריכין הקהל להביא ראיה להוציא מחזקת יורשין ולא מהני עדות בני הקהלה מפני שהן נוגעין כולן וכל זמן שלא הביאו ראיה דמהני ע"פ הדין נאמנת האלמנה להחזיק בשבועה שיודעת שכדבריה כן הוא עכ"ל. אולם הוא ז"ל סותר עצמו ממ"ש שם בת' סי' ד' בענין ד' אנשים בקהל מנטוב' שטענו שאין כח להקהל לעשות שהנכסים שחוץ למדינה יפרעו בעול בעד סך שקצבו ורוצים להיות ציית דין לפני ב"ד שלא מבני עירן דכל בני עירן נוגעין בדבר והשיב לכאורה דטענתם טענה נכונה מש"ס דב"ב דף מ"ג אך מ"מ צריכין לדון בעירן מחמת המנהג שכתב הרשב"א ז"ל על כל עניני צבור שאין צריכין להביא מן החוץ עדים כשרים כו' והוא הדין לדיינים ע"ש אלמא דאפילו במקום שא"י בירור המנהג הוי כידוע מכח מנהג קבוע שכתב הש"ע בשם הרא"ש והרשב"א ז"ל וכן מבואר מדבריו בסימן ג' שם (הובא לעיל סי' ז' סקכ"ו) . וראיתי בנ"ש שם סימן כ"ז שהביא ראיה מתשובת דברי ריבות סי' קצ"ז שכתב דכיון שאינו מן הדין אלא מכח מנהג לכן אם הוא מנהג קבוע וידוע לכל העיר שלכם שנאמנים על כך בני הקהל עצמן מנהג כזה יבטל ההלכה אבל אם אינו מנהג קבוע וידוע ופשוט לכל לא מבטלינן הלכה פסוקה בשבילו כו' ע"ש וכן משמע קצת בתשובת הרמ"א סי' ע"ג מדהוצרך בנדון דידיה לומר כיון דנהגו לדון בעיר הגדולה כל מילי דצבורא כו' אף שכבר הביא דברי הרשב"א סי' תר"ף דנוהגין לדון כל צרכי צבור בדייני העיר כו' ע"ש וכן בסי' נ"א שם בתשובת מהר"ם פדואה ע"ש (מיהו אינו מוכרח די"ל דלרווחא דמלתא כתבו כן) גם בכנה"ג בהגב"י אות ל"ז כתב בשם מהר"ש יפה בתשו' כ"י דבסתם מקומות לא סמכינן ע"ז ובשם משפטי שמואל סי' ס"ו כתב דאנן חזינן דלא נתפשט מנהג זה כו' ע"ש. אמנם לע"ד אין מכל זה ראיה כי כל אלו הגדולים ז"ל היו קודם שנתפשט חיבור הש"ע בעולם אבל בזמנינו מאחר שכבר הוקבע מנהג זה בש"ע הוי מנהג קבוע לדורות ומה שהביא השב יעקב

סי' ח' הנ"ל ראיה מדברי מהר"ם לובלין דאף שראה דברי הש"ע אפ"ה פסק דבני העיר נוגעין ואין יכולין להעיד אין ראיה זו מוכרחת לפמ"ש הש"י בסי' ג' (הבאתיו שם בסי' ז') דדוקא אם הנתבע מבני אותו עיר כו' א"כ י"ל דבנדון דמהרמ"ל היה הנתבע מעיר אחרת גם מה שהביא מש"ע מסי' ז' שכתב ואם עשו תקנה או שיש מנהג כו' ג"כ אינו מוכרח די"ל דשם העתיק דברי הטור להשמיענו דמועיל לזה תקנה או מנהג ונטר עד לבסוף הלכות דיינים ועדות הביא דברי הרא"ש והרשב"א להורות שכבר נהגו כן וכה"ג מצינו בדברי הרמ"א סי' קנ"ה סל"ה וכמ"ש בט"ז שם (גם בתשוב' ח"ס סי' ל"ח שיובא לקמן סקט"ז מבואר ג"כ כדברי השב יעקב דסי' ג' וד' הנ"ל) וצ"ע ועיין בס' בר"י מענין זה:

טו **לקבל עדים מהקהל.** כתב בספר בר"י אות ט' וז"ל הא דכתבו הרשב"א והרא"ש שנהגו לקבל עדים מהעיר וא"צ עדים מעיר אחרת לאו דווקא אלא ה"ה דמקבלין עדים מהחברה ולא בעי עדים שאינם מהחברה מהראב"ש בתשובת מהרא"ש בת"ח ח"ג סימן כ"ג עכ"ל ע"ש עוד:

טז **ועל הקדשות.** ועיין בתשובת ח"ס חח"מ סי' ל"ח אודות איש אחד מעיר סעמרי שמת בעיר קאט והעידו ב' כתי עדים שציוה לתת מעזבונו אלף זהובים לקרן קיימת ללמוד בני עניים תורה מהרווחים והעדים מחולקים הכת עדים שהם מסעמרי אומרים שצווה ליתן לסעמרי והכת עדים מקאט אומרים שציוה ליתן לקאט. וכתב דלכאורה כל העדיות הנ"ל בטלה מצד דכל כת נוגעים בעדות כדאיתא בב"ב מ"ג ע"א האומר תנו מנה לענייי עירי אין דנין כו' ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר ואפילו קיץ להו ואף על גב דכתב הב"י בח"מ ס"ס ל"ז בשם תשובת הרא"ש ותשובת הרשב"א שעידי הקהל מעידים על התקנות והקדשות והן נוגעין בעדותן שכן נהגו מ"מ נ"ל דהיינו דוקא לעירם כגון פלוני מבני העיר הקדיש כלי זו לבה"כ נאמנים להוציא מיד המקדיש או מיורשיו מטעם דאדעתא דהכי נשתתפו להאמין זא"ז אע"פ שנוגעים כמו נאמן עלי אבא כו' אבל להעיד נגד עיר אחרת פשיטא שהם פסולים וכ"כ בתשו' שב יעקב סימן ג' והוכיח כן מתשובת הרא"ש ע"ש הבאתיו לעיל סי' ז' סי"ב סקכ"ו ועמ"ש לעיל סעיף י"ט סקי"א ובנד"ז אנשי קאט פסולים נגד אנשי סעמרי להעיד לטובת עירם וכן בהיפוך וכיון שהם נוגעים במקצת העדות בטלה כל העדות כדעת המרדכי פז"ב שהביא הש"ך בסי' ל"ד סקכ"ח והסכים עמו דהיכא דהפסול מצד נוגע בעדות לא אמרינן פלגינן דיבוריה כו' וא"כ הכא כיון שהם נוגעים בעדות בטלה עדות כולה ואין כאן להקדש כלום אך כל זה אי איכא בהני אתרי קופת ת"ת אבל אי ליכא התם קופת ת"ת כלל בודאי דלאו נוגעים בעדותן הן ועדותם כשרה כמבואר בנ"י שם ובב"י ס"ס ל"ז כו' ובמה דסתרי עדותם אהדדי לאיזה מקום צוה

נ"ל כיון דב' הכתות העידו על קרן קיימת אלא שהוכחשו באיזה מקום צוה ליתן היינו דר"נ בב"ב ל"א ע"ב (ובש"ע לקמן סי' קמ"ו סכ"ג) באבהתא מי אתכחש ובכתובות (כ"ב ע"ב) תרווייהו בא"א קמסהדי וה"נ תרווייהו בקרן קיימת קמסהדי וצריכין להפריש אלף זהובים מנכסיו לקרן קיימת ולענין לאיזה מקום ינתן נ"ל דינתן לסעמרי חדא דאוקי תרי להדי תרי לענין המקום ואוקי ממונא בחזקת סעמרי דקי"ל ביו"ד סי' רנ"ח ס"ה האומר תנו מנה לעניים יתנו לעניים יתנו לעניי עירו כו' ואומדן דעת נמי איכא דלא שביק אינש עניי עירו ויהיב לעיר אחרת ע' סי' רנ"א בש"ך סק"ח ועוד כפי הנראה ממכתב הרב השואל לא היו ב' כתי העדים במעמד א' אצל השכ"מ אלא בזה אחר זה ואנשי סעמרי היו אחרונים א"כ אין כאן הכחשה כלל דאמת הוא שבתחלה יהיב לקאט ושוב חזר בו ויהיב לסעמרי ושכ"מ מצי הדר ביה כו'. וכתב עוד וכיון שזכינו לדין שלא תהיה עדות מוכחשת א"כ אפילו יהיה נמצא שם באותן המקומות קופת ת"ת באופן שאנשי קאט פסולים לעדות משום נגיעה בעדות מ"מ אנשי סעמרי לא מיפסלו להעיד על המנוח הנ"ל הואיל שהוא מבני עירם ואדעתא דהכי נשתתפו שיהיו נאמנים נגדו מה שאינו נוגע לקהלה אחרת כמ"ש לעיל (ר"ל דהכא עדות אנשי סעמרי אינו נוגע לקאט אחרי שהעדות שלהם כבר נפסל מצד נגיעה ולפי"ז אם היו אנשי קאט כשרים לעדות דהיינו שאין אצלם קופת ת"ת רק אנשי סעמרי נוגעים באמת לא מועיל עדותם של אנשי סעמרי לומר שהיו אחרונים וחזר בו השכ"מ כיון דעדותם נוגע לעיר אחרת. ולפי"ז תיבת אפילו שכתב ברישא אינו מדוקדק כל כך דמשמע דכל שכן אם אנשי קאט כשרים ובאמת זה אינו אך כוונתו בתיבת אפילו לומר לא מבעיא אם כולם כשרים ומכ"ש אם אנשי קאט פסולים ואנשי סעמרי כשרי' דודאי מועיל עדותן של אנשי סעמרי אלא אפילו אם גם אנשי סעמרי פסולים כיון דעכ"פ אנשי קאט פסולים מועיל עדותן של אנשי סעמרי) עכ"ד. עיין שם עוד דמסיק מכל מקום מהיות טוב יש למנות אפטרופוס ולמסור כל העדות לידו ויעיין בה אולי יכול לטעון דבר לטובת היתומים קטנים ואי לא טעין אזי תבנא לדינא כנזכר לעיל עיין שם הטעם בזה:

יז **אפילו לקרוביהם.** כתב בספר שער משפט וז"ל ופשוט דמכל מקום צריך לקבל העדות בפני בע"ד דוקא דאטו באומר נאמן עלי אבא יהא מותר לקבל עדות שלא בפני בע"ד והא לענין זה קבלוהו כ"כ בתשו' ח"צ ס"ס ס"א ונכון הוא עכ"ל:

סימן לח

א **לשלם לו.** עבה"ט עד וע' בש"ך שמאריך בדין זה וע' בתשו' שבו"י ח"א ס"ס קמ"ז שכתב וז"ל ע' בש"ך שמאריך הרב' כו' אבל סתימת לשון ר"א שכתב סתם אינם משלמין על פי עצמו וגם סתימת לשון הרמב"ם פי"ח מה"ע משמע דבכל ענין אינם משלמין על פי עצמן אף מדינא דגרמי לכן נראה לי עיקר לחלק דהא דהר"ח והרמב"ם פטרו מלשלם היינו שהודו ששקר העידו קודם שהוציאו ממון על פיהם דאין לחייבם ג"כ מדינא דגרמי כיון שלא עשו מעשה כלל רק דבורא בעלמא והם אמרו והם אמרו אתי דבור ומבטל דבור אף שאין אנו מאמינים להם דכיון שהגיד כו' מ"מ לא מחייבינן לעדים כיון שהם חזרו והודו ואמרו ששקר העידו אך דלא מהימן להו לכן אין לחייבם מדד"ג מה שאין כן היכא שכבר הוציאו ממון על פיהם או שחתמו בשטר שנעשה מעשה בשקרם אף שאח"כ חזרו לומר שקר העדנו יש לחייבם ע"פ עצמן מדיני דגרמי וזה החילוק מסתבר ומתיישב ע"ד הפוסקים הראשונים בלי מחלוקת כלל עכ"ל ע"ש וע' בתשו' בית אפרים חח"מ סי' ו' מענין זה עש"ה וע' בנ"צ מ"ש בזה:

ב **כל מה שהפסידוהו.** כתב בס' שער משפט ונראה דאם העדים אומרים שהעידו שקר במה שאמרו שחייב לשלם לו לזמן שלשים יום והאמת הוא שאינו חייב לו אלא לזמן שנה מחוייבים לשלם לו מד"ג כל מה שהפסידוהו מחמת פחיתת הזמן כמבואר במשנה דמכות דף ג' בעדים זוממין בכה"ג ואומרים כו' ע"ש ועמ"ש לקמן סי' ס"ו סכ"ד ס"ק י"ט:

ג **איכא נפקותא.** עבה"ט ועיין עוד בש"ך מ"ש כ' הריב"ש סי' רס"ו כו' ולפע"ד אין דבריו מוכרחים כו' עד ורש"י נמי לא משמע מדבריו מידי וע' בתשו' אא"ז פמ"א ח"ב סימן ק"פ שתמה על הש"ך בזה ע"ש ועמ"ש בפ"ת לאה"ע סי' י"א ס"ק י"א מענין זה וע' בס' בית אפרים על טריפות בקונט' התשובות סי' ל"ד ובספרו שו"ת בית אפרים חח"מ סי' ב' מ"ש בזה עש"ה:

סימן לט

א **גובה מהמשועבדים.** עבה"ט עד וע"ש שמאריך בענין אי שעבודא דאורייתא כו' וע' בתשוב' משכנות יעקב סי' ט"ז שהאריך הרבה בזה ומסיים מכל הלין ראיות נראה שהעיקר כדעת הסוברים שעבודא דאורייתא ע"ש:

ב **אבל אם קנו מידו** כתב בס' דגמ"ר וז"ל ואם קנה קמיה חד סהדא או בפני הבע"ד בלי עדים כלל ומודה שקיבל בקנין אלא שאינו רוצה לקיים ורוצה לחזור בו אם הקנין מהני הואיל ולא נעשה בפני ב' עדים עי' בש"ך סימן פ"א ס"ק כ"ב שהאריך בזה עכ"ל

וע' בתומים ס"ק י"ז שכתב דקיי"ל כמ"ש הש"ך למסקנא דקנין בפני עצמו ג"כ מהני כו' ע"ש עוד:

ג **לחוש שמא פרע.** עבה"ט וע' בתשובת חות יאיר ס"ס ר"ל שכ' לולא דמסתפינא אמינא כי אפי' אמר הלוה לעדי' אחר הקנין אל תכתבו שטר והמלוה מבקש שיחזיר לו מעותיו ונמשך הדבר עד אחר זמ"פ וטען הלוה פרעתי בז"פ אינו נאמן דאילו פרע היה אומר לעדי קנין אע"פ שאינו מתיירא משטר מ"מ היה לו לחוש לקנין שיהיה לו דין שטר לכן בעת הפרעון ה"ל להודיע לעדים כו' מכל מקום קשה לנו להוציא ממון בדמיחה ע"פ סברא זו דהיה מודיע אחר דבטוח משא"כ בדמיחה רק בדאקני כו' (עמ"ש בזה לקמן סימן קי"ב ס"א ס"ק ב' ע"ש):

ד **ואם קבע לו זמן לפרעון.** עיין בתשובת הרדב"ז ח"ב סי' רנ"ה:

ה **ואם יאמר המלוה כו'.** עיין בתשובת רשמי שאלה סימן נ"ב שכתב דלפי המנהג שנתפשט בינינו שכותבין שטר אחר כל קניני ק"ס גם הלוה יכול לחזור אפי' מעיקר הלואה כו' עש"ה:

ו **אם לא היו קבועים** עש"ך ס"ק י"ח ע' בתשובת משכנות יעקב סימן י"ז מ"ש בזה:

ז **ולא שלחו לו** עבה"ט שכתב ר"ל שלא היו קבועים או לא שלחו לו. כו' וכוונתו משום דבעינן תרווייהו שיהיו קבועים וגם שלחו לו אז כותבין וכמ"ש הש"ך סקי"ט ולכן אם חסר חדא מהנך תרתי לא מהני עד דאיכא תרווייהו וע' במסגרת ובס' עטרת צבי ובס' מאמר קדישין ששגו בזה והבינו דהסמ"ע סובר דלא בעינן תרתי ומחולק עם הש"ך וט"ז וליתא וכבר העיר בזה בס' תפארת יעקב סקי"ב ע"ש:

ח **דבכל ענין נאמן.** עבה"ט וע' בתשו' עבוה"ג ס"ס נ"א מ"ש בזה. וע' בתשו' ח"צ וסק"ט אודות מי שיש לו פסק כתוב על חבירו שיש לו רשות לברור א' משני חדרים של הנתבע ועכשיו נפל אחד מהשני חדרים והנתבע אומר כבר ביררת את זה שנפל קודם שנפל ונסתחפ' שדך והלה מכחישו ואומר שעדיין לא בירר שום א' מהחדרים מי נאמן והשיב דהדין עם התובע ולא מבעיא למ"ד דבפסק דין כתוב אין שכנגדו נאמן לומר פרעתי בנ"ד נמי אין הלה נאמן לומר כבר ביררת ואף למ"ד דנאמן לומר פרעתי ה"מ בתביעת מטלטלין ומעות דלאו בני שטרא נינהו אבל בתביעת קרקע דבת שטרא היא כל מעשיה אין נעשין ונגמרין אלא בשטר כו' וכל זמן שלא עשו שטר מבריר' זו אינו נאמן ועוד מאן לימא לן דבדיבור בעלמא קנה הלה את החדר ודילמא אף אם אמר בפי' אני בורר חדר זה לעצמי עדיין אינו כלום ולא קנה את החדר עד שיברור ויחזיק בו בדרך א' מדרכי

הקנאות שבקרקע וכ"ז שלא החזיק יכול לחזור בו ולברור האחר ומדברי הנתבע נראה פשוט שלא עשה שום קנין וחזקה אלא בדיבור בעלמא כו' ע"ש:

ט **טריפת לקוחות שמא כו'**. בגש"ע דהגאון רע"ק איגר זצ"ל נ"ב ואם העדים מעידים בע"פ שאמר להם כתבו וחתמו הוי מלוה בשטר. ואם הלוה מודה שאמר להם כתבו וחתמו אם העדים מתו נאמן לומר פרעתי במגו שהי' אומר שלא אמר לעדים כו"ח אבל אם העדים חיים אינו נאמן. מהרח"ש סי' א' עכ"ל:

י **שטר ללוה כו'** כ' בדגמ"ר וז"ל אבל שטר משכונא אין כותבין אא"כ מלוה עמו ע' בסי' ס"ה סוף ס"א בדברי המחבר אמנם לפמ"ש שם על הגליון (יובא שם ס"ק ב') שפיר כותבים גם שטר משכונא ללוה בלא מלוה עכ"ל:

יא **במה דברי' אמורים**. עבה"ט ובש"ך ס"ק ט"ל וע' בתשובת ושב הכהן סימן ז' ח' מ"ש בענין זה באריכות. וע' בת' הרדב"ז סי' סקי"א:

יב **או שכתב בשטר בהדיא**. עש"ך סק"מ שתמה על דין זה והניח בצ"ע וע' בתשו' בית אפרים חח"מ סי' ג' מ"ש בזה:

יג **יכול לחזור בו**. עבה"ט מ"ש ונראה שצריך להחזיר לו שכר הסופר כו' וע' בתשובת רע"ק איגר ס"ס קל"ד שכתב ראיה לזה מדברי הרא"ש בתשובה הובא בש"ע לקמן סי' של"ג ס"ח באמר לאומן עשה כלי פלוני ואקנה ממך כו' ועשאו האומן ואח"כ אינו רוצה לקחתו חייב מדינא דגרמי ע"ש עוד ויובא קצת לקמן סי' ר"ט ס"ן ס"ק י"א ומדבריו שם מבואר דדוקא אם אמר המלוה שיעשה שטר ע"ש. ומ"ש הבה"ט עוד עד ונראה דדין זה הוי ספיקא דדינא כו' ע' בתשו' משכנות יעקב סי' י"ט ובתשו' בית אפרים חח"מ סי' כ' מ"ש בזה ועמ"ש לקמן סי' ק"צ ס"ב בד"ה בכסף. ומ"ש הבה"ט עוד נחלקו גדולים עם המבי"ט שם במי שמכר צמר לחבירו כו' עמ"ש בזה לקמן סי' צ"ו ס"ו ס"ק ב':

יד **אבל אם אמר להלות לו על המשכון**. בגליון שלחן ערוך דהגאון מהר"מ בעל תפל"מ נ"ב וז"ל וכ"ש אם התחייב המלוה עצמו בק"ג להלות לו דא"י לחזור כדמשמע סי' קל"א סק"א ע"ש עכ"ל וצ"ע:

טו **והחזיק במשכון**. עי' בתומים ובקצה"ח וע' בתשובת בית אפרים חח"מ סי' כ' מ"ש בזה:

סימן מ

א **לו כלום**. עבה"ט עד ואח"כ נודע שטעה כו'. ובפנים בש"ך מסיים בה ויתברר הדבר בעדים או שהודה לו מלוה כו' וע' בתומים ובנה"מ בביאור דבר זה. ובעיקר דברי הש"ך

הנה כ"כ בעל התרומות סוף שער ס"ד הביאו מרן בב"י ס"ס ועי' בט"ז בהגהה ממהרש"ק שכ' על דברי בעה"ת הנזכר ולא משמע כן ברי"ף ורא"ש דא"כ למה כתבו דהירושלמי חולק אש"ס שלנו הא הירושלמי איירי באר היטב שטעה כו' ע"ש וע' בס' בר"י שהשיג עליו דנעלם ממנו דברי בעה"ת בספרו כו' ע"ש עוד:

ב **האומר לעדים** עבה"ט עד ומן התימא על המחבר כו' ועי' בתשו' עבוה"ג ס"ס קי"ז שכ' ליישב תמיהתו והניח דברי הסמ"ע בצע"ג. וע' בס' בר"י אות ב' מ"ש בזה:

ג **שישתעבד הערב.** עבה"ט ועי' בתשו' עבוה"ג סי' קי"ז מ"ש בזה. ועי' בתשו' שבו"י ח"ג סי' קמ"ה שכ' אודות ראובן שתובע לשמעון עם כ"י שיש בו נאמנות שחייב לו סך כך וכך ושמעון משיב שמעולם לא לוה הימנו רק שערב לו בעד לוי לאחר מתן מעות וכיון שלא עשה קנין לא חל הערבות הנה אם ראובן מודה לו אע"ג דלכאורה נראה דמשתעבד כמבואר בח"מ סי' מ' דאם כתב לו בשטר חייב אני לך מנה מתחייב אפי' בלא קנין מדין ערב אע"ג שלא קיבל מעות כי אלימא מלתא דשטרא מכ"ש היכא שעשה כן בשביל ערבות ממש ברם ראיתי בתשובות רמ"א סי' ע"ב ובתשו' חו"י סי' ל"ו (צ"ל קל"ז) שפסקו להיפך היכא דידעינן שחיוב זה בא בשביל ערבית לאחר מתן מעות בלא קנין אינו כלום לכן אין להוציא מידו עכ"ד ע"ש. ועי' בתשו' נו"ב סי' ל' אות ו' וזה שכתב על נדון דידיה וז"ל מ"ש הרב מהר"ג שאין ביד אדם לחייב עצמו בדבר שאינו חייב רק במה שאין בו שום ספק אבל כאן שיש בו כמה ספיקות כו' הגם שזה נכון לדינא שיש חילוק בין חיוב ברור שמחייב עצמו עכ"פ ובין דבר הדומה לאסמכתא כאשר הוכיח הר"ן בר"פ הנושא מערב לאחר חיתום שטרות אך אינו ענין לנ"ד דמה ספק יש בכאן כו' ולבד זה הלא עיקר הראיה דלא מהני חיוב בדבר שיש בו ספק הוא מהוכחה דערב והרי ערב מעצמו עכ"פ קנין מועיל בו והרי כאן נזכר קנין בשטר התקשרות שכתוב בו וכל הנ"ל קבלו הצדדים עליהם בקנא"ס כו' ואפי' יודעין בודאי שלא נעשה קנין ואפי' אם הודו היורשי' שלא נעשה הקנין בפועל מ"מ הודאת בע"ד שהודה בשטר שקיבל בק"ס כמאה עדים ואמרינן שזיכה להם בק"ס ע"י אחר וכל זה לרווחא דמלתא כי לגוף הדין אני אומר שאפי' לא זזה יד היורשים מיד ר' וואלף מעולם והם יודעים בודאי שמעולם לא קיבל ק"ס עכ"ז כיון שהודה ר' וואלף שקיבל ק"ס ההודאה עצמה הוא הקנין וכן נלע"ד מלשון הגמ' בב"ב גבי איסור גיורא דקאמר ולודי איסור דהני זוזי דרב מרי נינהו וליקני באודיתא משמע שהודאה הוא' הקנין בעצמו ולא מטעם שכיון שהודה אמרינן שכבר הקנה לו אלא שזהו הקנין בעצמו כאשר לדעתי הודאה הוא הקנין הגדול שבכל הקנינים ואפי' דבר שאינו נקנה בשום קנין נקנה בהודאה ונכסי איסור יוכיחו ועיין בתשו' ח"צ סי' ט"ז

(יובא לקמן סי' ר"ג ס"ט ס"ק ג' ועמ"ש שם) עכ"ל ע"ש. וכתב עוד אך גוף הדמיון שדימו דין זה למ"ש בח"מ סי' מ' שאדם יכול לחייב עצמו במה שאינו חייב אין הנידון דומה ששם מיירי במחייב עצמו איזה התחייבות ממון אבל כאן נתחייב ר' וואלף בעבודת הגוף שמחוייב להשתדל עבורם וזה אין עניינו לסימן מ' רק לדין פועל שמשכיר עצמו אצל בעה"ב שיכול לחזור בו בחצי היום כמ"ש בסי' של"ג ואף שר' וואלף מקרי קבלן הרי גם קבלן יכול לחזור בו אלא שידו על התחתונה כו' אלא שכיון שכבר זכינו לדין שהודאת בע"ד כמאה עדים והוי כאן ק"ס ושוב אין הקבלן יכול לחזור בו כמבואר בש"ך שם סק"ד כו' ע"ש עוד ויובא לקמן סי' של"ג ס"א ס"ק ב':

ד **והעיד בו עדים**. עבה"ט מ"ש והש"ך פי' כו' ובש"ך מסיים כדלקמן סי' ס"ט סעיף ג'. ועי' בתשו' חות יאיר סי' ע"ח שכ' דיש לדחוק ולפרש גם דברי הסמ"ע כך ור"ל דתרתי בעינן כדי שיהי' לו דין שטר מקויים. וע"ש עוד שהוא היה נוהג כשהלוה מעות והלוים רחקו מקבלת קנין וכ"ש נשותיהם הי' כותב הכ"י בכא"ה בנאמנות ב"כ על ב"כ לעולם בכל טענה שבעולם וחתמו עליה האשה תחלה ואח"כ בעלה ואחריהם העדים בזה"ל בפנינו נעשה הלואה הנ"ל ובפנינו חתמו האשה והדר בעלה הנ"ל ומסרו לפב"פ המלוה ויהי' לכ"י זה כל תוקף שטר בקנין באוה"ב יום פלוני נאום פב"פ ופב"פ ובכח כ"י זה יכולים לטרוף לקוחות. גם קודמת לגביית כתובת אשה החתומה מכ"ש לענין טענת פרעתי או טענת מחילה וכהאי גוונא כו' וזהו דרך נכון ועצה טובה למלוים כי הרבה ב"ב ונשותיהן מתרחקים מאד מקנינים ואינם מתרחקים מזה. ואף כי אם בא לידי כך לטרוף לקוחות היה דבר זר ומלתא דתהו בהו אינשי מכל מקום הדין דין אמת כו'. ואם מלוה בא בכתב יד חתומה מהלוה ומבקש מעדים שהיו אצל ההלואה וראו שחתמו אוה"ב שיכתבו זה ויחתמו תחת הכ"י אין בכוחם לעשות זה כי לא יעשה ממלוה ע"פ מלוה בשטר שלא מדעת הלוה כבסי' ל"ט ע"ש:

סימן מא

א **עידי השטר עצמם**. עבה"ט ועיין בתשובת הרדב"ז ח"א סי' ער"ד מ"ש בזה:

ב **מעידים שנשרף**. עבה"ט ועיין בשו"ת זכרון יוסף דף קי"ח ע"ג מ"ש בזה עש"ה:

ג **לא הגיע**. עבה"ט ועי' בתשו' ושב הכהן סי' י' מ"ש בזה:

סימן מב

א **ואם כתבו עליו פסול**. עש"ך סק"א ועי' בתשובת משכנות יעקב סימן י"ט מ"ש בזה:

ב **לגבות בו לאלתר**. עבה"ט ועי' בספר קרבן נתנאל פ"ב דגיטין אות ס"ב וס"ד מ"ש בזה:

ג **אחר התחתון**. עיין באר היטב ועיין בתשו' חוט השני ס"ס ל"ח שכתב דיש להסתפק אם דין זה שייך בכל מילי שאפשר שאינו שייך אלא במנה ומאתים שיש בכלל מאתים מנה אבל אם כ' למעלה חבית של יין ולמטה של שמן אפשר שהוא פסול. וכתב עוד דנראה לחלק ולומר דוקא חזרה התלוי בבעלי הדבר אמרינן אבל חזרה התלוי בעדים (כמו בנדון דידיה שהיה שינוי בזמן) לא אמרינן שהרי מה שהתחיל לכתוב שנת שמ"ז הוא זיוף ומוקדם ולא שייך לומר חזר בו דמ"מ מתחלה לא ניתן לכתוב וכן עיקר ע"ש:

ד **על התחתונה**. עבה"ט עד ופסק דיש לחוש שקנה בקנין אחר כו' ועיין בט"ז שחולק ופסק דהשטר כשר דמסתמא נעשה בדרך רוב קנינים כו' עיין שם והגאון ח"צ ז"ל בהגהותיו כתב דגם מהרא"י מודה לזה אלא דבעובדא דידיה היה ענין דלא מועיל קנין חליפין כגון מטבע כו' ע"ש והסכימו לזה התומים והנה"מ ע"ש ויובא לקמן סי' קצ"ה ס"ב ס"ק ב' באריכות. (ודע דמ"ש הגאון ח"צ ז"ל פשיטא ופשיטא דסתם קנין חליפין היינו קנין סודר בדכשר למיקנא ביה ולא חיישינן שמא קנה בדבר הפחות מש"פ או במוריקא או בדבר שאינו כלי עכ"ל אגב שיטפא כתב כן דהא קיי"ל קונין בכלי אע"פ שאין בו שוה פרוטה כדלקמן סי' קצ"ה ס"ב) . ועיין בתשובת שבו"י ח"ב סי' קנ"ב שכתב דאף דכותבין בכל נוסחי השטרות בשד"א ובח"ח בת"כ בפועל ממש וספק שבועה או חרם ות"כ ראוי להחמיר מ"מ לענין ממון אמרינן יד בעל השטר על התחתונה ואין מוציאין מיד המוחזק ותו דאף שכותבין בשטרות שנעשו בפועל ממש מ"מ הכל יודעין שאין עושין שום שבועה ות"כ כלל ומ"מ אין בזה משום עדות שקר דבעל השטר מקבל על עצמו לקיים כאילו נשבע בפו"מ דלא יהא בו משום אסמכתא וקנין דברים אבל לא שיהא בו משום חומר שבועה ממש כו' ע"ש. ועיין בתשו' רע"ק איגר ז"ל ס"ס קכ"ט בענין שטר ח"ז שכותבים בו דהכל יהיה נדרש לטובת בעל השטר. וכ' המ"מ יש לחלק דהיינו בספק בפי' ל' השטר אבל לא בספיקא דדינא ומוכח כן מדברי תשובת שב יעקב שלא יסתרו דבריו בסי' י"ד לדבריו בסי' כ"א ושוב כ' די"ל דגם בספיקא דדינא אם שורש הספק תלוי בפי' השטר אמרינן יד בעל השטר על העליונה זולת היכא שהוא נגד המנהג ע"ש:

ה **אי תפיס**. עמ"ש לקמן סי' ס"ו ס"ק א' בענין אם מכר שטר זה לאחר וזה האחר תפס אי מועיל תפיסתו ע"ש:

ו **דלא כיש חולקין**. עבה"ט בשם ש"ך ובגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ע' בשו"ת הרא"ש כלל ו' סי' מ"ט ובתשו' הרמ"א סי' ד' ובתשו' עבוה"ג סי' ש"ח:

ז **שהשטר בטל בו לא.** עיין בתשו' הרב מו"ה משה רוטנבורג חח"מ סי' ח' ובהגה שם ודדוקא גבי שטר אמרינן הכי אבל בדבר הנקנה בע"פ בדיבורא אם יש ספק בענין אמרינן תמיד יד המוציא עה"ת אפילו היכא דנתבטל דיבורו לגמרי דדוקא שטר דעביד מעשה לכתוב ולחתום כו' ע"ש ועמ"ש לקמן סי' רמ"ה ס"א ס"ק א':

ח **בפסח הבא ראשון.** עיין בתשו' בית אפרים חח"מ סי' ע"ה שכ' בשטר שכתוב בו שנתחייב לפרוע אחר כמה שנים לכאורה יש לדמות למתחייב לפרוע בפסח שמחוייב בפסח הבא ראשון ואינו יכול לומר אפרענו בפסח הבא אחר כמה שנים דאם כן השטר בטל לגמרי ובכה"ג לא אמרינן יד בעל השטר עה"ת וה"נ יהיה מחוייב לפרוע אחר שלש שנים שהוא הפחות שבל' זה (עמש"ל סי' ס' ס"ג ס"ק ז') אולם יש לחלק בין הך דהכא להה"א דפסח וגם וגם שכתבו שם הטעם דמסתמא מתחייב לעשות בזמן ראשון משא"כ הכא ל"ש הך טעמא ונראה דיש לדון בזה לפי מנהג המקום ולשער כפי הרגילות שמאחרין הלואה כזו לפי ערך הממון ולפי מה שהוא אדם ואם הוא בענין שאין לתלות במנהג המקום נראה דמחוייב לשלם לו עכ"פ אחר תשעה שנים דכל שהוא מגיע לסכום עשר אסוכי מסכי להו וכה"ג אמרינן בב"ב דף קע"ו לענין אסתרי וזוזי כו' עכ"ד עש"ה:

ט **שאפשר שטעה בו.** עבה"ט עד אבל בלשון אתננו דליכא למ"ד דמהני אין לומר שהנותן טעה כו' וע' בתומים ובנה"מ שכתבו על זה דצ"ע מהך דלעיל סימן נ"ט סי"ב דג"כ ליכא למ"ד דמהני דהא רוב הפוסקים לא ס"ל כשמואל ע"ש ועיין בתשו' שבו"י ח"ג סימן קע"ג אודות בכור מאם שיש לו שטר מתנה מאמו שנכתב בכל אופן המועיל עם כל שופרא דשטרא כנהוג וכתוב בו בזה"ל שנתנה לו במתנה עבור חלק בכורה שלו ועכשיו טוענת האם שהשטר מתנה בטל שנעשה בטענת שהיתה סבורה שבכור מאם יש לו חלק בכורה כמו בכור מאב לכך נתנה לו מתנה זו בשביל חלק בכורה והבן טוען שאמו נתנה לו מתנה פסוקה לא משום בכורה רק הסופר טעה וכיון שכתוב בשטר מתנה שלא יגרע כח השטר משום חסר או יתיר יהא הכל נדרש לטובת בעל השטר גם זה בכלל ועוד כיון שכתוב בשטר מתנה אחריות הוי כמכר. והשיב דהדין עם האם כי זה שטר ושוברו עמו דהוא טעות דמוכח ולא מהני אפילו אם כ' בשטר. כל שופרא דשטרא כמבואר בתשובת שארית יוסף סי' א' ובנ"ש סי' ג' אות ח' ודאי אם היה כתוב בשטר בזה"ל בשביל בכורה שלו או סתם בשביל בכורה הייתי יכול לפרש בשביל קדושה שבו שהרי לא הוצרך לפדיון ובא"ח סי' קכ"ח דאם אין לוי יונק בכור מאם מים לכהנים לכהנים לכן היה חביב עליה (והיה מועיל לזה שופרא דשטרא שיהא נדרש לטובת בעל השטר) אבל כאן כתוב עבור חלק בכורה שלו הרי שטעתה וסברה דגם בכור מאם יש לו

חלק ירושה יותר בשביל בכורה שלו וזה היא טעות גמור גם מה שטען הבן דשטר מתנה זו הוי כמכר אדרבה מזה יותר מכח שטעתה שסברה שיש לו ע"פ הדין חלק בכורה לכך כתבה לו אחריות שהרי אין דרך לכתוב במתנה אחריות כמ"ש הסמ"ע סי' ר"ה סק"י וכיון שזה הכל בטעות נתבטל המתנה מעיקרו ומ"מ תקבל האם על עצמה בחב"ד שלא נתכוונה למתנה גמורה רק בשביל שסברה שיש לו חלק בכורה על פי הדין עכ"ד ע"ש (ושם הלשון מגומגם קצת וצריך תיקון) . ועיין בתשובת הרב מו"ה משה רוטנבורג סימן ק' שכתב דנראה דאף לדעת מהרי"ק דס"ל דהיכא דאיכא למתלי בטעות אמרינן יד בעל השטר עה"ת אף היכא דנתבטל השטר מכל מקום הכל לפי הסופרים והעדים כו' וע"כ נראה דמחלוקת הסמ"ע והש"ך באתננו ג"כ ישתנה לפי האדם ובודאי לאו כ"ע דינא גמירי ואם הוא ע"ה ובור אף בקנין אתן אמרינן יד בעה"ש עה"ת דזיל בתר טעמא דל"א יד בעה"ש על התחתונה בביטול השטר דאם כן למה כתב השטר כלל וכיון דהוא ע"ה עבר ומקנה לו בזה האופן ובאמת הוא טועה דאינו קנין. וא"כ בהאי דנ"ד (בעובדא דשם) דהמתחייב הוא גדול הדור וכל הנכתב והחתימה הוא כ"י ממש ודאי דלא אמרינן דטעה בדבר פשוט ומצאתי בתשובת כנ"י סימן צ"א דהרב השואל שם כתב ג"כ סברא זו מפני שהיה מסדר השטר ת"ח ובודאי לא טעה והרב בעל כנ"י לא חולק עליו בסברא זו ואין לדחות ולומר דדוקא בנדון הכנ"י שם דהמסדר לא היה בעל השטר אמרינן דלא טעה כיון שהוא ת"ח אבל הכא כיון דהכותב עצמו הוא המתחייב אפשר דלא טעה אלא עשה בכוונה כן כדי להטעותו דזה בודאי לא אמרינן ולא חשדינן ליה לת"ח לבא בנכלי דתות וערמומית לרמות ב"א והמטעותן ואפילו אם אמר כן אח"כ לא מהימנינן ליה וכן מפורש בתשובת מהרי"ט סימן ס"ט והביא ראיה מפרק איזהו נשך רב עילש גברא רבה הוא ואיסורא לאינשי לא הוה ספי ובלאו טעמא דגברא רבה לאו כל כמיניה לומר הטעותיו דאין אדם מע"ר דגם עדים שאמרו אמנה היה דברינו א"נ דאעוולה לא חתמי ע"ש:

י **הרבה מהמפרשים כו'**. עיין בתשובת כנ"י סי' ק"א שכ' דהרבה דעות חולקין על זה וגם בכנה"ג מביא הרבה פוסקים ותשובות דלית להו האי פיסקא ומל' המחבר משמע נמי שלא החליט הדבר. וע"ש עוד אודות ראובן שכתב לבנו בעת נישואו בנו שטר מתנה על חצי מהבית שלו רק שייר לעצמי שידור בו כל ימי חייו ובשטר הנ"ל נאמר עוד בזה"ל גם התחייב ראובן אם ירצו הזוג ליתן ליורשי ראובן חצי שעה קודם מיתת ראובן סך פלוני בעד החצי השניה מהבית הנ"ל ולשלם סך הנ"ל חצי שעה קודם מיתת ראובן אז שייך גם החצי שניה מהבית הנ"ל ג"כ להזווג הנ"ל בלי שום שיור כלל כו' וראובן שבק חיים והניח ג' יורשים דהיינו בנו הנ"ל ועוד ב' יורשים והבנים אומרים דפירוש ליורשו

הנאמר בשטר היינו להאחרים זולת הבן הנ"ל והבן מפרש לכלל יורשי ואף הוא יקח חלק שליש. והשיב הא ודאי דאם הזוג לא לקחו הברירה לסלק בעד החצי השניה נשאר חצי הבית בחזקת כל היורשים ויש להבן חלק כחלק עם אחיו וגם זה ודאי דאם לא גילו הזוג לב"ד קודם מיתת ראובן שהמה מוכנים לשלם אז החצי בית שייך לכלל עזבון ויתחלק לשלשה חלקים כפי שישומו היום הבית אך אם כבר אמרו בב"ד או בסהדי קודם מיתת ראובן שהמה מוכנים לשלם אז שייך הספק הנ"ל בחלוקת המעות. ויש לפסוק בזה לילך אחר המוחזק כי מבואר בגמרא ב"ב קל"ח דדייקינן לישנא יתירא לטפויי וכן מבואר בכמה תשובות ע' בת' מהרש"ל סי' מ"ט וסי' ע"ד ובת' מהר"ם טראני ח"א סי' קנ"ד ובמשפטי שמואל סי' פ"ז וגם במהרי"ק שהביא ב"י סי' זה וא"כ בנ"ד שנכתב בשטר אם ירצו הזוג ליתן ליורשי ראובן כו' תיבת ליורשי יתירא דיכתוב סתם ירצו ליתן דאטו מאן יירש ומכ"ש מאחר שהתנאי היה שיתנו וישלמו קודם מיתתו אז הנתינה לרשותו וה"ל לכתוב סתם ליתן א"ו לאטפויי שיתנו לשאר יורשים אך הב"י בס"ס ס"א מביא דעת הרשב"א דאין כח בידינו לומר לישנא יתירא לטפויי כ"א אלו המבוארים בגמרא ואחריו נטו כמה תשובות אמנם הקשו דברי הרשב"א אהדדי כי נמצא בכמה תשובות להרשב"א שדרש לישנא יתירא והנכון בזה מה שתירץ הרדב"ז דלהוציא אין לומר לטפוי כ"א הנזכר בגמרא אבל למוחזק ודאי אמרינן לטפויי (ע' בתשו' נו"ב סי' ג' הובא לעיל סי' י"ג ס"א ועיין בתשובת מהרי"ט סי' קי"ט ובתשובת שער אפרים סי' קכ"ט ובתשו' מהר"ר משה רוטנבורג חח"מ סי' ח') ומעתה ניחזי בנ"ד מי מוחזק הנה ודאי הבית בחזקת אביהם אף שיש לבן חזקה בבית אביו אם אינו סמוך על שולחנו (כמו שכתבתי בשולחן ערוך סימן קמ"ט סעיף ד') אך משמעות השטר שראובן היה דר בה כל ימי חייו ואף אם גם הבן דר בה אין חזקה. ואם אחר מות ראובן שלשה שנים דר בו הבן בלי מחאה אז ודאי אם היורשים גדולים נקרא מוחזק ויקח זה הבן חלק שליש מן המעות. אך אם היורשים קטנים דלאו בני מחאה נינהו ואף שבמשך הזמן נתגדלו מסקנת המפה (שם סעיף י ט) דאין חזקה נגדם אם כן הבית בחזקת היתומים ואין לו לבן הנ"ל כלל במעות. ואם אחד גדול ואחד קטן אז נגד הגדול נקרא הבן מוחזק ונגד הקטן נקרא מוציא ואז יקח הקטן חצי מן הסך המעות והגדול שליש ובן הנ"ל חלק ששית. ואם אחד מן היורשים בכור יחלוק לפי ערך הנ"ל לד' חלקים עכ"ד עיין שם ועיין בתשובה שב יעקב חח"מ סימן י"ז יובא לקמן סימן רע"ו ס"ה סק"ד:

יא **וסתמא משמע כך**. עיין בתשובת עבודת הגרשוני סימן ג' מ"ש בזה:

יב **דעת השומעים**. עבה"ט עד והסופר אומר שכוונתו היתה על כל העליות הדין עם המלוה כו' ועיין בתשובת הרב מו"ה משה רוטנבורג סי' ח' אודות שטען המתחייב על השטר שנתן שמה שנאמר בו כשאגבה הוועקסלין אמסור החצי לפ' הוי דבר שאינו ברשותו כו' ומה שרוצים לחייב אותו מלשון שייך לפ' הנאמר שם שהוא ל' הודאה טען החכם נותן הכתב הנ"ל דלשון שייך יש לו שני ביאורים הא' שהוא שלו בהחלט והב' שיש לו שייכות בגוה דהיינו שיש לו שעבוד ע"ז והיאך יכולים לחייבו מספק ומה שנאמר בפוסקים שהולכים בשטרות אחר ל' ב"א היינו דוקא בדבר שבדיבורו נגמר איזה עשיה כמו מקח וקדושין ונדרים אבל במה שאנחנו מחייבים אותו בהודאתו יכול זה לפרש דבריו אף בפי' דחוק והביא ראיה מתשובת ראנ"ח סי' ק"א דהביא ראיה מהאי דמסכת ב"ב דטען של אבהתיה הוא דיכול לתרץ דבריו דסמוך עליה כדאבהתי' והוא בח"מ סי' קמ"ו כו'. והוא ז"ל האריך בביטול דבריו ואח"ז כ' וז"ל ומה שהביא ראיה ממה דיכול לתרץ דבריו דהי' כוונתו דסמיך עליה כדאבהתיה אין החילוק כמו שדימה החכם הטוען הנ"ל רק החילוק הנכון הוא דהיכא שבא לחייב א"ע באיזה דבר או בהודה על איזה דבר וכן בבא להקנות ומכ"ש כשכתב הודאתו או חיובו והקנאתו בשטר מידק דייק בו ואין חילוק בין כתב בכ"י ממש או דעדים כתבו הכתב מ"מ המה כתבו ע"פ צווי שלו ואמרי' דודאי דייק ואם בא להכחיש השטר אי לפרש בו פירוש דחוק אינו נאמן דמסתמא כוונתו בלשון ב"א ולפי דעת השומעים אבל כשאינו מכוון להתחייב א"ע ולא להקנות ולא להודאה רק טוען טענותיו לפני ב"ד דרך טענה בעלמא דאף דא"י לחזור מטענותיו לגמרי מ"מ כשמתרץ דבריו ונותן אמתלא לדבריו אף אם האמתלא רחוקה קצת לא מקרי חוזר וטוען. וגדולה מזו אני אומר אף במי שטען לפני ב"ד משכנתי לו בית עד סוף העליה שיכול אח"כ לפרש דבריו שלא כוון רק לעליה אחת ולא מקרי חוזר וטוען כו' ומה שהביא ראיה מתשובת הראנ"ח ג"כ אינו ראיה דשם הנידון הי' בכתב פשר שכתבו הפשרנים ונפל ספק וטען הנתבע שזה לא נכלל בפשר וע"ז דן שם הראנ"ח דיכול לפרש הכתב אף בפירוש דחוק וא"כ אין ראיה לכ"י או לשטר שכתבו העדים דע"כ לא קאמרינן אלא בשכתב בכ"י או שהעדים כתבו ע"פ צווי שלו אמרי' דמידק דייק ביה ובודאי הי' כוונתו לפי דעת השומעים דאם הי' כוונתו בהיפך הו"ל לפרושי וזה לא שייך בפשר הנ"ל כיון שלא נכתב ע"פ צווי שלו אלא כפי אומד דעתם של הפשרנים שפיר יכול לומר דלזה לא כיוונו הפשרנים ואף שהפי' דחוק קצת והדרינן בזה לכללא דהממע"ה וע"ז הביא הראנ"ח ראיה ויכול לתרץ דבריו ומה שאמר דאבהתי' דסמיך עליה כדאבהתי' ומשום דלא שייך התם ג"כ מידק דייק כיון שאינו בא לחייב א"ע בכתב או

בהודאה כ"א דרך טענה א"כ אף שם כיון דהוא לא כתבו ולא שייך לו' דדייק יכול לפרש אף בפירוש דחוק. וע"ש בהראנ"ח שרצה לחלק בין הוא עצמו מפרש אח"כ כוונתו ובין נידון שלו שהבע"ד רוצה לפרש כוונת הפשרנים עכ"ד ע"ש וע' עוד בבה"ט מ"ש. וע' בתשובת מהראנ"ח סימן כ"א ובמהרי"ט סי' קכ"ב כו'. ובגליון ש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב וע' עוד במהרי"ט ח"ב סי' פ"א ובשו"ת לחם רב סי' י' ובשו"ת חכם צבי סי' ד' ובשו"ת מהרח"ש ח"א סי' ג'. וע' בתשובת שבות יעקב ח"ג סי' קנ"ו בראובן שלוה משמעון סך מה ונתן לו אפותיקי מפורש על מקומו בבה"כ שאם לא יפרע תוך שני שנים יגבה מהמקום והתנו בפירוש שלא יוכל ראובן למכור או להשכן המקום הנ"ל עד שישלם תחלה חוב זה ועתה רוצה ראובן להשכיר המקום עד שיגיע זמן פרעון חובו אי רשות בידו או לא והשיב דראובן יכול להשכיר המקום כל ימי משך זמן ההלואה אף די"ל שכירות ליומא ממכר הוא ואפילו אם כתב בשטר אפותיקי דלא כאסמכתא ודלא כטפסי דשטרי דאז לדעת הרבה פוסקים יד בעל השטר על העליונה מ"מ בשטרות הולכין אחר לשון בני אדם ואחר כוונתו דהיינו מכירה ממש או להשכין המקום דאז מורע כח אפותיקי שלו שיצטרך לטרוח לטרוף מלוקח או להמציא מקומו הממושכן ואין בלשון ב"א השכירות דמה גריעותא יש לבע"ח אם הלוה יושב על מקומו עד זמן פרעון או שיושב עליה אחר אין זה אלא מדת סדום ע"ש:

יג **הואיל וגדלוהו.** ע' בתומים שהביא בשם הכנה"ג שמחלק דדוקא באין להמגדל בנים והא ז"ל כתב עליו ולא ידעתי מנ"ל לחלק כי הטעם שנתן שם בתשובת מיימוני לפי דהמגדל יתום בתוך ביתו כו' וגם משום חביבות כדכתיב בני הט אזנך כו' שייך הכל אף ביש לו בנים ע"ש וע' בתשובת חתם סופר חאה"ע סי' ע"ו שכתב שסברת הכנה"ג נכון דבשלמא כשאין לו בנים עביד אינש דמחמת חבה קורא לו בנו ולא חייש דנפיק מיניה חורבה והפסד ליורשיו בנחלתו שיבא זה לירש בנחלתו דלא איכפת ליה כולי האי ואפשר דנוח לו שירש בן אשתו האהוב את נכסיו מאשר ירשו אחיו וקרוביו ומעשים בכל יום יוכיחו משא"כ כשיש לו בנים של עצמו אזי חושש טובא שלא יבא מזה טעות והפסד להפקיע בניו מנחלתו וחזק' לא שביק אינש בריה ויהיב לאחריני ולכן שטר שנכתב כן פסול וע"פ חילוק זה מיושב דברי התוספות בפסחים נ"ד ע"א כו' ע"ש עוד והבאתי בפתחי תשו' לאבן העזר סי' י"ט סק"ג וע' מה שכ' בפ"ת ליו"ד סי' רי"ו סק"א:

סימן מג

א **טורף מהם.** עבה"ט בשם ש"ך מ"ש וכן מוכח מפ"ק דב"מ כו' וע' בתשובת נו"ב תניינא סי' כ"ט מ"ש בזה. וע' בתשובת משכנות יעקב סי' כ"ב מה שכתב בזה:

ב **אפ"ה כשר.** עבה"ט וע' בתשובת חוט השני סי' ט"ל אודות שטר שכתב לו בט"ו באב שנת שלש מאות וארבעים ושבע וזמן פרעון קודם ר"ה דשנת ש"ס דהיינו בערך ב' שנים וניכר הדבר שהסופר טעה שהי' לו לכתוב שנת שנ"ז וכ' שמ"ז והעלה שם שהשטר כשר כיון שהטעות מוכח מתוכו ולא אתי לטרוף לקוחות שלא כדין ואפי' החולק בנידון ברביעי בשבת כ"ב בתשרי מודה הכא עש"ב:

ג **המאוחרים כשרים.** כ' הש"ך ס"ק כ"ה וז"ל לשון הב"י מחו' י"א מדברי בעה"ת שער נ"ו משמע שהמוציא על חבירו שטר מאוחר עד דמטי זימנא לא טריף ע"כ ולא ידעתי למה הוצרך לכתוב כן בשם בעה"ת הלא ש"ס ערוך הוא בפ"ק דע"ז דף י' כו' עכ"ל. וע' בתשובת נו"ב סי' י"א שכ' ליישב דברי הב"י בזה בטוב טעם (וע' בתשו' שיבת ציון סי' ק"ד מ"ש על דברי הנו"ב שם) ושם מבואר דבשטר מאוחר לבד מה שאינו יכול לטרוף מהלקוחות עד דמטו זימנא גם מהלו' עצמו אינו יכול לגבות עד זמן הכתוב בשטר שאין חיוב הפרעון חל עד הזמן ההוא. ואף דלשון רש"י שם ועד דמטי זימנא לא טריף אינו יכול לטרוף לקוחות כו'. מ"מ בגמרא אין הלשון כן רק הלשון בגמרא האי שטר מאוחר הוא נעכבי' עד דמטי זימנא ולא טריף מבואר דהוא שני ענינים ותרתי רצו לעשות בשטר ההוא. חדא שאפי' מהלוה עצמו לא יוכל לבקש פרעון חובו עד דמטי זימנא. והב' דלא טריף שמלקוחות שלקחו בין ההלואה לזמן הכתוב בשטר לא טריף כלל אפילו אחר שיגיע זמן פרעון לפי שמחל שעבודו כל משך שבינתים ונמצא שקנו קודם שהתחיל שעבודו כו' ע"ש עוד בענין אם יכול לטעון פרעתי במשך שביני ביני ויובא לקמן סי' ס"ט ס"ב סק"ד ובס"ס ע"ח סק"ה:

ד **האיחור בפירוש.** בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב וז"ל ובשטר קנין כה"ג לדעת תוס' פ"ב דגיטין והוא דיעה א' בש"ע אה"ע סי' קכ"ז ס"ט אינו קונה הקרקע עד זמן הכתוב בו ואף אם רצה להקנות מיד אינו קונה בשטר הזה מיד וכ"כ להדיא הר"ן בגיטין שם אבל לדעת הראב"ד וסייעתו קנה מיד עכ"ל:

ה **משקרים ופסול.** עבה"ט ועמ"ש לעיל סי' לד ס"ט ס"ק י"ט:

ו **נותנים אותה לראובן.** בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב לפי שזמנו מבורר ושמעון אין זמנו מבורר וכ' הרא"ה שכן הדין במלוה שזמנו בה' בניסן טורף מלוקח שזמנו בשטר שלו שמכירתו בניסן סתמא ולענ"ד דין זה צ"ע מאוד די"ל דדוקא בב' שט"ח דעכ"פ השדה

משועבד לשניהם ויש לראובן ודאי שעבוד מש"ה יהבינן ליה כיון דזמנו מבוחר וגם שניהם אינם מוחזקים אבל להוציא מלוקח מספק שעבוד מנין לנו. וע' בהר"ן ובהה"מ שהביאו בשם הרשב"א בב' לקוחות א' ב' בניסן ואחד ניסן סתמא הבע"ח טורף מזה שישנו ניסן סתמא ואינו יכול לומר שמא אני באחד בניסן והנחתי לך כיון שאין נפרעים הוא מטעם תקנה על הלוקח לברר שהוא מוקדם משמע ג"כ דרק בכה"ג דשעבודו ודאי עליו אלא דאין נפרעים כו' אבל בדינא דהרא"ה דאנו דנין על עיקר השעבוד א"י להוציא מספק וצ"ע עכ"ל:

סימן מד

הוי כשטר שאין בו זמן. ע"ל סימן מ"ג ס"א דשטר שאין בו זמן אינו גובה בו ממשעבדי אבל מבני חרי גובה וע' בתשובת שב"י ח"ג סי' קמ"ו שכתב דצע"ג על הש"ע בכאן דבתשובת הרשב"א סי' אלף ול"ה מקור דין זה משמע דפסול לגמרי והטעם צ"ל דאף על גב דאם אין בו זמן כשר מ"מ כשנמחק ה"ל כמזייף מתוכו ופסול ולמה פסק בש"ע דכשר רק שאינו גובה ממשעבדי ואולי י"ל דהב"י אזיל לשיטתו דפסק בסי' מ"ג ס"ז דבשטר מוקדם גובה מב"ח וא"כ אם נמחק הזמן שיש ריעותא לפנינו יש רק חשש שהי' מוקדם לכך פסק דהוי כשטר שאין בו זמן וגבי מב"ח אבל לפי מה דקיי"ל כרמ"א שם בהגה דמוקדם פסול לגמרי אם כן גם בנמחק יש לפסלו ועוד יש לומר והוא עיקר דהב"י אזיל לשיטתו שבסי' ס"ה כתב בשם המ"מ ס"פ י"ד מהלוה מלוה דתורף היינו שם המלו' והלו' והמעות אבל הזמן הוא טופס אבל הסמ"ע שם ס"ק נ"א חולק וכ' דעיקר הוא דהזמן הוי תורף וכן פרש"י וכ"ה בערוך ערך טופס וכן משמעות הש"ס פ' כל הגט להדיא א"כ כל השטר נפסל והוי רק כתביע' בע"פ ושנגדו נשבע ונפטר כנ"ל ענ"ד:

סימן מה

א **וכן נראה לי עיקר.** עש"ך סק"ד שחולק על הכרעה זו ודעתו דהעיקר כסברא ראשונה דאפילו שנים קורין לא מהני וכתב דנראה דאף מסל"ת לא מהני ודלא כבעל העיטור כו' אך כ"ז לכתחלה אבל בדיעבד השטר כשר וכן מוכח דעת המחבר וכמ"ש לקמן סק"י ע"ש אמנם בס' קרבן נתנאל פ"ב דגיטין אות ל"ה ול"ז כתב שדעת הרי"ף והרמב"ם כדעת בעל העיטור שהביא הרא"ש שם דאי מקרי להו לתרי דידעי למקרי במסיח לפי תומו חותמין ע"ש וע' בס' שער משפט מ"ש בזה:

ב **אי אמרי אקרינן**. עבה"ט וע' בס' קרבן נתנאל פ"ב דגיטין אות ל"ח שכ' מה שהקשה הש"ך כאן על הרמב"ם והמחבר לק"מ דאיירי נמי בתרי ישראל ובמסל"ת וסמכו עצמם במ"ש דמהני מסל"ת בתרי עובדי כוכבי אף כי בישראל ואגב שיטפיה נעלם ממנו דברי הרמב"ם והביא המחבר בח"מ סי' ס"ח ס"ב עכ"ל ואיני מבין דבריו דלכאור' מהש"ך לא נעלם זה ואדרבה ממנו נעלם דברי הש"ך לעיל ס"ב סק"ד שכתב דלהרי"ף והרמב"ם אף מסל"ת לא מהני לכתחל' דלא מהני מסל"ת בסי' ס"ח ס"ב אלא בשטר שנעשה כבר בערכאות כו' ע' שם ונהי דהק"נ עצמו אין דעתו כן וכמ"ש בס"ק הקודם אבל עכ"פ דברי הש"ך נכונים. וע' בס' שער משפט שכ' דאולי י"ל דמ"ש הט"ו ואי איתנייהו לסהדי קמן כו' הינו דבאיתנייהו יש תקנה בשאלה דשיילינן להו אבל כי ליתנייהו קמן קים לן בהו דלא ידעי למיקרי השטר פסול לגמרי ול"ש לומר דמוקמינן לסהדי אחזקה שבודאי עשו כהוגן כיון דעכ"פ דשלא כדין עשו לכתחל' א"כ ניחוש דילמ' לא אקרוהו כלל כו' ע"ש. מיהו כ"ז לדעת הש"ך אבל לדעת הק"נ הנ"ל פשיט' דליתא להא מלתא:

ג **ואם הרחיקו שני שיטין פסול**. עי' בתשובת נו"ב תניינ' סי' כ"ה בדין כתב יד שהרחיק הלוה חתימתו מהכתב כמה שיטין ויובא לקמן סי' ס"ט ס"ב ס"ק ו' עש"ב:

ד **שני שיטין פסול**. עבה"ט וע' בתשובת משכנות יעקב סימן ך' מ"ש בזה:

ה **בשטר מתחלה**. עבה"ט וע' בתשובת משכנות יעקב סי' כ"א מ"ש בזה:

ו **אם הכשרים זוכרים**. עי' סמ"ע וש"ך מה שהקשו דתשו' הרא"ש סותרים זא"ז וע' בתשובת כנסת יחזקאל סי' פ"ח שתירץ בטוב ע"ש וע' דברי משפט מ"ש בזה:

ז **והוא שכתבו כן כו'**. עי' בס' שער משפט שכ' דנ"ל דבהוא על הנייר ועדיו על המחק ונמצא כתוב בין עד לעד אנחנו סהדי כו' דאפי' ידעינן בודאי שהעדי' לא כתבו כן רק שהמלוה בעצמו כ' כן מ"מ השטר כשר כיון דסוף סוף שוב לא יכול להזדייף כו' ושוב פקפק בזה ומסיים והדבר צריך תלמוד ע"ש:

סימן מו

א **ואם קיימו בשנים**. עבה"ט בשם סמ"ע עד ואם הלוה בעצמו חתום על השטר ומודה לפני ב' עדים שהוא חתימת ידו נראה דמהני קיומא. וע' בט"ז ג"כ מזה. ובגליון ש"ע דהגר"ע איגר ז"ל נ"ב וז"ל ומ"מ היכא דהשטר הוא חתימת הלוה ומעידי' שהודה בפניהם הלוה שזה חתימתו דכתב הסמ"ע והט"ז דמהני לענ"ד יש לדון טובא דהא מה דכתב הרמ"א סעיף ז' דמעידים מפי הכתב היינו מטעם שכתב הריב"ש דקיום שטרות מדרבנן ואם כן בכת"י דכ' הסמ"ע לעיל סי' ל"ה וכ"כ הש"ך כאן סק"י דמדאוריית' בעי קיום לא

מהני העדות מפי כתבן עכ"ל וע' בנה"מ שתמ' ג"כ בזה וכתב ליישב דמיירי שהלוה צוה להם לחתום ולקיים וחשיב העדאת עדים כמו כל שטר שנעשה בצווי המתחייב:

ב **מתוך כתבם**. עבה"ט בשם ש"ך מ"ש ואם כן קשה על הרמ"א כיון דסתם שם בדברי המחבר כו' עד ואם כן ה"ה בדרבנן אין לחלק בין אלם או לא. וע' באה"ע סימן קמ"ב ס"ז בהגה שכתב ולכן אלם לא יוכל להביא גט כו' ובב"ש שם ס"ק י"א שכתב עי' בריב"ש סימן תי"ג דמכשיר לקיים ע"פ כתב וכ"כ בח"מ סימן מ"ו ס"ז בהגה לפ"ז ג"כ כשר לכתוב בפ"נ ובפ"נ דהיינו קיום וע"כ מ"ש הריב"ש סי' רמ"א דלא מהני ע"פ כתב היינו דוקא באלם כו' עד ובזה צדקו יחדיו מה שפסק בהגה שם ס"ז וסעיף ל"ו ולא כש"ך שם עכ"ל גם בס' קרבן נתנאל פ"ק דגיטין אות ל"ז תמה מאד על הש"ך בזה דלא ראה דברי הרב באה"ע שם וגם דברי הריב"ש דסי' ר"מ ע"ש. וע' בתשובת כנ"י סי' פ"ב שתירץ קושיית הש"ך באופן אחר ע"ש וכן תירץ בתומים הובא בנה"מ סק"כ. וע' בספר בית מאיר באה"ע שם:

ג **ב' עדים על חתימת כל א'**. בגליון ש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב שטר שחתומים בו שלשה עדים והעיד א' על חתימת ב' מהם וא' מעיד על חתימת עד הג' ועל חתימת הא' מן ב' האחרים אע"פ שלדברי כל א' מהם יש בשטר זה ב' עדים מקויימים אינו כלום. הרדב"ז סי' נ' ונ"ה עכ"ל מהריק"ש:

ד **אבל אינו זוכר העדות**. ע' בתשובת נו"ב חלק אבן העזר ס"ס נ"ז:

ה **וכ"ש אם היו עדים**. עי' בנ"צ מ"ש בזה:

ו **אינו מועיל** עי' בתשובת מהרי"ט חלק אה"ע סי' ט' שכתב דהיינו דוקא שלא לגבות בו ממשעבדי אבל מ"מ מצטרף שיהיה מלוה על פה דהא קיי"ל הודאה והלואה מצטרפין אע"ג דמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי ע"ש והביאו הכנה"ג בהגה"ט אות ל"ב. אולם בתומים ס"ק י"ח חולק עליו גם בס' שער משפט חולק וכ' דברור דאשתמיט להו דברי הרי"ף בפ' ג"פ והרמב"ם פ"ד מה' עדות והט"ו בסי' ל' סי"ב כו' ע"ש:

ז **אלא ששנים מן השוק**. עש"ך ס"ק מ"ו וע' בס' קרבן נתנאל פ"ב דכתובות אות נ"ז מ"ש בזה:

ח **ויש חולקים**. עי' ש"ך סעיף קטן ס' וע' בספר קרבן נתנאל פרק ב' דכתובות אות ס"ד מ"ש בזה:

ט **אינו חותם עמהם**. עש"ך ס"ק ס"ו מה שכתב ועוד דכיון דאף לאחר שחתמו מהני כשיקבלו עדות מחדש יצטרפו מחדש לא ה"ל לש"ס למימר בסתמא כו' וע' בס' קרבן נתנאל פ"ב דכתובות אות ס"ו:

י **שזה גילוי דבר** עבה"ט שכתב משא"כ בהעידו עליו שגזל כו' ועמ"ש לעיל סי' ל"ד סכ"ט ס"ק מ"ז:

יא **של דיו וחתך**. עבה"ט וע' בתשו' משכנות יעקב סימן כ"ג:

יב **שנעשה חתנו** עבה"ט שכתב הטעם משום דבפסול קורבה אינו חשוד לזייף כו' וע' בתשו' נאות דשא סי' ס"ח שכ' בחתום בשטר עד שלא נעשה נוגע ונעשה נוגע בעינן ראו השטר בידו מעיקרא כמו בגזלן כמ"ש בסמ"ע ר"ס ל"ז שהדבר פשוט דפסול נוגע הוא משום דחשדינן ליה שמשקר כו' (עמ"ש שם ס"ק א') וכן מבואר להדיא בש"ס ב"ב דף קנ"ט דמייתי שם דין נעשה גזלן דאחרים מעידין על ח"י ומוקי לה בראו עדים החתימה מעיקרא והדר מייתי חתם בשטר עד שלא תפול לו בירושה ואח"כ נפל לו בירושה אחרים מעידין על ח"י ומוקי לה נמי שראו עדים החתימה מעיקרא כו' וגם באורים ס"ק ק"ה מביא דין זה דירושה בשם הש"ס הנ"ל כו' וליכא למימר דהתם שאני דכיון דנפל לו בירושה אין עליו תורת נוגע אלא הוא הבע"ד עצמו מש"ה חשיד לזייף אבל נוגע לא דזה אינו דודאי כיון שעיקר עדותו על אדם אחר רק שע"י זה נמשך לו ריוח הרי הוא ככל נוגע דעלמא ולא גרע מההיא דסימן ס"ו סכ"א במכר השט"ח לעדים החתומים בו ולא קרי להו התם רק נוגע כו' ע"ש ועמ"ש לעיל סימן ל"ג סט"ז ס"ק ט':

יג **אבל אחרים**. עבה"ט לענין אלם אם יכול לחתום שטר ועי' בתשובת כנ"י סי' פ"ב שהאריך להכשיר שטר שחתם אלם ע"ש וע' בקצה"ח ובנה"מ מזה:

יד **פסולי עדות היינו מחמת קורבה**. עבה"ט בשם סמ"ע עד כיון שהלוהו באמת. וע' בתוס' רע"ק בגליון המשניות פרק ב' דכתובות אות י"ט שכתב וז"ל ולפ"ז מיירי רק באומרים שההלואה הי' אמת אלא דבאו נפסול השטר ע"י שקרובים היו ומ"מ אפילו מע"פ לא הוי דהוי תחלתו בפסול. אבל הט"ז כתב דסמכו עצמם דמסתמא יהא גלוי לכל שהם קרובים ולא ידונו על השטר ע"ש אם כן אפשר דגם באומרים קרובים היינו וההלואה הי' שקר מהימני. אמנם לענ"ד נסתר זה מדברי תוספות בשמעתין ד"ה חזקה כו' עכ"ל ע"ש עוד:

טו **נאמנין**. עבה"ט עד וכ' דאפי' אם פירוש דבריהם הוא דחוק כו'. וע' בתשובת הרב מו"ה משה רוטנבורג סי' ח' שכ' דדוקא עדים משום דהתורה האמינה לעדים כ"ז שאין חוזרין ממה שהגידו בראשונה א"כ כיון שיכולים לפרש דבריהם הראשונים בענין שלא יהיו מכחישים דבריהם הראשונים הוי עדות גמורה אבל הבע"ד בעצמם ודאי דא"י לפרש הודאתו בדרכים רחוקים ודחוקים כו' ע"ש:

טז **או שיש עדים שזה כתב ידם**. עי' בנ"צ מ"ש בזה:

יז **אין נאמנים**. כתב הש"ך ועדים אחרים נאמנים וכן כתבו הגאונים עכ"ל רי"ו ומביאו ב"י מחו' ל"ו עכ"ל ומשמע דאפי' בתנאי דס"ל דאין עדים נאמנים בכת"י יוצא ממ"א מ"מ עדים אחרים נאמנים וכ"כ הב"י להדיא בסי' כ"ט בסופו על תשובת הרשב"א דאחד משכן כרם כו' ע"ש וע' בתומים שהעלה דדוקא אם כת הב' העידו סתמא שהי' תנאי דאמרי' דאין זו הכחשה מעידי שטר דהם לא ידעו מתנאי זולת עדים הללו אבל אם העידו שהי' התנאי במעמד עידי השטר א"כ ה"ל הכחשה דתרי ותרי ע"ש וכן העלה בספר שער משפט וכ' דכן מבואר מדברי הב"י באה"ע ס"ס קמ"ה בשם תשובת הרשב"א וגם בתשובת לחם רב סי' פ"א דעתו כן לדינא וכן עיקר ע"ש:

יח **חוץ מלומר בפנינו מסר מודעא**. ע' בס' שער משפט בענין אם עד א' מעידי השטר אומר שבפניו לבד מסר מודעא אי מהני ג"כ כיון דעקר לסהדותיה ואין כאן אלא עד א' על המכירה ואוקי חד לגבי חד כו' והאריך בזה ומסיים דצ"ע לדינא ע"ש:

סימן מז

א **וכתוב בו נאמנות**. עבה"ט מ"ש אבל הש"ך כתב כו' דנ"ל אפילו אין בו נאמנות כו' וכ' בתשובת שבו"י מ"א סי' קנ"ד שחולק על הש"ך בזה וכתב דמי ימלא לבו לפסוק כדברו להוציא ממין נגד גדולי ראשונים הבעה"ת והטור ופסק כן בש"ע ואין ראיות הש"ך מוכרחים כל כך דמסתימת לשון הרמב"ם וסמ"ג והש"ס דכתובות אין ראיה כלל כו' ומסיק וז"ל ומעתה אין כדאי בדברי הש"ך אלו לדחות דברי הראשונים ובפרט להוציא מיד מוחזק אך יכול להשביע ש"ח את המלוה כמו בטוען אין לי וכמבואר בב"י סי' מ"ז ובסמ"ע שם אבל להלוה אפשר אינו יכול להשביע שפרע כיון שהמלוה מסייע לו פוטרו משבועה ואין זה נוגע בדבר כיון סוף סוף השטר עומד לגבות ממנו כו' אבל הלוה אינו יכול לפטור את המלוה כי הלוה ודאי נוגע הוא שרוצה לפטור עצמו מהפרעון וכ"ז נ"ל ברור עכ"ל ע"ש. וע' בתומים ובקצה"ח ונה"מ מזה:

ב **והוחזק השטר בב"ד** עבה"ט ועיין בס' קרבן נתנאל פ"ב דכתובו' אות כ"ג שכתב ג"כ דלא כהסמ"ע ודברי הש"ך נכוחים ע"ש:

ג **ביד שליש אינו נאמן**. עש"ך סק"ז ועיין בס' ק"נ פ"ב דכתובות אות כ"ב מ"ש בזה:

ד **אח"כ אינו נאמן**. עבה"ט מ"ש אבל כשאומר שהם פקדון בידו נאמן במגו כו' והש"ך כתב דלא נהירא כו' ועיין בתשוב' משכנות יעקב סימן כ"ד שהשיג על הש"ך בזה ודעתו דהעיקר כדברי הסמ"ע עיין שם:

סימן מח

א **שכיון שנמחל**. עש"ך סק"ב מ"ש עוד כ' בסמ"ע כו' ומיירי שהלוה לו בעדים כו' ודלא כנראה מתשו' מהר"ם לובלין סי' ל"ה והי' אפשר לפרש דבריו דמיירי שידוע בעדים אך לא משמע כן מסוף תשובתו כו' וע' בתשובת נו"ב תניינא סימן כ"ו מ"ש בזה:

ב **שנמחל שעבודו**. עבה"ט עד וכ"כ הב"ח דאפילו בכת"י שנמחל שעבודו אינו גובה בו כלל וכן עיקר עכ"ל הנה מדבריו משמע דהש"ך הסכים להב"ח בענין כת"י ובמחכ"ת לא העתיק יפה כי המעיין בפנים בש"ך יראה דהש"ך הביא דברי הב"ח אלו רק לראיה דלא כהסמ"ע בענין לגבות מב"ח שהרי כת"י פשיטא דאינו גובה בו ממשעבדי וע"כ דס"ל להב"ח דגם לענין לענין בנ"ח שייך נמחל שעבודו אבל לעיקר הדין בענין כת"י חולק הש"ך על הב"ח ומסכים לדעת הע"ש והסמ"ע דבכת"י ל"ש נמחל שעבודו וכתב דאם כתב בכת"י כל מי שמוציאו גובה בו או בממרמו"ת שלנו גם הב"ח מודה שחוזר ולוה בו עש"ה. והנה בתשו' עבוה"ג ס"ס ע"ח כתב וז"ל הגם דמהרו"ך והע"ש הסכימו יחדיו שבכ"י שאין בו שעבוד נכסים אין שייך לומר נמחל שעבודו וחוזר ולוה בו ביום אבל יש לי ראיות מוכרעות שאפי' בכ"י שייך לומר נמחל שעבודו ואין חוזרין ולוין בו וכן פסק מורי בב"ח עכ"ל. אך בתומים הסכים להש"ך וכתב דה"ה לשטר שאין בו אחריות נכסים כלל דחד דינא הוא כמו כת"י ע"ש וכן הסכים בתשו' ב"ש אחרון סי' ו' כדברי התומים ע"ש וע' בקצה"ח ובנה"מ מזה ועמש"ל סי' קכ"ט ס"א סק"א. וע' בתשו' נו"ב סי' י' בתשו' מבן המחבר שהוכיח שם דגם בשטר מאוחר שפרע בין ההלוא' לזמן נמי מפסיל משום נמחל שעבודו אף דבשטר מאוחר אינו מתחיל השעבוד עד זמן הכתוב בו ע"ש. וע' בס' שער משפט שכתב נשאלתי בא' שהוציא שני שטרי הלואות על מנה והודה שהם הלואה אחת רק שנכתב מחדש בשביל שכבר נשלם זמן הפרעון והשטרות היו בהיתר עיסקא ולכך נכתב מחדש בשביל ההיתר עיסקא אם בכה"ג ביטל שני את הראשון והוי כנמחל שעבודו של הראשון ואינו יכול לגבות מזמן הראשון והשבתי דבכה"ג לא ביטל שני את הראשון דאמרי' לתוספות כתביה בכדי שיוכל לגבות הרבית מז"פ ואילך ולא נמחל שעבודו מזמן הראשון כו' אמנם היכא דליכא שום תוספות בשטר האחרון ולא אמר טעם למה כ' שטר השני א"נ לומר שלא מחל השעבוד הראשון במגו דאי בעי היה תובע ב' השטרות דהוי כמגו במקום עדים כו' עש"ב ודבריו צ"ע. והעיקר לע"ד כדברי הרדב"ז ח"א סי' קכ"ד שהביא שם דבשני שטרי הלואות על חוב א' לא אמרי' כלל ביטל שני את הראשון ע"ש וכ"כ בתשו' ח"ס חח"מ סי' נ"א יובא לקמן סי' רפ"א ס"ו סק"א:

סימן מט

א **ששם הלוה.** עבה"ט שכתב ול"ד לשובר כו' עד לכך צריכים להכיר גם שם הלוה וע' בדגמ"ר שכתב בזה וז"ל ואין לחוש שהלוה הזה עצמו חייב לאיש אחר ששמו כשם מלוה זה הבא לפני עדים משום דכשלוה זה יוציא שובר זה נגד המלוה שלו האחר והאחר יטעון שמעולם לא צוה לכתוב שובר ישאלו את העדים וכיון שכבר ראו העדים את הלוה יכירוהו ויזכירו שאז הי' עמו מלוה אחר משא"כ אם יבא השובר ליד לוה שמעולם לא ראו העדים לא את הלוה ולא את המלוה לא יוכלו להעלות על דעתם כלל ויעשו הב"ד כפי השובר וע' דרישה עכ"ל וע' בתומים ובנה"מ מזה:

ב **או קרוב.** עבה"ט ובגליון ש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ואפילו אמרו כן בשעת מעשה כ"כ הב"י באה"ע ר"ס קנ"ז וע' שו"ת הראנ"ח ח"א סימן פ"ט וע' בספר עזרת נשים סימן י"ז ס"ק כ"ה דף י"ב ריש ע"ב עכ"ל ועמ"ש בפ"ת לאה"ע סימן קס"ט ס"ק י"א:

ג **שכל אחד יאמר לא עלי.** עי' בספר שער משפט שכתב ונראה דבכה"ג אם תפס בעל השטר מא' מהן מהני תפיס' וראי' מסימן מ"ב ס"א כו' ע"ש:

ד **י"א דאם הם מב' עיירות.** ע' בת' חו"י ס"ט רכ"ח מ"ש בזה:

ה **וי"א דאין כותבין.** עבה"ט וע' בתשובת רבינו עקיבא איגר סי' ק"כ בענין שינ' שם העיר דהגאון בעל בית מאיר פשיטא ליה דפסול והוא ז"ל כתב לא ידעתי היכן מצינו מפורש דשינה שם עירו פסול בשטרי ממון ובתשובת הרמ"ח סימן קי"ג כתב רק בדרך אפשר דשינה שם עירו פסול בשטרות כמו בגט ובאמת יש לומר כיון דעיקר הטעם בגט משום לעז ובממון ליכא לעז ע"ש:

ו **שהערב לשני יוב"ש.** עבה"ט שכ' נראה דה"ה יוב"ש שערב בעד יוב"ש אחר כו' וע' בתומים שחולק ע"ז וגם ע"ד הש"ך שהוא בס"ק הקודם בירש שדה מיב"ש דודו כו' ופסק דגובה ע"ש וגם בתומים לקמן סי' קכ"ט סק"ו מזה וע' בקצה"ח ובנה"מ מ"ש בזה וע' בתשו' ושב הכהן סי' מ"ג שהאריך וביתר כמה פרטי דינים בענין זה עש"ה וגם בס' שער משפט מזה וע' בחידושי רע"ק איגר זצ"ל למס' ב"מ דף פ' ויובא לקמן סי' ש"ט ס"ד סק"ב:

סימן נ

הוא נכתב שובר. עבה"ט בשם ש"ך מ"ש אבל אם זה שקנהו טוען שלא ידע מהשובר ה"ל כאילו זה נתחייב לו מתחלה ומה שפרע למלוה הראשון איהו דאפסיד אנפשיה כו' וע' בתשו' אא"ז פמ"א ח"ב סי' צ"א בעובדא בא' שהלוה לחבירו מעיר אחרת אלף

זהו' על שט"ח שנכתב בו שנתחייב לכל מי שמוציאו ומפני הוצאות הדרך מסר השט"ח לשמעון שיסע לעיר הסמוכה לעיר הלוה על יומא דשוקא שיגבה מעותיו ויחזיר לו בביתו וכאשר בא לשם ותבע בש"ח בשם המלוה וכי א"ל שעשהו שליח לגבות חובו ולא ירבה בהוצאות ונתן לידו סך שמונה מאות זהו' וכתב קבלה על הש"ח ולימים מועטים נזדמן המלוה עם הלוה בפונדק א' ותבע ממנו מותר החוב שני מאות זהו' וא"ל כי שלחתי הש"ח ואינו בידי לשלם לי המותר והאמין לו הלוה ומסר לו הב' מאות זהו' וכ' לו המלוה בכת"י לראיה שמקבלו על הש"ח שסכומו כו"כ ולא נשאר חייב לו על הש"ח כלום ועכשיו תבע שמעון השליח שישלם הלוה המותר באמרו כי הוא קנה הש"ח ולא היה לך לשלם למלוה. והשיב דבר זה הכריע הש"ך בח"מ סי' נ' שכ' ומה שפרע למלוה הראשון איהו דאפסיד אנפשיה שפרע לו ולא כתב שובר ע"ג שטר עצמו כו' ולכן בנ"ד צריך לשלם למי שהשטר עכשיו בידו ויתבע להמלוה דאיהו אפסיד אנפשיה אכן נראה שצריך המוציא ש"ח לישבע שלא אמר ללוה שבא רק בשליחותו דאה האמת כן הוא יכול הלוה לומר כיון שלא אמרת לי שקנית הש"ח ואמרת שאתה גומל חסד ועומד בחריקאי כדי למעט הוצאה וסברתי ששייך למלוה ראשון ולכך פרעתי לו ולא ניחא לי לירד עכשיו בדינא ודיינא עם מלוה ראשון עכ"ד ע"ש. ומ"ש וכתב עוד בשם ת' המבי"ט דאם פרע קצתו לזה שמוציאו כו' ע' בת' ח"ס חח"מ סי' ו' שכ' דהש"ך קיצר במובן ודברי מבי"ט התם שהי' כתוב שנתחייב לפ' ולכל שמוציאו דלהרשב"א א"צ המוציאו כח והרשאה והרא"ש כתב מחמת המנהג צריך הרשאה. ע"ז כ' המבי"ט דפלוגתתם אם הלוה טען לאו בע"ד דידי את בזה כתב הרא"ש לפי המנהג יכול לטעון כן אי ל"ל הרשאה אבל אי עבר ופרע לא מצי אידך לטעון לא היה לך לפרוע בלי הרשאה דכיון דכתוב להדיא לכל המוציאו לאו כ"ע מנהגא גמירי ואין למלוה על הלוה כלום. והא דכתב המבי"ט וכן העתיק הש"ך שפרע מקצתו מעשה כך היה וה"ה כולו ועוד אורחא דמלתא אי פרע כולו מסתמא כשנפרע זה המוציאו החזיר ללוה שטרו כו'. וע"ש עוד בשט"ח שנכתב בו לפרוע למלוה ולארדרע שלו וכתב שיש להסתפק אי דומה לכל המוציאו או לא כי ארדרע משמע מי שנשתלח ממני וצויתי לו לגבות וא"כ יכול לטעון לא צויתיו ולא נתתי לו ארדרע ולא מצי הלוה לומר לאו כ"ע מנהגא גמירי דהרי הכא כתב בהדיא לארדרע כו' ע"ש עוד. ובעיקר דברי הרמ"א הנ"ל ע' בנה"מ ובמה שאכתוב לקמן סי' נ"ד סק"א:

סימן נא

א **מצטרפים**. עבה"ט בשם ש"ך עד ומה שהקשה הסמ"ע דא"כ ל"ל עד דבע"פ כלל כו' לק"מ דהא נ"מ כו' ובגליון ש"ך דהג' רע"ק איגר זצ"ל נ"ב לענ"ד אינו מספיק דמ"מ למאי צריך שיאמר העד שבע"פ אני קניתי הלא בלא"ה אם מעיד על ההלוא' בלא קניתי ג"כ אינו נאמן לו' פרעתי כיון דהוי ושטר בע"א ול"ל מגו דלהד"ם דהא אינו נאמן לו' להד"ם כיון דאיכא ע"א בשטר וע"א בע"פ וביסוד דברי הש"ך כיון שהעד אומר שלא פרע נשבע להכחיש העד נראה דזהו להש"ך לשיטתו בסי' ע"ה ס"ק מ"ג דנראה דמסכים לתי' הר"י דעיקר הטעם דנסכא דא"נ במגו משום שהיה צריך לישבע להכחיש העד א"כ היכא דגם עתה מכחיש להעד נאמן במגו ונ"ל שכן מוכח מדברי הר"ן בפ' הכותב בסוגיא דההוא בקרא דהקשה דיצטרך לישבע להכחיש הבקרא ולכאורה אמאי לא הק' הר"ן בחזקה יותר דאמאי נאמן מחיים תפיסנא במגו דלקוח הא אם יטעון לקוח יצטרך לישבע נגד הבקרא והוי מחוייב שואיל"ם אע"כ כיון דגם עתה מכחיש להבקרא עדיף. ואולם לתי' הב' דהתוס' והובא ג"כ בש"ך סי' ע"ה ס"ק מ"ג דכל שאינו מכחיש להעד בשבועה הוי כב' וא"כ אף שהעד אומר ג"כ שלא פרע מ"מ בזה שאומר שלוה כיון דע"ז אינו מכחישו הוי בזה כב' וממילא אינו נאמן לו' פרוע ודו"ק עכ"ל וע' בנה"מ מזה:

ב **שט"ח בע"א**. ע' בתשו' נו"ב חאה"ע ר"ס ל"ג מ"ש בזה ובתשו' בית אפרים חח"מ סי' ח' השיג עליו ע"ש:

ג **וי"א שגם כו'**. כ' בדגמ"ר וז"ל ואם יש בו נאמנות ע' בסי' ע"ה בש"ך ס"ק מ"ב (ובבה"ט שם סוף ס"ק ל"ג) עכ"ל וע' בס"ק שאח"ז:

ד **נאמן בשבועה**. עבה"ט וע' בתשו' עבוה"ג סי' ע"ח שכ' דפשוט דלדעה זו אפי' כשיש בו נאמנות נאמן לו' פרעתי ולא דמי לכ"י בנאמנות ומקום דליכא מאן דפליג שאינו נאמן לו' פרעתי כדאי' בסי' ס"ט ס"ב דשאני התם דאמרי' אילו פרעו לא הניחו בידו כיון שיש בו נאמנות כי אינו יכול לפטור א"ע בשום טענה בעולם כיון שכ"י היא מקויימת זולת בטענת פרעתי וטענה גרועה היא כיון שהשטר בידו אבל בשטר בע"א אפי' יש בו נאמנות ומקויים אפ"ל שלא חש להניחו בידו כיון דיוכל לפטור א"ע בהכחשת העד ולומר להד"ם והוא דומה לשטר בב' עדים שאינו מקיום שנאמן לו' פרעתי במגו דמזויף ומה לי מגו דמזוייף ומה לי מגו דלהד"ם כו' וע"ש עוד שכ' דאף הרמב"ם שהוא דעה ראשונ' כאן דס"ל שאינו נאמן לו' פרעתי בע"א בשטר י"ל דדוקא כשנכתב השטר בל' רבים בפנינו עדים כו' ולא חתם עליו רק ע"א וא' איננו או בשני עדים חתומים ונמצא א' מהם קרוב או פסול אבל אם מתחלה לא נכתב השטר כ"א בע"א גם הרמב"ם מודה

שנאמן לומר פרעתי וכ"כ הה"מ שי"מ כן דעת הרמב"ם. ובזה מתורץ קו' הב"ח והסמ"ע סק"ב למה לנו כלל צירוף עד שני דע"פ כו' ע"ש:

ה **והעדים קרובים לא' כו' הרי השטר פסול**. ע' בת' נו"ב חאה"ע סי' נ"ח והובא קצת בפ"ת לאה"ע סי' מ"ב ס"ק י"ז:

סימן נב

א **את הקרן**. עבה"ט עד הלכך נראה דהוי ספיקא דדינא כו' וע' במל"מ פ"ד מה' מלוה דין ו' מענין זה עש"ה. ומ"ש עוד כתב בס' ג"ת שם כשנכלל רבית דרבנן כו' דלא גזרו קרן אטו רבית אלא בדאורייתא כו' ובגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב לכאורה לא נראה כן בדעת תוספות דהרי כדתירצו דמיירי בריבית דרבנן הוסיפו לחדש דין דבעבירה דרבנן בעינן רשע דחמס ולפי סברת ג"ת לא הוצרכו לזה דלפ"מ דמיירי ברבית דרבנן י"ל דמיירי בכלל רבית עם הקרן דלא ידעו העדים בפסולו אע"כ דס"ל לתוס' דגם בזה גזרינן קרן אטו רבית עכ"ל גם בס' שער משפט כתב ראיה זו מדברי התוס' והוסיף עוד בראיות ומסיים וכ"נ מדברי המחבר ביו"ד סימן קס"א סעיף י"א דאף ברבית דרבנן כשנכלל קרן ורבית אינו גובה את הקרן וז"ב עי' שם:

ב **וערב פסול**. ע' באר היטב דדוקא על כל כתב השטר דאל"כ נתת דבריך לשיעורין כו' וע' בתומים שכתב דלא נראה כן מדברי הריב"ש אולם אם נקרע רק באיזה מלוה לכ"ע לא פסול ע"ש. גם בס' גט פשוט לאה"ע סי' קכ"ה ס"ק צ"ב כתב ע"ד הש"ך הנ"ל שאין דבריו מוכרחים ומשמעות הפוסקים הוא דקריעת שתי וערב אפי' בשיטה א' מיפסל ע"ש:

ג **נקרע לשנים**. עבה"ט עד ודלא כהסמ"ע. וע' באו"ת שכ' דכבר נהגו לפסוק כהסמ"ע והוא מלתא דשכיח ואין בו ריעותא כלל ע"כ וכ"כ בנה"מ ובס' עט"צ ע"ש:

סימן נג

א **ואמר עשה לי שנים**. ע' בת' הרדב"ז ח"א סי' קט"ו בענין אם המלוה מבקש שיכתוב לו שטר בערכאותיהם כדי שיהיה בטוח יותר לפרוע לו בזמן שקבע. והביא שם שדבר זה נשאל הרמב"ם ז"ל והשיב דצריך הלוה שיחזק חיובו בד"א ויפקידו השטר ביד איש נאמן כו' והוא ז"ל פקפק בזה ומסיק וכתב דבזמנינו אין ראוי לדון כך כלל אלא כך ראוי לדון שאם הב"ח הוא הולך בדרך טובים ושכנגדו אלם ויש לחוש שמא לא ציית דינא בכה"ג אני מודה שכותבים שטר אחר בדיניהם ויבררו בו שזהו החוב בעצמו שנכתב עליו בד"י אחר שיודיעו לב"ח דאי ציית חבריה דינא והוא יתבע בדיניהם שיעמדו אז

כנגדו ואם הדבר בהיפך שהב"ח הוא אלם אין שומעין לו כלל כו' ע"ש וע' בס' שער משפט שהביאו והסכים עמו ע"ש:

ב **מרצון הלוה.** עבה"ט עד ועושה לזה ב' שטרות כדי שיגבה ב' חלקים כמ"ש בסי' כ"ד ס"ו כו' והנה מבואר שדעת הש"ך בפשיטות שמחשבין לפי השטרות ומ"ש כדלקמן סי' ק"ד ס"ו באמת זה אינו מבואר שם רק כוונתו על גוף הדין דחולקים בשוה וזהו פשוט בעיניו דבב' שטרות אפי' בחד גברא נוטל ב' חלקים והמעיין בפנים בש"ך יראה קצת שינוי ל' ממה שהעתיק הבה"ט משמו דבמקום שכתב הבה"ט ועוש' לזה ב' שטרות כתוב שם ועושה לו עתה ב' שטרות כו' וכ' בת' נאות דשא סי' י"ח דכוונת הש"ך בתיבת עתה היינו משום דבאמת שורת הדין כשיש לא' ב' שט"ח נוטל ב' חלקים לא מבעיא אם היה באמת ב' הלואות אלא אפי' אם היה הלואה א' במנה וכ' לו בתחלה ב' שט"ח של נ' נ' אפ"ה דינו כב' אנשים דהלוה נתן לו אז ב' שעבודים על נכסיו ויש רשות ללוה לעשות כך אע"ג דמפסיד בזה לבע"ח אחרים ובלבד שלא יעשה מוקדם דאין לו כח לשעבד למפרע ומש"ה אי הוי מיירי הך דינא שרוצה לעשות ב' שטרות מהיום ודאי דיכול לעשות כן אלא כיון דמיירי שעושין גם מזמן הראשון מאחר ששטר הראשון ושעבודו קיימין כמבואר בסי' מ"א מש"ה הקשה שעושה קנוניא דבעת הלואה לא עשה לו רק שט"ח א' ואין לו רק ח"א ועתה עושה לו ב' שטרות וזה אין לו כח וכ"ז פשוט בכוונת הש"ך כו' אולם הב"ח בתשו' סי' ל"ה מכח קו' הש"ך הנ"ל פוסק דדוקא בממרמי שיכול ליתנה למי שירצה בלא כומ"ס נוטל ב' חלקים דהוי כב' אנשים משא"כ בשטר סתם כו' ע"ש וכבר האריכו בדין זה בתשו' האחרונים ז"ל ויובא בס"ד לקמן בסי' ק"ד ס"י סק"י:

סימן נד

יכתוב לו שובר ויפרע לו כל חובו. ע' בת' צ"צ סי' יו"ד שנשאל בראובן שהלוה לשמעון בשטר מחתימת ידו כאשר נוהגין האידנא שקורין ממרמ"י והיינו שהלוה חותם חתימת ידו באמצע המגילה וכותב מעל"ד מכוון נגד החתימה בזה הלשון משמעות שט"ח זה על החתום מעל"ד מסך מאה זהובים זמן פרעון ר"ח ניסן. ויש לשטר זה כל תוקף שטרות שבעולם רק שאין לו דין שטר גמור לטרוף ממשעבדי אבל מב"ח גבי ואפי' מיורשים וא"י לטעון פרעתי אם יכולים לקיים ח"י הלוה החתום בשטר זה ויכול אדם ליתן לחבירו שטר זה אפילו בלא כומ"ס ואפי' בלא הרשאה וכל המוציא גובה בו והכל כמנהג התגרים. ואח"כ נאבד השטר זה מן ראובן המלוה ורצה להתפרע משמעון הלוה ושמעון טוען שהוא ירא שמא ימצאנו אחר ויגבה בו ממנו. וכ' השואל שם דכבר אירע

כן פעמים הרבה ונהגו הדיינים להכריז על שטר שהסך הוא כו"כ וזמ"פ כו"כ וחתום עליו פלו' מי שיש לו שטר יבא לב"ד תוך ל' יום או יתבטלו זכיותיו ונותנים ביד הלוה כתוב וחתום שכך הכריזו והוא חייב לשלם להמלוה שלו (וכ"כ בס' עט"צ לעיל סימן נ' ע"ש) אלא שלוה זה מוסיף לטעון דשמא ימצא אחר לשטר זה שהוא חתום בו ויטעון שלא ידע ולא שמע מן ההכרזה שלא היה במדינה או שהיה אנוס ויכחש בו ויאמר שהוא הלוה לו תחלה בשטר זה או שיכחש בהמלוה ויאמר שהוא נתן לו שטר זה בפרעון חובו וכיוצא בזה ויגבה ממנו ולכך רוצה עתה שלא לשלם לראובן המלוה עד שיעשה לו בטחון לסלק היזקו שאם יצטרך לשלם שנית למי שיוציא השטר הנאבד ישלם לו הוא והמלוה טוען שרוצה ליתן לו שובר כדין כל מי שנאבד שטרו ואין עליו שום חיוב יותר הדין עם מי. והשיב תחלה צריכין אנו לבאר אי בשטר חתימת יד בזה שאנו קורין ממרמ"י מהני שובר או לא והנה (הר"ן) הנ"י פ' ג"פ הובא בהגהת ש"ע סי' נ' כתב דמהני שובר בשטר כזה שלא נזכר בו שם המלוה כו' אך היינו דוקא ממי שידוע ששטר זה הי' כבר בידי אותו שובר מהני לכל מי שיוציאנו אח"כ דכיון ששטר זה הי' כבר בידו והוא היה יכול לגבות בו מיקרי הוא בעל השטר והוא מוחל שעבודו ומהני אותו שובר אבל בשאין ידוע ששטר זה היה כבר בידו אלא שהוא בא לב"ד עם הלוה ואמר שטר כזה היה לי על הלוה זה ואבדתיו וכותב לו שובר ודאי דאותו שובר לא מהני דאלת"ה הרי יכול הלוה להערים כו' וכן משמעות ל' הנ"י גופיה כו' וא"כ הרי דין זה מתחלק אם הוא בענין שיודעין ששטר זה הוה בידו כבר הרי השובר ממנו מהני וצריך הלוה לשלם לו רק יתן לו המלוה שובר ואין צריך יותר דהרי שובר זה מהני לכל אדם שיוציאנו אח"כ והרי דינו ככל שטר שנאבד שכותב המלוה שובר וצריך לשלם אבל אם אין ידוע ששטר זה היה בידו כבר דאז אין השובר ממנו מהני כדפירשתי אין הלוה צריך לשלם לו אלא עד שיקבל המלוה עליו אחריות הפסד הלוה מחמת אבידת השטר דהיינו באם שיוציאנו אחר ויגבה ממנו יחזיר לו הוא את מעותיו אע"ג דמכריזין עתה על כל מי שיש לו שטר כזה שיהא מראה לב"ד והוא לא בא מ"מ איכא למיחש דלמא יוציאנו אחר ויברר שהיה אנוס ולא היה יכול לבא ויכחש בלוה זה ויאמר שהוא הלוה לו מתחלה ויגבה ממנו לכך צריך המלוה לקבל עליו אחריות כו' והאריך בזה ע"ש. ועי' בתשובת גבעת שאול סי' כ"ה שנשאל גם כן על כיוצא בזה ובעובדא דידיה אחר שכבר הכריזו ונתנו ביד הלוה כתוב וחתום שכך הכריזו והוא ישלם להמלוה בתוך כך בא אחד והוציא שטר ממר"ם זה ותבע את הלוה בטענה שלוה ממנו בשטר זה ולא היה בביתו בעת הכרזה ולכן אין הלוה רוצה עתה לשלם להמלוה שלו עד שיעשה לו בטחון לסלק היזקו שאם

יצא הדין לשלם שנית לזה האחר לשלם לו הוא והמלוה טוען שרוצה ליתן לו שובר כדין כל מי שנאבד שטרו ואין עליו שום חיוב יותר כיון שהלוה בעצמו יודע האמת שזהו השטר שנאבד ממנו ומה יעשה שמצא אותו אינש דלא מעלי ורוצה להוציא ממון שלא כדין והשיב שהלוה מחוייב שלם להמלוה ומלוה יתן לו שובר כתוב בו על ממר"ם כו"כ דבאמת שובר זה מהני ליה לכל מי שיוציאנו כמבואר מדברי הרמ"א בסי' נ' בהגה ומה שכתב בת' צ"צ דבשטר כזה לא מהני שובר רק דוקא ממי שידוע ששטר זה היה כבר בידו דאל"כ הרי יכול הלוה להערים כו' דבריו אינם מחוורים לי דאם באנו לחוש לרמאי א"כ אף בידוע שהיה לו שטר כזה נמי יכול להערים כו' אלא ע"כ דלא חיישינן לזה כו' ועוד דאף אם נאמר דלא מהני שובר בכה"ג לגבי אחר רק לגבי מלוה זה וא"כ אפשר שיגיעלו הפסד ע"י אחר ומכ"ש בנ"ד שכבר הוציא אחר מ"מ ראוי הוא שהלוה ישלם לו ויקח ממנו שובר משום דטפי יש לחוש על פסידא דמלוה יותר משל לוה כדאיתא בש"ס דב"ב דקע"א מתקיף לה אביי ואלא מאי כותבין שובר אבד שוברו של זה יאכל הלוה וחדי א"ל רבא אין עבד לוה לאיש מלוה כו' ומ"ש הצ"צ לחלק דהתם אין היזקו של לוה ברי משא"כ הכא זה אינו כו' ועוד דהכא ג"כ אין היזקו ברי דהא יכול לטעון פרעתי ומי יימר דמשתבע בעל השטר כדאי' בשבועות דף לב ע"ב ואפי' בשטר שיש בו נאמנות מ"מ הא יכול להשביעו היסת לאחר הפרעון וכיון דהיזקו של המלוה הוא ברי ושל הלוה אינו ברי א"כ אמאי יאכל הלוה וחדי כדקאמר בש"ס מכל הלין טעמים נ"ל דצריך לשלם לו עכ"ד ע"ש. וע' בנה"מ לעיל ס"ס נ' שהוא ז"ל חולק ג"כ על הצ"צ הנ"ל אך בהיפוך מדברי הג"ש הנ"ל דמ"ש הצ"צ דהא דמהני שובר בשטר כזה שלא נכתב בו שם המלוה היינו דוקא ממי שידוע ששטר זה היה כבר בידו כו' ומשמע דאפי' לאחר שנאבד השטר מידו כיון שהיה כבר בידו מהני שובר שלו חולק שם עליו וסובר דלא מהני שובר רק כשמעידין העדים שהיה אז השטר בידו בשעה שכ' השובר אבל בלא"ה לא מהני דשמא מכרו לו אא"כ היינו אחר הזמן שראו קודם הפרעון וכן משמע מל' הנ"י כו' ומ"ש הצ"צ דבנאבד שטר כזה מחוייב הלוה לשלם כשעושה לו ערבות שלא יבא לו היזק משטר כזה פקפק שם עליו וכ' לא ידעתי מנ"ל כיון דלא אמרי' רק כותבין שובר וכיון שא"א לכתוב שובר על שטר כזה מנא ליה שמועיל ערבות הא הלוה יכול לומר אינו בטוח לי ע"ש. ומצאתי בתשו' הרדב"ז ח"א ס"ס קצ"ג כדעת הצ"צ ולא כדברי הג"ש הנ"ל והוסיף שם דאם אין המלוה אמוד יביא לו ערב או משכון וז"ל שם והוי יודע כי חוב כזה (שכתוב בשטר שנשתעבד לפרוע לכל מי שיצא השטר מתחת ידו ואפי' בלא הרשאה) לא יוכל לגבות אותו בעל השטר אם אין השטר בידו אע"ג דכתב לי' תברח

דמצי למימר שמא נתת השטר לאחר או שמא יפול וימצא אותו אחר ולא אוכל לדחותו כיון שכתוב בו תנאי זה לפיכך אם נאבד השטר אין לו תקנה ומ"מ מסתברא שאם שמעון המלוה אמוד כופין את ראובן לפרוע לו חובו ויקבל עליו כל ערעור ונזק והפסד שיבא לו מצד הפרעון הנז' ואם אינו אמוד יביא לו ערב או משכון ע"ז כדי שילא יפסיד זה שלו ויאכל הלה וחדי וכזה ראוי לדון עכ"ל (כעת ראיתי בס' ש"מ סק"ב שהזכיר דברי הצ"צ והרדב"ז הנ"ל בקצרה וכ' ואף שאין דבריהם מוכרחים כ"כ מ"מ כבר הורו זקנים ולהם שומעין ע"ש) גם בת' נ"ד סי' כ"א האריך מאד בענין זה והשיג שם על כל דברי הג"ש הנ"ל ומסיק שדברי הצ"צ הנזכר מחוורים לדינא בלי פקפוק ועוד חקר שם באם ידוע שאבד הממר"ם באונס ובענין אם יש בזה הכחשה שהמלוה חומר שאבד באונס והלוה אינו יודע ואומר אולי בלא אונס והיכא שהלוה טוען ברי שנאבד בלי אונס ובסוף כ' וז"ל העולה מכל המקובץ לדינא דממר"ם זה אם ימצאנו אדם ויוציאנו עליו יצטרך לשלם לו ולא יועיל שובר שיתן לו זה משום דנימא שמא ממר"ם אחר הוא או קנוניא (אם לא באופנים שביאר שם לעיל דליכא הך חששא כגון שעידי השובר מכירים את השטר בט"ע וכה"ג עש"ה) ומש"ה א"צ הלוה לשלם עתה עד שיתן לו כתב שאם יצטרך לשלם לאיש אחר ישבע הלוה היסת שזה הי' הממר"ם שלו ויחזור לו מה שנתן לו עתה אבל יותר ממה שנותן עתה כגון אם אין מגיע עתה רק נ' ובשטר כתוב מאה ויצטרך לשלם אח"כ ק' א"צ המלוה להחזיר לו רק נ' ואם עתה טוען המלוה ששטרו אבד באונס א"צ ליתן כ' קבלת אחריות (אלא יתן לו שובר סתם מחשש שמא ימצאנו הוא עצמו אבל אם ימצאנו אחר ויוציא ממנו ממון א"צ המלוה לשלם לו דהוי גרמא בעלמא ולא גרע משליש שהחזיר שטר כו' וכמו במשכון בסי' ע"ב ס"ב כן מבואר שם בפנים) אם נודע בעדים שבאונס אבד. ואם אינו מביא עדים והלה טוען שמא לא אבדת באונס נשבע המלוה שבאונס נאבד ומשלם לו הלוה ואם לוה מכחיש בברי נשבע הלוה ונאמן במגו דפרעתי כיון שאין שטר בידו כו' עכ"ל עש"ה. שוב ראיתי בתשו' חמדת שלמה חח"מ סי' א' נשאל ג"כ בכעין זה בא' שנתן לחבירו כת"י ובריאשא דמגילתא כתוב סך החוב וח"י הוא רחוק הרבה למטה כנהוג עתה בין הסוחרים ומחמת שערורית מלחמה הטמין המלוה השט"ח צרור תוך שק א' של שטרות בתוך המרתף שלו ואח"כ באו שודדים העירה וכבשוה אח"כ חיפש המלוה במרתף ולא מצא כל השק והנה המלוה בא לגבות החוב מהלוה והלוה טוען אמת שחייב לו אך ירא אולי ימצאנו איש אחר ויגבה בו ממני וע"ז לא מהני שובר מהמלוה אחרי שלא נכתב שם המלוה בשטר ואף אם ירצה המלוה ליתן לו שטר פיצוי (כמ"ש בתשו' צ"צ הנ"ל) אין שיעור לדבר כי יוכל לכתוב עליו מאי

דבעי ולגוז הסך הראשון גם איך יבורר הדבר שזהו השט"ח שהיה ביד המלוה והרבה חששות שיש בזה. והאריך בזה ותמה שם על תשו' צ"צ הנ"ל הן במאי שמועיל לפי דעתו שטר פיצוי דקשה ע"ז מש"ס ב"ב קס"ט ע"ב דילמא אדהכי והכי שמיט ואכיל פירי וקשה גזל הנאכל כו' והן במה שהצריך שטר פיצוי כי ממנהג הדיינים שהעיד השואל שם שנהגו להכריז בכעין זה ולהזקיק הלוה לשלם. מזה מבואר דאין לחוש כלל שמא ימצאנו אחר דאל"כ אף אם לא טען הוא למה אנן לא טענינן ליה ומנהג זה ברור דהוא מנהג ותיקון דבאמת נראה דכל עיקר הפלוגתא אי כותבין שובר היינו רק בחששא דהוא בעצמו יגבה שנית ויפסיד לזה בידים אבל מחששא שיבא ליד אחר והאחר יגבה בו על זה אין מקום כלל לחייב המלוה כיון דאין כאן אפי' גרמא בעלמא ואין כאן דין שמירה כו' וא"כ ברור כמנהג הדיינין וא"צ ליתן אפי' שטר פיצוי דעל גרם בניזקין פטור רק הוא יתן שובר שלא יגבה בו פעם אחר רק דכתב ההכרזה הוא במקום שובר מה שנותנין לו הב"ד כו' ומסיק וכתב וא"כ ה"ה בנ"ד צריך לשלם לו אפי' בלא שטר פיצוי אלא דאכתי יש לגמגם דניחוש שמא כבר מכר המלוה את הח"י הנ"ל בשלמא בעלמא דכותבין שובר ולא חיישינן שמא כבר מכר השטר לאחר היינו כמ"ש הש"מ פ"ב דכתובות בשם הרא"ה כיון דקיי"ל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול א"כ לית לן בה משא"כ בממר"ני דלא מהני שובר של המלוה א"כ איכא למיחש שמכרו לאחר כבר ולמה יהי' צריך לשלם ואפ"ל דלזה מהני ההכרזה דאם קנאו אחד בדין הי' בא לב"ד כו' ובלא"ה בנ"ד לא צריכנא לכל זה חדא שאין הלוה חושד להמלוה בזה ועוד דהא דאיכא למיחש שמכר השטר היינו מחמת ריעותא שאין השטר בידו וכמ"ש הרא"ה שם משא"כ בנ"ד שהי' שערורית ועכ"פ ריעותא אין כאן ומסיים אילו לדידי צייתי ראוי להם לפשר בטוב אחרי שיש להלוה לתלות באילן גדול הצ"צ הנ"ל וכפי שדברתי עם הלוה הגיד לי שרצונו לשלם בג' או ד' ראטי"ס וכן כשר הדבר מאד כו' ע"ש. ושם בסי' ב' תשו' הג' מהר"ע איגר זצ"ל על נדון הנ"ל וכתב מתחלה בפשטא דמלתא נראה דחז"ל האלימו כח הלוה דמחשש פסידא דילי' מפסידים להמלוה דהרי למ"ד אין כותבין שובר מפסידים להמלוה מחשש פסידא דהלוה וא"כ י"ל דע"כ לא פליג ר' יוסי וקי"ל כוותיה דכותבין שובר אלא כיון דיש תקנה בשובר ומחייבין להלוה לשמור שוברו מטעם עבד לוה אבל היכא דליכא תקנה בשובר כמו בנ"ד לכ"ע מפסידים להמלוה ואף בנאבד באונס גמור היכא דל"ש לומר דהמלוה אפסיד לנפשיה דהכי משמע ברפ"ב דכתובות כו' ואח"ז כתב לתרץ תמיהת המחבר על הצ"צ הנ"ל מסוגיא דב"ב. ושוב כ' לפלפל במה שחידש הגהמ"ח לחלק דדוקא היכא שיש חשש שהוא בעצמו יגבה שנית ויפסיד לזה בידים כו' ובסוף הסכים לדבריו לדינא

שצריך לשלם להמלוה אפי' בלא שטר פיצוי וכ' דאף שאין הכרח לחילוק זה מ"מ כיון דלא מצינו הדין רק היכא דהחשש שהוא בעצמו יגבה וכבר הוכחנו דיש עכ"פ מקום לחילוק זה מנ"ל להמציא להוסיף היכא דהחשש שמא ימצא אחר ובפרט דהשואל בצ"צ העיד דמנהג הדיינים להגבות ע"י ההכרזה ואף דהצ"צ הורה דמחוייב ליתן לו שטר פיצוי וזהו ל"ש בנ"ד דיכול לגוז אף שלמעלה ולכתוב מאי דבעי מ"מ באמת מסברא קשה תקנתא דשטר פיצוי דמה"ת לחייב זה להאמין למלוה אף אם איש עני הוא ולא ימצא מקום לגבות א"ו דהצ"צ כ' רק דמחייבים להמלוה במאי דאפשר להציל ללוה מידי הפסדו אבל לא שיהי' עיכוב בדבר ולזה גם דעתי העניה מסכמת להגבות החוב להמלוה ע"י ההכרזה ובאופן היכא דהלוה מאמין ליה שלא מכר השט"ח עכ"ד ע"ש וצ"ע בכל זה:

סימן נה

א **השליש פטור.** עבה"ט בשם מ"ב דוקא כשהחזיר למלוה הוי גרמא כו' עד כדמוכח בתשו' הרא"ש כו' וע' בתשו' ח"ס חח"מ שי' ק"מ שתמה ע"ד המ"ב אלו וכ' שדבריו צע"ג דלדבריו לדברי הרשב"א שליש שהחזיר שטר למלוה אינו אלא גרמא ופטור א"כ קשה מש"ס דכתובות פ"ה ע"א בעובדא דאבימי דמסיק דחייב שליח משום לתקוני שדרתיך דה"ל למישקל שטרא תחלה וצ"ע הא אי הוה שקיל שטרא תחלה ואח"כ החזירו למלוה הי' פטור והשתא שלא שקיל שטרא כלל יתחייב. זה דבר תימה לכאורה אע"כ האמת יורה דרכו דלא נאמרו דיני גרמי וגרמא אלא באינש דעלמא המזיק חבירו אבל מי שבא לידו בתורת שמירה או שליחות חייב אפי' על צד רחוקה ונפלאה וכל פשיעות השומרים ועיוות שליחות כד מעיינת בהו אינם אלא גרמא בעלמא ואפ"ה חייב וא"כ יפה פסק הרא"ש לחייב השליש שהחזיר שטר מכירת שמעון לאביו דאע"ג דאין דין שומרים בשטרות יפה כתב הרא"ש דהיינו אי הי' השטר נאבד בפשיעה אבל השתא שהאביד השטר בידים כו'. ואמנם נידון דהרשב"א שהשליש החזיר שטר למלוה שהעתיקו רמ"א סי' נ"ה קאי אמ"ש בריש הסי' שהוא מתני' דב"ב שהלוה והמלוה שניהם צוו להשליש אם לא יפרענו לזמן פ' יחזירנו להמלוה ופסקינן שם שלא ישמע לקולם ולא יחזירנו למלוה משום דהו' אסמכתא ועז"כ אם עבר השליש והחזיר למלוה פטור והיינו שהרי לא אתינן עלה מטעם שומר אי שליח שהרי לא עבר ע"ד משלחו כלל דהא הם ציוווהו בכך ונהי דמ"מ לא הי"ל להחזירו מ"מ אינו אלא כמזיק דעלמא דפטור בגרמא כו' ועפ"ז כ' שם במעשה בראובן שמסר חוב עו"ג לשלוחו להוציא החוב מיד הלוה והתרה בו באם

לא יגבה החוב שלא ימסור החוב עו"ג ליד שמעון שותפו ועיוות השליח ועבר ומסרו ליד שמעון ושמעון גבה כל החוב מהלוה ואינו רוצה ליתן החצי לראובן באומרו כי יש לו עליו סך כו"כ ופסק דהשליח מחוייב לשלם לראובן הפסדו כיון שהשליח עבר ע"ד משלחו במה שהזהירו פשיטא דמחוייב לשלם היזקו וכיון דחייב השליח ממילא לא מצי שמעון לתפוס של ראובן להפסיד לשליח וישבע ראובן היסת על תביעת שמעון ומסיים והדין דין אמת ע"ש. ולע"ד נ"ע כי עיקר תמיהתו מכתובות דף פ"ה כבר עמד ע"ז בנה"מ לקמן סי' נ"ח סק"ב ומתרץ בטוב דשאני התם כיון ששינה בפריעת המעות מדעת המשלח הוי כפשע והזיק הממון וחייב לשלם ע"ש וגם מסתימת ל' רמ"א לקמן סי' שפ"ו ס"ג בהגה או שליש שהחזיר שטר כו' משמע דבכל גווני פטור ועש"ך שם וצ"ע:

ב **דהוי גרמא**. עבה"ט וע' בתומים ובקצה"ח וע' בתשו' בית אפרים חח"מ סי' ו' מ"ש בזה:

ג **בו כלום**. עבה"ט עד והש"ך האריך להשיג כו' דהחצי שלא נפרע גובה אפי' ממשעבדי כו' וע' בתשו' בית אפרים חח"מ סי' ע"ב מ"ש לפלפל בדין זה:

סימן נו

א **בידו נאמן**. עבה"ט וע' בתשו' בית אפרים חח"מ סי' ט"ו שהאריך לתמוה על כל דברי הש"ך בענין זה עש"ה

ב **ואפי' הכחישו**. עבה"ט מה שכתב אבל הש"ך כתב דדין זה תמוה כו' וע' בתשו' משכנות יעקב סי' כ"ה מ"ש בזה. וע' בפנים בש"ך בד"ה והשתא אתי נמי שפיר כו' עד דנוגע בעדות הוא כו' ובגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב אינו מובן דמה נגיע' איכא הא אחר שמחזיר השטר למלוה כדינו שוב לא הוי נוגע וראוי להיות עד א' שמחל השטר עכ"ל. וע' עוד בש"ך עד והבעה"ט שכ' ע"ז דכדאמרינן בקדושין גבי הן שלוחיו והשתא דתקון רבנן שבועת היסת ה"ל שלוחים נוגעים בעדותן כו' לפע"ד לא דמי כלל כו' וע' בתשובת ושב הכהן סימן ע"ו שכתב ליישב ולפרש דברי בעה"ת על נכון ע"ש וע' בתומים דבנה"מ בענין זה. וע' בתשובת בית אפרים חח"מ סימן ט"ו דרב אחד נסתפק בשליש המוכחש מבע"ד שאומר שהפקיד בידו והשליש אומר שעשאו שליש למסור לזה ויש לו מגו דלהד"ם או לקוח או החזרתי אלא שהשליש צריך לישבע היסת כיון שגם הטענה שהי' יכול לטעון הי' צריך לישבע והשליש אומר כדברי כן הוא שנתן לידי ליתן לפלוני וכשיפסקו הב"ד ליתן לו אתן אבל לא אשבע נגד הבע"ד ולא ייציית דינא אם נאמר דכיון שלא נשבע אין אמירתו כלום או שמא כיון דבשבועת היסת אין יורדין לנכסיו ואם כן

אם הי' טוען לקוח לא היו יורדין לנכסיו גם עתה שאומר של פלוני מהני אף שאינו רוצה לישבע ע"ז או שמת שאני בהיסת דאין רוצה לישבע לא נחתינן לנכסיה משום חזקת ממין משא"כ בטענת של פלוני אין כאן חזקת ממון כיון דבין כך ובין כך תיפוק מרשותי' כמ"ש הש"ך סברא זו בסי' צ"א. והוא ז"ל השיב הדבר ברור שאין משגיחין בזה שהשליש אינו רוצה לישבע דהרי אין נאמנות שלו מחמת שבועתו כלל רק מחמת שבידו ליתן לו ולזה התובע היה משיב להד"ם או שאר טענות שהו' נאמן בהם וא"כ מה"ת לעכב זכותו של זה בשביל שזה אינו רוצה לציית דינא עם התובע לישבע על תביעתו והגע בעצמך אם אמר על כלי זה של פלוני בענין שהי' נאמן ושוב מת או הלך למ"ה פשיטא שאין מעכבין מליתן החפץ לזה ואף שזה התובע צועק חמס ואומר שהשליש שקר דובר לא איכפת לן בהכי וכן בההיא דסימן מ"ז וסי' ס"ב וסי' צ"ט וסי' רכ"ב דאמרינן דמהימן משום שבידו ליתן לפלוני לא איכפת לן אם זה רוצה לישבע או לא רק היכא דלית לי' מגו ורוצ' להיות כעד א' לא מהני אף כשרוצ' לישבע מטעם עד הצריך שבועה כמ"ש הש"ך סי' נ"ו והג"א בריש ב"מ הביאו הש"ך בסימן רכ"ב כו' והאריך בזה ומסיים דכן נראה ברור לדינא דמה שאין השליש רוצה לישבע אינו מעכב זכותו כלל עש"ה:

ג **שיש לו מגו נאמן.** עבה"ט ועיין בת' ושב הכהן סימן ע"ז מ"ש בזה:

ד **יש להם תרעומת.** ע' בה"ט עד אבל אם יש עליו תרעומת שהוציא השלישות שלא כדין כו' אין השליש יכול להעיד כו' וע' בתשובת שב יעקב חח"מ סימן ה' שנשאל בעובדא בראובן ששלח בנו למדינה אחרת ושם לוה סך מה משמעון בשטר וכשחזר אצל אביו ואמר לו שנשאר חייב לשמעון סך מה בשטר כעס עליו אביו ומ"מ אמר שהוא ישלם עבורו ומאז לא השגיח הבן עוד על החוב ואח"כ מת ראובן ובא המלוה לאחר איזה שנים ותבע מן הלוה בן ראובן בע"פ מה שנשאר חייב לו באמרו שנתן השטר ללוי בחיי ראובן באופן שאם יתן לו ראובן סך כך וכך יחזור לו את השטר וראובן לא שילם מה שהיה ראוי לשלם לו ע"פ התנאי ולוי החזיר השטר לראובן שלא כדין ובן ראובן הנ"ל השיב שאינו יודע יותר רק מה שאמר לו אביו מתחלה שרוצה לשלם כל החוב וגם שמע מאביו לבסוף ששילם הכל ומסתמא כך הוא הואיל שאין השטר בידו הדין עם מי. והשיב הנה ודאי אם לא היה ביד המלוה שטר מעולם רק מתחלתו היה מלוה ע"פ אז היה הלוה מחוייב לשלם לו הואיל שהלואה ודאי והפרעון ספק אף דבס"ס ע"ה ס"ל לקצת פוסקים באמר לי אבא דהוי טענת ברי היינו תביעת ברי ע"פ אביו להשביע לכשנגדו שבועת היסת אבל לא לפטור מממון שחייב בודאי ומכ"ש בנ"ד דהוי אביו קצת כנוגע בדבר כדי לפטור עצמו מהפצר' בנו לשלם החוב עבורו כאשר הבטיח לו

ודמי למאי דהובא בש"ע סימן קכ"א ס"י במתן השליח ששלח עמו מעותיו למלוה כו' וכ' הש"ך שם אע"פ שאמר הלוה שהשליח א"ל בודאי שפרע לבע"ח שלו מ"מ לא היה טוען לפני ב"ד כו' אף דשם נוגע בדבר יותר מ"מ משמע בש"ך דאין חילוק. רק העיקר דהכא איתרע טענת המלוה הואיל שהיה בשטר ואין השטר בידו ולפי דברי עצמו השוה א"ע עם אבי הלוה והשליש השטר ומה שאמר שלא נתקיים התנאי והשליש הוציא השטר שלא כדין טענה זו רעועא טובא כו' אך בעיני יפלא למה השמיט השואל המענה בפי לוי השליש אי מודה לדברי מלוה שהוציא מידו שלא כדין או לאו ואפשר היה דעת השואל שדברי השליש לא מעלין ולא מורידין כיון דכבר הוציא השלישות מתחת ידו אינו נאמן עוד אבל אין דעתי נוטה לזה רק אם השליש או' שכנגדו קיים כפי התנאי שהיה מוטל עליו ולכך נתן לו השטר ע"פ התנאי שהשליש בידו והמלוה מודה שעשאו שליש באופן זה רק שלא עשה כפי השלישות השליש נאמן. והא דאיתא בש"ע סימן נ"ו דאינו נאמן בהוציא השלישית היינו אם נפל אחר כך בין הבעל דין איזה הפרשות בענין השלישות אינו נאמן לומר כך וכך לפרש איזה דבר דמשתמע לתרי אפי כיון דכבר כלתה שלישותו ונאמנותו שהאמינהו אבל מה שעשה בזמן השלישות כפי המוטל עליו לפי דברי המשליש עצמו ודאי נאמן ולא יכול המשליש לומר שהוציא שלא כדין ולא יכול להשביע עליו וכן משמע שם ס"ו בהגה שכתב ולכן כל שהחזיר השליש אין לחוש דעשה שלא כדין וכתב הש"ך ס"ק ל"ג וזה שניתן לו השלישות פטור ג"כ אפילו משבועת היסת דשליש הוי כמעיד ע"כ והוא מתו' הרשב"א ואין לחלק דדוקא היכא דהנתבע יודע מהשלישות וטען ג"כ ברי נפטר בעדות של השליש משא"כ הכא דהלוה עצמו לא ידע כלום מהשלישות והתנאי שעשה עם אביו בזה. ז"א דכבר מוכח מתשובת הרא"ש כלל ס"ח סימן כ"ב שהביא הש"ך סק"ה דאין חילוק וכן הוכיח מיניה הש"ך וכ"כ הש"ך בס"ס כ"ו בקיצור דיניו סי' ז' כו' ומה דהש"ך סס"ק ק' רוצה לחלק בדברי הרשב"א הנ"ל דהרשב"א איירי דוקא בטענת המלוה שהשליש טעי בדיני אסמכתא וכדומה אז השליש נאמן משא"כ אם היה התרעומת על השליש שהוציא שלא כדין. זה אינו דאין שום משמעו' בת' הרשב"א הנ"ל לחלק בזה רק במקום שאין ריעותא אין לחוש שעשה שלא כדין בשום ענין ואדרבא איפכא מסתברא דע"פ הסברא יותר יש לחוש שטעה בדיני אסמכתא כדברי המלוה דאז אין עושין השליש רשע ואפילו הכי אין חוששין במקום שאין ריעותא מכ"ש דאין לחוש דעשה במזיד שלא כדין דעבדינן ליה רשע שאין לחוש במקום דלא חזינן ריעותא והראיה שהביא הש"ך מת' הרא"ש כלל ק"ה שפסק בענין דיני ווליי"ה שהוציאה השלישות מתחת ידה שצריכה לישבע כו' אין ראיה כלל

דהתם הכחיש השלישות כלל כו' (והאריך הרבה להשיג על כל דברי הש"ך בענין זה ועיין בתומים גם כן מזה) ומסיק להלכה בנדון השאלה נראה פשוט דאם השליש עומד לפנינו ואומר שנתן השטר לאבי הלוה ע"פ התנאים שהשלישו בידו ונתקיים התנאים ע"כ הוציא לו השלישות פטור הלוה על פיו. ואפי' אם השליש אינו לפנינו לשאול את פיו יש לפטור הלוה ע"פ דברי המלוה עצמו שאמר שמסר השטר ליד שליש בתנאי שאם יתן לו אביו כך וכך שיתן לו השליש השטר אף דאמר המלוה נמי שלא קיים התנאי רק השליש הוציא שלא כדין י"ל דבזה אינו נאמן משום דאמרינן בשליש חזקה שליש עושה שליחותו כמו דאיתא בת' מהר"ם ומרדכי ואגודה שהביא הש"ך בס"ק ך' וגם בת' מהר"ר בצלאל סימן כ"ט כו' רק בזה באם השליש אינו לפנינו לא ברירא לי לסמוך על חזקה זו למעשה. אך אם השליש כאן והודה בעצמו לדברי המלוה שנתן לידו שלא כדין אז אם הלוה טוען ברי שפרע ולכך נתן לי השליש השטר פשוט שאין השליש נאמן עוד לחובתו כיון דכבר הוציא השלישות מתחת ידו אבל בנ"ד שהלוה הודה שלא פרע הוא והשליש כיון דהודה שעשה שלא כדין אף דאינו נאמן לעשות עצמו רשע מ"מ איתרע חזקתו דהשליש עושה שליחותו אף די"ל השתא היא דאיתרע מ"מ הנאמנות שהאמין תחלה שעשאו לשליש בטל כמו דאיתא בסימן ע"א סי"ג שטר שיש בו נאמנות ונמצא המלוה כפרן בד"א בטל הנאמנות נמצא הוי בנ"ד כאילו לא האמינהו תחלה להיות כשליש וא"כ כיון דהלוה עצמו אמר שהוא לא פרע צריך לשלם. רק עכ"פ נ"ל להשביע היסת להמלוה קודם התשלומין או עכ"פ אחר התשלומין כמו באמר לי אבא כו' ואף דיש פלוגתא שם מ"מ הכריע הרמ"א בס"ס ע"ה דכל שאומר שהוגד לו מפי נאמן אפי' מפי קרוב שלו משביעין כי זה דוחק לומר דהוי כנוגע בדבר דאמר רק להשקיט את בנו ואף דכתב הש"ך שם דצריך נמי רגלים לדבר אין כך רגלים לדבר גדול מזה כאשר הוא נראה לעינים עכ"ד עש"ב. ומ"ש הבה"ט עוד בשם הש"ך ונראה דאם רוצה זה כו' א"כ כשמחזיר לי הדר להימנותיה כו' עיין בת' שבו"י ח"ג סימן קמ"ט שכתב דמל' הש"ך משמע דנאמן כתרי כמו שהיה בתחלה קודם שהוציא השלישות מידו ולע"ד זה ודאי אינו כו' וצריך לדחוק דכוונת הש"ך ג"כ כך הוא דמ"ש חוזר להימנותיה היינו כעד אחד וכן מבואר מדברי הש"ך עצמו ס"ק ל"ד ובכללי דיני שלישות שבס"ס זה אות י"ג. ועיין שם עוד שכתב על נדון דשם שהשליש עבר ע"ד ב"ד ומסר השלישות לצד אחד ואחר כך רוצה להחזיר לו כיון שהמרה דעת ב"ד יש כח ביד הבית דין לפסלו לגמרי בעדות זו משום קנס ע"ש:

ה **אינו נאמן**. ע' באר הגולה עד והכי נקטינן ודלא כהסמ"ע. גם הש"ך הביא דברי הב"ח אלו ומסיים וכן נראה עיקר. ועיין בת' מים חיים חח"מ סי' יו"ד שכתב ולפע"ד יראה להביא ראיה ברורה לדברי הסמ"ע כו' עש"ה:

ו **בחזקת שאינו פרוע**. עש"ך ס"ק כ"ה עד אבל אם התנו שיפרענו דוקא בפני השליש א"צ שבועה כלל בין אומר אשתבע לי ובין בא ליפרע מן היתומים אלא השליש נאמן שלא פרעו כו' וע' בדגמ"ר שכתב בזה וז"ל נלע"ד דלא מתורת שליש נאמן דלא שייך כאן מגו דמה יש כח ביד השליש יותר רק למסרו למלוה והרי גם המלוה צריך לישבע אלא כוונת הש"ך שהשליש עכ"פ עד המסייע הוא ופוטר משבועה ואם כן אם הוא קרוב לא מהני (וכ"כ באו"ת ובנה"מ) אי נמי מיירי הש"ך שהלוה מודה שהתנה כך בשעת השלישית עכ"ל:

ז **מהימנו במגו**. עבה"ט עד והש"ך כתב דלק"מ מסימן ס"ב כו' אבל כאן מיירי באשה שהיא שולטת בנכסי בעלה בכל אשר לו ויש לה דין שליש כו' וע' בת' ושב הכהן סימן נ"ז דלא ניחא ליה תירוץ זה דאם כן היה לו להרא"ש לבאר חילוק זה ועוד דאם כן נתת דבריך לשיעורין וכתב לתרץ באופן אחר דבסימן ס"ב מיירי שאומרת או כתבה שמה שתח"י הם של אחרים היינו שהפקידו בידה או הלוו לה לכן אינה נאמנת לעולם אפילו יש לה מגו מטעם דהוה כאומרת שהם שלה דאינ' נאמנת אבל הכא מיירי שאומרת שהם של פלוני שהפקיד ביד בעלה או הלוה לו נאמנת היכי דיש לה מגו כו' וכתב ולפ"ז נראה פשוט דאין חילוק בין אם מסרה ליד ב"ד ואמרה בשעה שמסרה שהם של פלוני או אם מסרה ליד היורשים ואמרה אפי' שלא בפני ב"ד להיורשים כנ"ל ג"כ נאמנת. אבל אם מסרה סתם ולא אמרה אז רק אחר כך אינה נאמנת. ומ"ש הרא"ש בסוף התשובה והובא בב"י ואם יצא הממון מידה ובא ליד האפטרופס או ליד בית דין יעשו ב"ד ככל אשר תאמר האלמנה במגו כו' סתמו כפירושו שאמרה בשעה שמסרה שהם של פלוני והך ככל אשר תאמר אין לפר' ל' עתיד מה שתאמר אחר שמסרה אלא ל' הווה ככל מה שאומרת האלמנה ע"ש וע' בתומים ובנה"מ מזה:

סימן נז

א **או יכתוב שובר**. עבה"ט שכתב והש"ך חולק כו'. וע' בס' קרבן נתנאל פ"ב דכתובות אות כ"ז שחולק על הש"ך. ע"ש:

ב **מפני שלא היו המעות יוצאים**. ע' באה"ג שכ' כיון שאילו הי' מכיר בהם לא הי' מקבלם. וכ' בספר שער משפט ונראה דאף אם לא הי' בהן רק מקצת מעות שאין יוצאים אלא ע"י הדחק והחזיר כולן השטר כולו קיים אף נגד המעו' טובים כו' ע"ש

סימן נח

א **וכן מי שהפקיד**. עבה"ט עד וגם נראה עיקר לדינא כסברא הראשונה כו' ועיין בתשובת הרב מו"ה משה רוטנבורג חח"מ סי' ז' מ"ש בזה:

ב **ואמר הלא פרעתיך**. עש"ך ס"ק י"א עד ואפי' בעדים פסולים מצאתי להרא"ש כו' וע' בתומים בכללי מגו אות י"ח הקשה על הרא"ש בזה דא"כ לחייבי קרובים בקרבן שבועו' העדות כו' ועיין בתשובת חתם סופר אה"ע ח"ב סי' צ"ו שכתב דלק"מ ע"ש. ועיין עוד בתומים שם מה שמחלק בענין זה ועמ"ש בפ"ת לאה"ע סי' קע"ח סס"ק י"ב:

ג **הרי בטל השטר**. עבה"ט עד גם מ"ש דאפי' אם היה להלוה כת"י כו' אין דבריו מוכרחים כו' ועיין בתשו' עבוה"ג ס"ס ע' שכ' ולעד"נ שדברי מהרו"ך בסי' נ"ח מה שכ' שנאמנות כשני עדים מועיל אפי' נגד כת"י סתם שרירין דקיימים ודלא כש"ך דמלתא דמסתבר הוא כו' עד וכל מה שכתב הש"ך בזה הם דבר שפתים ע"ש ועמש"ל סי' ע"א ס"ד ס"ק ו':

ד **אם אמר המלוה להד"מ כו'**. בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב אף די"ל דמה דקאמר להד"מ היינו שמעולם לא פרעו אלא דבמתנה נתן לו מ"מ כיון דאמר לו הלא פרעתיך בפני פלוני ופלוני ה"ל להשים אל לבו מה שנעשה בפניהם ולהשיב בב"ד דאותו מנה הי' דרך מתנה אבל בלא הזכיר לו פו"פ רק סתם פרעתיך מנה ואמר להד"מ ובאו עדים שמנה לו מעות י"ל דיכול לטעון שהי' מתנה ולא הוחזק כפרן ודמי ממש לדלקמן סי' ע"ט סעיף ד' ע' בסמ"ע וע' בש"ך שם. ולפ"ז מ"ש הסמ"ע ר"ס רצ"ד דבתבעו פקדון ואמר להד"מ ואח"כ באו עדי ראיה אינו יכול לומר דבא לידו בתורת מקח דהוחזק כפרן לכאורה אינו דאמאי לא נימא דלהד"מ היינו דמעולם לא הפקיד בידו דבר והט"ז שם עשה סמוכין להסמ"ע מדינא דהכא ולענ"ד ז"א דהכא כיון דאמר פרעתיך בפני פו"פ היה לו להשים לב ולהשיב שהוא מתנה ואדרבה מההיא דלקמן סי' ע"ט סעיף ד' הוא סתירה להסמ"ע. עכ"ל:

ה **אבל בפני עד א' כו'**. עש"ך ס"ק כ"ג עד מיהו פשט דברי התוס' כו' ועוד דמאי ק"ל דלמא אבימי לאו פקח הוה בדין זה כו' ועי' בתשו' ח"ס חח"מ סימן צ"ח מה שכתב בזה:

סימן נט

א **וטוען הלוה שהוא פרוע.** עש"ך סק"א שכתב אבל אם טוען שמא כו' ובגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ובספיקא דדינא אם מקרי פרעון או לא יכול הלוה לומר קים לי דהוי פרעון. ש"ך לקמן סי' קכ"ו ס"ק מ"ג:

ב **והמלו' אומר א"י כו'** בגש"ע דהגרע"א ז"ל נ"ב ואם נשתט' המלו' ע' בט"ז אה"ע סי' צ"ו דגובה בשטרו וע' בקצות החשן סי' פ"ב סק"ה שפקפק בזה עכ"ל:

ג **אינו גובה בו.** כתב בקצה"ח מעשה בא לידינו במלו' שהוציא שט"ח וטען הלוה יש לי בידך כנגדו ואמר המלו' אינו יודע ורצו קצתם לומר דהוא הך דינא דלוה טוען ברי ומלו' שמא אבל נרא' דהוא אינו דומה לזה כו' עד דהא בטענת יש לי בידך לא נפטר מחובו אלא זה גובה וזה גובה כמבואר בסימן פ"ה וכיון דעדיין לא נפטר מחובו חזקת ממון דלוה לא שייך הכא דאכתי חייב הוא אלא שהוא בא לתבוע את המלו' חוב אחר והדרא לכללא דאיני יודע אם נתחייבתי פטור וזה ברור עכ"ל. והסכים עמו בנה"מ דבנד"ז נשבע המלו' שאינו יודע וגובה חובו וכתב דהוא פשוט ע"ש אך בספר דברי משפט הקשה ע"ד קצה"ח הנ"ל והניח דין זה בצ"ע עי' שם ועיין בתשובת ושב הכהן סי' ס"ז שכתב ג"כ כדעת הקצה"ח ונה"מ הנ"ל והאריך בזה ומסיק דברור הוא דצריך הלוה לשלם למלו' שטרו ומה שטוען הלוה על המלו' שחייב לו אם טוען ברי צריך המלו' לישבע שאינו יודע אם חייב לו ואם הלוה טוען שמא אפילו שבועה אין צריך המלוה לישבע עיין שם ועמ"ש לקמן סי' ע"ה סעיף ט' ס"ק יו"ד:

סימן ס

א **וע"ל סי' צ"ט ס"ו.** כתב הסמ"ע ר"ל דשם כתב מור"ם בהגה דאם נראה לב"ד שלא כיוונו לערמה אלא למתנה גמורה קנה המקבל אע"פ שנתנו לו להפקיע חובו עכ"ל וע' בדגמ"ר שכתב עליו דבריו תמוהים דשם מיירי במקום שלא היה גובה ע"פ דין מטלטלין שנתן כגון מלוה ע"פ או אף במלוה בשטר ולא שעבד לו מטלטלי אג"ק ואפ"ה פסק המחבר שאם כיוונו לערמה גובה בע"ח ועל זה כתב רמ"א שם שאם כוון למתנה גמורה אף שהיה כוונתו להפקיע חובו קנה המקבל אבל כאן מיירי בהקנה לו אג"ק שבע"ח גובה מצד הדין רק משום תקה"ש אינו גובה א"כ במקום שנתן להפקיע החוב לא שייך תקה"ש וגובה מצד הדין ואולי גם כוונת הסמ"ע כן וזה כוונתו שהיה קשה לו למאי הלכתא כתב הש"ע כאן דין זה בהקנה מטלטלין אג"ק והלא אפי' מלוה על פה גובה ממתנה כזו כמבואר בסי' צ"ט ועל זה כתב הסמ"ע דשם נתבאר דאם נראה לב"ד שכיוון

למתנה גמורה קנה להכי כתב כאן דלא שייך בזה תקנת השוק וא"כ אע"פ שקנה מקבל מתנה מ"מ הבע"ח גובה ממנו מצד השעבוד עכ"ל גם בנה"מ מפרש דברי הסמ"ע כן בפשיטות:

ב **וחלקו עליו**. עש"ך סקי"ב עד ומה שהקשו התוס' והרשב"א כו' לפע"ד לק"מ דע"כ לא קאמ' עולא לעיל הכי אלא במזונות דהוי ככתובים משום תנאי ב"ד כו' אבל הכא דהוי טעמא משום סתם קנין לכתיבה עומד וככתוב דמי כו' עכ"ל וע' בס' ק"נ בכתובות פ' הנושא אות ט"ו שסתר דבריו וכ' דהאמת יורה דרכו שא"א לו' דכתיבה ממש מהני לענין משעבדי כו' עש"ב:

ג **והכי נקטי**'. עבה"ט וע' במל"מ פי"א מה' מכירה שכ' דהרב פ"מ ח"ב סי' ל' הביא בשם ת' בני שמואל דע"כ לא סבר הרמב"ם אלא במתחייב בדבר שאינו קצוב בלא מחיר אך אם נתן לו דבר מה כדי שיתחייב בחוב זה אף שהוא בדבר שאינו קצוב מודה דחל החיוב דאגב זוזי גמר ומשעבד נפשיה ומעולם לא אמר הרמב"ם ז"ל אלא במתחייב בכדי ובזה מיושב מה שהקשה הרמב"ן מסוגיא דהנזקין כו' והוא ז"ל פקפק בזה מחמת דבחי' הריטב"א ר"פ הנושא הכריח דהרמב"ם אינו מחלק בכך ע"ש וע' בתומים ובקצה"ח מזה וע' בת' ב"ש אחרון ס"ו שכ' דהעיקר כהש"ך דלא מני המוחזק לו' קים לי כהרמב"ם בדין זה ואף דבס' ג"פ (בכללים שבסוף הס') כ' דיכול לו' קים לי בזה מ"מ מאחר שלא הביא דברי הש"ך ולא ראה דבריו בזה להש"ך אנו שומעין ועוד דבנ"ד ובעובדא דשם) גם הרמב"ם מודה כמ"ש המל"מ בשם הפ"מ דדוקא במתנה כו' ואף דהמל"מ דחה דבריו מ"מ האו"ת כ' שכל חכמי פראג הסכימו לזה וא"כ בנ"ד ששילם לו שכר השליחות יכול להתחייב אף לשיטת הרמב"ם עכ"ל. ובת' בית אפרים חח"מ סי' ע"ה כ' דכל בתי דינים שהיו בישראל פוסקים לחייב המתחייב בדבר שאינו קצוב לענין ב"ח ע"ש:

ד **הדין עם המקבל**. בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב כ' ב"ש אה"ע סי' קי"ד סק"ב דדוקא כשיש לו מזונות ממקום אחר עכ"ל:

ה **אינו חייב ברפואתו כו**'. ע' בתשו' רע"א ז"ל סי' ק"ן דהרב השואל רצה לחלק במחייב לזון לעולם חייב ג"כ ברפואה דדוקא היכא שנתן קצבה לשנים כמו גבי בת אשתו אין רפואה בכלל מזונות דלא אסיק אדעתיה שתחלה תוך זמן זה אבל במחייב לזון כל ימיו דודאי יארע שיחלה לפעמים חייב ברפואה והוא ז"ל השיב דאינו משמע כן מדברי הרא"ש שכתב לחלק בין בת אשתו למזונות אלמנה כיון דהוא תנאי ב"ד ולא חילק כיון דאלמנה יש לה מזונות לעולם משמע להדיא דאף במתחייב לזון בת אשתו לעולם אינו חייב ברפואה. וע"ש עוד בא' שהי"ל שט"ח על חתנו וחתנו התחייב ליתן לו דמי מזונות

כל ימי חייו חנם ואחר שנפטר רוצה חתנו לנכות מהשט"ח מה שהוצרך חמיו בימי חליו מזונות קלים שעולים יותר מדמי מזונות בריא ערך מ' ר"ט ודן הרב השואל שאינו יכול לנכות כיון דנתחייב לתת לו מזונות חייב ג"כ במזונות כאלו כמ"ש השבו"י ח"א סי' ק"ן (הובא קצת בבה"ט סי"ד) והוא ז"ל השיב דזה אינו כי מפשטות לישנא דהרמ"א סי' ס' שכתב חלה הניזון אינו חייב ברפואתו רק בדמי מזונות כשהיה בריא מדלא כתב סתם אינו חייב ברפואתו והא פשיטא דחייב במזונות משמע שבא למעט דא"ח רק מזונות בריא ולא מזונות חולה אף דבאמת גם בהיפך אם מזונות חולה מועטים מ"מ צריך ליתן כשיעור מזונות בריא כדאי' בירו' ר"פ הנושא חלתה כמי שנשאת וכ"פ בהגהת ש"ע אה"ע סי' קי"ד ס"ה מ"מ מל' הרמ"א דאינו חייב רק משמע דבא למעט שאינו חייב רק מזונות בריא ולומר שכוונת הרמ"א רק דא"ח ברפואתו רק כשיעור מה שמרויח במזונות ע"י שהוא חולה היכא דמזונות חולה מועטים דכשיעור מזונות בריא חייב ברפואתו הא גם א"צ לרפואות מ"מ צריך להוסיף וליתן כדי מזונות בריא דהא הירושלמי מדמי לה לנשאת אע"כ דכוונת הרמ"א כנ"ל וכן מוכח במקור הדין בריטב"א כו' והאריך בזה ומסיים וז"ל לזה לענ"ד בנ"ד יכול חתנו לנכות מחובו אותן מ' ר"ט שהמזונות קלים עודפים על מזונות בריא זולת אם התנאי היה לזונו על שלחנו כמ"ש בתשו' ב"ח סי' מ"ו דבכה"ג בודאי צריך ליתן בימי חליו מזונות הקלים הן שמרובים ממזונות בריא הן שמועטים ממזונות בריא נותן לו מזונות חולה עכ"ל ולפ"ז גם בנדון דהשבו"י שהביא הבה"ט סקי"ד במי שקיבל עליו לזון בנו וכלתו כו' דוקא בקיבל לזון על שלחנו כפי הנהוג עכשיו משא"כ בנתחייב ליתן להם דמי מזונות וע' באה"ע סי' קי"ד ס"ו ובח"מ וב"ש שם:

ו **לזון חבירו סתם**. ע' בתשו' בית אפרים חח"מ סי' ע"ה אודות שטר שכתוב בו שנתחייב שמעון לזון לראובן כמה שנים וכתב שעכ"פ צריך ליתן לו ג' שנים דלישנא דכמה שנים לטפויי אתי ואפי' טובא משמע אלא דיד בעל השטר על התחתונה ואינו יכול להוציא ממנו יותר מג' אבל עכ"פ ג' צריך ליתן לו כו' ע"ש:

ז **וי"א דאם קבל עליו כו'**. ע' בתומים שכתב דנ"ל דאין כאן מחלוקת כי דעה ראשונה שהיא תשו' הרשב"א שהביא ב"י באה"ע סי' קי"ד מיירי בקיבל לזון את עני דהוא בתורת נדר דבפיך זו צדקה וסתם נדרים להחמיר לכן חייב לזונו כל ימי חייו אם הוא עני תמיד או כ"ז שצריך היינו אם נתעשר תו פסקה הצדקה ואין כאן נדר אבל הי"א אלו שהוא דעת הרא"ש בתשו' מיירי בסתם במקום דל"ש נדר והממע"ה בכל אופן וזה נכון לדינא ע"ש (וע' בנה"מ מ"ש בזה) וכ"כ בתשו' ח"ס חח"מ סי' ט' והוסיף לבאר מה דהרשב"א

בחידושיו פ' מי שאחזו (גיטין ע"ה ע"ב) ובר"ן שם מספקא להו בהאי מלתא ולא החליטו דהממע"ה היינו משום דהא לא מיירי בנתחייב מעצמו לזון את חבירו אלא שזה נותן לו ביתו ע"מ שיזון את בנו או את אביו כו' (כמפורש בדברי הר"ן שם) וא"כ בהא לאו בדידיה תליא מלתא אלא אומדין דעת הנותן קרקע זו בודאי ל"ש לומר הדמים מודיעים שהרי לא בתורת מכר נתן לו אלא עשה לו חטיבה ויהיב ליה מתנה והוא יעשה עמו חטיבה לזון בנו בהא איכא לספוקי ולדינא נראה דהוה ס"ס אי הלכה כרבא (שם) דאפי' בגיטין כ"ז שיצטרך קאמר א"נ הלכה כרב אשי מ"מ דילמא בממון שאני ובשגם כיון שנתן לו הקרקע על תנאי א"כ קרקע בחזקת בעלים הראשונים קיימת וכל שלא מקיים תנאי לא יחזיק בקרקע ול"ש לומר על חיוב מזונות הממע"ה אדרבה החזקת הקרקע י"ל הממע"ה. והאריך עוד בדברי הסמ"ע וש"ך לקמן ר"ס רי"ב גבי בית לדור בו ומסיק וכתב היוצא מזה לדינא בדבר שבממון הנודר לחבירו סתם אם הוא עני חייב כ"ז שיצטרך ואם הוא בתורת התחייבות שלא בתורת נדר לעני הממע"ה וסגי בשעה א' לכ"ע ואם אמר בית לדור בו פלוגתא דרבינו האי ורב נחשון גאון וקיי"ל כרבינו האי דסגי בשעה א' ואם איננו מתחייב מעצמו ברצונו אלא שחבירו נתן לו מתנה (ר"ל קרקע או אפי' מטלטלין רק עדיין ברשות הנותן או אפוטרופסין) ע"מ שיזון בנו אע"ג שאינו מתנה לעני מ"מ איכא ספיקא והעלינו לעיל דהוה ס"ס ואוקמא המתנה בחזקת בעלים הראשונים ולא יזכה בהקרקע אם לא יזון כ"ז שיצטרך הבן ע"ש. וע' בת' מים חיים חח"מ סי' ו' שכ' אודות קהלה א' שקיבלו איש א' להיות שו"ב וכתבו ונתנו לו שטר סתם בלי קביעות זמן לכאורה תליא בפלוגתא שהביא הרמ"א בסי' ס' סיג דלהרשב"א כל ימי חייו או כ"ז שצריך משמע ולהרא"ש נפטר בשנה א' וא"כ המע"ה אבל נ"ל דע"כ לא קאמר הרא"ש רק בקיבל לזון לחבירו או שידור בביתו או בקהל שפטרו לא' ממס אבל בקיבלו לא' להיות שו"ב דהמנהג הוא כל שלא נמצא בו פסול שאין מעבירין אותו וכן משמע מהש"ע א"ח סי' נג סכ"ו בזה גם הרא"ש מודה דשכרו אותו על כל ימי חייו או כ"ז שצריך ע"ש ועמש"ל סי' של"ג ס"ב סק"ג:

ח **לזונו זמן מה או לתת לו ק' דינרין.** ע' בת' בית אפרים חח"מ סי' ע"ה שנשאל בשטר שכתוב בו שנתחייב שמעון ליתן לראובן מזונות או סך כו"כ לשנה הברירה ביד מי אם ביד המתחייב או ביד מי שנתחייב לו והשיב שראה להלכה למעשה מדודו הג' מוה' סענדר ז"ל בעובדא שרופא א' עשה התקשרות בכתב עם נער משרת ומשכורתו או מחצית שכר הגילוח או סך כו"כ וככלות השנה היו מדיינים הברירה ביד מי ורצו הדיינים לדון בדין המע"ה כי לא ידעו פתח לדין זה והג' ז"ל האיר עיניהם שדין זה מבואר

ביו"ד סי' קעז סכ"ו בשם הרמ"ה באם התנו הנותן והמקבל שיהיה פלגא באגר ובהפסד היכא שהוא אדם גדול דדייניגן ביה להיתרא אז אם כתוב בשטר דיהיב מרי עיסקא למקבל פלג' באגר ובהפסד משמע דמלתא במרי עיסקא קיימא ובדידיה תליא מלתא למיתב למקבל מאי דניחא ליה ואי כתיב למשקל פלגא באגר ובהפסד משמע דבמקבל תליא מלתא למשקל מאי דבעי כו' ומזה נקח בנ"ד שכתוב בשטר שנתחייב לתת לו מזונות או דמיהם דבמתחייב תליא מלתא שאם ירצה לזון רשאי ואם רצה נותן סך הקצוב ונראה בהך דינא דהרמ"ה אם לא הוזכר בשטר מהנך לישנא למיתב או למשקל רק סתם שעשו ביניהם שיהיה פלגא באגר ובהפסד אז המע"ה ובנ"ד הדבר פשוט דכל המתחייב דבר נגד חבירו במתחייב תליא מלתא אם לא לשון השטר מורה להדיא שהתנאי היה שהענין תלוי ביד השני עכ"ד ע"ש:

ט **ואפי' קצב.** עבה"ט עד וע"כ צריך לפר' כו' ובקצב לה סך חייב לשלם ליורשיה כו' וע' בנה"מ שכתב ונראה ליישב דהרב מיירי שקצב סך וקצב ג"כ זמן המזונות כיון שאמר הריני מתחייב סך מאתים זוז לצורך מזונות של ה' שנים דאז בודאי פטור אפי' מיורשים כשמתה תוך הזמן וכמ"ש הח"מ באה"ע שם ס"ק י"ג וזה פשוט עכ"ל. וכ"כ בת' ושב הכהן סי' ס"ו לחלק בכך דהכא מיירי שקצב סך לצורך מזונותיה לזמן ומה שלא ביאר הרמ"א ז"ל י"ל סתמו כפירושו דומיא דמ"ש תחלה ראובן שקבל עליו לזון לשמעון ואשתו כו' דודאי מיירי שקבל לזונם על זמן ולה כתב ואפי' קצב סך הכוונה ג"כ לצורך מזונותיה לזמן ולכן פטור לגמרי מחלקה וכתב עוד דהגם דמסתימות דברי הרמ"א משמע דאיירי בכה"ג בקצב זמן מ"מ לדינא יש להסתפק גם בלא קצב זמן אלא שאמר שיתן סך לצורך מזונותי' ומתה אם חייב או לא דאפשר דבדברי הרשב"א בתשו' העיקר היה משום שחייב עצמו מעכשיו אבל אם לא אמר מעכשיו אע"פ שלא קבע זמן לפרעון אפ"ה פטור דאף דאם א' חייב א"ע לחבירו איזה חיוב ולא הזכיר זמן חל החיוב מיד אבל הכא שחייב עצמו לצורך מזונותיה י"ל אפי' לא הזכיר זמן כלל אמרי' דמן הסתם החיוב אינו חל ליתן כל הסך מיד רק כל פעם כשצריכה למזונו' ולכן אם מתה תוך הזמן י"ל דפטור וע' בסי' רנ"ג סט"ו עכ"ד. וע' שם עוד שבא בשאלה בא' שהתחייב א"ע ליתן ליתמי פ' כל שנה סך קצוב ותוך הזמן מת א' מהם וכהיום טוען המתחייב שמה שהתחייב א"ע ליתן היה לצורך מזונות שלהם וכהיום שמת א' מהם אינו רוצה ליתן רק החצי איך דינו אם מחוייב ליתן כל מה שהתחייב או לא והשיב דין כיו"ב מבואר בח"מ סי' ס' בהג' כו' והאריך שם בביאור דברי הרמ"א הנ"ל ומסיים בזה"ל ואין להאריך כאן יותר כי בנדון דידן ודאי דחייב עכ"ל. ולכאורה ט"ס הוא וצ"ל ודאי דאינו

חייב כיון שלא נזכר בשאלה שהתחייב מעכשיו וא"כ לא מבעיא אם יש אומדנא דמוכח שהתחייב לצורך מזונות שלהם כפי טענת המתחייב דודאי פטור כיון שקצב זמן שאמר שיתן בכל שנה אלא אפי' אם לא היה המובן לצורך מזונות נמי י"ל דפטור דלא נתחייב ליתן ליורשים ע' בסי' רמ"ז ס"ג ברמ"א דלה ולא ליורשיה ע"ש וע' בסמ"ע בסי' רמ"א ס"ק י"ח ודו"ק. ומ"ש הבה"ט וע' בט"ז במעשה כו' עד ותובעת כלתה חלקה כו' ועמ"ש בזה בפ"ת לאה"ע סי' קי"ד סק"ב וע' עוד בת' ח"ס חח"מ סי' ז' מענין זה. ומ"ש הבה"ט בשם שבו"י עד והשיג על הב"ח שלא פסק כן. וע' בס' ק"ן בכתובות פ' מציאת האשה אות כ"ג וע' בת' רע"ק איגר סי' ק"ן הובא קצת לעיל סק"ה:

י **חייב כו'**. בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב וז"ל ודוקא שמחייב בעצמו ליתן הפירות דקל ומקבל אחריות באם ישתדפו קודם שיתנם לו שמחוייב ליתן לו דמים אבל במחייב ליתן פירות דקל ומתנה שלא יתחייב באחריותם לא חל כלל התחייבות מהרי"ט בת' חח"מ סי' פ"ד וע' בקצוה"ח סי' ר"ג וע' בשו"ת הראנ"ח ח"א סי' ס"ו עכ"ל ועמש"ל דו"ק י"ב:

יא **או קבל אחריות**. עבה"ט בשם ש"ך וע' בת' נו"ב מסי' כ"ה עד סי' כ"ח שפלפל בזה עם חתנו הג' מוה' יוסף ז"ל בפי' דברי הרמב"ן בזה כי פירושו של הש"ך בדברי הרמב"ן לכאורה הוא תמוה דאם כן מה ענין אחריות לכאן שאינו מעלה ומוריד רק מחמת החיוב על גופו עש"ב:

יב **אבל**. עיין בת' נו"ב סימן כ"ז וכ"ח שדעת חתנו הגאון מו"ה יוסף ז"ל במכר דבר שלב"ל באופן שחייב את נפשו בכך בזה בודאי אמרינן אחריות ט"ס ואפילו אחריות דאקני ואפילו להחולקים בסי' קי"ב דס"ל דאקני לאו ט"ס היינו משום שמסתמא לא יהיב דעתיה על הנכסים שיקנה אח"כ כי שמא לא יקנה וכמ"ש הסמ"ע והש"ך שם אבל כאן עיקר התחייבות על מה שיקנה ואם לא יקנה אין כאן התחייבות כלל א"כ מסתמא דעתו על מה שיקנה והוא ז"ל כתב לו הגם שהוא מלתא דמסתבר עכ"ז אינני מסכים לסברא זו ואני אומר ההיפך שבזה אפילו אחריות סתם לאו ט"ס הוא שהטעם דאמרינן אחריות ט"ס דמסתמא לא שדי המלוה זוזי בכדי וכן הלוקח אינו קונה בכדי וכל זה בדבר שקונה ודאי א"כ רוצה להיות בטוח בקנינו ואינו מתרצה לקנות בלי אחריות אבל במקנה דבר שלב"ל שמקנה לו כשיקחנו והתחייב נפשו ע"כ הלוקח מכניס עצמו בספק כי שמא לא יקנה וכיון שמכניס עצמו בספק מכניס עצמו גם בספק זה לקנות בלא אחריות ובעינן שיכתוב לו אחריות בפי' אפילו על הנכסים שישנם בידו וק"ו על דאקני ע"ש וע"ל ס"ק יו"ד:

יג **בל' חיוב**. עיין בכנה"ג בהגה"ט סל"ו הביא בשם הר"ש הלוי ז"ל דלא מיקרי לשון חיוב אלא מודה אני שאני חייב כו' אבל האומר אני מתחייב שאתן לפלוני כו"כ לא הוי ל' חיוב עכ"ל ומדברי הסמ"ע ס"ק י"ח לא משמע כן וע' בנו"ב סי' כ"ה בת' חתנו הגאון מו"ה יוסף ז"ל שכ' הגם דלכאורה יש להביא ראיה לדברי הר"ש הלוי מגמרא ב"ב דף קמ"ט בהא דהוצרך איסור לעשות קנין אודיתא כו' אך מדברי רבותינו הראשונים והאחרונים ז"ל מוכח כדעת הסמ"ע דאם אמר הנני מחייב א"ע ליתן לפלוני זכה הלה כו' (ומבואר עוד שם דל' קבלתי עלי בחוב גמור היינו כמו שאומר חייבתי את נפשי כו' ע"ש) . ושם בסי' כ"ו בת' הגאון המחבר רוצה לומר דגם הר"ש הלוי מודה אם לא אמר אני מתחייב ליתן אלא סתם אני מתחייב לפ' בכך וכך שחל החיוב וחזר וכתב לו חתנו הגאון הנ"ל דכפי שמועתי תשובת ר"ש הלוי בספר כנה"ג מבואר שכוונתו היינו או שאומר מודה אני לך שאני חייב לך דזה ודאי הוי הודאה ממש שחייב לו כבר אז שאומר לעדים הוו עלי עדים שאני מתחייב היינו אף שהעדים יודעים שאינו חייב לו כבר רק שהוא מחייב עצמו עתה בל' הודאה. בגוף הראיה מגמרא ב"ב הנ"ל האריכו בפלפול שם ע"ש:

יד **על התובע**. עבה"ט עד דשאני התם דאיירי בקרקעות דבהן ל"ש לומר כאן נמצא כו' וע' בת' ח"ס חח"מ סי' קפ"ו שתמה על הסמ"ע בזה מדברי הרא"ש פרק המדיר סי' ט"ו והאריך בזה עש"ה וע' בש"ע לקמן סי' רכ"ד ס"א וגם באה"ע סי' קי"ז בב"ש ס"ק ט"ו ובספר בית מאיר שם ודו"ק וע' בנה"מ מ"ש בזה:

טו **אבל רבים חולקים**. עיין בת' כנ"י סי' צ"ח בענין אחד שמת והניח יורשים בני הבן ובני הבת מכח שטר חח"ז וגם ביד בני הבן שטר מתנה שנתן אבי אביהם לאביהם על סך ג' אלפים ר"ט קוראנט בל' שיקנה בני כו' ולא כתב במה יקנה וסתמא בק"ס ואין מטבע נקנה בק"ס רק למטה בשטר כתוב נ' נתתי כו' וגם נמצא אצל השטר מתנה בלאנקי בח"י הנותן הנ"ל שנראים הדברים שבזה הבלאנקי שיעבד עצמו להתחייב ע"ש באורך. ושם כתב סברא דאף דאין מטבע נקנה בחליפין דדעתא אצורתא מ"מ בנ"ד שאמר ג"א ר"ט נקנה כי רייכש טאליר אינו כעת מטבע כו' ע"ש:

טז **הודאת בע"ד כו'**. עיין בס' ארעא דרבנ' אות קנ"א דפשוט הא דאמרו הודאת בע"ד כק' עדים דמי הוא מדאורייתא וראיה מקידושין דף ס"ה ע"ב וברש"י שם ע"ב ובהגהות עפרא דארעא שם כתב עוד הוכחות לזה:

יז **ראובן הוציא כו'**. עש"ך ס"ק ל"ב שכתב דמ"ש החולקים בבעה"ח דהך דאיסור גיורא מיירי דוקא בש"מ ולא בבריא ליתא כו' ועמ"ש בזה לקמן סי' ר"ג ס"ט ס"ק ג':

יח **הדין עם ראובן**. בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב אף אם מערער שמעון ואומר אע"פ שלא היה הממון שלי זכיתי בו כו' אין ממש בדבריו כו' ע' בטור עכ"ל וע' בתומים ובנה"מ מזה וע' בתשובת ושב הכהן סי' מ"ו מענין זה באריכות:

יט **אין כופין אותו**. עבה"ט דמהרש"ל כתב שצריך ליתן טעם לדבריו כו' ועמ"ש לקמן סי' רע"ו ס"א בנ"צ שם:

כ **ואפי' הודה לו שמעון**. כתב בדגמ"ר וז"ל לכאורה היה נלע"ד דהיינו שהודה לו כן אחר ההלוא' דבמה משתעבד אבל אם בשעה שהלוה ללוי הודיע לשמעון שמלוה ללוי מעות על שמו ושהוא יעשה לו אח"כ שטר מכר והודה לו שמעון לעשותו משתעבד בלא קנין כיון שעל אמונתו הלוה ללוי ולא גרע מערב בשעת מתן מעות דמשתעבד מהאי טעמא אמנם בטור בשם בעה"ת מבואר בפי' אפי' הודיע לשמעון בשעה שכתבו על שמו שע"מ כן כתבו כו' ואע"פ שהודה לעשותו אינו אלא כמפליגו בדברים ויכול לחזור בו ואם נרצ' לדחוק דמ"ש הטור שהודיע בשעה שכתבו על שמו מירי אחר שכבר הלוה רק שעדיין לא נכתב השטר מלבד שהוא דוחק קשה ג"כ למה כתב הטור אחר זה שאם התנה עם הלו' בשעת ההלואה כו' הי' לו לחלק כן לענין שמעון עצמו שאם הודיע לו בשעת ההלואה מהני והדבר צריך אצלי תלמוד עכ"ל וע' בתומים ובנה"מ:

סימן סא

א **מיהו יש חולקין**. עבה"ט שכתב והש"ך כתב דנ"ל שאין כאן מחלוקת כו' וע' בתשובת עבוה"ג ס"ס מ' מ"ש בזה:

ב **בין יהודי בין עובד כוכבים**. כתב הסמ"ע פי' ולא אמרינן מדלגבי עו"ג לא חל התנאי דהא איסור יש בדבר לא יחול גם כן גבי ישראל. וע' בדגמ"ר שכתב עליו וז"ל לא ידעתי מה איסור יש בדבר אבל הטעם דלא חל התנאי לגבי עו"כ הוא משום דהעדים לא יכלו לזכות בשביל העו"כ דזכין מטעה שליחות ואין שליחות לעו"כ וכן מבואר בהדיא בתשובת הרא"ש כלל ס"ח סימן ז' וע' בב"י כאן עכ"ל וע' בתומים ובנה"מ מזה:

ג **שנהגו במדינ'**. עי' בתשובת חות יאיר סי' קצ"ד דמה שכותבים סופרי דידן בכל השטרות נעשה בת"כ ובפ"מ בת"ש מהני לחייבו בדיני אדם אבל לא לחייבו בד"ש (עמ"ש בסימן ע"ב סי"ז ס"ק ד') וכתב עוד דמה שמקצתם כותבים לפסול כל שובר אם לא שיהא נכתב על גוף השטר ממש ואינם מודיעים זה ללוה הוא שלא כדת של תורה ואם אירע שנכתב כן והלוה מוציא שובר כת"י מלוה וטוען שלא ידע התנאי טענתו טענה

שאינו דבר הרגיל וגם בלא"ה נמי מהני דה"ל האל תפרעני אלא בפני פ' ופ' יפרע בפני אחרים אי לא מצי לטעון סטראי עיין בסי' ע' כו' ע"ש:

ד **אין השטר נפסל בכך**. עיין בתשובת שבו"י ח"ג סי' קפ"ב אודות בן אחד שהוציא שט"ח על נכסי אביו מסך ד' מאות ר"ט לאחר מותו והאחין טוענין כיון שהשטר ישן יותר מט"ו שנה ולא תבעו בחיי אביו שהי' עשיר ובנו הי' בתכלית העוני גם הראו כמה כתבים מבנו שבקש מאביו שיתן לו מתנה ואילו הי' חייב לו הי' תובע ממנו חובו. מה דינו. והשיב הנה ע"פ הדין א"א לפסול שטר זה בשביל אומדנות אלו כמ"ש הטור בשם תשובת הרא"ש כו' אכן לפי שראיתי בתשובת הרשד"ם חח"מ סימן שס"ז שכל כה"ג יעשו הב"ד פשרה קרוב לדין וע' בתשובתי ח"ב סימן קמ"ה איזה פשרה מקרי קרוב לדין דהיינו הנחת שליש או תוספת שליש (הובא לעיל סימן י"ב ס"ב ס"ק ג' ע"ש) ע"כ פסקתי תחלה הברירה ביד מוציא השטר שאם רוצה ליטול השליש מחובו לפטור היתומים מחוייבים ליתן לו השליש ואם תוך מעת לעת לא ירצה ליקח ברירה זו (וירצה דוקא לישבע שיטול כל חובו) אז הברירה ביד היתומים שאם רוצים ליתן לו שני שלישים אז צריך להחזיר להם השטר ואם גם הם אינם רוצים בפשר זה אז ישבע בעל השטר שבועה חמור' וחייבין היורשים לשלם לו גם אם יעשו הפשר אחד משני דרכים אלי יטילו עכ"פ הב"ד חרם סתם על מי שיודע שטענתו שקר ילכד בחב"ד וע' בתשובת דברי ריבות סימן ק"ט שעשה ג"כ פשר דבר בין צדדים כאלו בשטר ישן בע"כ של התובע והנתבע וסיים דזה משפט של שלום עכ"ל וע' בס"ק שאח"ז:

ה **וכן כל שטר ישן**. עיין בנה"מ שכתב דהמנהג שלא לגבות בשטר ישן מיורשים והלו' נאמן לטעון פרעתי ואפי' אם טוען פרעתי קודם שנעשה ישן וכן יורשים שמת אביהם קודם שנעשה ישן אפ"ה פטורין ושטר ישן הוא בלא רווחים שלשה שנים ועל רווחים ששה שנים עכ"ד. וע' בכנה"ג בהגה"ט אות י"ג ואילך ובעט"צ ס"ק ט"ז:

ו **אין שומעין לו**. עבה"ט וע' בתשובת חתם סופר חח"מ סי' ה' שכתב דיש חילוק דין בין מ"ש כאן למ"ש בסי' מ"ד ס"ג דשם בסי' מ"ה דמירי שהוא עצמו חתם אזי כל מ"ש בשטר אפי' עשה שדהו מיצר לאחר הכל בכלל נאמין לשליש משא"כ הכא שהוא אינו חתום רק עדים חתומים א"כ דוקא גוף הענין שהעדים מעידים עליו אבל עשאו מיצר לאחר אין הבע"ד מפסיד ע"י עדותם וכ"כ באורים סי' ס"א ולמד כן מתשובת רשב"א סי' אלף רנ"ו והמעיין שם בפנים יראה דגם זה דוקא בכלה ביום חופתה שידוע וחזק' שלא קראה ולא קראו בפניה אבל בעלמא אפשר אפי' בכה"ג השטר בתוקף כל שטר עכ"ד. ע"ש עוד בענין טענת קהל א' שאומרים שלא התחייבו א"ע ליתן להרב עשרים

זהובים לשבוע אלא על ג' שנים ובשטר שכ' הרב בכ"י עצמו כתוב שהתחייבו לעולם והם טוענים כי זה נעשה שלא בידיעתם וחתמו עצמם ולא קראו מה שבתוכו וצד שכנגדם מכחישים ואומרים שידעו מה שנכתב בתוכו ופסק דאין בטענתם ממש ואפי' אותן שלא באו עה"ח אין בערעורם כלום ע"ש:

סימן סב

א **ואפי' אלמנה.** עש"ך סק"ד בד"ה וכ' בבעה"ת כו'. מ"ש והקשה בס' ג"ת שם דהא בלא"ה הוי מגו דהעזה והניח בקושיא ולא דק דשפיר אמרי' מגו בכה"ג אע"פ דהוי העזה כו' וע' בתשו' רע"ק איגר סי' ק"ל בד"ה ואף ללישנא כו' שכ' ליישב דברי הג"ת דהכא כיון דמה דמאמינין אותה מתנ' נתת לי הוא מכח החזקה דאינ' מעיז' וע"כ דמחזקי' זה לחזק' גדול' דאינה יכולה להעיז לומר כן בשקר א"כ ממילא ליכא מגו דהא אמרת דא"י להעיז לטעון כן ע"ש:

ב **או מציאה מצאתי.** עבה"ט עד ולפ"ז קשה על הרמ"א דפסק בסי' קע"ו כו'. וע' בתומים שכתב לתרץ דבסי' קע"ו מיירי בסתם דאמרינן מסתמא אדעתא דשותפות זכי ביה והמגבי' מציאה לחבירו קנה חבירו אבל אם אומר להדיא בשעה שמגביה לעצמי ולא לחבירו אני זוכה פשיט' דהוא שלו כיון דלא נתכוון לזכות לחבירו ובכה"ג מיירי כאן מציאה מצאתי ונתכוונתי לזכות בו לבדי ע"ש וע' בקצה"ח שדחה זה כיון דשותפין משועבדים זה לזה לכל מה שיפעלו בפועל כפם א"כ אי מדינא גם המציאה והגניבה בשותפות לא מצי למימר לעצמי אני מגביה ע"ש וע' בת' ח"ס חח"מ סימן מ"ז שכתב ולפע"ד דברי התומים נכונים כיון דבגניבה איכא שינוי בשותפות דהרי מש"ה מצי חבירו לומר לתיקוני שדרתיך וא"צ לקבל הפסד אם לא שכבר קיבל חלק מהגניבה א"כ לא שייך לומר מעיקרא נשתעבדו זה לזה ונהי אם גנב סתמא ולא אמר לעצמי זכיתי אם שוב נתרצה חבירו לחלק עמו ולקבל עליו אחריות צריך לחלק עמו להרמ"א. אבל על כל פנים אם בשעת מעשה אומר לעצמי אני זוכה לא קנה חבירו וכיון שכן הדין בגניבה ה"ה במציאה איכא חשש סכנה כמבואר בברכות ס"פ הרואה וכן בהטעאה שייך קצת סכנה וא"כ צדקו דברי תומים בסתירת הש"ע. וכתב עוד שם תירוץ אחר לחלק בין אחים בתפיסת הבית ובין שותפים דעלמא ויובא לקמן סי' קע"ו סי"ב ס"ק י"ז ע"ש:

ג **מעיסתי קמץ.** עבה"ט שכ' וכ' הטור אפילו אם סך השטרות גדול כו' וע' בת' חו"י סימן נ"ז שפקפק על זה. וע' בנה"מ מה שחולק על התומים בענין שאר מטלטלין וע' בת' הרב מו"ה משה רוטנבורג חח"מ סי' ז' מ"ש בזה עש"ה:

סימן סג

א **אין גובין בו לעולם.** ע' בת' חתם סופר חח"מ סי' ט"ל שכ' דפשוט נהי דהוחזק כפרן לגבות באותו השטר אבל עכ"פ יכול לומר תביעה בע"פ יש לי עליך וישבע הנתבע היסת ויפטר וכדמשמע ממ"ש סמ"ע סס"ק ג' ע"ש:

ב **בו לעולם.** עבה"ט עד ואפי' תפס אח"כ מהלוה חוזרים ומוציאין מידו כו' וע' בת' עבוה"ג סי' צ"א שכ' נלע"ד היינו דוקא אם תפס בעדים אבל שלא בעדים ודאי לא מפקינן מיניה ע"ש:

סימן סד

ואע"פ שאין לו מגו. עש"ך שכתב כבר השיג הסמ"ע על הרב בזה דודאי ליכא למ"ד דהיכא דאין לו מיגו ואין החוב ידוע שיהא נאמן כו' עד ונרא' דאפילו האידנא כו' וע' בת' אא"ז פמ"א ח"ב סי' קפ"א שכת' דהסמ"ע והש"ך שהשיגו על הרמ"א לפי שהבינו שהרמ"א מיירי אפי' ביש עדי פקדון אבל באמת זה אינו ומעולם לא עלה על דעת רמ"א לומר דאף דיש עדים שהפקידו בידו שיהא נאמן לומר למשכון תפסתים אפי' אין החוב ברור אך כוונת רמ"א מבואר להדיא בתשובתי סי' פ"ו דמיירי באין עדים שהפקידו בידו והרמ"א קאי על דברי המחבר שכתב ומיירי שיש עדים שהפקידם בידו וגם יש עדים שראום עתה בידו שאל"כ היה נאמן במגו דנאנסו או להד"מ משמע שצריך דוקא לעדים שהפקידו בידו ולא סגי בעדי ראיה לחוד ובלא עדי פקדון אף דג"כ אין לו מגו דהחזרתי ולהד"מ וגם אין לו מגו דלקוחה שהיה צריך שטר כומ"ס לכן כתב רמ"א דלכך צריך עדי פקדון דאם לא כן אף שאין לו מגו דהחזרתי בעדי ראיה וגם אין לו מגו דלקוחה מ"מ אם תפס מחיים יכול לומר למשכון תפסתים שכן הוא דעת התוספת והרא"ש והטור. זולת הרשב"א ס"ל כיון דאין יכול לטעון לקוחה א"י לומר למשכון תפסתים ורמ"א חולק עליו. ומה"ט פסק שם עובדא בראובן ושמעון שהיה להם שותפות בחנות והוכרחו ללוות מאחרים וביקשו מיהודה שיכנס ערבות עבורם ומסרו לו מפתחות של החנות שיהיה למשכון ביד יהודה כל הסחורות וכל המטלטלין שיש להם בחנות ולא יהיו רשאים ליקח שום דבר מהחנות בלי ידיעת יהודה וברוב ימים נתעורר סכסוכים בינם ובין הערב הנ"ל ושלחו הב"ד לרשים כל אשר להם בחנו' ומצאו שם סחורות וגם שט"ח מה שאחרים חייבים לשותפים הנ"ל וקצת' היו ממרנות וקצתם היו שט"ח שנזכרו שם השותפים. והערב הנ"ל רוצ' להחזיק אף בשט"ח אלו שנזכר שם השותפים אף שאין לו כתיבה ומסירה ופסק דאם יש עדים שהפקידו ביד הערב השטרות הנ"ל א"נ לומר

למשכון תפסתי אם אין החוב מבורר אבל אם אין עדים שהפקידו בידו יכול לומר אני תופס אותם למשכון אף שא"י לומר לקוחין הם בידי בלא כתיבה ומסירה ומסיים שם שהדבר ברור שאין לפקפק בזה היכי שאין עדים שהפקידו בידו אף שאין החוב ברור יכול לומר למשכון תפסתים כהכרעת רמ"א דלא כרשב"א עיין שם ועיין בתומים ובנה"מ מ"ש בענין זה:

סימן סה

א **יתבאר עוד.** עבה"ט וע' בנה"מ מזה וע' בת' ושב הכהן סי' י"א מ"ש בזה:

ב **שום טענה.** עבה"ט ובנה"מ ועיין בדגמ"ר שכ' וז"ל היינו בידוע שבתורת משכונא בא לידו אבל אם זה המוחזק טוען שמעולם לא היה בידו בתורת משכונא רק קנה הקרקע אם הוא מוחזק בה שני חזקה נאמן ואין שטר המשכונא מגרע טענתו כלל ואולי המוכר הערים לכתוב שטר משכונא וכן משמע מדברי הרא"ש שכ' כיון שידוע שבתורת משכונא בא לידו והש"ע קצר הדברים ועוד נלע"ד אם אין הדבר ידוע בעדים שבא לידו בתורת משכונא אלא שטוען שאח"כ קנה לחלוטין או שטוען שהוא הפקיד השטר משכנתא אם נאמן במגו נלע"ד דלקוח נאמן במגו ע' סי' קמ"ו סכ"ה ומשכנתא אני מסופק אם מחשב מגו להוציא כיון שמודה שאין גוף הקרקע שלו וע"ל סי' ק"ל ס"ד עכ"ל:

ג **אם חייב מודה יחזיר** ע' בת' רע"ק איגר סי' קצו בענין אם מלוה טוען ברי והלוה שמא שאומר א"י אם פרעתיך עש"ב:

ד **וכתוב בו הנפק** עבה"ט עד והמעיין בש"ס יראה דהעיקר כהרשב"א כו' וע' בת' ושב הכהן סי' ט' שכ' ליישב דעת הרי"ף והרמב"ם על נכון ע"ש וע' בנה"מ ס"ק יב מזה:

ה **ויש מי שאומר.** עסמ"ע וש"ך וע' בת' נו"ב סי' יו"ד מ"ש בזה:

ו **מצא אגרות כו'.** עש"ך ס"ק ל"ב ועיין בת' משכנות יעקב סימן כ"ח מ"ש בזה:

ז **ומיהו אם יבא העבד.** עש"ך ס"ק ל"ג מ"ש לתרץ קושיית הב"י וד"מ על הרא"ש וטור ועיין בתשו' חתם סופר חח"מ סי' נ"ד מ"ש הוא ז"ל ליישב בזה:

ח **בזמן שהמלוה מודה.** ע' בה"ט עד והשיג עליו הש"ך כו' ועיין בת' פני יהושע ח"א סימן ז' (בח"ב סי' פ"ט ובתשו' משכנות יעקב סימן כ"ט ובס' בית מאיר לא"ה ס"ס ק"י):

ט **לא יתננו לא לזה ולא לזה.** ובענין דין השטר שנמצא זה השובר עליו אם הוא בתוקפו לגבות בו או לא ע' באה"ע סי' ק"י בח"מ וב"ש שכתבו להדיא דהשטר בתוקפו ומגבינן ביה וע' בת' משכנות יעקב סי' כ"ט שהביא דגם בת' פ"י הסכים כן אך הוא ז"ל כתב

דאין כן דעת כל האחרונים הסמ"ע וש"ך וב"ח וט"ז ותשובת עבוה"ג ואורים ותומים עיין שם ועיין בספר שערי משפט מ"ש בזה:

י **הקטן מחול.** בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב היינו כיון דהספק כמה מחל אבל אם ידוע כמה מחל ויש ספק בדין אם מהני המחילה לכאורה פטור מספק ואולם מדברי הב"ש סי' ס"ו סק"ט מבואר דלא סבירא ליה כן ולענ"ד צ"ע. וע' בנ"י פרק קמא דבתרא גבי אחזיק להורדי דנראה דאפילו בספק במחילה גופא אם מחל והוא ספיק' דדינא זכה המוחזק וכן בש"ע אה"ע סי' ק"ו דגם בבריא דהוא אבעיא דלא איפשטא אם מחלה הכתוב' זכו היורשים ודעת הרי"ף שם באמת דמספק לא הפסידה כתובתה עכ"ל:

יא **מה"ר דוד כהן בית כ' כו'.** בגש"ע דהגרע"א זצ"ל נ"ב שכ"כ בשם ת' הרשב"א והובא בב"י אה"ע סי' צ"ג עכ"ל:

סימן סו

א **אלא בכתיבה ומסירה.** ע' בת' נו"ב תניינא סי' מ"ה שכתב דהא ודאי דבמכירת שטרות אין חילוק בין שט"ח שעל ישראל ובין שט"ח שעל ע"ג עי' בסעיף ל"ב בהגה וכן מוכח בסעיף ד' בהגה מדתלי הטעם הואיל ואין בו חיוב רק נתינת רשות מכלל דשטר חיוב נקנה בכתיבה ומסירה וזה פשוט. וע' בתשובת חו"י סימן ר"ל אודות ראובן שהיה לו שטר חוב על שמעון והשט"ח היה בו תיוהא באופן שא"א לראובן להוציא משמעון אלא אם כן תפס ומכר השט"ח ללוי שיש בידו משל שמעון אם מהני מה שכבר של שמעון ביד לוי וה"ל תפס. וכתב דודאי לא מהני הן מצד הסברא כללית דאם כן לא שבקית חיי דגם בכ"י וכל בכה"ג שאין בכחו להוציא מחבירו ימכרנה לאיש שיש בידו משל בעל חובו והן מסברא פרטית דבשום ענין אין ללוי שום תביעת ממון עד שיבורר תחלה ששמעון חייב ללוי ושהשטר שריר וקיים ועומד להפרע בלי תפיסה כו' ע"ש. וע' בתשובת שבו"י חלק א' סימן קנ"ז אודות אלמנה אחת שהיה לה שט"ח על ראובן ולא היתה יכולה להוציא ממנו ע"פ הדין כי השט"ח היה בו לשון מסופק ויד בעל השטר על התחתונה אלא דאם תפס לא מפקינן מינה כמ"ש בסימן מ"ב ס"ח והלכה זו ונשאת לבעל ואותו הבעל תפיס משל ראובן בידו אי לא מפקי' מינה בשביל שטר אשתו והביא שם דברי תשובת חו"י הנ"ל שכתב במוכר שט"ח שיש לבו תיוהא לא מהני מה שכבר של שמעון ביד לוי כו' והוא ז"ל כתב עליו גברא חזינא וראיות לא קא חזינא ואין בו כח בכלל ובפרט זה להוציא מיד מוחזק התופס כי בודאי כל זכות שיש לראובן בשטר אי תפס מכר הכל ללוי ומה לי הוא או ב"כ והסברא הוא להיפך ואין שייך בזה לא שבקית

חיי וכי בכל יומא מתרחיש דינא כי האי ומכל שכן בנדון השאלה גב' בעל ודאי לא שייכי הני טעמי דהוא עדיף משאר לוקח השטר כו' וא"כ ודאי דמועיל תפיסתו ע"ש היטב וע"ל סימן ע"ה סכ"ג. ועל מ"ש המחבר בכתיבה ומסירה. בגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב ויכול למכור לו חצי השטר ולכתוב כל שעבוד דאית ליה מסך כך וכך. ריק"ש:

ב **ואם לא כתב כן לא קנה.** עבה"ט סק"ג מה שכתב וכתב מהרי"ו כו' והש"ך השיג על זה וכתב דמוכח בהדיא בש"ס ובכל הפוסקים דהמעות הוי הלואה כו' וע' בדגמ"ר שכתב עליו דבתוספת ס"פ חלון (עירובין דף פ"א ע"ב) ד"ה שמא יאמרו משמע בהדיא דיותר משומר שכר ודאי לא היה עכ"ל וע' בתומים ובקצה"ח ונה"מ מזה וע' בתשו' משכנות יעקב סי' ל' מ"ש בזה:

ג **הנותן נכסיו לאחר.** בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ואף בנותן נכסיו להלוה מ"מ כיון דלא מחל לו החוב רק דהקנה לו השטר וכיון דלא אמר קני לך איהו וכל שעבודא לא זכה בו. הגהת ש"ע לקמן ס"ס רמ"ח:

ד **שטר הקנאה כו'.** בגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב קשה לי הא שטר זה הוי שטר קנין דעל ידו קונה השט"ח וכדלעיל סעי' ב' והא לדעת המחבר לקמן סי' ס"ח שטר קנין בערכאות של עכו"ם פסול וצ"ע עכ"ל:

ה **כיון שאין.** ע' באה"ט עד ולענין קו' הב' נראה דמיירי בשטר שיש לו על עכו"ם וע' בתשו' שיבת ציון סי' ק"ג מ"ש בזה:

ו **ולענין הלכתא כו'.** עש"ך ס"ק כ"ז מ"ש לתמוה על שיטת רב האי גאון שהביא הרא"ש ז"ל וע' בתשובת חמדת שלמה סימן י"ב מ"ש בזה:

ז **לא קנה.** בגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב במהריק"ש נסתפק די"ל כיון דמריה דהאי דינא הוא הרא"ש וי"ל דלשיטתיה אזיל דסבירא ליה דשטרי דידן הוי שטר ראיה אבל לפי מה דפסקינן לקמן סימן קצ"א דהוי שטר קנין י"ל דהכא קנה או כיון דבאמת לא קנה ע"י השטר אלא קנה קודם בקנין אחר ל"ק השטר ע"ש ונראה דלזה נתכוון הש"ך בס"ק מ"ה עד כאן לשונו:

ח **ואם מת הלוה קודם שלקחו.** בגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב היה הלוה במדינה אחרת וקנה השטר קודם ששמעו בו שמת דינו כמת לוה אחר שקנאו. ריי"ף (אפשר צ"ל ריק"ש) בשם תשו' הר"ן סימן ל"א:

ט **יכול להוציא.** עבה"ט שכתב והש"ך כתב שדין זה אינו נרא' כו' וע' בת' עבוה"ג סי' י"א שכתב שאין דברי הש"ך מוכרחים כלל להוציא דברי הת"ה מפשטן ומה שהביא הש"ך ראי' מסי' ר"ג אין הנידון דומ' כלל דהתם הוה ספיקא דדינא לכן לא מהני תפיס'

משא"כ בנ"ד שהי' התפיס' מצד הדין ע' וסמ"ע סי' ר"ט ס"ק י"ב וע' בת' רמ"א סי' של"א בהדיא דלא כהש"ך עכ"ד ע"ש:

י **אין לוי חשוב נוגע בדבר**. בגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב ודוקא כשהוחזק השטר בב"ד קודם שמכרו ללוי וכדלעיל סי' מ"ו סעיף ל"ד. מל"מ פ"ו מהלכות מכירה:

יא **אין יכולין לגבותו**. עבה"ט שכתב והש"ך כתב דדין זה צ"ע כו' וע' בת' נאות דשא סי' ס"ח שכתב דע"כ מיירי שראו השטר בידו מתחל' קודם שמכרו להעדים (וסתמא דמלתא מיירי בהכי דהא מכירת השטר בכומ"ס מן הסתם הוא בפני עדים א"כ הרי ראו העדים ביד המלו' את השטר קודם שמכרו להעדים בכתיב' ומסיר') דהמחבר פוסל אפילו בכה"ג משום דחיישי' שמעיקרא חתמו בשקר אדעתא דהכי כדי שיקנו השטר אח"כ ואהא פליג הש"ך דשנים אין חשודים בכך אבל היכא דלא ראו השטר בידו מעיקרא ודאי השטר בטל דכיון דעכשיו הם נוגעים חיישי' דהשתא כתבוהו והקדימו זמנו בכוונ' וזה נ"ל ברור ע"ש ועמ"ש לעיל סי' מ"ו סל"ה ס"ק י"ב:

יב **ראובן שיש לו שטר כו'**. עמ"ש לעיל סי' ל"ז סעיף י"א כשם ת' נו"ב:

יג **ונתנו ללוי כו'**. כתב הש"ך כלומר שלוי אומר כן וראובן כופר אבל אם מודה כו' וכן בדין דמה בכך ששמעון נוגע כו' ע"ש. ובגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב תמיהני הא כיון דהוי נוגע ממילא השטר כתיב' שהוא השטר קנין פסול ולא מנה השטר ומה בכך דמודה הא לא נקנה ע"י השטר כתיב' זו וברור וע' בקצה"ח:

יד **ויש חולקין**. עבה"ט מ"ש ובת' מבי"ט פסק כו' ולא נהירא כו' וע' בתומים לקמן סכ"ו סס"ק נ"ח שכתב דודאי גם להמבי"ט אם נשתנ' טוב וענין של הלוה כגון שלקחו בהיות הלוה עני ואח"כ נתעשר פשיטא דאח"כ א"י לומר אני אתן מה שנתת עבורו כי אם הוא הניח מעות שלו בספק ואילו היה עני לא היה יכול לגבות ועכשיו דמזלו גרם שנתעשר יבא הלה לזכות בו ואך זה לשוא שמר וכי אמר המבי"ט דינו כשלא נשתנה ענינו מאז ועד עתה ובזו ס"ל דלו משפט קדימה והש"ך חולק גם בזה והנכון כדברי הש"ך ע"ש וכ"כ בתשו' נאות דשא סי' ך' והביא כמה הוכחות לזה וכתב עוד דמ"ש הש"ך בסי' קע"ה סנ"ג ס"ק נ"ה (דשם הזכיר ג"כ דברי המבי"ט שהביא ראי' משם ודחה ראייתו וכתב דגם מן הסברא נראה) שיכול לומר לפ' אני רוצה להניח ולא לך לכאורה אפשר לומר דהיינו כשמכרו בפחות משוויו דאז דמי למתנ' מש"ה מצי למימר כך כמו בדיני דבר מצרא דבמתנ' ליתא אבל כשמוכרו בשוויו לא מצי למימר הכי אך באמת ז"א דאפי' במכירה בשוויו ליתנהו לדברי המבי"ט ע"ש שהביא ראיה ברורה לזה. וע"ש עוד בדבר השאלה בראובן שהי"ל שטר על שמעון ומכרו ללוי בפחות מחמת שעדיין לא הי' הז"פ גם שמעון

לא היה אז איש אמיד ומסר השטר ללוי רק שלא כתב לו קני לך איהו כו' ואח"כ בהגיע הזמ"פ והלוה מצאה ידו די השיב טוען הלוה אני רוצה לקנות לעצמי השט"ח בעד הסך שנתן לוי ואני קודם וראובן אינו חוזר מהמכירה שלו מה הדין בזה והאריך שם בדברי הש"ך דכאן ודסי' קע"ה הנ"ל והעל' לדינא דבין נשתנה השטר ממעמדו הראשון ובין לא נשתנה כל שהלוה מערער אחר כתיבה ומסירה אין בדבריו כלום ואפי' אם המוכר מתרצה לדבריו ואפי' אומר מעולם לא הי' בידו להתרצות להאחר ולא לזה דכל שבעת כומ"ס היה יכול להחזיק המקח בטענת לפ' אני רוצה ממילא כבר נגמר המקח והשתא רוצה לחזור ולא מהני. אבל אם קודם כומ"ס רוצה הלוה לבטל המכירה בין נשתנה השטר בין לא נשתנה אם טוען המוכר לפ' אני רוצה המכירה קיים אבל אם המוכר שותק ולא איכפת ליה ביד מי ישאר יכול זה לבטל המכירה (דמ"ש הש"ך בסי' קע"ה שיכול לומר לפ' אני רוצה זהו דוקא באם המוכר טוען כך אבל באינו טוען כך נשארו דברי המבי"ט דשם) ואפי' אם אח"כ נתן לו כומ"ס מצד שהלוקח כפאו בדברים לאמר נתחייבת לי בכומ"ס ותקבל מי שפרע (כמ"ש הש"ך לעיל סק"ה) כל שלא נתן לו הכומ"ס מצד שלפלוני הוא רוצה אזי גם אותו כומ"ס לא מהני כיון דבעת הכומ"ס כבר ידענו דעתו דלא איכפת ליה ביד מי ישאר וכיון דכל שערער קודם כומ"ס לא מהני ליה כומ"ס שיתן אח"כ משו"ה גם מי שפרע א"צ לקבל דעל הכומ"ס זו ליכא מי שפרע דהא לא מהני ליה כומ"ס ואם על שאינו טוען לפ' אני רוצה זה אינו כלום דע"ז לא נתחייב נגדו. ומעתה בנדון השאלה שהלוה מערער קודם כומ"ס וראובן אינו חוזר מן המכירה גם אינו טוען לפ' אני רוצה. בכה"ג כתבנו דיכול זה לבטל המכירה ואפי' מי שפרע ליכא. מיהו נ"ל פשוט דבנ"ד כיון שכבר הגיע הז"פ והשטר שוה הרבה יותר מהסך שנטל עבורו א"כ מה שאין המוכר חוזר עתה היינו ודאי בשביל אימת מי שפרע ממילא עתה כשהלוה מערער ויכול לבטל המכירה יכול המוכר להחזיק לעצמו בלי קבלת מי שפרע ויכול לומר לא אמכור כלל דזה דמי ממש למ"ש הש"ך בסי' קע"ה סק"ה במעשה שבא לפניו בא' שנשבע לחבירו כו' אמנם אם נתן לו עתה אחר הערעור כמו"ס שוב אין המוכר יכול להחזיק לעצמו אע"ג דכבר ביארנו דהלוה יכול לבטל המכירה אפי' בכה"ג מ"מ המוכר שוב לא יכול להחזיק לעצמו דברי הש"ך בסי' קע"ה הנז' דייק בדבריו וכתב ופסקנו כיון שעדיין לא היה קנין בדבר יכול המוכר לחזור כו' הרי דסברא זו לא הועיל להם רק לבטל השבועה אבל לא לבטל קנין דכל שנסתלק כחו של מוכר מהשדה ע"י קנין תו ה"ל כאיש נכרי ופשיטא דאין לחלק בדברי הש"ך בין נתן לו קנין קודם הערעור או אח"כ כו' ואדרבה כשנתן קנין אחר הערעור מסתבר טפי דאינו יכול להחזיק לעצמו שוב כו'

ועכ"פ בנ"ד דכל עיקר פלפולינו בכומ"ס שאחר הערעור (דאם הי' כומ"ס קודם הערעור בלא"ה אין מקום כלל למוכר לבטל המכירה דהא בכה"ג אין הלוה יכול לבטל כלום) ודאי מהני לענין דאין המוכר יכול שוב להחזיק לעצמו כו' עכ"ד עש"ה:

טו **ומאי תקנתיה**. ע' בתשו' הרדב"ז ח"א סי' שכ"ה עש"ה:

טז **שטר על שמו**. עבה"ט מ"ש כתב הריטב"א ומיהו כו' וע' בת' נאות דשא סי' קל"א שהביא ל' הריטב"א בזה בהא דאיתא בגמ' אי פקח הוא מקרקש ליה בזוזי וכתב שטרא על שמיה כתב הריטב"א וז"ל פי' שיתחייב לו בשטר לפרוע לו מ"ש בשטר הראשון ומיהו אפ"ה אם חזר ומחלו מחול הוא לענין שלא יטרוף מהלקוחות בשטר מזמן הראשון וז"ב עכ"ל. והוא ז"ל ביאר כוונתו לפי דהוקשה לו בהאי דכתב שטרא על שמיה דממ"נ אם נאמר לקרוע שטר הראשון שנכתב ע"ש המוכר ולכתוב שטר אחר ע"ש לוקח זה א"כ ע"כ צריכין לכתוב זמן של עכשיו דודאי אסור לכתוב בו זמן שטר הראשון דהו"ל מוקדם וכיון שכותבין זמן של עכשיו א"כ מאי פקחות הוא זה הא מפסיד שעבוד הלקוחות עד אותו זמן ואי כותבין שטר אחר ע"ש הלוקח וגם שטר הראשון שבקינן ביד הלוקח גם זה א"א דהא יתבע שני פעמים לכן פי' דהשטר החדש שכותבין ע"ש הלוקח אינו כתוב כשטר בפ"ע אלא כותב לו לוה. אני מתחייב עכשיו נגד שמעון (הלוקח) לפרוע לו את השך הכתוב בשטר של ראובן (המוכר) שאפרע לראובן מעתה אני מתחייב א"ע לפרוע אותו לשמעון ומהני לענין דמאותו העת והלאה אינו יכול ראובן למחול אבל עכ"פ מהני מחילת ראובן לענין השעבוד דעד זמן כתיבת שטר השני שאינו טורף מלקוחות אם מחל עכ"ד. וע"ש עוד שלמד מזה לנידון שנשאל עליו בראובן שנשא אשה ונתן כתב בעת הנישואין שהתחייב א"ע באם שתעדר אשתו קודם לו מחוייב להחזיר ליורשים שיש לה מבעלה הראשון הנדוניא שהכניסה לו אשתו הנ"ל וניתן הכתב ביד בני האשה ואחר כמה שנים נפטרה האשה הנ"ל ותובעים בניה הנדוניא בכתב זה והוציא ראובן כתב מחילה מאשתו שמחלה לו הכתב שנתן לה בעת הנישואין ופטרה אותו מכל מה שמבואר שם ופסק דראובן מחוייב להחזיר לבנה כפי שהתחייב א"ע בכתב הא' כי הכתב מחילה מהאשה אין בו ממש מאחר שראובן זה לא נתחייב רק נגד בני אשתי אין לה שום זכות כלל בכתב ההוא ואין פטור ומחילה מהאשה מועיל כלום והיו מקצת אנשים מפקפקים בדבר ואמרו דבשלמא אילו כתוב סתם שמתחייב ליורשים ליתן להם סך כו"כ שפיר אמרי' דאין להאשה שום שייכות בזה אבל מאחר שכתוב שיחזיר להיורשים את הנדוניא שהכניסה דל' להחזיר ול' שהכניסה משמע שעדיין נשאר לה כח וזכות זה באותו הנדוניא שאם תעדר ירשו בניה אותו הסך ולכן היא יכולה למחול כו' והשיב

דפקפוק זה אינו כלום וראיה מפורשת מגמ' דכתובות דף פ"ו כפי שפי' הריטב"א הנ"ל כו' הרי מבורר דאע"פ שבאותו השטר שנתחייב נגד שמעון מבואר בהדיא שנתחייב נגדו לפרוע לו מה שלוה מראובן אפ"ה כיון שכבר נתחייב לשמעון מועיל שאין ראובן יכול למחלו והרי הדברים ק"ו כו' ע"ש:

יז **ויש מי שחולק**. עבה"ט מ"ש וכתב בש"ג כו' עד שלא יהי' בעל העצה א' מהדיינים ועמש"ל סי' יז ס"ט סקט"ו:

יח **ומשלם כפי מה שהזיקו**. עמש"ל סי' רצב ס"ז בנ"צ בד"ה חייב ליתן עש"ה:

יט **בלא כתיבה ומסירה משלם**. בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ע"ל סי' קכ"ח בש"ך סק"ב:

כ **כאילו מכר לישראל**. בגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב והיו משמתין אותו עד דמקבל עליה כל אונסיה דמתיילד מחמתיה ואם הלוה אנס שא"י המלוה להוציא ממנו בדין מותר למוסרו לעכו"ם לכתחלה. ב"י בשם הריטב"א:

כא **משתעבדנא לך**. עש"ך ס"ק פ"ו וע' בספר קרבן נתנאל בכתובות פ' הכותב אות כ"ג מ"ש בזה:

כב **הנותן שט"ח לחבירו**. עש"ך ס"ק צ"ז וע' בת' משכנות יעקב ס"ס ל"ז מ"ש בזה:

כג **ויש חולקין**. ע' ש"ך ס"ק קכ"ב וע' בס' ק"ן בכתובות ס"פ אע"פ ובפ' מציאת האשה אות מ"ג מה שכתב בזה:

כד **היא עיקר**. ע' באר היטב שכתב והש"ך חולק על זה כו' וע' בתשו' בית שמואל אחרון סי' ו' שכתב דודאי המוחזק יכול לומר קים לי כרמ"א ורוב גדולי הראשונים דאף בפשיעה פטור ע"ש וכן נראה דעת ת' שב יעקב חח"מ סי' י"ב שהובא לקמן סימן קע"ט ס"ק א' וכ"מ בתשובת פני יהושע ח"ב סי' ק"ו ע"ש:

כה **ואלמותו ויחלוקו**. ע' בתשובת צ"צ סימן צ"ז שכתב דאחים או שותפים שחלקו שטרות לא מצי אידך למחול ללוה על חלקו שהיה לו כבר בשטר אע"ג דקיימא לן אחין שחלקו כלקוחות וא"כ הוי כאילו מכר לשני חלקי' שהיה לו בשטר וקיי"ל דמוכר שט"ח מצי מחיל מ"מ יש לחלק בין אחין או שותפין שחלקו בשטרות לבין מוכר שט"ח דעלמא דאלת"ה האיך כייפינן בשטרות לחלוק ולדון בו דין גוד או איגוד הרי יכול לבא מזה לידי הפסד כו' וטעם החילוק י"ל דמוכר ש"ח דעלמא צריך המוציא לבא מחמת המלוה לכך מצי המלוה למחול ללוה אבל אחים או שותפים איזה מהם שבא לגבות מן הלוה יכול לגבות הכל וא"צ כומ"ס וא"צ שיבא מחמת השני כמ"ש הרשב"א בתשוב' הובא בב"י סי' ע"ז וסימן קע"ו דמתחל' נשתעבד הלוה לפרוע הכל למי מהם שיתבענו ולכך כשחלקו

פקע זכותו של השני לגמרי ולא מצי מחיל ע"ש באורך וע' בתומים ס"ק ע"ב שכתב דגוף הדין כבר קדמו הרמ"א בתשובה סימן צ"ב אך מטעם אחר כיון דקיי"ל (לעיל סעיף כ"ח) מכנסת ש"ח לבעלה א"י למחול משום דיד בעל כיד אשה הרי היכי דיד שניהם שוה אינו יכול למחול ואף בזו יד שניהם שוה והוא ז"ל פקפק בראיותיהם אך מסיים ומ"מ כבר הורו זקנים שבדור ומי ירים ראש נגדם ע"ש:

כו **ואם הוא שכ"מ.** עבה"ט בענין אם צריך לומר וכל שעבודיה כו' ולקמן סי' רנ"ג בש"ך ס"ק כ"ט והובא בבה"ט שם ס"ק מ"ב הכריע הש"ך גופיה דהעיקר לדינא כהר"ן וה"מ דאע"פ שלא אמר כו' וכבר עמד על זה בתשובת נו"ב תניינא סימן מ"א דדברי הש"ך בהכרעתו סותרים זא"ז בסימן ס"ו ובסי' רנ"ג. וכתב שם אך כל זה אם אמר השכ"מ שיתנו השטרות לפלוני כעובדא דאימי' דרב עמרם בב"ב דף קנ"א דהוה לה מלוגא דשטרי ואמר' להוי לעמרם ברי ושם לא אמרה שהחוב יהי' לעמרם רק השטרות אבל בצווא' זו (בנדון דידיה) שאמר' שפלוני יטול החובות שבשטר ובע"פ הרי שהקנית' במתנת שכ"מ גוף החובות פשיטא דלא גרע חוב זה שבשטר מחוב בע"פ דנקנ' במתנת שכ"מ ע"ש:

כז **אין שטרות בכלל מטלטלין.** ע' בתשובת שבו"י ח"ג סי' ק"נ שכתב דאין דין זה ברור כלל ובתשובת הרשב"א מקור דין זה נ' דאינו סומך על טעם זה לחוד ועיקר סמיכתו על טעם השני שכתב שם גם בכנה"ג בהגב"י אות קי"ג כתב דבתשובת הרמ"ה מפאנו סי' פ"ז כתב בפשיטות דשטרות בכלל מטלטלין וע"ש גם בטור סי' קי"א נמי משמע דשטרות בכלל מטלטלין. וכ"ש בנ"ד (בנדון השאלה שם) שנראה וניכר כוונתו גם על השטרות דאם לא נכללו השטרות לא היה כאן החצי ממה שצוה ודאי דגם השטרות בכלל ע"ש:

סימן סז

א **טעם למנהג.** עבה"ט וע' בת' משכנות יעקב סי' ל"א שכתב עוד טעם אחר ולימד זכות על מנהג ישראל ע"ש. ועיין בלבוש סעיף א' שכתב מיהו רוב הפוסקים הסכימו שאע"פ שמה"ת אינה נוהגת בזה"ז מ"מ תקנת חכמים הוא ששמיטת כספים תהא נוהגת זכר לשביעית כו' ובסעיף ט' כתב וז"ל ומנהגינו שאין אנו חוששין כלל לשביעית קולא גדולה היא לעבור על דברי חכמים שיש בה מיתה בידי שמים וינשכנו נחש וגדולי חכמים האחרונים הם רבינו יוסף קולן בשורש צ"ב ורבינו ישראל בעל תה"ד חתרו דרכים לקיים המנהג אבל הם דחוקים מאד וליתנייהו אליבא דהלכתא וע' בדבריהם ותמצא שאין לנו על מה לסמוך עכ"ל וע' באר הגולה אות ח' בשם השל"ה והרב בעל הב"ח ז"ל. גם

בתומים האריך בזה בדברי תוכחת מוסר שיש להחמיר ובפרט כי הרמב"ן ס"ל דהוא דאורייתא גם בזה"ז וא"כ הירא וחרד לדבר ד' מי לא יחוש לדבריו ע"ש:

ב **אבל אם התנ' כו'**. עי' בספר תבואו' שור בחידושיו שבסוף הספר על מסכת מכות שכתב לכאורה איכא למידק א"כ אמאי הוצרך הלל לתקן פרוזבול כו' ונ"ל דלק"מ דבאמת כשהיה הלוה מרוצה ללות בתנאי זה לא היה צריך יותר אבל אם כשבא הלוה ללות והמלוה לא רצה כ"א בתנאי שלא ישמיטנו והלוה לא רצה להסכים לתנאי זה ומתוך כך נמנע המלוה להלוותו מיד הוא עובר על השמר לך וגומר שאסור למנוע בשביל שמיט' אבל בתיקון פרוזבול אין שום איסור דלאו בלוה תליא מלתא והוא מלוה לו בלא שום תנאי ופרוזבול מלתא אחריתא ונראה דהיינו דקרי ליה פרוזבול פי' תיקון עשירים כו' עכ"ל ע"ש. וע' בתשובת חתם סופר ר"ס קי"ג שמדבריו נראה דאפילו אם הלוה מרוצה והמלוה מלוה לו בתנאי זה עביד איסורא על מה שמתנ' כן ועובר עמ"ש בתורה פן יהיה דבר עם לבבך בליעל וכתב דאל"ה לא היה צריך הלל לתקן פרוזבול מפני שהיו נמנעים להלות הא אפשר להו להתנות כן בשעת הלוא' אע"כ דהיא גופיה ה"ל דבר בליעל כו' ע"ש. ותימה דשניהם לא זכרו דברי בדק הבית בסימן זה בשם הריטב"א וע"ש וצ"ע:

ג **וי"א דכל אדם נמי כו'**. ע' בב"ח מ"ש בזה ומסיים דראוי לעשות מעשה כהרמב"ם דדוקא ת"ח וכמו שהעיד ב"י שהיו נוהגים כן במצרים ע"ש. וע' בתשובת ח"ס חח"מ סי' קי"ג שכתב להשואל וז"ל קבלתי מכתבו ושם כתוב נוסח מסירת שטרותיו לפנינו ב"ד דפ"ק כו' והנה מדכתבו הפוסקים מהא דרבנן דבי ר"א מסרי מלייהו אהדדי דת"ח היודעים ששביעית בזה"ז דרבנן סגי במסירת דברים לב"ד ואין צריכים הב"ד שיכתבו הפרוזבול כמ"ש הרמב"ם משמע מזה שמעיקר הדין לא הוה די בהודעה לב"ד שמוסר להם חובותיו אלא דוקא כתיבת נוסח הפרוזבול כרתי ר"ל השטר ההוא עוש' ההפקעה אלא שבזמן הזה מקילין לת"ח דסגי באמירתה לב"ד מבלי שיכתבו הנוסח בשטר וא"כ האמירה היא מפקיע איסור שמט' וא"כ אפשר דבעינן דוקא אמירה לפני ב"ד ואותה האמירה היא תועלת ההפקעה כמו בחליצ' שאם יכתוב לא חפצתי לקחתה לא מהני וכמ"ש תוספות גיטין דף ע"א ד"ה והא כו' ועוד אפילו היכי דמהני היינו אם יעמוד לפני הב"ד ויכתוב דבריו ויועיל כאילו אמרה אבל מעלתו כתב כן בביתו ואז בשעת כתיבה שלא בב"ד לא הועיל ועכשיו בבוא הכתב לב"ד פשיטא שלא יועיל אלא שבא להודיע לנו רצונו וחפצו לעשות פרוזבול ע"כ א"א מבלי שנכתוב אנחנו פרוזבול ויהיה הפרוזבול ההוא מפקיע איסור שביעית ואין לנו לכותבו אלא מזמן שנכתב כתבו בעירו כי פרוזבול

המאוחר פסול. וזה נוסחו במותב תלתא כחדא הוינא ואתא קדמנא מכתב הנודע לנו ב"ד ח"מ וניכר לנו היטב שהוא כתיבת וח"י החתום מטה וזה היה נוסח הכתב ההוא מוסרני לכם פופו"פ הדיינים שבמקום פלוני שכל חוב שיש לי שאגבנו כל זמן שארצה הק' פלוני ומדאתברר לנו שכן הוא אשרנוהו וקיימנוהו כדחזי ויהיה לפרוזבול זה כל תוקף ועוז עד יום ב' כ"ד מנחם יום כתיבת כתב הנ"ל באנו עה"ח פה ק"ק פלוני שנת תקס"ה שהוא שמטה. הק' פ' ופ' ופ' עכ"ל ע"ש:

ד **וה"ה אם השכירו לו.** ע' בתשובת ח"ס סי' נו"ן שהקשה השואל דא"כ היכי משכחת מי שאינו ראוי לפרוזבול אם לא מי ששוכב אקיקלא דמתא ואין לו בית דיר' לא בשאלה ולא בשכירות והשיב דמשכחת בסומך על שולחן אחר ויכול לסלקו כל שעה א"נ הדר בחצר חבירו שלא מדעתו דא"צ להעלות שכר משעבר ומכל מקום בכל שעה יכולים הבעלים להוציאו ע"ש עוד:

ה **כל זמן כו' כותבין פרוזבול.** ע' בטור וב"י ובב"ח וע' בתשובת ח"ס סי' נ' אודות תלמיד אחד שרצה לעשות פרוזבול בסוף שנה ששית כי חשש לדעת העיטור והרא"ש והטו' דאין כותבין פרוזבול משנכנ' שנת שביעי' והשיב לו אלא עובדא ידענא שמ"ו החסיד זצ"ל מסר דבריו לפני וחד דעמי בסוף שנת תקמ"ד הנכנס לתקמ"ה דהיינו סוף שמטה וידענא שלא עשה פרוזבל בסוף תקמ"ג כי לא זזה ידי מתוך ידו ממש לידע כל דרכיו כו' והאריך שם בדברי הב"ח שרצה להשוות דעת הרמב"ם עם דעת הרא"ש רק דהרמב"ם מיירי במלוה בשביעית גופי' יכול לנגשו כל השנה ובהא מודה הרא"ש אבל זולת זה מודה הרמב"ם להרא"ש וכ' עליו שדבריו דחוקים מאד בכוונת הרמב"ם וגם הראב"ד ע"כ דלא ס"ל כהרא"ש והעיטור אלא שביעית אינה משמטת כלל רק בסופו אבל בתחלתו כלל וכלל לא וכותבין פרוזבול בתוך שנה השביעית והכי הלכת' והאריך עוד בזה ומסיים דמעיקר הדין אין לחוש כלל ומ"מ אם נפשו אותה ויעש אין מחזיקין אותו ואין כאן משום יוהרא שחש מהרש"ל והביאו מג"א סי' ס"ג סק"ב דהא פרוזבול המוקדם כשר וכל שעתא ושעתא זימניה הוא וזכור לטוב ע"ש. גם בתומים כ' דהירא וחרד יש להחמיר לעשות פרוזבול בערב שביעי' אם לא בהלואה שנעשה בשביעית דאז בלא"ה הרדב"ז והב"ח סוברים דאף הרא"ש מודה דיכול לעשות פרוזבול עד סוף שביעית ע"ש:

סימן סט

א **ולא מן הלקוחות.** עבה"ט עד והש"ך כתב דטעם זה דקנוניא איני מדוקדק כו'. וע' בת' ושב הכהן ס"ס י' שתמה על הש"ך ע"ש וע' בנה"מ מ"ש בזה:

ב **אם נתקיים בב"ד**. עבה"ט עד וכ"פ הב"ח. ובגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב וכ"כ בשו"ת תור' חיים למהרח"ש ח"א סי' ל"ב (וע"ש שכתב דאף כת"י מקיימים שלא בפני בע"ד דלא כש"ך) ובת' המיוחסת לרמב"ן סי' כ"ב כ' להדי' דגם בכת"י לא בעי קיום מדאוריית' עכ"ל ועמ"ש לעיל סי' ל"ה ס"ד:

ג **וי"א דא"י לו' פרעתי**. בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ואם פגמו י"ל דלכ"ע יכול לו' פרעתי. ב"ח ר"ס פ"ד:

ד **לו' פרעתי**. עבה"ט וע' בתומים סק"ה שכ' דחילוף כ' הנוהגים בזמנינו נהגו כל ב"ד בישראל לפסוק דא"נ לו' פרעתי ואין הטעם רק משום דינא דמלכות' אלא כיון דדינ' דמלכות' שא"י לו' פרעתי נמצא היה יכול לגבות חובו בערכאות או למסור הח"כ ביד א' מאה"ע ויגבנו ע"י ערכאות א"כ אין אדם מניח שטר פרוע כזה ביד המלוה וע"פ דין תורה א"י לטעון פרעתי וכן מצא בתשובה לרמב"ן סי' כ"ב ע"ש. וע' בת' ח"ס חח"מ סי' קכ"ח שכ' דמ"מ אם בא ליפרע מנכסי יתומים פשוט יותר מביעא בכותחא דלא יפרע אלא בשבוע' ולא עדיף בשטר חתום בעדים ואין חילוק בין אם הירוש' ביד היורשים עצמם או מופקדים ביד אחרים כו' ע"ש עוד. וע' בת' בית אפרים חח"מ סי' ו' בעובדא בראובן שמכר ביתו הגדול לשמעון באחריות כנהוג ואח"כ שבק ראובן חיים ובא א"י ותבע בכת"י ראובן ובראותו כי שכירות הבית הנשאר ביד היורשים מועטת כי בדיניהם שלא ימכור הבית רק יקח מהכנס' והבית צריך תיקון ולא ישאר לו לפרעון חובו כלום החזיר א"ע לשמעון שלקח הבית הגדול ושמעון סילק להא"י במעות עם הוצאות ורבית וקנסות שעלו אחר מות ראובן כפי שהוא בדיניהם והא"י מסר הכת"י הנ"ל לשמעון הלוקח שטרף ממנו. והאריך מאד בענין זה אי שמעון הלוקח יכול לחזור על היתומים מצד קבלת אחריות שקיבל אביהם בשטר המכר ולא העל' בזה דבר ברור עש"ה (ועמ"ש לקמן סי' צ"ב סי"ב ס"ק י"ג ובסי' רכ"ה ס"ב ס"ק ג') וע' בת' נו"ב סי' י' ת' מבן המחבר במעשה שאח' הלוה לחבירו על חילוף כתב כנהוג ואמנם הח"כ היה מאוחר שנכתב בניסן והעומד זמנו בתשרי שאחריו מחמת איזה טעם שהיה להם וגם לא נכתב בו זמן פרעון כלל ועתה (קודם שהגיע תשרי) תבע הלוה למלוה שיחזיר לו הח"כ שלו כי כבר פרע לו ואמר לו המלוה אז שלמחר יחפש את השטר בין הכתבים שלו והמלוה מכחישו שלא פרע לו עדיין ושאל השואל הדין עם מי. וכתב דאף דבזמנינו נתפשט בכל העולם לפסוק בכל ב"ד שאינו נאמן לטעון פרעתי על חילוף כתב שנכתב כתיקון המדינה הטעם הוא הואיל ודינא דמלכות' הוא כן אבל בנ"ד שהח"כ מאוחר והוא פסול לגמרי בדינא דמלכות' והמלוה חייב קנס בדיניהם אין לנו לדון בזה רק לאוקמי אדין תורה ולא הוה

אלא כסתם כת"י דנאמן לומר פרעתי ועוד טעם מבורר יותר דהא שעכשיו א"נ לומר פרעתי הואיל ובדינ' דמלכית' אין להלוה שום טענה נגד ח"כ אמרינן שבודאי לא פרע לו כי לא מניח הח"כ ביד המלוה פן יתבע אותו בערכאות אבל בנדון זה אין הלוה מתיירא להניח הח"כ כי בידו לבטלו כשתובע אותו בערכאות ומוכרח המלוה לכפור שאין לו כלל ח"כ ממנו כו' ומה"ט נראה דגם הנך רבוות' דס"ל שא"י לומר פרעתי נגד כת"י מודים בנ"ד דנאמן לומר פרעתי ואין המלוה יכול לומר שטרך בידי מאי בעי דהיכא שביד הלוה לבטל השטר לגמרי אמרינן בודאי שאינו מקפיד להניח אותו ביד המלוה. אמנם אעפ"כ יש להסתפק בזה מצד אחר או יכול לומר פרעתי הואיל וע"פ הדין אין הלוה חייב לפרוע תוך משך זמן דביני ביני (עמ"ש בזה לעיל סימן מ"ג סי"ב ס"ק ג') אפשר הוה זה כאילו היה קובע זמן שלא לשלם לו עד אחר ג' תשרי דא"י לומר פרעתי תוך זמנו כמבואר בסי' ע"ח או דילמא דזה דמי לסתם הלואה תוך ל' יום כו' והאריך בזה להוכיח דאמרינן חזק' אין אדם פורע בין הלואה לזמן המאוחר שנכתב בשטר דהוי כמו קביעת זמן ואם כן אף בנ"ד י"ל דהלוה אינו נאמן לומר שפרע הואיל ועדיין לא הגיע זמן השטר. ושם בסימן י"א תשובת הגאון המחבר ז"ל שהשיב לבנו הרב הנ"ל מה שפלפלת אם יכול לומר פרעתי נגד כת"י כזה שע"פ דינא דמלכות' אין לו תוקף פשיטא שיפה אמרת שלכל הדעות נאמן לומר פרעתי ולא שייך שטרך בידי מאי בעי דהאי חספא בעלמ' הוא (לפ"ז אפשר דאף לאחר זמן הכתוב בח"כ נאמן לומר פרעתי ומ"מ צ"ע הואיל וק' לברר אחר כך) ואולם מה שפלפלת אם שייך לומר בשטר שאיחרוהו בידיעת המלוה ולוה חזק' אין אדם פורע תוך זמנו במשך הזמן שבין כתיבת השטר לבין הזמן הכתוב בו הנה זה ודאי דלהנך פוסקים שהביא הר"ן פ"ב דכתובות ובש"ך סי' ל"ט סק"ח דאף בסתם הלואה אמרינן חזק' אין אדם פורע תוך ל' יום דגם בזה אמרינן כן אבל לפי מה דקיי"ל בש"ע ס"ס ע"ח דדוקא בתובע זמן אמינא דבזה אפילו אם נעשה האיחור ע"פ בקשת הלו' לא אמרינן חזק' זו דבשלמא בקובע זמן עיקר בקשת הלוה לקבוע לו זמן לפי שצריך לזוזי עד אותו הזמן דאין לומר כדי שיוכל למכור קרקעותיו בתוך הזמן ולא ימנעו מלקנות דהא לזה הזמן אינו מועיל שהזמן אינו גורע השעבוד ושעבוד' דמלוה מתחיל משעת הלואה אבל בשטר מאוחר שנעש' בניסן וכתבו מתשרי אפילו נעשה זה בבקשת הלוה אין כאן הוכחה שהלוה צריך לזוזי כל אותו הזמן דאיכא למימר כדי שיוכל למכור קרקעות במשך הזמן דהרי בזה לא מתחיל שעבודו של המלוה עד יום הנזכר בשטר ועכ"פ הוא דומ' רק לסתם הלוא' במשך השלשים יום ואמנם אעפ"כ יפה פסקת שכל זה שייך בשטר בעדים שיש בו שעבוד קרקעות אבל כ' יד וכן חילופי כתבים אין בהם שעבוד קרקעות ולא שייך בהו

טריפת לקוחות כלל א"כ בודאי איחור הזמן היה רק בשביל שלא יצטרך לפרוע עד זמן ההוא ומחשב קובע זמן ממש ואינו יכול לטעון פרעתי תוך זמנו עכ"ד ע"ש באריכות:

ה **אלא מה שעיניו רואות.** בגש"ע דהגרע"א זצ"ל נ"ב ע' בת"י מהר"י אדרבי סי' ק"ה ולכ"ע היכא דראובן נתן לו כ' ביד שמעון שילך בלוי שיפרע בעדו כו"כ ושמעון תובע לראובן באותו כ' נאמן ראובן לו' פרעתי הראנ"ח ח"א סי' י"ח:

ו **ואפשר.** עבה"ט בענין מי שהוציא חבירו חתימ' חלק כו' ומ"ש הש"ך בשם הגאון אמ"ו ז"ל ראיה לדברי הע"ש מש"ס דכתובות כו' ראי' זו כ' גם כן בס' ק"נ פ"ב דכתובות שם אות מ"ח בשם הגאון רבי העשיל ז"ל ע"ש ועיין בת' שבו"י ח"א סי' קמ"ט שדח' ראי' זו אך לדינא הסכים עם הע"ש והב"ח והש"ך שאין להוציא מיד מוחזק בחתימ' חלק רק במקום שנהגו לגבות בו ע"פ תקנת מדינ' וע"ש עוד במעש' שתבע שמעון לראובן סך מאה זהובים ע"פ כ' חילוף שנהגו הסוחרים וחתום תחתיו בחתימת ידו וראובן השיב שהוא חתם עצמו אסיפא דמגילת' ומצא שמעון וכתב עליו כך כי מעולם לא לוה ממנו ויעיד על זה השתנות הכתב שהחתימה נתיישן יותור מגוף הכתב והשיב כיון שיש כאן ריעותא שניכר שנכתב החיוב זמן רב אחר החתימה אם כן הוי כאלו עדיין החתימה על נייר חלק מבלי שנכתב עליו שום משמעות להוציא מיד מוחזק אך כל זה כשהדבר ברור לחוש הראות שנשתנה החתימה מחמת שנתיישן שנכתב זמן מה קודם כתיבת החיוב שלמעלה אבל אם אפשר לתלות מחמת השתנות הדין עצמו והוא דבר המצוי שאין כל מיני דיו שוים במראה ודאי אין לפסול אם הוא מקויים בנאמנות ומ"ש אם נראה לדיין אומדנות שיש חשש ערמ' בדבר יכול להשביע לשכנגדו שבועה חמורה כמבואר בש"ע סימן ט"ו עכ"ד ע"ש וע' בתומים שהזכיר דברי שבו"י הנ"ל דאם ניכר שנכתב אחר דפסול והוא ז"ל חולק עליו וכתב דאף דבת' הב"ח משמע קצת גם כן כדבריו מ"מ אין לזה שורש כלל והרי בלא"ה דעת הסמ"ע ממגדל דוד דאפילו לא נכתב כלל כשר לגבות בו ואם כן מה"ת לפסול אף כשנכתב בו דליכא שום טעם למפסל ע"ש ועיין בת' ב"ש אחרון סי' ו' שכתב דבודאי המוחזק יכול לומר קים לי כתשובת הב"ח ושבות יעקב הנ"ל מ"ש עוד. ועיין בט"ז סי' מ"ח שהסכים גם כן כדברי הע"ש אך כ' טעם אחר וז"ל בענין ממרני שלא נכתב עליה שום משמעות רק החתימה לחוד נ"ל שאינו גובה בה כלל כיון שהובאה כך לפני ב"ד בפסול דהא יכול לעשות זיוף ולכתוב עליה כפי מה שירצה ואף אם הלוה מאמינו מ"מ לאו כל כמיניה שמא חייב גם לאחרים בממרנות ואין לו לשלם ומפסידם עי"ז כו' עכ"ל. ועיין בת' נו"ב תניינא סי' ס"ה וכו' שכתב עליו לכאורה דבריו תמוהים ואטו מי שחייב כבר לאחרים אינו יכול לחייב עצמו עוד למי שירצה לשעבד

גופו ונכסיו אפילו ידענו בודאי שאינו מקבל שום מעות וע"כ כוונתו הוא ודאי שיכול לחייב עצמו כעת אבל בחתימה זו יכול להקדים החיוב ויבא ריעות' לאחרים כי מלוה על פה מוקדמת קודמת למאוחרת לגבות מבני חרי ואפי' מלוה בשטר לדעת המחבר בסימן ק"ד סי"ג אך גם זה אינו דמלוה ע"פ שרוצה לזכות מצד הקדמה צריך לברר בעדים שהיא מוקדם ולא יועיל לו כתב יד הלוה להקדימו דחיישינן לערומי כמבואר בש"ע שם ועיין בש"ך סי' מ"ח סק"ב ועוד דגם אי יהיבנא לט"ז שיכול לבא מזה ריעות' לשאר בעלי חובות רק לענין קדימה וכי בשביל זה יופסל השטר לגמרי והלא אפי' שטר מוקדם גמור להרבה גדולי הפוסקים כשר לגבות מבני חרי ואין הלוה יכול לטעון להד"מ ולא פרעתי וכ"פ המחבר בסי' מ"ג ס"ז ואפי' להרמ"א שם שהביא י"א שפסול לגמרי היינו דשם ודאי הקדימו כדי לגבות בו מזמן ההוא דאל"כ למה הקדים זמנו אבל בנ"ד מאן יימר כו' ואמנם יש לפרש דברי הט"ז (שכתב כן לצירוף טעם הלבוש וכוונתו הוא למ"ש הלבוש דאין דרך העולם להאמין למלוה שטר כזה ולכן נאמן הלוה לומר שממנו נפל ומצאו זה) והסמ"ע דחה דבריו דכשאדם צריך למעות דרכו להאמין למלוה וע"ז בא הט"ז לומר דאף דסברת הסמ"ע טובה שדרך הלוה להאמין למלוה אבל זה הוא מה שנוגע לעצמו אבל לאו כל כמיניה להאמינו במה שחב לאחרים ואף שבשביל זה לא נפסל השטר מ"מ הלוה עכ"פ עושה שלא כהוגן לחוב לאחרים ולכן אין דרך הלוה לעשות מה שעושה איסור לחוב לאחרים ולכך אמרינן שבאמת לא האמינו ומידי הלוה נפל ומצאו זה עכ"ד ע"ש. ועיין עוד בנו"ב שם אודות עשיר א' ששבק חיים ובא סוחר ואמר שהמנוח חייב לו סך מסויים בעד סחורות שלקח ממנו בהקפה והרא' פנקס שלו רשום בו כל מין ומין והמנוח חתום מלמטה רק בין הרשימה ובין החתימה היה ריוח נייר חלק בלי כתב כמו ד' וה' שורות ובתוך המרחק כתוב פרעון מהמנוח סך נ' זהובים ונשאל אם מוציאין מהיורשים ע"פ כתב הזה. השיב הנה אם אביהם היה בחיים היה גם כן מקום לדון אם היה יכול לטעון פרעתי על כתב הזה דלכאורה גם לדעת הפוסקים שא"י לטעון פרעתי על כתב ידו אכתי יש לדון בזה שיש איזה שיטות חלק בין הכתב להחתימה הגם דאין לדמות זה למה שמבואר ובסי' מ"ה ס"ו דאם הרחיקו העדים מהכתב רוחב שני שיטין פסול דשם הטעם שהעדים עשו שלא כהוגן שחתמו שטר שיכול להזדייף אבל בכתב ידו שהוא עצמו הרחיק חתימתו והאמין לבעל השטר מה"ת נפסול אנחנו הכתב הזה. אך באנו בזה למחלוקת הלבוש וסמ"ע וש"ך וט"ז בדין ממר"ם חלק כו' ולדעת הסמ"ע אין כאן ריעות' ואדרבה עדיף יותר והרי הוא כאילו כתוב בו נאמנות שהרי היה יכול לכתוב שם נאמנות וגם לדברי הש"ך אף שפוסל בחתימה חלק מ"מ בזה היה כשר שהרי כתב

הטעם שבמה יגבה ומגו להוציא לא אמרינן וזה לא שייך הכא שהרי החוב כבר כתוב בו ואין אנו צריכין לשום מגו אבל לדעת הלבוש אמרינן גם בזה שאין דרך להאמין כזה ומסתמ' נפל ממנו ומצאו זה. אך באמת ז"א דכל זה בכתב יד כתוב בנייר בפ"ע אבל בנדון ששמעון חתום בפנקסו של ראובן לא שייך חשש הלבוש לו' שממנו נפל היאך בא פנקסו של ראובן ליד שמעון והגם דאכתי יש חשש שמא שמעון חתם בנייר בפ"ע ונפל ממנו ומצאו ראובן וכרכו בפנקס דבר זה יש לברר ברושם שבתוך הנייר שעושים האומנים את כל הנייר שבפנקס הכל הוא מן רושם א' אז שוב הוא חשש רחוק יותר מנפילה דיחיד והגם דאכתי יש לחוש שכל הפנקס הוא בערמה ושמעון חתם עצמו בנייר בפ"ע ונאבד ממנו ומצאו ראובן והערים וקנה נייר מרושם כזה ועשה מן הכל פנקס אך גם זה אפשר לברר לחפש בדברים הנכתבים בפנקס ההוא בדפים הקודמים אם יש הוכחה ברורה שנכתבו כבר מזמן רב בודאי אין כאן חשש נפילה שחשש הלבוש וממילא לא שייך ג"כ חשש זיוף שהזכיר הט"ז כו' (עמ"ש לעיל בשמו בכוונת הט"ז) . וכיון דבאופן זה ליכא שום חששא ודאי דאילו אביהם היה בחיים לא היה יכול לטעון פרעתי ולא מבעיא לדעת הפוסקים שא"י לטעון פרעתי נגד כתב ידו אלא אפילו לדעת המחבר שיכול לטעון פרעתי מ"מ בזה א"י לטעון פרעתי לא מבעיא לדעת הסמ"ע חשבינן כאילו כתוב בו נאמנות כיון שיכול לכתוב בו נאמנות וכמ"ש וגם לדעת הלבוש א"י לטעון פרעתי מטעם זה עצמו שהרי הלבוש כתב שיכול לטעון פרעתי במגו דלא לויתי וכיון שבנ"ד אינו נאמן לומר לא לויתי ממילא ליכא מגו ואם כן אינו נאמן לומר פרעתי ואפילו לדעת הש"ך דהטעם לפי שאין אומרים מגו להוציא א"כ לכאורה גם לענין פרעתי אין אומרים מגו שהיה לכתוב בו נאמנות מ"מ נראה דהש"ך ג"כ לא כתב טעמו אלא לצירוף טעמו של הלבוש כו' ומעתה היכא דלא שייך טעם הלבוש כגון בפנקס ועל אופן הבחינה שכתבנו לעיל אז גם טעם הש"ך לא שייך וחשבינן הריוח שיש בין החתימ' להכתב כאילו כ' בו נאמנות וכיון שהוא הימנהו שוב לא מצי לטעון פרעתי אמנם כל זהו אם היה זה בחיים אבל עכשיו שבא לגבות מהיורשים וכבר כתבתי בנ"ב סי' ח' (בטעם הדבר למה לא מהני נאמנות סתם לגבות מיורשים וע' בסי' ע"א סי"ז ובסמ"ע ובה"ט שם) דאמרינן שאף שהוא הימני' היינו שהיה בטוח שלא יעיז לכפור הפרעון שאין החי יכול להכחיש החי ולא חשש למיתה דלא שכיח ולכן לא מהני נאמנות לגבות מיתמי יעו"ש ואף דאם כ' לו נאמנות מפורש אף נגד היתומים ודאי מהני מ"מ כאן אין לו' שיהא חשוב כאילו היה מפורש נאמנות נגד יורשין שהרי באמת אין כאן מפורש שום נאמנות אלא שאנו אומרים כיון שמסרו בידו כך ודאי הימנהו וזה שייך על עצמו אבל על יורשיו אין כאן

ראיה שהימנהו והא דמסרו לידו כך היינו משום דלא חשש למיתה וא"כ היה מקום לומר דטענינן ליורשים שפרע אביהם ואמנם מטעם מגו יש להאמינו דאי בעי הוה כ' עליו נאמנות נגד יורשים בפירוש ואמרי' שנאמן במה שטוען שלא נפרע במגו אלא דבזה יש חשש של הש"ך דמגו להיציא לא אמרי' ואעפ"כ נלע"ד דנאמן במגו שהתובע טוען ברי והיורשים טוענים שמא וגבי ברי ושמא אמרינן מגו להוצי' אף היכא דהברי הוא גרוע שיודע שאין שכנגדו מכיר בשקרו והשמ' הוא שמא טוב דלא הוה ליה למידע כמפורש בש"ך ס"ב פ"ב בכללי מגו אות א' וט"ו כו' ובפרט שגוף הדין דמגו להוצי' לא אמרינן אינו מוסכם עס"י פ"ב סי"ב בהגה לכן נלע"ד דאם הפנקס יברר כמו שכתבתי נאמן התובע בשבועה חמורה (לפי דמגו לאפטורי משבועה להרבה פוסקים לא אמרי' וק"ו היכא שהוא להוצי' כו' עיין בס"ס כ"ו שם) שלא נפרע אלא שאף שאנו מדמיין לא נמהר להחליט להוצי' מן היורשים לכן טוב להתאמץ ולמצו' פשר עכ"ד (בשינוי לשון קצת) ע"ש באריכות:

ז **ואם כתוב בו נאמנות.** עש"ך ס"ק י"ז שכ' עיין בתשובת מהר"א ן' חיים סי' קי"ז שצידד אם כ' בו שיהא לו דין שטר כו' ולפע"ד אין זה מוכרח כו' ע"כ נלפע"ד. ובגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב והגאון מהר"ג בעה"מ ס' עה"ג כתב בחידושיו על ח"מ דהעיקר דא"נ לומר פרעתי דבמה שכתב שיהיה לו דין שטר היינו דכמו דבשטר א"נ לו' פרעתי כך לא יהיה נאמן ע"ז הכת"י לטעון פרעתי ע"ש:

ח **שהוא פרוע.** עבה"ט מ"ש ואפי' כתוב בשטר נאמנות סתם כו' עד והט"ז מפקפק בזה. ועיין בנה"מ שכ' דהעיקר כהט"ז דאפי' בנאמנות סתם גובה מיורשים וכן להנך דס"ל דאינו נאמן לטעון פרעתי בכת"י גובה גם כן מיורשים ע"ש ועיין בתשובת נו"ב סי' ח' מבואר שאין דעתו כן ע"ש אולם בתשובת בית אפרים חח"מ סי' ו' תמה על הנו"ב שם וכתב דודאי להנך פוסקים כת"י דין שטר בלא באחריות יש לו וכמ"ש הרא"ש פ"ב דכתובות ובודאי שגובה גם מיתומים והעיקר כמ"ש הנו"ב שם מתחלה דהרמ"א שלא הגיה כאן כלום סמך עצמו אדלעיל ס"ב שהביא דברי הי"א שיש לו דין שטר לענין טענת פרעתי וגם כתב שהוא לפי ראות עיני הדיין אבל במקום שהוא א"נ לומר פרעתי לא טענינן ליתמי כו' והאריך בזה ע"ש:

ט **הואיל ומודים** עבה"ט מ"ש ומ"מ קשה לי כו' עד כתבתי ישוב לזה וכן תירץ בתשובת נו"ב סי' ח' ע"ש בתוספת ביאור:

סימן ע

א **שפרעו שלא בעדים אינו נאמן**. עיין בתשובת מים חיים חח"מ ס"ס י"ז שכתב דאפילו אם יטעון דאח"כ ביטל המלוה תנאי זה דאל תפרעני אלא בעדים מחמת שהי' ירא שמא יצטרך מאד למעות ולא יהי' מצוי עדים באותו שעה והלוה לא ירצה לפרוע לו בלא עדים לכן ביטל את התנאי או לסיבה אחרת מ"מ אינו נאמן כו' ע"ש ועמ"ש לקמן סי' קע"ו סי"א ס"ק י"ד:

ב **הרי זה נאמן** עש"ך ס"ק י"ד וע' בתשובת כנסת יחזקאל סי' ק' מענין זה:

ג **ודברים שאומר**. עבה"ט שכתב אבל אם בשעת קבלת המעות אמר בהדי' דלשם פקדון כו' וע' בת' זכרון יוסף חח"מ ס"ס א' שכתב דלאו דוקא בנתנם לשם פקדון סתם אלא אפילו אמר בפי' שנותנו לידו בתורת פקדון כדי שיהיה בטוח על חובו ויכול לזכות בו לאחר הזמן ואתנם בגו זימנא הוי פסידא דלוה וצריך לחזור ולשלם לו כו'. ומה"ט כתב שם במעשה בראובן שהוצרך להשליש מעות נדוניא לבתו והלך הוא והמיועד להיות חתנו והשלישו אצל שמעון צרור וחתום בחתימת שניהם ולבסוף נאנס מיד השליש (תוכן המעשה יובא לקמן סי' רצ"א סי"ח ס"ק ו') ועתה תובע החתן מראובן שיתן לו נדוניא אחרת וראובן השיב נדוניא אחת נתחייבתי ולא שנים דשלשה ולא נתרצית בשליש ההוא ואפשר דמזלא דידך גרם ופסק דהדין עם החתן כי אין להחתן שום תפיסת יד וזכיה בנודוניא עד אחר החופה ולכן כל ההפסד אשר יקרה ח"ו בנדון המושלש הוא על החותן לבד וגדולה מזו נ"ל שאפילו היה החתן אינש מהימנ' בעיני החותן והיה משליש הנדן אצל החתן עצמו בתורת פקדון עד אחר החופה שאז יזכה בהן. וקודם החופה נאנס ממנו ולא היה החתן מפסיד כלום וזה מבואר מדברי הב"ח והסמ"ע והש"ך בסי' ע' ס"ה גבי לוה שמסר למלוה את הסך שחייב לו בתורת פקדון כו' וא"כ ה"ה גבי חתן שהשליש חמיו בידו הנדוני' קודם החופה כו' דאנן סהדי דלאו בתורת פרעון יהבינהו ליה אלא בתורת פקדון ע"פ לזכות בו אחר החופה דמי פתי יתן הנדן לחתנו בתורת פרעון ל' יום קודם החופה ומי יודע מה יולד יום כו' ומעתה נידון ק"ו אם כשהשליש אצל החתן עצמו ההפסד עליו לבד. מכ"ש אם השליש הנדן אפילו במעמד וחתימת החתן אצל איש אחר דודאי ההפסד על החותן לבד וצריך לחזור ולהכניס לנדן בתו קודם החופה נדן אחרת כפי הסך החופה שנזכר בתנאים ראשונים שלהם עכ"ד ע"ש:

סימן עא

א **אבל אם הביא עדים.** עבה"ט וע' עוד בש"ך סק"ב שכתב וז"ל וגם מ"ש הסמ"ע וא"צ משום דהשטר מסייע למלוה כו' שנראה מדבריו דשנים אומרים על שטר שהוא פרוע ושנים אומרים אינו פרוע מוקמינן לשטרא בחזקתיה ומגבינן ביה לא נהירא לפע"ד כו' עכ"ל וע' בת' רע"ק איגר סי' קל"ז דהחכם השואל רצה לפשוט מזה ספיקו של בעל שושנת העמקים (כלל י"א ע' בת' חמדת שלמה חי"ד סי' כ"ט בד"ה וע"פ סברא זו) בתרי ותרי במקום רוב (דאף דלא מועיל חזקה בתרי ותרי מ"מ רובא דעדיף מחזקה י"ל דמועיל) והרי כאן מבואר דתרי ותרי בפרעון שטר לא מועיל חזקת שטרך בידי מאי בעי דעדיף מרוב דהא מוציאין בה ממון מכ"ש דלא מהני רוב. והוא ז"ל השיב דאינו מהדומה דאף דחזקת שטרך בידי עדיף מרוב מ"מ גם עדות עדיף מרוב וחזקה זו הוא כמו הוכחה ואנן סהדי והוי כמו עוד כת עדות ושוב אמרינן תרי כמאה משא"כ במקום רוב י"ל דתו"ת הוי ספק והדין בספק למיזל בתר ריב ובפרט למה דהוכחנו בסי' הקודם (הובא לעיל סי' ל"ד סכ"ח בצ"ל בד"ה ואין מוציאין) דבממון אוקמינן אדין תורה בודאי יקשה אמאי לא אמרינן אוקי תרי בהדי תרי ונתקיים חזקה דשטרך בידי מאי בעי אלא ע"כ כנ"ל כיון דמדין אנן סהדי אתיא עלה הוי כמו כת עדים וא"כ שוב ליכא ראיה לענין רוב עכ"ד ע"ש ועמש"ל סי' ע"ח ס"א ס"ק א':

ב **ללוה מגו.** עבה"ט עד דיש חילוק אם המגו הוא בנאמנות עצמו כו' ובגליון סמ"ע דהגר"ע איגר צ"ל נ"ב ואם יש עד א' שהאמינו אם נאמן במגו דהא אפשר למיפטר נפשיה בטענה אחרת ע' בס' כתובה סי' צ"ח סעיף א' בהגה אות ה' עכ"ל:

ג **בשעת הלואה.** ע' בת' בית אפרים חח"מ סי' ט' שכ' ויש להסתפק בנאמנות בפקדון מה דינו לפי הטעם שכתב הנ"י והמרדכי הביאום הש"ך דבשעת משיכת המעות גמר ומשעבד נפשיה ודמי לקנין וכ"כ הר"ן בחידושיו פז"ב י"ל דדוקא בהלוא' שהשעבוד מתחיל מיד במשיכת המעות ואז משתעבד ג"ב על הנאמנות וא"צ קנין משא"כ בפקדון דבשעת משיכה אין כאן שעבוד כלל רק משעת אונסין ואפי' למ"ד משעת משיכה כתב הריטב"א דהיינו לו' דכשנאנס משתעבד למפרע משעת משיכה כו' ואם כן לענין טענת החזרתי אין כאן מקום השעבוד למפרע כלל וא"כ כיון דשעבוד נכסים אין כאן רק שזה קיבל עליו לשמור זמה שנותן לזה נאמנות שלא יהיה נאמן לו' שהחזירו אינו רק דברים בעלמ' ולא משתעבד בלא קנין אונס לפי הטעם שכ' בבע"ת שער כ"ו דבשעת הלואה לא צריך קנין לנאמנות משום בההוא הנאה דקא מהימן ליה כו' א"כ גם בפקדון שייך טעם זה כמו גבי מתנה ש"ח כו' מש"ב:

ד **אבל לאחר הלואה.** עבה"ט עד ואין כן דעת הט"ז אלא דבכל גווני כו' ור"ל אפי' בנאמנות סתם אינו משתעבד אחר הלואה בלא קנין והוא פשוט ובספר עט"צ ומאמר קדישין וגם בספר מסגרת השלחן לא העתיקו יפה:

ה **נאמנות מהני.** עבה"ט שכתב וכתב הרשב"א כו' עד אבל לא שיהא נאמן לומר לא נפרעתי כו' ובגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ואילו האמינו גם על הפרעון הי' לו לכתוב נאמנות סתם עכ"ל הרשב"א. ומזה למד בתשובת לחם רב סי' י"ד דנאמנות הכל בכלל אמנה ורבית דפרעון ואם כתב דנאמנות כ"ז שיהיה השטר קיים בדלא קרוע קרע ב"ד או הוכתב פרעון על גבו בזה גלה דעתו שהנאמנות רק על הפרעון לחוד ע"ש:

ו **למיחש למידי.** עבה"ט עד ודוקא שכתוב בו שהוא על שטר כו' ועי' בזה בש"ך לקמן ס"ט ס"ק כ"ד שחולק וס"ל דאפי' בכת"י סתם לא יוכל לטעון סטראי וכן הסכים הט"ז והתומים ונה"מ עש"ה אך בתשובת בית אפרים חח"מ ס"ס ח' כתב דבשו"ת הרי"ף שנדפס בליוורנו סי' רע"ח מתבאר שדברי הסמ"ע בזה מכווני' להלכה ודלא כש"ך ע"ש ועמ"ש לעיל סימן נ"ח ס"ב ס"ק ג':

ז **וחמורה וגלגול.** עש"ך ס"ק י"ד ועמ"ש בזה לקמן סי' צ"ג ס"ז ס"ק ט':

ח **שפרעו מהני.** עש"ך ס"ק ט"ז עד ונראה החילוק בין שני דינים אלו כו' ועיין בתשובת עבוה"ג ס"ס ע' מ"ש בזה:

ט **שלא להחרים ח"ס.** כתב הסמ"ע כיון דאינו מחרים ומקלל לנוכח כו' וכתב הש"ך דהיינו דוקא בשטרו בפיר' מקב"ח אבל אם פטרו משבועה יכול לכופו לקבל חרם בב"ד כו' ע"ש וע' בתשו' חמדת שלמה ס"ס ט' שכתב דאם כתב כל דין תורת נאמנות ולא פי' דוקא לשבועה הוי כאילו פטרו בפי' גם מקב"ח ואינו יכול להטיל עליו רק חרם סתם זולת ע"פ מנהג שכ' התומים (בסימן פ"ב ס"ט הבאתיו שם ס"ק ז'. דבכל מקום שנזכר חרם סתם נוהגים שמקבל בפי' החרם) וגם זה אינו ברור דהכא י"ל דהוה כמו פטרו בפירוש והיכא דפטרו בפירוש הקב"ח ודאי א"י להטיל עליו רק חרם סתם ועדיין צ"ע קצת עכ"ל ע"ש ומסיום לשונו משמע שמסתפק קצת אפי' בפטרו בפי' מקב"ח אולם בנה"מ כתב בפשיטות דבפטרו בפי' מקב"ח אין לו רשות לכופו לקב"ח אפילו לפי המנהג שכתב התומים רק שיכול בעצמו להטיל חרם סתם ע"ש:

י **מהיתומים קטנים.** עמ"ש לקמן סי' ק"י ס"א:

יא **בעדים בטל הנאמנות.** בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב עיין בשו"ת עה"ג סימן י"ט דל"ד בעדים אלא ה"ה אם הוא בענין דלפי דאנן מחזיקים הוא משקר אף דליכא עדים ממש הוחזק כפרן דבטל הנאמנות עכ"ל ועמ"ש לקמן סי' צ"א ס"ג ד':

יב **הם כאן**. עבה"ט שכתב ל' הטור אם אין העדים כאן אין הלוה נאמן כו' ועיין בתשובת מים חיים חח"מ סימן ד' מ"ש בזה:

יג **אא"כ פירש שפוטרו כו'**. בגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב בת' מהרח"ש סי' ג' כתב בשם ת' מהרשד"ם ומהרש"ך שכל שכתוב נאמנות וכו' נכלל במלת וכו' גם נאמנות עליו ועל יורשיו לו וליורשיו כמו שרגיל לפרש בשטר והסופר קיצר וכלל במלת וכו' עכ"ל:

יד **ואם מת הלוה תוך הזמן כו'**. בגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב מקורו בהבע"ת ולטעמיה אזיל דס"ל דטענינן ליתמי מלתא דלא שכיח אבל להפוסקים לקמן סי' ק"ח ס"ד דלא טענינן להו נאנסו ה"נ לא טענינן להו פרוע תוך זמנו ג"ת וכנה"ג ועש"ך סי' ס"ט ס"ק כ"ו עכ"ל:

סימן עב

א **מתחלה שרי**. עבה"ט עד ומ"מ דינו של הרב בהתנה עמו צ"ע כו' ועיין בזה בפנים בש"ך סק"ד וע' בשו"ת ח"צ דפוס לבוב בליקוטים שבסוף הספר סי' כ"ג שכ' שדברי הש"ך תמוהים בזה ומסיים שדינו של הרב רמ"א ברור ע"ש וע' בתומים ובנה"מ מזה:

ב **בין שמשכנו בשעת הלואתו**. עש"ך סק"ט וע' בס' קרבן נתנאל פרק קמא דקדושין אות נ"ג:

ג **בין שמשכנו אחר שהלוהו** ע' בת' שבו"י ח"א סי' קנ"ב שכ' דאפי' היכא שהפקידו אצלו בתורת שמירת שומר חנם ועכשיו תפסו בחובו שלא ברשות הלוה ושלא ברשות ב"ד מ"מ הוי ש"ש ודלא כתשו' פרח מטה אהרן ח"א סי' ע"א ע"ש:

ד **ה"ז ש"ש** בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ואם מסר לו המשכון קודם ההלואה אינו נעשה ש"ש על המשכון עד שהלוה לו וכדלקמן סעיף נ"ב עכ"ל. וע' בכנה"ג בהגב"י אות כ' שכ' בשם הרש"ך ח"ב סי' קס"ט וז"ל אפי' למ"ד דש"ש הוי ע"כ לא אמרו בפ' השוכר את הפועלים דבש"ש לא מהני לי' טעמא דמאי ה"ל למיעבד משום דא"ל להכי יהבית לך אגר' לנטורי לי נטירות' יתירתא אלא דוקא בנותן לו שכר בהדי' בעד שמירתו אמנם בנדון זה לענין משכון דלא חשבי' ליה ש"ש אלא משום פרוטה דרב יוסף בהא ודאי לא דיינינן לי' כההיא ש"ש ואם מצי למימר מאי ה"ל למיעבד פטור אפי' לא התנ' עכ"ל. ודברי הרש"ך אלו הביא ג"כ המל"מ פ"י מה' שכירות דין א' והשיג עליו וכת' ובעיני יפלא דמאן פלג ליה בהאי מלתא דאי נעשה ש"ש משום האי כל דיני ש"ש עליו וכן מבואר בת' מהרי"ק שורש קנ"ה כו' ע"ש וע' בקצה"ח סק"ה שהביא ג"כ דברי מהרש"ך אלו ע"ש מ"ש בזה. וע' בת' ח"ס חח"מ סי' ט"ז דנראה שהסכים לסברת מהרש"ך הנ"ל וה"ה בכל אלו הנידונים כש"ש מאומד הדעת דבההיא הנאה דשביק כ"ע ואגיר לי' לדידיה או

דנפיק קלא דמהימנא הוא וכדומה לא מחייב בהפלג' נטירותא יתירתא וכו' דנ"ל דדין זה מרומז בל' ש"ס ב"מ צ"ג ע"א מאן תנא שוכר כנושא שכר כו' ונ"ל עוד שזה הוא דעת הראב"ד שהביא הרא"ש פ"ז דב"מ סי' ח' (צ"ל ט"ז) כו' ע"ש ועמש"ל סי' ש"ג סק"ד:

ה **שומר שכר**. עבה"ט וע' בש"ך סק"י מ"ש ליישב קו' מהרשד"ם על הרשב"א דס"ל דאפי' אחר הפרעון הוי ש"ש כו' ע"ש וע' בתשו' הרב מוה' משה רוטנבורג חא"ח סימן י"א מ"ש בזה עש"ה:

ו **אלא שומר חנם**. עש"ך ס"ק י"ח מה שתמה על ת' רש"י וע' בת' ושב הכהן סימן ע"ח שכתב ליישב על נכון ע"ש:

ז **ולא יותר**. עבה"ט מ"ש אבל אם משכן ישראל לחבירו משכונו של עכו"ם ונותן לו רבית כו' ועיין בת' ח"ס חח"מ סי' רי"ו שכתב דפשוט יותר מביעא בכותח' דה"ה ישראל רשע המלוה ברבית קצוצ' לישראל דהנאה גדולה כזו משוי ליה ש"ש לא מבעיא בזה"ז בעי"ה שאינו יכול להוציאו לדיינים וגם אין עולה על דעת הלוה לתובעו כלל אלא אפי' היה ידינו יפות לכופו להוצי' בלעו מפיו מ"מ מה שמעות הרבית בידו ונוש' ונותן בהם עד שיוציאו ממנו בדיינים משוי לי' ש"ש עש"ך סי' רצ"ב ופשוט והא דנקטי סמ"ע וש"ך בנכרי משום דברשיעי לא איירי ע"ש:

ח **הדין עם שמעון**. עבה"ט עד וע' בש"ך שמחלק בין בגדים שעשה לה הבעל דיכול למכרם ולמשכנם בע"כ כו' וע' בתומים וגם בב"ש סימן צ' ס"ק נ"ב מזה וע' בת' פרי תבואה סי' ס"א עש"ה:

ט **כאילו הלוהו עליו**. עבה"ט עד וא"כ לדידן הוי ספיקא דדינא כו' וע' בתומים ובקצות החושן ובנה"מ מזה:

י **ולא לנאמן**. עבה"ט עד דאין לדמות נאמנים הללו לאפוטרופוס שממנים הב"ד כו' וע' בת' שיבת ציון סי' צ"ט דהחכם השואל ר"ל דגם גבאי צדקה כנאמן הצבור לגבות מסים דלא שייך ביה לו' דניחא ליה להתחייב מפני שם טוב שיצא עליו וממילא יש לפוטרו אפי' בפשיע' לדעת הפוסקי' באפוטרופוס שמינהו אבי יתומים דפטור אפי' בפשיע' משום דאתי לממנע כמבואר בב"י סי' ר"צ ובש"ך שם ס"ק כ"ה והוא ז"ל השיב דזה אינו שאין לדמות ממונים על הצבור זה לזה דהמעיין בב"י יראה דטעמו של הרשב"א משום דנאמן הצבור לגבות מסים אין לו לתפארת ושבח שכמה פעמים נעשים ע"י תחבולות כו' וזה לא שייך בגבאים דבתי כנסיות אשר בקהלתנו שאין מתמנים ע"י תחבולות רק ע"י הפצרות אנשי בהכ"נ שנתנו עיניהם בו ובודאי הוא לו לתפארת ושבח ויצא עליו קלא דגברא מהימנא הוא ולכן יש לו דין אפוטרופוס שמינהו ב"ד לאבא שאול דהא סמכו

עליו הצבור וליכא חשש דאתי לממנע וחייב לשלם אם פשע בשמירת מעות צדקה ע"ש וע' בנה"מ:

יא **אלא דמי שוויו**. עיין בספר שער משפט ס"ק י"ב שכתב דה"ה היכא דשמעון יכול לפטור עצמו מהעכו"ם בדבר מועט מ"מ צריך ראובן לשלם כל דמי שוויו ע"ש ועמ"ש לקמן סימן שמ"ח ס"ה:

יב **נשבע המלוה היסת**. עיין בת' ושב הכהן סימן ע"ט אודות ראובן שהלוה לשמעון (נ"ל שלוה משמעון) על משכון ואחר כך השכין ראובן (צ"ל שמעון) המשכון אצל לוי ונאבד מיד לוי ועתה ראובן אומר המשכון היה שוה יותר על הלואתו סך מסויים ושמעון מכחישו איך דינו. והאריך שם לפרש ת' רש"י שהביא הש"ך לעיל ס"ק י"ח ומסיק וכו' היוצא ממה שכתבתי בנד"ז שיש הכחשה בין ראובן לשמעון בשווי המשכון צריך שמעון לישבע במה היה שוה וא"י לפטור את עצמו בשבועה שישבע לו כי ראובן יכול לומר שאינו מאמינו למלוה השני בזה כמה היה שוה ואף על גב שרגיל להפקיד אצלו ומאמינו בדברים אחרים אפ"ה יכול לומר שאינו מאמינו בזה כמה היה שוה משום דלא קים ליה למלוה בגוה כו' ומסיים דלמעשה צריך עיין ע"ש וע' בספר שער משפט ס"ק י"ד:

יג **וישבע כו' וכולל כו'**. ע' בת' ושב הכהן סימן ע"ט שכתב דלפי המבואר לעיל ס"ג באם המלוה חזר והפקיד המשכון אצל הלוה אם נאבד אצלו חייב המלוה דהלוה הוא רק ש"ח אם אירע בכה"ג שהלוה תובע להמלוה ואומר סלע הלויתי עליו וב' היה שוה והמלוה אומר ה' דנרים היה שוה א"ל שישבע המלוה ויפטר דהא איכא למיחש שמא ישבע המלוה ויוצא הלוה את הפקדון ולכן ישבע הלוה (ר"ל שישבע הלוה תחלה שאינו ברשותו ואח"כ ישבע המלוה שלא היה שוה רק ה' דינרין ויפטר : וזה הוא רק לפירש"י ולפי' ר"ח והרי"ף בהא דשמא יוציא הלה את הפקדון משא"כ לטעם שמא יתקלקל המשכון שהזכירו התוספת בפרק המפקיד (בבא מציעא ל"ד ע"ב) ובשבועות מ"ג ע"ב לא שייך כאן חשש זה שהמלוה נשבע שלא היה שוה יותר כן מבואר שם) ועפ"ז פיר' לנכון ל' המשנה מי שהפקדון אצלו שמע ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון למה נקט התנא ל' זה ולא תנא מי נשבע המלוה שמא ישבע הלוה ויוציא המלוה את הפקדון וגם למה תנא ל' פקדון ולא אמר מי שהמשכון אצלו כו' וגם יישב לנכון דברי מהרי"ל שהביא הרמ"א ביו"ד ס"ס רי"ז שהוצי' ממשנה זו דמי שנדר שלא לקבל פקדון אסור גם להלוות על משכון באם אומר שכוונתו על שניהם לפי דשם פקדון סובל שניהם כו' עש"ה:

יד **ה"ל מחוייב שבועה**. עבה"ט עד אבל אם התובע מודה שהמזיק או הנפקד אינו יודע כו' לא הוי משואיל"מ כו' וע' בת' שבו"י ח"ג סי' קנ"ז שהביא ראיה לדברי הש"ך בזה

ממה דאית' בב"ק דף ו' ע"ב ובגיטין מ"ח ע"ב אמר רבא ומה אילו ידעינן דכחוש' אכל לא משלם אלא כחושה השתא דלא ידעי' כו' ומסיים לכן נ"ל עיקר כהש"ך בזה ע"ש וע' בפני יהושע שם ובחידושי הגאון רע"ק איגר ז"ל שם מזה:

טו **שכל מינו שוה ומצוי כו'**. ע' בתומים ס"ק כ"ט ובת' ח"צ סי' כ"ט מ"ש לתרץ קושיית הריטב"א ומהרש"ק בזה וע' בת' רשמי שאלה סי' נ"ט פלפול עצום בענין זה:

טז **כדי ליטול**. עבה"ט עד והש"ך כתב דעוד משכחת לה כשהמלוה הפך השבועה על הלוה וכ"כ הב"ח ומוכח מכאן כו' הל' אינו מדוקדק כי לפי ציור הש"ך לא מוכח זה רק לפי ציור הסמ"ע מוכח כן וע' בזה בפנים בש"ך וגם בקצה"ח סי' פ"ז סק"ט. וע' בת' הרב מו"ה משה רוטנבורג חח"מ סי' ט' שאלה כזו במלוה על המשכון ויש הכחשה ביניהם בשיווי המשכון והיה מגיע השבועה למלוה כמה היה שוה מחמת שהוא הנתבע על היתרון והפכה על הלוה אם צריך המלוה לשבע שא"ב אפי' כשמינו מצוי בשוק או לא ואשיב לכאור' דין זה מבואר בח"מ סי' ע"ב סט"ו ובש"ך ס"ק ס"א כו' אמנם צ"ע על הסמ"ע שצייר בענין רחוק ולמישוויה להב"י כהדרנא ממה שגינה דעתו בסי' כ"ח דגם במחוייב שבועה ואי"ל עד המסייע פוטרו הלא התי' שהיפוך שבועה הוא פשוט וביותר ק' על הג"ת שהביא הש"ך כו' ולכן נראה דל' הבעה"ת מקור דין זה קשיתי' להסמ"ע ולהג"ת ז"ל בשער מ"ט ומסתבר' דדוקא היכא דהשבועה באה על המלוה אבל היכא דהשבועה באה על הלוה לא ינצל המלוה לעולם משבועה שא"ב ודקדוק לשונו במ"ש שהשבועה באה כו' מורה דעיקר השבועה מעיקר' על המלוה או על הלוה ולא ע"י היפוך כו' והאריך לבאר טעם החילוק בזה ומסיק וכתב דנראה בנ"ד בודאי דעכ"פ המוחזק יכול לומר קים לי אף דבכל מקום א"י לו' קים לי היכא דהדבר מפור' להיפוך בפוסק א' ובפוסק השני אינו מוכח שחולק ע"ז וה"ה היכא כיון דלתירוץ הש"ך מבואר להדיא דהמלוה צריך לישבע שא"ב ובסמ"ע אינו מוכח שחולק אלא שכתב תירוץ אחר אף בזה כיון דהסמ"ט צייר בענין רחוק נראה דלא ס"ל לדינא כש"ך ואפילו המורה כן לכתחלה אין מזחיחין אותו כיון שבעה"ת מדייק בדבריו וגם הדברים נכונים בטעמם עכ"ד ע"ש. ומ"ש הבה"ט ומוכח מכאן דמחוייב שבועה ואי"ל שיש לו עד א' מסייעו אפ"ה אינו פוטרו כו' ע' בפנים בש"ך דמסיים בזה דלא כדמשמע לכאורה בב"י לעיל סי' כ"ח ס"ב ע"ש ועיין בדגמ"ר שכתב עליו וז"ל ול"צ שאין זה סתירה לדברי הב"י שם דבחמשין ידענא וחמשין לא ידענא ויש לו עד המסייע שחייב רק חמשים א"כ אין כאן שבועה כלל ולא הוה מחוייב שבועה כלל וכמו כן חשוד על השבועה שמודה מקצת ויש לו עד המסייע אין כאן שבועה כלל וכן בעובד' דידן אילו טען המלוה ה' דנרין היה שוה בודאי

והמותר א"י והיה עד המסייע ששוה רק ה' דנרין היה פטור אבל כאן המלוה לא הודה אפילו על דינר ואין בהודאתו רק פרוטה רק שאותו דינר על כרחו ישלם ע"פ העד ולכן אפי' המותר צריך לשלם וכלל זה מסור בידך עד אחד פוטר משבועה ולא מממון וכיון שכבר מחוייב שבועה שוב אינו פוטרו מממון ואף שמדברי הרא"ש בריש ב"מ גבי ויש מקשים הבל לא משמע כן מכל מקום יש ליישב גם בדברי הרא"ש כן והנלע"ד כתבתי ועדיין צ"ע עכ"ל וע' בקצה"ח סימן פ"ז סק"ט. ומ"ש המחבר בנקיטת חפץ. עש"ך ועיין בת' משכנות יעקב סי' ל"ב מ"ש בזה:

יז **הלוה תחלה** עבה"ט ועיין בת' עבוה"ג סי' קי"ג מ"ש בזה:

יח **שיש תקנה שלא לעכב כו'**. בגש"ע דהגר"ע איגר ז"ל נ"ב עיין בבאר הגולה ביו"ד ס"ס של"ד שיש על זה חרם דר"ת וע' בת' ת"ה וסי' ש"ה כענין תקנה זו עכ"ל:

יט **יכול לישבע סתם שא"ח לו כלום**. ע' בת' חות יאיר סי' קצ"ד במעשה בראובן שתבע ללוי בשטר שחייב לו מאה ר"ט והוא דבר שלא נתחייב לו ע"פ הדין דהוא אסמכתא רק מפני שנכתב בשטר שנעשה בת"כ ובשבועה בפועל ממש פסקי ב"ד שישלם כדאיתא בסי' ר"ז סי"ט דשבועה מהני באסמכתא ואף שצווח לוי שמעולם לא נשבע רק שנכתב כך מ"מ מאחר שנכתב בפ"מ לא הועילו דבריו כמ"ש הסמ"ע סי' ע"ג סקי"ח ואחר ימים רבים בא משל ראובן ליד לוי ולא רצה ליתן לו ותבעו ראובן שנית בדין והשיב איני חייב לך ושאל ראובן איך ומה השיב דרך כלל איני חייב לך כלום ונפסק הדין שישבע לוי. ושאל לי מאחר שידוע שהתביעה ראשונה היה רק אסמכתא והוא יודע בעצמו שלא נשבע ולא נתן ת"כ וקמי שמיא גליא מהו שיכול לישבע סתם שאינו חייב לו כלום. והשיב דודאי מצי לישבע דרך כלל שאינו חייב לו כלום או שחייב לו נגד זה כסך זה וכמ"ש בהגהת ש"ע סי' ע"ב סי"ז ושם צל"ע דמה ענין שם שלא יברר דבריו ושישבע סתם שהרי יכול לפרש דבריו כהוויותן מהא"כ בנד"ז שא"א לו לברר כו' אמנם דוקא בכה"ג שנכתב בשטר שנעשה בת"כ ובשבועה וחתמו עדים עליו או אפי' שהוא עצמו כתבו או חתם עליו רק שנכתב בל' זה שנעשה בת"כ או קבלתי עלי בת"כ ובשבועה דענייננו הודאה מה שעשה שרוב כת"י מתחילין מודה אני. וכל מה שאחריו גריר בתרי' בהא מצי לישבע בתביעה שניה שאינו חייב לו כלום אם לבו יודע שלא נתן ת"כ ולא נשבע משא"כ כשכתב והריני נשבע לשלם או הריני מקבל עלי באלה ובשבועה ובת"כ נ"ל דהוי כנשבע ממש ובדין התחייב לוי לשלם לראובן תביעתו הראשונה כו' ע"ש. ועמ"ש בדין שבועה בכתב בפ"ת ביו"ד סי' רל"ו סק"א ובפ"ת לא"ה סי' ק"ח סק"ד ובסי' קכ"ה סק"י ועמ"ש לקמן סי' ע"ג ס"ו סק"ט:

כ **או פקדון**. עבה"ט עד אבל בפקדון כו' משום דמאן שם ליה כו'. וע' בת' שבו"י ח"ג סי' קד"ם אודות ראובן שתפס משל שמעון כמה מאות וטוען שמגיע לו משמעון כל סך זה עבור טרחתו בעדו בערכאות באיזה משפט זה שנה ושנתים ושהבטיח לו לשלם כל טרחתו ויגיעתו ושמעון טוען שיברר לו כל טרחתו ויגיעתו וישומו על פי ב"ד שכרו כמה הוא וראובן השיב כיון שעשה כן שנה ושנתים אינו זוכר הכל לברר עכשיו כל מה שעשה לו אבל יודע בודאי שבא לו שכר על טרחתו ויגיעתו כל סך שתפס בידו ורוצה לישבע על זה מה דינה והשיב דומה לזה באו כמה פעמים לפני ולא היה יכולת בידינו לעמוד הדת בזה על תילה לדון בזה דין תורה כיון שהבע"ד עצמו לא יוכל לברר דבריו כמה מגיע לו שלא קצב עמו כמה יתן לו ולאו כל כמיני' לשום עצמו מה שירצה אף שהוא מוחזק והיינו עושין כל מה דאפשר לפשר הדבר בריצוי שניהם ואם א"א לרצות שניהם לפשר נ"ל מאחר דמצינו בש"ס ופוסקים (בגמרא ב"ק דף כ' ע"א ובח"מ סי' שצ"א וגם בסי' שמ"א ס"ד) שמשלם דמי שעורים בזול דהיינו פחות שליש ממה ששוים כן ברדתי לי דרך בזה לו' שישבע המוחזק בזה הל' הריני נשבע לפי ערך יגיעתו שיגעתי וטרחתי לפני פלוני שאם יהיו ב"ד יודעים כמה יגיעות יגעתי שהיו שמין לי עכ"פ בשביל טרחתי לערך סך כך וכך ולפי שב"ד פסקו לי לפחות השליש איני נוטל רק ב' שלישים שבודאי מגיע כל כך וכן הסכימו עמו בי דינא ועשינו מעשה כמה פעמים ואפשר יש לדמות זה למה שפסק בח"מ סי' י"ב ס"ה יש כח לדיין לעשות דין כעין הפשר' במקום כו' עכ"ל ע"ש:

כא **עד שחבירו יתן לו פטורים**. ע' בת' שבו"י ח"ב סי' ק"ע אודות ראובן שהושלש אצלו שטר על שמעון ושמעון תובע שיחזור לו השטר וראובן טען שמעכב עבור שזה זמן רב שפרע לו חוב בשטר ולא החזיר לו שטרו ואמר שנאבד בכן מבקש ראובן שיתן לו פטורים ושובר על שטרו ושמעון טוען כי אז החזיר לו שטרו הדין עם מי. והשיב לכאורה הדין פשוט בש"ע סי' ע"ב סי"ז בהגה דאין יכול לתפוס בשביל פטורים והוא מת' מהרי"ו משום דלא אמרינן מגו מממון לדברים אכן כד מעיינינן שפיר יראה דאין דין זה ברור כל כך להוציא מיד מוחזק היכא דיש לו מגו די"ל דכ"ש דאמרינן מגו מממון לדברים כו' ובר מן דין בנדון שלפנינו כיון דעיקר התביעה בשטר שלישית הוי המגו משטר לשטר דמהני כמו מממון לממון וכדמסיק הש"ך בסי' פ"ב בדיני מגו ועוד כיון ששמעון מודה שהוא אמת שאין חייב לו כלום רק שטוען שהחזיר לו שטרו מה בכך שיתן לו פטורים לכן נ"ל פשוט דיכול ראובן לתפוס השטר שלישות על הפטורים וכן דנתי למעשה עכ"ל שם. שם בח"ג סי' קמ"ג עד ראובן שתבע לשמעון בע"פ מאה זהובים

ושמעון משיב אמת שאני חייב לך אף שיש לי איזה זכיות ושטרות בידך שיש לי זכות בהם ואני תופס ממונך עד שתתן לי זכיותי והשיב דודאי יכול לעכב ולו' שיש בידו שטר שיש לו זכות בו במגו דיכפור לו המלוה וכן הוכחתי בתשובתי ח"ב סי' ק"ע ובריש קונטרס המיגו שלי. ע"ש:

כב **ונוטל משכונו**. עבה"ט שכתוב הל' מהופך דהדין הוא שנוטל הלוה מתחלה משכונו ואח"כ נשבע היסת כו' ובספר דגמ"ר כתב עליו וז"ל ולקמן ס"ק ק"י (בבה"ט סקס"ט) כתב הש"ך בעצמו שאם נטל המשכון תחלה שוב לא הוי הילך והוה מודה במקצת וחייב שבועה דאורייתא עכ"ל וצ"ע:

כג **שהן מכירין בידו**. ע' בה"ט מ"ש וגם בדברים העשויין להשאיל אם עומד בטענתו ראשונה שהוא בידו לקוח נאמן כו' ובש"ך כתב ע"ז וז"ל דהא מיד כשהראהו בפני עדים אמר לקוח ונאמן אז במגו דלא היה מראהו והשתא עומד בטענתו ול"ד למ"ש אח"כ ואפי' אמר בשעה שראו עדים שחייב לו כך וכך כו' לא מהימן דהתם כיון שעכ"פ הודה בפני עדים שהוא של המערער אם כן ה"ל עדים וראה ומה שאמר שחייב לו כך וכך לאו כלום הוא כי הכל תלוי בשעת שבועתו כו' עכ"ל ובתומים סקל"ה השיג עליו ודעתו לדינא דאפי' אומר בפי' בפני עדים בשעה שראוהו שהוא לקוח מ"מ הך אמירה שלא בפני ב"ד לא ה"ל אמירה דכל שמודה חוץ לב"ד שהוא של חבירו נאמן לחובתו שהוא של חבירו וא"כ בטענתו לזכותו שהוא לקוח וממילא מקרי ראה וע"כ טעמו של הרא"ש דנקט משום שבועה לאו דוקא כו' ע"ש. ועיין בת' ר"ע איגר ז"ל סי' קל"ה שכתב דנ"ל להכריע דבחפיצים שאין ידוע להעדים שהם של המערער רק מכח דבורו בפניהם שהיה של פלוני נאמן ג"כ במה דאמר לקוח אף חוץ לב"ד כיון דעיקר חובתו הוא רק טענתו אמרינן הפה שאסר כו' זולת אם טוען שמגיע לו דמים דצריך שבועה בזה א"נ חוץ לב"ד אבל היכי דהעדים עצמן בראייתן יודעים שהיה של פ' והמגו הוא רק שלא היה מראה להם בזה שפיר אמרינן דלא משגחינן כלל בטענתו של חוץ לב"ד וממילא הוי כמו ראו פתאום בידו כו' דמש"ה נקט הרא"ש בדקדוק הטעם דחייב שבועה היינו דמזה הטעם אף היכי דראיית עדים לחוד אינו מזיק רק מכח טענתו כו' וא"ש גם ההיא דאי חכים משוי ליה ראה (שהק' התומים דאי הטעם דוקא כמ"ש הש"ך משום דבעי שבועה בנק"ח אם כן יהיה מוכח גוף הדין של הגאונים דבמשכון בעי שבועה מסוגיא זו דב"ב דף מ"ו ע"ב אי חכים משוי ליה ראה כו' שממנו הוציא הרא"ש דינו הנ"ל ולא שמענו לשום מחבר שמסייע לדברי גאונים מהך גמרא ותהוי תיובתא להחולקים כו') דהתם מיירי שהעדים בראייתן מכירין וא"צ לדבורו כלל כו' כנלע"ד נכון בעזה"י עכ"ל ועיין מענין זה

בת' ברית אברהם חאה"ע סי' יו"ד שהובא קצת בפ"ת לאה"ע סי' ו' סס"ק ט"ז ועיין עוד בת' נו"ב תניינא חאה"ע ס"ס י"ח הובא קצת בפ"ת שם בסי' קע"ח סק"י ע"ש:

כד **קודם שתבעו בב"ד**. עבה"ט עד אבל אם אחר שאמר שהבגד של פ' הוא שתק כו' ועיין בדגמ"ר שכתב עליו וז"ל סתימת ל' זה משמע לכאורה אפי' הודה מעצמו מתחלה בלא תביעה אבל לקמן סי' פ"א סקנ"ו (בבאר היטב שם סקמ"ב וסקמ"ה עי' שם) האריך הש"ך בהודה מעצמו ויכול לאזור אפי' אחר כדי דיבור שהפה שאסר כו' ואולי גם כאן כוונתו על תביעה או אולי בהוציא החפץ והראהו בב"ד שאני אבל דוחק לחלק בזה ועיין לעיל סי' מז בש"ך סק"ה עכ"ל:

כה **וע"ל**. עבה"ט עד אבל מ"מ מוכח מדבריהם דלהרמב"ם והמחבר ה"ה הכא פטור כו' וע' בת' ושב הכהן סי' טז שכתב דכדברי הש"ך מבואר להדיא בהה"מ סופ"א מה' שכירות דלדעת הרמב"ם אין חילוק בין אם נתן לאשתו ובניו או למי שרגיל להפקיד אצלו ע"ש:

כו **שמעון פושע הוא**. עש"ך ס"ק קנ"ו עד ואין משם ראיה שהרי כתב שם ג"כ או שנתן לו במתנה כנגד החוב כו' ופשיטא דאם נתן לו במתנה גמורה כנגד החוב נפטר מהחוב א"ו לדוגמא בעלמא נקט כו' וע' בת' בית אפרים חח"מ ס"ס ל"ו שתמה על הש"ך דאגב שיטפא רהיט ליה וסבר שמ"ש או שנתן לו במתנה היינו שהמלוה התחייב עצמו לתת ללוה במתנה כסך ההוא שעולה החוב ולכן כתב דפשיטא דבזה נפטר מהחוב וע"כ דמיירי דלא היה במתנה גמורה ובאמת ז"א ואין זה במשמעות לשונו כלל רק נהפוך הוא שיכול להיות שהלוה נתן כ"א מתנה להמלוה כשיעור החוב כו' ע"ש:

כז **להחזיר לידו**. ע' בה"ט עד והש"ך כתב דלענין אלא דינא כו' אלא בין שמירה לחזרה כו'. וע' בת' ושב הכהן סי' טז שחולק ע"ז עש"ה:

כח **וישבעו שבועת היורשים**. עבה"ט מ"ש גם אם יש אפטרופס כו' חייב לישבע כו' וע' בת' שבו"י ח"ב סי' קע"א שדעתו אינו כן וכ' דעיקר ותמיהת האחרונים מסי' ק"ח ס"ו לק"מ דהכא הממשכן תובע משכונו מן היתומי' ואף אם לא טענו הקרובים והאפוטרופסים כלום אפי' היתומים עצמם היו אומרים אין אנו יודעים כלום לא היו מוציאים כלום מן היתומים עד שיגדלו וישבעו שבועת היורשים ע"כ לא נגרע כח היתומי' בשביל טענת הקרובים והאפטרופסים ואף אם יאמרו כדבריו אין מוציאין מהיתומים ע"פ עדות האפוטרופוס שהוא עד א' והקרובים הם פסולין ואדרב' אין נזקקין לנכסי יתומים כלל כשהם קטני' וכמבואר בסי' ר"צ סי"ב היה לאדם תביע' אצל יתומים אין לאפטרופס לטעון בשביל' אם טען ונתחייב הדין חוזר ע"ש סמ"ע וא"כ מה לנו

להשביע את הקרובים והאפטרופס בחנם או להטיל עליהם חרם סתם משא"כ בסי' ק"ח שאפטרופס תובע לגבות חובותיהם אזי הוצרך לישבע עכ"ד ע"ש עוד ויובא לקמן סי' ק"ח ס"ו סק"ו:

כט **אין בדברי לוי כלום**. עסמ"ע וש"ך ומהאי טעמא כ' בת' שבו"י ח"ב סי' ק"פ בראובן שקבל משכון מיד שמעון שלא בעדים והלוה עליו מנה והוא שוה מאתים וכשבא לפדות את המשכון אמר' לו אשתו שהיא ג"כ הלותה לו מנה והוא כופר אי מהימנא אשת ראובן במגו דלהד"ם או החזרתי לך ופסק דאין הבעל יכול לתפוס בשביל אשתו כיון שהוא עצמו אינו יודע האמת רק ע"פ אשתו וגבי דידה ליכא מגו כיון דהמשכון ביד בעלה וכ' דאפי' מתה אשתו שהבעל יורשה מ"מ כיון שהוא אינו יכול לישבע שהוא יודע בודאי שזה חייב לאשתו אינו יכול לתפוס ולעכב והוא פשוט וכ"כ בת' מהר"ש כהן ח"ב סי' ב' ע"ש:

ל **אלא בפשיעה** עבה"ט עד אבל מודה דאפי' קבל כבר מעותיו צריך להחזירם כו'. וע' בקצה"ח שחולק על הש"ך בזה וע' בת' ח"ס חח"מ סי' נז במי שהלוה לחבירו מאה זהו' על המשכון לשלם לו בכל רביע שנה כ"ה זהו' ואחר שיצא הלוה ידי חובת ג' זמנים ולא נשאר חייב כ"א כ"ה זהו' נאבד המשכון מיד המלוה ונחלקו בזה הדיינים עם הרב השואל דעת הדיינים דהסך חמשה ושבעה זהו' שכבר קבל בפרעון א"צ להחזיר כפשטות דעת רמ"א סעיף מ"ג וכסתימת הסמ"ע והגם שהש"ך שדא ביה נרגא מ"מ לא כתב דבריו בדרך הכרח והלכה פסוקה ומש"ה לא העתיק דבריו בס' תומים וגם בס' קצה"ח פליג להדיא ודעת הרב השואל להחזיק בדברי ש"ך ולא מטעמי' והוא ז"ל האריך לסתור דברי הרב הנ"ל ומסיים היות כן אין נ"ל כלל לחייב המלוה לשלם מה שכבר קבל ע"ש:

סימן עג

א **המלוה כו'**. בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב וכן במכר לו חפץ ולא קבע לו זמן לפרעון. ב"ח סי' סז סעיף יג עכ"ל:

ב **ולא קבע לו זמן**. בגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב היה כתוב בשטר שיפרע במשך זמן ל' יום הכוונה שיפרע מעט מעט ומ"מ אם לא היו לו מעות מוכנים אין ב"ד כופין אותו ואין יורדין לנכסיו עד תום הזמן. הריק"ש:

ג **שאינו יכול לתבעו קודם**. בגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב במג"א סי' שז ס"ק י"ד כ' דנוהגים במדינתינו דתובעים סתם הלואה תוך שלשים יום:

ד **וקבע לו זמן**. ע' בת' נו"ב תניינא סי' י"ד בא' שנתפשר עם נושיו וכתב להם שט"ח לפרוע כשירחיב ה' את גבולו ורצו ללמוד שיעור הרחבת גבול ממ"ש בחולין דף ס"ד כי ירחיב כו' מי שיש לו חמשים מנה יקח לפסו ליטרא בשר כו' והוא ז"ל השיב שזה טעות והרחבת גבול הוא הכל לפי העת והמדינה כפי ראות עיני הדיינים ע"ש. וע' בת' עמודי אור סי' ק"ב בא' שהיה חייב לחבירו סך מסויים וירד ממעמדו וכתב לו שטר בזה"ל מודה אני הח"מ שמגיע ממני למוכ"ז סך מאה רו"כ כאשר ירחיב ה' את גבולי אסלק לו והי"ל אז בתים אך לא לכסף מוצא ואח"כ שחל"ח ונפלו הבתים לפני יורשיו ותובע בעל השטר את חובו ונסתפק השואל אם מחוייבים היורשים לפרוע או לא דאפשר דכיון דלא הרחיב גבולו בחייו אין כאן חיוב תשלומין והאריך בזה ומסיק דחייבים היורשים לשלם וראיה ברורה מדברי הבית מאיר לאה"ע סי' צ' ס"א עש"ה:

ה **אם היתה מלוה בשטר**. ע' במל"מ פט"ו מה' טוען דין י"א מה שהשיג שם על הראנ"ח בענין ספק בל' השטר על זמן פרעון מי נק' מוחזק ע"ש וע' בשער משפט סק"ד מזה וע' בת' מוה' משה רוטנבורג חח"מ סי' י"א וי"ב מ"ש בזה עש"ה:

ו **ישבע המלוה היסת** עבה"ט וע' בת' גליא מסכת סי' ח' שהאריך בזה:

ז **לא חלה השבועה**. עבה"ט עד וע' בט"ז ובדברי הג' ח"צ כו' וע' בת' פרי תבואה סי' ל"ו שכ' ליישב קו' הח"צ על הש"ך ע"כ וע' בת' מו' משה רוטנבורג חח"מ ס"ה וס"ו מ"ש בזה:

ח **ואם השבועה קדמה לחוב שמעון**. בגש"ע דהגר"י זצ"ל נ"ב ע' בשו"ת מהר"י לבית לוי כלל ב' סי' י"א:

ט **הנשבע לחבירו**. עסמ"ע סקי"ח ומ"ש עליו הש"ך בי"ד סי' רל"ב סקכ"ח וע' בת' נו"ב סי' למ"ד אות י"ג שכתב דדברי הסמ"ע שכ' בשם תה"ד באין התובע מודה לענין ממון דינו כשאר שטר דלית ביה שבועה הוא תמוה דאדרבה איפכא מבואר בתה"ד שם דכל הפלפול הוא רק לענין איסור שבועה אבל לענין ממון לא מהני להכחיש ולומר שלא נשבע. אמנם הסמ"ע העתיק דברי הד"מ ואצלי הדבר פשוט שטעות נפל בדפוס ואלו הד' תיבות ואם אין התובע מודה הוא ט"ס וצ"ל ואם התובע מודה פשיטא שאין לחוש לשבוע' זו כלל ולענין הממון דינו כו' אבל אם אין התובע מודה בזה כ' התה"ד שצ"ע אם יכול לטעון ובזה כבר הכריע רמ"א לקמן סי' ר"ז סי"ט שאם מודה שנשבע אף שלא נשבע מהני וגם הש"ך ביו"ד סי' רל"ב הביא דברי הסמ"ע הללו והרגיש שהם סותרים דברי ת"ה ולא הרגיש בדברי ד"מ ובטעות שנפל בהם עכ"ל. וע"ש עוד שתמה ג"כ על דברי הט"ז בכאן דמבואר מדבריו שהבין בדברי הרמ"א ביו"ד סי' רל"ב סעיף י"ב מ"ש

שם דאם נותן טעם למה אמר שנשבע נאמן דמיירי שאין התובע מודה לו ואפ"ה נאמן כיון שנותן אמתלא ובאמת זה אינו ורמ"א לא בא שם לחלוק על התה"ד כו' ע"ש עוד. ובענין שכתב הסמ"ע ונראה דאם כ' בכת"י שנשבע בפועל לא מצי להתנצל כו' עיין בט"ז שחולק עליו ודעתו דכתיבת בפועל לא מעלה ולא מוריד דאם נותן טעם ואמתלא למה כ' כן בודאי דמהני אמתלא אף שכ' בפועל ואי לא נתן אמתלא אפילו בלא כתיבת בפועל מהני כו' ע"ש וכן הסכים בתומים ע"ש. ועיין בת' בית אפרים חח"מ סי' כ"ד שכתב על נדון דידיה וז"ל הנה הקנין שלא להשכיר הבתים הוא קנין דברים כו' ומצד מה שכ' שנשבע אין לחוש שהסופר שכותב טופסי דשטרי הכי הוא ובכה"ג מבואר בכמה תשובות ובפרט בנו"ב ח"מ סי' ל' שאין לחוש וגם כיון שהוא בל' עבר כל הפוסקים מודים ואע"ג דבסי' ע"ג כ' הסמ"ע דאם כ' שנשבע בפ"מ לא מהני טענתו אף בזו כ' הט"ז דבאמתלא נאמן ואין לך אמתלא גדולה מזו שנוסח השטר כן הוא וכן כ' הנו"ב בחיו"ד סי' ס"ח אך דלכאורה תברא לגזיזי' בחלק ח"מ סי' ל' הנ"ל ולענ"ד העיקר כמ"ש בסי' ס"ח דמשמע שגם שם באתה הכלה עצמה לבסוף עה"ח ואפ"ה פטרה וכ' דהוי אמתלא וכן מבואר בכנה"ג סי' ע"ג בהגב"י סקי"ח בשם הרא"ם. ומ"ש הנו"ב באותה תשו' אות י"ג שהתה"ד מסתפק אם התובע אינו מודה ורמ"א סי' ר"ז הכריע דמהני אם הוד' שנשבע לענ"ד התם אף אם התובע מודה שלא נשבע מהני כמבואר בסמ"ע שם וסעיף ט"ו לענין אם כ' בשטר שקנו ממנו בבד"ח ע"ש בסמ"ע דטעמא משום דגמר ומקני. ומה שמשיג על הט"ז נלע"ד עיקר כהט"ז בפי' דברי רמ"א ביו"ד שם כו' והאריך בזה ומסיק וכ' ונ' דאפי' הסמ"ע מודה בנ"ד דדוקא בנידון דהתה"ד דיוכל להיות שבאמת גמר ונתחייב לו כך אין לנו להאמינו כיון שכתב שנשבע בפ"מ משא"כ כאן שהענין ידוע שקבל עליו שלא להזכיר הבתים וע"ז אין קנין מועיל רק אם באמת נשבע ממש וכיון שהכל יודעים שלא נשבע אין לנו לומר דמסתמא נשבע שלא בפני בע"ד כיון שהוא מודה אלא נאמן שלא נשבע רק שחתם על תופס השטר וכדברי הרמ"א ביו"ד סימן רל"ב עכ"ל ע"ש. ועיין עוד בזה בת' חתם סופר חיו"ד סי' רכ"ז והזכרתיו קצת בפ"ת ליו"ד סי' רל"ו סק"ו סק"א:

י **במקומה עומדת.** עבה"ט עד ונלמד מדבריו כו' וכתב במסגרת השלחן ובמאמר קדישין בשם ת' עה"ג סי' ז' וז"ל ראובן שהשליש ש"ח ביד שליש דלא כאסמכתא באם שיעבור הזמן ולא יעמיד לחבירו הסחור' שהתחייב עצמו להעמיד לזמן המוגבל שיתן השליש הש"ח לחבירו בלי שום פקפוק בעולם וכשבא הזמן לא תבע חבירו הסחורות ואח"כ בא חבירו שיתן לו השליש הש"ח ופסק שפטור ראובן מאחר שלא תבע חבירו הסחורות באותו זמן עכ"ל. ושם בת' מסיים אמנם לפמ"ש שאם לא תבעו הוה ג"כ מדעתו של אותו

שלא תבעו (ע"ל סי' של"ט ס"י) ממילא משמע שחבירו מחויב לקבל הסחור' אף לאחר זמן המוגבל ע"ש:

יא **או שמחל לו פטור משבועתו**. עיין בת' נו"ב חיו"ד סי' ס"ז:

יב **דכל שפטור מדין הפרעון** עבה"ט מ"ש ולכן פסק שם במי שנתערב כו' ואין דבריו מוכרחים כו' ובגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב ע' בשו"ת מ"מ סי' א' ס"ד ע"א וע' בשו"ת תורת חיים למהרח"ש ח"ג סי' י"ז:

יג **צריך להוליכו אחריו**. בגש"ע דהגר"ע ז"ל נ"ב מהרי"ק ואפי' בלא שבוע' היה הדין כן לפי הנלע"ד פשוט עכ"ל:

יד **החדש הראשון**. עבה"ט שכ' עבט"ז במי שקבע זמן פרעון בחנוכה כו' וע' בת' שבו"י ח"ב סי' קע"ב מ"ש בזה. ועיין בספר חוקי משפט שכ' ומכאן סמכו המנהג בירידים שאין מגבין שט"ח שזמן פרעון ביריד והיריד נמשך אף כמה שבועות אלא בסוף וע' בספר מאמר קדישין מזה. ועיין בת' צ"צ סי' ק"כ לשמעון שלוה מראובן מנה לשלם לו מיד בבואו ליריד פלוני ונתחייב ליתן קנס י' זהובים לצדק' אם יעבור ונשבע ע"ז וכבואם שמה ותבע ראובן מעותיו השיב כי הוא צריך תתלה לפרוק סחורתו ולהניח במקום המשתמר וכב' או ג' שעות אח"כ תבע שנית והשיב כי עדיין טרוד הוא בסילוק פועליו ונתינת מכס וכיוצא עד כי סמוך לערב נתן לו מעותיו ונסתפקו אם שמעון חייב לתת הקנס לצדק' כיון שעבר ולא נתן לו מיד ושמעון מתנצל ואומר שכ"ז שהי' מתעסק בענין ביאתו דהיינו פריקות הסחורה וסילוק פועלים כו' לא מקרי ביאתו ביאה והוי כאילו הי' עדיין על הדרך והרי אחר כל המעשים האלה דנשלמה ביאתו אז מיד אח"כ נתן לו מעותיו. והשיב דהתנצלות שמעון לאו מלתא היא דביאה מיקרי מיד כשבא אע"פ שצריך עדיין לכמה עסקים השייכים לביאתו וראיה מקדושין ל"ז ע"ב כו' ומכ"ש הכא שאמר לשלם מיד בבואו אמנם מ"מ נראה דאין שמעון חייב ליתן הקנס כיון שפרע באותו היום שבאשמה דכל אותו יום מקרי מיד וראי' מתוספתא דמייתי הר"ש פ"ט דטהרות משנה ד' ובפי' הרע"ב שם כו' ע"ש ולע"ד צ"ע דהכא מסתמא לא דיבר שמעון בלה"ק רק אמר בל"א באלד אפשר דל' באלד הוי כאומר תיכף ועיין בפ"ת לאה"ע סי' כ"ח סקט"ו:

טו **מבזבז נכסיו**. עיין בה"ט עד ונהי דכבר הסכימו כו' מ"מ אין לך בו אלא חידושו כו' ומה"ט פסק בת' שבות יעקב ח"ג סי' קנ"ח דאם לוה על ידי ערב והמלוה טוען שמ"מ לא הלויתי אלא לדעת שניהם ועכשיו שהלוה מבזבז לא ניחא לי להלוות על סמך הערב לבד אין שומעין לו ואין לכפותו לשלם תוך זמנו ע"ש:

טז **מהני אם הלוה מודה בכך**. ע' בת' חוט השני סימן ל"ז שכתב דאם אין הלוה מודה בכך המלוה נאמן בשבועה במגו דפדית המשכון ע"ש:

יז **יש מי שאומר דלא הוי אסמכתא**. עבה"ט ועי' בספר מקור חיים הלכות פסח סי' תמ"א סק"א שכתב נסתפקתי בתנאי זה שהתנה הלוה ואמר מעכשיו יהא שלך אם לא אפרע לך לזמן פלוני אם כשהגיע הזמן הוזל המשכון ואינו שוה אף החצי מדמי חובו אם המלוה יכול לתבוע חובו מהלוה ולכופו לפורעו או שנא' שהוחלט המשכון בע"כ של המלוה ואין המלוה יכול לכופו ולגבות חובו ממנו כלל ונר' לע"ד שהמלוה יכול לכוף ללוה כשהגיע הזמן ולתבוע חובו דתנאי שהתנה הלוה לא היה רק חוב וקנס על הלוה כדי שיפרע ולא לבטל ההלואה מכל וכל כו' עש"ב ועיין בת' בגדי ישע סי' ה' שחולק עליו ודחה ראייתיו ומסיק דהמלוה אינו יכול לכופו לפרוע חובו אלא הוחלט המשכון בע"כ להמלוה ע"ש היטב. ועיין בת' שבו"י ח"ב סי' קכ"ד אודות ראובן שהשכין אצל שמעון יאמר לו אם לא תפדנו עד זמן פלוני יהא שלך מעכשיו בענין שאין בו אסמכתא כבסי' ע"ג סי"ז וכשהגיע זמן לא היה המלוה בעיר כי נסע למרחוק וכשראה ראובן שאין שמעון פה נסע גם הוא למרחוק ועתה כבוא ראובן ושמעון לביתם בקש ראובן לפדות המשכון ושמעון טוען שכבר עבר הזמן וקנה המשכון אף שלא היה בעיר היה לו להשליש מעותיו בב"ד. והשיב דהדין עם ראובן כיון שלא היה המלוה בביתו לזמנו לא חל עליו חיוב הזמן כלל כמבואר לעיל סעיף ח' כו' אכן אם הניח המלוה משכונו בביתו אצל אשתו ובניו שיוכל הלוה לפדות משכונו אם הודיע לו אזי החיוב מוטל עליו לפדות בזמנו ואם לאו נחלט לו משכונו ע"ש:

יח **ביד חבירו חפץ**. עבה"ט מ"ש והגאון ח"צ השיג על הש"ך כו' וכן השיג הגאון מו"ה עוזר ז"ל בהגה שבבה"ט לעיל סי' מ"ז ועמ"ש בזה לקמן סי' רצ"ב ס"ז ס"ק ג':

סימן עד

א **הדין עמו**. בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב אם אחר בא לשלם לי עבור הלוה שלא בשליחותו א"צ לקבל ממנו ריב"ש סימן קצ"ז והעתיקו גם כן הריק"ש:

ב **ואם רצה**. עבה"ט בשם סמ"ע ועיין עוד בסמ"ע וש"ך שהביאו בשם הש"ג פרק הגוזל בתרא שהלואות שעושין בזה"ז בעלי חנויות כו' מצי המלוה לעכב מלקבל הפרעון כו' ועיין בתומים ובנה"מ מ"ש בזה ועיין מ"ש מדין זה לקמן סימן קע"ו סכ"ג ס"ק כ"ז:

ג **וה"ה אם הגיע הזמן כו'**. בגש"ע דהגר"ע צצ"ל נ"ב הקובע זמן לפרוע בזמנים מחולפים אם עברו הזמנים ולא תבעו המלוה הלוואתו א"י לכופו לפרוע כאחד אלא לזמנים מחולפים שיראה בעיני הב"ד. כנה"ג סי' ע"ג בטור אות ו' בשם הר"ש יונה:

ד **הדין עם המלוה**. עבה"ט ועיין בת' בית אפרים חח"מ סימן ז' שכתב דפשטות דברי הרא"ש (והטור וש"ע) משמע דזהו אף היכא דזילי' נכסי' דלוה מחמת זה אולם בת' הרשב"א ח"ג דפוס ליוורנו סימן מ"ג מבואר דהיכא דזילי נכסיה דלוה ע"י זה נחלקו בו רבותינו של הרשב"א ודעת הרשב"א עצמו נוטה לדעת האומרים בכהאי גוונא צריך המלוה לקבל קרקע ומסיים ובזה אין לדיין אלא מה שעיניו רואות (ובסוף הת' שם מבואר דאם כתוב בשטר במזומנים דוקא גם הרשב"א מוד' שאין משגיחין במה דזילי נכסיה דלוה ואין הלוה יכול לכוף למלוה שיקח הקרקע בחובו) ע"ש ועמש"ל סימן פ"ב ס"ג ס"ק ד':

ה **שהלוהו בכל ענין**. בגש"ע דהגר"ע ז"ל נ"ב עיין בש"ך סי' רצ"ב סק"ט וצ"ע עכ"ל:

ו **וכפי מה שתיקן ישלם**. עיין בת' חתם סופר חח"מ סימן ס"ב שנשאל אודות אחד שבילדותו הלוה מעות ע"צ היתר עיסקא כפי שהורהו אחד המורים ועתה אחר עיונו בש"ס ופוסקים לא נראה בעיניו היתר ההוא ורוצה להחזיר הרבית ובמדינה ההיא הוזלו הבאנקא נאטא טובא מאשר היה אז והמלכות תיקן שהפורע חוב צריך לשלם בבנקא טובה כפי ערך שהיה בימי היוקר ויעלה זה לסך עצום וק' עליו להחזיר כל כך. והשיב דא"צ לשלם אלא כמספר הבאנקא שלקח ממנו אעפ"י שהוזלו עתה שהרי פשוט שע"פ ד"ת משלם לו מטבע שהלוה אפילו נפסלה לגמרי כל דאית ליה אורחא למישן כבגמרא ב"ק צ"ז ע"ב מכ"ש היכא דמסגי הכא אלא שהוזל ורק משום דקיימא לן דינא דמלכותא דינא ומלכא אמר שיפרע לו טובה כפי ערך שהי' אז וא"כ נאמר ממ"נ אי בתר דין תור' אזלת א"צ לשלם אלא מטבע שהלוהו ואי בתר דד"מ אזלת א"צ להחזיר הרבית כלל דבדיניהם אין מוציאין. והגם דיש לפקפק ע"ז ולומר דמן התור' אינו יוצא ידי השב' מעליא עד שיחזיר כמו שתיקן המלכות לפרוע וראיה לזה ממה דהקש' הש"ס שם ממעשר שני אהא דר"נ כו' מ"מ לדינא מ"ש נ"ל אמת שאין צריך להחזיר אלא מטבע שלקח ממנו דהא אילו לא תיקן המלכות דבר בפרעון חובות הוה אזלינן בתר דין תור' אך כיון שתיקן אמרינן מסתמא גם זה נוגע לחק מלכותו כו' וכל זה בפרעון חוב ממש אבל בהחזרת רבית שיש להקל על בעלי תשוב' ומידי דלא שכיח ולא אסיק המלכות אדעתי' בהא לא תיקן ותבנא לדיננא שישלם כמה שקיבל אות' המטבע ממש אם מעט ואם הרבה עכ"ד ע"ש:

ז **ויש חולקין עבה"ט ועיין עוד מדינים אלו בת' שבו"י ח"ב סימן קע"ה ובת' בית אפרים חח"מ סימן ד' ובת' ח"ס סימן צ"ח ובסי' ס"ג ס"ד ס"ה ובסימן ע"ד עש"ה:**

סימן עה

א **ברר דבריך.** עבה"ט עד היה נושה מנה וטענו מאתים לא יאמר אכפור הכל בב"ד כו' ועיין בת' חות יאיר סימן קל"ו שכתב וז"ל רק שבזה ק' שאם ישיב זה לתובע כמים פנים לפנים ועם עקש התובע שקר בפיו יתפתל וישיב להד"ם וחוץ לב"ד יוד' מה שחייב לו ויתן לו מה פעל און והלא טוב הוא זה מאשר יודה לו מנה בב"ד ויפסקו לו שד"א כמודה מקצת ולפי האמת משפט שוא וש"ש הוא ר"ל חנם אחר שנתבע יודע שאינו חייב לו רק מנה אלא על כרחין אחר שהדיין פוסק בדין תור' לפי הטענות אין בו חשש משפט שוא וממילא גם השבועה אינה ש"ש וטפי קפדינן על דיבור בעלמא שיכחיש הנתבע לפני ב"ד בדיבור קל את מנה שחייב לו אף שדעתו לפרוע לו מה שחייב לו עתה וגם מאז מה שרוצה לגלגל עליו (ממה שישבע על מגן) ואף שחבירו עשה שלא כהוגן לא ישיב לו כמעשהו עכ"ל והביאו ג"כ בס' בר"י לעיל סימן י"ח אות ג' ולמד מזה בק"ו לנידון ת' בית יעקב סימן ט"ו דאסור לדיין לשקר ולומר איני יודע כדי שיוסיפו דיינים כו' ע"ש ועמ"ש בזה לעיל סימן י"ח ס"א סק"ד. ומ"ש עוד היה טוענו מנה ע"פ ע"א כו' ולא ידעתי למה לא הזכירו הט"ו כו' עיין בספר משנת דר"א שתמה על הש"ך בזה וכתב זה פלא עיין בש"ס וכאשר הוא בש"ס כן הובא בטור לעיל סי' כ"ח ובהגהת ש"ע שם ס"א ע"ש גם בתשובת בית אפרים חח"מ סימן ס' עמד עליו בזה:

ב **משבועת היסת.** עבה"ט מ"ש המגיה ואני בעניי לא ידעתי כו' וע' בנה"מ מפרש יפה דברי הש"ך בזה:

ג **שחייב לו חמשים.** עי' בסמ"ע ובש"ך לקמן סימן פ"ז ס"ה ועי' בזה בת' פני יהושע ח"ב סי' נ' באריכות:

ד **וישבע מה"ת על השאר.** בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ואם טען על השאר איני יודע נ"ל דלא אמרי' ביה מתשואיל"מ כיון דאתי מק"ו דגלגול שבועה ובגלגול שבועה סבירא להו להרבה פיסקי' דלא אמרי' משיאיל"מ ת' בשמים ראש סי' י"ז עכ"ל וע' בתשו' בית אפרים חח"מ סי' ט' שהביא דברי בשמים ראש הנ"ל וכת' עליו דלאו מר בריה דרבינא חתום עלה ולא מהרא"ש יצאו הדברים והאריך להוכיח שהרא"ש ז"ל לא ס"ל הכי עש"ב:

ה **אבל אם נתחייב.** עבה"ט וע' בתשו' נו"ב תניינא סי' ל"ח יובא לקמן סי' קע"ו ס"ג ס"ק ח' ועמ"ש לקמן ס"ט ס"ק ט':

ו **או שטען יש לי בידך כנגדו**. ואם טען יש לי בידך נגדו מחמת שנתתי לך כבר רבית קצוצה אי גם בכה"ג אמרי' דהלו' נשבע ונפטר עיי' ביו"ד סי' קס"ט סכ"ה בהגה במ"ש שם אבל אם המיו' בא להוציא מן הלוה נשבע ופטור ובש"ך שם וע' בזה בתשו' חות יאיר סי' צ"ט ובסי' קט"ו קט"ז שהביא שם תשובת גדול אחד מהר"ר טעבלין ז"ל שכ' על נדון דידיה (שהי' המעש' ראובן הלוה לשמעון עשרים ר"ט על משכנות ובעיניו היו שוין יותר וכ' על המשכנות כת' מכיר' בכא"ה כדי ששמעון יפדה המשכנות בזמן שקבע ואחר כך נמצאו שלא היו שוין דמי ההלוא' וראובן תובע מעותיו היתרים ושמעון השיב כבר לקחת ממני רבית כמה שנים לפני ההלוא' ושקיל וטרי שם בלשון הכ"י שהוקם על ענין זה ביניהם ומסיק דכ"י הלז לא ניתן לכתוב כדי לתבוע על ידו דמי ההלוא' ואין הנאמנות הולך כלל על זה רק שלא יהי' ללוה שום דו"ד בענין המשכנות אבל מה שהמלו' תובע שום דבר נוסף על דמי המשכנות אינו אלא תביעת בעל פה והלו' נשבע ונפטר. ושוב כ' וז"ל אך אני רואה זכות גמור למלו' לפי דעתי כיון שהלוה מודה שקיבל המנו ושהלוה לו כך וכך רק שהוא רוצה לתפוס ולעכב בשביל לקיחת רבי' שמכבר לאו כל כמיני' למיעבד נפשיה רשיעא בכה"ג שכבר לקח ממנו ולא דמי למ"ש הרמ"א ביו"ד סי' קפ"ט סכ"ה דאם המלו' בא להוציא מן הלוה נשבע ונפטר דשם איירי שהלוה טוען שאלו המעות והחוב הם בעצמם דמי רבית ואינו רוצה להיות רשע בנתינת רבית בבועל אף שכבר פסק אתו אבל לתפוס דמים אחרים בשביל נתינת רבית מכבר הרי לפי דבריו הוא רשע דאף הלוה מוזהר ולהיות נשבע על זה אין הדעת סובלת כלל כו' (עמ"ש בנ"ו לקמן סי' רצ"ב ס"ז) והסכים עמו הרב המחבר ז"ל וכת' שהוא חילוק נכון ומאיר עינים ובפרט דגם לדברי הש"ך בי"ד שם נשאר בתימ' דברי המזכה ללוה בשבוע' (מ"ש שם בסי' ק' לתת טעם לחילוק הנ"ל וז"ל והנני נותן בקדירתו טעם דודאי דמלוה וערב ועדים משעת הלוא' עבידו שומא ועברו על לא תשימון עליו נשך מה שאין כן לוה אינו נעשה רשע אפי' כ' בספר וחתום עד קיהיב כו' עכ"ל הנה הוא עצמו בס"ס מ"ד שם מביא בשם הגאון מהר"ג ממיץ שהוכיח מד' המרדכי דגם הלוה מיפסל משעת הלואה וכמ"ש בשמו לעיל סי' ל"ו ס"י ס"ק כ' לפ"ז ניטל קצת טעם החילוק הנ"ל) . והרב הגאון מהר"ר ישעיה הנ"ל אב"ד דק"ק פראנקפורט חולק עליהם כי מהמשך דברי הרמ"א ביו"ד שם מבואר דקאי בשטוען שכבר נתן מקדם הרבית ואף על פי כן נשבע ונפטר וקושיית הש"ך שם יש לתרץ ומ"מ מסיק בנדון הנזכר באם אפשר לעשות פשר מה טוב ע"ש עוד:

ז **או נתתו**. עבה"ט עד וכת' הש"ך ומשמע דאינו נאמן לטעון יש לי בידך כנגדו או מחלתו כו' אלא במיגו כו' וע' בתשו' נאות דשא סימן ס"א שכ' דאף דדברי הש"ך בענין

טענת יש לי בידך קאי על דברי הש"ע דמיירי באומר יש לי בידך כסות או כלים אין לחלק ולומר דדוקא בזה דהוי טענה גרועה ומלתא דלא שכיח אבל יש לי בידך מעות ע"י עסק מו"מ וחשבונות שבינינו הוא דבר שכיח הוי טענה טובה מצד עצמה כמו טענת פרעון דזה אינו דמאותן הראיות שאנו מוציאין דיש לי בידך כסות היא טענה גרועה משום מוכח ג"כ דטענת יל"ב מעות היא גרועה דאל"כ יהא נאמן לומר פרעתי בתיך זמנו במגו דיל"ב מעות וגם למה תוך זמן גובה מן היתומים אע"כ דאין חילוק דגם בטענת יל"ב מעות לא מהימן בלא מגו ע"ש:

ח **לצאת י"ש ישלם**. עבה"ט שכ' וכ' הריב"ש סי' שצ"ב בשם הרמב"ן שאם תפס הנתבע כו' ובגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב עי' בשיטה מקובצת פרק קמא דב"מ בסוגיא דתקפו כהן בשם הרמב"ן משמע שם דדין זה תלוי במחלוקת הפוסקים בכל הספיקות אי מהני תפיסת ברי אחר כך ראיתי שכוון בזה גם כן בספר בית מאיר לאה"ע ס"ס קע"ז (וכתב שם לתמוה בזה על הש"ך שהעתיק דברי הריב"ש בשם הרמב"ן סתם להלכה ובאמת מהם אין ראיה שהרי הרמב"ן הוא הראשון שחולק וסובר בכל ספיקא דדינא דתפיסה לא מהני וכ"ד הריב"ש כמבואר בספר ת"כ סי' ס"ד כו' אבל לשיטת החולקין כו' עש"ה) וע' לקמן סי' שפ"ח בש"ך ס"ק ל"א ודו"ק עכ"ל וע' בספר דגמ"ר מ"ש בזה ועמ"ש לעיל סי' כ"ח ס"א ס"ק ו':

ט **וא"י אם החזרתי לך כו'**. עי' בתשו' נו"ב תניינא סי' כ"ג במעש' שר' הירש תבע מר' בער שיפרע לו סך ת"ק זהו' קרן שלוה ממנו לפני כמה שנים בשוק פפד"א וגם פירות הנושרין מהקרן עצה"ע תובע סך מאתים זהו' ור' בער השיב כמדומה שפרעתי לך והא ראיה שנשתקע הדבר שנים רבות ולא תבעת מעותיך כו' וכתב דיש לפסוק בזה שהקרן מחוייב ר"ב לשלם כדין א"י אם פרעתיך ואין על התובע שום שבועה אפי' היסת ועל הרבית פטור ר"ב בלי שבועה דהא עיקר חיוב הרבית אין התובע יכול לתבוע ממון בבירור שהרי ההיתר הוא עיסקא ואם כן טענת התובע הוא שבועת השותפים שישבע אם הרויח במעותיו ועל הפטור מתשלומין לית דין ולית דיין שאפי' הי' טוען ר' הירש ברי לי שעסקת במו"ש עם סך שלי וברי לי שהי' לך ריוח הי' ר' בער פטור מתשלומין שהרי על הרבית הוא טוען א"י אם נתחייבתי לך שאם פרע הקרן תיכף אחר שוק פפ"ד נמצא ששוב מאותו זמן והלאה לא נתחייב ריבית כלל ועכשיו שטען איני יודע ה"ז טענת איני יודע אם נתחייבתי לך אלא שאז הי' צריך לישבע שאינו יודע אם נתחייב לו אבל כיון שר' הירש אינו יכול לטעון שודאי הרויח א"כ טענתו היא רק ש"ש וכשם שאם היה ר"ב משיב בודאי פרעתיך תיכף ופסק השותפות בידינו היה פטור בלא שבועה כמבואר

בסי' צ"ג ס"ט כך אם משיב א"י אם נשארתי שותף עמך פטור בלא שבועה וכל זה פשוט עכ"ד. והנה מ"ש הגאון הנ"ל ועל הפטור מתשלומין לית דין ולית דיין שאפי' היה טוען ר"ה ברי לי כו' היה ר"ב פטור כו' לכאורה צ"ע לפ"ד הש"ך כאן ובסי' פ"ז ס"ק י"ג שאם טוען חמשים להד"מ וחמשים א"י אם פרעתיך מקרי מוב"מ ומעתה אם טוען חמשים א"י אם פרעתיך וחמשים א"י אם הלויתני הוי משואיל"מ ואם כן בנ"ד שר"ה תובע בס"ה ת"ש זהו' היינו ת"ק זהו' קרן ומאתים תובע בברי ריוח ור"ב משיב ת"ק א"י אם פרעתיך ומאתים א"י אם נתחייבתי לך הוי על המאתים משואיל"מ. ואפ"ל דהנו"ב כ"כ לשיטתו לקמן סי' ל"ח (יובא לקמן סי' קע"ו ס"ו ס"ק ח') שנראה דעתו שם דהנתבע יכול לומר קים לי כהסמ"ע דמה שנתחייב ע"פ בית דין לא מיקרי הודאה במקצת. והגם דבנו"ב שם כ' כן בענין לסמוך על הש"ך בשני עניינים האחד שזה מקרי מודה במקצת והשני שגם במה דלא ה"ל למידע אמרי' משואיל"מ ועל זה כ' שם דאין לגבב כל החומרות לחייב הנתבע שיכול לומר קים לי ע"ש י"ל לפי דהמעשה שם היה כך כ' כן לרווחא דמלתא אבל אין ה"נ אם היה בענין דהוה ליה למידע היה כות' כן וצ"ע:

י **חייב לשלם.** עבה"ט שכתב נראה דאפילו ספק הפרעון הוא קודם ההלואה כו' וע' בתשו' ברית אברהם חח"מ סי' ו' באריכות. ומ"ש הבה"ט כגון שהי' לו פקדון בידו כו' עד ובכה"ג ברי ושמא ברי עדיף כו'. ומשמע הא אם הנפקד דהוא המלוה ג"כ טוען שמא לא היה נוטל ובס' קצה"ח כ' ולי נראה דאפי' המלוה ג"כ מסופק חייב הלוה כו' ובנה"מ חולק עליו ע"ש (שכתב ע"ד הקצה"ח ולפעד"נ דליתא דכיון שהלו' טוען יש לי בידך עושה זאת לפרעון ואינו בכלל זה גובה וזה גובה כו' ולכאורה צ"ע מדברי עצמו לעיל סי' נ"ט הבאתיו שם סעיף קטן ג' שהסכים שם לסברת הקצה"ח דמה שטוען הלוה יש לי בידך נחשב כתביעה אחרת מהלוה למלוה אך באמת לק"מ דשאני התם דיש ביד המלו' שטר מקויים ולכן התם אפי' כשהלוה טוען ברי יש לי בידך דינא הכי משא"כ הכא) ובספר משובב נתיבות השיב עליו וכתב ולא דק דשם בקצה"ח מבואר בטוב טעם דכיון דיש לי בידך כנגדו אינו נאמן אלא במגו דפרעתי (כמ"ש בש"ך ס"ק כ"ב) כו' וכאן דטוען שמא אינה טענה כיון דאין לו מגו ולא הוי אלא כטוען שמא נתחייבת לי והמלוה משיב א"י אם נתחייבתי לך דפטור והלוה דהוא ודאי חייב צריך לשלם וזה פשוט וברור עכ"ל. גם בתשו' ושב הכהן סי' ס"ז דעתו כדעת הקצה"ח הנ"ל וגדולה מזו דאפי כשהלוה משיב בברי יש לי בידך כנגדו והמלוה טוען א"י צריך הלוה לשלם למלוה חובו רק יש:ע המלוה שא"י אם חייב להלוה מכבר ע"ש שבא השאלה בנידון כיוצא בו אודות ראובן שתבע לשמעון שחייב לו כך וכך שלוה ממנו והשיב שמעון אמת שאני חייב לך

כדבריך שלויתי ממך אבל זה זמן מה שהי' לי עסק עמך והיה חשבון בינינו ועכשיו ראיתי בחשבוני וכמדומה שטעיתי בחשבוני ואיני יודע אולי נשארת חייב לי כך וכך כמו שלויתי ממך אחר זה וראובן אומר כבר היה חשבון בינינו על הכל והייתי מסולק ממך ומה שאתה אומר שעשית איני יודע כי איני זוכר כלל החשבון. והאריך שם בדין המבואר בש"ע לעיל סי' נ"ט מלוה שהוציא שט"ח מקויים וטוען הלוה שהוא פרוע והמלו' אומר א"י אינו גובה בו וכתב להוכיח דהיינו דוקא אם הלו' טוען שפרע לו שטרו והמלוה אומר א"י אם הוא פרוע אבל אם הלוה אומר שהמלו' חייב לו ממקום אחר קודם שלוה ממנו בשטר זה והמלו' אומר א"י מחוב ההוא צריך הלוה לשלם להמלו' שטרו והמלו' נשבע כדין א"י אם נתחייבתי ואם הלוה טוען שמא אפי' שבועה אין צריך המלו' לישבע. ואחר זה כתב ולפ"ז ה"ה בנ"ד אפי' אם התביעה שתובע ראובן לשמעון הוא בעל פה נמי דינא הכי כיון ששמעון מודה שהוא חייב לראובן חוב זה אלא שטוען שחייב לו ראובן ממקום אחר וראובן טוען איני יודע שנשבע ראובן שאינו יודע ושמעון צריך לשלם לראובן חובו דכיון ששמעון מודה לראובן שחייב לו אין חילוק בין אם הוא בשטר או בע"פ ואם שמעון טוען שא"י אם חייב לו ראובן או לא כמו בנ"ד שאומר כמדומה לו שנשאר לו ראובן חייב מחשבונו א"צ ראובן אפי' לישבע כדין כל טענת ספק ואע"ג שגם ראובן טוען שא"י אם נשאר חייב לו אפי' הכי פטור ראובן ולא מבעיא אם ראובן טוען שא"י כלל אם הי' חייב לו שדינו כנ"ל אלא אפי' שהי' חייב לו בודאי רק שטוען שהיה לו חשבון עמו ונסתלקו זה מזה ועל מה שטוען שמעון שטעה בחשבון טוען ראובן שא"י מזה הטעות נמי דינא הכי שאם שמעון טוען ברי צריך ראובן לישבע שא"י מזה הטעות ופטור ולא הוה כא"י אם פרעתיך אלא כמו א"י אם נתחייבתי לך ולכן אם שמעון טוען כמדומה לי וא"י בבירור גם לישבע א"צ ראובן ודין זה כ' הרשב"א להדיא גבי הני גינאי פ"ק דגיטין והביאו הש"ך בסי' קכ"ז ס"ק ס"ט (בבה"ט שם סק"ג) כו' עכ"ד ע"ש (וע' עוד בסי' פ"ד שם ויובא קצת לקמן סעיף כ"ה ס"ק כ"ז) ולע"ד לא זכיתי להבין מה דחידש לן הגאון ז"ל דאפי' בחוב בעל פה והלוה משיב בברי יש לי בידך כנגדו והמלו' טוען א"י מחוב ההוא צריך הלוה לשלם חובו והמלוה ישבע שא"י דלכאורה הוא תמוה מאד הרי מבואר בש"ע לעיל ס"ז דאם הלוה משיב יש לי בידך כנגדו אפי' אם המלוה מכחישו בברי פטור הלוה מלשלם חובו רק שישבע היסת ואם כן איך יעלה על הדעת דאם גם המלוה מסופק וטוען א"י יצטרך הלוה לשלם. ומה שכ' דכיון ששמעון מודה אין חילוק בין אם הוא בשטר או בעל פה כו' זה אינו דודאי יש חילוק רב דבשטר אפילו אם משיב בברי יש לי בידך אינו יכול לפטור עצמו כמ"ש בקצה"ח סי' נ"ט כיון דטענת

יש לי בידך מצד עלמו לאו טענה היא כלל אלא א"כ יש לו מגו דפרעתי ובשטר לא שייך מגו דפרעתי כו' מה שאין כן בחוב בעל פה דנאמן במגו דפרעתי ולכן אפילו אם נחשוב חוב ההוא שטוען הלוה כתביעה אחרת לגמרי מכל מקום הדין שהמלי' יכול לעכב חוב זה בשביל תביעתו שתובע בברי רק שנשבע היסת. אמנם היכא שהלוה משיב שהוא א"י בבירור אם המלוה חייב לו כנגדו בזה הנכון עמו וכמו שכתב הקצה"ח הנ"ל וצ"ע. וע' בתומים לקמן ס"ק כ"ב שכתב בשם הרדב"ז בת' (ח"ד) סי' ס"ט דאפי' בא"י אם פרעתיך במקום דלא הו"ל למידע פטור וכן מורים דברי הרב בעל מל"מ פ"ד מהלכות שאלה ופקדון ופי"א מהלכות מכירה ע' שם והוא ז"ל הביא כמה ראיות לחיוב אפילו בלא ה"ל למידע ומסיק דדין זה במחלוקת שנויה בין הקדמונים ז"ל (וא"כ יכול לומר קים לי) ובנה"מ דחה ראיותיו ומסיק לדינא דא"י אם פרעתיך במקום דלא ה"ל למידע פטור אם לא שחסרון הידיעה נולד מחמת הפשיעה של בע"ד כמו גבי חנוני ופועלים בסי' צ"א כו' ע"ש וע' בספר בית מאיר לאה"ע סי' קע"ח סט"ו מענין זה עש"ה:

יא **נאמן בשבועה**. עבה"ט וע' בספר בית מאיר סי' קע"ח סט"ו שכתב דאף לדעת הרמ"א מ"מ מסתבר דהיינו דוקא כל זמן שלא הגיע לשמתא על סירובו לשלם ע"ש:

יב **אם החזרתי**. עבה"ט עד וכן יש להוכיח מהש"ס פ' הגוזל בתרא כו' וע' בתומים ובתשו' שמן רוקח ח"א ס"ס ס"ה מ"ש בזה:

יג **אבל פרעתיך**. עבה"ט וע' בתשו' חוט השני ס"ס ז' שנשאר אצלו דברי מרן המחבר ? בתימה וכתב דודאי א"א לישב דבריו כלל כו' ע"ש:

יד **טענו חטפת כו'** ה"ל משואיל"מ. בגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב ואם יש לו עד המסייע דדידי' חטף ע' בקצה"ח לקמן סי' פ"ה [צ"ל פ"ז] סק"ט שהביא בשם שיט' מקובצת דב"מ דמהני ע"ש:

טו **קרינן בי' שפיר** עסמ"ע סק"מ ועיין בת' מ"ב תניינא ס"ס י"ט מ"ש בזה:

טז **אלא שמחרים סתם** ע' בת' רשמי שאלה ס"ס מ"ט כתב דדוקא הכא לפי דאכתי אפשר ליורש למידע אבל בעלמא היכא דהנתבע לא ה"ל למידע כמו דא"צ לשבע ה"ה דא"י להחרים עליו ולהכי בסי' צ"ג סעיף י"ג ובסי' ח' ס"א לא כ' בש"ע דיחרים סתם וגם דמות ראי' מסי' קנ"ח ס"א שלא כ' שם בש"ע שלאחר השומא בפחות שבשומות יחרים על הניקף שאינו מאמינו על הוצאתו א"ו כיון דאנן סהדי דלא הוי למידע לה לו לקבל בחרם חנם עיין שם:

יז **כל טענת ספק כו'**. ע' סי' קכ"א ס"ז וס"ח ובדברי האחרונים שם ועש"ך סי' קכ"ו סעיף קטן נ"ו וס"ק ע"ד:

יח **רגלים לדבר**. עבה"ט עד ונראה דדברים אלו תלויים בדעת הדיין כשיראה שיש רגל"ד יכול להשביעו כו' ומשמע דלא סגי אם הבעל דין טוען שיש רגל"ד רק דוקא כשהב"ד רואים את הרגל"ד וכן איתא בהדיא בש"ך שכ' אח"ז וז"ל דאולי אף הרמב"ם ופוסקים כנ"ל לא קאמרי אלא כשהתובע עצמו טוען שיש לו רגל"ד אבל כשהב"ד רואים שיש רגל"ד מודים ותיבה פרוצה מיירי שהב"ד רואים שתיבתו פרוצה כו' עכ"ל אולם בת' רדב"ז ח"א סי' תל"ז מיישב דברי הרמב"ם באופן אחר שכתב שלא כתב הרמב"ם ז"ל וברי לי שאתה גנבתו אלא קרוב בעיני שאתה גנבתו טעמא דאמר קרוב בעיני אבל אם טען ברי לי שאתה גנבתו משביעין אותו אע"ג דאינו טוען שראה אותו שגנבו מ"מ כיון שטוען ברי משביעין אותו כו' ע"ש ולפי דבריו אפי' הבית דין אין יודעים את הרגל"ד רק שהוא טוען כך שברי לו מחמת הרגל"ד משביעין אותו ועמ"ש לקמן סעיף קטן כ':

יט **תיבתו פרוצה**. ע' בת' אא"ז פמ"א ח"ב סי' קנ"ה שנשאל באחד שמצא תיבתו פרוצה וננגב מתוכה הון רב ויש כמה אומדנות המוכיחות שאחד ממשרתיו עשה את המעשה אי שרי למוסרו בערכאות ליסרו עד שיודה. והאריך בזה והביא ראיה מהני עובדי דאיתא בפרק גט פשוט (בבא בתרא דף קס"ז ע"א) דכפתי' ואודו וע"כ כיון דחזי על פי אומדן דעתו שיש זיוף ולא רצה להודות וע"י דכפתי' אודי וכפתי' היינו מלקות כמו דאיתא כחולין ק"י ע"ב בההוא גברא דלא הוי מוקיר אבוהו כפתוהו פרש"י על העמוד להלקותו כו'. עיין ברא"ש פרק אלו מציאות גבי מר זוטרא חסידא דאיגנב ליה כסא דכספא כו' כפתי' ואודי וכתב הרא"ש שם כפתי' בשוטי עד דאודי ע"ש גם הביא מדברי הטור וש"ס לעיל סי' מ"ב ס"ג דאם צריך לכוף בעל השטר ולהכותו כדי שיודה יעשה כו' ועוד הביא שמעשה היה בימי הגאון מהר"ר העשיל ז"ל שהפקיד בידו הגאון הש"ך שלשלת של זהב וננגב על ידי המשרת והסכימו ליסרו קצת שיודה ולכן מסיק שם באם שהדבר ברור על פי חקירות אנשים יראים שיש מקום לחשדו רשאים קצת כדי שיודה על האמת אבל לא נכון למסרו כו' עיין שם דמסיים ובלבד שיסכימו שלשה בעלי תורה יראי ה' ושונאי בצע:

כ **להשביעו היסת**. עיין בה"ט מ"ש ומ"מ נראה דאם תפס כו' עד והש"ך השיג עליו דהיאך יועיל תפיסה כו' וע' בספר עט"צ בשו"ת שבסוף הספר שכתב וז"ל מעשה היה בק"ק אליק ראובן ושמעון שהיו שכנים בחנויות זה בצד זה וקיר של נסרים היה מפסיק ביניהם וננגב מעות וסחורות של ראובן ובדק ומצא לוח אחד נבדל ממקומו ועוד סימנים בסחורה שלו ואחר כמה ימים תפס ראובן משל שמעון כפי הסך חסרון שלו ופסקתי כהוראת הסמ"ע גבי תיבה פרוצה דאם תפס בעל התיבה משל שמעון תפיסתו תפיסה

כו' ומכל שכן בנ"ד שיש לו סימנין בסחורה שלו ושאר אומדנא דמוכח דגנב אחר לא היה בחנות כיון שמצא הדלתות סגורים כו' ואחר כך הרעישו הלומדים דהא הש"ך חולק עליו כו' ומתחלה הייתי מדחה את שמעון דכיון דראובן תפס יכול לומר קים לי כסמ"ע אחר זה נכנסתי לעומקא דדינא וראיתי באשר"י עצמו נראה לי שכתב כמו הסמ"ע כו' ואחר זה מצאתי כעין שאלה הנ"ל בכנה"ג אות ע"ב בשם ת' פליטת ב"י שכתב כדברי הסמ"ע כו' עכ"ל ע"ש. ולכאורה מה שמביא מדברי הרא"ש איני יודע מה חידש בזה דהא הסמ"ע עצמו מביא דברי הרא"ש אלו ואף על פי כן חלקו עליו הש"ך והט"ז ופירשו דברי הרא"ש בענין אחר. גם מ"ש בתחלה דכיון דראובן תפס יכול לומר קים לי כסמ"ע ק' דהא הפלוגתא אי מועיל תפיסה וכבר כתב המל"מ פ"ד מהלכות מלוה ה"ו בסוף דבריו דהיכא שהתפיסה עצמה במחלוקת שנויה אי מהני או לא אין לומר קים לי ע"ש הבאתיו לעיל סי' כ"ח ס"א בד"ה בדיני שמים ובלא"ה כבר כתב בת' חו"י הבאתיו בסי' כ"ה ס"א בד"ה או בדברי דבכ"מ שיש מחלוקת בין הסמ"ע והש"ך יש לפסוק כהש"ך אף להוציא כו' אם לא היכי שהדיינים מכירים בטעם נכון שהש"ך העביר הדרך על הסמ"ע ע"ש וכן כתב בספר נה"מ ס"ס כ"ה בדיני תפיסה אות כ' וא"כ הכא בנ"ד איך כתב בפשיטות דמצי ראובן לו' קים לי כסמ"ע. שוב ראיתי שלדינא דברי העט"צ נכונים כי דברי המל"מ הנ"ל אינו מוסכם והש"ך בספר תקפו כהן אות ק"א ק"ב הביא כן בשם מהרי"ט וחולק עליו והביא הרבה ראיות דאפילו היכי דמחלוקת בתפיסה עצמה מהני תפיסה והסכים עמו התומים בקיצור ת"כ סי' הנ"ל וכ"נ דעת הנה"מ שם ומה שכתבתי דהא בכל מקום הלכ' כהש"ך דהוא בתרא. הנה מצאתי בת' שבו"י (דהוא בתרא טפי) ח"ב סי' קס"ח שחולק על הש"ך בזה והסכים להסמ"ע וכתב שם דודאי אין כוונת הסמ"ע בטוענו ספק ע"י הרגלים לדבר דא"כ יהיו דברי הסמ"ע סותרים זא"ז תוכ"ד שהרי מקודם לזה כתב הסמ"ע עצמו דאין שמעון יכול להפך השבועה כו' כיון דלא ראהו ראובן כו' ואיך כ' כאן דמועיל תפיס' הא צריך לישבע ע"ז ואיך ישבע מספק אך כוונת הסמ"ע לחלק בין אם התובע טוען שמא ע"י רגל"ד דאז ודאי שכנגדו נשבע ונפטר ואין התובע יכול לישבע ולהחזיק דדומה לדין אבא אמר לי וכמ"ש המרדכי הובא בש"ך משא"כ בטוען התובע ברי לי ע"פ האומדנות ורוצה לישבע ע"ז אז יכול לתפוס וזהו דעת הרא"ש פרק אלו מציאות שכתב אם ברור לו וחילוק זה מבואר ג"כ בתוספת שם כו' והאריך עוד בזה ופסק כן למעשה דאם ברור לו להתובע ע"פ אומדנות ברורות אף שלא ראה בעיניו יוכל לתפוס ולקיים מה שבידו ע"י שבועה אך שצריכין לאיים עליו שלא ישבע אם לא שברור לו בודאי בלי פקפוק ספק כלל ע"ש: ועיין בתומים ס"ק י"ז שהסכים ג"כ להסמ"ע

דמועיל תפיסה בכה"ג והביא ראיה מדברי הרא"ש פרק המפקיד בעובדאי דבקרא אמנם כ' לחלק דזהו אם תופס ואינו מברר דבריו לבית דין למה תופס רק אומר שיש לו כנגדו אזי יכול לתפוס כי לדעתו ברור לו שזהו חייב לו אבל אם מברר דבריו לב"ד ואומר שבשביל כך תופס בשביל שקרוב לודאי שגנב ממנו ודאי דפוסקים לו ב"ד להחזיר דאין הב"ד פוסקים אלא בדבר ברור בשלמא הוא לבו אנסו ויכול לתופסו לפי דעתו אבל במברר לב"ד לא מהני תפיס' זו עש"ה ועיין בת' ברית אברהם חח"מ סי' ו' שהזכיר דברי התומים אלו בקצרה ותמה עליו דהא בר"ס ע"ה מבואר דגם הנתבע צריך לברר דבריו ועוד דאם יטעון סתמא יש לי בידך כנגדו יפסקו הב"ד שבועה להתופס והיאך ישבע כו' בשלמא לפ"ד הסמ"ע מהני תפיס' דאין צורך לידע בבירור רק שיוכל לתפוס ע"פ רגל"ד וא"כ לא יהי' שבועה על התופס רק שהי' תיבה פרוצה אבל לפ"ד התומים באם יאמר שתופס מחמת שהיה תיבה פרוצ' ורגל"ד אז יפסקו לו ב"ד שלא מהני התפיסה ובאם יאמר סתמא יש לי בידך אז לא יוכל לישבע על זה שיודע בבירור שיש לו בידו כו' עש"ה ולפע"ד אפשר ליישב קצת דברי התומים ע"פ המבואר לעיל סי' ע"ב סי"ז בהגה. ועמ"ש שם ס"ק א'. וע' עוד בת' ברית אברהם שם בעובדא באחד שנגנב בביתו חפץ א' ולא היו יוצאים ונכנסים רק משרת ומשרתת והמשרת לא הוחזק לגנב והמשרתת הוחזקה לגנב והבעה"ב רוצה להמתין עד סוף הזמן ולעכב דמי שכירתה ועל' בדעת השואל שהדין עם בעל הבית להמתין עד סוף הזמן ולעכב השכירות דדמי לתיב' פרוצה ולסמוך ע"ד הסמ"ע דמהני תפיס' שגם התומים הסכים עמו ודלא כש"ך וט"ו והוא ז"ל השיב שאין זה ד"ת דהא אפי' לענין להשביע דייק הש"ך ס"ק ס"ג בבה"ט ס"ק מ"ט ולא היה רק אדם אחד כו' מבואר מזה דאם היה עוד אחד לא הוי כתיב' פרוצ' ואף שזה אינו חושד להשני כלל מ"מ מבואר מדברי רש"י בב"מ דף כ"ו ע"ב בד"ה אימר שותפי כו' דבכה"ג שאינו חושד לאחד לא הוי ברי נגד האידך ומדברי התוספת שם אין סתיר' לזה כו' וא"כ ה"ה בנ"ד אינו מועיל מה שאינו חושד להמשרת שלא הוחזק לגנב דמ"מ לא הוי ברי כתיב' פרוצ' נגד המשרתת ונידון דידן הוא כל שכן טפי דהתם אינו חושד כלום לשותף והכא הא דאינו חושד להמשרתת הוא מחמת שזו מוחזקת לגנב בדברים אחרים ואילו זו לא הוחזק' לגנב היה חושד ג"כ להמשרת ועל כל פנים לא גרע מהא דשותף הנ"ל ומה שזו הוחזק' לגנב אין שום מעל' כמפור' בת' שאל' לגאון שהוא בטור סי' שמ"ח דמוחזק לגנב בדברים אחרים אף דיש עדים על גניבה אחרת אין עליו שום דין כלל היינו שום דין תפיס' או שבוע' אך גוזרין עליו להחמיר כפי שיראה לעיני הב"ד כו' והאריך עוד

בזה ומסיים דהדין ברור בנ"ד דלא מהני תפיס' רק אם ירצה להשביעה תלוי בראות עיני הדיין ע"ש עוד.

כא **שטענו הלויתיך** עבה"ט עד ונ"ל דאין ראי' משם כו' ועיין בתומים שכתב דנראה עיקר כהרשד"ם דחייב בבא לצאת ידי שמים ע"ש בת' שב יעקב ס"ס ו' (שיובא לקמן סי' רכ"ד ס"א סק"א) כתב בפשיטות כדברי הש"ך ע"ש:

כב **בין תבעו ליורשיו**. עבה"ט בשם ש"ך עד לפ"ז אם מודה מקצת כו' חייב ש"ד כו' הנה הש"ך בכאן סותר דברי עצמו לעיל ס"ק נ"ו הובא בבה"ט ס"ק מ"ב והעיקר כדברי הש"ך דלעיל דפטור מש"ד וכ"כ באו"ת ובנה"מ ע"ש אך בספר דגמ"ר משמע דהעיקר כמ"ש הש"ך כאן ע"ש:

כג **וי"א שחייב לשבע כו'**. בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ואם אמר אמר לי נכרי עיין בסמ"ע לקמן סי' קמ"ט ס"ק כ"ב ובש"ך שם ס"ק י"ג:

כד **וי"א דכל שאומר כו'**. עש"ך ס"ק פ"ב מ"ש א"כ הרי הראב"ד מחלק בין אמר לי אבא כו' ובגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב אמנם מדברי הה"מ פי"ד מה' טוען נ' דלא ס"ל לחלק וס"ל כדעת הראב"ד דגם ברי מפי אחר הוי ברי. ומ"ש הטור בשם הראב"ד דכשאין העד לפנינו אין משביעים אותו אפילו היסת כ' בת' דבר שמואל סי' כ"ח דזה בשם הראב"ד כמבואר להדיא בבה"ע ואין זה הראב"ד בעל השגה עכ"ל:

כה **אפי' קרוב שלו**. עבה"ט בשם ש"ך מ"ש ויש ללמוד מכאן דמי שהלוה לחבירו על המשכון כו' וע' בת' נו"ב תניינא סי' מ"ג שהשיג על הש"ך בזה וכ' וז"ל אין הנידון דומה לראי' דבשלמא בעובדא דר"ת שהביא הש"ך לפני זה שאבי החתן מוחזק וכשהבן כותב הרשאה לאביו א"כ זה שמגיע להבן זוכה בו האב בהרשאתו והרי הוא מגיע להאב וכיון שהאב מוחזק נשבע על מה שבידו שהרי הוא היודע וברור לו שמגיע סך זה לבנו ושבועתו על מה שבידו אבל במשכון הנ"ל זה שמוחזק במשכון אין לו טענת ברי ואף שיתן בהרשאה לקרובו היודע מ"מ קרובו אינו מוחזק והוא אינו רשאי למסור המשכון לקרובו כיון שהוא אינו יודע בברי איך יוכל למסור המשכון של זה ביד אחר וזה פשוט עכ"ל גם בתומים ובנה"מ חלקו על הש"ך בזה ע' בדבריהם ועמ"ש לעיל סימן ס"ו סק"א:

כו **אומרים למלוה בטל כל שטר**. ע' בתשו' אא"ז פמ"א ח"ב סי' צ"ה שכ' וז"ל שנים נתעצמו בדין לפנינו ב"ד ותבע א' מחבירו שחייב לו מנה בשטר והשטר היה מופקד ביד שליש ונאבד ממנו וטען שכבר עבר זמן הפרעון והלוה השיב אמת שאני חייב לך אבל בשטר היה נזכר זמ"פ על עשרה שנים ועדיין לא הגיע זמן ושאלנו בחרם ב"ד להשליש ואמר אמת שהיה מופקד בידי אבל נאבד ממני ואיני זוכר מה היה כתוב שם ופסקנו

שהלוה ישבע שכדבריו כן הוא דהוי כמו תביעה בע"פ דנשבע הלוה ונפטר אך הלוה אמר יבטל המלוה השטר דשמא ימצא אחר כך השטר ויפסל אותו לעדות ולשבועה. ויש שרצו לדמות להא דאיתא בח"מ ס"ס ע"ה אומרים למלוה בטל כל שטר כו' ואמרתי שאין דמיונם עולה יפה דהא כ' הה"מ שדין זה הוציאו הגאונים ממ"ש בפרק שבועת הדיינים המלוה נשבע תחלה שמא יוציא הלה את הפקדון ופר"ח ותהיה שבועת הלוה לבטלה כו' ודברי ר"ח אלו כתבו תו' בפרק המפקיד (בבא מציעא דף ל"ד ע"ב) שכתבו פרש"י ויפסלנו לעדות ולשבועה וקשה לר"ת דכ"ש שישבע הלוה שהוא ידקדק יותר לישבע באמת כדי שלא יפסלנו המלוה וכי עבדינן תקנה לרמאי כו' ונראה לר"ת כפירוש ר"ח דנראה כמו שבועה לבטלה כו' וא"כ לטעם זה למדו הגאונים היכא שיש לחוש שהשבועה יהיה לבטלה כמו בטוען פרעתיך ואח"כ יוציא השטר ויגבה בו אמרי' למלוה שיבטל כל שטר אבל בכעין נ"ד שיהיה פסול לעדות ולשבועה אדרבה כ"ש שידקדק הלוה יותר ולא עבדי' תקנה לרמאי וכן מבואר להדיא בש"ך סי' פ"ז ס"ק ע"ט במ"ש שם דלא משכחת לדינא שכתב המחבר שם סי' ל"ג דאין להשביע היכי דאיכא למיחש שיתברר הדבר אלא בגוונא דאפי' יבאו עדים לא יפסל רק שיהא חייב לשלם כגון דיוציא אח"כ השטר כדלעיל ס"ס ע"ה כו' (וכן מבואר מדברי הש"ך כאן ס"ק פ"ח) ובר מן דין כיון דשניהם מודים שהשטר היה ביד שליש ושליש אינו יודע מה היה כתוב שם ונאבד ממנו אף לדעת רש"י נראה דא"צ לבטל דהתם חשדי' למלוה שיוציא המשכון אח"כ ויתכוון לפוסלו לעדות ולשבועה וש"ש יתחלל לנך משביעין תחלה שאינו ברשותו אבל הכא שא"א לחשדו בזה כיון שלא היה ברשותו וברשות השליש נאבד א"כ למה נחייבנו לזה להפסיד זכותו כו' ועוד דוקא היכי שמבטל השטר מהני שלא להוציא ממנו ממנו כההיא דס"ס ע"ה אבל לענין שלא יפסול לעדות ולשבועה מה מהני ביטולו סוף סוף אם ימצא השטר או עדים יתברר שנשבע על השקר בשלמא לענין ממון הודאת בעל דין כמאה עדים ויוכל לבטל כל השטר אף שחייב לו יוכל לומר ששטר זה או עדים יהיו בטלים אבל שלא לפסול אותו לעדות ולשבועה לאחרים לא מהני ביטולו עכ"פ בנ"ד ברור כשמש שאין מחייבים לבטל השטר אלא אדרבה אמרי' ללוה שיותר ידקדק בשבועתו שעדיין לא הגיע זמן פרעון או ישלם עכ"ד ע"ש:

כז **שתבטל כל עדים**. עבה"ט מ"ש בשם הט"ז במי שפרע לחבירו ואח"כ בא המלוה והראה לו מטבע מזויפת כו' עד ופסק דהוה ליה כאומר א"י אם חייב אני לך כו' וע' בזה סי' רל"ב ס"ק כ"ד בשם ש"ך שהביא ת' רשד"ם סי' פ' שלא פסק כן אלא דהוה כאיני יודע אם פרעתיך ע"ש וכן הסכים בתשו' אא"ז פמ"א ח"א ס"ס ו' ודחה שם ראיית

הט"ז ממתניתין בפרק הזהב ואם היה מכירה כו' תיפוק ליה אפילו באין מכירה אלא שהוא מסופק גם כן צריך להחליפה לו כ' וכתב עליו ואני אומר דאין הנדון דומה לראיה בשלמא גבי מטבע דנתן לו בתורת מכר דאם היה הסלע טובה מעולם לא נתחייב לו אפי' רגע אחת ולא מבעיא היכא דנתן לו הסלע תחלה והוא נתן לו פרוטות דאם הסלע טובה מעולם לא נתחייב לו אלא אפי' נתן השלחני תחלה הפרוטות ואחר כך נתן לו הסלע מ"מ כיון דמעולם לא היה מבורר שחייב לו אם כן אם אומר שא"י שזה הוא שלו הוי כאילו אומר א"י אם אני חייב לך אבל היכא שחייב לו מקודם בהלואה אף אם היו כל מעותיו טובים בעת הפרעון מ"מ מודה שהיה חייב לו מקודם א"כ צריך לידע בבירור שפרעו במעות טובים אבל אם אומר איני יודע י"ל דהוי בכלל א"י אם פרעתי עכ"ד ע"ש (וע"פ חילוק זה יש לדחות גם ראיה השניה של הט"ז ממ"ש המרדכי ס"פ המפקיד והביאו רמ"א בסו' רל"ב סי"ח מכר לו טבעת בחזקת זהב ונמצא בו בדיל כו' ואם אינו מאמינו שנמצא בו בדיל נשבע שא"י כו' הרי דאף שזה היה חייב לתת לו טבעת של זהב ואפילו הכי אמרי' כל שא"י אם הוא של זהב נשבע ונפטר ולא הוי כא"י אם פרעתיך עכ"ד ולפי חילוק הנ"ל לאו ראיה היא דגם שם לא היה מבורר אפי' רגע אחת שחייב לי) אולם בהגה שבבה"ט שם סי' רל"ב בשם הגאון מו"ה עוזר ז"ל חולק על רשד"ם הנ"ל וכתב ולענ"ד פשוט הוא להיפך וראיה מסימן קכ"ו בש"ך ס"ק ס"ט בשם הרשב"א כו' ע"ש גם בת' ושב הכהן ס"ס פ"ד דעתו כהט"ז דהוה כאומר א"י אם נתחייבתי לך (וכתב שם דמ"ש הט"ז דרוב מטבעות אינן מזויפות לרווחא דמלתא כ"כ ועיקר הטעם הוא כיון שכבר פרעו ונסתלק ממנו הוה עכשיו כתביעה חדשה וזה אומר א"י אם נתחייבתי לך וכמ"ש לעיל בשם הרשב"א כו') ע"ש וכן הוא דעת דגמ"ר בסימן רל"ב סי"ט יובא שם בד"ה מקח. וכן נראה דעת הנה"מ לעיל ס"ט ע"ש. וע' בתומים ס"ק כ"ב האריך הרבה בדין זה והעלה בלוקח סחורה ופורע תיכף מעות דלא נחית מעולם על הנותן מעות שום חיוב פשיטא דפטור (והוא מכוון לדברי אא"ז פמ"א הנ"ל) אלא אם חייב ואח"כ פרע וזה מחזיר לו מטבע מזוייף וכסף סיגים בזה יש חילוק דאם זה הלוה לא עיין כלל בהמעות ונתן למלוה חייב לקבלן מיד המלוה דהוה כא"י אם פרעתיך דה"ל למידק ולעיין אבל אם עיין ולא ראה בו סיגים רק אתר כך החזיר לו כסף סיגים מחופה כאשר שכיח הזיופים שאין ניכר בעת נתינה אם כן לא ה"ל למידע ובזה י"ל קים לי כדעת התוספות וסייעתם דבמקום דלא ה"ל למידע אפילו א"י אם פרעתיך פטור והרי זה פטור מלשלם (עמ"ש לעיל ס"ט סוס"ק יו"ד) ע"ש. וע' בספר בית מאיר לאה"ע סימן קע"ח שהאריך גם כן בענין זה ומסיים שדין זה הוא ספיקא דדינא ודעתי העניה יותר נוטה לדעת הרשד"ם

(זולת היכא שלא נכנס שעה בחיוב כגון שנתן המעות מיד תמורת הדבר שקיבל דבזה ודאי הוה א"י אם נתחייבתי וכדברי הפמ"א והתומים בריש דבריו הנ"ל) עש"ה. וע' בנ"צ מ"ש בזה:

סימן עו

לצאת י"ש. עבה"ט שרמז לסי' ע"ה סקי"ט ור"ל דשם כ' בשם הש"ך דכל היכא דלא מחייב אלא לצאת י"ש לא מהני כשתפס התובע בעדים אבל תפיסה שלא בעדים מהני והיינו היכא שהתובע טוען ברי אבל כשאין התובע טוען ברי כמו הכא לא מהני תפיסה אפי' שלא בעדים ע"ש. ובש"ד כאן סקי"ב יש קיצור ל' ובס' מסגרת ובס' מאמר קדישין העתיקו דברי הש"ך בכאן שלא כהוגן ואשתמיט להו דברי הש"ך בסי' ע"ה ס"ק כו שכ' בהדי' דהכא לא מהני תפיסה אפי' שלא בעדים:

סימן עז

א **שקבלו פקדון**. עבה"ט וע' בת' הרב מו' משה רוטנבורג חח"מ סי' יג שכ' דאם שני שותפים עשו שותפות עם א' לא אמרי' דהב' שותפים הם ערבים זל"ז על ההפסד דהרי דעת הרב בתשו' דאפי' בפקדון לא נעשו ערבים אלא אם כן התנו ועכ"פ הבו דלא לוסיף לומר דבשותפים נעשה גם כן א' ערב בעד חבירו וטעמא רבה אית ביה לחלק ביניהם דבשלמא בשנים שלוו כו' בשעת מעשה תיכף התחייבו בחיוב גמור לשלם החוב למלוה והפקדון למפקיד ודמי המקח למוכר אבל הכא בשעת עשיית השותפות אין כאן שום חיוב ברור לאחד על חבירו ולא אסקי אדעתייהו אז על ההפסד כמ"ש באו"ח סי' צ"ג סברא כיוצא בזה ולא אשתמיט חד מהפוסקים לומר דבשותפים ג"כ נעשו ערבים זה לזה אם ב' אנשים השתתפו עם א' כו' ורב אחד חולק עליו שם עש"ה:

ב **מאחר לצורך השותפות**. עי' בתשו' שבו"י ח"ב סימן קפ"א בראובן ושמעון שותפין שיש להם ש"ח על לוי שחייב להם מנה לשותפות ולוי הוציא סע"ח על שמעון לבדו שלא מענין השותפות שחייב לו מנה ורוצה ליתן זה בפרעון חובו וראובן טוען עכ"פ שלם לי החצי שלי שהוא חמשים זהו' כי מה לי בחוב של שותפי כיון שאינו מענין השותפות. והשיב לכאורה פשוט דהדין עם ראובן כי אין לוי יכול לתפוס ממון של שני שותפין בשביל חוב שחייב לו אחד מהשותפין לבדו כיון שלא הלוה דבר זה לתוך השותפות כלל ואדרבה נ"ל שאפי' אם ראובן הניחו לתפוס אין שמעון חייב לשלם לראובן אם לא היה בידו משל שמעון כדין הפורע חובו של חבירו שלא מדעתו כיון שבחוב זה אין אחראין

וערבאין זה לזה כו' אך יש לזכות ללוי מצד אחר אם אין לו מעות מזומן לפרוע שיוכל להגבותו שטר זה כמו שפסק בש"ע סימן ק"א ס"ה דאם יש ללוה שט"ח על אחרים יכול להגבותם לו וישומו אותם כו' ובהג' שם דאפילו יש לו שאר מטלטלים כו' ע"ש ועמ"ש בסימן ק"א שם סק"ה:

ג **והוד' אחד.** עבה"ט עד וגובה הכל מזה שהודה ועמ"ש לעיל סימן ל"ז ס"ק ג':

ד **אפילו שניהם כתובים.** עבה"ט שכתב אבל הש"ך כתב דאין דין זה מוכרח כו' ועיין בתומים שהשיג על הש"ך בזה והעלה דהעיקר כהרמ"א דאפילו מי שנכתב שטר על שמו א"י למחול חלק חבירו ולא מבעיא היכא שאין עסק שותפות בלא"ה ביניהם רק מחמת זה היה השטר בשותפות אלא אפילו בשותפות גמורים כו' ע"ש וכן הסכים בנה"מ ע"ש גם בספר בית מאיר לאה"ע ס"ס פ"ו חולק על הש"ך בזה ע"ש היטב:

ה **איש ואשתו שלוו מא'.** עיין בת' שבו"י ח"א סי' קנ"ה ובח"ב סי' ק"ן עש"ה:

ו **במגו דפרעתיך.** עבה"ט ומ"ש וע' בט"ז כו' ונ"מ לענין ממרמו"ת שלנו אי שייך בהם כו' והוא ט"ס וצ"ל דאין שייך בהם כו' אמנם לא העתיק יפה דברי הט"ז דמלשונו משמע דבממרנו"ת שלנו דל"ש נמחל שעבודו אין הלה נאמן לטעון פרעתי חלקי ובאמת מסקנת הט"ז אינו כן. וז"ל הט"ז אחר שהביא דברי מהרש"ל הנ"ל בשנים שלוו בשטר א' כו' כ' ונלע"ד אי כ' המלוה לאותו שפרע התקבלתי ממך דמי החוב הי"ל השטר לראיה אחר כך נגד הב' וכמ"ש סימן ק"ל לענין ערב עם הלוה כמו שאוכיח שם בע"ה ורש"ל לא איירי בזה ולפ"ז לענין ממרנו"ת שאין שייך לומר נמחל שעבודו כמ"ש סימן מ"ח מ"א ודאי הוה ממרנ"י ראיה נגד הב' וצריך לשלם לו חלקו. אבל נראה דכיון שמוכח מתוך הממרנ"י שבשעת חתימתו לא נתחייב עצמו נגד החותם עצמו אלא מי שיהי' הממרנ"י בידו לאות דוקא האמין ולא לחבירו החתום עמו ע"כ צריך גם בזה התקבלתי משום אדם שהוציא זו הממרנ"י בב"ד כמו שמצינו בסימן כ' ס"א ואם נכתב שובר משום אדם כו' כמ"ש שם עכ"ל. וע' מדין זה בת' נו"ב סימן ז' ובנו"ב תניינא סי' י"ב וי"ג (וכפי הנראה לא ראה דברי הט"ז בזה) וכ' שם סברא אחרת דבכה"ג יכול לטעון פרעתיך משום דלא שייך כאן שטרך בידי מאי בעי שיכול לומר לא חששתי להניחו בידך כי סברתי שבודאי לא תשהנו בידך שלם ובודאי תקרענו מאחר שגם אתה חתום עליו תחוש לעצמך שמא תאבדנו וימצאנו אחר ויגבנו גם ממך ובמקום שיש איזה אמתלא לתלות שלא נתיירא להניח השטר בידו לא שייך שטרך בידו מאי בעי ע"ש. וע' בת' עה"ג סי' ע':

סימן עח

א **אינו נאמן דחזקה כו'**. עי' בת' רע"ק איגר סימן קל"ו שכ' שהוא מסופק בחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו היכא דיש תרי ותרי (ב' כתי עדים המכחישות זא"ז בענין הפרעון) אי מועיל הך חזקה די"ל דכאן לא שייך לומר אוקי תרי להדי תרי ואוקמי אחזקה דהך חזקה הוי בגדר אנן סהדי ולא עדיפא מאילו עוד כת עדים מסייעים להנך דאמרי שלא פרע דהוה אמרי' תרי כמאה ושאני הך חזקה דאוקמי אחזקה ראשונה (עמש"ל סימן רכ"ג ס"א ס"ק ב') דשם אינו מדרך בירור והוכחה כו' וצ"ע לדינא ע"ש (ועמש"ל סימן ע"א ס"א ס"ק א') וע' בת' חתם סופר חח"מ סימן ס"ז שכתב בפשיטות כסברת הגאון הנ"ל דבכה"ג אין מועיל חזקה זו דשם נשאל בכיוצא בזה במי שהאמין לחבירו נאמנות סתם ואתו סהדי דפרעו בתוך הזמן ודעת השואל כיון שהחליט הסמ"ע סי' ע"א סק"ד דנאמנות סתם הוי כבי תרי וכי אתו תרי סהדי אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מאריה וא"כ י"ל דזהו בתר זימניה אבל בתוך זמנו כי אוקי תרי להדי תרי הרי יש חזקה דא"א פורע תוך זמנו דמוציאין ממון בחזקה זו והוא ז"ל השיב שאינו מודה לו בזה דהך חזקה אין אדם פורע תו"ז הוא מענין חזקת המנהג דהוי אנן סהדי שאין מנהג שיפרע האדם קודם זמנו ולכן עדיפא מחזקת ממון ומוציאין ממון בחזקה זו ואם גם נתן לו נאמנות איננו אלא כמוסיף סהדי ומה לי תרי או מאה כשיבואו ב' עדים מתנגדים ומעידים שראו שפרע תוך זמנו ה"ל סהדי וסהדי היינו החזקה שהוא אנן סהדי עם הנאמנות הכל עולה נגד תרי המעידים בהיפוך ותשאר חזקת ממון על מקומו ותו יש להשיב בעיקר הכלל שסבר השואל בשני כתי עדים נשאר חזקה קמייתא בתוקפה וזה ליתא לענין זה מועילים עדים המעידים לפנינו לגרוע החזקה עכ"פ כמבואר בעירובין ל"ה ע"ב ופרש"י ד"ה אחת אומרת כו' ואפשר למסקנא קי"ל כר"מ בהא עכ"ד ע"ש:

ב **דחזקה כו'**. ע' בתשו' שמן רוקח ח"א סימן ע"ז שנשאל בראובן שתבע לשמעון חוב תוך זמנו והשיב פרעתיך פורתא פורתא כדי שלא תהיה עלי כנושה לגבות כל החוב בבת אחת והורה מורה אחד דל"ש בזה חזקה דאין אדם פורע תו"ז דהואיל דטב הוא ללוה לפרוע לאחדים זימנין דפרע תו"ז ואיזה חכמים פקפקו בזה. והשיב דבספר באר יעקב סימן ע"ח הביא בשם ספר ברית שלום דף מ"ט דכתב להדיא כמו סברת החכם הנ"ל דאם טוען פרעתיך תו"ז זוזא זוזא לא שייך בזה חזקה דא"א פורע תו"ז וחלק עליו והוכיח מסוגיא דב"ב דף ה' ע"ב דאין לחלק והוא ז"ל כ' דמסוגיית הש"ס שם אין סתירה לזה אך נראה דדין זה תליא במחלוקת הפוסקים אי טעכינן ליתמי מלתא דלא שכיחא דאי טענינן אף מלתא דל"ש א"כ מוכח דליתא להאי דינא דאם איתא יקשה היאך גובין

אפי' מיתמי בלא שבועה כו' אמנם בירושלמי רפ"ב דכתובות מבואר דלא טענינן ליתמי מלתא דל"ש כו' ובע"כ לחלק דהיכא דלא שכיחא כלל כ"ע מודים דלא טענינן ודלא כנראה מהש"ך סימן ס"ט ס"ק כ"ו דלפי דבריו תיקשי על הפוסקים אלו מדברי הירוש' הנ"ל (עמש"ל בסימן ק"ל ס"ז ס"ק ב') ולפ"ז יש לקיים האי פיסקא דספר ברית שלום כנ"ל לכ"ע ולומר דזה נחשב לא שכיחא כלל בהצטרף גם הסברא דמסתמא לא יקבל המלוה ולכן לא טענינן ליתמי עכ"ד ע"ש:

ג **מעות מופקדין**. עבה"ט וע' בת' חתם סופר חח"מ ס"ס קמ"ד דרב א' ירצה לומר בהלואה הנעשה בהיתר עיסקא נאמן לומר פרעתי תוך זמנו משום דעביד דפרע בגו זמניה כדי לפטור מפריעת רווחים והוא ז"ל כתב דזה אינו נראה דהכא אפילו אביי ורבא מודים דלא מהימן כו' ומסיים אך כ"ז לעיקר הדין ומ"מ אם לפי ראות עיני הדיין שהנותן עיסקא קבע הזמן לטובת המקבל ואילו החזירו לו היה שמח בפרעון אפשר לדון לאומד הדעת דמהימן הלוה אך צריך לזה דיין הגון ירא שמים ואומדנא דמוכח וידוע ע' שם. ומדבריו מבואר דס"ל בפשיטות כדעת השבו"י ח"ב סימן קפ"ד שיובא לקמן סי' קע"ו סכ"ג ס"ק כ"ז אבל לדעת התומים סי' ע"ד סק"ו והספר שערי דעה הל' רבית סי' קע"ז סל"ו שיובא שם דס"ל דאם בא הלוה בתוך הזמן לפרוע הקרן והרווחים שעלה עד אותו זמן הרשות בידו דינו של הרב הנ"ל נכון (וכ"כ באמת באו"ת סי' זה סק"ח ע"ש) אמנם לדעת הנה"מ שיובא שם אפשר דאינו נאמן כיון דהיה מחוייב לבא חשבון ולישבע וצ"ע. וע' בתשובת מהרי"ט חח"מ סי' קכ"ד ובכנה"ג בהגב"י אות ד' ובעט"צ סק"ו מענין זה:

ד **כל קונטרס**. עבה"ט בשם ש"ך וע' בתשו' משכנות יעקב סימן ל"ו מ"ש בזה:

ה **דוקא בקובע זמן**. עמ"ש לעיל סי' ס"ט ס"ב ס"ק ד' בשם תשובת נו"ב בענין שטר שאחרוהו בידיעת הלוה והמלוה אי אמרי ביה חזקה א"א פורע תוך זמנו במשך הזמן שבין כתיבת השטר לבין הזמן הכתוב בו ומחלק שם בין שטר בעדים שיש בו שעבוד קרקעות ובין כ' יד שאין בו שעבוד קרקעות ע"ש:

סימן עט

א **שלוה ממנו מנה ופרעו**. ע' בתשובת רעק"א זצ"ל סי' קמ"ט שכ' דנראה באם העדים אומרים רק ראינו שנתן מעות בפרעון חוב ולא ראינו ההלואה בזה לא אמרי' כיון דאומרים דפרע ממילא מוכח דלוה והוה כאילו אומרים דלוה ופרע דכיון דלא נודע עדות דהלואה רק מכח מעשה הפרעון אם כן נאמר דמאמינים לו דלא פרע ומסלקין עדותן שוב ליכא עדים על ההלואה ודוקא כשעדים מעידים לוה ופרע בזה אמרי' דעל

עדות הפרעון הוא נאמן לגבי עצמו ומסלקין עדותן שפרע ועדותן שלוה לא נסתלק דהא בלא עדות דפרעון יש עדים שלוה עכ"ד. וע"ש עוד שרצה ללמוד מדברי הנ"י דפ"ק דב"מ דדוקא היכא דמצי למיפטר נפשיה בפרעתי ומדלא טעון הכי ואמר לא לויתי כאומר ל"פ דמי אבל היכא דלא מצי פטר נפשיה לא אמרי' כאומר ל"פ ושוב דחה זה ע"ש:

ב **והמלוה אומר לא נתפרעתי**. עי' בת' ח"ס חח"מ סי' צ"ח שכ' דדוקא בכה"ג שהמלוה אומר לא פרעתני אם כן יאמר המלוה אני יודע שאתה חייב לי שהרי תבעתיך בכך ואני אדברך אני סומך שהוא יותר ממאה עדים אבל אם המלוה עצמו אומר הלויתיך ופרעתני והלוה אומר לא הלויתני מעולם והמלוה הי' תפוס משל לוה פשיטא דאין המלוה יכול להחזיק בו לומר אתה הודית לי שלא פרעתני ואני יודע בודאי שהלויתיך ואחזיק בשלך זה לא יאמר אדם מעולם שהרי נאמר לו איך מחזיק בשלו הלא כשם שהוא מודה שלא פרע לך מעולם כן אתה מודה שלא נשאר חייב לך וגדולה מזו בסי' ע"ה סעיף י"א. ויישב בזה דברי התוספות ב"מ ק"י ע"א בד"ה א"ל רבינא ע"ש ועמ"ש לעיל סימן ע"ה ס"א בנ"צ בד"ה ברר דבריך ודו"ק:

ג **יותר מק' עדים**. עבה"ט וע' בסמ"ע דלהכי דקדק לומר יותר מק' עדים דאלו עדים המכחישים זא"ז יכול להשביעו היסת והכא בהודאת עצמו אינו יכול להשביעו אחר הפרעון ע"ש וע' בתשובת ח"ס סי' צ"ח שכתב דנ"ל דגם בדאורייתא איכא נפקותא דבעדים המכחישים יכול להשביעו ע"י גלגול כאשר יזדמן לו משא"כ ע"י הודאת פיו אינו יכול לגלגל עליו עוד שבועה ומפרש בזה פרכת הש"ס בסוגיא דר"ח קמייתא מה לפיו שכן אינו בהכחשה ומיישב בזה קושיית הנ"י שם על הרמב"ם דס"ל דמהימן לו' נזכרתי ע"ש:

ד **אותו** היפת על טענה זו. עבה"ט וע' בתשובת אא"ז פמ"א ח"ב ר"ס פ"ו מ"ש בזה. וע' בתשובת גליא מסכת סימן ט' שהאריך בענין זה:

ה **בפני ופלוני**. עבה"ט ובגש"ע דהגר"ע זצ"ל עמ"ש לעיל סימן נ"ח ס"ב בגליון עכ"ל והבאתיו שם ס"ק ד':

ו **הוחזק כפרן**. בגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב תבעו מנה שהלויתיך ואמר לא לויתי משום אדם מעולם ולאו עדים שלוה אבל א"י אם מזה או מאחר מקרי הוחזק כפרן וחייב לשלם לו כנלע"ד מתוך דברי הירוש' פ"ד דשבועות הלכה ה' עכ"ל. ולכאורה ע"כ דה"ה אם אמרו העדים בבירור שלוה מאחר הוחזק כפרן וצ"ע:

ז **אבל לא לממון אחר**. עבה"ט עד ודין זה צ"ע כו' ולפ"ז לדידן כו' וע' בת' עבוה"ג ס"ס י"ט שכתב הש"ך בסימן ע"ט ס"ק ט"ו להשיג על הרשב"א בת' סי' תתק"ה נלע"ד שלא כוון הש"ך יפה ודברי הרשב"א שרירין וקיימין אליבא דכ"ע עכ"ל:

ח **אבל אם אמר כו'**. כתב הסמ"ע פי' שלא חזר ואמר נתתי לך אלא אמר להד"מ כו' ע"ש ובגליון הסמ"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב ואם אמר הודיתי בדרך אמנה שהאמנתי לו שילוה לי נאמן במגו דפרעתי. ט"ז סי' ס"ט סעיף ב':

ט **בד"א כשלא קבל כו'**. עש"ך סק"ל עד דהיאך יעלה על הדעת לטרוף מלקוחות במקום שהי' יכול לו' פרעתי כו'. וע' בתשובת ושב הכהן סי' יו"ד שתמה עליו בזה ומסיק שדין זה במחלוקת שנויה ע"ש:

י **אבל שנים שבאו לדין**. עי' בש"ך בענין פס"ד אי גבי ממשעבדי וע' מזה בתשובת חות יאיר סי' ע"ח ומסיים שם מתי יבא לידי פס"ד אחר שהכריע הש"ך דאין נאמן לטעון פרעתי נגד כס"ד ומה גם עתה שמנהג פשוט שכותבין פס"ד ושאין נאמן לטעון פרעתי נגד פס"ד וכ"ש אם נכתב נאמנות בפס"ד אפסוק בו שיטרוף מלקוחו' בו' רק זה צל"ע אם נכתב בפסק שזה ישבע ויפטר תוך זמן פרעון ואם לא ישבע תוד זמן זה יתחייב ליתן לו בלא איחור סך כך וכך אם זה לא נשבע אם טריף מלקוחות אפילו ערער זה תוך הדמן דמצי לקוחות לומר אחר שעיקר הפסק על השבועה סבורין היינו שישבע או הי' להם לחוש פן לא ישבע ולכאורה זה דמי לתשובת הרא"ש שהובא בטור וש"ע סי' ס"א אך יש לחלק דשם עכ"פ חייב שמעון לראובן לכן נ"ל סברא ראשונ' (דלא טריף) . ונ"ל עוד דאפילו יש תיקון דלא יועיל שום שט"ח אפילו בקנין אם לא שיהיו עדי קנין פלוני וכלוני מ"מ מהני פס"ד מגו דמהני להוציא מלוה מהני נמי לטרוף כי תקנת הקהל הוא מפני ערמות או מפני שתיקנו ג"כ שתחייב האשה לפרוע מכתובתה אפילו לא קבלה קנין מפני תקנת משא ומתן ולכן בשביל תקנת הנשים תיקנו עוד שתוכל האשה למחות דרך כלל אצל עדי קנין על קניני בעל' ואז לא תחייב לשלם ומפני כך הוצרכו ג"כ לתקן שלא יועיל שום קנין זולת שני ב"ב פ' ופ' לכן ודאי על פס"ד דלא שכיחא לא תקנו שתשלם מכתובתה ומצד הדין כתובת' קודמ' דאפי' הוא בשטר חוב בקנין הרי קנין כתובת' קודמ' משא"כ אם הפסק דין עליו לפני קנין כתובתה ולפני שנשאה וכן לפני הלקוחות מצד הדין פס"ד קודם לכתובתה דין שטר וג"כ טורף לקוחות כי חתימת הדיינים כעדי קנין פ' ופ' דמי כו' עכ"ד ע"ש:

סימן פ

או אם שתק תחלה. עי' באר היטב וע' בתשובת ושב הכהן סי' ס' שהאריך בזה ובסוף דבריו כ' דמ"ש הרמ"א אא"כ נתן טעם למה שתק נראה יותר לומר דמיירי בלא יצא מב"ד אך לדינא לפע"ד יש לצדד ולומר דמהני אפילו יצא מב"ד וצ"ע למעשה ע"ש:

סימן פא

א **או שתקו.** עבה"ט ועמ"ש לקמן סימן רנ"ב ס"ב סק"א וגם מ"ש בסימן רמ"ג ס"ב סק"א:

ב **הודאה לפני עד אחד.** עש"ך סק"י מ"ש והנה מ"ש הרמב"ן ז"ל והא ההוא אוקימתא אדחי לה לא ירדתי לסוף דעתו דמה בכך דאדחי לה כו' עד וחוץ מכ"ת של הרמב"ן שנראה שלא ירד לסוף דעת בעל המאור בזה. וע' בשו"ת ח"צ דפוס לבוב בליקוטים שבסוף הספר סי' כ"ז שתמה על הש"ך וכתב ושרא ליה מאריה שחשד להרמב"ן בדבר שאפי' תינוקות של בית רבן יודעים אותו ואיהו הוא דלא נחית לסוף דעת בעל המאור ולא לתחלת דעת הרמב"ן ז"ל כו' ע"ש:

ג **המביא לו עדים בכילה.** ע' בקצה"ח ובנה"מ בענין אי יכולין להעיד על פי טביעת עינא דקלא ע"ש ועמ"ש בזה בפ"ת לאה"ע סי' י"ז סק"ג (ולקמן סי' ר"פ ס"א סק"א) וע' בת' ח"ס חח"מ ס"ס ב' שכתב דאפילו אי נימא דמי שאינו סומא יכול להעיד על פי היכר קול היינו אם לפי תומו שמע א' ומכירו בקול אבל היכא שהכמינו עדים והכניסו שם אחד אפשר שהכניסו אחר ונתכווין להשוות קולו כקול הנתבע וכמ"ש הרמב"ן בתורה גבי הקול קול יעקב העיד דבני אדם יכולים לעשות כן להשוות קולם להטעות שיסברו אחר הוא אך באמת נראה דאפי' כפי תומו אין להוציא ממון ע"פ הכרת קול לחוד אא"כ איכא ג"כ היכר אחר על ידי משמוש היד וכדומה כדמצינו ביצחק גשה נא ואמשך בני ומסי' ל"ה סי"ב אין ראיה לפמ"ש בפרישה שם כו' (עמ"ש בסימן נ"ה שם סק"ח) והאריך קצת בזה ומסיים דאפי' בב' עדים המכירים בט"ע דקלא לא נ"ל להוציא ממון מכ"ש בעד אחד (לצרפו עם עד שראה) דאמר בדדמי כמבואר בסוגיא ר"פ האש' שלום ומכל שכן כשידע העד שעתידים להביא כאן גברא פלוני אז מדמה בנפשו זהו קולו של זה כו' ע"ש:

ד **ודוקא כתב ידו.** עבה"ט עד אבל בנמצא כתוב בפנקסו בכתב ידו בלא"ה לא שייך שלא להשביע כו' וע' בת' ח"ס חח"מ סימן קל"ז ויובא לקמן סימן רנ"ה ע"ב סק"ב:

ה **הוי הודאה**. ע' באר היטב מ"ש והוא הדין אם אמר לו לו לשון זה אני חייב לך מנה בשטר כו' עד דאף להחולקים שם מודים כאן. ובגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב ולכאורה ה"ה באומר אני חייב לך מנה בכת"י ועסמ"ע לעיל סימן ס"ט ס"ק כ' ובקצה"ח שם:

ו **משתבע כו'**. ע' באר הגולה אות ע' בשם ב"י וע' בתשו' ר' עקיבא איגר סי' כ"ג ועמ"ש לקמן סימן ל"ג ס"א סק"ה:

ז **ויש מי שאומר**. עבה"ט מ"ש אבל אם יש לו שטר כו' וע' בתשו' חמדת שלמה חי"ד סימן כ"ז שכתב הא דמבואר בש"ך דבמלוה בשטר א"צ הודאת הלוה היינו דהמלוה נאמן שנתן לו לשם ריוח דכיון דשטרו בידו אין הלוה נאמן כלל שנתן רק משום הודאת המלוה והמלוה אינו מודה שקיבל רק על הריוח אבל היכא שהמלוה מודה שקיבל סתם אף במלוה בשטר נאמן הלוה שמה שנתן היה על הקרן כיון שהמלוה מודה שקיבל מעות איך יכול להוציא נגד הברי של הלוה שהנתינה הוה על הקרן כו' ע"ש עוד:

ח **לשם קרן**. עבה"ט וע' בתשו' ושב הכהן סימן פ"ד בשני שותפין שהיה חשבון ביניהם מכל השותפות ואחר החשבון נשאר חייב שותף א' להשני סך כו"כ והודה כן בפני עדים בהודא' גמור' ואח"כ טען שטע' בחשבון ואינו חייב לו כלל ואדרבא שלפי חשבונו כהיום חייב לו השני כך וכך והשותף השני טען ששכח כל החשבונות ואינו יודע כלל לחשוב עמו מחדש ותובע ממנו מה שהוד' כבר בפני עדים שחייב לו. והעל' בנד"ז שהוד' בפני עדים שחייב להשותף כ"כ אינו יכול לומר שטע' אע"פ שהשותף א"י כלל אם טעה או לא וישבע שאינו יודע כלל מהטעות שאומר לו שותפו ולא מבעיא שיכול לפטור עצמו בשבוע' זו דא"י משום דהוה כא"י אם נתחייבתי אלא אפי' שיכול להוציא משותפו כפי שהוד' בפני עדים ללא הוי כתבעו מספק ע"ש:

ט **ומפני כח השטר כו'**. עיין בתשובת ושב הכהן סימן פ"ד מ"ש בביאור דברי ת' הרא"ש מקור דין זה:

י **ויכול לחזור בו**. ע' באר הגול' בשם סמ"ע ובבה"ט בשם ש"ך ועמ"ש בזה בפ"ת ליו"ד סימן קפ"א סק"א בשם ת' שבו"י:

סימן פב

א **וגובה בו**. עבה"ט מ"ש וע' בש"ך שהשיג על הב"ח כו' וע' בת' נו"ב סי' י"ב שכתב הגם דלפי דברי הש"ך במ"ש לחלק בין הך דהכא להך שהביא הב"י סי' נ"ח מדברי הר"ן וכ' הש"ך דשם השני יכול להחזיק בשבועתו עד שיחזיר לו שטרו כדי שלא יוכל שוב לתופסו משא"כ הכא שאם יקיים זה שטרו יתחייב זה לשלם אף בלי תפיסה עכ"ל א"כ

משמע דהיכא שצריך אח"כ תפיסה יוכל זה להחזיק בשבועתו שלא לישבע אם לא שלא יוכל אח"כ לתופסו אומר אני בשלמא בהך דסי' נ"ח בסטראי שהוא שם ספיקא דדינא ומהני תפיסה אף בעדים א"כ יוכל לומר לא אשבע עד שתחזיר שטרי שלא תוכל לתפוס בעדים אבל לענין תפיסה שלא בעדים דמהני תמיד פשיטא דאינו יכול לעכב השבועה דאם לא כן בטלה לה שבועת היסת או אפי' שבועת מודה במקצת שהרי תמיד יוכל כשכנגדו לתפוס אח"כ שלא בעדים (כמבואר בסי' פ"ז סעיף ל') ויהיה זה מחוייב לחייב עצמו שלא לתפוס אפי' שלא בעדים הא ודאי ליתא כו' ע"ש עוד:

ב **לא יגבה אלא בשבועה.** בגש"ע דהגאון רע"ק איגר זצ"ל נ"ב ואם הב"ח מוקדם הוא חשוד אינו מפסיד ונוטל בלא שבועה ת' ושב הכהן סי' ע' עכ"ל:

ג **אומרים לו.** עבה"ט עד רק הלוה תובע למלוה שיחזור לו השטר כו' וע' בת' גליא מסכת סוף סימן ח' שכתב שיש מקום עיון על זה ממ"ש הסמ"ע עצמו בסי' ע"ב ס"ק מ"ט בשם הר"ן גבי משכון כשאין המלוה תובע למעות אלא בעל המשכון תובע למשכון אז לא ישבע המלוה אלא היסת כו' ואפשר דמ"מ יש הפרש בזה בין שטר למשכון עכ"ד ועש"ך שם:

ד **הבא מעותיו.** עבה"ט עד י"ל דצריך שיביא מעות דוקא. ובאו"ת כ' על זה ונראה אם הלוה אומר שאין לו מעות פשיטא דמהני משכון דהא יכול לסלקו במטלטלין כשאומר שאין לו מעות כמש"ל סי' ק"א ואין משביעין אותו כלל אם יש לו מעות עכ"ל וכן הסכים בנה"מ ע"ש וע' בתשובת גליא מסכת סי' י"ב שכ' דנראין הדברים דכאן לא מהני סילוק מטלטלין אף באומר שאין לו מעות לפי מה שכ' הסמ"ע הובא בבה"ט ס"ק הקודם דהכא מיירי דהמלוה אינו תובע ללוה שיפרענו רק הלוה תובע למלוה שיחזיר לו השטר ומש"ה טוענין הבית דין למלוה כו' וא"כ בכה"ג שהמלוה אינו נוגש להתפרע כבר מבואר בסי' ע"ד ס"ה וס"ו שאינו יכול להזקיקו לשומא עסמ"ע שם וממילא דהכא צריך להביא דוקא מעות: ומה דהש"ך מקשה מסי' צ"ג בטור סי"ח אף דהתם המלוה הוא תובע מ"מ כיון דהתם מיירי בתביעה בע"פ ואינו זוכה רק שישבע לוה וא"כ הלוה שמהפך השבועה הוא שרוצה לקנות את עצמו משבועתו לכן מהדר הוא הגמר א"כ י"ל דנקרא הוא המוציא כו' עש"ב. וע' בת' בית אפרים חח"מ סי' ו' בדבר המשפט באחד שתבע לחבירו בשטר שבידו וזה טוען השבע לי שלא פרעתיך וטען המלוה הבא מעות ואשבע לך ואמר אין לי מעות רק קרקע ואני מעמיד לך הקרקע באפותיקי שתגבי ממנה לכשתשבע וזה אומר איני רוצה בקרקע ואמתין לך עד שתביא מעות וזה טוען איני רוצה שתמתין כי זילי נכסאי ואם תרצה לישבע תיכף ליטול מוטב ואם לאו פטור אותי מתביעתך וכן האמת

דזילי נכסי' לפי ראות עיני הב"ד וגם כי הלוה שרוי בלא אשה ועי"ז שיש עליו קול שהוא חייב לזה אינו מוצא ליקח והדבר מבואר בכנה"ג סי' כ"ד דבכה"ג מקרי זילי נכסי' הדין עם מי והאריך שם בעיקר הך דינא דצריך הנתבע להכין מעות קודם שישבע למצוא מקור לזה ואחר זה פלפל בדברי הש"ך הנ"ל דלא סגי במשכון רק צריך להביא מעות דוקא וכ' שזה לא מסתבר כלל דעיקר הטעם שצריך להמתין לו מעות קודם השבועה הוא שלא יאמר המלוה למה אשבע שמא לא יתן אח"כ וימצא השבועה לבטלה משא"כ בנותן משכון ליכא שבועה לבטלה וצריך המלוה לישבע ואח"כ באמת יצטרך הלוה לישבע שא"ל מעות לדעת הרא"ש שהביא הש"ך בסימן ק"א סק"ה ולדעת ש"פ יקבל בחרם אבל להכריחו עתה שישבע או יקב"ח שאין לו רק מטלטלין או קרקע לא מסתבר כלל כו' ואפשר דהש"ך מיירי היכא שזה באמת יש לו מעות אלא שאינו רוצה ליתן רק משכון בזה כ' הש"ך דצריך ליתן מעות דוקא אבל בטוען שאין לו מעות רק משכון אין לנו להכריחו למכור וליתן מעות כו' (זהו כדעת התומים ונה"מ הנ"ל) אך כ"ז כשהמלוה דוחק הלוה ורוצה לישבע ואומר שיביא מעות אבל כשהלוה תובע למלוה שישבע או יחזיר שטרו לכאורה מסתברא שהמלוה יכול לומר לא אשבע עתה דהא קיימא לן נזקקין לתובע תחלה ואע"ג דהיכא דזילי נכסי' נזקקין לנתבע וא"כ בכה"ג יכול הנתבע לומר אם אינך רוצה לישבע תחזיר שטרי כו' י"ל דזה דוקא כשאומר תשבע ואז אסלק אותך כדינך במעות משא"כ היכא שהלוה אומר שאין לו מעות רק קרקע א"כ יכול המלוה לומר איני רוצה לישבע עתה אלא אמתין עד שיהיה לך מעות כמבואר בסי' ע"ד וסי' ק"א בשם ת' הרא"ש (זהו כעין דברי ג"מ הנ"ל) ומשמע דאע"ג דזילי נכסיה דלוה מ"מ יכול המלוה לו' לא אקבל ממך קרקע כו' אולם בת' הרשב"א ח"ג דפוס ליוורני סי' מ"ג מבואר דהיכא דזילי נכסי' דלוה ע"י זה נחלקו בו רבותיו של הרשב"א ודעת הרשב"א עצמו נוטה לדעת האומרים דבכה"ג צריך המלוה לקבל קרקע ומעתה בכה"ג (כנידון השאלה דלעיל) פשיטא דהלו' יכול לכוף למלוה ואומר החזר לי שטרי או השבע וטול קרקע שאין לי ד"א ליתן לך וזילי נכסאי וא"ל דהמלוה מקרי מוחזק לענין זה ומצי אמר קים לי כאידך מ"ד דס"ל דבכל גווני אין הלוה יכול לכוף למלוה לקבל קרקע ז"א דע"כ לא נחלקו אלא בחוב ברור אבל בזה שהלוה צועק למה תעכב שטרי שבאמת איני חייב לך כלום ולדבריך השבע וטול ואם מדאגה פן תשבע לבטלה הילך קרקע נראה פשוט דבכה"ג גם אידך מ"ד מודה שצריך לקבל קרקע כיון שזה אית ליה פסידא דזילי נכסיה ואין החוב ברור ל"ש האי טעמא שכ' הרא"ש דאית ביה משום נ"ד בפני לוין דבכה"ג שהלוה מכחישו אין לחוש לזה. ועוד דאפי' תימא דאף בכה"ג שייך נ"ד כיון שלאחר

שישבע ויהא החוב ברור לא ימצא ליקח אלא קרקע מ"מ נראה דשפיר מצי הלוה לטעון כיון דזילי נכסאי אתה צריך לישבע שאני אומר שלא תשבע כלל ואי משום שאינך חפץ מי יכריחך ליקח קרקע שאחר שתשבע ויהא החוב ברור אם תרצה תמתין אחר כך אבל כעת איני רוצה שאהיה תלוי עמך בדין כי אני אומר שלא תשבע כי אין מגיע לך כלום ולכן נלע"ד בנידון השאלה הדין עם הלוה (ובסוף התשובה שם מבואר דזהו אם כתוב בשטר לפרוע בו במזומנים עש"ה) . וכתב עוד אך כל זה אם אין בשטר נאמנות אבל אם יש בו נאמנות שאז הדין שהמלוה נוטל בלא שבועה רק שמ"מ אנו פוסקים לו שבועת היסת דהוי כשבועת היסת לאחר פרעון כיון שהלוה מביא המעות לב"ד (עש"ך ר"ס ע"א) נראה שהדין עם המלוה שהרי הוא אומר לי מגיע חוב ברור ואם תתן כדיני במעות אקבל ממך ואשבע לאחר הפרעון מה שאין כן כשאין לך מעות איני רוצה להמתין והגם שלדעת הרשב"א הנ"ל אף בשטר שיש בו נאמנות יכול לכופו ליקח קרקע כיון דזילי נכסי' מ"מ נראה דבכה"ג נקרא המלוה מוחזק לענין זה ויכול לומר קים לי כדעת רבו של הרשב"א וכפשטות דברי הרא"ש שהביא הטור בסימן ע"ד הנ"ל דאף דזילי נכסי' צריך לסלק במעות דוקא ויכול המלוה לומר אמתין כו' וכיון שהשטר בנאמנות אם כן חוב ברור הוא יכול המלוה לומר אם תרצה שאשבע לך צריך אתה לסלק אותי במעות קודם ואחר כך תתבע אותי לישבע היסת שלאחר הפרעון. אך אם הלוה רוצה לעשות איזה חילוף בקרקע וכדומה והמלוה מעכב על ידו ועושה מחאה בבית דין בכה"ג אפשר דהלוה מקרי מוחזק לענין זה ויכול לומר הרי קרקע לפניך השבע וטול וכאות' דעה שהביא הרשב"א דהיכא דזילי נכסי' אין המלוה יכול לומר אמתין כו' עכת"ד. וע"ש עוד שהביא דברי ספר עטרת צבי (וכן במאמר קדישין סי' זה שכתב לענין דברי הש"ך הנ"ל אי סגי במשכון יש לחלק בין אם כ' בשטר במזומנים בת"כ בפ"מ צריך ליתן מעות דוקא ואם לא כ' במזומנים בת"כ בפ"מ במשכון סגי והוא ז"ל כ' עליו שאין לזה טעם כו' עש"ה:

ה **ישבע הלוה.** עבה"ט בשם ט"ז שהסכים לדעת הגאונים שהביא הטור כו' עד ואין כח למלוה לכוף להלוה לישבע כ"ז שלא נשבע הוא כו' וע' בש"ך שהסכים לדעת הרמב"ם והמחבר וכ' לחלק דהגאונים מיירי בשאר נשבעין ונוטלין בלא שטר כגון נגזל ונחבל וחנוני על פנקסו וכה"ג דדינן שאף בשבועה לא יטלו אלא שחכמים תקנו כו' משא"כ הכא שיש בידו שטר מקויים שמן התורה המלוה נוטל בלא שבועה כו' ע"ש וכן הסכים בתומים ובנה"מ ע"ש וע' גליא מסכת שם שכתב דע"פ סברא נראה פסק הגאונים שא"י המלוה לכוף ללוה שישבע עד שישבע הוא תחלה להחזיק השט"ח בחזקתו אך כל זה כשהמלוה הוא תובע ונוגש להתפרע ובהכי מיירי הגאונים וגם ת' הרא"ש שהביא הט"ז

אבל כשאין המלוה נוגש כלל רק שהלוה תובע שיחזיר לו שטרו כפי דמיירי הרמב"ם הכא כמבואר בסמ"ע הנ"ל והיינו שאף שאין לו רוצה לקנות עצמו שאינו חייב לשום אדם וירויח לו שיוכל לעסוק עם ב"א באשראי והקפה בזה בודאי גם הגאונים מודים להרמב"ם שצריך הלוה לישבע תחלה שאין לו ואז יהיה נקי מן המלוה עד עת שיהיה לו וירויח לו שיוכל לעסוק במעות אחרים עד שירויח ויהיה לו מה להשלים ואז יכריח להמלוה שישבע או להחזיר שטרו עש"ה. וכיוצא בזה ממש כתב גם כן בת' בית אפרים שם לחלק בכך ואם הלוה תובע למלוה שיחזיר לו שטרו שפיר צריך הוא לישבע תחלה אבל אם המלוה הוא תובע א"י לכוף ללוה לישבע עד שישבע המלוה תחל' הפסק הגאונים וכהכרעת הע"ז (ושם תמה ע"ד הש"ך הנ"ל שכלל חנוני על פנקסו עם שאר נשבעין ונוטלין דהרי הש"ך גופי' לסי' צ"ב ס"ק י"ד הסכים לדברי בעל המאור דחנוני על פנקסו מדינא היה נוטל בלא שבועה גם תמה שם על הט"ז בראייתו מתשו' הרא"ש שאין הנדון דומה לראיה והביא שם דברי המל"מ פ"ג מה' שכירות בזה) וע"ש דמשמע מדבריו דמ"מ יש להטיל על הנתבע קב"ח לפי שאנו חוששין שמא אשתמוטי קא משתמיט טוען אין לי כדי לדחות המלוה משבועתו דודאי לא ישבע המלוה על חנם שאף אם יהי' ראוי ליטול אין לו אך א"צ לישבע על זה רק בקב"ח בלבד סגי ע"ש עוד:

ו **כאומר לא פרעתי**. עבה"ט שכתב הב"ח הק' מאי קמ"ל כו' ועיין בת' אא"ז פמ"א ח"ב סימן פ"ו שכתב ליישב בטוב טעם דהכא אשמועינן רבותא טובא דס"ד הכא שהין עדים מעידים שפרע משביעין אותו ולא דמי לפרק שבועת הדיינים ולעיל ר"ס ע"ט דהתם קאמרי עדים שפרע ולכך אין משביעין אותו דאיך נקבל שבועתו שלא פרע נגד ב' עדים שמעידים שפרע כו' וקמ"ל נמי דהכא לאחר הפרעון יכול להחרים סתם גם באומר שפרעו קודם להד"ם אף דבסימן ע"ט אין יכול להחרים שם הוא מהאי טעמא דהאיך יחרים על מי שנטל ממנו שלא כדין הא לדברי עדים בודאי שלא בדין נטל וע"כ דמשלם משום דהודאתו יותר ממאה עדים אם כן אין להחרים סתם מה שאין כן הכא כו' עכ"ד ע"ש:

ז **ומחרימין שלא בפניו**. ע' בתומים דבזמנינו נוהגים בכל מקום שנזכר חרם סתם הוא מקבל חרם ע"ע וגם כאן כופין אותו שיקבל בפי' החרם וכן דנין בכל ב"ד בישראל (במקום שיש רשות מן הממשלה) ע"ש וכ"כ בנה"מ ע"ש ועמש"ל סי' ע"א ס"ו סק"ט:

ח **אע"פ שיש בו נאמנות כו'**. בגש"ע דהגר"א איגר זצ"ל נ"ב אף דמחיל' טענ' גרוע ולא מהימן אלא במגו דפרעתי ע"ל סי' ע' ס"א בהגה היינו להאמינו לפטרו אבל להשביע מהני בלא מגו. ולפ"ז ממילא גם בתוך הזמן יכול להשביע שלא מחל לו דלענין מחילה

אין חילוק בין ת"ז לאח"ז כמ"ש המרדכי ריש ב"ב. והא דס"ל לכמה פוסקים דא"י להשביעו בטענת פרעון ת"ז ולא מהימן במגו דמחלת צ"ל דמגו להשביע לא אמרי' כמ"ש הב"ש סי' צ"ו סק"ח (עמ"ש בפ"ת שם סק"ד) ואולם עדיין ק' על הרמב"ן דס"ל כאן דיכול להשביעו שלא מחל לו אפי' בלא מגו א"כ אמאי גובים היתומים ת"ז בלא שבועה מ"מ נטעון שמא מחל לו להרמב"ן לשיטתו דטענינן לא שכיח לקמן סי' ק"ח וכיון דאביהם היה יכול להשביעו שלא מחל לו אנן נמי לטעון כך בעד היתומים ודוחק לומר דבאמת צריך לישבע שלא מחל אלא דגובה בלא שבוע' שלא נפרע וצ"ע עכ"ל:

ט **שעדיין לא קיימו הלוה על המלוה להביא ראיה.** ע' בת' מים חיים חח"מ סימן י"ז שכתב לכאורה ק' מלקמן סי' רמ"א ס"י האומר לחבירו הריני נותן כו' אבל אם א"ל ע"מ שלא תעשה כי' ופי' הסמ"ע שם דלעולם מוקמינן הדבר שנשאר כמו שהי' מעיקרא משום הכי צריך להביא ראי' שנשתנה כו' ומשמע מזה דהוא הדין אם אחד מחייב א"ע לחבירו ומתנה באם שיעשה דבר פלוני אזי יפטר מהחיוב צריך להביא ראי' שעשה דבר פלוני ואם לאו מתחייב לתת לחבירו מה שחייב א"ע דמוקמינן הדבר כמו שהיה מעיקרא ובודאי לא עשה דהא מחמת סברא זו מפקינן ממונא מהנותן בתנאי דשב וא"ת ואם הוא הדין גבי תנאי דקום ועשה לפ"ז אמאי הכא צריך המלוה להביא ראי' שהלוה לא קיים התנאי דהא הכא מיירי שהלוה התנה על עצמו תנאי דקום ועשה וע"כ צריך לומר משום דהלוה מוחזק נאמן לומר שקיים התנאי ואפילו בקום ועש' וצריכין לחלק דלא אמרינן דמסתמא נשאר כמו שהיה אף להוציא ממון רק גבי תנאי דשוא"ת אבל גבי קום ועשה לא אמרינן להוציא ממון מסברא זו כו' אך מדברי הש"ך לקמן ס"ק ל"ג בסיפא דסעיף זה באם יש ללוה עדים שבתנאי נעשה כו' כתב בשם הב"ח פי' והלוה מוכן לקיים התנאי אי נמי שיש עדים ג"כ שקיים התנאי כו' משמע דהלוה בעצמו לא מהימן לומר קיימתי התנאי והוא תמוה למה גרע מרישא בליכא עדים כו' ונ"ל לתרץ דהב"ח וש"ך סוברים דגם גבי תנאי דקום ועשה אמרינן מסתמא נשאר כמו שהיה ולא קיים התנאי וצריך להביא ראי' שקיים התנאי ואם לא מפקינן אפילו ממונא מיניה רק שסוברים דגבי קום ועשה לא אמרינן כפשוטו מסתמא כשאר כמו שהי' ולא קיים התנאי דהא חזינן כמה אנשים מקיימים תנאים בקום ועשה אפילו כתנאי ב"ג וב"ר רק דאמרינן דבכל תנאי שהוא בקום ועשה מסתמא בשעת קיום התנאי מייחד עדים שיראו שקיים התנאי ונפטר מחיובו ואם לא הביא עדים אמרינן מסתמא נשאר כמו שהי' דאם איתא דקיים בסהדי הוי מקיים ולפי"ז ניחא דברישא דליכא עדים על התנאי רק המלוה בעצמו מודה שהי' תנאי שפיר מהימן הלוה שקיים תנאו דלמה לו סהדי ממ"נ אם ירצה המלוה לכפור לא

יועיל לו סהדי על קיום דהא מלוה יכול לכפור שלא שום תנאי כו' אבל בסיפא דיש עדים על התנאי אז הלוה לא מהימן דקיים התנאי דאם איתא דקיים בסהדי הוי מקיים ולפ"ז זכינו לדין דבכל תנאי דקום ועש' ויש עדים על התנאי מחוייב להביא ראיה שקיים התנאי ואם לאו מפקינן אפילו ממונא מיניה וכדעת הב"ח וש"ך והוא מחמת סברא זו דאם איתא דקיים בסהדי הוי מקיים כו' ושוב פקפק בזה מדברי החמ"ח באה"ע סימן ל"ח ס"ק נ"ח כו' והניח דין זה בצע"ג ע"ש. ועיין בספר שער משפט לעיל סימן מ"ו ס"ק י"ח ובספר בית מאיר לא"ה סי' קי"ג סי"ב דף פ"ז ע"א ועמ"ש לקמן ס"ק י"א:

י **נשבע הלוה היסת ונפטר**. עיין בס' בית מאיר לא"ה סי' קי"ג שכתב דאם טען הלו' איני יודע אם קיימתי התנאי ונפטרתי והמלו' טען ברי לא קיימת פשיטא שחייב דהוי כנתחייבתי וא"י אם פרעתי אך אם גם המלוה אינו יודע נרא' דהלו' פטור ואין המלוה יכול להוציא בספק ואינו דומה להמבואר בש"ך סי' ע"ה (ס"ק ס"ה) שבשטר שטענו שניהם ספק בפרעון שחייב בזה דוקא בפרעון דסתמו דשטר בחזקת שלא נפרע מטעם שטרך בידי מאי בעי אבל בקיום תנאי כו' ע"ש:

יא **ונפטר הלוה אפילו בלא שבועה**. עיין בת' מים חיים סימן י"ז שכתב דלא קשה מאי שנא רישא דאף דהלוה נאמן מ"מ שבועה בעי דלא דמי דרישא מיירי שמכחישין עצמם אם נתקיי' התנאי לכך אף דהשטר בטל מ"מ צריך הלוה לישבע בכל תביעה בעל פה אבל הכא לא מיירי בהכחשה בקיום התנאי ויכול להיות דהמלוה מוד' שהלוה קיים תנאי זה או לפחות שאינו יודע אם קיים או לא ואין משביעין על טענת ספק רק עיקר טענת המלו' שלא היה שום תנאי ועדים מכחישים אותו לכך לא מהימן והלוה פטור אפילו משבועה וקמשמע לן דלא תימא כיון דהעדים חתמו על השטר סתם הוי כאילו העידו דלא היה תנאי אף דעדים אחרים העידו שהיה תנאי הוי כתרי ותרי ויצטרך הלוה לישבע על גוף התנאי לכך כתב דלוה פטור אפילו משבועה. ור"ל שהי' תנאי משום דתנאי מלתא אחריתי כו' וכן מוכרח לפר' לפי דברי הב"ח שהביא הש"ך ס"ק ל"ג כו' עיין שם. אולם בספר בית מאיר לא"ה סי' קי"ג מפר' כפשוטו שפטור משבועה על קיום התנאי והיינו במכחישין זה את זה גם בקיום ולא קשה מאי שנא רישא דשאני הכא כיון דהמלו' הוחזק כפרן ע"י עדים על התנאי להכי נאמן הלוה בלא שבוע' אף על הקיום כמ"ש בסימן ע"ט ס"ח (וכתב שם שדברי הב"ח וש"ך דס"ק ל"ג הנ"ל צריך עיון עיין שם):

סימן פג

וכן אם שלח. עיין באר היטב עד והלכך כיון שמתחלה זכה בהם לפלוני שוב אינו יכול לעכבם לעצמו כו' ובס' דגמ"ר כתב בזה וז"ל וצ"ע דא"כ אפי' יש לו מגו דלהד"ם נמי לא יועיל שהרי מודה שכבר קבלם וזכה בהם לצורך פ' וע' בסי' קכ"ה בש"ך סקנ"א עכ"ל. וע' בתומים ובנה"מ מזה וע' בתשו' ושב הכהן סי' נ"א מענין זה באריכות:

סימן פד

א **לא יפרע אלא בשבועה.** עש"ך סק"ז שכ' ע' בכ"מ כו' דהיינו דוקא כשהבעל או הלוה טוען ברי ואין דבריו נ"ל כו' ע"ש ובגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל עמ"ש הש"ך בשם הכ"מ דדוק' כשהלוה טוען ברי נ"ב וז"ל וכן מבואר דעת תוס' רי"ד קידושין בסוגי' דהן הן שלוחיו הן הן עדיו במ"ש שם דקודם דתקנו שבועת היסת אם שלח חוב ע"י שליח נוטל המלוה בלא שבוע' ואינו מחוייב לישבע להכחיש העד דה"ל נשבע ונוטל ע"ש הרי דא"צ לישבע שבועת ע"א מעיד שהוא פרוע והיינו ע"כ כיון דטוען שמא ומדכ' הטעם דהוא דנוטל משמע דליפטר כה"ג צריך לישבע אף בטוען ע"פ העד וכן הוא ג"כ דעת הרא"ש להדי' בכתובות פ"ט בסוגי' דאבימי ברי' דרבה בר אבהו דף פ"ה ע"א וכן מוכח מת' הרא"ש כלל ס"ח סי' כ"ב ומה שתי' הש"ך לעיל סי' נ"ו סק"ה ד"ה והשתא א"ש ע"ש לענ"ד תמוה כמ"ש בגליון שם (הבאתיו שם סק"ב) ודו"ק וע' בס' כתוב' סי' נ"ו סעי' ח' עכ"ל:

ב **אין יורשין.** עבה"ט ובה"ג וע' בת' ב"י סי' כ"ב ובת' ושב הכהן סי' פ"ז וע' ח"ס בת' אה"ע ח"ב סי' קס"ד מ"ש בזה:

סימן פה

א **ונאמן הלוה כו' ואפי' שיש בו נאמנות.** עבה"ט סק"ב וכ' בנה"מ ונראה דאפי' שבועה א"צ דהוי כאנן סהדי כו' עכ"ל. ולכאורה מדברי הב"י שכ' ומ"ש רבינו ונאמן הלוה כו' אפי' שיש בו נאמנית כ"כ בעה"ת שער ל"ד וכ' דדמיא להההוא דאמר סיטראי נינהו וא"נ איתרע שטרא ומפרשים רבוותא דאיבטל אף נאמנות שבו ומשתבע לוה היסת ומיפטר והא נמי דכוותי' היא עכ"ל מל' זה משמע קצת דהכא נמי מישתבע לוה היסת (וכ"מ קצת מדברי הדרישה שיובא בסק"ט שאח"ז שלא נסתפק רק לענין תפיסה ודו"ק) וצ"ע. ומצאתי בת' אא"ז פמ"א ח"ב סי' פ"ו שנסתפקו דיינים בדין זה במעשה בא' שהיה ת"י מעות הקהל והחזיר להם א' לא' באופן שלא נשאר ת"י שום פרוטה ואח"ז הוציא כמה

קוויטין בח"י הקהל שחייבים לו איזה סך והקהל השיבו אם אמת אתך למה לא לקחת ממון שהי' תחת ידך ולא ה ' לך לפרוע והנה דין זה מבואר ברמ"א סי' פ"ו ס"ג ראובן שתובע משמעון כו' נאמן במיגו כו' משמע היכא שאין לו מגו דלא פרעתי טענת שמעון טענה ובנ"ד נמי אין לו מגו דכבר ידעו נאמני הקהל שפרע אחר שהגיע זמן הקוויטין שלו אך נסתפקו הדיינים אם יוכל עכ"פ להשביע להקהל שבועת היסת שאין חייבים לו לפי שנסתפקו בפי' דברי בעה"ת הנ"ל אם ר"ל דדמי ממש לסטראי גם לענין שבועה דמשתבע לוה היסת או דלא מדמה לה רק לענין דאיבטל אף הנאמנות מחמת טענה זו דאיתרע שטרא אבל לענין שבועה אין ענינו לכאן כו' והוא ז"ל השיב באריכות ומסיק דיכול להשביע היסת דאף שאנו מרעין לשטרא משום דאם איתא דחייב הי' לך ליפרע מהם מ"מ הוא יכול לומר שסמך על נאמנותם או איזה טעם אחר דהא היכא דהוחזק כפרן ואינו נאמן לומר שפרע אפי' אחר שאמר להד"ם אפ"ה לאחר פרעון הסכים הש"ך בסי' ע"ט סקי"ח ובסי' פ"ב סקי"ד שיכול להשביע היסת שלא פרע לו ב"פ והכא שאינו מוציא ממון אלא נשבע ונפטר דומה כמו לאחר פרעון ויכול להשביע היסת ועוד ראיה ברורה מש"ך סי' ע"ח סקט"ו באם הלוה חי וטען שפרע תוך הזמן דהכריע הש"ך דלאחר פרעון צריך המלוה לישבע היסת. וכ' הטעם דהך חזקה דא"א פורע תוך זמנו משוי לי' כאילו המלוה מוחזק בממון ודומה לחזקה דג' שנים דחזקה שמכר לו או שהוא שלו ואפ"ה צריך לישבע היסת כמ"ש ר"ס ק"מ אלמא דלא אלימא חזקה לאפוקי שבועת היסת עכ"ל א"כ בנ"ד נמי אף דא"צ לשלם השטר מכח חזקה דאם איתא דחייב היה למלוה לפרוע ממנו מ"מ אינו נפטר משבועת היסת דהוי כאן כמו לאחר פרעון עכ"ד ע"ש. וע' בס' שער משפט סק"ב שהזכיר קצת מדברי הפמ"א הנ"ל וכתב דבבעה"ת ?ג פי' מבואר להדיא דחייב הלוה היסת וכן מוכח מדברי הרמ"א ס"ג הנ"ל דס"ל דמהני מגו להמלוה היכא דליכא עדים שמכר לו השדה ואי אמרי' דהך חזקה אלימתא היא היכא הוה אמרי' מגו במקום חזקה להוציא בשטר מן הלוה כו' אך בת' מיי' לס' משפטים סי' ל"ד משמע דפטור אף מהיסת ונראה דלא פליגי דדוקא היכא שיש שטר להמלוה נהי דפסלינן לשטרא מה"ט דמכר לו השדה מ"מ לא מהני סברא זו לפוטרו מהיסת אבל היכא שתובע רק בעל פה מהני האי סברא לפוטרו מהיסת כיון דמסייע לו החזקה וזה נכון להשוות דברי הפוסקים וכן עיקר לדינא עכ"ד ע"ש:

ב **שיש בו נאמנות.** ע' בב"י שכ' בשם בעה"ת דדמיא להההוא דאמר סטראי נינהו כו' כמבואר בס"ק הקודם. וכ' הדרישה אות א' וצ"ע לפי מה דמדמה לסטראי אי אמרי' ג"כ כאן אי תפיס לא מפקינן מיני' כמו בסטראי בסי' נ"ח או לא לגמרי מדמינן לה עכ"ל.

וכתב אא"ז פמ"א ח"ב ס"ס פ"ו כ' בפשיטות דמהני תפיסה והביא ראיה מסי' פ"ח ס' י"ב גבי טענו חטין והודה לו בשעורים דמהני תפיסה כיון דהוא מוחזק יכול לומר יודע אני בעצמי שלא הודיתי ולא מחלתי אלא שלא רציתי לתבוע הכל בבת א' כמ"ש הסמ"ע שם וה"נ כיון שהוא מוחזק יכול לומר האמנתיך ולכך לא תבעתי ממך המעות. אך מסיים שם ומ"מ הכל לפי ראות עיני הדיין דאם רגלים לדבר שלא תבע המלוה זמן ארוך והי"ל ליפרע מקודם ושתק כל אותו הזמן חזק' אלימתא כי האי מוציאין ממין מת"י ע"ש. וקצת תימה שלא הזכיר דברי הדרישה הנ"ל שנסתפק בדין זה. וע' בס' שער משפט שהזכיר דברי הפמ"א הנ"ל וכתב עליו דאין ראייתו מוכרחת ומדברי הט"ז לקמן ס"ג מוכח דלא מהני תפיסה כלל כ' ע"ש:

ג **וי"א שהוא נאמן.** עש"ך סק"ד וע' בס' קרבן נתנאל פרק ב' דייני גזירות אות מ"ב מ"ש בזה:

ד **הי' לך ליפרע.** עבה"ט שכתב דהש"ך האריך מאד להשיג כו' וע' בת' ח"ס חח"מ סי' ס' שכתב על נידון דידי' וז"ל אבל אין נ"ל לסמוך אמ"ש הש"ך בסי' פ"ה ס"ג דלעולם זה גובה וזה גוב' חדא דדוקא התם שלוה ממנו עתה משא"כ הכא גרע טובא שלא לוה אז רק נתן שט"ח בלא הלוא' ולא היה לו ליתן שט"ח כי בשעת נתינת שט"ח לא היה זמן ההלואה כי עבר כמה שנים ולא שייך כלל סברת הרז"ה וגם בלא"ה אין נ"ל לסמוך על הש"ך שם כי נעלמו ממנו דברי הרמ"ה הובא בשיט' מקובצת על כתובות ק"י ע"א כי לא נתפרסם אותו הספר בימיו וגם מבעל התומים נעלמו ע"כ כתב מ"ש ואין לזוז מדברי ש"ע ורמ"א ז"ל עכ"ל:

ה **נאמן במגו דיכול לומר כו'.** בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ע' בספר בית מאיר סי' ס"ח ס"ט בסופו:

ו **חוזר וגובה.** עבה"ט וע' בת' משכנו' יעקב סי' ל"ט מ"ש בזה:

סימן פו

א **ראובן שנושה ק' בשמעון כו'.** כתב בספר דגמ"ר וז"ל הרשב"א בת' סימן תקע"א מסתפק כשהלו' הוא עכו"ם אם שייך שיעבודא דר"נ והב"י בסימן זה מביאו ותמהני שלא נזכר מזה דבר בש"ע ולא באחרוני' עכ"ל. ואיני יודע למה לא הזכיר מדברי הסמ"מ עק"ג במ"ש משו' דהמשכין משועבד לו מדרבי נתן עיין שם והגם דהסמ"ע מיירי כשהלוה הראשון הוא עכו"ם מ"מ מצד הסברא נרא' דה"ה וכ"ש אם הלוה השני הוא עכו"ם וגם בנה"מ ס"ס זה כתב בפשיטות וז"ל בעכו"ם שייך גם כן שעבודא דר"נ הן שהלו' השני

הוא עכו"ם הן הלוה הראשון עכ"ל וע' בכנה"ג בהגב"י אות ב' שכתב על דברי הב"י בשם הרשב"א הנ"ל וז"ל ומתשובה להרמב"ן סימן קל"ג נראה דפשיטא לי' דאפי' כשהלוה עכו"ם נאמר דין זה כו' עכ"ל. וע' בת' נו"ב תניינא סי' נ"ב שכתב עליו שמתשובה להרמב"ן שם אין ראי' כלל ע"ש. ולפע"ד צ"ע מדוע לא הזכירו דברי הרא"ש בפרק יש נוחלין סי' י"א ובש"ע אה"ע סימן ק' ס"ב דמבואר בהדיא דגם כשהלו' עכו"ם שייך דין זה דשעבודא דר"נ יעו"ש וביותר תימה על הנו"ב ז"ל שם שהזכיר תחלת דברי הרא"ש שם כמ"ש הטעם שהאש' גובה כתובתה ממלוה אף על פי שהוא ראוי אצל הבכור היינו משום שעבודא דר"נ חשוב מוחזק לגבי כתובה ולא הזכיר סוף דברי הרא"ש שם שכתב דה"ה במלוה דעכו"ם וצ"ע. וכבר כתבתי תמיהה זו על הנו"ב ז"ל בפ"ת לאה"ע סי' ק' סק"ט ע"ש. וכעת ראיתי בתומים ס"ס זה שהביא גם כן דברי הרא"ש הנ"ל והאריך בזה והעל' לדינא אם ראובן הלו' לשמעון ושמעון לעכו"ם פשיטא דעכו"ם נשתעבד לראובן מדר"נ ואם ראובן הלו' לעכו"ם ועכו"ם לשמעון בזה נ' אם הלוא' עכו"ם לשמעון היתה קודם להלוא' ראובן לא שייך שעבוא דר"נ אבל אם קדמה הלוא' ראובן לעובד כוכבים מהלוא' עכו"ם לשמעון בזו יש לספק אבל אם העכו"ם שעבד לראובן מטלטלי אג"ק לכ"ע לשמעון משתעבד ואם ביד שמעון מעות בגזל מיד עכו"ם ודאי משתעבד לראובן ואם עכו"ם הלוה לראובן וראובן לשמעון והעכו"ם תבעו לשמעון בדין ישראל בזו ודאי לא שייך דר"נ דלאשר אשם לו בישראל נאמר ע"ש. ומה שכתב ושמעון בלוי. נרא' פשוט דה"ה אם שמעון בלוי ולוי ביהוד' כו' מוציאין מן חייב האחרון ונותנין לראובן דגם בזה שייך ונתן לאשר אשם לו למי שהקרן שלו וכן מבואר מדברי ספר דברי משפט לקמן ס"ה בד"ה אין שמעון יכול למחול ע"ש:

ב **בין דרך שכירות.** עבה"ט סק"ג וע' בת' משכנות יעקב סי' ל"ח מ"ש בזה:

ג **אין ב"ד נזקקים.** עבה"ט וע' בת' נו"ב תניינא סי' נ"ג שהביא מ"ש בנו"ב קמא סי' ל"ד (יובא לקמן סי' ק"ז ס"א סק"א) שזה שבע"ח גוב' אפי' מיתמי ממלוה שהיתה לאביהם ביד אחרים כמבואר בסי' ק"ז אין הטעם משום שעבוד דר"נ כלל רק מדינא שעכשיו שעיקר פרנסתינו ומחייתינו בחובות ועיקר סמיכות הבע"ח ע"ז הוה כמו אשלי דקמחונא כו' וכתב על זה וז"ל והואיל ואתי לידי לדבר מזה אפרש הדבר באר היטב ואומר אני אם ראובן נוש' בשמעון ושמעון בלוי הנה כחו של ראובן שיופרע חובו מלוי אנא ארכיביה אתרי רכשי אם מצד שראובן בא לגבות משמעון והרי הוא יכול לגבות מכל מה שנמצא ביד שמעון אף ששמעון יכול לסלקו במה שירצה מ"מ אין שייך לומר שחפץ זה משועבד יותר מחפץ זה והחוב הוא על כל הנכסים בשוה דהיינו מבני חורין

וגם החוב שיש לשמעון על לוי בכלל נכסי שמעון הוא ואמנם היינו שיגבוהו החוב שימסור לו שטר שיש לו על לוי בתורת פרעון בשויו של השטר והפרעון הזה הוא כמו שמכרו לו וכל זה הוא בלי טעם שעבודא דר"נ כו'. ובזה אין חילוק בין יש לשמעון נכסים אחרים חוץ מן החובות ובין אין לו כי אין אנו נזקקין עדיין לנכסי לוי רק לנכסי שמעון שכולם בני חורין הם וגם החוב שיש לשמעון אצל לוי גוף החוב השייך לשמעון בכלל בני חורין ואמנם כשכבר נזקקו ב"ד לנכסי שמעון והגבו לראובן החוב שיש לשמעון אצל לוי או שמעון הגבהו מעצמו חוב הזה אז שוב מחשב ראובן בע"ח של לוי ושוב ראובן תובע ללוי וגובה חובו ממנו ואין זה נקרא משועבדים כלל כו' ובכל זה אין אנו צריכין לשעבודא דר"נ כלל. ואמנם אי משום הא עכ"פ אף שכבר הגבהו שמעון לראובן חוב זה שיש לו על לוי מכל מקום יכול שמעון למחול חוב זה ללוי וממילא נפטר לוי מראובן דלא עדיף מלוקח שלוקח חוב שיכול המוכר למחול גם אין לראובן שום עסק עם לוי כל זמן שלא הגבהו שמעון חוב זה בתורת פרעון על חובו או שהגבוהו ב"ד חוב זה לראובן בתורת פרעון משמעון אבל מצד זכות שיש לראובן בחוב זה מצד שעבוד' דר"נ בזה א"צ כלל לבא תחלה על שמעון רק יכול תיכף לתבוע מלוי חוב זה וגם אין כח ביד שמעון למחול החוב ובזה שפיר צריך שלא יהיה לשמעון נכסים אחרים כ"א חוב זה דאם יש לו נכסים אחרים אין כאן שום זכות לראובן מצד שעבודא דר"נ ובזה אתיין שפיר דברי הטור ושו"ע סימן פ"ו דהיכא דאיכא לשמעון נכסי אחריני אין ב"ד נזקקין היינו לתבוע תיכף מלוי וכנ"ל וכן אתיין דברי הש"ך כו' אבל אכתי יכול לגבות משמעון חוב זה בתורת גובייגא כמו שאר חפצי שמעון כו' עכ"ל. וכ' עוד ודע שאף אם אין לשמעון שאר נכסי רק חוב זה שיש לו על לוי הנה אם מחל ראובן ללוי חוב זה והית' מחיל' זו קודם שהגבהו שמעון חוב זה בתורת פרעון אף שיש לראובן זכות בחוב זה מצד שעבודא דר"נ היינו שעבודא אבל לא קנין הגוף בחוב זה כי גוף החוב של שמעון הוא ולכן לא הועילה מחילתו ללוי רק לענין שעבודא דר"נ שמחל השעב"ד ואין לו לתבוע חוב זה מלוי אבל אכתי גוף החל לא נמחל והרי הוא של שמעון ויכול שוב ראובן לגבות חוב זה משמעון בפרעון חובו ואחר שנתן לו שמעון או הב"ר בפרעון חוב שוב יכול לגבות מלוי ולא מתורת שעבודא דר"נ כי זה כבר מחל לו רק בתורת שבא בכחו של שמעון כמו בלוקח ובזה א"ש ת' הרא"ש כלל ל"ו סימן ד' שהבאתי בנו"ב סי' ל"ד עכ"ל ע"ש:

ד **להפסיד לראובן**. עבה"ט עד והשגתי שם על זה והוכחתי דאפילו אין בו נאמנות כו' ועמ"ש בסימן מ"ז סק"א בשם השבו"י שחולק על הש"ך בזה ע"ש:

ה **וטוען לוי פרוע** כת' הסמ"ע וז"ל מיירי בשטר שאין בו נאמנות ליורשים כ"א לאביהם וכמ"ש לפני זה עכ"ל וע' בת' שבו"י ח"א סימן קנ"ד שתמה עליו שהרי בדברי הסמ"ע עצמו לעיל סק"ט מבואר להיפך דכל שיש נאמנות בשטר אינו נאמן לומר פרוע במקום שחב לאחרים וכאשר הוא ברור בש"ס וכל הפוסקים ע' בטור סימן מ"ז ובסמ"ע שם וכו' ואולי הוא טעות הדפוס וצ"ל במקום כי אם לאביהם ולא לאביהם שאין שום נאמנות בשטר ע"ש:

ו **הרי אלו נשבעים היסת.** עיין סמ"ע מ"ש ור"ל אעפ"י שאין נשבעין היסת על טענת ספק כו' ובגליון הסמ"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב עיין לקמן סימן רנ"ה בש"ך ס"ק י"ג:

ז **הדין עמו.** כ' בספר שער משפט ופשוט דהוא הדין אם יש לו פקדון של ישראל אלם המוחזק באלמות וירא שיתבענו שנית דג"כ דינא הכי אולם ראיתי בת' מהריט"ץ סימן מ"ט שכתב בלוי שהלוה לראובן וראובן לשמעון ולוי בא להוציא מיד שמעון מדר"נ ושמעון טוען שהשטר ביד ראובן והוא אלם וירא שיחזור ויתבענו באלמותו ופסק בפשיטו' דשמעון חייב לשלם ללוי ואי משום דראובן אלם אנו אין לנו אלא שנכתוב לו שובר מב"ד ונגזור על ראובן שאל ישכן באהלו עולה ואי משום שראובן אלם ויחזור ויתבענו מה לנו לאלמותו להפסיד ללוי ותדע דאם כן בכל טריפה מלקוחות ניחוש דילמא ראובן אלם עכ"ד והוא לכאורה היפך מדין זה שמבואר בת' מיימוני דחיישינן בישראל מומר שיחזור ויתבענו שנית וא"צ הנפקד ליתן להנושה אמנם יש לחלק ולומר דדוקא בפקדון הדין כן מה שאין כן בהלוא' כו' וא"כ יפה פסק מהריט"ץ דמיירי בהלוא' דאין חוששין לאלמותו של מלוה השני ואף בעו"א וישראל מומר דינא הכי דכיון דמשתעבד למלוה הראשון מדר"נ ופקע השעבוד מהשני אף שהשני יכופו לפרוע שנית מה לו למלוה הראשון בכך כיון דבע"ד דידיה הוא והשני אנסו ליתן לי ממון אחר אך מ"מ בהאי דינא דמהריט"ץ שיש שטר ביד המלוה השני ואינו רוצה להחזיר לו השטר להלוה יש לדון בו טובא כו' והאריך בזה ומסיק דהך דמהריט"ץ צ"ע לדינא ע"ש:

סימן פז

א **אם אמר לו הילך המקצת.** בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ואפי' בכופר הכל ועדים מעידים על מקצת שהוא בעין ג"כ מיקרי הילך כך נראה מדברי הש"ך לקמן ר"ס צ' ובלשון הש"ך לעיל סימן ע"ה סעיף קטן י"ב עכ"ל:

ב **והוא מוד' לו וע' בב"י שכתב אבל תימא דאפילו בלא עדים ובלא הודאת הנטען למה לא יועיל טענתו כו' ועיין בשו"ת ח"צ דפוס לבוב בליקוטים שבסופו סימן כ"ד שכ' עליו תמה אני אם דברים אלו יצאו מפי הרב ז"ל שהרי הדבר פשוט כו' ע"ש:**

ג **הוא מעשה ב"ד.** עי' לקמן סימן פ"ח סכ"ט ובש"ך ובתומים שם וע' בתשוב' עבודת הגרשוני סימן קי"ג מ"ש בזה:

ד **שפוטרו משבועה.** עבה"ט שכ' ומ"מ יש לו עליו ח"ס כו' וע' לעיל סי' ע"ה בבה"ט ס"ק כ"ט ולקמן סימן קכ"א ס"ק כ"ד. וע' בתומים ונה"מ שכתבו לחלק בענין הטלת חרם דאם טוען ברי יכול להטיל עליו חרם אבל כשטוען שמא פטור מחרם כיון דעד א' מסייעו ע"ש:

ה **והעיקר כסבר' הראשונה.** עיין בס' שער משפט לעיל סי' ע"ה סכ"ג ס"ק ט"ו שכ' דמדברי הרמ"א שם שכתוב דכל שאומר שהוגד לו מפי נאמן אפילו קרוב שלו משביעין אותו היסת יש ללמוד מזה דין חדש לפי מה דקיי"ל דעד המסייע פוטר משבועה משום ק"ו כו' א"כ לענין שבועת היסת יש לפטור אפי' אם עד קרוב מסייע להנתבע כיון דעד א' קרוב מועיל לחייב הנתבע היסת כ"ש דיועיל ע"א קרוב לפטור את הנתבע מהיסת וגם יש סעד לזה מתשו' מהרי"ט ח"א סימן קנ"א דמבואר שם טעמא דעד מסייע פוטר מהיסת משום דאין אדם חוטא ולא לו א"כ אף בעד קרוב שייך האי טעמא דאף באב לגבי בנו שייך א"א חוטא ולא לו כדמוכח בפ' שבועת הדיינים (שבועות דף מ"ב ע"ב) כו' (צ"ע דהא כתב הנ"י ס"פ ג"פ דדוקא לגבי הקדש אמרינן הכי אבל נא לגבי הדיוט ועמ"ש בזה לקמן סי' ק"ד סי"ג ס"ק י"א עש"ה ועיין בתשו' בית אפרים חח"מ סי' י"ד שהשיב על דין זה להרב המחבר בעצמו וכתב דהרבה תשובות בדבר ומסיק לד נא דקרוב מהני לחיוב ולא נפטור עש"ב גם בס' מחנה אפרים הלכות עדות סימן ט"ו שהבאתי לעיל ס ' ל"ה ע"ד מבואר דפשיט' ליה דקרוב אינו פוטר וע"כ לא מספק' ליה אלא בקרוב ונתרחק ע"ש וכן מבואר בתשובת משכנות יעקב סי' י"ד שהבאתי לעיל סימן ל"ו ס"א עש"ה):

ו **וכן ראוי להורות.** עיין בתשו' ושב הכהן סי' פ' שכ' דהא דעד המסייע פוטר משבועה לאו דוקא שהעד מסייעו ממש ואומר כדבריו אלא אפי' אינו מסייעו ממש כי הוא אומר שפרע והעד אומר שהתובע הודה לפניו ולפני עוד א' בהודאה גמורה שזה אינו חייב לו כלום אע"פ שהוא אינו יודע אם העד אומר אמת או לא אפ"ה פוטרו משבועה. ואפי' באומר א"י אם נתחייבתי ועד א' מעיד שהודה התובע בפניו ובפני עוד אחר שאינו חייב לו כלום והנתבע א"י אם הוא אומר אמת בהא נמי פוטרו משבועה ע"ש:

ז **דה"ה בנשבע ונוטל**. עיין בתשובת חוט השני סי' ו' שכתב אילו היה הרשות נתונה לי לחלק הייתי אומר בענין זה שכל שבועה שדינו מן התורה ליטול בלא שבועה כגון פוגם שטרו ועד א' מעיד שהוא פרוע והנפרע שלא בפניו ומנכסים משועבדים והיכא דלוה טעין אשתבע לי דלא פרעתיך וכיוצא בהם שהחכמים הטילו עליהם שבועה שלא כדין בזה נאמר עד המסייע פוטרן אבל באותם שלא היה להם ליטול מדין תורה אף בשבועה אלא שחכמים הקילו עליהם ליטול בשבועה כגון שכיר ונגזל וכיוצא בו לא נאמר עד המסייע פוטרן דאין לך אלא מה שתקנו חכמים וסברי נכונה היא בעיני לפסק הלכה כו' עכ"ל ע"ש עוד (וכה"ג מחלק הש"ך לעיל סי' פ"ב ס"ק י"ג ובש"ע לקמן סי' צ"ב סעיף ט' ע"ש) וכן הסכים בתומים סק"ו ע"ש:

ח **בנשבע ונוטל**. עבה"ט בשם ש"ך מ"ש מלבד בחשוד דאל"כ כל מי שיש לו ע"א יוציא ממון מהחשוד כן הוא בתשובת מיימוני כו' ועיין בתשובת נו"ב תניינא סי' כ"ז שכתב דהש"ך לא העתיק כהוגן דברי תשובת מיימוני כו' ע"ש ועיין בתשובת רע"ק איגר סי' קע"א מ"ש בזה ועיין בתשובת שמן רקח ח"א ס"ס ע"ה:

ט **שאפשר להאמינו**. עבה"ט ועיין ושב הכהן סי' פ"א מ"ש בזה באריכות ועיין בתומים ובנה"מ מזה. ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סי' ס"ט בעד אחד המעיד שמחל הבעל לאשתו השבעת כתובה אי פוטר או לא. וכתב דנראה דבזה כ"ע מודו דאינו פוטר דע"כ לא פליגי אלא בגוונא דהמרדכי מקור דברי רמ"א אלו שהמגו הוא שהיה טוען מינך זבינתיה דאיכ' למימר מגו דאי משקר היה טעין מינך זבינתיה וגם הע"א היה משקר כמותו להעיד דזבנה מיניה אבל בנ"ד שעיקר שבועה היא שלא נפרעת ועל זה אין העד יכול להעיד ליכא מגו ולכ"ע צריכה לישבע. אך כל זה אי נימא דמחילת שבועת כתובה הוה כשאר טענת מחילה דהוי טענה גרועה ובעיא מגו אך באמת י"ל דדוקא טענת מחילת שט"ח היא טענה גרועה דאין אדם מוחל חובו ושטר לפרעון עומד אבל למחול שבועה דאשה אם הבעל יודע בעצמו דלא אתפסה צררי והיא מהימנת ליה ואינה חושדה הרי אינו יוצא ידי שמים שלא להאמינה ולהביאה לידי שבועת שוא א"כ מחילה גופיה טענה מעליית' היא בלא מגו ואי איכא עד אחד מסייעה פוטרה: אמנם יש לחלק דאי טענה שפטרה משבועה בפני עדים ואין לה עתה אלא עד א' בפנינו יש לומר כנ"ל מחילה גופיה טענה מעליות' היא אך אי טענה שפטרה בינו לבין עצמה ויש לה ע"א שהבעל סיפר והודה לפניו שפטר אשתו משבועה אם כן א"א לומר שפטרה מטעם דמהימנת ליה ולא בעי להשביעה על מגן דהא אכתי תצטרך לישבע על המחילה ומה הועיל במחילה בינו ובין עצמו וע"כ דלא מהמינת ליה רק רצה שלא תצטרך לישבע

שלא תפסה משום שאפילו תפסה מחל לה וזהו טענה גרוע' שימחול לה תפיסתה ובעיא מגו בזה שפיר י"ל הדין דבהא אפי' החולקים על המרדכי מודים דלא מהני ע"א לפוטר' משבועה עכ"ד עש"ה:

י **מהנשבעים ונפטרים**. עבה"ט שכתב ע' בסמ"ע כו' ושאפי' אין מחרימין כו' ולפע"ד זה אינו כו' וע' בת' רע"ק איגר זצ"ל ס"ס קל"א שהביא ראיה לדעת הסמ"ע ע"ש:

יא **שבאות על הספק**. עבה"ט בשם ש"ך ובגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל עמ"ש הש"ך או בבעה"ב שמחולק עם השכיר בקציצה כו' נ"ב ז"ל תמיהני דבזה לא צריך מדין היפך דפשיט' דיכול הבעה"ב להטיל שבועה על השכיר דלא גרע מאילו היו ב' עדים ששכרו דאינו נוטל אלא בשבועה ועמ"ש הש"ך בתחלה בטוען בשטר פקדון החזרתי אין להקשות ג"כ כזה דהא בלאו ההיפוך יכול להשביע בטענת אשתבע לי דלא החזרתי כמו בשטר מלוה די"ל דנ"מ בתוך זמן כפי הסכמת הש"ך לקמן סי' ק"ח סק"ז דנאמן במגו דנאנסו דבזה צריכים לבא מדין היפוך עכ"ל:

יב **רק שבועת היסת כו'**. ע' בתשו' רע"ק איגר ס ' נ"ג ועמש"ל סי' צ"ג ס"א סק"ה:

יג **אם יאמר התובע**. עש"ך ס"ק ל"ה מ"ש ולמאי דבעי הרי"ף והרא"ש לא קשיא דהא יהיה לו עד מסייע דהא דהעד יועיל לחייב שבועה כו' וע' בס' ק"נ פ' הכותב אות ס"ג שכ עליו שאין דבריו מוכרחים גם מן הסברא אין נראה ע"ש:

יד **אי אפשי**. עבה"ט ועכשיו נהגו הדיינים אפי' בשבועה דאוריית' להפך על התובע היסת והיינו שמשליש תחלה המעות דהוי כאחר הפרעון. או"ת ונה"מ ע"ש:

טו **נפטר הנתבע**. עבה"ט שכ' ומ"מ התובע יכול להטיל עליו ח"ס כו' וכ' בתומים ובנה"מ ועכשיו נהגו כל מקום שנזכר חרם סתם מקבל חרם בב"ד ע"ש ועמש"ל סכ"ב ס"ק כ"ד:

טז **בדבר משנה וחוזר**. עבה"ט וע' בש"ך בד"ה וכנלפע"ד כו' שכתב ועוד נ"ל ראיה מהא דגרסי' בריש שנים אוחזין ההוא רעיא כו' ואם איתא מאי פריך כו' ובג"ע דהגרע"א זצ"ל נ"ב תמיהני הא גם אם איתא לדר"ח יכול לטעון הריני כשאר תובעים להשביעך היסת וכיון דאתה חשוד אנכי אשבע היסת בלא נקיטת חפץ ופשוט עכ"ל.

יז **בשבועה הראשונה**. עבה"ט ובגש"ע דהגרע"א זצ"ל נ"ב ע' בת' עבודת הגרשוני ס"ס ע"ד ובשו"ת הראנ"ח סי' פ"ה:

יח **ולא ראיתי נוהגין כן**. ע' בת' נו"ב סי' י"ג שכתב אודות שטענה הגבירה מרת פ' שהיא חלושה ואין בכחה לצאת מביתה ורצונה לישבע בביתה בפני השמשים הנה באמת המנהג פה שכל השבועות המה דוקא בבה"כ אנ"ש (הוא ר"ת אלט ניי שול) אך אין דנין

שא"א ולכן תשבע בביתה אך בפני י' המבואר בסי' פ"ז סי"ז בהגה ואף שכתב שם רמ"א שלא נהגו כן אך הואיל וכבר יצאתי מן המנהג להקל לה שלא תשבע באנ"ש יצאתי גם בדבר זה מן המנהג והעמדתי על שורת הדין שתשבע בפני י' עכ"ל וע' בה"ט לקמן סי' קכ"ד סק"ד בשם הרדב"ז וע"ל סי"ט סק"כ:

יט **אינה**. עבה"ט וע' בת' כנ"י סי' נ"ה שכ' דאף להש"ך שכ' דהאידנא נוהגים להשביע היסת בשבועה היינו דוקא בשאר עמא דארעא כדי לאיים אבל בת"ח ח"ו לאיים עליו ותיתי לי שמימי לא פסקתי לת"ח בכופר הכל שבועה כ"א קבלת חרם וכן המנהג בכל מדינות פולין ברב ויושב בישיבה לפסוק בשבועת היסת קב"ח בצנעא לפני שלוחא דבי דינא וכן נוהגין בכל ארץ המערב כו' (גם בת' בית אפרים חח"מ ס"ס מ"ה בתשו' דודו הג' מו"ה סענדר ז"ל כתב דכבר פשט המנהג ע"פ תשו' כנ"י דלת"ח לא משבעינן היסת רק קב"ח ע"ש) וכתב עוד והנה י"ל (בעובדא דידיה) לפטור את הת"ח המומחה לרבים אף מקבלת חרם מכח עד המסייעו שאמר שיודע בברור שלא נשאר החכם חייב אפי' פרוטה ואף שהטור סי' פ"ד והש"ך סי' פ"ז ס"ק י"ד כתבו דמ"מ יש לו עליו חרם סתם י"ל הטור איירי בהודה בחוב וטען פרעתי דאיכא דררא דממונא כי ההלואה אמת משא"כ בטענת להד"ם פטור אף מקב"ח בעד המסייעו (וכ"כ בת' בית אפרים שם) אמנם מוטל על החכם להיות נקי מה' ומב"א לקבל בחרם אמנם בצנע' בכבוד עכ"ד ע"ש:

כ **ונהגו להשביע בארור**. ע' סמ"ע שכתב המחבר השמיט תיבת עשרה נראה דס"ל דרש"י והטור כו' ובפרישה כתבתי דנ"ל דצריך להזכיר שם או כינוי כו' עכ"ל גם בס' אורים כ' פ' מ"מ מזכיר השם ארור פ' לה' אם משקר רק מ"מ אינו כ"כ חמור משיאמר נשבע אני בה' ואע"פ שבטור נזכר שיאמר כן בעשרה השמיטן המחבר כו' ע"ש. וע' בת' ח"ס חח"מ סי' ע"א וסי' ע"ג דלא נ"ל כן דשבועת האלה בשם ג"כ ענשו חמור על כל העולם כמבואר ר"פ שבועת הדיינים ולעומת זה תיקנו שיהיה בעשרה כיון דלא מזכירים ש"ש בהדיא להוי עכ"פ בי' דכל בי עשרה שכינתא שריא והוי קצת כאילו הזכיר השם ודומה למ"ש ביו"ד סי' רכ"ח סכ"א רבים שנשבעו במעמד א' אע"פ שלא הזכירו עד"ר הוה כנשבע עד"ר ה"נ כיון שנשבעו במקום שהשי"ת שם בעשרה הוי כאלו הזכירו שמו על השבועה ע"ש:

כא **בדברים אחרים**. עבה"ט וכתב בכנה"ג בהגב"י אות כ"ט וז"ל אם נהגו שלא לעשות חומרות אלו ורוצה המשביע לעשותם אין שומעין לו ת' הגאונים סי' ער"ד עכ"ל. וע' בת' ח"ס חח"מ סי' ע"ג אודות שרצה התובע להוסיף איומים בהשבועה. והאריך בענין זה בפי' דברי המדר' פ' ויקרא שהזכיר הסמ"ע ובדברי הר"ן פ' הדיינים וגם הביא דברי

כנה"ג הנ"ל ומסיק וכ' והנה מעידני שזה קרוב ל' שנה שאני יושב על כסא הוראה וכל ימי גדלתי בין חכמים גדולים ומעולם לא שמעתי ולא ראיתי איומים כאלו וכיו"ב ובכעין זה הוה לא ראינו ראיה וא"כ לפי עדות הכנה"ג בשם ת' הגאונים אין לשמוע להתובע להוסיף איומים ומכ"ש לפי מה שנהגו בזמנינו שתיקנו המלכיות נוסח השבועה בכל אלות הברית אשר השומע תצילנה אזניו אין לנו להוסיף כלום הנ"ל דלא עדיפי משבועת סוטה החמורה דסגי לה באלות המפורשות כו' ומכ"ש מ"ש התובע להשכיב הנתבע על המטה ולפרוס אצטלא דמיתנא זה לא נמצא בשום מקום והוא דבר שא"א שישבע בשכיבה שהרי שבועה מעומד ובפרט דאסור לישב בבה"כ אפי' אם אה"ק פתוח מכ"ש לשכב ומכ"ש אם מנקיטים לו ס"ת בידו ע"כ ישתקע הדבר ולא ניתן להאמר עכ"ד ע"ש:

כב **לפצור בבעלי דינים**. ע' בת' ח"ס חח"מ סי' צ' שנשאל מנא הא מלתא דרגיל על לשוננו דאפי' שבועת אמת עבירה הוא ועי"ז נמנעים מלישבע שבועת אמת ומתפשרים בכל מה דאפשר גם כי אחז"ל (במ"ר פ' מטות ושם איתא ב' אלפים עיירות וכ"ה בתנחומא שם אולם בש"ע א"ח סי' קנ"ו איתא אלף עיירות) אלף עיירות היו לינאי המלך וכולם נחרבו על עון שבועת אמת מ"מ היא גופא היכא רמיזא. והשיב הנה נאמנים עלינו דברי חז"ל וע' ס"ח סי' תי"ח תי"ט ומ"מ ליכא מילתא דלא רמוז בקרא ואין להביא מש"ס תמורה ג' ע"ב דיש לדחות דלמסקנא אפי' איסורא ליכא אבל נ"ל דמפורש בקרא דדברי קבלה (קהלת ט׳:ב׳) הכל כאשר לכל מקרה א' לצדיק כו' הנשבע כאשר שבועה ירא דפשוטו של מקרא אשר שבועה ירא פורש עצמו מלישבע אפי' באמת מטעם יראת כבוד ה' ומטעם שלא ירגיל לישבע ויבא ח"ו למעול בשבועה כו' ומעתה ודאי דע"כ לא גילה לן קרא ובשמו תשבע אלא דלא ליל‍קי דהוה סד"א דלילקי כבש"ס תמורה הנ"ל אבל עכ"פ איסורא איכא ובזה א"ש מה שאחז"ל שאומרים סורו נא מעל אהלי הרשעים האלה דק' איך מחליטים שניהם לרשעים בשלמא אנשבע לשקר הוו רשעים שניהם כמ"ש רש"י ל"ט ע"ב שלא דקדק למסור ממונו ביד נאמן אבל נשבע באמת נהי דהמשביעו הוא רשע שמשביעו בחנם אבל הנתבע מהחטא וע"כ משום דמ"מ הי"ל להשוית ולהפסיד משלו ולא לישבע אפי' באמת ובזה יתיישב מה דיהיב סמ"ע טעם אחר שלא כפירש"י כו' ע"ש עוד:

כג **כל מי שנתחייב**. עבה"ט מ"ש והט"ז כתב כו' וכן מי שהיפך ש"ה על שכנגדו א"צ המהפך כו' וכ"כ עוד לעיל סי' פ"ב ס"ט ולקמן סי' צ"ב סי"א וע' בנה"מ העתיק רק דעת הט"ז ומשמע שכך דעתו אולם באו"ת כתב דנהג עלמא דאף שבועת היפוך מחרימין ומנהג ישראל תורה ע"ש גם בת' בית אפרים חח"מ סי' ע"א פקפק על ראיית הט"ז מסי'

פ"ב ס"ט ומסיק וכו' דיש להצריך חרם סתם אף בהיפוך אם לא במקום שנהגו כהט"ז ע"ש גס בס' עטרת צבי ס"ק מ"ב ובשו"ת שבסוף הס' כ' דנוהגים עכשיו כסמ"ע ולא כט"ז (וכ' עוד בשו"ת שם דשבועה דאורייתא שע"י עד א' א"צ התובע לקב"ח תחלה כיון דאף אם יש לו שבועה חמורה העד המסייע פוטר אותן ומכ"ש חרם (ע"ל ס"ו סק"ד ובודאי ל"ש כאן כדי להשביעו חנם ועוד הא יכול לכתחלה להשביע הנתבע ע"י עד אע"פ שאין ידוע לו כלל כמ"ש המחבר ומור"ם ומכ"ש שלא יצטרך לקבל בחרם ע"ש) וע' בת' ענו"ב סי' י"ג שכ' על נדון דידי' וז"ל ועוד כיון שהוא רוצה להוציא מהיורשים יכולים הם לטעון קים לן כדעת הסמ"ע שאף שבועת ההפוך צריך שכנגדו לקבל בחרם וגם יכולים היורשים להפך השבועה על הקציצה הנ"ל ואז הם א"צ לקבל בחרם כי יכולים לומר קים לנו כדעת הט"ו וכו' עכ"ל ע"ש עוד:

כד **המשביעו אמן.** עבה"ט וכ' התומים ועכשיו כבר כתבתי (בסי' פ"ב ס"ט הבאתיו שם סק"ז ובסי' זה סי"ב ס"ק ט"ו) דנהגו לקבל בחרם לנוכח שיאמר אני מקבל בחרם וא"צ עוד אמן עכ"ל גם בת' שב יעקב ס"ס ו' (יובא לקמן סי' רכ"ד ס"א) כ' וז"ל ואנו נוהגים בכמה ענינים ליתן ק"ח ממש במקום חרם סתם כמו שאנו נוהגין ליתן ק"ח לבע"ד שלא יביא לצד שכנגדו לידי שבועת חנם אף דבש"ע סי' ט"ז איתא רק יש להחרים סתם קודם שישבע עכ"ל. וכן משמע בת' נו"ב תניינא ס"ס ל"ו ע"ש:

כה **אלא שבועה אחת.** ע' בת' הרדב"ז ח"ב סי' תרי"ט שנשאל בראובן שבא בהרשא' על שמעון ויש לראובן עצמו תביעה אחרת על שמעון ונתחייב שבועה על תביעתו ועל תביעת שליחותו וטוען ראובן ישבע לי שבועה אחת על תביעתי ושבועה אחרת על תביעת שליחותי מאי כיון שהוא בא מכח אחר שומעין לו כאילו תבעו המשלח עצמו או דילמא כיון דכתב ליה זיל דון לעצמך הוי כאילו שתי התביעות הם שלו ואין משביעין אלא שבועה א' ומגלגל עליו. והשיב דין זה כ' אותו הרב ז"ל פ"א מה' טו"נ ואמרו שכ"כ רבינו האי ז"ל בשערי שבועות ולא נמצא מבואר בתלמוד (ר"ל בבבלי) הלכך מסתברא שהדין עם ראובן ומשביעין אותו ב' שבועות והבו דלא לוסיף עלה ואע"ג דכ' ליה זיל דון לעצמך היינו לענין שלא יוכל לומר לאו בדד"א אבל מ"מ לא שווייה אלא שליח ויכול המשלח להוציא ממנו הילכך הוי כאילו המשלח טען טענתו ונתחייב עליה שבועה דמשביעין אותו כאילו טענו עליו ב' בני אדם ומ"מ מלמדין את ראובן דלא נפקא ליה מידי כי חומר גלגול שבועה כשבועה וא"כ למה תרבה בשבועות ואם עכ"פ אמר אין אני רוצה לזוז מן הדין רואה אני שהדין עמו ומשביעין אותו ב' שבועות דאסקינן בפ' מרובה דשליח שווייה עכ"ל וע' בס' בר"י סי' כ"ד אות ה' שהביאו וכ' עליו דמה שהוצרך

הרדב"ז לטעם דהוי כאילו טענו שני בני אדם היינו לפי שראובן רצה שישבע לו שמעון עתה גם על טענתו ואינו רוצה להמתין אבל אם ראובן היה טוען שישבע לו שמעון רק על טענת הרשאתו ושבועה שנתחייב לו רוצה להמתין מאיזה טעם בלאו ה"ט דהם כשני בני אדם הדין היה עמו וכמ"ש הרב הנ"י והביאו הרמ"א בסי' כ"ד דיכול התובע לומר איני רוצה שתשבע לי עתה וכ"כ הרי"ף בתשו' כ"י סי' א' והביאה הרשב"ץ ח"ב סי' ב' שמי שנתחייב שבועה ואמר טול שבועתך או פטור אותי משבועה ואמר הלה איני משביעך עתה ואיני פוטרך הדין עמו שמא יחזיר ויודה וכ"כ הרדב"ז עצמו ח"ד סי' ר"ג כו' עכ"ד וע"ש עוד שהעיר מת' זו דהרדב"ז (דפשיטא ליה דלשני בני אדם שורת הדין שנשבע שתי שבועות) ע' תשו' פנים מאירות ח"א סי' צ"א (הבאתיו לעיל סי' כ"ד ס"ק ב') דנראה מדבריו דגם לב' בני אדם אם שניהם רוצים להשביעו עתה מצי פטר נפשיה בשבועה א' כו' ומסיים ועתה אמת אגיד שדברי הרדב"ז מפוקפקים הם אצלי כעת ע"ש וע"ל סעי' ל"ו מ"ש שם:

כו **שיש לו עוד תביעות.** ע' בת' שבו"י ח"ב סי' קמ"ח בתובע שאמר לפני ב"ד שאין לו עוד שום תביעה על הנתבע ואחר זמן אמר ששכח לטעון עוד איזה תביעה או אי טעיתי מהני שיכול לתבוע עוד והאריך שם בענין שכחה אי מקרי פשיעה או שוגג ואונס והשיג על תשו' שער אפרים סי' כ"ח בהגה לבן המחבר ומחלק בין שכח מחמת עצלות דמקרי פשיעה ובין סתם שכחה דהוי בכלל העלם דבר שחייב שגגת חטאת (וע' בת' ח"ס חח"מ סי' מ"ב מ"ש בענין זה) ומ"מ מסיק בנדון שלפנינו אינו נאמן לומר שכחתי כיון שמתחלה אמר לפני ב"ד שאין לו עוד שום תביעה עליו והוי כטוען וחוזר וטוען עש"ב:

כז **הכל ביחד.** ע' באה"ו אות מ' עד והסמ"ע כתב שם תירוץ אחר ע"ש ועמש"ל סי' כ"ד ס"ק ד' בשם ס' בר"י שכתב דכפי המבואר בתשב"ץ ח"ב סי' ב' נראה דס"ל דהכא מיירי כשניכר לדיין שכוונת התובע להשביעו הרבה שבועות כו' וכן משמע מת' הרדב"ז ח"ד סי' ר"י דאין לכופו בדברים לטעון כל טענותיו אלא אם הכיר הדיין שהוא רמאי ורוצה להביאו לידי שבועות הרבה אבל בלא"ה לא ע"ש:

כח **לא יתחייב ממון.** עמש"ל סי' כ"ב ס"א סק"ט בשם ת' חו"י:

כט **אינו חייב לו כלום.** עבה"ט בשם ש"ך דאם הוא עני משביעין היסת לזה כו' וע' בפנים בש"ך עד והכי אמרי' בש"ס פ"ק דקדושין כיצד אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט האומר שור זה עולה בית זה הקדש אפי' בסוף העולם קנה ובהדיוט לא קנה עד שימשוך ויחזיק ע"כ אלמא דאמירה לגבוה הוי קנין גמור כו'. ובס' דגמ"ר כ' בזה וז"ל ולהכי עדיף אמירה לעני דהוי נדר מתקיעת כף לעשיר דאין משביעין אותו רק מזכירין לו שבועתו

ראשונה (כמש"ל סל"ד בש"ך ס"ק ע"ב ובבה"ט סק"פ) היינו משום דת"כ אף שאם אמת הוא כופין אותו לקיים מ"מ אינו קנין גמור משא"כ אמירה לעני דהוה נדר הוה קנין גמור כו' ולקמן סי' קכ"ה בסמ"ע ס"ק כ"ה ובש"ך ס"ק כ"ז מבואר דאפי' אם הוא עני והוא נדר מ"מ יכול להתיר ע"י חרטה וא"כ משמע דאינו כמשיכה דאי הוה כמשיכה שוב אינו מועיל התרה אך הא אפי' בשור זה עולה דודאי הוה אמירה לגבוה והוא קדושת הגוף ואפ"ה כי כ"ז שלא בא ליד גזבר מועיל התרה אף שבודאי אמירה לגבוה בזה כמסירה להדיוט דמי עכ"ל וע' בתומים שכ' שדין זה במחלוקת שנויה אי אמרי' אמירה לגבוה כמסירה להדיוט גם גבי צדקה לעני דאז הוי כמו קנין ולכן שפיר חייב שבועה כו' ע"ש (וע' בקצה"ח ובנה"מ מזה) וכ"כ בת' מים חיים חי"ד סי' מ"ה וביאר שם דלדעת הרב ב"י בסי' קכ"ה הובא בסמ"ע שם ס"ק כ"ה שכ' דלא מקרי גבוה אלא עניני הקדש כו' באמת אין כאן שבועה אך כיון שהסמ"ע שם מסכים דגם גבי צדקה שייך אמל"ג כמסירה להדיוט וכן דעת הש"ך בסי' ס"ו סק"ב בשם הריטב"א ובסי' פ"ז ס"ק נ"א וידוע שכל ישראל נגררין אחר פסקיהן לזאת ראוי לפסוק כדברי הש"ך כאן דבעני צריך לישבע (תימה שלא הזכיר דברי התומים שמחלק גם לדעה זו בין אם טען שהבטיח לו מנה זו או חפץ מיוחד דחל עליו קנין כמו מסירה להדיוט ובין מנה סתם ע"ש ועמש"ל סי' רי"ב ס"ז סק"ט) וע"ש עוד במעשה באשה א' עשירה שמת בעלה והניח ס"ת שהוא בבית איש אחר ואמרה האלמנה בתוך ז' ימי אבלה בזה"ל (איך וועל אפ נעמין דיא ס"ת פין ר' פ' אונ וועל געבין לבהמ"ד ווארין בעלי איז וועלט כו') ועד א' העיד ע"ז בתו"ע והאלמנה הודית לדברי העד רק שאמרה שהטילה תנאי בזה אם תהיה דירתה בעיר הנ"ל והעד מכחישה שלא שמע ממנה שום תנאי ונשאל אם מחוייבת לישבע להכחיש העד והאריך שם בדברי הש"ך הנ"ל וכ' דלכאורה בנ"ד חייבת האלמנה לישבע שד"א להכחיש העד דהא המקדיש לב"ה דינו כמקדיש לצדקה כמבואר במג"א סי' קנ"ג ס"ק כ"א וכבר הוכחנו דגבי צדקה אם מכחיש משביעין אותו היסת ומכ"ש אם מכחיש העד שחייב שד"א דהא אפי' גבי ת"כ דעת הסמ"ע דאינו פטור רק מהיסת אבל לא משד"ח אמנם כל זה אי היה הס"ת בשעת אמירתה שייך להאלמנה בזה שפיר אמרי' אמירתה לגבוה כמסלה"ד אבל לפי המבואר מל' השאלה לא היה אז הס"ת שייך להאלמנה שעדיין לא נשבעה על כתובתה ואפי' אם פטרה בעלה משבועה או אפי' כבר נשבעה מ"מ לא היה עדיין גוף הס"ת שלה דהא לא גבאוה אותה היורשים או הב"ד רק שהיה לה חוב ושעבוד מחמת כתובתה וא"כ אפי' אם היתה מקדשת בפי' הס"ת לא הוי הקדש כלל דהא הלכה כרבא דב"ח מכאן ולהבא גובה ואי אקדיש מלוה לא הוי הקדש כלל וכן מבואר בב"י ס"ס רנ"ט

בשם ת' הרשב"א כו' ואף אם נדמה אמירתה (איך וועל אפ נעמין דיא ס"ת אין געבין לבהמ"ד) למה דמבואר ביו"ד סי' רכ"ח ס"ח דאם אמר חוב שיש לי על פ' כשיבא לידי אקדישנו חייב להשלים דבריו כו' מ"מ אין עליו חיוב רק משום נדר כמבואר בש"ך שם וא"כ שוב דמי למה שמבואר בח"מ סי' פ"ז סל"ד הנ"ל במי שנתן ת"כ ליתן מתנה דמה לי חיוב נדר או חיוב ת"כ ולדעת הש"ך שמשיג על הסמ"ע ופוטר אפי' משד"א מחמת שלא היה חיוב ממון רק שנתחייב מצד השבועה א"כ פטורה האלמנה בנ"ד משבועה להכחיש העד רק יש להזהירה בב"ד על חיוב הנדר ותו לא מידי עכ"ד ע"ש וע' עוד בקצה"ח ובנתיבות המשפט מענין זה:

ל **אין משביעין על כפירתו**. עש"ך ס"ק נ"ג שהעתיק ל' בעל העיטור ובגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב ע' בש"ך לעיל ס"ס כ"ב:

לא **דבר באתננה**. עבה"ט ועמ"ש בזה בפ"ת לאה"ע סי' קע"ז ס"ק י"א וע' עוד בת' ח"ס חח"מ סי' כ"ו מ"ש בזה:

לב **אם תפס התובע כו'**. ע' בתשו' צ"צ סי' ז' שכ' דדוקא בכה"ג אבל אם הנתבע הפך השבועה על התובע שישבע ויטול הוי כאילו אמר אני מאמין לך אם תשבע ותו לא מצי לתפסו אח"כ לישבע על טענתו כיון שכבר היה יכול לזכות בשבועה ולא רצה והאמין לחבירו אם ישבע לא מהני לי' תפיסתו אח"כ זולת אם באו עדים והכחישוהו אז בודאי מוציא ממנו משום דלא האמינו רק לגבי דידיה ולא לגבי עדים והאריך בזה ומסיים שהסכימו עמו בזה כל יושבי מדין ע"ש:

לג **ונאמן במגו**. עבה"ט מ"ש בת' עבה"ג סי' ק' כ' מי שפטרוהו הב"ד משבועה ע"י עד המסייע ואח"כ תפס התובע שלא בעדים כו' ע"ש שפסק דהדין עם התופס וישבע שד"ת להכחיש העד ול"ש כאן לו' כ"מ שהאמינה התורה לע"א הרי הוא כשנים כי מעולם לא האמינה התורה לע"א כ"א לפוטרו מן השבועה אבל לא לענין ממון להוציא מן התופס כו' עש"ה וכ"פ בת' שבו"י ח"א סי' קנ"א ע"ש. ומ"ש עוד שם בענין שנים התובעים זא"ז ואחד נתחייב שבועת התורה והשני שבועת היסת מי נשבע תחלה כתבתי בזה לעיל סי' ט"ו ס"ב בד"ה דין היתום וע' בתומים לעיל סי"א סקט"ו שכ' דשורת הדין להקדים שד"א אלא דמ"מ דבר זה מסור לב"ד שאם רואין שע"י שיקדימו השני לישבע יבא הדבר לפשרה יכולים לעשות כן ע"ש וכ"כ בנה"מ ועמש"ל סי' צ"ג ס"ה סק"ח שם:

לד **ונשבע היסת**. כ' בס' שער משפט נראה דהיינו דוקא בתפס מעות אבל בתפס חפץ צריך שבועה בנק"ח דודאי לא גרע ממשכון שנתבאר בסי' ע"ב סי"ז כו' ע"ש:

לה **שיתברר הדבר**. עבה"ט ועיין בתשו' עבודת הגרשוני סימן פ"ג מ"ש בזה:

לו **פטור מן השבועה**. עיין בתשובת שבו"י ח"ג סימן קנ"ב באחד שתקע כפו לחבירו על דבר מה ותובע אותו שיקיים ת"כ שהוא במקום שבועה והנתבע משיב שלא נתן לו ת"כ שהיא שבועה רק מה שמנהג סוחרים ליתן זה לזה בל"א האנד שלאק שמכין כף אל כף ופה המנהג שהאנד שלאג אינו קונה מה דינם. והשיב הנה בח"מ סי' פ"א סכ"ח בהגה דת"כ הוי כשבועה ופי' שם הסמ"ע אפי' לא אמר באמונתו הוי כן וביו"ד סי' רל"ט ס"ב כתב והני מילי כשהיא דרך שבועה אבל כשהיא דרך הסוחרים שתוקעים כפם זה אל זה לקיים המקח אין לו דין שבועה כלל. ולכן כל שלא יאמר בפירוש אני נותן לך תקיעת כף לא הוי ל' שבועה כי ל' תקיעת כף הוי שבועה כדכתי' כל העמים תקעו כף תקעת לזר כפך וכן הוא בס' תשבי שהוא בל"א אן גלובן אבל הכאה כף אל כף אינה שבועה כלל ומ"מ במקום שנוהגים לקנות ע"י כך הוא קניה גמורה אבל פה ק"ק מינ"ץ לא נהגו כן וא"כ בנ"ד כיון שאמר שלא היה בדעתו לשם שבועה ולא הזכיר כלל ל' ת"כ אין כאן שבועה כלל דל"ל שישביע על זה אלא יזהירו אותו ב"ד על שבועתו כדאית' סי' פ"ז סל"ד בהג"ה. אכן לפי המנהג שנהגו פה הדיינים ע"פ הגאונים הקדמונים דאף אם יש הכחשה בין התובע והנתבע אם נתן ת"כ או לא אפ"ה משביעין הנתבע שישבע שלא נתן ת"כ גם זה ישבע על כך שלא הייתה כוונתו בתורת ת"כ שהיא שבועה עכ"ל ועיין בתשובת חו"י בסוף הספר בהשמטות:

לז **פטור מהאחרים**. ע' בת' ושב הכהן סימן נ"ח שכת' דלהרמב"ם והטור דין זה אינו אלא היכא די"ל שליחותיה קא עביד ועמ"ש לקמן סי' קע"ו סכ"ד סק"ח:

לח **למי שרץ אחר שבועה**. כ' בס' שער משפט פי' דהב"ד יראו לפשר ביניהם שלא יבא לידי שבועה ובס' יפה תואר על המדרש פ' ויקרא פי' עוד דנ"מ במי שחייב היסת והתובע רץ אחר שבועה בכה"ג אין הנתבע יכול להפך את השבועה עליו כמו אם היה התובע חשוד שאין הנתבע יכול להפך היסת עליו אלא משלם או נשבע כמבואר בסי' צ"ב סי"ג ע"ש:

לט **וכן אם נראה לו הטענה גרועה**. בש"ע דפוס אמ"ד נרשם כאן מהרי"ו סי' ל' והוא ט"ס וצריך למוחקו וקאי אלמטה אין משביעין כו' והכוונה דבמקום שהטענה גרוע וגם ליכא דרד"מ אין משביעין (ובהכי ניחא דלא תיקשי דהא מבואר לעיל ס"א דמשביעין היסת אפי' היכא דליכ' דרד"מ ע"ש בסמ"ע ובטור וכן בסי' ע"ה ובכמה דוכתי) וכן מבואר להדי' בד"מ אות ג' ע"ש:

מ **שהמזכיר ש"ש** ע' בס' בר"י לעיל סי' ל"ד אות י"ז עש"ה:

סימן פח

א **במקצת הטענה.** כ' בס' שער משפט נראה דה"ה היכא דכופר הכל ועידים מעידים שחייב לו פרוטה בעינן נמי כפירת שתי מעין כו' ע"ש:

ב **עד שיתבענו.** עמ"ש לקמן סי' צ"ג פ"א סק"ד בענין שותפין שתבעו לאחד שתי מעין ופרוטה והוא הודה בפרוטה וכפר בשתי מעין שבין כולם ע"ש:

ג **והוא מודה בפרוטה וכופר בשתי מעין.** כ' בס' שער משפט והיכ' שטענו שתי כסף ופרוטה והודה בפרוטה וכפר בפרוטה ועל השאר אומר איני יודע יש להסתפק בזה אי אמרינן כיון דמה שאומר א"י צריך לשלם דהוי משואיל"מ אם כן שוב לא נשאר חיוב השבועה רק על פרוטה לבדה ופטור או דילמ' כיון שנתחייב השבועה על הב' כסף ביחד אף שמשלם על מה שאומר א"י מ"מ לא פקעה השבועה מהפרוטה שהיא כופר בברי וחייב עליו שד"א וכן מסתבר כו':

ד **דבשבועת שומרין נמי.** כ' בס' שער משפט נראה היכא דטענו פקדון שתי כסף ופרוטה והודה בפרוט' ועל מעה אחת כופר ואומר לא היו דברים מעולם ועל השניה טוען נאנסו דחייב שד"א על שניהם אף דמוב"מ בעי כפירת שתי כסף וכן שבועת שומרים מ"מ כיון דהטעם דבעינן שתי כסף דרחמנ' לא חייבה שבועה אלא בדבר חשוב שהוא ב' כסף כו' אם כן הכא כיון דסוף סוף הכפירה הוא שתי מעין והוא דבר חשוב מצרפינן שתי הטענות להדדי וחייב שד"א על שתי המעות יחד שאחת להד"מ והשניה נאנס ע"ש שהבי' ראיות לזה. וע' בספר בית יהודה בסי' זה שחולק עליו וכתב דלאו בחשובות תליא מלתא רק דגזה"כ הוא דצריך הכפירה להיות שתי כסף ואם כיון דבכל אחת מהשתי שבועות אין בהכפירה שתי מעין כסף אין מצטרפין הש"מ הנ"ל כ' לדחות ע"ש:

ה **שבועת היסת.** עבה"ט וכתב בספר עטרת צבי ובספר מאמר קדישין ותקנות ארצות שלא להשביע שבועת היסת על פחות משלשה זהובים פוליש רק קבלת חרם עכ"ל ובק"ק הוראדנא וסביבותיה המנהג שלא להשביע ש"ה על פחות מעשרה זהובים פוליש:

ו **הוי כמו קרקע.** עבה"ט עד מיהו אם אין לו אפי' מטלטלין י"ל דלאו הילך הוא כו' ועיין בס' דגמ"ר שכתב עליו וז"ל צ"ע דאם אין לו כלום לפרוע איני חייב ש"ד ע' סימן פ"ז סכ"ה בהג"ה וע' סי' צ"ו בש"ך סק"ז וצ"ל דשם מיירי שידוע שאין לו לשלם וכאן מיירי שאין אנו יודעים לו נכסים ידועים אפי' מטלטלין לכך לא הוי הילך אבל מ"מ אין התובע מאמינו שאין לו עכ"ל:

ז **יש בו נאמנות.** עבה"ט ועיין בתשו' עבוה"ג ס"ס קי"ג מ"ש בזה:

ח **ונמצא שלא הודה אלא הודה אלא מה שבשטר.** בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב תמיהני אמאי לא העתיקו הראשונים להלכה סברת אידך שינוייא בסוגיין דפטור משום דמסייע ליה שטרא ונ"מ בכ"י שאין בו נאמנות דלכ"ע הודאתו מחייב שבוע' מ"מ בכה"ג בסלעים והוא אומר ב' דפטור דמסייע ליה שטרא וצלע"ג עכ"ל:

ט **אפ"ה פטור.** עבה"ט מ"ש דעכ"פ צריך לישבע היסת כו' עד ומ"ה כתב שם בהדיא דפטור מהיסת ולא כ"כ בדין קמא והטעם כו' ובגליון הסמ"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב בפשוטו י"ל דהכא כיון דאילו טען ב' היה חייב היסת א"כ גם בטוען ג' חייב ישבע היסת דאל"כ י"ל דעערומי קא מערים לפטור מהיסת ופשוט עכ"ל וע' בתומים:

י **דאם רצה כו'.** כתב בספר שער משפט ונראה דה"ה אם מודה בג' ועל המותר אומר איני יודע אף דלא שייך מיגו בזה כיון שאומר א"י מכל מקום לא אמרינן דה"ל כחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דה"ל משואיל"מ אלא כיון דאם היה כופר בברי היה פטור משבוע' דאורייתא ה"ה כשטוען איני יודע לא הוי משואיל"מ כו'. ע"ש:

יא **ואפילו משבועת היסת.** עבה"ט שכתב והש"ך הניח דין זה בצ"ע כו' ועיין בתומים שתמה על הש"ך מלקמן ס"ס רס"ז. גם בספר נה"מ כתב דהעיקר כהמחבר ע"ש. ועיין בת' בית אפרים חח"מ סי' כ"ט כתב בזה וז"ל ולפע"ד דברי הש"ך נכונים דהתם גבי מוצא מציאה מה שמחזיר לו וגם מה שתובעו אינו אלא מחמת הודאת המוצא משא"כ הכא שלפי טענתו שטוען שעתה הוא זוכר בעצמו ואין זה מחמת הודאת התובע י"ל מה שנזכר בעצמו וטוען ברי אינו משיב אבידה וזה מבואר להמעיין בש"ך שכתב ודוחק לומר לפי שאמר לא הייתי זכור כו' עכ"ל. ולכאורה מדברי הט"ז בסי' רס"ז שהבאתי שם סק"ד מבואר דלא ס"ל חילוק זה:

סימן פט

א **הי' השכיר קטן או עבד כו'** בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל ב"ב עיין תשובת הגאונים שער ד' מחלק ה' סימן יו"ד:

ב **ששכרו ושעשה עמו** עיין באר הגולה אות י' ועיין באו"ת שכתב דאם יש עידי מלאכה ולא עדי שכירה אז אם הכחש' בדבר מועט ל"ש המגו דלא שכרו דהא מ"מ חייב ליתן לו שכרו כדלקמן סימן רס"ד ס"ד בהגה אבל אם הכחש' ביותר מכפי הפחות שבשכירות שנהגו בעיר יש לו מגו דלא שכרו ואף דעשה מלאכ' מ"מ אין לו רק הפחות שבשכירות ולכך תרתי בעינן ושוב כתב דנראה דבכה"ג דירד שלא ברשות אף דיש לו שכרו מ"מ אם טען בה"ב פרעתי אפשר דלא תקנו חז"ל נשבע ונוטל דשכיר תנן ולא

בא מעצמו ע"ש ועיין בנה"מ כתב כן בפשיטות דבעושה מלאכה בלא שכירות לא עשו תקנת שכיר שיהיה נשבע ונוטל ע"ש. גם בת' חמדת שלמה סי' ז' דעתו כן והוסיף טעם לשבח דבשלמא בשכיר דתקנו חז"ל שיהא נשבע ונוטל יוכל בה"ב ליזהר ולשכור פועלים כשרים שלא יתבעו אותו עוד אבל אם יהיה הדין אף ביורד שלא ברשות יוכל הבה"ב לבא לידי הפסד ע"י אנשים שאינם מהוגנים שירדו שלא ברשות וכיון דלא הוי רק תקנתא הבו דלא לוסיף עלה ותו דבירד מעצמו נראה לפום ריהטא דלא שייך בל תלין ואם כן בע"כ יהיה הדין בזה דאפילו עבר זמנו נמי דל"ש רמי אנפשי' וזה לא מצינו כלל אלא ודאי דלא תקנו רק בשכיר אבל לא בירד שלא ברשות ע"ש. והנה מ"ש דבירד מעצמו נראה לפום ריהטא דלא שייך בל תלין משמע שמסתפק קצת בזה לע"ד הוא מלתא דפשיטא דלא גרע משכרו ע"י שליח שמבואר בסימן של"ט ס"ז דאינו עובר וצ"ע:

ג **נשבע בנק"ח ונוטל.** עש"ך סק"י בד"ה ואין דבריו נראין לי כו' שכתב ומ"ש דפועל שאני כו' הוא תמוה בעיני כו' ע"ש ובגש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב במחכ"ת הא הך ברייתא אתיא כר"י דגם בקציצה אמרינן דלא דכיר עכ"ל וע' בת' נו"ב תניינא סי' י"ט וגם בנה"מ מ"ש בזה:

סימן צ

א **כך שומר של בעה"ב.** בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ואף אם הוא בענין דאין השומר חייב בתשלומי הכלים ולא הוי נוגע מכל מקו' צריך לישבע וע' בת' חוט השני סימן ז' עכ"ל ומשמע מדבריו דמועיל שבועת השומר אף אם הוא נוגע אולם בספר שער משפט לא משמע כן שכתב בשם ת' מהר"י הלוי אחיו של הט"ז סימן כ"ג שכתב בפשיטות דהא דמועיל שבועת השומר היינו דוקא כשאין הבע"ה חושד להשומר שהוא גנבם אבל כשחושד לשומר אינו נ"ו כיון שהוא נוגע וכתב עליו וז"ל ולא ידעתי מאי שנא מבע"ה גופיה שהוא נ"ו אף שאין לך נוגע יותר ממנו ואפילו הכי מהימן ואפשר כיון שבעה"ב חושד להשומר ואינו מאמינו אסור ליטול ממון מהגזלן בספק לסמוך על שבועתו של שומר והכי מסתברא עכ"ל ולפי זה ה"ה אפי' כשאינו חושדו רק שצריך השומר לשלם דהוי נוגע א"י לסמוך על שבועתו וצ"ע.

ב **אי ברור לעדים כו'.** ע' בת' שבו"י ח"א סי' קי"ג שהביא דבס' דברי נבא פי' דברי הרמ"ה והש"ע כאן דמיירי כגון שזה האחר הוא אדם כשר וירא שמים הלכך נוטל בלא שבועה ומתמיה שם על הרמ"ה והש"ע דהוא נגד סוגיות הש"ס סנהדרין דף ל"ו ע"ב ודף פ' ע"א והפוסקים בסימן ת"ח דלא אזלינן בתר אומדנא כי האי והניח בתימה והוא ז"ל

כתב דלק"מ דאפשר דהרמ"ה סובר כהרמב"ם פ"ה מהלכות חובל ומזיק שכתב הטעם דנחבל נשבע ונוטל לפי שקנס קנסו חכמים כו' וא"כ י"ל גם בזה חידוש הוא שחידשו חכמי' בקנס ואף אי נימא דס"ל כהראב"ד שהשיג שם על הרמב"ם דלא מטעם קנס הוא אלא לפי שאין דרך ב"א לחבול בעצמן גם כן לק"מ די"ל דכוונתו בהא דבריר לסהדי היינו שזה האחר תש כחו שאין לו כח לחבול כל כך או שהיו ידיו כפותים וכהאי גוונא וכיון דאיכ' אומדנא דמוכח כולי האי ודאי מהני כו' ע"ש:

סימן צא

א **הלויני מנה.** עבה"ט ועיין בת' בית אפרים חח"מ סי' י"א בראובן שאמר לשמעון שיקח אצלו מעות בהלואתו ולא פירש סכום כמה ואמר שישלח משרתו עמו שיקח המעות וכן נעשה ובא המשרת והביא ללוה ק' זהובים שמסר לו המלוה ושוב בא המלוה ואמר שנתן להמשרת מאה וחמשים זהובים והמשרת מכחישו ואומר שלא קיבל ממנו רק ק' זהובים מה דינו. והשיב ע"ז באריכות ותורף דבריו דאין ללמוד דין זה ממ"ש בש"ע סי' קכ"א סי"ב לוי שבא בשליחות ראובן כו' והוא ל' הרמב"ם ופירשו הב"י (והובא בבאר הגולה שם) דמיירי בראובן ששלח ללות משמעון כו' ראובן נשבע ש"ד כו'. והש"ך שם ס"ל דא"צ רק קב"ח ונימא דה"נ הדין כן שישבע הלוה (או יקב"ח לדעת הש"ך) שלא הביא לו רק ק'. דז"א דלא דמי כלל דהתם מיירי שראובן טוען שלא שלחו ללות רק כ' וא"כ לא איכפת ליה במה שנטל השליח יותר משא"כ הכא שלא נתן קצבה כמה ילוה ולכן כתב התם שישבע (או יקב"ח לפי' הש"ך) שלא שלחו ללות רק נ' משום דאם היה מודה ששלחו ללות נ' אף שישבע שקיבל משלוחו רק כ' לא נפטר בזה כיון שהרשה שיתן לשלוחו נ' וזה טוען ברי שנתן לו הרי הוא מתחייב אף שהשליח מעל בשליחותו ולא נתן לו רק כ' וכן נרא' ממ"ש הש"ך שם שאם שמעון טוען ברי ששלחו ללות נ' ישבע ראובן ש"ד כו' מבואר דבהך ברי לחוד ששלחו נ' מתחייב ראובן בדין מוב"מ אף שאין שמעון יכול לטעון ברי שנתן לראובן נ' כו' (עמ"ש לקמן סי' קכ"א סי"ב סק"ו) וגם אין ראיה משם דנימא דהכא כיון שהלוה מודה שעשאו שליח באין קצבה והרשה למלוה ליתן לשליחו כמה שירצה יתחייב בכל מה שיאמר המלוה שנתן לשלוחו דשאני התם דמיירו שהשליח מסייע להתובע ואומר שקיבל נ' משא"כ הכא כו': (שם הל' מגומגם קצת וצריך תיקון) ולכאורה דין זה דמי לחנוני על פנקסו באמר לחנוני תן לבני כו' ומבואר בפוסקים דאף אם אין חייב לשלם לבנו כלום מ"מ כיון שצוה לחנוני לתת לו והחנוני אומר שכן עשה הוא נשבע ונוטל כו' אך באמת נראה דכאן גרע מחנוני רק

כאן הוי טענת הלוה כא"י אם הלויתני דהנה דעת הר"י בן פלט שבבעה"ת הביאו הש"ך סקי"ב שכתב בטעמא דחנוני נשבע ונוטל ולא הוי כמנה לי בידך והלה אומר א"י דקי"ל דפטור דאוקי ממונא בחזקת מאריה דשאני הכא דאיכ' נמי חזקה שליח עושה שליחותו ומדחיא לחזקת ממונא כו' ולכאורה תמוה כמו שתמה בתומים דהא קי"ל דחזקה שליח עושה שליחותו לא אמרינן לקולא בשל תורה וגם לא אמרינן הכי כשהשליח נוגע בדבר שבממון כו' אך נראה דודאי לא מסתבר שנאמר חזקה שליח עושה שליחותו וחזקה שכבר נתן החנוני לבנו או לפועלים כאשר צוהו רק אנן הכי קאמרי' כיון דהבעה"ב צוהו ליתן ועשאו שליח לעשות כן וסמך על אמונתו בזה מתחלה ע"ז שישלים חפצו ונשתעבד לו מיד מה שא"כ בלוה ששלח ללות ממלוה וכתב לו או הרשהו בע"פ שיתן לזה אין על המלוה שם שליח רק הוא מורשה מאתו ליתן זה כו'. וכיון שאינו שלוחי של הלוה נראה דאין כאן לא דינא ולא תקנתא ושפיר הוי טענת הלוה א"י אם נתחייבתי כו' (שהאריך יותר בזה להסביר בטוב והביא ראיה לחילוק זה) וגם נראה דהתם גבי חנוני טענת בעה"ב הוא טענת שמא והחנוני טוען ברי ובכה"ג דהאי ידע והאי דלא ידע משתבע האי דידע ושקיל ואף על גב דמצי הבעה"ב לומר הפועלים מהימני לי ואני טוען ברי על פיהם לאו כל כמיניה כמבואר בסי' ע"ה שאין טענת ברי על פי אחר היכא שהאחר נוגע ודי בזה שאנו מצרפים טענת הפועלים לחייב החנוני שבועה וכן להיפך מועיל ברי של החנוני לחייב הפועלים שבועה אף על פי שהחנוני נוגע אבל בלוה ששלח שליח למלוה אין השליח שאומר שלא נתן מחשב נוגע דהא אית ליה מגו דאמר נתתים ללוה יכול לומר לא לקחתי מהמלוה ואף דהשתא דתיקנו היסת לא חשיב עד מטעם שהוא עד הצריך שבועה מ"מ נוגע לא מקרי לפסול ברי שלו דהא בין כך ובין כך יצטרך לישבע ואם כן שפיר יכול הלוה לטעון ברי ע"פ שלוחו ובכה"ג שיש לחשוב טענת הנתבע לטענת ברי אע"פ שהוא אחר נראה דלא תיקנו ולא מבעיא להר"י בן פלט שכל יסוד דין חנוני הוא מחמת ברי ושמא ונגד חזקה דממונא איכא חזקה דשליח עושה שליחותו אלא אפילו להרמב"ן דמה שנשבע נוטל הוא מצד התקנה מכל מקום נראה דהבו דלא לוסיף עלה כו': ועוד נלע"ד דכאן לא שייך לומר שהמלוה ישבע ויטול מטעם חזקה שליח עושה שליחותו שנעשה שלוחו של הלוה למסור ליד שלוחו דזיל בתר אפכא שהרי השליח שעשה המלוה לקבל המעות ולמסור לידו אומר שלא נטל ממנו ולא מסר ליד הלוה ואם איתא שנטל ממנו אית לן למימר חזק' שליח עושה שליחותו שהיה מוסר המעות ליד הלוה כו' ואם כן הדרינן לדינא דא"י אם נתחייבתי לך פטור. ועוד נראה דע"כ לא שייך חזקה שליח כו' אלא היכא שהבעה"ב נתן קצבה שיתן לו כו"כ או שתלה הדבר

במאמר הפועלים שיתן להם מה שיצטרכו כו' ואיכא למימר נמי הכי במוציא הוצאות על נכסי חבירו שהרשהו צהוציא מה שיצטרכו הנכסים כו' אבל היכא שתלה הדבר ברצון השליח שאמר לו תן לפלוני עבורי כמה שתרצה או כמה שיש בידך וכל כה"ג פשיטא דלית דין ולית דייי שיאמר שיש בזה חזקה שליח כו' להאמינו שנתן כפי מאמרו ויהיה נשבע ונוטל כשהשליח מכחישו דמה חזקה יש כאן שנתן כ"כ דהא ברצון עצמו תליא מלתא ולא רצה יותר או לא היה לו יותר וזה מבואר להדיא בל' בעה"ת שכתוב הואיל ותלה הדבר במאמר הפועלים ושמע החנוני וקיבל כו' מבואר שאילו תלה ברצון החנוני ולא קצב מה שיתן לא שייך בזה חזקה כו' ואם כן לא מבעיא להר"י בן פלאט שבבעה"ת שהסכים עמו הש"ך דטעמא דחנוני מדינא שקיל בלא שבועה משום חזקה כו' אם כן בהא ליכא חזקה כלל אלא אפילו להרמב"ן ודעימיה דגבי חנוני תקנתא היא כבר כתבתי דגם להרמב"ן טעמא דתקנתא משום חזקה כו' ואם כן הבו דלא לוסיף עלה דבמקום דלא שייך חזקה זו ליכא תקנתא כלל ואפילו תימא דלהרמב"ן אין טעם התקנה משום חזקה מ"מ ברור דלא תיקנו כ"א במקום שנעשה שלוחו ליתן וכלישנא דהש"ס אנא שליחותא דידך עבידנא כו' אבל היכא שלא נעשה שלוחו אף על פי שנתן לו רשות ליתן לזה מ"מ כיון שא"י לתבעו שעשה זה בשליחותו ונתחייב מיד כשנעשה שלוחו לא תיקנו וחזרנו לדין תורה ששורת הדין שילך בפחי נפש כדין האומר א"י אם נתחייבתי לך כו' עכת"ד ע"ש עוד באריכות:

ב **והפועלים נשבעים לבה"ב.** ע' בתשובת אא"ז פמ"א ח"ב סימן י"ז שנשאל במעשה שהיו קהל חייבים שכירות לחזן ונתנו לו כתב להנאמן שהיה בידו מעות הקהל שישלם להחזן סך כך וכך ואחר זה מת הנאמן ומצאו בפנקסו כתוב שנתן להחזן ע"פ פקודת הקהל סך הנ"ל וגוף כתב הקהל עדיין ביד החזן אך נכתב שובר עליו איך שקיבל החזן סך הנ"ל מיד הנאמן ועתה טוען החזן שמתחלה רצה הנאמן לשלם לו וכתב קבלה על הכתב ושוב דחה אותו מיום ליום והחזיר לו הכתב וכן העידה אשת הנאמן שאמת הדבר שהחזיר בעלה לידו הכתב ועתה תובע החזן השכירות מן הקהל והקהל משיבים אנחנו פטורים ומסולקים כיון שכבר נכתב שובר עליו כתבנו סדין עם מי והשיב שדין זה הוא ממש דין המבואר בח"מ סי' צ"א ס"ג בחנוני ופועלים דאם שלא במעמ"ש המחם אצל חנוני נשבע חנוני כו' והפועלים נשבעים כו' ואם כן בנ"ד שלא היה במע"ש נשבע הפועל שהוא הש"ץ שלא קיבל מהנאמן ונוטל מבעה"ב שהוא הקהל וגדולה מזו נראה שאף אם היה במעמ"ש והיה הנאמן חי וטען שפרע להש"ץ והש"ץ מכחישו היה הש"ץ נאמן כיון שהכתב של הקהל עם השובר בידו ותלמוד ערוך הוא סופ"ק דב"מ ובח"מ סי' ס"ה

סעיף י"ח בשובר היוצא מתחת יד מלוה כו' דמבואר שם דאינו כלום לגרוע כח השטר אפילו אם הוא כתב יד הלוה (קצת תימה שלא הזכיר דברי הש"ך ס"ק נ"ב שחולק וס"ל דבכת"י הלוה השובר כשר אך ע' בתומים שם) וה"נ האי כתב מן הקהל שציוו להלוה שלהם ליתן ליד הש"ץ הוי כשובר שנמצא ביד המלוה כיון שעדיין הוא ביד הש"ץ כו' וק"ו בנ"ד שאין הנאמן טוען ברי שנתן ליד הש"ץ אף שמצאו כתוב בפנקסו מ"מ אין זה כטענת ודאי די"ל האמת כן הוא כדברי הש"ץ דמתחל' מסר לידו השובר והאמין לו שישלם לזמן מועט וכתב בפנקסו כן ואחר שהיה דוחה להש"ץ מיום ליום החזיר לידו השובר הנ"ל ובפרטות שגם אשת הנאמן מעידה על זה ואף שאשתו אינה נאמנת כמ"ש לעיל ס"א בהגה מ"מ אומדן דעת הוא שאמת הדבר ודומה לזה השיב הרא"ש הביאו הטור סי' ס"ה לענין שטר הנאבד כו' ה"נ ידים מוכיחות שלא פרע הנאמן כיון דכתב שובר ביד הש"ץ ואף היכי דליכא אומדנא והחנוני טוען ברי שנתן להפועל דעת י"א שאין הפועל נשבע רק היסת ק"ו בנ"ד שאין החנוני טוען ברי ושובר ביד הפועל וגם אשת הנאמן מסייעת להש"ץ שאין להקהל על הש"ץ אלא שבועת היסת שלא קיבל מיד הנאמן וישלמו לו השכירות עכ"ד ע"ש עוד בענין אם הקהל יכולים לגבות מיתמי הנאמן ויובא לקמן סי' ק"ח ס"ד סק"ה:

ג **מי שהוציא הוצאות כו'**. עיין בת' חוט השני סימן ל"ח אודות שמעון שהיה לו חוב אצל עו"ג והחוב נכתב על שם ראובן וביקש מראובן שילך לדון עם העו"ג על הוצאותיו ונתרצה ראובן וירד לדין והוציא הוצאות רבות יובא החוב לידי פרעון ובכלל ההוצאות מראה ראובן מה שאחד מן העירונים שהיה מן הפשרנים היה חייב לו לעצמו איזה סך ובשביל שטרח בדבר אינו פורע לו וטוען שמעון שאינו מחוייב ליתן מה שהעירון מעכב משלו כדין. ילך ויתבע את העירון וגם טוען שהעירון אמר שהוא מעכב בשביל שהי' עושה לו טובות הרבה בכל השנה והביא ע"א שאמר העירון כן וראובן משיב שהעירון עיכב רק בשביל מה שעשה טובה בחוב זה והשיב על זה וז"ל ובדבר ההוצאה דבר פשוט הוא שאין ראובן מחוייב להקניט את העירון ודבר זה מפורש בת' הרא"ש שהובא בב"י סי' קע"ו מחודש מ"ז (ובש"ע שם סעיף מ"ז) ואילו לא היה שוה בכדי ההוצאה והיה לראובן טובות אחרות מן העירון בשביל ההוצאה ההיא היו שמין שיעור ההטבה כמבואר באותה תשובה אך כיון שטוען ראובן ברי שהעירון עיכב לו בשביל חוב זה יקבל עליו ראובן בחרם שבן הוא ודברי העד לא מעלין ולא מורידין כי אולי העירון כיחש לו עכ"ל ולע"ד צ"ע מה שיראה מדבריו דשמעון מחוייב ליתן כפי כל החוב שהיה לראובן אצל העירון ובאמת נראה דיש לשום החוב כפי שווי לפי נכסי העירון ואלמותו

עיין לעיל סימן ס"ו סמ"א וכזה יתן לו. וגם מ"ש כיון שטוען ראובן ברי יקבל עליו ראובן בחרם שכן הוא לכאורה נראה דצריך לישבע על זה וצריך עיון:

ד **נשבע התובע**. ע' בת' חתם סופר חח"מ סימן ע"ח אודות אחד שהיה פרנס הקהלה ע"פ המלך והוציא הוצאות לצרכי הצבור ועתה אחר זמן רב שכבר ירד מהתמנות שלו תבע מהקהל סך רב שעדיין מגיע לו מחמת הוצאות שהוציא עליהם ופסק הרב השואל מאחר שאין לו עדים שתבע כן בשעה שירד מהתמנות שלו אם כן אחר שכבר עבר זמן רב ולא הזכיר כלום אינו נאמן ואפי' בשבועה לא יטול והוא ז"ל השיב כי יפה דן ויפה הורה דאל"כ לא שבקת חיי כל מי שהיה עוסק ומוציא הוצאות על נכסי חבירו פ"א שוב לעולם יתבענו ויוציא ממונו בשבועתו ועיין ביו"ד סי' רנ"ז בט"ז סק"ד כו' אע"ג דהתם בלא שבועה והכא בשבועה פשוט שאין סברא לחלק אמנם אם זה שהי' פרנס טוען על אנשים ידועים שיודעים שהגיד ככה בשעת מעשה ישביעם היסת על חלקם המגיע לפרעון ההוא ואם ישבעו שלא ידעו מזה כלום פטורים גם הם ואמנם אם יעידו כדבריו אם הם שני עדים כשרים הם יתנו חלקם ומחייבים כל הקהל בעדותם אך אם ידע זה אנשים ידועים שיודעים מזה יכול להחרים בבה"כ על עדות וכשלא ימצא עדות נפטרו הקהל מטענותיו ע"ש. והנה מדבריו מבואר דפרנס הקהלה יש לו דין שאר מוציא הוצאות ברשות דצריך לישבע (מיהו י"ל דשאני נידון הנ"ל שנתמנה פרנס ע"פ המלך ולא ע"פ הצבור) אכן בת' עבודת הגרשוני סימן י"ט כתב על שם תשובת מהרי"ו סימן קע"ג דפרנס שנתמנה על הצבור מדעתם א"צ ליתן חשבון כיון דהימנוהו עלייהו (וכן מבואר ביו"ד סימן רנ"ז ס"ב בהג"ה שכתב שם וה"ה בכל ממונים על הצבור ע"ש) וכתב עליו דנ"ל דה"ה שנאמן בלא שבועה אפי' להוציא מן הקהל אם דרך הפרנס להלוות לכיס הקהל דהא מהרי"ו שם מביא ראיה מפ"ק דב"ב ת"ר אין מחשבין עם גבאי צדקה כו' אם כן הא ג"כ נאמן בלא שבועה אפי' להוציא מן הקהל כדאיתא במרדכי שם כו' (וביו"ד שם ס"ו) והטעם נ"ל אף דשארי מוציאין הוצאות ברשות אמרינן משתבע האי דידע מ"מ גבי ג"צ פרנס חששו אם צריכין שבועה ממנעו ולא עבדו כמ"ש גבי אפטרופוס שמינהו אבי יתומים (ע"ל סימן ר"צ סט"ז בהגה וצ"ע) לכן האמינום בלא שבועה ונ"ל דה"ה גובה מסים כיוצא בו אם נתמנה על הצבור מדעתם ודרך הגובה להלוות מכיסו נאמן בלא שבועה אפי' להוציא מן הקהל עכ"ד. וע"ש עוד אודות ראובן שהיה גובה מסים כמה שנים בעיר טבריא והיה המוציא והמביא דקהל הנ"ל ואחר כך נתגרש משם מחמת המושל ובקשו הקהל ממנו חשבון והביא ראובן פנקס כתוב בו יציאתו וקבלתו ונמצא איזה פרטי הוצאות באיזה דפים כתובים באמצע ובסופי שיטות גם הסך הכל

הנרשם למטה בכל שולי הדפין הוא מכוון לאותן הכתובים באותו דף בראשי השיטות חוץ מאותן הוצאות הכתובים באמצע ובסופי השיטות הנ"ל והנה ראובן תובע מהקהל כמה מאות המגיעים לו ע"פ פנקס ההוא והקהל השיבו מאחר שנראים הדברים שראובן זייף אותן הוצאות הכתובי' באמצע השיטות גם הסך הכל מוכיח על זה ממילא אזדא נאמנתו ואבד חזקתו כו' וראובן מתרץ עצמו שזה היה לסיבה שלא היה מזומן אצלו הפנקס תמיד רק היה סגור בחדר הקהל כו' ושאל השואל מה דינם והשיב באורך שהדין עם הקהל דאע"ג דגובה מסים שנתמנה על פי הצבור מדעתם נאמן בלא שבועה אפי' להוציא כו' (כמ"ש לעיל) מכל מקום בנ"ד דאיתיילד ביה ריעותא בפנקסו אע"פ שהוא מתרץ ונותן אמתלא למה נשתנו זו מזו מ"מ מידי ריעותא לא נפק כי ודאי שערי תירוצים לא ננעלו ובפרטות מה שנמצא סך הכל של הדפים מכוון אל ההוצאות שנכתבו כסדרן הוא ריעותא גדולה א"כ י"ל אנן סהדי שאדעתא דהכי לא הימנוהו אותו הקהל עליהם ולע"ד זה דמיא למ"ש הטור בסימן ע"א סכ"ג בשם תשו' רבינו קלונימוס (בש"ע שם סי"ג) שטר שיש בו נאמנות ונמצא המלוה כפרן בדבר אחד ע"י עדים לא מהני ליה הנאמנות כו' והוח גם כן מטעם זה דאנן סהדי אילו הוה ידע הלוה שיהא המלוה מוחזק כפרן לא הוה יהיב ליה נאמנות והגם דשם נקט ע"י עדים לע"ד לאו דוקא הוא אלא אפי' אם הוחזק כפרן על ידי דבור מה שאנו מחזיקין אותו לכפרן מסתייע לבטל הנאמנות כו' והגם שיש מקום לבע"ד לחלוק ולומר שאין האמדנות בנ"ד עדיפי שיתבטל הנאמנות של הגובה על ידם כו' מ"מ י"ל אף אם יהיה כדבריו שהנאמנות שהאמין הלוה למלוה לא יתבטל אלא ע"י חזקה מעליא היינו משום שי"ל כי הלוה מקיים במלוה תומת ישרים תנחם כמ"ש בריש המפקיד אבל בנ"ד דליתא האי סברא אנו אומדין דעת הקהל אילו היו יודעים שום שמץ דבר בהגובה לא ביררו אותו להיות נאמן. כללא דמלתא נלע"ד שאין הגובה הנ"ל גובה כלום מן הקהל אפי' בשבועה לא מבעיא שכל ההוצאות שכתובות בפנקס שלא כסדרן פשיטא שאינו עולות לחשבון כלל אלא אפי' אם ימצא ע"פ החשבון של הוצאות שנכתבין בפנקס כסדרן עולות יתרות על הקבלות באופן שמגיע להגובה סך מה מן הקהל מ"מ אין הגובה מוציא מן הקהל כלום מכמה טעמים כו' עכ"ד עש"ב:

ה **התובע ונוטל**. עבה"ט עד וכתב עליו הש"ך דלא כוון יפה בתרתי כו' וע' בת' עבוה"ג סימן קי"ט ובתשובת בית אפרים חח"מ סימן י"א מ"ש בזה.

ו **נשבע האי דידע**. עי' בתשו' נחלת שבעה ח"ב סי' ס"ז:

ז **ויש רגלים לדבר**. עבה"ט מ"ש ומשמע דלא סמכינן כלל אפנקסו בזה וא"כ א"י להשביע כו' ובתומים מסיק דלענין דלהשביע כל הפנקס יש לו טענת ברי רק הכא

שנוטל ע"פ פנקסו צריך רגלים לדבר וכתב שכן מורין כל בעלי הוראה ע"ש והביאו ג"כ בנה"מ:

ח **רגלים לדבר** עבה"ט עד מיהו כתב שם דהרא"ש לא מיירי אלא באדם שכותב עסקיו מיד בפנקס כו' ועי' בתשו' רע"ק איגר ס"ס ק"נ:

ט **הוא אמת.** עבה"ט שכתב וכל זה בפנקס המחייב א"ע אבל לא המחייב את חבירו כו' וכ"כ בת' נו"ב תניינא סימן ט"ו וכתב שם שאין חילוק בין פנקס לפנקס אפי' מה שקורין אצל הסוחרי' (הויבט בוך) שהוא מדקדק בו מאד שלא ירע אומנתו אין לו שום יתרון בדיני ישראל וזהו הפי' מה שאמרו בירושלמי על המשנה בפ' כל הנשבעין חנוני על פנקסו לא במקיף אמרו כו' וכן מבואר בתשובת הרא"ש כלל פ"ו ע"ש:

י **נשבע בעה"ב.** עבה"ט וע' בקצה"ח ובנה"מ מזה וע' בתשובת בית אפרים חח"מ סי' י"א מ"ש בזה:

סימן צב

א **ושבועת שוא.** ע' בת' חות יאיר בסוף הספר בהשמטות שכתב מעשה בא לפני שתבע אחד שדכנות וזה כפר בו שמעולם לא דיבר עמו בזה וכאשר התובע אמר שיביא ראיה ועדים כעס הנתבע ורץ אל המזוזה ואמר הריני נשבע בשם שדי שאם יבא לי שבועה אשבע כי ידעתי דעתך שסבור אתה שאתפשר עמך ואח"כ הראה התובע כתבו וגם שאר ראיות והוצרך לתת לו שדכנות. ואחר זמן בא הנתבע לפני בדין ונתחייב שבועה ונסתפקתי אם נקרא שבועה שעשה מקודם שבועת שוא כי י"ל שאני נשבע שיאכל נבילות שנשבע בהחלט ועל דבר המצוי לו ובידו משא"כ זה אכתי לא בא לו השבועה וסבור היה שודאי יטריחו הדיינים לעשות פשר טרם יפסקו הדין ודברתי על לב הנתבע בפרך ובפה רך עד שפתיתיו ונתפשר עמו ולולא זה פרשתי מלדונו כי צל"ע אם נקרא חשוד עכ"ל:

ב **וי"א דדוקא בשבוע' דלשעבר.** ע' בספר שער משפט שהביא בשם כנה"ג שכתב בשם כמה פוסקים דכיון דהוי ספיקא דדינא מספיקא לא נפקינן ממונא ופטור הנתבע בלא שבועה והוא ז"ל כתב עליו ולפע"ד נראה להיפך כיון דאין הספק בגוף השבועה דהא חייב שד"א בודאי אלא דהספק הוא אי מצינן להשביעו דהא אם הוא חשוד אסור להשביעו אף שהתובע רוצה כמבואר בס"א וא"כ כידן דהוא חייב שד"א בודאי ואינו יכול לישבע משלם כו' ולא מבעיא לשיטת הסוברים דאף בדבר דלא הו"ל למידע אמרינן משואיל"מ והש"ך הסכים לזה בסימן ע"ב ס"ק נ"א אלמא אף שהנתבע לא פשע במה

שא"י לישבע אפ"ה חייב לשלם א"כ ה"נ כיון דהוא ספק חשוד ולא מצינן להשביעו חייב לשלם אלא אפי' לשיטת התוספת והרא"ש והרשב"א שם דלא אמרינן משואיל"מ אלא בדבר דה"ל למידע אבל בדבר דלא ה"ל למידע כיון דלא פשע במה שאינו יודע לא אמרי' משואיל"מ מ"מ נראה בשבועה דלהבא כיון דעכ"פ פשע במה דלא קיים שבועתו דנהי דאינו נפסל משים כך משום דכפאו יצרו מ"מ עבירה עשה שעל ידה לא מצינן להשביעו ונולד לנו ספק אמרינן ביה משואיל"מ כמ"ש הש"ך שם בשומר שעירב הפקדון בין פירותיו כו' אמנם בשנים מעידים על אחר שהוא פסול באחד מן העבירות ושנים אחרים מכחישים אותם דנתבאר בסימן ל"ד סכ"ח דהוי ספק פסול בכהאי גוונא אם זה הספק נתחייב שד"א כיון דאנן לא ידעינן אם זה עשה שום עבירה כלל נראה דתליא בפלוגתא זו כו' עש"ב:

ג **בין של דבריהם. עבה"ט ובגליון ש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב וז"ל ואפי' בלא הכרזה פסול לשבועה כ"כ במהר"מ שיף פרק קמא דב"מ בסוגיא דההוא רעיא. ובכנה"ג כאן בסימני הטור מסתפק בזה עכ"ל. אמנם הגאון הנ"ל עצמו בגליון המשניות פ' זה בורר בתוספת רע"ק אות ט' מחלק בדין זה שכתב שם דלכאורה הא דפסול מדבריהם בעי הכרזה (כדלעיל סימן ל"ד סכ"ג) דוקא לפסלו לעדות אבל לפסלו משבועה א"צ הכרזה וזה מוכח ממה דפריך בפ"ק דב"מ ותיפוק ליה דה"ל רועה וחולם מדברי תוספת ב"ק דף ס"ב ד"ה חמסן מבואר דגם לגבי לפסול משבועה צריך הכרזה לכן נלע"ד דהכלל כך הוא כל שהוא לפסידא דאחריני תיקון רבנן דלא נפסל בלא הכרזה אבל לגבי עצמו פסול בלא הכרזה ומש"ה בההיא דפ"ק דב"מ שפיר צרכינן כו' אבל בההיא דב"ק כו' וא"כ יוצא מזה חילוק לדינא דפסילי דרבנן בלא הכרזה אם חייבים לאחרים שבועה דאורייתא הדין שכנגדו נשבע ונוטל ואם חייב שבועה דרבנן דאם לא ישבע יפטר לגמרי צריך לישבע דלא מפסדינן זכותא דאחריני כל זמן שלא הכריזו עליו עכ"ד ע"ש עוד וע' בתומים לעיל סימן ל"ד ס"ק כ"ב ובספר שער משפט סק"י ובס' בר"י לעיל סימן ל"ד אות י"ז ואות כ"ז ג"כ מענין זה:**

ד **כגון מפריחי יונים.** ע' בס' שער משפט סק"ג שכתב דלדעת הי"א בסימן ל"ד ס"ג בהגה לענין פסול לעדות משום עבירה דרבנן בעינן שעבר משום חימוד ממון ה"ה הכא לענין לפוסלו לשבועה דלא פלוג רבנן בתקנתן כו' ע"ש:

ה **עד שיבואו עליו עדים.** ע' בת' חו"י בסוף הספר בהשמטות שכתב דצ"ע אם דיין אחד יודע שזה חשוד ושני דיינים שעמו אין יודעים והנכון שימנע מן הדין. וכן בעד כה"ג צ"ע אם הדיין ואפס זולתו יודע שהעד המעיד פסול איך יעשה ע"ש:

ו **והוא חשוד על השבועה.** בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ואם בשעה שהודה לא היה חשוד ואח"כ קודם שנשבע נעשה חשוד או בהיפך דבשעה שהודה הי' חשוד ואח"כ עשה תשובה ע' קצה"ח ס"ס ס"ט:

ז **נשבע ונוטל. עבה"ט מ"ש וכתב הש"ך דאין חילוק בין מ"מ ובין עד אחד מכחישו כו' ובש"ך מסיים על זה דכן הוא בת' הרא"ש כלל י"א בהדיא כו' ע"ש וע' בת' נו"ב תניינא סימן כ"ז דרב אחד הקשה לו למה הוצרך הש"ך להביא ראי' מת' הרא"ש הלא הוא גמרא ערוכה שבועות דף ל"ב ע"ב והוא ז"ל השיב לו דהש"ך לא הביא ראי' על גוף הדין דודאי גוף הדין מפורש בגמרא רק על טעם הדין כי בגמרא הי' אפשר לפרש טעמו של מהר"ם בתשו' מיימוני לספר משפטים סימן ס"א ויש נפקותות לדינא בין טעמו של מהר"ם ובין טעם הש"ך ט"ז הביא ראי' מתשובת הרא"ש ע"ש באורך וע' בת' רע"ק איגר סי' קע"ח שכתב ג"כ ישוב על קושיא הנ"ל:**

ח **אבל בלא"ה לא** עסמ"ע ס"ק כ"א וש"ך סק"י וע' בתשו' נו"ב תניינא סימן י"ז מ"ש בזה:

ט **היה החשוד שומר.** עבה"ט ס"ק ט"ו וט"ז וע' בת' נו"ב תניינא סימן ט"ז מ"ש בזה:

י **גובה בלא שבוע'.** עבה"ט ועיין בש"ך ס"ק י"ד מ"ש. וכן משמע לי מפי' רש"י פרק הכותב (כתובות דף פ"ה) כו' דלא תימא דמיירי בנתחייב' שבוע' על כתובתה כו' ולכאורה אינו מובן דהא בכתוב' דרבנן כ"ע מודים דאם היא חשוד' תפסיד כמ"ש הש"ך בעצמו לעיל סימן פ"ב ס"ק י"ט ע"ש וע' בת' ח"ס סימן ע"ה מ"ש בזה:

יא **אין שכנגדו נשבע ונוטל.** ע' בת' עבוה"ג סימן צ"א במעשה שלבן לוה מן יעקב סך מאתים ר"ט טוב מעות ובאותו מעמד חזר יעקב ונתן ללבן חמשים ר"ט מעות בינוני ולבן יחזור ויתן לו תמורתן טוב מעות ושכח יעקב ליקח החמשים ר"ט ט"מ עד למחרתו תבע יעקב אותן מן לבן ולבן משיב כבר נתתים לי אתמול ולבן זה מוחזק לרמאי ועד א' מעיד עליו שכבר נשבע לשקר עבור חצי ר"ט ושאל השואל אם יש כח ביד הדיין להפך השבועה על יעקב התובע או שישבע לבן שבועת היסת ויפטר. והשיב לכאורה נראה שאין להפסיד ללבן זכותו לא משום שעד א' מעידו שנשבע לשקר ולא משום שהוא מוחזק לרמאי כו'. אמנם נלע"ד אם יש לדיין אומדנות מוכיחות שלבן משקר ומכחיש ודאי יש בידו להפך השבוע' על שכנגדו אע"פ שהגאונים אחזו לנו השער הובא בהרא"ש פרק הכותב כו' (ע' לעיל סימן ט"ו ס"ה) מ"מ נראה דדוקא לענין לומר קים לי בגויה להפך שבוע' או לאורועי שטרא אבל ע"י אומדנות דמוכחות ודאי יש לנו רשות לדון גם בזה"ז וכן מצינו בכמה תשובות הרא"ש ושאר אחרונים כו'. כללא דמלתא בנ"ד אם יש אומדנא דמוכח שלבן משקר ומכחש יש כח ביד הדיין להפך השבוע' אבל אם אין כאן

אומדנא רק משום עד אחד מעיד עליו שנשבע לשקר ומשום שהוא מוחזק לרמאי אין כח ביד הדיין להפך השבועה ולהוציא ממון אבל מ"מ הרשות בידו להחמיר בשבועה לפי ראות עיניו אע"פ שאינו מחוייב רק היסת עכ"ל ע"ש: וע' בת' שבו"י ח"ג סי' קנ"ב נידון מומר לעבודת כוכבי' שרוצ' למכור מקומו בבה"כ וא"י למכור אם לא שיכריזו תחלה בבה"כ אם אין עליו שום עיקול ובאמת אין מעקלין על תביעת בעל פה ויש כאן יהודי סוחר איש מוחזק לנאמן וכשר שיש עליו חוב בפנקסו אי יוכל לעקל או לא והשיב נ"ל דיוכל לעקל כיון שהסוחר הוא איש מוחזק לכשר ונאמן וכתוב כן בפנקסו והוא נשבע ונוטל אף על גב דשבועת היסת לא אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל מ"מ הכי דייניגן ליה וכל דכוותיה וכן עשיתי הלכה למעש' והסכימו עמי בי דינא עכ"ל ועמ"ש לעיל סימן ט"ו ס"ה ס"ק ט"ו:

יב **יכול לומר**. ע' בה"ט עד ונרא' פשוט דגם אם ירצה התובע יאמר לא אשבע כו' וע' בת' בית אפרים חח"מ סימן ע"א שכתב ע"ד סמ"ע אלו וז"ל ולכאורה דינו צ"ע דאם הברירה ביד התובע להכריח להחשיד לקבל ח"ס מה נ"מ בזה שכתב הרמ"א מיהו הנתבע יכול לומר דודאי אם הנתבע אומר והתובע מרוצה מי ימחה בידם לעשות כרצונם ואם מיירי שאין התובע מרוצה לפטור את זה מקב"ח ע"כ שהוא רוצה ממנו שהוא יקבל בחרם ויהיה פטור וא"כ האיך כתב מיהו הנתבע יכול לומר כו' שהרי לדברי הסמ"ע באמת א"י לומר כן ופשיטות דברי הרמ"א משמע שהברירא ביד הנתבע ומ"ש הסמ"ע דודאי לא עדיף כחו דנחשד כו' לפע"ד אין ראיה מסימן פ"ב בנשבע ונוטל לשיטת הסמ"ע גופיה בסימן פ"ז סכ"ב דנשבע ונוטל ג"כ צריך שכנגדו לקב"ח תחלה כו' וצ"ע עכ"ל ועיין באו"ת מזה. ומ"ש הבה"ט בענין אם בהיפוך שבועה יש קב"ח על המהפך כו' עמ"ש בזה לעיל סימן פ"ז סכ"ב ס"ק כ"ג:

יג **שטר על היתומים**. עבה"ט וע' בת' בית אפרים חח"מ סימן ו' בדין כוכבים שמוציא שטר על היתומים והאריך בזה ומסיק וכו' ולדינא כבר כתבתי דמשמע מהש"ס וכן מבואר מתשובות המכונות להרמב"ן סי' כ"ב דלא דייניגן דין חשוד בע"א הבא לגבות בשטר שבידו ונראה שטעמו משום דלע"א ודאי לא פרע ולא מתפיס ליה צררי עד שיקבל השטר כיון שידע שהע"א יכול לבא עליו בעקיפין לגבות ממון בלא שבוע' כלל כו' ע"ש מ"ש על דברי התומים סי' ק"י סק"ב בזה:

סימן צג

א **בטענת שמא.** ע' בנה"מ שכתב דדוקא בטענת שמא אבל בטענת ברי כיון שיש להנתבע חזקה דאין אדם מעיז אינו יכול להשביע שבועה חמורה רק שבועת היסת אם לא שיש עליו ש"ש מכח טענת שמא יכול לגלגל גם כן אטענת ברי כדמוכח בסעיף י"ב כו' ע"ש וכ"כ בס' שער משפט והאריך בזה עש"ה:

ב **אותם ב"ד.** עבה"ט בשם סמ"ע עד והמחבר אזיל לטעמיה דס"ל דבשבועות שמא הללו א"צ להיות מ"מ כו' וע' בת' רבינו עקיבא איגר זצ"ל סי' נ"ג שתמה ע"ד סמ"ע אלו דהא אדרבה דעת המחבר דצריך להיות מוב"מ וכמ"ש הסמ"ע עצמו לקמן סק"ז וכמו שסתם הש"ע לקמן סי' ר"צ סי"ט והניח בצ"ע ע"ש. וכבר הק' כן השואל בת' נו"ב תניינא חח"מ סי' כ"א והוא ז"ל השיב לו כי הסמ"ע מחלק לדעת המחבר בין אפטרופוס לשאר נשבעים בשמא דכל הנשבעין בשמא א"צ הודאה זולת אפטרופוס כו' ע"ש. ובהגה מבן המחבר שם כתב דט"ס יש בדברי סמ"ע אלו וצ"ל דבשבועות שמא הללו צריך להיות בהן מוב"מ וכוונתו דלכך השמיט המחבר דין מינהו אבי היתומים דהואיל והמחבר ס"ל דגם במינוהו ב"ד א"צ לישבע כ"א במודה במקצת א"כ צ"ל דבמינהו אבי יתומים פטור לגמרי כו' ע"ש:

ג **עד שיחשוד כו'.** כ' הט"ז היינו שיהיה לו איזה הוכחה שיחשוד אותו אבל אם מודה שאין לו שום הוכחה לחשוד אותו אינו משביעו כמ"ש בסי' פ"ז סי"א כו' ע"ש וע' בתשובת שבו"י ח"א סי' ס"ג שכתב דאפילו אינו רוצה להשביע לגמרי רק להפסידו כדי להתפשר עמו למלאות קצת היזקו אסור לעשות כן חי לא חשיד ליה וראיה מלעיל סי' י"ב ס"ו מי שתובעין אותו כו' אסור לבקש צדדים כו' ואם אמרינן כן על הנתבע מכ"ש על התובע ע"ש ופשוט הוא. וכתב עוד הט"ז שם ונ"ל דהא דבעינן כאן שתי כסף הוא לענין שבועת המשנ' אבל היסת מיהא בעי אפי' בטוענו פרוטה דהיסת אין לו שיעור וכ"ת דלא תקנו כאן כיון דספק הוא תובעו הא ליתא דכיון שיש כח בספק זה להשביעו בנק"ח בדורות הראשונים שלא היה היסת ה"ה האידנא אחר תקנת היסת דה"ל כטוענו ודאי והיסת א"צ שיעור כו' ומסיים שזה ברור ע"כ ועיין בספר שער משפט לקמן סק"ד שחולק עליו דאישתמיט ליה דברי הש"ע סי' ר"צ סי"ט דבפחות משתי כסף אינו נשבע היסת אלא בטוען ודאי ע"ש אולם בתומים סק"ג הקשה ג"כ על הט"ז מדברי הש"ע סי' ר"צ הנ"ל ואעפ"כ אינו מדחה לגמרי דברי הט"ז ואדרבה הביא לו ראיה מדברי הראב"ד שבטור סי' ר"צ סכ"ה ומסיים ולכן אף כי לדינא נר' דכניס דברי הט"ז מ"מ קשה לפסוק

נגד הש"ע דסי' ר"צ והרמ"א שלא הגיה שם כלום. אם לא כפי ראות עיני הדיין באומדנא עיין שם ועמ"ש לקמן סק"ה:

ד **המשביע אותן**. כתב כנה"ג בהגה"ט אות ז' וז"ל מל' רש"י ז"ל נראה שצריך שיחשדנו המשביעו שעכב מחלקו שני מעין אפילו שיהיו שותפין הרבה ולא סגי שיטעננו טענת שתי כסף לכל השותפין אבל מורי הרב בת' חח"מ סי' ק"ה נסתפק בדבר עכ"ל. והנה הרב כנה"ג קיצר קצת כי בת' מהרי"ט רבו שם מבואר דאם השותפים לפנינו ותובעים לאחד בשתי כסף בין כולם פשיטא ליה דמשביעין אותו אף דליכא ב' כסף לכל אחד ולא נסתפק אלא היכא דליתנהו קמן אלא חד מנייהו תבע בשביל כולם וז"ל שם ויש להסתפק אי בעינן שתהא כאן טענת ב' כסף אצל זה השותף לבדו או דילמא כיון שטענו טענת ב' כסף לכל השותפים מתחייב שבועה ויש ללמוד מהא דאמרינן בפרק מי שהיה נשוי הני תרי אחי ותרי שותפי דכל חד וחד שליחותיה דשאר שותפי עביד היכא דאיתנהו במתא א"כ אילו הוו כולהו קמן ותבעו להא בשתי כסף בין כולם משביעין אותו השתא נמי דליתנהו קמן התובעים כולם דמי דשליחותייהו קעביד ושמא כיון דבעינן שיהא חושדו בב' כסף יכול לומר זה שמא שותפי האחר לא יחשדיני כמוך ונמצא שאין כאן טענת ב' כסף עכ"ל ועיין בספר ברכי יוסף לעיל סי' ו' אות ו' שהביא דברי מהרי"ט הנזכר וכתב גם כן דפשיטא ליה להרב ז"ל דאי הוו כל השותפין קמן ותבעו ליה ב' כסף בין כולם משביעין אותו אלא היכא דליתא קמן רק חד מנייהו מספקא ליה משום דמצי לומר שמא שותף האחר לא יחשדני אך הביא שם בשם גדול אחד שהקשה ע"ד מהרי"ט מקידושין דף ז' בעי רבא שתי בנותיך לשני בני בפרוטה מהו כו' ומב"מ דף כ"ז ע"ב אמר רבא הא דאמרת בשלשה אינו חייב להחזיר לא אמרן אלא דלית ביה ש"פ לכל חד וחד כו' (עיין בספר שער משפט הק' גם כן הכי על מהרי"ט מהנ"ל מש"ע לקמן סי' רס"ב ס"ב שמקורו מגמר' דב"מ הנ"ל ומכח קושיח זו חולק עליו לגמרי ופסק דבעינן דוקא שיהי' ב' כסף לכ"ע מהשותפים ולא מצרפינן להו אהדדי ע"ש) והוא ז"ל העיר עוד ע"ד מהרי"ט אלו מכתובות דמ"ו דבעי ר' ירמיה שכרן בפחות מש"פ מהו שניהן בפרוט' מהו כו' ומב"מ דצ"ו בעי רמי בר חמא כו' שאל שתי פרות לעשות בהם פרוט' מהו כו' והאריך בזה עש"ה: ולע"ד נראה לכאור' דגם מהרי"ט ז"ל לא קאמר אלא לענין ב' כסף אבל מ"מ מודה דבעינן שיגיע לכל אחד מהשותפים שוה פרוטה דבציר מש"פ לאו ממון הוא בשום מקום ואפשר להסביר יותר דגם מהרי"ט ז"ל לא פשיטא ליה דבתר נתבע אזלינן רק גבי ב' כסף דהטעם דבעינן שיחשדנו בשתי כסף הוא שיהא קרוב לשבועה דאורייתא במודה במקצת אלא שטענת שמא היא כמ"ש רש"י בשבועות דף מ"ח ע"ב

וגבי מודה במקצת קי"ל כרב דאמר כפירת טענה ב' כסף ומפרש בגמרא שם דף ל"ט ע"ב אמר לך רב כסף כי אתא מעיקרא לכפירה הוא דאתא דאם כן לכתוב רחמנא כו' א"כ גלי לן רחמנא דהקפידא מכסף הוא על כפירת הנתבע מש"ה פשיטא ליה למהרי"ט דבתר נתבע אזלינן. אבל בכל הני דמייתי הבר"י הנ"ל גבי פרוטה דהטעם דפחות מפרוטה לאו ממון הוא י"ל דבעינן שיהא ש"פ לכל הצדדין וצ"ע ועמ"ש לעיל סי' ו' ס"ק א':

ה **בשתי מעין כסף.** עבה"ט ועיין בתשובת כנסת יחזקאל סי' צ' שכתב שכל ימיו היה מצטער על מה שהדין פשוט בכל בתי דינין לפסוק שבועת שותפין אף בלי הודאה ומדוע לא יוכל הנתבע לומר קים לי כרש"י והרמ"ה והרשב"א והטור ובפרט שכ"כ בהדיא בת' הרשד"ם סימן קנ"ט וז"ל אף דרבים הסוברים שבועת שותפות לא בעינן הודאה מ"מ אחר דרש"י והרשב"א והרמ"ה ס"ל דבעינן הודאה אין בידינו להכריח לישבע שיאמר קים לי כהני רבוותא ואין לו רק חרם סתם עכ"ל וכ"כ בתשו' מהר"א ששון סימן קי"ד אות באות וכ"כ במשפטי צדק סי' ע"ג ומדוע לית דחש להני רבוותא ושוב מצא ישוב נכון לפי שמצא בבעל העיטור אות ש' שותף. שדעתו גם כן כרש"י דבעינן הודאה פרוטה דליהוי כעין דאורייתא וכתב שם דאם נשאר מהשותפות אף שלא ביד הנתבע ה"ז כמודה במקצת והוי גם כן כעין דאורייתא ומעתה י"ל דאין כאן מחלוקת כלל וגם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש סברי כרש"י דצריך הודאה פרוטה ומה שלא הזכירו לפי שסמכו ממ"ש אח"ז דאין משביעין רק דוקא אם נשאר בשותפות ש"פ שלא חלקו (וכמ"ש בש"ע לקמן סעיף ח') כו' וגם רש"י י"ל דמודה לזה דזה הוי כהודא' ולפ"ז כל הפוסקים כולם בחדא מחתא דבעינן הודאה פרוטה אך מה שנשאר בשותפות הוי כהודאה פרוטה. ויפה אנו דנין לפסוק שבועת שותפין אף בלי הודאה כ"א שישאר שוה פרוטה בשותפות שלא נתחלק עיין שם עוד (גם בתומים סעיף קטן ג' כתב סברא זו עיין שם באורך) . ומה שתמה שם בתחלת התשובה על תשוב' הרדב"ז ח"א סימן ר"ב שכתב דהלכה כרש"י אלא דאין נפקא מינה האידנא רק לענין נקיטת חפץ אחר שתיקנו היסת. והשיג עליו דהא היסת לא נתקן כ"א על טענת ברי עיין שם. לענ"ד אין כאן השגה די"ל דהרדב"ז סבירא ליה כדעת הטורי זהב שהבאתי לעיל בד"ה עד שיחשוד. דבשותפין טענת שמא הוי כטוענו ודאי ושוב חפשתי ברדב"ז. (בדפוס סדילקאב הוא בחלק ד') וראיתי שהרדב"ז עצמו כתב זה וז"ל אבל האידנא לא נ"מ אלא לאנקוטי חפצא אחר שנתקנה שבועת היסת כו' ואע"ג דשבועת היסת אינה באה אלא על טענת ברי הני מילי בשאר טענות אבל בשותפין וחברותיה שעיקרה אינה אלא על ספק גם בשכופר בכל נשבע ש"ה עליה אפי' שהיא

שמא עכ"ל וחידוש בעיני על הגאון בעל כנ"י שהביא תחלת דברי הרדב"ז ולא ראה סוף דבריו בענין זה. וע' בת' רבינו עקיבא איגר סימן נ"ג:

ו **הרי היורש משביע כו'**. עמ"ש לקמן סימן קע"ו סל"ג ובנ"צ שם:

ז **ויש חולקין בזה**. עבה"ט וע' בת' נו"ב ס"ס ל' שכתב על נדון דידיה (שנחלקו הדיינים אם לחייב להקצין ר' וואלף שבועת המשנה או לא כיון שנוטל שכר) וז"ל ואמנם בגוף הדין הרב מהר"ג שפטרו טעה בשיקול הדעת וחוזר דשיקול הדעת היינו סוגיא דעלמא כחד מנייהו וכאן סוגיא דעלמא כהרמב"ם לחייב שבועה אף בנוטל שכר וכל שטרי עיסקי יוכיחו שהרי אין להם היתר אלא בנותן שכר עמלו ובכל יום בכל בתי דינים אם טוען לא הרווחתי חייב לישבע כו' ועוד שנ"ד גרע טפי שהרי אנו רואין שהקצין ר"ו רוצה לחוור בו מכלל ששכר זה אינו מספיק לו הן מצד שהוא נגד כבודו או שאר מניעות וא"כ כיון שהשכר קטן בעיניו שוב מורה היתירא כו' עכ"ל ע"ש. והנה מ"ש הגאון ז"ל דסוגיא דעלמא כהרמב"ם לחייב שבועה אף בנוטל שכר וכל שטרי עיסקי יוכיחו כו' ע' בנה"מ שמדבריו לא נראה כן רק דבאמת הוא ספיקא דדינא והא דפוסקין בשטרי עיסקא שבועה היינו משום דתקנת מהר"ם הי' כך בוועקסלין שנעשו עצה"ע להשביע כשטוען לא הרוחתי ע"ש. וע' בתשובת בגדי ישע סימן מ"ז שכתב ע"ד הנה"מ הנ"ל ולי נראה טעם אחר בשטרות שעל צד היתרו שצריך לישבע אף להיש חולקין כי היש חולקין אלו מיירי במשלם לו שכר עמלו במלואו כפי שווי הטרחה והעמל כמשמעות ל' רמ"א שכתב אע"פ שנותן לו שכר עמלו בזה אמרינן שפיר שאינו מורה היתר כיון שקיבל כל שכרו בשלימות אבל בשטרי עיסקא שלנו שנותנין לו רק פרוטה בהתחלת העיסקא או מטבל עמו בציר בזה ודאי גם היש חולקין מודים דצריך לישבע עכ"ד. וע"ש עוד בענין אם מת הלוה תוך זמן פרעון ופסק שהיתומים פטורים מכל הרווחים שפסק אביהם ודלא כשוו"ת טור האבן סימן ת"ד עש"ב ויובא לקמן ק"ח ס"ד סק"ד:

ח **ויכול כל אחד להשביע את חבירו**. ע' בת' שבו"י ח"א סימן קנ"א שכתב דהמנהג לעשות גורל מי נשבע תחלה אבל אין משביעין שניהם ביחד וה"ה בעלמא בשניהם שתבעו זה לזה ונתחייבו שניהם לישבע יש לעשות גורל ולא להשביע אותם ביחד וסמך לדבר הא דאיתא בסוטה אין משקין ב' סוטות כאחת כו' ואפי' אם נתחייב אחד שבועה דרבנן והשני שד"א אין לזה דין קדימה כו' (ע' מ"ש בזה לעיל סימן ט"ו ס"ב סק"ד ע"ש) וע' בת' גליא מסכת סימן י"ב כתב שהוא רגיל לפסוק כשבאין לפניו ב' בעלי דינין ומתוך טענותיהם יוצא פסק שיש זכות לכל אחד להשביע את חבירו על תביעות שנעשו מזה לזה הוא אומר שמי מהם שנוגש ומהדר את הגמר וסוף הוא ישבע תחלה ואחר כך

יתברר בירור תביעתו להשביע מי מהם שאינו דוחק את השעה על גמרו של דבר אין השעה דוחקתו לשבע תחלה כי הסברא הוא שמי מהם שדוחק לגמר הוא נקרא מוציא מחבירו ועליו הראיה לברר עניינו ע' שם וכפי הנראה לא ראה דברי השנו"י הנ"ל. ואני שמעתי מקצת דיינים זקנים שנוהגין באם שהנתבע משיב יש לי בידך כנגדו יותר מסך שאתה תובע ממני סך כך וכך ונעשה הנתבע תובע והלה משיב להד"מ אין משביעין להנתבע השני על סך העודף שאומר זה רק פוסקין קב"ח והטעם נ"ל כיון דטענת יש לי בידך כנגדו היא טענה גרועה ואינו מועיל אך לפטור את עצמו אלא במגו דפרעתי כמ"ש הש"ך בסימן ע"ה ס"ק כ"ב וא"כ על זה הסך שחוזר הנתבע ותובע להתובע שלו דליכא בי' מגו אין משביעין עליה כיון שהטענה גרוע וליכא דררא דממונא כמבואר בסימן סל"ח בהגה ועמ"ש שם וצ"ע ונראה שהדבר תלוי בראות עיני הדיין וע' מ"ש לעיל סימן פ"ז ס"ל ס"ק ל"ג:

ט **שאם פטרו משבועה א"י לגלגל.** בד"מ כתב על זה וז"ל אבל נ"י פרק הכותב דף תקי"ד כתב דאע"ג דפטרו מן השבועה יכול לגלגל עליו וכן כתב הרמב"ן בשם גאון כו' עכ"ל גם בב"י לעיל ר"ס ע"א הזכיר דברי נ"י אלו לענין נאמנות ע"ש וגם בחמ"ח וב"ש בא"ה סימן נ"ח ס"ד הביאו דעת הנ"י הנ"ל אכן דעת המחבר ורמ"א שלא הזכירו דעה זו בש"ע כלל לא כאן ולא באה"ע שם ש"מ דלא חשו לדעה זו כלל רק ס"ל כדעת הרא"ש פרק הכותב ורבני צרפת שהביא הב"י ס"ס זה וכ"כ דעת הב"ח ס"ק זה וע' בש"ך לעיל סי' ע"א סקי"ד מזה: וע' בת' אא"ז פמ"א ח"ב סימן קל"ז בעובדא בב' שותפים שתבעו זא"ז לפני ב"ד ופסקו שבועת השותפים לכאו"א כד"ת ואח"כ נתפשרו ומחלו זה לזה השבועה ואחר איזה ימים נתחייב שותף אחד לחבירו שבועה בממון אחר והשותף רוצה לגלגל עליו שבועת השותפים הראשון ופסקו קצת דיינים שמחוייב לישבע ע"י גלגול אף שפטרו ומחלו זה לזה השבועה מ"מ מן גלגול השבועה לא פטרו כדעת הרמב"ן והנ"י הנ"ל והוא ז"ל השיב שטעו בזה חדא דאף בדין הנ"י שנתן לו נאמנות ופטרו מתחלה ג"כ דעת הש"ע והרמ"א שא"י להשביעו אף ע"י גלגול והש"ך בסי' ע"א הניחו בצ"ע בודאי יוכל המוחזק לומר קים לי ועוד שגם הנ"י לא מיירי אלא בכתב מתחלה נאמנות ופטרו קודם שנפלו טו"ת ביניהם אבל אחר לאחר שנפלו טו"ת וירדו לדון ונפסק שבועה ושוב מחלו זה לזה א"כ בודאי סברי וקבלו אף אם עשה לו טול במשא ומתן ומחל לו בזה לא עלה על שום פוסק לגלגל עליו שבועה הראשונה דאין אחר מחילה כלום עש"ב:

י **והחוב שנשאר להם אצל אחרים דבר ידוע הוא** ע' בת' זכרון יוסף סימן ד' דהרב השואל פי' דהיינו ביודעין בבירור סכום החוב וכמה יגיע לכל א' כגון שהוא בטוח מאד

או שיש משכון עליו וע"כ רצה לומר בעובדא דידיה שהוצרכו לירד בדין עם הבע"ח ואין יודעין עכשיו כמה יתחייב להם לא מקרי דבר ידוע ולא הוי כחלקו. והוא ז"ל האריך לסתור דבריו וכתב בסוף וז"ל נ"ל ברור ואמת בלי פקפוק וגמגום כלל דדברי הרמב"ם והטור והש"ע אימרים אפי' נשאר להם חובות אצל אחרים שאין סך החובות עכשיו ידוע מ"מ מקרי חלקו כיון דידוע החוב לב' השותפים וידוע להם כמה יקח כל אחד מהם מן כל דינר ודינר שיופרע להם מן החוב שהרי הפוסקים לא כתבו מתחלה חובות ידועים אצל אחרים אלא כתבו חובות אצל אחרים דמשמע יהי' סכומם ידוע או לא כגון עיסקא וסרסרות שאינו קצוב או מלוה על פה שא"י להם סכומה או מלוה בשטר שפרע עליו ואינו יודע כמה פרע וכן כתבו אחר זה והחוב דבר ידוע הוא ולא כתבו וסך החוב ידוע הוא משמע בהדיא דמיירי אפי' בשאין סכום החוב ידוע להם עכשיו ומ"ש החוב דבר ידוע הוא היינו שידוע להשותפים שנשאר אותו החוב בשותפות וידוע להם כמה יטול כל אחד ממה שיגבו כנ"ל מש"ה שפיר מיקרי חלקו ותדע מדמפלגי הפוסקים הנ"ל בין חובות ובין דבר שא"י משקלו ליפלגו וליתני בחובות גופיה וכ"ת מאי שנא חוב שסכומו אינו ידוע להם מדבר שסכומו בלתי ידוע להם או שא"י משקלו שנא ושנא דחובות אין יכולים לחלוק ועכשיו החוב בענין אחר ואם כן כבר עשו חלוקת האפשרי ביניהם וכיון שלא תבעו שבועת השותפות זה על זה כבר מחלו זה לזה משא"כ אם נשאר דבר שאינו קצוב ויכולין לחלקו אם ירצו מצי כ"א לומר עדיין לא מחלתי הש"ש שהרי הייתי יכול לחלוק עמו אותו הדבר שאינו קצוב ולא חלקתיו כדי לתבוע עליו הש"ש משא"כ לענין חובות שאין יכולים לחלקם בענין אחר אע"פ שאין קצובים כיון דמ"מ יודעים כמה יטול כל אחד מן כל דינר ודינר שיופרע כקצוב וכחלוק דמי וזה נ"ל ברור ואמת להלכה ולמעשה עכ"ל ע"ש:

יא **ומשביעין זה את זה.** עיין בישו"ע פ"ח דב"ק סימן כ"ח דאם אשת השותף הוא ג"כ נו"נ בשותפות אף היא צריכה לישבע ע"ש והובאו דבריו באו"ת ובקצה"ח ע"ש ובאו"ת כתב עוד ואפשר אפי' נתן לשותף פטורים על השבועה מכל מקום יוכל להשביע אשתו אם לא זכרה בפי' כו' ע"ש:

יב **אין אומרים שישבע ראובן.** עמ"ש לקמן סימן קע"ו ס"ו סק"ח:

יג **כדי שישבע ויטול.** עיין בת' הרדב"ז ח"ד סימן ק"ב דאם מודה בפחת והיזק שנעשה בשותפות או שידוע בעדים אלא שטוען שמא הרוחת ממקום אחר שיתמלא בזה מעות השותפות נשבע השותף שלא הי' ריוח ממ"א והפחת שידוע או מודה ישלם דאל"כ לעולם לא יפרע פחת כו' ע"ש והובאו דבריו באו"ת ובקצה"ח ובנה"מ ע"ש:

יד **שלא פרע לוי**. עבה"ט עד ובעלילה בא על ראובן ואין אדם נתפס על חבירו כו' וע' בתומים ס"ק י"ד שכתב עליו דבריו תמוהים דהא לוי פושע דלא פרעו לעובד כוכבים בעדים כו' ועוד הא אנן קאמרינן להו מתחלה כיצד יעשה ואם כן למה לא אמרינן ליה לא תתן להע"א אלא בעדים או בשטר פטורים כו' ע"ש וע' בת' בית אפרים חח"מ סימן ו' שכתב דיש ליתן טעם לדברי הסמ"ע על פי דברי הרמ"א בסימן נ"ה בשליש שהחזיר השטר הוה ליה גרמא ובת' הרשב"א מבואר דאפי' מסרו לע"א פטור ואם כן לא גרע הך שפרע לוי שלא בעדים מאם מסר לו שטר פרוע דפטור והתומים לשיטתו בר"ס נ"ה דסבירא ליה דאם מסר לעו"ג באמת חייב: אך באמת לא ידענא מה קשיא להאו"ת על הסמ"ע דהא בש"ע לא מיירי שדינו עם לוי רק עם שמעון השותף דאף אם לוי הוא פושע מכל מקום היכא דליכא לאשתלומי מלוי כגון דלית ליה וכהאי גוונא לא משתלם משמעון דשמעון אומר דמאמין ללוי שפרע והע"א מעליל לגבות שנית ומה איכפת ליה בפשיעתו דלוי ואפשר דרצה לומר דלכך אין להאמין שלוי פרע להעובד כוכבים כדמסיים לבסוף דאנן סהדי דלא פרע כו' אך תחלת לשונו לא משמע הכי וגם מה שכתבתי ועוד הא אנן קאמרינן מתחלה כיצד יעשה ולמה לא אמרינן כו' גם כן תמוה הוא דהא אין הדין עה לוי ואפשר שלוי אינו לפנינו רק ראובן ושמעון מדיינין זה עם זה כו' עכ"ד ע"ש:

סימן צד

א **שיהי' רגלים לדבר**. עבה"ט עד וכתב הש"ך דגם בזה תימה כו' וע' בת' מים חיים סימן ט"ו אודות ראובן ששלח סחורה עם בע"ג עו"ג לשמעון וסילק שמעון כפי הבוך (הרייסטר) לראובן וראובן תובע עבור מה ששלח יותר מהמבואר בבוך שנתן להבע"ג ומן הסתם העמידו ושמעון טוען שאינו יודע יותר ממה שמבואר בבוך ואח"כ נתחייב שמעון לראובן שבועת היסת ממקום אחר ונסתפקו אם יכול לגלגל על שמעון שבועה זו שא"י אם הי' יותר מהמבואר בבוך. והשיב דאין ללמוד זה מהמבואר בסמ"ע סימן צ"ג סי"ג ס"ק כ"ו שהסכים כן האו"ת ס"ק כ"ז ודלא כש"ך שם דשאני התם דמיירי משותפין דמורי התירא (ואם כן הוי רגלים לדבר) משא"כ הכא דלא שייך מורי התירא ובעינן רגלים לדבר ואף שהש"ך בסי' ל"ד סק"ז מקשה על הש"ע מס"ס שד"מ כו' ומסיים בצ"ע מ"מ מספק בודאי דאינו יכול להטיל גלגולי שבועה על שמעון. ומכל מקום נראה שאם הבע"ג יאמרו בבירור שהעמידו לשמעון יותר מהמבואר בבוך שיהא חשוב עכ"פ אמירה של הבע"ג לרגלים לדבר דהא בסי' קמ"ט בש"ך ס"ק י"ג כתב דלהסוברים בטוען כך א"ל

אבא מחשב טענת ברי לישבע עליו ה"ה בטוען כך אמר לי עו"ג יכול להשביע על זה ואף שכתב שם דאם העו"גנ כוגע א"י להשביע מ"מ זה דוקא לענין לחייב שבועה על פיו כמו בטענת ברי אבל לענין גלגול שבועה שמגלגלין אפי' בטענת ספק של התובע רק שהש"ע בסימן צ"ד סובר דצריך להיות רגלים לדבר א"כ נוכל לומר דחשיב עכ"פ אמירת הבע"ג אף שהוא נוגע לרגלים לדבר דיגלגל עליו אפי' בטענת ספק של התובע וגם נוכל לצרף מה דבש"ע סימן שד"מ חזר בו ופסק דמגלגלין אפי' בלא רגלים לדבר וכמו שמסיק הש"ך בסימן צ"ד בצ"ע עכ"ד עיין שם:

ב **מהטענות הודאיות**. עבה"ט מ"ש י"ל דמשכחת לה כגון שפטרו משבועה וכמ"ש סימן ע"ח ס"ה ורצה לומר לדעת הנ"י והרמב"ן שמביא הש"ך שם ס"ק י"ד אבל דעת הש"ע דאם פטרו א"י להשביעו אף ע"י גלגול כמ"ש הש"ך שם ועמ"ש לעיל סי' צ"ג ע"ז סק"ט וע' בת' בתומים מ"ש בזה:

ג **או השבע על הכל כו'**. בגש"ע דהגרע"י ז"ל נ"ב ובזה אף שמגלגל עליו בספק כיון דלא אמר הריני משלם רק ע"י שבועה שכנגדו כ"כ בס' כתובה סי' צ"ו סעיף י"א סקט"ז:

סימן צה

א **ושטרות**. עבה"ט וע' בתשובת חתם סופר חלק יו"ד סי' קל"ד שהאריך לברר דהני באנקינאטע אין להם דין שטרות רק דין מטבע כי גדר מטבע הוא מה שגזר המלך עליו שתצא ומי שממאן לקחתו יחייב ראשו היינו מטבע שגופו ממון ואין חילוק אם יהי' זהב או כסף או נייר כו' ולכן משביעין על טענת באנקינאטע ונותנים להם דין שומרים והמה כסף גמור אפי' לקדש בו אשה ופודין בו הקדשות ומעשר שני כו'. אך זה דוקא בהני באנקינאטע שמוכרחים ליקח אותם בתשלומין ע"פ דינא דמלכותא משא"כ הנקראים באמאשק"א וקופ"ר אמבי"ט שיי"ן שאין אדם מוכרח ליקח אותם בתשלומין אינם אלא שטר בעלמא (ולפ"ז ה"ה לאטעריע לא"ם דינו כשטר בעלמא ובסוף התשובה שם הזכיר דברי מהריעב"ץ ח"א ס"ס פ"ה אודות מי שפשע בלאטעריע לא"ס כתב וכל שכן הני דעדיפי משאר שטרות שאינן שוין להמכר לכל אדם משא"כ באלו הפתקאות שדמיהן קצובים ויש להם שער בשוק וחריפי זבינא. עכ"ל ואפשר דמהריעב"ץ לא כתב זה אלא לסניף בעלמא כי בלא"ה העיקר כהש"ך שהכריע דחייב בפשיעה בשטרות) וע"ש עוד שכתב דמ"מ צ"ע בהני באנקינאטע לענין פדיון בכור דאפשר לחלק דוקא בדבר שבין אדם לחבירו ואפי' פדיון הקדש שאינו אלא קונה מהגזבר י"ל כל טבעא דסגי בעלמא ע"פ גזירת המלך על הקונים והמוכרים פודים בו ונקרא מטבע לענין שבועה ושומרים

משא"כ פדיון בכור שפודין מהקב"ה וקצב פדיונו ה' סלעים שיש בהם ה' לויט וקווינט כסף מזוקק כו' ע"ש ודברים אלו נאמרו ונשנו בקצרה בספרו תשו' ח"ס חח"מ (סי' קפ"ז ע"ש) (וכבר הזכרתי מזה קצת בפ"ת ליו"רד סי' ש"ה סק"ז אלא שנחסר שם בדפוס כמה שיטין) ושם בח"ס חח"מ סי' ה' נשאל עוד במעשה שראובן ביקש משמעון להחליף לו באנקינאט מסך מאה זהובי' על הקטנים וכן עשה שמעון ונתן לו עשרה באנקינאטין של עשר עשר ואחר איזה שעות תבע שמעון לראובן את הבאנקא הגדול והשיב ראובן נתתיו לך אז בעת החליפה ועמדו שניהם וחשבו צרור כספיהם ונמצא הדבר כי לשמעון חסר המאה זהו' ולראובן לא נעדף והנה שניהם מאמינים זה לזה שאין אחד רוצה לגזול להשני אך השטר אשר הניח ראובן אז על השלחן גנבוהו העכו"ם שהיו שמה והנה שמעון טוען אתה לא נתת לי בידי ואנכי לא שאלתיו מיד כי אמרתי כי הוא באמתחותיך ואשאל אחר כן מאתך וראובן טוען מיד מסרתיו לך אך לא ידע אם נתן בידו ממש אבל זה ידע כי אמר לו מיד הנח פה הבאנקא של מאה והיה לך לנטלו ולך נאבד כו' והוא ז"ל השיב הנה לא פורש בטענת הנתבע אם מסר כו' הבאנקא הגדול קודם שקיבל הקטנים או אחר כך ולהיות כי מטבע או שטרות אינם נקנין בחליפין אפילו שוה בשוה א"כ במה שקיבל הנתבע מהתובע הקטני' לא קנה התובע הבאנקא הגדול אא"כ מסרוהו לידו ממש ומשכו אבל אם רק הניחו לפניו על השלחן לא קנאו (עמש"ל סימן ר"ז ס"ג ס"ק י"ח) וגם לא נעשה שומר עליו דאפי' להסוברים דשומר שטרות חייב בפשיעה ועוד כתב בשאילת יעב"ץ ח"א ס"ס פ"ה דלאטעריא לא"ס עדיפי משטרות בענין זה כיון דחריפי טובא כו' ומכל שכן באנקינאטיך הללו מ"מ הכא לא נעשה שומר עליו כלל דלא אמר הנח לפני ועוד הסכמת ש"ך סי' רנ"א ס"ק י"ג דשומרים בעי משיכה ובלא"ה לא מיחייבי וא"כ אם לא מסרו לידו ממש ההפסד על הנתבע אך הרי הנתבע הזה מסופק ואמר שמסרו לידו ומן התובע נאבד והשתא תליא אי ברי לו שטרם שנתן לו זה הקטנים מסר הוא הבאנקא הגדול רק הספק אצלו אם מסרו אז לידו או הניח על השלחן א"כ ה"ל איני יודע אם נתחייבתי לך ונשבע היסת שאינו יודע ופטור אך אם היה זה אחר שכבר קיבל הקטנים וכבר נתחייב לו ה"ל איני יודע אם פרעתיך וחייב לשלם כו' ואם גם זה אינו יודע אם קודם קבלת הקטנים כבר מסר הגדול לידו היה נלע"ד דחייב דעכ"פ חובו של זה ברור והפרעון ספק (עש"ך סי' ע"ה ס"ק כ"ז ובבה"ט שם ס"ק כ"א) עכ"ד ע"ש:

ב **ולבסוף** חברו עבה"ט עד אבל בית ה"ל כקרקע כו' וע' במ"א סימן תרל"ז סק"ז ובתשובת עמודי אור סי' ק"ז מ"ש בזה:

ג **ולכן אם שאל בית ונשרף**. ע' בתשובת פני יהושע ח"ב סי' ק"ו:

סימן צו

א **החרש והשוטה כו' לא לשבועה קלה כו'**. ע' בתשובת שבו"י ח"א ס ' קנ"ו בענין אלם שהוא כפקח לכל דבריו שנשא ונתן עם אחרים ונתחייב שבועה כיצד משביעין אותו וכ' דמשביעין אותו ע"י הרכנה שאומרים לפניו ככל נוסח השבועה והוא מרכין בראשו דהוי כענית אמן או שהוא עושה השבועה על ידי כתב שכותב הריני נשבע כו' עש"ב ועיין בתומים ובקצה"ח מ"ש בזה:

ב **אבל אין בעלה חייב לשלם**. ע' באר הגולה אות צ' שכתב וכתב הב"ח כו' עד ולפ"ז ה"ה לוה שאין לו לשלם לכל בע"ח אם הסחורה שלקח בהקפה הוא בעין כו' הנה דברי הב"ח הללו הביאם ג"כ הב"ש באה"ע סי' צ' ס"ק ל"ח ומשמע שמסכים עמו ושם הוסיף עוד דאם ידוע שלקח סחור' כזו אמרינן זו הסחור' שבידו מאלו הסחור' הם אע"ג דא"י בבירור דלאו סחורות של פלוני הם כו' ע"ש גם בספר קצה"ח כאן הביא דברי הב"ח להלכה ולקמן בסי' קי"ד סקי"ד הקשה על הב"ח וכתב ליישב ע"ש ומשמע שמסכים עמו לדינא אך בט"ז כאן חולק על הב"ח ע"ש גם מדברי תשו' מבי"ט ח"ב סימן ר' וסימן רי"ג שהביא הש"ך לעיל סי' ל"ט סקמ"ט מבואר כדעת הט"ז כאן מדפסק שם דתפיסת הצמר הועילה לו להב"ח דאף החולקים שם וכפי שהכריע הש"ך כמותם היינו משום שהי' הצמר עדיין ברשות המוכר ומטעם שיכול לחזור ממכירה גופיה ע"ש גם בספר בית מאיר לא"ה סימן צ' ס"ט האריך בדברי ב"ח אלו וכתב שם דמן הב' דעות שבתשו' מבי"ט שם מוכח דלא ס"ל דין הב"ח דאל"ה אין מקום לפלוגתתם דאפי' הי' הצמר ברשות הקונה הי' הדין שאין למלוה הקונה זכות בה כ"א המוכר ומה יהנה תפיסתו ועוד כתב שם דמתשובת הרא"ש כלל ע"ט שהביא הסמ"ע סימן מ"ז סק"ד מבואר דלא כהב"ח עש"ב וכן בספר גט פשוט סי' ק"ח סק"ח כתב דדין זה של הב"ח יש לערער עליו ומדברי תשובת מהרשד"ם סימן ר"י ומהרש"ך ח"א סימן ל"ה ומהרי"א סימן שמ"ה ומהר"א ששון סי' ק' והמבי"ט ח"א סימן קמ"ט כל פסקי הרבנים הללו סותרים לדברי הב"ח הנ"ל. וכ' עוד דאפי' לדעת הב"ח יש לחלק דלא אמר הב"ח שנותנים הסחורה לבעלי' אלא כשהיא ברשות הלוקח אבל אם הלוקח מכרם או נתנם מה שעשה עשוי כיון שכבר לקחם ע"ש. גם בתשובת צ"צ סימן קי"ז חולק על הב"ת לדינא אך העיד שכן הוא תקנת המדינה והאריך בזה ומסיים וז"ל וכיון דהכי הוא שנתבאר שאין להבע"ח זה ע"פ הדין זכות ליקח מן סחורות שלו שהם בעין קודם שארי בעלי חובות אלא הדין נותן שכל בע"ח נוטלים בשוה כיון דזקפו עליו במלוה רק שע"פ התקנה מחכמי הדור יש לו זכות ליטול אותן סחורות שלו לכך יראה דהבו דלא לוסיף על התקנה דדוקא כשאותן

סחורות עצמן בעין אבל לא במה דאתי מחמתייהו אע"פ דכל היכי דיש לו זכות ע"פ הדין למה שהוא בעין אותו זכות יש לו נמי במה דאתי מחמתיה מ"מ גבי תקנה לאו הכי הוא אלא הבו דלא לוסיף עלה דדוקא בסחורות עצמן ולא במה דאתי מחמתייהו עכ"ל ע"ש ועיין עוד בספרי דברי משפט סימן זה ולעיל סימן צ"א סק"ג וגם בספר שער משפט לקמן ס"ס ק"ד מזה. ועיין מה שכתבתי בזה לקמן סימן ק"ד ס"ג ס"ק ג' בשם תשובת נו"ב. וע' בתשובת חתם סופר חח"מ סי' נ"ה שהסכים ג"כ עם הצ"צ הנ"ל וע"ש עוד נידון אחד שמת ונשאר חייב לנושים ונמצא בעזבונו סחורה שידוע שלקחה בהקפה מחנוני א' ופסק דאין אותו החנוני בעל הסחורה מוקדם לשארי בע"ח באותה סחורה אפי' מצד התקנה דנ"ל דהגאונים בעלי תקנות דד"א נמי לא תיקנו אלא בלוה חי ופושט רגליו וקרוב לודאי שהסחורה שלקח בהקפה ועודנו בעי דלקחה ע"ד לברוח ולהיות לוה רשע בכי הא תקנו נגד הדין אבל במת והניח אחריו שאין כאן ערמה ועולה לא תיקנו כו' וכן מבואר להדיא בגוף התקנה שנדפס בסוף ספר מסגרת השלחן בסי' כ"ז שלא תיקנו אלא בבורח ועוד דשם בסי' כ"ח כתוב דכל תקנת בורח לא עשינו אלא לטובת בע"ח הדרים במדינותינו במקום שנתפשטו תקנתינו אמנם כנגד האנשים הדרים במקומות אחרים העמדנו על דין תורה כו' ולא שמעתי שנתפשטה התקנה במדינותינו ובספר אורים ותומים לא הזכירם כללו הוא הי' מגדולי גאוני מדינותינו ואפי' מדינא דמלכותא איננו. ע"כ מדינא לא נ"ל שיהי' לו קדימה אם לא ע"ד ביצוע ברצון הבע"ח האחרים ע"ש. ועיין עוד בתשובת רשמי שאלה סי' מ"ט וסי' נו"ן מענין זה באריכות וכתב שם גם כן שכל מ"ש בספר עטרת צבי בסופו בנידון סחורות בעין אינו אלא תקנה נגד הבורח ולא נגד היורשים וכתובת אלמנה והבו דלא לוסיף והחילוק פשוט דלבורח דנו דינו כאילו הוא גנב מפורסם כו' עוד נסתפק שם באם נשתנה הסחורה שלקח בהקפה כמו בעובדא דשם שרוב הסחורה קירזנאיי"א שטען עליו המוכר שכבר נעשה מהם כובעים דאפשר דבכה"ג לא מקרי סחורה בעין כו' עש"ה:

ג **ושלא פשע בהן**. עמ"ש לקמן סימן שמ"ט ס"ב סק"א:

ד **כשהיא מעוברת**. ע' באו"ת סקי"ט שכתב דין זה אין לו שורש כלל רק בתשובת ב"ז כתב דכך המנהג ונראה דמיירי בהיסת כו' עד וכל דין שבועה מסוטה ילפינן (רצה לומר גלגול שבועה) ובסוטה קיי"ל (ברמב"ם פ"ב מה"ס דין ז') משקין את המעוברת ולא ממתינין עד שתלד עכ"ל. ועיין בתשובת ח"ס חח"מ סימן ע"ז דתלמיד אחד רצה לדחות קושיית התומים מסוטה דהתם הבעל משביעה והולדות של בעל ואם ירצה להפסידה מי מוחה בידו משא"כ הכא לאו כל כמיניה דהתובע להפסיד ולדות של זה הבעל והוא ז"ל

השיב לו דז"א דאכתי קשה היכי שהתביעה הוא בנכסי הבעל שהאשה נו"נ בתוך הבית והוא א"י לטעון ברי ולישבע והאשה צריכה לישבע אם כן יאמר התובע להבעל מה לי לוולדות שלך או שלם או תברר ע"י שבועה שלך או של אשתך ורוב שבועות שבזמנינו לנשים הוא בנכסי הבעל אך בלא"ה קושיית התומים לק"מ דנראה דטעם הדבר שאין משביעין למעוברת לא מפני סכנת הילד רק מפני סכנתא דידה שלא תסתכן בלידה ח"ו דאפי' בשבועת אמת תיסכנה כמבואר פרק השולח (גיטין ל"ה ע"א) והוא ע"ד שכתב בא"ח ס"ס תר"ב דאין נותנין חרם ואין משביעין עד אחר יו"כ ועפמ"ג שם כו' וא"כ אין ראיה מסוטה דהתם אין לחוש להפסד גופה כלל דממ"נ אם נטמאה ותשבע על שקר הלעיטה ותמות כי זה אנו מבקשים וצבתה בטנה כו' ואם לא נטמאה ותשבע באמת ליכא למיחש שתסכן בלידה שהרי כתיב ונקתה ונזרעה זרע אם יולדת בצער יולדת בריוח כו' ומסיים דבתומים הפריז על המדה ומי שבא להוציא מרמ"א ומנהגיו עליו הראיה ע"ש. ומשמע שדעתו דגם בשבועה דאוריית' יש לנהוג כן דאין להשביעה עד אחר שתלד:

סימן צז

א **לא ימשכננו**. עיין בתשו' בית אפרים חח"מ סימן ע"ו שכתב נראה דהא דעובר בלאו היינו כשתופס בחזקה מיד חבירו אבל דרך הערמה שרי דאל"כ קשה היאך משכחת דינא דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרי' ויש סוברים דע"י שליח עדיף ולכאורה הי' מקום לומר בזה אין שליח לד"ע כו' עיין שם וע' בקצה"ח לעיל סי' ד' ובסימן זה סק"ב ובספר נה"מ מ"ש בדין זה:

ב **שהיא עשירה**. עבה"ט וע' בתוספות רע"ק בגליון המשניות פ"ט דב"מ אות ע"ז שכתב מסתימת כל הפוסקים משמע דכל מילי אין ממשכנים אלמנה ובגד דקרא לאו דוקא אולם בש"ג כתב בשם הריא"ז שלא אסרה תורה אלא בגד לבישתה ומצעותיה וכדומה אבל שארי כלים כגון כוסות של כסף וכיוצא ראוי למשכן הימנה שאין זה בכלל בגד עכ"ל. וע' בתשובת חתם סופר אה"ע ח"ב ס"ס קל"ו שכתב להשואל וז"ל והמלבושים של הא למנה הסגורים בחותמה אם אין טענה על המלבושים עצמם רק שהם חבולים על תביעה אחרת קרוב הדבר ליגע בלאו דלא תחבול אע"ג שאפשר שלא הוצאת אותם מביתה רק סגורים בדרך עיקול ויש לדון בזה ולדינא צ"ע מ"מ לאו משנת חסידים היא עכ"ל:

ג **מותר למשכנו שלא ע"פ ב"ד**. ע' לעיל סימן ד' בהגה ובסמ"ע שם וע' בתשובת כנסת יחזקאל סימן צ"ז מ"ש בזה:

ד **שפריעת ב"ח מצוה**. עיין בספר ארעא דרבנן בהשמטות אות קע"ז שכתב לפי דברי הרא"ש בתשובה שהביא מרן הב"י ביו"ד סימן רל"ח על מי שנשבע שלא למכור משלו לפרוע נראה דס"ל דהוא מצוה מדאורייתא ולא חלה עליה שבועה וכ"כ המבי"ט ח"א סימן נ"א ע"פ מ"ש רש"י בפרק הכותב דנפקא לן מדכתיב הן צדק ודרז"ל שיהא הן שלך צדק ואיכא למידק דלכאורה נראה דאינו אלא אסמכתא דפשטיה דקרא במדות הוא דכתיב וכ"כ מדברי רש"י בפרק מי שהיה נשוי בעובדא דקטינא דארעא דיתמי ושמא התם שאני דאיירי ביתמי שאינו אלא מפני כבוד אביהם אבל הלוה גופיה מצוה דאורייתא הוי והמבי"ט שם הביא בשם הרשב"ץ דנפיק מקרא דוהאיש אשר אתה נושה בו וכ"כ הרמב"ן בשלהי בתרא עכ"ל:

ה **אין כופין אותו להשכיר**. עבה"ט ועי' בס' שער משפט לענין אם החיוב מוטל עליו בעצמו להשכיר את עצמו והאריך בזה ומסיק וכתב וז"ל זאת תורת העולה מדברינו דנלע"ד דאף שלכ"ע אין ב"ד כופין אותו להשכיר עצמו כדי לפרוע חובו מ"מ לענין אם החיוב מוטל עליו בעצמו להשכיר עצמו לפרוע חובו תליא בפלוגתא דרבוותא דלשיטת התוספת אינו חייב כלל להשכיר א"ע לפרוע חובו אבל לשיטת הגמ"ר בשם מוהר"ם שהיא ג"כ שיטת הרמ"א ז"ל בסימן של"ג אף דאין כופין אותו מ"מ חייב בעצמו להשכיר א"ע בכדי לפרוע חובו עכ"ל.

ו **ואינו יכול לא לאסרו כו'**. ע' בפלפולא חריפתא פ' איזהו נשך סימן ל"ח בהא דאיתא התם והאידנא דנקט כתבי הכי קנינא מיניה ושהינא כמה עידנין והדר חכרה מיניה שפיר דמי כדי שלא תנעול כו' כתב וז"ל מכאן נ"ל ראיה שראוי לתקן תקנות לפריעת בעל חוב מה שהוא שלא מן הדין כמו לתפוס גופו בתפיסה וכיוצא בזה ואע"פ שהוא חוב דעיסקא וכיוצא בזה שיש למלוה בזה ריוח אפ"ה שייך טעמא כדי שלא תנעול דלת כדאשכחן הכא כו' כנ"ל ע"ש. ובתומים סקי"ג כ' וז"ל ובזמננו פשט המנהג שחובשין ללוה כשאין לו לשלם ואין מוחה ואולי הכל בחזקת שמבריחים נכסים וצ"ע כי אין להם על מה שיסמוכו עכ"ל ועי' בעט"צ מענין תקנות בורח:

ז **אבל אם רוצים**. עבה"ט ועיין בקצה"ח סק"ט וגם לקמן ר"ס ק"ז מ"ש בזה וע' בתשובת חתם סופר חח"מ סימן קע"ז שהאריך בענין זה:

ח **סנדלו ותפיליו** ע' בתשובת רשמי שאלה סימן נ"ג שכתב דטלית אין נותנין לו דשאני תפילין דהוא חובת גברא משא"כ טלית ובפרט אם יש לו טלית קטן ע"ש:

ט **ואפי' ספר תורה.** עש"ך עד ולא נהגו כהב"ח כאן. ובש"ע דהגר"ע זצ"ל נ"ב ע' בתשו' המהרי"ט חלק ב' חיו"ד סימן ה'. וע' בתשובת ח"מ חח"מ סי' קמ"ג מ"ש בזה:

י **למקומות בית הכנסת.** עש"ך דה"ה שמוציאין אותו מביתו. וכתב בספר שער משפט בשם הבית הלל באה"ע סימן נ' ס"ו דה"ה מי שנתחייב לחתנו נדוניא הדין כן שמוכרין ביתו וכלי תשמישו והעיר שנוהגין כן בכל ב"ד שבישראל ע"ש:

יא **עד שיפרע בעל השטר תחלה.** ובגש"ע דהגרע"א זצ"ל נ"ב והיינו ממקרקעי אבל במטלטלים חולקים. ב"י:

יב **מכסות אשתו.** כתב בספר שער משפט ונראה הא דאינו גובה מכסות אשתו היינו דוקא כשהלוה בחיים אבל אם מת גובה מכסות האלמנה אף שמגיע לב כתובתה הבע"ח קודם כו' ע"ש:

יג **שצבען לשמן.** ע' בת' צ"צ סי' ג' דזה מיירי בנקנו שלא לשמן אבל בנקנו לשמן א"צ שיהיו צבועין לשמן אף שעדיין מחוסר תיקון וחפירה ע"ש (וע' בקצה"ח מ"ש בזה) ומה שלמד מזה בת' שם לענין שטר כתובה שכתיב בו שתקח אשתו כל מלבושי' כבר השיגו בת' שבו"י ח"א סי' קע"א ויובא לקמן סימן רמ"ח סי':

יד **תנאו קיים.** כתב בספר שער משפט ונראה דבכה"ג אם חייב עוד חוב אחר בלא תנאי וכן בכל הני שמבואר בסעיף שאח"ז שאין מסדרין לו וחייב עוד לאחר מחמת הלואה בכה"ג נוטל החוב שבתנאו או מחמת שכירות רק חצי הסידור והלוה יש לו חצי הסידור מחמת בעל חוב האחר כו' ע"ש:

טו **אבל אם נשבע כו'.** ע' במל"מ פ"ה מהל' שבועות דין כ' מבואר דהכא מיירי אפי' אם ליכא כדי לפרוע כל החוב אף אם לא יסדרו לו מ"מ חיוב השבועה חלה על כל פרוטה ופרוטה וכן מבואר בתשובת הרדב"ז סי' ס' בשם הרא"ש ע"ש ועמ"ש בפ"ת ליו"ד סי' רל"ח סק"ג:

טז **ויתפלש באפר.** עיין בנה"מ לעיל סי' ל"ד סק"ג שכתב דדוקא שלא נשתנה מבראשונה ע"י אונס דשכיח ולא שכיח מחוייב להתפלש באפר כיון דלא אתני אבל אם נשבע כשהי' עשיר והעני מחמת אונס ודאי דפטור משבועתו דאונסא דלא אסיק אדעתיה הוא וכן הוא בהדיא ביורה דעה סימן רל"ב סעיף ט"ז ע"ש:

סימן צח

א **אין אומרים מחל לו.** עיין בספר שער משפט שכתב דהמלו' נוטל בלא שבועה ואף חרם סתם אינו צריך משום דאף אם מחל לו בלב יכול לחזור בו כיון דליכא אומדנא

דמוכח שמחל לו וכמ"ש בתשובת מהרי"ט חח"מ סי' מ"ה דמחילה בלב לא הוי מחילה אם לא היכי דאיכא אומדנא דמוכח כו' ואף שמדברי הב"ח סימן קמ"ו לא נראה כן העיקר כמהרי"ט והאריך בזה ע"ש ועמ"ש לעיל סי' י"ב ס"ח סקי"ד:

ב **אינו יאוש**. בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ע' לקמן סי' רס"ב ס"ה בהגה וע' בט"ז סימן קס"ג בהגהותיו ובספר קצות החושן שם:

ג **ואח"כ אם יש לו ראיה יחזיר**. כתב בספר שער משפט קשיה כיון דמיירי הכא שנתקיים השטר בב"ד אם כן אף אם אחר שיגבה בב"ד יביא עדים לא יכול הלוה להוציא ממנו דהו"ל תרי ותרי כמבואר בסי' מ"ו סל"ז בהגה כו' וע"כ צ"ל דהרמב"ם והמחבר מיירי הכא שנתקיים השטר על פי עדי' אחרים שמעולם לא חתמו על שטר וזה מזוייף הוא דבכה"ג האחרוני' מהימני או שהלוה יביא עדים שהמלוה הי' מהדר אזיוף דבכי האי גוונא לא מהני קיום השטר כמבואר בסי' ס"ג ס"א ואף תפיסת המלוה לא מהני כמ"ש הסמ"ע שם אבל אם נתקיים ע"י עדים שאמרו כתב ידינו הוא והלוה טוען שיביא עדי' שאין זה כתב ידם ומזויף הוא אף שנרא' שאינו אלא עלילות דברים מניחין המעות ביד שליש כמו באלם עכ"ד ע"ש:

סימן צט

א **אם לא נמצא ללוה כלום**. עסמ"ע סק"א עד אבל לא משביעין לו ע"ז כיון שעכ"פ רוצה לשלם בקרקע כו' וע' בש"ך לעיל סימן ס"א סק"ד הובא בבה"ט שם סק"ו ועמ"ש לקמן סי' ק"א ס"י סק"ו:

ב **אין צריך לישבע שבועה זו לכאו"א** בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב כיון דשבועה זו תקנת הגאונים היא אין מדקדקין בה להחמיר אלא להקל. רמב"ם וטור. וע' בתשובת ושב הכהן סי' נ"ח עכ"ל ועמ"ש בשמו לקמן סי' קע"ו סכ"ד סקכ"ה:

ג **ואם נראה לו ממון**. עש"ך סק"א עד וכתב הב"ח אבל קודם שהשיגה ידו נאמן כיון שבאותו זמן אינו מפסיד לבעל השטר דהוא אין לו במה לפרוע ואין נ"ל דמ"מ יש חשש קנוניא כו' וע' בתומים שהשיג עליו וכתב דל"ש בזה חשש קנוניא דמאחר דאין ידוע לו נכסים אי ס"ד דיש לו בהחבא היה יכול ליתן אותם לשמעון בהחבא והיכא דיש לו מגו דהיה יכול ליתנם לו נאמן ואין לומר דירא ליתנם לשמעון בהחבא שלא יוודע הדבר אם נרצה לחשוש כך קשה בפ' חזקת הבתים כו' עד ודברי הב"ח ברורים ע"ש ובקצה"ח השיג עלהתומים וכתב ולא נהירא דודאי כל שחב לאחרים אפי' במקום דלא שייך קנוניא נמי אינו נאמן כו' ע"ש וע' בת' פרי תבוא' סי' נ"ט שכתב דדברי הקצה"ח

בזה אין להם שאר כו' אלא דמצד אחר נלע"ד דהעיקר כש"ך ולא כאו"ת דודאי יש כאן חשש קנונינא כו' עש"ה:

ד **עד שיביא ראיה.** עבה"ט ובש"ך מסיים ונרא' דאשתמיטתיה להב"ח דברי בעה"ת אלו ובגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל כ"ב ע' בת' ב"ח סי' ל"ח שהביא דברי בעה"ת אלו ואעפ"כ הסכים כדעתיה דנאמן האחר בשבועה עכ"ל:

ה **ויש חולקין בזה.** עבה"ט וע' בת' פרי תבוא' סי' ס' מענין זה עש"ה:

ו **מעסק פ' הם.** עבה"ט בשם ש"ך דהיינו פלגא הפקדון אבל לענין פלגא מלוה אינו רק כשאר בע"ח וכ"מ בסי' ק"ח ס"ד ע"ש. וע' בדגמ"ר שכתב עליו וז"ל לא מצאתי שם שום הוכחה רק שעיסקא הוא פלגא מלוה ופלגא פקדון ולזה א"צ ראיה והוא מימרא מפירשת בפ' המקבל (בבא מציעא דף ק"ד ע"ב) אבל עכ"ז אין דינו של הש"ך כאן נכון דהרי מפורש שם בגמ' שאפי' האי פלגא מלוה להכי קרי לה עיסקא שאינו נעשה מטלטלין אצל בניו ומפורש שם ברי"ף וברא"ש וברמב"ם פ"ז מה' שלוחין שגם בע"ח אינו גובה ממנו וכן מפורש בטיו"ד סי' קע"ז וא"כ דברי הש"ך הם נגד הש"ס ונגד כל הפוסקים ואין להם על מה שיסמכו עכ"ל וכן בתומים ובשער משפט השיגו על הש"ך בזה ע"ש (וגם בס' בית מאיר לא"ה סי' ק"ב דף ע"ח) וכתב עוד בדגמ"ר דבב"ח ס"ס צ"ו כתב שגם בנתן סחורה בהקפה אם הסחורה הוא בעין או מה דאתי מחמתייהו אין לשאר בע"ח חלק בו ובב"ש סי' צ' סקל"ח כ' שאם ידוע שלקח סחורה כזו כי' (הובא לעיל סימן צ"ו שם סק"ב ועמ"ש שם) ע"ש:

ז **רק למתנה גמורה.** עיין בת' חות יאיר סימן ד' אודות אלמן אחד שנשא אלמנה וטרם שנשאה עשה שטר חוב לבתו שחייב לה ת"ק ר"ט וזמן פרעון שעה אחת קודם מותו ואחר מותו שבאה האלמנה לגבות כתובתה הוציאה הבת שטר חוב שלה המוקדם ליקח הבית שהניח באופן שלא יהיה להאלמנה החצי מכתובתה וסבר המופלג שבדיינים לומר שאין לשט"ח זה דין שטר מברחת כי גדר שטר מברחת הוא כשאין דעת זה שמקבל קנין וכותב השטר שנתקיימו דברי השטר כהווייתו ולא נעשה אלא לפנים כמו שהוא נדון דתשובת הרא"ש. משא"כ אם מכוון שיתקיימו דברי השטר לא נקרא הברחה ודבריו שרירים וקיימים וכ"מ בהגהת ש"ע סימן צ"ט ס"ו. והוא ז"ל חלק עליו וכתב דבגדר שטר מברחת הוא דחזינן מענייני שכוון לערמה ולהזיק שכנגדו (בין אם היה מתנה לפנים או מתנה גמורה) וגם הרמ"א ז"ל פתח דבריו שלא כיוונו לערמה ומה דסיים רק למתנה גמורה הוא מפני דנידון הש"ע הוא שניכר שאינו מתנה גמורה רק שהערים בזה נמצא זה שאינו מתנה גמורה הוא הערמה לכן נקט בהגה שלא כיוונו לערמה רק למתנה גמורה

דמאחר שנתן את שלו מתנה גמורה מה זו ערמה והרי גם נפשיה שבק ערטילאי ממתנה זו ומה שכוונתו להבריח הוי דברים שבלב ולא עשה מעשה שמיניה מוכח זה ולכן קנה וה"ה בנ"ד אילו עשה שטר חוב לבת על זמן פרעון י' שנים וכה"ג דאפשר שיגיע זמ"פ בחייו ותפרע הבת מאביה אע"פ שמאמין לה שלא תתבע מאביה כל ימי חייו רק באם ימות תתבע מנכסיו אין דבריו שבלב ערמה שתתבטל המעשה כו' (מ"ש שם דגם בזה אם יעברו עשר שנים ולא תתבע הרי ניכרת הערמה נראה דמדמה לה לדלקמן ס"ז ולע"ד נ"ע) משא"כ בנ"ד שניכר הערמה שנתן שט"ח זמ"פ שעה אחת לפני מותו אע"פ שדעתו שתתקיי' בשלימות ככתוב בשטר מ"מ בהא גופיה ניכרת הערמה ברור כשמש שע"כ קבע זמן פרעון שעה קודם מותו שיהיה זמ"פ השטר וכתובת אשתו בזמן אחד ושתהיה בתו קודמת לשטר חוב מוקדם ולא יגיע נזק לעצמו בשום אופן כי כל ימי חייו א"א לתבוע השט"ח לכן ודאי הוי שטר מב"ח ולא יחרך רמיה ידו וכן יצא הפסק דין ע"פ הרוב וכתבתיו הלכה למעשה עכ"ד ע"ש ועיין בתומים סקי"א שהביא דברי החו"י הנזכר בקצרה וכ' שאין דבריו נראין ומסיים והנכון כדעת השואל ומהיכי תיתי לפסול שטר בלי טעם ובפרט לדעת ר"ת וסייעתו אפילו במבריח זוכה המקבל ומכל שכן בזה עיין שם ועיין בתשובת פרי תבואה סימן נ"ו שאלה כזו ובעובדא דידיה היתה הבת מוחזקת בבית אביה והאריך שם בדברי החו"י ובדברי התומים הנ"ל ומסיק וכתב אך עם כל זה בנ"ד דהבת מוחזקת בבית נ"ל ברור דהדין עם הבת להחזיק בבית על שטר חוב שלה דעכ"פ יכולה היא שתאמר קים לי כר"ת וסייעתו דקנה המקבל ע"ש ועיין בקצות הקשן ובנתיבות המשפט מדין זה:

סימן ק

א **אין נותנין זמן לשבועה.** כתב בספר שער משפט ונראה דזה מיירי דוקא בידוע שיש לו מעות או אינו טוען כן אבל אם טוען אין לי מעות בלאו הכי ולמה לי לישבע עכשיו ומבקש זמן על השבועה שומעין לו ונותנין לו זמן ל' יום על השביעה דכיון דאף אם יודה יתנו לו זמן ב"ד על הפרעון למה ישבע עכשיו בחנם וראיה מסימן ע"ג ס"ג ובסמ"ע וש"ך שם כו' ע"ש:

ב **קודם הזמן.** כתב בספר שער משפט ואם תבעו לאחר הזמן אף שתבעו רק בינו לבינו בלא עדים רק שהלוה מודה בדבר אין נותנין לו זמן אחר כמבואר בסי' ע"ג סי"ד בהגה לענין משכון וה"ה הכא דחד דינא אית להו במ"ש הסמ"ע שם סקל"ז. ונראה פשוט דאם

הלוה כופר שלא תבעו מקודם כלל צריך לישבע ע"ז היסת דהא נשבעין היסת על כפירת זמן כמבואר בסימן ע"ג ע"ב כו' ע"ש:

סימן קא

א **צריך ליתנם** עבה"ט עד שכל מ"ש הש"ך הוא בטעות כו' ועמ"ש בזה בפ"ת לאה"ע סימן ק' סק"ב ע"ש ובמ"ש הש"ך סוף סק"א וז"ל וע"ל סימן תי"ט כתבתי דאפי' יש ליתומים קרקע מחויבים ליתן לו מטלטלים עכ"ל כתב עליו בדגמ"ר לא מצאתי שם דבר זה ואדרבה בסימן ק"ז בש"ך סק"ד מבואר דאפי' תפס מטלטלין יכולין היתומים לסלקו בקרקע עכ"ל.

ב **א"צ למכור**. עיין בספר שער משפט שכתב בשם תשובת מהר"ם מלובלין סי' י' דאף באפטרופס שהלוה מעות יתומים דינא הכי דא"צ הלוה למכור כדי לשלם המעות כו' והוא ז"ל חולק עליו ע"ש:

ג **אין המלוה כו'**. כ"כ לאפוקי מדעת י"א שהובא בטור וע' בתשובת נו"ב סי' ט' ובתשובת חות יאיר סי' ל' ובתשובת שבו"י ח"ג סימן קנ"ג מ"ש בזה:

ד **וע"ל סימן ע"ד**. עמ"ש שם ס"ו ס"ק ד'. בענין היכא דזילי נכסי דלוה ע"י זה:

ה **ואפי' יש לו כו'**. עש"ך סק"ג שהשיג על הרב ופסק דאם יש לו קרקע או מטלטלין אינו יכול להכריח את המלוה שיהא שטרות בשומא ע"ש וע' בתשו' שבו"י ח"ב סימן קפ"א שכתב שאין דברי הש"ך מוכרחים והיא נגד משמעות לשון הטור וגדולי המורים שהובא בתשובת הרשב"א ואין להוציי' מיד מוחזק נגד פסק הש"ע והסכמת גדולי אחרונים ע"ש:

ו **וכן עיקר**. עבה"ט שכ' והש"ך חולק ע"ז כו' וע' בתומים שהעלה דהעיקר כהרמ"א ואפי' נודע לנו שהי"ל מתחלה מעות ועכשיו טוען שאין לו כי הפסיד' אין לנו להשביעו רק להחרים ומ"מ נראה באם טוען המלוה ודאי וברי לי שיש לך מעות א"כ ברור דיש הבדל בין גביית מעות לגביית קרקע בש"פ והרי כאן תביעה בש"פ מחויב לישבע היסת לכ"ע ע"ש ועמש"ל סי' פ"ב ס"ג סק"ד:

סימן קג

א **הג' שמאין**. כתב בנה"מ נראה דהג' שמאין צריכין להיות ביחד כו' ע"ש:

ב **אין אומרים לו תן לו חמישית הקרקע כו'**. עיין בתשובת צ"צ סימן כ"ז שכתב דהיינו כשבא לגבות מן הלוה עצמו מייפינן כח המלו' שצריך לשום חלק לו בפני עצמו כשיעור חובו ולא חיישינן לפסידא דליה משום נעילת דלת אבל כשיש עוד בע"ח מאוחרים אין יכול המוקדם לגבות אלא חמישית הקרקע דחיישינן לפסידא דבע"ח המאוחרים

וכמבואר בס"ה דחיישינן לפסידא דלוקח טפי מהלוה ע"ש וע' בספר שער משפט שחולק עליו דכיון דחמישית הקרקע אינו שוה כפי חובו הרי הוא כנוטל פחות משיעור חובו ולא הוי גובייניא כלל כו' ומסיק דבעינן שומת גיבוי החוב עצמו אין חילוק בין שבא לגבות מהלוה עצמו או בבא לטרוף מלוקח ובע"ח מאוחרים וזה ברור ע"ש. גם בשו"ת ח"צ דפוס לבוב בליקוטים שבסוף הספר סימן כ"ח השיג על הצ"צ הנ"ל וכתב דזה טעות דהתם בסעיף ה' להלוקח אית ליה פסידא אבל להבע"ח הטורף לית ליה פסידא אבל הכא בנ"ד מאי חזית דאזלית בתר פסידא דאינך בע"ח זיל בתר פסידא דהך מוקדם וכל זמן שהמוקדם לא גבה חובו אין להמאוחר כלום ובודאי צריך ליתן להמוקדם חלק מהבית שיוכל למכרו תיכף ומיד ולהשתלם סך מעותיו כמות שהם במילואם ולא להמתין עד שיזדמן קונה על כל הבית כו' ע"ש:

ג **בטל יחיד במיעוטו.** ע' בספר שער משפט שכתב נראה דלאו דוקא נקט בטל יחיד דה"ה אם יש חמשה שמאים ושנים אומרים בק"ק ושלשה אומרים בק' הולכין גם כן אחר הרוב וכן מוכח להדיא בפרק שבועת הדיינים (שבועות דף מ"ב ע"א) כו' וכן הוא להדיא בתמורה כ"ז ע"ב דלענין אומדנא דשומא אזלינן בתר רוב דעות ומוכח התם דאף אי כבר שמו תלתא ואתו ד' ושמו ביותר הדרא אמנם נ"ל בב"ד ששמו בשלשה מטלטלי דיתמי להגבות לבעל חובו ואת ד' ושמו בפחות לא הדרא השומא וראי' לזה מתמורה שם כו' וזה דין חדש ונכון הוא עכ"ד ע"ש:

ד **בק"ל נידון ק"י.** עסמ"ע סק"ה. ובגליון הסמ"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ע' בתשובת מהריב"ל ח"ב סי' כ"ט:

ה **אין שומעין לו.** ע' בנה"מ שכתב דמ"מ אם באו מעצמם ארבעה ואמרו ששוה יותר אזלינן בתר רוב דעות דאל"כ היאך משכחת הא דב"ד שטעו בכ"ש מכרן בטל ע"ש וע' בספר שער משפט שכתב דבתשו' הושב"א בספר תולדות אדם סי' שס"א משמע להדיא דאף שבאו אחרים ושמוהו פחות או יותר לא הדרא השומא אף שהם יותר מהב"ד כו' ואפשר לומר דהרשב"א מיירי דוקא כשאותן אחרים שאמרו שהב"ד טעו בשומא לא קבעו עצמם ביחד בתורת בית דין דאז אמרינן דמסתמאה בית דין דקדקו יותר כו' ע"ש:

ו **אינו נוטל הוצאתו.** עבה"ט עד וט"ז כתב דהעיקר כפסק המחבר כו' וגם בהגה מהה"ג מו"ה עוזר ז"ל ובאו"ת ובספר קצה"ח מזה וע' בתשובת מו"ה משה רונטנבורג סי' י' וי"ב מ"ש בזה וע' בתשו' פרי תבואה סימן מ"ז עש"ה:

ז **שמו קרקע לאשה עבה"ט.** ובגש"ע דהגר"ע ז"ל כתב דכדברי רש"ל כתב כן בתפארת שמואל להגאון בעל בה"ז זצ"ל עכ"ל אכן בתשובת שבו"י ח"ב סימן קס"א כתב דנרא'

ראיה ברורה דאף בכתובת אשה שומא הדרא מסוגיא דש"ס ב"מ דף ט"ז ע"ב מהא דמקש' רבא והני לאו בני פרעון נינהו כו' ע"ש:

ח **כלוקח הוא** עבה"ט ועיין בחידושי רע"ק איגר ז"ל בסוף הספר בליקוטים מס' ב"ב קל"ט ע"ב מ"ש בזה:

ט **ואח"כ נמצא כו'** כתב הסמ"ע פי' לא זו אף זו כתב המחבר והוא מדברי הנ"י דלא מבעיא נמצא שהי' ברשותו שהנפקד עצמו ידע מזה מתחל' כו' וע' בתשו' חו"י ס"ס ל' שתמה על הסמ"ע בזה דהמעיין בש"ס ירא' דבנפקד ידע לא קמיירי כלל כו' ע"ש:

סימן קד

א **כל מי שקדם כו'**. עיין בת' צ"צ סימן ק"ט באחד שנשא אשה וקודם החופה עשה לה שט"ח באופן היו"מ מסך אלף זהובים ואח"כ מת ונמצאו עליו בע"ח הרבה באופן שאם תטול אשתו כמשמעות ש"ח שלה לא ישאר מאומה לבעלי חובות ושם במדינ' יש תקנה שאם לא נמצא בעזבוו לשלם לבע"ח וכתובת אשה לא תגבה היא כתובת' אלא סך מאה זהובים ונסתפקו אם כח שט"ח זה שעשה לאשתו עדיף מסתם שטר כתוב' דעלמא והיא קודמת ליטול כמשמעות ש"ח שלה או דלא עדיף מכל שטרי כתובות ולא תטול אלא מאה זהובים כפי התקנה. והשיב כפי הנרא' מל' השאלה אין לה שטר כתובה חוץ מזה ואם כך הוא דאין לה אלא ש"ח זה וה"ה אם יש לה גם שטר כתובה אלא שבתוך הש"ח נמצא מבואר ששטר זה הוא בשביל כתובה ותוס' לא תטול אלא מאה זהובים כפי התקנ' אע"ג דלא נזכר בתקנה אלא כתוב' מ"מ ש"ח שיש לה תמורת כתובה נמי בכלל דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתן כו' אולם אם יש לה ש"ח זה על בעלה חוץ שטר כתובה ותוספת שיש לה עליו והיא תובעת שניהם ודאי דלא אמרינן שט"ח זה הוי בכלל התקנ' דמאי שנא היא משאר בע"ח כו' ולכן הדין נותן שבלא ש"ח זה היא נוטלת כל סך אלף זהובים ובכתובתה ותוספת היא נוטלת מאה זהובים ולא יותר מפני התקנה ע"ש באריכות:

ב **ואם הכריזו**. עסמ"ע ועיין בת' חות יאיר סימן ס"ד באחד שביקש ללות מעות מחבירו ולא רצה זה אף שהי' ללוה בית פן יש עליו כמה שט"ח מוקדמים ונתרצה להכריז ביתו להראות שאינו חייב כלום ובאמת הי' חייב סך רב ללוי בן דודו ולוי שלא להפסיד קרובו לא ערער ובא אחר זמן לגבות מביתו בשטר מוקדם להלואה וטען כי לא רצה לערער באשר ידע כי לא ימכר וכתב שמצד הדין הדין עם לוי כי אנן לא נהיגינן להכריז בתים רק בעת מכירתן אולם באשר הדרך להכריז מי שיש לו שעבוד או ערעור ומסיימים כתיקון

הקהלה אפשר שגם זה בכלל וצריך חקיר' אחר תקנות ומנהגים ואם יש ספק יד התקנ' על התחתונה ויד בעל השטר על העליונ' וע"ש עוד במעש' שאחד מכר ביתו לחבירו והתנה המוכר שלא יכריז ביתו כנהוג מפני טעמים שהיו לו ומפני שנסתפק מקונה בשני ב"ב ראובן ושמעון אולי חייב להם הלך ושאל אותם וכיחש ראובן. ושמעון הראה לו כ"י שחייב לו ק' ר"ט וקנה הקונה הבית כי האמין לראובן ולא ירא משמעון מאחר שאינו רק כ"י בלא שטר וקנין. ואח"כ באו שניהם לטרוף הבית ראובן בכח שט"ח שבידו. ושמעון טען כי אע"פ שהוא רק כ"י מ"מ הרי הראה אותה להקונ' ולא היה לו לקנות הבית דקי"ל שעבודא דאורייתא. ומה דמלוה בע"פ לא טרוף מפני תיקון עולם של הלקוחות שלא ידעו דבר משא"כ בזה. אח"כ באו עוד שטרי חוב מאוחרים למכירת הבית ומ"מ רצו לטרוף מפני שהי' להקונה להכריזו כנהוג ואז היו נזהרין מלהלוות לו. והעלה דראובן שפיר מצי טריף בכח שט"ח שבידו ולא אבד זכותו במה שבתחל' כיחש בו אע"ג דלאו שפיר עביד נ"ל בזה אפילו אמר הקונה לראובן חזי דעלך קא סמיכנא (ע' בסימן קכ"ט ס"ב ובסימן ש"ו ס"ו ובש"ך שם) מפני דהי' לו לחוש פן לטובת עצמו הוא אומר שירצ' להפרע ממעות של בית כמ"ש סברא זו בסימן קמ"ו סי"ז ובכמה דוכתי ועוד דאדם עשוי שלא להשביע את עצמו ואם סמך זה באוולתו על דבריו בכך לא הפסיד זכותו בשטרו רק דיש עליו תרעומת גדול וחייב בד"ש כמ"ש הסמ"ע בסי' קמ"ו שם. אך מה שבא שמעון לטרוף בכ"י מפני שהראה ללוקח אין בדבריו כלום דאפי' בא המלוה בעל פה או בכ"י הנכתב בנאמנות ובכא"ה בעת הכרזת הבית וערער והתרה בלוקח ולא חש הלוקח וקנאו אין לו עליו כלום. אחר שארז"ל מלוה על פה אינו גובה מהלקוחות מעתה לא פלוג (ע"ש בהשמטות. ושם בסי' ע"ח חזר ושנה דבר זה בקצר') וגם מה שבעלי שט"ח מאוחרים ורצו לטרוף מפני שהיה להקונה להכריז ג"כ אין בדבריהם כלום כי הכרזת הבתים ונחלאות היא לטובת הלקוחות ואם המה לא יקפידו אין להם לחוש על המלוים להבא ע"ש:

ג **דין קדימה.** עי' בתשובה נו"ב תניינא סימן ל' בעובדא בשנים שהי' להם חוב על אחד בשטר מחמת שעשו עמו מקח על דבש ונשאר המעות אצלו ולא נתן הדבש ושוב הביא עורות ותפסו הם בכח המתגיסטראט את העורות ועתה בא אחד ואומר שהוא נעש' ערב על העורות הללו שלקח זה בהקפה מעו"ג. ולזה שטען כן אין לו שטר רק הבע"ד מודה לו. ופסק הרב השואל שנשארו העורות לאלו שיש להם שטר מטעם שכבר תפסו. והוא ז"ל השיב שיפה דן ויפה פסק ואפי' אם הי' לזה ג"כ שטר מ"מ אין דין קדימה במטלטלין ואף לדברי הב"ח בס"ס צ"ו שפסק שאם הסחורה שלקח בהקפ' בעין וכן כל מה דאתי

מחמתי' אין לשאר בע"ח חלק בזה הנה גוף דברי הב"ח אינם מוסכמים וכבר קיהה בזה בתשובת צ"צ סי' קי"ז ואמנם בזה אפילו הב"ח מודה דהרי צריך לקרב דברי הב"ח אל השכל לומר שטעם הדבר שאם הי' יודע זה שאינו בטוח לא היה נותן לו הסחור' ונמצא הוי מקח טעות (וכ"כ טעם זה בספר בית מאיר לא"ה סימן צ' ס"מ ובספר דברי משפט סימן צ"א סק"ג ובס"ס צ"ו ע"ש ובתשובת פרי תבואה ס"ס ל"א ע"ש ועמ"ש בסי' צ"ו ס"ו סק"ב) ונשאר הסחורה ברשות בעליו הראשון ושוב כל מה דאתי מחמתי' נשאר בחזקת בעליו הראשון אבל כאן שזה רק ערב ומעולם לא הי' העורות שלו ואיך נימא שנשארו העורות ברשותו הא ודאי ליתא. ומה שיש לדבר בזה הואיל והתפיסה הי' ע"י ערכאות ובבאר היטב כתב בשם רשד"ם שתפיסה כזו לא מהני (הוא בבה"ט של מהרי"ט ז"ל סק"ד) הנה תשובת רשד"ם אינו בידי אבל גם מהרי"ק שורש קנ"ד כתב כן ודבריו שם תמוהים כו' ועכ"פ גם מהרי"ק דוקא בנדון דידי' שמהני בירור ועדים אחר התפיס' לכך כתב דע"י עו"ג לא מהני שאולי גם אח"כ ילך בדרכו הראשון ע"י עו"ג ולא ישמע לבירור של עדים אבל בב"ח במטלטלי שיכול לתפוס ותפיסתו מהני לחלוטין ואין הדבר תלוי בבירור ועדים מה לי אם תפס בעצמו או בכח המושל. ומה שיש לפקפק לפי מה שפסק' הש"ע (סעיף ד) אא"כ שמו הב"ד וכאן הית' השומא ע"י עו"ג הלא הש"ך שם סובר דאפילו בלא שומא כלל מהני אם כבר תפס וא"כ כאן שאלו מוחזקין אין יכולת להוציא מידם. וכל זה אם הי' לזה הערב שטר אבל כאן שטענתו היא בעל פה פשיטא דלא מהימן כלל ואפילו הבע"ד מוד' לו כיון שאין לו מגו אינו נאמן כלל כמו שמבואר בש"ך סימן צ"ט בסק"ו ע"כ יפה פסק הרב השואל עכ"ד ע"ש:

ד **קדימה.** עבה"ט שכתב והב"ח פסק כתשובת מיימוני כו' וכן פסק בתשובת צ"צ סי' קי"ח הלכה למעשה והביא שם דגם בפסקי הרב מרקנטי סי' תקכ"ד כתב להדיא כן דאין לחלק בין אותם האחרים הם לפנינו ותובעין חלקם ובין שאינן לפנינו לעולם צריכין להפריש חלקם ע"ש. וע' בתשובת אא"ז פמ"א ח"ב סי' ך' אודות ראובן שתבע את שמעון לדין איך שלקח מלוי ד' חביות דבש שאותן חביות דבש כבר קנה מלוי מברר שלוי חייב לו אלף זהובים ועשה לוי עם ראובן התקשרות ומקח על הדבש הנ"ל ושמעון השיב שגם לוי חייב לו חמשה מאות זהובים ובא למקום שלוי דר ולא היה בביתו ושאל לאשתו אם הניח לה בעלה מעות לשנם והשיב' שמעות לא הניח לה רק ד' חביות דבש ציוה ליתן לו במשקל ובמקח הידוע וכן קבלתי הדבש הנ"ל אבל לא היה לי ידיע' לא בתחלה ולא בסוף שזה הדבש היה שייך לראובן ואפשר שמכר לי דבש אחר ונתעצמו שניהם לדין ופסק דאין מוציאין הדבש מיד שמעון שקדם ותפס ואף אם ראובן מברר

ע"פ עדים שקנה באחד מדרכי הקניות שנהגו הסוחרים להכות כף על כף שקורין האנד שלאק מ"מ נהי דקנין כזה מהני לענין שאין המוכר יכול לחזור מ"מ לא הוי ברשות לוקח לגמרי לענין שלא יהנה תפיס' של בע"ח אחר כמבואר מדברי מהר"ם אלשיך בתשוב' סימן קכ"ד הובא בש"ך ס"ס קכ"ו במעש' דטבעות זהובים שהפקיד שמעון ביד ראובן ואח"כ אמר לי' תנם ללוי במעמד שלשתן כו' ואף לדעת הש"ך שם שחולק וס"ל כיון שקנ' באיזה קנין שיהי' הוי כשלו לגמרי ואין בע"ח אחר יוכל לתפוס בו מ"מ דוקא בנדון שלו שהודו זה לזה שקיבל אותן טבעות זהב במע"ש ליתן ללוי אבל בנ"ד שראובן אינו יכול לברר שהוא לקח אותן ד' חביות דבש במקח ואפילו אם היה כתב בידו שעש' מקח וקנה חביות דבש ממנו מי יימר שהם אותן חביות דבש שמכר לו דילמא מכר לשמעון ד' חביות דבש אחרים וכיון שראובן אינו יכול לטעון טענת ודאי על שמעון רק טענת ספק ומן הדין לא הי' יכול להטיל עליו אפילו חרס רק להפיס דעת ראובן פסקנו ששמעון יקבל בחרם לפני ב"ד שלא ידע שאותן ד' חביות דבש קנה ראובן מלוי רק אשת לוי נתנה לו שלפ"ד עשתה רצון בעלה וכשיקבל כן אין לראובן על שמעון שום דין ודברים עכ"ד ע"ש:

ה **לא** הוי כתפס. עש"ך סק"ט שכתב דמ"ש הסמ"ע וגם אם ירצה למחול החוב מני מחיל אין זה מדוקדק כו'. וע' בתשובת שבו"י ח"ג סי' ק"נ שכתב דאין זה קושיא כלל כיון דמדר"ן משועבד לכל הבע"ח בשוה א"כ לא מהני תפיסתו לגרוע שארי בע"ח כיון שחלקם יכול למחול אי לאו שעבודם של שארי בע"ח ויחלוקו אך בלא"ה א"צ למ"ש הסמ"ע כיון דקיימא לן כבית הלל דשטר העומד לגגות לאו כגבוי דמי מש"ה לא מהני תפיסתו כיון שהשעבוד נשאר אצל המלו' עכ"ד וע"ש עוד שנשאל במעשה בד' אחים שהי' לכל אחד מהם שט"ח על אמם מסך מאה ר"ט הנעשים ביום אחד ולאמם היה שט"ח על אחר ובחלייה כתנה לא' מבניה השט"ח שיגבה איזה סך מהלוה לצורך פרנסתה וכן עשה והשטר נשאר מונח אצלו ולאחר מותה קדם הבן וגבה כל מותר החוב ותפס אותו בשביל מקצת חובו והאחים טוענין דתפיסה לאחר מיתה לאו כלום הוא ורוצים שיחלוק עמם בשוה הדין עם מי. והשיב הנה בודאי אם לא היה גובה השטר עדיין לא מהני תפיסתו כלל כדאי' בח"מ סי' ק"ד ס"ג דאם תפס שטרות לא הוי כתפס ממון ויחלוקו אכן כשכבר גבה ממון אפי' תפס לאחר מיתה ג"כ מהני כמבואר בש"ע סי' ס"ד שכתב וכל זה לדינא דגמ' אבל כו' וגם אין להאחין מקום דין על הלוה לומר דלא הי' לך לפרוע לא' מן האחים לבד עד שיבואו כל האחין יחד דז"א כי האחין שהם שותפין בחוב א"צ כתיבה ומסירה זמ"ז כמבואר בש"ך סי' ע"ו סקי"ח וכ"ש בנ"ד שיש להם חלק

בגוף החוב מדר"ן וכ"ז ברור. וזה שעדיין נשאר חייב לזה האח אם יש עוד' ממה לגבות מנכסי אמם נ"ל דיש לו חלק כשאר אחין לחלוק בגביית חובו שוה בשוה ודלא כתשו' פרח מטה אהרן ח"ב סי' כ"ו וכן עלתה הסכמה בב"ד שלנו למעש' עכ"ד ע"ש:

ו **מטלטלי אגב.** עבה"ט עד ובת' מהרי"ט סי' קכ"ח. ובגש"ע דהגרע"א זצ"ל נ"ב ובח"ב חח"מ סי' ח' ובתשו' מהרח"ש ח"ג סי' נ"ד:

ז **הקודם וגבה זכה.** עבה"ט. ובגש"ך דהגר"א זצ"ל עמ"ש הש"ך ה"ל כתפיסה ?דליה מהני כנ"ל ודו"ק. נ"ב וז"ל וכ"כ הב"ד בעצמו בשלחנו באה"ע סי' ק"ב ס"ג דבקרקע לא מהני תפיסה כ"א בב"ד עכ"ל:

ח **כולם ביום א'.** ע' בת' עמודי אור סי' ק"ד אודות ראובן שלוה משמעון מנה ובו ביום שאל מלוי חפץ שוה מנה ואחר ימים נאנס החפץ אצל ראובן ובהגיע זמ"פ של שמעון באו שניהם שמעון ולוי לגבות מראובן ולא הספיקו נכסיו כ"א לסילוק א' מהם מה דינם. וכתב דלכאורה זה תליא במחלוקת שבין הרי"ף והרמב"ם ובין הרא"ש וסייעתו בהא דב"ק דף קי"ב ע"א דלפי דעת הרי"ף והרמב"ם פ"א מה' שאלה לפסוק כלישנא קמא שם דמשעת שאלה אשתעבד נכסי שואל א"כ בנ"ד שניהם שוים בשעבודם אולם לדעת הרא"ש וסייעתו דפסקו כלישנא בתרא שם דהשעבוד לא חל אנכסיו כ"א משעת אונסין וכ"פ בש"ע סי' שמ"א ס"ד (ע' בסמ"ע שם) א"כ בנ"ד כיון דלשמעון קדם השעבוד נכסים ודאי דהוא קודם ללוי והאריך בזה ומסיק דאף לדעת הרמב"ם ודעימיה דמשעת שאלה אשתעבד נכסי שואל היינו רק מדרבנן ולפי זה בנידון דידן הדבר ברור גם לדעת הרמב"ם דהמלוה ששעבודו מה"ת מיום הלואתו קודם לגבות להמשאיל ששעבודו מיום ההוא הוא רק מדרבנן עש"ה:

ט **אבל אם הלוה כו' בע"ח מאוחר כו'.** עיין בת' שבו"י ת"א סי' קנ"ג אודות ראובן שחייב לשמעון מאתים זוז בשטר ולא היה לו לפרוע ומכר קרקע שלו ללוי במנה ופרע המנה לשמעון ועכשיו רוצה שמעון לחזור ולטרוף הקרקע מלוי מחמת מותר המנה שחייב לו ראובן ולוי טוען כיון שדמי המכירה נשתלם לך בחובך הרי הוא כאילו כבר טרפת הקרקע מתחלה ומכרת אותה לי באותה מנה הדין עם מי ופסק דהדין עם לוי כי אין בע"ח אחד יכול לטרוף מן הלוקח קרקע א' שני פעמים להיות גובה וחוזר וגובה שכבר נפקע שעבודו מיד שקיבל המעות תמורתו ומדייק כן מל' הש"ע דהכא שכתב דבע"ח מאוחר טורף מלוקח ולא כתב דגם בע"ח ראשון חוזר וגובה אם עדיין נ"ח לו הלוה ש"מ דלגבי אותו בע"ח לא אמרינן כן כיון שדמי זבינא קיבל לפרעון חובו. וכן הדין בשנים שהחליפו את בתיהם אין הבע"ח של אחד מהם יכול לגבות שניהם אם חובו

כנגד שניהם ודלא כתשובת צ"צ סימן ד' ועה"ג סי' ק"ז (יובא דבריהם קצת באורך לקמן סי' כ"ה) ע"ש וע' בתומים סק"ט שחולק על השבו"י הנ"ל ודעתו להלכה דאף אותו בע"ח יכול לטרוף קרקע זו עבור המנה שנ"ח לו הלוה כי הנכסים שקנה הלוה הוה כאילו הם עדיין ביד לוה כמ"ש הסמ"ע סקכ"ה וכמו שמן הלוה יכול לטרוף ולחזור ולטרוף כמבואר בגמ' פרק מי שהי' נשוי בעובדא דקטינא דארעא כן הדין בלוקח דאין כחו יפה יותר מן הלוה הואיל והוא מכרו לו וכתב שדקדוקו של השבו"י מל' הש"ע הוא קלוש מאוד די"ל דבגוף התשובה (שהעתיק הש"ע ממנו) מעשה כך היה וגם רבותא קמ"ל כו' ע"ש ועמ"ש עוד בזה לקמן סימן רכ"ה סק"א:

י **כיצד היו ג' חובות כו'**. ואם יש לאדם אחד ב' שטרות אם לחלק לפי אנשים או לפי שטרות ע' בזה בש"ך לעיל סימן נ"ג סק"ב הובא בבה"ק שם דמבואר שתופס בפשיטות שנוטל ב' חלקים ע"ש וע' בזה בתשובת הב"ח סי' ל"ה ובת' צ"צ סי' ט"ו ובת' שבו"י ח"א סי' קנ"ו ובת' גבעת שאול סי' כ' ובת' נאות דשא סי' י"ח וי"ט עש"ב ועיין בתומים ובנה"מ מזה:

יא **מלוה על פה קודמת**. עבה"ט עד וכתב הרדב"ז דדוקא שבעלי השטרות מודים למלוה ע"פ כו'. ובגש"ע דהגר"ע אייגר זצ"ל נ"ב וז"ל מלוה בשטר ומלוה בע"פ שבאו לזכות מהיתומים אם המבש"ט מודה לבע"פ אם אין נכסים לשניהם יחלוקו כיון דמלוה בשטר מודה על המלוה בע"פ אבל אם נכסים מספיקים לשניהם נוטל המבש"ט כל חובו דאמר הרי נכסים לפניך אך המבע"פ אין יכול לגבות מיתומים ע"פ הודאתו של המבש"ט כ"כ בספר בית מאיר סי' ק"ד עכ"ל. וע' בת' אא"ז פמ"א ח"ב סי' צ"ב אודות שכ"מ שצוה לפני מותו שחייב לפלוני מנה על פה ואחר מותו יצאו עליו כמה ש"ח בעדים ובקנין וכמה ממרנות באופן שאינו מספיק לשלם אפי' למלוה בשטר אי מחוייבים ליתן גם למלוה ע"פ לפי ערך שהם גובים כיון דהודה בהודא' גמורה בשעת מיתה ומסתמא אין אדם חוטא ולא לו. והשיב לכאורה מש"ס שבועות דף מ"ב ע"ב בהא דאמר התם אמרי ה"מ שכיב מרע דאין אדם חוטא ולא לו אבל גבי בריא חיישינן ופרש"י א"א חוטא ולא לו בשביל יורשים. מטעם זה משמע אף בהדיוט נמי כן והא דאר"ה חזקה אין אדם עושה קנוניא על הקדש כוונתו ג"כ לטעם זה דהא בבריא עושה קנוניא אפי' על הקדש אך בנ"י ס"פ גט פשוט מבואר דדוקא בהקדש אמרינן הכי ולא לגבי הדיוט וא"כ בנ"ד אינו נאמן לחוב לאחרים וכן מבואר מדברי הש"ך לקמן סי' רנ"ה סוף סק"ח כמ"ש שם בד"א בבריא אבל ש"מ שאמר מנה לפלוני בידי נאמן כו' עד ואינו נאמן נגד לקוחות או בע"ח אחרים כו' ע"ש. ושם בסוף התשובה כתב וז"ל ומ"מ תמוה דהא אף לגבי הדיוט אמרינן חזקה

אין אדם חוטא ולא לו כדאמרינן פ"ק דב"מ דף ה' דסתם רועה דעלמא כשר דאלת"ה אנן חיותא לרועה היכי מסרינן והא כתיב לפני עור כו' אלא חזקה א"א חוטא ולא לו ומוכרחים אנו לחלק דבשביל בניו חוטא אם לא בהקדש אינו חוטא אפי' בשביל בניו וצ"ע עכ"ל וע' בספר שער משפט סימן רנ"ה שכתב דמעיקרא לק"מ דדוקא להכשירו לעדות מכשרינן ליה מהאי טעמא כיון דהא דסתם רועה פסול מספיקא הוא דמסתמא מרעה בשדות אחרים לכך ברועה דעלמא כיון דחזקה א"א חוטא ולא לו לא פסלינן ליה מספיק' ומוקמינן ליה בחזקת ככרות (צע"ק מקידושין ס"ג ע"ב דהא שם ליכא חזקת היתר) אבל להאמינו משום חזקה זו להוציא ממון מאחרים אין לנו אלא בהקדש דוקא כו' ע"ש:

יב **שאמר לו ואחריך לפלוני**. עסמ"ע עד והרמב"ם חולק וכתב דדוקא למוכרם כו' ועיין בתשובת שבו"י ח"ג סימן קנ"ד שכתב על נדון דידי' נלע"ד בנד"ז גם הרמב"ם מודה כיון ששייר לעצמו למכור בשעת דחקו ולהשכין כו' ע"ש ופשוט הוא:

יג **אין בדברי שמעון כלום**. עיין באר הגולה אות רי"ש. ועיין בתשו' שבו"י ח"ב סימן קפ"ג דמעשה בא לפניו באחד שעשה עצמו שהוא בעל פליטס שאין לו לצאת לשלם חובותיו המוקדמין והמאוחרין לבית דין לגבות בדיניהם והמוקדמין יש להם שט"ע ובשטרי עיסקות שם נהגו לכתוב שבכל חודש יכול לישבע שלא היה ריוח בעיסקא וכבר עבר וחלף זמנים הרבה שלא נשבע וא"כ מחויב ליתן לו ריוח כפי הקצוב בשטר עיסקא ונסתפקו אם יש לו גם כן דין קדימה כמו בגוף החוב והשיב לכאורה נראה דהוא מוקדם על הריוח כמו על הקרן כמבואר בסימן ק"ד סט"ו כו' ואין לחלק ולומר דדוקא ברבית דעו"ג דינא הכי משא"כ ברבית דישראל זה אינו דמוצא הדין בתשובת הרשב"א שהובא בב"י ושם למד זה מדין ישראל ששעבד לזון את אשתו כו' אך אחר העיון יראה דדוקא ברבית דעו"ג דינא הכי אבל בריבית דישראל אין הנדון דומה לראיה כלל דודאי אדם מחייב עצמו בשטר מהיום בשעבוד גמור על מכאן ולהבא לזון וכה"ג ויכול לשעבד עצמו לחייב א"ע מה שאינו חייב וטורף אף ממשעבדי מהיום כיון שזמן השטר הוא מהיום משא"כ בריבית ישראל שאין יכול לשעבד עצמו אם לא בצד היתר עיסקא כתיקון חז"ל ואם אינו מרויח כלום ונשבע כפי התנאי אינו מחוייב ליתן לו כלום א"כ אין השעבוד חל מזמן השטר כו' ומסיים בכן פסקנו הלכה למעשה שאין לריוח עיסקא שום דין קדימה דהוי רק המלוה ע"פ לענין טריפה אך שאינו יכול לומר פרעתי כיון שיש לו נאמנות בשטר. גם פסקנו שמאותו יום שגילה א"ע שאין לו אם אין כאן רמאות א"צ לשלם שום ריוח עיסקא ע"ש:

יד **שהרי אין בע"ח נוטל בראוי**. עש"ך שכתבו אמת שכ"כ הטור אבל אינו מוכרח אלא טעם יש בדין זה כדאי' בתוס' פ' מי שמת ובהג"א שם דמצי אמר מאבוה דאבא קאתינא ונ"מ היכי דלא מצי אמר הכי נוטל בע"ח בראוי וכ"כ בהג"א שם וז"ל והיכא שנפלו לו נכסים לאחר מיתה מאבי אמו שאחיו מן האב א"י לירש אם לא מכחו בע"ח גובה מהן כו' ע"ש. וע' בדגמ"ר שכתב בזה וצ"ל לכאורה דבריו תמוהים שהרי אין הבן יורש אמו בקבר להנחיל לאחים מן האב כמפורש בהדיא במס' ב"ב דף קי"ד ע"ב. ונ"ל דכאן מיירי שהאם גיורת ואין לה יורשים ולכך הבן יורשה בקבר להנחיל לאחים מן האב ונ"מ שלא יהיו הנכסים הפקר ואל תתמה שהרי מצינו חילוק זה באם שאינה יורשת בנה וגיורת יורשת בנה שלא יהיו נכסיו הפקר ע' במס' ב"ב קי"ד ע"ב בתוס' ד"ה אף מטה האם וע' לקמן סי' ר"פ בש"ך סק"ג וע' לקמן סי' תכ"ג ס"ב עכ"ל וע' בתומים ונה"מ מזה וע' בת' רבינו עקיבא איגר סי' קל"ח שכתב דבעה"ת בשער מ"ח ח"ג כתב דדוקא ביורש אבי אביו אמרי' מכח אבוה דאבא קאתינא אבל ביורש אחי אביו צריך לשלם חוב אביו דאין לך בו אלא חידושו. וחידוש בעיני על הב"י והאחרונים שלא הביאו דברי בעה"ת אלו לדינא עכ"ל (ולכאורה על הב"י אין חידוש שהרי בסי' ק"ז מחודש ק' הביא דברי בעל התרומות שער מ"ג לוה שכתב בשטרו דאקנה ומת ולא הניח נכסים ואח"כ מתו מורישיו כו' וכתב אח"כ דהרמב"ן בשם ר"ח כתב דבע"ח אינו נוטל בראוי ע"ש ומשמע שכן דעתו וכן משמעות דבריו כאן בש"ע וכמ"ש בש"ך וא"כ איך יביא הב"י דברי בעה"ת שער מ"ח הנ"ל דביורש אחי אביו לא מצי לומר מכח אחא דאבא קאתינא וצריך לשלם חוב אביו שהרי באמת א"צ לשלם מזה חוב אביו מטעם אחר משום דאין בע"ח נוטל בראוי (והבעה"ת עצמו לא כתב זה רק לשיטת הרא"ש מלוניל שהביא בשער מ"ג הנ"ל שב"ח גובה מאותן נכסים ויש לעיין בבעה"ת שם) ואפשר דמ"מ נפקא מינה דאי משום דאינו נוטל בראוי עכ"פ איכא משום מצוה משא"כ היכי דמצי למימר מכח אבוה דאבא גם מצוה ליכא והי"ל להביא דברי בעה"ת הנ"ל דלא מצי לומר מכח אחא דאבא וצריך לשלם עכ"פ חוב אביו משום מצוה ע' בקצה"ח ובנה"מ מזה) וע"ש עוד אודות שנשאל איזה תקנה יש לסלק הנחלה אב מבניו שהם אצל אמם הגרושה וכתב דלכאורה תקנה לזה שיחייב עצמו המגרש לאיש ידוע ממשפחתה בסכום עצום שיהיה זמן סילוק פרעון בעת שיבא הוא או ב"כ לירש זרעו וכעין נוסח שטר חצי זכר אולם עדיין יש מציאות שתסוב הנחלה מבני האשה למשפחת אביהם באם אביהם יעדר בחיי זרעו ואח"כ יעדרו זרעו אז יבאו אחיו לירש ולא יצטרכו לשלם מזה חוב של אחיהם אב הבנים דיאמר מכח בני אחינו אתינן לא מכח אחינו ואין אנו צריכין לשלם מזה חובו ואף לבעה"ת

דביורש אחי אביו צריך לשלם חוב אביו וא"כ הכי נמי ביורש בן אחיו צריך לשלם חוב אחיו מ"מ משכחת עכ"פ באם ישא המגרש אשה ויוליד בנים והוא יעדר ואח"כ יעדרו זרעו בני הגרושה הנ"ל יבאו הבנים מאשתו הב' לירש לפי מה דמשמע מהב"י סי' רנ"ג דירושת ארר את אחיו לא מדין משמוש מכח אביו כ"א בעצמותיו יורש אחיו א"כ יוכלו לומר אחינו אנחנו יורשים ואין אנו צריכין לשלם חוב אבינו אולם הד"מ שם אות ז' ס"ל דירושת אח מדין משמוש א"כ אפשר דלפי דינא דבעה"ת דביורש אחי אביו צריך לשלם חוב אביו הכא נמי ביורש אחיו צריך לשלם חוב אביו (לכאורה מדברי בעה"ת הנ"ל מוכח דלא ס"ל כהד"מ דירושת אח מדין משמוש דא"כ גם באחי אביו שייך לומר מכח אבוה דאבא וצ"ע) עכ"פ יהי' מקום ערעור גדול לדינא ובפרט דפשטא דמלתא נראה יותר דא"צ לשלם חוב אביו ולא שמענו מעולם מי שיורש אחיו שצריך לשלם חובות אביו ע"כ לא מצאתי תרופה לזה לסלק נחלה זו עכ"ד ע"ש. והנה מה דמסיים רבינו הגאון ז"ל ולא נשמעו מעולם מי שיורש אחיו שצריך לשלם חובות אביו. לכאורה צ"ע דאיך יהא נשמע זאת לפי מה דקיי"ל באמת דב"ח אינו נוטל בראוי ואף להש"ך הוא ספיקא דדינא (ע' בזה בת' משכנות יעקב סי' מ' ובהגהותיו שבסוף הס' וע' בתומים מזה) ואפשר דכוונתו עכ"פ משום מצוה או אפשר דכוונתו בשטח"ז שנתן אביו לבתו וחתנו שכותבין בו בראוי כבמוחזק וכן מצאתי בת' שב יעקב סי' י"ח שכ' שם דאי יורשים אחי המת בתורת משמוש צריכין לשלם לב"ח של אבא לשיטת תוס' ב"ב קנ"ט דב"ח נוטל בראוי או להבת שיש לה שטח"ז לפי הנוסח שכותבין בראוי ובמוחזק. וע"ש עוד בת' שב יעקב שדעתו באמת לדינא דירושת אח הוא בתורת משמוש וצריכין לשלם חובות אביו והוציא כן מקו' תוס' ב"ב ק"ח ע"ב שהקשה אחין דכתב רחמנא למה לי כו' ע"ש אולם בת' רע"ק ז"ל סי' קל"ב כ' דמהתוס' אין ראיה די"ל דקושייתם למ"ד שעבודא לאו דאוריית' כו' ע"ש. ועמ"ש בזה לקמן סי' רפ"א סק"ב ובס"ז סק"י:

טו **נוטל בראוי.** עבה"ט שכ' עמ"ש מהרש"ל כו' עד והביא שם ת' מור"ם דלא כ' כן כו'. וע' בפנים בש"ך שהשיג על הסמ"ע בזה דבאמת גם מור"ם מסכים לדינא למהרש"ל כו' ע"ש וע' בזה בת' מהר"ם לובלין סי' י"ד ובת' צ"צ סי' קי"ד ובת' עה"ג סי' ע"ה ובת' שבו"י ח"א סי' ק"י ובת' חינוך ב"י סי' קל"ט ובת' שב יעקב סי' י"ב ודבריהם באריכות קצת יובא בס"ד לקמן סי' רפ"א ס"ז סק"י:

סימן קה

א **ואין לו כדי לפרוע לכולם.** עיין בת' משכנות יעקב סי' ל"ט במעשה שעיקלו ב"ד מעות אצל אחד בשביל בע"ח א' ומסר המעות ליד שליש בית דין ובשביל זה באו עוד בע"ח המגיע להם גם כן ורוצים לחלוק וזה טוען שזכה שליח ב"ד בשבילו והם ירדו לדין ויבקשו מקום לגבות. והשיב דנראה דיד כולם שוה בזה. חדא דהשליח בית דין לא נתכוון כלל לזכות בשבילו רק אם יזכה בדינו יתן לו ע"פ ב"ד ועוד דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים הם ב"ח האחרים ואף שאפשר להם לירד לדין ולהוציא מידו ע"פ טורח עכ"ז הוי חב לאחרים מכמה ראיות כו'. ומ"ש הטור וש"ע שאין לו לפרוע כל החובות אין הכוונה שאין לו כלל רק שקשה לו להוציא חובו וצריך טורח ולא יוכלו לגבותו בקל דאם יוכלו לגבות בקל מה להם אצל זה יגבו ממנו אבל כל שיש קצת חוב בדבר הוי חב לאחרים כמבואר בראיות ע"כ נראה נכון כמ"ש שכולן שוין בזה ויחלוקו ע"ש:

ב **וקדם אדם אחד.** עיין בת' רבינו עקיבא איגר סימן קל"ג בענין ב' בע"ח וחצר של אחד מהם היה מושכר ללוה ומת הלוה ונשארו מטלטלין בחצר ונסתפק שם אם נידון לזה המשכיר לקדם וגבה דאף לדעת הרמב"ם שהובא בש"ע לקמן סימן שי"ג ס"ג דהוי חצירו של משכיר לזכות במציאה ולדעת הש"ך שם דהרמב"ם ס"ל דבכל ענין הוי חצירו של משכיר אף שאינו דר שם מ"מ יש לפקפק בנ"ד די"ל כיון דחצר קונה מדין שליחות כדמסקינן פרק קמא דבבא מציעא דף י"ח דקטן מקטנה לא ילפינן ומבואר בהרי"ף והרא"ש שם דה"ה באיש גדול חצר דגברא לאו משום ידו הוא אלא משום שליחות אם כן יש לדון דלא מהני זכיית חצר אלא בדבר שיכול לעשות ע"י שליח אבל לענין תפיסה לגבי בע"ח אחרים לשווייה קדם וגבה דאינו יכול לעשות כן על ידי שליח. אינו יכול לעשות כן ע"י חצירו ומסיים דצ"ע לדינא ע' שם עוד והובא קצת בפ"ת לאה"ע סימן ק"ב סק"ד. וע' בספר שער משפט לעיל סימן ק"ד ס"ד שחקר ג"כ בזה ופשיט ליה דחצר עדיף משליח ומהני אף במקום שחב לאחרים מהא דחצירו קונה לו מציא' כו' ע"ש אולם בת' רע"ק שם דוחה ראיה זו חדא דזה אינו ראיה רק לשיטת תוספת שכתבו הטעם דמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו ולא הוי תובע במקום שחב לאחרים משום דאי בעי זכי לנפשיה אם כן מוכח דחצר עדיפא משא"כ לשיטת הרמב"ן דמתרץ דמציאה לא מיקרי חב לאחרים כו' ועוד דאף לשיטת תוספת נמי אין ראיה כו' עש"ה:

ג **לא קנה.** ע' בת' רע"ק איגר סימן קל"ג שהביא ת' מהר"ם אלשיך סי' ל"ז שכתב מסברא דנפשיה בנידון שאלתו. דלא אמרו התופס לבעל חוב אלא היכא דחב לאחרים אבל לא במונע ריוח לאחרים והוא ז"ל כתב עליו דלכאורה זהו דברי הרמב"ן הובא

בשיטה מקובצת פרק קמא דב"מ דמתרץ הא דתופס לבעל חוב לא מהני והמגביה מציאה לחבירו קנה דהיינו משום דמציאה לא מיקרי חב לאחרים דהוי רק מניעת ריוח אבל התוספת שם (דף י' ע"א בד"ה אמר רבי יוחנן) כתבו חילוק אחר דהמגביה מציאה לחבירו קנה משום דאי בעי זכיה לנפשיה אם כן מבואר דהתוספת ס"ל דגם מציאה מקרי חב לאחרים. ואפשר דכוונתו רק לגבי בע"ח דלגבי דידיה הוי פסידא בזה לא מקרי חב לאחרים היכא דמונע מאחרים רק הריוח משא"כ במציאה דכולם שוים בה גם בנדון דהתם בגוף הככסים אינו חב לאחרים רק שהיה יכול להשתכר בנכסים להרויח בהם דהוא מלתא דאתי מעלמא משא"כ במציאה דבגוף הנכסים חב לאחרים עכ"ל ועיין בת' חתם סופר חח"מ סימן נ"ד שכתב שהוא מסופק היכא דבשעת תפיסה לא חב לאחריני רק אח"כ בין תפיסה למסירה לידו נולד מזה חיוב לאחריני אם קנה או לא ואופן הספק נולד לו ממ"ש הפ"י בגיטין ט' ע"ב אהא דכתב רש"י והרי"ף שם דכל זמן שלא הגיע שחרור ליד העבד אינו משוחרר דהיינו משום דאם ישתחרר מיד אפשר שיארע לו כמה מכשולים בביאת שפחה ואכילת תרומה והוא לא ידע ואשם ע"ש משמע מזה דאע"ג דעתה בשעת זכיה הוא זכות גמור מ"מ כיון שיתגלגל מזה חוב בין שעת הזכיה לשעת הגע' לידו מקרי אין חבין אלא בפניו וכו' ואם כן יש ספק אם בחוב לאחריני נמי נימא אע"ג דבשע' שתפס וזכה עבור זה הי' זכיה גמורה לו ולא שום חיוב לאחריני מ"מ אם אחר כך נולד מזה חיוב לאחריני יכול לומר כי היכי אם היה נולד חיוב להבע"ד עצמו אע"ג דאנן סהדי בשעת מעשה היה עדיין ניחא ליה מ"מ לא יקבל ממך ולא קנאו עדיין א"כ ה"ל עתה תופס במקום שחב לאחרים כו' ע"ש עוד:

ד **ואפי' עשאו שליח**. עבה"ט עד ומזה יצא לו דין דמי ששכר לאחד שיתפוס כו' ועיין בספר קרבן נתנאל פ"ק דגיטין אות ס"ט שתמה על הש"ך אמנם הביא בשם מורו הגאון מו"ה אברהם ברודא ז"ל שהסכים עם הש"ך לדינא ולא מטעמיה אלא משום כיון דשכרו אית ליה נמי זכות בהאי תפיסה דבהאי תנאי שכרו אם יתפוס יטול שכרו ומסתמא התנא עמו מכל מנה שיתפוס יהיה לו שכרו כך וכך ויש לו זכיה בכל מה שתפס וכיון דזכי בהאי תפיסה לנפשיה זכי נמי לחבריה כו' ג"ש (ומלשונו משמע דאפי' לפי מה שחולק שם אות ע' על הש"ך סק"ב וכמו שיובא לקמן מ"מ שאני הכא דאית ליה זכות בכל מה שתפס וצ"ע) וע' בת' ח"ס חח"מ ס"ק ק'. ועיין באר הגולה מ"ש ומטעם זה פסק ר"מ ראובן ששלח שלוחו כו' פסק דאין שליחות לעו"ג כו' ועוד כו' ולכאורה טעם הא' תמוה דהא זוכה בשביל ישראל וכן תמה בתומים סק"ד ע"ש ועיין בתשובת רבינו עקיבא איגר סי' קכ"ט שכתב ליישב דס"ל לר"י כתוב בב"מ דף ע"א ע"ב בד"ה בשלמא דהוי

כמו שלוחו דבמזכה וכן נראה כוונת תוספת גיטין דף י"ג ע"ב בד"ה במעמד שלשתן כו' אולם דעת הריטב"א הובא בש"מ ב"מ שם דלא כתוספת ולדינא צ"ע ע"ש:

ה **גם לתופס** עבה"ט עד אבל הוא דחה דבריהם והסכים עם הב"י כו' ועיין בסימן ק"נ פרק קמא דגיטין אות ע' שסתר דברי הש"ך בזה ומסיק דהעיקר כמו שפסק הסמ"ע ע"ש וכן הסכים בתומים עיין שם. אמנם בתשובת נו"ב סוף סימן י"ז פסק דיכול לומר קים לי כהש"ך ובפרט שגם הבית יוסף והלבוש פסקו כן. ועיין שם עוד בענין אם חובו לא הגיע עדיין זמנו וכתב דנראה לדינא דשפיר אמרינן מגו דזכי לנפשיה דמחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה דמי ע"ש. ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ ס"ס ק' מ"ש בענין זה עש"ה:

סימן קו

א **לקיים שטר שבידו.** ע' בה"ט עד אלא נראה דחיישינן לקנוניא כו' ועיין בתשובת הרדב"ז ח"א סימן תק"ע ובספר שער משפט מ"ש בזה:

ב **שלישית שאלו הנכסים כו'.** ע' בתשובת חות יאיר סימן פ' שכתב דאף שהרמב"ם והש"ע כתבו זה גבי נפרע שלא בפניו נראה דה"ה נפרע בפניו אם אין ידוע רק דבפניו מסתמא ידוע לכל שהם שלו כי הוא מוחזק בהם עיין שם:

סימן קז

א **חוב אביהם ממלוה.** ע' בתשובת נו"ב סימן ל"ד שכתב דאין הטעם בזה משום שעבוד דר' נתן אלא דאף אי נימא דלא כדעת הש"ך בסימן פ"ו סק"ה ונימא דשעבוד דר' נתן הוא דוקא בדליכא נכסי אחריני מ"מ בעל חוב גובה ממלוה אפילו באיכא נכסי אחריני שלא מטעם שעבוד דר"נ רק מדינא דעיקר פרנסתינו ומחייתינו בחובות ועיקר סמוכות הבע"ח על זה כמו אשלי דקמחוניא וראיה לזה משני תשובות של הרא"ש כו' ע"ש. ובנו"ב תניינא סימן נ"ג האריך יותר בזה ומבואר שם דלפ"ז ה"ה דגובה מחובות של עובדי גלולים אף דהרשב"א בתשובה מסתפק אי שייך ביה שעבודא דר"נ כמובא בב"י ריש סימן פ"ו ע' שם ועמ"ש לעיל ס"ס פ"ו מזה. וע' בתשובת חתם סופר חח"מ סימן ס"ו אודות ראובן שקנה עצים מן שר אחר בעד ז' מאות זהו' אך לא נתן לו כ"א ב' מאות זהובים ויש מועד לתת את המותר ה' מאות זהובים וגם יום מוגבל לקחת את העצים מן היער ויחייב א"ע כי אם יעביר המועד הן מן פרעון החמשה מאות והן מלכנות העצים מן היער אבד זכותו ויכתבו כל זה בשטר קאנטראקט ובהגיע תור הפרעון לא היה יכול ראובן לפרוע וביקש מאיש עשיר אחד ונתן בעדו להשר הסך ה' מאות זהו'

הנ"ל וראובן מסר לו השטר לערבון ויקבע לו זמ"פ ושאם יעבור המועד יהיה למלוה כל השטר כי אמר טוב תת הב' מאות זהובים לך מתתם להשר והגיע הזמן ולא פרע לו גם העביר את היום אשר הגביל לפנות העצים מן היער נוסף על זה קם היער לאחוזה לשר אחר אשר לא יתן לזרים שלא קנו ממנו דבר בוא בגבולו עד כי נואשו המלוה והלוה מכספם ועציהם והנה ראובן שבק חיים ואחרי פטירתו ביקש השר האחד מן המלוה הנ"ל הלואה סך מסויים ויבקש ממנו המלוה לאמר קנה אתה העצים הנ"ל כי לעומתך לא יעיז בעל היער את פניו ותוכל להובילם כרצונך ויאות לו השר כי הוצרך למעות ויקנה את העצים בהפסד מועט נמצא שיבא המעות לידי גיבוי והנה המלוה ישר לב לא יבקש רק מעותיו והמותר יחזיר להיתומים ואולם יש על היתומים בעלי חוב וכתובת אשה ונשאל אם משפטם לגבות מן המעות הללו ותוכן הספק אם מגיע המעות הנ"ל להיתומים בדין מן השר או המלוה או לאו כו'. והשיב ע"ז באריכות ותורף דבריו דזה פשוט דהתנאי שעשה ראובן עם השר שאם יעבור המועד אבד זכותו ויהיו העצים מוחלטים להשר לאו כלום הוא ולא קנה השר העצים על פי תנאי הנ"ל משום דהוי אסמכתא ואף שכתב המג"א בסימן תמ"א סק"ב דלהראב"ד אין דין אסמכתא לעו"ג מ"מ הא מסיק שם שדעת רוב הפוסקים דיש אסמכתא לע"א וא"כ פשוט דהשר לא קנה העצים כלל. וגם זה פשוט דיהודי השני לא קנה העצים מהראשון דאפי' אם הי' מכירה מוחלטת לא קנה ע"י מסירת הקונטראקט לידו דהרי בעינן כתיבה ומסירה למכתב על גבי קני לך הוא ושעבודו ואפי' נכתב הקונטראקט סתם דכל המוציאו יקח העצים מ"מ כיון שהוא לא נתן מעות מתחלה והשטר נכתב על קנינו של הראשון שוב לא מועיל על השני בלא כומ"ס כו' וגם כיון דכל עיקר קנין העצים הוא על ידי קנין חצר שהוא מקום ביער המושכר לו להניח שם עציו עד זמן ועידן (כאשר יבואר להלן) וא"כ השתא לגבי השני הך חצר אינו משתמר לדעת הנותן השני אע"פ שמשתמר לדעת הנותן הראשון לא מהני ובפרט למימר תרתי קולא שיהיה חצירו וקנינו באים כאחד וע"י חצר שאינו משתמר לדעת הנותן השני בודאי לא קנה כו' ומכ"ש דהכא לא היה מכירה מוחלטת רק היהודי הראשון נתן הקונטראקט להשני בתורת משכון והתנה עמו שאם לא ישלם לו ליום פ' יהיה הקונטראקט מוחלט לו וזה הוא אסמכתא דלא קנה כמ"ש בש"ע סימן ע"ג סי"ז כו' מ"ש הרב השואל דליקני מטעם סיטומתא (עמש"ל סימן ר"א ס"ב סק"ב) זה אינו כי לא שמעתי מנהג זה מעולם כו' ואם כן פשוט דלא קנה היהודי השני ונשאר עדיין הזכות מהעצים ליהודי הראשון. אבל מ"מ נ"ל דאין לכתיבת אשה ובע"ח לגבות מהני עצים כלום כיון שיהודי הראשון קנה העצים מהשר בקנין גמור כי לפי משמעות

הקונטראקט אלו הב' מאות שנתן לא היה בתורת ערבון ודראן גאב (ע' בסימן ק"צ ס"י בהגה ובסעיף ט"ז בהגה) אלא בתורת קנין ופרעון והשאר זקף עליו במלוה וקבע לו זמן לפרוע ועוד זמן אחר זמן הראשון להוליך עציו מיערו נמצא אחר שכבר פרע יתר מעותיו שוב לא היו העצים בתורת משכון ובטחון אצל השר שהרי כבר פרעו וע"כ מעיקרא השאיל [צ"ל השכיר] לו מקום ביערו להניח שם עציו עד זמן ועידן וקרוב לודאי שהיער משומר לדעת השר המוכר ע' בסימן ר' ס"א בהגה ובש"ך שם סוף סק"א ושכירות המקום היה כלול בדמי המקח שהבליע לו בחשבון נמצא היה כסף ושכירות המקום וכמ"ש ביו"ד סימן ש"כ כו' ובנדון שלפנינו נקנה הקרקע בכסף וגם בשטר הקונטראקט ואפילו אם נתן המעות להשר קודם שקבל השטר גם כן אינו מזיק בכה"ג כו' (לכאורה צ"ע למה הוצרך להזכיר כלל בזה גם השטר הא כתב הרמ"א בסי' קצ"ד ס"א בהגה דשכירות מן העו"ג קונה בכסף לחוד ואפשר משום שהט"ז שם חולק ע"ש ועמ"ש בסימן קצ"ד ס"ג סק"ה) נמצא העצים קנויים להישראל מדינא ע"י חצירו שהוא מקום ביער המושכר לו מהשר עד זמן המוגבל והשר זכה במעותיו מדינא בלי שום פקפוק וממילא אחר שכבר כלה זמן שקבע לו השר כלתה לו ימי שכירות קרקעו וחזרה הקרקע להשר והשתא אפילו אי לא היה תנאי באסמכתא ביניהם כלל והיו העצים שייכים ליהודי הקונה מ"מ לא נעשה עליהם השר לא שומר שכר ולא שומר חנם ומכיון שבא השר השני ונטלום שוב אין לישראל על השר הראשון ולא כלום ומה שהחזיר עתה להיתומים פנים חדשות בא לכאן ואין לכתובת אשה ובע"ח בהם כלום. ובפרט אחר שכבר נתייאשו לגמרי מהני עצים ע"י השר האלם השני ובשגם שעכ"פ בדיניהם לא היה להם להיתומים שוב שום טענה על אותן העצים בודאי שאין כתובה ובע"ח גובה מטלטלי דיתמי כאלו כו' עכת"ד בשינוי קצת לתוספ' ביאור עש"ה:

ב **הדין עם היורשים**. ע' בתשובת רבינו עקיבא איגר ז"ל סימן קל"ט דהגאון השואל ר"ל דאף אם הקרקע הוא נכסים משועבדים אין צריכים היורשים ליתן לבע"ח מטלטלי שבידם למ"ש מהרש"א בב"ק דף קכ"ח (צ"ל ק"ח והוא שם ע"ב בד"ה לוה ובע"ח באין כו') בכונת תוספת דנפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח מטלטלים ואם כן כיון דמצי הבע"ח לגבות מהם יכולים היורשים לדחותו כיון דבמקום קרקעות אין גובין ממטלטלי דיתמי. והוא ז"ל השיב שזה אינו כי דברי המהרש"א בזה הם יחידאי ומדברי כל הפוסקים לא משמע כן (גם בספר קצה"ח לקמן סימן שס"ז סק"ד השיג על מהרש"א בזה וכתב וז"ל ולא שמענו לחלק בין קרקע למטלטלין דהא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח אפילו מצא מטלטלין לגבות וכן הוא בש"ע סימן ק"ד

ס"א עכ"ל וע' בספר שער משפט שם) ואף במתנת שכ"מ משמע בש"ע סימן רנ"ג דכל שיש מקום לגבות מיורשים אפילו ממטלטלי גובין מהם ולא מצי לגבות ממתנת שכיב מרע. ואף למהרש"א מ"מ בנ"ד (בנדון השאלה שם שהיה הקרקע נכסים משועבדים למקבל מתנה והוא גם כן שבק חיים והניח יתומים קטנים) אין הבע"ח יכול לגבות ממקבל מתנה עתה כיון דיורשי מקבל מתנה הם קטנים וכי היכי דאין גובין מנכסי ית"ק (של הלוה) ה"נ אין גובין מית"ק של מקבל מתנה ובכי הא בודאי גובין ממטלטלי דיתמי דאף להפוסקים לענין הנחתי (הוא היש חולקין דלקמן סימן קי"א סעיף י"ג בהגה) דיכול לומר הנחתי כיון דיכול לגבות כשיגדלו מ"מ לגבי בנ"ח מטלטלי אין היתומים יכולין לדחותן שימתין עד שיגדלו ואף כתובת אשה דנגבת מית"ק אני מסופק כיון דהטעם דנגבה מית"ק הוא משום חינא ובנ"ד דאף אם לא תגבה מית"ק היא תגבה ממטלטלי י"ל דיתמי י"ל בכי הא ל"ש חינא ואין נזקקין לית"ק (עמ"ש לקמן שימן קי"א סי"ג סק"ה) עכ"ד עש"ה:

ג **לעכב קבורתו**. עבה"ט עד וע' בתשובת הגאון ח"צ כו' וז"ל הח"צ שם ולע"ד נראה דמיירי כשהיורשים אלמים ואם יקברוהו תחלה לא יוכל הלה להוציא את שלו מתחת ידם ולכך יכול לעכב קבורתו כיון שהניח נכסים באופן שחייבים היורשים לשלם לו אלא שאינם רוצים כו' ע"ש. וע' באו"ת שדחה דבריו וכתב שדבר זה אין לו שחר כלל לעכב קבורת המת בשביל בניו שהם אלמים ומה יעשה המת המוטל כאבן שאין לו הופכין כו' לכן נשתקע הדבר ולא נאמר אך עיקר הפירוש הוא כמ"ש הש"ך בשם א"מ וכן כתב מעד"מ פרק מי שמת אות ק' דמיירי שיש כאן צרכי קבורה ולא יותר כו' וכן כתב בנה"מ ע"ש:

ד **מאוחר ממנו** עבה"ט עד והש"ך כתב שאין דבריו מכוונים דהפוסקים לא כ"כ אלא לדינא דש"ס כו' וע' בדגמ"ר שכתב עליו וז"ל לא ידעתי מה קשיא ליה דהרי אם אמרו בפירוש שנותנין המטלטלין בעד הקרקע הוה כמכרו המטלטלים שאפילו אחר תקנת הגאונים א"צ לשלם לדעת הרא"ש ולדעת הסמ"ע במכרו מטלטלים גם רבי' האי מודה ומה לי אם מכרו במעות או שקיבלו קרקע זו מבע"ח בעד המטלטלין ושוב אין בע"ח אחר מאוחר יכול לגבות מהם אמנם נראה שהש"ך לשיטתו לעיל סק"ח שכתב דהיכי דנטל דמים לכ"ע חייב ולאו משום דינא דגרמי אלא משום דמשתרשי ליה והכא נמי משתרשי ליה הקרקע עכ"ל וע' בתומים ונה"מ ע' שם בזה:

ה **אין בע"ח מוקדם**. עבה"ט בשם סמ"ע שכתב דקמ"ל כאן דגם היורשים פטורים ולא מקרי כו' כמ"ש בס"ד. וע' בתשובת שבות יעקב ח"ב ס"ס קס"ג שכתב אף דהש"ך בס"ד

סק"ח השיג על סברת הסמ"ע שם גבי מכרו קרקעות של אביהם למקום שא"י לגבותו וסובר דחייבים משום מזיק שעבודו של חבירו מ"מ העיקר כהסמ"ע כאן. חדא דגם שם אין דברי הש"ך מוכרחים להוציא מיד מוחזק נגד גדולי פוסקים דס"ל הכי ויכול לומר קים לי וכן כתב בכנה"ג ועוד יש לומר דגם הש"ך לא פסק כן אלא היכא דקיבלו היתומים הדמים משא"כ בפרע ובע"ח מאוחר שלא הגיע הדמים להיתומים ודאי גם הש"ך מודה ולהכי סתם כותיה בסעיף י"א והוא ברור (ע' בקצה"ח ובנה"מ שמחלקים בענין אחר) וע' שם עוד שפסק מה"ט לפטור היורשים שהוציאו לצרכי קבורה כסדרן ושלא כסדרן להצילו מבזיונא ועכשיו האשה ובע"ח אין הנכסים מספיקין לפרוע מהן כיון דשעבוד הקבורה גם כן על נכסיו הוי כפרעו לב"ח מאוחר דהיורשים פטורים עש"ה:

סימן קח

א **או שנדוהו כו'**. עי' בס' בית מאיר ואה"ע. סי' קע"ח סט"ו שנסתפק באם האב טען נתחייבתי וא"י אם פרעתי ונתחייב בב"ד וסירב ונדיהו שיתן ומת אם היורשים חייבים. וטעם הספק הוא ע"פ טעם הדין שמבואר בטור על כתב יד שאלו היה אביהם חי היה נאמן לומר פרעתי ואנן טענינן להם ולכאורה קשה מה בכך שאנן טענינן להם הא מ"מ כל נאמנות האב לפטור היינו מפני טענתו בברי פרעתי וזה א"א לנו לטעון עבורם אלא שמא פרע ולו יהא הם עצמם כך טענו נמי יתחייבו דהוי כא"י אם פרעתי וצ"ל דטעמא דמלתא משום דלגבי יורשים הוי תמיד א"י אם נתחייבנו דאם אבינו נפטר לשלם לא נכנסנו מעולם בחיוב ואילו הם טענו שמא פרע אבינו נמי פטורים וא"כ באופן הנ"ל נהי דאביהם כל זמן שחי היה חייב לשלם מ"מ השתא מת והוה לגבי היורשים א"י אם נתחייבנו ופטורים ע"ש מ"ש בזה. וע' בס' דברי חיים דיני טוען ונטען סי' ד' שתמה על הב"מ הנ"ל ממ"ש הרמ"א לעיל סימן פ"ט ס"ב דשכיר נשבע ונוטל מיורשי בעה"ב אם תבעו בזמנו והוא מדברי הירושלמי כמ"ש בב"י ובסמ"ע שם והרי מבואר בתוס' שבועות ד' מ"ה דהא דשכיר נוטל מבעה"ב בשבועה ואין הבעה"ב נאמן לומר פרעתי הוא משום דהוי בעה"ב כאומר א"י אם פרעתיך כיון שהוא טרוד ולדברי הב"מ קשה אמאי גובה מהיורשים למה לא אמרי' דאצל היורשים הוי כא"י אם נתחייבתי כו' ע"ש עוד:

ב **אחד מג' דרכים**. עי' בספר שער משפט שכ' והיכא שהדין אינו ידוע שהנתבע א"נ לומר פרעתי כדלקמן סי' קנ"ז סי"א וקנ"ח ס"ח ושע"ה ס"ט נראה דתליא בפלוגתא דרבוותא דלשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' קנ"ז סי"א דצריך התובע לישבע בנק"ח ונוטל היה דאין נפרעים מיתומים קטנים אבל לשיטת הרמ"ה והרמב"ן והש"ך שם סקט"ז דטפי

הוי בכה"ג בחזקת שלא נתן בתוך זמנו אם כן ה"ה דנפרעין מיתומים קטנים בכהאי גוונא כמו בתוך זמנו ע' שם:

ג **צריך לישבע כו' וגובה.** ע' בתשובת נו"ב סי' ז' במעשה שראובן מת ושמעון הוציא עליו שטר חוב מסך עשרה אדומים והיורשים טוענים אדרבה הוא חייב לאבינו איזה סך כי כן שמענו מאבינו שהיה צועק שאי אפשר לו להוציא מעותיו משמעון ובעזבון ראובן הנזכר נמצא שתי סתם חתימות על שמעון הנ"ל. וכתב דנראה שאין שמעון יכול לגבות בשטרו כלום חדא שדעת הסמ"ע בסי' מ"ח דלא כעיר שושן וסובר שהמוציא ממר"ם שחתם בו שמעון הנייר מצד השני חלוק לגמרי יכול המוציא לטעון כמה שירצה ואם כן אי היה ראובן חי היה נאמן לתובע על שמעון בסתם חתימה זו כמה שירצה אם כן גם היורשים יכולים לומר שמגיע לאביהם על ס"ח זו אף שלא פרט להם אביהם שום סך ואינם יכולים להוציא כיון שאינם יודעין כמה מ"מ כיון שצעק אביהם שאינו יכול להוציא את שלו עכ"פ אין אביהם חייב לשמעון על שטר חוב עשרה אדומים הנ"ל כו'. שנית חוכך אני שאף שלא שמעו היורשים כלום מאביהם גם כן אינו יכול שמעון להוציא בשט"ח זה דהרי הטעם שאין הלוה נאמן לומר פרעתי נגד שטר מקויים משום דאם כן שטרך בידי מאי בעי אבל כאן אפשר דהיה יכול הלוה לטעון פרעתי ולא הייתי חושש להניח שטרי בידך משום שהייתי בטוח כשתתבע ממני פעם שנית יש בידי סתם חתימה שלך לכתוב גם כן שט"ח עליך כו' ואם כן שאם הלוה חי היה יכול לטעון פרעתי גם היתומים טענינן להו כן ואפי' תביעה אין כאן על היתומים רק חרם סתם. שלישית כי היכא דלהסמ"ע יכול לטעון על ס"ח שהלוה עליו ה"נ יכול לטעון נתתי בידך חתימתך לכתוב עליו שובר שלא היה ידוע כמה עולה דמי השטר חוב לפרוט בשובר ונתת בידי ס"ח זו אף דבשובר דרך לחתום באותו עמוד וכאן הס"ח הוא מעל"ד וניכר שאינו על שובר מ"מ הרי דרך העולם כשאין השטר מצוי ביד המלו' הוא נותן שטר פיצוי להלוה ונכתב בנוסחו שטר חוב גמור שמחויב לפצות את פלוני וחותם מעל"ד כנוסח הממרמ"י וזהו נהוג אצלינו במקום שובר ואם כן גם כאן יש לחוש כן וכיון שהלוה הי' יכול לטעון אנן טענינן ליתמי דהא אפילו מידי דלא שכיח טענינן ליתמי כו' ע"ש עוד:

ד **וטענינן להו.** עבה"ט וע' בת' חתם סופר חח"מ ס"ס קל"ו שכתב אודות שטר כיס היוצא על היתומים אי טענינן עבורם אבינו לא הרויח ולא ישלמו לבעל השטר אלא הקרן ולא הריוח נ"ל שאין כאן ספק דטענינן להו כן מבלי להוציא מיתמי דהרי אפילו נאנסו הוה טענינן להו להפסיד קרנו של זה אי לאו משום דאונס לא שכיח כלל אבל מניעח הריוח הוא מיעוט המצוי כו' ומסיים לפע"ד אין שום סברא שישלמו היתומים

הריוח עיין שם וע' בזה בת' בגדי ישע סי' מ"ז והביא שם דבשו"ת טור האבן סי' ס"ד כתב דהמלוה שהוציח שט"ח על יורשי הלוה כו"כ ריוח לשנה והלוה מת תוך זמן פרעון מחוייבים היורשים לשלם הרווחים שעלה עד מות אביהם משום דהתקנה ממהר"ם מקראקא היה שכל זמן שלא ישבע לא הרוחתי מחוייב לשלם כפי ההשוואה והשבועה הוא במקום פרעון וכן נוהגין בכל ב"ד לגבות רווחים מיתומים ולא טענינן להו שמא אביהם לא הרויח והי' נשבע לא הרווחתי שכל זמן שלא נשבע הוא חייב לשלם הרווחים ואם מת תוך זמנו מחוייבים היורשים לשלם עד זמן פרעון מחמת השוואת אביהם עכ"ל והיא ז"ל האריך להשיג עליו מכמה טעמים ומסיק דדין זה של שו"ת טור האבן הנ"ל ליתא כלל ולא שמענו מורים כן בב"ד מומחים ובודאי הדין הוא שהיתומים פטורים מכל הרווחים שפסק אביהם אף אם מת תוך זמן פרעון ע"ש:

ה **וי"א שטוענים להם שנאנסו.** עב"ט וע' בתומים סק"ד מ"ש בזה. וע' בתשובת נאות דשא סי' ס"א שכתב די"ל דאפילו לדעה זו דס"ל דטוענין ליתמי נאנסו והכריע הש"ך כוותייהו מ"מ מודים בטענת מחילה או יש לי בידך כנגדו דלא טענינן. חדא די"ל דטעם הי"א אלו דס"ל דנאנסו הוא טענה שכיחא אבל מודים דמלתא דל"ש לא טענינן וכמ"ש הש"ך בדיני מגו סקכ"ב ועוד דאפילו אי טעמייהו דס"ל דטענינן ליתמי אפילו מלתא דל"ש וכמבואר בדברי הריטב"א שהביא הש"ך כאן סק"ח. מ"מ י"ל דבטענות אלו דטפי לא שכיחי מנאנסו מודים הם ואפושי פלוגתא לא מפשינן כו' עש"ה ועמ"ש לקמן סי' ק"ל ס"ז סק"ב. וע' בת' שבות יעקב ח"ג סי' ק"נ אודות אפוטרופוס של יתומים שמצא שט"ח על ראובן וראובן מביא עדים שנתן לאביהם מעות אבל לא ידעו אם נתן לו בתורת פרעון או בפקדון או בתורת מתנה ואפוטרופס טוען שנתן לו במתנה אי טענתו טענה או נימא דאין לטעון בשביל היתומי' טענה דל"ש וזה לא שכיח כמבואר בסמ"ע סי' נ"ח סקט"ו. והשיב דין זה דמלתא דל"ש לא טענינן ליתמי הובא בש"ע סי' ק"ח ס"ד ב' דעות והש"ך הכריע דטוענין אך בכנה"ג מסיק כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא הממע"ה ואם כן גם בנ"ד דהוי טענה דל"ש כמ"ש הסמ"ע שם הוי ספיקא דדינא ואין כח ביד האפטרופס להוציא מן ראובן אפילו למאן דס"ל בסי' נ"ח ס"ב דלא אמרינן כה"ג איתרע שטרא היינו אם הלוה [צ"ל המלוה] טוען כן בברי אבל בשביל יתומים אין טוענין מלתא דל"ש והי ס"ס לקולא לנתבע. חדא שמא הלכתא כמאן דס"ל כה"ג איתרע שטרא ואת"ל דהלכ' כמאן דס"ל דלא איתרע שטרא כיון שיוכל לטעון במתנה ניתן לו מ"מ אין טוענין ליתומים כן כיון דמתנה לא שכיח ובפרט במקום דחייב לו ואין לפקפק ולומר דזה בכלל שכיח ולא שכיח ובזה א"ל דכ"ע מודים דטוענין כן ליתומים וכן יש קצת ראיה מסמ"ע סי' ע"ה

סק"א במ"ש וכן חיישינן שהנתבע חייב לו באמת אלא שנתן לו פ"א מתנה כו' הא לא תברא די"ל אפילו בטענ' דל"ש כלל כל דאפשר לברורי לכתחל' מבררינן ועוד י"ל דהתם ה"ק אולי קודם שהלוהו נתן לו פ"א מתנה לכן טוען שאינו חייב לו כלום מ"מ לענין דינא נ"ל עיקר דאיתרע שטר זה ואין האפטרופוס יכול להוציא מראובן כלום עכ"ד. וע' בת' אח"ז פמ"א ח"ב סימן י"ז אודות נאמן הקהל' שמת ויש ביד הקהל כתב יד הנאמן שיש תחת ידו מעות הקהל סך כך וכך ופסק דיכולים הקהל לגבות מהיתומים דהא מבואר בח"מ סי' ק"ח ס"ד דאם אין יכולים לטעון שהחזיר כגון שהוד' אביהם שלא החזיר או שמת תוך זמנו חייבים ולא טענינן להו שנאנסו משום שהוא דבר שאינו שכיח ואם כן בנ"ד שמנהג בעיר שנאמן הקהל מתמנ' ע"פ בוררים על משך שנה תמימה וכל השנה מעות הקהל בידו מכל הכנסות הקהל' ובסוף השנ' הוא נותן חשבון והוי כמת תוך זמן הפקדון ועוד שמנהג העיר שמחוייב הנאמן להראות כתב ראיה שהוציא ברשותם וזולת זה הקהל נאמנים נגדו ואינו נאמן לומר שהחזיר ליד הקהל א"כ לא טענינן ג"פ ליתמי דידיה שנאנסו. וא"כ כל מה שמבררים הקהל שמסרו ליד הנאמן גובים מיתומים ואף לדעת י"א שכתב בש"ע שם דטוענים להם שנאנסו והש"ך הכריע כמותם מ"מ יד הקהל על העליונה ויכולים לומר קים לן כהני פוסקים דאין טוענים להם נאנסו כמ"ש הסמ"ע בסי' ד' סק"ו דהקהל נקראים מוחזקים גם לענין זה דיכולים לומר קים לן כהאי מ"ד במקום שיש פלוגתא ואף שהש"ך שם סק"י כתב דדוקא לענין מסים אבל בשאר מילי לא חשיבי מוחזקים לענין קים לי מ"מ נראה כיון שהנאמן הזה הוי כש"ש דהא דאיתא בסימן ע"ב ס"ה. דאין לנאמן הקהל דין ש"ש התם מיירי ש"ש בידם משכון השייך להקהל אבל בנ"ד שהנאמן מכניס כל הכנסות ומעות הקהל בידו ומשתמש בהם כרצונו נעשה עליהם כש"ש כמבואר בסי' רצ"ב גבי שולחני וכיון דחייב בגניבה ואבידה וא"י לפטור אלא בטענת נאנסו ומבואר בכמה מקומות דאם הי' במקום שעדים מצויים אינו נאמן לומר שנאנסו ואה כן אין לפטרו אלא בלסטים מזויין וכיון שהוא בעיר מסתמא היה לו להוציא קול א"כ אין טוענים גם ליתומים מה דלא מצי אבוהון לטעון. ובסוף התשובה שם חזר ושנה הדברים וכתב וז"ל אם אמנם שכמה רבוותא ס"ל דטענינן ליתמי שמא נאנסו בידו מ"מ נרא' כיון דהיה בעיר ואונס בלסטים מזויין יש לו קול ותמיד יד הקהל על העליונ' ולפי תיקון הקהלות חוב הקהל קודם לגביית כתובת אלמנה (עמ"ש בפ"ת לאה"ע סימן ק"ב סק"א) אף אנו נלך בעקבותיהם שיש כח להקהל לגבות שלהם אף קודם לאלמנתו עכ"ל ע"ש. וע' עוד בת' פמ"א ח"ג סי' י' במעשה באחד שלוה מחבירו אלף וג' מאות זהובים ונתן לו ש"ח בח"י ובח"י אשתו הנכתב ביום כ"ו תשרי בל' זה משמעות שטר

עיסקא על החתומים דמעל"ד על סך אלף וג' מאות זהובים רמ"ג ורמ"ג ואמר הלוה שלא רצה לכתוב כל נוסח שנוהגים לכתוב בשטר עיסקא כי אולי ירצ' המלוה איזה תוקף וחיזוק יותר לכן לא כתב אלא הסך ששתו חתמ' עמו ויתר תוקף יכתוב המלו' כפי רצונו ומפני טרדת המלו' לא כתב והניחו בין שטרותיו. אח"כ ביום ד' כסליו שבק הלוה חיים לכל חי ונתיירא המלו' לכתוב עוד בשטר עיסקא הנ"ל כל תוקף וחיזוק הנוהגים במדינתינו פן יבא הדבר לערכאות ויאמרו שהוא כתב אחר ופן יפסיד ע"י כך גלל כן לא כתב המלו' שום דבר רק כתב בסוף הנייר ז"פ בר"ח טבת כדי שיהי' תוך זמנו ובזה לא הי' חושש אף שהוא כתב אחר כי כל מלוה לפרעון עומד ונתגלגל הדבר שבא המלו' ויורשי הלוה לדין לפני דייני ישראל. וקצת מן הב"ד רצו לומר שיש לשט"ח זה דין עיסקא בלא נאמנות שכתב בח"מ סימן ק"ח ס"ד הוציא על היורשים שטר עיסקא כו' והש"ך הכריע דאפי' נאנסו טענינן להו והמלו' טוען כיון שנהגו לכתוב שטרי עיסקא שנעש. ע"פ תיקון מהר"ם ומהר"ם תיקן שלא יהא נאמן לומר נאנסו אלא בעדים וגם הי' בידו לכתוב כל דיני נאמנות וכל תוקף שט"ע אלא שלא רצה מטעם הנ"ל וגם אשת הלוה ואביו הודו שלא החזיר העיסקא וגם לא נאנסו מידו ונשאל הדין עם מי והשיב הנה דבר כיוצא בזה כתב הרא"ש כלל פ"ו והב"י הביאו בקיצור בסי' ר"ץ כו' והעתיק שם באריכות דברי הרא"ש בתשוב' הנ"ל שדומ' לנ"ד וכתב וז"ל ועתה בנדון שלפנינו שהסך אלף וג' מאות זהובים שקיבל בסוף תשרי אנו יודעים שקיבל לוקח יינות ואנו רואים שקנ' יינות כדרך מדינתינו שרוב מו"מ בזה הזמן ביינות איך נאמר שפרע תוך ו' שבועות סך גדול בזה ואין ספק אם היה המלו' תובע שישלם לו לא היו הב"ד מחוייבים ללוה לשלם סך גדול כזה בזמן מועט וגם הרא"ש צירף שם אומדנא שאשתו וחמותו וכל בית אביו יודעים האמת שלא החזיר ובנ"ד נמי כן הוא כו' ובפרט שנכתב זמ"פ על ר"ח טבת ואם כן הוא תוך זמנו ואף שהזמ"פ נכתב בכת"י המלו' אין זה מגרע כחו דהא כתב הלבוש בסימן מ"מ דפוסקים על הממרני כל דין נאמנות וחוזק כל השטרות כו' ואפילו הוא כתב יד המלוה הואיל והאמינו הלוה לתת לו חתימתו על נייר חלק כו' וגם אפילו דעת הש"ך שטוענין להם נאנסו נמי לא מגרעינן כח השטר כיון שהמלו' היה בידו לכתוב כל תוקף שטר עיסקא כתיקון מהר"ם ומר"מ תיקן שעל הקרן אינו נאמן לומר נאנסו אלא בעדים והוי כאילו נכתב כן וכמ"ש בח"מ סי' רמ"ב ס"ה בענין שטר מתנה שלא נכתב כתבוה בשוקא כו' ואם כן ה"נ בנ"ד דהמנהג בזמנינו במדינותינו לכתוב שטר עיסקא בזס"ל ורוחים יעלה מהם על צד היתר כתיקון מהר"ם אף שלא נכתב הוי כאילו נכתב כי מי הוא זה שיתן עיסקא שיהי' לו דין חצי פקדון שיהי' נאמן לומר החזרתי או נאנסו כי

בעו"ה אנשי אמנה אבדו כו' וגם אם נאנסו מידו סך גדול כזה מסתמא היה לו קול ויש לנו להתפלל בשלומו של מלכות שלא נשמע שוד וגזל בגבולינו ודומה להמבואר בסימן קפ"ז ס"ב בשליח שקנה ארבע מאות גרבי יין ונמצא חומץ דאמרו חכמים מנין גדול כזה שהחמיץ קול יש לו כו' ע"כ בנ"ד הדין דין אמת לאמיתה של תורה שמחוייבים לשלם שטר עיסקא הנ"ל ככשורא לצלמא עכ"ד עיין שם:

ו **צריך לישבע**. ע' בתומים שהק' הא מבואר לעיל סי' ל"ז ס"ח ולקמן סי' ר"צ סי"ב דאפוטרופס כשר להעיד והרי הוא כשאר עדים ואם כן מה טיבו של שבועה זו הא ה"ל עד א' מסייעו ופוטר משבועה ובפרט בנשבע ונוטל כזה דשורת הדין ליטול בלא שבוע' כו' והאריך בישוב קושיא זו ע"ש ובנה"מ כתב ליישב זה באופן אחר ע"ש גם בת' חוט השני סי' ו' ז' האריך בזה וע' בת' שבו"י חו"ב סי' קע"א שכתב בפשיטות דכאן מיירי בענין שהאפטרופוס הוא פסול לעדות שהוא קרוב וכה"ג לכן הצריכו לישבע משא"כ אם הוא כשר לעדות פשוט הוא שא"צ לישבע כמו כל עד דעלמא ובתשובת חוט השני סי' ו' ז' לא הרגיש בכל זה עכ"ל. ומהאי טעמא פסק שם בעובדא שאפטרופוס של יתמי שמינה אותו אביהם תבע לראובן שמצא כתוב בפנקס שמעון שחייב לו ראובן על משכנו' אלו סך מאה זהובים וראובן טוען שפרע לו בחייו נ' ולא נשאר חייב לו רק חמשי' ומסיק לדינא שצריך ראובן לשלם כפי הכתוב בפנקס ואין לו שום שבועה על היתומים ולא על האפוטרופוס כיון שהוא טוען שלא צוה המוריש כלום ע"ש ועמ"ש לעיל סי' ע"ב הל"ה סקכ"ט:

ז **כל הדין**. עבה"ט וע' בת' אא"ז פמ"א ח"א סימן כ"א מ"ש בענין דברי סמ"ע אלו. ושם כתב ישוב נכון לג' תשובות הרא"ש שכתב הסמ"ע שמתנגדים זה לזה עש"ה:

ח **אלא כשטוענים**. עבה"ט עד שאין טוענים ליורש לחובתו של יורש זה. וע' בת' חתם סופר אה"ע ח"ב סימן קס"ד שתמה למה לא הזכיר הש"ך דעת הרמ"ה שהביא הטור ס"ד דפליג על זה ע"ש עוד:

ט **וי"א דאם הערב הוא היורש כו'**. ע' בת' ושב הכהן סימן פ"ט שכתב דדין זה צע"ג עש"ה:

י **או מהלקוחות** ע' בת' פרי תבואה סימן מ"א שכתב דה"ה שבועת בע"ח מוקדם למאוחר ורגיל אני לומר דמלוה בשטר המאוחר הורע כחו מכח לקוחות מהא דקי"ל בש"ע סימן ק"ד סי"ג כו' ועכ"פ הא ודאי דלא עדיף כח הבע"ח מאוחר מכח הלקוחות כו' ע"ש עוד בענין דברי הב"ש בסימן צ"ו בשם שארית יוסף דיכולים יורשים לומר לא ניחא לנו השבועה של אמנו ע"ש וע' בפ"ח שם סק"ג ובתומים כאן סקי"ב ובנה"מ מ"ש בזה:

יא **אפילו גדולים אלא בשבועה.** כתב בספר שער משפט נראה דאף אם הלוה הלך למדה"י תוך זמנו ואחר כך מת שם מכל מקום אינו גובה מהיורשים אלא בשבועה דחיישינן שמא אחר הזמן שלא הלוה מעות להמלוה ע"י שליח וראיה לזה מדברי בעה"ת שער ט"ו והטור לעיל סימן ק"ו גבי נפרע שלא בפניו כו' ומכאן השגה על ת' נו"ב סימן י"ח שפסק בהבעל שהלך מביתו ומת בדרך דהאשה גובה כתובתה בלא שבועה להפוסקים דבמת פתאום ל"ח לצררי כיון שהוא תוך זמנו ולא חיישינן אלא שמא התפיסה קודם מותו וכיון שאינו בביתו לא חיישינן לזה יע"ש (הבאתיו בפ"ת לא"ה סימן צ"ו סק"א) ואישתמיטתיה דברי בעה"ת והטור הנ"ל כו' ואף דבת' שארית יוסף סימן ס"ז כתב גם כן בהנו"ב הנ"ל מ"מ מה שכתבתי הוא עיקר עכ"ד ע"ש. ולע"ד אפשר ליישב דברי הש"י והנו"ב הנ"ל ולחלק בין חוב לכתובת אשה ודוק:

סימן קט

א **שומעין ליורש.** עבה"ג בשם ש"ך מ"ש מיהו כבר העליתי בסימן קט"ו סוס"א (סק"ך) דלא כדעת הרא"ש תנא כהרמב"ן והראב"ד ובעה"ת כו' וע' בת' שבו"י ח"ג סימן קנ"ה שהסכים עם הש"ך וכתב שדבריו נכונים להלכה ע"ש אולם בת' אא"ז פמ"א ח"ב סימן מ"י האריך בזה והעלה דהוא ספיקא דדינא ולכן גבי בע"ח ודאי היורשים מוחזקים ואפילו באלמנה עם יורשים נמי היתומים הם מוחזקים עש"ב. וע' בת' נו"ב סימן ט' שנשאל על ענין כזה ע"ד אשה אחת שאחר מיתת בעלה לא נשאר בעזבונו רק חצי בית ואינו עולה די פרעון כתובתה ורוצים היורשים שישומו הב"ד ע"פ בקיאים דמי השיווי של חצי בית ויסלקו לה בדמים והמה יסתפחו בנחלת אביהם והאלמנה אומרת לדידי שוה לי כדי כל כתובתי בכן או תסלחן דמי הכתובה בלי גרעון. או חצי הבית אני נוטל. ופלפל שם די"ל בכתובה גם הרמב"ן וסייעתו מודים שאינה יכולה לומר לדידי שוה לי דנראה דפלוגתא זו דהני רבוותא תליא בפלוגתא שהובא בש"ע סימן קי"א [צ"ל קט"ו] סעיף ג' ד' אם גובה מיורשים וממקבל מתנה שבח דממילא לפי שזה שאומר המלוה לדידי שוה הוי כמו שבח דממילא וכמו שהוקרה אחר זמן פרעון ואזלי בזה לשיטתם שם שדעת הרמב"ן והראב"ד ובעה"ת שם שגובה ודעת הרא"ש והרז"ה שם שאינו גובה (ועפ"ז רוצה לומר דגם הרא"ש והטור דסברי הכא שא"י לומר לדידי שוה היינו דוקא מיורשים אבל מהלוה עצמו מודים שיכול לומר לדידי שוה לפי שגובה מהשבח ומיישב בזה דברי הטור בסימן ע"ב דלא ליסתרו דבריו שם למ"ש כאן וא"צ לחלק בין מטלטלי למקרקעי כמו שחולק הש"ך בסימן קט"ו סק"ד ע"ש) ומעתה בכתובה דהיינו מנה או

מאתים דלכ"ע אינה גובה מהשבח כמבואר באה"ע סימן ק' ס"ב ובחמ"ח שם סקי"ב מבואר שאפילו שבח דנתיקרו גם כן אינה גובה גם הרמב"ן וסייעתו מודים שא"י לומר לדידי שוה והדין עם היתומים. ומסיים שם כל זה כתבתי לפלפולא אבל לדינא (בלא"ה) פשיטא שהיתומים יכולים לומר קים לנו כהרא"ש והרז"ה עכ"ד ע"ש. ועיין מ"ש בזה בפ"ת לאה"ע סימן ק' סק"ב וע' עוד בספר קצה"ח סימן זה ובסימן קט"ו ובנה"מ סימן קי"ד סק"ב:

ב **שלא בהכרזה נעשו כמו שטעו בד"מ.** ע' בת' הרב המבי"ט ח"א סימן קכ"ב יובא לקמן סי' רל"ה ס"ט סוף סק"ו:

סימן קי

א **שקבל עליו לדון בד"י.** עיין בתומים סק"ב וע' בת' בית אפרים חח"מ סימן ו' מ"ש עליו בזה ועיין מ"ש לעיל סימן צ"ב סי"ב:

ב **נפרעים מהם כתובת אשה.** עמ"ש לקמן סימן קי"א סי"ג סק"ה בשם ת' רע"ק איגר בענין אם יש ג"כ לקוחות אי גובות מית"ק ע"ש:

ג **מהניא ליה תפיסתו.** עבה"ט וכן יעשה תנאי בפי' שיגב' מית"ק כו' וע' בת' חוט השני סימן פ"ד וסימן צ' וצ"ב מ"ש בזה:

ד **ממש בטענותיו או לא.** עבה"ט ועיין בת' אא"ז פמ"א חלק ג' סימן י' שכתב לאו למימרא שרשות ביד אפוטרופוס לטעון טענת שקר אלא דקמ"ל אף שטוען מלתא דלא שכיחא ואין ממש בטענותיו שיוכל להתברר שלא כדבריו מ"מ ממנין אותו דאולי יתפשר עמו לטובת היתומים אבל בדבר שידוע גם לאפטרופס שהוא שקר בודאי דאין רשאי לטעון וכמו שכתב הסמ"ע לקמן סימן ר"ץ סעיף קטן ל"ו כו' ע"ש עוד והובא לעיל סימן ק"ח סעיף ד' סק"ה.

ה **וכן עדי צוואה כו'.** ע' בת' כנסת יחזקאל סימן פ"ח שכתב (על נדון הצוואה שנשאל עליו) וז"ל אך כל זה אם היו היתומים גדולים שגובים עדות עליהם אמנם מאחר שהם קטנים כו' ואף שדעת הרמב"ן והרשב"א דבצוואה מקבלין עדות על הקטנים הנה איתא לזה ב' טעמים אחד כדי שלא תטרף דעתו ב' הביא רמ"א דבדבר ברור כמו צוואי מקבלין ולטעם הראשון י"ל דוקא בצואה בקנין סודר שקנה ליפות כח דאז מדאורייתא קונה אז מקבלין עדות על הקטן מכח תקנת חכמים שלא תטרף דעתו משא"כ בצואה בלא קנין שהיא רק מתקנת חכמים אז אין מקבלין עדות על הקטן מטעם תקנה דתקנתא לתקנתא לא עבדינן ודומה לזה כתב בת' ר"מ פדואה סימן נ"ד כו' וגם לטעם הב' י"ל דדוקא אם

מת השכיב מרע תיכף אחר שצוה אז הוי דבר ברור משא"כ אם נתעכב' מיתתו יומים אפשר ביני ביני חזר וכאשר יגדלו היתומים יביאו עידי אחזרה כו' ובר מן דין תמה אני אם יש בדור הזה מי שדעתו רחב' להוציא מיתומים קטני' נגד דעת הראב"ד והרא"ש ור"י ובעה"ת הוא דעה הב' שהביא בש"ע כאן ומכ"ש דהרבה תשובות כלם בחדא דוקא שבהאי דינא מאחר דיש ב' דעות אין מוציאין מקטנים כו' עכ"ד ע"ש:

ו **הניכרת לב"ד**. עבה"ט עד דלהרמב"ם א"צ שיכירו הבית דין כו' ועיין בדגול מרבבה שכתב וז"ל עיין בש"ך סימן ס"ט סעיף קטן י"ג ותראה שיש חילוק בין כת"י לשטר בעדים ודו"ק עכ"ל ועיין בקצה"ח ובהגה שבעה"ט מהה"ג מוה"ר עוזר ז"ל ומ"ש הבאר היטב וצ"ל דקאי אשלפניו כו' טעות סופר הוא וצ"ל ונ"ל דקאי גם אשלפניו:

סימן קיא

א **בע"ח של הבן גובה ממנה**. ע' בש"ע אה"ע סי' פ"ה סעיף י"א בהגה:

ב **עוד בעל חוב מאוחר**. עיין בת' נ "ב תניינא חלק רה"ע ס"ס קמ"ח שנשאל אם יש חילוק בזה בין מלוה ע"פ למלוה בשטר דשמא אם המאוחר הוא על פה אין המוקדם צריך לישבע. והשיב הדבר פשוט שאין שום חילוק כיון שהלו' מודה לבע"ח המאוחר שהוא חייב לו נמצא שהמוקדם מפסידו שאלמלא הוא הי' המאוחר גובה וכיון שמפסידו דינו של המוקדם כאילו בא לגבות ממשעבדי שאינו גובה אלא בשבוע' ותבע שהרי גם המאוחר יש לו שטר אכאי ניחוש שמא נפרע השטר והרי המוקדם צריך לישבע נגד המאוחר אף שהמאוחר לא על שטר ונשבע כמבואר בסימן פ"ב ס"ב ואם כן ה"ה אם המאוחר הוא חוב על פה עכ"ל

ג **ביד הלוה בני חרי**. עמ"ש לעיל סי' ק"ז ס"א סק"ב בענין אם הבני' חרי הם מטלטלים:

ד **אלא חולקים**. עבה"ט ועיין בת' שבו"י ח"ב סימן קס"ב אודות ג' בע"ב שנתנו כ"א סחורתו להוליכו ליומא דשוקא ונאנסו מן העגלון בדרך ואין שומת הסחור' שוה רק הי' לאחד ג' מאות ולאחד ב' מאות ולאחד מאה ותבעו שלשתן להעגלון לפני הערכאות לשלם כדינם ויצא פשר דבר לשלם סך מה לכולם יחד ונשאל כיצד יחלקו הממון והשיב לכאור' נרא' דיחלוקו בשוה ולדמות להא דאיתא בח"מ סי' ק"ד ס"י כו' אד באמת לא דמי כמבואר בתוס' כתובות דף צ"ג ע"א ד"ה רבי אומר כ' וכה"ג מחלק הסמ"ע בסי' קי"א סקי"ח בנותן מתנ' לאנשים כו' וה"ה בנ"ד שנתפשרו יחד לפי אומד וערך שהי' היזיקם כך הן שמין ועוד דבכל הדינים קי"ל הבא מחמת עו"ג דינו כהעו"ג ובדיניהם אף לענין חוב גובין לפי ממון ובודאי כל כה"ג דינא דמלכותא דינא ע"ש:

ה **דה"ה אם הניח יתומים קטנים** עיין בת' ר"ע איגר ז"ל סימן קל"ט שנסתפק לדע' זו דהבע"ח גובים מלקוחות וא"י לומר הנחתי לך מקום לגבות מבני חרי לכשיגדלו היתומים מה דינו בכתובה אי נגבית ג"כ מלקוחות בכה"ג וא"י לומר הנחנו לגבות מית"ק אף דהדין דכתוב' נגבית מית"ק (כדלעיל סימן ק"י ס"א) מכל מקום כיון דהטעם הוא משום חינא ובכה"ג שיש לקוחות כיון דאם יהי' הדין שלא לגבות מית"ק תגבה מלקוחות אזדא לטעמא דחינא י"ל דאינ' גובה מית"ק וגובה מלקוחות או דלמא כיון דבליכא לקוחות גובה מית"ק יכולים לומר הנחנו והניח בצ"ע עש"ק:

ו **דאם נראה לב"ד כו'**. ע' בת' הרב מו"ה משה רוטנבורג חח"מ סימן י"ט שכתב דיש להבין כוונתו במה יהא נרא' לב"ד אי נימא דהכוונה אם לא נשאר לו עוד קרקע אחרת ואף אם יש לו מטלטלין שייך הברחה או שמא יאבדו או אם הכוונה דהוא עני ביותר דלא נשאר לו מאומה או די"ל שזה וזה אינם מעכבים מכירתו דאף שאין לו עכשיו שמא יהי' לו אח"כ בזמן גבייתו אלא הכונה דאם יודעין בו שמכר כדי להבריח או שרוצ' להרחיק נדוד וכדומה והאריך בזה ומסיק דנרא' פשוט וברור דכונת הרמ"א כאן במ"ש דאם נרא' לב"ד כחלוקה הג' שכתבנו שר"ל אם ראינו שדעתו להברחה או להרחיק נדוד כו'. וע"ש עוד בעובדא בשנים שהיה להם בית בשותפות ונשרף הבית ונשאר להם הקרקע וטען האחד על חבירו גיד או איגוד איני רוצה להיות עמך בשותפות והיה על זה שכנגדו בע"ח וכתובת אשה והמה רוצים לעכב המכיר' מחמת שעבודם ושם המנהג מקדם בטענה זו דגוא"א שנותנין לזה הטוען החלטה מבית דין ועתה נסתפקו בנד"ז אם יתנו לו הב"ד החלטה שבזה נפקע שעבודם של בע"ח והאשה ואף אם יהי' על פי הדין ליתן לו החלטה נסתפקו אם יש כח ביד בעלי השעבודים לעקל מעותיו בבית דין או ילקח בהמעות קרקע כדי שיהי' שעבודם קיים מחמת שלא נשאר לבעל דין שום קרקע והוא איש מסכן רק שהוא בעל מלאכה. והשיב באריכות ותו"ד דהא ודאי דאם ע"פ הדין ליתן לו חלטה אין בעלי השעבודים יכולים לעכב המכירה ולא לעקל המעוות כמו במוכר לעו"ג בסימן קי"א סי"ג כו' אלא דזה יש להסתפק דאיך נפקיע שעבודם של אלו בידים במה שנותנים לו מב"ד החלטה ובזה נפקע שעבודם לגמרי דאף בעת שיגיע זמנם לפרוע א"י לטרוף ממנו אך נראה דז"א דכיון דיכול לכוף בטענה זו דגוא"א לבע"ד עצמו כ"ש לבעלי השעבוד דודאי לא אלים שעבוד' יותר מהבע"ד עצמו שהקרקע שלו לחלוטין ואינו רוצה למוכר' אף אם יתנו לו כמה וכמה ומ"מ זה כופהו ע"פ הדין בטענה זו דגוא"א כיון דלית ביה דין חלוקה ולא מהדר ליה עמו ומכ"ש דטענה זו יועיל גם נגד בעלי השעבודים שיאמר להם. אם תרצו שיהיו שעבודכם קיים קנו חלקי או אני אקנה

כולו ואף שאינו נותן להם שום דבר וגם אינם יכולים לעקל המעות מה לו בכך וכמו דעשיר יכול לומר נגד העני גיא"א אף שיודע בודאי שאין העני יכול לקנות מכל מקום מאי איכפת ליה שיהא הוא נפסד מה שמגיע לו ע"פ הדין בטענה דגוא"א בשביל שחברו עני ומכ"ש דאינו מחויב להיו' נפסד בשביל שנפקע שעבודם של אלו ממילא כו' והאריך בזה (במ"ש הרמ"א בסי' קע"א ס"ו דא"י לטעון גוא"א בפחות משוויו ובמ"ש שם ס"ה דא"י לכופו לחלוק היכא דהבית יהא נפסד יותר מחומש ובמ"ש שם סי"ד אין אומרים במשכנתא גוא"א ובדברי הש"ך שם סקי"א) והעל' דנראה ברור בנ"ד דאין משגיחין באשה ובע"ח ונותנין לו החלטה כמו שנהגו מקדם. ומסיק וכתב ועוד נרא' בנ"ד דבלא"ה אם בשעת הלואת הלו' מהמלוה או בשע' נישואין של הבעל עם האשה הית' לו קרקע זו כבר בשותפות עם השני ודאי דא"י לעכב טענת גוא"א דמתחל' אין שעבודם חל להפסיד להשותף טענתו שזכה בו מצד הדין ואדרבה הוא מוקדם נגדם בכח טענה זו ע"פ הדין וכן אם קנה הקרקע בשותפות עם השני אחר הנישואין וההלוא' ג"כ אין כח לשעבודם מעיקרא להפסיד לזה טענתו דתיכף בשעת הקניה אשתעבדו זה לזה בטענת גוא"א ולא קנה יותר והוה כמי שלא קנה אלא חלק פחות אלא דכל פלפול הנ"ל הוצרכנו בהיה לו הקרקע בשעת הלוא' והנישואין לו לבד בלי שותפות ואח"כ נשתתף עם השני די"ל בזה דלא היה יכול להפסיד שעבודם וכן כשהיה בבית מקודם כשיעור חלוקה וכבר בארנו דלפענ"ד דלא הפסיד השותף זכותו שזכתה לו תוה"ק בשביל שעבודם של אלו עכ"ד ע"ש:

סימן קיב

א **ביד הלוה גובה מהם.** ע' בחדושי רע"ק איגר ז"ל בגיטין מ"ח ע"ב שמסתפק לדינא בלוה שש לו נכסים בשעת ההלוא' ויש לו ג"כ נכסים שקנה אחר ההלוא' ולא כתב לו דאקנה והבע"ח בא לטרוף מהנכסים שהיו לו בשעת ההלוא' אי יכול לדחותו להנכסים שקנה אח"כ או לא כיון דאותן הנכסים לא נשתעבדו כלל אלא דיכול לגבותם בתורת מיניה כו' (כדאיתא בבבא בתרא דף קנ"ז ע"א) י"ל דכל כמה דאין הלוה מסלק לו בזוזי יכול לומר אני אקח שעבודי היינו נכסים שנשתעבדו לי כו' ע"ש:

ב **ויש חולקין.** ע' בה"ט בשם: ש"ך וע' בתשובת משכנות יעקב סימן ע"ב מ"ש בזה. וע' בתשובת חות יאיר סי' ר"ל אודות ראובן שלוה משמעון וקיבל בקנין בכאוה"מ על שעבוד נכסיה וטרם שנכתב השטר נזדמן לו בית בזול וביקש לקנותו ולחזור למכרו להרויח בו ובא אל העדים של קנין ואמר גם לסופר שחוזר בו בשעבוד דאקני להבא

והודיעו לשמעון ובא לראובן וא"ל א"כ תחזיר לי מעותי וא"ל הן ודחהו מיום אל יום כמה שבועות וביני לביני קנה ראובן הבית וחזר ומכרו בלי הכרזה וירד מנכסיו ובא שמעון לטרוף הבית מלוקח מאחר שקנה בלי הכרזה ופסק דשפיר מצי שמעון לטרוף בלא הקנין כבר"ס ל"ט ומה דהלוה חזר בו משעבוד דאקני אינו כלום דכבר הכריע הש"ך בסי' קי"ב כדעת הרמב"ן שא"י לחזור בו ומה דשמעון המלוה התרצה לבטל הקנין לגמרי אין כאן מחילה בפירוש רק שזה שאמר ליה א"כ החזר לי מעות היינו ביטול הק"ס ממילא בעת שיחזיר לו מעותיו משא"כ מקמי הכי כו' וכל זה בדלא נכתב השטר ואפי' נכתב ולא בא ליד שמעון משא"כ אם אח"כ קיבל השטר ולא נכתב בו דאקני הרי זה מחילה מדשתק כו' ע"ש:

ג **לוקח הוי** עבה"ט עד וכתב עוד דמ"ש המחבר ועמדה ונשאת הוא לאו דוקא כו' אבל אה"נ היכא דנשאת מתחלה כו' וע' בתשב"ץ ח"ב סימן רנ"ה מבואר להדיא להיפוך שכתב שם וז"ל מכל מקום אם היתה מלוה על פה על אותן נכסים שנפלו לה אחר שנשאת כגון שהמוריש לוה בחייו ומת ונפלו הנכסים ביד זאת היורשת הנשואה בזה נראה לי ברור שמלוה ע"פ גובה כדין מלוה על פה הנגבית מן היורשים המפורש בפרק שום היתומים וליכא למימר בהני נכסי דבעל הוי לוקח ראשון לפי שקודם שנפלו בירושה לאשתו היו משועבדים לבע"ח ולא קנה אותם הבעל כלל דכיון דמכח ירושה קאתי ליכא למימר דלוקח הוי כנכסי מוריש אשתו כך נ"ל וכן דנתי הלכה למעשה והביאו ג"כ בספר שער משפט עיין שם עוד ועיין בתשובת עמודי אור סימן קי"ג:

סימן קיד

יכול לסלקו. עיין באר היטב וע' בספר קרבן נתנאל פ' מי שהיה נשוי אות י' שהשיג על הש"ך בזה עיין שם עוד בנה"מ מ"ש בזה:

סימן קטו

א **וי"ח.** עש"ך סקל"ב עד ולפ"ז יצא לנו דדאקנו לא משתעבד לכתובה כו' ועיין בתומים ובנה"מ שהשיגו עליו גם בספר ישועות יעקב באה"ע סימן ק' סק"ג השיג עליו וכן בת' ברית אברהם סימן נ' פסק הלכה למעשה להגבות מדאקני דלא כש"ך ע"ש והובא בפ"ת לאה"ע סי' ק' סק"ד:

ב **שמא אביכם.** עבה"ט ועיין באו"ת מזה וע' בתשובת הרב מוה"ר משה רוטנבורג חח"מ סי' י' וי"א וי"ב מ"ש בזה עש"ה:

סימן קטז

א **אלא ת"ק.** עבה"ט עד אבל אם הוזלה ועומדת על ת"ק למה ישלם יותר משוי' כו' ועיין בקצה"ח סק"ב שכ' דמדברי התוספת ב"ק דף ט' ע"א בד"ה משהחזיק שהקשו שם ולימא ליה שקול ארעך בזוזך ותירצו כגון שהוזלו מזה מוכח דס"ל להתוספת כהטור דבאחריות משלם כפי דמים שנתן בשעה שקנה ומסיים וכיון דהתוספת והראב"ד הכי ס"ל אין לחלוק על דבריהם כו' ע"ש בתשובת בית אפרים חח"מ סימן י"ח דרב אחד תמה על קצה"ח בזה דמייתי מטריפת נגזל לטריפת בע"ח דבנגזל כולי עלמא מודו שהוא מקח טעות והוא בטל לגמרי משלם כדמעיקרא וכן מבואר החילוק בנימוקי יוסף פרק קמא דבבא מציעא. והוא ז"ל חתר ליישב קצת דברי הקצה"ח הנ"ל אך מסיים הנה הצלתי בעדו דלא תיקשי עליו מדברי הנימוקי יוסף אבל אכתי לא איפרק מחולשת הדמיון דודאי סברא טובה יש לנו לחלק כו' ועיין בספר שער משפט שתמה גם כן על הקצה"ח הנ"ל בזה ע"ש עוד ועיין מה שכתב לקמן סימן שע"ג ס"א סק"ב:

ב **אפי' לא פירש לו האחריות.** עיין באר היטב עד וכן משמע להדיא ברשב"ם כו' ועיין בספר שער משפט שכתב דהדבר מפורש בחי' הרשב"א פ"ק דקדושין בשם הראב"ד וחולק עליו בזה גם בחדושי הרמב"ן בפרק המוכר את הספינה כ"כ בשם יש מי שפי' וחולק עליו עיין שם יעיין בש"ך ר"ס רכ"ה. ועיין עוד בש"ך כאן שהביא בשם תשובת מבי"ט דהוא הדין אם לא פרע הלוקח להמוכר דמי המכירה טורף המוכר ממשעבדי כו' והש"ך חולק עליו עיין שם ועיין בספר ש"מ שכתב דאשתמיט להש"ך דברי בעל העיטור מאמר ד' אחריות שכתב להדיא כהמבי"ט הנ"ל עיין שם. ועיין בקצות החשן ובנתיבות המשפט מה שהשיגו על תשובת צמח צדק ועה"ג בענין שניהם שהחליפו בתיהם זה עם זה כו' ועיין מ"ש בזה בסימן רכ"ה סק"א:

סימן קיז

א **ה"ז גובה משאר נכסים** עיין בספר שער משפט שנשאל בנאמן של מחזיקי ארענדי של משקל שהיה מגיע לאיש אחד שכר סרסרות מהם וצוו להנאמן ליתן לו שטר חוב שזה תופסו וועקסיל עלי הח"מ ע"ס כו"כ ולשלם ממעות תיבת המשקל. ולבסוף נסתלק הנאמן מנאמנותו ומחזיקי האראנדי לא רצו לשלם החוב הזה והלך בעל הוועקסיל ותפס מעות של הנאמן עצמו אי מהני תפיסתו או לא ופסק דהנאמן פטור לשלם חוב הזה מכיסו כיון שכתוב בשט"ח הנ"ל דשלם המעות מתיבת המשקל ולא דמי לאפותיקי סתם דקי"ל דאם שטפה נהר גובה משאר נכסים אם לא שהתנה שלא יהיה לו פרעון אלא

מזו דיש לחלק בין אפותיקי סתם שלח יחד לו גוף בפרעון משדה זורק שאמר ליה אם לא אפרע לך גבה מזו לכך אמרינן דלאו אדעתא דשדה זו לבד הלוהו אבל היכא שיחד לו גוף הפרעון שמזה יפרע חובו הרי הלוה לא נתחייב לשלם לו אלא בזה האופן אף שלא א"ל בהדיא לא יהא לך פרעון אלא מזו ודמי זה להא דאמרי' בס"פ כל הגט המלוה מעות את העני להיות מפריש עליו אף דלא א"ל בפי' לא יהא לך פרעון אלא מזה אם העשיר פטור לשלם לו מכיסו כו' וכ"א ביו"ד סימן רנ"ז ס"ה בהגה כו' אמנם נראה דיש לחלק דאם נסתלק הנאמן מרצונו הטוב לאחר שהגיע זמן פרעון של הוועקסיל אפילו אם לא תבעו בעל הוועקסיל תחלה מחוייב לשלם מכיסו אך אם נסתלק קודם שהגיע הזמן פרעון אף שנסתלק מרצונו הטוב פטור לשלם לו מכיסו כו' עש"ב ועמש"ל סימן קכ"ח ס"ב סק"ה:

ב **זהו דעת רמב"ם**. עסמ"ע סק"ח וע' בת' כנ"י סימן פ"א מ"ש בזה:

סימן קכ

א **זרוק לי חובי והפטר**. עיין במל"מ ר"פ ט"ז מה' מלוה שכתב וז"ל הא דאמרינן דבזרוק לי חובי והפטר דנפטר הזורק נ"ל דלסברת רבינו ישעיה שהביא הטור ס"ס י"ב דבמלוה בשטר מחיל' בעי קנין הכא מיירי במלו' על פה דאלו בשטר בדברים לא מיפטר דהכא מדין מחילה נגעי בה כו' עכ"ל ובספר שער משפט חולק עליו וכתב דנראה דכאן כ"ע מודו דאף במלוה בשטר נפטר הלוה כו' ע"ש:

ב **אם היא בת דעת**. עיין בה"ט וט' בת' ושב הכהן סימן ט"ז מ"ש בזה:

סימן קכא

א **טען המלוה כו'**. עש"ך מה שהשיג על הב"ח וע' בת' שבו"י ח"ב סי' קנ"ג מענין כזה:

ב **שאומר שנאנסו**. עבה"ט עד אם הוא שליח בחנם ואינו חנוני או שולחני כו' ומשמע מדבריו דבחנוני או שולחני אף אם הוא שליח בחנם חייב בגניבה ואבידה וע' בנה"מ סק"י שכ' דאשתמיט להש"ך דברי הב"י ביו"ד סי' קס"ט בד"ה לא דמי למעות כו' עש"ה וגם בנה"מ לקמן סי' קכ"ה סק"ג מזה ועמ"ש לקמן סימן רל"ב ס"ז סק"ב:

ג **ונשבע השליח**. עבה"ט וע' בת' בית יעקב סי' ת' ובת' שבו"י ח"א סימן קל"ה:

ד **שהרי צריך לישבע**. עבה"ט עד אבל הכא הרי מיד נתחייב השליח שבועה ללוה כו' וע' בת' הרב מוה"ר משה רוטנבורג חח"מ ס"ס ז' מ"ש בזה עש"ה:

ה **ודאי שלקח**. עבה"ט ומה שרמז לעיין בת' שב יעקב סימן ה' ע"ל סימן נ"ו ס"ג סק"ד הבאתי שמה דברי השב יעקב בזה:

ו **בשליחות ראובן** עבה"ט וע' בפנים בש"ך דמסיק וכתב העולה מזה לוי שבא בשליחות ראובן המלוה לשמעון שהיה חייב לו נ' זהובים כו' עד ואם שלח ראובן את לוי ללות מעות משמעון וראובן אומר לא שלחתיו ללות רק כ' ושמעון אומר שבא בשליחות ללות נ' אין לו לשמעון על ראובן רק חרם סתם שלא שלחו ללות רק כ' ושלא קיבל רק ך' כו' ואם שמעון טוען ברי ששלחו ללות נ' ישבע ראובן שד"א נגד שמעון ונפטר והשליח נשבע היסת לשמעון שנתן נ' לראובן עכ"ל וע' בת' בית אפרים חח"מ סימן י"א שכתב עליו ולכאורה צ"ע מ"ש הש"ך דאם שמעון טוען ברי כו' ישבע ראובן שד"א כו' דלמה נדין בזה דין מוב"מ דאף דטענת שמעון הוא טענת ברי שנותן לו מ"מ אף אם היה ראובן מודה לטענתו ששלחו ללות נ' אכתי אין עליו חיוב תשלומין דמ"מ שמא לא נתן לו שמעון רק כ' ואף שהיה שמעון נאמן בשבועה מדין חנוני על פנקסו מ"מ כיון שאף ע"י הודאת הנתבע לטענת התובע אינו יכול ליטול כ"א בשבועה אין כאן דין מוב"מ וכמ"ש הפוסקים בסימן ע"ה כו' ואמנם נראה שהש"ך לשיטתו בסימן צ"א סקכ"ו (בבה"ט שם סק"כ) שכ' דהרא"ה והרא"נ אין חולקים על בה"ת ואינך רבוותא דהרא"ה מיירי שהפועלים מכחישים ואומרים לא נטלנו וכאן מיירי שהפועלים מודים שנטלו אלא שבעה"ב אומר שלא צוה ואינו חייב להם אם כן היה החנוני נוטל בלא שבועה כו' וכיון דכאן בסימן קכ"א מיירי שהשליח אומר ג"כ שנתן לו נ' ואם היה ראובן מודה שצוה ללות לו נ' היה שמעון נוטל בלא שבועה דמפי השליח אנו חיין להאמינו שנתן לו כמו שהרשהו ראובן ומה איכפת ליה לשמעון אם נתנה לראובן או לא והלכך כל שראובן כופר שלא צוה לתת כ"כ יש לו דין מוב"מ אלא שצ"ע מ"ש הש"ך דהשליח נשבע היסת שנתן נ' לראובן דלמה יצטרך השליח לישבע על זה כיון שא"י לטעון טענת ברי שלא נתן לראובן ואי משום אמירתו דראובן שאומר שלא נתן לו רק ך' הרי לפי דברי שמעון עצמו ראובן כפרן וחשוד על השבועה שנשבע שלא צוה ליקח רק נ' ושמעון יודע בעצמו שצוה ליקח נ' וא"כ איך יסתייע שמעון מטענת ראובן למשווי ברי ולחייב השליח שבועה ע"י זה וצ"ע עכ"ד ע"ש עוד והובא לעיל סי' צ"א סק"א:

סימן קכב

א **וא"צ הרשאה.** עבה"ט בשם ש"ך. ובש"ך כתב עוד וגם דברי הריטב"א בלא"ה תמוהים דאי טעמא משום דידו כידה אם כן אמאי אמרינן בש"ס כו' ע"ש וע' בת' שבו"י ח"א סימן קנ"ז שכתב דאין כאן אפילו קצת קושיא כו' ע"ש:

ב **טענות אחרות.** עבה"ט עד ולענין דינא נראה עיקר כהרמב"ם כו' וע' בת' ושב הכהן סימן נ"ט שהאריך לסתור דברי הש"ך וסיים ולכן לפע"ד קשה לסתור פסק הש"ע בסימן קע"ו שכתב באין חולק כדעת הרא"ש והטור וגם הרמ"א לא הגיה כלום עש"ה:

ג **לנתבע לעכב.** עבה"ט עד דודאי הרמב"ם והטור פליגי על הסמ"ע כו' וע' בת' ח"צ סימן קס"ט אודות ג' קהלות בעיר אחת ותבעו אנשי קהל א' את קהל חבירו שיבררו להם ב"ד בזבל"א וזבל"א לדון ביניהם ואנשי קהל הנתבעים משיבים כיון שהתביעה היא בעסקי הקהלות צריך שיעמדו גם הקהל הג' עמהם לדון כי הדבר נוגע לשלשתם והתובעים מסרבים בזה. והשיב שהדין עם הנתבעים לא מבעיא לדעת הסמ"ג שכתב שאם ב' השותפים בעיר צריכים שניהם לבא וכ' הב"ח דכל הפוסקים מודים לו דפשיטא בנ"ד אין צריכים להשיב על תביעת קהל א' אם לא שיעמוד גם הקהל הג' המשותף עמהם לדין אלא אפילו לדעת הש"ך שכתב שהרמב"ם והטור וש"פ חולקין עליו מ"מ בנ"ד יודו גם הם דע"כ ל"ק אלא במידי דבר חלוקה הוא כגון קרקעות ומטלטלין אבל בעסקי הקהלות שא"א לחלק חלק א' ולהפרידו מחבירו שאם זכו זכו שניהם ואם הפסידו הפסידו שניהם אף הם ז"ל יודו שאינם צריכים להשיב על טענת הא' עד שיבא חבירו וא"ת לקתה מדת הדין וכי בשביל הא' שלא ירצה לבא יפסיד התובע הב' וכמ"ש בת' מיימוני סימן י"ג מהלכות שותפין לא קשיא דהתם כשהאחד במדה"י דאפשר שלא יבא לעולם הוא דמחוייב להשיב לחב' שבכאן כדי שלא יאכל הלה וחדי אבל בששניהם כאן עד שכופין את זה הנתבע להשיב על טענת היחיד לכופנו להשותף הב' שיבא גם הוא ויטעון אלא הא מיהא כשהתובע השני [רוצה] לישאר על אשר נגזר על אותו הבא לב"ד ולא יוכל לשנות הפס"ד אז אין טעם למנוע מלהשיב על טענת הבא לב"ד בשביל חבירו שלא בא שהרי אין התובע [צ"ל הנתבע] מפסיד כלום כ"א לדעת הב"ח שכתב טעם לדברי הסמ"ע שיוכל לומר חבירך לא יעיז כנגדי ולכך לא אשיב לך דלטעם זה אפי' אם אותו שלא בא רוצה להפסיד חלקו על פי טענת הבא לב"ד אין כופין את הנתבע להשיב עד כי יבאו שניהם ואין שיהיה בנ"ד מצי הנתבעים למימר קים לן כדברי הסמ"ג וכפירושו של הב"ח וכפסקו ואינם זקוקים להשיב על טענת קהל התובע עד יעמדו הקהל הג' המשותף עמהם עכ"ד ע"ש:

סימן קכג

א **הרשאה לאחר.** עבה"ט בשם ש"ך. וכתב עוד בש"ך בשם ת' המבי"ט הרשאה שכתוב בה שהוא מרשה פלוני ופלוני שימכרו את ביתו ואם יארע אונס לאחד שלא

יוכל להתעסק במכירה שיוכל חבירו לבדו למכרה ולא אירע אונס אלא שאמר אחד מהם שאינו רוצה לטפל במכירתו יוכל חבירו לבדו למכור כי מה שהטיל המרש' תנאי ששניהם ימכרו ואם יארע אונס לאחד כו' היינו לשלול שאם לא ה"ל שום אונס ומכר אחד לבדו ולא הודיעו שלא יהי' המכר קיים אבל לא בכה"ג כו' והש"ך כתב ע"ז שאין דבריו מוכרחים ע"ש וע' בספר שער משפט שכתב עליו ולפע"ד העיקר כהמבי"ט דכיון שגילה דעתו שאם יארע אונס לאחד שימכור חבירו לבדו ה"ה אם אין האחד רוצה לטפל במכירתו נמי אין לך אונס גדול מזה ואף שלא התנה כן היינו משום דלא אסיק אדעתיה לזה אבל מ"מ מדברי התנאי נלמד ממילא כן אף שלא התנה וראי' לזה מדברי הט"ו ס"ס רכ"ה כו'. וכתב עוד והיכא שכתוב בהרשא' סתם שנותן רשות לפלוני ופלוני למכור את ביתו נראה דתליא בפלוגתא שמבואר ביו"ד סימן רט"ז ס"ז דלדעת הרמ"א שם והמחבר בסימן רכ"ח ס"מ שפסקו דמי שהשביע את בנו שלא ילוה מעותיו לאחרים אם לא ברשות ראובן ושמעון דמותר להלות ברשות אחד מהם דכ"מ שנאמר פלוני ופלוני משמע אפילו אחד מהן עד שיפרוט לך שניהם א"כ ה"ה הכא הרשות ביד א' מהם למכרו לבדו חבל לשיטת הרא"ם שהביא הש"ך דאזלינן אחר ל' בנ"ח שכוזנתם דוקא שניהם יחד א"כ ה"ה בשטרות נמי כמבואר בס"ס ס"א וע' בט"ז סימן רכ"ח שם ובת' ח"צ סימן ד' וע"ש ועיין בת' רע"ק איגר סימן מ"ו:

ב **שעשה עמו פשרה לא עשה כלום.** כתב בספר שער משפט שמעתי שנחלקו חכמי הדור שלפנינו באחד ששלח את חבירו בשט"ח שעל הלוה לפשר עמו ונתפשר עמו וקרע השט"ח ואח"כ תבע המלוה להלוה שהשליח שינה בשליחותו שצוהו שלא יתפשר עמו אלא בסך כך וכך והוא נתפשר בפחות יש שרצו לדמותו להההיא דסימן קפ"ב ס"ד גבי שליח של הקונה שטעה דכ"ז שלא יברר המשלח שעשאו שליח לקנות לו סתם יכול המוכר לומר שהתנ' עמו בין לתיקון בין לעוות והמע"ה וה"נ פטור הלוה דיכול לומר להמלו' אינו מאמינך שהשליח שינה בשליחותו. ויש שדחו דלא דמיא להתם דה"ל לגבי המוכר א"י אם הלויתני דפטור אבל הכא לגבי מלו' ולוה ה"ל כאילו אמר לו הלוה א"י אם פרעתיך דחייב לשלם. ואני אומר דלא מבעיא אם הפשר' היתה בשביל טו"ת שביניהם דודאי פטור הלוה כיון דמבואר בסימן ר"ה ה"ג דפשרה דינה כמכר כו' אם כן דמי להההוא דסימן קפ"ה ס"ה כו' אלא אף אם הפשרה היתה שלא מחמת טו"ת רק מפני עניותו דלוה צוה המלו' לפשר עמו ולמחול לו השאר דזה לא הוי כמכר אלא כמחילה גרידא מ"מ נראה דפטור הלוה אם השליח אמר לו שצוהו המלו' ליטול כו"כ ולמחול השאר דהשליח נאמן מתורת שליש כדמוכח מדברי ת' הרא"ש שהביא הש"ך

בסימן צ"ו סק"ה כו' עכ"ד ע"ש. גם בת' נו"ב תניינא סי' ל"ה נשאל גם כן על נדון כזה ופסק ג"כ לפטור הלוה וז"ל שם ע"ד השט"ח שמסר אחד ביד רעהו להתפשר בסך פלוני והשליח שינה ונתפשר בפחות ורצו הדיינים לומר כיון שהממרנו הנהוג במדינת פולין א"צ כתיבה ומסירה מעשה השליח קיימים אני אומר אטו בשביל שאין צריך כומ"ס יהיה רשות לגזול הגע עצמך מי שגנב שטר חוב ונתפשר עם הלוה הלא אם יברר המלו' שזה גנבו אין מעש' הגנב כלום. הן אמת שמעות שקיבל הגנב ינכה הלוה למלוה דשייך בזה תקנת השוק אבל היתרון שהחוב עולה יותר מן הפשר צריך לשלם למלוה: אמנם בנ"ד לדעתי יכול הלוה לומר למלו' איני מאמינך ששינה השליח ואפי' אמר המלוה לשליח בפני עדים בכמה יתפשר יכול הלוה לומר אח"כ נתת לי רשות להתפשר בפחות ואפי' יודה השליח ששינה אינו נאמן לחייב את הלוה עכ"ל וע' עוד בנה"מ סימן קפ"ב סעיף ב' ובסימן קפ"ה ס"ה עש"ה:

ג **התנה עמו בין לתיקון בין לטווח כו'**. עיין בת' צ"צ סימן קכ"ד שכתב דהיינו דוקא היכא שכתב לשון זה בבבא קמייתא קודם בבא דזיל דון וזכי כו' והיינו באותו בבא שכתב ומעתה תהא ידו כידי שם הוסיף וכתב לו ועשייתו כעשייתי בין לתיקון בין לעיוות התם הוא דמהני ל' זה שיכול למחול אפי' כל החוב אבל אי לא כתב ל' זה בבבא קמייתא אלא אחר כך אחר וכל דמתעני לך מן דינא שם כתב האי לישנא או ל' הן לזכות או לחובה לא מהני שיהא יכול למחול כל החוב ואפילו אם כתב גם כן אחר זה ולא אוכל לומר לתקוני כו' והאריך בטעם הדבר והביא ראי' מל' המרדכי ע"ש. וכתב עוד שם דהיכא דהרשוהו בין לדין בין לפשר י"ל דלא היתה כוונתו אלא על פשרה שיצא מב"ד אם לא שיאמר בפי' שיפשר מעצמו אבל כל זמן שצא ביאר בפי' כן אפשר דיכול לבטל הפשרה משום די"ל דלא היתה כוונתו אלא על פשרה מפי הדיינים שאז תהי' קרובה לדין פל פי זכיותיו אבל שיתפשר המורשה מדעתא דנפשי' לא הרשהו ע' שם והביאו ג"כ בספר שער מספק ע"ש:

ד **חייב לשלם** עסמ"ע והובא בבאה"ג דאם אמר שברשות שמעון מחל לו נשבע היסת ונפטר כו' ועמ"ש בזה לקמן סימן קע"ו סי"א סקט"ו:

ה **אינו יכול לעכב**. עבה"ט שכתב וי"א שב"ד ישלחו כתבם כו' עד וכן פסק מהרש"ל. וע' בת' ושב הכהן סימן צ"א שדעתו לפסוק כפסק הש"ע ע"ש עוד. גם בספר שער משפט כתב בזה ולענין פסק הלכה נראה לי כיון דספיקא דדינא הוא אע"ג דקי"ל דכל ספק בשבועה פטור הנתבע כמ"ש הש"ך בסימן פ"ז סק"י מ"מ הכא כיון שהקב"ח קודם השבוע' אינו אלא תקנת הגאונים והשבוע' אף היסת הוא מדינא דגמרא אין ספק תקנה

מוציא מידי ודאי לגרוע דינא דהש"ך ומשביעין אותו אף שהוא להוציא כמ"ש הב"ש באה"ע סימן קי"ח סק"ה כו' (עמ"ש לעיל סימן י"ח ס"א סק"ח) וכתב עוד אך כל זה לא שייך אלא במקום שההרשא' מועלת מדינא דגמרא אבל במקום שהרשא' אינה מועלת אלא מתקנת הגאונים כמבואר בס"א וכן במטלטלי דכפריה דיש ב' דיעות אי מועלת הרשא' אלא שנוהגין לכתוב הרשאה גם בזה כמ"ש הרכ שם א"כ כיון דהשבוע' גם כן אינו אלא מצד התקנה י"ל דהתובע צריך לקב"ח מקודם כתקנת הגאונים ואפשר דבכה"ג גם הרמב"ם מודה דא"צ הנתבע לישבע עד שיחרים בפני המרשה כיון דטעמו שאין מעכבין השבועה מפני תקנ' הקלה אם כן היכא דגם ההרשאה אינו אלא מצד התקנ' לא שייך האי טעמא ע"ש:

ו **ביד עכו"ם**. עבה"ט ביד אך לבי מהסס בעיקר הדין שסובר ר"ת דחליפין מועיל בעכו"ם כו' ועיין בתומים שהאריך לסתור דברי הש"ך בזה ובסוף כתב ומכאן נרא' דקנין אגב אינו בעכו"ם דאל"כ למה לא צוה ר"ת בהרשא' של עכו"ם לכתוב אג"ק וגם בחמץ ובכורות למה לא ציוו המחברים להקנות אג"ק כמו שבאמת לא מצינו בשום דוכתא דקנין אגב קרקע יועיל בעכו"ם ע"ש ובס' קצה"ח השיג עליו וכ' דאגב ריהטא כתב כן דהא כבר כתוב קנין אגב בדברי רבינו ירוחם נתיב ק' ח"ב כו' וכבר נתפשט בכל ישראל במכירה חמץ על קנין אג"ק והוא מדברי הגאון מהרש"ק (בת' שבספר נחלת שבעה ח"ב סי' ל' והביאו ג"כ הח"י בסי' תמ"ח סקי"ד ע"ש) דשדי נרגא בקנין חצר משום דחצר מדין שליחות ואין שליחות לעכו"ם וזה ביאורו ע"ש ועיין בת' חתם סופר חח"מ סימן ס"ו שכתוב שנמצא כן להדיא כדברי הקצה"ח הנכתב לעיל בל' הנ"ל בל' הרמב"ן במלחמות פ"ב דפסחים בסוגיא דהרהונו אצלו ע"ש עוד:

סימן קכד

סופרי הדיינים. עיין בשיטה מקובצת ב"ק דף ע' בד"ה כל אורכתא ועיין בספר בר"י לעיל סימן י"ז אות ג' ואות י"ז מ"ש בזה:

סימן קכה

א **לחזור וליטלו** עש"ך שכתב משמע דאע"פ שהשליח מקבל עליו כל האחריות כו' ואני אומר שמא לא נאנס כו'. ובס' דגמ"ר כתב בזה וז"ל ואף שהשליח חייב לשלם מ"מ שמא עיניו נתן בו כן נלע"ד כוונת הש"ך עכ"ל:

ב **נכסים אחרים**. עבה"ט בשם סמ"ע וע' בפנים בסמ"ע שכתב ועד"ר מ"ש עוד מזה די"ל דבכה"ג הוה פטור גם המשלח כו' ועיין בת' נו"ב סימן י"ט שהשיג על זה ע"ש. וע' באו"ת ובנה"מ ובת' הרב מו"ה משה רוטנבורג חח"מ סימן ז' מ"ש בזה:

ג **המקבל עני**. עיין בכנה"ג סעיף כ"ב שכתב בשם המבי"ט ח"א סימן קצ"ה דהוא הדין אם המקבל בעל תורה ומשום מצוה דעץ חיים היא למחזיקים בה שלחו אינו יכול לחזור בו ע"ש וע' בת' שבות יעקב ח"ב סימן קנ"ט שהשיג עליו דבגוף התשובה שם לא פסק כן אלא דוקא בת"ח עני ולרווחא דמלתא כתב שהוא מחזיק בעץ חיים אבל באמת אם אינו עני דהיינו שיש לו פרנסתו בריוח ביתו אפי' הוא ת"ח יכול לחזור בו והביא ראיות לזה ע"ש וכבר הזכרתי מזה בפ"ת ליו"ד סימן רנ"ח סקי"ג:

ד **נעשה נדר** עבה"ט עד מ"מ הי' יכול לישאל עליו ולהתיר כו' וע' בש"ך לעיל סי' פ"ז סקנ"א ומ"ש שה סכ"ה סקכ"ט. ומ"ש עוד דבכה"ג דהכא א"י לישאל עליו להתיר ע' בתומים סק"ח שהוא מסופק בזה מאחר דביו"ד סי' רנ"ח נקט הט"ו שבא ליד גזבר אולי דוקא בגזבר שחשוב כיד עניים אבל בנותן לאדם אחר אפשר דמצי למיתשל הואיל ואמר תן ולא אמר זכי הוה זה רק כשלוחו של נותן ע"ש וע' בת' נו"ב תניינא סי' נו"ן מ"ש בזה והובא קצת בפ"ת לי"ד סימן רנ"ח שם סק"ח ע"ש. וע' בת' בית אפרים חח"מ הי' ע' אודות ראובן שנתן לשמעון מנה שילוה אותם על עיסקא למי שיוכשר בעיניו והקרן והריוח יהא תחת ידו עד יגיע תור נישואי קטנה אחת מקרובותיו ואז ינתן הקרן והריוח לה או לב"כ שתנשא לאיש והתנה בפי' שקודם הזמן הזה לא יהי' להקטנ' שום זכות בעולם הן בקרן והן בפירות ולא יהא נקרא שמה על המעות הנ"ל ועתה אירע איזה קלקול במעות ובא אבי היתומ' לתבוע את שמעון וערך טענותיו בכתב ושמעון השיבו לאו בעל דברים דידי את שאף אם ימנו אותך אפוטרופס לבתך לטעון עבורה הלא עדיין אין לה זכות במעות כלל ולכשיבא ראובן הנותן ולתבעני אדע מה להשיב לו ועל דבר זה נתעצמו לדין והשיב דבר ברור הוא שהדין עם שמעון דכל כה"ג הך ממונא אכתי ברשותא דנותן קיימא ואם כן אבי הבת לאו בע"ד דידי' הוא ודבר זה מתברר ממ"ש המרדכי פרק מי שמת בשם מהר"ם כו' ומדברי הרא"ש בפרק מציאת האשה שהובא בטור וש"ע סי' נ"ג ס"ג כו'. וגדולה מזו אני אומר דאפי' אם אמר הנותן בפי' להשליש שיהא הזוכ' עבורה שתזכה לכשתגדיל לא קנתה היתומה כמבואר בנדרים דף מ"ח כו' ואין לומר דהוי כמתנה לעני דהוי כמו נדר וא"י לחזור כמבואר בח"מ סימן קכ"ה זה אינו דשם מיירי דאמר הילך ולא הגביל זמן אבל במגביל זמן יכול לחזור בתוך הזמן כמ"ש הרשב"א בנדרים דף ל' דהאומר סלע זו לצדקה לאחר ל' יום יכול לחזור בו כו' (עמ"ש

לקמן סי' רנ"ז ס"א סק"א) ובנ"ד נראה ברור דאפי' אם נעשה באופן דלא מצי הדר ביה והקנין חל ע"כ בהגעת הזמן מ"מ כיון דהשתא מיהא לא זכתה ולא מידי לא בקרן ולא בפירות אין לה כח לדון עם השליש כלל וכו' ונרא' לע"ד דכל כה"ג שאין לה שום זכות בהמעות אלא לאחר שתגדיל אם פשע השליש בהמעות ונגנבו או נאבדו הוא פטור מחמת זכות היתום' לאחר שתגדיל דאין זה ממון גמור רק גורם לממון וק"ל דלאו כממון דמי ולא דמי למזיק שעבודו של חבירו דמחייבינן ליה מדינא דגרמי דהתם השתא איכא שעבודא עליה וזה הזיקו משא"כ אם עכשיו אין לו כלום לא בגוף ולא בפירות וכמו בנכסיי לך ואחריך לפ' (לקמן סי' רמ"ט ס"ג) כו' ומכ"ש לפמ"ש דהנותן מצי הדר ביה א"כ אין כאן ודאי גורם לממון נרא' ברור לפטרו אף אם הי' פושע ומכ"ש שאין חיוב מוטל עליו לעמוד לדין עם ב"כ של היתומה עכ"ד ע"ש. ועיין מה שכתבתי לקמן סימן רנ"ג סעיף ט". סעיף קטן י"ד

ה **ויש אומרים דתן הוי כזכי במתנה** ע' בת' שבו"י ח"ב סימן קנ"ט שכתב דאפילו לדעה זו מ"מ אם אמר הולך ותן מודה דלא הוי כזכי עד שיתן והוכיח כן מסוגיא דש"ס ר"פ התקבל ע"ש:

סימן קכו

א **במעמד שלשתן**. עבה"ט עד נראה עיקר דיש דין מעמד ג' אפי' לא הגיע זמ"פ כו' וע' בס' קרבן נתנאל פ"ק דגיטין אות פ"ב מ"ש בזה:

ב **בפרעון חובו**. עבה"ט עד המחהו שיתן לו מעותיו כדי שיקנה לו סחורה א"צ ליתן לו כו'. וכ' בס' שער משפט דנרא' דה"ה אם המחהו שיתן לו מעותיו בהלואה נמי דינא הכי שאינו נקנה במעמד ג' כו' ע"ש:

ג **קנה**. כתב בס' שער משפט יראה לי דמע"ש אינו קונה אלא בדבר המותר אבל היכא שצוה להנפקד או להלוה ליתן לחבירו אבק ריבית שא"י בדיינים לא זכה המקבל ולא אמרי' דהוי כאילו בא ליד המקבל כו' ע"ש:

ד **דמסתמא על מנה שיש לו אמר**. כ' בס' שער משפט ויש להסתפק באם אמר ראובן לשמעון תן מנה ללוי סתם ויש לו לראובן ביד שמעון רק נ' אם קנה מחצה אם נאמר דמסתמא נ' צוה לו ליתן מה שחייב לו ונ' בקש ממנו שילוה לו או נאמר כיון דעל נ' כוונתו היה בהלואה ודאי אף דעה זו מודה דחיישי' שמא כוון על הכל בהלוואה ולא קנה כלום כו' ע"ש:

ה **בסברא האחרונה**. עבה"ט וע' בת' בית אפרים חח"מ סימן י' מה שפלפל בדברי הש"ך בענין זה:

ו **או במגו דפרעתיך**. עש"ך סקכ"ח מ"ש לדחות קושיית מהרי"ט וע' בת' נו"ב סימן י"ט שתמה על הש"ך בזה והסכים לתירוצו של מהרי"ט ע"ש וע' בספר בית יהודה סימן זה ובת' שיבת ציון סימן ק"ה מ"ש בזה:

ז **נאמן לומר טעיתי**. עבה"ט וע' בכנה"ג לעיל סימן ע"ט בהגב"י אות ט' שכתוב וז"ל כתב ושלח לו תשובה על תרעומותיו ודקדק לכתוב כך וכך מנינם הוה כהודא' גמורה וא"י לומר טעיתי משפטי שמואל סימן ע"א גם מהר"י אדרבי ז"ל בסי' ת"ה כתב דבאגרות ששולח מי שנושא ונותן שמדקדק האדם ומכוון בחשבונו כו' אבל מהרשד"ם חולק בנדון דמהריב"ל (בענין כתב יד) וסובר דנאמן וכ"כ בספר המפ' סימן קכ"ו סעיף י"ג ונראה דה"ה דחולקים על נדון מהר"י אדרבי ומשפטי שמואל עכ"ל וע' בת' נ"ב תניינא סימן ט"ו במעשה כיוצא בזה באחד ששלח מעות לסוחר שלו על חובו וכתב לו באגרת שעוד נ' זהובים ישלח לו בקרוב ועתה טוען טעיתי בחשבוני. והזכיר שם דברי הכנה"ג הנ"ל וכתב דלכאור' לפ"ד הסמ"ע סקמ"א אין הכרח שהרב בהגה חולק על מהר"י אדרבי' ומשפטי שמואל שהרי כתב הסמ"ע בשם הד"מ דכת"י אינו כהודה בעדים דהרי י"ל על כתב ידו אמנה הוא או חתמתי שמי על המגל' כו' ולפ"ז באגרת שכולו כתב ידו אינו יכול לומר חתמתי על המגיל' וכן אמנה אינו יכול לומר שהרי כתב שם גם שאר דברים כו' ואם כן כיון שלא שייך בזה חתמתי על המגלה ולא אמנה הרי אגרת הזה כהודאה בעדים ממש ואינו נאמן לומר טעיתי ואמנם אחר העיון בד"מ עצמו דברי הכנה"ג נכונים דרמ"א ז"ל חולק גם על משפטי שמואל ומהר"י אדרבי וס"ל דגם באגרת שכולו כתב ידו וכתב בו שאר ענינים הגם שא"י לומר אמנה או חתמתי על המגלה מכל מקום אינו כהודאה בעדים ונאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי ועוד דהא הש"ך פוסק דאפי' נגד הודאה בעדים נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי. ויותר מזה נלע"ד דאפי' מי שסובר שא"נ לומר נגד כתב ידו טעיתי במגו דפרעתי הנה טעמם הוא דמסתמא אדם מדקדק קודם שיתן כתב ידו שיהא חשבונו ברור בלא טעות והיינו בכתב ידו שנותן מתחלה ביד זה שכנגדו לראיה על החוב וכן הך דמשפטי שמוחל ומהר"י אדרבי עיקר האגרת הוא להודיע החשבון אבל אגרת הזה שבנ"ד עיקרו היה ששלח מעות וכתב לו שיקבל כך וכך וכתב לו שאל ירע בעינו שאינו שולח יותר כי ישלח לו עוד נ' זהובים בקרוב אין עיקר האגרת הזה להודיע שהוא חייב לו עוד נ' זהובים רק אגב גררא כתבוהו ולא דרך הודא' בזה אולי גם

החולקים מודים שנאמן לומר טעיתי בחשבוני במגו דפרעתי ע"כ יפה פסק הרב השואל שישבע הנתבע ויפטור עכ"ד ע"ש:

ח **צריך לישבע.** עבה"ט עד ול"ד למנה הלויתני וא"י אם פרעתיך כו' ובדגמ"ר כתב בזה ע' בש"ך לקמן סימן רל"ב סקט"ז בשם הרשד"ם וצריך עיון עכ"ל וע' מה שכתבתי שם:

ט **מדעת ראובן.** עבה"ע עד ואה"נ אם נתבטל אחר כך מאיזה סיבה אחרת כו' וע' בת' שב יעקב חח"מ סי' ד' אודות ראובן שהשיא בתו לשמעון וביקש מיהוד' שיתן ממרני עבורו לחתנו שמעון ע"ם מאה זהובים שישלם לו אחר חצי שנה ואחר החתונה הרגיל חתנו קטטה עד שמרדה עליו בת ראובן ותפסה מטלטלין ובתוכם השט"ח הנ"ל ומסרה הכל לאמה ויהודה הי' חייב בשט"ח לראובן סך ג' מאות ולא רצה לשלם עד ששמעון יתן לו פטורים או היא תחזיר לו השט"ח הנ"ל כו' ונפסק מב"ד דינא דמתיבתא (ע' באה"ע סימן ע"ו ס"ז בהגה) שהיא תוכל לתפוס נדוניא וגם יצא הדין שיהודה ישלם הש"ח שחייב לראובן אך אותן מאה זהובים ישליש ראובן אצל ב"ד שאם יתפשרו הזוג וידירו יחד שישלם לחתנו סך מאה זהובי' הנ"ל וביקש יהודה להחזיר לו הממרני שלו וטענו ראובן ואשתו שנשרף ויגידו כן בחב"ד ועלה בדעת ב"ד להכריז לבטל השט"ח אחר זה בא לוי ב"ח של שמעון חתנו וביקש לעקנ המעות שביד ב"ד וטען שהמעות שייכים לו כי שמעון נתן לו המא' זהובים הנ"ל במעמד ג' ויהודה הודה לדבריו ששמעון צוה לו במעמד ג' והגיד בחרם שהשט"ח שלו ראה ביד חמותו של שמעון מקודם שאמר לו במעמד ג' אך בשעה שקיבל במעמד ג' עלה בדעתו שנתרצו הזוג והחזירה השט"ח ליד שמעון ועכשיו שהוא מוכרח להניח ביד ב"ד יתנו הב"ד למי שמגיע. ופסק בזה הרב השואל דאין לו ללוי שום דו"ד על המאה זהובים הנ"ל אחר שהיא יכול' לתפוס ואפי' בלא תפיס' צריך הבעל להחזיר נדוניא שלה לפי דינא דמתיבתא ועוד אפי' בלא קטטה אין ב"ח גובה מנדונית אשתו כשמעות הנדוניא מונח בעין ומכ"ש הכא כו' וגם אין לו ללוי שום דו"ד על יהודה דיכול לומר טעיתי בהודאתי ונאמן במגו ואין כאן חשש אלא שלוי יכול לומר שאתם עושים קנוניא עלי וכיון שאין כאן טענת ודאי אין ללוי על יהודה המקבל אלא חרם סתם כו'. והוא ז"ל האריך להשיג על הרב הנ"ל חדא דלפי דבריו דמדמה כאילו טוען ללוי טעיתי בחשבוני ואין להנותן בידי כלום אם כן אמאי פוטר ליהודה משבועה דאף שאין ללוי עליו רק טענת ספק מה בכך כיון שאין יהודה נאמן לומר טעיתי אלא במגו דלהד"מ או פרעתי ואילו טוען פרעתי או להד"מ היה צריך שבועה ה"ה נמי בטענה זו כן הוא בש"ך (סקנ"ו והובא בבה"ט סקמ"ה) כו' וגם גוף הדמיון לא דמי כלל דהכא בשעה שקיבל יהודה במעמד ג' לשלם ללוי היה החוב עדיין

בחזקת שמעון וכו' ואף שאח"כ נתברר ע"י העמד' בדין וקיבל' בחרם שבעלה מאוס עליה שבדין תפס' מכל מקום לא מהני למפרע ומכ"ש בנ"ד די"ל דבאותו זמן באמת לא היה עדיין מאוס עליה רק עכשיו נתברר. הא לא דמי אלא להא דאיתא בסימן קכ"ו סי"ז ראובן חכר חכירות מהקהל כו' מאחר שבשע' שאמר ליתן לשמעון היה חייב להקהל אע"פ שנתבטל כו' וכתב הש"ך דה"ה אם נתבטל אח"כ מאיזה סיבה אחרת אפי' בע"כ של ראובן מטעם שבשע' שאמר ליתן הי' חייב להקהל א"כ הוא הדין בנ"ד בשעה שקיבל עליו לשלם ללוי הי' חייב לשמעון מפני שעדיין לא נפסק מב"ד ולא ביררה ולא קיבלה בחרם שמאוס עליה ואף מה שנודע ליהודה לא שמע רק מאשת רחובן כו' והי' יכול יהודה לשלם לשמעון אם כן גם מה שקיבל על עצמו המחאתו של שמעון ליתן ללוי במעמד ג' מהני כו'. והאריך עוד בזה ומסיק וכתב דלפ"ז דבררנו דאמרי' דבשעת הקנאה ללוי במעמד ג' עדיין היה המנה בחזקת שמעון והיה ביד יהודה השייך לשמעון והוי מצי להקנות המנה במעמד ג' נתרועע נמי הדין הראשון דמ"ש הרב הנ"ל מאחר שהיא יכול' לתפוס ואפי' בלא תפיסה כו' ואפי' בלא קטטה כו' כל זה אם עדיין לא נפרע מדמי הנדן לבע"ח משא"כ אי כבר נפרע ודאי אין מוציאין מבע"ח מעות או מטלטלין שגבה הן משום דינא דמתיבתא ומכ"ש בלא דינא דמתיבתא אי פרע הבעל דמי נדוניא של אשתו לאחרים שאין מוציאין מבע"ח ואם כיון דיהודה כדין הקנה המנה ללוי במעמד ג' באותו זמן שהי' בידו משל שמעון והוי כאילו כבר פרע שמעון בעת ההיא המעות שחייב לו יהוד' ללוי וגם יהודה הוי כבר בע"ח של לוי ולא של שמעון ואם כן עתה כשבאו לב"ד האיש ואשתו כבר נדו המעות ואינם והוי כמו שאר חובות שפרע שמעון מנדוניא של אשתו שאין להשיב. נמצא בנדון דידן אינו מחויב יהודה להניח המעות מאה זהובים הנ"ל בב"ד לצורך אשת שמעון רק כבר קנה אותן לוי ממה שנעשה ב"ח שלו בעת המחאתו ובעת ההיא כבר נעשה הפרעון שפרע שמעון ללוי אותן מאה זהובים ע"י יהודה במעמד ג' וכל זה דברים פשוטים מצד הדין ומצד הסברא עכ"ד עש"ב וע' עוד בת' אא"כ פמ"א ח"ב סי' ק"ז מענין זה:

י **חייב הלוה לפרוע.** עבה"ט דהש"ך כתב דדין זה צ"ע כו' וע' בס' ק"נ פ"ק דגיטין אות פ"ה שכ' דלק"מ ע"ש:

סימן קכח

א **לשלם לו.** עבה"ט וע' בתשו' בית אפרים חח"מ סי' ט"ז שנשאל במי שהי' חייב לאדון א' סך מסויים ועיקל האדון תבואה של הלוה שהי' בשותפות עם איש אחר עד

שהוכרח השותף ליתן שט"ח להאדון ע"ס זה והאדון פטר את הלוה הראשון שלא יהי' לו עוד שם תביע' עליו רק על השותף שנכנס תחתיו וכתב וחתם ע"ז ובהגיע הזמ"פ התרה זה השותף בלוה הראשון שלא ישלם להאדון כי הוא כבר מסולק והחוב מוטל עליו ולא השגיח בו והלך ושילם בעצמו החוב ועתה טוען השותף למה פרעת חובי שלא מדעתי כי אני יש לי מלוה על האדון והייתי מסלק חובו בזה ועתה אפשר שלא יבא חובי לידי גובייניא וזה השותף מוחזק בממון שאינו ניכר וידוע לשותפות ונחלקו הדיינים בזה יש מי שרצה לדמות לדין המבואר בסי' קע"ו סמ"ז כו' והשיב נרא' אם האדון פטר את הלוה הראשון בכתב מפורש באופן שלא היה יכולת בידו לחזור עליו כלל פשיטא שאינו מועיל מה שהתחלת החוב נעשה על ידו ודמי כאילו כבר פרע זה וזה האחר הלך ולוה אצלו אלו המעות וזה שהלך ופרע דינו כפורע חובו וש"ח של"מ ואף להסוברים דבעכו"ם לא דיינינן הך דינא היינו דוקא כשטוען שהי' פוטר עצמו בפיוס דברים ואנן סהדי שלא נתרצה כ"א ברצי כסף ואף בזה חילק הש"ך שם (כמבואר לק' סק"ו) משא"כ בזה שיש לו כנגדו ממונא מעליא לסלק חובו. ומי שרצה לדמות לסי' קע"ו כו' לא דמי כלל דהתם מבואר הטעם שאינו מחויב להקניט השר שלו לגבות חובו של ראובן אבל בנ"ד אף אם זה יברר שהי' השר עושה עמו רעה אם לא היה פורע לו אין זה רק כאילו מעליל עליו שא"י להציל עצמו בממון חבירו וכו' ולא מבעיא אם הדבר ברור שזה יש לו כנגד החוב ביד האדון דאין כאן חוב מעיקרא ומה שנתן זה משלו נתן והגיעו אלא אפי' אין הענין ברור מ"מ טענתו טענה שהי' יכול לפטור עצמו שיצא זה בזה כו' ונראה דאפי' אם כששילם זה החוב להאדון קיבל השט"ח של זה מ"מ הרי דעת השארית יוסף דאף בכה"ג כשפורע שלא ברשות ישראל יש לדין פורע חובו ש"ח של"מ ופטור ואף הסמ"ע והש"ך ר"ס קכ"ח אין חולקים בזה דדוקא כשלקח השט"ח מתחלה בתורת קנין והמלוה נתן לו את כחו אבל אם לא נתן לו בתורת קנין רק בתורת תשלומין עו"א מכי מטא זוזי לידיה אסתליק ליה וחוב על ישראל אין כאן כלל ומכ"ש בזה שטוען כי השט"ח פרוע מחמת החוב שבידו כנגדו שאפי' בישראל שמכר שט"ח והלוה טוען פרוע א"י לגבות בלא שבועת המוכר וכיון דהאי לאו בר שבועה הוא הרי הניח זה מעותיו על קרן הצבי וזה פטור לגמרי עכ"ד. ושם בסי' י"ט במי שקנה בית ואדון א' הי"ל חוב על הבית והתנה הקונה שיעכב סך מה עד שיסתלק האדון ואח"כ מת המוכר והקונה הלך וקנה השט"ח מהאדון בסך מה ומעכב ת"י המעות היורשים טוענים שהם לא רצו ליתן להאדון סך זה רק פחות מזה והשיב נלע"ד שהדין עם הקונה כיון שבשעת המכירה עשו מעמד שיעוכב הסך תחת ידו עד שיסתלק האדון בשט"ח שלו והרי לא נסתלק האדון כ"א בסך זה שנתן

לו כו' ואף אם יטענו היורשים שזה גרם להם היזק שהי' אפשר להם לסלק החוב בפחות מזה מ"מ כיון שא"א להם לברר דבר זה שהי' האדון מתרצה אין יכולים להוציא מידו בטענה זו כו' וגם אין זה דומה לפורע שט"ח של חבירו כיון שבקנין בא לידו ע"ש:

ב **הפודה חבירו כו'**. ע' בס' שב יעקב חח"מ סי' כ"ד:

ג **בגלל חבירו**. ע' בה"ט וע' בת' ח"נ סי' ס"ח אודות שר א' שקנה סוסים מראובן גם משמעון ושמעון הטע' את השר במכרו לו סוס א' שהיו בו מומין המבטלין את המקח ואחר ימים נודע המומין להשר והחזיר את הסוס לראובן ילקח ממנו הדמים ועתה תובע ראובן לשמעון באמרו כיון שהסוס הוא שלך ואתה חייב להחזיר להשר דמי הסוס והשר שלא כדין לקח ממני דמי הסוס החזיר לי הדמים. ושמעון אומר לאו בע"ד דידי את. והשיב דפשיט שאין לראובן על שמעון כלום דתלמוד ערוך הוא בידינו אין אדם נתפס על חבירו כ"א במס כו' וברור הוא שאפי' היה חבירו חייב להעכו"ם אין עליו לשלם לזה הנתפס בשבילו שהרי בגלגולת ומס ותשור' חבירו חייב לשלם ואפ"ה דוקא בנתפס מכח המלך הוא דחבירו חייב לשלם אבל באינש דעלמא לא כו' ואין לדמות זה לההיא דנתחלפו כליו בבית האבל או בבית המשתה דלא ישתמש דהתם הכלים של ראובן בכל מקום שהם הם שלו כו' ואף אם הי' נידון כזה במושל ושליט על שניהם נלע"ד דזה בכלל אין אדם נתפס על חבירו שהרי אין זה מחוקי המושל ודינו שוה לכל שאר אדם ולא שאני לן בין החזירו בטעות או בידיע' בכ"מ אין אדם נתפס על חבירו באופן ששמעון פטור מלשלם לראובן אמנם הרשות ביד ראובן להגיד להשר שהסוס הוא של שמעון שהרי אין כאן שום גזלה לשמעון שהרי מן הדין הוא חייב להחזיר להשר דמי הסוס ע"ש וע' בס' שער משפט סק"ג:

ד **אין חבירו חייב לשלם**. ע' בנה"מ שכתב דאם תפס נכסי שמעון בעד לוי רק למשכון ולא לפרעון חייב לוי לשלם לשמעון מדר' נתן וע' בספרי מקור חיים ה' פסח סי' תמ"א דאם היו נכסי שמעון ברשות לוי ותפס הבע"ח של לוי חייב לוי לשלם לשמעון וראיה מתפס המלך גרנו בחובו דחייב לעשר (כדאי' בחולין קל"א ע"א) עכ"ד. וע' בס' מעין גנים שהקשה ע"ז דהש"ס הנ"ל מיירי ע"כ רק לצאת י"ש דבדיני אדם ודאי פטור שם בלא"ה דה"ל ממון שאין לו תובעים כו' וא"כ אין ראיה משם להתחייב מדינא אם תפס האנס נכסי חבירו בבית בע"ח דהא שם במתנות כהונה מיירי ולא הוי נמי החיוב מדינא רק לצאת י"ש וצ"ע ע"ש וע' בת' מהרי"ט ח"א סי' קכ"ד ובס' ש"מ סק"ג:

ה **מיהו פרנסי הקהל כו'**. ע' בת' בית אפרים חח"מ סי' י"ז ת' מדודי הגאון מו' סענדר ז"ל אודות קהל א' שלוו מעות כדי ליתן להשר והמלוה היה יודע מזה וחתמו (ראשי

הקהל) כולם על השטר ועתה בא הבע"ח ותבע לאיש א' שכבר עקר דירתו משם אלא שהוא מן החתומים מה דינו אם יכול לתבוע כולו מאיש הזה. והשיב זה פשוט דאם מבואר בשטר רצה מזה גובה ורמ"ג כנהוג כעת דיכול לתבוע מזה הכל אמנם אם לא נכתב רמ"ג יש חילוק דאם לא נכתב אצל חתימתן עבור הקהל אזי יש להחתומים דין שנים שלוו שהם ערבים אבל לא קבלנין כמבואר בש"ע סי' ע"ז ואינו יכול לדחותו רק ליתר החתומין (ואם הם אלמים מבואר דינו בסי' קכ"ט ס"י) אבל לא לכל בני העיר וזה מעשים בכל יום שהקהל צריכים למעות ואין מוצאים מי שילוה להם באופן שיהא שיעבודו על קופת הקהל נותנים ראשי הקהל להמלוה סתם ממרני בחתימתם בכדי שיוכל לתבוע מעותיו מהחתומים לבד אולם אם מבואר אצל החתימה עבור הקהל אז הם רק כשלוחי בני העיר ואינו יכול לתבוע ממנו כלל אלא דאם זה האיש הי' עדיין דר שם והוא מפורעי המס אכתי לא גרע משנים שלוו שגם הוא הי' שותף בהלואה עכ"פ כו' אבל אם אינו דר שם ואינו עתה מפורעי המס ופרעון חובות כפי המנהג א"כ אינו יכול לתובעו כלל כי אין דינו כשותף כלל שהרי מבואר בסי' קס"ג דלענין פרעון חוב הולכין אחר שעת הגבייי' או הערכ' לשיטת הט"ז (הובא בבה"ט שם סקי"ז) וא"כ כיון שהוא אינו מפורעי המס עכשיו א"כ לא נשתעבד כלל כי לא נשתעבד להמלוה תחלה רק אותו שיהי' מפורעי המס בשעת גבי' כללא דמלתא לדעתי אם לא נכתב רמ"ג ואצל החתימ' כתוב עבור הקהל והוא עכשיו אינו דר שם ואינו חייב מדינא לפרוע מס ופרעון חוב כפי המנהג אזי אין עליו תביעה מזה השטר עכ"ד ע"ש:

ו **מכח מלוה.** עבה"ט עד אבל בת' ד"ר ומהרש"ך כתבו דזכ' השליח בדמי המכס כו' ולע"ד צ"ע וע' בנ"צ מ"ש בזה:

סימן קכט

א **בעד יום א'.** עבה"ט מ"ש ואם כתב בכת"י כל מי שיתנדב כו' ע' בת' רשד"ם כו'. וע' בזה בתומים ובנה"מ שכתבו דודאי חייב לשלם כמו באומר כל הזן אשלם לו וכן עיקר ודלא כקצה"ח ע"ש. ומ"ש הבה"ט עוד בשמו דאם הלוה פרע פ"א שוב גם הערב פטור ואינו משועבד להלואה שניה כו' ע' בקצה"ח לעיל סי' מ"ח שהביא זה בשם ת' משפטי שמואל סי' מ"ה ולמד מזה דגם בממרני לא מהני בנמחל שעבודו וכתב דאף דאפשר לחלק דממרני התחייב עצמו מתחלה דכ"ז שיוציאו יגבה בו ואפי' יפרענו יחזור וישתעבד כו' אבל אכתי צ"ע דהיכא מוכח בממרני דהי' דעתו לכך שיחזור וישתעבד בו וכ"נ מהט"ז דאפי' בממרני לא מהני נמחל שעבודו ע"ש אכן דעת הש"ך מבואר שמחלק

בזה דכאן הביא דברי הרשד"ם הנ"ל יכתב דהוא פשוט ולעיל סי' מ"ח סק"ב כ' דבממרני גם הב"ח מודה ע"ש (ועמש"ל סי' מ"ח סק"ב וע' בת' בית אפרים חח"מ סי' כ"א בעובדא קצת כיו"ב) בראובן שעשה מעמד עם שמעון שיעמיד סחורתו למקום פ' על אחריותו והשליש שמעון ע"ז חפצים לבטחון ת"י לוי ולוי נתן לראובן כתב שלישות ולפי שענין האחריות הוא מחמת העברת מכס לא פיר' בכתב השלישות רק נכתב בתוכו שאחר י"ד ימים מי שיביא לו הכתב הלז בח"י מחוייב למסור לו החפצים או סך פ' והלך שמעון עם הסחורה למדינת תוגר והצליח שהביא' בשלום ומסר ליד ראובן והחזיר הכתב ליד שמעון ואחר איזה ימים עשו ראובן ושמעון שנית מעמד ביניהם בלי ידיעת לוי השליש ומסר ראובן לשמעון סחורה על אחריותו ועל סמך הבטחון המונח ביד לוי וראובן מסר הכתב הנ"ל שנית לשמעון [צ"ל קיבל משמעון] בלי ידיעת לוי ולא עלתה בידו בשניה ונלקחה הסחורה במדינה הנ"ל על בית המכס ועתה בא ראובן ותובע את לוי שימסור לו הבטחון או תמורתו כפי הכתב ולוי משיב שהוא יש לו חוב אצל שמעון ובראשונה נתרציתי להיות שליש ביניהם ואחרי שהושלם התנאי בפעם ראשונ' ומסר לך הסחורה בשלימות נתבטל ענין השלישות ותפסתי החפצים אלו של שמעון על החוב שלי ומה איכפת לי במעמד השני שעשית עמו בינו לבינך כו' ונשאל הדין עם מי. והשיב ע"ז באריכות ותורף דבריו שהדין עם השליש דאחר שהעמיד שמעון הסחורה בפעם ראשונה נסתלק שם משכון ונעשה פקדון אצל השליש כמבואר בסי' ע"ב סמ"ג וע"ש בש"ך סק"י ול"ז כו' ומה"ת לא יוכל השליש לתופסו על חובו ומה שזה חזר ושעבדו שנית לראובן מה איכפת ליה לזה השליש כיון שראובן לא שאל את פיו שאם היה עושה על פיו אפשר שהיה השליש מתחייב לשלם לו מדינא דגרמי כיון דעליה קא סמוך והיא לא הודיעו שתופס למשכון על חוב שלו אבל אחרי שלא הודיעו כלום אין אחריותו עליו כו' ואם מחמת שלא הוחזר לי הכתב פשיטא שאין זה מעכב מלסלק השעבוד שעל המשכון דמיד כשקיבל סחורתו נתבטל חיוב הכתב ומחוייב להחזירו לבעל המשכון או להשליש אם כבר החזיר המשכון ובשביל שעיכב הכתב לא הוכשר אחר שנפסל ונתבטל וחספא בעלמ' הוא ואע"פ שחזר זה ושעבד לו המשכון שנית ע"פ כתב זה אין בכך כלום שאם היה נמסר לידו מיד השליש גופיה היה מקום לדמות זה למ"ש הסמ"ע בסי' מ"ח בשם הע"ש דבכת"י שאין טורף ממשעבדי חוזר ולוה בו ובש"ך שם כתב דאם כתב בכת"י כל מי שמוציאו גם הב"ה מודה כו'. משא"כ בזה שהשליש לא חידש מסירת הכתב רק בעל החפצים מסר הכתב של השליש לבטחון שנית פשיט' דלא מהני כו'. ועוד נראה דאפי' אם הי' מועיל מסירת הכתב של בעל החפצים ועי"ז נשתעבדו החפצים לבעל הסחורה

אף להוציאם מיד השליש התופס מ"מ פשיטא שיכול השליש לומר שלא היה בדעתו להתחייב בכתב זה נגד בעל הסחורה רק על פעם ראשונה בלבד כו'. וא"ל דכיון דנכתב סתם הוי כאילו נתרצה על כמה פעמים הדבר מבואר בת' הרשד"ם חח"מ סי' ל"ח במי שכתב שהוא ערב קבלן לכל מי שיתן לפלוני סך פלוני ונתן לו פעם שנית וטען שלא נתערב רק על פעם א' וכתב מהרשד"ם שיכול לומר מה שנמצאתי ערב הוא אם יתנו לו באותו הפעם שהלך מאתי אבל אם יתנו ופרע לזה לא נתכוונתי ואיני רוצה להיות עוד ערב וכ"כ בשו"ת משפטי שמואל סי' מ"ה ועיין בקצה"ח סי' ל"ט [צ"ל מ"ח] שלמד מזה דאף בממרני או שכתוב בו לכל המוציאו לא מהני בנמחל שעבודו שכבר פרע עליו פעם אחת וכתב שכ"נ מהט"ז וכ"ז אם היינו אומרים שמסירת כתב השליש מועיל להוציא מידי תפיסתו של זה אך הדבר פשוט שאין מועיל אף לגבי בע"ח אחרים ומכ"ש להוצי' מיד זה שמוחזק בהם ותפסו ברשות שאין הלה יכול למוכרם או לשעבדם לאחר כלל וא"כ בנ"ד הדבר פשוט שתפיסת השליש מועיל ואין מידו מציל ע"י טענה שנשתעבד לו שנית כו'. וגדולה מזו שאפי' אם בפעם ראשונה האמין בעל החפצים לבעל הסחורה ומסר החפצים לידו למסור אותם ליד השליש כאשר מסרם לידו ורצה ליקח ממנו כתב שלישית ולא רצה ליתן לו וא"ל שכיון שהם של פלוני אני תופס אותם לחובי דפשיטא דמהני תפיסתו כמביאר בסימן נ"ח דכ"ע מודים בכה"ג ונראה דאפי' זה עומד וצווח אני נתתי לו סך פלוני על החפצים אלו מ"מ כיון שמודה שלא נמסרו בידו שיהי' ת"י למשכון רק שהאמינו שיוליכם לפלוני ויהי' הוא שליש על המשכונות וא"כ עדיין לא זכה בהם בתורת משכון כלל וכיון שכשבאו ליד השליש לא קבלם ע"מ לזכות בשביל זה בתורת משכון כ"א לטובת עצמו פשיטא שאין זה מוציא מידו אע"פ שקיבלם בשתיקה וכן מבואר בח"מ סי' פ"ז כו'. ובנ"ד נראה דאפי' אם בעל הסחורה אמר להשליש זכה בעבורי בחפצים הללו בתורת משכון לא מהני כיון שלא נתן לו מעות רק על אחריות סחורה ואכתי לא מטא זמן חיובא ואין נופל בזה שם זכיות כלל ומכ"ש שבאמת לא אמר לו שיזכה עבורו ה"ז יכול לומר אע"פ שקבלתי ע"ד שיהי' לבטחון עבורך אני חוזר בי ומעכב לעצמי כמבואר בדברי הש"ך בסי' פ"ג שם באומר צא ופרע לפלוני בע"ח חובי דלא הוי כזכי אף אם קבל מתחלה לצורך פרעון הב"ח שוב יכול לעכב לעצמו וכ"כ בנה"מ שם וא"כ פשיטא בכה"ג בנ"ד שזה הי' יכול לתפסם לעצמו בפעם ראשונה ומכ"ש בנ"ד שכבר נסתלק השלישית והשעבוד מפעם ראשונה לגמרי לית דין צריך בשש שזה זוכה לעצמו ואע"פ שזה חזר ושעבד לזה המשכון פעם שנית לאו כלום הוא. וכתב עוד דנראה אפי' אם לא הי' החוב מגיע להשליש אלא ב"ח אחרים של בעל החפצים היו באים לדין

עתה עם זה כיון שאין במטלטלין דין קדימה חולקים בשוה שאין לבעל הסחורה דין מלוה על המשכון כלל דדוקא במוסר ליד המלוה בתורת משכון שקונה המשכון להיות שעבודו קודם אבל בפקדון ביד אחר ואמר הלוה להמלוה פקדון שיש לי ביד פלוני יהי' משועבד לך למשכון נראה שלא קנאו למשכון כיון שלא עשה בו שום קנין כו'. ועוד נראה דאפי' אם הוא מוסר ליד הסוחר עצמו על אחריות הסחורה חפצים למשכון אין שם משכון עליהם כיון דקנין מעות אין כאן וקנין משיכה לא מהני גבי משכון דמשיכה לא מהני רק לענין קניית הגוף אבל לא לקנות שעבוד וכמ"ש הנ"י רפ"ק דב"מ בשם הר"ן כו' (ע' בזה בקצה"ח סי' ע"ב סק"ב) ולדבריו בנ"ד אפי' בפעם הראשון שנמסר ליד השליש להבטיח אחריות סחורתו של זה אין תורת משכון עליו דהא אפי' נמסר מיד בעל החפצים ליד בעל הסחורה אין עליו דין משכון ומכ"ש כשנמסר ליד שליש ועוד נראה דאם אירע איזה אונס שש"ש פטור עליו גם זה הי' פטור אע"פ שהתנה להתחייב באונסין וקיימא לן מתנה ש"ח להיות כשואל מ"מ היינו דוקא בשקנו מידו או בההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה וא"כ כאן דלא קנו מידו וגם לא שייך בההוא הנאה דמהימן ליה דהא קטן דלא הימני' שהרי הוצרך לתת משכון אם כן לא גמר ומשעבד נפשי' ולכן אף המשכון לא מהני לחייבו כדקיימא לן בקידושין ד"ח מנה אין משכון אין כאן וכתב הרא"ש דאדם יכול לשעבד נכסיו לדבר שנתחייב בו אבל בדבר שלא נתחייב לא חל שעבוד נכסים כו' (ע"ל סימן ר"ז סי"ז ובקצה"ח שם) ועוד נראה דאפי' אם אירע ענין שהוא חייב בו מצד חיוב אחריות שקיבל עליו מ"מ כיון שאין כאן חיוב מיד בשעת מכירת החפצים למשכון אלא שאפשר שיוולד איזה חיוב ע"י הפסד הסחורה א"כ מה שמייחד החפצים למשכון שאם יארע חיוב יהיו משועבדים למשכון אין זה מועיל כיון שהחיוב עדיין לא בא לעולם וכמ"ש התוס' בכתובות דף מ"ב כו'. והאריך עוד בזה בדברי הט"ז באה"ע סי' נ' ומסיק וכ' הנה הארכתי בדברי הט"ז מפני שדבריו כמעט ממש כענין נ"ד ומבואר מדברי ספר המקנה ובקצה"ח סימן ר"ז דכל כה"ג שנותן משכון לחבירו שאם יתחייב יהי' המשכון קנוי לו לשעבודו אפי' אם המשכון ברשותו י"ל דלא מהני דהוי דבר שלא בא לעולם ומכ"ש בשאין המשכון ברשותו בעת ההיא אין ספק שאינו נקנה בתורת משכון ואם יש ב"ח אחרים גם הם באים ונוטלין כמ"ש הט"ז בהדיא ואפי' אם המשכון היא מונח ביד שליש והשליש רוצה לתפוס בו בשביל זה שהושלש עבורו לא מהני כיון שלא זכה בו בשביל זה בשעה שנמסר לידו מה שרוצה עתה לזכות עבור זה ה"ל כתופס לב"ח במקום שחב לאחרים כו' ומכ"ש בנ"ד שכבר עבר ענין השלישית הראשון והנפקד עצמו הוא הב"ח ותופס לעצמו שלא נגרע זכותו בשביל שבעל החפץ

ובעל הסחורה תקעו כף וערבו משאות שזה החפץ המשולש ביד פלוני יהיה משועבד לו כשיהי' הפסד בסחורה שאין בדבריהם ממש להוציא מיד השליש כו' ומסיים וכל הני טעמי דכתיבנא כולהו סלקי כהוגן לדינא ואפי' באחד מהם יש די להכריע הכף לזכותו של השליש עכת"ד עש"ה. ולע"ד לא זכיתי להביא כמה פרטים בדברי הגאון הנ"ל וגם גוף הפסק על נדון השאלה הנ"ל לע"ד צ"ע ע' בנ"צ הארכתי בזה:

ב **או משכון**. עיין בת' הרדב"ז ח"ג סימן תר"ט שכתב דאם המשכון איני שוה כנגד מעותיו יש מקום שאלה אם הערב יכול לומר דנגד המעות שלא שוה המשכון הוה כערב שלא בשעת מתן מעות דלא משתעבד כיון שלא על אמונתו הלוהו ומסתברא כיון דהלוה הי' מהדר לפדות המשכון מיד המלוה משמע שאינו רוצה למכרו או מפני שהוא חביב אצלו או מפני שאינו שלו או מפני סיבה אחרת אם כן הוה כאילו שוה כל חובו וכיון שא"ל הערב תחזיר לו המשכון ואני פורע החוב הוי כנשתעבד בשעת מ"מ וחייב הערב בכל החוב ע"ש. וע' בספר שער משפט שהביאו וכתב דקשה להוציא ממון ע"פ סברא זו ולפע"ד יש לדמות דין זה להוא דסי' שנ"ו ס"ז כו' ואדרבא מספקא לי לאידך גיסא די"ל דבכה"ג אף נגד שווי המשכון לא הוי ערב כו' ע"ש:

ג **אלא לאחר מתן מעות**. ע' בת' רשמי שאלה סי' נ"א שכתב דמ"ש הדיינים בעובדא דשם דמעת שנתן הצמר לכליו של לוקח ולהלן הוי ערבות שלא בשעת מ"מ אי לאו דמסתפינא הוה אמינא דלענ"ד בנ"ד דנמכר הצמר בהקפה ודאי מדרך לכתוב שטר על המעות ובפרט על סך מסוים כזה ובפרט מכירת סחורה דשייך ביה אונאה מקפיד המוכר מאד על כתיבת השטר להעמידו ע"ס מסויים במעות מזומנים וא"כ פשוט בעיני דקודם כתיבת השטר עדיין לא נגמר המקח כלל ויכול המוכר לחזור בו דימה למ"ש הש"ע בסי' ק"צ ס"ז גבי קניות קרקע במקום שדרכן לכתוב שטר לא קנה עד שיכתוב שטר וכן בסי' ק"צ סי"ז בעייל ונפיק אזוזי דין המטלטלין כדין הקרקעות שאפי' משכן והכניסן לרשותו לא קנה וה"נ בנ"ד כ"ז דעייל ונפיק אשטרא לא קנה הלוקח את הצמר אפי' משכן והכניסן לרשותו כו' וא"כ קודם שיבא השטר ליד המוכר עדיין שייך גבי ערב הך טעמא בההיא הנאה דמהימן ליה שעבד נפשיה ועל אמונתו הלוהו דהא עדיין לא נקנה הצמר ללוקח לגמרי עד לאחר כתיבת השטר ולא גרע נ"ד משאם החזיר שטר או משכון על פיו המבואר בס"ג וא"כ קודם כתיבת השטר דנ"ד דומה לקודם מ"מ דעלמא והא דבכל סוגיית הש"ס דבעינן ערבות בש"ס מ"מ היינו דוקא בהלואת מעות שאין דרך להקפיד על כתיבת השט"ח דסגי בעדים או משכון וכן הא דדעת רמב"ם בסי' קכ"ט ס"ד דאפי' ערב כיוצא קודם חיתום שטרות צריך קנין כל שלא נכנס ערב אלא לאחר

מ"מ היינו נמי בהלואת מעות דוקא דאין דרך להקפיד על כתיבת שט"ח רק מיירי בגונא שנתרצו אחר כך בכתיבת שטר ולפי שלא מצאתי גילוי לדין זה בשום פוסק קדמון לבי מהסס להלכה למעשה אם אמנם ישר הדבר בעיני עכ"ל ע"ש:

ד **שעבוד כתובה**. עיין באר הגולה שכתב וכתב ר' ירוחם הנותן מעות למחצית שכר והעמיד לו ערב בעד השבח כו'. ועיין בזה בש"ך סקי"ב ובקצה"ח ובהנ"מ וע' בת' עמודי אור סימן ק"ה שכתב ולפע"ד דברי הקצה"ח נכונים וברורים כו' עד באופן שהדבר ברור לדעתי דערב או קבלן לשטר עיסקא שיש בו זמן לסילוק הקרן והרויח משתעבד מן הדין ואין זה דומה לערב שלא בשעת מ"מ כלל עש"ה:

ה **ובעי קנין**. עבה"ט עד דאפשר דגם הראב"ד מודה דשטר גרע כו' וע' בת' רשמי שאלה סימן נ"א מה שמחלק בזה ע"ש:

ו **אבל אם אמר הלוה לא לויתי**. עש"ך סקי"ט שכתב הב"י קאי אלוה עו"כ וע' בספרי עכ"ל. הנה דבריו סתומים וספרו אין בידינו וע' בנ"צ מה שנלע"ד בכוונת הש"ך בזה. וע' בב"ח שהקשה על דין זה מסוגיא דפרק יש בכור מי איכא מידי דהלוה פטור והערב חייב ותירץ דלא אמרינן הכי אלא היכי שהלוה פטור בדין אבל היכא שהלוה חייב בדין אלא דלא מצי מלוה להוציא מידו כגון בכופר וטוען להד"מ ונשבע על שקר והערב מודה שהלוהו פשיטא דהערב חייב דלא עדיף מאם הי' הלוה במד"ה או גברא אלמא כו' ע"ש. ודבריו צ"ע דהא שם בסוגיא דפרק יש בכור ובש"ע לעיל ס"ס מ"ט בשני יוב"ש שלקח אחד שדה מחבירו שא"י המלוה לגבות ממני משום שא"י לגבות מהלוה מה שפטור הלוה בדין הוא גם כן מחמת שכופר ואומר שהוא לא לוה ויוב"ש זה שקנה ממנו השדה יודע שהוא משקר ואעפ"כ פטור גם בת' ושב הכהן סימן מ"ד תמה על הב"ח בזה (וגם דלפי המבואר בתומים כאן ולעיל ס"ס מ"ט אפשר ליישב דברי הב"ח אך בת' ושב הכהן שם מבואר סתירת פירושו של התומים בסוגיא הנ"ל) והאריך הרבה בענין זה ומסיק דהגה זו של הרמ"א ז"ל צע"ג למעשה אמנם בקבלן כה"ג נראה דחייב כו' עש"ה:

ז **הערב חייב לשלם**. עבה"ט עד והט"ז תירץ דכאן מיירי כו' וע' בת' הרב מו"ה משה רוטנבורג חח"מ סימן י' וט"ו מ"ש בזה עש"ה:

ח **לכלול בשבועתו**. עבה"ט בשם סמ"ע מ"ש אבל במלוה בשטר כו' נשבע המלוה כו' וע' בתשובת ושב הכהן סימן מ"ג שכתב עליו ולפע"ד היינו דוקא בערב גרידא והטעם כיון שצריך לתבוע את הלוה תחלה ואם הלוה טוען פרעתי צריך המלוה לישבע אם הלוה טוען השבע לי לכן אם בא לגבות מהערב נמי דינא הכי אע"פ דלגבי ערב הוי כא"י אם פרעתיך מ"מ כיון שא"י לגבות מהערב אא"כ יכול לגבות מהלוה משא"כ

בקבלן שיכול לגבות ממנו תחלה שפיר י"ל דהוי כטוען א"י אם פרעתיך ואין צריך המלוה לישבע והנה בסמ"ע כתב שהמלו' צריך לישבע נגד הערב כמלוה הבא לטרוף מן הלקיחות ולפ"ז אפשר לומר דה"ה בקבלן דינא הכי ולפ"ז היה צריך לישבע שבועת המשנה כדין הבא לטרוף מנכסים משועבדים ולא ידעתי מנין לו זה ולפע"ד גם מדברי רמ"א בסט"ז שכתב ונ"ל דהמלו' נשבע ונוטל נרא' ג"כ שאם המלו' בא לגבות מהקבלן במלוה בשטר עכ"פ ואין הלוה בפנינו וטוען פרעתי שא"צ לישבע ודוקא אם הלוה טוען פרעתי דינא הכי שצריך המלוה לישבע דאם כל מלוה שבא לגבות מהקבלן צריך לישבע כמו הבא ליפרע מלקוחו' לא הי' צריך הרמ"א לבאר זה גם לא הי' כותב ונרא' לי אלא כדכתיבנ' כו' ע"ש עוד ויובא לקמן סט"ו סקי"ב וע' בתומי' ובנה"מ מזה. וע' בס' כתונת פסי' ס"פ ג"פ בד"ה אבל אמרו דנרא' לכאור שנעלם ממנו דברי הסמ"ע והתומי' בענין זה:

ט **דחיישינן שמא פרעו.** ע' באה"ג אות ט' שהביא ל' הה"מ והובא ג"כ בב"י שכתב דין זה אינו מבואר בגמרא אבל פשוט הוא כו' ואני אומר שאפי' מהקבלן אין נפרעין אלא בראי' כו' והנה בב"ח סט"ו חולק על הה"מ וכו' וז"ל ומשמע לי דלא אמר הרמב"ם אלא דוקא בערב אבל לא בקבלן וה"ט דבערב ה"ל כאומר איני יודע אם אני חייב לך שהרי אין החיוב חל על הערב אלא היכי דלא פרע הלוה ושמא כבר פרע ואיני חייב לך אבל בקבלן דהחיוב חל עליו מיד ולא נפטר מחיובו אא"כ דפרע כבר הלוה וכיון שא"י אם פרע הלוה ה"ל כאומר א"י אם פרעתיך וחייב לשלם כנ"ל עיקר ודלא כמ"ש הרב המגיד לשם ומביאו ב"י דאפי' מן הקבלן אין נפרעין כו' דליתא והכי נקטינן עכ"ל אולם בש"ך לקמן סט"ו סקל"ב מבואר שחולק על הב"ח ומסכים לדעת הה"מ ע"ש ועמ"ש שם בסקי"ב מדין זה וע' בת' ושב הכהן סי' מ"ב באחד שלוה מחבירו ע"י ערב וכשהגיע הזמן עמד המלוה עם הלוה והערב בדין והודה הלוה שלא פרע ונתחייב בדין לשלם ומחמת שטען שאין לו נתחייב הערב לשלם ואחר זמן מה תבע המלוה את הערב וטען הערב שמא פרע לך הלוה אח"כ והלוה אינו כאן איך דינו אם חייב הערב לשלם או לא. והביא שם דברי הב"ח הנ"ל שכתב טעמא דאין נפרעין מן הערב אלא בראי' משום דהוי כאומר א"י אם אני חייב לך. ותמה עליו חדא די"ל כיון שנתערב הוי חיוב הערבות ודאי וספק שמא פרע הלוה ונפטר מהערבות אם כן ה"ל כא"י אם פרעתיך ועוד אמאי לא כתב טעמא אחרינא דאף אי דמי לאומר א"י אם פרעתיך מ"מ פטור הערב משום כיון דהלוה יכול לומר פרעתי ממילא פטור הערב דאין הערב חייב אלא א"כ הלוה חייב וכדאיתא בש"ס דבכורות דמ"ח ובש"ע לעיל ס"ס מ"ט כו' (ומ"מ בקבלן כה"ג ליכא למיפטרי' מה"ט לפי דהא דהערב פטור היכי שהלוה פטור אפי' אם הערב חייב ודאי כמו הערב

לשני יוב"ש הוא מטעם שא"י לגבות מהערב אלא א"כ תובע הלוה תחלה אבל בקבלן דיכול לתבעו תחל' אע"פ שלא תבע את הלוה וכיון שהקבלן אינו יודע אם פרע הלוה הוי כאומר א"י אם פרעתיך דחייב כ"כ בתשוב' שאח"ז וע"ל סט"ו בד"ה להתנות) וטעם זה מבואר להדיא במרדכי פרק ג"פ בשם מהר"ם כו' (וע' ביאור הגר"א ז"ל סקט"ל שכתב ג"כ טעם זה) ויש נ"מ גדול' לדינא דלפי טעם הב"ח אם יתפוס המלוה משל ערב שלא בעדים יכול לתופסו (עבה"ט לעיל סימן ע"ה סקי"ט) אבל לטעם הנ"ל אע"פ שהמלוה תפס משל ערב שלא בעדים א"י לתופסו כיון שא"י לגבות מהמלוה דגבי הלוה אין לו מגו לכן גם הערב אינו חייב כו' והאריך בזה ומסיק בנדון השאל' בידאי חייב הערב לשלם לא מבעיא לטעם הב"ח בכה"ג ל"ש למיפטרי' דכיון שעמד הערב בב"ר ונתחייב לשלם א"כ הוי ודאי כמו א"י אם פרעתיך אלא אפי' לטעם הנ"ל נמי חייב דהא דפטור הערב משום שמא פרע הלוה היינו כיון שאינו יכול לגבות מהערב עד שישביע את הלוה תחלה וכיון שהלוה פטור הערב נמי פטור משא"כ בנ"ד שכבר תבע את הלוה ונתחייב לשלם ומחמת שלא היה לו לשלם נתחייב הערב וא"צ לתבוע את הלוה עוד א"כ אינו יכול הערב לומר שלא פרע לו הלוה אח"כ דהוי כאומר א"י אם פרעתיך דחייב לכ"ע ע"ש:

י **ונפטר במגו**. עבה"ט עד והש"ך כתב דיפה השיג כו' גם מהרש"ל חולק כו' וע' בת' ושב הכהן סי' ט"ז מ"ש בזה ומסיק וכתב לכן לפע"ד קשה הדבר להוציא ממון מיד המוחזק אך זהו דוקא אם הערב קיבל אחריות אונסים כמו הלוה ואז כיון שהערב חייב שפיר דנפטר הלוה כמו אם מסרו ליד מי שרגיל להפקיד אצלו דאי לאו הכי אם הערב אינו אלא ש"ח או ש"ש ונאנס' בידו דפטור הערב איך יפטר הלוה כו' ע"ש. וע' בתומים ובנה"מ שכתבו דבקבלן כ"ע מודו כו' ע"ש:

יא **ויש חולקים בזה**. ע' בתשו' רשמי שאלה סי' נ"א שכתב דבטור מבואר דאפי' לדעת הי"ח שהוא ר"ת ס"פ ג"פ היינו דוקא ביש לו ללוה נכסים קרקעות אבל אם אין ללוה קרקע ידוע אז יתבע את הערב וא"צ לחזור אחר הלוה אם יתן מטלטלים דלהכי מהני מה שמתנ' ממי שארצה אפרע דבספיקא לא מטרחינן ליה לילך אחר הלוה ולפ"ז צ"ל דמ"ש בש"ע לדעה ראשונ' שיכול ליפרע מהערב תחלה אפי' אם יש נכסים ללוה היינו קרקעות וע"ז כתב ויש חולקים בזה היינו בקרקעות דוקא עכ"ד. וע"ש עוד שכתב כמדומה לי סוגיא דעלמא לפסוק הל' למעשה כדעה הראשונה שהובא בש"ע דיכול ליפרע מהערב תחל' אפי' יש נכסים ללוה ודלא כי"ח ע' בד"מ סק"ח וכן מצאתי בש"ע של הגאון בעה"מ ישמח ישראל שלא העתיק רק הדעה הראשונה אם לא במקום שיש מנהג קבוע לפסוק

כי"ח דצריך לכתוב תיבת תחלה וכן שמעתי שנתייסד המנהג מחדש בק"ק פיזין אבל במקום שאין מנהג קבוע סוגיא דעלמא לפסוק כדעה ראשונה הנ"ל ע"ש וע' בנה"מ מזה:

יב **לקבלן להתנות.** עבה"ט עד והש"ך כתב דבספר התרומות איתא כו' ואם הלוה טוען פרעתי כו' הנה מלשונו משמע דהש"ך חולק רק היכי דהלוה טוען פרעתי אבל באינו כאן ס"ל דמוציאין מן הקבלן. אך באמת הבה"ט קיצר כאן בהעתקת ל' הש"ך כי בש"ך סקל"ב איתא בזה"ל והרב המגיד כתב שאפי' מן הקבלן אין נפרעין אלא בראי' ברורה אא"כ נו"נ ביד וכ"כ בתשובת ר"א בן חיים ר"ס כ"א וכ"כ בשה"ת שער ל"ה ובאמת ברור דקבלן לעולם לא משתעבד אלא כו' עכ"ל מבואר דהש"ך חולק ומסכים לדעת הה"מ דאפי' אם הלוה אינו כאן אין נפרעין מן הקבלן ומפרש דברי סה"ת כן (ע' לעיל סי"ב סק"ט הבאתי דברי הה"מ ול' הב"ח בזה באורך) וע' בת' ושב הכהן סימן מ"ג שהאריך שם לבאר דברי סה"ת בטוב טעם וכתב אחר זה וז"ל והנה מדברי הש"ך סקל"ב נרא' שפי' דברי בעה"ת דס"ל דלא מבעיא אם הלוה טוען פרעתי דמפטר הקבלן אלא אפי' אם הלו' אינו כאן אין נפרעין מן הקבלן וכמ"ש הה"מ להדיא ולפעד"נ מכח הראיות שכתבתי דס"ל לבה"ת ולהראב"ד דוקא אם הלוה טוען פרעתי או שמת הלו' הוא דאינו יכול לפרוע מן הקבלן אבל אם הלוה אינו כאן אינו יכול לטעון שמא פרעך הלוה (והחילוק בין מת הלו' ובין אינו כאן כתב שם לפי שהטעם אם הלוה בפנינו ואומר פרעתיך דמפטר הקבלן הוא משום כיון שהדין נותן שהלוה פטור מהחוב איך אפשר לחייב את הקבלן כיון שהוא חוב אחד על שניהם ולפ"ז ה"ה אם מת הלו' והדין שנפטרו יתמי הלוה מפטר נמי קבלן אבל אם הלוה אינו כאן שעדיין לא נפטר הלוה מהחוב ע"פ הדין לכן גם הקבלן לא מיפטר והיה כאומר א"י אם פרעתיך) ולפ"ז דעת הה"מ הוא דעה שלישית דלהמרדכי בשם מהר"ם אפי' אם הלו' טוען פרעתי לא מיפטר הקבלן ולבעה"ת והראב"ד אם הלו' טוען פרעתי וה"ה אם מת הלוה א"י לפרוע מן הקבלן אבל אם הלוה אינו כאן לא מיפטר הקבלן ולהה"מ גם אם הלוה אינו כאן יכול הקבלן לומר שמא פרעך הלוה ולפע"ד אף אם יש להסתפק בכוונת בעה"ת והראב"ד כיון שלדעת המרדכי בשם מהר"ם אפי' אם טוען הלוה פרעתי לא מפטר הקבלן ונהי דבהא כיון שמצינו שבעה"ת והראב"ד חולקים אין להוציא מיד המוחזק כמ"ש הש"ך אבל אם הלוה אינו כאן שלדעת מהר"ם במרדכי פשיטא שהקבלן א"י לומר שמא פרעך הלוה ובדעת בעה"ת והראב"ד יש להסתפק לא שבקינן פשיטותא דמהר"ם משום ספיקא שיש לנו בדברי בעה"ת והראב"ד וא"כ דעת הה"מ שכ' דאפי' מן הקבלן א"י לפרוע אם אין הלוה כאן דעת יחידא' הוא גם מה שהביא הש"ך ראי' מסימן פ"ג אין ראי' רק לאם אומר הלוה פרעתי כו' וגדול מזו נלע"ד דאפי'

אם הקבלן אומר שהלוה אמר לו שפרע להמלוה אפ"ה לא מפטר הקבלן כו' עכ"ל ע"ש עוד. וע' בשו"ת ח"צ דפוס לבוב בליקוטים שבסוף הספר סימן ל"ו שכתב וז"ל נשאלתי בראובן שבא אצל שמעון וא"ל לוי בקש ממני כסף בהקפ' האם אתן לו ונעשה לו שמעון קבלן בכל מה שיקיף ללוי ואח"כ טען לוי שאינהו ראובן בכסף סיגים וראובן תובע משמעון ואומר דו"ד אין לי עם לוי. נראה שצריך ראובן להתדיין עם לוי תחלה וכל מה שיגזרו ב"ד שלוי חייב מחוייב שמעון לשלם לראובן אבל קודם שנודע כמה החיוב של לוי אין שמעון הקבלן צריך לשלם כלום לראובן ולא דמי לחנוני על פנקסו (בסי' צ"א ס"א) דהתם אין לחנוני עם הפועל כלום אבל הכא הלוה נאמן לומר פרעתי ומיפטר נמי הקבלן לדעת כמה מהפוסקים ז"ל וא"כ נאמן נמי לומר לא נטלתי במגו דפרעתי ודוק היטב עכ"ל ואיני מבין דלכאורה בכה"ג גם המרדכי בשם מהר"ם מודה וצ"ע:

סימן קל

א **אפי' אם שטר החוב בידו.** ע' בת' עבוה"ג סימן ע' בענין ראובן שעשה איזה עסק עם שמעון דהיינו ששמעון חייב א"ע להמציא לראובן איזה סחורה וראובן התחייב א"ע לקבל הסחורות ולשלם תמורתן והעמיד ראובן את לוי לע"ק בעדו נגד שמעון לשלם לו תמורת הסחור' וראובן עשה שטר פיצוי ללוי לפצותו ולב"כ שלא יהי' להם היזק וגר"ה כו' גם נכתב בש"פ נאמנות כנהוג וכל זמן ששטר פיצוי זה קיים בדלא נכתב עליו תברא אין אני נאמן עליו לומר מפוצה מסולק פרוע מחילה רבית הוא ולא שום טענה בעולם אדרבא לוי וב"כ נאמנים כו' ויד בעל השטר על העליונה כו' והנה לוי בירר בבירור גמור שהוא שילם לשמעון בעד בסחורה שמסר לראובן לכן תובע לוי לראובן שיחזיר לו מעותיו וראובן השיב שקודם שפרע לוי לשמעון נתן הוא המעות ליד לוי שיתנם לשמעון גם טען ראובן שנודע לו אחר התחייבות פיצוי הנ"ל שלוי הי' שותף עם שמעון בסחור' הנ"ל ולוי השיב מה לך נ"ח אם הייתי שותף או לא. והנה דעת הרב השואל בפשוט שהדין עם לוי וחנם אחד חלק עליו וסבירא ליה שהשטר פיצוי בטל שהרי ממעטינן בענין נאמנות דאינו קאי אלא על פרעון ולא על שאר דברים (כבסימן ע"א ס"ג) לכן נאמן ראובן לומר' שהוא נתן המעות ללוי ליתנם לשמעון. והוא ז"ל השיב שהנכון עם הרב השואל שהדין עם לוי דמ"ש שכנגדו הנ"ל שהרי ממעטינן בענין נאמנות לכאורה אין טעם זה מספיק אלא שלא יהא לוי נאמן בלא שבועה אבל לבטל הש"פ לגמרי אין כאן אפי' דמות ראי' וא"ל דכוונתו כשם שממעטינן בענין נאמנות שאינו קאי אלא על הפרעון כן יש לנו לומר ג"כ על הש"פ בכלל שאינו אמור אלא אם יתברר ששילם לוי

לשמעון מעות שלו רק ראובן יאמר שא"כ החזיר לו מעותיו אזי חל הש"פ עם כל תוקף של הנאמנות אבל אם יפול הפרש ביניהם אם שילם לוי מכיסו על זה לא נעשה הש"פ כלל זה אינו דשטר פיצוי הוא העיקר לפצות את לוי שלא יתבע שמעון המעות כלל כי פיצוי הוא ל' הצלה כמו פצני והצילני הפוצה את דוד עבדו כו' ממילא משמע שראובן התחייב א"ע להציל את לוי מן שמעון שלא יוציא המעות ממנו וע"ז קאי הנאמנות כו' ולא נעלם מעיני מ"ש מהרש"ל בת' סימן צ"ג בענין שנים שלוו בשטר אחד והאחד פרע השטר והביא בידו ותבע מחבירו חלקו וזה השיב כבר שלמתי לך חלקי כדי שתשלם לו כל החוב והשיב שהנתבע נשבע ונפטר וא"כ יש מקום לומר גם בנ"ד שהלוה נאמן לומר שכבר שילם להערב אך באמת נהפוך הוא משם ראי' שבנ"ד אין הלוה נאמן דהא מהרש"ל תלה טעמו שא"י לומר שטרך בידי מאי בעי חדא שטרא היה אז עדיין ביד המלוה ועוד אף אם הי' השטר ביד אחר מ"מ כיון ששטר זה שבידו אין לו עליו שעבוד אלא שנשתעבדו שניהם כאחת עש"ב אם כן בנ"ד שלא שייכי הני ב' טעמים שהרי השטר הוא ביד הערב וגם הוא שטר שעבוד מן הלו' לערב ודאי אין הלוה נאמן לומר פרעתי מקודם ולבד זה יש לפקפק בדברי המהרש"ל מה שמביא ראיה מבה"ת כו' (עסמ"ע בסי' ע"ז סקכ"ז ומ"ש שם) אך בנ"ד גם מהרש"ל מודה שאין ראובן נאמן לומר פרעתי מקודם. וע"ד מה שטוען עוד ראובן כיון שהיה לוי משותף עם שמעון יהי' הש"פ בטל אין לי פה להשיב לא לזכות ולא לחובה כי לא נודע מה טעם נותן ראובן לדבריו למה הוא רוצה לבטל הש"פ משום זה כי מה יתן ומה יוסיף לו אם לא הי' לוי משותף עם שמעון עכ"ד ע"ש. וע' בת' נו"ב תניינא סי' י"ג מ"ש בזה:

ב **אבל אם הודיעו**ן. ע' בת' נאות דשא סי' ס"א בעובדא בראובן שהלך ללות משר העיר ש' זהו' על שט"ח ברבית כך וכך לשנה ולא רצה השר עד שיחתום עמו שמעון וחתמו יחד וקיבל ראובן הסך מהשר ובסוף כל שנה נתנו לו הרבית ואמרו לו שיהי' עוד שנה ונתרצה להם השר תמיד ואח"כ באמצע שנה הרביעית נפטר ראובן והניח יתומים גדולים וכאשר נשלם השנה שלח השר לאלמנת ראובן וגם לשמעון שיסלקו לו החוב וכבואם אליו טען שמעון הלא אתה יודע שאני לא נהניתי ממעות אלו כלום רק בערבות חתמתי ואשת ראובן אמרה לא כי אלא החצי מגיע משמעון ושלח השר אותם לדייני ישראל שיגידו ממי יגיע לו המעות ויגבה ממנו וטענה האלמנה והיתומים אמת שכל הסך מגיע מראובן ויודעים זאת בבירור רק מענה בפיהם ששמעו פ"א מראובן שאמר שיש לו טו"ת על שמעון בערך ק"ן זהו' וכשיהי' לו פנאי יתבענו לדין ואפשר אזכה נגדו בדין כך שמעו מפיו ושמעון משיב שאינו חייב לראובן משום מו"מ כו' ועתה

היכי נידייני להאי דינא. והנה מה שיש לספק בזה הוא מאחר ששמעון חתום בשטר עם ראובן וע"פ הדין ה"ל שמעון לוה על חצי הסך וכאילו לוה שמעון ק"ן זהו' מהשר וחזר והלוה לראובן וא"כ אם הי' ראובן קיים והיה טוען טענותיו לפנינו ושמעון כופר היה לנו לפסוק ששמעון ישלם חצי החוב להשר כיון שהוא לוה לגבי השר וממילא הוי שמעון תובע והי' נשבע ראובן ונפטר ומש"ה גם אנן טענינן ליתמי כו' והאריך לבאר דאין בטענות היתומים ממש משום דנ"ל דאפי' היה ראובן חי והיה טוען לפנינו ברי ששמעון חייב לו ממ"א לא היה ראובן נאמן דכבר הוכיח הש"ך בסי' ע"ה סקכ"ב (בבה"ט שם סקי"ד ועמ"ש שם) דטענת יש לי בידך א"י לטעון אלא היכא דאית ליה מגו דלהד"ם אי פרעתי והכא פרעתי לא הוי מצי לטעון כמבואר בס"ס ק"ל דדוקא היכא דקדם הערב ופרע קודם שיודיע להיתומים אז חיישי' שמא הלוה נתן ליד הערב אבל אם הודיען תחלה לא חיישי' להכי משום דודאי אין הלוה פורע רק להמלוה כו' ותו כיון שמת ראובן ת"ז דהיינו באמצע שנה הרביעית וכבר הכריע הש"ך בסי' ע"ח סק"ב דאפי' אם המלוה נתחסד והרחיב לו הזמן אמרי' ג"כ דאין אדם פורע תו"ז דלא כמהרשד"ם ובנ"ד גם מהרשד"ם מודה כו' ותו דכיון שיש שטר ביד השר ל"ח בי' לפרעון כו' וגם לא שייך הכא מגו דלהד"ם דהיינו שהי' אומר שמתחלת הלואה לוה שמעון לעצמו חצי הסך דז"א כיון שידוע לכל תושבי העיר האי מלתא ששמעון חתם בעדו בערבות ועדיף מקלא כו' ומעתה כיון שאפי' ראובן עצמו לא היה יכול לטעון יש לי בידך כנגדו משום דל"ל מגו א"כ כ"ש דלא טענינן הכי ליתמי דהא להרבה פוסקים בסי' ק"ח ס"ד אפי' נאנסו לא טענינן ליתמי משום דהוי מלתא דל"ש וכ"ש טענת מחילה או יל"ב דגריעי טפי ואפי' להי"א שם דטענינן ליתמי נאנסו וכן הכריע הש"ך שם מ"מ מודים בטענת מחילה או יש לי בידך כו' (עמ"ש בסי' ק"ח ס"ס סק"ה) הרי נתבאר שמשני טעמים אין ממש בטענת היתומים אפי' אי הוי אמרו ששמעו מאביהם ששמעון חייב לו בודאי ממ"א חדא דאב גופי' לא מהימן בכך כיון דליכא מגו ואידך כיון דהוא מלתא דל"ש לגמרי לא טענינן ליתמי אלא דאי הוה ליתמי גופייהו איזה מגו והיו אומרים שאבוהון אמר בברי כך הוי מהימני בשבועה כדמוכח בסי' רצ"ז בהגה בדין אם אמרו היתומים אבינו אמר שלו הוא נאמנים בשבועה וכאשר ביאר הש"ך שם לדין זה אבל בנ"ד דלית להו להיתומים מגו לא מהימני אפי' היו אומרים בברי והשתא שלא שמעו מאביהם רק שמא אפי' אי הוה להי איזה מגו לא מהני כו'. וכתב עוד דבלא"ה נ"ל דאין בטענת היתומים ממש דהנה לא מצינו בשום מקום שיופקע חוב ברור ע"י ספק פרעון וכדומה ומש"ה א"י אם פרעתיך חייב אלא דביתמי אף שאינם יודעין בפרעון פטורין משום דלא ה"ל לידע כמ"ש הטור

בסי' ע"ה וא"כ הדבר פשוט דדוקא מה שאיננו ספק רק להיורש הוא דטענינן להו ונפטר אבל מה שהוא ספק לאבוהון גופי' לא טענינן עבור היורש ומש"ה בנ"ד כיון שהיורשים שמעו מפיו שהוא עצמו מסופק אם יש ממש בתביעותיו אין מקום לטעון אילו היה ראובן חי שמא היה מתברר לנו שיש ממש בתביעותיו אלא אמרי' שאין ספק זה מוציא חוב ברור ונ"ל ראיה לזה מב"ק דף קי"ב מדהוצרך רבא לשבש הברייתא כו'. וכ' עוד דנ"ל עוד טעם אחר לחייב היורשים כי אני אומר אפי' היכא דהוה מצי אבוהון לטעון יל"ב ונימא ג"כ דכל מלתא דל"ש לגמרי נמי טענינן ליתמי אפ"ה לא טענינן להו מספק יל"ב ונ"מ כגון מלוה ע"פ תוך זמנו ולא נודע שהוא תוך זמנו רק מפי היורשים וא"כ לכאורה דאבוהון הוי מצי לטעון יל"ב במגו שהי' אומר שהוא אחר זמן ופרעתי אפ"ה לא טענינן לו יל"ב וטעמא דמלתא דאע"ג דטענינן ליתמי מודי דספיקא נגד חוב ודאי היינו דוקא כל טענות שמחמתן נעשה גוף החוב ספק כגון פרעתי או החזרתי ונאנסו ולקוח וכה"ג דעי"ז נתבטל גוף החוב כאילו לא הי' כלל לפי שהטענות אלו הם על גוף התביעה ולכן נעשה גוף התביעה ספק ואין מוציאין מהיתומים מספק משא"כ שנטעון יש לו בידך מספק שאין זו טענה בגוף החוב רק מצד אחר בהא אמר' אין ספק מוציא מידי חוב ודאי ומחוייבין לשלם ואמינא לה מדברי רש"י בב"ק שם כו' והאריך עוד בזה ומסיק וכתב אכן בשביל שאנו מדמין לא נעש' מעשה ע"פ סברא זו ובפרט להוציא מהיתומים אבל עכ"פ מחמת טעמים האחרים נ"ל ברור דאין על שמעון רק קב"ח שאין חייב לראובן משום מו"מ ושאר דברים שהי' ביניהם ויגבה השר כל החוב מעזבונו של ראובן אע"ג דשמעון יש לו דין לוה בחצי החוב מ"מ מאחר שמחוייבים היורשים לשלם אח"כ לשמעון א"כ אפוכי מטרתא למה לי וליכא למימר דנ"מ לעניין זמן ב"ד שיצטרך שמעון להמתין זמן ב"ד אח"כ להיורשים דז"א דאין כאן מקום לזמן ב"ד שניתן להשתדלות מעות ובזה מי ישתדל ?כי אין לו לגבות רק מה שנשאר בעזבון שעדיין עומד בתפיסת הבית וגובה ממש שיש בעין לכן כך הוא הדין שהדיינים יאמרו להשר שיגבה מעזבון ראובן עכת"ד ע"ש דמסיים דשוב ראה בת' פרח מטה אהרן ח"א סי' קי"א עובדא כזו ופסק ג"כ הכי ע"ש:

סימן קלא

א **כיון שקנו מידו א"י לחזור בו.** כ' בס' שער משפט ויש להסתפק לפ"מ דקי"ל בסי' קצ"ה ס"ו דבכל קנין סודר דמתנת מטלטלין יכול לחזור בו כ"ז שעסוקים באותו ענין אי הכא נמי דינא הכי או דמי למעמד שלשתן בר"ס קכ"ו כו' ע"ש:

ב **והוא אומר לא ערבתי**. כ' בס' שער משפט ונראה דה"ה אם אומר לחבירו ערבת לי בתורת קבלנות ואין אני רוצה לטרוח לגבות מן הלוה והלה אומר לא הייתי אלא ערב סתם ויש נכסים ללוה ותגבה מן הלוה עצמו דבכה"ג נמי צריך הלה לישבע שלא היה אלא ערב סתם ולא אמרינן דלא הוי כפירת ממון כיון שיכול לגבות מן הלוה עצמו דחסרון טרחא נמי הוי כממון גמור וראי' מב"ק דף ק"ח ע"ב כו' ע"ש:

ג **כי יש חולקין בזה**. עסמ"ע וש"ך וט"ז שביארו מי הן החולקין ועיין בתשו' ח"צ סימן נ"א שכתב דהמוחזק יכול לומר קים לי כהיש חולקין וכן כתב בתשו' הראנ"ח ח"א סימן ס' וכן מסיק להלכה הכנה"ג בהגב"י אות ב' ע"ש) אך כ"ז בערב אבל בקבלן כיון שהדין הוא ממי שירצ' יפרע תחל' הרי הוא כלוה עצמו וכ"ע מודים דאף שהתרה המלו' מ"מ חייב הקבלן לשלם מיהו מה שנוהגין לכתוב בשטר התנאים ערב קבלן מצד החתן פלוני ומצד הכלה פ' אין דינו כקבלן רק כערב סתמא ולנן אם המחותנים העבירו המועד אין הע"ק מחוייב לשלם הקנס דאפי' לדעת הרא"ש וסייעתו שהובא בהגהת ש"ע סימן קכ"ט סי"ח דשטר שנכתב כי פלוני קבלן הוי ערב קבלן דודאי בל' המועיל קאמר מ"מ בנד"ז אנן סהדי ומעשים בכל יום בשעת כתיבת התנאים הסופרים שואלים מי הם הערבים ואומרים פ' ופ' ומעולם לא נשמע שיאמרו הל' המצטרך להיות קבלן וביותר לפמ"ש הסמ"ע והש"ך (לעיל סק"ך) דשאני ערבות שידוכין מכל שאר מיני ערבות כו'. וע"ש עוד שכתב ולענין אם להחולקין צריך דוקא להתרות הערב במלו' לע"ד ברור דאפי' בלא התרה בו פטור הערב לשיט' זו כיון דס"ל דכל עיקר חיובו אינו אלא עד הזמן ההוא והחיוב קשור ואגוד בזמן שע"י כן יכול להתרות בו שיגבה בזמנו א"כ ממילא משמע דאפילו בלא התרה בו פטור שהרי לא נשתעבד לו אלא עד הזמן ההוא ועלי' דמלוה רמיא להודיע להערב אם יתרצ' ואפשר דאפילו ריצוי בפירוש לחוד לא סגי אלא צריך קנין כערב שלא בשעת מתן מעות שהרי השעבוד ההוא שנשתעבד הערב בשעת מעש' כבר חלף הלך לו דאי ס"ד השעבוד והחיוב הראשון קיים אף לאחר הזמן שקבעו היאך יכול הערב לכפות להמלוה שיגב' בזמנו וכן מוכח בביאור מדברי הראנ"ח שם עכ"ל ע"ש: אולם בכנה"ג בהגב"י אות ה' כתב בשם מהרש"ך דאפילו להחולקים דוקא כשהתר' הערב במלו' שיתבע חובו והאריך לו זמן אבל בסתם לא יצא מן הערבות ע"ש וכן נראה מדברי ביאור רבינו הגר"א ז"ל סק"ה ע"ש. ומ"מ נ"ל דגם בכה"ג אין לה ציא ממון מיד הערב המוחזק דאף דהוי ס"ס דפלוגתא מ"מ גם בס"ס אין מוציאין מיד המוחזק כמ"ש בפ"ת לאה"ע סימן נ"ז סק"ז וצ"ע:

ד **והערב יכול לכוף ללוה.** עש"ך סק"ו שידעתי דזה קאי רק להיש חולקין דלעיל אבל לדעת הרמב"ם והמחבר דא"י לכוף למלוה ה"ה ללו' ע"ש ובתומים חולק עליו ודעתו דהרמ"א סתם כן לדברי הכל ע"ש עוד וע' בת' בית אפרים חח"מ סי' י"ג שדוח' דברי התומים וכתב שדברי' הש"ך נכונים שלדעת הרמב"ן והמחבר גם ללוה א"י לכוף דס"ל דאפי' אחר הזמן כתוך זמן דהזמן שבשכר לא נעשה בשביל הערב והוי כאילו נשתעבד בסתם שכל זמן שלא יסלק הלוה יחול הערבות וכיון שהלוה יש לו הרחבת זמן מהמלוה אין מקום כפיה מהערב שהלוה מצי אמר מתחל' נשתעבדת כ"ז שאני חייב וקביעות זמן לא נעשה בשבילך כלל וע"כ דהרמ"א נמשך להיש חולקים דכופה למלוה בטענ' שלא נעשיתי ערב אלא עד הזמן א"כ גם ללוה יכול לומר הוציאני מן הערבות ומ"ש בפרישה שאין נ"מ בזה דבלא"ה יפטור שיתרה במלו' יש ליישב דאיירי היכא שאין המלו' כאן שיתרה בו או שהוא גברא אלמא כו'. וכתב עוד דגם לדעת הרמב"ן שא"י הערב לכוף ללוה דאין זמן הערב על הלו' מ"מ באם הוא בגוונא שהברירה ביד הערב לכוף למלו' כגון שהתנ' עם המלוה בע"פ בשעת הלוא' שאינו ערב רק עד זמן פ' דבכה"ג מהני כמבואר בב"ח (ובש"ך סק"ג הובא בבה"ט סק"ה) והמלוה אומר כיון שאין הערב רוצה להיות ערב עוד אינו רוצה להמתין עוד ללוה אם לא שיתחייב הערב מכאן ולהבא והלוה טוען שבע"כ הוא מוכרח להיות ערב שהרי התחייב מתחל' להיות ערב כ"ז שהחוב קיים נראה שאינו יכול לכופו דנהי דהערב א"י לכוף ללוה להוציאו מ"מ כמו כן א"י הלוה לכוף להערב מכאן ואילך עכ"ד והוא פשוט. וע"ש עוד שכ' לתרץ בטוב תמיהת התומים על דינו של הרמ"א לעיל באם הלוה היה מוכן ליתן למלו' מעותיו כו' ע"ש:

ה **שמא יזכור.** עבה"ט ועיין בת' עבודת הגרשוני סימן פ"ג מ"ש בזה:

ו **לשמעון שדה.** עבה"ט שכ' בטור מסיק הטעם משום כו' ועיין בת' בית אפרים חח"מ סי' ל"ד שהאריך בזה:

סימן קלב

ואם ערבה בשטר. עבה"ט עד וז"ל הש"ך ולדידי צ"ע כו' וכיון דאוזיף בשטרא אף שלא שעבד מטלטלי אגב קרקע גובה וע' ספר חידושי רע"ק איגר ז"ל בסוף הספר בליקוטים מס' ב"ב קל"ט ע"ב שכתב עליו ולענ"ד דברי הסמ"ע נכונים דדוקא בשעבד מטלטלי אג"ק גובה אבל בלא שעבד לא והיינו דהא דאמרינן במקום פסידא לאחריני לא הוי הבעל לוקח זהו היכא שאם היה יורש היה חייב מדינא משום הכי הוי פסידא דאחריני במה שנתרצה לדונו כלוקח אבל היכא דמדינא דהש"ס גם אם הוא יורש לא מחייב רק

מתקנה בזה יש לומר דבעל דהוי כלוקח לא נכנס בכלל התקנה ודומה לזה כתבו תוספת לענין שומא הדרא כו' ואם כן דברי הסמ"ע נכונים והיינו דבלא אגב אינו גובה דדיינין לבעל כלוקח ול"ש דהוי פסידא דאחריני דהרי אם היה יורש ג"כ אינו גובה דמטלטלי לא משתעבדי מדינא דהש"ס רק בתר תקנת הגאונים כו' אבל בבאו"ג. הוי איפכא דמדינא גובה אף מלקוחות רק מפני תקה"ש תקנת הגאונים דלא לגבי בזה י"ל איפכא דהבעל הוי כיורש ול"ש מפני פסידא דבעל לשוויה כלוקח דהרי אף אם הוא לוקח מדינא גובה ממנו רק מתקנ' א"ג ולזה י"ל דבעל לא נכנס בכלל תקנה דהוי יורש בזה מיושב גם קושיית הסמ"ע מש"ס קי"ב כו' אולם יש לדין במטלטלי בלא אגב רק באפותיקי כו' ע"ש עוד. ומ"ש הבאר היטב עוד בשם הש"ך מיהו כל זמן שהמטלטלין אינם בעין אבל אם הם בעין גובה מהם אפי' במלוה ע"פ דלא גרע מלות' כו' ע' בחידושי רע"ק שם שכתב שדברים תמוהים הן דהדבר ברור להמעיין ברמב"ם דמקור הדין בהלואה בעין הוא ברמב"ם פכ"ו מה' מלוה ומרדכי פרק י"נ ומבואר שם דדוקא בגוף מעות הלואה יש שייכות בזה למלוה וגם בזה כתב הנ"י ס"פ י"נ ובהה"מ שם לחלוק דמ"מ כיון שנטלה להוציאה הוי כשאר מטלטלין אבל במטלטלין שלה שהכניסה פשיטא דהוי כלוקח וכ"כ בהרשב"ם שם ועמדה ונשאת והכניסה לו נ"מ כו' ודברי הש"ך צריכין עיון ע"ש. גם בתומים השיג על הש"ך בזה והסכים עמו בנתיבות המשפט גם בספר בית מאיר לאה"ע סי' ל"א ס"ד תמה על הש"ך בזה ע"ש ועיין עוד בב"ש בחה"ע שם ובשו"ת שבסוף ספר מנחת יעקב סי' ב' ובס' בית מאיר שם עוד מענין זה:

סימן קלג

א **וכן נאמן לומר לקוח.** עבה"ט עד ולפי מ"ש שם [בבה"ט ס"ק נ"ד] דנאמן אח"כ לומר לקחתי צ"ל דכאן איירי כו' ועמ"ש שם בסי' ע"ב סי"ח בד"ה שהן מכורין בשם תשובת רע"ק איגר סימן קל"ה שמחלק בדין זה בין היכא דא"י להעדים שהחפץ היה של המערער רק מכח דבורו דבזה נאמן ג"כ במה דאמר לקוח חוץ לב"ד ובין היכא דעדים עצמן בראייתן מכירין בזה א"נ לומר לקוח חוץ לב"ד ע"ש לפ"ז י"ל דכאן איירי שהעדים עצמן מכירין:

ב **עדים וראה.** עבה"ט עד וכתב הש"ך דבריו תמוהין כו' מה בכך שלא הפקידו בעדים כו' ועיין בתשובת רע"ק איגר ס"ס קל"ה מ"ש בזה:

סימן קלו

שאינו שלו. עבה"ט שכ' הט"ז דקדק מל' המרדכי דאם היה מונח ימים רבים כו' ועיין בס' קצה"ח שחולק עליו ומסיק ולכן נראה דהדרא סדין למאריה אא"כ ידוע שנתייאש מאריה מיניה קודם שנתנה לזה ע"ש ובנה"מ מיישב דברי הט"ז ע"ש:

סימן קלח

א **בחזקת המוחזק בבית.** ע' בתשובת עבודת הגרשוני סי' קכ"א בענין אלמנה אחת שסילקו לה ב"ד כתובתה והתפשרו עמה שתחזיק אצלה בניה היתומים ותדור בבית בעלה ותתעסק בנכסי בניה בתורת אפוטרופסו' אח"כ נשאת לאיש שמו שמעון והתנה עמו שיהיה מחוייב לפרנס להבנים הנ"ל ויתנו לו מדי שנה בשנה סך ידוע גם ידור עם האשה ובניה בחנם בבית הנ"ל ששייך להיתומים ואחר זה כמו ב' שנים הלכה האשה הנ"ל לעולמה ונפלו הכחשות בין אפוטרופסים של היתומי' ובין שמעון הנ"ל והעיקר שהאפטרופסים טוענים כל מה שנמצא בבית שייך הכל להיתומים כי כל עזבון של אביהם היה הכל תחת יד אמם ובהיות שגוף הבית שייך להיתומים רק ששמכון דר בו בשכירות מה שנותן להם מזונות ע"כ הם מוחזקים בכל מה שנמצא בבית כמ"ש הרמ"א סי' קל"א ושמעון השיב שאדרבה הוא עיקר בבית והם טפלים לו ונגררים אחריו ומקרי מוחזק בבית ובכל אשר בתוכו כדאי' בסי' ר"ס ראובן הדר עם שמעון בביתו כו' משמע דוקא מפני שדר שמעון עמו בבית הא אם השוכר לבדו בבית מקרי הוא לבד מוחזק מפני דשכירות ליומא ממכר היא והא דבסי' קל"ח מיירי שלקח חבירו אצלו לדור עמו בחנם כו'. והשיב שהדין עם היתומים כי מה שטוען שמעון שהוא לבדו נקרא מוחזק מפני דשכירות ליומא ממכר הוא ז"א חדא שרבו הדיעות דס"ל דלא אמרי' ממכר הוא אלא לענין אונאה ולא לענין אחר וכן סתם הש"ע בסי' שי"ג ס"ג (עמ"ש שם) ועפ"ז נסתר ג"כ החילוק שהוא מחלק בין בחנ' ובין בשכר כי התם משמע שהשוכר שכרו ואפ"ה היה הזבל מבהמות דאתא מעלמא לבעל החצר המשכיר ועוד שבנ"ד כ"ע ס"ל שאין שכירות זה כממכר די"ל דע"כ לא אמרי' שכירות ליומא ממכר הוא אלא היכא שהקנה המשכיר להשוכר את גוף הבית לדור בו דאז אין המשכיר ולא השוכר יכולים לחזור בהם ואפי' אם מוחל השוכר על השכירות אין מחילתו מחילה עד שיחזור ויקנה להמשכיר כמ"ש הריב"ש סי' תק"י (הובא בסמ"ע סי' קפ"ט וסי' שט"ו) אבל בנ"ד שכתוב בשטר התנאים כנגד זה ידור הזוג בבית של היתומים הנ"ל בחנם כו' אין ל' זה מועיל כלל ויכולים היתומים או האפוטרופסים לחזור בהם אע"פ שדר בו כמה שני' דהא דאמרי'

כשם שהקרקע נקנית בכסף כו' כך שכירות קרקע כו' היינו שהשכיר לו בל' המועיל אבל כשלא אמר אלא ל' ידור פלוני לא מהני שום קנין ויכולים לחזור בהם ואף אם נאמר שכיון שדר בו א"י לחזור בהם מחמת שנעשה בת"ח כו' מ"מ לא אמרינן בזה שכירות ליומא ממכר הוא כי אין לו בגוף הקרקע כלום (עמ"ש בפ"ח לאה"ע סי' צ"ג ס"ק ט"ו) ומה שטען עוד דהוא מקרי עיקר בבית שהרי רשאי להשכיר לאחר כדין שוכר בסי' שט"ז נלע"ד שאין משם ראיה כ"כ דאפשר לומר שאינו רשאי להשכירו ממ"נ כו' (ע"ל סימן שט"ז ס"א סק"ג) וסיים מכל הלין משמע שאין שמעון מוחזק בבית ולכן הדין עם היתומים ע"ש ועי' בנה"מ מזה:

ב **שכיון ששתק כו'**. עבה"ט ס"ק י"ד מענין שתיקה כהודאה ועיין בתשובת שבו"י ח"ג סי' קנ"א ראובן ושמעון שהשלישו דבר אצל שליש ואמרו שלא יתן לא' מהם אם לא בריצוי שניהם ואח"ז באו שניהם ואמר שמעון שהתפשרו חד ששייך השלישית לו וראובן שתק אי שתיקתו הוי כהודאה או לא. והשיב לכאורה יש לדמות למ"ש בח"מ סי' פ"א שכ"ה ראובן שאמר לשמעון ולוי מנה לי בידכם ואמר שמעון הן ולוי שתק כו' אבל לגבי לוי לא הוי הודאה כו' אך באמת נראה דהא לא דמי אלא למ"ש בסי' קל"ח ס"ו באו שניהם אדוקין כו' עד שכיון ששתק בתחלה ה"ז כמודה לו והסכמת הש"ך כהרא"ש דאפי' עשה כן בפני עדים וא"כ הכא כוון ששניהם האחינו לשליש דהוא מהימן כבי תרי וכ"ז שהוא ביד שליש הוי כתפסי תרווייהו (עי' בתו' רישי ב"מ ר"ה ויחלוקו) וכיון שזה אמר בפניו ששייך לו לבדו הוי כתקפה מידו והוא שותק ודאי הוי כהודאה ואין לראובן שום טענה עוד כו' ע"ש:

ג **מביא עדים**. עבה"ט ועי' בתשו' שמן רקח ח"א סי' ס"ז מ"ש בזה:

סימן קלט

א **שכנגדו יכול להשביעו**. עיין בתשובת נו"ב סי' י"ב שהוא ז"ל מסתפק בענין אם קודם התפיסה יכול א' להשביע לחברו לאמר או השבע או תניחני לתפוס ע"ש:

ב **שהפוסקים חולקים**. עש"ך סק"ו וע' בתשובת שבו"י ח"ב סי' קס"ז מ"ש בזה ועמ"ש לקמן סי' קע"ד ס"א סק"א:

סימן קמ

א **שיודעים**. עבה"ט עד ובכנה"ג הביא הרבה חלוקי דינים כו' ועיין מ"ש במסג"ה. כת' הב"ח בתשובה סימן ס' וס"א מדינא אין דין תורת חזקה לא באוראנדיש ולא בטשאפווי

כו' ועיין מענין זה בתשובת נאות דשא סימן ל' וגם בתשובת הגה"ת מהר"ש זלמן זצ"ל מלאדי סימן כ"א ועי' בעט"צ שכ' לכן יזהר כל רב התופס ישיבה כו' עש"ה:

ב **אלא נשבע היסת. עסמ"ע שכ' וז"ל כ' הרשב"א ואם המחזיק טוען כנגד יתומים שהחזיק בשל אביהן דאז חייב לישבע בנק"ח ומת המחזיק ולא נשבע אין אומרים בזה אין אדם מוריש שבועה לבניו כיון שהוא להחזיק עכ"ל** [וע' **לעיל סי' ע"ב בסמ"ע סק"נ הובא בבה"ט שם ס"ק מ"ב וע' בדגמ"ר דעל מ"ש הסמ"ע דאז חייב לישבע בנק"ח כ' על זה ע' בב"י הביא תשובה זו ומיירי שהמחזיק טען שממושכן בידו על סך מעות ע"ש**:

ג **אבד השטר אינו נאמן**. ע' בב"ח (ורמז עליו הש"ך) שכ' איכא לתמוה דמה יעשה זה שאבד שטרו וכי בשביל כך יפסיד אע"פ שהחזיק ג' שנים כו' ונלפע"ד דאינו נאמן קאמר שלא נאמינהו שאבד שטרו ויועיל לו חזקתו אלא צריך לישבע שאבד שטרו ואח"כ יהא נידון בחזקה כו' עכ"ל ע"ש והביאו בקצרה הבאר הגולה ובספר עטרת צבי ובמאמר קדישין ע"ש וכן פסק בתשובת שבות יעקב ח"ג סי' ק"ס ע"ש אכן בתומים סק"ג חולק על הב"ח וכ' דלא משמע כן בדברי פוסקים אלא דאינו נאמן כלל ומה שהקשה הב"ח דא"כ מה יעשה זה דאבד שטרו לק"מ דפשיטא אם מתחלה בא לב"ד ואמר שאבד שטרו דמהימן וזה עיקר טעמו של החזקה דלאחר ג"ש לא מזדהר בשטרו משא"כ זה שבא לב"ד ואמר ששטרו בידו ואח"כ כשאמרו לו להביא שטרו אמר שאבד בזו ריעותא לפנינו כו' ע"ש וע' בכנה"ג אות כ"ז שהביא ג"כ דברי הב"ח הנ"ל וכתב עליו ויראה דהיינו דוקא כשהלך לבקש את השטר ובא ואמר שלא מצאו או שהדברים מוכיחים שאבד השטר אבל אם בא לידון בשטר וחזקה וכשא"ל הבא השטר אמר שאבד השטר אינו נאמן אפי' בשבועתו וכה"ג מיירי ר"ח ורב האי גאון ז"ל כו' ע"ש.

ד **כיצד היא החזקה**. עסמ"ע סק"ו (והביאו באר הגולה אות ל') שכן כתוב בתשובת מיימון סוף ה' אישות ס"ה דחזקת ג"ש אינה רק כנגד הטוען על גוף הקרקע אבל כו' עד ושמא אמצא לגבות מבנ"ח ע"ש וכ' בנה"מ ולפ"ז בשטרי ק"ס דידן שנכתב בו ק"ס מאשה והדר בעלה צריך ליזהר בשטרו לעולם בכדי שלא תוכל האשה לגבות כתובתה ממנה דנגד כתובה לא מהני חזקה ע"ש וע' בתשובת שבו"י ח"ג סי' קנ"ט אודות בעל פליטה שאחד מבעלי חוב המאוחרין החזיק במקום אחד שלו בבה"כ ג' שנים ועכשיו באו בע"ח המוקדמים ורוצים לטרוף הימנו והמאוחר טוען כיון שהחזיק ג' שנים והמוקדמין שתקו ולא מיחו גם הם מחלו שעבודם ושאל השואל מה דינם והשיב כבר פסק מהר"ם בתשובת מיימון הובא בסמ"ע סי' ק"מ דלא שייך חזקה נגד שעבוד חוב או כתובה כו' והאחרונים העתיקו דבריו ופסקו כן בלי פקפוק הגם שיש לפקפק קצת בנ"ד ולומר

דבעל פליטה כזה שירד לטמיון גמור שחייב לאלפים ואין לו נחלת שדה וכרם איך שייך לומר שמא אמצא לגבות מבני חורין כי הוא גברא מרטילאי ולא סמכינן אניסא מ"מ מדברי תשובת מהר"ם שם באורך משמע דלא שייך חזקה כלל נגד שעבוד חוב או כתובה להפקיע שעבודא ואני אוסיף נופך בטעם הדבר דעיקר חזקה ג' שנים תקנו חכמים לפי שלוקח לא מזדהר תו בשטרו כו' משא"כ שעבוד חוב או כתובה כיון שגוף החוב והכתובה נשאר אצל המלוה או האשה כו' לא שייך טעם זה ע"ש:

ה **מכרתו או נתתו לי ואבדתי שטרי**. כ' בספר שער משפט יש להסתפק היכא שהודה המחזיק שלא נטל שטר כלל אי מהימנינן לי' במגו דאי בעי אמר אבדתי שטרי או דלמא כיון דטעמא דחזקה ג"ש דעד תלתא שני מזדהר אינש בשטריה דכל הקונה קרקע נוטל שטר וא"כ כיון שזה מודה שלא היה לו שטר הוי כמגו במקום עדים וצ"ע עכ"ל:

ו **בתים שהם לדירה**. עי' בספר שער משפט שנסתפק בבתים דלא קיימא לאגרא אי מהני בהו חזקת ג"ש די"ל כיון שהבתים לא קיימו לאגרא לא רצה למחות דזה נהנה וזה לא חסר הוא א"ד דמ"מ היה לו למחות בכדי שלא יחזיק בו ויטעון שקנהו ממנו. והביא קצת ראיה דבבתים דלא קיימו לאגרא לא מהני בהו חזקה כלל וכתב דלפ"ז נראה דאף בבתים דקיימו לאגרא אלא שבעלי הבתים ברחו מחמת ממון אף דקיימא לן סי' קמ"ג ס"ג דבברח מחמת ממון מחזיקין בנכסיו מ"מ בבתים י"ל דלא מהני חזקה כיון שמבואר בסי' שס"ג ס"י בהגה דאם בעה"ב אינו בעיר ואין מי שמשתדל להשכירו הוי בחצר דלא קיימ' לאגרא וא"כ י"ל דלכך לא מיחה במקום שהוא שם כיון דבלא"ה לא קיימא לאגרא לא איכפת ליה וצ"ע לדינא ע"ש:

ז **שמו עליו הוי כשטר**. ע' בתשובת חתם סופר חלק ששי סימן נ"ד שכתב דה"ה וכ"ש במה שהמנהג במדינתו שמקומות בבה"כ נכתבו בפנקס הקהל ואינו נכתב אלא על ידי נאמן הקהלה במעמד הקהל דודאי יכולין לסמוך עליו בשטר גמור כו' ע' שם:

ח **אבל אם שכחו כו'**. עסמ"ע סקט"ז עד לכך בעינן שטר וע' בנה"מ שכ' דט"ס הוא וצ"ל ולכך בעינן שנים ועיקר קושייתו אמאי בעי כאן שני שוכרים ובלוקח סגי בחד וע"ז תירץ דליכא עדים זולתו ולכך בעי שנים ע"ש. אכן בדגמ"ר כ' ליישב באופן אחר וז"ל נלע"ד דדברי סמ"ע הללו שייכים לסוף ס"ק שלפניו ובא לתרץ עוד תירוץ אחר על דברי הראב"ד ולעיל תירץ שיכול המערער לומר הייתי בטוח כו' ועכשיו תירץ שלכך לא נתיירא שאלו השוכרים יטענו שהם קנו משום שידע שאין כאן עדים אחרים רק הם ולא יהיו נאמנים להעיד לעצמם ומהמשכיר לא ידע כיון ששכרו בלא שטר וכנ"ל עכ"ל:

סימן קמא

מיום ליום. אפי' כו'. עיין בס' שער משפט שכתב יש להסתפק אם חודש העיבור הוא בכלל ג' שנים או לא כו' והניח בצ"ע ע"ש וע' בתשובות שרמזתי בפ"ת לאה"ע סימן נ"ג סקי"א ובסימן ק"א סק"א:

סימן קמב

א **אם שכרו ממנו**. עבה"ט וע' בתשו' חתם ספר חח"מ ס"ס נ"ג שכ' שדברי הט"ז תמוה מה בכך דשכירות לעולם ממכר הוא מ"מ ל"ש לומר בהא עביד אינש דזבין דינא דלא אמרינן כן רק בדבר מועט כמ"ש רשב"ם ב"ב ל' ע"ב ד"ה אמינא למיזבן דינא [ע"ל סי' קמ"ו סי"ו] ואולי אפי' בדמי שוויה נמי אבל לשלם לעולם בכל שנה ושנה ויעלה דמי הקרקע עד אין חקר זה לא עביד אינש והוא פשוט ע"ש:

ב **הסיוע בטעות**. עיין בתשובת רשמי שאלה סי' נ"ו בעובדא בראובן ושמעון שותפים בחצר והיה לשמעון זכות שיבנה לו בנין ד' אמות ברוחב החצר לא יותר ובנה שמעון בערך חצי אמה יותר ושאלוהו הב"ד איך בנית יותר מהראוי לך ולהסיג גבול בחצר השותפים השיב שמעון אני לא הייתי בביתי בעת הבנין רק אשתי הגידה לי שבהתחלת הבנין היה ראובן בעצמו בשעת מדידת הד' אמות והוא ציין המקום שיהיה שם סוף הבנין כמו שהוא עתה ואני לא ידעתי מזה שום דבר וראובן אומר בזה להד"מ ושאלו הב"ד לראובן למה שתקת עד היום שהוא יותר מג' שנים והשיב ראובן לא שמתי אל לבי עד כעת ששמעתי קורא מפי ב"ד את השטר שותפות שכתוב בו שאין לשמעון זכות יותר רק ד' אמות שמתי אל לבי לעת עתה. והשיב לכאורה אין בטענת ראובן כלום דאף דמבואר בסי' קמ"ב דאפילו סייעו בבנין הוי חזקה בטעות ובס' תפארת שמואל מבואר דה"ה חזקה דג' שנים לא מהני בכה"ג מ"מ הכא לפ"ד האשה שראובן בעצמו ציין המקום ואפשר שהיה ע"י מדידה לא דיינינן ליה בחזקה בטעות רק דודאי מחל המותר. אך יש לעיין בנ"ד כיון דשמעין בעצמו אינו טוען טענת ברי בזה רק ע"פ אשתו ואף דמבואר בס"ס ע"ה דטענה ע"י קרוב הוי טענת ברי זהו לענין לחייב לחבירו היסת אבל להוציא לממון ודאי דלא וא"כ הוה כאיני יודע אם מחלת לי ומבואר בתומים סי' ע"ה ס"ק כ"ב דמחלת לי א"נ אלא במגו דפרעתי או להד"מ וא"כ בנ"ד דומה לא"י אם החזרתי לך דחייב לשלם רק יחרים סתם דכאן נמי החיוב הוא ודאי והמחילה ספק והגם דבתומים שם מבואר דבלא ה"ל למידע אם פרע תליא בב' דיעות והמוחזק יכול לומר קים לי אך בנ"ד ?

מהכ"ם נתלי לומר שמחל ע' בסימן קמ"ב שם דצריך הוכחה דוקא דמחל כו' ע"ש שהניח בצ"ע. מ"ש שם בענין אם צריך לסתור כל הבנין עמ"ש בזה לקמן סי' שע"ז.

סימן קמה

ראשונה שלישית וחמישית. עסמ"ע סק"ב עד דאפי' ו' עדים כו' ועיין בנה"מ ביאור דבריו בזה ועיין בשו"ת שבסוף אבני מלואים סימן ד' בהגה שם מענין זה שדבריו נכונים יותר:

סימן קמו

א **אפ"ה הוי מחאה.** עיין בתשובת חתם סופר חח"מ סימן צ"ח שהסביר יפה בטעם הדבר:

ב **ודין.** עבה"ט שכ' וא"ל הלוקח אי היורש להביא ראיה שהוא יורש כו' עד וכן הסכים הה"מ פי"ד דטוען וע' בתומים ובנה"מ דדוקא כשהיה ג"ש ביד היורש או הלוקח וביד המוריש או המוכר יום א' א"ל ראיה שהוא יורש או לוקח כיון דיש לו מגו דמינך זבינתיה אבל להיפוך שהיה ביד המוכר או המוריש ג"ש וביד היורש והלוקח יום א' דלית להו תנו דמינך זבינתיה צריך להביא ראיה שהוא יורש או לוקח ובאם לאו יכול המערער לטעון שהמוכר או המוריש היו מודין לו שלפירות הורדתיו וכדומה וכן מבואר מתשו' הרשב"א שהביא הב"י מחו' י"ד ע"ש. ועיין בס' לחם משנה פי"ד דטוען ה' י"ג עמ"ש הה"מ שם ויש מי שפירש (הוא הרמ"א שהביא הטור סכ"ז) דבעי ראיה שהם יורשים או לוקחים מזה שהחזיק יום א' כו' כתב הלח"מ וז"ל אין לפרש דר"ל שהוא בן המת או קרוב שראוי ליורשו אלא אע"פ שידענו שזה יורשו מ"מ צריך להביא ראיה שבא לו בתורת ירושה דאל"כ אפשר שאע"פ שאביו אכלה יום אחד הורידוהו בתורת אריסות ואילו היה כאן היה מודה. לכך צריך שיביא ראיה שהניחה לו אביו בתורת ירושה והרמב"ן ז"ל סובר דאע"פ דלא ידענו כן כו' עכ"ל. ולפי דבריו יוצא לנו דין חדש דאע"ג דאנן קיימ"ל כהרמב"ן והרא"ש מ"מ הא בהיה ביד המוריש ג"ש וביד היורש יום א' מודה הרמב"ן להרמ"ה כמש"ל וא"כ לפ"ד הלח"מ לא סגי במביא ראיה שהוא קרוב הראוי ליורשו אלא צריך להביא ראיה שהניחה לו הכיורים בתורת ירושה. אולם בתשובת בית דוד חח"מ סי' ב' האריך להשיג על הלח"מ הנ"ל וכתב שדבריו כאן אין להם פנים כלל בהלכה ע"ש גם בש"מ פ' חז"ה דף מ"א ע"ב בד"ה וחזיתיה לדעתיה מבואר ג"כ דלא כהלח"מ אלא דאף לדעת היש מי שפירש סגי במביא ראיה שהוא קרוב הראוי ליורשו דאז הדרינן לכללא

טוענין ליורש עש"ה. ומ"ש הבה"ט ובתשו' המבי"ט סימן רי"א דאין טוענין לשוכר ע' בנה"מ ובספר שער משפט מזה:

ג **ובעל חוב שגבה קרקע**. ע' בתומים ובנה"מ שכתבו דוקא שכבר מוחזק בו אבל לגבות לא כיון דקיימא לן בע"ח מכאן ולהבא גובה ה"ל להוציא כו' וכן כתב בסוף תשובת מ"ב בחידושי דינים זה לסימן וז"ל צריך להתיישב מ"ש בתשובת הרא"ש סוף כלל צ"ח דכמו שטוענין ליורש וללוקח כך טוענין לבע"ח ובכלל צ"ט סימן ז' כתב דלא דמי בע"ח ליורש ולוקח ואין טוענין לבע"ח ונראה לתרץ דבתשובה הראשונה איירי שכבר ירד המלוה לנכסי הלוה והחזיק בהן ואחר כך בא המערער לערער שאז אין מוציאין מידו וטוענין למלוה כמו ליורש וללוקח אבל בתשובה השניה מיירי שהבע"ח והמערער באין בבת אחת זה רוצה להחזיק וזה גם כן רוצה להחזיק וכה"ג אין טוענין לבע"ח דהא ב"ח בא להוציא דקיימא לן כרבא בפ' כל שעה דאמר בע"ח מכאן ולהכא הוא גובה ולכך א"י להוציא אלא בטענה ברורה ודאית מהשתא יפה פסק מהר"ש לוריא בתשובה סימן א' עכ"ל וע' בתשובת בית דוד חח"מ סי' ב' שכתב דפשוט החזיק ולא החזיק דאמר התומים (והמ"ב) אין כוונתו על חזקת ג"ש רק על חזקת קנין שקנה השדה בחזקה דתו הוי כלוקח וטענינן עבורו ולכן פסק בנדון השאלה שם דמיירי עכבר נעל הבע"ח את הבית במפתח שלו הוי חזקה גמורה כמבואר בסימן קצ"ב ס"ג ותו הוי כלוקח וטענינן עבורו ואי משום שלא החזיק רק בבית ולא בפלאץ מ"מ הא קיימא לן מכר לו עשר שדות והחזיק באחת מהן קנה כולן וה"ה בית ושדה ודין בע"ח הוא כדין מכר כיון שחובו כנגד הכל כמ"ש התוספת קדושין דף כ"ו ובכ"כ סימן קצ"ב וא"כ בנ"ד חזקתו בבית מועיל גם להפלאץ והוי כלוקח על כולי דטוענין עבורו ע"ש עוד:

ד **שיביא עדים שדר בה כו'**. ע' במל"מ פי"ד מטוען דין י"ד שהביא בשם מהרי"ט טח"מ סימן כ"ז דאפי' לא הביא עדים שדר בה המוכר יום א' בחזקת שהיא שלו אלא שנודע בעדים או שטר שמכרה לזה המחזיק סגי דאם לא היתה שלו ודאי לא היה מוכרה ועדיף מעדים המעידים שדר בה חד יומא והמל"מ חולק עליו והניח בצ"ע ע"ש גם בספר קצה"ח ובס' שער משפט חולקים על מהרי"ט בזה והסכימו דאפי' אית ללוקח שטר מכירה מן המוכר לא מהני עד שיביא ראיה שדר בה המוכר חד יומא שיש ראיה קצת שהיא שלו ע"ש:

ה **דר בה אפי' יום אחד**. עבה"ט וכתב בספר תפארת שמואל להגאון מהרש"ק בחידושיו לטור סימן זה ס"כ וז"ל והמוכר טוען כדברי המחזיק או דליתיה קמן דנשיוליה אבל אם המוכר אומר שלא קנאה מלוי בודאי אינו מועיל שהרי הוא בעצמו מכחישו וכ"כ

הרא"ש כלל צ"ט ס"ד ועיין במהריב"ל ח"ב סי' ע' עכ"ל ועיין בספר כתונת פסים על הנמוק"י פח"ה ד' קס"ח סוף ע"ב שהביאו והשיג עליו מהתוספתא הביאו הרא"ש פח"ה סי' ח' הלוקח מן הלוקח אע"פ שממר גזולה היא בידו לאו כל הימנו לאבד זכותו של זה וגם בתשובת הרא"ש שם מבואר ההיפוך שלא כדבריו ז"ל [והובא לעיל ס"י בהג"ה וכ"כ הב"י בס"ס זה בשם רבינו ירוחם וגם בב"י לעיל סימן ק"מ מחו' ח' בשם הרשב"א ז"ל שהביא ג"כ תוספתא הנ"ל ע"ש] ובתשובות מהריב"ל שם מתחלה נסתפק בזה אמנם בסוף העלה דחיישי' לקנוניא והביא הרבה ראיות דחיישינן לקנוניא ואח"כ הביא מהדין של התוספתא הנ"ל ועכ"פ הדין דין אמת בלי ספק דאף שהמוכר מכחישו הוי חזקה ודברי מהרש"ק צע"ג עכ"ל:

ו **ויעצו לקנותה.** עיין בתשובת הראנ"ח ח"ב סימן מ"ג שכתב דדוקא בדיבור בעלמא לא איבד זכותו אבל אם היה המערער סרסור ביניהם איבד זכותו דהוי כחותם עליה בעד [בר"ס שאח"ז] כיון דעביד מעשה אך דוקא אם יש עדים שנעשה סרסור אבל אם המחזיק טוען שנעשה סרסור והמערער כופר אינו נאמן במגו דמינך זבינתיה כיון שהחזיק ג"ש דטענת היותו סרסור אינו מקנה לו החזקה עד שנאמר שטענתו אמת וזכה בקרקע אלא הוא ראיה שאין לו זכות בה דאל"כ לא היה מסייע בקנין ואין להביא ראיה ע"פ דבריו של בע"ד ע"ש ועי' בס' שער משפט שהביאו וכ' עליו וז"ל ולא הבנתי דבריו דלמה לא יועיל מגו בכה"ג כיון דלפי דבריו שהמערער נעשה סרסור הרי יש ראיה דמסתמא המערער מכר השדה למי שמכר לו ודמיא להההיא דסי' קמ"ט סט"ז בבא מחמת עו"ג ואמר בפני זבנה מינך או היה לו שטר דנאמן במגו דאני לקחתי ממך שוב מצאתי בתשובות מבי"ט ח"ב סימן רי"ד שכתב להדיא כדברי עכ"ל:

ז **אינו כלום.** עבה"ט ועי' בתשובת הראנ"ח ח"ב סי' מ"ג בראובן שמחזיק בחזקת בית אחת שנים הרבה ושמעון ערער עליו מאי בעית בהאי ביתא וא"ל ראובן מאביך זבנתיה והא שטרא ושמעון הוציא שטר מוקדם משטרו של ראובן איך אביו מכר לו החזקה ההיא ונמצא שמכר לראובן קרקע שאינו שלו וחזר ראובן והביא עדים שזה י"ח שנה לקח הוא החזקה מאביו של שמעון והחזיק בו מאז אלא שאיחר לכתוב השטר עד ה' שנים ונמצא שקנין ראובן קדמה מקנין שמעון והנה זה ודאי דליכא למימר שהשטר מכחיש אותו כי ודאי איכא למימר שהשטר נכתב אח"כ אלא יש לספק אי בכה"ג הוא חוזר וטוען דאפשר אין בכח טענתו זאת אלא שקנהו מיום כתיבת השטר ולא קודם לכן ומעתה אפי' יהיה עדים בדבר לא מהני דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי ואינו חוזר וטוען. וכ' דנראה לכאורה דהדין עם המחזיק חדא דלפ"ד הרשב"א [הוא הי"א שבסעיף

זה] לא הוי זה חוזר וטוען כי לא חש להזכיר אלא זה שיש לו שטר ראיה מוכרחת ועוד אעיקרא דדינא כיון שלא אמר בפי' קניתיה מאביך זה י"ח שנים אלא מאביך קניתיה והא שטרא אין בכלל דבריו זמן פרטי עד שיחשב חוזר וטוען אלא שאומר קניתיה מעולם והרי שטר ראיה על הקניה ודמי ממש לאכלתיה שני חזקה דקרו אינשי לשני טובא שני חזקה לפי פירושו של רשב"ם ועוד דיש מן הפוסקים שכתבו דההיא עובדא דאתי עלה מטעמא דקרו אינשי לשני טובא שני חזקה מיירי דלא מייתי עדים על אכילת ז' שנים כו' עכ"ד וצ"ע:

ח **נאמן במגו.** עבה"ט שכ' אע"פ שאין לו עדים רק על ג"ש שדר בו ולא לא יותר כו' ועיין בדגמ"ר שכ' על זה פי' וגם הוא עצמו אין צריך לטעון ואעפ"כ נאמן שלקחה קודם כו' ע"ש:

סימן קמז

חזר וטען. עש"ך סעיף קטן ג' מ"ש וגם צל"ע על הרא"ש כו' וע' בספר קרבן נתנאל פ' שני דייני גזרות אות ל"ו שכ' עליו דלא דק ע"ש:

סימן קמח

א **אחד שקנה אותן מארבעה.** ע' בנה"מ באורך ועיין בתשובת גליא מסכת סי' ו' שהאריך הרבה בענין זה:

ב **אם אחזיר.** עבה"ט עד וכתב הש"ך דאם מתו הד' חייב ליתן לו וכו' ועיין בקצה"ח ובנה"מ מזה ועיין בתשובת גליא מסכת ס"ס ה' מ"ש בזה:

סימן קמט

א **כולה כמה שנים.** עבה"ט ומ"ש בשם מהרי"ט אם שותף א' השכירה כו' אם היו פורעין השכירות לשותף זה ולא לאחר עלתה לו חזקה עי' בזה בתשו' שבו"י ח"ג סי' קס"א שחולק עליו וכ' שגם מהרי"ט שם אינו מחליט הדבר למעשה רק לפלפולא וכן הסכימו עמו בי דינא שלא כדברי מהרי"ט אלו ע"ש:

ב **לפי ראות הדיינים.** עיין בתשובת שבו"י ח"ג סי' ק"ס אודות ראובן שהיה לו מקום א' בבהכ"נ של נשים וכלתו יושבת עליו כמה שנים ואחר מותו טען הבן שקנה המקום מאביו ויש לו שטר עדי חזקה ושאר יורשים מערערים לומר שהוא בחזקת אביהם וכאשר אמרו לו הב"ד שיביא שטרו הלך לביתו להבי' השטר וחזר ובא לב"ד ואמר שיגע ולא מצא השטר שנאבד מאתו מה דינו והשיב ע"ד מה שחזר הבן אח"כ ואמר שאבד השטר

הדין בזה שצריך לישבע שאבד שטרו מקודם שדנין על החזקה דכן מבואר בב"ח סי' ק"מ כו' עמ"ש בזה לעיל סי' ק"מ ס"ה סק"ג) וע"ד החזקה כבר מבואר בש"ס פ' חז"ה גבי אלו שאין להם חזקה זע"ז האב על הבן והבן על האב דדוקא בסמוכין על שלחנו אכן כתבו הפוסקים דתלוי הדבר בראות עיני הדיין אם רואה שאין מקפידין זע"ז כל הקרובים אין להם חזקה זע"ז וכן מבואר בש"ע סי' קמ"ט כהגה וכ"פ בתשו' משאת בנימין סימן ל"א ונ"ל דאם היה לזה עוד בנים וכלות ולא השיב על המקום אלא זו אמרינן דטענתו טענה דמסתמא לא היה משנה בין הבנים ובנותיו וכלותיו להושיב זו בעל מקומו אילו לא לקחה מאתו ועי' בתשו' מהרי"ט ח"ב חח"מ ס ' ב' ומה שנ"ל כתבתי עכ"ד ע"ש:

ג **אדם שהחזיק במצוה.** כ' בס' שער משפט וז"ל בס' חסידים סי' תשס"ב ותשס"ג מבואר בחכם שנהג להחזיק במצוה בסך שנתן נצדקה ועמדו אינם מהוגנים והוסיפו לתת לצדקה יותר עבור המצוה שהם קודמים כיון שיש לעכו"ם ריוח אף שאינם מתכוונים לש"ש אלא להתכבד אל ימנע מהם מלקנות מצוה זו בסך יותר ממנו יע"ש וא"כ כ"ש בהחזיק במצוה בחנם דמי שנותן ממן לצדקה עבור המצוה הוא קודם וכ"כ בתשו' מהר"י הלוי אחיו של הט"ז סי' כ"א ע"ש:

ד **אסור לשנותו.** כ"כ גם בש"ע א"ח סי' קנ"ג סי"ז ע"ש ועיין בתשובת שב יעקב סי' ח' אודות ראובן שקנה מהמלך יר"ה חרות ורשיון להיות בביתו בהכ"נ קבוע לרבים ולאחר ט"ו שנה צוה המלך להקהל שיבנו בה"כ גדולה וצוה שנית לסגור בה"כ הישנים ומחמת הפצרת ובקשת ראובן מהמלך לעמוד בזכותו צוה להקהל לשלם לראובן מאתים ר"ט עבור שלקח ממנו החרות שלו ואחר מות ראובן תבעו הקהל מהאלמנה להחזיר להם הר' ר"ט שנתנו לבעלה שלא כדין כו' והאלמנה השיבה שמה שלקח בעלה הרשיון להיות בה"כ בביתו נעשה אז ברצון הקהל ואח"כ מה שצוה המלך יר"ה לסגור בה"כ הישנה היה זה ע"פ השתדלות הקהל ונתנו עבור זה לגנזי המיר"ה סך רב כו' והאריכו בטענות ותשובות והשיב דהא ודאי דאם היו הקהל רשאין ע"פ הדין לבטל בה"כ של ראובן אין שום זכות להאלמנה להחזיק אותן ר"ט שקיבל בעלה מדמי הקהל ע"פ צווי המיר"ה ואפילו לא נעשה ע"י בקשתו כלל כמבואר בש"ע סי' שס"ט ס"ח כו' אמנם לפי טענת האלמנה דבה"כ של בעלה והרשיון מהמיר"ה נעשה ברצון הקהל לפ"ז לא היה רשות להקהל לבטל בה"כ שלו מביתו כמבואר בא"ח סימן קנ"ג סי"ז מי שהיה בה"כ בביתו ימים רבים אין הצבור רשאין לשנותו כו' ואף דבלבוש שם מחלק דדוקא לשנותו לבית של יחיד אחר אבל אם רוצים לבנות בה"כ קבוע לכולם רשאין אך זה אינו חדא דמוצא דין זה הוא ממהרי"ק שורש קי"ג דשם מבואר דאין חילוק כו' ועכ"פ הדין של הלבוש

נמי אמת בנדון זה שרשאין לעשות עוד בהכ"נ הקבוע לרבים אם נשאר ג"כ הבס"כ בבית הישן למי שרוצה לכנוס בה ואין הבעל בה"כ הישן יכול לעכב אבל לבנות החדש ולבטל הבה"כ ישן זה ודאי איסור גמור וכן מבואר בתשובת ר"י הלוי סי' מ"ה כו' ומה שהביא במג"א ס"ס קנ"ד בשם כנה"ג שהקהל יכולים לגזור שלא להתפלל יו"ד חוץ בבה"כ כו' היינו שלא במקום בה"כ אבל בבה"כ הקבוע מזמן הקדום ברצון הקהל אסור לגזור שלא יתפללו בתוכה וא"כ בנ"ד מה שהקהל נתנו לגנזי המיר"ה ממון שיכוף לכל בני הקהלה שיכנסו לבה"כ החדשה שלא כדין עשו והן הנה גרמו שצוה המיר"ה לסגור הבה"כ של ראובן הנ"ל ולפ"ז אין להקהל טענה מנידון הר' ר"ט הנ"ל ואדרבה הקהל חייבים לשלם היזקו של ראובן הנ"ל מדינא דגרמי ומה שהקהל טענו שהיה זה בהכרח כדי שימכרו המקומות שבבה"כ שיהיה סיוע קצת להוצאת הבנין אין זה טענה לבטל הבה"כ של ראובן הנ"ל כמבואר בהגהת רמ"א סי' קס"ב עשיר שהיה לו מקומות רבים ובני הכנסת באו להוסיף ספסלים כו' העשיר יכול למחות ע"ש עוד כו':

סימן קנג

א **על אויר חצר חבירו.** עיין בנה"מ שכ' דאפילו כנס הכותל לתוך שלו אסור להוציא זיז נגד חצר חבירו בלי סתימה לפניו ע"ש ועמ"ש לקמן סימן קנ"ד עיין ס"ג סק"ה:

ב **ויש מתירין.** עיין בתשובת רבינו עקיבא איגר סימן קנ"א בסופו שהביא דמהריב"ל בתשובה ח"ב כלל פ"ד ופ"ה כתב דכיון דאיכא ספיקא דרבוותא אי הוי כמוסיף בנזק אי לא רשאי להגביה דאדם מוזהר שלא יזיק לחבירו וכל זמן שאין חבירו מברר דהוא מזיק לו אין שומעין לו ולא דמי למ"ש הרשב"א הובא בב"י סי' קנ"ד בענין הפלוגתא אי מהני קנין לנזק קוטרא ובה"כ דאם כבר סמך אין מחייבין אותו לסלק ואם בא לעשות אין מניחים אותו הרי כיון דבא לחדש דבר ונקרא מוציא ועליו לברר דשאני התם דהנזק מבורר והוא בא לזכור מצד הקנין וכיון דהוי ספק בקנין קיימא אחזקה דיכול למחות בו משא"כ הכא דהספק בעיקר הנזק אם מזיק אותו ובתשובת מהרי"ט ח"ב סימן ע"ה השיג עליו דגם בנדון דמהריב"ל נזק דצינור על חצר חבירו מבורר הוא אלא שבא לזכות בחזקה שהחזיק ורוצה עתה להגביה וכיון שיש ספק אס גם זה בכלל החזקה י"ל דאינו יכול להגביה כמו בנדון דהרשב"א והוא ז"ל כתב ליישב דסברת מהריב"ל כיון דהחזקה מבורר וקנה בודאי מקום הנחת הצינור שיקלחו מימיו הוי כשעושה בשלו ומה שמגביה הוי ספק היזק כו' עש"ה ועמ"ש לקמן סימן קנ"ה סי"ט סעיף קטן ד'.

ג **בכל חזקות אלו.** עבה"ט ועיין בתשובת שבו"י ח"א סימן ק"ס ס"ד מי שמכר ביתו לאחר ושייר לעצמו איזה חדרים ועלייה שעל גבו לדור בו כל ימי חייו ועשה שטר על זה ושטרו בידו ועכשיו שינה הלוקח את חלק העליה שהשתמש בו המוכר הנ"ל והקטין אותו וכנס ממנו לתוך שלו והמוכר מיחה בו בינו לבין עצמו ולא השגיח בו ועתה כשתבע ללוקח לד"ת כופר שלא מיחה בו כלל ומדראה ושתק מחל לו הדין עם מי והשיב נראה דטענת ראה ושתק לא מהני בנדון זה עצמה אנפי חדא דהא מבואר בסימן קנ"ג בסמ"ע ס"ק נ"ב דכל היכא שבא להשתמש בשל חבירו לא מהני ראה ושתק אלא בעינן חזקת ג"ש כו' ועוד כיון שיש להמוכר שטר על חיוב הדירה עם השתמשות כל העליה לא מהני מחילה וכמ"ש הסמ"ע בסי' י"ב ס"ק כ"א אף שיש כמה סתירות בזה בדברי האחרונים מ"מ מידי ספיקא דפלוגתא לא נפקא ויכול המוחזק לומר קים לי וא"כ אפשר בנ"ד קרקע בחזקת בעלים ראשונים עומדת (ע"ל סי' קנ"ד סי"ב בסוף הג"ה) ועוד נראה דבנ"ד אין צורך לכל זה דאף למאן דס"ל דמהני מחילה גם בתפס שטרא היינו היכא דהמחילה הוא ודאי וברור ע"פ הודעת עצמו או ע"פ עדים אבל היכא שבעל דבר מכחישו ואומר שלא מחל מהימן דקא מסייע לי. שטרא שבידו וראיה לחילוק זה מסוגיא דש"ס פרק הנושא (כתובות דף ק"ד ע"א) אר"י אמר רב העיד ר' ישמעאל ברבי יוסי לפני רבי לא שנו אלא שאין שטר כתובה יוצא מתחת ידיה כו' ומסיים לכן נ"ל פשוט דהדין עם המוכר הנ"ל וצריך הלוקח לסתור בנין עלייהו ע"ש:

סימן קנד

א **לבנות עלייה.** עבה"ט וכ' בנה"מ והיינו דוקא לצורך אוצרות דאילו להוסיף דיורין אפי' בביתו אסור כמ"ש המחבר ס"ב עכ"ל וכ"כ בס' דגול מרבבה וע' בכ"מ פ"ה מה' שכנים הלכה ט':

ב **אלא לתוך ביתו.** ע' בתשו' רבינו עקיבא איגר ס"ס קנ"ב שכ' דאינו יכול לעשות מדרגה שיעבור משם לחצר דרך בית שער התחתון כו' ע"ש ומובא קצת באורך לקמן סכ"ח ס"ק י"ח.

ג **בית הכסא א'.** ב' ביחד כ' בס' דמג"ר וז"ל אם יש להם בית כסא אחד נלע"ד דאין לך קפידא מזו שע"י רבוי דיורין יהיה צריך להמתין כשימצא נעול אך כאן מיירי שיש להם ב' בתי כסאות רק שלשניהם חפירה אחת וכן הוא בהדיא במרדכי. ואם רצה לחלק בית הכסא שלו ולעשות מן האחד שנים ע' לקמן סימן קנ"ה סעיף ל"ח בהגה עכ"ל:

ד **אע"ג דבחצר אין להקפיד כו'**. עסמ"ע שכ' ואין להקשות מהא דאיתא בגמ' כו' דשאני התם שיהיה לו הילוך תדיר ותשמיש קבוע בחצר מן הבית שקבוע ועומד כו' וע' בתשו' עבוה"ג סימן כ"ו שרצה ללמוד מזה לענין דיר כיון שאין תשמישו תדיר כ"כ כמו בית ועלייה רשאי לחלקו ולפתוח פתח חדש ושוב דחה זה דמ"מ כיון שהדיר הוא קבוע א"י לפתוח פתח חדש אף שאין תשמישו תדיר כו' ע"ש:

ה **לא יפתח אדם חלון לחצר חבירו**. ע' בב"י סוף מחו' י"ד בענין כונס לתוך שלו אי סגי בהרחקת ד"א או לא וע' מזה במרדכי ריש ב"ב באורך וכ"כ בפשיטות בנה"מ לעיל ר"ס קנ"ג שאסור לעשות חלון אפי' בכותל שנכנס לתוך שלו נגד חצר חבירו בלי סתימה לפניו ע"ש הבאתיו שם סק"א וע' לקמן בהגה ג' ובסימן קנ"ה סכ"א בהג"ה:

ו **חלון לחצר חבירו. ע' בכנה"ג הגה"ט אות ה' שכתב וז"ל ואם בנה ועשה תקרה של חלונות ולא עשה צורת חלונות יכול בעל החצר לעכב עליו דיעקור הקורות שיאמר לו ירא אנכי שאלך למדה"י ותפתח החלונות ואם ירצה בעל החצר שיעשה לו שטר על זה טוב ואם אינו רצה יעקור הקורות. תשובת הגאונים סימן רל"ה עכ"ל ע"ש. ונ"ל דהיינו טעמא משום דמוכחא מלתא שרוצה לפתוח החלונות בזמן מן הזמנים דאל"כ למה עשה תקרה של חלונות בחנם ומש"ה אף דקיי"ל כר' יוסי דכל שאינו מזיקו עכשיו זה נוטע בתוך שלו כו' שאני הכא דמוכחא מלתא שרוצה להזיקו בידים אמנם מה שנהגו עכשיו בבית חומה לעשות חלון סתום כצורת חלון שבמקום צורת החלון הכותל דק ומציירים בו צורת חלון אינו בכלל זה כיון דלא מוכח שרוצה לפתוח אח"כ ולכן א"י בעל החצר לעכב עליו**:

ז **אלא ירחיק משהו**. עי' בתוספת יו"ט פ"ג דב"ב משנה ז' בד"ה פתח כנגד פתח:

ח **ואעפ"כ כו' שזה היזק קבוע תמיד**. ע' כנה"ג בהגה"ט אות כ"ט שכ' ראובן ושמעון שכנים אצל ר"ה ושמעון הוציא בליטת בנין חדש לר"ה לפני חלונו וראובן טוען נגדו ומוחה בידו כו' ושמעון משיב כו' וראובן משיב שאם יעשה הגדר ההוא מונע ממנו ההבטה לאורך השוק אשר הוא רואה מביתו הדין עם שמעון וטענת ראובן אינה כלום דהיזק ראיה שנינו מניעת ראיה לא שנינו הרלנ"ח סי' מ"ד עכ"ל ע"ש עוד וע' ב"ב דף ז' ע"א בתוס' ד"ה א"ל בדידי קבנינא:

ט **הי' פתח כו'**. עבה"ט שכ' ה"ה חלון כו' ושמעתי דרב אחד פסק דה"ה אם היה חלון של זכוכית קבוע במסמרים מסביב אינו רשאי לעשות צירים שיוכל להפתח ולסגור כי אינו דומה הראי' דרך זכוכית להראי' בעת שהחלון פתוח וצ"ע. וע' בתשו' אבקת רוכל למרן הב"י ז"ל סי' קכ"א ע"ד ראובן שרוצה לפתוח חלון על גינתו של שמעון ומניח

לפניה שמשות של זכוכית והלה מעכב עליו משום היזק ראי' מפני שמחיצה של זכוכית ברוב הימים נשברת ועוד טען שמעון שהיום או מחר ירצה לבנות בגינתו בעד החלון וראובן יעכב עליו מפני שמאפיל על חלונו ואף אם יכתוב לו שטר אולי יאבד. והשיב נראה דטענה דהיזק ראיה אינה טענה מפני שמחיצה של זכוכית הוה מחיצה להיזק ראי' שהרי מפסקת וחוצצת היא בפני העין והוא שתהי' סתומה יפה ולא ישאר בה שום נקב שיהיה בו היזק ראי' ואין לחוש שמא ברוב הימים ישברו שהרי במחיצת קנים מפסיק למנוע היזק ראי' כמ"ש הרמב"ם בפ"ב ומחיצת קנים עשויה ליסתר בזמן מועט כמו מחיצת זכוכית ואדרבה אפשר יותר מתקיימת מחיצת זכוכית מפני שנזהר עלי' שלא תשבר וראיתי במקומות הרבה שעושים שבכה של ברזל לפניה להגן בפני אבנים שזורקין הנערים לפעמים וכן נכון לעשות במקום הזה שבכה של ברזל שנקביה דקים כדי שאף אם תשבר הזכוכית תחוץ השבכה בפני העין ולא יהי' שום היזק ראי' אבל מה שטען לעכב עליו מפני שכשיבא הוא לבנות יעכב עליו ראובן טענה היא והדין עמו כו' עכ"ל ע"ש. ולפ"ז אם ראובן כנס לתוך שלו ד' אמות דלא שייך טענה הב' באמת רשאי לפתוח חלון עם זכוכית דהוה מחיצה להיזק ראי' אמנם נראה ברור שהמחיצה של זכוכית שהזכיר מרן ז"ל אינו כמו שלנו שיכולין להביט דרך הזכוכית להלן [כעין עששית הנזכר בגמ' ברכות כ"ה ע"ב דפרש"י מחיצת זכוכית] רק הזכוכית שבזמנו היה חוצץ בפני העין רק היה מביא אורה אבל בזכוכית שלנו ודאי דיש בו היזק ראי' וצ"ע:

י **אבל לא במקום אחר.** ע' בתשו' בית דוד חח"מ סי' ה' מה שהקשה על זה וע' ביאור הגר"א ס"ק ל"ז:

יא **ואין בעל החצר יכול לבנות כנגדה.** ע' בתשו' שבו"י ח"א סי' קנ"ט אודות ראובן שהיו בביתו חלונות פתוחים לגינה של שמעון ועתה נטע שמעון אילנות סמוך לחלונות של ראובן וראובן טוען שיקוץ כי מאפיל עליו אי מחוייב לקוץ או נימא דאסור לקוץ כדאיתא בפ' החובל האי דיקלא דקטעין קבא אסור למיקצייה והשיב דאיסור ודאי ליכא דלא אסור אלא דרך השחתה אבל אם מזיק לדבר אחר לדידי' או לאחריני מותר לקוץ כו' [ועמ"ש בזה בפ"ת ליו"ד סי' קמ"ו סק"ו] אך בעיקר הדבר מסופק אני אם יכול לטעון גבי אילן קא מאפילת עלי דלא מצינו טענה זו אלא גבי בנין כו' ומסיק דהכל לפי ראות עיני המורה אם הוא אילן עב וגדול ומאפיל מאד יכול למחות כמו בבנין ע"ש. ומ"ש שם בסוף התשובה שמצא בתשו' חות יאיר סי' קצ"ה דפסק בפשיטות דמחוייב לקוץ האילן אם מאפיל אלא דאם אפשר לתקן בקציצת קצת ענפיו סגי כו' ע"ש הנה בתשו' חו"י שם לא נזכר כלל מענין אם מחוייב לקוץ כי לא איירי שם מאפיל על חלון חבירו רק על

חלון של עצמו וזה לשון השאלה שם ע"ד אילן אפרסקי שעלה מאליו בחצרו ומאפיל על חלונו אשי שרי למיקצייה פשוט דשרי כו' ע"ש וצ"ל דמ"ש דמחוייב לקוץ כו' ט"ס הוא וצ"ל דמותר לקוץ כו':

יב **ענין בני המדינ'** ע' בתשו' שבו"י ח"ב ס"ס קע"ו מ"ש בזה:

יג **בין למעלה בין למטה. ע' בתשובת בית דוד סימן ה' מ"ש בזה:**

יד **שא"י להחזיק עליו.** עבה"ט וע' בתשובת רבינו עקיבא איגר סי' קנ"א שכ' הא דאין לו חזקה להרמב"ן היינו דוקא לענין דלשעה שיזיקנו יצטרך לסתום אבל מ"מ הוי חזקה לענין דא"י להאפיל עליו כל זמן שאין מזיקו דהאחרונים סתמו במקום שהיה להם לבאר. עוד האריך שם לבאר דרוב הפוסקים חולקים על הרמב"ן בזה וס"ל דהוי חזקה גמורה גם על שעה שיזיקנו דא"צ לסתום וכן מבואר דעת הרמב"ן עצמו בסוגיא דיונה פפאה דכמ"ש הב"י שם בתשובת הריב"ש סי' שכ"ב ומזה נראה דלהרמב"ן בעצמו ספוקי מספקא לי' ולא אתי ספיקא דהרמב"ן ומוציא מידי ודאי של רוב הפוסקים כו' ע"ש ועמ"ש לקמן ס"ק ט"ז:

טו **ואפי' למ"ד שיש לו חזקה כו'** עסמ"ע דרבינו יונה וכריב"ש ס"ל הכי כו' וע' בתשו' מים חיים חח"מ סי' ז' שכ' אודות ראובן שפתח חלונו לרשות חבירו שהוא מכמה שנים מצר שהחזיקו בו רבים ואומר שיש לו עד א' שראה שהשוה אותו דרך להלוך בו רבים הנה זה פשוט שבאם יעיד העד כן שוב לא יוכל חבירו לערער על פתיחת החלון לרשות הנ"ל [ר"ל דבלא העד. היה צריך ראובן לישבע השתא שיש עד א' ה"ל עד מסייע שפוטר] אבל בלא זה יראה פשוט לפי הכרעת הט"ז בסי' קנ"ה סל"ה דהרמ"א הכריע דלאלתר הוה חזקה בכולן וא"כ לפי הכרעת המחבר בסי' קנ"ד סי"ו שהבא לפתוח חלון על חצר חבירו במקום שאינו מזיקו עכשיו בהיזק ראי' שיכול חבירו למחות וכ' הרמ"א אפי' למ"ד שיש לו חזק' הואיל ויכול למחות כו' ובסמ"ע כ' שהוא ר"י והריב"ש א"כ בודאי דיכול ראובן לטעון קים לו כהר"י והריב"ש דיש לו חזק' לאלתר ובלא שום טענה דלאלתר ל"צ טענ' דהוי מחיל' וההכרעת רמ"א דסי' קנ"ה הנ"ל ואין לחלק ולומר דכיון שאינו מזיקו עכשיו אף דיש לו חזקה כדעת ר"י וריב"ש מ"מ נוכל לומר דגם הרמב"ם מודה דצריך חזקה ג"ש וטענה זה אינו דמבואר בב"י סי' קנ"ד סעיף נ"ד [צ"ל ט"ו] בשם נ"י גבי דינא דלסתום לאלתר הוי חזקה כ' הב"י וז"ל וכ' עוד לכאורה משמע דוקא לסתום הוי לאלתר חזקה אבל לפתוח אפילו במקום שאינו מזיק השתא בראייה לא הוי חזקה לאלתר אלא שהרמב"ם כ' דחלון יש לו חזקה לאלתר עכ"ל וא"כ מוכח להדיא דלרמב"ם אפילו במקום שאינו מזיק השתא בראי' הוי לאלתר חזקה וא"כ לפי הכרעת הט"ז הנ"ל

דהרמ"א הכריע כהרמב"ם דבכולן לאלתר הוי חזקה וא"כ בודאי בנ"ד יכול ראובן לומר קום לי כהר"י והריב"ש דיש לו חזקה כיון דהוי יכול למחות כן נ"ל ברור בלי שום פקפוק עכ"ד:

טז **מיהו יש חולקין כו'**. עי' בתשו' רע"ק איגר ס"ס קנ"א לאחר שביאר שם דברור לדינא דמותר לסמוך גפת וכדומה למיצר חבירו אפינו ע"ד שלא לסלקו לעולם כמו שיובא בשמו לקמן סי' קנ"ה סי"ט סק"ד כ' וז"ל ולענין פתיחת חלון לחורבת חברו בזה נראה דעת הפוסקים דצריך לסתום אף דפתח מקודם ולא מצינו ממש מי שחולק בזה כמפורש די"ל דבחלון שהוא מזיקו ממש בכליום ומתחדש עליו הנזק לא מהני סמך מקודם ואף דהרמ"א כ' די"א דגם בחלון לא הוי גירי דיליה זולת בשעת הפתיחה מ"מ נראה דרוב הפוסקים חולקים בזה ולא מצינו מבורר דעת הי"א אלו דהרי הנ"י קאי בשיטת תוס' דבגפת לא הוי גירי דיליה ואפ"ה מודה בחלון א"כ י"ל דגם תוס' ס"ל כן א"כ קשה הדבר לומר קים לי. גם לפתוח ע"מ לסתום אחר כך לכשיבנה נראה דא"י לומר קום לי כהרא"ש דמותר לפתוח דמ"מ יכול לטעון שמא יבא ב"ד וידונו כדעת הי"א אלי דגם בחלון לא הוי גירי בפותח מקודם וזה צ"ע לדינא עכ"ל ע"ש. ולכאורה דברי הגאון ז"ל צ"ע מ"ש דמ"מ יכול לטעון שמא יבא ב"ד וידונו כדעת י"א אלו כו' למה לו לומר שידונו כדעת י"א אלו דהוא באמת דלא כהלכתא יותר הו"ל לומר שהב"ד ידונו אח"כ דהוי חזקה כמ"ש הוא ז"ל מקודם הובא לעיל ס"ק י"ד דרוב הפוסקים חולקים על הרמב"ן וס"ל דהוי חזקה גמורה גם על שעה שיזיקנו כו' וכיוצא בזה הביא הוא ז"ל עצמו שם באמצע התשובה בשם תשו' הרשב"א כו' אלף קמ"ד כו' וצ"ל דלעיל לא קאמר דהוי חזקה גמורה גם על שעה שיזיקנו רק לדעת הרייב"ן וה"ר יונה וש"פ החולקים על הרא"ש ס"ל דיכיל למחות לכתחלה משא"כ לדידן אלו יהיה הדין דיכול לומר קים לי כהרא"ש דמותר לפתוח ממילא לא יהיה אחר כך חזקה לכן הוצרך לומר שמא ידונו כדעת אלו י"א ודו"ק:

יז **וכן נ"ל להורות**. ע' בתשו' שבו"י ח"ב סי' קע"ו שכ' מ"מ הבו דלא לוסיף עלה דכל זה לא נאמר אלא בהני דינים שמפורסם לכל ואינו משתנה כלל אבל אין לדמות מלתא למלתא כו' עש"ב:

יח **דא"י לסתום חלונותיו**. עיין בתשו' רע"ק איגר סי' קנ"ב שכ' דנ"ל ברור דדברי הרי"ו וסיעתו הוא רק במוכר בית ובו חלון פתוח בזה אמרינן דמוכר בעין יפה מוכר שלא יצטרך לשנות הבית אבל לפתוח חלון מחדש לא כו'. יע"ש עוד אודות ראובן שהיה לו בית פתוח לרחוב ובית קטן בחצר ומכר בית שבחצר ליהודה וכתב לבנות עליו מתהום ארעא כו' וגם שלש אמות קרקע בצד הבית הקטן שהם פנויים בלא בנין ונתן לו גם דריסת

הרגל לרחוב דרך הבית הפתוח לרחוב וגם קיבל המוכר על עצמו שלא לבנות בחצר כ"א חדר קטן לאוצר עצים ועתה רוצה יהודה לבנות על בית שבחצר בית החורף ולפתוח בו חלון לחצר ולהגביה גגו ולהרחיבו על ג"א הפנויים והמוכר מוחה מג' טעמים. הא' שלא יפתח חלון לחצר השותפים. הב' שע"י בית החורף ירבו נכנסים ויוצאים תוך חצירו ודרך ביתו לרחוב. הג' שע"י הרחבת הגג יתרבו הנוטפים לחצירו ולוקח טוען כיון שאין רשות להמוכר לבנות בחצר רק אוצר עצים לא שייך ביה היזק ראי' וגם החצר אינו ראוי לשום תשמיש ששייך בו ה"ר כי הוא סתום וא"א לילך ממנו לרה"ר ועוד טוען כי מכר לו בעין יפה ולישנא יתירא ולבנות עליו לטפויו אתי וכיון שבע"י מכר רשאי לפתוח חלון בבנין החדש שע"ג בית שבחצר וגם הנוטפין הנוספין רשאי כו'. והשיב באורך שהדין עם המוכר בכל הג' טענות כי מה שטען הלוקח דרשאי לפתוח חלון כיון דבע"י מוכר ומכר לו נזקיו הנה בסי' קנ"ד סכ"ח בהג"ה הביא הרמ"א פלוגתא בזה וא"כ הוי ספיקא דדינא ואין מניחים לו לפתוח כו' ועוד דאף הרי"ו לא קאמר אלא דא"צ לשנות הבנין ולסתום החלון אבל לא לפתוח חלון מחדש כו' ומצורף לזה דעת הרמב"ן דאפילו קנין בפירוש להיזק ראיה לא מהני כו' א"כ בודאי דמוחין בו שלא לפתוח חלון ומה שטען הלוקח כיון דאין המוכר רשאי לבנות לא שייך ה"ר אין זה כלום דמה בכך מ"מ יכול להשתמש בו תשמיש צנוע כיון דסתום מכל צד כו' גם הטענה הב' של המוכר שמרבה נכנסים הדין עמו כדאי' בב"ב דף נ"ט ואף לדעת הרמב"ם והרשב"א והש"ע ר"ס קנ"ד דבפותח לתוך ביתו יכול לבנות בנין חדש עלייה על גביו או חדר מלפנים נ"ל דזהו רק מטעם שכתבו דמסתמא לא ישכיר לאדם חדר מבפנים לחדרו או עלייה פתוחה לביתו שיעבור אדם עליה אבל מה שעושים ע"ג בנין והוא עובר במדרגה משם לחצר דרך בית שער של התחתון אינו בכלל זה דזהו דרך הנהוג להשכיר לאחרים ולא שייך סברא הנ"ל גם הטענה הג' דמרבה לו שופכין פשיטא דהוי טענה מעליותא אם מרבים הנוטפים ומה שטען הלוקח דלישנא יתירה ולבנות עלי' לטפויי אתי קשה לדון בזה כמ"ש הרשב"א הובא בב"י ס"ס ס"א כו' [עמ"ש בזה לעיל סי' מ"ב ס"י ס"ק יו"ד] ובפרט בנ"ד די"ל דהוצרך להזכירו דאם הי' כותב לו רק עומקא ורומא היה חושש אולי הב"ד יפסקו כהרמ"ה שבטור סי' קנ"ד דא"י להוסיף אף לאוצר בעלמא מש"ה כתב ולבנות עליו היינו לעצמו בנין לאוצר או לאחרים בענין שיצטרכו לילך דרך חדרו ממש כשיטת הרמב"ם הנ"ל אבל מנין לנו שנתן לו רשות כ"כ להרבות דיורים לזה נלע"ד טענות המוכר חזקים וברורים עכ"ד ע"ש:

סימן קנה

א **תחת אוצר חבירו**. עיין בתשובת נו"ב תניינא סי' ל"ז בענין אם רשאי לעשות אלו הדברים תחת דירתו של חבירו והביא שם דברי הרמב"ן בחידושיו לב"ב דף י"ח שיש מחלוקת בזה והרמב"ן הסכים דק"ו תחת דירה שאסור והביא ראי' מדברי הירושלמי. וגם בכנה"ג הביא בשם ריא"ו שיכול בעל הדירה לעכב. והוא ז"ל האריך בזה בדעת הרי"ף והרמב"ם וגם לפרש דברי הירושל' ומסיק שאין כח בעליון בעל הדירה למחות בתחתון ובפרט בנדון השאלה דידי' שעל הכיפה הי' קצת אויר פנוי בין כיפתו של זה ובין הרצפה של העליון והרי זה כמו בנה עליה לפי' הרמב"ם:

ב **וחול הלח כו' או סד בסיד** ע' בתשובת עבודת הגרשוני סי' נ"ו מ"ש בזה:

ג **הקרקע מן המלך** עבה"ט וע' בנה"מ שצריך לברר דוקא שקנאו מהשר או מן הפקר אבל אם אינו מברר אין לו ד' אמות ע"ש:

ד **וכן מותר לעשות כו'**. ע' בתשובת רבינו עקיבא איגר סימן קנ"א שהאריך בביאור כל השיטות בענין זה ובאמצע התשובה כתב דמ"ש הרמ"א וכן מותר לעשות בכל נזקין אלו בשלו כו' מדכתב וכן משמע דדמי לגמרי דינא דהמחבר דגם בעשיות נזקין בסמך מקודם א"צ להרחיק לעולם כמו בהיתר דלקיחה בבור ומשמע שהבין כן בדעת הרא"ש והטור ובאמת זה אינו דכונת הרא"ש והטור רק דמותר לסמוך למיצר חבירו באין שם דבר הניזוק אבל אם יבנה זה כותלו באמת צריך להרחיק אולם בסוף התשובה שם מבואר דעתו לדינא דאף אח"כ כשיבנה זה כותלו א"צ להרחיק מצד דיכול לומר קים לי כדעת תוס' והמאור והה"מ ונ"י דסמך מקודם א"צ להרחיק לעולם (זולת בפתיחת חלון לחורבת חבירו צריך לסתום אף דפתח מקודם כו' עמ"ש בזה לעיל (סימן קנ"ד סט"ז ס"ק ט"ז) אך חקר שם דאפשר משום כך יכול למחות לכתחלה שלא יסמוך אף דלכאורה כיון שעושה בשלו ואין מזיק עכשיו דבר לחבירו נקרא הוא המוחזק ויכול לומר קום לי דרשאי לסמוך הגפת וכדומה מ"מ י"ל כיון דאחר שיסמוך הגפת וזה יבנה כותלו ויתבענו לדין יהא הדין דיכול לומר קים לי כדעת האומרים דסמך מקודם א"צ להרחיק לעולם. ממילא יכול למחות מקודם בטענה דלמחר אני בונה כותלי דלא יהא בידי לכופך להרחיק דאז תהיה אתה המוחזק ויש לדמות למ"ש הרשב"א הובא בב"י סימן קנ"ד בענין הפלוגתא אי מהני קנין לנזק קוטרא ובה"כ דאם כבר סמך אין מחייבין אותו לסלק ואם בא לעשות אין מניחים אותו הרי אף דעושה הכל בשלו מ"מ כיון דבא לחדש דבר נקרא מוציא ועליו לברר ה"נ בנ"ד מהראוי לכתחלה יכול למחות בו שלא יזיקנו אלא אם כבר סמך הוי מוחזק וא"צ לסלק וממילא יכול למחות מיד דלא יסמוך בטענה שיבנה

כותלו ולא ירצה לסלק כו' ושוב כ' דבאמת לא דמי להיא דהרשב"א דהתם הנזק מבורר והוא בא לזכות מצד הקנין וכיון דהוי ספק בקנין יכול למחות בו משא"כ הכא דהספק בשורש הדבר אי מקרי מזיק או לא דלדעת התוס' והמאור ונ"י לא מקרי גירי דיליה ואינו בגדר מזיק הוי ספק בעיקר הנזק ויכול לומר קים לי וכיוצא בזה כ' מהריב"ל ח"ב כלל פ"ד בענין מי שהחזיק במיצר על חבירו ובא להגביה כו' (עמ"ש לעיל סי' קנ"ג סי"א סק"ב) וכ"כ התה"ד בפסקיו סי' קל"ד בעשן שאינו תדיר דהוא ספיקא דרבוותא אי מקרי היזק דמותר לעשות כן בשלו לכתחלה וכן פסק בהגהת ש"ע סי' קנ"ה סל"ז כו' (באמת הש"ך שם חולק ועמ"ש שם סק"ז) ולא דמי למ"ש הה"מ בבעיא דכיבד וריבץ דלכתחלה אין לעשותה דמספק אין לו להזיק לחבירו (הובא בש"ע לעיל ס"ג) דשאני התם דהוי וודאי גירי דיליה כיון דמתחדש ההיזק בכל יום והוי מזיק בודאי והספק הוא אם לא חייבו אותו חכמים ובסומך מקודם בזה אין לו להזיק מספק משא"כ הכא כו' ומסיים דנראה ברור לדינא דמותר לסמוך גפת וכדומה למיצר חבירו אפי' על דעת שלא לסלקו לעולם ע"ש:

ה **ומזה יש מי שלומד.** ע' בתשו' חו"י סי' רי"ג מ"ש בזה:

ו **וליסע תחת הדוכס תחלה כו'.** ע' בתשו' צ"צ סי' י"ח שלמד מזה על חיל המלך שבאו לעיר בלכתם למלחמה ובאו לחנות שם כמו חודש ימים ורצו רוב הקהל להתפשר עם המושל שלא יעשה אכסניא בבתי היהודים כי חוששים ממיעוט משא ומתן שלא להתראות בפניהם וגם טפולם עמהם קשה מאד וגם חוששין מערבוב איסור והיתר וכיוצא מלבד זה שאם יעשה אכסניא אצל יהודים תהיה ההוצאה מכלל הקהל יותר מכפלים ממה שתהיה אם יתפשרו עם המושל והעשירים מוחים שלא יתפשרו אם לא שיתחייבו הקהל לגבות אותו ממון לפי הבעלי בתים ולא לפי הממון והקהל אומרים שיתפשרו תחלה ואח"כ יקוב הדין היאך יהיו גובין ופסק שהדין עם הקהל ויכולים לכוף ליחידים הבעלי כיסים שיתפשרו עם המושל תחלה משום דזה היזק של רבים הוא וצריכין תחלה לסלק היזק הרבים ואח"כ ידונו היאך יהיו גובין כו' והאריך בזה ע"ש עוד מה שפסק היאך יהיו גובין זה הממון שנתפשרו עם המושל ויובא לקמן סי' קס"ג ס"ק ז':

ז **וכן נ"ל להורות.** עבה"ט דהש"ך חולק וע' בתשובת רע"ק איגר ס"ס קנ"א (הבאתיו קצת לעיל סי"ט סק"ד) מבואר שדעתו לדינא כהרמ"א ומחלק שם דלא דמי למ"ש בש"ע לעיל ס"ג בבעיא דכיבד וריבץ דלכתחלה בעל האוצר מעכב עליו דמספק אין לו להזיק לחבירו דשאני התם דברפת הוי ודאי גירי דיליה כיון דמתחדש ההיזק בכל יום והוי

מזיק בודאי והספק אם לא חייבו חכמים בתומך מקודם בזה אין לו להזיק מספק משא"כ הכא דאיכא ספיקא דרבוותא אי מקרי היזק כלל וכיון דעושה הכל משלו מותר לעשות כן לכתחל' עש"ה:

ח **וה"ה כל נזק גדול.** עי' בטור ס"ס זה שכ' תשובת הרא"ש ראובן יש לו בתים כו' ועתה מקרוב חזרו הקצבים למכור הבשר חוץ לחצר סמוך לביתו של ראובן וראובן מערער ואומר שא"י לסבול שיהיו קצבין סמוך לביתו מפני ריח רע של בשר והכלבים והחזירים שמצויין שם תשובה הדין עם ראובן כו' ואפי' אם טוענין הקצבים שקנו המקום מראובן כו' ע"ש בב"י ובדרישה ובב"ח שם:

סימן קנו

א **יכולים השכנים למחות.** עיין בתשובת חתם סופר חח"מ סימן צ"ב במעשה בג' אחין שהניח להם אביהם בית בירושה שנים קבלו שטח העליון ואחד מהם שטח התחתון וביקש א' מהעליונים למכור יי"ש על הצנצנת לאחדים והתחתון רוצה לעכב מפני שיוצאים ונכנסים דרך חצירם המשותף לשלשתם וכתב הגאון השואל שלפי דעתו נראה בפשיטות שיכולין למחות בידו כמו בפותח חנותו לחצר השותפין אע"ג דטעמא דא"י לישן מקול הנכנסים לא שייך אם מוכר ביום ופוסק מלמכור בשעה שבני אדם הולכין לישן דבזמן חכמי הש"ס היה דרכם למכור גם בלילה בחנויות כדמשמע רפ"ג דב"ב דרק חנותא דמחוזא עבדי ביממא ולא בליליא מ"מ רוב הפוסקים כתבו דשינה ל"ד אלא מפני שמרבים עליו הדרך כמ"ש בדרישה סק"ג כו' אך לא רצה לפסוק הדין לחלוטין מפני שהוא תמהון בעיני העולם שיוכל אחד לעכב על חבירו בעשיית פרנסה למכור משקים בביתו ואם זה יזכה למחות יעוררו רבים למחות בשכניהם מוכרי יין דשכיחי טובא כו' ואפשר שנשתנה הדבר ע"י אורך הגלות שנתמעטו הדיורים לבני עמינו ואם ימחה א' בחבירו באלו יצטרך לבריות ח"ו אם אין לו במה להתפרנס כו'. והוא ז"ל השיב דודאי לפי ההלכה נראה שיכול למחות בהעליון ומ"ש הרב השואל דלרמב"ם הטעם משום שא"י לישן זה היה בימיהם שהיו עושים בחנות גם בלילה כדמשמע רפ"ג דב"ב כו' לא נ"ל דהא דאמרינן חנותא דמחוזא כו' היינו שהיו דרים בביתם ועושים מלאכה או מוכרים בחנותם ביום בשעת מו"מ ואילו במקומות אחרים הסוחרים והאומנים דרים שם בלילה וה"ל חזקה רצופה דג' שנים אבל לעולם ליכא דוכת' דעבדי בליליא כדכתיב והיה לנו הלילה למשמר כו' אבל פשוט דשינה הוא לאו דוקא בלילה אפי' ביום אין לו מנוח מחמת בלבול הקול ואיכ' ינוקי דגני ביממא ואיכא נמי קלא דפועלים המשכימים

למלאכתם ונכנסים לחנות וכדומה ע"כ נ"ל דאין זו סמיכה. גם מ"ש דאפשר נשתנה הדבר כו' הגם שאפשר להוסיף תבלין ולומר כיון דכתבו הפוסקים לקמן ס"ג לאו דוקא תשב"ר אלא ה"ה לכל מילי דמצוה א"י למחות אם כן הא קיי"ל בזה"ז דמזונות הוא דבר מצוה כמ"ש בא"ח ס"ס רמ"ח בהגה מ"מ לא נ"ל דע"כ לא קאמרי אלא בבטול מצוה דאם לא ילמדו יתבטלו או שארי מצות המוטלים על הכל אבל הכא פרנסת בניו וב"ב אינה מוטלת על שכיניו כו' אמנם נ"ל לדון לזכות על פי מה שכתב בתשובת רלב"ח סימן צ"ו לפרש הטעם לדעת רמב"ן ורוב הפוסקים דגבי חנות שבחצר אפילו חזקה לא מהני (דלא כהג"א והרע"ב) משום ריבוי הדרך וגבי עושה מלאכתו בחנותו אפי' לכתחלה מותר דלכאורה קול הפטיש ורחים גריע טובא מריבוי דרך וכתב דהטעם מפורש במתניתין דתנן אבל עושה הוא כלים ומוכר בשוק מבואר דכל שא"א לו לעשות בשוק כי על כן הפטיש והרחים יעשה בביתו אינם יכולים למחות אפילו בקול גדול המטריד אותם כי לא מצי למיפסקיה חיותיה משא"כ המכירה יכול לעשות בשוק על כן לא יסבלו אפילו הפסד קטן כו' ולפי זה במוכרי יין וי"ש דלא מצי למכור בשוק שעיקר הפרנסה הוא שבאים אנשים לשבת בבית משתה היין לשתות לפכוחי פחדא כדאשכחן כה"ג בב"מ ס"ו ע"ב ולא שכיחי השתא אינשי סובאי יין בחוצות דמרקדי בי כובי וכיון דא"א למכור בשוק הדר ה"ל האי חנות כמכה בפטיש דלדעת רוב הפוסקים אפילו לכתחלה א"י למחות כו' ושוב כתב דאפשר לחלק בין מוכרי יין למוכרי יי"ש כי בתשובת מהר"ם אלשיך סי' מ"ו אודות שטענו אנשי מבוי שהעוברים ערלים יגנבו מה שבחלונותיהם ופסק דריבוי דרך שמענו ריבוי גנבים לא שמענו דאחזיקו העוברים בלסטיותא לא מחזקינן ע"כ כל היכא דליכא משום ריבוי דרך ליכא נמי משום גנבי כו' וכפי הנראה היינו בסתם ארמאי ההולכים לדרכם אבל בקובעים על היין או משקה יי"ש בבני אדם כאלו שאינם מתיישבים ביינם איכא חששא טובי אפשר מודה מהר"ם אלשיך להשאיל שם אך במוכרי יין שבמדינתינו הוה מיעוט שאינו מצוי שישהה ארמאי יין בבית ישראל אבל יי"ש רוב ומצוי היא קרוב לודאי שיכול למחות כו' עכ"ד עיין שם:

ב **ואין השכנים כו'**. עיין בלבוש שכ' ונ"ל דוקא בני המבוי או בני החצר שדרים יחד במבוי אחת או בחצר אחד ואינו דרים יחד בחדר א' או בבית החורף אחת אבל אותם הדרים בבית חורף אחת כנהוג במדינות אלו מחמת דוחק דירה נ"ל ודאי שכל א' יכול למחות בחבירו אפי' להיות מלמד תינוקות של ישראל תורה באותו בית החורף שהוא דר שם עמו שזה ודאי אין דעת רוב העולם סובלתו ועל דעת זה לא נשתתף עמו בדירה זו אם לא שהתנה מתחלה עכ"ל:

ג **א"י למונעו ולומר לו כו'** עיין בב"י שכתב וז"ל וכתוב במרדכי ומבוי הסתום מג' צדדין רק בצד א' יכנסו לו ודר ראובן אצל צד הסתום ובא שמעון לדור כנגד הצד הפתוח שאין העובד כוכבים יכול לילך אם לא ילך תחלה לפני פתח שמעון נראה דיכול לעכב עליו כדרב הונא. אביאסף. וכ"כ בהגהות מיימון פ"ו מהלכות שכנים. ונראה דאביאסף סבר דלא כר"ה בריה דרב יהושע (דפשיטא ליה דלא כרב הונא) וא"כ לדידן דקיי"ל כר"ה בריה דר"י לא מצי מעכב עליו עכ"ל. ובטור ד' דיהנפורט עם חידושי הגהות מהרל"ח הביא על זה הגהת ד"מ שכתב וז"ל ולעד"נ דגם ר"ה בריה דר"י מודה בהאי דינא דכיון דשמעון יושב בפתח ולא היה שום אדם יכול לעבור לראובן אם לא ילך לפני פתחו של שמעון וכ"כ במרדכי בהדיא שם ומשמע דדוקא מכח זה פסק שם כן דזה מקרי שפיר פסק לחיותיה ולא כשמעמיד החנות בצדו ודוק עכ"ל גם בכנה"ג בהגב"י אות ט"ו עמ"ש הב"י ונראה דאביאסף סובר דלא כר"ה בריה דר"י כו' כתב וז"ל אבל מהר"ם איסרלס ז"ל בתשובה סימן ע' כתב דבברי היזקא כנדון המרדכי כ"ע מודו דהלכה כרב הונא ובספר משאת בנימין סימן כ"ז כתב דהיכא דבא השני לדחות הראשון לגמרי ולבטל אותו ממחייתו כענין החנות והארינד"א שאין רשות אלא לאחד מבני העיר ובא השני והשיג גבול הראשון ודוחה אותו לגמרי כ"ע מודו דמצי מעכב אפי' אבר מבואה דידיה וכ"כ שארית יוסף סימן י"ז ואע"פ שרש"ל (בתשו' סי' ל"ו) לא כתב כן אפשר דהיינו דוקא כשקנה הראשון הארינד"א לזמן קצוב עכ"ל: והמעיין בתשובת מ"ב שם יראה דלא מכח דברי אביאסף הנ"ל כתב כן רק מסברא דנפשיה כתב לחלק בכך וכפי הנראה נידון דמשאת בנימין ברי היזיקא טפי טובא מנידון דאביאסף דהתם אף שיושב זה נגד זה הפתח מ"מ אפשר שילכו הקונים גם להלאה ויקנו מהאחר אבל בנידון דהמ"ב מדחהו לגמרי וקרוב לומר דבנד"ז גם הב"י מודה שיכול לעכב. ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סימן קי"ח ע"ד ה' דיינים שהיה להם פרנסה מאדון אומן א' עושה ומבשל צוקר לי"ט של פסח שהם היו נותנים לו ההכשר ועתה בא רב א' והשתדל בצירוף א' מן הדיינים הנ"ל אצל האדון האומן לדחות את האחר ונשאל מה דינם של אלו. והאריך שם בדין יורד לאומנות חבירו ובדין עני המהפך בחררה ובסוף התשובה הזכיר דברי אביאסף הנ"ל דאעיג דלא קיי"ל כר"ה היינו במבוי מפולש שיכולים הקונים לבא מצד אחר אבל במבוי סתום כו' וכתב דכן משמע מפירש"י [ב"ב כ"א ע"ב] גבי שאני דגים דיהבי סיירא מסיים אבל הכא מי שבא אצלך יקנה כו' משמע היכא שאינם באים כלל ופוסק חיותיה לגמרי כופין. דר"ה מחשב גם זה לפיסוק חיותיה ולית הלכתא כוותיה דלא הוי פיסוק חיותיה אלא חולשת חיותיה דהרי אפשר שיבואו גם אליו לטחון. אבל היכא דבאמת

פוסק חיותיה לגמרי מדבר זה מטחינת רחיים ופשוט אפילו יש לזה עוד אומנות אחרת או אפילו הוא עשיר גדול אנו דנין על חיותו הלז דרחיים הוא נפסק לגמרי מכל וכל (קצת בדומה לזה כתב הוא ז"ל בחלק אה"ע סימן קל"א שהבאתי בפ"ת לאה"ע סי' ע' סק"ב ע"ש) הואיל והמבוי סתום וזה יושב בראש המבוי ברחים או תינוקות המשמיעים קול אשר כל העובר ישמע קול וילך לזה ולא להאחרון נמצא פוסק חיותו לגמרי בזה כופין כו' ונידון שלפנינו לפי הנראה פסקי' להאי חיותיה לגמרי שא"א לומר השכר עצמך במקום אחר כי לא נמצא כזה במקומו והוא אחד ואין שני ונפיק חיותיה מהאי מלתא לגמרי ואפי' יהיה כהפקר מ"מ לענין פוסק חיותא כי האי אין חילוק בין הפקר למו"מ. ולא רציתי לדבר יותר כיון שאינו חפץ שילמדו מדברי לדינא בין הצדדים כו' עכ"ד ע"ש ושם בסימן ס"א עובדא כיוצא בזה אודות נער א' שהחזיק לקנב בשר במקולין קרוב לג' שנים ואירע שנסע לקהלה סמיכה על יו"ט ונתעכב שם וכשראה הערל הממונה על המכס כי בושש לבא פתח חנותו של הנער בחזקה והושיב בו א' מבעלי בתים לא יתנזק מנס המלך ובשוב הנער אל ביתו לא רצה הבע"ב הלז להניח אומנות הקצבים וא"א שיקצבו שניהם במקום הזה כי יפסידו זה על זה ויתנזק מכס המלך והנער טוען כי כבר החזיק באומנות זה והוא יורד עתה לחייו והבע"ב טוען כי אין מקום לנער שיקצוב במקום שיש בע"ב הרוצה בזה ומה שהחזיק אינו כלום כי איזה אנשים מיחו בידו כו' והשיב באריכות והביא שם תשובת חו"י סי' מ"ב באמצע התשובה שכתב יורד לתוך אומנות חבירו קיי"ל דמותר לכתחלה אם לא בבר מתא אחריתי וראיה חזקה מהא דאיתא פ' אלו הן הלוקין בא דוד והעמידן על י"א כו' ומפרש שם כולהו במידי חסידות ובתוכם לא עשה לרעהו רעה שלא ירד לאומנת חבירו מכלל דשרי רק לצנועים ופרושים כו' והא ז"ל תמה עליו דמוכח בהיפך מפרש"י ב"מ (דף ע"א) בד"ה יורד עמו לחייו וגם ממקומו נמי מוכרע שאלו הי"א דחשיב בפ' אלו הן הלוקין שם הם החמורים שבתרי"ג כו' אך נראה שיש חילוק בזה דודאי בר מתא בר מתא דידיה היכי שאינו מדחהו לגמרי אפי' לכתחלה מותר ואין זה נקרא כלל יורד לתוך אומנות חבירו שהרי כ' הפוסקים טעמא דבר מתא אינו מעכב אבר מתא משום שזה עושה בתוך שלו וזה עושה בתוך שלו (אגב שיטפא לא דק בלשונו וכתב שהרי כ' הפוסקים כו' ובאמת זה הטעם איתא בברייתא ב"ב כ"ח ע"ב) וא"כ לא מקרי יורד לאומנת חבירו אך בכעין נ"ד שע"י שיורד לאומנתו מדחהו לגמרי שא"א שיקצבו שניהם זהו יורד לאומנת חבירו ממש ועל זה אמרו שהוא מכלל מה שהעמיד דוד כל התורה עליהם והוא מהחמורות ומזה איירי נמי רש"י בב"מ הנ"ל ומצאתי לי רב בכנה"ג סי' קנ"ו בטור אות י"ב עמ"ש הטור אבל אם הוא מזאת העיר א"י

לעכב עליו כתב וז"ל ודוקא בכגון זה שיכול לומר אתה עושה בתוך שלך ואני עוש' בתוך שלי אבל ברוצה ליכנס לתוך גבולו ולדחותו ממחיצתו שהחזיק בה כמה שנים פשיטא דלא כל כמיניה מורי זקני הרב בתשובה נ"כ עכ"ל ופשיטא דנ"ד גרע מדחייה ממחיצתו שיכול לשכור לו חנות במקום אחר משא"כ בנ"ד שנדחה לגמרי מלקצב בעיר הזאת (קצת צ"ע למה לא הביא מדברי אביאסף הנ"ל כמו בסי' קי"ח הנ"ל וגם על הכנה"ג תימה שתלה הוראה זו בזקינו הרב ז"ל ולא הזכיר שהם דברי א"א ותשובת מ"ב וש"י כמ"ש הוא עצמו בהגב"י אות ט"ו הנ"ל) ופשוט נמי דמ"ש כנה"ג שהחזיק בה כמה שנים לאו דוקא כיון דבר מתא הוא אפי' החזיק בה יום א' מי יכול לדחותו כו'. וכתב עוד אמנם מה שטוען הבע"ב כי אין מקום לנער שיקצוב במקום שיש בעל אשה ובנים הרוצה בזה נ"ל טענה נכונה מאחר שידוע חק המלך דמטיל הכרגא רק על בעל אשה ובנים וכן מעמיסים עליהם מעות צדקה ופרנסת הרב ומשועבדים וכדומה ולא על הנערים כ"א נוטלים מידם מעט כפי שיעור עסקם כפי ראות עיני הגובה א"כ הני נערים כיון שהמלך לא קיבלם לכרגא שלו אע"פ שנולדו פה בעיר מ"מ לענין מו"מ דין בני מתא אחרת להם כו' ואף שלא ראיתי מי שמוחה בידם לסחור ולסבב על פתחי הקונים ולהפסיד על בעלי בתים אולי הוא משום דבלא"ה איכא סוחרי עו"ג וגם בני ישראל ממתא אחריתי ואין בידינו לכופם לכן אין למחות בידם ג"כ כו' אך בנ ד במקולין שאין יכול לעסוק בזה כ"א אחד מאנשי העירב ודאי לא נכון לעשות כזה שהנער יקצוב אם יש בע"ב הרוצה בזה ואע"פ שכבר החזיק בזה לאי מהני ליה מידי חדא שלא החזיק ג' שנים ועוד שלא היה בשופי ועוד דאין מחזיקים בשל רבים כו' עכ"ד והאריך בזה ובענין שאר טענות שהיה ביניהם ויובא קצת לקמן סי' קס"ג ס"א ס"ק א'. ועיין עוד בתשובה הנ"ל סי' ע"ט קונטרוס ארוך בדיני יורד לאומנת חבירו ועני המהפך בחררה והזכיר שם דמהרש"ל בתשובה סי' ל"ו (וכן בתשובת מ"ב סי' כ"ז) חלק דינים אלו לארבעה ראשים והוא ז"ל נתן בהם סימנים. מהפך מונח טרחא פסיק. פי' מהפך הוא דין עני המהפך בחררה דלקמן סי' רל"ז. מונח הוא מציאה והפקר דפליגי בזה רש"י ור"ת אי שייך ביה דין עני המהפך ע' ברמ"א שם. טירחא הוא אם טרח האחד בדבר מה אסור לשני ליקח אותו דבר ואם לקח הוי גזל מדבריהם ואפילו בדבר הפקר כהא דתנן בסוף הניזקין עני המנקף בראש הזית כו'. פסיק הוא דין יורד לאומנת חבירו ופסיק לחיותיה המוזכר כאן ושם האריך בכל פרט ופרט ושוב הביא דברי אביאסף הנ"ל וקבע בהם מסמורות עש"ה. ועיין בתשובת מאמר מרדכי סי' ע"ט בעיר אחת שיש שם ראטהויז השייך לשר העיר ויש בו י"ב חנויות פתוחות לרחוב ששה לצד מזרח וששה לצד צפון וכל החניות האלו שייכים ליהודים ועתה רוצה

זה שיש לו חנות בקצה המזרח לפתוח לו פתח גם לעבר הצפוני והנה זה היושב ראשונה בעבר הצפוני מעכב עליו באומרו שמעיקרא היה ראשון ועכשיו נעשה שני ומגיע לו היזק מזה וגם כל היושבין בעבר ההוא מעכבין מטעם זה. והאריך שם בדברי אביאסף הנ"ל ומסיק דבנדון זה גם אביאסף מודה ורשות בידו לפתוח לו פתח לעבר הצפוני ואין יכולים לעכב בידו ע"ש. ועיין בתשובת בית שמואל אחרון חח"מ סי' ו' בסופו שאלה כיוצא בזה בעיר אחת שהיו בה חנויות ישנים ועשו כמה מאנשי העיר חנויות חדשים אשר מי שצריך לילך מהבתים אל החנויות ישנים צריך לעבור לפני חנויות החדשים ותבעו בעלי חנויות ישנים את בעלי חנויות החדשים שהמה מפסידין להם פרנסתם כי בשעה שעוברין לפני חנויות חדשים יקנו שמה והזכיר שם דרב אחד הורה שהחנויות ישנים יכולין לעכב ותלה עצמו בתשובת רמ"א הנ"ל ורב אחד חלק עליו והוא זכרונו לברכה האריך שהדין עם בעלי חנויות החדשים ואין בעלי חנויות ישנים יכולים לעכב עליהם וכל דלא דאין הכי לאו דיינא הוא והסכים עמי הרב הגאון מוה"ר משה שלמה זלמן ז"ל אב"ד קראקא עיין שם. גם בתשובת בית אפרים חח"מ סי' כ"ו וכ"ז קונטרס ארוך על נידון זה והסכים ג"כ שהדין עם בעלי חנויות החדשים וכתב דכך עמא דבר ומעולם לא שמענו למחות במי שבונה לו בית באיזה מקום בעיר שהוא יותר מוכשר לפרנסת אכסניא אע"פ שהוא בונה אצל שערי העיר או בגובהה של עיר שהכל עוברים דרך עליה ואין מוחה בידם לומר דמפסיק לחיותא אם לא כשאחד בא לגור במקומות שנוהגין חזקת ישוב כו' ע"ש:

ד **יש להם למונעו**. ע' בתשובת נחלת שבעה ח"ב סי' ב' שכ' דהא דבר מתא אבר מתא אחרית' מצי מעכב היינו אם אין לאחד מבני הישוב הנאה ממנו אבל אם אותו בר מתא אחריתא עושה שותפות עם א' מבני הישוב אינם יכולים למחות כו' ואף לפ"מ שנהגו במקצת קהלות שתיקנו שלא יעשה א' מבני הקהלה שותפות עם הנכרי שאינו מבני הישוב היינו כשיש לו למצא שותף בקהלתו אבל אם א' מבני הישוב אין ידו משגת לסחור בלא שותף ואי אפשר להשיג מי שנותן לו עיסקא תוך הקהלה פשיטא שאין זה מנהג ותיקון לעשות תקנה שלא לקבל עיסקא מן הנכרי וע"י כן זה שמבני הקהלה ימות ברעב וא"כ ה"ה (בנדון דשם זה) המשא ומתן של הפרנקי"ן אי אפשר לראובן ושמעון לקבל סרסרות מבני הישוב רק שהפרנקין קונים שוורים פטומים ונותני' להם סרסרות מי ימחה בידם כו' ואף אם לפעמים קונים גם בהמות בינונית הראויים לשחוט שם בהישוב מ"מ גם ראובן ושמעון הם מבני הישוב בו יהא שהם היו קונים הבהמה לשחיטה והרויחו בה ערך מה שירויחו בסרסרות כו' אכן נ"ל בזה הדין עם יושבי הישוב

אם הפרנקין קוני' בהמה הראויה לשחיטה מחוייב הסרסור לשאול את פי בני הישב אם רוצים לקנותה לשחיטה וליתן לו הסרסרות הראוי לו אם הבהמה תוך הישוב אבל אם הבהמה חוץ לישוב גם זה אין הסרסור מחוייב כו' ע"ש עוד:

ה **שיתן מס למושל העיר הזאת.** עיין בתשובת נחלת שבעה ח"ב סימן ג' חילוקים בזה ע"ש היטב:

ו **ת"ח המביא כו' למנוע לכל אדם למכור.** ע' בכנה"ג בהגה"ט אות נ"ה שהביא בשם הרמ"א בתשובה סי' ט' שכתב כיון דאם שניהם ישראלים דינא הכי גם כשהמוכר עובד כוכבים אנו צריכין לגדור גדר שלא יקנה שום יהודי מהעובד כוכבים (שם בתשו' רמ"א בד"ה היסוד השלישי כ' עוד דאפי' אם זה היהודי שהביא סחורה למכור אינו ת"ח מ"מ זכה בדין שלא לקנות אותו סחורה מהעובד כוכבים מצד הא דאית' בתו"כ פ' בהר וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה וגו' נמדה תורה דאם באתה לקנות קנה מיד עמיתך וכן למכירה כו' וזהו אפי' כשהעובד כוכבים מוזיל גביה דאם בשווין ל"צ קרא כו' ע"ש ואיני יודע למה השמיטו הכנה"ג וע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' קל"ד הזכיר שם ג"כ הדרש זה ע"ש) והוא ז"ל כ' דלכאורה קשה על זה מדברי הרמ"ה שהביא הטור והרמ"א כאן בסמוך שכ' ואי איכ' עובדי כוכבים דמזבני דליכ' רווחא לת"ח מותר כל אדם למכור ואם איתא הרי אלו יכולין לתקן שלא יקנו מהעובדי כוכבים אך באמת לק"מ דדינ' דהרמ"ה הוא בסחורה שיכולין לקנותו בין עובד כוכבים בין ישראלים ולכן אין בידנו לתקן כשנא' שלא יקנו ישראלים ממנו דמ"מ יקנו העובדי כוכבים ונמצ' אנו מפסידים לישראלים שאינם מוכרים סחורתם והת"ח לית ליה רווחא אבל בנדון הרמ"א בתשובה שם מיירי גבי ספרים שאינם אלא לישראלים שפיר יכולין נתקן שלא יקנה ישראל מהעובד כוכבים עד שמכר הת"ח עכ"ד וע' בתשו' חתם סופר חח"מ ס"ס ע"ט שכ' ג"כ לחלק בכך (וכפי הנראה לא דברי כנה"ג הנ"ל) אך בדבריו מבואר דדינ' דהרמ"ה דאי איכ' עובדי כוכבים דמזבני כו' מיירי דוקא היכא שעיקר המשא ומתן והריוח הוא מקונים עובדי כוכבים וקוני ישראל הם מיעוט' דמיעוט' והתלמיד חכם שפתח חנותו אדעת' דקוני עובדי כוכבים פתח משום הכי אמרינן כיון דעיקר הריוח הוא מקוני עובדי כוכבים ואדעת' דידהו הביא סחורתו משום רווחא פורת' מקוני ישראל לא נפסיד הפסד רב לסוחרי ישראל כו' ע"ש. ומשמע היכי דכי הדדי נינהו י"ל דצריכין למינקט שוקא לת"ח וגם לגזור שלא יקנו ישראל מהעו"כ דאז יהיה לו רווחא לת"ח במה שקוני ישראל יקנו ממנו ולא משארי ישראלים ואפשר דגם הכנה"ג כוונתו כך וצ"ע:

ז **אדם שיש לו עובד כוכבים מערופיא כו'**. ע' בתשובת חות יאיר סי' מ"ב במעשה שראובן מכר סוסים של שר א' בעד סך עצום ואותו הממון נשאר ביד ראובן מדעת השר שא"ל שיקנה לו בעד אותן הדמים סוסים אחרים מובחרים וזה כמה פעמים חקר ודרש ראובן זה אחר סוסים ולא עלה בידו כהוגן ובתוך כך הלך שמעון עם סוסים אל השר ומכר לו כרצונו והשר נתן לו כתב שיקח המעות מיד ראובן ועתה טוען ראובן שיש לו תביעה על שמעון מדין מטרופיא ושמעון השיב שהשר שלח אליו ופסק שם דשמעון פטר מכל תביעת ראובן הנ"ל ואפילו רשע לא מקרי כדין עני המהפך בחררה חדא דהוי דבר שלא בא לעולם ולא פסיקא שיבא ועוד דאפי' היה לראובן סוסים וכבר נשא ונתן עם השר במכירתם ולא היה מחוסר רק פסיקת דמים ותוך כך בא שמעון ומכר לו לא מקרי רשע כמ"ש בסי' רצ"ז בהגה כו' מ"ש תשובה ארוכה בדיני מערופיא ועני המהפך. ושם האריך לתמוה על רש"ל בתשובה שכ' שדעת הדנין דין מערופי' ר"ל אף להוצי' בדיינים שזה אינו רק ר"ל שאם בא א' לקולא על חבירו שלקח אוסרין אותו על חבירו בעונש ובקנס בתוקף גזרת ב"ד כו' ולפ"ז מ"ש הרמ"א בסמוך מיהו אם עבר ועשה אין מוציאין מידו אכל מ"ש לפניו קאי כו' וע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' ס"א כ' שם בקצרה דמ"ש בתשו' חו"י סימן מ"ב לסתור דברי מהרש"ל בתשו' סי' ל"ו ראיתיו נכונים ודבריו ישרים. אך מ"ש החו"י שם באמצע התשו' וממוצא דבר יצא לנו יורד לתוך אומנות חבירו קיי"ל דמותר לכתחלה אם לא בבר מתא אחריתי כו' האריך שם להשיג עליו בזה כמו שהבאתי בשמו לעיל ס"ק ג'. עוד כ' שם במ"ש הרמ"א כאן ואפי' ישראל כו' ורגיל בכך כו' אף דביו"ד סי' רכ"ו מבואר דרגיל הוי בב' פעמים וכן נ"ל גבי עירובי חבשילין בא"ח סי' תקנ"ד (ועמ"ש בפ"ח לא"ה סימן קט"ו) מ"מ בדין מערופיא רגיל הנאמר בו אינו כן אם לא שזה יניקתו ומחייתו תדיר שזה ביאר שם מערופיא לשון יערפו טל ויערוף כמטר ע"ש עוד בסי' מ"ג ומ"ה מענין זה. וע"ש עוד בסי' קס"ג אודות חבורה של מוכרי כסות בראותם שנתרבה ביניהם השגת גבול בענין המכירה והיה תמיד דו"ד ומריבות רצו להסכים יחד להתיר ביניהם השגת גבול ולמחול זל"ז הפסד ממון שגרם לו חבירו ושאלו אם בכחם לעשות זה ואם יצאו ידי שמים בכך והאריך שם דחלילה לעשות כן הן מצד המוסר זו קשה מן הראשונה דבלי ספק ע"י שיעשה להם היתר תגדל המריבה וחילול השם ואם יעשה לזמן בלי ספק יעבור זמן המוגבל וישאר ההרגל בלי תרופה גם פן ילמדו מהם במקומות אחרים ויהיו חוטאים ומחטיאים וגם מצד הדין אין זה מספיק כלל וכן כל המוחלים זה לזה לעשות מעשה שאסרה תורה כגון גניבה ואונאה והשגת גבול מלבד דלא ינקה מדין שמים מצד שהוא נגד ישוב העולם גם בדיני אדם אינו מועיל

כלל ואף אם כל א' מבני החבורה יקבלו קנין על זה אין הקנין חל כלל חדא דהוי דבר שאין לו קצבה ואומדנ' כלל (עמ"ש בסי' ר"ט ס"ב סק"ב ובסי' רכ"ז סעיף ז' סק"ב) ועוד דהוי דבר שלב"ל ע"ש באריכות:

ח **והאחד רוצה להוזיל כו' אין חבירו יכול למחות בו.** עיין בתשו אא"ז פמ"א ח"א סי' ע"ח אודות מחזיקי ארענדי"ש שהחזיקו שני כפרים בתחום אחד כל א' משר אחד ורוצה אחר למכור משקה י"ש ושכר בזול יותר ממה שנקבע השער במדינה והשני מוחה בידו באמרו כי הוא גורם לו היזק שעי"ז מרגיל לבא אצלו אנשי הכפר שלו לשתות שם. והשיב דנראה דאפי' בעיר ובשכונת ישראל שהלוקחים נהנים אפ"ה יכולים שאר מוכרי שכר וי"ש לעכב על זה וראיה דאמרי' פ' הזהב ולא יפחות השער וחכ"א זכור לטוב מ"ט דרבנן משום דקא מרווח לתרע' ופרש"י דאוצרי פירות יראו שהוזלו וימכרו בזול ומדפריך מ"ט דרבנן והלא הטעם הוא פשוט בשביל שמהנה הלוקחים ישראל ולכך נקטי לשון ברכה זכור לטוב אלא ע"כ דלא משגחינן בטובת הלוקחים כיון דאיכ' פסיד' למוכרים וכבר יצא השער והוא חק המדינה להתנות על השערים והוי כדינ' דמלכות' ולכך הוצרכו ליתן טעם שע"י זה ישתנה השער וא"כ זה דוקא במכירת פירות ותבואה כשיראו אוצרי פירות שהוזלו יביאו כל פירותיהם למכור וישתנה השער אבל במכירת השכר מ"מ ע"י זה לא ימכרו בזול התבואה כו' ופשיט' בנ"ד שהלוקחים הם עו"כ דודאי יכול לעכב ואף שבהלואת הרבית לעו"כ כתב הרמ"א בסימן קנ"ו דאם אחד רוצה להוזיל אין חבירו יכול למחות שאני רבית דאין שער ידוע לרבית ורשאי כל אחד לוותר קצת כדי שירגיל העו"כ אצלו דומי' דרשאי החנוני לחלק קליות ואגוזים כו' ובפרט במכירת שכר וי"ש שהוא מחק המלכות ואין התבואה נמכרת בזול מחמת שהוא מוכר בזול השכר נראה ברור דשארי המוכרים יכולים למחות בידו כו' אכן נראה באם שהוא עושה שכר טוב יותר מחבירו שדרך העולם לוקח מן מדה תבואה ג' מדות שכר והוא לוקח שני מדות וחצי וע"י זה מרגיל אצלו נראה דשפיר דמי ודמיא להההיא מתני' דאמר ליה אנא מפליגנ' אמגיזי כו' עכ"ד ע"ש. ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סי' קע"ה שאלה כיוצא בזה (ומבואר מדבריו שהוא ז"ל מחמיר יותר דאפי' בלא זלזול אינו רשאי למכור לבני כפר אחר) נידון ישראל ששכר אורענד' מהשר וציוה השר והטיל על כל יושבי תחתיו שלא לקנות משקים כ"א מהשוכר שלו כי ע"ד כן שכר ארעדנא מהשר ויש יהודי אחר ששכר ג"כ אורענדא משר אחר והכפריים באים אליו וקונים ממנו בחשאי ומפסיד ליהודי ששכר אורעדנא הנ"ל אלא שהשני לא הסית הכפרים רק ממילא באים אליו אי עביד איסורא או לא. והשיב הנה אי מחלק להו להקונים קליות ואגוזים או מוזיל להו להמשיך הכפריים

הקונים אצלו אין ספק דאיסור' עביד ובהא לא פליגי ר' יהודה ורבנן במתני' ב"מ ס' ע"א אמנם אי ליכא כל אלה נראה לכאורה מטעם מערופיא ליכא כיון שלא השכים לפתחם אלא הם משכימים לפתחו לקנות ממנו אינו מחוייב לדחותם דלא מקרי נכנס למערופיא של חבירו כמ"ש סמ"ע סימן שפ"ו סק"י אע"ג דהתם בעובדא דיליה ליכא הפסד קרן לישראל הראשין כ"א מניעת ריוח והכא שזה קנה האורענדא מהשר ופורע מס על זה נמצא מפסיד לו קרנו מ"מ אין זה בכלל מערופיא של חבירו כו' אבל מטעם אחר נראה למחות דהרי דינא דמלכות' דינא והשר גזר על הדרים תחת ממשלתו והוא בכלל מס שלו שלא יהיה רשאים לקנות שום משקה כ"א מזה ששכר האורענדא ממנו והעובר על זה גונב את השוכר שעומד במקום השר כו' ואם כן זה המוכר להכפרי שתחת השר השני ה"ל כמושיט אמה"ח לב"נ היכא דלא קיימי בתרי עברי נהרא ויש למחות בידו ככל חולק עם גנב והשומע יתברך עכ"ד ע"ש וע' עוד בתשובת בית אפרים חח"מ סימן כ"ז דף מ"ג ע"א וגם בס' משנת דר' אליעזר מ"ש בענין זה:

ט **מלמכור על יד על יד.** ע' בכה"ג בהגה"ט אות כ"ה שכ' הא דיכולין לעכב דוקא למכור אבל לקנות א"י למנעם הרשד"ם חי"ד סימן קכ"ב ובחלק ח"מ סי' שס"ג. ומשפט צדק ח"ב סי' ע"ח מפקפק בזה. ומשפטי שמואל סי' מ"ט חולק. ואפשר דאם מתרבה המס בשביל האורחים הבאים לקנות יודה הרשד"ם שיכולין לעכב על ידם כו'. וכ' עוד בחות כ"ח יש מי שסובר דהא דאם מוכרין בבת אחת אינן יכולין לעכב היינו דוקא כשבני העיר מוכרין שלא בבת אחת אבל אם גם בני העיר מוכרין בב"א יכולין לעכב אבל מהר"ם מטאלון ומשפטי שמואל סי' מ"ט כתבו דלא שנא ע"ש:

י **והוא שימכרו בשוק.** ע' באר הגולה אות ב' שכ' דבגמ' משמע וימכור דוקא להנקבצים שמה אבל לא לבני אותו מקום וכ"נ מדברי הרי"ף והרא"ש והתוס' שם וכ"כ הב"ח בשם הגמ"י ושהכי נקטינן עכ"ל אכן בסמ"ע סק"כ לא כתב כן אלא דאפי' למכור לבני העיר הותר בשוק ודוקא בהלואה הוא דאסרו להלוות אפי' על השוק לבני העיר כו' והעתיקו ג"כ בנה"מ ע"ש ואפשר לומר דגם הב"ח לא קאמר אלא לפי מה שפי' הוא ז"ל מקודם דיום השוק היינו סתם שוק שהוא יום א' בשבוע (ע' לעיל סי' קמ"ג בסמ"ע סק"ג) אבל בשוק גדול דהיינו בירידים דרובא דרובא גם מעלמא גם הב"ח מודה דמותר למכור אפילו לבני אותו מקום ומכ"ש דמותר למכור בסתמא וא"נ לחקור על זה אם הוא מבני אותו עיר או לא וע' בב"י ובפרישה מזה. ועיין בתשובת בית אפרים חת"מ ס"ס כ"ז כתב דבר ידוע ומפורסם שהמוכרים הבאים ממקומות אחרים על היריד הם בוררים להם מקום מוכשר בגובהה של עיר מקום הראוי לגאול ביפה ואין מקפידין עליהם כיון שהוא יום

השוק מעלמא אתו ולעלמא קא מזבני ואף שיש בתוכם מבני העיר ג"כ בתר רובא אזלינן דמעלמא אתו כו' ע"ש:

יא **אבל אם נותנין יותר בזול.** עי' בב"י מבואר שדעת הר"י הלוי דאפי' מוזלי פורתא לא מצי מעכבי ודלא כהנ"י שכ' שדעת הרב דוקא בזול גדול כו' ע"ש וכ"כ בתשובת נ"ש ח"ב סי' ב' עש"ה:

יב **יותר טובה.** עבה"ט עד והעלהו בצ"ע וע' בתשו' נ"ש ח"ב ס"ס ג' שכ' לדינא פשוט דאין יכולין למחות דלא עדיף מאילו היה אבעיא בגמ' ועלתה בתיקו דקיי"ל דכל תיקו דממונא חומרא לתובע וקולא לנתבע ולא מצי מעכב כו' ע"ש עוד:

יג **אבל בשביל עובדי כוכבים הנהנים לא.** עיין בתשובת חוט השני סי' ס"א שכ' דאפי' אם העובדי כוכבים פותחים מעצמם ומבקשים לבר מתא אחריתא שיביא סחורות לביתם לא מהני ואסור לו להביא אצלם ויש להזהירו שלא לעשות כן ואם לא ישמע רמינן גודא רבה ושדינן ביה וכל טצדקי דאפשר למיעבד להרחיקו מעל לגבול בכל הנגישות עברינן ליה. וע"ש עוד בענין היכא דבר מתא אחריתא אמר שמכאן ואילך לא יעסוק עוד בעירם והקהל אמרו קדרה דבו שותפי הוא מי ממנו ישום אורב עליך אלא תקבל בחרס ואז נהיה בטוחים שלא תמעול בחרם ועלה על דעת הרב השואל שהדין עם הקהל והיא ז"ל כתב שזה אינו רק הדין עם הנתבע משום דקיי"ל כר' יוסי דבכל מקום שאין ההיזק בשעת מעשה על הניזק להרחיק עצמו כ"ש במקום שאין רואין עדיין מעשה שיבא ממנו היזק אלא מדאגה מדבר אולי יזיקנו באיזה זמן אומרים לזה הירא ודואג שמור עצמך שלא יזיקך ואם תרא' שיבא להזיקך קפח את שוקיו אבל לא מחייבינן לחבירו שיעשהו בטחון על זה והאריך בזה ע"ש:

יד **וכפי מעט עסקן שנו"נ ישאו בעול.** עיין בתשיבת חות יאיר סי' ק"פ אודות קהלה אחת שתבעו מסים לי"ב בע"ב בני הכפרים שדרו בעירם כמה שנים מפני תרועת מלחמה ונו"נ שם ולקחו דיינים בזבל"א וזבל"א ועשו פשר ביניהם שיתנו יחד מאתים זהו' ויפטרו עד היום ואח"כ נתאספו יחד י"ב בני הכפרים הנ"ל ועשו ביניהם ערכות ג"כ ע"פ הדיינים הנ"ל מה יתן כל א' מהם כי קצתם הרויחו מאד ועלו וקצתם ירדו ונעשו עניים ובקשו בני הקהלה לגבות עכ"פ סך הנ"ל מהם ולכפות ולנגוש קצתן גם בשביל חביריהם העניים עד שיבא לידם סך הנ"ל וכ' דנראה דע"פ הדין א"א להם לעשות זה דלא דמיין לבני הקהלה דחייבים להקהל אחר דקיי"ל דבני הקהלה ה"ל כשותפין שלוו לצורך שותפות וה"ל דין ערבים לכל דבר כו' משא"כ אלה הצאן אשר מפני הצר נאספו אל אחד מן העיירות מה עשו בחברותא דנימא שנעשו שותפים וערבים בעד רעיהם שאין להם וכ"ש

לעשותם קבלנים שנתפס קצתם על קצתם ואם נתחברו יחד במשפט הנ"ל אינו רק מפני שמשפט א' לכולם ולכן גם הפשר עלה בדרך כלל מה יתנו יחד אבל לא לעשותם ערבים או קבלנים כו' ונ"ל עוד דאפילו דייני דמעיקרא דזבל"א וזבל"א שעשו פשר ביניהם אע"פ שיש בכחם לעשות חיזוקים לאשר ולקיים הפשר מ"מ זה אין בכחם מבלעדי דעתם ורצונם בפירוש שיהיו ערבים וכ"ש קבלנים כי לא היה הקנין רק ליתן כל א' מה שחייב בעדו כפי שיאמרו לא לפרוע בעד חבירו עכ"ד:

טו **אלא אומרים להם תנו כך וכך וכו'**. עיין בס' עטרת צבי ובס' מאמר קדישין ס"ק כ"ח שכ' וז"ל אודות המנהג במדינת וואלין לעשות גאבי"ל"ה על האורחים הבאים למכור או לסחור ולפי תשובת הרשב"א משמע דינהגו כפי מנהג אבותם אבל מכל האחרונים ומכמה שו"ת משמע שאיסור גדול בזה ואפילו המתקנים הגאבילה לחברת ת"ת או לשאר צדקה כ' מהרש"ך דאין זה צדקה אלא צעקה ובפרט שעלה במוסכם המדינה מחדש שלא ליקח הגאבילה וע' בחקי משפט שהביא בשם כה"ג שמאררין ומקללין ע"ז ולהשומע יונעם עכ"ל ובאמת בכנה"ג בהגב"י אות מ"א מבואר דלא פסיקא ליה מלתא בזה רק שהביא שם מחלוקת אחרונים בזה וכמה תשובות מתירין לתקן גאבילה ובסוף כתב וז"ל וזה. י"ג שנה נועצי לב יחדיו אנשי תירא לעשות גאבילה בעד האורחים להיותם עמוסי התלאות ממסים וארנוניות והם מתי מספר ומחמת האורחים נמשך נזק לתושבי העיר שהבאים לגבות מנת המלך חושבים שכולם הם אזרחי הארץ ובעבור זה מתרבה המס ולכן הסכימו כל אנשי תירא לתקן הגאבילה בכח חרם ושיתן דמי הגביה לחברת ת"ת והחכמים שבאזמיר חשבו לבטל עצתם ולא עלה בידם ואז יצאתי לעזרת ק"ק תירא והסכימו גם רבני קושט' להעמיד הגאבילה מכמה טעמים כו' עכ"ל ע"ש. ופשוט דבמקום שיש דינא דמלכות' על ככה אין שום ספק בדבר. ועיין בתשובת דברי ריבות סי' ת"א בראובן תושב קושטאנטינא ושמעון תושב סאלוניקי עשו שותפות יחד בכל הסחורות רווחים והפסדות לחצאין ובא המוכס סאלוניקי ותבע מכס מן חלק ראובן תושב קושטאנטינא והשיב שמעון אני קבלתי אחריות הסחורה משעת לקיחה עד שיצאו חוץ למדינה הרי הסחורות שלי ואני פטור כיון שאני תושב העיר ופסק כיון שהסחורה היא של תושב קושטאנטינא לא יצא מרשותו אע"ג דתושב סאלוניקי קבל עליו אחריות ולכן חייב לשלם המכס מחלקו ע"ש וע' בתשובת צ"צ סימן ל"א אודות ראובן תושב דרעזניץ שקנה עורות מן שמעון תושב גידונג ופרע כל דמיהן וקנה אותן כדין בהגבהה והתנה בשעת המקח ששמעון המוכר מחוייב להעמיד העורות על הוצאתו ועל אחריותו לדרעזניץ ובא היהודי המחזיק את המכס בגידונג ותובע מכס מהעורות ושמעון

המוכר אומר כיון שהוא חייב להעמידן על הוצאתו ואחריותו ולא יצאו עדיין מרשותו והרי הם כשלו ופטור מליתן מכס מדינא דמלכות' כיון שהוא תושב העיר והביא שם תשובת דברי ריבות הנ"ל וכ' דראיותיו שם מהרמב"ם פ"ז ממכירה אינן מוכרחין כ"כ מ"מ הדין דין אמת כיון שעיקר המעות הוא של תושב עיר אחרת ולא יצא מרשותו אע"פ שתושב עיר הזאת קבל אחריות עליו ולכן לא מבעיא בנידון דברי ריבות הנ"ל שגוף הממון הוא של תושב קושטאנטינא מעולם ואין זה עליו אלא נפקד רק שקבל אחריות עליו ודאי דלא מקרי שלו אלא אפילו כמו בנ"ד שהעורות היו מעולם של שמעון תושב גידניג אלא שעכשיו קנה ממנו ראובן תושב דרעזניץ ואחריות כשאר על המוכר נמי לא מקרי של המוכר להפטר מן המכס אפילו אם המוכר לא קבל עדיין המעות מהלוקח רק שקנה כדין בהגבהה או במשיכה. אולם אם הלוקח לא עשה לא הגבהה ולא משיכה אלא שעשה מקח עם המוכר על העורות ונתחייבו בקנס ועשו בטחונות המועילים כדי לקיים המקח ואחריות נשאר על המוכר לא מקרי של הלוקח אלא של המוכר כיון שלא נקנה המקח ללוקח מן הדין שהרי לא משך ולא הגביה ומה שצריכים לקיים המקח אינן אלא מצד הקנס והבטחון לא יצאו העורות מרשות המוכר ופטור מליתן מכס כיון שהוא תושב העיר עכ"ד ע"ש ומשמע דוקא שקנה בהגבהה או משיכה וה"ה בק"ס אבל ע"י כסף אף שחייב לקבל מי שפרע לא הוי רק כמו חיוב קנס ועמ"ש בפ"ח לאה"ע סי' כ"ח סק"א.

טז **דיוכל אדם לדור בכ"מ שירצה**. עיין בתשובת חמדת שלמה חא"ח סי' ז' שכ' על נדון דידיה וז"ל רק שאני מסתפק בדברים המיוחדים לאותו עיר כמו בהכ"נ ומרחץ ובה"ק נראה דמצד הדין יכולים לעכב עליו ואפילו שייך בכרגא דהכא וצ"ע על הטור והרא"ש שכתבו בסתם דמצד הדין יכול לדור בכ"מ שירצה ולא הזכירו מזה כלום וגם באחרונים לא העירו בזה וצ"ע עכ"ל:

יז **ולכ"ע אם בני העיר יכולים לסגור הדלת כו'**. ע' בב"י בבדק הבית שחולק על זה וכ' דבריו תמוהים בעיני כו' עד דמלאכת שמים היא ואין משוא פנים בדבר ע"ש גם בתשו' מבי"ט ח"ג סי' ל"א האריך לתמוה על מהרי"ק בזה ע"ש וע' בב"ח שכ' ולפע"ד נראה דהכל לפי המלכות ומנהג המדינה כו' ותשובת מהרי"ק איננה צודקת אלא במלכות שהיה יושב שם ולאותן הימים כו' ע"ש וע' כנה"ג בהגב"י אות מ"ה ומ"ז מענין זה. ועיין בס' יד שאול מהגאון אב"ד דק"ק לבוב ביו"ד ס"ס רמ"ה דמעשה היה בעיר גדולה שבאו מלמדים מקומות אחרים ורצו המלמדים שבעיר לגרשם ע"י המושל ונתלו מדברי רמ"א אלו בשם מהרי"ק שבני העיר יכולים לסגור הדלת ולגרום עם המושלים שימחו בבאים

לגור כו' והוא נ"י השיב להם שזה טעות מלבד דהב"י בבד"ה חלק על מהרי"ק ודחה דבריו ורמ"א לא ראה דברי ב"ה אף גם אי נימא כמהרי"ק המעיין במהרי"ק יראה שהוא אינו מדבר רק מחזקת ישוב שרוצים אחרים לבא לדור שם ומתרבה הישוב וצריכין לפרוע מס בשבילם בזה יכולין למחות אבל כאן אינם קובעין דירתם ובגפם יבואו ובגפם יצאו ולא נתרבה המס בשבילם ולבד הרי זה בת"ח ובמלמדים לא שייך כל זאת כמבואר לעיל ס"ו בהגה וביו"ד ס"ס רמ"ה ומה שאמרו דקנאת סופרים תרבה חכמה לא שייך אלא במקרי דרדקי ולא במלמדים משנה וגמ' זה הבל כו' ולבד זה בעיר גדולה שהילדים רבים ת"ל וצריכים להרבה מלמדים וגם מלמדים ממקומות אחרים אין להם שום טירדא ויושבים ולומדים וגם די להם בשכר מועט. ומה שאמרו שהגאון החסיד מוהר"א ז"ל אב"ד דק"ק אמשטרדם בהיותו בק"ק בראד הורה לגרש המלמדים אחרים אני אומר שאסור לאומרו וחלילה להגאון שיעשה כן וכל הרוצה ליחנק תולה באילן גדול עכ"ל. ועיין בתשובת חמדת שלמה סימן ה' בענין מי שרוצה לישא אשה במקום שאין לו חזקת ישוב ולדור במקום ההוא בשביל אשתו שיש לה חזקת ישוב אם בני העיר יכולין לעכב על ידו וכתב דהמנהג דלא למחות במי שנושא אשה במקום שאין לו חזקת ישוב והאריך בטעם הדבר והעלה דא"י למחות בו לא ע"י ב"ד ואף לא לסגור הדלת ע"י מונעים אחרים ומצדד שם לענין הבנים שיולדו להם די"ל שיהיה להם ג"כ חזקת ישוב אף שהמה נולדו מבר מתא אחרת ואפשר דאף לאחר מיתת האשה אין יכולין למנוע ממנו חזקת ישוב כיון שכבר התחיל לדור פה מכוחה כו' ובסוף התשובה כתב דאם יש בזה דינא דמלכותא פשיט' שיכולים למונעו אפילו ע"פ ב"ד דבכ"מ דאמרי' דינא דמלכות' דינא היינו אפילו ע"פ ב"ד כו' אך אם יפסקו הב"ד צריכין לעיין היטב לידע אופן תיקון המלכות ולפי הנראה אין הדבר ניתן למנהיגי קהלה רק לרוב דיעות ודכירנא שכן היה כמה פעמים בפוזנן בכעין זה ע"פ רוב דיעות ואופן הרוב ע"פ חוקי המדינה צריך דקדוק גדול וה' עמכם בדבר המשפט עכ"ד ע"ש:

יח **בחזקת ישוב כמו בחזקת קרקע.** ע' בכנה"ג בהגב"י אות ס"ה שכ' בשם מהרי"ק דבחזקת ישוב לא אמרינן (היכא דיש ספק) אוקי בחזקת מרא קמא אלא מי שהוא עומד בתוכה הוא המוחזק ע"ש ועיין בתשובת חמדת שלמה חא"ח סימן ז' שכ' דכן נראה מוכח מכל הפוסקים (לעיל ס"ה) גבי אבעיא דבר מבואה אבר מבואה אחרינ' דעלתה בתיקו ופסקו דלא מצי מעכב מוכח דלענין זה ל"ש לומר חזקת מרא קמא כיון דאינו נוטל משלו כלום ע"ש עוד מה שפסק בענין הש"ץ שרוצים להעבירו מהשירות באמרם

שלא קיבלו אותו לעולם וגם רוצים לדחות מחזקת ישוב עש"ה. ועמ"ש לקמן סימן רי"ב ס"א סק"ב:

סימן קנז

תקרה ומעזיבה. עיין בתשובת בית אפרים חח"מ סי' ל"ז בענין אי מהני תקרה ומעזיבה גם כן ביש בו דין חלוקה ע"ש:

סימן קנח

א **כפי מה שגרם לו.** עבה"ט וע' בתשובת נו"ב תניינא סי' כ"ד שנשאל. ראובן חיבר פירוש על סדר נזיקין וקדשים והלך אל שמעון המדפיס ונתפשר עמו בסך ידוע בעד כל דף שידפיס לו אלו השני סדרים עם פרש"י ותוספות ופי' של המחבר הנ"ל למטה והנה דרך המדפיסים אחר גומרם כל דף ודף סותרים סידור האותיות לסדר מהם דף אחר וזה המדפיס יש לו הרבה אותיות לכן לא קלקל הסידור והניחו כמו שהוא רק הסיר מלמטה את הפירוש החדש והדפיס לעצמו שני סדרים הנ"ל עם פרש"י ותוס' וטען ראובן המחבר הנ"ל יען שתשלומי שכירות מסדרי אותיות הוא היה משלם ועתה למה יהנה שמעון מסידור אותיות חנם ויחזיר לו חלקו מסידור האותיות כדין כל הנהנה ממלאכת חבירו כדין מעין המשקה שדות והמקיף את חבירו משלש רוחותיו ושמעון טוען מאחר שהאותיות הם שלו יכול להשתמש בהם כרצונו ואין כח ביד ראובן לקלקל הסידור הדין עם מי. והשיב כפי הנראה מלשון השואל ששמעון נתפשר עם ראובן בקיבולת בסך ידוע כל דף ועל שמעון מוטל שוב לשלם להמסדרים ולהמדפיסים ובעד הנייר הכל משלו א"כ אין לראובן שום טענה על שמעון דכיון ששמעון נותן אותיות אחרים להדפיס הצורך לראובן ואינו מעכב מלאכתו בזה בטלו טענות ראובן ויכול שמעון לומר מתחלה אדעתא דהכי נתפשרתי לפי שידעתי שאוכל להיות נהנה גם אני מהסידור והלא שמעון הוא המשלם להמסדרים ולא ראובן ואמנם אם היה המעשה שחישבו מתחלה בעת השכירות כך וכך אני נותן להמסדרים וכך וכך בעד פרעסין ציער וכך וכך בעד נייר והמותר בעד נתינת האותיות ודיו ואז ראובן הוא המשלם להמסדרים ולא שמעון ושמעון רוצה ליהנות מהסידור אז שייך טענות הצדדים הנ"ל. ואומר אני מה שדימה ראובן זה לדין מעין המשקה שדות אינו דומה כי דין מעין המשקה הוח בח"מ סי' ק"ע ס"א ושם מיירי שכולם באים וצריכים להשקות ולא מיירי שם שכבר חפר העליון כו' (עמ"ש בזה בסי' ק"ע שם) וגם מה שרצה ראובן לחייב את שמעון מטעם מקיף את חבירו ג"כ לא

דמי דהרי בפירוש אמרו בב"ק כ' ע"ב דהטעם משום דגרם לו היקיפא יתירא אבל כאן לא גרם לו הוצאה יתירא דתשלומין להמסדרים לא איכפת להו אם יודפס בסידור זה מעט או הרבה כי' ואף דלכאורה י"ל כיון ששמעון צריך להוציא עוד הוצאות להדפיס לשלם לפרעסין ציער וכיוצא א"כ גלי דעתיה דניחא ליה להוציא הוצאות לצורך הדפסה ומגלגלין עליו גם הוצאות הסידור ודבר זה יש ללמוד מדברי התוס' שם בד"ה טעמא דניקף כו' אומר אני שהתוס' כתבו שם לפי שיש שם גם טעם דגרם לו היקף יותר כו' ולא מבעיא לדעת הש"ך בסי' קנ"ח סק"ד שהסכים לפירוש הב"ח וא"כ אפילו גילה דעתו א"צ ליתן יותר ממה שגרם לו הוצאה יתירה אבל במה שלא גרם לו אפילו נהנה ממנו א"צ ליתן וע"ש בב"ח ואפילו לדעת הסמ"ע שם ס"ק י"ט דצריך הפנימי ליתן לפי ערך חלקו מ"מ שאני התם כיון שגרם לו הוצאה קצת יתירה מהני הגילוי דעת לחייבו הכל לפי החשבון אבל היכא שלא גרם לו כלל הוצאה יתירה ודאי לא מהני הגילוי דעת על המקצת לחייבו הכל. ואמנם אחר הישוב נראה שחייב שמעון לשלם חלקו שהרי גם בדר בחצר חבירו אפילו לא קיימא לאגרא אם חסרו אפילו דבר מועט מגלגלין עליו כל השכר כפי שנהנה כמבואר בש"ע סימן שס"ג ס"ז בשם יש אומרים והרי גם כאן מחסרו הרבה שאם לא היה שמעון מדפיס סדרים הללו היו שכיחי וקפצי זביני על ספריו של ראובן כו' ולא מבעיא לדעת הי"א הנ"ל שהם דעת רוב הפוסקים אלא אפילו לדעת הרמ"ה שהביא נ"י שם בפרק כיצד הרגל שאינו חייב לשלם כל מה שנהנה אלא מה שהפסידו אשר לדעתי גם דעת הרמב"ם כן מ"מ בנ"ד ההפסד אינו דבר מועט ואי אפשר לומר בזה שאינו חייב רק מה שהפסידו כי ההפסד לדעתי הוא יתר על הוצאה לכן חייב שמעון לשלם כל מה שנהנהו מסידור האותיות לפי חלקו לפי מספר שמדפיס עכ"ד ע"ש:

ב **שומעין לו.** ע' בתשובת רשמי שאלה ס"ס מ"ט שכ' שאינו יכול להחרים עליו שאינו מאמינו על הוצאתו ע"ש ועמ"ש לעיל סי' ע"ה סט"ז ס"ק ע"ז:

סימן קסב

א **בני מבוי כופין זא"ז.** עיין בספר מרכבת המשנה פ"ה מה' עירובין הלכה ח' ובתשובת נו"ב תניינא חח"מ סימן ט"ל:

ב **מיהו מבואות קטנים כו' רשאין בני המבוי כו'** ע' בתשובת פני יהושע ח"ב ס"ס צ"ד שכתב דפשוט כוונת הרא"ש והטור דבני ר"ה אין יכולין לעכב מלהעמיד דלתות באותן המבואות דהא דמעכבי במבוי הסמוך להם משום דזמנין דדחקי כו' אבל לאותן מבואות דאפי' כי דחקי לא עיילי להתם אין יכולין לעכב אבל בני מבוי עצמן פשיטא דמעכבי

אלא אי בני מבוי לא מעכבי ובני ר"ה מעכבי לא מצו לעכב וזהו דפתח בלשון רבים מיהו מבואות הקטנים כו' וסיים בלשון יחיד רשאין בני המבוי כו' והאי דרשאין בני המבוי דקאמר ר"ל בני המבוי עצמן המפולש לר"ה שהם רוצים להעמיד דלתות. באותן המבואות לשום צורך וקאמר הרא"ש נהי דבני המבוי אין רשאין להעמיד במבוי שלהם מטעם דדחקי אבל באותן המבואות רשאים בני המבוי להעמיד אבל אם הם מעכבין לא גרע מסמטא וזהו אמת ויציב בלי ספק עכ"ד ע"ש:

ג **אבל אם נתן להם המלך רשות כו'**. כיוצא בזה כתב הרמ"א לקמן סי' תי"ז ס"א בהגה לענין זיזין וחלל תחת ר"ה ע"ש ונראה לכאור' דהכא אין היתר אא"כ כבר נתן רשות אבל לכתחלה אסו' לבקש מהמלך שיתן רשות להעמיד דלתות והוא בכלל מה שאמרו מצר כו' אסור לקלקל והיינו באיזה אופן שיהיה עכ"פ מקלקל הוא ואסור משא"כ בסי' תי"ז י"ל דאף לכתחלה רשאי לבקש על ככה וצ"ע ועמ"ש סי' תי"ז שם סק"א:

ד **וי"א דאין טענת** עבה"ט שכתב הט"ז השיג על הרמ"א כו' וע' בתשובת בית אפרים חח"מ סי' נ"ג שכ' ליישב קצת דהגה זו מקומה בסוף דברי המחבר במ"ש אבל אם פתח הפתח כו' ע"ש:

ה **להוסיף ספסלים בבה"נ כו'**. ע' בתשובת משאת בנימין סי' ד' באחד שהיה לו מקום בבהכ"נ אצל אה"ק מצד צפון ואחר שישב עליו יותר משני חזקה שבק חל"ח והניח המקום לבניו ורצו הקהל להעמיד מנור' סמוך למקומו באמרם שכן דרך בכל בתי כנסיות להעמיד מנורה בשני צדי אה"ק ומה שלא העמידו עד הנה מפני שהיו בני הקהלה מעטים. והיורשים מוחים שאין להקהל לעשות להם צר ודוחק במקומן כמ"ש הרי"ש והרמ"א כו' והאריך שם לתמוה על עיקר דברי הריב"ש הנ"ל דיליף דין בהכ"נ מדין מבוי ובאמת יש לחלק בכמה גווני ומסיק וכ' וז"ל יצא לנו מכל הני שקלי וטרי שאפילו בתשמישי הדיוט אם אינו עשוי לתשמיש גמור אין היחיד יכול לטעון טענת ריבוי הדרך או טענת דוחק וצר ואפילו בשביל של כרמים דאיכא קצת תשמיש כיון דאינו תשמיש גמור וכ"ש במקום שאינו תשמיש כלל וק"ו בבה"כ דתשמיש קדושה ועבודת הש"י הם וריבוי דרך וצר ודוחקא לאו גריעותא הוא אלא מעליותא כדפרישית לעיל (משום דאמרינן אגרא דכל הדוחקא ושכר פסיעות נמי איכא כו') שאין ליחיד שום טענה על ריבוי הדרך וצר ודוחק ופשוט הוא כשמש בצהרים אלא שאין רצוני להכניס ראשי בין הרים גדולים אם לא שיסכימו חכמי הדור. וכ"ז בנדון של הריב"ש ז"ל אמנם בנ"ד איכא לברר יפה בראיות גמורות שאין בדברי היורשין כלום ואפי' הריב"ש ז"ל יסכים לזה כו' עכ"ל עש"ב. וע' בתשובת צ"ל סי' צ"ד אודות קהל שיש להם בהכ"נ

ונעשו מקומות לישיבה בד' רוחות כותלי ב"ה וגם סביב הבימה שבאמצע ונשאר ריוח בין אה"ק ובין הבימה וגם מצד צפון ודרום מהבימ' להכותל ואחר שנתרבו בני הקהלה נמצאו י"ב ב"ב שאין יכולים למצוא מקומות אפי' לשכור ורצו הקהל להוסיף ספסלים לעשות מקומות בגבולין הפנוים הנ"ל ואותן ב"ב שיש להן מקומות בגבולין אלו מעכבים בטענה שמיצר להם הדרך ועמידת השטענדר שלפניהם ממה שהי' מקודם לכן. והשיב כבר מלתא דא אמורה בפוסקי' אחרונים שכתבו שאין להוסיף ספסלים כו' אבל כד דייקינן שפיר יש לחלק לנ"ד דלכאורה קשה איך יליף הריב"ש בהכ"נ ממבוי שאני בני מבוי שאין יכולים לכוף זא"ז לעשות דלת למבוי לכך יכול נמי לעכב מלעשות דלת אבל בבהכ"נ דיכולין לכוף זא"ז לבנות ב"ה ואפי' אם אין כולם צריכים כמו בנ"ד שיש להם כבר בעיר ב"ה אלא שאין מספיק לכולם צריכים לבנות עמהם מכ"ש שאין יכולים לעכב עליהם להעמיד ספסלים כו' ועכצ"ל דנדון דהריב"ש מיירי נמי בענין שלא היו יכולין לכוף זא"ז לבנות דהיינו שעדיין היה מצוי מקומות בב"ה אלא שלא רצוי לשכור כ"כ ביוקר כדמשמע מדבריו שם דבהכי מיירי וא"כ בנ"ד שאין מצוי כלל מקומו' אפילו לשכור ביוקר ודאי דיכולין להוסיף ספסלים כו' ועוד דנדון דהריב"ש מיירי בעשיר א' שיש לו מקומו' הרבה בב"ה ומשמע שהם בקרן א' שבאותו גבול אין לאחרים דרך שם רק לו לבדו לכך פסק שיכול לעכב משא"כ בנ"ד שבאותן גבולים יד כל הקהל שוים שהולכים דרך שם למקומות מושבותיהם מה יתרון לאלו שיש להם מקומות בסמוך יות' משאר ב"ב ומה שטענו שלא יהיו יכולים להעמיד השטענדר בריוח כמקדם מעיקרא דדינא פירכא דמעיקרא שלא כדין עשו אם הרחיקו יותר משיעור ויכולין היו בני הכנסת למחות להם והא דלא מיחו משום דבלא"ה היה להם רווחה ולא היה מזיק להם ומה"ט נמי אין יכולין לטעון חזקה על זה גם מקרי שותפין ואין מחזיקין גם אין חזקה במידי דשייך לקהל כו' ולכן אם לאחר שיוסיפו הספסלים נשאר להם מקום העמדת השטענדיר כראוי תו אין יכולין לעכב ואם יאמרו אותן אנשים למה נפסיד הרווחה שהיה לנו עד עתה שכרו להם ב"ה אחרת מתוך הקהל לאו מלתא היא חדא דודאי שמתוך אלו י"ב ב"ב לא ימצא בכל יום מנין עשרה להתפלל בצבור כי מהם ילכו מחוץ לעיר לעסקיהם ועוד אפשר שאין רשאין לעשות ב"ה אחרת בלי רשיון השררה וחיישינן שיתן עין על הקהל שהם רבים כיון שצריכין לשתי בתי כנסיות מלבד שאין הצבו' יכולין לעמוד בהוצאה כ"כ לשכור ב"ה וחזן ושמש וצרכי ב"ה בנרות וכיוצא לכך נרא' שבנ"ד יכולין יכולין להוסיף ספסלים רק שישאר להראשוני' רווחה כראוי לילך למקומותם ולהעמיד השטענדר כפי ראות עיני הב"ד וגם הריב"ש מודה בנ"ד שאין יכולין לעכב עכ"ד ע"ש.

ועיין בתשובת אא"ז פמ"א ח"ב סי' ל"ג אודות קהל א' שהי' להם מקום בב"ה בקרן מזרחית דרומית שהיה מיוחד לחתן ביום חתונתו שישב שם והיה לראובן מקום בסוף כותל דרומי סמוך למקום החתן הנ"ל והיה מקום החתן דחוק שלא היה יכול לפסוע אחר תפלתו ג' פסיעות בריוח מפני קרן הספסל של רוח דרומי ושבק ראובן חיים והניח יתומים גדולים וקטנים ואחר זמן מכרו זט"ה מקום החתן ליהודה והתחייב יהודה להניח להחתן ביום חתונתו והוא ישב שם כשלא יהיה חתן בב"ה וגם זאת עשו זט"ה שהרחיקו ספסל של רוח דרומי ומשכו אותו לצד מערב כדי שיהיה מקום הנ"ל בריוח וישב יהודה הלוקח כמה שנים וחזר יהודה ומכר זכותו לשמעון וישב שמעון שם כמה שנים והחזיק שני חזקה ויהודה הלוקח ראשון שבק חיים וכהיום בא א' מיתמי ראובן וטען שהיה קטן בעת שמכרו הקהל ללוקח ראשון ושלא כדין מכרו המקום הנ"ל מפני שזה הי' זכות אביהן שקנה המקום בראש ספסל דרומי והחתן לא ישב שם אלא בעתים רחוקים וכשאין חתן בב"ה המקום פנוי ורוויחא ליה טובא משא"כ היום שיושב שם תמיד מיצר לו וגם מה שהרחיקו הספסל שלא כדין עשו שמתחלה היה קרוב הכותל מזרח ועכשיו נתרחק ורצה לבטל המכירה הנ"ל ושמעון הלוקח טען אע"פ שהיית קטן בעת מיתת אביך אבל לאחר שהחזיק יהודה הלוקח ראשון כבר היית גדול למה לא מחית אז מסתמא מחלת ועוד שהיה כח ביד הקהל למכור המקום הנ"ל אלא שמתחלה לא הוצרכו כו' ומה שמשכו הספסל לצד מערב אין זה מזיק לכל יושבי הספסל ההוא כיון שלא הוסיפו מקום בראש שיהי' ראובן שני לו וגם מתחלה היה ביד הקהל לעשות כן רק לא הקפידו כו'. והשיב דבר זה פשוט דאם יכול שמעון לוקח שני לברר שהיה היתום גדול בעת שהחזיק לוקח ראשון דאיבד היתום חזקתו אף דאם הי' עדיין ביד לוקח ראשון לא הי' מועיל חזקת הלוקח והי' צריך לברר שהיתום מחל לו בהיותו גדול דכבר הכריע רמ"א בסימן קמ"ט סעיף י"ט דאף שהחזיק ג"ש אחר שהגדיל אינו חזקה הואיל וירד לשדה כשהי' קטן לא ידע שהיא שלו שימחה מ"מ עכשיו שמכר לוקח ראשון לשני הא קיי"ל טוענין ללוקח כמבואר בב"ב כ"ג ע"א ובח"מ סי' קנ"ה סכ"ד ובסי' קמ"ט סט"ו בהג"ה ובסי' רל"ז ס"ה וכן בבן הבן הגזלן בסי' קנ"ב כו' א"כ ה"נ טוענין ללוקח שלוקח ראשון היה לו שטר או עדים שמחל לו היתום כשהגדיל ועוד נראה דאף אם שמעון לוקח שני אינו מביא ראיה שהי' היתום גדול לפני לוקח ראשון הוי חזקה כי אפילו אם היה עדיין ביד לוקח ראשון יש לו חזקה כיון דקנה מהקהל טוענין לו שהקהל היה להם שטר מאביו שיש להם רשות למכור לאחר ואין לומר לפמ"ש רמ"א בסי' קמ"ט סל"א דאין הקהל מחזיקים בשל אחרים כהני דבי ריש גלותא וא"כ הוי כקונה מגזלן דאין לו חזקה

ז"א דהכא נהי דאין הקהל מחזיקים בשל אחרים א"כ נימא איפכא דהא להני רבוותא ס"ל נמי דאין מחזיקין בשל קהל כי הטעם משום דהקהל מוחזקים וסומכין על שידם תקיפה ויכולת בידם לסלקם כל זמן שירצו א"כ ה"נ אף אם אבי היתום חי אין חזקתו חזקה על הקהל ונהי היכא דלא מכרו ובאו לטעון עם היורש קטן היו טוענין ליורש אבל עכשיו שמכרו טוענין ללוקח שהי' להקהל עדים או שטר שרשות בידם למכור בכל זמן שירצו וכן רשות בידם להשפיל הספסל קצת לצד מערב כי הקהל מוחזקים בשלהם ואף שכ' רמ"א שאין בני הכנסת רשאים הוא להוסיף ספסלים היתם במקום חדש לגמרי אבל הכא שאינם מוסיפים מקום חדש אלא שמתחלה לא הקפידו כ"כ לפי שישיבת החתן הוא באקראי ועכשיו שמצאו קונה סמכו על חזקתם להשפיל קצת הספסל בפרט שזה אינו מזיק כלל ליושבי הספסל ההוא וכזה טוענין אף ללוקח ראשון ק"ו לשני עכ"ד ע"ש שהביא החכם א' פסק בנידון זה שהדין עם היתום והוא ז"ל האריך בביטול דבריו. וע"ש עוד בקהל אחד שבנו ב"ה חדשה ומכרו המקומות בעזרת אנשים ומתחלה מכרו צד מזרח שש מקומות לצד דרום אה"ק ושש מקומות לצד צפון אה"ק והתנו שלאותן י"ב מקומות יהיה להם קדימה לבחור בעזרת נשים מקומות החשובים ואח"כ יקנו שאר בני הקהלה ונפל מחלוקת בין בעלי המקומות הנ"ל כי אותם שקנו מצד דרום רנו שיהיה להם קדימה לבחור בע"נ יותר מאותן שקנו לצד צפון ואותן שבצד צפון אמרו נהי דמי שקנה מקום ראשון סמוך לאה"ק קודם למי שקנה אחריו מ"מ מי שקנה ראשון לצד דרום יטיל גורל עם מי שקנה ראשון לצד צפון וכן השני לו יטיל גורל עם השני כו' ופסק כיון דמצינו דלעולם ימין שהוא לצד דרום חשוב יותר א"כ הראשון מצד דרום חשוב יותר מראשון שבצד צפון ויש לו עילוי יותר ממנו אכן הראשון שמצד צפון הוא חשוב יותר מן השני שבצד דרום [צ"ע ממה שפסק הוא עצמו ז"ל בתשובה סימן יו"ד דשני לארץ קמא דהיינו שעורה שוה לזית שהוא ראשון לארץ בתרא ע"ש ודוק] וע"ד זה יחלוקו כולם ויזכו במקומות שבע"נ וראי' לזה מהא דברכות מ"א ע"ב ובתוס' שם כו' ע"ש. ועי' עוד בתשו' חתם סופר חלק א"ח סימן כ"ט הבאתיו בפ"ת לא"ח סימן ק"נ ס"ה בד"ה שמתפללין:

1 **אין אחרים יכולים למחות.** עי' במג"א סימן קנ"ד סס"ק כ"ג שכ' על זה וז"ל ומדברי הרא"ם ח"א סימן נ"ג נראה שס"ל דאם הב"ה מכילה אותם אסורים ליפרד וכ"כ במשפטי שמואל סי' מ"א עכ"ל ועיין בתשובת הרדב"ז ח"ג סי' תע"ב מבואר שם דכל זה בזמן שכולם לב אחד שאז קילוסן עולה יפה אבל אם יש פירוד לבבות ביניהם ואי אפשר לקרבם רק תמיד הם במחלוקת ומתקוטטין זע"ז יותר טוב הוא שיתפללו כל כת לעצמה

ולא שייך הכא לא חזקתו ולא חזקת אבותיו עש"ב וכ"כ בתשובת חתם סופר חח"מ סי' י"ב אות ג' על נידון דשם ורמז שם לדברי רדב"ז הנ"ל ע"ש. ועיין בתשובת באר יצחק חא"ח סי' כ"ד שהשיב לרב אחד נידון עיר אחת שיש שם בהכ"נ מכבר וזה מקרוב יצאו מקצת אנשים מבהכ"נ ההוא להתפלל בפני עצמם וכעת תובעים חלקם מן ההכנסות ומן הספרים וכלי הקודש של ב"ה הישן ומכ"ת פסק דאינם יכולים לתבוע כלל ולגרוע זכות הב"ה הישן. הנה גם דעתי מסכמת לזה כי ברור הוא דאין יכולים להסיג גבול שגבלו ראשונים כי אף לכתחלה אם רוצים מיעוט אנשים לבנות להם ב"ה אחר במקום שיש ב"ה ישן ומחזיק את כולם יכולים הרוב לעכב על המיעוט שלא יפרדו מהם כמ"ש המ"א סי' קנ"ד ס"ק כ"ג בסופו בשם הרא"ש דאם הב"ה מחזיק אותם אינם יכולים להפרד וכן מצאתי בס' פחד יצחק אות ב' בשם כמה מחברים שכתבו דאם הב"ה החדש יגרום היזק לב"ה הישן יכולים לעכב עליהן שלא יבנוהו משום קפסקת חיותאי ולכן אם איזה קהל נחלקו לשנים מחמת חילוקי דעות כל ההקדשות ינתנו לכת הגדולה ואפילו אותן שתחת יד הקטנה מוציאים מידם ליד הרוב אך אם נחלקו מפני שאין המקום מחזיק את כולם אז שורת הדין שיחלקו לפי מספר הגברים הרי להדיא כמ"ש כ"ת לחלק דשאני הא דהמבי"ט שהביא המ"א שם שכ' דאם מחמת סיבה הוצרכו להחלק לשניים הדין שכל ההקדשות יחלוקו כו' דשאני אם הוצרכו לחלק מחמת סיבה דהיינו שלא היה המקום מחזיק אותם וכה"ג אבל באם חלקו א"ע מחמת חילוקי דעות בעלמא אינם יכולים לתבוע חלקם ובלא"ה הא קיי"ל דרשאים בני העיר להסיע על קצתם ויכולים הרוב לכוף את המיעוט כו' וזולת זה נ"ל דלהחזיר ההקדשות מרבים למיעוט יש לדון דאיכא בזה הורדת קדושה כו' והאריך בזה ומסיק וכתב בנ"ד לא מבעיא אם בעת שנפרדו קצתן מן הרבים היה באופן שהיו יכולים אז הרבים לעכב עליהן לפי שבהכ"נ מחזיק את כולם בודאי דאף ששתקו אז עכ"ז אין יכולים לתבוע מן הרבים זכות ההקדשות אלא אפי' אם היה באופן המבואר ברדב"ז ח"ג סי' תע"ב דאם רוצים קצת להתחלק מחמת שאין הלבבות שלימות יכולים לפרד עכ"ז אינם יכולים לתבוע חלקם מן ההקדשות לפי דהוי כנשתתפו לכל זמן שיהיה קיים הבהכ"נ וכמו בשותפין שנשתתפו בעת שהיו אוהבים זה לזה ואח"ז נתהווה קטטה ביניהם אטו יכולים לבטל השותפות כו' לכן הזכות עם הרוב עכ"ד ע"ש ועיין בתשובת ח"ס שם אות ד' עש"ה. ועיין עוד במג"א שם שהביא בשם כנה"ג שהקהל יכולים לגזור שלא יתפללו בעשרה חוץ לבה"נ מפני האומות שיסברו שהם רבים וגם מפני היחידים שאין נותנים המסים ומתפללים בעשרה במקוה אחר ע"ש [ועמ"ש כזה בסי' קמ"ט סל"א סק"ד. ועיין בתשובת שב יעקב חח"מ סי' כ"ה שנשאל אדות כרוז ב'

בעיר אחת שהכריז האב"ד בצירוף פו"מ שלא יעשו מנין בבית רק ילכו כולם לבהכ"נ אם לא מוצאי ש"ק ומוצאי י"ט ומי שיעבור ויעשה מנין בביתו יתחייב קנס סך מסויים ואח"כ עבר א' ועשה מנין מחמת אונס וסיבה שלא היה יכול לילך לב"ה אם מחוייב קנס גם באם עשה מנין בביתו כמה פעמים אם חייב קנס הנזכר על כל פעם שעשה מנין בביתו או הואיל שהכריזו סחם אינו חייב רק פעם אחת הקנס הנ"ל והשיב דפשוט הוא שלא נעשה כרוז הנ"ל אלא על מי שיכול לילך לב"ה ועושה מנין בביתו בלי שום אונס כו' ועוד דאף אם היה הכרוז גם על מי שאינו יכול לילך לב"ה אינו מחוייב לשמוע הואיל שהוא נגד דת תורתינו וא"כ איך יתחייב קנס ובענין מי שעובר כמה פעמים ג"כ פשוט דאינו חייב אלא פעם א' הקנס אפי' עבר הרבה פעמים הואיל דבכרוז הנ"ל לא נזכר שיהיה חייב על כל פעם וגם בינתים לא התרו בו ע"ש:

סימן קסג

א **יש להושיב כל בעלי בתים**. עיין בתשובת נו"ב סימן ך' שכ' על נדון דידיה וז"ל הנה טובי העיר אם רוצי' לתקן תיקון חדש בעסקי המסים אין להם שום התרוממות מצד היותם פרנסים וטובי העיר ואף שטובי העיר כב"ד הגדול המה מכל מקום בעניני נתינות אין להם יתר שאת משאר העם לא מבעיא לדעת מהר"ם ומהרי"ק ומהרא"י שהובא ברמ"א סימן ב' שאין כח ביד טובי העיר רק להכריח במה שהוא מנהג מקדם אבל אינן רשאין לשנות דבר איכא פסידא להאי ורווחא להאי כו' אלא אפי' להכרעת הרמ"א שם שהולכין בזה אחר המנהג במקום שנוהגין להיות כח ביד טובי העיר גם בזה מ"מ צריך להיות מנהג זה קבוע וידוע בעיר. ועל טובי העיר. הראיה שזה מנהג קבוע בעירם להיות ידם על העליונה במה דאיכא פסידא להאי ורווחא להאי ואפי' אם ביררו כבר שהמנהג כן מ"מ בדבר שהם עצמם נוגעים בדבר אינם נקראים טובי העיר בזה ואטו טובי העיר כשרים לדון לעצמם ובעניני המס הם עצמם נוגעים בדבר ובהדיא מבואר בר"ס קס"ג בהגה כל צרכי צבור שא"י להשוות עצמם יש להושיב כל ב"ב הנותנים מס. ומאחר שלפי דברי מהר"ר יאקב הנ"ל נתוועדו לתיקון זה ביעדו ואף אם היה להם רוב מנין ורוב בנין בלעדו באופן שאף אם היה נחלק עליהם היתה דעתו בטילה ברוב מ"מ היינו אם היו שומעין את דבריו ודעתו אבל כיון שלא צרפוהו בהתועדם ולא שאלו את פיו ולא שמעו דעתו וטעמו כלל פשיטא דלא שייך לומר שבטל במיעוטו וצריכין המה להתוועד מחדש ולעמוד למנין (עי' בכנה"ג לעיל סימן י"ג בהגב"י אות כ"ד דמבואר שם דאפי' להתוועד מחדש ולעמוד למנין אינו מועיל ע"ש ועמ"ש בזה לקמן סי' רל"א סכ"ח סק"ו)

וכל שנעשה בלעדו אין במעשיהם כלום כו' וא"כ רשאי הוא לסרב מלקבל ואינו מחוייב לשמוע להם כלל ופשיטא שאין לקונסו ואין לנדותו על סירובו בזה כו' עכ"ל ע"ש עוד. גם בתשובת חתם סופר חח"מ סימן ס"א כתב על נדון דידיה (הובא לעיל סי' קנ"ו ס"ה סק"ג) דגם הקהל הממונים בעיר אין יכולים לעשות דבר אלא מדעת כולם לא ע"פ רובם אלא שכבר נהגו דבאסיפת הקהל אזלינן בתר רובא כו' מ"מ היינו דוקא בהתאסף יחד ונועצו יחדיו אזלינן בתר רובא מגו כולם אבל הכא שזה הבעל הבית הקצב הוא ג"כ מאנשי הקהל וגם אחוזת מרעהו וכולם לא ידעו מ"ה כלום והבעל דין עם כל עוזריו מודים שלא היה החכירות בפניהם א"כ לא היה יכולת בידם להחכיר את המקולין כו'. ואפי' אם יתרצו כל בני הקהלה להחכיר מכאן ואילך לא יכולו שזה צועק מה לכם לשית מס על מו"מ שלי וזה מבואר בראשוני' הובא בתשובת רמ"א סי' ע"ג כו' וז"ל בעל כנה"ג סימן י"ג בהגב"י אות מ"ג לא מהני רוב הבא מתוך כולו אלא בדבר שיד כולם שוה בו אבל אם יסכימו כולם על א' מהם לגרוע כחו נעשו כילם נוגעים בדבר עכ"ל וצ"ע קצת ממ"ש שם אות ל"ט (ר"ל דשם כתב בשם ס' משא מלך כל תיקון שמתקנין הקהל בענין שהוא צורך תקנה א"צ שיהיה רובו מתוך כולו אבל אם הוא דבר שאינו למגזר מלתא ויש שם הפסד לשום אחד בעינן רובו מתוך כולו עכ"ל א"כ מבואר דעכ"פ רובו מתוך כולו יכולים לתקן אף שיש הפסד לשום אחד אך באמת לק"מ די"ל דשם איירי היכי שיש מנהג בזה וכהכרעת רמ"א דסימן ב' הנ"ל) א"כ בהא נחתינן שאין בכוחם לשים מס על האומנות ההוא כלל וכלל עכ"ד ע"ש (ועיין בתשובת מהרשד"ם חח"מ סימן שצ"ח וסי' ת"ו ובמ"ש לקמן סימן רל"א סכ"ח סק"ו. ועיין עוד בח"ס שם סי' קט"ז אודות שבקהלתו הטיל השר נתינה חדשה על הצבור והכריזו המבוררים כמה פעמים שכל הב"ב יבואו לפקח באיזה אופן יוציאו המעות המתוכן ובכל זאת לא באו רקשלשים ב"ב והם הסכימו לברור להם ט' ב"ב מיינו ג' עשירים ג' בינונים ג' תחתונים והם יצורפו עם המבוררים לפקח מה לעשות והסכימו הט' אנשים להטיל מס על מו"מ א' ידוע שישולם מזה המו"מ סך כך וכך וכולם הסכימו בכך וגם הדבר נודע לכל בני הקהלה ולא מיחו רק א' מט' אנשים הנ"ל וא' מהמבוררים באשר להם נוגע הדבור לא הסכימו לזה ומדיינים עם בני הקהלה אם יכולים להטיל עליהם שלא מרצונם. וכ' הנה לכאורה נראה דאין יכולים להפסיד היחידים להטיל על מו"מ שלהם מס ידוע דהרי כ' המרדכי פ"ק דב"ב בשם ר"ת דהא יכולין בני העיר להסיע על קצתן היינו אי נעשה מתחלה בהסכמת כולם כו' ואפי' למ"ש שם דאבי העזרי פליג וס"ל דיכולים להטיל על היחידים כרצונם מ"מ מבואר שם שצריכים שיברום לכך כו' והכא לא נבררו אנשי הקהל על ככה מעיקרא

דהרי קמן שהכריזו לאסוף כל בני הקהלה והנה לא באו אלא כמו שלשים ב"ב ורובא דרובא נשארו בחוץ ואף אלו הט' אנשים שבררו אותן השלשים ב"ב לא הסכימו כולם רק ח' ובכל כיוצא בזה לא מהני רוב ובעינו דוקא כל כמ"ש הרשב"א הובא בב"י ס"ס י"ג (ובש"ע סי' י"ח ס"א בהגה) והוא מהש"ס דמס' ע"ז ע"ב ע"א כדשיימי בארבעה כו' אמנם נ"ל דהדין עם הקהל דמה שלא באו לאסיפה רק כמו שלשים ב"ב מ"מ כיון שהכריזו בפרהסיא שיבואו כולם מי שלא בא הוי כמוסר כחו לאותן שבאו לאסיפת הקהל וראי' מכתובות צ"ד ע"א כו' (ובש"ע סימן קע"ו סכ"ה וע"ש בהגה וצע"ק) ומכ"ש בנ"ד שלא ערערו מעולם על מה שבררו אלו השלשים ב"ב את הט' אנשים ואפי' לזה היחיד המערער היה ניחא לו בהך ברירה נמצא דהנך ט' אנשים הובררו בהדיא מכל בני הקהלה לפקח על עסק הנ"ל כו' ומה דלא הסכימו מהני ט' אנשים כולם רק רובם נ"ל שאינו פקפוק כלל שהרי טעם הש"ס בע"ז הנ"ל הוא משום דנחית לדעות להרבות דעות יותר מכדי ב"ד אבל הכא לא הרבו בדעות רק בררו ט' אנשים שיהיו ג' עשירים וג' בינונים וג' תחתונים כדי שיהיה ב"ד לכל א' מהכתות ממילא דאזלינן בתר רובא כו' ובלא"ה כבר נהגו בכל גלילות הללו למיזל בתר רובא בכל ענינים כאלו ואם נמתין עד שיסכימו כולם לא יגמר שום ענין ויהיה השחתת הכלל ומה"ט נ"ל דגם לר"ת דס"ל דא"י להסיע על קצתן אלא כשהסכימו כולם מתחלה מ"מ מודה הוא ממנהגא (ר"ל באם יש מנהג בכך) דהרוב כופין היחיד לעשות כמו שהם שאומרים והן הנה דברי הרמ"א בש"ע סימן ב' שכ' וכן נוהגין בכ"מ שטובי העיר כו' אע"פ שיש חולקין כו' מ"מ הולכין אחר מנהג העיר כו' ר"ל דר"ת נמי מודה שהולכין אחר מנהג העיר ע"כ נלע"ד להלכה למעשה שהדין עם הקהל. ואע"ג דבארתי בתשובת אחרת (הוא בסי' ס"א הנ"ל כתשובת רמ"א סי' ע"ג דלהטיל מס על מו"מ ידוע לאו כל כמינייהו להזיק ליחיד מ"מ הכא שיש להם טעם הגון שזה המו"מ ישלם לנתינה חדשה ועוד כי תחלת ישיבת ט' אנשים אדעתא דהכי הוברו (מדעת כולם) להטיל על איזה מו"מ מס וכן עשו גם על בשר ויין ועופות וכדומה וגם המערער הסכים רק במה שנוגע לו הוא מערער ע"כ לאו כל כמיניה אך מ"מ כיון כמבואר במס' ב"ב דאין יכולים להסיע על קצתן אא"כ בהסכמת חבר עיר אע"ג דהמרדכי שם מייתי בזה פלוגתא דר' יואל פסק דוקא לענין קנס צריך חבר עיר כו' ועוד דמייתי סמ"ע בסימן רל"א בשם הרמ"א אלשקר דדוקא בני אומנות צריכים חבר עיר ולא כל בני העיר כו' (עמ"ש בזה בסי' רל"א סכ"ח סק"ו) מ"מ הכא דבלא"ה לא הסכימו כולם ולר"ת לא מהני ורק משום מנהגא אתינן עלה ואם כן אדרבה מכח מנהגא חזינן דרוב התקנת חתומים גם ממרא דאתרא וא"כ הכא בנד"ז נהי שא"א לחבר עיר לבטל

הסכמת כולם משום שהדין עמהם מ"מ לא רציתי לכנס בהסכמתם עד שנתרצו הקהל לכנס קצת בפשר עם היחידים הנ"ל משום ועשית הישר והטוב וכן נעשה מעשה עכ"ד. ושם בסי' קי"ז אודות קהלה אחת שמאז נהגו להשכיר הבריוועלגעלד דהיינו משלם מכל ליטרא בשר ומזה היה סיוע למסים ושוב כמו ה' שנים הסכימו שלא להטיל מס על אוכלי בשר אלא להעריך כל א' ועתה נחלקו בני הקהלה יותר מחצי מנין ובהם רוב בנין רוצים להסיר מעל שכמם משא ההערכה ולחזור ולהטיל על הבשר וחצי אחר ממאנים מטעם שעי"ז יפסידו להפחותי ערך והם רוב אוכלי בשר וירויחו העשירים ועוד כי עי"ז יאסרו באיסור להביא בשר ממקומות אחרים ולקנות דוקא במקומם ע"י פתקא מהממונה על הפתקאות והוא טירחא מרובה ויש שם עוד כמה וכמה דרים שאינם בכלל הקהלה ונקראים חוצים אע"פ שנושאים בעול ופורעים מסים אבל אין להם חזקת עירונית בהקהלה והם כולם ממאנים ולא ירצו לקבל גזרת איסור שחוטי חוץ ולא משא הפתקאות ואם יצטרפו גם אלו למפקד מספר הנ"ל יהיו המערערים הרוב איך לעשות בזה והשיב דהדין עם הממאנים כי במרדכי פ"ק דב"ב פסק מהר"מ מר"ב דאין הצבור יכולין לכוף המיעוט במידי דאית פסידא להאי אא"כ כולם מסכימים כו' והכא פשיטא דדינא הוא דאותו חלק מס שע"פ ממון יעריכו ע"פ עשרו ומשאו ומתנו של ב"א לא על המאכלים ומשקים אע"פ שמאז היו נוהגים כן אז היה בהסכמת כולם והיו יכולים להסיע לעבור על דין תורה אבל עכשיו שחזרו לדין תורה שוב א' יכול לעכב והוא פשוט חוץ מדעת ראבי"ה שהוא יחידאה בענין זה ועי' שו"ת רמ"א סי' ע"ג וסי' ע"ד. אך אם יסכימו כל בני הקהלה ורק החוצים יערערו הנה אע"פ דקי"ל מדין תורה כל הדר בעיר יב"ח דינו כבני העיר ומכ"ש שגם הם פורעים מסים מ"מ כיון שנחלקו מבני הקהלה והם עם בפ"ע ולא יהא בני הקהלה אלא אומנות ושותפות כהני טבחי דמס' ב"ב ט' ע"א עי' בנימוקי יוסף שם כו' א"כ הני שותפים עבדי לייקר שער בשר שלהם בכך וכך ונהי שאין בני הקהלה יכולים להטיל איסור על החוצים שלא ליקח בשר ממקומות אחרים כיון שאינם עמהם באגודה ובאסיפה א' מ"מ עכ"פ בני הקהלה שהם שותפים בזה יאמרו (שלא) למכור להם בשר בלא פתקא אם יקחו כאן אע"פ שעי"ז יתייקר השער עליהם אין בכך כלום. ולפ"ז המס שפורעים החוצים לבני הקהלה יהיה לפי ערך עליהם לפי עשרם שהרי מותרים להביא להם בשר מן החוץ ואם יקחו כאן ממקולין ויקחו פתקאות. העשירים יכולים לנכות מעות שנתנו בעד הפתקאות ממסים שלהם והעניים יפסידו אך כל זה אם יסכימו בני הקהלה וגם חבר עיר דאף שכ' הסמ"ע בסי' רל"א בשם ר"מ אלשקר דבני העיר לא צריכים לחבר עיר מ"מ בנד"ז כיון דהחוצים אין מסכימים ומן

התורה הם לבני עיר לכל דבר אלא שאנו דנין בני הקהלה כשותפי' ואומנים בפ"ע א"כ צריכים הסכמת חבר עיר וזולת זה א"א לכוף את המיעוט וכתב עוד הנה פשיטא לי אם יסכימו כל בני הקהלה לאסור בשר חוץ אם יעבור אדם ח"ו הרי הבשר חתיכה דאיסורא וגם הכלים אסורים כנודר מן חתיכה בשר אסור בו וברוטבו וטעמו (כביו"ד סי' רט"ז ס"ט ועמ"ש בפ"ת שם סק"ד) וגם הא פשיטא לי שאם יבא לשם כלי בן יומו ממקום אחר הכלי מותר לבני עיר כיון שנתבשל בו בשר היתר במקום המותר ולפ"ז אם החוצים מביאים להם בשר מן החוץ הכלים מותרין לבני הקהלה עכ"ד ע"ש:

ב **חצר בעיר אחרת.** עי' בתשובת שיבת ציון סי' ק"ז שלמד מזה לענין מקומות בהכ"נ בנידון יחידים מקהלה קטנה שקנו עשרה מקומות בכהכ"נ של קהלה גדולה הסמוכה להם בעת חלוקת המקומות ואז היו נושאים בעול בצרכי בהכ"נ ועתה איזה שנים פסקו מליתן שום דבר לצרכי בהכ"נ ורוצים אנשי הקהלה גדולה לחזור ממכירה ולחזור להם המעות באם לא יסייעו עמהם בהוצאות ב"ה ופסק דהדין עם היחידי' ואין צריכים ליתן מאומה להוצאות הספקת חזן ושמש ונרות כיון שאין באין לשם להתפלל אך מה שצריכי' להוצאות בדק הבית של בהכ"נ וגם לנתינת המס ממקו' בהכ"נ למשל העיר צריכי' היחידי' הנ"ל לסייע וליתן להם לפי ערך עשרה מקומות שיש להם גם יכולים אנשי קהלה גדולה לכוף להיחידי' הנ"ל להשכיר אותן מקומות לתושבי קהלה גדולה הנ"ל בשכירות הנראה להם לפי ערך שווים בכל שנה ושנה כמ"ש הרמ"א בסי' קס"ב ס"ז בהגה אמנם כל זה באם מכירת אותן מקומות היה אז בלי שום תנאי אבל אם היה בתנאי שיסייעו עמהם בהספקת צרכי ב"ה פשוט דאם אין רוצי' לסייע עמהם אבדו זכותם ואם יש הכחשה ביניהם באיזה איפן היה המכירה ואי אפשר להתברר לא ע"י פנקס הקהל ולא ע"י ראיה אחרת אז אנשי קהלה גדולה הם מוחזקין כיון שבהכ"נ הוא שלקהלתם ועל היחידי' מקהלה קטנה להביא ראיה עכ"ד ע"ש:

ג **בצאתו מן העיר אחר שהושם המס. עיין בתשובת חות יאיר סי' קנ"ז מענין זה ועמ"ש לקמן ס"ג ס"ק י"ב:**

ד **הם חשובי' רוב בענין זה.** עבה"ט עד ואיכא למימר דלא כתב הרא"ש כו' אבל לא שהעשירי' המעוטין יחשבו כרוב לגזור כו'. ועי' בתשובת מהרי"ט ח"א סי' ס"ט ובמל"מ פי"ב מהל' גזלה ואבדה דין י"א מ"ש בזה. ועיין בתשו' צ"צ סי' ב' אודות קהל שהיה מנהגם מעולם שכל הסכמת הקהל בקבלת רב וחזן ושמש וכן ברירת ראשים וגבאים ודיינים היה נעשה ע"פ הסכמת כל פורעי המס ועתה רוצים מקצת נכבדי העיר לתקן שמהיו' והלאה לא יהי' ע"פ כל פורעי המס אלא ע"י אותן שיש להן מעלה או שנותני'

מס הרבה כפי השיעור שרוצים לקבוע לזה או שיש לו מעלה בתורה שיהא מוסמך לחבר ולאפוקי אותן שאינן בני תורה וגם נותני' מס מעט לא יהיו מן המנויים ונותני' טעם לדבריה' מחמת שרוב צורכי הקהל על עסקי הוצאת ממון ואיך יתכן שדעת העני תהא שקולה כדעת העשיר ואיך יתכן שדעת ע"ה תהא שקולה כדעת החבר אם אין לו מעלה בעושר ועוד מחמת שכל קהלות חשובות נוהגים כן והעניים המון עם צועקי' למה יהא נגרע זכותם אחרי שגם הם מפורעי מס ועליה' קשה המעט שנותני' יותר מן הרב שנותני' העשירי' ועוד שכן המנהג בקהלת' מימי עולם. והשיב שטענת העניים טענה מעליותא היא ולא שפיר דמי לדחות העניים הנותני' מעט וראיה ממתניתין סוף מנחות נאמר בעולת בהמה כו' לומר לך אחד המרבה כו' ובברכות דף נ"א משל לאדם שמבקשי' ממנו כלי גדול ויש לו כו' ואף דהרא"ש בתשובה כתב כ"ד שגובין לפי ממון הולכין אחר רוב הממון כו' הא כבר פי' הסמ"ע שלא כ' הרא"ש כך אלא שאין העניים הרוב יכולי' לגזור על העשירי' שלא מדעתם אבל לא שהעשירי' יהיו נחשבים כרוב לגזור על רוב הקהל כו' והיינו משום ששקולין הם הני תרי רובא רוב הנפשות ורוב הממון ולכך המנהג ברוב הקהלות שיהא בהסכמה אחת מרוב מנין ומרוב בנין היינו רוב הנפשות ורוב הממון כו' וזה הוא מנהג כשר אבל מה שרוצי' הנכבדי' בקהלה זו לדחות העניים שהם רוב לגמרי מן ההסכמה ודאי לא שפיר דמי ומה שטוענ' שהם אינם בני תורה נמי לאו שפיר דמי וראיה מהא דחגיגה דף כ"ב מאן תנא דחייש לאיבה ר' יוסי היא כו' ומה שמביאי' ראיה משאר קהלות אין מביאין ראיה ממקו' למקו' ואולי שם הוקבע כך ע"פ הסכמת כל פורעי המס שנתרצו בכך מפני דרכי שלום. והדרך הישר בענינים כאלו לעשות הכל ע"פ חכם מורה צדק שיתווך השלום ויעשה תיקון ברצון כולם (או ע"פ רוב מכל פורעי המס. כ"ה בהג"ה מב"ה שם) עכ"ד ע"ש. ושם בסי' א' אודות עיר אחת שהקהל בכלל היו חמשים בעלי בתים פורעי המס ובתוכם היה אחד מיוחד שהוא ושני בניו ושני חתניו היו עשירי' ונתנו לסכום ג' חמישיות והנותרי' כולם לא נתנו כ"א שני חמישיות כגון אם היו צריכי' חמישים זהוב נתנו אלו שלשים זהו' וכל הקהל שהם מ"ה נתנו עשרים זהו' ושם היה תקנה בענין קבלת רב חזן ושמש שיתאספו כל פורעי המס ושיהיה בהסכמה אחת רוב מנין ורוב בנין רוב מנין היינו רוב הב"ב ורוב בנין היינו רוב הממון ועתה התעוררו הקהל וטענו שהתקנה הזאת היא גזרה שא"י לעמוד מפני שאלו החמשה ב"ב יש להם לעולם הסכמה אחת כיון שהם אב ובניו וחתניו ומכריעי' לעולם על כל הקהל מחמת שהם לבדם רוב בנין ואין הקהל יכולי' לקבל רב או חזן או שמש כ"א לפי דעתם והאיש המיוחד השיב שאין לאחר התקנה כלום. והוא ז"ל השיב בתורת פסק

דין כי התקנה הנ"ל שצריכי' להיות בהסכמה רוב מנין ורוב בנין הוא תיקון גדול קרוב לדין שכתב הרא"ש בתשובה כלל ז' כפי שפי' הסמ"ע דבריו כו' והיינו שאין רוב הקהל העניים יכולי' להכריע על העשירי' שהן מיעוט ואין העשירי' המועטין יכולי' להכריע על רוב הקהל העניים אלא צריכין להיות בהסכמה אחת רוב הנפשות ורוב הממון היינו העשירים. אמנם לעיקר הדין על מה שהיו מדיינים שעלה ע"ד כולם שאם אלו החמשה אין רוצים להסכים על קבלת רב או חזן ושמש שמרוצים כל הקהל בטל' הסכמת כל הקהל הוא טעות כפי מה שנוהגין שגובין שכירות של הרב וחזן ושמש חצי לפי הסכום וחצי לפי הנפשות (עי' בא"ח סי' נ"ג סכ"ג ועמ"ש לקמן בהגה ד' ס"ק כ"ח) א"כ אם מסכימים כל המ"ה בעלי בתים הרי הם רוב הנפשות וגם רוב הממון לצורך פרעון הרב או חזן ושמש עד"מ כגון שנותנים לשמש לשנה חמשים זהו' הרי החציה שהוא כ"ה זהו' שגובין לפי הנפשות מגיע על כל ב"ב חצי זהוב עולה על כל המ"ה בעלי בתים כ"ב זהו' וחצי ועל אלו החמשה ב' זהו' וחצי והחציה השנית שגובין לפי הסכום נותנין אלו החמשה ג' חמישיות דהיינו ט"ו זהוב והנותרים מ"ה ב"ב נותנים ב' חמישיות דהיינו עשרה זהו' כשנצרף יחד נמצא שנותנים אלו החמשה רק י"ז זהו' וחצי וכל הקהל מ"ה ב"ב נותנים ל"ב זהו' וחצי הרי יש להקהל המ"ה ב"ב. רוב מנין הנפשות וגם רוב בנין ר"ל רוב הממון ואם כן אם מסכימים כולן על חזן או שמש אף שאלו החמשה אין רוצים לא נתבטלה הסכמת כל הקהל לפי שיש אצלם רוב מנין ורוב בנין (ולפ"ז אף אם עשרה ב"ב מאלו מ"ה הסכימו גם כן לדעת אלו החמשה מ"מ לא נתבטלה הסכמת ל"ה הנותרים כי באלו הל"ה נשאר ג"כ רוב מנין ורוב בנין ודו"ק עכ"ד) וע"ש בהגה לבן המחבר שכ' לפום ריהטא נראה דאם ירצה רב או חזן ושמש להיות בקהל בחנם בלי שכירות ויתרצו להם רוב מנין לא יצטרכו לדעתם של העשירים כלל אבל הא ליתא חדא דיכולים לומר אסיא דמגן כו' ועוד דכ' מהרי"ק שורש ל' שהתפלה של קהל הוא במקום תמידין ובאין משל צבור ואין ראוי שיהא שלוחם מקריב שלא מדעתם ורצונם וכמו כן בקבלת הרב כי אין אדם לומד תורה אלא ממי שלבו חפץ והכי מייתי הרשד"ם חא"ח סי' ל"ה ע"ש. ושם בסי' ט"ז אודות קהל א' שירדו למנין לקבל עליהם רב מורה צדק והסכימו ע"פ הרוב אחד מן ג' רבנים דהיינו רבי פלוני יהא הראשון ואם לא יבא יהא רבי פלוני אחריו ואם גם הוא לא יבא יהא רבי פלוני אחריו. והנה בא רבי פלוני הראשון אך לא אשתהי שם רק ה' ימים ונסע ועבר משם (עמש"ל ס"ס רנ"ז) ונפל חילוק בין הקהל יש מהם אמרו אחרי שכבר היתה הסכמתם לשלוח לר' פלוני השני אם לא יבא הראשון גם עתה יהא כן ויש מהם אמרו שהסכמה הראשונה כבר נתבטלה כיון שכבר בא הראשון פקע זכות השני

מהם ויכולים לבחור עתה באיזה רב שירצו הדין עם מי. והשיב שעיקר כדעת האומרים שהסכמה הראשונה כבר נתבטלה אחרי שכבר בא אליהם ר' פלוני הראשון אע"ג דלא שהה שם רק איזה ימים אין בכך כלום דלא תלה הדבר בשהייתו שמה אלא בביאתו וכבר בא וראיה לזה מהא דמס' ברכות דף נ' כו' ועוד ראיה מש"ע לעיל סי' כ"א מי שקנו מידו שאם לא יבא כו'. ואם הביא ראיה שהיה אנוס כו' וכתב הסמ"ע והוי כאילו לא קנה בקנין מעולם ואפילו עבר ממנו האונס כו' הרי מבואר כיון שאירע שעה אחת שלא היה חיוב הקנין חל עליו פקע אותו חיוב ממנו לגמרי ותו לא הדר אע"פ שהאונס עבר ממנו אח"כ ה"ה בנ"ד כיון שבשעה שבא זה הרב היו הקהל פטורים מהרב השני נפטר ממנו לגמרי ואע"פ שאחר איזה ימים נסע הרב הראשון מהם תו לא הדר עלייהו חיוב הראשון כיון דפקע שעה אחת פקע לגמרי ולכן יכולים הקהל עתה לבחור באיזה רב שירצו ע"ש:

ה **וכל מה שמעלילין כו'** עיין בתשובת נו"ב סי' כ"ב שכ' דמס כללי (ר"ל שגזר המלך שכלל היהודים שבמדינתו יתנו סך כך וכך) יש לגבותו חציו לפי ממון וחציו לפי נפשות כי המס הוא על שאנו שוכנים בארצותם וכמו מעות דירה כי מה לי דירה בבית או דירה במדינה והיה ראוי ליתן הכל לפי הנפשות אך אחרי שנותנים לנו גם כן מחיה לעסוק במו"מ ולזה ראוי ליתן לפי ממון ע"כ יש לגבותו חצי לפ"מ וחציו לפ"נ ואין זה דומה למ"ש רמ"א שכל מה שגוזרים כוונתם על הממון שזה הוא בשאר גזירות שאין להאומות ריוח או הפסד רק לצער היהודים כו' ע"ש:

ו **אסרו השחיטה וכדומה גובין לפ"נ.** עיין בתשובת כנסת יחזקאל סי' פ"ד שכ' דבתשובת רשב"א שם מבואר דטענת העשיר היה שקונה בשר ויין שוה עם העני ולפ"ז י"ל דוקא שהיה כך המעשה (ר"ל אבל אם באמת צריך העשיר לבשר יותר יש לגבות לפי ערך אוכלי בשר) ע"ש. וע"ש עוד בענין דפרנסי שלש קהילות אה"ו עשו תקנה שכל מוכר יין יתן איזה נתינה לקאסי של ג' קהילות כפי התיקון וגבו הסך בקאסי השותפות ועתה נפל סכסוך בין הקהלות הנ"ל איך לחלק הסך הנגבה אם לפי ממון או לפי נפשות ופסק שם דאם אמרו בעת התיקון שיחלקו כפי שיצא ע"פ ד"ת אזי יש לחלק חציו לפי ממון וחציו לפי נפשות היינו לפי מספר בעלי בתים אך אם לא דברו כלום בעת התיקון יחולק שני חלקים לפי בעלי בתים ושליש לפי ממון אמנם דוקא על עבר משא"כ להבא אם יהיה עוד שותפות ביניהם יחולק חציו לפי ממון וחציו לפי ערך בעלי בתים ע"ש:

ז **גובין לפי ממון אע"פ שמתחלה כו'**. עיין בתשו' צ"צ סי' י"ט אודות חיל המלך שבאו לעיר בלכתם למלחמה ובאו לחנות שם כמו חדש ימים ונתפשרו הקהל עם המושל שלא

יעשה אכסניא בבתי היהודים היאך יהיו גובין אותו ממון אם לפי ב"ב או לפי ממון או לפי הבתים ופסק דודאי ע"פ הדין כיון דאין בזה אלא הצלת ממון ולא חשש סכנת נפשות אין גובין אלא לפי ממון כו' והא דאיתא פ"ק דב"ב אכסניא לפי בני אדם מתחלקת אין הפי' דגובין מכולם בשוה רק הוא לאפוקי לפי פתחים אבל לעולם דגובין לפי הממון כו' (עמ"ש לקמן ס"ס קע"ב) ואין לומר דהכא כיון דאילו לא נתפשרו והיו מתחלקים לבתי היהודים היו מתחלקים לפי הב"ב או לפי הבתים ולא לפי הממון השתא נמי ניזול בתר תחלה. זה אינו כמבואר במרדכי פ"ק דב"ב הובא בש"ע ס' קס"ג ס"ג בהגה שומרי העיר ששומרין בעצמן כו' גובין לפי ממון אע"פ שמתחלה הוצרכו לשמור בשוה כו' הרי מבואר כיון שנתפשרו על דבר קצוב לא אזלינן בתר תחלה אלא בתר השתא שהדין שיהיו גובין לפי ממון ועוד דהכא גם בתחלה אילו היה המושל מכיר בבני העיר ודאי שהיה מחלק גם הוא לעשיר לפי עשרו אלא לפי שאינו מכיר לכך מחלק אכסניא לפי הנראה לו אם דל ואם עשיר הכל בשוה וא"כ אחר שיתפשרו ודאי דאין גובין אלא לפי ממון ומסיים דמ"מ לא נכון להעמיד ענינים אלו הכל על דין תורה רק טוב ימצא פשר דבר כמ"ש מהר"מ הובא בתה"ד סימן שמ"ו כו' ולכן נכון הוא בב"ד דאף שע"פ הדין אין גובין אלא לפי ממון מ"מ גבו חלק מה גם לפי הבתים דבלא"ה יש לחוש לקלקול בתים שאנשי חיל מקלקלים קצת ע"כ יגבו נמי חלק מה לפי הבתים עכ"ד ע"ש. גם בתשובת שב יעקב חח"מ סימן יו"ד נידון כזה ממש ומסיק דהאמת עם הצ"צ הנ"ל דע"פ הדין הוצאות אכסניא אינה נגבית אלא לפי ממון דלא גרע משומרי העיר שהיו משמרין בעצמן בלילות ואזי היו צריכין לשמור בשוה אם דל ואם עשיר ואפ"ה אם נתפשרו עם המושל לתת קצבה וגובין לפי ממון כו' אך לפי שקשה להעמיד דברים כאלו על ד"ת ממש וטוב לפשר כמ"ש בתה"ד ע"כ נראה כיון דבמדינה זו המנהג דאפילו מסים ועולים גובין שליש על ראשי הבית ושני שלישים לפי הערך גם גביות אכסניא זו יוגבה כן בדרך זה כבר יוצאים העניים ידי חובתם הואיל דע"פ הדין נגבה הכל לפי הערך והם מותרים שליש ויגבו האכסני' כמו שאר מסים שליש על ראשי הבית והבו דלא לוסיף עלה והרב השואל שם היה דעתו לעשות הפשר לחלק ההפרש מה שיש בין אם נגבה החצי על דה"ב ובין אם נגבה השליש והוא ז"ל לא הסכים עמו וב' שם שכמה פעמים התעוררו איזה פרנסים על גביות האכסניא לטובת העשירים והשיב להם שתיקונתם יפה מדיבורם אם אפשר יבואו למשפט וד"ת לא יוגבה אפילו שליש על ראשי הבית ע"ש ועיין בתשו' נ"ש ח"ב סי' יו"ד ג"כ מענין כזה וכ' שם דאם נתפשרו עמהם עבור האכסניא בריצוי כסף יש לגבות ע"פ פשר חצי לפי הממון וחצי לפי הגלגולת ע"ש ואפשר דבמדינתו היה

המנהג גם בגביית שאר מסים ועולים לגבות כן ועמ"ש לקמן סימן קע"ב ס"ט סק"א. ושם בת' צ"צ סימן ל"ד אודות שכונת היהודים שהוא חוץ לעיר המוקפת חומה ומסתפקים מן המים שבתוך העיר ועתה השתדלו מן השררה להמשיך מים אל שכונת היהודים רק שצריכים ליתן מס קבוע עבור זה להשררה בכל שנה ושנה היאך גובין מס הזה וגם הוצאה זו שעשו על תיקוני המרזבות להמשיך המים אליהם אי גובין לפי הממון או לפי הבתים. והשיב דמדברי הטור ר"ס זה מבואר שלא כתב שיש לגבות גם לפי הבתים אלא דוקא בעשיית חומה דלתים ובריח ומחלק בין בתים הקרובים לחומה לשאין קרובים משום דחיישינן לגזילת לסטים כו' אבל שאר דברים כגון בנין בהכ"נ וס"ת כו' וחפירת בורות שיחין ומערות אין גובין אלא לפי ממון ומשום הכי לא כ' הטור מידי בהך לחלק היאך לגבות משום דדבר פשוט הוא דכל מילי דלית ביה ס"נ לא אזלינן אלא בתר ממון כמ"ש התוס' פ"ק דב"ב דף ז' בד"ה לפי שבח ממון כו' ולכך בה"כ אף על גב דהכל צריכין לה אין גובין אלא לפי ממון כדאי' בהגה סוף סעיף זה ואפילו דברים שאין כולם צריכין כגון בית חתנות ומקום גובין לפי הממון מכולם והיינו משום כיון דתקנתא דצבורא הוא ולית ביה ס"נ לא אזלינן אלא בתר ממון וכן נמי בשכירות החזן כמ"ש הרשב"א בתשובה הובא בב"י א"ח סימן נ"ג כו' ואפילו לדברי רב האי שכ' בשכירות החזן שגובין החצי לפי נפשות וכן אנו נוהגין לפסוק כדאיתא בב"י שם יש לומר דשאני חזן כמ"ש רב האי גופיה משום דתפלות כנגד קרבנות צבור תקנו והן באין ממחצית השקל שהיו הכל שוין לכך הדעת מכרעת שיש לגבות לפי נפשות אלא שבוחרים חזן היודע לנגן ומרבים בשכרו לכך גובין גם לפי הממון וזה לא שייך בשאר צורכי צבור כגון בה"כ ומקוה וכדומה כיון שהוא תקנת הקהל ונעשה ע"י ממון גובין לפי ממון לחוד וא"ל דחפירות בארות המים מקרי עסקי נפשות כיון שחיי נפש הם ויש לדמות למ"ש הרמ"א לעיל בסמוך שאם צווי שלא למכור לחם ליהודים או אסרו השחיטה גובין לפי נפשות זה אינו דהתם מיירי שגזרו שלא למכור כלל או שאסרו השחיטה לגמרי ולא אפשר להו בלא לחם ובשר אבל בנ"ד שכבר היה להם מים די סיפוקם אלא שרוצים לעשות תיקון המים שיהיה להם רווחה ביותר שלא יצטרכו לילך לשכונת העו"ג ובלילה או ביום חגם או שעושים רשעות ודאי שתועלת לעשירים יותר מלעניים שאין העני מדקדק כל כך כו' ובר מן דין נ"ל לומר דהמשכת המים אל שכונת היהודים דומה לחומת העיר שהוא תועלת הממון להציל הבתים משריפה ח"ו והעשירים יש להם לחוש יותר על זה כו' אלא שלפי זה יש מקום לומר שיש לגבות קצת גם לפי הבתים לכך נראה שיש לגבות שלשה חלקים לפי הממון וחלק רביעי לפי הבתים עכ"ד ע"ש. ועיין בתשובת זכרון יוסף סי' ט' אודות קהל

א' שרוצים לפשוט עם השררה שלהם שלוקח מס י"ז זהוב מן כל אחד ויש להם כתב חרות שלא יתנו רק ששה זהוב כיצד נגבה הוצאת המשפט אם לפי ממון או לפי נפשות גם קנו מקום לבית הקברות ולעשות סביב חומה דלתים ובריח כיצד נגבה ודעת הרב השואל שיהיה חצי על הערך וחצי על הנפשות והוא ז"ל השיב כי יפה הורה שישלמו הוצאת קניית בה"ק חצי על הערך וחצי על רה"ב ואפי' למאי דאמרי' קבורה משום כפרה מ"מ הרי גם טרם שקנו ודאי לא הטילו מתיהם ע"פ חוצות רק ששלחו למקום אחר ע"י הוצאות א"כ יש לעשירים תועלת הרבה יותר ובפרט שעי"כ היה בזיון המת כמה פעמים והעני אינו מקפיד כ"כ על בזיון כו' ולכן גם הוצאת בנין החומה יוגבה על אופן הנ"ל דהעיקר כדי שלא ירעו שם בהמות או למנוע חטוטי שכבי דהוי בזיון המתים וגם יש לדאוג יותר על העשירים אשר ילבשו להם תכריכין חשובים ואיכא חששא טפי לגנבי ועוד י"ל טעם אחר דהעניים יכולים לומר לדידן סגי לן בנטירא בר זוזי כההיא דמס' ב"ב דף ד' ע"ב ואף שאלו הטעמים חלושים קצת לחייב העשירים מ"מ מצורף לזה מה שהביא הב"י בא"ח סי' נ"ג מחו' ח' תשובת הרשב"א ששם מבואר דכל מה שהוא תקנת הצבור ונעשה ע"י ממון נותנים לפי ממון אע"פ שהוא תקנת העני כעשיר מ"מ אין יד העני משגת כעשיר וכ"כ בש"ע שם סעיף כ"ג וכ"פ המ"א ובאליה רבה שם ובר"ס ק"נ דאפילו שכירות בה"כ פורעין לפי ממון כו' ולכן נ"ל דגם הוצאת המשפט עם השררה לפחות קציבת המס יען שהוא לתקנת הצבור יוגבה חצי לפי ממון וחצי לפי נפשות ואע"פ שמתחלה וגם לבסוף פורעין המס בשוה היינו משום דיד השררה תקיפה ומבקש מכל א' דבר קצוב כי ימאן לטרוח לדעת ערך כל א' מהם ולולי זאת גם השררה היה נותן עיניו בבעלי כיסים לגבות מהם יותר משא"כ הוצאת המשפט שבידינו הוא לגבות מכל א' נוקמים על ד"ת לגבותו לפי ממון ויש לדמותו למ"ש הרמ"א בסימן קס"ג גבי שומרי העיר בעצמן כו' מצורף לזה יש לומר דלולא העשירים היו העניים משתדלים ע"פ הוצאה מועטת להחזר הדבר ליושנה כי המלכים מלכי חסד המה ועל ענייי בני עמינו יחמולו כו' וגם יש לומ' שמתחלה לא נתרבה קציצת המס עד י"ז זהוב אלא מפני נתינת עין בעשירים ודי לנו לומר שיתנו העניים חצי על רה"ב ואפשר אם תמצה הדין יהיה נגבה הכל לפי הממון ויכול מעלתו לומר לעשירים לבל יבואו במשפט עם העניים מטעם הנ"ל וכאשר הזכיר אמ"ו בתשובת שב יעקב סי' יו"ד עכ"ד ע"ש:

ח **יכולים לשנות ולתקן.** עמ"ש לקמן בס"ק י"ד ובס"ק ט"ז:

ט ולתקן ע"פ השבועה. עיין בתשו' צ"צ סי' ק"ב במי שפסלוהו מנהיגי הקהלה שיהא פסול לשבועה משך שנה תמימה מחמת שחבל בחבירו מתוך מריבה ואח"כ כשהגיע

זמן הערכה רוצים השמאים להעריכו כפי אומד דעתם ולא להאמינו בשבועה כפי המנהג שם כיון שפסלוהו מנהיגי העיר אי שפיר עבדי ופסק דהדין עם היחיד ויכול לישבע על סכומו כאחד משאר פורעי המס. דמסתמא לא פסלוהו מנהיגי העיר אלא משבועה דעלמא שבין איש ובין רעהו אבל לא משבועה זו והאריך בטעם הדבר וכ' דאפי' מסתם שבועת שותפות דעלמא מסתברא דלא פסלוהו דאית לן למימר דלא פסלוהו משבועה אלא היכא דזה שכנגדו טוען עליו טענת ודאי כו' ע"ש:

י **אלא העריכו אותי.** ע' בעט"צ ובמאמר קדושין ובמסגרת השלחן שכתבו בשם תשובת עה"ג סימן ל"ג שהשמאי אינו יכול להעריך את שותפו שהוא עמו שותף במשא ומתן עכ"ל. ולע"ד לא כיוונו יפה כי המעיין שם בתשובה (יובא לקמן ס"ק ט"ו) יראה שלא כתב זה רק בנדון השאלה שם שמנהג העיר שלא להעריך למי שפסול לו מדאורייתא ע"ז כתב דלכאורה אוהב פסול לדון ד"ת וה"ה שותף כו' ואח"ז מסיק דגם אוהב אינו פסול רק מדרבנן וממילא דשותף יכול להעריך כי אין מנהג שם רק לפסול הפסול מדאורייתא עש"ה ומכ"ש במקום שאין מנהג ידוע כלל דודאי רשאי להעריך לשותפו דלא גרע מקרוב ע"ל ס"ס ל"ז ועיין בתשובת נו"ב סימן כ"א יובא לקמן ס"ק ט"ו שכ' ואנחנו לא נידע הפרש בין רחוקים לקרובים כו' וצ"ע:

יא **י"א דאין שומעין לו.** עבה"ט ועיין בתשובת נו"ב סי' ב' שכ' אף דנראה הכרעת רמ"א כי"א כיון שהשמיט דעת הרא"ש לגמרי משמע שכן הכרעתו כהרשב"א שמחוייב לישבע בע"כ מ"מ טעמו דהרשב"א הוא שזהו שבועת השותפין ויכולין לומר שאין יכולין לעמוד על הערכתו כמ"ש הסמ"ע סק"ך והיינו דוקא אם כולם נשבעין שאז עושין כדין המשנה ששותפין משביעין זא"ז על הספק אבל להשביע קצתם ולפטור קצתם בלי שבועה או בשבועה קלה לאחד ולאחד בשבועה חמורה זה אינו כדין המשנה כו' ע"ש. ועיין בנו"ב תליינא סי' מ' שכ' לרב אחד וז"ל ועל דבר עסק המס בודאי שבעניני המסים הולכים אחר המנהג והוא עיקר הלכה אך אם אין מנהג פשוט דין תורה שהם שותפים ויכולים להשביע זא"ז ולדעת רמ"א אפי' כבר נהגו ע"פ הערכה יכולים לשנות ולגבות ע"פ שבועה כי הוא שבועת השותפי' ולכן בודאי ע"פ הדין יכולי' לתת חרם על המס ואעפ"כ מיום היותי כאן תמיד הייתי עומד בפרץ בדבר הזה ומנעתי ליתן חרם כי הנסיון יעיד שבעו"ה כמה פעמי' שלא הצליחו ואירעו כמה צרות תכופות במקומות שגובים ע"פ חרם עד שבשנה זו שהיה צווי המלכות יר"ה ודינא דמלכותא דינא אני פי מלך שמרתי ונעשה הכרוז בחרם אבל מה שרוצי' בקהלתו לעשית דבר חדש למיעבד כתרי חומרי להעריך ולהטיל גם חרם ומן הערך שהעריכו לא יפחות ואעפ"כ אם הוא יודע

בעצמו שיש לו יותר ממה שהעריכוהו מחויב להשלי' היתרון זהו גזל ועושק וגוף הדין שמביא רמ"א שבמקום שנותנין ע"פ שבועה ואחד אומר איני נשבע והעריכו אותי בכל מה שתרצו שי"א שאין שומעין לו אני תמה כיון שכל סמך שבועת המס הוא משבועת שותפי' והרי בשבועת השותפי' גופיה מבואר בש"ע סי' פ"ז סי"א שיכול להפך ולומר לישתבע דחשיד לי בכך ואף שהובא שם בלשון יש מי שאומר היינו משום שבבד"ה שם תמה שזהו טענת ספק אבל אם אמר אמור בכמה חושדני ואתן לך ודאי יכול לומר כן ואפי' חרם סתם יכול להטיל עש"ך שם וא"כ למה לא יהיה הדין כן במס ודברי הסמ"ע לחלק בין זה להא דסי' שע"ה ס"ח אינו מספיק דהרי כאן בשותפי' שעסקו בסחורה שנים רבות ג"כ אי אפשר לעמוד על השומא ואפ"ה יכול לומר כן ולכן עכ"פ אין לנו לחדש עוד חומרות יותר ואם העריכוהו שוב אין יכולת להטיל עליו חרם ואין בדברי המתעקשי' לאחוז חומרי שניהם שוה ממש רק הברירה או להעריך ומי שלא יסכים ליתן הערך יגיד בחרם או בשבועה וכפי שיגיע עליו ע"פ השבועה יתן או שלא יעריכו כלל והכל ע"פ החרם ואעפ"כ הדרך הראשון יותר טוב ולא להכריח את כל הצבור להכנס בחרם ובטוח אני שישמעו ויקבלו עכ"ל. ועיין עוד מענין זה בתשובת חות יאיר סימן נ"ז וכ' שם דהמנהג ברוב המקומות שאין מחליטין להשביע קצת בני הקהלה ע"פ הגורל רק מי שלא ירצה ליתן ערכו הנעשה לו הוא ישבע ויש זמן קצוב שיכול לישבע אחר שיצא הערך וכשעבר הזמן א"י לישבע אח"כ ואם נודע שנפחת ערכו ע"י שהשיא הבן או בת אפי' תוך הערך גורעין לו ואם נשא אשה ולקח נדן מוסיפין לו תיכף משא"כ בשאר היזק או ריוח גדול אפי' ידוע לכל נשאר בערכו. עוד מנהג פשוט מי שהגיד ערכו אלף ר"ט ועשו לו הערכה על אלף ת"ק ר"ט וביקש לישבע שאין לו יותר מאלף שי"ן אין מניחין אותו רק באם ישבע על אלף וחמשים לכל היותר כי רשאי להוסיף בשבועתו ה' למאה ותו לא ואם לא ישבע כך ישאר באלף ות"ק ויש אומרי' שראוי לקנס גדול ע"פ דבורו שאמר שרוצה לישבע על אלף שי"ן הואיל שהגיד ערכו רק אלף ולא היא דמצי טעון שמתוך חומר השבועה אמרתי לישבע על אלף ש' אף דבאמת אין לי רק אלף חמשים. משא"כ בהוברר הדברי שהגיד ערכו שקר כגון מעשה שהיה שהוכחש על פניו מתוך יכולתו בסחורות ומשכנות וחובות אף כי יתנצל כי ידע שעכ"פ יעשו לו יותר ממה שיגיד אין זה מספיק כי ודאי אילו לא הוסיפו על דבריו היה מקבלו ושותק לכן לא ינקה מעונש למגדר מלתא. עוד מעשה שהיה שהגיד אחד ערכו ת"ק ר"ט ומפני שריננו עליו כל העולם שיש לו הרבה יותר עשו לו ערכו אלף ר"ט ואף שצווח ככרוכיא וקילל למעריכים מ"מ לא רצה לישבע וככלות ה' שנים הגיד ערכו אלף ושאלוהו איך

לפני ה' שנים הגדת ערכך ת"ק ועתה הגדת אלף ולך הוצאות הבית גדול ורב והשיב מפני שידע מאז רננת העולם עליו והבין שבודאי יעלוהו המעריכים בכן אף שהיה לו ת"ת ר"ט הגיד ת"ק ועתה דקדק מאד להשביע עין העולם ועין המעריכים ואין לו רק אלף בצמצום זה תלוי בדעת הקהל לקנסו על שהעלים ערכו במאמרו ובעניני הקהל עונשין גם על המחשבה הגלויה כמעשה למען ישמעו וייראו וגם תו לא מהימנינן ליה עתה שדקדק בחשבונו אחר שמודה שמבראשונה כיחש ויעלו אותו בערכו לפי סברתם או ישבע עכ"ד וע"ש עוד אודות אחד שמת שנתים אחר שנעשו הערכות ונמצא בעזבונו כפלי כפלים ושאלו הקהל ובקשו לדעת דעת תורה לחקור סברת חז"ל אם יש לדון בזה לכף זכות לומר שבשנתים אלו מציאה מצא או קנה דג של יוסף מוקיר שבתא ואחר שידעו זה יעשו כפי רצונם קרוב לדין תורה כאשר בעניני ערכות וכל כה"ג הרשות ביד הקהל לעשות כפי ראות עיניהם והאריך שם מכמה מקומות דמלתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי ואין לך מלתא דל"ש גדול מזה ואין ראיה מלעיל סי' ע"ב באחים ששטרות יוצאין ע"ש אחד מהם כו' דשאני התם דאיכא חזקה אלימתא מה דכתיב בשטר על שמו כו' ולכן בנ"ד איתרע חזקת גברא ולפי רוב עושר הנמצא ולפי מיעוט המשא שנשא בעול יש להחזיקו לגוזל רבים למפרע כמה זימני ערכות כו' ע"ש עוד בסימן נ"ח על ענין כדומה לזה ושם מבואר דאם מסחרו היה אבנים טובות ומרגליות או עסקו היה עם שרים גדולים טוענים ליורשי' אלו הרויח בפ"א סך רב אבל לא זולת זה ע"ש ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סימן קכ"ה מ"ש בענין כיוצא בזה ומסיים שם ואם אולי רוב פורעי המס יש להם טעם הגון לטובת הצבור לוותר נגד היורשי' אין להשגיח על איזה יחידים הממאנים אך ידעו המוותרים כי המה מוותרים מעות אלמנות ויתומים ע"כ אם אין להם טעם הגון לטובת הכלל לא יוותרו אבל בשום אופן אין להמיעוט להרהר על הסכמת הרוב ע"ש:

יב **מה יתן והתחילו לגבות.** עבה"ט ועיין בתשובת נו"ב סי' כ"ג בענין קצין אחד שבא לקהלה אחת וביקש להיות גם הוא אחד מבני קהלתם ונתפשר עמהם ונתחייב בשטר לתת ערך מן י"ז אלפים ר"ט ודבר זה יהיה קצוב עד כלות עשר שנים ובשנה הראשונה שבק הקצין הנ"ל חיים לכ"י ושם בקהלה ההיא מנהג ותיקון שאם נעדר א' מנותני מס אף בתחלת עשיית הערך מחוייבים יורשיו לשלם כל ערכו עד תום שנתים שהוא זמן הערך כי כן מנהגם לעשות ערך חדש בכל שנתיים ועתה טוענים בני הקהלה עשר שנים להקצין הנ"ל הוא כמו שנתים לאחרי' כיון שהוא נתפשר על עשר שנים והיורשי' טוענים אחר שלא נאמר בשטר ההוא עליו ועל יו"א כנהוג לכתוב בשטרות הוא ראיה שלא היה

החיוב רק עליו בעצמו ואף שנתחייב על עשר שנים לטובתו נתכוון שלא יהא מוכנע תוך זמן זה לשמאים ובני הקהלה אומרים מה שלא נאמר בשטר על יו"א הוא משום דסתמו כפירושו ומסתמא הוא כשאמר בלי ערך שחל החיוב על היורשי' לפי ערך זמן שלהם שהוא שנתים כן הוא לפי ערך זמנו שהוא עשר שנים וצידד בזה הרב השואל דהדין עם בני הקהלה כי מבואר בכמה מקומות בפוסקים שאף שלא נאמר בחיוב על יו"א אפ"ה ממילא חל החיוב גם על יו"א מהא דח"מ סימן ס' (סעיף ד') דאפי' במתחייב לזונו על שלחנו ומת חייבים היורשי' לזונו ומהא דאה"ע סי' קי"ד בנשא אשה ופסק לזון בתה ה' שנים ומת הבת מוציא מזונות מן היורשי' ואפי' בלא קנין שאינה גובה מלקוחות גובה מהיורשים דמלוה ע"פ אם הוא תוך זמן גובה מהיורשים וכן בנד"ז תוך זמנו הוא וגובים קהל מהיורשים (ולפ"ז א"צ הקהל לבא בטענה דעשר שנים להקצין הוא כמו שנתים לאחרים כו' אלא דאפי' לא היה שום תיקון שם מ"מ כיון שנתחייב בשטר ממילא חל החיוב גם על היורשים) . והוא ז"ל השיב דזה אינו. דאף שזה אמת שכל מה שנתחייב אדם אף שלא אמר בפירוש על יו"א ולא כתב כן בשטר מ"מ חל על יורשיו שהנכנסי' שלא נשתעבדו וכל מה שנהגו הסוחרי' לכתוב בשטרות ועל יו"א הוא רק שופריה דשטרי אך כל זה בהתחייבות שמתחייב אדם נגד צד שכנגדו ועל צד שכנגדו אין שום התחייבות כמו במתחייב לזון בת אשתו שהתחייבות הוא רק עליו לבת אשתו אבל אין שום התחייבות על בת אשתו נגדו שנימא שבמותו כשם שפסק התחייבות בת אשתו נגד יורשיו כך פסק התחייבות שלו מעל יורשיו אבל בנ"ד התקשרות שבין הקצין ובין בני הקהלה היה התחייבות על כל א'. התחייבות על הקצין הוא שמחוייב ליתן מן י"ז אלפים והתחייבות על הקהל שאין יכולין להוסיף ערכו והוא ודאי שבמותו נפסק התחייבות של הקהל דהיינו אם היורשים ג"כ ממוחזקי קהלתם היו מחוייבים ליתן מס מירושתם לפי ערך שמאים ולא היה יכולת בידם לומר כבר נתפשרתם עם אבינו לזמן עשר שנים על י"ז אלפים כי היו הקהל יכולין לומר על אביכם נתפשרנו ולא עמכם כמפורש בריטב"א שהובא בב"י ובסמ"ע ס"ק ל"ט כו' ובנד"ז גם מורו של הריטב"א מודה כו' (עמ"ש לקמן ס"ו ס"ק כ"ט) מעתה י"ל כשם שבמותו פסק התחייבות של הקהל כך פסק התחייבות שלו ולכן גם אם היו היורשים ג"כ מבני אותה הקהלה לא היו הקהלה יכולין לכופם שיתנו דוקא ערך מן י"ז אלפי' אלא היה יכולת בידם לומר שרצונם לבא לפני שמאים כשם שהיה הברירה ביד הקהל לכופם לבא לידי שמאים וא"כ ה"ה כשהיורשי' אינם שייכים כלל לאותה הקהלה כיון שפסק התחייבות הזה אינם מחוייבים ליתן מס כלל לאותה קהלה רק כמו שהמנהג שם בא' מבני המס שמת איך נוהגים נגד יורשיו (דהיינו

רק עד תום שנתים) . וגם מה שדימו בני הקהלה עשר שנים הללו לשנתים של אחר אני תמה דבשלמא אם שנתים של אחר היה מצד הדין שפיר היה מקום לדמות אבל הלא גם זה שמחוייבי' היורשים ליתן כל הערך משנתיים אף אם מת בתחלת הזמן אינו מצד הדין כי ע"פ דין הלא מבואר בסי' קס"ג ס"ג בהגה שמאותו שעה ששמו המס והתחילו לגבות הוי כחוב ומבואר שם בסמ"ע ס"ק כ"א דדוקא אותו גביה שהתחילו לגבות אבל שאר גביות אף שהוא באותו שנה א"צ ליתן (כפי הנראה לא ראה דברי הט"ז בזה והובא בבה"ט כאן) ומכ"ש שאין מקום לומר על שנה שניה אלא שזה מצד התקנה ובתקנה אמרינן הבו דלא לוסיף עלה מה שאינו מפורש בתקנה ולבד זה יש מקום לומר שהתקנה שלהם הוא על בני עירם שגם היורשי' המה מבני עירם אבל אלו היורשי' שאינם שייכי' למס כלל אין להם דמיון לשאר בני העיר ואעפ"כ נלע"ד שמה שמגיע עד תום זמן הערך של כללות העיר מחוייבי' ליתן אבל היתרון עד תום עשר שנים קשה להוציא ובפרט שבני העיר אין לדונם כמוחזקי' נגד אלו היורשי' שאף שמבואר בסי' ד' בהגה שהקהל נקראים מוחזקי' נגד היחיד בעסקי מסים זהו אם גם היחיד מבני עירם אבל אלו היורשי' אינם מבני העיר עכת"ד. ע"ש שמסיים כ"ז נלע"ד להלכה ולא למעשה כי מעולם לא דנתי בעניני מסים ע"פ דין רק תמיד עשיתי פשר ואם שני הצדדים היו נותני' רשות בידי לפשר הייתי אומר שעד סוף הערך של כלל העיר יתנו היורשי' והמותר מן סוף הערך עד תום עשר שנים יתנו היורשי' שליש כו' ע"ש:

יג **מיהו מי שבא לעיר כו'**. עי' בתשובת עבוה"ג ס"ס ל"ב שכ' ועל דבר הקנס להשרה יר"ה נלע"ד פשוט מצד הדין שאין הבע"ב הבא לאסר המעשה מחוייב ליתן כלום אם לא באותו שעה כשבא לדור שם היה עדיין חמת השררה בערה בו ויש לחוש שאם לא יפייסו אותו בריצוי כסף שיצא קצף על כל היהודים הדרים במקום ההוא ועיין בתשובת משפטי שמואל סי' צ"ט כו' זהו שורת הדין אבל כמדומה לי שהמנהג בכל מקום מי שבא לדור בקהלה מחוייב לשלם לפי ערכו גם החיובים שחייבי' הקהל מימי קדם ולעומת זה יש לו חלק בכל חזקות הקהלה ב"ה ובית הקברות וס"ת וכיוצא בהן עכ"ל:

יד **וכל עניני מסים הולכין אחר מנהג כו'**. עיין בתשובת נו"ב תניינא סימן ב' שנשאל שלש גלילות שהמה צמידים יחד בנתיבת המס שכולם תחת מושל א' והיה המנהג אצלם מכמה שנים שכל ריב ומשפט המסתעף ביניהם בעסק זה יקריבו משפטם לפני שלשה רבנים יושבי הגלילות ההמה כל אחד מבורר מגליל שלו הגם שיש לרב המבורר קרובי' בעלי ערך בגליל שלו ולפי הדין הוא פסול לדון בזה עכ"ז מעולם לא הקפידו בזה וכמו כן יש תקיפים גדולי' בגלילות ההם וג"כ ע"פ הדין היה לו להרב שלהם להסתלק

מדין זה דלא גרע מעשיר מוחזק לאלם (לעיל סימן י"ד ס"א בהגה ועמ"ש שם) אעפ"כ מעולם לא דקדקו על זה ועתה רוצי' שני גלילות לפסול המבורר של גליל יהודה לפי שקרוביו של המבורר המה בעלי ערכים בגליל שלו ופסול לדון וגליל יהודה ט עני' שגעסקי המס הולכי' אחר המנהג וכבר נהגו שלא להקפיד בזה ועוד טוענ' אחר שאתם פוסלי' מבורר שלנו עבור קרוביו אף אנו פוסלי' שני מבוררים מגלילות שלכם מחמת תקיפי ואיתני ארץ שבגלילות שלכם וידונו רבנים אחרי' לגמרי והשיב דטענה הראשונה של גליל יהודה אינו נכון דאף שכן מבואר בהגהת רמ"א סימן קס"ג דכל עניני המסי' הולכין אחר מנהג הקבוע בעיר שעשו כן ג"כ אף שהוא מנהג גרוע כו' מ"מ כל זה הוא כל זמן שהמנהג קיים אין בכח שום מנהיג לשנותו ולומר שרוצה דוקא ע"פ ד"ת אבל הא ודאי שכלל הצבור כשם שיכולי' לקבוע מנהג כך יכולי' לבטל המנהג על להבא ולשוב לדעת של תורה כמבואר בהגהת רמ"א לעיל שאם היו רגילים לתת ע"פ הערכה יכולי' לשנות וליתן על פי השבועה כו' (עיין מה שכתבתי לקמן סעיף קטן ע"ז) וא"כ כיון ששני הגלילות המה רוב נגד גליל יהודה ודאי שיכולי' עכשיו לשנות ולפסול פסולי קורבה. ואמנם בטענה השניה של גליל יהודה הדין עמם דודאי יכולים לומר כיון שבטל המנהג בטל הוא לגמרי וצריכי' הדיינים להיות כשרי' לגמרי הן מצד הקורבה והן מצד שאר דברים המעכבי' בדיינים כו' ולכן פשוט דבני גליל יהודה יכולים לעכב ג"כ על שני גלילות האחרי' שלא יבררו רבנים מגלילות שלהם רק ממקומות אחרי' ואם יטענו שכבר נהגו שלא לפסול רבני הגלילות יכולי' בני יהודה לומר ממ"נ אם מצד המנהג א"כ גם קרובי' יכולים לדון ויכולי' גם הם לברור מבורר שלהם ע"ש:

טו **הולכין אחר מנהג.** ועיין בתשובת נו"ב סימן כ"א שכ' וז"ל ע"ד השאלה במקום שנהגו מימי קדם לעשות שמאים להעריך בני העיר ואף לקרוביהם יען במקום ההוא רובם קרובים זל"ז וכן עתה נתאספו ונתרצו לעשות כן ואחר שהוציאו השמאים מן הקלפי קמו קנת לערער על זה הנה אף אם לא היה מנהג כלל רק עתה מחדש היו רוצים לעשות כן ג"כ אותן האנשים שהיו במעמד ההוא והסכימו אין בידם לערער אף שלא קנו מידם כי דבר הנעשה במעמד זט"ה א"צ קנין ומתקיים בדברים אבל אם המערער לא היה במעמד ההוא היה מקום לדון אם יכול לערער על מה שהסכימו זק"ה ואם כח ביד זט"ה לעשות דבר חדש במידי דאית ביה פסידא להאי ורווחא להאי (עמ"ש לעיל ס"ס סק"א אבל כיון שיש שם מנהג אם הוא מנהג קבוע או שנהגו בו ג' פעמים שוב אין כח ביד יחידים לבטלו ובפרט בעסקי מס שהולכין אחר מנהג אפי' מנהג גרוע והמערער לומר לבטל המנהג ורוצה לעשות שמאין מבני העיר שיעריכו הרחוקים ולא הקרובי'

דבריו בטלים ואנחנו לא נדע ההפרש בין רחוקי' לקרובים כי מה שמעריכי' כולם נוגעים ומה שמכביד על הרחוקים יש בו רווחא לשמאין ולקרובים ואם רוצים לבטל המנהג ולעשות שמאין ע"פ דין תורה לא משכחת שמאין מבני עיר כלל אא"כ יבואו שמאים ממקום אחר שלא הי' להם ושלא יהי' להם שום קרובים בעיר וזה אי אפשר ומה שנהגו ברוב המקומות לעשות שמאין ויעריכו הרחוקים ולא הקרובים זה רק מצד המנהג שכן נהגו אבל בנדון השאלה שהמנהג שיעריכו בין קרובי' ובין רחוקים ישארו במנהג ודברי המערער בעלים עכ"ל וע' בתשובת עבודת הגרשוני סי' צ"ג אודות קהלה אחת אשר מנהגם מימי עולם שכל שנה המה בוררים ג' מעריכים שיעריכו כל א' וא' לפי אומד דעתם ועוד א' נוסף שבאם יהיה א' מהג' המבוררים פסול דאורייתא לא' מבני הקהלה אזי יצא אותו הקרוב ויכנס זה הנוסף תחתיו ויעריכו לזה מקרוב אלו השנים הנותרים עם זה הנכנס והזדמן שא' מן הג' מבוררים הוא משותף עם אחד מיוחד מבני הקהלה במו"מ כמעט בכל עסקיהם רק שחלוקים בעיסתם ושאלו מנהיגי הקהל אם יוכלו לפסול ע"פ ד"ת זה השותף לערוך ולאמוד את שותפו השני מחמת אוהבו ורעהו או לא והשיב לכאורה נראה שהקהל יכולים לפוסלו מק"ו אם פסול הוא להעריך קרובו ומכ"ש שהוא פסול להעריך את רעהו ורגיל עמו במו"מ וראיה מפ' הכותב (כתובות ד' פ"ה) גבי ההוא דאמר נכסי לטוביה כו' (בש"ע לקמן סימן רנ"ג סכ"ט ובהגה שם) אך באמת אין זה ראיה לנ"ד כי אפשר לומר לעולם לענין קירוב הדעת לאמוד דעתו למי שירצה ליתן מתנה ודאי יותר קרוב דעתו לשכן הרגיל עמו במו"מ אבל מ"מ לענין פסול לדון אין למידין ממנו כי טעמא דפסול לדון לא משום קירוב הדעת הוא אלא גזרת המלך כו' וא"כ אף דלהעריך מה דומה ממש לדין כדמוכח פ"ק דב"ב בהאי דתמחוי נגבית בשלשה כו' שכל דבר שצריך עיון כמה יתן כל א' דיני ממונות הוא מ"מ אין כאן ראיה כי אין ללמוד שיהא אדם פסול לדון לרעהו מק"ו של קרובו כי קרובו שפסול לו לאו משום קירוב הדעת אלא גזרת המלך כאמור ועוד היה נראה להביא ראיה מהא דפ' זה בורר דכ"ט אוהב זה שושביני כו' ורבנן האי לא אויב לו ולא מבקש רעתו מאי דרשו ביה חד לדיין כו' ופסקו כל הפוסקים כרבנן (כמ"ש לעיל סימן ז' ס"ז) הרי לפנינו שאוהב פסול לדון ד"ת וכבר אמרנו שנ"ד דומה לדין א"כ מלתא דא אמורה ששותף א' לא יעריך לשותף השני הרגיל עמו במו"מ תמיד כו' אבל כד מעיינינן שפיר ליתא כי מוכרחים אנו לומר שאוהב ושונא אינם פסולים לדון אלא מדבריהם והכתוב לא אויב כו' אינו אלא אסמכתא לפ"ד הרמב"ם דאוהב אסור לדון לכתחלה אבל בדיעבד דינו דין כמו שדקדק הב"י מדבריו

שלא כ' לשון פסול אלא אסור כו' (ע' בתומים לעיל סימן ז' סק"ח וגם עמ"ש לעיל סימן י"ז ס"ה סק"ח עכ"ד ע"ש):

טז **שהיה מנהג גרוע.** עיין בתשובת חות יאיר סימן פ"א שכ' דדוקא בנעשה מתחלה ע"פ התיקון משא"כ כשאין כאן תיקון רק שנהגו כך מעצמן זמן רב כולי ולכן בנהגו מעצמן נגד הדין בעניני מסים אפי' זמן רב מי בתר הכי היחיד לערער ולומר עד כה סבלנו וכמ"ש בת"ה סוף התשו' כו' וע"ש עוד בענין אחד שרצה לצאת מן העיר ולקבוע דירתו בישוב אחר תחת רשות אחרת וטוען שיתן קודם צאתו להקהל כערך ג' שנים לפי התקנה הקדומה שיש שם שישלם כל יחיד היוצא מן העיר ג' ערכים וטובי הקהל טוענים כי זו התקנה היתה בשנים קדמוניות שלא היו חייבים הקהל כ"א סך מועט אך כעת שנתחייבו כמה אלפים יבקשו שיתן להם חלקו בחובות והאריך שם הרבה בזה ע"ש. ועיין בתשובת הרב משה רוטנבורג חח"מ סימן ך' שנשאל בענין נתינות הקדשות שנפל מחלוקת בין הנגידי' והבינוני' והעניים איך להיות ההערכה כי הנגידי' רוצים שיהיה כמו שנהגו מקדם כמה שנים בגביות כמה נתינות דהיינו לפי רוב ההוצאה והשפעה. והבינונים טוענים אמת כי עד עתה היו הגביות שלא ביושר אלא מחמת שלא היה הכבדת המס בהפלגה כל כך סבלנו ולא רצינו לעשות מחלוקת עבור זה אך כעת תכבד עלינו המס ולכן יהיה ההערכה ע"פ פראצענט דהיינו בערך העושר כו' והשיב באריכות יתו"ד דהדין עם הבינוני' והגם דבח"מ סימן קס"ג בהגה כתב דכל עניני מסים הולכין אחר מנהוג הקבוע בעיר שעשו כן ג"פ כו' והוא מתה"ד סימן שמ"ב אך קשה ע"ז ממ"ש ברמ"א גופיה לעיל דאפי' נהגו שלא ליתן ממעות אחרים שבידו שעוסק בהן יכולים לשנות כו' וגם כתב לעיל אם היו רגילין תחלה לתת ע"פ הערכה יכולי' לשנות ולתקן ע"פ השבועה כו' והוא מדברי התה"ד ומבואר שם שהיו רגילין מכמה שנים לתת ע"פ הערכה כו' וזה סותר למ"ש כאן שהולכין אחר מנהג שנהגו ג"פ (עמ"ש לעיל ס"ק י"ד) וע"כ צריך לחלק דמ"ש התה"ד והרמ"א כאן הולכין אחר מנהג הקבוע בעיר ר"ל שקבעו מנהג להיות נוהגין כך לעולם וכן מדוייק לשון הד"מ שכ' שקבעו אותו ג"פ להיות מנהג ור"ל שקבעו להיות נוהגין כך מכאן ואילך ובזה מתורץ סתירה הנ"ל כו' וראיה לחילוק זה מתשובת מהרי"ט חח"מ סימן ס"א כו' ועוד אפ"ל ליישב הסתירות הנ"ל עפ"מ שמבואר בתה"ד שם בסוף דבריו דמ"מ ראוי לדקדק כל מה שיוכל להשוות המנהג ע"פ ד"ת אף אם לא לגמרי והאריך שם לקרב כל פרטי המנהגים שהיו ידועים בדורו שיהי' מקצת ע"פ ד"ת אם כן מבואר דאף שבעניני מסים הולכין אפי' אחר מנהג גרוע מ"מ צריך שיהי' דומה עכ"פ במקנת לד"ת דאל"כ לא מקרי מנהג קבוע כלל וכן מצאתי בתשובת

פמ"א ח"א ס"ס נ"ה כו' ולפ"ז צ"ל דמה שקיצר הרמ"א בד"מ ובהגה ולא הביא סוף דברי התה"ד שצריך להיות קפע"צת ד"ת היינו דסמוך עצמו במה שהעתיק דברי התה"ד ואין מדקדקין בענייני מסים דלשון אין מדקדקין משמע דא"צ להיו' מכוון ממש בדוקדיק ע"פ ד"ת כו' (והאריך שם בענין מנהג החמרין והספנין דפ' הגוזל בתרא דגם שם יש לקרב מנהגן להיו' דומה קצת ע"פ ד"ת ועמ"ש לקמן סי' ערב) ובזה מיושב נמי הסתירות הנ"ל דשם לענין מעות אחרי' שבידו וכן לענין לתת ע"פ הערכה על פי השבועה אינו על פי ד"ת כלל לכך אין להשגיח במנהגא כו'. ומעתה בנדון השאלה לפי שני הדרכי' הנ"ל הדין עם הבינונים והדלים כיון דידוע בעיר הזאת מה שנהגו מקדם בגביות הנתינות לא היה זה בהסכמה שיהא מוכח שיעשה זה מנהג קבוע להתנהג כך תמיד רק שבכל פעם שהיו צריכין לאיזה מס ונתינה היו ראשי הקהל עושין שמאים והם עושין הערכה לפי דעתם אין דבר זה מחייב הבינונים והעניים לתת יותר מכפי יכולתן ולא זה הוא מנהג קבוע שזכר רמ"א. וגם לפי דרך הב' הנ"ל לא צדקו הנגידים בטענתם כיון דודאי דע"פ ד"ת ראוי להיות המסים לפי ממון ואין לך עול גדול מזה שיהא העשיר והדל שוין כמעט במשא המסים ואף שהיה המנהג מכמה שנים אין להשגיח בו. גם מה שטענו הבינונים כי עד עתה שלא היה הכבדת המס בהפלגה כ"כ סבלנו כו' הצדק אתם וסברא בזו הוזכר בתה"ד שם ובלא"ה הדבר פשוט דכיון שנשתנה הענין יכולים הבינוני' לומר אדעת' דהכי לא נתחייבנו ולא יהא שהתחייבו א"ע בהסכמה ובכתב. כל דבר שאין לשון השטר כולל אותו הדין דהמע"ה כו' וכבר כתבו כל הפוסקי' דכל ספק במנהג ותקנה אוקמ' אדינ' ע"כ ודאי דאין לחייב להבינוני' והדלים מצד הדין ליתן יותר מדינם בשביל מנהגם שמקדם. וכתב עוד אך כיון דהתה"ד עצמו כתב שם דקשה מאי להעמיד בעניני' אלו ע"פ ד"ת וטוב לפשר ע"כ גם בנ"ד ראוי ונכון שיתפשרו ביניה' ולדעתי ראוי שיהיה הפשר באופן זה שהחצי מסך המס יהא ערך פראצענט והחצי השנית יהיה כמו שנהגו עתה דהיינו לפי רוב ההוצאה והשפעה ואפשר היה ראוי להיות חצי לפ"מ וחצי לפ"נ אך בנ"ד היה להבינונים עוד טענה שביום אתמול היה הסכמה אצל האסיפה להיות ע"פ פראצענט ואף שהנגידי' הכחישו אותם באמרם שלא הסכימו לזה נראה שהבינוני' יכולין להשביען דהסכמה גבי מסים הוי כמו קנין בשאר דברים שאם באמת שעלה כך במוסכם אינם יכולין לחזור בהן כו' וכיון שיש הכחשה ביניה' יכולין להשביען ע"כ הפשר הנ"ל ראוי ונכון עכ"ד ע"ש. והנה הדרך הראשון שכתב הרב הנ"ל דמה שהולכין אחר מנהג דוקא בנעשה מתחלה בהסכמה להתנהג כך תמיד כו' והוא מסכים לדברי החו"י הנז' וכן מבואר להדי' בספר נחלת שבעה סימן כ"ז בפסק דין בעניני תקנות והבי'

שם בשם הרב מהר"ל בפסק שלו הנקר' דמיון אריה שהקשה ג"כ דברי המרדכי אהדדי במ"ש המרדכי בשם הר"א כ"ץ דבעניני מסים המנהג מבטל הלכה ובאותו פרק כתב לענין ממון של אחרים דאף אם עד עכשיו נהגו מאליהן שלא ליקח ממנו יכולין מקצתו עתה למחות ולו' עד כה סבלנו כו' ותירץ דמ"ש בשם הר"א כ"ץ דמנהג מבטל הלכה היינו דוקא היכא דנמנו על כך שיהא מנהג קבוע לדורות למר כדאית ליה לר"ת וא"ז שיהיה נקבע ע"פ חכמים ותיקין דוקא ולמהרא"י שכ' דבמסים מודו ר"ת וא"ז דמנהג בעלמ' מבטל דין תורה צריך דוקא שיהיה אותו מנהג קבוע שנמנו על כך רובי העיר הנוהגים תמיד להסכים בתקנתם שיהיה נכתב בין שאר מנהגים ותקנות לקבוע אותו לדורות או לשעה ולא שנהגו כך מאליהן כו' והאריך בזה (ודבריו מכוונים לדברי תשובת משה הנ"ל) והרב בעל נ"ש מסיק וכ' על נדון דידיה וז"ל והנה אחר כל הנחות הנ"ל מבואר שאלתנו דאף אם נהגו כך כמה שנים בענין גביות שכירות הנ"ל לא יוכלו הקהל לטעון חזקה מחמת שנהגו כך יותר מג' פעמים דחזקת ג"פ אע"פ שהוא מנהג גרוע אינו מועיל רק שנכתב המנהג כך או אפי' לא נכתב רק שהו' מנהג פשוט ידוע שנעש' במוסב' הקהל כו' משא"כ בנ"ד שלא נמצ' שום תקנ' כתוב' או פס"ד או פשר משום רב או מנהיג עכ"ל ע"ש עוד אולם מדברי תשו' נו"ב סי' כ"א שהבאתי לעיל ס"ק ט"ו ובתשו' נו"ב תניינ' סי' ב' שהבאתי לעיל ס"ק י"ד נראה שדעתו אינו כן וכן מבואר בהדי' בתשו' אבן השוהם סי' ש"ד בעובד' דידיה שרצו בעלי כיסין לענות מה שנהגו מקודם בגביית המס באמרם כי עד עתה היה המס דבר מועט לא דקדקנו עם העניים והבינוני' אבל עתה שהמס סך מסויים נעשה ע"פ הדין והעניים והבינוני' אומרי' שלא לזוז מהמנהג כו' וכ' שם שהדין עם העניים והבינוני' כמ"ש בת"ה דהני מילי תלוי במנהג וא"צ במסים להיות מנהג ותיקון ואפי' לא נכתב ותיקנו רק שנהגו ג' פעמים וכן איתא ג"כ בתשו' באר שבע כו' עש"ב הרי כ' להדי' דאפילו בלא כתיבה ותקנה מהני המנהג. גם בתשובת נאות דשא ססי' כ"ו הביא דברי הנחלת שבעה הנ"ל באריכות ודחה כל דבריו בכמה ראיות ומסיק לדינא דאזלינן בתר מנהג שנהגו כך ג"פ אפילו שנעשה בלי תקנה רק מאליו וכ' דמה שהבי' הנ"ש שם ראיה לדבריו מדברי המרדכי (שהובא בהגה לעיל) שכ' שחייבין לתת מס אף מממון של אחרים שמרויח בו ואף אם עד עכשיו נהגו מאליהן שלא ליקח ממנו יכולין מקצתן עתה למחות ולומר עד כה סבלנו כו' לאו ראיה היא כלל די"ל דשם מיירי שלא נעשה כך ג' פעמים עדיין או שהיא מילתא דלא שכיחא באותן מקומות להסתחר בממון אחרים דבכה"ג אין מנהג נקבע או מיירי באופן שבעלי כיסין קבעו מנהג זה לעצמן שיש להם ממון אחרים ובזרוע נטויה לא רצו ליתן ושאר העם

צווחו אך שתקו מחמת שהיו יראים מהם וכה"ג דהא ודאי אינו מנהג אלא גזל והכי משמע לישנא שנהגו כך מאליהן ר"ל שלא היה אפשר למחות בהם להיותן בעלי זרוע והכי נמי משמע לישנא עד כה סבלנו כו' דמשמע שהיו מוכרחים לסבול בעל כרחם כו' ובאמת זה תלוי בראות עיני הדיינים דהיינו אם המנהג הנהוג הוא לטובת בעלי הנסים צריך לעיין ולהתברר אם נעשה זה מנהג או אפשר נעשה כך ע"פ בעלי זרוע שלא היה אפשר למחות בהם והוי גזל ולא מנהג משא"כ באם מנהג הנהוג הוא גריעותא לבעלי הכיסים והם הצועקים עכשיו לבטל המנהג ודאי דאין בדבריהם ממש כי מנהג זה מעולם לא נעשה באלמנות וזרוע כי העניים לאו בעלי זרוע הם בשום פעם ע"ש. עוד האריך שם בנדון השאלה בדבר נתינת הקאטלאווע והקווארטע שנותנים עושי י"ש לאדון העיר ובכל שנה מתפשרים כלל הקהלה עם האדון כמה יעלה מכל העיר בכלל והם מעמידים נאמן לכתוב ברייסטר אצל כל בע"ב סך החביות הנקרא ביטי"ן כדי שיגנבו מכל א' לפי ערך הי"ש שעשה והמנהג שם מקדם שבכל כלות רבע שנה גובה הנאמן ע"פ רייסטר שבידו לפי ערך המגיע מכל בי"ט כדי ליתן להאדון רביע מסך ההתפשרות ונמשך מזה כי בימות החורף שכל המזונים עושין י"ש אין מגיע מכל בי"ט רק דבר מועט משא"כ בימות הקיץ שא"א לכולם לשרוף י"ש רק עשירים ובעלי כיסין אז מגיע הרבה על כל בי"ט כו' והנה עתה שינו העשירים את המנהג הנ"ל ועשו תערובת לחשוב הביטי"ן של כל השנה אצל כל בע"ב ועשו נגישות לעניים אשר בחורף שרפו י"ש וסילקו את שלהם וניגשו אותם ליתן עוד הפעם באמרם שע"פ היושר כך ראוי להיות כיון שמתפשרים עם השר על כל השנה כו' ודלת העם צועקים למה ישנו מנהג קבוע ואדעתא דמנהג זה עשו י"ש בחורף ועוד אומרים כי מה שהמנהג הוא בלי עשות תערובת אף אם נודע שמקדם היה קצת עול בדבר מ"מ עתה אין בו שום עולה כי הבעלי כיסין עשו להם חק בכח עצמן שלא יביאו י"ש לתוך העיר ממקומות אחרים ועי"ז מוכרחים כל העיר בקיץ לקנות מהם י"ש ודוחקים דלת העם במקח הי"ש לזאת אין עולה כלל מה שנותנים הרבה מכל בי"ט כו'. והשיב על זה באריכות דהדין עם העניים והבינונים שגביית הקאטלווע והקווארטע משנה שעברה חס מלהזכיר לעשותה על פי תערובת הביטין וזהו מכח ד' טעמים. הא' כי מוכח מכל הפוסקים דכל מנהג אזלינן בתריה אף שנעשה מאליו כל שנעשה כך הרבה פעמים באין צועק ושלא נעשה על פי אלמים ותקיפים אשר העם יראים מפניהם ותלוי זה בראות עיני הדיין ממילא בנ"ד א"צ כלל לחקור אחר זה כי המנהג הרי הוא טובה לעניים ולכן המנהג קיים ודלא כהנ"ש שמצריך לקיום המנהג שיומשך על פי תקנה ושגם הנ"ש עצמו כפי הנראה חזר בו. הב' אף למה דהוה ס"ל להנ"ש מעיקרא

מ"מ מודה בנ"ד כיון דלא נודע לנו התחלת המנהג אמרינן מסתמא כדין נתיסד ואיהו לא מיירי רק היכא שנתברר שתחלת המנהג היה שלא בהסכמה. הג' דהנ"ש מודע בנ"ד אפילו היו ידוע שאין המנהג מועיל מ"מ מנהג זה לפע"ד הוא דין תורה ממש ושאפילו מכאן ולהבא יש לנהוג כך ואפילו אם ירצו לתקן מהיום שיהיה תערובת לא מהני אא"כ בהסכמת כולם ואחד יכול לעכב כיון שהדין תור' לבלתי עשות תערובת. הד' אפילו אם לא היה סדר גבית זו מתברר ע"פ הדין אם לעשות תערובת או לא וגם לא היה מנהג עדיין ובאים עתה לתקן להם סדר לגבייה זו מכל מקום הדין עם העניים והבינונים כיון שהם הרוב מנותני מס הלזה כו' ולפי דברי העשירים שרוצים לעשות תערובת אז הוי העניים גם כן רוב בנין כו' עש"ה:

יז **קהל שהלוו כשר כו'**. הקהל הוו כזוכים מן ההפקר ע' בט"ז ובהגהת הגאון ח"צ ז"ל ובתשובתו סימן קמ"ד שחולקים על זה וע' בקצה"ח ובנה"מ מזה וגם בתשובת בית אפרים חח"מ סי' נ"ב האריך בזה. ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סי' קכ"ג אודות קהל אחד שהוזקו בשטף מים רבים הרבה בתים וגם הבהכ"נ וגם ס"ת נפסלו ויש אשר לא הגיע אליהם המים ולא הוזקו כלל ומחוק ונימוס המדינה שכל תקלה והיזק ידוע שנעשה לא' מהעיירות יותן להם מאת שרי המדינה עשירית היזקם והקהל הנ"ל הוא במדינת ישמעאל הטעו את השרים ואמרו יותר מכפלי כפלים אשר הוזקו עד שהיה קשה להאמין ולא אבו שמוע והשתדלו הקהל בענין זה כמה שנים עד שלבסוף התפשרו השרים להאמין להם קצת יותר מחצי היזקם כפי שאמרו בתחלה והמעשר מזה הוא אלף זהובים ופטרם השררה ע"י זה מחוב ישן שהתחייבו לו סך אלף זהובים ועתה צעקו היחידים שהוזקו איך אותם שלא הוזקו יפטרו מהמס כמונו ואפשר יותר ממנו כי יש בהם עשירים שהיו צריכין לשלם יותר ממנו ואנחנו הניזוקין נפסיד. והשיב דיש לפסוק בזה דחלק עשירית מן ההיזק שאירע להם באמת זהו שייך רק להנזוקין בלבד אך כל אותו הסכום העולה יותר מן עשירית ההיזק באמת הוא שייך לכל הדרים בקהלה הנ"ל וביאר טעמו באריכות ותו"ד דהא ודאי דכל דיירי העיר כולם שותפים בהיזק הנ"ל כיון שאירע ההיזק גם בבהכ"נ וס"ת ורחוב היהודים ולענין זה הכל בשיתוף אפי' אותם שאינם פורעי מס הקהלה כלל ומכ"ש לפי מנהג עיר ההוא שעיקר הכנסת הקהל איננו ממס הקצוב לפי ממון ונפשות כ"א מחכירת מיני מאכלים ומשקים ובזה כל אפין שוין ואם כן כל הסך שניתן להם עודף ועשירית הנזק באמת נידון כמו ריוח שנפל לשותפות דאיתא בכתובות צ"ג ע"א אמר שמואל שנים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים השכר לאמצע ופירש הרי"ף והרמב"ם דוקא בסחורה שאינה עשוים לחלוק אך תוספת והרא"ש

פליגי וס"ל לעולם השכר לאמצע ומייתי ירושלמי כו' ע' ברא"ש באורך ודעת הט"ז וש"ך סימן קע"ו סק"י נוטה לזה והכא בנ"ד לפע"ד לכ"ע השכר לאמצע שוה בשוה שהרי השתתפותם היה ע"י שטף מים רבים וההיזק הוא הביאם בשיתוף הזה ולא היה אפשר להם לפרד אחד מחבירו וגם אח"כ בענין השתדלות אצל השרים ידוע כי לא הצבור יפה וחבורם נאה להם וההיזק שהיה לצבור בס"ת ובהכ"נ היה עושה עין אצל השרים יותר ממה שהוזק כל יחיד בפ"ע ולולא שהיו הממונים מכניסים עצמם בעסק זה בהשתדלות רב לא היה נגמר שום דבר והם שלוחי הצבור בשוה א"כ אומדן דעת דבריוח זה כולם בשוה. וגם אין נראה לומר שכיון שזה הסך ניכה להם השררה מחוב המס שלהם א"כ יהיה הריוח לפי סכום המס שלהם ויקח העשיר הרב' ולדמות זה למ"ש מהרי"ק הביאו רמ"א סי' קס"ג ס"ג קהל שהלוו לשר כו' זה אינו דמלבד דהט"ז והח"צ חלקו על זה לא דמי כלל דהתם היה השר מוחל להם מס הקצוב עליהם ובאומרו שמוחל להם אלף זהובים מהמס ממילא מרויח העשיר לפי עשרו ומשמיא חסו עליו ונהי דכוונת השר היה לפרוע חובו ובענין פרעון החוב אין ענין לעשירים של עכשיו שהיו עניים בשעת הלואה מ"מ מה לנו למחשבות השר כיון שכבר נתיאשו מהחוב כהפקר דייניו ליה כמחילת מס דאתי מעלמא הוא משא"כ בנ"ד אין כאן שום מחילת החוב שהרי אותן אלף זהובים יוגבו מבני המדינ' ויבואו לידי השר לתנם ליהודים הניזוקין אלא שהוא טורף מהם ומעכבם בשביל חוב שחייבים לו במסים וכיון שהדין נותן שהמעות לנגבים שייך לאמצע שזה בשוה כבר זכו בשוה וכי טורף השר מעותן בשביל חוב העשירים אנן מי שתקינן כו'. אך כל זה בריוח שמגיע יותר על עישור שלהם אך גוף עישור היזק שלהם נ"ל דיותן לבעלי ההיזק ואין לדמות זה למ"ש בסי' קפ"א בשיירא ההולכת במדבר ועמד עליה גייס ועמד אחד והציל דהציל לאמצע בשיכולים להציל ע"י הדחק וע"ש ס"ב ובסמ"ע סק"א דז"א דהכ' לא הוי יאוש כלל דמדרכם של שרי המדינ' לסייע להניזוקין כו' היוצא ממ"ש שכל אחד יברר היזקו כמה היה ואם לא יאמינו לו צריך לישבע ויפטר אותו הסכום מפרעון המס שלו ואם הוא שיש שאינו פורע נמצא שהוא נוטל אפ"ה ישבע ויטול ע' סי' צ"א בהגה וגם הקהל יקחו לקופת הקהל עישור הפסד ס"ת ובה"כ וכדומ' וכל ההוצאות שעלו ע"ז יקחו כולו והמותר אח"כ יחלקו שוה בשוה ויותן מזה גם למי שאינו מפורעי המס רק שהיה דר אז בקהלה שנמצא נפסד גם חלקו בס"ת ובה"נ אזי יותן גם לו חלק בריוח הנ"ל כשהוא תובע אבל מי שאינו תובע אינם מחוייבים ליתן לו כלום כיון שהיה בעיר ולא בא לתבוע אימר אחולי אחיל עכ"ד ע"ש וצ"ע למעשה. וע' עוד בח"ס חיו"ד סי' רל"ט:

יח **א"צ ליתן מרבית כו'**. עיין בתשובת ח"ס חח"מ סי' נ"ט שכתב וז"ל אודות החובות לא ישומו אלא הקרן לא הרבית שעלו עליה כמבואר בש"ע אמנם למצא קולא בחובות עצמם קשה מאד ואותן שלבו אומר שנתיאשו לגמרי יקבל עליו ליתן לקהל מחצה שליש ורביע אם ישיג ידו ועי"ז יפטר עתה מנתינת מסים. ושארי חובות איזה נקרא בטוח ממש או בהפך קשה למצא הגדר בענין זה והנראה כי אותן שנושא ונותן בהן נותן סחורה בהקפה או מלוה מעות וחזר ונפרע [וחוזר ונותן] הרי הם בטוחים ממש כמאן דמונח בקופסא ואותן שכבר עברו שנתיים ולא השיגה ידו להציל ראיתי מנהג עשירים נחשוב חיבות כמו אלו רק כמו שני שלישים מעות א"כ לענין השומא יש להקל לחשבן רק חצי כו' והחוב שברור שצריך להוציא עליו הוצאות ינוכה באומד יפה כמה ראוי להוציא כו' כל זה נלע"ד ראוי לפי הענין והזמן אם לא נודע מנהג מתנגד כי אז הולכים אחריו עכ"ל:

יט **ויש חולקין**. עבה"ט שכתב בתשובת הר"ן משמע כו' כו' ועיין בתשובת שב יעקב ס"ס ד' שדעתו לפסוק כדיעה הראשונה וכ' על נדון דידיה שהדין עם הקהל כיון דהר"מ מריזבורק מהרי"ל ומרי"ו ומהרא"י בתה"ד והרמ"א בד"מ סי' קס"ג כולם ס"ל שנותנין מממון שחוץ למדינה אף דהרשב"א ומהרי"ק ס"ל דאין נותנין בטלים נגד רוב פוסקים ובפרט דהרשב"א בכרגא ס"ל נמי דמשועבד אפי' מה שהוא חוץ למדינא ולא פליג רק בטסקא ונ"ד הוי כרגא דמוטל על קרקפתא ועוד אפי' לא הוי רוב פוסקי' עם הצבור יכולין לומר קים לן כאותן פוסקים דס"ל דחייבי כו' ובפרט בנ"ד שמבואר בתקנה דמי שיש לו תביעות וטענות על הקהל יפרע חלקו מה שנסדר בעול ואח"כ יערער א"כ ממילא נעשים הקהל מוחזקים כו' ע"ש עוד וע' בעט"צ שכ' דיש לעשות פשר שיתן חציה וכן פסק למעש' ע"ש:

כ **אבל אינו כ"כ כמו שאר ממון**. ע' בתשובת ח"ס סימן נ"ט שכ' וז"ל אודות תכשיטין כסף וזהב ומלבושים כ' בש"ע שנותני' משם אך לא כמו משאר סחורות אמנם מנהג פשוט בכל הקהלות שמשערים בכמה ראוי לשמש בחול ושבת ויו"ט כך וכך לויט כסף לכך וכך אלף ומהשאר יתן ואותה הסחורה יושם כפי שווי כסף שבור לא כפי שווי הכלים בעצמותם ויש לזה שורש בתה"ד שם אם לא שהם ממולאים בתרשיש שוהם וישפה ושוים הרבה הגם שבמנהג שנזכר בתה"ד אינו ממש כמ"ש מ"מ הולכין אחר מנהג המדינות עתה עכ"ל:

כא **וע' בא"ח סי' נ"ג**. ר"ל דשם כ' דמנהג הקהלות שגובין חצי לפי ממון וחצי לפי הנפשות וע' במג"א שם. וע' בתשובת שב יעקב חח"מ ס"ס יו"ד שכ' דפ"א שאלו ממנו בני מדינתו בענין שכירות הרבנות שהוא דומה לשכירו' הש"ץ ונפל ספק ביניהם שיגבו

שכירות הנ"ל כשאר מסים ועולים שהנהוג שם לגבות שליש על ראשי הבית וב' שלישי' לפי הערך והשיב דראוי לעשו' פשר בזה לחלק ההפרש מה שיש בין אם נגבה כחצי על ראשי הבית ובין אם נגבה השליש ע"ש:

כב **וכן בנין בהכ"נ גובין לפי ממון.** עיין בתשוב' מהר"ם פדואה סי' מ"ב מקור דין זה מבוא' שם דאם אין בוני' רק שוכרי' בה"כ לכל השנ' יש לשלם בכל שנה חצי לפי ממון וחצי לפי נפשות כמו בשכירות החזן לכל השנ' שמנהגנו בכל קהלות שגובין חצי לפ"מ וחצי לפ"נ ודוק' אם אין שוכרים רק לימים נוראי' לבד אז גובין רק לפי ממון מטע' שכ' המרדכי פ"ק דב"ב [סי' תע"ט] כי העניי' יוכלו לילך לקהל' סמוכ' להתפלל ולא העשירי' שלא יוכלו לעזוב בתיהם אבל בתמידו' לא שייך טעם זה ע"כ ישלמו חצי לפי ממון וחצי לפ"נ אמנם בנין בהכ"נ שהוא על זמן מרובה אפשר שבאורך הזמן יעקרו עניים דירתם משא"כ עשירים ועוד עניים די להם בצריפי דאורבנ' ע"כ ישלמו רק לפי ממון ע"ש. וע' בתשובת ח"ס חח"מ סי' קס"ז שהזכיר דברי מהרמ"פ הנ"ל וכ' שדבריו צריכים ישוב קצת למה בבנין בהכ"נ גובין רק לפי ממון הא עכ"פ צריכים עניים לשלם כפי בנין צריפי דאורבנ' ועוד על כל פנים צריכים לשכור בית הכנסת ולמה ירויחו העניים מפני שבונים ולא שוכרים. ויען כי אי אפשר להעמיד דברים אלו על דין תורה כמ"ש בתה"ד ע"כ אי קמי דידי הוה אתי הייתי מפשר על אופן זה עכ"פ כפי בנין הפחות שבבתי כנסיות הראויים לכנסות עניים אותו סך ישלמו חצי לפי נפשות וחצי לפי ממון ונפשות היינו כל בע"ב עם כל ב"ב אנשים ונשים וטף הסמוכי' עליו נפש א' יחשב וחצי לפי ממון היינו ממונו שיש לו בבהכ"נ מקום הן בעז"א והן בעז"נ זהו לפי ממון ושוב מה שעלה הבנין יותר מבנין בבהכ"נ עניים אותו ישולם רק לפי ממון עשיר לפי עשרו ואותם המתגוררי' שלא ע"פ דינא דמלכות' ולמיעקר ומיזל קאי יוטל עליהם שכירות לכל שנה כך וכך או יתנו סך מה לצורך הבנין במקום השכירות ואותו הסך ינוכה מחשבון הוצאת בהכ"נ וירויחו הנותני' הנ"ל עכ"ד ושם בסי' קנ"ט כ' אודות תשלומי מעות בה"כ כפי הנראה לדעתי ראוי שישולם שליש לפי הגולגולת היינו פאמיליע שליש לפי ערך הממון אשר ברכו ה' שליש לפי ערך מקומות בבה"כ וזה הגון ונכון בעיני מאד כי' ע"ש [ויש לעיין בתשו' שער אפרים שהביא המסגרת ובס' עט"צ ובס' מאמר קדישין ר"ס זה]. ושם בתשו' ח"ס חלק ששי סימן ל"ב אודות בה"כ שנשרף והשתדלו אצל השר עד שבנה אותה מחדש אך העמיס עליהם מס נפול מה ששילמו מקדם ודנו היחידים בענין התשלומין כי לפנים נתנו רק לפי הנפשות כל בע"ב ג' זהובים לשנה ואחרים רוצים שהמס היתר יתנו אותם שיש להם מקומות בבהכ"נ ההוא. והשיב הנה בתחלת בנין ב"ה אין ספק שראוי

לשלם לפ"ע נפשות שבני עיר כופין זה אצל זה לבנות ב"ה וכ"ע צריכים לזה כגדול כקטן אך בודאי העניים סגי להו בבנין ענים ועשירים רוצים בבנין מפואר לפאר בית אלהינו ואפילו במקום שהשר בונה משלו ומטיל מס השכירות בכל שנה על הקהלה בכל שנה מ"מ לפי רוב הוצאותיו על הבנין מטיל רוב מס מסת שנה בשנה וזה מטעם העשירים לפי כבוד עשרם ויכולתם לרומם בית אלהינו ע"כ יותן גם לפי ממון אבל עיקר הבנין הוא לפי נפשות כו' וכל זה בתחלת בנין ב"ה ועדיין לא נקבע מקום לשום אדם ולכל בני עיר חלק שוה בשוה אמנם כשכבר נבנה מנהג קדמונים למכור השותפים האלו זה לזה או להחזיק במקום ידוע אפילו הבה"כ מושכר מהשר מ"מ שוכרים וקונים החזקה ומי שאין לו מקום קבוע מ"מ שותפות לא הפסיד ויעמוד באמצע ואם אח"כ אירע מקרה שנשרף ח"ו מ"מ מקומו לא הפסיד ונהי שאינו יכול להכריח הצבור לבנות ב"ה אחר במקום הזה דוקא ואז כשבונים במקום אחר אין לבעלי המקומות כלום מ"מ כשבוני' במקום הראשון לא הפסיד כל א' מקום המצויין לו ומעתה בנ"ד י"ל לבעלי המקומות דקא משתרשי להו ע"י שהטרחנו והשתדלנו לבנות על מקומו הראשון דאל"ה הפסדתם מקומכ' ואפי' לא היה אפשר בשום אופן לבנות במקו' ועל כרחם היו צריכי' לבנות פה מ"מ לא ה"ל כזה נהנה וזה לא חסר כיון דגלי דעתיה דניחא להו שהרי לא ירויחו לעמוד אחר במקומם וע"כ יסייעו בתשלומין לפ"ע שווי המקומות ומעתה אותן ג' מאות שישלמו לפי נפשו' שוה בשוה יהיה עדיין כן והמותר ישלמו קצת לפי יופי תפארת הבנין לפי ממון והנשאר לפי ערך שווי מקומות בבה"כ ההוא. ומ"ש השואל שיש עניים שיש להם כמה מקומות בב"ה ומנא להו לשלם. אם אין לו יעמוד אחר במקומו וישלם עבורו דמאן דיהב טסקא ליכול ארעא כו' עכ"ד עש"ה:

כג **אע"פ שמקצתן אינן צריכין**. משמע שאם הוא דבר שהרוב אינן צריכין לו אין חייבין הרוב ליתן סיוע לזה וכן מבואר להדיא במקור הדין בתשו' מהר"י מינץ סי' ז' שכתב דכל דבר שהוא תועלת או תיקון הקהל או לרוב הקהל כו' ע"ש ועמ"ש לקמן סס"ו בהגה ס"ק כ"ח:

כד **וכל זה שפטרוהו קודם כו'**. עיין בתשו' חו"י סימן מ"א מענין זה:

כה **ואם פטרו מעצמו הרי הוא שלו לבד**. עמ"ש לקמן סי' שס"ט ס"ק סק"א:

כו **כל הקהלות כו' חייבין ליתן לזה**. עיין בתשו' שבו"י ח"א סי' קנ"ח שהקשה על זה ממ"ש הרמ"א לקמן סי' רס"ד ס"ד בהגה ואם נראה לב"ד כו' דאפילו בשבילו לבדו היה צריך לכל הוצאות אלו אינו חייב ליתן לו כלום דזה נהנה וזה אינו חסר כו' ואם כן אמאי כאן מחוייבים כל הקהלות ליתן לסיוע וכתב לתרץ דיש חילוק בין דבר שנוגע

לצבור וקהל או ליחיד דדוקא כדבר שנוגע לצבור וקהל בזה כתב מהרי"ק דכולם שהם בכלל הצלתם צריכין ליתן לסיוע כדי שלא יהא כקדרה דבי שותפי ויבא לידי סכנת צבור משא"כ ביחיד המדיין עם יחיד כל שלא ירד מתחלה על דעת שניהם או שגילה דעתו דניחא ליה א"צ ליתן לסיוע כלום כדמסיק הש"ס דכל זה נהנה וזה לא חסר פטור וראיה ברורה לחילוק זה מתשו' מהר"ם ב"ב דפוס פראג סי' צ"ט וכו' ודלא כתשו' בית יעקב סי' קמ"ח שרוצ' לדחות דברי הרמ"א דסי' רס"ד הנ"ל מהלכ' ע"ש עוד בח"ב סי' קנ"ה מענין זה. אולם בתשו' ח"צ סי' קל"ב מבואר שדעתו לדחות דברי הרמ"א שבכאן מהלכ' וכתב שדברי מהרי"ק שורש ד' מקור הגה זו סותרים למה שפסק מהרי"ק בעצמו בשורש קכ"ד דאף דהיו החבילות תוך המהפכה אלא שלא נשתתפו עמהם (וגם לא היה עושה עין) אף שניצולו בהשתדלותם ובהוצאת ממונם אין עליהם שום חיוב כו' וקשה לזווגם ולחלק בין הנושאים ובלא"ה תשובה זו דשורש ד' תמוה בעיני אף שרמ"א ז"ל הביאה להלכ' וכן שמעתי בימי חרפי שיש עליה עוררין באופן שדבריו שבשורש קכ"ד הם עיקר עכ"ד ע"ש. ועיין בתשו' פרי תבואה סי' נ"ח שהוא ז"ל עמד ג"כ בזה שדברי הרמ"א בכאן סותרים למ"ש לקמן סי' רס"ד ס"ד בהגה וכ' ליישב דכאן מיירי שבתחלה אין בני עיר זו רוצים לעשות הוצא' משלה' אלא על אופן שגם אלו יתנו דהוי כיורד ע"ד שניהם ע"ש:

כג **או להפרידן**. עבה"ט בשם מהריב"ל. וכיוצא בזה כתב הרמ"א לקמן סי' שפ"ח ס"ב בהגה ב' היה רואה נזק בא עליו מותר כו' ובסמ"ע שם בשם הנ"י דאם כבר בא הנזק עליו אסור כו' ע"ש ועיין בתשובת נו"ב תניינא חס"ד סי' ע"ד הובא קצת בפ"ת ליו"ד סי' קנ"ז ס"ק י"ג ועי' בתשובת ח"ס חלק ששי ס"ס כ"ט:

כח **י"א שאם הוצרכו להוציא כו'**. עסמ"ע לעיל ס"ק ל"ב שכ' ע"ד הרמ"א שם כל צרכי העיר אע"פ שמקצתן אינן צריכין כו' נראה דוקא כל כהני דכל ישראל צריכין לבית חתנות או מקוה כו' משא"כ כשהוציאו שיעזור להן השר בענין שט"ח שאינו ענין כללי כו' ע"ש ומשמע מדבריו דהכא גבי הוצאות שיעזור להם עם שט"ח אפילו אם רוב אנשי העיר נו"נ בשטרות אין המיעוט צריכין ליתן להם לסיוע כיון שאינו ענין כללי הנהוג בכל קהלות ישראל ובאמת בד"מ אות ט' כ' בשם תשו' הרא"ש באם מקצת הקהל הוצרכו להוציא שיתקיימו שטרי חובותיהן וכו' אך מדברי הרמ"א בהגהת ש"ע שהשמיט תיבת מקצת משמע דה"ה אם רוב הקהל הוצרכו וכמשמעות הסמ"ע הנ"ל ויש לעיין בתשו' הרא"ש שם וגם בת' הריב"ש סי' קל"ב שרמז הד"מ שם:

כט **קהל שפטרו לאחד ממסים.** עיין בתשו' צ"צ סימן נ"ז מנידון כזה ועיין בתשו' ח"ס חח"מ סי' ס' מ"ש לחלק בין נידון דהצ"צ ובין נידון דידיה עש"ה. ועיין בסמ"ע ס"ק ט"ל (והובא בבאר הגולה אות ה') שכ' וכב"י מחס"ב בשם הריטב"א שאם הסכימו הצבור על אדם א' כו' חייבים יורשיו לפרוע מס כו' והנה באמת בב"י שם בשם הריטב"א מסיים בזה וז"ל ומורי הרב חילק בזה דש"ה שהוא פטור נכסים ונתקבלו שכר ונפטרו נכסים ממש לכל אותו הזמן עכ"ל אמנם מדברי הסמ"ע שלא העתיק סוף דברי הריטב"א בזה משמע שתופס עיקר כדעה הראשונ'. ועיין בתשובת נו"ב סי' כ"ג שכ' דגם מורו של הריטב"א לא פליג אלא בפטרוהו משום טובה שעשה להם או בשביל שמלא רצונם לבא לדור אצלם אבל בלא"ה לכ"ע לא נפטרו היורשי' וכן בנידון מהר"ם מריזבורק שהביא בס"ק הנ"ל גם מורו של הריטב"א מודה כי שם רק נתנו רשות להפריד אבל לא פטרוהו כו' ע"ש:

סימן קסד

א **נוטלן.** עבה"ט עד כדין מחוייב שבועה ואיל"מ כו' וע' בנה"מ שכ' דמיירי דמה שמודה נשבר בפשיעתו דלא ה"ל הילך כו' ע"ש ועי' בשער משפט ג"כ מזה:

ב **בעל העלייה בונה.** עבה"ט ועי' בנה"מ שכ' דה"ה אם בעל הבית רוצה לבנות ובעל העלייה אינו רוצה לבנות העליה עם הגג דג"כ אין כופין לבעל העליה רק שבעל הבית בונה הבית ועליה והגג ודר בתוכו עד שישלם לו בעל בעליה ע"ש:

ג **ודר בתוכו.** עי' בנה"מ שכ' דה"ה שיכול להשכירו לאחר או אפילו לבעל הבית גופיה וליטול שכר ואין בו משום רבית ע"ש:

ד **עד שיתן לו כל יציאותיו.** עבה"ט וע' בתשו' אא"ז פמ"א ח"א סי' ס"ב במעשה בשני שותפים שקנו חורבה בשותפות וא' מהם הוציא כמה מאות מכיסו בתיקון החורבה ובנה בה בנינים שיהיו ראוים לדירה ובתחלת השותפות עשו ביניהם שידור כל א' מהם ג' שנים והקדימה יהיה לזה שיתעסק בבנין לדור ג' שנים ראשונים וכהיום נמשך הדבר שדר בו השותף חמשה שנים רצופים וכשותף השני תובע אותו שכר דירה בעד שני שנים שעברו שדר במשך שלו וזה אינו רוצה באמרו באשר שאני הוצאתי לתיקון הבית כמה מאות מכיסי ודרתי בהבית כל זמן שאין אתה מסלק לי חלקך מה שהוצאתי על תיקון הבית אני אדור בו כי החורבה הנ"ל לא היתה ראויה בדירה קודם התיקון הדין עם מי והשיב דמלשון השאלה משמע שלא עשו מתחלה שותפות שיוציא א' מהם כל הוצאות הבנין והוא ידור תחלה ג' שנים אלא שעשו בשביל שיתעסק גבנין ויבטל

ממחייתו בשביל זה יהיה לו הקדימה ולעולם כל א' יתן חצי הוצאה תחלה וכהיום שא' הוציא כל הוצאות הבנין ורוצה לדור בה חנם עד שיתן לו שותפו הוצאותיו א"כ דין זה היינו מתניתין ב"מ קי"ז הבית והעליה שנפלו אמר בעל עליה לבעל הבית לבנות והוא אינו רוצה כו' ובנ"ד נמי כשקנו החורבה בודאי לא קנו שתעמוד כך בחרבונה כי לא שדי אינש זוזי בכדי ובודאי כדי לבנות קנו והיכא שאין בו כדין חלוקה שיבנה כל אחד על חלקו א"כ חלק חבירו משועבד לו ואף שאין כופין אותו לבנות כמו גבי בית ועליה דנמי אין כופין אותו ומ"מ רשות ביד בעל עליה לבנות הבית ולדור בו בחנם עד שיתן לו הוצאותיו ובנ"ד נמי אם לא היה כדי חלוקה בחורבה זו א"כ חלק חבירו משועבד לחבירו שיבנה וכל זמן שאינו רוצה לבנות יכול שותף השני לבנות ולדור בו חנם עד שיתן לו הוצאותיו כו' אלא דמספקינא אם יתן לו הוצאותיו איך ידור עכשיו אם רק שנה לתשלום שני שנים שדר בו שותפו או שידור שלשה שנים או חמשה שנים כמו שדר שותפו וכ"ל להכריע כיון דמתחלה יש לו זכות לדור ג' שנים אלא דזכותו תלוי ועומד ואריה הוא דרביע עלה עד שיתן הוצאות הבית וכשיתן חוזר לזכותו לדור בו רק ג' שנים ואח"כ ידור השותף השני ויחזרו חלילה ואפי' אם היה דר שותפו תחלה עשרה שנים לא ידור הוא רק ג' שנים דומיא דהבית והעליה דאפי' היה דר בביתו כמה שנים אינו נותן לו שכר עד שיתן הוצאותיו כן נ"ל ברור ואמת לאמתו עכ"ד עש"ב:

סימן קע

א **כולם מתקנות עם העליונה**. עיין בתשובת נו"ב תניינא סימן כ"ד שכ' דדוקא בכה"ג שכולם באים וצריכי' להשקות צריך התחתון לסייע לעליון כי גם הוא צריך שילכו המים דרך שם אבל אם כבר חפר העליון ולהתחתון שדה שלא יהיה דרכו לזרוע אך עתה שכבר חפר העליון רוצה הוא לחפור יותר שיגיע הנהר גם לשדהו ויזרענה ובא העליון להוציא מן התחתון שיסייע לו מה שכבר חפר בזה אין התחתון צריך ליתן לסייע למה שחפר העליון דהוה זה נהנה וזה לא חסר ולא גרם לו הוצאה יתירה ע"י שדה שלו ואמנם בזה אם העליון טען אם לא תסייעני אשוב לקלקל מה שתקנתי ואסתום מה שחפרתי וגם לי וגם לך לא יהיה נלע"ד שיכול העליון לעשות כן ואף דכופין על מדת סדום אומר אני דלא שייך בזה מדת סדום כיון שיודע שהתחתון צריך לזה ויהי' מוכרח לפייסו בזוזי ולא מבעיא לדעת הרא"ש שהוא דעת הי"א שהביא רמ"א בסי' קע"ד ס"א בהגה פשיטא דלא שייך כופין במידי שיודע שחבירו יהי' צריך להעלות לו בדמים אלא אפי' לדעת הרמב"ם שהוא דעת המחבר שם בש"ע מ"מ היינו בשדה של שותפות שיש לזה זכות כמו לזה

ועדיין לא הוכר חלקו של שום אחד ושום אחד לא הוציא הוצאות כלום ס"ל להרמב"ם שכופין על מדת סדום אבל היכא שזה הוציא הוצאות וחפר נגד שדה שלו שיבואו המים לשם ואח"כ רוצה זה שלמטה ליהנות מהחפירה זו בחנם וליהנות משל חבירו ממש לא שייך כופין על מדת סדום והרי זה דומה למי שרוצה לדור בחצר חבירו אפי' בלא קיימא לאגרא וכי יש שום הוה אמינא שיכוף זה את חבירו שיניחנו לדור בחצירו חנם ועד כאן לא אמרו אלא שכבר דר בו שא"צ להעלות שכר על העבר ועיין בתוספות ב"ק ך' ע"ב בד"ה הא אתהנית ואמנם מדברי המרדכי בפרק כיצד הרגל שהביא רמ"א בסי' שס"ג ס"ו שכתב הטעם שלא יכול לכופו לדור בו חנם משום דאי בעי בעל החצר להשכירו הי' יכול כו' משמע שדבר שאינו יכול להרויח בי יכול זה לכופו אף לכתחלה מכל מקום נלע"ד דעכ"פ פשוט שזה רק להרמב"ם בר"ס קע"ד הנ"ל אבל לדעת הרא"ש הנ"ל פשיטא דלא שייך בזה כופין על מדת סדום עכ"ד ע"ש ועמ"ש לעיל בסימן קנ"ח ס"ו סק"א:

ב **ובור שהוא קרוב לאמה.** עי' בט"ז ועיין בתשובת נאות דשא סימן קל"ד שהאריך מאד בזה ובסופו הרבה חילוקי דינים עש"ה:

סימן קעא

א **וכן רבים.** עסמ"ע סק"ג שכ' האי וכן אינו מדוקדק שאין דמיון לדין שלפניו כו' ועי' בתשובת אא"ז פמ"א ח"ב סימן צ"ג מ"ש בזה. ובנה"מ כתב דהאי וכן ט"ס הוא וצ"ל אכן כו' ע"ש:

ב **ואם יוסיף יהיה שלישי הדין עמו** כתב בספר דגמ"ר וז"ל שם בתשובת הרא"ש סימן ז' משמע להיפך דדוקא שנעשה מתחלה דף בראש המסיבה כו' ע"ש מלתא בטעמא ודע שבתשובת הרא"ש שם כלל ג' סי' ג' תחלת דבריו וסופם סתרי אהדדי וצריכין ביאור ועכ"פ ממה שכתב בשי' ז' מפורש כמו שכתבתי ואולי בזה יש ליישב גם דבריו בסי' ג' דלא לסתרו אהדדי ובסוף התשובה מיירי דאיכא דף בראש המסיבה לסימן שזה מסיבה ראשונה ואם עתה יקבע חילוק מחיצה נמצא שלא יהיה מקומו של השני במסיבה ראשונה ועכ"פ זה מוכח להדיא היכא דליכא מסיבות חלוקות בדף יכול להוסיף מקום אם אינו ממעט אויר הפנוי בבהכ"נ שאם רוצה ליקח לעצמו מקום פנוי בלא"ה השני יכול למחות שבמה שפנוי בבהכ"נ יד כולם שיה ואין מי שיוכל ליקח עצמו כמבואר שם ברא"ש סימן ז' עכ"ל. ועיין בתשובת חתם סופר חא"מ סימן כ"ו שהזכיר קצת מדברי דגמ"ר הנ"ל במ"ש שדברי תשובת הרא"ש סימן ג' וסימן ז' סותרים זא"ז וגם דבריו בסי' ג' סותרים מיניה וביה וכתב עליו וז"ל ולפע"ד אין כאן סתירה רק הגהה מועטת צריכה

והנה בסימן ג' הוה עובדא ב' ישבו זה בצד זה בספסל בלי מחיצה ביניהם ורצה ראובן לעשות מחיצה ולהכניסה לחלקו ושמעון טוען שע"י עשיית המחיצה יהיה ראובן עליון ומושבו של שמעון למטה ממנו ומפסידו ודבר זה נשאל גם לרשב"א ח"ג סימן קנ"ה והשיב בפשיטות שאין שמעון יכול למחות והרא"ש האריך קצת וכתב שאין שום מעלה או ריעותא בתפלה אם הוא במקום זה או במקום זה ואי משים עליית המקומות לענין כבוד היושב עליה לא מצינו בשום מקום שלא יהיה רשאי לעשות בגבולו מפני הפסד שכינו שאינו מגיע לא לגופו ולא לממונו אלא שלא יהא מכובד כ"כ אמנם אם מנהג מקום להעלות בדמים בשביל זה ואלו כשקנו מקומות הללו קנאום בזול וע"י שעושה מחיצה ונתעלה נתייקר מקום מישבו ונפחת מקום שמעון נמצא גורם לו הפסד בממונו אז אין ראובן רשאי לעשות מחיצה אע"פ שעישה בשלו זהו כוונתו בסי' ג' אלא שהוא מוטעה קצת ובסי' ז' מיירי בענין אחר הרבה ישבו בספסל אחד שיש ב' נסרים בשתי הציותים ורצה העליין להסיר נסר העניון ולהוסיף שם מושב א' ומיחה בו הרא"ש ולא הזכיר שם תנאי פחיתות שווי י ממון וכ' הטעם מפני שהנסר הזה הסוגר הספסל הוא של השותפים כולם נמצא הוא פוגע במה ששייך להשותפים כדי להגדיל כבודו ולהפחית כבודם אפילו לא יהיה פחיתתו ממון לית לן בה. ובזה איתא פסקי הרח"ש והרמ"א נכונים עכ"ל (וכ"כ עוד בסי' כ"ט שם אך בשינוי לשון) . וע"ש עוד בענין בהכ"נ של ע"נ הבנוי בעליה שהוציאו מחדש את כותל המזרחית ע"ג עמודים העומדים בבהכ"נ של אנשים כו' עש"ה:

ג **והבית יהיה נפסד כו'**. שההפסד יותר מחומש עיין בתשו' ח"ס חח"מ סימן י"ב שכ' דיש לפקפק על דין זה כי ראיית התה"ד סי' של"ו הוא מסוגיא דרכיב ומנהיג (פ"ק דב"מ במה דפריך ויחלוקו הא אפסדוה בשלמא בהמה טהורה דחזי לבישרא כו' והיינו אע"ג דסתם שוורים ופרות מזבני טפי לרדיא ויקירא מלבישרא מ"מ כיון דההפרש הוא רק ביותר משתות כדמשמע בתוס' ר"פ המניח והשיעור הקרוב ליותר משתות הוא החומש בכה"ג לא מבטלינן החלוקה כו' עש"ה) ונ"ל לפקפק דהתם אנו מסופקין למי הוא ומספיקא אנו חולקים ובעלים האמיתים יפסידו חציו ולא די לנו זה אלח שגם מחציו נפסידיו ע"י חלוקה זה לא אמרינן אבל הכא שירשו מאביהם דבר העומד לחלוק דינא הוא לחלקו נמצא מעיקר' לא ירשו אלא שיעור חצי הבית פחות חומש אמנם נ"ל ה"מ ביורשים אבל בשותפים דקי"ל כשיטת רוב וכמעט כל הפוסקים דגם בהו אמרינן גא"ג וחלוקה משום דאמרינן אמינא יכילנא לסבול ועכשיו איני יכול לסבול נמצא מעיקרא נשתתפו ע"ד שלא לחלוק ואם אירע אח"כ דבר שא"א שיסבלו זא"ז לא יפסיד חלקו

של זה הפסד חומש מפני שזה א"י לסבול נמצא הוה כדבר שאין בו ד"ח ומ"מ נ"ל כל זה כשא' לחלוק או לעשות גוד ולהכרית חבירו אז צריכים לטענה שלא יכול לסבול אבל כששניהם רוצים להפרד זה מזה אפילו בלי סברא הנ"ל סבור הייתי לסבול יכולים לטעון חלוק או גוד ואיגוד ולא נחלק אדם בזה מעולם ולא נתכוון הרשד"ם וכנה"ג סימן קע"א בהגה"ט סק"ן כו' עכ"ל ע"ש.

ד **שאמר לחבירו**. עיין בתשובת הרב מו"ה משה רוטנבורג חמ"מ סי' י"ט שכתב על נדון ד' דיה (הובא לעיל סי' קי"א סי"ג) וז"ל ולמה לא יועיל טענתו כשיאמר לשניהם ביחד יהיה הקרקע של מי שיהיה אינו רוצה להיות בשותפות או קנו חלקו מענו או אני אקנה והא למי זה דומה לא' שיש לו חצי קרקע ועל חצי השנית מחולקים בו שנים ואין אנו יודעין עדיין של מי הוא היעלה על הדעת שא"י לטעון עמהם גאא"ג אם שניהם מניח המעות בב"ד ומסתלק כו' עכ"ל:

ה **מכור לי חלקך**. פי' באר הגולה אות צ' ועיין בתשו' ח"ס חח"מ סימן י"ב שכ' דאפשר יכולים הנתבעים קים לי כרש"י שהנתבע יקיץ דמים ולא התובע ע"ש עוד מה שפסק בענין חלוקת בהכ"נ ובהמ"ד של טבריה בעת שהתפרדו כולל ויאלין וכולל רוסיא שמה עש"ה:

ו **בפחות משוויו**. עיין בתשו' הרב מו"ה משה רוטנבורג סי' י"ט שכ' על נידון דידיה וז"ל וגדולה מזו מצינו שיכול להיות שגורם הפסד לבע"ד עמו למכור בפחות ממה שהוא שוה ואף דכתב הרמ"א דא"י לטעון גא"א בפחות משוויו הכוונה בערך כולו ד"מ אם היו נמצאים קונים על כל הקרקע בד' מאות והוא רוצה ליתן בעד החצי פחות ממאתים בטענה דגא"א בסך זה וכמ"ש הרמ"א הטעם דא"כ ידחוק העשיר את העני למכור בפחות משוויו אבל אם היה נמצא קונה על חצי הקרקע בעד מאתים ועל כל הקרקע לא היה נמצא קונה בד' מאות וזה דבר מצוי שלא ימצאו קונים על כולו כמו על חצי או מחמת שאין לו כ"כ מעות או שמספיק לו החצי ודאי כשכופין אותו בטענה דגא"א א"י לכופו אלא בערך (צ"ל יכול לכופו אלא בערך) ששוה כולו משום דאינו רוצה להיות בשותפות עם שום אדם דזה כל עיקר טענה דגא"א א"כ בודאי דאין השומא בענין זה לחצאין נמצא בטענה זו דגא"ג מפסיד מה שהיה יכול ליקח בעד החצי יותר ממה שלוקח כעת בשיעור כולו ביחד כו' עכ"ל ע"ש:

ז **שיקנה חלק חבירו כו'**. עד שוכנים בה שנה שנה כו'. עיין בס' שער משפט שכ' ויראה לי לדון בדבר חדש באיש ואשה שהם שותפין בבית ודרים ביחד וכ"א רוצה שיקנה חלק חבירו שהאשה נדחית מפני האיש ויש לדמות להא דאיתא פ"ב דכתובות

דף כ"ח גבי גרושה כו' וגם כשכ"א אינו רוצה לקנות דהדין דשוכנים בה שנה שנה נראה דהאשה קידמת לידחית מפני האיש מה"ע אמנם אם האשה טוענת גא"א והאיש אינו רוצה לקנות נראה ברור דשומעין להאשה דלא מבטלינן זכותה משום דטלטולא דגברא קשה מדאיתתא ואף בגרושה עם בעלה אף שהיא נדחית מפניו מ"מ נראה דיכולה לו' גא"א כו' ע"ש עוד:

ח **שוכנים בה שנה שנה.** עיין בתשו' ח"ס חח"מ סי' קע"ט נידון שנים שהיה להם בית בשותפות והיו בו עליות ותחתיות ועשו ביניהם חלוקה שבכל ב' שנים יהיה לא' דירת התחתונים ולהשני דירת העליונים ואח"כ תחזור חלילה פעם בפעם ואירע שקודם שהגיעה זמן שיחלפו זע"ז נשרף העליה ונתקלקל ואין ראוים לדור. ההפסד על מי אם על זה שהיה עולה העליות לגורלו או ההפסד לשניהם ויחלקו בדירות התחתונים. והשיב דין זה א"צ לפנים דזה ודאי דחלוקת הזמן הוה חליקה גמורה וקנין ממש למ"ד יש ברירה אמרינן הוברר הדבר למפרע שזה חלקו ולמ"ד א"ב ה"ל כאילו לקח קנין פירות על זמן זה אף דהגוף נשאר בשוחפות אבל הפירות נחלקו בזמן שעשו ביניהם כו' והנה מבואר בגיטין מ"ב ע"א גבי חצי עבד וחב"ח נגחו שור יום של רבו לרבו. יום של עצמו לעצמו אך אם המיתו שור דקא כליא קרנא משלם חצי קנס לרבו וחצי כופר ליורשים נמצא בנדזן שלפנינו בהפסד גוף הבית שנשרף דקרנא כליא יהבינן על שניהם אבל הפסד הפירות היינו דירת ב' שנים הוה יום של זה ההפסד לו ויום של זה ההפסד לו ולאחר תשלום ב' שנים אם לא נבנה העליה עכ"פ יוציא התחתון מדירתו וידור בעל העליה של עכשיו בתחתית הבית ב' שנים עד שיבנו שניהם העליה ויחזרו לקדמותו וזהו פשוט מאד ואין כאן מקום לפלפולו של סמ"ע סי' שכ"א כו' ע"ש:

ט **והשתמש בו אחד מן השותפין.** ע' בס' שער משפט ונראה דדין זה לא שייך אלא בבית של שותפים שהיא רק לדירה לדור בו ביחד אבל אם הוא בית של אכסניא שכל מי שנתאכסן שם משלם שכירות בכה"ג שייך השכירות לשני השותפין ולא יכול לומר בשלי אני משתמש דזה דומה להא דסי' שס"ג ס"י בהג"ה שני שותפין בבית והשכיר אחד כו' ע"ש:

י **לקבל מתנה.** עבה"ט יעיין בס' אגודת אזוב מהגאון מהר"מ זאב זצ"ל אב"ד דק"ק ביאלאסטאק דיום שלישי בשבת לשבת שיבה שכ' הכרעה וסייעתא נכונה לדעת הרי"ף והרמב"ם מהש"ס דגיטין ד' ל"ח וחולין ד' מ"ה ע"ש. ועיין בס' שער משפט שכ' וצ"ע באם אחד מהן אדם חשוב דהנותן יש לו הנאה במה שתקבל ממנו מתנה כמבואר בסי' ק"צ ס"ו אם זה שרוצה לחלוק יכול לומר לו טול חנק הגדול במתנה בכה"ג לא שייך

לומר ושונא מתנות יחיה כדאיתא בפא"ט מ"ד ע"ב כו' או דילמא דבקבלת אדם חשוב לא שייך לומר אתייקורי אלא היכא שקיבל ממנו מתנה מרצונו הטוב אבל הכא שזה שרוצה לחלוק כופהו שיקבל המתנה והאדם חשוב אינו רוצה לקבל יכול לומר איני רוצה לקבל המחנה וא"י לכוף אותו ול"ש בזה אתייקורי ע"ש:

יא **שאשאר שותף**. עבה"ט עד ועיין בש"ך מה שהשיג בדין זה על הב"ח כו' ועיין בתשו' מו"ה משה מרוטנבור"ק סי' י"ט מ"שבזה:

יב **ואבל במשכנתא או כדומה**. עבה"ט ועיין בתשו' הרב מוהר"ר משה רוטנבורק סי' י"ט מ"ש בזה:

סימן קעב

אכסניא לפי בני אדם. עיין בתשו' צ"צ סימן י"ט שב' דאין הפירוש כמו שעולה על הדעת לומר דגובין מכולם בשוה אם דל ואם עשיר דהא ודאי ליתא דכיון דליכא סכנת נפשות באכסניא אין גובין אלא לפי הממון אך מה דקאמר לפי בני אדם היינו לאפוקי לפי פתחים אבל לא שיתנו כולם בשוה אלא העשיר לפי עשרו כו' וכמו שגובין ההוצאה על אכסניא לפי ממון כן מתחלקת ההכנסה מהם דהיינו הזבל וגולפא ונראה דככי דייקא לישנא דקתני לפי בני אדם ולאקאמר לפי הנפשות כו' ע"ש ועיין בתשו' שב יעקב חח"מ סי' יו"ד שביאר דבריו וכ' דהא דדחיק לפי בני אדם היינו לפי ממון זהו לפי' המפרשים הא דאכסניא היינו דגובין הוצאת אכסניא ולא ליתן חנייה בבתיהם משא"כ לפי' המפרשים דכל א' צריך ליתן חנייה דוקא ולא שיתנו שום ממון רק ותאכסנו החיל עצמם בביתו ודאי לא צריכין לדחוק כן רק הפי' לפי בני אדם היינו לפי הבעלי בתים והצ"צ גופיה מודה בהא כו' ט"ס ועמ"ש לעיל סימן קס"ג ס"ג בהגה ב' סק"ז. ועיין בתשובת במלת שבעה ח"ב סי' יו"ד בענין זה באם צריכין ליתן חנייה בבתיהם דוקא ולפעמים יש לא' שנים או שלשה בעלי מלחמות ולא' אין לו רק בע"מ א' או אין לו כלום ותובע זה שיש לו למי שאין לו שיתן לו לסיוע וכ' שפסק כפי הנראה לו פעמים בראיה ופעמים באומדנא דאם נתאכסנו אצל יהודים ע"י הפיר"ר אז נסתחפה שדהו של מי שיש לו וכן אם נתאכסנו ע"י העירונים שהיו מחלקין ביניהם ע"י פלעטין ונחנו ג"כ ליהודים ע"י פלעטין לכל א' וא' אז ביניהם דין אע"פ שלא חלקו ע"פ הערכה שיש להקהל וכ"כ בת"ה סימן שמ"ה לנידון דידיה כו' ועכשיו שנתנו העיירונים למקצת יהודים ולמקצת לא נתנו (ר"ל שלא ע"י פלעטין רק כפי רצונם) אז צריכין אותם שלא החזיקו ליתן לסיוע למי שהחזיק (לא ידענא אמאי לא רימא גם בכה"ג נסתחפה שדהו) וה"מ אם פטורים

אח"כ מן העירונים אבל אם צריכים אח"כ ליתן ממון להעירונים בשביל שלא החזיקו אז פטורים מליתן לסיוע לאותן שהחזיקו. ואם יתנו העדה (העירונים) או הקוואטיר מיישטר ליהודים סך בע"מ כפי המגיע אל חנק היהודים אז יחלקו היהודים ביניהם כפי ערך הממון כו' (זהו שלא כדברי השב יעקב והצ"צ הנ"ל) ע"ש עוד והלשון מגומגם וקשה לעמוד על בירור דעתו בזה. (ובענין אם רשאי להשתדל בזה אצל הפיר"ר ע' לקמן סימן שפ"ח ס"ב בהגה ומ"ש שם) . ובתשו' כב"ח סימן קנ"ג הביאו המסגרת והעט"ז לעיל סימן קס"ג ס"ק י"ג כתב בזה וז"ל אם בעלי מלחמות הולכין מעיר לעיר ועשו אכסניא בקצת בתים ובקצת לא עשו אכסניא כולם חייבים ליתן לזה ומחשבין לפי ממון בד"א כשלקחו דרך ביזה וגזילה שלא מחק דת המלכות וכופין ליתן להם מה שביקשו מהם אבל מה שלקחו מדת המלכות דינא דמלכותא דינא וצריך להתברר איך הוא חק המלך שיגבה כן יקום עכ"ל והרב עט"צ נתב עליו ולי נראה שיש חילוק אם השמש של הקהל נתן לבעלי המלחמות אכסניא ושאר שכינים נותנין לסיוע אף שגוזלין יותר מחק שלהם פטורים מליתן הגזילה ע"ש:

סימן קעג

א **אם חלקי בגורל**. עיין בתשו' הרדב"ז ח"א סימן שכ"ד בשנים שקנו מעובד כוכבים בגד חמשים אמה ומדדו וחתכו לשנים וחלקו אותו בגורל אח"כ נמנא בחלק א' מהם מום המפחיתו מדמיו אם בטלה החלוקה והשיב הדבר ברור שהיא חלוקה בטעות וחוזר על חבירו על חלקו במום דמי עדיף הגורל מקנין גמור דאמרינן אם יש בו מום חוזר המקח מ"מ אומר אני שהועיל הגורל נענין שזכה זה בחלקו ומחזיר לו חבירו מחצית מה שפחתו המום מדמיו אם ירצה חבירו ואם לא רצה חבירו לתת פחת המום אלא לבטל החלוקה שומעין לו וכיצד עושין מעלין החלוקות בדמים וחוזרין להטיל גורל ומי שיגיע לחלקו המום יקח מחבירו הדמים שהעלו החלק השלם שאין בו מום אבל אם רצה חבירו לתת לו חלקו בפחת המים אין מבטלין החלוקה דאע"ג דבעלמא במוכר דבר לחבירו ונמצא בו מום א"י לומר טול פחת המום לפי שהלוקח מצי למימר בחפץ שלם אני חפץ (כמ"ש בסי' רל"ב ס"ד) שאני הכא שהרי בעל כרחו אין לו חפץ שלם שהרי יש לו לקבל חצי המום וכיון שכן לזה הועיל הגורל שיהיה הוא הלוקח כל המום כיון שיש לו בו החצי וחבירו משלים לו חצי מה שפחתו המום וטעמא דמסתבר הוא וכזה ראוי לדון עכ"ל. והנה מסתימות דבריו משמע דמ"ש דחבירו מחזיר לו מחצית מה שפחתו המום מדמיו איירי אפי' הוא פחות משתות לענין שווי הדמים וכן אפי' הוא יותר משתות

מוכרח זה ליטול בחלקו כפי שעלה לו הגורל וחבירו ישלים לו חצי הפחת ולכאורה צ"ע מדברי הש"ע לקמן סימן רכ"ז סעיף ל"ז ומצאתי בס' שער משפט ר"ס קע"ה שעמד עליו בזה וכ' דצ"ל דהרדב"ז מיירי שהפחת מכמום הוא שתות בצמצום לכך צריך להחזיר הפחת והחלוקה קיימת. וכ' עוד השע"מ שם דעיקר דינו של הרדב"ז שהועיל הגורל לענין שזכה זה בחלקו כו' נראה דמיירי שקודם החלוקה היו יכולין לחלק הבגד באופן שיגיע חצי מהמום לכל א' ועכשיו לאחר שחלקו אין דין חלוקה בא' מהן בזה הסברא נכונה כיון דבע"כ לא היה לו חפץ שלם מועיל החלוקה שיטול כל המום אבל אם עדיין לאחר שחלק בגורל יש לו דין חלוקה בכ"א משני החלקים ודאי אין זו סברא לורר דניון שיש לו לקבל חצי המום הועיל הגורל לקבל כל המום כיון דיכולין עדיין לחלק בטוב בטילה החלוקה הראשונה כו' ואם הוא באופן שגם מתחלה לא היה אפשר לחלק את המום דאף אם היו יודעין בהמום היו צריכים לחלוק בגורל ע"י עילוי דמים בזה צ"ע אם בטל הגורל או לא כו' עש"ה:

ב **מיהו הרא"ש כתב כו'**. עיין בתשובת שבו"י ח"ג סימן קס"ג בשותפים שעשו גורל באופן זה מי שיעלה ראשון יבחר איזה חלק שירצה ואחריו השני ואחריו השלישי ועתה אחר הגורל רוצין לחזיר וכ' דבזה לכ"ע יכולין לחזור דאפי' להרמב"ם וסייעתו וס"ל דגורל קונה לגמרי מ"מ צריך דוקח גורל כמו שהי' בא"י תחום פלוני ופלוני עולה עמו וכן מבואר מפי' רשב"ם והר"ן והר"י בן מגאש בחידושיו ומה"ט לא קאמר הש"ס ב"ב ק"ו ע"ב אלא אמר רב אשי כו' אבל גורל זה מי שעלה ראשון יברר מה שירצה אין כאן בירור וקניה כלל ודאי כל א' יכול לחזור ע"ש:

ג **ואין להם זע"ז דרך כו'. עי' בתשו' שבו"י ח"ב סימן קמט אודות אחים שחלקו הבית וניתן לא' מהם החדר שבו תנור גדול שאופין בו ונכתב בשטר החלוקה שאין לזה על זה שום תפיסת הרגל רק שראובן ישתמש בתנור שאופין בו כי אם בע"ש ועי"ט ועתה אשת ראובן המליטה זכר אי רשאי להשתמש ג"כ בתנור זה לסעודת ברית מילה ופה"ב דיו"ט שלו הוא ומסיק כיון דבשטרות הולכין אחר לשון בני אדם אין בכלל אלא מה שפרט להדיא ובפרטות דאחים שחלקו לקוחות הם ואין להם דרך זע"ז רק מה שהתנו בפירוש וידו על התחתונה ואין כופין על כיוצא בזה משום מדת סדום כיון שצריך לילך לחדרו וגם יותר מה שמסיקין התנור מתרעי ע"י היסק וכה"ג אך לפנים משוה"ד אין ראוי לדקדק בזה עם שכינו וקרובו ע"ש:**

ד **אזלא חזקהו לגמרי** עי' בפשו' שבו"י ח"ג סי' קסג שנשאל מי שמכר לחבירו חלק בית ופירש תוך שטר המכירה להשתמש בבית המוצנע (ר"ל בהכ"ס) ושוב נפל הבית

המוצנע ונכתם העוקא אי אמרינן כיון דנפל אזדא ליה והשיב לכאורה דין זה פשוט בש"ע ס"ס קע"ג גבי באר מים חיים כו' דאם נפל אזדא ליה חזקתו לגמרי מ"מ היה נ"ל כיון דדין זה לא נמצא בש"ס ובראשונים זולת ברשב"א וראייתו מס"פ השואל מאושלן האי גרגותא יש לדחות דהתם היא שאלה בעלמא וכיון שהוא דבר חדש אין לך בו אלא חידושו אבל בית הכסא שהוא עיקר צרכי ותשמישי בית שיהא קרוב לשלחנו והוא בריאת ב"א ודאי מקפיד אינש אפי' נפל לא אזדא ליה אכן ראיתי בתשו' הב"ח סימן ז' שכ' דגם בהכ"ס דמי לבאר ולא ידעתי מנ"ל ועיקר נ"ל כמ"ש ותו ראיתי בתשו' מהר"ם גלאנטי סי' סז שכ' דגם הרשב"א לא קאמר אלא היכא שוויתר נגד חבירו דרך מתנה ושאלה משא"כ במכירה ודאי קנה גוף הקרקע ומי שאינו דן כן אינו אלא טועה כן נ"ל עיקר עכ"ד ועי' בנה"מ:

סימן קעד

וי"א דהוי ספק. עבה"ט שכ' ובתחלה יטילו גורל כו' ועיין בתשובת שבו"י ח"ב סימן קס"ז במעשה בשני שותפים שהיה להם מרתף ורצה א' מהם שיתנו לו חלק שלו במרתף סמוך לביתו והשני רוצה להטיל גורל והביא שם דברי הש"ך שבכאן ופלפל בהם קצת ומסיים וז"ל זכינו לדין בנ"ד יטילו גורל ואם יפול הגורל על השני עדיין לא יזכה רק כל דאלים גבר כן נ"ל לדינא ומ"מ לבי אומר לי דבזמנים הללו בגולה יש כמה חששות אם נפסוק כל דאלים גבר וגם לפי הטעם דכל מי שהאמת אתו ימסור נפשו על דבר זה ג"כ לא שייך בדורות הללו שרבו האלמים שמוסרים נפשם ג"כ על ממון שאינו שלהם א"כ היכא דלא שייך לומר חולקין כמו בנ"ד דבלא"ה צריכין לחלוק רק דפלוגתא דרבוותא בחלוקה גופא באיזה אופן יהיה ע"כ יחלקו ע"פ הגורל ואע"פ שהוא דבר חדש מ"מ לפי צורך שעה יש לפסוק כן ובודאי יסכימו על זה חבירי ורבותי לפי דורות הללו עכ"ל עיין שם:

סימן קעה

א **בטלה החלוקה.** עיין בתשו' חות יאיר סימן ס"א במעשה שהטילו י"ב אנשים גורל על כוס כסף ונתן כל אחד א' ר"ט וזה מעשה הגורל מניחים י"ב פתקים שכתוב על כל א' שם א' מהם לקלפי אחת. ובקלפי השניה מניחים י"א פתקים חלק ופתק א' שכתוב עליו מז"ט ותינוק לוקח א' מקלפי זו וא' מקלפי זו ועם מי שיצא מז"ט זכה בכוס ואירע שיצא מז"ט בהעלאת שניהם והיה פלא שיצא מהר ובדק א' מהם וראה כי היה רק י'

פתקים חלקים ועל שנים היה כתוב מז"ט. והשיב בזה פשוט שבטל הגורל דקיי"ל כרב דאמר בטלה מחלוקת בבא להם את ממה"י בתס' ב"ב דף ק"ו. ובח"מ סי' קע"ה וחזרו להטיל גורל מחדש וזכה א' מהם בהעלאה ששית וא' מן הנשארים בקלפי לפי תומו פתק פתקים הכרוכים הנשארים וראה שחסר שם א' מנותני מעות שלא נזרקו לתוך הקלפי רק י"א פתקי אנשים ואמרו בני חבורה לבטל גם פייס זה וזה שזכה טען נגדם דאין טעם לתלונתם דאדרבה ע"י גרעון שם א' מהם היו קרובים לשכר ואודות זה שהיה חסר ביקש להפשר עמו והוא ז"ל השיב דגם בזה בטל הגורל שהרי חזינן גבי שני אחים שחלקו ואח"כ בא להם אח ממה"י שאפילו היה להם ג' שדות שוות בערך ונטל אחד מהם שדה ומחצה ואחר שבא להם אח ניסו וכתבו ג' פתקים ורשמו עליהם ג' שדות ולקח האח השלישי פתק א' ועלה בידו שדה שחלקו ונתרצה אח השלישי בו מ"מ יכול כל אחד משני האחים לבטל גורל הראשון לגמרי כמ"ש בש"ע שם אע"פ שאין שום טעם וסברא מצד השכל לערער שום אחד מהם מ"מ גורל הנעשה שלא כהוגן בטל מכ"ש אם הטעות במעשה הגורל בעצמו כו' וגדולה מזו נ"ל אם הערים אדם והטיל לקלפי ב' פתקים ששמו כתוב עליו וזכה אחר בפתק מז"ט ואח"כ נתגלה הדבר יכולים האחרים לבטל הגורל ואפילו הוא עצמו ע"ש וכן פסק בתשובת ושב הכהן סי' ע"ג בעובדא כיוצא בו וכ' שם דמ"ש החו"י בסוף דבריו יכולים האחרים לבטל הגורל ואפילו הוא עצמו אין לשון זה מדוקד דאדרבה הוא עצמו פשיטא שיכול לבטל משום דהוה כאילו לא הניחו אותו כלל כיון שלא היה יכול לזכות בגורל אלא אפילו אם הוא אינו רוצה לבטל הגורל אפ"ה אחרים יכולים לבטל מהאי טעמא דהוה כאילו לא הניחו אחד בגורל שבעל הגורל ע"ש:

ב **השותפין מסלקים ללוקח** עבה"ט ועיין בתשו' שבו"י ח"ב סי' קס"א שנשאל מרב א' אודות דמרגלא בפומי דאינשי לפשיטות מי שמכר ביתו שא' מבני משפחתו הן קרוב הן רחוק בקורבא יכולים לסלק ללוקח מהיכן יצא להם כן וכבר בא מעשה כזה לפניו באלמנה אחת שמכרה מקום בבהכ"נ שהיה שייך לבעלה וניתן לה לכתובתה ובאו בני משפחה לסלק ללוקח והוא ז"ל השיב דאין להשגיח כמה דמרגלא בפומי דאינשי ובודאי אין כאן דין מצרנות כלל כיון שאינו מצרן כלל וראיה ברורה מהא דמוסכם בש"ס פ' המפקיד דשומא הדרא אפ"ה זבנה אורתה או יהבה במתנה אינו חוזר אף לבע"ח עצמו וכ"ש לקרוביו כו' ובנדון שלפנינו אם היה המקום עדיין בידה והגבי הב"ד המקום להאלמנה בעל כרחם של היורשים אז היה מקום לומר דשומא הדרא כמבואר בסימן ק"ג ס"ט אע"ג דשם בבע"ח מיירי ה"ה כתובת אשה כו' (עמ"ש בסי' ק"ג ס"י ס"ק ז')

אלא דאם הגבו הב"ד להאלמנ' מדעתם דהיינו שלא שמו הב"ד בעל כרחם של היורשים פשוט בש"ס ופוסקים דלא הדרי אכן אם המקום כבר מכרה לאחד אפילו הגבוה הב"ד בעלי כרחם פשוט הוא דלא הדרי כסתמא דש"ס זבנה או אורתה כו' והוא כהסכמת כל הפוסקים גבי בע"ח וה"ה לכתובת אשה עכ"ד ע"ש וע"ל סעיף נ"ג בהגה וגם בסעי' מ"ז בהגה:

ג **מסלקו השותף**. עבה"ט מ"ש ומעשה בא לפניו כו' ופסקנו כיון שעדיין לא היה קנין בדבר יכול המוכר לחזור בו כו' ועיין בתשו' נאות דשא ס"ס כ' שכ' דמבואר מדברי הש"ך דאם היה קנין לא הועיל טענה זו להחזיק לעצמו דסברא זו לא הועיל להם רק לבטל השבועה אבל לא לבטל קנין דכל שנסתלק כחו של מוכר מהשדה ע"י קנין תו הו"ל כאיש נכרי ופשיטא דאין לחלק בין נתן לו קנין קודם הערער של מצרן או אח"כ כו' ומסיים דעדיין צריך לעיין בזה עש"ה ועמ"ש לעיל סימן ס"ו סכ"ג ס"ק ט"ו:

ד **רוצה לפרוע מיד**. עיין בתשובת חות יאיר סימן פ"ז בתשובת הגאון מהר"ג דאפילו אם המצרן רוצה ליתן משכון טוב ויפה באופן שיהיה המוכר בטוח מאד מ"מ יכול המוכר לומר הלוקח נוח לי להמתין בלא משכון מאשר אמתין לך במשכון. ואם המצרן מבקש שהמוכר ישבע על זה שאינו בטוח בעיניו כמו הלוקח אין בדבריו כלום ואינו יכול להשביע בזה את המוכר ואף לא להטיל חרס עליו כי אין כאן הרמה ניכרת דאפשר שהאמת עם המוכר שהלוקח נוח לו בלא משכון כי באמת במשכון יש טרחא בשמירתו ואם נאבד אפילו באונס צריך למיקם בדינא ודיינא. אך חרס סתם שמחרימין על מי שעשה ערמה שיודה לפני ב"ד אין כאן בית מיחוש ולא הקפדה בדבר. וגם אם המוכר מחוייב שבועה למצרן בלאו הכי יכול המצרן לגלגל עליו כי גלגול שבועה דאורייתא היא ע"ש:

ה **אם המצרן חפץ בה כו'**. עיין בס' שער משפט לקמן סמ"ב לאחר שהאריך לקיים דברי הש"ך באחד שעקר דירתו כו' (יובא לקמן סעיף מ"ב ס"ק ט"ז) כ' וז"ל אך יש להקשות לפ"ז מהא דמבואר לעיל בס"ט בקנה הלוקח שדה שוה מנה במאתים דצריך המצרן ליתן לו ר' ומשמע דאם נותן לו ר' יכול לסלקו משום דדב"מ ואמאי להוי כמוכר כל שדותיו ונימא דרעה היא למוכר דאם יצטרך להודיע למצרן שמא יחזור לו הלוקח וזה ודאי לא שכיח מי שיקנה שוה ק' בר' ונראה דכיון דדף דאין אונאה נקרקעות מ"מ אסור לכתחלה להונות ובכלל לא תונו הוא כמ"ש הסמ"ע בסי' רכ"ז ס"ק נ"א ולשיטת הרא"ה בס' החינוך בשם הרמב"ן עובר בלאו גמור אלא שא"צ להחזיר האונאה (עמ"ש בזה בסי' רכ"ז סכ"ט ס"ק כ"ב) ולכך בכה"ג לא עבדינן תקנתא למוכר שיאנה את חבירו לעשו'

איסו' אך לפ"ז אם הלוקח יודע שאינו שוה אלא מנה ונותן לו ר' מפני שחביבה עליו אין המצרן יכול לסלקו אף שנותן לו ר' וכן מי שקנה שדה שלא באחריות אין בו דינא דב"מ אף שגם המצרן רוצה לקנות שלא באחריות מ"מ כיון דלא שכיח מי שיקנה שלא באחריות דהא מה"ט אמרינן אחריות ט"ס הוא א"כ רע הוא למוכר אם יצטרך להודיע להמצרן דילמא יחזו' בו הלוקח ילית בה דינא דב"מ וע' בתשו' הרשב"א בספר תולדו' אדססי' שנ"ה כן נ"ל עיקר עכ"ל וע' נצ"צ מ"ש בזה:

ו **שעשו קנוניא ביניהם כו'**. כתב בספר שער משפט וז"ל מלשון הט"ו שעשו קנוניא ביניהם משמע שהמוכר אומר ג"כ שקנה ממנו במאתים וקשה לפמ"ש הרמ"א בסי' פ"ז ס"ו דאף בנשבע ונוטל מהני עד המסייע לפטור משבועה ונוטל בלא שבועה א"כ למה לא יחשב המוכר כעד המסייע כמבואר בסי' רכ"ב כו' ויותר נראה דהכא מיירי שהמוכר הוא פסול לעדות או קרוב להלוקח אבל אם הוא כשר לעדות באמת נוטל הלוקח מאתים בלא שבועה עכ"ל ע"ש:

ז **נשבע הלוקח**. עיין בתשו' חו"י סי' פ"ז ופ"ח בענין אם הלוקח לא נתן עדיין המעות למוכר אם בכה"ג מחוייב המוכר לישבע ודעת הגאון מהר"ג שאין למוכר עסק כלל עם המצרן. דע"פ שלא קיבל עדיין המעית רק המוכר תובע את הלוקח שיקיים מקחו ויתן לו מעותיו והלוקח מחוייב ליתן לו ואח"כ יש דין בין הלוקח והמצרן והגאון בעל המחבר תמה עליו דאין הסברא נותנת זה דמי מכריחו ללוקח לחזור אחר מעות בטרחא חנם להיות שלוחו של מצרן אחר שיודע שהבית של מצרן אם כבר נעשה שלוחו בקניה בלא דעת וכי משום הכי נכריחו לטרוח עוד ולחייבו אח"כ שבועה ללא תועלת ודאי דעל המוכר לישבע ומכ"ש באם מכר בהמתנה שנזכר בסעיף שלפ"ז דהמוכר אינו רוצה להמתין למצרן והלוקח יש לו זמן שנה או יותר לפרעון מעות דלא שייך לומר דהמוכר יתבע ללוקח ולוקח יפרע למוכר שאין מקום לומר שישבע לוקח לתועלת המוכר שיטול מאתים רק המוכר ישבע אך נראה דבהא סגי בשבועת היסת כו' ע"ש:

ח **אבל שתי שדות**. עבה"ט בשם ש"ך וע' לקמן סל"ו בבה"ט ס"ק נ"ה שדעת הט"ז אינו כן וכ' דכן משמע מסקנת הסמ"ע ע"ש ועמ"ש שם ס"ק י"ב:

ט **וגם הלוקח שקנו ממנו**. עבה"ט וע' ספר דברי משפט שכ' דמ"מ אין הלוקח ראשון יכול לסלק ללוקח שני דקנה ממצרן לומר דהוא עתה מצרן לשדה שקנה לוקח שני ממצרן דזה אינו כיון דבשעה דקנה לוקח שני השדה ממצרן אין לוקח ראשון מצרן דהא אדרבה מצרן יכול לסלק ללוקח ראשון ומצרן לא איבד זכותו רק אחר דמכר שדה שלו

ללוקח שני ומשו"ה אף אחר דקנה אין לוקח ראשון יכול לסלקו דדין מצרנות אינו אלא אם בשעת הקניה הוא מצרן כו' ע"ש:

י **בכ"ד שיש פסידא למוכר.** עיין בתשובת מים חיים חח"מ סי' ט' דרב אחד פסק כשהמוכר רוצה להערים לבטל דין מצרנות יכתוב בשטר מכירה קנס ללוקח אם יבטל המכירה וכשיבא המצרן אזי יתבע להמצרן שיחזור לו הקנס כי במקום פס דא למוכר לא תקנו זכות למצרן והוא ז"ל כ' דזה טעות לא מבעיא בכה"ג שמערים לבטל זכות המצרן הא כ' הרמ"א בסעיף כ"ח ואם יש חשש ערמה בדבר מחרימין על ככה כו' אלא אפי' אם לא היה כאן ערמה אין יכול לבטל בזה מצרנות כלל דבאמת ליכא פסידא כלל למוכר דהא מבואר בש"ע ס"ו דהלוקח חשוב שלוחו של מצרן לכל דבר ועל הקנין של לוקח יכתבו שטר בשם המצרן כו' א"כ ממילא דהמוכר פטור מקנס דהא הוא אינו מבטל המכר רק הלוקח בעצמו דדין מצרנות אינו חל על המוכר רק על הלוקח כמ"ש בסמ"ע סק"ז וזה ברור וליתר שאת אביא עוד ראיה ברורה מדברי הש"ך סק"ה: (בבה"ט סק"ח) שכ' מעשה בא לפנינו בא' שנשבע לחבירו לימכור לו קרקעו כו' ופסקנו כיון שלא היה קנין בדבר יכול לחזור בו כו' ומשמע להדיא דאם המוכר אינו רוצה לחזור יכול המצרן לסלקו אע"פ שהמוכר נשבע ללוקח ואין לך פסידא גדולה מזו ע"י שבועתו אלא ודאי דאף שהמצרן מסלק ללוקח מ"מ אין המוכר עובר על שבועתו כיון דהמצרן בא מחמת הלוקח א"כ ה"ה לענין קנס ע"ש:

יא **נמלך המוכר כו'.** ע' באה"ג אות ו' עד דלא גרע מהני צרירי ושרי ואיזל ואטרח כו' ועיין בתשובת חמדת שלמה סי' ח' שכ' דאף בנמלך המוכר וא"ל לא בעינא ליה ומכר לאחר אם המוכר מרוצה אח"כ ליתן להמצרן יכול לסלק ללוקח כיון דעיקר טעם הדין דנמלך המוכר הוא דהוי כמו אטרח ואייתי זוזי שהוא משום טובת המוכר שם פשוט שאם המוכר אומר שרוצה להמתין ואינו מקפיד ע"ז דלא איבד המצרן זכותו כיון דהטעם הוא רק משום טובת המוכר א"כ גם בדין זה דנמלך המוכר דילפי' מהתם נמי הדין כן דאם המוכר אומר שעכ"ז רוצה בהמצרן אין להלוקח טענה עליו ואפילו אמר המוכר להלוקח שהמצרן אמר לא בעינא בכל זאת לא אבד המצרן זכותו אם המוכר מרוצה. ואף דלכאורה יש לחלק דבהנהו צרירי והנהו שרי ובאיזל ואטרח נתחדש הענין אחר המכירה ובשעת המכירה היה זכות המצרן בשלימות שפיר יש לומר דתלוי בדעת המוכר משא"כ הכא שקודם המכירה נסתלק דין מצרנות יש לומר שכבר זכה הלוקח. זה אינו דהא מבואר בגמרא ובש"ע ס"ס ומכר כל נכסיו אין בו דינא דב"מ וכ' הסמ"ע שם ס"ק בשם הג"א דלפי' רש"י דהוא משום טובת המוכר אם המוכר מתרצה אפילו

יצא מצרני א' מסלקין ללוקח כו' א"כ מבואר להדיא דאף בלקח בהיתר שלא היה בו דין דב"מ אפ"ה כיון דהוא משום טובת המוכר אם המוכר מרוצה אח"כ ליתן להמצרן זוכה המצרן וק"ו בנ"ד דגוף הדין דנמלך המוכר יש בו חולקים (כמ"ש בב"י) פשוט לדינא דאם המוכר אומר שחפץ בהמצרן יוכל לסלק ללוקח ע"ש שפסק כן הלכה למעשה בנידון שנשאל עליו בעסק שכירות בית וחנות ומסיים שם בזה"ל ולהיות כי שורש דין דב"מ הוא תקנת חז"ל מצד עשיית הישר והטוב המוטל על כל אדם לזאת מהראוי לפי דעתו אחר שעכ"פ השוכר השני לא כוון להשיג גבול השוכר הראשון ע"כ אם היה לו איזה הוצאות ראוי ג"כ מצד הישר והטוב ולמען השלום שיחזיר לו ההוצאות עכ"ל ולכאורה א"י למה תלה זה בלמען השלום דנראה כי עיקר הדין כך הוא שמחוייב להחזיר ההוצאות אחרי שהשני חשיב כשלוחו של ראשון לכל דבר כמו שכתבתי לעיל ס"ו ואפשר דר"ל אף אם הוציא יותר מהראוי וצ"ע:

יב **שהרי היא והאחרת.** עבה"ט עד ודעת הט"ז שאין חילוק בין שנים או יותר וכו' ועיין בנה"מ שדעתו כהש"ך אולם בתשובת חתם סופר חח"מ סימן צ"ה פסק כהט"ז ונמשמעות הסמ"ע וכ' דלא שבקינן דברי סמ"ע וט"ז מפני מ"ש ש"ך בימי חורפו בסימן קי'. ורוצה להגיה אחרות במקום אחות דליתא ע"ש. עוד מ"ש בענין ב' מקומות בבהכ"נ אחד בעז"א ואחד בעז"נ אי שייך דין זה ויובא לקמן סנ"ג ס"ק כ"ג:

יג **אם מכרן לבן.** עבה"ט שכתב צ"ע לדינא באחד שמכר קרקע שלו לבנו כו' עד ולזה הדעת נוטה ועיין בתשובת ח"ס חח"מ סימן י"א שכתב דמסברא נראה היכי דליכא בן הרוצה לקנות ברתא נמי הוי כבן לענין זה דנוח לה בנחלת אביה ולענין גאולת קרובים לא מצינו חילוק בין קרוב זכר או נקבה כו' ולא יהא אלא ספיקא כל היכי דאיכא ספיקא יד הלוקח על העליונה כמבואר בכל הסימן עכ"ד. ועיין בשיטה מקובצת ב"מ ק"ח העתיק שם תשובת הרי"ף ז"ל שכ' סברא זו דיותר ישר וטוב שמחזיק אחוזת אבותיו ומבואר שם דאמרי' הכי אפילו בבני בניו ע"ש בעובדא ביעקב שהיה לו בירה גדולה ונתן ממנה בית אחת לשמעון בנו ואח"כ מת שמעון ונשאר הבית לבתו ונשאת לחנוך ואח"כ מתה הבת והניחה הבית ירושה לבעלה חנוך ויעקב הנזכר עודנו חי ואחר כך נתן יעקב שארית בירה זו לבני ראובן בנו ולבן לוי בנו במתנה ובשטר המתנה כתוב איך נתתי לפ' ופ' בניו של בני ראובן ולפ' בן בני לוי כל בית פלוני במתנה בלשון מעכשיו וקבלת אחריות וטען חנוך הנז' לי משפט בן המצר בכלל הבית ואתן לכם הדמים ואוציא אתכם ממנה לפי שבמתנה שנתן לכם הזקן יש בה אחריות והשיב הרי"ף ז"ל טענת חנוך היא טענה בטילה ועל כיוצא בו יאמר יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא כי העיקר בדין בן המצר

הוא משום ועשית הישר והטוב ואיזהו הדרך הנכונה בעשיית הישר והטוב להשאיר הקרקע ביד בעליו הזוכים בו מצר אביהן או להוציאם ממנו ולתתו לזולתם אין בקדקוד מי שעלה בדעתו דבר זה מוח להבחין בו בין טוב לרע ואין בזה צד הישר והטוב כו' ע"ש והש"ך לא ראה ס' ש"מ לכך נסתפק בו. ואפשר דט"ס הוא בש"ך מ"ש בא' שמכר קרקע שלו לבנו כו' וצ"ל לבן בנו ומיושב בזה תמיהת הבע"ט וכי גרע זה מאם מכרה לבן אותו שקנאה ממנו כו' וע' בנ"צ מ"ש בזה:

יד **עד שיקבל עליו**. עיין בתשו' שמן רקח ח"א סימן ס"א שכ' לכאורה קשה שמתא זו למה היה להם לחז"ל לתקן בפשיטות שמחויב מטעם קנס להכשיר כל נזקו אך באמת לק"מ כו' עש"ה ועמ"ש לעיל סימן א' ס"ה סק"ז:

טו **בדמים שנותן העו"כ**. כ' הסמ"ע וז"ל עפ"ר שם כתבתי דהיינו דוקא בדמי שווים או יותר מעט ולא כשהעו"כ מעלה בדמים הרבה יותר מהסדר דאז צריך למוכרו לישראל השווים כו' עכ"ל. ועיין עוד בטור ובפרישה מבואר דאם אין מוצא למכור או להשכיר לישראל בדמי שווים יש שלשה מחלוקת בזה להגאונים אסור בכל ענין למכור או להשכיר לעובד כוכבים אפי' אם הוא עני ומוכרח למוכרו לפרנסתו ואפי' אם הוא רוצה לקבל עליו כל אונסא לא מהני לעשות כן לכתחלה ולהיש מחלקים זה דוקא במוכרו להרויח אבל לצורך פרנסתו מותר לכתחלה באם מקבל עליו כל אונסא ולהרא"ש והטור חפי' במוכרו להרויח מותר לכתחלה ואפי' אינו מקבל כל אונסא כיון שאינו מוצא למכור לישראל ונקטינן כהרא"ש כמ"ש בב"י ובב"ח עש"ה. מיהו נראה דאם מוצא למכור או להשכיר לישראל בשוויה בזה לא פליג הרא"ש ואסור לכתחלה אפי' במקבל עליו כל אונסא ודוק:

טז **שדה יפה**. עבה"ט מ"ש בב"י הביא בשם בעל העיטור כו' אבל רע לזה ויפה לזה כו' ועי' בנ"צ מ"ש בזה. ומ"ש וכ' הש"ך מכאן נראה בא' שעקר דירתו לעיר אחרת כו' עיין בתשובת נו"ב סי' כ"ד שתמה מאד על הש"ך בזה וכתב שדבריו נפלאו ססלמא בסי' ק"צ דבעינן רק שמוכר מפני רעתו אבל כאן בעינן שימכור ברע כדי לקנות ביפה אבל במוכר שדהו מפני רעתה לא לקנות ביפה לא מהני כדכתבו רש"י והרי"ף וכל הפוסקים שאם יושהה הדבר אזי בין כך יקנה אחר אותו שדה יפה שרוצה לקנות וא"כ מה בנך שמה שעקר דירתו מקרי מוכר מפני רעתו מ"מ הא ליכא לקנות ביפה כו' ואם יש מקום לקיום דברי הש"ך היינו ביוצא מכאן לדור במקום אחר שיש מספר למחוזקים שמה ואינם יכולים לקבל איש זר כ"א החסר מהמספר שג"כ מתיירא להשהות פן בין כך יקדימנו אחר שם להתיישב במקום ההוא וזה דומה למוכר ברע לקנות ביפה וכמו כן שיוצא

מכאן לשכור איזה חזקה למכור י"ש או שיוצא מכאן להתקבל לרב ומורה במקום אחר שבכל זה יש חשש שמא יקדמנו אחר. אמנם כל זה כשזה תלוי בזה שאם לא ימכור הבית לא יצא מזה אבל מי שעכ"פ יוצא מן העיר להיות רב או להחזיק איזה חזקה במקום אחר בין ימכור הבית ובין לא ימכור אך הואיל ויוצא מוכר ג"כ הבית אם יזדמן לו קונה אבל אין זה מעכב יציאתו א"כ בהא ל"ל פן יקדמנו ובודאי דשייך דין מצרנות בלי שום פקפוק עכ"ד ע"ש. ועיין בס' שער משפט שהזכיר ג"כ תמיהת הנו"ב הנ"ל וכ' עליו וז"ל ואני אומר דדברי הש"ך נכונים וברורים שכדבריו כ' הרא"ש להדיא פ' המקבל (סי' כ"ז) גבי מכר כל נכסיו לאחד דמדמה הא דמכר כל נכסיו לאחד להוא דלמכור ברחוק ולגאול בקרוב אף דליכא כאן לגאול בקרוב דכללא הוא שלא תקנו לעשות הטוב והישר להמצרן שיהא רע למוכר וא"כ במי שעקר דירתו כיון דהוי כמוכר שדהו מפני רעתה ואם יצטרך להודיע למצרן שמא בתוך כך ימלך הלוקח בכה"ג לא תקנו דדב"מ והא דבעינן שיהא מוכר ברע כדי לגאול ביפה היינו טעמא משום דשדה רעה שכיחי הרבה קונים לקנותה בשויה כדמשמע פ"ק דב"ק ז' ע"ב כו' ולנך בשדה רעה אית בה ג"כ דינא דב"מ דאינו רע למוכר כיון דשכיחי הרבה קונים לזה אבל אם רוצה לקנות יפה אם יצטרך להודיע למצרן רע למוכר שמא בין כך יומכר השדה יפה ולא שכיח לקנות שדה שאין אדם מוכר קרקעותיו אם לא ע"י דוחק כמ"ש התוס' פא"נ דף ס"ו ע"ב כו' וא"כ במי שעקר דירתו דהוי כמוכר שדהו מפני רעתה מפני שצריך לעקור ממקומו ודאי לח שכיחי ב"א שיקנו הבית תיכף ואם יחזיר בו הקונה רע למוכר בכה"ג לא תקנו חז"ל דדב"מ כמו במוכר כל שדותיו גם שאר החילוקים שחולק הרב בעל נו"ב שם לשיטת הש"ך לא נ"ל אלא העיקר תלוי באם שיחזור בו הלוקח לא יוכל זה לעקור דירתו או אף שכבר עקר דירתו לא יצטרך לבא לכאן להמתין עד שיזדמן לו קונה אחר ה"ז רע למוכר ובכה"ג לא תקנו חז"ל דינא דב"מ והכל לפי הענין עכ"ל וע' בנ"צ מזה:

יז **למזון האשה והבנות.** ע' בתשו' גאוני בתראי ס"ס נ"ז שכ' דה"ה מוכר לצורך נדוניית בתו שהי' נחוץ להשיאה להמשודך ולא היה לו לסלק הנדן הוי כמו למזון הבנות כו' ע"ש וצ"ע:

יח **למזונות עצמו.** עיין בתשו' ח"ס חח"מ סי' צ"ה שכ' דהיינו לוקח בדמים אלי מזונות אבל לישא וליתן כדי להרויח פרנסתו אין זה בכלל מכר למזונות דגם אי נימא שימתין מלמכור עד שישאו להמצרן אין בכך כלום ואם לא תאמר כן כפל מצרן בבירא דהאידנא כ"ע מוכרים לישא וליתן בהני זוזי ע"ש:

יט **מיהו לכתחלה יש למכור למצרן.** כ' בס' שער משפט ונרא' דאם באו שני מצרנים והאחד מצרן ודאי והשני ספק שא"י אם כקרקע בחזקתו או שהוא ספיק' דדינא יש למכור למצרן ודאי דאין ספק מוציא מידי ודאי ודמי לספק ויבם בנכסי סבא בפ' החולץ כו' וכן משמע בסי"ב וזה פשוט ע"ש:

כ **חבל שותף יכול לסלקה.** עבה"ט דבתשובת ראנ"ח כתב דא"י לסלק האשה כו' וכ"פ בתשובת שבו"י ח"ג סימן קס"ה וכ' דכן פסק בחידושיו הרש"ך פ' המקבל ויכול הלוקח לומר קים לי וכן בכל ספיקא דדינא וכן עשינו הלכה למעשה ע"ש:

כא **אבל בלא"ה המצרן קודם לכ"ע.** עיין בתשו' רשמי שאלה סימן נ"ה שכ' דמדברי תה"ד סימן ש"מ מקור הך דינא מבואר דדוקא בידוע בודאי שהיה הלוקח יכול לקנות בית אחר במקום שאין לו מצרן כלל אבל אם אין ידוע בודאי בזה עכ"פ לסברא הראשונה ואפשר דלכ"ע אין בו דינא דב"מ ולפ"ז מה שכ' הרמ"א ודוקא כו' ולא יוכל למצא בית במקום אחר כו' אין הפי' דודאי לא ימצא אלא אפילו בספק אם ימצא בית שאין לו מצרן נמי אין בו דד"מ לסברא הראשונה עכ"פ וכתב עוד דיש לדייק מדברי הסמ"ע (שהובא בבה"ט) במ"ש וכ' עוד די"ל אפילו לדעת החולקין היינו דוקא כו' ועוד מסיק שם דאם ידוע הוא דהלוקח יכול לקנות בית במק"א אף שהוא קטן וצר כו' דהא דאמרן דאם ידוע שבודאי יש לו למצא בית שאין בו מצרן במק"א אפילו בית קטן יצר יש בו דדב"מ זהו דוקא בהך ציור דמייתי הרמ"א וי"ח אלו היינו באופן שיש לו ללוקח בלא"ה בית אמר דדחיקא ליה בהא י"ל שפיר דסברא היא כיון דבלא"ה ג"כ יש לו בית עכ"פ אלא שדחיקא ליה וכיון שיוכל למצא עוד במק"א בית קטן וצר א"כ קרוב הדבר שיהא די לו בזה הצירוף דהנך ב' בתים שיוחשב לו מקום דירה לכך המצרן קודם אבל היכא דלית ליה ללוקח שום בית אחר כלל אפשר דבזה כ"ע מודים דלית ביה דדב"מ אפילו אם ודאי גמור הוא שיוכל הלוקח למצא בית אחר קטן מהכיל והוא מלתא דסברא לפע"ד וצ"ע בזה. ועפ"ז העלה בעובדא בראובן שקנה מקום בבהכ"נ בעירו משמעון בקנין כסף ולוי בא בטענת מצרנות נגד ראובן אך ידוע שלא היה לו לראובן שום מקום בבהכ"נ בעירו וגם נראה לפי אומדנא שרחוק מאד שימצא עוד מקום בבהכ"נ שיהא במדרגת המעלה כמקום זה שקנה עתה משמעון ומסיק דהדין עם ראובן הלוקח דהכא במקום בהכ"נ דנ"ד פשיטא דעכ"פ מידי ספק לא נפיק אם ימצא מקום אחר דהא כל המקומות סמוכין זה לזה ולכל מקום בפ"ע ימצא בו מצרן רק אפשר שימצא מקום שהמצרן ימחול לו על טענת מצרנות וא"כ לפי הנ"ל אין כאן דין מצרנות כלל ובפרט לפמ"ש לעיל דהיכא דלית ללוקח שום בית אחר כלל אפשר דכ"ע מודים אפילו אם ודאי גמור הוא כו' והכא

לית ליה ללוקח שום מקום אחר כלל וא"כ אפילו אם היה ודאי גמור שיוכל להשתדל לו מקום אחר קטן במדרגה נמי לא היה בו דדב"מ ומכ"ש בנ"ד שאפילו זהו גופא נמי ספק הוא אם יוכל להשתדל לו שום מקום שאין בו מצרן כלל כו' ובפרט שכל דברי הרמ"א והסמ"ע הנ"ל מיירי לענין בית ומכ"ש לענין מקום בב"ה דיש לצרף נמי דעת הראב"ד שהובא בסמ"ע ס"ק צ"ט (בבה"ט ס"ק צ"ד) שכתב דבמקומות ב"ה אין מתקבל על הדעת שיהא בו דין מצרנות כו'. וע"ש עוד שכתב דלכאורה יש לפקפק בנ"ד כיון שראובן הלוקח קנה המקים הנ"ל רק בקנין כסף לחוד ומבואר בסי' ק"צ ס"ז דבמקום שדרכן לכתוב שטר לא קנה עד שיכתוב את השטר וא"כ לא זכה ראובן עדיין בהמקום והרי הוא כאילו לכתחלה עומד למכור ומהכ"ת לא נימא דלוי המצרן עכ"פ שוה הוא לקנות לכתחלה כמו לוקח דעלמא ואפשר דהוא קודם לענין לכתחלה וכמ"ש הרמ"א לעיל סמ"ה לענין ספיקא דדינא כו' אך באמת אין בזה מן הגמגום כלל לפי המבואר בד"מ סי' ק"צ דמדברי הרי"ף נראה דיש בקרקעות מי שפרע והר"ן כתב דאם נתן כסף אף במקום שאינו קונה צריך לקבל מי שפרע מאחר שקנאו מדאוריית' כו' (עמ"ש בזה לקמן סי' ר"ד ס"א סק"ב) ולפ"ז שעכ"פ קניות ראובן הלוקח בנ"ד הוא קנין מדאוריית' אפילו בכסף לחוד א"כ פשוט לע"ד דלא שייך תו בזה דין מצרנות כלל והלוקח קודם כו' וגם יש לצדד בנ"ד דלפי מנהג העיר פה אין מנהג קבוע בקניית מקום בבהכ"נ לכתוב דוקא שטר אחר כסף רק לכתוב בטאבעלי של הקהל ולפע"ד זה ודאי לאו שטר קל והוא נחשב (ע' לעיל סי' ק"מ ס"ח בסוף הגה בביאור הגר"א ז"ל שם) רק שטר העומד לראיה בעלמא כיון שלא נכתב בו רק שם הלוקח תחת שם המוכר כידוע ובשטר העומד לראיה בלא"ה יש דעות בב"י סימן ק"צ כו' ע"כ בנ"ד הדין עם הלוקח עכ"ד ע"ש:

כב **הבית והעליה.** עבה"ט ועיין בתשובת רע"ק איגר סי' ק"מ שכתב ע"ד ב' אנשים שיש להם בית א' ומוגבל חלק כאו"א זה מימין וזה משמאל ואך הדריסה בחצר לשניהם בשוה ולאחד מהם יש לו מרתף בחלקו ובו תנור האופים וזה איזה שנים השכיר תנורו לאיש אחד ועתה ככלות זמן השכירות רוצה שותפו בבית הנ"ל לשכור המרתף והמשכיר בא לשאול אחרי שאצלו שניהם שוים רוצה לידע ע"פ הדין למי הקדימה לשכור הנה אין האחר יכיל לזכות מדין שותף כיון דבמרתף אינו שותף ואף שדריסת הרגל בחצר לילך למרתף הוא של שניהם מ"מ אין לו זכות במרתף והכי מוכח מפסקא דהש"ע סנ"א בהגה בבית ועליה של שנים ומכר האחד ביתי למצרן אין בעל העליה יכול לסלקו דלא מקרי שותפי' זה לזה רק מצרנים הרי אף דריסת הרגל להבית גם לבעל העליה זכות בו מ"מ כיון דאין לו זכות בבית אין לו דין שותף ואף למה שערער על זה הסמ"ע שם היינו מכח

קושייתו כיון דהקרקע שתחת הבית משועבד גם לעליה הוי כמו שיש לו זכות בקרקע הבית ממש משא"כ הכא במרתף. וכיון דאין לו דין שותף רק דין מצרן ממילא הדרן לדינא לדעת הסמ"ע ס"ס זה דשוכר עדיף ממצרן ואף דיעבד אם מכר להמצרן השוכר מוציאו ולהט"ז שם עכ"פ באותו מקום עצמו אם לא מכר לאחר רק השכיר השוכר קודם להמצרן וגם להרש"ל בתשובה דבשכירות אין כלל דין מצרנות הא ס"ל שם דגם לענין זה אם המצרן רוצה רק לשכור ולא לקנות יכול להשכירו לאיש אחר דלענין שכירות ליכא כלל דין מצרנות וא"כ דלדעת הרש"ל אין שום זכות למצרן לשכור אף נגד אחר ולסמ"ע וט"ז השוכר עדיף ממצרן א"כ עכ"פ לכתחלה בבא לשאול בודאי השוכר עדיף עכ"ד:

כג **במקומות ב"ה.** עבה"ט עד שאין לצרף דעת ר"ת כו' ועיין בתשובת רשמי שאלה סי' נ"ה שכתב דמה דהש"ך חולק על הסמ"ע בזה היינו רק לצרף דעת ר"ת שפסק דאין בבתים דין מצרנות כלל אבל לענין לצרף דעת הראב"ד בענין מקומות בהכ"כ בזה לא פליג הש"ך כו' ע"ש. ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סי' צ"ה נידון מי שמכר מקומותיו בבהכ"נ הקדושה אחד בעז"א ואחד בע"נ והמצרן רוצה לסלק הלוקח והוא רק מצרן למקום שבעז"א. וכ' מ"ש הרב השואל מטענת קים לי (ר"ל דהלוקח יטעון קים לי כר"ת או כהראב"ד דל"ש בר מצרא במקומות בהכ"נ) לפע"ד אין כאן מקום לטענה זו כו' (עי' בנ"צ מ"ש בזה) גם מדברי הריב"ש שבהגהה סמ"ע ס"ק צ"ט שכתב דאם היה בין ב' המקומות כותל המפסיק וא"א לחבר המקומות יחד אין בהן דדב"מ) אין עזר להלוקח. דבריב"ש שם מבואר שהיה הכותל המפסיק יותר מט' טפחים גובה ועובי טפח ואין זה ענין לכאן ולא מבעיא אם המצרן ירצה להסיר הדף המפסיק בין מקום למקום ולהרחיב ישיבתו דשפיר דמי דלצורך תיקון מותר כמו מוחק השם לצורך תיקון ועט"ז א"ח סי' קנ"א סק"ג אלא אפי' אינו רוצה להסיר הדף אלא רוצה שיהיו לו ב' מקומות סמוכים כדי שישבו בני משפחתו סמוכים לו נמי שפיר דמי כיון דנהיגין דבני משפחה עומדים סמוכים זה לזה כמ"ש רמ"א סעיף נ"ג אך בנד"ז יש זכות ללוקח מטעם שזה קנה ב' מקומות יהוא אינו מצרן רק למקום שבעז"א וכדעת סמ"ע סעיף י"ג וט"ז סל"ו מיהו נ"ל מסברא אם מנהג מקומו שכל מקום בעז"א יש לו כנגדו מקום בעז"נ ושייכים זל"ז ונמכרי' ונקנים זע"ז א"כ ב' המקומות הו"ל כשדה אחד גדולה והמצרן סמוך לה מצד אחד דמ"מ זוכה בכולה ע"כ ה"נ אם המצרן רוצה ליקח ב' המקומות הוא דוחה את הלוקח אבל אם אין ב' המקומות שייכים זל"ז אזי אפילו ממקום בעז"א נמי אינו יכול לדחותו ולא שבקינן דברי סמ"ע וט"ז כנ"ל מפני מ"ש ש"ך בימי חורפו בסי' קי"ג ורוצה להגיה אחרות במקום אחרת דליתא עכ"ד ע"ש:

כד **אם נראה לב"ד.** עבה"ט דהש"ך חולק וע' בתשובת שבו"י ח"ג סי' קס"ד שדעתו כהרמ"א ז"ל וכ' על נדון דידיה דאם השותף הראשון עשיר יותר מהשני א"כ י"ל דניחא ליה בראשון יותר מהשני כדאמרי' בפסחים קי"ב והוי משתדל עם אדם שהשעה משחקת לו ואפילו למיזבן מיניה ועוד כ' שם דעיקר מסקנת הב"י להשיג על מהרי"ק הוא משום דמצרן הוי מיציא ועליו הראיה משא"כ אם השותף השני הוא מוחזק בהמטלטלין כמו בנידון דשם ודאי דאין להוציא מידו וכדעת מהרי"ק והוא פשוט וברור ע"ש. ומ"ש הבה"ט וכ' בתשובת המבי"ט כו' עד ומן הסברא נר' שא"י לכופו שיוכל המלוה. לומר לפלוני אני רוצה להניח כו' עמ"ש בזה לעיל סי' ס"ו סכ"ג ס"ק ט"ז:

כה **הממשכן שדהו.** עיין בתשובת ח"ס חח"מ סי' י"א שכ' דזהו אפי' אינו דר בו ואינו אוכל פירותיו רק שהלוה על קרקע זו נקרא משכנתא דשכונא גביה וכן מבואר בלשון כסף משנה פי"ב דשכנים סוף הלכה ח' ע"ש. וכ' עוד דאין חילוק בין משכנו בשעת הלואה או שלא בשעת הלואה וכ"ש אם משכנו לו ב"ד קרקע שלא בשעת הלואה ועמד כך זמן זמנים ואח"כ באו להחליט לו הקרקע דאין בעל המצרן יכול לסלקו בשעת החלטה משום שכבר שכונא גביה ונלמד בק"ו ממשכן הלוה שלא בשעת הלואה ומסברא נראה כי האיין טאבילאטציאן הנהוג עתה ע"פ דינא דמלכותא שהנושה הראשון הוא המוקדם ואין הבעלים יכולים למכור או להשכין הקרקע לאחר כי הוא ממושכן על חוב של זה עדיף טפי משכונא גביה דהנ"נ ובהגיע שעת החלוטה אין בעל המצר יוכל לסלקו אז ובפרט היכא דאיכא עוד טעמים כו' ע"ש עוד:

כו **ובא אחר וקנאו המלוה מסלקו.** עיין בתשובת אא"ז פמ"א ח"ב ס"ס נ"ט שכ' דכאן מיירי שהמלוה היה דר במשכנתא וכן איתא להדיא במרדכי פרק המקבל סי' שכ"ד דהשיב מהר"ם דאי לא דר בו המלוה לא מצי לסלק ליה (עמ"ש בס"ק שלפני זה ויש לחלק) ועמ"ש לקמן סי' נ"ד ס"ב סק"ד:

כז **מי שיש לו בית בשכירות כו'.** עי' בטורי זהב שהאריך ומסיים וז"ל ולענין שכירות אותו הבית עצמו ודאי השוכר הראשון מסלק את השוכר שישכור אחריו הבא לדחותו אחר שכלה זמן שכירות הראשון ונראה שבזה גם הרמב"ם מודה עכ"ל והעתיקו ג"כ בנה"מ וע' בס' קצה"ח שכ' ומיהו נראה דוקא אם אין בני בית של ראשון מרובין מן השני אבל אם בני ביתו מרובין משל השני לא שייך בזה דין מצרן כו' ע"ש וע' בנה"מ שכתב דבב"י מבואר שאם השוכר השני שכרו אחרי שכבר כלה כל ימי שכירתו של ראשון ועדיין לא השכירו לו המשכיר שאין בו דין מצרנות:

כח **אין השוכר יכול להוציאה מידו.** עסמ"ע שכ' לפי מאי דכתבתי והוכחתי לפני זה דשכירות ומשכנתא דין א' להם א"כ במ"ש מור"ם בסנ"ז דאפילו קדם המצרן וקנאה יכול הממושכן להוציאה מידו ה"ה בזה נמי יכול השוכר להוציאה מידו כו' עכ"ל והעתיקו ג"כ בנה"מ. וע' בס' שער משפט שכ' עליו אולם מהרש"ל בתשובה סי' מ"ג כתב להדיא דאף דבמשכנתא יכול המלוה להוציאה מיד המצרן מ"מ בשכירות אינו כן ואפילו מכרה המשכיר לאחרים אין השוכר יכול להוציאה ממנו ופסק כן הלכה למעשה וע"ש והביאו הש"ך בקצרה (בבה"ט ס"ק ק"ח) וכ"פ הב"ח בתשובה סי' ס"ט (הובא במסגרת ובס' מאמר קדישין) וכ' שכן דעת הרב רמ"א בהגה דיש חילוק בין שכירות למשכנתא בזה וע"ש ומספיקא אין מוציאין מיד הלוקח כמבואר בסמ"ה בהגה ע"ש. ובתשובת שבו"י ח"ג סי' קס"ה תשובה בענין מצרנות בשכירות ומשכונא וז"ל אכתוב לך הדרך אשר בררתי לעצמי לפי הכרעת אחרונים בספיקא דדין מצרנות בשכירות וזהו באם מכר לאחר אין השוכר יכול לסלקו ללוקח שיכול הלוקח לומר קים לי דאין בשכירות דין מצרנות כלל אכן אם בתחלה כשרוצה למכור באו הלוקח והשוכר השוכר קודם. וכשהשוכר והמצרן באים יחד לקנות. המצרן קודם שהוא ודאי. ואם קדם השוכר וקנאו אין המצרן יכול לסלקו כי יוכל לומר קים לי דיש בשכירות דין מצרנות ומ"מ יוכל להשביעו שלא עשה כן משום רמאות שהשכיר לזה כדי להוציא מיד בן המצר. ואם המשכיר רוצה להשכיר אחר זמנו של ראשון לאחר אין השוכר הראשון יכול להכריחו להשכיר לו דוקין. כיון שגוף הקרקע למוכר יכול לומר שניחא ליה להשכיר לאחר ולא לזה שהשני ישגיח יותר על קרקע זו ואדם יכול לעשות בשלו מה שירצה אם כלה זמן שכירות הראשון אם לא שהתנה בפי' שיהיה לשוכר הראשון דין קדימה לזמן מה כו' ובעל משכונא עדיף משותף ואין יכול לסלקו מ"מ אם באים שניהם יחד השותף קודם ועדיף שיש לו חלק בגוף הקרקע וכן איש ואשה שיש להם בית ומת. האשה קודמת ליטול ביתה בפרעון חוב כתובתה כול' או מקצתה שהיא מקרית בעלים ראשונים כל זה נ"ל ברור והסכימו עמי בי דינא וכמו שהדין לענין שכירות כך הדין לענין משכנתא עכ"ל:

סימן קעו

א **אלא נשתתפו והתחילו כו'.** עבה"ט עד ועמ"ש הט"ז בזה. ור"ל דבט"ז מבואר שחולק על הסמ"ע בזה ודעתו דאפי' לא עירבו המעות קודם רק שכ"א קנה במעותיו לשם שותפות שוב א"י לחזור אפילו להבא ע"ש ובנה"מ הביא ב' הדעות ולא הכריע. וע' בתשובת שיבת ציון סי' ק"ז בענין אם דוקא כששניהם התחילו להתעסק או אפילו

אחד עוסק מהני ומסיק שם דדוקא כששניהם התחילו לעסוק אבל אם לא התחיל רק אחד אף שכבר עירבו המעות לא מהני רק לענין מה שכבר קנה דזכו בו שניהם אבל לא לענין להבא דשניהם יכילין לחזור עש"ה:

ב **וי"א דיכולין להקנות כו'**. עי' בנה"מ דכן עיקר דבקנין אפילו ממה שירויח אינו יכול לחזור וממה שהרויח כבר אפילו בלא קנין אינו יכול לחזור ע"ש. דע' בתשובת רדב"ז ח"א סי' ש"נ שנשאל בראובן ושמעון אומנים שנשתתפו באומנותם וקנו מידם אח"כ אמר ראובן אני מוחל לך השותפות ונתרצה שמעון ולא קנו מידם ואח"כ נתחרט ראובן. ושמעון אומר כבר מחלת ומחילה א"צ קנין ה"מ מחילת ממון או מחילת שותפות ממון כגון שהטילו לכיס שנשתעבד הממון לשותפות אבל שותפות דנ"ד לא נתקיים אלא מדין שכיר ופועל תדע דהא קיי"ל אין אדם מקנה דשלב"ל וריוח האומנות עדיין לא בא לעולם ובמאי קני ליה. א"ו מדין שכיר ופועל נשתעבדו וכיון שכן לא נמחל השעבוד באמירה לבד דהא מדמינן פועל לעבד עברי בפ"ק דקדושין והתם אמרי' דע"ע גופו קנוי ולא זכו בנפשיה באמיר' בעלמא ה"נ לא זכו שמעון באמירה בעלמא אא"כ קנו מידם ואע"ג דקיי"ל פועל חוזר אפילו בחצי היום ה"מ בלא קנין אבל אם קנו מידו א"י לחזור בו עכ"ד. והנה מה דפשיטא ליה לברדב"ז ז"ל דבפועל לא מהני מחילה כמו בעבד עברי צ"ל שנמשך בזה אחר תשובת מהר"ם שבתשובת הרשב"א סי' תתע"ג ובמרדכי פ' האומנין שכ"כ דלא נמחל שעבודו באמירה בעלמא הביאו הב"י סי' של"ד אך דעת הרמ"א בש"ע ס"ס של"ג אינו כן אלא דאפילו רק אמר לפועל לך מעמדי פטור ובש"ך שם ס"ק מ"ז מסיק דכן עיקר ואף מהר"ם הנ"ל לא כתבו רק לסניף ע"ש וכ"כ הרדב"ז גופיה שם בסי' של"ג ע"ש גם מ"ש הרדב"ז דהא דפועל חוזר אפילו בחצי היום ה"מ בלא קנין כו' צ"ל שנמשך בזה אחר דפת הריטב"א בשם רבותיו שהביא הב"י בסי' של"ג אך הש"ך שם ס"ק י"ד חולק עליו ופסק דאף בקנין יכול לחזור בו (אולם עמ"ש שם ס"ג סק"ה בשם תשובת שבו"י) אמנם בנ"ד באומנים שנשתתפו בלא"ה לא שייך לומר פועל חוזר בו מטעם שכ' הסמ"ע ס"ק מ"ד כיון ששניהם צריכים לעסוק אין שם עבד על שום א' מהן ע"ש. ולענין דינא אי מהני מחילה בלא קנין צ"ע ועמ"ש לקמן ס"י ס"ק י"ב:

ג **שיכולין לחזור בהן**. עבה"ט וע' בתשובת חתם סופר חח"מ סי' צ"ו לאחר שביאר כל דעות הראשונים ז"ל בענין קיום שותפות כתב אמנם כל זה בשותפים שהשתתפו זע"ז אך מה שהוא ממנהג בסוחרים אין לשנות אפילו הוא שלם כדין תורה ומנהגם תורה היא וכדאמרי' בב"ק קט"ז ע"ג ואל ישנו מהמנהג החמרים והספנים וע' בטור וש"ע ס"ס ער"ב

והתם מיירי לענין גביות ממון ביניהם וה"ה לכל מילי במבואר מלשון מרדכי ובמהרי"ק כו' ונראה כל זה בששני השותפים עוסקים בעסק השותפות או החמרים והספנים הנ"ל אבל כשזה עוסק במסחרו לא יתחייב זה ליתן מהריוח שלו שענין שנהגו להשתתף בו אא"כ יתן לו שכר עמלו והפסדו במה שהפסיד בשעה שזה הריוח במסחר שלו ואינו מן הדין שזה השני יתן לו מהריוח ויאכל הלה וחדי וזה דומה כמ"ש תשובת הרא"ש דמייתי הטור סי' קע"ו גבי רצענים שהסכימו שיהיו שותפין בכל דבר חוץ מבמלאכת ידם ואח"כ ניתן. לא' עורות לעבדם שכ' דאפילו אם היתה מלאכת העיבוד בכלל השיתוף לכל הפחות יקח מהעיבוד לעצמו כפי מה שהיה יכול להרויח ברצענות כו' ועמ"ש רמ"א סי' קע"ז ס"א וי"א אפילו באומנות המלך הוא נוטל תחלה טורח מלאכתו כפועל בכל יום וה"נ דכוותיה וכ"ע יודו בזה. ומה"ט כ' שם בעובדא בראובן ושמעון שלקחו עגלה בשותפות והוליכו כל א' את צמרו לשוק פעסט ובדרך נזדמן לראובן לקנות אצל אדון עוד צמר וקנה לבדו בלא חבירו וכאשר בא שמעון א"ל שרצונו שיהיה הצמר הזה בשותפות והשיב לו ראובן שכנים דבריו שכן הדרך אם ב' אנשים נוסעים ביחד כל מה שיבא אפילו ליד א' מהם צריך שיהיה בשותפות ונתרצו זה לזה וכאשר באו לשוק פעסט אמרו שטוב היה ליקח ולהוליך לביתם עורות ואמר ראובן לשמעון ליקח עורות וכל מה שיקח יהיה בשותפות כמו בצמר שלו שהוא קנה וכן עשה שמעון וקנה ואחר שקנה אמר לו שאם יתן לו עשרה זהובים בעד טרחתו אז יהיה בשותפות וראובן שתק על זה וכשבאו לביתם לא רצה שמעון ליתן לראובן חלק בהעורות ונשאל הדין עם מי. והשיב אין ספק שהדין עם שמעון בעל העורות כי חקרתי אצל הסוחרים ואמרו שכן מנהגם שאשר נוסעים זע"ז על השוק כל מה שירויח כל א' בדרך הוא לאמצע אע"פ שלא היו שותפים מעולם ולא התנו ביניהם כלל וכן משמע מלשון השאלה שמנהג זה היה ידוע גם לראובן ושמעון ל"כ מסחר הצמר שקנה ראובן דרך נסיעתם פשוט שיש לשמעון חלק בו ואין יכול לתבוע שכר בטלה וטרחה כי בדרך אין להם שום מסחר ולא נתבטל משום דבר אך בהגיעם למקום חפצם שמעתי שאין שום דעה סובל זה שיהיה כל ריוח שיזדמן להם לאמצע הואיל ואינם שותפים בגוף מסחרם ואפילו אם שכרו העגלה ביחד להליכה ולחזרה מ"מ בין הליכה לחזרה בעת היותם במקום השוק כל א' עוסק בשלו ואין לזה פסק עם זה כך נודע לי אחר החקירה וכן הדעת נותן. נמצא אין לראובן על שמעון אלא מפני שא"ל שיקנה עורות בשותפות ואפי' נתרצה שמעון להדיא אין מחוייב ליתן לו שים פרוטה (ע' בסי' קפ"ג ס"ד בהגה) כיון דלא נשתעבדו זה לזה ולא אמר גם אפם תקנה ותחלוק כי אז אמרי' בהאי הנאה דצייתי אהדדי והואיל וקונה מקנה אבל עכשיו ששמעון נתרצה

ליתן לראובן חלק בעורות בהאי נשתעבד הלא ראובן לא התרצה לשמעון כי מה שהיה בשעת נסיעתם איננו אלא ממנהג הסוחרים וכבר עבר ועתה פנים חדשות באו לכאן. אמנם אפשר יתברר שהמנהג במחוז ראובן ושמעון הנ"ל שגם בפעהט במקום וזמן השוק הם שותפי' מה שירויחו מן הצד היינו כל א' עוסק במסחרו ומה שיזדמן מן הצד יהיה לאמצע מ"מ אינו מן הדין שראובן יעסוק בסחורתו בשוק ושמעון יתן לו ריוח בעורות שלו אם לא יתן לו שכר בעלת שוקי כמ"ש הרא"ש גבי רצענים הנ"ל ע"כ ישימו בקיאים כמה ריוח יושת לו לבדו לפי ביטול שוקו והשאר יהיה בשותפות וכ"ז פשוט ולא יועיל לזה שום תפיסה וחזקה כי אין כאן ספק עכ"ד ע"ש:

ד **ואינו נקנה אלא בקנין גמור.** עיין בתשובת בית דוד חח"מ סי' ד' בדין האפטרעט געלט הנהוג בין הסוחרי' כשרואי' שרבו האנשים העומדים על המקח אשר בסיבת זה יוזל המקח מאד אזי מי שרוצה ליקח מבטיח את האנשים הרוצים לעמוד על המקח סכום כך וכך בכדי שימנעו א"ע מזה ולא יזל המקח וכתב דאם נעשית ההבטחה זאת בלי קנין ובלי השלשת מעות רק בדברים בעלמא אינו כלום ואין לדמותו לשכירות פועלים דקיי"ל דלא בעי קנין כמ"ש הריב"ש סי' תע"ז (הובא בב"י סי' של"א ועסמ"ע ס"ס קפ"ה) והרא"ש במס' ע"ז פ' השוכר את הפועל סי' ב' כיון שהוא דרך ליתן שכירות בעד זה. דשאני שכירות פועלים שהשכר הוא עבור עשיית פעולה או דיבור אבל בנ"ד שקבלת שכרו בעבור שמונע א"ע מלעשות אף שמדרך ליתן שכר בעד זה מ"מ לא דמי לשכירות פועלים ובעי קנין וראיה לזה מש"ס כתובות פ"א ע"ב ההוא גברא דנפלה ליה יבמה בפומבדיתא בעי אחוה למיפסלא מיניה בגיטא א"ל מאי דעתך משום נכסי אנא בנכסי פליגנא לך כו' והאריך בזה ע"ש. ונראה לע"ד הא דעכ"פ קנין מהני דוקא היכא שהיה רשות ביד האחרים ג"כ לקחת זה המסחור בלי השגת גבול אם היה צד איסור בדבר כמ"ש בסי' רל"ז אז אף קנין לא מהני ודמי ליבם שאינו הגון באה"ע סי' קס"ט ס"נ דכ' הב"ש ס"ק נ"ג בשם תשו' הרשב"א דאף שטר וקנין לא מהני להוציא ויכולה לומר משטה אני בך ע"ש וע' בנה"מ ס"ס רס"ד ואף בהשליש מעות צ"ע כמ"ש בפ"ת באה"ע שם ס"ק מ"ג וצ"ע:

ה **אם מכרוהו חי.** עבה"ט בשם ט"ז שכ' תמיהני שלא הביא הרמ"א דעת ר"י והרא"ש כו' ועש"ך סק"י דמשמע שדעתו ג"כ נוטה לדעת ר"י והרא"ש. ועיין בתשו' ח"ס חח"מ סי' קכ"ג שכ' שאין לנו להוציא ממון נגד דעת ר"י והרא"ש בזה ע"ש. ועיין בתשו' ושב הכהן סי' ס"ה שהאריך בענין זה ומסיק דיש לפסוק דגם בפירות וסחורות שראויים לחלוק כיון שקנו למכור בשותפות השכר לאמצע וה"ה בשור לטביחה אפילו טבחוהו אם טבחוהו

למכור הבשר בשותפות הוא לאמצו אבל אם קנו סחורות לחלוק וה"ה שור לטביחה לחלוק בבשר או אם טבחוהו לחלוק בבשר אפילו אם מכרוהו אח"כ לפי דעת הרי"ף כפי מה שפירשו הרא"ש הר"ן דבריו כל אחד נוטל לפי מעותיו אבל דעת הרמב"ם עדיין צ"ע בזה היכי שקנו שור לטביחה לחלוק הבשר עש"ה וגם בתשו' בית אפרים חח"מ סימן כ"ט מענין זה

1 **ועדיין לא הוציאו אותם כו'**. לכאורה משמע מלשון הרמב"ם והש"ע שאם כבר הוצאו המעות בעסק ומכר העסק בעד מעות ופחתו או הותירו מחמת המטבע ששינה המלך אפילו אם זה השינוי נעשה אחר מכירת העסק הפחת או השכר בשוה וכ"כ בהדיא היטור בשם הרמ"ה וז"ל אבל אי זבני עיסקא בזוזי חדתא וזבנינהו בזוזי חדתא וזל השכר וההפסד לאמצע דהני זוזי אחריני נינהו והא רוחא ופחתא מחמת שותפותא דידהו קא אתי עכ"ל. אמנם בתשו' בית אפרים חח"מ סימן כ"ט האריך לתמוה על דין זה (וגם בנה"מ תמה על זה עש"ה) ומסיק דמ"ש הרמ"ה וזבנינהו בזוזי חדתא וז"ל כו' אין הכוונה לומר שאחר המכירה הוזל דבזה מאי גרמא דשותפות יש כאן שהרי עומדים ליחלק וזוזי כמאן דפליגי דמי וא"כ זה הטעם שכ' הרמ"ה (והסע"ש הובא בבה"ט ס"ק ט"ו) בלא הוציאו המעות לפי דאף אם היה נשאר המטבע ביד כל א' הגיע להן הריוח או ההפסד גם בהוציאו המעות שייך לומר כן דאף אם היה לוקח כל א' המעות לביתו היה מגיע לו זה הריוח או ההפסד אך כוונת הרמ"ה דבההיא שעתא דזבנינהו כבר הוזל המטבע עד"מ שלקחו בשותפות בעד הג' מאות זוז פירות ושוב הוזלו הזוזים ואעפ"כ כשמכרו הפירות לא לקחו בעדם רק כפי הסך שנתנו בזה ההפסד הוא בשוה לפי שהפסד זה היא מחמת פירות של שותפות שהוזלו שאל"כ היה להם ליקח בעד הפירות יותר לפי ערך שהוזלה המטבע וכן להיפך אי אייקר טבעא ואפ"ה מכרו הפירות כפי הסך שנתנו בעדם אע"פ שהריוח הוא במטבע ששוה עכשיו יותר מ"מ העיקר מה שהרויחו הוא מחמת שעלה שער הפירות דאל"כ לא היו לוקחיין עתה בעד הפירות כסף ההוא במטבע ההיא ושפיר כתב דרווחא ופחתא מחמת שותפות קא אתי ולפ"ז י"ל דגם הרמב"ם (והש"ע) דנקט לא נשאו ונתנו לאפוקי אם הוקר ואם הוזל קודם שמכרו הפירות דאז הדברים מוכיחין דרווחא ופחתא מחמת שותפות הוא אבל אם הוזל אחר שהגיע דמי המכירה לידם מזה לא מיירי וכאילו לא נשאו ונתנו דמי דמה לי אותן המעות עצמן או שנתחלפו במעות אחרים כיון שלא עלה בהם פחת או ריוח קודם המכירה זוזי כזוזי נינהו אך בלשון הרמ"ה דחוק מ"ש דהני זוזי אחריני נינהו ויש ליישב. סוף דבר בשנים שהטילו לכיס ונשאו ונתנו והוזלה המטבע אחר שמכרו הסחורה אין הכרע כ"כ מדברי הרמב"ם והרמ"ה

לומר דבכה"ג חולקין לאמצע ודעת רש"י והתו' והריטב"א מבואר דחולקין לפי המעות וכן מבואר מדברי הש"ג בשם ריא"ז דאף אם הוקר המטבע אחר שנשאו ונתנו ג"כ השכר לפי המעות עכ"ד. וע"ש עוד שכ' ד"כ הלכה רווחת בישראל ומעשים בכל יום בשנים שהטילו נכיס א' מנה וא' מאתים וכשבאים לידי חלוקה עלה המטבע או ירד כל א' מה שהניח הוא נוטל ואין משגיחין בעליית המטבע וירידתה כלל וי"א דטעמא דמלתא (זולת טעם הנ"ל) לפי שהסך מאה זוז שהניח זה יותר הוה כהלוה לתוך השותפות ודין המלוה לגבות מטבע שהלוהו אם לא נשתנה למטבע אחרת כמבואר בפוסקים ע' ביו"ד סימן קס"ב ובסמ"ע ס"ס ע"ד ובש"ת מהרי"ט ח"א סי' יו"ד כו' וכ"כ בשו"ת מהרש"ך ח"ב סי' פ"ז בשותפים שהניחו אחד שלשים אלפים לבנים וא' עשרים אלף כו' תשובה יראה דבאנו למחלוקת רש"י והרמ"ה כו' אמנם ראוי לדון בזה ע"פ הנהוג אתנו בענין החובות כי כן השותפות האלה כל א' מהם לגבי חבירו כבע"ח כו' ושם כ' עוד דמלשון הטור שכתב אחר סיום דברי הרמ"ה ואם התנו הכל לפי התנאי יראה מדבריו דאפילו להפסד דשייך ביוקרא וזולא לענין המעות וכ"כ בשו"ת מהר"ם גלאנטי סי' נ' דמ"ש הרמב"ם דאם התנו הולכין אחר התנאי היינו אפילו השכר והפחת במטבע כו' ולפ"ז אם כתוב בשטר השותפות שכ"א יטול תחלה מה שהניח ואח"כ יחלקו ביניהם פשיטא דלא איכפת לן בעליות וירידת מטבע ההוא אלא כל א' מה שהניח הוא נוטל כיון שכך התנו ביניהם. וכתב עוד וכל זה לרווחא דתלתא בררנו הדין באם עלה או ירד אותה המטבע שעליה סובב הולך קוטב השותפות אבל אם המטבע שהניחו אין בה שינוי רק במטבע שלקחו במדינה אחרת בעד סחורה של שותפות היא שעלתה או ירדה פשיטא דלכ"ע אף בלא תנאי אין עליה וירידה מעלה ומוריד כלל דפשיטא דכשהם רוצים לחלוק צריכים לשום המטבע שפדו בעד הסחורה ולעשות מהם דמים כמטבע שהניחו וכל א' נוטל בראש הקרן שהניח כי המטבע שפדו במדינה האחרת ה"ל כסחירה או פרי לגבי טבעא דידהו (כמבואר לקמן סימן ר"ג) וה"ל כהחליפו סחורתם בסחורה אחרת שהם מחוייבים למוכרם לעשות דמים ויטול בהם כ"א כפי המטבע שהניח והשאר יחלוקו ודבר זה א"צ לפנים עכ"ל. וע"ש עוד בעובדא בראובן ושמעון נשתתפו במו"מ לווארשי ודרך הסוחרים שאין מוליכין מטבע שפודים שם דהיינו מעות פרייסיש לביתם רק מחליפין שם על אדומים א' באנקי ודרכם לתת כסף הפדיום מה שיעלה ראשון ליד החלפן וכשהם צריכים לבאנקי לוקחים ממנו כפי השער שבשוק וראובן היה צריך למעות לצורך עצמו ולקח באנקי מהחלפן כפי השער במעמד חבירו ובצוויו ליתן לו אך התנה שכשיצטרך הוא יקח ג"כ ואח"כ לא לקח כלל עד הגיע תור נסיעתם ואז כבר עלה השער ממעות

פרייסין נגד באנקי ובעת שקיבל ראובן לא נשאר אצל החלפן מ"פ בעין כ"א מעט מזעיר ועתה טוען שמעון מה שהותירו מעות פרייסין בעליית השער הותירו לו (נגד הסך שלקח חבירו) וראובן טוען שהותירו לאמצע ונתעצמו לדין על זה. ונחלקו בזה רב גדול אחד והדיינים שעמו שדעת הדיינים דהדין עם שמעון דמעת שלקח ראובן מקצת הסך לצורך עצמו הוי כחלקו השותפות דמה לי חלקו כולו או מקצתו והרב הנ"ל דחק דבריהם. והוא ז"ל הסכים עם הרב שהדין עם ראובן דזה לא הוי כחלקו רק מההיא שעתא הוי כאילו מתחלה כתן זה מנה זוה מאתים והתנה שאם יצטרך יקח הוא מנה דודאי הוי השכר לאמצע אפילו לא היה שם תלא כלל מכ"ש בזה שלקח בחזרה מנה ושמעון ראה ונתפייס אדרבה בוחן דבריו שהוא מרוצה בזה ששלו יהיה מוטל בקופת השותפות עד השעה שיצטרך דפשיטא דהריוח לאמצע ומכ"ש בזה שמבואר בכתב שביניהם שיהיה הכל לאמצע אם היה זה רוצה עכשיו בענין אחר היה לו לפרש ולהתנות כו' ועוד דאפילו אי יהיבנא להדיינים שזה נטל חלוקה בתורת חלוקה וחלק חבירו כצבור ומונח דמי מ"מ הדבר ברור שלא על דעת שישאר לחלקו מונח בשותפות מעות פרייסין יתננו חלקו שהרי אין דרכם לחלק ביניהם במ"פ כו' ולפ"ז פשוט בנ"ד כשקיבל ראובן באנקי אצל החלפן לשלוח לביתו גם חבירו יש לו כנגדו בקופת השותפות באנקי כסף הזה דודאי זה שלקח באנקי אצל החנפן לאו אדעתא שיטול חבירו כנגדו כ"כ מ"פ כפי הסך שחשב החלפן עבור הבאנקי שקיבל שהרי אין משאם ומתנם וסוף חשבונם בשעת חלוקה כ"א על באנקי ואף אם היה חבירו רוצה שיהיה חלוקה ביניהם במ"פ זה היה יכול לעכב ולומר איני רוצה לעשות חלוקה כ"א על באנקי שהוא המטבע שנתנו בשותפות ומ"פ כסחורה אחרת דמי שא"י לחלוק עד שתמכר על מזומנים כו' ומכ"ש בזה שקיבל הבאנקי מהחלפן במעמד חבירו ואם היה רוצה שישאר לו כנגדו בשותפות במ"פ הו"ל לאתנויי כיון שדרך המו"מ וחשבון שביניהם מתחלה ועד סוף הוא על באנקי ומדלא התנה אומדנא דמוכח שנתרצה שיהיה לוחוב בשותפות כסך שקיבל חבירו בבאנקי ופשיטא שאין לו להפרע מן השותפות רק באנקי והשכר ממ"פ הוא לאמצע כו' ושם הרחיב עוד הדיבור בזה בדברים נכונים וברורים. וכ' עוד שם דמה שדיין אחד הביא סייעתא לדבריו ממ"ש בעטרת צבי בשם תשובת פני משה (דשם כ' דאם א' מהשותפין לקח קצת מהקרן שהיה לו בשותפות וקנה איזה דבר אם הרויח בה אזי הריוח לאמצע ואם הפסיד הפסיד לעצמו ומה שלקח ממעות השותפות צריך להחזיר וכל עוד שלא החזיר במה שנשאר בשותפות חולקין לפי המעות דמעיקרא לא נשתעבדו לתת לו מחצה אלא מפני שהקרן היה על קו השוה) והרב הנ"ל דחה דהתם מיירי שלא מדעת חבירו. והוא ז"ל כ' דבלא"ה

לא דמי כלל לנ"ד דהתם מיירי שזה שלקח קצת מהקרן היה בענין שהיה צריך לשותפות במעות אלו להסתחר בהם ולא היה לו רשות ליטול לעצמו לכן פסק הפ"מ דחולקין לפי מעות דאומדן דעת שלא נשתתפו שיהיה השכר לאמנע כ"א כשיהיה הקרן על קו השוה אבל בנ"ד שאין דרכם לסחור במעות הפדיון רק הם צבורים ומונחים אצל החלפן ואינם מעלים שכר לשותפות כלל פשיטא דבשביל שלקח המעות הבטלות לא הפסיד הריוח שעולה מסחורות השותפות חלק כחלק ומכ"ש בזה שלקח מדעת חבירו ורצונו ולפי דברי הדין הנ"ל אי היה ריוח בגוף הסחורה שנמכרה אחר שקיבל זה מעות לחלקו יותר מבראשונה כגון שעתה עלה שער הסחורה חולקין הריוח לפי המעות שהיה להם בעת ההיא בשותפות וע"פ דברי הפ"מ הנ"ל וזה לא יעלה על לב. לעולם וברור לענ"ד אפילו אם לקח שלא מדעת חבירו ממעות הבטלות העומדי' ליחלק לא נגרע מערכו והוא דבר ההוה ורגיל בין השותפים דלא קפדי אהדדי ומעשי' בכל יום שלפעמי' לוקח שותף א' מעות לצורכו ואחר זמן חוזר השני ולוקח ומעולם לא נשמע שידונו ביניהם לזכות לזה חלק מהריוח שעלה בינתים ומכ"ש בזה דאם איתא שהיה בדעת שמעון שראובן יהיה נגרע מחלקו עבור זה הו"ל לאתנויי כו' והאריך עוד בזה ומסיים דהדבר ברור בנ"ד דכל א' נוטל בשעת חלוקת השאר הקרן במטבע שהניח כפי הסך שנשאר לו בשותפות והשאר חולקים בשוה ומכ"ש אם עליית השער ממטבע מ"פ היה קודם שמכרו הסחורה הנשארת די"ל שאין כאן ריוח מחמת המטבע דמה שעלתה המטבע ירדה הסחורה ולולי זאת היו לוקחים יותר בעד הסחורה וכמו שפירשתי לעיל דברי הרמ"ה שבטור מ"ש דהאי רווחא ופחתא מחמת שותפות קאתי אך באמת אפילו מכרו כל הסחורה בעד מ"פ בעת שהי' השער כמקדם ואח"כ עלה מ"פ מ"מ אין שומעין לפרע מן השותפות כ"א בבאנקי כמו שלקח ראובן ואין מחשבין על מ"פ כלל עכ"ד ע"ש:

ז **מחמת המטבע כו'**. עד לפי המעות עבה"ט שכ' הטעם דאף חם היה נשאר כו' וע' בנה"מ סק"י שכ' תמיה לי דא"כ אם נשתתפו במטבע או בפירות שאינן שווין ולא עלה הריוח רק על המטבע או הפירות של בעל המועט כו' ולכן נרא' דגם הסמ"ע מודה דאפילו לא עלה ריוח רק על חלק אחד אפ"ה הוי לפי מעות משום דתיכף כשמשך אחד או הגביה המעות של חבירו נקנה לו בשל חבירו לפי מעותיו ונעש' שלו לריוח או להפסד רק שא"א לומר שיהא לאמצע כ"א במקום שהריוח עלה ע"י טרחא דידהו משא"כ מה שעלה על שהוא בעין בודאי היה דעתם שיהי' לפי המעות כו' ע"ש ועיין בתשובת הרב מו"ה משה רוטנבורג חח"מ סי' י"ח שהשיג עליו וכ' דאף דבכלה פוסקי, נאמר סתמא דבפחת ויתרון שנעש' בעודו בעין ההפסד לפי מעות היינו משום דסתמא

דמלתא כשמטילין מעות מטילין שניה' מטבע אחת והפחת והיתרון הוא לכל המעות אבל אם אירע שאחד מן השותפים הטיל מטבע מיוחדת וידוע שהמטבע הזאת עלה או ירד הפחת והיתרון הוא לבדו דזיל בתר טעמא כו' והאריך בזה וגם בדברי הנה"מ ס"ק י"ב ע"ש:

ח **מביתו עבה"ט שכ'**. וז"ל הש"ך עיין בתשובת מבי"ט כו' ונרא' מדבריו שם שהרמ"ה חולק על הרמב"ם בסי' צ"ג עכ"ל ור"ל דשם סי"ג כ' מרן המחבר בשם הרמב"ן דאין ראובן נאמן בשבועתו ליטול ומשמע הא ידוע היזקו תחויב לשלם מביתו וזהו דלא כמ"ש כאן בשם הרמ"ה וע' בפנים בש"ך דמסיים ובב"ח חילק דכאן איירי דהפסד בא שלא מכח משא ומתן ובסי' צ"ג מיירי דההפסד בא מכח מו"מ ולכן אם ידע השותף מזה ההפסד צריך לשלם אף מביתו ע"ש. ומ"ש הבה"ט עיין בט"ז מה שמחלק בזה כדי של"ת מסי' צ"ג כו' עיינתי בט"ז וראיתי שאינו מחלק כלל בזה ואדרבה מבואר בדבריו דהרמ"ה חולק על הרמב"ם ואין שום חילוק בדכר. וז"ל הט"ז ואף שבסי' צ"ג פסק כרמב"ם מ"מ לק"מ עליו דלעיל לא בא רק ללמד דעכ"פ אין כח בשבועה להוציא ממון וכאן דהוא עיקר הדין כ' דעת הרמ"ה לענין החיוב וראיתי מי שמחלק בדבר (כונתו על הב"ח הנזכר) ואין טעם לחילוקו עכ"ל. וביאור דבריו דודאי דעת המחבר דהעיקר כמ"ש כאן בשם הרמ"ה דאינו מחוייב לשלם מביתו אפי' ידיע היזקא ומשום דלא נשתתף אדעתא דהכי שיוציא מביתו עבור ההיזק אלא דאם התנה בפירוש שיהיה ההפסד לחצאין בודאי גם להרמ"ה מחוייב כפי תנאו בזה למדנו מסי' צ"ג דאם א"י ההיזק אינו נאמן בשבועה ליטול. וע' בתשובת שבו"י ח"ג סי' קס"ז בראובן ושמעון שנשתתפו יחד וראובו נתן כל המעות והתנו שהריוח יהיה לחצאין ומהפסד לא הזכירו כלום ועתה נמצא הפסד רב כיצד יחלקו והשיב הנה בדין זה דברי הטור וש"ע סותרים עצמם מסי' נ"ג סי' קע"ו ובב"ח מחנק בין אם הפחת מכח מו"מ דבזה צריך לשלם אף מביתו ובין אם נאנס ע"י עו"ג ומזה מיירי הרמ"ה כנרא' מדקדוק לשונו ולזה נוטה דעת הש"ך וכן נ"ל. ועוד נ"ל דאף הרמ"ה לא קאמר אלא בנשתתפו שניהם במעות דאז י"ל שלא יפסיד בעל המנה רק מה שהניח תוך השותפות אבל חם לא הניח כלום רק בשביל שמתעסק נוטל חצי הריוח ודאי כן הוא ג"כ לענין הפחת ואם יודע שמעון שנפחת כ"כ צריך לשלם החצי מביתו כנ"ל פשוט עכ"ד. ומשמע דדוקא אם יודע שמעון שנפחת כ"כ אבל אם שמעון א"י אין נאמן ראובן בשבועתו ליטול. וסובר השבו"י דדינו של הרמב"ם בסי' צ"ג הוא גם בכה"ג אולם בתשובת שב יעקב סי' ז' אין דעתו כן אלא דבכה"ג נשבע ראובן ונוטל. דשם הקשה אדינא דהרמב"ם הנ"ל כיון דשותף כיורד ברשות (כמ"ש לקמן ס"י בהגה) וכל

המוציא ברשות נשבע ונוטל כמ"ש בסי' צ"א ס"ג בהגה ולמה לא ישבע השותף שהיה היזק כדבריו ויטול בשבועתו ותירץ דכיון שהטילו לשותפו' סך מה נישא וליתן יכול לומר שלא הרשהו לו סתם אלא על ממון שיש לו בשותפות אבל להוציא ממון מביתו לא היה דעתו שיהא נאמן בשבועה ועפ"ז העלה בנידון אחד שלא הטיל מחלקו כלום ונשתתף על חצי ריוח וחצי הפסד דברור דהכוונה שאם ישבע שישלם מביתו והביא ראיה לחילוק זה מתשובת הרדב"ז ח"א סי' ק"ב ע"ש עוד באריכות. וע' בתומים סי' צ"ג סק"י הביא דבירי שב יעקב הנ"ל והשיג עליו דלא דמי כלל למוציא הוצאות דשם נחית אדעתא שיוציא ולא סגי בלא"ה שיוציא רק הספק אם רב או מעט וכיון דנחית ברשות להיציא תקנו חכמים שיטול בשבועה אבל בשותפין כל דעתם ומחשבתם על הריוח ולא אסיק אדעתיה שיהיה פחת רק התנו שאם יהיה פחת שישלמו ג"כ ופשיטא דכוונתו לשלם הפחת אם יברר בעדים או שיהיה הוא היודע אבל להאמין בשבועה לא תהא כזאת בישראל וא"כ יטול הוא בשבוע' כל אשרלו ויאמר שהפסיד אלף אלפי דנרין בפרט שהך דין המוציא הוצאות רק מתקנת חז"ל וכל דבר ספק בתקנה בהבדל קל חזרינן לד"ת. והרדב"ז לא אמרו רק לסניף וח"ו להוציא ממון בזה והעושה כן מעוות הדין ע"ש. ועיין בקצה"ח סי' זה שכ' להלכה ולמעשה נרא' כדברי הרדב"ז ושב יעקב הנ"ל אבל לא מטעמם אלא כיון דאחד נותן כל המעות למחצית שכר ולמחצית היזק הו"ל פלגא מלוה ופלגא פקדון כדאיתא בב"מ פרק המקבל וביו"ד סי' קע"ז ואם כן בפלגא מלוה דידיה חיובו ברור להתחייב אף באונסין והעיסקא גופא אינו אלא כמו משכון והמלוה על המשכון ואבד המשכון וטען המלוה שנאבד באונס נשבע ונוטל כמבוא' בסי' ע"ב סעיף ב' וסעיף י"ד משום דהחוב ברור וה"ל כמו א"י אם פרעתיך וה"נ נשבע הנותן על פלגא מלוה שנאבד המשכון והוא העיסקא ונוטל ודוקא בשנים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים דבעל המנה לא נעשה לוה כלל בחלק חבירו אלא שנשתעבד לשלם מחצית היזק הבא מחמת השותפות אז הדין כמ"ש בסי' צ"ג משום דה"ל א"י אם נתחייבתי ואין השותף מנשבעין ונוטלין אבל אם אחד נותן לחבירו למחצית שכר דהוא עיסקא ודאי דהמלוה נשבע ונוטל הפלגא מלוה דהיינו מחנית מה שהניח בעיסקא אמנם אם טוען שנצמח לו מעסק השותפות היזקות מרובות יותר מדמי העיסקא בהוצאה וכיוצא בזה ר"ל א"י אם נתחייבתי ופטור ע"ש וכיוצא בזה כתב ג"כ בנה"מ לעיל סי' צ"ג סק"ה ע"ש עוד. ועיין בתשובת נו"ב תניינא סי' ל"ח במעשה שראובן תבע משאר השותפים היזק מה שהיה על עסק דבש ק"כ זהו' שיתנו כל אחד חלקו ואחד מהשותפים הבא בהרשאה מחבירו טען אמת שהיה היזק אבל מאן יימר שהיה ההיזק סך הנ"ל ועוד

שאתה גרמת ההיזק כי שמעתי מפלוני שהיה בכאן סוחר ורנה ליתן מקח טוב ואם היית מוכר אז היה ריוח הרבה ושאלו לפלוני ואמר שהוא לא ראה זה רק ראובן בעצמו אמר לו כן וראובן מכחישו. ופסק בזה הדיין השואל שכיון שמודים שהיה היזק וטענה שלהם שהיה לו למכור להסוחר הנ"ל אין בו ממש שאף אם אמר הדברים בפני פלוני פטומי מילי נינהו ואין כאן לשון הודאה וגם אולי לטובה נתכוון א"כ נתחייבו השותפים בהיזק וכיון שמודים שהיה היזק וטוענים איני יודע כמה הוה מחויב שבועה ואיל"מ כו'. והוא ז"ל השיב שאינו מסכים לזה דאם הוא בא להוציא משאר שותפים מכיסם לא ממעות שהטילו לשותפות בזה אפי' אם היו עדים על ההפסד אינו יכול להוציא מידם כי הדבר תלוי ברבוותא דלדעת הראב"ד והרמ"ה אין השותף משתעבד לשלם מביתו הגם שהב"ח והש"ך ס"ק י"ג השוו דעת הרמ"ה עם דעת הרמב"ם ומחלקים בין אם נפסד דרך מו"מ או לא מ"מ הפרישה בסי' צג כתב דהרמ"ה סובר כהראב"ד (וכן מבואר בדברי הט"ז דלעיל) וא"כ קשה להוציא נגד דעת הראב"ד והרמ"ה. ואפי' אם בנ"ד יש ביד שאר שותפים מעות השותפות ממה שהטילו תחלה לשותפות דבזה אם היה מבורר בעדים שהיה הפסד היו צריכים ליתן חלקם מ"מ עכשיו שאין עדים השותפים פטורים ומה שרצה השואל לחייבם מטעם משואיל"מ זה אינו דדעת רוב הפוסקים במה דלא הו"ל למידע לא אמרי' משואיל"מ ואפי' לדעת הש"ך בסי' עב' ס"ק נא שהחליט כהרמב"ם דגם בדבר דלא הו"ל למידע אמרי' משואיל"מ מ"מ אם התובע עצמו אומר שהדבש מכר הוא בלא ידיעת השותפין א"כ הוא עצמו מודה שאין השותפים יודעים כמה היה היזק בזה גם הש"ך מודה דלא הוה משואיל"מ (כמפורש בש"ך שם להדיא) . ואפי' אם בנ"ד היה התובע טוען שהשותפים יודעים ג"כ א"א לחייב השותפים כי מעיקרא דדינא פירכא דכאן אינם נחשבים כלל מודה במקצת כי אף שאמרו אמת שהיה היזק הלא טענו שהוא היה הגורם לזה ההיזק ולפי טענתם לא נתחייבו כלל ליתן סיוע לזה. ההיזק ואף שנתחייבו בזה מ"מ הלא מבואר בסי' עה ס"ה בהגה שאם נתחייב במקצת לפי שאינו נאמן בדבריו לא מקרי הודאה ולדעת הסמ"ע בסי' פז ס"ק טז שאפי' טען נתתי עבורך רבית לא מקרי מוב"מ ק"ו כאן ואמנם לדעת הש"ך שם שחולק על הסמ"ע אפשר לדמות זה למ"ש הש"ך שם שאם טען חמשים להר"מ וחמשים איני יודע אם פרעתיך מקרי מוב"מ מ"מ א"א לחייב את השותפים בנ"ד כ"א כאשר נסמוך על הש"ך בשני הענינים הא' שזה מקרי מוב"מ והב' דגם במה דלא הו"ל למידע אמרי' משואיל"מ ואין ראוי לעשות כן לגבב כל החומרות א' לא' ובצרוף כולם לחייב הנתבע כי יכול לומר קים לי עכ"ד ע"ש עוד (ועמש"ל סי' עה ס"ט ס"ק ט) וע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' קנו שנראה מדבריו שמסכים לדינא לדעת הב"ח

והש"ך הנ"ל דאם ההפסד בא מכח מו"מ שלהם מחוייב השותף לשלם אפי' מביתו ע"ש ויובא קצת דבריו לקמן סמ"ח בד"ה אע"פ שנתפס. ומ"מ לענ"ד קשה לסמוך עליו בזה להוציא מהשותף אחרי שדעת הפרישה והט"ז ותשו' נו"ב תניינא הנ"ל אינו כן:

ט **יש מי שאומר כו'**. עבה"ט וע' בירושלמי ב"ק פ' שור שנגח תני ג' שהטילו לכיס ונגנבו כו' ובפירוש הפני משה שם וע' בשו"ת הר"ן סי' י' ובשו"ת הרב מוה' משה רוטנבורג חח"מ סי' יח עש"ה וע' בפ"ת ליו"ד סי' קי סק"ב:

י **רק כשומר חנם**. עבה"ט וש"ך כ' דדין זה ליתא כו' עד דאפי' ש"ח לא הוי כו' וע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' צג שהאריך לבאר דהעיקר כהרמ"א ז"ל דהוי שומר חנם וכ' שנעלם מהש"ך ודברי הרא"ה הובא בס' שט"מ לב"ק ר"פ ד' וה' כו' ובסוף כ' שהציע דבריו לפני הגאון מהר"ם בנעט ז"ל והסכים ג"כ לדינא כהרמ"א ז"ל ע"כ אין לזוז מפסק הרמ"א ואפי' קים לי לא מצי למטען וכ' שכבר האריך בתשו' אחרת ועשה מעשה ככה ע"ש ובתשובה האחרת הוא בסי' צז שם הוה עובדא בראובן שמעון ולוי שלקחו מרגליות בשותפות וידוע אנל סוחרי מרגליות שמי שיש לו מרגליות בכיסו מרבים להביא לו עוד אחרים למכור ע"כ מיהר ראובן ולקח מרגליות של שותפות הנ"ל לכיסו שאם ימכרם יהיה הריוח לאמצע ואם יזדמן לו לקנות אחרים על ידם יהיה לו לבדו וכן היה שקנה עי"ז אחרים שוב אח"ז רצה שמעון שיתן לו המרגליות ואמר שרוצה למוכרם ונתנו ראובן לידו אמנם לא מכרם שמעון ועיכבם כל ימי השוק ואח"כ נסעו ג' השותפים לביתם ובאמצע הדרך צעק שמעון כי אבד המרגליות של שותפות וגם שלו שנתנם יחד לתוך כיסו התפור תחת הבגד קטן שסמוך לגף ועתה הראה האיך נתקו קשרי התפירה ונפרד הכיס מהבגד לאורכו ולרחבו קרע גדול ונפלו משם המרגליות שלו ושל שותפות ונאבדו ועתה טענו ראובן ולוי לו יהיה כדבריך עכ"פ א"א שיותרו ממילא קשרי התפירה ע"י כובד משא ג' לויט מרגליות של שותפות ויהיה א' משני דברים או שכבר היה נקרע קצת מקודם ואח"כ הוסיף לקרוע וא"כ פשעת במה שנתת צרור נקוב ובשלך אתה רשאי ולא בשל שותפות. או אפשר שלא היה בו שום קרעמקודם אך ע"י הרבה דברים שנתן לתוך כיס מצורף עם המרגליות עי"ז נקרע א"כ פשיטא שפשע במה שהוסיף תת לתוך הנים יותר מהראוי ועכ"פ א"א מבלי שום פשיעה ויהיה כל ההיזק עליו והאריכו בטענותם זה מול זה. ופסק שם דשמטון מחוייב לשלם כל דמי שווים של המרגליות לא כפי הקרן שקנו בזול אלא כפי השווי הראוי לכל הפחות ויסרדו ע"פ פסק הרמ"א הנ"ל דבסתם בלא התנה הוי ש"ח וממילא בנ"ד אפ לו ש"ש נמי הוה כיון דאית ליה הנאה בשמירתו במה שעי"ז עישה לו עין אצל מוכרי מרגליות שמרבים למכור לו ולא גרע ממפקיד מעות

אצל חנוני ולא גרע מסרסור וכה"ג כ' מהרי"ק שורש קנ"ה סעיף ג' כו' וכיון דהכא הוי ש"ש וחייב בגניבה ואבידה ופסק המחבר בסי' ש"ג ס"ב אפילו גניבת אונם כ"ש הכא דהוי קרוב לפשיעה כו' והזכיר שם דברי הש"ך שחולק על הרמ"א ודעתו דבכה"ג אפילו ש"ח לא הוי דאינו בגדר שומר כלל ועוד דגם בכה"ג הוי שמירה בבעלים דפטור והוא ז"ל האריך לסתור כל דברי הש"ך ומסיק וכ' וז"ל ודי לנו בזה לקיים דברי הרמ"א ז"ל דעכ"פ ש"ח הוא ולא הוה שמירה הבעלים וממילא בנ"ד אפילו ש"ש נמי הוי וחייב בגניבה ואבידה יעוד שלפע"ד פשע בשמירתם כטענת העונים עליו כי כשורי לצלמא ולפע"ד אפילו קים לי כהש"ך לא מצי למטען כי נדחו כל דברי הש"ך בראיות ברורות ובלי ספק אילו היה ראה הש"ך דברי הרא"ה ז"ל שבס' ש"מ לב"ק לא היה נחית לכל מה שכתב והיה מודה לדברינו ואף דחיכא עכ"פ מהר"מ מר"ב דס"ל הכי וכמשמעות הרא"ש והרז"ה מ"מ אחר שכבר הכריע רמ"א דלא כוותיה לא נזוז מדבריו ומ"מ הטרחנו לבצוע ולפשר ביניהם עכ"ד ע"ש:

יא **יכולין אחרים לסלקו**. עיין בתשובת כנסת יחזקאל סי' פ" מבואר שם דמ"מ אין יכולין לתובעו מהעבר מה שאכל יותר עד האידנא דכל זמן דלא מחלקי מהדדי דין שותפות להם שיאכל כל אחד כפי רצונו ע"ש:

יב **אלא בדברים בלבד**. עיין בתשובת הרדב"ז ח"א סי' שכ"ו מבואר שם דה"ה שיסולק השותף לגמרי מהשותפות נמחל בדברים בלבד. ושם נשאל בראובן ושמעון שנשתתפו כדין לזמן קבוע והתנו שגם אחר זמן אם ירצה אחד מהם לחדש השותפות לא יוכל חבירו לעכב ונשבעו על זה ובתוך הזמן אמר ראובן לשמעין תא ונפליג שאיני רוצה עוד שותפות ונתרצה שמעון והתחילו לחלוק וכשראה ראובן שיש ריוח בשותפותא מר איני רוצה לחלוק ושמעון אומר כבר מחלת השותפות והשבועה וראובן טוען לא מחלתי ואפילו את"ל שמחלתי היינו השותפות שבתוך הזמן אבל אני רוצה לחדש שותפות דמי עדיף מחילתי מהגעת זמן שהייתי יכול לחדש גם עתה אני יכול לחדש. והשיב דהדין עם שמעון דמיד שאמר ראובן איני רוצה עוד שותפות ככר נמחל השותפות והשבועה ואינו יכול לחזור בו דמחילה א"צ קנין. לו יהא שהיה עליו חוב בשטר ומחלו הרי הוא מחול בלא קנין ומה שטען ראובן לחדש שותפות אינו כלום דכיון שאמר איני רוצה עוד שותפות בטל השותפות ותנאי השותפות ועדיף אמירתו מהגעת זמן דאילו הגעת זמן עדיין הוא רוצה בשותפות אבל כשאמר איני רוצה עוד שותפות כבר מחל לגמרי דמשמע לא ישן ולא חדש ע"ש. וכן מבואר עוד מדבריו שם בסי' ש"נ אלא שמחלק שם דהיינו דוקא בשותפין במו"מ שנשתעבד הממון לשותפות בהא מועיל מחילה בדברים

בלבד שיסתלק השותף האחר אבל לא באומנין שנשתתפו כו' (הבאתיו לעיל ס"ג סק"ב ועמ"ש שם) ע"ש. אכן בתשובת מהר"ם אלשיך סי' פ' קצת לא משמע כן ושם הוה עובדא בב' שותפים במו"מ ונסע אחד מהם לסחור בעיר אחרת וראה סחורה ולא הוטב בעיניו כ"כ והיה מסתפקאם לקנותה ובא אחד מקרוביו והפציר בו שיקנה אותה ואמר שגם הוא יקח חלק ממנה ונתן לו מעות על זה וכן עשה וקנה מן הסחורה יותר ממה שהיי דעתו מתחלה בשביל חלקו של זה ואח"כ חזר בו הקרוב ואמר שלא יקח חלק ממנה וזה שקנה השיב לו בלשון רכה אה תקח חלק הרי טוב ואם לאו ה' ירחם ולא אזמין אותך לדין על כך ואח"כ בבואם לביתם אמר השותף השני שנשאר בביתו לזה שחזר בו אם שותפי מחל לך חלקך שהוא קרובך אני איני מוחל לך בשום אופן עד שתקבל חלקך ע"פ חשבון והשיב דזה ודאי דלא מהני מחילתו נגד חלקו של זה אלא אפילו הוא עצמו אם רוצה לחזור כעת יכול לחזור בו דלשון זה שאמר ה' ירחם יכול לומר שאין זה כ"א פטומי מילי בעלמא ואפילו אם אמר בפירוש לשון מחילה לא מהני דמחילה לא מהני כ"א בחוב שיש לו על חבירו אבל לא כשיש לו חפץ של חבירו וכן ג"כ בענין זה עש"ה. מיהו י"ל דמהר"ם אלשיך והרדב"ז הנ"ל לא פליגי דודאי גם הרדב"ז מודה דאם יש סחורה השייך לשותפות לא מהני ל' מחילה שלא יצטרך ליטול חלק מאותה הסחור' כמ"ש הרמ"א לקמן סי' רמ"א ס"ב בהגה דלשון מחילה אינו שייך אלא במעות שחייב לו אבל אם היה לוחפץ כו'. רק דהרדב"ז קאמר דעכ"פ חוץ מאותה הסחור' שיש בעין נמחל השותשות וגם המהר"ם אלשיך י"ל דמודה לזה. מיהו כל זה בליכא כתב שותפות אבל אי כתבו שטר שותפות והשטר בידו נראה דתלוי בפלוגתא דסי' רפ"א ס"ב בש"ך סק"ד אי מהני מחילה בתפיס שטרא יכתב הש"ך שם דהוי ספיקא דדינ' ע"ש והגם דבהרדב"ז הנ"ל מבואר להדיא דהיינו אפי' ביש שטר שותפות שהרי כתב לו יהא שהיה עליו חוב בשטר ומחלו כו' מ"מ לדידן הוי ספיקא דדדינ' כמבואר בש"ך הנ"ל כעת יצא לאור תשובת מים חיים ושם בחלק ח"מ סי' י"א עובד' כזו בראובן ושמעון שהיה להם שטר שותפו' באופן המועיל שכל הסחור' יהיה ברשות שמעון והריוח לחצאין אח"כ מחל ראובן לשמעון השותפות בפרהסיא ואחר זה רוצה ראובן לחזור מהמחילה ושמעון אומר שמחילה א"צ קנין וראובן עומד ושטרו בידו וצווח ככרוכיא. והביא שם תשובת הגאון מו"ה חיים ליב איטינגא ז"ל מלבוב שהאריך בראיות דמחילה לא מהני היכא דתפוס שטרא וא"כ בנ"ד אחרי ששטר שותפות נשאר אצל ראובן לא מהני וצ ריך לקיים את השותפית כמבואר בשטר שלהם והרב הגאון מו"ה חיים כהן זצ"ל מסלוצק השיב לו דמן התלמוד אין להכריע כלל בזה כי נמצא כמה ראיות לכאן ולכאן ולכן צריכין אנו

למגרר בתר פוסקים האחרונים שמימיהם אנו שותים וא"כ כדאי הט"ז והסמ"ע והב"ש באה"ע סי' ק"ה לסמוך עלייהו שהכריעו דאפילו בדנקט שטרא מהני מחילה ועכ"פ אם ניחוש לדעת הש"ך הוי ספיקא דדינא ולע"ד גם הסמ"ע בסי' י"ב דעתו כן ולכן רמז שם לעיין בסימן רמ"א אבל לפסוק בודאי דלא מהני מיחלה היכא דנקט שטרא אין דעתי מסכמת ע"ש ועמ"ש בסי' י"ב ס"ח ס"ק י"ח ע"ש.

יג **ואם שינה האחד כו'**. עיין בתשובת ח"ס חח"מ סי' קנ"ו מבואר שם דעתו בפשיטות דבכה"ג חייב אפילו היכי שהתחילו להתעסק ביחד דהוה שמירה בבעלים כדלעיל ס"ח ופטור אפילו מפשיעה מ"מ כל הני הוי מזיק בידים ודוקא פשע בשמירה פטור אבל לא מזיק בידים ע"ש. ומדברי הש"ך לעיל ס"ח באמצע ס"ק ט"ז מבואר שמסתפק בזה בענין שותף שמכר בהקפה אי חייב לשלם היכי ששניהם מתעסקים ביחד שכתב שם וז"ל וכן מ"ש הגאונים גבי שותף שמכר באשראי כו' מיירי נמי בענין שהיה השותף מחוייב להתעסק זמן ידוע ואח"כ יתעסק חבירו זמן ידוע או אפשר דמכר באשראי הוא כמזיק בידים ולישנא דפשיעה דנקטו ר"ל פושע ומזיק כו' עכ"ל. אך בתשובת שב יעקב סי' י"א כתב דנ"ל להיכריע כחילוק הב' של הש"ך ממ"ש בש"ע לקמן סימן רנ"א סכ"ו גבי שומר שמסר לשומר אם דרך הבעלים להפקיד כו' והוא שלא ימעט בשמירתו אבל אם מיעט כו' אע"פ שהראשון היה שואל או שוכר בבעלים כו' והוא הרמב"ם פ"א מה' שכירות וכתב הכ"מ שם הטעם משום דהוי מזיק בידים וא"כ ה"ה הכא כו' ע"ש. גם במל"מ פ"ה מה' שותפין דעתו כן דכל המשנה מדעת שותפו שעשה מעשה בידים והפסיד חייב אף היכי דהוה שמירה בבעלים דלא אמרינן פשיעה בבעלים פטור אלא היכי דהי' היזק ע"י שנתרשל שלא שמר יפה אבל אם עשה מעשה והפסידו בידים הוי מזיק גמור וחייב אף בבעלים וכתב דלכאורה תליא במחלוקת הרמב"ם והראב"ד פ"א מה' אישות דין ט' באשה ששברה כלים בעת שעשתה מלאכתה בתוך ביתה שכתב הרמב"ם דפטורה לא מן הדין אלא תקנה משום שלום בית והראב"ד שם השיג דמן הדין נמי פטורה שהיא פשיעה בבעלים דכל שעה שכיר לה משמע דס"ל להראב"ד דאין חילוק בין פשיעה למזיק בידים גם הה"מ שדחה דברי הראב"ד מטעם דאין שכיר לה אלא בשעה שנתעסק בצרכים משמע דמודה נמי להראב"ד דהא אך באמת י"ל דגם הראב"ד מודה דיש חילוק בין מזיק לפושע אלא שמחלק בין מזיק שלא בכוונה (כאשה ששברה כלים בעת מלאכתה) דאף שחייב מן הדין דאדם מועד לעולם כיון דס"ס הזיק שלא מדעתו הוא בכלל פשיעה בבעלים משא"כ במה שעושה מדעתו כשותף ששינה אף שלדעתו לטובה נתכוון ועשה בשלו נמי הכי והא ודאי שגג בכוונתו מ"מ דין מזיק עניו ושוב הביא דכ"כ מהרש"ך

ח"א סימן מ"ה וגם הרדב"ז בתשובה כ"י כתב בפירוש דטעמא דשותף ששינה ומכר בהקפה דחייב היינו משום מזיק ע"ש. גם בס' בית מאיר לאה"ע ס"ס פ' האריך בענין זה וכ' דודאי סברת המל"מ הנ"ל מוכרע דיש לחלק בין פשיעה בבעלים למזיק בידים וביותר להמבואר בש"ך סימן ס"ו ס"ק קנ"ו דכשבעליו עמו לא ה"ל דין שומר אלא כאינש דעלמא א"כ נשמע דמה שמתחייב נמי אינש דעלמא דהיינו מזיק שלא בכוונה חייב נמי שומר בבעלי' ומה שרצה המל"מ לחלק בדעת הראב"ד בין מזיק שלא מדעתו ובין מדעתו הדא דחוק מאד כו' ע"ש עוד דמסיק וכתב מ"מ אחרי שדעת הראב"ד והה"מ דכל עניני שוגג המזיקים בידים מיפטרו מטעם שמירה בבעלים אפשר דהמוחזק יכול לו' קים לי כוותיהו ע"ש היטב. ועיין בס' שער משפט שכ' שמצא בתשובת הרי"ף סי' קצ"א שפסק דשותף שמכר באשראי אם מתעסקים שניהם ההפסד לאמצע דקיי"ל פשיעה בבעלים פטור ע"ש וכן הוא בש"ס פרק המקבל (בבא מציעא דף ק"ח) כו' ע"ש. ועיין עוד בתשו' שב יעקב שם שנשאל בראובן ושמעון שותפים ושניהם עוסקי' בשותפות והלך ראובן ליריד אחר וקנה סחורה ושלחה לבית' עם לוי שהלך מיריד קודם לו ואח"כ טען לוי שהסחורה נאבד לו מן הסוס שלא בפשיעה והוא ש"ח ופטור ושמעין השותף טוען לרחובן שכל ההפסד יהיה עליו לבד כי מי נתן לו רשות לשלחו ביד אחר ובפרט לוי אינו מהימן לי בשבועה וראובן טוען שעשה לטובת השותפות להקדים הסחורה לביתו למכרם ולדעתו היה לו נאמן וא"כ לא פשע הדין עם מי. והשיב שהדיו עם שמעון מדין שומר שמסר לשומר המבואר בסי' רצ"א סכ"ו אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר דאמר ליה את מהימן לי בשבועה כו' ומכ"ש בנ"ד שמיעט בשמירתו שהשותפין שומרי שכר זה לזה ואף. דהסמ"ע בסי' קפ"ו ס"ק ס"ט רצה מתחלה לחלק דדוקא בראובן שהניח פקדון או משכון ביד שמעון ושמעון הפקודו ביד לוי ונאבד יכול ראובן לומר שמעון מהימן לי בשביעה ולא לוי וכמ"ש הט"ו בסי' ע"ב ורצ"א אבל בשותפות יכול שמעון לומר לטובה כוונתי כו' אבל לבסף מסיק דאין חילוק אלא דאפילו בשותפות הוי דינו כמו שומר שמסר לשומר כו' ואין לומר דבנ"ד יש לפטור לראובן משום דהוי שמירה בבעלים כיון שהתחילו להתעסק יחד. זה אינו דהא כתב בש"ע סי' רצ"א סכ"ו גבי שומר שמסר לשומר אם דרך הבעלים להפקיד כו' והוא שלא ימעט בשמירתו אבל אם מיעט כו' אע"פ שהראשון היה שואל או שוכר בבעלים כו' והוא מהרמב"ם פ"א מה' שכירות ובכ"מ שם כתב הטעם משום דהוי יותר מזיק בידים משפשע וא"כ ה"ה בנ"ד דהשותף הוי ש"ש ומסר לש"ח דמיעט שמירתו הוי כמזיק בידים אפילו בשמ"ב חייב והגם די"ל דהכא לא הו"ל דין מיעט שמירתו לפי הטעם שכ' הה"מ שם דלהכי במיעט

שמירתו חייב דע"כ לא אמרינן בשדרך המפקיד למסור לשני שפטור הראשון אלא מפני גילוי הדעת שהוא מאמין להשני וזהו כשהשמירות שוות אבל כשגרע הראשון השמירה. ודאי המפקיד כבר גילה דעתו שהוא חפץ עתה בשמירה מעולה כו' לפ"ז י"ל דהא שייך דוקא בשומר משא"כ בנ"ד שלא שכרו לשמור רק דממילא כיון שהם שותפים נעשים ש"ש זה לזה ח"כ לא הוי גילוי דעת שחפצים דוקא בשמירה מעולה כו' אך באמת בנ"ד בלא"ה הוי כמו מזיק אף דלא מיעט בשמירתו דהא דצריכינן לטעמא דהה"מ משום גלוי הדעת אינו אלא ברגיל המפקיד להפקיד אצל השני דלא הוי הפשיעה אלא משום דמיעט בשמירתו בזה צ"ל משום גלוי דעת המפקיד דחפץ בשמירה מעולה דוקא משא"כ באינו רגיל להפקיד כמו בנ"ד דטוען שמעון דלוי אינו נאמן לי בשבועה דבזה חייב אפילו בש"ח שמסר לש"ש ודאי דהוי כמזיק וחייב אפילו היכא דהוי שמ"ב כו' ומה דהרמב"ם וש"ע לא כתבו שם האי דינא דאע"פ שהראשון היה שואל או שוכר בבעלים חייב אלא בסיפא ברגיל להפקיד ומיעט שמירתו ולא כתבו זה ברישא בלא מיעט שמירתו רק שאינו רגיל להפקיד י"ל דלרבותא כתבו זה בסיפא כו' (עמ"ש בסי' רנ"א שם בד"ה אע"פ והאריך עוד בזה ומסיים לדינא בנ"ד אין שמעון השותף מחוייב לשלם חלקו באותו סחורה בנאבד ע"י לוי בדרך ע"ש:

יד **ואם התנו ביניהם.** עבה"ט עד ואז ב"ד יאמרו לו אם לא תקיים התנאים נבטל השותפות כו'. וע' בתשובת מים חיים חח"מ סי' י"ז אודות שטען השותף השני אמת שבעת התחלת השותפות התנית עמי תנאי יוגמור בפני עדים רק אח"כ בינך ובין עצמי בטלת התנאי ואמרת לי כאשר תעשה עם חלקך כן עשה עם חלקי וכן עשיתי והאריך שם בדין המבואר לקמן סי' רמ"א ס"י בענין אם מחולקין בקיום התנאי וכ' בסוף אבל יראה לי דכל זה אם חלוקון בתנאי דקום ועשה אם קיימו את התנאי או לא אבל אם חלוקין אם ביטלו בודאי דלא מהימן לומר שביטלו כל שאין אמתלא בדבר לומר שביטל ולדעתי הוא גרע מתנאי דשב ואל תעשה ואמר דעבר בפועל דמשמע בש"ע שם דאינו נאמן וכן הוא להדיא בב"ש ס"ס ל"ח וכן בש"ך ח"מ סי' מ"ו ס"ק ק"ז דרף אם מכחישו שעבר בפועל אינו נאמן וא"כ כ"ש שאינו נאמן לומר שביטל את התנאי וראיה לזה מאה"ע סי' קמ"א סעיף ס' בהגה כו' ע"ש וע"ל סי' ע' ס"ג סק"א:

טו **ראובן נאמן במינו. עבה"ט דהש"ך השיג על הרמ"א בזה וכ' שדברי הרמ"א הם שלא בדקדוק כו' עד אין ראובן נאמן לומר ברשיתך פטרתי במגו דלא פטרתי דהוי מגו במקום חזקה כו' וכיוצא בזה הקשה ג"כ הט"ז ונדחק לפרש דברי הרמ"א דמ"ש אבל אם אין לשמעון עדות ר"ל שאין עדות שהחוב לא היה פרוע אז נאמן במגו ע"ש.**

ועיין בס' שער משפט לעיל סי' ע"ה סק"ה שכ' דהעיקר כהרמ"א דאף אם יש עדות שלא היה פרוע כל שאין עדות שפטרו נאמן במגו ולא הוי מגו במקום חזקה דמי גרע מהלוה עצמו במלוה ע"פ שנאמן לומר מחלתו לי במגו דפרעתי כמ"ש בש"ע סי' ע"ה ס"ז ולא אמרי' חזקה דאין אדם מוחל חובו בחנם משום דדרך ב"א למחול וליתן במתנה זה לזה ואף דהאמת שבמרדכי פ' החובל בשם מהר"ם מבואר כהט"ז וש"ך מ"מ י"ל דמהר"ם בתשו' סובר באמת דגם הלוה גופיה א"נ לומר אתה מחלתו לי במגו כאשר באמת מבואר כן במרדכי פ"ק דב"ב בשם מהר"ם שפסק כן מתחלה (אלא שאח"כ חזר בו) אבל לפי מה דקיי"ל בסי' ע"ה דהלוה עצמו נאמן לומר מחלתו לו במגו א"כ ה"נ ראובן נאמן לומר ששמעון צוהו למחול החוב במגו ולא הוי מגו במקום חזק' כלל וכ"כ הסמ"ע בסי' קכ"ג ס"ק י"א בשם הרשב"א דאם טען ראובן שברשות שמעון מחל להעו"ג נשבע היסת ונפטר וע"ש וע"כ מיירי בגוונא דאית ליה מגו וזה ראיה לפסק הרמ"א ז"ל והאריך בזה ע"ש. וע' בס' נה"מ כאן שתמה ג"כ בזה וכ' ליישב דהכ' מיירי שטוען שציוה לו לפטור החוב בשם השליח כגון שהשטר נכתב על שמו או בחוב בע"פ והוא בעצמו עשה החוב דל"ש שום החזקת טובה מהמלוה למלו' כיון שסובר הלוה שהפטור לא בא מהמלו' אבל אם טוען שצוה לו למחול בשם המלוה נאמן כשיש לו מגו ע"ש. ואיני מבין דאכתי קשה על הש"ך מנ"ל לאוקמי דברי הרמ"א בכה"ג ולהקשות עליו הו"ל לפרש דברי הרמ"א בטוען שפטר בשם המלוה ולא קשה כלל ומצאתי בס' בית מאיר לאה"ע סי' קמ"א סי"א באה"ד שהקשה ג"כ כנ"ל דמאי שנא מהמלוה עצמו שנאמן לטעון מחלתו לי במגו וכ' ליישב בסיגנון אחר דבאמת גרע מהלוה עצמו דדוקא במוחל עצמו י"ל דהוי כמתנ' משא"כ בשולח המחילה ע"י אחר והברירה ביד השליח אם רוצה פוטר ואם רוצ' מעלים הענין ממילא אין כאן החזקת טובה מהלוה. להמלוה אלא העיקר להשליח כו' ע"ש ומשמעות דבריו דאפילו אם פטר השליח בשם המלו' מ"מ כיון דעיקר החזקת טובה להשליח שייך חזקה אין אדם מפסיד שלו בידים לפ"ז שפיר הקשה הש"ך אך קשה לדברי הב"מ מדברי הסמ"ע דסי' קכ"ג הנ"ל דהא התם מיירי בשליחו אפ"ה כ' הסמ"ע שנאמן לומר ששמעון צוהו למחיל. ואפ"ל דשם מיירי באין ידוע שעדיין היה חייב לו העו"ג ומש"ה שפיר נאמן כמבואר בש"ך כאן וצ"ע:

טז **הפסיד לעצמו.** עבה"ט ועיין בתשובת שבו"י ח"ג סי' קס"ו אודות מוכרי סוסים שעשו שותפות והניחו מעות יחד תוך כיס אחד לנסוע קצת מהם על איזה מו"מ ואח"כ נתאספו השותפים ושלחו לאחד מהן ע"י שליח חלק מעותיו שאמרו שעמדו על החקירה שא"א לעשות מו"מ הלז ואותו שותף לא רצה לקבל חלק מעותיו שחשדם ששיקרובו

וכן היה אמת שהרי קודם שחזר השליח כבר נסעו מהם על המו"מ הלז ולסוף לא נעשה והיה להם הוצאות והיזק בחנם על הדרך ותובעים לזה השותף שיהיה לו חלק בהפסד הוצאות והלה אינו רוצה ליתן כיון ששיקרו בו והשיב אלמלי בא דין זה לפני הייתי דן אותם השותפים להפסיד כל ההפסד מכיסם דהא מבואר בח"מ סי' קע"ו דשותף ששינה יש לחבירו חלק בריוח ולא בהפסד וכן אם עשה סחורה בנבילות וטריפות ההפסד עליו לבד כיון שעשה מאיסור ובנד"ז גם כן עשו איסור לשנות דיבורם והשותפות שעשו וקיימו בלטותא דרבנן מי שפרע כו' כדאי היו לחוב בעצמן להפסיד וטובה היא לגבייהו דשקלו למטרפסייהו בהאי עלמא ימצא דשותף הזה פטור מהפסד והכי דיינינן להו ולכל דכוותייהו מכ"ל וצ"ע:

יז **צריך לחלוק עם חבירו.** עבה"ט שכ' והש"ך השיג על הרמ"א כו' וע' בתשו' ח"ס תח"מ סי' מ"ז ע"ד ראובן ושמעון שותפים וראובן לוה מעות מעובד כוכבים להשותפות וטעה העובד כוכבים ורצה שמעון שיחלק עמו ראובן בריוח ההטעאה. והביא דברי התומים בסי' ס"ב שכ' לתרץ קושיית הש"ך על הרמ"א דבסי' ס"ב מיירי שאמר להדיא לעצמו כוונתי והכא מיירי בסתם ודברי קצה"ח שדחה זה דאי נימא בסתם הוא לשותפות לא מצי לומר לעצמי והוא ז"ל כ' שדברי התומים נכונים כו' (עמ"ש בסי' ס"ב ס"ק ב') ושוב כ' דנ"ל תירוץ אחר דהנה הש"ך בסי' קע"ו שדא ביה נרגא בלא"ה דבהגמ"ר מבואר דבעל העיטור חולק ומפרש הירושלמי דבלשון תימה קאמר כו' ולולא שאיני כדאי הייתי אומר הא דפשיט' להירושלמי ומתמיה איך יחלוק עמו היינו באח עם אחיו דכן מבואר בירושלמי דמיירי מאחים בתפוסת הבית שלא נשתתפו מרצונם אלא שעד ג' דורות נשארו בתפוסות כמו שהיה בחיי אביהם וממילא הכל בשותפות ואם כן דיו שיהיה כאילו אביהם קיים ומניאת בניו הגדולים אינם שלו מן הדין אלא מתקנת חכמים הואיל וזן אותם יתר על חיובו ומש"ה בתו הניזונת מן האחים מציאתה שלה כיון שמחוייבים לזונה כמו שביאר בסמ"ע סי' ע"ר סק"ב והוא ש"ס ערוך פ' נערה וה"ה אחים הניזונים מתפוסת הבית אין המציאה לאמצע משא"כ שותפים שנשתתפו לרצונם נשתעבדו זה לזה אפילו למציאה ולגניבה ואם כן י"ל ע"כ לא פליגי ר"ח והעיטור בפי' הירושלמי אלא באחים אבל בשותפים שלא נזכר בירושלמי גם העיטור מודה לר"ח וצדקו דברי רמ"א (דלא קשה מסי' ס"ב דהתם מיירי באחים) ואם כן בנ"ד היה צריך לחלוק עמו ומ"מ מפני שאנו מדמין לא נעשה מעשה להוציא ממון נגד הש"ך אך איתפס לא מפקינן מיניה עכ"ד ע"ש:

יח **חבל אם חלק כו'**. וכן אם קנה כו' ההפסד ג"כ לאמצע. עי' בתשובת מעיל צדקה סי' ט"ו שכ' דין זה צע"ג דהרי בס"ס קע"ז הביא הב"י (ובש"ע שם) תשובת הרשב"א שאם אמר שותף לחברו גנוב וכל נזק שיגיע לך אשלם לך פטור אין וה שלוחו לדבר עבירה ובמה נתחייב לו ואע"פ שנהנה מאותו הגניבה פטור דמצי א"ל בהתירא ניחא לי כו' ומה דהסמ"ע שם רוצה לפרש דהתם קאמר שלא יפסיד כל ההפסד אבל חלקו עכ"פ צריך ליתן לו אני אומר דא"א לפרש כן כו' ומה דהלבוש שם מחלק דהתם מיירי שעדיין לא חלק עם שותפו הנה לשון התשו' לא משמע הכי שהרי כ' אע"פ שנהנה כו' ומה שהוציא רמ"א האי דינא מתשובת ב"ז סי' ש"צ אין נראה כלל למעיין שם דהתם מיירי שהשותף שקנה הגניבה לא ידע שהיתה גנובה ובהיתר קנאה לכך כיון שנטלו חלקם בריוח חייבים לשלם חלקם בעלילה כו' ועוד נראה דשם היה אפשר שיגיע העלילה גם לחבירו כדמסיים שם בתשו' שהצילו עצמו ושותפיו מהפסד הסכנה כו' אבל בנד"ז שגנב או קנה גניבה וידע בעת קנינו שהיא גניבה אין לך שינוי גדול מזה דהפסיד לעצמו ואם יהיה ריוח נוטל בריוח חלקו כ"ז שלא נודע שהיא גניבה כו' וכן נ"ל ג"כ באם שינה לקנות חטים במקום שעורים שאם מתחלה היו חושבין שיהי' ריוח בדבר ואח"כ נמצא שיהי' הפסד יוכל אח"כ לומר הפסדת לעצמך אע"פ שמתחלה התרצה ליקח חלקו הריוח שחשב שיהיה בו (ר"ל באם שלא נתרצה לגוף הקניה) חא"כ שנפסד אחר שבא לידו חלק הסחורה שמגיע לו או הוזלה אח"כ אז ההפסד עליו אדר שקנה את חלקו נמצא שברשותו הוזלה אבל דבר שנתגלה הפסדו למפרע לא כו' ואין הנידון דומה למ"ש הטור בשותף ששינה ואח"כ הסכים למעשיו דא"צ קנין ופטור דש"ה דאילו מתחלה צוהו בכך הי' נעשה שלוחו אבל באיסורין דקיי"ל אין של"ע לא מהני צוויו והסכמתו וכן נראה מדברי תוס' ב"ק ע"ט כו' וכ"כ הכ"מ פ"ב מה' גניבה כו' ומכ"ש במי שלא צוה לו לגנוב והלך הוא וגנב אלא שחלק אח"כ שותפו עמו ובא עלילה עליו א"צ שותפו ליתן להפסדו כלום כפשטות לשון הרשב"א הנ"ל רק דמ"מ צריך להחזיר לו חלקו מה שלקח ממנו מן הגניבה כו' ומכ"ש באשה שקנתה גניבה שלא בידיעת בעלה אף שלקח מה שהרויחה זהו קנין ממילא דמה שקנתה אשה קנה בעלה ואין זה דומה כלל לשותף כו' עכ"ד ע"ש עוד (והובא בפ"ת לא"ה סי' ע"ח סק"א) וע' בס' שער משפט סק"ג מענין זה:

יט **למקום פלוני**. כ' בס' נה"מ נראה דאם השוק קרוב למדינה דיכול להוליך וכדלעיל סי' ק"ט ס"ג ע"ש:

כ **ואין חבירו יכול לעכב עליו**. כ' בס' שער משפט ונראה דאם חבירו עיכב עליו מלמכרם מפני שהי' סבור שיתייקר הסחורה ואח"כ הוזלה פטור מלשלם ההיזק כו' ואף

אם מכרה אח"כ בלתי ידיעת חבירו כשער הזול מ"מ פטור ול"ד לסי' שס"ג ס"ב כו' ואף דבתשובת הרדב"ז ח"א סי' שצ"ט השיב על נידון כזה דאם ההיזק הוא ברי כגון שהגיע זמן מכירת הסחורה והדבר ידוע שבאם לא תימכר באותו זמן תיפחת מדמיה מנד שירד השער ותוזל חייב לשלם משום דינא דגרמי כו' אין סתירה מדבריו לדברינו דשאני התם דהעיכוב לא היה לטובה ודמי למטמא במזיד אבל היכא דנתכוין לטובה שהיה סבור שיתייקר הסחורה י"ל דדמי למטמא בשוגג דלא קנסוהו חז"ל כו' שוב מצאתי בחידושי הראב"ן פ' השואל שכ' ג"כ הכי כו' וכן פסק בתשובת מהרי"ט חח"מ סי' ק"י עכ"ד ע"ש ועמ"ש לעיל סי' זה ס"ו סק"ח בשם תשו' נו"ב תניינא סי' ל"ח שכ' שם וגם חולי לטובה נתכוין כו' ע"ש:

כא **וא"י לחלוק עד שיגיע הזמן**. ומבואר ביו"ד סי' קע"ז סל"ה דאף אם יאמר אני אקבל אחריות בחצי שלך ואם תפסיד אני אשלם לך אין שומעין לו משום דמזלא דבי תרי עדיף ע"ש. ועיין בתשובת צ"צ סי' צ"ט אודות שלשה שלקחו בשותפות סחורה בהקפה על משך שנה תמימה והתנו ביניהם שכל השנה יהיו מתעסקם שלשתן ועתה רוצה אחד מהם למכור חלקו לאחר ורוצה לשאר עמהם בכל התעסקות ובכל אחריות כבראשונה ואלו השנים מוחים וטוענים שחוששים שיתעצל בעסקם כיון דלא מעלה ולא מוריד לו בין יהיה ריוח או הפסד והשיב דהדין עם שני השותפים שיכולים לעכב כיון שהכל יהיה שייך ללוקח חיישינן שיתעצל בעסק וראיה מב"ק דף קט"ז ע"ב (בש"ע סי' ער"ב סט"ז) כו' ע"ש (וכ"כ בתשו' עבוה"ג ס"ס ט"ו ע"ש) . וע' בס' שער משפט שהביא וכ' שדבריו נכונים. וכ' עוד וז"ל אך אם א' מהשותפים רוצה למכור חצי חלק ולאחר ולשאר באחריות ובהתעסקות עלכל החלק כבראשונה צ"ע אם יש לדמותו להההוא דסי' ער"ב סט"ז דיכולין לומר לו אם יהיה לך חלק גדול תתעסק יותר בהשותפות ותשמרנו יותר אמנם אם רוצה למכור חצי חלקו לאחר באופן שגם האחר יתעסק בהשותפות בזה נראה ברור דהאחרים יכולין למחות דיכולין לומר אין רצוננו להיות הרבה דעות במו"מ ושמא יבא היזק מזה וראיה ממשנה פסחים פ"ט ע"ב הממנה עמו אחר בחלקו כו' וכ"ש בשותפות במו"מ דשייך לומר הכי כן נ"ל עכ"ל. והנה מ"ש דאם הוא באופן שגם האחר יתעסק בזה נראה ברור כו' לא ידענא מה חידש בזה דהרי זה נכלל בדברי הרמב"ם והש"ע לעיל ס"י ולא ישתתף בה עם אחרים כו' עי' ביאור הגר"א ז"ל שם אות נ"ב שציין להך דפסחים פ"ט מ"ב הנ"ל. והגם דבט"ז שם משמע קצת דמטעם אחר הוא מ"מ פשיטא דגם זה בכלל וצ"ע:

כב **ולא מהשכר**. עבה"ט וע' בתשו' חמדת שלמה סי' ט' שהאריך בענין זה דרווחא לקרנא משתעבד עש"ה:

כג **שהיה בחלקותה הפסד**. בתשו' לתם רב סי' קי"א (הביאו בס' שער משפט) כ' דדין זה הוא אף בקבעו זמן והגיע הזמן מ"מ אם היה בחלוקתה הפסד צריכים למכור הסחורה ביחד דמסתמא כי נשתתפו לא נשתתפו באופן שיגיע הפסד לשותפות אלא לתועלת השותפות וכיון דהתועלת הוא שלא לחלוק את הסחורה עד שימכרו אותה ודאי כן הי' דעתם מתחלה ע"ש:

כד **בפחות מג' לא עשה כלום**. כן הוא לשון הרמב"ם והטור בסל"ב ולשון זה אפשר לפרש דהיינו באם הסחורה בעין צריכין לחזור ולחלק ונ"מ אם נתייקרה או הוזלה הכל לאמצע אבלאילו מכרו הסחורה והרויח או הפסיד אח"כ במעות חלקו מחיר הסחורה אין לזה על זה כלום אולם דברי הסמ"ע ס"ק מ"ז שהביא על זה לשון הטור בסל"ד שכ' ואם חילק בלא דעת חבירו והרויח או הפסידא הכל לאמצע כאילוי לא חלקו עכ"ל לשון זה מבואר יותר דהוי ממש כקודם חלוקה ואפי' אם הרויח או הפסיד במעות מחיר הסחורה הכל לאמצע אמנם בתשו' שבו"י ח"א סי' קס"ב האריך לתמוה על הסמ"ע בזה וכ' דאף דכן משמע מלשון הב"י שהבין כן דעת הטור מ"ש בסל"ד ואם חילק בלא דעת חבירו כו' הוא בחדא מחתא עם מ"ש בסל"ב דמיירי בנשתתפו סתם או לזמן ונשלם הזמן וכ"מ מדברי הרמ"א בהגה ומדברי הב"ח ותשו' לחם רב סי' קי"ב ותשו' רש"ך ח"ב סי' ענ"ז המדקדק בלשון הטור יראה שאינו כן רק דהטור בסל"ד מיירי בתוך זמן וקאי אמ"ש בסל"ג בשם הרמב"ם והראב"ד שתוך זמן השותפות אין א' יכול לחלוק בלא דעת חבירו ע"ז כ' הטור ואם חילק בלא דעת חבירו כו' ולזה לא הזכיר כאן אם חילק בפחות משלשה משום דכאן דאיירי בתוך זמן אף שנעשה החלוקה בפני שלשה לא מהני והוי ממש כקודם חלוקה אף לענין אם הרויח אח"כ במעות מחיר הסחורה אבל מ"ש הטור תחלה בסל"ב אחד שבא לחלוק בלא דעת חבירו חולק בפני שלשה זה מיירי בנשתתפו סתם או לזמן וכלה הזמן דכל א' יכול לחלוק אף שאין חבירו רוצה בכך אך שאין לחלוק בדבר שצריך שומא אם לא שחבירו מרוצה בכך או שנעשה בפני שלשה בקיאין בשומא ע"ז שפיר כ' הרמב"ם והטור דאם חלק בפחות משלשה לא עשה כלום ר"ל דהחלוקה בטילה אם הסחורה עדיין בעין ונ"מ לענין יוקרא וזולא אבל אם מכרו השחורה והרויח או הפסיד אח"כ במעות אין לזה על זה כלום כיון שכבר נתבטל השותפות ולכן לא כ' כאן הטור כלום מהריוח וההפסד כדלקמן וכ"ז ברור כוונת הטור ואפשר דגם הרמ"א שהבין דברי הטור בחדא מחתא מ"מ סובר דהא דהריוח או הפסיד הכל לאמצע היינו אם

הרויח או הפסיד בסחורה עצמה ולא שהרויח אח"כ בממון מחלקו וכן הדעת נותן כיון שמכר הסחורה זוזי כמאן דפליגי דמי כיון שכבר נתבטל השותפות וכן נראה מדוקדק בלשון הש"ס מקור דין זה בכתובות דף צ"ח דאמרי לה מאן שם ליך כי האי דההוא גברא דאפקידו גביה כיסתא דיתמי כו' אייקר כו' וחילוק דבר זה מבואר להדיא בס' תמים דעים סי' ק"ס בשם ר"י דאם זה שחלק בלא דעת חבירו מכר אותו יין והרויח באותן מעות מסתבר לר"י דלא מצי תבע ליה דלא גרע משאר גזלנים כי' ואף דהתמים דעים בעצמו שם מסיק וכ' דנ"ל דיהיב פלגא רווחא שזה לא נתכוון לגזול אלא סבר שתהא חלוקת הרויח לשניהם כו' אין סברתו מוכרחת כלל ועכ"פ מידי ספיקא דדינא לא נפיק ויכול השותף המוחזק לומר קים לי כדעת ר"י דמסתבר ליה דלא מצי תבע ליה ולפי מה שבארנו גם דעת הרמב"ם והטור כן הוא. והגם דגבי שותפין קשה לומר קים לי כמ"ש בתשו' מהר"א ששון סי' קי"ג לפי שהכל בחזקת שניהם היינו דוקא בדבר הידוע לשותפות אבל לא בריוח דאתיא לאחר מכאן כו'. וכ' עוד דאף אם יאמר האומר דדעת הרמב"ם והטור כמסקנת התמים דעים דאפי' בנשתתפו סתם הוי ממש כקודם חלוקה גם לענין אם הרויח במעות מחיר הסחורה מ"מ היכא דנשתתפו לזמן ועבר הזמן דמיד שכלה הזמן לא הוי ממון השותפות רק בפקדון אצלו ודאי פשוט דעת הרמב"ם והטור דהריוח שהרויח אח"כ בחלקו בממון הכל שלו וכן מוכח להדיא בתשובת מהר"ם אלשיך סי' ק"ז שמפרש כן דברי הטור ולזה נוטין ג"כ דברי מהרי"ט ח"א סי' ק"מ וכ"נ דעת מהר"מ די בוטין סי' ח' ואין סתירה לזה מדברי הט"ז ביו"ד סי' קע"ו סק"ל במקבל עסקא מחבירו על זמן ואחר זמן פרעון עיכב המקבל אצלו המעות כו' דשאני התם דעיקר המעות בתורת הלואה אתי לידו דמיד ככלות הזמן ה"ל להביא מעותיו לשלם ומדלא שילם אמרינן דדעתו כמעיקרא שיהיה העסק בידו משא"כ בשני שותפים לריוח ולהפסד על שניהם מוטל ככלות הזמן לחלוק או להתקשר מחדש וכל שלא קישרו מתדש הוי כפקדון כו'. ע"פ הדברים האלה בנדון שנשאל שם אודות יעקב שהיה לו שותפות עם שני בניו ראובן ושמעון ומת שמעון והניח בנים קטנים והעמידו ב"ד אפטרופוסים ד' אנשים דהיינו יעקב וראובן שהמה יקחו אצלם כל ממון היתומים ויתעסק בהם ראובן בשותפות כי הוא המוציא והמביא ועוד שני אנשים אחרים שהמה יפקחו היתומים ועשו האפוטרופסים שותפות והתקשרות חדש על זמן מה וככלות זמן השותפות הודיע ראובן לאביו שאינו רוצה עוד לקיים השותפות והודיע ג"כ להרב מדינה כאשר יש לו רשום בכתב אמת אך להיתומים ולשני אפטרופסים אחרים שלא היו עמהם באותו פעם במדינה לא הודיע ועשה חלוקת שותפות מיום כלות הזמן בענין זה שעשה חשבון גמור

כל מה שיש סחורה או מעות וחובות וכל הממון שיבואו ישלמו החובות והמותר יחלקו כפי החלוקה שביניהם וחלק שיהיה שייך להיתומים יתעסק בו כאפטרופס שעוסק ומלוה לטובת היתומים יעכשיו רוצים היתומים לעורר שיתן מהריוח שהרויח אח"כ בחלקו כיון שלא נעשה החלוקה בב"ד ובידיעת כל אפטרופסים והיתומים אם יש ממש בדבריהם או לא והעלה דבנ"ד היה אפשר לומר דאפי' אם חלק הסחורה שלא מדעת היתומים וכל האפטרופסים והב"ד מ"מ יכול ראובן לומר קום לי כדעת הפוסקים שסוברים כל שלא נתיקרה הסחורה עצמה הריוח שהרויח אח"כ בממון מחור הסחורה לעצמו וכדעת ר"י שבתמים דעים וכן משמע דעת הרמב"ם והטור וכ"ש שבנדון זה נשתתפו לזמן וכבר עבר הזמן דאמרי' דהשותפות בטל מאליו והוי רק כפקדון כו' ובר מן דין בנד"ז אין צורך לכל זה דהא הודיע הדבר לב"ד (הרב מדינה) וגם השותף עצמו ואביו הם הם עיקר אפטרופסים ולא חלקו הסחורה רק כל מעות שבא מעסק השותפו' נטל חלקו וחלק היתומים הלוה לטובתם ולפקח בעסק היתומים כאפטרופס פשיטא דאין לפקפק בחלוקה זאת אף שלא הניח המעות בב"ד כיון שהוא עצמו אפטרופס ואביהן של יתומים כו' והאריך בזה ומסיים דאין שום תביעה על ראובן רק מחמת שבועת שותפת גם החלוקה זו בכלל עכ"ד ע"ש באריכות:

כה **השותפות.** עבה"ט עד ונרא' דה"ה היורשים יכולים לחזור בהן כו' ועיון בס' מעין גנים שכ' ונ"ל דאם לא חזרו ונמשך העיסקא גם אחר מיתת אביהם אצלם מחוייבים היורשים ליתן להנותן חלק מהריוח שהיה אח"כ כו' וכל זה בידעו מהעיסקא ולא החזירו אבל בלא ידעו כלל ודאי דלא נתעסקו בשבילו כו' עש"ה וע' בזה בספרו עצי לבונה ביו"ד סי' קע"ז סעיף ל"א באורך. וע' בתשובת אבקת רוכל למרן הב"י ז"ל סי' קל"ו איתא שם שאלה ממהר"ר יצחק אשכנזי המקובל האלקי זצוק"ל וז"ל השאלה ילמדנו רבינו שמעון לקח מראובן מנה בתורת עיסקא וקנה בהם סחורה והוליכה בים ברשות ראובן ויהי בדרך מת שמעון והטילוהו אל הים וראובן לא נמצא עמו שם שתחזיר לו העיסקא ואחרי כן טבעה הסחורה או נפסדה אם יגבה ראובן חצי העיסקא או הפחת מיורשי שמעון הואיל ומחציתה מלוה או נימא כיון שהדין הוא שמשעה שמת הדרא למרא אין על יורשי שמעון כלום וכן אם לא נטבעה רק שהגיע אל ארץ נושבת ונמכרה הסחורה ועלה ריוח עשרים דינר מהו כו' והשיב לו בזה"ל מתוך שדבריך ערבים עלי אמרתי לישא וליתן בדבריך כ' כת"ר או נימא כיון שהדין הוא שמשעה שמת הדרא למרא אין על יורשי שמעון כלום נראה שכוונת למ"ש הרמב"ם ז"ל סופ"ה מה' שלוחין ושותפין אחד מן השותפין או מן המתעסקין שמת בטלה השותפות או העסק כו' ועלה בדעת

כ"ת לומר דממילא הדרא עיסקא משעה שמת ואין הדבר כן אלא היינו לומר שאם רצה השותף או המתעסק החי לחלוק הרשות בידו ואינם יכולים לעכב על ידו כי' ולענין הדין הדבר פשיט כמ"ש דלא יצאו היורשים ידי חובת החלק שהוא מלוה עד שיגיע ליד ראובן הילכך אם טבעה הסחורה או נפסדה גובה ראובן מיורשי שמעון דמי חצי העיסקא שהוא מלוה ואם לא טבעה רק הגיע אל ארץ נושבת ונמכרה הסחורה ועלה הריוח עשרים דינר חולקין הריוח ראובן ויורשי שמעון שמאחר שכשמת שמעון לא ביטל ראובן את העיסקא הרי מן הסתם יורשי שמעון במקומו להפסד ולרויח ואיכא לדמויי קצת להא דאמרינן בפ' הגוזל (בבא קמא דף קי"ב) הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשים בה והולכים כל ימי שאלתה עכ"ל. ולכאורה נ"ע אי נימא דזה דמי להא דהניח להם אביהם פרה שאולה משתמשים בה כו' א"כ הא שם הדין דאם מתה אין חייבין באונסיה וכמ"ש בש"ע לקמן סי' שמ"א ס"ג אך באמת לק"מ דשם הטעם דלא רמי חיוב אונסין על השואל עד שעת אונסין וזה לא שייך כאן בפלגא מלוה דרמי חיוב אונסין מיד משעת קבלת המועות. ומ"מ דין זה של מרן ז"ל נ"ע רב. ועיין בתשובת שבו"י ח"א סי' קס"א שכ' על דין זה דא' מן השותפים שמת בטלה השותפות דאף אם מפורש בשטר שותפות שהשותפות יתקיים מעתה ועד עולם מ"מ מידי ספיקא דדינא לא נפיק ותליא במחלוקת רש"י ותוספות ר"פ הכותב כו' וא"כ אין יכולים היורשים לכוף לקיים השותפו' אם לא שמפורש בשטר הוא וזרעו אחריו עד עולם עש"ה:

כו **וכשיפרעו החובות.** עיין בנ"צ בענין ראובן ושמעון שותפים שחלקו ונשאר שמעון בהעסק ונשאר להם חוב אצל לוי עשרה זהובים ואח"כ בא לויאצל שמעון ונתן העשרה זהו' ולקת עוד סחורה בעד עשרה זהובים ועתה טוען ראובן שכבר פרע לוי החוב ויש לו ליטול החצי ושמעון טוען שהחוב עדיין עומד אצל לוי כמקדם ואלו העשרה זהובים נתן לו עבור הסחורה שלקח מחדש. וכתבתי שם דמסתבר שהדין עם ראובן עש"ב:

כז **המקבל יכול לחזור בו.** עיין בתשובת שבו"י ח"ב סי' קפ"ד שפסק בשטרי עיסקות הנהוג כעת אין הלוה יכול לחזור מהעיסקא תוך זמן וכמ"ש הש"ג פ' הגוזל בתרא הובא בסמ"ע ועש"ך לעיל סי' ע"ד ס"ג שההלואות שעושין בזה"ז בעלי חנויות כו' מצי המלוה לעכב מלקבל הפרעון כו' ולא קשה ממ"ש כאן דהמקבל יכול לחזור בו כדין פועל דהכא מיירי בעיסקא גמור שמשועבד המקבל העסק להתעסק בו אבל בשטר עיסקא הנהוג כעת שנותן לו דבר קצוב בלא חשבון כלל רק שהברירה בידו אם ירצה לישבע בכל חודש שלא היה ריוח א"כ אין כאן עבדות כלל וא"י לחזור בו רק צריך לקיים אותה עד תשלום הזמן שקבע בשטר ובר מן דין הא דעת הריטב"א בשם רבותיו גם בפועל שיכול לחזור

בו דוקא באמירה בלא קנין ואף שהש"ך בסי' של"ג ס"ק י"ד השיג עליו אין דבריו מוכרח ם כלל כו' (עמ"ש בסי' של"ג ס"ג סק"ה) ובפרט בשטרי עיסקות פה שהוזכר שנשבע ע"ז בפועל ממש דוקא אין יכול לחזור בו כו' עכ"ד ע"ש. והנה מה שהרב שבו"י תמך יסודו על דברי הש"ג הנ"ל באמת התומים בסי' ע"ד סק"ו מדחה להך דינא דהש"ג מכח דינא דהכא ועוד מטעמים אחרים ומסיק דדין הש"ג אין לו שורש ועיקר ופשיטא דיכולים בעלי חנויות לחזור בהם ע"ש גם בס' שערי דעה ה' רבית סי' קע"ז סל"ו כתב ומכאן נראה דבשטרות שלנו שעושין עצה"ט וכותבין דבר קצוב למאה על משך שנה תמימה אם בא הלוה בתוך הזמן לפרוע הקרן והרוחים שעלה עד אותו זמן הרשות בידו ותמה שם על הש"ג שהביאו הסמ"ע והש"ך בסי' ע"ד הנ"ל וכתב ליישב דמירי שבעלי החנויות רוצים לפרוע בתוך הזמן מפני שאינם רוצים ליתן כ"כ ריוח כמו שקצבו רק פחות מזה ובכה"ג שהפועל רוצה לחזור מחמת יוקר א"י לחזור כמ"ש הרמ"א בסי' שנ"ג ס"ד בהגה ולכך קמ"ל הש"ג דבכה"ג א"י בעלי החנויות לחזור בתוך זמן ע"ש. אמנם הנכון מ"ש בזה בנה"מ סי' ע"ד סק"ד דעיסקא שעושין בזה"ז שמפשרין עצמן עם המקבל ליתן עשרה למאה לשנה כשחוזר בו הלוה נהי דיכול לחזור מלהתעסק מ"מ מחוייב ליתן כל דמי הפשר מכל השנה וכשאינו רוצה ליתן כך מחוייב לבא לחשבון ולישבע כמה הרויח בזמן זה וליתן החצי וא"י לומר אתן לפי ערך כיון שהזמן איקבע נמי טובת המלוה יכול המלוה לומר נתפשרתי בסך זה רק משום טובת קביעת זמן שהוקבע לטובתי ע"ש והגם שזה רחוק קצת בכוונת הש"ג אך לדינא הוא נכון. וכיוצא בזה כ' בתשובת בית חפרים חח"מ סימן י"ז בתשובת הגאון מו"ה סענדר ז"ל ובענין שטר בעיסקא אם המקבל יכול לחזור יש חילוקים בדבר באם שהעיסקא הוא בדרך זה שהזמ"פ הוא לשנה והרווחים כתוב בו בדרך משל ג"פ לשבוע או כך וכך לרבע שנה או לחודש אזי יכול לחזור בו אף בתוך שנה וא"צ ליתן הרוחים רק עד הפרעון או רבע שנה או חודש אבל אם כתוב בו דרך כלל עשרים למאה לשנה אינו יכול לחזור בו אא"כ יתן הרוחים או ישבע שלא הרויח עשרים למאה לפי היתר אחד בנחלת שבעה שבתחלה יעמוד באחריות המלוה עד שיעלה כ"כ רווחים וכל הרווחים יהיה למלוה ואח"כ יהיה באחריות הלוה וכל הריוח ללוה א"כ יוכל להשביע שמא הריוח ואין כאן מ"ש בשבו"י ח"ב עכ"ל (ועיין בתשובת ח"ס חח"מ ס"ה קמ"ד הובא קצת לעיל סי' ע"ח ע"א סק"ג): ומ"ש השבו"י הנ"ל בסוף דבריו ובפרט בשטרי עיסקות פה שהוזנר שנשבע כו' הנה הוא עצמו ז"ל בח"א ס"ס ו' כתב בענין ש"ץ שרוצה לחזור תוך זמן שכירתו והקהל עוענין שנתקשר עמם בשבועה בודאי אם נעשה השבועה בפועל ממש א"י לחזור בו אבל אם לא נתברר

שנעשה השבועה בפו"מ רק שכתוב בשטר שנשבע אפשר דלא הוי שבועה ע"ש ועמ"ש לעיל סי' מ"בס"ז סק"ד:

כח **אין** שותף שני יכול לתבעו בשבועה עיין בתשו' ושב הכהן סי' נ"ח אודות שהשותף שני קודם שהלך מביתו מיחה בו שלא יעמוד עם האחר בדין עד שיבוא הוא וזה השותף לא השגיח עליו ועמד בדין ונפסק מב"ד שהאחר ישבע שבועת שותפות ונשבע לו. ועתה בביא השני רוצה להשביעו פעם אחרת. והעלה שיש פלוגתא בדין זה כי מדברי הרמב"ם פ"ב מה' מלוה דין ג' והטור בסי' צ"ט נראה דס"ל דהא דאמרינן שבועה לאחד שבועה למאה היינו דוקא היכי דשייך לומר שליחותיה קא עביד ולכן הוצרכו לומר גבי שבועות אין לי שא"צ לישבע לכל אחד משום ששבועה זו תקנת הגאונים הוא ואין מדקדקין בה דבאו לומר אפילו היכי דל"ש שליחותי' קא עביד כגון שבא בע"ח אחר ממקום אחר שלא היה נודע כלל שנשבע וכיוצא בזה כו' וא"כ בנ"ד דלא שייך לו' שליחותיה קא עביד כיון שמיחה בו ושבועה זו שבועת המשנה לא אמרינן ביה שבועה לאחד שבועה למאה וצריך לישבע פעם אחרת אבל מתשובת הרשב"א שהביא הב"י בסי' פ"ז גבי נשבע שלא בפני התובע מבואר להדיא דס"ל דבכל ענין אמרינן שבועה לא' שבועה למאה והאריך בזה ומסיק דצ"ע למעשה עיין שם:

כט **לעצמי אני מציל**. עבה"ט דהסמ"ע כתב שצריך שיאמר כן בפני ג' כו' והש"ך חולק כו' ועיין בתשובת נו"ב חח"מ סי' ל' אות כ"ז שכ' על נידון דידיה וז"ל וממילא קם דינא דלדעת הש"ך בסי' קע"ו ס"ק מ"ה נאמן הקציו ר"ו לומר שאמר לעצמי הצלתי ולא עוד אלא שאפילו לדעת הסמ"ע שם ג"כ אין הנידון דומה דשם שותפים נינהו באותו חוב עצמו ואין בכחו לחלק בלי דעת חבירו דאמרינן מאן פליג לך אבל כאן אף שנתחייב ר"ו להתעסק ולגנות חובותיהם ולעשות כל הפעולות כמו בשלו מ"מ לא נשתתף עמהם וכל חוב של כל א' הוא מיוחד לעצמו ואף שנתבאר בשטר שלהם שקיבל בת"ח כו' להתאמץ בשלהם כמו בשלו מ"מ אף שעבר על השבועה וגבה של עצמו מה שעשה עשה ואין כאן שותפים דנימא מאן פליג לך שיהיה צריך ב"ד בשעת החלוקה עכ"ל ע"ש. ומ"ש עוד בש"ך ובבה"ט בשם תשובת הרשב"א ואם קיבלו בינו לבין עצמו נאמן לומר לעצמי הצלתי מגו דאי בעי אמר כו' ומשמע דאי לית מגו לא מהימן בשבועה עיין בתשו' ח"ס חח"מ סי' ק' מ"ש הטעם בזה ויובא לקמן סי' קפ"א ס"ב בד"ה נשבע על כך. ולכאורה מדברי הט"ז משמע דאף בלא מגו מהימן בשבועה מיהו אינו מוכרח די"ל מ"ש הט"ז בסוף דבריו ואפילו בינו לבין עצמו מהני רק (כדי) שיסלק נפשו משבועה. זה קאי אסי' קפ"א שמזכיר מקודם ודלא כמ"ש המסגרת בשמו וצ"ע:

ל **הציל לעצמו כו'. עיין במל"מ פ"ד מה' שלוחין ושותפין דין ד' שכ' דאם השטר נכתב על ש"**. **ראובן לבד אינו יכול ראובן לומר אני מציל כו'**. ועיין בנה"מ שהביאו וכ' והדין עמו כו' ע"ש ועיין בנ"צ מה שכתבתי בזה:

לא **וכן בכ"מ דאיכא פסידא**. עיין בתשובת שבו"י ח"ג סימן קע"ז אודות מדינה אחת שהיה גזרת המלכות לקבל כתבים של מלך בפרעון חובות במקום מעות מזומנים והכתבים הללו היו הולכין וחסור מידי יום ביום היה ניכוי בהם עד שנתבטלו לגמרי ובתוך כך כל מי שיוכל להוציא היה מוציא אותם כל מה דאפשר להקדים ואירע שראובן נתן כתביו לשמעון להוציאם עם כתבים שלו לפי שהוא בעל מו"מ שיכול להוציאן מהר יותר ושמעון ערבן עם כתבים שלו כי אין קפידא בדבר והוציא הרבה מהן ואח"כ נשארו איזה כתבים והחזירן לראובן וראובן אינו רוצה לקבלן כיון שערבן עם שלו אולי הנשארים הם שלו מה דינו. והשיב נראה פשוט דהדין עם שמעון דאין אדם מפסיד לעצמו להרויח לאחריני דהא אפילו בשיי שותפין כ"מ דאיכא פסידא יכול לומר לעצמי אני מציל ומבואר בש"ך סי' קע"ו אפילו אמר כן בינו לבין עצמו סגי ובנד"ז סתמא כמפורש דמי שאין אדם מציל את חבירו ויפסיד לעצמו כי אבידתו קודמת ואין זה דומה למ"ש בסי' רצ"ב במפקיד שעירבן עם פירותיו וע"ש ועיין בסי' רס"ד ס"ג בהגה דאם לא היו הבעלים שם הוי כהתנה והתם ניכר בודאי דשל חבירו הציל וכ"ש כאן דודאי שלו הציל ולא של חבירו כי אבידתו קודמת לשל כל אדם וגם שלא לנעול דלת בפני ג"ר שהוצי' לו לטובתו מה שהיה באפשרו עכ"ל וצ"ע:

לב **אותו שהודה מתחייב בכל**. עמ"ש לעיל סי' ל"ז ס"ד סק"ג:

לג **שמת א' מהם כו'**. ישבע האחר. עיין בנ"צ כתבתי בשם רב גדול אחד שכ' דט"ס יש בש"ע כאן שחסר תיבת לא וצ"ל לא ישבע האחר דכן מבואר בבעל העיטור מקור האי דינא דאיתא שם לית דינא לאשתבועי לאידך כו' ולענ"ד לא נהירא וגירסא שלפנינו בש"ע היא עיקר כו' ע"ש באורך:

לד **שלא פרע**. עבה"ט ועמ"ש לעיל סי' צ"ג סט"ו ס"ק י"ד:

לה **אע"פ שנתפס**. עבה"ט ועיין בתשובת ח"ס חח"מ סי' קנ"ו שכ' על נדון דידיה וז"ל אודות מה שנתפס ראובן והיה בס"ל והוציא הוצאות מרובות בפדיון נפשו הנה מבואר בסי' קע"ו סמ"ח שאין השותף חייב לפדות שותפו אך התם מיירי שבא לו הפסד באקראי ואתיא מכח השותפות שעמדו עליו לסטים מכח הסחורה ההיא או מוסרים שהעלילו כעובדא דמהרי"ק שורש קנ"ה ענף ב' וג' אבל אם מעיקרא נשתתפו בדבר ששייך בו עלילה בדיניהם כעובדא דידן א"כ אדעתא דהכי נשתתפו והוה כמו שותפים בגניבה

ברמ"א שם סעיף י"ב וע"ש בסמ"ע ס"ק מ"א והיה נלע"ד דלא מבעיא דאם יש לו לשותפו כ"כ מעות בשותפות דיפסיד חלקו כדי לפדות חבירו הנתפס בגלל השותפו' אלא אפילו מביתו ישלם לכ"ע לפמ"ש הש"ך ס"ק י"ג להסכים עם סברת הב"ח דבהפסד הבא מעסק מו"מ שלהם ישלם מביתו ומבואר בב"ח דלא מקרי הפסד שאינו ע"ד מו"מ אלא כגון שריפה וגייס אבל הכא שמעיקרא נשתתפו על עסק כזה מביתו נמי ישלם (עמ"ש בזה לעיל ס"ו בד"ה חמשים מביתו) וכן יש ללמוד מסמ"ע שנדחק ס"ס קע"ה (צ"ל קע"ז) ולא תירץ כפשוטו התם אינו צריך לשלם מביתו וכן משמע ל' לשלם אע"כ פשיטא ליה דאפילו מביתו ישלם לפצות חבירו מכל עלילה המגיע לו ע"י זה. אמנם כל זה ללמוד בעלמא כיוצא בזה אבל בנ"ד נראה לעין דראובן פשע הרבה במה שהוליך הסחורה חוץ למדינה ובמה שעשה פומבי לדבר כו' וכיון שפשע בנפשו אינו מחוייב בהצלתו כמבואר במהרי"ק כו' עכ"ל ע"ש עוד באריכות מה שפסק על עובדא דשם:

לו **ויש חולקין** עבה"ט עד והט"ז כתב דהכי קיי"ל כדעת החולקין ועיין ספר מעין גנים שכ' וז"ל ונ"ל דאם פדאו מעצמו דפטור השליח להחזיר לו דכ"ע מודים בזה כיון דבגרמתו נתפס ובפרט די"ל קים לי ואף להי"א בסי' קכ"ח (ס"א בהגה) בפורע חובו שלא מדעתו לעובד כוכבים חייב לשלם היינו מטעם שגמל חסד עמו וכמ"ש הסמ"ע שם משא"כ בזה י"ל דעשה בשביל עצמו שגרם לזה וזה פשוט ויותר נ"ל אף דנתן לפדות ממעות השליח והשליח לא צוה כלל שיתן ממעות שלו דיכול השליח לומר מי הכריחך ליתן ממעותיו אלא ודאי דנתן משלח בשביל עצמו ואף דקיי"ל בסי' קכ"ח שם בפורע חובו שלא מדעתו היכא דיש לו של חבירו בידו אינו חייב להחזיר לו היינו בסתמא אבל היכא דמיחה בו השליח שלא ליתן מן המעות שלו לא יוכל בע"כ ליתן מעות השליח ואף שאמר המשלח שנותן בעבורו כמו שיהיה ע"פ הדין מ"מ כן נמי הדין נוטה כיון דנותן בע"כ דלא צווי השליח והוא מוחה בו ואומר שהיה יכול לילך מהתפיסה בלא מעות כלל א"כ מי הכריחו ליתן בעבורו אלא ודאי דמחל לו המשלח מחמת שבגרמתו נתפס וא"י לתפוס מעות השליח כלל ומכ"ש היכי דהוי קצת עלילה על המשלח ג"כ דודאי נתן בשביל עצמו כנ"ל בזה ומ"מ נ"ע לדינא עכ"ל. ועיין בתשו' ח"ס חח"מ סי' נ"ב שכ' דנ"ל דאין כאן מחלוקת כלל דהגהות שניות דב"מ סי' תס"א דמחייב בהלך בחנם מטעם שואל מיירי להדיא שנתפס שלא בסבת שמעון מש"ה חייב כשואל מקל וחומר שכ' שם השתא באונס ממון חייב אונסי גופי לא כ"ש ורמב"ן מיירי שנתפס בסיבת שליחות וה"ל כמתה מחמת מלאכה וס"ל כדעת הרמ"ה שבמחבר ס ' ש"מ ס"ג אבל כל אונס שלא מחמת השליחות חייב לפדותו גם להרמב"ן ואין כאן מחלוקת (ועיין בס' בית

מאיר לאה"ע ס"ס פ' מענין זה) . וכ' עוד דהגאון ח"צ ז"ל מובא בתשובת שתי הלחם ס"ס ו' (וכן הוא בשו"ת ח"צ דפוס לבוב בסיפו בתשובות הנוספות סי' ד' ע"ש) הקשה על ק"ו הנ"ל מממוניה נימא דיו לבא מן הדין כו' מה התם בעליו עמו לא ישלם ה"נ הא הוא עצמו הוא בעליו והוא עם עצמו בשליחותו ויפטר והוא ז"ל כ' לתרץ דלא שייך לומר דיו כיון שאינו ממש כמו בממון דהוי תרי גיפות הבעלים והחפץ אבל הכא חד גופא לא מצינו כיוצא בזה אע"ג דאין שום סברא לחלק ביניהם מ"מ כיון שגוף הדין דשאילה בבעלים הוא גזרת הכתוב בלי שום טעם (כמ"ש התוספות פ' השואל דף צ"ו ע"א בד"ה ונשאל ועיין בתשובת חות יאיר ס"ס רכ"ג ובתשו' שבו"י ח"ח ס"ס י"ט) י"ל אין לך בו אלא חדושו כו' ולפ"ז מי שמושכר אצל בעה"ב ויש לו בת קטנה והבעה"ב שנחה בחנם ואירע לה הפסד בגופה אפי' שלא בסבת בעה"ב מ"מ פטור כיון שהבת נקנה להאב מן התורה למכרה לאמה וה"ל זה המשלח שואל מהאב ששאל לו בתו לשליחותו והאב שהוא בעליו של בת עמו בשכירות אצל בעל הבית ע"כ נפטר מאונסי הבת ובתר עניא אזיל עניותא עכ"ד ע"ש עוד מ"ש בפי' דברי המרדכי ר"פ הפועלים בענין זה:

סימן קעז

א **ויש אומרים בהפך**. עבה"ט דהש"ך כ' דנ"ל עיקר כדברי המחבר. ועי' בזה בפנים בש"ך עד אבל באמת לק"מ דסמכו עצמם אמ"ש גבי אלמנה כו' ועי' בשו"ת ח"צ דפוס לבוב בסופו בתשובות הנוספות סי' ד' שהאריך ג"כ לסתור כל דברי הב"ח בזה במה שרצה לעשות סניגורין לדברי הטור אמנם גם על הש"ך השיג במ"ש שהרי"ף והרמב"ם סמכו עצמם אמ"ש גבי אלמנה וכ' דזה אין נ"ל כלל מהא דכתב הרמב"ן הביאו הב"י (ובאר הגולה) ואע"ג דאיכא לפלוגי בינייהו בטעמא אנן לא פלגינן מסברין כלל כו' משמע דאי לאו דקאמר רשב"ג בהדיא בתוספתא אין למידין זו מזו היינו טעמא דאיכא לפלוגי בין אחים לאלמנה דאחים כולם שווים י"ל דניחא להו אפי' בשיש לה קצבה דכשם שזה נתרפא היום כך חבירו יתרפא למחר משא"כ באלמנה ליכא למימר הכי ממילא שמעינן דהר"ף והרמב"ם שנא הביאו להך תוספתא ס"ל דאין חילוק אלא בין פשיעה לאונס לא בין קצוב לאינו קצוב ודבריהם נראין מאד כיון דחזינן לתלמודא דידן דלא מייתי לדרשב"ג לאחין השותפין ש"מ דההיא דרשב"ג (דתוספתא) באחין לאו הלכתא היא כו' נמצא דשלש מחלוקית בדבר התוס' והרא"ש והרמב"ן ורי"ו והב"י והש"ך וכל אותם שהביאו התוספתא כמו שהוא לפנינו ס"ל (באונס) בכל ענין מתרפא מהאמצע ובפשיעה הוא דמפלגינן בין קצבה לאין קצבה והטור והסמ"ע והב"ח ס"ל

דבפשיעה בכל ענין מתרפא משלו ובאונס הוא דמפלגינן ולהרי"ף והרמב"ם וכל חותם שלא הביאו התוספת' ס"ל דבאחין אין חילוק כלל בין קצבה לאין קצבה אלא בין פשיעה לאונס דבפשיעה בכל ענין משל עצמו ובאונס בכל ענין משל אמצע כו' עכ"ד ע"ש. ולדבריו נראה דלא לתפוס עיקר ככל דברי המחבר בזה רק במ"ש דבאונס אפילו יש לה קצבה מתרפא מן האמצע יש להורות כן משום דבהא רוב בנין ורוב מנין הכי ס"ל אבל במ"ש המחבר ברישא דאפילו בפשיעה אם אין לה קצבה מתרפא מן האמצע אין להורות כן כיון דהרי"ף והרמב"ם לא ס"ל הכי ובהא גם הטור והסמ"ע והב"ח מסייע' להו והכלל שיש נפסוק בזה לגמרי כהרי"ף והרמב"ם כפי פירושו בדעתם כנ"ל: וע"ש עוד שענין מ"ש הב"י בשם הרמב"ן ומיהו דוקא כשלא רצו לחלוק או שכבר נתרפא אבל חלה ולא נתרפא יכולין לומר לו חלוק עמנו דלא גרע מהן דתנן אין הגדולים מתפרנסים ע"י הקטנים כו' וכתב על זה הח"צ ז"ל נ"ל עיקר דהיינו דוקא ברפואה שאין לה קצבה. שהיא מטעם מזונות דהחיוב אינו בבת אחת אלא דבר יום ביומו כמזינות וכיון שחלקו כשם שאין להם מזונות זע"ז כך רפואה שאל"ק אין להם. משא"כ ברפואה שיש לה קצבה דלא מטעם מזונות הוא אלא שראו חכמים לחייבם ברפואת גופו כיון שהוא טורח ונותן להם שכרו ומטעם שאנו רואין כאילו היה האב קיים כמ"ש בתשו' להרמב"ן א"כ אף אנו רואין כאילו נתרפא כבר כיון שרפואה זו יש לה קצבה וזה חומרבישלה קצבה מבאין לה קצבה כו' ע"ש עוד. ומסתימת לשון הש"ע סעיף זה לא משמע כן וצ"ע. ועיין עוד בש"ך מבואר דעתו בפשיטות דגבי אלמנה שמחוייבים ברפואה שאל"ק אין חילוק בין פשיעה לאונס ע"ש. אכן בב"ח לא כתב כן אלא דדוקא בחלתה באונס וכדמשמע מדברי הפוסקים שכתבו בסתם דאל"כ היה להם לפרש דאפי' בפשיעה חייבים לרפאותה ע"ש ובנה"מ כתב דמסתבר כדבריו. אולם בתשו' ח"צ שם מבואר שדעתו נוטה כהש"ך והוסיף בטעם הדבר כיון דבתנאי היא חוכלת דעתה על כל דבר כדישלח יוכלו היורשין לומר לה את פשעת בעצמך ואשה בושה לבא לב"ד כדאמרינן בהחולץ אך כתב דלא מלאו לבו לומר כן כיון שלא מצא כן בפירוש לאחד מן הפוסקים ז"ל ע"ש ועמ"ש בפ"ת לאה"ע סי' ע"ח סק"א:

ב **אבל שני שותפים שמתעסקים כו'**. עיין בתשו' ח"צ שם שכתב דאף דנראה מדברי הפוסקי' דבעינן ששניהם יתעסקו בשותפות לאו דוקא הוא אלא כיון שכל א' מניח ממון לתוך השותפות והם מתנין באופן הנאות להם למחצה לשליש ולרביע אף שהאחד יושב אוהלים והשני כזבולון לחוף ימים חלה אינו נתרפא מהאמצע דכנגד שכר טורחו שקיל באגר טפי ואף אי שקצי בההיא הנאה דמשתתפי אהדדי דהוה ליה עיסקא רבא

ונפיק עליה קלא דגברא תגרא ומהימנא הוא הוי כאילו כל אחד מתעסק לענין חלה דזוזי דאינש עבדו ליה סרסרותיה. וע"ש עוד שביאר דג' חילוקים יש בעניין זה אחים השותפין וא' לבד מתעסק אפי' באין לה קצבה מתרפא מהאמצע כשחלה באונס. ואם כל א' מתעסק יש לה קצבה משלו אין לה קצבה משל אמצע וכן הדין בשותפין דעלמא שהם ניזונים מאמצע לדעת הרא"ש דטעמא משום דכמזונות דמיא. ושותף דעלמא שאין ניזונין מהאמצע וחלה א' מהם אפי' בהליכתו לצורך השותפים משל עצמו דאין להשותף מזונות משל אמצע בלכתן על אודות השותפו' כמ"ש הרשב"א בתשובה אם לא היכא דאיכא מנהג קבוע (וכמ"ש בש"ע לעיל סי' קע"ו סמ"ה ועמ"ש שם) ועפ"ז ניחא שפיר לשון הרשב"א שהביא הב"י ולשון ר"י הלוי שהביא הטור (ובש"ע כאן) דלא תיקשי דוקא דרישא אדסיפא ע"ש:

ג **ודוקא שאינם ניזונין.** עבה"ט וע' בנה"מ שהסכים לדברי הט"ז שפסק כדברי המחבר והרמ"א ודלא כסמ"ע ע"ש. וכן נראה דעת תשובת משכנות יעקב חח"מ סי' י' והוסיף שם עוד דאף אם תימצי לומר דר"י הלוי מיירי אף בניזונין משותפו' א"כ ע"כ הרא"ש בתשובה חולק על עיקר דינו של הר"י הלוי וסובר שאין חילוק בין כשהוא לבדו מתעסק ובין ששניהם מתעסקים ולעולם כשחלה א' מהן מתרפא מאמצע וכמ"ש הב"י בראשונה וכן הוא באמת גם דעת תוס' בסוגיא שם וכן יראה דעת הרמב"ן ז"ל בחידושיו שם וא"כ אף לדעת הסמ"ע הרי רוב הפוסקים ובתראי פליגי על ר"י הלוי ויש לפסוק כותייהו כו' ע"ש וע' בס"ק הקודם:

ד **אשלם פטור.** עבה"ט שכתב אפשר דהאי פטור ר"ל שפטור לשלם כל הנזק כו' ובלבוש מחלק בענין אחר דכאן איירי שעדיין לא חלק עם שותפו ע"ש ועיין בתשו' מעיל צדקה סי' ע"ו דלא ניחא ליה בפירוש הסמ"ע ולא בחילוקו שנ הלבוש ודעתו דבאמת מכאן סתירה לדינו של רמ"א בסי' קע"ו סי"ב והעיקר כמ"ש כאן ע"ש והובא קצת בסי' קע"ו שם ס"ק י"ח:

סימן קעח

ואם מעצמו. עיין בתשו' נאות דשא סי' כ"ט שכ' דאם מחל ע"י בקשת איש אחר שבקש בעד שותף אחד בלי ששלח אותו שותף כלל פשוט דמחול לו לבדו כאילו מחלו מעצמו והביא ראיות לזה ע"ש היטב:

סימן קעט

א **אין לא' חזקה.** עיין בתשו' שב יעקב חח"מ סימן י"ב אודות ראובן ושמעון ולוי שותפי' במו"מ א' בחצר ההגמון יר"ה ועשו ביניהם שטר שותפות בכל תוקף המועיל שכל א' מהם יתן שליש בהוצאה וכמו כן יקבל כל א' שליש מעות הפרעון ולוי הוא עיקר המתעסק ובהגיע לסך עצום השתדלו השותפים שיתן להם השררה כתב אן ווייזונג שיקבלו במקום אחר סך עשרת אלפים ר"ט לתשלומין והלך לוי וקיבל הכתב אן וייזונג על שמו לבד שלא בידיעתם וכשמעם חרה להם מאד יוביקשו ממנו שימסור לידם ולא רצה בדוחק גדול שנתן להם כתב ראיה שיש להם חלק בוכמו שיראה החשבון שיהיה ביניהם ייעתה טענו לפני ב"ד שאיני בטוח להם להניח אותו כתב של סך עצום בידו הואיל שנכתב על שמו לבד ומבקשים שימסור להם הכתב הנ"ל כי המה בודאי אינם יכולים לגבותה בלתי ידיעת לוי הואיל שנכתב על שמו לבד ולוי השיב כי לפי דעתו מחשבונו הוציא הוא יותר הרבה ממה שמגיע על חלק שליש ורוב המעות של הכתב שייך לו ע"כ אינו רוצה ליתן להם הכתב כו' ונשאל הדין עם מי השיב באריכות שהדין עם שני השותפים הנ"ל ולוי מחוייב עכ"פ להשליש הכתב אן ווייזונג עד זמן הגביה שיגבו יחד כיון שעשה שלא כדין להעמיד על שמו לבד דאף שהאמינוהו מתחלה להתעסק לבד זה היה בדבר שיכולין לחקור אחריו קודם שיתנו לו ממון ע"פ חשבונו אבל לא האמינו ממונם בידו ובפרט סך רב כזה כו' והעיקר דבכל עסק שותפות עיקר סמיכות נאמנות זע"ז הוא על שבועת שותפות דחמיר וזה לא שייך באותו אן ווייזונג שיכול לומר נאבד ממנו ואזי פטור אפי' משבועת היסת ואפי' לא ע"י גלגול כיון דפטור בפשיעה על שטרות כמבואר בסי' ס"ז וסי' צ"ה (ע' בש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ו שחולק והוכיח דהעיקר כהרמב"ם דחייב בפשיעה ע"ש וכ"כ עוד בסי' צ"ה ובסי' ש"א וצ"ל דכוונתו שיהא לוי המוחזק יכול לומר קים לי כרמ"א ורוב גדולי הראשונים דאף בפשיעה פטור וכמ"ש שם ס"קכ"ה וכה"ג צ"ל לענין שבועה שאינו ברשותו דהש"ך שם ס"ק קכ"ד הכריע דמחוייב לישבע שא"ב) ע"כ נכון הוא דברי השותפים שלא להניח בידו אפי' יום א' כו' ומה"ט גם הוא אינו מחוייב למסור הכתב ליד א' משניהם רק מחוייב להשליש ביד איש נאמן או ביד קהל או ביד ב"ד או להסגיר בתיבה של ברזל להיות ביד כל א' מפתח ואין לומר דלא יוכל לומר נאבד דא"כ לא יוכל להראות וא"י לגבות ז"א דיוכל לעשות קנוניא עם האיש המומחה אליו לשלם דמי הכתב הלז וכמ"ש הסמ"ע בסי' ס"ד סק"ו כו' ומה דהש"ך שם סק"ג השיג היינו לומר דאין זה מגו אבל עכ"פ חששא איכא כו' ואם יש לבע"ד לחלוק ולומר הואיל דלוי מוחזק באותו אן ווייזונג נאמן לומר שרוב המעות של אן ווייזונג שייך

לו כי הוציא יותר מהמגיע על חלקו. שתי תשובות בדבר חדא לו יהא כדבריו עכ"פ מודה שיש להם חלק בו וגם זה המועט אינם רוצים להניח בידו ועוד דאין זה נקרא מוחזק כלל כיון שידוע שבא מהעסק והשותפות נשאר בחזקת השותפים כולם שוה בשוה כמבואר בטור וש"ע סימן קע"ט דבר הידוע שהוא משל שותפות אין לאחד חזקה בו כו' ובנ"ד אין לו מגו דלהד"מ או החזרתי מחמת כ' ידו שישנו ביד השותפים שיש בידו הכתב אן וייזונג כו' ואין לומר דיש לו מגו דאי בעי אמר דשייך לו לבדו כל החוב שבאותו כתב כי החזיר לשני שותפים סך המעות של חלקם הוי כמו מגו דהחזרתים זה טעות כיון דעדיין לא נגבה המעות של הכתב לא מוטל עליו ליתן מכיסו ואטו בשופטני עסקינן להוציא סך רב מכיסו אם לא שנא' דוויתרו השותפים נגד זה ללוי אם כן הוי כמו אם אמר לקחתי היינו שקנה מחביריו השותפים חלקם וזה אינו נאמן אפי' בכלי שת"י הבא משותפות כמבואר בסי' קע"ט כו'. והאריך עוד בזה לדחות דברי החולק עליו שאמר דלא דמי להא דסי' קע"ט דשם מבואר בש"ע דחזו סהדי דהאי אייתי זוזי והאי אייתי זוזי וזבני בהו עיסקא משא"כ הכא דלא חזו סהדי כו' וכתב שזה הבל דבש"ע לא מיירי באם יש להם קישור שותפות בשטר בדבר ידוע רק ע"י דחזו סהדי דהאי אייתי זוזי כו' חזו דהאי דבר שייך לשותפות אבל בנ"ד שיש להם שטר קישור בעסק מו"מ זה אם כן אין דבר ידוע לשותפות יותר מזה וכן מבואר בסה"ת מוצא דין זה כו' וכן מבואר בהר"ן פ' הבית והעליה כו' גם היה דעת החולק כיון שנכתב על שמו מהני חזקתו יותר דמזה יש ראיה דשלו הוא אף דבסי' ס"ב משמע דבגדול אחים אין ראיה שנכתב על שמו היינו באינם חלוקים בעיסתם והכא בנ"ד חלוקין בעיסתן וכ' שגם זה ישא רוח דהתם מיירי בדבר שאין ידוע להאחין אבל בדבר ידוע להשותפות או להאחים אין ראיה כלל מה שנכתב על שמו כו'. ובסוף התשובה כתב שהסכים עמו גדול אחד כי יפה דן ויפה חייב להשליש הכתב אן וייזונג וכל דלא דאין כהאי דינא לאו דיינא הוא. ע"ש:

ב **אבל לאחר שחלקו.** ע' בנה"מ שכ' היינו דאיכא עדים שחלקו ד"מ עכ"ל. וזהו דלא כהב"י גם בדרישה חולק על הב"י והאריך להוכיח דבמטלטלין הידוע לשותפות אינו נאמן לומר חלקנו עש"ה. וכן הסכים בס' שער משפט וכ' שדברי הדרישה נכונים מאד לדינא ואף דבתשובת ח"צ סימן ד' האריך להוכיח דשותפין נאמנים לומר חלקנו אף בתוך הזמן אינו ענין לכאן דשם בעובדא דידיה היו ראובן ושמעון שותפין ביחד בסך ידוע שכל מה שיקנו אבנים טובות עד ה' שנים יהיה בשותפות ואח"כ עשה שמעון מו"מ עם איש אחר בסחורה זו וטען שכבר חלק עם ראובן בזה יפה פסק דנאמן לומר כבר חלקתי השותפות מקודם עם ראובן וקניתי הסחורה לעצמי דבזה לא שייך חזקת מרא

קמא דהא אומר שקנה לעצמו משא"כ הכא דמיירי בסחורה ידוע שקנו ביחד ואח"כ יצא מקצת סחורה מת"י אחד דבזה ודאי א"נ לומר חלקנו וזה נפל לחלקו כל היכא דאיכא עדים וראה דאוקי הסחורה בחזקת השותפות ובחזקת מרייהו קמא כיון דאין להמוחזק שום מגו וזה ברור עכ"ל. ועיין בתשובת מים חיים חח"מ סימן ט"ז שהאריך בנדון דשם ומסיים וז"ל וא"כ בנ"ד בודאי נאמן ראובן לומר דהשטר הנכתב על שמו וישנו ת"י הגיע לחלקו דכבר חלקנו והשטר הנכתב על שמך וישנו בידך הגיע לחלקך והוא שלך דשטרות הנכתבין על שמו עדיפא מן מטלטלין כמבואר בש"ך סימן ס"ב ס"ק י"ד וגם הדרישה מודה בזה דנאמן לומר כבר חלקנו וגם דאף גבי מטלטלין נוכל לומר דהמוחזק יכול לומר קים לי כהב"י והב"ח דסוברים דיכול לומר כבר חלקנו עכ"ל עיין שם היטב:

סימן קפא

א **גייס וטרפה.** עיין בתשובת חתם סופר חח"מ סימן ק' שכ' דכן הוא הגירסא בכל הספרים בש"ס ב"ק קט"ז ע"ב בברייתא שניה איתא וטרפה ומבואר דבעינן דוקא שכבר טרפו ושוב אח"כ הציל מידם אחר הטריפה אז הוה זוכה מן הפקר אבל במה שלא נטרף ולא הגיע לידם עדיין אינו מיואש ולא הציל לעצמו אמנם בטור וכן בקיצור פסקי הרא"ש שחיבר הטור גרס בברייתא לטורפה משמע דס"ל אפי' לא הגיע עדיין לידם ועמד א' והחזירם לאחורי וכיוחנן בן יונתן אריה סוף יבמות נמי הציל לעצמו אבל אם הציל ע"י בריחה גם הטור מודה שלא הציל לעצמו דמזה החלק שהבריח לא נתייאש להנותרים ומכל מקים נ"ל נהי שלא הציל לעצמו מההפקר מ"מ אם הוא שותף חולק שלא מדעתם גם בברח והציל דלזה לא צריך יאוש אלא פחד סכנה וזמן בהול כנלע"ד ולא פירשו הפוסקים כל צרכם בענין זה עכ"ד וע' לקמן סק"ד:

ב **הציל לעצמו.** עבה"ט ועיין בתשובת ח"ס חח"מ סי' קכ"ה מ"ש בזה ודבריו מכורים לדברי הנה"מ סק"א ע"ש. ושם בסימן ק' כתב דמהרש"ל ביש"ש פ"י דב"ק סימן מ"ב כתב דגייס שהם מרובים אינו דומה ללסטים כו' ובעל נה"מ ר"ס קפ"א נעלם ממנו דברים הללו אבל לפע"ד אין צריך לכך אלא החילוק בין גייס במדבר למקום ישוב דמדבר לית דין ולית דיין דממקום רחוקה באו ושם ישובו הוה יאוש משא"כ סתם גייס אפילו רבים לא הוה אלא גזלנים והכל לפי מה שהוא ענין עכ"ל. ועיין בתשובת בית אפרים חח"מ ס"ס נ"ח מבואר שם דמה שכתוב כאן בש"ע דאם אינם יכולים להציל ועמד אחד והציל

הציל לעצמו זהו מצד הדין אבל מצד התקנה הציל לאמצע ע"ש ועמ"ש לקמן סימן רנ"ט ס"ד סק"ג ובסימן רס"ד ס"ה סק"ו:

ג **אחד מהם**: עבה"ט שכתב ובשא"י להציל כו' ור"ל אפילו בשא"י להציל ופשוט הוא. ומ"ש וב"י בס' בד"ה כו' כן הוא הלשון בש"ך סק"ג אבל ט"ס הוא כמ"ש בנה"מ דאחר תיבות שחולקים שוה בשוה מסיים הס"ק ג' ומכיין ואילך נדפס בטעות כאן ושייך לס"ק ה' (בבה"ט סק"ו) אחר תי' שאמר כן לפניהם צ"ל מהרש"ל שם וב"י בס' בד"ה כו' עד סוף ס"ק זה:

ד **נשבע. על כך**. עבה"ט ועמ"ש בס"ק ג'. ועיין בתשובת ח"ס סי' ק' שכ' דמהרש"ל בישו"ש תמה איך יאומן בשבועה להוציא מחזקת השותפים דכל מה שבידו בחזקת השותפים היא ודרכו של שותף להטריח עצמו ולא לחלוק א"כ איך יאמן בשבועה ותירץ כיון שכבר נפל ליד גייס וקרוב ליאוש אע"פ שעוסק מ"מ כולי האי ואולי תו לא הוה כמוציא מידם ע"ש ובזה א"ש מה דבסי' קע"ו בש"ך ס"ק מ"ה מבואר בשם ת' רשב"א דאי לית ליה מגו לא מהימן בשבועה ונתקשה בזה בנה"מ ולק"מ התם במלוה ליכא יאוש כו' אבל הכא אחר שנפל ביד גייס וקרוב ליאוש אע"פ שזה עומד להציל תו לא הוה חזקת ממון של שותפים ומהימן בשבועה והדין דין אמת. מיהו לפ"ז דוקא אם כבר נפל ביד הגייס אבל אם עדיין לא נפל ביד הגיים אלא שברח וכבר כתבתי (הובא לעיל סק"א) שזה אינו מועיל לקנות מן ההפקר אלא לומר חלקתי לעצמי ולזה לא מהימן בשבועה עכ"ד ע"ש עוד. ומ"ש עבה"ט והב"ח כתב דאם ליתא לשורף בפניו כו' עמ"ש לעיל סימן קע"ו סכ"ח בד"ה הציל לעצמו בנ"צ שם דנלע"ד לחלק בדין זה ע"ש.

ה **ה"ז חוזר בו**. עבה"ט שכ' דפועל יכול נחזור בו בו' ועיין בתשובת ושב הכהן סי' י"ג שכ' לכאורה קשה הא בדבר האבד גם פועל א"י לחזור בו כמ"ש בסי' של"ג ס"ה ובאמת בגמרא ב"ק קט"ז ע"ב בהא דמשני רבא הכא בפועלים עסקינן כ' רש"י בפועל שהיה שכיר לבעלי ספינה והיינו שיעשה מלאכת הספינה בכל מה שצריך וא"כ א"ש דהא דבדבר האבוד פועל איני יכול לחזור בו היינו אם שכר אותו לעשות מלאכה בדבר האבוד משא"כ אם שכר אותו לעשות כל מה שצריך בודאי דיכול לחזור גם מדבר האבוד אבל להרמב"ם והש"ע שכתבו השוכר את הפועל להציל קשה אך באמת לק"מ לפי המבואר בש"ע סי' שצ"ג שם בסוף הסעיף דהא דבדבר האבד שוכר עליהם דוקא אם היה מוצא פיעלים אחרים לשכור כששכר את אלו ועכשיו אינו מוצא כו' והוא מדברי ה"ה בשם הרשב"א וא"כ הכא ע"כ מיירי שלא היה מוצא פועלים אחרים דאם היה מוצא הוה כיכולים להציל דמה לי שיכולים להציל על ידי עצמם או על ידי פועלים אחרים

ואינו יכול לומר לעצמי אני מציל א"ו דמיירי בשלא היה מוצא ומש"ה יכול לחזור אף בדבר האבד ומזה מוכח דס"ל להרמב"ם ג"כ כדברי הרשב"א הנ"ל ודלא כהרמב"ן והג"א שהובא בש"ך שם וגם מוכח מזה דהא דכ' הרשב"א הנ"ל שאם לא היה מוצא פועלים אחרים א"י לשכור עליהן ה"ה שיכול לחזור לכתחלה ע"ש. וכ' עוד דמה שהוצרכו הרמב"ם והש"ע לכתוב השוכר את הפועל להציל ודלא כפירש"י שהיה שכיר לבעלי ספינה לכל מה שיצטרך אף דלישנא דהש"ס משמע יותר כפירוש רש"י היינו משום דבש"ס תירץ כן רבא הכא בפועלים עסקינן ורבא לשיטתו בב"מ י"ב ע"ב דמציאת פועל בזמן שא"ל עשה עמי מלאכה היום סתם הוא לבעה"ב מש"ה פירש"י שהיה שכיר לבעלי ספינה דאע"פ שאמר ליה עשה מלאכת הספינה סתם מה שהציל מהספינה היא לבעה"ב כ"ז שלא אמר לעצמי אני מציל אבל לדידן דלא קי"ל כרבא אלא כרב פפא דבסתם הוא לעצמו דוקא בשכרו ללקט מציאות הוא לבעה"ב וכמ"ש בש"ע סי' ע"ר ס"ג א"א לאוקמי בשכרו סתם להצטרכות הספינה דא"כ אע"פ שלא אמר לעצמי הוא שלו מש"ה הוצרכו לומר ששכרו להציל עכ"ד ע"ש:

סימן קפב

א **בכל דבר שלוחו של אדם כמותו.** כ' בס' דגמ"ר וז"ל ואם שלח אותו לעשות דבר שהוא לחוב לאחרים אף שהוא יה יכול לעשות בעצמו ואינו דבר עבירה מ"מ דבר שהוא חוב לאחרים לא אמרינן שלוחו כמותו ע' ברא"ש פ"ק דגיטין סימן י"ג (ועמ"ש בפ"ת לא"ה סי' קיט סק"ו ובקצה"ח כאן סוף סק"ב מזה) ואם שכיר הוא ובא בשכרו ע' לעיל סי' ק"ה בש"ך סק"א מ"ש לתרץ דברי רש"י אבל דבריו דחוקים ובתשובתי הארכתי כו' עכ"ל ועמ"ש בסי' ק"ה שם סק"ד:

ב **חוץ מלדבר עבירה.** כ' בס' שער משפט ונראה דאף אם שכר להשליח לעשות העבירה מ"מ אמרינן אין שלד"ע אף דלענין תופס לבע"ח במקום שחב לאמרים דלא מהני אף בעשאו שליח ואעפ"כ אם שכרו מהני משום דיד פועל כיד בעה"ב דמי כמ"ש הש"ך בר"ס ק"ה מ"מ לענין אין שלד"ע לא אמרינן כן כו' וה"ה בכל הני דלאו בני שליחות נינהו כגון עו"א וחש"ו אף בשכר לא מהני ולא אמרינן יד פועל כיד בעה"ב כו' ע"ש:

ג **שהשליח בר חיובא.** עבה"ט ועיין בתשובת נו"ב חלק אה"ע סי' ע"ה והנמשכים ועיין בתשובת שבות יעקב ח"א סי' קס"ד שכתב שאין דברי הש"ך ברורים כ"כ והש"ך עצמו ביו"ד סי' ק"ס ס"ק כ"ב פסק דהיכא דשליח לאו בר חיובא מיחייב שולחו וכתב כן בשם המרדכי וכן מבואר בתוס' פ' מרובה (בבא קמא דף עט ע"א) בד"ה נתנו לבכורו' בנו כו'

וזה נרא' דעת האגודה פ"ק דמציעא והמרדכי שם הג"מ פ"ב משלוחין ידעת רי"ו שהובא בש"ך כאן ונרא' דזה ג"כ דעת מהרש"ל בב"ק פ"ז סי' ל"ג כו' וכ"כ הסמ"ע בסי' רצ"ב סק"י כו' ע"ש. ושם בח"ב סי' קס"ה אודות ישראל שהוחזק לרמאי שהיה לו סחורה שיש בה חסרון גדול ואינו ניכר לכל והיה מתיירא למכור ע"י עצמו ומסר הסחורה לעובד כוכבים מכירו וקנאו ישראל א' לפי תומו מן העובד כוכבים ואח"כ הרגיש הקונה בהחסרון ואינו יכול להוציי' מעותיו מן העובד כוכבים ואחר החקירה נודע לו שישראל זה החשוד מסר הסחור' לעובד כוכבים בשליחותו למכור לישראל אי צריך לשלם המעות לזה הקונה והשיב בודאי אם נעשה כן בישראל. ששלח ישראל אחר למכור לזה ברמאות פשוט הוא דאין דינו כלל עם המשלח כיון דקיי"ל אין שלד"ע כו' אכן כיון שהשליח הוא עובד כוכבים דלאו בר חיובא באונאה דרך מקח וממכר הוא כבר פסק כרמ"א בר"ס קפ"ב היכא דשליח לאו בר חיובא מחייב שולחו וכתבתי בתשובתי ח"א סימן קס"ד דכן עיקר להלכה ודלא כהחולקין על זה ועוד דאפילו להחולקין מ"מ אם השליח מוחזק בכך לעשות לא אמרי' אין שלד"ע כמבואר בסימן שפ"ח סט"ו בהגה (עמ"ש שם) וכל זה אם הישראל צוה בפירוש למכור לישראל אבל אם נתן למכור לאחר נראה דאין לחייבו דהוו רק גרמא בעלמא יכול להתנצל ולומר דסבור היה שימכור לאיש שאין נחשב לו לחסרון כלל והוא נאמן על זה בשבועה עכ"ד ע"ש ועיין בנ"צ מ"ש בזה:

ד **וכל מעשיו קיימין**. עיין בתשו' מים חיים חח"מ סי' י"ח במעשה שראובן נתן חפץ לשמעון למכור בסך כ"ז זהובים והלך לשוק ומכרו ללוי בסך זה ממש והודיעו שהוא של ראובן וקיבל מעות מיד לוי ומסר לו החפץ ואח"כ נתוודע בעדים שקודם שנגמר מכירת שמעון ולוי קדם רחובן ומנר המפץ הלז שביד שמעון ליהוד' (בק"ס או בסטימתא) והנה שמכירתו ודאי של זה ראובן הוי כמו ביטל שליחותו של שמעון אבל נסתפקו הלומדים אי מהני בכזה ביטול שליח ואין מכירתו ללוי כלום וצריך לוי להחזיר החפץ ליהודה או לא מהני בכזה ביטול שליחות כלל וכל מה שעשה שמעון עשוי ואין מכירתו של ראובן כלום. והשיב יראה לפע"ד אם לא ידע לוי מהביטול והחזרה א"צ לוי להחזיר המקח ליהודה כי אף שיכול ראובן לבטל שליחות שמעון מ"מ אם לא הודיע ללוי ולא לשמעון הביטול לא מהני הביטול כלל ודמיא למה דאיתא בש"ע סימן קכ"ב ס"ג כו' ולפמ"ש בש"ך ס"ק י"א מבואר דבנ"ד אף אם היה שמעון השליח יודע כיון שלוי לא ידע לא מהני הביטול ע"ש:

ה **בטל המקח**. עבה"ט שכתב ולא מהני כאן אם התנה בין לתיקון כו' וע' בס' שער משפט שכתב דבריו תמוהים דמ"ש מהא דסימן קכ"ג ס"ס כו' ע"ש. ועמ"ש שם ס"ק ב':

ו **א"צ להחזיר.** עיין בתשו' חתם סופר חח"מ סי' ס' שכתב דפשוט דאפילו תפס יותר מהראוי מפקינן מיניה ע"ש:

סימן קפג

א **אלא תרעומת.** ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סימן קע"ח ויובא לקמן סימן רצ"ב ס"ז בנ"צ בד"ה חייב ליתן הרויח. ועמ"ש שם:

ב **ואם ידוע שלקח כו'.** עי' בתשב"ץ ח"ב סימן רכ"ט:

ג **הנותן מעות.** עבה"ט בשם ש"ך ועיין בתשובת בית אפרים חא"מ סי' ל"ח מ"ש בזה:

ד **השליח לפני עדים.** עיין בתשובת נו"ב חח"מ סי' ל' אות ט"ו שכתב על נדון דידיה וז"ל מ"ש הדיין מהר"מ לחייב להקציו ר"ו מצד שאם ידוע שקנה במעות המשלח מוציא ממנו בע"כ כו' אין ממש בדברים אלו חדא דזהו כידוע בעדים אבל אם אין כאן ידיעה שקנה במעות המשלח רק הודאת פיו והוא עצמו הפה שאמר ששלח בהם יד וקנה בהם לעצמו פשוט הדבר שלדעת הסוברים בסי' קפ"ג ס"ג בהגה שאם אמר כן בפני עדים מהני גם כאן נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ועוד מאי מעות המשלח שייך כאן ואף שמבואר שם ס"ב בהג"ה שאם קנה בלא מעות כלל רק בשאר דרכי הקנייה ג"כ זכה המשלח היינו בקרקע המיוחד שמיירי שם אבל בקרקע סחם לא ואדלעיל מיניה קאי דמיירי בקרקע המיוחד וזה פשוט עכ"ל ועוד חזר ושנה דבר זה בקצרה שם אות י"ט על דין המבואר בס"ס רס"ט רחובן אמר לשמעון קנה לנו ביחד סחורה פלונית כו' וכ' דדוקא כשידוע בעדים שקנה הסחורה כו' ע"ש. ומדבריו מבואר דנא ס"ל כהט"ז שהובא בבה"ט סק"ט שהכריע חלוטין כדעה השניה דבכל ענין הוא של המשלח רק ס"ל דהוא ספיקא דדינא ולכן מספק א"א לחייב את הקצין הנ"ל שהוא מוחזק וע' בס"ק שאחר זה:

ה **של המשלח.** עבה"ט שכ' נראה דהכי קיי"ל כו' וכן העלה לדינא בתשובת משכנות יעקב סי' נ"ב אולם מ"ש הע"ז ומטעמם נראה דמסתמא אמרינן דודאי לא חזר בו כו' כתב הוא ז"ל שדבריו צ"ע דאין זה טעם הרמב"ם ז"ל ודעימיה ואף שאומר בפירוש בפני עדים שזוקף עליו במלוה אפ"ה הוי של המשלח שאין יכולת בידו לקנות לעצמו במעות של המשלח עש"ב וע' בס"ס הקודם:

ו **הדר בי' שמעון** עבה"ט עד ואין כאן דעת הט"ז ועיין בתשובת בית אפרים חח"מ סי' ל"ח מ"ש בזה:

ז **של המשלח.** עבה"ט עד א"ה לדעתי הקלושה אינו מוכרע כו' גם בס' דגמ"ר השיג על הש"ך בזה וז"ל ולענ"ד אין הדבר דומה כיון שהמוכר נתן מדעת ביותר והיה כוונתו

לוותר לשליח איך יזכה בו המשלח והשליח זוכה גם בלא דעת כיון דדעת אחרת מקנה עכ"ל וע' בנה"מ שביאר דגם דעת הש"ך כן הוא ומ"ש מיהו נ"ל דגם בס"ו בדבר שיש לו קצבה כו' כוונתו בטעות שבמקח דהביא הסמ"ע ס"ק כ"א כו' ע"ש:

סימן קפה

א **שליח הוא.** עבה"ט עד ויש נ"מ בזה דמי שנתן לא' דבר למוכרו כו' ועי' בפנים בש"ך דקודם הך נ"מ כתב וז"ל אע"ג דלענין ממונא לא נ"מ בהא גבי הולך לפלוני דבמלוה ופקדון הוי כזכי אפי' בלא קבלת הלוה או שלוחו ובמתנה לא הוי כזכי אפילו עשאו המקבל שליח וכמו שנתבאר סי' קכ"ה מ"מ נ"מ במי שנתן לפלוני דבר למוכרו כו' עכ"ל ועיין בדגמ"ר שכתב עליו וז"ל דבריו נ"ע דשסי' קכ"ה מיירי שהמקבל עשאו תחלה שליח לקבלה ואח"כ אמר הנותן הולך בזה עקר שליחותו לקבלה ועשאו שליח להולכה וגם בגט הדין כן כמבואר באה"ע סי' ק"מ ס"ו אבל אם מתחלה אמר הנותן הולך חפץ זה לפלוני ואח"כ א"ל המקבל תהא שלוחי לזכות לי כשם שהוא ספק בגט כך הוא ספק במתנה ודברי הש"ך צ"ע עכ"ל וכן הקשה בס' נה"מ וגם על תחלת דברי הש"ך במ"ש דבמלוה ופקדון הוי כזכי כו' הקשה גם כן דנהי דבמלוה אף הולך הוי כזכי מ"מ איכא לשונית דלא הוי כזכי וגם נ"מ אם אמר בפירוש שאינו רוצה שיזכה לו ואח"כ כ' ליישב קצת דברי הש"ך בזה ע"ש אולם הוא ז"ל חולק בעיקר הדין וכתב דלא דמי לגט דהתם הטעם משום דפסול טלי גיטך מעג"ק ולא כלתה שליחותו עד שנותן לידה כו' עש"ב. ומ"ש שם בפשיטות דגבי עבד כשר טלי שחרורך מעג"ק אף דאיתקש לאשה היינו בגוף כתובת השטר כו'. הנה גם בט"ז יו"ד סימן רס"ז ס"ק מ"ד משמע כן אך בתשובת חתם סופר אה"ע סימן פ"ב פשיטא ליה דפסול וכתב שם ליישב דברי הט"ז ע"ש והובא קצת בפ"ת לא"ה סימן קמ"א ס"ק ל"ה ע"ש ועיין בתשובת באר יצחק סי' א' הביא גם כן בשם הריטב"א קדושין דף כ"ג שכ' דגם גבי שחרור לא מהני טלי מעג"ק ע"ש:

ב **ואם ידע הלוקח כו'.** עיין בתשובת עשאת בנימין בחידושי דינים שבסוף הספר סי' ז' שכתב ז"ל כתוב בתשובת הגאונים סי' קנ"ב ראובן נתן סחורה לשמעון למכור ושמעון מכר בלא דמים להודיע שהסחורה של ראובן אחר כך לקח המעות מהל וקח או שהחזיר הלוקח הסחורה לשמעון וראובן חוזר על הלוקח שיתן לו הדמים בעד הסחורה ולוקח אמר שנתן לשמעון וראובן אומר כבר היית יודע שהסחורה היא שלי ולא היה לך ליתן לשמעון ופסק הדין עם ראובן עכ"ל וצ"ע. שוב מצאתי בתשובת ושב הכהן סי' י"ז עובדא כעין זה ולא פסק כן ע"ש ויובא לקמן סי' רצ"א סכ"ו ס"ק ט"ז ע"ש:

ג **ואח"כ מכרו ללוי ע"י אחר.** עיין בתשובת נו"ב תניינא סי' ל"ו שכתב דבתשובת הרא"ש מקור האי דינא לא הוזכר שמכרו ע"י אחר רק מבואר שם שמכרו אח"כ ללוי ע"י עצמו ומעתה מה שהוסיף רמ"א ע"י אחר יש לדון על זה דבשלמא אם מכרו אחר כך ללוי בלא שום סרסור שפיר מוכח דברמאות דחאו להסרסור אבל אם מכרו אח"כ ע"י סרסור אחר יוכל להיות שהסרסור החדש הטעים לו טעמים נכונים שלא יעכב המכר עבור השנאה ועכ"פ נראה שגם רמ"א שכתב שמכרו ע"י אחר חייב ליתן לשמעון סרסרותו כוונתו כפי חלקו שלא תאמר כיון שמתחלה לא נכנסו דברי הסרסור באזני הסוחר שוב אין לו שום זכות קמ"ל שלא איבד זכותו אבל ודאי שגם השני הוא שותף בסרסרות הזה. ואם יטעון הסרסור הראשון על המוכר שגם באותו פעם היית מרוצה ודחיתני לומר שאינך רוצה למכור ללוי כדי להפסידני ואתה הכנסת בזרוע את הסרסור השני אין בכח טענה זו אפילו לחייב את המוכר שבועה על זה כיון שאינו אומר בזה טענת ברי וגם אם היה הכוונה ברמאות גם כן אני מסופק אם חייב המוכר להשלים לסרסור הראשון ההפסד שגרם לו ויותר קרוב בעיני שפטור עכ"ד. וכתב עוד שם בדבר שדכן שדחה הבעל דבר אותו ולקח שדכן אחר לגמור השידוך הדבר ידוע שהפרש גדול יש בין שידוך למקח כי בעסק המקח אין שם דברים אמצעים והמקח תלוי רק בדמים וכיון שהסרסור הביא אותם לעמק השוה בסך הדמים כבר נגמר הדבר ולא חסר רק הקנין ולכך אם המוכר דחאו להסרסור בדברים ואחר כך הכניס עוד סרסור בזה נסתפקתי קצת אם רמאות הזה מחייב להמוכר לשלם לסרסור הראשון הפסדו אבל בשידוכים יש הרבה פרטים לבד סך הנדן כמו התחייבות מזונות ודירה ובגדים ומתנות וכמה פעמים בשביל דבר קטן מתפרדת החבילה ונתבטל השידוך ולכן כל זמן שלא השוה אותם השדכן הראשון בכל הפרטים עד שלא נשאר שום דבר גדול או קטן שצריך לדבר בזה עדיין לא נגמר השידוך ע"י השדכן ואם אחד מהצדדים מכניס את אוהבו או קרובו לגמור הדבר אפילו היה ביכולת של השדכן הראשון להשוותם גם כן בפרטים הללו אין כאן רמאות כלל וכזה נעשו מעשים בכל עת ואין להשדכן הראשון על הצדדים רק תרעומת אבל לא שום דין ומשפט כלל (נ"ל כוונתו שא"י לתבוע כלל חלק הגומר אבל ודאי שצריך לשלם לו חלק המגיע למתחיל כפי תקנת המדינה שם) עכ"ד ע"ש עוד. ועיין בעט"צ ס"ק י"ז שכתב מצאתי כתוב בפנקס ארצות דהמתחיל והגומר יחלוקו ביניהם בשוה והמתחיל לא נקרא אלא מי שאמר כמה אתה נותן (פי' שידבר אודות נתינות) ואמצעי לא יקח כלום אבל ראיתי נוהגים שמחלקים לג' חלקים שליש למתחיל ושליש לאמצעי ושליש להגומר והבעלים יניחו השדכנות בב"ד ואח"כ נאמנים לומר מי המתחיל ומי האמצעי ומי הגומר

ויגידו בחרם ואם א' מהם קרוב או פסול יגיד צד השני ואם שני הצדדים הם פסולים אין נאמנים אלא בשבועה כו' ואם המתחילין הם רחוקים ובשעת הגמר לקחו הבע"ד קרובים שלהם לגמור השידוך אין להקרובים כלום בשדכנות (ומשמע דר"ל שינתן גם חלקם להמתחילין ולפ"ז מ"ש הנו"ב הנ"ל ואם א' מהצדדים מכניס את קרובו לגמור כו' אין להשדכן הראשון שום דין ומשפט כלל היינו מצד הדין וכאן מצד התקנה ועי' בס' חוקי דרך הבאתי. בפ"ת לאה"ע ס"ס נ' שכתב ולקרובים פסולי עדות אין נותנים רק בניכר לפי ראות עיני הדיין שעשו פעולה) ע"ש עוד. ועיין בתשובת שב יעקב סי' י"ג בנידון דו"ד שהיה בעסק שדכנות בין המתחיל וגומרים והשיב דבר זה תליא במנהגי המדינות ואני כאשר ראיתי המנהג בעיר מולדתי ק"ק פראג ליתן להמתחיל חלק שליש כן נהגתי פה במדינה זו ואם היה מתחיל רק אצל צד אחד יש לו החציה היינו חלק ששית. ואף דמשמע מתשובת הרא"ש שהביא הב"י סי' קפ"ה בסרסור [דדוקא בהיה רמאות אבל באין רמאות בדבר מה שלא נגמר ע"י המתחיל ונגמר ע"י אחר אין להמתחיל כלום נ"ל לחלק בענין המתחיל כאשר כבר פסקתי כמה פעמים. דאם המתחיל אף שלא היה יכול לגמור מ"מ הוא היה הממציא לשידוך הלז שע"י נתגלה הדבר ובאו שדכנים אחרים או אותו צד שהיה מרוצה להשידוך מעמיד אחרים אשר דבריהם נשמעין יותר לצד השני הן על ידו הן ע"י שום גרמא בודאי דודאי דיש לו דין מתחיל וזה הכלל באופן שאפשר לומר אילולי שהיה זה המתחיל אשר התעורר לזה לא היה עולה ע"ד אחרים לדבר שידוך הלז אם כן ודאי מחוייב ליתן להמתחיל כפי המנהג משא"כ אם הגומרים נתעוררו מעצמם לאותו שידוך וסוברים לפי דעתם שהם הראשונים (נראה דר"ל שניכר גם כן לב"ד כן כגון שהם ממקום רחוק וכה"ג) אם כן המתחיל לא עשה שום פעולה טובה בזה הואיל שבע"ד אינו מרוצה על ידו ואלולי שבאו האחרים היה נשתקע הדבר והשדכנים האחרים באו מעצמם ולא יודעים שום דבר מהמתחיל אם כן אין שום טעם ליתן לו דבר כו' וראיה לחילוק זה מגמרא ספ"ק דסוטה כו' (דאיתא התם כתיב ויקח משה את עצמות יוסף עמו וכתיב ואת עצמות יוסף אשר העלו בני ישראל ממצרים קברו בשכם אמר ר' חמא ברבי חנינא כל העושה דבר ולא גמרו ובא אחר וגמרו מע"ה על שגמרו כאילו עשאו וקשה על זה ממדרש ילקוט תהלים מזמור שיר חנוכת הבית לדוד וכי דוד בנאו והלא שלמה בנאו אלא אמר הקב"ה הואיל וחשבת לבנותו כו' וע"פ חילוק הנ"ל א"ש דגבי עצמות יוסף בלא התחלה דמשה היה גם כן נתקיים ודאי אותו מצוה ע"י אחרים משום השבועה רק דאמרו הניחו לו כבודו בגדולים כדאיתא התם לכן נקרא על שם הגומר כיון דאי לאו שקדם המתחיל היה הגומר נמי מתחיל משא"כ בבנין

בהמ"ק דלא נקבע זמן קבוע לבנין ואי לאו דהתעורר דוד אפשר לא היה מתעורר מלך אחר כמו שלא התעורר שאול לכך נקרא על שמו כו') ומזה ראיה לנ"ד בדין המתחיל בשדכנות דאם המתחיל היה הממציא לדבר ואי לאו המצאתו אפשר דלא היו הגומרים מסקי אדעתייהו ודאי ראוי לו שכר המתחיל עכ"ד ע"ש. ועיין בפ"ת לא"ה סימן נ' ס"ק ט"ז כמה פרטי דינים בענין שדכנות:

ד **חייב הסרסור** עיין בספר שער משפט מ"ש בזה ומסיים דקשה להוציא ממון ע"פ פסק זה דהש"ע בכאן עש"ה:

סימן קצ

א **ובקנין סודר.** עבה"ט מ"ש והרב מהריב"ל נסתפק אי מהני ק"ס אף דבאתרא דכתבי כו' ועיין בפנים במהריב"ל שם דמבואר דהיכא דאיכא תרתי ק"ס ודמים פשיטא דמהני ע"ש. ובעיקר הדין עיין בתשובת חוט המשולש ח"ד מס' התשב"ץ טור השלישי ס"ס ד' שכ' דהרמב"ן והרשב"א כתבו בחידושים דאלים כח הקנין שאפילו במקום שנהגו לכתוב שטר אם קנו בק"ס אע"פ שלא כתבו השטר המכר קיים אך מדעתו של א"ז הרשב"ץ ז"ל נראה דבמקום שנהגו לכתוב שטר לא קנה בק"ס עד שיכתוב השטר ודבר תימה הוא ונראה לענ"ד להכריע דהוא ז"ל לא אמרה אלא אם היה העיכוב מצד המוכר שעשה סיבות ואמתלאות לעיכוב כתיבת השטר וחתימת העדים דאז אמרינן דעתיה (מעיקרא) דלא סמכה להקנותו בקנין סודר לחוד כו' ע"ש. ולכאורה גם דעת הטור והרמ"א ז"ל לקמן ס"ס קצ"ב מבואר דס"ל דמהני ק"ס אף באתרי דכתבי כו' שהרי לענין חזקה פסקו שם דמהני אפילו במקום שנהגו לכתוב שטר וא"כ כ"ש לענין ק"ס דהא דעת הרמב"ן גבי חזקה דלא מהני באתרא דכתבי כמ"ש הר"ן פ"ק דקדושין בשמו ובק"ס ס"ל להרמב"ן גופיה דמהני כמ"ש בשמו בתשובת חוט המשולש הנ"ל. אלמא דק"ס טפי עדיף ולפ"ז מאחר דהטור והרמ"א פסקו דחזקה מהני אף באתרא דכתבי כ"ש בק"ס. ועיין בתשו' הרדב"ז ח"א סי' שכ"ג על ענין אחד. שמכר חזקת חנותו בעדים וקנין אבל לא כתב לו את השטר העומד לראיה וכתב דאם המנהג הוא שלא יתקיים המקח אלא ע"י שטר לא קנה עד שיכתוב לו את השטר אבל אין המנהג כן אלא מנהג מדינה זו לקיים כל דבר ע"י ק"ס הילכך קנה שמעון חזקת החנות ואפילו לא כתב לו את השטר עכ"ד. ומשמע שדעתו ג"כ כהפוסקים דמהני ק"ס לבד אף באתרא דכתבי אם לא היכא שיש מנהג מבורר שלא יתקיים אלא ע"י שטר. ונראה פשוט דאם אין מנהג מבורר בזה אוקמה אדין תורה דקנה בק"ס לבד לדעת כל הני רבוותא. שוב ראיתי דמ"ש לעיל להוכיח מדעת הטור והרמ"א

שדעתם דמהני ק"ס לבד יש לדחות ואדרבה נראה יותר שדעתם איפכא מדלא כתבו דין זה רק גבי חזקה בסי' קצ"ב דמהני אף באתרא דכתבי והוא מדברי הרא"ש פ"ק דקדושין וכ' שם הטעם משום דאלים קנין חזקה דעשה מעשה בגוף הדבר מידי דהוה אמשיכה כו' והובא בב"י שם וכ"כ בסמ"ע שם ולפ"ז בק"ס שאינו עושה מעשה בגוף בקרקע באמת לא קנה בלא שטר באתרא דכתבי וע' בסמ"ע סי' קצ"ה ס"ק י"ז וכן מצאתי בתשובת רשמי שאלה סימן נ"ב באמצע התשובה שכ' בפשיטות שדעת הרמ"א ז"ל דק"ס לחוד אינו קונה במקום שכותבין שטר אחר כסף מדכ' בש"ע סי' קל"ב סט"ז דחזקה לחוד קונה בלא שטר וסיים הרמ"א ואפי' במקום שנהגו לכתוב שטר ומדלא סיים הרמ"א ג"כ הכי בסי' קל"ה ס"א גבי ק"ס דקונה בלא שטר דזהו אפילו במקום שכותבין ש"מ שדעתו דבאמת לא קנה בק"ס במקום שכותבין וכ' עוד שם ומכ"ש למנהג שלנו דנתפשט דכותבין שטר אחר כל קניני ק"ס מכירות קרקעות בודאי כ"ז שלא נכתב שטר לדידן שניהם יכולים לחזור מגוף המקח כמו בכסף במקום שכותבין כו' ע"ש עוד ועמ"ש לקמן ס"ז ס"ק ה':

ב **בכסף כיצד**. עבה"ט טד ה"ה הקונה במלוה אינו קנין מה"ט כו'. ובאמת לאו דברי הכל היא דדעת הרמב"ם פ"ז מה' מכירה הלכה ד' אינו כן אלא דגבי קנין מלוה דינו ככסף ממש והראב"ד שם השיג עליו ע"ש וע' בש"ע לקמן סי' ר"ד ס"י ובסמ"ע שם אך דעת רוב הפוסקים כהראב"ד שהוא היש חולקים שם. ומ"ש הבה"ט וכתב עוד שם מעשה בא לפני בראובן כו' עד ופסקתי דנקנה המקח בנתינת ממרנ"י וא"י לחזור כו' ובפנים בש"ך כ' עוד בזה מיהו אם היה נותן לו שט"ח על לוי בדמי הקרקע באופן שיוכל לחזור ולמחלו לא היה נקנה לו הקרקע כלל ואע"ג דבקידושין הוי קידושי ספק בכה"ג במקח לא נקנה וליכא ספיקא כו' ע"ש וע' בקצה"ח הביא בשם התוס' בב"ב קנ"ז ובב"מ ט"ז דבמכר קנה דדוקא באשה לא סמכה דעתה משום דכסיפא למיתבעיה לבעלה כשימחול אבל במוכר דלא כסיף למיתבעיה קנה והביאו ג"כ בנה"מ ע"ש. ונראה לכאורה דמה שפסק הש"ך דנקנה המקח בנתינת ממרנ"י זהו בגוונא שבא לפניו שראובן נתן לשמעון ממרנ"י שיש לו על לוי אבל בנותן ממרנ"י או שטר על עצמו אף דבחוב דידיה לא שייך חשש דלא סמכא דעתיה דילמא מחיל מ"מ לא מהני שהרי הש"ך למד זה מקידושין ובקידושין קיי"ל דאם נתן שטר על עצמו אינה מקודשת כמ"ש בא"ה סי' כ"ט ס"ו בהגה וע' בח"מ וב"ש שם. ובקצה"ח לקמן ס"ט האריך בדין זה (ובס' דברי משפט רמז לעיין בדין זה בתשובת ב"ח סי' קמ"ט ובסמ"ע סי' ר"ה סק"ה. הנה דברי תשובת הב"ח הובא קצת בקצה"ח שם אמנם דברי הסמ"ע דסי' ר"ה סק"ה לא ידעתי מה עניינו לכאן דשם

מיירי שקנה הקרקע בקנין אחר בשטר או בחזקה או בק"ס רק כיון דלא יהיב זוזי אלא שט"ח על המעות לא אמרינן אגב אונסא וזוזי גמר ומקנה) . ועיין בס' מחנה אפרים ה' קנין מעות סי' ה' האריך ג"כ בדין זה והביא שם מדברי ס' מקח וממכר לרב האי גאון שער י"ג בשם הגאון דמבואר דשט"ח דידיה קונה כמו הכסף ועדיף מכסף שקונס קנין גמור אפילו במטלטלים והיינו משום דלא שייך נשרפו חיטיך כיון דהמוכר לא קיבל הדמים וכמ"ש התוס' ב"מ דף מ"ו גבי ק"ס ומסיק המח"א שם דרש"י והריטב"א והר"ן ס"ל דשטר חשיב כנתינת כסף קונה במכר ולהרשב"א מספקא לזה בזה עש"ה. וע' בש"ך לעיל ס"ס ל"ט ס"ק מ"ט במה שהביא בשם המבי"ט במי שמכר צמר לחבירו בסך פלוני וכתב לו שטר על הסך ומת הלה שלקחו כו' דמבואר משם דנותן שטר על עצמו בקניית חפץ מחוייב המוכר לתת החפץ לא מדין קניית כסף רק מדין חיוב שנתחייב המוכר לתת החפץ במשיכת השטר ולדעת הש"ך עכ"פ מחוייב ליחן לו צמר איזה שיהיה עיין בקצה"ח ובנה"מ שם. ועיין בתשובת בית אפרים חח"מ סי' כ' שהאריך הרבה בענין זה והשיג שם על המח"א הנ"ל שלא כוון יפה בפי' דברי ר"ה גאון הנ"ל וגם חולק שם על הש"ך דסי' צ"ט הנ"ל דס"ל דמחוייב ליתן לו עכ"פ איזה צמר שיהיה דזה אינו דע"כ לא קאמר הרמב"ן רק לענין דמחוייב המלווה להלוות לו דכיון שזה קיבל עליו קנין ושעבד נכסיו להמלוה עבור סך מעות נתחייב לו עי"ז הסך הזה משא"כ בצמר וכה"ג שעשה עמו מקח למכור לו צמר בכך וכך מעות ולא עשה שום קנין בצמר רק שנתן לו שט"ח על המעות ובשטר לא נזכר צמר כלל רק שמשעבד נכסיו עבור סך במה יקנה זה הצמר וקנין אין כאן שטר אין כאן כו' ומסיק וכ' תבלא לדינא דקונה קרקע ונותן שטר על הדמים לדעת הרמב"ן אין זו נתינה כיון שהכסף לא יצא מרשותו ומה שלא מתחייב בדמים שהיה המוכר מחוייב ליתן בעד שטר זה לדעת הרמב"ן בזה א"י לקנות דאף אם יש לו מלוה ביד המוכר לא קנה כדאי' בסי' קצ"ט ואף שדעת קצת פוסקים דבמלוה הבאה מחמת מכר שפיר מצי לקנות. כאן לא הוי כמלוה הבאה מחמת מכר דשם הטעם כמ"ש הה"מ (הובא בסמ"ע שם סק"ד) דעשאו חז"ל כאילו המכר הראשון הוא בעין כו' וזה שייך דוקא במלוה הבאה מחמת מכר ממש שאנו דנין כאילו מחליף עתה המטלטלין עצמו שהמלוה הוא מחמתן משא"כ בזה דבאמת מעות אין כאן וגם מטלטלין מעולם לא היה כאן וא"כ חזרנו לומר דהוי כמחליף על השעבוד קרקעות שהמלוה בא מחמתן והרי כבר כתבתי ששעבוד הקרקע אין בו תורת חליפין כו' והאריך עוד בזה ומסיים ולעיקר הדין נ"ל דאם כותב בשטר השעבוד עבור המעות המגיע לו ורוצה שיקנה החריץ בתורת חליפין ודאי לא מהני כיון שבשטר כתוב שהשעבוד תמורת מעות ואיך יקנה החפץ

בתורת חליפין הרי אין זכרון לחפץ כלל וגם אם כותב בפירוש שמשעבד קרקעותיו עבור חפץ פלו' י"ל ג"כ דלא מהני דש"ק אינו נקנה בחליפין ואין נעשה חליפין ואם רוצה לקנות בתורת דמים במחלוקת שנייה בההוא דמנה אין כאן ולדברי הריטב"א לכאורה קנה עש"ה וכייצא בזה כתב ג"כ בתשובת משכנות יעקב חח"מ ס"ס י"ח ע"ש:

ג **ונתן לו כסף ש"פ קנה.** כ' בס' שער משפט יראה לי דאם גזל הכסף מאחר וקנה בה קרקע לא קנה כמו בקידושי אשה כו' מיהו נראה דיש חילוק אם המוכר מכיר שהמעות הוא גזל אזי אין הלוקח קונה בגזל דלאו מידי יהיב ליה כיון שאין המעות שלו וגם המוכר צריך להחזיר המעות לבעל המעות משא"כ אם המוכר לא ידע שהמעות הוא גזל כו' ע"ש:

ד **אבל במקום כו' לא קנה.** ובענין אם צריך החוזר לקבל מי שפרע עמ"ש בזה לקמן סי' ר"ד ס"א סקי"ב. ועיין במל"מ פ"א מה' מכירה שהביא דבתשובת מהריב"ל ח"א סוף כלל י"ג כתב דהיכא דנשבע לקיים המקח הוי כפריש וקנה בכסף לבד או בשטר דכיון דנשבע אי אמרינן דלא סמכא דעתיה בקנין זה נמצא דעביד איסורא משום הכי אמרינן דהו' כאילו פירש שדעתו לקנות באותו קנין לבד והוא ז"ל פלפל בדבריו ומסיים דמהריב"ל עצמו בח"ב בסוף הספר חזר בו מסברא זו ואית ליה דאפילו דאיכא שבועה לא חשיב כאילו פירש ע"ש ועיין בתשובת הרב מו"ה משה רוטנבורג חא"ח ס"ס י"א מ"ש בזה עש"ה:

ה **לא קנה.** עיין ברש"י קידושין כ"ו ע"א שכתב דכיון דרגילין בהכי לא סמכא דעתיה דלוקח כו' ועיין בת' רשמי שאלה סי' נ"ב שכ' דפשוט דגם המוכר יכול לחזור אפילו אינו מתרצה הלוקח לחזור וכן מוכח בש"ע סעיף שאח"ז שכתב ואין המוכר יכול לחזור בו מפני התנאי משמע להדיא הא בלא"ה גם המוכר היה יכול לחזור גם יש ראיה לזה מהא דסי' רכ"ז ס"ד כו' וכן ראיה מהא דעייל ונפיק אזוזי בסי' זה ס"י דהלוקח גם יוכל לחזור כו' דמוכח מכל זה דהיכי דלא נגמר המקח מצד א' גם השני יכול נחזור וכן מבואר להדיא בבה"ט סי' קצ"ה סק"ג כו' ואין להקשות מסי' רמ"ג ס"ח דהלוקח יכול לחזור בו לגמרי אבל המוכר א"י לחזור אלא משטר ולא משדה ואמאי לא נימא שם גם כן כיון דהלוקח יכול לחזור בו לגמרי גם המוכר יהא רשאי לחזור אפילו מגוף השדה דיש לחלק כו' עש"ה ע"ש עוד בעובדא בראובן שכר קרקע לשמעון בק"ס ועדיין לא נתן הכסף ולא נכתב השטר רק הסופר הרשים לעלמו איך ראובן מכר קרקע שנו לשמעון בק"ס וזמן נתינת המעות יהא כשתקבל אשת ראובן בק"ס באה"ב כנהוג וקודם נתינת המעות חזרה האשה ואינה רוצה לקבל קנין והלוקח אומר שהוא מרוצה לקנות עתה אף בלי ק"ס

שלה ולעמוד בספק שאם ימות הוא קודם או תחזור על קרקע זו אלא שראובן המוכר גם הוא רוצה לחזור עתה. והדיינים מהפכים בזכות הלוקח מהא דאיתא בסי' קצ"ה דק"ס קונה בלא כסף ובלא שטר. והרב השואל כתב דזה טעות מהא דאיתא במסכת קדושין דף כ"ו ובש"ע סי' ק"צ דבמקום שכותבין שטר לא קנה בכסף ופרש"י כיון דרגילין בהכי לא סמכא דעתיה לוקח כו' מוכח מזה דהולכין אחר דבר הרגיל ואף אם הלוקח יאמר עתה אני מרוצה לקנות בלי שטר מ"מ יכול המוכר לחזור קודם נתינת השטר וכ"כ הט"ז באה"ע סי' נ' אם כתבו ראשי פרקים אע"ג דלא אמרו ע"מ שיכתוב השטר הוי כאומר בפירוש משום דרגיל לכתוב תנאים אחר ר"פ ואם כן גם כאן הלא דבר הרגיל לקנום בק"ס באוה"ב וכך הוא קנה מתחלה ולא סמכא דעתיה רק שיהי' ק"ס ממנה כו'. והוא ז"ל השיב באריכות דהדין עם המוכר לבטל המקח וכדברי הרב השואל הנ"ל ומתחלה כתב לבאר דבריו במ"ש דלא סמכא דעתיה רק שיהי' ק"ס ממנה כו' דלכאורה תמיה כיון שהמוכר קנה הוא בק"ס תחלה והרי מבואר באה"ע סי' צ' סי"ז הבעל שמכר נכסיו ואח"כ כתבה כו' אע"פ שקנו מידה ה"ז טורפת כו' ונמצא דלא נ"מ כלל בקבלת ק"ס של האשה דנימא שיהא הלוקח יכול לחזור בו כאן משום קבלת ק"ס האשה. אמנם לק"מ דהא כתב הב"ש שם ס"ק ס"ג דאם אחריות קאי על שניהם היו יכולים לעשות קנין אעי' מן האיש תחלם כו' ולפ"ז לפי נוסח שטרות שלנו דכתיב להדיא קבלת אחריות מפורש על האשה כמבואר בנ"ש אם כן סגי לדידן קנין אפי' אן האיש תחלה וכמ"ש הב"ש וצ"ל הא דאין כותבין כנוסח שטרי דידן אשה והד"ב אינו אלא ע"צ היותר טוב ושופרי דשטרי (עמ"ש לקמן סי' קל"א ס"ג סק"ב) ואם כן שפיר קאמר הרב הנ"ל דלא סמכא דעתיה לקנות רק שיהי' ק"ס ממנו דהיינו עם קבלת אחריות של האשה כפי מנהג שטרות שלנו. וגם מה דפשיטא ליה להרב דהשואל דחזרת המוכר תליא בחזרת הלוקח דכיון שהלוקח יכול להשמט ממקחו ולחזור בו ממילא דגם המוכר יכול לחזור בו דינו אמת דכן מוכח בש"ע בי' (כמובא לעיל) . ושוב כתב דמ"מ לבו מהסס אם שייך בנ"ד לומר לא סמכא דעתו די"ל בק"ס בלי אוה"ב אין חשש אחריות הלוקח כל כך ברור לפנינו דהא איכא כמה ספיקי שמא תמות האשה קידם ושמא יהיה אז נשאר נכסים לגבות כתובתה אם כן יש לצדד ולומר דבנ"ד אפי' הלוקח גופיה צוח בפנינו לבעל מקחו ושם אוה"ב אפשר דלא משגחינן ביה ומכ"ש כשהלוקח מתרצה עתה בלי אוה"ב כנ"ד דיתכן לומר בזה דלא היה קפידא אצלו מאז כו' ומה שהסופר רשם לעצמו דזמן דנתינת המעות יהא כשתקבל האשה בק"ס לדעתי צריך לחקור בזה אם דברו כן המוכר והלוקח בדרך תנאי גמור שיהא צריך דוקא קבלת ק"ס ממנה דבקרקע הא בעינן דוקא כל משפטי תנאי כמבואר בש"ע

סי' ר"ז ס"א (ע"ש בנה"מ) אמנם לענ"ד בפשיטות יש לוחות דברי הדיינים הנ"ל דסוברים לקיים המקח מהא דאיתא בסי' קצ"ה דק"ס קונה בלא שטר דלע"ד נראה דלא אתמר דין זה אלא במקום שאין כותבין שטר אחר כסף אבל במקום שכותבין שטר אחר כסף לא עדיף ק"ס מקנין כסף דשניהם יכולים לחזור כ"ז שלא כתבו שטר וכ"נ דעת הרמ"א ז"ל כו' (כמובא לעיל ס"ח סק"א) ואם כן לדעתי אפי' היה כאן ק"ס באוה"ב רק שלא נכתב השטר עדיין שניהם יכולין לחזור מגוף המקח לדידן ודינו כמ"ש הב"ש בסי' נ' גבי ראשי פרקים כו' ע"כ נלע"ד לזכות המוכר בנ"ד לבטל המקח לגמרי. אמנם להלכה ולא למעשה קאמינא. עד שיסכים לזה רב מפורסם עכ"ד ע"ש:

ו **עד שיכתוב את השטר.** עיין בנה"מ לקמן סי' קצ"א ס"ב שכתב בשם תשובת מהרי"ט אה"ע סי' ס"ה דפשוט ליה מסברא דגם במוכר שדהו מפני רעתה הדין כן ולא דמי לשטר בלא כסף דמבואר בש"ע שם דמהני במוכר מפני רעתה דבשלמא בשטר בלא כסף דהטעם דלא מהני הוא משום דלא סמכא דעתיה דמוכר בלא קבלת דמים איכא למימר במוכר מפני רעתה גמר ומקני אבל בכסף בלא שטר במקום שכותבין שטר דהלוקח הוא דלא סמכא דעתיה א"כ במוכר מפני רעתה כ"ש דקפיד שהכסף אזדו מכליו ואפי' חספא לא יהבי לי' ע"ש ועיין בתשובת באר יצחק חא"ח סימן ז' שכתב דנראה להוכיח להיפך מתשו' הרשב"א סי' אלף רכ"ו שהובא בתשובת רב"צ אשכנזי סי' י"ח דמבואר שם דפשיטא ליה דגם במקוה שכותבין שטר קנה בכסף או בחליפין בלא שטר במוכר מפני רעתה ע"ש:

ז **אא"כ מכר מפני רעת ממכרו.** עיין בתשובת שבו"י ח"ב סי' קע"ח שכ' דכל מכירות יין הוי כמוכר רעתה והביא ראיה מפ' ערבי פסחים (פסחים דף קי"ג) דא"ל רב לאיבו בריה כל מילי זבין ואתחרט בר מחמרא כו' וגם הט"ז בסי' ע"ב ס"מ הביא ראיה מגמרא זו לענין דהוי שומר שכר על המשכון שלקח בדמי היין ע"ש:

ח **אפי' אם נתרצו.** כתב הסמ"ע פי' וצריכין קנין אחר בכסף או שטר דבכסף שנתן לו ראשונה לא הוה ביה קנין כו' וע' בספר בית מאיר לאה"ע סי' צ' ס"ז שכ' דמה שמבואר ברמ"א ובסמ"ע שאפי' עדיין מעות המכירה ביד המוכר לא מהני הריצוי זה ודאי צ"ע כו' אמנם בהתשב"ץ גופיה ח"א סי' י"ג מבואר המעשה שמיד החזיר המעות ולא היה כלל בידו בשעת הריצוי וכן הועתק בב"י ומש"ע שם דחילו היה המעות בידו בשעת הריצוי ח"צ לכסף חדש ולולא דמסתפינא היה נלע"ד שט"ס הוא בש"ע וצ"ל וכדי להבריח מכר קרקע ולא קבל המעות והסמ"ע באשר לא היה התשב"ץ לפניו דחק ליישב כו' עכ"ד ע"ש וע' בס' שער משפט מ"ש בזה:

סימן קצא

א **או על החרס**. עבה"ט עד ובחנם תמה עליו מו"ח ז"ל כו'. ועיין בזה בקצה"ח לעיל סי' מ"ב סק"א באורך ועי' בתשובת הרב מו"ה משה רוטנבורג חא"ח סי"א:

ב **שטרי דידן**. עיין בס' נ"ש נוסח שטר מכר הנהוג בינינו. וע' בתשובת בית אפרים חח"מ סי' ו' שכתב מימי תמהתי על נוסח שטר מכירה דידן שכותבין מכרנו אנחנו הזוג כו' דמה כח יפה במכירה זו והרי אין להאשה שום חלק ונחלה בגוף הקרקע רק שיש לה שעבוד כתובה והרי אפי' זבין מלוה לאו כלום הוא דקיי"ל מכאן ולהבא הוא גובה (כדאיתא בפסחים דף ל"ח) והא דאמרי' לקח מן האשה היינו שלקח ממנה תחלה זכותה ושעבוד' על הקרקע זו כמבואר ברמב"ם פ"ז מה' אישות ה' י"ז והביאו הב"י בחה"ע ס"ס צ' בבד"ה שם שכ' דהאי לקח מן האשה לא מכרה לו היא אלא לסילוק שעבודה קרי לקח מן האשה כו' והגם דמתוס' כתובות (דף צ"ה ע"א) מבואר דשייך גבה מכירה י"ל דזהו בנצ"ב כיון דעכ"פ מיוחד לה ואע"ג דמכירתה בנצ"ב לאו כלום הוא מ"מ כשנתרצה הבעל מהני אבל מה שנוהגין עכשיו לכתוב כן ככל שערי מכר אף אם הבעל מוכר קרקע שלו שלא הי' לה תפיסת יד מעולם ואין לה על זה רק שעבוד א"כ לשון זה שהיא מוכרת אין לו מובן כלל והאריך בזה ומסיק לישב ע"פ דברי הרמב"ם פ"י מה' מכירה שכתב וכן העבד שקנה או מכר כו' (כמ"ש בש"ע סי' רל"ה) וכן האשה שמכרה או נתנה בין בנכסי בעלה ובין בנצ"ב כו' ואם ירצה לקיים יקיים כו' ומבואר מדבריו דמהני מכירת האשה אפי' בנכסי הבעל ואפי' אינה נו"נ אלא אם הסכים הבעל אח"כ אפי' בדברים בעלמא מהני ולפ"ז א"ש נוסח שטרות שלנו דשייך לשון מכירה גם על האשה דכיון שלא ביטל הבעל אלא קיימו הרי מכירתה מכירה כו' עכ"ד (ועי' בנ"צ מ"ש בזה) וע"ש עוד בענין נוסח שטרות שלנו שמבואר בשטר המכר שהאיש והאשה קבלו עליהם אחריות שכותבין וכן אמרו לנו הזוג אחריות שטרא דנא כו' אי אתרמי שטרפי הקרקע מן הלוקח אי גובין לו מן האשה והביא שם דברי הב"ש באה"ע סי' צ"ג ס"ק פ"ג שכתב דלפי מה שנוהגין עכשיו שכותבין אחריות וגם קונין מן האשה והדר מבעל מזה מוכח דאחריות שכותבין בשטר לא קאי אלא על האיש ולא על האשה דאם אחריות קאי על שניהם היו יכולים לעשות קנין אפי' מן האיש תחלה (כמ"ש בש"ע שם דאם קבלה אחריות א"י לומר נ"ד עשיתי לבעלי) אלא הקנין שעשתה היא אינו אלא שהיא א"י לערער ואחריות דנפשה סילקה ולא שהיא מקבלת אחריות אא"כ דמפורש כן וכן פסק הט"ז עכ"ד הב"ש ולפ"ז בשטרי דידן שמבואר בפירוש אחריות על האשה כמו על האיש גם היא מחוייבת לפצות. א הט"ז שם מפקפק בזה לפי שאפשר שיכתוב בלא דעתה והוא רק שופרא

דשטרי כו' והוא ז"ל האריך בזה ומסיק דצ"ע גדול בדין זה ונראה שיש לחפש ולחקור אחר המנהג בזה כי לא שמענו להוציא מיד האשה לפצות הלוקח כו' ע"ש היטב:

סימן קצב

א **מכר או נתן**. עיין בס' מחנה אפרים ה' שכירות סימן י"ג שהביא בשם הרדב"ז ח"ד סימן קכ"ב במי שמכר ביתו לשוכר שהיה דר בה וכתב שאפי' א"ל לך חזק וקני כל שלא עשה השוכר בה דבר חדש שלא היה עושה בה תחלה אפי' אם נועל ופותח אין זו חזקה שכך היה עושה בר מתחלה והוא ז"ל כתב עליו ולע"ד אין נראה כן כו' ע"ש ועיין בנ"צ מ"ש בזה:

ב **כיון שנעל או גדר**. עיין בתשובת מהרשד"ם חח"מ סי' שע"ו שכתב על נדון דידיה יז"ל ועל הספק הג' אי מיקרי חזקה מה שפרע הקונה לחופרים גם זה פשיטא לי דהוי חזקה גמורה כי מה לי חפר הוא ומה לי חפרו הם בשבילו ואפי' שהעובד כוכבים לאו בר שליחות כלל לא מתורת שליחות אני אומר כו' ע"ש ועיין במחנה אפרים ה' מכירה סי' ט"ו שנסתפק בזה גבי קנין הגבהה במי שלקח מקח חבירו והגביה אותם הלוקח ע"י פועלים עובדי כוכבים כו' ואפילו בפועלים ישראלים איכא לספוקי כיון דאין הפועלים מכוונים לזכות ללוקח והוי כאותה שכתב הטור סי' ער"ה (ובש"ע שם סכ"א בהגה עסמ"ע שם ס"ק כ"ו) דאם היה בונה ע"י פועלים ה"ז לא קנה דאין הפועלים מכוונים לזכות לבעה"ב כו' ומצדד שם לכאן ולכאן ודעתו נוטה דלא קנה דאף דיד פועלים כיד בעה"ב מ"מ הוי כחצר המהלכת כו' עש"ה. ועיין בנה"מ לעיל ר"ס קפ"ח שחקר ג"כ בזה ומסיק שם לדינא דקנין הגבהה או משיכה או חזקה ושאר קנינים שנעשו ע"י פועלים עובדי כוכבים מהני כמו שעשה בעצמו אבל ע"י שלוחים עובדי כוכבים לא מהני וע"י פועלים מהני אם נתכוין בעצמו לקנות ע"י הקנין שעושין הפועלים אף שלא נתכוונו הפועלים (וכתב שם דהא דסי' ער"ה סכ"א שם מיירי דגם הוא לא נתכוין לזכות בעצים ע"י הגבהת הפועלים רק שא"ל סתם לבנות כו') אמנם כשהפועל קונה מטעם יד (כגון שלא הגביה הפועל כלל את החפץ רק שנטלו בידו והחזיקו סמוך לארץ) לא קנה הבעה"ב כיון דיד פועל הוי חצר המהלכת ומשיכת פועלים לא מהני רק כשמושכין לרשות בעה"ב אבל כשמושך לרשות עצמו או לסימטא לא מהני אם אינו בר שליחות ואם הוא בר שליחות זכה כו' ע"ש:

ג **לך חזק וקני**. עיין בספר מחנה אפרים ה' שכירות סי' י"ג שכתב דמדברי הרדב"ז סי' קכ"ב נראה דס"ל דשותף שוה לאינש דעלמא דשלא בפניו צריך שיאמר לו לך חזק וקני

אמנם בתוס' פ"ק דב"ב דף ג' ד"ה רב אשי כתבו דכשהקרקע היא של שניהם מועלת חזקה מדעתו שלא בפניו אפי' לא א"ל לך חזק וקני וכ"כ הרא"ש שם ע"ש. ולע"ד אין מזה סתירה לדעת הרדב"ז הנ"ל חדא הרמב"ן חולק על התוס' שם כמ"ש הב"י לעיל ר"ס קנ"ז ועוד דגם זו דמהני דוקא התם דאינו אלא בירור חלקים לבד וכמ"ש הסמ"ע שם סק"ו ומה"ט דעת הגמי"י הובא בש"ך שם דאפילו בהילוך לבד סגי משא"כ במוכר חלקו לשותף וצ"ע:

ד **שסילוק ההיזק**. עבה"ט עד ופי' הרשב"ם הא למה זה דומה למשיב אבידה כו'. ועיין בספר שער משפט שהביא בזה דברי חידושי הרמב"ן שכתב דלא מבעיא בנכסי חבירו שלא בפניו דהשבת אבידה עביד ומצוה דרמיא עליה הוא כו' אלא אפי' בפניו א"נ בנכסי הגר דליכא מצוה מ"מ זריזי דמזרז נפשיה דלא ליקרי ליה מפסיד ואין דרך הקנאה בכך כו' ע"ש:

ה **ויש חולקין כו'**. כתב בספר שער משפט ויראה הוא דהיינו דוקא בלא נתן דמים אבל בנתן דמים אף במקום שכותבין את השטר דלא קנה בדמים לחוד מ"מ בכה"ג מהני החזקה דאכילת פירות וכיוצא בזה כיון דחזינן דחזקה לחודא בלא כסף ובלא שטר קניא אף במקום שכותבין שטר כמ"ש בס"ס זה והטעם מבואר בהראשונים כיון שהדבר בא לרשותו סמכא דעתיה כו' ומסיים וזה נכון בסברא אלא שלא מצאתי גילוי לזה בדברי הקדמונים ע"ש:

סימן קצד

א **אינו קונה בחזקה**. עבה"ט ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סימן קל"ד שנשאל בענין ישראל מומר לעבודת כוכבים מה דינו לענין קנינים והאריך בזה ומסי' דמומר לעבודת כוכבים ישראל גמור הוא לענין זה וכמ"ש הש"ג ספ"ב דגיטין במתני' דהכל כשרים להביא הגט וכמו שהוכיח בספר אבן העוזר בא"ח סי' קפ"ט דמומר לעבודת כוכבים עושה שליח ונעש' שליח כישראל גמור (עמ"ש בפ"ת לאה"ע סימן קמ"א ס"ק ל"ב) אלא במ"ש שם דנקרא בן ברית לא צייתינין ליה כו' והגם דכי תמכרו ממכר לעמיתך כתב רחמנא כעמיתך דרשינן עם שאתך בתורה ומצות ומשמע ודאי דאין מומר לעבודת כוכבים בכלל זה כו' מ"מ י"ל היינו לענין דינא שצריך להקדים עמיתך לקנות ממנו כפירש"י בחומש כו' עמ"ש לעיל סימן קנ"ו ס"ו סק"ו) אבל במקום שאין טעם סברא רק גזה"כ לא נ"ל לחלק בינו לבין ישראל לענין קנינים ע"ש:

ב **קנס מיד**. עבה"ט ועיין בתשובת כנסת יחזקאל סי' צ"ג שכתב דנ"ל דאף הב"י ורמ"א שכתבו דמהני תנאי גם אינהו סברי דלא קנה כ"א לאחר שנכתב השטר דאז סמכא דעתיה וקונה למפרע מעת נתינת הכסף ואף שישראל אחר בא והחזיק ביני ביני ראשון קנה אמנם בנידון דידן (בעובדא דידיה שהיה הנקודה שיהודי הקונה בתים אינו רשאי לכתוב על שמו רק על שם עירון עי"כ) דלא נכתב שטרא לעולם ליתן ליד ישראל גם אינהו סברי דלא קנה הראשון ולא מקרי קרקע דישראל כו' ובר מן דין פשטא דמלתא דאמרו הב"י ורמ"א דמהני תנאי עם העו"כ אי בעינא בכספא לא אמרו נ"א שיש עדים שאמר כן והתנה עם העו"כ אבל בסתמא לא אמרינן כן כו' ע"ש:

ג **וי"א דאפי' החזיק כו'**. עיין בתשובת כנ"י סי' צ"ג שכתב על נדון דידיה הגם דאיכא בזה פלוגתא הרמב"ם עם הראב"ד והרשב"א והן השתי דעות בש"ע סי' קצ"ד ס"ב הנה הרמ"א הכריע כדעת הראב"ד והרשב"א דאפי' החזיק בה ראשון זכה אחרון. וקבלה בידינו במקום דרמ"א מכריע הכרעתו הכרעה אף להוציא ממון אמנם בנ"ד לא צרכינין כלל לזה דאף הרמב"ם דמבואר דדבריו דאם החזיק ראשון קודם להשני מעמידין אותה ביד הראשון היינו דוקא חזקה בגופה של קרקע כמו שהיו מחזיקין בנכסי גר דהיינו נעל או גדר כו' ובנ"ד ודאי נעל או גדר וכדומה לא עשה אביהם בעצמו רק ע"י פועלים ודאי אין כאן זכיה כי אין דעתם לזכות כמ"ש בסי' ער"ה (סכ"א בהג"ה ובסמ"ע שם ועיין בנה"מ לעיל סי' קפ"ח הבאתיו בסי' קצ"ב שכתב דשם מיירי דגם היא לא נתכוון לזכות כו' ע"ש) ואף להדיעה דשטיחת פירות והצעת כרים גם כן קנה הנה ידוע לן בדורות אלו אף אלו הדברים אין גדולי ישראל וקציניים עושים בידיהם כ"א ע"י משרתים כו' ובזה שקטה נפשי גם כן פן יאמרו הבנים אבינו זכה בתורת הפקר כפי התקנה שכתב הרא"ש כו' (הובא בסמ"ע סק"ח וכתב שם דגם הרשב"א מודה בזה) מלבד דיש לדחות דלא קאמר הרא"ש כ"א ביש עדים שקנה וזכה בתורת הפקר זולת זה לא אמרינן כן כו' גם זאת ידוע דבר שאינו מורגל לא אמרינן כ"א בדאית סהדי וכן הסכמת כל הפוסקים וכאן ודאי הוא דבר שאינו מורגל שנעשה מעשה בגוף הקרקע ע"י עצמו אלא ע"י פועלים או משרתים כו' עכ"ד ע"ש עוד:

ד **והשני מקרא רשע**. עבה"ט ועיין בתשובת אא"ז פמ"א ח"ב סימן נ"ט אודות שמעון שהיה לו חוב מ' זהו' אצל עובד כוכבים וכתב לו העובד כוכבים כתב באם שיתן לו השררה רשות למכור ביתו ליהודי אזי יהיה לשמעון קדימה וישלם חובו מביתו ואחר כך כשנתן לו רשות בא ראובן והחליף ביתו עם בית העובד כוכבים ומותר דמי שווי הבית נתן ביד העובד כוכבים וכ' לו שטר מכירה כנהוג בערכאותיהם ועתה תבע שמעון

לראובן לדין באשר לו קדימה בבית זה כפי שטרו מן העובד כוכבים וגם יש בידו להשתדל אצל השר שיכוף לעובד כוכבים שימכור לו הבית וראובן השיב שהוא לא ידע מזה שיש לו שטר כזה על העובד כוכבים וגם לא התרצה העובד כוכבים אלא בשביל בית יהודי ולולי זה לא היה מוכר. והשיב נראה ברור דהשני קנה ולא הראשון חדא כיון שלא פסק הראשון דמים וש"ס ערוך הוא בפ' השוכר את הפועל (עבודה זרה דף ע"ב) כו' ועוד דאפילו בפסק דמים שאמכור לך במנה מבואר בש"ס שם ובח"מ סי' ר"ו דאם מכרה יותר על מנה קנה השני דאמרינן זוזי אנסוה ובשביל המעות שהוסיף אם כן בנ"ד שהחליף העובד כוכבים על ביתו של שני אף על פי שאינו שוה אלא מנה יש לומר דהוי כמכרה ביותר דהא אמרי' דאין בחליפין אונאה מטעם דיש רוצה במחט יותר מבשריון במ"ש בסי' רכ"ז ס"כ וק"ו בבתים פשיטא דיש לומר אילו לא נתן לו הישראל בית אחר לא מכר הנכרי ביתו כלל בשום ממון דמה"ע אם החליף חצר בחצר אין בו דין בעל החצר כמ"ש בסימן קע"ה סכ"ד כו' ועוד דאפילו בלא תוספת דמים דקנה הראשון זהו באם המוכר ישראל אבל בנ"ד שהמוכר הוא עובד כוכבים אפילו היה הראשון פוסק דמים עבור הבית ונתן לו המעות כיון דלא כתב לו שטר מכירה קנה השני בנתינת המעות עם השטר כמבואר בסי' קנ"ד כו' אלא דשם בהרמב"ם צריך השני להחזיר לראשון את הדמים משום דס"ל דישראל הראשון נתכוון תחלה לזכות בתורת משכון עד שיחזור לו דמים אבל בנ"ד ברור דשני קנה וא"צ להחזיר לראשון אפילו חובו דכאן לא הלוה לו על בית זה רק היה חייב לו העובד כוכבים מתחלה והבטיח לו לשלם מדמי ביתו וישראל השני לא משתרשי ליה הני זוזי אם כן יתבע הראשון מהעובד כוכבים. וממילא דבנ"ד אפילו אם ידע השני משטרו של ראשון לא מקרי רשע דהא כתב הב"י הביאו הסמ"ע ס"ק י"ב דחדא באידך תניא כיון דצריך המחזי' ליתן מעות ללוקח נמצא דאינו כמציאה והפקר כו' ואם כן בנ"ד דאין צריך להחזיר לראשון מעותיו ממילא דהוי כמציאה וק"ו בנ"ד שלא היה שום פסיקא דלא מקרי רשע כמ"ש בסי' רל"ז ס"ח בהגה כו' והראשון הכא לבטל זכותו של שני ע"י השר מקרי מסור לאנס גמור ומצוה להשפיל לבעלי עול אם אינם רוצים לשמוע דברי חכמים עכ"ד ע"ש ועמ"ש לעיל סי' קע"ה סט"ז ס"ק כ"ו:

ה **אלא בקרקע**. עיין בתשובת ח"ס חח"מ סימן ס"ו דה"ה במטלטלין שעל הקרקע כמו בעובדא דהתם (הובא לעיל סי' ק"ו ס"א ס"ק א') שאחד קנה עצים מן שר א' והתנה עמו שישאר העלים מונחים ביער עד זמן ועידן וכ' שם דאילי היה קונה הקרקע שהעצים מונחים עליהם בקנין גמור אם נתן המעות להשר קודם שקבל שטר הקא טר"אקט לא היה קונה הישראל הקרקע כמ"ש בסי' קנ"ד ס"ג וממילא דגם המטלטלים היינו העצים

נעשו הפקר וכל הקודם זכה דהכא ל"ש טעם הסמ"ע במטלטלין משום שדרך הוא שהלוקח יקחם מיד לביתו דהכא כל קנינו היה ע"ד שישארו העצים שם ביער עד זמן ועידן ואם הקרקע שהעצים עליה מופקרת גם העצים מופקרים וכל הקודם זכה אך בנדון לא קנה הקרקע בק"ג רק בתורת שכירות לזמן והשר לא סילק ידו ורשות ממנה אין חרם יכול לזכות בהקרקע ההיא ונקנה לישראל בכסף ושטר כדינא (ר"ל אפילו לדעת הט"ז שחולק לעיל ס"א על הרמ"א בענין שכירות מן העובד כוכבים וס"ל דבעי גם כן בשכירות כסף ושטר) וממילא עדיפא הני מטלטלים אפי' משארי מטלטלים דאמרי' הואיל ודרך ליקחם לביתו סמכא דעתיה מכ"ש הכא שכבר הם בביתו של ישראל שהרי מקומו מושכר לו דקנה הישראל להעצים בלי פקפוק ע"ש:

סימן קצה

א **ולא כתב שטר**. עמ"ש לעיל סי' ק"צ ס"א סק"א ושם ס"ז סק"ה:

ב **אלא בכל**. עבה"ט עד וכ' מהרא"י דאם לא כתוב כן אין מוציאין כו' הנה אף שהסמ"ע כ' כן בפשיטות מכל מקום לע"ד אין כן הלכה כי בד"מ אות ט' כ' עליו ונראה דעכשיו שנהגו לכתוב קנין סודר הוי כמו שכתב דכשר למקניא ע"כ. גם הב"י בבדק הבית ס"ס זה כ' על דברי מהרא"י הנ"ל ואין דבריו נראה לי דמסתמא אמרי' שקנה במנא דכשר ומה שנוהגים ככתוב בשטרות אינו אלא לרווחא דמלתא עכ"ל ועיין לעיל סימן מ"ב ס"ה בסמ"ע ס"ק ט"ז שכ' גם כן בשם מהרא"י כמ"ש כאן בשמו דאם לא כתוב במנא דכל"ב יש לחוש שקנה בקנין אחר כו' ובט"ז שם חולק עליו ופסק דהשטר כשר דסתם קנו מיניה היינו ק"ס והביא שם ג"כ דברי בד"ה הנ"ל והגאון ח"צ ז"ל שם בהגהותיו כ' דודאי גם מהרא"י מודה לזה אלא דעובדא דידיה היה ענין דלא מועיל קנין חליפין כגון מטבע כו' ע"ש והסכימו לזה בתומים ובנה"מ שם דאע"ג דכתוב וקנו מיניה לבד ולא נזכר במלא דכל"ב מ"מ אמרי' סתמא בחליפין נעשה כדרך רוב קנינים ולכך במוקום דמהני ק"ס הקנין טוב וכשר אבל אם הוא דבר שאינו נקנה בקנין סידור כגון מטבע לא אמרינן שהיה בקנין המועיל כגת משיכה או אג"ק וכיוצא אלא תלינן שהיה בק"ס ווופסול ע"ש ומהתימה על הנתיבות דבסי' מ"ב שם פסק כדעת הט"ז הנ"ל וכאן העתיק בסתם דברי הסמ"ע הנ"ל גם למה לא זכר כלל דברי הד"מ ובד"ה הנ"ל וצ"ע:

ג **שהוא שיעור ג' אצבעות**. עבה"ט שכ' ר"ל ג"א על ג"א. דאז שם כלי בגד עליו לענין טומאה וכ"כ רש"י כו' ועיין בתשובת באר יצחק סי' ה' שנשאל מהרב הגאון מו"ה אייזה ז"ל משאוויל דהא קי"ל דדוקא בצמר ופשתן סגי שלש על שלש אבל שארי מינין בעי

שלש על שלשה טפחים (כדאי' בשבת דף קכ"ו ע"כ) אם כן אם הסידר הוא משארי מינין ליבעי שלשה טפחים והרב הגאון המחבר נ"י השיב דבאמת מבואר בתוס' ב"ב קע"ג ע"ב סוד"ה אסורי מחסרא שכתבו דאין חילוק בין עור לשק בדאמרי' בב"מ כיון דנקט שלש על שלש כו' וכ"כ תוס' בפסקי תוס' שם ובהג"א שם והטעם י"ל בכמה אנפי חדא דאף דבשארי בגדים לא אתרבי שלש על שלש לטומאה מ"מ כיון דבצו"פ נתרבה לטומאה והיינו משום דחזי לעניים כמ"ש הברטנורא פכ"ז דכלים מ"ב א"כ שם כלי עליו לעולם ולכן מועיל בחליפין ורש"י בב"מ שכ' דאשכחן גבי טומאה כוונתו על שיעור הפחות דבציר מג"א לאו שם כלי הוא בשום מקום כו' ועוד י"ל ע"פ הגמ' בזבחים נ"ד ע"א אמר אביי מטלית פחותה משלשה (כ"ה גירסת הרמב"ם) איכא בינייהו מאן דאמר ראוי הא נמי ראוי כדאי בעי חשיב עליה כו' ועוד ע"פ הגע' שם צ"ה ע"א בהא דמשני אגב אביהן חשיבי פרש"י כשהוא מחיבר בבגד חשוב שלש על שלש דידיה והאריך בזה בחריפות ובקיאות עש"ה:

ד **מעכשיו**. עבה"ט עד וכ' הש"ך דדבריהם תמוהין דהא האי ע"מ הקונה קא"ל כו' וע' בקצה"ח שכ' עליו שותא דמרן לא ידענא דמה לי הקונה אמר או המקנה כו' וגם במה דסיים הש"ך וגם דעת התוס' בקידושין כן לשמואל דקיי"ל כוותיה ממה עליו הקצה"ח שדעת הפוסקים נראה דקיי"ל כר' יוחנן דאמר שיורא כו' ע"ש וכן בט"ז לקמן סימן קצ"ז ס"ז כתב דזה פשיטא דלא הוה הלכתא כשמואל וכ' שם דהפוסקים באה"ע סי' מ' פליגי אי הלכתא כרב או כר' יוחנן אבל כשמואל כ"ע ס"ל דלא קיי"ל כוותיה בזה ע"ש וע' בס' דגמ"ר שתמה ג"כ על הש"ך בזה במ"ש דקיי"ל כשמואל דז"א דכשמואל ודאי לא קיי"ל כו' אך לדינא מסכים עם הש"ך דמעכשיו לחוד סגי וכ' שדברי הסמ"ע תמוהים לדינא כיון דקיי"ל בסי' רנ"ח כר' יוסי דזמנו של שטר מוכיח אף שכ' לאח"מ קונה וא"כ אטו עדיף זמנו של שטר מהיכא דכ' בהדיא מעכשיו ולכן נראה דע"כ לא פליגי רב ור"י ושמואל אלא בגט וקדושין וכה"ג דלא שייך לומר קרן מהיום ופירי לאחר זמן אבל בדבר דשייך גוף ופירי כ"ע מודים דאמרי' הגוף תיכף ופירי לאחר זמן כמבואר בב"ב קל"ו ע"א ודברי התוס' במס' קידושין מיירי ג"כ במה דלא שייך קרן ופירי כמו קידושין ושידוכים כמבואר שם בתוס' בהדיא אם כן לדינא מהני מעכשיו לחוד במה דשייך קרן ופירי ודלא כסמ"ע וכן הט"ז השיג על הסמ"ע לדינא ובלי ספק שהדין פשוט דמעכשיו מועיל כו' עכ"ד ע"ש וע' בזה בנה"מ לקמן סי' קצ"ז וגם בקצה"ח שם ובסי' רנ"ח באורך:

ה **בשאר דרכי הקניה**. עבה"ט וע' בתשובת חוט השני סי' ד' שכ' דהתוקע כפו כדי לקיים המקח (במקום שנהגו התגרים לקנות בו כדלקמן סי' ר"א ס"ב) יכול לחזור בו כל

זמן שעסוקין באותו ענין דלא עדיף מקנין הן לטעם של הרא"ש והן למ"ש הגמי"י כו' וכן נ"ל הלכה למעשה ע"ש וכן מבואר בסמ"ע אלא דלח ברירא ליה כ"כ ומסיק בצ"ע אמנם בעט"צ ובנה"מ כתבו כן בפשיטות ע"ש:

ו **לחזור בו אחר כ"ד.** עי' בתשובת ושב הכהן סי' י"ט דמה שמבואר כאן דתוך כדי דבור יכול לחזור בכל הקנינים אין זה מוסכם כי מדברי הרמב"ם פט"ו מה' קרבנות דין א' מוכח דבמסירה וכיוצא בו א"י לחזור אפילו תכ"ד מדפסק שא"י לחזור בהקדש תכ"ד אם הוציא בשפתיו וע"כ הטעם משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דאי הטעם משום חומרא דהקדש היה הדין דאפילו חישב בלב נמי א"י לחזור וכ"כ להדיא התוס' במנחות דף פ"א ע"ב דמש"ה א"י לחזור בהקדש אפילו תכ"ד דמשום דאמירתו לגבוה הוה כמסירה להדיוט (ע' בש"ך לקמן סי' רצ"ה סק"ה) וא"כ פשיטא במסירה להדיוט א"י לחזור אפי' תכ"ד וה"ה במשיכה או הגבהה ולפ"ז אפשר קצת לומר דגם מדברי הרא"ש בב"ב אין מוכח להדיא דס"ל שיכול לחזור תכ"ד במשיכה ומסירה דמ"ש שם אין בהם חזרה לאחר כ"ד היינו דאחר כ"ד בכל הקנינים חוץ מק"ס א"י לחזור אע"פ שעסוקים בא"ע אבל תכ"ד יש מהן שיכול לחזור כגון כסף ושטר וחזקה אבל במשיכה או מסירה או הגבהה אפילו תכ"ד א"י לחזור כו' והאריך בזה ומסיים דדין זה צע"ג ועמ"ש בפ"ת לא"ה סי' כ"ז סוף ס"ק י"ב:

ז **לאחר כדי דבור.** עמ"ש בפ"ת לחה"ע סי' ל"ח סק"ה בשם ס' בית מאיר דבתוך כדי דבור כמו שיכול לחזור בו ה"ה וכ"ש דיכול להפיל בו תנאי ודלא כהב"ש בשם הט"ז שם ע"ש. וע' בתשובת שלמה חח"מ סי' י"א שכ' דלכאורה אינו מובן דע"כ אמר מתחלה הריני נותן לך זה במתנה וא"כ כשאמר אח"כ תכ"ד על תנאי כך והיינו אם יהיה כך לא יהיה מתנה ואם לאו יהיה מתנה איך מהני והוי תנאי הא הוי מעשה קודם לתנאי דהתנאי בטל (לדעת רוב הפוסקים דס"ל דגם באמירה צריך להקדים התנאי) וכ' לתרץ דעיקר הקפידא בתנאי קודם למעש' הוא רק באמירת התנאי דכיון שאומר התנאי בהקדמת המעש' דהיינו יהי' מתנה או גט אם יהי' גט חזינן דמקפיד על המעשה שיתקיים וע"כ צריך להקדים בלשונו התנאי אבל אם בלשון התנאי מקדים התנאי שאומר אם יהיה כך יהא מתנה כו' אע"ג שאמר תחלה הריני נותן לך לית לן בה דממ"נ הן אם התנאי מפרש דבריו הראשונים או שנידון משום חזקה כיון דבלשון התנאי דקדק כראוי להקדים התנאי למעשה כו' והאריך בזה עי' שם וע' מה שכתבתי בזה בביאורי לסדר גיטין בסג"ר אות רל"ג:

סימן קצח

א **אבל חכמים תקנו**. עבה"ט שכ' דאעפ"כ אם קידש המוכר אשה במעות כו' ועמ"ש בזה בפ"ת לאה"ע סי' כ"ח סק"א ועיין בחידושי רע"ק איגר למס' ב"מ דף מ"ח בד"ה קאי באבל כו' מענין זה. וע' בדגמ"ר שכ' דלפי דברי הסמ"ע דלחומרא לא עקרו כו' א"כ אם קנה במשיכה לחוד וקידש בו אשה ובא אחר וקידשה נימא שצריכה גט משניהם דלא עקרו חכמים בתקנתן דין תורה שהוא לחומרא דמשיכה לא קניא וע' באה"ע סי' כ"ח ובב"ש סק"ג וסק"ו אך בתשו' הארכתי בביאור דבר זה שאין הדבר כן ואם קנה במשיכה יכול לקדש בו אשה מן התירה עכ"ד ועמ"ש לקמן סי' רל"ה ס"ז ס"ק ד':

ב **או במשיכה דבר שאין דרכו להגביה**. כ' בס' שער משפט מסתימת הפוסקים משמע דאף שכבר נתן לו כל המעות מ"מ אינה קונה במשיכה דבר שדרכו בהגבהה יותר משמע כן בהרמב"ם פ"ג מה' מכירה דין ד' כו' ע"ש:

ג **ולא יציל**. עבה"ט בשם סמ"ע מ"ש וי"ל דכל זמן שלא קיבל המוכר כו' עד ומה"ט נמי בסטומתא קני כמ"ש בסי' ר"א ולא משו כו' וכה"ג כ' הסמ"ע בסי' ר"א סק"ד הובא בבה"ט שם סק"ג שכ' דלא חשו לכך כ"א במקום שכבר קילל המוכר כל דמי המכר כו' ע"ש ועיין בס' נה"מ שכ' דנראה דבק"ס ובסטומתא אפילו נתן המעות ג"כ קונה כיון דמן הסתם אינו נותן המעות לא פלוג רבנן. ובמעות לחוד אפילו לא נתן רק מקצת מעות דלא שייך לומר נשרפו חטיך מ"מ לא קנה רק למי שפרע כיון דעקרו קנין מעות לגמרי עקרוהו וראיה מחולין דף פ"ג (ובש"ע לקמן סי' קצ"ט ס"ג) בנתן דינר על הבהמה דאינו קונה רק בד' פרקים ולא בשאר ימות השנה (יעוד ראיה לענ"ד מדברי הרמב"ם והש"ע לקמן סעיף ט"ו הנותן דמי המטלטלים או מקצתן וחזר בו כו') עכ"ד ומדברי הסמ"ע קצת לא משמע כן אך לדינא העיקר כנה"מ וכ"כ בתשובת רבינו עקיבא איגר צ"ל סי' קל"ד וז"ל מ"ש הסמ"ע בסי' ר"א דלא חיישי' לכך אלא במקום שכבר קיבל כל המעות כו' משמע דבלא קיבל כל המעות מעות קונות לענ"ד אינו כן דקנין מעות בכ"מ לא מהני כיון דבקנין מעות הדרך ליתן כל המעות לא חלקו בזה רק בק"ס דאין דרך ליתן המעות מש"ה אף בנתן המעות (ר"ל כל המעות) כבר קנה עכ"ל. גם בתשובת חתם סופר חח"מ סי' צ"ט הוציא מדברי סמ"ע הנ"ל דס"ל דבנתן כל המעות אפי' ק"ס וסטומתא לא מהני ושכן מבואר מדבריו בדרישה סי' ר"א והאריך לחלוק על זה וכ' דק"ס וכן הסטומתא הוה כקינה בהגבהה דלא נזכר בשום מקום חילוק בין דיהיב זוזי או לא והטעם כיון דחכמים תיקנו לו דבהגבהה קנה ובטוח במקחו בלי זוזי אם הלוקח ניתן זוז למוכר איהו דאפסיד אנפשיה ומה לכם לחכמים בזה כו' וח"כ ה"ה בסטומתא שקונה ע"פ המנהג שהוא

כקנין מן הדין כו' ועכ"פ להב"י והרמ"א סוף סעיף זה דאם התנו להדיא דמעות יקנו קנה פשוט דגם הכא קנה בסטומתא אע"ג דיהיב כולי זוזי ואף להש"ך סק"י דפליג ז"ל דהיינו בהתנה לקנות במעות דה"ל כמתנה לקנות במה שאין בו קנין אבל בקונה בסטומתא מודה הש"ך ומשמעות הסמ"ע צ"ע. ושוב כ' דזה תליא בשני תירוצי תוס' בעירובין ס"פ חלון שהביאם הסמ"ע ובה"ט סס"ק זה אהא דעקרו קנין מעות נגמרי ולא תקנו שלא יקנה עד דליכא תרווייהו כו' ולתירץ ר"י עכצ"ל כסברא הנ"ל דחכמים דעביד מידי דלא שכיח ומיהו להריב"ן לא אמרי הכי והסמ"ע חשש לדברי ריב"ן וא"כ להוציא מהמוחזק (כמו בנדון ותיקנו שיקנה במשיכה ולא יצטרך ליתן מעות ואי עבר לוקח ויהיב זוזי טרם שמשך איהו דאפסיד אנפשיה ומה לנו ולו השאלה שם שנשרף המקח בבית המוכר באונס והלוקח תבע מעותיו) קשה למיעבד נגד דעת ר"י שבתוס' שם עכ"ד ע"ש עוד שכ' דלפי משמעות הסמ"ע שאם נתן כל המעות אין קנין בסטומתא לכאורה י"ל אף שהיה הגבהה מתחלה (כמו בנדון השאלה שם) אף דהגבהה ודאי קינה ואין מפסיד מה שנתן כל מעותיו מ"מ כיון ששוב חתם ועשה רושם על החבית גלי דעתיה דברושמא ניחא ליה דליקני ובהגבהה לא ניחא ליה דליקני וכדאמרי' פ"ק דב"מ כיון דנפל לו עליה גלי דעתיה כו' (עמש"ל סי' רס"ח ס"א) ונמצא לא קנה בהגבהה רק בסטומתא דלא מהני לפ"ד הסמ"ע בנתן כל המעות אך באמת ז"א נפמ"ש נ"י שם דדוקא בקנין ד' אמות דהוא קנין דרבנן כו' ואף דשיטת רש"י ר"פ הכותב משמע אפי' בדאורייתא יכול אדם לומר אי אפשי בהאי הקנתא עכ"פ א"א להיציא מיד המוחזק ע"ש וצ"ע:

ד **לפיכך אם היה ביתו כו'**. עש"ך סק"ה מה שפי' בדעת הרמב"ם דלא כהמ"מ ועיין בתשובת רע"ק איגר זצ"ל סי' קל"ג שתמה עליו דדבריו סותרים ממ"ש הוא עצמו לקמן סי' שי"ג דלפמ"ש שם בדעת רמב"ם דבכל ענין הוי חצירו של משכיר א"כ קשה על פירושו כאן בהרמב"ם דהא בלא"ה יקנה מטעם חצירו וסיים ויש ליישב:

ה **קנה המטלטלים**. עבה"ט שכ' והיינו דוקא כשהשכיר לו מתחלה התנר כו' ועמ"ש לקמן סי' ר"ב ס"ב סק"ב מזה:

ו **נקנו במעות**. עבה"ט דהש"ך חולק ומשום דלא נתני חכמים דבריהם לשיעורין. ומה"ט נרא' פשוט דאפי' לפי מה שנהגו עכשיו באלו המדינות שיש חבורת סוחרים שמשלמים למי שאירע לו דליקה בסחורתו באם שילם להחבורה הנ"ל פריצענט הנהוג וזה מכר הסחורה שכבר נרשם בחבורת הסוחרים הנ"ל הנקרא סאראנס הף דבזה ל"ש כלל החשש שמא תפול דליקה והמוכר יתמהמה ולא יציל דאדרבה טובה היא לגביה שישלמו לו בשליחות כפי מה ששם הסחורה בעצמו מ"מ גם בכה"ג לא נקנה במעות

משום דלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורין ועוד י"ל דגם בכה"ג ששייך תקנת מכמים כדי שלא יגיע הפסד לאנשי החבורה (ולפי טעם זה אפשר דלא מהני בכה"ג אפי' אם התנה הלוקח דמעות יקנו ע' שס"ק שאחר זה):

ז **אם התנו בהדיא**. עבה"ט דהש"ך כתב דדון זה לא נ"ל כו' וע' בס' נה"מ שהביא דברי הב"ח שכ' דשאני הכא כיון שלא עקרו חכמים קנין הייעות רק משום טובת הלוקח יכול להתנות ולומר לא ניחא לי' בתקנתא דרבנן שהוא לטובתי ע"ש ומשמע שכן הוא גם דעת הרב בעל נה"מ וכן הסכים בס' שער משפט ע"ש גם בס' קצה"ח כתב דנראין דברי הב"י והרמ"א מהא דאמרי' רפ"ב דבכורות מיתיבי הלוקח גרוטאות כו' הבמ"ע שקיבל עליו לדון בדיני ישראל כו' דמוכח מזה דכל מידי דהוי קנין בשום מקום מהני ליה תנאה וה"ה בקנין כסף לדידן כו' ע"ש:

ח **דשכירות המטלטלים כו'**. ע' בחידושי הגאון רע"ק איגר זצ"ל סוף מס' ב"מ שתמה על זה והניח בצע"ג ובסוף כתב וז"ל גם בנ"י כ' השואל בסוגיא דכשם שתיקנו משיכה בשומרים כתב בשם הרשב"א דגבי שכירות מטלטלים ג"כ אין מעות קונות וסיים וכן דעת האחרונים ז"ל ע"ש והיבא בב"י ס"ס זה (צ"ל ש"ז) עכ"ל ועיין בס' מראות הצובאות בסוף הליקוטים שתמה ג"כ בזה אדברי הנ"י דפ' השואל הנ"ל והוסיף עוד וכ' וז"ל וכן יראה להדיא מפרש"י והנ"י פ' מרובה (בבא קמא דף ע"ט) ריש ע"ב וא"כ לכל הפחות להוי ספיקא דדינא ולא ראיתי לשום אחד מהאחרונים שהתעורר בזה ולפע"ד היא תמוה קיימת והרציתי הדבר לפני רבנים גדולים והסכימו לדברי עכ"ל (וע' בשטה מקובצת ב"מ צ"ט ע"ב בד"ה שכירות שכ' דמדברי רש"י שם נראה שאין שכירות נקנה בכסף ותימהני לר"י דאמר ד"ת מעות קונות ויוה טעם כו' ואיכא למימר דהואיל ותיקון רבנן במכירה לא פלוג בשכירות דהוא נמי מכירה ליומיה כי' והאי תיריצא לא ניחא לי כו' ע"ש ועייו בתשובת בית אפרים חח"מ סי' כ"א) גם בס' שער משפט האריך לתמוה בזה על הפ"ע כאן וכ' בסוף ומעתה תימה על המחבר איך סתם כדברי הנ"י דפ' הזהב אף להוציא מן המשכיר בדבר שרש"י ותוס' והרשב"א והסכמת האחרונים (שהביא נ"י דפ' השואל הנ"ל) הוא להיפך וכ"ה דעת בעל העיטור באות ש' שכירות דשכירות מטלטלין אינו נקנה בכסף ובעי משיכה דוקא וליישב פסק המחבר נ"ל ע"פ מ"ש הה"מ פ"ד מה' גזלה כו' ולפ"ז ה"נ כיין דד"ת מעות קונות אלא שחז"ל תקנו דליבעי משיכה וא"כ כיון דאיכא ספיקא דפלוגתא דרבוותא אי תקנת חז"ל היתה ג"כ בשכירות מטלטלין מוקמינן לה אדינא דאורייתא דמעות קונות ומוציאין מיד המשכיר דלא אתי ספק תקנה ומוציא מידי ודאי דאורייתא כו' ע"ש עוד יעיין בתשובת נאות דשא סי' ל"א (הובא קצת לעיל

סי' י"ח ע"א סק"ח) שכ שם בפשיטות דגבי תקנות של חכמי התלמוד לא אמרינן כן לפי שתקנות של חכמי התלמוד דין תורה נקרא וכל מה שהוא ספק בתקנתם הו"ל כמו ספק בדין דהממע"ה ושכ"כ בתשו' פרח מ"א ח"א סי' י"א אולם לא זכר שם מדברי הה"מ הנ"ל וצ"ע:

ט **כבר גילה בדעתו.** עיין בתשו' משכנות יעקב ס"ס נ"א שתמה על הרמ"א ז"ל דכאן סתם ולא כ' כלום ואילו בסי' רס"ח ס"א בדין קניית מציאה הביא דעת החולקים הסוברים דאף שגילה דעתו דבנפילה ניחא ליה דליקני ולא בד' אמות אפ"ה קנה וזה שלא נדעת כרשב"א והניח בצע"ג ע"ש ותימה שלא זכר דברי המל"מ פ"ב מה' זכיה דין ט' דמבואר בדבריו ושוב לזה בטוב טעם כי יש לחלק דשאני התם דבשעה שיש לו ד' אמות באותה שעה כוון לקנות ואע"ג דאין דעתו לקנות בד"א מ"מ הרי כוון לקנות באותה שעה משא"כ הכא בשעה שנמסר לידו לא היה דעתו לקנות אלא במשיכה ועדיין לא חשד שחשיכה צריך להיות מר"ה לסימטא ע"ש (במה שרמז לעיין בדברי ה"ה פ"ג מה' מכירה דין ג' בשם הרשב"א ז"ל) ועמ"ש לקמן סי' רס"ח ס"א סק"א:

י **מאחר שמשכו כולו.** עיין בתשו' יעקב סי' נ"א:

סימן קצט

א **מטלטלין אחרים למכור.** עיין בתשובת שבו"י ח"ג סי' ק"ע שכ' דה"ה וכ"ש אותן מטלטלין עצמן שזהו אינו מצוי כלל שימכור ואח"כ יחזור ויקנה אותן כלים עצמן רק שדברו הפוסקים בהווה יותר ותו דלא נוכל לפרש כן לשון הש"ס יש דמים שהן כחליפין דלא שייך אלא בחפץ אחר ידין זה נלמד מכח כ"ש כו' והחולק בזה הוא מן המתמיהין עכ"ד ע"ש. ולכאורה מדברי הה"מ שהביא הסמ"ע שכ' לפי דרואין כו' לא משמע כן ע' בס"ק שאח"ז וגם בנ"צ בד"ה רבל וצ"ע:

ב **ונתרצו שניהם לא קנה.** עסמ"ע סק"ה שכ' ע"ל סי' ר"ד ס"י דהמחבר ס"ל דהחוב הבא מחמת הלוחה דינו כאילו המעות היו בעין ביד הלוקח כו' עד והוא דעת הרמב"ם. ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סי' ק"ע שכ' דלכאורה משמע דס"ל להרמב"ם מלוה הוה ככסף ממש וקונה מה"ת קנין גמור כמו כסף ואך מדרבנן אינו קונה שלא יאמר נשרפו כו' ולפ"ז באותן שקונים בכסף קנין גמור כגון בד' פרקים כבסעי' שאח"ז גם במלוה קונה קנין גמור אך מדברי ה"ה רפ"ה דמכירה (שבביא הסמ"ע בס"ק הקודם) לא משמע כן דכ' דמש"ה קונה ק"ג בבא מחמת מכר אע"פ שאין כאן במה לקנות מ"מ רואין כאילו החליף הפרה בשור ולא דמיהן שאינם בעין ומש"ה קונה ק"ג ורק דה"ל למגזר שלא יאמר

נשרפו כו' ע"כ אמרו בש"ס דלא שכיחא ולא גזרו ביה רבנן משמע דס"ל דאי לאו דהוה כמחליף מטולטלים זה בזה לא היה המלוה קונה ק"ג דאיננו ככסף וצ"ל הא דקונה למי שפרע אפי' לא בא מחמת מכר כמבוא' פ"ז ממכירה היינו דקנין מלוה עדיף מדברים וגרוע מכסף ועיקר דינו שמוסרים אותו למי שפרע ולפ"ז הקונה במלוה גם בד' פרקים אינו קונה ק"ג רק למי שפרע עכ"ד ע"ש. ולע"ד דבריו צ"ע עיין בנ"צ מ"ש בזה:

ג **דמים להקדש**. עבה"ט מ"ש וה"ה איפכא אם נתן הגבאי כו'. ועיין בתשובת משכנות יעקב סי' מ"ז מ"ש בזה:

סימן ר

א **וכ"נ להורות**. עבה"ט ועין בתשובת חתם סופר חח"מ סי' ס"ו מ"ש בזה:

ב **בעלמא קנאו**. עבה"ט עד ולי נראה דוקא שיאמר זכה כו' ועיין בס' מחנה אפרים הל' קנין מעות סי' ו' ובתשובת בית אפרים חח"מ סימן כ' מ"ש בזה:

ג **כפי מה שישמוהו ג' קנה**. עבה"ט וע"ש לעיל סי' י"ב ס"ז ס"ק ט' בענין אם צריך לפרט דוקא מי יהיו השמאים עי' שם:

ד **קנה**. עיין בספר כתונת פסים מהגאון מהרי"מ ז"ל מבריסק ספ"ה דב"ב שכ' וז"ל הנה עובדא בא לידי באחד שמכר כ' שורים כל שור ושור במקח קצוב ומשך קצת מהשורים ואח"כ רצה המוכר לחזור ואמרתי דיכול המוכר לחזור אף דקצב לו כל שור במקח קצוב ודמיא להיכא דא"ל כור בל' סאה בסלע דראשון ראשון קנה יש לומר כיון דכל שור ושור אינם שוים דיש שור טוב ויש שור גרוע ומה שנתן מקח קצוב עבור כל שור היינו משום שחשב בדעתו סך הכולל כי כך וכך שוים השורים בכולל א"כ כל השורים ביחד הכל מכירה אחת ונהי דאמר כל שור בסך קצוב מ"מ חשבינן הכל כמכירה אחת כיון דאין אחד דומה לחבירו ומה שנתן דבר קצוב עבור כל שור ושור היינו בכולל חשבינן הכל מכירה אחת ויכול המוכר לחזור כך מסתברא ועדיין צ"ע עכ"ל:

ה **וי"א דלא קנה כו' ולכן אם לא נתן המעות כו'**. עיין בתשובת רבינו עקיבא איגר סי' ל"ז שכ' מלשון זה משמע דבנתן לו מעות א"י לחזור הלוקח כיון דהמוכר מוחזק יכול לומר קים לי דתפיס לשון אחרון אבל בכור בל' לחוד משמע אף בהקדים לו מעות יכול לחזור והיינו כדעת הטור ולא כהרשב"א שהובא בב"י וכמ"ש בד"מ אות ד' כו' אמנם יש לדחות די"ל דהרמ"א מספקא ליה ומלתא דפסיקא נקט כו' ע"ש עוד וע' בנה"מ ובס' שטר משפט מדין זה:

ו **אבל אם מדד הלוקח** עיין בתשובת ח"ס חח"מ סי' צ"ט בד"ה ובר מן דין עש"ה וע' בנה"מ:

ז **ויש חולקין כו'**. הוא דעת הטור וע' בט"ז שהקשה ממ"ש בסי' ער"ה (בעודר בנכסי הגר) דחזקה לא מהני במקום שלא נתכוין לקנות וכן מוכח ממ"ש הטור בסי' קצ"ד ס"ה והחזיקו בו כמה שנים ולא לשם קנייה כו' וכ' ליישב בזה"ל וצ"ל דרבינו כאן ס"ל דמדידה זו מקדם נתכוין לקנותם עכ"ל ועיין בתשובת רע"ק איגר זצ"ל חי"ד סי' ל"ז ביאר כוונתו דר"ל דדוקא בעודר בנכסי הגר דאין כוונתו כלל כיון דסבר דהיא שלו אבל במדד דעכ"פ רוצה לקנות אלא דדעתו לקנות במשיכה בזה שפיר קנה בהגבהתו הכלי והוא ז"ל כ' די"ל חילוק אחר דהכא גבי מדד דהוה דעת אחרת מקנה איתו עדיף ומהני בלא כוונת קנין אך לכאורה חילוקו של הט"ז מוכרח דהרי הטור בסי' רס"ח פסק בנפל על המציאה דקנו לו ד' אמות ולא אמרי' דגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני ובזה יקשה כיון דאין דעת אחרת מקנה אותו אמאי קנה בד"א בלא כוונת קנין דמ"ש מעודר בנכסי הגר אע"כ כחילוק הט"ז דבזה עדיף כיון דעוסק לקנותו אלא דהוא חשב לקנות בנפילה בזה אמרי' כיון דרוצה לקנותו קונה בד"א אולם מ"מ נ"ל ראיה לדברינו לחלק עוד בין דעת אחרת מקנה אותו כי לדברי הט"ז עדיין יקשה ממ"ש הרמ"א בסי' ער"ה סכ"א בהג"ה בבונה בנכסי הגר דלא קנה אפי' האבנים הואיל ולא כוון לזכור בהם רק ע"י בנין כו' עכ"ד ע"ש עוד ועמ"ש לקמן סי' רס"ח ס' א סק"א:

ח **או שאמר לאחר**. עיין בתשובת המבי"ט ח"א סי' קמ"ה שכ' על נדון דידיה וז"ל ואפי' היו בעלי הספינה עצמם הם המושכים הספינה ומסייעים אותה להקנותה לבעלי הסחורות היה נ"ל שקונים במשיכה זו שהרי נעשו שלוחים לזה הגע עצמך אדם שקנה בית מחבירו ורצה לחזוק בה בתיקון מנעול וכיוצא בה ואמר למוכר שהי' אומן שיתקן אותה בשכירות שיתן לו כדי שיחזיק בבית ועשה כן נראה פשוט שהחזיק בבית אפי' ע"י המוכר כיון שנעשה שלוחו לדעתו ובשכירותו ואפי' 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 א"ל משוך פרה זו שאתה מוכר לי לרשותו או לסימטא מר"ה כדי שאחזיק בה נראה דבכל אלו קנה דנעשה שלוחו להוציא החפץ מרשותו לרשות הקונה דכיון דקונה ע"י שליח מה לי הוא שליח דעלמא כה"ג דאמרן וה"נ אם משכו הם הספינה לקנות להם בעלי הסחורות זכו אע"ג דלא נתכוונו לכך כיון דבמצותם הם נוסעים כו' עכ"ל ע"ש ועיין בספר שער משפט שהביאו ותמה עליו שכ"כ בפשיטות והדבר תלוי בפלוגתא דרבוותא כו' ומסיק וכתב אך מ"מ היכא שקנה חפץ מחבירו ולא

משך ואמר לו שלח לי ביד בנך או ביד עבדך או ביד שלוחך מיד ששלח בידם ומשכו או שהגביהו קנה הלוקח דנעשה שלוחו של הלוקח אף שלא א"ל בעצמו רק אמר לו להמוכר לומר להם לשלחו לו כדמוכח מההיא דפ' השואל כו' וה"ה לענין קנייה נמי דינא הכי ע"ש. ועמ"ש לעיל סי' קצ"ב ס"א ס"ק ב':

סימן רא

א **ואם מנהג המדינה כו'**. נקנה המקח כו'. עיין בנה"מ שכ' דסטומתא הוא רק קנין דרבנן דהא קנין דרבנן ודאי דלא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים כו' ע"ש. אולם בתשובת חתם סופר ח' ח"מ סי' י"ב אין דעתו כן וכתב שם שביאר בתשו' אחרת דנ"ל דזהו קנין דאורייתא ממש ועדיף מקנינים שתיקנו רבנן שלא ברצון הסוחרים ורק מטעם הפקר ב"ד נגעו ביה שיש פוסקים דס"ל דהמקדש אשה בקנין כזה אינו אלא קידושי רבנן עב"ש סי' כ"ח ס"ק ל"ה אבל סטומתא ומנהג שנהגו כן מעצמם ורצונם הוא קנין דאורייתא לפע"ד לענין חמץ ובכור וקדושי אשה ובתשו' מיוחסת לרמב"ן סי' כ' רכ"ה כ' להדיא דקנין ממנהג הוא דאורייתא ופוטר מבכורה עכ"ד והתשובה אחרת הלא היא בספרו ח"ס חיו"ד סי' שי"ד ושם הביא דברי הגאון נה"מ הנזכר דפשיטא ליה דסטומתא לא הוי אלא קנין דרבנן דלא עדיף מקנינים דרבנן והוא ז"ל כ' עליו ולפע"ד לא דמי להדדי ועכ"פ בנדון שלפנינו (בדבר השאלה שם בעסק בכור) לו ישקל סברת הגאון הנ"ל עם סברתי הוה ס"ס ספק אולי סטומתא קונה מה"ת ואת"ל מדרבנן אולי קנין דרבנן מהני לדאורייתא (עמש"ל סי' רל"ה ס"ז סק"ד) ועוד כיון דמשמע מלשון השאלה דהאנד שלאק קונה מדינא דמלכותא באתרא דהשואל ודינא דמלכותא בזה הוא מן התורה בלי ספק כו' ע"ש ועמ"ש בפ"ת ליו"ד סי' ש"כ סק"ד:

ב **וכן כל דבר**. עיין בתשובת רע"ק איגר זצ"ל סי' קל"ד שכתב דהיש"ש פ"ח דב"ק סי' ס' הביא בשם המרדבי (והוא בהגהת מרדכי ספט"ו דשבת) דאסטומתא לא מצינו דקנה רק בדבר שבא לעולם דהוי כמו קנין גמור אבל בדבר שלב"ל לא מהני הסטומתא למחשביה יותר מקנין גמור וכ"כ בתשובת הרדב"ז עכ"ל וכ"כ בס' קצה"ח ובס' נה"מ סי' זה והזכיר שם תשובת רש"ל סי' ל"ד שכתב דבאורענדי מהני שטר אף שהדא דבר שלב"ל כיון שהוא מנהג ודמי לאסטומתא ע"ש וכ' דאפשר כיון דשם הוא ג"כ מדינא דמלכותא ע"ש. אולם בתשובת ח"ס חח"מ סי' ס"ו אות ב' כתב בפשיטות דסטומתא מהני גם בדבר שלב"ל דכ"כ הרא"ש בתשובה כלל י"ג סי' כ' דאם מנהג העולם להקנות בשטרי חכירות דברים שלא באו לעולם מהני מטעם סטומתא וכתב דמ"ש במרדכי פ'

ר"א דמילה בשם רבינו יחיאל (והובא ג"כ בב"י יו"ד סי' רס"ה) במי שנדר לאחד לתת בנו למול מהני מטעם סטומתא שכן נהגו אבל אם עדיין לא נולד הילד לא מהני דאין סטומתא מועיל לדבר שלא ב"ל היינו מפני שלא נהגו לדור למוהל טרם שבא הילד לעולם וזה ששינה מהמנהג ל"מ סטומתא אבל הרא"ש בתשובה מיירי שנהגו לחכור דברים שלב"ל מש"ה מהני. וכ' עוד דה"ה וכ"ש דמועיל באסמכתא דהא טעמא דלא קני משום דלא סמכא דעתיה ומכיון שנהגו שפיר סמכא דעתיה וקני אך כ' בנדון שהוזכר בשאלה שם שיהודי קנה עצים משר אחד ע"פ קאנטראקט והשכין הקנטראקט ביד יהודי שני שיפרע להשר ה' מאות זהו' שנ"ח לו והתנה הראשון עם השני שאם לא ישלם לו ליום פלו' יהי' הקאנטראקט מוחלט לו וזה הוא אסמכתא דלא קנה כמ"ש בש"ע סי' ע"ג סי"ז וכ' הרב השואל דליקני מטעם סטומתא והוא ז"ל כתב דזה אינו כי לא שמעתי מנהג זה מעולם אדרבה בכל כיוצא בזה מדיינים עליו בד"י ובד"א וא"כ לא קנה היהודי השני ע"ש. וצ"ע כי פשט דברי הגמ"ר שם לא נראה כדבריו וכן הוא בתשובת רדב"ז ח"א סי' רע"ח ע"ש:

ג **הלוקח פרוטה**. עבה"ט בשם סמ"ע ועמ"ש לעיל סי' קצ"ח ס"ה סק"ג:

סימן רב

א **וי"א דאפי'**. עבה"ט עד ולא ידעתי למה יגרע שאלה משכירות וכ"מ להדיא מדבר. התוס' פ"ק דב"מ כו' ועיין בס' דגמ"ר שכ' עליו וז"ל ובחידושי על קידושין הוכחתי שאין מדברי התוס' שום ראיה ואם יש להביא ראיה מדברי התוס' אדרבה יש להוכיח מדבריהם שקרקע בשאלה ומטלטלין במתנה לא קנה ומדבריהם במס' ב"מ אין ראיה דשם הסוגיא קאי שר"ג הקנה בתורת חצר ודוק היטב עכ"ל:

ב **צריך שיאמר**. עבה"ט עד משא"כ הכא דחצרו ומתנתו באין כא' כו' ועיין בתשובת נ"ב תניינא חא"ח סי' ס"ג שכ" שדברי הש"ך בזה תמוהים דהרי ר"ג הקנה לר' יהושע ור"ע במס' מעשר שני פ"ה ואמר ומקומו מושכר לו ולקצת אוקימתות במס' ב"מ דף י"א ע"ב בתורת חצר קנו והרי שם קנין החצר ומטלטלים היה כאחד וכן מבואר ברמב"ם פ"ג ממכירה דין ז' שנ' וכן השוכר המקום שאותן מטלטלים הנמכרים מונחים בו קנה וכן הוא בש"ע סי' קצ"ח ס"ה (עש"ך שם) וכתבתי בגליון הש"ך שלי דאולי אם עיקר קנין המקום הוא רק כדי לקנות המטלטלים ואין כוונתו להחזים המקום לחלוטין אז קונה המטלטלים אבל אם הוא קונה גם הקרקע וכוונתו לקנות הקרקע והמטלטלין שניהם יחד לחלוטין בזה פסק הש"ך שאינו קונה המטלטלים וכעין זה מצינו בש"ך סי' שי"ג

סק"א בסופו עכ"ל (וכן הוא בספרו דגמ"ר סי' זה ושם כתב עוד דבגוף קושיית הסמ"ע והש"ך שיקנה בתורת חצר נלע"ד לתרץ דמיירי שהקנה לו המקום רק לדריסת הרגל ואז אינו קונה מטעם חצר כמבואר בסי' קצ"ח בש"ך סק"ו: (בבה"ט שם סק"ז) משא"כ מטעם אגב קנה אפי' בכה"ג ע"ש ועיין בספר פני יהושע במסכת קדושין (דף כ"ז ובתשובת שמן רוקח ח"א סי' ע"ד ובס' קצה"ח ובנה"מ מזה ועיין בתשובת ח"ס חח"מ סי' ס"ו שהאריך בזה. ומה שרמז הבה"ט לעיין בת' שב יעקב סי' ט"ו ר"ל דשם הקשה לו רב אחד ע"ד הרמב"ם דבצבורים לא צריך אגב מסוגיא דקידושין דף כ"ז ת"ש קתני כל הני ולא קתני אגב כו' והוא ז"ל כתב ליישב קושיא זו בשלשת אופנים ע"ש:

סימן רג

א **חוץ ממטבע.** עיין בתשו' חתם סופר חח"מ סי' קנ"ג שכתב דנ"ל דבאנקי צעטל נקנין בחליפין כי אין גופן מטבע אלא שעבוד נכסי הקיר"ה והם נקנין בחליפין ע"ש אולם בסי' קפ"ז שם כתב דבאנקנאטן אינם נקנין בחליפין (ואותה השיב באחרונה) והובאו דבריו לעיל סי' צ"ה ס"א ס"ק א' ע"ש עוד:

ב **וי"א דדוקא בכה"ג כו'.** וכן פסק בתשובת הרדב"ז ח"א סי' ת"ן ע"ש:

ג **אין דרך שיזכה.** עבה"ט. ומה שרמז לעיין בתשו' ח"צ סי' טז. ר"ל דשם כתב עוד דרך שיזכה בו המטבע והיינו באודיתא כדמצינו גבי איסור גיורא בב"ב דף קמט (ובש"ע לקמן סי' ר"ן ס"ג ובסי' רנה ס"ב דגם בבריא מהני קנין אודיתא וכתבו התוס' בפ' חז"ה דף מד ע"ב דאף דידעי' בבירור שהיה איסור משקר קנה ומבואר עוד בח"צ שם דיכול להקנות באופן זה אף המעות שיש לו במקום אחר ואינם בעין ע"ש. וע' בש"ך לעיל סי' ס' ס"ק ל"א (בדפוס חדש הוא בס"ק לב) דבבעה"ת הובא דעת החולקין וס"ל דבבריא לא מהני אודיתא אך הש"ך כ' שם וז"ל דמ"ש החולקים בבעה"ת דהך איסור גיורא מיירי דוקא בש"מ ולא בבריא ליתא וכל הפוסקים חולקים ע"ז עכ"ל וע' בהגהות הג' אב"ד דק"ק לבוב שנדפס בסוף תשו' החי"צ ז"ל שכ' דכן מבואר בתשו' הרא"ש כלל סו סי' ח הובא בב"י אה"ע סי' סו דמועיל אודיתא אף בבריא ובש"ת תשב"ץ ח"א סי' קנג ובח"ג סי' שכ"ה דעתו דרק בשכ"מ מועיל אודיתא ולא בבריא ולא ראה דברי הרא"ש וראיות התשב"ץ כבר דחה בקצה"ח סי' קצד עכ"ל וע' עוד מדין אודיתא בתשו' הרדב"ז ח"א סי' שכה ובס' קצה"ח סי' מ' סק"א ובנה"מ שם ובס' משובב נתיבות שם ובמ"ש בפ"ח שם ס"קג בשם נו"ב. וע' בס' ארעא דרבנן אות קצא בהגהות עפרא דארעא שם הביא תשו' מוצל מאש סי' נ' שנסתפק מי שהודה על הלולב בי"ט א' של חג שהוא של ראובן

מי אמרי' דבהודאה זו חשיב של ראובן אע"פ שיודע שאינו שלו דלא דמי להך אודיתא דאיסור גיורא דשאני לענין לצאת י"ח מצוה דקמי שמיא גליא והדר פשיט מדברי התוס' דחשיב כאילו נתנו לו. וחזר הרב ז"ל ונסתפק אם אח"כ צריך שראובן יקנהו לבעליו או די שיאמר זה של פלו' ומדין הודאה או דילמא ממ"נ למפרע לא יצא א' מהם. והוא ז"ל כ' עליו ולע"ד פשוט דשניהם יוצאין ידי חובתן כיון דבהודאת ממון קי"ל דבהודאה גרידא חשיב כאילו נתנו לו ואפי' היינו יודעין שאינו שלו זכה בממון אותו פ' דההודאה היא ההקנאה א"כ גם בלולב דתלי רחמנא במה שנק' שלו ובהודאת חבירו חשיב שלו הה"נ כשיחזור ויודה לשכנגדו חשיב כנתנו לו בתורת הקנאה דיפה כח ההודאה להפקיע זכותו כמו גוף ההקנאה עכ"ל. וע' בס' ברכי יוסף לעיל סי' מ אות ב' האריך הרבה בענין זה עש"ה:

ד **החליף מעות.** עבה"ט בשם סמ"ע מ"ש וצריך ליתן טעם בהא דכ' הרמ"א כאן ג' דעות ובסי' רט כו' והנה בסמ"ע מבואר דהעיקר להלכה כדעה האחרונה ולכן בסי' רט לא כ' הרמ"א רק דעה זו והיינו טעמא משום דאותו דעה דאמר ל"ק כלום הוא דמדמה לה לקני את וחמור והרי אנן קי"ל גם בקני את וחמור כר"נ דקנה מחצה וכמ"ש לקמן ס"ס ר"י והא דכתב רמ"א כאן כל הג' דעות העתיק ל' המרדכי אבל ליה לא ס"ל רק כדעת רבינו שמחה ולכן כתב דעתו באחרונה כו' ע"ש. אמנם בתשובת נו"ב מסי' כ"ה עד סי' כ"ח במה שפלפל שם עם חתנו הגאון מו"ה יוסף ז"ל על דבר השאלה בשטר שלם זכר שלא נכתב בל' הודאה על חוב ידוע (והזכרתי אותו קצת בפ"ת לאה"ע סי' ק"ח סק"ג) מבואר דס"ל דהוא ספיקא דדינא כי יש פוסקים כרב המנונא דלא קנה כלל ולכן א"א להוציא מן המוחזק ע"ש (וכן מבואר מדבריו בנו"ב תניינא סי' מ"ה וסי' מ"ז ע"ש) . ושם בס"ס כ"ט כ' דבר נכון ליישב דברי הרמ"א הנ"ל במ"ש כאן ג' דעות בהחליף מעות ומטלטלין. ובסי' ר"ט במקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם לא כתב רק דעה א' דקנה הדבר שבא לעולם ולא קנה הדבר שלב"ל והיינו דדוקא הכא איכא ג' דעות אבל לא התם והוא ע"פ דברי הח"מ והב"ש באה"ע סי' מ"א ס"ג שכתב שם המחבר קידש נשים רבות ובהן שתי אחיות כו' ואם אמר כולכם מקודשות לי נכריות מקודשות וי"א אף נכריות אינן מקודשות והביא שם הח"מ וב"ש לחלק בין זה לקני את וחמור דקי"ל דקנה מחצה דשם שני דברים הם את וחמור אבל כולכם דבר א' הוא ובשם הרב המגיד והר"ן כתבו דשם אף שאין לזה יד לקנות מ"מ השני שיש לו יד קונה אבל הכא הקונה הוא אחד ודרך ליקח טוב ורע יחד והכל מקח אחד ואם לא יקנה א' בטל כל המקח. ומעתה י"ל דס"ל להרמ"א דהקנה מעות ומטלטלי' ביחד כיון שהמעות בעין נוכל לומר שני טעמים

הנ"ל דלטעם האחד מירי שהמעות והמטלטלים מונחים לפניו ואמר כל מה שמונח כאן אני מקנה לך (לכאור' ק' איך יפרנס עפ"ז סוף דברי הרמ"א בכאן במ"ש וה"ה אם קנו כו' עם דבר שאין בו ממש כו' וצ"ל שמפרש דברי הרמ"א ז"ל דלא כפי' סמ"ע דגם בזה פליגי כל הני רק דקאי עמ"ש מקודם דקיים אצל הקרקע כו' עז"כ וה"ה אם קנו כו' ור"ל דגם בזה קיים אצל דבר המועיל בו קנין ובטל אצל דבר שאין בו ממש ובזה הוא לכ"ע ודוחק וכן לטעם הג' הקונה אין דעתו לקנות זה בלא זה. אבל בדבר שאינו ברשותו עם דבר שברשותו א"א לומר שמונחים לפניו שהרי אכתי אינו ברשותו ובפרט בסי' ר"ט דמיירי שלב"ל עדיין וא"כ אינו לפניו ולא שייך לכללו בדיבור אחד וכן טעם השני דנימא שאין דעת הקונה לזכות זה בלא זה כיון שזה עדיין אינו בעולם וזה ישנו והוא מקנה לו מעכשיו וזה יודע הלוקח שא' מהם אינו בעולם ובשום ענין לא יהנה בו עכשיו לא שייך לומר שאינו רוצה לזכות בזה בלא זה וחילוק נכון הוא לדעתי ועפ"ז כ' בנדון דידיה שהיה כתוב בשטר המתנה כל החפצים והמטלטלים ובודאי מעות בכלל חפצים דאין לך מה שאדם חפץ יותר ממעות וא"כ הוי כמו החליף מעות ומטלטלין וכו' וכתב דאם בסוף השטר נאמר וקנינא על כל הנ"ל א"כ נכלל הכל בקנין א' כמו בכולכם ושייכי ביה שני טעמים הנ"ל דשייכי בכולכם מקודשות לגריעותא ואם נאמר בתחלת השער קנו ממני איך שאני נותן כו' א"כ כל אחד דבר בפ"ע רק להטעם שהקונה הוא אחד יש ריעותא כו' אבל אם נאמר בלשון הודאה לשון עבר שהקניתי כו' אין כאן ריעותא כלל שכל מה שהודה הודאת בע"ד כמאה עדים וגם המעות נקנו שאנו אומרים שכבר הקנה אגב קרקע עכ"ד ע"ש. ומזה מבואר שתופס בפשיטות כן להלכה דבמקנה דבר שברשותו עם דבר שאינו ברשותו או שלב"ל כאותה שכ' הרמ"א בסי' ר"ט קנה הדבר שברשותו בלי שום פקפוק וע"כ לא פליגי אלא בהקנה מעות ומטלטלים אך מדבריו שבסי' כ"ה הנ"ל מבואר דגם בכה"ג הוא ספיקא דדינא מטעם דיש פוסקים כרב המנונא ע"ש. ושם בסי' כ"ו וכ"ח כתב דאפי' אם נימא בהקנה דבר שבא לעולם עם דשלב"ל לא קנה כלום והיינו כרב המנונא מ"מ יש לחלק בין עביד דאתי או לא עביד דאתי דהרי טעמא דרב המנונא דאמר בקני את וחמור לא אמר כלום פי' רשב"ם בב"ב דף קמ"ב כיון דבקנין א' שותף לשניהם לא היה דעתו להקנות לזה בלא זה וא"כ גם במקנה דבר שבא לעולם עם דשלב"ל אבל ודאי דאתי כגון פירות דקל איכא למימר ג"כ שאנו אומדין דעתו שאינו רוצה להקנות זה בלא זה אבל במקנה רכוש שיש לו עם כל הרכוש אשר ירכוש עוד כל ימי חייו אף שלא קנה מה שרכש אח"כ אפ"ה קנה מה שכבר יש לו דבזה לא שייך לומר שאין דעתו להקנות זה בלא זה דהרי אינו ודאי שיתוספו לו נכסים כלל וא"כ בודאי לא

קפיד לתלות זה בזה ולכן בודאי קנה נכסים שהיו בעין לדברי הכל (ומיושב בזה דברי הרמ"א באה"ע סי' ק"ח ס"ג שכ' בפשיטות דנוטל שהי' לו בשעת הכתיבה ע"ש) והביא ראי' ברורה לזה מדברי התוספתא שהביא בעה"ת שער מ"ג הובא בב"י בסי' ס' הנותן מתנה לחבירו מה שקנ' ומה שיקנה לא זכה במה שיקנ' וחתנו הגאון מהר"ר יוסף ז"ל פקפק ע"ז והוא ז"ל חזר וכ' לו להעמיד דבריו (ומבואר שם דגם בדין קני את וחמור הוא דוקא בחמור שיש בעולם אבל אם אמר קני את וחמור אם יוולד בשנה זו לחמורתי בזה גם רב המנונא מודה שקנה זה חלקו) ע"ש עוד וגם בנו"ב תניינא סי' מ"ה ומ"ז מענין זה וע' בס' בית מאיר לא"ה סי' מ' סעיף ג' מ"ש בזה עש"ה. וע' בתשו' ח"ס חלק מ"מ סי' ק"א וסי' ק"ו וסי' קע"ג וסי' קפ"ו מ"ש בענין זה:

סימן רד

א **שלא נתנו לו.** עבה"ט עד ודברי הג"א יש לפרש שקנה בקנין המועיל כו' וע' בתשובת ח"ס חח"מ ר"ס ק"ג מ"ש בזה:

ב **המטלטלי**'. ע' בב"י ס"ה בענין אי שייך קבלת מי שפרע בקרקעות היכא שלא נגמר המקח כגון אם נתן כסף במקום שכותבין השטר שלא קנה בכסף ע"ש שהביא מחלוקת הראשוני' בזה וגם בד"מ לעיל סי' ק"צ אות א' מזה. וע' בתשו' ר"ע איגר זצ"ל סי' קל"ד כ' שם בפשיטות דגם בקרקע שייך מי שפרע היכא דלא קנה במעות כמבואר בתוס' כתובות דף צ"ג ע"א בד"ה עד וכ' דחידוש בעיניו דבסי' ק"ל ס"ז איתא אבל במקום שדרכן לכתוב שטר לא קנה ולא נזכר בשום פוסק דצריך לקבל מי שפרע עכ"ל (וחידוש בעיני שלא הזכיר דברי הב"י והד"מ הנ"ל ואולי מ"ש ולא נזכר בשום פוסק כוונתו על האחרונים מפרשי הש"ע. וגם מ"ש כמבואר בתוס' כתובות כו' הנה גם בתוס' ב"מ דף י"ד ע"א בד"ה עד שלא החזיק מבואר כן אלא דבתוס' כתובות שם מבואר כן להדיא טפי) . וע' בתשו' משכנות יעקב סי' מ"ו שהאריך בדין זה ומסיק מאחר שדעת הרבה גדולי הראשונים דגם בקרקעות יש מי שפרע ה"ה הרי"ן והמרדכי והעיטור ובעלי התוס' והר"ן והריטב"א והג"א ולא מצינו חולק בהדיא על דבריהם זולת הרמב"ם והרשב"א שהיו כמסתפקים בדבר אבל לא חולקים בודאי יש לפסוק כן לדינא ע"ש ועמ"ש לעיל סי' קעה סמ"ט ס"ק כ"א:

ג **לקבל מי שפרע.** עבה"ע שכ' מי שאינה לחבירו שיעור שתות כו' עד אלא דשניהם צריכין לקבל מי שפרע כו' וע' בחידושי רע"ק איגר זצ"ל למסכת ב"מ דף מ"ט ע"ב והובא קצת לקמן סי' רכ"ז ס"ח סק"ה:

ד **וי"א דה"ה למי שחוזר בו כו'.** ע' בתשו' נו"ב חיו"ד סי' ס"ט בד"ה וראיה לדבר:

ה **מפני שהוא ירא להפסיד כל המקח.** עסמ"ע סק"ה שכ' דקדק לכתוב כל המקח לאפוקי אם אין לו לירא אלא ממקצת הפסד כגון שקנה יין וירא שיחמיץ כו'. וכ' בספר שער משפט דמדברי רי"ו שהביא ב"י משמע דאף שכבר נפסד יש חילוק זה דאם נפסד לגמרי אינו מקבל מש"פ אבל משום הפסד קצת כגון יין והחמיץ מקבל מש"פ ונראה דדוקא ביין והחמיץ מקבל מש"פ אבל אם נאנס קצת מהמקח וליתא בעינא אף שנשאר הרבה אינו מקבל מש"פ דכיון שנחסר לגמרי ואינו בעין הוי כנפסד הכל ואינו מקבל מש"פ נגד החסרון ול"ד ליוקרא וזולא ויין החמיץ שהדבר בעין אלא שנתקלקל אבל מה שנחסר מהמקח גרע טפי וכן מוכח מדברי התוס' בבכורות די"ג ע"ב בד"ה הכי קאמר כו' ע"ש:

ו **וי"ח.** עבה"ט וע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' סי' ק"ע ע"ד ראובן שנתן לשמעון מאה זהו' דראן גאב על מקח עשר ככר צמר בעד חמשים זהו' כל ככר וכן השער ושוב כשהגיע זמן הצמר ונתן לו עשר ככר בעד ה' מאות זהו' שילם לו ראובן כל הסך ה' מאות זהו' ולא ניכה לו מאה זהו' דראן גאב כי אמר שמניחם על מקח פאטאשען שעתיד לבשל בקי"ץ הסמוך וכשהגיע זמן הפאטאשען מכרו שמעון לאחר ביוקר ועתה תובע ראובן משמעון הריוח שהרויח במעות הסחורה כי שלו מכר והריוח שלו ועתה יש להסתפק אם קנה ראובן הסחורה ע"י אותן מאה זהו' או לא ואת"ל לא קנאו אם שמעון רוצה ליתן לו הריוח אי יש בזה איסור רבית או לא והשיב דפשוט מאד דאין כאן קנין גמור בשום אופן דממ"נ אם נאמרו מסתמא מאה זהו' ראשונים שנתן על הצמר הם נחשבים בעד הצמר וכשנתן לו ה' מאות זהו' הארבע הראשונים הם בעד הצמר לתשלום ה' מאות דמי צמר ומאה זהו' האחרונים הם דראן באב על הפאטאשען א"כ הרי קנה בכסף ממש ואינו קונה אלא למי שפרע ולא קנין גמור ואי נימא דמאה הראשונים נעתקו מדמי צמר ונעשה מלוה ונתנו לד"ג על הפאטאשען א"כ לרוב הפוסקים לא קנה כלל במלוה ולרמב"ם קונה למי שפרע אבל לא לקנין גמור דאין זה חוב מחמת מכר. ובענין אם שמעון רוצה למיקם בהימנותיה ולומר דפאטאשען דראובן מכר ובעי למיהב ליה ריוח שלו אי יש בזה איסור רבית האריך שם בסיגיא דיין אין לו בב"מ ס"ב ע"ב בשיטת התוס' ונ"י שם ובדברי הפ"י שם ומסיק בנ"ד דאפי' אי ננית דפרעון ה' מאות היה בעד הצמר וחוב של מאה היה לד"ג של פאטאש ולרוב הפוסקים לא קנה אפי' למי שפרע מ"מ אי בעי למיקם בהימנות וליתן הריוח של הפאטאש מה שמגיע נגד ה' מאות זהו' מותר ליקח ממנו ולסמוך אפוסקים דיש לו ממון הוה כיש לו פאטאש וכיון שעכ"פ ה' מאות מזומנים היה בידו בשעת פיסוק

ומסתמא יצא השער של פאטאש אז דאל"ה לח היה השוחל מסתפק וא"כ יש לסמוך אנ"י בשם רשב"א ורוקח ורבינו האי דבכה"ג נחתינן דרגא דביש לו מהני אפי' קנין ע"י חוב שלא בא ע"י מכר ולא מחילת מלוה וליכא אבק רבית אבל יותר מחמש מאות תליא בהימנותיה אי היה לו אז זוזי בריוח לקנות פאטאש ולהניחו או לא עש"ה וע' ביו"ד סי' קסג ובט"ז שם סק"ד ובש"ך סק"א ובס' חות דעת שם ס"ק ב' וג' מענין זה:

ז **גובה בחובי.** עבה"ט ומה שרמז לעיין בתשו' פנים מאירות ובתשו' שבו"י עמש"ל סי' רצב ס"ז סק"ה הובא שם דבריהם באריכות ע"ש עוד:

סימן רה

א **בין בקרקע שמפני אונסו כו'.** כתב בספר שער משפט ויש להסתפק בתלוהו וזבין ולקח דמי המקח ועדיין לא נתן לו שטר והוא במקום שכותבין את השטר אי נקנה הקרקע או לא אם לשאר מכר מדמינן ליה דאינו קונה בכסף לבדו במקום שכותבין כמבואר בסי' ק"צ ס"ז או דילמא כיון דשם הטעם משום דלא סמכא דעתיה דלוקח עד שיתן לו השטר א"כ בכהאי גונא דחזינן שהלוקח רודף אחר המקח לאנסו עד שימכור לו הקרקע דעתו לקנות בכל מה שיוכל ודמי לאם פירש הלוקח שרוצה לקנות בכסף לבד שקונה כו' ולזה הדעת נוטה וצ"ע ע"ש:

ב **שטר עליו.** עבה"ט עד ודלא כמ"ש בסמ"ע ועיין בתשו' בית אפרים חח"מ סי' כ' מ"ש בזה:

ג **הרי המכר בטל.** ע' בתשו' חות יאיר סי' מ' באמצע התשובה בדיני בכור. מבואר שם דלאו דוקא רא בן המוכר והמוכר מודעא מצי לבטל המכר אלא ה"ה שמעון מצי לבטל המכר לאחר שנודע לו שראובן מסר מודעא משום דהוי מקח טעות דאיליו ידע דחבירו מצי אחר זמן לחזור בו גם הוא לא גמר ויהיב דמי ולא דמי למה דקי"ל בסי' רכ"ז דאין המאנה יכול לחזור בו אם המתאנה רוצה לקיים המקח משום שלא יהא חוטא נשכר שאני התם שבא לישכר מצד החטא והוא מה שאינהו משא"כ הכא שאין ביטול במקח מצד החטא והוא שאנסו שהרי קי"ל חלוהו וזבין זביניה זביני רק מצד מעשה חבירו והוא מסורת המודעא שבזה ביטל כל ענין המכר. אך דוקא במודעא כשרה ע"פ הדין כו' וה"ה בפשרה כה"ג דקי"ל פשרה דינה כמכר כו' ע"ש וע' בקצה"ח שהביאו ופקפק עליו ומ"מ כתב שלדינא דבריו נכונים כו' עש"ה ועמ"ש לעיל סי' ק"צ ס"ז סק"ה:

ד **במתנה או מחילה.** ע' בנה"מ שכתב וה"ה דאונס בלא מודעא מבטל המתנה אמנם זה דוקא כשאנסו בפירוש ליתן מתנה זו אבל אם אנסו סתם והוא נתן לו מתנה

להפטר מהאונס תלוי בשני תירוצים שתירץ הב"י על הך דסיקריקון כו' ובמהרח"ש מסיק כתירוץ הראשון ולכך באנסוהו ונתן מעצמו מתנה להיפטר מהאונס הוי מתנה כו' עכ"ל. ולע"ד כן מוכח נמי דעת הרמ"א ז"ל בד"מ אות א' שכ' מ"כ במרדכי ישן כו' עד וכן נ"ל דמאחר דידעינן באונסיה אלא דלא ידעינן אי מסר מודעא מסתברא דמודעא זו נכתבה קודם המכר או מתנה כו' ע"ש ודוק. ומהא דבהגהת ש"ע לקמן ס"ט נקט רק מכר והשמיט או מתנה עיין בזה לקמן ס"ט סק"ח ועמ"ש בפ"ת לאה"ע סי' קל"ד סקי"א:

ה **פשרה דינה כמכר.** עבה"ט שכתב ע"ל סי' י"ב סי"א ובב"ח סט"ז מ"ש בזה. וכונתו דלכאורה יש סתירה מסי' י"ב סי"א דשם איתא אם ראובן הפחיד את שמעון כו' ועשה פשרה בקנין וביטול מודעא יכול לחזור בו. משמע דא"צ אפי' למסור מודעא דממילא בטל. וכאן איתא דפשרה דינה כמכר א"כ הוי כמו תלוהו וזבין דצריך מסירת מודעא אך בדברי הב"ח סט"ז מבואר ישוב לזה שכתב על דין דהכא וז"ל מיהו דוקא בא' שיש לו דין על חבירו ואיני יודע אם יהיה זוכה בדין או לאו וה"ל כאילו מוכר כ"א לחבירו כל זכות שיש לו בתביעה זו בסך שמתפשרים ביניהם אבל אם ידוע שאין לראובן זכות בדין והפחידו כו' פשרה כזו ה"ל כתלוהו ויהיב והקנין וביטול מודעא הכל היה מחמת אונס וחייב להחזיר מה שנתן לו ע"פ פשרה זו וכ"כ ב"י בשם הרשב"א כו' עכ"ל וכמו כן בס' קצה"ח סק"ב דהכא מיירי בדין מסופק שאין ידוע להיכן נוטה או בדבר שיש הכחשה ועסק שבועה ביניהם וה"ל תורת פשרה אבל בסי' י"ב מיירי שהיה הדין ברור כו' ע"ש (וע' בנה"מ סק"ט מ"ש בזה) ובהגה שבבה"ט בשם הגאון מוהר"ר עוזר ז"ל מחלק בענין אחר דהא דאמרינן פשרה דינה כמכר דוקא לענין שצריכים לידע שהוא אנום כו' ע"ש וע' בתשובת ושב הכהן סי' כ"ה מענין זה באריכות. וע' בתשו' חמדת שלמה סי' י"ג שנסתפק במי שכפאוהו ליתן שטר חיוב ובענין דהוי תלוהו וזבין שקיבל הוא טובה בשביל זה אי מהני כמו תלוהו וזבין או אפשר נומר דע"כ לא אמרי' תלוהו וזבין זביניה זביני רק היכא דהוציא תיכף דבר מרשותו כגון מכר או קדישי אשה או גירושין דהמעשה נגמר תיכף אבל היכא דכפאוהו להתחייב עצמו בדבר מה כיון שלא הוציא שום דבר מרשותו לרשות הלה י"ל כיון דהוי אונס לא מהני ואח"כ מצא בהגהת מיי' סוף הל' שבועות שכתב להדיא כן דתלוהו וזבין לא מהני רק היכא דהוציא דבר מרשותו אבל בנתחייב ע"י כפיה לא מהני כו'. וכת' דעפ"ז אפשר ליישב ג"כ קושיא הנ"ל מסי' י"ב די"ל דשם מיירי שעדיין לא נתן מש"ה לא מהני מה שחייבוהו הפשרנים אבל כאן י"ל דמיירי שכבר נתן או שהפשר היה על דבר ידוע והחזיק השני תיכף במה שזיכוהו הפשרנים וקמ"ל דהוי כמו תלוהו וזבין ע"ש:

ו **אין שומעין לו.** כתב הסמ"ע דחיישינן לב"ד טועין שיראו בידו כתיבה זו ולא יחקרו אחר עדים כו' וכ"כ הב"י על דעה זו ע' במ"ש הרא"ש בפמ"ח גבי הא דאמר רבא אין חולצין אא"כ מכירין משום דחיישי' לב"ד טועין עכ"ל וכ"כ הלבוש והב"ח ע"ש וע' בתשו' אא"ז פמ"א ח"ב סי' ב' שתמה ע"ז מהא דאית' בפי"נ דף קלח ע"ב שכ"מ שאמר מנה יש לי אצל פלו' העדים כותבין אע"פ שאין מכירין דחין חוששין לב"ד טועין ופריך מהא דאין חולצין אא"כ מכירין משום דחוששין לב"ד טועין ומשני ב"ד בתר ב"ד לא דייקי ב"ד בתר עדים דייקי וכ"כ הטור וש"ע בר"ס רנ"ה אלמא דלא חיישי' לב"ד טועין שלא ידקדקו אחר עדים ע"ש עוד וע' בס' שער משפט שהביאו וכ' עליו דבשט"מ פח"ה העתיק לשון רבינו יונה בעליות ומבואר שם טעם נכון לדין זה שאין לנו לכתוב חנם מסירת מודעא שמוסר ולאורועי כח המכר שהמכר ודאי ואחזוקי עליה אונסא בלי שום אמתלא לא מחזיקינן ואי כתבינן עליה מודעא תתזיל ארעיה מפני שיאמרו בני אדם לא לחנם חתמו עדים על מודעא זו ויחושו ב"א שמא נמצא לו עדות על האונס ויתבטל המכר ע"י מודעא זו ע"ש ולפ"ז ניחא דלב"ד טועין ל"ח אבל לסתם ב"א טועין ודאי חיישי' וזילי נכסיה עכ"ד. וכה"ג כתב הסמ"ע לקמן סי' רלח סק"ה בהא דאין כותבין שטר ללוקח כו' דאפי' אם יכתבו שכך אמר לנו כו' מ"מ יהיה קצת קול ויזולו נכסיה ע"ש:

ז **או במחילה כו' אע"פ שאינו אנוס.** ע' בתשו' נו"ב תניינא סי' ל"ה אודות א' שמסר שט"ח לשליח להתפשר עם הלוה בעיר פלו' וסך פלו' והשליח שינה ונתפשר בפחות כו' (הובא לעיל סי' קכג ס"ה סק"ב) וכתב בסוף וז"ל וע"ד מסירות מודעא שמסר המלוה ג"כ קשה שיועיל ואיזה הכרה באונסו יש כו' הי"ל להרשות את השליח שיתבענו ללוה שם בעירו לדון ואפי' אם יאמר השליח שהיה מדחהו והיא תקיף בעירו הי"ל להשליח למסור מודעא וכיון שהשליח לא מסר מודעא הפשר קיים ובפרט שהלוה יאמר למלוה לאו בע"ד דידי את ואולי מכרת השטר להשליח או נתת במתנה עכ"ל ובהגה מבן המחבר שם תמה עליו עמ"ש שצריך הכרה באונסו דהא פסקי' בסי' רה ס"ו דבמחילה א"צ הכרת אונס וסגי בגלוי דעת הנותן שאינו נותן בכל לבו וכ' ואפשר כיון שהיה ע"י שליח דומה טפי לפשרה ע"ש. ולפמש"ל ס"ג בהגה שבבה"ט מהג' מוה"ע ז"ל דהא דפשרה דינו כמכר דוקא לענין שצריכין לידע שהוא אנוס אבל אי ידעי' באונסו אפי' לא מסר מודעא כו' ע"ש א"כ לא הועיל הרב ז"ל בתירוצו דאכתי א"צ מסירת מודעא רק עדי אונס ועמ"ש לעיל ס"ג סק"ה ועיין בנה"מ שם:

ח **מסתמא מסר.** עבה"ט שכתב היינו טעמא דמוקמינן העדים על חזקתן כו' (וכ"כ בלבוש) ועיין בתשובת שיבת ציון סי' קי"א שהביא דבתשובת מהרי"ט ס"ב סימן מ"ג

מקפח על טעם דעדי המודעא אין צריכין לחקור אם עדיין לא מכר והעדים מעידין רק על האונס בלבד ואח"כ יברר המוכר שהמודעא היה קודם ולכן כ' טעם אחר דכיון שיש ספק אימת נעשה אמרינן יד בעל השטר על התחתונה (וכיוצא בזה כתב הב"ח ס"ו וז"ל אלא נראה הטעם דכיון דאיכא ספק אי נעשית קודם המכירה או אח"כ אין להוציא מיד המוחזק ואוקי קרקע בחזקת מרא קמא והמכירה בטילה עכ"ל) והוא ז"ל כתב דהפקפוק של מהרי"ט נכון באם היה המודעא על דבר שאין לו קול כגון במכירת מטלטלין או עסק אחר שאין לו קול בזה צדקו דבריו שאין על העדים לחקור אם עדיין לא נעשה דבר אבל אם היה המודעא על מכירת קרקעות שיש לו קול בזה צדקו דברי הסמ"ע דמוקמינן העדים אחזקה כו' דאילו היה המכירה קודם מסתמא היו יודעין העדים ממכירה זו ולא היו רשאין לכתוב המודעא שהיא שלא כדין והיה להם להרחיק מדבר שקר דהא לשון המודעא בל' עתיד שהוא אנוס למכור כו'. וע"ש עוד שכתב דהרמ"א כאן דנקט רק מכר ובאמת בד"מ כתב דין זה בשם מרדכי ישן וכן נקט בלשונו מכר או מתנה י"ל משום דבחידושי אנשי שם הנדפס בגליון המרדכי פ' חזקת הבתים סי' תקמ"ד מביא ג"כ דין זה של מרדכי ישן וכ' על זה ז"ל ורבינו יצחק ור"מ הודו במכירה אבל לא בשטר מתנה משום דבמתנה אין לעדים לחקור שום דבר הואיל ואין צריכים לכתוב וידענו באונסיה משא"כ במכר עכ"ל ולפ"ז י"ל דגם הרמ"א בהגהת ש"ע ס"ל כן מש"ה השמיט מתנה ונקט רק מכר אולם לטעמא שכתב הסמ"ע דמוקמינן העדים על חזקתן דלא היו חותמין כו' גם במתנה שייך טעם זה (וס"ל דהרמ"א לאו דוקא נקט רק מכר. כן צ"ל לפי דרכו אך באמת אין מובן לי ונראה דרבינו יצחק והר"מ ס"ל ג"כ טעם הסמ"ע ומ"מ כתבו דבמתנה לא שייך זה והיינו כיון דבמתנה אין כותבין עדותן שיודעין בעצמם רק מה שאמר להם אין להם לחקור כלל אולם לטעם הב"ח ומהרי"ט הנ"ל פשוט דגם במתנה הדין כן וצ"ע) ועוד יש נפקותא לדינא בין טעם שהביא רמ"א ובין טעם הסמ"ע באם העדים לא כתבו המודעא רק שהעידו בעל פה בפני ב"ד שפלוני מסר מודעא בפניהם ולא ידעו הזמן אם הוא קודם המכירה או אח"כ דלטעם הסמ"ע לא שייך בזה חזקת העדים דהא לא חתמו כלל א"כ אין עדות המודעא מבטל המכר אמנם לטעם הרמ"א דמאחר דידעינן באונסיה מסתמא מסר קודם לכן המכר בטל. ועפ"ז כתב בנדון השאלה שם בראובן שיש לו טו"ת על שמעון וכאשר תבע אותו הוציא שמעון פטורים מראובן שמחל לו על כל התביעות וראובן מביא עדים שמסר מודעא בפניהם שהוא מוכרח ליתן לשמעון פטורים מחמת שיש בידו כתבים שיכול להעליל עליו והעדים העידו בב"ד על זה אבל לא כתבו כתב מודעא ולא נתברר אם הפטורים קדמו או אם נעשה המודעא

קודם ופסק דאין במודעא זו ממש לא מבעיא לדעת רבינו יצחק והר"מ שהביא בחידושי אנשי שם שחולקין על המרדכי ישן במודעא שהוא על המתנה בודאי המודעא בטילה דהא מטילה מתנה היא כמ"ש בש"ע ס"י אלא אפילו לדעת המרדכי ישן דמשוה מתנה למכירה היינו היכא שהעדים חתמו המודעא בזה שייך טעמא שכ' הסמ"ע דמוקמינן העדים אחזקה דלא היו חותמין כו' משא"כ היכא דעדים לא חתמו המודעא רק שעתה מעידין בפני ב"ד ליתא להאי חזקה כלל גם לא שייך לומר כיון שמידי ספיקא לא נפקא יד בעל השטר דהיינו שמעון שבידו הפטורים על התחתונה זה אינו כיון דשמעון הוא המוחזק וראובן בא להוציא ממנו ע"י המודעא על ראובן להביא ראיה אימת מסר מודעא וכל זמן שלא נתברר הרי הפטורים שביד שמעון בתוקפו כו' עכ"ד ע"ש. ולכאורה בנד"ז דהיה המודעא לא על מתנת קרקע רק על מחילת תביעות של ממון אפילו אם היה המודעא חתימה גם כן היה המודעא בטילה כל זמן שלא נתברר שמסר המודעא קודם הפטורים לפי מה שהחליט הרב ז"ל בעצמו בריש דבריו דאם היה המודעא על דבר שאין לו קול בזה צדקו דברי מהרי"ט שאין על העדים לחקור כו' וצ"ל דהרב בעל שיבת ציון לרווחא דמלתא קאמר דבכה"ג שלא חתמו המודעא גם הסמ"ע מודה אבל לדינא גם במודעא חתימה הדין כן דעל התובע להביא ראיה. וע' בקצה"ח דמשמע מדבריו ג"כ שמסכים לטעם הב"ח (ומהרי"ט) הנ"י וכתב ז"ל ולפ"ז בפשרה שדינה כמכר אם התובע הוליא מסירת מודעא כזו אוקי ממונא בחזקת הנתבע והפשרה קיימת עכ"ל ור"ל אפילו המודעא חתימה. וע' בס' עטרת צבי (וכן במאמר קדישין) ס"ק י"ב שהביא טעם הסמ"ע דמוקמינן העדים על חזקתן כו' וכתב ז"ל ונ"ל באם שנראה לדיינים שהעדים אינן יודעין זה שצ"ל המודעא מתחלה יש להסתפק לכן נראה בכמה תקנות שהמסירת מודעא אינו מועיל רק לפני הרב התופס ישיבה ונכון הוא עכ"ל ולע"ד לדינא אפי' אם ברור לן שהעדים אין יודעים זה אפ"ה המכירה בטילה מטעם הב"ח ומהרי"ט הנ"ל אלא נראה טעם התקנות הנ"ל משום דהעדים צריכין לידע שהוא מוכר מפני אונס כו' כדלעיל ס"א וכמה פעמים העדים אין יודעים אם הוא אנוס ממש וכמ"ש מהר"ם אלשיך סי' ע"א הובא בנה"מ סק"ו דעבידי עדים דטעו בכה"ג לכן תיקנו שיהא דוקא לפני הרב וצ"ע:

ט **הרי המודעא בטילה.** עבה"ט וע' עוד בתשו' מהרי"ט חח"מ סי' מ"ג ובתשו' משה רוטנבורג חח"מ סי' כ"א עש"ה:

י **וזביניה זביני.** עבה"ט עד אבל לגזלן עצמו כו' וע' בתשו' בית שמואל אחרון חאה"ע סי' י' מ"ש בזה:

יא **אבל אנסוהו לקנות.** ע' באה"ע סי' מ"ב ס"א בח"מ וב"ש שתמהו על דין זה והוכיחו מדברי הרמב"ם דאין חילוק בין קונה למקנה ע"ש גם בס' שער משפט כ' דכן מבואר בחי' הרשב"א רפ"ק דקדושין דאי אגב אונסוה גמר וזבין כ"ש דגמר וקני ע"ש וע' בפ"ת לא"ה שם סק"ב בשם ת' ח"ס אה"ע סי' קי"ב שכ' דבחדושיו עשה סמוכים לדברי רמ"א כאן בשם בעל העיטור דמי שכופין אותו ליקח לא מהני כו' ע"ש וע' בנה"מ מ"ש בזה:

סימן רו

מכרה ביותר על מנה. ע' בתשו' אא"ז פמ"א ח"ב סי' נ"ח שכ' דה"ה אם החליף על שדה או על בית אחר אע"פ שאינו שוה יותר על מנה קנה השני דזה הוי כמו מכרה ביותר על מנה דאמרי' זוזי אנסוהו בשביל המעות שהוסיף ה"ז כחליפין דהא מבואר בסי' רכ"ז ס"כ דאין בחליפין דין אונאה מטעם דיש רוצה במחט יותר מבשריון וק"ו בבתים דיש דניחא ליה בית קטן יותרמן גדול או עומד במקום דמרווח ליה טפי מביתו פשיטא די"ל דאילו לא נתן לו השני בית אחר לא מכר מביתו כלל בשום ממון דמה"ט נמי אם החליף חצר בחצר לא שייך דין דבר מצרא כמ"ש בסי' קע"ה סכ"ד ע"ש:

סימן רז

א **אם נתקיימו התנאים.** עיין בתשובת שבו"י ח"ב סי' קכ"א במי שמכר ביתו והלוקח זקף הדמים על עצמו לשלם כשישא בנו פלוני שלשים יום קודם הנישואין ומת המוכר והבן אינו רוצה לישא כלל אימת צריך לפרוע ומסיק דמיד שיהי' להבן עשרים שנה שדרך העולם לישא צריך זה לשלם אמנם באשה כה"ג כשמתנה עד הנישואין כוונתו עד הנישואין ממש או עד שתלבין ראשה שהוא זמן המוגבל באשה לכל היותר ע"ש ועיין בתשובת קרית חנה סי' י"ח ג"כ מענין זה:

ב **ואם לא נתקיים התנאי.** ע' ביו"ד ס"ס רל"ו בט"ז ס"ק י"ג בענין אם לא נתקיים התנאי מחמת אונס וז"ל שם ומזה נלמוד לכל כיוצא בזה כו' כגון מי שעוש' מקח עם חבירו שיעמיד לו סחורה פלונית ליריד שאז זמן מכירתה ולא בתר הכי ואירע אונס למקבל שלא יוכל להעמידה לחותו הזמן אלא אחר הזמן פשיטא דפטור אח"כ מלקבלה כו' משא"כ אם התנאי אינו עיקר כ"כ ואירעו אונס שלא יוכל לקיימו באותו זמן ודאי לא בטל המעשה בשביל זה כו' מש"ה נמי באיש ואשה שעשו שבועה לישא זח"ז והגבילו זמן כו' עכ"ל ובנה"כ שם השיג עליו במ"ש לחלק דאם התנאי זמן אינו עיקר כ"כ ואירעו אונס לא בטל המעשה והסכים להב"ח שם וכך כתב הש"ך לעיל סי' כ"א סק"ג והובא

בבה"ט שם דכל שמתחלה נעשה על מנת כן אפי' אין עיקר המעשה תלוי בזה פטור חבירו שכנגדו אע"פ שהעכוב מחמת אונס דאונס פטריה רחמנא אמרינן אבל אונס חייביה לא אמרינן כו' ע"ש והאחרונים הסכימו להש"ך בזה וע' בספר בית מאיר לאה"ע סי' ל"ח ס"א האריך ג"כ בזה וכ' שם דמי שלקח מקח ע"מ שיביאנו ליום השוק ונאנס ומביאו אח"כ לא מסתבר כלל שיהא המקח קיים ובודאי גם לבעל העיטור דמספק' ליה דלמא הלכה כר"ל מודה בזה כו' ומסתבר לס"ד לפסוק אף להוצי' שיהדר הממון ואפי' היה בק"ס כו' עש"ה. ועיין בתשובת בית אפרים חח"מ סי' נ"ו בראובן שנתן לשמעון אן ווייזונג למקום א' במדינה בחרת ע"ס כו"כ לסלק אחר חודש ימים מעת ההוא במטבע של מדינה האחרת ושמעון סילק לראובן עבור הא"ו באדומים כפי השער ויקר מקרהו שבעת שהגיע הא"ו למקום ההוא באה העיר במצור ולא נפרע הא"ו בזמנו והסוחר שנשלח הא"ו לידו השיב אחור הא"ו ההוח עם פרטעסט כנהוג ובמשך הזמן עלה השער מן האדומים נגד המטבע ההוא ועתה טוען שמעון כיון שלא נפרע שם הא"ו חוזר כל המו"מ ואתה מחוייב להחזיר לו האדומים שלי וראובן אינו רוצה רק לסלק לו המטבע ההוא כפי הסך שהתחייב עליו בא"ו או בכאן או במקום שניתן הא"ו לשם וע"ד פסידא דשוקא ע"פ דין או ע"פ מנהג הסוחרים טוען כי אנוס היה ונתעצמו בדין על זה. והביא שם דברי הט"ז והש"ך הנ"ל וכתב דנ"ד תליא בפלוגתא הנ"ל דזה מבואר דכל שהיא מטבע של מדינה אחרת הוי כפירות הנמכרים בשוק ועומדים לסחורה והריזה כקונה מחבירו סחורה ונותן לו המעות וזה התחייב א"ע להעמיד לי הסחורה לזמן פנוני וא"כ לדעת הט"ז ביו"ד הנ"ל אפשר לומר דבנ"ד התנאי אינו עיקר כ"כ דדוקא בגוונא דנקט הט"ז שעש' מקח עם חבירו להעמיד לו סחורה ליריד שמכירת הסחורה הואדוקא ביריד ואח"כ אין לו חפץ כלל בסחורה ההיא וכמ"ש הט"ז בהדיא משא"כ בנ"ד שכל עיקר הדבר הוא שיש לו צורך בהא"ו שיבא ליד הסוחר שם ואף ע"פ שמסתמא צריך הוא אליו לזמן ההוא ג"כ מכל מקום אינו עיקר בדבר שהסוחר ההוא אם לא קיבלם בזמנו יקבלנה אחר הזמן ודאי למ"ש הט"ז אח"כ בהגבילו זמן לנישואין שלא בטל המעשה בשביל זה אף על פי שי"ל דודאי יש להם צורך בזמן ההוא אמנם לפ"ד הש"ך הנ"ל דכל שמתחלה נעשה ע"מ כן אפילו אין עיקר המעשה תלוי בזה פטור חבירו אם כן בנ"ד שמתחלה בשעת לקיחת הא"ו היה המדובר ביניהם לסלק המטבע במקום פלוני ביום פלוני וכן נכתב בא"ו א"כ כל שלא קיים לסלק לזמן שוב אין זה מחוייב לקבל אותם וזה מחוייב להחזיר לו מעותיו כו' והאריך קצת בדברי הכ"מ שם וסיום התשובה לא נמצא

שם ומשמעות דבריו שדעתו כיון דנ"ד תליא בפלוגתא שבין הט"ז והש"ך אין להוציא מיד המוחזק:

ג **משפטי התנאי**. עיין בנה"מ שהביא בשם עטרת צבי שעכשיו נוהגין דבמטלטלין לא בעינן תנאי כפול רק בקרקעות כותבין כתנאי ב"ג וב"ר ע"ש עוד:

ד **כדי לילך**. ענה"ט בשם ט"ז וש"ך ועיין בתשובת חתם סופר סי' ע' שכתב ליישב דברי הטור וז"ל ולפע"ד דהיה קשה להטור נהי דדברים שבלב אינם דבר ם מ"מ הרי קי"ל דיש דברים שאפילו אמירה לא בעינן דהוי גלוי דעת גמור ממילא וא"כ כיון שכבר אמר בשעת מכירה שמוכר מפני שרוצה לעלות לא"י הוה דירה כדברים שא"צ אמירה דכי ס"ד מפני שרוצה לעלות ולחזור ולירד קא מוכר נכסיו. בודאי לדור שם קא מכוון וה"ל כאילו אמר להדיא לדור שם ונהי דבש"ס לא הזכיר אלא ההוא גברא דזבין נכסיה למיסק לא"י ולא הזכיר רבותא אפילו אמר להדיא לדור היינו משום דמעשה שהיה הכי הוה אבל לעולם המובן ממנו הוא לדור שם ומ"מ פליגי לישני בש"ס משום דמיירי שלא מצא דירה אלא בדוחק גדול ופליגי לישני אי דירה כזו הוה בכלל דירה או לא אבל לעולם ה"ה אפילו הוה מפרש להדיא לדור שם נמי הוה דינא הכי וקמ"ל הטור רבותא טפי אפילו אמר להדיא לדור שם וקרוב לפירוש זה נ"ל כוונת הדרישה עכ"ל. וכתב עוד ומעתה אומר אני אפילו רוב הפוסקים דלא ס"ל כהטור אלא אם אמר להדיא לדור מקחו בטל בדלא אשכח דירה בריוח נמי ס"ל דסתם למיסק לא"י היינו לדור שם ואי לא מיתדר ליה כלל פשיטא דמקחו בטל אלא פליגי באשכח ע"י דחק אך במפרש להדיא לדור מדאמר מלתא יתירא דהרי סתם למיסק נמי לדור משמע ע"כ לטפויי אתי לדור בריוח דוקא אבל דכ"ע ס"לאי לא פירש לדור הוה כפירש משום דסתמא הוה כפירושו לענין זה ע"ש:

ה **אבל במוכר מטלטלים**. עיין בתשובת פרי תבואה סי' ל"א שכתב דגם במוכר מטלטלים דלא מהני ג"ד היינו משום שהואספק והלוקח זוכה במקחו מחמת שהוא מוחזק וכן מבואר בהג"א פרק אלמנה ניזונת שכתב ודוקא בקרקע אבל במטלטלין סכק הוא ואין מוציאין בספק מיד הלוקח וכן כתב המרדכי להדיא וכן משמע מדברי הטור שהביח הסמ"ע סק"ט כו' ולכן פסק שם בעובדא שהיה המוכר מוחזק בהעורות שמכר דאין מוציאין ממנו בספיקא והיכא דהשוכר מוחזק ידו עדיפא אפילו מהיכא דהלוקח הוא מוחזק כו' עש"ב. ועיין בתשובת ח"ס חח"מ סי' ק"ב נידון מי שמכר כלי כסף שלו כדי ליקח בדמיו יורה לבשל בו י"ש והדבר היה ידוע ומפורסם שבשביל כן הוא מוכר וכן אמר להדיא בשעת מכירה ושוב טרם משך הלוקח החפצים ואמנם זה כבר קיבל כל מעותיו מת אחיו של מוכר ונפל לו בירושה יורה כזו וא"צ לו עוד ע"כ רוצה לחזור ושלא

יתן החפצים להלוקח כ"א להחזיר לו מעותיו. והשיב כפי משמעות השאלה לא היה קנין חליפין ולא אג"ק אלא כסף בלא משיכה א"כ בלא שום אומדנא כלל יכול לחזור בו כמבואר ר"ס קצח ולענין קבלת מי שפרע או מחוסר אמנה נראה ודאי שינוי שנשתנה הענין שנפל בו בירושה יורה כזו הוה כתרי תרעי שברמ"א ס"ס ר"ד ועוד (דאפי' היה קנין גמור) כיון דהמחבר סי' רז לא הזכיר חילוק בין קרקע למטלטלין רק הרמ"א הגיה א"כ המוחזק יכול לומר קים לי כהמחבר ולא נוכל להוציא ממנו עכ"ל ע"ש עוד (בענין אומדנא וגם בנו"ב חי"ד סי' סט מזה) ולע"ד דבריו צ"ע ע' בנ"צ מ"ש בזה:

1 **מטלטלים** עבה"ט ומ"ש אבל בלוקח אין חילוק בין קרקע למטלטלים וכ"מ בב"י כו'. הנה בטור לקמן סי' ר"ל ס"ה (והובא קצת בסמ"ע שם ס"ק טו) מבואר שדין זה במחלוקת שנויה בין ה"ר יונה ובין ר"ח. וז"ל הטור שם המקבל יין מחבירו בעסקא כו' וכתב ה"ר יונה ז"ל אבל הלוקח יין מחבירו אע"פ שאמר דעתי להוליכו למקום פלו' והוזל קודם שהגיע לשם המקח קיים שהרי מקחו מקח גמור. אע"פ שהמוכר על דעת לעלות לא"י ולא יכול לעלות מכרו בטל במוכר בלבד אמרו שהמוכר מתוך אונס הוא מוכר והרי נודע הדבר שלא מכר זה אלא מפני שעלה בדעתו דבר שיהא צריך למכור אבל ר"ח ז"ל כתב שאין חילוק בין מוכר ללוקח וכ"כ הרמ"ה ז"ל אלא שחילק דוקא שהתנה שלא יתן הדמים עד שיוליכנו כו' עכ"ל וכתב בדרישה שם וא"ת הא לעיל סי' רז כתב רבינו אהאי דינא גופיה בשם רש"י ור"ח דדוקא בקרקעות שאין דרך ב"א למכור אבל במטלטלים אפי' לגבי מוכר ל"מ גלוי דעת כ"א תנאי גמור והכא הא במטלטלים איירי וי"ל דה"נ סתם מי שלקח יין כדי להרויח בו לקחו והוא גילה דעתו שרוצה להוליכו למקום היוקר דומה ממש למ"ש שם דכשם שאין דרך ב"א למכור קרקעות כיון שהוא דבר של קיימא ה"ה נמי אין דרך ב"א ליקח במעותיו מטלטלין ובפרט יין כ"א קרקע אם לא שיודע להשתכר בו טובא ומ"מ מסיק רבינו (בשם ה"ר יונה) דדוקא במוכר שמכר מחמת אונס בהא אמרי' דדעתו היה לעלות לא"י משא"כ בלוקח זה שמרצונו קנה להרויח בו ולא היה מוכרח להכי וכל לוקח כדי להרויח מייאש נפשיה דלפעמים ג"כ הוא מפסיד עכ"ל ולפ"ז צ"ל דמ"ש הטור אבל ר"ח כתב שאין חילוק בין מוכר ללוקח ר"ל בין מוכר קרקע דאיירי בגמ' בעובדא דהאי גברא דזבין נכסיה אדעתא כו' ובין לוקח מטלטלין דאיירינן ביה הכא דקנין מטלטלין בלוקח הוי כמו מכירת קרקעות במוכר. עכ"פ מבואר דלוקח מטלטלין לדעת ה"ר יונה לא מהני ביה גלוי דעת ולדעת ר"ח מהני והב"י בסי' זה מחו' ל"א שכ' בפשיטות מוכר שום דבר וגלה הלוקח דעתו שרוצה להוליכו כו' יכול לחזור בו ע"ש משמע שהכריע כדעת ר"ח הנ"ל כאשר באמת כ"נ ג"כ דעת הטור מדכ' אבל ר"ח

כתב כו' (דכ"כ בתשו' הרדב"ז ח"ד סי' קצח שיש בידינו כלל גדול מקדמונינו שכל סברא שמביא הטור ז"ל באחרונה עליה יש לסמוך ובפרט היכא שכותב אבל פ' כתב כו' משמע שזו היא הסברא שחפץ בה ע"ש) וזהו ג"כ דעת תשו' שער אפרים שהזכיר הבה"ט כאן וצ"ע שם וע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' ע' שכ' דחילוק זה בין מוכר מטלטלין ללוקח מבואר להדיא בתו' כתובות דף מז ע"ב בד"ה שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה שהקשו מלוקח פרה ונטרפה או מתה דנימא אומדנא ומאי קושיא הא במטלטלין לא אמרי' אומדנא (וכמ"ש התוס' גופיהו בכתובות צג ע"א ד"ה זבין ע"ש) א"ו דהא דלא אמרי' אומדנא במטלטלין היינו במוכר אבל בלוקח אמרי' אומדנא דוקא במטלטלין כו'. וע"ש עוד שכתב דנ"ל ליישב קו' תוס' הנ"ל דבאמת לא נמצא אומדנא אלא במוכר או בלוקח ולא במקח עצמו כגון אי הוה מזבין קרקעותיו ע"ד למיזבן פרה ולא מצא ליקח היה חוזרה מקח וכן הלוקח דבר ולא אצטריך ליה חוזר המקח אבל בלא אירע דבר לא להלוקח ולא להמוכר אלא בדבר הניקח כגון שנטרפה או מתה הפרה בזה לא אמרי' אומדנא דאחר שנגמר הקנין הוי פרה שלא נטרפה ומה לו למוכר עוד בזה (כבר כ' סברא זו גם בסי' ז' שם ובחלק אה"ע ח"ב ס"ס עד ובסי' קני ובס"ס קנט שם ע"ש) ומיושב בזה ל' הטור סי' רל הנ"ל שבתחלה גבי המקבל יין בעסקא נקט והוזל או החמיץ ואח"כ בפלוגתת ה"ר יונה ור"ח ז"ל בלוקח יין לא כ' אלא הוזל ולא הזכיר החמיץ והיינו מטעם הנ"ל דהחמיץ ה"ל כנטרפה הפרה דההפסד אירע בדבר הניקח ולא אמרי' בי' אומדנא לכ"ע משא"כ הוזל דהמניעה הוא מטעם הלוקח אבל היין כדקאי קאי כו' ע"ש עוד וגם במל"מ פ"ו מה' זכיה ובס' בית מאיר בשו"ת שבסוף הס' סי' ו' ובס' נה"מ לקמן סי' רל מענין זה. ומ"ש הבה"ט ולכן פסק שם בלוקח שגילה דעתו בשעת גמר המקח שקונה חפץ בשביל איש א' כו' ע' מענין זה בס' נה"מ לקמן סי' ר"ל ס"ט במעשה שהוצרך המלך בשעת מלחמה לקנות פשתן הרבם ועשה קנטראקטין עם הרבה אנשים והלך ראובן ועשה עם שמעון ג"כ קנטראקט כו' ע"ש. גם בתשו' בית אפרים חח"מ סי' ל' תשו' ארוכה בענין זה שהשיב להגי' דליסא בעה"מ נה"מ על נדון זה עצמו והסכים לכל דבריו ובסוף הביא סייעתא מתשו' הרשב"ם סי' שפז בשם אביו הרשב"ץ ז"ל שדן והורה הלכה למעשה בענין סוחרים שבא להם ספינה ממיורקא ובהיותם בנמל קנו הסוחרים פשתן מיהודים אחרים באשראי ואח"כ נאנסה הספינה ולא יכלו לטעון הפשתן ופסק שיחזור הפשתן לבמלי' הראשונים משום דהוי אומדנא דמוכח שלא קנו אלא ע"ד לשלוח בספינה זו ע"ש וכיו"ב בתשו' מהרשד"ם סי' רמז בראובן שנתפשר עם שמעון לקנות ממנו בתים ידועים בסך ידוע ונתן לו טס של כסף לערבון ונטלו שניהם קנין ובאותו מעמד עבר שם

נפתלי כו' ושוב נמצא שלא היה לו אצל נפתלי מעות כו' ע"ש ועיין עוד בנה"מ כאן סי' זה שכ' דבלוקח קרקע בודאי מהני גילוי דעת אפי' לדעת ה"ר יונה שבטור סי' ר"ל הנ"ל ומ"ש ה"ר יונה שם במוכר בלבד אמרו ר"ל דדוקא במוכר קרקע מהני גלוי דעת אבל בלוקח מטלטלין שיכול להוליכו לכל מקום אף שגילה דעתו שרוצה להוליכו למקום זה לא מהני מה שאין כן בלוקח קרקע שא"א להוליכה ודאי מהני גלוי דעת ולכן כ' באחד שדירתו כאן וקנה בית או חנות בעיר אחרת יאמר שקונה זו משום דדעתו לעקור הדירה ולקבוע דירתו בעיר אחרת ולא אסתייעא מלתא לעקור הדירה או שלא הניחוהו אנשי עיר אחרת לקבוע דירה אצלם בודאי דהמכר בטל (אפי' לדעת ה"ר יונה) כו' ע"ש. ולע"ד פשט דברי ה"ר יונה לא נראה כן שהרי כתב במוכר בלבד אמרו שהמוכר מתוך אונס הוא מוכר כו' משמע דעיקר הטעם מה שמוכר מתוך אונס הוא מוכר משא"כ בלוקח שאינו לוקח מתוך אונס לא מהני גלוי דעת בין בקרקע בין במטלטלין וכן מבואר מדברי הדרישה הנ"ל ואדרבה משמע מדבריו דלוקח קרקע לא מהני ג"ד להה"ר יונה במכ"ש בלוקח מטלטלין ואפי' לר"ח ז"ל דס"ל בלוקח מטלטלין מהני ג"ד י"ל דלוקח קרקע ל"מ ג"ד ודו"ק. וכ"כ בהדיא בתשובת ח"ס סי' ע' הנ"ל דלוקח קרקע לא אמרינן ביה אומדנא לכ"ע דניחא ליה לאינש למיקני קרקע אפי' כל דהוא ע"ש (ומ"כ שם אח"כ אלא דמצינו אומדנא אפי' בלוקח קרקע גבי אחריות ט"ס דהוא רק מאומדנא דלא שדי אינש זוזי בכדי כו' ר"ל דדוקא היכא שהקרקע ישאר בידו רק שא"י לדור ולהשתמש בהקרקע בזה לא אמרינן אומדנא בלוקח קרקע משום דניחא ליה לאינש למיקני קרקע אפי' כל דהו דשמא אחר שנה יכול לדור ולהשתמש בו הוא או בניו אבל היכא דיש חשש שיקחו הקרקע לגמרי לא שייך לומר דניחא ליה למיקני קרקע כל דהו ומש"ה לא צריך התם אפי' ג"ד משום דהוי אומדנא דמוכח טובא) . ועיין עוד בח"ס שם אודות עיר אחת שקנו איזה יחידים חזקת הקהלה מהקהל להיות כאחד מבני הקהלה ואח"כ נתהוה שבני ח"ק חדשו חק וגזרה חדשה להעריך על כל המבקש שם מקום קבר וטענו היחידים אדעת' דהכי לא קנו חזקת הקהלה וכתב דאין ממש בטענה זו מכמה טעמים חדא דלוקח קרקע לא אמרינן ביה אומדנא ואין לך לוקח קרקע גדול מזה שלוקח קרקע עולם חזקת הקהלה חשובה להיות לו חלק בבה"כ הקדושה ומקוה וכל נכסי הקהל ובפרט ליחידים הללו שלא מצאו מקום חזקה במקום אחר כו' ועוד הא לא הזכירו מידי בשעת קנין שנתנו עיניהם במיתה ולא שייך לומר הכא כל הקונה חזקת הקהלה הוא ע"מ להקבר בלי שיעריכוהו ויטילו עליו כחפצם זה אינו אומדנא כלל כו' ועוד דנלע"ד ע"כ לא שייך אומדנא בחמרא דזול שפט בהוזל והוקר אלא טרם שהתחיל הלוקח לעסוק אפי' אם

כמה שנים עמד כך ולא הוליכו לזול שפט ולא התחיל למכור ממנו והוזל אז ברשות המוכר הוזל וחוזר המקח כמ"ש הרשב"א בחשובה שהביא ב"י אבל אם אחר שכבר החזיק בעינו ומכר ממנו ביוקר כחפצו ושוב הוזל אין מן הסברא שיחזיר בו במקח וה"נ כיון שכבר זמן רב נתחזק זה בחזקת הקהלה כו' לא נ"ל כלל שיכול לחזור בו משום אופן ואין לו על הקהל כלום כו' ע"ש עוד: ועמ"ש לקמן סי' רצ"ב ס"ז סק"ה בענין ראובן שקנה סחורה משמעון ולא רצה לשלם כי אמר שלא היה בדעתו לקנות כלל רק שרצ' לתפוס בעד חובו ע"ש מ"ש בזה בשם תשובת אא"ז פמ"א ושבו"י ותשובת בית אפרים: ומ"ש הרמ"א עד שיתנה בדיני תנאי. עיין בתשובת ח"ס חח"מ סי' ק"ב שביאר הענין דאפילו למ"ד לא בעינן תנאי כפול (עמ"ש לעיל ס"א סק"ג) עכ"פ צ"ל בלשון "אם אם איסק לא"י יהיו החפצים או הקרקע מכורים אך הכא לא אמר לשון "אם אלא משום דבעינא למיסק לא"י מזבנינא ומשום לחו לשון תנאי הוא ולא אתינן עלה אלא מאומדנא דחז"ל דאל"ה לא היה מוכר והוי כאילו התנה ולזה סבר רש"י אין לנו אלא קרקע אבל מטלטלין כו' והחילוק בין לשון אם ללשון משום עיין בתשובת מהריב"ל ח"ג סי' צ"א כו' ע"ש עוד:

ז **ודברים שבלב אינם דברים.** עיין בתשובת ח"ס חח"מ סי' יו"ד אודות ראובן שמכר ביתו לשמעון ולוי נתן בעד שמעון חילוף כתב לראובן על סך דמי מכירה והוא קבלו בפרעון חמור מעות מזומן ותנאי היה בין ראובן ושמעון שראובן המוכר מחוייב להשתדל רשיון מכירת הבית מהשררה במשך ו' שבועות ואם יאוחר יותר המכר בטל ועל תנאי זה השלישי הח"כ ביד שליש והנה ראובן המוכר השתדל והשיג הרשיון אלא שלא היה שמעון בביתו בסוף ו' שבועות הנ"ל כי הלך בדרך למרחוק ונתאחר הדבר בע"כ עד שבא שמעון לביתו ואז בא ראובן לקיים תנאו וגם שמעון נתרצה אלא שלוי אשר נתן הח"כ טוען מאחר שלא נתקיים התנאי בזמנו הרי המכר בטל ורוצה שיחזירו לו הח"כ שלו. והשיב הנה פשוט אי היה לוי מתנה עם שמעון בשעה שנתן עבורו ח"כ לראובן שאינו נותן אלא בתנאי שיוגמר הקנין בתוך ו' שבועות ועבר הזמן ולא בתקיים התנאי אפילו ע"י שום אונס בעולם הן מעכבת ראובן והן מעכבת שמעון מ"מ כיון שלא נגמר זה המקח במשך זמן הנ"ל הרי בטל חיובו של לוי לשלם עבור שמעון כי אדעתא דהכי לא נכנם בחיובו שיהיה ח"כ שלו תלויה ועומדת זמן יותר ממה שקצב ואי משום דנאנס מה לו ולאונס דידהו אונס רחמנא פטריה אמרינן אבל אונם רחמנא חייביה לא אמרינן כמבואר בח"מ סי' כ"א (עמ"ש לעיל ס"א סק"ב) אך הכא לא התנה לוי עם שמעון שום דבר ושמעון הוא דהתנה עם ראובן ופשוט שאם היה רוצה שמעון למחול התנאי או להרחיב זמן לראובן אין לוי יכול למחות ולו' אדעתא דהכי לא נתתי הח"כ שלי דהא

לא התנה ואע"ג ששמע תנאי שהיה בין שמעון וראובן לא מצי לו' אדעתא דהכי נתתי הח"כ דה"ל דברים שבלב ואפי' אם היה התנאי בין לוי ושמעון רק שלוי לא היה מתנה לטובת עצמו ונתן ח"כ בסתם אלא שמעון אמר לטובת לוי הריני להחזירו לך אם לא יוגמר המקח במשך ו' שבועות ס"ל לרוב הפוסקים ופסקו רמ"א ר"ס ר"ז דאינו תנאי אלא פטומי מילי ומכ"ש בשלא היו הדברים בין לוי ושמעון כלל רק בין ראובן לשמעון שאפילו אם היה גם לוי נושא ונותן עמהם בזה ודיבר עם ראובן שאם לא יוגמר כענין במשך ו' שבועות יתבטל המקח מ"מ היינו הכל כעין שליח שמעון וסרסורו לגבי ראובן אבל אין זה נוגע לח"כ שנתן הוא כו' ולא עוד אלא אפילו לא מחל שמעון על התנאי והיה מערער על המקח לא היה מתבטל דבתנאי שבין ראובן לשמעון נאנס אונס רחמנא פטריה כיון שהמקח נגמר ואין שום עיכוב כלל ולא הוה אלא בקונס עצמו דזרוזי נפשיה שאם לא יגמר הדבר לזמן פלוני יתבטל המקח וענשיו נאנס דאין לך אונס גדול מזה דהא קאים והלוקח בטמן א"כ רחמנא פטריה כו' והאריך עוד בזה ומסיק תבנא לדינא דעכ"פ אין ללוי שום טענה נגד ראובן ולא בע"ד דידיה הוא ואפילו לשמעון אין לו טענה נגד ראובן דאונס היה כיון שלא בא שמעון לביתו ומה שאמרו מקצת שהיה לו להוציא הכתב מתחת ידו ליד ב"ד ליתא כמבואר מדברי רשב"א שבב"י סי' ע"ג דנתינה נב"ד הוא ולא הועיל (ע' בתשובת שבו"י ח"ב סי' קנ"ד שרמזתי לעיל סי' ע"ג סי"ז ס"ק י' כו') והדין דין אמת בלי פקפוק עכ"ד ע"ש:

ח **אומדנא דמוכח.** עיין בתשובת חות יאיר סי' ס"ט אודות לוי שרצה לקנות בית משמעון ושאל לו כמה רוצה השיב ת"ק ר"ט ולוי אמר שיתן לו ש' השיב שמעון כבר רצה נפתלי ליתן לי ש"ן ר"ט ונשבע בנק"ח שאם יבא היום ח' ויתן לי בעדה ת' ר"ט לא אתננה לו ומפני כך נתן לו לוי ת"י ר"ט וקנה הבית ויהי העם כמתלוננים שקנה בית ביוקר מאד שאל לוי לנפתלי אם אמת הוא שרצה ליתן ש"ן ר"ט והשיב להד"מ ותבע לוי לשמעון בדין והשיב בענין נפתלי להשביח מקחי אמרתי שקר וזה דרך התגרים וע"ד השבועה הייתי אומר בפי ומבטל בלבי ואם חטאתי אקבל דין שמים ומלבד זה אמר נשבעתי כ"א בו ביום נתן לי א' בעד הבית ת' ר"ט לא הייתי מוכר לו מפני השבועה כו'. וכתב בענין מכירת הבית נ"ל דשמעון פטור מדין אדם אע"פ שהתל שמעון בו בערמתו שהתפאר שנפתלי ביקש ליתן לו ש"ן ר"ט ולוי לא שאל פיו לפני קנייתו וסמך על הימנותיה כי סבר מלתא דעבידא לגלויי לא משקר אינש ויש לו תרעומת על חבירו ועל עצמו. ובענין השבועה מה שאמר שמעון שהיה מבטל בלבו אין זה מספיק אפילו בדיני אדם כו' ומה שאמר ומלבד זה אמת נשבעתי הגם שי"ל דזה יספיק לדין אדם דנאמן לפרש דבריו אבל

בדין שמים מתחייב אפילו אמת שכוונתו כך היה כו' וכל זה דוקא אם כבר פרע לוי לשמעון משא"כ אם עדיין המשות בידו נ"ל דמצי למימר על דבריך שאמרת שכבר רצה נפתלי ליתן ש"ן ר"ט ונשבעת סמכתי וי"ל דודאי שכה"ג הוא אומדנא דמוכח שכתב הרא"ש דמהני אפילו במכר וכמ"ש בהגהת רמ"א סי' ר"ז ס"ד עכ"ד ע"ש. ועיין בט"ז לקמן סי' של"ב ס"ד שכתב ומעשים בכל יום שאדם מוכר לחבירו חפץ ואומר כך נתנו לי סך זה ולא רציתי למכור בזה הסך ואח"כ נתברר שלא היה שום קונה בסך קצבה שזכר הוא וכי בשביל זה יבטל המקח כו' עכ"ל ע"ש וצ"ע:

ט **המקח בזמן פלוני.** עיין בתשובת חו"י בסוף הספר בהשמטות שכתב דאף דבכמה דוכתי בעי דוקא התראה מ"מ במחייב עצמו בדבר באוה"מ כגון שמכר לו קרקע או מטלטלין רק שיהיה לו רשות להחזיר לו ממונו תוך שנה וליקח הדבר או בסגנון אחר א"צ להזכירו כ"ש להמרות בו ואם עבר הזמן לא מצי טעין שכחתי מפני שקיבל בעצמו עליו אין השכחה אונס כו' ע"ש:

י **מכר לו סתם כו' הרי התנאי קיים.** עסמ"ע וט"ז ועיין בתשובת חו"י סי' צ"א אודות מקום בב"ה שהיה שייך ליתומה אחת ומכרוהו ב"ד לכמ"ר זלמן ונכתב השטר מכירה באוה"מ ובסוף נכתב תנאי בלשון זה אכן לאחר המכירה הנ"ל התרצה ר"ז הנ"ל באם שיבא אחד מאפוערופוסים או אחים של היתומה הנ"ל לאחר כלות ששה שנים מהיום ויתן לי ק"י ר"ט הנ"ל אזי מחוייב ר"ז הנ"ל לחזור ולמכור המקום הנ"ל להיתומה הנ"ל כו' ואח"כ מת הלוקח וגם היתומה הנ"ל והלך היורש של הלוקח ומכר לאיש אחר המקום הנ"ל ועכשיו בא היורש של היתומה והביא הסך ק"י ר"ט הנ"ל ובקש שהלוקח מן היורש הנ"ל להחזיר לו המקום מחמת תנאי הנ"ל. והשיב ע"ז באריכות ותורף דבריו דאפילו היו עדיין הלוקח ראשון והיתומה בחיים לא היה בידינו לכופו לקבל המעות ולחזור למכור המקום להיתומה הנ"ל אחר דבמעשה ב"ד לא נמצא לשון תנאי שהיה במכירה גם לא בשעת המכירה רק לאחר המכירה התרצה דרך ריצוי לא התחייבות או ק"ס ואם כן לכל פירושי הפוסקים בסוגיא דב"מ ד' ס"ה בשוטת מכר לו השדה כו' נעשה כמאן דאמר ליה מדעתיה לא הוי רק פטומי מילי כמבואר בטור וב"י סי' ר"ז ס"ט כו' ומש"ה אחר שמת ר"ז הלוקח הנ"ל דאפילו אם ימצא המתעקש מקום מצד לשון מחוייב וכח ב"ד יפה ויאמר דמסתמא היה בענין המועיל לחיוב מ"מ אחר שמת ר"ז שהתחייב עצמו התחייבות דידיה בטל ואין יורשין צריכין לקיים מפני דלא תלי כלל מכירה ראשונה בתנאי זה רק שהתחייב עצמו בכך עיין בסי' ר"ט ס"ד בהג"ה וזה דמי למתחייב עצמו בקנין לחבירו שימכור לו אחר שנה קרקע פלונית בסך פ' ומת שבלי ספק לא יעלה על

דעת שיוכרחו יורשיו לקיים ולמכור. וכתב עוד וכ"ש בנ"ד שנכתב בשטר הנ"ל באם שיבא אחד מאפוטרופסים או אחים כו' ויתן לו כו' ובזה פגענו בסוגיא דפ' מי שאחזו בענין לי ולא ליורשי ומה דאתמר עלה בדיני ממונות מהפוסקים ז"ל שמצאנו בזה ג' דעות בב"י סי' זה. האי מ"ש הב"י מחודש י"ז משם הריטב"א בשם הרמ"ה שאם מת אחד מהם מוכר או לוקח שוב אינו יכול לקיים תנא' וזכה הלה בקרקעו דלי ולא ליורשו משמע ואתה ולא יורשיך ומסיים שכ"כ רי"ו בשם הרשב"א והוא מ"ש הב"י במחודש כו'. ולפני זה הביא הב"י בשם הרשב"א לחלק דודאי לי הוי קפידא אבל שתתן אינו קפידא ודעה זו מייתי הרמ"א ז"ל בסי' רמ"א ס"ז. ובבדק הבית העתיק ג"כ מ"ש הריטב"א בשם הרמ"ה הנ"ל וסיים בשם הריטב"א שהשיג על הרמ"ה ודעתו דדוקא גבי גט ומתנה הוי קפידא אבל במכר אין קפידא לא בתתן ולא בלי וכל שפרע המוכר או יורשיו ללוקח או ליורשיו זכה יעי"ש. ומעתה בנ"ד אפי' אם היו דברי הלוקח ר"ז הנ"ל באופן המועיל שיחייב לקיים כגון שהיה תנאי גמור בשעת המכר או בקנין וגם היה הלוקח עדיין בחיים מ"מ אחר שמתה היתומה וזה היורש שבא ליתן המעות אינו מאחים הנזכר בשטר הנ"ל מצי הלוקח לסרב מצד דיוקא דתתן ומצי לומר קים לי כדעת הרמ"ה וריי"ו בשם הרשב"א דיש קפידא דדוקא אם א' מאפוטרופסי היתומה או אחיה באים ובעודנה חי ובפרט שנכתב במעב"ד הנ"ל כ"ז מכרנו ועשינו לטובת היתומה כו' דודאי טפי י"ל דהוי קפידא בחייה דוקא וכ"ש אחר שמת הלוקח הראשון דמצי יורשו לחבב מצד דיוקא דלי דכל אפי שווין דאמרינן לי ולא ליורשי לבד מהשגת הריטב"א על הרמ"ה שמביאו בבד"ה והוא דעת יחיד. וכ"ש בנ"ד דמת גם יורש הלוקח הראשון דנצרך לומר לי ואפי' ליורשי ואפי' ללוקחים מיורשי דאפשר גם הריטב"א לא י"ל זה ועוד י"ל דב"ד הוי כמתנה דמדעתיה יהיב כמ"ש התרצה ר"ז כו' וא"כ אפילו נימא דהיה הריצוי באופן דלא מצי למיהדר ביה מ"מ קפיד ואמר לי ולא ליורשי כמו במתנה דגם הריטב"א מודה כו' ואף שלא נזכר בשטר הנ"ל שאמר הלוקח לשון לי רק הב"ד כתבו שהתרצה באם שיבא ויתן לו כו' אין בזה כלום דודאי מריצוי דידיה שאמר כך כתבו הב"ד כך כו'. סוף דבר אין אנו צריכין בנ"ד לבא בענין דיוקא דלי ותתן רק הריצוי של לוקח ר"ז הנ"ל אחר המכר בלי קנין בטל מעיקרו ואינו רק פטומי מילי ואפי' אם ימצא החולק על האמת מקום ללון מצד לשון חיוב וכח ב"ד יפה מ"מ נא ימצא ידיו ורגליו לחייב היורש וכ"ש ללוקח מן היורש לקיים מה שהתחייב עצמו לוקח ראשון אחר המכירה וברור דזכה לוקח שני במקחו וא"א לזוז אותו ממקומו עכת"ד ע"ש. גם בשו"ת שבסוף ס' תורת השלמים סי' ז' נשאל על עובדא כזו ממש ופסק ג"כ שלא להוציא מיד הלוקח ע"ש עוד. וע' בתשובת שבו"י

ח"א סי' קס"ה אודות ראובן שמכר קרקע בלי ידיעת אשתו והתרצה עצמו הלוקח בשטר המכיר' שאם תערער אשת ראובן על המכירה תבטל המכיר' ומת ראובן ואח"כ אשתו ועכשיו בא בנם לערער על המכירה במקום אמו כי ירש זכותה אם טענתו טענה. והשיב לכאור' טענתו טענה מהא דאי' בכתובות צ"א בהאי גברא דזבנ' לכתובתה דאמו בטובת הנאה כו' דמבואר שם דאי לאו שהבן עצמו היה. המוכר וקיבל עליו אחריות דנפשי' הוה אמרינן דאיהו במקום אמו קאי ויכול לערער כמו אמו בחייה כו' אך באמת אין זה ראיה כלל לנ"ד דהתם לא אמרי' דאיהו במקום אמו קאי אלא היכא דיש זכות לאמו בלא התנאי כגון קרקע שמשעובד לכתובה משא"כ אם אין לאמו שום זכות על קרקע זו רק מכח התנאי שהתנה עם אביו בשעת מכירה בודאי אמרינן בכה"ג לה ולא ליורשיה קאמר וכבר הארכתי בכיוצא בזה בתשו' בספר תוה"ש שאלה ז' דאין להוציא בכה"ג מיד לוקח המוחזק וגם בתשובת חו"י סי' צ"א האריך ג"כ בשאלה זו ומסכים לדברי לדינא ומשם תלמוד ג"כ לכאן דאין להוציא הקרקע מחזקת הלוקח עכ"ד ע"ש:

יא **תשו' גמורה**. עבה"ט עד דאף שהחזיר לו אח"ז ה"ל לוקח שאמר אחזירנו לך מדעתי כו' וע' בס' דגמ"ר שכ' דנשון הסמ"ע בזה תמוה ואפשר לפרש כוונתו לענין איסור רבית כדלעיל ס"ז אבל היותר נלע"ד שצ"ל דאף שלא תחזיר לו כו' וגם לעיל ס"ק י"ג כ' הסמ"ע בשם הב"י דבעינן שקנו מידו אבל בלא"ה אינו חייב להחזירו עכ"ל:

יב **ערבוני מחול לך**. עבה"ט וע' בתשובת מים חיים חח"מ סי' ה' שנשאל באמר בלשון אשכנז (דער אדרוף זאל פאר פאלין ווערין) אם הוא כמו אמר ערבוני מחול לך והשיב דזה פשוט דהוי כמו מחול לך וגם אם הוי לשון מתנה הא גבי מעות מהני ג"כ לשון מתנה כמו מחול לך ואף דבש"ע סי' רנ"ג ס"ב איתא דאם אמר יפול לפלוני כך וכך ל' ירושה הוא ויפול בל"א הוא פאלין מ"מ יש סילוק בלשון בני אדם בין לשון יפול שהוא בל"א פאלין שהוא לשון ירושה ובין לשון פאר פאלין שהוא לשון מתנה או מחילה. וגדולה מזו נ"ל שאפילו אם לא אמר כלל (דער אדרוף זאל פאר פאלין ווערין) רק הי' נותן סתם (אדרוף) ואמר (איך גיב דיר איין אדרוף) כלשון הסוחרים הנהוג בעתים הללו יראה לפע"ד לפי הידוע שעתה נהגו כל הסוחרים ליתן אדרוף ואין כוונתן לקנות באדרוף כלל א"כ לא הוי כערבוני יקון המבואר בש"ע סי' ק"צ ס"י בהג"ה (דקנה נגד מעותיו) דאיכא אומדנא דמוכח דלא רצה כלל לקנות באדרוף רק שיהיה אדרוף מחול לו במתנה אם יחזור. וע"ש עוד אודות שנשאל אם לפסוק כדעת היש חולקים שהביא רמ"ח וכ' זה פשוט שהמוכר יכול לומר קים לי כהמחבר מאחר שהרמ"א לא סיים על היש חולקין וכן עיקר כמנהגו הטוב ע"ש וע' בס"ק שאח"ז:

יג **ויש חולקין**. עי' בתשובת נו"ב סימן ל"ו שכ' על נדון דידיה וז"ל הגם שיש לנו מקום זכות לנתבע דהא בש"ע סי' ר"ז סי"א איכא ב' דעות אי מחילה קונה אפילו באסמכתא והב"י בשו"ע הכריע כרמב"ם. והרמ"א כדעת החולקים ואם כן יכול הנתבע לומר קים לי כהרמב"ם והרב"י דבמחילה לא איכפת לן באסמכת' כלל כיון שהוא כבר בידו זכה אפילו באסמכת' אך ז"א דנראה שאף הרמב"ם מודה בכאן כיון שזה תפוס שטרא לא נקרא מחילה דאפילו לדעת הי"א שהבי' הרמ"א בסימן רמ"א ס"ב דאפילו היה לו שטר כו' מ"מ ידוע שהי"א אלו הוא המרדכי ס"ק דסנהדרין ושם מבואר הטעם משום דאמרינן דק בחושבנ' ולא פש ליה גביה ולא מידי והוה כאילו הודה שאינו חייב לו כלום ואם כן בנ"ד שמבואר בפירוש שמוחל משום קנס לא שייך זה וגם המרדכי מודה. ובר מן דין אפילו נניח כל הקולות להנתבע לומר דעת הרמב"ם דבמחילה לא שייך אסמכתא ולומר דכאן גם בן מקרי מחילה אף דתפוס שטרא מכל מקום אומר אני דקנין עכ"פ באי אלא דבאסמכת' איני מועיל קנין כ"א בב"ד חשוב וכאן מועיל קנין סתם ואף דמחילה א"צ קנין היינו היכא דמוחל לו להדיא וזה מבואר בסי' י"ב ס"ז ובסמ"ע שם ס"ק ט"ו כו' וסמוכות שלו מדברי הסמ"ע סי' כ"א סק"ו (עמ"ש שם סק"ג) כו' עכ"ד ע"ש:

יד **שכל האומר** עבה"ט שכ' ע"א בב"ח כו' ודבריו תמוהים כו'. ובאמת מחלוקת הקדמונים היא כמבואר בד"מ סי' זה אות ז' שהביא בשם המרדכי פ' שור שנגח ד' וה' כדברי הב"ח דאסמכת' קניא מדאוריית' דהא ערב משתעבד אע"ג דהוי אסמכת' ואח"כ כתב אמנם במרדכי ס"פ הפועלים כתב דערב אין בו משום אסמכת' כו' ע"ש וע' בקצה"ח ובנה"מ מזה. וע' בס' ארעא דרבנן אות א' סימן ע"א כ' דכדברי הב"ח מפורש להדיא ברש"י פ' כל הנשבעין (שבועות מ"ז ע"א) ד"ה משחק בקוביא ע"ש. וע' בתשו' ח"ס חח"מ ס"ס ס"ו שכ' די"ל דבהא פליגי הרמב"ם והראב"ד בהל' חמץ ומצה שהביא המג"א סי' תמ"א סק"ב אי יש דין אסמכתא לעובד כוכבים וכ' די"ל דהרמב"ם נמי ס"ל דאסמכת' דלא תליא מדרבנן בעלמא היא ובעובד כוכבים לא תקנו. אך ס"ל דהיינו ישראל מעובד כוכבים קונה באסמכת' אבל עובד כוכבים מישראל לא קנה דהשת' מישראל הפקיעו מכ"ש מעו"כ כמ"ש הט"ז ביו"ד סי' קל"ב סק"ח לעשות קנין כסף כו' ומסיים שם שדעת רוב הפוסקים דיש דין אסמכת' לעו"כ כמ"ש מג"א הנ"ל ע"ש:

טו **כגון שא"ל קנה לי יין כו'**. עיין בתשובת חו"י סי' קכ"ח אודות ראובן שתבע לשמעון גיסו בשטר הנעשה ביום חתונתו כשלקח את אחות שמעון והתחייב שמעון עצמו בקנין בכאה"מ להשתדל לראובן חזקת ישוב בעיר פלוני על הוצאתו ועתה טוען שמעון שהשטר בטל מעיקרו כי השעבוד הוא על דבר שאינו בידו כי אין יכולת בידו

להשתדל לראובן חזקת ישוב הנ"ל הואיל שלא נכתב בשטר כמה ממון יתחייב לו אם לא ישתדל לו כו' וכתב דטענת שמעון אין בה ממש ואדרבה איפכא מסתבר' אם סברא זו דהשתדלות חזקת ישוב מקרי דבר שאינו בידו היא אמיתית אז אם היה נכתב בשטר שאם לא ישתדל יתחייב בסך כו"כ אז היה התחייבות הזה רק אסמכת' דלא קניא אלא בב"ד חשוב כו' משא"כ אם נכתב סתם שהתחייב שמעון בהשתדלות הנ"ל אף היה דבר שאינו בידו לא נפטר מהשתדלות על הוצאתו שהתחייב אף אם יהיה הוצאה מרובה כו' איברא דהשתדלות זה של חזקת ישוב וכל כה"ג מקרי שפיר דבר שבידו לטבעא דעלמא דמי שרוצה להוציא ממון הכח בידו להשתדל חזקת ישוב ולא דמי למ"ש בסי' ר"ז ס"ג בהג"ה והוא מדברי הטור דקנה לו יין ממקום פ' הוי אסמכתא ע"פ גמ' דס"פ א"נ דשמא לא ימכרוהו לו אע"ג דאמר קנה לי יין סתם כו' י"ל דהתם שאני דקאי אמי דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא במקח קצוב כשער הזול ע"כ אמר שם דהוי אסמכתא דמאן לימא לן דמשכח ליה באותו שער כי השער עשוי להשתנות וזה מלתא דמסתבר אף שלא הזכירוהו הפוסקים דאל"ה נשאר קשה למה נקרא זה דבר שאינו בידו (עסמ"ע ס"ק כ"ט וגם בלבוש) ואח"כ מצאתי כן בתוס' שם בד"ה התם בידו כו' וגם ראיה לזה מתה"ד סי' ש"כ. ומ"מ בנ"ד אם אירע שטרח שמעון בהשתדלות והשררה לא רצה רק בממון רב יותר מהראוי לרוב העולם אז פטור שמעון דמקרי אונס כמבואר בפסקי מהרא"י סי' רנ"ד כו' ע"ש עוד:

טז **אבל אם אינו בידו לגמרי.** עיין בתשובת בית אפרים חח"מ סי' ל"ד ברצוי הרגיל הסוחרים כשרוצים לשלוח סחורה למדינה אחרת עושין מעמד עם אחד להוליך הסחורה ונותנין לו כו"כ למאה והוא מקבל על עצמו אחריות הסחורה ונותן להם שט"ח ע"ס שווי הסחורה ואם מביאה בשלום מחזיר לו השט"ח ואם אירעו אונס שהסחורה אבודה משלם לבעלים את הסך שבשט"ח וגם יש דרך אחר שאין המוליך מקבל עליו אחריות רק איש אחר ונותן שט"ח ע"ש מעות שווי הסחורה להסוחר והוא נוטל עבור זה כו"כ למאה עבור קבלת האחריות והמוליך המתעסק נוטל ג"כ שכר טרחתו כפי שמפשרים ביניהם ואם הצליח דרכו ובאה בשלם נוטלים שכרם ומחזיר הסוחר השט"ח לזה שקיבל אחריות ואם הסחורה אבודה השכר אבד וזה שקיבל אחריות משלם הסך שבשט"ח ויש לשאול אם הוא דינא אך מנהגא. שמצד הדין י"ל שקבלת אחריות זה אסמכתא הוא כיון שלא נעשה בקנין ובבד"ח והשיב הנה הדרך הראשון שהמוליד עצמו מקבל אחריות פשוט שהוא מחוייב מצד הדין כיון שהוא המוליכה למקום סכנה ועל ידו נאבדה ואף בלא קבלת אחריות היה מתחייב וכדאמרינן (ב"מ צ"ד ע"א) הרי שהוליכן למקום גדודי

חיה ולסטים. ומכ"ש במקבל עליו בפירוש דאפילו באירעו אונס קיי"ל מתנה ש"ח להיות כשואל. אך באם המוליך עצמו אינו מקבל אחריות רק איש אחר לכאורה י"ל דהוי אסמכתא ואע"ג דכל ערבות אסמכתא הוא ואפ"ה אמרינן דמשום דהימניה גמר ומשעבד נפשיה מ"מ י"ל דכאן גרע דערב היינו טעמא כמ"ש בעה"ת (הביאו הש"ך ובה"ט ר"ס קכ"ט) דלאו אסמכתא גמורה הוא כו' אמנם נראה דכאן אדרבה עדיף טפי מערב דעלמא כו' וכיוצא בזה מבואר בריב"ש סי' ש"ח בענין אם תלך הספינה בשלום כו' והאריך בזה ומסיים וז"ל ודאתאן עלה בנ"ד ודאי דמהני הערבות בשעת מתן הסחורה אף לדעת הרמב"ם שבסי' קל"א ס"ט!) כו' וגדולה מזו י"ל דנ"ל לא מיקרי ערב כ"א קבלן שזה המבטיח הוא עיקר המקבל הסחורה מהסוחר ואף שבעל החבילה הולך לקחתה מ"מ כיון שאין הסוחר נותנה לו רק ע"פ השט"ח מהמבטיח א"כ איהו אינו רק שליח של המבטיח כו' ועוד נראה דאפילו תימא שאם שולח לו בכתב שיתן לזה הסחורה והוא מחייב עצמו שמחוייב להחזירה לו בשלימות וכיוצא בזה היה תלוי במשמעות לשון הכתב אבל כפי שנוהגין שנותן שט"ח בסתם ואין מזכיר בו סחורה כלל רק ע"ס כו"כ מעות א"כ נראה שהענין נעשה ע"ד הקנאת חכמי ספרד המבואר בשי' ר"ז והיינו שהוא מקנה לו השט"ח ומתחייב לו סך כך רק שתנאי הוא באם יחזיר הסחורה השט"ח מחול וכ"ז שלא מסר הסחורה השטר חוב בתוקפו ואין כאן דין אסמכתא כלל סוף דבר שמנהג ישראל תורה ודין גמור וגם מצד מנהג הסוחרים הוא דין גמור כמבואר בפוסקים עכ"ל. וע"ש עוד בסי' ל"ה בעובדא שהמבטיח אחר שנתן השט"ח להסוחר שמע שיש אחריות גדול בדרך ורצה לחזור בו מקבלת האחריות ושלח להסוחר שישתדל להוציא הסחורה מיד המוליך והסוחר שלח אחריו והשיב לו שכבר הלכה הסחורה ואין בידו להחזירה וסוף דבר שנאנס הסחורה בדרך ועתה תובע הסואר להמבטיח שישלם לו השט"ח וזה טוען הרי הזהרתיך כו' והסוחר טוען טרחה רבה כזו לא היה מוטל עלי מאחר שהשט"ח שלך היה תחת ידי ועליה דידך היה רמיא לטרוח עמו ולהוציא מידו כו' ונתעצמו בדין על זה והשיב ע"ז באריכות והעלה שהדין עם הסוחר והאריך בסוגיא דב"ק דף ק"ח ע"ב בנגנבה באונס והוכר הגנב כו' ובדברי תה"ד שהביא הרמ"א לקמן. ס"ס רצ"ד ומסיים וז"ל ובנ"ד עדיפא טובא מההיא דתה"ד ומההיא דב"ק בהוכר הגנב דכיון שזה קיבל עליו בתחלת הענין כל מיני אחריות עד שיומסר הסחורה ליד הבעלים לאו כל כמיניה למפטר נפשיה בטענה זו שהטיל הטרחה על הבעלים להוציא מיד זה המוליך ובפרט שזה טוען שטרח עמו בדברים והרצ' אותו בכל מה דאפש' ולא הועיל וללכת עמו ביד

חזקה על המבטיח היה מוטל זה שעל פיו נתן לזה ונתן לו שט"ח על זה ואם הוא לא רצה איהו דאפסיד אנפשיה עכ"ל ע"ש:

יז **שוחקים באמנה**. עבה"ט ועיין בתשובת שבו"י ח"ב סי' קס"ד ע"ד שתבע ראובן את שמעון שהלוה לו מעות סך מה שישלם לו ושמעון השיב ששחק עם ראובן וזכה ממנו כל מעותיו וביקש אח"כ שילוה לו והלוה לו ושחק עוד עמו והרויח ראובן את הכל בשחוק ע"כ אינו רוצה לשלם ופסק דאם בשעה שהלוה לו נפל משמעון המעות בידו והגביהו או נתנו לתוך כיסו בענין שקנאו אם כן מיד נשתעבד לו וחייב לשלם אבל אם הניחו על השלחן ולא הגביהו לא קנה כלל ועדיין ברשות המלוה הוא והוי כשוחק באלמנה שאין מוציאין ממנו מה שהפסיד וכה"ג איתא בכתובות דף ל"א (ובש"ע לקמן סי' שנ"א) בהיה דגרר ויוצא ע"ש:

יח **אע"ג דלא קנו**. עבה"ט בשם סמ"ע וע' בתשו' בית שמואל אחרון סי' ו' מ"ש בפירוש דברי סמ"ע אלו. ועיין בס' נה"מ מ"ש בזה:

יט **נדר ושבועה**. עבה"ט עד והב"ח חולק עליו כו' וע' בתשובת נו"ב סי' ל"א שכ' דדין זה שכ' הסמ"ע דהשבועה מועיל לקנין שיקנה אין שום אדם יכול לומר קים לי כסמ"ע כיון שהחולקי' עליו המה רבים הב"ח וט"ז וש"ך ופשטא דלישנא דהרמ"א. ומה גם שנראה לעין שצדקו ראיות החולקים מדברי ריב"ש עצמו ועל דעת יחיד לא שייך לומר קים לי כמבואר בכנה"ג ע"ש. ומ"ש עוד בשם מהרי"ו ואי לא דמסתפינא כו' אלא כשנותן ת"כ לאותו אדם עצמו כו' ע' בתשובת שבו"י ח"ב סי' קע"ג שכ' דהמעיין במהרי"ו יראה שהוא עצמו אינו מכריע כן להלכה רק לעשות סניף לשאר צדדים וגם נעלם מהש"ך שהד"מ ביו"ד סי' רל"ט השיג על מהרי"ו וכ' שדעת הפוסקים אינו כן ולכן השמיטו רמ"א בש"ע דאין לסמוך ע"ז מפני חומר שבועה ע"ש:

כ **ותקיעת כף**. עבה"ט ס"ק מ"ד וע' בתשו' חו"י בסוף הספר בהשמטות מענין ת"כ. ומבואר שם דאין חילוק בת"כ בין אם נתן ת"כ בידו הימנית או השמאלית ע"ש. וע' ביו"ד סי' רנ' ט ס"ב:

כא **בשטר שקבל עליו**. עבה"ט וע' בסמ"ע לעיל ס ' ע"ג ס"ק י"ח ומ"ש שם ס"ו ס"ק ט':

כב **אע"פ שיש מי שחולק**. עיין בתשובת נו"ב סי' ל' אות יו"ד מה שכתב בזה:

כג **קונה**. עבה"ט שכ' במרדכי מבואר כו' עד וה"ה לאסמכתא כו' ועיין בתשובת רע"ק איגר זצ"ל סי' קמ"ו שתמה על המרדכי בזה ועמ"ש בפ"ת ליו"ד סי' רנ"ח ס"ק י"ב:

כד **להרמב"ם**. עי' בהגה מוהר"ע מה שמביא דברי הטור בשם תשובת הרא"ש ראובן היה לו פרה וירא לשוחטה כו' ועיין בתשובת רע"ק איגר ס"ס קל"ד שהקשה דברי

הרא"ש אהדדי ממ"ש הרא"ש עצמו הובא לקמן סי' של"ג באמר לאומן עשה כלי פלוני ואקנה ממך כו' דחייב לכרוע לאומן כל ההפסד משום דינא דגרמי ע"ש. וע' בקצה"ח לעיל סעי' י"א שהקשה ג"כ זאת וכ' ואפשר כיון דרוב בהמות כשרות לא הוי מזיק דסבור שתמצא כשירה וה"ל כמו אונס דפטור אפי' במזיק ממש ואכתי צ"ע ע"ש גם בכה"מ שם כ' ליישב קושיא זאת עש"ה:

סימן רח

א **וכן אם נשבע**. עבה"ט ועמ"ש בפ"ת ליו"ד ס"ס ר"ל ובפ"ת לאה"ע סי' ק"ח סק"ד ובסי' קל"ד סק"ו ובסי' קמ"א ס"ק נ"ט ע"ש ועיין עוד בתשובת ח"ס חח"מ ס"ס ד' וסי' ק"ד ובתשובת הרב מהר"ר משה רוטנבורג חאה"ע סי' ט"ז:

ב **ונתקיים בקנין**. עבה"ט שכ' זהו קאי אפסק עד שלא יצא השער כו' ועיין בנה"מ שכ' דלדעת הש"ך סי' ר"ט ס"ק י"ג (הובא בב"ט שם ס"ק י"ק וכמ"ש שם) דאינו מועיל קנין בפסק קודם שיצא השער רק למי שפרע ע"כ מיירי הכא שהי' ע"י חיוב ומיירי שקנה דבר שמצוי לקנות רק שלא יצא השער ע"ש ועיין בתשובת א"א פמ"א ח"ב סי' ח' מענין זה יובא לקען סי' רנ"ט ס"ו סעיף קטן י"א עש"ה:

סימן רט

א **כל מה שיש בבית זה אני מוכר לך בכך וכך**. ועיין בתשובת באר יצחק חא"ח סי' ו' שכ' דנראה ברור דדוקא בכה"ג שאומר שמוכר בסך כך וכך בזה אמרינן דלא סמכא דעתיה דהקונה דדילמא אינו שוה כפי הסך שקצב משא"כ כשאומר שמוכר לו כפי שישומיהו שלשה (ע"ל סי' ר' ס"ז) וכמו שנהוג במכירת חמץ בזה לא שייך לא סמכא דעתיה דודאי לא ישומיהו לחייבו יותר משוויו ע"ש שהביא ראיות לזה:

ב **ואין זה אלא כמשחק**. עבה"ט בשם ש"ך עד ואין אנו צריכין לחילוק הסמ"ע ולפ"ז אפי' גם המוכר ג"כ אינו יודע מה שבבית כגון דאיהו גופיה קנאה כך עם מה שיש בו ומכרו לאחר ג"כ לא קנה משא"כ לדברי הסמ"ע קנה בכה"ג וכמ"ש בנה"מ ע"ש. ועיין בתשובת חו"י סי' קס"ג שדעתו ג"כ דלא כהסמ"ע בזה. ע"ש:

ג **אין אדם מקנח**. עבה"ט שכ' אבל יכול לחייב כו' ועיין בתשובת רע"ק איגר ס"ס קמ"א שכ' בשם הכנה"ג סי' ס' דאפי' בלשון חייב אם מת הנותן קודם שבאו הפירות לעולם אין היורשים חייבים ליתן אותם ע"ש והוא בכנה"ג שם בהגב"י אות ס' עש"ה:

ד **בין במתנת שכ"מ.** עמ"ש לקמן סי' רפ"א ס"א סק"ג דה"ה דאיני יכול להנחיל בתורת נחלה ע"ש:

ה **הפרה או השפחה מעוברת.** ע' באה"ע סי' מ' ובח"מ ס"ק י"ד ובב"ש ס"ק י"ב ובס' בית מאיר שם:

ו **ואם מכר האילן לפירותיו.** ע' בתשובת ח"ס חח"מ סי' קמ"ד שכ' ע"ד השאלה בא' שעשה מקח חבירו שיתן לו כך וכך דגן לשרוף ממנו כך וכך י"ש חם יכול לחזור אח"כ דהוה דבר שלב"ל הנה לא פירש השואל דבריו יפה אם עשה עמו שישרוף לו י"ש מדגן אלו אינו מקנה דשלב"ל אלא כשוכר הפועל לדרוך ענביו כו' ואם מכר זה התבואה ע"מ לשלם לו י"ש מחירם אם כן אין קפידא שיהיה הי"ש דוקא מתבואה זו כו' ואם מכר לו התבואה שיעשה ממנו הלוקח כך וכך מדות י"ש לעצמו ואח"כ יקח לו המוכר פסולת שיור התבואה ה"ל כמוכר דקל לפירותיו ולכ"ע קנה הלוקח אמנם אם המוכר עושה הי"ש ומקיים התבואה לעצמו רק מכר ללוקח הי"ש שיצא מבישול תבואה זו לכאורה הוי כעין מוכר פירות דקל מ"מ לא נ"ל דמיון זה כיון דגמרו בידי אדם לא הוי דשלב"ל וכמוכר יין ענביו בשעת הבציר ועדיף משחת לראב"י בקידושין (דף ס"ב ע"ב) ויש בזה אריכות אך לא נשאלתי על זה עכ"ד וע' בנ"צ מ"ש בזה:

ז **האילן לפירותיו.** ע' בקצה"ח מה שהשיג על מהר"ם אלשיך סי' ז' בענין מעות לפירות גם בנה"מ חולק עליו והסכים לקצה"ח ע"ש ועמ"ש בזה לקמן סי' ריב"ב ס"ט ס"ק יו"ד:

ח **דמי היין כשימכור היין.** ע' בתשובת רבינו עקיבא איגר סי' קמ"א שכ' דדוקא באמר לכשימכור אבל בסתם דמי היין מפרשין יין לדמיו וכמ"ש תוס' בגיטין דף ס"ו ע"א בתירוצם א' דדמי חמרא הוה כמי חמרא לדמיה (וכן מבואר בש"ע לקמן סי' רנ"ז סעיף י"ג כמ"ש בנה"מ שם) וה"ה בדמי בית הוה כמו בית לדמיו אך בדמי שכירות בית מקרי דשלב"ל וכמ"ש בתשו' מהריב"ל ח"א סי' נ"ח ובח"ב סי' מ"ג ואף דלכאורה דמי זה לדמי בית ויש לפרש ג"כ לדמי השכירות יש לחלק על פי דברי הכ"מ פכ"ג מה' מכירה ה"ט לחלק בין פירות שובך (בסי' רי"ג) לפירות דקל דכיון דהפירות טפלים להדקל לא מפרשינן דקל לפירותיו ולפ"ז בדמי חמרא וכן דמי בית דהדמים חשובים כמו החמרא והבית שפיר מפרשינן יין ובית לדמיו משא"כ בדמי שכירות דהוי טפל לבית הוי ממש כמו פירות דקל ע"ש עוד ויובא קצת לקמן סי' ריב"ב ס"א סק"ד:

ט **מי שמקנה לחבירו דשלב"ל.** עמ"ש לעיל סי' ר"ג ס"י סק"ד מענין זה:

י **אם טרח המוכר.** כ' בס' מעין גנים עובדא לידי בא' שהשכיר לחבירו כיפה שהיה לו גם כן בשכירות על ג' שנים וכתב בשטר השכירות שלו באם שהמשכיר הראשון ירצה

להשכיר לו גם אחר הג' שנים הנ"ל מחוייב גם הוא להשכיר להשוכר הנ"ל השני ג"כ אותו משך שלאחר ג"ש ולבסוף שכר גם הוא מהמשכיר הראשון גם איזה משך לאחר ג"ש הנ"ל ורוצה השוכר השני לזכות בו גם אחר ג"ש מכח הכתב הנ"ל שהיה בק"ס והשוכר הראשון חוזר בו אחר ג"ש ואמר שלדעתי הדין עם השוכר הראשון ויכול לחזור בו מטעם דהשכירות שלאחר ג' שנים הוה כעת דבר שאינו ברשותו. ול"ד למ"ש הרמ"א כאן ומ"מ אם טרח וקנה כו' דזה דוקא באם מכר לו בסתם דבר שאינו ברשותו כגון שאמר להלוקח אני מוכר לך שלשים כור חטים ואינם בידו כלל אמרינן דאם טרח המוכר מסתמא קנה אותם בשביל הלוקח כי היכי דליקום בהימנותיה משא"כ בנ"ד שהיה הברירה בידו שלא לשכור כלל אחר ג"ש דהא לא התחייב עצמו שמחוייב לשכור מהראשון גם אחר ג"ש מאי ליקו בהימנותיה שייך בזה ואחר כך כ' דגם בתשו' הר הכרמל חאה"ע כתב גם כן כהאי גוונא והשיג על הנ"ל ויש לעיין בהר הכרמל שם. ועי' בנה"מ שכתב בשם הט"ז דדין זה דאם טרח המוכר כו' דוקא שהמוכר יודע שאינו ברשותו והלוקח לא ידע אבל כשהלוקח גם כן היה יודע שאינו ברשותו לא שייך סברא דליקום בהימנותיה אם לא שהבטיחו בבירור להמציא לו המקח אז שייך כי היכא דליקום בהימנותיה וכתב עוד ואם המוכר גם כן לא היה יודע שאינו ברשותו לא שייך כי היכא דליקום בהימנותיה ולא קנה לוקח וכתב עוד דנראה דליקום בהימנותיה לא שייך רק בחפץ ידוע אבל בתבואה וכיוצא שדרך מוכר זה לסחור תמיד במסחר זה לא שייך סברא דאדעתא דהכי טרח ולא קנה הלוקח ע"ש:

יא **חייב לקנות.** עבה"ט ועיין בנה"מ שביאר היטב הפלוגתא שבין הסמ"ע והש"ך בזה דלדעת הסמ"ע אם היה כאן קנין גמור היה מועיל לקנות לגמרי דכיון שיצא השער ומצוי לקנות חשוב כדבר שברשותו ובסעיף הקודם מיירי כשלא יצא השער ולכך לא קנה אפילו למי שפרע (דס"ל דמש"פ ליכא אלא היכא דמעות קונה בו דבר תורה) והש"ך ס"ל דאפי' קנין גמור לא מהני בפוסק על השער רק למי שפרע ומי שפרע מקבל ביצא השער אפי' אינו מצוי (דס"ל דמש"פ לא תלי כלל ביש בו קנין תורה אלא דאם לא יצא השער ליכא מש"פ כיון דהוי באיסור) וע"ש מ"ש הוח ז"ל לחלק בזה דבסעיף הקודם מיירי בפוסק על דבר מיוחד כגון יין זה כו' והעיקר כדברי הש"ך דאפילו קנין גמור לא מהני בפוסק על השער רק למי שפרע כו' עיין שם. אכן בקצה"ח כתב דנראין דברי הסמ"ע ימ"ש הסמ"ע וכ"כ המ"מ הוא טעות הדפוס וצ"ל הכ"מ דכן מבואר בכסף משנה שם כו' וכ"מ בש"ס ר"פ הזהב דלר' יוחנן דקיי"ל כוותיה הא דקאי באבל אינו אלא משום דדבר תורה מעות קונות ואם כן בדבר שלב"ל או אינו ברשותו דליכא קנין תורה

כלל ליתא במי שפרע ומש"ה קשיא ליה לכ"מ בדבר שאינו ברשותו דנמי אינו נקנה אמאי עובר במי שפרע לזה תירץ דמירי שמצוי בשוק וכה"ג ה"ל דבר שברשותו ונתפס בקנין שפיר ומעות קונה בו דבר תורה ושוב מצא בשטה מקובצת פ' הזהב מחלוקת בזה בין קמאי כו' ושטת הרמב"ם הוח דאינו במש"פ היכא דאין בו מעות קונות כו' ע"ש. גם בתשובת משכנות יעקב סי' מ"ד האריך בזה והסכים לדינא כדברי הסמ"ע ודלא כהש"ך וכדברי קצה"ח הנ"ל ע"ש. גם בתשובה ושב הכהן סי' צ"ח דעתו לדינא כהסמ"ע ושם תמה על הש"ך שכתב ויצא השער דנקט הכא היינו משום דאל"כ הוי באיסור כו' וקשה מאי פסקא אטו לא משכחת לה דלא יצא השער ואפ"ה לא יהיה בו איסור רבית כגון שהתנה ליתן לו כשעת היוקר כו' ע"ש עוד. וכן נראה דעת אא"ז ז"ל בתשובת פמ"א ח"ב סי' ח' והביא שם דכ"כ הש"ך עצמו ביו"ד סי' קע"ה ס"ק י"ב על מ"ש בש"ע שם ס"ז כיון שנקע השער מותר לפסוק כו' נתן לו המעות סתם כו' ומי שחזר מקבל מי שפרע כו' כתב הש"ך היינו שלא חייב עצמו בקנין אחר כו' משמע אבל אי חייב עצמו בקנין אחר מחוייב הלוקח לקבל כשער שפסק ואף שהוזל וה"ה בנתייקרו מחוייב המוכר ליתן כו' (עיין בס' חות דעת ובס' עצי לבונה ביו"ד שם שעמדו על זה דהש"ך שם סותר דברי עצמו מ"ש כאן דשום קנין לא קני בפוסק על השער רק למי שפרע ע"ש) . וע"ש עוד בתשו' פמ"א הנ"ל שכתב שנשאל על עובדא כזו במי שעשה מקח עם חבירו על עורות או י"ש או שאר סחורה שימכור לו כל השנה במקח שקצבו ביניהם ואח"כ הוקרו או הוזלו יותר מכדי אונאה אם יכולים לחזור. והאריך הרבה בענין זה ובסוף כ' לבאר כל חלקי הדינים במקח הנ"ל. והוא אם יצא השער אף שלא היה למוכר ברשותו העורות או הי"ש או שאר סחורות וקנו מידו כדרך שנהגו לקנות דבר שאינו ברשותו כגון בלשון חיוב (ר"ל דזה מהני אפילו באינו מצוי לקנות) ונתן לו כל דמי המקח אם כן אין כאן איסור אבק רבית משום דחשבינן כאלו הם ברשות לוקח אם כן בין אם הוזלו אחר כך אין הלוקח יכול לחזור ואם הוקרו אח"כ אין המוכר יכול לחזור כיון שקיבל המעות אומר לו הלוקח שקילי טיבותך או היה המעות בידי הייתי קונה כשער הזול. אכן אם לא נתן לו כל דמי המקח רק נתן מקצת הדמים כפי שנוהגין פה הסוחרים שנותנים על המקח מאה ר"ט על מנת שיקבל ממנו משך השנה עורות ומשא ומתן של כל השנה עולה לאלף ר"ט ויש במקח זה איסור אבק רבית בשביל מאה ר"ט שקיבל עליו לתת כל השנה כשער של עכשיו נמצא דמקח קיים ויתן כשער ההיתר אבל הלוקח יכול לחזור בו. ואם עשו קנין והתחייבות באופן המועיל ולא נתן הלוקח למוכר שום מעות חייב המוכר להעמיד לו השחורה אף אם נתייקרו אין המוכר יכול

לחזור בו וכמו כן אם הוזלו אין הלוקח יכול לחזור בו. אכן נ"ל אם נתייקרו או אם הוזלו כל כך עד שנתאנה המוכר או הלוקח שתות יכולים לחזור כו' (עמ"ש לקמן סי' רכ"ז ס"ט ס"ק ז') . והיכא דאם יצא השער שהמקח נעשה באיסור יש צד מעליותא כשלא נתן המעות דבנתן המעות צריך ליתן כשעת היתר דהיינו כשער היוקר א"כ אף אם לא נתאנה שתות יכול הלוקח לחזור שיאמר אדעתא דהכי לא ירדתי אלא אם רצה הלוקח לקבל כשעת היוקר אין המוכר יכול לחזור אבל אם לא נתן למוכר מעות והתקשרו עצמם באופן המועיל שיקבל משך שנה תמימה עורות או י"ש אף אם נתייקר רק שאין בו כדי אונאה מחוייב המוכר ליתן כשעת הפסיקה וכמו כן אם הוזל ואין בו כדי אונאה מחוייב הלוקח לקבל כשעת הפסיקה. אכן צריכין אנו לדעת מה נקרא יצא השער כיון דאנן פסקינן כר' יוחנן דאין פוסקין על שער של עיירות משום דלא קביעי תרעייהו אלא על שער של מדינה ובתבואה ניחא דיודעים שער שלמדינה אבל בעורות אין ידוע שער המדינה כי כל אחד קונה כפי אשר ימצא ידו ובעורות גופא ישקלים ויש כבדים במשקל וכמו כן בי"ש אין השער ידוע וקבוע והכלל פי הטעם והמראה אף שרמ"א ביו"ד סי' קע"ה ס"א כתב י"א דפוסקין על שער עיירות ויש להקל באיסור דרבנן מ"מ לענין קיום המקח יכול לומר קים לי כדעה ראשונה שהם רוב הפוסקים דס"ל דאין פוסקין על שער של עיירות ואם כן מתחלה נעשה באיסור ואם נתייקר אחר כך צריך לקבל כשער היוקר אך הלוקח רשאי לחזור. וכתב עוד אכן נראה מה שנהגו במדינתינו שעושין מקח עם הסוחרים על העורות ואותן הסוחרים יהודים עושין על סמך מקח זה מקח עם קצבים נכרים על משך שנה וביני לביני הוזלו העורות ובדיניהם מחוייב הלוקח לקבל כפי שער התחייבות שביניהם אף אם הוזלו וכיון דעל פי הלוקח עושה המוכר מקח עם הנכרים חייב הלוקח ישראל לקבל מידו מידי דהוה אם אמר ראובן לשמעון לקנות לו סחורה ידוע דאין המשלח יכול לחזור בו אפילו קנה שמעון במעות עצמו כדאיתא בסי' קפ"ג (ס"ד בהגה) וה"נ דכוותיה ולכן חייב הלוקח ישראל לקבל באותו פסיקה שקצב עם המוכר ואפי' הוזל הרבה יותר מכדי אונאה עכ"ד עש"ה. ולענין הלכה בפלוגתא שבין הסמ"ע והש"ך הנ"ל אילו הייתי כדאי היה נלע"ד הגם שהקצ"ח ותשובת משכנות יעקב ותשובת ושב הכהן ותשובת אא"ז פמ"א הנ"ל כולם מסכימים לדעת הסמ"ע מ"מ הרי גם דעת הש"ך הנ"ל לאו דעת יחיד הוא שכן מבואר בבד"ה שהביא הש"ך וכן הסכים בספר נה"מ הנ"ל וגם בשטה מקובצת פרק הזהב שהביא קצה"ח הנ"ל כתב מחלוקת בזה בין קמאי שו' וגם בתשובת רבינו עקיבא איגר ז"ל סי' קל"ד (שיובא לקמן בסמוך) הביא מחלוקת הסמ"ע והש"ך הנ"ל ולא הכריע ולכן נראה דדין זה הוי ספיקא דדינא

ויכול המוכר המוחזק לומר קים לי כדעת הש"ך דאפי' קנין גמור לא מהני בפוסק על השער רק למי שפרע. וכמו כן בלא יצא השער אף שפסק בדרך היתר או אפילו ביצא השער רק שאותו דבר אינו מצוי בשוק לקנות דבזה לדעת הש"ך מקבל מי שפרע יכול המוכר לומר קים לי כהסמ"ע ודעימיה דאפי' מי שפרע ליכא בכה"ג כיון דליכא ביה קנין תורה. ובזה בלא"ה כבר כתב הב"ח בסי' ר"ד דבכל דוכתי דאיכא פלוגתא דרבוותא לענין קבלת מש"פ אזלינן לקולא לנתבע ע"ש וצ"ע. וע"ש בתשובת רע"ק איגר הנ"ל שנשאל במקח על פירות יבשים שעשו אנשי פולין עם אנשי מדינתו ע"י האנד געלט ולהביאם להם ואז לא היה עדיין הפירות ברשות המוכרים רק שיצא השער ואח"כ חזרו הלוקחים. והשיב דנ"ד הוא ממש דין המוזכר ברמב"ם פכ"ב ממכירה ובש"ע סי' ר"ס ס"ו הפוסק על שער שבשוק כו' דמבואר דבנ"ד לא קנו רק לענין מש"פ ומ"ש הרב השואל דבנ"ד דנתן מקצת מעות וערבון כנגד כולו קונה ול"ש בקניה זו נשרפו חיטך כיון דהקנין היה בדרך זה הנני מוכר ק' חביות פירות מעכשיו אם אמסרם לידך כו' זה אינו דהא גם בדינא דהרמב"ם והש"ע הנ"ל גם כן ליכא פסידא דלוקח ול"ש נשרפו ומ"ש הרב השואל דשם איירי דהמכירה מה שאקנה סך מסויים עד זמן פלוני נמצא דמה שקנה עד זמן יהיה ללוקח ושייך נשרפו. ז"א דבפסיקה על השער כיון דאין מבורר מה שמוכר לו אין ההפסד על הלוקח כמ"ש התוספות בפשיטות בב"מ דף ס"ד ד"ה האי כו' א"ו דאף בענין דל"ש נשרפו מכל מקום לא חלקו חז"ל בדבריהם דבכל ענין מעות א"ק זולת במה דמצינו להדיא כו' (עמ"ש לעיל סי' קצ"ח ס"ה ס"ק ג') אמנם בדברי הרמב"ם והש"ע הנ"ל יש ב' פירושים ויהי' נ"מ לדינא בנ"ד. דמדברי הב"י סי' ריא מבואר דסבירא ליה דהא דחייב לקבל מש"פ היינו כיון דיצא השער הוי כיש לו והוי כמו כל קנין מעות דעלמא דמקבל מש"פ ובאמת אם היה קנין גמור היה קונה לגמרי דלא מקרי דבר שלב"ל כיון דיצא השער וזם נראה דעת הסמ"ע שם ואולם ממ"ש הב"י בבד"ה סי' ר"ט וידע דהא דאמרינן כו' (כמובא בש"ך ובבה"ט כאן) מבואר דהב"י חזר בבד"ה מדבריו וס"ל דבאמת גם ביצא השער הוי דשלב"ל אלא דמכל מקום כיון דהדבר בעולם חייב במש"פ וממילא גם בלא יצא השער הכי הוא וזה נראה דעת הש"ך שם ואם כן גם קנין גמור לא מהני רק לענין מש"פ. ומעתה נ"מ בנ"ד באם יתברר בבירור גמור דמנהג הסוחרים לקנות ע"י האנד געלט והוא בכלל אסטומתא דבזה לפ"ד הב"י דסי' ריא (והסמ"ע הנ"ל) דיצא השער כיון דמצוי לקנות הוי כיש לו ומהני קנין גמור ה"נ מהני אסטומתא אבל כפי דברי הבד"ה (והש"ך הנ"ל) דמקרי דבר שלב"ל ורק לענין חיוב מש"פ אם כן אסטומתא לא מהני כו' (עמ"ש לעיל סי' ר"א ס"ב סק"ב ושם הבאתי בשם תשובת ח"ס סי' ס"ו שכתב

בפשיטות דאסטומתא מהני גם בדבר שלא בא לעולם באם מנהג העולם להקנות ע"י זה גם דברים שלב"ל דכ"כ הרא"ש בתשו' כו' ע"ש) . וכתב עוד אולם יש לדון כפי הנראה ממכתב השואל דהמוכרים הביאו הפירות למקום הלוקחים ואח"כ חזרו הלוקחי' בזה נראה דצריכי' לשלם להמוכרי' הוצאות נסיעת ההבאת הפירות מדינא דגרמי כמ"ש הרא"ש בתשו' ופסקינן כן להלכה בסי' של"ג ס"ח דהאומר לאומן עשה כלי פלוני ואקנה ממך ועשאו האומן ואח"כ אינו רוצה לקחתו חייב והיינו מדינא דגרמי. והגם דלכאורה האי דינא דהרא"ש תליא במחלוקת הרמב"ם והראב"ד פ"ו מהלכות נחלות (שהובא בטור אה"ע סי' נ') בחזרה היא ס"ל להרמב"ם דצריכה לשלם לו מה שהוציא לשמשים ולחזנים מדין גרמי והראב"ד חולק. ולפ"ד הה"מ שם (הובא בב"י באה"ע שם) שכתב לתרץ קושיית הראב"ד מזרעוני גינה שלא צמחו (לקמן סי' רל"ב ס"כ) דא"צ להחזיר הוצאות דשאני התם דהוציא כדי להרויח אבל בחזרה לא היה הוצאות להשתכר אלא להתנהג כמנהג המדינה ולפ"ז בהאי דהרא"ש דהאומן עשה כדי להרויח גם להרמב"ם יהיה פטור וא"כ ה"ה כאן דהמוכרים עשו הוצאות כדי להשתכר. אמנם נרא' דדוקא בזרעונים שלא אמר המוכר שיוציא ויזרע וכן בחזרה היא לא אמרה לו להוציא לשמשים רק דממילא כן הוא כו' וא"כ בנ"ד אם אמרו הלוקחים שיביאו המוכרים הפירות לכאן לכ"ע צריכים לשלם ההוצאות עכ"ד ע"ש. וע' עוד בתשובת משכנות יעקב שם במעש' באיש א' מיושבי הכפרים והוא בטוח התנהג כמה שנים לקחת מיד השר כל האורענדש מכל הכפרים יחד בקאנטראקט על שמו וקודם גמרו עם השר היה עושה מעמד עם יתר בני הכפרים שלא יזיז שום א' מהם ממקומו ובת"כ על קיום הענין ושלא ילכו הם אל השר אודות זה וסמכו עליו בזה זה כמה שנים והן עתה עשה ג"כ האיש הנ"ל מצב עמהם בת"כ והוסיף להתקשר עמהם בכתב בח"י שלא לזוז שום איש ממקומו כשיקח את הקאנטראקט והתחייב א"ע להשתדל מהשר הנחה על כל הכפרים וכשיהיה איזה הנחה מחוייב לחלק לפי ערך על כל הכפרים וגם המה התחייבו א"ע בח"י ובקנס מכל העובר מהם שלא ילכו לדבר עם השר מזה כלל והנ' זה האיש הערים עליהם ומסר מודעא קודם לזה שעושה זאת מחמת אונס שירא שלא ילכו להשר ויקלקלו גם לו ושדעתו לשכור כל הכפרים לעצמו דוקא ולא בשבילן ופירש בהשטר מודעא זה האונס שעשה כן מיראה זו וכתבו על זה והכרנו באונסו ועתה בא לבטל חזקתם ולגרשם ממקומם מחמת זה הדין עם מי. והשיב ע"ז באריכות והעלה דזה המערים צלל במים אדירים ולא העלה בידו כלום וזכה כל אחד בחזקתו בארענדי שלו. ומה דיש לפקפק דהא קיי"ל אין אדם מקנה דבר שלב"ל או אינו ברשותו זה אינו דהא מבואר בסי' רי"א ס"א בהגה דאם פירש ואמר שדה

זו שאירש מאבא מכור לך קנה והטעם כיון שפירש ובירר מקחו והוא מידי דאתי ממילא דירושה ממילא קאתי לא חשיב כולי האי כדבר שלב"ל וה"ה היא שהוא דבר ידוע וברור שבודאי יקנהו יש לומר דהוי כירושה דממילא כיון דסמכא דעתיה שהאדון לא ישכירהו לשום אדם זולתו וקצבתו ידוע הוי כברשותו וגדולה מזו מצינו בש"ס ב"מ (דף מ"ט ע"א) ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי רשאי לעשותן תרומת מעשר ועוד יש לדמות דין זה למוכר דבר שכיוצא בו מצוי למכור בשוק ויצא השער כו' ובנ"ד הא איכא כל הני למעליותא הרי הדבר מצוי לקנות שהרי האורענדיש עומדות לישכר וגם מקחן ידוע רק שרוצים לבקש הנחה וע"כ מתרצים לשכור במקח שהיה אשתקד והאדון מחזר עליהם להשכיר להם והמה מוכרחים לשכור אותם ודאי דלדעת כל הנהו פוסקים קנה קנין גמור וחייב להעמיד להם מקחן וכבר כתב הד"מ בשם התה"ד דאין מוציאין מידי המוחזק בפלוגתא זו כו' ועוד יש טעם אחר לקיים הקנין לפי דעת הרבה פוסקים דשותפים או אומנים המתנים זע"ז תנאם קיים אפילו בדשלב"ל כמבואר בסי' קע"ו כו' והלא הדברים ק"ו אם בשותפים דעלמא אמרינן לדעת כל הני רבוותא בההיא הנאה דסמכי אהדדי בנ"ד שהימנוהו ומסרו בידו כל חיותם ופרנסתם והתקשרו בינם שהמה יסמכו עליו שישתדל לטובתם וגם המה התחייבו שלא ללכת כלל להשר אין לך סמכי אהדדי גדול מזה ובהאי הנאה גמרו ומקנו אהדדי אף בדשלדב"ל לדעת כל אלו הפוסקים ועוד שגם הרמב"ן והרשב"א והפוסקים הסוברים דיכול לחזור בו מודו היכא שכל בני האומנות שבאותה העיר מתנין כן דתנאן קיים אף בדשלב"ל וכמו שהביא הוא ז"ל עצמו בתשובותיו ההיא תוספתא דרשאין בני העיר לומר כל מקח שיבא לעיר כו' ורשאין הצמרין לומר כו' וא"כ הכא לגבי דידהו חשיבו כל בעלי אומנות דהא אין לאחרים עסק באותן ארענדו"ש רק אלו הד' או ה' אנשים המתנין ביניהם וכלום חלקו חכמים בין אם מועטין המה בעלי האומנות או מרובין וא"כ בנ"ד פשוט דלכ"ע לא מצי הדרי בהו וכן הוא הנהוג בין סוחרים ובעלי אומנות גם עתה וכמעט כמה מו"מ של הסוחרים כעת ע"פ דרך זה א' מהם נוסע למרחקים וקונה סחורה לרוב וכל השותפין מחלקין ביניהם כפי שהתנו ואין א' מהם פוצה פה לומר חוזרני בי אף שיעלה הסחורה הרבה כו' ועוד איכא בנ"ד טעמא אחרינא למעליותא דבר ששוו בו כל הפוסקים שהרי כתוב בשטר לשון חיוב שהתחייב א"ע להשתדל אצל השר הנחה ואם יהיה איזה הנחה מחוייב לחלק לפי ערך וכ"ש דקאי לשון חיוב על עיקר הדבר שנתחייב להעמיד חזקת כל א' בידו כשיקח את האורענדיש ואף שבתחלה לא כתב רק סתם שנתפשר עמהם שלא יזוז שום א' ממקומו גם זה הלשון משמעו יותר לשון חיוב כו' וא"כ הרי דבר מוסכם דבלשון חיוב

אדם מקנה אף דשלב"ל או שאינו ברשותו כמפורש בסי' ס' כו'. והאריך עוד בזה ומסיים ועל פי הדברים האלה זכינו לדין שהקנין שעשה הנה עם שאר ארענדאריש הוא קנין גמור ויכול להקנותו אף קודם שיגיע לידו. ואם באנו לבטל הקנין מפני המודעא הא ודאי מלתא דפשיטא דלא הוה מודעא כלל דאיזה אונס היה לו אם מפני שירא שלא יוודע לחבירו שרוצה לירד לחיותו לפקח פרנסתו הזה נקרא אונס מה שלא יניחו לו להפיק זממו דעכ"פ לכל הדעות העוש' כן רשע מקרי מדין עני המהפך כו' וכ"ש שיש הרבה דעות מהפוסקים דס"ל דנין דין מערופיא בכה"ג ואף להוציא מיד המחזיק והדבר תליא באשלי רברבי אבל לכתחלה ודאי מחינן בידו ואם כן פשיטא דאין מודעתו מודעא דכל מודעא בלא אונס אינה מודעא כלל רק במתנ' אבל לא בזבינא והעדים שכתבו והכרנו באונסו וחתמו על זה ראויים לעונש שחתמו על שקר ועם האורענדאריש האמת והצדק עכ"ד עש"ב. ועמ"ש לקמן סי' ל"ו ס"א ס"ק ד':

יב **ואם חזר בו מקבל מי שפרע.** עיין בתשו' רע"ק איגר זצ"ל סי' קל"ד שכ' דמלשון זה משמע דאם חזר מלקנות וליתן לו חייב במש"פ אך דעת הר"י מיגאש בתשו' הובא בשטה מקובצת ב"מ דף מ"ז דדוקא אם קנה ואינו רוצה ליתן לו חייב במי שפרע אבל לא באינו רוצה לקנות כלל. והכי משמע מדברי הרא"ש סופ"ד דב"ב גבי דקלי (הובא בב"י סי' זה) שכתב דראוי לקנות דקלי לקיים דבריו ולא כתב שלא לעביר במי שפרע דהא גם בקרקע שייך מי שפרע כו' (עיין מה שכתב לעיל סי' ר"ד ס"א סעיף קטן ב) משמע דדעת הרא"ש כהר"י מיגאש דאם אינו רוצה לקנות אינו חייב במי שפרע עכ"ד. ולכאורה ראיה זו מדברי הרא"ש הנ"ל היא נכונה לשיטת הש"ך שהובא בבה"ט ס"ק י"ח דס"ל דבכל ענין מקבל מי שפרע משא"כ לדעת הסמ"ע שם י"ל דדקלי אינו מצוי לקנות. וע' בתשובת משכנות יעקב סי' מ"ד וגם בתשובת ושב הכהן סי' צ"ח:

יג **וכן לסלק עצמו וכחו.** עיין סמ"ע לעיל סס"ד ס"ק כ"א שכ' דלא קשה ממ"ש הרמ"א שם דא"י נמחול דבר שלב"ל דשאני הכא דקאי אאדם שיש לו שעבוד על נכסי חבירו כו' ע"ש ור"ל דאם כן דומה לסילוק הבעל בנכסי אשתו לאחר אירוסין המבואר באה"ע סימן צ"ב ס"א בהג"ה. וע' בתשובת חות יאיר סי' נ' ונ"א ובס' בית מאיר באה"ע שם בד"ה ולא מהני סילוק וגם בס' קצה"ח ובנה"מ מ"ש בזה:

יד **רוצה לקנות מקני. ע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' קפו בנידון השאלה שם בשטח"ז שלא נכתב בתורת חוב אלא שתטול כחצי חלק א' מבניו הזכרים והורה הרב השואל שאם לא תברר שהיו אלו הנכסים בשעת הקנין לא תטול דה"ל דשלב"ל כמש"ל סי' רפא ס"ז בהגה והשיב דדבריו ברורים ממ"ש להדיא בש"ע אה"ע סי' ק"ח ס"א בהגה כו' מיהו**

יש לעיין לפי מה שנוהגין כשהאב נותן שטח"ז נותן החתן נגד זה שטר תוספת כתובה וכ' רמ"א בח"מ סי' רט דשנים שמקנים זל"ז מועיל אפי' לדשלב"ל והוא מתשו' רבינו משולם בהגמ"ר דב"ב וטעמו בההיא הנאה דמהימני אהדדי והסמ"ע סק"ל כ' הטעם בההיא הנאה דקונה גמר ומקני ופשוט למעיין בפנים בהגמ"ר דל"ד ששניהם מקנים זל"ז דכרים שלב"ל אלא אפי' ומכ"ש היכא שא' מקנה דשב"ל ואידך מקנהו דשלב"ל והא נמי פשיטא דל"ד שיהא המקנה בעצמו הקונה אלא אפי' בכה"ג שהאב מקנה לבתו דשלב"ל דהיינו שטח"ז ע"מ שיקנה לה בעל החוב תוספת כתובה אמרי' נמי בההיא הנאה כו' דה"ל כתן מנה לפ' ואקדש אני לו כו' וא"כ ה"נ תגבה אפי' מדברים שלב"ל אבל נ"ל דרבינו משולם נמי לא אמר אלא בששניהם קונים ומקנין בקנין א' ושטר א' אבל הכא שכל שטר והתחייבות נכתב בפ"ע ובשטח"ז לא הוזכר מתו"כ כלום וכן בשטר תו"כ לא הוזכר משטח"ז כלום אע"ג דהמנהג הוא דתליא זב"ז מ"מ כיון שהם שני קנינים לא אמרי' הואיל ובלא"ה פליגי גדולים ארבינו משולם הנ"ל בסי' קעו ס"ג גבי שותפים והוא שיטת הרמב"ם וא"כ הבו דלא לוסיף עלה דלית לה עד שתברר הנכסים שהיו באותו שעה ע"ש עוד:

סימן רי

א **בנו קנה.** עבה"ט סק"ה שכתב בשם המבי"ט ח"א סימן של"ט הא דבבנו קנה דוקא אם זיכה לו האב כו' (ועיין בתשובת שבו"י ח"א סימן קי"א נראה שחולק על המבי"ט וס"ל דאמו שוה לאביו) ומ"ש בסוף התשו' שם ראיה לענין ערב לאשת אביו בכתובת' מב"ב דף קע"ג מנין לערב דמשתעבד דכתיב אנכי אערבנו כו' אינו מובן וכבר תמה עליו בתשובת בית אפרים חח"מ ס"ס וע' בשער המלך פרק כ"ב מהלכות מכירה הלכה י' מה שכתב בזה גם הביא שם בשם המבי"ט ח"ב סימן קל"ז דה"ה דבר שלב"ל אדם מקנה לבנו ולבתו דדבר שלב"ל או לדבר שלב"ל כי הדדי נינהו והאריך בזה ולבסוף תמה עליו מדברי הרמב"ם פ"ו מה' זכיה הלכה י"ז (שהובא בש"ע אה"ע סי' נ"א) דמבואר בהדיא דאפי' גבי בנו ובתו אין אדם מקנה דשלב"ל ומסיים דצ"ע עש"ה:

ב **כבר מעוברת.** עבה"ט בשם ש"ך מ"ש ונראה כהריטב"א ונ"י כו' וע' בתשובת רע"ק איגר ז"ל ס"ס קמ"ו שהקשה על הש"ך בזה מדברי תוס' גיטין דף י"ד ע"ב ד"ה הא בש"מ ע"ש:

ג **ובן בנו כאחר דמי.** עיין בתשו' שבו"י ח"א אה"ע סי' קי"א שכ' דבתה"ד סי' ש"נ פסק בפשיטות להיפך ומה דהרמ"א ז"ל סתם דלא כוותי' י"ל כיון דנכסי בחזקת יורשים קיימי ע"כ אפי' הוי ספיקא דדינא אין מוציאין מחזקת יורשים לכן סתם כדעת הרא"ש ע"ש:

ד **קנה הוא מחצה.** עי' מה שכתבתי בזה לעיל סי' ר"ג ס"י ס"ק ד':

סימן ריא

ונתן לוי לשמעון השטר שבידו. עיין בתשובת ושב הכהן סי' מ"ח שכ' דלאו דוקא הוא אלא מעשה כך היה אבל באמת אע"פ שלא מסר השליש השער ביד שמעון זכה שמעון למפרע וכן משמע בלבוש ס"ס נ"ד שכתב ולא הוה אלא כמו שמכר שדהו מעכשיו ואמר המלוה ללוה לכשיהי' לו מעות אחזירנו לך וכו' ואם אינו נותן לו בזמנו עמד המכר קיים מיום הראשון שעשה שדהו מכר וע"ש עוד מ"ש בביאור דברי הב"י ס"ס נ"ד בזה והשיג שם על הג"ת בענין זה. וע"ש עוד בסי' מ"ט שנסתפק אם ראובן השכיר בית לשמעון על שנה ותוך זמן השכירות מכר לו הבית שיחול זמן המכירה אחר שנה ותוך שנה הנ"ל מכר שמעון הבית ללוי מי אמרינן כיון שזמן המכירה הוא אחר שנה וקודם שהי' חל המכירה מכר לאחר לא קנה לוי משום דהוי כאומר שדה זו לכשאקחנה קנויה לך דלא קנה או דילמא כיון שבארתי בתשו' (שם סי' מ"ז ורמזתיו לקמן סי' ר"ס ס"ד) שדעת רוב הפוסקים דשכירות ליומא ממכר הוא לכל דבר א"כ כיון שהשכיר לו לשנה מיד אחר זמן השכירות הי' חל המכירה לכן הוה כאילו הבית של שמעון אפילו תוך השנה ומה שמכר ללוי אפי' תוך השנה מכירתו מכירה דחשבינן ליה כשלו מזמן השכירות וכ' דלכאורה יש ראיה לדין זה מבתוספתא ד"פ המפקיד השוכר פרה מחבירו ונגנבה כו' עד משלם תשלומי כפל וד' וה' לשני כו' והאריך שם בביאור התוספתא והיוצא מזה שאם השכיר דבר לשנה ואח"כ מכר לו אותו דבר שיחול המכירה אחר שנה שאם מכר הלוקח לשני תוך זמן השכירות מכירתו קיים כו' ומסיים דמ"מ למעשה צ"ע כיון שהראשונים לא הביאו תוספתא זו ועוד כו' ע"ש ועמ"ש לקמן סי' שט"ו ס"א ס"ק א':

סימן ריב

א **שאין בו ממש אינו נקנה.** עיין בתשו' נאות דשא סי' קי"ג אודות מחזיקי פאכט דהיינו הנתינה מן בשר כשר עשרה ג"פ מכל אוקי וכן מעופות כפי סך הקצוב ע"פ חק הממשלה ודרך המחזיקים נתינה ההיא דהיינו השוכרי' מהממשלה שנותנים בעד שני חדשים לבטחון שאם יחזרו בהם בתוך המשך אזי נחלט אותו סך להממשלה ובזה

נפטרים ואין להממשלה עליהם עוד שום דין ודרכם להתפשר עם יחידי העיר שכל א' שוכר מהם הפאכט של עצמו על משך שנה שיהיה לו רשות לשחוט ולאכול בשר כאות נפשו וכל יחיד המתפשר נותן ג"כ להמחזיקים בעד שני חדשים מקודם וחקר שם אם יש בשכירות הזה קיום לענין שלא יוכלו לחזור זה בזה. וכתב דנ"ל דאע"פ שזהו דבר שלב"ל דהא שום אדם אינו מחוייב ליתן הנתינה ההיא רק בעת שאוכל בשר וגם הוי דבר שאין בו ממש דהא אינו שוכר רק רשות בעלמא שיהי' לו רשות לשחוט ולאכול מ"מ נקנה השכירות ההוא ואין שום א' מהן יכול לחזור כאשר ביאר מהרש"ל בתשובה סי' ל"ו לענין שוכרי רשות למכור י"ש והעלה דמהני ביה קנין וכן בתשובת משאת בנימין סי' כ"ז וכל הטעמי' שכ' מהרש"ל שם שייך גם בזה והוא ג"כ מנהג ודינא דמלכותא שהשוכר אותה הנתינה הן של עיר שלימה הן ששוכר לעצמו הוא קונה ואופן הקניה ע"פ המנהג או בת"כ כדרך התגרים או ע"פ כתב ושוב לא יוכלו לחזור זה בזה ואף אם המתפשרים יניחו ביד המחזיקים מה שהקדימו להם בעד שני חדשים אינם נפטרים בזה זולת היכי שהתנו מעיקרא בפירוש שכשיחזרו יוחלט הסך של שני חדשים אז כשחוזרין נחלט אותו הסך ולא יותר. וע"ש עוד דעובדא בא לפניו בכמה אנשים שהחזיקו אורנדיס בכפרים שסביב העיר מכמה שנים ונתפשרו גם המה עם המחזיקים פאכט על שנה ובאמצע השנה נשלם משך האורנדא שלהם ורוצים לעקור דירתם לעיר אחרת וטוענים מחזיקי הפאכט שישלמו להם כפי ההתפשרות בעד כל השנה דאף שעוקרים דירה לו יהא שיושבים כאן ואינם אוכלים והאנשים השוכרים טוענים שכיון שעוקרים הדירה אין צריכין לשלם דהא מוכרחים לשלם במקום דורתם הדין עם מי. והשיב על זה באורך ומסיק לדינא דאם המתפשרים עוקרים דירה באמצע השנה אז ההתפשרות בטל והדין שישומו להם כמה בשר היו אוכלין בכל שבוע אילו לא התפשרו ומזה צריכים לשלם פאכט בשלימות וממה שאכלו יותר מחמת שסברו שלא יצטרכו לשלם מזה הדין שישלמו רק ב' שלישים ובכלל ב' שלישים הללו יוחשב ג"כ דמי שוויו של הבשר ולכן לפעמים א"צ ליתן שום פאכט מהמותר כגון אם כל אוקי בשר שוה כ' גדולים בלי הפאכט דאותן כ' גדולים הן הן השני שלישים מיהו בכל זה שאמרנו שא"צ לשלם רק מאכילה ההכרחית ומהמותר רק ב' שלישים עדיין הברירה בידי מחזיקי הפאכט דאם סך ההתפשרות שבאותו משך עד עת עקירתם עולה יותר מחשבון ב' שלישים מחוייבים ליתן כפי ההתפשרות והיכי שמשלמים ב' שלישים אם יש הכחשה ביניהם כמה אכלו אזי אם מחזיקי הפאכט טוענים ברי שאכלו כו"כ ואלו מכחישין חייבים שבועה ואם הם מסופקים צריכין לשלם ואין על המחזיקים רק קב"ח על דבריהם אבל אם אין המחזיקים

טוענים ברי אזי אם אלי טוענים ברי אין עליהם רק חרם ואם מסופקים כמה אכלו יקבלו בחרם שאין יודעים ברי יותר מסך כך וכך ואז אין משלמין רק מאותן סך אכילה הברור להם ובכל זה אין חילוק בין אם המתפשרים הקדימו דמי שני חדשים והתנו שאם יחזרו יוחלט הסך ובין הקדימו סתם ובין לא הקדימו כלל בכל אלה דינם שזה מיהו כ"ז היכא דתרוייהו הו"ל לאסוקי אדעתא שיעקרו דירה או תרווייהו לא הו"ל לאסוקי אדעתא אבל היכי שהמחזיקי' לא הו"ל לאסוקי אדעתא והמתפשרים הו"ל לאסוקי אדעתא אז צריכים המתפשרי' לשלם בעד כל השנה ובזה יש חילוק דאם הקדימו בעד שני חדשים והתנו שיוחלט אז נפטרים בזה הסך של ב' חדשים אבל הקדימו סתם לא נפטרו בזה וצריכין לשלם בעד כל השנה והיכי שהקדימו לשלם בעד כל השנה אז בכל ענין א"צ המחזיקים להחזיר להם כלום אפי' אם תרוייהו הו"ל למידע או לא הו"ל למידע ואפשר אפי' אי המחזיקי' הו"ל למידע ואלו לא הו"ל למידע עכ"ד עש"ב:

ב **דירת בית זה לא קנה.** עי' בתשו' נו"ב תניינא סי' מ"א שנשאל על עסק פאמיליע הנהוג במדינתו דהיינו שיש קצבה לעיר כמה בעלי בתים יהודים רשאים לדור שמה וכל בן ראשון יש לו זכות בזה ונוהגים שזה יכול למכור זכותו לאחר וזה פונה מהעיר והאחר זוכה לדור שמה ושאל השואל במה נקנה אם דינו כקנין מטלטלין או כקנין קרקע. והשיב וז"ל דע שלדעתו ע"פ ד"ת לא שייך בזה שום קנין ואין מקום למכירה שתחול בזה שהרי הוא דבר שאין בו ממש דאטו יש לשום אדם זכות בקרקע של העיר אם אין לו בית או שדה והרי אין לו רק זכות לדור ומוכר דירת ביתו יוכיח שאם אמר דירה בית זה אני מקנה לך לא מהני וצריך להקנות לו הבית לדור בו כמבואר בסי' רי"ב ס"א ובנד"ז מה קנין יש לזה בגוף העיר שיקנהו לאחר אבל כיון שנהגו כן צריך לומר שזה מסלק נפשו מזכות שיש לו וממילא זוכה בו האחר ע"פ דינא דמלכותא ואין כאן קנין רק סילוק וגם ע"ז יש לפקפק אלא שכבר נהגו עכ"ל:

ג **ידור פלוני.** עבה"ט עד וכ"כ בהגהת הש"ך ע"ש. ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סי' ט' שכ' דהנכון עם הסמ"ע דאף שכן דעת רב נחשון גאון אבל דעת רבינו האי ורוב הפוסקי' דקיימו בשיטתיה ס"ל אפי' במקנה לו ביתו לדור בו נמי אינו אלא שעה א' וע"כ הא דאמר רב נחמן בית לדור בו קנה מיירי בקובע לו זמן להדיא או שאמר לו לעולם וכמ"ש הרמב"ם פ"י מה' זכיה ומתנה דין ט"ו ש"מ שאמר ידור פלוני בבית זה כו' אבל אם אמר תנו בית זה לפלוני כדי שידור בו עד זמן פלוני כו' (וכ"ה בש"ע לקמן סי' רנ"ג סכ"א) הרי שהתנה גבי בית לדור בו שיקבע זמן דאל"ה הוי שעה א' כו' ע"ש עוד (וע' בנה"מ מ"ש להכריע בענין זה) ועמ"ש לעיל סי' ס' ס"ג ס"ק ו':

ד **יש לפרש השטר.** עבה"ט שכ' ז"ל הרמב"ן שם כו' עד אלא מגופו של קרקע קנו מידו. וע' בב"י לעיל ס"ס קצ"ה ובד"מ בסימן זה שהביאו לשון תשובה להרמב"ן בזה באריכות וכתוב שם אחר זה וז"ל ולולי שאני סבור שאין העדי' יודעים דין זה הייתי אומר שאפי' אם חזרו בסוף השטר וקנינו לפלוני על מאי דכתוב ומפורש לעיל שאף זה יועיל לקנות גופו של קרקע לדירה כו' שלא כתבו הקנין ב' פעמים בכדי וכדאיתא פי"נ ועכ"ז אני סובר שיועיל הזכרת שני קנינים לעולם ליפוי כח כו' עכ"ל. ולכאורה אינו מובן כיון שכבר כתב בפשיטות דקנין באחרונה מהני למה הוצרך לצדד אח"כ שאף זה יועיל ואתי עלה מכח ב' קניני' הא פשיטא דיועיל מכח קנין באחרונה ועיין בתשו' רבינו עקיבא איגר ז"ל סימן קמ"א שהביא דבתשובת שי למורא סימן כ"ט כתב לתרץ בזה"ל ומסתברא דלא חשיב קנין באחרונה אלא כשבא תיכף ומיד אחר שאמר הריני נותן אבל וקנינו דכתיב בסוף לא חשיב קנין באחרונה ומש"ה הוצרך לדון מכח ב' קנינים ולהכי דייק הרמב"ן וכ' דאפי' אם חזרו בסוף השטר כו' כנראה דזהו דהוי קנין באחרונה דהיינו תיכף ומיד פשיטא ליה טפי דמהני מהיכי דכ' ב' קניני' משום דהיכי דהוי קנין באחרונה ודאי דקאי על מה שאמר שהוא נותן לדור והו"ל כקנו מידו גופו של קרקע אבל כשהוא בסוף השטר אי לאו דאיכא קנין אחר בתחלת השטר לא מהני דהוי כאומר קנו ממני שאני נותן או וקנינו ממנו שהוא נותן אלא דכשיש ב' קנינים אמרי' דלטפיי קאתי ולייפות כחו לקיים הענין עכ"ל והוא ז"ל כתב דלולא דברי שי למורא הנ"ל נ"ל ליישב באופן אחר (דקנין באחרונה לעולם מהני בין אם בא תיכף ומיד ובין אם בא בסוף השטר) אך דוקא היכי דלא הוי קנין מעיקרא שלא הזכיר קנין קודם אמירתו שנותן לו לדור בזה מהני באחרונה אבל באמר תחלה קנו ממני שאני נותן דקנין זה מורה על הדירה ולא על גופו דבית בזה אף דנזכר קנין באחרונה י"ל דהכל חד ומה שמורה קנין הראשון מורה גם השני לזה הוצרך הרמב"ן לבא מכח שני קניני' דלטפויי אתי. וע"ש עוד בעסק צוואה במתנת בריא ליתן משכירות הבתים שלשים ר"ט לשנה ובסוף השטר כתוב וקנינא מיניה כו' וכתב דיש לפקפק על צוואה זו חדא דדמי שכירות מקרי דבר שלב"ל כו' (עמ"ש לעיל סימן ר"ט ס"ד סק"ח) ועוד דהמעות דמי שכירות הוי מטבע דאינו נקנה בק"ס ומ"ש בזה הגאון השואל מהר"י ז"ל מליסא כיון דכתוב בסוף וקנינא מיניה מהני כמו בדבר שאין בו ממש דכתב הרמ"א בסי' רי"ב דבנתן ביתו לדור וקנו ממנו אמרינן דמגופו של קרקע קנו מידו וא"כ ה"ה בדבר שלב"ל אמרי' כן לענ"ד יש לדון בזה טובא חדא דלדברי שי למורא (שהובא לעיל) כיון דבנ"ד לא בא הקנין תיכף ומיד וגם ליכא ב' קניני' לא מהני הקנין שבסוף השטר ועוד בעיקר הדבר דפשיטא ליה

להגאון הנ"ל דגם בדבר שלב"ל אמרי' כן לדידי מספקא לי טובא דיסוד דברי הרמב"ן מסוגיא דר"פ הכותב גבי דו"ד דאמרי' מגופו של קרקע קנו מידו י"ל דדוקא היכי דלא שייך כלל ענין קנין כמו בדו"ד דל"ש ענין קנין על דו"ד וכן בדירת בית דאין בו ממש בזה אמרי' מגופו של קרקע קנו אבל במקנה חפץ מסויים כעין נ"ד דמי השכירות דשייך בו התפסת קנין אלא דמצד הדין לא מהני קנין בדבר שלב"ל י"ל דלא אמרי' מגופה ש"ק קנו כו' ובפרט בנ"ד שאמר ג"כ ומה שיש לי שבח כל שנה ק"כ ר"ט אצל ר"נ וכפי הנראה היה לו חוב אצל ר"נ שמעלה רווחים סך מסוים דבזה גם על גופה של המלוה ל"ש קנין הרי חזינן דלא התנה באופן המועיל וטעה בזה דסבר דמהני הקנין על זה ה"נ י"ל לענין דמי השכירות כו' ומסיים שם דאחר שיש פקפוק באותן שלשים ר"ט מכח זה יש פקפוק ג"כ על כל הצוואה כיון דנכלל הכל בקנין אחד כו' ע"ש:

ה **וכ"ש אם החזירו כו'**. עיין בתשו' רע"א שם שהקשה דהא בדברי הרמב"ן (העתקתי לשונו בס"ק הקודם) מבואר דאין זה כ"ש רק נקט לה בדרך יותר חידוש שאף זה יועיל וכ' ליישב בזה"ל ואולי י"ל דהרמ"א כתב רק באמר הנני נותן כו' וקנו ממני כו' ועל זה כ' דכ"ש אם בזה החזירו גם כן הקנין. אבל באמת היכי דאמר קנו ממני שאני נותן כו' דצריכין לדון רק מכח יתירא דג' קנינים בזה לא קבע הרמ"א להלכה כהרמב"ן כו' ומ"ש כלל הך וכ"ש דאם החזירו היינו כדי לכתוב עלה אבל אם לא כתב רק קנו ממני שאני נותן ובא לרמז במ"ש שלא כ' רק כו' היינו דבזה נכלל דגם לא החזירו בסוף השטר דזהו ודאי לא מהני אבל בהחזירו יש צידוד דמהני והורה הרמ"א בזה דבחזירו דהוי ב' קנינים הוי ספיקא דדינא עכ"ל. היוצא מדברי הגאון רע"ק הנ"ל דיש כמה חילוקים בדין זה אם כתב קנו ממנו שנותן לדור בביתו וגם לא החזירו הקנין בסוף השטר ודאי אינו כלום. אם כתב שנתן לדור וקנו ממנו אף שלא החזירו ודאי מהני וכ"ש אם החזירו. אם כתב קנו ממנו שנותן לדור והחזירו הוא ספיק' דדינא. אם לא הזכיר קנין בתחלה רק כ' שנתן לדור ולא בא הקנין תומ"י רק בסוף השטר כתב וקנינא מיניה לדברי שי למורא לא מהני ולדברי הגאון רע"ק מהני. אם כתב שנתן פירות דקל או דמי שכירות וקנו ממנו לד' הגאון מליסא מהני ולהגאון רע"ק הוי ספיקא דדינא:

ו **והשוכר אינו כן**. עבה"ט עד והט"ז כתב כו' ונ"ל דה"ק שאין השוכר רשאי להשכיר למי שיש לו דיורין הרבה כו'. ועיין בד"מ אות ג' ובב"ח שתירצו גם כן הכי ע"ש ועיין במל"מ פכ"ג מה' מכירה דין ח' שכתב ליישב ע"פ דברי תשובת מהר"א ששון סימן ר"ח שכתב דמ"ש הרמב"ם דבקרקע השוכר רשאי להשכיר היינו דוקא בשלא קיבל המשכיר דמי השכירות אם כן יש לומר דהכא איירי בשכבר קיבל המשכיר דמי השכירות ומסיים

המל"מ אך בעיקר דינו של מהרא"ש יש לי גמגום ע"ש. ולכאורה מדברי הסמ"ע והרב בד"מ והב"ח והט"ז הנ"ל שלא תירצו כן מבואר דלא ס"ל דינו של מהרא"ש הנז' אלא דגם אם כבר קיבל המשכי' דמי השכירות רשאי השוכר להשכי' למי שאין בני ביתו מרובין וכן איתא להדי' במרדכי פ' האומנין סי' שמ"ה ע"ש. שוב מצאתי כן בתשובת ברית אברהם חח"מ סי' ל"ד יובא לקמן סי' שפ"ז ס"א ס"ק ב' ועמ"ש שם:

ז **וי"א דלא קנו ההקדש**. עיין בתשובת נו"ב תניינא סי' מ"ד ע"ד צוואת ש"מ שכתוב בה שצוה לכתוב ולחתום וליותר תוקף צוה להעדים לקנות ממנו בקגא"ס ולא לגרוע עי"כ כח הצוואה והצוואה לא יגרע כח הק"ס רק שניהם כאחד יהיו טובים לאשר ולקיים בלי שום דו"ד וטענה כו' ושוב נאמרו הפונקטין שצוה ובאמצע נאמר פונקט א' וזהו מחמת ד' מקומות בבהכ"נ. א' מהן יהיה שייך לפלוני כל ימי חייו בעד ב' זהובים בכל שנה ומאותן ב' זהו' ומשכירות של ג' מקומות הנשארים יעשו נר יא"צ בכל שנה והמעות הנשאר יחולק ללומדים ובסוף הצוואה חזר ונשנה היפוי כח בזה"ל כל הנ"ל נעשה בכל אופן המועיל ומספיק ובכל תוקף שטרי צוואות דנהיגי בישראל העשוין כתקחז"ל ובתוקף שטרי מתנות והתחייבות כו' ועתה בא היורש לבטל פונקט זה מחמת שקנין זה הוא על דבר שלב"ל ונשען על דברי רע"א סי' ריי"ב ס"ז שלא קנה ההקדש. והשיב הנה בודאי דברי היורש בטלים כי אמרינן שהק"ס נעשה על גוף המקומות ואף שהקנין הנאמר בתחלת הצוואה א"א לפרשו כן דשם לא נאמר לשון הודאה לשעבר שכבר עשה קנין אלא שצוה לקנות בק"ס ומשמעו שיקנו על מה שאומר עתה מ"מ בסוף הצוואה הנאמר בלשון עבר ובלשון הודאה שכל הנ"ל נעשה בכל אופן המועיל ומספיק הרי הודה שנעשה באופן המועיל ומספיק וזה פשוט מאד ואמנם מה שיש לדון בזה הוא על המקום שצוה לפלוני יעמוד עליו כל ימי חייו והשכירות יהיה להקדש בזה ודאי לא הקנה גוף המקום להקדש שהרי הקנוהו לפלוני רק השכירות הקנה להקדש ושכירות הוא דבר שלב"ל והוא ממש דין המוזכר בסי' ריי"ב שם באמר שכר בית זה לעניים שחולק שם הרמ"א על המחבר ופסק שלא זכו העניים ומעתה אם היה מקום לערער כל שכר המקום הזה היה מקום לערער גם על השאר מטעם קני את וחמור (עמ"ש לעיל סימן ר"ג ס"י סק"ד) אמנם גם הא ליתא שהרי פלוני ודאי קנה המקום לכל ימי חייו שהרי לו הקנה גוף המקום לעמוד עליו וכיון שקנה המקום חל עליו השכירות שעל התנאי זה הקנה לו המקום וממילא מחוייב לקיים התנאי וליתן השכר לעניים דף שאינו מקנה דבר שלב"ל יכול לעשותו תנאי עיין בסי' ר"ט ס"ח בהגה אלא שאם פלוני לא ירצה לזכות במקום הזה כלל ממילא אין עליו חיוב לקיים התנאי וחזר מקום הזה להיורש ופטור היורש

מליתן שכר המקום הזה להקדש אבל שאר המקומות נשארים להקדש בתוקפם וכמו כן אחר מיתת פלוני חזר גם המקום הזה להקדש כי אנו מפרשים מה שנאמר בצוואה שנעשה בכל אופן המועיל דהיינו שהקנה גוף המקום לפלוני לכל ימי חייו ואחר מותו יהיה קנוי גוף המקום להקדש עכ"ל:

ח **ודוקא אם הנודר קיים כו'**. עיין בתשובת ח"ס חח"מ סי' קי"א אודות אחד שמתו בניו ושוב כשהיה לו בן מוכרו לחברא קדישא בעד ה' זהובים והיה תנאי שאם יגיעו נישואי הבן יחזיר האב לח"ק עשרה זהובים ויקנה בנו מהם. עוד נדר ליתן בכל שבוע ב' פגים לח"ק עד נישואי בנו והנה עברו כ"ז שנים ולא נתן פרוטה ושבק חיים והבן רוצה לישא אשה והח"ק מוחים בידו עד שישלם כל הנ"ל והאב לא הניח נכסים אלא כדי כתובת אשתו והבנים לא ירשו כלום. והשיב אילו הניח אחריו נכסים היה תלוי בפלוגתא דהרמב"ם ס"ל שחייבים לשלם נדר אביהם והמרדכי פסק דאינם חייבים אך בשלא הניח אחריו נכסים לית דין ולית דיינא שיתחייבו כבנים לשלם נדר אביהם ע"כ החוב של שני פגים בכל שבוע אין מקום לתביעת הח"ק גם מעות המכירה הנ"ל פשוט שאין אב יכול למכור בנו ולא להקדישו רק הבת למעשה ידיה וליעוד כו' ומה שנוהגי' למכור הבנים אינו מכירת גופם או הקדש אלא חוששים שמא נגזר על האב הזה שימותו בניו ע"כ מוכרו לאחר לומר שהוא יהיה אביו מעתה ולא יקרא עוד שמו עליו והיה תנאי שביום הנישואין יחזור האב ויקנהו להיות נקרא בנו שזוכה האב להשיא בנו ומעתה אם אינו חוזר וקונה או שאיננו לחזור ולקנות והח"ק יחזיקו בו כבן מ"מ בשביל זה לא יוכלו לעכב הנישואין שהרי האב עצמו א"י למחות בבנו נישואי אשה כמבואר ביו"ד ס"ס ר"מ ואם כן עבירה היא ביד הח"ק אם מעכבין הנישואין שעה א' אך מ"מ הואיל והיתה לו להבן תשועת ה' ע"י זה טוב לו לקבל עליו ליתן לח"ק דבר מה אחת לאחת לאחר חתונתו כפי יכולתו עכ"ד ע"ש:

ט **שהרי אינו כאן**. עבה"ט עד והוא כבר מת קודם שבא לעולם. ומשמע דאם מת אחר שבא לעולם מחוייבי' היורשי' לקיים עיין בתשו' רמ"א סי' מ"ח שאלה ג' מבואר דכן הוא דעת מרן הב"י בתשובה הנדפסת שם (ובתשובת אבקת רוכל סי' פ"ג) דנודר לעניים ומת מחוייבי' היורשי' לקיים נדרו והרמ"א ז"ל השיג עליו והאריך בראיות דאין היורשין מחוייבין לקיים נדרו כל זמן שלא זכו העניים מכח קנין וכמו שפסק הריב"ש סי' שכ"ח ושל"ה (הובא לעיל סי' ר"ט ס"ד בהגה) גבי שבועה בדשלב"ל דאע"ג דהוא חייב לקיומיה מצד שבועתו מ"מ אם מת אין היורשין צריכין לקיומיה וה"ה בנ"ד מאחר דהוא אינו חייב לקיומיה אלא מכח נדר אין לכוף ליורשים לקיים נדרו והביא שם דברי

מהר"ם במרדכי פ' מי שמת מקור דברי הגה זו שכתב אבל גבי ש"מ בעידנא דהוי לנדריה למיחל ולקיים אותו כבר מת כו' דמשמע קצת דאי הוה ליה לנדרא למיחל מחיים חייבים לקיומיה וכתב דמהר"ם מלתא דפשיטא נקט כמעשה שהיה שם אבל אה"נ דבלא"ה נמי אין כופין היורשים לקיים נדר אבוהון כו' עש"ב וכן מבואר מדברי הרמ"א בהגהת ש"ע לקמן סי' רנ"ב ס"ב שכתב מי שנשבע או נדר ליתן לפלוני וכך וכך ומת יורשיו פטורין כו' דבפשוט משמע דהיינו נדר לעני ואפ"ה יורשיו פטורין וכ"כ בתשובת אא"ז פמ"א ח"ב סי' קל"ד (יובא קצת לקמן סי' רמ"ג ס"ב סק"א) משום דלא אמרו אמל"ג כמסירה להדיוט אלא גבי הקדש אבל בעניים אינו אלא משום נדר ע"ש גם בתשובת מהרי"ט חלק ח"מ סי' ג' האריך להוכיח כן דנודר ומת אין יורשין מחוייבי' בנדרו ע"ש וכ"כ בפשיטות בס' קצה"ח לקמן סימן רנ"ב סק"ה אך בסי' ר"צ סק"ב כתב ליישב דעת הב"י בתשובה הנ"ל שדעתו בנודר ומת מחוייבין היורשין לקיים והיינו משום דס"ל דנודר לעניים כיון דכתיב בפיך זו צדקה אית ביה שעבוד נכסיו ולא גרע משאר חוב והאריך בזה ומ"מ כתב בסוף דבריו שם שנראה מדברי הפוסקי' כדעת הרמ"א בתשובה הנ"ל דנודר לעניים לית ביה משום שעבוד נכסי' ע"ש. ועי' עוד בזה בתשובת רע"ק איגר סי' קמ"ו וס"ס ק"נ ויובא קצת לקמן סי' רנ"ב ס"ב סק"ב ע"ש (ועיין בתשובת מים חיים חת"מ סי' י"ד מזה) .

אמנם בתשובת חתם סופר חח"מ ראיתי בדבריו בכמה תשובות תופס בפשיטות לפסק הלכה דנודר לעניים נשתעבדו נכסיו ומחוייבי' היורשים לשלם ומפרש דברי הרמ"א דסי' רנ"ב הנ"ל מי שנשבע או נדר כו' דהיינו בנדר ליתן לעשיר דלא אשתעבדו נכסיו לזה (אולם משמעות דברינו דאין שום חולק בזה ותימה שלא הזכיר דברי גדולי האחרוני' הנ"ל. ואעתיק דבריו בזה בשלימות כי דבש וחלב תחת לשונו) וזה לשונו בסימן קי"ד. ראשון תחלה אומר האמור עם הספר בש"ע ח"מ סי' רי"ב ס"ז פסק הלכה העולה מדברי הגאוני' כך הוא האומר אתן מנכסיו כך וכך לעניים ומת נדר גדול נדר לאלהי ישראל ונשתעבדו נכסיו ומחוייבי' היורשים לשלם ולא נחלק בזה אדם. ואך האומר תנו מנה ולא קבל על עצמו וגופו שהוא יתן אלא אמר תנו ומת אין מכחו להטיל חיוב נדר על יורשיו וגופו לא נתחייב וממילא לא נשתעבדו נכסיו ויש הבינו דלהרמב"ם אפי' באומר תנו מתחייבי' היורשי' לקיים נדרו ועל זה פליג הטור בשם הרא"ש אהרמב"ם אבל באמת אין כאן מחלוקת עיין כ"מ וב"י וסמ"ע שם. ואך באומר מה שיוציא דקל זה אתן לעניים ס"ל לרמב"ם כיון שאמר אתן מתחייב לקיים נדרו ומחוייבים היורשי' ניתן ועל זה פליג המרדכי דנהי אי הוה קיים והפירות היו באים לעולם היה מחוייב לקיים נדרו מ"מ בדבר שלב"ל אין הנדר חל עד שכבר באו לעולם ואז כבר מת ואין בל יחל על היורשי' והסמ"ע

כתב בדעת הרמב"ם דגם בדשלב"ל אמדי' דעתיה כאילו אמר הריני משתעבד הדקל לפירותיו וחל השעבוד דבל יחל בחייו ומחוייבי' היורשים לשלם כו' וכלל גדול בדין זה בדבר שהוא בעולם יש חילוק בין אומר אתן לאומר תנו ובדבר שלב"ל ואמר אתן פליגי רמב"ם ומרדכי ופסק רמ"א כמרדכי דפטורים היורשי' וכבר כתבתי על גליון סמ"ע ס"ס רנ"ב סק"ח דהמעיין בב"י יראה דמיירי בנדר לתת לבתו העשירה כו' עכ"ל. ודברים אלו נאמרו ונשנו שם בסימן קט"ו בתוספת ביאור קצת וז"ל שם הנה מבואר בח"מ סי' רי"ב ס"ז היכי דאמר אתן לפלוני עני מנכסי כך וכך לית דין ולית דיינא דנדר גדול נדר וממילא אשתעבדו נכסיה כמבואר בערכין כ' ע"א ומיחייבי יירשי' ואפי' נימא דנדר הזה לא הוה כמלוה הכתוב' בתורה ולא הוה אלא כמלוה ע"פ עיין בזה בתוס' בכורות מ"ח ע"א ד"ה מלוה כו' מ"מ מה בכך הא אידנא מע"פ גובה מטלטלי דיתמי וכמ"ש הראב"ד בהשגות ספ"א דערכין ע"ש נמצא באומר אתן ומת נתחייבו נכסי' והיורשים חייבים לשלם וכ"ע מודים בזה וצ"ע בסמ"ע וש"ך ס"ס רנ"ב ועיין בתשובת הר"ן סי' א' שוב ראיתי דתשו' ריטב"א שבב"י שם מיירי מנשבע או נדר לעשיר ולא נדר לצדקה ולא אשתעבדו נכסיו לזה כלל ובקצה"ח לא הבין כן ועי' סמ"ע סי' רי"ב סקכ"א. ובאומר תנו מנכסי ומת ס"ל לכל הפוסקים דלא הוה נדר על גופו כלל וממילא לא נתחייבו יורשים אלא שהטור הבין בדעת הרמב"ם ס"פ כ"ב ממכירה דפליג על זה וכן פסק להדיא בתשובת מהר"מ אלשיך סי' קכ"א בהרמב"ם לפי הבנת הטור אמנם כבר הסכימו כל האחרונים דלא פליג הרמב"ם אהך דינא כלל דבאומר תנו אין כאן נדר אם לא מטעם דברי ש"מ אם היה חולה או אם השליש מעות לכך ביד שליש צריך לקיים מטעם מצוה לקיים דברי המת אבל בריא שצוה תנו ולא השליש מעות לכך ולא עשה קנין או הודאה והתחייבות מטעם נדר ליכא וגם בזה לא פליגי כי פליגי באומר אתן פירות דקל או דירת בית לפלוני (עני) דלכ"ע כשיבואו לעולם ויבואו לידו חל עליו הנדר ליתנם לעניים אך כשמת קודם שבאו לעולם בהא פליגי להמרדכי דפסק רמ"א לעיקר אין כאן נדר שהרי אז כשבאו עולם כבר מת ונעשה חפשי מנדרו ולרמב"ם מחוייבים היורשים לקיים נדרו וכתב הסמ"ע בטעמו דאמרינן דנתן מקום בהאילן לצמיחת הפירות והקנה לו אילן לפירותיו (וזה"מ ספכ"ב מה' מכירה כתב בזה טעם אחר ע"ש) ומ"מ לא קיי"ל כהרמב"ם בהא דלית הלכתא כר"מ דאמר אין אדם מוציא דבריו לבטלה עי' גיטין ל"ט ע"א תוספות ד"ה הא מני כו' עכ"ל ע"ש עוד ויובא קצת לקמן סי' רנ"ב ס"ב ס"ק ב':

י **ודברי המחבר**. עבה"ט דהסמ"ע כתב לחלק דדוקא במה שתלד פרתי ויוציא האילן שהן דברים שבאין ממילא כו' ובהג"ה שבש"ך כתב דדברי הרמ"א נכונים דבהדיא משמע

בהרמב"ם פ"ו מה' ערכין שאין לחלק בכך ע"ש ור"ל דהרמב"ם שם הביא ראיה ממה שאמר יעקב אבינו ע"ה כל אשר תתן לי עשר אעשרנו וזהו דבר שאינו בא ממילא ועיין בתשובת ח"ס חח"מ סי' ק"ז שכתב ליישב דאשר תתן לי עשר אעשרנו הוה כמו דבר שבידו שאין אדם בעולם שלא יתן לו ה' להחיות נפשו ולהשתכר בשום דבר ואפילו ע"י מתנת ב"ו מ"מ מה שיתן לו הי"ת אעשרנו אבל האומר לכשאקנה שדה זו או אשתכר בסחורה זו הוא דבר שאינו בידו כלל בזה יש חילוק אם אמר אתננו הרי נדר חל על גופו לתתו כשיבא לידו אבל אם אמר יהיה לצדקה לאו כל כמיניה עכ"ד. וע"ש עוד אודות ש"מ שצוה ועשה את אשתו גברת הבית על נכסיו ולאחר ב' שנים תתן לבניו כ"כ וקרן קיימת לת"ת תתן אז ב' מאות זהובים והמותר יהיה הכל שלה ויש ביניהם בן אחד אשר לא יצלח לכל מלאכה ורוצים הקהל לשנות הב' מאות ק"ק הנ"ל לטובת הבן ההוא והנה כעת אין בעזבונו לשלם חובותיו וכתובה וכפי הנרא' היה דעתו שבאורך זמן ב' שנים תרויח האשה ע"י אורענדי שלו ואז תוכל לקיים הכל ונשאל אם יכולים לשנות צוואת קרן קיימת הנ"ל. והשיב הנה בנ"ד שכל כוונתו היה על מה שתשתכר האורענדי אפילו אמר אתננו אין כאן אלא נדר על גופו וכיון שמת בטל ליה נדרו דאפילו לרמב"ם שחל על נכסיו בלשון יהיה לצדקה היינו במה שבידו אבל שתשתכר זאת האורענדי אינו ביד שום אדם אך האלמנ' שקיבלה עליה שיהא זה בפרעון כתובתה והיא קבלה עליה הנדר הזה שאם תשתכר במשך ב' שנים מהאורענדי צריכה לשלם הקרן קיימת וכל זוזי דיתמי ועליה הנדר חל כמ"ש הכ"מ ובסמ"ע סי' רי"ב סקי"ט וכיון דרק על האשה מוטל מטעם נדרה לקרן קיימת פשוט ומבואר שאין אדם יכול לכופה להחליף את אשר נדבה לת"ת בהספקת חורגה בן בעלה דאפילו אם יעלה על הדעת דאמרינן דעת השכ"מ שיהיה בנו קודם מ"מ הא לית ליה מגרמיה ולא כלום רק מפני נדרה של האשה ואין אומדן דעת בשנה כמובן ואמנם אם ישארו עתה ננסים אחר פרעון חובותיו באופן שנוכל לומר שהנדר חל על אותן נכסים שיהיה לצדקה ושהפירו' מהם יהיו לת"ת ולא הקנה לאנשים ידועים רק מינה אפוטרופסים על הקרן שיסגלוהו בכל עת לעניים לומדי תורה שיהיו באותו זמן ורואים עתה שמצוה לשנות הפירות כל ימי חיי הבן השוטה אשר יהיה לבז ואחר מות הבן יפלו הרווחים לת"ת הרשות בידם כמ"ש בתשובת מהרי"ט סי' ס"ג (יובא לקמן) ובתשובת מהר"ם אלשיך כתב דפירות ריוח ממון גרע מאילן לפירותיו כו' עכ"ד ע"ש. ושם בסי' ק"ח אודות מי שצוה לתת מעזבינו ת' זהובים לבנו לסגל בהם עצה"ע ויתן מהפירות כ' זהובים לב' לומדי תורה בכל שנה שילמדו בביתו שיעורין תמידין והלך הבן ושכר ג' לומדי תורה ורוצה ליתן לשלשתן סך הנ"ל אי שפיר דמי או מקרי שינוי

בדעת הנותן והשיב אם לא השליש מעות ידועים ליד שליש רק צוה להפריש מנכסיו סך הנ"ל א"כ משום מלקד"ה ליכא כמבואר בסי' רנ"ב ס"ב ורק מחמת צוואת שכ"מ כבר ביאר בתשובת מהר"מ אלשיך סימן ז' דמעות קרן לפירות הוה דבר שלב"ל וגרע מדקל לפירותיו דהתם הדקל קיים לעולם להוציא פירות משא"כ במעות שהקרן גופיה להוצאה ניתן וכיון שכן הא קיי"ל דאם אמר פירות דקל זה לעניים או שכירות בית זה לעניים אין היורשים חייבים ליתן מטעם נדרו כמ"ש רמ"א סימן רי"ב ס"ז ובסמ"ע שם סקכ"א וא"כ אפי' היה מצוה לתת לעניים ידועים לא היה חל מכ"ש שלא אמר לעניים ידועים אלא לשכור ב' לומדים את אשר ירצה דבכה"ג לא זכו בהם כמ"ש מהרי"ק שורש ה' וביאר במהרי"ט סימן כ"ד וסי' ס"ג והעלו להלכה דהיורש מצי לשנות כרצונו. ובמקום אמר (הוא בסימן קי"ב שם) העליתי דעכ"פ ישונה לדבר מצוה שתועיל לנשמת המנוח אבל העניים לא זכו במידי והבן יכול לשנות וא"כ אע"פ שדעת האב היה רק לתת לשנים שיגיע לכל א' מנה א' אפ"ה יכול הבן לשנות ולחלק דס"ל מצוה לחלק עדיף וכמ"ש מג"א סימן תרצ"ה ס"ק י"ב. היות כן אי אמר הבן לכל אחד סתמא שיבא לביתו ללמוד לתיקון נשמת אביו וכאשר צוה ולא אמר שהשכירות יהיה כאשר צוה א"כ ישלם לשלשתן כ' זהובים וישלשו ביניהם אך אם אמר לכל א' בהדיא שילמוד בעד השכירות שקצב אביו בצוואתו והרי אביו קצב עשרה זהובים לכל א' וא"כ המותר הזה צריך הבן לשלם מכיסו עד היום וחוזר ונוטל מפירות של שנים הבאות לאחדים באופן דעכ"פ ילמדו מכאן ואילך בכל יום עבור נשמתו וימעט שכירות קצת עד שישולם מה שהוציא מותר בשנה זו עכ"ל. וע"ש עוד בסימן ק"י ע"ד אשה שצותה לפני מותה שבתוך ל' יום אח"מ יתנו יורשיה להקהל ג' מאות זהובים והמעות הנ"ל יהיו שלהם לעולם על ששה פריצענט עצה"ע והרווחים ילמדו ביום היא"צ שלה שני לומדי תורה פ' משניות ומה שישאר ילבשו בני ת"ת והיורשי' אינם רוצים לקיים צוואתה כי כמעט לא נשאר בעזבונה יותר מסך הנ"ל והזכיר שם דברי מהר"ם אלשי"ך סימן ז' הנ"ל דמעות קרן לפירות הוה דשלב"ל כו' וגם דברי מהרי"ט סימן כ"ד שכחב כשם שא"י להקנות פירות דקל לאדם מבורר ה"נ א"י להקנות דבר מבורר לב"א שאינם מבוררים כגון לעניים שיבואו הנה או שיבררו הקהל וכדומה כיון שאינם מבוררים לא חל הקנין עליהם בבריא וכל דליתא בבריא ליתא בשכ"מ גם האריך בביאור דעת הרמב"ם שהביא המחבר לעיל ס"ז ומסיק וכתב בנדון השאלה כיון שהעניים מקבלי הצדקה אינם מבוררים מי יקנו וגם סיגול פירות מהמעות לא בא לעולם א"כ לא קני לא בבריא ולא בש"מ רק מטעם נדר והכא לא אמרה אתן אלא תנו ולא הוי נדר ואפי' אמרה אתן הרי אמרה שתתן אחר העדרה ואין

נדר חל אחר העדרה ואפי' אמרה אתן סתם מ"מ כיון שהריוח אינו בעולם ובמעות לא שייך לומר ששיעבדה הקרן לפירות כמ"ש מהר"ם אלשיך הנ"ל א"כ פשוט דאין בצוואה זו ממש ע"ש עוד בסימן ק"כ מענין כיוצא בזה. גם בסימן קי"ב שם הזכיר דברי מהר"ם אלשיך סי' ז' הנ"ל ודברי תשו' מהרי"ט סי' ס"ג הנ"ל וכ' דבנדון השאלה שם שגביר א' הניח קאפיטאל סך מסויים לקרוביו ואחיו אפוטרופס לחלק הרווחים ביניהם בכל שנה אין בזה פקפוק מצד סברת מהר"ם אלשיך הנ"ל ותשובת מהרי"ט הנ"ל כתב בלשון צוואה זו לא נאמר לקרוביו העניים רק לקרוביו סתם נהי דפשוט דהחלוקה תהיה דוקא לעניים דאומדנא דמוכח הוא שרצה להצדיק נפשו בשעת מיתה עיין בב"י יו"ד סי' רנ"א ד"ה וכ' עוד המרדכי כו' ועיין רש"י בפ' הכותב גבי נכסי לטוביה מ"מ הקרן קנה לבני משפחה מיד בין עניים בין עשירי' אלא שהתנה שיהיה הקרן קיים שיחלוק האפוטרופס הפירות לעניים שבהם והתועלת להעשירי' בהקרן הוא משום הרווחה דעניי משפחתם דעלייהו רמיא כו' וגם כי העניות הוא גלגל החוזר כו' וא"כ ליכא כאן ערעור מטעם מהר"ם אלשיך הנ"ל כיון דהכא קנין הקרן הוא מיד לכל המשפחה המצויים עתה בפנינו ועדיף הרבה אפי' מדקל לפירותיו ובית לדור בו דאילו התם אם יבש הדקלאו נפל הבית העצים לבעה"ב אבל הכא הקרן בעצמו לבני משפחה והוי כאילו מקנה דקל בקנין גמור אלא המתנה לא יקוץ אותו כ"ז שישא פירות כו' וגם דברי מהרי"ט הנ"ל לא שייך הכא כיון דהקרן נקנה לבני משפחה אלו העומדים היום בפנינו והנותן מפירותיהם לאחר ה"ל גוזל המשפחה ממה שזוכה להם השכ"מ ודמי למתנות כהונה ולויה כו' ועוד דהתם בעובדא דמהרי"ט עניים בני ישיבה אזלי לעלמא ואפי' עניים הדרים בעיר אינם קבועים וכמ"ש הרא"ש לענין גיטין כו' אבל בני משפחה קבועים אפי' במצולת הים כו' ע"ש עוד אמנם עיקר יסודו דהגאון ח"ס הנ"ל בכל התשובות שהוזכר לעיל (וגם בסי' ט' שם אות ד' שיובא קצת לקמן סימן רמ"ו ס"ה ע"ש) על סברת מהר"ם אלשיך הנ"ל דמעות לפירות הוה דשלב"ל וגרע מדקל לפירות כו' צ"ע טובא כי ראיתי במל"מ ספ"ג מה' מכירה הזכיר דברי מהר"ם אלשיך הנ"ל ברמיזה וכתב בסוף דבתורת חיים ח"ב סימן כ"א מוכח מדבריו דמהני דומיא דדקל לפירותיו ע"ש ומשמע שכן דעתו גם בס' קצה"ח לעיל סי' ר"ט סק"ד האריך להשיג על מוהר"ם אלשיך הנ"ל (אך קצת ראיותיו יש לדחות ע"פ סברת תשובת רע"ק איגר זצ"ל ס"ס קמ"א דדמי בית דהם חליפי הבית הוי כיוצא מגופו ע"ש) ומסיק לדינא דמעות לפירות מהני כמו דקל לפירות וכתב דרוב הקדשות ונדבות שבא"י המה על דרך זה דהקרן לנותן והריוח לעניים או לת"ת וכ' מהרי"ט חי"ד סי' מ"ה דכה"ג מותר להלוות בריבית כיון שאין לעניים בקרן כלום לאו בעלי ממון מקרי

(עיין בכנה"ג הנדפס בגליון יו"ד הלכות צדקה) ובהא לא מספקי כלל איך יזכו בריוח א"ו דמהני מעות לפירות (לכאורה צ"ע דאכתי קשה מטעם מהרי"ט סימן ס"ג הנ"ל כיון דהעניים אינם מבוררים) ושוב מצא בס' בני יעקב שהשיג ג"כ על מהר"ם אלשיך הנ"ל ע"ש. גם בס' נתיבות המשפט סימן ר"ט סק"ה כתב לתמוה על מהר"ם אלשיך והסכים לקצה"ח דמהני ע"ש וצ"ע בכל זה:

סימן ריד

א **לא מכר את החדר.** עיין בתשובת בית אפרים חח"מ סי' ל"ב באחד שצווה בצוואת ש"מ לתת ביתו עם כל החדרי' לפלוני ויש שם בבית שני חדרים שתשמישן שוה לשל בית ועוד יש שם חדרים המושכרים למוכרי קמח ונשאל אם קנה את כולן והשיב נלע"ד דלא מבעיא בנ"ד שפירש ואמר עם כל החדרים דודאי נקנה גם החדרים שאינם דומין לתשמיש הבית דכל רבויא הוא ורבו כל מילי ששם חדר עליו כו' וא"ל דלא אתי לרבויי רק אותן החדרים שתשמישן כתשמיש הבית ז"א דאף אי לא אמר כלל רק עם החדרים היה הדין כן כיון שאין בבית יותר משני חדרים שתשמישן כתשמיש הבית ע"כ מה שאמר כל החדרים כולל הכל אף אותן שאין תשמישו כתשמיש הבית דגם הנך חדרים מקרי. אלא אפי' אי לא אמר כל נלע"ד דגם חדרים אלו בכלל לפי המבואר ברשב"ם ובתוס' ונ"י ובב"י ובב"ח שתיבת חדר פתרונו שאין תשמישו כשל בית כו' ולא עוד אלא שנראה מדברי הרשב"ם דאותו שתשמישו שוה לבית ופתוח לו בלא"ה הוא מכור בכלל בית סתם כו' וא"כ לענין הקאמרין שאצל השטובין לא היה צריך לפרש אותם בפ"ע שהם בכלל הבית וזה שפירש החדרים היינו אף אותם שלא נכללו בכלל הבית ואפי' תימא דלהרשב"ם נמי לא מיזדבן אף בשוה תשמישו כ"א במצר לו מצרי אבראי מ"מ נראה שבנ"ד ודאי החדר שתשמישו שוה לבית נתון בכלל בית דהרי שנינו בד"א במוכר אבל בנותן מתנה נותן את כולה (וכ"ה בש"ע לקמן סימן רט"ו ס"ו) והך דינא פשיטא דהוא נמי במתנת ש"מ כו' וא"כ אף שלא מצר לו מצרים החיצונים מ"מ כיון דנותן בעין יפה נותן ולא היה לו לפרש הוא נתון בכלל הבית וא"כ לישנא יתירא דקאמר בהדיא החדרים היינו אף אותן שאין תשמישן דומה לבית ומכ"ש שכבר כתבתי דלשון חדרים גופיה פתרונו כן שאינו כתשמיש הבית ומכ"ש בזה שאמר כל החדרים שכולל כולם איברא דצ"ע לפי לשון השאלה שאותן החדרים מושכרים למוכרי קמח א"כ אפשר שאין זה בכלל חדרים רק בכלל חנויות וחניות אף בחצר אין נמכרין אא"כ רוב תשמישן לגאו אבל כמדימה שאין המוכרי קמח מוכרים שם על יד רק שמכניסין שם קמחן לאוצר

ונראה דבכל כי הא מלתא בתר שמא אזלינן כו' ולעיקרא דדינא מבואר ברמב"ם פכ"ו מה' מכירה דאין כל הדברים אמורים אלא במקום שאין שם מנהג כו' וכן במקום שאין קורין אלא לבית בית לבדו או שקורין לבית בית ולכל סביבותיו ולכל שעל גביו הולכין אחר הלשון שאנשי המקום כו' והדבר ידוע דבזמנינו לשון בית פתרונו על כל הבניינים והחדרים העומדים על קרקע השייך לו כל גבולו מסביב כו' אך צ"ע בלשון המצוה שכפי המדומה אמר בלשון אשכנז רק שהעדים העתיקו בלשון הקודש וכפי שמות הערוכים באותו מקום כלשון אשכנז אחריהם נלך והעדים נאמנים להעיד באיזה לשון אמר המצוה ואין בו משום חוזר ומגיד כל שלא יהא סתירה גדולה למשמעות הלשון הכתוב בשטר כו' עכ"ד ע"ש עוד ועמ"ש לקמן סי' רט"ו ס"ו סק"א:

ב **דוקא בחדר שרחב ד"א.** עיין בתשובת שבו"י ח"ג סי' ק"פ בא' שהשכיר חדר לחבירו ובתוך אותו חדר יש עוד חדר קטן שאין בו ד"א אי מושכר עמו. והשיב לכאורה אפשר לחלק בין מוכר למשכיר כו' אך ברמב"ם פ"ו מה' שכירות (הובא בב"י ר"ס שי"ג) מבואר דשכירות שוה לגדרי נמכירה בענינים כאלה וכן משמעות הטור סי' שט"ז אכן יש לחלק מצד אחר דדוקא לשון בית משמע לכל תשמישי בית ואפילו תשמישין הרבה בכלל משא"כ חדר בל' ב"א חדר מיוחד משמע אין בכלל אלא מה שבפרט ויד כשוכר על התחתונה ועליו להביא ראיה וכמבואר להדיא בסימן שי"ב ע"ש:

ג **רק חצי הבית כו' שמינית מכל הבית קאמר.** עיין בת' כנסת יחזקאל סי' פ"ו שכתב דדוקא אם הוא חד בית (אף שיש בו כמה חדרים) אבל אם הבית נחלק חלק לראובן וחלק לשמעון רק שהיא תחת גג א' משום הא לא נקרא בית א' והוי דומיא דשדה דלקמן סי' רי"ח סכ"א ע"ש עוד:

ד **המחוברים בטיט.** עיין בתשובת פני יהושע ח"ב סי' צ"ח בענין הקדרה המחובר בתנור שקורין העלטאפ ובענין היורה גדולה שקורין ברייקעסיל וכן יורה ששורפין י"ש ומחובר ע"י טיט ותחתיהם חלול להצית האש אם נמכר בכלל בית או לא והשיב הדבר פשוט דאין מכורים חדא ע"פ המנהג דכל כה"ג המנהג הוי עיקר גדול כמ"ש הרמב"ם הביאו הטור סי' רט"ו ועוד דגם מעיקר הדין נראה דאין מכורים כו' עש"ה:

ה **ביתדות לא מיקרי חיבור.** עיין באה"ג אות ק' עד כיון דלא איפשטא לא קנה כו' וע' בת' שיבת ציון סי' ק"י לענין מזוזות הקבועות בפתחי חדרים הבאתיו בפ"ת ליו"ד סי' רצ"א סק"ז ושם בתשובה מסיים וכל זה אנו צריכין למדינות אחרות אבל במדינתנו חק המדינה שכל מי שמוכר בית גם כל מה שמחובר בטיט וביתדות שייך לבית ונמכר עם

הבית אף שלא מפורש בשטר המכר אם כן בלא"ה אין להמוכר על הלוקח שום טענה אודות המזוזות ודינא דמלכותא דינא עש"ך וע"ש לעיל סי' ע"ג ס"ק ט"ל:

ו **יכול ליתן לו עלייה.** ע' בתשובת עבודת הגרשוני סי' ה' במעשה בראובן ואשתו נתנה במתנה לשמעון חתנם דירת חצי ביתם על ט"ו שנים אחר כך מת ראובן והוצרכו אלמנה ובנה למכור חצי ביתם כי היה חצי ממנו ממושכן לאחר ולולא פדוהו היה נחלט לו ומכרו חצי של אותו בית לשמעון חתנם הנ"ל ואחר כך נשדכה האלמנה לבן גילה והתרצה חתנה להלוות לה על חצי השני (שניתן לה בכתובתה) מעות נדונייתה לדור בנכייתא ואחר כך נפלה קטטה ביניהם והדר ממה שהתרצה להלוות לה וכאשר ביקשה למשכן אותו לאחר מיתה בידה בטענה שחציו קנוי לו לדירה וחצי השני קנויה לו לחלוטין והיא משיבה אין לך בבית הזה אלא החצר ואותו שקנוי לך לדירה הוא קנוי לך גם הגוף וחצי האחר שלי הוא ורשות בידי לעשות בו מה שארצה וזה לא עלה על לבך מעולם רק עתה מחמת הקטטה נתעוררת לזה עכ"ל השאלה. ופסק בזה הרב השואל שהדין עם האלמנה שאין לחתנה זכות בחצי האחר דאמרינן שאותו החצי הקנוי לו לדירה נמכר לו הגוף כיון שנמכר לו סתם וכדאיתא בש"ע סימן ריי"ד האומר לחבירו בית אני מוכר לו יכול ליתן לו עליה ואפילו א"ל בית בביתי שא"י ליתן לו עלייה מיהו נותן לו הפחות שבבתים ואע"פ שכתב בשטרו שתהא ידו על העליונה ונימא בכל לשון מסופק יד בעה"ש על העליונה הלא זהו דוקא בדאיכא תרי לישני דסתרי אהדדי או לשון א' מסופק פירושו אבל באומר בית סתם אני מוכר לך שיכול ליתן לו הפחות אינו מכח ספק אלא מפני שהוא הפחות שבמשמעות ובזה אין ידו על העליונה כדאיתא בב"י סימן מ"ב גבי שטר שכתוב בו דינרים סתם כו' והאריך בזה (גם בתשובת גאוני בתראי סי' נ"ח תשובת גדול אחד על נדון הזה והשיב שם כדברי הרב השואל הנ"ל ורוב דבריהם מכוונים זה לזה) . והוא ז"ל השיב שאינו מסכים לזה רק הדין עם שמעון ומה שהביא מסי' ריי"ד אין הנדון דומה לראיה דע"כ לא אמרינן התם שניתן לו הפחות שבבתים אלא משום דבית קטן נמי אקרי בית וה"ה נמי אם היו שני חצאי בתים מחולקים ידועים וא"ל חצי בית אני מוכר לך יכול ליתן לו הפחות שבחצאי הבתים אבל בנ"ד אינו כן אלא א"ל אני מוכר לך החצי מן ביתי אין במשמעות זה כ"א החצי מכל הבית וא"י ליתן לו החצי הגרוע וראיה ממה דאיתא בס"פ בית כור ובש"ע סי' ריי"ח ס"כ האומר לחבירו חצי שדה אני מוכר לך משכנין ביניהם ונוטל חצי שדה מהכחוש מה ששוה חצי של כל השדה כו' וזה נ"ל ראיה ברורה שאין המוכר יכול לומר בנ"ד לא מכרתי לך כ"א החצי הגרוע שקנוי לך כבר לדירה אמנם לפ"ז היה נראה לפסוק שללוקח יהיה זכות להשתמש משך

ט"ו שנים בג' חלקי הבית ולא יותר דהיינו בחצי הבית מצד זכותו שהיה לו כבר לדור ט"ו שנים ובחלק רביע מצד קניינו ולאחר ט"ו שנים יש לו חצי הבית לחלוטין כו' אבל כד נעיין שפיר לאו הכי הוא אלא בנ"ד יש לנו לומר שמכירה זו בסתם היה כסתם מכירה אחרת שהוא גוף ופירי כו' ובר מן דין מלשון השטר משמע להדיא שמכרה לו החצי בית האחר שהרי כתוב בו ומעתה ומעכשיו יש לשמעון לדור בו ולהשכי' ולהשכין כו' ואם נא' שכוונתם על החצי בית שמשועבד לו כבר לדירה א"כ אין שמעון זוכה לדור בו מעכשיו בקניה זו אלא דר בו מחמת זכותו הקודם כו' והגם דלכאורה מלשון השטר יש להוכיח בזכות האלמנה שהרי כתוב וחצי השניה שיירה לעצמה לגבות ממנו כתובתה כו' והוא לישנא יתירא ויש לנו לומר לטפויי קאתי ששיירה אותו חצי בית לעצמה כמו שהיה שלה מקדם כמ"ש גבי על מנת שדיוטא עליונה שלי (בש"ע לעיל ס"ח) אבל באמת אין זה לישנא יתירא כלל כי בתחלת השטר כתוב שהאשה ובנה מכרו חצי בית הנ"ל וא"כ היא משמע שחצי השני משוייר לאשה ובנה לכך הוצרך לכתוב שהחצי השני משוייר להאשה לבד לגביית כתובתה כו' כללא דמלתא לפענ"ד נראה שהדין עם שמעון ויש לו זכות בהבית לדור בו ט"ו שנים בכל הבית ואח"כ יזכה במקחו בהחצי בית לבד עכ"ד ע"ש שמסיים מ"מ אין אני אומר שמכ"ת טעה בדבר משנה או בשיקול הדעת דהיינו דסוגיא דעלמא אזלי דלא כוותיה כי נדון זה חדוש הוא והסכמות בו רבות ואין הדעות שוות רק אני אומר אם היה בא מעשה לפני הייתי מזכה לשמעון מטעמים הנ"ל:

סימן רטו

אבל הנותן מתנה כו'. ע' בתשובת בית אפרים חח"מ סי' ל"ג שהביא בשם דודו הגאון מו"ה סענדר ז"ל שפסק הלכה שלא קנה המרתף והמחילות אף בנותן כיון שלא כתב ליה עומקא ורומא והביא ראיה מדברי הרדב"ז שהעתיק המבי"ט לענין גג (נראה כוונתו דבתשובת המבי"ט ח"ב הי' ט"ו הועתק שם תשובה שהשיב הרדב"ז ז"ל בענין מתנת ש"מ וכתב שם וז"ל ואם יש לגג מעקה גבוה עשרה ויש בו ד' אמות לא קנה הגג ולא המים היורדים עליו עכ"ל. ולא פי' שום טעם בזה ומפרש הגאון מהר"ם הנ"ל דהיינו משום שלא כתב לו עומקא ורומא דס"ל דמה דאיתא במשנה סופ"ד דב"ב בד"א במוכר אבל בנותן מתנה נותן את כולם קאי על מה דאיתא בתחלת פרק הנ"ל המוכר את הבית לא מכר היציע כו' ולא את הגג בזמן שיש לו מעקה כו' לא את הבור ולא את הדות אע"פ שכתב לו עומקא ורומא ופירשו המפרשים זולת הרשב"ם דהך אע"כ כו' נמשך גם על ולא את הגג ובזה קאמרה המשנה הנ"ל דבנותן נותן את כולם והיינו באם כתב לו

עומקא ורומא דבמוכר לא מהני ובנותן מהני אבל בלא כתב לו עו"ר גם בנותן לא מהני וא"כ ה"ה וכ"ש לענין בור ודות) . והוא ז"ל האריך לפקפק על פסק דודו הנז' חדא שאינו ברור דהרדב"ז סובר כן דאפשר מטעמא אחרינא אתי עלה כו' (ומ"ש שם באופן הב' צ"ע לפי ראות עינינו בהמבי"ט שם) ועוד דאף אם יסבור הרדב"ז כן מ"מ מפשיטות דברי הפוסקים נראה דאף בנותן סתמא קני בור ודות כו' וא"כ לית לן למישבק פשיטותא דמשמע מדברי הפוסקים משום ספיקא שיש בדברי הרדב"ז ז"ל. ועוד נלע"ד שאין כל הדברים אמורים כ"א לענין בור ודות שתשמישם למים כו' משא"כ במרתף שלנו שהוא עומד להצניע שם חפצים ומטלטלים יאוכלים ומשקין נראה שדינו כמו חדר שלפנים הימנו דמה לי שהוא לפנים ממנו או בעומק הקרקע ועדיף מחדר דבחדר ס"ל להפוסקים (כמ"ש בהגה) דכיון שאינו בתוך הבית הנותן אינו בכלל המתנה משא"כ במרתף שהוא תחת אותו הבית ופתוח לו וגם החדר אע"פ שהוא בנין בפ"ע טעמא שהוא חוץ לבית הא לא"ה הוי בכלל בית וכן נלע"ד ממ"ש רמ"א בסי' קע"א סי"ד דמדברי הרא"ש בתשובה נראה דחולקין בית נגד חנות או מרתף ונ"ל דה"ה נגד חדר או עליה דזה מקרי תשמישו שוה עכ"ל ופשיטא דאין מי שיאמר שחולקין בית נגד בור ודות א"ו דמרתף שאני ומקרי קצת תשמישו שוה לבית ועכ"פ דומה לחדר כו' עכ"ד ע"ש עוד:

סימן רטז

א **כדי לשייר לו דרך**. עיין בתשובת עבודת הגרשוני סימן כ"ו שכתב דאפילו אם מפורש בשטר ששייר לעצמו דרך מ"מ לא קנה שאר החריבין כמבואר ברשב"ם שם שכתב ומיהו היכא דליכא לטפויי שום דבר אין לנו לומר כיון דליכא לטפויי לגרוע קא מתכוין כו' ואין לומר דכל זה לדינא דגמרא דיד בעל השטר על התחתונה אבל עכשיו שאנו כותבין דלא כאסמכת' ודלא כטופסי דשטרי ובכל דבר המסופק יד בעל השטר על העליונה (כדלעיל סי' מ"ב ס"י) זה אינו דהא ברשב"ם שם גבי ארעא ודקלי מבואר שם שגם על הלוקח אמרינן כן כו' ע"ש:

ב **קרקע ודקלים**. עבה"ט עד אבל אם אינו נותן לו עוד ב' דקלים ס"ל דהלוקח יכול לבטל המקח לגמרי כו'. ועיין בכ"מ שם פכ"ד מה' מכירה הלכה י"ג (הובא קצת בט"ז בשינוי לשון) שהקשה ממ"נ אם בדקלים מיחשבו דבר שבא לעולם אף שלא היה ברשותו יהא כמקח קיים ויתחייב המוכר לקנות לו הדקלים ואם מיחשבי דשלב"ל כיון שלא היו ברשותו מאי מהני שיקנה לו הדקלים הא מ"מ בשעת המכר היה דשלב"ל ותירץ דדבר זה הוא מורכב דמצד שלא היו ברשותו מיחשבי דשלב"ל ומצד שהיו בעולם אע"פ

שאינן ברשותו מיחשבי דבר שבא לעולם לכך לגבי לוקח מיחשבי דבר שבא לעולם וגבי מוכר דשלב"ל כו' ע"ש ועיין בס' שער משפט שהביאו ותמה עליו ופסיק וכתב אמנם לפע"ד קושיית הכ"מ מעיקרא לק"מ דמ"ש הרמב"ם (והש"ע) אם רוצה לקנות ב' דקלים יקנה המקח אין הכוונה שיכוף ללוקח ליקח גם הדקליס אלא דכל הני דינים קאי לענין הקרקע כו' עד והכא נמי כיין שהמוכר משלם לו מכירת הדקלים מקח הקרקע קיים כן נלע"ד ברור ע"ש. וכיוצא בזה כתב בתשובת רע"ק איגר זצ"ל סי' קל"ד ומסיים שם אפשר שהכ"מ כוון לזה ע"ש בסוף דבריו. ומ"ש הבה"ט בשם הט"ז ומעשה בא לידינו כו' עד ואין לנו כח להוציא ממון נגד דעת הרמב"ם וכל המכירה בטילה. ובט"ז עצמו מסיים בה וכן משמע ממ"ש סי' קפ"ב ס"ח שכתב ומיהו הלוקח יכול לחזור ולומר איני רוצה לקנות אלא סאתים ביחד עכ"ל ועי' בשער משפט שתמה על הט"ז בזה שהביא מסי' קפ"ב ס"ח דהא ההוא דינא הוא מדברי הרא"ש והכא ס"ל להרא"ש כהרשב"ם כמ"ש הטור בשמו וא"כ דברי הרא"ש יהיו סתרי אהדדי אלא ודאי דיש חילוק בין מכר לו שני ענינים נפרדים לבין מכר לו קרקע אחת גדולה דיש קפידא בין גדולה לקטנה, וכ' אך מ"מ ב' מקומות בבה"כ הוי כמכר לו שני ענינים (כמ"ש לעיל סי' קע"ה ס"ק כ"ג) והדין דין אמת דתליא בפלוגתא זו ע"ש. ועי' בזה בנה"מ לעיל סי' קפ"ב ס"ח ובס' דברי משפט סי' זה ובתשובת מוהר"ר משה רוטנבורג חא"ח מי' יו"ד עש"ה וגם במל"מ סוף הלכות זכיה ומתנה עיין שם:

ג **ואם לאו מקח טעות הוא וחוזר** עיין בתשובת עבוה"ג סי' כ"ו שכ' דאף אם ירצה הלוקח ליקח דקלים במקום אחר והמוכר אינו רוצה אינו יכול הלוקח לכוף את המוכר ליתן לו במקום אחר דקלים כמבואר בסי' רכ"ג: (ס"ד בהגה) לענין אונאה דכל זמן שהלוקח יכול לחזור בו ה"ה נמי יכול לחזור כיון שלא נגמר המקח וזהו אפילו אם הלוקח רוצה לקיים המקח כמו שהוא באונאתו ומכ"ש אם ירצה הלוקח שיחזור לו אונאתו שהמוכר יכול לחזור בו כו'. וע"ש עוד אודות שטר מכירה מראובן לשמעון שכתוב בו איך שמכרתי לו בית פלוני ופלוני ושאר בנינים הבנויים בחצר עד בית הפנימי של עץ שאותו בית הפנימי לא מכרתי לו רק נשאר ברשותי כו' והדיר הגדול שבחצר העומד תחת בית הפנימי לצד פלוני נשאר גם כן בחזקתו מתהום ארעא כו' והנה תחת בית הפנימי הנ"ל יש ג"כ דיר קטן אצל דיר הגדול הנ"ל ועתה טוען שמעון שהדיר הקטן הוא גם כן בכלל כי מכירה דכן מוכח לשון השטר שכתוב הדיר הגדול נשאר בחזקתו משמע דדוקא דיר הגדול השאיר לעצמו ולא דיר הקטן ועוד דכתוב בשטר ושאר בנינים הבנויים בחצר ואין שום בנין בחצר ע"כ שכוונת המוכר היה על דיר הנ"ל ועוד שדיר

הקטן בכלל המצרים שמצר לו וראובן טוען שלא מכר לו שום דיר כו'. והשיב שאין בטענות שמעון ממש דמה שטוען מאחר שכתוב שהדיר הגדול שייר לעצמו משמע הא דיר הקטן מכר זה אינו דהא איתא בב"ב דף ע' ע"א חוץ מחרוב פלוני מהו כו' ופשוט דאפילו שאר קרובין נמי לא קנה תדע. דאילו אמר ליה שדי מכורה לך חוץ משדה פלונית כו' הרי מבואר שאף ע"פ שפרט א' מן הדברים שאינם בכלל המכירה לא הפסיד זכותו בזה שנאמר ששאר הדברים שלא פרט מכר כו' ומה שטוען כיון שכתוב ושאר בנינים הבנויים בחצר ואין שום בנין שם ע"כ כוונתו על דיר הקטן וזה אין לו טעם מאחר שכתוב שוברו בצדו עד בית הפנימי של עץ ובלשון השטר אמרינן עד ולא עד בכלל ודמיא להא דאמרינן ארעא בדקלי אני מוכר לך אם אין שם דקלים הוה מקח טעות כו' באמת בנ"ד שהלוקח ידע וראה שאין שום בנין בחצר בהכי ליכא למימר אפילו מקח טעות כמ"ש בשו"ע סי' רי"ח סעיף ט"ז המוכר שדה שהלוקח יודע אותה כו' אפילו אמר יש במדתה ק"ק ולא נמצא אלא ק"נ הגיעתו שהרי ידע וקבל ומה שאמר לו חשבון ק"ק כלומר שהוא שוה כמו אחרת שמדתה מאתים ופירש רשב"ם אף על פי שאינה טובה משדה אחר אף על פי כן להשביח מקחו אמר כן והסכים עמו הטור אם כן בנ"ד שהלוקח ידע שאין בנינים בחצר סבר וקבל וידע שהמוכר להשביח מקחו אמר כן אם לא שנחלוק בין אמירה לכתיבה ומנין לנו חילוק זה אשר איננו מפורש וטענה שלישית ממילא אינה כלום כיון שהוכחנו שאין במשמעות המקח שום דיר אם כן אינו מהני מה שמצר לו מצרים כי אמרינן מצרים הרחיב לו אע"ג דכי כתב ליה ולא שייר כו' לא אמרי' מצרים הרחיב ה"מ היכא דאיכא דקרו להו כו' ונ"ד דומה למה שכ"ע לא קרי להו כו' נמצא שאין בדברי שמעון כלום עכ"ד ע"ש:

סימן ריח

א **חצי השדה שיש לי בשדה** עיין בתשובת כנ"י סימן פ"ו שכ' דדוקא באמר חצי השדה בה"א אבל אם אמר חצי שדה דאית לי קנה החצי כולו כי בלא ה"א תיבת שדה קאי על חצי אבל השדה בה"א אז תיבת השדה מופסקת מן חצי והוה כאילו אמר חצי מן השדה דאית לי ולכך לא קנה אלא רביע ע"ש עוד:

ב **כל קרקעות**. עיין בתשובת רבינו עקיבא איגר ס"ס קכ"ט שכ' ונראה דלאו דוקא מלישנא דכל קרקעות אלא דהכא בעינן כל דבלא"ה נותן לו רק ב' קרקעות אבל באמת בלאו לשון כל נכלל בתים בקרקע ואף דהטור כ' בסתימת בסי' צה דעת העיטור דתלוש

ולבסוף חיברו הוי תלוש ע"כ או דבתים שאני וכמ"ש הש"ך שם או דבל' ב"א הוי בתים בכלל קרקע ע"ש:

סימן רכ

ופרה סתם. עבה"ט דהיינו באומר פרה זו כו' וע' בדרישה ובב"ח ובט"ז לקמן סי' רכג מבואר בדבריהם דלפ"ז אין כאן מחלוקת וגם הרי"ף והרמב"ם מודו להרא"ש בהא ע"ש (ובט"ז שם מוכיח כן דאל"כ יקשה לדידהו דין דהתם שהוא משנה בב"מ דף ק' המחליף פרה בחמור כו' זה אומר עד שלא מכרתי ולדה כו' במאי איירי אי אמר פרה סתם הא לא מכר הולד אפי' נולד אח"כ ואי אמר פרה מעוברת הא מכרו אפי' נולד קודם כו' גם בס' פלפלא חריפתא להרב בעל תוי"ט בפ' הספינה סי' ט' כ' דממשנה זו ראיה גמורה להרא"ש ע"ש) וע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' ק"ה שכ' דזה אינו דהרמב"ם חולק בודאי ומסתמא כן הוא גם דעת הרי"ף וגם בשט"מ ב"מ דף ק' בסוגיא דהמחליף פרה בחמור בשם הרמ"ך שהובא ג"כ בקצה"ח מבואר להדיא שחולק וס"ל דאפי' באומר פרה זו דוקא בהזכיר לו מעוברת הא לאו הכי אין העובר בכלל ודלא כהרא"ש (ומפרש דמיירי בשא"ל פרה מעוברת והמוכר טוען אני לא מכרתי אלא מעוברת וסכנת הלידה עליך אבל עכשיו שכבר ילדה קודם משיכה הרי פרה וולדה שלי ואני אעמיד לך פרה מעוברת אחרת ותסבול אחריות הלידה כו' ע"ש) והראיה שהביא בקצה"ח מסוגיא דתמורה (כ"ח) כהרא"ש דאפי' לא אמר מעוברת אלא כל שאומר פרה זו ושפחה זו הולד מכור ודוחק בעיניו לחלק בין קדושת הגוף לשארי דברים הנה זה הדוחק הוא מרווח ואמת וכבר כ"כ כפ"י בקידושין ס"ג ומורי בהפלאה כתובות י"א כו' וכ' עוד דכל זה היכא דשניהם יודעים שהפרה מעוברת אבל היכא ששניהם לא נתכוונו אלא לפרה סריקא ונמצאת טעינה פשיטא שאין ולדה בכלל ומודה הרא"ש שהמוכר יכול לטעון אדעתא דהכי לא מכרתי כו' והאריך בזה בנדון השאלה שם שישראל קנה פרה מעכו"ם בכה"ג שלא ידעו שהיא מעוברת ואח"כ ילדה בכור עש"ה:

סימן רכב

א **עד א' בלבד**. עבה"ט ועיין בתשובת בית אפרים חח"מ סי' ט"ו שהאריך בדברי הג"א והש"ך בזה עש"ה:

ב **אני הלוקח נאמן**. עיין בנ"צ מ"ש בזה:

סימן רכג

א **וטען בעל הפרה כו'**. עיין בט"ז ובנה"מ ועמ"ש לעיל סימן ר"כ ס' סק"א:

ב **אלא עומדת באגם**. עיין בתשובת רע"ק איגר זצ"ל ס"ס קל"ו שכ' דנ"ל בההיא דהמחליף פרה בחמור וקיימא באגם דקיי"ל דאזלינן בתר חזקת מרא קמא. אפי' אם היו כאן תרי ותרי (שתי כתי עדים המכחישות זא"ז) אם עד שלא מכרה ילדה או אח"כ אפ"ה מוקמינן אחזקת מרא קמא דאף דתרי ותרי ספיקא דרבנן ולא אזלינן בתר חזקה זו דוקא במלתא דאיסורא אבל בממון אוקמא אדינא וקיימא חזקת מרא קמא כו' ע"ש ועמ"ש לעיל סי' ל"ד סכ"ח ס"ק מ"ה ובס' ע"ח ס"א סק"א:

סימן רכד

על בעל החמור. עסמ"ע עד אבל אם מת באגם הראיה הוא על בעל הפרה כו' ועיין בתשו' עבוה"ג סימן פ"ז בעובדא בראובן שמכר לשמעון מאה כור תבואה כל כור וכור בדינר ונתן שמעון לראובן עשרים דינר על המקח והיה תנאי ביניהם. שבתוך ח' ימים יתן שמעון לראובן מותר המעות והרשות ביד שמעון לקבל התבואה תוך י"ד ימים אח"כ שילם שמעון לראובן רק שהחזיק סך מה באומרו אולי לא יהיה מאה כור בשלימות ונתרצה ראובן והנה אחר איזה ימים אמר ראובן לשמעון קבל תבואתך כי בעל העליה אינה רוצה להניח עוד התבואה על עלייתו ואמר שמעון שלח את מי שתרצה לקבל התבואה ולהניח על עליה אחרת ושלח ראובן שליח א' ועשה כאשר צוה שמעון וכאשר בא שמעון אח"כ לקבל תבואתו נמצא חסר עשרים כור וראובן טוען מה שחסר ברשותך חסר שנגנבו ע"י השליח אשר שלחתי והוא שלוחך כי אתה אמרת לשלוח מי שארצה והוא תובע מותר המעות ושמעון מכחיש כו'. והשיב הנה אם היה שמעון מודה לדברי ראובן לכאורה היה נראה שהדין עם ראובן מהא דאיתא בפ' המדיר במסקנא הכי אמר שמואל כל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה וכיון שבנ"ד לפי טענת ראובן נולד הספק לאחר ששלוחו לקח התבואה והניחם על עליה אחרת ששכר השליח ממילא קנה שמעון התבואה ואח"כ נולד הספק ע"כ על שמעון להביא ראיה ופשיטא לפי דעת הרא"ש כו' אלא אפילו לפ"ד הרי"ף והרמב"ם דס"ל שעל בעל החמור להביא ראיה כיון שהחמור היה שלו ובממונו נולד הספק מ"מ בנ"ד מודו שעל הלוקח להביא ראיה כיון שהספק נולד אחר שיצאה התבואה מרשות המוכר כמ"ש הרא"ש והטור שאם החמור עומד בסימטא על בעל הפרה להביא ראיה ממילא לכאורה אם היה שמעון מודה לדברי ראובן לית דין ולית דיין ששמעון חייב לשלם כל המאה כור במלואם אבל אחר הדקדוק

נלע"ד דלא היא אלא אף אם שמעון מודה מ"מ לא אמרינן בנ"ד שהספק נולד ברשות הלוקח כיון שאין אנו יודעים שהיו מאה כורים כשקבלם השליח גם קודם לכן לא נמדדו אף על פי שהמוכר אומר שהיו מאה כור לא מפיו אנו חיים כיון שלא היה לתבואה זו חזקה ואינו דומה לבהמה שנמצא נקב בבה"כ ואין ידוע אם היה כך בשעה שקנאה דהתם אמרינן כיון שהספק נולד ברשות הלוקח עליו להביא ראיה לפי שאמרינן כאן נמצא וכאן היה כי מעמידים הבהמה אחזקתה המבוררת משא"כ בנ"ד עכ"ל (ונראה דר"ל דלפ"ז אין צריך הלוקח להשלים המעות שהחזיק בידו אמנם אם ביד המוכ' עודף מעות ממה שמגיע לו עבור השמונים כור אינו יכול הלוקח להוציא מידו כיון שמוכ' טוען ברי שהיה מתחלה בשלימות וא"צ המוכ' אפילו לישבע שהיו כ"כ כפי העולה נגד מעות שבידו מאחר שהלוקח טוען שמא ודמי לא"י אם פרעתני בסי' פ"ה סי"ז ואין לו עליו אלא חרם סתם ואפי' אם המוכר ג"כ מסופק שמא נגנב קודם שלקח השליח התבואה מעליה ראשונה מ"מ הוי כמו שטענו שניהם ספק המבוא' שם סעיף י"ח ובש"ך שם וצ"ע ועיין לקמן בסמוך) ועיין בתשובת שב יעקב חח"מ ס"ס ו' שהזכי' קצת מדברי עה"ג הנ"ל וכ' עליו דלפ"ד הש"ך בסי' צ"א ס"ק י"ב לענין הלכה כדברי הרמב"ם והמחב' דהיכא שאין הפועלים מכחישים בודאי להחנוני נוטל בלא שבועה מטעם דמסתמ' שליח עשה שליחותו כיון שקיבל החנוני ליתן לפועלים דמסתמ' נתן להם כו' לפ"ז לא א"ש מה שפסק בתשובת עה"ג הנ"ל דאפילו אם הודה שמעון לדברי ראובן שא"ל שלח ביד מי שתרצה לקבל התבואות חייב המוכר וזה אינו כיון דהמוכ' עשה שליחותו כפי שצוה עליו ואף אם נאמר שהשליח כאן ומכחיש שלא מצא כ"כ תבואה בעליה והמוכר אמר ודאי שהיה כ"כ בעליה ראוי ליטול המוכ' עכ"פ בשבועה כמו החנוני שנתן להפועל ע"פ צווי בע"ב אע"פ שהפועל מכחישו נוטל בשבועה מבע"ב ואין דין זה ענין כלל למה דמדמה שם למי שנולד הספק ברשותו וצע"ג ליישב דבריו אם לא שנא' שהמוכ' שם אינו טוען טעות ברי שהיה מאה כור בשעה שקבלם השליח שאפשר שנגנב מן התבואות מן העליה אף שנתן תחלה שם מאה כור במלואם. אך הלשון שם לא משמע כן עכ"ד (עמ"ש לעיל סי' צ"א סק"א בשם תשובת בית אפרים סי' י"א וצ"ע) . וע"ש עוד בעובד' שבא לידו (דומה קצת לנידון של עה"ג הנ"ל) בראובן שתבע לשמעון שמכבר היה חייב לו מ' אלפים וע"ז קיבל תבואות עד שנשאר חייב לו ד' אלפים ושמעון השיב שקיבל תבואות יותר עד שנ"ח לו רק ב' אלפים וע"פ טענותיהם יצא שקיבל כ"כ שקים כמו שאמר שמעון רק לפי קאנטראקט שלהם ראוי להיות משקל כל שק כפי המשקל הראוי שם במדינת ראובן ונחסר המשקל מהרבה שקים עד שצריך למלאות חסרונן עם ע'

שקים אחרים וא"כ נחסר ע' שקים ושמעון השיב שהוא היה מחוייב לשלוח התבואות רק לנמל פלוני על המים וקודם שמסר להספנים שקל כל השקים כפי המשקל הראוי וכאשר באו שם בא ב"כ של ראובן ולקחו התבואות מהספנים קצת ניקח ע"י יהודי ומסר לא"י שהיה לו לקבל התבואה וקצת ע"י אותו הא"י בעצמו ולקחו בלא מדה ומשקל רק מנין השקים ואותו אינו יהודי בא אח"כ ואמר שנחס' מן התבואות וא"כ לא מפיו אנו חיין כו' וראובן טען אפשר לא היה משקלם תחלה כראוי בשעה שמסר להספנים ולא האמין לשמעון במשקל ואף שמסר להם במשקל אפשר שהספנים גנבו מהן בדרך בעוד שהיה ברשות שמעון והאריכו בטענות ותשובות. ופסק שהדין עם שמעון המוכ' אחר שכפי דברי ראובן עצמו אמת הוא שקבל ב"כ שלו השקים במנין הראוי רק שלא שקלם שמה והא"י שקיבל התבואות הוא שאמר שנחס' המשקל לפ"ז לא מפיו אנו חיין ואינו יכול ראובן להוציי' ממון משמעון בטענת ספק אך שמעון יקבל בח' ב"ד שהוא מסר השקים במשקל הראוי להספנים רק שמעון ילך במשפט ערכאות עם הספנים אחר שלא הביאו ליויר שיין מן ראובן או ב"כ על הוצאות שמעון (לכאורה נראה דט"ס הוא וצ"ל על הוצאות ראובן) כדי להציל ממון ישראל ומה שיוציא מחוייב ליתן ראובן. וכ' שם לבאר טעם הספק הנ"ל דאע"ג דבנ"ד לא שייך לו' העמידנו על חזקתו שעכשיו נחסרו שהרי לא היה להם חזקה מעולם דשמא לא היה להם לעולם משקל הראוי מ"מ כיון שהמוכ' מוחזק א"צ חזקה והלוקח הבא להוציא צריך להבי' ראיה שהי' החסרון תחלה בעודו ברשות מוכר וכדאית' בסי' רל"ב סעיף ט"ז ובסמ"ע שם ס"ק ל"ה כו' ועוד י"ל לזכות המוכ' דאף לו יהא שנחסר התבואה בעודה ביד הספנים ברשות המוכ' יש לחייב הלוקח משום דהוא או ב"כ פשע שלקח מן הספנים השקים בלי מדה ומשקל שהרי המוכ' מסר התבואות בידם במשקל ונתן הכלי משקולת להספנים להביא עמהם שמה לחזו' ולמסו' ליד הלוקח או ב"כ במשקלו ואזי אי הוה נחסר שמה מהמשקל היו מחוייבים הספנים למלאות או לשלם והשת' שהלוקח או ב"כ האמינו להספנים ולקח השקים בלא משקל איהו דאפסיד אנפשיה והדין כמו גבי חנוני ופועל בסי' צ"א כו' ומכ"ש לפי מה שפסק הש"ך שם ס"ק י"ב כדברי הרמב"ם והמחב' כו' והאריך בזה ומסיק וכ' דלפ"ז דאם נחסר ע"י הספנים פטור המוכ' א"כ נדון דידן הוי ממש כמו הדין דסי' ע"ה סי"ז שתבעו מנה שהלויתיך כמדומה לי שלא פרעתני דפטו' משבועת היסת כיון שהלוה טוען ברי וה"ה בנ"ד שהלוקח תובע המעות שחייב לו והמוכ' השיב דבזה פרע לו ששלח לו כ"כ תבואות והלוקח טוען כיון שהא"י הגיד לו שנחס' כך וכך שמא לא היה תחלה משקל הראוי דלפ"ז לא פרע לו כ"כ והמוכ' טוען ברי שמסר להספנים במשקל הראוי פטור משבועה

ואפילו את"ל דאם נחסר ע"י הספנים חייב המוכ' להשלים וא"כ אין להמוכ' ג"כ טענת ברי שפרע כ"כ בהתבואות כי שמא גנבו הספנים אפ"ה פטור המוכ' דזה הוי כמו שטענו שניהם ספק בפרעון דמבוא' בש"ך סי' ע"ה סי"ח דפטו' אפי' לצאת י"ש (עמ"ש שם בד"ה שטענו) ה"ה בנ"ד פטור הנתבע אפילו משבועת היסת רק יש להחרים סתם ואעפ"כ החמרתי על המוכר לקבל ק"ח ממש כיון שהוא סך עצום לפייס דעת הלוקח הואיל שנפסד עכ"פ אותו סך ואנו נוהגים בכמה ענינים ליתן ק"ח ממש במקום ח"ס כמו שאנו נוהגין ליתן ק"ח לבע"ד שלא יביא לצד שכנגדו לידי שבועת חנם כו' (עמ"ש בסי' פ"ז סכ"ב ס"ק כ"ד) עכ"ד ע"ש:

סימן רכה

א **כך הדין בכל ממכר.** עיין בתשובת צ"צ סי' ד' ובתשובת עה"ג סי' ק"ז שנשאל לפניהם בראובן ושמעון שהחליפו את בתיהם זה עם זה ולא נעשה שטר ביניהם רק מיד כתבו בפנקס הקהל הבתים כל א' על שם בעליו והעילוי שהיה צריך ליתן א' לחבירו נתן מיד והחזיק כל א' בשלו וכחצי שנה אחרי כן יצא שט"ח בקנין בפני עדים ושעבוד נכסים על ראובן בכפלים מה ששוים שני הבתים ובא הבע"ח בכח שטרו לגבות הבית שהוא עתה ביד ראובן הלוה שלו כיון שהוא בני חורין וגם הבית שביד שמעון שהשיג מן ראובן בחליפין מפני ששעבודו קודם ושמעון טוען שאין לו זכות רק בבית זה שהיה תחלה של ראובן הלוה כיון שהוא קודם אבל לא בבית זה שהוא עתה ביד ראובן כיון שהיה שלו תחלה הרי יוחזר לו מפני אחריותו אע"פ שלא כ' א' לחבירו אחריות הא קיי"ל אחריות ט"ס הוא. והשיבו שניהם בסגנון אחד שהדין עם הבע"ח שיכול לגבות שני הבתים ואין לשמעון זכות בהבית שהיה שלו מתחלה מפני אחריותו כיון שלא פירש אחריות והא דאחריות ט"ס דוקא באחד שלקח מחבירו משום דלא שדי אינש זוזי בכדי אבל בכה"ג שהחליפו זה עם זה דהוו שניהם בלקוחות זה קונה מזה וזה קונה מזה לא אמרינן אחריות ט"ס אלא כיון דלא פירש אין להם אחריות זה על זה משום דאמרינן בההיא הנאה דאין זה מקבל אחריות על הבית שנתן לחבירו גמר ומקני ולא בעי שיהא חבירו מקבל אחריות על הבית שנתן לו חבירו וכמ"ש כרשב"ם בפ' בית כור (בבא בתרא דף ק"ז ע"א) בד"ה כלקוחות דמו כו' והאריכו בראיה זו. ובצ"צ שם הוסיף עוד דאע"פ דבנ"ד נתן א' לחבירו העילוי ששוה בית חבירו יותר משלו ודילמא על אותן מעות י"ל דלא שדי אינש זוזי בכדי מ"מ כיון דניחא ליה במה שאינו מקבל אחריות הוא על של חבירו גמר ומקני לגמרי אפילו במעות שנתן ועוד כיון דהבתים אין להם אחריות זע"ז הו"ל

לפרש כו' ע"ש. ועיין בס' קצות החושן לעיל סי' קט"ז סק"ג שכ' דאשתמיט להו תשובת הר"י בן מיגש שהובא בהגמ"ר פ"ק דכתובות דמבואר שם דבחליפין נמי אחריות ט"ס כו' וראייתם מס"פ בית כור יש לדחות דהתם שאני כיון דאחריות דאביכם הוא ושניהם בשוה עומדין בספק משא"כ הכא זה שהחליף ביתו שהוא יודע בנפשו שהוא שלם בלא מום ושום טורף לא יבא עליו מהיכי תיתי ישליך אותו בכדי ויטול ביתו של חבירו שאינו יודע נגעי חבירו ואם כן אדרבה הוא רוצה לקבל אחריות על שדהו וחבירו נמי יקבל אחריות עליו ע"ש והסכים עמו בנה"מ שם וכ' דלא ניתן לכתוב מרוב הפשיטות ע"ש. ועיין בתשובת שבו"י ח"א סי' קנ"ג הזכיר נמי דברי הצ"צ ועה"ג הנ"ל בקצרה והשיג ג"כ עליהם וכ' וז"ל ולע"ד לבבי לא כן ידמה דודאי אף בכה"ג אמרינן אחריות ט"ס הוא וכל אחד קיבל אחריות של חבירו אנפשיה כמו דאמרינן לא שדי אינש זוזי בכדי הכי נמי אמרינן לא שדי קרקעו בכדי כיון שהוא יודע בעצמו שקרקעו מנוקה ומשופה כו' אלא שגוף הנדון אינו תלוי בכל זה דאע"ג דחייב באחריות מ"מ הבע"ח מוקדם יכול לטרוף לפי סברתם ולומר למי שהחליף אם יש לך אחריות על מי שהחליף אתך לך חזור וטרוף ממנו מי ששעבודך עליו (ע' בצ"צ שם בהג"ה מבן המחב') אלא נ"ל עיקר הדין תלוי במה שכתבתי לעיל (הובא לעיל סי' ק"ד ס"ט ס"ק ט') דבע"ח אחד אינו יכול לטרוף קרקע שמכר הלוה ונתן לו תמורתו בעד היתרון שנ"ח לו הלוה שכבר פקע שעבודו מזו הקרקע וכ"ה בנד"ז בע"ח אחד אינו יכול לטרוף שניהם דממ"נ טורף א' שלא כדין כיון שטורף תחלה הבני חורין קרקע של ראובן אין רוצה לחזור ולטרוף משמעון כיון שכבר קיבל תמורתו אך בע"ח מאוחר יכול לחזור ולטרוף כו' עכ"ל ע"ש. ולכאורה מצד זה אין כאן השגה על הגאונים הצ"צ ועה"ג הנ"ל דהא באמת התומים בסי' ק"ד (הבאתיו שם בס"ק הנ"ל) חולק על השבו"י הנ"ל בדין קרקע שמכר הלוה ונתן לו תמורתו ודעתו דאף בע"ח אחד יכול לחזו' ולטרוף קרקע זו עבור היתרון שחייב לו הלוה ע"ש ואם כן לכאורה ה"ה בנדון שנים שהחליפו בתיהם הנ"ל היה הדין עם הצ"צ ועה"ג הנ"ל. אולם מצאתי בס' בית מאיר לאו"ה סי' קי"ג ס"ב בד"ה ומדי דברי בענין זה. הביא ג"כ בקצרה דברי הצ"צ הנ"ל והשיג עליו מצד אחר (ומתחלה תמה שם על הראיה שהביא הצ"צ הנ"ל דגבי חליפין לא אמרינן אחריות ט"ס מהא דפ' בית כור (בבא בתרא דף ק"ז) גבי אחין שחלקו כו' דז"א דשאני הכא דלדידיה ברור היה שחבירו לא יפסיד על ידו ולגבי דחבריה היה מסופק כו' והוא כעין דברי הקצה"ח ונה"מ ותחלת דברי השבו"י הנ"ל ואף הוסיף להביא סעד מדברי התוס' ב"ק דף ט' ד"ה פשיטא כו' ואח"כ כ') וז"ל ותו בעניותי עיקרא דדיניה צל"ע כי לפ"ד אפשר לו' דבכי ההוא גוונא לא יטרף ב"ח דראובן

מידי מהבית שביד שמעון עכשיו מפני שיאמר לו מה הפסדתיך הא העמדתי לך אחרות נכסים תחת שעבודך דבשלמא אם קונה בזוזי הרי קונה קרקע דסמיכות המלוה עליו ונותן מידי דמצי לאברוחי ולכן אף דשוב קנה המוכ' בהני זוזי קרקע אחרת מ"מ לא זז שעבודו מקרקעו אבל במחליף קרקע בקרקע שמעולם לא פסק רגע אחת בלא שעבוד למלוה שפיר יכול לו' מה הפסדתיך ודמות ראיה ממה דקיי"ל דאינו טורף משעבדי במקום שיכול לומר הנחתי לך בני חורין ומסופק הש"ס דאפילו אשתדיף בני חורין ונהי דמסקינן דטורף היינו משום שלקח שעבודו ומראשית נכנס הכל לשעבודו לענין זה שאם ישתדף א' יגבה מהשני אבל בנד"ז שמעולם לא היה לו אלא בית א' לשעבודו היה' מסתב' לע"ד דיכול לומר נתתי לך מקום אחר לגבות חובך כו' וצ"ע עכ"ל ע"ש:

ב **כגון שהיה המקח.** עסמ"ע סק"ה שכ' ונ"ל דקמ"ל כו' לאפוקי אם מסרה לו הלוקח מעצמו ע"פ עדותו כו' ועיין בתשו' מים חיים חח"מ סי' ד' שכ' על נדון דידיה וז"ל ומ"מ יש לחלק ולומר דהסמ"ע בסימן רכ"ה מיירי דהלוקח מסר למערער ע"פ עדותו כולו וא"כ לא עשה הלוקח למוכר שום טובה ע"כ שפיר יבול המוכר לטעון ללוקח אחוי טירפך ואשלם לך אבל בנ"ד דהלוקח השוה עם היורשים ועשה טובה למוכר שאם היה הדבר בא לפני ערכאות אפשר היה שיוציאו ממנו כל הבית והיה חל אחריות על המוכר אפשר דבזה גם הסמ"ע מודה דהמוכר חייב לשלם ללוקח כפי מה שהשוה עם היורשים ודמיא למ"ש רמ"א בסי' רס"ד ס"ד ואם סא יצא רק ע"י השתדלות האחר לא יוכל לומר כו' אע"פ שהאמת אתו מ"מ חייב לשלם כפי מה שנהנה כו' ע"כ יראה לי שיש להדיינים לפשר הדבר בין המוכר והלוקח כפי ראות עיניהם עכ"ד ע"ש:

ג **בין בדין המלך.** עבה"ט וע' בכ"מ פי"ט מה' מכירה דין ג' ובב"ח. ועיין בתשו' בית אפרים חח"מ סי' ו' שהאריך בזה על עובדא שבא לפניו (שהזכרתי לעיל סי' ס"ט ס"ב ס"ק ד') ואח"כ כ' וז"ל ואכתי צ"ע במ"ש הרמב"ם שבא א"י והוציא הקרקע כו' שכתבתי לעיל שיש לפרש כגון שדין המלך מי שקנה קרקע מהא"י תחזור לו בלא דמים וכיוצא בזה ומדסתם לה סתומי משמע דבכל גווני אינו חוזר עליו אף שאינו בא עליו בתורת חוב רק על הקרקע עצמו ולמה לא נימא כיון שדין המלך ברור שאין הקרקע שלו רק של הא"י ה"ז כמוכר ונמצאת שאינה שלו ודוחק לחלק בין אם המלך בעצמו יש לו דין על הקרקע ובין איש אחר שיש לו כח להוציא בדין המלך דבכה"ג לא די שאינו מקח טעות אלא אף בתורת אחריות אינו חוזר עליו דלא מסתבר לומר הכי דמה לי המלך בעצמו או איש אחר שבא בכח המלך כיון שידו תקיפה בדין המלך ודינו דין על הקרקע גופיה הרי מוכר דבר שאינו שנו ולכן ננע"ד דודאי אם בשעת המכירה כבר היה דין המלך על

קרקע זו ופקודתו שיקח אחר קרקע זו או המלך בעצמו א"כ הוי מקח טעות דה"נ למוכר לגלויי ללוקח ואין זה בכלל אונסא דמתייליד כלל ובכה"ג מיירי הא דמוכתב נמלכות אומר לו הש"ל שבשעת המכירה היה כבר מוכתב למלכות אבל אם בשעת המכירה עדיין לא היה דין המלך כלל ושלו הוא מוכר ועתה נתחדש דין המלך שיקחו הקרקע המלך או אחר אע"פ שהוא בא מחמת המוכר כגוונא דכתיבנא או כגון שלא פרע מס שנים שעברו ועתה נתחדש הפקודה לקחת הקרקע עבור העבר וכיוצא בזה כיון שעכ"פ עתה נתחדש ובשעת המכירה לא אסיק אדעתיה כלל אונס הוא שהרי נולד אחר המכר ובכה"ג מיירי הרמב"ם דאם הוציא ממנו בדין המלך אינו חוזר דאונס הוא ויצא לנו מזה דדוקא היכא שאין ידוע בשעת מכר אבל אם ידוע בשעת מכר דין המלך על קרקע זו פשיטא שלא נחשב אונס וכשיש לו דין על הקרקע עצמו ה"ל מקח טעות וכשאין לו דין על הקרקע עצמו רק בתורת חוב ואפשר לסלוקי בזוזי אע"פ שהמקח חל בכה"ג מ"מ עכ"פ בכלל קבלת אחריות הוא לפי שאין זה אונס שנולד מחדש כו' ומכ"ש בשטרו קנין שלנו שכותבין הכל לטובת הלוקח אם יבא א' מסוף העולם קרוב או רחוק יהודי או א"י כו' דפשיטא שחל עליו האחריות שמוציא הא"י ואין סברא לומר דדוקא אם יוציא בד"י דודאי הך לישנא יתירא לטפויי אתי דאף אם יוציא בדיניהם הוא מחוייב לפצות כו' ומכ"ש בשטרות שלנו שכותבין שכל לשון שבו יהא נדרש לזכות ויפוי כח בעל השטר כו' ומכ"ש אם לפי ראות עיני הדיינין לא בא הא"י בעלילה רק באמת מגיע לו החוב כו' עכ"ל ע"ש עוד:

ד **בפירוש שלא יהיה עליו אחריות.** עיין בתשו' אא"ז פמ"א ח"ב סי' כ"א בראובן שקנה קרקע מהקהל בלי אחריות מהשררה וחזר ומכר קרקע זו לשמעון על תנאי זה ונגמר המקח מחמת סכסוכים שהיו ביניהם נתבטל המקח ומחלו זה כזה ואח"כ חזרו ונתפשרו והוסיף לו שמעון על קציצה ראשונה עשרה ר"ט ועדים הראשונים כתבו שטר מכר בקיצור וכתבו לבסוף ולעת הצורך יוכתב שטר קנין כנהוג באריכות וברוב ימים נתעורר דינים על הקרקע הנ"ל מחמת השררה והוצרך שמעון להוציא הוצאות ולהתפשר עמו ועתה תובע לראוב' שיחזיר לו הוצאותיו באמרו שאחר שחזרו ונתפשרו לא הזכיר המוכר תנאי זה ונכתב בקיצור ולעת הצורך יוכתב שטר קנין כנהוג באריכות וכל שטרות מנהג לכתוב אחריות הן מיהודי או מא"י א"כ קיבל עליו המוכר אחריות והמוכר טוען שלא הוצרך להזכיר באשר כבר הזכיר התנאי בעת קנין ראשון וגם העדים אמרו שלא היה כוונתם רק על שאר לישני דשטר וכל יפוי כח ואחריות דנפשיה אבל לא על אחריות מהשררה. ופסק שהדין עם המוכר כמ"ש הרמ"א סי' ר"ז ס"א דאם התנה

תנאי ואח"כ כתבו השטר סתם ודאי על תנאי הראשון כתבוהו ואף דכאן יש לפקפק מאחר שכתבו ולעת הצורך יכתבו שטר באריכות כנהוג ומנהג לכתוב כל אחריות הן מחמת נימולים או שא"נ מ"מ כיון דעדים מפרשים עדותם שלא היה כוונתם רק על שאר יפוי כח השטר אבל לא לבטל מה שכבר הותנה הולכים אחר העדים המפרשים כוונתם ומבואר בס"ס ס"א דיש מי שאומר שתנאי שאדם מתנה עם חבירו אין הולכין אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונ' והכא נמי כוונתו ניכרת כיון שהוא קנה מהקהל בלי אחריות מהשררה ובתחלת המכירה התנה בפירוש בלתי אחריות מהשררה רק שנתבטל מחמת איזה קטטה מסתמא גם לבסוף מכר על תנאי זה כו' וגם דמי להא שכ' רמ"א סי' רכ"א היה בתחילה קציצה ביניהם וחזר אחד ומשכו סתם ודאי על קציצה ראשונה קני ועוד בר מכל דין אף אם נפרש משמעות הכתוב בשטר לכתוב קנין באריכות כנהוג דכותבין אחריות מיהודי ומא"י היינו אחריות מא"י שיברר הא"י שהיהודי חייב לו או שגזל ממנו הקרקע אבל אחריות השררה שרוצה ליקח בחזקה זה לא יעלה בדעתו לקבל עליו כמבואר בסי' רכ"ה ס"ב כו' לפי שזה אונס הוא ואין המוכר חייב באחריות אונס ואם אמנם שיש להשיב על זה מ"מ נראה עיקר לדינא ע"פ אומדנות המוכיחות והעדים גופייהו המעידים שהיה כוונתם על תנאי ראשון בכן נראה ברור שאין לשמעון על ראובן שום דו"ד מחמת אחריות הנ"ל עכ"ל ע"ש:

ה **אונס ניסוך הוא על המוכר** כ' הסמ"ע וז"ל הטעם כ' הרא"ש והטור הביאו דהרי קיבל עליו אחריות היין דאתא ליה מעלמא דהיינו שבירה ושפיכה ואמרינן דה"ה כל אונס דאתי מעלמא דמ"ש הני מהני והא דפרט שבירה ושפיכה מפני שהן אונסין דשכיחין כו' משא"כ הלוקח כו' עכ"ל ובאמת בטור בשם הרא"ש כ' תחלה טעם אחר הואיל ואיכא למידק שאחריות שבירה ושפיכה קיבל עליו המוכר ולא אחריות שום הפסד אחר ואיכא נמי למידק איפכא כו' אוקי ממונא בחזקת מריה ולא נוציא המעות מהלוקח שהוא מוחזק בהן כי עדיין לא פרע המעות ועוד כי הדבר מוכח כן כי המוכר קיבל עליו אחריות היין אונס דאתי ליה מעלמא כו' יע"ש והועתק קצת בבאר הגולה כאן אות כ'. והסמ"ע שכ' רק טעם השני משמע ליה דזה הטעם הוא עיקר ולפ"ז אפילו אם כבר נתן הלוקח המעות היה צריך המוכר להחזיר. אולם בתשובת אא"ז פמ"א ח"ב סי' קס"ב פסק שטעם הא' שכ' הרא"ש דמחמת ספק על מי מוטל אחריות דניסוך אין מוציאין מהלוקח המוחזק הוא עיקר ולכך אם נתן כבר המעות אין מוציאין מיד המוכר כי על טעם השני שכ' הרא"ש דאונס ניסוך דלא שכיח לא אסיק אדעתיה להזכיר בכתיבה קשה דאדרבה כיון דלא שכיח ולא אסיק אדעתיה א"כ אינו בכלל האחריות דאונסא דלא שכיח לא

קיבל עליו כמבואר לעיל ס"ג וס"ד וזה דוחק לחלק ולומר בשביל דלא שכיח לא הזכירו ולענין חיוב אחריות יהיה שכיח שקיבל עליו ובפרט שלא הזכיר סתם אחריות אלא אחריות שבירה ושפיכה וע"כ דהרא"ש לא דן אלא מטעם הא' דאוקי ממונא בחזקת מריה וטעם הב' לא כ' אלא סניף לטעם הא' אבל היכא דהמוכר מוחזק לא מוציאין ממון מיד המוחזק. וע"ש עוד במעשה בא' שקנה ד' חביות יין וקנה כדרך התגרים ונתחייב המוכר להביא היין למקום פ' בשלימות בלי שום חסרון ואם יתקלקלו החשוקים או החביות הכל על אחריותו ואח"כ נתנסך היין בדרך ע"י העגלונים והלוקח אינו רוצה לקבל היין ותובע כל המעות מהמוכר. ופסק שם דהדין עם המוכר חדא דטעם הא' שכ' הרא"ש הוא העיקר וא"כ בנ"ד שכבר קיבל המוכר המעות אין מוציאין מידו ועוד אף לפי טעם הב' שכ' הרא"ש משמע דוקא התם דחזינן שלא קיבל עליו הלוקח אלא אחריות מגוף היין משמע אבל לא אונס דאתי מעלמא אבל בנ"ד שלא קיבל הלוקח אחריות והמוכר לבד קיבל להביא בשלימות היין על אחריותו אין בכלל זה אלא אחריות שבירה ושפיכה ולא ניסוך וראיה ממשנה דס"פ טבול יום התורם את הבור ואמר ה"ז תרומה ע"מ שתעלה שלום שלום מן השבר ומן השפיכה אבל לא מן הטומאה ר"ש אומר אף מן הטומאה ופסק הרמב"ם כת"ק וה"נ בנ"ד דלא התנה המוכר אלא על שבירה ושפיכה אבל לא על ניסוך ולפ"ז לא מבעיא היכא שכבר קיבל המוכר המעות שא"צ להחזיר אלא אף אם עדיין לא נתן הלוקח המעות מחוייב לשלם מכח מתני' דלעיל עכ"ד ע"ש. והנה בעיקר הקושיא שהקשה אא"ז ז"ל על טעם הב' דהרא"ש כבר עמד ע"ז הדרישה וז"ל וא"ת אדרבה נאמר כיון דלא שכיח לא קבלו המוכר עליו כמ"ש רבינו בסי' זה ס"ד ודוחק לומר דלא שכיח כ"כ כמו שבירה ושפיכה אבל מ"מ שכיח הוא קצת וי"ל דע"כ לא קאמר לעיל דאין המוכר מקבל עליו אחריות כזה אלא כשאין הלוקח מתנה בהדיא איני רוצה לקבל עלי אחריות אבל כאן שפי' בהדיא שאחריות הטעם לבד מקבל עליו ולא שום אונס אחר כו' עכ"ל ע"ש ומ"מ לדינא נראין דברי אא"ז ז"ל דאם כבר נתן המעות אין מוציאין מיד המוכר כיון דהרא"ש ז"ל לא כ' טעם הב' לחוד רק בצירוף טעם א' וכבר כ' בתשובת ח"צ סי' ע"ג הבאתיו בפ"ת לאה"ע סי' קנ"ז סק"ד כשהפוסק מביא הרבה צדדים אין לסמוך על כל א' מהצדדים כו' ובפרט להוציא ממון (ובפרט דבס' נה"מ תמה על הדרישה בזה) וגם בדין השני שכ' אא"ז ז"ל דבסתם מכירה והמוכר קיבל עליו שיעמוד בשלימות אף הרא"ש מודה דאין אחריות ניסוך בכלל ואף אם לא נתן הלוקח המעות מחוייב לשלם ג"כ נראין דבריו ויש סעד מדברי הדרישה הנ"ל ולפ"ז אף אם המוכר לא הזכיר לשון להעמיד בשלימות רק אמר שמקבל כל אחריות דבזה אין

ראיה ממשנ' דטבול יום הנ"ל כיון שלא הזכיר לשון שלום מ"מ אין אחריות ניסוך עליו כמבואר בדרישה הנ"ל וצ"ע. ועיין בתשו' בית דוד חח"מ סי' א' שכ' על נדון השאלה שם וז"ל והנה הדבר זר בעיני לחייב את בעל הספינ' באחריות גניבה ואבידה כי כפי הנהוג בקאנטראקטין באוספלאוו דפה שלא לכתוב קבלת אחריות בפירוש אף דודאי הוי כש"ש להתחייב בגו"א דלא גרע מהאומנין דבההיא הנאה דתפיס ליה אאגריה הוי ש"ש (ע"ל סי' ש"ו ס"א) עכ"ז מעולם לא החלטנו הדין לחייבו בגניבה ואבידה והיינו מהא דאמרינן בב"ק נ"ו ע"ב מאי מסרו לרועה מסרו רועה לברזיליה דאורחיה דרועה לממסר לברזיליה וכן פסק בש"ע סי' רצ"א סכ"ב וכ' הש"ך שם דאפילו לדעת החולקין בסכ"ד גבי אשתו ובניו אם אין להם במה לשלם מודים בזה דפטור כו' וכיון שהדבר ידוע ומפורסם שאין מדרך בעל הספינ' ללכת בעצמו על ספינתו רק להושיב אחר במקומו הנקרא שאפער א"כ אין דינו של בעל הסחורה באחריות גניבה ואבידה עם בעל הספינה כלל רק עם השאפער ואף דנהיגי לכתוב בשטרי הקאנטראקט אחריות אש ומים לא קבלתי עלי ליכא לדיוקי מהא לישנא דשאר אחריות קבל עליו דאפשר דלא כ' כן אלא לשופרי דשטרא ומנא אמינא לה מהא דאיתא בב"ב דף ע' ע"א בעי מיניה רב אחא בר הונא מר"ש חוץ מחרוב פלוני חוץ מסדין פלו' אותו חרוב הוא דלא קנה הא שאר חרובים קנה או דלמא שאר חרובים נמי לא קנה א"ל לא קנה כו' ופי' רשב"ם שם כו' עכ"ל ע"ש ועמש"ל סי' רי"ו ס"ה סק"ג וצ"ע:

סימן רכו

א **מה לי ולך**. עבה"ט שכ' בטור מפרש הנ"מ כו' ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סי' מ"ו שכ' דנ"ל עוד נ"מ במה דאזיל ראובן ע"פ המבואר לעיל סי' ל"א ס"ב גבי ב' כתי עדים המכחישות זא"ז כו' מלוה שיש לו על לוה א' שני שטרות כו' וי"א דטוב לו שישרוף הקטן שלא ישביעהו הלוה שיש לו ב' שטרות שאלו העדים חתומים עליו ולפע"ד בבא לטרוף מהלוקח ע"י השטן לא מצי הלוקח למימר ליה שום דבר דא"ל מה לי ולך הלא כשאטרף ממך שדה זו יותר אין לי עליך א"כ מה איכפת לך אם יש לי עוד שטר או לא ומעתה אי לא הוה מצי ראובן המוכר לאשתעי דינא בהדיה אז היה גובה הקטן מהלוקח ואח"כ היה הקטן כאילו נשרף והיה בא על המוכר עם הגדול לכשיהיה לו זוזי אח"כ ולא יכול להשביעו שיש לו עוד שטר אחר כי אין לו אבל השתא דמצי ראובן לאשתעוי דינא בהדיה אז ידו על התחתונה עכ"ד. ועיין בנ"צ מ"ש על דברי השער משפט לעיל סי' כ' בענין זה:

ב **אבל אם נתן לו במתנה.** עמ"ש לעיל סי' ל"ז סט"ו בנ"צ בד"ה ויטרפנה בחובו:

ג **אחריות עצמו קיבל.** עיין בתשובת רע"ק איגר זצ"ל סי' קמ"ח שנסתפק אם בשדה גזילה שהוציא הנגזל מיד המוכר הראשון אם יכול לחזור על המוכר לו ואופן הספק למ"ש הנ"י פ"ק דב"מ והוי יודע דג' מיני אחריות הם כו' יעו"ש ומבואר דאחריות דבע"ח מקרי אחריות דמיניה ואחריות דגזילה מקרי אחריות דעלמא והטעם דבע"ח טריף מכחו כיון דבעל הקרקע משועבד לו אבל בגזולה אין הנגזל טורף מכחו אלא בכל מקום שמוצא שלו נוטל א"כ י"ל דוקא בבע"ח אמרי' אחריות דעצמו קיבל ראובן כיון דבהע"ח טורף מכחו דראובן אינו בדין שיחזור על שמעון לגבות אבל בגזולה כה"ג דאינו טורף מכח ראובן הוי כאחריות דעלמא וכעין דאמרינן בע"ח דיעקב כבע"ח דעלמא דמי הכי נמי יש לומר בגזולה הוי תמיד כמו מעלמא וכ' דלכאורה מוכח כן מדברי התוספות ב"מ דף י"ד ד"ה עד שלא החזיק כו' ומסיק דלדינא צ"ע ע"ש:

ד **לאחר מכאן.** עבה"ט שכ' כגון שהיה שמעון חייב ליעקב כו' עד דזהו זכות הבא לו אח"כ. ועיין בתשובת שבו"י ח"א סי' קס"ה שתמה עליו וכ' וז"ל לא ידעתי מה קאמר דבנדון כזה אפילו מת יעקב קודם שמכר ראובן לשמעון את השדה יוכל אח"כ לטרוף ממנו שזה היה פקח שמכר לו את השדה וכדאיתא לעיל סי' פ"ה והוא מפ' שני דייני גזרות ובודאי הסמ"ע אגב רהיטא לא עיין במקור הדין שהוא הר"ן בפ' מי שהיה נשוי גבי האי דזבין כתובת אמו בטובת הנאה וקאי אם השעבוד על השדה עצמו כמו אלמנה דזבין אחריות איתמי מ"מ א"י לטרוף שדה זו בכתובתה ע"ש בהר"ן עכ"ל:

סימן רכז

א **ואם שהה יותר כו'.** עיין בנה"מ לקמן סי' רל"ב ס"ג בענין אם לא היה יכול לתבוע או לחזור מחמת שלא היה המאנה בביתו והוא נשתמש בו כו' ע"ש יובא שם סק"א וע"ש עוד:

ב **ולא לתבוע אונאתו.** עבה"ט בשם ש"ך שכ' משמע שכבר נתן המעות וכ"כ בהג"א כו' וע' בקצה"ח שכ' על זה ומסתימת הפוסקים משמע דאפילו לא נתן מעות נמי המקח קיים משום דחזקה מחל וה"ל מגו במקום חזקה [ר"ל חזקה אלימתא דהוה כאנן סהדי ע"ל סי' צ"ט ס"א בהגה ב' ובבה"ט שם סק"ח] עד כאן לשונו אכן בנה"מ העתיק דברי הש"ך להלכה [וצ"ל דס"ל דלא הוי חזקה אלימתא רק כמו חזקה א"א פורע תו"ז לעיל סי' ע"ח ס"ה] גם הגאון בעל תוספת יו"ט בספרו פלפלא חריפתא פ' הזהב סי' כ' אות מ' דעתו כן בפשיטות דעל מ"ש הסמ"ע ס"ק י"ד [הובא בבה"ט לעיל סק"ח] דהלוקח אף

שעדיין מוחזק בדמי הקניה א"י לומר לא אמחול בפחות משתות דבטלה דעתו כו' כתב ע"ז וז"ל והכא דוקא בפחות משתות הוא דאמרי' בטלה דעתו כו' אבל בשתות ושהה כדי שיראה כו' דתו לא מהדר משום דודאי מחל כמ"ש רבינו [הרא"ש] לעיל כי הוה עדיין מוחזק במעותיו לא מצי למימר לא מחלתי כדאית' בהגה לעיל בשם ר"ב מריגנשבורג דמגו דיכול לומ' נתתי לך יכול לומר לא נתרציתי עכ"ל. ועיין בס' שער משפט שהסכים ג"כ הכי לדינא וכ' דנ"ל דאף במקום דלית ליה מגו דפרעתי יכול לחזור בו ולא מטעמיה דהג"א אלא כיון שהוא מוחזק במעות יכול לומר דלכך לא חשש לחקור על אונאתו מיד וכה"ג איתא להדיא בש"ס בכורות דף י"ג ע"ב גבי הלוקח גרוטאות מן העו"ג כו' וכ"כ התוס' בכתובות דף נ"ח ע"א בד"ה הנהו קלא אית לה דכל היכא דלא נתן מעות ל"ש ה"ל לבדוק וא"כ הכא נמי י"ל דכל היכא דלא נתן מעות ל"ש לומר דה"ל להראותו לאחר משום דאין דרך למהר ולחקור אם נתאנה כל שלא נתן מעות וזה ראיה גדולה לדינא דהג"א אף בלא טעמא דמגו וכן נ"ל עיקר עכ"ד ע"ש וכן נראה דעת המל"מ פט"ז מה' מכירה דין ג' דעל מ"ש הה"מ שם [הובא בסמ"ע סי' רל"ב סק"י] בשם יש מי שכ' במוכ' דבר שיש בו מום והוא דבר שיכול לבחנו ולנסותו לאלתר דאינו חוזר כ' על זה דנ"ל דאם היה המקח בהקפת המעות כיון שהלוקח עדיין מעות המכר בידו י"ל דמש"ה לא הקפיד לנסותו מיד ולעולם לא מחיל והביא ראיה לזה ממ"ש בעה"ת שער ז' גבי טענו חטים והודה לו בשעורין כו' [שהובא לעיל סי' פ"ח סי"ב בהגה ע' בסמ"ע שם ס"ק כ"ז] ומשמע במל"מ שם דה"ה לענין אונאה לאחר שיעו' כדי שיראה ע"ש. גם בס' בית מאיר לאה"ע סי' צ"ג סי"ג כ' כן דבלא נתן מעות אין צריכים לטעמ' דמגו דזה דומה למ"ש בח"מ סי' פ"ח סי"ב היכי שהיה תפוס בשעת התביעה אמרינן דלא תבע שעורין מפני שהיה מוחזק [וכ' שם דעל טעמא דמגו יש לפקפק דלא נראה הכי מהסמ"ע שם ס"ק כ"ח ומהב"ש באה"ע שם ס"ק כ"ג] ע"ש. וכן נראה דעת הגאון רע"ק איגר זצ"ל בחידושיו למס' ב"מ דף מ"ט ע"ב דכל מוחזק במעותיו לא רמיא עליו להראות לתגר וליכ' ראיה דמחל והביא ג"כ הראיה מתוס' כתובות דף נ"ח הנ"ל [וכ' שם ומ"מ מודינא דאם בשעה שלקח לא נתן המעות ושהה כדי שיראה ואח"כ נתן המעות ובא אח"כ לחזו' אף דמשעה שנתן המעות ואילך לא שהה שיעו' כדי שיראה מ"מ אמרינן מדהיה לו זמן להראות לתגר ונתן מעות ולא הראה מתחלה לתגר ע"כ דמחל. ע"ש וע' בתשו' משכנות יעקב סי' מ"ח שנשאל ג"כ על ענין זה במעשה בראובן שקנה ספינה משמעון והיא עמדה בנמל כשלש פרסה מהעיר וקודם שקנה שלח איש היודע ומבין בטיב הספינות והגיד לו שהוא שוה הדמים שקצב וסמך עליו וקנאה ונתן דמים רק נשאר בידו סך מסוים עד זמן

מיוחד ואח"כ נמצא אונאה במקח יותר משתות רק שנשתה' יותר מכדי שיראה לתגר ערך ג' או ד' שבועות וטוען שלא נודע לו בבירור עד עתה ולזאת רוצה להחזיק במעות שבידו או לבטל המקח והלה טוען כבר שהית כדי שיראה כו' ומחלת אונאתך מה דינו והזכי' שם דברי הש"ך הנ"ל וגם דברי הקצה"ח שכ' עליו דמסתימות שאר פוסקים לא משמע כן והטעם י"ל דל"מ מיגו דהוי במקום חזקה דודאי ידע ומחיל והוא ז"ל תמה על הקצה"ח בזה דודאי משמע כן מדברי הרמב"ם והמחב' וכמ"ש הש"ך וכן מבוא' מלשון המשנה והגמ' דשיעו' כדי שיראה לא נאמר רק על חזרת תשלומי אונאה ביד המאנה כשכבר בא גזילו לידו ומ"ש הקצה"ח שהוא כגד חזקה ז"א דמדברי הרא"ש מבוא' דאין בזה חזקה כלל רק סברא בעלמ' שלא להוציא מיד המוחזק וכן מבואר בתשו' מהרי"ט ח"ב סי' י"ט כו' ולכן העיקר בזה לדינא כהש"ך וגם שהש"ך סיים וצ"ע אין זה מוציא מידי ודאי משמעות הרמב"ם והמחב' כו' והוסיף ג"כ לומר דאין אנו צריכין בזה לטעם מיגו כלל רק דעיקר הדין כך הוא דכל זמן שאונאתו בידו אין הלה יכול להוציא מידו מטעם דאין זו ראיה על המחילה דיכול לומר מאי אצווח הלא עדיין מעותי בידי ולא אוציאם מידי עד שאחקו' על זה ולא מחלתי כלל והוסיף וכ' עוד טעם דאין מועיל בזה מחילה כלל ואטו אם אדם אומר לחבירו אני מוחל לך על מה שתגזול ממני המפני זה יהא מותר לגוזלו ונניח לו לעבו' בל"ת. ואין מחילה מועיל רק במה שכבר ביד חבירו ודוקא בחוב אבל מה שעדיין ת"י אין מועיל מחילה כלל כמבוא' בכל הפוסקים [ע"ל סי' רמ"א סעיף ב' וג' וע' בתשו' חו"י סימן קס"ג הובא קצת לעיל סי' קנ"ו ס"ה סק"ז] וכ"ש בזה שאין כאן רק ספק מחילה מדשתק ואיך יוציא מת"י עבור זה. ושוב הביא ג"כ דברי המל"מ פט"ז מה' מכירה הנ"ל דמפורש בדבריו סברא זו דאם המעות עדיין ביד הלוקח אין ראיה על המחילה כו' ולכן מסיק לדינא בנדון השאלה הנ"ל דכיון שהלה מוחזק בסך מסוים מדמי המקח יכול לעכבם בעד אונאתו ואף לזמן מרובה ואין כזה שיעו' כדי שיראה ואין שתיקתו ראיה למחילה כלל והבא לכופו להוציא מיד' המעות הוא עובר בלאו דלא תונו ומחזיק בידי עוברי כו' כמ"ש הראב"ע בפ' לא תונו דנא' לשון רבים דקאי על המסייעים בזה עכ"ד ע"ש ולכאורה דברי המשכנות יעקב הל"ל צ"ע טובא לפי המבוא' בלשון השאלה דקודם שקנה הספינה שלח איש היודע ומבין וסמך עליו כו' לפ"ז לא היה צריך לטעם שהלה מוחזק בסך מסוים מדמי המקח דאף אם כבר סילק לו כל דמי המקח הדין דיכול לחזור בו אף לזמן מרובה כיון שקנה ע"פ תגר וכמו שאכתוב בס"ק שאח"ז וצ"ל שהמעשה היה שאחר שנתוודע לו שהמבין טעה שהה אח"כ כדי שיראה. וזה שכ' רק שנשתהה יותר כו' אין כוונתו משעת הקניה רק משעה

שנמצ' אונאה אמנם הלשון לא משמע כן וצ"ע. ובעיקר הדבר שהסכימו הגאונים הנ"ל דהיכ' שהלוקח מוחזק במעותיו יכול לחזור אף לאחר שיעו' כדי שיראה ונחלקו בטעם הדבר דהג"א והתוי"ט והש"ך ונה"מ נקטו טעם דמגו והשער משפט והמל"מ ובית מאיר וחידושי רע"ק איגר ז"ל ומשכנות יעקב הנ"ל כתבו הטעם כיון שהוא מוחזק לא חשש לחקור וליכא ראיה שמחל. נלע"ד דיש נ"מ בין הטעמים הנ"ל לענין אם צריך הלוקח לישבע שלא נתרצה דלטעם הג"א וסייעתו משום מגו דפרעתי א"כ צריך לישבע היסת דאף שהמוכ' א"י להכחישו בברי מ"מ כיון דאינו נאמן אלא במגו דפרעתי צריך לישבע היסת כמו אילו טען פרעתי וכמ"ש הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק נ"ו [והובא קצת בבה"ט שם ס"ק מ"ה] אולם לטעם המל"מ וסייעתו משום שלא חשש לחקור כ"ז שהוא מוחזק א"צ שבועה כלל. ועוד יש נ"מ היכא שבעת הקניה קנה במזומנים רק אח"כ אחר שיעור כדי שיראה תפס הלוקח מהמוכ' שלא בעדים דלטעם הג"א וסייעתו משום מגו גם בכה"ג שייך מגו ויכול כו' לא נתרציתי [וכן מבואר להדיא בבית מאיר שם] אבל לטעם המל"מ וסייעתו משום שלא חשש לחקור כ"ז שהיה מוחזק א"כ בזה שלא היה מוחזק מתחלה היה לו לחקור ומדשהה ולא חקר ע"כ דמחל ול"מ ליה תפיסתו אח"כ כמבוא' בסמ"ע סי' פ"ח ס"ק כ"ח הנ"ל. וכן להיפוך אם קנה בהקפה ואח"כ אחר שיעור כדי שיראה תפס המוכר דמי מקחו בזה לטעם דמגו כאן ליכא מגו וא"י לתבוע אונאתו אבל לטעם שלא חשש לחקור כיון שהיה מוחזק גם כאן שייך טעם זה ויכול לתבוע אונאתו ומוציאין מיד המוכר ודינו כמו קודם השיעור כדי שיראה. ונראה דכל כה"ג הדין עם המוחזק ויכול לו' קים לי. וראיתי בס' עמודי אור שנדפס מחדש בסי' ק"ח בעובדא שראובן מכר חפץ לשמעון ולקח קצת מעות והמותר קבע לו זמ"פ לכמה ימים ולקח שמעון תיכף החפץ ואחר זמ"פ תבע ראובן מעותיו והשיב לו שמעון אוניתני ביותר משתות ויש לי עדים על זה אמר לו ראובן למה לא תבעת אותי תוך כדי שיראה והשיב שמעון לא חששתי לדון עמך כיון שהיו מעותיך בידי ופסק שם שהדין עם המוכר עש"ב. ולפי מה שנתבאר אין פסקו עולה יפה דשמעון דינא קאמר (ומ"ש שם וז"ל ועוד היה בנידון שלנו צד גדול לזכות המוכר דהנה הסמ"ע בסי' קכ"ו סקל"ט הקשה לדעת בעה"ת כו' ותירץ דחשב מהיכי תיתי יתבענו קודם הזמן וזה ניחא התם כו' עכ"ל איני מבין דבריו דבאמת לשון הסמ"ע שם אינו כן רק כתב די"ל דמצי למימר שאמרתי בלבי בתוך זמני לא מצי לתבעיני כיון דלא הגיע זמני כו' ע"ש א"כ גם בנ"ד י"ל כן) וצ"ע. ועיין בתשו' חות יאיר סי' קפ"ז במעשה בראובן שהיה משרת אצל לוי כמה שנים ועל שכרו לוקח מחנותו של לוי כל צורך מלבושיו ומלבושי אשתו ובניו ולבסוף נדחה מבית לוי ותבע לוי לראובן הנזכר

סך עשרים ר"ט שנ"ח לו בפנקסו מה שלקח בחנותו יתר על שכרו בהמשך י"ב שנה שהיה אצלו וראובן השיב שהחשבון אמת ע"פ הרשימות אכן אחר שקיבל ממנו בהמשך הזמן בסחורות יותר ממאה ר"ט ורשם לו מקח הסחורות ביוקר רב משוויין ודמי מכירתן לאחר רק דחשב מאחר שאינו מוציא ממון מכיסו רק בא בשכרו לא יקפיד אבל עתה שנצרך לשלם המותר הוא מערער על הכל שאם יחשוב כל הסחורות כפי דמיהן לא ישאר חייב לו מאומה. והעלה שם דהדין עם ראובן מאחר שהאונאה יתר על שתות ואף שנשתהא הרבה לא אמרי' דמחיל כיון שזה נותן טעם על שתיקתו הן בטוען שתיכף ידע בעת שלקחו או אח"כ סמוך נודע לו ואפי' אם אמר לו לוי בפירוש או כל מוכר סחורתו שאמר ללוקח חפץ זה שאני נותן לך במאתים אינו שוה רק מנה ומ"מ איני נותנו לך רק במאתים ולא א"ל ע"מ שאין לך עלי אונאה הלוקח חוזר כו' ואפי' טעם כל דהו שנותן הלוקח על ששתק בשעת לקיחתו או בשעה שנודע לו מהני כו' וכל זה אפילו פרע הלוקח כ"ש בנ"ד אם יבורר שהמוכר אינהו ביותר משתות שהמקח חוזר וכאן שכבר בלו המלבושים הנעשים מהם ואפי' רק נחתכו הסחורות לעשות מלבושים והמוכר תובע דמי הסחורות אינו פורע רק כדי שוויין בשומא כדרך מכירות הסוחרים וזה דוקא בסחורות שעדיין בעין שנדע שאינה אותו משא"כ להתעולל למפרע הרי אין לו עליו טענה ברורה דמאן שם ליה ע"ש. והנה מה דמבואר בדברי החו"י הנ"ל דאפילו בלו המלבושים הנעשים מהם או שנחתכו הסחורות לעשות מלבושים והמוכר תובע דמיהן אינו פורע רק כדי שוויין בשומא כו' לע"ד זה אינו אלא כיון שנשתמש בהם צריך לשלם כפי ההשוואה וע' בנ"צ מ"ש בזה:

ג **שהיה לו אונס**. כתב בנה"מ ונראה דאם מברר שהראה לתגר ואמר לו התגר שהוא שוה כמו שנתן והתגר טעה יכול לחזור בו אפילו לזמן מרובה שאין לך אונס גדול מזה וכ"כ הש"ך בסימן ש"ו ס"ק י"ב וכן מוכח בתשובת הרא"ש שהביא הטור בסימן זה גבי אם נתרצו שניהם לגמור ע"פ שומת לוי ע"ש ועמ"ש בס"ק שלפני זה:

ד **היה יודע הלוקח**. ע' בקצה"ח ובנה"מ ומ"ש הנה"מ בסוף דבריו להשיג על הקצה"ח וז"ל גם מה שכתוב דכששניהם יודעין מהאונאה הוי כאלו התנה כו' לא נהירא חדא כו' ועוד דמוכח מהא דב"מ הנ"ל גבי יודע אני שאינו שוה אלא מנה בעינן דוקא שיאמר ע"מ כו' עכ"ל ע' בזה בתשובת גליא מסכת ס"ס ד' שכ' דהנכון עם הקצה"ח דבאמת בכולהו ענייא שהידיעה ברורה וגלויה דמחיל א"צ ע"מ רק גבי יודע אני שאינו שוה אלא מנה בזה יש קצת מקום לומר שאין המחילה אצל הלוקח חלוטה כ"כ דאפשר שהלוקח חושב שהמוכר להשביח מקחו אומר כך ובחמת שוה יותר לכן בעינן על מנת כו'. עש"ה:

ה **שהרי המקח בידו.** עיין בנה"מ שכ' ולפ"ז אם קנה בק"ס והמקח עדיין ת"י המוכר הוא להיפך שהמוכר א"י לחזור בו אם נתאנה שהרי המקח בידו והלוקח אם נתאנה יכול לחזור בו שהרי אין המקח בידו ושיעור כדי שיראה מתחיל אחר שבא המקח לידו עכ"ל. ולעד"נ דבכה"ג גם המוכר יכול לחזור בו לפמ"ש לעיל ס"ז סק"ב בשם כמה רבוותא ז"ל דהיכא שהלוקח משך החפץ ולא נתן הדמים יכול הלוקח לחזור בו אף אחר שיעור כדי שיראה משום כיון דהלוקח מוחזק במעותיו לא חשש לחקור וליכא ראיה שמחל ע"ש א"כ הכא שהמקח ת"י המוכר י"ל ג"כ כיון שהמוכר מוחזק בהחפץ לא חשש לחקור וליכא ראיה שמחל (אך הנה"מ לשיטתו דלא ס"ל טעם זה רק טעמו של הג"א משום מיגו כמ"ש לעיל בשמו וגם בסימן רל"ב ס"ג חולק הנה"מ על המל"מ וכ' דבלא מגו אינו נאמן לומר דלא מחיל ע"ש וא"כ י"ל דכאן מיירי בליכא מגו דהחזרתי כגון שראו עדים עתה את החפץ בידו או שהוא מפורסם שהוא בידו כעין מ"ש לעיל סי' ע"ב סי"ח אולם לדעת המל"מ וכמה רבוותא הנ"ל דס"ל דאף בלא מגו יכול לומר לא מחלתי א"כ ה"ה הכא במוכר מוחזק) וכן נראה דעת הגאון רבינו עקיבא איגר זצ"ל בחידושין למס' ב"מ דף מ"ט ע"ב. ומבואר שם דאף מי שיחלוק על סברא הנ"ל ויסבור דמוחזק לא מהני היינו דוקא היכא שהמקח נגמר בקנין גמור במשיכה או בק"ס בזה י"ל כיון דאין בכחו לחזור ואין לו על מה לסמוך מוכח דמחל אולם אם המקח לא נגמר בקנין גמור רק ע"י קנין מעות שהלוקח נתן מעות ולא משך החפץ וגם לא קנה בק"ס בזה ודאי יכול המוכר לחזור אף אחר שיעור כדי שיראה וא"צ לקבל מי שפרע דכיון דליכא קנין גמור רק לענין מי שפרע בזה ליכא ראיה דמחל מדשהה כדי שיראה די"ל דסמך עצמו על מה שבידו לחזור ע"י קבלת מי שפרע. עש"ה:

ו **ואצ"ל בביטול מקח.** עיין בתשו' רשמי שאלה סי' נ"ז שנסתפק אם הלוקח כבר מכר החפץ לאחר אם נאמר דגם המקח השני בטל דהוי כמוכר דבר שאינו שלו וא"כ יכול המוכר ראשון להכריח ללוקח ראשון ושני לבטל המקח או לא. והביא ראיה מדברי המל"מ פ"ה מה' אישות הלכה ז' שהוכיח בסוף דבריו מרמב"ם פ"ד מה' ממרים ה"ג דביטול מקח לא הוי גזילה ואביו הרב ז"ל השיב לו יפה דנת שהמקח השני נתקיים ואף אי ביטול מקח הוי גזילה מ"מ הלוקח שני ודאי אינו מחוייב להאמין למוכר וללוקח ראשון שהיה מקח טעות ביניהם דילמא איכא שום ערמה ביניהם או שמכר הראשון מחמת דחקו וידעו שניהם מן האונאה ובמה יוודע זה דליכא ערמה. וא"כ (לענין אם צריך לוקח ראשון לשלם למוכר כל דמי שווי החפץ) אם יקבל הלוקח ראשון בחרם שלא היה יודע שיש ביטול מקח וא"כ מכר ברשות המוכר ואילו אבדו בידים או שנתנו לעו"א

ודאי דלא היה צריך לשלם מביתו השתא נמי דמכרו לישראל אחר ודאי א"צ ליתן יותר ממה שקיבל כו' אבל אם אינו יכול לקב"ח כנ"ל אז ודאי צריך ליתן למוכר ראשון דמי שוויו של החפץ. אמנם ראיית המל"מ הנ"ל מהרמב"ם ה' ממרים אינו מכיר כו' עכ"ד ע"ש. וע' בנה"מ לעיל סק"א:

ז **אבל אם נשתנה השער.** עיין בתשו' חא"ז פמ"א ח"ב ס"ס ח' שכ' על נדין השאלה שם וז"ל אנן נ"ל אם נתייקרו העורות או הוזלו כ"כ עד שנתאנה המוכר או הלוקח שתות כיון דלא היה למוכ' באותו עת הסחורה ההיא ברשותו אלא שהתחייב באופן המועיל כשיהיה לו שמחיוב למכו' לו וכיון שעכשיו יש במקח הזה אונאה חוזר אע"ג דקיי"ל בסי' רכ"ז ס"ט דאם נשתנה השער דא"י לחזו' התם מיירי במטלטלים שהם בעין בשעת המכירה אבל בנ"ד שהתחייב במה שאינו ברשותו והתחייב לקנות א"כ באותו זמן שקונה יש בו אונאה בשלמא אם נותן כל המעות על המקח חשבינן כאילו קנה מיד לפי סך המעות ואשתכח דכי אייקר ברשותו דלוקח אייקר וצריך המוכר לקיים תנאו וכמו כן אם הוזל ברשות לוקח הוזל אבל היכי שלא נתן שום מעות למוכ' אלא עשו שטר התחייבות נהי דלא יוכלו לחזור דחשבינן כאילו הוי ברשותו וקנו בדרכי הקניה מ"מ עכשיו שנתאנה למה לא נדון בהם דין אונאה בשתות וביטול מקח ביותר משתות כו' עכ"ל עש"ה ועמ"ש בזה לעיל סי' ר"ט ס"ו ס"ק י"א. ועיין בתשו' בית אפרים חח"מ ס"ס ד' שהוא ז"ל בכיוצא בזה במי שתחייב עצמו להעמיד סחורה לחבירו לזמן פלוני והוא ישלם לו בזיון ההוא בב"צ ובזמן ההוא עלה הב"צ או ירדו אם מחוייב לקיים המקח או יש לדון לפי השער אשר בזמן ההוא ויש בו אונאה או ביטול מקח ודעתו נראה דאם בשעת מו"מ היה ידוע שאפשר שבעת ההוא יעלו או ירדו ועשו המקח ביניהם בק"ג באופן שאינו יכול לחזור גם בזה לא מצי הדר ביה ואין בזה דין אונאה דמעיקר' אדעתא דהכי נחית וגמר ואקניה אם לא שעלה או ירד כמה מעלות שלפי ראות עיני הב"ד לא ה"ל לאסוקי אדעתיה שיהיה שינוי כזה ע"ש. ועיין בנ"צ בענין אם היה בעת קניית הסחורה רק קנין מעות ואח"כ קודם משיכה נתייקר השער באופן שיש שיעור או אונאה או ביטול מקח אי חייב המוכר לקבל מי שפרע ע"ש:

ח **על המתאנה להביא ראיה** עיין בתשו' חתם סופר חח"מ ס"ס ל"ז מה שהקשה ע"ד רמ"א אלו. ע"ש:

ט **אם מכר מפני דוחקו.** עיין בתשו' רשמי שאלה סי' נ"ג בנידון אשה שמכרה טליתו של בעלה בשליש שוויו בעוד שלא היה בעלה בביתו. והתנצלתה שמכרה מחמת דוחקה ואחר כמה שנים בא בעלה לביתו ורוצה לחזור ולבטל המקח. והשיב דלכאורה א"י

לבטל המקח לפי המבואר בא"ה סי' ע' ס"ה דכשהלך בעלה למ"ה אם לא עמדה בדין אלא מכרה לעצמה למזונות מכרה קיים כו' וכ הב"ש שם דאם יבא הבעל א"י להוציא מה שמכרה כו' גם בלא"ה סתם נשי דידן יש להם דין נו"נ תוך הבית ויש לה רשות למכור בלי רשות הבעל ובפרט בדבר מועט כו' וא"כ הרי מבוא' בח"מ סי' רכ"ז דאם מכר מפני דוחקו א"י לחזור מחמת אונאה. איברא דיש לחלק דבשלמא התם שמכר בעצמו בודאי יש לאדם כח לבזבז נכסיו ולהכי אם מכר מחמת דוחקו אמרינן בודאי ידע ומחיל אבל בנ"ד אף שהלך בעלה למ"ה אכתי מאן יימר דיש לה כח ג"כ לבזבז מנכסי בעלה אף מחמת דוחקה דהרי היה למכור בב"ד ואם כן הבעל עומד וצווח אפשר יש לו כח לבטל המקח כו' וגם אפשר דצרך חקירה אם לא הטריחה כלל במכירתה להראות הטלית גם כן לאחרים לשאול כמה הוא שוה רק הלכה לבית הלוקח ומכרה תיכף אפשר דזה דומה לפשיעה בפקדון המבוא' בש"ך ס"ס צ"ו כו' ואפשר שהאשה נאמנת על זה בשבועה ולא הוי להוציא שהרי הלוקח אינו מוחזק רק מספק שא"י אם פשעה עיין בסי' צ"א ס"ג כל דהאי ידע והאי לא ידע כו' ע"ש דמסיים דאם יהא דעת המעיין נוטה לחלקי הסותר יעשה פשרה:

י **אפילו בספרים**. עבה"ט ס"ק י"ט וע' בתשובת ח"ס חח"מ סי' קכ"ג שכתב טעם נכון למה שינו הפוסקים לשונו של ר' יהודה ולא פרטו ס"ת ומכ"ש שארי ספרים ע"ש:

יא **אבנים טובות וכו'**. עבה"ט ועיין בתשובת כנ"י סי' פ"ה אודות התקנה שניתקנה בקהלתו מזמן רב שלא יהיה טענת אונאה באבנים טובות ומרגליות וז"ל. התקנה מאחר ששגור בפי עולם לטעון טענת אונאה במו"מ אבנים טובות ומרגליות ורוב הקהלה מחייתם באותו מו"מ ומכח טענה זו א"א לישא וליתן במו"מ הנ"ל בכן כדי להעמיד המו"מ על בוריו וגם שלא יהא ח"ו נגד ד"ת עשו הקהל שאלת חכמים איך לתקן שלא יהיה נגד דין תורה ויצא מפי חכמים שטענת אונאה במו"מ אבנים טובות ומרגליות לא יהיה יותר רק כל זמן שהסחורה ביד המוכר ותיכף שיקח הסחורה לידו וילך מן המוכר אף שלא נתן הלוקח המעות וגם לא חתם חילוף כתב אעפ"כ מחוייבים להחזיק הסחורה כפי שקנה ואין לו שום טענת אונאה כו' ועתה אירע שנתאנה המוכר יותר מחציו ותבע את הלוקח וכתב דנראה דכתקנה הנ"ל לא נתקנה רק על הלוקח מטעם הנ"ל אבל לא על המוכ' ועל המוכר נשאר ד"ת כו' ואף בלוקח דיקא אם נתאנה פחות מחציו אבל אם נתאנה בחציו דהיינו כפלים מן שוויו לא נתקן. דהא מפורש בתקנה הנ"ל שלא רצו שיהא נגד ד"ת ואיך יצא מפי חכמים לתקן כן שהוא נגד ד"ת. א"ו שפסקו כדעת ר"ח שפסק כר"י כו' ודבר זה רשות לחכמים לעשות משום תיקון עולם כמ"ש הרא"ש דרשות

לחכמים לפסוק כפוסק אחד לתקנת עולם לפ"ז הרי גם לר' יהודא בכפל יש אונאה כמפורש בפ' הזהב כו' ע"כ הנני פוסק בלי פקפוק במוכר נשאר דין תורה ואם נתאנה לוקח בכפל המקח חוזר אף ביובעלי"ן עכ"ד ע"ש:

יב **המחליף כלים בכלים** כ' הסמ"ע זה מיירי אפילו שמו הכלים קודם המכירה כו' ועיין בנ"צ הבאתי דרבים חולקים על זה ולכן העליתי לדינא דבכלים אם שמו קודם והמתאנה מוחזק אין מוציאין מידו דיכול לומר קים לי כו' עש"ב. ומ"ש הבה"ט זה מדת ימים שנסתפקתי כו' והכרעתי דמיירי אפילו היו רוציה לסחורה כו' ועיין בתשובת הרדב"ז ח"ד סי' רס"ט שלא פסק כן אלא דדוקא בבעלי בתים המחליפים כלי בכלי או בהמה בבהמה דאין להם אונאה אבל בכלים ובהמות העומדים לסחורה יש להם אונאה אפילו לדעת הרמב"ם ע"ש גם בנה"מ ס"ק י"ב הביא דברי רדב"ז אלו לפסק הלכה אך כ' ונראה דזה דוקא כששמו אותן קודם או אחר כך אבל בשלא שמו אותן לא קודם ולא אח"כ אין לו אונאה דלא גרע מפירות וכ"כ הש"מ בפרק הזהב סוף (בבא מציעא דף מ"ו) תשובה שאלת להר"י אבן מיגש וז"ל מי שהחליף עם חבירו סחורה בסחורה מבלתי שישומו אותם בדמים כלל אין א' מהם יכול לטעון על חבירו טענת אונאה לפי שעיקר בידינו חליפין אין בהן אונאה עכ"ל עיין שם (ועפ"ז י"ל דלא פליגי הרדב"ז עם הרשד"ם כמו שחשב הבני חיי שהזכיר הבה"ט רק דהרשד"ם מיירי בלא שמו והרדב"ז מיירי בשמו ובזה מיושב מה שתמה בס' מחנה אפרים הלכות מכירה סי' ח על הרדב"ז הנ"ל מדברי הש"מ בשם מהר"ן מיגאש דמבוא' שם דאפי' במחליף סחורה בסחורה אמרוה ע"ש ולהנ"ל לק"מ כיון דהרדב"ז מיירי דוקא בשמו. ונראה לע"ד דבכה"ג אם האונאה טפי מפלג' חוזר כיון דבעומדים לסחורה ל"ש טעמא דהרמב"ם שזה רוצה כו' רק טעמא דתלמידי הרשב"א דאתמעט מגזה"כ א"כ באונאה טפי מפלג' חוזר כמו בקרקעות עיין בנ"צ ד"ה אין להם אונאה. ואם אחד לקח כלי לעצמו והשני לקח הכלי לסחורה דינו כמו במחליף כלי על פירות שיתבאר בס"ק שאח"ז. גם נראה דאם מחולקים זע"ז המתאנה אומר לסחורה לקחתיו והמאנה אומר לצורכך לקחת יש ללמוד דבר זה מלקמן סי' רל"ב סכ"ג וצ"ע. ועי' בתשו' שבו"י ח"א סי' קס"ו במעשה בשותפים שהחליפו עם שמעון טבעת על פירות ואותן פירות שוין לפי השער שבשוק לערך עשרים זהובים וכשהראה שמעון הטבעת לתגר לערך ששה זהובים ולא יותר ובקש שמעון לחזו' בו ולבטל המקח כיון שנתאנה יותר משתות והשותפים טענו שאין אונאה בחליפין. והשיב דאין לפשוט זה מדיוק ל' הרמב"ם שכ' המחליף כלים בכלים כו' משמע אבל כלים בפירות יש אונאה דא"כ נדייק מסיפ' איפכ' שכ' אבל המחליף פירות בפירות כו' אך באמת נראה דבכה"ג

יש דין אונא' דהנה יש להבין טעמו של הרמב"ם דהמחליף כלים בכלים אין לו אונאה שזה רוצה במחט יותר מבשריון דא"כ מאי איריא חליפין אפי' לקח כלי במעות נמי נימא הכי דאין בו אונא'. לכן נ"ל לפרש טעמו הוא דדוק' המחליף כלי בכלי כיון שזה חפץ בכלי זה ואין לו מעות או שאינו רוצה לקנות במעות רק להחליף ע"י כלי אחר שא"צ לו והשני להיפך וזה דבר שאינו מצוי כ"כ להזדמן שנים גם יחד שצריכין ורוצין להחליף הכלים זב"ז ע"כ אין בהם דין אונאה כטעם הרמב"ם (וכתב שם דבזה מיושב הא דלא חילקו הפוסקים בדין זה בין אם הוא כלי המצוי לקנות בשוק או לא כמו שמחלק הרמב"ם פ"ו מה' פקדון ובח"מ סי' ע"ב א"ו דאף אם הוא מצוי לקנות מ"מ דבר זה איני מצוי) אבל בקנה כלי במעות או אפי' בפירות שיש להם שער שבשוק דהוי כמעות ולא בתורת קניות חליפין שזה דבר מצוי לקנות כלי כזה ע"י מעות כדאמרי אינשי עם מעות יכול לקנות הכל ודאי דאית ביה דין אונאה וא"כ גם בנ"ד שהחליף כלי בפירות אית ביה דין אונאה ובנ"ד הוי מקח טעות וחוזר עכ"ד ע"ש. והנה באמת בתשו' הרדב"ז שם ס"ס רסט לא כ"כ שכתב שם וז"ל והוי יודע שהמחליף כלים בפירות או בסחורה אחרת אע"פ שאין לבעל הכלי (ר"ל שלקח עתה הכלי אונאה לפי שהוא צריך לאותו כלי. לבעל הפירות יש אונאה שאם נתאנה בעל הפירות יחזור שהרי אומר לא בשביל שבעל הכלי אין לו אונאה אני אפסיד את דינו עכ"ל הרי דפשוט בעיניו שאין לבעל הכלי אונאה ומ"מ נראין דברי השבו"י הנ"ל ומסתבר טעמיה אך מה דמשמע מלשון השבו"י הנ"ל דמיירי בלא שמו צ"ע דהא בלא שמו אפי' פירות בפירות אין דין אונאה כמ"ש הכ"מ ובסמ"ע ס"ק ל"ו וצ"ל לפי שהאונאה היתה יותר מכפל ע' בנ"צ בד"ה אין לו (או אפשר דס"ל כהמחנ' אפרים ה' מכירה סי' ח' בפי' דברי הרמב"ם וכמ"ש בנ"צ בד"ה המחליף) (ויש לעיין בהחליף כלי בכלי עם מעות דהיינו ששמו כלי א' עשרה זהו' וכלי הב' בחמשה זהו' והוסיף לו חמשה זהו' מה דינו ולכאורה נראה דדינו כמו כלים בכלים גרידא דאין להם אונאה אפי' שמו (ע' בס"ק הקודם דהיינו אם המאנה מוחזק) וצ"ע:

יג **אין לו אונאה** ע' בתשו' רדב"ז ח"ד סי' רסט שכ' דאפי' ביטול מקח ביותר משתות אין להם שהרי כ' הרמב"ם אפי' מחט בשריון והדבר ידוע שהשריון שוה כמה אלפי אלפים מחטין ע"ש ופשוט הוא. ומ"ש עוד שם דאפי' ע"י מום אין בחליפין מתבטלין שהרי מחט בשריון אין לך מום גדול מזה כו' ע"ש הוא תמוה מאד וכבר השיגו בזה בס' מ"א ה' מכירה סי' ט' והעיקר כמו דמסיק הרדב"ז ז"ל עצמו שם בסוף התשו' שאם יש מום במחט או בשריון חוזר דמצי למימר כלי שלם הייתי צריך ע"ש וכ"כ בפשיטות בנה"מ

דטענת מומין ודאי דיש לו דאין אדם מתפייס במומין ע"ש וכ"כ בתשו' גליא מסכת סי' י' ע"ש:

יד **אחר המכירה**. ע' בנה"מ שכ' דוקא בעסוקין עדיין באותו ענין דאין סברא שיועיל שומא אחר המכירה כי מה דהוה הוה עכ"ל:

טו **אבל במפרש**. עיין בתשובת הרדב"ז ח"א סי' תל"ח שנשאל בראובן שמכר לשמעון מכר ומחלו זה לזה אונאת שתות ושוב נמצא במכר אונאה יותר משתות מהו כיון שמחל לו השתות אין כאן אונאה אלא פחות משתות והויא מחילה או דילמ' לא ואם תמצא לומר לא הויא מחילה הוי ביטול מקח וחוזר או דילמא המקח קיים ומחזיר לו מה שהוא יותר משתות והשיב הדבר ברור אצלי דהוי ביטול מקח וחוזר דהא פחות משתות הוי מחילה ואם הוא שתות מחזיר הכל אפילו מה שהיה ראוי להיות מחילה וטעמ' דפחות משתות מחיל אינש טפי לא מחיל כלל ודמיא נמי להא דאמר בפ' המוכר פירות [בש"ע לקמן סי' רכ"ט ס"א] ואם בא לנפות מנפה את כולן כו' ה"נ בנ"ד שתות מחיל ליה טפי משתות לא מחיל כלל וכיון דליכא מחילה הדבר ברור דהוי ביטול מקח וחוזר עכ"ל:

טז **שאינו שוה אלא מנה**. ע' בתשו' גליא מסכת ס"ס ד' שנסתפק בהך דינא באומר חפץ זה שאני מוכר במאתים יודע אני שאינו שוה אלא מנה דאין כאן אונאה ביתרון אבל אם נמצא אונאה במנה עצמו היינו שאיכו שוה רק שמונים איך לחשוב חשבון השתות אם מעיקר שווי החפץ כפי שאמר לו שהוא רק מנה ממילא יש יותר משתות או לחשוב מהסך שנותן קונה זה וממילא אונאה ופחת עשרים שיש כאן הוא פחות הרב' משתות כו' הדר פשוט לנפשיה דודאי בכה"ג יש כאן ביטול מקח בכל אופן משום דהלוקח אומר אני סבור וקיבל להוסיף על כל זוז מקרן עוד זוז כפל וממילא כשיש פחת שאינו שוה רק שמונים לא הייתי נותן עבירו רק כפל על שמונים ויש אונאה ארבעים ע"ש. ומדבריו מבואר דאילו נמצא פחת פחות משתות מזה המנה עצמו אין ספק כלל דודאי המקח קיים אולם מצאתי בספר חידושי רע"ק איגר זצ"ל למסכת ב"מ דף נ"א ע"ב שמסתפק בזה וז"ל מסתפקנ' באם החפץ היה שוה רק צ"ט אי נימא דהוה כמוכר לו שוה צ"ט בק' דאידך מאה כו' רק כמתנה בעלמא לא מקח דלגבי שומת המקח דאמר לו ששוה רק ק' הוי רק טעות מן צ"ט למנה והוי מחילה או נימא דהוא ידע ומחיל ומתרצה שיהא האונאה בק' אבל במותר לא נתרצה והוי כמאנהו שוה צ"ט בק' ולזה לא נתרצה וצ"ע עכ"ל. ולכאורה יש ללמוד זה מדברי תשובת הרדב"ז שהבאתי לעיל ס"ק ט"ז. דגם שם אפשר לומר דמה שמחל לו אונאת שתות הוא מתנה בעלמא כיון דהוא טפי ממה ששיערו חכמים שדרך למחול ואפ"ה פסק דהוי ביטול מקח ויש לחלק:

יז **ויש חולקים**. עי' בתשו' גליא מסכת סימן י' שכ' דאפי' לדעה זו דאפי' ביטול מקח אין לו לקונה מבעה"ב נראה פשוט דמום חוזר עליו כו' ע"ש:

יח **באמונה אין לו עליו אונאה כו'**. עיין בנה"מ שכ' דבתשו' מהרי"ט ח"ב סי' י"ט הקשה דלא יהא דלא אמר ע"מ שאין לך עלי אונאה דיש לו אונאה כמ"ש לעיל סכ"א ותירץ דנו"נ באמונה הוי כאילו נעשה המוכר שלוחו של לוקח לקנות ע"ש והוא ז"ל כתב עליו דהוא דוחק אך נראה לחלק בפשיטות כו' עד ולפ"ז נראה דאם כבר נתברר להמוכר שנתאנה ומכר באמונה ואינה להלוקח יכול הלוקח לחזור בו כו' ע"ש עוד. ולכאורה נראה דזה דוקא בגוונא דנקט הרמב"ם והש"ע שא"ל חפץ זה בכך וכך לקחתיו כו' דבזה אנו צריכין לטעמא דנה"מ משום דהמוכר א"י שווייו כלל דהא באמת נתן בעדו כל כך ולישא וליתן ע"פ האמת לא אסרה תורה כו' וממילא דאם ידע מקודם שנתאנה שוב אסור לו להונות לחבירו וניתן להשבה אולם בגונא דנקט ר"ח ז"ל שהוא הי"מ שהביא הטור דבסתם לקחו ולא פי' בשעת המקח במה לקחו רק א"ל הלוקח אני מאמינך במה שתאמר שקנית אותו ואוסיף לך כך וכך כו' בלא"ה לא קשה קושיית מהרי"ט הנ"ל כמ"ש בס' מחנה אפרים בדיני אונאה ס"ס ט"ז משום דבכה"ג ודאי לאו אאומדנא דידיה קא סמיך שהרי עדיין לא ידע כמה אלא חייתא דקיטרי קביל עליה בין רב בין מעט עש"ב א"כ י"ל דאפי' ידע מקודם המוכר שנתאנה ומכר אח"כ באמונה אינו יכול לחזור מה"ט דסבר וקיבל וצ"ע. וע' בתשו' גליא מסכת סי' א' שהאריך בענין זה נדון בדבר חדש ותו"ד דשיטת ר"ח עם שיטת הרמב"ם המה שני ענינים נפרדים שדעת ר"ח ז"ל לפרש כוונת אין לו אונאה האמור בברייתא קאי על אונאה שנמצא שנתאנה מוכר זה בעת שקנה ממוכר הראשון לכן מפרש דאיירי דוקא דהאי לוקח אינו דורש בשעת קנייתו סכום המקח רק מאמינו בכמה שיאמר לו אח"כ ומתחייב ליתן לו אותו סך שנתן זה אם לזול אם ליוקר כו' אולם הרמב"ם שמפרש שאמר חפץ זה בכך וכך לקחתיו כו' ס"ל דלא איירי כלל הסוגיא מענין אונאה הנמצא במקח זה בקנייתו מן הראשון אלא איירי במה שמוכר זה מעלה שכרו סך רב יותר מדמי הקרן שנתן עבור מקח זה אצל מוכר הראשון ומטעם שזה דומה למפרש יודע אני שאינו שוה אלא מנה כו' והאריך בזה ומסיק כן לדינא בענין תגרי זמנינו שהנהוג שהסוחר אומר לבעל החנות על נאמנותו בכך וכך לקחתיו ומתפשר עבור ריוח כך וכך פראצענט אם נמצא אח"כ אונאה שנתאנה הסוחר בקנייתו יכול בעל החנות הקונה מהסוחר לתבוע אונאתו לא מבעיא לדעת הרמב"ם פשיטא דרק על משכורתו שמודיע לבעל החנות אין בו דין אונאה משום דידע ומחיל אבל לא על גוף הקרן ואפי' לפי' ר"ח ג"כ שייך דין אונאה בזה לפי שדרך בעל החנות שדורש על

סכום הקרן כו'. ושם בסי' ג' תשו' הגאון מוה' דוד ז"ל אב"ד דק"ק מיר שהשיב על כל דבריו ומסיק לדינא הדבר ברור בהמו"מ של הסוחרים תגרי זמנינו הנסחר ע"פ אמונה אין בזה דין אונאה כלל וכפי שפסקו ראשונים וגדולי האחרונים ואין לנו לחלוק עליהם אלא בראיות ברורות ולא בסברות מלבות באות וכן היו דנין בכל בתי דינין שבישראל כו' והרה"ג המחבר ז"ל חזר וכתב להעמיד ולחזק דבריו. ומה מאד ישרו דבריו בעיניו עד שקילס א"ע שכוון האמת בדעת הרמב"ם ומי שלא ידון כך נוטה לטעות בדבר משנה והלכה ברורה ע"ש. ובאמת דבריו נאמרו בפלפול יפה בטוב טעם ודעת אבל מה נעשה שהוא נגד דעת כמה ראשונים וגדולי האחרונים בודאי חלילה לנו לזוז מדבריהם. וע"ש עוד בתשו' מהג' מוה' דוד דק"ק מיר הנ"ל שכ' דנ"ל דלפי' הרמב"ם דוקא במי שדרכו תמיד להיות נו"נ באמונה והלוקח והכל יודעים מזה כדרך סוחרי זמנינו בזה הסברא נותנת שלא יהיה דין אונאה (לא בקרן ולא בריוח) כי הלוקח אינו יורד כלל על שוי המקח מחמת שיודע שהמוכר אינו מוכר כלל בשוי המקח רק באמונה כפי מה שקנה אבל באיש שאין דרכו להיות נו"נ באמונה והוא עובר בשוק ואומר חפץ זה בכך לקחתיו ואני רוצה להשתכר כך והלוקח נתרצה בזה אינו מוכח שהמקח נגמר ע"י אמונה די"ל הלוקח טעה וסבר ששוה כך ואף שאומר שמאמינו אינו אלא פטומי מילי מאחר שבעינו דימה ששוה כפי שאומר המוכר ולכן אם נמצא אח"כ אונאה במקח זה חוזר כו' וגם הר"ח מודה להרמב"ם לדינא רק הוא מפורש נו"נ באמונה היינו שעסק מכירה הלז נעשה דרך אמונה וזהו רק באופן שהלוקח אינו יודע סכום המקח רק אומר אני מאמינך כפי שתאמר דמי המקח ואוסיף לך כך שבזה נתברר שעסק הלז נגמר ע"י אמונה הדין בזה שאין עליו אונאה ומכ"ש במי שדרכו להיות נו"נ באמונה כו' ומ"ש הטור בדברי ר"ח שאפי' א"ל תן לי כו' וגם הסמ"ע כ' דאף דלא ידע כו' אין הכוונה מכ"ש אם ידע הלוקח והאמין לו דזה אינו לפי דברינו הנ"ל רק הכ"ש הוא אם ידע הלוקח ע"פ דבורו של מוכר ובדרכו של מוכר לישא וליתן באמונה כו' ומסיים שם בזה"ל אף שלדעתי נראה שזה ברור לדינא ולא מצאתי בפוסקים מי שיחלוק ע"ז בפירוש אך מסתימת דבריהם משמע שלא חילקו כלל בזה ובכל אופנים כשהמקח נעשה ע"י אמונה אין אונאה לזאת עדיין אינני מחליט דברי להלכה ע"ש:

יט **אין לו עליו אונאה.** עבה"ט לענין בטול מקח וע' בתשו' שבו"י ח"ג סי' קסט שכ' דנראה פשוט בנו"נ באמונה ואח"כ נמצא מום במקח יכול לחזור דלא מצינו בש"ס ופוסקים רק דאין עליו אונאה אבל מום שהוא מקח טעות חוזר דאל"כ ה"ל לאשמועי' רבותא יותר כו' וכן מצאתי בתשו' מהרי"ט צהלון סי' כ"ה עם הסכמת מהר"ם גלאנטי

יע"ש וכ"ז דלא היה יכול להבחין זה בשעת המקח כו' (עמש"ל סי' רל"ב ס"ג סק"א) ע"ש וכ"כ בתשו' גליא מסכת סי' י' מסברא דנפשיה ע"ש ולא ראה שכבר קדמו השבו"י הנ"ל:

כ **בכך וכך לקחתיו**. ועיין בתשובת הרדב"ז חלק א' סי' נ"ז בראובן שקנה סחורה בפני שמעון וא"ל שמעון אתן לך ריוח דינר ותננה לי ונתנה לו אם יש עליו אונאה א' דמיא לנו"נ באמונה או לא. והשיב אין לו עליו חונאה ומכ"ש אם הוא סומך על אמונתו של זה לא יסמוך על מה שראו עיניו והראיה ממ"ש ר"ח ז"ל בטעם הדין דנו"נ באמונה (הובא בנ"י ובהג"א פ' הזהב ובב"י) כו' והכא נמי לא סמך על שווי הסחורה אלא על מה שראו עיניו שנתן ראובן בפניו ולפיכך אין לו עליו אונאה עכ"ל והביאו בקצרה בספר שער משפט וכתב דכן כתב בתשו' מהרי"ט חח"מ סי' י"ט ע"ש ועמ"ש בס"ק שלפני זה:

כא **העבדים והשטרות והקרקעות**. כתב הסמ"ע סעיף קטן נ"א וז"ל ודע דמהרש"ל ז"ל כתב דאף דאיתמעטי הני מדין אונאה מכל מקום לא גרעי מאונאת דברים וגניבת דעת ובכלל לא תונו איש את אחיו הן וכמו שיתבאר ר"ס רכ"ח אם לא שהמוכר בעצמו לא ידע מאונאתו עכ"ל. ולכאורה מ"ש ובכלל לא תונו איש את אחיו הן הוא ט"ס וצ"ל ובכלל לא תונו איש את עמיתו הן דקרא זה הוא באונאת דברים כדאי' בפ' הזהב (בבא מציעא נ"ח ע"ב) גם צ"ע למה לא הזכי' דברי הרמב"ן הביאו הרא"ה בס' החינוך סימן של"ז דס"ל דעובר באותו הלאו עצמו דאונאת ממון ולא אתמעטו הני אלא מדין חזרת אונאה וכמו שיובא בנ"צ ע"ש:

כב **השטרות**. עיין בקצה"ח לעיל סי' קכ"ו סק"ט שכ' דבר חדש הא דאין אונאה לשטרות היינו דוקא במוכר שט"ח בכומ"ס דכיון דהשטרות אין גופן ממון אימעוטי מדין אונאה מכלל ופרט מה הפרט מפורש דבר שגופו ממון אבל מוכר חובות בע"פ ע"י מעמד שלשתן יש להם אונאה דהחובות גופיה הוי גופן ממון ואע"ג דאין יכול להקדישן היינו מטעם אחר משום דבר שאינו ברשותו אבל גופו ממון הוי ע"ש ועיין בס' דברי חיים דיני הלואה סי' ל"ו שכ' עליו ולדעתי צ"ע הא דבעי הש"ס ב"מ דף נ"ו בשטרות טעם משום דאין גופו ממון הוא משום דהוי דבר המטלטל ונקנה מיד ליד לכך בעי הטעם דאין גופו ממון אבל במלוה ע"פ בלא"ה לית ביה דין אונאה דנמעיט מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד ולא עדיף מקרקע דיצאו קרקעות שאינן מטלטלים עכ"ד ועיין בס' חות דעת ליו"ד סי' קע"ג סק"ח עמ"ש בש"ע שם דבדבר שאין לו שער ידוע ואין שומתו ידוע מותר למוכרו ביוקר לפרוע לזמן פלוני וכ' הח"ד וז"ל ונראה דאין דין אונאה בזה אפילו אם יש שיעור אונאה אחר שומת החפץ והאגר נטר והטעם דהא צריכין לישום ג"כ החוב כמה הוא שוה כפי מה שהוא כו' ובמוכר שט"ח אין בו דין אונאה כמבוא' בח"מ כו' עכ"ל

מזה משמע דס"ל ג"כ בפשיטות דגם מוכר חוב בע"פ אין בו דין אונאה מדלא מפליג בזה אולם עיקר דינו של הח"ד הנ"ל צ"ע מדברי הש"מ פא"נ דף ס"ה בד"ה לרבינו הגדול זצ"ל בתשובה כו' עש"ה:

כג **וההקדשות.** עסמ"ע דהקדש עניים ודבית הכנסת דינו כחולין ע"ש ועיין בתשובת שבו"י ח"א ס"ס קס"ו הביא בשם תשובת באר עשק סי' ג' שכ' על נדון דידיה גם לא מצי למטען אונאה דאלו דברים שאין להם אונאה וחד מנייהו הוא הקדשות ומפיק לה מקרא דכי תמכרו ממכר לעמיתך כו' ולא של הקדש ה"נ איש אחיו ולא של קהל כו' והוא ז"ל השיג עליו וכ' נשתקע ולא נאמר כלל דבר חדש שלא נשמע מעולם ואדרבה מטוניה מדאיתמעט בש"ס הקדשות מעמיתך מכלל דהדיוט אף בשל רבים איכ' אונאה ועוד דהא הרא"ש וסיעתו השמיטו הא דהקדשות משום דבזה"ז ליכא הקדש אלא לעניים ולב"ה דיש לו דין חולין ואיכ' דין אונאה אף דרבים נינהו ועוד דא"כ גם בעושק דכתיב לא תעשוק את רעך ולא תגזול ג"כ נדרוש הכי כו' ע"ש. ומ"מ נלע"ד לכאורה דאם אינם של רבים אפילו הן שותפים אינו חייב להחזיר עד שתהא האונאה פרוטה לכל א' וא' עי' לעיל ס"ה וע"ל סי' רס"ב ס"ב דאית' שם אפילו אבידה ששוה הרבה אם היא של שותפים הרבה שאינו מגיע לכל א' ש"פ א"ח להחזירה. מיהו למ"ש בלבוש שם הטעם דאע"ג דומצאתה איכ'. אשר תאבד לכל א' ליכא ע"ש אין ראיה משם וצ"ע:

כד **יתר מפלגא.** עבה"ט ועיין בס' שה"מ פי"ג מהלכות מכירה הלכה ח' שהשיג על הש"ך ומסיק דהעיקר כמ"ש הכ"ח והדרישה ודלא כהש"ך ע"ש:

כה **טרקלין גדול בדינר.** עבה"ט שכ' דהמחבר לטעמיה אזיל כו' ועיין בנ"צ מ"ש בזה:

כו **לזרוע לו קרקע.** עסמ"ע ועיין בס' עמודי אור סי' ק"ז באחד ששכר את חבירו לבנות לו בית בקבלנות וקודם גמר הבנין ראה הקבלן שנתאנה במקח ורצה לחזור. והאריך בזה ומסיק דנדון זה היינו ממש בעיא דרבא בב"מ נ"ו ע"ב ספיק' הוא ואין להוצי' מיד המוחזק אך נראה דיש לשום בזה שפיית העצים ותיקונן בפ"ע דבזה ודאי יש אונאה ומלאכת הבנין בחבורו לקרקע בפ"ע וכההיא דשוכר פועל עם סוס לעיל סל"ג בהגה ע"ש (ומ"ש שם וביותר יש לדון דרבא בזה לטעמיה בחולין ט"ז ע"ב כו' ליתא דהרא"ש גרים שם רבא בר רב חנן וכ"א במנחות ס"ט ע"א):

כז **הרי הם כלקוחות.** עמ"ש לעיל סי' קע"ג ס"ב סק"א:

סימן רכח

א **ביין התירו לערב**. ע' בתשו' חו"י סי' קצ"ב אות כ"א שכ' דנ"ל להלכה דדוקא בקנה ממנו סתם מותר לערב משא"כ מכר חביות מיוחדים וכ"ש אם התנה על יין רך דאינו רשאי לערב ע"ש עוד:

ב **למכור בזול**. עמ"ש לעיל סי' קנ"ו ס"ה סק"ח בשם תשו' אח"ז פמ"א שכ' דדוקא במכירת פירות ותבואה כו' ע"ש:

סימן רל

וכן המקבל כו'. עסמ"ע ס"ק ט"ו שהביא דברי בטור דר' יונה כתב דוקא בכה"ג אבל אם לקחה ממנו לגמרי כו' ור"ח לא כ"כ וס"ל דגם בכה"ג יכול לחזור כ' וע' בדרישה מ"ש בזה והבאתי לשונו לעיל סי' ר"ז ס"ג בהגה סק"ו ועמ"ש שם עוד מענין זה:

סימן רלא

א **או אפי' לעו"כ**. עבה"ט וע' בב"ח לקמן סכ"ד שכתב דלהרמב"ם איסורו מדאורייתא אבל להטור איסורו במדה ומשקל אינו אלא דרבנן וע' בס' ארעא דרבנן אות פ' שכתב דהכנה"ג חולק על הב"ח וס"ל דגם הטור אית ליה דהוי דאורייתא ע"ש:

ב **אלא מחצית סלע** ט"ס הוא וצ"ל אלא מצחיח סלע וכ"ה ברמב"ם פ"ח מה' גניבה דין ד' ע"ש:

ג **רשאים בני העיר**. עיין בתשובת חו"י סי' פ"א שהזכיר שם מה שנחלקו בזה גדולי הקדמונים אם רוצה לומר דוקא כל בני העיר ביחד או הרוב יכולים לכוף המיעוט (עיין באר היטב סעיף קטן כ"ז מענין זה) וכתב הוא ז"ל דנראה להשוות המחלוקת דודאי לתקן תקנות דלא שייכי בדין ודת של תורה כלל כגון הנהגת ב"ב ונשותיהם ומנהגי הסעודות וזיוגים מכ"ש מה שהוא סייג וגדר לתורה ומצוה לא יכול יחיד או יחידים לעכב כלל אם רוב צבור או אותן שנתמנו ע"פ רוב צבור תקנו איזה דבר משא"כ בתקנות שהם נגד הדין והדת כגון בנתינת מס מנכסים שחוץ לעיר אם היה הדין נותן נגד תקנתם או שאפילו העשיר כמה רבבות לא יתן רק מסך כך וכך אף שכונתם רצויה ונימוקם עמם מ"מ מאחר שהוא נגד הדין מצי יחיד לעכב. ומסיים שם כך נ"ל להשוות דברי חכמים ואם לא כיונו לזה ויחלקו בכל גוונא מכל מקום הסברא נותנת לחלק בכך והכי נראה דברי פוסקים האחרונים כו' וכ' עוד דאפילו היכא דמצי יחיד לעכב נגד הרוב דוקא בתחלת התקנה כשרוצים לתקן או שצוח מיד כשיצא לאור משא"כ בששתקו מתחלה

וכבר נהגו הצבור כך פעמים ושלש בלי פוצה פה ולבסוף צוחו יחידים נראה דשתיקתם מתחלה הוה כהודאה כו' ע"ש ועמ"ש לעיל סי' קס"ג ס"ק ט"ז:

ד **לעשות תקנות.** עיין בתשובת חתם סופר חח"מ סי' מ"ד בענין עיר אחרת שנבררו שמה ג' אנשים ראובן שמעון ולוי להיות סרסרים במכירת יינות כפי הפקודה שיש שמה משר המדינה שבכל עיר יהיו הסרסרים נבררים ע"פ דפאטאניאן וגם ע"פ שבועה שלא יהיה רמאות גם זולת היה פקודתם שיהיו להסרסורים פראטאקאל לכתוב בתוכו כמה חביות נמכרו והשכר סרסרות יחלקו שוה בשוה חלק כחלק הגם שהסוחר יהיה אצל א' והוא ילך בעצמו אל המרתף עכ"ז מגיע גם לחבירו שוה בשוה ועתה תבע ראובן שמגיע לו מעת הבציר ק"נ זהו' כשלא נתנו לו חלקו באמרם שהם בעצמם עסקו בעסק זה וטוען כי הם עומדים על הפרק וחוטפים את חלקי אשר אני זכיתי מדינא דמלכותא ושמעון השיב כי הפקודא הזאת לא קבלו רובי העיירות כו'. והאריך שם בביאור ענין דינא דמלכותא דינא ובדברי הראשונים בזה ומסיק וכ' כי התיקון שתיקנו שרי המדינה להיות סרסרים נבררים אינו נגד ד"ת אלא כתורה עשו ואילו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן דלא יתרבו הסרסרים יותר מהראוי לפי העיר והמסחור כדי שיוכלו להתפרנס ולא יפסקו חיותא זה לזה וכן הוא בכל מדינות שיש מספר ומפקד לכל מיני אומנים כמה יהיה בעיר ומכ"ש בסרסרים שתקנה זו היא בכל עיירות גדולות ומצינו כיוצא בו בפ"ק דב"ב בהני טבחי ובח"מ ס"ס רל"א וה"ה כל תקנות שתיקנו ביניהם דלא למיפסק חיותא וכ' במהרי"ק ומייתי ליה גם כן מהרשד"ם סי' ת"ז אף על גב דמן הדין כל השייך בכרגא דהאי מלכות אין כח ביד העיר לאסור עליהם מו"מ באותה עיר מכל מקום אם ראו בני העיר דפסקו חיותא טובא מותר להם להשתדל אצל השר לאסור עליהם גם שהוא שלא מן הדין (עמ"ש לעיל סי' קנ"ו ס"ז ס"ק י"ז) ומכ"ש הכא. וגם מה שתיקנו דהשכר יחלקו שוה בשוה הוא נכון דהנה בהני טבחי דב"ב ונחתומין דבתוספתא התם לא מצינו כיוצא בו בתורה שיהיה זה עובד ביומו ואידך שובת על כרחו וימות ברעב ואפ"ה כיון דעבדי כהדדי מסיעין על קצתן בהסכמת חבר עיר וה"ה דינא דמלכותא דעדיף לענין זה מכ"ש מה שתיקנו שיהיו כל האומנים יש שותפים וכל מה שירויחו יפול לאמצע שהוא כיוצא בו בתוה"ק דכתיב בפ' צו לכהן המקריב לו תהיה וקבלו חז"ל כל כהן שראוי להקריב באותה משמר כו' ודוד המע"ה תיקן כחלק היורד למלחמה וכחלק היושב על הכלים כו' ומכ"ש בנ"ד שגם הם עצמם קבלו את ראובן ביניהם על תנאי זה ולחד דעת ברמ"א סימן קע"ו ס"ג א"צ קנין ומכ"ש דאיכא נמי דין המלכות דכ"ע מודים דקנין אינם צריכים כו'

ע"כ פשוט ששמעון ולוי מחוייבים ליתן לראובן חלקו במה שכבר הרויחו ומה שירויחו עוד כל זמן שלא ימצא בו פסול ע"פ קהל ודיינים עכ"ד ע"ש:

ה **היינו כולם ביחד**. לשון הלבוש ודוקא שהיו כולם ביחד ותקנו ע"פ הרוב אבל כו':

ו **של כל בני העיר**. עבה"ט עד ובסמ"ע לא כ"כ בשם ר"מ אלשקר סימן מ"ט ולענ"ד מ"ש הוא מוכרח כו' ועיין בתשובת ח"ס חח"מ ס"ס קי"ז שכ' דכדברי הר"מ אלשקר כן הוא בתשובת הריב"ש סימן שצ"ט ומייתי ליה כ"מ (הובא גם בבאה"ג אות ש') דדוקא בני אומנות צריכי' הסכמת חבר עיר אבל בני קהלה לא צריכים ומה שהשיג הש"ך כבר הרגיש הריב"ש עצמו ותירץ יפה ע"ש (ועמ"ש לעיל סימן קס"ג ס"א סוף ס"ק א') ומשמע שכן דעתו לפסוק כהריב"ש והר"מ אלשקר גם בס"ס קט"ז שם כ' אע"ג דהש"ך פליג מ"מ בקל יש לדחות קושיית הש"ך ע"ש. אמנם בתשובת חוט המשולש שבסוף ס' התשב"ץ שאלה ט"ו ראיתי שהביא דברי הריב"ש הנ"ל וחולק עליו ומביא תשובת הרשב"א דמבואר להדיא דלא כהריב"ש אלא דגם בני עיר אם יש שם ת"ח הממונה על הצבור א"י לעשות תקנה עד שיסכים עמהם ע"ש ועיין בתשובת ושב הכהן סימן צ"ב האריך ג"כ לתמוה על הריב"ש והר"מ אלשקר בזה דמה שכתבו כן בשם הרמב"ם ורמב"ן הנה מדברי הרמב"ם לא מוכח מידי והרמב"ן מבואר בחידושיו אדרבה להיפך וכ"כ בתשובת הרשב"א סימן אלף ר"ו בשם הרמב"ן שגם בני העיר א"י לתקן זולת חכם שבעיר. עוד הביא שם דברי רב האי גאון בס' משפטי שבועות שער ס' שכ' גם כן הכי וכן מבואר בהרבה ראשונים ומסיק וכ' היוצא מדברינו כיון שרב האי גאון והרמב"ן והרשב"א והסמ"ג והרא"ש והטור והמרדכי והגמי"י בשם הראב"ן ור' ברוך כולהו ס"ל דאין חילוק בין בני אומנות או בני עיר בודאי יש לנו לומר דגם הרמב"ם ס"ל כן דאל"כ איך לא היה מביא א' שהרמב"ם חולק בדין זה ומעתה אין ספק דהלכתא הכי ודברי הרמ"א והלבוש שכתבו או של כל בני העיר הוא ברור ואמת להלכה ולמעשה ע"ש. ומ"ש הבה"ט אפי' למ"ד דהרוב יכולין לכוף המיעוט ה"מ במעמד כולם כו' וכן מ"ש הא דמהני רוב נגד המיעוט ה"ד כשהיו כולם במעמד א' כו' הנה כן מבואר מדברי הב"י לעיל ס"ם י"ג בשם תשו' הרשב"א שכ' שאין הולכים אחר הרוב אלא כשרבו מתוך משא ומתן של כולם כו' עד ואין רוב בכל מקום אלא רוב הבא מתוך הכלל ומתוך משא ומתן עם הכלל הא לאו הכי או שלא במעמדן לא עשה כלום ע"ש גם ביו"ד סימן רכ"ח כ' הב"י דכ' הרשב"א בתשו' ח"ג סימן ד"ש בנידון הסכמת הקהלה בענין המס שאין ההסכמה הולכת אלא אחר מה שהסכימו כולם לא מה שיסכימו מקצתם ואפילו היתה הולכת אחר הרוב אין הסכמת הרוב אלא כשהיתה במעמד כולם כענין דינין דעלמא ע"ש וע' בס' גט פשוט

בסופו בכללים שלו כלל א' מענין זה. וע' בכנה"ג סי' י"ג כמה חילוקי דינים השייכים לענין זה ושם בהגב"י אות כ"ד כ' וז"ל אם לא היה המשא ומתן יחד אע"פ שיחזרו וישאו ויתנו כולם והראשונים שהסכימו שלא במעמד עדיין הם בסברתם אע"פ שהם רוב לגבי האחרים אין הסכמתה קיימת מטעם רוב (לפי שהם נוגעים בדבר דכסיפא להו למיהדר ממה שהסכימו בראשונה שיאמרו שאלו האחרים הצילום מהשגיאה ויהיו מחזרין בכל טצדקי להעמיד דבריהם הראשונים כן מבואר במהרי"ט ח"מ סימן ע"ט ועמ"ש לעיל סי' י"ז ס"ה ס"ק יו"ד ובסי' ל"ג ס"ב סק"ה כ"כ רלנ"ח בפסק הסמיכה דף רע"ח ע"ד ומשפטי שמואל סי' לב ומשפט צדק ח"ב סימן ד' ומהר"א ששון סימן ע"א וכ' מורי הרב (מהרי"ט) סי' ע"ט דאף הרב מהר"י בי רב מודה בזה (דלא חלק שם אלא בעובדא דידיה בנידון הסמיכה שהסכימו רבני צפת ת"ו לסמוך לחכם א' לפ"ד הרמב"ם מפני שאותו ענין אינו הוראה כי לא היה צריך משא ומתן ולא חיקור דין אלא הסכמה ביניהם לברר א' מהם שיהי' סמוך כו' כן מבואר שם) אבל מהר"א די בוטין בתשו' כת"י סי' פ"ד כ' דחולק מהר"י בי רב על הרלנ"ח ז"ל עכ"ל ובס' בר"י שם אות ה' כתב דנראה עיקר כמהרי"ט דאף מהריב"ר מודה בזה דכן מבואר בשו"ת מהר"י בי רב כו' אמנם בהסכימו כולם אח"כ כ' בתשובת כהונת עולם ס"ס י"ב שהוא מחלוקת אחרונים עש"ה (ועמש"ל סי' קס"ג ס"א סק"א) . ועיין בתשובת מהרשד"ם חח"מ סי' ת"ו נשאל על קהל שמנהגם לעשות עריכה לסוף ג' שנים ויהי היום הקדימוה והעריכו ליחיד א' והעלו עריכתו הרבה ולא נמצא היחיד ההוא בעיר ועתה מערער כו' והשיב דאין היחיד יכול למחות ותקנת הצבור קיימת אלא דאם היחיד המערער הוא מהממונים או מפרנסי הקהל הדין עמו והביא תשובת הרשב"א הנ"ל דבעינן רוב מתוך כולם ומה שעשה הקהל בלעדו אינו כלום אבל אם אינו אלא יחיד מיחידי הקהל מה שעשו הקהל עשו וחייב לקיימו עש"ב. ועיין בס' בר"י לעיל סי' י"ג אות ז' שהביא דבס' משא מלך תמה על מהרשד"ם הנ"ל שזה סותר למ"ש הוא ז"ל עצמו בסי' שצ"ח שנשאל שם על ראובן שחלקו עליו רבים מקהלו וגזרו עליו שלא יכנס לבית הכנסת ורצו אח"כ להעריך האיש הזה ויצא לטעון מה לי ולכם ואתם שנאתם אותי כו' והשיב הרב לזכות ראובן ובתוך דבריו כ' ועוד יש לי לפטור לאיש הזה שהוא אחד מפורעי המס דלעשות העריכה נקבצו כולם והוא לא נקרא יכיל הוא שיאמר אילו הייתי שם לא היו יוצאים המעריכים אותם שיצאו שהייתי נותן טעם שיהיו הכל מודים. שהרי מטעם זה אנו אומרי' דהא דאזלינן בתר רובא היינו רוב מתוך כולם וכמ"ש הרא"ש דהרשב"א ומורי הרלנ"ח כו' ע"ש הרי שעל יחיד שלא נמצא כ' ראיה מהרא"ש והרשב"א והרלנ"ח ואילו בסי' ת"ו הנ"ל כ' דה"ד בממונה או

פרנס לא ביחיד והביא דבתשובת פני משה ח"ב סי' ק"י כ' ליישב דבאמת אפילו אם היחיד הוא רק מיחידי הקהל יכול לערער על מה שנעש' בלעדו כיון דלא היה רוב מתוך כל אך זה דוקא באם היה היחיד בעיר ולא נועדו עמו כההיא דסי' שצ"ח אבל אם לא היה בעיר בכה"ג לא בעינן רוב מתוך הכלל אלא מתוך כל הנמצאים בעיר ובהכי איירי בסי' ח"ו מש"ה מחלק דאם זה היחיד מפרנסי הקהל אף אם הלך מחוץ לעיר מעכב כו'. והוא ז"ל לא ניחא ליה בישוב זה דבתשובת הרשד"ם סי' ת"ו לא נרא' כן כו' אך כ' ליישב באופן אחר דלעולם סבר מהרשד"ם דהא דהרשב"א והרא"ש וסיעתם דבעינן רוב מתוך כולם אינו אלא במבוררים כממונים ופרנסים וכפשטן של דברים בתשו' סי' ת"ו וכך נוטים דבריו בחיו"ד סי' ס"ח וסי' פ"ב ומש"ה בסי' ת"י אם האיש ההוא רק יחיד מהיחידים אפי' אם היה בעיר מוטל עליו לקיים כל דבר אשר הסכימו מנהיגי הקהל אך זהו במה שרגילים רוב הקהלות אשר בקהלם אל יחד כ"א ראשי הקהל ולכן מחלק שם אם האיש ממונה או פרנס או יחיד פשוט אכן בסי' שצ"ח מיירי בקהל שמנהגם שכל פורעי המס יהיו במעמד ונכללים במנין כמבואר מדבריו שם שכ' ולעשות העריכה נקבצו כולם והוא לא נקרא כו' ומש"ה כיון שאנשי המעמד היו כל פורעי המס נמצא שכל פורעי המס הם מבוררים והיו כממונים מש"ה זוכה הרב לאיש ההוא שלפי מנהגם מה שלא נמצא אתם האיש הזה דינו כאילו לא נמצא הממונה בשאר דוכתי כו' עכ"ד ע"ש ועמ"ש עוד מענין זה לעיל סי' קס"ג ס"א סק"א:

סימן רלב

א **אבל אם נשתמש.** עסמ"ע שכ' בשם המ"מ וה"ה אם היה דבר שהלוקח יכול להבחינו לאלתר כו' והביאו ג"כ בבאר הגולה אות י' וע' במל"מ פט"ו מה' מכירה שכ' דאין ספק דהרמב"ם חולק על דין זה שהביא הה"מ מדכ' והוא שלא נשתמש בו אחר שראה המום משמע דאפי' ראה המום ושתק חוזר דאי לא מאי אריא נשתמש אפי' ראה ושתק אינו חוזר וא"כ ק"ו בהיה יכול לבדוק ולא בדק דודאי חוזר כו' ע"ש גם בשו"ת שבס"ס בית מאיר סי' ו' כ' דבגליון סמ"ע שלו כ' על דברי הסמ"ע הנ"ל ע' בתשו' מהריט"ץ סי' רכ"ה שחולק וע' במל"מ שם וע' סמ"ע סי' ר"ל ס"ק י"ד עכ"ל. גם בס' ש"מ הביא דברי מהריט"ץ הנ"ל שחולק בזה וע"ש. וע' בתשו' שבו"י ח"ג סי' קסט הזכיר ג"כ דברי מהריט"ץ אלו ושגם בתשו' הראנ"ח ח"א סי' מ' כ"כ דלהרי"ף והרא"ש והרמב"ם דפסקו דמום לעולם חוזר ולא מהני אם שהה כדי שיראה לתגר א"כ אף דיכול להבחינו לא אמרי' שמחל וחולקים על דעה זו שהביא המ"מ והוא ז"ל כ' דנ"ל דאין כאן מחלוקת כלל כמשמעות

הסמ"ע ושאר אחרונים אכן יש לחלק דאם קודם גמר המקח היה יכול להבחינו וזה הפי' לאלתר שכ' המ"מ ולא הבחין ש"מ דמחל אף אם יהיה בו מום זה אבל אם כבר גמר המקח ונתגלה בו מום אף אם אח"כ שתק זמן מה יכול לחזור בו והא דשתק לפי שלא הי"ל עוד צורך במקח ההוא וכיון שיודע שישלו עוד שהות לחזור כל אימת שיצטרך לדבר לכן כ"ז שלא השתמש במקח לא הוי מחילה כו' עכ"ד ע"ש וכיו"ב ממש כ' ג"כ בס' תרומת הכרי סי' זה ולא ראה שכבר קדמו בתשו' שבו"י הנ"ל וע' בנה"מ כ' לפרש דברי הסמ"ע הנ"ל דזה דוקא כשנשתמש בו ג"כ אחר שהיה יכול להבחינו דכמו בראה המום ונשתמש בו אמרי' שמחל ה"נ בהיה יכול להבחינו ונשתמש בו אמרי' ג"כ שמחל ע"ש. ובודאי דין זה אמת מצד הסברא וגם בסמ"ע אפשר לדחוק לפרש אבל בהה"מ מקור דברי הסמ"ע אלו א"א לפרש כן כמבואר למעיין שם והנכון כמ"ש השבו"י הנ"ל (וע' בשו"ת הרי"ף סי' קנג ובתשו' בית אפרים חח"מ ס"ס ס') וע' עוד במל"מ שם דאף לדעה זו שהביא הה"מ דוקא אם הלוקח כבר נתן המעות למוכר אבל אם לקח בהקפה כיון שהלוקח עדיין מעות המכר בידו י"ל דמש"ה לא הקפיד לנסותו מיד ולעולם לא מחיל כו' ע"ש ובנה"מ פקפק עליו דבש"ך סי' רכז סק"ד מוכח דבלא מגו לא אמרי' דמחיל (ל' זה אינו מכוון וצ"ל אינו נאמן לומר דלא מחיל) ע"ש. וכבר כתבתי בסי' רכז ס"ז סק"ב דכמה גאונים הסכימו לדברי המל"מ דגם בלא מגו נאמן בכה"ג לומר לא מחלתי ע"ש וע' בס' משנת חכמים דף צב ובשו"ת פרי תבואה ס"ס כ' מ"ש בזה וע' בתשו' גליא מסכת ס"ס י' שכ' ע"ד המל"מ הנ"ל היה רשאי להשתמש בו דנקרא גזלן בודאי דאינו מועיל מה שהיה מעות המכר בידו כו' ע"ש ופשוט הוא. ועיין עוד בנה"מ שכ' ע"ד הש"ע אבל אם נשתמש בו כו' וז"ל נראה דאם לא היה יכול להחזירו כגון שלא היה המוכר בביתו והוא דבר שעושה ואוכל דזה דוקא אם עדיין לא נשתמש אבל אם נשתמש לא שייך לחלק בזה בין יש בידו או אין בידו דכיון דאם לא נתפייס על המום ולא נשתמש בו כדי שיעשה ויאכל יכול לחזור בו אפילו אחר כמה ימים דנהי דנתבטל המקח מ"מ דמי לשומר אבידה (בסי' רע"ז סכ"ב) שאם הוא דבר שעושה ואוכל שיעשה ויאכל עכ"ל (וכן מוכח בתשו' מיימוני השייכות לספר קנין סי' ז' שכ' שם תשו' על אודות הסוס שמכר ראובן לשמעון ושוב נמצאו מומין כו' ולענין כחש הסוס נראה דיש לשמעון לשלם לראובן כל מה שכחש מחמת מלאכה שרכב עליו משעה שנודע לו המום כו' עכ"ל והקשה עליו בש"ג פ' הזהב דף צ"ב ע"ב הא קיי"ל שאם נשתמש הלוקח במקחו אחר שראה המום מחל וא"י להחזיר ע"ש ולדברי הנה"מ הנ"ל לק"מ וכ"כ בתשו' ג"מ שם) וכ' עוד בנה"מ וז"ל ובאונאה כשנשתמש בו ולא החזירו מחמת שלא היה המאנה בביתו אם הוא שתות

הרי הוא קנה ומחזיר אונאה אפילו נשתמש בו אינו ראיה שמחל דהא שלו הוא רק כשהיה יכול להחזירו ולא החזירו אמרינן דמחל. וביותר משתות נראה דדמי למום לכן אפילו לא היה יכול להחזיר (כגון שלא היה בביתו) אם נשתמש בו אחר כדי שיראה אמרינן דודאי מחל עכ"ל. וכיוונה דעתו בזה לדעת הריטב"א הובא בשיטה מקובצת ב"מ דף נ' ע"ב בד"ה יתרעל שתות שכ"כ בהדיא במכווין ממש והוסיף שם עוד דין ג' דאפילו ביותר משתות ונשתמש בו אחר שהכיר באונאתו ואם הודיעו למוכר ואח"כ נשתמש בו לא אמרינן שמחל אונאתו אלא שחייב לשלם למוכר מה שנשתמש או מה שהפסיד בתשמישו אם רצה המתאנה לבטל המקח עש"ה והביאו ג"כ בס' מחנה אפרים בדיני אונאה סי' ה' והוסיף עוד דה"ה לענין מום אם נמצא מום במקח והודיע למוכר ואח"כ נשתמש בו נראה דיכול לחזור ולא אמרינן בכה"ג דמחל וא"י להחזיר ע"ש גם בספר דברי משפט סעיף זה הביא דברי מח"א אלו ע"ש. ועיין בתשו' גליא מסכת סימן יו"ד במעשה כזה שהקונה הודיע להמוכר שיש מום במקחו ואח"כ נשתמש בו וכ' שם דרב גדול אחד פסק בזה דהקונה יכול להחזיר המקח אלא שחייב לשלם מה שנשתמש והביא ראיה מדברי הש"מ בשם הריטב"א שכ"כ לגבי אונאה והוא ז"ל האריך לחלוק על פסק הזה ותורף דבריו דיש לחלק בין טענת אונאה לטענת מומין דבשלמא בטענת אונאה אף ביתר משתות מ"מ גוף המקח ישר בעיניו ועיקר טענתו הוא על הוספת דמים שפיר י"ל דמועיל הידיעה להמוכר כדי שידע שמה שהשתמש לא יהיה מחילה לתביעת ממון שיש לו הואיל ואינו יורד המוכר תיכף לבטל המקח מסתמא מתרצה לסלק דמי יתרון שקיבל ושניהם רוצים בקיום המקח משא"כ בטענת מומין דאין ביניהם טענת דמים כלל רק שאינו מתרצה בעיקר הקניה בודאי שאין שום תועלת במה שהודיע להמוכר תביעת המום שיהיה לו רשות להשתמש בו ומדהשתמש על כרחך שהתפייס על מומו כו' עיין שם. ונעלם ממנו דברי מחנה אפרים הנ"ל דמדמי להו אהדדי ואינו מחלק בכך ולזאת בנדון השאלה הנ"ל שהיה המעשה שהקונה לא שילם עדיין דמי המכירה בודאי הנכון עם הרב הגדול הנ"ל דאין להוציא מהקונה הנ"ל אולם אם כבר שילם להמוכר ובא עתה להוציא מהמוכר צ"ע כי לכאורה דברי הרב גליא מסכת הנ"ל דברים של טעם הם ועיין בנחלת צבי מה שכתבתי בזה. ועיין בספר ארחות משפט נתיב צ"ב סימן י"ז שכ' וז"ל ועוד נלע"ד דיש להסתפק טובא בעיקר דין זה דאם השתמש באם הקונה הוא מהמונים וע"ה שא"י כלל מדין דאם השתמש בו וא"י כלל מעיקר דבר זה דאסור להשתמש בו מאחר דרוצה להחזירו אך מורה היתר לנפשיה דכ"ז שחבירו לא החזיר המעות מותר לו להשתמש בו אבל מ"מ אינו מוחל בשום אופן וצווח ככרוכיא שודאי רוצה לחזור.

ומכ"ש אם ראה המום בדרך כגון אם קנה סוס ונסע עליו בדרך ובאמצע הדרך מצא בו מום ונסע על הסוס בחזרה לעירו ובדעתו לעמוד על זה בד"ת אך עכ"פ הלא זה השתמש בו אחר שראה המום האם נאמר בכזה דודאי מחל והלא אנו רואין דודאי לא מחל אך מגודל ההכרח משתמש בו הולך ברגליו ויוליך בידיו העגלה עם המשא שעליו וצע"ג בכל זה עכ"ל. ולע"ד לכאורה פשוט בדין הא' שהשתמש מחסרון ידיעה א"י לחזור דלא נתנו חז"ל דבריהם לשיעורין וכיוצא בזה מצאתי בשיטה מקובצת ב"מ דל"א בד"ה אבל בלוקח מבע"ה שכ' וז"ל והנהו עובדי דכיפי וורשכי אע"ג דהלוקח לא מחל על אונאתו כיון דמבע"ה לקח לא פלוג רבנן דאל"כ יש חילוק בין לוקח עם הארץ או ת"ח אלא חכמים השוו מדותיהם כו' עכ"ל (ומיהו אפשר לחלק קצת דשאני התם שהוא דין של החכמים חכמי הש"ס) . ובדין הב' שהשתמש מכח אונס שראה המום בדרך כגון אם קנה סוס כו' הנה מה דנקט הציור על סוס הוא שלא בדקדוק דגבי סוס ע"פ הרוב לא שייך כלל דין זה דהשתמש בו מחל דהא הוא דבר שעושה ואוכל וכמ"ש לעיל והו"ל לו' הציור על עגלה וכיוצא אך בעיקר הדבר בהשתמש מכח אונס לכאורה פשוט דודאי יכול לחזור כמו באונאה יותר משיעו' כדי שיראה כו' כמ"ש בסי' רכ"ז ס"ז ואם יברר שהיה לו אונס כו' וצ"ע:

ב **רשות ביד המוכר כו'**. עיין בתשו' שבו"י ח"ג ס"ס קס"ט דה"ה מי שקנה כמה חתיכות בגד במקח א' ונמצא מום באיז' מהם הרשות ביד המוכ' לו' החזר לי כולם כיון שבחזקת א' קנה כולם ע"ש ועיין בט"ז לעיל סי' רע"ז ס"ה הובא בבה"ט שם סק"ח ובמ"ש שם סק"ב:

ג **בני המדינה שהוא מום**. עיין בתשו' המבי"ט ח"ב סי' קכ"ז בענין אם נודע שהחפץ הנמכר הוא קנוי מגנבים אי הוה זה מום לבטל המקח ע"ש:

ד **המפרש האונאה**. עבה"ט ועיין עוד בסמ"ע שכ' ועפ"ר שם כתבתי טעם למה חולק הטור כאן אדברי הרמב"ם ובסי' רכ"ז בדין אונאה לא גילה דעתו לחלק כו' ועיין בנה"מ שכ' ולפע"ד נראה דל"ד לאונאה דבשלמא באונאה הוא פחות משוויו כו' משא"כ כשמכרו בשויו כמו ששוה עם המום כו' ע"ש ואיני מבין זה דהא מבואר להדיא בדברי הרמב"ם שהביא הטור ובש"ע כאן דמיירי במום הפוחת דמים ואעפ"כ פליג הטור וצ"ע. וע' בנה"מ לעיל סי' ס' סק"ד כ' לישב קושיא זו על הטור באופן אחר ותמה שם על הסמ"ע דאשתמיטתיה דברי הרמב"ן כו' ע"ש וכיוצא בזה ממש כ' ג"כ בס' שעה"מ פ' י"א מהלכות מכירה סוף הלכה ט"ו ע"ש ועיין בתשו' גליא מסכת סי' ג' שהאריך בענין זה. ועיין בתשו' ושב הכהן סי' מ"ה שהוא ז"ל כ' לפרש דברי הטור דלא בא לחלוק כלל

על עיקר הדין שכ' הרמב"ם גבי מום דבסתם יכול לחזור עד שיפרש אלא דגם הטור ס"ל גבי מום צריך שיפרש כמו באונאה רק הטור הבין מ"ש הרמב"ם שהמוחל צריך לידע כו' קאי גם אשאר דברים שאין להם קצבה על זה כ' וזה נוטה לצד דבריו כו' והאריך בזה וע"ש עוד שכ' דלפי הטעם שכתבו הפוסקים גבי אונאה ומום דל"מ מחילה בסתם משום דמן הסתם לא היה דעתו למחול אלא סמיכות דברים בעלמא לפ"ז יש להסתפק היכא שמוד' שבשעה שהתנ' ואמר ע"מ שאין לך עלי אונאה או מום הי' דעתו למחול רק שעת' רוצה לחזור אם יכול לחזור או לא דאפשר כיון דקי"ל כל תנאי שבממון קיים והא דאמרינן דל"מ מחילה בסתם הוא משום שלא היה דעתו למחול וזה שמודה שהיה דעתו למחול א"י לחזור או דילמא כיון דמן הסתם אם אמר ע"מ שאין לך עלי אונאה אינו כלום לכן אפי' מודה שהיה בלבו למחול הוה המחילה דברים שבלב ואינו כלום וצ"ע ע"ש. וע' בתשו' שב"י ח"ב סי' קס"ו אודות ראובן שהיה לו טבעת מזוייף וא"ל שמעון מכור לי טבעת זו שהיה סבור שהוא טוב וא"ל ראובן איני ערב לך שהוא טוב כי אולי הוא מזוייף כאילו מסתפק בדבר וא"ל שמעון איני חפץ בערבות שלך וקנאו ממנו ואח"כ נתפרסם שהוא מזוייף גמור ורוצה שמעון לחזור בו וראובן טוען שמחל לו במה שאמר איני חפץ בערבות שלך הדין עם מי והשיב דפשוט שהמקח בטל ומה שאמר איני חפץ בערבות שלך לא הוי מחילה רק הכוונה לפי שאין צריך לערבות שלו דאם ימצא שאינה אותו גם בלי ערבות צריך להחזיר לו מעותיו ופשיטא אם המוכר ידע שהוא מזוף ועשה עצמו כמסתפק לפני הלוקח דהוי מטעהו גמור [ר"ל דבזה אף אם היה לשון מחילה ממש ל"מ] ולא גרע מהא דא"ר יוחנן בפ' האומנין דף פ' המוכר פרה לחבירו וא"ל פרה זו נגחנית היא כו': [בש"ע סעיף שאח"ז] אלא אפי' אם המוכר באמת היה מסופק מ"מ צריך לחזור דמחילה בטעות היא וכדאי' בב"ב דף מ"א גבי רב ענן שקל בידקא בארעא כו': [בש"ע סי' קמ"ב ס"ב] ועוד כיון שהלוקח לא ידע שהוא מזוייף ל"ש מחילה כלל כו' ע"כ פשוט שהמקח בטל עכ"ד ע"ש:

ה **אבל אם נמצא גנב כו'**. וכיוצא בדברים אלו כו'. עיין בתשו' חו"י סי' רי"א במי ששכר שפחה ונודע לו שקודם שבאת לביתו היתה זונה ואחיה טוען מאחר שאינה מעוברת מה איכפת לך והרי בכה"ג הלוקח שפחה א"י לחזור דסמפון בעבדים ליכא כדאי' בח"מ סי' רל"ב ס"י. וכ' דאין בדבריו כלום דודאי איכא למיחש מאחר שטעמה טעם איסור צריכה שימור שלא תצא חוצה בלילה ושלא ימשכו פוחזים לביתה ויש כמה חששות ואפי' בלוקח שפחה דקי"ל מומין שבסתר שאין בהם ביטול מלאכה אינו חוזר היינו מומין שהם בה נגד רצונה ובאונס דאין חשש היזק להבא מחמת המום משא"כ בכה"ג שטבעה

ויצרה רק רע ומזה שאם נאנסה חייב לקיימה ואפשר גם בנתפתתה פ"א בדרך מקרה וידוע שכל ימיה היתה צנועה מקודם לזה וגם אחרי כן מחויב הבעה"ב להחזיקה רק לא תקל ראש ולא תצא מביתה רק ברשות בעה"ב וכה"ג ארז"ל גבי שוחט שיצאה מכשלה [עיין ביו"ד סי' ב' ס"ב בהג"ה ובש"ך שם] ע"ש. ועיין בתשו' שבו"י ח"א סי' קע"ד שכ' דמה דמשמע בתשו' חו"י הנ"ל דזונה הוי מום גם גבי שפחה כנענית [שהרי כ' דדוקא מומין שהם בה נגד רצונה ובאונס כו'] לא דק דמבואר בש"ס ופוסקים דסמפון בעבדים לגמרי ליכא וכמה משניות דשפחה היא בחזקת זונה גם מה דמשמע מדבריו דאף בעבד ישראל אמרינן אין סמפון בעבדים זו שגגה דודאי דוקא בעבדים כנענים משא"כ בעבד או שפחה ישראל שכל ישראל בחזקת כשרות. ומה"ט פסק שם בא' ששכר שפחה עברית ואח"כ נודע לו שהיא מוחזקת לגנבנית דודאי יכול לחזור בו אף שהיתה יכולה להשכיר עצמה במקום אחר כי בישראל ודאי דהוי מום גמור אי איכא עדות ברורה להוציאה מחזקת כשרות עיי"ש. ותימה שלא זכר דברי הרמ"א ז"ל לקמן סי' תכ"א ס"ו בהגה וכבר עמד בזה המגיה לבאה"ט שם:

ו **הוי מקח טעות** וכדומה דעכשיו לא נהגו כן וא"כ מנהג מבטל הלכה כמו גבי ביצים מוזרות לקמן סעיף י"ט ויש לחקור אחר המנהג וה"ה בשאר דברים שדרך למוכרן סתומים וחתומים כמות שהן כגון תיבות עם דפי זכוכית לחלונות או תיבות עם אתרוגים וכיוצא בזה יש לב"ד בכ"מ לחקור אחר המנהג:

ז **שא"י מזה ונפטר**. עבה"ט ועיין בתשו' בית אפרים חח"מ ס"ס ס' שיישב דברי הסמ"ע בזה ע"פ המבואר בש"ע לקמן סימן ת' ס"א ובש"ך לעיל סי' ע"ב ס"ק נ"א עש"ה גם בתשו' רשמי שאלה ס"ס מ"ט תמה על הש"ך בזה ע"ש:

ח **ואח"כ נודע שהי' בו כסף**. ע' בתשו' עבודת הגרשוני סי' צ"ד שרצה מתחלה לחלק דדוקא בנדון זה שהיה כסף מבפנים ומבחוץ היה מצופה בבדיל משא"כ אם הכלי תוכו כברו הכל כסף רק שהקונה והמוכר לא היו מבחינים ומבינים שהוא כסף כי הטעמים הנאמרים בנדון של הרמ"א לא שייכי כולי האי בנדון כזה כו' אמנם שוב מצא בלבוש ס"ס רל"ג שכ' דבל הקונה כלי מעכום"ז בתורת בדיל ומכרו הוא לישראל ג"כ בתורת בדיל ומצאו בו אח"כ שהוא חלל בפנים והוא מלא כסף או אפי' עצמו כסף כו' הרי שהגאון פסק להדיא שאפילו הוא עצמו כסף מ"מ לא זכה בו הלוקח מן העכו"ם כיון שלא ידע ולא נתכוין מלקנותו ומי יבא אחריו לחלוק עליו מסברא ומה גם שהסמ"ע לא השיג עליו ש"מ שתיקה כהודאה דמיא ממילא יש לפסוק כן למעשה ע"ש

ט **מקח טעות**. עבה"ט שכ' פסק בתשו' רשד"ם וכו' ובהגה מהה"ג מ"ע ז"ל שכתב ולענ"ד פשוט הוא להיפך וראיה מסי' קכ"ו כו' ועיין בדגמ"ר שהשיג ג"כ בזה על הרשד"ם וז"ל ולי הדבר ל"ע לפמ"ש הש"ך בסי' קנ"ו ס"ק ס"ט בשם הרשב"א ע"ש ודו"ק גם בלא"ה אין נראה לענ"ד דברי הרשד"ם שהרי עיקר טעם איני יודע אם פרעתיך שחייב משום דה"ל למידק אם פרע ע' בסמ"ע סי' ע"ה סקי"א וכאן למה היה לו להפורע למידק בזוזי אם הם טובים יותר מזה שמקבל הפרעון אדרבה כשראה שזה לוקחם בחזקת טובים אין לו למידק יותר שוב מצאתי בט"ז ס"ס ע"ה פסק שישבע זה שאינו יודע אם הם שלו ופטור עכ"ל ועמ"ש בסי' ע"ה ס"ק כ"ז מענין זה באריכות:

י **אלא אפי' כי הדדי נינהו**. עיין בנה"מ שכ' הלשון תמוה דה"ל לאשמעינן רבותא יותר דאפי' רובא לשחיטה כו' עד ולכן נראה כו' והא דאמר אפי' כי הדדי נינהו הוא ל"ד אי דחשיב ליה כי הדדי כיון דרובא בממון לאו מידי הוא והעיקר הוא מטעם מוחזק ע"ש ובספר דגמ"ר עמד ג"כ על ל' הרמ"ה והש"ע בזה וכתב וז"ל משמע דאי רובא לשחיטה זבני אפילו הלוקח מוחזק מחוייב לשלם וצריך עיון שהרי הלכה כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב ובפרישה סעיף כ"א נתן טעם לדבר ודבריו דחוקים אמנם לפי מה שכתב הב"ח סכ"א בשם התוספות דרובא לרדיא לא חשיב כולי האי כמו שאר רוב ולכך לא מהני רוב זה בממון א"כ י"ל דרובא לשחיטה שפיר הוה רוב גמור ועיין בב"ח עכ"ל ועיין בתשובת פרי תבואה סי' כ' מ"ד בזה באריכות:

סימן רלג

א **מכר לו בשר כו' ומחזי' לו אונאתו**. עיין בתשובת ושב הכהן סי' ס"ד שכתב דבתה"ד מקור דין זה מבוא' להדיא דהך מחזיר לו אונאתו היינו אפי' אם הוא פחות משתות לא אמרינן דהוה מחילה. וע"ש עוד שכתב שדין זה של התה"ד צע"ג כאשר כבר הרגיש בב"ח (הובא בבאה"ג אות ח') ע"ש ועיין בספר שער משפט מ"ש בזה:

ב **דהכל מין כסף**. עבה"ט עד א"ה לדעתי החלושה נראה לחלק בין ההיא דטבעת או כלי כו' ועי' בתשובת ושב הכהן סי' ס"ד שמחלק ג"כ הכי וכ' דבזה מיושב גם כן מה שהקשה השולחן ערוך מיפות ונמצאו רעות דהתם א"א לעשות מן הרעות יפה מה שאין כן בכסף סיגים שיכול לעשות מהן כפי שהתנה ליתן לו כסף צרוף רק שיופחת מהמשקל וזה מנכה לו ולכן אין חילוק בין אם האונאה שתות או פחות או יותר משתות ובכל ענין המקח קיים ומחזיר לו אונאה כדקיי"ל בר"ס רל"ב וכל דבר שבמדה ובמשקל ובקנין לעולם חוזר והיינו שמשלים לו החסרון וזהו שכ' המרדכי אין יכולין לחזור וכוונתו

ששניהם א"י לחזור והיינו שהמוכר צריך להשלים לו מה שיופחת לעשות כסף צרוף והלוקח צריך לקבל ומ"ש הרמ"א דהכל מין כסף ר"ל לאפוקי אם נמצא סיגים כ"כ שאינו נקרא בשם כסף כלל כו' ומה שהקשה הש"ך מראב"ן שכ' המוכר כסף כו' עד לוקח יכול לחזור בו יש לפרש דברי הראב"ן בשני פנים או דמיירי שמכר לו כלי של כסף ואשמעינן דהוי כיפות ונמצאו רעות דאפי' בפחות מכדי אונאה חוזר או דמיירי שמכר לו כסף וח"ל שהמשקל הוא כך וכך ולכן שפיר יכול הלוקח לחזור אם מכר לו בחזקת צרוף ונמצא סיגים משום שאם יעשה ממנו צרוף יופחת מהמשקל ויכול הלוקח לומר איני רוצה אלא במשקל כך וכך וכמ"ש הטור סי' רל"ב ס"ג בשם הראב"ד במכר לו שק מלא אגוזים ואמר שיש בו סאה כו' והאריך עוד בזה ומסיק וכ' שהדין ברור דאם מכר לו כסף בחזקת צרוף ונמצא סיגים שניהם אין יכולים לחזור רק שהמוכר משלים לו מה שנפחת מהמשקל ואין חילוק בין אם הוא שתות או פחות או יותר ואין לחלק ולומר דדוקא אם מכר לי במשקל דהיינו כל ליטרא בכך וכך ונמצא סיגים הוא דמשלים לו אפי' אם הוא פחות משתות אבל אם מכר ל' חתיכה בלא משקל בכך וכך נימא דאם הפחת פחות משתות א"צ להשלים דלא הוה כדבר שבמשקל כיון שלא מכר לו במשקל דזה אינו כן כי מהיכי תיתי לומר כן כיון שמכר לו החתיכה של כסף כמות שהיא וכהיום נמצא שהיא סיגים ואם יעשה מהן צרוף יופחת מכמות שקנה ממנו מאי טעמא לא יכול לחזור אפי' אם הוא פחות משתות כמו בדבר שבמשקל לכן לפע"ד בכל ענין צריך המוכר להשלים לו שיהי' כסף צרוף כ"כ כפי שקנה ממנו ואז גם הלוקח א"י לחזור אבל במוכר כלי בחזקת שהוא צרוף ונמצא סיגים יכול הלוקח לחזור וכל זה נראה לפע"ד לדינא עפ"ד ע"ש:

סימן רלד

מחזיר לו כלום. עבה"ט בשם סמ"ע ועיין בש"ך ביו"ד סי' קי"ט ס"ק נ"ז שהקשה על טעם זה למה אין המוכר מחזיר כלום יחזיר מה שקבל יותר מדמי הטרפה שהוא חייב מדינא ולא מצד הקנס וכ' דנ"ל הטעם דהם לא גזרו איסור כדי להוציא ממון דלענין ממון אוקמיה אדין תורה כו' ע"ש. וע' בנה"מ כאן דברי הש"ך הנ"ל במ"ש דאפי' המותר משוויו א"צ להחזיר וכ' דלכאורה אינו מובן כיון דהמקח בטל הוי כמחזיק או כאוכל שלא במקח ולמה יצטרך לשלם יותר משוויו ואפשר דאף דבאיסורי תורה אפי' אוכלן בשוגג צריך כפרה ותשו' להגין על היסורין מ"מ באיסור דרבנן א"צ שום כפרה והרי הוא להאוכל כאילו אכל כשירה והרי נהנה כמו מן הכשירה ומש"ה צריך לשלם כל דמי הנאתו כמו בזה נהנה וזה חסר מועט דצריך לשלם כפי מה שנהנה (לקמן סי' שס"ג

ס"ז) משא"כ באיסור דאורייתא שמקבל עונש על השוגג וחסרונו גדול מהנאתו עכ"ל ומשמע מדבריו דאפי' אם לקח בהקפה צריך לשלם לו כהיתר וכ"כ בהדיא בס' שער משפט דאף אם הלוקח לא נתן המעות מחוייב ליתן לו כיון שכבר נתחייב בעת הקנייה ומדמה זה למ"ש ביו"ד סי' ש"ה ס"ד כ' לכהן שהוא חייב לו ה' סלעים בשביל פדיון בנו חייב ליתנם לו ובנו אינו פדוי מדרבנן הרי אף דנתחייב בטעות מ"מ חייב ליתן לו כיון דמה"ת בנוי פדוי הוי חיוב מעליא כו' וה"ה כשכבר אכל איסור דרבנן הרי נהנה ממנו כמו מבשר כשר וחייב לו כל הדמים שנתחייב לו עבורו כיון שמה"ת היתר הוא לגמרי עש"ה. אולם בתשובת חתם סופר חח"מ סי' ק"פ מבואר שדעתו דדוקא אם כבר קיבל המוכר דמי כשרות א"צ להחזיר היתרון כיון דעכ"פ היה צריך לשלם לו דמי טרפה אבל אם עדיין לא פרע לו א"צ לשלם רק דמי טרפה (והוא כ' שם להצדיק דברי סמ"ע ודלא כש"ך) וכתב שם בדבר השאלה בא' שמכר סתם יינם בחזקת כשר במזיד והלוקח לקח ממנו בהקפה וחזר ומכר בחנותו ליחידים הרבה על יד על יד ג"כ בהקפה אבל בשוגג מה דינו בתשלומין והאריך בזה ומסיק כיון דלא קנה הלוקח הראשון דהוי מקח טעות א"כ הלוקחים השניים מבני גזא דמוכר הראשון לקחו וכדרך דאמרי' גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה ע' ב"ק קי"א ע"ב וגם השניים לא קנאו עד שהגיע לבית הבליעה דלא מצו לאהדורי ושם נתחייבו להמוכר הראשון דמי סתם יינם בזול והמוכר תובע ללוקח שלו שיחזיר לו יינו או דמי יי"נ בזול והוא תובע מלוקחים שלו דמי יי"נ בזול וזה נ"ל פשוט עכ"ד ע"ש ולע"ד כן ראוי להורות כהגאון ח"ס הנ"ל דכן משמע פשטא דלישנא דהרמב"ם והש"ע שכתבו ואין המוכר מחזיר לו כלום מבואר דמיירי שכבר קיבל ממנו דמי כשרה ובפרט דהפר"ח ביו"ד שם והביאו בס' שער משפט הנ"ל דעתו דאף בכה"ג שכבר קיבל המוכר הדמים צריך להחזיר לו המותר שבין כשרה לטרפה ומה שכתבו שאינו מחזיר לו כלום היינו במידי שאין חילוק במקח בין כשרה לטרפה כגון גבינת עו"ג כו'. עיין שם א"כ בודאי דיכול הלוקח לטעון קים לי כהפר"ח והח"ס הנ"ל. ועיין עוד ביו"ד שם ומ"ש בפ"ת שם:

סימן רלה

א **במקום שעשו שלא כהוגן**. עיין בס' מחנה אפרים הלכות קנין משיכה סי' ב':

ב **אבל כו'**. **ומתנתו כו'**. זהו שלא כדעת ר"ח הביאו הטור בס"ד דס"ל דמתנתו מתנה אפי' אם יש לו אפטרופא דלענין מתנה אין חילוק כו' ע"ש. וע' בתשו' מהר"ם אלשיך סי' ק"א שכתב על נדון דידיה דנראה שהמתנה שנתן היתום בן ט' שנים לזקינו מהנכסים שיש לו

ביד אפטרופס הוא מתנה קיימת חדא דהעיקר כדעת ר"ח בשם רבינו האי גאון דכן נראה גם כן דעת הרי"ף וכן הוא דעת התוס' והסמ"ג וגאונים אחרוני' שהובא בהגמי"י והרא"ש והטו' דכולהו ס"ל דבמתנה אפילו יש לו אפוטרופס מתנתו מתנה ודלא כהרמב"ם ז"ל ועוד אומר אני שאפילו הרמב"ם ז"ל לא קאמר דבעינן במתנה שיסכים האפוטרופוס. עמו אלא משום דילמא טעי הקטן בדעתו וסבר דההוא מקבל מתנה עבד ליה ניחא נפשיה ולאו הכי הוא או אפילו דידע דלא עביד ליה ניחא נפשיה הלך אחר שיחה נאה ויהיב ליה מש"ה בעי דעת האופטרופוס אבל בנ"ד דמפורסם לכל שזקינו היטיב עמו וגדלו כאב וגם הקטן עצמו פירש שמש"ה נתן לו ודאי דמודה הרמב"ם ז"ל דלא בעינן דעת האפוטרופוס. וע"ש עוד שכ' דאפשר דאפי' להרמב"ם ה"מ במתנת בריא אבל במתנת ש"מ דלא חיילא אלא לאח"מ מהני דהא בשעתא דחיילא לית ליה אפטרופא והוי כמאן דלית ליה אפוטרופוס מעיקרא ועוד מטעמא אחרינא משום דבמתנת בריא בהקנאתו של נותן תליא מלתא ואין הקנאתו כלום אבל במתנת ש"מ דלא תליא בהקנאה כו' ועוד מטעמא אחרינא דלא שייך אפוטרופס אלא במלתא דהנאת היתום דהיינו בבריא דימחה במתנתו במתנתו משום הנאת היתומים דלזון מממוניה אבל בש"מ דמאי דמחי אפטרופס לא הוי אלא להנאת יורשיו אין לאפטרופס יהיב ליה ע"ש וצ"ע לדינא:

ג **מ"מ שייכות בהכי** דלא אפטרופס ליורשי היתום נתמנה וישאר הדבר אל מאי דאתמר דאי לא דעביד ליה ניחא נפשיה לא הוה מקחו מקח. עמ"ש לקמן סי' ר"צ סכ"ו סק"ח:

ד **קטן שקנה קרקע.** ע' בקצה"ח סק"ד עד וכן נראה מוכח מהא דתנן שקלים פ"א אע"פ שאמרו אין ממשכנין נשים ועבדים וקטנים אם שקלו מקבלין מידם כו' והיכי מצי קטנים מסרי לצבור יפה הא פעוטות אין מתנתן אלא מד"ס והרי מה"ת אין כאן מתנה לצבור ונמצא קרבן צבור קרב משל יחיד אלא ע"כ כיון דמדרבנן הוי קנין מהני נמי לדאורייתא ומזה ראיה למ"ש הב"י באה"ע סי' כ"ח בקידש בחוב ע"פ במעמ"ש דהוי קידושי תורה ומשום דהפקר ב"ד הפקר ודלא כר"יו שכ' דלא הוי קידושי תורה כו' עכ"ל (וע' בנה"מ מ"ש בזה. והנה קושייתו מהך דשקלים קדמוהו בס' שעה"מ פ"א מה' שקלים ותירץ באופן אחר ע"ש ועיין בזה בספרי אבני מלואים סי' כ"ח ס"ק ל"ג שהאריך הרבה בענין זה. וע' בתשובת בית אפרים חח"מ סי' ח' שהאריך ג"כ בענין זה אם קנין דרבנן מהני לדאורייתא ושם ראיתי סברא נכונה ליישב קושיית השעה"מ וקצה"ח הנ"ל מהך דשקלים שכ' וז"ל וגם נלע"ד דכל מה שנאמר בפוסקים דקנין דרבנן ל"מ לדאורייתא אין הדברים אמורים אלא כ"ז שהחפץ ההוא שהקנין נתפס בו מדרבנן הוא בעין ובזה אמרי' דמדאורייי' ברשותא דמריה קאי אבל אם הקונה מוציא החפץ ההוא מידו במכירה

או נתינה לאחר פשיטא שהלוקח מידו הוא קונה מדאורייתא דלא גרע תקנתא דרבנן שתיקנו שיקנה מיאוש וש"ר ואפי' בקטן שי"ל דמה בכך הרי אין יאוש שלו מועיל מ"מ פשיטא דלא עבדו רבנן תקנתא כה"ג שתקנה זו קלקלה שהלוקח אינו לקחו ע"מ כן שלא יהא בו רק קנין דרבנן והרי זה המוכר התירו לו חז"ל להוציאו ולמוכרו לכתחלה וכמ"ש הרמב"ן במלחמות פ' לולב הגזול דאפילו לצי"ש א"צ להחזיר אלא ודאי שלא אמרו אלא בעוד שהחפץ קיים ביד הקונה קנין דרבנן בזה אמרו דלא מהני לדאורייתא וכההיא דלולב לתינוק או כההיא דאקניה לבנו קטן או כההיא דמעשר שני אבל אם כבר בא ליד אחר ודאי הוא שלו דאורייתא ומכל שכן מה שלוקח תמורת חפץ זה שתופס בו קנין דאורייתא וכיון שאנו לוקחין בעד שקלי הקטנים בהמות לקרבן פשיטא שהם קנויין ללבור מדאורייתא שהרי מיד שהוציא הגזבר המעות ברשות המוכר קיימי והם נקנין למוכר קנין גמור והבהמות שלוקחין מהמוכר נגדם פשיטא שהם קנויים להקדש אף מדאורייתא ואין כאן בית מיחוש עכ"ל ע"ש עוד וגם בסימן ס"א שם פלפול בענין זה עם הגאון מליסא ז"ל ע"ש. גם בתשובת חתם סופר חי"ד סי' שי"ד תשו' ארוכה בזה אם קנין דרבנן מועיל לדאורייתא ומסיק וכ' היוצא מזה לדינא דקנין דרבנן היכא דמצוה יותר לקיים דין תורה אלא שחכמים הקילו כגון יאוש כדי וכדומה וכגון קנין כסף בלא משיכה שהפקיעו חכמים ומ"מ עדיף לקיים קנינו בכסף לחוד זהו לכ"ע אינו מועיל לאיסור דאורייתא ואמנם תקנתא דדבריהם דמצוה לקיים דבריהם כגון מזונות הבנות (בש"ם ר"פ אלמנה לכ"ג דאם יש בת עם הבן בנכסים מועטים מאכילים העבדים תרומה משום דאכלי בתקנתא דרבנן) זהו מועיל בודאי כדאורייתא ממש ומאכיל תרומה להעבדים אך מעמד שלשתן שעדיין לא הגיע ליד הזוכה או קטן הזוכה ועודנו בידו בהא פליגי לרש"י ורי"ף והר"ן הוי כדאורייתא ולתוס' הוי רק דרבנן ופליגי המחבר ורמ"א להמחבר מקודשת במעמ"ש קידושי תורה ולרמ"א רק מדרבנן עכ"ל ע"ש עוד והובא לעיל סי' ר"א ס"א סק"א:

ה **והביא שתי שערות.** ע' בתשובת נו"ב סי' ד' אודות יתומה אחת שבהיותה בת י"ב שנים תמימות עשתה שידוך בלי ידיעת האפוטרופס ועתה היא בת י"ד שנים ונבדקה ויש לה סימני גדלות אם יש כח ביד האפוטרופסים לבטל השידוך מחמת שאז בעת הקישור לא נודע אם הביאה סימנים ועלה על דעת הרב שמואל דמעשיה קיימים וא"א לבטל השידוך מתרי טעמי חדא שמן הסתם אמרינן כל שהגיעה לשנים חזקה שהביאה סימנים כמבואר באה"ע סי' קנ"ה. שנית כיון שעכשיו היא גדולה לפנינו בסימני גדלות אמרינן חזקה דגם אז היתה גדולה כמבואר בתשובת הרא"ש הובא בח"מ סי' ל"ה ס"א

והוא ז"ל השיב לו דזה אינו וטעם הראשון נסתר מיניה וביה שמבואר שם באה"ע דדוקא לחומרא אמרי' חזקה דרבא ולא לקולא וכאן חמיר יותר מלהקל באיסור תורה דהרי ממ"נ אם היתומה עדיין עומדת בקישור שלה ורצונה לקיים השידוך פשיטא שמעשיה קיימין אלא ודאי שעתה היא שומעת לדברי האפוטרופסי' וחוזרת מהשידוך א"כ לחייב אותה בחצי נדן קנס ולהוציא ממין קשה טפי מלהקל באיסורין וטעם השני שכ' מדברי תשו' הרא"ש הנה אף שהוא דין מפורש בח"מ סי' ל"ה בלי שום חולק מ"מ אין דין זה מוסכם כו' (עמ"ש בסי' ל"ה שם סק"ב) ודברי הרא"ש אלו נדחים מהלכה במקום דאיכא חזקת ממון דאלים טובא מעתה א"א בשום צד לחייב היתומה בחצי נדן קנס אך כל זה לענין דיני ממונות אבל כיון שעל קידום השידוך יש חרם ונכתב בתנאים והקנס לא יפטור את החרם על החרם יש כאן ספיקא דאורייתא שאם היתה אז גדולה בשנים ובסימנים חל החרם ולכן ראוי להודיע להיתומה שאם תבגוד בהמשודך תחוש לנפשה מעונש החרם אבל להענישה על זה בב"ד אין כח ובפרט שעכ"פ המשודך עשה שלא כהוגן מתחלה מה שעשה בלי ידיעת אפטרופסים ואף שע"פ דין יכולה היתומה לעשות לעצמה (כמ"ש לעיל ס"ב בהגה) אבל עכ"פ הוא נגד היושר ומה טוב למצוא פשר דבר ביניהם. וכ' עוד אמנם כל זה בידוע שעדים כשחתמו התנאים לא בדקוה אז (בדיקת דדין כמ"ש באה"ע סי' קס"ט ס"י) אבל אם אין הדבר ברור אז אמרי' חזקה על העדים שלא חתמי על התנאים אא"כ ידעו שנעשה בגדול (כמ"ש לקמן סי"ג בהגה) אם העדים קצת בני תורה וזה פשוט. ושם בסי' ה' עוד על נדון הנ"ל לאחר שהודיעהו שאבי החתן תפוש ועומד במקצת הסך מה שקיבל מצד הכלה רק שנתן חילוף כתב על זה וכתב דנראה דמועיל תפיסתו ואף שהש"ך בסוף ספרו תקפו כהן פסק דהיכא דיש לזה שטר לא מהני לזה תפיסה במעות שחייב לו אם אין הספק בגוף השטר ולא יוכל לתפוס בשביל ספיקא דדינא שיש לו עליו ממקום אחר יעו"ש (ע' בכללי תפיסה שבס' נה"מ ס"ס כ"ה אות י"ד והזכרתיו ג"כ שם) וכאן אין הספק על השער. מ"מ לדינא י"ל בנ"ד דמהני תפיסה דע"כ לא קאמר הש"ך אלא שהלוה לא נקרא מוחזק ואין המלוה נקרא מוציא מיד הלוה כיון ששטרו בידו ולזה נחשב כגבוי דלא מחשב איהו מוציא אבל מ"מ גם המלוה אינו נקרא מוחזק שיהא הלוה נקרא מוציא וראיה לזה ממה דמבואר בח"מ סי' פ"ה ס"ה אפי' היתומים קטנים כו' ובסמ"ע שם ס"ק י"ט כו' דלכן בנדון הש"ך שיש להם ספיקא דדינא ממקום אחר והלוה רוצה לתפוס חוב הזה ולטעון קים לי והא ודאי דטענת קים לי לא מהני כי אם היכא שהוא תפוס ועומד אבל אם אינו תופס אף שחבירו גם כן אינו תפוס לא שייך לומר קים לי ממילא קם דינו של הש"ך וצריך לשלם השטר אבל בנ"ד

אף שכתבתי שרבו החולקים על הרא"ש היינו מטעם דאף דאיכא חזקה דהשתא מ"מ חזקת ממון אלים טובא וא"כ היינו דוקא אם היתה היתומה מוחזקת אבל כאן שאין שום א' נקרא מוחזק אזי שפיר אזלינן בתר חזקה דהשתא דגדולה היתה בשעת כתיבת התנאים כו' באופן שאני חותך הדין שאבי החתן יכול לתפוס החוב שבידו על הקנס ואף דבאה"ע סי' ע"ז באומרת מאיס עלי דמהני תפיסה בכדי כתובתה מבואר בב"ש שם סק"ח דדוקא שתפסה האשה בעצמה אבל תפיסת אביה לא מהני. מ"מ בנ"ד אבי החתן הבע"ד מתרי טעמי. חדא שהקנס הוא עבור בושתו והבושת נוגע גם להאב ועוד שהרי כך כותבין בתנאים קנס מצד העובר לצד המקיים וכיון שאבי החתן הוא אשר התחייב עצמו בכל התחייבות והוא רוצה לקיים כל דבר הוא הנקרא צד המקיים וכ' עוד אך כל זה מועיל שלא תוכל הכלה ובאי כחה לגבות מיד אבי החתן אבל להוציא החילוף כתב שמיד הכלה ולקרעו זה אינו בידינו ואף שיש מקום לומר דמוציאין הח"כ כיון שטענתה הוא רק טענת שמא וה"ל כאילו יודע אם פרעתני בסי' נ"ט ובש"ך שם סק"ב וטענת אבי החתן קים לי כהרא"ש הוא טענת ברי כו' מ"מ צריך להתיישב בזה ואין אני מחליט דעתי עדיין בדבר זה (עמ"ש בסי' נ"ט שם) עכ"ד ע"ש:

ו **לפרוע חובות אביהם**. כ' בנה"מ וה"ה חוב עצמן כמ"ש הרשב"א בתשובה א"ב סי' קכ"א ונראה דדוקא לפרוע חובות יכולין ב"ד למכור אבל אם הוא בעצמו צריך למכור לאיזה צורך נראה דאין לב"ד להעמיד אפוטרופס למכור לצרכו כי אפטרופא לדיקנני לא מוקמינן וגם הב"ד אין להם כחכימי שיוינהו ב"ד לכך כו' עד ולפ"ז אין תקנה לפחות מבן עשרים למכור בנכסי אביו רק שילוה מעות לעצמו מקודם ולשעבדן שבזה יש לו כח כמבואר בסעיף ט"ו בהגה ואח"כ יגבו הב"ד להבע"ח כשומת ב"ד שלפרוע יש כח להב"ד עכ"ל. ועיין בתשובת הרדב"ז ח"א סי' קע"ג מבואר דלא כנה"מ הנ"ל שכ' שם וז"ל שאלת על הא דאמרי' אפטרופא לדיקנני לא מוקמינן הרי שהעמידוהו אם מצי למימר לא ניחא לי במאי דעבד או לא. תשובה זו מחלוקת בין הראשונים כי לדעת הרא"ש ז"ל אם העמידוהו לאו כלום הוא והרשב"א ז"ל כתב נהי דאין ב"ד חייבין להעמיד לדיקנני אפטרופס אבל אם העמידוהו ונתרצה כל מה שעשה עשוי והר"ן ז"ל כ' שתי הסברות ולא הכריע בהן (עי' כל זה בב"י לקמן סי' רפ"ה) אבל מדברי רש"י ז"ל נ"ל שהוא סובר כדעת הרשב"א ז"ל שכ' בפ' המפקיד אפוטרופא לדיקנני לא מוקמינן אין ב"ד טורחין כו' וכן דקדקתי מלשון הרמב"ם ז"ל (הובא בש"ע סי' רפ"ה ס"ב) שאין ב"ד חייבין להעמיד אפטרופס לגדולים כו'. וכן דעת בעל מ"מ שם וכ"ש היכא דאיכא יתומים קטנים וגדולים דמגו דנחית לחלק הקטנים נחית נמי לחלק הגדולים ומה שעשה עשוי כיון שמנוהו ב"ד

עכ"ל ולכאורה נראה דהכא גם הרא"ש ז"ל מודה דדוקא סתם גבי שבוי שהיורש מוחה בהעמדת אפטרופס ס"ל להרא"ש שהיורש יכול למחות שלא יפסידו לו משא"כ הכא שעתה גם היורש רוצה בכך להעמיד אפטרופס כדי שיוכל למכור שזה הוא טובתו. וע' ג"כ בתשו' הרב המבי"ט ח"א סי' קכ"ב לאחר שהאריך שם דאין הלוקח יכול לחזור בו בטענה שלא היו בני עשרים (וכמו שיובא לקמן סי"ד סק"ח) כתב אח"ז ועוד נ"ל שאפי' נאמר שהלוקח יכול לחזור בו כמו שנראה דעת הרשב"א ז"ל כיון שאשת המת שהיא אפטרופא שסמכו בניה עליה מכרה ג"כ מכרו קיים דהא תניא בפ' הניזקין כו' וכיון שאפי' כשהם קטנים יכול אפטרופא למכור בנכסי אביהם אף למכור ברחוק ולגאול בקרוב ברשות ב"ד מכ"ש כשהם גדולים בני י"ג שיכולים למכור בקרקעות שלהם יוכלו למכור ג"כ בקרקעות אביהם ברשות האפטרופס דליכא הכא טעמא דאמר בגמ' דמקרב דעתיה לגבי זוזי כיון דאיכא אפטרופס בהדייהו וכ"ש אם ב"ד הסכימו ג"כ אח"כ במכר כו' וע"ש עוד שכתב דמה שטען עוד הלוקח שנמכר בלי הכרזה ואמרי' שנעשה כטועים בדבר משנה (וכמ"ש לעיל סי' ק"ט ס"ג) אין בטענה זו ממש שלא הוזכר מעולם הכרזה בנכסי יתומים אלא כשהם קטנים פחותים מבני י"ג שנה כז' ע"ש וצ"ע:

ז **אין ממכרו ממכר**. ע' בתשו' רשמי שאלה סי' נ"ד בעובדא ביתום שהביא ב' שערות ויש לו יד בטיב מו"מ והוא בר ט"ו שנה שהשכיר ביתו שירש מאביו על משך ששה שנים רצופים והיה לו אפטרופס שנעשה כב"ד וטען האפטרופס שלא ידע מזה. וכ' דלכאורה אין בשכירתו כלום כפי המבואר בסי' רל"ה ס"ה בהשכיר מקום המטלטלין דמוכח מזה דשכירות ליומא ממכר הוא (כמ"ש בסמ"ע שם) וא"כ ה"נ בנ"ד אינו יכול להשכיר קרקעות מורישו עד שיהא בן עשרים שנה אך באמת ל"ד דבשלמא התם שכר לו גוף המקום ללוקח ולהיות כשלו אבל בנ"ד אינו ממכר אלא להנאת שכירות אבל גוף הקרקע לבעלים וכן מחלק הש"ך בסי' שי"ג סק"א כו' ועוד דבלא"ה ל"ד לדסעיף ה' דהתם איירי בקטן ממש דמדין תורה אין מכירתו מכירה אבל בנ"ד אחר שהגדיל ויודע בטיב מו"מ דאינו אלא תק"ח שאין לו למכור בנכסי מורישו מאן מפיס להחמיר בזה גם בשכירות ומכ"ש לפ"ד הב"ח שהובא בש"ך סי' שי"ג שם דהך שכירות ליומיה ממכר גופיה אינו אלא דרבנן והוי תרי דרבנן כו' ומצדד עוד שם לחלק בעובדא כנ"ל ומסיים מכל הלין טעמי נלע"ד דשכירות של היתום הנ"ל קיים ע"פ ד"ת בלי פקפוק וגמגום ע"ש:

ח **חוזר ומוציא כו'**. עי' בתשובת המבי"ט ח"א סי' קכ"ב סכתב דמוכח חלשון הרמב"ם (והש"ע) מדלא כתב שממכרו בטל ושניהם חוזרים דמשום תקנתא דידיה הוא שתקנו חכמים שלא יוכל למכור ושיוכל לחזור בו עד שיהיה בן עשרים אבל כל כמה דלא

הדר ביה המכר קיים ואין הלוקח חוזר בו וכן משמע ממ"ש הה"מ שם כו' וה"נ משמע לישנא דגמרא ואי אמרת זביניה זביני מזבין לכולהו נכסי כו' ומ"ש הרמב"ם שם (בש"ע לעיל ס"ט) אבל קרקע שירש מאבותיו כו' אין ממכרו ממכר עד שיהא בן עשרים לאו למימרא דבטלה מהשתא אלא שאין הממכר קיים שלא יוכל לחזור בו וזה שהוא פחות מבן עשרים ונדומה לזה בדין קטן שקנה קרקע כתב המ"מ ונראה שהקטן יכול לחזור בו ואין המוכר יכול לחזור בו וכן בדין מי שפרע כו' ובאמת דעת הרשב"א ז"ל אינו כן כמבואר בתשובה המיוחסת לרמב"ן כו' וכן מבואר בנ"ד פ' מי שמת בשם הריטב"א ואפ"ה נ"ל ברור כי לדעת הרמב"ם ז"ל אין הלוקח יכול לחזור בו ואנו דנין בגלילות אלו ע"פ ספריו כו' ועוד כי אפי' לדעת הרשב"א ז"ל מ"מ בנ"ד (בעובדא דשם) כיון שנשבעו היתומים אינם יכולים לחזור בהם שהרי הם גדולים ונדריהם נדר ושבועתן שבועה ובני מלקות נינהו וכיון שהם אינם יכולים לחזור כדי שלא יהיו עוברים על שבועתם גם לוקח א"י לחזור בו אפי' לדעת הרשב"ם ז"ל שהרי אין הלוקח חוזר לדעתו אלא משום שהיתום יכול לחזור וכיון שהיתום אינו יכול לחזור גם הוא אינו יכול לחזור וכ"ש אם לוקח ג"כ נשבע לפרוע לו כשקנה ממנו. ועוד נ"ל שאפי' נאמר שהלוקח יכול לחזור כמו שנראה דעת הרשב"א ז"ל ותלמידיו מ"מ כיון שאשת המת שהיא אפטרופא שסמכו בניה עליה מכרה ג"כ מכרן קיים כו' עכ"ד ע"ש:

ט **שחייב לשלם**. עבה"ט וע' בתשובת רע"ק איגר זצ"ל סי' קמ"ז שכתב מתחלה דלדעת הסמ"ע דס"ל אפי' בקטן שלא הגיע לועה"פ חייב בלוה לצורך מזונותיו לכאורה ראיה ברורה לדבריו ממ"ש הב"י בסי' קכ"ח במי שזן יתום קטן דקטן ממש דל"ש הו"ל להתנות חייב לשלם כשיגדיל הו"ל זן דרך הלואה ושוב כתב דאינו ראיה דאף אי נימא דלא כהסמ"ע היינו רק בהלוה לו מעות למזונות דבשעה שהלוה מעותיו לקטן עדיין לא נעשה צרכו דקטן ולא נשתעבד הקטן לשלם הלואה כו' אבל בזן אותם דרך הלואה כיון דמוציא המעות לצרכי יתומים חייבים לשלם ע"ש עוד ויובא לקמן סי' רמ"ו סי"ז סק"ג:

סימן רלו

א **להוציאה**. עבה"ט שכתב אבל הרא"ש בשם ר"ג והטור כו' ועיין בתשובת שב יעקב חח"מ סי' ט"ז (שרמז עליו הבעה"ט שהסכים ג"כ לדעת אלו הפוסקים דלא כהרמב"ם. וע"ש עוד בעובדא בראובן שקנה בית של לוי מן עובד כוכבים שהיה בע"ח של יעקב אביו של לוי שגבה חובו מהבית שהיה עדיין נכתב בערכאות על שם יעקב אף אחרי נמכר ללוי בנו ע"פ ד"ת ובעת ההיא לא היה לוי בביתו כי נתפס בארץ רחוקה וקרובי לוי

התרו בראובן שלא לקנות הבית כי שלא כדין גבה העובד כוכבים ובחזירת לוי לביתו ילך במשפט עם העובד כוכבים וראובן לא השגיח וקנה הבית ואח"כ כשבא לוי התרעם מאד על ראובן וביקש לתבעו בדין רק אמר טוב לי לילך תחלה עם הבע"ח עצמו במשפט כי אפשר צריך להחזיר לי בחנם וכשהלך להמשפט השיבו לו שצריך משפט זה לבא דוקא לפני המלך ירום הודו בעצמו וכן עשה רק באשר צריך לזה רוב הוצאה וביטול זמן חזר מדרך זה וחשב טוב לי להחזיר ההוצאה לראובן שיחזיר לי הבית אי ראובן אינו רוצה להחזירו ללוי הדין עם מי והשיב שצריך להחזיר הבית ללוי ובנ"ד גם הרמב"ם מודה דזה הוי כאין הבעלים מודה אף דלוי בנו של יעקב מודה שאביו היה חייב עכ"פ לוי כשייך לו הבית אינו חייב לו כלום רק הבע"ח אומר כשהבית שייך לאביו החייב לו וזה אינו מודה לוי כו' ואין לומר כיון שמושל ומשפט באותו עיר היה ובודאי נגבה הבית להבע"ח במשפט ערכאות א"כ דינא דמלכותא דינא כמו שהובא בס"ס רל"ו זה אינו הואיל שנגבה הבית לבע"ח בטעות שהיו סבורים שעדיין שייך לאביו כו' ואין זה דומה למה שאמרו בש"ס ואי איכא בי דואר ולא אזיל קביל אחולי אחיל שהרי באמת הלך לקבול במשפט ולא מחיל כו' וגם אפי' כל מה שהוציא ראובן על הבית בבנינים הוי כמוציא שלא ברשות כמבואר בש"ע ס"ח ומכ"ש לאחר ההתראה שלא היה לו לבנות כלום ועוד נראה דאפי' היה הבית שייך לאביו יעקב ונגבה בדין בעד חוב יעקב היה צריך להחזיר לבעלים כדין שומא הדרא לעולם כמבואר בש"ס ובש"ע סי' ק"ג אף דמבואר שם אם מכר הבע"ח הקרקע לאחר לא הדרא דהלוקח אדעתא דארעא נחית שאני הכא דהתרו בראובן תחלה שלא יקנה כו' ומסיים מכל הני טעמים נראה דצריך ראובן להחזיר הבית ללוי והיה אפשר לצדד שצריך להחזיר בחנם ובפרט בנ"ד שלוי רוצה ליתן לו כל מה שהוציא ע"ש:

ב **מלבד ספרים**. ע' בש"מ ב"מ פ"ב דף כ"ד ע"ב בד"ה שאני נהר ?בירן העתיק שם תשובת הר"י אבן מיגש ז"ל בענין כיוצא בו עד ולענין הקונטרסים שתפרן אין בתפירה כלום לענין הדין ואם ישר בעיני ראובן תפירתם יתן לו מה שהוציא בהן ואם לאו יסיר את העור מעליהן ולוקח קונטרסיו בלתי תפירה כו' עש"ה:

סימן רלז

א **ובא אחר וקנאו**. עבה"ט וע' עוד מדינים אלו בתשובת חתם סופר חח"מ סי' ס"א וסי' ע"ט וסי' קי"ח באריכות ועמ"ש לעיל סי' קנ"ו ס"ה סק"ג ובס"ק ז':

ב **נקרא רשע.** כ' בספר ארעא דרבנן אות תצ"ט וז"ל נסתפקנו אי הוי דבר תורה או מד"ס נמי רשע מיקרי ומצאתי למור"ם בח"מ סי' ל"ד כ' המגביה ידו על חבירו להכותו פסול לעדות מדרבנן משמע דס"ל דמד"ס נמי רשע מיקרי ודוק עכ"ל. וא"י למה לא זכר דברי הסמ"ע שם סק"ז שכ' אע"פ שהוא איסור דאורייתא מ"מ מאחר שאינ בו מלקות כו' ע"ש וצ"ע. וע' בתשובת מהרי"ט ח"א בחי' על הרי"ף פ"ג דקדושין מבואר דנקרא רשע מדברי קבלה שכ' שם וז"ל והא דאמרינן עני המהפך כו' דנקרא רשע לא איתפרש היכא אשכחן דנקרא רשע נהי דעבריינא מקרי דכל דעבר אדרבנן שרי למקרי עבריינא אבל רשע דנ"ל כו' ונראה משום הא דאמרי' ס"פ הנשרפין ואת אשת רעהו לא טמא שלא ירד לאומנות חבירו וכתיב בתריה צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה אלמא רשע מקרי בחדא מהנך ואע"ג דיורד לאומנות חמיר טפי משום דפסק לחיותיה מ"מ התם בשל הפקר מירי ומהפך בחררה של שכירות שוה הוא לנכנס לאומנות של הפקר כדמוכח מדברי התוספות ותרווייהו רשע מקרי עכ"ל וע' בתשובת ח"ס חח"ס סי' ע"ט שהביאו וכ' עליו ודפח"ח והאריך שם בביאור דבריו במ"ש כדמוכח מדברי התוספות ע"ש. וע' בה"ט סק"ו מ"ש והריטב"א הביא משם ר"ת וכ"מ שאמרו חכמים דנקרא רשע מחייבין אותו להחזיר המקח והוא ז"ל חולק עליו כו' ועיין בנ"י פרק חזקת הבתים בסוגיא דעובד כוכבים מכי מטא זוזי לידיה אסתליק ליה שכ' ג"כ וז"ל והעלו האחרונים ז"ל דבמקום שנקרא רשע מ"מ אין מחייבין אותו ב"ד להחזי' מדאמרינן פ' האומר בקדושין דף נ"ט זבוני לא מזבנינא כו' שלא כדברי ר"ח שפי' שמחייבין עכ"ל גם בתשו' מהרי"ק סוף שורש קצ"ב כ' כן בפשיטות ע"ש וכן פסק בתשו' מהרש"ל סי' ל"ו וכ' שם בזה"ל ותמה אני אם יצא דבר זה מפי ר"ת ז"ל שאלמלי נשתכחה תורה מישראל החזירה בפלפולו וישגה בזה וגם אני לא מצאתי רמז בכל הפוסקים שום צד ה"א לחזו' המקח אלא לקרותו רשע כו' והאריך בזה ע"ש וכו הסכים בתשו' משאת בנימין סי' כ"ז ע"ש (ועמ"ש לקמן סי' רנ"ט ס"ז סק"ג) . ועיין בתשו' חמדת שלמה סי' ד' שהזכי' דברי מהרש"ל ומ"ב הנ"ל והסכים עמהם דאין בו דין חזרה כלל רק שמכריזין שעשה מעשה רשע כדי להכלימו שלא יעשה כזאת וכ' דאפשר יש ביד ב"ד לענשו ?עונו אחר דרך קנס כדי שלא יעשה כזאת אבל המקח קנה לגמרי כו' וכ' עוד דבשוגג דלא ידע פשוט דאין עליו שום דין כלל ומה שאמר ר' יצחק לר' אבא (בקידושין שם) השתא נמי ניתבה ניהליה מר הוא רק למדת חסידות. וע"ש עוד שכתב וז"ל ולענ"ד יש מקום ספק היכא דהיה מזיד אף אם מחזיר המקח מתוקן בזה המעשה רשע שעשה וכדאיתא בב"מ דף כ"ו נטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה עובר בכולן ואף על גב דהחזירה לאחר יאוש

מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה ועיין בח"מ סי' רנ"ט דכל היכא דאין בו חזרה אין האיסור מתוקן בהחזרה אם לא שעשה כן דרך תשו' וחרטה אבל אם אינו עושה כן רק להנצל מן ההכלמה שיכריזו עליו ברבים אין בזה די השב כיון שלא ניתן להשבה ומשנה בעלמא הוא דיהיב עכ"ל ע"ש:

ג **אבל אם מחוסרין כו' מותר לאחר לקנותו.** עיין בפרישה שכ' ועתה נוהגין לפסוק על כיוצא בזה שהוא השגת גבול ולכאורה נראה לחלק דכשבא א' לקנות דבר מהשני ומחולקים בפיסוק הדמים זה אומר קחהו בששה וזה אומר תנהו ד"מ בארבע' ומתעסקים בפיסוקו זה להוסיף וזהו לגרוע ולולא שבא השלישי היו משווים נפשם זה מקרי גם כן הסגת גבול והא דאמרו שאינו נקרא הסגת גבול עד שיהיו משווים בפיסוק היינו כשהלוקח הלך מהמוכר ואמר לא אתן יותר מזה עכ"ל ואיני יודע למה לא הזכיר מזה בסמ"ע:

ד **ויש מי שכ' שהוא חר"ג כו'.** עיין בתשו' ח"ס חח"מ סי' ק"ד שכ' דמלשון רמ"א משמע לכאורה דלא ברירא כולי האי שיש חרגמ"ה שלא לשכור דירתו של חבירו מהעכום"ז דכתבו בלשון יש מי שכתב אולם ראיתי בתקנת רגמ"ה שבסוף תשו' מהר"ם ב"ב דפוס פראג כ' תקנה שלא לשכור בית עובד כוכבים שדר בו ישראל עד מלאות לו שנה אחר שיצא ישראל מהבית (וכן הוא בתשו' מהר"ם מינץ סימן ק"ב ע"ש עוד מזה) ואם כן מ"ש רמ"א יש מי שכ' צ"ע כי אין ספק וחולק ע"ז אך נ"ל דקאי אמה שהוסיף וה"ה במקום שנהגו לשכור ההלואה שזה כתבו מהרמ"פ סי' מ"א מסברא דנפשיה דמה לי הלואה וחנות ומה לי דירה ובאמת יש לחלק כו'. וע"ש עוד אודות חד גברא ששכר כפרים מהשר ובתוכם כפר א' שדר והוחזק בו יהודי אחר ודחאו מביתו וחזקתו ועמדו לפני בד"צ ויצא פס"ד שיחוש לנפשו מלהלכד במצודה וע"כ עליו החיוב שיחזור להשכי' זה הכפר ליהודי זה באותן דמים שהחזיק מהשר וגם שיהיה לו כל יפוי כח כמקדם והנה זה לא שמע לקול מלחשים ולא רצה להשכיר אלא בסך עצום יותר ובתנאי שלא ימכור יי"ש להדרים תחת כפרים ששכר הוא שלא להפסידו (עמ"ש לעיל סי' קנ"ו ס"ה סק"ח) ואחר שראה זה היהודי צרתו וא"א לו לזוז ממקום חיותו התרצה גם לזה אך בתחלה מסר מודעא ושוב עשה עמו קאנטראקט כרצון של זה הגבר אלם בביטול כל המודעות ועתה בהגיע זמן לפרוע שכירות של חצי שנה גילה לו שמסר מודעא ונתעצמו בדין כו' והשיב כי יפה דקדקו הבד"צ בלשונם בפס"ד שלהם שיחוש לנפשו מלהלכד במצודה כו' משמע שלא פסקו אלא דינו איסור והיתר שיחוש לנפשו מחומרת חר"ג ועשה זאת והנצל אבל לא פסקו שלא הועיל קנינו מהשר שיהיה כנכסי מדבר וממילא

ישאר לישראל ראשון כי פשוט שר"ג לא הפקיר נכסיה ולא ביטל קנין אלא החרים שלא לעשות כו' והאריך לבאר דלא שייך בזה לבטל קנינו מהשר מטעם אי עביד לא מהני (עמ"ש לעיל סי' ר"ח סק"א) ומסיק וכ' דאפילו לא היה משכיר כלום והיה מחזיק לעצמו אין אדם יכול להוציא מידו כי שכירותו מהשר שכירות מעליא היא רק דעביד איסורא וח' כרוך על עקבו ומכ"ש השתא שהשכירו לישראל קמא שלא להוציאו מביתו רק שלא בא לתקן עותתו והשכירו ביותר לא שייך לומר א"ר לא תעביד דלא א"ר לא תקח יותר אלא לא תשכור ועבר אתמול ושכר היום ואינו עובר כלום אלא אינו מנתיק לאו דידיה ואילו היה לנו רשות היו מכין אותו עד שת"נ לאמר קיים מצוה שעליך ומשום כן לא יזדקק שום ב"ד להוציא מיד השוכר יתר על שכירתו כדי שלא לסייע ידי עוברי עבירה אבל העבריין יטעון אם לא יתן לי המותר אינני מניחו כלל בבית כי הבית שלי הוא ואדעתא דמותר השכרתיו אע"פ שהוא באיסור ואי לא לא ואין כאן ענין למסירת מודעא כו' רק ה' יתן בלבו לשוב וירחמהו ויתהפך חרם לרח"ם עכ"ד ע"ש:

ה **יכול בעה"ב אחר.** עבה"ט וה"ל כדבר שאינו מצוי ועיין בנה"מ שכ' ולפ"ז לדיעה האחרונה דלעיל ס"א דאוסר אפילו במציאה גם בזה אסור ולפ"ז מוכח דגם המחבר סתם כאן כדיעה הראשונה עכ"ד. ועיין בנ"צ הארכתי בענין זה:

סימן רלח

א **אף על פי שאין העדים יודעין אם יש לו.** עיין במרדכי סוף פרק המוכר פירות שכ' בזה וז"ל פשיטא דלית להו למידק אי קושטא קאמר או לא דמאן לימא להו שאינו של אחד שבסוף העולם הא אינהו לא קא מסהדי אלא על המתנה שהוא נותן כו' עכ"ל: ונלע"ד דהיינו דוקא היכא שאין ידוע שאין להם שאותו הבית היה בחזקת אדם אחר בזה אין להם לחוש שמא של אחר הוא כיון דלא מסהדי אלא על המתנה אבל אם ידוע להם שהיה הבית בחזקת של אחר והוא אומר להם שקנה ממנו או נתן לו במתנה בודאי דאין להם לעדים לכתוב עד שיראו שטר קנין או עדי חזקה והוא בכלל מ"ש אין כותבין שטר ללוקח אלא מדעת המוכר וכ' הסמ"ע סק"ה דאף אם לכתוב בלשון שאמר להם איך שקניתי שדה פלוני מפלוני כו' דגם לזה אין שומעין לו דאף דא"י להוציא השדה מיד המוכר בשטר כזה מ"מ יהיה קצת קול ויזולו נכסיה כו' ע"ש וצ"ע. ועיין בתשובת אא"ז פמ"א ח"ב סי' ב' אודות שטר מכירה שכתוב בו איך שבא לפנינו ראובן ואמר לנו הוו עלי עדים וכתבו ותנו ליד שמעון אותו חצי בית שהיה שייך לגיסי לוי ולקחנו אותו מגיסי לוי ע"פ דת ודין תורתנו ומעתה החצי בית עם כל זכיותיו יהיה שייך לשמעון כו' כנוסח

שטרי מכירות ועתה באו בע"ח של לוי ורוצה לגבות חובו מן חצי בית של לוי הנ"ל באמרו שמעולם לא הוחלט לראובן וראובן אין לו שטר מכירה מלוי ולא עדי חזקה רק ראובן אמר מעצמו כך לעדים ונשאל אם יכול זה הבע"ח להוציא מחזקת ראובן שנזכר בשטר שאותו חצי הבית לקח מגיסו לוי על פי דת ודין תורתינו ומסתמא עדים אכולי מלתא מסהדי כו' והשיב שדעתו נוטה שראובן צריך לברר שניתן לו ע"פ דת או בשטר או בחזקה אבל אם א"י לברר בשטר או בחזקה חצי הבית ברשות גיסו לוי עומד והודאת לוי אינה כלום במקום שחב לאחרים ובע"ח של לוי גובה מן הבית הנ"ל ולא דמי לאם כתבו בשטר אמר לנו יוסף בן שמעון שלי"ט אי הכהן שהביאו הפוסקים בח"מ סי' מ"ט דהתם לא משתמע מלתא שהוא אמר להם כך רק העדים מעידים שאותו יוב"ש שלי"ט או הכהן אמר לויתי כך וכך ואי לאו דידעי שהוא הכהן או השלי"ט לא כתבו כן אבל בנ"ד שכתבו בפירוש ואמר לנו הוו עלי עדים ותנו ליד שמעון אותו חצי בית שלקחנו מגיסי ע"פ דת ודין תורתנו י"ל שהעדים לא ראו שום החלטה מב"ד או שטר מכירה רק סמכו על מה שאמר להם המוכר וראיה ברורה לזה דהא אם מסר מודעא לפני עדים ואמרו דעו שאני מוכרח למכור מחמת אונס אי לאו דכתבי ואנן ידעינן באונסיה לא הוי מודעא ולא אמרי' מסתמא מדחתמו העדים על דבריו ש"מ דידעו שהיה לו אונס כו' ועוד ראיה מהא דפסקינן בסימן רנ"ה ס"א ש"מ שאמר יש לי מנה ביד פלוני כותבין העדים כך וכך צוה לנו אע"פ שאין יודעים כו' ואיתא הטעם בש"ס ב"ב קל"ח ע"ב דלא חיישינן לב"ד טועין משום דב"ד אחר עדים דייקי וא"כ בנ"ד נמי ב"ד אחר עדים דייקי וצריך להביא ראיה איך קנה החצי בית הנ"ל עכ"ד ע"ש. ולכאורה דין זה מבואר להדיא בסמ"ע סק"ה הנ"ל שכתב דא"י להוציא השדה מיד המוכר בשטר כזה. וא"ל דעכשיו שכתב הסמ"ע דאין העדים רשאים לכתוב אף בכה"ג אם כן אולי נימא חזקה שכדין עשו ומסתמא היה ידוע לעדים שבאמת לקח מלוי דז"א דהא מבואר לעיל סי' ר"ה ס"ה ברמ"א מיהו אם כבר נכתבה המודעא והביא עדים כו' ש"מ דלא אמרינן בכה"ג חזקה שכדין עשו מדצריך אח"כ ג"כ להביא עדים ודו"ק מיהו יש לומר דבאמת זה נכלל בראיית הפנים מאירות הנ"ל מאם מסר מודעא ולא נכתב וידעינן באונסיה וצ"ע:

ב **הלוקח נותן שכר**. עיין בתשובת משכנות יעקב סי' כ"ז שכ' דלכאורה משמע שאין קפידא על שטר המכר שיהא של המוכר כיון דהלוקח נותן השכר הרי הוא קנוי לו במעותיו כו' אבל בחידושי הרמב"ן כ' בהדיא דהא דאמר והלוקח נותן השכר תקנת' חכמים הוא שמי שנשכר יתן השכר ומיהו נעשה כאמר לו הילך זוזי והקנה השטר למוכר כו' והדברים וכו' מבוארים בש"ס גיטין כ' והאריך ע"ש בזה ומסיים וז"ל נמצינו

למידין מסוגיא זו דבשטר מכר וקנין ממון צריך להיות קנוי השטר למקנה תחלה והוא ימסרנו לקונה ואי לא לא קנה כלל ולהך עובדא דזקן וכו' לא כמו שנוהגין עתה לפעמים שהקונה כותב על נייר שלו או מצוה לכתוב ולחתום בידיעת המקנה שאין בא ליד המקנה כלל שיזכה בו תחלה וימסרנו אחר כך לקונה וא"כ לא זכה בו המקנה מעולם והוי כחספא בעלמא ואין קונה בו כלל וצריך להזהר בדבר ולהודיע לסופרים כי התקלה מצוי מאד ומוציאין ממון בשטרות כאלו שלא כדין עכ"ל ע"ש:

סימן רמ

כל שדעתם נוטה. עש"ך סק"ד מ"ש וצ"ע על הטור שלא פי' כר"ח כו'. ועיין בס' קרבן נתנאל פ' מי שהיה נשוי אות ל"ו מ"ש עליו בזה:

סימן רמא

א **מחל לחבירו.** עיין בס' בית מאיר באה"ע סי' ל"ח סל"ה שכ' וז"ל וכבר נסתפקתי במה דקיי"ל בחו"מ סי' רמ"א דמחילה א"צ קנין אם דוקא בלשון המוזכר שם מחל לחבירו דמשמע בפניו או לאו דוקא דה"ה כשמחל בפני עדים או אפי' בינו לבין עצמו שוב אינו רשאי לחזור ולתבוע כי כבר זכה במה שבידו וכדאיתא סי' קצ"ה ס"ב דמסתמא ניחא לו. א"ד שאני מתנה דעכ"פ הזוכה בגינו הוא במעמד הנותן משא"כ במחילה שלא בפני הנמחל י"ל שאינו זוכה טרם ששומע זכותו ולפום רהיטא משמע הכא (באה"ע שם) דצריך דוקא בפניו אך אפשר לדחות כו' עכ"ל ושם בסי' ק"ו ס"ד דעתו לעיקר דמועיל מחילה אף שלא בפני הנמחל עש"ה:

ב **היה לו שטר.** עבה"ט עד ולפ"ז הוי ספיקא דדינא כו' וע' בתשובת באר יצחק אה"ע סי' ע"ז ענף ד' שכ' ומרגלא בפומי לדון על כתב יד שתפוס המלוה דמהני מחילה לטעם של הכנה"ג הביאו הקצה"ח לעיל סי' י"ב דלכן לא מהני מחילה בתפוס שטרא משום דהוי כגבוי א"כ הא מבואר בגיטין ד' ל"ח דבשטר שאין בו אחריות נכסים גם לב"ש לא הוי כגבוי ע"כ בכת"י דאינו גובה ממשעבדי מהני מחילה לכ"ע משום דזה לא הוי כגבוי עכ"ל ע"ש עוד ועמ"ש לעיל סי' י"ב ס"ח ס"ק י"ד וע' עוד מדין זה בסי' קנ"ג סט"ז ס"ק ג' ובסי' קע"ו ס"י ס"ק י"ב ובסי' ר"ז סי"א י"ד וע' עוד בתשובת שמן רקח ח"א סי' ע' מ"ש בזה:

ג **כל מחילה בטעות יכול לחזור.** עבה"ט וע' בתשובת זכרון יוסף סי' ד' שכ' על נדון דידיה וז"ל מ"ש מר דהוי מחינה בטעות יכילנא לשנויי ליה כיון דגם האחים לא ידעו

שתמות היתומה וא"כ לא הטעום לא הוי מחילה בטעות וכמ"ש בס' נחלת שבעה סי' כ"ד סק"ד בהדיא (שכ' שם וז"ל ועוד נ"ל דלא אמרי' דהוה פשרה בטעות אלא היכא שהיאך ידע והאי שנתאנה לא ידע כו' משא"כ אם האי לא ידע כמו האי ושניהם נכנסים בספק כו' עכ"ל) אך כבר הוכחתי נגד סברת הנ"ש הנ"ל מהך דא"ל ר"נ לרב ענן בב"ב דף מ"א כי היכי דאת לא ידעת כו' והוי מחילה בטעות וכ"מ בהדיא במס' ב"מ דף ס"ו ע"ב גני אסמכתא דהדרא ארעא והדרא פירי וכן מהא דבעי רבא לאותבי התם מאונאה כו' רק דבנ"ד לא הוי מחילה בטעות כלל דמחילה בטעות לא שייך אלא כשנתגלה להמוחל או לשניהם עכשיו דבר שהיה בשעת המחילה נעלם מהם משא"כ ע"י דבר הנולד אחר המחילה דאטו המוחל לחבירו בחזקת שהוא עני ואח"כ נפלה לו ירושה ונתעשר תהיה המחילה בטילה למפרע זהו ודאי דבר שאין לו שחר כלל ומוכח בכמה דוכתי בפוסקים רק אזכיר אחת מהנה מ"ש הרמ"א ס"ס רמ"ו וע"ש דלא אמרי' מחילה בטעות למפרע (ועמ"ש בפ"ת לאה"ע סי' צ"ט סק"ז) ועוד אני אומר כיון דלא מוכח מלתא לא אמרינן מחילה בטעות כו' עכ"ל ע"ש וע' בס"ק שאח"ז:

ד **אבל לאחר שנטל.** עסמ"ע סק"י עד או על דרך שכ' הטור ס"ס קנ"ד סל"ח דמחילה בטעות כי האי דלא מוכחא מלתא דבטעות היא הוי מחילה עכ"ל ועיין בתשובת זכרון יוסף סי' ד' שהביא דבת' שער אפרים סי' קל"א הקשה בן המחבר על הסמ"ע כאן דהא הב"י בבד"ה שם חולק על הטור בזה וגם בש"ע לא הביא דברי הטור הנ"ל וא"כ לדברי הסמ"ע יהיו דברי הב"י סותרין למ"ש בש"ע כאן עכ"ד והוא ז"ל תמה עליו דבאמת לק"מ דהסמ"ע לא הביא ראיה מדברי הטור הנ"ל רק שלא אמרי' מחילה בטעות היכא דלא מוכחא מלתא דודאי בזה אף הב"י מודה ולא פליג התם אלא עמ"ש דהתם לא מוכח מלתא והב"י ס"ל דהתם מוכח מילתא כמ"ש בבד"ה שם בהדיא אבל ודאי גם הב"י מודה דלא מקרי מחילה בטעות היכא דלא מוכח מלתא וכן בשו"ת הרמ"א סי' ע"ד מפורש דהיכא דלא מוכח מלתא לא מיקרי פשרה בטעות ע"ש ועמ"ש לעיל ס"ס כ"ה ס"ק י"ג:

ה **ויש חולקין** עבה"ט בשם ט"ז דקיי"ל כיש חולקין אלו ועיין בתשו' עבוה"ג סי' קי"ד שכ' דגם דעת המחבר ש"ע כן הוא דאף דכתב בתשו' מ"ע סי' צ"ג שדרך המחבר ש"ע להביא תחלה הדעת היותר מוסכמת כו' זהו היכי דכ' כדעה ראשונה בסתם אבל כשמביא גם הדעת הראשונה בשם י"א כמו בנ"ד ואח"כ כ' ויש חולקין נראה יותר שאין דעתו מסכמת עם הדעה הראשונה (ע' בהקדמת הפמ"ג יו"ד בכללים סי' ד') . וע"ש עוד מ"ש ליישב דעה ראשונה שהוא דעת הרמב"ם דגם הוא מודה היכי שאמר בית בביתי אני מוכר לך שעכ"פ ייחד לו בית אע"פ שלא ייחד איזה בית וכן דקל שבדקלים שסיים

לו עכ"פ קצת ודוקא היכי שסתם ביותר כגון שלא פרט ולא ייחד לו מקום כלל כו' ע"ש וכפי הנראה דבריו מכוונים למ"ש המגדול עוז שם:

ו **והוא שמחזירה.** ע' בקצה"ח סק"ד שהביא דברי הרא"ש פ' לולב הגזול והריטב"א בחידושיו פ"ק דקדושין דמבואר בדבריהם דצריך לחזור ולהקנות כשמחזירה (ע' בא"ח סי' תרנ"ח ס"ה בהגה) והוא ז"ל כ' דלולא דבריהם נ"ל עיקר שא"צ קנין כשמחזיר דמתנה ע"מ להחזיר הוא קנין הגוף לשעה רק דהוי שיור שנתנו לו עד זמן שיחזור לו כו' והאריך בזה ע"ש ובנה"מ סק"ה השיג עליו ומסיק דהעיקר כהרא"ש והריטב"א וכל הפוסקים דצריך קנין כשמחזיר ע"ש גם בתשו' חמדת שלמה סי' יו"ד חולק על דברי קצה"ח הנ"ל ע"ש. ועמ"ש בפ"ת לאה"ע סי' כ"ח סס"ק כ"ח בשם תשו' ח"ס אה"ע סי' ק"ו שכ' דדם רצה הלה למחול לו תנאו אינו צריך משיכה דקנין חדש לקנותו כו' ע"ש:

ז **בניו נותנין לו.** כ"כ ב"י בסי' ר"ז מחו' י"ז בשם הרשב"א ומפרש הטעם דודאי לי הוי קפידא משום דמסתרא שדוקא אתני דאיהו צריך להו אבל שתתן אין קפידא כל שניתן ומיד אחר זה הביא הב"י דברי הריטב"א בשם הרמ"ה שכ' גבי הא דאמרינן לי ולא ליורשי ש"מ דהא דתנן הלוהו על שדהו וא"ל אם אין אתה מביא לי מכאן ועד ג"ש הרי הוא שלי שלא נתקיים התנאי אא"כ מביא המוכר בעצמו ונותן ללוקח מדקאמר אתה ולי דלי ולא ליורשי משמע ואתה ולא יורשיך עכ"ל. ולכאורה הריטב"א בשם הרמ"ה פליג על דברי הרשב"א הנ"ל וס"ל דאין בניו יכולים לקיים התנאי אך מלשון הב"י שהביא דברי הריטב"א אחר דברי הרשב"א שלא בלשון פלוגתא משמע דלא פליגי אהדדי ובפרט דהב"י מסיים אחר דברי הריטב"א שכ"כ רבינו ירוחם בשם הרשב"א והוא מ"ש הב"י שם מחו' כ"ו בשם ר' ירוחם בנתיב כ"ז שכ' וכן אתה תתן ומת קודם שנתן לא קיים התנאי כו' כ"כ הרשב"א עכ"ל ואם כן יהיו דברי הרשב"א סותרים זא"ז. ואפשר ליישב ולומר דגם הריטב"א בשם הרמ"ה ור"י בשם הרשב"א לא קאמרי אלא היכא דאמר אתה תתן דמלת אתה יתירא ובזה חזינן דקפיד דוקא אתה אף שאין טעם להקפדתו (ובזה גם הרשב"א מודה) משא"כ אם לא אמר אתה רק שתתן גם אינהו מודו דלא דייקינן תתן ולא יורשיך כיון שאין טעם בקפידא זו וגם ליכא מלה יתירא רק בלי דייקינן אף שאין מלה יתירא כיון שיש טעם לקפידא דאיהו צריך להו וכדברי הרשב"א הראשונים הנ"ל וכן מדויק לשון רבינו ירוחם שהובא בב"י הנ"ל שהתחיל מתנה ע"מ שתתן ומת המקבל כו' וכן אתה תתן ומת קודם שנתן כו' ע"ש ודוק ולפ"ז יצא לנו דין חדש בדברי הרמ"א הנ"ל שכ' בניו נותנים לו כו' דדוקא בע"מ שתתן משא"כ באתה תתן דבזה גם הרשב"א מודה כנלע"ד. שוב מצאתי בס' בית מאיר לאה"ע סי' ל"ח סל"ו שתמה

בזה שדברי הב"י סותרים זא"ז וכ' וז"ל ואולי מן הסברא מחלקים בין שתתן סתם אין קפידא אבל אתה קפידא משמע להו כדמצינו כעין הבדל זה בין הולך לאת הולך בשליח הגט בגיטין דף כ"ד אף דשם לא פסקינן הכי מ"מ משמע להו לחלק הכי בתנאי וצ"ע שהרמ"א ז"ל אינו מחלק עכ"ל. וכעת ראיתי בתשו' חות יאיר סי' צ"א ובאמצע התשו' שעמד ג"כ בזה ע"ד הב"י הנ"ל ורצה ג"כ לתרץ כמ"ש ושוב כ' דהוא חוץ ממרכז האמת למדקדק בל' הרשב"א וביסוד הענין בש"ס פ' מי שאחזו ע"ש שנראה מדבריו שדעתו דבאמת הריטב"א פליג ע"ד הרשב"א הנ"ל (עמ"ש בשמו לעיל סי' ר"ז ס"ק י"א) וצ"ל לדבריו הא דסתם הרמ"א ז"ל כאן כדעת הרשב"א משום דהכא מיירי בשכבר החזיק המקבל בשדה וא"כ אפילו אי נימא דהוא ספיקא דדינא אין מוציאין מידו וצ"ע. וע' עוד בתשו' חו"י שם שכ' דהא דבניו נותנים לו דוקא בדירשו כסף או שוה כסף משא"כ בדלא הניח רק הבית או השדה כאחרים דמו. וכ' עוד וז"ל ובחידושי חדשתי שני דינים אמיתים בענין זה דלי ולא ליורשי חדא דדוקא בתנאי דדרך המתנה תנאי להקפיד על כל היוצא מדקדוק לשונו לכן י"ל דדקדק באמרו לי או תתן משא"כ במוכר לחבירו בית בעד מאתים שיתן לו מיד או אחר שנה ונגמר המקח בקנין ושטר ומת מוכר או לוקח דהמקח קיים והמעות הם חוב על הלוקח מה לי הם מה לי בניהם ולכך אפי' עבר זמ"פ ולא נפרע המקח קיים משא"כ בתנאי ואע"פ שהדבר פשוט צריכנא למודעי להציל מטעות הדיוק בזה דתתן ולי ונ"ל עוד דדוקא בדברי התנאי עצמו משא"כ בדברי המעשה וזה מוכח ממ"ש הרשב"א והוא הגה שבסי' רמ"א שדה זו נתינה לך דבניו נותנים ולא דייקינן לך ולא ליורשיך מיהו י"ל דהתם מיירי בשכבר החזיק המקבל בשדה דאל"כ ודאי אמרי' לך דוקא כדקיי"ל בנכסי לך ואחריך לפלוני ומת פלוני בחיי ראשון דזכו יורשי ראשון כבסי' רמ"ח ס"ג וה"ה בנכסי לפלוני ואחריו לך ומת בחי' פלוני (לכאורה לפי המבואר בחו"י שם דהריטב"א והרשב"א פליגי אהדדי וכמש"ל א"כ בדברי הרמ"א בהגה בלא"ה צ"ל דמיירי דוקא בשכבר החזיק המקבל בשדה דאל"כ יכול הנותן לומר קים לי כדעת הריטב"א בשם הרמ"ה דאיכא קפידא בתתן וכמ"ש הוא עצמו שם להלן על נדון דידיה שהזכרתי לעיל סי' ר"ז ס"ז בד"ה שכר לו רק דבדברי הרשב"א ליכא הכרח זה דהא לדידה פשיטא ליה דלא אמרינן כלל דווקא בתתן) והדין השני דלא דייקינן לי ואתה רק לטובת יורשיו וב"כ של המתנה והאומר כגון בנותן מתנה ע"מ שתתן לי כו' או הלוהו על שדהו וא"ל אם אין אתה מביא כו' או במכר ביתו ואמר לוקח ע"פ בקשת מוכר או בשעת המכר או בק"ס אם אתה מביא לי תוך שנה סך המעות אחזיר לך ביתך די"ל דדייק ואמר

דוקא אתה ודוקא לי משא"כ בהתנה המוכר ואמר אם אני מביא לך כו' תחזיר לי ביתי לא נימא לדייק לי ולך נגדו עכ"ל ע"ש עוד והבאתי לעיל סי' ר"ז ס"ז ס"ק י"א:

ח **אע"ג דהאומר כו'**. עסמ"ע ס"ק י"ח שכ' וכב"י בסי' ר"ז בשם רשב"א האומר שדי נתונה לך ע"מ שתתן לי בכל שנה ה' זהובים כו' עד אבל כל מה שנתחייב לאביהם מן השנים שעברו נותן הוא לבניו (והובא ג"כ בבאר הגולה) וע' בנה"מ שכ' דמיירי שלא התנה בתורת תנאי שיהא תלוי בזה קיום המקח רק שהתחייב עצמו המקבל נגד הנותן דאל"כ הוא תמוה דהא כ' הרב בהגה דלי ולא ליורשי משמע ע"ש. והלשון לא משמע כן רק דהיה בתנאי גמור. ובאמת לא ראה דק שייתו זאת כבר הקשה הרמ"א בד"מ בסי' ר"ז שם (הובא בחידושי הגהות אות ג') ובהגהת דרי"פ כ' ליישב דלק"מ דמאחר שראינו שזה כמה שנים לא פרע לו ולא חזר האב ולקח השדה מיד המקבל אומד דעת הוא דודאי דעתו היה לזקוף עליו במלוה ע"ש:

ט **יכול לתת לו דמי החפץ**. ע' בתשו' אא"ז פמ"א ח"א סי' צ"ב שכ' לפום ריהטא משמע אף שהחפץ הוא בעין יכול לתת לו דמי החפץ וכן משמע בטור א"ה ס"ס כ"ח. ונפלאתי דלא נראה כן מדברי הש"ס בגיטין דף ע"ה ע"א כו' וכן משמע בהרא"ש פ' לולב הגזול כו' עכ"ל ע"ש. ובאמת כן מבואר להדיא בתה"ד סי' שי"א דהיכא דאיתא לחפץ בעינא צריך ליתן גוף החפץ שהתנה וראייתו מדברי הש"ס הנ"ל והובא דבריו בקצה"ח ובנה"מ כאן ע"ש עוד:

י **פטור מלשנם**. ע' באר הגולה אות ק' ועי' במל"מ פ"ג מה' זכיה דין י' שכ' ויש להסתפק היכא דמת בתוך הזמן דאמרי' דפטור מלשלם אם מחזיר הפירות שאכל או לא דאפשר דחייב להחזיר הפירות שאכל משום דכיון דנאנס ולא החזירו הרי לא קיים תנאו ונתבטלה מתנתו וא"כ חייב להחזיר הפירות ומה שפטור מן התשלומין הוא משום דס"ל דנהי דלא קיים תנאי ונתבטלה מתנתו מ"מ לא ירד לוקח זה להיות כשואל ולא כשומר שכר אלא הרי הוא כשומר בעלמא ואינו חייב כ"א בפשיעה ואפשר לצדד עוד ולומר דכל שנאנס לא נתבטלה מתנתו משום דמה שהתנה ע"מ שתחזירהו לי אינו אלא כשתהיה בעין כו' ולפי צד זה כל שפטור מלשלם אינו מחזיר הפירות שאכל ומכח סברא נ"ל כפי צד הראשון דאם נאנס נתבטלה המתנה ואינו אלא נפקד בעלמא וחייב להחזיר הפירות ויש סעד לזה ממה שחייבו אותו בפשיעה כו' עש"ב ועיין בספר שער משפט שכ' דכן מוכח דעת המחבר ממה שפסק בא"ח סי' תרנ"ח ס"ד כו' ע"ש וע' בתשובת משכנות יעקב סי' מ"ה ובתשובת חתם סופר חח"מ סי' א' באמצע התשובה:

יא **אם נתקיים התנאי**. עיין בתשובת רע"ק אייגר ז"ל סי' קכ"ט שכ' בשם שו"ת הראנ"ח ח"א סי' ע"ז בנותן מתנה על תנאי ויש ספק בפירוש התנאי צריך רק לקיים הפחות שיש לפרש בכוונת התנאי והמתנה קיימת ע"ש:

יב **על המקבל להביא ראיה** עיין בתשו' שבו"י ח"ג סי' קע"א אודות ראובן שהבטיח ליתן מתנה לשמעון ע"מ שילך אל השררה להשתדל עבורו דבר מה והלך והשתדל עבורו בכל יכלתו לפי טענתו ודבורו רק שדבריו לא עשו פירות והוא מבקש מתנתו וראובן טוען איני מאמינך הבא ראיה שעשית כך. והשיב לכאורה דין זה פשוט בח"מ סי' רמ"א האומר לחבירו כו' על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו כו' אבל מ"מ צ"ע דהרי בא"ה ס"ה ל"ח הביא רמ"א ב' דעות די"א דאפי' תנאי בקום ועשה נאמן כל שאין כנגדו מכחישו וכבר תמה בזה בספר בית הלל שם והניח בצ"ע ולפום ריהטא צ"ל כיון שמלק ח"מ הוא אחרון י"ל דחזר רמ"א ממ"ש בא"ה דעה אחרונה וזה נראה דעת הלבוש שהשמיט בא"ה הגהות רמ"א הנ"ל וסמך עצמו אמ"ש בח"מ סי' רמ"א אבל אחר העיון יש לחלק בין קדושין וגירושין לתנאי ממון ע"פ דברי הר"ן פרק האומר וכו' ע"ש. ולכאורה מ"ש אבל מ"מ צ"ע כו' הוא רק לפלפולא אבל לדינא אין נ"מ בנ"ד כי לו יהא שיש שני דעות בזה והוי להוציא מהנותן ואפשר כוונתו אם המקבל תפס משל הנותן בלא עדים וצ"ע. ועמ"ש בפ"ת לא"ה שם:

יג **על הנותן להביא ראיה**. עסמ"ע הטעם דלעולם מוקמינן שנשאר הדבר כמו שהיה מעיקרא כו' וע' בתשו' מים חיים חח"מ סי' י"ז בזה עש"ה ועמ"ש לעיל סו' פ"ב סעיף י"ג סק"ט ובסי' קע"ו סי"א וי"ד:

יד **כדין התנאים הקיימים**. עיין בקצה"ח שכ' דבר חדש ובנה"מ השיג עליו די"ל דכל שלא נעשה כדיני תנאי לא הוי רק פטומי מילי ע"ש וכן בספרו תורת גיטין סי' קמ"ג סק"א ע"ש וע' בתשו' חמדת שלמה חח"מ סי' י"ד שחולק ג"כ על הקצה"ח הנ"ל ע"ש באריכות:

סימן רמב

לא חיישינן לסתמא. עיין בב"י שכ' ב' פירושים על סתמא דהרא"ש. הא' שכ' בשטר סתמא והב' שאמר סתמא כתבו ולא אמר כתבו בשוקא מ"מ יכולים לכתוב כן ופי' זה נראה לו יותר ע"ש וכן משמע מדבריו בש"ע כאן ולעיל סי' ס"א ס"ה גם בסמ"ע סק"י כ' פי' אם לא אמר הנותן בפירוש לעדים כתבו בשוקא כו' ע"ש ומבואר מזה דבכתוב סתמא לא מהני ופסול גם האידנא ועיין בתשו' רבינו עקיבא איגר זצ"ל סי' קל"ט שהאריך בזה (וגם למה נקט הש"ע דין זה בלשון יש מי שאומר) ומסיק שם על נדון דידיה וז"ל ולדינא

קשה להוציא הקרקע מחזקת יורשים דאף אם להרא"ש הא לפי החלטת הב"י י"ל דבכ' סתמא לא קנה וכן העלה לעיקר בתשו' מהרי"ט ח"ג סי' נ"ד ובתשו' משפטי שמואל סי' כ"ה וסיים דאף שהוא ספק ארעא היכי דקיימא תיקום ולזה בודאי ראוי ונכון לפשר והפשר יהיה נוטה יותר להיורשי' עכ"ל ע"ש:

סימן רמג

א **שנתנה מתנה בשעת חליה כו'**. עיין לעיל סי' פ"א ס"ב בהגה ובאה"ע סי' צ' סעיף י' בהגה ע"ש. וע' בתשו' אא"ז פמ"א ח"ב סי' קל"ד בדבר אשה אחת בחליה קודם מותה ביקשה מבעלה שיתן כרים וכסתות שלה לבתה העניה שיש לה מבעלה ראשון וכך אמרה לו כל זמן שאתה חי תשמש בהם אבל לאחר מותך יהיו שייכים לבתי והבטיח לה ואמרה לו תן לי ת"כ ונתן לה ת"כ על זה לקיים דבריו ואחר זמן מת בעלה הנ"ל ובתה רוצה ליקח הכו"כ מכח צוואת אמה שאביה חורגה הסכים על זה. ופסק דאין היורשים מחוייבים ליתן לה כי מצד שהבטיח לה בת"כ כיון שמת יורשין פטורים כמבואר בש"ך סי' קכ"ט ס"ה סעיף קטן ט"ז ובסמ"ע סי' ר"ז ס"ק נ"ג וברמ"א סי' ר"ט ס"ד בהגה ומצד מתנה לעני שכ' הרמ"א בסי' רמ"ג אשת שמעון שנתנה מתנה כו' עד לא יוכל לחזור בו זהו דוקא הבעל גופיה לא יוכל לחזור אבל לא יורשיו כיון דכל מתנה לעני אינו קונה אלא מטעם נדר כמבואר בב"י סי' זה ומה דהסמ"ע בסי' קכ"ה ס"ק כ"ה כ' דשייך שפיר גבי צדקה לומר אמירה לגבוה כו' לא בא אלא ליישב לשון הטור אבל לדינא ודאי מודה דאינו רק מטעם נדר וא"כ היכי שמת אין בניו חייבים לקיימו ובפרט בנ"ד שלא נתרצה אלא ליתן אחר מותו והביא דכ"כ להדיא בתשו' רמ"א ס"ס מ"ח שכ' על נדון דידיה וז"ל לא מבעיא דאם אמר ליתן לאחר מותו דפשיטא דלא חל עליו הנדר מעולם ואין היורשים צריכים ליתן אלא אפי' אמר ליתן מיד אין היורשין צריכין לקיים נדרו כל זמן שלא זכו עניים מכח קנין עכ"ל ולכן גם בנ"ד פשוט דאין היורשים מחוייבים לקיים נדרו ע"ש (עמ"ש בזה לעיל סי' רי"ב ס"ז ס"ק ט'. ולקמן סי' רנ"ב סק"ב) . ועיין ב"ש באה"ע סי' צ' סק"מ שכ' דמ"ש הרמ"א שם וכאן נתרצה הבעל צ"ל דאיירי דנתרצה בלי הפצרה שלה כמ"ש ביו"ד סי' רל"ב ע"ש י"ז ולע"ד אינו מוכרח לפמ"ש בתשו' שבות יעקב ח"ב סי' פ"א הבאתיו בפ"ת ביו"ד שם ס"ק ט"ז ע"ש:

ב **והלוקח יכול לחזור בו**. ע' בתשו' רשמי שאלה נ"ב והובא קצת לעיל סי' ק"צ ס"ז ס"ק ה':

ג **ליורשי נותן**. עבה"ט וע' בתשו' ושב הכהן סי' ח' מענין זה באריכות:

ד **אבל העובד כוכבים** עש"ך בשם תשו' מ"ב דהעובד כוכבים לעובד כוכבים נעשה שליח וכ"כ בבאר הגולה בשמו. וע' בזה במג"א בא"ח סי' תמ"ח ובב"ש באה"ע ס"ס ה' ועמ"ש בפ"ת שם ס"ק י"ג:

ה **הוי ספק**. עיין באה"ע סי' קל"ט ס"ח ובב"ש שם סק"ט ועיין בספר בית מאיר שם:

סימן רמה

א **י"א דקנה**. עיין בתשו' מהר"ר משה רוטנבורג חח"מ סי' ח' שעמד ע"ד הרמ"א ז"ל דכאן כ' י"א דקנה ובסי' ס' ס"ו עמ"ש המחבר שטר שכ' בו מחמת שנתתי כו' וטוען שלא היה ברשותו כו' כ' הרמ"א ז"ל מיהו כ"ז לסברת הרי"ף אבל רבים חולקים ע"ז וס"ל דכל האומר נתתי לפלוני כך וכך הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ובסי' קצ"א ס"ג כתב המחבר שטרי דידן שטרי קנין הם פי' בסמ"ע אף דכתב מכרתי ונתתי לשון עבר מ"מ מקנה עכשיו וגם בקרא מצינו נתתי כסף השדה. והרמ"א לא הגיה שם כלום דלדעת החולקין הוי לשון הודאה ושטר ראיה הוא כ"ז דלא ידעינן שמקנה עכשיו. וכ' דמדברי קדשו של הרמ"א ומהשינויים הנמצא בדבריו שבסי' ס' כ' שרבו החולקים ובסי' רמ"ה כ' דעת הר"ן בשם יש אומרים ובסי' קצ"א לא הגיה כלום נלע"ד ברור דאף החולקים על הר"ן בלשון נתתי לאו דס"ל דלשון נתתי אינו לשון הודאה אלא דס"ל דמשמע לשון הודאה וגם משמע לשון קנין משום דמצינו בקרא נתתי כסף השדה וכלל גדול אמרו בדין המע"ה אך כל זה בטענות על פה אבל כשמוצא שטר על חבירו אף דאמרי' בו ג"כ בכל לשון מסופק המע"ה אבל היכא דנתבטל השטר לגמרי אמרי' יד בעל השטר על העליונה כמבואר בש"ע סי' מ"ב ס"ט ובזה עולין פסקי הרמ"א כהוגן דבסי' פ' דאיירי בשטר ואי נימא דלא הוי לשון הודאה יתבטל השטר לגמרי וכיון שזה טוען שלא היה ברשותו אמרי' דהוי לשון הודאה ובסי' רמ"ה דמיירי דאמד לשון נתתי בדיבורא בעלמא דבע"פ לא שייך לומר דהיכא דנתבטל הענין יד המוציא על העליונה (ע' בהגה שם ע"ב) כ' הרמ"א ל' י"א והיינו דעת הר"ן ובסי' קצ"ח דאדרבה אם נימא דהוא לשון הודאה יתבטל השטר כיון דאנו יודעים דלא הקנה לו מקודם אלא עתה רוצה להקנותו אמרי' יד בעל השטר על העליונה ושטרי קנין הם כו' ע"ש:

ב **תנאים חדשים**. עבה"ט עד וגם כותבין בתנאים הקנס לא יפטור כו' וע' בט"ז ביו"ד ס"ס רל"ו ומ"ש בפ"ת שם וגם בבה"ט באה"ע סי' כ' ס"ק כ"ג ובסי' נ"א ס"ק י"א ומ"ש בפ"ת שם סק"ח. וע' בתשו' חוט השני סי' ל"ו אודות יעקב שטען על ראובן בנו הנה בהיותך פנוי דברת על לבי לאמר השיאני אשה ותתקשר בקנין ליתן לי סך גדול לנדוניא

ואין אני מבקש שתתן לי כלום רק שאוכל לעשות שידוך הגון וכן עשיתי וכאשר באתי על חתונתך לא רציתי ליתן כלום עד שתתן לי כתיבת ידך שתחזיר לי הכל והשבת הלא בנך אני וכי לא תאמין לי על דברי שאחזיר לך הכל והאמנתי בדבריך ונתתי לך תיבה אחת מלא חפצים ותכשיטין שוין בערך ב' אלפים למשכון ועשיתי ק"ס שיהיה לך עליו ז' מאות ואם לא אתן לך המעות לזמן ידוע תוכל למכור ולהשכין בכדי הסך הנזכר והכל עשיתי בפני מחותנך למראית עין ולכן החזר לי את פקדוני וראובן בנו השיב מעולם לא דברתי עמך מזה קודם התנאים רק אתה נתקשרת בהשידוך ונשתעבדת ליתן הסך הכתוב בתנאים בלתי ידיעתי ואח"כ ביום חתונתי בקשת ממני שאחזור לך ולא רציתי ואת"ל שנתרציתי לא היה אלא מחמת האונס כי לולא זאת היית נוסע לדרכך והיה השידוך מתבטל ולכך דברתי דברים אלו ומעולם לא היה בלבי להחזיר לך. והשיב דאם הוא כדברי האב הגם מה שהתקשר בתנאים ראשונים ליתן לבנו סך גדול היה בצווי בנו ובהבטחת בנו שאינו מבקש מאליו כלום רק שיעשה כן למראית עין וגם ביום חתונתו חזר והתנה עמו על כך ודאי שחייב הבן להחזיר לו ואף דבשעת הנתינה נתנו האב סתם מ"מ אפי' גילוי דעת שלפני המתנה מבטלת המתנה כדמוכח בנדרים ס"פ השותפין ובפרק חזקת הבתים כו'. אכן אם לא התנה עם בנו כן קודם שנתקשר בתנאים ראשונים רק נשתעבד סתם ליתן לבנו הסך הנזכר וכאשר טען בנו שלא דיבר עמו מעולם בדבר הזה אף ע"פ שהתנה עמו קודם נתינת הנדן שיחזיר לו את הכל אינו מחוייב להחזיר כי תיכף שנשתעבד בתנאים ראשונים בק"ס כבר נתחייב לבנו חוב גמור דזכין לאדם שלא בפניו וחייב להשלים תנאו ולכן גם אם הבטיחו הבן אח"כ ה"ל דברים בעלמא ואין בהם ממש. ואף דמבואר בפ' השולח דאתננה אינה מתנה וכל התנאים הם כתובים בלשון זה שיתן זה לבנו כך או שאתן לבני כך מ"מ הרי בדבר זה נחלקו הראשוני' ז"ל אי מהני קנין בלשון אתן וראוי לנו לדון בזה ככל ספיקא דדינא דהמע"ה ומעתה בנ"ד שהבן הוא מוחזק אין האב יכול להוציא ממנו דדלמא הלכתא כהני רבוותא דקנין מהני וממילא נתחייב לו תיכף משעת התנאים הראשונים וא"כ גם אם הבטיחו הבן אח"כ להחזיר לו יכול לחזור בו דדברים בעלמא הן עכ"ד ע"ש באריכות:

ג **תהא נתונה.** עבה"ט וע' בתשו' חות יאיר סי' פ' שכ' דאפשר לומר ולחלק בין לשון יהא ללשון יהיה (וכן בין תהא לל' תהיה) דלשון יהא הוא במשמעות תיכף ומיד משא"כ יהיה לעתיד משמע ולפמ"ש הש"ך בסי' רנ"ג סק"ב בשם המבי"ט כתבו בלשון יהא אכן בסי' רפ"א סק"ה העתיק לשון המבי"ט בלשון יהיה ויש לעיין במבי"ט עצמו עכ"ד. ואני עיינתי במבי"ט עצמו ונזכר שם ל' יהיה:

ד **הודאת בע"ד.** עיין באר הגולה אות כ' שכ' הרב המגיד בשם התוספות כו' וכיוצא בזה כ' הסמ"ע סק"ח. ובנה"מ כ' עוד דקצת פוסקים כתבו הטעם משום דהנותן הוא מוחזק ע"כ. ונראה דנ"מ בין אלו הטעמים היכא דבאו עדים ואמרו שהאמת כדברי הנותן ודוק ועמ"ש בנ"צ לעיל סי' ע"ה ס"א סד"ה ברר דבריך:

סימן רמו

א **ושולט בכל אשר לו.** עיין בתשו' חתם סופר חלק ששי ס"ס ס"ג במי שמת וצוה שאשתו תהיה גברת הבית וכתב דהוא לשון אפטרופסות עש"ה:

ב **דאיכא לאסתפוקי.** עיין בתשו' שבות יעקב ח"ב סי' קמ"ו אודות עשיר אחד שצוה לפני מותו על א' מבניו שאם ידרוש ברבים בבה"כ שינתן לו סך מה מעוזבונו יתר על חלקו בכן דרש ואחיו טוענין נגדו שלא דרש בטוב וגם למד מאחרים או מפי כתבים ואדעתא דהכי לא צוה אביו. והשיב דטענה ראשונה אינו טענה כלל ואין כל הדעות שוות בענין הדרוש וגם כוונת אביהם לא היה דוקא שידרוש מן המובחר אך טענה הב' שלח למד מעצמו אם טענה זו מבוררת ע"פ עדים טענתם טענה דודאי כוונת אביו היה שיתמיד בלימודו שיכול לדרוש מעצמו וע"י כן ברא מזכה אבא אבל לא בהתלבש בטלית שאינו שלו דעבירה היא בידו ואף די"ל אומדנא שדעת אביו היה רק שיכול לדבר ולדרוש בפני מלכי רבנן ולא יבוש אז יקבל שכר אף שאינו לומד מעצמו כגון שהדבר ידוע דלאו בר הכי הוא דאין כאן עבירה. זה אינו חדא דאין זה אומדנא רק ספיקא וכל היכא דאיכא לאסתפוקי בלשון המתנה על המקבל להביא ראיה ועוד דאפילו אם יהיה אומדנא בודאי מ"מ לא אזלינן בתר אומדנא להוציא מיורשים כמ"ש הרא"ש בתשו' הובא בח"מ ס"ס רפ"א בהגה אכן אם טענתם אינה מבוררת לאו כל במינייהו לסתור צוואת אביהם בלי ראיה רק יכולין להחרים סתם על זה או להבחינו ע"י אחד מהלומדים אם יכול לומר מעצמו פשט בדרוש שראוי לאומרו ברבים ואז יזכה במתנתו ע"ש. ועיין בתשו' ח"ס חח"מ סימן ט' אודות גביר שצוה לפני מותו ומינה אפטרופסים והפריש סך מסויים להיות קרן קיימת ומהפירות יעשו דברים טובים לתיקון נשמתו ופונקט א' הוא לבחור יניק וחכים הראוי לעמוד בהיכל מלכו של עולם ית"ש לשקוד על דלתי התורה עד יצליח להוראה ואותו היניק לא יהיה פחות מבן עשר שנים ולא יותר מבן ט"ו שנים לו יותן לסיועת תלמיד ופוסקים סך ב' מאות זהו' בכל שנה עד יגדל ויהיה בן כ"ה שנים ובתנאי כפול כמה פעמים שירחיק נדוד וילמוד בישיבה חוץ למדינ' דוקא והטעם מפרש כי איננו רואה במדינתו מקום מוצלח לישיבה ורשות ניתן לאפטרופסים לבחור הבחור

ההוא ויהיה השגחתם עליו שיעסוק רק בתורת ה' וביראתו כל היום ואם יראו שהנבחר יטה מדרך הישר ימין או שמאל או שלא יתמיד בלימוד התלמוד רשות בידם לדחותו ולבחור אחר במקומו עד כאן דברי הצווחה. והנה האפטרופסים לא מצאו בן מוכשר לזה כ"א בן רב א' מגאוני מדינה ההיא ושלחו חוץ למדינה לישיבת גאון א' והתחבר עמו עוד יתום א' שנשתלח גם הוא לשם מחברת ת"ת ושמשו החבירים בישיבה שנה ומחצה ואח"כ נתמעטה הישיבה שם וחזרו ב' הבחורים לביתם ועתה אין הרב מרוצה להחזיר בנו לישיבה אחרת וטוען שכבר נתקיימה הצוואה במה שכבר למד בנו בישיבה שנה ומחצה למען דעת סדר לימוד הישיבה והחידוד בהלכה וקיבל עליו הרב ללמוד בעצמו עם שני הבחורים דרכי הפוסקי' באופן שבמשך חמשה שנים יעמיד אותם על הנסיון בהוראות א"ח ויו"ד ומבקש שהאפטרופסים יתני הסך ב' מאות זהו' לשני הבחורים ביחד בנו והיתום ומעת' נפל ספק אם יש רשות לעשות כן כי לכאור' ירבה זכות הנודר טובים השנים מן האחד או אין להם רשות לשנות ממה. שצוה והקפיד דוקא שילכו חוץ למדינ'. והשיב על זה באריכות ותורף דבריו דזה פשוט שיפה עשה הנודר ז"ל במה שהקפיד שיצאו דוקא ללמוד חוץ למדינ' כי קפידא רבה איכא בהא אפילו כשהאב גאון ורב גובריה וישיב' בביתו מ"מ יש לילך ללמוד תורה למקום ישיבה אחרת וכדמצינו ברבינו הקדוש בכתובו' ס"ב דפסיק לר"ש בריה למיזל לבי רב תריסר שני ובר' אבהו בירושלמי הובא בראש פ"ב דכתובות דשלח לר"ח בריה לטבריא כו' ואפי' מא"י לח"ל נדדו ללמוד תור' אע"ג שהיה שם בא"י ישיבות כמ"ש תוס' בשבת תוס' בשבת ט' ע"ב ד"ה הא לן כו' ובענין אם בנ"ד כבר קיים הבחור כפי הצוואה במה שלמד בישיבה שנה ומחצה הנ' הגם שלא פורש בל' הצוואה כמה זמן ישמש בישיב' מ"מ פשוט דכל זמן שיצטרך קאמר כו' (עמ"ש לעיל סי' ס' ס"ג ס"ק ו') והשתא אי צריך הבחור עוד לישיבה פשוט שאין ליתן לו מקרן קיימת הנ"ל אע"ג שהם רוצים להחזיק בזה ב' בחורים ואי היה בזה העלאה בקודש פשוט דבכלל צוואת המת הוא לעשות מצוה פלונית וממנה ולמעל' כל דעביד מיניה הכל בכלל כו' אך הכא לא נ"ל שום תוספת זכות בזה שהרי מלשון השאלה משמע דמעיקרא היה לבם של האפטרופסים מהסס איך יתנו צדקת פזרונו לבנו של הר' אשר בלא"ה נמי ילמוד עמו רק ראו כי הבן מוצלח ואין האב רוצה לשלחו חוץ למדינ' בלתי אם יתנו לו סך מסויים הנ"ל והשתא הכא כיון שחזר ובא לו אי נימא דבמה ששימש בישיבה שנה ומחצה אין די מחסורו א"כ במה שלומד עתה אצל אביו הרב לזה לא צריך סיוע הנ"ל דבלא"ה נמי ילמוד עמו וגם היתום שכבר שלחו אותו חוץ למדינה אילו היה משמש כל צרכו היה הוא זוכה בהני זוזי אבל עכשיו שכפי

הנראה גם הוא לא יצא עוד ללמוד חוץ למדינה א"כ גם הוא אין לו רשות ליהנות מהני זוזי כלל ואין כאן שום תוספת זכות להמקדיש. אמנם יען דבעינא למיפק בזכותא דרבנן נאמר תחלה דעכ"פ אין כאן בשינוי זה גזל מתנת עניים בחורים אחרים שהיו זוכים בו במקומו של זה דזה ליתא מתרי טעמי חדא שלא הקדיש אלא פירות של מעות וה"ל כפירות דקל ודירת בית וכמ"ש בתשו' מהר"ם אלשי"ך סי' ז' כו' (הובא לעיל סי' רי"ב ס"ט ס"ק יוד ועמ"ש שם) וא"כ המשנה פירות אלו אינו גוזל את הזוכה כי לא היה בו זכיה מעולם ושוב כיון שלא בירר בחור ידוע אלא בדעת האפטרופסים וכמ"ש בתשו' מהרי"ט כו' (הובא ג"כ שם) ואם משום מצוה לקיים דברי המת אי היה באופן דשייך ביה מצוה לקיים דברי המת ע' סי' רנ"ב ס"ב הנה בנ"ד אומדנא דמוכח שלא נתכוון המצוה שילמוד בישיבה חוץ למדינ' עד שיהי' בן כ"ה שנים רק כוונתו עד שימלאו ידיו לפלפל בהלכה ע"ד האמת ונלמוד סדרי ש"ס וראשונים ושוב ימלא כריסו בש"ס ופוסקים אפי' בביתו כו' וא"כ אם לפי ראות עיני האפטרופסים זכה זה בשנה וחצי שעכ"פ ראוי עתה ללמד פוסקים נהי שבודאי יותר טוב אם היה לומד גם הפוסקים בישיבה חוץ מביתו מ"מ כיון שכבר זכה שנתברר מהאפטרופסים אין ליקח ממנו זכותו ויש ללמוד כן מלשון הצוואה הנ"ל באשר התנה שאם יראו האפטרופסים שהנבחר יטה מדרך הישר כו' רשות בידם לדחותו דלכאורה הוא משנה שאינה צריכה תיפוק ליה מעיקרא לא באנו אלא להגדיל תורה ויראה ומהיכי תיתי ליתן למי שנוטה מדרכי ה' ותורתו אלא ע"כ נהי דלכתחלה אין לבררו אבל אחר שכבר נתברר וזכה אין לדחותו מהר אם לא בנטותו מדרך ה' ותורתו כו' אך הכא כיון שעכ"פ עוסק בתורה יומם ולילה וגם כבר למד דרכי הישיבה ולפי ראות עיני האפטרופסים די לו בזה וכיון שעכ"פ אין ברור לנו שלא מצא די מדתו אין לדחותו ויהיה כפי מ"ש בשאלה שבן הרב יתן מחלקו להיתום כדי שעכ"פ ילמוד גם עתה בדבוק חבר הגון כו' ומ"מ כל זה הוראת שעה ומכאן והלאה יוחק בספר האפטרופסים שעוד לא יבחרו א' אא"כ יקבל על עצמו מיד להיות כך וכך שנים בשוקי בראי ולא ילך וישוב לביתו (עד תום הזמן הקצוב) ואין למידין מהוראה זו למקום אחר עכ"ד ע"ש:

ג **אכול עמי.** עבה"ט ועיין בתשו' נו"ב תניינא ס"ס ל"ד שכ' וז"ל ומה שרוצה דמי מזונות מהיתומה שהחזיק על שלחנו זהו מהלכות עמומות והדברים סותרים זל"ז בכמה מקומות עי' בב"י בח"מ סי' קכ"ח ובס"ס רמ"ו בהגה ובסי' ר"צ סכ"ה וביו"ד ס' רנ"ג ס"ה ובאה"ע סי' ע' בב"ש ס"ק כ"ח ולכן נלע"ד אם אין לנו הוכחה ברורה שהאפטרופס כוון בתורת צדקה והאפוטרופס מוחזק בנכסי יתומים ישבע האפוטרופס שהיה דעתו ע"מ לקבל תשלומה וינכה דמי המזונות ממה שבידי והכל לפי ראות עיני הדיין איך היה

דעת האפטרופס בעת שנתן המזונות עכ"ל. ובתשובות רבינו עקיבא איגר ז"ל סי' קמ"ז נשאל ג"כ על ענין כזה באחד שפרנס יתום קטן ותפס משל היתום ותובע דמי מזונות. והשיב הנה בזן לאינש דעלמא בסתם נראה דעת הפוסקים ראשונים ואחרונים דחייב לשלם עיין בהר"ן רפ"ב דכתובות ובהה"מ פי"ב מהל' אישות כו' (ע' ביו"ד סי' רנ"ג ס"ה בהגה מבואר דדוקא בהיה לו נכסים באותו שעה) אולם בזן ליתום בזה כ' בעה"ת בשם תשו' הרי"ף ופסקו בש"ע יו"ד סי' רנ"ג ס"ה דבהגדיל א"צ לשלם כיון דלא פירש דנתן לו בתורת הלואה ובב"י וברמ"א שם מבואר דאפי' יש ליתום נכסים אפ"ה סתמא לשם מתנה והגם דלשון הש"ע שם מי שפרנס יתום והיה מכוון למצוה כו' אבל מדברי הגהת ש"ע שם מבואר דאפי' באין ידוע שכוון למצוה כו' ולא קשה ממ"ש הרשב"א בתשו' הובא בש"ע לקמן סי' ר"צ סכ"ה יתומים שסמכו אצל בעה"ב וזן אותם משלו לא הניח מעותיו על קרן הצבי דהתם מיירי בענין דמשתדל בכל צרכם דיש לו דין אפטרופס ולכן חייבים לשלם כו' ואף דבתה"ד סי' שמ"ח נראה דס"ל דזן יתום גובה ממנו עכ"פ בהיו נכסים ליתום מ"מ כיון דלא הביא דברי הרי"ף הנ"ל בודאי י"ל דלא הוה שמיעא ליה וכיון דרי"ו והב"י העתיקו לדברי הרי"ף בסתומות וקבע כן להלכה בש"ע י"ל דלא מהני תפיסה. ובאמת בב"י ח"מ סי' קכ"ח כ' עלה דתשו' הרי"ף דנראה דאם היה יתום קטן אפי' אין בידו משלו כלום חייב דל"ש לומר דהו"ל להתנות כיון דקטן היה אמנם נראה דאין כוונת הב"י בכל קטן דהא מבואר להדיא בלשון הרי"ף דמיירי בקטן אך כוונתו בקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות כו' וא"כ בנ"ד שכבר הגיע לעוה"פ אינו יכול להשתלם מתפיסתו וביותר י"ל דבנ"ד אף מה שזן מקודם שהגיע לעוה"פ הפסיד די"ל דהב"י מיירי רק בזן אותם קטני קטנים ותו לא אבל אם לא פסק מלזן אותם גם כשהגדילו בזה י"ל כיון דהגיע הזמן דהו"ל להתנות ולא התנה ומוכח דמה דזן אותם עתה הוא לשם מתנה בודאי אגלאי מלתא למפרע דגם מה שזן מקודם היה לשם מתנה דבודאי אין סברא לומר דבעידן קטני קטנים זן אותם דרך הלואה וכשהגדילו קצת זן דרך מתנה מכל הלין נראה בנ"ד דתפס לא מהני ובפרט אם דרכי העשירים בעיר שם לזון ליתמי קרוביהם דרך מתנה וכעין שכ' התה"ד בזן בתו וחתנו וע"ש ואולם אם תפס שלא בעדים י"ל דמהימן במגו דזן אותם דרך הלואה דכולי האי לא אמרי' לדונו בדרך אנן סהדי דלהוי מיגו במקום עדים ובב"ש סי' צ"ג ס"ק כ"ג כ' גבי שהתה ב' וג' שנים דאפי' תפיסה שלא בעדים לא מהני דהוי מיגו במקום עדים ומ"מ בנ"ד צ"ע לדינא (ר"ל כי יש לחלק דאינו דומה לשם עי' בס' כ"מ שם) עכ"ד ע"ש. והנה מה דמבואר מדבריו דתפיסה בעדים פשיטא דלא מהני נלע"ד דר"ל תפיסה דאח"כ לאחר שזן אותו אבל אם בעת שזן אותו היה בידו משל

היתום אפילו בעדים מהני כמבואר להדיא בב"י ח"מ סי' קכ"ח שכ' על דברי הרי"ף הנ"ל וז"ל ומשמע שאין דברי הרי"ף אמורים אלא כשלא היה בידו משל היתום כנגד מה שתבעו אבל אם היה בידו משל היתום פשיטא שינכה ממנו מה שהוציא עליו דלא אמרינן בכי הא דלג"ח פרנסו עכ"ל ולא הוצרך הגאון ז"ל להזכיר זה כי השיב על נדון השאלה דהוה עובדא שתפס משל היתום לאחר שפרנסו כ"נ פשוט. ועיין עוד בתשובת חות יאיר סי' קל"ד דאלמנ' שהיתה ניזונת בבית אחד מבניה כמה שנים ויש לה כסף וש"כ בארגז שלה העומד בחדר שייחד לה בנה אשר הוא בביתו ולבסוף מבקש ליקח דמי מזונות ממה שיש לה ואמו או אחיו טוענים שמה שפרנס היה בדרך מצוה. והאריך שם וביאר כמה חילוקים ופרטים בזה ותורף דבריו שבאם אין להאם כלום הגם דאין חיוב כלל מצד כיבוד או"א לפרנסה דקיי"ל כיבוד משל אב כביו"ד סי' ר"מ מ"מ אם אחד מן הבנים לקחה לביתו וזנה ופרנסה ודאי לשם מצוה עשה ולפנים משורת הדין הוא דעביד ולכן אפילו נפל לאמו ירושה אח"כ אין לזה לתבוע ממנה או מיורשיה דבר בעד מה שעשה אתה בעת עניה כו' אמנם אם היה להאם משלה בעת שזנה אף שלא גילה דעתו שתתן שכר צריכה לשלם בזמן תביעתו דלא עדיפא מאחר בח"מ ס"ס רמ"ו בהגה כו' ולא קשה מהא דקיי"ל ביו"ד סי' רנ"ג מי שפרנס יתום בתוך ביתו אעפ"י שיש ליתום א"צ לשלם דמסתמא כוון לשם מתנה דשאני התם דאומדן דעת יש שחנם עשה עמו כדי שישאר מעות היתום קיימים כשיגדל לצורכו משא"כ גבי בן לאמו דדרך עולם שתשאר כל ימיה אצל זה שהלכה אצלו ואין כאן לא צדקה ולא חסד אם יש לה ומכ"ש אחר מותה לגבי יורשים אחרים זולתו כי למה יוותר נגדם ולכן נרא' דאם בעת שבאתה אליו ידע שדעתה רק לפי שעה ואחר שנה או שנתים תצא ממנו ליזון משלה דדמי ממש למפרנס יתום שא"צ לשלם אפי' אחר מותה וזה ברור כו' וכל זה אף אם הנכסים בחזקת היורשים בכלל מכ"ש אם הם בבית זה שזנה דמצי למימר דלא בחנם עשה עמה הן בחייה אחר מותה דלא יהא אלא ספק המע"ה כו' ואפי' הוציאו שאר אחים שטרי מתנות או חובות שנתנה האם להם וכן אינש דעלמא אם זה האח מוחזק ותופס מה שבידו אין להוציא מידו כלום ומיהו צריך לישבע היסת שאין לו ממה ששייך לאמו רק מה שנמצא בארגזה ושלא פרעה לו על דמי מזונות כלום ונרא' דאם טוענין אחיו שתחת מזונותיה היתה לו לשפחה אפי' מבררין שמיום שבאת אליו לא הי' לו שפחה משא"כ מקמי הכי. מצי למימר שאז נתגדלה בתו או אשתו נזדרזה לעשות מלאכת הבית ושלא נשתעבד באמו במלאכת שפחה דלא נחשד על כך כו' ואפי' סייעה עמו בגידול בנים וכביסה וטויה

ותיקון הפירות בגדי הבנים אין לומר שזה עבור מזונות רק כך דרך נשים זקינות לעשות בבית שהמה שם אף שאוכלת משל עצמה כו' עכ"ד ע"ש עוד:

ד **אבל היכא דמוכח כו'**. ע' בתשוכת ח"ס חח"מ סי' קי"ט מבואר מדבריו דדוקא כשיש הוכחה מקודם ואח"כ נפל קטטה לא יכול עוד לתבוע אבל אם אין הוכחה אחרת רק מה שלא תבע זמן ארוך עד אחר שנפל הקטטה אין זה הוכחה שמחל ע"ש עוד ויובא קצת לקמן סי' שס"ג ס"י ס"ק ז':

סימן רמז

א **נכסי לבני בלשון רבים כו'**. ע' בתשובת אא"ז פמ"א ח"ב ס"ס קל"ג אודות שנתן השכ"מ שטח העליון חדרים הפונים לצד הרחוב לבנו אחד וחדרים הפונים לצד החצר נתן לנכדו ושטח התחתון נתן לבנו השני וכתו' בזה"ל (מיינע קינדער זאלין בונה למעל' זיין) בלי נזק לנכדי כו' ועתה טוען הבן שמעון אשר זכה בשטח התחתון מאחר שנאמר בלשון רבים (מיינע קינדר זאלין בונה למעלה זיין) ש"מ שיש לי רשות לבנות על שטח עליון ומה שנאמר עד רום רקיע לא קאי אלא על הסוכה (והקיך) והבן ראובן טען שמסתמא קאי עד רום רקיע על כל המתנה המבוארים לעיל וקרא אינש לבן בלשון בני כמבואר בסי' רמ"ז. והוא ז"ל השיב לכאור' אין בראיה זו ממש דאף דמוכח בקראי דקרא אינש לבן בניי ה"מ נגד בנות אנו מתרצים הלשון דאין לבנות בכלל לשון בניי אבל אם יש לו בנים הרבה מסתמא לכל בניו קראם בלשון רבים אך כל זה אם הי' ברור שמה שאמר בסוף עד רום רקיע לא קאי אלא על סוף דבריו אבל באמת ברור דמה דאמר אינש בסוף דבריו קאי לכל דבריו שהוציא בראשונ' וראיה ממשנ' פ"ה דשבועות גבי חמשה תובעים אותו כו' א"כ בודאי מה שאמר עד רום רקיע קאי גם על החדרים שהזכיר בראשונה א"כ אף שאמר בניי בלשון רבים אין זה מוציא ממתנה גלויה ומבוררת וכי היכי דבאית ליה בנות ובן אחד ואמר נכסי לבנייי לא זכו הבנות נגד הירוש' דאורייתא והא דאמר בלשון רבים מפרשינן דדרך ב"א לקרות כן ה"נ לא זכה הבן שמעון נגד מתנה דאורייתא שכבר זכה הבן ראובן לכן ברור שזכה ראובן בכל העליה עם כל האויר עד רום רקיע ופסק כן הלכה למעש' ע"ש:

ב **וכן אין בן הבן בכללן**. עש"ך לקמן סי' רנ"ז ס"ב הובא בבה"ט שם סק"ו מה שכתב ובתשובת מבי"ט נסתפק אי דור רביעי הוי בכלל לשון בני בניו כו' וע' בתשובת שבו"י ח"א סי' קע"ג שכתב שראה בתשובת המבי"ט שם וטעם ספיקו בזה הוא מכח לשון המקרא בירידת יעקב למצרים בניו ובני בניו אתו ושם היה דור רביעי בכלל והוא ז"ל

כ' דלית בזה ספיקא כלל כי ממקרא זו אין הכרע כלל ויש כמה ראיות מהמקרא להיפך דאין נקראו בני בניו רק עד ג' דורות ולא יותר ובר מכל דין אף אם נאמר דבלשון תורה גם בן בן בנו בכלל בני בניו מ"מ בצוואה וכה"ג דאזלי' בתר לשון בני אדם אין בכלל אלא מה שבפרט בן בנו ותו לא ע"ש. גם בתשו' משכנות יעקב סי' נ"ג אודות ש"מ שצוה לפני מותו לתת מתנה איזה סך לכל נכדיו ויש לאחד מנכדיו בנים ונפל ספק אם הם ג"כ בכלל נכדים והשיב נלע"ד בפשיטות דאין בכלל נכד רק בן הבן לבד והוא דבר מפורש בכתו' גבי שבועתו של אבימלך אם תשקור לי ולניני ולנכדי ומתרגמינן ולבר ברי וכן מצינו בגמ' והכרתי לבבל שם ושאר נין ונכד ודרשינן נכד זו ושתי שהית' בת בנו של נבוכדנצר כו' ואם באנו לספק שמא בלשון בני אדם גם הם נקראי' נכדיו מנין לנו לעשות הספק הזה אדרבה גם בלשון ב"א הרוצ' להזכיר נכד הבן הוא מוסיף תיבה א' בלשון אשכנז (אור אייניקל) וגם אין לנו לעשות ספיקות בלשון ב"א להוציא מלשון תור' מה שלא מצינו בש"ס וכן משמע בש"ס ב"ב דף קמ"ג כו' כ"ש בלשון נכד שמצינו מפורש שבלשון תורה אין נכד הבן בכלל נכד וגם בלשון ב"א נרא' כן גם לא מצינו סתירה מלשון ב"א ללשון תורה ודאי שיטא דיש לילך אחר לשון תורה ואין נכד הבן בכלל המתנה. ואפי' אם היה עולה קצת ספק בזה הלא מתנת ש"מ דרבנן ואין מוציא מידי ירוש' דאורייתא ונכסי בחזקת יורשין קיימי אבל לדעתי אין בזה ספק כלל עכ"ד. וכתב עוד ובדבר הספק השני שיש נכד א' שכבר נשא אשה ומתה אשתו בחיי המצוה והמצוה פי' בצוואתו לנכדיו שלא נישאו וטוען הנכד הנ"ל מאחר שמתה אשתו הוא גם כן בכלל שלא נישאו. נראה שאין בדבריו כלום ואין לו חלק במתנה זו דלשון שלא נישאו משמע שלא ישאו כלל ויש ראיה לזה מלשון הש"ס פ' מי שמת גבי ההוא דשדר פיסקא דשיראי לביתו כו' דהלשון לא נסיבו משמע לא נסיבו מעולם וה"ה ללשון שלא נישאו בנ"ד ובל"ז הדבר מסתבר כן בכוונת הנותן ואומדנא דמוכח הוא כיון שכבר פיזר לו פעם אחד. ובדבר הספק הג' בנכד שנולד אחר כתיבת הצוואה בודאי אינו בכלל המתנה דאין יכול להקנות במתנת ש"מ לדבר שלב"ל רק המזכה לעובר ובבנו דוקא שדעתו של אדם קרובה אצל בנו וכמבואר בסי' רנ"ג סל"ג ובכמה דוכתי ובסי' ר"י מבואר דבן בנו כאחר דמי ואפי' היתה מעוברת אז לא זכה כו' ע"ש. וע' בתשובת נו"ב סי' ל"ח ע"ד צוואה אחת שמבואר שם שהניח קרן קיימת ופירות ללומדי תורה עד בני רבעים מזרעו ואח"כ יופסק דבר זה ויחלוק הקרן בין נכדיו דור רביעי שיהיו באותו פרק כו' ובהגיע דור רביעי של המנוח הנ"ל והוא בכלל נחלקו היורשים עם הלומדים מקבלי פרס מהרוחים שהיורשים טוענים שהמה הדור הרביעי שהזכיר המצוה ומביאים ראיה מדור רביעי ישובו הנה והלומדים

טוענים שמספר הדורות מתחיל מיוצאי יריכו וא"כ המה דור שלישי ומביאים ראיה מזכריה מלך ישראל שנחשב בני רבעים ליהוא שזכרי' היה חמישי מיהוא. והוא ז"ל השיב דהדין עם הלומדים כי הראיה שהביאו היורשים מדור רביעי ישובו הנה בודאי כוונתם על פי' האבן עזרא שפי' דור רביעי מאותן שהם גרים וקהת היו גר במצרים ועמרם בנו ומשה ואהרן בני עמרם ובני משה ואהרן הם דור רביעי ששבו לארץ וא"כ מספר הארבעה עם קהת אך מה חזית לפרש כאבן עזרא צא ופרש כפי' רש"י בפ' לך יעקב ירד למצרים יהודה בנו פרץ בנו חצרון בנו וכלב בן חצרון בא לארץ הרי מספר הדורות דור רביעי מתחיל מיעקב ואין יעקב בכלל וכן מבואר מפי' הרמב"ן בפי' דור רביעי של האמורי שלא שלם עוונו עד אותו זמן והטעם הוא לפי שהקב"ה פוקד עון על שלשים ועל רבעים והרי הפקידה על רבעים הוא החמישי מן החוטא שכן כתוב בפ' תשא פוקד עון אבות על בנים ועל בני בנים על שלשים ועל רבעים וא"כ איך נעזוב פרש"י והרמב"ן ראשי הפרשנים והפוסקים ונסמוך על פירוש האבן עזרא (קצת חידוש שלא הזכיר שגם הרמב"ם מפרש כפי' האב"ע כמ"ש בפי' המשניות פ"ב דעדיות במשנה האב זוכה לבן כו' והביאו התוי"ט שם) ועוד שגם לפי' הראב"ע אין ראיה ששם דיבר הקדוש ברוך הוא לאברהם שהדור רביעי מהגרים ישובו ולכן יש לפרש שגם גר הראשון בכלל מספר הדורות שכולם דורות של אברהם הם אבל אם האדם עצמו מדבר בעדו או שאחר מדבר אליו ומזכיר דורות ודאי אין המדבר או זה שמדברים אליו בכלל דורות יקרא. וכתב עוד שאלמלא שכתוב אח"כ בצוואה הנ"ל שיחולק בין נכדיו דור רביעי כו' ולא היה לפנינו רק ל' ראשון עד בני רבעים היה מקום לפרש עד דור אחר הדור שיבוא והיינו הששי להמצוה עם המצוה עצמו כמ"ש האבן עזרא בפ' ויחי על פסוק בני שלשים שבעבור היות מלת בני סמוכה הנה יהיו הבנים רבעים ולפ"ז בני רבעים יהיו כבנים חמשים וכשאנו מסירים המצוה מהמספר כאשר הוכחתי מעל שלשים ורבעים הנאמר בפ' תשא א"כ יהיה עם המצוה דור ששי אבל בא זה וגילה על זה שהרי נאמר אח"כ שיחולק בין נכדיו דור רביעי וא"כ הדור הרביעי עצמם הם הזוכים כו' ע' שם:

ג **אפי' אם יש לו בנות.** ע' בתשובת שבו"י ח"א סי' קס"ט שנשאל אודות ש"מ שצוה מחמת מיתה ליתן כל ספריו לבנו ולא היה לו בן רק בן חורגו צורבא מרבנן ובן הבן למי יתנו. והשיב בודאי ראוי לפתוח תחלה בזכות דהאי צורבא מרבנן דגרסי' בפ' הכותב ההוא דאמר נכסי לטוביה אתו שני טוביה כו' עד ת"ח קודם וכתב הטור בסי' רנ"ג די"א דהאי קרוב מיירי שאינו ראוי ליורשו שאם ראוי ליורשו הוא קודם ולא נהירא דאדרבה כשהוא ראוי לירש איכא הוכחה טפי שלא הי' בדעתו עליו כו' וא"כ בנ"ד אי הדבר

שקול למי צוה י"ל ג"כ דת"ח קודם אף שבן הבן ראוי ליורשו איברא שדברי הטור לא ברירין כ"כ לכשיג על הי"א כו' (עמ"ש בזה לקמן סי' רנ"ג סכ"ט בד"ה ואחד קרוב) אך מעיקרא דדינא פירכא דבנדון שלפנינו נראה דאין להסתפק כלל לומר שכוונתו על בן חורגו דמהיכי תיתי לומר כן שבן חורגו יקרא בנו והרי כ' הב"י בסי' רמ"ז דהיכא שאין לו בנים ויש לו בני בנים וגם בנות ואמר נכסי לבני כ' הנ"י בשם רבותי דמשום בני בנים קאמר שהם ראויים ליורשו כו' וא"כ כ"ש נגד בן חורגו דהוא אחר ממש שאין לו שום קורבה עמו כו' וראיה ברורה לזה מדברי כתוס' בפסחים דף כ"ד ע"א ד"ה אלה בני העיר כו' ובפסקי תוס' שם ומהרש"א בב"ב דף קט"ו ע"ב כו' ודסיים ע"כ ברור דכוונתו אבן בנו ולא בן חורגו ומובטח אני בהאי צורבא מרבנן שאם ת"ח הגון הוא ויראה תשובה זו שהוא עצמו שלא ירצה ליהנות ממה שאינו שלו ע"ש. ומיהו אם זה בן חורגו נתגדל בביתו צ"ע לדינא דהא כ' הרמ"א לעיל ס"ס מ"ב מי שמגדל יתום בתוך ביתו וכתב עליו בשטר בני כו' עד הואיל וגדלוהו ראוי לכתוב כך ועמ"ש שם ס"ק י"ג:

ד **מיהו אם אמר ליתמי כו' וה"ה כו'**. ע' בתשובת אא"ז פמ"א ח"א סי' ל"ז שתמה בזה הפלא ופלא ומסיק לדינא דלא כהרמ"א ז"ל עש"ה אולם בתשובת שב"י ח"ב סי' קכ"ב כתב עליו שאין דבריו ברורים ומוכרחים כלל ע"ש ועיין בתשובת שב יעקב חח"מ סי' ך' יובא לקמן סי' רכ"א ס"י ס"ק י"ב:

ה **קרוביו נוטלין החצי**. עי' באר הגולה אות י' שכ' דבנ"ד בשם הריטב"א כ' וכן האומר לקרובי או לקרובותי יש בכלל כל הקרובים שהם פסולים לו לעדות עכ"ל. ולענין אי אמרי' בזה הקרוב קרוב קודם ע' בקצה"ח ובנה"מ מזה. וע' בתשו' חתם סופר חח"מ סי' קכ"ז ע"ד עשיר א' ששבק חיים וצוה לפני מותו כי חמשה מאות זהו' יחולק לעניים קרובים הדרים בעיר פלוני ובאותו העיר לא נמצא קרובים פסולי עדות כ"א ב' או ג' ואומדן דעת שלא נתן סך רב כזה לב' או ג' וגם היה לו לפרש בהדיא והסכים שם להר' השואל שיותן גם לרחוקים יותר היינו גם לרביעי ברביעי שנקראו קרובים בלשון ב"א וכמ"ש בסדר הגט כו' והביא ראיה מהגהת מרדכי דב"ק סי' ר"ג לענין עניי עירו יע"ש. וכתב עוד ויש קצת ספק אצלי אם נמצאו במקומות אחרים קרובים שלישי בשלישי א"כ יש אומדנא בהיפוך דמסתמא לא נתכוין אלא לשני בשני ושלישי בשלישי שבאותו מקום שצוה לחלק מעותיו ונימא שהיה לו קפידא על אותה הקהלה הואיל והיה קהלתו של הנעדר וה"ל הנך עניים קרובים ובני עירו אבל לתת לרביעי ולמישבק קרובים שלישים שבמקום אחר לא עביד אינש דשביק קרובים ויהי' לרחוקים אע"כ לא היה דעתו רק על שניים ושלישים ולא על רביעים כלל (לכאורה כזה יש להסתפק באם במקומות אחרים

יש שניים דנימא דלא ינתן רק לשניים שבאותו עיר ולא לשלישים מהאי סברא הנ"ל ואפשר דבכה"ג אין ספק כיון שזה אומדנא גדולה דלא נתן סך רב לב' או ג' וצ"ע) . וכתב עוד דמה שנסתפק הרב השואל שיש מהקרובים שמפרנסים עצמם כל יום מיד לפה אבל אין להם קרן קצוב אם רשאים ליטול מהנ"ל דבר פשוט הוא שהם בכלל עניים שאפי' מגבאי צדקה היו מותרים ליטול כמבואר היטב במתק לשון הטור יו"ד סי' רנ"ג מכ"ש ממתנת קרוביו דקיל טפי כו' אלא מ"מ נ"ל כיון שאמר קרוביו העניים כי היכי דבקרוביו הקרוב יש לו מעלה יתירה ממי שהוא רחוק ממנו ה"נ העניים מי שהוא עני יותר יש לו קדימה יותר ומחלקי הצדקה ההיא יתנו עיניהם לחלק לפום הקורבא ולפי רוב העניות גם את זה לעומת זה עכ"ד ע"ש. ושם בסי' קכ"ו בעובדא שהיה כתוב בצוואה בלשון אשכנז (דיזעס געהערן אן מיינע ארמע פערוואנדטע) כו' ונסתפק אם גם קרובי אשתו בכלל והשיב דפשוט דאין אלו בכלל קרוביו ואם המת בעצמו צוה בזה הלשון האמור למעלה פשוט דאין קרובי אשתו (פערוואנדטע) שלו אך זה שנתיים נשאלתי בעובדא שהמת לא צוה בחליו בלשון זה רק אמר שאפטרופסים יעשו לטובתו ולטובת בניו וראו האפטרופסים לכבוד היתומים להפריש מירושתם סך מה ולכתוב בלשון צוואה שיהיה לקרן קיימת ואז אמרתי נהי שהרשות ביד האפטרופסים לעשות כן מ"מ כיון שלטובת ולכבוד היתומים נעשה והקרובים של אמם המה קרוביהם כמו קרובי אביהם ע"כ ינתן גם לקרובים שמצד אמם אמנם בנדון השאלה שלפנינו לית כאן מקום ספק שאין לקרובי האם חלק בהנ"ל עכ"ד. וע"ש בסי' קי"ב נאמרו אלו הדברים קצת באריכות ובביאור יותר מה דאין קרובי אשתו בכלל דאף אי נימא דבחייו מקרי קרוביו שהרי פסולים לו לעדות ואפי' כשהיה גוסס כמבואר בשבועות ל"ג ע"א וא"כ הרי בשעה שאמר קרובי היו גם אלו בכלל מ"מ כיון שמת בטלה ליה וראיה ממ"ש ביו"ד סי' רי"ו ס"ד קונם ביתך שאני נכנס ומת מותר שוב ליכנס לאותו בית דכיון דמת תו לא מקרי ביתו וה"נ דכוותיה וק"ו הוא שהרי הכא עדיין לא התחיל הנדר מחייבו עד אחר שנתבטל הקורבא כו' והאריך עוד בזה. ושוב כ' דאחר זה נודע לו שכבר התעצמו בעסק זה האלמנה עם האפטרופס וכבר התפשרו זע"ז לתת מנה יפה בכל שנה לבני משפחת האלמנה הנ"ל ועתה חוזר האפטרופס כי חושש אולי שלא כדין עשה והשיב דנ"ל פשוט דיפה עשה האפטרופס במה שהתפשר על העבר ומכ"ש שאין לחזור בו על העתיד כי באמת יש בטענת האלמנה קצת ממשות שהיא טענה וכי בלשון אשכנז (פערוואנדטען) משמע נמי קרובי אשתו אפי' אחר מיתת הבעל כן אומרים בעלי הלשון כו' ואי משום כוונת הנודר אומרת אומדנא דמוכח הוא להיפך אחר שהניח סך עצום כזה מ"ט לא יעשה ג"כ

לטובת בניו לתת ממנו לקרוביהם מצד אמם כו' ובאמת אחר שהנעדר היה מאנשים משובים הקרובים לשרי מלוכה וכל עסקיהם עמהם רוב ענייניהם כמותם וביניהם בודאי כך הוא ודומה זה למתניתין נדרים י"ח ע"ב רי"א סתם תרומה ביהודה אסור ובגליל מותר כו' והגם שאין להחליט הדין כן משום דאיכא אומדנא בהיפוך דאם נחליט גם קרובים שנתרחקו נקרא (פערוואנדטע) א"כ קרוב עני אם ימות תקח אלמנתו מן הקרן קיימת וכן בהיפוך יאכל הלה וחדי ואיננו לא קרוב ולא גואל ובודאי לא היה כן דעת הנותן נמצא ה"ל תרי אומדנות דסתרי אהדדי וספק אומדנא עמ"ש הרא"ש פ' מי שמת סי' כ"א וסי' כ"ג וא"כ מקטטה ומריבה לא נפיק ואפשר שיבא הדברים לדון לפני ערכאות ע"כ יפה עשה שהתפשר וכמ"ש בכתבי מהרא"י סי' קס"ב כו' אמנם ראוי שיהיה הפשר קרוב לחלק ששית מהרווחים פחות או יותר כי אלו זכו משפחת הגבירה האלמנה בדין תורה היו נותנים ב' שלישים למשפחתו ושליש למשפחתה כי קרובי אב קודם (עמ"ש בפ"ת ליו"ד סי' רנ"א סק"א) נמצא הקטטה על שליש ואם נבצע הרוב על ששית ממש שהוא חצי השליש לא ניחא לנא למקרייא דיינא דחצצתא ע' רשב"ם ב"ב קל"ג ע"ב עכ"ד ע"ש. ושם בסי' קל"ה ע"ד מי שצוה להחזיר שטרי חובות לקרוביו וריעיו בחנם ומוחל להם כל חובותם ונמצא אחד שהוא גיסו של בן בנו של אח הנפטר וטען שגם הוא בכלל קרוב ועוד היא בכלל ריעו והאפטרופסים טוענים אין קרוב אלא שאר בשר ואין ריע אלא אהובו והשיב דהדין על האפטרופסים כי מצד קרוב הנה גדר קרוב הוא רק פסולי עדות כו' ומצד ריעי' הנה מטענת אפטרופסים משמע שזה לא היה בגדר אוהביו ובפסוק אחווזת מרעהו ת"א סיעת מרחמוהי וידוע מרחמוהי היינו אוהביו וריע המלך תרגם יונתן שושביניה ומייתי ליה רשב"ם פ' מ' שמת קמ"ד ע"ב כל שאינו ריע ואוהבו ממש כריע כאח לו לא מקרי ריע עכ"ד ע"ש:

סימן רמח

א **וירושה אין לה הפסק.** עיין בתשובת רע"ק איגר זנ"ל ס"ס קל"ב שכתב וז"ל בהא דקיי"ל דנחלה אין לו הפסק מסתפקנא באומר נכסי לבן אחי ואחריו לפלוני ובאותה שעה היה אחיו חי ואח"כ מת אחיו קודם שמת המקבל בן אחיו וכמו כן באומר נכסי לפלוני ואחריו לבן אחי ואחריו לפלוני ומת אחיו קודם שמת המקבל הראשון וכשבאו הנכסים אח"כ ליד ב"א ראוי לירש בנכסים אלו כיון דאז מת אביו אח הנותן חם גם בזה אמרינן דנחלה אין לה הפסק. דאף דהריב"ש סי' קס"ז כ' דבאומר נכסי לפלוני ואחריו לבני דא"י להפסיקו ממנו י"ל דוקא היכא דבשעת מתנתו היה ראוי לירש בזה אמרינן

דזוכה משום ירושה אבל כל דבשעת נתינה לא היה ראוי ליורשו וכבר חל עליו שם המתנה לענין אם יהיה אחיו חי דמ"מ יקח הוא הנכסים מדין מתנה בזה י"ל דיש לו הפסק או דנימא דכל שעתה בשעה שהנכסים בידו היה ראוי לזכות בהם משום ירושה זוכה בהם משום ירושה ואין לו הפסק. ואף לשיטת הרמב"ם (דבש"ע ס"ב) דבאומר בפירוש לא משום ירושה רק משום מתנה יכול להפסיקו וה"נ בנ"ד כיון דבאותה שעה שנתן היה אביו חי ולא היה בכחו להורישו ובודאי גמר ונתן לשם מתנה מ"מ י"ל דדוקא בעוקר בפירוש זכות ירושתו משא"כ בסתם י"ל דכוונתו שיזכ' בכל זכיות שבעולם וכשמת אחיו זכה בהם מדין ירושה. ומדברי הרמב"ם שכ' דבבריא שנותן נכסיו לבנו ואחריו לפלוני דמהני וביאר הה"מ הטעם כיון דבריא א"י להנחיל רק מדין מתנה ולא משום ירושה הרי אף שאח"כ כשמת אביו יש לו גם זכות ירושה מ"מ נפסק ממנו לפלוני וה"נ בנ"ד הא כבר כ' מהרי"ח בתשו' ח"ב סי' ו' וסי' ע"ד דדברי הרמב"ם רק בבריא שנותן לבן בין הבנים אבל בנותן לבן יחידו לא זכה אחריך א"כ אין ראיה לנ"ד דדוקא התם דגם עתה מחזיק הנכסים רק בתורת מתנה לא בתורת ירושה דלענין ירושה כל אחיו שוין בו משא"כ בנ"ד דעתה יכול לזכות בו גם מדין ירושה י"ל דאין לו הפסק וצ"ע עכ"ל ע"ש עוד מה שתמה על דברי הה"מ הנ"ל:

ב **שנהגו לדון בערכאות של עובדי כוכב ם.** עבה"ט וכ' בס' קצה"ח וז"ל זהו מדברי ריב"ש ובתשובת תשב"ץ ח"א סי ס"א חולק על האי דריב"ש וכ' שם ח"ו להפקיע זכותו ולאבד זכות ישראל ע"ש ומהרי"ט חח"מ סי' ו' הסכים להתשב"ץ עכ"ל. ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סי' קמ"ב שהביא ג"כ הא דהתשב"ץ וכ' דפשוט אילו ראה רמ"א דברי התשב"ץ לא חלק עליו כי דבריו נראין ויותר נ"ל דריב"ש נמי לא אמרו אלא בעובדא דיליה דהרי משמעות לשון מתנה איננו ירושה אלא בלשון התורה במי שראוי ליורשו הוי מתנה ג"כ ירושה אבל אי הוי ברור לנו שאין כוונת השכ"מ ללשון התורה הרי גם דין תורה הוא שמתנה הוא ולא ירוש' ויש לה הפסק וכיון שבכוונה ובלשון תליא מלתא ואלו האנשי' לא הכירו לשון התורה כי כל הנהגותיהם בערכאות של עובדי כוכבים היה א"כ גם דין תורה הוא שמתנה הוא ולא ירושה אבל חלילה לעלות על הדעת לעקור חקי ומשפטי התורה אפי' כחוט השערה וקרוב לזה כוונת הסמ"ע סימן שס"ט סק"כ עכ"ד ע"ש ועמ"ש לקמן סי' שס"ט סי"א סק"ג:

ג **אלא מה ששייר.** עבה"ט בשם ש"ך שכ' וה"ה בשכ"מ אם אמר מהיו' וכ"כ הרמ"א בש"ז כו' ועיין בתשובת רע"ק איגר ס"ס קל"ב שכ' דברי הש"ך תמוהים דמה זו ראי' הא בהג"ה שם מיירי באומר ואחריך לפלוני מהיום ומהני מהיום שיכול להפסיקו כיון דהב'

זוכה למפרע אבל הכא לענין שנתן לראשון מהיום י"ל דירושה אין לה הפסק אך מ"מ לכאורה הדין כן מסברא כו' ע"ש:

ד **אבל מה שכותבין כו' ויש חולקין.** עי' בתשו' שבו"י ח"ב סי' קכ"ב שכ' דהאי ויש חולקין לא קאי אמ"ש מקודם אם מה שכותבין כו' שהוא מדברי הר"ן פרק י"נ כי באמת דעת הר"ן בזה היא חלוטה ?ומוסכמת ממנ"ל. רק קאי אדין שלפניו במ"ש ואחריך ליורשיך מעכשיו וכן מבואר בב"י להדיא כו' ע"ש ועמ"ש לקמן סי' רפ"א ס"ז ס"ק י"ב:

ה **אמר נכסי כו' אבל ס"ת כו'.** עבה"ט ועיין בתשובת נו"ב תניינא סי' מ"ג שכ' וז"ל ומה שנסתפק על ס"ת אם נכלל בכלל המתנה שכתוב בה שנותן כל הספרים שלו לא ידעתי מקום ספק בזה ואדרבה כל הספרים שלנו שנדפסו על הנייר אינם נקראים ספר כ"א בל' מושאל מספר תורה כו' ומ"ש מעלתו כיון שאסור למכור ס"ת יש כאן עכ"פ ספק כמו גבי נכסי לפלוני בפרק מי שמת כו' לא דק דאין הכוונה הואיל ואסור למכור ס"ת לא כוון הנותן לס"ת דודאי אם היה ס"ת קרוי נכסי אין אנו משגיחין במה שאסור למכור ואזלינן אחר מה שנכלל בלשון המתנה אבל הספק שם בגמ' דכיון שאינו רשאי למכרו לא מקרי נכסי אבל בנ"ד שכתוב במתנה שנתן לו כל הספרים וכיון שס"ת בכלל ספרים הוא אין כאן שום ספק שגם הס"ת נקנית לו במתנה עכ"ל. ועיין בתשובת ח"ס חח"מ סי' קמ"ג שאלה כיוצא בו בא' שצוה וחילק נכסיו ונתן כל ספריו לשנים מבניו והניח אחריו ס"ת שוה כמה מאות אדומים ונסתפקו היורשים אם ס"ת בכלל ספריו או לא והביא שם דברי הנו"ב תניינא הנ"ל ונשא ונתן בענין זה ומסיק וכ' בהא סלקינא דלהפוסקים דטעמא דהאיבעיא פ' מי שמת הנ"ל משום עוצם חשיבות ס"ת מזהב ואבני בדולח אפשר אינו בכלל סתם נכסי אם לא פירש להדיא ה"נ הוי ספיקא (דמה"ט אפשר איננו בכלל סתם ספרים) וכיון דהיורשים מוחזקים אין להוציא מחזקתם אע"ג דהכא הוי ס"ס ספק כמאן דמפרש טעמא משום דאסור למכור וזה לא שייך הכא ואפילו את"ל כמאן דאמר טעמא משום חשיבות הא הוי ספק תיקו בש"ס מ"מ לא מוציאין ממון בס"ס ועוד הא כתב הב"ח בח"מ סי' צ"ז (עש"ך שם ס"ק י"ג) דהיינו דוקא לדורות ראשונים שהיו לומדים מס"ת כו' מכ"ש ס"ת כי האי דחשיב ושוה כמה מאות אדומים ומכ"ש אם הבנים האלו הם ת"ח טפי מאחריני הרי קמן כוונת הנותן שהם יעסקו בתורה בהספרים העשויים ללמוד מתוכם משא"כ ס"ת מאי אולמא דהני מהני ע"כ צריך ראיה ברורה להוציא מחזקת היורשים עכ"ד מ"ש. ועיין בתשובת ח"ס חלק ששי סי' נ"ג אודות צוואה שכתוב בה שכל הספרים שלו לבנו אפס מהספרים שיש לבנו כמותם מכבר יתן אותם לחתנו כו' ונמצא כמותם ביד הבן מכבר הרבה ספרים שקנה לעצמו וגם איזה ספרים

מה שנתן לו אביו וטען הבן שכוונת אביו היה רק על אותן הספרים שיש לו מאביו במתנה ונמצאו עתה בעזבון גם כן כמותם אותם יתנו לחתנו והם ספרים מועטים וחתנו טוען שכוונת המצוה היה על מה שיש להבן אפילו מקנת כספו נמצא רוב ספרים לחתנו ומיעוטא דמיעוטא להבן. והשיב דהדין עם הבן חדא מטעם אומדנא דלא היה דעת האב לאעבורי אחסנתא כ"כ הרבה ודי באותו המיעוט אבל לא להרבות אשמה ושאין רוח חכמים נו"ה ומכ"ש בספרים דבלא"ה אומדן גדול הוא לטובת הבן שהרי מש"ה תקנו קדמונינו בשטח"ז לכתוב חוץ מספרים וקרקעות מטעם דנקרא שם הבעלים עליהם ולא יסוב לשבט אחר כו' (עמש"ל סי' רפ"א ס"ז) ועוד דלשון השטר נראה נמי זכות היורש כו' והאריך בזה ומסיק וכ' ע"כ נלע"ד לא לבד מטעם יד בעה"ש על התחתונה אלא גם מעיקר דין מאומדן דעת הנותן ומהבנת לשון השטר הדין עם הבן ואין להחתן אלא אותן הספרים הנמצאים בעזבון שכבר ניתן להבן כיוצא בהן בחיי אביו ע"ש:

ו **הכל בכלל נכסים**. עיין בתשובת משכנות יעקב סימן ס"ח במעשה בש"מ שאמר כל נכסי לבני הקטנים שמאשתי השניה והיה בעזבונו מלוה ע"פ משכון מקומות בבהכ"נ ונפל ספק אי הוה מלוה זו בכלל כל נכסי והשיב לע"ד נראה דאין זו בכלל כל נכסי וראיה מסוגית הגמרא (ב"ב ק"נ ע"ב) דאמר זוזי איקרי נכסי כו' שטרא איקרי נכסי כו' ואי נימא דהא דזוזי איקרי נכסי הכוונה אפי' במלוה ע"פ למאי צריך תו למבעי אי שטרא איקרי נכסי הא כל שטר יש לו מלוה עליו א"ו דמלוה ע"פ לחוד לא מקרי נכסי כלל וזוזי דאיקרי נכסי הכוונה על מעות בעין כו' וכן משמע מהך (דף קנ"ב ע"א) דמתנת ש"מ שכתוב בה קנין כו' שאם אמר הלואתי לפלוני דלשון הגמרא משמע שצריך לומר בפי' הלואתי לפלוני מלבד לשון כל נכסי האמור בתחלת המתנה וע"כ משום דהלואה לא הוי בכלל כל נכסי. אך דקצת יש לדון בזה מטעם המשכנתא שהיא מוחזקת בידו אבל נראה דגם מזה אין להחליט בבירור שיהיו בכלל נכסי כו' ולו יהא הדבר במחלוקת שנויה קשה להוציא מיד היורשים בפרט במתנת ש"מ דהוא דרבנן עכ"ד ע"ש:

ז **אבל ספר תורה יש בו ספק**. עיין במגן אברהם סי' קנ"ג סעיף קטן כ"ב שכ' דכאן מיירי שנתנו לבית הכנסת לקרות בו דבכהאי גוונא אינו רשאי למוכרו עיין שם ועיין בתשובת נ"וב תניינא סי' מ"ג ובהג"ה מבן המחבר שם מ"ש בזה:

ח **כל מה שמקרי בגד**. עיין בתשובת שבו"י ח"א סי' קע"א בא' שצוה מחמת מיתה שכל בגדיו ומלבושיו יתנו לקרובו ונמצא בתוך העזבון איזה אמות בגד צמר גמלים שלקחו לעשות מזה בגד חדש אי גם זה בכלל מלבושיו והביא שם תשו' צ"צ סי' ג' בכיוצא בזה בשטר כתובה שכתוב בו שתקח אשתו כל מלבושיה ונמצא בעזבונו עשר אמות משי

שקנה עבורה ופסק שם דזכתה האשה ומביא ראיה מלעילס סי' צ"ז סעיף כ"ה דאין הקדש ובע"ח גובין ממה שקנה לשמה וה"ה נמי אם מת הבעל נוטלת את זה כמו שאר מלבושים כו' והוא ז"ל השיג עליו דאין הנדון דומה דהתם הטעם כיון דקנה לשמה הקנה אותו מיד לאשתו אף שלא נעשה עדיין לכן אין ההקדש או בע"ח יכולים להפקיע זכותה משא"כ היכא דמת הבעל דמסיק הש"ס בכתובות דף נ"ד דאדעתא למישקל ולמיפק לא אקני לה וא"כ אין לאשה זו שום זכות במלבושים רק מכח לשון התנאי כתובה שתקח כל מלבושיה אם כן הולכין אחר לשון בני אדם דלא נקרא מלבושיה אא"כ שכבר נעשו ומוכנים ללבוש כו' ואם כן ה"ה בנ"ד הולכין אחר לשון המצוה ולא זכה קרובו בהצמר גמלים דזה פשוט באין ספק דאין נכלל בלשון ב"א בכלל בגדיו ומלבושיו כיון שעדיין אינו עומד ללבוש כלל וע"ש עוד דאפילו כבר נעשה ממנו הבגד אלא שלא לבשו אפילו פ"א בחייו לא ברירא כל כך אי זה בכלל מלבושיו להוציא מיד היורשים ע"ש. ועיין בספר עטרת צבי שהביאו בקצרה וכ' דבשו"ת שלו סי' כ"ג הוכיח באם כבר עשה הבגד אע"פ שלא לבשו מחוייבים ליתן להמקבל ע"ש. ועיין בתשובת צ"צ סי' י"א במי שנתחייב לחבירו בשטר ליתן לו בגדים טובים יכול ליתן לו בינונים דגם הם נקראים טובים וראיה מב"ב דף ס"ט ע"ב חזינן אי דיקלא טבא הוא כו' פרשב"ם כלומר מן הבינונים כו' ועוד ראיה מר"ה דף ט"ז ע"ב ועם צדיקים אל יכתבו זה ספרן של בינונים כו' אם לא שכתוב בשטר טובים מובחרים או טובים ממש דאז צריך ליתן לו טובים ממש ולא בינונים ע"ש:

סימן רנ

א **אבל אם הודה כו'**. עמ"ש לעיל סי' ר"ג ס"ט ס"ק ג' בענין אם גם בבריא מועיל אודיתא וע"ש:

ב **אבל אם שייר כלום** עיין בתשובת נו"ב תניינא סי' מ"ה שכ' על נדון דידיה (הובא לעיל סי' ל"ז סי"ח ס"ק יו"ד) וז"ל אך יש לנו מקום עיון בזה דהא ודאי דהסך ע"ה זהו' שהפרישה להקרובה אף שהקרובה אינה יכולה לזכות בדין מצד שהעד קרוב מ"מ הפלוני האחרון שנזכר בצוואה שזיכתה לו כל עזבונה הנשאר אינו זוכה באותן ע"ה זהו' שהרי נאמר שם המותר מנכסי עזבוני חוץ מכל אלה ירושות ומתנות הנ"ל יטול פלוני הרי שמתנות הנ"ל אינו נוטל פלוני ונשארו אותן ע"ה זהו' בלי שום זוכה והרי הוא מתנת ש"מ במקצת ובעי קנין וגם בלא"ה אין כאן מתנת ש"מ בכולה שהרי אותן כ"ה זהו' שציותה להיורש דאורייתא לא בתורת מתנה הוא שהרי כך אמרה בצוואה אחי פלוני ירש כ"ה זהו' הרי שזה ירושה וא"כ כל המתנות האחרים כולם מתנה במקצת

הם שהרי שיירה חותן כ"ה זהו' ומה שאמרה שיורש אותם אחי הלא בכל מתנת ש"מ במקצת המותר היא ליורשיה ובעי קנין אך עיינתי בצוואה והנה פיה פתחה בחכמה וראשית דבריה הי' הנני עושה צוואה כמצוה מחמת מיתה ובזה אפילו במקצת לא בעי קנין כמ"ש בסי' ר"נ ס"ז עכ"ל ויתר דבריו בתשוב' הנ"ל יובא לקמן סי' רנ"ג ס"כ:

ג **שיור כדי פרנסתו**. עיין בתשובת ב"ש אחרון חח"מ סי' ע"ח שכתב להוכיח בדרך פלפול מב"מ דף י"ט ע"ב כדעת הב"י דשיור כל שהוא הוי שיור ע"ש:

ד **וי"א דהוא הדין כו'**. עבה"ט עד ואני השבתי לו בזה ובאו דברי שנינו לפני מהר"ם מפדואה ז"ל כו' עי' בזה באריכות בתשו' הרמ"א סי' מ"ז ומ"ח. ועיין בתשובת אא"ז פמ"א ח"ב סי' קל"ג שכ' על נדון דידיה וז"ל תחלה צריכין אנו לדון על צוואה ראשונה דשנת תפ"א אם יש בה ממש באשר מבואר בו שנותן לכל אחד מתנת בריא ומתנת בריא בעי קנין אפילו אם צוה לחלק לאחר מותו כמו שפסק רמ"א ס"ס רנ"ז כו' ואף שמבואר ר"ס רנ"ח בשטר מתנה שכתוב בה שיקנה פלוני שדה פלונית לאחר מיתה בין שהיה בשטר קנין בין שלא היה בו קנין כיון שכתוב בו זמן הזמן מוכיח שמחיים הקנה לו כו' וא"כ ה"נ כיון שכתוב בו מהיום חלקתי את נכסי ונתתי במתנת בריא לכאו"א א"כ שטר זה שטר קנין הוא אף שלא בא לידם מחיים מ"מ כיון שמסר ליד שליש מסתמא זוכה להם ע"י שליש מהיום כו' אך זה אינו דאכתי איכא לפקפק דמאן יימר שזוכה להם ע"י שליש דילמא השליש ביד שליש משום דיהיה בידו לחזור ממתנותיו וכיון שלא הגיע לידם מחיים לא זכו בשטר זה בלא קנין. איברא כיון שהסופר מעיד שבשנת תפ"ד בעת שהיה שכ"מ חזר וצוה לכתוב כל הדברים הנ"ל בשביל איזה דברים שנתחדשו בו אשר שם בפי אות באות כו' א"כ הוי מתנת ש"מ בכולה שחלק כל נכסיו וא"צ קנין אף שנזכר שבשנת תפ"א נתן במתנת בריא אין זה מגרע כח מתנת ש"מ דומה לזה אם נתן אדם שדה במתנה בלא קנין ואח"כ נותן לו אותו שדה בקנין וכי יגרע כח מתנה זו בשביל זה ה"נ דכוותיה וכי בשביל שנתן בחייו במתנה בלא קנין ועכשיו חזר וצוה בעת שהיה ש"מ וכי יגרע כחו דלא להוי ככתובין ומסורין הלא אמר לו פה אל פה ממש ואף אם יאמרו הנקדנין מדכתב הסופר ע"פ הדברים אשר צווני וביקש ממני להעתיק אות באות בשביל דברים שחידש בם כו' א"כ צוה להעתיק אות באות מצוואה ראשונה ושם נאמר ונתתי במתנת בריא לכאו"א א"כ נימא דכיון למתנת בריא וכיון דאין בו קנין לית ביה משהא הנה אף הא לא תברא וגדולה מזו מצינו שהשיב הרב"י להרמ"א הובא בתשובותיו סי' מ"ז כו' הרי להדיא בדבר שנוכל לאמוד דעת הנותן שלמתנה גמורה נתכוין ולישנא הוא דאיתקל אמרינן דמתנתו קיימת ותלינן בטעות סופר ואף דהרמ"א בתשובה השיב על

דבריו כמוזכר בסמ"ע סי' ר"ן ונראין דבריו כו' מ"מ נראה דדוקא בנדון ההוא שהיה כתוב בפירוש שנותנם במתנת בריא אבל הכא שחזר וצוה בעת חליו להעתיק מה דהא שכבר נתן שפיר נוכל לומר דלא נתכוון אות באות אלא על גוף המתנות ולא על לשון שהי' כתיב בהיותו בריא ושפיר נוכל לומר דזה ט"ס שהי' סבור שזה הלשון מהני נמי גבי ש"מ ובאמת לא צוה להעתיק אלא בשביל שהוסיף בה דברים אבל לא אמר לו שיכתוב היום שנותן במתנת בריא ובזה כ"ע מודים דאמדינן דעת הנותן שמסתמא עכשיו נתן במתנת ש"מ ולא בעי קנין וגם לדעתי ברור דהוה כמצוה מחמת מיתה כיון שזה הזקן הי' אז מסוכן בחולי השלאק ר"ל אשר אחד מאלף ניצול וכל הרופאים אמדוהו למיתה ואפי' במקצת א"צ קנין וא"כ ת"ל ברור הדבר אצלנו שצוואה זו מאושרת ומקויימת כדברי ש"מ שדבריו ככתובין ומסורין עכ"ל ע"ש:

ה **שיש לו לחזור עד שימות.** עיין בתשובת חתם סופר חח"מ סימן מ"ט בעובדא בחד גברא ש"מ שצוה לפני מותו וגם הניח קרן קיימת לצורך עניים ואח"ז בא לפניו גיסו והזכירו עוד באיזה מקרוביו וכתב גיסו על נייר א' עוד חיזה פונקטין ופונקט השלישי עניינה כך שיתן לאחיו ר' פלוני בכל שבוע ד' זהו' מהקרן קיימת שלו ואם יראו שלא יספיק לו יוסיפו ויתנו לו עוד ב' זהו' בכל שבוע והשכ"מ לא בא עה"ח כ"א אשתו ובנו הגדול ואח"כ נתקיים ע"י ב' עדים ותוכן הקיום בפנינו הודו כחתומים הנ"ל שזה חתימת ידם ושנתרצו לכל הנ"ל וששמעו כן מפי השכ"מ בעצמו ואשרנוהו כדחזי והנה שכ"מ הנ"ל שבק חיים יכתב זה היה מונח ביד גיסו והאח לא ידע מאומה ואח"ז כשלש שנים נודע להאח שיש לו זכות בא לפני ב"ד ותבע את האשה וילדיה לשלם לו מה שמגיע לו מיום מיתת אחיו עד היום והאשה ובנה הגדול משיבים שהכתב הזה בטל מעיקרא כי העדים לא שמעו מפי המצווה שום דבר רק שמעידים ששמעו מפיהם שהם שמעו כך מבעלה ואביו והם היו אז בעת צרה לא ידעו ולא יבינו ע"כ אין ממש בכתב ההוא והשיב הנה טענה זו בטלה היא כיון שחתמו בח"י והעידו גם על עצמם שהם שמעו מפי השכ"מ . בעצמו אין בטענתם כלום וזה גרע ממי שטען שלא הבין קריאת הכתיבה כמ"ש הרשב"א ופסקו בש"ע סי' ס"א שי"ג ועי' סי' מ"ה ס"ג וזה פשוט. אלא שמט"א נ"ל שפטורים לא מבעיא מאותן ד' זהו' לשבוע שפי' שינתן מהקרן קיימת שלו והנה בצוואה הראשונה כבר צוה וחולק הקרן קיימת למקים ששייך וזכו בו העניים ההמה כי כולו אינו אלא ב' מאות זהו' לשנה ולא נוכל לזכות את האח אלא מטעם חזרה שחזר הש"מ מהראשונה ונתנו עתה להאח וזה היה אלו היו עדים מעידים או חיה השכ"מ בעצמו אך עתה שאין כאן עדים כשרים על זה לאו כל כמינהו להפסיד הראשונים שזכו בשלהם

אלא אפי' במ"ש בכתב האחרון שאם לא יספיק לו ד' זהו' יוסיפו לו ב' זהו' ומשמע נוסף על הקרן קיימת דאין לומר מהק"ק שהרי כל עצמו אינו אלא ב' מאות זהו' לשנה וע"כ משלהם קאמר וא"כ יש לו תביעה ב' זהו' לשבוע מג' שנים שעברו והיות שיש כאן ד' אחים והבאים על החתום היא האם ואח הגדול לאו כל כמיניה לחייב שאר האחים ליתן משלהם כלום ואין כאן תביעה אלא על חלקו של האח הבא עה"ח והנה אין במשמעות השטר שיותן לו מהעזבון כך וכך בכל שבוע וצריך למכתב ולפרש מאין יבואו ולאו כל כמיניה להעמיס על בניו ובלא"ה היה כמה פקפוקים בלשון השטר ההוא ע"כ ראיני לבצע הדין לטובת האח העני כו' עכ"ל ע"ש:

ו **דשמא לא גמר להקנות.** עיין בתשובת נו"ב סי' כ"ו וכ"ח שכתב דמלשון זה משמע דהוא ספק אם קנה או לא. וחתנו הג' מוה' יוסף ז"ל כ' לו דמדברי הריב"ש סי' שמ"ה מוכח דהיינו בודאי ולא ספק כמו נפל לו עליה כו' שמוציאין אותה הימנו שמביא הריב"ש שם. והוא ז"ל חזר וכתב לו דמדברי הריב"ש שם אין סתירה לזה דכאן איכא ספק שמא מחמת חסרון ידיעה שאמירה מהני עשה ק"ס אבל בקנין ד"א גם חסרון ידיעה מבטל הזכות שהרי אין ד"א קונות כ"א מדעתו ע"ש:

ז **אין כותבין ונותנין.** ע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' קכ"א אודות שטר צוואה שכ' בזה"ל זכרון עדות שהיתה בפנינו עדים ח"מ כו' ובקש מאתנו לשמוע ולקבל צוואתו ולכתוב ולחתום כמבואר בשטר זה כו' ועתה מערערים על השטר שהם לא חתמוהו עד אחר מיתתו. והשיב דא"כ הוא הרי השטר פסול כי אולי לא כיון להקנותו אלא בשטר שיש בו עדים ואין קנין לאח"מ כמבואר בסוגיא פי"נ אע"ג שגם הוא בעצמו בא עה"ח מ"מ עיקרו תלוי בחתימת העדים כיון שהוא צוה להם כן. והעדים שעשו כן שחתמוהו לאח"מ ונתנוהו ליד הזוכה ולא הזכירו בחתימתן איחור הזמן אם נתברר לנו כן הם רשעים שהרי חתמו שזה זוכה במ"ש בזה ואין זכיה אח"מ ומכ"ש הכא שא' מהחתומים הוא מדייני קרתא שאין לו התנצלות לומר שלא ידע הדין כו' ולכן אם אין בעל השטר מודה שנחתם אח"מ לא מהימני הני סהדי אפי' אין כ"י יוצא ממ"א לשווייי נפשייהו רשעים וא"נ לא הוי משום נפשייהו רשעים בזה (כגון דלא גמרי הדין) מ"מ הא כ"י יוצא ממ"א ולא מהימנין לטעון של דבר המבטל השטר ע' בש"ע סי' מו מסעי' לז ואילך אך אם הבע"ד מודה הרי האי שטרא כחספא בעלמא כו' ומ"מ יש לדון ולומר דוקא מה שצריך קנין בעלמא רק דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמו בהא אמרי' לא כוון להקנותו אלא בשטר שחתומים בו עדים אבל לענין פיטור השבועה אפשר שלעולם דבריו קיימים כיון שאמר להדיא שהוא מאמין לאשתו ובנו והדבר צ"ע קצת עכ"ד ע"ש עוד. ועמש"ל סכ"ב סק"ט:

ח **וא"צ יפוי כח**. עבה"ט שכ' וגם לא בעינן שבא כו' וע' בנה"מ שכ' דתיבת וליתנו לו שבסמ"ע ס"ק ס' הוא ט"ס ועיקר החילוק הוא בין אינו מצוה רק לכתוב ובין אם צוה ג"כ ליתן ע"ש וע' בתשו' מ"ס סי' קלח מ"ש בזה:

ט **והעדים כותבים**. כ' הסמ"ע פי' לפימ"ש דיש חילוק בזה מש"ה יזהרו העדים שלא יכתבו איך שאמר לנו כתבו ותנו כו' וע' בס' נחלת שבעה סי' לז שדחה הנוסחא ישנה שמצא מקדמונינו שכתוב בה וביקש מאתנו לקבל צוואתו ולכתוב ולחתום כו' דלא נכון לכתוב כן דבזה בעינן יפוי כח ואף אי נימא שבנוסח הנ"ל נמצא יפוי כח מ"מ משמעות הש"ע והסמ"ע דאם כתבו לאח"מ לא מהני יפוי כח רק דוקא בכתבו מחיים וא"כ איך כתבו בסוף וכך מת כמר פלו' מתוך אותה חולי כו' כמ"ש בנוסח הנ"ל עש"ב. וע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' קלח שכ' דבמ"כ של בעל נ"ש דחה לקמאי בגילא דחיטתא דלע"ד ע"כ לא הצריכו יפוי כח אלא באומר כתבו ותנו לפ' או תנו וכתבו לפ' אבל אם אמר שמעו דברי וכתבו וחתמו ולא הזכיר שיכתבו לפ' כוונתו שיכתבו לעצמם לזכרון דברים ואין כאן קנין ושטר כלל כו' ומיישב בזה דברי הטור שלא יהיו דבריו סותרין ממ"ש בסעי' ל' למ"ש בסעי' ל"ה ע"ש. ויש לעיין ממ"ש היא ז"ל בעצמו בסי' קכ"א שהבאתי לעיל סי"ח סק"ז דלכאורה לפ"ז בחנם פסל שם השטר ההוא דהא גם שם לא נזכר לפלוני וצ"ע:

י **וכן מי שכתב**. עבה"ט בשם ש"ך וע' בתשו' ושב הכהן סי' ח' שכ' דכל דברי הש"ך תמוהים בענין זה עש"ב:

יא **ובמתנת בריא**. עבה"ט וע" בתשו' רע"א סי' קמו שכ' דהכא מיירי דוקא במסרו ביד שליש אבל בשטר קנין שנמצא ברשות נותן וליכא עדי קנין לפנינו שהקנה לו סתם אינו כלום וה"ה בשטר הקדש שנמצא ברשותו וכן פסק להדיא בתשו' מבי"ט ח"ג סי' צט בנמצא כתב אצלו שהקדיש כו"כ אין מוציאין מיורשים. ומה דאי' בא"ח סי' קנג סעי' יט יש מי שאומר דאם נמצא אחר מיתת אדם כו' י"ל דהתם בכתב עצמו דל"ש כ"כ לו' ספרא אתרמי לי' אבל לא בנכתב מאיש אחר ואם היה הנותן שכ"מ י"ל דאף בכ"י עצמו חושש אולי יחלוש כחו ולא יהיה יכול לאמן ידו במכתב כו' ע"ש עוד. ועיין בתשובת ושב הכהן סי' ח' מענין זה באריכות:

יב **כאן נמצאו וכאן היו**. עבה"ט ועי' לעיל סי' סמ"ך בבה"ט ס"ק י"ט ועמ"ש שם. ועיין בתשובת נו"ב תניינא סי' מ"ג שנשאל אודות ראובן שכתב לבנו חצרון שטר מתנה בנאמנות סתם שנותן לו חצי ביתו במתנה מהיום ולאחר מותו וכל הספרים שיש לו מעתה ומעכשיו ועתה מת ראובן ויש ביד בנו חנוך ספרים הרבה של אביו ועדי ראיה ליכא וטוען חצרון שהספרים הללו שביד אחיו חנוך הם היו ביד אביהם בעת שנתן לו

המתנה ונמצאו אותן הספרים הם שלו כפי השטר המתנה וחנוך השיב אוליי אביהם כבר נתן ליד חצרון אחר המתנה כל הספרים שהיו בידו אז ואלו הספרים קנה אח"כ מחצרון בעצמו או מאדם אחר ואולי הם ספרים אחרים לגמרי והשטר שנשאר ביד חצרון הוא בשביל חצי הבית הנכלל בו. וגם תובע חנוך לחצרון שאביו אמר לו שחצרון לקח הרבה ספרים ממנו שלא היו בכלל המתנה ותובע שיחזיר לו אלו הספרים. והשיב לכאורה יש לדון בזה ע"פ המבואר בסי' ר"ן סכ"ו הנותן סתם מטלטלים כו' אין בדבריהם כלום כו' והסמ"ע והש"ך שניהם הסכימו לפסק הש"ע עכ"פ במטלטלין וכשהיורש טוען שמא ולפ"ז כאן אם אנו אומרים שהספרים שהי' לי אז כבר נתנם לחצרון א"כ הוא נגד הסברא דכ"נ כאן היה לא מבעיא אם אנו אומרים שאלו הם ספרים אחרים אלא אפי' אם אנו אומרים שאותן הספרים עצמם הוא שחזר וקנה מ"מ אין זה כנכ"ה שכבר החזירה והוציאם מרשותו ושוב קנאם מחדש. ואמנם באמת ז"א דלא עדף זה מספרים שהיו ידועים בעדים שהם של חצרון ושבודאי בא ליד אביו בתורת שאלה וגם הם דברים העשוים להשאיל מ"מ כיון שאין עדי ראיה שראו עתה ביד היורש אנן טוענין שלקחו המנוח וכמבואר בש"ך ס"ס רצ"א (צ"ל רצ"ז) ושאני בנותן מהיום ולאחר מיתה ששם לא שייך חזקה שכל מה שנמצא אצל אדם הוא שלו שהיה ראוי להיות בידו כל ימי חייו וגם לא שייך טענת לקוח כל כך שמהיכי תיתי היה לו ליתנו להזוכה קודם זמנו וא"כ לא היה צריך לקנותו והוה כמו הלואה תוך זמנו שמוציאים מי היורשים אבל כאן האב היה נאמן לטעון לקוח במגו דהחזרתי וכן טענינן להיורשים והשטר שבידו אינו כלום חדא שאין זה שטר גמור ועוד שהרי האב היה נאמן לטעון החזרתי במגו דנאנסו ועוד שהרי לא נתברר בשטר מה הם הספרים. ועל דבר שטוען חנוך שאביו א"ל שחצרון לקח הרבה ספרים שלא היו בכלל המתנה וכ' הרב השואל כיון שחנוך יש בידו ממעות ירושה והוא מוחזק יכול לישבע שכן אמר לו אביו וינכה לחצרון ממה שבידו כפי ערך שישבע שאמר לו אביו שלקח שלא כדין דבר זה ליתא כיון שחנוך עצמו אינו יודע האמת רק שכך א"ל אביו אפי' היה לו שני עדים שאביו אמר כך אין תפיסתו מועיל על טענת אביו ואין אדם יכול לישבע כ"א על מה שברור לו בעצמו ואפילו לדעת הראב"ד שהוא הי"א בסי' ע"ה סכ"א באמר לו אבא מקרי טענת ברי להשביע שבועת התורה אם הלוה מוב"מ מ"מ לא מקרי טענת ברי לענין שאם הבן תפס שלא בעדים שישבע הוא על מה שבידו כו' ולכן בנ"ד ישבע חצרון שלא לקח מספרים של אביו כ"א מה שנתן לו במתנה וחנוך יחזיר לו חלקו ירושה ממה שבידו עכ"ד עיין שם:

סימן רנב

א **לשליש לשם כך.** ע' בתשו' שבו"י ח"א סי' קסח בדבר אשה א' שצוותה קודם מותה לבניה שאם יהיה ביניהם דברי ריב ידון להם פ' א' מקרוביה וע"פ הפצרתה נתנו כולם ת"כ בפועל ממש ליד אותו פ' ועכשיו א' מהבנים אינו רוצה לקיים ולדון לפניו וטוען שעיקר הת"כ לא עשה רק לפייס דעת אמו שלא תטרוף דעתה אי כופין אותו לקיים. והשיב דזולת הת"כ מצד מצוה לקיים דברי המת הנה לא אמרי' מלקד"ה אלא בנכסיו וירושתו אבל בשאר מילי לא וגדולה מזו הסכמת הפוסקים ואפי' בנכסיו דוקא בנתן לשליש לשם כך כמבואר בח"מ סי' רנב וכ"ש בשאר מילי דל"ש השלישו לשם כך ואין לחלק ולומר דדוקין בדבר שבממון שבידו להשליש ולא השליש לשם כך לא אמרי' מלקד"ה משא"כ בשאר מילי. זה אינו חדא דמשמעות הפוסקים דאף בלא היה אז בידו להשליש אפ"ה לא אמרי' מלקד"ה כו' ועוד דלא מצינו בשום פוסק שמצוה לקד"ה בשאר מילי אפי' בצוואת אביו או אמו כו' אלא דמ"מ מצד החסד לפנים משוה"ד ראוי לקיים גם בשאר מילי אך אין כופין על לפנים משוה"ד רק בדברים בעלמא כו' (עמש"ל סי' יב ס"ב סק"ו) אולם מחמת הת"כ יש לכופו לקיים ולדון לפני אותו פ' ומה שטען כי עיקר הת"כ לא נתן רק להפיס דעת אמו לכאורה טענה גדולה היא כיון שעשה זה ע"פ הפצרתה בחליה א"צ התרה כלל כמבואר בי"ד סי' רלב סי"ז בהגה מי שנדר לחולה איזה דבר אם עשה זה משום הפצרת החולה שלא תטרף דעתו עליו הוי כנדר אונס ואף שנדון זה אינו ברור בעיני כל כך כו' וכן שמעתי וראיתי דעבדי עובדא בנפשייהו ולא עלתה להם כהוגן מ"מ כיון שהדבר מבואר בש"ע ודאי דאין לפקפק עוד. איברא נ"ל דיש לחלק דדוקא במי שאינו חייב לשמוע למצותו כלל רק מכח השבועה אז יכול לומר שעשה שבועה שלא תטרף דעתו משא"כ בצוואת אב או אם שמחוייב לקיים עכ"פ לפנים משוה"ד וכופין על זה בדברים כמש"ל א"כ אם עשה ת"כ או שבועה ע"ז איך נמצא לו היתר הלא אף בלתי שבועתו מחוייבים אנחנו לכופו בדברים לקיים צוואתו וראיה לחילוק זה מיעקב שהשביע בחליו ליוסף כו' וכ"מ קצת מדברי המרדכי שהובא בש"ע סי' פא ס"ב בהגה והובא שם בסמ"ע דאפי' היכי דשתק הבן לא יוכל לומר שעשה כדי שלא להכעיסה ושלא תטרוף דעתה מכ"ש היכא שנתן ת"כ ע"כ פשוט בנ"ד אין היתר כלל עכ"ל ע"ש ועמש"ל סי' כב ס"א סק"ג:

ב **או נדר ליתן.** ע' בתשו' רבינו עקיבא איגר סי' קחו שכ' דהאי נדר משמע דהיינו נדר ליתן לעניים וזהו עפמ"ש הרמ"א בתשו' סי' מח שאלה ג' על דברי המרדכי פ' מי שמת בשם מהר"ם דבאומר אתן לאחר מותי לא הוי נדר כיון דבזמן שיחול הנדר הוא חפשי

מהמצות והוסיף הרמ"א דאף באומר אתן לאחר ל' יום ואף באמר אתן סתם ומת אין היורשים מחייבים לקיים נדרו כמ"ש הריב"ש סי' ש"ה לענין שבועה. ואף דלכאורה קשה על זה מ"ש מהאומר הרי עלי עולה דיביאו יורשים העולה כדאי' פ"ק דקדושין דף יג י"ל דהרמ"ח אזיל לשיטתו שכתב ביו"ד סי' רנח ס"ז דהמקדיש שט"ח צריך כתיבה ומסירה והיינו כדעת הרשב"א דבצדקה לא אמרי' אמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי מש"ה בנודר אתן לעניים לא הוי כנתחייב בקנין רק דעליו מוטל לשמור מוצא שפתיו דבפיך זו צדקה והוי רק כמו חיוב לקיים שבועתו דאין היורשים מחוייבים לקיים. אולם ממ"ש הרמ"א לעיל סי' רי"ב ס"ז בהגה באומר פירות דקל כשיבאו לעולם אתננו לעניים ומת אינו כלום ומשמע דוקא במת קודם שבאו לעולם כמ"ש הסמ"ע שם אבל אם גדלו בחייו ומת יתנו לאח"מ א"כ מכ"ש באומר אתן מנה. וזה דלא כהנ"ל וצ"ע עכ"ד (ע' בזה בקצה"ח כאן ולקמן סי' ר"צ סק"ב באריכות ועמש"ל סי' ריב ס"ז סק"ט) וע"ש עוד אודות הצוואה שנמצא אצל המנוח בנוסח שיהיה סך כך וכך לדברים טובים אחר מותו וכתב דיש לדון טובא אם מחוייבים היורשים לקיים כי אף דלשון יהיה הוי אפשר כמו לשון אתן (ר"ל כדעת הרמב"ם פכ"ב מה' מכירה שפסק המחבר כמותו בש"ע לעיל סי' רי"ב ס"ב ס"ז ודלא כהראב"ד והטור שם בשם הרא"ש והרמ"א בהגה שם וע' בתשו' מהרי"ט סי' לט בד"ה איברא ועמש"ל סי' רנג ס"ב סק"ב) מ"מ אף באומר אתן סתם ספק עצום אם יורשים חייבים ומכ"ש בנ"ד דהוי כאומר אתן לאחר מותי כו' (גם בס"ס ק"נ שם כתב להשואל שאינו ברור דמהני הקדשו של חמיו ס"ת לדבר טוב וכמ"ש המרדכי דמקדיש לאח"מ לא מהני דאין הקדש לאח"מ. ושם כתב לתמוה על הרמ"א בתשו' הנ"ל באומר אתן סתם עש"ה) וביותר דאף בהקדיש סתם אי ליכא עדים בפנינו דשקדיש אלא דנמצא כתוב אצל המקדיש תליא באשלי רברבי כו' (ע"ל סי' ר"ן סכ"ה ומ"ש שם) עש"ה. וע' בס' קצה"ח שכ' מעשה בא לידי בא' שנדר בחייו ליתן מעשר כספים מנכסיו וכבר חילק בחייו מקצתו וקודם מותו צוה שיותן מעשר מנכסיו כפי הנדר שנדר בחייו וכן באו אלי מעניי העיר לכוף את אפטרופסי יתמי המניח לקיים הצואה ואחר העיון לא מצאתי עצמי כמחוייב בדבר הזה לפי שנ"ל שאין ממש בצוואה זו והוא כיון דנודר ומת אין היורשין מחוייבים לקיים נדרו וא"כ משום נדר שנדר בעידו בריא אין היורשין מחוייבין ואי משום מתנת שכ"מ נראה דבזה לא אמרי' תקנת שכ"מ וראיה מדברי התוס' בב"ב דף קע"ה בד"ה ורב ושמואל שכתבו וי"ל לא דמי דהיכא דנותן מטעם מתנה בודאי תקנו שיהיו ככתובין וכמסורין שמא תטרף דעתו עליו אבל אם מצוה להם ליתן מכח מלוה ולא מטעם אחר אין לו אלא מכח מלוה כאשר בתחלה כו' וה"נ כיון שאמר ליתן משום

הנדר שנדר בחייו וא"כ אין לעניים אלא מכח נדר כאשר בתחלה הנודר ומת אין היורשין מחוייבין לשלם כו' ע"ש עוד וע' בנה"מ שהשיג עליו וכתב ולפע"ד לא דמי דשם עכ"פ מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן רק שאין כופין אותן כמבואר בב"ב דף קנט וי"ל שצוואתו היה שיתנו משום מצוה שעליהם וממילא אין כופין אותן אבל בנידר כשמת אין שום מצוה על היורשין וכיון שהוא צוה תנו ע"כ במתנת שכ"מ צוה ליתן וכן מוכח מכל הפוסקים שגובין מהיורשים בכה"ג עכ"ל וע' בתשו' ח"ס חח"מ ס"ס קטו שתמה ג"כ על קצה"ח בזה וכתב דהכא י"ל אדם יודע שאין נדר אח"מ ובא עכשיו לתקן דבריו הראשונים ויהיב בתורת מתנת שכ"מ וזה דומה למ"ש בכתובות דף ע"א אדם יודע שאין קידושי קטנה כלום וגמיר ובעל לשם קדושין כו' ע"ש:

ג **יורשיו פטורין.** עבה"ט מ"ש בשם הש"ך דאם צוה ליורשיו ליתן דאף דלא השליש לשם כך אמרי' ביה מצוה לקיים כו'. ומלשונו משמע דליכא פלוגתא בזה גם בש"ך לעיל סק"ד אמ"ש המחבר והוא שנתנו עכשיו לשליש לשם כ"כ הש"ך או שצוה ליורשיו ליתן כו' ע"ש וכבר השיג עליו בתשו' רעק"א סי' ק"ן וכתב שם על נדון שנשאל עליו וז"ל ועל דבר העשרה ר"ט בודאי אין בכחו לחייב את בניו בזה ומדין מצוה לקד"ה ליכא כיון דלא השליש לכך ומ"ש הרב השואל כיון שקיבל עליו היורש הוא בכלל מצוה לקד"ה כמ"ש הרמ"א בתשו' סי' מח הנה יסודו דהרמ"א מדברי הריטב"א והמעיין בב"י שמביא תשו' הריטב"א ומשם בארה דבתחלה כתב דעת תוס' דבעי השלישו ואח"כ כתב אבל הרא"ה כתב דלא בעי השלישו אלא כל שצוה ליורשים או למי שסיפק בידו כו' מבואר דהריטב"א עושה פלוגתא בזה בין תוס' להרא"ה ולדעת תוס' בעי דוקא השלישו ודברי הש"ך בס" רנב דלא כ"כ תמוהים לענ"ד וגם אף להרא"ה זהו רק שהיה הצוואה לבנו ואפשר גם בכותב כן לבנו ושלח לידו המכתב דהכתיבה כדיבור דמי לזה. אבל בלא צוה בפניו רק שמסר לו דבר מחותם שיקראנו אחר מותו מנין לו ועכ"פ למאי דקי"ל כר"ת בלא השלישו אין בזה דין מצוה לקד"ה עכ"ל. ולכאורה נראה מ"ש הג' ז"ל אין בכחי לחייב את בניו כו' ר"ל לכוף אותם מדין מצוה לקד"ה אבל עלייהו דידהו רמיא לקיים מצות כיבוד אב ואף דקי"ל כיבוד משל אב ולא משל בן י"ל כיון דהוא ממין הירושה לא מקרי כ"כ של בן ומצאתי בתשו' הג' הנ"ל בחלק יו"ד ס"ס ס"ח (שרמזתי עליו בפ"ת ליו"ד סי' ר"מ ס"ק יא) כתב שם וז"ל ומעתה נ"ל לדינא במצוה לבניו דרך צוואה ליתן ממון ירושתם לפ' כך וכך דצריכים לקיים מדין כיבוד אב ומה דשקלו וטרו הפוסקים בדין מצוה לקד"ה דהוא רק במשליש מתחלה לכך היינו בל' תנו דהוי רק ל' מתנה גם נ"מ במצוה לא' משאר יורשיו דל"ש כיבוד אב גם במצוה לבניו נ"מ דמשום כיבוד אב לא

כפינן להו ומדין מצוה לקד"ה כפינן כדאי' בפ' השולח (גיטין דף מ') ובהר"ן פ"ק דגיטין בסוגיא דמע"ש. אולם מפקפק אני בזה די"ל כיון דירשו הממון הוה ממון שלהם ואינן מחויבים לקיים בזה צוואת אביהם דקיי"ל כיבוד משל אב ואף דבמטלטלי דיתמי מצוה לפרוע חובות אביהם ופרש"י משום כיבוד אב ונוכיח מזה כיון דמכח אביהם בא להם הממון לא מקרי כ"כ של בן מ"מ י"ל דדוקא התם דהוא בצירוף טעם דהוי קצת נעילת דלת כו' וההיא דהניח להם רבית דבר מסויים י"ל דהתם הוי זילותא לאביו אבל מדין כיבוד י"ל דלא מחייבי וצ"ע עכ"ל. וע' בתשו' נו"ב תניינא חאה"ע סי' מ"ה בא' שצוה קודם מותו לאשתו שלא תתן את בתו הבוגרת לשמעון אחיו לאשה ועתה רוצים לישא זא"ז אי שייך בזה מצוה לקיים דברי המת. וכתב דהא ודאי דל"ש כאן מלקד"ה דאפי' לדעת הריטב"א שאם מצוה למי שבידו לעשות שייך מלקד"ה אפי' לא מסר עמה לידו כלום גם הריטב"א לא אמר אלא בצוה למי שבידו לקיים דבריו אבל כאן אינו מסור ביד אשתו שהרי יכולה הבת להנשא לדודה בלי רצון אמה בשלמא אם היה מצוה לאשתו שאם תנשא בתו לאחיו לא תתן לה מאומה לנדן זהו ביד אשתו שהרי כל העזבון לה לכתובתה אבל הוא לא צוה רק על הנשואין וזה אינו בידה ועוד שגם הריטב"א לא אמר אלא במצוה על שלו אבל אם מצוה לאחר על של אחר ודאי ליכא משום מלקד"ה ואפי' שתק האחר בשעה שאמר אליו וא"כ הכא שצוה לאשתו על בתו הבוגרת שאינה ברשותו כלל ודאי דאין על האלמנה שום חיוב או מצוה לקיים דברי בעלה המת כלל. וגם מצד הבתולה אין ספק שא"צ לחוש לדברי אביה בזה כמ"ש ביו"ד ס"ס ר"מ ובפרט שהאב לא צוה להבת כלום כו' ע"ש עוד והובא בפתחי תשובה ליו"ד סי' ר"מ ס"ק יא ועמ"ש שם:

סימן רנג

א **וצוה בפניהם כותבין.** עי' בחשוב' שבות יעקב ח"ב סי' קס"ט שהביא תשובת מבי"ט ח"ב סי' קמ"ח שכתב וז"ל אין הצוואה ניתנת ע"פ עד אחד אפי' שיהיה חנם ודיין עכ"ז נ"ל שיוכלו לומר ליורש שיקבל בחרם שאינו מאמין שהוא אמת מה שאומר העד עכ"ל והוא ז"ל תמה עליו מאד מה צורך לקבל בחרם שאינו מאמין אחרי שהתורה לא האמינתו והאריך בראיות ומסיים נשתקע הדבר ולא נא' דודאי כל שצוה המוריש רק בפני עד אחד שלא בפני היורש שא"צ כלל לקיים דבריו ע"ש וכ"כ בתשובת קרית חנה סי' י"ט ע"ש:

ב **או יזכה.** עבה"ט מ"ש וה"ה אם אמר יהא כו' ועמ"ש לעיל סימן רמ"ה ע"ג ס"ק ג' דה"ה אם אמר יהיה דלא כתשובת חו"י שנסתפק בזה ע"ש:

ג **אני מניח לפלוני**. עבה"ט וע' בתשובת חתם סופר חח"מ סי' קי"ב שכתב דמה שרמז הש"ך ועיין במהרי"ק שורש צ"ד הנה מהרי"ק שם מייתי ראשונים חולקים חולקים על הרא"ש וס"ל שאין ל' מניח משמעות של כלום אך הש"ך בעצמו לקמן סימן רפ"א סק"ח פסק דלא כמהרי"ק אלא שט"ס שם במ"ש דהוא לשון ירושה וצ"ל הוא לשון מתנת שכ"מ וכדמוכח מתשובת דברי ריבות דמייתי ש"ך שם כו' והש"ך לא מייתי הכא לעיין בתשובת מהרי"ק לפסוק כמותו אלא אם יצטרך לעשותו סניף לסברות אחרות אבל לא לפסול צוואה בשביל זה ובתשובת רד"ך בית ל' נחלק עליו וכן בתשו' מהרי"ט סימן כ"ב לא עלה על דעתו לומר מניח לשון גרוע הוא כו' ועוד נ"ל דבזמנינו שנתפשט הוראות הש"ע בכל תפוצה לשון מניח הוא לשון המועיל בשכ"מ תו לא גרע מקנין או ל' שהסכימו עליו במדינה דמועיל כו' ובזה"ז גם הגאונים שבמרדכי ומהרי"ק יודו דל' מניח הוא לשון קנין המועיל עכ"ד ועמש"ל סימן רפ"א ס"ז סק"ו:

ד **כך וכך לפלוני**. ע' בתשובת כנסת יחזקאל סי' פ"ח שכתב על נדון דידיה (וז"ל מה שאמרה השטאפין קלייד זאל אחותי פלוני האבין) הוא אף שכתב הש"ך (בבה"ט סק"ס) דאם אמר יהא דבר זה לפלוני ה"ל מתנה. י"ל דאם היתה מדברת בלשון אשכנז (זאל זיין) ניחא משא"כ תיבת (האבין) אין סובל לשון יהא וטפי סובל לשון יהנה או יעמוד בהם כו' ודומה למ"ש מהרי"ק אם אמר כך וכך לפלוני בנכסי לאו כלום הוא כו' ואף שבריש הצואה נאמר בכל תוקף שטר מתנת ש"מ הא ניחא באם שלא היתה מזכרת עוד אצל שום אחד מהמקבלין ל' מתנה היינו מהמפרשים דקאי על לשון מתנה שבתחלה משא"כ בנ"ד שאמרה לאחותה הכלה ת"ק ר"ט במתנת ולאחיה פלוני שני (שניר) מרגליות במתנה י"מ דלשון מתנה בתחלה קאי עליהם אבל לזו לא יהבה במתנה ועוד דהא מבואר בגמרא ב"ב דף קצ"ח דדרשינן לישנא יתירא לטפויי ופסקו כן כל הפוסקים (לקמן ס"ח) אף אנו נאמר בנ"ד לישנא יתירא דטפויי שאמרה גבי אחותה הכלה ואחיה פלוני שיהיה במתנה כוונתה בשאר צוואה שלא יהיה במתנה ומטעם זה אני אומר ג"כ דמה שאמרה עוד שני מאות ר"ט (זאל גיגעבין ווערדין) לאמי וכן בגד (סמוט) שלי (זאל גיגעבין ווערדין) לפלוני אף דלשון (גיגעבין ווערדין) הוא לשון תנו מ"מ לישנא יתירא דטפויי בשאר מקבלין מוכיח דאינו לשון תנו רק י"ל אפוטרופסים שווינהו כו' עכ"ד ועמ"ש לקמן ס"ג סק"ו:

ה **לשונות כו'**. ע' בתשובת עבוה"ג סי' מ"ה שכתב להרב השואל וז"ל הנה מכ"ת תפס במושלם שלישנא דיקח הוה מתנה אפילו בבריא כאילו הוה הלכה פסוקה בלי מחלוקת וזה אינו כו' ודעת הב"י נראה דהוי ספיקא דדינא מדכתב הב' דעות בלשון י"א כו' (עמ"ש לעיל סי' רמ"א ס"ד סק"ה) אמנם נראה להוכיח שהב"י ס"ל דסברת הרא"ש שלשונות

אלו מועילים כמו בבריא הוא עיקר דהא הוא פוסק שלשון מניח מועיל בש"מ דהוה לשון מתנה ממילא מוכח דס"ל שלשונות אלו מועילים נמי בבריא דאם לא תימא הכי קשה אמאי לא קחשיב רב ששת בפרק מי שמת נמי לשון מניח בהדי הנך לישני יקח יטול כו' אלא ע"כ שרב ששת איירי בין בבריא בין בש"מ ע"כ לא נקט לשון מניח בהדייהו כי ודאי לשון מניח לא מועיל בבריא ועיין במהרי"ק שורש צ"ד שכ"כ להדיא והאריך שם לבאר דהא בהא תליא א"כ יפה כוון מר שתפס במושלם שלשון יקח הוי לשון מניח שכן דעת הב"י בהכרח אף על פי שכתב השני דעות בלשון י"א עכ"ל וע' בס"ק שאח"ז:

ו **וי"א שאינם מועילים**. ע' בתשובת נו"ב סי' כ"ה בתשובה הגאון מוהר"ר יוסף זצ"ל שכתב על נידון דידיה וז"ל ועוד בר מן דין הרי דין זה הוא פלוגתא דרבוותא כו' ואם כן אין יכול להוציא מהיתומים אף מהנכסים שהיו בעת הכתיבה ועוד נלע"ד דאף הרמב"ן ז"ל וסיעתו מודים בלשון יתנו בני דלא מהני שהרי הרמב"ן ז"ל הובא בב"י כתב על דברי הר"י הלוי והרמב"ם דאינו מחוור שאין קנין דברים אלא באומר אתן או אמכור לך או שקנו מידה לחלק אבל האומר יזכה ויטול במתנה זו משמע או במשיכה זו כו' וא"כ בנ"ד שאמר קנו ממני כו' אזי יתנו בני כו' הוי כמו קנין אתן לך דמאי שנא אמר שאתן או שיקנו בני אף דלכאורה י"ל דיש חילוק בין לשון אתן דהוי הבטחת דברים שמבטיחו שיתן לו מתנה אבל לא עכשיו ובין לשון שיתנו בני דלא שייך לומר שמבטיחו שיתנו לו בניו וא"כ הוא ל' שיתנו לו בניו ע"פ קנין זה כמו יטול לדעת הרמב"ן ז"ל אך ראיתי בחמ"ח באה"ע סי' ק"ט סק"א הביא בשם הב"מ דבבריא האומר תנו מאתים זוז הוי קנין דברים ומשמע דאף לדעת הרמב"ן ז"ל א"נ ע"כ צריכין אנו לחלק בין לשון יטול ויזכה היינו לשון של זכות ומשמע שיזכה מעכשיו לדעת הרמב"ן אבל אם אומר בלשון נתינה אין במשמעותו שום לשון של זכות רק הבטחה שייתן לו או דבורים בעלמא ולא שיזכה מעכשיו וא"כ בנ"ד אף להרמב"ן ז"ל לא קנה עכ"ד ע"ש עוד:

ז **לתלות בטעות סופר**. ע' בתשובת ח"ס סי' קל"ח שכתב ע"ד הפקפוק בלשון צוואה שכתוב בה שלשלת של זהב אתן לפלוני. ושכ"מ צ"ל תנו ולא אתן. טעות דמוכח הוא מתוך השטר וקלקול סופרים הוא כמבואר מלשונה שהיא אומרת אחר מיתתה אתן חפץ זה לפלוני ואיך תאמר שאז אחר מיתתה אתן וע' בתומים סי' מ"ט סק"ה ע"ש ע"ש:

ח **לבעל חובי כראוי לו כו'**. ע' בתשובת חא"ז פמ"א ח"א סי' ל"ד שכתב דדוקא היכא דהזכיר תנו לבעל חובי אז דוקא אם אמר כראוי לו אבל היכא דלא הזכיר לבעל חובי אלא אמר סתם תנו לפלוני ק"ק זוז אף שהיה חייב לזה מ"מ נראה פשוט דלא בחובו אמר לו ונוטלן יותר על חובו וכן מצאתי סברא זו בהגהת מרדכי סוף ב"ב כו' ע"ש:

ט **זוז עודף**. עבה"ט מ"ש דרשינן לישנא יתירא כו' והוא מדברי הגמרא ב"ב קל"ח ע"ב וע' בב"י לעיל ס"ס ס"א שהביא תשובת הרשב"א דאין כח בידינו לדון בדמיונות ללמוד מזה במקום אחר אלא המקום שאמרו אמרו כו' ע"ש וע' בתשובת פנ"י סי' ק"א מ"ש בענין זה והובא קצת לעיל סי' מ"ב ס"י ס"ק י'. וע' עוד בתשובת נו"ב סי' ג' והובא לעיל סי' י"ג ס"א ס"ק ב' ובתשובת נו"ב תניינא חלק אה"ע סי' ק' הובא בפ"ת לאה"ע סי' ס"ו סי"א סק"ו:

י **אבל אם אמר כו'**. ע' בתשובת עבוה"ג סי' מ"ד בענין צוואת בריא שהיה כתוב בה כמה פרטים על סדר א' ב' ג' כו' ובפרט הט"ז נאמר בזה"ל ששית לאחותי לאה מחוייב אני בחוב גמור לשלם לה כו' שעה אחת קודם מותו כו' או יורשי הנ"ל יתנו לאחותי הנ"ל חלק שביעית מכל עזבונו כו' אזי באותו חלק הנ"ל השטר פרוע כו' והנה אחר מותו יצאו עליו כמה שט"ח מכמה אלפים שהתחייב לשלם שעה אחת קודם מותו גם כתובת אשתו גם היה חייב להקהל כו' וכתב דהא ודאי שאחות הנעדר מחייבת לשלם ג"ב לפי חלקה כי תלמוד ערוך בידינו ב"ב קל"ח ש"מ שאמר תנו מאתים זוז לפלוני ושלש מאות לפלוני כו' יצא עליו שט"ח כו' ולכאור' נראה בנ"ד שהיא הפסידה הכל שנ"ד דומה לסיפא שאמר ואחריו באשר שהמצוה מנה פורטים בסדר א' ב' לא לחנם אמר אצל כל פרט כמה הוא למנין הפרטי' אלא להורות בא על קדימתן ואיחרתן והוה כאילו אמר ואחריו בהיות שזכות של הזוכים בכל העזבון אמר המצוה בפרט הד' וזכות אחותו בפרט הששי ממילא י"ל שהאחות הפסידה שהיא אחרונ' כ"נ לע"ד אבל לא מפני שאנו מדמין נעביד עובדא אבל עכ"פ בהא לית ספיקא שצריכא לשלם לפי חלקה ואע"ג שיש מקום לומר כיון שהזוכי' בעזבון קרא אותם המצוה יורשי' יש גלוי דעת שכוונתו שיהיה להם כדין יורשים הזוכי' בירושה (ובסוף התשובה שם כתב דבאמת ע"פ הדין הם יורשי' גמורים מצד שבאים מכח אבא דאבא ע"ש) וא"כ הרי כתב הטור בסי' רנ"ג בשם תשו' הרא"ש (ע' בסעיף שאח"ז ובנה"מ שם) יעקב שצוה מחמת מיתה שיתנו מנכסיו לבתו שני שלישים והשליש ישאר למי שראוי ליורשו ויש לו בו ויצא עליו ש"ח ואמר הבן שתפרע הבת ב' שלישים ממה שקיבלה תשובה אין שומעין לו כיון שהבן יורש הוא צריך לפרוע הכל כו' הרי שפסק הרא"ש שהיורש הוא מחוייב לשלם חוב אביו א"כ בנ"ד אם אנו נותנים להזוכים בעזבון דין יורשים מחוייבים הם לפרוע חובות של הנעדר אך באמת ז"א דכבר כתב בתשובת מהר"ם פדואה סי' נ"א דטעמא של הרא"ש בזה מכח אומדנא דנראה מדעתו דמתנת הבת עיקר לו והנשאר לבד יהי' ליורש כו' א"כ בנ"ד איכא אומדנא להיפך דנראה מדעתו דמתנתם של הזוכים הנ"ל היא עיקר ועכ"פ

לא היה כוונתו שהם לבד ישלמו חובותיו כו' ולכן פשוט שגם האחות הנ"ל מחוייבת לשלם לפי חלקה לפחות מכח אומדנא כו'. וע"ש עוד בענין שטען האחות שאינה צריכה לשלם כלל מחמת שבצוואה זו נאמר בזה"ל או יורשי הנ"ל יתנו לאחותי חלק השביעית מכל עזבוני כו' באופן קודם שנתמעט שום דבר מכל עזבוני שהנחתי אחרי בשעת מיתתי יהיה המיעוט מחמת איזה דבר שיהיה מה שיגיע לאותו הפעם חלק השביעית יתנו לאחותי הנ"ל כו' וא"כ לישנא יתירא לטפויי אתי לרבות ג"כ מה שיתמעט ע"י מה שהוא חייב בחוב גמור והיורשים טענו שבא לרבות צרכי קבורה ומה שצוה לתת לעניים זה לא ינוכה לה אבל החובות ינוכה לה שזה אינו בכלל העזבון כי מה שחייב קודם מותו לא יפול עליו לשון עזבון כו' גם רוצים לנכות לה מה שהוציאו הוצאות להציל העזבון מיד העירנים שהיה כלל העזבון בסכנה ע"י אכלי קורצי כו' והשיב שהדין עם היורשים ואין בידינו לפטרה מן החובות מחמת לשון זה באופן קודם שנתמעט שום דבר מכל עזבונו כו' כי אין בכלל לשון מיעוט העזבון מה שיגבו לב"ח כי אותו הסך כבר חסר הוא בחייו אע"פ שעדיין לא נגבה וראיה מדברי (הר"ן) הנ"י [ר"פ] מי שמת גבי אבעיא דר' ירמיה בע"ח מהו שימעט כו' שכ' ודוקא מלוה בע"פ הוא דמספקא לן אבל במלוה בשטר פשיטא לן דממעט דמלוה בשטר כמאן דגבי דמי כו' (ע' באה"ע סי' קי"ב סט"ו בח"מ וב"ש שפסקו דלא כהנ"י בזה) וא"כ בנ"ד ע"כ שלא נתכוון המצוה על מיעוט זה אלא מה שיתמעט ע"י שיתיאשו חובות או יוזלו הסחורות וכיוצא בזה אבל פרעון החובות בשטר לא מיקרי מיעוט העזבון שהניח אחריו וממילא קם דינא שאחות הנעדר מחוייבת לשלם חלקה לחובות שבשטר. ויותר מזה נלע"ד לפי שביארנו שלהזוכים הנ"ל יש להם דין יורשים גמורי' א"כ מחוייבת ג"כ לשלם חלקה אפי' בחובות בעל פה דאף שלענין מזון הבנות פסקו הפוסקי' שלא חשבינן כאילו נתמעטו הנכסים בחייו מחמת חוב בע"פ היינו כיון דהוא אבעיא דלא איפשטא אמרינן הנכסים בחזקת הבנים קיימי שהם היורשי' ממילא שמעינן אי הוה איפכא שהיה זכות להבנים שיחשבו כאילו כבר נתמעטו בחייו ע"י חוב בע"פ היינו אומרי' כן לזכות היורשי' א"כ בנ"ד נמי יש לנו לומר לטובתם כאילו נתמעטו בחייו ולכן מחוייבת האחות לשלם לפי חלקה גם לחובות בעל פה שהיה חייב אחיה המלוה בחייו כי כל הספיקות שיולדו בינה לבין היתומי' הם נקראי' מוחזקים גם לענין שארי דברים שנתמעט העזבון על ידם נלע"ד אם הם דברים דלא שכיחי גם להם צריכה האחות ליתן לפי חלקם כי יש לאמוד דעת המצוה שלא היה דעתו על זה כו' וע"י כן נגרע כח האחות גם עבור שלקחו העירנים כי גם זה לא שכיח שיהיה בישראל אכלי קורצי כו' עכ"ד ע"ש:

יא **כל איזה מהם שירצה יקח**. כתב בספר שער משפט נשאלתי במעשה שאירע בשכ"מ שחילק נכסיו לבניו והיה לאשתו שטר כתובה משך מאה אדומים וכל התכשיטין השייכים לגופה וצוה לפני מותו שיתנו לה הכתובה ב' מאות אדומים ומן השייך לגופה יתנו לה רק החצי לבד וגם פטרה מהשבעת הכתובה ועתה האשה תובעת סך שני מאות אדומים ורוצית ליפטר בלא השבעת הכתובה ומן השייך לגופה אומרת שאינה חוששת לצוואתו כיון שחייב א"ע בכתובתה בכל התכשיטין וחצי התכשיטין הם שוים יותר ממאה אדומים והיורשי' טוענים שלא צוה ליתן ר' אדומים וגם לא פטרה מהשבעת הכתובה אלא באופן שלא תטול רק החצי מן התכשיטין. והשבתי שהדין עם היורשי' ולא דמי להאי דינא המבואר כאן כו' דדוקא הכא אמרינן שהברירה ביד המקבל מתנה ליקח ר' זוז ולא ישא בתו דכיון דאמר מתחלה תנו לו ר' זוז זהו העיקר בדבריו ומה שאמר וישא בתי צוואה אחרת היא וברצונו תליא מלתא אבל בנ"ד כיון דחזינן שדעתו היה לפחות לה מכתובתה לטובת היורשים דהא אמר בפירוש שלא יתנו לה רק חצי התכשיטין וחצי שוים יותר ממאה אדומים שהוסיף לה א"כ היכי מצינן למימר שהוסיף לה על הכתובה מאה אדומים עכ"פ ובענין התכשיטין תהיה הברירה בידה ליטול כולם דזה הוי תרתי מילי דסתרי אהדדי כו' וה"ה לענין פטור השבועה אמרי' נמי שלא פטרה אלא אם לא תטול רק חצי התכשיטין כו' וראיה ברורה מהא דאמרי' בפרק נערה דף מ"ג ע"ב כו' דמוכח משם דכל היכא שהבעל ייפה כחה בדבר א' וגורע כחה בדבר אחר אמרי' דמסתמא תלה זה בזה כו' עכ"ד ע"ש:

יב **נותנין ליורשיה**. ע' בתשובת קהלת יעקב ס"ס ד' שתמה על הרמ"א ז"ל בזה שהרי הוציא כן מדברי הת"ה סי' ש"ן ובאמת בת"ה שם ר"ל כן בתחלה לדמות להך דביצה דאמרי' ברתיה אי בעי נסיב כו' ואח"כ הביא בשם הסמ"ג והרי"ף דשאני התם דשתי מתנות הם ולא תלי חדא באידך אבל בנ"ד מתנה אחת היא ואם לא תקנה חגורה לא קנתה כלל וכן היא מסקנתו שם וא"כ מהתימה על הרמ"א ז"ל שהביא תחלת דברי התה"ד ולא הביא סוף דבריו. והזכיר שם דכבר עמד על זה הרב קצה"ח ופסק כסוף דברי תה"ד ושכ"פ בתשובת דברי ריבות יעו"ש (ע' עוד בקצה"ח מזה) . וע"ש עוד באחד שצוה ליתן לאמו סך מסויים וביאר שהסך הלז יותן בלאמברט ויונח ביד האפוטרופוס והפריצענט מזה יותן לה על הצטרכותה והיא תדור בביתו עם זוגתו באהבה ותשגיח על הילדים ואח"כ מתה הזקנה ובא יורש שלה לירש זה הלאמברט. וכתב דנרא' דאחר שכ' בפירוש שהמעות יושם ת"י אפוטרופס בלאמברט ויותן לה הפריצענט להצטרכותה הרי לא ניתן לה המעות רק לפירות ואלו רצתה לתת במתנה איזה סך אין בידה רק הפריצענט ממילא

אין יורשיה יורשים אותו כלל דלא עדיפי מינה וזה דומה לאומר תנו דקל לפלוני ויאכל פירות דאין זה רק קנין לפירות כמבואר בש"ס כו' ה"נ אף שכתב מתחלה שיותן לה סך מסויים הרי פירש ואמר שיותן לה הפירות להצטרכותה ובלא"ה קי"ל בכל דוכתי תפוס ל' אחרון ובפרט במתנת שכ"מ דמצי הדר ביה בוודאי אזלינן בתר לשון אחרון ואין לה רק קנין פירות ואף הפירות לא הקנה לה רק להצטרכות' ומשמע כ"ז שתצטרך ולהרוחה דידה איכוין והא לא אצטריך כו' ולא דמי להא דמסכת ביצה דאמרי' ברתיה אי בעי נסיב אי בעי לא נסיב דשאני התם דשתי מתנות הם וזה מבואר בתה"ד סי' ש"ן כו' ונידון דידן עדיף טפי דשם אמר שינתן לה הסך המבואר וכאן ביאר בפירוש שלא יותן לה רק הפירות על הצטרכותה ודמיא להך דאומר תנו לפלונית ר' זוז לנדונייתה ומתה שהוא מחלוקת הפוסקי' ופסק הרמ"א ז"ל (לקמן סעיף ט"ז) דלא זכו היורשי' כיון שאמר לנדוניתה והרי מתה ואינה צריכה לנדונייתה ע"כ נלפ"ד דמעיק' דינא אין להיורש שום זכות רק מהראוי לפשר ולתת לו בדרך מתנה סך מה עכ"ד ע"ש:

יג **ק"ק זוז שלימים.** כתב בספר דגול מרבבה וז"ל ונרא' דעכ"פ יכולים לדחותו עד שיומכר כל היין ואם מערימין לייקר היין כדי שלא ימצא קונה אין שומעין להם וע' בתשובת הרא"ש כלל צ"ג סי' ג' עכ"ל. ומ"ש הרמ"א בהג"ה צריכין ליתן לו מנה אחר. ע' בנה"מ שכ' דהרב רמ"א קיצר כאן דלא בא לומר רק שא"י לומר לו שלך נאבד אבל ודאי דמ"מ הפסד לפי חשבון דלא עדיף מאמר סתם ר' זוז מנכסי דההפסד לפי חשבון כמבואר בסעיף י"ט (משום דמנכסי לא הוה יפוי כח ודלא כהריטב"א שהביא הב"י סמוך למחודש ג' ותשו' מיוחסת לרמב"ן סי' ס"ב שהביא הב"י ס"ס זה מחו' ח' ע"ש) וכן הוא בחשובת הרשב"א הביאו הב"י בהדיא דההפסד לפי חשבון. וכתב עוד אמנם זהו כשההפסד הוא אחר מותו משום דבשעת מיתה תיכף זכה המקבל במתנתו והיורש בירושתו והוי כב' שהטילו לכיס שההפסד לפי חשבון אבל אם נגנב בחיי הנותן אחר אמירתו כו' ע"ש. וע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' קל"ה בענין ראובן שנשא אשה אלמנה ולא הכניסה לו כל אשר לה רק עשה שטר סילוק זולת מה שהכניסה לו ואותו הסך נמי כתבו בשטר תנאים אחרונים להחזיר ליורשיה אם תמות בשנה ראשונה ואח"כ מתה בשנה ראשונה ועשתה שטר צוואה וחילקה נכסיה מקצת ללומדי תורה שילמדו עבור נשמתה ומקצת נתנה לקרוביה והשאר הכל לבעלה ובתוך הנכסים חילוף כתב על שר אחד מסך ת' זהו' והשר ההוא עיכב מהפרעון ק"פ זהו' באמרו שיותר ראוי ליתן הסך ההוא ליורשי בעלה הראשון וכן עשה ועתה טוען ראובן בעלה הב' שההפסד מסך ק"פ זהו' הנ"ל יגיע לכל מקבלי מתנה לפי חשבון. והנה כפי הנראה חלוק נכסיה הוא בד' ענינים. א' הוא

שכר פעולת לומדי תורה הבאים בשכרם כפועל ואם אולי הפריזה בשכרם סך רב יותר מהראוי מ"מ הכל לשכר פעולה נחשב. ע' בח"מ סי' רס"ד ס"ז בהגה. ב' חלק מקבלי מתנת חנם ומתנתם קצובה כך וכך לפלוני כו"כ לפלוני. ג' מה שנתנה לבעלה הסך שהכניסה לו שלא יצטרך להחזיר כפי הכתוב בתנאים אחרונים. ד' מה שנתנה לבעלה הסך שלא הכניסה לו שעשה שטר סילוק ועתה ניתן לו מתנת שכ"מ וסכומו אינו ידוע לנו כי כתבה סתם והשאר הכל לבעלה. והנה לומדי תורה אשר שכרם אתם לית דין צריך בושש דלא יפסידו כלום. כי קא מבעיא לן בהאחרים מקבלי מתנת חנם. והאריך קצת לברר פלוגתת הראשונים בההיא דגיטין דף ס"ו ד' מאה זוזי מחמרא דיש כאן ד' שיטות כו' ומסיק דנ"ד פשוט דדמי להחמיץ היין דאין לדמותו ליצא עליו שט"ח שהרי באמת היא לא היתה חייבת כלום רק באלמות וחוזק יד נפסד השטר ההוא והשתא איתרע והוי מחש כהחמיץ היין והשתא לא מבעיא אי לא הוזכר בצוואה פלוני ופלוני יטלו מנכסי פשוט דאין כאן יפוי כח וההפסד שוה בשוה אלא אפי' אמרה מנכסי מ"מ הא רוב הפוסקי' והש"ע (בסעיף י"ט) פסקו כהר"ן סוף פ"ק דגיטין והרשב"א דמנכסי אינו יפוי כח והכל בשוה וצריכים לסבול ההיזק כפי המגיע על חלקם של מקבלי מתנת חנם אמנם גם הבעל ישא ויסבול עמהם ולא מצי למימר קים לי כהרמב"ן דמראהו נפול ואין על היורש שום הפסד לא מבעיא בהסכום שעשה לאשתו שטר סילוק ולא הכניסה לו כלל שבזה פשוט שהיא כמו זר נחשב וככל מקבלי מתנה אלא אפי' במה שהכניסה שבזה צ"ל שאינו מקבל מתנה רק כיון שגלתה דעתה דניחא לה שישארו נכסיה לבעל כדינא חוזר הדין לסיני דבעל יורש את אשתו מ"מ לא מצי לומר קים לי כיון דרוב וכמעט כל הפוסקי' פליגי ארמב"ן ולכן ההפסד שוה בשוה דהיינו כל מקבלי מתנת חנם עם הבעל בשוה אבל לא לומדי תורה כנ"ל. אך כיון שאין חלקו של בעל מבורר לא פיו אנו חיים ע"כ ישבע שבועת שותפים ואפוטרופוס כמה הפסד מגיע לחלקו של כל אחד ויפטר מלשלם כפי הסך ההוא עכ"ד ע"ש:

יד **ויש חולקין באלו הדינין**. עבה"ט ס"ק ל"ב דמהרש"ל כתב בשם הגמ"י וז"ל מכאן נראה שאדם שנתנו לו אחרים לסיועת בתו כו' הנה דברי הגמי"י אלו הביא ג"כ הד"מ אות ו' בשינוי קצת וכתב דמזה משמע ג"כ דלא כדברי הריטב"א (שהוא דעת המחבר דס"ל דזכו בהם יורשי') . ושם בהגמי"י ד"ח הגזילה כתב שיצא לו כן מש"ס ב"ק ק"י ע"ב נתן את הכסף לאנשי משמר כו' אמר אביי ש"מ כסף מכפר מחצה דאי לא מכפר הוה אמינא מהדר ליורשיו מ"ט אדעתא דהכי לא יהב ליה ע"ש. וע' בתשובת ח"ס חח"מ סימן קמ"ז שכתב דאף שדעת רמ"א דיש מחלוקת באלו הדינין לפע"ד אין כאן מחלוקת

כלל ועניינים שונים הם דכ"ע מודים לדברי הריטב"א ורשב"א דודאי סברת הרשב"א נכונה ואמיתות מיד שנתן פרוטה לעני למזונות הרי קיים מצותו אפילו העני משנה מדעת בעה"ב איהו דידיה עביד כמצותו וה"ל ככסף מכפר מחצה וה"נ אחר שכבר נתנו להבת לנדוניא כבר נתקיים ואם היא משנה הדעת בעה"ב אין לנו בזה כלום הא הנותן כבר קיים מצותו וממילא אם מתה זכו בהם יורשי' אך הגמי"י מיירי שלא ניתן להבת העניה אלא שנתנו לאביה ליתן לה בשעת נישואיה וכיון שמתה או שלא רצה להשיאה יחזור להנותנים ע' בח"מ סי' קכ"ה ס"ח אבל אי היה כבר ביד הבת גם הגמי"י מודה להרשב"א והריטב"א הנ"ל. וההיא דמרדכי פרק אף ע"פ (במעשה באחד שנדר להשיא יתומה וממה ופסק ר"ח כהן שפטור דלא כתב לה אלא על מנת לכנסה וראבי"ה פליג וכתב דהוה נדר לעני ומותר המת ליורשיו ע"ש וע' ביו"ד סימן רנ"ג ס"ז) הוא בנידר ליתן ועדיין לא הוציא מת"י ומתה ע"כ ס"ל לר"ח כהן שפטור אך ראבי"ה ס"ל דמתנה לעני אמירה לגבוה כמסירה להדיוט וה"ל כאילו כבר הגיע לידה ועדיף מניתן ליד האב המקבץ בעדה. והיוצא מזה לדינא לפע"ד משהגיע ליד המקבל בין למזונות בין לנדן זכה המקבל ויורשיו אחריו וכשלא הוציא הנודר מת"י פלוגתא ר"ח כהן וראבי"ה (וע' במהרי"ל ח"ב סימן ס"ו שכתב שדברי ר"ח כהן מסתברא ע"כ אפילו אי תפסו יורשי היתומה מפקינן מינייהו ולא מצי למימר קים לי כראבי"ה ע"ש) וכשניתן ליד שליח כגון המקבץ אזי לכ"ע חוזר להנותנים. אמנם כשניתן ביד אפוטרופסים של היתומים (כמו בנידון השאלה שם) יש קצת ספק אם דומה לאב המקבץ שבהגמי"י. ונלע"ד דלא דמי דאפטרופסים הממונים ע"פ המתנדבים עצמם לטובת יתומים קטנים יד יתומים הם וכבר נעשה מצותה ואינו דומה לשליח בעלמא דאם לא אמר לו זכי חוזר ליורשי הנותן אבל הכא זכו האפוטרופסים בודאי עבור יתומים ושייך ליורשיהם ואם אין כאן יורשים ידועים יעשו מהם צרכי רבים כמ"ש הרא"ש שבטור סי' רפ"ג (ובסמ"ע שם) עכ"ד ע"ש וע' עוד בתשובת ח"ס חיו"ד סי' רל"ח ובליקוטי שו"ת ח"ס חלק ששי סימן מ"ו מענין זה ועמ"ש לעיל סי' קכ"ה ס"ה ס"ק ד':

טו **לא זכו בהם יורשים** ע' בתשובת משכנות יעקב חח"מ סימן מ"ה אודות אשה שנשאת לבעל ובעת נשואיה הכניסה לו בית של אמה בסך נדוניא ולה בת והתחייב הבעל להשיאה כדרך בנות ישראל וילדה עם בעלה עוד ב' בנות ואחר כמה שנים נפטר הבעל ונתפשרה האלמנה אז ע"פ ב"ד עם יורשי הבעל עבור כתובתה שהיה לה על ת"ק זהו' וגם על התחייבות המנוח על בתה שמבעלה הראשון וגם עבור מזונות הבנות שעם המנוח הנ"ל והחליטו לה היורשים את הבית הנ"ל לחלוטין ובתנאי שהיא התחייבת

בקגא"ס להחזיק הבנות הקטנות לזונן ולפרנסן עד שיגיעו לפרקן וגם להשיאן בנדוניא כפי שתתן לבתה של בעלה הראשון ושאם לא תקיים כן אין לה זכות בבית הנ"ל רק לבנות הנ"ל וב"כ כמבואר בכתב פשר ע"פ ב"ד ועתה מתה אחת מהבנות קודם הגיעה לפרק נישואין ותובעין היורשין את האלמנה לבטל קנין שלה אם מצד שיורשין את אחותם והם במקומה או מצד שהאלמנה לא קיימה התנאי שהרי כתיב שאם לא תקיים ככל הנ"ל אין לה זכות והרי לא קיימה והאלמנה אומרת שהיא התחייבה לתת נדוניא לבתה כשתצטרך ולא ליורשיה וגם קיימה התנאי מה שיש עליה לקיים הדין עם מי והשיב נראה ברור שהדין עם האלמנה ואין ממש בכל טענות היורשין דטענה האחת שבאין מכח ירושה ודאי לאו כלום הוא דודאי האלמנה לא נתחייבה רק כשתגיע לפרקה ותצטרך לנדוניא כמבואר הלשון בכתב פשר ואף אם הבת חיה אין בידה להוציא מאמה כ"א בעת נשואיה ואין צריכה לתת לה מיד כ"ש כשמתה דאין יורשיה יורשין כלל כשלא הגיעה לזמן נישואין וה"ז הדין מבואר בח"מ סי' רנ"ג סט"ז כו' וגם אין להתעקש בזה מצד אומדן דעת יורשין שהחליטו לה הבית לומר שלא החליטו לה רק ע"ד שתנשא אחותם וע"פ דברי הרמ"א ז"ל שם שכל שניתן לנישואין מתה המעות חוזרין שלא נתן רק ע"ד להשיאה ה"נ טוענים שהבית היה שוה אז יותר מכדי חובותיה ולא וויתרו רק ע"ד שתשיא הבנות זה אינו מכמה טעמים אף אם יהיה האמת כדבריהם חדא דכנדון הרמ"א איכא אומדנא ברורה כיון שתחלת הנתינה היתה לצורך נישואין וגלוי הדבר שאילו ידע שתמות קודם לא נתן לה כלל אבל בנ"ד אין כאן אומדנא ברורה לומר שאילו ידעו שתמות אמת מהבנות לא החליטו לה דאעפ"כ ניחא להו לסלק מעליהן טיפול וגידול הבנות מזונות ומלבושים כו' ועוד דבנדון הרמ"א יתנו לאשה לצורך נישואין וכל שאין כאן נישואין המתנה בטלה מתחלתה שהרי אותן המעות עצמן נתנו לנישואין דוקא אבל בנ"ד הרי הבית נחלט להאלמנה ולא להבנות לנישואיהן רק היא התחייבה עצמה להשיאן אין לנו לדון בזה דין אומדנא רק צריכין לדון מדין קיום התנאי וכל שהיא פטורה מצד חיובה ומדין התנאי אין בזה דין אומדנא כלל כו' ועוד יש לחלק בעיקר דין האומדנא בזה בין מתנה למכר דהכא הוי מכירה בעד חובותיה ואף שהיא שוה יותר אין אונאה לקרקעות עד פלגא מעתה אין כאן אומדנא דאפשר שאף ששוה יותר היו מחליטין לה הבית אף שיעלה על הדעת שתמות אחת מהבנות דאין דמים ידועים לקרקע כו' (ע' בסי' ר"ה ס"ד) ועוד יש לחלק ע"פ דברי התוספות בכתובות פרק נערה (כתובות דף מ"ז ע"ב בד"ה שלא כתב לה) כו' ובפרט שכפי הנראה אף לפי טענתן בשווי הבית אז היה היתרון דבר קטן שלא יספיק אף במזונותיהן ולנישואי אחת מהן והאלמנה משלה וויתרה על

בנותיה ואין כאן אומדנא כלל. והטענה הב' שהאלמנה לא קיימה התנאי גם כן לאו כלום הוא כיון שאין העכבה ממנה ודין זה מתבאר מתוך סוגיא פרק מי שאחזו דאיפלגו רבנן ורשב"ג גבי הרי זה גיטך על מנת שתניקי בני שתי שנים שתשמשי את אבא שתי שנים מת האב או הבן כו' (ע' באה"ע סימן קמ"ג ס"ח) ולא מבעיא לשיטת התוספת שפסקו אף בגיטין כרשב"ג דמת הבן או האב הוי גט משום דעכבה אינה הימנה ואמרי' להרוחה קא מכוון והא לא אצטרך ואם בגיטין כן כ"ש בממון דודאי רק להרוחה קא מכוין כו' אלא דאף לדעת הפוסקי' גבי גיטין כרבנן דלא הוי גט היינו דוקא גבי גיטין משום דלצעור' קא מכוין אבל בממון מודו רבנן דכל היכא דלא אצטריך א"צ קיום התנאי בפועל כו' והאריך בזה הרב' והביא ראיות לדבריו מדברי המרדכי פ' מי שאחזו שהביא תשובת מהר"ם על א' שנתן כל נכסי לבנו ע"מ שיתן לד' בנותיו כך וכך מעות ונפטרה אחת כו' שהובא בקצרה לעיל סי' רמ"ז ס"ג בהגה ומדברי תשו' הרשב"א שהובא בב"י סי' של"ה על אחד ששכרוהו לשרת בכל הדרך ומת השוכר בחצי הדרך כו' שהובא ג"כ בסמ"ע ובש"ך שם ומסיים דהדין דין אמת ואין לפקפק בזה כלל ע"ש:

טז **שביד פ' תנו לפלוני.** עבה"ט ס"ק מ"ב והציון נרשם בטעות וצ"ל עמ"ש המחבר בש"ע וכן אם אמר שטר חוב כו' תנו לפלוני כו' וגם בש"ע שעם הש"ך נדפס ג"כ הציון ס"ק כ"ט בטעות זה. ומ"ש הבה"ט בשם ש"ך ולפעד"נ עיקר דברי הר"ן כו' ע' לעיל סי' ס"ו סמ"ב בש"ך ס"ק קל"ג שלא כתב כן. ועמ"ש שם בד"ה ואם הוא שכ"מ. בשם תשובת נו"ב תניינא סי' מ"ה שכתב דאף להפוסקי' דצריך שיאמר איהו וכל שעבודיה דוקא אם אמר השכ"מ שיתנו השטרות לפלוני אבל אם אמר פלוני יטול החוב שבשטר פשיטא דלא גרע חוב זה שבשטר מחוב בע"פ כו' ע"ש:

יז **אבל לא הלואה.** עבה"ט שכתב המרדכי כתב טעמא כו' וע' בנה"מ שכתב וז"ל נראה דאם אמר ליורש בלשון ירושה שיירש ב' חלקים בנכסיו דזכה אף בהלוואת עו"א ואף דלענין לעשות עובר ליורש מדמה הש"ס בב"ב דף קל"א לקנין דכשם שאין אדם מקנה לדשלב"ל כך אינו יכול לעשות יורש לדבר שלב"ל מ"מ נרא' דמהני לעשותו יורש בזה דהא כתב הטעם דכיון דלא סמכא דעתיה לא נתכוין למתנה גמורה והכא דעשאו יורש בסתם על שני חלקים מכל הנכסים ל"ש סברא זו אבל לא עשאו ליורש רק על הלואת עו"א י"ל דשייך בזה סברת הד"מ דלא נתכוון למתנה גמורה עכ"ל. ולכאורה משמע דכוונתי במ"ש דמהני לעשותו יורש כו' היינו שיזכה מדאורייתא מדין ירושה ולא מדון מתנת ש"מ אך א"כ קשה דיהיו דבריו סותרין למ"ש הוא ז"ל בעצמו לקמן סי' רפ"א סק"ב דא"י להנחיל מלוה אפילו מלוה של ישראל כיון שאינו ברשותו ואינו יכול להקנותו מן

התורה ה"נ א"י להנחיל אותו כו' (ויובא בדברינו שם ס"ק ג' ועמ"ש שם) וצריך לדחות ולפרש דכאן ר"ל שיזכה מטעם מתנת ש"מ דרבנן דלשון ירושה אינו מגרע בדברי שכ"מ כשהוא ראוי ליורשו כמבואר שם וכל עיקר חידושו בזה הוא רק לומר דבכה"ג ל"ש טעם הד"מ דלא סמכא דעתיה וממילא קם דינא דיכול ליתן במתנת שכ"מ הלוואתו שביד פלוני ואין חילוק בין ישראל לעכו"ם (אמנם אכתי דין זה צ"ע לפי הב"ח שיובא לקמן דמ"ש המרדכי דלא סמכא דעתיה היינו לפי שאין מעמד שלשתן בעכו"ם א"כ גם בכה"ג שייך זה וצ"ע וע' לקמן בשם נו"ב) . ומ"ש הבה"ט ובב"ח פי' בענין אחר. הנה ז"ל הב"ח בזה ולי נראה שכך פירושו דכיון שאין מעמד שלשתן בעכו"ם כדפי' ר"ת (הובא בש"ע לעיל סי' קכ"ו סכ"ב בשם יש מי שחולק ע"ש) א"כ ליתא בבריא לפיכך ליתא בשכ"מ והיינו דקאמר דבהקפות של עכו"ם לא סמכא דעתיה כלומר כיון דלגבי בריא שנתן לחבירו חובות של עכו"ם לא סמכא דעתו של מקבל דלהוי קנינו קנין דכיון דאין מעמ"ש בעכו"ם במאי יהא קונה הלכך לא קנה אפילו במתנת ש"מ מטעם דכל דליתא בבריא כו' ואע"פ דיש לו משכון של עכו"ם בידו אפ"ה כיון דישראל מעכו"ם לא קני משכון א"כ לא מצי מקני לחבירו גוף המשכון שבידו דאיהו גופיה לא קני וה"ל החוב כמו הקפה ולא מצי מקני לחבירו החוב במעמ"ש בבריא ומיהו ודאי היכא דמקנה לחבירו במתנת שכ"מ המשכון כדי לגבות החוב קני במתנת ש"מ גם החוב דדברי ש"מ ככומ"ס הם וכי היכא דבבריא אי מקנה לו המשכון באחד מדרכי הקנאות לגבות בו החוב קנה ה"נ בש"מ קנה בדבורו אבל באינו מקנה לו המשכון כ"א החובות בלבד לא קני במתנת ש"מ כו' והכי נקטינן עכ"ל. וע' בתשובת עבוה"ג סי' י"א בעובדא שיעקב עשה צוואת ש"מ וכתיב בה שנתן במתנה גמורה לג' בניו ראובן שמעון לוי את כל העזבון שלו בכלל הן מעות מזומנים וחובות בע"פ וחובות בשטר הן על יהודים או על עכו"ם מכל מה שהפה יכול לדבר כו' רק שיתנו לנכדו שלה בן בנו יהודה שנפטר בחייו בכל שנה ושנה סך חמשים זהובים כו' (שם מבואר ל' הלוואה באריכות) והנה עבר כמו ה' שנים אחרי מות יעקב הנ"ל וג' בניו החזיקו בכל הנכסים בכלל ונתנו לבן אחיהם הנ"ל מה ששייך לו ע"פ צוואת אביהם כעת נתעצמו בדין שלה נכד יעקב עם דודיו ראובן שמעון ולוי ומבקש שיתנו לו חלקו מה שמגיע לו מן החובות שהניח זקינו יעקב אצל אינם יהודים הן בשטר הן בע"פ אף ע"פ שמפורש בשטר המתנה שיעקב נתן להם במתנה החובות הנ"ל מ"מ אין המתנה קיימת שאין חובות על עו"ג נקנה אפילו במתנת ש"מ והאחים רש"ל משיבים מאחר שכבר החזיקו בכל הנכסים באין מוחה אין עוד לשלה שום זכות בזה. והשיב דהדין עם האחים הנ"ל ואינם מחוייבים ליתן לבן אחיהם כלום מכמה טעמים חדא כיון

שכבר שמטו וגבו החובות אין מוציאין מידם דהא מבואר בש"ס ב"ב קמ"ח ע"א שדברי ש"מ הוי כמו מעמ"ש ואף דאין מועיל מעמ"ש גבי עכו"ם הא כתב הרמ"ח בס"ס קכ"ו דאם כבר נתן העכו"ם מה שבידו לישראל המקבל אין מוציאין מידו וכן בכל מקום שאין הקנין נתפס בו כו' וזה אפי' לא ידע המזכה כמפורש בת"ה מקור דברי הרמ"א הנ"ל מכ"ש בנ"ד שכבר ידע נכד יעקב שדודיו אחי אביו שמטו ואכלו כמה שנים ובנ"ד גם הש"ך בסי' ס"ו סי"ג דפליג מודה הכא כיון שידע ומחיל. ועוד נראה לרווחא דמלתא שאפי' עדיין לא הוציאו האחים החובות הנ"ל פטורים מליתן לבן אחיהם כלום דהא המרדכי כתב טעמא דא"י להקנות במתנת ש"מ חובות של עכו"ם משום דלא סמכא דעתיה ולפי פי' הרמ"א בד"מ היינו דלא סמכא דעת הנותן שיפרע לו ולאו למתנה גמורה קא מכוון לפ"ז י"ל דע"כ לא קאמר המרדכי כן אלא בנתן לאיש אחר אבל אם נתן לבניו דמקרבי דעתיה לגבייהו אמרי' ודאי גמר ומקני וכדקיי"ל במזכה לעובר (לעיל סי' ר"י ולקמן סכ"ו) וכ"ש גבי בניו הגדולים שמקרבי דעתיו לגבייהו טפי. וגם לפי פי' הב"ח דלא סמכא דעתו של מקבל דלהוי קנינו קנין כיון דאין מעמ"ש בעכו"ם במאי יהא קונה נמי יש לחלק כן. דהא מבואר בסוגיא ב' טעמים מה שיכול ליתן במתנת ש"מ הלואה שביד אחרים אע"ג דליתא בבריא ר"פ אמר הואיל ויורש יורשה רבי אחא בריה דרב איקא אמר הלואה איתא בבריא וכדרב הונא כו' נמצא לפי דברי ר"פ כל מה שהיורש יורשה איתא נמי במתנת ש"מ ואפי' הלואה בעכו"ם אלא דהר"ן כתב דטעמא דר"פ לא סליק כו' וכדאיתא בב"י א"כ י"ל דע"כ לא מסתבר להר"ן מלתא דר"פ אלא במתנת ש"מ לאיש אחר אבל המחלק נכסיו על פיו לבניו או למי שראוי ליורשו מן התורה ונחלה דאורייתא מיקרי דילפינן לה מביום הנחילו את בניו ודאי צדקו דברי ר"פ שי"ל כל מה דאיתא בירושה איתא במתנת ש"מ (עמ"ש בזה לקמן סי' רפ"א ס"א ס"קג) ואף דכתב הרמ"א בסי' רנ"ג ס"ו דאם פי' בהדיא שנותן לו במתנה אפי' ראוי ליורשו אינו אלא לשון מתנה י"ל דזהו דוקא לענין אם אמר אחריך לפלוני משום דאם נאמר שכוונתו היה בתורת ירושה א"כ בטלו דבריו מה שאמר ואחריך לפלוני כי ירושה אין לה הפסק אבל כשלא אמר אחריך לפלוני כמו בנ"ד י"ל כ"ע מודו אע"פ שאמר בפירוש לשון מתנה אנו מחשבין כאילו אמר לשון ירושה ובפרט דבנ"ד נזכר בצוואה שאמר אמנם מחוייבים יורשי אחרי ג' בנים הנ"ל כו' הרי גילה דעתו דמידי יורשים לא יצאו והא דאמר לשון מתנה הוא לייפות כוחם. כללא דמלתא דלענ"ד אליבא דכ"ע אין מוציאין כלום מן האחים אפי' לא שמטו ואכלו ומכ"ש כאשר שמטו ואכלו. וכ"ז בחובות בעל פה אבל חובות בשטר בלא"ה אין זכות לנכד יעקב הנ"ל לפי מה שפי' הב"ח הנ"ל דהטעם הוא לפי שחובות

של עי"ג ליתא בבריא דבעכו"ם ליכא דין מעמד שלשתן א"כ חובות בשטר על עכו"ם הא איתא בבריא ע"י קני לך איהו וכל שעבודיה כו' וכן הוא להדיא בתשובת מהרי"ב ס"ס ע"ט כו' א"כ ברור שלפי פירשו של הב"ח פשוט ששטר חוב על עו"ג נקנה במתנת ש"מ בלי פקפוק עכ"ד ע"ש. וע' בתשובת נו"ב תניינא סי' מ"ה אודות צוואה אחת שכתוב בה פלוני יטול כך וכך ופלוני כך וכך והמותר שימצא בעזבוני יהיה מה שיהיה הן כסף ושוה כסף הן קרקעות הן משכנות וחובות של נימולים ואינם נימולים חובות שבשטר ובעל פה הן מזומנים ואשראות ראוי ומוחזק טמון וגלוי כל אותו מותר יטול פב"פ כו'. וכתב דהא ודאי שחובות שאצל יהודים נקנו לאותו פלוני במתנת ש"מ וגם חובות שבשטר אף דלא אמרה אינהו וכל שעבודייהו כו' (עמ"ש בס"ק הקודם) אך החובות בעל פה שאצל אינם נימולים פשוט דלא קנה אותו פלוני דמלבד מה שמביא רמ"א בסי' רנ"ג ס"כ שזהו גם בחובות שבשטר אלא שבחובות בע"פ בלא"ה יש לדון לפי המבואר בסוגיא בב"ב דף קמ"ח דהטעם בהלואתי לפלוני דבריו קיימים הואיל ואי' בבריא במעמד שלשתן ולפ"ז בהלואה בע"פ ביד עו"ג הרי דעת ר"ת ור"י והרא"ש שאינו נקנה במעיו"ש כמבואר בש"ע סי' קכ"ו סכ"ב א"כ ליתא בבריא כלל וממילא ליתא בש"מ ובש"ע שם הביא שני הדעות בדין מעמ"ש בעו"ג ולא הכריע וא"כ כיון שהיורש תמיד נקרא מוחזק בנכסי' א"א להוציא מידו. ואף החובות בשטר שאצל עו"א ואפי' על משכנות הרי כתב הרמ"א דיש להסתפק אם יוכל להקנות וכן נ"ל להורות וא"כ איך יוכל הזוכה ע"פ צוואה זו להוציא מחזקת היורש כו' אמנם נראה דבחובות בשטר אם תפס פ' לא מפקינן מיניה שהרי גם הרמ"א נסתפק בו אבל חובות שבעל פה לא מהני ליה תפיסה כו' ע"ש. וע"ש עוד שכתב דלכאורה יש לדון על גוף צוואה זו מאחר שבררנו שחובות בע"פ שאצל א"י ודאי לא נקנו להני רבוותא דסברי דבמעמד שלשתן אינו מועיל רק בישראל א"כ צ"ע אם תתקיים כלל מתנה זו שנתנה לאותו פ' לשום דבר כיון שמתבטלת לחובות שאצל עו"א לפמ"ש רמ"א בסי' ר"ג ס"י החליף מעות ומטלטלין כו' וא"כ לדעה ראשונה שם דנתבטל כל הקנין ה"ה בנ"ד נתבטלה כל המתנה ונשאר להיורש דאורייתא והנה בני הרב מהר"ש השיב דזה אינו דומה לדברי הרמ"א הנ"ל דבחליפין או שאר קנינים כיון דהיה קנין אחד על הכל בזה נחלקו אי אמרינן כיון שבטל לדבר אחד גורם ביטול גם לדבר הב' אבל במתנת שכ"מ שא"צ שום קנין כל אחד הוא לעצמו ואף אם אינו מתקיים לאיזה דבר לא שייך לומר שיגרום ביטול לשאר דברים וסברא זו כבר כתב גם כן תתני הגאון מהר"ר יוסף לענין דברים הנקנית באמירה הובא בחבורי נו"ב סי' כ"ה (ע' בפ"ת לאה"ע סימן נ"א סק"ד) אך מ"מ יש לפקפק בצוואה זו שנזכר יטול לבסוף (ר"ל לפמ"ש חתני הגאון הנ"ל

בנו"ב שם בענין שטרי פסיקתא שהיה על הנכסים שברשותו ועל שאינו ברשותו דיש לחלק דאם היה בשתי אמירות קנה הדבר שברשותו דהאי אמירה לחודה והאי אמירה לחודה אבל אם כלל יחד באמירה אחת לא קנה כלל כמו בקנין ע"ש וא"כ הכא שנזכר יטול לבסוף הוי אמירה אחת ודמי לקנין) אמנם באמת זה אינו כי א"א לבטל צוואה זו לגמרי כ"א בצירוף כמה חששות כי לדעת המחבר גם חובות של עו"ג נקנו במתנת ש"מ ואף לדעת המרדכי והגמ"י הרי לדברי הסמ"ע בשם ד"מ שפי' דלא סמכא דעתיה היינו של הנותן ג"כ אין חשש בזה לפי מה שבארתי בחבורי נו"ב סי' כ"ו (הובא בסי' ר"ג שם ס"ק ד') דע"כ לא דימו הפוסקים מקנה דבר שאינו נקנה עם דבר הנקנה לקני את וחמור דס"ל לרב המנונא דלא קנה אלא בדבר שלא היה להמקנה עצמו ספק כו' וגם הדעה ראשונה שבסי' ר"ג הנ"ל כמעט דחויה היא לגמרי כמבואר בסמ"ע שם ס"ק י"ט וכאן שיש עוד סברא לחזקה צוואה בודאי לא מבטלינן לה. וקים לי לא שייך כאן כי אף שהירושה היא בחזקת היורש מ"מ אינה בידו והרי כתב הכנה"ג סי' כ"ה בכללי קים לי אות י"ז דנכסים ביד שליש לא מצי בעל הנכסים לומר קים לי וק"ו היורש הזה אשר ע"ז אנו דנין אם היה מעולם בעל הנכסים. ולכן סיומא דפסקא כל החובות של עי"ג בין בשטר בין בע"פ שייכים להיורש דאוריי' אלא שבחובות בשטר מהני תפיסה ובחובות בע"פ לא מהני תפיסה אבל כל שאר הנכסים וגם החובות שאצל יהודים בין בע"פ ובין בשטר הכל זוכה המקבל מתנה ע"פ הצוואה לחלוטין עכ"ד ע"ש:

יח **או שטר מן העכו"ם יש להסתפק** ע' בתשובת כנ"י סי' פ"ח בד"ה ועתה נבאר שכ' וז"ל הנה פשיטא החוב על התקופה כבר פסק רמ"א סי' רנ"ג ס"כ להורות הלואה שביד טו"א אפי' בשטר או במשכון יש להסתפק והב"ח פסק בלי ספק דלא מהני הצוואה דאין מעמד שלשתן בעכו"ם וזה פשוט דא"כ על התקופה שייך להיתומים עכ"ל. ומשמע מדבריו דהב"ח פסק גם בחוב בשטר על העכו"ם בלי ספק דלא מהני. והוא תמוה דבאמת מדברי הב"ח שהבאתי לשונו בס"ק הקודם מבואר דרק בחוב שע"פ משכון פסק הכי מטעם כיון דישראל מעובד כוכבים לא קני משכון א"כ ה"ל החוב כחו הקפה ולא מצי מקני החוב במעמ"ש בבריא אבל בחוב בשטר דאיתא בבריא בקני לך איהו וכל שעבודא פשוט דלפ"ד הב"ח ודאי מהני מתנת ש"מ וכ"כ להדיא בתשובת עבוה"ג ס"ס י"א שהבאתי בס"ק הקודם וכ"כ עוד בת' נו"ב תניינא סי' מ"ה בפשיטות דלדברי הב"ח שבשטר אפי' של ע"א נקנה במתנת ש"מ אך כתב שם דמי ירים ראש נגד דברי רמ"א ע"ש וצ"ע:

יט **פירות דקל זה לא אמר כלום.** ע' בת' רבינו עקיבא איגר ס"ס קמ"ו שכתב וז"ל וביסוד הדין דאמרינן ש"מ שאמר יטול פירות דקל דלא מהני כיון דהוי דבר שלב"ל וליתא בבריא נסתפקתי אם בעידן אמירתו עדיין לא גדלו הפירות ובשעת מיתתו כבר גדלו הפירות אי נימא דבעי בשעת אמירתו שיהיה בעולם דאמירתו הוי כקנין בריא או דדנין דכל שלא חזר נמשך אמירתו עד שעת מיתתו וכאילו צוה בשעת מיתתו ובפשוטו נראה הצד הראשון דבעי' דבשעת אמירתו באו לעולם ואולם מדברי תו' גיטין דף י"ד ע"ב ד"ה הא בשכ"מ שכתבו ואפילו לא נולדו יורשי מקבל עד אחר מיתת הנותן ואמאי לא נקטו בפשוט יותר דאפי' לא נולדו עד אחר אמירתו הילך מנה משמע דזה מהני כיון דבשעת מיתתו באו לעולם ועדיין צ"ע עכ"ל:

כ **תנו בית לפלוני כדי שידור בו כו' או תנו דקל כו'.** עמ"ש לעיל סי' רי"ב ס"ט ס"ק י' בענין אם אמר תנו מעות לפירותיו ע"ש וע"ל סי"ב ס"ק י"ב:

כא **עד זמן פלוני.** ע' לעיל סי' רי"ב ס"א בהגה מ"ש שם בס"ק ג':

כב **נכסי לטוביה** ע' בתשו' נו"ב תניינא סי' מ"ח אודות צוואה שנמצא אחר מות אלמנה אחת וכתוב בה כל המטלטלין ותכשיטין שלה לנכדה (טריינה) ויש לה שני נכדים ששמם (טריינה) ואחת מהם נשיאה לצורבא מרבנן. והשיב הנה דין זה הוא ממש הדין הנזכר בש"ע ש"מ שאמר נכסי לטובי' כו' ואינו היה הדבר נוגע לבעלה של (טריינה) היה הדבר פשוט שמגיע לו כמבואר שם שאם אחד ת"ח הוא קודם אבל כיון שאין הצוואה רק על (טריינה) אין לנו לחדש בזה לומר שאשת חבר כחבר ואם היה הצוואה על מעות שאז הם נכסי מלוג וזיכה הבעל בפירות ג"כ היה מקום שיזכה הת"ח אבל כיון שהצוואה היא על בגדים ותכשיטין ואין להבעל שום ריוח מזה אין כאן אומדנא וממילא נשאר בספק כו' ואמנם אם המטלטלין הנזכר בצוואה אינם בגדים רק שאר מטלטלין שיכול הבעל להשתמש בהם בתורת נ"מ אזי אמרי' ילמדו התכשיטין מהמטלטלין ושייך הכל לאשת החבר אבל לפי שאין דין זה ברור כל כך שמחמת שזוכה בהפירות יהיה הדין שוה כאילו אמרה נכסי לו לכן טוב לעשות פשרה עכ"ד ע' שם:

כג **ואחד קרוב.** עבה"ט שכתב וכתב הטור בשם יש אומרים דמיירי דהקרוב אינו ראוי ליורשו כו' והנה הטור עצמו חולק על זה וכתב ולא נהירא דאדרבה כשהוא ראוי ליורשו איכא הוכחה טפי שלא היה בדעתו עליו שלא היה צריך לצוות עליו דבלא"ה ראוי לירש עכ"ל אך דעת הש"ך משמע להלכה כהי"א. גם הב"ח כתב ליישב קושיית הטור ולפרש דברי הי"א בטוב טעם ומסיק דכן עיקר ע"ש גם בת' שבו"י ח"א סי' קס"ט כתב שדברי הטור לא ברירין כל כך להשיג על היש אומרים כו' (ולא ראה דברי הב"ח בזה שכבר

קדמו בעיקר דבריו) אך מסיים שם וז"ל אכן כיון ששאר כל גדולי ראשונים לא חלקו כלל בין ראוי ליורשו או לא כיון דלא מחלק כן בש"ס גם בש"ע ושאר אחרונים סתמו כדעת הטור לכן לא מלאני לבי לדחות דברי הטור מהלכה וכל שכן למעשה עכ"ל ע"ש. ואפשר משום שלא ראה דברי הב"ח הנ"ל וע' בת' עבוה"ג סי' ל"ג נראה שדעתו כהטור ומפרש שם שגם הי"א הכי ס"ל (וז"ל שם אין דברי הטור מובנים לי בזה כי גם דעת הי"א הכי ס"ל אלא הי"א מיירי כשהוא ראוי ליורשו ראוי דייקא אבל באמת אינו יורשו ממש כי יש גואל קרוב ממנו בכה"ג ואמר שהוא קודם לשכן כיון שקרוב לו כ"כ עד שראוי ליורשו יש לו קירוב הדעת אתו יותר ממה שיש לו קירוב הדעת עם השכן קרוב אבל בשאין קרוב יותר ממנו ודאי גם הי"א מודים שלאו להההוא טוביה קמכוין ולא דעתו עליו כיון שבלא"ה ראוי ליורשו כנלע"ד ברור בלישנא דהי"א עכ"ל) וצריך עיון:

כד **אבל אם אמר שחייב לטוביה** עש"ך ס"ק ט"ל עד ונ"ל דלק"מ מהתוספתא כו' א"כ התוספתא אתיא כמ"ד יחלוקו ואנן קי"ל שודא כו' וע' בס' כתונת פסים ס"פ ג"פ בד"ה גרסינן בתוספתא שתמה על הש"ך דלא תירץ כלום קושית הר"ן וה"ה דהא עיקר קושייתם מהא דאמרינן בתוספת דלא אזלינן בתר אומדנא לזה היה אוהב יותר ועל זה לא תירץ הש"ך מידי דאין זה תלוי בפלוגתא אי שודא או יחלוקו דזהו באם שניהם שכנים או ת"ח דבזה ליכא אומדנא דמוכח אבל מה דאמר דשכן או קרוב קודם זה לא תליא בפלוגתא הנ"ל וצ"ע ע"ש:

סימן רנה

א **מנה לפלוני בידי כו'**. ע' בת' שבו"י ח"א סי' ק"ע אודות אחד שצוה לפי מותו שיתנו לפלוני מאתים זוז עבור שגזלו כל כך והיורשים אינם רוצים ליתן באמרם שאין אדם משים עצמו רשע ואין אביהם נאמן בזה. וכתב דאין כאן מקום ספק דודאי יכול אדם לחייב עצמו בהודאת פיו אף שמשים עצמו רשע ויש על זה חבילות ראיות כו' וכ"ש זה שצוה לפני מותו כדי להצדיק מעשיו ולקיים שוב יום אחד לפני מיתתך ואין זה משים עצמו רשע בכך כו' ובת' תו"י סי' רל"א מסתפק בכה"ג והניח בצ"ע ובאמת אין כאן מקום עיון וא"צ לפנים כלל דודאי יכול לחייב עצמו וליתן נכסיו למי שירצה אף אם משים עצמו רשע ומצוה לקיים דברי המת בנכסיו ע"ש:

ב **ולא אמרינן בכה"ג כו'**. עבה"ט וע' בת' ח"ס חח"מ סי' קל"ז שכ' על נדון דידיה וז"ל בלי ספק שכל הצוואות הנמצאות באמתחתו וגם הנמצא נתיב בפנקסו ה"ל כדייתקי קשורה על ירכו והכל הבל ואין בם מועיל כמבואר בח"מ סי' ר"ן סכ"ה כו' ואודות הכתוב

בצוואה שבפנקסו לאשתי קומט מה שהכניסה אלף זהו' וידוע שלא הכניסה לו כלום כי נשאת לו בימי ענייה ונסתפק כרב השואל אם חייב בסך הנ"ל מטעם הודאה או נימא שלא הודה אלא כתב כן משום שמא יעלה הדבר בערכאות ולא ירצו ליתן כן להאשה ע"כ אמר לפנים שכך הכניסה לו אבל לא בדרך הודאה הנה יפה אמר כי האומדנא מוכחת כן כו' וכיון שנתבטלה הצוואה מטעם הנ"ל בטלה האודיתא והנה בודאי לא נדון על האומדנא הנ"ל אך היות כי ברור היא אילו היה אומר ל' הלז בעל פה לאשתי קומט אלף זהובים ה"ל כשכ"מ שאמר מנה לפלוני בידי דאמרינן שלא להשביע אמר כן כמבואר שלהי ב"ב ובטוש"ע ח"מ סי' רנ"ה ואפי' בנקיט הלה שטר בידו אלא דהכא שהוא כתיבת ידו נפלין ברברבתא דהרמ"א סי' פ"א סי"ז וכן הסמ"ע והב"ח ותשובת מהר"ם אלשיך ודברי ריבות ס"ל דלא הוי הודאה דאמרינן שלא להשביע כמו בעל פה ורק הש"ך יחיד הוא ופליג ובפרט בכתוב בפנקסו דלא שייך שלא להשביע דמי יראה מה שכתב בגנזי סתריו והנה קשה להוציא ממון על פי דעת יחיד הש"ך ז"ל וגם יש לפקפק תינח כשבע"ד חי וטוען שלא להשביע כתבתי כן יש לומר סברת הש"ך מי יביט בפנקס שלך אך הכא בצואה יש לומר שכתב כן שלא להשביע בניו כי יבא עזבונו בידי אחרים והם יבדקו גם כן בהפנקס שלו ומצורף לכל זה אומדנא הנ"ל א"כ קשה להוציא ממין מיתומים המוחזקים בנחלה ע"כ טוב יותר לבצוע הריב בענין זה עכ"ל ע"ש עוד:

ג **אחר שהקדיש**. עבה"ט מ"ש דהש"ך תמה מאד וכתב דאשתמיט לכל הני פוסקים ש"ס ערוך פ' מרובה כו' גם בספר ברכת הזבח במנחות דף פ"א הקשה כן ע"ש ע' במל"מ פט"ו מה' מעשה הקרבנות שיישב דברי הרמב"ם והעלה כדבריו דאף במקדיש וממיר תכ"ד לאו כד"ד וסוגיא דב"ק אדחיא לה כו' ע"ש גם בספר מחנה אפרים הל' צדקה סי' ח' כתב לתרץ קושית הנ"ל ובספר שעה"מ פט"ו מה' מעה"ק דחה דבריו וכתב ליישב באופן אחר ע"ש וע' בס' מלוא הרועים ערך תוך כדי דבור אות ג' ד' שפלפל בדבריהם וכתב ישוב אחר לדברי הרמב"ם הנ"ל ע"ש גם בספר קצה"ח האריך בזה ומסיק דנראין דברי הרמב"ם וסייעתו דלא מהני חזרה תכ"ד בתמורה והקדש. אך כ' אמנם נראה בהקדשות שלנו דלא הוי לא קדושת הגוף ולא קדושת בדק הבית אלא לעניים וכמבואר בטור וש"ע סי' צ"ה (עבה"ט שם סק"ה) ובנודר לעניים לא אמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ואינו עושה קנין אלא דצריך לקיים נדרו ומשום דכתיב בפיך זו צדקה א"כ לא עדיפא מנזירות דמהני חזרה תכ"ד וזה ברור ע"ש אכן בתשובת ושב הכהן סי' י"ח מסיק לדינא דלשיטת הרמב"ם והתוספת דא"י לחזור תכ"ד בהקדש ה"ה גבי צדקה דאמירתו נמי הוה

המסירה להדיוט ולכן א"י לחזור תכ"ד כמו גבי הקדש ע"ש ועמ"ש לעיל סי' פ"ז סכ"ה ס"ק כ"ט ובסי' רי"ב ס"ז סק"ט ובסימן רמ"ג ס"ב סק"א ובסי' רנ"ב ח"ב סק"ב וצ"ע:

ד **על ההקדש בשעת מיתתי**. עמ"ש לעיל סי' ק"ד סי"ג ס"ק כ"א:

ה **על זה היסת** ע' באר היטב עד אבל אין זה פשוט וצריך עיון. ועיין בש"ך לעיל סימן רנ"ב סעיף קטן י"ג והובא בבה"ט שם סעיף קטן כ"א ועיין ביאור הגר"א ז"ל:

סימן רנו

א **ושתוקו**. ע' בקצה"ח שתמה דזה דמי למי שבא מארץ רחוקה ואין אנו יודעין אותו ומשפחתו דודאי איתא במתנת ש"מ כיון דיש לו יורשין ודוקא גר דליתא בירושה כלל וצ"ע ע"ש (גם בתשובת חו"י ס"ס רל"א תמה בזה יבא לקמן סי' רע"ו ס"ד בד"ה ונכסיו) ובספר נה"מ כתב דלק"מ דהחילוק מבואר דכאן שא"א להוודע בשום אופן יורשין דיליה דהא אפי' עדים שזינתה עמו לא מהני לענין ירושה הוי כיאוש והפקר גמור כו' ע"ש וע' בת' שבו"י ח"ג סי' קע"ה הביא שם דבתשובת שארית יוסף סי' ג' פסק גם במי שבא מארץ רחוקה שאין צוואתו כלום והוא ז"ל תמה עליו וכתב ואולי גם השארית יוסף כוונתו אגר שאין לו יורשים אלא שבכוונה לא כתב גר כו' ע"ש עוד שדעתו גם גבי שתוקי אם צוה קודם מותו ליתן מטלטלין שלו לאמו ותפסה אין מוציאין מידה דאף לתירוץ קמא שבש"ס קדושין ע"ה ע"א (דאיתא שם מאי שתוקי שמשתיקין אותו מנכסי אביו פשיטא מי ידעינן אבוהו מנו לא צריכא דתפס פרש"י ואשמעינן שמואל דמפקינן מיניה) היינו דוק' כשתפס השתוקי דכיון שהוא עצמו איני יודע אם מהני תפיסה אבל אמו שיודעת למי נבעלה ויודעת שיש לו יורשי' אם צוה לה בנה ותפסה ודאי צוואתו קיימת ואין להוציא מיד' ודלא כתה"ד שם שמשמע מדבריו שמשוה אותו לגמרי לגר כו' ע"ש ועמ"ש לקמן סי' רפ"ה ס"ד ס"ק ג':

ב **ואיכא פלוגתא** עבה"ט וע' בת' ח"ס חח"מ סי' קכ"ט:

ג **אין שומעין לו כו'**. ע' בת' נו"ב תניינא סי' מ"ו אודות ש"מ שחילק נכסיו וריבה לאחד סך מה על מנת שיגדל יתים בתוך ביתו וישקהו ויאכילהו מנכסיו וילמדהו ספר. וכתב דיש לדון על צוואה זו אם הוא דבר של קיימא שהרי אם צוה לפרנס יתום ולא הגביל לזה זמן ידוע ולא סך ידוע א"כ מוטל על המקבל הריבוי ההוא לקיים זה תמיד אפי' יעלה ברוב הימים יותר ויותר מהקרן ויש בזה חשש ריבית ולעולם אינו זוכה בו ואם יפסיק מלפרנס בטלה הזכיה והרי זה כמוסר ביד חבירו סך זה ושכל זמן שיתן לו סך פלוני בכל שנה א"א לו לתבוע הקרן שאסור משום רבית כו' ובמקום שיש חשש רבית יש

מקום לבטל זה הצוואה לגמרי כמבואר בח"מ סי' רכ"ו ס"ג כו' אמנם יש בדבר הזה כמה עיקולי ופשורי כי גוף דבר זה שאם צוה בדבר שיש בו עבירה בטל ע"י זה מה שתקנו חז"ל להיות דברי ש"מ ככומ"ס אף שלא הביאו האחרונים שום חולק אינו מוסכם ע' במשנה למלך פ"ט מה' זכיה כו' וגם אי שייך בזה איסור רבית לא ברירא לי כו' (ע' בפ"ת ליו"ד סי' ק"ס ס"ק י"ט וגם בסק"ה שם) וכיון שלא נשאלתי על פרט זה והוא כבר מוחזק לא אדון למפרע הצוואה עכ"ד. וע"ש עוד בנדון הצוואה הנ"ל אשר היורש זה שריבה לו רצה לעת זקנותו לשנות הסך ההוא למצוה אחרת כי ירא שבניו אחריו לא יקיימו הצוואה או שיפריש הסך ההוא ליד בטוחים עצה"ט ומהרווחים יגדלו זט"ה את היתום בבית אחד מאנשי העיר. וכ' דכפי הנראה מל' הצוואה שהועתק בהשאלה שהמוריש אמר ע"מ שיגדל יתום בתוך ביתו וישקהו ויאכילהו וילמדהו ספר ל' זה מורה שלא הטיל חיוב זה רק עליו לבדו ולא על יורשיו אחריו ואם הוא מעצמו רוצה לעשות בו דבר טוב הרשות בידו לעשות איזה שייטב בעיניו אבל כל ימי חייו מחוייב לקיים התנאי לפרנס יתום להאכילו ולהשקותו וללמדו ספר ואם רצונו להפרש סך ידוע לתת ביד בטוחים בעיסקא ולזון יתום מן הפירות הדבר טוב אבל כל מה שלא יספיקו הפירות מחוייב להשלים מכיסו בכל שנה כל ימי חייו אבל אם נאמר בהצוואה בפי' שהטיל חיוב תנחי זה לגדל יתום לדורי דורות אזי הוא כל ימי חייו יקיים כפי הצוואה ובניו ויו"א אם לא ירצו לקבל אזי בטלה המתנה מה שהרבה לו הש"מ יתר על שאר היורשים ושייך אז העודף ההוא לכל יורשי המוריש הראשון אמנם אין כח להכריח יורשיו אחר מותו אם אין הפירות מספיקים די פרנסת היתום להשלים משלהם אם אינם רוצים לזכות בעודף ההוא ויחלוקו אז סך ההוא יורשי המוריש הראשון וגם הוא כל ימי חייו הברירה בידו תמיד כן אלא שלפי הנראה הוא איש טוב וירא שמים ורוצה לקיים הצואה ע"ש עוד וע' בתשובת ח"ס חח"מ סי' ט"ו אודות צוואה שמבואר בו שהניח ד' מאות זהו' ת"י בנו ר' משה שהוא יתן רווחים מזה כ"ו זהו' מינץ לכל שנה ושנה ויחלק אותם ללומדי תורה שילמדו לתיקון נשמתו ועל אותן כ"ו זהו' לכל שנה מוכרח בנו ר"מ לשעבד הבית שלו עד עולם וימסור כתב השעבוד ליד הרב ואף אם ימכור בנו הבית שלו לאיש אחר מוכרח למכור על תנאי שהקונה הבית מוכרח ליתן בכל שנה הסך כ"ו זהו' הנ"ל ולחלק אותם ללומדי תורה והנה אחר שכבר כמה שנים קים הבן צוואת אביו טוען עתה שאין ריוח מסך ד' מאות זהו' מגיע לכ"ו זהו' מינץ ובשגם לא קבל בתורת עיסקא ויש כאן חשש רבית ורוצה להפסיד הלומדים. והשיב שאין בטענת הבן כלום כי לכאורה ל' הצוואה הנ"ל סתור מרישא לסיפא כו' אמנם מבואר בסי' מ"ב ס"ה דאם אפשר לפרש הענין

לקיים שניהם ודלא למיתלי בחזרה מקיימים ובנד"ז אפשר לפרש ולקיים שניהם ונאמר אחר שהחליט הבית להבן נתן ממונו ד' מאות זהו' וקנה ממנו כח בבית ההוא וגם קבל נדר על עצמו כאשר החל לעשות כמה שנים ליתן ללומדי תורה מהבית כ"ו זהו' מינץ לשנה וסך ד' מאות זהובים היה לו להבן מחיר מה ששעבד ביתו למס קצוב כל שנה ומעתה אם ימכור הבית א"צ ליתן לאחר סך הנ"ל או לזלזל במקחו כי לעולם אינו יכול למכור מה שאין לו כי כבר מכר חלק מהבית לקרן קיימת ליתן כ"ו זהובים מינץ לשנה ואותו אינו יכול למכור כי אינו שלו וממילא צריך הקונה ליתנו ואין חילוק והפרש בין ירויח הבן עם אותן ד' מאות זהובים או לא ובזה מקיימים דברי השטר התחתונים עכ"פ ואע"ג דיש קצת דוחק לכוין כן בל' העליון דמשמע שסך כ"ו מינץ הוא רווחים מד' מאות מ"מ יש לדחוק ולפרשו ולאומד הדעת נראה ג"כ שכך היה כוונתו כו' ע"כ נלע"ד דהבן צריך לקיים נדרו ונדר אביו אשר החל ולשלם ללומדי תורה סך הנ"ל שנה בשנה בין ירויח בין לא וממילא מובן שאין כאן מקום לחשש רבית והיתר עיסקא כלל עכ"ד עש"ה:

סימן רנז

א **או לאחר שלשים יום לא קדיש כלל.** ע' בתשו' רע"ק איגר סי' קמ"ב שתמה מאד על דין זה דבתשובת הרשב"א מבואר הטעם כיון דא"א בהקדש לומר גופא מהיום ופירי לאחר ל' דא"כ ינקי מהקדש ממילא הוי כמו בגט במהיום ולאח"מ דהוי ס' תנאי ס' חזרה (ע' באה"ע סי' קמ"ה ס"ג) וספק הקדש אוקי ממונא בחזקת מרא. וקשה על זה לו יהא דהוי חזרה מן מהיום וכאילו אמר לאחר ל' יום הא זהו גם כן מהני בהקדש כדאיתא בסוגיא דנדרים דף ל"א (צ"ל כ"ע ע"ב ע"ש בהר"ן ריש דף ל' שכתב ומהא שמעינן דהאומר סלע זו לצדקה לאחר שלשים יום דלא מצי הדר ביה כו' אבל הרשב"א ז"ל כתב כו' ע"ש) ובשלמא מהיום ולאח"מ שפיר י"ל דבטל הקדש דבשעה שראוי לחול א"א לחול דאין הקדש לאח"מ כו' אבל במהיום ולאחר ל' שפיר קשה הא לא גרע מאומר רק לאחר ל' וברשב"א עצמו י"ל דכוונתו רק דיכול לחזור תוך ל' וה"ק דאם היינו מפרשים דתנאי הוי היה הדין דחזרה לא מהני רק כיון דהוי ס' חזרה אמרינן אוקי ממונא בחזקת מרא אך ל' הרמ"א דלא קדיש כלל קשה. גם לדינא אף בחזר לא ידעתי אם יש להקל כיון דהר"ן ס"ל דא"י לחזור וגם הרשב"א בחידושיו מספקא ליה כו' וביותר קשה שדברי הרשב"א בתשובה שם הוא רק בהקדש בדק הבית דהיניקה אסור משא"כ בהקדש דידן דהיינו הקדש עניים לכ"ע קדיש וא"י לחזור דבזה שפיר מקיימין דבריו בגיפא מהיום ופירי לאחר ל' כמו במתנה להדיוט דמה בכך דהפירות ינקי מהקדש עניים וא"כ דברי הגהת

ש"ע אלו צע"ג. והאריך שם בג' תשובות שאחר זה לפלפל עם דודו הגאון מהר"ל איגר ובנו הגאון מהר"ר זאבל איגר ז"ל בענין זה ושם בסי' קמ"ד מבואר קצת ישוב לקושיא א' הי"ל ע"פ דברי הר"ן שם דף כ"ט ע"ב בד"ה פשיטא עש"ה:

ב **צריך למכרן ולקנות בדמיהן קרקע.** ע' בת' נו"ב סי' כ"ט שכ' דאם עבר ומכרן בלי ידיעת המקבל מתנה ולא קנה בהם קרקע הרי שלח יד בשל חבירו ונתחייב בדמיו ואפי' הפסיד הדמים שקיבל במכירתן צריך לשלם משלו כדין שולח יד בשל חבירו ואפי' מת חייבים היורשים לשלם אם נתברר שמכר ואינם יכולים לטעון שמא פרע שהרי לא הגיע זמן הפרעון עד המיתה כו' ע"ש

ג **כאילו וכתבה לבנו.** עבה"ט ומ"ש: ובתשובת מבי"ט נסתפק אי דור רביעי כו' עמ"ש בזה לעיל סימן רמ"ז ס"ג הק"ב:

ד **מוציא הבן כו' מיד הלקוחות.** ע' בתשובת עבוה"ג סימן פ"ט דהרב השואל רצה לומר דהיינו דוקא כשמכרן האב שלא לצורך מזונותיו ופרנסתו אבל כשמכרן לצורך מזונותיו ופרנסתו אין הבן טורף מן הלקוחות לאחר מיתת האב כי יש אומדנא דמוכח שלא כתב לבנו אלא כשיהיה לו יתרון על כל עמנו כל ימי חייו אבל לא שבק נפשיה ערטילאי אם יהיה לו מן הצורך למזונות ולפרנסה והוא ז"ל השיב שזה אינו ובהדיא כתב הרשב"א בתשובה הובא בב"י סימן ר"ן מחו' ט"ו דאפי' מכר האב לצורך מזונותיו אינו מכור אלא עד שימות האב כו' עש"ב:

ה **מהיום אם לא אחזור בי כו'.** ע' בתשובת נו"ב סימן כ"ט שכתב דבזה אם מכר איזה דבר המכירה עצמה היא החזרה ולא אמרינן ששעבד נפשו בשעת המכירה להיות לוה על המעות הללו כי מה לו לצרה בזאת עבד לוה כיון שבידו לחזור בו בהיתר ואפי' משום מחוסר אמנה איננו שכרי ע"מ כן נתן ע"ש:

ו **דבר שאינו בידו אז כו'.** ב"י סי' ר"נ בשם הרשב"א כו' ע' בתשובת נו"ב סי' כ"ט דרב אחד הקשה דמדברי רמ"א משמע דוקא בדבר שאינו בידו אז לא מהני קנין והרי מדברי הרשב"א שם משמע דאפילו דברים שהם בידו אז אינו יכול להקנות שהרי כתב שם ומ"מ אם יש לו עסק או סחורה או מטלטלין שאינם מסויימים ורוצה לחלקם ולהרבות לאחד ולמעט לאחד איני יודע לו דרך שיוכל לזכותם להם במתנת בריא מעכשיו ולאחר מיתה שמא מה שיש לו היום לא יהיה לו בשעת פטירה ולפיכך אין לו תקנה בזה אלא בחיובים כו' אלא שדברי הרשב"א הללו תמוהים אמאי א"י להקנות כו' והוא ז"ל השיב דלק"מ ודברי הרשב"א ודברי הרמ"א נכונים כי הרשב"א שם על הדרך השני הוא שכתב כן (דז"ל הרשב"א שם תחלת כל דבר כו' ולפיכך ראובן זה אין מתנותיו קיימין אא"כ

נתן במתנת בריא ויכול הוא ליתן מהיום ולאח"מ ובכך קני מקבלי המתנות הגוף מהיום כו' אבל אם רצה לשייר ושייר בפי' כן שאם רצה למכור שיהא רשות בידו או שיכתוב בשטרי המתנות וכשלא אחזור בי כו' ומ"מ אם יש לו עסק או סחורה כו') דהיינו במשייר כח לעצמו לחזור בו בזה כ' ומ"מ אם יש לו עסק כו' איני יודע לו דרך כו' שמא מה שיש לו היום לא יהיה לו בשעת פטירה דהיינו שימכרם או יאכלם ובזה לא נתחייב בדמיהם ואין כוונת הרשב"א שאינו יכול להקנות כלל דז"א דודאי בשעת הקנין קנו רק כוונתו דאם אח"כ ימכרם ממילא חזר בו בשעה שמכר (ע"ל ס"ק ה') אבל הדרך הראשון שכ' הרשב"א שיקנה באופן שלא יהיה לו כח לחזור בו אז אפי' לא יהיה בעין בשעת פטירה יתחייבו היורשים בדמיהן (עמ"ש לעיל ס"א סק"ב) ומעתה גם דברי הרמ"א נכונים דהרמ"א קאי אמה דכ' המחבר כתב לו מהיום אם לא אחזור בי כו' ע"ז כ' רמ"א מ"מ צריך קנין כו' ואפי' קנין לא מהני אם רוצה ליתן דבר שאינו בידו כו' כוונתו שאם ירצה ליתן מה שברשותו כעת ודאי שיוכל ליתן אבל כיון שבידו לחזור יקחנו היורשים שכבר מכרם ואכלם וצריך הוא אם ירצה לבטל טענת היורשים בזה ליתן מה שיהי' לו בשעת פטירה שע"ז לא שייך טענה שחזר בו ומכרן אבל בטל הוא מטעם דבר שאינו ברשותו וציין כן בשם הרשב"א שכיון שכתב הרשב"א שאינו מוצא לו דרך וקשה הרי יכול למצוא דרך שיתן בפירוש מה שיהיה לו בשעת מותו א"ו שזה מתחלת המתנה בטילה דהוי דבר שאינו ברשותו וממילא צריך ליתן מה שיש לו עכשיו וע"ז יש ליורשים לומר שאח"כ מכרם ועיקר כוונת המציינים ב"י בשם הרשב"א הוא עמ"ש רמ"א שאינו מהני אלא דרך הודאה זהו מדברי הרשב"א מפורש וכ"ז פשוט עכ"ד. וע"ש עוד ע"ד השאלה שחילק כל נכסיו לאשתו ולבת אחיו בעודו בריא בק"ג והעביר נחלה מבני אחיו שהם יורשי דאורייתא וכעת רוצים היורשים לבטל הקנין של המתנה שמבררים שהסחורה שנמצא עתה לא היתה ברשותו בעת המתנה כי הסחורות שהיו בעת הקנין נמכרו כבר וקנה אחרים תחתיהן ונמצא כל המתנה בטילה דהוי כמקנה דבר שהוא ברשותו עם דבר שאינו ברשותו דדמי לקני את וחמור שיש בזה ג' דעות כמבואר בח"מ סי' ר"ג בהג"ה וטוענים היורשים קים לן כדעה ראשונה דלא קנה כלום. וכתב דאם לא שייר הנותן כח לעצמו לחזור בו דברי היורשים בטלים לגמרי דהרי גם מה שמכר נתחייבו בדמיהם אך אם שייר כח לחזור בו אז שפיר טוענים היורשים לענין הסחורות שכיון שמכרם חזר בו ולא יזכו המקבלים בדמי מכירם אבל עכ"ז כל שאר חפצים ומטלטלים וקרקעות שעדיין בעין זכו המקבלים ומה שטענו דדמי לקני את וחמור וטוענים קי"ל כדעה ראשונה זה אינו טענה רק לפי סברת הרב השואל הנ"ל שהיה סבור שכוונת הרשב"א במ"ש ומ"מ

אם יש לו עסק כו' היינו שאינו יכול להקנות כלל אבל לפי מה שמפורש לעיל כוונת הרשב"א שודאי בשעת הקנין קנו אלא שאח"כ חזר בו בשעה שמכר א"כ ממה שחזר חזר אבל מה שלא מכר עדיין לא חזר בו ודאי שנשאר כח המקבלים קיים ע"ש עוד והובא לעיל סי' ר"ג ס"י סק"ד ועמ"ש לעיל סי' רנ"ג ס"כ ס"ק י"ז:

סימן רנח

א **קונה הגוף מיד.** עבה"ט בשם סמ"ע מ"ש לשון הטור כו' עד לכך בעינן שיגיע השטר לידו. וע' בתשו' נו"ב תניינא סי' מ"ז שכתב שדברי הסמ"ע בזה תמוהים דאם הקנין רעוע בשביל שהזכיר לאחר מיתה א"כ מה מועיל מסירת השטר והרי השטר מפורש לאחר מיתה: והזכיר שם מ"ש בגליון ש"ע שלו בסי' רנ"ח בזה"ל ע' בסי' קצ"ה ס"ה והדברי סותרין זא"ז (דשם בסי' קצ"ה כ' דאם אמר לו הקונה תקנה סודר זה ותקנה לי החפץ אחר שלשים יום לא קנה מפני שבשעה שיש לו לקנות כבר החזיר הסודר לקונה וכאן בסי' רנ"ח בשטר שכתוב בו שיקנה לאח"מ כ' שאם יש בו קנין קונה הגוף מיד אפי' אין בו זמן) ונראה דדוקא כאן שנתן שטר וא"כ הקנין הוא ללא צורך ובודאי בא לייפות כח ע' בגמ' ב"ב דף קל"ו שמתחלה רצה הגמרא לחלק בין נזכר הקנין פעמיים והיינו משום דודאי ע"י כפל הלשון בא לחזק ואף דמסיק דלא שנא מ"מ עיקר הטעם כיון שגוף הקנין לא היה נחוץ א"כ ודאי לחזק בא שיקנה מעכשיו. אבל שם בסי' קצ"ה מיירי בקנין לחוד אבל אין לחלק דשם בסי' קצ"ה מיירי במטלטלין וכאן מיירי בשדה שהיא קרקע. חדא דהרי האי דס"ל קנה מקורו מדברי הגמרא בנדרים מ"ח ע"ב ושם סתם אמרו אהרינהו לנכסיה כו' ולא נזכר אם הי' קרקע או מטלטלין ועוד דאיזה סברא יש לחלק בין שדה למטלטלין דכי היכי דבשדה י"ל שקנה הגוף מיד והפירות לאח"מ גם במטלטלין י"ל כן דכמה מטלטלין העשויין להשכיר וגם תשמיש הכלים כל ימי חייו עכ"ל בגליון ע"ש עוד מה שהאריך על נדון השאלה שם:

ב **לאחר ל' יום.** עבה"ט ועב"ש באה"ע שם סק"ד ובס' ק"נ פ' מי שאחזו אות ס"ה מ"ש בזה. וע' בתשו' שבו"י ח"ב סי' ק"ס שהאריך בישוב דברי הרמ"ה על נכון ומסיק לדינא הלכה למעשה דאין להוציא מיד היורשים ע"ש:

סימן רנט

א **מיד בנפילתו.** עבה"ט ועיין בנ"צ מ"ש בזה:

ב **להחזיר לישראל.** עבה"ט ועמ"ש לעיל סי' י"ב ס"ב סק"ו בשם התומים ותשובת שבו"י דהך כופין היינו בדברים ע"ש:

ג **טוב וישר להחזיר.** ע' בתשובת בית אפרים חח"מ סי' נ"ח במי שנלקח מאתו סחורה מחמת העברת המכס וקדם אחר וקנה (מבעל המכס) בזול ורוצה לזכות לעצמו. וכתב אין ספק דאם זה שהסחורה שלו היה מחזר לקנותה שחייב להחזיר דאף אם היה של בעל המכס ממש הא קיי"ל עני המהפך בחררה כו' ולדעת ר"ת צריך להחזיר כו' (עמ"ש בסי' רל"ז ס"ק ב) ובנ"ד נרא' דאפילו לא ידע שהיה זה מחזר לקנותה מ"מ כיון שרגילו' הוא שבעל הסחורה מחזר עליו לפדותה כאילו ידע דמי ומ"ש בש"ע סי' רל"ז דקונה בזול הוי כמו מציאה דלפי סברא ראשונ' אין דנין בה דין עני כו' הרי הש"ך שם בשם הרמב"ן חולק ועוד דבנ"ד כ"ע מודים דהתם טעמא דדמי למציאה דהכל מחזרים אחריה ואין לזה התייחסות לחפץ זה יותר מאחר משא"כ הכא דודאי זה ראוי לו שיחזור אחריה יותר מאחרים ולכן גם הא דמחלקינן התם בין נגמר הפסיקה ביניהם אין לחלק כאן דהתם כל שלא נגמר הפסיקה ידי שניהם שוים בה משא"כ כאן. ואמנם (בלא"ה) נראה שאפילו אם נרצה לחלק ביניהם מטעמא דקנין בזול הוי כמציאה או מטעם שלא נגמר הפסיקה מ"מ בנ"ד (שהוא סחורה שלו) אע"ג דודאי נתיאש ממנה מ"מ לא עדיף ממציל מזוטו של ים כו' בסי' רנ"ט ס"ז דכתב הרמ"א דטוב וישר להחזיר כמ"ש בסעיף ה' ושם בש"ך מבואר דכייפינן להחזיר היכא דהמוצא עשיר והוא מצד תקנת ב"ד ומנהג המדינה ובנ"ד נרא' דאין לחלק בין עני לעשיר כו' וגם בסי' שנ"ו ובסי' שס"ח בהגה כתב דנהיגי עכשיו להחזיר כל גניבה אפילו לאחר יאוש וש"ר כו' והך תקנה שייך גם בזה ואין לחלק דדוקא היכא שגנב וגזל דבאיסורא אתי לידיה משא"כ בזה שעבר על דת המלך ובדין נלקח ממנו ובכה"ג לא תקנו הא ליתא דפשוט שלא עלה ע"ד המלך רק שיובא לגנזי המלך אבל מה שזה (בעל המכס) לקח והטמין לעצמו לא נכלל בכלל הזה ואין לדון בו רק מדין יאוש לבד וא"כ חייב להחזיר מחמת תקנת הדור כמבואר בסי' רנ"ט הנ"ל דכייפינן להחזיר כו' וגם כי מנהג הכשרים אף כשמוכרים בבית המכס ע"פ הכרזה אם ידוע מי הם הבעלים הקונים קונים לשם מי שהוא ומחזירים לו כו' ומ"מ אם זה רוצה שכר טרחתו יש לב"ד לשום לפי הענין ולתת לו ע' בסי' רס"ד ס"ה בהגה ובש"ך שם וגם בעט"צ שם כו' ע"כ בנ"ד מוטל על הקונה לעשות כן מרצונו לקיים ועשית הישר והטוב ואם אינו רוצה דייניו ליה מצד התקנה עכ"ד. ושם בסי' נ"ט האריך עוד בזה בענין שבעל הסחורה רצה שיקבל זה בחרם כמה נתן ומסיק וכתב לדינא נלע"ד שהכל לפי ראות עיני הב"ד שאם אומד דעתם שרגילות הוא ליתן סך כזה ואין לחשדו שהוא מרבה על

המכר וזה תואנה מבקש באמרו איני מאמינך רשאים לבצע השורה ולהאמין לו על הן צדק שלו ויכולין לוותר הקב"ח לנוכח ומ"מ אם ירצה להחרים סתם בב"ד שלא בפניו על מי שרוצה לקחת ממנו בחנם או אחר שיתן יחרים אמאן דגזליה ולא מהדר אינו יכול למחות בידו כדאית' בסי' ע"א ס"ו שאפי' נאמנות בפירוש לא מהני על זה אך אם יש כאן מקום חשד מחמת הוראת היתר וכיוצא יש לפסוק שיקבל בחרם ואין לו להתרעם על זה אחרי שמקיים ועשית הישר והטוב יקיים ג"כ והייתם נקיים כו' ע"ש:

סימן רס

א **זכו בהם שניהם.** עבה"ט בשם ש"ך ועי' עוד בש"ך שכ' ולפע"ד עיקר דהוא כולו של משכיר אע"פ שהשוכר דר בו לבדו כו' וע' בתשו' רע"ק איגר זצ"ל סי' קלג מ"ש בזה ויובא קצת לקמן סי' שיג סעי' ג' ס"ק א' וע' בתשו' ושב הכהן סי' מז גם בתשו' בית אפרים חח"מ סי' מד האריך בזה בדבר השאלה בראובן שהשכיר ביתו לשמעון ומצא שמעון שם מטמון א' שניכר שמונח שם ימים רבים עד שבודאי נתייאשו הבעלים ממנו ונתעצמו לדין שראובן טוען שחצירו קנתה לו אע"פ שהיא שכורה ביד שמעון ומסיק שם סיומא דהך פסקא דכל כה"ג המוציא מחבירו עליו הראיה עש"ה:

ב **אבל יש חולקין בכל זה.** ע' בתשו' נו"ב תניינא סוף חלק אה"ע בהשמטה השייך לסי' ס' בהגה מ"ש בזה:

סימן רסב

א **של שותפים הרבה.** עיין בלבוש שכתב הטעם בזה משום דאע"ג דומצאתה איכא. אשר תאבד לכל א' ליכא ע"ש וע' בס' בר"י סי' ו' אות ו' שכתב עליו וז"ל לא ראיתי טעם זה לא בש"ס ולא בפוסקים ולפום רהיטא קשה על זה מסוגיית הש"ס דף כ"ז דשקיל וטרי טובא מאי איכא בין ת"ק דמפיק ש"פ מאשר תאבד ובין ר' יהודה דנפקא ליה מדכתיב ומצאת לא קאמר דאיכא בינייהו ש"פ של שותפין ויש ליישב וק"ל עכ"ל ע"ש ועמ"ש לעיל סי' צ"ג ס"א סק"ד:

ב **וכל ת"ח כו'.** עבה"ט שכ' צ"ע אם יש בזה"ז כו' ועי' בתשוב' שבו"י ח"א סימן קס"ז שכ' דאין ספיקו של הסמ"ע מוציא מידי ודאי של רמ"א דכל ת"ח הוא בחזקת כו' והטעם נ"ל כיון שבודאי אינו של המוצאו למה נפסיד ת"ח בחנם אף מספק כו' (עי' בס' בר"י לעיל סימן ט"ו אות ג' שפקפק קצת עליו ומ"מ לדינא משמע דמסכים עמו בזה עמ"ש בסימן ט"ו ס"א ס"ק א' והיכי דתפס בעל האבידה ואית ליה מגו ודאי לא מפקינן מיניה

אפי' בעם הארץ (באם מצאו זה קודם שידעו הבעלים שנאבד מהם) וכ"ש בת"ח דאפי' לכתחלה מותר לתפוס כה"ג עש"ה ועמ"ש לעיל סי' ד' ס"ק ה':

סימן רסג

ויש אומרים דלא יחזיר בעיר. עיין בתשובת רבינו עקיבא איגר סימן קצ"ג ובחידושיו למסכת ב"מ דף למ"ד ע"ב מה שכתב בזה:

סימן רסד

א **ודוקא שהתנה כו'**. עסמ"ע שפירש שהתנה עמו סתם שיתן לו שכר ר"ל שלא אמר שיתן שכר אפי' אם נח יציל וע"ש ועיין בתשובת חות יאיר סימן קנ"ד שכתב דה"ה בשתדלן וסרסור ושדכן אם חמר לו שישתדל לו דבר פנוני אצל השררה או שדך לי אשה פלונית או סרסר לי בית פלוני וקבע לו שכר אם לא אמר לו לכשתגמר הדבר רק סתם וזה טרח אף שלא עלה בידו נוטל מה שקצב אם אינו סך גדול ורב מהראוי לטורח כזה שאז ודאי בין שתדלן בין סרסור אין לו רק הראוי לטורח ההוא הראוי לאיש ההוא ואפינו עלתה בידו אין לו יותר (כדלקמן ס"ז בהג"ה ועמ"ש שם) . ומבואר שם שאם בעת הפסיקיא אומר לו לכשתגמר הדבר אינו נוטל בלא עלה בידו אפילו הוצאות שהוציא מאחר שלא התנה כו' ע"ש. ושם בסימן ר"ז אודות פרנס ששלחוהו בני המדינה אל המושל להשתדל ע"ד הטלת אלף ר"ט וקצבו לו שכר על זה ופעל אצל המושל ליטול רק החצי ועתה בקשו לפחות שכרו מחמת שלשה דברים. הא' כי נודע להם שנתרצה בכתב הראשון לתת ת"ק ר"ט והיה לו לבקש פחות הרבה. והב' שריבה בהונאות אף כי נאמן בעיניהם מ"מ נראה להם כי ע"י שהמציא לעצמו כתב חירות בכמה משא ומתן ע"כ פיזר שם הוצאות בעיני הקהל כי עי"ז נתקרבה דעתם לסייעו בכל מבוקשו. והג' כי ריבה בהוצאות מזונות בהמשך זמן שנתרשל שם בעסק הקהל מפני שנשא ונתן שם בנסף ובזהב והרויח שם סך רב. והשתדלן השיב כי הם רק עלילות דברים כי לא נתרבה הוצאות אפילו פרוטה בשבילו ומה שנתרצה תיכף על ת"ק הוא ע"פ עצת יועצים ושרים פן יחרה אף המושל באם ירצה לתת רק סך של הבל והשיב לדעתי הדין עם הפרנס וכל דברי המתנגדים אינם רק דברי קנאים ומתלוננים ואין כאן טענת ודאי כלל וראוי לגעור בהם דאל"כ אתה נועל דלת כו' ואף אם נהנה השתדלן בהוצאת הקהל מה להם הרי זה נהנה וזה אינו חסר כמבואר בסי' רס"ד ע"ד בהגה ומי ששולח שתדלן דעתו שיעשה כפי שכלו ומכ"ש אם דיבר עם יועצים שיודעים דעת המושל גם השכל נותן דיש לחוש

לחרון אף בשאלה שאינה הוגנת ושאלת בת שבע מבנה לתת אבישג לאדוניהו יוכיח כו' ע"ש:

ב **אם עלה חמורו מאליו**. עבה"ט עד ובתשובתי הארכתי לדחות הראיה שהביא מהר"ם כו' וע' בתשובת באר יצחק סימן ו' ענף ד' שכתב דנראה דזה תלוי בפלוגתת התוס' עם הרא"ש בב"מ דף ע"ט גבי ספינה סתם ויין זה ונטבעו שניהם שהובא בש"ע לקמן סי' שי"א ס"ג כו' ע"ש וע' בנה"מ:

ג **דאפי' בשבינו לבדו כו'**. ע' בתשובת בית יעקב סימן קמ"ח שתמה על זה דהא אמרו בגמרא ב"ב דכופין בני העיר זא"ז לעשות חומה דלתים ובריח כו' ואפי' מיתמי כל מילי דאית בי' נטירותא כו' והתם אע"ג דאי לא יתמי נמי היו צריכין להוציא כ"כ כמו עתה ואפ"ה צריכין היתומים ניתן לזה. שוב ראיתי בתשו' מהר"ם סי' נ"ט שכתב בהדיא כן כו' עד וכיון דמהר"ם לא ס"ל הכי לא ה"ל לרמ"א לכתוב בפשיטות דלא כוותיה עש"ה וע' בתשובת שבו"י ח"א סי' קנ"ח שדחה דברי הבי"ע הנ"ל וכתב דודאי דברי הרמ"א בכאן הם עיקר לדינא וגם בתשובת אמונת שמואל סימן ל"ו פסק כן בפשיטות להלכה ועיקר החילוק הוא דיש לחלק בין דבר שנוגע לצבור וקהל ובן יחיד המדיין עם יחיד דאל"כ יהיו דברי הרמ"א עצמם סותרים ממ"ש לעיל סימן קס"ג ס"י בהגה בשם מהרי"ק באם בא עלילה על עיר אחת כו' (עמ"ש בסימן קס"ג שם ס"ק כ"ו) ומה"ט כתב שם במעשה שהיה בפראג שריפה גדולה ר"ל ובית אחד ברחוב יהודים ניצול שהיה בו ג' בניינים תחתים ושניים ושלישים והעליון כיון שראה שהשריפה גדולה כל כך שיבר הגג מעליה כדי שלא ידלק הבית וע"י זה ניצל הבית ואח"כ תובע לתחתונים שיתנו גם המה לסיועת הגג ופסק דאין בטענתו כלום כיון שהעליון היה צריך לעשות הצלה זו בשביל עצמו הוי כזה נהנה וזה לא חסר דפטור ע"ש. ושם בשבו"י ח"ב סימן קנ"ו מעשה כעין זה אלא דשם לא שיבר העליון מעצמו את הגג רק השררה בא בעצמו למקום השריפה וצוה לשבר איזה גגות מעל הבתים הסמוכים כדי להצילם ונתכבה השריפה ובאו העליונים עם התחתונים למשפט אם מחוייבים ליתן לסיוע הגגות וכתב דאף שפסקתי בח"א סי' קנ"ח בשאלה כזו דהתחתונים פטורים מ"מ בנד"ז פסקתי דגם על התחתונים מוטל ליתן לסיוע תיקון הגג כיון שנשבר ע"י צווי השררה והם ירדו ע"ד שניהם להצילם משא"כ התם העליון עשה להצלת עצמו והתחתון ניצול ממילא ומ"מ כיון שלעולם על העליון מוטל לתקן הגג (היכא שנתקלקל מעצמו כדלעיל סימן קס"ד ס"א) וא"כ ע"י שעושין עכשיו גג חדש משתכר העליון שלא יהיה צריך לתקן כ"כ מהר כמו כשהיה גג ישן זה יכול לנכות לו לפי ערך לפי מה שנהנה העליון בעשיית גג חדש והמותר יתנו שניהם

בשוה עכ"ד ע"ש. וע' בתשו' ח"ס חיו"ד ס"ס רלט וע' בתשו' פרי תבואה סי' נ"ח מעובדא שתבע ראובן את שמעון חוב בע"פ עשרים זהו' ושמעון הודה אלא שטען שרוצה לנכות חמשה זהו' מחמת שבעת השריפה שהיה לא כביר שכר שמעון ערלים להציל ב' תיבות מלאות מביתו לרחוב העיר ונתן להם עשרה זהו' שכר הצלה וכבואם לביתו מצא שכבר הצילה אשתו תיבה א' והצילו הערלים תיבה הנשארת ולא רצו להחזיר חמשה זהו' ואמר שמעון א"כ הצילו לי תיבה שניה בבית שכינו ובא לבית ראובן הנ"ל וסיפר לו שבעד חמשה זהו' שנשאר משלו ביד הערלים רוצה להציל תיבתו של ראובן וביקש שהוא יתן לו החמשה זהו' והשיב אז ראובן הלא בלא"ה ישתקעו החמשה זהו' בידם וראוי לך שתעשה לי טובה זו להציל תיבתי ושמעון החזיק בסברתו שיחזיר לו החמשה זהו' ועל סמך זה צוה להערלים והצילו תיבת ראובן לרחוב העיר ובעבור זה רוצה לנכות לו עתה החמשה זהו' וראובן משיב הלא אז גליתי דעתי שאיני רוצה ליתן לך כלום ועוד שלא נשתלם ההצלה במה שהצילו לרחוב שאח"כ היתה השריפה גדולה והוצרך לשכור אחרים להצילה לשכת הנהר ועלה בדעת הרב השואל שהדין עם ראובן מאחר דבלא"ה לא רצו הערנים להחזיר החמשה זהו' הוי זה נהנה וזה לא חסר דכופין על מדת סדום ואע"ג דקי"ל בח"מ סי' שע"ה ביורד לשדה חבירו שלא ברשות אומדין כמה אדם רוצה ליתן ונוטל מבעל השדה וכן הרמ"א בסי' רס"ד רחב שאם ירד מתחלה להציל של חבירו אע"פ שלא הוצרך להרבות הוצאות בשבילו חייב ליתן לו מה שנהנה. ש"ה שראובן גילה דעתו מתחלה שאינו רוצה להחזיר וכן מורים דברי הש"ך סי' של"ה סק"ב דדוקא אם אמר למוד עם בני דגלי דעתיה דניחא ליה אז משלם מה שנהנה ובנ"ד הוא בהיפך שראובן גילה דעתו שאינו רוצה לשלם ובפרט שגם שמעון מודה שלא היה הצלה שלימה כו' והוא ז"ל השיב שהדין אינו כן דמ"ש הרב השואל שהיה מן הדין לכוף לשמעון להציל תיבתו של ראובן מטעם זה נהנה וזל"ח זה אינו דמאחר דהיה יכול שמעון לכנס לבית איש אחר להציל שם ולהשתכר אותן החמשה זהו' יש לדמותו למ"ש הרמ"א בסי' שסג ס"ו בשם המרדכי דהני מילי בדבר דאי בעי ליהנות לא יוכל ליהנות כו' ודמיא נמי קצת למ"ש הטור בשם הרא"ש בסי' קעד (וברמ"א שם ס"א) כו' ונ"ל דהרא"ש והמרדכי הנ"ל אמרו דבר אחד ומאחר שבנ"ד שמעון הוא המוחזק י"ל קים לי כהרא"ש והמרדכי הנ"ל ומ"ש השואל דאף הרמ"א בסימן רס"ד בירד להציל לא קאמר אלא בהציל סתמא ולא בכה"ג דזה גילה דעתו שאינו רוצה לשלם לו ושכן מורים דברי הש"ך בסימן של"ה. דברי שגיאה הם דהש"ך לא כ"כ אלא לענין למוד עם בן חבירו דלא מקרי הנאה כלל אבל היכא דהוי ודאי הנאה לא איכפת לן במה שגילה הנהנה דעתו שאינו רוצה לשלם לו

כו' אך מלשון הרמ"א ר"ס של"ו יש מקום לטעות דבעושה טובה לחבירו לא מחייבין חבירו ליתן לו אלא כשידע בשעת מעשה ושתק מטעם שתיקה כהודאה אך זה אינו דדוקא התם דמיירי ליתן לו כל שכרו ולא הפחות שבשכירות כו' ולכן נ"ל בנ"ד דאע"ג שהוצרך ראובן אח"כ לשכור להוליך התיבה למקום אחר דמיא להוא דסי' ש"י ס"ב בהגה בשוכר חמור זה ואין בדמים ליקח ולשכור שאפ"ה ניתן לו שכרו מחצי הדרך עכ"ד ע"ש:

ד **אם לא הוצרך להרבות הוצאות כו'**. עי' בתשובת בית יעקב סי' קמ"ח שכתב דאף אם הוצרך להרבות מ"מ אם חבירו מוחה שלא להוציא אין חבירו חייב לשלם דדוקא בטובע בנהר לקמן סימן תכ"ו הוא דלא מהני מה שמוחה כמ"ש בתשובת מהר"ם ב"ב סימן ל"ט אבל בהצלת ממון אינו חייב באם מוחה כו' ע"ש עוד:

ה **אלא צריך ליתן לו שכרו**. עמ"ש לעיל סי' פ"ט ס"ג סק"ב דמ"מ ליכא גביה תקנת שכיר באם בעה"ב אומר פרעתי שיהי' זה העושה נשבע נוטל רק בעה"ב נשבע היסת ע"ש:

ו **מן ההפקר**. עבה"ט וכתב בעטרת צבי (וכן בספר מאמר קדישין) דלפי המבואר בסימן רנ"ט ס"ד בהגה ובש"ך וה"ה הכא צריכין להחזיר בכל ענין כי כפי התקנה דבזמנינו הוא גזירת המושל בכ"מ שמה שחוטפין בשעת שריפה הן שהבעלים שם הן שאינן שם שמחוייבים להחזיר ע"ש והביאו ג"כ בתשובת בית אפרים חח"מ ס"ס נ"ח וכתב דכן הוא באמת מעשים בכל יום שמחייבין להחזיר ע"ש ועמ"ש לעיל סימן רנ"ט ס"ז ס"ק ג':

ז **אין לו אלא שכרו**. עמ"ש לעיל ס"ד ס"ק א'. בשם תשובת חו"י מבואר שם דאם מה שהתנה אינו סך רב יותר משכר הראוי נוטל כפי מה שהתנה ע"ש וכן מבואר בתשו' חוט המשולש ח"ד מספר התשב"ץ טור השלישי ס"ס ך' דאם היתה תוספת קרובה למה שראוי לו צריך לתת כפי שנדר ע"ש והביאו ג"כ בספר נה"מ וכתב דנראה דשיעור הקרוב בזה היינו שתות כו' ע"ש וע' בס"ק שאח"ז:

ח **לתת לו הרבה**. עבה"ט עד ומהרש"ל איירי במקום דאין לשדכנות קצבה. ובספר מסגרת השלחן כ' וז"ל הב"ח פסק בתשובה סימן כ"ח דצריך ליתן כל מה שנדר לו אף שיש תקנה כמה שיתן לו אותו תקנה אינו אלא היכא דלא התנה אבל היכא דהתנה צריך ליתן לו כל מה שנדר לו כן פסק לדינא הלכה למעשה ע"ש הטעם עכ"ל. וע' בתשו' אא"ז פמ"א ח"א סימן צ"ז הביא שם דבר' הכ"ח אלו באריכות וחלק עליו ומסיק לדינא דאין לזוז מפסק רמ"א במקום דאיכא תקנה אף שמבטיח לו ליתן יותר אין לו אלא שכרו כפי התקנה ואם נתן לו משכון או שט"ח והזכיר בשטר על מתנה שנתן לו תחלה נמי י"ל דמנה אין כאן משכון אין כאן עד שיאמר לו קנה בגוף המשכון מ"מ נראה דעכ"פ בנתן

משכון או שט"ח יכול לומר השדכן קים לי כהנך רבוותא דס"ל דאם הבטיח לו יותר משכר הראוי לו דצריך לקיים תנאי אבל בלא נתינת המשכון כבר קימו וקבלי חכמי הדור כהכרעת רמ"א והוא יתד שלא תמוט עכ"ד עש"ה. וע' בתשובת ח"צ סי' נ"ז דמשמע שם ג"כ דאם השדכן תפיס יכול לומר קים לי כמ"ד הקוצב בשכר שדכנות אפילו הרבה מחוייב ליתן לו אך מבואר שם דאם תפוס שטר לא מהני ליה חזקת השטר דהא לא קיי"ל כב"ש דאמרי שטר העומד לגבות כגבוי דמי אלא כב"ה כו' ע"ש (גם בתשובת נו"ב סי' ה' שהבאתי לעיל סימן רל"ה ס"ח סק"ה. מבואר ג"כ דמה שתפוס שטר לא מקרי מוחזק בהכי אלא שהשטר עושה פעולה דגם שכנגדו שוב לא נקרא מוחזק עש"ה. ואפשר כוונת אא"ז הנ"ל במ"ש דאם נתן שט"ח יכול לומר השדכן קים לי כו' היינו באופן שנזכר בתחלת התשובה שם היכי דנתן לו שטר ממרני דאין נזכר בו שם המלוה ובידו למסרו לכל אדם לגבות ממני דבזה הוי כגבוי אך א"כ צ"ע למה לו הטעם דקים לי הא זה הוי כאילו כבר נתן לו כמבואר בסעיף שאח"ז וצ"ע) . גם בתשובת שבי"י ח"ב סימן קנ"ז חולק על תשובת ב"ח הנ"ל ודעתי לפסוק כהכרעת רמ"א דא"צ ליתן לו רק שכרו בשדכנות זולת היכא שכבר נתן לו דאין מוציאין מידו וכ' ג"כ דאפילו לא נתן לו מעות רק משכון יכול לעכבו בידו עד שיתן לו כיון דהוא ספיקא דדינא אין מוציאין מידו המשכון וכ"פ בפשיטות בתשו' רמ"א סי' פ"ז אבל כתיבת יד לא מהני עד שיקנה לי בקנין גמור כמ"ש מהר"ם הובא בתשו' מיימוני לס' נזיקין סי' כ"ב ע"ש. וע' בקצה"ח שכ' דאם נשבעו או נתן ת"כ ליתן לו נראה שצריך ליתן לו כל שכרו דעיקר הטעם דאינו אלא משטה אני בך ושבועה מסלק השטאה ואפילו מת צריכין היורשין לשלם כיון דשכירות נקנה בדיבור כו' וכן אם הבטיח שכרו לעני נמי מחייב ליתן לי כל מה שפסק וכמבואר בתשובת מיימוני לס' משפטים סי' ס"ד כו' ע"ש. וע' עוד בתשו' שבו"י שם אודות ראובן שבקש משמעון להשתדל לו חזקת ישוב וקצב עמו ק' ר"ט ועכשיו אינו רוצה ליתן לו כל כך רק ע"פ שומת ב"ד והשיב דהדין עם שמעון כי הרמ"א עצמו בתשובה סי' פ"ו פסק דבשתדלנות שהוא חמור יותר צריך ליתן לו כל מה שפסק עמו וכן מבואר בהגמ"ר דקדושין וכ"ש בחזקת ישוב שבמדינה זו שרגילין להוציא ממון הרבה בשביל חזקת ישוב טוב פשיטא דאין דין אונאה וצריך ליתן לו מה שפסק עמו ואם יש הכחשה ביניהם צריך לישבע ע"ש. וע' עוד בקצה"ח ובנה"מ מענין זה. וע' בתשובת חת"ס חח"מ סי' צ"א אודות ראובן שנתן ת"כ לשמעון שאם ישתדל לו מאבי המשודכת שלו שטר זכר שלם בשעת כתובת תנאים יהיה שכרו אלף זהו' (שיין) וכן עשה שמעון ופעל השתדלותו ונכתב בתנאים ראשונים התחייבות שטר זכר שלם המגיע לששה עשר אלף זהו' והנה

תבע שמעון שכר פעולתו ודאאו עד אחר חתונתו ועתה תבע ממנו בב"ד אלף זהו' (שיין) הנ"ל וראובן כפר שמעולם לא הפריז לו סך הנ"ל אמת הוא שהשתדל לו כאשר נכתב בת"ר אמנם בשעת נישואין חזר בו חמיו ולא נתן לו אלא שטר ח"ז כנהוג. וכ' בזה הנה אם לא הפריז לו כלום פשיטא ישום ע"פ ב"ד כמה שכר יגיע להשתדלן הנ"ל אמנם אם הפריז לו שכרו כנ"ל אפי' בלא ת"כ חייב לו שכרו משלם כמבואר ס"ס רס"ד דהכא הוי דרך ליתן הרבה עבור שתדלנות כזה ובלא"ה מביא ש"ך שם בשם יש"ש דלעולם צריך לשלם הכל ונמצא צריך לישבע אפי' שד"א שהרי עכ"פ מגיע לו ממנו דבר מה. איברא כל זה אם נתן לו בסוף שטר זכר שלם אך הוא טוען שלבסוף לא נתן לו הנה אם באלמות לא נתן לו אין אנו יכולים להוציא ממון על הפיוס של תנאים ראשונים עי' היטב ש"ס קפ"ה בסמ"ע וש"ך וישש"ש שם וחכם מבין מדעתו שאין לדמותו ממש לשידוכים. אך אם היה קניינים ביניהם או שחמיו פייס אותו בדבר אחר חלף שטר זכר שלם א"כ פשוט שצריך לשלם לו כפי הנ"ל. והיות כי לא הראה לב"ד תנאים אחרונים הנכתבים מנאמני הקהלה כנהוג כי עשו דבריהם בלט וסתר והראה תנ"א הסתומים עדים אחרים וגם לא רצה להראות הסך והענין רק שכ' בו שטח"ז ולא שטר שלם אשר בזה יש כעין רגלים לדבר להשביע על ככה שאין יש לו באמת שטר זכר שלם ושנעשה הכל באלמות ולא בפיוס ורצון ממנו ואז פטור מכלום ואם לא ירצה לשבע שבועה זו עכ"פ ישבע שבועה ראשונה ורק היסת ולא שד"א שלא הפריז כלום ואז ישומו ב"ד מה מגיע שכר על ככה אם לא הפריז אבל שבועה דאורייתא א"א להשביע כיון שטוען שלא קיבל מחמיו כלום אלא שאין רוצה לישבע על ככה ואין כח בידינו להשביע שד"א ע"י גרימת שבועה אחרונה שהיא רק מכח רגלים לדבר כי אינו תביעת ברי זהו הנלענ"ד בהסכמת בד"צ דפה עכ"ל:

סימן רסו

שנאמר אבדת אחיך. ע' בס' חידושי רע"ק איגר זצ"ל למס' ב"מ דכ"ב ע"ב שכ' וז"ל יש לדון ראובן שהיה שומר של עו"ג וקבל עליו אחריות שמירה ונאבד ממנו החפץ היה נלע"ד בפשיטות שיש על המוצאו חיוב השבה אף דגוף החפץ של עו"ג מ"מ הוא מציל הישראל מן ההפסד שלא יצטרך לשלם. לא מבעי' לר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי הוי החפץ ממון הישראל אלא אפי' לרבנן (ע' בש"ך לקמן סי' שפ"ו ס"ק י) היינו שאין זה החפץ של השומר אבל מ"מ הוא מציל את הנכסים של ראובן שלא יתחייבו

לשלם אמנם חבירי הרב מו"מ ישראל מפקפק בדבר דמ"מ י"ל לרבנן דר"ש הך חפץ לא מקרי אבידת אחיך וחשבתי להביא ראיה לזה כו' וצ"ע לדינא עכ"ל:

סימן רסז

א **האחד סימנים** עבה"ט עד דהא כיון דסימני דאורייתא אין חילוק. ועיין בתשובת רבינו עקיבא איגר ס"ס ק"ז שכתב שהוא מסופק למ"ד סימנים דאורייתא אי לחד סימן אמצעי ולחד סימן מובהק אם נותנין למובהק ע"ש:

ב **בלא שבועה**. עבה"ג וע' בתשו' בית אפרים חח"מ סי' נ"ט שכ' וז"ל וגם כך דינא דסי' רס"ז שהוא מדברי ה"ה דיליף לה מהא דמוצא מציאה לא ישבע לעד"נ דצ"ע דזה נאמר לענין עיקר המציאה אם זה טוען שמצא יותר אבל בענין זה מה שמוציא הוצאות י"ל שדינו כמו שאר מוציא הוצאות על נכסי חבירו דמילתא דהאי ידע והאי לא ידע משתבע האי דידע ושקיל אבל בלא שבועה לא וא"ל דאית לן למיפטריה מפני תקנת השבים שלא ירצה לטפל בה ויניחנה וילך לו זה אינו דבזה יכול להעמיד עדים או לעשות ע"י שומת ב"ד כו' ומצאתי דעת מהר"י וז"ל בתשובה סי' קמ"ח בא' שהוציא הוצאות לפדות חבירו ממקום סכנה שצריך לישבע וליטול וכ"כ בשו"ת מהרי"ק סי' קע"ג כו' ומבואר מזה דאף בכה"ג דהוי השבת אבידה וגופו לא חששו לתקנת חכמים והצריכו שבועה אפילו בשמא כו' עכ"ל ועי' בנ"צ מ"ש בזה:

ג **לא ישבע** ע' בתשו' בית אפרים חח"מ סי' נ"ט שכ' על נדון דשם וז"ל אך לענין קב"ח צ"ע דאף אם נאמר דדמי למשיב אבידה הנה במשיב אבידה גופיה לא מצאנו רק לענין פטור שבועה ולא לענין קב"ח עכ"ל:

ד **וטען**. עבה"ט שכ' אבל אם טען ראיתי שהגבהת כו' וע' בט"ז שחולק וכתב ע"ד הסמ"ע שהוא תמוה דמאי שנא מטוען החזרתי לך אחד מהם דיש ג"כ חילוק דטוען ונטען ביניהם ואפ"ה חשו חכמים שמא ימנעו כו' וק"ו הוא מהחזרתי לך א' שם יש תיקון בדבר דיחזיר לו בפני עדים ואפ"ה חשו חכמים ק"ו בזה ע"כ נלע"ד שבכל גווני שמוצא בענין שיש עליו שם מציאה אין עליו שום שבועה עכ"ל (ועמ"ש לעיל סי' פ"ח סל"ב ס"ק י"א) . והנה מ"ש הט"ז דמ"ש מטוען החזרתי לך א' מהם ר"ל מ"ש בטור ואפי' אם טוען שני כיסין מצאת לי והן קשורין כו' או שאומר שנים מצאתי והחזרתי לך אחד א"צ לישבע וכן הוא בקיצור פסקי הרא"ש פרק הניזקין סי' ד' וכ"כ בלבוש ע"ש וקרוב לומר דגם בש"ע היה כתוב כן ונשמט מהדפוס וכן משמע בתומים לעיל סי' פ"ח ס"ק כ"ב שגם בש"ע שלפניו הי' כתוב כן:

סימן רסח

קנה ולא גרע כו'. ע' במל"מ פ"ב מה' זכיה דין ט' שכתב דלא קשה ממ"ש הטור בסי' ע"ה סי"א (ובש"ע שם סכ"א בהגה) בשם הרמ"ה דאם הלבנים היו של גר אע"פ שהגביהם הראשון לא קנאם כיון שלא כוון לקנותם אלא ע"י בנין ובזה לא קנאה כו' דיש לחלק דשאני הכא דבשעה שיש לו ד' חמות באותה שעה כוון לקנות ואע"ג דאין דין לקנות בד' אמות מ"מ הרי כוון לקנות באותה שעה אבל התם בשעה שהגביה לא הי' דעתו לקנות אלא לאח"כ ע"י בנין ובשעה שהוא מכוין לקנות אין כאן הגבהה כו' ע"ש וכן תירץ בתשובת רע"ק איגר סי' ל"ז וכ' דעפ"ז יהיה דין חדש בנפל על המציאה אם הוא רץ ואומר דרוצה ליפול ולקנות בנפילה ובא אחר והחזיק בה קודם שנפל דקנה האחר כיון דדעתו לקנות בנפילה וקודם הנפילה לא ביה דעתו לקנות כלל לא קנו לו הד"א ע"ש עוד והובא לעיל סי' ר' ס"ח ס"ק ז'. וע' בתשובת הרב מו"ה משה רוטנבורג חא"ח סי' י' מ"ש לתרץ לדעת רוב הפוסקים אלו דלא כהא שינויא דלא תיקשי מהא דלעיל סי' ר"ן בצוואת שכ"מ שעשה בו קנין דלא קנה משום דגלי דעתיה דלא ניחא ליה רק בקנין ואין קנין לאח"מ עש"ה:

סימן רסט

י"א דצריך לחלוק. ע' בתשובת נו"ב סי' ל' שכתב דדוקא כשידוע בעדים אבל כשאינו ידוע כלל שהגביה המציאה או שקנה הסחורה רק מפי עצמו פשוט שלדעת הסוברים בסי' קפ"ג ס"ג בהגה שאם אמר כן בפני עדים מהני גם כאן מהני מגו והפה שאמר שהגביה ושקנה הוא הפה שאמר שלעצמו קנה ע"ש וכבר הזכרתי מזה בסי' קפ"ג שם וע"ש:

סימן רע

מציאת פועל לעצמו. ע' בתשו' חוט השני סי' ל"ח שכתב ועל דבר המשרת שקנה סוס ממעותיו ומכרו והחריש בה"ב עד שמכרו בריוח גדול ועתה הוא מבקש את הרויח ונ"ל שאין בדברי בעה"ב כלים דקי"ל מציאת פועל לעצמו ומשרת דין פועל יש לו כדמוכח בת"ה והסחורה שקנה בזול דין מציאה יש לו כדמוכח במרדכי פ"ט דמציע' כו' ע"ש:

סימן רעב

א **גייס לטרפה** בהגמיי' פי"ב מה' גזילה אות ט' כתב וז"ל בירושלמי ל"ג לטרפה כדגרס הכא בברייתא וכ' בא"ז מדלא קתני בירושלמי לטורפם כדתני הכא בברייתא משמע דבטרפה גייס עסקינן כו' עכ"ל וכן הוא במרדכי פ"י דב"ק סימן קע"ה וכתב שם על הגליון בחידושי אנשי שם לפרש, דאם כבר התחילו לטרוף א"כ נתברר שבאו על עסקי ממון הוא דמחשבין ההוצאה לפי ממון אבל עומד לטרפה שעדיין עומדין בספק נפשות אין מחשבין לפי ממון לבד ע"ש ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סי' ק' שהזכיר פירוש זה וכתב עליו שזה דוחק ונראה לו לפרש דלאו לענין הוצאה שנתפשרו עסקי' רק דמיירי בעירבו המעות וטרפו קצת מהם דההיזק לפי ערך המעות וכבסימן רצ"ב ס"י בהג"ה ע"ש בש"ך ס"ק כ"ד. ועיין בישו"ש פ"י דב"ק סי' מ"ב (שרמז עליו הש"ך הובא בבה"ט) שהביא ג"כ דברי המרדכי בשם אור זרוע הנ"ל (ומבואר מדבריו שמפרש ג"כ דלא בנתפשרו עסקינן רק לענין מה שטרפו ממקצתן) וכתב וז"ל ולא ידעתי איך לפרש בעמד עליהם גייס וטרף מהם אי מיירי שיכולין להציל ע"י הדחק ואין מצילין א"כ למה חולקין לפי ממון הלא כל א' אייאש מה שנטל ואי אין יכולין להציל פשיטא שהפקר הוא כו' ונ"ל לפרש דאיירי לעולם ביכולין להציל ע"י הדחק וא"כ מה שאינם רוצים לדחוק ולטרוח ולהציל כל אחד חבירו אדעתא דהכי שיחלקו ביניהם לפי סך הממון כאילו לא טרפו כלל וכן מסתבר דהא כל אחד מחוייב להציל את חבירו ואדעתא דהכי מסתמא לא הצילו שיהא היזק לכולם לפי ערך הממון, וגם הברייתא שלנו ג"כ יכולה לסבור כהירושלמי וכן הירושלמי כהברייתא ושניהם אמת עכ"ל [ע' בתשובת ח"צ סי' קל"ב שכ' דמה שהוצרך רש"ל לאוקמי ביכולין להציל ע"י הדחק דוקא משום דביכולין להציל אפילו שלא ע"י הדחק פשיטא דפטורים דל"ש לומר סברתו דודאי דעתו לשלם ולכן לא הלך והציל, אדרבה אם היתה דעתו לשלם לפי ערך הממון היה הולך ומציל דאין אדם מאבד את שלו מדעת בלי שום דחק כו' ע"ש) גם הב"ח סי"ט מייתי דברי המרדכי בשם א"ז הנ"ל וכתב וז"ל נראה דמסקנתו דאע"פ שכבר טרפו מזה הרבה ומזה מעט אי נמי טרפו ממקצתן בלבד אפ"ה מחשבין אח"כ לפי ממונם, ולא דמי למ"ש מהר"ם במושל שמעליל וברחו מקצתן דפטורין כדלעיל בסימן קס"ג (ס"ו בהג"ה) דהתם ודאי הבורחין אינן בסכנה, אבל בגייס שעמד לטרוף את השיירא כולם בסכנה (ר"ל סכנת ממון) שאין יכולין לברוח מפניהם הלכך חייבים ליתן כפי החשבון אף על פי שלא טרפו אלא ממקצתן והכי נקטינן עכ"ל ומשמע מדבריו דאפילו באין יכולין להציל ושלא כדברי מהרש"ל הנ"ל. וע' בתשובת ח"צ סימן קל"ב בעובדא כיוצא בזה. והאריך

שם לסתור דברי מהרש"ל ודברי הב"ח הנ"ל בראיות עצומות, ומסיק וכתב דבגזלנים ושודדים הרגילים בזמנים הללו שהם מזוינים גם מהרש"ל מודה שאין האחרים אשר לא שלטה יד הלסטים בממונם צריכים לסייע להם כלל דטעמא מאי קאמר ר"ל דמחשבין לפי ממון, משום שהם יכולים להציל ע"י הדחק ובלסטים הללו שהם מזויינים אונס מקרי ובכלל אין יכול להציל הוא וכדאיתא בסוף הפועלים כו' לא פש גבן זולתו סברת הב"ח שהוא יחיד בדבר זה ואפילו אם היה הדבר מפורש בירושלמי לא היינו סומכין עליו דבתלמודן מבואר הפכו כ"ש דאפילו מכללא לא איתמר כו' ונודע מ"ש מהרי"ק דאפילו בדיני ממונות אין לומר קים לי כפלוני יחיד במקום שכל חכמי ישראל חולקין עליו ועל ידו החזיקו אחרוני הפוסקים ז"ל (עב"ש באה"ע סימן נ"ג ס"ק י' ועמ"ש לעיל ס"ה כ"ה בדיני תפיסה) והרדב"ז הוסיף שאפילו בשנים אין לנו לומר קי"ל במקום שכל חכמי ישראל חולקים עליהם וא"כ בנ"ד אפילו בעל הממון מוחזק מעיקרא אין אומר קים לי בכה"ג ק"ו באינו מוחזק מעיקרא אלא ע"י תפיסה דאין בתפיסתו כלום דהו"ל תרתי לריעותא סברת יחיד ותפיסה לאחר שנולד הספק אעכ"ו בבא להוציא מיד המוחזק הראשון בסברת יחיד דאין ב"ד נזקקין לו באופן שהדבר ברור בעיני שכל בני השיירא פטורין מלסייע להנגזל וכאשר גזר אומר בנ"ד הרב הפוסק כו' (שהזכיר שם בתחלת התשובה) ואפריון נמטייה עכ"ד ע"ש:

ב **והקילו ממשאה כו'**. ע' בתשובת צ"צ ס"ס י"ח שכתב דדוקא קתני והקילו ממשאה שכבר הקילו דהיינו אם כבר השליך זה מאה לטרין זהב היא דא"צ זה להשליך אלא מאה לטרין של ברזל אבל לכתחלה יכול זה של זהב לכוף לאידך שישליך מאתים לטרין של ברזל וזה ישלם לו מאה לטרין של ברזל מתוך הזהב כדאיתא סוף מרובה ר' ישמעאל בנו של ריב"ב אומר תנאי ב"ד הוא שיהיה זה שופך יינו ומציל דובשנו של חבירו ונוטל דמי יינו מתוך דובשנו של חבירו כו' (ע' לעיל סימן רס"ד ר"ה דיש בזה ב' דעות) אבל בשיירא (לעיל סט"ו) לא קתני (בברייתא) ונתפשרו משום דלא תלי מידי בשכבר נתפשרו אלא אפילו לכתחלה הדין כן שצריכין להתפשר ואין שום א' יכול לעכב עכ"ד ע"ש [ויש לעיין לפי דבריו למה שינו הרמב"ם והטור והש"ע גבי שיירא לכתוב ופסקו כו'. גם א"י דלפ"ז יהיה קשה מכאן על שיטת הרי"ף והרמב"ם דס"ל דאין הלכה כר' ישמעאל בזה עי' באה"ג ס"ס ער"ד וצ"ע) ועמ"ש לעיל סימן קנ"ה סכ"ב ס"ק ו':

ג **ממנהג הספנים**. ע' בתשובת הרב מו"ה משה רוטנבורג ס"ס כ' שכתב דדוקא אם נהגו שבעל הזהב יתן יותר מזה מועיל מנהגן לפי שיש לקרב קצת שהוא דומה כמו ע"פ ד"ת [עמ"ש לעיל סימן קס"ג ס"ק ט"ז] אבל אם נהגו שבעל הזהב יתן פחות

מבעל הברזל בזה לא מועיל מנהגן ע"ש ואין דבריו נראין וכבר תמה עליו הרב המגיה בהשמטה שבסוף הספר ע"ש וע' בנחלת צבי מזה:

סימן רעג

אינו הפקר. ע' בתשובת נו"ב תניינא חיו"ד סימן קנ"ד שכתב דאף דקי"ל כב"ה דאינו הפקר עד שיופקר לכל כשמיטה נלע"ד דהיינו בהפקירו לכל העניים ולא לעשירים שאז שום עני לא יכול לזכות בה אבל במפקיר זכות נגד אחד או שנים לנוכח מהני כו' עש"ה ועמ"ש לעיל סי' כ' בנ"ל בד"ה כ"ז שהוא מביא ראיה:

סימן רעה

א **מכוש א' קנה את כולה.** כתב בקצה"ח נסתפקתי מחזיק בנכסי הגר והיו בתוכם מטלטלין אם קנה בתורת אגב דאפשר קנין אגב לא מהני אלא בדעת אחרת מקנה אותו ומעצמו אינו זוכה בתורת אגב ונ"מ היכא דלית ביה תורת חצר כגון שאינו משתמר ולא אמר זכתה לי שדי כו' והאריך בזה ומסיק דהפקר נמי נקנה בתורת אגב ע"ש. ובספר נתיבות המשפט כאן ולעיל סימן ר"ב סק"ב חולק עליו והוכיח מדברי הר"ן בקידושין דא"ק הוי זבינא ריעא ולכן אין לך בו אלא חידושו דלא מצינו אג"ק בקרא רק בדעת אחרת מקנה אותו ע"ש וכ"כ בפשיטות בתשובת נו"ב תניינא חא"ח סימן ס"ג דדוקא במתנה דדעת אחרת מקנה מצינו בו קנין אגב קרקע אבל לא בהפקר ע"ש וט' בתשובת באר יצחק חח"מ סימן ד' שהאריך בזה להכריע כדברי קצה"ח הנ"ל ע"ש:

ב **המחזיק בשטר.** עבה"ט ועיין בתשובת כנסת יחזקאל סי' צ"ח מענין זה באריכות:

ג **אלא השטר בלבד. שכולן אין דעת אחרת מקנה אותן: עש"ך סק"ג וע' בתשובת באר יצחק חיו"ד ס"ס ט"ו מ"ש בזה:**

ד **ולא כוון לזכות בהן כו'.** עמ"ש לעיל סי' רס"ח ס"א סק"א:

ה **ע"י פועלים.** ע' בה"ט וע' בנה"מ לעיל סימן קפ"ח הובא קצת בפ"ת לעיל סי' קצ"ב כ"א סק"ב עש"ה:

ו **וכסבור שהם שלו לא קנה.** ע' בקצה"ח שכ' ודע דכל זה הוא דוקא במציאה ובנכסי הגר אבל במתנה כה"ג קנה כיון דאיכא דעת אחרת מקנה אותו אע"ג דהמקבל לא ידע כיון שהחזיק בו זוכה ולמדנו אותו מתורתו של הראב"ד הובא בנ"י פרק חזקת גבי רב ענן כו' עד ובזה יתיישב מה דהקשה מל"מ פ"ד מה' מכירה בדברי הטור כו' ע"ש וע' בתשובת חתם סופר חלק ששי סימן ל"ב מ"ש בזה עש"ה ועמ"ש בפ"ת ליו"ד סימן ש"כ סק"ה:

סימן רעו

א **בנו יורשו**. ע' בתשובות ח"ס חאה"ע ס"ב סי' קנ"ח ע"ד אחד שחבל באמו וממוני הקהל כפו אותו בדרך קנס עד שאמר רוצה אני לסלק עצמי מירושת אמי לכשתמות ונכתב בפנקס הקהל וחתם היא עצמו ועתה כשמתה טען שאין סילוקו מועיל כלום ורוצה לירד לנכסי אמו המגיע על חלקו והשיב אמת נכון שאין סילוק ולא שום קנין מועיל לסילוק עצמו מירושת מורישיו כמ"ש הר"ן ר"פ הכותב וכמ"ש הב"ש ס"ס צ"ב וכן הסכים בס' בית מאיר שם לאפוקי ממה דמשמע בתשובת חו"י סימן נ' כו' אמנם הכא דמטעם קנס אתינן עלה נ"ל דכופין לקיים ומכ"ש שלא לעבור על נדרו שלא לירד לנכסים ההמה כו' מ"מ נ"ל אע"ג דאין להורידו לנכסי אמו כי היכי דתהוי לי' כפר' אבל אם יש לו בני' יורדים בניו לנכסי' מכח אמא דאבוה כו' ע"ש:

ב **ואפילו שתוקי כו'**. ע' בתשובות מים חיים חח"מ סי' כ"ד אודות שבעיר אחת נפטרה אשה שלא נודע מי היה אביה מחמת שזה זמן כביר שבא אחד מרחוק ונשא אמה לאשה והוליד ממנה אשה זאת ואח"כ גירשה ונסע למקומו ולא נודע מי היה וזאת האשה היה לה בית והשכירה לאיש אחד ואחר פטירתה רצו משפחת אמה לירש הבית הנ"ל ולא הניחו אותם מחמת שמשפחת אם אינה קרויה משפחה לענין ירושה. אך נסתפק השואל אולי הוי כמו נכסי שתוקי שהוא הפקר. והשיב דנ"ד לא דמי לנכסי שתוקי דשאני שתוקי שאין למשפחת אביו שום חזקת קרוב ואין להם שום זכות בירושה ואף כשיבא אליהו ויגלה ממי נתעברה ואז יהיה שייך לאביו ולמשפחתו היורשים של השתוקי מ"מ קודם שיבא אליהו לא היה להם שום זכות דהא ירושה אע"פ שא"צ עדות מ"מ בעי חזקת קרוב כמ"ש בש"ע סי' רפ"ד וא"כ ממילא שהמחזיק בירושה של השתוקי בהיתרא אחי לידיה וזוכה מתורת הפקר אבל בנ"ד שהיה ידוע אבי האשה בשעה שנשא אמה והיה דר עמה בעירה עד שילדה זאת אף שעתה נשתכח מ"מ יכול לבא לידי בירור מי הוא וא"כ דמיא ממש להדין המבואר בסי' רס"ד ראה אבידה שנפלה משנים או משלשה כו' ואם לא ראה ממי מהם נפל ואין בו סי' יהא בידו עד שיבא אליהו עש"ך שם סק"ג כו' ובדין יהא מונח עד שיבא אליהו איתא בסימן ש' ס"א ב' דעות המחבר סובר דיהא מונח אצלו והרמ"א הביא י"א דיהא מונח ביד ב"ד ויראה דבנ"ד כ"ע מודו דיהא מונח ביד ב"ד דבשלמא התם אינהו אפסידו אנפשייהו שהפקידו בידו בכרך אחד כו' עכ"ד ע"ש ועמ"ש לעיל סי' רנ"ו ס"א סק"ב וגם עמ"ש לקמן סימן רפ"ה ס"ק סק"ג:

ג **ונכסיו הפקר**. ע' בתשובת חות יאיר ס"ס רל"א שכתב דצ"ע דיתכן טפי לומר יהא מונח עד שיבא אליהו וגר שאני שאין לו יורשים ע"ש ועמ"ש לעיל סימן רנ"ו ס"א סק"ב ועי' בס"ק הקודם:

ד **את אמו בקבר**. ע' בתשובת שב יעקב חח"מ סי' י"ז בעובדא ביעקב אלמון שהכניס לנדן בנו שמעון בק"ס החצי מכל ביתו ולבד זה כתב לו בשטר בזה"ל גם התחייב א"ע הר"ר יעקב הנ"ל אם ירצו שמעון ואשתו ליתן ליורשי הר"ר יעקב הנ"ל שעה אחת קודם מותו סך חמשה עשר מאות ר"ט אז שייך גם חצי הבית השנית עם כל חזקותיו וזכיותיו ג"כ להזוג הנ"ל כו' ועתה שמת הר"ר יעקב רוצה שמעון לסלק לשני אחיו ראובן ולוי בסך אלף ר"ט בטענה שהוא גם כן יורש מחצי בית השנית ויחולק הט"ו מאות הנ"ל לג' חלקים ועוד טען כי בעת שנעשה השטר היה לאביו יעקב עוד בן א' שהיה שמו יהודה ומת בחיי אביו וטען שמעון שעכ"פ יורש הוא גם כן מחלק יהודה אחיו שמת כו'. והשיב בדבר טענה הא' שטען שמעון שיש לו ג"כ חלק בסך אלף ות"ק ר"ט באשר הוא גם כן בכלל יירש יעקב לכאורה הדין עמו כיון דיש לשמעון הברירה לקנות החצי בית השנית או לא וא"כ אי לא היה קונה הוי שייך לו חלק ירושה באותו חצי בית כמו שאר אחיו אם כן לא יגרע כחו אם קנה הבית שלא יקח חלק ירושה בדמי שווי הבית כמו בבית עצמו אך י"ל דאין מזה הוכחה שמא בשביל זה כבר קצץ אביו דמי שוויו בפחות כדי לנכות לו חלקו שיש לו בלא"ה באותו בית רק איפכא נלע"ד שאין בדברי שמעון ממש דלשון השטר אם ירצו שמעון ואשתו ליתן יורשי הרר"י משמע שהוא יתן ליורשים שחוץ ממנו והוא אינו בכלל וראיה מהא דאיתא בש"ע סימן רמ"ח ס"ט האומר נכסי לאמי ואחריה ליורשיה והיתה לה בת כו'. ובדבר טענה הב' דשייך לו עכ"פ חלק מיהודה אחיו שמת בחיי אביהם לכאורה הדין עמו ממה דאיתא בש"ע סימן רע"ו ס"ה אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב ובגמרא דב"ב קנ"ט ע"ב יליף מקרא נאמרה סיבה בבן ונאמרה סיבה בבעל מה סיבה האמורה בבעל כו' לפ"ז משמע דוקא מן האם אין הבן יורש בקבר להנחיל לאחין מן האב משום הסבת נחלה אבל מן האב יורש הבן את אבי בקבר להנחיל לשאר אחין מן האב אם יש איזה נ"מ בכך א"כ בנ"ד בשעת מיתת יעקב יורש בנו יהודה הנעדר בקבר את חלקו בחצי בית הנשאר לאביו א"כ השתא דשמעון קונה הבית בעד הסך הנ"ל יורש נמי בקבר חלקו בסך המעות להנחיל לאחין ויורש גם שמעון חלקו מה שהגיע לו מירושת אחיו. אך לשון השטר ליתן ליורשי הר"י שעה אחת קודם מותו לא משמע אלא ליתן ליורשי החיים בעת ההיא או נאמר דכתב לשון זה לפי דעתו אז דסבר גם בנו יהודה ישאר בחיים ולעולם השתא שלא היה

חי בעת ההיא יורש בקבר להנחיל להאחין וצ"ע להכריע. אבל עכ"פ מצד הסברא נראה להכריע דיש לשמעון חלק במה שהגיע להם מאחיו שנעדר מהטעם שהיה פתח דברי דלכאורה הדין עם שמעון משום דהיה לו הברירה לקנות החצי בית או לא וכשם דאי לא היה קונה היה לו חלק באותו חצי בית כמו שאר אחיו כן ראוי להיות לי חלק בדמי שוויו של חצי הבית רק דחיתי סברא זו שמא במה שקצץ אביו ליתן עבור החצי בית ט"ו מאות כבר ניכה מה שהגיע על חלקו מדמי הבית א"כ לפ"ז הואיל דבשעת נתינת השטר הלז היה לו ד' בנים ומסתמא שיער חלקו בחצי בית כפי חלקו מה שמגיע עליו בד' בנים וא"כ לא ניכה מדמי שוויו רק רביעית דמיו דהיינו שהיה נראה לאביו דמי שוויו של חצי בית ההוא ב' אלפים ר"ט וכיון שהיה לו ד' בנים מגיע לשמעון חלקו ת"ק ר"ט לכך התנה שאם ירצה לקנות יתן ליורשיו ט"ו מאות אבל עכשיו שיש לו רק שלשה בנים מגיע לשמעון שליש הבית לא צריך ליתן לשני אחים רק דמי שני שלישים מן דמי שוויו של החצי בית ששוה ב' אלפים ר"ט (דהיינו י"ג מאות ול"ג ר"ט לשליש ומשתכר קס"ו ר"ט וב' שלישים) עכ"ד ע"ש וע' בתשובת כנ"י סי' ק"א הובא לעיל סימן מ"ב ס"י ס"ק י':

ה **אפילו שעה אחת.** ע' באר הגולה אות נ' ובקצה"ח ובנה"מ וע' בתשובת ח"ס חלק אה"ע ס"ב סימן קס"א מ"ש בענין זה:

ו **אין היורשין כו' או טובת הנאה כו'.** עבה"ט וע' בתשובת נו"ב תניינא סימן נ"א אודות גביר אחד שקודם מותו הניח סך מסויים להיות קרן קיימת והרוחים שייכים ללומדים בבהמ"ד שלו משפט הבחירה מי המה הלומדים שישבו בבהמ"ד שלו הוא לב"כ ויו"ח ונתקשרו אז מנהיגי העיר עם יחידי הגולה על תשלומי הרוחים ליד ב"כ של המנוח ועתה ברבות הימים יש יורשים דלא מעלי ובוחרים לומדים שאינם הגונים לזה ע"פ מחיר כסף אם יש כח ביד טובי העיר למחות בזה ולבחור לומדים הגונים ע"פ ראות עיניהם. וכתב דע"פ הדין אחר שאין להיורשים בזה רק טובת הנאה ומבואר בח"מ ס"ס רע"ו שאין היורשים יורשים טובת הנאה ובש"ך שם שאפילו הוא עצמו א"י להוציא מיד אחרים אם הוא תחת ידם וא"כ באיזה כח יכולים היורשים להוציא מיד הפרנסים ויכולים הפרנסים לשנות ולבחור לומדים לפי ראות עיניהם. ואמנם בכתב שניתן ביד הגביר באותו פעם נאמר שמנהיגים קבלו על עצמם לשמור ולעשות כל פרטי הדברים בח"ח ובשד"א וא"כ החיוב מוטל מצד החרם והשבועה אך זהו רק בדור הראשון כו' (וע' בפ"ת ליו"ד סימן רכ"ח ס"ק כ"ו) אלא שאין ראוי להיות כפוי טובה ולעשות נגד רצון המת אבל כיון שהיורשים עושים בערמה ובבצע כסף יכולין לקיים עם עקש תתפל

ועכ"פ יכולים הפרנסים למחות ביורשים שלא יבחירו כ"א בההגון ע"פ מופלגי העיר ונכון שגם הפרנסים לא יבחרו בלי הסכמת היורשים ע"ש:

סימן רעז

א **פדחתו**. עבה"ט שכ' בטור כתוב רוב פדחתו כו' וע' בב"ח שמוחק תיבת רוב וכתב דלא מהני רוב כיון דליתיה בהיכרא ע"ש וע' בס' שב שמעתתא שמעת' ז' פ' ט"ו שכתב דנראה כדברי הב"ח ע"ש וע' בתשובת חתם סופר חאה"ע ס"ב ס"ס קמ"ד מה שכתב בזה:

ב **ושני פשוטים**. ע' בתשובת שבו"י ח"ג סימן קע"ד מ"ש בזה ועמ"ש לקמן סימן רפ"א ס"ז סק"ז ע"ש:

ג **ראש הנפל**. עבה"ט שכ' ואפילו נולד הנפל כולו הדין כן ודלא כמ"ש בתשובת הגאון מוהרי"ך כו' (ע' בזה בשו"ת שארית יוסף סימן כ"ה) וע' בתשובת ח"ס חאה"ע ס"ב סימן קס"א שכ' ובתשובה אחרת עשיתי סמוכים יפים לדעת שארית יוסף הנ"ל וכבר אירע במקומינו כך זה פעמים והשתדלנו עם האבות שהתפשרו בחייהם עם בנם זה הספק בכור עכ"ל ע"ש. וע' בס' שער משפט שכ' וז"ל ונראה דכ"ז מירי בידוע שלא כלו לו חדשיו שהוא ודאי נפל אבל אם א"י שכלו לו חדשיו כגון שנולד לאחר ט' חדשים לטבילתה אף שמת בשעה שנולד וכ"ש במת בתוך ל' יום כיון דרוב נשים ולד מעליא ילדן ומה"ט מי שמת והניח אשתו מעוברת וילדה ויצא הולד חי לאויר העולם אפילו מת בשעה שנולד פוטר את אמו מן החליצה ומן היבום מדברי תורה כמבואר באה"ע סימן קנ"ו א"כ פשיטא דהבא אחריו לא הוי בכור לנחלה וספק בכור הוא והמע"ה ועוד דגם ספק בכור לא הוי כיון שלא הוכר בשעה שנולד כמבואר בסי"א בהגה דמי שנולד אחר ספק בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון אינו נוטל חלק בכורה אפילו בהרשאה מן הספק מה"ט כיון דלא הוכר בעת הלידה ולפ"ז יפה השיב בת' שארית יוסף סימן כ"ה בעובדא דידיה שנולד לסוף ט' חדשים וחי ד' או ה' שעות דהבא אחריו אינו בכור לנחלה ולא השיגו עליו הסמ"ע והש"ך אלא עמ"ש שם דאף בודאי נפל אם נולד כולו לא חשיב נפל ובזה האמת אתם אך מ"מ למעשה בעובדא דידיה יפה כוון וז"ב ופשוט עכ"ל ע"ש:

ד **כותבים הרשאה** ע' בנה"מ לקמן סימן רע"ח סק"ט מזה וע' בתשובת הרב מהר"ר משה רוטנבורג חח"מ סימן י"ב מ"ש בזה:

ה **חיה מיד**. ר"ל כשלא יצאה וחזרה אבל יצאה וחזרה אינה נאמנת כדאיתא בגמ' פ' עשרה יוחסין דף פ"ג ע"ב ובטור. וכ"כ בס' קרבן נתנאל שם אות ו' ע"ש. ועב"ש באה"ע סימן ד' סק"מ ובתשובת ח"צ סימן ל"א עש"ה:

ו שמעו עדים כו'. ע' בתשובת ח"ס חח"מ סימן קמ"ח נידון א' שמת והניח אשתו וב' בנים זכרים וטען א' שהוא בכור והאם סוברת כדבריו והב' טוען אייתי ראיה דבכור אתה והביא הראשון ב' עדים מעידים שהוא פטר רחם לזאת האם וב' עדים שזו היתה אשתו ראשונה של אביו נמצא מבין ב' כתי עדים הללו הוה בכור לנחלה אם יכול הפשוט לטעון קים לי כשיטת הרי"ף דמייתי תוס' ב"ק (ע' ע"ב) דלאותה שיטה ה"ל כל א' מהעדיות חצי דבר והשיב הנה הסמ"ע בסימן ל' ס"ק ל"ט לא מייתי אלא שיטת תוס' וא"כ הוה הכא דבר שלם אך הרי בש"ע אה"ע סימן קמ"ב סעיף י"ב דפסק שם כהרמ"ה שכ' ויהיב לה באפי הנהו סהדי גופייהו כו' והן הנה דברי רי"ף ורמב"ם הנ"ל דמקרי חצי דבר ודלא כהתוס' וכן מבואר בט"ז דהד"מ ס"ל כהרי"ף אע"ג דהט"ז וב"ש שם תמהו על קושיית הד"מ כיון דלתוס' לק"מ מ"מ מבואר דהש"ע ורמ"א פוסקים בזה כהרי"ף והרמב"ם ורמ"ה וטור וכן הוא דעת רמב"ן בחידושין לגיטין ס"ד ומביאו גם הרשב"א וא"כ לא מבעיא דהפשוט יכול לטעון קים לי כהרי"ף והפוסקים הנ"ל אלא אף אם היה הבכור מוחזק לא הו"מ למיטען קים לי כהתוס' נגד הכרעת הש"ע וד"מ ע' בתומים בקת"כ סימן קכ"ד כו' אמנם נ"ל להמציא לו זכות ממ"ש תוס' ב"ק שם בד"ה דאע"ג דמבואר מדבריהם שם דמה שהוחזק ה"ל כדבר ברור ולא עדות ולא שייך בזה לומר חצי דבר ולפ"ז הכא אע"פ שקיבל ב' עדים שהוא פטר מ"מ נ"ל דלהא לא הוי צריכים לעדות דודאי הוחזק הוא בכך במה שנהג להתענות בע"פ כו' ותו הוה עדים שהעידו שזו היתה אשתו ראשונה דבר שלם ובכלל זה נמי כיון שהוחזק לנו האב בכשרות ולא נודע מעולם שנחשד על פנויה א"כ הרי זה מוחזק בפטר רחם לאמו והוחזק שלא נולד בן מפנויה קודם לו ורק שמא נולד בן מאשה אחרת קודם לו על זה מהני תרי סהדי שאמו היתה אשתו הראשונה. אלא שיש לפקפק על עדים הללו מנא ידעו שלא נשא אשה מעולם במקום אחר וילדה לו ואין להביא ראיה מיבמות קי"ט ע"א היא צרתה אבל לצרה אחריתי לא חיישינן כו' מבואר דלמיחש ב' חששות שמא נשא צרה אחרת ושמא נתעברה לא חיישינן די"ל דש"ה דאוקמא אחזקת היתר ליבם מש"ה לא חיישינן ב' חששות אבל הכא דאוקי ממונא בחזקת יורשים אפילו ב' חששות כו' והאריך קצת בזה ומסיק וכ' סיומא דמלתא כיון דעכ"פ לשיטת תוס' לא מקרי זה חצי דבר וכן סתם הסמ"ע וט"ז וב"ש ואפילו להרי"ף י"ל כיון דאתחזק בפטר רחם ה"ל דבר שלם אלא שפקפקתי קצת בעדות האומרים שלא נשא אשה מקודם א"כ טוב לבצוע עכ"ד ע"ש:

סימן רעח

א **ונוטל בהם הבכור פ"ש**. ע' באה"ע סי' צ"ו ובב"ש שם סק"ד:

ב **בנכסים הראויים לבא**. כתב בס' דגמ"ר וז"ל וחזקות הנהוגים במדינת פולין מקרי ראוי ע' בית שמואל סימן ק' ס"ק י"ג עכ"ל:

ג **ויש חולקין**. כתב בס' שער משפט יש להסתפק כל היכי שהפוסקים חולקים אי הוי ראוי או לא היכי לידיינו דייני אי נאמר דהבכור אינו נוטל כלום משום דדמי למי שנסתפק לנו אם הוא בכור בסימן רע"ז סעיף י"א כו' או דילמא שאני התם שהספק הוא אם הוא בכור כלל וא"כ אין ידוע אם הוא יורש כלל לכך אינו נוטל כלום מספק כמבואר בסימן ר"פ משא"כ הכא דודאי בכור היא אלא דהספק הוא בהממון אם הוא מוחזק או לא י"ל דחולקים כמבואר בס"ס קל"ט כו' וצ"ע לדינא ע"ש:

ד **במלוה**. כ' בנה"מ וז"ל ואם הוא שטר עיסקא מבואר בתשובת דברי ריבות סימן ע"ח דאפ"ה הוי ראוי אף שאסור להמקבל להוציאן רק לצורך העיסקא ומסתבר טעמיה דהא מחוסר גובייא הוא וגם לאו הני מעות שבק אבוהון כדאמרי' פי"ג עכ"ל וכן מבואר מתשובת חוט השני סימן א' שיובא לקמן ס"ק מ"א וכן בס' שער משפט הביא בשם רדב"ז דפלגא פקדון מקרי מוחזק אך פלגא מלוה הוא ראוי והוא ז"ל חולק ודעתו לדינא דהבכור נוטל פ"ש בכל העיסקא כמו בשאר בפקדון שהוא ביד אחרים ע"ש וכן פסק בתשובת שבו"י ח"א סימן קע"ב דנוטל פי שנים אפי' בהאי פלגא דמלוה והשיג שם על תשובת חוט השני הנ"ל ע"ש. אולם בתשובת פני יהושע ח"ב שיצא לאור מחדש בסי' ק"ד פסק כד' רדב"ז הנ"ל דלא שקיל מפלגא דמלוה אבל פלגא דפקדון ברור דשקיל עש"ה:

ה **אע"פ שהיא בשטר**. ע' בתשובת נו"ב סימן ל"ד שכ' להשואל מה שנסתפק בקאמר אובליגאציאהן אי מקרי ראוי או מוחזק לגבי בכור. לא ידעתי מקום ספק ובודאי ראוי מקרי וכי יש לחלק בין חוב לחוב והרי אנו רואים שאין השטר מן (האובליגאציאהן) שוה והוא עולה ויורד לפי הזמנים כו' ואפילו לדעת הראב"ד דבמשכנתא אפי' באתרא דמס?קי מקרי מוחזק וכאן המדינות ממושכנות לאלו החובות מ"מ בגבו מעות מודה הראב"ד והרי בזה גובים מעות ע"כ אין ספק דמקרי ראוי ואין הבכור נוטל בזה פי שנים ע"ש. וכתב עוד שם אך הספק השני שנסתפק שגם אבי היורשים חייב לאחרים ועתה הבכור טוען שישלמו לבע"ח מן (האובליגאציאן) והפשוטים טוענים להיפך שישלמו מן המוחזק וישאר הראוי לירושה ויחלקו בשוה. דבר זה צ"ע באמת ואין לדמות זה למה שמבואר באה"ע סימן קי"ג ס"ב בהגה לענין עישור נכסי ולענין שטח"ז אם נשאר קרקעות ומטלטלין שתמיד הברירה ביד האחים לפרוע לבע"ח במה שהוא לטובתם דשם שאני

שהאחים לבד הם יורשים ועליהם לבד מוטל לפרוע חוב אביהם אבל כאן הבכור הוא יורש כמותם ועל כולם מועל לפרוע מאי אולמא דהאי מהאי והאריך בזה ומסיק דיש לשלם לבעה"ח מן שניהם מהראוי וממוחזק לפי ערך העזבון ע"ד משל אם כל העזבון שלש מאות זהובים ויש בזה מוחזק מאתים וראוי דהיינו מלוה מאה זהו' והחוב שיצא עליהם הוא שלשים זהו' יש לשלם ממלוה עשרה זהו' ממוחזק עשרים זהו' ומעתה מסך מאה ושמונים שבמוחזק יטול הבכור פי שנים והמותר יחלקו בשוה וכמו כן בסך אחר לפי חשבון זה והטעם בזה לפי דלגבי בע"ח כל הנכסים אשתעבדו הן מוחזק הן חובות כמפורש בסימן ק"ז ס"א שכ' וכן מחוייבים לפרוע חוב אביהם ממלוה שהיתה לאביהם ביד אחרים כו' ואין הטעם בזה משום שעבוד דר' נתן אלא דאף אי נימא דלא כדעת הש"ך בסי' פ"ו סק"ה ונימא דשעבוד דר"נ הוא דוקא בדליכא נכסי אחריני מ"מ בע"ח גובה ממלוה אפי' בדאיכא נכסי אחריני שלא מטעם שעבוד דר"נ רק מדינא דעיקר פרנסתינו ומחייתינו בחובות ועיקר סמיכות הבע"ח על זה כמו אשלי דקמחוניא וראיה לזה מתשו' הרא"ש כלל ל"ו סימן ג' וסימן ד' כו' וא"כ כיון ששעבוד הבע"ח ג"כ על המלוה צריך גם חלק המלוה לשלם לפי ערך השעבוד (וכתב שם דאין סתירה לזה מתשובת דרכי נועם סי' מ"ג דאין זה דומה לנידון שלו דשם הוכרחו היתומים להשכין הקרקעות לצורך קבורת המת ואז לא היה נגבה שום חוב פשיטא שא"א לעכב קבורת המת עד שיגבו חובות והיו מוכרחין ליתן ממה שנמצא בעין לזה חייב הבכור פי שנים כו'. וכ' עוד אך כל זה אם כבר באו לידי גוביינא (אחר מות אביהם) (האובגליגאציאן) ואפשר לשלם מהם החוב או שאין הבע"ח מקפיד ורוצה ליקח בפרעון חובו (אובליגאציאן) כפי שוויו בשער שבשוק אבל אם עדיין לא באו לידי גוביינא והבע"ח מקפיד לקבלו הדבר תלוי באשלי רברבי לדעת המחבר והרמ"א בסי' ק"א ס"ה אין הבע"ח יכול לעכב ומוכרח לקבל שטרות בחובו אבל לדעת הש"ך שם סק"ג יש כאן מקום עיון די"ל אף שפסק הש"ך שאין כופין לקבל שטרות מ"מ כיון שאם לא היה כאן דבר אחר עכ"פ אשתעבידו גם השטרות ממילא גם השטרות משועבדים ומחוייב לשלם לפי ערך ולהשלים לבכור חלקו מהשטרות וי"ל גם לאידך גיסא כיון שאין הכרח לבע"ח ליקחם ממילא הפסיד הבכור ויש לעיין בדבר זה ולדמות למ"ש החמ"ח סימן תי"ג ס"ק י"ב עכ"ד ע"ש. וע' בנו"ב תניינא סימן נ"ג דשם נשאל ג"כ על ענין כזה וכתב לו הרב השואל דבתשובת פני יהושע סימן א' לא כתב כן רק הכריע לפרוע הכל מן המוחזק והבכור יפסיד. והוא ז"ל השיב לו הגם שהגאון בעל פנ"י הוא רב גוברין אעפ"כ אינני חוזר מדעתי כי הלא הפנ"י שם ביאר טעמו כיון שאין הבע"ח יכול לגבות משטרות כ"א מצד שעבודא דר"נ וכיון

שיש נכסים אחרים אין מוציאין דר"נ (היינו דלא כדעת הש"ך דסימן פ"ו הנ"ל) ואני הלא כבר הוכחתי בנו"ב שם שגם בלי שעבודא דר"נ ג"כ גובים משטרות והוכחתי זה משני תשובות של הרא"ש כו' ע"כ כל מה שפסקתי שריר וקיים ומינה לא אזוז עכ"ד ע"ש. ושם בתשובה שלפני זה ג"כ שאלה כיוצא בזה בכתובת אלמנה שהבכור טען לסלק כתובת אמו מהשטרות של עו"ג כדי שישאר המוחזק ויטול ב' חלקים והפשוטים טוענים לסלק כתובת אמם מהמוחזק ופלפל שם בדברי השואל ובגוף הדין רמז לעיין בחבורו נו"ב סימן הנ"ל ע"ש. וע' בתשובת ח"ס חח"מ סימן קמ"ט דנראה לו ג"כ דלא כתשובת פנ"י אלא כדברי נו"ב הנ"ל דמשלמים לפי ערך הנכסים מהראוי וממוחזק אך לא מטעמיה והאריך בזה ומסיק דבין פרעון בע"ח בין כתובת אשה בין פרנסת הבנות אע"ג דהוי בע"ח דאחי היינו מנכסי אביהם את הכל יפרעו לפי ערך החוב מראוי וממוחזק בשוה ואם הבכור גדול ויכולין לבצוע שימחול דבר מה לטובת היתומים הקטנים מה טוב ע"ש:

ו **היה לו שותפות.** ע' בתשובת חוט השני סי' א' שנשאל אם הבכור נוטל פי שנים בחוב שבשטר אם השטר כתוב כמו שרגילים לכתוב בק"ק פראג שהמלוה הניח מאה ר"ט והלוה מאתים ויתעסק הלוה בהם לתועלת השותפות ויקח במלוה שליש הריוח וכן בהפסד ובעבור טורח עמלו ומזונו נותן הברירה ללוה שיוכל לסלקו בדבר קצוב כל שבוע. וכיון שהוא שותפות רוצה הבכור ליטול פי שנים. והשיב דמה שהשיאו לבכור לזה הוא ממ"ש מהרי"ק סימן קמ"ה מה שהניח המת שהיה לו בשותפות ביד אחרים חשיב מוחזק כו' אבל אין הדבר דומה דהתם איירי כשיש מן השותפות בעין דשייך לומר דהני מטלטלי שבק אבוהון ואפילו אם אינו יכול ליטלו כל שעה שירצה כגון שנתן אותו ביד המתעסק לזמן מ"מ כל העיסקא הוא בעין ואין המתעסק יכול לסלקו בדבר אחר לכן מקרי מוחזק אבל בענין השטרות הנזכרים שאין העיסקא בעין כלל ויש רשות ביד הלוה לסלקו במה שירצה הא ודאי מלוה מקרי והוי ראוי כו' ע"ש ועמ"ש לעיל ס"ק ד':

ז במשכון של עו"א. עבה"ט וע' בתשובת פני יהושע ח"ב סימן ק"ד פסק דהוי ספיקא דדינא ולכן נוטל החצי מן פי שנים עש"ה:

ח **ואם אינו רוצה ליטול פ"ש.** ע' ברשב"ם ב"ב דף קכ"ד ע"א בד"ה ואם אמר אינו נוטל וע' בתשובת נו"ב סי' ל"ד מ"ש בזה:

ט **אבל אי חייבים כו'.** ע' בתשובת קהלת יעקב סימן ה' שנשאל במי שמת והניח בכור ופשוט והניח בית חומה שהיא עומדת (בזאלאג) עבור אדון אחד ששכר כמה כפרים מהקיר"ה והעמוד זה החומה (בזלאג) עבור פרעון (הראטעס) בזמנו כנהוג אם נוטל הבכור פ"ש בהחומה הזאת או לא כיון דמשועבד למלך. והשיב הנה מקום הספק בזה

משום דאמרינן בש"ס ב"ב (דף נ"ה) הני זהרורי דזבין ארעא לטסקא זביניהו זביני כו קשי בה אמימר א"כ בטלת ירושת בנו הבכור כו' ומזה הוציאו קצת פוסקים דמי שיש עליו מס המלך כו' אין הבכור נוטל פ"ש. אך באמת נ"ד לא דמי לשם דהתם היה דין המלך ליקח הקרקע לגמרי ולמוכרו עולמית ובלי שומא כלל לפי החוב המגיע לו רק נוטל הכל כמבואר מדברי הרשב"א והנ"י שם ובתוס' שם מבואר עוד תנאי בדבר דהקרקעות עיקר הן של המלך וכן מבואר בד"מ ובסמ"ע לקמן סי' שס"ט ס"ק י"ד וט"ו אבל בנ"ד נראה ברור דהוי מוחזק גמור והבכור נוטל פי שנים לא מבעיא אם יתברר שבזה"ז חק המלך אם נשאר (הזאלאג) עבור החוב מחכירות הכפרים לגבות רק מן הפירות או משכירות העולה שנה שנה או שניתן רשות לפדות כשתשיג ידו ולא שיהיה לחלוטין דפשיטא שאין זה ראוי כלל אלא דאף אם יתברר שחוק המלך הוא להיות (הזנאג) נחלט לגמרי בבוא הזמן מ"מ כיון שידוע שעתה חק המלך לגבות ע"פ השומא בדקדוק כפי דמי החוב המגיע למלך פשוט דאין זה רק כגביית חוב בעלמא וכל כמה דלא מטי זימניה ולא נגבית ברשותא דמרא קיימא דקיי"ל בעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה כו' והאריך בזה ומסיק כן להלכה דבנ"ד שעיקר הבית חומה הוא לבעלים ואינה משועבדת רק כדי חובו וע"פ שומא ודאי פשוט דהוי מוחזק לבעלים והבכור נוטל בה פי שנים ע"ש:

סימן רעט

א **באנשים שאינם מוחזקים.** עסמ"ע סק"א וע' בתשובת חתם סופר אה"ע סי' ס"ז מ"ש בזה:

ב **שהוחזק שהוא בנו.** ע' בת' חות יאיר סי' רל"א במעשה בתולה משרתת בבית עשיר ופתאום הרתה ונחשד בעה"ב וכך אמרה הבתולה והוא כיחש ובא הדבר לפני הדוכס וביקשה ממנו ריצוי כסף וע"י שחדים הרחיבו לו זמן עד שתגיד האמת בעת לידתה וגם אז נשארה במאמרה וע"כ הוקנס סך רב רק שפעל להוציאה מן המקום בגזירה שכל ימיה לא תבא עוד היא או בנה לשם ואח"כ בקשו ג"כ פרנסי הקהלה להכלימו ולקנסו ובא לפניהם בבכיה רבה גם נשבע בנק"ח שאין לו נגיעה בה והקילו עליו והזונה נתנה שם לבנה הנ"ל כשם אבי העשיר והנער הלך וגדול וחתם עצמו ועלה לתורה ונכתב במפה שלו בשם שהוא בן העשיר הנ"ל אח"כ נסע למדינה אחרת ולקחו אחד מן הקצינים לביתו שלא היה לו בן ובת וגדלו והשיאו אשה אח"כ מתה אשת הקצין שאצלו בן הזונה ולקח הזונה הנ"ל לאשה באמרו שהיא גבירתנית וילדה לו ב' בנים וסוף ימיו של הקצין סיגף עצמו בסיגופים גדולים ואיש לא ידע על מה כי היה בחזקת תם וישר ואח"כ מת

העשיר שבביתו נתעברה ולא עלה על דעת בנה לירש כי א"א לו לבא לאותה מדינה גם ידע שידחוהו בשתי ידים אח"כ מת הקצין ואמר לפני מותו דרך וידוי כי בן חורגו לפי דעת העולם הוא בנו ממש כי היה באותן הימים שכן אל בית העשיר וממנו נתעברה ונתן לה אז ת"כ לישא אותה רק שתגיד על בעה"ב שלה כדי שיוכרח ליתן לה סך רב רק כאשר העשיר לא נתן לה מאומה עבר הת"כ ולכן עשה סיגופים על ביוש העשיר ועון נדה ועון ת"כ ולכן גידל הנער ונשא אמו וכן אמרה האם כי מעולם לא בא עליה אדם זולתו אח"כ הצליח הנער הספק הזה במשאו ומתנו ונעשה עושר מופלג ומת בלי ז"ק ובאו שני כיתי בנים לירש בני העשיר שכיחש ובני הקצין שהודה ע"כ המעשה ונשאל הדין עם מי. והשיב דודאי יפה עשה הנער שלא ביקש לירש את העשיר דקיי"ל נאמן אדם לומר אפי' על מי שמוחזק שהוא בנו שאינו בנו ואין קריאת שם ועלייתו לתורה וחתימתו ראיה כלל שהכל נעשה ע"פ האם והיא אינה נאמנת עליו כמ"ש הריב"ש הובא בהגה בא"ה סמן כ"ב וודאי דלא עדיף ממוחזק הנזכר בח"מ סימן רע"ט ס"ב ואפילו וודאי בא עליה ונתעברה אינו בדין שיורש אפילו העשיר שותק או אומר איני יודע אם ממנו נתעברה דכשם דאפקרה לדידיה ה"נ לאחריני משא"כ באומר זה בני דנאמן אע"פ די"ל דאי אפשר לדעת כ"א בתפוסים כדקיי"ל גבי חליצה בח"ה סימן קנ"ו ס"ט מ"מ מהימנין ליה כמבואר בתשובת הרשב"א סימן תר"י וע' תשובת הרא"ש ריש כלל פ"ב (ע' באה"ע סימן ד' סעיף כ"ו) ולכן ודאי השני הוא הקצין הנ"ל נאמן ואם היה בא זה הנער לירש עם שני בני הקצין פשוט שירש עמהם כדקיי"ל האומר זה בני נאמן אע"פ שאינו מוחזק לבנו בח"מ ר"ס רע"ט כו' ובענין ירושת הנער שבאו שני מיני אחים נראה דלבני העשיר משתיקים אותם בנזיפה כי נוסף על מה שלא יזכו בדין עוברים על לאו מקלל אביו וקים להו בארור לבייש אביהם בקבר לעשותו נואף ועובר שבועה ובני הקצין לכאורה נראה דהמה יורשים ע"פ דברי האב ואע"פ שאחר שמת האב כיחשו בו ועמדו בדין וטענו שאביהם גופיה א"א לו לדעת אם ממנו נתעברה או מאחר מ"מ אחר שיצא הדין שהאב נאמן מצי למימר אחר מות האח שהוא אחיהם ורוצים ליורשו ודמי לשמעון אומר איני יודע דבח"מ סימן ר"פ ס"ב כו' מ"מ נראה אם קדם אחר ותפס זכה כתופס בנכסי שתוקי ואסופי דבסימן רע"ו ס"ד בהגה כו' עכ"ד ע"ש וע"ש עוד בסימן ל"ב במעשה נפלא שבע"ב אחד כהן י"א צווה והגיד לפני מותו על בן א' מבניו שאין זה בנו רק בן ישמעאל שנתחלף והעלה דאין האב נאמן בזה לשום דבר הן למילי דאיסורא והן לענין ירושה אחר שמעודו החזיקו לבנו שזנו ופרנסו והשיאו והחזיקו לכהן בקריאת ס"ת ראשון ובנ"כ (עי' בא"ה סימן ד' סכ"ט בהגה) ואף דמצד הסברא הוא זר ותמוה כי

מי פתי ימציא ויבדה מלבו להבאיש ריח בנו כ"ש בשעת מותו מ"מ אין לנו לדון ע"פ אומדנא נגד דברי חז"ל אפילו לענין ממון כ"ש לענין איסור והיתר ע"ש באריכות:

ג **עליו הראיה.** עבה"ט שכ' וע' בש"ך מה שהביא תשו' בן לב כו' וע' בתשובת כנסת יחזקאל ס"ס צ"ב מ"ש בזה:

סימן רפ

א **או אחיי.** ע' במסגרת השלחן ובס' עטרת צבי ובמאמר קדישין שכתבו בשם תשובת עבוה"ג סי' ק"י אחים שידוע שיש להם אח במד"ה ובא אחד ואמר שהוא אחיהם ורוצה לחלוק בנכסי אביהם והם טוענים שאין מכירין אותו והוא מביא עדים שמכירין אותו מחמת קולו שהוא אחיהם אבל לא בפרצוף פנים כי בא בחתימת זקן ופסק דאין בעדותם כלום עכ"ל ושם בתשובה כ' הטעם בזה אע"ג דבפ' גיד הנשה דף ל"ו מבואר שיש לסמוך אט"ע דקלא לענין איסורא כמו ט"ע דפ"פ דאלת"ה האיך סומא מותר באשתו כו' (ומלשון רש"י בסנהדרין דס"ז בד"ה הן רואין אותו אין סתירה לזה די"ל שאני התם דאיכא הכחשה) מ"מ נראה דדוקא היכא דליכא ריעותא המגרע כח דט"ע דקלא אבל בנ"ד שהם רואים אותו ואין מכירים בט"ע דצורה פשוט הוא שיש לנו לומר שאין לסמוך אט"ע דקלא ע"ש ועמ"ש בזה לעיל סי' פ"א סי"ג סק"ג:

ב **אלא ראובן לבדו.** ע' בתשובת פרח מטה אהרן ח"א סי' ס"ה ובתשובת נאות דשא ס"ס מ"ו הבאתיו בנ"צ לעיל סי' ע"ה ס"א בד"ה ברר דבריך:

ג **והיתה עליו** עבה"ט ועיין בפנים בש"ך עד אבל אי ליכא לא הא ולא הא כגון שנפלו נכסים לאח"מ מאבי אמו כו' ועיין מה שכתבתי לעיל סי' ק"ד סט"ז ס"ק י"ד:

סימן רפא

א **איש פלו' בכורי כו'.** ע' בס' מיני תרגומא מהגאון רבי ישעיה פיק זצ"ל בפ' תצא שהביא שם דברי הרמב"ן בפי' דחומש בפסוק לא יוכל לבכר שכ' וז"ל אזהרה שלא יעשה זה כו' וממה שאמר הכתוב על פני בן השנואה הבכור יראה לי שאין המצוה הזאת והדין הזה נוהג אלא בחיי הבכור אבל אם מת הבכור בחיי אביו אע"פ שהוא יורש חלק בכורתו בקבר מורישו מן הדין לבניו אם רצה הזקן ואמר ירשו בני כך וכך בנכסי ובנו של בני הבכור יטול כך וכך בנכסי דבריו קיימין כדרך שהם קיימין במקום שאין שם בכור וכן איננו עובר בלאו הזה אם לא הכיר הבכור לאחר מותו כי לא מצאתי על פני רק בחייו על פני אהרן אביהם על פני תרח וכן כולם עכ"ל והוא ז"ל כתב עליו דע"פ

התחדשות דין זה מבואר לשון המשנה בב"ב קכ"ו ע"ב האומר איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים כו' לא אמר כלום כו' ולא תנא האומר איש פלוני בכורי אלא מלת בני בדוקא נקיט כלומר רק מפני שהוא בנו אבל על בן מבנו הבכור דהיינו שמת בנו הבכור והניח אחריו בן אם אמר לא יטול פי שנים דבריו קיימין כמ"ש הרמב"ן הנ"ל אמנם אתן הודע"ה על העבר כי עד היום לא מצאתי חידוש דין זה באחד מן המחברים אשר לפני היו עוברים עכ"ל ע"ש. והנה נעלם מהגאון הנ"ל שגם בתשובת מהר"ם פאדואה סי' מ"ד הזכיר ג"כ דין זה בשם הרמב"ן ז"ל והביאו ג"כ בתשובת עבוה"ג ס"ס ס"א יובא לקמן ס"ז סק"ה. גם בקצה"ח לקמן ס"ד מביא דברי הרמב"ן הנ"ל וכ' דבתשו' מהרי"ט חח"מ סי' ע"א לא פסק כן אך כיון דמהרי"ט לא הביא דברי הרמב"ן ולא ראה דבריו בזה נראה דודאי אילו הוה שמיעא ליה דברי הרמב"ן לא היה חולק ע"ש. וע' בספר כתונת פסים מהגאון מהרי"מ ז"ל מבריסק במס' ב"ב דף רי"ט ע"א שכ' שדברי הרמב"ן הנ"ל צ"ע ממדרש רבה פ' אחרי פרשה ך' ופ' במדבר סוף פרשה ב' ע"ש וע' עוד בתשו' ח"ס חח"מ ס"ס ק"נ מזה:

ב **פלוני אחי ירשני**. ע' בנה"מ שכ' ואף דהנחלה ממשמשת מקודם לאביו כו' ולפ"ז ה"ה בבני אחיו כשיש הרבה בני אחי' יכול להוריש לאחד מהן הכל עכ"ל. וע' בתשובת רבינו עקיבא איגר זצ"ל סי' קצ"ב שנשאל על דין זה מרב אחד בשכ"מ שאמר נכסיו לאחד מבני אחיו וכתב הרב השואל דלדעת בעה"ת שער מ"ח דלא אמרי' מכח אבוה דאבא קאתינא בשאר יורשים א"כ בודאי אינו בכלל דינא דר"י בן ברוקה דאם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימים דהא אחיו בקבר הוא היורש ולא הבן הזה אולם לסתימת הפוסקים דמשמע דס"ל דבכ"מ אמרי' הכי בזה נסתפק די"ל דמ"מ כיון דכולם כחד חשיבי ונוטלים חלק אחד א"י להפריד בין הדבקים. והוא ז"ל השיב לו דלדעת הפוסקים דלא כבעה"ת הנ"ל אין ספק דדבריו קיימים ויש לדייק כן מלישנא דהרמב"ם פ"ט מה' זכיה שכ' או לאחד מבני בניו הרי דאי כה"ג דכחד חשיבא יכול להנחיל לאחד מהם דודאי אינו במשמע לומר דהרמב"ם מיירי דוקא שאותו שמנחיל לו הוא יחיד לגבי אביו רק דיש לו עוד בני בנים משאר בניו א"ו דכל שנוחל במקצתו יכול להנחילו בכולו. ואף לדעת בעה"ת הנ"ל יש ללמוד ג"כ מדברי הרמב"ם הנ"ל דאף היכי דהנחלה באה מכח משמוש יכול להנחיל לאחד מהם והאריך בזה לפלפל בדברי תוס' ב"ב דף ק"ח ע"ב סד"ה יכול ומתחלה רצה להוכיח כן מדברי תוס' הנ"ל דאף אם הוא מדין משמוש מ"מ כיון דעתה יורש אותו יכול להנחילו ושוב דחה זה והוכיח מדברי תוס' הנ"ל איפכא ע"ש. ובעיקר דברי נה"מ הנ"ל דמבואר שדעתו בפשיטות דירושת אח הוא בדרך משמוש

מאביו הנה בתשובת רע"ק שם אין דעתו כן וכ' שם דזהו אילו לא נאמר אחין בקרא אבל השתא דכתיב אחין האח בעצמותו הוא יורש בלא משמוש ושם בסי' קל"ח הביא דפליגי בזה הב"י והרמ"א ז"ל בד"מ בסי' רנ"ג אות ז שדעת הב"י דירושת אח את אביו לא מדין משמוש מכח אביו כ"א בעצמותו יורש אחיו והד"מ שם ס"ל דירושת אח מדין משמוש ע"ש וע"ל ס"ז סק"י ועמ"ש לעיל סימן ק"ד סט"ז סקי"ד:

ג **דבריו קיימים**. כ' הנה"מ וז"ל נסתפקתי אי מועיל כשהנחיל לפשוט פי שנים אי זוכה ג"כ בנכסים הבאים לאחר מכאן כו' ונלע"ד דלא מהני בדבר שלב"ל כו' ולפ"ז נראה דה"ה במלוה על פה דחשיב שאינו ברשותו ואפי' מלוה בשטר למאן דס"ל מכירת שטרות דרבנן כיון שא"י להקנותן א"י להנחיל אותן וראיה לזה מב"ב קנ"א שאמיה דרב עמרם חסידא דהוי לה מלוגא דשטרי ואמרה להוי לעמרם ברי וקאמר התם דקנה מטעם מתנת ש"מ ולא קאמר שזיכה בו משום ירושה כו' ולפ"ז בשכ"מ שאמר ירש פלוני בני פי שנים בנכסים אותם נכסים שיכול להקנות מה"ת זוכה בו משום ירושה מה"ת ואותן הדברים שאין יכול להקנות מה"ת אין זוכה בו רק מטעם דברי שכ"מ כי לשון ירושה אינו מגרע בדברי שכ"מ כשהוא ראוי ליורשו (לכאורה נראה מדבריו דלפ"ז אם היה באותן הדברים הלואה דעכו"ם שא"י להקנותו במתנת ש"מ כדלעיל סימן רנ"ג ס"כ בהגה גם בכה"ג אינו זוכה בו כלל אולם מדבריו בסימן רנ"ג שם שהבאתי שם בד"ה אבל לא הלואה מבואר דבכה"ג בקנה גם הלואה דעכו"ם במתנת ש"מ כיון דל"ש טעם הד"מ שם דלא סמכא דעתיה ועמ"ש שם ומ"מ נ"מ הכא בין אם זוכה משום ירושה ובין אם זוכה משום מתנת ש"מ לענין אם אמר ואחריך לפלוני כמבואר בש"ס ב"ב קל"ג ובש"ע לעיל ס' רנ"ג ס"ו) וכללא דמלתא דליכא דבר שיזכה בו יותר בלשון ירושה ממתנת שכ"מ כנ"ל ברור עכ"ל ע"ש. והנה הדין הראשון שכ' הנה"מ דא"י להנחיל דבשלב"ל הוא ברור ואמת וע' בתשו' רע"ק איגר שם שכ"כ בשם תשו' בני אהרן סי' נ"ו שהביא זאת בשם מהרי"ט שא"י להנחיל בנכסים שיפלו לו אח"כ והוכיח כן מסוגיא דב"ב קכ"ז ע"ב והוא ז"ל כתב דאין זו ראיה כ"כ אמנם הדבר מפורש בחידושי הרשב"א קדושין סי' ע"ב דא"י להנחיל מה שאינו מוחזק בו ע"ש. גם בתשו' ח"ס חח"מ סי' ק"נ הוכיח בו בפשיטות דכי היכא דא"י להנחיל לדשלב"ל היינו עובר ה"נ א"י להנחיל דשלב"ל (והשיג שם על ראיית הנה"מ מב"ב קל"ג דדחיק למצוא נ"מ אי נוטלו משום מתנת ש"מ או משום ירושה ולא אמר דנ"מ לדשלב"ל דבמתנת ש"מ לא קנה והאב יכול להנחילם אע"כ א"י להנחיל וזה אינו דהא הסוגיא שם קאי לפרש דברי רב הונא ורב הונא הא ס"ל בעלמא (כדאי' ביבמות צ"ג) אדם מקנה דבר שלב"ל וגם במתנת שכ"מ יכול ליתן ולא ה"מ למימר הך נ"מ אך

כתב שם ראיה אחרת ע"ש ולכאורה השגתו זו אפשר לדחות ודוק. ואולם מה שסבר הגאון הנ"ל דהוא מטעמא משום דליתא בבריא ולמד מזה דין הב' שלא יכול להנחיל מלוה הנה בתשו' ח"ס שם מבואר שכן הוא ג"כ דעת חותנו הגאון רע"ק זצ"ל והוכיח כן מתוס' ב"ב קמ"א ע"ב ד"ה נכסי כו' ותמה בזה על הגאון בעל עבוה"ג ס"ס י"א (שהבאתי בסי' רנ"ג ס"כ סקי"ז) שכ' בפשיטות דיכול להנחיל גם מלוה ע"פ של עכו"ם אע"ג דליתא בבריא כלל ולא מייתי שום ראיה ע"ז אלא מסברא בעלמא. והוא ז"ל פקפק בזה ודעתו נוטה כדברי עבוה"ג הנ"ל משום דלהנחיל אינו ענין לקנין בריא ומה דלא יכול להנחיל דבשלב"ל לאו מטעם הואיל וליתא בבריא רק משום דליתא בירושה דממילא דמה דבן יורש פירות דקל היינו משום שקונה בגוף הדקל מקום הפירות כמבואר מדברי התוס' קמ"ח ע"א בד"ה שכ"מ שאמר כו' ודחה שם ראיית חותנו הגאון זצ"ל מתוספת ב"ב קמ"א ד"ה נכסי הנ"ל גם כ' דראיית הנה"מ ממלוגא דשטרי אינה מוכרעת כלל והאריך בזה עש"ה (ויש לע' בלשון רע"ק ז"ל שהובא בח"ס שם שהתחיל לומר שמסתפק במי שמנחיל נכסיו על פיו וריבה לאחד אם יכול להנחיל גם מלוה שאינה ניתנה במתנת בריא כגון מלוה ע"פ של עכו"ם שאינה ניתנה במעמד שלשתן וכיוצא כו' משמע מדבריו דמלוה דישראל שניתנ' במתנת בריא במעמד שלשתן לא נסתפק כלל דודאי יכול להנחיל ושוב הביא ראיה מתוס' ק"מ דמוכח משם דא"י להנחיל מלוה והיינו אפי' מלוה דישראל וי"ל דבאמת הספק הוא גם על מלוה דישראל אי יכול להנחיל משום ירושה מה"ת דאף שקונה בבריא במעמד שלשתן הוא רק מדרבנן ואינו ענין לירושה מה"ת וכנראה גם מדברי נה"מ הנ"ל ומה דנקט מלוה דעכו"ם הוא לפי שר"ל שלא יקנה כלל אפי' מטעם מתנת שכ"מ דרבנן דבמלוה דישראל עכ"פ קונה מטעם מתנת שכ"מ דלשון ירושה אינו מגרע בדברי שכ"מ כשהוא ראוי ליורשו כמובא לעיל) וצ"ע בכל זה:

ד **לפיכך המחלק נכסיו כי'**. ע' בתשו' אא"ז פמ"א ח"ב סי' קל"ג אודות הצוואה שלאחר שחלק הבתים וגם הכיפות כתוב בזה"ל (אונ ווייטער האט בני פלוני הבכור נישט צוא בגערין רק וויא מיינע קינדער בני הזכרים טיילין ווערין) . וכתב הנה לשון זה משמע דהכי קאמר כמו שיחלקו בני הזכרים יטול גם הוא כחלק פשוט משמע בתורת ירושה א"כ אמר שהבכור ירש כפשוט וזה לא מהני גבי בכור כמ"ש בסימן רפ"א ה"ד דאם אמר על הבכור שירש כפשוט לא אמר כלום אף שבנ"ד כתוב לבסוף בזה"ל מה שכתבתי בכ"י אני נותן לכל אחד ואחד במתנה גמורה (וויא אויבן פאר מעלד איז) י"ל דלא קאי אלא על שאר חלוקות שחלק אבל במה שאמר שלא יבקש בנו הבכור יתרון. רק כפי שיחלקו שאר בניו הוי כאומר שירש כפשוט והגע בעצמך אם חלק מקצת נכסיו ואמר

שפלוני יטול כך ופלוני כך ועל המותר נכסים אמר שלא יטול חלק בכורה או לא ירש פי שנים ולסוף אמר כל הנ"ל אני נותן לכאו"א במתנה בודאי לא מהני במה שאמר לא יירש כו' ואין לומר כיון דעכ"פ נתן הקרקעות במתנה א"כ דף אינימא דנתן המטלטלים בתורת ירושה הא הלכה פסוקה דאם אמר תוכ"ד שאמר לראשון מהני לשון מתנה דהאי ללשון ירושה דהאי אפי' בשני שדות ובשני בני אדם כמ"ש הטור סי' רפ"א זה אינו דנראה דוקא אם אמר שפלוני יירש אז מהני לשון מתנה דאידך לגבי האי דהוי נמי כאילו נתן לו במתנה אבל הכא לא אמר לא לשון ירושה ולא לשון מתנה אף שהלשון יחלקו הוי לשון מתנה כמ"ש הטור סי' רנ"ג וסי' רפ"א והוא תלמוד ערוך ב"ב דף ס"ג ע"א כו' נראה לחלק דדוקא היכי שצוה השכ"מ יאמר בשאר נכסי יחלוקו בניי אז י"ל דהוי לשון מתנה אבל בנ"ד שאמר כפי שיחלקו דשמע שהם יחלקו מעצמם ע"פ ד"ת ולא שצוה הוא ליטול כל אחד חלקו ודומה לזה בגיטין האחין שחלקו לקוחות הם כו' וא"כ דבריו בטלים במה שבנו הבכור לא יבקש חלק יתרון וה"ז דומה כמי שחלק מקצת נכסיו ונתן במקנה ובשאר נכסיו לא אמר כלום דודאי שלשון מתנה שנתן במקצת לא מהני לשאר נכסיו ובנו הבכור נוטל פי שנים בשאר נכסים ה"נ דכוותיה כו' והאריך בזה ומסיים ע"כ נראה ברור שהבכור נוטל פי שנים בשאר נכסים בלי שום פקפוק בעולם ע"ש:

ה **והשוה להם הבכור**. ע' בתשו' עבוה"ג סי' ס"א בענין צוואה שכתוב בה בזה"ל חלוקה יעש ביניהם כדת וכהלכה במזומנים ובמטלטלים אשתו לא תזוז מביתו כו' הבית לא ימכר לעולם רק יקרא על שמו על שם בניו בכלל ובפרט הן אותם שבחיים או בני בניו שמתו כולם שוים לטובה ויחזיקו בבית לעולם (אונ וועלכער חלוקה בנערט זאל גאר נדחה וועריז) כו' והנה נפל מחלוקת בין היורשים בענין תשמיש של הבית הנ"ל כי א' מן היורשים הוא בנו של בכור ראובן שהלך לעולמו והוא רוצה להשתמש פי שנים בבית הנ"ל כי הוא קם תחת אביו הבכור ושאר היורשים טוענים שאביהם השוה להם הבכור בענין תשמישו של הבית באמרו כולם שוים לטובה כמבואר בצוואה ונעשה באופן המועיל ונשאל הדין עם מי והשיב הנה ראיית שאר היורשים ממה שכתוב כולם שוים לטובה אינה מכרעת דניכר מלשון הצוואה שלא נחית להכי רק כוונתו שלא ימכר הבית ויקרא ומ"ש כולם שוים לטובה על הקריאה קאי ולישנא מעליא נקט אבל אין מכאן הכרעה כלל שיהיו שוין בתשמיש הבית אולם מ"מ נראה שהדין עם היורשים כי כלל בידינו כל לישנא יתירא לטפויי קאתי ובהאי שטרא הוא לישנא יתירא מ"ש ויחזיקו בבית לעולם כי מה היה חסר אילו לא נכתב רק הבית לא ימכר לעולם ועוד שיחזיקו הוא לשון מתנה (כמש"ל סעיף ח' ובסי' רנג ס"ב) ואם היה כוונת המצוה שיהיה לבכור פ"ש

למה לו למימר לשון מתנה א"י כוונתו היה להשוות הבכור לפשוטים בענין תשמיש הבית וזה נ"ל פשוט ועוד ראיה מתשו' הרשד"ם חח"מ סי' שע"ה בענין צוואה שכתוב ששפחתו תהיה משועבדת לשני בניו כו' ומסיים ע"כ פשוט בנ"ד שכוונת המצוה היה להשוות כבכור לפשוטים בבית הנ"ל ודבריו קיימים באשר שיחזיקו הוא לשון מתנה ואף גם אי הוה לשון ירושה הוה דבריו קיימים לפ"ד הרמב"ן בחומש שאם מת הבכור בחיי אביו יוכל האב לבטל חלק בכורתו מדכתיב על פני בן השנואה ומהר"ם פדווא הביא דבריו בתשו' סי' מ"ד (ע"ל סק"א) כללא דמלתא לפע"ד נראה שהדין עם שאר היורשים ואין בנו של הבכור נוטל פי שנים בבית הנ"ל עכ"ד ע"ש:

א **לאדם א' כו' וי"א דוקא כו'**. ע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' קמ"ה ע"ד הצוואה שחילק נכסיו והשוה הבכור והפשוטים ובתו ואשתו הכל שוה בשוה ולשון הצוואה (בפונקט) שני בחלוקת הבית כתוב (פערלאססע איך דאס בית הנ"ל אין חמשה חלקים נעמליך) חלק א' כו' ר"ל אני מניח ביתי לחמשה חלקים היינו חלק א' לפלוני כו' ונסתפק השואל אם הצוואה קיימת או לא מחמת דבש"ך סי' רפ"א סק"ח כתב בשם דברי ריבות סי' רכט דאני מניח הוי לשון ירושה וא"כ התנה עמ"ש בתורה. והשיב הנה בש"ך אחר שהביא דברי ריבות צוה לעיין בסי' רנג ס"ב דשם אי' דמניח הוא לשון מתנה והוא מתשו' הרא"ש שבטור שם כו' ובאמת המעיין בדברי ריבות שם אינו מבואר כלל דהוא לשון ירושה כו' אך אפי' אי נימא דהוא לשון ירושה נ"ל ג"כ דהצוואה קיימת כיון דבפונקט ו' כשחילק ממון ומטלטלין כתב ולזוגתי יותן סך כו' והשאר יחולק לשלשה חלקים חלק א' לבני כו' הנה פשוט דהכל נמשך אל לשון יותן שהתחיל גבי אשתו כאילו אמר חלק א' יותן לבני פלוני וח"א יותן לבני פ' כו' דלעולם אמרי' דדיבור הראשון מושך עצמו ואחרים עמו וכה"ג אי' במהרי"ק שורש צז ובלא"ה נמי אפי' אי תיבת יותן לא יומשך אשארי מקבלי מתנה מ"מ הרי כתב והשאר יחולק לג" חלקים ויחולק ודאי הוי לשון מתנה כמ"ש הרא"ש ובש"ע סעיף ח' וא"כ כיון שמתנת המטלטלין היה בל' מתנה המועיל והם בעצמם אותם שהניח להם הבית בפונקט ב' הנ"ל ה"ל ב' שדות לאדם א' שהרי לכ"א מהם יש לו חלק בבית וחלק במטלטלין ושני שדות לאדם א' כל שיש בא' מהם ל' מתנה אפי' שלא היה בתוכ"ד מועיל אפי' לאותו שהוא בל' ירושה וא"כ כל הצוואה הנ"ל קיימת. והגם שיש לפקפק קצת מחמת דברי הנ"י דמייתי רמ"א דדוקא באמר ותנתן בויו"ו כו' ובנ"ד לא הומשכו הפונקטין בויו העיטוף ולא עוד אלא שפונקט ה' מפסקת בין משפטי הבית למשפטי המטלטלין ומדבר במילי אוחרי וא"כ אפשר דלא מהני ל' מתנה דמטלטלין לל' ירושה דבית אך היות כי דעת הנ"י הנ"ל מייתי רמ"א רק בל' י"א

וכבר כתבנו דלדעת הרא"ש והטור והש"ע וסמ"ע וש"ך סי' רנג וכן דעת ריב"ש הובא בב"י דמניח ל' מתנה הוא וא"כ די במתנת הבית בפ"ע בלי צירוף המטלטלין ולא באנו אלא לצאת ידי דברי ריבות שבש"ך הנ"ל דס"ל מניח הוא לשון ירושה א"כ לא נחוש לזה לדעת הי"א הנ"ל ענ"ד ע"ש. ושם בסי' קיב כתב בפשיטות דט"ס הוא בש"ך סי' רפ"א סק"ח במ"ש מניח הוא ל' ירושה וצ"ל הוא ל' מתנת ש"מ וכדמוכח מתשו' דברי ריבות דמייתי ש"ך כו' ע"ש:

ז **דמה שנוהגין עכשיו כו'**. עמ"ש בפ"ת לאה"ע סי' קט סק"ג בענין שטח"ז שלא נכתב בדרך זה רק נכתב סתם שתטול כחצי חלק זכר אך בסוף השטר נאמר וכל הא דלעיל קבלתי עלי בחיוב גמור לאשר ולקיים מה דינו ע"ש וע' עוד בתשו' ח"ס חח"מ סי' קפו מענין זה ועמש"ל סי' רט ס"ח ס"ק י"ד. וע' בתשו' שבו"י ח"ג סי' קעד אודות ראובן שמת ומניח בן ובת והבן הוא בכור ולהבת יש לה שטח"ז וכתוב בו כנהוג כל שטח"ז שתטול הבת סך מה או חצי ח"ז בן פשוט והברירה ביד היורשים ועכשיו ראובן שבק חיים ובא בנו הבכור וטוען כיון שכתב חצי ח"ז פשוט אטול אני ד' חלקים והבת חלק חמישית וא' מן הדיינים נטה לזכות הבת שתטול חלק שליש ותורף ראייתו מב"ב דף קכז בדין בכור וטומטום בהא דאמר אמימר אף אינו ממעט חלק בכורה מצייר הרשב"ם בשלשה אחין והיל"ל בקיצור כשאין כאן אלא בכור וטומטום כו' אלא ודאי דלא זיכה התורה חלק בכורה רק בין הבנים אבל כשאין בנים אחרים לא שייך בכורה כלל. והוא ז"ל השיב שזה טעות ומדברי הרשב"ם אין ראיה כלל כו' ובודאי הדין עם בן הבכור הגע עצמך אילו נתן שטר זכר פשוט שלם נגד בנו הבכור ודאי לא היתה נוטלת הבת רק חלק שליש דלא עדיף שטר זכר פשוט מירושת בן פשוט שהוא דאורייתא א"כ ה"ה היכא שנתן להבת חצי ח"ז פשוט אז חולקין הנכסים לחמשה חלקים ונוטל הבכור כשני פשוטים דהיינו לכל חלק פשוט נוטל שני חלקים והבת תטול כחצי חלק פשוט שהוא חלק חמישית אולם זה דוקא במוחזק אבל בראוי נוטלת השליש כו' ושם נדפס תשו' גיסו הג' מהר"ד אופנהיים שהסכים ג"כ לזה (ושם כתב בזה"ל אמנם הבן אינו נוטל פי שנים כי אם אשרי מצא לו מוחזק ולא בראוי ואם האב היה חייב לאחרים יש להבת טענה לשלם מן המוחזק ולא מן הראוי כאשר הארכתי בספרי נשאל לדוד עכ"ל ועמש"ל סי' רעח ס"ז סק"ה מענין זה) . וכתב על דברי הדיין הנ"ל אין זה אלא מן המתמיהים לפי הכלל דאמר אמימר טומטום אינו ממעט חלק בכורה לפרש דוקא אם יהיה עוד בן פשוט עמהם ואם לא יהיה עמהם בן פשוט אזי הבכור והטומטום יחלקו שוה בשוה שומו שמים על זאת לא זו העיר ולא זו הדרך דרכים דרבנן כו' ע"ש. והזכיר שם שכן הסכימו עוד כמה גדולים

שהדין עם בן הבכור גם בתשו' קרית חנה סי' ל"א שאלה זו ממש ופסק ג"כ דהדין עם בן הבכור ומסיים דלית דין צריך בשש דתטול הבת חמישית מכל הנכסים ע"פ השטר חצי חלק זכר והבכור ד' חלקים זולת בהראוי ובשאר דברים שאינו נוטל חלק בכורה תטול הבת בהן השליש ע"ש. אולם בתשו' שב יעקב חח"מ ס"ס יט נשאל על עובדא כזו ממש והסכים לדעת הרב השואל שתקח הבת חלק שליש מהעזבון וכתב הטעם דפשוט הוא אם אין כאן בן רק הבכור שאינו נוטל כלום מצד הבכורה רק כל מה שיורש הוא נוטל בתורת ירושתו כבן פשוט ולא הוי אלא כמו שהניח אחריו בן פשוט והבת דודאי נוטלת חלק שליש והא דנכתב באותו שטח"ז אח"ז בן פשוט נוסח השטר הוא כן וצריכין לכתוב הכי באם שיהיה לו בעת מותו עוד בן פשוט עם הבכור ולשון נוסחה שטר מורה ע"ז כי מלבד מ"ש הרב השואל מדכתב זכרים לשון רבים הנה נכתב שם לירד לנחלה ולחלוק עזבוני ואי לא נשאר אלא חד ברא לא א"ש הלשון של לחלוק כי על מי יחלוק הלא הכל שלו בירושה וע"כ דקאי אי יהיה לו לכה"פ שני בנים וא"כ שפיר נכתב נמי שתקח חח"ז בן פשוט ולא שתקח כחצי חלק בן הבכור כמ"ש המרדכי דאם כתב שתטול הבת כאחד מן הבנים אינה נוטלת אלא כאחד מן הפשוטים ולא כהבכור משום דיד בעל השטר על התחתונה ולפ"ז בזה"ז דכותבין דלא כאסמכתא כו' ותמיד יד בעל השטר על העליונה הוי לוקחת חח"ז. בן בכור אי לא הוי כתבינן בפי' חח"ז בן פשוט כו' והאריך בזה ומסיים דפשוט הוא שהדין עם הרב השואל דשייך להבת השליש מהעזבון ע"ש. הרי לפניך מחלוקת הגאונים בענין זהו מי שדעתו רחבה יכריע ביניהם. וע' בתשו' שב יעקב סי' ך' שהביא בשם תשו' שארית יוסף באחד שלא רצה לכתוב בשט"ח זה אלא סך מועט וכ' כיון שנזכר שעשה קנין ליתן שטח"ז צריך ליתן כ"כ סך גדול כדי שיגיע ודאי עליה כחלק חצי זכר וכ"כ בשמו בנ"ש סי' כא סעיף ב' ושם כתב בשמו שרצה לכתוב כמנהג הסופרים אלף זהו' רק כיון שהוא עשיר גדול צריך לכתוב יותר) והוא ז"ל כתב דה"ה אם כבר נתן לבתו שטח"ז ונכתב החוב סך מועט ואח"כ נתעשר הזקן עד שהחוב שבשער הראשון לא יגיע לחח"ז צריך לעשות לה שטר אחר כדי שתטול ע"י אותו שטר כחח"ז ע"פ הקנין הראשון שעשה בעת התנאים שיתן לבתו שטר שתטול לאחר מותו כחח"ז ע"ש וצ"ע. וע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' נא אודות ראובן שכתב לבתו שח"ז בשעת נישואיה מסך אלף זהו' כנוסח נ"ש הנהוג בינינו ושוב אחר כמה שנים כשהשיא בת אחרת והוסיף לה נדן הרבה רצה להפיס דעתה של הראשונה וחזר וכתב לה שח"ז אחר מסך שני אלפים זהו' כנוסח הנ"ל ממש ועכשיו שבק חיים לכ"י ובאתה בתו הנ"ל לתבוע מן היורשים ג' אלפים בכח ב' השטרות והיורשים טוענים שני ביטל את הראשון כבש"ס

כתובות מ"ד ובש"ע ח"מ סי' ר"מ. והביא שם דברי הרי"ף והרא"ש דבהלואה אפי' נעשו בסכום א' ואפי' ביום ושעה א' גובה ב' השטרות וראיה ברורה מב"ב קעב ע"א ובח"מ סי' נג וכ"פ להדיא בסה"ת סי' ס"ו סוף ח"א ואף דמל' רש"י ס"פ הכותב (כתובות פ"ט ע"ב) בד"ה בזה אחר זה משמע דגם בהלואה דינא הכי כבר כתב הג"ת שם דרש"י שם לא דק בלשונו כיון שאיננו עיקר הסוגיא והוא ז"ל כתב ליישב דברי רש"י הנ"ל באופן אחר והאריך קצת ומסיים בהא סלקינן דע"כ בשטרי הלואות לכ"ע גובה שניהם והנה שטח"ז עיקרו הלואה כדפסק רמ"א סי' רפ"א מעתה בנד"ז הבת גובה שניהם ומ"ה הואיל והוא קצת נגד האומדנא טוב לבצע הריב ע"ש:

ח **דעיקר הוא החוב.** ע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' קמד אודות הנאמר לו בשם הג' מוה' ירמיה זצ"ל שדן דין אמת ששטר ח"ז צריך להשתלם בכסף מעות דוקא ולא (בבאנקאנאטע) הנהוגים בינינו משום שכתוב בנוסח השטר כנוסח נחלת שבעה עובר לסוחר ות"א דמתקבלין בכל מדינתא להני (באנקענאטען) לא מסגי אלא במדינות הקיר"ה והוא ז"ל האריך בזה ומסיק וכתב דהג' ז"ל בימיו דיבר שהיה התחלת ענין שינוי מטבע ורוב מו"מ היה עדיין בכסף מעות (והבאנקא) היה מסגי גם כן עם (פערלוסט) קצת וכל גביית כתובה ושטח"ז שבאו לפניו היה משנים שעברו כבר ואז לא ניתן לנדן כ"א מטבע כסף ממש ואח"כ בשעת הגביה אע"ג שכבר מסגי (באנקא) ג"כ כיון שהיה קצת הפסד (פערלוסט) בפריעת (באנקא) ואומדן דעת היה שיהיה הפרעון כמו בשעת התחייבות דהיינו מטבע של כסף (ע"ש בסי' קמ"ו שביאר יותר דאף שכותבין בשטח"ז שלא יחול זה החוב אלא שעה אחת קודם מותו מ"מ אפי' אם נפרש שיהיה כאילו ההלואה היה שעה א' קודם מותו ונ"מ שלא תטרוף ממשעבדי שהרי כולם מוקדמים לה עכ"פ הרי הודה שהלותה לו קודם מותו מאותם זהובים שהיו יוצאים בעת חתונתה שהוא יום כתיבת השטר כו') ומ"מ אי לאו דהוה כתוב בשטרא עובר לסוחר היה משתלם (בבאנקא) ע"פ פקודת המלכות דדינו דין אבל עכשיו שהתנה עובר לסוחר ואז מטבע כסף עובר לסוחר אבל (הבאנקא) מסגי בהפסד יפה פסק הגאון ז"ל אבל דזמנינו זה נשתנה הענין ובדין עכ"ד ע"ש:

ט **הוא החוב.** עבה"ט ומ"ש בשם מהר"ם לובלין סי' ד' ראובן שנתן לחתנו שטח"ז כו' עד אין לב"ח עליו כלום. ע' בס' עטרת צבי שהביאו ג"כ ופקפק בזה עש"ה וע' בט"ז כאן. ומה שרמז הבה"ט לעיין בתשו' מהרש"ל סי' מ"ט ובתשו' רמ"א סי' ג'. הנה שם הוה עובדא בראובן שהשיא את בתו בעוד יעקב אביו קיים ונתן לבתו ולחתנו שטח"ז כמנהג הארץ דהיינו שכ' במתנה חלוטה שחייב לבתו ולחתנו אלף זהו' ואלו אלף זהובים

מחוייבי' יורשיו לשלם אך הברירה בידם שאם ירצו לתת לחתנו חלק כחצי זכר בכל דבר הן במוחזק הן בראוי יהיו נפטרי' מן החוב הנ"ל והנה אח"כ מת ראובן בחיי יעקב אביו וקודם שבאו היורשי' לחלוקה מת גם יעקב והניח אחריו ברכה והחתן תובע גם חצי חלק מירושת יעקב כי אמר שהם ראויים לגבי ראובן חמיו והרי כתב לו במוחזק ובראוי והיורשים משיבים כי אין לו חלק בזו כו' ופסק מהרש"ל שם שהדין עם החתן ששייך לו חלקו גם בנכסי יעקב כיון שגם הבנים יורשים מכח אביהם ראובן שהנחלה בא תחלה לראובן אביהם וכיון שמת אביהם באים בניו לירש מאביהם א"כ גם בנותיו יש להם חלק מכח שטח"ז ואין נגרע כח הבנות הואיל דמת אביהן בחיי מוריש שלו ולא הגיע לידו שום דבר בחייו והדבר ספק אם ב"ח נוטל בראוי זה אינו כיון דאנן כתבינן בשטח"ז הכל בדרך חוב שישלמו לה סך פלוני ולא יפטרו אם לא שיתנו לה חלק בכל דבר הן ראוי הן מוחזק א"כ אפילו אם בעל חוב אינו נוטל בראוי עכ"פ יכול להתנות על ראוי ואם לא ירצו לקיים התנאי מחוייבים לשלם לה כל החוב עש"ה והסכים עמו לדינא בתשו' הרמ"ח סי' ג' וכ' שם שגם מהר"ם מפאדוא קיים פסק זה שנפסק כהלכה ע"ש (וכיוצא בזה מבואר באה"ע סימן ק"ח ס"ג בהג"ה ע"ש) . (וע' בתשו' מהר"ם לובלין סימן י"ד שנשאל ג"כ על נידון כזה ממש והביא דבתשו' שארית יוסף סי' ח' לא פסק כן וס"נ דאף שכתוב בשטח"ז הן בראוי הן במוחזק אין היורשים צריכים ליתן לו מנכסי אבוה דאבא והוא ז"ל הכריע כמהרש"ל ולא כשארית יוסף אך כתב בנידון שטח"ז הנ"ל דאין להחתן שום זכות בנכסי יעקב אלא כשמת יעקב קודם שבאו לחלוק עם החתן בנכסי ראובן חמיו דבשעת החלוקה גם נכסי יעקב עומדים לחלוק אבל אם באו לחלוק בחיי יעקב אין היורשים מחוייבים ליתן להחתן כ"א חצי ח"ז בעזבון ראובן אביהם ואח"כ כשימות יעקב אבי אביהם אין מחוייבים ליתן מעזבונו להחתן כלום וכ' עוד דדוקא כשיש כאן עזבון מראובן חמיו בכדי פריעת כל הסך אלף זהו' המבואר בשטח"ז אבל אם אין בעזבונו בכדי פריעת כל הסך אלא כדי פריעת מקצתן והיורשים רוצים ליתן להחתן אותו עזבון בפריעת חובו או שלא הניח שום עזבון לא יוכל החתן לגבות שום דבר מעזבון יעקב אבי חמיו שהרי אף לפי סברת תשו' מהרש"ל אין להחתן שום זכות בנכסי יעקב אלא מכח התנאי שהתנה עמו או שישלמו לו חובו או יתנו לו חח"ז אפילו מן הראוי והרי לא הניח חמיו עזבון בכדי פריעת החוב ובמקום שאין כאן ירושה אין חייבים לפרוע חוב אביהם ומנכסי יעקב אבי אביהם כבר ביארנו למעלה שאין שום ב"ח יכול לגבות מהן והואיל וכן שמצד החוב אין יכול לגבות מהיורשים ממילא בטלה ג"כ חצי חלק ירושה ואין חייבים ליתן לו חח"ז גם מן הראוי ע"כ לא יוכל החתן לגבות אלא

עזבון חמיו בשביל חובו שאומר או תנו לי כל עזבין חמי' בעד חובי או אם תרצו לחלוק עמי אזי תנו לי גם כן חלק בהראוי ואם לא הניח ראובן חמיו שום עזבון אזי פטורים היורשים מכל וכל וזה פשוט וא"צ לפנים עכ"ד ע"ש והובא כל זה בקצרה בש"ך לעיל ס"ס ק"ד וכ' ג"כ דהעיקר כמהרש"ל ומור"ם ודלא כשארית יוסף ע"ש. וע' בתשו' עה"ג סי' ע"ה (על נדון כיוצא בזה קצת) אודות שטח"ז הנכתב בכל אופן המועיל דהיינו יעקב ואשתו לאה השיאו את בתם דינה לבן גילה ונתנו כ"א בפ"ע לדינה בתם שטח"ז ואחר נישואי דינה מת יעקב ולאה ובתוך העזבון היה שטר חח"ז מלבן לבתו לאה ג"כ בנוסח הנ"ל ואחר זמן מת גם לבן ועתה באים בניה של לאה הזכרים ניטול חח"ז בנכסי אבי אמם לבן ודינה גם היא באה עם השטר שבידה שישלמו לה אחיה כמשמעות השטר גם בנכסי לבן ובני לאה טענו שאין לאחותם חלק בזה מטעם שהיא ראוי ובראוי כזה אין לה ל טול ודינה טוענת כי אע"פ שהוא ראוי הרי בשטר שלה נכתב בפי' בראוי ובמוחזק ועוד שגם הם אינם באים מחמת ירושה אלא מכח ש"ח שבידם ועוד שאמם לאה הקנה לה כחח"ז דרך תנאי והם מחוייבים לקיים התנאי אפילו בראוי ונשאל הדין עם מי והשיב ע"ז באריכות ומבואר מדבריו שדעתו דהדין עם דינה הנ"ל והזכיר שם ברמיזה דברי מהרש"ל והרמ"א ותשו' שארית יוסף הנ"ל ומבואר שם דהשארית יוסף שמזכה לה יורשים אתי עלה מתרי טעמי חדא שיכולים הבנים זכרים לומר לאחותם אנו מכח אבי אבינו באים ועוד דאף שכתוב בשטח"ז ראוי ומוחזק מ"מ נכסי אבא דאבא הוה ראוי גרוע משום שמעולם לא בא הממון ליד אביהם ואינו דומה למלוה שקודם ההלואה היה הממון ביד האב ע"כ אין לנו לכלול ראוי זה בסתם ראוי כו' וכתב דטענה הא' של הש"י פשיטא דאין לה מקום בנ"ד וגם טענה הב' שאין ראוי זה כסתם ראוי שנראה שלזה כיוונו בני לאה הנזכרים בטענתם שבראוי כזה אין לה ליטול הנה לא כיוונו יפה כי מלבד מה שמרו ליה להגאון מהרי"ך (בעל ש"י) תרין אריוותא מהרש"ל והרמ"א והוכיחו בראיות שאין לנו לחלק בלשון השטר בין ראוי לראוי נלע"ד להביא ראיה מחודשת שסתם ל' ראוי כולל נכסי אבא דאבא מכתובות דף צ"א וברש"י והרא"ש שם כו' ובלבד זה נראה כיון דבל' שטח"ז כתוב שאם יאותו בניו הזכרים ליתן כחח"ז בכל נכסים שיניח אחריו ראוי ומוחזק כו' מדכתב תיבת כל משמע להדיא שרצה לכלול אפילו דבר שלא היה נכלל אם לא נכתב כל כו' ע"ש עוד. וע' בזה בתשו' צ"צ סימן קי"ד דשאלה הנ"ל כהווייתה באה גם לפניו (אך בשמות מתחלפות וכ' ג"כ דטענה הא' של השארית יוסף הנ"ל לזכות הבנים לא שייך הכא דהתם מיירי שנפלה ירושה מאבוה דאבא דיש להם דין טענת ירושה דמצו למימר אנן מאבוה דאבא קאתינן משום דבני

בנים הרי הן כבנים ואין אנו באים מכח אבינו שמת אלא בכח עצמנו משא"כ הכא שנפל להם מאבוה דאמא דאין להם דין טענת ירושה כיון שלבן אבוה דאמא הניח בנים ליורשו ואינן באים בכח עצמם אלא בכח אמם כו' (והוסיף ביאור בזה דא"ל דגם בנ"ד יכולים הבנים לומר שבאים בכח עצמם ולא בכח אמם מחמת שכתוב בשטח"ז שנתחייב לבן ללאה בתו וליורשיה שהם יוצאי חלציה כו' הרי נתחייב אבי אמם לנגדם כמו לנגד אמם ומצו למימר אנן מכח אבוה דאמא קאתינן ז"א דאף שכתוב וליורשיה מ"מ לא נתחייב אלא לבתו ולא ליורשיה דאין אדם יכול להתחייב למי שלא בא לעולם ואף אם כנ"ד מיירי שאז כשכ' לבן ללאה בתו שטח"ז זה היו הבנים אלו בעולם מ"מ כיון שנקבע המנהג לכתוב כך בכל שטרי ח"ז אפילו לבתולות בנישואין שלהם ע"כ דלא הוי החיוב אלא לבתו ולא ליורשיה רק מה שכותבין וליורשיה כו' הכוונה הוא שאם חמות בתו שיהיו יורשיה שהם יוצאי חלציה יורשים ממנה לאפוקי שלא יירשנה בעלה כו') ובודאי שהבנים הללו בני לאה הנ"ל שרוצים לדחות לאחותם סומכים עמ"ש הש"י שם שיש לחלק בין ראוי לראוי דאין ראוי זה מאבוה דאבא בכלל ראוי סתם הכתוב בשטר אבל כבר נחלקו עליו שלשה עמודי עולם תשו' מהרש"ל ותשו' רמ"א ותשו' מהר"ם לובלין ודברי בעל ש"י בטלים ברוב כו' ותו הא איכא בנוסח שטח"ז זה שלפנינו כמה לשונות דמוכיחים שכולל כל ראוי ול"ד ראוי סתם כגון הלואה כיון שקודם לכן נזכר בהדיא כסף וש"כ חובות ומשכנות כו' אלמא ראוי דקאמר אח"כ היינו אפילו דגרוע מחובות גם כתוב בו בכל נכסים שאניח כו' מדכ' תיבת כל משמע שבא לרבות כו' גם כתוב בו דכל ל' דמשתמע לתרי אפי יהא נדרש לטובת הבת כו'. וכ' עוד דאף דבתשו' מהרמ"ל שם כ' לחלק שאם אין בעזבון חמיו בכדי פריעת כל סך החוב המבואר בשטח"ז אלא כדי פריעת מקצתן והיורשים רוצים ליתן להחתן אותו עזבון בפריעת חובו או שלא הניח שום עזבון לא יוכל החתן לגבות שום דבר מעזבון אבי חמיו כו' (כמו שהובא לעיל) וא"כ לכאורה גם בנ"ד אם האשה לאה בת לבן לא הניחה משלה אלא מעט יהיו הבנים יכולים לומר לאחותם קח לך עזבון האם בפרעון חובך ותהא מסולקת מהכל אבל האמת אינו כן דדוקא בנידון ההוא בנכסים שנפלו להם מאבוה דאבא שהם באים בדין ירושה מאבי אביהם דבני בנים הן כבנים שפיר מצו למימר דמדין לית לך באלו הנכסים דאבוה דאבא ואין לך ליטול אלא בכח התנאי הרי החוב שלך אותו אנחנו פורעי' לך בכל אשר הניחה האם אבל הנכסים שנפלו מאבוה דאבא אין לך ליטול שאין ב"ח גובה מהראוי ואנן מאבוה דאבא קאתינן בדין ירושה אבל נ"ד דמיירי בנכסים שנפלו מאבי אמם שיש לו בנים זכרים והם אינם באים אלא בכח אמם שהניחה שטח"ז על אביה והרי אחותם

גם היא באה בכח שטח"ז שיש לה על אמה הנעשה דרך חוב אלא שנתלה החוב בתנאי שיכולים לסלקה בחצי ח"ז וצריכים הם לקיים התנאי דהיינו או לשלם כל חובה או ליתן לה חח"ז אפילו במה שנפל להם מאבוה דאמא כו'. וכתב עוד דגם החילוק הב' של מהרמ"ל שם דאין להחתן שום זכות בנכסי אבי חמיו אלא כשמת אבי חמיו קודם שבאו לחלוק בנכסי חמיו כו' (הובא ג"כ לעיל) אין לטעות לחלק ג"כ בנ"ד ולומר דדוקא כשמת לבן קודם שבאו לחלוק בנכסי לאה כו' דזה אינו דחילוק של מהרמ"ל נכון בנדון דידיה בנכסים שנפלו לבנים מאבוה דאבא והיינו משום דבשטח"ז כתוב התנאי בזה"ל שאם בניו הזכרים יתנו חח"ז בכל מה שיניח אחריו כו' ושפיר יש לחלק דאם כשבאים לחלוק עם אחותם בנכסי אביהם ראובן כבר מת גם יעקב שייך לומר שגם נכסי יעקב אבי ראובן הוא מס שהניח ראובן אחריו ולכן צריכין בקיום התנאי ליתן לאחותם גם מנכסי יעקב מה שא"כ אם אז כשבאו לחלוק היה יעקב אבי אביהם עדיין בחיים אין צריכין ליתן לאחותם רק חצי חלק ממה שהניח אחריו ראובן ואפילו אם הוא ראוי גרוע כגון שכר פעולה שלא בא לידו מעולם עכ"פ בא מחמתו לאפוקי מה שיפול להם אח"כ כשימות יעקב אין צריכין ליתן לה שום חלק בו שהרי לא שייך עליו לומר שזהו ממה שהניח אביהם ראובן כיון שאינו בא מחמתו כו' אבל בנ"ד דמיירי בנכסים שנפלו להם מאבוה דאמם אחר מיתת האם והם באים בכח שטח"ז שהניחה אמם על לבן אביה ודאי דאין לחלק בכך דאף אם לבן אבי אמם מת אח"כ לאחר שחלקו עם אחותם בנכסי לאה אמם צריכין מחמת התנאי ליתן לה גם מנכסי לבן דכיון שאמה הניחה שטח"ז זה שהם יורשים מחמתו הרי שייך עליו לומר שזה הוא שהניחה אמם אחריה ולא גרע שטר זה משאר שטר חוב שהניחה אמם על שום אדם דשייך לבתה חצי ח"ז משטר ההוא ה"נ משטר זה דמאי שנא ואי משום שזה הוא ראוי גרוע יותר משאר חוב הא מ"מ מחמת התנאי צריכין או לשלם לה החוב או ליתן לה חח"ז בכל ראוי אפילו ראוי גרוע כו' והאריך עוד בזה ומסיים כללא דמלתא דאע"פ דבנדון דמיירו בהו גדולי האחרונים הנ"ל יש לפלפל ולמצוא פנים לכאן ולכאן אלא שמ"מ אין לזוז ממה שהסכימו הרוב מהם שלפי נוסח שטח"ז שנוהגין האידנא יש לחתן חח"ז גם בנכסי אבוה דאבא וכמ"ש למעלה אבל בנ"ד בנכסים שנפלו להם מאבוה דאמא בכח שטר ח"ז של אמם לא מצאתי שום צד חובה לבת ע"כ צריכין הבנים בני לאה הנ"ל ליתן לאחותם חצי ח"ז בכח שטח"ז שיש לה מאמה לאה בכל מה שהניחה אחריה בין בנכסים של לאה בין בנכסים שנפלו להם מלבן אבי לאה שמת אחר מות לאה אמם ואין חילוק בין אם מת לבן קודם שבאו בני לאה לחלוקה עם אחותם בעזבון לאה אמם ובין שמת אחר החלוקה לעולם צריכין

לשלם לה כל החוב כמשמעות השטר או יתנו אח"ז בהכל בין בעזבון אמם בין בעזבון לבן אבי אמם עכ"ד ע"ש. גם בתשובת חינוך ב"י סימן קל"ט בעובדא דחנוך שהיה לו שטח"ז על חמיו שמעון ומת שמעון ואחר כך מת יעקב אביו מסיק דלית ספיקא בהאי דינא דודאי נוטל החתן חצי ח"ז מכל וכל וסיים לבסוף הרי שהגאונים רש"ל ורמ"א ומהר"ם פאדווא ומהר"ם מלובלין וצ"צ ועבוה"ג כולה מסכימים לדעה אחת הכי נקטינן ע"ש. ועיין בתשובת שב יעקב סימן י"ח אודות ראובן שהיו לו ג' בנים ובת אחת נשואה ונתן לה שטח"ז כנהוג ומת ראובן וקודם גמר החלוקה מת אחד מן הבנים בלי ז"ק ועזב גם הוא סך מסויים אם שייך להבת חלק בעזבון הבן מכח שטח"ז שיש לה שנזכר בו בין בראוי כו' והשיב דנידון דומה לזה כבר הוא משאלת ראשונים תשובת מהרש"ל ותשובת רמ"א ותשובת מהר"ם לובלין בראובן שנתן לבתו שטח"ז ומת בחיי יעקב וקודם שבאו לחלוקה מת גם יעקב והניח ברכה והסכימו כולם ששייך לבתו של ראובן חלקה ע"פ שטח"ז שיש לה בנכסי יעקב כיון שגם הבנים יורשים מכח אביהם ראובן שהנחלה בא תחלה לראובן אביהם וכיון שמת באים בניו לירש מאביהם א"כ גם הבת יש לה חלק מכח שטח"ז ואין נגרע כח הבת הואיל דמת אביה בחיי מורישׁ שלו ולא הגיע לידו שום דבר בחייו משום דאנן כתבינן בשטח"ז הכל בדרך חוב שישלמו לה סך מה ולא יפטרו אם לא שיתנו לה חלק בכל דבר הן ראוי או מוחזק ובכה"ג יכול לשעבד אפילו בראוי כי העיקר הוא החוב כך העלו שלשה עמודי עולם הנ"ל להלכה ואחריהם באו שני אחרונים בתשובת צ"צ ובתשו' עבוה"ג וקבעו מסמורת (כאשר הובא כל זה לעיל באורך קצת) ולפ"ז גם בנ"ד מה שהאחים יורשים את האח המת הוא מכח אביהם שמת כמבואר בטור וש"ע סי' רע"ו שכ' סדר נחלות כו' ואם לא נמצא לו זרע תחזור הירושה לאביו של מת ואם אין אביו קיים תחזור לזרעו שהם אחיו של מת כו' מבואר מזה שאחי המת אינם יורשים רק מכח שהמה זרעו של אבי המת ומכח אביהם באו לירש א"כ גם בתו יורשת מכח שטח"ז שיש לה. ואפי' הפוסק החולק על הגאונים הנ"ל והוא תשובת שארית יוסף סי' א' מודה בנ"ד כי הטעם שמזכה בעל שא"י לבנים הזכרים הוא משום שיכולין לומר מכח אבוה דאבא קאתינן כו' וזה לא שייך בנ"ד גם אין יכולין לומר מכח אחינו קאתינן דדוקא באבוה דאבא שייך לומר כן משום תחת אבותיך יהיו בניך ובני בנים הן כבנים ויורשי אבוה דאבא כמו בנים לאביהם משא"כ אחים אין יורשים זא"ז רק מכח אביהם כפי סדר נחלות הנ"ל א"כ גם הבת תירש את אביה מכח שטח"ז שלה כו' וכן מוכח מדברי התוס' ס"פ יש נוחלין (בבא בתרא ק"ח ע"ב) סוד"ה יכול יהא קודם לבן כו' במה שהקשו ואחין דכתב רחמנא למה לי כו' דאל"כ לא מקשו התוס' מידי כו'. והאריך בזה

ומסיק וכתב נמצא בנ"ד יורש האב את בנו בקבר ומוריש לבניו אחי המת וכיון דעדיין לא חלקו ונמצא בעזבון אביו הירושה שירש מבנו המת נוטלת גם הבת מה שהגיע לה מאביה מצד השטר ח"ז שלה כו' אכן דוקא באופן שהכריע בתשובת מהרמ"ל שם דדוקא אם נמצא בעזבון ראובן כדי פריעת כל החוב המבואר בשטח"ז כו' (כמובא לעיל) א"כ בנ"ד נמי אם לא נמצא בעזבון ראובן כדי פריעת כל החוב שנכתב בשטח"ז של הבת א"צ היורשים לתת לה יותר כ"א העזבון של אביה ראובן ולא מחלק אחיה שמת כיון דהוי ראוי ואין החוב משתלם מן הראוי ועוד מסיק בתשובת מהרמ"ל שם (הובא ג"כ לעיל) דאף אם נמצא בעזבון ראובן כדי כל החוב אין החתן יכול לומר או תשלמו לי חוב או תנו לי חח"ז נמי מן הראוי אלא דוקא שבא אותו הראוי לעזבון אביהם קודם שבאו לחלוקה כו' א"כ בנ"ד נמי ולפי הנראה בשאלה הנ"ל שעדיין לא הגיע לחלוקה פשוט לפע"ד או דצריכין ליתן לאחותם חח"ז גם בעזבון אחיה שמת כפי המבואר בשטח"ז או צריכין לשלם החוב המבואר בשטר ח"ז ממה שנמצא בעזבון אביהם מתחלה מקרקע ומטלטלי כפריעת שאר בע"ח שהיה על אביהם עכ"ד ע"ש. ולע"ד פסק זה של הגאון שב יעקב כנ"ל צ"ע לדינא דעיקר טעמו במה שהחליט דאח יורש את אחיו בתורת משמוש מהאב דיורש האב את בנו בקבר ומוריש לבניו אחי המת ויסוד ראייתו מהתו' ב"ב ק"ח ע"ב במה שהקשו אחין דכתב רחמנא למה לי כו' דאי תימא כיון דירושת האחים כתיב בפי' בקרא יורשים מתורת אחים ולא מירושת אביהם בלבד ולכך אין להבת חלק בהן בשטח"ז שלה א"כ מאי מקשין התוס' הלא יש האי נ"מ וכדומה נמי לענין בע"ח לפי מה דכתבו התוס' שם דף קנ"ט דבע"ח נוטל בראוי היכא שאין שייך לומר מאבוה דאבא קאתינא א"כ יש נ"מ היכא דיש על האב בע"ח דאם אחי המת יורשים רק מכח האב בקבר צריכין לשלם תחלה החוב של אב לכך כתב רחמנא ונתתם לאחיו להיות יורשים ממנו מצד עצמם ואין לבע"ח של אביהם כלום אלא ודאי דס"ל דגם השתא דכתיב אחין בקרא לעולם יורשים אחי המת בתורת משמוש כו' ע"ש. ובאמת מצינו שדעת הגאון רע"ק איגר זצ"ל אינו כן בתשובה סי' קל"ב (הובא קצת לעיל ס"א בד"ה פלוני) אלא דהשתא דכתיב אחין בקרא האח בעצמותו יורש בלא משמוש וכתב שם על קושיית התוספת דב"ב ק"ח הנ"ל די"ל דקושייתם הוא למ"ד שעבודא לאו דאוריית' דאינו גובה מהיורשים כלל ואף בשעבדו בפירוש ע"ש ובסי' קל"ח שם הביא דפליגי בזה הב"י והרמ"א ז"ל בד"מ בסי' רנ"ג אות ז' וכתב שם דפשטא דמלתא נראה יותר דא"צ לשלם חוב אביו כו' ע"ש (הובא קצת לעיל סי' ק"ד סי"ו ס"ק י"ד) וא"כ דהאח בעצמותו יורש ולא מדין משמוש פשיטא דבנדון השאלה לא צריך בן ראובן ליתן כלום לאחותו מנכסי אחיהם

שמת מחמת השטח"ז שיש לה על אביו ראובן. ואף אי נימא דהוא ספיקא דדינא אם יורש מכח משמוש או לא י"ל דנכסי בחזקת יורשין קיימי ואין להוציא מספק ובכה"ג לא שייך לומר יד בעל השטר על העליונה כמ"ש בתשובת רע"ק איגר ס"ס קכ"ט הובא לעיל סי' מ"ב ס"ז ס"ק ד'. גם מ"ש השב יעקב הנ"ל דבנ"ד גם השארית יוסף מודה כי הטעם שמזכה בעל ש"י לבנים הזכרים הוא משום שיכולין לומר מכח אבוה דאבא קאתינן וזה לא שייך בנ"ד כו' לכאורה צ"ע מדוע לא הזכיר טעם השני שכתב הש"י שם (הובא לעיל בשמו) בזכות הבנים דאף שכתוב בשטר ראוי ומוחזק מ"מ נכסי אבא דאבא ראוי גרוע הוא משום שמעולם לא בא הממון ליד אב הם ואינו נכלל ראוי זה בסתם ראוי כו' וא"כ גם בנ"ד שייך לומר כן ובפרט דאפשר קצת לומר דגם הגאונים הנ"ל החולקים על השא"י מודו בכה"ג דזה היא ראוי גרוע וגרוע יותר דודאי לא סלקא אדעתא שימות בנו תיכף אחר מותו בלי זרע קיימא ותחזור הירושה לעזבונו (ומדברי תשובת שבו"י שיובא לקמן בסמוך קצת ראיה לזה) וצ"ע. ועי' בתשובת שבו"י ח"א סי' ק"י בענין שמעון שהשיא בת אחת לראובן בחייו ונתן לה שטח"ז כנהוג ואח"כ מת שמעון בלא צוואה והניח אחריו בן אחד פנוי ושתי בנות קטנות פנויות ואמדו ב"ד דעת שמעון הנעדר והפרישו לחלק השתי בנות סך מסויים ואח"כ קודם נישואין מתו הבנות ושאל השואל אם יש לראובן חתנו זכות בכח שטח"ז שלו באותו סך שהופרש לחלק שתי בנות הנעדרים או לא. והשיב לכאורה נראה כיון דמוכח בש"ס ובהרא"ש פרק מציאת האשה (סי' י"ד) דמיד בשעת מיתת האב זוכין הבנות בשיעור נכסיהון בתורת חוב על האחים ודלא כתשובת מהרי"ט ח"א סי' ק"ל כו' וא"כ כשמתה מינה קא ירתי האחים ואין לזה מכח שטח"ז שום זכות באותן נכסים דודאי אין האב יורש את בתו בקבר להנחיל לבתו וחתנו בכח שטח"ז שלו ואף את"ל שיורש מ"מ ה"ל ראוי ואף דכתב בשטח"ז שיטול בראוי כבמוחזק מ"מ ראוי גרוע כזה אינו נוטל וכדאיתא בתשו' שארית יוסף סי' א' הגם שהאחרונים בתשובותיהם דוחים כלדבריו ופסקו דלא כוותיה מ"מ בנ"ד דגרע וגרע יותר אפשר דגם המה מודים כו' ועוד דאף אי נימא דזה נכלל בכלל ראוי מ"מ כיון שמתה הבת אחר שכבר חלקו אחיו עם ראובן בשטח"ז שלו אז אין לו זכות במה שנפל להם אח"כ בכח שטח"ז וכמ"ש בתשו' מהר"ם לובלין ובתשו' צ"צ סי' קי"ד קבע בו מסמרות מדכתב בלשון השטח"ז מה שיניח אחריו וזה לא מקרי מה שהניח אחריו כ"ז היה נראה לכאורה אך אחר העיון נראה דהדין עם ראובן והוא יורש חלקו בכח שטח"ז שלו אף אם לא היה כתוב בו בראוי כבמוחזק והטעם דאע"ג דהבת זכתה מיד שמת אביה בחלקה והיא ב"ח של האחין כאשר כתבתי מ"מ היינו דוקא אם נשאת אז זכתה למפרע משעת מיתת האב משא"כ

אם מתה קודם שנשאת איגלאי מלתא למפרע שלא היתה לה שום זכיה בנכסים ודמי למ"ש בא"ה סי' קי"א ס"ה בהג"ה והוכחה לזו דהא אם לותה הבת בחייה ומתה קודם שנשאת ודאי דאין הב"ח גובה אותן עישור נכסים כו' ומצאתי און לי בתשו' צ"צ סי' צ"ה כו' נמצא זכינו לדין דיש לראובן חלק באותן עישור נכסים כיון שמתה קודם נישואין אגלאי מלתא למפרע שלא זכתה מעולם בפרנסתם אכן עדיין הברירה ביד היתומים שאם רוצים יכולים לחזור ולשלם לו חובו ושלא ליתן לו חצי ח"ז אף שכבר התרצו ליתן לו בתורת ירושה מ"מ כיון שעכשיו נתרבו הנכסים הוי כפשרה ומחילה בטעות עכ"ד ע"ש. ומ"ש הבה"ט בשם צ"צ סי' צ"ה במי שלא הניח רק בנות ובת אחת יש לה שטח"ז דאין לה שום קדימה כו' הנה גם הב"ש בא"ה סי' צ' סק"ד כ"כ בשמו ע"ש. אך בתשו' עה"ג סי' ע"ו (שרמז עליו הבה"ט) מפקפק בדבר ודעתו נראה לחלק דע"כ לא אמרי' ויתרה מתנתה משום ריוח ביתא של הירושה אלא אם נוטלת משום ירושה כאותו הסך שהיתה נוטלת משום מתנתה או יותר אבל אם אותו סך המגיע לה מחמת חלק ירושתה לא יגיע לאותו הסך שהיתה נוטלת משום מתנתה לא אמרי' ויתרה מתנתה משום ריוח ביתא של ירושתה כי אין זה ריוח רק הפסד וראיה לזה מפרק מציאת האשה (כתובות דף ס"ט) ובתוס' שם כו' דע"כ לא מספקא להתוספת אי אמרי' ויתרה או לא אלא במקום דליכא ריוח וגם הפסד אין כאן אבל במקום דאיכא הפסד פשיטא להו להתוס' דלא אמרי' ויתרה כו' והאריך בזה ע"ש. אולם בתשו' שב יעקב חח"מ סי' כ"ב השג על תשו' עה"ג הנ"ל וכתב דעיקר ראייתו אשר בנה יסודו עליו לדמות לעישור נכסי בפרק מציאת האשה (כתובות דף ס"ט) כו' לא דמי כלל דהכא בנ"ד מה דאמרי' דבטל השטח"ז אין הטעם משום דאמרי' כיון שרווח ביתא מחמת ירושתה ויתרה מתנתה רק עיקר הטעם דבטל השטר משום דאמרי' אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא נתן לה אביה שטר זה רק אדעתא שיהיו לו בנים זכרים וכבר כ' בש"ע סי' ר"ז ס"ד בהגה דבאומדנא דמוכח נתבטל המקח והכא אין לך אומדנא דמוכח גדול מזה דכ"ע יודעי' דאין נותני' שטח"ז אלא מפני שלא תדחה הבת מירושה מפני הזכרי' ועוד איתא שם בהגה די"א דבמתנה דברים שבלב הוויין דברים ומשמע אף בלא אומדנ' דמוכח ולפ"ז השטח"ז לא הוי רק כמתנה כנרא' פשוט מהפוסקים אף דנכתב בלשון חוב היינו שלא יהא בכלל נותן דבר שלב"ל וא"כ הולכין אחר דברי' שבלב אפי' בלא אומדנ' דמוכח כו' וא"כ כיון דאמרי' דאדעתא דהכי לא נתן לה אביה שטח"ז מה לנו אם נוטלת בחלק ירושת' כ"כ הרבה או לא כיון דאם לא היו לו בנים לא נתן לה השטר כלל א"כ אי לא הי' לה שטר כלל לא הוי נוטלת בירושת' יותר משאר בנות הן רבאו מעט וכיון דאנו רואין לגבי בנות כמו

שלא הי' לה שטר אינה נוטלת רק חלק ירושתה הן רב או מעט ולא תליא בדעתה אי ויתרה או לא בשלמא בעישור נכסי א"ש דזה תקנו חכמי' ליתן לבת כו' והאריך בזה. וע"ש עוד שכ' דאע"ג דאמרינן דאדעתא דלא יהיו לו בנים זכרים לא נתן לה אביה שטח"ז וכיון שלא הניח בנים אחרים בשל השטר מ"מ כ"ע מודו אם הניח זכרים אחר מיתתו ואח"כ עד שלא הספיקו לירד לחלוקה מתו הבנים דצריכין ליתן להבת שיש לה שטח"ז תחלה כחצי חלק דהוי מגיע לבנים אילו היו נשארים חיים משום דמיד שמת האב זכו הבנים בירושתן וגם הבת בחלק ח"ז ואין לשאר בנות כלום רק מה שזכו זכו מן הבנים דהיינו מה שנוטלין השתא בחלק ירושתם מאחיהם שמתו נוטלות כולם בשוה מלבד חח"ז שנוטלת אותה בת כבר אף דג"כ י"ל דלא היה דעת האב כך שתטול אותה הבת כפי חח"ז כיון שנוטלת השתא בתורת ירושה עם שאר בנות מ"מ הואיל דבשעת מיתת האב היו לו בנים וראוי לה שטח"ז כפי דעת האב אף שמתו הבנים אח"כ לא תליא בדעת האב עוד דמה שזכה אחר כך זכה מאחיהם ולא מהאב ושוב פקפק בזה דאפשר גם בכה"ג באם שמגיע על חלקה ירושה השתא יותר ממה שהיה מגיע אי היתה נוטלת חח"ז נימא שויתרה מתנתה כמו בעישור נכסי בפ' מציאת האשה הנ"ל כו' וסיים דצ"ע לדינא. אך בדין זה שהוזכר בתשובת צ"צ הנ"ל שמתו הבנים קודם מיתת האב שלא זכתה הבת כלל בשטח"ז שלה משום דאדעתא דהכי לא כתב לה האב על פי אומדנא דמוכח ודאי דאין ליטול שטר חצי זכר רק נוטלת בתורת ירושה עם שאר בנות הן רב או מעט עיין שם. גם בתשובת שבות יעקב חלק א' סוף סימן ק"י הזכיר בקצרה דברי תשובת הצ"צ הנ"ל וכתב דהעיקר כדבריו ודלא כתשובת עבודת הגרשוני שמפקפק עליו ואין להוציא ירושה דאורייתא בכדי ע"ש. ומ"ש עוד הבה"ט בשם תשובת צ"צ סי' צ"ו באם מתה הבת בחיי אביה והניחה ז"ק כו' עד ודלא כהגהת רמ"א באה"ע ר"ס צ' כו' הנה בב"ש שם סק"ד הביא דברי הצ"צ אלו וליכא שם הך סיומא ודלא כהגהת רמ"א כו' כאשר באמת אין פי' לדברים אלו כי נ"ד לא דמי כלל להתם וכ"כ בהדיא בתשובת צ"צ שם בסוף התשובה וז"ל והא דאיתא בהגהת ש"ע אה"ע סימן צ' בשם מהרי"ו דאב יורש זכותו אותו שטר מכח זרעו היינו דוקא היכא דשבק ראובן בנים זכרים או זרע מהם שאין הבת נוטלת בתורת ירושה אלא בכח שטח"ז אז הדין שאב יורש את זרעו כיון שהיה קיים כשמתה אמו וזכה בשטר ח"ז הרי אותו זכות יורש אביו ממנו כשמת הזרע אבל כשלא הניח ראובן שום יורש אלא אותו הזרע מן הבת היה ראוי ליורשו או שהניח עוד בנות רק שלא הניח בנים זכרים שאז אין הבת נוטלת בכח שטר ח"ז אלא בתורת ירושה כמו שבארתי בתשובה שלפני זה (שהובא לעיל) אז אין אבי הזרע יורש כלום מכח זרעו

דכיון שאינו נוחל בשטר ח"ז אלא בתורת ירושה הוא נוטל ואין בן יורש את אמו כשהוא בקבר להנחיל ליורשיו מצד אביו עכ"ל ע"ש:

י **וכתב לה ויוצאי חלציה כו'**. עיין בנחלת שבעה סימן כ"א בנוסח שטח"ז שלו שכתב ומחייב אני לשלם סך הנ"ל לבתי או ליוצאי חלציה כו' ובביאורו שם סעיף ד' כתב וז"ל ואין לכתוב יורשיה יוצאי חלציה רק בסתם יוצאי חלציה ומכ"ש שאין לכתוב יורשיה סתם והטעם מבואר למעיין במהרי"ו הביאו רמ"א בח"מ סימן רפ"א עכ"ל וכבר תמה עליו בקצה"ח וכתב וז"ל כוונתו לא ידענא דודאי טפי עדיף לעשות כשורה שהבנים יירשו ולא הנקבות ומהרי"ו לא צוה לכתוב לבתי ולי"ח אלא דכתב דשטר ירושה שכתוב בו לי"ח הבנים והבנות שוין אבל ודאי לכתחלה טפי עדיף דלא להוי כעבורו אחסנתא מברא לברתא וא"כ אדרבה ראוי לכתוב ליורשיה יוצאי חלציה עכ"ל גם בתשו' שב יעקב סי' ך' תמה על הנ"ש בזה ונדחק ליישב דבריו ע"ש ע"כ נראה דאין לכתוב כדברי הנ"ש הנ"ל וכן מבואר מדברי הצ"צ סי' קי"ד שהבאתי בס"ק שלפני זה דהמנהג לכתוב וליורשיה שהם יוצאי חלציה וע' בס"ק שאחר זה:

יא **בנותיה ובניה נוטלין בשוה**. זהו מפסקי מהרי"ו סי' כ"ז שכ' וז"ל שטר ירושה שכתוב בו לבתי ולי"ח ולא כתב בו ליורשיה י"ח אם מתה הבת בחיי אביה ואח"כ מת האב י"ח זכרים ונקבות יורשים בשוה וכ"כ האשר"י בתשובה (הובא בטור לעיל סי' רמ"ז) היכא דצוה מחמת מיתה יתמי פ' יטלו בשוה דהכל קרויים יתמי בין זכרים בין נקבות וקרא כתיב יוצאי ירך יעקב ודינה היתה בכלל ומהר"י מולין הודה לדברי עכ"ל. וע' בקצה"ח שהביאו וכ' וז"ל ומשמע מדבריו דוקא מחה הבת בחיי אביה ואח"כ מת האב הא מת האב תחל' ואח"כ מתה הבת כיון דכבר זכתה הבת אין לנקבות כלום במקום זכרים אפי' כתב לה ולי"ח וא"כ הא דסתם הרמ"א בנותיה ובניה נוטלין בשוה היה לו לפרש דוקא מתה הבת בחיי האב וצ"ע עכ"ל. וע"ש עוד שכתב דבעיקר דברי מהרי"ו צ"ע כו' עד ואפשר דמהרי"ו נמי לא אמר בשטר ירושה שכתב לבתי ולי"ח אלא היכא די"ח כבר היו בעולם וכהאי דהרא"ש ביתמי פ' דבאו כבר לעולם אבל בשטח"ז דליתנהו לבנים ולבנות בעולם א"כ לא זכו אפי' הבנים אלא בתורת ירושת אמם ואין לבנות כלום ותימה על הרמ"א שכתבו לענין שטח"ז כו' ע"ש ובנה"מ יישב תמיהתו וכתב שדברי הרמ"א ברורין כו' עד ולפ"ז מ"ש הנ"ש בנוסח שטח"ז גבי גוף החוב שנתחייב לה ולי"ח הוא ט"ס וא"צ לכתוב ויוצאי חלציה רק בלשון התנאי ולא בגוף החוב ע"ש. וע' בתשו' שבו"י ח"ב סי' קכ"ב בשטח"ז שכתוב בו לה וליוצאי חלציה ואותה הבת נתנה כח שטח"ז שלה בחייה לא' מבניה במתנה גמורה בכל אופן המועיל אי יפה כח המתנה או לא

והשיב לפום ריהטא נראה שדין זה נוטה לאומר נכסי לך ואחריך לפלוני שיש בזה הרבה חילוקי דינים כו' אך באמת זה אינו כמ"ש הר"ן בפי"נ שלא נאמרו דברים שבשמועה זו אלא באומר אחריך אבל באומר לך וליורשיך שופרי דשטרי הוא כו' וכ"כ בש"ע סי' רמ"ח ס"ז בהגה כו' ע"כ בנ"ד פשוט שיש להבת כח בשטח"ז שלה כל ימי חייה בריצוי בעלה למכור או ליתן למי שתרצה בלי פקפוק כלל. וכתב עוד דיש ללמוד עוד מזה במה שפסק רמ"א סי' רפ"א ס"ז במי שכתב לבתו שטח"ז וכתב לה ולי"ח בנותיה ובניה נוטלין בשוה כו' ולפמ"ש נ"ל היכא דאביהם דאמם (ר"ל של הבנות והבנים הנ"ל דהיינו בתו וחתנו של הזקן) השיאו לבנותיהם וכתבו להם שטח"ז על נכסיהם כנהוג בראוי ובמוחזק הרי דהוי כהתנו אביהם ואמם בפירוש שבשטח"ז שלהם (שיש להם מאביהם הזקן) לא תקחו הבנות רק כחצי ח"ז ולא יותר ודברי הרמ"א והפוסקים שכתבו שנוטלין בשוה עם הזכרים לא מיירי בהשיאו בנותיהם ונתנו להם שטח"ז והוא נ"ל ברור בלי פקפוק ואם הניחה עוד בנות פנויות אם לא צותה אמם קודם מותה שיקחו בשטח"ז שלה כמו אותן הבנות שכבר השיאו אזי יטלו אותן בנות פנויות חלק בשוה עם הזכרים בשטח"ז של אמם כפסק הרמ"א [דהיינו לבד מאותו חלק שיורש הזכר מחמת אחיותיו שכבר נשאו שהם נוטלין רק החצי והמותר יורש הזכר] כי אפשר שבכוונה עשתה זאת כיון שלא השיאה בחייה שתירש השנויה יותר כי היכי דליקפוץ עלה לאנסובי כל זה נ"ל ברור לדינא עכ"ד ע"ש. וע' בתשו' שב יעקב סי' ך' בעובדא בשטח"ז שנכתב בו שנתן לבתו או לי"ח ולא נכתב ליורשיה יו"ח ורוצה בתה לירש זכות השטח"ז הלז בשוה עם אחיה מחמת דברי רמ"א הנ"ל שלשון יוצאי חלציה זכרים ונקבות בשוה כו' והאריך שם בדברי תשו' הרא"ש כלל פ"ה סי' ג' בענין יתמי אחותי שהובא בקצרה בטור סי' רמ"ז ובמ"ש הב"י שם דהרשב"א בתשובה סי' תתקס"ג נראה שחולק עליו וכתב דיש להוכיח מפי' רשב"ם בסוגיא דפ' מי שמת כדעת הרא"ש כו' ושם כתב מיהו אחר העיון יש לחלק בין האי דינא דהרא"ש ובין האי דינא דכ' רמ"א בשטח"ז בין לטעם הראשון של הרא"ש ובין לטעם השני שם כי לטעם הראשון י"ל דדוקא בנידון דידיה שכבר מתה אחותו וידע שהניחה בנים והיה לו לומר בני אחותו כו' משא"כ הכא שלא ידע מה תניח בתו אחריה כו' ואין סתירה מהא דכתיב יוצאי ירך יעקב ודינה בכלל דבאמת דעת הנותן שטח"ז נמי לזה שיהיו הבנות בכלל לשון זה דהיינו אם לא יהיו לה זכרים והלא משנה שלימה ביש נוחלין כל יוצאי ירך של בן קודמין לבת וכי נימא בשביל זה דהבן ובת שוים רק צ"ל הא דקאמר יוצאי ירך של בן דמשמע זכרים ונקבות היינו שניהם קודמין לבת של הזקן אבל לענין ירושת עצמן כל אחד נוטל כדינו וה"ה בנ"ד הא דקאמר לבתו ולי"ח

בא לומר דרק י"ח יירשו הזכות של השטר לאפוקי אם אין י"ח לא יעלו שאר יורשים אבל לענין ירושת עצמן כל אחד יטול כדינו זכרים קודמין לנקבות ואם אין זכרים יטלו נקבות כו' וגם לטעם השני של הרא"ש שם י"ל דדוקא בעובדא דשם שכבר העביר נחלה מבתו ומכ"ש שלא יחוש להעברת אחותו כו' והאריך בזה ומסיק וכתב כלל הדברים שאין לדמות האי דינא דשטח"ז שהביא רמ"א בסי' רפ"א שנכתב בו לבתו וי"ח לדין של הרא"ש שהביא רמ"א בסי' רמ"ז דהתם שפיר הוציא רמ"א מיניה דה"ה ליוצאי חלציה משא"כ בדין דשטח"ז כו' וכיון שאין להוכיח הדין של רמ"א אדרבה מתשובת הרא"ש והרשב"א ומתשובת שארית יוסף סי' י"ג מוכח שבמקום שלא ראינו שדעתו להעביר נחלה אנו אומדין דעתו לעשות כדין ירושה ומספיקא לא מפקינן מהיורשים אין לפסוק בזה כדעת רמ"א אך אעפ"כ דבר קשה לפסוק נגדו לגמרי באשר זכה לפסוק כמותו כהלכה למשה מסיני וגם זה דבר קשה להוציא מחזקת היורשים בלי ראיה מוכרחת ע"כ טוב לפשר בזה עכ"ד ע"ש (וע' עוד בתשו' אא"ז פמ"א ח"א סי' ל"ז מענין זה ובתשובת שבו"י ח"ב סי' קכ"ב כתב עליו שאין דבריו ברורים ומוכרחים כלל ע"ש וכבר הזכרתי זה לעיל סי' רמ"ז ס"ג סק"ד):

יב **התנה שלא יהא חלק לבתו בספרים**. משמע דמן הסתם יש לה חלק גם בספרי' אא"כ התנה אמנם כבר נתפשט המנהג לכתוב בכל שטר חח"ז חוץ מספרים וקרקעות כמבואר בנ"ש סי' כ"א (וכתב שם דאם כותבין שטח"ז על האשה בפני עצמה אין לכתוב חוץ מספרים וקרקעות דלא שייך טעם הסבת נחלה אצל נכסי האשה כו') והטעם לזה מבואר בנ"ש שם סעיף ו' ובכמה תשובת האחרונים ז"ל. ועי' בתשו' חתם סופר אה"ע ח"ב סי' קס"ח דנ"ל דכל דין ספרים לא נתכוונו הראשונים אלא בימיהם דלא היה הדפוס והיו שוכרים כותבי ספרים ומעתיקים ועשיר א' השאיל ספרים לכל בני הקהלה והיה דבר יקר ומסויים והיה נקרא שמו של בעליו עליו יותר משארי מטלטלים והיה שייך ביה עג"נ טפי מקרקע אבל בספרים הנדפסים בזמנינו מטבע א' יוצא לאלף ספרים כיוצא אדרבה כל המטלטלים מסויימים טפי מספרים אין שום טעם שלא תגבה מספרים אבל מה נעשה ומנהג אבותינו וחלילה לנו לדון בדבר חדש מה שלא שיערו ראשונים ע"ש. וע' בתשו' שב יעקב חח"מ סי' כ"א שנשאל במה שנוהגין לכתוב בשטח"ז חוץ מספרים אם יש להבנות ליטול בכלי קודש לס"ת מרבדי זהב וכסף גם עץ חיים וטס ויד של כסף כו' והאריך בזה ומסיק דיש להבנות חלק בהן דבאמת נראה הטעם שמוציאין את הספרים מכלל שטח"ז משום דקונין הספרים ללמוד וללמד בהן וזה שייך רק להזכרים משא"כ הבנות דכל המלמד את בתו תורה כאלו מלמדה תפלות וא"כ מהיכי תיתי ליקח

מן הבנים שיש לו שכר בהקנותם להם וליתן לבנות שיש לו קצת עונש אם מלמדה תורה (וכ"כ בתשו' כנ"י סי' צ"ג) וא"כ לא שייך זה אלא בספרים שלומדים בהם משא"כ בס"ת בזה"ז רק לקרות בצבור ויש לו הזכות שמזכה רבים י"ל שגם לבנות יש להם זכיה בזכות הזה ואדרבה כיון שאין לנשים זכות מלימוד עצמן ראוי להם יותר לזכות אותן שיזכו ע"י זכות אחרים כמו דאיתא בסוטה הני נשי במאי זכיין כו' ואעפ"כ בס"ת עצמו אין להוציא מחזקת הזכרים כיון שנכלל בל' ספרים אבל כלי קודש הנעשין רק לנוי וכבוד ואינן מחוברות תמיד בס"ת אפי' העץ חיים של כסף שאינן מחוברים ודאי שיש להבנות ג"כ זכיה בהן ע"פ שטח"ז שלהן ואף שאינן מצווין על לימוד התורה מצווין על כבוד התורה כמו אנשים ע"ש. ומ"ש הבה"ט ואם נושא ונותן עם ספרים וקרקעות כו' עד וכ"כ בתשו' שבו"י כו' הנה קיצר בדבר כי בשבו"י שם ח"ב סי' קכ"א כתב דמה שנוטלת הבת בקרקעות שמסתחר בהם היינו מה ששוים יותר משליש ממה שיש לו כגון שהוא עשיר בס"ה לערך ששת אלפים והקרקעות הם שוים ג' אלפים כיון שהם קרקעות שמסתחר בהם נוטלת גם הבת בשטח"ז במה ששוים יותר משליש עשרו אבל עד שני אלפים שהוא שליש עשרו הוא בכלל התנאי חוץ מקרקעות לפי שאחז"ל לעולם ישליש אדם מעותיו שליש בקרקע כו' ומסתמא אדם מצדיק מעשיו בשעת מותו והיתה כוונתו לקיים בעד שליש מעותיו מקרקע שכבר לקח כדברי חז"ל אבל המותר אינו בכלל התנאי ויש להבת חלק בהם מכח שטח"ז שלה ע"ש (וע"ל סי' קסג ס"ג בהג"ה ג' ובבה"ט שם ס"ק כד) והנה מדברי הבה"ט והשבו"י הנ"ל משמע דמה שיש להבנות זכות בקרקעות שנו"נ ומסתחר בהם היינו שדרכו לקנות ולמכור אותם אולם בתשו' כנ"י סי' צג כתב דאף אם אין דרכו למכור כלל רק שהיה מחזיקם להכניס בהם דיורים זוכים הבנות דלא נאמר למעט חלק הבנות כ"א הבתים שהיה דר בו האב ושפיר איכא עגמת נפש משא"כ עשיר שקונה הרבה בתים וקרקעות להשכירם להרויח בהם ועושה מהם פירות מרובין ודאי אינם בכלל קרקעות למעט חלק הבנות ע"ש וכ"כ בתשו' שב יעקב סי' י"ד בשם תשו' חו"י סי' קיב שאין בכלל קרקעות רק הבית שדר בו אביהם ולא שאר בתים שעומדין להשכיר והוא ז"ל כתב דיש מפקפקים בדין זה ולכן כשבא לידי ראיתי לפשר ביניהם ע"ש וכן הסכים בתשובת רע"ק איגר זצ"ל ס"ס ק"ל הבאתיו בפ"ת לאה"ע סי' קי"ג סק"ו ע"ש עוד. ומה שכתבתי שם לעיין בתשובת כנ"י בענין מקום שניתן הפקודה שיהודי הקונה בתים אינו רשאי לכתוב בפנקס ערכאות על שמו רק על שם עירו א"י כו' עי' בזה בתשובת שב יעקב שם שהשיב להגאון בעל כנ"י על שאלה הנ"ל באריכות ומסיק דהיכא דא"י הקונה לשם ישראל יכול לסלק את הישראל במעות לית דין ולית דיין לגרוע כח הבנות רק

פשוט הוא דהוה ליה כדין מטלטלין דלא עדיף ממשכנתא באתרא דמסלקי כו' והבנות נוטלין חלקן ע"פ שטח"ז שלהן והוא דין ברור ע"ש וע' בס"ק שאחר זה:

יג **קונה משכון.** עבה"ט עד אך לענין דינא נ"ל דמשכון שלא בשעת הלואתו קני ליה לגמרי כו' וע' בתשו' ח"ס אה"ע ח"ב סי' קס"ח שכתב דלכאורה יש להפליא על הש"ך דהא הטעם שכותבין בשטח"ז חוץ מספרים וקרקעות מבואר בנ"ש סי' כ"א אות ו' דהוא משום עגמת נפש שלא תסוב נחלתו למטה אחר דשמו נקרא ביותר על ספרים וקרקעות ומייתי ראיה מתקנת רגמ"ה גבי יבמה (הובא בתשו' מהר"ם מינץ סי' ק"ב) ולפ"ז בספרים הממושכנים נהי דשלא בשעת הלואתו קני ליה לגמרי מ"מ אם יבא הלוה ויחזור מעותיו צריך להחזיר משכנתו בלי ספק וכיון דבעמוד והחזר קאי מהיכי תיתי נאמר דאית ביה משום הסבת נחלה אך אפשר לקיים דינו של הש"ך כנראה מתוך הענין שדעת הלוה לשקוע ולהניח המשכון לחלוטין דנהי דבמשכנו בשעת הלואה לא היה מועיל כיון שלא מכרו בפירוש מ"מ שלא בשעת הלואתו הרי מדינא להש"ך מקרי שלו ממש ורק משום דלא נקרא שמו עליו הכא שכבר נתיאש הלוה מפדיון ונראה דעת הלוה לשקעו ביד המלוה לעולם אית בזה עגמת נפש כו' (הוא ז"ל עצמו בחלק אה"ע ח"ר סי' קמ"ז כתב טעם אחר על שכותבין חוץ מספרים וקרקעות והוא נכון מאד ולפי דבריו שם נראה דאפשר לקיים דינו של הש"ך בכל ענין וצריך עיון. ועי' בקצה"ח ובנה"מ מזה) עיין שם עוד בנידון השאלה שם בענין הקרקע שנמכר על ל"ב שנים עש"ה:

יד **הוי לשון מתנה.** כ' הסמ"ע ואפי' אמר גם לשון ירושה באותו מאמר כו' וכן כתב בלבוש והוא ע"פ תשובת הרא"ש שבטור ע"ש וע' בתשובת ושב הכהן סי' צ"ז שכתב דה"ה אם אמר לשון יטול וכיוצא בזה מלשונות שמוזכר לעיל סי' רנ"ג ס"ב ודין זה הוא לכ"ע אפי' להפוסקים שם ס"ג דס"ל דבבריא לא מהני שאינו לשון מתנה מבורר מ"מ בשכ"מ דמהני לכ"ע אין לחלק בין אם אמר בהדיא ל' ירושה ל' מתנה ממש או ל' יטול וכיוצא ע"ש:

סימן רפב

שמעבירין בה הירושה. כתב בספר קצה"ח וז"ל בתשב"ץ ח"ג סי' קמ"ז כתב ובטופסי שטרות לראשונים יש שיור ארבעה זוזי וכתב גאון ז"ל דמשום כדי שתהא רוח חכמים נוחה הימנו כמ"ש בס' עיטור סופרים במתנת שכ"מ כו' עכ"ל. וע' בתשובת ח"ס חח"ס סי' קנ"א שנשאל ע"ד עתיר נכסין שלא היו לו בנים ורוצה לעשות שטר צוואת בריא ליתן מרוב עשרו קרן קיימת לדברים טובים והמיעוט הנשאר ליורשיו אי שרי ת"ח להזדקק

לזה והשיב דין זה מקורו מש"ס ב"ב קל"ג ע"ב הכותב נכסיו לאחרים ומניח בניו אין רוח חכמים נוחה הימנו ומבואר בסוגיא שם אחד הכותב לאחרים ואחד המקדיש ומוכח בכתובות נ"ג ע"ב בעובדא דר"פ בי אבא סוראה דל"ד כל נכסיו אלא אפי' מקצת נכסיו כו' ואע"ג דבש"ס איתא והניח את בניו ל"ד בניו אלא יורשיו וכ"כ רמב"ם (וש"ע) יורשיו דזיל בתר טעמא דילמא נפיק מיניה בנין דמעלי דזה שייך בכל יורשיו וכן מבואר בסמ"ע שכתב דמ"ש שאין נוהגים בו כשורה פי' אע"ג דנוהג כשורה במילי דשמיא כו' ואי ס"ד דבנו ממש הוא ולא נהג באביו כשורה למרוד בו א"כ מה טוב נשאר לו כו' מבואר מכל זה שאפי' להקדיש רק קצת נכסיו אפי' לא הניח יוצאי חלציו אין לת"ח להזדקק לזה. ואמנם בתשב"ץ ח"ג סי' קמ"ז כ' דבטופס שטרות לראשונים יש שיור ד' זוזי וכ' גאון ז"ל דמשום שתהא רוח חכמים נוחה הימנו כמ"ש בס' עיטור סופרים כו' ודעת הגאונים רחבה מדעתנו מ"מ מאי דמייתי מהעיטור לע"ד יש להוכיח בהיפוך דנראה דבעל העיטור קאי התם דוקא אמאי דמייתי מקודם הירושלמי דר' אבא בר ממל אמר ע"ז נאמר ותהי עונותם על עצמותם שהוא חטא גדיל ובמתני' משמע רק אין רוח חכמים נו"ה עז"כ בעל העיטור ומסתבר דוקא בניו ודוקא לא שייר להם כלום כו' ור"ל דאם הניח להם כלום אפי' בניו או שאר יורשים אפי' לא הניח כלום ליכא משום ותהי עונותם אבל לעולם איכא אין רוח חכמים נו"ה כו' אך מעשים בכל יום מי שאין לו בנים מצווה לעשות מנכסיו קרן קיימת ודברים טובים נראה משום דאמרי' ריש פרק יש נוחלין והעברתם במי שאין לו בן הקב"ה ממלא עליו עברה ואין עברה אלא גיהנם וא"כ רצה להציל עצמו מגיהנם בצדקה זו והוא קודם לעצמו מיורשיו כו' כך נראה ליישב המנהג וכ"מ שהלכה רופפת הלך אחר המנהג. ואולי כ"ז אינו אלא בשכ"מ שאין המתנה חל אלא בשטת מיתה ואז נופלים הנכסים לפני יורשים והוא בא להפקיע אבל מתנת בריא גוף מהיום ופרי לאח"מ לית לן בה דבחיים יכול כל אדם לעשות בשלו מה שירצה וזו סברא נכונה ליישב המנהג אבל כתובות נ"ג תיובתיה מ"מ אם מניח ליורשיו עכ"פ מנה יפה יכול פר"מ להזדקק לזה עכ"ד ע"ש. ומשמע מדבריו דדוקא מי שאין לו בנים אבל אם יש לו דל"ש טעם והעברתם איכא קפידא אפי' במקדיש מקצת נכסיו ולע"ד איני יודע מנ"ל הא ולכאורה מ"ש הגאון ז"ל דמבואר בסוגיא דב"ב דה"ה מקדיש לשמים הוא נכון וכן מ"ש דמוכח בכתובות נ"ג דה"ה מקצת נכסיו הוא ג"כ נכון אבל זהו כל חדא באפי נפשיה דהיינו במקדיש דוקא כל נכסיו ובמקצת נכסיו הוא דוקא להדיוט אבל שניהם כאחד דהיינו מקדיש רק מקצת נכסיו זה לא מוכח בשום מקום כי בב"ב הוה עובדא שהקדיש כל נכסיו ובכתובות הוה עובדא שרצה ליתן נדוניא לבתו י"ל דבכה"ג דוקא הוי קפידא

אבל במקדיש רק מקצת נכסים י"ל דאין קפידא וכדמשמע נמי בכתובות ס"ז ע"ב גבי מר עוקבא וא"ל דמר עוקבא לא הניח בנים דהא בפא"נ ד' ע' בההוא דודאי דבני מר עוקבא ופרש"י יתומים היו ובש"ע י"ד סי' רמ"ט ס"א בהגה וצ"ע:

סימן רפג

זכו במה שבידן. עבה"ט שכ' הקשה חתני הנבון כו' וע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' קנ"ד שכתב ליישב קושיא זו על נכון (גם בנה"מ תמה על קושיא זו) . וע"ש עוד שנשאל מחותנו הגאון רע"ק איגר זצ"ל בנפקד שיש בידו פקדון שט"ח חילוף כ' ושוב המפקיד המיר דתו לעכו"ם ומת בהעזבו דת והניח יורשים ישראלים והלוה עני והיורשים אינם יודעים מהח"כ אם המפקיד יוצא ידי שמים אם לא יודיע להיורשים כדי שלא ינגשו את הלוה העני וספיקתו במ"ש רמ"א דבפקדון בעינן דוקא ששלח יד בהפקדון בעוד המומר חי אבל זולת זה צריך להחזיר ליורשים וי"ל דמלוה דלהוצאה ניתנה ל"ב שליחות יד דתביעה בחיי המומר דממילא פקע שעבודו ואין הלוה מחוייב לשלם להיורשים כלל. והשיב ע"ז באריכות להסכים עמו העלה ע"ד חותנו הגאון הנ"ל דבמלוה דלהוצאה נותנה ממילא פקע שעבודו (וכתב שם דבב"י בשם תשובה אשכנזית יש ט"ס מה דמסיים מנ"ל דחשיב שליחות יד וצ"ל מנ"ל דלא חשיב ש"י כי באמת דעתו דחשיב ש"י) ובר מן דין מי יכול להוציא ממון מהלוה נגד דעת רבינו ברוך שבמרדכי ב"ק סי' קצ"ד שהוא י"א דמייתי רמ"א סי' שפ"ח סי"ג כו' (עמ"ש שם סק"ו) ומסיים מכל הלין נלע"ד פשוט דאיסורא קא עביד הנפקד אם מוציא השטר ומסרו ליד היורשים הנ"ל ואם ירצה לצאת י"ח מכל וכל יבליע להיורשים דמי ניירא בעלמא לצור ולצור ע"ש. וצ"ע מהרי"ו סי' א' דמייתי ד"מ אות ב' דלכאורה משמע משם דגבי הלואה יש חילוק בין אם הגיע זמן פרעון או לא ודיקא בלא הגיע זמ"פ זכה עש"ה:

סימן רפה

א **אבל היוצא לדעת.** עבה"ט עד אבל כשהלך לדעת במקום קרוב כו' וע' בתשו' עה"ג סי' ד' בעובדא כיוצא בזה עש"ב:

ב **וי"א דאין היורש יכול למחות.** וכן נראה דעת תשובת הרדב"ז ח"א סי' קע"ג הובא לעיל סי' רל"ה ס"ח סק"ו:

ג **לדעתו יצא.** עבה"ט מה שרמז לעיין בת' רש"ך ובתשו' מהר"ם מלובלין סי' י"ב כו' וע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' קנ"ב שכ' דבת' מהרמ"ל שם הוה עובדא באורח שהפקיד נכסיו

אצל בעה"ב ומת ולא נודע לו שום יורש בעולם ופליג שם עם רב א' וס"ל למהרמ"ל שב"ד נזקקין להוציא מיד הבעה"ב ולהעמיד אפטרופס (או אם הבעה"ב המוחזק הוא איש אמיד ובטוח יעמיד בטחון שיהיו הנכסים בידו עד שיבאו יורשיו או עד שיבא אליהו ועכ"פ יהיו הב"ד בטוחים בהקרן לעולם ולא בפירות כי אין מעמידין אפוטרופס לדיקנני רק כשומר את הדבר ולכשיבאו יורשיו יוחזר להם הקרן כ"כ הוא ז"ל בשמו בס"ס קכ"ט שם) והמעיין שם יראה שכל ראיותיו מוכרחות וכבר השיג עליו בשאילת יעב"ץ ח"א סימן קמ"ב וכן נ"ל ברור שא"צ להוציא מידו כלל וגם קשה מאד שיבאו יורשים שיכולים לברר שהם היורשים של פ' שמת כיון דלא הוה נודע לנו בחיותו וה"ל כממון שאין לו תובעים כו' ובכה"ג משמיא זכו ליה ודידיה הוא ומאן מרמא ליה מידו ואם ירצה לנהוג מדת חסידות יעשה דבר לצורך נשמתו והוה ג"כ קצת השבה ע' ב"ק ק"ט ע"א אף ע"ג שאינו דומה ממש להתם עכ"ד ע"ש עוד ויובא לקמן סי' של"ג ס"ה סק"ח. וע"ש עוד בתשו הנ"ל ס"ס קכ"ט בעובדא באלמנה שמתה ולא נודע לה שום יורש מצד אביה ושנתים קודם מותה עשתה צוואה וחילקה נכסיה במתנת שכ"מ לאיש א' מקרובים מצד האם ושוב חזרה בה וגם המקבל מתנה מחל לה אלא שהשטר צוואה נשאר בידו ועתה אחר מותה קדמו בני אחי אמה ותפסו במטלטלים שלה וטוענים כי אבי אביהם נתן לה נדוניא להכניסה לבעלה ע"כ הם קודמים ובעל השטר הנ"ל טוען על הנכסים בכח שטר צוואה הנ"ל וכתב דבעל השטר הנ"ל בודאי אין לו שום טענה כיון שהב"ד יודעים שחזרה בה מה מועיל האי חספא שבידו והנכסים נשארו בחזקת יורשי דאורייתא בכ"מ שהם כו' וגם טענת המחזיקים בנכסים שאבי אביהם נתן לה נדן דברי הבל המה. והזכיר שם דברי מהר"ם לובלין הנ"ל ודברי שאילת יעב"ץ הנ"ל דפליג עליו וכתב דראיית השאילת יעב"ץ מש"ע ר"ס קמ"ו (ס"ט) במי שהחזיק בשדה שאינה שלו אינה מוכרחת וגם הוא גופיה לא אמרה אלא היכא דבהיתרא אתי לידיה ולא בתופס אח"מ ע"כ בנ"ד יעמידו המחזיקים בטחון מוספק לערב ויכתב בפנקס הקהל שאם יתודעו יורשים יוציאו מידם ויתנו ליורשים. ואי לאו בר הכי הוא יעמידו קהל איש אמיד לאפטרופס באופן הנ"ל ויעמיד בטחון מוספק ליתנו להיורשים כשיבאו ע"ש וצ"ע:

ד **לא יורידו קטן** עבה"ט עד ואין אלו אלא דברי תימה ודברי נביאות כו' וע' בתשובת שבו"י ח"ג ס"ס קע"ה שמיישב דברי הב"ח דכ"כ התוספת בכתובות דף נ"ב ע"א ד"ה רצה אינו פודה ובדף פ"ג ע"ב ע"ש וכן מבואר מל' התוס' בגיטין דף כ"ח ע"א בסוד"ה והניחו זקן ע"ש וע' בשעה"מ סוף פ"ד מהל' סוכה מ"ש בזה:

סימן רפו

א **ואם מיחו בידו כו'**. כתב בספר שער משפט וז"ל ואע"ג דבלא מיחו אף שאינו גדול האחין מבואר בס"א דבסתמא נזונין ומתפרנסין אלו עם אלו דמוחלין זה לזה מ"מ יש חילוק בין גדול הבית לאחר דבאחר אף שכבר עשו והלבישו עצמן יש בידם למחות במה שעדיין לפנינו אבל בגדול הבית בעינן שמיחו תחלה בשעה דלבש וכיסה אבל אם לא מיחו מתחלה כלל מחול אף להבא ואין שמין חח"כ אף מה שעליו כ"כ הנ"י פ"ק דב"ק והדרישה וע"ש:

ב **אלא מחלקו**. עבה"ט. וע' באה"ע סימן נ"א בח"מ ס"ק י"א ובב"ש סק"ט כמה חילוקי דינים בזה וע' בספר שער משפט מ"ש בזה. ויש לע' בתשובת ברית אברהם חח"מ סי' כ"ט שרמזתי בפ"ת שם סק"ז עש"ה:

ג **מי שפדאו אביו כו'**. ע' בספר שער משפט לעיל סימן ע"ט סק"ב הביא בשם תשובת ש"י סימן נ"ה שכתב דדוקא גבי שביה כיון דמחוייב האב לפדותו לא אמרינן שבמתנה נתן לו אבל מה שנותן האב ברצון אמרינן שמתנה היא דאל"כ למה עשה כן כו' והוא ז"ל כתב דראייתו שם אינו ראיה מספקת אך סברתו מוכרחת דודאי היכא דנותן לו בסתם ומת אין היורשים יכולים להוציא ממון מספק ע"ש. גם בתשובת אא"ז פמ"א ח"ב ס"ס קל"ג הסכים לדברי השא"י הנ"ל ומהאי טעמא פסק שם אודות שצוה האב שבנו הבכור לא יטול פי שנים ובזה הדין ברור דלא אמר כלום כמו שכתב בש"ע סי' רפ"א ס"ד אך היורשים טענו שאביו אמר שנתן לבנו הבכור בערך חמשה מאות ר"ט ובשביל זה צוה שלא יטול פי שנים ולכן רוצים לנכות לו סך הנ"ל ובכור טוען שנתן לו הכל במתנה וכתב אף שכתב הרמ"א סי' רפ"ו מי שפדאו אביו מן התפיסה מנכין לו כו' כבר כתב בתשובת שא"י משום שנתפס היה מן הכרח שיפדה אותו ולא נתן לו במתנה משמע אי לאו דנתפס יכול לטעון שנתן לו בתורת מתנה ואין אביו נאמן במגו כו' ולכן בנ"ד כיון דבמה שאמר אביו לא יטול פי שנים דבריו בטלים א"כ אין לו על בנו הבכור אלא כמו שמצוה שפלוני חייב לי כך וכך ואותו פלוני טוען שבמתנה נתן לו או מחל לו דנשבע היסת ונפטר ה"נ דכוותיה ופסקנו הלכה למעשה שישבע בנו הבכור היסת נגד היורשים שאביו נתן לו דרך מתנה גמורה ונוטל אח"כ חלק בכורתו ע"פ ד"ת עכ"ד ע"ש:

סימן רפז

מניח תורתו. עבה"ט ובסמ"ע מסיים ונ"י כתב דאין ת"ח נוהג בזמנינו כו' ובד"מ הביאו ומסיק כדעת הנ"י ומהתימה מה דלא כ"כ בש"ע כו'. וע' בספר בר"י לעיל סי' ט"ו אות

ג' שהביא בשם הגאון מהר"ר אורי אשכנזי בביאורו כ"י שדעתו לדינא דגם בזה"ז יש אותו דין דת"ח שלא יפסיד הת"ח ותמה על הסמ"ע במ"ש דבד"מ מסיק כדעת הנ"י שזה אינו דמ"ש הד"מ וכבר כתבתי בי"ד סי' שמ"ג אי נוהג בזה"ז דין ת"ח אין כונתו שמסכים לדברי הנ"י רק שמחלק כמ"ש ביו"ד שם לענין מסים. והוא ז"ל כתב הגם שדברי הד"מ נוטים כדברי הסמ"ע שהוא מסכים להנ"י אבל ממה שסתם בהגה כאן יש לפרש דבריו בד"מ כמ"ש הרב הנז' שהוא מחלק בין ליטרא דדהבא למסים והוא מתשו' התה"ד סי' שמ"א ומשם סייעתא למ"ש הרב הנזכר לחלק דלאפוקי ממונא מהת"ח מוקמינן ליה לדינא ע"ש עוד ועמ"ש לעיל סי' סי' ט"ו ס"א סק"א:

סימן רצ

א **אפטרופס שמלוה מעות יתומים.** עסמ"ע סקי"ג שכתב בשם מהרי"ק שאם א"י להוציא הרי פשע האפטרופס אע"פ שאיש נכבד והגון הוא כו' (והובא ג"כ בבאר הגולה) . וע' בספר נה"מ שכתב עליו שקיצר בדברי מהרי"ק דשם מבואר שהיה ידוע שחב לאחרים יותר מנכסים ובזה פשע בודאי דאין מלוין רק על אחריות נכסים כמבואר בסעיף ח' אבל כשלא היה ידוע מחוב של אחריות בשעת הלואה נראה דפטור ואין לומר בזה כיון דכל שטר קלא אית ליה הוי כידע ופשע כדמוכח מדברי מהרי"ק שכתב שהיה ידוע משמע דבאופן זה לא הוי פושע עכ"ד. ונראה דדוקא בהאי גוונא דמהרי"ק שהיה איש נכבד והגון ואם כן מסתמא היה שומע דברי תורה ולא קיבל עליו נידוי שלאיש כזה יכולים להלוות ממון יתומים בלא משכון כמבואר בסעיף ח' לכך הוצרך לומר שהיה ידוע שחב לאחרים יותר מנכסים אבל אם לא היה איש נכבד והגון אף שא"י שחב לאחרים הוי פשיעה וכ"כ בתשובת נ"ב תניינא סי' ל"ד ע"ש. וע' עוד בנו"ב שם שנשאל על דין כזה באפטרופס שמינוהו ב"ד ואמרו לו שיעשה במעות שמסרו לו כטוב בעיניו לטובת היתומים ואח"כ אירע שהלוה ממעות היתומים על שט"ח בלא משכון כי היה בטוח בעיניו וכבר נתן הלוה רווחים כמה זמנים והניח לו הקרן עוד על זמן ויהי היום הלך האיש למרחוק ולא חזר אם מחוייב האפטרופס לשלם להיתומים. והשיב הנה זה פשוט דאם הב"ד שמינוהו אמרו לו בפירוש שיעשה כטוב בעיניו אז מה שעשה ברשות ב"ד עשה ודף שע"פ הדין אין להלוות זוזי דיתמי אפילו על משכון כ"א על דהבא פריכא כמבואר בסעיף ח' מ"מ אין להאפטרופס חיוב בזה כיון שהב"ד הרשוהו ואולי יראו הב"ד כי בזמנינו אם נחמיר בזוזי דיתמי כל כך בודאי לא יזדמן כלל כזה ויכלה זוזי דיתמי אחת לאחת במזונות ועכ"פ את אפטרופס אין לחייב כלל אבל אם הב"ד

לא אמרו לו בפירוש ודאי שלא היה לו להלות בלא משכון בטוח ומחויב לשלם מביתו ובכה"ג מיירי עובדא דמהרי"ק כו' ואמנם אם אנו רוצים לחייבו מצד שלא עשה כהוגן די שנחייבנו כאילו המעות מונח כי אולי אם לא הלוה לאיש הזה לא היה מזדמן אחר דפרט שיהא ראוי למיהב ליה זוזי דיתמי וא"כ עכ"פ הריוח שכבר נתן הלוה יצורף לחשבון ומה שחסר להקרן ישלם האפטרופס עכ"ד. וע"ש עוד דמבואר מדבריו אם אירע מעשה כזה באפטרופס שמינהו אבי יתומים יש לדון מאחר שדעת הרמב"ן דאפילו מפשיעה פטור והש"ך בסס"ק כ"ה מסיק שצ"ע לדינא א"כ א"א להוציא ממון והגם די"ל דזה גרע מפשיעה ונקרא מזיק בידים כיון שנתן מידו ליד מי שאינן ראוי ליתן לו ע"פ דין מ"מ נראה שזה תלוי בפלוגתא שבר"ס ש"א בהגה בשומר שמסר לשומר אם זה גרע מפשיעה או לא ע"ש. וכ' עוד ומה שתובע האפטרופס שכר טרחא נראה פשוט כיון שלא התנה מתחלה אין לו שכר ובפרט שהוא לו לחשיבות שמינוהו ב"ד וגם מצוה קעביד מסתמא נתרצה בלא שכר ע"ש:

ב **ולכן יוכל להעיד** ע' בתומים ובנה"מ לעיל סי' ק"ח ס"ו ועמ"ש שם סק"ו ע"ש:

ג **טענתי' טענה** עבה"ט עד ובלבד שלא יכוין לטעון טענה שיודע בודאי כו' ועבב"י ל' הרא"ש כלל פ"ז בזה וע' בתשובת אא"ז פמ"א ח"ג סי' י' והובא לעיל סי' ק"י ס"ה סק"ד:

ד **כל מה שירצה**. משמע דאף להוציא עבדים לחירות וע' בת' חמדת שלמה ח"א ה"ע סי' ז' שכתב דהיינו היכא דליכא עשה דלעולם בהם תעבודו כגון לדבר מצוה (כמבואר בי"ד סי' רס"ז סעיף ע"ט) אבל בלא"ה אסור אפי' לתקנת יתומים ודלא כמ"ש בתשו' שבו"י ח"א סי' צ"ה ע"ש:

ה **קטנים שסמכו**. עי' באר הגולה אות ך' מ"ש וכ' הב"ח בשם הרמ"ה דוקא שהקטן בן ט' ואם הוא חריף אפילו מבן שש כו' אבל פחות מזה לא מהני סמיכתו מן הסתם עכ"ל. ומל' זה משמע שהב"ח הסכים כן להלכה אך המעיין בפנים יראה שדברי הרמ"ה הנ"ל הביאם הטור בשמו שכ' דדוקא שהקטן בן ט' אבל פחות מבן ט' ואפילו מבן ט' אין לו רשות לעה"ב זה למכור אלא מטלטלי כו' וא"א הרא"ש ז"ל כתב דאין חילוק אלא הרי הוא כאפטרופס ממש ואפי' בקטן ממש עכ"ל וכ' ע"ז הב"ח לפרש דברי הרמ"ה דמיירי בסתם קטן ולכן אם הוא בן ט' ויום א' דבא לכלל עשר דהשתא מסתמא הוא חריף וא"צ לבדקו אם הוא חריף וסמיכתו אצל בע"ה הוי סמיכה אבל פחות מבן ט' לא מהני סמיכתו מן הסתם אך אם הוא חריף אפילו מבן שש ואילך מהני סמיכתו דהא יש לו רשות למכור במטלטלי ע"ל סי' רל"ה ס"א עכ"ד אמנם לא נמצא בדבריו שום הכרעה לדינא ומסתמא כ' הש"ע שב' יתומים קטנים שסמכו כו' משמע כדעת הרא"ש דאפילו

בקטן ממש. וע' בשו"ת ח"צ דפוס לבוב בסופו בתשו' הנוספות שם סי' ג' בראובן ושני בניו שמעון ולוי היו שותפין ומת לוי והניח יתומים קטנים ונשאר ממון להיתומים קטנים בשותפות הנ"ל והם נעשו עליהם כאפטרופסים מעצמם בלי מינוי ב"ד והיו מתעסקים והולכים לטובת השותפות ובהמשך הזמן נתקלקל חוב אחד כו' והשיב וז"ל בענין עיקר אפטרופסת הזקן ובנו נראה שאין לפקפק אף שלא נתמנו לא מפי אבי היתומים ולא מפי ב"ד דלא גרועי מיתומים שסמכו אצל בעה"ב דמשנה שלימה היא דהוו כאפטרופס לא מבעיא לדעת הרא"ש הביאו הטור דס"ל דאפי' ביתומים קטנים ממש אלא אפי' לדעת הר"ש (צ"ל הרמ"ה) שחילק בין פעוטות ללא הגיעו לעונת הפעוטות וע"ז החזיק הריב"ש סי' תצ"ה (הביאו הב"י) נלע"ד דע"כ ל"פ אלא ביתומים קטנים שסמכו אצל מי שאינו ראוי למנותו אפטרופס כי הא סבתא דפ' הניזקין שהרי אין ממנין נשים אבל בשסמכי אצל מישראוי למנות אפטרופס כנ"ד כ"ע מודו דדין אפטרופס יש לו דמטעם קרוב אין למנוע שהרי הכל במעות ומטלטלין שדין הקרוב והרחוק בהם בשוה (כדלעיל ס"ב) ולא עוד אלא דבנ"ד אין למנות אפטרופסים אחרים לכתחלה אף אם היה שם ב"ד מצוי בעיר כמ"ש הראב"ד פ"י מהלכות נחלות כו' (הובא בסמ"ע לעיל סק"א וגם בבאר הגולה שם) ואין לחלק דהתם הגדולים ג"כ יורשי המת אבל בכאן האח הגדול אינויורש אחיו המת דמ"ש כיון שתועלת הוא בשיתף זה כמו זה שהרי ירויחו וישביחו לאמצע אדרבה הא דידן עדיפא שהרי בפי' נתרצה אבי היתומים בשיתוף הלז וניחא ליה בצוותא דידהו בחייו ואף כי אחרי מותו וזה ברור עכ"ל ע"ש עוד בענין אם יש כח בידם לפשר עם הבעל חוב הנ"ל והבאתיו לעיל סי' י"ב ס"ג ס"ק ז':

ו **וי"א שמשביעים אותו.** ודעת מהרש"ק בס' תפארת שמואל על הרא"ש פ' הניזקין כדעה הראשונה ע"ש:

ז **יתומים שסמכו** עמ"ש לעיל ס"ס רמ"ו ס"ק ג':

ח **עד זמן מרובה.** עסמ"ע והובא בבאה"ג שכ' ואם בתוך זה הזמן שעבד היתום כו' וע' בדגמ"ר שכ' דלכאורה זה סותר למ"ש לעיל סי' רל"ה ס"ב בהגה בשם הר"ן אבל המעיין בב"י כאן מבואר שבצוואה היה מפורש להדיא שתוך הזמן לא יוכל היורש לעשות שום דבר וא"כ אפשר לומר דלא סתרי אהדדי ע"ש ועי' בנה"מ ג"כ מזה:

ט **אבל בעודו חי נאמן כו'.** עש"ך סק"ל עד תדע דאי מיירי שהם ביד היתומים א"כ אפי' היה חי פשיטא שלא היה נאמן להוציא מן היתומים ע"פ פנקסו כו' וע' בנה"מ ובס' שער משפט מה שכתבו בזה עיש"ה:

סימן רצא

א **והוא קבל עליו לשומרו כו'**. ע' בתשו' צ"צ סי' כ"ג באשה אחת שלקחה תינוק של אחותה על זרועותיה לילך עמו לרחוב ואחותה נתנה ליד בנה התינוק. דינר א' לשחוק בו ונאבד אח"כ הדינר מן התינוק ותובעת אם הילד שתשלם לה הדינר ואמרה שסמכה על אחותה שתהא משמרתו ופסק שהאשה פטורה מלשלם כיון שאחותה לא אמרה לה כלום בעת שנתנה הדינר ליד התינוק גרע מהנח סתם ולא קיבלה עלה שמירה כלל ואפי' אם אירע שהאשה שהיתה נושאת התינוק נטלה הדינר מיד התינוק והחזירה אותו ליד התינוק נמי פטורה דמעיקרא אבידה מדעת היא כו' עש"ב. וע' בס' שער משפט לעיל ס"ס צ"ו שתמה עליו שלא הזכיר דברי הטור וש"ע והסמ"ע בסי' שמ"ט ס"ב דמבואר שם דרבעל צריך לישבע ש"ש אע"ג דלא קיבל עליו שמורה והיינו משום דמסתמא קיבל עליו השמירה וה"ה בנד"ז מסתמא כשמסרה אחותה המטבע לתינוק סמכה עלה שתשמרנו יפה כיון שאין התינוק בן דעת והיא נמי מסתמא קיבלה על עצמה כן ומסיים דצ"ע לדינא ע"ש. ולע"ד אין כאן תימה לפי המבואר בב"ח בסי' שמ"ט שם הטעם דהבעל צריך לישבע הוא ע"פ דברי הרמב"ם שהביא הטור והש"ע בס"ס שמ"ו באם הודיעה את בעלה שהיא שאולה ה"ז נכנס תחתיה כיון דהבעל בנכסי אשתו דין לוקח יש לו כו' עש"ה וזה לא שייך כאן ובפרט דהרב בעל צ"צ הוא תלמידו של הב"ח ז"ל ונמשך אחריו ברוב הוראותיו. ועמ"ש בזה בסי' שמ"ט שם:

ב **פירותיו לחצירו**. עבה"ט שכ' אבל אם הכניס עינינו לבית כו' ועי' בנה"מ סק"ח שכ' טעם החילוק שבין חצר לבית הוא דבהילוך דבחצר לא קפדי אינשי ותיב ונטור קאמר אבל בבית דאהילוך דבית קפדי אינשי כמבואר בסי' קנ"ד בסמ"ע סק"ז וא"א לומר דתיב ונטור קאמר וע"כ עול ואנטר לך קאמר כו' ע"ש. וע' בתשו' זכרון יוסף סי' א' אודות שטען הנפקד כי בעת שבקשו ממנו להצניע אמר בפי' בזה"ל (ווארום וויל איך איהם ניט אויף הייבען עס שאדט מיר דאך נישט) (פי' למה לא אקבלנו הלא לא מזיק לי דבר) והיה כוונתו בזה שאינו מקבל עליו דין שומר כלל רק שביתו מוכן לזה לגמול חסד בזה נהנה וזה לא חסר ולכן דקדק לומר לשון הנ"ל שמורה בהדיא שיהיה על אופן שלא יגיע לו היזק כלל משא"כ לשומר שעכ"פ צריך לישבע כו' וכ' דטענה זו אין בה ממש ובודאי הוי שומר חנם דלא גרע מהנח לפני ואפי' באמר הנח סתמא בביתי קיבל עליו נטירותא כמ"ש הש"ך בסי' רצ"א כו' ונ"ל ברור דאפי' לפי פשטות דברי הרא"ש דבבית לא מקבל נטירותא הני מילי באחד שביקש רשות מחבירו להכניס דבר לביתו וא"ל הנח די"ל דעתו הי' שיניחהו שם וישמרנו בעצמו או ישכור איש לשומרו משא"כ בנ"ד שאמרו לו

שרוצים להשליש אצלו הנדן ויהיה מופקד אצלו עד שעת החתונה והמה ישובו לביתם ולעירם אין ספק שקיבל עליו השמירה דאם הוא לא ישמרנו אחרי שידוע לו שלא ישארו פה רק ישובו למקומם ודמי ממש להך דהרא"ש בהניח מנעלים על החמור כו' וגם בלא"ה אפי' לדברי הנפקד לשון אקבלנו בלשון אשכנז (אויף הייב) ודאי משמעו בלי ספק אשמרנו ואינו ענין כלל להנח לפני או הנח סתם. ומה שטען דבמה שאמר הלא לא מזיק לי דבר התנה שלא יקבל שום אחריות ושיהיה פטור אפי' משבועה זה הבל דלשון זה לא משמע תנאי כלל אלא פטומי מילי שבטוח לנפשו שלא יקרה לו שום הפסד ע"י זה באשר שלא עלה על דעתו שיוגנב מעמו דאם היה דעתו לתנאי הי' לו לומר בלשון תנאי ע"מ שלא יקרני שום הפסד או אם לא יקרנו או שאר לשון מלשונות התנאי ואפי' הוה אמר בלשון זה אקבלנו ולא יגיע לי עי"ז שום נזק לא הוי תנאי וכדאמרי' במס' ביצה סוף ד' י"ט כו' ועי' בש"ך סי' רנ"ג ס"ק ט"ז כו' ולכן פשוט בנ"ד שאמר בפירוש אצניעהו ובלא לשון תנאי הוי ודאי ש"ח וחייב בפשיע' עכ"ד ע"ש:

ג **וסופו באונס**. עבה"ט שכ' בתשו' רש"ך כ' דאפשר כו' עד ואינו נ"ל. וע' בזה בשיטה מקובצת ב"ק דף נ"ב ע"ב סוד"ה ושכיחי גמלים עש"ה:

ד **הרי זה פושע**. עבה"ט שכ' וכתב בת"ה סי' של"ג שומר שא"י כו' מתוך שאיל"מ כו' וע' בתשובת זכרון יוסף סי' א' אות י"ב י"ג מ"ש בזה:

ה **ובמקום המשתמר**. עיין בתשו' שיבת ציון סי' צ"ט אודות שומר שהניח מעות ניירות שטרי הקיסר יר"ה שקורין (איינלעזינג שיינע) בכרך נייר והניחם בכיס שבחיקו במקום שמניח מעותיו וכתב דזה הוי פשיעה כי מנהג העולם להניחם בתוך אמתחת של עור שקורין (פארטעפילנע) ואותו אמתחת נותן בתוך כיסו שבחיקו ואם זה לא עשה כך רק נתן הניירות בכרך נייר בעלמא והניח בכיסו הוי פשיעה כי אדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה ומחמת דקותן ומעט הכמות המה קלים ויכולים הניירות להשמט וליפול ארצה בלי הרגשה ואין זו שמירה מעולה המוטלת על השומרים ובשלו הוא רשאי כו' ולכן אפי' אם הוא שומר חנם חייב בפשיעה זו ע"ש:

ו **וכפי הזמן**. עבה"ט וע' בתשובת זכרון יוסף חח"מ סי' א' במעשה שראובן והמיועד להיות חתנו השלישו אצל שמעון מעות נדוניא צרור וחתום על ל' יום וקיבל עליו להצניע והוא הניחו בארגז סגור שבו היו מלבושים יקרים ואיזה כפות כסף ולסוף כאשר נתאחר אצלו נאנס הפקדון הנ"ל ע"י אנשי מלחמות שבאו בלילה ושללו כל אשר מצאו בארגז הנ"ל ועתה תובע ראובן משמעון יען כי לא שמר כדרך השומרים כו' וכתב בזה הגאון השואל לחייב את שמעון דפושע הוא (והוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס) במה

ששם הפקדון בארגז הזה שהיה לו להניח בתיבת ברזל שלו להצניע אצל מעותיו ובפרט שכמה פעמים נתן הוא או אשתו רשות להמשרתת או אחד משאר בני הבית לפתוח הארגז להוציא בגדים או (קאפע וצוקר) ואפילו אם נימא דהארגז ההוא שמירה מעולה לפני גנבים דבית ומחוץ מ"מ לענין נורא פשיעותא היא כו' ובפרט אם יתברר כטענת התובע שבמקום הנפקד נתפרסם ביאת השונאים ואף אם לא יתברר שהנפקד עצמו ידע מזה מ"מ מסתמא חברא חברא אית ליה ואם גם יתברר שהנפקד לא הטמין מדיליה כלום מ"מ יכול המפקיד לומר דבשלו הוא רשאי ולא בשל אחרים כו'. והוא ז"ל השיב לו דמה שמחזיק בפשיטות לפושע במה שלא הניחו בתיבת ברזל שלו אשר שם שם לו חק להניח בו מעותיו לדידי מבעי' לי טובא ובפרט להוציא ממון בלי ראיה ברורה דמי גרע ממה שהביא הב"י בשם תה"ד מי שהטמין כד מלא זהובים תחת המטה כו' וממ"ש הד"מ בשמו דאע"ג דלא הניח הפקדון לתיבתו פטור דלאו דוקא כיפה כו' וכן מה שהביא הב"י מן הירושלמי נעל כראוי ונתן בשידה תיבה ומגדל ונתנם במקום שרגיל ליתן שם חפציו כו' דאטו בכל המקומות הנ"ל מיירי כשמונחים גם מעותיו שם כו' וכל המפקיד ע"ד המנהג בזמנו הוא מפקיד והמנהג בזמנינו להניח אפי' פקדון מעות צרורים בתיבה מסוגרת וכיוצא והא דלא הניחו בתיבת ברזל שלו אפשר שכבר היה מלא על כל גדותיו או מפני שאינו פותחו רק לעתים רחוקים ופקדון היה צריך להחזיר לפי דעתם תיכף אחר ל' יום ולאחר כלות הזמן סבר כל שעתא ושעתא השתא אתי. ואין סברא לומר דלא הוי שמירה מעולה בארגז הזה משום דדרכו להפתח ולהוציא מתוכו דבר בכל עת שהרי מבואר במהרי"ק ובש"ע סי"ט דאם הפקיד מעות שאינם צרורים שמותר להשתמש בהם א"צ לקברם בקרקע אפי' לדינא דש"ס משום שצריך להוציא ממנו מעות בכל שעה הא קמן דאע"פ שפותחו וסוגרו בכל עת ובכל זמן מ"מ שמירה מעולה מקרי וגם מה שחשבו לפושע משום שנתן רשות להמשרתת לכנוס ולהוציא דבר מן הארגז זה אינו כיון שלא מסר שמירת הארגז והמפתח רק לאשתו ולבני ביתו הדרינן לכללא דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו וב"ב הוא מפקיד רק דלפ"ז היו צריכין גם אשתו ובני ביתו לישבע שבועת שומרין ושלא הניחו לפותחו ע"י אחד מב"ב הקטנים כמבואר שם סעיף כ"א כו' וגם מ"ש דהוי פושע לענין נורא זה אינו וכמ"ש בתשוב' מהרח"ש סי' פ"ט דלא הוי לצריפא דאורבני דבש"ס (ובש"ע לעיל ס"ו) דעלולה היא להדלק ולהשרף מהרה משא"כ ארגז וכיוצא כו' ומנ"ל להוציא ממון מיד המוחזק ע"פ שקול הדעת בסברא בלתי ברורה. ומ"מ הנני מסכים לדינא לחייב הנפקד מטעם האחרון לבד שהוא עשיר מאד מפני שכבר נתפרסם שם שאנשי חיל המלחמה ממשמשים ובאים וידוע לנו שיש

בהם שוללים וחומסים גשושאי טפוחאי א"כ הדרינן לדינא דש"ס דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע כו' ואף שבשעת קבלת מעות הפקדון והנחתו בארגז היה הפקדון משומר שם מ"מ חשיב פושע במה שלא פינה לאחר ששמע מביאת האויבים למקום אחר כדמוכח ממ"ש לעיל סי"ו ואם נתאחר למוצאי שבת כו' וליכא למימר נמי כיון שראובן וחתנו השלישו אצלו רק על ל' יום א"כ בכלות הל' יום כלתה שמירתו זה אינו כמבואר בסי' ע"ד ס"ג בהגה ובסמ"ע וש"ך שם ובסי' רצ"ג ס"א דאפילו בכלות הזמן שקיבל עליו השמירה צריך עכ"פ לומר להמפקיד טול פקדונך וזולת מה מחיוב לשמרו כמקדם וא"כ בנ"ד היה לו לשמעון הנפקד להזהיר את ראובן וחתנו בפני עדים ולומר להם בואי וטלו הנדן שאיני חפץ לשמרה עוד אז לו לקחתה מן הארגז ולשומו במקום מוצנע ומכוסה ומדלא עביד הכי פושע הוא ומחייב לשלומי כל סך הנדן אשר הפקד אתו ככשורא לצלמא עכ"ד ע"ש עוד בענין שהחתן תבע שבאם יסרב שמעון לשלם שיתן לו החותן נדוניא אחרת כו' והובא לעיל סי' ע' ס"ה ס"ק ג':

ז **צרורים ומונחים בידו.** עיין בתשובת מהרי"ט חח"מ סי' קט"ו שכתב ונראה בעיני כי בדוכתא דשכיחי אנשי חיל ששומטים מיד בני אדם פשיעה היא להוליד בידו כסף או זהב כי אם עבר ורמס וטרף ואין מציל. וזה הוא דרכן של בני אדם בעלי דעה לצרור ולהניח בחיקו ולתוספת שמירה שלא יפול מחיקו קושר ראש הסדין באזורו נמצא שמור מגנבה ושמור מאבידה כו' ע"ש:

ח **ומונחים בידו.** עבה"ט וע' בתשובת חתם סופר חח"מ סי' קס"ח בלשון השאלה שם (ויובא לקמן סי' שמ"ו סק"א במעשה שבן השותף שהיה בידו צרור השותפות בנסעו למקום מלאכת השותפות ושמו בתפיסה שלו עם מעותיו של עצמו והניחו בכיס התפור בבתי שוקים ובדרך אבד כל המעות וכתב דזה הוי כעין פשיעה שדרך לצרור מעות בכיס התפור בבגד שעל החזה כו' ע"ש. ולכאורה לפי מה דמשמע קצת מל' השאלה שם שמה שהניחו בכיס התפור בבתי שוקים היה זה במעמד השותפים א"כ י"ל דבכה"ג הרי ראו ונתרצו על שמירה פחותה כזו וסברא זו כתב מהרש"ך ח"ב סי' קס"ט הובא בכנה"ג סי' ע"ב בהגב"י אות י"ט שכתב וז"ל אפי' למ"ד דמלוה על המשכון ש"ש הוי וחייב בגו"א אם הראה המלוה ללוה מקום השמירה ונתרצה ה"ל כאילו התנה בפי' שנפטר בשמירה זו עכ"ל וכפי הנראה האי ונתרצה לאו שאמר מרוצה אני בזה דאי הכי מאי למימרא אלא ששתק (דוגמת מ"ש הרמ"א לקמן סכ"ו מיהו שומר כו' עד ולא מיחה פטור) וצ"ל דהכא היה זה שלא במעמד השותפים ומה שהיה בפני בן השותף הב' אינו מועיל כלום וצ"ע. וע' עוד מ"ש לעיל סי' קע"ו ס"ח ס"ק י':

ט **הוא מפקיד**. עבה"ט שכתב כתב מהרי"ק כו' עד דה"ל להניח תחת מראשותיו כו' ומזה מבואר דאילו באמת הניחו תחת מראשותיו ונגנב פטור לכ"ע אפי' בש"ש דהא כאן היה המעשה בש"ש אך באמת הד"מ והסמ"ע קיצרו מאד בהעתקת דברי מהרי"ק כי סמכו על המעיין שם וז"ל מהרי"ק ואשר שאלת בראובן ששלח את שמעון בשכירות ווינזייא לעשות שליחות ושכב בחדר עם שאר אנשים נכבדים ובאו גנבים שודדי לילה וגנבו לג' מהם בגדים עם כיסם ולשמעון היה לו מעות בכיסו גם משלו גם משל ראובן משלחו ועתה נתעצמו בדין וכל אחד תובע לחבירו ראובן תובע לשמעון שישלם לו מעותיו כדין ש"ש שחייב בגניבה ואבידה ושמעון תובע לראובן אדרבה שישלם לו מעותיו שהיו שלו מאחר שבשליחותו אירע זה נראה לע"ד דבר פשוט שראובן פטור ממעות שמעון כו' אך שמעון השליח חייב באחריות מעות ראובן משלחו כיון שהוא ש"ש עליהם כאשר כתבתי שראובן פורע שכרו ולא מבעיא לדברי ר"י (הוא הי"א שבש"ע לקמן סי' ש"ג ס"ב) שפסק דש"ש חייב אפי' בגניבת כספים מן הקרקע כו' פשיטא דכ"ש הכא דש"ש חייב אלא אפי' לדברי האומר דש"ש פטור מגניבת כספים בקרקע (עש"ך שם) פשיטא דהיינו דוקא היכא שנתנו בקרקע דאין לך שמירה מעולה מזו והרי אונס גמור דמאי ה"ל למיעבד אבל הכא פשיטא דלא חשיב אונס גמור שהרי היה בידו להשמר מזה והיה לו להניח כיסו תחת מראשותיו או קשורה לו בזרועי או להצניע במקום המוצנע שלא ימצאנו כגנב ואפי' היה ש"ח קרוב אני לומר שהיה חייב לשלם בכה"ג דחשיב פשיעה כו' כ"ש וכ"ש דשומר שכר חייב כו' עכ"ל ע"ש ומשמע מדבריו דמה שהיה פטור אילו הניחו תחת מראשותיו זהו דוקא לדעת החולק על ר"י ודס"ל ש"ש פטור מגניבת אונס אבל לדעת ר"י וסייעתו (דהיינו הרא"ש והטור והש"ע וכ"נ דעת הסמ"ע בסי' ש"ג שם) אפי' הניחו תחת מראשותיו היה חייב ש"ש ולא עדיף מאילו טמנו בקרקע בעומק כו' ועוד נראה לכאורה דאפי' לדעת החולק על ר"י הנ"ל (דהיינו המרדכי ומהרש"ל וכן הסכמת הש"ך) לא היה פטור בהניח תחת מראשותיו אלא דוקא בנידון השאלה שם ששכר בחדר עם אנשים מכובדים אבל אם לא היו מכובדים היה חייב משום דהוי תחלתו בפשיעה לגבי אנשים שלנו עמו (ע' ברמ"א סעיף זה שכתב וכן אם הניח אחרים כו' אע"פ שאינן בחזקת גנבים כו') וצ"ע. ומה שכ' הבה"ט בשם סמ"ע ודוקא בזה כו' אבל אם נאבדו המעות בדרך הולכה עי' לקמן כו' כפי הנראה חסר כאן תיבה אחת וצ"ל בדרך הולכה פטור ור"ל משום שהניח במקום שמניח מעותיו וכמ"ש הש"ך הובא בבה"ט ס"ק הקודם ומה שרמז לע' בסי' רצ"ב ס"י כונתו דאם נאבד קצת מעות וא"י של מי נתבאר שם בהגה. ועי' בתשו' גליא מסכת סימן י"ג בעובדא כיוצא בו

באחד שנתן מעות לבעל עגלה שיקנה עבורו מלח בפנקס ושכרו שיביאם לעירו ובדרך לן בשדה עם שיירא ושם המעות בתוך בגד עליון שלו הנקרא חאלאט והניח החאלאט עם המעות מראשותיו ושכב עליו ונגנב החאלאט עם המעות. והשיב ע"ז באריכות דהבע"ג חייב לשלם דמה דהלך לישן בעידן דניימו אינשי ולא חטפתו שינה לאונסו לא מיקרי אונס וחייב אפי' להחולקים על הר"י וסייעתו כו' ומה שהניח בתוך החאלאט והניחו מראשותיו לאו שמירה היא כלל לגבי כספים ועובדא דמהרי"ק שאני שהיה ישן בתוך חדר ועם אנשים מכובדים כו' ועוד דמהרי"ק קאמר שהיה לו להניח כיסו תחת מראשותיו והיינו שהי' לו להניח המעות עצמן בלא הבגד ואז היה שמור טובא כי אין רואה ואין יודע שמונח שם איזה דבר אבל בנ"ד שהניח בתוך החלאט ובודאי היה מורשו לבר והיה נראה קצותיו חוץ מראשותיו אין זו שמירה כלל ואף שישן עליו הוא בדרך ובשדה שכיחי עוברים ושבים ושכיחי גנבי ובפרט בלילה כו' ע"כ מעיקר הדין חייב הבע"ג לשלם אמנם בזה וכיוצא בזה ראוי והגון ליכנס לפנים משוה"ד כמבואר בש"ס ס"פ האומנין וכמ"ש הטור ר"ס ד"ש כו' עכ"ד ע"ש עוד שהעיר ג"כ ע"ד הד"מ והסמ"ע הנ"ל דלאיזה צורך הביאו דברי מהרי"ק הנ"ל אחרי שהם לא הזכירו כלל בסי' ש"ג דעת החולקים על ר"י וכפי הנראה הסכימו שם לפסק הר"י וסייעתו דש"ש חייב בגנבת אונס א"כ הכא פשיטא דחייב בכל ענין וצ"ל שהביאו להורות דאף ש"ח יש לחייבו משום דהוי פשיעה כו' ע"ש. ומ"ש הבה"ט עוד וכתב הש"ך דבתשובת ר"י לבית לוי תמה על רש"ך שכ' בפשיטות דהיינו דוקא בש"ח שהרי כתב הב"י כשם רי"ו כו' הנה באמת גם הב"י בבד"ה הביא בשם הריטב"א דדוקא בש"ח ע"ש והוא כדברי מהרש"ך אולם בש"ך לעיל סימן ע"ב בס"ק קל"ד (עבה"ט שם סקפ"ו) הביא ג"כ דברי הבד"ה בשם הריטב"א אלו וחולק גם עליו שכתב שם וז"ל וראיתי בבד"ה סימן רצ"א שכתב בשם הריטב"א דהא דאמרי' ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד היינו דוקא בש"ח ע"ש מיהו בנ"י פרק המפקיד כתב להדיא דה"ה בש"ש וכ"מ להדיא בדברי תלמידי רשב"א שהביא ב"י לקמן סי' רצ"א עכ"ל. הנה מ"ש מיהו בנ"י כו' נראה שכוון לדברי הנ"י שהביא הש"ך לקמן סקל"ג (עבה"ט סקל"ד) ומ"ש וכ"מ להדיא בדברי תלמידי רשב"א כו' נראה שכוון לדברי ת"ר שהביא הש"ך לקמן ס"ק מ"ד ע"ש וע' בקצה"ח שכ' דגם הריטב"א והרש"ך מודים בש"ש שמסר לאשתו ובניו שהמה ש"ח אם איכא עדים שנאנס אצל אשתו ובניו (או שהוא בעצמו ראה ויכול לישבע ע"ז) דודאי פטור השומר הראשון אבל בליכא עדים ס"ל דאין יכולים אשתו ובניו לפטרו בשביעתם ע"ש בסק"ו וסקי"ב וכיוצא בזה כ' בתשו' ושב הכהן ס"ס ט"ו יובא לקמן סכ"ו סקכ"א. וע' בנ"צ מ"ש בדינים אלו באריכות:

י **כ"ש שהיתה נזהרת.** עבה"ט שכ' ודוקא ש"ח אבל ש"ש חייב כו' (ע' בנה"מ) וע' בתשובת נו"ב סי' ל"ו שכ' טעם נכון למה ש"ש חייב דלכאורה אינו מובן דהרי טענה זו עצמה שטוען הש"ח דכ"ש דאי סברא דידי מזהרא טפי שייך גם בש"ש אך הטעם בזה ע"פ דברי הש"ך בסי' ס"ג סק"ז בשם תשובת רמ"א כו' וא"כ ניחא דלגבי ש"ש פשיעה היא מה שלא הודיע שהוא פקדון שאם יארע איזה הפסד תצטרך להציל תחלה את הפקדון קודם לחפצים שלו אבל בש"ח אפי' תדע שהוא פקדון שלו קודם (עמ"ש בס' ש"ג סק"ד) ע"ש. וע' בנו"ב תניינא סי' נ"ה דרב אחד הקשה הלא הנ"י בשמעתין מביא טעם אחר בשם הר"ן דבש"ח הבן טוען דסבר שיקברו אמו הואיל ודרכה היה לקבור מה שלא היה צריך להם אבל בש"ש צריך להודיע לה הואיל ולא די בשמירה בקרקע עד שיהא יושב ומשמר והשיב לו הרב בן המחבר שאביו הגאון ז"ל הוצרך לטעם הנ"ל משום דלהש"ך לשיטתו ליתא להך טעם של הנ"י דהא הש"ך בסי' ש"ג סק"ד הכריע כהנך פוסקים דש"ש אינו צריך להיות יושב ומשמר כו' ע"ש:

יא **שהרי לא אמר לה** עבה"ט עד והיינו כשיש עדים שנאנסה כו' וע' בזה בתשו' עבוה"ג ס"ס קי"ט וגם בס' נה"מ ובספר דברי חיים דיני שומרים סי' א' מ"ש בזה:

יב **וי"א דפטור.** עבה"ט מ"ש ואם היה שומר שכר ומסר לשומר חנם ע' בתשו' דברי ריבות כו' וע' בתשובת חתם סופר חח"מ קס"ח ויובא לקמן סי' שמ"ו ס"ו:

יג **אפי' אם הוא ש"ח.** עבה"ט שכ' ואף אם שומר הראשון שאל בבעלים מ"מ השני חייב ולא מקרי ש"ב כיון דאין הממון כו' ולכאורה אין הבנה לדברים אלו ועיינתי במקור הדין בישו"ש שם וכתב שם בזה"ל ואם השומר הראשון עם השני במלאכתו לא נפטר השני כי לא נקרא ש"ב מאחר דקמה ברשותא דבעלים ולא פטרה התורה אלא שמירה בבעל שהממון שלו וראיה נכונה מפ' השואל דבעי היכא ששכרה האשה פרה מאחרים ואחר כך נשאת כו' עכ"ל ולפ"ז נראה דט"ס יש כאן בש"ך ובבה"ט וצ"ל ואף אם שומר השני שאל בבעלים כו' אבל מדין שומר הראשון אם היתה ש"ב לא איירי כאן ועמ"ש לקמן סקי"ט:

יד **אפי' אם ידוע לכל שהשני כו'.** כ' הסמ"ע משום דמצי א"ל דלא היה לך להאמינו למי שאין לי עסק עמו עכ"ל וע' בנ"צ בענין אם הודה המפקיד לפני ב"ד שגם הוא היה מאמין להשני אם זה מהני לפטרו כמו ברגיל להפקיד אצלו ע"ש:

טו **לפני המפקיד** כ' בדגמ"ר וז"ל ואם שומר מסר לשומר שלא בפני המפקיד אלא שאח"כ הודיע להמפקיד ע"ל סי' קע"ו ס"י ובסמ"ע שם ס"ק ל"ד עכ"ל:

טז **להפקיד תמיד**. עבה"ט וכתב הריטב"א דהא דאמרינן דאי מסר למי שדרך הבעלים להפקיד אצלו פטור דוקא שלא העני ולא נעשה חשוד בינתים עכ"ל הובא בב"י וכתב דגם מדברי הרמב"ם יש לדקדק כן כו' וע"ש וע' בתשו' ושב הכהן סי' י"ז שכ' דמ"ש הריטב"א שנעשה חשוד ל"ד חשוד ממש וה"ה אם איתרע חזקתו יכול לומר איהו לא מהימן לי (עמ"ש לעיל סי ע"א סי"ג סקי"א ובסי' צ"א ס"ג סק"ד) . וע"ש עוד אודות ראובן שבא לשמעון ואמר לו שלוי שלח אותו אליו שיתקן משי ונתן לו המשי ואח"כ בא ראובן לשמעון וא"ל שיחזירם לו אחר שתיקנם וכהיום תובע לוי לשמעון ואמר שעשה את ראובן לשליח להוליך המשי אליו ולא הביא לו בחזרה ומדוע נתן המשי ליד ראובן בלתי ידיעתו ושמעון טוען כיון שראובן הביא לו המשי כשם דהימניה בתחלה כך הימניה בסופו ולכן החזיר לו המשי. מה דינו. והשיב דהדין עם שמעון כיון שלוי שלח ע"י ראובן המשי לשמעון לתקן א"כ האמין לוי לראובן לשלוח על ידו ולכן אין לחייב את שמעון מדין שומר שמסר לשומר כיון שלא מיעט שמירתו דשניהם ש"ש ואף אם נאמר דבעינן דוקא שהבעלים רגילין להפקיד אצלו אבל משום פעם א' לא ע' בב"י מה שהשיג על מהרי"ו (ע' במל"מ פ"א מה' שכירות דין ד') אפ"ה בנ"ד שאותו דבר עצמו שלח לוי ע"י ראובן לע"ד דכ"ע מודו דהוי כאילו מסרו למי שרגיל להפקיד אצלו כיון שלא נשתנה בינתיים ולכן פטור שמעון כו' ושוב הביא דברי הג"א ספ"ק דגיטין המתחלת ראובן ששלח מנה לשמעון לשמרו לו וע"י אותו השליח החזירו שמעון ונאנס בדרך כו' ומסיק וכתב דבנ"ד לא מבעיא לדעת ר' שמחה בהג"א הנ"ל ודאי שמעון פטור כיון שלוי לא דיבר עם שמעון כלל רק שראובן הבית המשי ליד שמעון בשם לוי יכול שמעון לומר ללוי לאו בר דברים דידי את אלא אפי' למ"ש בהג"א שם בשם א"ז דהנפקד נעשה בע"ד של המפקיד לכל הלכות נפקד אפ"ה פטור שמעון משום דהוה כאלו מסרו למי שרגיל ואם אין לראובן לשלם זה תלוי בפלוגתא (דלעיל סכ"ד בהגה) ואין בידינו להכריע לכן אין להוציא ממון מיד המוחזק עכ"ד ע"ש וע' בשו"ת מ"ב בסוף הספר סי' ז' (הובא לעיל סי' קפ"ה ס"ה סק"ב) מעשה כעין זה בשם תשו' הגאונים ודעתם דהדין עם המשלח ע"ש וצ"ע:

יז **כגון שהראשון היה ש"ש כו'**. עש"ך סקמ"ד עד ולא נהירא לי דעת רבינו דהא דאמרי' בש"ס דאפי' ש"ח שמסר לש"ש חייב מטעם דא"ל את מהימנת לי בשבועה כו' עש"ב וע' בנה"מ ובספר שער משפט מ"ש בזה וע' בתשובת שמן רקח ח"א סי' פ"ג מזה. וע"ע בש"מ שהביא בשם תשובת המבי"ט ח"ב בשאלות השניות סי' כ"ג בראובן שנתן לשמעון מטוה לארוג ושמעון נתנו ללוי אורג אחר שלא מדעת ראובן ואחר 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 ופסק כיון דקי"ל כל האומנין שומרי שכר הם ושומר שמסר לשומר חייב לכך גם בטענה זו אע"פ שלא היה מחויב שמעון שבועת השומרים אפ"ה כיון דמ"מ חייב שמעון שבועת היסת אף בשאר טענות כמבואר בסי' רצ"ו וכיון שאם היה טוען בנ"ד ברי לי שנשאר לו צמר משלי היה חייב לוי שבועה ואומר ראובן אותך הייתי מאמין ולא ללוי והיה חייב שמעון לשלם והוא ידון עם לוי וכן כשטוען ראובן כי בשאר בגדים כמו זה כשהיה אורג שמעון לא היה נכנס לו כל כך צמר ואם היה שמעון אורג בגד זה והיה טוען עליו ראובן שנשאר בידו צמר לפי מה שהיה נכנס בבגדים אחרים שהיה אורג לו אע"פ שאינה טענה ודאי היה חייב שמעון לקבל חרם שלא נשאר אצלו משלו כלום יכול ראובן לו' לשמעון אותך הייתי מאמין כשתקבל בחרם ולא ללוי עש"ב. והוא ז"ל כתב עליו שדבריו תמוהים מאד כיון שגוף הטענה אינו טענת ברי היאך שייך בזה שומר שמסר לשומר חייב והא אף פשיעה גמורה אם המפקיד אינו יודע כמה היה שוה הפקדון פשיטא דאינו יכול להוציא ממון בספק מאומד הדעת וכ"ש בשומר שמסר לשומר בכה"ג כיון שאינו חייב שבועה דאורייתא וגם התובע טוענו בספק פשיטא דא"צ לשלם ממון בספק בשלמא אם ראובן טוען ברי שנשאר לו צמר ביד לוי אף דשמעון א"י מזה י"ל כדברי הרב דשמעון חייב ול"ד לאומר נגנב לי דבר מהפקדון והלה אומר א"י דנשבע ונפטר דש"ה דה"ל כאומר א"י אם נתחייבתי לך כיון שמעולם לא ידע כמה היה משא"כ אם נתן לו צמר במנין ובמשקל וטוען טענת ברי שנשאר לו מן הצמר ביד לוי ושמעון א"י אם נכנס הצמר בהבגדים או לא ה"ל א"י אם החזרתי לך וחייב לשלם משא"כ אם ראובן נמי טוען בספק ל"ש בזה א"י אם החזרתי לך כיון דשניהם טוענין בספק היאך יכול להוציא ממון בספק כיון דשמעון לא נתחייב שד"א ול"ש בו לומר משאיל"מ. והדבר צע"ג ולדינא נלע"ד עיקר שלא כדבריו עכ"ד ע"ש:

יח **ומשלם אע"פ ששאל או שכר בבעלים**. ע' בתשו' ח"ס חח"מ מימן צ"ד שכתב דה"ה שומר שטרות שמסר לשומר אם הראשון ש"ש ומסרו לש"ח אע"ג דכל יומי מפקיד גבי' מ"מ פושע הוא דגריעי גרעיה לשמירתו מש"ש לש"ח אע"ג דלענין תשלומין אין נפקותא בשטרות דבין ש"ש ובין ש"ח אינם חייבים אלא בפשיעה מכל מקום מקרי גריעותא בשמירה דשמירת ש"ש אפילו בלי תשלומין הוה שמירה מעליא משמירת ש"ח כו' ע"ש וע' בתוס' ב"ק דף י"א ע"ב בד"ה דעילוי:

יט **אע"פ ששאל כו' בבעלים.** ע' בתשו' ח"ס אה"ע ח"ב סימן קס"ג מ"ש ליישב קושית העולם מב"מ צ"ו ע"ב בעי רמי בר חמא בעל בנכסי אשתו שואל היה כו' למאי נ"מ כו' ע"ש וע' בתשו' שב יעקב סי' י"א ובנה"מ מ"ש בזה:

כ **בבעלים.** ע' באר הגולה אות ר' בשם הכ"מ שנ"ל טעמו משום דיותר מזיק בידים כו' (עמ"ש לעיל סימן קט"ו ס"י סקי"ג) וע' במל"מ פ"א מה' שכירות דין ד' שתמה ע"ז וכתב לא ידעתי טעם לדברים אלו כו' דהא אדרבה הראשון הוסיף על שמירתו כשמסרה לאחר שחייב השני בכל דהו אף אם יהיה ש"ח מה שהראשון פטור לגמרי וצ"ע עכ"ל וע' בנה"מ מזה וע' בתשובת שב יעקב סימן י"א שכ' דה"ה בדין דלעיל ריש הסעיף בלא מיעט שמירתו רק שמסר לשומר שאין דרך הבעלים להפקיד אצלו גם כן חייב אפילו בשמירה בבעלים ומה דהרמב"ם והש"ע לא כתבו זה לעיל י"ל דלרבותא כתבו כאן דלעיל פשוט דלא מהני לפטור שמירה בבעלים כיון דהחיוב לעיל משום דלא מהימן ליה מאי מהני ש"ב דהמפקיד מצי למימר דהוא מזיק ליה בידים שנתן לאיש דלא מהימן ואפשר שטען טענת גנב והוא עצמו גנבו משא"כ בדין זה דמהימן נמי להמפקיד שטוען טענת אמת רק דמיעט בשמירתו דאפשר לומר שפשע בשמירתו דהוי רק ש"ח ה"א דלא גרע מאם השומר הראשון עצמו פשע פשיעה גמורה שחייב בו ש"ח ואפ"ה פטור משום דהוי ש"ב לכן צריך לאשמועינן דאפילו בהא חייב אף בש"ב מכ"ש בדין דלעיל היכא שמסר לשומר שאינו רגיל להפקיד אצלו דחייב אף בש"ב כו' ע"ש ועמ"ש לעיל סי' קע"ו ס"י סקי"ג:

כא **ואם יש עדים.** עבה"ט עד ואני אומר דאפילו בשבועה היה בדין שיפטר כו' וע' בזה בפנים בש"ך סקמ"ו עד ונ"ל דגם הרמב"ם וסמ"ג מודים דשבועה מועיל כו' וכיוצא בזה כתב המל"מ פ"א מה' שכירות דין ה' (רק תיבת פושע הוא שכתב הרמב"ם אינו מפרש כהש"ך) וז"ל קשיא לי דלמאי אצטריך שיביא ראיה הא כיון שדרך הבעלים להפקיד אצלו לא שייך לומר את מהימן לי בשבועה ודי שישבע השומר השני שנאנסה דמה לי שהאמינו לשבועת ש"ח או לשבועת ש"ש כו' ונראה דהאי דנקט רבינו שאם הביא עדים השומר השני בענין שיפטר הראשון ל"ד עדים דהא אילו בעי לישבע מהימן אלא משום דע"כ לא ירצה לישבע שנאנסה אלא שלא פשע בה והראשון חייב לישבע שנאנסה כדי ליפטר דהא ש"ש הוי נקט עדים וה"ה אם רוצה לישבע ודו"ק עכ"ל גם בס' מחנה אפרים ה' שומרים סי' ל"א כתב ולע"ד נראה דכל שנשבע השני שנאנסה אף הר"מ ז"ל מודה דפטור הראשון והכא מיירי כשאין השני רוצה לישבע כה"ג כו' ע"ש וע"ע בש"ך מ"ש מיהו הפי' הראשון שכתבתי ברמב"ם הוא דוחק כו' עד ע"כ נראה עיקר לדינא

כרי"ו עכ"ל ומבואר מדבריו שמסיק לדינא דאפילו מיעט בשמירתו כגון שמסר לש"ח אם דרכו להפקיד אצלו די שישבע השומר השני שנאנסה ונפטר הראשון (וכ"ד המל"מ והמח"א הנ"ל והם מפרשים שגם דעת הרמב"ם כן כנ"ל) וע' בקצה"ח ובנה"מ שחולקים ע"ז והסכימו לדינא כמשמעות הרמב"ם והמחבר דדוקא ביש עדים פטור הראשון אבל שבועת השני לא מהני וכתבו בזה טעמים שונים ע' בדבריהם. וע' בתשו' ושב הכהן סימן ט"ו שחולק ג"כ על הש"ך והסכים לדינא כהרמב"ם דאם מיעט שמירתו לא מהני שבועת השני אף שרגילים להפקיד אצלו וביאר הענין בטוב טעם והוא כיון דקי"ל דאם נשבע לשקר מחובה לפטור מביא אשם גזילות והוא שבועת הפקדון ואם נשבע מחיוב לחיוב או מפטור לפטור מביא חטאת והוא שבועת ביטוי כדאיתא בסוף שביעית ובסוגיא זו בב"מ דף ל"ו. וידוע ששבועת הפקדון חמור משבועת ביטוי חדא דשבועת פקדון הוי כפירת ממון ג"כ משא"כ שבועת ביטוי ועוד דזה באשם כסף שקלים וזה בחטאת בת דנקא וכדאיתא בשבועות דף ל"ז כו' ולפ"ז טעמא רבה איכא במלתא דדוקא בלא מיעט שמירתו הוא דמהני שבועת השני אם רגיל להפקיד אצלו דאז לא יכול לומר איהו לא מהימן לי כיון שדרכו להאמינו ושבועת שניהם שוים אבל אם מיעט שמירתו כגון ש"ש שמסר לש"ח איך אפשר לפטור הראשון שמחוייב בגו"א בשבועת השני הא השני הוא ש"ח ופטור מגו"א וא"כ אם נגנבה או נאבדה והוא נשבע שנאנסה הוא שבועת ביטוי כיון שהוא מפטור לפטור ואיך יפטור השומר הראשון שנתחייב לישבע שבועת הפקדון ולפ"ז מאי מהני מה שרגיל להפקיד אצלו דפשוט שיכול לומר באמת הוא נאמן בעיני על שבועת הפקדון בכפירת ממון אבל לא על שבועת ביטוי הקל ממנו כו' ולפ"ז אפשר לומר דהיינו נמי טעמא דהריטב"א שהביא הב"י בבד"ה ותשובת רש"ך שהביא הש"ך ס"ק כ"ז (בבה"ט לעיל ס"ק ר"ט) שכתבו בפשיטות דהא דאמרינן כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא דוקא בש"ח ר"ל דאם הוא ש"ש ומסר לאשתו ובניו והמה ש"ח אף דא"י המפקיד לומר באשתו ובניו איהו לא מהימן לי מ"מ אין יכולים לפטור אותו בשבועתם מטעם הנ"ל (כיוצא בזה כתב ג"כ בקצה"ח הובא לעיל סק"א ס"ק ט') ע"ש עוד שהאריך בביאור כל דברי הרמב"ם בהלכה זו ובסופו כמה חילוקי דינים עש"ה:

כג **אף בדברים**. עבה"ט מ"ש בתשובת מהר"א ששון נסתפק באם התנה ש"ח להיות חייב כש"ש וטוען שנאנס כו' (ועיין בזה בקצה"ח לקמן סי' ש"א) וע' בתוס' פ' הזהב (בבא מציעא דף נ"ח ע"א) בד"ה א"ר יוחנן שכתבו וז"ל אי נמי התם כיון שמתחייב בשואל סבורים העולם שהשאילו לו ובההיא הנאה משעבד נפשיה עכ"ל לפ"ז לכאורה י"ל דש"ח אינו מתחייב כלל כש"ש בלא קנין ודוקא כשואל אמרו אבל לא כש"ש אמנם

הפוסקים כתבו רק תירוץ הראשון שבתוס' שם וכמו שכתב הסמ"ע לקמן סימן ש"א ס"ד ולעיל סי' ס"ו סעיף קטן צ' ע"ש לפי זה אין חילוק:

סימן רצב

א **ואם החזירה**. עבה"ט ועי' בפנים בש"ך ובט"ז בזה ועי' בתשו' ברית אברהם חח"מ סי' ל"א שכ' ישוב נכון לדברי המרדכי ומסיק שדברי המרדכי מדוייקין מאד במ"ש אדם הנפקד ששאל חפץ אחד מפקדון שבידו כו' והיינו ששאל לעצמו מקצת שלא מדעת ולא כלה שמירתו ממילא דעדיין לא נסתלק מעשה הראשון דמשמר עדיין מקצת הפקדון ולכן קאמר דאחר זה החזירו למקום שהיה מונח כו' דבמקום בעלים קאי ואפילו לר"ע דאמר כלתה שמירתו והיינו אפילו במקצת בגונב טלה מן העדר וסלע מן הכיס הני מילי גונב דלא מהימן ליה ואף שלא גנב רק מקצת מ"מ תו לא הוי שומר של הבעלים דהבעלים אינם חפצם שיהיה עוד שומר שלהם וצריך לדעת בעלים דעכ"פ רשות בעלים בעינן אבל שואל דמהימן ליה דאף דחכמים הטילו עליו דין גזלן משום דעשה זאת שלא מדעת בעלים מ"מ מהימן לבעלים דלא יחשדוהו כלל בשום דבר כיון שלא גנב ולא גזל מידי וכדמשמע מסוגיא דפ' הגוזל קמא (בבא קמא דף ק"ח ע"ב) כו' וא"כ לא כלתה שמירתו והיינו דתמיד היה שומר של הבעלים במקצת דהא לא שאל רק מקצת ועל השאר נשאר שומר ובמקום בעלים קאי והוי חזרה לרשות בעלים והא דחבית אתי שפיר דמיירי שטלטל כל החביות להביא עליה גוזלות ותו אין תורת שומר עליו ולאו במקום בעליו קאי כו' עש"ב כתוספת ביאור ועיין בשפר עט"צ ובנה"מ מ"ש בזה:

ב **מתר לו להשתמש**. עיין בנה"מ לעיל סי' קכ"א ס"ה סק"י מבואר בדבריו דווקא נפקד אבל שליח אם הוא שליח להולכה דהיינו שהמלוה עשה איתו שליח להוליך המעות ללוה או שהלוה עשה אותו שליח למסור המעות להמלוה אפי' הוא שולחני והן מותרין אין לו רשות להשתמש בהם כמ"ש הב"י ביו"ד סי' קס"ט כיון שלא מסרם שישהא בידו שום זמן אלא כדי שימסרם ללוה או למלוה ומכ"ש היכא שמסרן הלוה ואמר לו הולך וזכי שנעשו מעות המלוה והמלוה לא מסר בידו המעות מותרין אבל שליח קבלה של המלוה עשה אותו שליח לקבל המעות מיד הלוה מותר השליח להשתמש בהם דהוי כאילו הפקיד בידו מותרין ע"ש וגם בסי' קכ"ה סק"ג:

ג **אפי' קודם**. עבה"ט עד אלא יכול ליתן מעות אחרים כו' וכבר כ"כ הש"ך בסי' מ"ז סק"ט ובסי' ע"ג ס"ק כ"ה ובסי' ע"ה ס"ק ט"ו אמנם הגאון ח"צ ז"ל בהגהותיו לט"ז סי' ע"ג סי"ט השיג על הש"ך וכתב ששגג שגגה גדולה דאדרבה מוכח מהתוספות דלדידן

דקיי"ל דהוי ש"ש אם תובעם המפקיד קודם שהוציאם ודאי צריך ליתן לו את שלו דוקא ולא מעות אחרים ע"ש והביאו הבה"ט בסי' ע"ג שם וכן הסכים לדינא בתומים שם גם הגאון מו"ה עוזר ז"ל בהגה שבה"ט לעיל סי' מ"ז השיג על הש"ך בזה (ועיין בנה"מ כאן שמיישב דברי הש"ך וצ"ע) גם בתשובת בית אפרים חח"מ סי' מ"ט מבואר שדעתו דלא כהש"ך בזה אולם מבואר מדבריו (הובא קצת באורך לקמן סי' שנ"ט ס"ב סק"ג) דזה דוקא אם הבעלים כאן ומקפידים להחזיר להם אותם מעות דוקא אבל אם לא באו הבעלים והוא צריך למעות זה ואינו רוצה ליקח אותם בתורת מלוה רק שמזכה לבעלים אחרים תחתיהן שפיר דמי ויכול הוא להחליף מטעם זה נהנה וזה לא חסר כיון שאין קפידא לבעלים במעות זה דוקא כו' ומשמע מדבריו דזהי אפי' באין לו היתר שימוש כלל כגון שאינו שולחני או חנוני עש"ת ולע"ד צ"ע ועיין בנ"צ מ"ש בזה:

ד **גם באונסים** עבה"ט עד שיהא לקנות סחורה בדמי הפקדון שמא יבא המפקיד פתאום כו' ועיין בתשובת גליא מסכת ס"ס י"ג בא' שנתן מעות לבע"ג שיקנה עבורו מלח בפינסק ונגנבו בדרך וכתב דהא ודאי דהבע"ג הוי על המעות דין ש"ש אף שאינו נוטל שכירות יתירא עבור זה וגם קיבל דמי שכירותו קודם שנסע לפי מה דקיי"ל שוכר כש"ש משום בההיא הנאה דשביק לאחריני כו' (עמ"ש לקמן סי' ש"ו ס"א סק"א) ולבד זה פשיטא דיש לו דין ש"ש כיון שהיה לו רשות להשתמש במעות הללו כו' ומצד זה קרוב לדון אותו לחייבו אפי' באונסין דהא הסמ"ע בסי' רצ"ב ס"ק ט"ז הקשה מסי' רס"ז גבי דמי אבידה ותירץ בשם הראב"ד דתשמיש בדמי פקדון גרע טפי שירא לקנות בהם סחורה שמא יבא המפקיד פתאום ויתבע פקדונו כו' וא"כ בנ"ד שמסר לו המעות שיביא לו מלח מפינסק שא"י לתבוע לו מעותיו רק המלח שהתחייב לו להביא ואינו ירא לקנות בהמעות סחורה או לעשות איזה חילוף מטבע כנה"ג כו' א"כ י"ל שחייב אפי' באונסין ואולם ראיתי למהרי"ק שורש קל"א (שהובא קצת בסמ"ע סי' רצ"א ס"ק ל"א) שלא קבע עליו חיוב רק מש"ש ואפשר דעובדא דידיה היו מעות צרורין וחתומין כו' עכ"ד ע"ש. ועיין בתשובת שבות יעקב ח"ג סי' קמ"ג בראובן ששלח לשמעון ע"י ציר נכרי שק צרור וחתום עם מטבע כסף ובתוכו צרור וחתום כמה מטבעות זהב שיקח בהם סחורה עבורו ויתן לו שכרו ושקל ראובן אותו שק במשקל וכתב לו בכתב כמה משקלו וישגיח על חותמו וכאשר הביא הציר את השק לשמעון נתן שמעון כתב שקיבל ע"י הציר על נכון השק מחותם. וכמו שבוע אח"כ כתב שמצא בתוך השק הכסף ולא שום מטבע מזהב וראובן טוען כיון שכתבת תחלה שקבלת השק על נכון עם כתבי שכתבתי לך בודאי שקלת מתחלה וראית תיכף אחר החותם. ושמעון משיב לא דקדקתי אחר המשקל והחותם

כיון שהציר מוחזק לנאמן כו' ובאמת שמעון זה אינו מוחזק לנאמן כ"כ והוא נחשד קצת וגם יש אומדנא שהוא מעל בהמעות ע"י נדוניא שרוצה כעת ליתן לבתו כו' ושאל השואל אם יש לדון בזה ע"פ האומדנא והשיב לע"ד א"צ לזה האומד כלל כיון ששמעון יש לו שכר הו"ל ש"ש ואין לך פשיעה גדולה מזו כיון שכ' לו שמשקלו כך וכך ושיראה אחר חתימתו והוא האמין להציר ולא דקדק בכך ה"ל פשיעה גדולה אפי' שומר חנם יש לחייבו דאילו הודיעו תיכף יהיה יכול להוציא מהציר מכ"ש זה שהוא ש"ש אפי' אם לא נטל שכר מ"מ ה"ל ש"ש מיד שפותח השק ובידו להשתמש במעות עד שיבוא לידו הסחורה הזאת וכדאיתא בח"מ סי' רצ"ב ומבואר בסמ"ע שם דהאידנא כ"ע כשולחני לענין זה. גם מצד האומד כו' (עמ"ש לעיל סי' ט"ו ס"ה ס"ק ט') ע"ש. ומ"ש עוד הבה"ט ועיין בש"ך שביאר מה שנ"מ כו' הנה בש"ך סק"ט כתב ונ"מ דאם נפסל המטבע כו' עד וכמ"ש הגמ"י פ"ד ממלוה והתוס' פ' הגוזל (בבא קמא דף צ"ז) כו' וכבר תמה עליו בספר נה"מ דהתוס' כתבו שם להיפך ע"ש מ"ש בזה ליישב ועיין תשובת בית אפרים חח"מ סי' נ' מ"ש בזה. ועיין בתשו' נו"ב סי' ל"ה:

ה **חייב ליתן הריוח.** עבה"ט מ"ש ורש"ל פסק כו' עד דמבטל כיסו לא הוי אלא גרמא כו' ועי' בתשו' אא"ז פמ"א ח"א סי' פ"ב במעשה שאירע ביריד א' שבא אחד ממרחקים עם ברזל למכור על יומא דשוקא והיה לאחד מבני העיר תביעה עליו ובא אליו במרמה כאילו הוא תגר וקנה ממנו הברזל בסך ידוע ונגמר המקח ומשך הברזל לרשותו והמוכר סמך עצמו שבכלות היריד יתן לו מעותיו ולאחר שחלף ועבר יום השוק הלך זה לתבוע מעותיו והשיב הלוקח משטה הייתי בך ולא היה בדעתי ליקח מקח זה ולא עשיתי אלא מפני שיש לי תביעה עליך לתפוס אותך בערך חמשים זהובים והמותר קח ולך והלה צועק ככרוכיא שעכשיו שעבר היריד א"א לו למכור סחורתו וא"א לו לטלטלן ממקום למקום במשא כבידה ובשעת היריד היו הרבה לוקחים. והשיב דברור דזה הוי מזיק גמור וראי' מדברי הרא"ש ר"פ האומנין (עי' בש"ע סימן של"ג ס"ב) דאף אם לא הלכו הפועלים אלא שכבר שכרו כל בע"ב פועלים ואין מוצאין עוד להשתכר נותן להם שכרן כפועל בטל דקיי"ל כר"מ כו' ובנ"ד נמי כיון דכבר הלכו לדרכם כל הקוני ברזל ועל ידו אי אפשר למצוא עוד קונים כאלו הוי מזיק גמור ומחוייב לשלם הוצאותיו ואע"ג דלא היה כוונתו להזיק אלא להציל את שלו שיהיה מוחזק הרי מבואר בח"מ סי' ס"ו סכ"ג ובסמ"ע וש"ך שם (בבה"ט ס"ק ס"ב) דהיכא דחייב מדינא דגרמי חייב אפי' לא כוון להזיק א"כ בנ"ד לא יוכל לומר שעשיתי להציל את שלי דמ"מ גרם לו היזק רב ועוד דהיה לו להודיע מיד ולא לדחותו בלך ושוב עד אחר היריד ע"כ ברור שזה האיש

לא עשה כשארית ישראל וראוי לקנסו ולגבות ממנו כל היזקו של המוכר ע"ש (סעד לדבריו מתשובת הרדב"ז ח"ב סימן בצ"ט שהובא לעיל סי' קע"ו סי"ד ס"ק כ' ע"ש) . ועיין בתשובת שבו"י ח"ב סי' קנ"ח הזכיר קצת מדברי הפמ"א הנ"ל ותמה עליו במה דמשמע מדבריו דזולת הטעם שחייב לשלם מדין מזיק המכירה בטילה מאחר שלא כוון לקנות רק לתפוס בחובו וגם ניכר האונס שנתיישן החוב ולא רצה לפרוע לו ובאמת זה אינו דגם בכה"ג נקנה המקח וברשותו זל וראיה מש"ס כתובות דף ק"י שהובא בש"ע לעיל סי' פ"ה ס"א ומדברי המרדכי סוף כתובות סי' רע"ח שהובא בסי' ק"ץ ס"ו בהגה ובסי' ר"ד סעיף י"א ע"ש. ולעד"נ לכאורה דגם אא"ז ז"ל מודה בזה רק שם הוה המעשה דעייל ונפיק אזוזי דלא קנה כדלעיל סי' ק"צ סעיף י"ז ולכן השיב דמ"מ מחוייב לשלם מדין מזיק. שוב בתשובת בית אפרים חח"מ סי' ע"ו שאלה כזו בראובן שקנה סחורה משמעון ולא רצה לשלם לו כי אמר שלא היה בדעתו לקנות כלל רק שרצה לתפוס בעד חובו שמגיע לו ממנו ושמעון טוען כי המקח קיים ובענין החוב יקוב הדין ביניהם והשיב שהדין עם שמעון שא"י לבטל המקח כי דברים שבלב אינם דברים ואומדנא דמוכח אין כאן די"ל דשפיר נתרצה לקנות הסחורה והיה בדעתו לתפוס המעות והביא דברי הפמ"א הנ"ל וכ' דאפשר דהפמ"א אזיל לשיטתו שם בסימן נ"ג לענין קדושין שכתב לחלק דהא דבזבין לנכסיה אדעתא למיסק לא"י אמרינן דדברים שבלב אינם דברים לפי שבעיקר המכירה היו פיו ולבו שוים אלא שבלבו להטיל תנאי המבטלו משא"כ היכא דגוף הענין לא היה פיו ולבו שוים כו' והאריך קצת ומסיים ולדינא נלע"ד דכל שאין גילוי דעת אז שמסר מודעא בפני אחרים שאין בדעתו לקנות ה"ל דברים שבלב ואינם דברים והמקח קיים ע"ש. ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סי' קע"ח האריך בדינים אלו דמבטל כיסו של חבירו ובסוף התשובה כתב ז' חילוקי דינים היוצאים מפלפולו שם (עי' בנ"צ הבאתי את כולם בשמו וע"ש מ"ש עליו בזה) וע"ש עוד בסימן קנ"ז שהשיב על נדון השאלה שם וז"ל כפי הנראה דעת המצווה שיזכו מקבלי מתנותיו מיד ככל צוואת שכ"מ והרי הוסיף שאפי' יתייקרו הננסים קודם פרעון למקבלי מתנות יזכו גם הם בהרויח לפי ערך נמצא זכו בני ח"ק מיד ברגע מיתתו בסך ה' מאות זהו' שלהם וידוע דרך ח"ק לסגל המעות ע"ד היתר או רבית נכרים ע"פ דינא דמלכותא ששה (פארצענט) או לקנות (פאפירין) בעד ה' (פארצענט) והוי ריוח שלהם מבורר והמבטל כיסם חייב לשלם ע"פ פסק ש"ע סימן רצ"ב ס"ז אלא הש"ך שם נוטה לדעת מהרש"ל דאינו אלא גרמא וכן נראה ממ"ש סימן ס"א סק"י וא"כ אם עדיין הבן הגדול לא היה נותן להח"ק פרס שלהם שנה בשנה והם באו להוציא מידו קשה להוציא נגד הנ"ל אך כיון שכבר שילם להם היזקם בכל

שנה ושנה אין לנו לומר ששילם על הקרן ולשוויה גרמא בנזקי צדקות עניים ואפי' בנזקי אחר נמי לא והיינו במה שהיה היזק מבורר ששה (פראצענט) ע"פ דד"מ שהיו יכולים להלוותם בהיתר כו' עכ"ל ע"ש. ושם בסי' מ"ח ע"ד מעות קרן קיימת ללומדי תורה שא' הניח ומסרום לשליח להלוותם ברבית לעובד כוכבים וקבעו לו שכר טרחתו (פריצענט) א' והשליח פשע ולא הלום רק נשא ונתן בהם בעצמו אי חייב לשלם. וכ' הנה דין פשוט בש"ס פ' החובל דמבטל כיסו של חבירו פטור ורמזו הש"ך זה ג' פעמים בח"מ סי' ס"א סק"י וס"ס פ"א וסי' רצ"ב ס"ק ט"ו אך אם ירצה ליתן הרשות לקבל כמבואר ביו"ד סי' קע"ז ובש"ך שם ס"ק מ"א ומ"ב אך לא נ"ל שיהא רשות לגזבר למנות עוד שליח זה דהרי הגזבר פושע בשל עניים דהשליח הזה נחשב שעובר על דעת משלחו ומה שהוא נותן אח"כ מרצונו הוא נותן ואם לא ירצה אין להוציא ממנו בדיינים נמצא פרנסת העניים בחסדו של זה תלויה ולא כן היה דעת המצוה ז"ל וכן יש לתמוה על כנה"ג הנדפס בגליון יו"ד הלכות צדקה כו' ע"ש:

י **ואם שנים הפקידו כו'**. עבה"ט ועיין בתשו' ושב הכהן סי' ס"ג שתמה על דין זה והניח בצ"ע ע"ש ועי' בנה"מ מ"ש בזה ועמ"ש לעיל סי' קע"ו ס"ז:

יז **מרובא קא פריש**. עבה"ט עד ולפי זה צ"ע למה כתב לעיל דמיירי דוקא בבהמות כו' וכן הקשה. בדגמ"ר ע"ש ועי' בנה"מ ישוב לזה:

יח **ומוכר בשוק לשעתו**. עי' א"ח סי' תמ"ג במג"א ס"ק ד' שכ' שם מיהו אם הוא במקום דיכול למכרו לעובד כוכבי' שיודע שיחזור לו אחר הפסח אסור למוכרו מכירה חלוטה ע"ש ואפשר שזהו שמרמז כאן בתיבת לשעתו:

סימן רצג

א **אבל אם אמר**. עי' באה"ג שכ' פי' שהופקד אמר למפקיד אביא לך הפקדון. והוא מדברי הסמ"ע דכ' דכ"כ במרדכי ובד"מ ולא כע"ש שכתב אבל אם א"ל המפקיד להביא לו כו' גם מצד הדין אינו נראה כיון דבלא הפקידו לזמן איירי כאן וכדמוכח ממ"ש אחר זה א"כ מיד שגילה המפקיד שניחא לי' בהחזרה כו' ע"ש ועי' בקצה"ח שהשיג על הסמ"ע מהאי דשלחה לו ביד עבדו של שואל אף דהוה בהסכמת המשאיל מ"מ חייב משום דיד עבד כיד רבו וכ"ש כשהוא ברשותו ממש דלא מהני מה שהמפקיד אמר לו להביאה לו ע"ש ועיין בתשו' הרב מהר"ר משה רוטונבורג חא"ח סי' י"א שהשיג על הקצה"ח וכתב שדברי הסמ"ע נכונים דהתם קיבל השמירה לזמן קצוב ונתחייב בתחלה

בשמירה עד זמן הקצוב ואינה יוצאת מרשותו עד שיחזירנה לו כו' עש"ה ועמ"ש לקמן סי' שמ"ב סק"א:

ב **להכריחו לקבלו.** ועיין בתשו' גליא מסכת סי' י"ג שכ' דדוקא הנפקד א"י להניח שיקבל הפקדון קודם זמנו אבל המפקיד יכול שפיר לתבוע פקדונו אפי' תוך הזמן וכן משמע בסמ"ע לעיל סי' רצ"ב ס"ק ט"ז הובא בבה"ט שם ס"ק ט"ז ע"ש:

סימן רצד

א **וכפר בו.** עסמ"ע סק"א מ"ש ואף אם יטעון ויאמר כוונתי במה שאמרתי להד"מ כו' דא"כ ה"ל לפרש כו' ועמ"ש לעיל סי' נ"ח ס"ב סק"ד בשם הגר"ע איגר זצ"ל שפקפק עליו ע"ש:

ב **עושה דין עם הגנב.** עסמ"ע ובאר היטב ועיין בתשובת בית אפרים חח"מ סי' ל"ה מענין זה. וע"ש עוד דמ"ש לקמן בסעיף זה דש"ש אף אם כבר נשבע מחויב לטרוח לדון עם הגנב זהו אפי' אם רוצה להחזיר השכר ולהיות כש"ח ולא לטרוח לא מהני ליה ע"ש:

ג **דומיא דהוכר הגנב.** עבה"ט ועיין בתשובת בית אפרים סי' ל"ה שהאריך לתמוה על הש"ך בזה ובסוף הביא דבתשובת מהרשד"ם ח"ב מח"מ בי' קפ"ט כתב בעובדא כנדון התה"ד שיש לסמוך על התה"ד בזה ולחייב את זה שנעשה החוב על ידו אם לא טרח כראוי וכתב מעיד אני עלי שמים וארץ שמורי הרב הגדול מו"ה יוסף טיטיצאק היה מחשיב תשובות תה"ד כתשובת הרא"ש ולא שאני צריך לשבח כו' אלא לפי שראיתי שמהר"י קארו כתב שהדברים מגומגמין כו' ואינו יכול לומר אפי' הייתי שם לא הייתי יכול להציל אלא י"ל אם היה שם היה מציל כו' ע"ש (וגם במהרשד"ם ח"א סי' תמ"ד מענין כזה) וכ"כ בשו"ת מהרש"ך ח"א סימן קפ"ט על הנדון ההוא דמהרשד"ם וכ"כ מהרש"ך בח"ב סימן מ"ו בראובן שהיה (פאטור) לסוחרים ושמעון טען סחורות באניה אחת וכתב לראובן שיבטיח נכסי שמעון (ר"ל שיעשה מעמד עם באנקירר) שהוא מקבל אחריות הספינות עליו שיקבל אחריות גם על הסחורות אלו ששלח שמעון וכן עשה והבטיח ונשברה האניה והגיע זמ"פ שיפרע המבטיח שהוא ששה חדשים כפי נימוסי שררת ווניציאה והמבטיח היה מעביר לראובן בדברים פעם שיפרענו ופעם שימתין כו' ובין הדחיות אלו עבר זמן הרבה ונשבה ראובן כו' והביא שם תשובתו שבח"א דמייתי מדברי תה"ד וכתב שאם פשע ראובן בגביית המעות מיד המבטיח שהיה סומך על דחיותיו ודאי חייב אך אינו יודע אי הוי ראובן פושע במה שנסמך על דחיית המבטיח עד

שנשבה ויראה שדבר זה יתברר ע"פ סוחרים מומחים שאם יראו בעיניהם שפשע ע"פ מנהג הסוחרים ודאי שחייב לשלם כו' ע"ש עוד והובא לעיל סי' ר"ז סי"ג סוף ס"ק י"ז:

סימן רצה

א **שילם**. עבה"ט ועיין בתשובת ושב הכהן סי' נ' מ"ש בזה באריכות ומסיים וכ' וז"ל היוצא בכל מ"ש דלדעת הרי"ף והרא"ש דבשואל בעינ' דוקא שילם ממש ואפי' התנה להיות כש"ח אבל לא בשאר שומרים ואפי' התנה להיות כשואל אפ"ה סגי באמירה שאמר הריני משלם אבל לרש"י נראה לפע"ד בפשיטות דללישנא קמא לא מוכח מברייתא או קיי"ל כטעמא דר"ז או כטעמא דר"ה ולכן י"ל דטעמא דתרווייהו איתנהו ולפ"ז אפי' בשאר שומרים אם התנה להיות כשואל בעינן שילם ממש ולפי מ"ש י"ל דגם הרמב"ם ס"ל כן לכן צ"ע בשאר שומרים שהתנו להיות כשואל אי סגי באמירה או בעינן שילם ממש ונ"מ אפי' בזה"ז לענין יוקרא עכ"ל ע"ש:

ב **כל שבח דאתי מעלמא**. עש"ך סק"ז עד ופשיטא אילו הוה תבע ליה לנפקד לקמן לב"ד היה מוכרח לשלם לו כפי שעת התביעה אם לא היה רוצה לישבע דדילמא השתא פשע כו' ועי' בחידושי רע"ק איגר זצ"ל למס' ב"מ דף ל"ד שתמה עליו וכ' וז"ל ולענ"ד דברי הש"ך תמוהים דלכאורה בפשטא דמלתא השומר נאמן דנאבד ממנו בשעת הזול ולא נתחייב יותר ואפי' שבועה א"צ כיון דהבעלים טוענים שמא דאין זה בגדר שבועת שומרים דזהו רק באיזה אופן נאבד ממנו אבל לא באם הספק באיזה שעה נאבד ממנו והוי כמו בשעת שאולה או שכורה מתה כמ"ש תוס' שם. ואולם לדינא אני מסתפק היכי דבשעת תביעה שוה הרבה והשומר טען שנאבד בשעת הזול ושילם כשעת הזול דאפשר אפי' היוקר דלאחר תביעה לא קנהו דיכולים הבעלים לטעון דשמא נאבד בשעת התביעה בשעת היוקר וכיון דלא שילם לו בשעת התביעה והוי רק כשילם מחצה דלא קני עכ"פ כל השבח ואפשר דלא קני כלל כפי האבעיא דשילם מחצה מהו דאף דהשומר נאמן לומר דנאבד בשעת הזול היינו למפטר נפשיה אבל לא להוציא ולקנות השבח מבעלים ואף דהשומר ברי והבעלים שמא מ"מ הא דעת הרמב"ן דאף נגד מרא קמא לא מהני ברי ושמא וצ"ע לדינא עכ"ל ע"ש עוד וע' בקצה"ח ובנה"מ מזה:

סימן רצו

א **שאין אומרים מגו לפוטרו משבועה**. עיין בתשובת נו"ב תניינא סי' ך' מ"ש בזה:

ב **נאמן בשבועה בנק"ח.** עבה"ט שכתב דלאו ש"ד קאמר אלא כעין דאורייתא כו' וע' בת' רע"ק איגר סי' קע"ה מ"ש בזה:

ג **ומתה מחמת מלאכה אם הוה שואל.** ע' בת' הרדב"ז ח"א סי' ו' שכ' דשואל כלי כסף בשטר אינו נאמן לומר החזרתי במגו דנשבר מחמת מלאכה דמגו זו אינה טובה דאי הוה טעין כן אומרים לו הבא השברים כו' ומסיים נקוט האי כללא בידך כל כלי שהיה יכול לטעון עליו נאבד מחמת מלאכה נאמן לומר החזרתיו במגו אבל כל כלי שאינו יכול לטעון עליו שנאבד מחמת מלאכה שאין לו מגו משלם כיון שיש עליו שטר ע"ש וע' בספר שער משפט שכתב עליו ולפי דבריו צ"ל דהרמב"ם והמחבר מיירי שהנבילה אינה שוה כלום דאל"כ ליכא מגו ולי נראה דאף בכה"ג נאמן במגו לפמ"ש הנ"י בפ' השואל והרמ"א לקמן סי' שד"מ ס"ג דאם א"ל השואל להמשאיל טול לך השברים ונאנס לאחר מכאן ונאבדו לגמרי הוי כאילו נאנסו ברשות המשאיל ופטור וא"כ אכתי אית ליה מגו מעליא דאי בעי אמר דנשבר מחמת מלאכה ואמרתי לך טול השברים ואח"כ נאנסו דפטור לגמרי כו' ע"ש:

ד **במקום שעדים מצוים א"נ לומר החזרתי.** כתב בספר שער משפט ונראה דאם מת הנפקד ובא לגבות מן היורשין תליא בפלוגתא המבואר בסי' ק"ח ס"ד דלשיטת הפוסקים דלא טענינן ליתמי נאנסו כיון דלא שכיח א"כ כ"ש הכא דלא טענינן להו נאנסו אבל לשיטת הפוסקים דטענינן להו נאנסו וכמו שהסכים הש"ך שם א"כ הכא נמי טענינן להו נאנסו אף שהוא במקום שעדים מצויים דאביהן גופיה לא היה נאמן לומר נאנסו אם לא שיביא ראיה לדבריו היינו דוקא אביהן דגלי קרא אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם הא במקום שיש רואה לא מהימן משום דאם היה האמת כדבריו היה מביא ראיה כי הוא יודע מי היה שם בשעת מעשה דהאונסין וכדמשמע להדיא בר"ס קפ"ז משא"כ ביורשים אפשר שא"י מי היה שם להביא ראיה טענינן להו שנאנסו אף דאביהן לא היה נאמן בטענה זו כו' ומסיים וסברא נכונה היא וכן נ"ל ע"ש:

ה **מתנה ש"ח להיות פטור משבועה.** ע' בהגהת אשר"י ספ"ז דב"מ שכ' וז"ל וכתב ה"ר ברוך מריגנשפורג מדלא נקט גבי ש"ח להיות פטור מתשלומין כדקתני גבי ש"ש משמע דלא מיפטר אם פשע אפי' התנו מא"ז עכ"ל ובספר תפארת שמואל שם כתב ול"נ דאין ראיה וכמ"ש הרא"ש לעיל פ' הזהב סימן כ"א ש"ח אינו נשבע בשטרות כו' דלישנא דקרא נקט. ולכן השמיטו הפוסקים דברי הג"ה זו וכך משמע בתוס' דף צ"ג עכ"ל. ועיין בתשובת זכרון יוסף סי' א' דהרב השואל כתב דמסתימת לשון כל הפוסקים משמע דס"ל כהג"א הנ"ל ולא מצי הנתבע לומר קים לי כהר"ר יונתן שהיא בספר ש"מ

שם דאפי' לפטור לגמרי מהני תנאי דדעת הר"ר יונתן יחידאה היא כו' והוא ז"ל השיב דזה אינו דאדרבה מסתימת דברי המרדכי שהביא בד"מ סי' רצ"א סק"י משמע דאפילו לפטור מפשיעה מצי להתנות בלא קנין כו' ועוד נ"ל דה"ר ברוך ס"ל כדעת הרמב"ם וסיעתו (הוא היש מחייבים שבסי' ש"א ס"א) דאע"ג דש"ח אינו נשבע על הקרקעות ועבדים דדכוותיה מ"מ אם פשע בהם ונאבדו חייב לשלם דפושע הוי כמזיק בידים כו' משא"כ לדידן דקיימא לן (זולת הש"ך בסי' ס"ו ס"ק קכ"ו) כדעת הרי"ף והרא"ש וסיעתם דאף מפשיעה פטורין דלאו מזיק הוא אין ספק דקיי"ל נמי שיכול ש"ח להתנות שיפטור מפשיעה כו' ע"ש:

י **לא אמרתי אלא הנח לפניך.** כתב בספר שער משפט לכאורה נרא' דמיירי הכא שהודה שפשע אלא שאומר לא קבלתי השמירה עלי דאם טוען ג"כ. ששמרו כראוי א"צ היסת דאין נשבעין אלא על טענת כפירת ממון ולא על כפירת שבועה כמבואר בסי' צ"ג ס"ט כו' ויותר נרא' דאף שטוען ג"כ ששמרו כראוי מ"מ צריך היסת שלא אמר אלא הנח לפניך לפי שיטת רב האי גאון שהביא הטור בסי' פ"ז והסכים כן הש"ך שם ס"ק ס"ה דאף דמי שנתחייב שבועה ואמר נשבעתי אין משביעין אותו שבועה על שבועה היינו דוקא בהיסת אבל בשד"א חייב היסת והטעם הוא משום דבשד"א אם אינו רוצה לישבע חייב לשלם ונחתינן לנכסיה ולכך אם כופר שנשבע חשיב כפירת ממון וא"כ ה"נ כשטוען לא אמרתי אלא הנח לפניך אף שטוען ג"כ ששמרו כראוי מ"מ הוי ככופר חיוב שד"א דחייב עכ"פ היסת עכ"ד ע"ש:

סימן רצח

שאינו יודע ופטור. ע' בתשו' בית דוד חח"מ סי' א' בעובדא בא' שמסר לבעל ספינה מאה שקים קמח שיוליכם לנמל פלוני וכל שק יהיה במשקל ארבעה פוד וקצב שכרו מאה ר"ט ואחר שמסר לו המפקיד על ספינתו לא שקלם בעל הספינה לפני המפקיד ונשבא לנמל טען המפקיד שמסר לו הרבה קמח באופן שהחסרון עולה יותר מדמי השכירות והנפקד השיב א"י מה שהנחת אתה ניטל ונגשו לד"ת ורצה דייו א' לומר שמחוייב בעל הספינה להחזיר הקמח להמפקיר בלי שום תשלומין רק שהמפקיד ישבע שנפחת כנגד שכרו בודאי ושני הדיינים שעמו לא הודו לו ונפסק הדין ע"פ הרוב שיפסד השומר היינו בעל הספינה בטענת איני יודע שישבע על זה ויטול שכרו משלם. ושאל הדיין הנ"ל להרה"ג המחבר הנ"ל אם יפה דנו בזה. והשיב באורך ותוכן דבריו לדינא דאם לא היה בכאן שום שכר אחר רק שכר שמירה בלבד הדבר שקול כי יש פנים לכאן ולכאן

דהנה בסי' ע"ב סי"ד בהגה הלוה שאמר למלוה על משכון פרעתיך כך וכך והמלוה אומר אמת פרעתני אבל איני יודע כמה הלוה נאמן ושם סעיף כ"ז בסופו דאם אמר המלוה איני יודע כמה נפחת נשבע המלוה היסת ויפטר ור"ל שגובה חובו וטעם החילוק בין חלו שני הדינים כמ"ש האחרונים לחלק בין טענת פרעון ובין טענת יש לי בידך כנגדו דבספק פרעון כההיא דסעיף י"ד כיון דלפרעון קאי מבטל בזה הספק לחזקת השטר או המשכון שיש לו כההיא דסי' נ"ט (עמ"ש שם סק"ג) משא"כ טענת יש לי בידך כנגדו כההיא דסעיף כ"ז אף דהמלוה אומר איני יודע מ"מ כיון דקיי"ל בעלמא דזה גובה וזה גובה א"כ מלתא אחריתא היא ואינו מגרע בזה חזקת השטר או המשכון לכך נשבע המלוה שאינו יודע וגובה חובו ע"י השטר או המשכון שבידו כו' ולפ"ז בנ"ד יש לספק למאי מדמינן לה לטענת פרעון או לטענת יש לי בידך כנגדו דיש פנים לומר דע"כ לא אמרינן בסעיף כ"ז דטענת פחת במשכון אינו מגרע חזקתו אלא היכא דההחוב בא מפאת ההלואה דכיון דבהלואה אין בה שום ספק א"כ טענת פחת מלתא אחריתא היא כטענת יש לי בידך כנגדו משא"כ היכא דההחוב הוא שכר שמירה דבזה אף אם היה הדין נותן שלא להתחייב בפחת כגון בשטרות והקדשות או שהיה שמירה בבעלים מ"מ מפסיד שכרו כבסי' ש"א ס"א נמצא דטענת פחת בכאן הוי כטענת פרעון על שכר שמירה כיון דאם אמת הדבר שנאבד לא נתחייב בשכר שמירה כלל וא"כ אף שהוא מוחזק במשכון הרי אבד חזקתו וכההיא דסעיף י"ד הנ"ל אמנם גם בהיפך יש פנים לומר כיון דכאן אם אמת הוא שנאבד חייב לשלם הפחת אף אם יעלה הרבה יותר משכרו א"כ עיקר תביעתו של המפקיד אינו לפטור עצמו משכר שמירה דהא אם דמי הפחת היא יותר משכרו תובע ממנו כל הפחת ואדרבא כל עיקר טענתו הוא כיון שנתחייבתי לך בשכר שמירה ע"י זה נתחייבת לי דמי הפסד מגו"א וא"כ תו הוה כטענת יש לי בידך כנגדו דמלתא אחריתא היא ואינו מגרע בזה חזקת משכונו וכההיא דסעיף כ"ז הנ"ל כו' וכיון שהדבר שקול אם כבר נפסק הדין ע"פ הרוב לחייב את בעל הסחורה לשלם אין אח"ז כלום כי על כיוצא בזה אמרה תורה אחרי רבים להטות. אמנם כל זה אם לא היה כאן רק שכר שמירה לחוד אולם בנ"ד שעיקר השכר הוא שכר הולכת הסחורה למקום הידוע ושכר הספינה וגם יש לו לבעל הספינה כמה הוצאות וחיוב שמירתו אינו אלא בההיא הנאה כו' א"כ ודאי דטענת פחת בכאן היא טענה אחריתא וכטענת יש כי בידך כנגדו דאינו מגרע בזה חזקת משכונו כההיא דסעיף כ"ז הנ"ל ושפיר פסקו הדיינים הנ"ל. דישבע בעל הספינה שא"י ויטול שכרו. אמנם כ"ז אם הוא מקרי מוחזק במה שת"י על הספינה ואף שבנ"ד לא בא לידו בתורת משכון מ"מ גם באותן פסק הרמ"א באה"ע סי' כ"ח

סט"ו דקונה משכון כו' וא"כ אם הוא מוחזק בסחורה ע"פ האופנים המבוארים בסימן ע"ב מסעיף י"ז עד סעיף כ"ב שפיר פסקו דיינים החולקים הנ"ל אבל אם אינו מוחזק במשכון ודאי דהדין עם הדיין השואל הנ"ל וישבע בעל הסחורה שנפחת כנגדו שכרו בודאי ויפטר מתשלומי דמי השכר וזה ישבע שא"י אם נפחת יותר ויפטר מלשלם את המותר וזה פשוט עכת"ד עוד בענין לפטור בעל הספינה מגו"א מצד שדרך בעל הספינה שלא לילך בעצמו רק להושיב שאפשר על הספינה כו' והובא לעיל סי' רכ"ה ס"ו סק"ה:

סימן שא

א **ולא בנכסי.** ע' בתשובת הרב מו"ה משה רוטנבורג חא"ח סי' י"א שהביא דברי ס' מקור חיים סי' תמ"ח סק"ט שכתב שם דאף דאין דין שומרים לעובדי כוכבים מ"מ במשכון אפי' בעובדי כוכבים הוי ש"ש כמ"ש התוספות ס"פ האומנין והשיג עליו. עש"ה:

ב **ומכל מקום ש"ש מפסיד שכרו.** עיין בתשובת בית דוד חח"מ סי' א' שכתב דאם מסר בידו עשר שטרות והתחייב ליתן לו שכר שמירתן עשרה זהו' ונאבד א' מהם בפשיעת השומר באופן דמפסיד שכרו פשוט דמפסיד שכר כולן וא"צ לשלם לו שכר שמירה כלל אפי' בעד השטרות ששמרן יפה וראיה לזה מהא דאיתא במסכת ע"ג דף ס"ה ע"א רבא אמר ל"ק הא דאמר ליה העבר לי מאה חביות במאה פרוטות כו' ופרש"י דכל כמה דלא אעברינהו לכולהו לא יהיב ליה מידי הלכך אגרא שייך ביה הרי להדיא דהיכא דשכרו בהבלעה על כמה חפצים כל כמה דלא השלים כל מלאכתו לא יהיב ליה שכר כלל וא"כ ה"ה היכא דנאבד א' מהם אבד כל שכרו ע"ש. וכתב עוד אמנם בהבלעת הימים אינו כן שאם שכרו לשמור השטרות עשרה ימים בעד עשרה זהו' ופשע ביום העשירי וע"י כן נאבדו אינו מפסיד שכר הימים שעברו וזה מוכח מסוגיא דפרק הזהב (בבא מציעא דף נ"ח) גבי השוכר את הפועל לשמור את התינוק ואתה פרה כו' דפריך אי הכי רישא דתני אין אחריות שבת עליו ה"נ דהפסיד את שכרו ומי אית ליה שכר שבת כו' ואי ס"ד דבסיפא בפשיעת שבת מפסיד שכר כל השנה מאי קשיא ליה מרישא דאימא דה"ק אין אחריות שבת עליו ולכך אינו מפסיד שכר כל השנה אבל בסיפא דשכרו בהבלעה אחריות שבת עליו ואם אירע הפסד בשבת מפסיד שכר של כל השנה אלא ע"כ דגם בסיפא אינו מפסיד רק שכר שבת כו' ולא קשה מהא דמוכח במס' ע"ג הנ"ל דהבלעת החפצים כל כמה דלא השלים מלאכתו לא יהיב ליה שכר כלל דבאמת יש לחלק בין הבלעת החפצים ובין הבלעת הימים כו' עכ"ד ע"ש. ותימה שלא זכר דברי התומים בסימן

ס"ו ס"ק ס"ח שכתב בהדיא דאם שכרו על כמה מים בהבלעה הפסיד גם שכר הימים שעברו רק אם שכרו לימים נפרדים אין מפסיד של שאר ימים וכתב שם דזה דפריך אלא רישא כו' דל"ל יפסיד השכירות אם נגנב או נאבד בשבת מן כל ימי שבוע הואיל ואינו בשבת ש"ש דהא אף אם היש בשבת ש"ש אין מפסיד של שאר ימים כיון ששכרו לימים נפרדים ע"ש. גם בש"ס ד' ווילנא החדשים בהגהות הגאון מוהר"י שטראשון לסוגיא זו כתב בפשיטות דבסיפא בהיה שכיר שבת שכיר חודש כו' מפסיד שכר כל השבת וכל החודש דזה דומה להעבר לי מאה חביות בק' פרוטות דבעבודת כוכבים דף ס"ה אבל ברישא בשכיר יום אינו מפסיד אלא שכר אותו היום בלבד דדמה להעבר לי חבית חבית בפרוטה דכל חדא שכרה באפי נפשה ולהכי פריך שפיר אי הכי רישא כו' ע"ש ועמ"ש לקמן סי' ש"ה ס"ג בנ"צ בד"ה היו הבעלים:

ג **בדברים אלו** ע' בתשובת מו"ה משה רוטנבורג חח"מ סי' ז' מ"ש בזה:

ד **השואל בית כו' דה"ל קרקעות.** עבה"ט שכ' ומה"ט אפי' בא האונס מכח השואל פטור כו' וע' בתשובת פני יהושע ח"ב סימן ק"ו מ"ש בזה ומדבריו מבואר דס"ל הלכה למעשה כהרמ"א לעיל דקיי"ל דאף מפשיעה פטורים ודלא כש"ך שהובא בבה"ט סק"ו וכן מבואר בתשובת זכרון יוסף סימן א' שהבאתי לעיל סי' רצ"ו ס"ה סק"ה או דס"ל דהוא ספיקא דדינא ואין להוציא מן המוחזק (וכ"ד העט"צ סק"א וכמ"ש בתשובת ב"ש אחרון סימן ו' הבאתיו בסי' ס"ו ס"מ בד"ה היא עיקר דודאי המוחזק יכול לומר קים לי כרמ"א ורוב גדולי הראשונים דאף בפשיעה פטור ע"ש וכן נראה דעת תשובת שב יעקב חח"מ סי' י"ב ע"ש:

ה **ונגנבו פטור.** עבה"ט וע' בנה"מ שכתב ודוקא שהשומר יהי' המחלק דאז הוי ממון שאין לו תובעין ולכן מסיים בהגה כשאמר לשומר שמור לי דחייב כיון שהמפקיד יכול לחלק למי שירצה הוי ממון שיש לו תובעין וכן מעות צבור שנתנו לגבאים כו' ע"ש אולם בתשובת חו"י סימן קצ"ט דעתו דאפי' ביש גבאי צדקה והוה המחלק מצד זה לא נקרא ממון שיש לו תובעים לולי דקיץ להו כו' (אך כתב ומ"מ נ"ל דאם הצדקה שייך לבני עיר יכולים להעמיד מורשה דלא גרע כחם משאר תובעים רבים בשותפות מן יחיד אפי' לא קיץ להו ואחר שיש לו תובעין חייב לשלם כו') ע"ש וכן מבואר בתשובת שיבת ציון שיובא בקמן סק"ח. ולדינא צ"ע ועי' בנ"צ מ"ש בזה:

ו **ולא לחלק לעניים.** עי' בתשובת חות יאיר סימן קצ"ט שכתב דהא קיי"ל לשמור ולא לחלק לעניים ולכן פטור הנפקד אם פשע היינו מדיני אדם משום דליכא מאן דמצי תבע ליה אבל לצאת ידי שמים חייב וק"ו אם מחייב באמירה שאומר ליתן לעניים כדרז"ל

בריש ר"ה דף ו' בפיך זו צדקה דה"ל כאינו נמסר להם עי' תוספות ב"ק דף ל"י. איך יפטר זה שפשע בממון של צדקה הנמסר לו זה אי אפשר להעלות על לב רק ודאי בדיני שמים חייב לפרוע לעניים הן עניי עיר או דעלמא כו' ולכן קיי"ל ביו"ד סי' ס"א סט"ו האוכל מתנות כהונה פטור מדיני אדם וחייב בד"ש כו'. וכתב שם שנשאל במעשה בשמש שהיה דרכו לסבב בקלפי בבה"כ יום יום ובכל ערב שבת הביאה לגבאי הצדקה והג"צ פותחה וסופר ומונה הנמצא וכותבו בפנקסו ומחלקו לעניי עיר ונתוודע אח"כ שהשמש היה גונב בכל שבוע מתוך הכלפי דרך החריץ שלמעלה והורידו להשמש והוקנס בבזיונות ובממון לא קנסוהו כי אמרו הלואי שישיב את הגזילה ומ"מ חקר השמש אצל בעל תורה אחד אם כשתשיג ידו מחוייב להשיג הגזילה וכמה ישיב כי הגיד לו למדן אחד דפטור מהשבה במ"ש רז"ל לשמור ולא לחלק לעניים. והשיב ע"ז באריכות ומסיק שצריך השמש לשלם ולהוציא מתחת ידו הסך מה שגנב לפי אומדנא ואם ירצה לצאת נקי ככסף צרוף ישלם עד שברור לו שגניבתו לא היה יותר כמ"ש במשנה ובטור וש"ע יו"ד סי' רנ"ח ס"ג נדרתי וא"י מה נדרתי כו' ויחזיר מעות השבה ללשכה ההיא שממנה גנב באופן שיבא המעות ג"כ לעניי אותה עיר. וכ' עוד שכבר אירע לפניו מעשה כיוצא בזה בחבורה לומדים שהיו נותנים כ"א דבר קצוב לקלפי בכל שבוע והמעות יהיו ב' שלישים לסעודה שיעשו בכל סיום ספר ושליש לעניי העיר ע"פ גבאי החבורה וחבירו ויהי היום שהוצרך אותו הגבאי שבידו הקלפי ליסע למרחוק נתן הקלפי שבה המעות לערך חמשים ר"ט לחבירו הגבאי ופשע בשמירתה ונגנבה וצעקו בני חבורה על הגבאי והגבאי על חהירו ושאלו אותו להגיד להם ע"פ הדין. והשיב שהגבאי לא פשע באשר חבירו היה ג"כ גבאי פעמים וגם זאת הפעם לא קפדו בני חבורה ביד מי משניה' הפנקס או הלשנה רק חבירו שפשע מחוייב לשלם לפי אומדנא מה שהיה ממון בלשנה שני חלקים לבני החבורה דה"ל ממון שיש לו תובעים כשותפים או ע"י הרשאה וחלק שליש השייך לעניים פטור מדיני אדם ומ"מ לצאת י"ש צריך ג"כ לשלם לעניים הרגילים ליטול מזה ע"ש. והנה משמעות לשון התשובה שם דגם במעשה ראשונה לא הצריך השמש לשלם רק לצאת י"ש אבל לא מדיני אדם (עי' בנ"צ) ובזה מבואר דס"ל בפשיטות לאו דוקא אם פשע ה"ה מזיק בידים וכן מבואר דעת התומים לעיל סי' ס"ו ס"ק ס"ט ובנה"מ בסי' זה סוף סק"ב ע"ש וע' בתוספות ב"ק צ"ג בד"ה ורמינהו ודו"ק:

ז **וישלם אם פשע.** ע' בתשובת נו"ב תניינא חח"מ סי' נ"ד הטעם למה נקט הרמב"ם והש"ע פשיעה דוקא דלכאורה לפ"ד הרמב"ם והמחבר בסי' רס"ז סט"ז שפסקו כרב יוסף דשומר אבידה כשומר שכר א"כ ה"ה הכא הוי ש"ש כמבואר מדברי התוספ' במסכת

שבועות דף מ"ב ע"ב בד"ה שומר חנם וא"כ אפי' בגניבה ואבידה ג"כ חייב כו' ע"ש מ"ש בזה:

ח **הגבאי אמר לשומר.** ע' בתשובת שיבת ציון סי' צ"ט בעובדא שאירע בקהלתו בגבאי א' מגבאי בתי כנסיות אסף מעות נדבה מאנשי בהכ"נ שלו לצורך קמחא דפסחא לעניי קהלתם והמעות היו שטרי הקיר"ה (איינלעזינגס שיינע) וכרך אותם בנייר הרשימה מהנדבות והניחם בתוך כיסו ואח"כ נאבד ממנו ועלה בדעת השואל לפטור הגבאי מלשלם מצד שלשה טעמים. הא' דאין זו פשיעה כיון שהניחם במקום שמניח מעותיו כו'. הב' אף אי הוי פשיעה יש לפוטרו משום דלא ליתי לממנע כמו באפטרופס שמינהו אבי יתומים כמבואר בש"ך סי' ר"צ ס"ק כ"ה דהוי ספיקא דדינא כו'. הג' מטעם דנשמור ולא לחלק לעניים כמבואר בש"ע סי' ש"א ס"ו וזה הוי מידי דלא קייץ דאף שהוא מיוחד לעניי קהלתו מ"מ יש ביד הגזברים לחלק וליתן למי שלבם חפץ והרי זה ממין שאין לו תובעים ופטור אפי' בפשיעה. והוא ז"ל השיב דכל השלשה טעמים אין בהם ממש לפטור את הגבאי דהא ודאי דזה הוי פשיעה מה שלא שם השטרות בתוך אמתחת של עור המיוחד לכך ואח"כ להניח בכיסו כו' (עמ"ש לעיל סי' רצ"א סי"ח סק"ה) וגם לא שייך חשש דממנע כיון שגבאי בהכ"נ בוחרים הצבור והוא לו שבח ותפארת. יש לו דין אפטרופס שמינהו ב"ד לאבא שאול כו' (עמ"ש לעיל סי' ע"ב ס"ה סק"י) . וגם טעם הג' דהוי ממון שאין לו תובעים נמי ליתא בודאי אם היה המנהג לחלק לעניים מעות שפיר היה מקום לדברי השואל הנ"ל אבל כיון שמנהג פה שמחלקי' קמח ופרנסי העיר עשו שטר מקח עם טוחן הקמח על מספר כו"כ מדות ועליה' מוטל לפרוע לו ואם וחסר אותו מעות שנאבד מהגבאי דבהכ"נ מחוייבים הפרנסים להשלים החסרון מכיסם לשלם להטוחן עבור הקמח שלקחו ולפ"ז הגבאים דבתי כנסיות הם השומרי' שהעמידו הפרנסים לשמור מעות המקובץ תחת ידם והרי מפורש ברמ"א דאם הגבאי אמר להשומר שמור לי חייב נשאר שומר ואך שדין זה הוא דוקא אם אמר לשומר בפי' אבל אם לא אמר שניה' פטורים כמ"ש הש"ך שם שאני התם דשם גם הגבאי עטור מלשלם אם נפטר השומר ואין להגבאי משום הפסד במה שנפטר השומר אבל בנ"ד אם יפטור השומר שהוא הגבאי דבה"כ לשלם המעות שאבד יבא ההפסד על הפרנסים לשלם להטוחן מכיסם בזה הוא סתמא כפירושו דהגבאי דבה"כ נעשה שומר וחייב לשלם להפרנסים וביותר נראה כיון שהמנהג כן בכל שנה שהפרנסים נכנסו בערבות על סמך המעות שיש ביד גבאים דבתי כנסיות בזה ודאי נעשה הגבאי דב"ה שומר להפרנסים. עיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק ל"ה כו' עכ"פ בנ"ד כיון שהפרנסים חייבים לפרוע

בעד הקמח שלקחו לחלק לעניים א"כ המעות שנתקבץ ע"י גבאים דבתי כנסיות אין לו דין מעות עניים כ"א מעות הפרנסים ויש לגבאי דין שומר עליו להיות חייב עכ"פ בפשיעה אם לא שמר כדרך השומרים עכ"ד ע"ש. ומדבריו מבואר דאילו לא נכנסו הפרנסים בערבות לשלם מכיסם היה פטור הגבאי דבה"כ כיון שלא אמר שמור לי וזהו דלא כדעת הנה"מ שהבאתי לעיל סק"ה ועמ"ש שם:

ט **שהפקיד**. עבה"ט שכתב וה"ה אם היה הנפקד כו' וכ' בספר שער משפט שכתב דלכאורה יש ללמוד מכאן דישראל שהפקיד לעובד כוכבים אין העובד כוכבים חייב בדין השומרים בדיננו ויש לתמוה מהא דב"ק כו' לכן נ"ל דודאי אף עובד כוכבים לגבי ישראל חייב בדין השומרים כמו בשורו שנגח וכן גבי אונאה בסימן רכ"ז סכ"ו אלא דהכא הטעם דדוקא לדידיה קנסיה רחמנא כו' ומסיים שם אך לע"ז היה נראה דעובד כוכבים שנתחייב לישראל מחמת נזקין או אונאה או מדין השומרי' נתחייב ג"כ לישראל אחר מחמת הלואה וכיוצא בו ואין לו לשלם לשניהם מגבין תחלה לחוב של הלואה וכמו שמצינו בשומרים כו' והדבר צ"ע לדינא ע"ש:

סימן שב

ואחד האשה. עבה"ט מ"ש אשה ששברה כלים של בעל בפשיעה פטורה כו'. ועיין בספר בית מאיר לאה"ע ס"ס פ' מדין זה:

סימן שג

א **שומר שכר**. עבה"ט וע' בספר מחנה אפרים הל' שומרים סי' ל"א שכתב דמדברי תשובת מהרש"ך ח"ב סי' פ"ה נראה דמשרתו של בעה"ב שומר חנם חשיב אצל בעה"ב לענין אם מסר בידו לשמור ונגנב מידו ואע"פ דהמשרת עמד אצל בע"ה בשכר מ"מ לא נקיט השכר בשביל שמירה אלא בשביל שירות הבית כו' ע"ש. וע' בקצה"ח לעיל סי' רצא סכ"א נראה שחולק על מהרש"ך בזה ע"ש:

ב **או גם בעידנא כו'**. עיין בנה"מ שכתב תמוה לי למה כתב זה בלשון י"א הא בזה כ"ע מודים דחייב כו' ע"ש וכן מבואר במהרי"ק שורש קל"א דבזה לכ"ע חייב ע"ש ועיין בתשובת גליא מסכת סי' יג:

ג **וכל כיוצא בזה**. עבה"ט שכתב והעיקר כהפוסקים כו' וכ"נ דעת רבינו הגר"א ז"ל בביאורו ע"ש ועיין בקצה"ח ובנה"מ ובתשובת גליא מסכת שם באורך:

ד **ולא ע"י אחרי'**. עבה"ט מ"ש וז"ל הש"ך כו' לא אמרינן כיון שהיה יכול להציל את החפץ לא הוי אונס כו' הנה באמת כן הוא הלשון בתש"ר אבל ט"ס יש בו וכצ"ל ומתוך כך נשרף החפץ שהיה שומר עליו כיון שהיה יכול להציל את החפץ לא אמרינן דהוי אונס מטעם כו'. ומ"ש עוד ויש לדקדק מדבריו דאם היה ש"ח כו' הוא ג"כ ט"ס וצ"ל דגם אם היה ש"ח כו' ועיין עוד בנה"מ שכתב דהעיקר דש"ח פטור רק ש"ש חייב והביא שכ"כ בקצה"ח ע"ש. גם בתשובת נו"ב סי' ל"ו פסק כן ומסיים שם דגם בשומר שכר אם לדין יש תשובה אלא שאינו כדאי לחלוק על רמ"א אבל בש"ח לדעתי הדבר ברור שהוא פטור בודאי ע"ש גם בתשובת שב יעקב סי' כ"ג השיג על הבנת הש"ך בדברי תשובת רמ"א דאפי' ש"ח חייב דזה אינו ואדרבא מהראיות שהביא הרמ"א שם מבואר איפכא כו' וע"ש עוד אודות ראובן ושמעון שותפים והסחור' שלהם היה מונח של ראובן ונפלה דליקה סמוך לו ולא בא שמעון או א' מאנשי ביתו לסייע להציל חפצי שותפות ולכן מוכרח היה ראובן להוציא מביתו חפצים שלו ע"י אחרים מאן דהו כי הוא ואנשי ביתו היו טרודים להוציא ולהשגיח על חפצי שותפות שהיה סך רב ועצום יותר ויותר מחפצי עצמו ומחמת זה נגנב ונגזל מן החפצים שלו מה שהוציאה אשה אחת ועדיין ביד ראובן של מה ששייך להשותפות בנאמנות ורוצה לעכב בידו החצי שנודע לו שבודאי נגזל מהחפצים שלו בסבת מה שהיה טרוד להציל חפצי שותפות ורוצה לדמות לשטף נהר חמורו וחמור חבירו כו' ואין חבירו כאן להתנות דצריך לשלם דמי חמורו הנפסד ע"ז (כמ"ש בסי' רסד סג בהגה) . והשיב דיש חלוקי דינים בזה אם היה ביניהם תנאי מתחלה דראובן מחוייב להתעסק בעסק השותפות א"כ ה"ל כדין שומר שכר כדאיתא בסי' קעו סח ומבואר בתשובת רמ"א (הנ"ל) דאף אם מתוך שמציל את שלו נשרף החפץ שהיה שומר עליו חייב דזה לא הוי אונס מה שנפסד את שלו ע"י הצלת דבר המופקד כו' וא"כ כיון שמוטל על השותף שהעסק תחת ידו להציל עסק השותפו' אפי' אם מפסיד את שלו מטעם דהוי ש"ש מהיכי תיתי ישלם לו השותף השני עכשיו את שלו. אמנם אם בנ"ד לא היה תנאי מתחלה והשותף ראובן אינו מחוייב להתעסק לבד רק מנדבת לבו עושה זאת דאז לא הוי רק כש"ח והוא אינו מחוייב להפסיד את שלו ולהציל של חבירו א"כ דמי לשטף נהר חמורו וחמור חבירו כו' וא"כ צריך השני לשלם לו מה שהפסיד ע"י הצלתו. הגם דלכאור' יש לחלק דהכא הועיל דראובן המשותף באותן עסקים ובשביל חלקו נמי היה צריך להציל ולשמור אותן דברים ע"י אנשי ביתו הנאמנים באשר עדיין לא נחלק השותפות ובכל דבר ודבר מעסק השותפות יש לראובן חלק בו וא"כ דין זה דמי למאי דכתב רמ"א בסי' רסד ס"ד בהגה ואם נראה לב"ד שלא הוצרך להרבות בהוצאות

בשבילו דאפילו בשבילו לבדו היה צריך לכל הוצאות אלו א"ח ליתן לו כלום כו' עד אבל אם ירד על דעת שניהם חייב ליתן לו מה שנהנה כו' וא"כ גם בנ"ד אינו חייב רק כפי מה שנהנה כיון דהיה צריך לעשו' כל זה בשביל חלקו. אבל אחר העיון ז"א ויש לדמות להא דסי' קפא ס"ב היו שני שותפים והציל א' מהם הציל לאמצע ואם אמר לעצמי אני מציל ה"ז חלק מחבירו והציל לעצמו כל מה שהגיע לחלקו כו' עסמ"ע שם סק"ב וזה הוא ממש בנ"ד דאי הוי בעי ראובן היה מציל רק החצי מן עסק השותפו' והוי אמר לעצמי אני מציל משום דבמקו' פסידא חולק לנפשו כי אין לך פסידא גדול מזה דעי"ז לא יכול להציל את שלו ע"י אנשי ביתו הנאמני' והשתא שלא חלק לנפשו והציל את כולו חזר הדין להא דסי' רסד דלטובת חבירו עשה להציל גם את חבירו ולהפסיד את שלו כיון דחלק חבירו של השותפו' שוה יותר ודאי ניחא לחבירו בזה לשלם את שלו דלא שוה כ"כ כיון שאינו עמו להתנות כו' רק לפ"ז אם לא היה צריך כ"כ שהיות יותר אם הציל כולו ממה שהציל חלקו לבד ודאי א"צ שמעון לשלם שיעור ההפסד בהצלת נכסי ראובן רק לפי ערך השהיה יות' בשביל חלק שמעון ממה שהיה לו אם הציל חלקו לבד עכ"ד ע"ש. וע' בתשובת חתם סופר חח"מ סי' טז שכתב ג"כ דכן נרא' נכון מסברא דלא הוי פשיעה אלא גבי נטירותא יתירתא דש"ש אבל לא גבי ש"ח כו' וגדולה מזו כתוב שם דאפי' בש"ש דוקא היכי דמקבל אגרא להדיא משום דא"ל להכי יהיבא לך אגרא כו' כדאיתא בב"מ דף צג ע"ב אבל כל אלו הנידונים כש"ש מאומד הדעת דבההיא הנא' דשביק כ"ע ואגיר ליה לדידיה או משום דנפיק עליה קלא דמהימנא הוא וכדומ' פטור בכה"ג והוא סברת מהרש"ך שבכנה"ג סי' עב כו' (עמ"ש בזה בסי' ע"ב ס"ב ס"ק ד) . ומה"ט כתב שם במעש' שנשרף אצל גבאי דח"ק ג"ח משכנו' של ח"ק שהי' מונח אצלו בכיפת אבני' בצירוף חפצים של עצמו שהיו באותו כיפה בדליקה שנפלה בליל יוה"כ ובעוד שהציל את שלו שהי' לו בבית מקורה בעצים בתוך כך נבקעה הכיפה של אבנים ונשרפו אותן חפצים שלו והמשכנו' הנ"ל ונסתפקו אם חייב הגבאי לשלם ע"פ דברי הש"ך בשם תשובת רמ"א הנ"ל דבכה"ג לא הוי אונס. והשיב הא ודאי דגבאי ח"ק שיש בידו מופקד חפצי החברה בלי ספק הוא כש"ש מטעם שותף דבני ח"ק שותפי' זל"ז ונעשים ש"ש זה לזה ושאילה בבעלים אין כאן ומכ"ש אי ג"כ נפיק ע"י זה קלא דגברא מהימנא הוא אי לית ביה מ"ש הרשב"א המובא בש"ך סי' עב ס"ק לב מכ"ש דהוה ש"ש בההיא הנא'. ובכל זאת נ"ל לפטור את הגבאי מלשלם הפסדם כיון דלא מקבל אגרא להדיא י"ל דלא מיחייב בנטירותא יתירת' כו' ועוד נ"ל דכ"ז היינו צריכים אי היה מציל חפציו שבכיפת אבנים והניח חפצי הפקדון אבל כיון שלא הציל אלא חפציו שתחת

תקרת עץ ואותן שבכיפת אבני' היה סבור שהם שמורים מגנבי ונורא כמבוא' במרדכי פרק המפקיד סי' רה שכיפת אבנים בחזקת שימור משניה' א"כ יפה עשה שפנה להציל שלו שמונח במקום סכנה ולא עלה על דעתו שיבקע חומת הכיפה גם יפה כתב השואל בשם רב אחד שמעולם לא נשתעבד לחלל יוה"כ בהוצאה מכיפה למקום האסו' חצר שא"מ ומה שהשיב עליו השואל הנ"ל שהי' לו לומר כל המציל אינו מפסיד ליתא כי טוב להניח הכיפה סגורה ולא להשליט שם ידי זרים כו' גם מ"ש דבמקום מצות הצלת משכון יש להתיר שבות דשבות תמוהים דבריו וכי הוטל עליו יות' מאלו היו הבעלי ממון בעצמם פה לא היו רשאים ולצוות בפירוש להוצי' לחצר שא"מ ואיך יתחייב שומר שלהם משום מצו' להטיל ממון חבירו ומ"מ עיין בזה בא"ח סי' שלד במג"א סק"ג ענ"ד ע"ש:

ה **דדילמא עובדי כוכבי' נכנסו וגנבו.** ע' בתשו' חוט השני סי' פא שכתב המעיין בב"י יראה דהיינו דוקא היכי דשכיחי גנבי שכתב וז"ל דשמא גנבו ע"י עובדי כוכבי' המחזירים לגנוב כלים שבבתים ושבחנויות קודם שישרפו וחייב לשלם אא"כ אותם עובדי כוכבי' המחזירי' הם לסטים מזויינים עכ"ל הרי שכפל בלשונו עובדי כוכבי' המחזרים ור"ל שכן מצוי בשעת שריפה להיות עובדי כוכבים מחזרים אחר גניבות כיון דטרידי אינשי בדליקה ואין נותנין לב עליה' אבל בלא"ה לא חיישינן לגנבי ולא מחייבינן לשומר על ספק גניבה וכמ"ש לעיל ס"ס רצ"ח בהגה עכ"ד ע"ש עוד. ולכאורה צ"ע ממ"ש התה"ד סי' שנג הובא בסמ"ע לעיל סי' רצא ס"ק יב ע"ש ואפשר דס"ל כמהרח"ש ח"ח סי' פט הביאו בשו"ת זכרון יוסף סי' א אות יב שהשיג על תה"ד הנ"ל וכתב דיכול המוחזק לומר קים לי ע"ש. וע' בנה"מ מ"ש בדברי רמ"א אלו ומסיק דלפי מ"ש הש"ך סק"ד דהעיקר כהפוסקים דבגניבה באונס פטור גם כאן פטור והוא פשוט:

ו **זאב א' אינו אונס.** עיין בתשובת נו"ב ס"ס נ"ו שכ' דשומר חנם אולי גם גבי זאב א' פטור שלא אמרו אלא אינו אונס אבל לא אמרו שהוא פשיעה ע"ש ועיין בקצה"ח סק"ג:

ז **שהיה לו להציל.** ע' בתשובת בית אפרים חח"מ סימן ל"ה שכתב הדבר ברור דהא דקיי"ל ש"ש שהיה יכול לקדם ברועים ומקלות ולא קידם חייב שכן הדין אף אם הודיע לבעלים שהם יקדמו ויקימו עליו רועים אם אין הבעלים רוצים לקבל עליהם טורח זה הש"ש חייב ע"ש:

ח **ובא זאב וטרף.** עיין בתשובת נו"ב תניינא חלק אה"ע ס"ס ב' שהגיה שצ"ל ובאו זאבים וטרפו כו' משום דהא קיי"ל לעיל ס"ד דזאב א' אינו אונס וכן ברמב"ם כתוב בהאי דינא זאבים ע"ש:

סימן שה

א **היו הבעלים עמו במלאכתו.** ע' בשו"ת חוט המשולש ח"ד מספר התשב"ץ בטור השני סי' כד. אי' שם שאלה ראובן הביא לו שמעון עשרה שקלי זהב וא"ל שיעשה לו מהם אצעדה כו' ושמעון מסייע בהתכתו כו' ובבואו ליקח האצעדה לא נמצאת ולא נודע מה היה לה כו' מה יהיה משפט ראובן עם שמעון אם חייב לפרוע לו דמי הזהב או לא. ואם הוא פטור אם חייב שמעון ליתן לראובן שכר פעולתו. והשיב ע"ז באריכות ובסוף דבריו כתב וז"ל אמנם מצד מה שנתעסק עמו במלאכ' נראה פשוט דהוי שמירה בבעלים שהרי קודם שקבל ממנו הזהב ונתחייב בשמירתו כבר היה שמעון שאול לו שקבל ממנו הבדולח וישב אצלו והתחיל לסייעו ואז קבל מידו הזהב והנה עשיית החפץ הוא כולו לתועלת ראובן א"כ דבר פשוט הוא דהוי פשיעה בבעלים לפטור כו' ומאחר שהוכחנו שהוא פטור נראה פשוט שחייב שמעון לתת לו דמי פעולתו בדינא ובדייני עכ"ל וע' בקצה"ח ובנה"מ ובתשו' בית דוד חח"מ סי' א' מ"ש בדין זה והעתקתי לשונם בנ"צ ושם נשאתי ונתתי בדבריהם באריכות ע"ש המסקנא לדינא בזה:

ב **להתחייב אף באונסים.** ע' בתשובת בית אפרים חח"מ סי' כ"א הבאתיו לעיל סי' קכ"ט ס"א בד"ה בעד יום. מבואר מדבריו דאם הוצרך הש"ש ליתן משכון לא מהני תנאו בלא קנין דהא דמתחייב אף בדברים. הטעם הוא משום דבההוא הנאה דנפיק עליה קלא דמהימן הוא גמר ומשעבד נפשיה והכא לא שייך טעם זה דהא קמן דלא הימניה ע"ש. ואני בענ"ד עמדתי על זה מדברי הג"א ס"פ הפועלי' ע"ש:

ג **האומר לחבירו שמור לי.** ע' בתשובת חות יאיר סי' רכ"ג האריך בענין זה ובקצה"ח השיג עליו עש"ה:

סימן שו

א **האומנים.** עבה"ט עד ולפע"ד אפי' עושה המלאכה בבית בעה"ב הוי ש"ש מטעם שזהו שכרו שמשתכר כו'. וע' בספר מחנה אפרים ה' שומרים סי' ע"א דמתחלה עלה בדעתו כדברי הש"ך דלמאי דקיי"ל דשוכר כש"ש הואיל ולהנאתו הוא אצלו ה"נ באומן אפי' עושה המלאכה בבית בע"ה חייב כש"ש שזהו שכרו שמשתכר במה שנותן לו לעשות מלאכה וליטול שכר ולפ"ז יראה דה"ה בשכיר יום דהוי שומר שכר. ושוב כ' אבל רש"י ז"ל פי' במתניתין כל האומנים קבלנים המקבלים עליהן לעשות מלאכה בבתיהם ע"כ. ולכאורה ק' דאמאי לא פי' בסתמא בין באומן בין בשכיר העוש' אצל בע"ה כו' אשר ע"כ נ"ל דאין האומן נעשה ש"ש אלא בעושה מלאכ' אצלו דהואיל ולהנאתו הוא

אצלו גמר נפשיה לשמרו מגו"א דאם הוא לא ישמרנו מי ישמרנו אבל בעושה אצל בע"ה ואינו עומד אצלו ברשותו לא וכן מוכח מפרש"י שכתב ואומן דמי לשוכר של הנאת שכר אומנתו היא אצלו ומשמע דאם עושה מלאכה אצל בע"ה לא חשיב ש"ש דלאו משום הנאתו קאי שם דבלא"ה ברשותיה דבע"ה הוו קאי ועומד ונראה דלא מבעיא דכה"ג לא הוי ש"ש אלא אפי' ש"ח נמי לא הוי וכמ"ש הב"ח דהא לא סילקו הבעלי' שמירתן כיון שאין האומן רשאי להביא הכלי בביתו ולתקנו שם וסתם שמירה הוי כשמסלקים הבעלים החפץ מרשותם לרשות הנפקד והכי איתא במכילתא עכ"ד וזה מכוון לדעת הסמ"ע. וכתב עוד וז"ל ולכאורה הי' נראה דלפי מאי דקיי"ל דשוכר כש"ש תו אין צריכין לחייבו לאומן משום דתפיס ליה אאגריה אלא אפי' בלאו האי טעמא וכגון שהקדים לו שכרו דתו לא שייך לומר דתפיס ליה אאגריה אפ"ה חייב כש"ש כיון שמשתכר במה שהוא עומד אצלו ראיתי להראב"ן בתשו' שכל שהקדים לו שכרו אינו כש"ש וכ"כ המרדכי משמע דס"ל דטעמו של אומן אינו אלא משום דתפיס ליה אאגריה וכן כתב בשאלתות דר"א גאון ז"ל (פ' ויצא) וכ"כ הנ"י יע"ש אבל כל היכא דלא שייך האי טעמא ה"ז פטור מדין ש"ש ול"ד לשוכר דשוכר שאני שמשתמש בגוף הפרה ולהנאתו הוא אצלו שצריך שיהא הפרה ברשותו כדי להשתמש בה משא"כ באומן שאינו משתמש בגוף החפץ וג"כ לא חשיב שלהנאתו עומד אצלו דאין זה מטי ליה הנאה כשעומד ברשותו יותר משאם היה עומד ברשות בעלים והיה עושה מלאכתו אצלם והא דמדמה לי' תלמודא אומן לשוכר היינו במכ"ש דאי אומן חייב מטעם שמשתכר בה א"כ היכי פוטר ר"מ לשוכר דיותר יש לחייבו לשוכר מה"ט כו' עכ"ל ע"ש וע' בתשובת גליא מסכת ר"ס י"ג בעובדא דבע"ג שקיבל שכירתו מקודם שנסע כ' בפשיטות דגם באומן שקיבל תשלום פעולתו מקודם הוי ש"ש משום דעיקר הטעם גבי אומן כמו גבי שוכר בההיא הנאה דשביק לאחריני ואוגיד לדידי' כו' ע"ש. וכפי הנרא' נעלם ממנו דברי מחנה אפרי' הנ"ל. אמנה אף לפ"ד מח"א הנ"ל נראה לחלק דדוקא גבי אומן אינו כש"ש באם הקדים לו שכרו מטעם שכ' דלא חשיב שלהנאתו עומד אצלו שהרי הי' יכול לעשות המלאכ' בבית בע"ה אבל גבי בעל עגלה שכל אומנתו להוליך הסחורה על עגלה שלו ממקום למקום וע"י זה משתכר בודאי דחשיב שלהנאתו עומד אצלו כמו גבי שוכר ולכן הוי כש"ש גם בהקדים לו שכרו כ"נ פשוט שוב ראיתי בתשובת באר יצחק סי' ו' תשו' ארוכ' בענין זה (ומ"ש שם בריש דבריו יש לדון גבי בע"ג דאף בלא הקדים לו שכרו ג"כ לא הוי כש"ש כו' ע' בנ"צ מ"ש בזה) וכתב שם לדחות דברי מח"א הנ"ל במה שמחלק בין אומן לשוכר ומסיק לדינא דודאי גבי בע"ג חייב לכ"ע בדין ש"ש אף שהקדימו לו שכרו

כדמוכח מהא דב"מ דף נ"ח גבי בני העיר ששלחו שקליהן וברש"י שם בד"ה אגרייהו אכן באומן ממש אם הקדימו לו שכרו אחר שמשך החפץ פשוט ג"כ דחייב כדין ש"ש אך אם הקדימו לו שכרו קודם שמשך החפץ יש להסתפק בזה אי הוי כש"ש עש"ה. וע' בתשובת חוט המשולש שבסוף התשב"ץ טור השני סימן ל' שנסתפק השואל בהא דקיי"ל דאומן הוי ש"ש אפשר ואם נתן כלי לאומן כדי לראות צורתו ולעשות לו כלי אחר כמותו לא הוי אלא כמו פקדון דאינו אלא ש"ח. והשיב לו דז"א כי אילו לא היה מראה לאומן הכלי צא היה יודע לעשות אחר כמותו נמצא השכר שקבל בעשיית הכלי היא בשביל הכלי ההוא שנתן לו וא"כ הוה ליה החפץ ההוא כמו החפץ עצמו שנוטל שכר על עשייתו ונמצא זה וזה שוין והוי ש"ש כל זמן שלא הודיע האומן לבעלי הכלי שכבר ציור בדעתו ציור הכלי ההוא ואינו צריך לו עוד אך לאחר שהודיעו שאינו צריך לו עוד לראות בו אם אח"כ הניחו בידו מההיא שעתא לא הוי אלא ש"ח כדקיי"ל בגמרתיו ע"ש.

ב **שיש מי שחולק**. עבה"ט ועמ"ש בפ"ת ליו"ד סי' י"ש סק"ו:

ג **נראה עיקר. עבה"ט בשם ש"ך וע' בתשובת חו"י סי' ס"ד מ"ש בזה**:

סימן שז

א **השוכר פרה כו'**. ע' בש"מ ב"מ דף לה ע"ב במתני' השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר כו' שכתב בשם הריטב"א ז"ל ומיהו ש"ח או ש"ש שאין לו רשות להשתמש בפקדון והשכירו או השאילו דכ"ע חייב באונסין כדין שולח יד בפקדון והיינו דנקטה הכא בשוכר ושואל עכ"ל והביאו ג"כ הב"י לקמן סי' שמב ובש"ך שם סק"ג. וע' בתשובת שבו"י ח"ג סי' קמח ונשאל באחד שנתן שורו לש"ח וש"ח מסרו לשומר שכר ונגנב או אבד מה דינו והשיב דיש לפשוט זה ממתני' דנקט השוכר פרה והשאילה כו' ואמאי לא נקט בכה"ג נהי דלא מצי למינקט בנתן לש"ח וש"ח מסרה לשוכר או שנתן מתחלה לש"ש והוא השאילה משום דבכה"ג הוי פשיעה גמורה ששכרה או השאילה לעשות בה מלאכה וחייבים אפי' באונסין וכמ"ש הב"י בסי' שמ"ב אבל אכתי קשה אמאי לא נקטה המתני' בשומר חנם שמסר לש"ש ונגנב אלא ודאי דמש"ה תני שוכר ושואל דבזה דוקא פליג ר' יוסי לומר איך הלה עושה סחורה כו' אבל בש"ח שמסר לש"ש שהוא נותן מכיסו שכר לש"ש לשמור שמירה מעולה יותר כדין ש"ש דאלים שמירתו גם ר' יוסי מודה וזה מקרי עושה סחורה בממון של עצמו ובזה בודאי מקנה לו הפרה והוא שלו ומה"ט פליג ר' יוחנן שם ד' ל"ז דאמר מודה רבי יוסי בראשונה כו' כל זה נ"ל פשוט עכ"ד ע"ש. ופליאה בעיני שכ"כ בפשיטות ולא זכר דברי התוספת פ"ק דב"ק דף יא ע"ב בד"ה

לא מבעיא שומר חנם שמסר כו' שכתבו וז"ל ומיהו שומר שכר כי משלם משלם לבעלים כדאמרינן בהמפקיד דהלכה כר' יוסי דאמר אין הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו עכ"ל הרי להדיא דגם בכה"ג פליגי רבנן ור"י והלכה כרבי יוסי וכ"כ בשיטה מקובצת שם. ומ"ש עוד בש"מ בענין אם הבעלים צריכין לשלם להש"ח השכר שנתן להש"ש והביא שם דמהר"י כ"ץ ז"ל כתב דבעלים לא משלמי לש"ח השכר שנתן לש"ש אע"ג דעלייה לשמירתו דש"ש שומר טפי דחייב בגו"א אפ"ה פטורין הבעלים ולא דמי ליורד לתוך שדה חבירו דנותן לו דמי הוצאה דהתם תקנתו דבעל שדה עביד אבל הכא לא עלייה לשמירה בעבור הבעלים כ"א בשביל עצמו שהיה לו טורח לשמרו וע"כ פטורין הבעלים (משמע דאפי' אם נגנב מהש"ש דמרויחין הבעלים ממון על ידו אפ"ה פטורין) אבל הר"מ מסקסטה ז"ל כתב שהשכר שנוטל שומר שני משומר ראשון בעל הבהמות נותן אותו כיון דעלייה לשמירתן וזמנין דמרויח איהו בהכי דאם ידוע שנגנבו או אבדו משלם אותם לבעה"ב שאין הלה עושה סחורה בבהמותיו של חבירו כו' (משמע דר"ל דאף שלא נגנב או נאבד אצל הש"ש ג"כ חייב בעה"ב לשלם השכר) דכמאן דאוגריה ברשות דמי וצ"ע עכ"ל. שוב מצאתי בס' דברי חיים בדיני שומרים ס"ס ז' שתמה ג"כ על השבות יעקב הנ"ל מדברי התוס' דב"ק הנ"ל וגם העיר בדברי הש"מ הנזכר במה דמשמע דעת הר"מ דאף בלא נאבד או נגנב אצל הש"ש ג"כ חייבים הבעלים לשלם השכר וכתב דזה ודאי צ"ע כיון דלא השביח לו רק עלייה לשמירה ולא עדיף ממבריח ארי כמבואר מדברי הש"מ עצמו בב"מ דף צג כו' ע"ש:

ב **והשאילה לאחר.** עבה"ט וע' בתשובת אא"ז פנים מאירות ח"א סימן עב שיישב דברי הסמ"ע בטוב טעם ומסיים ובדקדוק גדול כ' הסמ"ע זה לא שמעינן דבכל מקום אף שעבר על צווי חכמים לא הוי פשיעה והכא אינו חייב אלא מטעם כיצד הוא עושה סחורה בפרתו של זה ע"ש:

ג **נראה עיקר.** עבה"ט עוד ע"כ נראה דהוי ספיקא דדינא כו' וע' בתשובת שבות יעקב ח"ג סי' קעח שכ' שפסק כמה פעמים למעשה דאם הוציא הוצאות על הריפוי לרפאתה צריך השומר להחזיר לו שע"י כן מצילו מנזק שהיה צריך לשלם לו ולענין שבת אע"ג דאין להוציא שבת בבהמה הואיל והוא פלוגתא דרבוותא מ"מ יש בכלל נזק לשלם מה שהבהמה אוכלת כל ימי חליה שקודם שנעשה בה נזק היתה ואוכלת ועכשיו צדיך להאכילה אף שאינה עופה וזה נזק גמור אבל א"צ לשלם מה שהיתה עושה יותר מפרנסתה כי זה יקרא שבת ואין שבת בבהמה. גם כ' דהעיקר כהסמ"ע היכא דלא נכחש

הבשר מאליו שמין מה דאפחתה מכספה משא"כ בנכחש מאליו וכן פסקנו למעשה כמה פעמים ע"ש וע' בקצה"ח ובנה"מ לקמן סי' שמ מזה:

סימן שט

א **השוכר את החמור**. עש"ך עד ולפע"ד הדין עם מורו שאף ראב"ן לא נחלק עליו דמיירי כשהתנה בהדיא כו' ועיין בנה"מ שכ' ג' חלוקים בדין זה. ועיין בנ"צ הארכתי בביאור דבריו וגם בדברי תשובת בית אפרים סי' מ"ה בעובדא כיוצא בה עש"ה:

ב **שניהם חייבים**. עסמ"ע עד ולא כע"ש דכתב ספק הוא כו' דהתוס' דחו פי' זה וכתבו דאי משום הא לא היו חייבין כו' ועיין בחידושי רע"ק איגר זצ"ל למסכת ב"מ דף פ' שכתב ע"ד תוספת אלו יש להקשות הא כיון דשניהם קבלו לחרוש הוויין כמו ערב זה לזה כמבואר בח"מ סימן ע"ו וא"כ גובה מכל א' החצי ממ"נ או שהוא פושע או שהוא מחוייב מדין ערב וי"ל דהכא דומה למה דאיתא בבכורות דף מ"ח (בש"ע לעיל סימן מ"ט ס"י) בב' יוב"ש שקנה א' שדה מחבירו ויצא שט"ח על א' מהן דא"י לגבות מזה שקנה בממ"נ כו' וה"נ כן אף שהוא ערב בעד חבירו מ"מ הא חבירו גופיה ח"י לגבות דמצי לדחות שמא לא פשע ממילא א"י לגבות מהערב ואף למה שהעלה התומים בס"ס מ"ט דשני יוב"ש והא' ערב בעד חבירו דמצי לגבות ממנו בממ"נ או שהוא הלוה או שהוא ערב כיון שאם היא טוען שהוא לא לוה הוא מודה שחבירו לוה וא"כ הוי כמו ערב דעלמא שהלוה אומר להד"מ והערב מודה דצריך לשלם כמבואר בסימן קכ"ט בהגה (עמ"ש שם ס"ח סק"ו) ושאני בההיא דלקח שדה כיון דמצי מדחי ליה הוי רק מע"פ כו' מ"מ נלע"ד דשאני התם דהערב מודה שחבירו חייב ואילו טען חבירו לו האמת הי' מחייב בב"ד לשלם ממילא החיוב מוטל על הלוה רק כשכופר מש"ה צריך הערב לשלם משא"כ הכא דהספק באמת אם הפשיעה בפרשא אי במאן דתפס במנא ומדינא פטור כל א' לשלם דספק ממונא וא"כ גם הערב אינו מודה דחבירו חייב דהערב בעצמו טוען שחבירו פטור מצד ספיקא מש"ה א"י לגבות מא' ממ"נ דשפיר יכול לומר שמא לא פשעתי ואעפ"כ איני חייב מדין ערב דהא חבירו ג"כ מדינא פטור מספיקא וא"כ גם הערב פטור כנלע"ד נכון לדינא עכ"ד. ועיין עוד בקצה"ח לקמן סימן שפ"ו סק"א ובסימן שפ"ח סק"י:

סימן שי

א **אם לא היה רגיל**. עבה"ט וע' בתשובת חות יאיר סי' קנ"ו אודות ראובן שהיה לו סוס עומד להשכיר ולוי נצרך לרכוב אל השר מהלך ג' ימים ולקח להסוס על ח' ימים ובהיותו

שם העליל עליו השר ועיכבו שם ויהי לעשרה ימים שלה ראובן שליח אחר סוס שלו והשיב לוי כי כעת מחר יגמור עסק ביש דידיה ויחזור לביתו וחזר השליח ריקם ואח"כ נתחזק עלילה ונתעכב לוי עוד חודש ימים ובבואו תבע ראובן שכרו לכל הימים ולוי השיב כי נאנס וראובן תפס משל לוי שלא בעדים ופסק שם דפטור ליתן לו השכר יותר מח' ימים אחר שנאנס בעכבת הסוס והוא שכרו בפי' רק על ח' ימים וגם לא נהנה מן הסוס כל היותו שם ואם תאמר עכ"פ ה"ל להחזירו תיכף שנתעכב או אחר ששלח בעל הסוס אחר סוסו הלא דבר זה שישב ולא עשה מעשה להחזיר לו סוסו ולא קבל הנאה מן הסוס ה"ל גרמא קלה ופטור ותפיסת ראובן אינו מועיל כלום אחר דלוי פטור מצד הדין ואין כאן טענה לכפירה. מעתה אין מקום לזכות ראובן בתפיסתו כלום רק חייב להחזיר מה שתפס ולוי נותן שכירות של ח' ימים ותו לא מידי. וכ"ז בשכרו לוי על ח' ימים משא"כ בלקח הסוס בשכירות סתם שידוע שכרו או שפסק עמו חצי זהב ליום ולא זכר סך ימים אע"פ שהמהלך ידוע שאינו רק ג' ימים מ"מ צריך ליתן לו חצי זהב לכל מראש ועד סוף ואין אומרים שינכה לו קצת מפני שישב בטל מפני דלא איכפת ליה למשכיר בכך ואפשר דמצי למימר ניחא לי טפי שישאר ברגילתו ברכיבה דוגמא למ"ש ניחא לאינש דלא ליסתר עבדיה ואפילו אם שאל המשכיר לשוכר לכמה ישהה שם אצל השר והשיב יום או יומים לכל היותר ואח"כ לקח הסוס סתם דינו כשכרו סתם וראיה מתנאי דמכירה שכתב הרמב"ם פי"א מה' מכירה והביאו טור וש"ע סי' ר"ז ס"ד (שכתב שם ואע"פ שקודם מכירה אמר כו') עכ"ד ע"ש עוד. וע' בקצה"ח שהביאו והשיג על כמה פרטים בדבריו וכתב דבעיקר הדין שנתעכב ע"י עלילה הנה לפנינו הדין (כמו שפסק החו"י הנ"ל) מתוך תשובת הרא"ש שלפנינו שהוא הך דינא דש"ע כאן דאם שניהם לא ידעו הוי פסידא דמשכיר ואם שכרו לימים סתם חצי זהב ליום פשיטא שנותן לו כל שכרו לכל יום ויום כמבואר כאן בש"ע אמנם מנכה לי שכרו כפועל בטל ומ"ש החו"י הנז' דה"ל כמו האי דאמרו דניחא ליה דלא ליסתר עבדיה וה"נ ניחא לי ברגילתו ברכיבה הרי אמרו להדיא פ' האומנין גבי הלכו ממרין ולא מצאו מנכה לו כפועל בטל ואפילו בעד הסוסים מנכה וכן מבואר להדיא בתשובת הרא"ש כלל צ"ב בהך דינא דשכרו לימים דמנכה לו כפועל בטל וכ"כ בסמ"ע (ע' בנה"מ) ומ"ש החו"י דאפי' אם שאל המשכיר לשוכר כמה ישהה אצל השר השיב יום או יומים ולא יותר ואח"כ לקח הסוס סתם דינו כשכרו סתם וראיה מתנאי דמכירה כו' לענ"ד אינו נראה דמלתא דתנאה שאני דכל שלא פירש אופן התנאי בשעת מכירה מחל לתנאה אבל קצב לו זמן שכירתו ואח"כ נגמר ביניהם השכירות ודאי על קלבתם הראשונה נגמר והרי זה כאומר מכור לי חצי טלית

ואח"כ משך הטלית סתם דאין לו אלא חצי טלית וה"נ לא הוי אלא כמו שכרו לשני ימים כיון דאמר למשכיר שלא ישהה יותר משני ימים וכ"ז ברור עכ"ד ע"ש עוד. ע' בנה"מ שהביא ג"כ דברי החו"י הנ"ל בקצרה והשיג עליו בעיקר הדין מה שפטר את לוי ליתן השכר יותר מח' ימים וכי וז"ל ולבבי לא כן ידמה דבשלמא בגודל הנהר נעשה האונס בהחמור שלא הי' אפשר לו להחזירו בשום אופן משא"כ הכא שהיה אפשר לו להחזיר הפקדון ע"י שליח ואין בו משום אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר כמ"ש הסמ"ע בסי' קכ"ה ס"ק י"ג (בבה"ט שם סק"ט) לא חשיב אונס ובפרט שי"ל שעיכב החמור לצורכו שהיה חושב בכל יום אזלי יגמר העסק שלו ויצטרך ליסע לביתו דהא מה"ט לא רצה ליתנו להשליח עכ"ל גם בתשובת שבו"י ח"א סי' קט"ו עובדא כיוצא בזה בא' ששכר סוס לרכוב בו מהלך שני ימים ושכרו על עשרה ימים כי אולי יתעכב שם ונתעכב שם באונס גדול שנפל למשכב כמו עשרים יום ופסק שם ג"כ דלא כהחו"י הנ"ל רק דצריך לשלם שכרו של כל יום ויום דזה הוי כמו שכרו לימים ומחלק ג"כ כחילוקו של נה"מ הנ"ל דלא דמי לגודל הנהר דהתם הוצרך להתעכב הוא והסוס משא"כ כאן אם הוא נתעכב הלא היה יכול לשלוח סוס ע"י איש אחר נאמן דאזלי מהתם להכא והוא עיכב הסוס משום טובתו לחזור עמו לביתו ודאי דצריך לשלם אך מ"מ אינו נותן לו שכר רק כפועל בטל וכמ"ש הסמ"ע ס"ק י"א וכן נראה מסקנת הב"ח. וע"ש עוד שהשיג על החו"י הנ"ל במ"ש ותפיסת ראובן אינו מועיל כלום כו' דזה אינו דאפי' אם נדמה זה לבבא תניינא בשכרה לשני ימים ולא היה רגיל הנהר להתגדל מ"מ בהאי דינא גופא נראה דהיכא דתפס המשכיר משל שוכר פסידא דהשוכר דהא מקיר הדין נובע מפ' האומנים דף ע"ז אמר רבא האי מאן דאגיר אגירא לדולא ופסק נהרא בפלגא דיומא דאי לא עביד דפסיק פסידא דפועלים וכתב הרא"ש דכל אונסא דלא מבעי להו לאסוקי אדעתייהו לא פועל ולא בה"ב א"נ אתרווייהו אבעי לאסוקי דעתייהו המוציא מחבירו ע"ה וידו על התחתונה וכן מבואר בב"י סימן ש"י ובסמ"ע ובב"ח שם וכיון דלהכי פסידא דבעל הבהמה משום דהוא המוציא ממילא היכי שהוא מוחזק פסידא דשוכר ואף דכ' הרא"ש והטור והש"ע דמזונות הבהמה כדין השכירות דהיינו שצריך המשכיר לשלם להשוכר דמי מזונות שנתן להבהמה הרי דאף להוציא מבעל הבהמה אמרינן דהוא פסידא דידיה זה אינו דהתם ג"כ השוכר מוחזק בשכירתו ומנכה לו דמי מזונות וגם תפיס הבהמה וכל זה פשוט וברור ע"ש:

ב **ואם היה רגיל כו' פסידא דשוכר.** ע' בתשובת נו"ב תניינא סי' נ"ו דרב אחד הקשה לו דברי הש"ע אהדדי דלעיל ס"ס ש"ז פסק דאין שבת בבהמה ואיך פסק כאן בעכבו

הנהר שצריך השוכר לשלם והלא אפילו פשע ועכב בהמת חבירו במזיד פטור. והשיב לו שכבר היה רגיל לתרץ זה דכאן באמת אינו חייב לשלם רק יום א' יותר והיינו יום השלישי והרי באותו יום רכב עליה אבל אם עכבו הנהר ימים הרבה כל אותן הימים שעמדה הבהמה בטילה חוץ משני ימים הראשונים באמת אינו חייב לשלם ואמנם שוב חזר ותירץ דשאני היכא שירד מתחלה בתורת שכירות אף ששכרה רק למקום ההוא מ"מ כל זמן שלא החזירה למרה עדיין היא מושכרת בידו וחייב לשלם שכירתה כיון שהוא ידע מרגילות הנהר הי' להתנות על זה ואין זה דומה למה שהביא הש"ך בס"ס ש"ז בשם רש"ל שאם סגר בהמת חבירו בחדר וביטלה ממלאכה שהוא פטור דאין משלמין בבהמה שבת בלא נזק דשם לא באה לידו בתורת שכירות ואף שהש"ע שם ס"ג מיירי בשוכר ואפ"ה פוטר מטעם שאין שבת בבהמה התם מיירי שמחזירה לבעליו אחר כלות השכירות אלא שהוכחשה כחש שסופה להתרפאות וכיון שמחזירה הרי כלה שכירתו כו' ע"ש. ושם בסי' נ"ז השיב ג"כ על קושיא הנ"ל לרב אחר ונזכר שם רק התירוץ הראשון הנ"ל. ומ"מ נ"ל דהעיקר כתירוץ השני והתשובה דסי' נ"ז הגם שנדפסה באחרונה נכתבה בראשונה קודם דאסיקא דעתיה התירוץ השני וע' בס"ק הקודם:

סימן שיא

שהקפדה גדולה כו'. עש"ך עד ונראה דדוקא תרתי בעינן כו' מיהו כשאמר יין סתם וספינה זו אפשר דאפי' היין לא נטבע יכול לעכב ולומר איני רוצה ספינה אחרת וכן נראה לדינא עכ"ל וכן נראה דעת המל"מ פ"ה ה' שכירות דין ג' וכן הסכים בקצה"ח וכתב דגם הי"א בטור לא פליגי אלא ממשא למשא אבל מחמור לחמור או מספינה לספינה ודאי אינו יכול לשנות ע"ש אולם בחידושי רע"ק איגר זצ"ל סוף מס' ב"מ חולק וכתב וז"ל ולדעתי דין זה מבואר בטור סי' ש"י ז"ל ונראה דכל היכא שחייב להעמיד לו חמור אחר כגון דא"ל חמור סתם או חמור זה ויש בדמיו לשכור אם מת כו' וכן אם ימצא השוכר לשכור בזול לא יוכל לומר אשכור לעצמי כו' הרי שכתב דאף בחמור זה אי"ל אשכור לעצמי וצריך לקבל ממנו חמור אחר. ע"כ מ"ש הטור בספינה שטבעה שמצא כאן מקום קפידא לנוח היינו כיון ששניהם. נטבעו ואין ביד א' להשלים ועכ"פ יפסיד שכירות משא"כ אם נטבע החמור לחוד דאפשר להעמיד לו חמור וכן אם נטבע סחורה דלא יפסיד כלום אם יתן לו יין אחר מאם לא היה נטבע כלל אין לו להרויח בטענתו רק שלא יפסיד כנלע"ד ברור דלא כהש"ך והסמ"ע ועיין בהגהת אשרי עכ"ל:

סימן שיב

א **עד שישלים זמנו**. עבה"ט מ"ש אבל יכול להשכירו לאחר כו' ועמ"ש בזה לקמן סי' שטו ס"א סק"א:

ב **ואם הי' מושכר בענין כו'**. עי' בנה"מ שכתב דין זה לכאורה אין לו ביאור כו' עד ואפשר דהרא"ש והמרדכי מחלקין בין נפל הבית שאין להמשכיר דירה רק משך זמן השכירות ובין כשא"י לפדות שיהיה לו הפסד רב וגם אין לו בית דירה לעולם וצ"ע מנין לו זה עכ"ל. ולפי דבריו אין חילוק בין אם זה הבית עצמו שדר בו השוכר הוא ממושכן ת"י נכרי או בית אחר של המשכיר. אולם בביאור הגר"א ז"ל סק"ה משמע דדוקא אם זה הבית שדר בו השוכר ממושכן ע"ש וע' עוד בט"ז ובס' פלפולא חריפתא על הרא"ש פ' השואל סי' כ"ה אות ש' מ"ש בזה (ומ"ש בנה"מ דט"ס ברמ"א וצ"ל ואם היה ממושכן כו' כן הועתק בפ"ח שם) . ועי' בס' עמודי אור סי' קט שכתב דדין זה תלוי בפלוגתא דתנאי בב"ק קיד ע"ב אם מחוייב לשפוך יינו כדי להציל דובשו של חבירו ויטול דמי יינו מחבירו שנחלקו בזה הרי"ף והרא"ש והובאו שני הדעות לעיל סי' רסד ס"ה ברמ"א ודין זה ממש דכוותה שזה צריך לזכות דירתו של השוכר בשביל להציל ביתו ואין כאן הפסד ממון להשוכר כו' ודין זה אינו אלא אם ממושכן ביד נכרי שהיה מוחלט בידו שלא כדין אבל אם משכן לישראל חבירו כדין שאם לא יפדנו עד זמן פלו' יוחלט לו לא שייך לדון שיפסיד זה זכות דירתו בשביל הצלת בית למשכיר דלא עדיף פסידא דמשכיר מזכותו של מי שמשכן בידו עכ"ד ע"ש וצ"ע בזה:

ג **ואפי' לא קצב כו'**. עבה"ט עד וגם הש"ך הסכים לדבריו והנה המעיין בפנים יראה דהסמ"ע לא כתב רק לדחות הוכחת הב"י מהטור אבל לא לדחות עיקר דין זה ואדרבה מסיים מיהו הדין יכול להיות נכון מצד עצמו בלא הוכחה מהטור. אך הש"ך דוחה לגמרי דין זה וכתב וז"ל ולפע"ד הדין אינו נכון דהא אמרי' ברפ"ק דר"ה המשכיר בית לחבירו לשנה כו' ואם אמר לשנה זו אפי' לא עמד אלא בא' באדר כיון שהגיע א' בניסן עלתה לו שנה וכתבו התוס' ולא אמרינן הדמים מודיעים כו' ואע"פ שיש לחלק כו' מ"מ אין נ"ל לחלק דהא גבי מכר את הצמד לא מכר את הבקר קי"ל כחכמים כו' עכ"ל. ועיין בתשובת שבות יעקב ח"א סי' קעה שכתב דנראה פשוט להלכה כהרמ"א ודלא כהש"ך שביקש לדחות דין זה וקו' הש"ך לק"מ דודאי היכא שנתן לו שכירות ולא קצב לו זמן זה הוא נגד הסברא דלא שדי אינש זוזי בכדי איך לא יפרש השוכר או המשכיר איזה זמן קצוב אלא ודאי סמכו אשכירות כנגד מעותיו משא"כ היכא ששכר לזמן שאמר לשנה זו רק שאנו מסתפקין איך הי' כוונתם וכן במכר את הצמד אף דאיכא דקרי לצמד בקר

ולבקר צמד מ"מ אין הדמים ראיה ואמרינן ששכר או מכר לו הפחות והדמים מתנה ע"ש ועיין בקצה"ח ובנה"מ מזה:

ד **א"י לצאת אלא יתן השכר.** כ' בספר שער משפט וז"ל מפשטא דלישנא משמע דאף שיצא מהבית חייב ליתן השכר ומוציאין מידו בב"ד וקשה טובא מהא דכתב הרב בסי' שסג ס"ו בהגה מיהו אם לא הי' דר בו אלא שגזלו ממנו פטור לשלם השכירות והוא מדברי הרא"ש פ' כיצד הרגל כו' ובע"כ צ"ל דמ"ש הט"ו א"י לצאת אלא יתן השכר היינו דאינו יוצא ידי שמים עד שישלם ומשמתין אותו על כך דכל הגרמות משמתין אותו עד דמסלק הזיקא כמבואר בסי' נה ס"א בהגה ובסי' קעה ס"מ אבל אם יצא מהבית ולא הודיעו אין מוציאין ממנו בב"ד דאינו אלא גרמא דפטור ולפ"ז נראה דה"ה בההיא דסעיף י"ד מקום שנוהגין כו' עד הדין עם שמעון היינו נמי דשמעון יכול לעכב עליו שלא לצאת מהבית וחייב לשלם דגרמא בניזקין אסור ומשמתין ליה עד דמסלק הזיקא אבל מ"מ היכא שעבר ויצא מהבית לאחר חודש א' אין מוציאין מידו בב"ד כו' וכמדומה שהאידנא אין דנין כן ומ"ש נ"ל עיקר עכ"ל ע"ש. ולע"ד לא נראה כן עיין בנ"צ מ"ש בזה:

ה **או יעמיד לו אחר במקומו.** עי' בנה"מ שכתב דכאן שייך ציון של הש"ך סק"ח מה שרמז לעיין בתשובת מהרא"ן ששון פי' רח דשם כתב המהר"א ששון שאם השוכר כבר הקדים השכר שא"י להעמיד אחר במקומו ע"ש. הנה דברי מהר"א ששון אלו הביאם המל"מ פכ"ג מה' מכירה דין ח' ופ"ה מה' שכירות דין ה' ע"ש אבל אין דין זה מוסכם כמש"ל סי' ריב ס"ו סק"ו ולקמן סימן שטז ס"א סק"ב וע"ש:

ו **ונעשה שונאו יכול להוציאו** עיין בתשובת שבו"י ח"ג סימן קעט באחד שהוצרך מאד למעות להתפרנס מהם והשכיר את ביתו לאחר ועשה עמו תנאי שיתן לו מיד סך מה על שכירותו על כמה שנים כדי שיוכל לישא וליתן עם המעות והוא עצמו ידור בבי עקתא ואח"כ נודע הדבר לגוי בע"ח של המשכיר ועיקל המעות של השכירות והמשכיר אינו רוצה לצאת מהבית וטוען כיון שאינו יכול ליטול המעות אינו רוצה להשכיר גם אומר כי השוכר עצמו גילה הדבר להבע"ח והשוכר כופר שלא גילה הדבר ושאל השואל מה דינו והשיב נ"ל פשוט דהדין עם המשכיר פשיטא אם יש לברר שהשוכר גילה הדבר להבע"ח שהשכירות בטל אף דמבואר בסימן שפח סי"ב בהגה דכל כה"ג לא מקרי מסור מ"מ רעה גדולה עשה ובודאי אדעתא דהכי לא השכיר לו שיעשה לו רעה גדולה כזו ויותר מזה מצינו בסי' שיב ס"ט בהגה דאם השכיר לו בשביל שהוא אוהבו ונעשה שונאו השכירות בטל וכ"ש בזה דדמי ליה כארי אורב לגלות מסתורין אלא אפילו אם נעשה העיקול שלא בידיעת השוכר ג"כ השכירות בטל אף שהוא נאנס ואונס רחמנא פטריה

מ"מ המשכיר ג"כ פטור דאין לחייבו לאחר בשביל אונסו וכ"כ הש"ך בס"ס כ"א וכ"פ בתשובת צ"צ סימן לט וע' בח"מ סי' רז ס"ג דבמוכר קרקעותיו מהני גילוי דעתו י"ל דה"ה במשכיר קרקעותיו מהני ג"ד וכנ"ל עכ"ל:

ז **אע"פ שנתיקרו הבתים**. עיין בנ"צ במעשה בא' שהשכיר דירה לחבירו בביתו על עצים של בעה"ב ובאמצע השנה נתייקרו העצים יותר מכפל ורצה בעה"ב לחזור מהמקח כו' ע"ש מ"ש בזה:

ח **נשאר בבית חודש א' כו'**. עסמ"ע דל"ד חודש א' אלא אפי' יום א' כו' ובט"ז כתב דדוקא אם דרך אנשי העיר לצאת מבתי השכירות לבתים אחרים ששכרו להם באותו היום כו' ע"ש:

ט **הדין עם שמעון**. עמ"ש לעיל ס"ז ס"ק ד':

י **בית לשנה**. עש"ך ס"ק י"ג שכתב והתחלת השנה לענין שכירות הבתים משמע מל' רשב"א שהביא הטור וההמ"מ ור"ן שהוא מר"ה דהיינו בא' בתשרי כו' וכן משמע דעת כל הפוסקים וא"כ המשכיר בית לחבירו לשנה מונה י"ב חודש מיום ליום ואם אמר לשנה זו אפילו לא עמד אלא בא' באלול עלתה לו שנה כו' עכ"ל. וכן פסק בתשובת שבות יעקב ח"א סי' קע"ה הלכה למעשה וע' שם עוד אודות שטען שמעון שהדמים ראיה לדבריו שאין דרך ליתן כל כך עבור זמן מועט כזה אין בדבריו ממש כי כבר כתבו התוספות בר"ה דף ז' ד"ה עלתה לו שנה ולא אמרינן הדמים מודיעים והרי המעות מתנה או פקדון י"ש והגם שהתוספו' לא הכריעו בענין המעות אי צריך להחזיר גם בדברי הפוסקים סי' שי"ב אינו מבואר זה מ"מ יש ללמוד מסי' ר"כ ס"ח במכר את הצמד לא מכר את הבקר דאין הדמים ראיה שאם טעה כו' עד שזה מתנה נתן לו ובנ"ד אין לחלק דאפי' בפחות מכדי שהדעת טועה לא הוי דין אונאה לשכירות קרקע כמבואר בסי' רכ"ז סל"ב כו' ומסיים וזכינו לדין שצריך שמעון לילך מהבית אם לא שיש מנהג בענין שכירות הבתים כמבואר בסימן שי"ב סעיף י"ד עכ"ד ע"ש:

יא **נשרף הבית כו'**. עבה"ט וע' בתשובת חתם סופר חח"מ סי' קס"א מענין זה וע"ש עוד בסי' קע"ט והובא קצת לעיל סי' קע"א ס"א ס"ק ח':

סימן שיג

שכורה ביד אחרים. עבה"ט עד וכ' דלענין דינא נראה עיקר כהרמב"ם. וע' עוד בש"ך שכ' דאף שכתבו התוס' פ"ק דמציעא דבעינן דוקא שיהא המשכיר ביתו פתוח לאותו חצר ומקרי עומד בצד שדהו מ"מ מדברי הרמב"ם וסמ"ג והמחבר ושאר פוסקים לא

משמע דמירי שגם משכיר ביתו פתוח לאותו חצר כו' ע"ש. וע' בתשובת רע"ק איגר ז"ל סי' קל"ג שכ' דראיית הש"ך מדסתם הרמב"ם דבריו אין זה די הוכחה דידוע שכך דרכו של הרמב"ם לסתום כסתימת דברי הש"ס אך באמת זה תלי בשני פירושים שיש בדברי הרמב"ם פ"ו מה' מכירה במ"ש לפיכך אם הי' ביתו של לוקח מושכר למוכר לא תיקנו בו משיכה שהרי המקח ברשות הלוקח (עש"ך לעיל סי' קצ"ח סק"ה ותבין) באופן דאין הכרעה בדעת הרמב"ם בזה. וכ' עוד דלפ"ד התוס' הנ"ל דוקא לענין דבר המונח בחצר מהני מה דהמשכיר ביתו פתוח לחצר דכיון דהמשכיר יוצא ונכנס בו ויכול לשום שמירתו עליו מקרי עומד בצד שדהו אבל לענין דבר המונח בחדר המושכר לא מהני מה דהמשכיר דר ג"כ באותו בית בחדר נגד חדר המוזכר כיון דרשות ביד השוכר לסוגרו ולמחות להמשכיר דריסת הרגל בו א"כ בודאי לא הוה משתמר לגבי המשכיר. וע"ש עוד שהביא דהגאון בעל בית מאיר פקפק על עיקר דינו של הש"ך בזה שהכריע כהרמב"ם דהוי חצרו דהמשכיר ודעתו דיש לפסוק כהרא"ש והטור ע"ש ועמ"ש בפ"ת לא"ה סי' ק"ב סק"ד וע' בתשו' ושב הכהן סי' מ"ז עש"ב:

סימן שטו

שכירות קרקע. עיין באר הגולה מ"ש וכתב המרדכי פרק האומר על אשה אחת כו' עד דכל חזקה לא מהני אלא אחר גמר מעשה שראוי להחזיק מיד עכ"ל והוא מדברי הסמ"ע סק"ב. ושם במרדכי סי' תקכ"ז מבואר דמירי שלא אמר לה קני בחזק' מעכשיו ע"ש. ובאמת לענין מכר כבר מבואר בש"ע לעיל ס"ס קל"א בהגה דקנין חזקה לא מהני אם אמר קני לאחר ל' יום אא"כ אמר מעכשיו ולאחר ל' יום (ובש"ך שם כ' דה"ה לענין חליפין וכ"כ בטור וש"ע סי קצ"ה ס"ה רק בקנין כסף כ' בסמ"ע שם דקונה אפי' לא אמר מעכשיו כיון דאילו לא נתקיים המקח הי' צריך להחזירם לו הוי כאילו הם בעין כו') אלא דהסמ"ע העתיק בכאן דברי המרדכי הנ"ל שמבואר בהדיא דין זה ג"כ לענין שכירות. וכן דין הב' שכ' הסמ"ע בשם ריב"ש ואם קנה בא' מהדרכי' לא מהני מחיל' כו' כבר מבואר לעיל ס"ס קפ"ט לענין מכר והשמיענו בכאן ג"כ לענין שכירות. ועיין במל"מ פ"א מה' מכירה דין ח' שכ' וז"ל ושמעתי שחכמי הדור שלפני נסתפקו במשכיר בית לזמן קצוב ואח"כ רצה להשכיר' או למכר' לאחר. לאחר שיכל' זמן הראשון אי מהני לשני קנין חזקה דנעל גדר ופרץ כיון שזו הבית קנויה לראשון לכל תשמישיה וגם נסתפק אי מהני נתינת רשות דשיור ראשון כדי שיקנ' הב' ומטו בה מאותה שכ' הריב"ש סי' תק"י הביאה מרן סי' שי"ב (דלא נסתלק השוכר מהקרקע בדיבור בעלמא בלא קנין.

והוא דין הב' שכתב הסמ"ע הנ"ל) ושמעתי שנחלקו בזה חכמי הדור עכ"ל צ"ל דכוונת המל"מ באמר מעכשיו ודאחר הזמן דאם לא אמר מעכשיו אפילו בלא הי' עתה הבית מושכר כלל ג"כ לא מהני קנין חזקה לאחר זמן כמפורש ברמ"א הנ"ל [וכ"כ בס' דברי משפט סי' קצ"ב דמיירי באמר מעכשיו וכתב שם דמתוספו' יבמות צ"ג ד"ה קנויה לך יש להוכיח דמהני חזקה דעשה שוכר שני אף דעדין קנויה היא לראשון לכל תשמישין ע"ש) ומשמע מדברי המל"מ דע"כ לא נסתפקו אלא בקנין חזקה (ואפשר דה"ה בקנין חליפין) אבל בקנין כסף אין ספק כלל דודאי יכול למכור או להשכיר אף קודם שנשלם זמן דראשון. ודין דלמכור מבואר להדיא בש"ע סי' שי"ב ס"א שכ' שם והמקח קיים ולוקח צריך להניחו ביד השוכר עד שישלים זמנו ודין דלהשכיר מבואר בש"ך שם בשם תשובת המבי"ט ח"ב סי' שמ"ו דיכול להשכירו לאחר תון זמנו לכשיגיע הזמן ע"ש. ומשמע שא"י לחזור אף קודם שהגיע הזמן וכ"כ בפשיטות בנה"מ לעיל סימן רי"א ס"ז ובסי' שי"ב דאין המשכיר יכול לחזור בו אפי' קודם כלות זמן שכירות של ראשון דלא מבעיא לשיטת ר"ת שהביא הרמ"א שם בהגה דס"ל בשדה זו שאירש מאבא דקנה וא"י לחזור בו מטעם דירושה ממילא מכ"ש במחוסר זמן דהזמן ממילא קאתי אלא אפילו להחולקין בירושה מודים בזמן כו' (אמנם מבואר מדבריו דהיינו במעכשיו או בסתמא משא"כ היכי שתלה קנין בהזמן כו') וכתב עוד אמנם נראה דאפי' במחוסר זמן בעינן דוקא שיברר מקחו היינו שמשכיר לו שדה זו אחר שנה שמושכר לאחר אבל כשמשכיר לו סתם שדה ואין לו רק כל שדותיו הן מושכרים לאחרים לא מהני כמו דלא מהני לר"ת בשדה סתם מה שאירש מאבא וכן מוכח מהטור בסי' שיב כו' וכתב עוד דנראה דאפי' השכיר לו סתם הוי כאומר מעכשיו אם לא שתלה הקנין בהזמן כגון שא"ל קנה לאחר הזמן או אל תקנה עד זמן פלוני אבל אם השכיר לו סתם או שא"ל אני צריך עוד לישב עד זמן פ' או שמושכר כעת הוי כאומר מעכשיו דבכדי לא הוה עביד כמ"ש הרמ"א בסי' קצה ס"ה ואף דהרמ"א מיירי התם בק"ס היה בקנין כסף אף דמועיל אחר ל' גם בלא מעכשיו מ"מ כיון ששניהם יכולין לחזור בהן עד הזמן הקנין של עכשיו קרוי בכדי וע"כ מעכשיו קאמר עכ"ד ע"ש. אולם בתשו' בית יעקב סי' צ' לא פסק כן [הובא ג"כ במסגרת ובעט"צ ובמאמר קדישין בקצרה ובשינוי קצת] שכתב שם בראובן שהשכיר את ביתו לשמעון לשנה מר"ח אלול עד ר"ח אלול ובהגיע ד' שבועות קודם תשלום זמן השכירות השכיר את הבית ללוי ונתן לו לוי על השכירות י' זהובים וגם תקע כפו כדרך התגרים ואח"כ חזר בו ראובן ונתרצה להשכיר לשמעון גם על שנה ב' ובהגיע ר"ח אלול נכנס לוי לבית ראובן ושמעון שהי' דר בו מקודם אינו רוצה לצאת מן הבית ונתעצמו

בדין. והשיב דמצד שראובן תקע כפו ללוי כדרך התגרים פשוט דלא קנה לוי אף אם הי' לאח"ז שכירות דראשון כי שכירות קרקע אינו נקנה באסטומתא (עי' בזה בש"ך ובנה"מ לעיל סי' ר"א סק"א דאם ידוע שהמנהג הוא גם בקרקע מהני) אך מצד שנתן לו לוי על השכירות י' זהובים ושכירות קונה בכסף אף שלא נתן לו רק מקצת הדמים כיון דאינו יוצא ונכנס אחר שאר הדמים דינו נקנה את כולם כמ"ש בסי' קצ ס"י אמנם כיון שהי' זה קודם תשלום זמן שכירות דראשון וגם החזרה שחזר והשכיר לשמעון הי' קודם התחלת השנה דהיינו קודם ר"ח אלול נראה דחזרתו חזרה וראיה ממ"ש המרדכי הביאו הסמ"ע בסי' שטו דכל חזקה ל"מ אלא לאחר גמר מעשה שראוי להחזיק מיד א"כ ה"נ אף את"ל שקנה לוי תחלה כששכר מראובן בכסף אין הקנין חל כיון דאין ביד ראובן להשכיר לו מיד שהרי הוא מושכר לשמעון עד ר"ת אלול ונמצא כשחזר ראובן קודם ר"ח אלול זכה שמעון שמה שדר בבית הוי חזקה וקנין לוי נתבטל מאחר שחזר בו ראובן וקנין שמעון הי' בעת שהי' בידו להשכיר דהיינו בר"ח אלול אף שגם לוי בא לבית עם ב"ב והחזיק בר"ח אלול מ"מ קנין שמעון עדיף דקנין לוי נתבטל ע"י החזרה שחזר ראובן והשכיר לשמעון וכן נלע"ד עיקר לדינא שכל האנשים השוכרים בתים לא מהני להו כל הקנינים עד שנשלם זמן השכירות של הראשון שדר בו. וכתב שם דאין סברא לחלק דהמרדכי הנ"ל אייריי בקנין חזקה כמבואר בדבריו בהדיא משא"כ בנ"ד דלוי קנה בכסף בכה"ג לא יוכל לחזור וטעם החילוק י"ל דבהשכיר קודם ר"ח אלול הוי כמו שאומר קני קרקע ולא תקנה אלא לאחר שנשים יום דקיי"ל דבשטר [היכא שנקרע תוך שלשים] בחזקה לא קני כשלא אמר מעכשיו ובכסף קני אפי' לא אמר מעכשיו אפי' נאבדו המעות כמבואר בס"ס קצא ובסמ"ע שם כו' זה אינו דהתם מיירי לענין שיקנה אחר שלשים יום אם לא חזר בו אבל תוך שלשים יום לא קני וכיון שאין בידו להקנות אינו קונה לא בכסף ולא בחזקה ודין דכסף וחזקה שוין הם בתוך שלשים יום ועוד דהחילוק שיש בין כסף לחזקה לאו משום עדיפותא דכסף מחזקה אלא מטעמא שכתב הסמ"ע שם משום דבמעות אם לא נתקיים המקח היה צריך להחזירם לו כו' אבל לעולם אימא לך דקנין כסף וחזקה שוין הם וא"כ כיון דכתב המרדכי בקנין חזקה הנ"ל דיכול לחזור כיון שקונה בזמן שלא היה בידו להקנות ה"ה בקנין כסף ועוד דהמרדכי הביא הפסק הנ"ל הגמ' פ' האשה שנפלו (כתובות דף פב ע"א) דא"ר יוחנן האומר לחבירו משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום דקנה ומפרש טעמא משום דבידו להקנות לו מיד כו' אלמא אף היכא דהדין דקנה אחר שלשים כגון דאמר מעכשיו לא קנה אלא דוקא היכא דבידו להקנות מיד א"כ בנ"ד שאין בידו כיון ששמעון דר בו ולא נשלם זמן השכירות לא קנה לו אף לאחר שלשים

יום אף אם לא היה חוזר ראובן להשכיר לשמעון [זה בודאי צ"ע. גם במסגרת לאחר שהעתיק דברי בהי"ע הנ"ל בקצרה כ' וז"ל ודוקא אם חזר בו קודם התחלת השנה אבל לאחר שהתחיל השנה חלה הקנין של זה השוכר מיד וא"י לחזור ע"ש] כ"ז נלע"ד לדינא אף שאין המנהג כן ורגילים להשכיר בתים קודם שנשלם זמן השוכר הראשון ורגילים להקנות בקנין אין זה קנין כלל ויכול לחזור מטעמים שכתבתי עכ"ד. והנה מכלל דברי הבי"ע הנ"ל שכתב שכל האנשים השוכרים בתים לא מהני להו כל הקנינים עד שנשלם כו' משמע דר"ל אפי' היכא דאמר מעכשיו וביותר מבואר כן בסוף דבריו וממ"ש אף שאין המנהג כן כו' ורגילים להקנות בקנין כו' ומשמע דכוונתו קנין סודר וא"כ בלא"ה אפי' אם הבית לא היה מושכר עתה לשום אדם פשוט דלא קנה אא"כ אמר מעכשיו כמ"ש בטור וש"ע סי' קצה ס"ה וכמש"ל וע"כ דר"ל אפי' באמר מעכשיו. אולם בתשובת חמדת שלמה חח"מ ס"ס ח' מבואר שהבין בדבריו דבלא מעכשיו קאמר (ולא ידעתי לפי הבנתו לישב דברי הב"י הנ"ל) וכתב שם על נדון דידיה וז"ל ומלבד כל מ"ש יש מקום ספק אף שזה ברור שיכול להשכירו תוך זמן שכירות הראשון מ"מ י"ל דיכול המשכיר לחזור כיון דלא חל עדיין זמן השכירות ולא חל הקנין וכ"כ בתשו' בית יעקב והסכים על ידו הגאון בעל בגדי כהונה אף דנחלק במקצת על סברת בית יעקב דסובר שאף לאחר זמן השכירות יכול לחזור (מדכתב בסוף דבריו לא קנה לו אף לאחר שלשים יום אף אם לא היה חוזר ראובן כו') אבל בתוך הזמן גם בס' בגדי כהונה הסכים שיכול לחזור היכא דלא אמר מעכשיו ולדינא צ"ע גדול עכ"ל. אמנם לא הזכיר הגאון בעל חמדת שלמה מדברי כה"מ הנ"ל שפסק בפשיטות דאפי' בתוך הזמן א"י לחזור ואפי' היכא דלא אמר מעכשיו אלא השכיר לו סתם רק שלא תלה הקנין בהזמן כו' ושם הביא ראיה ממ"ש הר"ן בנדרים דף מח ע"ב כו' ומהא דסתמו הפוסקים גבי שדה זו שאירש מאבא לר"ת ולא כתבו דבעינן מעכשיו א"ו דבכה"ג סתמא כמעכשיו דמי ע"ש. גם בס' עט"צ סק"א השיג על תשו' בי"ע הנ"ל ופסק דא"י לחזור אפי' בתוך הזמן [אלא שתחלת דבריו שם צ"ע מ"ש דאין ראיה כלל מהמרדכי דאיירי רק בקנין חזקה כו' כפי הנראה לא ראה רק במסגרת שהעתיק בקצרה דברי בי"ע הנ"ל ולא בגוף התשובה שהוא ז"ל עצמו רצה לחלק בזה ודחה חילוק זה כמו שהעתקתי לעיל. גם הראיה שהביא מדברי הב"ח בדיני מצרנות דאין השוכר יכול להוציא מהלוקח (עמש"ל ס"ס קעה מזה) יש לדחות דמכירה שאני ובודאי יכול למכור אף בתוך זמן שמושכר לאחר כיון שגוף הקרקע שלו דמבואר להדיא בש"ע סי' שיב ס"א וכמש"ל וכל עיקר הספק הוא רק בלהשכיר. אמנם הראיה שהביא ממור"ם סי' ריא ס"א בהגה הוא ראיה חזקה וכמ"ש נה"מ הנ"ל] ועוד נלע"ד כיון

שהמנהג כן שרגילים להשכיר בתים קודם שנשלם זמן השוכר הראשון כמ"ש הבי"ע הנ"ל י"ל דאפי' ע"י ק"ס מהני דהא כ' הרש"ל בתשו' סי' לד דמהני שטר גבי אורענדי אף שהוא דשלב"ל כיון שהוא מנהג דמי לסטומתא ע"ש ואף שהנה"מ בסי' רמא כתב דשם הוא ג"כ מצד דינא דמלכותא אך בתשו' ח"ס סי' סו (הובא לעיל סי' רא ס"ב סק"ב) כתב בפשיטות דסטומתא מהני גם בדשלב"ל דכ"כ הרא"ש בתשו' כו' ע"ש וצ"ע. שוב ראיתי בס' דברי משפט סי' ריא הביא שם דברי הש"ך סי' שיב בשם המבי"ט הנ"ל דיכול להשכיר לאחר תוך זמן השכירות של הראשון כו' וכתב דראיית המבי"ט שם מב"ב דף קלו יש לדחות ומ"מ דינו אמת ואינו דשלב"ל כיון דזמן ממילא אתי וכמ"ש המל"מ פ"ז מה' אישות הל' ז' כו' [וכמ"ש נה"מ הנ"ל] ולענין אם יכול המשכיר לחזור בו קודם שחלה זמן שכירות הראשון נראה דאם אמר דיחול מעכשיו אחר דיכלה זמן שכירות דראשון אינו יכול לחזור אף קודם שכלה הזמן כמבואר בחידושי רשב"א וריטב"א קדושין דף סב כו' אולם אם לא אמר מעכשיו יכול משכיר לחזור קודם דכלה זמן שכירות דראשון דהא איתא בב"מ סו ע"ב דרב הונא סובר אם מכר פירות דקל קודם שבא לעולם יכול לחזור מבואר דאף לר"מ דסובר אדם מקנה דשלב"ל מ"מ קודם שבא לעולם יכול לחזור א"כ ה"ה לדידן בדבר דתליא בזמן כו' ומשמע מדבריו דאם השכיר לו סתם אף שלא תלה הקנין בהזמן לאו כמעכשיו דמי ויכול לחזור קודם שהגיע הזמן (שלא כדעת נה"מ הנ"ל ע"ש בסק"ד) ושם חולק על נה"מ הנ"ל במ"ש דאפי' במחוסר זמן בעינן דוקא שיברר מקחו כו' והוא ז"ל כתב ולפענ"ד נראה דאפי' אם אינו מברר הבית והיה לו כמה בתים דשכורים לאחרים ואייר אחר דכלה שכירות ראשון יהא בית אחד מושכר לך השכירות חל אחר דכלה זמן שכירות דראשון אף דלא בירר הבית ואמר בית זו רק דהשכיר לו סתם בית ומה שהביא הנה"מ ראיה ממ"ש הטור סי' שיב בשם הרמ"ה יש לסתור כו' עש"ה וע' עוד בדבריו בסי' שטו וצ"ע:

סימן שטז

א **ואם א"ל המשכיר כו'**. עסמ"ע סק"ב שסיים עפ"ר. רומז למ"ש בפרישה דאם האחר רוצה ליתן לו תוספת בשכירות ממה ששכרו הוא שא"י המשכיר לומר לו צא והניחו כו' אם לא שגם הוא יתן לו ג"כ אותו הריוח וכן מבואר מדברי הרמ"א סי' שסג ס"י בהגה ב' ע"ש. וכ"כ בתשו' רדב"ז ח"א סי' קלט וכתב עוד שם דכל זה בשא"ל המשכיר כן קודם שהשכירה לאחר אבל אם השכירה כבר לאחר ונכנס לדור בה או אפי' לא נכנס לדור בה רק שקנהו מדין שכירות קרקע ואין מצוי לו לשכור בית אחר לא מפקינן זכותו של שני

כיון דטעמא דשימעון להמשכיר הוא משום אל תמנע טוב מבעליו לא אמרי' הכי אלא היכא דליכא פסידא ורעה לאחריני אמנם אם השוכר השני לא נכנס עדיין לדור בהבית ומצוי לו לשכור בית אחר אע"פ שכ' לו שטר שכירות וכה"ג שומעין למשכיר הראשון דהא לשוכר שני נמי אמרי' ליה אל תמנע טוב ע"ש והועתקו דבריו ג"כ בס' שער משפט והסכים עמו ע"ש:

ב **להשכירו לאחרים** עבה"ט בשם סמ"ע שכתב שם במרדכי (פ' ח"ה סי' תקנט) מפורש דאם כבר קיבל המשכיר המעות א"צ להחזירו לשוכר כו' וע' בקצה"ח שתמה ע"ד סמ"ע אלו וכתב וז"ל ובעיני יפלא דאיך עושה סחורה בפרתו של חבירו כיון שגוף הבית לשכירות קנוי לשוכר ונהי דס"ל למרדכי בהקדים שכרו אין השוכר יכול להשכירו לאחרים וביד המשכיר הברירה שלא להשכירו לאחרים (רקי להניחו פנוי או להניח לאיש א' לדור בחנם) אבל אם משכירו לאחר בשכר למה ירויח בככל השכירות וראוי להחזיר השכירות דשני לראשון והמעיין בדברי המרדכי אין זה במשמע כלל כו' ועוד דבעיקר כדין שכתב המרדכי בהקדים שכרו אין השוכר יכול להשכירו לאחר נראה דמהר"ם ב"ב פליג בזה כמבואר במרדכי פ' האומנין כו' גם בב"י סי' שי"ב כתב על דברי המרדכי דפ' ח"ה הנ"ל שדבריו דחוין למתבונן בה זולת מ"ש בסוף הדברים דאין לוי יכול לומר כיון שנתתי השכירות כל ימי השכירות תהא בדודה שלא ע"מ כן השכירה דביתא מיתבא יתיב כו' וכן הסכים בד"מ סי' זה כו' וכן נראה מהשמטת כרמ"א כאן את דברי המרדכי בר"ש לחלק בין הקדים שכרו זולת סוף דבריו הביא במ"ש דיוכל המשכיר להשכירו לאחרים ומשום שאיה כו' ולזאת תמה אני עמ"ש הסמ"ע דברי המרדכי לחלק בהקדים שכרו וכיון דכבר הכריעו הב"י והרמ"א דאין לחלק בזה (הנה מבואר מדבריו דפליג על הסמ"ע בתרתי חדא בעיקר דינו של המרדכי פ' ח"ה בהקדים שכרו אין השוכר יכול להשכירו לאחר לא קי"ל הכי וא"כ פשיטא דאם המשכיר השכירו לשני שייך השכירות לראשון ועוד דאף אם נודה לדינו של המרדכי בזה דא"י השוכר להשכירו מ"מ אם הלך המשכיר דהשכירו לאחר שייך השכירות לראשון כיון שגוף הבית לשכירות קנוי לראשון) וע' בס' נה"מ שתמה ג"כ על הסמ"ע הנ"ל אך בסגנון אחר דהיה לו להסמ"ע להביא מקודם הדין דבקיבל המשכיר המעות שוב א"י השוכר להשכיר לאחרים ואז היה שייך זה הדין שכתב הסמ"ע דאם כבר קיבל המעות א"צ להחזיר לשוכר מה שמקבל מאחרים כיין דהשוכר לא היה יכול להשכירו מה לו להשכירות שמקבל המשכיר ודמי להא דסי' שסג ס"י בהגה דאם אין לו רשות להשכירו שהמותר הוא של בעה"ב (ואף דמבואר מזה דנגד דמי השכירות שייך לראשון צ"ל שמחלק דשאני התם שהשוכר עצמו

השכירו. וזהו דלא כקצה"ח הנ"ל) אבל מאחר שהסמ"ע לא הביא האי דינא דא"י השוכר להשכירו ע"כ דלא ס"ל הכי כאשר באמת מדברי המרדכי שם אין הכרח לזה רק בחדושי אנשי שם הנדפס למטה מפרש כן דברי המרדכי מ"ש שם דא"י להשכירו לאחרים הוא משום שכבר קיבל המעות וז"א כמבואר במרדכי פ' האומנין סי' שמה דאפי' נתנה כל השכירות יש כח להשיב אחרים רק טעמו של המרדכי דפ' חז"ה דא"י להשכירו הוא משום דאיירי בדר עם המשכיר ביחד ובזה אין חילוק אם כבר קיבל המעות או לא א"י השוכר להשכירו לאחרים אבל באינו דר עמו דיכול השוכר להשכירו אפי' כבר הקדים שכרו ודאי דהשכירות דידיה הוא וצריך להחזיר לו מה שמקבל מאחרים כו' ומסיק וכ' היוצא לנו דבמקום שלא היה השוכר יכול להשכיר לאחרים כגון בדר עמו השכירות שמקבל המשכיר מאחרים הוא של המשכיר אפי' לא נתן המעות כיון דאין להשוכר שייכות בגויה ובמקום שיכול להשכיר לאחרים השכירות להשוכר ואפי' נתן לו המעות כו' ואפי' רק שכיח להשכיר אינו משלם לו השכירות דלהבא כדמוכח גבי ספינה וכן משמע במרדכי פ' חזקת ואפי' במקום שא"י להשכיר לאחרים מנכה לו מהשכירות כמה אדם רוצה ליקח פחות כשלא דר בו דומיא דפועל בטל עכ"ד ע"ש (ועמש"ל סי' ריב ס"ו סק"ו) וע' בתשו' ברית אברהם חח"מ סי' לד בעובדא באחד שהשכיר חצי חנות לחברו ועמדו שניהם בה ובכל רבע שנה היה משלם לו שכר דירה וכעת יצא השני מהחנות בתוך הקווארטיל ולקח לו המשכיר משכון סחורה עבור הקווארטיל כי לא שילם לו בתחלתו ומחמת שלא תהא שאיה בפרט בחנות העמיד המשכיר את בתו בחנות עם סחורה בחצי השייך להשני וכעת תובע הסוחר את משכונו בחזרה בטענה אחרי שעמד אחר במקומו פטור ונסתפקו אם יכול השוכר להטיל עליו ח"ס אם לקח שכירות מבתו ועלה בדעת החכם השואל דאף אם בודאי לקח שכירות מבתו לא נפטר השוכר הראשון ע"פ דברי הסמ"ע הנ"ל דבקיבל מעות מהשוכר א"צ להחזיר המעות להשוכר וא"כ בנ"ד שתפס משכון הוי כקיבל מעות. והוא ז"ל השיב הדבר ברור דאין זו דעת תורה להלכה ולמעשה. והאריך מתחלה לבאר דענין זה באם המשכיר השכירו לשני שייך השכירות לראשון לא תליא כלום אי יוכל השוכר הראשון להשכירו לאחר אלא דאפי' לפ"ד הראב"ד וסייעתו החולקים על הרמב"ם וס"ל דיכול למחות בידו מלהשכירו לאחר מ"מ אם יצא השוכר מן הבית והמשכיר השכירו לאחרו השכירות מהשני שייך להראשון דדוקא מתחלה יוכל להקפיד ולמחות אבל כל כמה דלא חזינן קפידא מהמשכיר שזה לא ידור בביתו והוא בעצמו השכירו לי שייך השכירות להראשון ולא מציל מימר שעשה כן ע"פ הכרח שלא תהא שאיה דכל כמה דלא חזינן קפידא מהמשכיר אמרי' דגם

מתחלה היה משכיר לזה השני כו' וא"כ ה"ה ומכ"ש לפ"ד הרמב"ם והש"ע דהשוכר יוכל להשכיר לאחר דגם בכה"ג שהדין הוא שא"י להשכיר (כגון בדר עמו או באין נמצא למי להשכיר רק למי שב"ב קרובים או למי שאינו הגון ע"ל סי' שיב ס"ז בהגה) מ"מ באם יצא מהבית והמשכיר השכירו לזה ולא ראינו קפידא מהמשכיר ממילא השכר הוא של השוכר כו' והדבר מפורש ברמ"א סי' שסג ס"י דהיכא דיש לו רשות להשכיר כל השכירות של השוכר הראשון ובאין לי רשות להשכיר מותר השכירות להבעלים אבל נגד דמי השכירות שייך להשוכר הא' ואין לו' דהתם דוקא שהשוכר בעצמו השכירו לאח"ז אינו דהא בכה"ג שא"י להשכיר השכירות שלו בטל לגמרי כי בואר בהגמ"י פ"ה משכירות כו' ומ"מ באם מעל' השוכר הב' שכירות שייך להא' רק דהמותר לבעלים וא"כ ה"ה באם השוכר יצא מן הבית והמשכיר השכירו לאחר דלדעתו עדיף טפי דלא חזינן שום קפידא על השוכר הלזה כו'. ושוב האריך בדברי המרדכי פ' חזקת שהביא הסמ"ע הנ"ל שמחלק דבלא הקדים שכרו מנכה לו מה שקיבל מהב' אבל בהקדים שכרו שייך למשכיר ולפ"ד האנשי שם הטעם הוא דבכבר שילם א"י השוכר להשכיר וכתב דסברא זו דבשילם מודה הרמב"ם דאין השוכר יכול להשכיר כבר הובא במל"מ פכ"ג ממכירה דין ח' ופ"ה משכירות דין ה' ליישב סתירת דברי הרמב"ם והטור בסי' רי"ב שכתבו דאין השוכר יכול להשכיר דחלוק מדין שנה לזמן דהיינו בשכבר שילם כו' אכן לדינא נראה דכיון דהד"מ והסמ"ע והט"ז (והב"ח) בסי' רי"ב מתרצים תירוצים אחרים על סתירת דברי הרמב"ם והטור מבואר דלא ס"ל החילוק הנ"ל בין כבר שילם אלא דבכל גווני יכול השוכר להשכיר לאחר (גם המל"מ עצמו מסיים שיש לו גמגום על דין זה הבאתיו לעיל סי' רי"ב ס"ו ע"ש) אפילו אם נסכים לחילוק זה דבכבר שילם א"י להשכיר מ"מ אינו ברור דאם המשכיר השכירו שיהיה השכירות שייך להמשכיר וראוי לומר דשייך להראשון כו' אך באמת ברור דבגוף הדין דבהקדים שכרו א"י להשכיר לאחר או דהשכירות שייך להמשכיר אין הטעם דיועיל טענת הקפדה בהיותו מוחזק ולא להוציא ממון רק עיקר החילוק הוא בהקדים לו שכרו נתרצה שיהיה שלו לאלתר גם אם יצא מתוכו דמה שיצא השוכר מהבית ע"פ איזה טעם וסיבה שנולד לו לא גרע מאונס ונתרצה ע"ז וכעין מ"ש התוספת ב"מ עט ע"ב ד"ה אי אתה כו' וכ"כ הש"ך סי' של"ד סק"ב במת תוך זמן השבירות דאף דשכירות רק לכל יומא ממכר הוא ופטור היורש מ"מ כיון דהקדים שכרו נתרצה שיהיה שלו גם אם יארע אונס מיתה כו' וה"ה בזה כיון דהקדים שכירות אדעתא דהכי נחית שאיזה ענין שיסתלק מן הבית יוחלט השכירות והבית ישאר להמשכיר דבלא הקדים שכרו על בעה"ב להתנות שגם אם יצא מן הבית

לא יוכל להשכירו לאחר וישלם לו כל שכירותו משא"כ בהקדים שכרו אינו מוטל על בעה"ב להתנות (ואין חילוק אם הקדים שכרו בשעת השכירות או באמצע הזמן שילם הכל. כ"כ בסי' לה שם) וזהו גם כן החילוק באם המשכיר השכירו לאחר דהקדים לו שכרו אינו חל על בעה"ב להתנות והשוכר נתרצה לכן השכירות להבעלים אבל בלא הקדים לו שכרו הוה ליה לבעה"ב להתנות שבאם יצא השוכר מן הבית שהבית ישאר לו להשכירו למי שירצה ולכן השכירות להשוכר ואתי שפיר הא דסי' שס"ג ס"י הנ"ל דגם בבה"ג שא"י להשכיר לאחרים כגון למי שבני ביתו מרובים מ"מ השכירות להשוכר הראשון כיון דלא הקדים שברו וחל על בעה"ב להתנות ושאני הקדים לו שכרו כהנ"ל כו' ולפ"ז דוקא אם הקדים השוכר מעצמו את שכרו א"י להשכיר לאחר ואם המשכיר השכירו אח"כ שייך השכירות להמשכיר אבל בלא הקדים שכרו אף דתפיס משכון ודאי לפי דעת הרמב"ם והש"ע יוכל להשכיר לאחר וגם באם המשכיר השכירו לאחר מנכה לו מן השכירות מה שקיבל מהשוכר השני כיון דהיה חל על המשכיר להתנות ולא מהני תפיסת משכון כו'. והאריך עוד בזה ומסיים הנה נתבאר שגוף החילוק דבהקדים שכרו א"י להשכיר לאחר אינו ברור וגם לפי סברא זו דבבה"ג א"י השוכר להשכיר מ"מ אינו ברור דאם המשכיר השכירו שיהיה השכירות שייך להמשכיר אך כמו בהא דסימן שס"ג ס"י בהשכיר השוכר למי שבני ביתו מרובים דרק המותר לבעליו וגוף השכירות לשוכר הראשון כו' וגסאי נסכים לקיים כל דברי הסמ"ע הנ"ל צ"ל דהטעם הוא כיון דהקדים שכרו ולא התנה נתרצה ע"ז א"כ לא שייך זה בתפוס מעצמו משכון. ולפ"ז בנ"ד כיון שנתבאר דבאם קיבל המשכיר שכירות מהבת מנכה להראשון משכירותו ולא מהני תפיסת המשכון הדבר פשוט דיוכל להטיל עליו חרם סתם אם קיבל מהבת או לא דשמא קיבל שכירות ומחזיק לעצמו עכת"ד ע"ש. (הנה מבואר מדבריו שדעתו מסכמת דאף בגוונא דא"י השוכר להשכיר לאחר כגון בדר עמו וכה"ג מ"מ אם המשכיר השכירו לאחר שייך השכירות לראשון כדעת הקצה"ח הנ"ל ודלא כנה"מ זולת היכא דהקדים לו שכרו מטעם דסבר וקיבל מתחלה וכ"כ עוד להדיא בסי' לה שם אות ג' עמ"ש השואל דבחנות כ"ע מודים היכא דדר עמו הוי קפידא גדולה וא"י השוכר להשכיר חצי חנותו לאחר וממילא דאם המשכיר השכירו לאחר שייך להמשכיר והשיב לו וז"ל אני תמה עליו דהמעיין בתשו' הרא"ש כלל א' סי' ב' ובטור וש"ע ס"ב דרק בספן הוי תרעומת לחוד גם בהספן דר עמו אבל בבית ודאי יוכל לעכב מה"ט דאותך אוכל לקבל ואין אנו צריכין לבדות חילוק בחנות אך לדינא כבר העליתי דהגם דא"י השוכר להשכיר לאחר מ"מ אם המשכיר השכירו ולא קפיד אזי השכירות שייך להראשון לנכות לו אם לא

בהקדים לו שכרו מה"ט דנתרצה עכ"ל. אמנם לע"ד יסוד ראייתו מדברי הרמ"א דסימן שס"ג ס"י בהגה שכתב דאם לא היה לו רשות להשכיר מותר השכירות לבעלים דמשמע דנגד דמי השכירות שייך להראשון לכאורה יש לחלק די"ל דזהו דוקא באם השכיר למי שב"ב מרובים או למי שאינו הגון דבאמת יש לו להשוכר תפיסת יד בהבית להשכירו למי שהוא הגין ואין ב"ב מרובים רק שהוא השכירו ביותר למי שב"ב מרובים ואינו הגון שפיר כתב הרמ"א דרק המותר לבעלים משא"כ בדר עמו שאין לו רשות להשכיר לשום אדם בעולם י"ל דהנכון עם נה"מ הנ"ל דאם המשכיר השכירו שייך כל השכירות להמשכיר רק שינכה לו דומיא דפועל בטל וצ"ע):

ג **למכור כחו** עבה"ט וע' בתשו' עבוה"ג ס"ס קכ"א באחד שנשא אשה והתחייב עצמו לפרנס בניה היתומים שיש לה מבעלה הראשון ונגד זה התנו עמו שידור עם האשה ובניה בבית של היתומים בחנם (ואח"כ נפלו ויכוחים ביניהם והובא קצת לעיל סימן סא סק"א וכתב דמה שטוען דהוא עיקר בבית שהרי רשאי להשכירו לאחר כדין שוכר בסי' שט"ז נלע"ד שאין משם ראיה כ"כ דאפשר לומר שאינו רשאי להשכירו ממ"נ אם רוצה להשכירו לאחר שב"ב הוה כמו ב"ב שלו והוא יעקור דירתו משם אפשר שהיתומים כיון שהם דרים אצלו ימחו ודמות ראיה לזה מאלמנה שאומרת אינני זז מבית בעלי כו' (כתובות קג ע"א) ואם רוצה להשכירו לאחרים שידורו עמו גם כן יכולים למחות שלא ירבה בדיורים ומה שמביא ראיה מתשובת הרשב"א יש לומר משייר שאני שמשייר לעצמו בעין יפה יותר אפי' ממתנה כו' ע"ש.

סימן שיז

בחזקת אוכליהם. עבה"ק עד וכתב הסמ"ע כו' דאין מוטל על העדים לאדכורי כו' ועש"ך לעיל ס"ס ק"ן וע' בתשו' בית אפרים חח"מ סי' סח מ"ש בזה:

סימן שיט

להודיעו תחלה עבה"ט וע' בתשו' חות יאיר סימן קס"ה במעשה שהיה בעת מלחמה שהיי בני כפרים מבריחים חפציהם לכרכים איש אל אחיו ומיודעו או בשכירות לזמן והנה ב"ב אחד מבני כרכים שרבו ההברחות בחדריו עד שכמעט לא היה לעצמו מקום להניח בו דבר ובדק בחבילות לידע מי ומי המניחים לשם ומצא חבילה אחת שחקר ודרש של מי הוא ולא נודע לו והבין שאחד הכניסו בלי ידיעתו ונטל החבילה וזרקה לחצירו ואחר איזה ימים בא בעל החבילה ומצא שגנב הרבה מחבילתו וגם נתקלקלו

כמה בגדים ע"י גשמים ותבע לבעה"ב לדין לפני דיין אחד ואמר שע"פ הדין הבעה"ב פטור רק למען השלום יתרצה כה"ג להפקיד הנשאר מהחבילו בביתו על חצי שנה. והוא ז"ל כששמע הדבר הזה שאל להדיין מאין לו זה שע"פ הדין בעה"ב פטור והשיב לו כי הוא גמרא ערוכה בב"מ דף קא ע"ב גבי ההוא גברא דזבין ארבא דחמרא כו' והוכיח להדיין ההוא על פניו שטעה בדמיונו דלא דמי ליה אפי' כעוכלא לדנא ואם היה פוטרו לבעה"ב בדין ה"ל טועה בדבר משנה וחוזר מכמה טעמים כו' והאריך שם בזה. וקצת דבריו צ"ע אמנם לדינא הנכון עמו ואין צורך לאריכות רק מחמת שלא הודיע לב"ד הוי מזיק בידים ומחוייב לשלם אחר שישבע חבירו כמה ניזק ואכמ"ל:

סימן שכ

שמשנכתב השער. ע' בתשו' נו"ב סימן ל' אות ח' שכתב דע"כ מיירי כאן בלא קנין דאי בקנין למה לא יכתבו בלא דעתם והרי סתם קנין לכתיבה עומד כמבואר בסימן ל"ט ועוד דאי בקנין א"כ שוב אין כתיבת שטר חוב להם שהרי בלא"ה בקבלן לכ"ע א"י לחזור דאפי' הש"ך דפליג בפועל מודה בקבלן כמבואר בסימן של"ג סקי"ד אלא ודאי דבלי קנין מיירי רק בשער לחוד ואפ"ה א"י לחזור דקבלן בשטר אף בלא קנין אינו יכול לחזור בו ע"ש:

סימן שכא

והסברא הראשונה נ"ל עיקר. עיין באר היטב סק"א. ועי' בנתיבות המשפט שכ' ולפע"ד דהעיקר כהרמ"א דלדברי מהר"ם פדוואה קשה דהא במתני' סתמא קתני החוכר בית השליין ויבש המעין דאם מכת מדינה היא מנכה כו'. משמע דאפילו חכרה לכמה שנים ויבש המעיין קודם שזרע בשנה שניה או שיבש המעין תיכף אחר הקנין קודם שזרע ג"כ מנכה לו אף דההיזק הוא רק על להבא כו' ע"ש עוד וע' בתשו' ח"ס חח"מ סי' קס"א שהאריך בביאור דברי מהר"ם פאדוואה בזה ומבואר מדבריו דבאמת לדברי מהרמ"פ בחוכר ויבש המעין א' חכרו לכמה שנים פשיטא ששנה שניה לא יעמוד בחכירתו ויחזור בו אבל ש"ס מיירי בחוכר שנה א' ובאותו שנה אפי' בתחלתו (אחר שזרע) יבש המעין וזה היא כמו לשעבר דידוע דכל משך זמן שנה א' שייכי אהדדי טורח העבודה ושכר הפירות וע"כ יש לחלק בין מכת מדינה למכת פרטית וא"א לחזור אחר תחלת השנה משא"כ בחמור דשכר כל יום יום בפ"ע הוא כו' ושם השיג על הנה"מ במ"ש לחלק בין שוכר חמור לשדה דבשדה ההפסד בפירותיו של השוכר משא"כ בחמור ההפסד בגוף

שלמשכיר דזה אינו דא"כ תינח אכלה חגב אבל יבש המעין ונקצץ האילן מאי איכא למימר ומה שנדחק הנה"מ דגם זה איננו שדה דבריו תמוהים וכן מבואר בתשו' ראנ"ח סימן ל"ח (יובא לקמן) דמעין ומכ"ש אילן היינו שדה ואפ"ה אינו כדין חמור ועל כן צריכי' לחילוק של מהרמ"פ ועוד השיג שם על נה"מ כמ"ש בסימן של"ד דטעמו של המרדכי במלמד הוא כיון דמלמד אינו נוטל אלא שכר שימור ועל השימור לא גזר המושל ומש"ה צריך בעה"ב לשלם אע"ג דעיקר כוונת בעה"ב על התורה מ"מ צריך לשלם כיון דעכ"פ משמר לו בניו כו' והוא ז"ל כתב דסברא זו רחוקה מן הדעת וגם לא קי"ל הכי אלא שכר פיסוק טעמים כר"י בנדרים ל"ז ע"א וכמ"ש הר"ן שם וכ"פ הרמב"ם ועוד כ' שם הר"ן ד"ה ולענין הלכה דנוטלים שכר בטילה כו' ואפי' לטעם דשימור הלא לזה סגי בנטורא בר זוזי ושומר מאן דהוא כו' אך טעמו של המרדכי המלמד נראה משום דמלמד הוא ממש השדה דמתחלת השנה הוה לשעבר דידוע דשכירות מלמד בכך וכך לשנה כי אין שווי השכר והפעולה שוה כי בתחלתו עבודתו יותר קשה לחנך הנער ולעומת זה שבח לימודו בסוף יותר טוב כו' ועוד האריך שם לסלק ראיית הרמ"א בד"מ מתשובת מיימוני סימן כ"ז בדין בית שנשרף כו' ומסיק לדינא לפע"ד דברי מהרמ"פ נכונים דכהסמ"ע וגם הש"ך לא נחלק עליו ע"ש. וע"ש עוד ע"ד יחידים בעיר אחת שחכרו מהקהל המכס אשר הושם על מקצבי בשר בהמה דקה ליתן מכל צאן סכום ידוע ויהי בנפול הצאן ע"י חולי פגירה מכר שר העיר את כל צאנו בזול גדול לאיכרים וליחידים ואין ביכולת הקצבים לקצב בשר זמן ועידן עד יעבור הזעם וע"כ החוכרים נפסדים כי אין להם ממה לגבות דמי המכס ורוצים להטיל דמי הפסדם על הקהל כי אדעתא דהכי לא חכרו והשיב דנדון זה בלי ספק דהוה מכת מדינה ואילו לא היו מחכרים ההכנסה ההוא והיה נשאר אצל הקהל ג"כ היה ההפסד הזה ולולא דברי מהר"ם פאדווה היה ההפסד על הקהל אך לפי פסק מהרמ"פ אשר נראה לי (עיקר) אם יש זמן לחזור יחזרו בו מכאן ולהבא וישלמו לפי ערך הזמן שהיה בידם החכירות כחמור שמת באמצע הדרך שמשלם עד חצי הדרך ואם עבר זמן מה ולא חזרו בהם סברו וקיבלו אותו הזמן וצריכים לשלם והנה בעובדא דמהרמ"פ (הובא בסמ"ע) היה קצת ספק אם עכ"פ היה אפשר ע"י טרחא לישא וליתן בהלואה וע"ז כתב כיון דהוה ספיקא דהמחזיק יחלוק בשלו אבל בנ"ד אין כאן מקום ספק שאפי' נאמר אילו היו הקבצים רוצים להטריח עצמם היו יכולים למכור בשר צאן באופן אחר מ"מ החוכרים לא יכלו על ככה בשום אופן ואם לא רצו הקצבים הם נפסדים על כרחן ע"כ אין כאן מקום לפלפל מי הוא המוחזק כיון שאין כאן ספק עכ"ד. וע"ש עוד שהביא תשובת הראנ"ח סי' נ"ח (שרמז עליו הש"ך ובה"ט סק"א) בעובדא שהשכירו

חנות ושוב הטיל המלכות קצבה על הסחורות באופן שלא היו מרויחים וכתב שאין המום בהחנות שמרי החנות לפניהם ואם לא ימכרו סחורה יעשו בו מלאכה ולא דמי ליבש המעיין משום שנהר הוא צורך השדה וכשחוכר השדה ה"ל כחוכר שדה ומעיין אבל הכא הוי דבר הבא מבחוץ בעלמא ואינו בדין הזה וגם לא דמי לדמהר"ם פדוואה דהתם חכרו החירות של הלואה ולא דבר אחר אבל הכא חנות שכרו ממנו מה לי אם יסחור או יעשה בו דבר אחר עכ"ד. והוא ז"ל כתב עליו וסברא נכונה היא ובמהרש"ך ח"ב סי' קצ"ח לא עמד בזה ע"כ. וע' בתשובת פרי תבואה סי' ל"ד בראובן ששכר בית היין עם יורה וכלים משמעון על משך שלשה שנים ונקנה השכירות באופן המועיל ואח"כ רוצה השוכר לחזור בו לצאת מהבית ומענה בפיו שחיילות עוברים בארץ ההיא ושכיח היזקא אשר בוז יבוזו לבעלי בתי המזיגה כאשר אירע בכמה עיירות ונתעצמו בדין ופסקו הב"ד שהדין עם השוכר דמכאן ולהבא בדין חזרה קאי כדעת מהר"ם פדוואה והכרעת הסמ"ע והוא ז"ל האריך לסתור פסק הזה ובפרט בנ"ד דאינו אלא ספק היזק שעינינו רואות שגם במקום שהחיילו' עוברי' שם יקרה הפסד לאיש זולת איש ונרא' בעליל דבמזלא תליא ואף שהמכה שולטת בכל המדינה מ"מ י"ל דאינו דומה למכת מדינה משום דכאן ודאי במזלא תליא כו' וכ' בסוף דבריו ומעתה בנ"ד אינו יכול אפי' לנכות עד שיבואר הפסדו בברור וישומו לו ב"ד וכדאמרי' דמצי א"ל אחוי טירפך ואשלם לך ואף שזה לא כביר פסקתי במחזיק (אורענדי) מהשר שהשכיר לאחר ואותו האחר חזר בו מיראת השר שהתרה בו כי אינו חפץ בו שאין לחייב אותו האחר מספיקא אי הוי אונס או לא אך זה אינו ענין לענ"ד כו' עש"ה:

סימן שכד

ויש חולקין כו' א"י לשנות בקבלנות. כתב הסמ"ע הטעם כיון דקבלן אינו נותן לו אלא ממה שגדל בשדה כו' וע' בט"ז שכ' ק"ל הא בחכירות נמי צריך ליתן לו מאותו המין הגדל בשדהו כו' וכ"כ בתוי"ט פ"ט דב"מ משנה ח'

סימן שכח

א **שכך כותב. עי' בתשו' חית יאיר סי' קסח שכ' דהך שכך כותב לו אינו טעם על חיוב הפועל לטפל בו כשיש בו להעמיד כרי רק הוא טעם על מה דפטרינן לפועל בשאין בו כדי להעמיד כרי דודאי מצד הסברא מחוייב בכל שהוא כמו שנשתעבד. ולכן פסק שם בראובן שלקח כרם בעיר אחרת ונתקשר עם לוי הדר שם לעבדו ולשמרו**

ויקח החצי בשכר טרחו ויהי השנה ויפול קרירות גדול בכל פרחי הגפן ולא רצה לוי לטפל כלל בכרם זה באמרו שבדוחק ישיג כדי הוצאות ופסק דאם נתקשרו יחד באופן המועיל מחוייב לטפל בו לקיים מה שנשתעבד הן מעט או הרבה מאחר דבזמנינו לא ידעינן מדיני אריסות ומשטר אריסות. וכתב עוד דלדינא דגמ' דאם יש בה להוציא סאתים חייב לטפל בה אם הפועל אומר דלא יוציא סאתים ובטל השדה אומר יוציא יותר ודאי דצריך אומד מבקיאים. ואם אחדוהו לסאתים ומחייבינן לפועל לטפל בו ואומר אקנה לו השוק סאה או כפי חלקו וכן בנדון דידן אם לוי אומר כך. הדין עמו כי סברת חיטי דארעאי בעינא לא קאי בש"ס [ב"מ קה ע"א] וכל זה לכתחל' דמחייבין ללוי לטפל בכרם אם אינו חוזר מכלל ההתקשרות משא"כ אם חוזר בו אם לא נתקשרו בת"כ ובשבועה מצי לוי לחזור בו אפי' עשו שטר על עשר שנים דקיי"ל פועל יכול לחזור בו כבסימן שלג. ואפי' לא חזר בו בדיעבד והובירו לדידן שלא נכתב ולא נהיגין לכתוב אם אוביר ולא אעביד דנימא אע"פ שלא נכתב כמאן דכתב דמיפטור לוי דבמה שלא נתעסק בכרמו אפי' השני' כסדרן אינו רק כמבטל כיסו של חבירו וכ"כ תלמידי הרשב"א בפי' הובא בב"י סי' שכח אם לא שנפסד הכרם עצמו ע"י הנשאר בור ע"ש:

ב **ואפי' לא כתב.** ע' באה"ג שכתב לענ"ד צ"ע בזה כו' וכן תמה ע"ז בתשו' ח"י שם וכתב לולא דמסתפינא אמינא דמקום ההגה צ"ל בס"ב ע"ש:

סימן שלא

כמנהג המדינה. עיין בתשובת חו"י סימן ק"ג שכתב בדבר בריחת השפח' בטענת הכבדת עול ודאי דתלי במנהג אם מנהג בני העיר במשפחותיהם להטיל עול ההוא. ואם קצתם מטילים כזה וקצתם לא. אם ידוע איך ינהגו הרוב ניזל בתרייהו ואם א"א לברר זה לא מצי בעה"ב להטיל עול שאינו נוהג בבירור. וכן בסגירת דלתי תיבה שבו הלחם אם מפורסמת האשה בעלת הבית בזה והמשרתת מבנות העיר סברא וקיבלה. ואם לאו ג"כ אזלינן בתר מנהג נשים שהם בערכה ואם הוא נגד המנהג לא תוכל עשוהו אע"פ שתעשה כן לבניה. ובענין קפידת האשה על שבירת ואבדון כלי כל דהו לנכות לשפחה משכרה. ודאי דאע"פ הדין הדין עמה כי השפחה כשומר שכר לחייב בגניבה ושבירת כלי ע"י תקלה אם לא שנשבר מחמת מלאכה או שנדע מי מבני בית שברו וכה"ג רק על צד המנהג רוב נשים אין מקפידות על דבר קטן אך קיימא לן דאין הולכין בממון אחר הרוב מיהו דוקא אם יש כמה נשים המקפידות משא"כ אם לא נמצאו מקפידות רק אחת ושתים בעיר נראה דבטלה דעתן ולא נקרא מיעוטא רק מיעוטא דמיעוטא ע"ש:

סימן שלב

א **לפיכך שמין.** עבה"ט עד ופסק דהדין עם ראובן דהדמים מודיעים לענין שכירות פועל כו' ובת"ה שם מבואר דאפילו המנהג בעיר שכל השוכרים נותנים שכירות חוץ ההוצאה ובקצה"ח סימן של"א תמה עליו מהא דמקום שנהגו לזון יזון אף דטפא להו אאגרייהו ולא אמרינן הדמים מודיעין ע"ש ועיין בנה"מ שכתב ליישב דהת"ה מירי דאף לכי דברי הפועל יש בו בו שינוי מהמנהג שכולם נותנין ההוצאה קודם השליחות כו' ע"ש:

ב **ונמצאו שנשכרים ביותר.** עסמ"ע ס"ק י"א עד אבל ברישא בהטעה בע"ה לפועלי' לא הזכיר רוב כלל מפני שזהו דרך העולם כו' מבואר מדבריו דאילו באמת הזכיר בע"ה רוב שאמר ששוכרן בד' שכן נשכרים רוב הפועלי' היה צריך ליתן כפי שנשכרים רוב הפועלים ולא כפחות ועיין בחידושי הגאון רע"ק איגר זצ"ל סוף מסכת ב"מ שחולק עליו וז"ל עיין בסמ"ע שדימה הטעה בע"ה לפועלים. לפועלים שהטעו בע"ה דכשם דפועלים שהטעו לבע"ה ואמרו שרובן נשכרין בי' ואח"כ נמצא שרובן נשכרין בט' והמיעוט בח' צריך לשלם ט' כיון שנתחייב כפי רוב הפועלים ה"ה בבע"ה שהטעה לפועלים ואמר שרובן נשכרין בה' ואח"כ נמצא שרובן נשכרין בח' והמיעוט בז' צריך ליתן ח'. ולענ"ד פשוט דלא דמי להדדי דבשלמא בפועלים שהטעו לבעה"ב ונתרצה ליתן להם י' אך שהטעו אותו שאמרו שרובן בי' ואעפ"כ נתרצה באם רובן בט' ליתן להם ט' לכך נותן להם ט' אבל בהטעה את הפועלים ואמר שרובן בה' דרוצ' ליתן רק ה' ולא יותר אף דלא נתרצ' אלא על הרוב מ"מ הוי כלא התנה וע"כ צריכים להתרצות על המיעוט והוא פשוט בסברא ונכון ע"ש עוד:

ג **ליתן לו חפץ בשכרו.** עיין בתשובת אא"ז פמ"א ח"א סי' צב מה שהקשה על זה ועיין בספר קלה"ח שכתב ליישב קושייתו ע"ש. ומ"ש הנה"ט דוקא בחפץ דינא הכי לא בשט"ח כו' עד ולפ"ז אם ירצ' יתן לו מה ששוה השט"ח כו' עיין בקצה"ח ובנה"מ מ"ש בזה:

ד **יכול ליתן לו אח"כ דמיו.** עיין בקצה"ח שכתב אמנם דמי החפץ ודאי צריך להחזיר משום דשכירות אפילו אלף זוז קניא בדיבור כו' וכ"כ הרא"ש והר"ן פרק השוכר להדיא ונראה דאם השוכר רוצה ליתן לפועל את החפץ אין הפועל יכול לומר תן לי דמיו אע"ג דמעות דאינו קונה שניהם חוזרין הלוקח והמוכר ואפילו רוצה המוכר ליתן לו החפץ הלוקח יכול לחזור וליקח את כספו שאני הכא כו' אך בזה ראוי לספק היכא דנשרף החפץ אם יכול השוכר לומר שלך הוא דנאבד כיון דיכול היה לפוטרו בחפץ ונרא'

דאינו יכול לומר שלך נאבד כו' (ע' בנה"מ שכתב בזה דנרא' דדינו כאפותיקי מפורש שאף שיכול לסלק בדמים אם נשרף פטור מליתן דמים אחרים ע"ש וע"ש עוד בענין אם כשאינו נותן לו החפץ רק דמיו אם צריך השוכר מקבל מי שפרע כיון דשכירות ה"ל כמו כסף או דנימא דה"ל מלוה כו' (ע' בס' דברי משפט מ"ש בזה) וע"ש עוד שכתב ונראה דה"ה אם הבטיח לשכירו בשכרו דשלב"ל כגון פירות דקל ולא אמר דקל לפירות נמי מחוייב ליתן שכרו דלא גרע מהבטיח לו חפץ דלא קנה החפץ ואפ"ה בדמיו מיהא נתחייב וא"כ ה"ה בדשלב"ל בדמיו מיהא נתחייב כו' ואין שמין כמה שוה עכשיו קודם שגדלו הפירת שהוא בזול אלא צריך ניתן לו דמי הפירות אחר שגדלו (ובכה"מ חולק בזה רק שנותן לו כפי מה ששוין למכור בעת גמר פעולה דאז הוא זמן פרעון השכירות) וזה נראה בענין יעקב ולבן בעקודים ונקודים דה"ל ולדות דשלב"ל וקנה יעקב מלבן בשכירו' כו' ע"ש:

סימן שלג

א **דאם משך בע"ה כו'**. כתב הט"ז וז"ל נלע"ד ה"ה אם לא משך רק שנתנם לחצירו של בע"ה קנאם הבע"ה דרשותו קונה כמו משיכ' ומשמע במרדכי פ' האומנין דכל שהיה כבר דרך פקדון אצלו לא מהני מידי לענין זה ודבר פשוט שכל שקנאום בע"ה לכליו של קבלן לא מתבטל הקנין אע"פ שחזר הקבלן ולקחם עכ"ל:

ב **אם הוא קבלן**. עבה"ט וע' בתשו' נו"ב סי' ל' אות ח' שכ' על נדון דידיה וז"ל אך כיון שנכתב בשטר התקשרות וכל הנ"ל קבלו הצדדי' עליהם בקנא"ס כו' והודאת בע"ד כמא' עדים דמי והוי כאן קנין סודר ושוב אין הקבלן יכול לחזור בו דהרי מבואר בסי' שלג בש"ך סק"ב שכן עיקר שאם משך כלי אומנות שוב א"י לחזור בו הקבלן ומבואר בסק"ד דכן בק"ס ועוד דבס"ק י"ד משמע שק"ס עדיף ממשיכה ולדעת הריטב"א בק"ס אפי' פועל א"י לחזור בו. ועוד דאפי' בלא קנין כיון שכתבו שטר שוב אין הקבלן יכול לחזור בו כמבואר סי' שכ ס"ב בהגה שכ' הרמ"א שמשנכתב השטר אינן יכולין לחזור בו והתם ע"כ בלא קנין מיירי כו' (עמ"ש בד"ה שמשנכתב) ובין שטר' בעדים ובין שטר כתב יד הבע"ד וחתימתו אין שום חילוק רק לענין פרעתי ולענין לטרוף ממשעבדי אבל לכל יתר הדברים אלימא מלתא דשטרי בח"י כמו שטר בעדים עכ"ל. וע"ש עוד באות ט' דהא דמשך כלי אומנות או בק"ס א"י לחזור היינו שב"ד כופין אותו כ"ז שיש בידו עוד לעשות אך אם עבר ולא עשה וכבר הוא מעוות לא יכול לתקן פשיטא שאינו אלא מבטל כיסו של חבירו אם לא בא חבירו לכלל הפסד ע"ש. וע' בחידושי הגאון רע"ק איגר זצ"ל

סוף מס' ב"מ שכ' לכאורה נראה לשיטת הש"ך דא"י לחזור אף אם ירצה להיות ידו על התחתונה וכופין הב"ד לעשות המלאכה אם לא היה כאן ב"ד וחזר בע"כ של בעה"ב ושכר אחרים חייב לשלם הפועל כפי היוקר ואף דכל קבלן א"צ לשלם מכיסו מ"מ זה שחייב לעשות מלאכתו א"כ שוכר עליו שלוחו וחייב לשלם מה שהוצרך ליתן לאחרים כך היה נ"ל בפשוטו אולם לקמן ס"ק ל"ד כתב הש"ך להדיא דאם שכר עליו א"צ לשלם וצ"ע ע"ש עוד:

ג **הרי זה אנוס ונפטר.** עיין בתשובת מים חיים חח"מ סי' ו' אודות קהלה אחת קטנה שקיבלו איש אחד להיות שו"ב וכתבו ונתנו לו שטר סתם בלי קביעות זמן ונקצב לו שכירותו מכל מה שישחוט יתנו לו הלשון והטבחיא וברבות הימים החכירו הטאקסי שלהם מבשר לאדון א' והאדון החכיר לעיר הגדולה הסמוכה שמחוייבים העיר הקטנה לקבל מעיר הגדולה כך וכך ליטרות בשר כשר בכל שבוע ממה שנשחט בעיר הגדולה וכעת צווח השו"ב שביטלו פרנסתו ואין לו במה להחיות נפשו וב"ב ותובע להקהל שישלימו לו שכירתו כאילו נשחט בקהלתם כי הוא מוכן לעשות פעולתו. ואלופי הקהל טוענים שהם אנוסים בדבר שמחמת עול הנתינות היו מוכרחים להחכיר הטאקסי ואין ידם משגת לשלם שכירות להשו"ב מה שלא נשחט פה. והשיב דאם האמת כטענת הקהל שהם אנוסים בדבר בודאי שע"פ הדין הקהל פטורים כמבואר בסי' של"ג ס"ב כו' רק שלבי הומה אם הם אנוסים בזה שאף שהיו אנוסים מחמת הנתינות להחכיר הטאקסי לאדון אבל מ"מ הו"ל להתנות עם האדון שהשחיטה יהיה דוקא בקהלתם ואפשר שלא היה מקפיד בזה וא"כ מחוייבים הקהל לשלם להשוחט כפועל בטל ואפשר שאין חילוק לגבי שוחט בין עביד לא עביד ואין מנכין הרבה אף אי לא עביד כמבואר בתשובת רמ"א סימן נ' לענין רב מורה הוראה ואף שבנ"ד לא קבעו להשוחט זמן בכתב שנתנו לו וא"כ תליא בפלוגתא שהביא הרמ"א בסי' ס' ס"ג גבי מי שקיבל לזון חבירו סתם אי כל ימי חייו או שנה אחת במשמע וא"כ הממע"ה וממילא הקהל פטורין מ"מ נ"ל דגבי שוחט גם הרא"ש מודה כו' (עמ"ש בסי' ס' שם ס"ק ו') וכ"ז לדינא אבל מהראוי שאף אם הקהל היו אנוסין בזה ופטורין ע"פ הדין לשלם מ"מ ראוי ונכון שיעשו עמו לפנים משורה"ד כי הוא איש עני וטפלי תלויה ביה עכ"ד ע"ש. ועיין בספר שער משפט שהביא בשם תשובת הרב רמ"א סי' נ' לענין רב אחד ששכרו אותו לרב וכאשר הקריב הזמן חזרו בהן וכתב שם דודאי אף שעדיין לא התחיל במלאכה אין יכולין לחזור בהן וכמ"ש המרדכי דכל דבר הנעשה ברבים או ע"י ג' טובי העיר ליתא בחזרה כו' אמנם אם היה אונס שחזרו בהן מחמת חשש אויר ל"ע נראה דיכולין לחזור כו' אך אמנם אם חזרו בהן קודם שנודע

חשש אויר אע"ג דהוי אויר אח"כ פסידא דבעל הבית דמיד דחזרו בו נתחייבו לפועל כו' עכ"ד והוא ז"ל האריך לחלוק על סיום דבריו ומסיק דכן נ"ל עיקר דלא כהרמ"א ז"ל ע"ש וצ"ע:

ד **וחזר בו בחצי היום חוזר.** עיין בתשובת חו"י סי' ק"ג שכ' דלכאורא יש מקום להסתפק שמא דוקא אם הפועל חוזר בו מהיות פועל לשום אדם משא"כ אם הולך מבעה"ב זה ונשכר אצל אחר שנשאר עבד לעבדים דינו כדין קבלן שידו על התחתונה ולא יפסיד בעה"ב דבר מ"מ לא נראה לחלק בכך רק מפני שנאמ' כי לי בני ישראל עבדים לא אלים קניית האדון בכולי האי כו' עוד היה עולה על הדעת לחלק בין עבד לשפחה ולומר כי איש ישראל שחייב בכל המצות שפיר יתכן כו' מ"מ נראה דכל זה לא יספיק לחלק חילוק שלא זכרו שום פוסק כו' עכ"ד ע"ש עוד (ויובא לקמן סעיף ה' סק"ח) . והנה מה דפשיטא לי' להגאון הנ"ל דאף אם הולך הפועל מבעה"ב זה ונשכר אצל אחר אמרינן פועל חוזר בו וידו על העליונה. לכאורה לא נראה כן מדברי הטור בשם ר"י והביאו הרמ"א בסעיף שאחר זה שכתב ודוקא שחזר סתם אבל אם חוזר מכח יוקר אין שומעין לו וכתב הב"ח וז"ל נראה דטעמו דכיון דשכיר יום לא מצי חוזר אלא משום דכתיב עבדי הם א"כ דוקא בחוזר בסתם דתלינן שאינו חפץ לעביד יותר אבל אם חוזר בו מחמת היוקר א"כ גלי דעתיה דניחא ליה בעבדות אם ישלם לו בעה"ב כפי היוקר אין שומעין לו והכי מסתברא עכ"ל א"כ ה"ה היכא שנשכר אצל אחר דאין שומעין לו ומשמע דאין שומעין כלל אפי' אם רוצה להיות ידו על התחתונה וכן מצאתי בספר מאמר קדישין ס"ק ט"ו (וכן בספר עטרת צבי ס"ק י"ג אות באות) שכ' בפשיטות דדוקא שאינו הולך לבעה"ב אחר אבל אי הולך לבעה"ב אחר הוי דומיא למ"ש הר"י דאם חוזר מחמת יוקר אבל ניחא ליה בעבדות אין שומעין לו ומה שעושין ערמה שיושב בטל כמה שבועות ואח"כ הולך לבעה"ב אחר לא מהני ע"ש. אמנם מצאתי בתשובת מים חיים חח"מ סי' כ"ו שהשיג עליו וכתב זה הדין לא שמיע לי כלומר לא ס"ל. דבשלמא אם הפועל יכול לחזור כדי שלא יעבור על כי לי בני ישראל עבדים אז היה אמרינן דהיכא דהשכיר עצמו לאחר ורוצה להיות עדיין עבד דלא יכול לחזור אבל לפ"מ דקיי"ל דפועל אינו עובר והטעם דפועל חוזר מחמת דלא חל שעבוד עליו א"כ מה לנו שהשכיר א"ע לאחר מכל מקום יכול לחזור מראשון גם משני אם ירנה כו' ומדברי הרמ"א שכתב דאם חוזר מחמת יוקר אין שומעין לו ליכא ראיה כלל שלא יכול לחזור דהא הסמ"ע ס"ק ט"ז כתב הטעם דלא נתייפה כח הפועל כדי שישתכר מעות ומוכח מזה דלא קאי רק על הא דתיקנו רבנן דפועל ידו על העליונה על זה כתב הרמ"א דחוזר מחמת יוקר אין ידו על העליונה אבל אם ירצה הפועל לחזור

ושיהיה ידו על התחתונה אפילו אם היה קנין יכול לחזור אע"ג דרוצה להיות עדיין פועל ויהיה ידו על התחתונה כו' ע"ש. ותימא שלא זכר דברי הב"ח הנ"ל ועכ"ע אף לדבריו דיכול לחזור גם בכה"ג מ"מ ידו על התחתונה ודלא כהחו"י הנ"ל. שוב ראיתי בתשובת קרית חנה סי' כ"ה העתיק שם תשובת הרב הגדול מהר"י מילר שכ' בפשיטות דהא דפועל יכול לחזור בו היינו דוקא באינו רוצה להשכיר את עצמו במקום אחר כו' ושם בתשובת הגאון בעל כנס"י כתב עליו גם שכדבריו איתא בתשובת מהרי"ט חיו"ד סימן מ"ד מ"מ מהרי"ט לא כתב זה רק לסניף בסוף דבריו אבל לקושטא דמלתא לא כן הדבר דבאמת משכיר א"ע לאחר אין שם עבד עליו מאחר שבידו לחזור גם מהשני ולילך לאחר והטור בשם ר"י לא קאמר כ"א ברוצה להיות אצל הראשון רק להוסיף לו דמים שנתיקר דאז חזינן דרוצה להיות עבד לזה רק דנתן עיניו בממון וגופו קנוי לראשון כמאז משא"כ אם הולך מזה לזה מראה שאין גופו קנוי כלל ע"ש ועיין בספר תרומות הכרי סי' זה שתמה ג"כ על החו"י הנ"ל מחמת דברי הטור והרמ"א הנ"ל דמבואר כמו שעלה ע"ד החו"י מתחלה ושוב הביא דברי הרב כנ"י בתשובת קרית חנה הנ"ל שמחלק בזה ע"ש ומ"מ לדינא צ"ע. ועיין בתשובת חו"י שם בסי' ק"מ אודות חזן שנתקבל בקהלה אחת ע"י כ"ג אנשים כנהוג ואחר שעברו ג' שנים נתקשר עמם עוד בת"כ שלא יסע מהקהל' תוך י' שנים וגם הפרנסים קבלו עליהם בשבועה שלא ידחוהו תוך זמן זה רק שאצל זה לא היו רק פרנסי העדה בלי ב"ב ועתה רוצה הש"ץ ליסע לקהלה אחרת וטען שאין הת"כ חל מפני דהוי לעבור על המצוה כי פועל אינו רשאי להשכיר עצמו ליותר מג' שנים ולכן קיימא לן פועל יכול לחזור בו כמ"ש בח"מ סי' של"ג וביו"ד ס"ס קע"ז גבי מתעסק וכתב שאין בדבריו כלום שכבר רבו הדעות דמותר אפילו ליותר מג' שנים שכ"כ התוספות והמרדכי כמ"ש בש"ך סס"ק י"ז ועוד דידוע שהחזנים על הרוב אינם בעלי משא ומתן ומוכרחין להשכיר עצמן לש"ץ וא"כ אפילו להתקשר לזמן מרובה שרי כמ"ש בש"ך ס"ק ט"ז ועוד י"ל דדוק' פועל דהוא עבד לאדם לפעולתו ואפי' מלמד דאסר בהגמ"ר היינו משום דאין היתר בשכר שנוטל רק שכר שימור ופיסוק טעמים דאינם מצות ה' ועבדותו משא"כ החזן שכל עצמו אינו רק להוציא צבור ואפי' נכלל בשכרו מה שמשורר וכה"ג וע"כ נגבה חציו לפי ממון כמ"ש בא"ח סי' נ"ג מ"מ הואיל שמכבד ה' בקולו ומשמח אלהים ואנשים לא נקרא בכך עבד לעבדים [וצ"ע ברב ושמש העושה צרכי ב"ה] ואת"ל דהוי ספיקא דדינא ה"ל ספק איסורא דת"כ ולחומרא. וכן נ"ל שאסור לכל פועל לחזור בו אם נשכר בת"כ הן על זמן רב או מעט אע"פ שקנין לא מהני לדעת הש"ך שחולק על הריטב"א. ובנשכר על יותר מג"ש י"ל דגם הריטב"א מודה דיכול לחזור בו אפילו בקנין

מ"מ בת"כ בודאי אסור. וכתב עוד אך מה שרצו הקהל למעט סיפוקו נ"ל שאין בכחם שהרי נשבעו לו שלא ידחוהו ואפילו לא נשבעו רק קבלוהו סתם וכבר היה לו שכר קצוב מקדם כו' ומה שהרגישו המון עם לומר שאין שבועת הפו"מ חלה מפני שראוי להיות קבלת ש"ץ ע"י כ"ג אנשים כנהוג י"ל שאין זה מנהג פשוט רק בקבלתו מתחלה לא אם קבלוהו שנית ואת"ל שלא יפה עשו מ"מ אחר שהם מנהיגי הקהלה לא יכולין ב"ב לעבור על שבועתן וראיה משבועת נשואי עדה לגבעונים כו' עכ"ד ע"ש. וע' בתשובת שבו"י ח"א סי' ו' שהזכיר דברי החו"י הנ"ל שכתב לחלק מסברא דנפשיה בין מלמד לש"ץ דלא נקרא עבד לעבדים והוא ז"ל חולק עליו ומסיק להלכה דגם בש"ץ יכול לחזור בו אם לא שהוא דבר האבד שאין כאן מי יודע להתפלל. אלא דאם נתקשר עמם בשבועה (או בת"כ) כפועל ממש ודאי דא"י לחזור בו ולא הוי כנשבע לבטל המצות ע"ש. גם בספר קצה"ח סק"ז הזכיר דברי החו"י הנ"ל בקצרה וחולק עליו וכתב ולע"ד לא נהירא דבריו בזה דמ"ש דפיסוק טעמים אינן מצות ה' ועבדותו. חלילה לומר כן דאין זה עבדותו יתברך דהא חזינן בנדרים דף ל"ו כו' ומוכח מזה כיון דמלמד חוזר דאע"ג דהוא עושה עבדות הש"י עבד ה' מקרי אבל מה שהתקשר לאחרים אינו עבד שלהם ויכול לחזור וא"כ ה"ה בחזן וזה ברור אמנם בנשבע צריך לקיים שבועתו דהא דאדם אסור להשכיר עצמו ביותר משלש אינו אלא מדרבנן ובדרבנן לא הוי מושבע ועומד מה"ס כו' ועוד דכיון דכבר השכיר עצמו ביותר משלש א"כ איסורא דעבד עבד ועכשיו שבא לחזור אחר שלש אין לו לחזור מחמת השבועה ע"ש. וע' בספר שער משפט שכתב בשני פועלים שנשתתפו יחד לעשות מלאכה אצל בעל הבית אין אחד מהן יכול לחזור בחצי היום נגד חבירו אם לא ששניהם חוזרים בהם וכמ"ש הסמ"ע בסי' קע"ו ס"ק נ"ח בשני' שקבלו עיסקא מאחד כו' וכ"ה להדיא בסמ"ג עשין פ"ב בדיני שותפין שכתב אדינא דמקבל עיסקא וז"צ ושמא כך הדין בשני פועלי' שקבלו עליהם לעשות מלאכה אין האחד רשאי לחזור שלא מדעת חבירו אע"פ שכל פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום וטעם לדבר שדוקא אצל בעה"ב הם פועלים אבל זה אצל זה הם שותפין עכ"ל.

ה **ומ"ש בחצי היום חוזר.** עבה"ט ועיין בט"ו שחולק ג"כ על הריטב"א ופסק דאפי' בקנין יכול לחזור בו ועיין בקצה"ח מזה אולם בתשובת שבו"י ח"ב סי' קפ"ד חולק על הש"ך ומסכים לדעת הריטב"א בשם רבותיו דבקנין אינו יכול לחזור בו אך מחלק שם בין קנין לקנין דודאי כל הקנינים שבעולם לא מהני בזה דהוי קנין דברים וכמ"ש הש"ך אך קנין כסף ושטר דמהני לקנות בו עבד עברי כדאיתא פ"ק דקדושין מהני ג"כ כאן כו' ומסיים דגם בתשובת מהר"א ששון סימן קי"ג פסק ג"כ כדעת הריטב"א (וכן נראה דעת

הרדב"ז ח"א סי' ש"כ הבאותיו לעיל סי' קע"ו ס"ג סק"ב ע"ש. וכ"כ (בספר עטרת צבי סק"ח) וכן נ"ל עיקר ע"ש ועמ"ש לעיל סי' קע"ו סכ"ג ס"ק כ"ז:

ו בקבע שלשה שנים. עבה"ט דט"ס הוא וצ"ל יותר מג' שנים שכן הוא בהגמ"ר כו' ועיין בפנים בש"ך העתיק שם ל' הגמ"ר שכתב ונ"ל דמה"ט יש ליזהר למלמד או לסופר או שאר מלאכות שלא להשכיר עצמן להיות בבית בע"ה בקבע עמו ולהיות סמוך על שלחנו בלי הפסק יותר מג' שנים כו' ע"ש וע' בתשו' חתם סופר חח"מ ס"ס קע"ב שכתב דאין שום ספק דמ"ש בהגמ"ר הנ"ל בקבע עמו ולהיות סמוך על שלחנו לא אתי למעוטי חכם העיר שאינו סמוך על שלחנם דמה בכך הרי כל הקהלה משותפים שכרו להם פועל ונותנים לו בית ונותנים לו דמי מזונותיו כאומר לעבדיו צאו ואכלו ושתו וכדומה ואין הרב רשאי לצאת לדור חוץ להשותפות בעיר אחרת מקרי סמוך על שלחנם כו' וע"ש עוד שהאריך בביאור דברי התוספות פ"ק דב"מ שהביא הש"ך שכתבו דמותר להשכיר עצמו דדוקא ע"ע שא"י לחזור בו ואינו יוצא קודם זמנו כו' ובסוף דבריו לחדש יצא דאם הקהל מתנים עם הרב באם יזוז מהם צריך לחזור להם ההוצאות ולא יזקפן עליו במלוה גרע טפי ואסור אפילו להתוספות דא"כ תו ליכא הפרש בינו לבין העבד דאיהו נמי יוצא בגירעון כסף ונהי דבפחות מג"ש מותר עכ"פ דלהתוס' סגי בחד הכירא והרי איננו אלא שכיר. מ"מ כשמשכיר על יותר מג"ש וגם יהי' תנאי שישלם כך וכך תו ליכא שום הכירא ואפשר דהתנאי אינו מועיל לדינא מ"מ משעת שכירות כבר עביד איסורא דוגמא למ"ש ר"פ א"נ משעת כתיבה עביד לי' שומא אמנם יוכלו להתנות עמו שהוא ברשות עצמו לחזור בו בכל זמן ובלבד שישאר כך ולא יחליף אותם בקהל' אחרת כי אז צריך להחזיר להם סך כך וכך ובזה אין פקפוק לדינא ע"ש. וע' עוד בח"ס חלק א"ח סי' ר"ו שכ' נוהגין ברוב תפוצות ישראל לכתוב שטר הרבנו' על זמן יש על שלשה שני' ויש על חמש' שנים והטעם לפי דמבואר בח"מ סי' של"ג שאסור להשכיר עצמו יותר מג"ש דא"כ יצא מכלל שכיר ונכנס לכלל עבד ואסור למכור עצמו בעבד עברי והנה זמן ג' שנים לשכיר נפקא להו מקרא בישעי' ג' שני' כשני שכיר ובתור' כתיב בעבד עברי כי משנ' שכר שכיר עבדך שש שנים היינו פעמיים כשני שכיר ולפ"ז אסור להשכיר ביותר מג' שני' אך רש"י בחומש ע"פ ספרי פי' משנ' שכר שכיר שעבד עברי עובד ביום ובלילה כו' וגם התם בישעי' בפסוק שלש שנים כשני שכיר פי' ג"כ פי' אחר א"כ אינו מוכח לאסור יותר מג' שנים רק שלא יהא מושכר לשש שנים וע"כ יש כותבין שטר הרבנות על ג' שנים ויש על חמש שנים אבל סתם אין כותבים. וע"ש עוד שכ' דמה דכותבין זמן בשטר הרבנות היינו לטובת הרב המשכיר עצמו ושיהי' יכול לחזור אחר כלות הזמן אבל הקהל אין

בידם לחזור אפי' ככלות הזמן אלא במקום שנהגו וכמ"ש הרמ"א ביו"ד ס"ס רמ"ה וזה תליא במנהג אמנם במדינו' הללו לא נשמע ולא נרא' מעולם שהסירו הרב והורידוהו מכסא רבנות שלו וכן לא יעשה כו' ע"ש גם בחלק ח"מ סי' כ"ב האריך בזה ע"ש עוד:

ז **מכח יוקר אין שומעין לו.** עמ"ש לעיל ס"ג ס"ק ד':

ח **משרתת כו' דבר האבוד.** עבה"ט בשם ש"ך שם ולא ידענא למה כתב הב"י והרב בפשיטות כו' וע' בת' ושב הכהן סי' יג שכ' ליישב שדעת הב"י והרמ"א דמ"ש בת"ה ומ"מ דבר זה צ"ע היינו לענין שיכול לשכור עליהם וע"י זה יוציא מהם כל מה שיצטרך ליתן יותר בזה הוא דמסתפק כיון דאינו ברור כ"כ שהוא דבר האבוד כשאר דברים המבואר בש"ס אבל לענין לחזור לכתחל' שפיר י"ל דא"י לחזור ואף שהוא ספק אם יפסיד בעה"ב ע"י חזרתו גם כן א"י לחזור ולגרום לו היזק מספק והב"י והרמ"א שכתבו דמקרי דבר האבוד היינו לענין זה שא"י לחזור לכתחלה אבל אם שכר עליהם ובא להוציא ממון מהפועל אה"נ שא"י להוציא ממנו ואפשר לומר דמש"ה כתב הרמ"א דין זה דמשרת הוה דבר האבוד כאן דקאי אמ"ש בש"ע דא"י לחזור ולא כ' זה בסוף הסעיף כו' ע"ש דמסיק כן להלכה במשרת החוזר בו בתוך הזמן באם היה בעה"ב מוצא משרת אחר לשכור כששכר אותו ועכשיו אינו מוצא לכתחלה א"י לחזור אבל אם חזר ושכר עליו אינו יכול להוציא ממנו מה שנתן יותר אך אם לא היה מוצא משרת אחר לשכור כששכרו יכול לחזור אפי' לכתחלה כו' (עמ"ש לקמן ס"ק י"א): וכתב עוד והנה בת"ה כ' בע"ה שהוא עשיר ושוכר משרת כו' והי' אפשר לומר דדוקא בעשיר שא"י לעשות מלאכתו כלל כעצמו אבל מי שאינו בגדר זה אע"פ שהוא שוכר משרת כיון שיכול לעשות מלאכתו בעצמו לא הוה דבר האבוד וכן נראה ממ"ש בת"ה שם אח"ז ולא הורגלו לא הוא ולא אשתו לעשות מלאכתם בעצמם משמע גם כן דוקא בכה"ג אבל בדברי הרמ"א שכתב סתם נראה דס"ל דל"ד עשיר אלא כל מי ששוכר משרת דינא הכי כו' ועל כיוצא בזה נראה כמ"ש הש"ך דהכל לפי ראות עיני הדיין ע"ש. ועיין בת' חות יאיר סי' קג בדבר משרתת שברח' מבעלת הבית כשלש חדשים קודם כלות הזמן ובעלת הבית תפס' בגדי שבת של המשרתת ושכר' לג' חדשים הנשארים משרתת אחרת בשכר מריב'. והשיב הלא ידעת מ"ש בת"ה והביאו רמ"א בסי' של"ג דמשרתת נקרא דבר האבוד רק דמסיים הת"ה שנ"ע ותמה הש"ך למה כתבו ב"י ורמ"א בהחלט ומסיים הש"ך שהכל לפי הענין ולפי ראות עיני הדיין. ולכן נראה אם לא היתה הגביר' מוחזקת ודאי היה הדין עם השפח' חדא דיש ספק אם מקרי דבר האבוד כפשטא דדברי ב"י ורמ"א או כהרשד"ם דהדין עם השכיר ועוד דלא מקרי דבר האבוד בגבור' זו דידוע שלא היה לה שפחה מקודם לזו

כמה שנים והרי זה בכלל מ"ש הש"ך לפי ראות עיני הדיין אך באשר הגביר' מוחזקת בבגדי השפח' מאן מרמי להו מרשות' באשר הב"י ורמ"א פסקו ?כ' ותוכל האשה לומר עד כה סבלתי ועתה תשש כחי שעל כן שכרתי שפח' ומ"מ אם השפחה שברחה רצתה להעמיד לה משרתת אחרת הגונה כיוצא בה הדין עמה כמ"ש הרמב"ם והוא בש"ע שם ס"ז לכן אם מיהר' בה"ב לשכור אחרת והמשרתת מבררת שתוכל להעמיד לה אחרת הדין עמה ותפסיד בה"ב המותר. וכן נ"ל עוד שאם יש לבה"ב שני משרתים או אפי' אחת ואינו עושה מלאכתו כולי האי ואין משתמש בו רק מעט מזער לכבודו שהולך אחריו (וכה"ג) לא מקרי דבר האבוד וגם זה בכלל מ"ש הש"ך לפי הענין כו'. וכתב עוד דהמנהג בכמה מקומות שהשפח' נותנת משכון לבה"ה שמשכרת עצמה לה ומ"מ המנהג שאם בה"ב הראשון רוצה להחזיקה צריכה השני' להחזיר לה משכונ' ודאי אם המנהג פשוט מנהג עוקר הלכה ואם לאו חזר הדין לסיני ופעמים רבות שבאו לפני לדון בה"ב ומשרת שחזרו בהם ומימי לא פסקתי דין ביניהם רק טרחתי למצוא פשר. ונ"ל פשוט שאפילו הבה"ב פשע במה שחזר בו אין לחייבו רק בדמי שכירות שפסק עם המשרת ולא דמי מזונות שהרי מזונותיו מצויים ולא יחסר לחמו בכל גבול ישראל וסגי שהוא הולך בטל וכמה ארחי ופרחי בוחרים בזה יותר מהיות משרת ואף דאיהו לאו בר הכי הוא מ"מ אין לחייב בה"ב עכ"ד ע"ש. ועיין בת' שבו"י ח"ב ס"ס ק"מ הביא שם סוף דברי החו"י הנ"ל במ"ש גבי משרת שאם חוזר בו בה"ב אין לחייבו רק בדמי שכירות ולא דמי מזונות כו' וכתב עליו שדבריו אינם מוכרחים וגם י"ל דגם החו"י לא קאמר אלא דוקא במשרת שאפשר בהכי משא"כ באשה המשרתת שאין דרכה לחזר אחר מזונותי' וגם חיישינן לזנות כו' ע"ש. וע' בת' חתם סופר חח"מ סי' קכ"ב במעשה מריב' אחת שהשכיר' עצמה למשרתת אצל בעה"ב א' והשכיני' לו נזמים של זהב והלכה לה ולא חזרה אליו עוד ולא נודע מקומה ומשפחתה וארכו הימים ורוצה האיש לצאת ידי שמים מה יעשה בנזמים ההם וכ' השואל שיש מלעיזים שהמשרתת באת' בזמנה וחזרה בה והבעה"ב לא רצה אז להחזיר לה הנזמים הואיל וחזרה בה ומשום כן הלכה לה ואומרים שאותו האיש בוש בדבר שעיכב משכון העניה שלא כדין תפני שפועל יכול לחזור בו ומשום כן בא עתה לצאת י"ש. והשיב הנה אם האמת כן שבאת' בזמנה וחזרה בה והלכה לה נ"ל שהנזמים הם שלו מדינא דאחולי אחל' גביה אע"ג דבפקדון ומשכון בעלמא לא הוי מחילה מדלא תבע ושתק מ"מ הכא מדהות הכא ותבע' לו וסרב וקביע דינא ודיינא במתא בד"י ובד"א ואזלה לה ולא קיבלה עליו בפניהם אחולי אחל' הא למה זה דומה לאנפרות דפרק הניזקין (גיטין דף נח ע"ב) ובטוש"ע סי' רל"ו כו' ואין לומר דהכא אפי'

אי מחל' הוה מחינה בטעות שהיא סברא שהבעה"ב דינא קאמר שהמשכון שלו מפני שחזרה בה ולפי צורת השאלה משמע שהיתה יכולה לחזור לפי הדין והמנהג מ"מ נ"ל נהי נמי דמדינא היתה יכולה לחזור מ"מ משנת חסידים לא הוה למשוי נפשה הדרנא ושארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב והואיל וניחא לה למיקם בהימנות' רצתה לפייס הבעה"ב ומחל' לו המשכון ולא תלינן בטעות וראי' ממ"ש תוספת ב"מ דף סז ריש ע"א וב"ב דף מא ע"א לפי' ר"ת ע"ש כ' הוא ממש נדון דידן ומבואר שם אפי' הלה עומד וצווח לא משגחינן ביה ודין זה נ"ל ברור בעז"ה. אמנם אם לא היתה כאן בזמנה כלל הנה אי איכא למיחש שכבר מתה הריבה ההיא ודאי דלא היה צריך להוציא מידו כלל (עמ"ש לעיל סי' רפ"ה ס"ד סק"ג) אך למיתה לא חיישינן ואיכא למיחש שע"י אונס לא היתה יכולה לבא בזמנה ומן הדין אפי' חסרון הימנות' אין כאן ואיהי טעת' לומר שמדינא יעכב הנזמים ולכן לא חזרה וה"ל מחיל' בטעות ואם כן צריך לעשות מתחלה כל טצדקי דאפשר להודיע לה טעותא דלא גרע מאביד' שצריך להכרז ולכן מחוייב עכ"פ להדפיס הדבר בצייטונג ואחר שיתעכב זמן מה ולא נודע ממנה דבר אף על גב שמעיקר הדין היה ראוי שיהיו הנזמים מונחים בידו עד שיבא אליהו מכל מקום כיון שנזמים של זהב שכיחי טובא טפי מתפילין דבי בר חבי (ע' סי' רס"ז סכ"א בבה"ט שם) וגם פחתא דידהו ע"י תשמיש מועט הוא נ"ל טוב יותר שישומין ויכתוב עכ"פ בפנקס הקהל שיש בידו נזמים שכך וכך שוים וישתמש בהם ע"מ לתת מהם שכר תשמיש לכשתבא הריבה לתבוע ואז יושם כמה הוה הפחת וישלם הפחת וגם שכר תשמיש ומצוה נמי עביד כמבואר ר"ס ע"ב כו' כנלע"ד קרוב לדין אמת עכ"ד א"ש:

ט **וכן סופר כו'**. עבה"ט ס"ק כ"א הטעם וע' בחידושי רע"ק זצ"ל סוף מסכת ב"מ מ"ש בזה:

י **מדיני מלמד**. ע' באה"ג דבב"י כ' בשם תשובת הרא"ש מי ששכר מלמד לבנו לשנה ובתוך השנה ויצא טוב ממנו א"י להוציאו כו' עד והביאו ג"כ הסמ"ע. וע' בעטרת צבי ס"ק י"ב שכ' ונוהגין עכשיו שבכל תחלת הזמן רשות בעה"ב לחזור עד ד"ח בימי החורף עד ר"ח חשון ובימי הקיץ עד ר"ח אייר ותו לא ע"ש:

יא **פועלי' אחרי'** עבה"ט עד אבל לפע"ד צ"ע לדינא לפי שגם בהג"א כו' וע' בחידושי רע"ק איגר זצ"ל סוף מס' ב"מ שכ' ע"ז וז"ל ותימא דא"כ דבעה"ב החוזר דתמיד הוה דבר האבוד כדאי' בש"ע סעיף ב' וא"כ גם באם לא היו מוצאים פועלים אמש להשתכר לחייב לשלם להם וצע"ג עכ"ל. ואיני מבין תמיהתו דהדבר מבואר בב"י וז"ל ובשטת תלמידי הרשב"א כתוב בשם הרמב"ן בדבר האבוד חייבים פועלים אפי' לא היה בע"ה

מוצא פועלים אחרים מתחל' משום דאין אדם רואה ממונו אבד ושותק ומסתמא טרח בתר פועלים ואי טרח ומטפי להו אאגרייהו קצת ודאי משכח מיהו היכא שפועלים לא היו מוצאים לשכור אינו חייב ליתן להם שכרם דליכא למימר גבי פועלים אלא טרחנא ומתגרנא דאפשר שיטרח כל היום ולא יוכל להשתכר כו' עכ"ל הרי שהרמב"ן עצמו כתב ליישב דבר זה. אולם בתשו' ושב הכהן סי' יג כתב לדחות דין זה של הרמב"ן מהלכ' הטעם אחר וכתב דמה שתמה הש"ך למה השמיטוהו בעלי הש"ע כו' לק"מ דבאמת נראה דרוב הפוסקים חולקים על הרמב"ן בזה כמבואר מדברי הרמב"ם שהובא בש"ע לעיל ס"ס קפא (עמ"ש שם סק"ה) וגם הסמ"ג כתב כדברי הרמב"ם ממש וכן נראה מסתימת דברי הרי"ף והרא"ש שם כו' גם מוכח משם דמה שמבואר בדברי הרשב"א והש"ע כאן דאם לא היה מוצא פועלים אחרים אינו שוכר עליהם הוא לאו דוקא אלא דאפי' יכולים לחזור לכתחלה (וכן מבואר מדברי הש"ך שהובא בבה"ט ס"ק הקודם במ"ש א"נ נ"מ אם כששכר המלמד לא היה מוצא אתר לשכור כו') ע"ש

יב **וכל שיוסיף לאלו.** עבה"ט ועיין בחידושי רעק"א זצ"ל סוף מס' ב"מ שכ' וז"ל נסתפקתי בדבר האבוד כגון פשתן ששרו במים ושפשתן בעצמו שוה רק דינר והשכירות הפועלים הוא ב' דינרים ואורגים ממנו בגד (הך ואורגים כו' נ"ל דהוא נתינת טעם למה שנותן להפועל כפל ממה ששוה כל הפשתן הוא לפי שרוצה לארוג כו' ואין מוכן לו פשתן אחר) ושוה אח"כ למכור ה' דינרים וחזרו בהם הפועלים ומצא אחרים לשכור בג' דינרים אם יוכל לשכור עד כדי שכרן או כיון דהאבוד רק זהב א"כ יאמרו היינו משלמים לך הפשתן ודוק עכ"ל:

יג **אמר לאומן.** ע' בתשו' רע"ק איגר ס"ס קנד הובא קצת לעיל סי' רז סכ"א ובסי' רט ס"ו ס"ק יא:

יד **ואח"כ השכיר עצמו.** עבה"ט שכ' פי' שהשכיר עצמו בסתם כו' אבל אם השכיר עצמו וקצב כו' ודלא כהע"ש כו' וע' תשו' חמדת שלמה חא"ח סי' ז' שכ' דמתחלת דברי הש"ך היה אפ"ל היינו דוקא היכא שלא גרעו או הוסיפו ואפ"ה קצבו השכירות מוכח דמש"ה פסקו השכירות רק כדי לבטל התנאי אבל היכא דהוסיפו (או גרעו) י"ל דאין ראיה לבטל התנאי דהא הוצרכו לפרש השכירות דהיינו ההוספה אך מסיום דברי הש"ך משמע להדיא דלא משום זה אתינן עליה כו' וא"כ לפ"ד הש"ך דהיכא דקצבו השכירות הוי כקבלה חדשה ובטל התנאי הראשון א"כ נראה דה"ה הגבלת הזמן (שקיבלו בראשונה להש"ץ רק על ג' שניה) בטלה ג"כ ולא אמרי' דגם עכשיו קבלוהו רק על ג' שנים כו' ע"ש עוד:

טו **מיהו בשאר פועל**. עבה"ט וע' בתשו' רדב"ז ח"א סי' שלג מ"ש בזה:

טז **פטור בלא מחילה**. עבה"ט שכ' ואע"פ שכבר קבל כו' וע' בתשו' ושב הכהן סי' עב שתמה על הש"ך בזה דבאמת מל' רש"י בקדושין דף טז משמע דזיל לחוד לא מהני עד שיאמר ואין לי עליך כלום וכן משמע ברמב"ם פ"ב מה' עבדים כו' ואף דבדברי הרשב"א והמרדכי ור' ירוחם לא נזכר שאמר שאין לי עליך כלום רק זיל לחוד מהני י"ל דהיינו רק לענין השעבוד כגון אם הוא דבר האבוד דשוכר עליו בהא ס"ל כיון שאמר לך מעמדי מחל לו השעבוד אבל לענין ממון י"ל דבעינן דוקא לומר ואין לי עליך כלום כמ"ש רש"י והרמב"ם וצ"ל דהש"ך מפרש דברי הרשב"א דהמרדכי ור' ירוחם דזיל לחוד מהני גם לענין ממון מחמת שמוכח מהש"ס שם להדיא דהיכא שאין גופו קנוי פטור מהממון שמגיע להאדון אבל לפע"ד לא מוכח מידי די"ל שאני התם גבי ע"ע דיוצא בגרעון כסף בע"כ של האדון וא"כ לענין מאי א"ל זיל ע"כ לפוטרו מהממון אבל גבי פועל שיש להאדון עליו שעבוד שצריך להשתעבד אם הוא דבר האבוד י"ל מה שא"ל לך היינו לפוטרו מהשעבוד אבל מנלן לומר שפטור להחזיר לו השכירות שקבל ודוחק לומר דמיירי שאינו דבר האבוד ולכך מהני לך מעמדי לחוד כיון דיכול לחזור בלא"ה א"כ מ"ש לך מעמדי ע"כ לפטור מהממון כמו זיל גבי ע"ע דא"כ לא הי"ל להש"ך לסתום אלא לפרש דבדבר האבוד צריך להחזיר לו הממון שקיבל משום שי"ל מה שא"ל לך היינו שפוטרו מהשעבוד בפרט שמקור דין זה שכ' הרשב"א והמרדכי במלמד מיירי בדבר האבוד וגם דברי הרמ"א שכ' סתם מיהו בשאר פועל כו' משמע דומיא דמלמד דהוי דבר האבוד וא"כ דברי הש"ך קשה ביותר וצ"ע למעשה עכ"ד ע"ש:

יז **אם א"ל דרך כעס**. עיין בתורת חיים ר"פ גט פשוט שדחה דעה זו וע' בתשו' מהרי"ם מבריסק סי' לח שכ' דכל קושייתיו לק"מ ע"ש והזכרתיו בקצרה בפ"ת לא"ה סי' קלד בסה"ג ס"ק מג ע"ש וע' בת' ח"ס חח"מ סי' קל בנדון א' שהכניסוהו בחזקת הקהלה ואח"כ נתקוטט עם המבוררים ואמרו דרך כעס שמוחלים לו כתב שם וז"ל ולא עוד אלא אפי' היו כל בני הקהלה באותו מעמד דא"ל כן דרך כעס אנו מוחלים לך נמי לא היה מועיל לדעת ר' ירוחם בש"ע ס"ס שלג ואפי' להתוי"ח ר"פ ג"פ שהקשה ע"ז ממה דאמרי' התם הני קפדי ומגרשי נשייהו דמשמע מה שאדם עושה בכעסו מהני מלבד כי בקל יש לדחות קושייתו כמובן מ"מ גם הוא לא אמר אלא בעושה מעשה בפני ב"ד ועדים כדמוכח מלשונו שם אבל הכא לא היה שם ב"ד ועדים כי כל הקהלה נוגעים הם ולכ"ע פטומי מילי בעלמא הם ומכ"ש שלא היה באסיפת כל בני הקהלה רק איזה מהבוררים שחרחר עמהם ריב והכעיסם א"כ פשוט מאד שהרי הוא בחזקתו בקהלה כמו שהיה

ולא מבעיא שאינם מחוייבים להחזיר מה שנתן אלא שצריך ליתן מה שנשאר חייב ולא עוד אלא כל מה שהוטל על הקהל מאז ועד עכשיו ומכאן והלאה עולים ומסים הכל מחוייב לשלם להם עד שישיג לעצמו פטורים מכל בני הקהלה שנפרד מהם ברצונם ורשותם עכ"ל ע"ש:

סימן שלד

א **מיהו יש חולקין.** עש"ך עד גם מ"ש הב"י שדעת התוספות פח"ה דף נ"א ע"ב כהרשב"א סתר הב"ח שם. וע' בת' פרח מט"א ח"א סי' צד שהביא בשם מהר"ש הלוי שהקשה על הב"ח בזה. ועיין בספר דברי משפט שכ' ליישב קושייתו ודברי הב"ח נכונים ע"ש:

ב **בחצי היום אינו נותן לו כו'.** ע' בס' שער משפט שהביא בשם תשובת ראש יוסף למוהר"י אשקפה ז"ל בראובן שנתן לשמעון עשרים ר"ט עבור שיחקן לו בגדים שלו עשרים חתיכות להוציא מהם הכתמים וכאשר עשה שמעון חצי המלאכה חזר ראובן ואמר לשמעון אין לי בגדים ליתן לך עוד ורוצה שיחזיר לו עשרה ר"ט שנשאר בידו ופסק שם שאם אין לו בגדים ליתן לו שלא יפסיד המעות שנתן לו כו' והוא ז"ל השיג עליו וכ' דפשוט דאם לא היה ראובן נותן לשמעון המעות מקודם היה הדין שיכול לחזור בו כיון שא"צ להבגדים דדמו לדינא דר"פ האומנין ובש"ע כאן דאם אתא מיטרא בפלגא דיומא א"צ ליתן לי מותר השכירות אבל כיון שנתן ראובן לשמעון המעות קודם דמי להההיא דסי' שי"א ס"ד דאם א"ל ספינה זו אני משכיר לך והשוכר אמר יין זה וטבעה בחצי הדרך דאם נתן לו השכר א"צ להחזיר לו וכ"כ הרמ"א ס"א לענין אם שכר בית ומת דאם קבל השכר כולו א"צ להחזיר לו ויליף לה מהתם כמ"ש הסמ"ע וה"נ כיון שראובן נתן כבר המעות אף שאין לו בגדים מפסיד כיון ששמעון מוכן לקיים תנאו וראובן אין לו בגדי' וזה פשוט וברור ע"ש:

סימן שלה

א **י"א דחייב לשלם.** עבה"ט וע' בס' בית הילל ביו"ד סי' רמ"ה ס"ד ובספר יד שאול שם מ"ש בזה: וע' בספר שער משפט כאן ג"כ מזה ומסיים הש"מ דאם היה למלמד בידו משל האב ולמד עם בנו לכ"ע יכול לעכב עבור שכר לימודו כמבואר בסי' קכח ס"א בהג"ה ובש"ך סק"ח שם:

ב **להביא לו שליחות.** עסמ"ע וש"ך (ובאה"ג אות כ') שכ' וז"ל ובב"י ס"ג בשם רשב"א בתשובה ראובן ששכר לשמעון שישמשו בדרך נסיעתו ומת ראובן בחצי הדרך נותנין לו כל שכרו כו' וע' בת' משכנות יעקב ס"ס מ"ה שכ' דנראה שדין זה במחלוקת שנויה דלכאורה יש לדמותו לפועל דאמרינן פסידא דפועל דהו"ל לאתנויי ותליא באשלי רברבי שיש מן הראשונים סוברים דכל פועל שאינו שכיר יום רק קבלן ונאנס בתוך המלאכה נותנין לו שכרו משלם כו' ע"ש וכיוצא בזה כ' בספר נה"מ ומסיים וז"ל אמנם אנן לא קיי"ל כהראב"ד בהא ופסקינן וגם בקבלן שייך חילוקים דבסי' של"ד כו' ולזה בעובדא דהכא אם הזכיר לו המקום בשעה ששכרו ומת קודם שהגיע להמקום פטורין היורשין ואינם נותנין לו מחצי הדרך ואילך אבל אם שכרו סתם לשמשו כל זמן שיהיה בדרך כיון שאף אם יתעכב הרבה בהדרך מחוייב לשמשו ה"נ כשמת ולא שמשו רק יום אחד נתחייב בכל השכירות עכ"ל ועיין בשו"ת ח"צ דפוס לבוב בליקוטים שבסוף הספר סי' לג שתמה גם כן על דברי הב"י בשם הרשב"א הנ"ל ומשמעות דבריו ואפי' בכה"ג א"צ לשלם לו מחצי הדרך ואילך דאם אינו טורח למה יתן לו שכר עש"ה:

ג **נותן לו שכרו משלם.** עיין בלח"מפ"ט מהלכות שכירות הלכה ח' שהקשה מהא דירד להציל ולא הציל (בסי' רס"ד ס"ד) דאין לו אלא שכרו והכא חייב ליתן כל מה שפסק וה"נ לא עביד שליחות כמו התם ע"ש ועיין בספר דברי משפט שכ' ליישב דהא אירי דבשעה דשלחו להביא שליחות לא הוי מצוי כלל אותו דבר באותו מקום ובעה"ב היה סובר שימצא שם וא"כ אונס זה לא אירע לשליח רק לבעל הבית כו' ע"ש:

סימן שלו

מה שעשית בשכרך. עיין בספר דברי משפט שכ' דלפי מ"ש רש"י בבבא מציעא דף קיח הטעם כיון דכתיבנא תלין שכרו מאי דאתני בהדיה משמע לפ"ז היכא דשלח שליח לשכור פועלים ואמר השליח שכרכם על בעה"ב דבהכ"ג אינו עובר על בל תלין כבסימן של"ט ס"ז א"כ יכול לומר טול מה שעשית בשכרך וכן מבואר להדיא במהרש"א שם אך בש"מ שם כתב בשם רשב"א דמשכרי לא משמע מידי אלא הטעם הוא דלא נשכר לו אלא דצריך למזונות לערב ושלא יהא צריך לירד לשוק לחזור ולמכור ולפ"ז אפי' היכא דשלח שליח שאינו עובר על בל תלין מ"מ א"י לומר טול מה שעשית בשכרך. ומדברי הרמ"א בסימן של"ב ס"ד שפסק דאם א"צ ליתן לו חפץ בשכרו יכול ליתן לו אחר כך דמיו משמע דס"ל כרשב"א הנ"ל. ובזה א"ש דברי הסמ"ע סק"ג שכ' בשם המרדכי דדוקא בתבן וקש אבל במידי דאכילה כגון חטין ושעורין שומעין לו ע"ש. ועיין בש"ך סק"ב נראה שלא

הסכים לדברי המרדכי הנ"ל ועיין בהגהות הרש"ש לדף הנ"ל שכ' ואולי דוקא בחטין ושעורין דאינן ראויין לאכילה כמות שהן אבל פת אפוי וכיוצא גם הש"ך יודה:

סימן שלז

ה"ז אוכל. עבה"ט עד וה"ה של עכו"ם לא כו' וע' בספר דברי משפט שתמה על הש"ך בזה וכן תמה בס' שער משפט בתו' ביאור ומסיק וכ' אמנם מצאתי תנא רבה דמסייע להש"ך והוא הריטב"א הובא בפרק הפועלים כו' ולפי הנראה לא היו לפניו הגירסא בגמ' היינו דאצטרך קרא למישרא וכן מצאתי בספר יראים לר"א ממיץ מצוה קס"ד אך לפי הנוסח' שלפנינו ופרש"י והרי"ף והרמב"ם נראה עיקר דלא כהש"ך בזה ע"ש:

סימן שלט

א **אבל על שכר קרקע** כתב בספר קצה"ח וז"ל ונרא' דלדעת הפוסקי' דבית מקרי תלוש כיון שהוא תלוש ולבסוף חברו ואפי' לפי מ"ש הרמ"א בסי' צה דבית ה"ל דין קרקע אכתי יש לחלק בין איסורא לממונא כו' ולכן נ' דהכא לענין איסו' בל תלין שהוא איסור דאורייתא יש לחוש לדעת הפוסקים דה"ל דין תלוש עכ"ל וע' בספר שער משפט שדעתו להחמיר אף בקרקע ממש לפי דבסמ"ג לאוין קפ"א ובספר יראים מצוה רס"ג הביאו ל' התורת כהנים דאף בשכר קרקע עובר בבל תלין וכן הוא בתו"כ שלפנינו פ' קדושים כו' ומסיים לכן אין להקל באיסור לאו דאורייתא ע"ש ועיין ביאור הגר"א ז"ל:

ב **שהטלית ביד האומן אינו עובר.** כתב הסמ"ע וז"ל דאז אין פעולת שכיר מוטל על בע"ה לעבור עליו שהרי תופס משלו כנגדו עכ"ל ועיין בש"ע של הגה"ח מהר"ש זלמן ז"ל מלאדי שכתב דמזה יש ללמוד שאם נותן משכון לפועל אינו עובר כלום אף אם יש לו מעות כו' ע"ש. אולם בלבוש כתב הטעם דכיון שאין האומן נותנו לו מוחל לו על תשלום שכירותו כל זמן שהוא בידו ע"ש לפ"ז אין ללמוד מזה למשכון אחר. ועיין בש"מ ב"מ קי"ב ע"א שכתב בשם הר"ר יהונתן דכל זמן שהטלית ביד האומן אע"פ שנתן לו רשות שיטלנה מביתו ויוליכנה לביתו שאינו רוצה לעכבה בשביל שכירותו אפ"ה כל זמן שיש משכון תחת ידו אינו עובר ע"ש ועיין בקצה"ח לעיל סימן ע"ב ס"ק כ"ג האריך בענין זה ומסיק וכתב ומזה יוצא לנו דין מחודש דשכירות שנתן בע"ה לאומן משכון עליו אע"ג דהחזיר לו המשכון כיון דכבר קנה במשכון נגד שכרו תו ליכא בל תלין ע"ש:

ג **שקבלנות הוא כשכירות.** עיין בקצה"ח שהביא בשם ת' מהר"א ששון סימן קי"ט על ראובן שצוה לסופר שיכתוב לו כתובה והסופר כתבה וחתמה אם עובר בבל תלין אם

אינו נותן לו שכרו והעלה דאינו עובר ואע"ג דאיפסקא הלכתא דאין אומן קונה בשבח כלי מ"מ היינו באומן שאין לו כלום בכלי אבל באומן שהכלי עצמו הוא שלו נראה דודאי נאמר דדמי למכר וק"ו ממה דהוה ס"ד דאומן קונה בשבח כלי והוי הלואה כו' מכ"ש הכא שהכלי עצמו הוא שלו דהוי מכר והלואה ע"ש ועמ"ש בפ"ת לא"ה סימן ק"כ סק"ז:

ד **האומר לשלוחו.** כתב בספר מאמר קדישין וז"ל נלפע"ד מדלא קתני אומר אדם לשלוחו כו' משמע דוקא בדיעבד אינו עובר אבל לכתחלה עובר משום בל תשהה וכ"מ בת"ח והביא ראיה לדבריו מתוספת עכ"ל ואיני יודע מה חודש בזה לדינא דהרי כ"כ הט"ו בהדיא בסעיף זה ומיהו הבעה"ב עובר משום אל תאמר לרעך לך ושוב כו' והוא מדברי מתוספת שהביא הת"ח הנ"ל. ובאמת הת"ח שם כ' זה רק דרך פירוש דמש"ה קתני האומר לרמז על דברי התוס' הנ"ל עש"ה:

ה **אין שום א' מהם.** עבה"ט ועמ"ש לעיל סי' פ"ט ס"ג סק"ב:

ו **אא"כ תבעו.** עבה"ט בשם ס"ח עד שמא כשיתבע לא יהיה לך ליתן לו כו' ור"ל שמא לא יהיו לך מעות בריוח שתוכל ליתן לו כי תצטרך להוציאה אבל אם לא יהיו כלל אינו עובר אפי' בלא תנאי כדלקמן:

ז **לא תבעו.** כתב בספר שער משפט וז"ל ובזוהר קדושים מבואר דאף דאמר לו הפועל יהא השכירות בידך אין לעכב השכירות תחת ידו אם לא לבתר דיהיב ליה יע"ש וכן משמע פשטא דמתני' לא תבעו אינו עובר עליו משמע מי עבר הוא דלא עבר הא איסורא איכא וכה"ג דייק הש"ס בפ' הפועלים דף צ' כו' ע"ש:

ח **או שתבעו ולא היו לו מעות.** ובש"ע של הגה"ח מהר"ש זלמן כתב בשם האריז"ל דמ"מ מדת חסידות ללות ולפרוע לשכיר בזמנו ע"ש:

ט **וקבל עליו ליתן לו.** ע' בב"י שכתב וז"ל וקצת משמע שאפי' לא נתרצה הפועל בהמחאה זו כיון שקבל עליו הלה ליתן לו שוב אינו עובר עליו עכ"ל והביאו גם כן הפרישה ועיין בנ"צ מ"ש בזה:

סימן שמ

א **ובאו עליו לסטים.** עיין בתשובת פרח מטה אהרן ח"ב סי' קט"ו ובספר דברי משפט מ"ש בזה.

ב **משעה שמשכה.** עבה"ט שכתב וכן באונסין כו' ועיין בנה"מ שנסתפק בשואל דלא משך וגם הבעלים לא נסתלקו מן השמירה כגון שואל ספסל לישב עליו בחצר דמשאיל

או ספר ללמוד ממנו בלא משינה והגבהה ונאנס מידו אם נתחייב כו' ע"ש וע' בספר דברי משפט מ"ש בזה:

ג **ליד אשת המשאיל.** עבה"ט וע' בתשו' ושב הכהן סי' ט"ז מ"ש בזה:

סימן שמא

א **בכל עת שירצה.** ע' באו"ת לעיל סי' ס"ג סק"ד שכתב ומ"מ נראה אם השאילו לאיזה דבר כגון קרדום לבקע בו צריך להניחו פ"א לבקע בו דה"ל לאותו דבר כמשאילו לזמן ע"ש. וע' בנה"מ שכתב דכל זמן שלא תבעו מותר להשתמש וחייב באונסין לעולם ע"ש

ב **נכסים וטבחוה.** ע' באה"ג אות י' עד וגם ה"ה הניח בצ"ע במ"ש הרמב"ם כו' וע' בש"ך סק"ו מזה וע' בתשובת באר יצחק סי' ג' מ"ש בזה:

סימן שמג

אפי' הוא עדיין בביתו. עי' בתשו' הרב מהר"ר משה רוטנבורג חא"ח סי' יא שכתב בזה וז"ל ונראה דזה דוקא בקיבל שמירתו לזמן קצוב א"כ ממילא לאחר הזמן כלתה השמירה אבל מי שקיבל איזה פקדון בלי זמן אף דהדין הוא דכל יומא זמניה ויכול להחזיר הפקדון לבעליו ואף חזרה בע"כ מהני מ"מ כ"ז שלא החזירה ליד בעליו ממש אינו יוצא מידי שמירתו והרי הוא חייב באחריותו ואפי' אומר הנפקד להמפקיד אינו רוצה להיות עוד שומר עליו מ"מ כ"ז שלא החזירו לידו של המפקיד אינו נפטר משמירתו וכן מבואר במרדכי פרק מי שאחזו והובא בהגהת רמ"א סי' רצג ס"א שכתב אבל אם אמר להביא לו והמפקיד הלך לו חייב הנפקד דאף דהנפקד גילה דעתו שאינו רוצה עוד לשומרה מ"מ כ"ז שלא נתנה לידו לא נפטר ומבואר בסמ"ע שם דאם אמר המפקיד להנפקד שיביא לו הפקדון והביא לו אע"פ שלא בא לידו נפטר הנפקד מיד. והיינו במקבל פקדון בלא זמן אבל אם קבל לזמן לא מבעיא שא"י לחזור תוך הזמן אלא אף בנתרצו שניהם ואפי' אמר לו ג"כ המפקיד להנפקד שלא יהא עוד ברשותו או אם צוה לשלחו לו ביד עבד כנעני של השומר מ"מ כ"ז שלא בא הפקדון לרשות המפקיד עדיין הוא באחריותו של הנפקד משום דיד עבד כיד רבו וטעמא דמלתא דכשם שאינה נכנסת לרשות השומר עד שיעשה בה איזה קנין ה"ה דאינה יוצאת מרשות השומר עד שיחזירנה לרשות המפקיד כיון שקיבל השמירה לזמן ידוע אבל אם קבלת השמירה היה בלא זמן כיון שלא היה חיוב השמירה בתחלה לזמן מיד שהסכים המפקיד שיכלה הזמן הוי כמו קיבל לזמן

וכלה הזמן דפטור אפי' אם הוא ברשותו של הנפקד וזהו כוונת הסמ"ע שם במ"ש כיון דבלא הפקידו לזמן איירי כו' עכ"ל ע"ש ועמ"ש בסי' רצ"ג שם סק"א:

סימן שמו

א **עצמם ולא שליח.** עבה"ט ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סימן קס"ח בג' שותפין שיש להם (פאבריק) מחומת בעיר אחרת ושלשתן עוסקים בקניות הצריכים לזה ורגילין לשלוח בניהם לשם להשגיח ולפקח על עסק ההוא ויהי היום שבו הבנים לאבותם על ימי החג וצרור השותפות ביד א' מהם ואחר החג בחרו לשלוח רק א' מהם אל (הפאבריק) ומסר זה צרור השותפות ליד זה שנסע לשם וישם את הכסף בתפיסה שלו עם מעותיו של עצמו ושמהו בכיס התפור בבתי שוקים שלו ובדרך אבד כל המעות והוא כעין פשיעה שדרך לצרור מעות בכיס התפור בבגד שעל החזה בבתי נפש ולא בבתי שוקים שעשויים ליפול ברדתו מן העגלה ע"כ אין השותפים רוצים לישא בעול ההפסד ההוא רק יהיה על אבי הבן הלז לבדו ונסתפק הרב השואל אם יש לפוטרו מטעם פשיעה בבעלים כמבואר סימן קע"ו ס"ח או י"ל כיון דהבנים שלוחים דאביהם הם ה"ל כמו אמר לשלוחו צא והשאל לי עם פרתי דפליגי רי"ף ורמ"ה אי שלוחו כמותו או לא. או אפשר בנים אפילו גדולים הסמוכים על שלחן אביהם ה"ל ידם כיד אביהם ולכ"ע הוי שאלה בבעלים ופטור אפי' מפשיעה וא"כ ההפסד לשותפות שוה בשוה. והשיב הנה בודאי אי א' מהאבות פשע ונאבד ממנו היינו צריכים לפלפל אם נאמר מה שבניהם של ב' שותפי' האחרים עמו למלאכה אם הבנים הוו כבעליו עמו או לא. אך האבות לא פשעו רק השליח פשע היינו הבן וא"כ לו יהא שהאב שומר שכר בלי בעליו עמו ומסר בעצמו הפקדון לבנו הגדול ופשע ונאבד פטור האב שכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו מפקיד והבן מחוייב לשלם והבן אינו שותף ואינו בעלים ולא שאולים זה לזה כי כל א' שלוחו של אביו וכל הפושע מהם צריך לשלם והאב פטור אך אם אין לבן לשלם פליגי (בסימן רצ"א סכ"ד בהגה) והרא"ש ס"ל דחייב האב לשלם אך בנד"ז מודה הרא"ש דהאב פטור עד שיהיה לבן משל עצמו וישלם דהרי כ' הש"ך שם דאם ידוע שאינו משמר בעצמו פטור מכ"ש הכא שהאבות עצמם מסרו לבניהם והבנים מסרו זל"ז המעות הנ"ל ובודאי אי לא היה הבן פושע יהיה פטור מטעם ש"ח שפטור באבידה אז היה האב שהוא ש"ש חייב ולזה נתכוון הש"ך שם ס"ק ל"ח ומבואר בשו"ת ד"ר שם אבל השתא שפשע והבן חייב פטור האב כנ"ל פשוט. ואפילו אם היה נאבד מאחד מהאבות ע"י פשיעה נ"ל בנדון שלפנינו נמי היה פטור אפילו אי נימא באמר לשלוחו אשאל עם פרתי אין שלוחו כמותו הכא

הלא הם בעצמם גם כן עוסקים במקומם בעסק השותפות כו' ועוד נ"ל דאפילו השליכו כל יהבם על בניהם מ"מ פטורים ואין זה בכלל אימר לשלוחו השאיל לי עם פרתי דודאי מי שמשאיל עצמו עם פרתו ושוב שולח במקומו שליח ונתפייס בעה"ב בשלוחו של זה להיות במקומו בזה לא מבעיא בש"ס אי שלוחו כמותו דאפילו אם בעליו עמו ממעט שלוחו מכל מקום הא השתעבד עצמו להשאל עם פרתו ושוב השתדל להמציא שליח במקומו וזה ההשתדלות להמציא שליח לא גרע מהשקיני מים אך אבעיא בש"ס כשלא נכנס כלל בשעבוד להשואל אלא השאילו פרתו והשאיל אחר עם הפרה כו' והכא האבות נתפייסו זע"ז מה שעליהם לעשות יעשו בניהם במקומם אין זה בגדר השאל לו עם פרתי וזה ברור בעזה"י. אמנם אי הוה אמרו לבנייהו השאלו לנו עם פרתינו הוה ספיקא דדינא ככל שליח ואינו יכול להוציא מיד המוחזק דמ"ש הרב השואל דאפשר דיד בן הסמוך על שלחן אביו כיד אביו וא"כ דומה למה דאמרינן יד עבד כיד רבו ליתא דהרי"ף מוסיף יד עבד כיד רבו דעבדו כגופו דמי כו' מ"מ לנדון שלפנינו אין נפקותא כי לענ"ד חייבי' כל השותפים הללו בהפסד ההיא (ר"ל לעת עתה אבל כשיהיה לבן הנ"ל ממון עצמו יהא חייב לשלם להם חלקם וכמ"ש לעיל) אך טוב לבצוע הריב אם אפשר ואם לאו יגמור הדין כנ"ל עכ"ד ע"ש:

ב **ויש חולקין** עבה"ט ועיין בתשובת שבו"י ח"ב סימן קע"ז באחד ששכר סוס משמעון ושכר ג"כ אביו של שמעון לילך עמו להראות לו הדרך ופסק עמו כמה שכירות יתן לו ובשעה שהשכיר לו אמר לו בפי' שלכך מוזיל גביה בשכירות לפי שאביו הולך עמו וישגיח על הסוס ובחזירתו נעשה הסוס פסח קצת ורצה להניחו בדרך ואמר לו אביו של בעל הסוס שירכב עליו לביתו כי אין זה מזיק לסוס כלל וכשבא לביתו חלה הסוס מאד ותבעו בעל הסוס שפשע שלא היה לו לרכוב עליו אחר שנעשה פסח. והשיב לכאורה נראה לחייב השוכר דזו היא פשיעה גמורה כמבואר בסי' ש"ט ס"ג בהגה ובסמ"ע שם וגם אין לפוטרו מטעם פשיעה בבעלים דאביו של בעל הסוס הוי כשלוחו ויש מחלוקת אי אמרינן בזה שלוחו כמותו ומספיקא לא מפקינן ממונא. זה אינו דבנ"ד לא היה אביו שלוחו של בנו ורק בא בשכרו ולא שויא שליח כלל ואדרבה מצינו בקדושין דף מ"ה דכל אפשר לומר דלא שויא לאביו שליח אמרינן כו' בם יש לזכות להשוכר מצד אחר כיון שאמר המשכיר שלכך מוזיל גביה לפי שאביו הולך עמו וישגיח על הסוס הרי שסמך על אביו. וכיון שאביו צוה לו לרכוב על הסוס שאין כאן היזק להסוס. א"כ לא פשע השוכר כלל ופטור ע"ש. ושם בשבו"י ח"ג סימן קע"ז במי שמסר לאחר שט"ח שיקח המעות מהלוה ולהביא לו וצוה לו המשלח שאם יהיה חשש אחריות בדרך שישכור עוד יהודי

הדר שם לילך עמו וכן עשה ואח"כ נאבד המעות בדרך אם יש לחייבו לשלם כדין שומר שכר או לא. והשיב לא ידעתי מאי מספקא לך מהיכי תיתי לפוטרו אם מחמת שצוה שאם יהיה חשש אחריות שיקח עוד יהודי הדר שם בשכירות וכתב הרמ"א בסימן שמ"ו דיש חולקין ואומרים דשלוחו כמותו והוי שאלה בבעלים זה אינו כיון שהוא עצמו לא דבר עם השליח עצמו רק שצוה לו שישכור יהודי א' דלא הוי שלוחו ממש. בזה לית מאן דפליג דלא הוי שאילה בבעלים כו' גם אין לפוטרו מכח תקנת חכמים כדאיתא פרק האומנין ובח"מ סימן ד"ש גבי חבית ה"נ נימא אין לך מעביר מעות ממקום למקום זה אינו דדוקא גבי חבית שהיא מלאכה כבידה ונעשה ע"פ הרוב ע"י עניית והיזק זה מצוי תקנו חכמים לפוטרו אבל בשאר ש"ש ודאי לא עשו תקנת חכמים לפוטרו מגנבה ואבידה שחייב ע"פ דת התורה גם אין לפוטרו מטעם דאין דין שומרים בשטרות דהא אנו לא מחייבים אותו בשביל שלא שמר שטרו דהא שמרו כראוי וקיבל דמים אך על הדמים נעשה ש"ש לכן נ"ל דחייב לשלם כדין שומר שכר עכ"ד ע"ש:

ג **ונשאל לו אחד מהם כו' ה"ז ספק.** עיין בטור שכתב וז"ל שאל משני שותפין ונשאל לו אחד מהן מבעיא לן אי הוי בחלק שכ אותו שנשאל לו שאלה בבעלים או לא כו' עכ"ל ומשמע דבאידך פלגא פשיטא שחייב השואל לשותף השני וכ"כ בפרישה. אמנם מלשון הש"ע שהוא ג"כ לשון הרמב"ם פ"ב מהלכות שאלה דמסיים לפיכך אם מתה אינו משלם משמע דקאי ג"כ אהך בבא דאינו משלם כלום וכבר תמה בזה בנ"י שם בסוגיא הנ"ל וכתב דאפשר דמשום הך בבא דשותפין ששאלו נקט הרמב"ם ז"ל אינו משלם משום דסליק מיניה וממילא נמי בהאיך דשאל מן השותפין אינו פטור אלא מפלגא ע"ש וכ"כ במל"מ שם הלכה ז' דבדברי הרמב"ם ז"ל אין הכרע אי פטור מכל הפרה דאולי קאי למאי דסליק דהיינו שותפין ששאלו כו' ע"ש. גם בש"מ שם כתב בפשיטות דאין הספק אלא בפלגא של אותו שנשאל לו אבל בפלגא דאחר שלא נשאל לו ליכא ספיקא דודאי חייב לשלם לו ע"ש. ועיין בקצה"ח שכתב ונראה דשותף דידיה אינו נוטל כלום בפלגא דמשלם כיון דהפטור בא מחמת זה שנשאל לו אין שותף חבירו מפסיד על ידו ונוטל חלקו משלם ואע"ג דבחוב מקולקל מה שגבו חולקין בשוה הכא כיון שהתורה פטרה אותו מחלק השותף שנשאל לו גובה זה שלא נשאל לו חלקו משלם ואידך אינו נוטל כלום מחלקו. וכתב עוד וכן באידך אבעיא שותפין ששאלו נמי אין הספק אלא בהאי פלגא דשייליה אבל פלגא דחבריה ודאי חייב וכ"כ בנ"י שם וכן נראה מדברי הטור ע"ש ועיין בספר דברי משפט מ"ש בזה:

סימן שמח

א **אפי' דרך שחוק**. כתוב וספר שער משפט ז"ל ובשמ"ק סי' רסא כתב בשם רבינו יונה וכן אסור לגנוב את שלו מאחר הגנב שלא יראה כגנב והוא ש"ס ערוך בר"פ המניח בן בג בג אומר אל תכנס לחצר חברך ליטול את שלך שלא ברשות כו' אך במקום דאיכא פסידא מותר אף ליכנס לחצר חבירו כמ"ש התוספות והג"א שם ותמיהני מה שהשמיטו הרמב"ם והט"ו דין זה עכ"ל:

ב **או כדי לצערו**. עיין בש"מ ר"פ א"נ שכתב וז"ל ע"מ למיקט י"מ דאיירי שהוא אינו רוצה לעכב הגנבה בידו אלא גונב כדי לצערו ולא נראה דהא מעשים בכל יום שעושים כך. לכך י"מ דודאי בדעתו לעכב הגנבה בידו אבל אינו גונב בשביל שום הנאה אלא כדי לצערו עכ"ל ועיין בקצה"ח שכתב דמלשון הרמב"ם בס' המצות מצוה רס"ד נראה דאפי' רצונו להשיב הגניבה נמי הוי ע"מ למיקט כו' וא"כ מ"ש דמעשים בכל יום ראוי ליזהר בזה. וכתב עוד ונסתפקתי בגונב ע"מ למיקט אם ה"ל דין גנב ממש להתחייב באונסין ומדברי הש"מ ס"פ המפקיד בסוגיא דשליחות יד נראה דגוזל ע"מ לשלם אינו חייב באונסין כו' ומכ"ש גונב ע"מ למיקט ולהשיבו בעינא אח"כ ואכתי צ"ע ע"ש:

ג **של עובד כוכבים**. עבה"ט עד וקשה מכאן עמ"ש הרמ"א בא"ע סימן כח כו' ועיין בתשובת נו"ב חיו"ד סי' פא מ"ש בזה:

ד **דאסור להטעותו**. עבה"ט ועיין בספר שער משפט שכ' דאף לשיטת מהרש"ל נראה אם עובד כוכבים נותן לישראל שיקנה לו סחורה והישראל נשתכר בו אף דלכתחלה אסור לעשו' כן דלא גרע מגניבת דעת העובד כוכבים דאסור מ"מ א"צ להחזיר לו דכיון דאין שליחות לעובד כוכבי' א"כ הוי כאילו קנה ישראל הסחור' לעצמו ושלו הוא ומשתכר בשל עצמו וראי' ממ"ש בא"ח סי' ת"ן ס"ו כו' ע"ש:

ה **אימת גנב חייב** ע' סמ"ע סק"י עד אבל אם לא אמר שגנב קודם שבאו העדים כו' ועיין במל"מ פ"ג מה' גניב' ובתשוב' שמן רוקח ח"א סי' פ"א מ"ש בזה:

ו **תשלומי גניבה כו'**. עיין בש"ג פ"ק דב"ב דף ק"ס סוף ע"ב שכתב דמהא דאיתא בגמ' ב"ק ע"ח ע"ב דהאומר הרי עני עולה והפריש שור ובא אחר וגנבו מצי גנב פטר נפשיה בכבש כו' יש ללמוד מכאן דהגונב דבר מחבירו שאותו דבר היה שאול ביד הגנב ונתפשר הגנב עם השואל לו בדבר מועט דאינו חייב הגנב לשלם לו רק כפי מה שנתפשר ואפשר דאם היה אותו דבר מעובד כוכבים כו' עש"ב ועיין במל"מ פט"ז מה' מעשה הקרבנות שרצה ללמוד מגמרא הנ"ל דמי שגנב אתרוג מחבירו קודם החג שקנה אותו בדמים יקרים מפני חשיבותו מצי גנב פטר נפשיה בנתינת אתרוג אחר כשר לצאת

ידי חובה אף שאינו חשוב כמו האחר ושוב דחה זה דשאני התם דשור זה שהפריש אין לו דמים דהא קיי"ל (פסחים פ"ט ע"ב) דהמוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום נמצא שאין חיובו של הגנב אלא משום תשלומו של הנודר ומש"ה פטר נפשיה בכבש כו' אבל הכא גבי אתרוג מצי למימר אלא הוה זבינא ליה כו' (וכיוצא בזה ממש כתב בתשובת ח"צ סימן ק"כ ע"ש ועיין בתשובת ב"ש אחרון חח"מ בסופו סימן ה' גם כן מזה) ומסיים וכתב שדברי שלטי הגבורים פ"ק דב"ב הם דברים מתמיהים וצ"ע ע"ש גם בספר שער משפט לעיל סימן ע"ב פ"ק י"ב הזכיר ג"כ דברי הש"ג הנ"ל וחולק עליו דאף אם היה אותו דבר מישראל צריך הגנב לשלם כל דמי שוויו כו' ע"ש:

ז **השליח חייב לשלם.** עיין בתשובת חות יאיר סי' רי"ב שכתב אודות שני גנבים שאחד עלה בסולם ונכנס דרך חלון וגנב מהבית והשני עמד ברחוב וזה זרקו לתוך חיקו וברח. פשוט שזה השני עיקר הגנב ויכול הנגנב להוציא כל גניבתו ממנו אע"פ שנתנה לגנב הראשון וזה מוכח מהגה בח"מ ס"ס שמ"ח ומ"מ גם שם גם כאן אם אי אפשר להוציא משני מצי לתבוע לראשון שגנב בפועל ממש אך צ"ע בסי' ת"י סל"ז ויש חולקין וס"ל דמן הדין שנים שהזיקו ואי אפשר להפרע מאחד השני אינו משלם רק החצי וא"כ ה"ה שנים שגנבו כו' ע"ש עוד. ועיין בתשובת שבו"י ח"א סימן קע"ח חולק על החו"י בזה שמדמה שנים שגנבו לשנים שהזיקו ובאמת לא דמי כלל דשנים שהזיקו שלא עשו משום הנאת עצמן לא היו ערבים זה לזה אבל שנים שגנבו בשותפות להנאת עצמן והתעסקו בשותפות לגנוב ודאי נעשו אחראין וערבאין זה לזה כמו בשנים שלוו כאחד בסימן ע"ז כו' וא"כ פשוט דשנים שגנבו ביחד וברח א' מהם השני חייב לשלם הכל עש"ה. ועיין עוד בתשובת חו"י שם שכתב דאם נפרע מאחד הכל וזה תובע מחבירו הגנב החצי אינו יכול להוציא מידו אפי' כל הגניבה בידו וכן אם לא נתפסו על הגניבה וזה שבא לידו הגניבה לא רצה ליתן לחבירו כלום אינו יכול להוציא ממנו בדין שהרי אין הממון שלו כו' ואפי' בדין שמים אינו מתחייב לזה הגנב רק לזה שממנו נגנב משא"כ בשעשו שותפות בשטר כו' ע"ש וע' בתשובת חתם סופר חח"מ סימן קל"א בעובדא בא' שהודה מתוך תשובה שהוא ופלוני גנבו מפלוני שק צמר מחמת דוחק ועכשיו שהעשיר רוצה לשלם חציה וכששאלו לחבירו הודה גם הוא אלא שאין לו מה לשלם ועכשיו תובע הבע"ד דמי כל השק צמר מזה שיש לו. והשיב וז"ל קיצורו של דברים אם א' מהם הוציא השק מרשות בעלים או הגביהו (ר"ל והוא באופן שהוא לבדו יכול להוליכה בלי סיוע השני) אע"פ שנשתתפו בתחלה לילך ולגנוב וגם חלקו בסוף מ"מ כיון שאין שליח לד"ע אין כאן גנב אלא זה שקנאו בהגבהה או בהוצאה מרשות בעלים ואם שניהם כא' הגביהו

או הוציאו מרשות בעלים שניהם קנאו בשותפות כשנים אוחזין בטלית כמבואר בכל הראשונים בב"מ ח' ע"א דלא כפירש"י שם (דפי' שותפין שגנבו האחד הוציאה מרשות בעלים לדעתו ולדעת חבירו כו' רק כהתוספות שם דפירשו שהגביהו שניהם) וע' בה"ה פ"ב מגניבה הלכה י"ד (דכתב ג"כ פי' שגנבו שניהם כאחד) וכל זה ברגע הקנין ואם אז מיד חלקו באותו מעמד אזי אם בשותפות גנבו אינן אחראין וערבאין זה לזה וכל א' ישלם חלקו (משמע שדעתו כדעת החו"י דלעיל שמדמה שנים שגנבו לשנים שהזיקו ולא כהשבו"י הנ"ל) אך אם אחד הוציאו ונתן החצי לחבירו נמצ' ה"ל כגזל ולא נתיאשו הבעלי' ובא אחר ונטלו ממנו רצה מזה גובה רצה מזה גובה נמצא אם אותו שאין לו לשלם הוציא כל השק ונתן לאידך החצי אין לו (ר"ל זה שיש לו) לשלם אלא החצי שקיבל מהגנב אך אם זה שיש לו הוציא וחלק עם אידך גובה כולו משל זה שיש לו ועיין בטוח"מ ודרכי משה סי' שמ"ט (צ"ל שמ"ח) וכתב עוד וכל מה שאמרנו שצריך הגנב לשלם היינו אם נשארה הגנבה בידו ונהנה ממנה או מחליפי הגנבה דמה לי הן מה לי דמיהן אבל אם נאבד הצמר אפי' בפשיעה או אפשר אפי' הזיקה בידים אין להוציא מהגנב אם אינו בא לצאת ידי שמים אלא רוצה בעיקר הדין מצי למימר קים לי כהרמב"ם פ"ט מגניבה מהלכה י"ג ואילך. אך אם שהה הגניבה ביד א' מהם לבדו זמן מה (ר"ל היכא שהגביהו שניהם כא' רק לא חלקו אז מיד באותו מעמד אלא שהה כל הגניבה ביד א' מהם קודם שחלקו) וא"כ היה לו להשיב אבידה לבעלים (כמ"ש לעיל ס"ז בהגה) נמצא על חלקו אינו חייב אלא כגנב ופטור מפשיעה מפני דקלב"מ ואמנם על חלק חבירו חייב כשומר אבידה נמצא חמור חלק חבירו מחלק של עצמו. ואם יש הכחשה בין הגנבים בכל דכתוב מהלעיל א"כ החצי ישלם זה שיש לו לשלם והנגנב יתן חרם סתם על זה משום אידך החצי אם לא נתחייב בו גם הוא אבל חבירו אינו עליו כעד אחד אע"ג דאינם נפסלין ע"פ עצמן וגם לא איכפת ליה הואיל ועכ"פ מחוייב לשלם או להנגנב או לחבירו הגנב שישלם עתה עבורו חלקו (משמע שדעתו דלא כהחו"י הנ"ל) מ"מ הוי נוגע בעדות אפי' לא קאמר בעלמא השני נוח לי כו' (ע"ל סי' לז סי"א) הכא נוח לי להיות חייב לזה שגנב עמו בשותפות שזה לא יפקיע שמו ויתבייש להשיא לעצמו ש"ר שגנבו בשותפות משא"כ אם יתחייב להנגנב הוא יבזהו ויקרא לו שם גנב וגרע מלוה רשע ולא ישלם עכ"ל ע"ש ויען כי דברי הגאון ז"ל נאמרו מאד בקיצור לכן אבאר קצת. מ"ש וכל מה שאמרנו כו' עד מני למימר קים לי כהרמב"ם פ"ט מגניבה מהלכה י"ג ואילך. הנה מ"ש מהלכה יג ט"ס הוא וצ"ל מהלכה ח' ואילך וכוונתי דהרמב"ם שם פסק אחד הבא במחתרת או גנב שנמצא בתוך גגו של אדם או בתוך חצרו או בתוך קרפיפו בין ביום בין

בלילה אין לו דמים אלא הכח במחתרת לתוך גינתו או לתוך שדהו או לתוך הדיר והסהר יש לו דמים ע"ש והיינו שפסק כברייתא קמייתא בסנהדרין דף עב ע"ב או שמפרש ברייתא השניה שם בפנים אחרים דלא כפירש"י כמ"ש ה"ה שם והטור בסי' תכ"ה הביא דברי הרמב"ם ודברי הראב"ד שחולק עליו ע"ש ומבואר בגמ' שם דהבא במחתרת פטור מתשלומין כששובר הכלים שגנב דליתנהו או דשדינהו בנהרא משום דקלב"מ ופסקו הטור סי' שי"א ורמזו מרן המחבר שם סוף הסי' במ"ש וכן כל כיו"ב וכמ"ש הסמ"ע שם אך לצאת ידי שמים מחייב כמ"ש התוס' שם בד"ה לא קבלינהו ובב"ח דף צח וא"כ בנדון השאלה מן הסתם היה הצמר מונח בתוך גגו או חצירו יכול הגנב לומר קים לו כהרמב"ם דזה נקרא בא במחתרת ופטור מעיקר הדין מתשלומין אם נאבד הצמר רק בבא לצאת ידי שמים ואף שדעת ה"ר ישעיה והרמ"ה והרמב"ן דאם אבדו אח"כ חייב מ"מ הא דעת הרמב"ם ורש"י אינו כן עי' בטור וברמ"א שם. ומ"ש ואם יש הכחשה בין הגנבים כו' והנגנב יתן ח"ס ע"ז משום אידך החצי אם לא נתחייב בו גם הוא. ר"ל דשמא לא חלקו מיד אלא שהה כל הגניבה בידו קודם שחלקו דא"כ חייב בחלק חבירו כשומר אבידה כמש"ל וגם שמא הוציא הוא לבדו ונתן החצי לחבירו דחייב ג"כ בכולו מטעם גזל ולא נתייאשו הבעלים כו' כמש"ל. והגם דלכאורה בכה"ג יש לפטור אותו על חלק שנתן לחבירו כיון שהוא בא במחתרת על כל הגניבה ולא גרע מה שמסר לחבירו מאילו שדינהו בנהרא דפטור צ"ל דס"ל דזה גרע כיון שהיה מתחלה הגניבה בעין ביד חבירו ודוק. ובזה א"ש מה דהחו"י ושבו"י הנ"ל לא הזכירו בנידון שאלתם מענין בא במחתרת דהא גם בנידון שלהם לא נשאר הגניבה בעין ביד הגנב ולא נהנה ממנו כי השני ברח עם הגניבה אלא ודאי כיון שהיה ביד השני בעין דיינינן ליה כאילו היה ביד הראשון מטעם רצה מזה גובה כו' ואכתי צ"ע:

סימן שמט

א **צריך לישבע.** עבה"ט עד ומשה"נ צריך לישבע שלא פשע בהן אע"ג דלא קיבל עליו שמירה כו'. וכפי הנראה לא ראה דברי הב"י בבד"ה שכתב ויש לתמוה למה צריך לישבע שלא פשע שמאחר שאינו שומר כי פשע מאי הוה כו' וע' בב"ח ובספר קצה"ח סק"ב ובס' שער משפט לעיל ס"ס צ"ו מ"ש בזה ועמש"ל סי' רצא ס"ב סק"א:

ב **ואם אינו בעין** עיין בתשו' שבו"י ח"א סי' קעז אודות נער קטן שנשלח ממשתה ושמחה להביא יין לשתות ונתנו לו ממון שישלם והלך הנער ומצא המרתף פתוח ולקח יין הרבה כלא מחיר וגם נשפך הרבה לאבוד ואח"כ נשמע לבעל היין ותובע לקטן אחר

שהגדיל שישלם לו היזקו ודמי יינו וכתב דלכאורה מבואר בח"מ סי' שמ"ט דאם אינו בעין פטור אף לאחר שיגדיל אך באמת ז"א דעיקר דין זה הוא ברמב"ם פ"א מה' גניבה שכתב קטן שגנב כו' ואם אבדו אינו חייב לשלם אף הקרן ואף לאחר שהגדיל הרי להדיא דדוקא היכי שנאבד משא"כ היכא שנהנה מהממון ודאי חייב לשלם וכמבואר בח"מ סי' רל"ה סוף סעיף טו וכן מבואר שם בסמ"ע וז"ב וגדולה מזו נ"ל דאפי' מה שאזיל לאבוד אם רצה לצאת ידי שמים ג"כ חייב לשלם וכדאיתא בא"ח סי' שמ"ג והוא מפסקי מהרא"י סי' סב דקטן שעבר עבירה בקטנותו צריך לעשות תשובה כשיגדיל. ובין אדם לחבירו עיקר התשובה לפייס חבירו ולשלם היזקו אך שאין כופין ע"ז בדיני אדם ואף דבתשו' בית יעקב סי' ג' רוצה להשיג על מהרא"י והרמ"א שם. כל דבריו אין להם שחר כו' אך נראה דאף לצאת י"ש א"צ לשלם הכל כמבואר במהר"י שם וכן משמע לשון הרמ"א שם שיקבל איזה דבר לתשובה ע"כ המוחל לא יהיה אכזרי ויפוייס במה דיפייס משום תקנת השבים כאילו שרוצים לצאת י"ש ובס' חסידים סי' תרצב משמע שחייב לשלם הכל כשהגדיל ואולי ממדת חסידות קאמר או שהיה ממון הגניבה תחת ידו עכ"ד ע"ש וע"ל סי' צו סג ועיין בתשובת ר' עקיבא איגר זצ"ל ס"ס קמ"ז:

סימן שנ

דמי חלבו. עבה"ט עד ובדין טובת הנאה אינה ממין ועיין בפנים בש"ן עד ועוד דהיכן מצינו לרבא דטובת הנאה אינה ממון כו' ובספר דגמ"ר כתב עליו עיין במס' ב"מ דף יא ע"ב מצינו לרבא בהדיא דטובת הנאה אינה ממון (וכ"כ בקצה"ח ע"ש) ועיין ברמב"ם הלכות מעשר שני פי"א הלכה י"א ובמל"מ שם ועיין לעיל סי' ר"ג בש"ך פק"א:

סימן שנג

אבל מחזיר דמים כו'. עבה"ט סק"ו ועי' בספר פני יהושע ר"פ הגוזל ומאכיל ובספר כפות תמרים בסוכה דף ל' בסוגיא דאוונכרי ועיין בתשובת ח"ס חח"מ סימן נ"ו מה שכתב בזה:

סימן שנד

א **כשעת הגניבה.** עבה"ט עד וברמב"ם לא משמע כן כו' ועיין בתשובת הר"ר משה רוטנבורג מחא"ח סי' ב' מ"ש בזה:

ב **אבד הכלי מאליו**. עבה"ט שכתב פי' שידוע שנאבד שלא בפשיעה כו' ועיין בקצה"ח ובנה"מ שהשיגו על הסמ"ע בזה דבאמת אפי' אבדו בפשיעה אין הגזלן מתחייב בכך דגזלן אינו שומר ואפי' ש"ח לא הוי וכמ"ש תוספות פ' הכונס (בבא קמא דף נ"ו) ד"ה פשיטא כו' וכ"כ הרא"ש להדיא פ' מרובה כו' וא"כ הא דכתב בש"ע או חברו משלם ארבעה מיירי שאבדו בידים דה"ל מזיק ממש ע"ש ועי' בס' שער משפט שכתב ליישב השגתם ודברי הסמ"ע נכונים וכן עיקר ע"ש גם בספר דברי משפט לקמן סימן שס"ב ס"י ב' ליישב השגת הקצה"ח הנ"ל והביא שם בתשובת מהרי"ט חח"מ סימן קטז כתב ג"כ כדברי הסמ"ע עש"ב:

ג **ודוקא**. עבה"ט ועיין בתשובת בית אפרים חח"מ סימן ה' מ"ש בזה:

ד **גנב או גזל כו'**. עיין בקצה"ח שהביא דבתוספות רי"ד פרק האיש מקדש כתב בהא דאיתא התם דף נ"ו דאם לקח בהמה טמאה ממעות מע"ש וברח המוכר הלוקח יאכל כנגדן דקשיא ליה קושיית התוספות איך יכול לחלל מה שאינו ברשותו ותירץ כיון שהמוכר לא ע"ד גזל בא המעות לידו רק בטעות ואילו הוה ידע שהמקח חוזר הוי מהדר והוי ציית דינא אלא דלא ידע (דהאי ברח לאו דוקא אלא שאינו בפנינו כך מבואר שם) לכן הוי כמו פקדון שביד חבירו כו' אך בתוספות שם לבב"ק ס"ח ע"ב דלא תירצו כן מבואר דלא ס"ל הכי והוא ז"ל כתב דנראין דברי התוס' דאף היכא דלא ידע הוי דבר שאינו ברשותו אע"ג דציית דינא וראיה מהא דאיתא שם דף ס"ט א"ר יוחנן צנועין ור' דוסא אמרו דבר א' כו' עוד הביא ראיות לזה ומסיים אלא ודאי דאינו מיקרי דבר שברשותו אלא פקדון דלית ליה לנפקד שום טענה ולחזרה קאי כל אימת דבעי מפקיד אבל כל שיש לנפקד איזה טענה ולא מהדר ליה למפקיד כל אימת דבעי ה"ל דבר שאינו ברשותו ואין הבעלים יכולים להקדישו ולא להקנותו ע"ש. ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סי' קס"ט במעשה בא' שנגנב ממנו חפץ ומכרו הגנב והלוקח לא ידע כי גנוב הוא וזה שנגנב ממנו הקדיש החפץ לעניים בעודו ביד הלוקח ושוב הוחזר החפץ ליד בעליו ורצה השואל לומר דחל ההקדש על החפץ הלז ע"פ דברי הריטב"א (הוא תוספות רי"ד) הנ"ל דה"נ אילו ודע הלוקח שהחפץ גנוב לא לקחו ולא ע"ד גזל בא לידו רק בטעות ה"ל ברשות בעלים ויכול להקדישו והוא ז"ל הביח דברי קצה"ח הנ"ל וכתב דמהתוספות דלא תירצו כהריטב"א אין ראיה דלא ס"ל הכי די"ל משום דדחיקא להו למימר ברח לאו דוקא אלא משמע שברח מחמת סרבנות ע"כ תירצו באופן אחר אבל לעולם דינו של הריטב"א אמת אך גם הריטב"א לא אמרו אלא התם גבי מעשר שני דאילו היה המוכר בפנינו היה ניחא ליה לבטל המקח ועכ"פ היה מחזיר ללוקח מעותיו ויתן

לו מעות אחרים עבור הבהמה והלוקח יעלה ויאכל כמבואר מדברי התוספות בקידושין שם בד"ה ואם לקח בשוגג לכן הוה כברשותו משא"כ בהך דב"ק שהביא קצה"ח כו' ומסיים ע"כ דברי הריטב"א נכונים במקומם אבל בנדון שלפנינו בלוקח מגנב אין יכול להקדיש ע"ש:

סימן שנו

א **לקנות מהגנב**. עיין באר הגולה ביו"ד ס"ס של"ד העתיק שם קצת תקנת מרגמ"ה שהובא בסוף תשובת מהר"ם ואיתא שם חרם שלא ליקח גניבות העו"א כגון גביע או בגדיהם וספרי תפלות ומשמשיהם מפני הסכנה ע"ש. ועיין בתשו' צ"צ סימן ל"ו אודות ישראל שקנה מעו"א כלי כסף שהכל מכירים שהם אסורים לקנות כי משל כומרים הוא ואותו ישראל מכרו לישראל אחר ואח"כ נתפס הגנב ואמר שמכר ליהודי א' אלא שאין מכירו ומתוך שיד הכומרים תקיפה הוצרכו הקהל לרצותם ברצי כסף ועתה רוצים הקהל להפרע מהישראל שני כי הראשון עני הוא וזה טוען כי הוא לא קנה מהגב כלום רק מישראל דעביד איסורא קודם והוא לא גרם היזק להקהל ועוד טוען שאפי' ישראל ראשון נמי לא יתחייב אחרי שאין הגנב מכירו ואינו יכול להביאו לידי סכנה לא אהנו ליה קהל מידי ומה שהכומרים היו מייראים את הקהל עלילה דידהו הוא כו'. והשיב דטענה הב' שאפי' ישראל ראשון נמי לא יתחייב כיון דאין הגנב מכירו ודאי לאו טענה הוא דהרי מ"מ הוה הוא מתעסק בדברים האסורים דחרם קדמונים הוא שנא ליקח דברים כאלו מפני הסכנה כו' והרי זה שקנה דברים כאלו גרם סכנה לקהל ומיקרי רודף נמי שמתעסק בזיופים בש"ע סימן שע"ח בהגה וכיון שידם תקיפה ושכיחא ובריי היזקא דידהו מפני שרגילים להוליך הגנב בין היהודים והוא מגיד על מאן דהו שקנה ממנו הגניבה אפי' שאינו כן כאשר קרה זה בעוה"ר פעמים הרבה ונמצא מי שעובר על זה מקרי רודף וגורם סכנה לצבור לכך דבר פשוט שצריך לשלם לקהל כל היזקם ולא מבעיא כהאי מלתא שניכר שהוא מכלים האסורים ליקח אלא אפי' הוה כסף שבור שאינו ניכר כל כך מ"מ מקרי רודף דצריך כל אדם להתבונן בעסקיו שלא יהא סכנה בדבר ואדם מועד לעולם כו' וגם טענה הא' שהוא לא קנה מהגנב אלא מישראל נמי לאו טענה היא כיון דהוא נמי ידע שהוא מדברים שאסור להתעסק בהם לא היה לו לקנות מישראל ראשון דלאו עכברא גנב אלא חורא גנב אע"ג דהוא לא קנה מהגנב עצמו מ"מ כיון שדברים אלו לבד איסו' גניבה יש בהם עוד איסור קניה ועבר הלוקח ראשון וקנה. על כן מקרי הראשון עכבר והשני חורא כו' ולא מבעיא היכא דא"י להפרע מן הראשון אלא אפי'

אי היו יכולים הקהל להפרע מהראשון אפ"ה יכולים להפרע מן השני כיון דאיסורא אצלי כו'. והאריך בזה ובסוף הביא תשובת הרלב"ח סי' ה' באנשים שקנו גניבה וברחו והטמינו עצמם ובסבתם בא עבד השר על אחרים שהיו נקיים ותפס אותם ולקח מהם ממון כתב שם שאותן שברחו פטורים דלא שייך כאן דינא דגרמי כו' וכתב דאין זה ענין לנ"ד דשאני התם דאותן שקנו הגניבה לא מקרי רודפים כמו בנ"ד שקנו דברים האסורים לקנות והיזק דרבים ודשכיח שאני ועוד דהתם לא הוי אלא גרמא וכיון שכבר נעשה ההיזק הרי הם פטורים כו' אבל בנ"ד אפי' אי הוי רק גרמה כיון דעדיין לא נעשה ההיזק ועדיין עומד בסכנה שמא יאמר הגנב על מאן דהו והרי הדין נותן בכל גרמא דמשמתין ליה עד דמקבל לסלק כל אונסין דמתייליד ומי יודע עד כמה תכבד העבודה אחר שיאמר הגנב על מאן דהו לכך עדיפא מזה עבדו ליה להתפשר עם הכומרים מיד לשלם להם ההיזק ופשוט הוא דאין זה חלק עשירית ממה שהיו צריכים ליתן אחר שיאמר הגנב ועוד יש לחלק בכמה גווני ע"כ פשוט בנ"ד דצריך ישראל שני לסלק לקהל ההיזק אע"פ שיש לישראל ראשון לשלם ומכ"ש אי לית ליה לראשון לשלם עכ"ד ע"ש:

ב **לא ימצא לוקח.** עבה"ט ועיין בתשובת חו"י סי' ר"ט מ"ש בזה:

ג **מפני תקנת השוק.** עבה"ט עד עיין בתשובת רשד"ם שפסק דבעבדים ובהמה לא עשו תקה"ש ואין דבריו מוכרחים כו' ועיין בקצה"ח ובספר שער משפט לעיל סי' קל"ה ס"א מזה ועיין בספר חידושי רע"ק איגר זצ"ל בסוף הספר בהשמטה למסכת גיטין דף נ"ה מ"ש בזה:

ד **לשם מתנה.** עבה"ט בשם ש"ך שזהו שגגה כו' ועיין כתשובת כנ"י סי' צ"ו שכתב לייש' דברי הרמ"א ז"ל וגם דברי הסמ"ע בזה. ומסיים בהא נחתא ובהא סלקא בקונה מגנב מפורסם והכיר בעת הקניה שהדבר גנוב ובזמן הזה דכל גניבה צריכין להחזיר ולא מהני יאוש. יפה פסק הרמ"א בלי פקפוק דא"צ הגנב לשלם ע"ש. גם בתשובת שבות יעקב ח"ג סי' קפ"א כתב לייש' דברי הרמ"א ז"ל ומחלק בין קרקעו' דכותבין פטור ואחריות ט"ס והוי כאילו כתב בה אחריות לא אמרינן מעות מתנה ובין מטלטלין דלאו בני שטרא וליכא למימר גבייהו אחריות ט"ס וה"ה במקרקעי היכא דכתב בפירוש בלי אחריות בזה מעות מתנה ומסיק דכן נ"ל ברור להלכה ולמעשה ע"ש לע"ד דבריו צ"ע. ועיין בנה"מ ובספר דברי משפט שכתבו ג"כ לישב דברי הרמ"א ז"ל באופנים אחרי' ע"ש:

ה **לטובה נתכוונתי נאמן.** עבה"ט עד ולפחות צריך להטיל חרם סתם כו' ובס' שער משפט כתב ונראה דהלוקח צריך שבועה בנק"ח שנתכוין לטובה כמו בגנב שאינו מפורסם בסעיף ד' דאם אין עדים בכמה קנה צריך לישבע בנק"ח בכמה קנה ה"ה הכא

אף שיש עדים בכמה קנה צריך לישבע עכ"פ שנתכוין לטובה כיון שבא ליטול ולא דמי להא דסימן רסז סק"ו כו' ע"ש עוד וצ"ע:

ו **ויחרימו סתם**. עבה"ט עד דהא כשבא ליטול צריך לישבע אפי' בשמא כו' ועיין בתשובת בית אפרים חח"מ סי' נט שכתב ע"דהש"ך אלו וז"ל לכאורה י"ל דדוקא לענין לישבע כמה נתן אמרינן הכי דאל"כ כ"א יאמר שנתן הרבה ואין מי שיכחישנו משא"כ בהאי שאומר שהלוה על זה בחרם לבד סגי ומ"ש בבאר הגולה דכיון שנשבע כמה נתן צריך לכלול שהלוה על זה. ז"א דאטו לא משכחת שידוע כמה נתן או שזה מודה לו עכ"ל ועיין ביאור הגר"א ז"ל:

סימן שנט

א **בין מעובד כוכבים**. עבה"ט. ועיין בתשובת יד אליהו סימן צ' ובספר מחנה אפרים ה' גזילה סימן ג' ועיין בפמ"ג א"ח סימן תר"ד במשבצות סוף סק"א שכתב חמסן דיהיב דמי צ"ע בעו"ג ע"ש:

ב **דליכא מאן דקפיד ביה שרי**. עיין בתשו' נו"ב תניינא חלק אה"ע סימן ע"ז שהביא מה שכתב' על דין זה בגליון ח"מ שלו וז"ל מיהו אף דשרי ליטלו ואין בו משום גזל דמסתמא אין בעה"ב מקפיד אבל מ"מ לא זכה הנוטלו להיות חשוב שלו דכל זמן שלא הפקירו בעניו בפירוש אי אפשר לזכות בו כמ"ש המג"א בסימן תרל"ו סק"ג בשם ספר יראים דאפי' למ"ד גזל עובד כוכבים שרי מ"מ לא מקרי לכם ע"ש עכ"ל ועמ"ש בפ"ת לאה"ע סימן כ"ח סי"ז ס"ק כ"ו:

ג **ויש מי שאומר כו'**. עיין בתשובת בית אפרים חח"מ סימן מ"ט ע"ד אומן שנתנו לו ענים או כסף וזהב לעשות מהם כלי והאומן יש לו ג"כ כסף או עצים כיוצא בזה ויש לו כעת צורך בזה שניתן לו מבעה"ב אי שרי להחליף או לא. והשיב לכאורה יש ללמוד זה ממ"ש הב"ש בא"ה סימן ל"ה ס"ק כ"א כשקידשה במעות המשלח בדבר שאין קפידא ויש לשליח להחליף לא הוי גזל וכ"כ שם לעיל ס"ק ט"ו בשם הש"ג דכששלוח כסף אין קפידא אם יחליף כו' אלא דבספר המקנה בק"א שם כתב דלא משמע כן מדברי הפוסקי' ודוקא בהפקיד מעות מותרים בענין דרשאי הנפקד להשתמש בהם יכול נמי להחליף כמ"ש הש"ך סימן רצב סק"ח ואפשר דהב"ש מיירי שנתן לו המשלח רשות להוציאו ולהחליפו עכ"ל ודבריו צ"ע דמשמע שהב"ש הוציא זה מדברי הש"ג שהביא לעיל ואיהו מיירי אף שלא נתן לו רשות להשתמש בהם גם מה שהביא מהש"ך סימן רצב כבר תמה עליו הח"צ כו' (הובא לעיל סימן רצב ס"ז סק"ג) וא"כ אף כאן בנתן

המשלח רשות להשתמש אינו יכול להחליף אך לע"ד נראה (שדברי הב"ש נכונים) דענין להחליף ולתת אחרים תמורתן אינו תלוי בהיתר שימוש כלל דהיתר שימוש גבי מפקיד הוא משם דאדעתא דהכי הופקד ביד כיון שהוא שולחני וזה נתנם לו מותרים ולכן אף קודם שנשתמש הוי ש"ש אבל מ"מ לא נעשה לוה להתחייב באונסין והלכך אף שמותר להשתמש אף שלא יתן אחרים תמורתן ונעשה משעת השימוש לוה עלייהו מ"מ כל שלא נשתמש אם באו הבעלים צריך ליתן להם אותם הדמים דמה זכיה יש לו במעות זה והמפקיד רוצה בשלו דוקא אבל אם לא באו הבעלים והוא צריך למעות זה והוא אינו רוצה ליקח אותם בתורת מלוה רק שמזכה לבעלים אחרים תמורתן שפיר דמי ולאו מטעמא דאדעתא דהכי הופקדו אצלו אלא דכל כה"ג מצי ליקח אותם מדין זה נהנה וזה לא חסר כיון שאין קפידא לבעלים במעות זה דוקא (לפ"ז נראה דה"ה אינו דשולחני שרי מטעם זה) ומ"מ אם הבעלים כאן ומקפידים אינו יכול לזכות מחמת זה נהנה וזה לא חסר כמבואר מהא קיי"ל בדר בחצר חבירו דלא קיימא לאגרא א"צ להעלות לו שכר דהוי זה נהנה וזל"ח מ"מ לכתחלה יכול בעה"ב למונעו שלא ידור אף שלא חסר כמ"ש התוס' והג"א בב"ק דף כ' כו' וגם כאן יכול הוא להחליף ולתת אחרים תמורתן מטעם זה נהנה וזה לא חסר ואין זה ענין להיתר שימוש כלל ומ"מ אם זה בכאן ומוחה שלא להחליף א"י לעשות בע"כ מחמת זה נהנה וזה לא חסר. ומ"ש הרא"ש בב"ק דף ס' גבי גדישין של ישראל כו' שאם יש לו עדשים מזומנים יכול לעשות ולזכות העדשים ע"י אחר דעדשים עדיפי טפי וכ"כ בטור וש"ע סימן שנ"ט דדוקא כשרוצה לשלם בדבר יפה ממנו דזכות הוא לו. נראה דשאני התם שהתשלומין הם ממין אחר ומה"ט חולק בי"ש שם על הרא"ש וכתב ול"נ וכו' שרי להסתחר בממון חבירו שלא מדעתו ודלמא חביב אליו שעורין או לא ניחא ליה למכור את שלו ולא אמרינן זכין אלא במידי דזכיה ואין שום צד חסרון כו' והרא"ש ודעימיה ס"ל דאפי' בכה"ג שרי כיון שהתשלומין הם יפין סתמא זכות הוא לו ואין לחוש לצד חובה כיון שהזכות יתר על החוב אבל אם אין התשלומין יפין מזה נמצא יש צד חוב בלא זכות ואסור אבל אם נותן לו תמורתו דבר כזה ממש ואין קפידא לבע"ה בזה או בזה אם כן נהי דאין כאן צד זכות מ"מ גם צד חוב אין כאן וזה נהנה וזה לא חסר הוא שפיר דמי כל כמה שאין הבעלים מוחים דמי להדיא וראיה ברורה לזה מש"ס ב"ב דף צט ע"ב גבי מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו וברשב"ם שם כו' ואף לדברי מפרשים אחרים שהובא בנ"י ובש"מ שם החולקים על הרשב"ם דס"ל שאין כח בידו להחליף נראה דדוקא התם דמיירי שהרבים באים להחזיק בדרך שלהם כדפריך לינקוט פיזרא בהא שפיר השיגו דלא אמרינן זה נהנה וזה לא חסר בע"כ של

הבעלים כו' אבל סתמא שאין כאן מוחה לכ"ע יכול להחליף כשצריך לו מטעם זה נהנה וזה לא חסר וזהו דעת הב"ש הנ"ל דאם הוא דבר שאין קפידא ויש בידו להחליף אין כאן גזל כו' והא דאמרינן רוצה אדם בקב שלו כו' ומדברי הרמב"ם והפוסקים (לעיל סימן רצב סי"ח) משמע דבכל פקדונות אמרינן הכי נראה דדוקא בפירות וכן שאר פקדונות דומיא דפירות דאפשר דלא מיתרמי ליה למזבן שיהיו טובים כשלו ואיכא קפידא אבל בדבר דלא קפדי אינשי לא שייך לומר רוצה אדם בקב שלו כיון שאינו רק מחליפו בחפץ שהוא ממש כשלו הרי קב שלו לפניו כו' ולפ"ז בנדון השאלה אם נתן לאומן כסף וכיוצא בו שאין קפידא לבעה"ב כלל נראה דהרשות ביד האומן לקחתו לעצמו כשהוא צריך אליו ולתת אחר תחתיו להשלים חפצו של בעה"ב ואינו גזל ונראה דגם בצמר י"ל כן לפמ"ש הש"ך ס"ס צ"ט על דברי המבי"ט במוכר צמר לחבירו כו' שאין קפידא אם יתן לו אותו צמר דוקא או אחר וה"ה בעצים וכה"ג טובא משכח שכיחי דלית בהו קפידא כלל כו' עכ"ד ע"ש וצ"ע. ועמ"ש לעיל סימן רצב ס"ז סק"ג:

סימן שס

א **תקנת השבים בקרקע.** עבה"ט מה שעמד על לשון הסמ"ע ועיין בלבוש שכתב טעם אחר דלכך לא עשו תקנת השבים בקרקע דטעמא מאי עשו תקנת השבים כדי שלא יעלים הגזלן שגזל ולא יעשה תשובה ובקרקע לא שייך זה דאי אפשר להעלימה ע"ש. ועיין בתשובת המבי"ט ח"ג סי' קמג שכתב דאם לא נעשה בהשגת גבול מדעתו רק שהבנאים הכניסו חצי אמה מקרקע חבירו שלא מדעתו אפשר שגם הגאונים יודו שעשו בו תקנת השבים ויפרע לבעל הקרקע מה ששוה החצי אמה כי לא החמירו אלא מפני מה שעבר על לא תסיג גבול רעך והכא לא עבר כיון שלא ידע עכ"ל ועיין במל"מ פ"ו מהל' גניבה הלכה י"א שהביאו בקצרה וכ' עליו ואין נראים לי דבריו כלל ע"ש ועיין בתשובת רשמי שאלה ס"ס נ"ו שהביא דברי המל"מ הנ"ל על נדון דידיה (שהובא לעיל סי' קמב ס"ב ס"ק ב') ומסיים דצ"ע ע"ש ועיין בספר שער משפט שכתב דנ"ל דהאי דינא תליא בפלוגתא שהביא הרמ"א בסימן רעד במי שהיה לו נחיל של דבורים ויצאו וישבו על אילן חבירו אי יכול לקוץ הענף כו' וכן בשנים שהיו באים בדרך זה בחבית של יין וזה בכד של דבש ונסדק הכד של דבש אי בעל היין חייב לשפוך את יינו כדי להציל דבש של חבירו וישלם לו דמי היין מפני השבת אבידה כמבואר בסימן רסד ע"ה בהגה כו' ע"ש:

ב **או לבנו.** עבה"ט וע' בתשובת הרב מהר"ר משה רוטענבערג. חא"ח סימן ב' מ"ש בזה:

סימן שסג

א **שגזל חמץ ועבר"פ.** עיין ב פמ"ג או"ח במשבצות סק"א שכתב דאם גזל אתרוג שוה הרבה והשיבו לו אחר החג י"ל דמצי פטר נפשיה בטענת הרי שלך לפניך כמו בחמץ ועבר"פ מיהו י"ל דחמץ שעבר"פ לא שכיח ולא עשו בו תקנה (למידן דינא דגרמי ע' בש"ך סי' שפ"ו סוף סק"א) משא"כ באתרוג י"ל דלא גרע מגרמי דחייב והגוזל סחורה מחבירו ביומא דשוקא שוה אלף ולאחר השוק אין שוה אלא מעט האם נאמר דמחזיר לו סחורתו (עמ"ש לעיל סי' רצב ס"ז סק"ה) וצ"ע כעת עכ"ד. ועיין בתשו' ב"ש אחרון חח"מ בסופו סי' ה' נדפס תשובת הגאון מו"ה משה שלמה זלמן אב"ד דק"ק קראקא שחקר ג"כ בדין זה ופשוט לנפשיה דא"י לומר באתרוג הרי שלך לפניך כיון דכ"ע יודעין ומכירין ההיזק דאחר סוכות אינו שוה כלל רק לאכילה וזה דמי לגזל מטבע ונפסל בכל המדינות דלא יכול לומר הש"ל והסברא בזה דבשלמא חמץ שעבר"פ מי שלא ידע מזה לא נראה וניכר בגוף החמץ שום ריעותא אבל במטבע הריעותא והפחת ניכר ונראה לכל וה"נ באתרוג כו' ונדפס ג"כ תשובת אחיו הגאון מו"ה צבי הירש ז"ל מהמבורג שהסכים עמו לדינא וכ' וז"ל ובגוף הדין אני מסכים עמו שגזל אתרוג חייב לשלם לו אף אחר סוכות כפי שהיה שוה בחג ואינו יכול לומר הש"ל דהרי היזק ניכר דכ"ע ידעי דאינו שוה כמו שהיה שוה בחג אף דאין הכל יודעין שגזל ממנו בחג עכ"פ ידוע שאינו שוה למצוה וזה ברור ונכון עכ"ל. ולע"ד צ"ע מה שהחליט כן להלכה דסברתו ניחא לפי דעת הרמב"ם והש"ע שפסקו כרב יהודה בב"ק דף צ"ז דפסלתו מלכות נמי היינו נסדק אבל לפ"ד הרא"ש והטור והרמ"א וכמה פוסקים שהביא הש"ך סק"ה שפסקו כרב הונא דפסלתו מלכות אפי' בכל המדינות אומר לו הש"ל א"כ מוכח דליתא להאי סברא וצ"ע. ועמ"ש לעיל סי' רצ"א סכ"ד בנ"צ בד"ה מכאן אתה למד. ועיין מ"ש לקמן סי' שס"ז ס"א סק"א ובנ"צ שם בענין אם נשבע עליו אי מצי פטר נפשי' בטענת הש"ל ש"ך:

ב **ואם שכרה הגזלן לאחר.** ע' באר הגולה ועיין בתשו' חתם סופר חח"מ סי' קסה מ"ש בזה:

ג **דאי בעי ליהנות כו'** משמע שדבר שאינו יכול להרויח בו יכול זה לכופו אף לכתחלה וע' מ"ש לעיל סי' קע ס"א בד"ה כולם בשם תשו' נו"ב תניינא סי' נד שכתב דפשוט שזה רק להרמב"ם בר"ס קע"ד אבל לדעת הרא"ש כו' ע"ש. גם בתשו' בית אפרים חח"מ סי' מט כתב וז"ל וצ"ע על הרמ"א בסי' שסג שכ' טעמא כיון דהוי מצי לארווחי אלא דלא בעי והוא מדברי המרדכי אבל מדברי הפוסקים לא משמע כן (אלא דאפילו היכא דלא שייך האי טעמא לא מצי לכופו לכתחלה) ע' בנ"י ב"ק בשם הרא"ה וכן מוכח להדיא מדברי

התוס' ב"ב דף יב ע"ב בשם הריצב"א והר"ר ישעיה הובא בש"מ ב"ק דף כ' שתירצו דהא דאיצטריך קרא בבכור דפלגינן ליה אמצריו משום דבעלמא אין כופין על מדת סדום אם הוא מוחה ומונע ע"ש עכ"ל וע' ביאור הגר"א ז"ל:

ד **שהרי חסרו ממון.** עיין בקצה"ח סק"ג מה שתמה על הב"ח וגם על הנ"י בשם הרמ"ה ועיין בתשובת בית אפרים חח"מ סי' ה' שתמה על הקצה"ח בזה עש"ה:

ה **מיהו אם לא היה דר בו.** עמ"ש לעיל סי' שי"ב ס"ז סק"ד:

ו **אם חסרו אפילו דבר מועט.** עיין בתשובת אא"ו פמ"א ח"א סי' מ"ש בזה מקום עיון עש"ה:

ז **דור בחצרי** עיין באה"ג אות מ' שכתב וכתב הב"ח מיהו מהרא"י כו' עד ונ"ל דבפלוגתא דרבוותא המע"ה כו' וע' בש"ך וגם באה"ע סי' ע' בב"ש ס"ק כ"ח. ועיין בתשובת חתם סופר חח"מ סי' קי"ט אודות דברי ריבות בין חותן לחתנו אחר שמתה בתו ונשא חתנו אשה אחרת ועתה תבע החותן שכר דירה מה שדר עם בתו בביתו כמו עשר שנים יתר על השנים שקצב לו דירה בחנם (ודברי טענותיהם באורך מבואר בהשאלה שם) והאריך בענין זה ומסיק כיון שרמ"א הכריע באומר דור בחצרי א"צ ליתן שכר מי יבא אחר הכרעת רמ"א להוציא ממון ועוד לא יהא אלא פלוגתת תשב"ץ ותה"ד כבר הכריע הב"ח וש"ך המע"ה ובש"ך משמע שנראים לו יותר דברי תשב"ץ כו' ועוד נ"ל בנד"ז אומדנות מוכיחים שבתורת מתנה השכינו בביתו חדא מדלא כתב בפנקס שכירות אלא מיום שדר חתנו בדירה שניה שלו ולא בדירה ראשונה ואילו היה דעתו שחייב לו שכר על הדירה ראשונה היה מקבל וכותב על הראשונה שאינו ברור כ"כ והשאיר בחוב על האחרונה שהוא חוב בטוח וברור יותר ועוד כיון שהחותן ירד מנכסיו וחתנו עלה ונעשה איש אמיד וגם כי מתה בתו ועוד כי נשא אשה אחרת ואורחא דמלתא בשעת נישואין וקבלת נדן תובעים חובותם וזה לא תבעי ולא עשה מזכרת כלל ש"מ שלא היה בעיניו כחוב כלל רק עתה מחמת קטטות הסיתוהו לתבוע ואע"פ שהחותן טוען שבאמת תבע בתו בחייה כמה פעמים ודחאתו מיום ליום בודאי אי היה עדים שתבעה נאמר ע"י זה שנעשה החוב ברור משם ואילך ומה שהשיב ע"ז חתנו אולי פרעה אשתו כי היתה נו"נ בתוך הבית לכאורה ה"ל איני יודע אם פרעתיך וחייב לשלם אך כיון דליכא עדים על זה ה"ל א"י אם נתחייבתי לך דלמא תחלה בתורת מחילה ומתנה דרתי בתוכו ולא נתחייבתי מעולם ולא תבעת בתך מעולם ואת"ל תבעת אות' דלמא פרעתיך וה"ל ס"ס ועדיף מא"י אם נתחייבתי לך דעלמא ופטור כו' ע"כ אין אני רואה שום מקום להוציא מיד חתנו המוחזק

אך עכ"פ נימא ליה יען אינו זוכה אלא מטעם ס"ס הנ"ל או מפלוגתת תשב"ץ ותה"ד א"כ טוב וישר לבצוע עכ"ד ע"ש:

סימן שסו

א **ותשובתו קשה**. עבה"ט עד גם אינו יודע למי ישיב כו' וכוונתו לדברי התוס' במסכת ב"ב דף פ"ח ע"ב בד"ה התם שכתבו וז"ל והיכא דגזל לרבים ואינו יודע למי ישיב דאע"ג דאמרינן בב"ק צ"ד יעשה בהן צרכי רבים מ"מ לאו תשובה מעלייתא היא עכ"ל וכ"כ הסמ"ע לעיל סי' רל"א ס"ק ל"ד ע"ש ובשו"ת שיבת ציון ס"ס קי"ב כתב ע"ד הסמ"ע הנ"ל שדבריו אינם מדוקדקים ע"ש ואשתמיטתיה דברי התוס' והסמ"ע דסי' רל"א הנ"ל כבר תמה עליו בזה בשו"ת מים חיים ס"ס כ"ו:

ב **ולפיכך יעשו בו צרכי רבים**. עי' בהרא"ש פ"ט דב"ק סי' ב' שכתב ובגזלה קיימת אייריי וכ"כ בקיצור פסקי הרא"ש שם ובישו"ש שם סי' ג' ע"ש ובב"ח תמה על הטור (והמחבר) שסתם ולא הזכיר זה ותירץ שסמך עצמו על מ"ש תחלה גבי גזלן מפורסם ע"ש ועיין בתשובת שיבת ציון סימן קי"ב שכתב דתירוץ הב"ח הוא דחוק אך נראה דס"ל להטור והמחבר דהאי תקנה דאין מקבלין מהם הוא רק אם יודע למי גזל ורוצה להחזיר להנגזל עצמו אבל אם אינו יודע למי גזל ומדינא צריך לעשות צרכי רבים בזה לא שייך האי תקנה שלא לקבל מהם וטעם הדבר הוא עפמ"ש הש"ך ביו"ד סימן קס"א ס"ק י"ג בשם הריב"ש דגזלן חייב להחזיר הגזלה רק על הנגזל גזרו שלא יקבל ממנו וימחול לו א"כ באינו יודע למי גזל שאין הנגזל לפנינו מי ימחול לו וכל זמן שאין הנגזל מוחל לו עדיין מחוייב הוא להחזיר כו' ע"ש וצ"ע:

סימן שסז

א **אבל אם נשבע כו'**. עיין בש"ס ב"ק דף ק"ה אמר רבא הרי אמרו גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הש"ל נשבע לו לו מהו כו' ובהרא"ש שם סי' כ"ה ועיין בצ"צ ע"ש בזה:

ב **ונשבע לו**. עיין באה"ג שכ' וכתב הב"י ונשבע דנקט כאן דבדין דלעיל אפשר ה"ה אם לא נשבע כו' וכבר חלק עליו הד"מ והביאו בסמ"ע לעיל סק"ט וכ"כ הב"ח ע"ש גם בביאור הגר"א ז"ל כתב דדוקא נשבע כו' ע"ש וגם במל"מ פ"ג מה' גזילה דין ה' תמה על הב"י בזה וכתב דכ"כ בתשובת הרשב"א ח"ב סי' ש"ח וז"ל ודוקא כשנשבע בין לאביו בין לגר בחייהם וכיון שנשבע וגזילה תחת ידו חייב להוציא מתחת ידו אבל אם לא נשבע דברי הכל שהוא זוכה בגזילה שתחת ידו וכ"כ הראב"ד ז"ל עכ"ד ע"ש:

סימן שסט

א **וכל שיקח מאיש זה בלבד**. עיין בתשו' שבו"י ח"ב סימן קפ"א שכתב לכאורה כ"ה לענין ויתור אם מוותר שר לאחד המס שלא כדת יהיה ג"כ בכלל גזל (ר"נ דעי"ז מכביד על אחרים) נתינתו כנטילתו אך באמת זה אינו דהרי בלא"ה דברי הרמב"ם והש"ע בזה סותרים למ"ש מקודם דשר שכעס על אחד מעבדיו ולקח שדהו אינו גזל כו' וע"כ צ"ל הא דאינו גזל היינו דוקא כשכעס עליו ומסתמא הוא מחמת איזה מרד וזהו חק המלך ליקח ממון המורד וא"כ ה"ה להיפך אם אוהב לאחד ופטרו מן המס בודאי אי לאו דעביד ליה נייחא לא היה פוטרו זהו ג"כ מדין מלכות כו' ובזה א"ש דברי הרמ"א בסי' קס"ג ס"ו בהגה מי שמחל לו השר חלקו במסים כו' ע"ש:

ב **בכל מה שהיה יכול לזכות**. ע' בדגמ"ר נרשם על זה עיין לעיל סי' קנ"ד סי"ח (עיין סי' ס"ז סי"ז בדברי המחבר ובהגה ועיין בסמ"ע שם):

ג **הנושא אשה במקום כו'**. עיין בה"ט ועי' בתשובת חתם סופר חח"מ סימן קמ"ב נידון בעל שנתן בית לאשתו והעלה בערכאות של עובדי כוכבים על שמה וכשמתה עשתה צוואה בערכאות של עובדי כוכבים וסילקה בעלה מירושתו וחילקה נכסיה ליורשיה אי הצוואה קיימת או לא וצידד הרב השואל לקיים צוואה זו ולא דמי לדברי רשב"א דמייתי הב"י ס"ס כ"ו ורמ"א ס"ס שע"ט דהכא אשתני למעליותא בתלת מילי חדא כיון דהבעל בעצמו כתב לה הבית על שמה בערכאות של עובדי כוכבים א"כ אדידהו סמיך בכל דיניהם כו'. שנית כיון שיורשי האשה כבר מוחזקים דהרי בעל הערכי כתב הנכסים בפנקסו על שם יורשי האשה כו'. שלישית כיון דחק המדינה ההיא על שמת בלא בנים נוטל המלך כחלק אחד מן היורשים א"כ יש למלך יד בענין זה ודד"ד דאין בעל יורש אשתו אלא נוטל חלק כשאר יורשים והכא שהיא עשתה צוואה להפקיע הבעל מכל וכל קיים צוואתה בדינא דמלכותא. והוא ז"ל האריך לסתור דבריו דאין שום ממש בכל הג' טענות הללו והבעל יועמד חי בחלקו כפי חקי ומשפטי התורה עיין שם ועיין מה שכתבתי לעיל סימן רמ"א ס"א ס"ק ב':

סימן שעג

א **וי"א אפילו לא היתה עדיפא כו'**. עיין בתשובת ושב הכהן סימן פ"ו מ"ש בזה:

ב **והקרן עם השבח**. עיין בנ"י פ"ק דב"מ בד"ה אמר רבא הלכתא שכתב וז"ל נמצא דהיכא דלא הכיר בה מיחייב מוכר ללוקח באחריות שבחא כשטרפה בעל חוב או כשטרפה נגזל ודיניהם שוים לגמרו אלא כשהוזל הקרקע יפה כח האחריות היכא דטריף

לה נגזל מהיכא דטריף לה בע"ח שאם מכרה במנה והוזלה ועמדה בחמשים אי טריף לה בע"ח אינו נותן לו אלא חמשים כשיעור של עכשיו אבל נמצאת שאינה שלו כיון דאיגלאי מלתא שלא היתה מכורה מעולם זוזי הלואה נינהו גביה וכיון שטרפה ממנו מחזיר את כולו עכ"ל ועיין בתשוב' בית אפרים חח"מ סי' י"ח שכתב דכדברי הנ"י כ"כ הר"ן בחידושיו הביאם בשטה מקובצת שם ומ"מ אין סברתם מוסכמת כי בש"מ שם בד"ה הכיר בה שאינה שלו כתב בשם הריטב"א נוטל מעות שנתן בלבד ואע"פ שהוזלה או היקרה דהא כמאן דליכא זבינא כלל דמיא וכדאמרינן בסמוך שלא נתן אלא לשם פקדון בלבד משא"כ בנמצאת שדה שאינה שלו או שטרפה בע"ח שיש לו ליטול בדמים שהיתה שוה בשעה שיצאה מת"י עכ"ל (ועמ"ש לעיל סימן קט"ז ס"א ס"ק א') . וע"ש עוד דלסברת הר"ן ונ"י הנ"ל שכתב דאם הוזלה מחזיר הדמים שנתן שיש כאן ביטול מקח ומ"מ גובה מהגזלן השבח היתר על היציאה ואפי' שבחא דממילא צ"ל דהוא משום דאחריות שבח חצאי שבממון הוא וקיים לפ"ז יש להסתפק במי שמכר קרקע לחבירו באלף והוזלו קרקעות ועמדה קרקע כזו על ת"ק רק שקרקע זו אסקה שרטין והוא שוה אלף והלה אומר הנה נתתי אלף כסף ונתחייבת להחזיר לי ועוד מה שנתחייבת לי אחריות השבח ג"כ ת"ק זוז וזה אומר כיון שאתה רוצה באחריות של שבח א"כ אין לך לקבל יותר כ"א שוויה של קרקע זו עכשיו והרי אינה שוה עכשיו כ"א אלף אף לאחר דאסקה שרטון היכי לידיינו להאי דינא כו' ע"ש היטב:

סימן שעד

א **אבל אם הכיר בה.** עיין בתשובת רע"ק איגר זצ"ל סימן קל"ד שתמה שלא הביאו דבריה ר"ש פ"ז דתרומות משנה ג' דמבואר מדבריו דס"ל דאף בהכיר בה מיירי ע"ש:

ב **שאילו לא טרח כו'.** עיין בתשובת בית יעקב סי' מ"ב ובתשובת שבו"י ח"ג סי' קע"ב:

ג **ויש חולקין.** עיין בש"ע א"ח סי' קנ"ג סעיף י"א ובספר טורי אבן למסכת מגילה דף כ"ו ע"ב ובהגהות חדשות בח"מ דפוס ק"ב בסי' זה אות ג' וע' בסמ"ע לעיל סימן ש"נ סק"א ובספר קרבן נתנאל סוכה פרק א' אות קכ"ח גבי לבוד ואמצע ע"ש:

סימן שעו

ה"ז גזלן. עיין באר הגולה דכ' הרשב"א בתשו' כו' עד דלא עשו תקנת השבים רק במטלטלים אבל בקרקע כו' הנה כ' הב"י כבשמו בסי' זה גם בב"י לעיל ס"ס שע"א הביא

כן בשם המישרים נל"א ח"ו וכ"כ הב"ח בשמו ע"ש וכ"כ הרמ"א ז"ל לעיל סי' ש"ס ס"א בהג"ה ועמ"ש שם סק"א בענין אם לא נעשית הסגת הגבול מדעתו ע"ש:

סימן שעז

א **דרך הרבים עוברת כו'**. עיין באר הגולה אות ג' שכתב דכ' רמב"ם סיים שם וכמה רוחב דרך הרבים אין פחות מט"ז אמות ולא ידעתי למה השמיטו המחבר עכ"ל. משמע שהבין דהך סיפא שבדברי הרמב"ם הוא פירושא דרישא ומינה דה"ה בהך דמצר שהחזיקו בו רבים שכתב הרמ"א ז"ל ג"כ פירושו דוקא שעשו דרך רבים דהיינו ט"ז אמה. אולם בתשובת פני יהושע ח"א ח"מ סי' ד' כתב על נדון דידיה וז"ל ואין לדחות דמצר שהחזיקו בו רבים פירושו דוקא שעשו דרך רבים היינו רוחב ט"ז אמה כו' וכן משמע פשט לשון הרמב"ם ס"פ י"ג מה' נזקי ממון כו' זה אינו דהא פ"ק דב"ב קאי זה אמבואות המפולשות לעיר אחרת ובקשו לסותמן בני אותה העיר מעכבין עליהם משום דרב יהודה כו' (וכמ"ש לעיל סי' קסב ס"ב) וסתם מבוי אינו רחב ט"ז אמה כנודע כו' ועוד דאם איתא לחילוק זה לא אשתמיט חד מן הפוסקים לכתוב זה ועוד ראיה ברורה מהא דפ' לא יחפור כו' כלל העולה דאין מקום לסברא זו והרמב"ם ז"ל אדרך הרבים דעלמא קאי לענין מוכר דרך הרבים דצריך להיות ט"ז אמה (וכבר כתבו מרן המחבר לעיל סי' ריז ס"ד) בלשון המשנה כדפי' הרשב"ם והטור עכ"ל. וע"ש עוד בעובדא דקהל שקנו קרקע ומרחץ מראובן ולפני זה קנה שמעון ג"כ קרקע מראובן אצל קרקע זו ועשה גדר רחוק כמה אמות מן המרחץ באופן שהי' פנוי בין הגדר למרחץ כמה אמות וגם עשו הקהל באר אחורי המקום פנוי ודרך מקום פנוי הולכים לשאוב מי באר ועתה הלך שמעון וסתר הגדר וחתר במקום הפנוי לצד המרחץ וטוען שגבול קרקע שלו מגיע עד כותל המרחץ ממש ומרצונו הניח בתחלה המקום פנוי ומביא ראיה בעדים ובשטר שבידו והשיב נ"ל דאין בדברי שמעון כלום משני טעמים מדא דהא אמרי' בכמה דוכתי מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו דאע"ג דכתבו התוס' פ"ק דב"ב דהיינו כשהחזיקו ברשות כו' הכא נמי ברשות הוי ואפי' אם יברר שמעון דטעות הוי גביה ומחילה בטעות היא מ"מ ע"כ אין כונת תוס' כמ"ש שהחזיקו ברשות שנתן להם מדעתו בלא טעות דזה אינו דהא הביאו ראיה מפרק המניח והתם מחילה בטעות היא כו' וכ"כ הנ"י פ' המוכר פירות בשם הרמ"ה ז"ל דאם החזיקו מדעת בעלים אפי' בטעות כנידון דמתניתין נטלה ונתן מן הצד אסור לקלקלו כו' ועוד בנדון זה א"צ לפנים דאין בדברי שמעון כלום דהרי גדר בעצמו וא"כ מחל לגמרי כההוא עובדא דרב ענן דאתי וסייע בגודא בהדיה דהוי

מחילה לאלתר כו' ואם יטעון שמעון דמחילה בטעות היתה לאו כל כמיניה כיון שאין מקום כלל לתלות בו הטעות וא"כ אין לדבר סוף דגם בכל חזקת ג"ש נימא דטעה ולא ידע דדידיה הוא שימחה כו' וכ"ש בנ"ד דעדיף ממסייע שהוא עצמו בנה הכותל ודמיא להא דכתב הרא"ש דאין אדם נאמן לומר טעיתי אם הודה בפני עדים אפי' במגו דחזקה אין אדם מודה אלא אם כן מדקדק היטב קודם שיודה (וכמ"ש לעיל סי' קנו סי"ג) ואצ"ל בנ"ד שעתה הוא מוציא ראייתו מתוך אפונדתו דלא מהימן כדאמרי' ספ"ג דסנהדרין כו' ואע"פ שיש לחלק דהתם אמר בפני ב"ד אין לי ראיה. מ"מ במעשה גדול שעשה לגדור בחצירו וליתן ריוח לחבירו נ"ל דעדיף הרבה מדברים שמדבר בפני הב"ד ולכן בנ"ד אין בטענת שמעון כלום. וכתב עוד דלכאורה יש לצדד לזכות שמעון דרשב"ם פי' מצר שהחזיקו בו רבים היינו שהשוואהו ותקנוהי להלוך (וכמ"ש הבאה"ג בשמו) משמע דהילוך לחוד לא הוי חזקה כו' והא דמבואות המפולשים לעיר אחרת דפ"ק י"ל דשאני התם דמבוי נעשה להילוך א"כ זהו דרך הנאתן וקונין אותו בו מידי דהוה בשביל של כרמים כו' וא"כ בנ"ד דלא היה השוואה להילוך אימא דלא קנו אמנם ז"א כי בנ"ד נשתמשו בו הקהל כדרך שמשתמשין בחצר לא בהילוך בלבד אלא בכל התשמישין א"כ פשיטא דא"צ חזקה אחרת דכל דבר נקנה כדרך תשמישו כמו שביל של כרמים כו' ועוד כיון דכל הפוסקים סתמו ולא כתבו דבעינן חזקה ממש אלא סתמו דדרך הרבים אסור לאבד משום מצר שהחזיקו מי הוא זה שידון בדבר חדש להצריך חזקה ממש דוקא גם בדברי הרשב"ם יש לדחות דאין כונתו בחזקה דוקא אלא ל' מצר שהחזיקו דחקו כו' וקמ"ל רבותא אע"ג דלא הלכו עדיין עליה רק עשו מעשה במצר אסור לקלקלו כו' וכיון דאין ראיה מדבריו אין להוציא מיד הקהל וכ"ש בנ"ד שחפרו באר בקרקע ופשיטא דבזה קנו כל הקרקע כללו של דבר הדין עם הקהל בלי ספק עכ"ד ע"ש עוד בח"ב סי' צד מענין זה ועמש"ל סי' תי"ז ס"ב סק"ב:

ב **שהחזיקו בו רבים** ע' בת' בית אפרים חח"מ סי' כב העתיק שם שו"ת הרשב"א החדשות ד' ליוורני ח"ג סי' קנ"ו שכתב עמדתי על מחלוקת ראובן ושמעון על הכותל העקום שבא לשמעון לקצר קצת דרך הרבים כדי ליישר את הכותל ולבנותו כנגד היסוד לפי שטוען שכן היה מתחלה ונתעקם ועוד שאינו מזיק בזה כלל לבני ר"ה שהדרך רחבה ואינו מזיק אם יחזור הכותל כנגד היסוד וראובן טוען שכן היה מעוקם מתחלתו ועוד שהוא מקצר הדרך שאין נכנסין ויוצאין בריוח כמו שהיה וגם מעכבים משאות הנכנסין לביתו ולאוצרו ובזה י"ל שהדין עם ראובן שכל שמקצר כלל את הרשות אינו רשאי כדר"י דמצר כו' ואפי' איכא רוחא טובא כשיעור ר"ה שהוא רוחב ט"ז אמות כדגרסי' פרק ח"ה

כנס לר"י אינו מחזיר כו' וקי"ל כר"י (כמ"ש בסי' תי"ז ס"ב) ומה שטען שמתחלה היה ישר כנגד היסוד אלא שנתעקם (ר"ל דא"כ הך חזקה שלא ברשות היא) אינו נראה שאינו נתעקם נופל היה כל שנתעקם עד שנטה מן היסוד ועוד שעליו להביא ראיה עכ"ל. ומזה רצה הרב בית אפרים להביא ראיה לנידון שלו דאף אם מתחלה היה כונס לתוך שלו רק בקרן זוית אחד לבד נמי אסור להחזיר הכתלים למקומן. ואח"ז כתב אך עדיין יש לפקפק בדבר דע"כ לא אמרינן דהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו אלא כשנתן להם הדרך מדעתו וגמר בדעתו שיוחלט דרך זה לרבים לעולם משא"כ בזה שלא כינס כל הבית הסמוך לרחוב רק מקצת הקרן הסמוך לר"ה והרי זה כאומדנא דמוכח שלא היה בדעתו להחליט להם רק שלפי שלא היה צריך אליו בשעת הבנין הניחו פנוי עד זמן שיצטרך אליו וכשאל את גבולו לפי שעה לרבים דמי דאיתא בחזרה כמו החזיקו שלא ברשות כו' ומעשים בכל יום שב"א מניחים את גבולם פנוי זמנים הרבה ובזמן שהוא פנוי הוא למדרס רגל ב"א ולפ"ז צריך לחלק הא דקי"ל כנס אינו מחזיר משום כיון שבנה בנין על גבולו והניח מקום פנוי משתמא דעתו שיהא עשוי להילוך רבים רק שיוציא זיזין אם יצטרך והלכך אסור לקלקלו מה שא"כ כשיש רגלים לדבר ואומדנא דמוכח שאין בדעתו להפקיר גבולו לעולם כגון שלא עשה בנין כלל או שהניח קצת פנוי בקרן זוית א' ודעתיה עליה לבנותו כשיצטרך ש"ד לבותו אח"כ ומדברי ת' הרשב"א הנ"ל אין ראיה דהתם לפי טענת ראובן שהיה מעוקם מתחלתו לא היה שמעון כונס לתוך שלו כלל רק שהיה מקום הכניסה שייך לר"ה מאז ומקדם כו' ע"ש עוד ויובא לקמן סי' תי"ז ס"ב ס"ק ב':

ג **אסור לקלקלו.** ע"ל סימן קס"ב ס"א בהג"ה לענין להעמיד דלתות במבוי דאסור ג"כ משום מצד כו' וסיים שם זהו משורת הדין אבל אם נתן להם המלך רשות כו' ע"ש. ועיין מה שכתבתי שם דנראה לפע"ד דדוקא אם כבר נתן רשות אבל לכתחלה אסור לבקש על ככה ע"ש:

סימן שעה

א **בין שהיה שוגג.** עיין בתו' חות יאיר סי' קסט בדבר אורח שהלך לישן לחדר משכבו ושכח לכבות נר שעוה המשולם והניחו דולק ונשרף השלחן וארגז עם כלי לבן של בעה"ב. וכן שפחה שמבלי השגחה להסיר העצים שעל התנור בעת שבוער גרמה דליקה ונשרף קצת כלי בית ופסק דמחוייבים לשלם כי אדם מועד לעולם כו' ע"ש:

ב **ברוח מצויה** עבה"ט ועיין בת' צ"צ סי' צ"ג כתב ג"כ כדברי הב"ח דברוח שאינה מצויה גופא איכא לחלק כו' והכי דייק לישנא דהטור כו' ע"ש:

ג **אבל אם ראו זה את זה.** כתב בדגמ"ר נראה לפענ"ד שזה שניזק חבירו בו ראה את הניזק אבל הניזק לא ראה אותו עכ"ל:

ד **אבל בע"ש בין השמשות.** עיין בת' חו"י סי' ר"ז במי שהיה רץ לקידוש לבנה ומפני מרוצתו פגע בחנות אחת ושפך כד שמן ושיבר כלי זכוכית והעלה דחייב לשלם דאין למידין כלל מרץ בין השמשות בע"ש דבהיל טובא שהרי הוא ספק לילה והוא זמן מועט לפני הלילה ממש לכל היותר אלף ות"ק אמה כו' עיין שם עוד:

ה **אין המזיק חייב לשלם יותר.** כתב בדגמ"ר וז"ל בטור בשם ת' הרא"ש סיים בזה כיון שלא כוון ע"ב ומשמע שאם כוון חייב לשלם כל מה שיעלילו עכו"ם משום דינא דגרמי וע"ל סי' ע"ב בש"ך סוף סק"מ (ובבה"ט שם ס"ק נ"ג) עכ"ל ועמ"ש שם:

סימן שפב

א **והוא י' זהובים.** עש"ך סק"ג עד וא"כ הטוב והמטיב ביבנה תקנוה ואינו אלא מדרבנן וא"כ עם ברכת פרי הגפן ליכא אלא ד' כו' וע' בקצה"ח שכתב עליו וק"ל דא"כ אמאי משלם עבור פרי הגפן דהוא נמי אינו אלא מדרבנן דכל הברכות אינן אלא דרבנן לבד בהמ"ז שהוא מה"ת וברכת התורה לדעת קצת פוסקים כו' ע"ש גם בספר ארעא דרבנן אות תרכ"ז תמה כן בשם חכם אחד ובהגהות שם כתב ליישב קצת ע"ש:

ב **ומלו פטור.** עבה"ט עד ולדעתי הם מבטלין מ"ע ומצוה גדולה של מילה כו' וע' בזה בתב"ש סימן כ"ח ס"ק י"ד ובספר המקנה קדושין דף כט ובספר קצה"ח סימן זה בת' בית אפרים חח"מ סימן סז ועמ"ש בש"ת ליו"ד סימן רס"ד סק"א:

ג **ובזה"ז אין מגבין.** עיין בת' חתם סופר חח"מ סימן קע"ו ע"ד שוחט מכפר אחד שהותל באיש אחד נכבד שא"ל שאשתו ילדה בן זכר ומכבדו במצות מילת בנו והאיש הזה נסע ד' שעות לכפר הנ"ל והנה שיקר בו ונקבה ילדה והיה לשחוק בעיני כל. וכתב דיש בכאן דין אונאה כמבואר בסימן רכ"ח ס"ד היו חמרים מבקשים לקנות תבואה כו' וגם דיני ממונות כמבואר בס"ס של"ד בשוכר מלמד לבנו כו' דנותן לו שכרו משלם דיותר נוח כו' וה"נ יותר נוח לו למול ולקבל שכר שמים של פסיעות מלישב בטל וא"כ צריך לשלם לו שנרו משלם ושכר מילה הוא עשרה זהובים ושכר פסיעות אין בידי לשער כו' אך בזה"ז אין גובין וחוזר הדבר למ"ש סי' א' ס"ה ושם ס"ו ויען אין לנו רשות לנדות ואמנם מדינא מבואר ביורה דעה סי' של"ד סעיף ו' בהג"ה ובש"ך סעיף קטן י"ט וא"כ פשיטא שיכולים להעבירו מאומנתו עד שיפייס את האיש הנ"ל בכל מה שראוי לפי הנ"ל ונקבל

תשובה על חוצפתו ולאו של אונאה ועד אז אני מסכים להעבירו אם קבלו ב"ד טענת ב' הצדדים ע"ש:

סימן שפה

היזק שאינו ניכר. עיין בפמ"ג א"ח בהנהגת או"ה סוף סדר ב' שכתב וז"ל התוחב כף של איסו' לתוך היתר חבירו שוגג פטור כו' אך באין מיגו י"ל דנרגש הטעם והוה היזק ניכר וצ"ע עכ"ל:

סימן שפו

א **קיי"ל כר"מ דדאין דד"ג**. ע' בסמ"ע בשם התוספת והרא"ש החילוקים שיש בין גרמא בניזקין דפטור ובין דינא דגרמי דחייב עש"ב ועיין בת' משאת בנימין סי' נ"ח שהאריך בזה ובסוף כתב וז"ל הרי הוכחנו לדעת האשר"י ושאר רבוותא דכל מילי דשכיחי קנסוהו רבנן למזיק בכל ענין כו' ובמילי דלא שכיחי הוא דחלקו רבנן בין גרמא לגרמי דכל דבר שהוא עצמו עושה ההיזק או שההיזק בא מיד בשעת מעשה זהו נקרא גרמי וחייב לשלם מדאורייתא כאילו עשה ההיזק בידי' ובמזיד וכל היכא שאינו עושה ההיזק בעצמו אלא שע"י גרמתו בא ההיזק או שההיזק אינו בא מיד כ"ז הוא גרמא בניזקין ופטור ונראה דאינו חייב לשלם מדד"ג במידי דלא שכיח אלא בדבר דאית ביה תרתי שהוא עושה ההיזק בעצמו וגם ההיזק בא מיד בשעת מעשה אבל משום חד מנייהו לא מחייבינן ליה משום דאנן לא פסיקא לן מלתא איזה חילוק הוא אמת כו' ועוד אפשר דגם חכמי התלמוד לא חייבו מדד"ג עד דאיכא תרי טעמי דעושה ההיזק בעצמו וגם שההיזק בא מיד בשעת מעשה ומדמספקא לן איזה חילוק משני החילוקים הוא עיקר וגם שמא לא מקרי גרמי עד דאיכא תרי טעמי הלכך אין כח בידינו לחייב עד דאיכא תרתי. עוד כתב הרא"ש דאינו חייב מדד"ג עד שיהא ברי היזקא ועד שעשו מעשה בגוף דבר הניזק אבל אי לא ברי היזקא כגון שיסה בו את הכלב דלא ברי שישוך הכלב וכן אי לא עשה מעשה בגוף דבר הניזק נגון זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות וקדם וסילקן דאינו עושה מעשה בגוף הכלי כ"ז אינו אלא גרמא בניזקין ופטור עכ"ל ע"ש עוד באריכות. וע' בספר שער משפט מ"ש בזה. וע' בש"ך סוף ס"ק א' מ"ש ונ"ל עוד ראיה לזה מהא דקאמר בפרק הגוזל קמא כו' ואמאי שבק אמימר חמץ ונקט שטרא לחוד כו' ועיין בת' נו"ב חלק א"ח סי' ך' מ"ש בזה: דינא דגרמי. עבה"ט מ"ש וכתב בעה"ת שער נ"א כו' עד יש לפטור גורם דגורם ועיין בתשו' נו"ב סי' לז אודות שמעון ששלח יד (בקאנסימענט)

של ראובן ועי"ז נלקחו הסחורות על המכס וכעת ראובן מוחזק בשל שמעון נגד ההיזק שהיה לו מזה. וכתב דמה שטוען שמעון שהוא שגג ולא ידע שיש שם סחורות של ראובן אני תמה וכי עדיף זה ממראה דינר לשלחני שכתב הש"ך דלא מחשב שוגג כיון שלא גמר כל צרכו פושע ומזיק הוא וק"ו נ"ד שהי' לו לשמעון להעלות על הדעת שיש בו גם סחורות של ראובן ועוד שאין לך פושע גדול מזה לכתוב אגרת ראובן לזייף חתימתו. אבל מה שיש לעיין בזה הוא מ"ש הש"ך סק"ג בשם בעה"ת דגורם דגורם פטור והסכים עמו הש"ך וכאן שמעון שלח הרשימה עם (קאנסימענט) להסוחר בעיר (ליגאוי) ובזה עדיין אין גרם היזק אלא מה שהראה הסוחר שם הרשימה להמוכס א"כ הוי גורם דגורם אלא דלדעתו יש לומר דכאן לא מחשב גורם דגורם והסוחר בעיר (ליגאוי) שליחותו דשמעון עביד ואף שאין שליחות לעכו"ם מ"מ כמו שאמרו בב"מ דף י' לענין אין שליחות לדבר עבירה דחצר דבע"כ מותיב בה מחייב שולחו כן י"ל היכא אמרינן גם אתם לרבות שלוחכם בני ברית לאפוקי עו"ג היכא דאי בעי עביד כו' אבל בנד"ז דע"כ מראה הסוחר הרשימה להמוכס הוי כמו חצר ומחשב שלוחו כמותו אך לא אכניס עצמי בזה כעת כו' אלא דבלא"ה כיון שראובן מוחזק יכול לומר קים לי כהרמב"ן שחולק על בעה"ת וסובר דגורם דגורם ג"כ חייב אמנם מה שיש עוד לפקפק בזה לפ"מ שהאריך הסמ"ע בר"ס שפ"ו לחלק בין גרמא לגרמי ואחד מן הפרטים הוא דלא מקרי גרמי אלא כשעושה מעשה בגוף דבר של חבירו ואם כן בנ"ד אם יפעול שמעון שהסוחר (בליגאוי) יחזיר (הקאנסימענט) לידו ויחזירנו לראובן א"כ שוב לא עשה מעשה בגוף הדבר של ראובן שהרי בסחורות עצמו לא עשה שמעון שום דבר אלא שאולי כיון שכבר בא ההיזק ע"י (קאנסימענט) כבר נתחייב שמעון ומה שמחזור עתה (הקאנסימענט) חספא הוא מחזיר אמנם כיון שכ' הסמ"ע דלרמב"ן אין חילוק בין גרמא לגרמי בכולהו חייב א"כ כאן שראובן תופס ומוחזק יכול לומר קים לי ולכן פשוט שראובן כדין מחזיק בשל שמעון עכ"ד ע"ש:

ג **לפיכך**. עבה"ט בשם ש"ך עד וכן אם היה שוגג נמי פטור כו' ועיין בת' חו"י סימן מ"ד במעשה בראובן שהיה חייב לשמעון אלף ר"ט בכ"י עם נאמנות ובשנת תמ"ט שפשטו חיל מלך צרפת באשכנז והחריבו כפרים ושללו ובזזו יינות ותבואות מילא ראובן ספינה ביינות שלו וביקש להבריחם למרחוק שלא תגיע שם יד השונא ינודע לשמעון ועוקל הספינה על ידי השררה עד שיפרע לו ראובן או שיעמיד לי ערב מספיק וע"י כך נתעכבה הספינה ובתוך כך בא גדוד הצרפתים ושרפו העיר ושללו אשר מצאו וגם הפינה הנזכרת ויהי כאשר תבע אחר כך שמעון את חובו השיב ראובן כי גרם לו היזק שלולא שעיקל

ספינתו היה מבריחו (להאללאנד) ושם היה מוכר יינו בעד אלף ר"ט כסף חובו. וכתב דנראה שאין טענת ראובן כלום כי אין לחייב את שמעון מצד דינא דגרמי דכבר הכריע הש"ך בר"ס שפ"ז דדינא דגרמי הוא רק קנס מדרבנן ובשוגג שלא נתכוין להיזק פטור והרי כאן מה שעשה שמעון לא במזיד עשה רק להציל חובו כו' ובפרט דבנ"ד לא הוי רק ספק גורם ולא ברי היזקא דלכ"ע פטור כו' וגם אין לומר סברא לחייבו דמאחר שהוא שעת חירום ה"ל מה שעוקל כמזיק בידים ודמי לכופף קמתו של חבירו לפני הדליקה במקום דמטי ברוח מצויה דחייב בש"ס פרק הכונס (ובש"ע סימן תי"ח סי"ח) דזה אינו דנ"ד ודאי לא דמי רק לרוח שאינה מצויה דלא פסיקא מלתא שימהר ויחיש הגדוד לבא כו' וא"ל דהרי בכופף קמתו של חבירו גם ברוח שאינה מצויה חייב עכ"פ בדיני שמים ואם כן הכא דראובן הניזק חייב לשמעון ה"ל כתפס ז"א חדא דכבר כתב רש"ל בפ' הכונס דלא מהני תפיסה בכל החייבים בדיני שמים הביאו הש"ך ר"ס כ"ח שכ"כ הריב"ש סי' שצ"ב (עיין בש"ך סי' עה ס"ק כ"ו) ועוד דכאן ודאי אף בד"ש פטור דדוקא בשאין לו שום שייכות בדבר השייך לחבירו משא"כ זה שכוון להצלת חובו אינו מחוייב להמנע מחשש היזק חבירו הבלתי רגיל כו' ע"ש עוד סברות בזה:

ג **שלא הגביהו.** עבה"ט עד ואין דבריו נ"ל כו' וע' בת' בית אפרים חח"מ סי' ל"ה מ"ש בזה:

ד **השורף שט"ח של חבירו.** עיין בתשובת נו"ב סימן ל"ז שכתב דזה ודאי דאפילו שט"ח שנכתב לך ולכל מי שמוציאו שאז א"צ כתיבה רק מסירה לחוד ומי שהוא בידו גובה בו כמבואר בסימן ס"ו ס"א בהג"ה אפ"ה השורפו אינו חייב רק מדינא דגרמי ע"ש:

ה **שהחזיר שטר.** עבה"ט ועיין מ"ש לעיל סימן נה ס"א סק"א:

ו **מעותיו פטור** עבה"ט וע' עוד בסמ"ע (והובא בבאר הגולה) שכתב מעשה אירע שבא עכו"ם ועשה מקח ליקח ממנו כך וכך מדות יי"ש כו' עד נראה פשוט דאם אין ערמה בדבר לפי ראות הדיינים אין עונשין לישראל השני כו'. ועיין בתשובת נחלת שבעה חלק ב' סי' ס"ה מענין זה באריכות עש"ה:

סימן שפח

א **ויש חולקין.** עבה"ט סק"ו עד אבל בלא עדים פשיטא דנאמן ועיין בדגמ"ר שכתב וז"ל הדבר צ"ע דכאן אין הספק מחמת נאמנות אלא הספק אם חייב ונ"ל דהש"ך כתב זה לשיטתו בסק"ו שהכריע דלא כר"י עכ"ל:

ב **הנזק לאחר.** עבה"ט דאם כבר בא הנזק עליו אסור לסלקו כו' ובדגמ"ר נרשם על זה ע"ל סי' קס"ג בש"ך ס"ק י"ח. ועמ"ש שם ס"ח כ"ז. וע' בת' חות יאיר סי' רי"ג:

ג **ונתנו לאנס חייב.** עבה"ט ועיין בתשובת אא"ז פמ"א ח"א סי' מט במעשה שאירע כעין זה עש"ה:

ד **מ"מ יוכל זה שכנגדו כו'** עיין בת' עבודת הגרשוני סימן מ"ח בענין זה באריכות:

ה **וכן אם הודה** עבה"ט עד ולא כדמשמע מדברי מהרש"ל כו' וע' בקצה"ח שכתב דבשיטה מקובצת לב"ק דף צ"א משמע כדעת מהרש"ל דגם בקנס דרבנן מודה פטור ע"ש. וע' בת' שיבת ציון סימן ק"ט שכתב דבראב"ן סי' צ"ב מפורש כמהרש"ל דגם בקנס דרבנן מודה פטור גם נראה להוכיח דהרמב"ם פ"ז מהלכות חובל ומזיק הלכה ד' גם כן ס"ל כו' וגם בתשובת מעיל צדקה ס"ס ס"א דעתו כן בפשיטות. ומה"ט כתב שם בנידון קהלה אחת שיש להם תקנה שמי שיעבור על אחת מתקנותיהם יתן קנס ח"י זהו' לקופת הקהלה ואירע שבעה"ב אחד נחשד שעבר על איזה תקנה וכאשר חקרו מנהיגי הקהלה העיז נגד המנהיגים והתפאר עצמו שכמה פעמים עבר על תקנה ועתה רוצים המנהיגים לענוש אותו על הודאת עצמו שיתן קנס הקבוע ונשאל אם נימא בזה מודה בקנס פטור אחר שאין עדים בדבר. והשיב הנה קנס זה שהוא מתקנת הקהלה הוא כמו קנס דרבנן וכבר הכריע הש"ך בסימן שפ"ח דבקנס דרבנן לא אמרינן מודה בקנס פטור ודלא כמהרש"ל אמנם נלע"ד להכריע נגד הכרעת הש"ך כו' ומעתה כיון שהרמב"ם והראב"ן ומהרש"ל ס"ל דגם בקנס דרבנן מודה פטור וגם בת' מ"צ פשוט ליה כן בודאי דהכי הלכתא ולכל הפחות אין להוציא ממון מיד העובר על התקנה כי מצי לטעון קים לי כהך רבוותא דס"ל דפטור במודה מעצמו ואין לומר דאף שפטור מצד הדין מ"מ חייב בקנס מצד תקנת הקהל וקבלת המנהג כמבואר ביו"ד סי' רי"ד זה אינו כי דבר זה אינו מפורש בתקנה שיתחייב קנס ע"פ הודאת עצמו וסתמא דמלתא משמעות התקנה לחייב קנס על פי דין היינו שיבורר בעדים שעבר על התקנה ואפילו אם יש ספק במשמעות התקנה מ"מ אין להוציא ממון מספק סיומא דהך פיסקא שאין ביד הקהל לתבוע הקנס הנכתב בפנקס אמנם יש ביד ראשי העדה לקונסו מפני העזה שהיה לזה נגד הפרנסים להיות כמתפאר עצמו ונקל בעיניו לפרוץ נגד התקנות אך יהיו מתונים בדין כו' עכ"ד ע"ש:

ו **דמותר ליטול.** עבה"ט שכתבו הרי"ף וסייעתו בע"כ לא ס"ל הכי כו' וע' בת' חתם סופר חח"מ סימן קנ"ד שכתב שדברי רבי' ברוך שבמרדכי שהוא הי"א אלו נכונים בטעמם וכוונתו דק"ו מעליא הוא השתא גופו ממונו לכ"ש ורק משום דכתיב וצדיק יבשל והא

לא כתיב בקרא איזה צדיק ילבש והרי זה המעכב הוא הצדיק הראשון ולמה יוציאנו מידו לתתו לצדיק אחר אפי' כבר ה"ל בנין דמעלי ובזה נדחו דברי הש"ך שכתב דהרי"ף וסייעתו חולקים כו' וגם מתשובת רש"י אין ראיה כו' ומסיים יהיה איך שיהיה ואין כאן מי שחולק על רבי' ברוך וסברתו נכונה ורמ"א קבע דעתו בש"ע א"כ מי יוציא מהלוה והנפקד נגד זה ע"ש ועמ"ש לעיל סימן רפ"ג ס"ב סק"א:

ז **והוחזק בכך**. עבה"ט שכתב והש"ך השיג ע"ז כו' וכ"כ בקצ"ח משום דהא דאין שלד"ע כתב הריטב"א בקדושין דעיקר הטעם אינו משום דברי הרב כו' אלא דכן הוא גזרת הכ' וא"כ אפי' בהוחזק השליח נמי אין שליח לד"ע ע"ש אכן בתשו' שבות יעקב ח"א סימן קס"ד דעתו כהרמ"א ז"ל בזה וכתב על הש"ך שאין דבריו מוכרחים. וע"ש עוד אודות א' ששלח לעכו"ם לבייש חבירו ברבים וכן עשה אם קונסין אותו כאילו בייש בעצמו או אין שליח לדב"ע. והעלה דחייב המשלח חדא כיון דהשליח לאו בר חיובא הוא דאע"ג דהלבנת פנים כאילו שופך דמים כדאיתא בב"מ דף נח וב"נ מצוה על ש"ד מ"מ לא הוי ש"ד ממש לחייב עלה ב"נ כדמוכח בסנהדרין דף נז ע"א ועוד דעכו"ם הוי מוחזק בכך והיכא דמוחזק לעשות אף שהוא בר חיובא חייב שולחו ובר מן דין הוא בכלל מוסר יחשב שמוסר גופו של חבירו ואף אם העכו"ם עושה הדבר מאליו מצוה להצילו מהלבנת פנים דהוא בכלל לא תעמוד על דם רעך מכ"ש לצוות על זה דהוי בכלל מוסר שמסור גופו לצערו לביישו ברבים ודינו חמור ויש לב"ד לקנסו כפי מגדר מלתא ויקר פדיון נפשו ע"ש. ועיין בתשוב' ח"ס חח"מ סי' קפ"ה שכתב ג"כ דנ"ל דברי הרמ"א אמתיים להלכה אך לא מטעמיה של תשב"ץ אלא הוא גופיה מסור שהרי מסר חבירו ביד אנס מה לי אנס ישראל מה לי אנס עכו"ם כו' אלא דמלשון לעכו"ם אנס חייב אפי' לא מסר אלא ממונו דממילא ה"ל נפשות כתוא מכמר משא"כ מלשון לישראל דוקא מוסר גופו לאנס והכא שמסר לישראל המוסר לעכו"ם ומפילו לתוא מכמר הראשון עצמו מסור הוא אפי' יעשה נ"י גרמא דגרמא ושליח שליח ורוב מוסרים לשלטון עכו"ם אין השלטון בעצמו עושה מעשה אלא ע"י זה מסתעף וע"י שלוחו מ"מ ה"ל מסור וה"ה הכא ודברי רמ"א נכונים עכ"ל. ותימא שלא הזכיר דסברא זו כתב הרשב"ץ עצמו והובא בש"ך ס"ק ס"ה שכ' וז"ל. ועוד יש לחייבו כאילו מסרו אל האנס עצמו ואין אנו צריכין לבא עליו מדין שליח שכיון שהוחזק הזקן מסור המוסר בידו כמוסר ביד האנס כו' ע"כ והנראה שגם הש"ך לא השיג עליו בזה רק בנדון דידיה דמיירי במסר שטרות ע"ש וצ"ע:

ח **שליח חייב לשלם**. עבה"ט וע' בת' בית אפרים חח"מ סי' ו' מה שכתב בזה עש"ב:

סימן שצ

והניחו אדם במקום תורפה. כתב בדגמ"ר וז"ל היינו בתרנגול הפקר דאל"כ בעל התרנגול ג"כ מסייע בתשלומין דלא גרע מבעל החוט עצמו שהניח חוט שלו במקום התורפה ובזה אין אנו צריכין למה שנדחק הסמ"ע בס"ק כ"ט ואף על פי כן דברי הסמ"ע נכונים שהסמ"ע קאי על דברי הטור ובטור נזכר רק ראשית דברי רמ"א שקשר אדם בידים ממש החוט ברגל התרנגול ובזה ודאי הקושר לבדו חייב אפי' יש לתרנגול בעלים אבל בסוף דברי רמ"א שהיה החוט מונח במקום מוצנע והניחו במקום תורפה בודאי אם יש לתרנגול בעלים גם בעל התרנגול חייב שזה פשע במה שהניח החוט במקום שאינו משמר וזה פשע שלא שמר תרנגול שלו עכ"ל:

סימן שצא

וי"א דמי שעורים בזול. ע' בת' שמן רוקח ח"א סי' ע"ג מ"ש בזה:

סימן שצו

א **וי"א דאפילו על הבהמה עצמ'** ע' בתשובת חות יאיר סימן ר"ד במי שהתיר פרת חבירו שהיתה קשורה בסריגי החלון של ברזל ברה"ר ונאבדה. והאריך קצת ודעתו נוטה דחייב לשלם מדיני אדם דאפילו הפוטרים פורץ גדר על הבהמה שנאבדה מד"א היינו משום דגורם בעלמא הוא משא"כ אם עביד מעשה כו' ומסיק דאף את"ל דיש לפקפק בזה ואין להוציא ממין מ"מ ודאי דאי תפיס לא מפקינן מיניה משא"כ אילו אינו חייב רק בד"ש ע"ש:

ב **הוא פטור.** עש"ך לעיל סי' עז ס"ק א' מבואר שם דהיינו דפטור מדין מזיק אבל מ"מ חייב מדין ערב היכא דאין להם לשלם ודלא כהרב רמ"א ז"ל בתשובה סי' כז ע"ש. ולפ"ז ה"ה וב"ש ברישא היכא דאינו משתמר אלא בחמשתן דזה שפשע חייב אם אין לו לשלם מחוייבים הנשארים לשלם מטעם ערבות וצ"ע:

סימן שצז

מתרים בבעלים. ע' בת' חות יאיר סי' קסה במעשה בא' שהיה לו חנות לפני פתח ביתו במיני קטניות וזרעונים והיו תרנגולות של שכינו פורחות תמיד על החנות ואוכלות משם והפריחם כמה פעמים וחזרו ובאו כ"פ והגיד לבעל התרנגולות לשמרם כי אם יבואו יכם וימיתם ולא חש. ופ"א שחזרו ובאו עמד בעל החנות והרג א' מהם המובחרת

העומדת לגדל ביצים ואפרוחים. ובאו לדין ופסק שם דבעל החנות חייב לשלם דמי שווי התרנגולת אלא דאם טען שאחר שהתרה בו הוזק ממנו כך וכך נשבע ומנכה לי. ואפילו היתה התרנגולת עומדת לשחיטה מ"מ הא קיי"ל דבעי התראה והיינו בעדים וכ"כ הגהת ש"ע סי' תטז אבל מה שמזהיר הניזק פה אל פה למזיק לא נקרא התראה שהיה יכול לכפור בו או לומר לא חששתי לדבריך ומכ"ש בנ"ד שהיתה עומדת לגדל ביצים דאף אם היה התראה לאו כל כמיניה לשחטה וכמ"ש כמעט כל הפוסקים כו' ע"ש:

סימן שצט

מיהו אם תפס. עבה"ט עד וכתב עוד דגם להרא"ש והטור ל"מ כשתפס ויש לו מגו אלא כשתפס קודם שהודה וע' בדגמ"ר שכתב עליו וז"ל אני תמה על דבריו כיון דלהש"ך התפיסה היא כעדים (כמבואר בש"ך בפנים) אם כן אפילו הודה מתחלה ה"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים וכיון דבהודאתו לא חייב עצמו כלל אם כן חייב אחר כך ע"י העדים ועיין ברמב"ם פרק ג' מגניבה הלכה ט' ובמשנה למלך שם סוף הלכה ח' שוב ראיתי בישׁ"ש פרק מרובה סי' כ"ו שכתב דבכל קנס אפי לא חייב עצמו בכלום ואח"כ באו עדים פטור חוץ מהודאה של טביחה עכ"ל ועיין בקצות החושן לעיל סוף סימן א':

סימן ת

אתה יודע. עבה"ט שכ' אבל כשאינו טוען כן א"צ לשבע כו' וע' בתשובת רשמי שאלה ס"ס מ"ט שכ' דה"ה דאינו יכול להחרים עליו שאינו מאמינו ע"ש ועמ"ש לעיל סי' ע"ה סט"ז ס"ק ט"ז:

סימן תב

יצאו חמשים בחמשים כו'. כתב בדגמ"ר וז"ל כל אלו הדינים וכן מה שנזכר בסמ"ע סק"ב כל זה הוא כשנעשה הנזק הב' קודם שהיה ביד הניזק הראשון להביא עדים ואז עדיין לא נעשה שותף כמבואר בש"ך סימן ת"א סק"א אבל אם בידו להביא עדים נעשה שותף ואז מה שהוזק המזיק אחר כך צריך הוא לסבול לפי ערך חלק שיש לו בו חוץ מה שיש עליו לשלם למזיק מה שהזיק שורו לחלקו של מזיק ואז יש חשבון אחר הכל לפי גודל החלק ועיין בסמ"ע סוף סימן ת"ד מ"ש בשם הטור עכ"ל:

סימן תג

על המזיק למרוח. עסמ"ע שכתב כבר כתבתי (לעיל סק"ב) דעל הניזק להעלותו מהבור כו' ונוטל דמי הוצאותיו על העליה מהמזיק כו' וע' בתשו' בית אפרים חה"מ סי' ל"ה שכ' דהדברי הרש"ל ביש"ש ב"ק סי' ל"א ומדברי הש"מ ב"מ דף נ"ו בשם הרמב"ן מבואר דלא סבירא ליה כמו שכתב הסמ"ע לדעת הרא"ש והטור אלא דגוף הטורח חל על המזיק ומ"מ האחריות הוא על הניזק שמיד שידע הוא צריך להשתדל לתבוע להמזיק שיעלנה ואם תבעו ונתרשל המזיק חייב ואם ידע הניזק ולא תבעו להעלותה מדשתק הא קמן דלא קפיד לשתהיה שם והרי הוא על אחריותו ופסיד אדניזק הוא ע"ש עוד:

סימן תח

א **אלא בראיה ברורה**. עבה"ט שכתב ועוד כתב הטור בשם ר"י דקמ"ל בזה דאפי' שור כו' ועיין בס' שער משפט שכתב דהרא"ה בספר החינוך מצוה קצ"ב חולק על זה ע"ש עוד:

ב **ואין מקבלין**. ע' בתשובת רבינו עקיבא איגר ז"ל סי' ק"ה שכ' לתמוה על הרמ"א ז"ל שהעתיק דברי הנ"י סתם בכל נזקים שבעולם אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד במקום אונס ובאמת נ"ל ברור דהנ"י לא מיירי רק לענין יהודי תורא דבזה קפיד קרא והועד בבעליו אבל לענין התשלומי' מה שכבר נגח זה דומה לכל עדיות דעלמא וכמבואר להדיא בל' חידושי הרשב"א פ' בתרא כו' והניח בצ"ע ע"ש:

סימן תיב

כל הדרך. עבה"ט בשם סמ"ע וע' בת' בית אפרים חח"מ סי' ע"ט מ"ש בזה:

סימן תיז

א **של מושלי העיר**. ע' בת' בית אפרים חח"מ סי' כ"ב לאחר שביאר בנידון דשם דיש איסור לבנות תחת הפיר לייבין (הוא בליטה מהגג על פני הבית לצד הרחוב ע' בא"ח ס"ס שמ"ו בט"ז סק"ז ובס"ס שפ"ה ושכ"כ בתשובת ב"ח החדשות וכמו שיובא בס"ק שאח"ז) כתב אחר זה וז"ל ואין להתיר מטעם שכתב הרמ"א בסי' תי"ז בהגה לפי שר"ה הוא של מושלי העיר כו' והוא מדברי הרשב"א. הדבר ברור שז"א שהרי הרשב"א שם סיים וה"ז ככונס לתוך שלו ע"ד שיוציא זיזין ומחילות לכשירצ' ע"ש והרי בזיזין מבואר סעיף ב' דאף על גב דיכול להוציא אח"כ משום שכנס אבל אינו יכול להחזיר הכתלים

למקומן מטעם מצר שהחזיקו בו רבים וע"כ לא מדמי לה הרשב"א אלא במחילות שאינו מקלקל דרך הרבים רק שעוש' חלל תחת ר"ה והא מלזיזין דמי ובהא מהני מה שר"ה של מושלי העיר ומעיקרא ניתן לעשות זיזין ומחילות לכשירצ' וה"ל ככונס לתוך שלו אבל להחזיר כתלים למקומן דאף בכונס לתוך שלו גופא אסור פשיטא דלא מהני הך טעמא להתיר בכה"ג עכ"ל. ושם בסי' כ"ג חזר ושנה דבר זה ביתר ביאור קצת וכתב דלכאור' לא משמע כן בתשו' הרשב"א שהביא הב"י בסי' קס"ב (וברמ"א שם ס"א) בענין להעמיד דלתות במבוי שכתב אכל עכשיו יש למלכי האומות דיני מלוכה כו' משמע אף היכא דשייך דינא דמצר שהחזיקו בו רבים מ"מ שפיר דמי ע"פ דד"מ מ"מ נראה דהרשב"א לא סמך שם על זה לבד כו' ועוד דשאני התם דנתן רשות בפי' להעמיד דלתות ע"ש. עוד כתב שם שלשה חילוקים אחרי' דאין להתיר בנדון דשם מטעם דברי הרמ"א הנ"ל חדא דאף הרשב"א והרמ"א לא קאמרי אלא לפי דחזינן דכבר נהגו י"ל דמסתמא ע"ד כן נמסר להם שיכולים לעשות זיזין ומחילות מה שא"כ בגוונא דנ"ד מאן לימא לן שנמסר ע"ד כן שיכול לגזול בני ר"ה לעשות לעצמו פיר לייבין. ועוד דאף אם המושל נתן ע"ד כן אין זה מועיל רק לגבי בני ר"ה לפי שהדרכים של אדוני הארץ ורשות בידם להסב אותם אחורנית. אבל לגבי יחיד שהורע כחו ע"י זה שא"א לבא בתוך ביתו בריוח ע"י בנין זה ודאי שלא נתן מתחילה ע"ד כן שיגיע ע"י זה נזק לאחר שהרי הוא מושל על כל העיר בודאי דלא ניחא ליה לזכות לזה ע"מ לחוב לזה כו' ואם כן אף שיהא נותן רשות עתה מ"מ אין זה דד"מ ולא מהני כמבואר בפוסקים: ועוד דנראה טעם הרשב"א לפי דע"כ לא אמרינן ודהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו אלא כשנתן הדרך לחלוטין מה שא"כ אם מתחלה התנה בפי' שאין נותנו רק לזמן אם כן אם מחזיקין בו אחר הזמן ה"ל כהחזיקו שלא ברשות והלכך כיון דהוי של מושלי הארץ שיש להם רשות לבנות ולסגור מעיקרא נותן לרבים על תנאי שאימת שירצו יחזירוהו ולכך שפיר יכול לעשות מחילות וזיזין וגם לצוות להעמיד דלתות דמעיקרא היה ע"ת שאם ירצה יסתום דרך הרבי' שהולך למבוי משא"כ בנ"ד שזה היחיד גופיה העמיד בנין ופתח בית צואר המרתף לחוץ ונסב הגבול לצד פנים ואם כן מראין הדברי' שהיה בדעתו להחליט לעולם ביד הרבי' וא"כ הא קי"ל כר"י דאמר אינו מחזיר כו' ע"ש עוד ועמ"ש לעיל סי' שע"ז:

ב **להחזיר הכתלים כו'**. ע' בתשובת ב"א החדשות בענין ראובן שהיה לו קרקע רחבה עשר אמות לר"ה שהוא פלטיא גדולה ומקדמת דנא בנה בית ומקרן זוית עד רוחב חמש אמות העמיד הבנין סמוך לר"ה וברוחב חמש אמות השניים כנס לתוך שלו באורך חמש אמות ויותר ובנה בליטה על אותה הכניסה הסמוך לחצרו של שמעון וגם בנה עליה

על אותה הבליטה ועתה רוצה ראובן לבנות בנין אבנים וכיפה במקום שכנס תחלה לתוך שלו באופן שגם זה יהא סמוך לר"ה. ושוה לבנין הראשון שהוא בקרן זוית ושמעון מעכב עליו בכח הטענה דמרבה עליו הדרך לסבב כל אורך בנין אבנים מעמיד במקום הבליטה כי מתחלה היה דרכו לעמוד באלכסון מפתח החצר שלו לתחת הבליטה מה דינו. והשיב הדין עם ראובן ואין שמעון יכול לעכב עליו דאע"פ שאם היתה הבליטה מפיקה מזן אל זן כדרך כל הבליטות בעיירות פלאניא שקורין (אונטיר דיא לייבין) ושם יעברו דרכם בני העיר לא היה כח לשום אחד מאנשי העיר לקלקל הדרך ולהמשיך הבנין עד סמוך כפלטיא דקי"ל כר"י אמר רב מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ואע"ג דבסוגיא פרק המוכר פירות משמע דההוא דרב היינו דוקא שעשו בו רבים משום תיקון וכן מבואר ברשב"ם שם שכתב שהשווהו ותקנוהו להילוך כו' אלמא דבהילוך גרידא לא קנו מ"מ הני ליבין שהחזיקו בו רבים דמי לשביל של כרמים שאינו עשוי כלל אלא להילוך ונקנה בהילוך כדאיתא התם משא"כ מצרי שדה שעשוי קצת להשתמש בו צורך אחר לפיכך אינו נקנה בהילוך וכדמוכח לשם בתוספת ובהני לייבין ודאי ברור ופשוט דאפי' כונס לתוך שלו כנ"ד נמי אסור לו להחזיר הכתלים למקומן דקיימא לן כר"י בס"פ חזקת דאפילו איכא רווחא כל רוחב ר"ה אפ"ה אינו מחזיר הכתלים למקומן. אבל מאחר דבליטה זו בנ"ד אינו אלא ברוחב חצי קרקע ואין כאן קלקול מצר שהחזיקו בו רבים שהרי לא היה כאן שום העברת דרך הרבים תחת בליטה זו פשיטא דיכול ראובן להחזיר הכתלים למקומן וגדולה מזו כתבו התוספת בפרק לא יחפור דאפילו ר"י לא קאמר דאסו' לקלקלו אלא תוך ט"ז אמה כו' וכ"פ בהג"א ס"פ חזקת וא"כ נ"ד דאיכא רווחא טפי משששים אמה לא יש שום איסור בקלקולו אפילו היה שם קלקול גמור אלא דעל דבר זה בלבד לא הייתי סומך מאחר שכל שארי הפוסקי' לא הזכירו חילוק זה אלא שכיון שדבר זה ברור שאין כאן ?העברת דרך הרבים אף ע"פ שלפעמי' היו מאספים בניר"ה ויושבים באצטבעות שתחת הבליטה או עומדין תחתיו אין זה מקלקל דרך הרבים וכיוצא בו כ' הרי"ו הביאו הב"י סי' תי"ז שכ' ודוקא שדורסים בו בני ר"ה כו' (וכמ"ש בהגה) ומכ"ש נ"ד שלא היה אפשר לבני ר"ה לדרוס כאן לקצר דרכם לפי שהבנין בקרן זוית סמוך לר"ה מעכב עליהם ותו דאינו דומה כאן לשביל של כרמים שאינו נעש' אלא להילוך דכיון שלא היו בני ר"ה דורסין כאן כדי לקצר דרכם אלא לפעמים כשהיה הטיט גדול בר"ה או מתאספים שם לשעה מפני הגשמים עד יעברו ולפעמים יושבים תחה בליטה זו בכל אלה לא קנו רבים בליטה זו כיון שלא עשו לשם שום תיקון אלא הילוך גרידא או עמידה או ישיבה כמבואר בסוגיא דהמוכר פירות שהבאתי לפיכך יכול ראובן להמשיך

הכיפה עד סמוך לר"ה להיות שוה לבנין שבקרן זוית ותו לא מידי עכ"ל (ועמש"ל סי' שע"ז סק"א) וע' בת' בית אפרים חח"מ סימן כ"ב שהעתיק דבריו להלכה על נידון שלו ע"ש עוד והובא קצת לעיל סי' שע"ז סק"ב:

ג **כגון שבנה שם אצטבא**. עיין בת' חתם סופר חא"ח סי' צ"ז שכתב דנ"ל דע"כ לא אמר רבינו ירוחם אלא בבונה אצטבא בידים דמראה לכל שרוצ' לבטל בקיעת הרבים והיינו מחאה דיליה אבל באשתייר ממילא גפופין לא דאם לא כן מה היה צריך לומר אי בנה אצטבא לימא אי כנס בתוך שלו והשאיר גפופין אלא ע"כ דדוקא בבונה אצטבא אבל לא זולת עיין שם ועיין בסעיף קטן הקודם:

סימן תיח

א **והשולח פטור**. עש"ך לעיל סי' לב סק"ג שכתב הא דלא קתני דהשולח חייב בדיני שמים היינו כיון דפקח משלם תו לא שייך דיני שמים על המשלח וכ"כ הריטב"א פרק האיש מקדש כו' ע"ש. ועיין בת' ב"ש אחרון סי' י"ב שכ' על זה לכאור' אכתי קשה אמאי לא תני דהמשלח חייב בדיני שמים אם אין לפקח לשלם או שהוא אלם ואינו רוצה לשלם ואפשר י"ל דאף דמי דגורם הפסד לחבירו חייב לצאת ידי שמים זהו אם גורם היזק ודאי לחבירו אבל הכא לא גרם לו היזק בבירור דהא הפקח חייב לשלם רק אח"כ נתגלגל שהפקח אין לו לשלם או שהוא אלם ובשעת היזק לא גרם לו היזק בבירור לכן פטור לשלם אף בדיני שמים. וכ' עוד והנה יש לשאול ולספק באם אחד אמר לחבירו לעשות היזק לאחר באופן שהשליח פטור מדיני אדם וחייב לצאת ידי שמים אם המשלח חייב לצאת ידי שתים דכיון דשליח פטו' מדיני אדם הוי ברי היזקא וחייב המשלח לצאת ידי שמים או דילמא כיון דשליח חייב לצאת ידי שמים הוי לא ברי היזקא כו' עמ"ש בזה:

ב **וכן אם היה הרוח כו'**. ומהאי טעמא כו' בת' שבות יעקב ח"א סי' קל"ו בראובן ושמעון שנסעו יחד על עגלה טעונה צמר גפן של ראובן ושתה שמעון טובאק ונפלו מהקנה כמה ניצוצי אש על העגלה ומוחה ראובן בשמעון שילך מהעגלה כששותה שלא ישרף סחורתו ולא השגיח בו ואחר שעה בא רוח שאינה מצויה ונפלו ניצוצות תוך הצמר גפן ונשרף הכל ופסק דשמעון חייב לשלם הגם דזה פשוט דשתיית הטובאק גרע יותר מצמר צמירו שבש"ס דפטור עכ"ז יש לחייבו מצד אחר כיון שהיה הרוח שאינה מצויה מקודם ה"ל לאסוקי אדעתיה לסלק שתיית הטובאק מהעגלה בפרט שמיחה בו ראובן וכיון שלא עשה כן אף שלא נפח בו כלל הוה באחד הביא את האור ומחוייב לשלם היזקו כדין אש מהיפה שבנכסיו ע"ש ועמ"ש לעיל סימן א' סק"ב:

סימן תיט

מהקרקע המעולה שבנכסי המזיק. עיין בחידושי הגאון רע"ק איגר זצ"ל בגיטין מ"ח ע"ב שכתב דנראה לו דהיינו אותן נכסים שהיה לו בשעה שהזיק דחלה החיוב לשלם ממיטב שלו. אבל למה שקונה אחר שהזיק קודם העמדה בדין אף דצריך לשלם מהם בתורת מיניה כו' (כדאיתא בבא בתרא דף קנז ע"א) מ"מ ליכא עלייהו דין תשלומי מיטב כו' ומסיים דצ"ע לדינא ע"ש:

סימן תכ

א **להתיר לו כדי לצרפו למנין.** עיין בת' ח"ס חח"מ סי' קפ"ב ע"ד איש רע מעללים שהכה באגרוף רשע לבן תורה עד שפוך דם ובעו"ה רבו עוזרי זרוע רשע ואין דורש ואין מבקש והלה המכה הוא אבל על או"א מתפלל לפני התיבה ונסתפק השואל אם לענות אחריו אמן יהש"ר וקדושה. והשיב הנה אם הדברים כהווייתן האיש הזה מן תרם בחרם קדמונים עד שיקבל עליו לעמוד לפני הדין למשפט על כל הנעשה אך אין ברכותיו ותפלותיו כתפלת הכותים שאין עונים אחריה' אמן שהרי ברכותיו כולם לה' אלא מחמת עונש וקנס נידוהו הקדמונים ז"ל ולא יצורף לדבר שבקדושה ואם יתפלל בחזקה לא יענה הצבור אחריו אמן והכל כדי לרדות ולכוף כאגמון ראשו עד ישוב. אך בעו"ה בנד"ז אשר אין איש שם על לב לענשו ולהפרישו וכל הצבור על ימינו ולשחוק יהיה בעיניו אם יודע שאין היחידיים הללו עונין אמן אחר ברכותיו נמצא הם יפסידו עניית יהש"ר וקדושה והוא יעמוד במרדו ויוסיף חטא על פשע יבא בעל הכרם כו' ואין בידינו להעמיד הדת על תלו ואם באנו לדון כמוחרמים כל המחויבים נדוי ע"פ תקנת רבותינו ז"ל בזה"ז לא נוכל להתעסק עם רוב בני אנשי הדור הזה וגדולה מזו בסנהדרין דף ס' ע"א וברש"י שם ד"ה בזה"ז כו' עכ"ד ע"ש:

ב **ואפי' הכה עבד כנעני לוקה.** עיין באר הגולה שכתב דבטור וברמב"ם איתא עבד כנעני של חבירו ותמה בב"י כו' וע' בסמ"ע ובב"ח מזה. ועיין בתשובת שבות יעקב ח"א סימן קפ"א שכ' דכל האחרונים שגגו בזה ונתעלם מהם לשון הרמב"ם פ"ב מהלכות רוצח ושמירת נפש דין י"ב כו' ומסיים העולה מכל זה שדברי הטור והרמב"ם נכונים בלי פקפוק ע"ש וגם בשו"ת ח"צ דפוס לבוב בליקוטים שבסוף הספר סי' נ"ד השיב על הב"י בזה וכתב ולי ברור דעבד כנעני שלו פטור על הכאתו בין בש"פ בין בפחות מש"פ כו' ע"ש ועיין ביאור הגר"א ז"ל:

ג **כיצד משערים הה' דברים כו'**. ועיין בתשובת שבות יעקב ח"א סי' קע"ט הענין זה באריכות:

ד **רואים כמה נפחתו דמיו**. כתב בדגמ"ר וז"ל היינו שאינו צריך ליתן דמי כולו ששוה לפי אומנתו דהא עדיין ראוי לאומנות הזה אבל עכ"פ צריך ליתן דמי כולו ששווה אילו לא היה בעל אומנות ועיין בסמ"ע ס"ק י"ז אלא שאם הפחת שנפחת לפי אומנות שלו עולם יותר מדמי כולו אם היה בעל אומנות נותן לו הפחת הזה עכ"ל:

ה **הרי זה פטור**. עבה"ט ועיין בתשו' שבות יעקב ח"א סימן ק"פ שהביא דמהרש"ל פרק החובל סימן ל"ח כתב דמ"מ חייב בדיני שמים דלא גרע מהמבעית את חבירו ושאר דיני גרמא והוא ז"ל חולק עליו דמי כלל להמבעית את חבירו דה"ל לאסוקי אדעתיה שדרך כ"א להיות נבעתים גם יש ראיה מש"ס פרק הכונס כו' אלא ודאי דכה"ג לגמרי פטור כסתימת לשון הש"ס וכל הפוסקים שלא הזכירו שחייב בדיני שמים ע"ש:

ו **י"א דיוכל לתרץ**. עיין בת' חות יאיר סימן ס"ב וס"ה ובתשובת שבו"י ח"א סי' קעט מענין זה באריכות:

ז **עבד או ממזר והוא אמת פטור**. עיין בת' שבות יעקב ח"א סימן קעט שכ' דדוקא בענין זה שקראו עבר או ממזר שאינו תלוי בתשובה ואין לו תיקון ואדרבה מצוה לפרסמו שנח יתחתנו עמו משא"כ בפיסול עבירה שיש לו תקנה אין לבייש עוברי עבירה כדאיתא בסוטה כו' אף שמדברי מהרש"ל פרק החובל סימן מ"ז משמע דבכל ענין שהבושת אמת אין קונסין אותו חיני מבין דבריו בזה כי' ומצאתי באגודה פרק הזהב שכ' דיותר יש להחמיר כשהוא אומר אמת מכשהוא משקר וראיה מדאמר בבן גרים ובעל תשובה שלא ואמר זכור כו' ואף שאין ראייתו מוכרחת די"ל דוקא היכא שידעינן שעשה תשובה או בת"ח דודאי עשה תשובה אבל לא בשאר כל אדם נ"ל עיקר שאף על האמת יש דין בושת כל שמתכוון לביישו ולא למנעו מכאן ולהלן או נעשות בו דין וכ"כ בפשיטות בת' חות יאיר סימן ס"ב כו' עכ"ד ע"ש:

ח **סופג ארבעים** עיין בתוספת קידושין כ"ח ע"א שכתב דהיינו מדה כנגד מדה הוא אומר שחבירו עבר בלא ולפיכך כו' ע"ש ובמג"א סימן תר"י סק"ו מבואר דהיינו הלאו דלא יבא ממזר כו' ע"ש ובמחצית השקל שם. ועיין בת' ח"ס חח"מ סימן קפ"א שכתב דלא קשה א"כ המבייש רווק מאי איכא למימר די"ל עכ"פ רוצה הוא להביאו לידי מלקות לכשישא אשה וכן מבואר בישו"ש פ"ח דב"ק סימן מ"ד ע"ש. וכתב עוד בישו"ש שם לאו דוקא הקורא ממזר דינו במלקות אלא כל הוצאות שם רע שהוא בלאו ובח"ה שם כתב עליו לולא דבריו הייתי אומר באומרו לו אכלת חלב וכדומה אפשר שכבר עשה תשובה

וכן אבותיו של ממזר אפשר שהיה באונס או עשה תשובה משא"כ שם ממזר הוא פגם מתדבק וחושדו שעתיד לעבור על לאו דלא יבא בכל שעה כשישא אשה וכתב עוד בח"ס שם והנה המלקות נוהגין לפדות בממון וכ' במהרי"ו דהוא מ' זהובים וכ"כ הרמ"א בש"ע ס"ס ב' כו' וביש"ש פ"ח דב"ק סימן מט כ' שמצא בשם הגדולים לפדות המלקות בה' זהובים ריניס ומנהג הלכה אפילו בע"כ של המתבייש ובאמת ט"ס הוא ביש"ש וצ"ל בח' זהובים ריניס וכן הום בתשו' מהרש"ל סי' ק"א שמנה זהובים כו' (וע' בת' נחלת שבעה ח"ב ס"ס ס"ו) וראיתי עוד ביש"ש שם קורא תגר על שרגילים לחלק הקנס לבני ישיבה וכדומה וגוזר על כל הרואה ספרו שיאמרו נהמתבייש שהממון שלו הוא לעשות מה שירצה ואמנם במהרי"ו ס"ס קמ"ז פסק שיתן מ' זהובים לצדקה והמתבייש יברור מה לעשות בהם ונ"ל שאין כאן מחלוקת דודאי בפוגע בכבוד עצמו של המתבייש הרי ההמון של המתבייש אפילו למשתי ביה שיכרא שפיר דמי כמהרש"ל אמנם בפוגע בכבוד אבותיו לא יאכל הלה וחדי בבזיון אבותיו אלא כי היכי דלהוי כפרה להמבייש יחלק הממון לצדקה בעבור נשמת שוכני עפר ז"כ ומ"מ טובת הנאה להבן שהיא גואל הדם שלהם ומזה מירי להדיא במהרי"ו שם עכ"ד ע"ש עוד. ועיין בספר עצמות יוסף בקידושין שם שהביח תשובת ר"י ן' מיגש ז"ל דאם קראו ממזר בן ממזר חייב שתים אבל אם אמר לו אביך ואתה ממזרים אינו חייב כ"א מלקות א' והטעם כי הדבר ידוע שמי שהוא ממזר בנו וזרעו עד סוף כל הדורות ממזרים והואיל והדים וקרא לאביו ממזר הנה נתחייב שיהיה הוא זרעו ממזרים אבל אם הקדים לקרא לבן ממזר שאפשר שיהיה האב כשר וזה צירף טוב האב לו באמרו שהוא בן ממזר נתחייב ב' מלקות ע' שם:

סימן תכא

א **וחושש שיגנוב לו.** עבה"ט מ"ש בת' שבו"י כו' ועמ"ש בזה לעיל סימן רל"ב ס"י סק"ה:

ב **יוכל להוציא.** ע' בת' חוט השני ס"ס ס"א שכ' הא דלא אמר כן להשביע את המשרת שלא יגנוב לו דהוי עדיף ממה שנרשם נבטל קנין השכירות ואף להכותו היינו טעמא משום שאין הדין נותן כלל להשביע למי שחושש עליו שיזקהו ועדיין אין לו טענה עליו דהלה אומר לו שמור עצמך שלא אזיקך וכיון שזה משרתו דר עמו תמיד בבית אחד ואי אפשר להשמר ממנו לכך יוכל להוציאו ע"ש. ולפ"ז אם היה המשרת בוחר מעצמו לישבע על ככה אין יכול בעה"ב להוציאו ומסתימת דברי הרמ"א לא משמע כן וצ"ע:

ג **לחבירו גנב והוא אומר לו כו'.** ע' בישו"ש פרק המניח סימן כ"ו ופרק החובל סימן מ"ב שכ' וז"ל אם אחד חירף את חביירו בשם רע וחזר זה והכהו אף שעבר בלאו וצריך

כפרה מ"מ אין עליו דין רשע כלל אלא אמרי' ליביה רתח ואין אדם עומד על צערו שהרי יש בוטה כו' ואינו משלם אלא נזק ונער ורפוי ושבת והמוציא ש"ר נהי שפטור מהבושת שהרי קבל דינו מכל מקום צריך להתורות ולו' ברבים ששקר דיבר ומבקש מחילה עכ"ל והביאו להלכה תשו' שבו"י ח"א סי' קע"ט. ע"ש עיד בח"ב סי' קמ"ט מענין זה. וע' בת' חו"י סי' ס"ה שכ' הרבה כללים בענינים אלו:

סימן תכד

א **אפילו הוא שוגג.** כתב בדגמ"ר וז"ל פירוש שלא ידע שהיום שבת או לא ידע שמלאכה זו אסורה בשבת אבל אם חבל במתעסק שלא במתכוין בלל זה לא מקרי חיוב לענין שבת כלל דמלאנת מחשבת בעינן ועוד דמקלקל הוא וכאן לא שייך דמתקן אצל יתרו עסמ"ע סק"ב שהרי זה לא נתכוין לחבול כלל ולא עשה נ"ר ליצרו וממילא יש כאן חיוב תשלומין דלענין תשלומין אדם מועט לעולם כנלע"ד ואפילו מאן דס"ל בש"ס הקדום דאפילו לא נתכוין לאשה פטור מודה כאן בחובל בשבת ועיין בב"ק דף ל"ה בתוס' ד"ה מתני' בשוגג מה שהשיגו על רש"י עכ"ל:

ב **וחבלו בו אחרים פטורים.** עסמ"ע סק"ו עד וכ' הב"י דנ"ל דהכל מודים בזה כו'. ועיין בשו"ת ח"צ דפוס לבוב בליקוטים שבסוף הספר סימן ל"ח מ"ש בזה:

ג **דוקא בסמוכה.** עבה"ט שכ' נראה דאם אינה סמוכה על שלחנו אפי' אביה רוצה כו' ועיין בחידושי אא"ז פמ"א למסכת ב"ק דף פ"ז ע"ב שתמה על הסמ"ע בזה והניח בצ"ע ע"ש:

ד **החובל בבניו כו'.** עיין בתשובת שבו"י ח"ג סימן ק"מ אודות מלמד שכעס על תלמידו והכה אותו בשביל למודו עד שחבל בו אם חייב בד' דברים או פטור. והשיב נראה פשוט דפטור מכולם כדאיתא במסכת מכות מה חטיבת עצים רשות יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח ב"ד וא"ל דהיינו דפטור מגלות מגזה"כ אבל חייב בד' דברים זה אינו דהא מבואר שם בגמרא דאלו פטורים משום דמצוה קעביד א"כ מה"ט יש לפטור מכולם כדאמרינן גבי רץ בע"ש בה"ש ועוד דהא הני תלתא מדמה הש"ס להדדי ובשליח ב"ד פטור אפי' אם הזיקו כמבואר בב"י ס"ס ח' ובהגהת ש"ע שם בלי חולק כו' וכן מבואר בת"ה סי' רי"ח (הובא לעיל סי' תכ"א סי"ג בהגה) דלאו דוקא בנו ותלמידו אלא אפילו לכל אדם שכפוף תחת ידו ראוי להכותו להפרישו מן העבירה כו' וכ"ש בשביל ביטול תורה אע"ג דקיי"ל דיש להכותו בערקתא דמסאני ולא באכזריות (כדאיתא בש"ע יו"ד סי' רמ"ה ס"י) מ"מ דיעבד אין לקנסו בשביל כך ואף דבתשובת

הראנ"ח ח"א סי' קי"א כתב דבשליח ב"ד שהכה מפני כעס וחימה חייב (הביאו הכנה"ג לעיל סי' ח) מ"מ בח"ח דאורייתא מרתחא ליה בפרט שהוא צער גדול כשלומד עם התלמיד ואינו משים לב על למודו יש לפוטרו מכל אבל מ"מ כדי שלא יהא רגיל לעשות כן ולמגדר מלתא פסקתי שישלם שכר הרופא עכ"ד ע"ש. ולדבריו צ"ל דאלו הדינים שבסעיף זה בחובל בבניו מיירי שלא הכהו לייסרו אולם בתשובת קרית חנה סימן כ"ב לא כ' כן (הבאתיו בקצרה בפ"ת ליו"ד סי' רמ"ה שם) אלא דהכא מיירי אפילו במכהו ליסרו ומה דאמרו יצא. האב המכה את בנו כו' הוא רק דפטור מגלות משא"כ לענין ד' דברים דאתרבו שוגג כמזיד כו' והאריך בזה ע"ש וצ"ע:

סימן תכה

א **מפני שהוא כרודף.** לכאורה הוא תמוה עיין בה"ט סק"ג עד שכל שלא יצא לאויר העולם אין שם נפש עליו כו' ועי' בתשובת חו"י סי' ל"א שכתב ליישב זה.

ב **ואם הוציא ראשו כו'.** ע' בתשובת אא"ז פמ"א מ"ג סי' ח' שכתב דאם יצא דרך מרגלותיו משיצא רובו. וכ' עוד וצריך להתיישב אם ידוע כשיצא דרך מרגלותיו ששניהם ימותו אם מותר להציל האשה כמעשה דשבע בן בכרי שכ' רש"י בסנהדרין דדחו נפש מפני נפש משום דאפילו לא מסרו לו היה נהרג בעיר כשיתפשנו יואב והן נהרגים עמו משמע היכי דשניהם ימותו מצילין דדוחין נפש מפני נפש כו' וצ"ע להתיישב בדין זה עכ"ל ועמ"ש ביו"ד סימן קנ"ז ס"א בהגה. ועיין בתשובת כו"ב תניינא סי' ניט דהגאון השואל ה"ה מהר"ר ישעיה ברלין ז"ל רצה לחדש דהא דתנן יצא ראשו אין נוגעין בו היינו דוקא בדקים לן ביה שכלו חדשיו שאז ההורגו נהרג עליו אבל בלא קים לן שכלו חדשיו אף שהוציא ראשו מותר לחתוך אבר אבר להצלת אמו והוא ז"ל האריך לחלוק עליו ע"ש:

סימן תכו

א **או שישכור.** עבה"ע ועיין בתשובת בית יעקב סי' קמ"ח מ"ש בזה. ועיין בתשובת צ"צ סי' קי"א שכתב באחד שנהרג בדרך ונודע מי הוא הרוצח ויכולין להנקם ממנו אם אחד מקרובי הנרצח יבקש דין עליו הא ודאי דיש לכיף לקרובו של הנרצח שיהא רודף אחר הרוצח להעמידו בדין כי מצוה מוטלת על גואל הדם להמית הרוצח ואם אין הוא עצמו יכול להמיתו אם לא ע"י אחר ע"י הוצאת ממון צריך להוציא ממונו על זה ככל מצות עשה שבתורה ועד היכן מקרי גואל וקרוב נראה דאין שיעור לדבר אלא כל שאין קרוב

יותר ממנו והוא ממשפחת אביו שראוי ליורשו מקרי גואל ומוטל עליו מצוה זו להנקם מן הרוצח ומ"מ נראה דאין לחייבו שיוציא יותר מהרגילות והיינו מה שהוא חוק קבוע ליתן לשופטים ושוטרים ולסרדיוט הדן אותו צריך הוא ליתן אבל אם יצטרך להוציא שכר מליצים ושאר ענינים וכיוצא ודאי דאין לחייבו והנכון שאותן הוצאות היתרים יחנו מן הקהל כדי לגדור הפרצה שאם ח"ו לא יהיו נוקמין מן הרוצח יהיה דמן של בני ברית ח"ו כהפקר וכן נהגנו פעמים הרבה ועשינו עם פרנסי הדור שהיו מעמידים גואלים לרדוף אחר הרוצחי' ואפי' לפעמים שהיינו יודעים שלא נוכל להוציא מכח אל הפועל להנקם מן הרוצח אפ"ה היינו מעמידים גואלים לרדוף אותם בדין כדי שיהא מפורסם שאין דמן של ב"ב הפקר עכ"ד ע"ש:

ב **עובר על לא תעמוד עסמ"ע סק"ב בענין להכניס עצמו בספק סכנה בשביל הצלת חבירו. ועיין בספר אגודת אזוב מהגאון מהר"ם זאב זצ"ל שכתב טעם נכון מה דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש והטור לא הביאו דברי הירושלמי בזה משום דס"ל בתלמודא דידן פליג על הירושלמי בהא ע"ש. ושם בסיף הספר בהשמטות הביא בשם הרדב"ז ח"ג סימן תרכ"ז שכתב כן בפשיטות דספיקא דידיה עדיף מודאי דחבריה (עמ"ש בפ"ת ליו"ד סי' קנ"ז ס"ק ט"ו הבאתי דברי רדב"ז אלו ע"ש) והוא ז"ל כתב על זה אולם צריך לשקול הענין היטב אם יש בו ספק סכנה ולא לדקדק ביותר כאותה שאמרו ס"פ אלו מציאות (בבא מציעא דף ל"ג) גבי שלך קודם לכל אדם שכל המדקדק בעצמו כך סוף בא לידי כך וכ"ה בש"ע סי' רס"ד ס"א ע"ש:**

סימן תכז

א **לעשות אדם מעקה.** וכתב הרמב"ם פי"א מה' ברכות דצריך לברך אקב"ו לעשות מעקה ושם כתב דמברך ג"כ שהחיינו ע"ש. אך בספר נשמת אדם כלל ט"ו כתב דהרמב"ם לשיטתו דכתב דגם על ציצית ותפילין מברכין שהחיינו אבל למאי דקיי"ל בא"ח סי' כ"ב גבי ציצית דאין מברכין ה"ה במעקה אין מברכין שהחיינו רק לעשות מעקה ע"ש ועיין בספר ח"א שם דין כ"ד שכתב דדוקא בעושה מעקה לגגו מברך אבל בעושה חוליא או כיסוי לבורו דלקמן ס"ז אינו מברך ע"ש. ועיין בספר מחנה אפרים ה' שלוחין סימן י"א במי שרוצה לעשות מעקה ע"י אומן גוי אי יברך עליו ומצדד שם דשפיר יכול לברך כיון דיד פועל כיד בעה"ב (עמ"ש לעיל סי' קצ"ב ס"א סק"ב) ומשמעות דבריו שם דיש חילוק אם עשהו ע"י אומן דקבלנית אפילו ע"י אומן ישראל לא יברך הבעה"ב ולדעת

הכנה"ג בשם רבותיו יברך האומן המתקן אותו אבל אם עשהו ע"י אומן פועל יום אפי' האומן נכרי שפיר מצי הבעה"ב לברך עליו דחשיב כאילו הוא עצמו עשהו עש"ה:

ב **מעקה לגגו.** עיין לעיל סי' שי"ד ס"ב דמי ששכר בית מחבירו השוכר חייב לעשות מעקה ע"ש ועיין בספר ארעא דרבנן אות ת"ג שהביא דהכה"ג כתב דשוכר אינו חייב במעקה אלא מדרבנן והוא ז"ל כתב דחייב אף מדאורייתא ע"ש: בריך רחמנא דסייען עד כאן

כללי תפיסה

א מ"ש בנה"מ אות כ' ויכול לטעון קים לי כהך פוסקים אפי' במיעוט הפוסקים כנגד רוב כו'. הנה שורש דבר זה ע' בס' גט פשוט בסופו בכללים שלו כלל א' שכתב וז"ל והנה נתפשט המנהג בא"י ומצרים וסביבותיה לדון בדיני ממונות כסברת הרמב"ם וכסברת מרן מהריק"א משום דאתריה דמר הוא. אך בקושט"א ובסאלונקי גם בשאר מקומות נמשכו אחר מנהגם שיזכה המוחזק בטענת קים לי כב' או ג' פוסקים ושורש דבר הקים לי יצא להם ממ"ש הרא"ש בתשובה סוף כלל א' וסוף כלל פ"ה וז"ל ואף אם נחלקו ר"ש ור"י ובעל העיטור על שאר רבותינו בנתינת פחות מבן י"ג בנתינות נכסים שלו כך קבלתי מפי ר"מ היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפקינן מספק ואוקי ממונא אחזקתיה והכי אמרינן בחזקת הבתים הלכתא כוותיה דרבה בארעא היכא דקיימא ארעא תיקום וכוותיה דר"י בזוזי היכא דקיימא זוזי ליקום עכ"ל וכיוצא בזה כתב בפרק אחד דיני ממונות הביא מרן בח"מ סי' כ"ה גם המרדכי בפ' נערה גבי פלוגתא דרש"י ור"ת בפוסק מעות לחתנו או לבתו וניסת ואח"כ מתה הבת ועדיין לא נתן כתב בשם ר"ש בר ברוך דאם יתפוס החתן המע"ה שיאמר קים לי כרש"י. ע"ש ומהנך דוכתי הביאו מהרי"ק ותה"ד ומהרד"ך בכמה תשובות דאין מוציאין ממון מיד המוחזק כפלוגתא דרבוותא דמצי המוחזק לומר קים לי כו' ורוב האחרונים תפסו במושלם דהיינו אפי' היכא דאיכא מיעוט פוסקים מזכים למוחזק וטעמא משום דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב כו' ודלא כהרדב"ז סי' קי"ז דכ' דלא אמרינן קים לי אלא במחלוקת שקול והדיין נוטה דעתו כסברת המחייבים אינו יכול להוציא דמחלוקת שקול הוא וע"ש דסוגיין דעלמא דלא כהרדב"ז כמו שיראה בדברי האחרונים ז"ל שכ"ל וכתב עוד שם דבתשובת מהר"א ששון סי' ר"ז הקשה לדעת מהר"מ והנמשכים אחריו דבפלוגת' דרבוותא בענין ממון לא אזלינן בתר רובא וזוכה המוחזק מטעם קים לי דאיך אפשר לומר זה והרי כתבו התוספת בר"פ המניח דמיעוט דדיינים חשיב כמי שאינו ותירץ דמ"ש התוספת כן היינו דוקא

כשהדיינים נושאים ונותנים ביחד כיון שהרוב אומרים בפניו כן פשיטא דהו"ל כמי שאינו אבל בספרי הפוסקים או הפוסקים מתוך כתבם אם לא ראו אלו את אלו ודברו זה עם זה אף שראו הפסקים והכתבים אז הוא דאמרינן קים לי משום די"ל אילו היו נו"נ ביחד מכח הפלפול והויכוח אפשר דהמרובים היו מודים לדברי המיעוט יעו"ש והוא ז"ל כתב על זה דהם דברים נכוחים ראויים למי שאמרם וכבר כ"כ בתשובת מהרשב"א ומהרי"ק ומהרלב"ח בפסק הסמיכה וכל האחרונים דאין רוב בכל מקום אלא רוב הבא מתוך הכלל ורמז דבריהם בכנה"ג סי' י"ג אות כ"ב (עמ"ש לקמן ס"ס רל"א ס"ק ו') ודלא כהרדב"ז סי' קט"ז דס"ל דגם בפוסקים אזלינן בתר רובא מן התורה יע"ש:

ב ומ"ש עוד בנה"מ אבל ביחיד נגד רבים א"י לומר קים לי. כן הוא בב"ש סי' נ"ג סק"י שכתב וז"ל מיהו א"י לומר קים לי אלא היכא דאיכא שני פוסקים דס"ל כן כו' עכ"ל. וע' בזה בספר גט פשוט שם כלל ב' שכתב דשורש דבר זה הוא מדברי מהרי"ק סוף שורש קמ"ט והוא ז"ל האריך לבאר טעם יפה לזה וע"ש עוד שהעלה דמ"ש האחרונים שיכול המוחזק לומר קים לי כשני פוסקים אפי' נגד מאה פוסקים היינו דוקא כשאותם הפוסקים שוים בחכמה והם מפוסקים המפורסמים דהיינו שנתפשט הוראותיהם בכמה מקומות אז אמרינן אין הולכין בממון אחר הרוב ויכול לומר קים לי ומ"מ נכון בכה"ג לעשות פשרה אבל אם שני הפוסקים המזכים למוחזק אינם מהפוסקים המפורסמים והפוסקים שכנגדם הם רבים וגדולים בחכמה חשיבי אותם שני פוסקים כמיעוטא דמיעוטא. גם במ"ש דלא יוכל המוחזק לומר קים לי כפלוני יחיד נגד שנים היינו דוקא כשהם שוים בחכמה אבל אם אותו פוסק היחיד הוא מאבות העולם הפוסקים המפורסמים והרבים החולקים הם קטנים יכול המוחזק לומר קים לי כפלוני יחיד דאע"ג דהוא יחיד חכמתו מכרעת ונכון הדבר בכה"ג לעשות פשרה. וכתב עוד שם בכלל ג' דתופסי דגל הקים לי לא משגחי בכללא דהלכה כבתראי ע"ש. והנה מ"ש דהא דיכול לומר קים לי כשני פוסקים ה"מ כשאותם הפוסקים שוים בחכמה כו' ע' בכנה"ג אות י"ג שהביא פלוגתא בענין זה ולבסוף כתב וסוגיין דעלמא לומר המוחזק קים לי כשני פוסקים הראוים לסמוך בהוראותיהם אע"פ שכל גדולי ישראל יהיו נגדם ע"ש :

וע' בספר בר"י אות י"ב שכתב דנשאל הרב הלק"ט ח"א סי' קע"ד דיין הראוי להוירא ובכח פלפולו הכריע כדברי היחיד אם יכול לטעון קים לי והשיב הוא ואחר מצטרפין לפוטרו כו' והוא ז"ל מסיק דהאידנא נראה דלא יעשה כן סתם דיין אלא הבקי ומומחה מגדולי הדור וזהו להלכה אבל למעשה פשט המנהג דכל שהפוסק יחיד אין לומר קים לי ומ"מ בכה"ג נכון לעשות פשרה ע"ש עוד כמה חלוקים בענין קי"ל :

וע' עוד בכנה"ג אות י"ד שכ' לאו דוקא התופס עצמו שיכול לומר קים לי להחזיק מה שבידו אלא אפי' להחזיק מה שבידו לאחר יכול לומר קים לי הר"א ששון סי' ס"ו עכ"ל וע' בתשובת נאות דשא סי' נ"ז מ"ש בזה עש"ה וע' בתשו' שבו"י סוף ח"א בכללי קים לי סעיף ד' שכתב דכל היכי דיכול הנתבע לזכות בטענת קים לי אינו חייב להחזיר אפי' לצאת ידי שמים ובביאורו שם כתב דכן פשוט ממשמעות הפוסק וכן העלה בכנה"ג אות י"ב ובפרט דקיי"ל כמהרי"ק דטענת קים לי הוי כטענת ברי ובזה נדחה ג"כ מ"ש עוד (בכנה"ג) שם לפלפל ולחלק דכשהריב מבורר ופלוגתא דרבוותא על הפטור דלא מצי לומר קים לי דהוי כא"י אם פרעתיך ובאמת זה אינו והוא נגד משמעות אחרונים כו' ע"ש. וע' עוד בכנה"ג אות ז' שכ' וז"ל שמעתי משם הרב הגדול מו"ה יחיאל באסאן שהיה שואל מה טעם אמרינן קים לי בממון ולא במלתא דאיסורא והרי בממון אם אין הלכה כן הוי ליה גזל ביד המוחזק וגזל נמי איסורא הוא והשיב דבשלמא לגבי איסור אי אזלינן לחומרא יצאנו מידי איסור אבל כששניהם חולקים על הממון אפילו אי לא אמרינן קים לי אין אנו יוצאים מידי איסור גזל שהרי אם הדין הוא כדברי האומרי' להחזיק הו"ל גזל ביד המוצא ולכן היכא דקאי ממונא תיקום עכ"ל ובשו"ת שבו"י ח"א סי' נ"א כתב דנ"ל עוד לתרץ דשאני גבי גזל דאיתא בחזרה משא"כ באיסור ועוד י"ל דגבי ממון לא עבדינן האיסור גזל רק בשב ואל תעשה דהיכא דקיימא זוזי תיקום מספק משא"כ לומר לי ולאכול ולעשות האיסור בקום ועשה זה לא אמרינן עכ"ל וכ"כ עוד בסוף הספר בכללי קים לי ס"ק ך' ע"ש וע' בס' בר"י אות י"ג שכתב עליו דתי' השני הוא נכון אבל תירוץ הא' אינו שוה לי כיון דאפי' לצאת י"ש אינו חייב להחזיר הזוכה בטענת קים לי כמ"ש הוא עצמו בסמוך ס"ק כ"ו (הובא לעיל) ע"ש וע' בתשובת חתם סופר חיו"ד ס"ס רמ"א וגם בתומים בקת"כ ס"ק כ"ז ובספר קצה"ח בקונטרס הספיקות כלל א' אות ו' ובתשובת ב"ש אחרון חח"מ סי' ל"ה ובתשובת רשמי שאלה סי' מ"ח עוד מענין זה עש"ה:

ג ומ"ש עוד בנה"מ דכתב בתשובת חו"י דבמקום שסתמו המחבר והרב כו' עמ"ש לעיל ס"א ס"ק ב' וגם בתומים ובקצה"ח :

וע' בס' בר"י שכתב ששמע מפום רבנן קדישי ששמעו מפי הרב מופה"ד מוהב"א אבולעפיא ז"ל שקבל מזקני גאוני דור דבכלל זה של מרן לענין הוראה ללכת אחרי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ובמקום דתרי מינייהו מסכימים לדעת אחת הכי נקטינן הסכימו לזה קרוב למאתים רבנים בדורו וכך היה אומר כי כל אשר יעשה פסק מרן עביד כמאתן רבנן (וכן כתב עוד בספרו שם הגדולים מערכת ספרים אות ב' ע' שם). וכתב עוד אם

הנתבע הוא מאתרא דנהיגי לומר קים לי נגד מרן אף שהתובע מארץ ישראל מצי הנתבע לומר קים לי נגד מרן כן כתב הרב גינת ורדים כלל ה' סימן ט"ז עי' שם:

ד ומה שכ' עוד בנתיבות המשפט עוד כלל גדול עד אבל בתפיסה צריך לטעון דדוקא אבל אנן לא טענינן עבורו ע' בזה בס' בר"י אות ח' דמסיק שם דנהיגי עתה שהדיינים טוענים קים לי אף שהוא אינו טוען. ומשמעות דבריו דהיינו אפי' בתפיסה עש"ה. וע' בכנה"ג אות ל"א שכ' היכא דיש ספק אם יכול לומר קים לי או לא אין לומר קים לי כיון דבהא קיימינן הר"י הלוי סי' נ"ב ויש מי שסובר דהיינו דוקא כשהמחלוקת הוא בקרקע אבל מטלטלין חוזר הדין לקים לי כו' ע"ש וע' בר"י אות כ"ג ש' דכן עלתה הסכמת האחרונים כו' ע"ש שהזכיר שנים עשר שו"ת שהסכימו לזה. ועמש"ל סי' כ"ח ס"א ס"ק ו':

דיני מיגו

שם בדיני מגו בש"ך אות ו' מ"ש ועוד נרא' לי דדוקא לענין פטור שבועה שייך האי טעמא כו' ועיין בת' נו"ב סי' ל' אות כ"ז שכתב בענין מגו במקום קול אף דבספר כנה"ג כתב דמגו במקום קול לא אמרינן והביא כמה תשובות שפסקו כן מ"מ אין לסמוך על זה להוציא ממון כיון שלא נתבאר בדברי הפוסקים הקדמונים והאחרונים ומעובדא דרבה בר שרשום אין ראי' לא מבעיא בפי' רבינו האי שהביא הרא"ש שם אין כאן מגו כלל ואף לפי' התוספות הוא זה חידוש ואין לך בו אלא חידושו שהרי שם בלא"ה הוי מגו להוציא ואף דבמקום דאיכא שטרא מעליא אמרינן מגו להוציא מ"מ שוב היכא דאיכא קול נגדו לא אמרינן מגו להוציא אפילו במקום דאיכ' שטרא מעליא אבל מגו לפטור עצמו חזקת ממון אלים טובא ועוד דשם עיקר המגו של רבה היה לפטור נפשי' משבועה ומגו לאפטורי משבועה לא אמרינן במקום קול אבל מגו לאפטורי מממון אפילו במקום קול אמרינן ויש טעם לחילוק זה כי מגו במקום קול דומה למגו דהעזה שגם זה העזה להכחיש הקול והרי נתבאר בש"ך בדיני מגו סי' ו' דהא דמגו דהעזה לא אמרינן היינו לאפטורי משבוע' אבל לאפטורי מממון אמרי' מגו דהעז' כו' ע"ש ועיין בתומים בכ"מ סקל"ה ועיין עוד בנו"ב חלק אה"ע סי' ע"ב דף פ"ז ע"א בהגה ובתשו' ברית אברהם אה"ע סימן צ"ד אות י' והובא קצת בפ"ת לא"ה סימן קע"ח סקי"א. ומ"ש הש"ך אות ט"ו ומצינו מגו להוציא בברי ושמא כו' בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב ע' בשער המלך פ"ח מהלכות טוען הלכ' ז' וכמ"ש בקצה"ח סי' קל"ג סק"ב. ומ"ש הש"ך שם דהא מוכח בהכותב גבי סטראי כו' בגש"ע דהגר"ע הנ"ל נ"ב וז"ל לענ"ד לק"מ דדוקא בסטראי דהשטר היה בודאי בחזקתו אלא דטוען פרוע אבל הכא דכפי החשש שמא עד שלא אירס' נאנסה

ומעולם לא היה השטר בחזקתו ומעיקרא גרוע ועומד ועל זה אנו דנין אם השטר פסול מעיקרא בזה לא אמרינן מגו להוציא עכ"ל. ומ"ש הש"ך ונרא' דהא דאמרינן דבשטרא מעליא אמרינן מגו להוציא היינו כשהמלו' יודע בודאי שחייב לו והשטר מעליא הוא מצד שממון שלו בידו כו' ע' בס' קרבן נתנאל פרק הכותב אות ס' שכתב דמדברי הרא"ש שם סתיר' לדברי הש"ך בזה ע"ש. ובמ"ש הש"ך אות ל' כתב בספר דגמ"ר וז"ל ועיין עוד מדין מגו בסי' קל"ט סעיף ד' בסמ"ע סק"ח ובש"ך סק"ה אם הוא טוען על השדה ועל הפירות ויש לו מגו על הפירות ולא על השדה שמוציאין ממנו גם הפירות עכ"ל. וכמ"ש באורים ותומים בקיצור כ"מ אות ע"ו וע"ז דמגו דהעזה במקום חזק' תרתי לא אמרינן כו' ע"ש ע' בזה בת' מוהר"ר משה רוטנבורג חח"מ סי' י"ד וט"ו עש"ה: